שו״ת · אחרונים · זית רענן

זית רענן חלק ב

רבי משה יהודה לייב זילברבגר

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

זית רענן חלק ב

רבי משה יהודה לייב זילברבגר

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/זית-רענן-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־20 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

חלק אורח חיים 5
סימן א 5
סימן ב 20
סימן ג 32
סימן ד 37
סימן ה 41
סימן ו 48
סימן ז 58
סימן ח 73
סימן ט 81
סימן י 83
סימן יא 90
סימן יב 102
סימן יג 119
סימן יד 137
חלק יורה דעה 145
סימן טו 145
סימן טז 160
סימן יז 169
סימן יח 179
סימן יט 186
סימן כ 188
סימן כא 199
סימן כב 205
סימן כג 217
סימן כד 229
סימן כה 231
סימן כו 236
חלק אבן העזר 239
סימן כז 239
סימן כח 246
סימן כט 249
סימן ל 251
סימן לא 256
סימן לב 264
סימן לג 270
סימן לד 279
סימן לה 296
סימן לו 302
סימן לז 306
סימן לח 319
סימן לט 321
סימן מ 331
סימן מא 338
סימן מב 344
חלק חושן משפט 348
סימן מג 348
סימן מד 363
סימן מה 369
סימן מו 382
סימן מז 395
סימן מח 400
סימן מט 414
סימן נ 426
סימן נא 439
סימן נב 453
סימן נג 460
סימן נד 469
סימן נה 475
סימן נו 488
סימן נז 496
סימן נח 506

סימן נט 516
סימן ס 526
סימן סא 536
סימן סב 537
סימן סג 544
סימן סד 551
סימן סה 560
סימן סו 565
סימן סז 581
סימן סח 589
סימן סט 594
סימן ע 599
סימן עא 611
סימן עב 619
סימן עג 625
סימן עד 629
סימן עה 633
סימן עו 637
סימן עז 644
סימן עח 655
סימן עט 666
סימן פ 668
סימן פא 677
סימן פב 692
סימן פג 698
סימן פד 710
סימן פה 715

חלק אורח חיים

סימן א

בדיני תפלין

נשאול נשאלתי פה ירושלים עיר הקדושה תובב"א, מן הרב המופלג וכו' החכם השלם מהור"ר יודל נ"י.

על דבר הנהוג במקצת העיירות במדינת בבל אצל סופרי סת"ם שכותבין תפלין ואינם יכולים לאמן את ידיהם לכתוב השורות זו תחת זו בשוה בסופם, וכותבים בעיקום מצד אחד וכל השורות קצרות זו מזו בסופם, כעין המובא בש"ס גבי מזוזה (מנחות ל"א) ובלבד שלא יעשנה כקובה ובלבד שלא יעשנה כזנב. ושאלני להורות דעתי בזה ויושלח תשובתי להרבנים הגדולים דשם:

וכה תשובתי

נראה לפענ"ד לברר וללבן הדברים שעל פי דת תוה"ק גם גבי תפלין פסולין בכהאי גוונא כמו גבי מזוזה. ומתחילה נשיחה את הדברים שיש לדבר בכחא דהיתירא בתחלת העיון. איברא סיומא דמילתא נברר בעזה"י שפסולים הם. ולא נשאר אפס קצהו לאחוז בסנסני דהיתירא כלל וכלל:

א כיון דלא תניא בשום מקום בש"ס ופוסקים אלא גבי מזוזה מנא לן לחדש ולומר ולפסול אף גבי תפלין. שהרי לענין כמה דברים אינן שוין בהלכותיהן. א] לענין שרטוט דמזוזה צריכה שרטוט ותפלין אין צריכין שרטוט. עיין בש"ע אורח חיים [סימן ל"ב סעיף ו'] ובש"ע יורה דעה [סימן רפ"ח סעיף ח']. ב] תפלין על הקלף מזוזה על הדוכסוסטוס. עיין בש"ע או"ח סי' ל"ב סעיף ז' ובש"ע יו"ד [סי' רפ"ח סעיף ו']. ג] כתבה על שני דפין פסול במזוזה. עיין מנחות פרק הקומץ רבה דף ל"ג ריש עמוד א'] אמר רב יהודה אמר שמואל כתבה על שני דפין פסולה (דהיינו בשני עורות וכפירוש התוס' שם]. וגבי תפלין איתא שם להדיא בדף ל"ד:] תנו רבנן כיצד כותבין, תפילה של יד כותבה על עור אחד. ואם כתבה בארבע עורות וכו' יצא. ועיין בסוגיא שם דר' יהודה חזר לגבי ר' יוסי דאין צריך לדבק. וגבי מזוזה דילפינן כתיבה מסוטה כמו שכתבו בתוס' שם [דף ל"ד עמוד א'] ד"ה נאמר וכו' דילפינן גזירה שוה מסוטה. וגבי פרשת סוטה מבואר בתוס' שם (דף י"ז סוף עמוד ב'] בד"ה כתבה על שני דפים וכו' וזה לשונם בתוך הדבור [בדף י"ח] ודומה כאילו גט שכתבו על שני דפין ותפרו יחד דפסול. ועיין בשלחן ערוך אבן העזר [סימן ק"ל סוף סעיף ז'] בהגה"ה ובבית שמואל שם סעיף קטן ח']:

איברא במנחות [דף ל"ב ע"א] בתוס' ד"ה דילמא להשלים. לתירוץ קמא שגם לגבי מזוזה [והוא הדין לגט ופרשת סוטה] מהני תפירה. ונראה פשוט דלא פליגי דהתם דפסלו גבי גיטין והוא הדין למזוזה ופרשת סוטה איירי היכא דניכר התפירה. שהרי כן נראה בעליל מהמשך דבריהם שם במס' סוטה. וזה לשונם שם קודם לזה. כדתנן דיבק שברי שופרות פסול. מפני שמתחילתו לא היתה ברייתן בבת אחת וניכר התוספת ולא מהני חיבורו ודומה כאילו גט שכתבו על שני דפין ותפרו יחד דפסול. עד כאן לשונם הרי דקאי בגוונא דניכר. אבל התם במנחות דצריכין לדחוקי לאשכוחי גוונא גבי ספר תורה ותפלין שבלו, דעל כרחו איירי בלהשלים. דהיינו שתפרו או דיבקו באופן שאינו ניכר כלל. וגם בזה משמע לתירוץ בתרא שם דאפילו בכהאי גוונא פסול גבי מזוזה [ופרשת סוטה וגט]. וזהו טעמא דהרמ"א שם בהג"ה דכתב שהוא ספק פסול. דאיירי באינו ניכר כלל ואפילו הכי פסול. מספיקא דשני תירוצים של רבותינו בעלי התוס' במנחות הנ"ל:

נהדרין למילתא דקמן דבתפלין כשר בד' עורות אפילו לא דיבק וגבי מזוזה פסול לכולי עלמא [אפי' בדיבק] היכא דניכר. הרי דלא מדמינן תפלין למזוזה. וכן פסקי' בש"ע או"ח [סימן ל"ב סעיף מ"ז] במחבר. ובש"ע יו"ד [סי' רפ"ח סעיף ד']:

ד] **גם** יש לדון לפום רהיטא. כיון דאפי' גבי ספר תורה דחמורה מכולהו כשרה בדף אחרון. אם מקצר השורות והולך עד סוף הדף ועשאו כזנב. עיין בש"ס מנחות [דף ל' ריש ע"א] הכותב ס"ת וכו' לא יגמור בחצי הדף אלא מקצר והולך. ועיין שם פירוש רש"י דמקצר ראשי השורות משני צדדים ועשאו כזנב. ומוכח דגם בכהאי גוונא מיקרי כתיבה. שהרי בספר תורה מקרא מלא דיבר הכתוב כתבו לכם וגו'. מכל שכן גבי תפלין דלא כתיב בהם כתיבה כלל:

ועתה ננקוט בקצרה. דהיינו טעמא דבכל הני גווני דלעיל דפסולין במזוזה וכשרים בתפלין. משום דגבי מזוזה דכתיב בי' וכתבתם וילפינן כתיבה כתיבה מסוטה דכתיב ביה בספר כמבואר שם בסוגיא]. מה שאין כן גבי תפלין דלא כתיב בהם כתיבה כלל:

ה] גם יש לדון קצת. דכיון שגם במזוזה לא נתבאר בהדיא בש"ס ופוסקים דאם עשאו כזנב מצד אחד דפסול רק בעל הש"ך המציא כן [בסימן רפ"ח סעיף קפן ו']. והבו דלא לוסיף עליה לפסול גם גבי תפלין אפילו בכהאי גוונא:

ב **איברא** לקושטא דמילתא נראה לפי עניות דעתי דאין להיתרים האלו יסוד ושורש וענף כלל וכלל. שהרי בעל כרחך צריכינן לומר על פי ראיות ברורות שכל מה שפסול במזוזה משום דילפינן בגזירה שוה כתיבה כתיבה מספר תורה. או מפרשת סוטה דכתיב ביה בספר. הדר ילפינן תפלין ממזוזה מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. וכשם דאיתא בגיטין

(דף מ"ה:] דכל שאינו בקשירה אינו בכתיבה. וכן איתא להיקישא זו במנחות דף ל"ג ע"א ול"ז ע"א]. הוא הדין נמי להיפוך דכל מה דפסלינן בכתיבה גבי מזוזה משום דילפינן גזירה שוה מסוטה דכתיב ביה בספר. הוא הדין נמי דפסול גבי קשירה דתפלין. וכן איתא להדיא בכמה דוכתי. עיין בש"ס כריתות (דף ה' סוף ע"א] ותיהדר קטורת ונילף משמן. מה שמן כי מפטם לחצאין פטור וכו' עיין שם. אלמא דילפינן נמי להיפך גם עיין בתוס' מנחות (דף ל"ב:] תוך דיבור המתחיל הא מורידין עושין וכו'. וזה לשונם וקצת תימא דבסמוך ילפינן מזוזה מס"ת בגז"ש וכו' ואמאי לא ילפינן מינה ס"ת ממזוזה וכו' עיין שם ומקודם נבאר ראיות ברורות ליסוד זה. ואחר כך יתבאר במאי דמקילין בגוונא דלעיל גבי תפלין יותר מגבי מזוזה. על פי טעמים נכונים וישרים:

ג **תדע** דאי לא תימא הכי. מנא לן דתפלין אינם נכתבים אלא על הספר ובדיו ובאשורית וכתיבה תמה. שהרי גבי מזוזה גופא היה כשר על אבנים לולא דילפינן מכתיבה דברוך בן נרי' דכתיב ביה על הספר ובדיו עיין מנחות דף ל"ד ע"א]. ואין לומר משום דהלכה למשה מסיני דתפלין על הקלף ובדיו (וכמו שכתב הרמב"ם פרק א' מהלכות תפילין הלכה ג']. דעדיין תקשה [באשורית] מנלן, ועוד שהרי גם מזוזה פסול על הגויל מהלכה למשה מסיני [שם ל"ב] ואפילו הכי הוה אמינא דכשירה על האבנים לולא הגזירה שוה הנ"ל. אלא ודאי צריך לומר דדוקא היכא דכתבה על העור הוא דפסולה מצד הלכה למ"מ על הגויל. אם כן גבי תפלין דליכא גז"ש מנא לן דפסול על הלוח ועל הנייר. אלא ודאי דהדר ילפינן ממזוזה בגז"ש דוקשרתם וכתבתם:

ועוד ראיה ברורה לזה. ממאי דמקשינן בש"ס מנחות (דף כ"ט ע"א) שתי פרשיות שבמזוזה ואפילו אות א' מעכבן וכו'. פשיטא ופירש רש"י שם דכתיב וכתבתם דבעינן כתיבה תמה. ושם (דף ל"ד סוף ע"א) מקשינן גם על ד' פרשיות שבתפלין כן. פשיטא ומשנינן כמו גבי מזוזה. הרי להדיא דאע"ג דלא כתיב ביה כתיבה ילפינן ממזוזה מהיקישא דוקשרתם וכתבתם ואין לומר משום דכתיב ביה הוי' כמש"כ רש"י במשנה. דזה קאי על מנין הפרשיות עצמן. שהרי אחר כך מציין רש"י עצמו על אות א', ועוד דלמסקנא קאי על מוקף גויל קשיא להיפך מנא לן כיון דלא כתיב ביה כתיבה כלל. ועוד ראיה מדברי ירושלמי מגילה. מובא בתוס' (דף ל"ג) כתבה על שני דפים דפסול. והוא משום דילפינן מסוטה. ופסול גבי מזוזה ותפלין ובעל כרחו משום דילפינן היקישא מוקשרתם וכתבתם:

איברא דברי הירושלמי צריך ביאור שהרי תניא להדיא דבתפלין אפילו בד' עורות כשר, ואין צריך לדבק כדאיתא שם להדיא (דף ל"ד) דר"י חזר בו לגבי ר' יוסי. איברא נראה

פשוט דהא דפוסל בירושלמי איירי בפרשה א' שכתבה על שני עורות. והא דמכשרינן בברייתא היינו שכתב פרשה שלימה על כל עור בפני עצמו. אע"ג דגבי מזוזה פסול בשני עורות אפילו בפרשה שלימה על כל עור בפני עצמו, דילפינן מספר דגבי סוטה. היינו טעמא דכיון דגבי תפלין לא כתיבא כתיבה בתורה. רק דילפינן בהיקישא דוקשרתם וכתבתם דגבי מזוזה. משום הכי היכא דכתב פרשה שלימה על כל עור ועור בפ"ע אזי מסתבר ביותר דיש ללמוד תפלין של יד מתפלין של ראש דכשרין לכתחלה בד' עורות. ולא נילף ממזוזה ליפסל. אבל היכא דכתב פרשה אחת על שני עורות. אזי באמת בין בתפלין של יד ובין בתפלין של ראש פסולין מהיקש דוקשרתם וכתבתם:

ד **ובזה** מתורץ קושיית הבית שמואל (סימן ק"ל סעיף קטן ח') דמאי שנא גבי גט דלא מהני דיבוק ותפירה, וגבי ד' פרשיות דתפלין של יד דמהני דיבוק. למאי דסבירא ליה לר"י מעיקרא. דשאני ושאני דגבי תפילין אי אפשר לפסלן. משום שני ספרים דיותר יש לדמות תפלין ש"י לתפלין ש"ר. רק מצד והיה לך לאות כשם שאות אחת מבחוץ כו'. הרי דבדידיה תליא מלתא וכיון דאינו ניכר הרי ליכא אלא אות אחת. אבל בפרשה אחת שכתבה על שני עורות וכן בגט ופרשת סוטה. דפסול משום שני ספרים. מה בכך דאינו ניכר כיון דלקושטא יש בו שנים. ורחמנא בעי רק ספר אחד ובזה נסתלקה ראיה הנ"ל [באות א' אות קטן ג'] משני דפים. ואדרבא משם ראיה להיפך. שהרי פרשה א' פסול בשני עורות. בין בתפלין ש"י בין בתפלין ש"ר. והיינו משום דילפינן מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. דכמו דפסול במזוזה משום דילפינן כתיבה כתיבה מפרשת סוטה דכתיב בספר. ילפינן נמי תפלין מהיקישא דוקשרתם וכתבתם. רק דבכל פרשה ופרשה לחודא. כשירה גם בתפלין של יד על עור בפני עצמו משום דיותר מסתבר ללמוד מיניה וביה מתפילין של ראש:

ה **איברא** דברי תוס' הנ"ל בראייתם מירושלמי דדוקא בשני עורות הוא דפסול ולא בשני דפים. ודלא כרש"י. צריך עיון. שהרי מירושלמי מוכח להיפוך. וזה לשונו שם מגלה (דף וי"ו) ולמה לא אמרן יש בספרים מה שאין בתפלין ומזוזות שהספרים נכתבים בשני דפים. ותפלין ומזוזות אינם נכתבים אלא בדף אחד התיב ר"י כו' דרבה (פירש המפרש. גדולה מזו היה לו להקשות] שהספרים נכתבים בשני עורות [פרשה א' ותפלין ומזוזות אינם נכתבים אלא בעור א'. אמרין חבריא. נאמר דף א' בשני עורות לית הא דרבה (וכי אין זה גדולה מכולן] אמר לון שכן אפילו ספרים אינם נכתבים כן [בדף אחד בשני עורות אפילו ספרים אינם נכתבין עכ"ל. הרי להדיא דקושיא ראשונה קאי על שני דפים בעור א' והוא כפירוש רש"י. רק שהקשה אחר כך דגדולה מזו היה לו להקשות. דגבי ס"ת

כשר אפילו בשני עורות וכבר הניחו דברי תוס' בתמהון גדול. וכן איתא במרדכי שמביא ראיה מירושלמי לפירוש רש"י:

ולפי עכ"ד נראה דיפה כיוונו בראיה זו לאשורם. שהרי בקושיא שניה שהקשה בדרבה מיניה. הקשה בסתמא משני עורות דבס"ת כשר ובתומ"ז פסול. מנ"ל דקשיא ליה משני עורות בדף א' דלמא בשני דפים בפרשה א' הוא דקשיא ליה, דבס"ת כשר אפי' היכא דניכר התפירה להדיא. מה שאין כן בתו"מ. דאפילו גבי תפלין פסול פרשה א' על שני עורות. ושוב לא שייך התירוץ שכן אפילו ספרים אינם נכתבים כן. ומאיזה הוכחה הכריחו חבריא דקושיא קאי על דף א'. אלא ודאי שהוכיחו כן מן המאוחר על הקדום דאי לא תימא הכי. היינו קושיא ראשונה שהקשה מעיקרא מב' דפים. דבעל כרחו איירי בשני עורות. דאי בעור א'. גם בתו"מ כשרים. וכיון שכבר הקשה בשני דפים בשני עורות. ממילא נשמע דבעל כרחו מה שהקשה אחר כך ברבה מיניה. היינו בשני עורות ודף א'. ועל זה תירץ לו שפיר. דאם כן גם בס"ת פסול כהאי גוונא ועיין. וזה ברור ונכון. הארכנו מזה מענין לענין באותו ענין. בכדי שלא נוציא מתחת ידינו דבר שאינו מתוקן:

ועוד מצאנו שכן כתבו התוס' להדיא. דגם בתפלין בעינן ספר עיין שבת (דף ע"ט) בד"ה קלף. וז"ל וקשה דא"כ פסול לכתוב עליהם ס"ת ותו"מ דבעינן ספר ולהכי פסול כו' עכ"ל. הרי אע"ג דלא כתיב בתפלין גופיה לא כתיבה ולא ספר. אלא בעל כרחו צריך לומר דילפינן ממזוזה מהיקישא דוקשרתם וכתבתם:

עוד ראיה ברורה ממס' קידושין ל"ד ע"א] דמקשה שם להדיא וניקוש תפלין למזוזה. רק דמשני התם דיותר נכון לאקושי תפלין לתלמוד תורה. משום דאיתקש בין בפרשה ראשונה בין בפרשה שניה. וכן שם עמוד ב'] דאי כתב רחמנא ראייה ולא כתב תפלין הוה אמינא אקיש תפילין למזוזה הרי להדיא דהוי היקש גמור וממילא נמי דהוא הדין שכן פסולי מזוזה פסלי נמי בתפילין משום היקישא דאין היקש למחצה:

ו **עוד** חובה עלינו לבאר מפני מה נשתנו לענין שרטוט ואפקוהו מהיקש. דמזוזה צריכה שרטוט ולא בתפלין וכמש"כ לעיל (באות א' א"ק א'). איברא לאחר עיון קצת עוד נראה מזה ראיה ברורה לאלומי היקישא דתפלין למזוזה. עיין מנחות ל"ב] שרטוט של מזוזה הלכה למשה מסיני. שם אמר ר"י אמר שמואל כתבה אגרת פסולה. ופירש רש"י בלא שרטוט. מאי טעמא אתיא כתיבה כתיבה ופירש רש"י כתוב זאת זכרון בספר. ועיין שם תוס' ד"ה כתבה אגרת וזה לשונם וקשה דלעיל אמרינן שרטוט של מזוזה הלכה למ"מ. והכא יליף כתיבה כתיבה ועיין שם. ולפי עכ"ד נראה דדברי רש"י נכונים בפשיטות. עיין מס' מכות [דף י"א עמוד א'] דפליגי בה ר' מאיר ור' יהודה גבי ס"ת שתפרו בחוטי

פשתן חד אמר כשר וחד אמר פסול. למאן דאמר פסול, דכתיב למען תהיה תורת ה' בפיך. ואיתקש כל התורה כולה לתפלין. מה תפלין הלכה למ"מ לתופרן בגידין אף כל כו'. ואידך כי איתקש למותר בפיך. להלכותיו לא איתקש. וזה לשון רש"י בד"ה להלכותיהן לדבר שאינו כתוב בתורה. ובתפלין גופיה לא גמרינן ליה אלא בהלכה למ"מ לא ילפינן בהיקישא עד כאן לשונו. ואנן פסקינן כמאן דפוסל בשלחן ערוך סימן רע"ו סעיף א'] דהיקישא ניתן גם להנלמד מהלכה למ"מ. שהרי סתמא דגמרא במגילה י"ט עמוד א'] דנקרא ספר לפוסלו בחוטי פשתן. וכן מסוגיא הנ"ל דמנחות נלמד כן לפירוש רש"י הנ"ל. דכתבה אגרת פסולה. דילפינן כתיבה כתיבה מספר תורה. דקאי על שרטוט והרי בס"ת גופא דצריך שרטוט פירש רש"י בסוטה (דף י"ז:) דהלכה למ"מ דכל ספרים צריכין שרטוט. ולפי"ז תו לא קשה לרש"י קושיא הנ"ל. דכיון דילפינן בגזירה שוה גבי מזוזה דצריך שרטוט. וקשיא הלכתא למה לי. אלא בעל כרחו צריך לומר דאתיא הלכתא לאפוקי תפלין דאין צריך שרטוט. דדוקא מזוזה דכתיב ביה כתיבה צריך שרטוט. אבל לולא זאת אמינא דהדר ילפינן תפלין ממזוזה. דהוקשו להדדי כנ"ל. אלא דאכתי קשיא לדעת תוס' שם דגזירה שוה לא קאי על שרטוט. רק מהלכה למ"מ לחוד הוא דמזוזה צריך שרטוט. ואפילו הכי בתפלין אין צריך שרטוט. ולא ילפינן מהיקישא. דהרי אנן פסקינן דהיקישא קאי גם על הלכותיהן. גבי ס"ת שתפרו בחוטי פשתן וביותר קשה שתוס' בעצמם הקשו שם (דף ל"ב] בד"ה הא דאמאי לא ילפינן בגז"ש דכתיבה כתיבה גבי ס"ת לדעת ר"ת. ולא הקשו מתפלין לכולי עלמא דהוקשו למזוזה. כדאיתא במס' קידושין וכמש"כ לעיל. וצריך לומר דסברי כדעת נימוקי יוסף שם. וזה לשונו אין צריך שרטוט. לפי שהקלף דק הרבה ושמא יקרע. ביאור דבריו. דלא ליתן טעם על ההלכה בא. דמי הכריחו לזה להטעים הדבר שיצא ממלכו של עולם. וכמו דוכסוסטוס דכשר במזוזה ולא בס"ת ותפלין. וגויל דכשר בס"ת ופסול בתפלין לכולי עלמא. ובמזוזה לדעת תוס'. אלא דקשיא ליה דכשם דהוקשו תפלין למזוזה לכל דבר לענין כתיבה תמה ועל דיפתרא ואשורית ובדיו לדעת רוב הפוסקים. ובוודאי אינו אלא משום דהוקשו להדדי. ומאי שנא שרטוט שאין צריך. ומשום הכי הכריחו לבאר דש"ה דטעם יש בדבר. משום דכמה פעמים יקרה שהקלף דק הרבה. ואם יצטרך לשרטט יבטל ממצות תפלין לגמרי. מה שאין כן גבי מזוזה דנכתב על דוכסוסטוס. וגם על הגויל לדעת הרא"ש שם. וס"ת נכתב על הגויל. משום הכי נמסר לחכמים דלענין זה לחוד לא ילפינן מהיקישא. גם אפשר לומר דתוס' סברי כדעת רמב"ם בפרק א' מהלכות תפלין הלכה י"ב] וזה לשונו הלכה למ"מ שאין כותבין ס"ת ומזוזה אלא בשרטוט. אבל תפלין א"צ שרטוט לפי שהן

מחופין. עד כאן לשונו. וגם אין צריך בדיקה לעולם. כמו שכתב בסוף [פרק ב'] שם. נמצא ראיה ברורה גם מדברי הרמב"ם ונמוקי יוסף הנ"ל. דמסתמא הוקשו להדדי לכל הלכותיהן רק מפני טעמים הללו יצאו מהיקישא. ומזה נראה דהרמב"ם ונמוקי יוסף סברי כדעת תוס' במס' ר"ה גבי שופר דיובל. דלא ילפינן מגז"ש דראש השנה לענין כפופים משום שסברא מחלק ביניהם. ועיין (דף כ"ו] תוס' ד"ה של יעל ולא כרא"ש שם]:

ומעתה אין לאחוז ולהסתבך בצילא דהיתרא במאי שכתבנו לעיל אות א' אות קטן ב'] שהרי נשתנו לענין דוכסוסטוס וקלף דהתם ניתן לכל אחד הלכה בפני עצמו. ואין לתת טעם לגזירת המלך דס"ת על הגויל. ותפלין על הקלף. ומזוזה על דוכסוסטוס מה שאינו כן לענין שרטוט וכדומה. שההלכה רק על מזוזה לחוד ולהכי בזה הוא שחתרו רבותינו ז"ל למצוא דרך סלולה. דמפני מה לא ילפינן מהדדי. שהרי הוקשו לכל דבר ולפי זה גם לענין כקובה וכזנב דפסול גבי מזוזה. פשיטא שגם בתפלין פסול. שהרי הוקשו לכל מילי. ואע"ג דגבי ס"ת כשר בדף האחרון. היינו טעמא דבלא זה קשיא דלמה התירו בדף אחרון להיות מקצר והולך ולעשותו כזנב דפסול גבי מזוזה. ואין לומר משום דאי אפשר. שהרי אפשר בשתים שתים דכשר במזוזה. כדאיתא שם להדיא בברייתא דלקמן. ואין לומר דאיירי שלא יספיק לו בזה. דהרי פשוט שיכול לכתוב בדף האחרון שורה אחת או שתים ויותר שלימות. ואחר כך יקצר בשתים שתים. אלא ודאי בעל כרחו צריך לומר. דמידי טעמא דעשאו כקובה וכזנב דפסול. משום שנראה כאילו כותב דבר שאינו של חובה. ומצייר ציור כרצונו. ומשום ביזוי מצוה הוא שיצא מתורת כתב לגמרי. ולהכי בדף אחרון שלא נשאר לו רק פסוק אחד. דנראה בעליל שאינו עושה כן מפני רצונו. רק מפני ההכרח המכריחו שלא יצטרך לגנוז היריעה שנתקדשה. שוב אין בזה פסול. וכשם דמותר לכתוב שתים שתים אע"ג דבתוך הספר אינו רשאי מפני שנראה כאגרת. דכיון דמפני ההכרח הוא שכתבו שתים שתים. שוב לא נראה כאגרת כן רשאי גם כן לקצר. כפירוש רש"י מהאי טעמא גופא. דוגמא לזה מצינו גם בדאורייתא. עיין סנהדרין מ"ו עמוד א'] המלין את המת עובר בלאו. ולכבודו או לכבוד החיים מותר אפילו לר' יהודה דסבירא ליה דבר שאין מתכוין אסור מן התורה בכל התורה כולה לבד במלאכת שבת אסור רק מדרבנן. עיין שבת דף מ"א] תוס' ד"ה ומיחם. אלא ודאי דהכא שאני דרחמנא לא אסרו רק משום ביזוי. ולהכי היכא דמלינו משום טעם אחר מותר. ומעתה תו אין להסתבך בסבך דהיתירא. במש"כ לעיל [ובאות קטן א' ואות קטן ד"]:

ז **ועתה** נברר ונלבן בעיקר הפסול דכקובה וכזנב. ובמאי שרמזנו [באות ו'] בטעמא דכקובה וכזנב. דלא מצד הסברא לחוד כתבנו כן. אלא דבעל כרחו צריך לומר כן. דאין

לומר דטעמא דמלתא משום דנראה כאגרת. שהרי איתא שם דף למ"ד] ולא ירבה בדפים מפני שנראה כאגרת. ועיין שם ברש"י. דהיינו שכותב שתי תיבות בדף אחד. ולקמן (דף ל"א] אמרינן להדיא דמזוזה שכתבה שתים שתים כשירה. וגם אין לומר דטעמא דר' יוחנן דפוסל בעשאו כקובה. לא משום דנראה כאגרת. אלא משום דהוי כאגרת ממש דפסול לגבי מזוזה. כדאיתא שם (ל"ב] אמר ר"י אמר שמואל כתבה אגרת פסולה מאי טעמא אתיא כתיבה כתיבה. ולפי"ז היה קצת מקום לטעות ולומר דגבי תפלין כשרים. לטעם הרמב"ם דמפרש ליה לענין שרטוט ומשום דמחופים כשרים]. חדא. דאם כן למה דחקו הפוסקים הלא הם בעלי התוס' דסברי דבכל מקום דכתיב ספר להדיא. אפילו הכי אין צריך שרטוט. רק גבי מזוזה משום הלכה למ"מ. וגבי מגילה דהוקש למזוזה. משום דכתיב דברי שלום ואמת. וכן שאר הפוסקים אע"ג שחלקו על רבינו תם וסברי דס"ת צריכה שרטוט וכן פרשת סוטה. מכל מקום משום דקשיא להו דבעל כרחו האי דר"י אמר שמואל לא קאי על שרטוט משום שהוא מצד הלכתא. וכן איתא להדיא ברא"ש ונמוקי יוסף ודחקו לפרש בלא דקדק בחסירות ויתירות. דזהו מילתא דפשיטא שהרי כתיב והיו בהווייתן יהו. ולא איירי ביה בכל פרקין עד כה. ואמאי לא פירשו בדתני לעיל כשעשאו כקובה וכו'. אלא ודאי משום דמשמע מדברי ר' יוחנן דהיכא דעשאו כקובה פסול מצד עצמו. ולא צריכא ללמדו בגזירה שוה. ובעל כרחו צ"ל בטעמא דידיה משום דנראה להדיא כמצייר ציור לעצמו. ולא ככותב דבר של חובה. וכן נראה מפשטות לשונו ובלבד שלא יעשנה כקובה כו'. דנקטה דרך שלילה ואזהרה. ולא להשמיענו פסולו הוא דאתי. משום דמלתא דפשיטא הוא. ומצד סברא החיצונה הוא. ולא משום גזירה שוה הוא. שהוא מצד גזירת הכתוב. דאם כן הוה ליה למינקט ולאשמועינן עיקר הדין ולפרשו משום גז"ש. כמו דנקטו ומפרשי במילתא דשמואל. וזה ברור ופשוט. ואין לנטות מזה זיז כל שהוא. וכיון שכן גם בתפילין מילתא דפשיטא דפסולין:

ח **ואגב** דעסיקנא בזה יש לבאר, דלכאורה קשה לדעת הפוסקים הרא"ש וסייעתו, דסברי לדינא כדעת רש"י, דבכל מקום דכתיב ספר אזי פשיטא דצריכה שרטוט משום הלכה למ"מ, ומפרשים מלתא דשמואל בכתבה אגרת דלא כדעת רש"י דקאי על שרטוט ומצד גז"ש, כיון דהוי מצד הלכה למ"מ, וכיון שכן עדיין קשיא הלכתא למה, כיון דסוף סוף הרי איכא גז"ש, יהיה לאיזה ענין שיהיה, מכל מקום ממילא משמע גם לענין שרטוט, דאין היקש למחצה, דבשלמא לדעת רבינו תם לא קשה, דכיון דסבירא ליה דגם בס"ת לא בעי שרטוט, אף על גב דכתיב ביה ספר, תו ליכא גז"ש גבי מזוזה, רק מצד הלכתא לחוד, אבל לדידהו דסבירא להו בזה כדעת רש"י דס"ת צריכה שרטוט, ואפילו הכי לא ניחא

להו לפרש מלתא דשמואל דקאי על שרטוט, דכבר אתיא מהלכתא, ומשום הכי מפרשי דקאי על חסירות ויתירות, וקשיא דאם כן הלכתא למה לי, וכמו כן מקשה בגמ' סוכה [דף כ"ח עמוד א'] הלכתא למה לי, וצריך לומר דלקושטא גם לדידהו ניחא, משום האי טעמא גופא דכתיבנא לעיל באות ו'] לרש"י, דהלכתא אתיא לאפוקי תפילין דהוקשו למזוזה, ואפילו הכי לא ניחא להו לפרש מלתא דשמואל כן דקאי על שרטוט, משום דמשמע מלישניה דעיקר פסולו דכתבה אגרת הוא דאתא לאשמעינן, ואי אמרת דקאי על שרטוט לזה לא צריך לגז"ש, שכבר נשמע מהלכתא:

ט **ולפי"ז** נסתלקו ונהרסו כל צדדי היתרא שכתבנו [באות א'] גם מה שכתבנו לעיל [באות קטן ה'] משום הבו דלא לוסיף עלה, כיון שלא נעשו רק מצד אחד, ממילא בטל, כיון שכבר נתברר במסמרות נטועים, דתפילין שווין בכל הפסולין למזוזה, וכיון דמזוזה פסול אף מצד א', כמו שכתב הש"ך שנתקבל הוראתו בכל העולם במקום שלא נחלקו עליו גדולי האחרונים להדיא בראיות ברורות, גם יש ראיה קצת לדבריו, דאי לא תימא הכי, אמאי אמרינן דבסוף הספר רשאי לקצר, דהיינו בכל שורה ושורה משני צדדים, כי היכי דלסיים בסוף הדף, עיין מנחות דף למ"ד ע"א] וברש"י שם, הרי יכול לעשות בהיתרא שיקצר מצד א', דאז הוי כתיבה מעלייתא, ותו לא שייך לומר גם מה שכתבנו לעיל [בסוף אות ו'] משום דנראה בעליל שמפני ההכרח הוא מקצר והולך משני צדדים, כיון שיכול לקצר רק מצד א', דאזי כשר אף לכתחלה, ודוחק לומר דאיירי דוקא בגוונא שלא יספיק לו, שהרי יכול למשוך ברצונו באלכסון:

גם הרב המופלג מוה' יודל נ"י הציע לפני בעת ששאל ממני, ויפה כיון להביא הראיה על זה, מפי' רש"י והרע"ב ד'] ממס' כלאים בשתים כנגד שתים ואחד יוצא זנב, שפירשו כן, דהיינו בשורה ראשונה שלש ובשניה שתים, והיטב אשר דיבר לכאורה, אכן יש לגמגם שהרי גם במזוזה פסול להדיא כקובה או כו' דוקא בשלש שורות וקיצר בכל שורה יותר, כדמשמע להדיא מלשון רש"י שם, אבל בשתי שורות לא, וראיה מעל הארץ, דפליגי בש"ס אם בראש השטה, אם בסוף השטה, ואם נדמהו לכלאים לגמרי, הרי התם נקרא כרם בכהאי גוונא:

י **גם** שמעתי פה שחכם אחד כבר הורה שפסולין הם. איברא התחכם להכשירם הואיל וכבר נעשו. לנקוב את העור משני הצדדים בגליון. דאזי כיון שאינם ראויים לכתוב שם. שוב לא נשתנו לגריעותא. ולפי ענ"ד נראה ברור דלא כיוון בזה להלכה וכבודו במקומו מונח. ובמחילת כבוד תורתו שגה בזה מכמה טעמים. חדא דלא מסתבר כלל שבהוסיפו מגרעת בקלף יוכשר הפסול והיכן מצינו כאלה. זולת היכא שציינו חכמינו

ז"ל בעצמם לחדושא. כגון סוכה שנפסלה בג' טפחים אויר ומלאהו בסכך פסול. עיין סוכה (דף י"ז). וכן בשטרות שהרחיקו שני שיטין מן הכתב ומלאוהו בקרובים בבא בתרא קס"ב). ואף אם תימצי לומר שגם בנדון דידן נידון כמוהו. לפלא יהיה. היפלא מהם דבר. ומדוע לא השמיעונו תקנתא. דהיכא דעשאו כקובה או וכו' יעשה נקבים מן הצדדים. כי לשון חכמים מרפא וכמו ששנו לן בגוונא דלעיל. וכן בריש עירובין מבוי שהוא גבוה למעלה מעשרים אמה ימעט. ואין לומר משום דכקובה או וכו' הוי פסולא דאורייתא. ודמי לסוכה דנקט פסולה כדאיתא שם. דהתם תקנתא ממילא נשמע ממבוי. דמאי שנא. דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון. ומשום הכי שינה בלשונו ונקט פסולה. לאשמעינן דבלא תיקון פסולה מדאורייתא. אבל למשבק תקנתא לגמרי לא מצינן. ודרך זר הוא ורחוקה מדרך האמת. וכאשר יתבאר עוד לקמן באות שאחר זה בראיות ברורות. ועיין באשר"י חולין פרק בהמה המקשה [סימן ז'] מה שהרעיש על הרמב"ן דסבירא ליה דנחתכו רגליה במקום צומת הגידין שיחתוך למעלה ותחזור להכשירה. ואפי' לדעת הרמב"ן שם. לא דמי דמתניתין איירי לאחר שחיטה. ועוד דכיון דקתני במתניתין להדיא דנחתכו רגליה מן הארכובה ולמטה דכשירה. אזי ממילא נשמע דהוא הדין אם חתכו בידים אחר כך. לסברא דידיה דכבר יצאה משם טריפות שהיה בה חסרון ונכנסה לכלל מסוכנת כמו שכתב שם:

ולא עוד אלא אפי' חתך מתחלה את הקלף כקובה וכתב עליו כמדתו. אזי למאי שכתבנו לעיל בסוף אות ו' ז'] דמשום ביזוי מצוה יצא לגמרי מתורת כתיבה. וכיון שהפסול הוא בכתיבה עצמה. תו לא עדיפא במאי שהקלף עצמו בצורה זו גם כן. הכי אין די בקלפים דעלמא. מעתה לפי זה אף אם תימצי לומר דהיכא ששייר בתוך הפרשה כשיעור פרשה. דרשאי לעשות נקב באותו מקום. דשאני התם. כי היכי דלא נצטרך לסלק יריעה שכבר נתקדשה. כמו שהתירו חכמינו ז"ל בסוף הספר לקצר משני צדדים. מהאי טעמא גופא. וכמו שכתבנו לעיל [באות ז']. ועוד דהתם בהניח כשיעור פרשה אין הפסול בכתיבה. רק בקלף הפנוי. לכן כאשר יסיר הגורם אפשר דחוזר להכשירו. מפני שבכתיבה לא נשתנה מאומה:

יא **עיין** סוטה [דף י"ז] בתוס' ד"ה כתבה אגרת. דמספקא להו בפרשת סוטה דבעי שרטוט. אם כתבה ואח"כ שירטט. אם נימא דכיון שנכתב בפיסול תו לא מהני מידי. או דלמא כיון ששירטט אח"כ חוזר להכשירו. ולכאורה תמוה דא"כ מאי מקשה בש"ס מנחות [דף ל"ב] מס"ת ותפלין שבלו דאין עושין מהן מזוזה לפי שאין מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה. טעמא דאין מורידין כו' והא מזוזה בעי שרטוט. שהרי יכול

לשרטט אח"כ. ומצאתי באחרונים שהניחו בתימה. אולם חלילה לנו לחשוב שנעלם מעינם הבדולח סוגיא שלימה וצריך לומר דבמזוזה פשיטא להם דלא מהני שרטוט אח"כ כיון דבעי שרטוט לכתחלה קודם כתיבה. תו לא יכול לתקנה על ידי שרטוט. דהוה כעין שלא כסדרן דפסול גבי מזוזה דכתיב ביה והיו. מה שאין בפרשת סוטה דלא כתיב ביה והיו. דכשר שלא כסדרן רק שלא יכתוב למפרע שהתיבות כתובים להיפך נלמד מדכתיב האלה. אבל היכא שכתובה לפנינו כמו שכתובה בתורה רק שדילג בשעת הכתיבה תיבה או אות וכתבה אח"כ על מקומו הראוי לו כסדר שכתובה בתורה. פשיטא דכשר בפרשת סוטה. משום הכי מספקא להו בפרשת סוטה לענין שרטוט. והוא הדין בס"ת. אבל במזוזה דכתיב ביה והיו. דפסול גביה שלא כסדרן. פשיטא להו דלא מהני שרטוט אחר כך. דלא מיבעי לדעת ר"מ בהגהות מיימוני'. מובא בבית יוסף אורח חיים [סימן ל"ב]. דגם בדיבק אות לאות לא מהני גרירה אח"כ אע"ג דלית ביה משום חק תוכות. משום שהאות עצמו הוא כתיקונו. מכל מקום היכא שכבר כתב אות שלאחריה לא מהני גרירות הדביקות משום שלא כסדרן. אם כן גם בשרטוט נוכל לדון כן. אלא אפי' לדעת החולקים דמכשירין גם בתפלין לגרור הדביקות. וכן פסקי' בש"ע [סימן ל"ב סעיף כ"ה]. יש לחלק דשאני התם. שהאות בעצמו היה יכול לכתוב בלא נגיעה כלל. רק ששגג במילתא יתירתא ונגע בחבירתה. יכול לגרר הדיבוק ולית ביה משום שלא כסדרן. מה שאין כן בשרטוט שחסר מעשה שלימה הצריכה. פשיטא להו דאית ביה משום שלא כסדרן:

נמצא לפי זה. הגם שיתאמץ הרב הנ"ל (באות שלפני זה) להעמיד ע"ד שבאם הקלף היה מתחלה נקובה וכתב עליה בצורה זו מפני שהיו בו נקבים מן הצדדים. וכתב עליו כקובה מצד הכרח הנקבים. דכשירה. אבל לתקן אחר כך פשיטא דלא מהני גבי מזוזה ותפלין. כדמוכח מתוס' הנ"ל. משום שלא כסדרן. דאי לא תימא הכי הדרא קושיא לדוכתא מקושיית הש"ס הנ"ל. נמצא שגם אם תימצי לומר דהיכא שהיו נקבים מתחלה מן הצדדים. ובלתי אפשר אז לכתוב השורות כסדרן. רק הוכרח לעשותן כקובה, כשרות. אבל לתקן אח"כ על ידי נקבים פשיטא דפסול במזוזה ותפלין משום שלא כסדרן. כדמוכח מתוס' גבי שרטוט:

יב **ובהצעת** הדברים האלה נקיל מעלינו קושיית תוס' שם סוטה דף י"ז:] בד"ה דכתיב וכו' האלה. וזה לשונם תימה לר"י וכו' דקריאת שמע לא יקראנה למפרע לרבנן מוהיו כו'. ואמאי לא נפקא להו מהאלה כי הכא הדברים האלה כדכתיבנא. ולפי מה שכתבתי דבפרשת סוטה פשיטא דלא הקפידה תורה אם כתבה שלא כסדרן. רק שתהיה כתובה

לפנינו כמו שכתובה בתורה. הגם שכתב המאוחר תחלה מן המוקדם. כיון שהשלים אח"כ את הכתוב תחלה בראשונה. נמצא שפרשה כתובה לפנינו כמו שכתובה בתורה דלית ביה שום פסול. שהתורה לא הקפידה רק שהפרשה תהיה בסופה כסדר שכתוב בתורה. גם אם כתב מתחלה דרך משל. ירך ולנפיל. כמו שפירש רש"י שם. ומחק אח"כ את תיבת ירך שכתוב בתחלה, וכתבו אח"כ כסדר שכתוב בתורה. פשיטא דכשר. כיון דלאו משום למפרע קפדינן בפרשת סוטה רק משום הדברים האלה. והרי איתא לפנינו כמו שכתוב בתורה ולפי זה גם בקריאת שמע בקראה למפרע איתא נפקותא זו, בין אם נלמדנה מהדברים האלה ובין אם נלמדנה מוהיו. כגון דרך משל אם יקרא ישראל שמע דהשתא דפסלינן מוהיו. דהוראתו הוא שלא יקראנה למפרע נמצא כשנודע לו מיד שלא יצא משום למפרע. אזי גם תיבת שמע צריך לחזור עוד הפעם. כיון שגם תיבה זו נפסלה משום שקראה למפרע. אבל אם נלמדנה מהדברים האלה שהוראתו רק שיקרא כמו שכתוב בתורה. אזי די אם יקראנה השתא כמו שכתוב בתורה. ודי לו בתיבת ישראל לחוד אם יחזור עוד הפעם ויקרא מן תיבת שמע שקרא כבר ולהלאה כסדרן ועיין אשר"י ראש השנה [דף ל"ג:] שמביא בשם הירושלמי גבי תקע בראשונה ומשך בשניה כשתים אין בידו אלא אחת דהיינו תקיעה ראשונה. אבל השניה שהאריך בה כדי לצאת גם מראשונה של זכרונות. לא יצא גם משום מלכיות. וצריך לתקוע פעם אחרת למלכיות. והכא נמי היכא דקרא תיבת שמע למפרע צריך לחזור ולקרות גם תיבת שמע משום שנתכוין לקריאה פסולה. דילפינן מוהיו דקריאה למפרע לא שמה קריאה ואפי' לדעת רמב"ן החולק שם. (ובש"ע סימן תק"צ הובאו ב' דעות אלו]. דהתם נתכוין מיהת לתקיעה דמצוה שעוסק בו גם כן. רק שהוסיף עוד לצאת גם משום זכרונות. משום הכי לא נפקע ממנו תו תקיעה דמלכיות שנתכוין לו תחלה. אבל הכא לא נתכוין מתחלה אלא לקריאה פסולה. עיין ברכות (דף י"ב ע"א היכא דנקט כסא דשכרא לפירוש רש"י ותוס' שם:

יג במאי דמספקא להו לתוס' הנ"ל. בפרשת סוטה וכן בס"ת דבעי שרטוט לדעת רש"י וכה"פ זולת רבינו תם] אם מהני שרטוט לאחר כתיבה. לכאורה נראה לראיה ברורה דמהני. דאם לא כן הדרא קושית תוס' מנחות [ל"ב:] ד"ה הא מורידין, לדוכתיה. שהקשו שם לדעתם דכל היכא דכתיב ספר בעי שרטוט. ממגילה (דף ט"ז] דברי שלום ואמת דקאי על ס"ת. דאם כן היה לו לדרוש מדנקראת ספר כדדרשינן התם דף י"ט] דרשא אחריתי מדנקראת ספר לענין תפירה וכו' וכתבו שם. וזה לשונם. ומיהו יש לומר דאי מדנקראת. הוה ליה לאשכוחי חד עניינא דלא ליבעי שרטוט. כיון דנקראת כמו כן אגרת. כדאמרינן נמי לענין תפירה דלא צריך לתופרה כולה בגידין. עד כאן לשונם. תמצית

דבריהם. דבשלמא לענין תפירה יש במציאות להמציא דרך ממוצע כדי להשוותו לספר. וגם להשוותו לאגרת. דאם הטיל בו שלשה חוטי גידין דכשרה ועיין שם. אבל לענין שרטוט לא אשכחן דבר להתמצע ביניהם והשתא אם איתא דבס"ת ובסוטה דכתיב בהו ספר פסול אם שירטט אח"כ. אם כן גם לענין שרטוט יש ויש דרך ממוצע דבמגילה דכתיב ביה ספר דבעי שרטוט. וכתיב נמי אגרת לענין דאם שירטט אח"כ נמי מהני. אבל אי אמרינן דגם בס"ת מהני אם שירטט אח"כ, ניחא. אבל אכתי יש לדחות. דלעולם אימא לך דגם בס"ת פסול אם ישרטט אח"כ. ואפי' הכי לא מצינן להשוות גבי מגלה לענין שרטוט בכהאי גוונא. דאם כן אכתי לא דמי לא לספר ולא לאגרת.. דבשלמא לענין תפירה איכא במקצתו דדמי לספר לגמרי. ובקצתו דדמי לאגרת לגמרי מה שאין כן לענין שרטוט. ועיין:

יד אכתי יש לברר בפסול דקובה או כו', אם הוא דווקא בפרשה שלימה, או כל ששינה בשלש שורות זה אחר זה בציורים האלו, ואפי' לא הגיע לפסוק אחד גם כן פסול. והנה דרך כלל נראה פשוט דבכל פסולים דלית לן טעם נכון וברור לחלק בין פרשה שלימה לפסוק אחד. אזי אפי' בתיבה אחת נפסל. ורא"ה מקראה למפרע גבי קריאת שמע ומגילה והלל, דיש גם כן מקום להתעקש ולומר שהוא דווקא בפרשה שלימה או פסוק אחד ומבואר שם דאפי' בתיבה אחת לא יצא ברא"ש מובא בבית יוסף סימן ס"ד] לכן אם דילג תיבה אחת באמצע והשלים כולו. צריך לחזור ולקרות מן תיבה שדילג עד לסופו, ולא יצא בדילוג לחוד משום למפרע, עיין סימן תר"צ סעיף ו' ובמגן אברהם סעיף קטן ט"ו [ובאשל אברהם שם ס"ק ט"ז] שאם השמיט תיבה אחת הן הקורא הן השומע לא יצא, ולא די לו באם יקרא התיבה שדילג לחוד. ועיין [סימן קל"ז במגן אברהם], רק גבי עשאו כשירה דפסול בס"ת מנחות דף ל"א ע"ב] הוא שהוסיף הרמב"ם בפרק ז' הלכה י"א] וזה לשונו. או שכתב השירה כשאר הכתב, או שכתב פרשה אחת כשירה, הרי זה פסול, הרי שהוסיף בצחות לשונו, בסיפא פרשה אחת, ולא ברישא, והיינו טעמא דפשיטא גבי שירה כיון שנתקבל לנו ציורו ודמותו, אזי כל היכא ששינה אפי' בשורה אחת פסול, כמו בכל הפסולין דלא מפלגינן בין פרשה שלימה לפסוק או תיבה, אבל היכא דשינה להיפך וכתב כדמות שירה, לא הוי שינוי אלא בפרשה שלימה, משום שכל השירות שבתורה, המה פרשיות שלימות, לכן כל היכא שלא כתב פרשה שלימה, לא מיקרי עדיין עשאו כשירה:

ובזה מובן לנו היטיב כל הדקדוקים והשינויים בזה שנמצא בדברי רבותינו הראשונים. הנה רש"י בפירושו מצייר כזנב, בציור קוים, ואח"כ מפרש, ג', ושנים, ואחד, וכקובה

הוא להיפך, ובספר סם חיים מרבינו ישעיה הזקן פירש, ה' ד' ג' ב' א' ועל כקובה נקט להיפך גם כן בחמשה שורות ולא הביא כלל דעת רש"י, ויש להתבונן בדבריו דמאי בעי בהוספה זו, דמסתמא אין דעתו לחלוק על רש"י וכל הפוסקים דדי גם בשלש שורות בלא ראייה מכרחת ושלא יביא דעתם כלל. גם בדברי הנמוקי יוסף וכסף משנה שמפרשים גם כן כדעת רש"י, וביארו על כקובה, כגון בשורה אחת והיו. ב', הדברים האלה. ג', אשר אנכי מצוך, עכ"ל. יש לדקדק שהוא שפת יתר, הכי לא נדע כזאת מעצמנו מפירוש רש"י שמפרש כן (על תי'), ומדוע בחרו לצייר באלה דווקא:

ונראה לבאר דהנה פירש שם בסם חיים הנ"ל על איבעיא, ב', ג', א', מהו, הוסיף שם וזה לשונו, פירוש בענין זה כתב כל המזוזה. ויש לכאורה לספק בדבריו, אם לרבותא דמסקנא נקט דאפי' בכולו כשירה, או דלא איבעיא ליה אלא בכולה, אבל בפרשה אחת פשיטא ליה דכשירה, או דלמא דלא איבעיא ליה אלא בכוליה, אבל בפרשה אחת מסתברא דפסולה, בין לסלקא דעתא ובין למסקנא. והטעם דנתנה לנו בקבלה השני ציורים הללו, דמות הס"ת כולו, ודמות שירה, ואם שינה בהם פסול. לכן במזוזה אפשר לומר כיון דלא ניתנה בפירוש באיזה ציור, הברירה בידו, או בדמות ס"ת כולו או בדמות שירה, או דלמא דמסתמא אזלינן גם במזוזה בתר רובא דס"ת, ואמר ר"נ בר יצחק דכשירה, היינו דווקא בכולו, אבל תרתי דסתרי בחדא גם למסקנא פסול, לדעת המחבר הנ"ל. ונראה דמסתברא דדעתו כפן השלישי, וכמו שכתבתי באחרונה, דאי כפן הא' הוי ליה לציין את דבריו על הפשיטות דר"נ בר יצחק ולא על האיבעיא, כיון דבין כך ובין כך קא מיבעיא. וגם כפן השני ליכא למימר, דבחדא פרשה פשיטא ליה דכשרה רק בכולו הוא דמבעיא ליה, דאם כן במסקנא דהא דקתני בברייתא עשאה כשירה פסולה, קאי על ס"ת, הכי סלקא דעתא דדווקא כולו, וממילא נשמע דלסלקא דעתא דקאי על מזוזה קאי גם כן אפי' על פרשה אחת. ואין לומר דאם כן גם למאי שכתבתי באחרונה קשיא, דהוה ליה לתרוצי דקאי על מזוזה גם כן, ועל פרשה אחת, דמודה ר"נ ב"י דפסול, דזה אינו דמשמע מלישנא דברייתא דמשום דעשאו כשירה הוא דפסול. ולדידיה לא איכפת לן בציור זה, רק משום תרתי דסתרי הוא דפסל ליה:

ועתה במסלה זו נעלה מרישא עד סיפא, כיון דאמר ר"י עשאו כשירה כשרה, ומסיים ובלבד שלא יעשנה כקובה או כזנב, דמשמע דפסולא דסיפא איירי אפי' בדמיון הכשירא דרישא, דאיירי דווקא בעשאו כולו כשירה, ועל זה קאמר דבקובה אפי' עשאו כולו בציור זה פסולה, דאי במקצתו, אפי' כשירה פסולה, גם משמע לרבותא הנ"ל מלישנא

דר' יוחנן דאמר ובלבד שלא יעשנה כקובה כו' דמשמע להדיא דמלבד זה במאי שעשאו בציור משונה עשאו כולו כהלכתו וכמצותו:

וע"פ יסודות אלו יתבארו על נכון דברי רבותינו הנ"ל, דלא פליגי אהדדי, רק דרש"י מפרש הציור ג' תיבות, ג', ב', א', קאי על פרשה ראשונה, שהם במספר ארבעים ושמונה תיבות, וכשכותב שמונה פעמים, ג', ב', א', נשלמה פרשה ראשונה, ורבינו ישעיה הנ"ל קאי על פרשה שניה שהם במספר מאה ועשרים תיבות, מלבד על הארץ שצריך לכותבו בתחלת שטה, כדאיתא שם כי היכי דמרחקא כו', וכשכותב ה', ד', ג', ב', א', שמונה פעמים כלה הפרשה כולה, ונמצא דתיבת השמים כתוב בין שתי תיבות שבתחלת השטה שכתובה במספר ה' תיבות, ובין שתי תיבות האחרונות שבסוף השטה, והשתא כשכותב תיבת על הארץ בסוף החמש שטות, וכותבם כנגד שתי תיבות שבראש השטה, נמצא דמרחקא תיבת הארץ מן תיבת השמים. והוא הדין היכא דכתב פרשה שניה, ה', ד"א ג', עשרה פעמים גם כן ניחא, רק דיותר ניחא ליה להשוות פרשה שניה לפרשה ראשונה בכל מה דאפשר, וכיון דבראשונה כתובה תיבה אחת לבסוף, נקט כן גם בשניה, אבל אם נימא דגם בפרשה שניה איירי כשכותב ג', ב', א', וכתב כן כ' פעמים, דעולה גם כן למספר ק"כ תיבות מלבד על הארץ, כנ"ל, דהשתא תיבת השמים כתובה בין תיבה אחת שבשטה ראשונה ושבשטה אחרונה, נמצא דתיבת הארץ מכוון ממש כנגד תיבת השמים, איברא כל זה בפירושא דר"י דקאי על רישא דעשאו כשירה דמשמע דומיא דרישא, היינו בעשאו כולו, ולהכי הוצרכו לפרש בו כנ"ל. אבל הנמוקי יוסף קאי לדינא ולפסק הלכה, וחידש לן דלא נטעה לומר דווקא דעשאו כולו כקובה או פרשה שלימה דווקא הוא דפסול, דומיא דעשאו כשירה בס"ת דפסול, דווקא בפרשה שלימה, כמו שכתבתי לעיל בשם הרמב"ם, להכי נקט והיו הדברים האלה, דאפי' כשכתב בתחלתו ובסופו כהווייתן רק באמצע התחיל לשנות בצורות האלו גם כן פסול:

ולפי זה נראה ברור דכל היכא דשינה וכתב בצורות האלו ולאו דווקא היכא שכתב תיבה אחת לבסוף, אלא אפי' היכא דכתב אפי' פסוק אחד או אפי' חציו, ז', ו', ה', גם כן פסול לגמרי, בין במזוזה בין בתפלין, וכן בס"ת מלבד בדף אחרון היכא דלא אפשר, משום דלא ליתי לבזויי היריעה שלפניה שכתוב בקדושה וכהלכתו, וכמו שכתבנו לעיל באות ו'):

כן נראה לפי ענ"ד ברור כשמש בצהרים, לכן שאלתי ובקשתי להסיר המכשלה הזאת מגבולכם, ואל יתאמצו עוד להעמיד הדברים על דעתם כנגד דעת רבותינו הראשונים אשר כל דבריהם כגחלי אש, ולבל יהי כזאת לכם למכשול ולפוקה. הלא יש בכם תלמידי חכמים גדולים מופלגים בתורה ויראה, עמדו וחקרו במישרים, ואז תמצאו האמת באור

מצוחצח בעזרת השי"ת, ואל תעלימו עיניכם מזה, כי לא דבר נקל הוא. אחי יקירי שקלו נא בפלס מאזניכם הצח, מדוע שנסתי מתני לטרוח להתאמץ בזה עד כה, ולבוא עד הלום, אם לקנות לי שם לתהלה בגבולכם, חלילה מחשוב כזאת, כי מעודי רחקתי מרחק רב מדרכים האלה ולא חפשתי עד כה דרך צלחה, רק במנוחה בחרתי, וכשמוע שמעתי הדברים מן ידיד נפשי הרב וכו' מהור"ר יודל נ"י ובקש ממני להאריך על הגליון את דעתי בזה, תסמר שערת בשרי, וחרדה לבי בקרבי, כי לא נשמע כאלה בכל הגלילות, אמרתי לא עת לחשות הוא, כי גדלה המכשלה הזאת, לכן גם אתם הלא אב אחד לכולנו, עמדו ואזרו חיל, בכרוזים ובאיומים גדולים ועצומים, לבל יוסיפו הסופרים לשלוח בעולתה ידיהם, ויאמנו ידיהם להוליכם במישרים, ואז ישכילו, ואז יבקע כשחר אורם, ויזכו לרב טוב הצפון, ויקרב קץ גואל צדקנו, ואז נתענגה יחד על רוב שלום, בהשגה יתירה ועצומה, באמונתנו ובתורתנו הקדושה. דברי ידיד לכל ההוגים בתורה הקדושה, ועומדים על משמרתה, להקימה ולהרים מאשפות נזרה בקיום מצוותיה:

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זלה"ה:

סימן ב

בדיני ביהכ"נ

בנידון בית הכנסת של חומה שכבר בנו אותה עד הגג ועמדה זה כמה שנים, ואין יכולין לגמרה מחמת רוב הוצאות שיעלה עוד ע"ז, אם רשאים למוכרה

תשובה

א בקדושת ביהכ"נ היכא שכבר התפללו בתוכה אפי' באקראי יש בו משום שני דברים, אחד, משום שינוי מצוה ואכחושי מצוה, והשנית, משום קדושה דאית בה, דחכמים עשאוה כדברים שגופן קדוש, ומשום האי טעמא אי אפשר להפקיע קדושתן רק ע"י חלול על דבר אחר, אפילו ע"י ז' טובי העיר במעמד אנשי העיר, אבל אחרי שנתחלל, אזי בז' טובי העיר במעמד אה"ע רשאין לשנותן לצרכי הקהל אפי' על דבר רשות, ואנשי העיר לחודייהו או זטו"ה לחודא, אינם רשאים לחלל רק על קדושה חמורה, נשמע מזה היכא דלא התפללו בתוכה דלית בה משום קדושה, כמבואר בהג"א ריש פ' בני העיר הגה"ה ד' ובא"ח [סי' קנ"ג סעיף ח'] אזי כל מה דהותרה לז' טו"ה במעא"ה בביהכ"נ שנתקדשה כבר, ע"י חילול על דבר אחר, הותרה להם היכא דלא נתקדשה אפי' בלא חילול כלל, דמידי טעמא דמצרכינן חילול רק להפקיע קדושתן והיכא דלא נתקדשה עדיין, דאית ביה רק משום שינוי דעת המתנדבין ושינוי מצוה ואכחושי מצוה, ולענין זה לא מהני החילול מידי, דסוף סוף נשתנה המצוה ודעת המתנדבין:

ואין לומר כיון שכבר התפללו בתוכה, כבר יצאו ידי חובת המתנדבין, ומשום האי טעמא מהני חילול, והיכא שלא זכו בו גם בדרך חילול לא מהני, דזה אינו, שהרי אפי' לא התפללו בתוכה אלא אורחים לפי שעה, גם כן נכלל בדינים הנ"ל כמ"ש סעיף ח'] שם ומשמע להדיא דלא יצא מן הכלל לכל פרטי דינים המבוארים לעיל סעיף זיי"ן] דזיי"ן טו"ה במעא"ה יכולים למכור אפי' למשתי ביה שיכרא, ומש"ה מותרים ז' טו"ה במעא"ה לשנותן אפי' לדבר הרשות ולצרכי הקהל, ומה שיקשה על זה לכאורה מאיזה מקומות, יתבאר להלן על נכון:

ב איברא כל זה היכא דנבנה ממעות יחידים שהתנדבו, אבל היכא שנתנו והתנדבו דבר מסויים, שאחד מהם התנדב הקרקע, והשאר בנו כל אחד מהם דבר מסויים, זה בנה כותל מזרחי משלו וכן השאר התלקטו ובנו כל א' מהם כפי יכולתם, אזי כל כמה דלא נשתקע שם הבעלים, גם ז' טו"ה במעא"ה אינם יכולים למכור לדבר הרשות. ואפי' אחד מהם יכול לעכב, וכן כשיש לאחד מאנשי העיר דבר מסויים בבנין זה, נמי דינא הכי שהוא יכול לעכב, אפי' נגד ז' טו"ה במעא"ה, ומקור דין זה נובע מערכין [דף ו' ע"ב] ובי"ד (סי' רנ"ט ס"ג] ובא"ח [סי' קנ"ג סעיף י"ד] ומקורו ממרדכי פ' בני העיר, ולהלן יתבארו בכל פרטותיהן:

ג איברא לדבר מצוה יכולין שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר לשנותו אפי' בדבר מסויים ולא נשתקע שם הבעלים, כמו דאיתא שם גבי נר ומנורה, אפי' היכא שהבעלים מעכבין, ולכאורה יש לספק אם דוקא למצוה רבה הוא דיכולין לשנותו גבי דבר מסויים ולא נשתקע, אבל לפחותה ממנו גם זטו"ה במעא"ה אינם יכולים לשנותם היכא דבעלים מעכבים, וטעמא דמילתא דכל היכא דבעינן דבר מצוה דוקא, אזי מכללו נשמע דבעינן דוקא עילוי יתירא כדמשמע ר"פ בני העיר, דבאחת משנים יתלכדו, דגבי בני העיר לבד, או זטו"ה לבד בעינן עילוי יתירה, וזטו"ה במעא"ה יחד גם לדבר הרשות נמי, אכן שיתמצעו הדברים גם במצוה פחותה ממנו לא נשמע, אולם גבי נר ומנורה מבואר במהרי"ק (שורש קכ"ח] וכן הש"ך בסי' רנ"ט ס"ק י"א] מסכים עמו. וכתב שם שאין שום פוסק יכול לחלוק ע"ז דאפי' למצוה הפחותה ממנה יכולין לשנותו, מדמפלגינן התם בגמרא בין דבר רשות לדבר מצוה, ש"מ אפי' לפחותה:

אולם מסתברא דגבי ביהכ"נ גופא באופן שכתבנו בעינן דוקא עילוי יתירא, כיון דעדיין תוכל שתעמוד בקדושתה, ואפי' היכא דעדיין לא נתקדשה, כגון בעובדא דמרדכי שנדר קרקעו לביהכ"נ, כיון דעדיין אפשר שתחול עליה קדושתה, דגז' עבידא דבטלא כדאי' בריש כתובות, והכא נמי אפשר שיתרצו הכות' כמו שמרמז שם המרדכי ע"ז ברמיזותיו,

אבל גבי נר ומנורה שאני, כיון דאיירי התם בדספקי בביה"כ להאיר להמתפללים זולת המנורה ההיא, כמו דאיתא במהרי"ק ובש"ך ובנ"י ריש ב"ב [דף ח'] בשם ר"י ועיי"ש, וכיון דלא נתקדשה מעולם, וגם אי אפשר שתתקדש עוד, שהרי כל עיקר קדושת המנורה הוא מפני שמאירה למתפללים, וכיון שכבר ישנו שם כדי הספוק שוב א"א שתתקדש עוד, ומשום הכי כל מצוה כל דהו מיקרי לגביה עילוי יתירא, שהרי למה שנדרה היא כשרגא בטיהרא וכן נראה ברור. ובזה יתישבו כמה קושיות כמו שנבאר אפס מנהו להלן:

ונמצא לפי"ז גבי מנורה גופא בעינן אחת משניהם, היכא דלא ספקי בביהכ"נ מנורות די ספוקם. אזי גם זטו"ה במאה"ע אינם רשאים לשנותו רק לעילוי, והיכא דספקי גם בפחותה סגי, ותרווייהו מחד טעמא. דהיכא דספקי, גם הפחותה בשם עילוי יכונה, כיון דלא נצרכה כלל לצורך מה שנדר, ונצרכה טפי לדבר אחר ואין לך עילוי גדולה מזו, ומשום הכי הוא דקשי' ליה לש"ך בסי' רנ"ט ס"ק י') על המרדכי דמתיר לשנות המנורה כשלא הדליקו בה עדיין אפי' היכא דלא נשתקע שם הבעלים גם לדבר הרשות דכיון דגבי מנורה איירי בדספקי בלעדו. מה לי הדליקה או לא הדליקה. שגם בהדליקה לא נתקדשה עדיין. ובלתי אפשרי שתתקדש עוד, ואפ"ה אסור היכא דלא נשתקע שה"ב לדבר הרשות, אבל המרדכי לטעמי' אזיל דס"ל דגבי מנורה איירי התם בדלא ספקי ולצורך עילוי, כמו דאיתא להדי' במרדכי ר"פ בני העיר גבי אורח שהתנדב קרקעו לצורך ביהכ"נ. דמחלק שם דגבי מנורה שאני מפני שנתקדשה כבר. אבל מכל מקום הדין עם המהרי"ק דבעיקר הדין לא יחלוק שום פוסק דהיכא דספקי רשאין לשנותן אפילו לפחותה דתרווייהו בחדא מחתא מחתינן להו וכמ"ש:

איברא עדיין קשה על המרדכי. דאיך אפשר לאוקמי ההיא דמנורה בדלא ספקי ובעילוי יתירא כקושי' מהרי"ק מדמפלגינן בין דבר רשות לדבר מצוה. ועשה מזה הכרעה מוכרחת לבלתי ישונה אליבא דכ"ע. גם בלא זה קשי' על המרדכי בפ' בה"ע דמאי קשי' לי' התם מערכין. דמנא ליה דהתם באורח מיירי. ופשטא דמילתא משמע שאחד מבני העיר הקדישו. ומנא ליה להקשות ולשנויי ונראה, דהנה התם בערכין מחלקינן בברייתא בין דבר רשות לדב"מ, ובזה קמה ונצבה הוכחת מהרי"ק, דאפי' ללפחותה ממנו איירי, והיינו בדספקי. וקושי' המרדכי אזלא למאי דאיתא התם אמר ר"א אמר ר"י א"י שהתנדב מנורה לביהכ"נ עד שלא נשתקע שב"ע אסור לשנותו משנשתקע שב"ע מותר לשנותו. למאי, אילימא לדבר רשות מאי איריא א"י אפי' ישראל נמי, ומאי קושי' דהא ישראל דומיא דא"י שאינו מאנשי עדתם שרינן אפי' לדבר רשות. משום דהתנדב רק על דעת אנשי העיר. ומזה הוא דקשיא ליה למרדכי, למאי שפסק לעיל דגבי איש אחר שאינו

מאנשי העיר דמותר לשנות אפי' לד"ר, כמ"ש המ"א [בס"ק ל"ה] וע"ז מתרץ דמימרא דר"י מדמפליג בין נשתקע ללא נשתקע. שמע מינה אפי' היכא דלא ספקי, והשתמשו במנורה זו לצורך. אפ"ה שרי בנשתקע ואסור בלא נשתקע וע"ז הוא דמקשה שפיר דבכהאי גוונא אפי' בישראל דומיא דא"י. שאינו מבני העיר ג"כ אסור לשנות לדבר רשות מפני שכבר נתקדשה המנורה, ועיין כי נכון הוא:

גם יתיישב ברווחא קושי' מ"א [ס"ק כ"ז] שהקשה וז"ל. וצ"ע מאי שנא ממנורה דכתב בי"ד [סי' רנ"ט ס"ג] דשרי לשנותו לד"ר, דהתם איירי בדספקי, וכמ"ש המהרי"ק והש"ך. ונמצא דלא נתקדשה מעולם. ומה שהקשה על תשובת הרא"ש [כלל ה'], ותירוצו דחוק למאד, דאיך אפשר לומר דאיירי כשבנו ביהמ"ד אחר, כיון שמזה לא איירי השואל. ונראה דבתשו' ס"ל כדעת הרמב"ן דאגורי ומשכוני אסור זה בבני העיר או בז' טו"ה לחוד. וכן במתנה דפליגי נמי בכה"ג. אבל שבעה טובי העיר במא"ה יכולין אפי' להשכיר. כמ"ש בחידושי רשב"א במס' מגלה בשמו. דדמי לתשמישי מצוה ולאחר זמן מצותן, עיין מש"כ בזה [אות ז' א"ק ג'].

ד בגבו לעניים במידי דאינו דבר קבוע דאסור לשנות אפי' לדבר מצוה רבה אם לא עפ"י זטו"ה במא"ה. כמ"ש הפוסקים. האשר"י ריש ב"ב [דף ח'] ומהרי"ו ומהרי"ק, מקורו מפ"ב דשקלים ומירושלמי שם, והקשה המורי"ק בשורש ה' וקכ"ח] ממנורה. ומתרץ דאיירי בדספקי בביהכ"נ זולת המנורה הזאת. ומאי קשיא לי' כיון שגם במנורה איירי זטו"ה במא"ה, כמו דאיתא להדי' באשר"י ריש פ"ק דב"ב [דף ח'] שמביא התם להדיא בדברי ר"י מיגאש וז"ל, וההיא דישראל שהתנדב מנורה וכו' שאני התם דכל המתנדב לצורך ביהכ"נ על דעת הצבור הוא מתנדב. דבהכ"נ עצמו יכולין למכרו ואפי' למישתא בי' שכרא וע"ש. וזה לא שרינן אלא בזטו"ה במא"ה. שמע מינה דגם גבי מנורה איירי נמי הכי. ונראה, דמ"מ קשי' ליה בתרתי. חדא דגבי מנורה שרינן אפי' לדבר רשות היכא דנשתקע. וגבי מידי דלאו קבוע לא שרינן בירושלמי עפ"י זטו"ה במא"ה רק לדבר מצוה דוקא. כמ"ש הש"ך [בסי' רנ"ו ס"ק ז'] ועוד דאפי' בלא נשתקע שרינן מיהת לדמ"צ אפי' בפחותה הימנה, אפי' בלא זטו"ה, במא"ה לחוד, כמו שהוכיח האשר"י לעיל מההוא טייעא דאנדיב שרגא ושנייא חזנא. ומשו"ה הוצרך לומר דמנורה איירי ג"כ במידי דקביעי כגון בדספקי. כמ"ש בסי' קכ"ח, ובסי' ה' מתרץ באופן אחר. ודבריו סותרין אהדדי לדינא למעיי"ש, ועפ"י דברינו הנ"ל מתורץ על נכון. וכמו שנתבאר להלן [באות ז' א"ק ג']:

ה לענין ביה"כ של כרכים, מבואר הדבר בתשו' פנ"י סי' ז'] דלא מיקרי של כרכים. אלא היכא שיושבין שם בקביעות אורחים כמעט חצי שנה או יותר. ושרוב פעמים נמצאים בה עשרה בטלנין מעלמא. וז"ל שם לא נמצא הרבה קהילות במדינה שיהא דין זה שייך, כי אם בקהלה שיש שם הרבה ירידים בשנה ואורחים חונים שמה כמעט חצי שנה או יותר, דאז הוקדשו לדעתם כיון שצורך להם ליכנס בבהכ"נ וכו' עכ"ל. וכן מבואר במשאת בנימין סי' ל"ג (מובא ג"כ במ"א סי' קנ"ג ס"ק י"ז) ועליהם יש לסמוך ובפרט שהוא רק מעלה מדרבנן כמ"ש הפ"י שם. ופסק כן לדינא בבהכ"נ בק"ק הוראדנא:

ועוד נלפענ"ד דאפי' לטעם הראשון משום דנתנו לזה מעלמא. זהו כשהיו רבים שם מעלמא והתנדבו לזה, ולהכי לא מהני זטו"ה במא"ה. לפי שהם אינם נכנסים בעול האנשי העיר שיתבטלו דעתם נגדם. רק על דעתם התנדבו, אבל כל כמה שלא היו רבים ביחד רק איזהו מיחידים דעלמא מדי עברם בעיר הזאת התנדבו בתוך המתנדבים בבני העיר. אפי' היה כן כו"כ פעמים, אזי אמרינן להיפך שרק על דעת בני העיר התנדבו. ודי גם באנשי העיר לבד ולא בעי זטו"ה במעא"ה יחד. וראיה ברורה לזה, דאל"כ קשי' מדברי מרדכי הנ"ל ופסקינן כן בשו"ע (סי' קנ"ג סעיף י"ד] שבאם התנדב קרקע לביהכ"נ ואיננו דר באותו העיר. אזי יכולים בני העיר לבדם לשנותו אף לדבר הרשות. ואם הוא מבני העיר אין יכול לשנותן רק לדבר עילוי וע"י זטו"ה במא"ה דוקא, ואיך יהיו הסברות הפוכות לגמרי מהיפך להיפך. שהרי בבית הכנסת של כרכים אמרי' להיפך, דשמא יש אחד בקצה הארץ שאיננו מסכים לדעת אנשי העיר וטוביהם. אלא משום דהתם מפני שרבים מעלמא היו יחד ושפה אחת לכולם כשהתנדבו. לכן אמרינן דמסתמא לא ביטלו דעתם נגד דעת אנשי העיר וזטו"ה. ומשו"ה אפי' שהסכימו עתה רוב מן האורחים שרגילים לבוא שמה. עדיין חיישינן לאחד מהם שהלך לעלמא. אבל כשהתנדבו כל אחד ואחד בפ"ע. אזי אמרינן להיפך דמסתמא ביטל דעתו לגמרי והתנדב רק ע"ד בני העיר לחוד. וכן משמע להדיא מלשון רבותינו. וז"ל הר"ן שם, יש מפרשים דהיינו טעמא משום כיון דמעלמא קאתו לה רבים הוציאו בבנינה. ושמא יש אחד בסוף העולם שהוציא בה וחלקו מעכב עכ"ל דלמה התחיל ברבים וסיים מפני יחיד. וגם שהוא שפת יתר לגמרי. כיון דסוף סוף חיישי' ליחיד. הו"ל למינקט בקצרה דחיישי' שמא יש א' בסוף העולם שהוציא בה. ולמאי שכתבתי זהו כוונתו דדוקא היכא שהיו רבים ביחד ובעצה אחת הסכימו להתנדב נדבותם, אזי הוא דאמרינן שגם כל אחד ואחד מהם לא התנדב ע"ד זט"ה ואנשי העיר. (ואין לתרץ ולישב קושי' הנ"ל, דבהתנדב קרקע שאני לפי שעדיין לא נשתמש בה לדבר שבקדושה, אבל בביהכ"נ של כרכים שכבר התפללו בתוכה

דמי למנורה דאפי' כשהוא מעיר אחרת אין יכולין לשנותו כמו שמתרץ המרדכי שם, וכמש"כ לעיל באות ג'], דזה אינו, דמידי טעמא היכא שכבר נשתמש בה ונתקדשה הוא רק מפני מילתא דאיסורא. דאין להורידו מקדושתו ובבהכ"נ של כרכי' אמרינן דאפי' לעילוי יתירא והקדושה חלה על הדמים. ואפ"ה אסור למוכרו מפני דעת הנודר, ועיין): **ו וכדי** לברר הענין בשלימות נבאר עוד פרט זה. באם הנודר הוא מבני העיר או שאיננו מבני העיר. החילוק ביניהם בתרי גווני. חדא, לא מיבעי בדבר שאינו מסויים. דאזי כשאיננו מבני העיר ועודנו לא נשתמש לדבר שבקדושה. דאז יכולין בני העיר לחוד לשנותו אפי' לדבר הרשות. משום שעל דעת בה"ע לבדם נדר וביטל דעתו נגדם. וכשם דמהני זטו"ה במאה"ע נגד אחד מבני העיר. ה"נ מהני בחד מנהו (או בזטו"ה או בבני העיר), כשאיננו מבני העיר. אבל באחד מאנשי העיר יכולין לשנותם שניהן יחד זטו"ה במא"ה אפי' לדבר הרשות ואפי' בלא חילול כלל, כיון דעודנה לא נתקדשה, ואפי' לדעת הרמב"ן דהטעם משום אכחושי מצוה וביזוי מצוה. מ"מ צ"ל דכל זמן שלא נשתמש לדבר מצוה, לא מצרכינן לידי חלול כלל. וכמש"כ לעיל [באות א']. וכן מבואר בש"ס ריש פרק בני העיר (דף כ"ו) והני מילי בעתיקי אבל בחדתי לית לן בה וכשנדרו דבר מסוים ועדיין לא נתקדשה ולא נשתקע שם הבעלים אזי כשאיננו מבה"ע יכולין ג"כ לשנותן אפי' לדבר רשות בחד מנהו וכשהוא מבה"ע אזי אפי' שניהם יחד אין יכולין לשנותן אפי' למצוה הפחותה ממנו. רק בעילוי יתירא וע"י שניהם יחד זטו"ה ובמא"ה ותו אפי' כשמוחה בפירוש לא מהני. וכמש"כ לעיל (באות ב') ובנשתקע שם הבעלים. או בדבר שאינו מסוים. אזי כשאיננו מבני העיר יכולין בני העיר או זטו"ה לחוד לשנותן אפי' לדבר רשות. שהרי באיש אחר שאיננו מבה"ע לית לן לאפלוגי בין נשתקע ללא נשתקע. כמבואר במרדכי גבי נדר קרקע לביהכ"נ. ובאחד מבה"ע שנדר. אזי בחד מנהו באנשי העיר לחוד או זטו"ה לחוד בעינן שינוי לעילוי יתירא. אפי' שלא כדרך חלול כיון דעדיין לא נתקדשה. ודין זה מקורו ביו"ד [סי' רנ"ט ס"ב] אבל זטו"ה במא"ה יכולין לשנותן אפי' לדבר רשות ואפי' שלא בדרך חילול והפקעה. ומהני בכל הנך דינים. דכללא הוא דכל זמן שלא נתקדש ונשתמש בו למצוה אינן צריכין להפקעה וחילול והיכא שכבר נשתמשו ונתקדשו. אזי בדבר שאינו מסויים או אפי' קר במסוים ונשתקעו שהב"ע. אזי באיש אחר יכולין זטו"ה לחוד או אה"ע לחוד לשנותן אפי' לדבר רשות. ובדרך חילול והפקעה דוקא, דאע"ג שביטל דעתו נגדם, מכל מקום במה תיפקע קדושתן. וגם לגבי איש אחר אפי' בדבר מסויים ולא נשתקע שהב"ע נמי דינא הכי. וכן משמע להדיא מדברי המרדכי בנדר קרקעו. דמתרץ התם על קושיתו מב"ב דהתם בזטו"ה במא"ה. ש"מ דהכא איירי

בחד מנהו. וגם כשעדיין לא בנו בוודאי לא נשתקע שהב"ע. והיכא שכבר נתקדשה, מקורו מתירוצו שם דמתרץ על האי דמנורה דערכין. ולפי מ"ש לעיל באות ג'). ובאחד מבה"ע אזי בחד מהנך, דהיינו דבר שאינו מסויים או מסויים ונשתקע. אין יכול לשנותן ע"י חד מהם אלא דווקא ע"י שניהם דהיינו זטו"ה ובמא"ה ואז יכולין לשנותן אפי' לדבר רשות. ובחד מהם א"י לשנותן אלא לעילוי יתירא. ובשניהם בעינן דרך חילול והפקעה דווקא. וזהו ששנינו להדיא בפרק בני העיר ובדבר מסויים אזי אפילו לעילוי ובדרך חילול יכולין הבעלים לעכב ולמחות. רק שניהם יחד זטו"ה במא"ה יכולין למכרן בדרך חילול ולעילוי דווקא. אבל לצורך עילוי בלא חילול אסור. כגון להלוותן או למשכנן:

ז ועתה נביא הנה פרטי הדברים ונבאר מקור הדברים בדרך קצרה:

אן מה שכתבתי לעיל [באות א'] נראה דזהו אליבא דכ"ע דלקושטא פסקינן דהזמנה לאו מלתא. ואפי' לדעת הש"ך ביו"ד (סי' רנ"ט ס"ק ד') דגביית המעות הוי מעשה. והמ"א סי' קנ"ג ס"ק ה') ובט"ז שם ס"ק ב') מחולקים עליו. ונראה דלקושטא לא פליגי רק דאסברו הדבר בסברות שונות קצת ולכ"ע לא נתקדש המעות שנגבה. אע"ג שעשה מעשה רבה. וכן כשגבו לצורך המת אין עליו שום נדנוד איסור מתורת איסורי הנאה. שהרי האורג בגד למת כבר טרח במעשה יתירא. רק לענין איסור הורדה ממצוה זו שנגבה לצורכו. אסברי' ליה הש"ך דדמי כאילו הגיע כבר לתכליתו. שלצורך מצוה שגבו כבר הגיע לתכליתו. שהרי עתה כבר סיפקו די הצורך למצוה זו. ומשו"ה הוא דאסור לשנותן לפחותה הימנה. והמ"א והט"ז אסברו משום כחושי מצוה וביזוי מצוה. אבל כ"ע מודים דכל זמן שלא התפללו בתוכו ולא התחילו במצוה שנגבה בעדו. דעדיין לא נתקדשה. ואינן צריכין לתורת חילול והפקעה. ומשו"ה גם בני העיר לחוד יכולין למשכנן לצורך עילוי וזטו"ה במאה"ע יכולין לשנותן לדבר רשות אפי' בלא מכירה כלל:

ובזה יתיישבו דברי תשובת הרא"ש דסתרי אהדדי לפום רהיטא. והש"ך הביאן יחדיו שם. גם יתיישב לן קושי' הש"ך שם על מש"כ הרא"ש ומשום הזמנה אין לאסור. דאפי' למ"ד הזמנה מילתא הוא הני מילי וכו' אבל האי כטווי לארוג דמי. וז"ל שם, וצ"ע דאפי' למ"ד הזמנה מילתא היא. מ"מ הא מקדושה קלה לחמורה שרי ולדברינו ניחא והכי פירושו דאם נימא דהזמנה מעליותא היא והוה כאילו כבר חייל הקדושה על הדמים איך אפשר להחליפן לת"ת בלא חילול כלל. במה תיפוק קדושתן שהרי נגבה לבהכ"נ שעתידה שתתקדש תמורת הדמים. ועתה ניתנם למלמדים או לתלמידים לצורך חולין ממש וע"ז משני דהכא אליבא דכ"ע עודנו לא ירדה לתורת קדושה כלל:

ודע דעיקר דין זה שם (סי' רנ"ט ס"ב] איירי דווקא בבני עיר לחוד או בזטו"ה לחוד. אבל שניהם יחד יכולין לשנותן אפי' שלא ע"י חילול ואפי' לדבר רשות לצורכי הקהל וכמש"כ בטעם הדבר ואעפ"י שקיצר בשו"ע אכן מקורו מתשובת הרא"ש כלל י"ג סי' י"ד] ושם מוכח דאיירי בבה"ע לחוד. וז"ל, על אודות הצדקות שמתנדבין לצורך ביהכ"נ או לצורך בני עיר יכולין בני העיר לשנותן לצורך ת"ת שהוא עילוי קדושה חמורה כדאיתא במגלה בני העיר שמכרו רחובה וכו' אבל מכרו תורה לא יקחו ספרים וכו' וע"ש. הרי להדיא דאיירי בבה"ע לחוד. שהרי גם התם שרי בשניהם יחד. ואפי' לדבר רשות שרי. מה אמרת דשאני התם שהיה בדרך חילול ונפקע הקדושה דאם כן גם לעילוי אמאי שרינן הכא. שהרי התם לא שרינן אפילו לצורך עילוי רק בדרך מכירה וחילול. אבל לאוזפי ולמשכוני אסור והכא מוציאין המעות לגמרי לחולין. רק שהוא לצורך עילוי. סוף סוף במה תיפקע קדושתן. אלא ע"כ צ"ל שעדיין לא חיילה שום קדושה על המעות. וכן על ביהכ"נ גופא כ"ז שלא התפללו בתוכה אם כן ממילא נשמע כשם דהתם שרינן בזטו"ה במא"ה בדרך מכירה וחילול אפי' לדבר רשות. ה"ה נמי דשרי הכא לד"ר אפי' בלא מכירה וחילול. ואפי' לדעת רמב"ן מובא בר"ן ריש פרק בני העיר דס"ל דבהכ"נ הוה כתשמישי מצוה. ועיקר הדבר משום ביזוי מצוה ואכחושי מצוה, וביזוי מצוה איתא גם בדמים שנגבה לחוד כמ"ש המ"א וט"ז מ"מ גם לדעתו בע"כ צ"ל דדווקא היכא שכבר התפללו בתוכה. דמ"מ אית בה משום קדושת כבוד כמ"ש שם להדיא. משא"כ כשעדיין לא נתקדשה ולא התחיל בעשיית המצוה. דהרי להדיא מבואר שם גבי ליבני דבחדתא לית לן בה:

ב מה שכתבתי [באות ב'] לחלק בין דבר מסויים לגבו מעות ובנו ביהכ"נ מנדבותם, מקורו הוא מערכין ממנורה, ובלא נשתקע שם הבעלים, והוא טעמו דהמרדכי שם פ' בני העיר כשהתנדב קרקע לביהכ"נ משום דהוה דבר מסויים, ולא נשתקע שהב"ע, ומשו"ה אין יכולין בני העיר לבד לשנותן אפי' לצורך עילוי רק בהדי זטו"ה ולעילוי דווקא. ובזה נשתנה דבר מסויים מדבר שאמ"ס, דבדבר שאמ"ס יכולין בה"ע לחוד לשנותן לצורך עילוי, וזטו"ה במאה"ע אפי' לדבר רשות ואפי' למשתי ביה שכרא. ובדבר מסויים בעינן דווקא זטו"ה במא"ה ולצורך עילוי, כדמשמע פשטא דשו"ע [בסי' קנ"ג סעיף י"ד]. ואפי' לדעת מ"א [בס"ק ל"ה] זהו כשאיננו מאנשי העיר. אבל באחד מאנשי העיר בעינן דווקא זטו"ה במא"ה ולעילוי יתירא. ובזה יתיישב קושית המ"א שם [ס"ק ל"ו] וז"ל וצ"ע דמביהכ"נ לביהמ"ד כמ"ש ביו"ד [סי' רנ"ט ס"ב] דאפי' הבעלים מעכבין שרי. דהתם שהתנדבו מעות איירי לצורך ביהכ"נ והכא איירי בדבר מסויים:

ג] **מש"כ** לחלק במנורה דאיכא תרי גווני היכא דספקי רשאין לשנותן אפי' בני העיר לחוד ואפי' הגבאי לבדו. אפי' למצוה הפחותה ממנו כמש"כ לעיל [באות ד'] בשם הרא"ש. והיכא דלא ספקי וכבר נתקדשה. אזי בעינן עילוי יתירא וזטו"ה במא"ה מפני שהוא דבר מסויים ולא נשתקע שהב"ע. טעמא וחילא דידי משום דדמי לדינא דמרדכי הנ"ל מובא לפסק הלכה באו"ח שם סעיף י"ד] ואסבריה למילתא משני מימרות דר' יוחנן בערכין [דף ו'] דמעיקרא דמחלק בין דבר רשות לדבר מצוה, דשמע מינה דאיירי אפי' במצוה כל דהו, משום דהתם איירי בדספקי וכמ"ש מהרי"ק, והסברתי הדבר מפני דמעולם לא נתקדשה וכל דבר מצוה הוה לגבי מה שנדר לעילוי יתירא, ומימרא שניה דר"י דמחלק בין נשתקע ללא נשתקע, ובין ישראל לנכרי, ושקלינן וטרינן התם דבע"כ איירי לדבר מצוה דבדבר רשות אפי' ישראל נמי לא, ומשום דמשמע דאפי' ישראל דומיא דנכרי נמי אסור, ואמאי, הא כשהנודר איננו מאנשי העיר לא מחלקינן בין נשתקע ללא נשתקע, ואפי' בני העיר לחוד יכולין לשנותן אפי' לדבר רשות, אלא ודאי דמימרא שניה דמחלק בין נשתקע ללנ"ש מיירי בשכבר נשתמשו במנורה ונתקדשה כבר, דהיינו בדלא ספקי, ונתקדשה ע"י שהאירה למתפללין. כמ"ש הש"ך שם דדמי לביהכ"נ, ומשו"ה אפי' כשאיננו מבה"ע, מ"מ אסור לשנותן ע"י בה"ע לבד רק לצורך עילוי, או אפי' לדבר רשות ובדרך מכירה וחילול דוקא, דאל"כ במאי תיפקע קדושתן, והתם משמע דשרי לשנות המנורה עצמו, ומשו"ה קשיא ליה דאי בדבר רשות אפי' ישראל נמי לא:

ובזה מרווח לן לישב דברי תוס' שם בד"ה אילימא לדבר רשות וכו' יעוי"ש, וצווחו ע"ז שהוא נגד כל הפוסקים דבנשתקע שרינן אפי' לדבר רשות, כמבואר ברמב"ם ושאר פוסקים, וכדאי' בסעיף ג' אמנם זה אינו. דהתם איירי בדספקו ולא נתקדשה מעולם. ותוס' קאי על מימרא שניה דר"י. דבע"כ איירי בדלא ספקי ונתקדשה. דאזי אפי' זטו"ה במא"ה אין יכולין לשנותן בין לדבר רשות ובין לדמ"צ. רק דרך מכירה וחילול דוקא. והתם משמע דקאי על המנורה עצמה. ובזה יתישב היטב דברי מהרי"ק שסותרין אהדדי להדיא. דבשורש ה' מסיק שם דמותר לשנות מעות א"י לצורך ביהכ"נ בירושלים משום דהיא מצוה רבה. ועיין בתשו' סי' קכ"ח שמוכיח זה מירושלמי דביהכ"נ הוה מצוה יתירא מלחלק לעניים. ואע"ג דלא קביעי ויפסידו העניים. והוכיח זה ממנורה דיכולים לשנות לדבר מצוה אפי' בלא נשתקע. ולדבר רשות בנשתקע. והלא פשיטא שאין חוזרין ונפרעין מנורה אחרת. דא"כ אפוכי מטרתי ל"ל. ועוד דס"ס בין וכו' אלא הטעם משום שהוא טרחא יתירה לגזברים יעיי"ש ובסי' קכ"ח פשיטא ליה דאיירי בדספקי. ואם כן נסתר דינו ועיקר הוכחתו בשורש ה'. ולדברינו ניחא היטב. דבשורש ה' הוכיח כן

ממימרא שניה דר"י. והתם בסי' קכ"ח קאי על מימרא ראשונה דר"י. ולפי"ז צ"ל דדינא דסעיף ג' ביו"ד שם גבי מנורה לצדדין קתני דלדבר רשות דשרי בנשתקע הוא דוקא ע"י זטו"ה במעא"ה ולדבר מצוה אפי' אנשי העיר לחוד ואפי' הגזבר לחוד יכול לשנותן. כמ"ש הרא"ש ב"ב הובא לעיל. וצ"ל דסמך א"ע בכל פרטותיהן למה שמבואר באו"ח. וכן מימרא שניה דר"י. שלא הובא כלל בש"ע שם. מפני שזה עצמו הוא מבואר בא"ח [סי' קנ"ג סעיף י"ד]. ואע"ג דבנתקדשה כבר אפי' כשאיננו מבני העיר אסור לשנותן משום דאין מורידין. זה מובן ממילא מכללות הדינים שם:

ד] **מש"כ** דבמידי דלא קביעי אסורין לשנות לדבר רשות כמבואר בפוסקים. ואם כן בביהכ"נ נמי היכא דמעולם לא היה להם אלא ביהכ"נ לחוד או ביהמ"ד לחוד ומספיק להו בחדא. הוי כמילתא דקביעי. ועיין במ"א [ס"ק י"ו] דדוקא כשבנו אחרת מחדש דאל"כ אפי' בכפרים אסור. ומשיג בזה על המ"ב. ועיין בס' קהלת יעקב שמשיג עליו בזה. ואין להוכיח כלל מסתירת ביהכ"נ. דהתם משום הורדת קדושה אסורה. דאין לסתור דבר בבהכ"נ שנתקדשה. משא"כ הכא כיון שמכרו וחיילא הקדושה על הדמים ולצורך עילוי באנשי העיר. או בזטו"ה ובמעא"ה אפי' לדבר רשות. מפני שהקדושה כבר נתחללה. ואפי' לדעת מ"א, זהו בביהכ"נ שכבר נתקדשה:

ה] **מש"כ** לחלק בין כשנדרו בכנופי' ובין כשנדרו בסירוגין כל אחד ואחד בפ"ע. זה ברור ונכון לדינא לפענ"ד, ומש"כ המ"א [ס"ק י"ב] דאמרי' מסתמא רבים נתנו לזה. ולא מהני היכא דתלו בדעת היחיד. זהו בביהכ"נ של כרכים. דהיינו שמצויין שם אורחים בקביעות. דאזי אמרינן אפי' כשלא התנדבו לזה. דמסתמא הקדישוה לרבים. היינו שבני העיר בנו אותה לצורך רבים. ולהכי מהני היכא דתלו בדעת יחיד. כיון שגם הבנין ועיקר קדושתה באה על ידם אבל היכא שהתנדבו לזה אפי' בפרטות שלא בכנופי'. אפשר דלא מהני מה שתלו הם בדעתו. כיון שגם הם התנדבו לזה. ונתקדשה גם בשבילם. אבל בביהכ"נ של כפרים דלא נתקדשה בשבילם. רק מפני שהם התנדבו לצורך בני העיר. אזי דוקא כשהתנדבו בכנופי' יחד. וע"ד רמ"ט כבר מסיים במ"א שם ומרמז בזה דמ"מ לא חמיר מביהכ"נ דהיינו כל זמן שאינן של כרכים אפי' שהתנדבו לזה אפי' בכנופי' לא מהני מחאתו למאי דפסקינן בשו"ע:

כל זה רשמתי לעצמי כאשר שמתי עיוני בזה למען היות לי למזכרת. ושלחתים לידו שישים עיונו בזה היטב במתון רב. ומובטחני כי יתענג בזה אחר עיונו בכל מקומות השייכים לזה. ולמען ידע שראיתי גם את דבריו היקרים אשתעשע אתו בדבריו. בשגם

כי טירחא יתירא לפני מ"מ כיון שעיקרן נאמרים לדינא. ולמען ירבה ויגדיל שקידתו בעיון נמרץ במילין דאורייתא אמלא רצונו בזה הפעם:

ח מה שהקשה כ"ת איך יכולין זטו"ה במעא"ה למכור אפי' למישתי ביה שכרא. דלמה יעדיפו מיחיד שנדר שאינו יכול לחזור בו זה מבואר בפירוש בכל הפוסקים. ועיין באשר"י ב"ב [דף ח'] וז"ל. והטעם לפי שהמתנדב להביא ליד צבור על דעת צבור הוא מתנדב. ודמי לנדרי אשתו דאמרי' כל הנודרת ע"ד בעלה היא נודרת. בנדרים (דף ע"ג) ובר"ן שם. וביותר מזה מצינן שאפי' בתרומת הלשכה שגופן קדוש ומועלין בהם. ואפ"ה תנינן בהדיא בפ"ד דשקלים משנה ב' ואמת המים וחומת העיר ומגדלותיה וכל צרכי העיר פי' לשומרי העיר] באין משירי הלשכה. ואפי' אם תימצי לומר דהתם משום דלב ב"ד מתנה עליהם. דה"ה נמי זטו"ה במעא"ה חשובים בעירם כב"ד הגדול לכלל ישראל. כמבואר במהרי"ק כמה פעמים:

ובזה מתורץ נמי מה דהקשה מעלתו על המרדכי מגלה ר"פ בני העיר כיון דנתן בפירוש לביהכ"נ מה בכך שלא התנה בתנאי כפול דזה אינו דהכא כיון שהתנדב להביא ליד צבור. ע"ד צבור הוא מתנדב. ודמי לנודרת אע"פ שנודרת בפירוש בלא תנאי. ה"ה נמי המתנדב ליד צבור. ובזה כיון שהוא איננו מבני העיר עדיפא עוד דביטל דעתו אפי' נגד בני העיר לחוד:

ומה שרצה כ"ת לחדש על קושיא הראשונה שהטעם מפני שמכרו זכותן. זה אינו, דהתינח שנתרוקן זכותן. אבל מ"מ איך יחזרו להפקיע קדושת ביהכ"נ עצמה שנשתמשו בה תשמיש הדיוט. ואפי' לארבעה דברים למרחץ ולבורסקי:

מה שהתעורר דניבעי זטו"ה שהיו בעת שהתנדבו המתנדבין לכאורה יפה דיבר. ויש קצת מקום לזה מדברי מהרי"ק שורש קכ"ג] וז"ל בתוך הדבור. נלפענ"ד כשר והגון שאם אפשר לו לראובן להמלך בראשי הקהל אשר היו אז בבבל כשנגבה הקופה ההיא של צדקה שימלך בהם ראובן. וכל דבר מצוה אשר יסכימו עליה כולם או רובם יעשו מהמעות וכו' יעי"ש. אמנם זה הוא לרווחא דמילתא בדאפשר. אבל בשכבר מתו אמרינן דמסתמא דעת המתנדבין היה על זטו"ה שיהיו אז. וכן משמע פשטא דש"ס ופוסקים דאטו כולהו בבהכ"נ של הדור ההוא דוקא קתני. ומ"ש מעצמו מפני שמכרו זכותם והמתים שבקו לחיים לא נראה כלל וכמ"ש לעיל. ומה שהביא מאין אדם מוריש שבועה לבניו. אין זה ענין כלל להאי דהכא. דבדעת המתנדבין תליא להו. וגם התם הוא דוקא להוציא ולא להחזיק

גם מה שהתעורר מע"ה דבהכ"נ של כרכים במאי זכו דאין אדם זוכה בשלו לאחרים. בזה יפה העיר. דמשמע דחיישינן לאחד בסוף העולם שעדיין לא התפלל מעולם בבהכ"נ הזאת. ונראה דלא מיבעי' לדעת הפוסקים משום שמסתמא נתנו לזה משאר עיירות ונמצא כמו שכל האומנים מקנים לבעל המעות (כמו כל המוכרים כמבואר במס' ב"ק בסוגיא דמי הודיעו ובראשונים שם. ובמחנה אפרים ה' שלוחין סי' ט"ו האריך בזה] דבין למ"ד אומן קונה בשבח כלי. ובין למ"ד אין אומן קונה בש"כ. מ"מ צריכין לומר דבשעת עשיית השבח הקנו תיכף לבעל המעות. רק למ"ד אומן קונה בש"כ יש בו קצת קנין כמו גבי משכון [וגרע ממשכון כמ"ש הר"ן במס' שבועות בסוגיא דקציצה] אבל עיקרן קנוי לבעלים בשעת עשייתן. וכן לדעת הפוסקים דפסקינן כוותייהו. כדאי' בש"ע [סי' קנ"ג סעיף ז'] משום שרבים מצויין שם בקביעות מסתמא הקדישוהו לכל העולם. האומדנא זה במתכונתה לא תושלל נמי גבי אומנין עצמן. וכיון שציוו לאומנים שיבנו ביהכ"נ בכרך. הרי זה כאלו אמרו בפירוש שיבנו לכולי עלמא ולכל מי שירצה להתפלל בתוכו. והרי הקנו האומנים את שבח הבנין לכולהו. ואפי' לדעת רבינו ירוחם מובא בב"י ובש"ך [ס"ק ב' בסי' קפ"ג] דבמעות השליח אמרינן מי הודיע. אבל בנדון דידן הוי כאלו הודיעו בפירוש ומה שכתב דבזמנים הללו נפל היתירא דמהר"ם לובלין בתשו' [סי' נ"ט] בזטו"ה אפי' בכרכים. הדין עמו:

ומה שחשש לחומרא דתשו' מהר"ם לובלין [סי' נ"ט] שם לעשות גן ירק בעז"א זהו בבה"כ של כרכים. רק שחידש מפני דדמי לתלו בדעתו. ומשום האי טעמא הוא דחשש להחמיר בזה. אכן במקום שאין לחוש ולדמותו לכרכים אין לחוש לזה.. רק בזאת צריכין להזהר טובא. שבעת שיתקבצו יחד זטו"ה בפירסום שיתנו תיכף בשעת מכירה עם הלוקח שהרשות לו שישתמש בכל דבר. כדעת הרמב"ם שם [פי"א מה' תפלה ה' י"ז]:

השמטה שגם לצורכי הקהל ישנו מצוה רבה הגדולה מכולם. והוא לצורך פדיון שבויים כמבואר [בסי' רנ"ב ס"א]. ודוקא בגמרו לגמרי. רק במ"א מביא שם גירסא אחרת ברמב"ם. עיי"ש [סי' קנ"ג ס"ק ל"ב ובאשל אברהם] אבל לדעת רוב הפוסקים ולפי הגירסא שלפנינו לית מאן דפליג. ואפי' בדבר שאינו קבוע. ועיין סי' רנ"א סעיף י"ד] ועיין בתשו' מהרי"ק [סוף סי' קכ"ח] שמביא בשם תשו' רשב"א שע"י זטו"ה יכולין לשנות מעות עניים אפי' בדלא קביעי כדי להקל מעליהם עול שמן לביהכ"נ וע"ש. הרי אע"ג דלא מלאו דעת המתנדבים אפ"ה שרי. וכמ"ש לעיל. לפי שכל המתנדב ליד הקהל על דעתם התנדב. ואפי' לפי תשו' השניה. זהו בממון עניים דוקא לפי שכבר זכו עניים.

וכמ"ש בט"ז (סי' רנ"ט ס"ק ה') אולם מה שמדמה שם בהתנדב לצורך בית עלמין למנורה ללא נשתקע. נלפע"ד כמ"ש לעיל [אות ב']:
ירח תמוז שנת תרי"ג לפ"ק קוטנא. הק' משה יהודה ליב.

סימן ג

בדיני ברכת חינוך ביהכנ"ס

ב"ה אור ליום ד' ז"ך אלול תרכ"ד לפ"ק, פה עיה"ק ירושלים תובב"א
לכבוד ידידיי ואוהביי באהבת נפש ה"ה יד"נ הרב הגדול המופלג צדיק וישר מוהר"י זונדל שליט"א. וחתנו ה"ה יד"נ הרב הגדול החריף והבקי מוהר"ר שמואל שליט"א, יכתבו ויחתמו בספרן של צדיקים ונזכה לראות בעמוד הכהן לאורים ותומים אמן סלה:
א אחרי דרישת שלום כתר"ה. הן בשבוע העבר ליל ו' עש"ק נשאלתי מאת יקרת מעכת"ה לחוות דעתי בנידון בית הכנסת החדש יעמוד עד ביאת הגואל בב"א. כי בספר מחזיק ברכה מביא דעות חלוקות. הרב הגאון מוהר"י אבוהב זצ"ל צוה לש"ץ לברך שהחיינו. ובספר הלכות קטנות פסק שיברך הטוב והמטיב. ונלפענ"ד לברר הדברים היטב. ונראה דאין מקום כלל לברכת הטוב והמטיב בבנין בהכ"נ דברכה זו לא נתקנה רק על הטבה גשמיית ואית לאחרינא שותפות בהדיה. משא"כ בבנין ביהכ"נ דעיקרו נבנה לצורך מצוה ומצות לאו ליהנות ניתנו וכאשר נבאר. ולפי דעיקרה ביבנה תקנוה על שניתנו לקבורה. וכן בגשמים או בילדה אשתו זכר שכולם הם טובות גשמיות הנראים בעליל. וגם בילדה אשתו זכר. היא הטבה גשמיית כדאיתא בסוף נדרים (דף צ') בעינא חוטרא לידא וכו'. וכן הוא להדיא בש"ס כתובות פרק אע"פ ס"ד ע"א]. ועי"ש בפי' רש"י דדוקא על בן זכר שאין רשות אחרים עליו ואפילו יש לה כמה בנים מאיש אחר. וכן מבואר בש"מ שם דא"י איזה מהם יוכשר. וכן הוא דעת הרא"ה שם. וכן משמע מטור וש"ע אהע"ז (סי' קנ"ד סעיף ו') מדלא חילקו בזה. וגם לדעת הריטב"א וברמ"א שם] שחולק על הרא"ה בזה בקל יש לחלק דדוקא להוציאה מבעלה בע"כ הוא דס"ל דבקל דחינן לטענתה משא"כ לענין ברכה שהרי תקנו גם על הטבה מעין הרעה. ואפילו לדעת הבעל המאור דס"ל בפרק ג' דראש השנה דמצות דרבנן ניתנו ליהנות. וז"ל והמודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו בשופר של מצוה ודוקא בשופר של ר"ה דמצותו מן התורה אבל בחצוצרות בתענית לא. חדא דנהי דניתנה ליהנות מ"מ אין זה הטבה רק במודר הנאה הוא דאסור לדעתו ולפי שאסר על עצמו הנאה מחבירו והרי נהנה משא"כ לגבי הטוב והמטיב דמכל מקום הטבה ליכא למה הדבר דומה למי שרואה את חבירו תוך

שנה ושמח בראייתו הוא ואחרים אתו דכל אחד מברך שהחיינו ולא הטוב והמטיב. וכדאיתא במגן אברהם סימן רכ"ה ס"ק א'] דמכל מקום ליכא הטבה בפועל:

ב

ב ועוד נראה לפענ"ד דאפילו לדעת בעל המאור דבמצות דרבנן ליהנות ניתנו. לאו כללא קא כייל לן לכל מילין דרבנן אלא דוקא בדרבנן שלא מצאו להם אסמכתא קרובה מן התורה כגון חצוצרות בתענית. וכדאיתא שם במס' תענית (דף י"ד ע"א] ד"ה בשופרות. ועיין ראש השנה [דף כ"ו] בפירוש רש"י ד"ה שמצות. אלמא דסבירא ליה שהוא תקנתא דרבנן לבד. לא כרמב"ם [פרק א' מהלכות תענית הלכה א'] ודבר זה יש ללמוד מדברי תוס' ר"ה (דף י"ב ע"א] בד"ה תנא דרבנן וכו' בסוף הדבור שחילקו כן בין תרומות ומעשרות של ירקות שהקילו בו יותר משאר פירות. הגם שכולהו מדרבנן דמדאורייתא אינו אלא בתירוש ויצהר. מכל מקום גבי שאר פירות מצאו אסמכתא קרובה לדבריהם מה שאין כן גבי ירקות. וההכרח לזה הלא ממקומו מוכרע שהרי המודר הנאה מותר לתקוע לו תקיעה של מצוה. ומשמע בפשטא דתוקע לו מלכיות זכרונות ושופרות והלא חד מהם הוא מדרבנן כדאיתא שם (דף ל"ד] אלא ודאי כיון דמ"מ אסמכתא קרובה היא רק דאינה מוכרחת כל כך כאידך תרתי לכן יצא מכלל דאורייתא אבל מכל מקום קרובה לדאורייתא. ואין לומר דלקושטא כן הוא דלדעתו אינו תוקע לו אלא שנים. דאם כן היכי שבק לשופרות ולראש השנה דמיירי ביה ונקט לחצוצרות ותענית דלא מיירי מהם. אחר זה עיינתי בר"ן שם. ונראה דהקושיא היא מתקיעות דמיושב. וי"ל בפשטא דהבעל המאור לא מיירי מזה]:

ולכן נראה דאפילו לדעת בעה"מ המודר הנאה מותר להוציאו בתפלה בר"ה הגם דתפלה מדרבנן כיון דנלמד מאסמכתא קרובה כמאמרם ז"ל איזהו עבודה שבלב זו תפלה. והכשר מצוה דינו כמצוה עצמה לגבי מודר הנאה (כמו שיתבאר להלן באות ד']. וכן נראה מפשטא דגמרא דמותר לתקוע לו תקיעה של מצוה. ומשמע דהתוקע מברך גם כן הגם שהברכות אינן אלא מדרבנן. אלא כיון שלמדו ברכות שלפני מצוה מאסמכתא דקרא כדאיתא בתוספתא דברכות [פרק ו'] וזה לשונו ומנין שאפילו על התורה ועל המצות תלמוד לומר אשר נתן לך ולהלן הוא אומר ואתנה לך את לוחות האבן עכ"ל:

ועוד ראיה למאי שכתבנו. מנדרים [דף ל"ו] מקרא מאי טעמא לא ילמדנו וכו' מדרש נמי קמהני ליה. אמר שמואל במקום שנוטלין שכר על המקרא ומאי פסקא הא קמשמע לן. יעויין שם היטב במסקנא דמלתא. דפיסוק טעמים לאו דאורייתא ולהכי שרי ליטול שכר. ומשום הכי אסור במודר הנאה. והשתא כיון דצריך לומר דפיסוק טעמים לאו

דאורייתא אם כן לדעת בעה"מ למה ליה לשמואל לדחוקי ולומר דמיירי במקום שנוטלין שכר הלא בלא זה ניחא. דמדרש שהוא מדאורייתא ולא ניתנה ליהנות משום הכי מותר משא"כ מקרא דפיסוק טעמים שהוא מדרבנן וניתנו ליהנות להכי אסור. אלא ודאי דפיסוק טעמים שאני דבעל כרחו צריך לומר דאסמכתא קרובה היא שהרי רב סבירא ליה דהוא מדאורייתא ממש כמו שכתב הר"ן שם בד"ה ור"י. ואם כן גם לשמואל ור"י דסברי שהוא מדרבנן. מכל מקום מיהת מאסמכתא קרובה נלמדת משא"כ גבי חצוצרות ותענית. ואם כן בנדון דידן גבי ביהכנ"ס דעיקרו לתפלה. גם לדעת בעה"מ לאו ליהנות ניתנה. לכן מהלין טעמים נראה דאין מקום כלל לברכת הטוב והמטיב דלא נתקנה אלא על הנאת הגוף. משא"כ ברכת שהחיינו דנתקנה על שתיהם וראיה מתוקע להוציא רבים ידי חובתן דלא מברך הטוה"מ רק שהחיינו לחוד:

איברא ראיה זו מנדרים יש לדחות. דבלא זה קשיא לר' יהודה דאית ליה בר"ה (דף כ"ח ע"א] דאפילו במצות דאורייתא דליהנות ניתנו. איך יפרנס משנה זו (ל"ה] וילמדנו מדרש הלכות ואגדות וצריך לומר דעד כאן לא סבירא ליה לר"י דמחמת הנאה של מצוה אסור במודר הנאה. אלא במידי דעיקרו ממון כגון בשופר של עולה ושלמים. וכיון דליהנות ניתנה הרי נהנה מדבר שעיקרו ממון. אבל בלימודו מדרש הלכות ואגדות. דבעל כרחו מיירי בעל פה או בספרים של המודר אבל בספרים של המדיר פשיטא דאסור כדתנן לקמן דף מ"ח ע"א] ואסורין בדבר של אותו העיר ואיזהו דבר של אותו העיר וכו' והתיבה והספרים. ועיין יור"ד [סימן רכ"א סעיף י"א] ובטורי זהב שם [ס"ק מ"ה] הרי דספרים כיון דמתקלקלים אסורים לכולי עלמא אפילו לדידן דמצות לאו ליהנות ניתנו. אבל גבי שופר דאינו מתקלקל. תליא בפלוגתא אם מצות ליהנות ניתנו דר"י. אוסר כיון דמכל מקום נהנה מדבר שהוא ממונו של האסור ולפי"ז יש לתרץ גם לדעת בעה"מ. דס"ל דמצות דרבנן ליהנות ניתנו ואסור. זהו היכא דנהנה משל חבירו. משא"כ בלימוד לחוד כיון דאסור לקבל שכר הרי מצוי לקבל הנאה זו משאר בני אדם כיון דמצוה הוא ללמד לאחרים בחנם. ודמי לזבינא חריפא לגבי מוכר. ולזבינא דרמי על אפי' לגבי לוקח דמותר במודר הנאה נדרים ל"א]. איברא ראיה נכונה לדברינו הנ"ל מעירובין (ל"א ע"א] דשרי להניח עירובו בבית הקברות. לפי דאין מערבין אלא לדבר מצוה ולאו ליהנות ניתנה ומפורש שם דף פ"ב] דהייינו ללכת אל בית האבל או אל בית המשתה וכן הוא בפירש"י שם ל"א]. והרי מצות אלו מדרבנן הם. וקשיא לדעת רז"ה. אלא ודאי כיון דהנך כולהו בכלל גמילות חסדים הם ונלמדו מאסמכתא קרובה והודעתם את הדרך ילכו בה זה

גמילות חסדים. עיין בבא מציעא [דף ל'] דגם בקור חולים הוא בכלל ג"ח שם לא נצרכה אלא לבן גילו:

אחר זה הראה לי תלמיד אחד מתלמידיי המופלגים נ"י שכן כתב הרשב"א בנדרים. ותהלה לאל ית' שכיוונתי לדעתו הגדולה וגם הראה לי שכבר עמדו בקושי' זו על ר' יהודה דס"ל מצות ליהנות ניתנו. בשער המלך פרק א' מהלכות שופר] ובטורי אבן בראש השנה:

ולמאי שכתבתי נסתלקה הקושיא של בעל טורי אבן. שהקשה על תירוץ הנ"ל דאטו מי שיש לו בשמים של היתר ושל איסור היעלה על הדעת שמותר להריח בשל איסור כיון דיכול בשל היתר ולמאי שכתבתי ניחא דגבי מודר הנאה לא נקרא תו שנהנה משל המדיר. וכמו שכתבתי לעיל דדמי לזבינא חריפא לגבי מוכר. וזבינא דרמי על אפי' לגבי הלוקח. עיין נדרים (דף ל"א ע"א). משא"כ בבשמים דאיסורי הנאה שאיסורו משום השתנות החפץ שהוא של ערלה וכלאי הכרם וכדומה. וכמש"כ הר"ן שם בד"ה שאיני נהנה מישראל דהיכא דאסר על עצמו נכסיהם. אפי' לקח שוה מנה בר' אסור ליהנות. שנדרו כבר חל על נכסיהם. אכן בעל ט"א דרצה לומר מעיקרא סברא זו גם על לולב של עכו"ם דהיכא דאית ליה לולב כשר אפי' הכי מותר גם בשל עכו"ם לר' יהודה. שפיר הקשה מבשמים של עכו"ם. ויש עוד להאריך בזה ואין כאן מקומו:

ג ואין להקשות דהא תנן במתניתין (דף מ"ח] דגם ביהכ"נ מיקרי דבר של בני העיר ואסור במודר הנאה. אע"ג דמצות לאו ליהנות ניתנו. לרוב הפוסקים שלא חילקו בין מצוה דאורייתא לדרבנן ואפי' לדעת רז"ה. למאי שכתבנו לעיל באות א'] גם כן קשיא. ונראה דלא קשה מידי שהרי כשנכסי החולה אסורין על המבקר גזרינן במודר הנאה שמא ישהה בעמידה עיין שם (דף ל"ט ודף מ"ב] גבי שביעית. מכל שכן לגבי ביהכ"נ דדרכו לשהות גם שלא בשעת תפלה פשיטא דאסור במודר הנאה. משא"כ לגבי ברכה דאזלינן בתר עיקרו וכיון דעיקרו לא להנאה פשיטא דלא שייך כלל לברך הטוה"מ דעיקרו לאו להנאת הגוף. הגע בעצמך בבית השותפין וקבע מזוזה דפסקינן דמברך שהחיינו] היעלה על הדעת שיברך הטוה"מ. והרי בכל דבר דאיכא הטבה לאחריני ויכול לברך הטוה"מ אזי דחינן לברכת שהחיינו מקמי'. לדעת רוב הפוסקי'. וכן פסקינן בשו"ע ועיין בט"ז סי' רכ"ב ס"ק א'] דלדעת הטור ורשב"א לחודי' ברכינן לתרווייהו. אלא ודאי בע"כ צ"ל דברכת הטוה"מ לא נתקנה על מצוה והכשר מצוה כלל וכלל. כן נראה לפי ענ"ד ברור ונכון לדינא:

ד ועתה נבאר בברכת שהחיינו הנה כשנשימה עיוננו בסוגיות הש"ס נביטה ונראה דכשהנדון שאינו מבואר דמי לפום רהיטא במשקל ראשון להמבואר. אך יש לחלק ביניהם בסברא הקבוע ע"פ ש"ס ופוסקים לגבי ענינים אחרים. אזי אזדא ליה להלימוד לגמרי ואין בידינו לחדש לאחר סתימת הש"ס ברכה חדשה לגמרי. לכן גם בברכת שהחיינו דנתקנה בין על המצות ובין בהנאות הגוף ואפי' על שבלב לבד כגון ברואה את חבירו החביב לו בתוך שנה. מכל מקום לא מצינו שנתקנה רק על גוף המצוה. כגון בסוכה ולולב ותפילין ופדיון הבן ומילה. אבל לא מצינו כלל שתיקנו על הכשר מצוה. עיין מנחות (מ"ב ע"ב] דקחשיב לסוכה ותפלין. ובציצית פליגי שם ותליא בחובת מנא או בחובת גברא. והרי גם לדידן דחובת גברא מכל מקום הרי גמר להכשרו. ולא גרע מהכשר מצוה דעלמא. אלא ודאי דבהכשר מצוה לא תיקנו ברכה. וגם מדלא קחשיב עיבוד עורות לתפלין וס"ת ומזוזה. וכן בפרק לולב וערבה דף מ"ו] לענין שהחיינו נקט נמי לכולהו במצוה עצמו, וקא שביק לגמרי לכל הכשר מצוה. ועיין שם בתוס' ד"ה העושה ועיין בירושלמי פרק הרואה בנה בית חדש שם בגמ' דחשיב ליה גם ציצית ומזוזה ותפלין דמברך שתים. בשעת עשייתן ובשעת עשיית המצוה. ואפי' הכי לא חשיב מידי דהכשר מצוה. וגם בזה יסכימו כל ישר הולך בעיון הלימוד דכשם שמותר במודר הנאה לתקוע לו תקיעה של מצוה. הוא הדין נמי דאפי' כשצריך להביא השופר ממקום אחר ממקום קרוב שאין נוטלין עליו שכר] דרשאי. כיון שגוף המצוה לאו ליהנות ניתנו. כמו כן הכשרו. וראי' נכונה לזה דגם בהכשר מצוה אמרינן גבי' דלאו ליה"נ. מעירובין הנ"ל דרשאי להניח על ביה"ק דאסור בהנאה. משום דמצוה לאו ליה"נ. והרי בעירוב גופי' ליכא מצוה כלל שהרי אין מערבין לדבר הרשות. אלא שע"י העירוב מכשירו ללילך לדבר מצוה הרי להדיא דגם בהכשר מצוה דינו בזה גם כן דלאו ליה"נ. וגם זה מבואר במס' מכות (דף ח'] הגבול שבין הכשר. והוא דדווקא חרישה כיון שאם מצא חרוש אינו חורש. מה שאין כן קצירה שאם מצא קצור קוצר. דינו כמצוה עצמה. ודוחה שבת כהקרבה עצמה. ונראה דגם בבנין ביהכ"נ שעיקרו הוא מפני שהוא מקום לתפלה לא מיקרי אלא הכשר מצוה. הגם דדינו לגבי מודר הנאה כמצוה עצמו. לענין דגם בהכשר מצוה אמרינן דלאו ליה"נ. אבל לענין ברכה כיון דלא מצינו שתיקנו בהכשר מצוה רק בעיקר המצוה עצמו. פשיטא דפטור. והמברך לא יצא מברכה לבטלה, והא דמיבעי' ליה ביומא (דף מ"ח] אם הכשר מצוה כמצוה דמי אין ענינו לכאן כמו שמבואר שם ברש"י ותוס'. דהתם מדלינה פוסלת מחשבה נמי פוסלת. הגם שבספר הזוהר הקדוש מפליג ומזהיר מאד לבנות מתחלה לשם ביהכ"נ. מכל מקום אינו מעכב בדיעבד. כדאיתא

במגלה [דף ו'] ונשאר גם הוא וכו' שעתידין שרי יהודה וכו'. ואין לומר דשאני בית המדרש. או משום דקדושתו יתירא ואין צריך הכנה. או משום דקילא קדושתי'. ומשום הכי לא בעי הכנה מתחלתו. נקוט מיהת לחדא בידך. דבהמ"ד לא בעי הכנה. והרי חזינן לרב פפא במגילה (דף כ"ו ע"ב] דביהמ"ד מותר לעשותו ביהכנ"ס. ואי נימא דביהמ"ד הוא דלא בעי הכנה ובית הכנסת בעי הכנה לעכב. היאך אפשר לעשותו ביהכ"נ. הא לא הוי הכנה לכך מתחלתו:

ולבי אומר לי דהא דמביא בספר מחזיק ברכה בשם הגאון החסיד מהר"י אבוהב ז"ל שצוה לש"ץ לברך שהחיינו בק"ק אמשטרדם מפני שנהוג בחוץ לארץ שבונין כמה לשכות דבוקים לביהכ"נ ויש שם מקום לראשי קהל להתאסף שם לפקח לטובת הקהל. וגם לפעמים מקום דירה לש"ץ. ומשום הכי צוה לברך. ושכנגדו שחולק עליו סבירא ליה כיון דעיקרו לביהכ"נ לתפלה. ובזה לא מצינו שתקנוהו וכמש"כ לעיל נגרר הטפל אחר העיקר. וגם אסיפת ראשי הקהל הוא באקראי בעלמא. ודי להם שיברכו בעת שיתאספו לבקר דבר ולא בשעת החינוך. מה שאין כן ביהכ"נ הקדוש דפה שנבנה רק לפי השילוח מאחינו שבגולה ה' יברכם וישיגו ברכות חיים ויפקוד אותם ואותנו בפקודת ישועה ורחמים. בספרן של צדיקים ביום הכסא הבא עלינו לטובה. ויגאלנו גאולת עולם ב"ב אמן סלה:

דברי ידידכם ואוהבכם אהבת נפש. הק' משה יהודה ליב

ותהלה לאל ית' נתקיים כך להלכה למעשה. ונתחנך הביהכ"נ ביום ה' כ"ח אלול תרכ"ד בשירים ובכנורות. וכה נזכה לשמוח בבנין בית אלהינו במהרה בימינו אמן:

סימן ד

בדיני ברכת הגומל

בעזה"י פה ירושלים עה"ק תובב"א

הן לגודל חסדו ואמתו אשר עשה עמדי, כי נפלתי למשכב ליל ג' ג' דחוה"מ סוכות תרכ"ה לפ"ק בחולי עצום ביסורים גדולים והייתי כ"פ בסכנה עצומה. ותפלות רבים וזכות אבותי הקדושים עמדה לי ונתנני עוד בין החיים ת"ל. ומה אשכר אקרבהו. רק במו פי אהללהו. ובמעט שכלי וחלישות כחי אגדלנו בתודה. והנה בשבוע פרשת לך אור ליום ב' כמעט קמתי מערשי. ושמתי עיוני בברכת הגומל:

עיין ברכות [דף נ"ד ע"ב] רב יהודה חלש ואתפח כו' א"ל בריך רחמנא דיהבך לן ולא יהבך לעפרא. א"ל פטרתון יתי מלאודויי. ופי' הרא"ש שם דאמרי בריך רחמנא מלכא דעלמא וכו'. דקדק ונקט גם תיבת דעלמא משמע דס"ל כדעת התוס' לעיל [דף מ' ע"ב]

גבי בנימין רעיא כרך רפתא עיי"ש בד"ה אמר וז"ל. רב אלפס פסק כר"י וכן פסק ר' יהודה ולכך היה אומר ר"י שאם הי' מדלג מלכות של ברכת המוציא שצריך לחזור ולברך. ואפי' דילג תיבת העולם בלבד דמלך לבד אינו מלכות עכ"ל. וקשה טובא בדברי הרא"ש שהביא ראי' לדבריו מבנימין רעיא כרך רפתא. ולעיל [דף מ' ע"ב] גבי הך דבנימין רעיא הביא הרא"ש עצמו רק מלכות לבד בלא העולם. וכן משמע מכל הפוסקים דהעולם אינו מעכב ועיין בש"ע (סי' רי"ט] דהזכיר תיבת דעלמא. וסותר דברי עצמו בסי' קפ"ז סעיף א'] גבי בהמ"ז וז"ל. אמר במקום ברכת הזן בריך רחמנא מלכא מארי דהאי פיתא יצא. ולא הזכיר דעלמא. ועיין [בסי' קס"ז סעיף י'] בברכת המוציא דגם שם השמיט תיבת דעלמא. ובמ"א שם [ס"ק כ"ב] תמה ע"ז מסי' רי"ד] בדילג תיבת העולם דלא יצא. ויש לדקדק בדברי המ"א מדוע לא הקשה קושייתו נמי מההיא דסי' קפ"ז] גבי בהמ"ז דהא מברכת המוציא י"ל דיצא מספיקא. ובסי' רי"ד אפשר לדחוק ולומר דמיירי בברכה דאורייתא. משא"כ בבהמ"ז דחיובו מדאורייתא דלא יצא מספיקא. א"ו דפשיטא ליה להשו"ע דאינו מעכב בדיעבד ויתעוררו כל הקושיות הנ"ל:

ונראה דכד מעייניגן בה יש למצוא הבדל רב ביניהם. עיין בר"ן פרק ג' דשבועות [ד' כ"ו] גבי האדם בשבועה. דמקשי מאי שנא גבי היכא דאמר פת סתם והיה בלבו לומר פת חטין דלא נאסר כ"א בפת חטין וגבי נודרין לחרמין דלא שרינן ליה משום דאמר בלבו היום רק משום אונס הא לא"ה לא אזלינן בתר דברים שבלב. ועיי"ש בתי' האחרון וז"ל לפיכך עיקרן של דברים דהתם בנדרים באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי. דינא הוא דאע"ג דאמר בלבו היום שיהיו אסורים עליו לעולם אי לאו משום טעמא דאונסא משום דהתם גמר בלבו לשון שיהיה משמעותו לעולם. הלכך אע"ג דבלביה לא ניחא ליה אלא בהיום הוו להו דברים שבלב ואינם דברים כו' אבל הכא שגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם. לא גמר בלבו להוציא בשפתיו דבר שיהי' במשמעותו להיות אסור בשאר מיני פת הילכך כי אמר פת סתם לישנא הוא דאיתקל לי'. דבלביה לא ניחא ליה למימר הכי. ובנדרים הא בעינן שיהיה פיו ולבו שווים עכ"ל נקטינן מדבריו דהיכא דכיון לבו להוציא בשפתיו מה שאמר. אזי נקטינן דבר היוצא משפתיו לדבר חזק. משא"כ היכא שלא הוציא בשפתיו מה שכיון בלבו. ורק לישנא הוא דאיתקל ליה אזי כוונת לבו מבטל דבר היוצא מפיו. כמבואר למעיין בדברי הר"ן. דהא בכיון בלבו לומר פת חטין ואמר פת סתם אסור עכ"פ בפת חטין ובגמר בלבו לומר פת חטין והוציא פת שעורין אינו אסור לא בחטין ולא בשעורין. ומדוע יתבטלו כל דבריו. הלא בתיבת פת נכלל גם פת חטין ודי היה לבטל רק תיבת שעורין. א"ו דהיכא דאין מחשבתו נכללת במה שהוציא

בשפתיו נתבטלו כל דבריו. ורק בהוציא פת סתם משום דמחשבתו נכלל בדבריו. משו"ה נתקיימו דבריו המכוונים למחשבתו:

ובזה יופתר לנו כל התמיהות הנ"ל. דהנה ודאי דעת כל הפוסקי' דלכתחלה צ"ל תיבת העולם גם כן. וגם כיון דחזינן דדעת כל הפוסקי' דתיבת העולם אינו מעכב בדיעבד. מסתברא להו להטור ושו"ע דגם לדעת תוס' דמעכב גם בדיעבד. דלאו מדאורייתא הוא. דמנ"ל לעשות פלוגתא רחוקה כל כך. דלדעת תוס' מעכב מדאורייתא ולכל הפוסקים אפי' מדרבנן אינו מעכב. ומשום האי טעמא לדידן דמספקא לן בתיבת העולם אם מעכב מדרבנן כדעת תוס' או שאינו מעכב כלל. דינו כספיקא דרבנן. ומשו"ה גם בביהמ"ז א"צ לחזור ולברך דספיקא דרבנן לקולא:

ועתה נתורה נא ונראה בפירושא דדילג הנזכר בתוס' [דף מ"ב] ובר"ש שם. ובטור בסי' רי"ד. אם פירושו הוא שהיה בלבו לומר כתיקונו לכתחלה רק פומא הוא דאיתקל ליה. או דלמא כל כמה שאינו מן ההכרח אמרינן כפשוטו, בין שכיון לדלג או שלא נתכוין כלל. או שהיה בלבו להיפך. וכד מעיינינן היטב בלשונם הצח נראה דמסתבר כן. דבכל אתר ואתר דאיננו מן ההכרח לומר דווקא בשנתכוין להיפך ממה שהוציא מפיו מיירי. מנ"ל להוציא ולהפריד ולומר דבשאין פיו ולבו שוין דווקא. ואמרינן בסתמא דכולל כל גווני. ולמטרת כוונה זו נקטו התוס' והרא"ש [דף מ'] וכן הטור בסי' רי"ד לשון [דילג] הכולל בכל גווני. וכד תעיין היטב בש"ע סי' רי"ד בלשונו הצח שנקט מתחלה דין פסוק שכל ברכה שאין בו שם ומלכות אינו ברכה. וכיון שנקט כבר לשון הכולל כל גווני ל"ל למינקט כלל אח"כ ואם דילג שם או מלכות צריך לחזור ולברך ואפי' לא דילג אלא תיבת העולם וכו'. שהוא שפת יתר לגמרי ואי לאשמעינן דתיבת העולם מעכב א"צ לאריכות כ"כ וגם לשנות לשונו אח"כ ממה שהתחיל בריש דבריו ללשון דילג. ולא היה לו להוסיף אלא וכן בהעולם לבד דמלך לבד אינו מלכות. א"ו שכיון לדילוג פרטי. והסיב פני הדבר לאשמעינן דתיבת העולם נשתנה דינו מתיבת מלך. דדווקא היכא דדילג תיבת העולם. שהיה בלבו לומר העולם אלא פומא הוא דאיתקל ליה ויצא מפיו בלא תיבת העולם. והשתא כיון דנקט ליה בלביה בדבר דאיכא לקפידא מקום לחול שהרי לדעת תוס' צריך לחזור ולברך. אמרינן אנן דגם לדידן דמספקא לן מכל מקום השתא שכיוון לומר כדינא אמרינן דפומא הוא דאיתקל ליה ומבטל לדבורו לגמרי גם תיבת מלך שהוציא בשפתיו]. וכמו היכא דכיון לומר פת חטין ואמר פת שעורים דמסלקינן ליה לדבורו לגמרי. אבל היכא דלא היה בלבו לומר תיבת העולם אזי פסקינן דא"צ לחזור ולברך ואפי' גבי ברכת הזן שהוא מדאורייתא כיון דתיבת העולם אינו מעכב מדאורייתא אפי' לדעת התוס'

כמ"ש ואגב גררא נקט מתחלה נמי גבי שם ומלכות בכללא דדילג. דלא תימא דדווקא היכא דלא נתכוין מתחלה לומר שם או מלכות הוא דאינה ברכה. אבל היכא דנתכוין בלבו רק פומא דאיתקל ליה עדיפא]. והשתא ניחא גם דברי רא"ש הנ"ל. [והראיה שהביא הרא"ש מבנימן רעיא לאו בכולה מילתא מדמי לה רק דמוסיפין בדבריו גם במה שלא ביאר להדיא. כמו התם דאע"ג דלא תני רחמנא מתרצינן בכגון דאמר כן. ה"נ לענין מלכא דעלמא]. וכן פסק של המחבר [בסי' רי"ט] ברור ונכון. לפי דהתם איירי באחר שבירך בשבילו ולא אמר תיבת העולם דנהי דמברך לא כיון בלבו כלל לומר תיבת העולם. אבל השומע שפיר ידע דצריך לומר כן. ואיתא לקפידא מקום לחול לדידן דמספקא לן דהשתא נהי דשומע כעונה הרי לא עדיפא מאילו בירך לעצמו וכמ"ש המ"א סי' קס"ז ס"ק י"ח גבי הפסיקו המסובים וכיון בלבו להיפך דאזי בטלי לדיבורא לגמרי כיון דפומא הוא דאיתקל ליה. וכדברי הר"ן הנ"ל:

ובזה ניחא דברי הטור [בסי' רי"ד] בסופו דאורח יברך לעצמו דס"ל כדעת רוב הפוסקים לגמרי דתיבת העולם אינו מעכב בדיעבד ומטעם שיתבאר לקמן]. והזכיר מחלוקת הפוסקים רק לגבי מלכות אם פסקינן כרב או כר"י. וכיון שכן מספיקא א"צ לחזור ולברך. אבל במסובין ובירך בעה"ב בלא מלכות אזי האורח צריך לחזור ולברך שהולך ג"כ וסובב על כוונה הנ"ל. דנהי דבעה"ב טעה ולא כיון כלל אבל השומע שפיר ידע דטעה המשמיע ולא עדיף מאילו בירך בעצמו דאזי מחשבתו מבטל ליה לדבורו:

ועדיין דברי הטור צריך בירור דאיך עזב דעת אביו הרא"ש לגמרי ולא הביא כלל תיבת דעלמא. גם בסי' רי"ט לענין ברכת הגומל היכא דאחר מוציאו. והיה לו להביא עכ"פ דהשומע יברך לעצמו אח"כ כמו שפסק בסי' רי"ד] לענין מלכות. וכן [בסי' קפ"ז] לענין בהמ"ז לא הביא כלל בדין תיבת העולם. וי"ל בזה דעיקר הדבר שלא יצא בשלא אמר מלכות לרוב הפוסקים דפסקו כר"י מסתברא דהוא רק מדרבנן כדי שלא נשווה פלוגתא רחוקה בין רב ור' יוחנן. וגם דעיקר האסמכתא לענין שם ומלכות הוא מקרא דלא עברתי ממצותיך. וברכת המצות הם מדרבנן לחוד. ומשו"ה בסי' רי"ד] לענין עיקר מלכות נקט הטור לספיקא דדינא. ולכן המברך א"צ לחזור ולברך. איברא השומע צריך לחזור ולברך. לפי שהשומע כיוון בדעתו לברכה גמורה. דהשתא גם בספיקא דרבנן יש לקפידא מקום לחול. משא"כ לענין תיבת העולם דגם לדעת הפוסקים כר"י בתיבת מלכות אכתי איכא ספיקא בתיבת העולם. והוה ס"ס בדרבנן לדידיה, לדעת הטור] חדא דלמא במלכות גופא הלכה כרב. ואם תימצי לומר דהלכה כר"י דלמא גם בלא העולם איכא מלכות. וכמו

במלכות דראש השנה דאיכא כמה וכמה מלכות בלא העולם. דהשתא תו אין לקפידא מקום לחול ויצא גם השומע. דתורת ס"ס דינו כודאי:

ובמה שכתבתי דדווקא היכא דאיתא לקפידא מקום לחול. אזי היכא דמחשבתו סותר דיבורו לא יצא. צריך ביאור קצת למעיין היטב. דלפי"ז יצא לנו דין מחודש בכל הברכות דיצא בדיעבד בברכת שהכל. ואם ישמע מאחר בכגון זה או כשיברך וירצה לומר הברכה כתיקונו ופומיה איתקל ליה לא יצא. אבל לקושטא ליתא דבכגון זה אין לקפידא מקום לחול. שהרי יצא גם בברכה זו. וליתר ביאור נראה ע"פ מה שהקשו הפוסקים לשיטת הרמב"ם דכל דרבנן הוא דאורייתא מלאו דלא תסור. מאי שנא בין ספיקא דרבנן לספיקא דאורייתא. ותירצו דספיקא לא תיקנו חז"ל כלל [עיין ברמב"ן בספר המצות שרש ראשון [דף ה' ו'] ובספר זוהר הרקיע]. ולפי"ז יש הבדל רב בין ספיקא דהעולם דיצא מספיקא דרבנן. דאי אפשר לומר דהוי כאילו אמר העולם, רק בספיקא לא תיקנו וא"צ לחזור ולברך גם בלא אמירת העולם. ונמצא שלא קיים כלל תקנתא דרבנן. וגם בדיעבד עודנו בספיקא רק שעל ספיקא לא תיקנו, משא"כ בברכת שהכל דבדיעבד יצא והוה כאילו בירך כתיקונו [ועיין במג"א סי' ר"ח ס"ק כ"ו בסוף הדבור]. וכיון דאין לקפידא מקום לחול. משו"ה לא חיישינן לקפידא דידיה. וכל זה ברור ונכון להולכים במישרים:

סימן ה

בדיני מבשל בשבת

נשאלתי בהיותי בק"ק קוטנא יע"א. בחורף שנת תרט"ז לפ"ק שמשרתת אחת הביאה לבית האופה תבשיל של שבת (הנקרא שאלענט) בטרם ביאת השמש של עש"ק. והמשרת של האופה היה טרוד בתבשילים של אחרים להורידם לתנור. עד כי אחר הנער והוריד את התבשיל מן המשרתת לתוך התנור בבין השמשות, והם לא ידעו מאומה שיש בזה חטא גדול או קטן, רק ששינו קצת מן הנהוג בקהלות ישראל. רק אברך אחד מן המופלגים שי' שאל אותי למחרתו, את משפט התבשיל הזה אם צריך להודיעם לבל יאכלו ממנו בש"ק כדין המבשל בשבת בשוגג. וגליתי לו טעם הדבר לבל יתמה בעיניו, כאשר אבאר בעזה"י:

א כי הנה בנידון הזה העיקר הספק בין השמשות הוא ספיקא דאורייתא. דלכל הפוסקים הוא מדאורייתא לחומרא. אפי' לדעת הרמב"ם. ופר"ח בכללי ס"ס שהכריע כדעת הרמב"ם], שהרי איקבע איסורא ומביא אשם תלוי. ובכל ספיקא דמביא א"ת אח"כ פשיטא דלכל הפוסקים אזלינן לחומרא לכתחלה מדאורייתא. ואיתא להדיא בכריתות (דף י"ז ע"ב] שבת ויום חול לפניו ואינו יודע באיזה מהן עשה מביא א"ת. הגם דלדעת

תוס' שם בד"ה מדסיפא דלא שייך איקבע איסורא בזה רק בביה"ש של מוצאי שבת. הלא נודע מכמה דוכתי דלדעת התוס' (כמ"ש הפר"ח שם. ובכו"פ בריש בית הספק אזלינן בכל ספיקא דאורייתא לחומרא. אפי' בחתיכה אחת דלא תליא להו בחיובא דאשם תלוי. ולרמב"ם דתליא ליה בא"ת הרי מבואר להדיא בפ"ח מה' שגגות] דמביא למתניתין בסתמא ולא חילק לבין עש"ק ובין מוש"ק, משמע דס"ל שגם בעש"ק מיקרי איקבע איסורא. כיון שכן טבע העולם ועתידה הלילה לבוא. וכן מבואר להדיא בלח"מ שם דלרמב"ם אין חילוק. והנה על התבשיל הוא רק ספיקא דרבנן דכיון שהיה שוגג בדבר וקנסו מדרבנן שוגג אטו מזיד שלא יאכל בשבת לא לו ולא לאחרים. והשתא דאיכא ספיקא בקנסא דרבנן דקילא עוד משאר ספיקא דרבנן כאשר נבאר לקמן, מסתברא דיש להקל בו במאי שהקילו בכל ספק דרבנן:

ב אמנם נידון דידן נפל במבוכה גדולה שיש בין הפוסקים ובשו"ע בספיקא דרבנן שנגרר מספיקא דאורייתא. עיין ביו"ד בסי' פ"ו בש"ך ס"ק י"א] בשוחט בסכין ונמצא פגום, דתרנגולת אסורה והביצים מותרים מטעם ס' דרבנן. ובסי' נ"ז [בטור ובב"י שם] גבי ספק דרוסה שנתערב, דכל התערובות אסור, דבהמה חשובה ולא בטלה. אע"ג שעתה היא ספיקא דרבנן. וכן [בסי' ק"א] גבי חתיכה הראויה להתכבד דאפי' ספק טריפה לא בטלה. אלא דמזה פשוט לחלק כיון דספיקא דאורייתא הוא בגוף החתיכה וספיקא דרבנן הוא ע"י תערובות, כנראה מדברי רמ"א בסי' ק"י. איברא כל רבותינו האחרונים הסכימו לדברי מהריב"ל [ח"ג סי' ק'] דבספק טריפה אסורים הכלי' שנתבשלו בהם אפי' כשאינם בני יומן. מפני דעיקר הספק נולד בדאורייתא. רק שעל ידי גלגול נתהפך לאיסור דרבנן, אזלינן בתר עיקרו:

ג והנה בשער המלך פרק י' מהלכות מקואות כלל ו'] מאריך בזה ומביא שם בשם פר"ח דמחלק בזה. דהיכא שהספק נולד על שתי חתיכות. כגון בביצה מספק נבילה. פסקינן לכל חתיכה וחתיכה כדינא. דלגבי תרנגולת שהיא ס' דאורייתא אזלינן לחומרא ולגבי ביצים דאסורים מדרבנן פסקינן לקולא. אבל גבי כלים דפני הנידון נתגלגל על הבלוע שבתוכם. דאתמול היו אסורים מדאורייתא וגם עתה אסורה הבלוע מדרבנן. לכן אזלינן בתר עיקרו. כיון שסוף סוף הרי הספק בחתיכה אחת שהוא הבלוע שבכלים. ובשעה"מ מחלק שם. דהיכא שהספק נולד בזמן אחד על איסור דאורייתא ועל איסור דרבנן. בזה פסקינן לכל חד וחד כדינו. ומשו"ה התרנגולת אסורה והביצים מותרים. ומעתה בנידון דידן התבשיל מותר לכולי עלמא כיון דס' דאורייתא הוא על גוף המבשל אם עשה איסור דאורייתא או לא. וספיקא דרבנן הוא על התבשיל הרי זה נידון כשתי

חתיכות לדעת הפר"ח. ואין לומר דמכל מקום הספיקא דאורייתא הוא גם על התבשיל אם צריך לרדותו קודם שיתבשל ומצד ספיקא מחוייב לרדותו. וא"כ הרי כבר נולד הספק דאו' בחתיכה זו עצמה שנאסרה אח"כ מדרבנן. זה אינו דלא דמי כלל לחתיכה אחת כגון בנידון דמהריב"ל, דאיפשר שתבא חתיכה זו עצמה לכלל שתים, לסד"א בב"י ולס' דרבנן כשאינה בן יומא. ולהכי כיון דס' דרבנן כשאינו ב"י הלא הבלוע זו עצמה האסורה אתמול מדאו' כדין ס' דאורייתא. אזי אסורה גם היום מדרבנן. כיון שעיקרו נולד בדאורייתא. אבל בנדון דידן שהם שני הפכיים לגמרי. דאם יורידנו מן התנור כדין ס' דאורייתא אזי לא יבא כלל לכלל ספיקא דרבנן. והשתא דנתברר הדבר שלא הורידו מן התנור טרם שנתבשל ואז נודע דהתבשיל זה לא בא לכלל סדא"ו רק לסדר"ב לחוד והספיקא דאורייתא הוא על המבשל לחוד:

ד ועוד יש לחלק ולומר דכיון שלא נודע לו כלום אם עשה בזה שום דבר עון רק השתא ביום ש"ק שכבר נתבשל, דהשתא אם נודיע שעשו אשמה רבה בזה. השתא מיהת לא נולד שום ספק על התבשיל עצמו בשום ספק דאורייתא רק בספיקא דרבנן לחוד ורק על עצמו של המבשל הוא הספיקא דאורייתא. ואם כן הדר דינא לשתי חתיכות. דלא נגרר הס' דרבנן בתר ס' דאורייתא. ונראה דעל סברא זו יש לדון ולומר דכשם דבקבוע דאורייתא. דבעינן שיהיה הקבוע ניכר במקומו. פסק הרשב"א בתורת הבית הארוך דאם ידוע לאחד בסוף העולם החנות שיש בו טרפה אף שלא נודע בכאן, דינו כדין קבוע הניכר במקומו. ועיין מש"כ בזה בזית רענן ח"ר ביו"ד ה"ב סי' ו' אות ו'). וא"כ בנ"ד נמי, כיון שהאברך הנ"ל עבר אז בבין השמשות על פני בית האופה. וראה מה שנעשה. וממילא נולד לו אז הספק על התבשיל ג"כ אם צריך לרדותו. וע"י ספק זה כבר נולד הספק על התבשיל בדבר ספיקא דאו' וזהו הגורם שיאסרו התבשילים גם אח"כ שבאו לכלל סדר"ב. כיון דנולד הסד"א בחתיכה זו עצמה שנתגלגל לכלל סדר"ב. איברא מה שכתבנו בראשונה הוא ברור ונכון לדינא. וממילא מובן דגם לדעת שעה"מ דמחלק בין אם הספיקות נולדו בזמן אחד. דבנדון דידן נמי כיון שלא הורידו את התבשילים מן התנור הרי איגלאי מלתא למפרע דגם הס' דרבנן שיבא ויסתעף גם על התבשילים ממילא וא"כ הרי הספיקא דאו' שהוא על המבשל, וגם הספק שהוא על התבשילים נולדו בעידן ההוא. ולהכי נידון הספק דרבנן כדינו ולא נגרר בתר הספק דאורייתא:

ה ומלבד כל הנ"ל נראה לאפושי כחא דהיתרא. כיון שגם בסדא"ו בגופו וספיקא דרבנן נתגלגל ע"י תערובות דחמירא משאר ספק דרבנן. כבר הכריע הש"ך דבהפסד מרובה וצורך סעודת מצוה מותר. היכא דלא נודע הספיקא דאורייתא עד שנתערב אח"כ.

וכדברי המ"כ שמביא הב"י [בסי' נ"ז]. ומשמע דבדידהו תליא. ואפי' דנודע לאחרים ולא נודע לבעלים עד שנתערב (דאל"כ מהיכן נודע לו אחר כך] אפי' הכי שרינן במקום הפס"מ וצורך סעודת מצוה. עיין בש"ך בקיצור דיני ס"ס באות א']. ומכללות לשונו נראה להדיא דגם דלקושטא נולד הסדא"ו טרם שנתערב. כיון דלא נודע לו עד אחר שנתערב, גם כן מותר בכי האי גוונא:

ו איברא אכתי יש לדון לאסור התבשילים. דנהי דספק דרבנן לקולא, זהו בשאר איסורין. אבל באיסורי שבת דיש לו מתירין לאחר השבת דגם בספיקא דרבנן אסור כמסקנת הש"ס בריש ביצה. וכן מבואר בכל הפוסקים. ונראה כיון דלר' מאיר דלא קניס שוגג אטו מזיד. אזי מתיר בשוגג מיד אפילו למבשל עצמו רק דאנן פסקינן כר' יהודה דבדאורייתא קנסינן שוגג אטו מזיד ואסרינן התבשיל לו ולאחרים ביום שבת. וכיון דבמזיד עצמו לא מיקרי יש לו מתירין כמבואר ביו"ד בסוף סי' ק"ב] כיון דלבעלים אסור לעולם. והשתא נהי דבשוגג לא שייך טעם זה כיון דכל עיקר איסורו הוא דקנסינן שוגג אטו מזיד. והיאך אפשר דבמזיד לא יאסר התבשיל של בין השמשות ובשוגג יאסר. ואיך יהיה הטפל חמור מן העיקר. ועוד כיון דחזינן בסוגיא בריש ביצה דגם לס"ד מעיקרא מפרשינן הא דתניא נתערבה באלף כולן אסורות. הוא מפני דדבר שי"ל מתירין אפי' בדרבנן לא בטיל. ואפ"ה קשיא ליה אמאי ספיקה אסורה. ומהדרינן ליה בתירוצים שונים. רק ר"א מסיק לבסוף כי היכי דלא בטל כן החמירו בספיקא. וחזינן דלא מילתא דפסיקא הוא שהרי בעירוב הקילו בספיקא, כמ"ש תוס' בעירובין (דף מ"ה ע"ב] בד"ה אי בעית אימא וכבר כתבתי בזה בזי"ר ח"ר יו"ד בדיני דשיל"מ הל' ו' סי' ג' אות ו' על קושית שעה"מ]. וכיון שכן מסתבר לומר דלא החמירו בספיקא אלא במילתא דרבנן שגזרו או שאסרו דחמירא לכל דבר כעין דאורייתא. אבל לא בדבר שקנסו. שהרי נראה בכ"ד דבדבר שקנסו קילא להו מדבר שאסרו משום תקנה או משום גזירה. שהרי אסרו התערובות בין במינו בלח בלח בין בשאינו מינו עד ס' כמו איסור דאורייתא [כמ"ש הרמ"א יו"ד סי' ק"ט סעיף א'] ובפמ"ג בפתיחה לתערובות כמ"ש לקמן [בסימן שאחר זה אות י"א] שגם המ"א מודה לזה. דגם במין במינו בלח באיסור דרבנן בעינן ששים]. ובדבר שהוא משום קנס. כגון בחמץ שעבר עליו הפסח דקנסוהו משום שעבר על בל יראה. אינו נאסר התערובות בכך. רק ברובא בטל כמ"ש המג"א בשם רוב הפוסקים בסי' תמ"ז] וכן בקנס דרבנן לא קנסו בנו אחריו ולא מצינו כן באיסורין דרבנן ונ"מ בין שני הטעמים הנ"ל. דלטעם ראשון אזי לדעת מ"א [סי' שי"ח ס"ק ב'] שכתב שם דאיפשר דרמ"א בסי' ק"ב] הנ"ל קאי כשנתערב לאחר שבת אבל בשבת אפשר דדינו כדבר שי"ל מתירין. א"כ בנידון דידן נמי

במזיד דינו כדשיל"מ ואסור אפי' בשוגג. אבל לטעם השני גם לדעת המ"א אין לפקפק דמותר בשוגג. ואינו נידון כדבר שיל"מ. מיהו מכל האחרונים משמע דדברי רמ"א קאי כשנתערב בשבת. ובעיקר קושי' מ"א שם מבכורים. כבר תירץ בחוו"ד הדבר בפשטא על נכון:

ז ואין להקשות לטעם הראשון הנ"ל מיין שבגיגית שנתבקעו ענבים בתוכו [בסי' ש"כ סעיף ב'] דנתבטלו בתוך היין מטעם שלא ניכר האיסור בפני עצמו. משמע להדיא דמשקים שזבו בפ"ע ואח"כ נתערבו בשוגג. דדינו כדבר שיל"מ ולא בטיל. ואמאי לא אמרינן ג"כ דהיאך נחמיר בזבו מאיליהן יותר מאילו סחטן בידים דבטילי בתוך התערובות לדעת רמ"א בסוף סי' ק"ב] גבי המבשל בשבת [כיון דלעצמו לעולם אסור]. דשאני התם דלאו משום דקנסוהו הוא דאסורין, שהרי אפילו כשלא עשה מעשה ולא חלו בם ידי אדם כלל ג"כ אסורין. ונהי דטעמא משום שמא יסחוט. השתא מיהת אסרום רבנן בעצמותן ולא משום קנס. משא"כ במבשל דעיקר איסורו הוא משום דקנסו שוגג אטו מזיד. לא מסתבר להחמיר בשוגג יותר מבמזיד. מיהו עודנה אין מן ההכרח כלל גם במבשל בשוגג כיון דכמות שהיא הרי בשוגג הקילו טפי מבמזיד דאסור רק בשבת ולמוצאי שבת מותר מיד. ובמזיד אסור לו לעולם. רק אח"כ כשנתגלגל הדבר ונתבטלה בתוך התערובות אזי ממילא נסתבב דחומרא של מזיד היא שעמדה לו להקל ולהתיר התערובות. וכן בשוגג הוא להיפך דקל שהקילו בו הוא הגורם לאסור התערובות. מפני דנקרא על התערובות דינא דשיל"מ. וכדמות ראיה לזה מדברי רשב"א מובא בטור י"ד [סי' ק"ב] בביצה מספק טרפה דבטילה. ולא דמי לדבר שיל"מ משום שאין ההיתר בוודאי. הוה לי' למימר בפשטא דהיאך יהי' הספק חמור מודאי דבטילה בששים ואחד וספיקא לא יבטל אלא וודאי דמפני הסיבה שנתגלגל אח"כ. לא איכפת לן אם יסתבב פני הנידון בקולא וחומרא. וכן הוא הדין כמעט בכל ספק שהרי בוודאי קידושין תו אין תופסין בה קידושין אחרים. ובספק קידושין צריכה גט משניהם:

ח איברא בנידון דידן לענין בין השמשות שדנין עליה. שפני הנידון הוא בעצמותו ולא ע"י שום מקרה וסיבה מסתברא דאם במזיד מותר התבשיל מפני ספיקא דרבנן. תו לא נוכל להחמיר בשוגג יותר מבמזיד. הגם דבשוגג י"ל מתירין משא"כ במזיד. ואין להקשות דהיאך נתיר התבשיל של ביה"ש במזיד. דהיאך נקיל בספיקא דאורייתא יותר מוודאי דרבנן דאסור במזיד במטביל כלים ועישר את הוודאי דאסור במזיד. זה אינו דהתם דוקא באית ליה פירי אחרינא כדאיתא ביצה דף י"ז ע"ב]. אבל לקונסו גם כשאין לו מה לאכול זהו רק בוודאי דאורייתא אבל לא בספק. כיון דעל התבשיל הוא ספיקא דרבנן כמש"ל.

ואין להקשות עוד דהא פסקינן בש"ע (סי' רנ"ג סעיף א') דהיכא דשכח ושהה דאסור עד מוצ"ש. אלמא דמחמירין אפי' בדרבנן ושם משמע בפשטא דאפי' היכא דאין לו מה יאכל נמי אסור. דשאני התם דהוי טעמא משום דלמא אתי לאיערומי כדאיתא להדיא בגמרא שם. ועיין ביצה (דף י"ז) איתא להדיא דהיכא דאיכא חשש הערמה מחמרינן אפי' טפי ממזיד. ומגופן של הדברים הנאמרים הוא מוכרע דבע"כ צ"ל כן. דאי לא תימא הכי. תקשי מאי שנא היכא דעבר ועישר ואין לו פירות אחרים דמותר לאוכלן. וגבי שהה משמע דאסור. אלא ודאי דמשום חשש הערמה שאני. וכמו כן אין להקשות מדברי רמ"א שם דבהחזירם ישראל. דדינו כמו בעבר ושהה. דשאני התם דמיירי במצטמק ויפה לו והוי איסור דאורייתא. הגם דאין בישול אחר בישול הא מכל מקום בתבשיל שיש בו רוטב יש בישול אחר בישול לדעת רוב הפוסקים:

ט ועיינתי בספרי אחרונים ביו"ד שנדפס בק"ב בכמה גליונות מרבותינו הגאונים זצללה"ה. ולא מצאתי דבר רק בגליון רש"א זללה"ה דכתב שם דבשוגג לא בטיל לפי די"ל מתירין והוא כמו שכתבתי לעיל לטעם ראשון הנ"ל. אבל מכל מקום אין דבריו מוכרחים כל כך. דעודנו יש מקום לומר כמ"ש לעיל בטעם השני דכשם דהקילו גבי עירוב. הוא הדין בדבר שהוא רק מפני קנס דרבנן. ואין לומר דגם בעירוב לא מצינו שהקילו רק בספיקא דרבנן ולא ע"י תערובות. דא"כ יסור בזה כל עיקר לימודו דרב אשי בריש ביצה דמשני דספיקה אסורה הוא משום דכשם דלא בטיל הוא הדין נמי בספיקה. (והא דמשני רב אשי בביצה (דף ל"ט) דגם בתחומין לא בטל התערובות גבי מים ומלח. הוא כמ"ש בזי"ר בדיני דשיל"מ ה' ו' סי' ג' אות ו') דבשלמא לטעם הראשון הנ"ל שהוא משום דאי אפשר להחמיר גבי שוגג יותר ממזיד כיון דעיקר איסורו הוא משום דקנסו שוגג אטו מזיד. שפיר יש לומר דזהו דווקא בספק בעצמותו כגון בין השמשות. שהרי אתה מחמיר מיד בשוגג ולא במזיד. משא"כ כשנתגלגל אח"כ ע"י תערובות דנתהפך אח"כ מחומרא לקולא ומקולא לחומרא, שכן הוא שורת הדין. אבל זולת זה הספק והביטול שניהם במשקל אחד נתנו:

עוד שם הקשה על הרמ"א בס"ס ק"ב] ממה שכתב בסי' שי"ח באו"ח סעיף ט' בשם שבולי הלקט. בעבר ונתן מלח בשבת לתוך תבשיל שבכלי ראשון, דהתבשיל שנתבשל מותר ולא אמרינן דלא ליבטל מפני שי"ל מתירין. מפני שהמלח נמס ונתערב בתוך התבשיל טרם שהמלח נתבשל דמלח צריך בשול כבשרא דתורא ותיפוק לי' כיון דבמזיד נתן המלח תו אין לו מתירים כיון שנאסר לו עולמית, והניח בצ"ע. ויש לומר עפ"י דעת הב"י מובא במג"א [בריש סי' שי"ח סעיף קטן ב'] דגבי מבשל בשבת דאסור לו לעולם

הוא דווקא למבשל עצמו. אבל לא בשביל מי שנתבשל בשבילו. דדווקא בביטול איסור הוא דנאסר בשביל האיש שביטל בשבילו. דחיישינן שיאמר לנכרי שיבטל בשבילו. משא"כ בשבת דעל ידי נכרי יאסר בכדי שיעשה. וישראל לא יציית ליה. והשתא איכא נפקותא רבא בטעמ' דשבולי הלקט מפני דנמס המלח ונתערב קודם שנתבשל. דאילו מפני טעמא דרמ"א בס"ס ק"ב] דמפני שנאסר לו לעולם. להכי לא נכלל בסוג דיש לו מתירין היכא דנתן אחר המלח במזיד בשביל בעה"ב דאז לא נאסר לבעה"ב רק בשבת:

י ועוד נראה לפענ"ד דאפי' כשנתן בעה"ב עצמו המלח במזיד היכא דלא נתבטל המלח בתוך התבשיל. כגון כשלא נמלח כלל בערב שבת כמ"ש שם דהוי מילתא דעבידא לטעמא אפ"ה לא נאסר רק בשבת עצמו, דלא אמרינן דנאסר לו לעולם רק במבשל וכיוצא בו ששבח התבשיל שבישל בשבת ניכר בו לעולם. דלולא זאת לא היה ראוי לאכילה. משא"כ הכא דכל השבח שבו הוא מפני תערובת המלח שנתן טעם בתבשיל עד שלא נתבשל המלח. ובמה שנתבשל גם המלח אח"כ אין שבחו ניכר. מסתברא דלא קנסו בזה לאוסרו לעולם. ודי לאוסרו בשבת עצמו כדאיתא להדיא. וממקומו מוכרע דיהבו טעמא לביטולו משום דהוי זו"ז גורם עם המלח של אתמול הרי דבליכא מלח מערב שבת אסור. והסברא מכרעת כן. דהא איכא כאן איסורא דרבנן על המלח שנתבשל בשבת ונתערב בתוך המאכל, אע"ג שהמאכל איננו מתפעל מבישול המלח. מכל מקום תערובתו אוסרו. וכי האי גוונא מצינו ביו"ד [סי' ק' סעיף ב'] דצריך ס' לבטל הגיד אע"ג דאין בגידין בנ"ט. ולהכי הוצרך לטעמי' דלא נכלל בסוג דשיל"מ מפני שנתבטל קודם שנתבשל ואין לומר דבנדון דידן נמי נימא בלא כל הנך טעמי דלעיל. תיפוק ליה כיון דאחר הוא שעשאו תו לא נאסר הבעה"ב על ידו מפני טעמי' דמג"א. שלא נאסר בשבת בשביל שנעשה בשבילו אפי' בשבת גופי'. איברא זה לא ניתן להאמר. דכל דברי המג"א סובבים רק דלא נימא שנאסרו לבעה"ב לעולם. אבל בשבת גופי' פשיטא דנאסרו כולם הבעה"ב וכל איש ישראל. דלא גרע מנכרי שהדליק נר בשביל ישראל דנאסרו כל ישראל ליהנות ממנו בשבת זו:

גם אין לומר דמכל מקום יהיה מותר לבעה"ב על פי דברי תוס' יבמות (פ"ג ע"ב] בד"ה אין. דבכל דבר דצריכין מחשבה בהדי מעשה אמרינן דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. והכא נמי בשבת כיון דמלאכת מחשבת אסרה תורה ובלא מחשבה לא אסרה. שהרי כתבו בעלי התוס' במס' שבת מ"א ע"ב] תוך ד"ה מיחם. דבר שאינו מתכוין דאסור לר' יהודה מן התורה בכל האיסורין אבל לא בשבת (והן הן הדברים המובא במג"א בשם א"ז שני פעמים סי' רנ"ג ס"ק ל"ח, וסי' ט"ש ס"ק ח'. גבי ראובן שהניח מעות על כר

של שמעון). דזה אינו דנהי דלא נאסרו במעשיו. אבל מכל מקום דינו בשבת כאילו לא נתבשל דאינו ראוי לאכילה. כי היכי דלא ליהני ממעשה שבת. וגם שם סבירא ליה לר"ן ורא"ה גבי זובח לעכו"ם דנהי דלא נאסרה מכל מקום לא התירה במעשיו. ובמעשה שבת כולי עלמא מודים בזה. הארכתי קצת כדי להתלמד במקום אחר:
פה קרתא קדישא ירושלים תובב"א. הק' משה יהודה ליב

סימן ו

בדיני דשיל"מ

א מדי עבר עיוני בדינא דמבשל בשבת עפ"י מעשה שאירע ונשאלתי ע"ז כמ"ש בסימן הקדום. ראיתי שיש כמה תמיהות וסתירות בשו"ע שחובה עלינו להשוותם ולהביאם אל עמק השוה. וראיתי שבעל המג"א עמד בכולם ברמיזה כדרכו. יעויין שם [בסי' שי"ח ס"ק ח'] על מה שפסק הרמ"א דאם קצץ פירות מן המחובר לצורך חולה בשבת דאסור לבריא בשבת אפי' חלה מבעוד יום. דמשום שגדל והולך בשבת ויש בו משום מוקצה. אלמא דלא בטל משום דשיל"מ. ולקמן [בסי' ש"ך סעיף ב'] פסק גבי ענבים בגיגית דבטלי הענבים שנתבקעו בתוך היין מפני שלא ניכר קודם שנתערב. ועוד קשיא על דברי תוס' בב"ק (דף ס"ט) דכתבו דמה שגדלו אחר כך לא בטלי במה שכבר נפדה. דדינם כדבר שי"ל מתירין אע"ג שלא היה ניכר קודם שנתערב. ובמס' ביצה (דף ל"ז) ובתוס' שם החליטו הדבר להיפך. דאי לא תימא הכי לא ישחוט בהמה ביו"ט שהרי גדלה ונתפטמה כל שהו ביו"ט. ועל זה לא מהני דעתו שהרי הוא כנולד. ומלבד שדבריהם סותרים. הלא דבריהם בב"ק ודברי רמ"א בסי' שי"ח נפלאים. שהרי דבריהם במס' ביצה הנ"ל מוכרחים בהכרח גמור. ועוד דמאי שנא דשוחט לחולה בשבת דמותר לבריא לאכול ממנה אע"ג שגדלה כל שהו בשבת. ומאי שנא מחובר דאסור מהאי טעמא. והרי סותר דבריו בסעיף זה:

ב ונראה לתרץ כל הנ"ל על נכון בפשטא. דהנה עיקר הסברא דלא ניכר בפני עצמו ומשום הכי רבתה כחו של המבטל על הבטל. לפי שהמבטל ניכר בפ"ע משא"כ הבטל. ולהכי המבטל שניכר בפ"ע רבתה חילו לבטל את האיסור דקלישא חילא דידיה אפילו במין במינו לר"י. או בדבר שי"ל מתירין לדידן. [ונלמד מכש"כ מהא דאיתא בפרק השוכר את הפועל (דף ע"ג ע"א] לחלק בין היתרא לגו איסורא דלא בטיל ואיסורא לגו היתרא דבטל. מפני שהעומד במקומו רבתה חילו על מי שבא בגבולו במקרה]. ועיקר הדבר דכל היכא דניכר רבתה חילו על שאינו ניכר. נלמד מדברי רבינו משולם ויסודו מזב שראה קרי ומיבמה שרקקה דם. דנלמד משם דכל כמה דלא ניכר בפ"ע אין ביכולתו

לבטל. ועיין בזי"ר חלק א' [בדין דשיל"מ בסי' ד' אות ב'] בדין גידולי היתר דמעלין את האיסור. דנהי דבזה קלישא חילא דגידולין מפני שלא ניכר בפ"ע לנגד האיסור הניכר. אפס בזה רבתה חילא דגידולין על העיקר. מפני שהכח המגדל שנתהוו הגידולים ממנו הן המה המתהווים ומקיימים להעיקר שאין זרעו כלה שיתקיים בארץ ולא יכלו וירקבו לגמרי. ומפני העילוי הזה עוד רבתה חילא דגידולים שאינם ניכרים על העיקר הניכר מפני שהוא המהווה והמקיים לכל מצב העיקר, ועיי"ש היטב ועיין גטין [דף ל"ט ע"א] גבי ענבים שהגיע זמנן לקצור. דכל כמה דקיימי בארעא אכחושי מכחשי ליה. ולפי"ז תו לא קשה מידי. דגבי גידולי פירות ניחא דלא בטלי במין במינו לר"י או בדבר שיל"מ לדידן דאע"ג דגריעי בשמן מנהו מן המבטל לפי שלא היו ניכרים. אבל נגד זה עוד רבתה וגדלה חיליה על המבטל מפני שהכח המגדל שבו שנתהווה על ידו מדי יום ביומו הוא המקיים את העיקר דלא יוכחש ויתקלקל שרשו ועיקרו. ומטעם זה כתבו בב"ק דגידולים לא בטלי בעיקרו מפני שיל"מ. והן הן דברי רמ"א בסי' שי"ח. אבל בגידול הבהמה והשמנונית שנתפטמה שגם בזמן שנפסק כבר כח המגדל לא נשחת ולא נפסד עיקרו כלל. והעיקר על חילו יקום. ולהכי בטיל שפיר כיון שעיקרו ניכר בפ"ע הרי רבתה חילא דמבטל על הבטל שאינו ניכר בפ"ע. והיינו טעמא דיין בגיגית [בסי' ש"כ]. ופשוט ונכון למעיין בעזה"י:

ג וכשנדקדק עוד בזה נמצא דגידולי בהמה וגידולי פירות המה שני הפכיים לגמרי דבגידולי פירות רבתה חילו של הבטל. והוא מה שגדלה אח"כ ביותר מן המבטל. והוא מה שכבר גדלה קודם שבת, וכמ"ש לעיל שע"י כחו של הגידול משמר ומהווה ומחזק את שכבר גדל לבל יופסד ומשו"ה לא בטיל במין במינו לר"י או בדבר שיל"מ. אבל לגבי גידול דבהמה הוא להיפך. שכל עוצם כחו של הגידול הוא מעוצם חילו דמבטל. ולא להיפך. ומשו"ה רבתה חילו דמבטל על הבטל ומבטל ליה אפי' בדבר שיל"מ. ולהכי גם בענבים בגיגית. נראה ג"כ שהיין שבגיגית הוא הגורם שיתרככו ושיתבקעו ענבים ויתהווה ליין ויתערבו בתוך היין שבגיגית. ומשו"ה בטיל לפי שרבתה חילו דמבטל על הבטל. ולפי"ז יתיישב מה דקשה לי [וכן הוא בפליתי. ועיין בזי"ר חלק ראשון בדין דשיל"מ סי' ג' אות י"א] מדברי תוס' סוף מעילה גבי פרוטה בכיס זה הקדש דלא בטיל מפני שיל"מ. והרי התם ג"כ לא היה האיסור ניכר בפ"ע ודמי ליין שבגיגית וצריכין לומר דבעלי התוס' מחולקין בזה על המרדכי. איברא השתא ניחא. דגבי הקדש נהי דלא ניכר האיסור בפ"ע. אבל מכל מקום אין המבטל סבת הבטל ולא הבטל סבת המבטל:

ד והנה בעיקר דינו של המרדכי גבי יין שבגיגית דמפני שלא ניכר האיסור בפ"ע גורם שיבטל. נראה לפענ"ד ראיה נכונה לזה ממס' פסחים (דף מ"ז ע"ב] בעי מיניה מר"ה הביא שה מאפר ושחטו תמיד ביו"ט יעוי"ש. הרי דעיקר האיבעיא הוא לר' יהודה דאית ליה מוקצה ולא נפשטה ליה עד שבא רבה ופשטה ליה מברייתא. והוא מפני שאיסור דבר אחר גרם לה. ואמאי לא פשטה מר"י גופיה דאית ליה דמב"מ לא בטל. וא"כ אין לך בהמה שלא נתגדלה כל שהוא שעודנה בתוך שנתה בימי גידולה ביו"ט, ואסורה משום מוקצה. ואפי' התנה עליה מאתמול לא מהני שהרי על נולד לא מהני תנאי. כמבואר ברמ"א (סי' שי"ח סעיף ב'], אלא ודאי דמפני שלא ניכר בפ"ע גורם דרבתה חילו של המבטל על הבטל ומבטל ליה אפי' במינו. והוא הדין נמי לדידן בדבר שי"ל מתירין. כללו של דבר דהיכא שההיתר והאיסור נתהוה כאחד ולא היו ניכרים בפ"ע. אזי אפי' במין בשאינו מינו ואין לו מתירין אינו בטל. ומכל שכן היכא דהאיסור ניכר בפ"ע וההיתר לא ניכר. דאין בכחו של ההיתר דגרוע מחיליה דאיסור, לבטלו. וזה נלמד מדינו של רבינו משולם. והיכא דההיתר היה בפ"ע והאיסור לא היה בפ"ע ואין אחד מהם מהווה לחבירו. אזי בדבר שאין לו מתירין פשיטא דההיתר דחשיבא טפי מן האיסור מבטלו לאיסור כדינו. דהשתא היכא דשניהם ניכרים בפ"ע מבטלי לאיסור. מכש"כ היכא דכחו של ההיתר והוא המבטל עדיפא מן הבטל. אבל בדבר שיל"מ בכה"ג או מב"מ יש מקום לומר דלא בטל. וראיה מתוס' סוף מעילה בפרוטה מכיס זה הקדש דלא בטל מפני די"ל מתירין, ולא דמי לענבים שבגיגית של יין דבטל אפי' בדשיל"מ וכן גידול הבהמה שנתגדלה ביו"ט כ"ש דבטל אפי' לר"י וכן לדידן בדשיל"מ, דשאני התם דע"י סיבת המבטל נתהוה הבטול שהרי הגידול של הבהמה נתהווה ונסתבב ע"י הכחות והאיברים שכבר היו. וכן בגיגית יכול להיות שע"י שנתרכך הקליפה מן היין והחריפות שלו נתבקעו הענבים. ומשו"ה הוא דגברה כחו של המבטל על הבטל משא"כ בפרוטה שבכיס זולת הכרו"פ ס"ל דלדעת המרדכי גם בהקדש בטל והתוס' חולקין עליו]. והיכא דאחד מהווה ומקיים לחבירו אזי אפי' כששניהם ניכרים לעצמן והאיסור מהווה להההיתר אזי אפי' שאל"מ ל"ב. וזהו דינו דדבר המעמיד דל"ב. ועיסה שנתחמצה אחר הפסח בשמרים של חמץ המבואר במ"א (סי' תמ"ז ס"ק מ"ה], ומסתברא דבכי האי גוונא אפי' היכא דהאיסור לא ניכר טרם שנתערב בהיתר. וההיתר היה ניכר בפ"ע. מכל מקום כיון שבכחו של האיסור מתקיים ההיתר על מצבו. תו לא מצי ההיתר לבטלו אפי' בדבר שאל"מ. וראיה לזה. דכשם דגדולי היתר מעלין את האיסור מפני שמהווה אותו ומקיימו. וכמו שכתבתי בזי"ר בדין דשיל"מ הנ"ל:

ה ולפי"ז לכאורה קשיא מדברי תוס' בב"ק שכתבו דגידולי איסור שגדלו אחר שנפדה לא בטיל משום דשיל"מ. תיפוק ליה דבלאו הכי נמי ל"ב כיון דע"י כח הגידול מתקיים העיקר דלולא זאת אזי כל כמה דקיימי אכחושי מכחשי. והוי כדבר המעמיד דל"ב איברא נראה. כיון דגם עצמות הגידולים שהיו מכבר ג"כ גורמים לזה לכן דינו כדין זו"ז גורם כמבואר בי"ד [סי' פ"ז] וכאשר נבאר להלן. דהנה בעיקר דינן של הגידולים אשר כתבנו עד הנה ברמז ונראה לתלמידים שלא שימשו כל צרכן כסותרים זה את זה. וסברות בדויות מלב אשר רחקתי מהם. לכן אמרתי לבאר שהמה מקור יסודם מגמרא ופוסקים רבותינו הראשונים נ"ע. עיין נדרים (נ"ז ע"ב] בסוגיא זו. ור"ן שם בד"ה ורבו גדוליו על עיקרו. ומסיק דגידולין מעלין את האיסור ומבטלין לעיקר. אלמא דכח המגדל שיש בעיקרן של הפירות הוא כח בפ"ע ולא נגרר בתר העיקר. ואע"ג דלולא העיקר בלתי אפשרי שיפעול כח הגידול שמץ דבר דבמאי יסתבך ויתאחז כח הגידול. דכח זה מן ההכרחי שיתאחז בדבר ממש שכבר יצא אל הפועל. אפ"ה אינו נגרר בתר הממש שהתאחז בו רק נידון לעצמו. ואחר שיצא אל הפועל בגידולין דהיתרא. רבתה חילא דידהו לבטל את העיקר לגמרי. הגם דאיסור ניכר בפ"ע וההיתר רק בתוך התערובות. דבכהאי גוונא מונע הביטול בעלמא. מכל מקום כיון דרבתה חילא דגידולין דהיתרא מפני שהם מהווים ומציבים לעיקר שהיה דלולא הם כבר כלה ונפסד העיקר ברגבת עפר שנתנו ולהכי העילוי הזה משלים הגרעון והחסרון שבו מפני שלא היה ניכר בפ"ע והאיסור היה ניכר דאמרינן דמפני העילוי זה דינו כאילו היה ג"כ ניכר. ויש לספק אם מפני העילוי זה מבטל ג"כ את האיסור שי"ל מתירין. הגם דהוא כתרתי לריעותא בעיקר נגד הגידולין ומסתברא דלא עדיפא העילוי הזה מדבר המעמיד. דפשיטא דאיסורא שנפל לגו היתרא ויש בהיתרא דבר המעמיד דהיתרא הכי יעלה על הדעת שיתבטל בתוכו איסורא די"ל מתירין. והרי התם שניהם ניכרים. ואפ"ה לא ניתן העילוי הזה שיתבטל בתוכו דבר שיל"מ מכש"כ הכא דאיכא תרתי לריעותא. וכן משמע להדיא מדברי ר"ן בריש הסוגיא דלא משכחת ליה אלא בכדי שיש בו כדי לבטל. וכן נראה מגמרא שם ריש דף נ"ח כל דבר שי"ל מתירין כגון טבל וכו' וחדש לא נתנו בהם חכמים שיעור. דמיירי נמי בגידולין דהיתר כגון בצל של שביעית ונטעו בשמינית אפ"ה ל"ב לביעור כדין דשיל"מ מכש"כ הכא דאיכא תרתי לריעותא

ו ויש להבין דאם כן בגידול בהמה שנתגדל' ביו"ט דבטל אפי' ביש לו מתירין מפני שלא ניכר האיסור וההיתר ניכר, והרי מעליותא דגבי גידולין מפני שהעיקר מתקיים על ידו. עומד נגד גרעון וחסרון דאינו ניכר. ואפ"ה אין ביכלתו לעמוד נגד איסורא די"ל מתירין

אפי' כששניהם ניכרין. כמו שהוכחנו מעיסה שיש בו מעמיד דהיתרא ואפ"ה פשיטא דלא יכול לבטל איסורא די"ל מתירין, וכן מוכח להדיא מסוף מס' ביצה גבי וליבטלי מים ומלח לגבי עיסה ומשני ר"א לפי דהוי דשיל"מ, ומשמע שם דאפי' לגבי מים לחוד נמי לא בטיל מהאי טעמא, שהרי ר"י לא פליג התם אלא על מים לחוד. הרי אע"ג דשאור שהעמיד שהחמיץ בו את העיסה הוא דהיתרא שהרי דידיה הוא אפ"ה אין יכול לבטל דשיל"מ. אלא ודאי כדכתיבנא לעיל דגבי גידול בהמה וכן בענבים שבגיגית טעמא אחרינא מפני שהאיסור נתהווה ע"י גרמא. שהרי לולא ממשות דהיתרא שכבר נתגדלה לא היה באפשר לכח הגידול להיות. והשתא שיצא כח הגידול בפועל באיסורא שוב אין בו עילוי שיתחזק על ידו את שכבר גדל בהיתרא. ומשום דאיכא תרתי למעליותא להיתרא שכבר גדל. חדא שניכר בפ"ע משא"כ לאיסורא שגדל ביו"ט, ועוד שע"י ממשות שבו חייל עליה כח הגידול דאיסורא. וכן בגיגית דע"י היין נתרככו הענבים או מפני חריפות שבו נתבקעו. ולהכי הוא דמבטל אפי' לדשיל"מ:

ז ולפי"ז מוכח להדיא דאי אפשר לומר לדעת המרדכי גבי ענבים דהוא הדין בפרוטה שבכיס זה הקדש בטלה הפרוטה אע"ג די"ל מתירין מפני שאיסורא לא ניכר בפ"ע קודם שנתערב. ויפה כחו של המבטל שניכר בפ"ע. דא"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתא מדבר המעמיד, ועיין היטיב. אבל בגידולי פירות שנתגדלו כ"ש ביו"ט דינא נכון דלא בטיל מפני דשיל"מ. וכן גידולי תבואה של מעשר שני שנתגדלו כ"ש אחר שנפדו. אע"ג דכח המגדל שבו חייל על ממשות דהיתרא. ולולא ממשות שבו אי אפשר לכח הגידול להתהוות. מכל מקום השתא שיצא כח הגידול לפועל בעידן איסורא. הרי על ידו נתחזק חיליה דאיסורא ונתאמץ הממשות דהיתרא. שלולא זאת הרי הממשות שהיה כבר נשתנה לגריעותא, כדאמרינן בגטין כל כמה דקיימי מיכחש כחשי, הגם שלא היו נפסדים לגמרי מ"מ השתא אשבוחי משבחי, וכעין דאמרינן בתבלין דעבידי לטעמא דלא בטיל. הגם דנאכל גם בלתי תבלין. איברא כל זה דלא בטל עיקרו מפני דשיל"מ, אבל מפני דבר המעמיד לחוד אי אפשר לאוסרן. דנהי דגורם זה מה שמשביח ע"י גידול דחייל על הממשות שכבר היה. עדיפא טפי מגורם דהיתרא שע"י חייל עליו כח הגידול, דמכל מקום אינו אלא מעשה קוף בעלמא. דעל דבר ממש הוא דמצי לחול עליו כח הגידול ולא באפס מקום. דאפי' בכה"ג לא נפיק מכלל זו"ז גורם דשרי, כאשר הוכחנו בזי"ר בחלק ראשון [בדין זוז"ג סי' ד' אות ג']. וזהו שרציתי לבאר דלהכי הוצרכו בתוס' לומר דל"ב הגידולים שלאחר הפדיון מפני דשיל"מ:

ח אלא דאכתי קשיא לכאורה, דלמאי שכתבתי א"כ באיבעיא דהביא שה מאפר ושחטו תמיד. אם ע"י איסור מוקצה לחוד דינו כדבר האסור באכילה להדיוט. ואמאי לא פשטה ליה מדתנן מנחות (דף ע"א ע"א) דכולהו תנאי סברי דקצירת עומר דחי שבת, לבד רבי שחולק בזה שם (דף ע"ב ע"ב). והוי ליה לפשוט האיבעיא מדר' יהודה דס"ל דמב"מ מדאורייתא ל"ב. והרי גידלה כ"ש ביו"ט שלפניו, כדאיתא באורחות חיים מובא בב"י סי' שי"ח) ובשלמא לדידן דפסקינן כארבעה זקנים דשבת ויו"ט שתי קדושות ניחא, דמוקצה של יו"ט מותר בשבת שאחריו. רק דנולדה בזה אסורה בזה משום הכנה. ופשיטא דמשום משהו נהי דל"ב מ"מ לית ביה משום הכנה דלא שייך רק בדבר חדש לגמרי, כמש"כ תוס' בכמה דוכתי על בישול מיו"ט לשבת דליתסר משום הכנה. ומתרצי כיון דלא נתחדשה לגמרי ומכש"כ במשהו שנתערב בתוכו. (וכן הקשה הר"ן ריש ביצה דאוסר משום גידולין שנתגדלה בשבת. ותירץ ג"כ דמשום כ"ש ל"ה הכנה]. אלא לר"י דמספקא ליה בעירובין (דף ל"ח ע"ב] אם קדושה אחת היא ואסור להדיוט בשבת שאחריו מדין ספיקא דאורייתא. ומוכח מקצירת עומר דשבת שלאחר יו"ט דאיסור מוקצה הוא רק כאיסור דבר אחר גרם לה. ויש ליישב דמעיקרא לא איבעיא ליה אלא בשה שהביא מאפר, דס"ל כלישנא קמא בסוף מס' ביצה דמדבריות הוו כגרוגרות וצמוקים דדחה בידים. ומשו"ה מספקא ליה דאפשר לומר כיון דדחה בידים, כאיסור שבגופו דמי שהקצהו ודחהו בידים מעשות צרכיו בהם משא"כ שאר מוקצה ונולד. הגם דאסורין לר' יהודה. אבל פשיטא ליה בזה שהקצה את דעתו מהם דלגבוה מיהת מותרין דחשיבי כאיסור דבר אחר. ולבסוף פשט ליה דאפי' בדחהו בידים כיון דאינן אסורין אלא מדרבנן, דמי לאיסור דבר אחר. ובזה נסתר גם הראיה שהבאתי לעיל [אות ד'] מדלא פשטה מגדולי בהמה שנתגדלה ביו"ט:

ט ועוד נראה לכאורה להביא ראיה למאי שכתבתי למעלה, דהיכא דההיתר ניכר לעצמו והאיסור אינו ניכר לעצמו, והוא מדברים שאינם מתבטלים דלא בטל לכולי עלמא, שהרי בדבר שהוחזק בתולעים דמינייהו קא רבו, אזי לכולי עלמא לא מהני בדיקה מפני שכבר הוחזק ובריה לא בטל [כמבואר סי' פ"ד סעיף ט' ביו"ד ומשטחת לשון השו"ע משמע דקאי על תולעים הגדילים בפירות במחובר, והתם אע"ג שלא פירשו כלל אסורים. וא"כ הוי אינו ניכר בפני עצמו] ואמאי, הרי ההיתר ניכר לעצמו והאיסור שנשתייר לא ניכר לעולם בפ"ע רק בתוך התערובות. אלא ודאי דעילוי זה איננו עומד נגד דברים שאינם מתבטלים. והוא כדברי תוס' במס' מעילה גבי פרוטה בתוך כיס הקדש. ודעת המרדכי גבי גיגית, וכן בגידול בהמה שנתגדלה ביו"ט. הוא מפני שיש עוד עילוי בההיתר וכמו

שכתבתי לעיל. ועוד ראיה ממס' תמורה (דף ל' ע"א] דמקשינן בגמרא ניפוק חדא להדי כלבא והנך כולהו לישתרו. ומשני הכא במאי עסקינן כגון דטפי דמי כלבא מחד וכו'. והשתא בין לסלקא דעתא דמקשה דלישתרו מצד ברירה. הלא בלא זה הרי בטל הטלה שכנגד הכלב ממילא בתוך התערובות, לפי שהאיסור לא ניכר בפ"ע. וכן למסקנא, ליבטל את שכנגד הכלב וגם הטופיינא בתוך רובא דהיתרא מהאי טעמא. אלא ודאי דלא מהני עילוי זה לדברים שאינם מתבטלים. איברא לקושטא נראה דאכתי מזה ליכא ראיה מוכרחת דגם השתא דאמרינן דבהמה חשיבא ולא בטלה. אכתי צריכין לדחוקי טובא בתירוצא דגמרא שם כגון דטפי חד מנייהו וכו', דמה בכך שהרי אם בתחלה היה המחיר שביניהם בכך. דטלה אחת נגד הכלב והטופיינא בתוך שאר הטלאים היה מן הדין שרק טלה זה אסור לגבי המזבח והטופיינא שבתוך שאר הטלאים יבטלו ברובא. והשתא נמי דנעשה בסתמא אכתי נימא ברירה. וצריכין לומר דבאופן זה שאינו מכוון כנגד אחד לגמרי לא אמרינן ברירה. איברא נראה לפרש ברווחא דאנן צריכין לדון על המקיים את כל המחיר ההוא שנעשה ביניהם. הגע בעצמך כשהמירו עשרה טלאים בעד תשעה וכלב ונמצא מיד קודם שמשך דעד שלא החזיק בה יכול לחזור כמ"ש במס' ב"ק ט' ע"א] שהכלב אינו שלו ולא נתנו לאידך. אזי הגם שכל הטלאים שווין בשוויין וגם הכלב שוה רק בשיווי טלה אחד, אז כל המחיר בטל לגמרי, שהרי יכול לומר לכלב אני צריך. ואפי' לדעת הפוסקים [בסי' ר"ג ס"ב] במשך את הפרה ולא משך את הטלה דקנה את החטים כנגד דמי פרה. דהתם שאני דמהיכא תיתי נחליט ונימא דעיקר מקחו היה רק מפני הטלה. ונקטינן פני הדבר דמפני שניהם נעשה המחיר הזה ולכל אחד כדמי שוויו. אבל הכא כיון דהטלאים שווים בצמצום אלו כאלו. נראה בעליל דמסתמא עיקר המחיר בכללו היה רק מפני הכלב, וכיון שמחיר זה נתקיים בכללו רק בשבילו. לכן נקרא מסתמא בכללו רק על שמו, לכן לא שייך כאן דין בטול, כיון שכל המחיר בכללו נעשה בשבילו. ולכן הקשה מעיקרא מטעם ברירה ונימא דכמו שהוברר עתה טלה א' כנגדו. הוברר הדבר למפרע שגם מתחלה נעשה כן, וכאילו הימרו בתחלה רק בטלה אחד נגדו, והשאר נגד הטלאים ש"ז. ומשני שפיר דטפי דמי וכו'. וכיון שכן איגלאי מילתא שכל המחיר נעשה רק בשבילו. ולא שייך דין ביטול כלל בענין זה, ועיין:

י ועוד נראה להביא ראיה ממס' יומא [דף נ"ה ע"ב] לא היו שופרות לקיני חובה מפני חטאת שמתו בעליה. ומקשה וניברור ד' זוזי ונשדי במיא. ומשני דר"י לית ליה ברירה, ומדמקשה דנסמוך אברירה היינו משום דאיסורו בתוך התערובות כמו שכתבו תוס' במס' תמורה (דף ל'] ד"ה ואידך. והא דלא בטל בלא ברירה היינו משום דמטבע חשיבא

ול"ב. והשתא אם נימא כדעת הפלתי בדעת מרדכי ורמ"א בסי' שי"ח] דהיכא דלא ניכר האיסור לעצמו קודם שנתערב וההיתר ניכר דמבטלי אפי' בדברים שאינם מתבטלים, קשיא דהתם נמי ליבטלו. ועוד נראה להביא ראייה מסוגית הש"ס שלהי ב"מ [דף קי"ח ע"ב] הכי קאמר ליה מדבריך לדברינו אין באין משל צבור, ועיין רש"י בד"ה לדברינו. וז"ל, לזה מיחל עליהן ונמצאו לו בתרומה ארבעה זוזי שאין לצבור חלק בהם ואם קונים מהם תמידין וכו' אין תמידין באין משל צבור, עכ"ל. וקשיא לדעת הכו"פ הנ"ל דליבטלו הד' זוזי, דהא לא היו ניכרים בפ"ע. וההיתר היה ניכר בפ"ע טרם שמירת הספיחים. ועוד ראיה לדברינו בטעם שכתבנו בדברי המרדכי מדברי הרמ"א [בסי' ק"ב סעיף ד'] וז"ל וכן אם אין איסורו מחמת עצמו בטל. ולכן חתיכה שלא נמלחה תוך ג' ימים, אע"פ שיש אומרים דמיקרי דשיל"מ הואיל ומותרת לצלי, אפ"ה בטלה דאין איסורה אלא מחמת דם הבלוע בה, עכ"ל. וקשה לכאורה מדוע שביק הך טעמא דלא הוכר האיסור בפ"ע, דהא הדם לא הוכר בפ"ע, ואיסורו נתעורר בתערובות ע"י בישול החתיכה, וכן הוא באו"ה לענין חתיכה הראויה להתכבד, עי"ש [כלל ז' דין ג'], אלא ודאי כמו שכתבתי דלענין דשיל"מ ודבר חשוב לא הותר רק בתרתי למעליותא, וכן איתא בהגה"ה (סי' ק"א סעיף ב') לענין דבר חשוב נמי, לפי שאין איסורו מחמת עצמו, ועזב לגמרי דברי או"ה לפי שלא נאסר אלא בתוך התערובות כשמבשלם:

יא הקשה תלמידי הרבני המופלג החריף והשנון מו"ה ישעי' נ"י. דמדברי מ"א [סי' ש"י ס"ק ח'] משמע להדיא דדשיל"מ בטל באינו ניכר בפ"ע. וז"ל, ונ"ל דאם נתערב אפר שהוסק בשבת באפר של אתמול בטל ברוב. אע"ג דקמח בקמח מיקרי לח בלח ובעי ס' כו' מ"מ הכא כיון דעיקר איסורו מדבריהם סגי ברובא. ודווקא שלא היה ניכר קודם שנתערב כמ"ש סי' ש"כ סעיף ב']. הרי דס"ל דגם היכא דאין ההיתר מהווה את האיסור. גם כן בטל היכא דהאיסור לא היה ניכר בפ"ע. והשיבותי לו, דהגם דמדברי המ"א אין להקשות על דברינו דלא נכנס לכלל זה. והניח הדבר בתימה בסי' שי"ח] וס"ל דהתוס' חולקים בזה על דברי המרדכי מדנקטו דהגידולים לא בטלו משום דהוי דשיל"מ. אף דהאיסור לא היה ניכר בפ"ע. ולדברינו ליכא שום סתירה על זה מדברי התוס' דהא אין ההיתר מהווה את האיסור. עם כל זה בעיקר דינו של המ"א הואיל ונפיק מפומי' דגברא רבא כוותיה אשר לאורו אנו הולכים. נראה דדינו אמת ויציב גם לכללא דידן. דלמאי שכתב הצל"ח [פסחים דף ט' ע"ב ד"ה ועפמ"ש] דבכלים לא שייך דשיל"מ משום שמפסיד תשמיש דיומא [וצ"ל בעיקר דבריו לחלק בין דבר העומד רק לתשמיש לדבר העומד גם לאכילה. דאי לא תימא הכי איך נכלכל סוגיא דריש ביצה גבי ביצה שנולדה

ביו"ט דאוסרת כל התערובות גם בטלטול. דכולן אסורות משמע דקאי אטלטול דקתני ברישא. ובצל"ח שם כתב דרק באכילה אסורה ע"י תערובות. מ"מ מן הסברא נראה כן דגם בטלטול אסורים וכיון דהאפר לא חזי רק לתשמיש יצא מכלל דשיל"מ כסברת הצל"ח ומה שתמה הפמ"ג בעיקר דברי המ"א. וחזרו ונשנו דבריו בי"ד (בפתיחה לשער התערובות בחלק השלישי פרק ג') וז"ל. מ"ש דהוי לח לא ידענא מה הוא. דמה"ת ברובא בטל בלח. ומדרבנן אטו אינו מינו. וזה שייך באיסור נותן טעם. משא"כ באיסור מוקצה שלא הלכו בו אחר נ"ט וכו'. ומ"ש דעיקר איסורו מדבריהם וכו' לא ידענא מנא ליה לחלק בכך. וכפי הנראה דאף איסור דרבנן בלח במינו בעי ס' וכו' עכ"ל. ולפענ"ד דברי המ"א נכונים. וקושיא חדא בחברתה מיתרצא. ועיקר דבריו יסבו בלכתן לרמוז על דברי הרשב"א בתורת הבית ופסקינן כוותי' בי"ד סי' ק' סעיף ב'] דצריך ס' לביטול גיד. ועיי"ש בט"ז ובש"ך הטעם. דאעפ"י שאין בו טעם התורה אוסרתו עיי"ש. והוא מלשון הרשב"א. וזהו כוונת דברי המ"א. דהיה לן להצריך ס'. אף דלא הלכו בו אחר נ"ט כמו גבי גיד. רק כיון דעיקר איסורו מדבריהם סגי ברובא. דהא עיקר הטעם גבי גיד הוא משום דהתורה אסרתו, משא"כ הכא:

יב ולפמ"ש בטעם דברי המרדכי. יתיישב דקדוק עצום אשר תמה הגאון הקדוש מו"ה ע"א זצוק"ל בדרוש וחדוש מערכה ו' במס' פסחים בד"ה נחזור הערה ג') וז"ל ממ"ש היכא דהאיסור נולד בתערובות. אע"ג דהוא דשיל"מ בטל. ולכאורה קשה דכתב הרמ"א אח"כ על דינא דחוזר ונאסר דיש חולקים. והיינו דעת הרמב"ם גבי חמץ. ולא כתב כן נמי גבי דינא הנ"ל. דתחלת ביאתו לעולם בתערובות. דיש חולקין, דהא מדכתב הרמב"ם דבר שנתערב בו חמץ ואינו מאכל אדם וכו' (כדאיתא סי' תמ"ב סעיף ד') והא כשנתערב קודם פסח תחלת איסורו בתערובות. מוכח דגם בכה"ג אמרינן דשיל"מ לא בטיל עכ"ל. ולמאי שכתבתי אתי שפיר דהיינו טעמא גבי גיגית משום דאיכא עוד מעלה אחרינא. דההיתר מהווה את האיסור. ויתיישב ג"כ בדברינו דלעיל על קושית המ"א מה שתמה הגאון הנ"ל בחידושיו על יו"ד. מדברי הר"ן במס' נדרים (דף נ"ח] עלה דההיא דאר"ש אף אני לא אמרתי אלא לביעור עיי"ש. דמדין דבר שיל"מ אף הגידולים שלא היו ניכרים בפ"ע לא בטלי בעיקר עכ"ל. ולמאי שכתבתי על קושי' המ"א דהיינו טעמא גבי גידולים דלא בטל. משום דע"י כח הגידול מתקיים העיקר וזהו גם כן טעם הר"ן הנ"ל:

יג הכו"פ [סי' ק"ב ס"ק ח'] תמה על דברי המרדכי סוף פרק קמא דשבת דהביא ראיה להך דינא דענבים בגיגית. מריש ביצה. דעצים שנשרו מן הדקל ביו"ט מרבה עליהן עצים מוכנים ומסיקן אע"ג דהוי דשיל"מ. מכל מקום כיון דליתא לאיסורא בעינא בטלין.

הוא הדין בענבים בגיגית. ותמה עליו הלא סוגיא ערוכה שם בריש ביצה דעצים שנשרו מן הדקל משו"ה מתבטלים כיון דמיקלא קלי איסורא. משא"כ גבי ענבים דשותה היין היוצא מהם בשבת. עד כאן קושית הכו"פ. והנראה לפרש דברי המרדכי. ומקדם נבאר השקלא וטריא שם בש"ס. דלכאורה קשה למה הקשה הש"ס ביצה שם על רב אשי דווקא. הלא זהו פשיטא להו לבעלי הש"ס גם לסלקא דעתא שם [דף ג'] דדבר שיל"מ גם בדרבנן לא בטל. רק רב אשי חידש דגם ספק דרבנן אסור בדשיל"מ. וכן כתב בש"מ שם. א"כ למה העמיד הקושיא על רב אשי. אך היינו טעמא דלס"ד ס"ל הטעם דדשיל"מ בדרבנן ל"ב. משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. ואם נאמר דדשיל"מ בדרבנן מתבטלין יקילו גם בדאורייתא. משו"ה ס"ל בס"ד דספק דרבנן גם בדבר שיל"מ מותר דבספק לא גזרו רבנן אטו דאורייתא. דהרי ספיקא דאורייתא אסור גם בדבר שאין לו מתירין. וספיקא דרבנן לקולא. א"כ הוא הדין בדשיל"מ. אבל רב אשי חידש דהטעם דדשיל"מ ל"ב בדרבנן. הוא מטעם דעד שתאכלנה באיסור תאכלנה בהיתר. (ולא משום גזירה והרחקה] א"כ ה"ה בסד"ר אסור בדשיל"מ. משום האי טעמא דעד שתאכלנה. והתם גבי עצים שנשרו מן הדקל הקשה הש"ס דאין מבטלין איסור לכתחלה. ותירץ משום דהני מילי בדאורייתא וידוע כי דעת הרבה פוסקים דגם בדרבנן אין מבטלין לכתחלה. רק היכא דמיקלא קלי וע"כ כוונת הש"ס בתירוצם דבדרבנן מבטלין משום דמקלא קלי. והוא הטעם דבלא רב אשי לא קשה דהא דשיל"מ לא בטל גם בדרבנן משום דס"ל הטעם דדשיל"מ ל"ב גם בדרבנן. משום דגזרו חכמים אטו דאורייתא וכמ"ש לעיל. ממילא כמו דאין מבטלין איסור לכתחלה בדרבנן. משום גזירה אטו איסור דאורייתא. ואפ"ה היכא דמיקלא קלי איסורא מבטלין. ה"ה בדשיל"מ בדרבנן דגזרו אטו דאורייתא ג"כ היכא דמיקלא קלי והוא איסור מדרבנן בטל אבל לרב אשי מקשה שפיר דהוא ס"ל הטעם דדשיל"מ ל"ב בדרבנן הוא משום דעד שתאכלנה. א"כ שוב אינו דומה לדינא דאין מבטלין דהתם משום גזירה והרחקה אטו דאורייתא. לכן כיון דאיכא תרתי, איסור דרבנן ומיקלא קלי. מבטלין. משא"כ דשיל"מ דהוא עצם איסור דרבנן דאינו בטל. לא נשאר רק מיקלא קלי לחודא. וזהו לבדו לא מהני כן אזלא קושיית הש"ס. ועתה זהו כוונת המרדכי דקשה ליה זאת על תירוצא דש"ס במסקנא דהטעם משום דמיקלא קלי. דלרב אשי לא מהני הטעם זה לבד. דהא דהוי איסור דרבנן אין שום מעלה לרב אשי כהנ"ל על כן הכריח המרדכי דבאמת תירוץ הש"ס לא משום מיקלא קלי לחודי'. רק כוונת הש"ס דעצים שנשרו מן הדקל. דמיד באותו זמן שנשרו מן המחובר. נפלו לתוך התנור בתוך עצים של היתר. רק רוב אין כאן (ולכן מרבה]. א"כ מעולם לא היה ניכר האיסור.

(והא דכתב המרדכי שם אע"ג דעצים המוקצים הן בעין. כוונתו בעת שהיו במחובר). א"כ הוא הדין בענבים בגיגית כיון דלא היה האיסור ניכר בטל. וממילא קשה דלמה לי' לש"ס לומר משום דמיקלא קלי. הלא אין האיסור ניכר מעולם. רק זה הוא שכתבתי. דזה לבד גם כן לא מהני רק היכא דאיכא תרווייהו משו"ה התם דלא היה האיסור ניכר וגם מיקלא קלי בטל. ואם כן יקשה בענבים בגיגית למה יבטל. הלא התם הוי אין ניכר לבד. אלא ודאי כמו שכתבתי. דהתם איכא עוד מעליותא. משום דהאיסור נתהווה מההיתר. וכמו שהוכחתי מגידולי היתר:

סימן ז

תשובה לרב מפורסם בענינים שונים

א ראשית בכורי עיונו הזך והנמרץ, במכתבו היקר והנחמד יצא להקשות על דברי תוס' שבת [דף כ'] בד"ה למשרי אברים ופדרים דבמשלה בהן אור בחול קריבין בשבת. מהא דהקשה הש"ס בפסחים [דף נ"ט] קראי אהדדי דכתיב לא ילין לבקר וכו'. וכתיב עשב"ש, דדילמא במשלה בהן אור הוא דהזהיר רחמנא שלא ילין הא בלילה קריבין והיא קושיא עצומה:

ונראה לפע"ד בזה. דבע"כ צ"ל דהקרא דלא ילין לא אירי במשלה בהן אור. דפשטא דקרא משמע להדי' דהיכא שהלין עד בקר הוא בכלל כל נותר דעלמא לשריפה ולמוקים עלה בכרת. וכבר למדנו הלכה ברורה זבחים (דף מ"ג ע"ב) אמר ר"י וכו' הפיגול והנותר והטמא שהעלן ע"ג המזבח פקע איסור מהן וכו'. אר"ז שמשלה בהן האור ועיי"ש בתוס' ד"ה הקומץ [דף מ"ב ע"ב] דאפי' לכתחילה מותר באכילה בזה. ואם כך יפה כחו של משב"א לסלק שם נותר שכבר חלה מכש"כ דמהני משב"א בזמן הקרבתן שלא יבוא לכלל נותר כלל ושלא יחול עליו שם נותר כיון שכבר נעשה לחמו של מזבח וכיוצא בזה מצינו כ"פ בש"ס ופוסקים. וסוגי' שלימה נדרים [ע"ה ע"ו] דיצאו ללמוד בזה בק"ו בכמה אנפין אף בדברים הרחוקים קצת בתחילת המחשבה, עיי"ש ומה מקוה וכו':

איברא נראה דזהו דווקא היכא שכבר הוכשרו האברים להקרבה ע"י זריקת דמים בהכשר אבל היכא שנפסלו האברים להקרבה ע"י פיגול של שחיטה וזריקה. ולא הוכשרו להקרבה רק ע"י שמשב"א. שוב לא נעשו לחמו של מזבח עי"ז. וכשהותרו אח"כ למזבח ע"י שמשב"א. הרי כל דין נותר עליו. שהרי לא נכנסו בזה ע"י שמשב"א רק כמו שאר קרבנות לאחר זריקת דם. שעי"ז אינו צריך להורידן מע"ג מזבח, ולא מסתבר לומר דנחלק משילת האור לזה ואח"כ יועיל נמי שלא יחול עליו שם נותר. דאנן לא שמעינן בשחיטת קדשים אלא שלשה הדרגות, חדא דמשב"א, והשני' בשרירי [המבואר בזבחים

דף פ"ו ע"א] שנעשו כמו עצים. והשלישי כשנעשו כגחלת דאזי גם קודם חצות א"צ להעלותן עוד. וכל כמה דלא מטו לשרירין לא הגיעו רק להדרגה ראשונה] ומשה"ט אמרי' בכריתות (דף י"ד] כגון שהעלה אבר פיגול וכו' דפקע פיגול מיניה והוי ליה נותר ובע"כ מיירי שמשב"א דאי לא משב"א לא נפקע שם פיגול כמו שמבואר בזבחים מ"ג] אבל היכא שכבר הוכשרו האיברים בזריקת דמים בהכשר ומשב"א שוב לא חל עליו שם נותר מק"ו וכמ"ש. ובשגם שהוא דבר חדש ומעודי רחקתי להמציא דבר שלא מצאתי לזה רמז בש"ס ופוסקים מ"מ כ"כ שלא מצאנו להיפך מסתברא כן:

ומה שרצה מעכ"ת לדחות קושיתו מתוס' ממס' מעילה דף י' ע"א] דאימורי קדשים קלין אין בהם מצוה להפך בצינורא כיון שנעשה מצותן. א"כ פסח דהוא קדשים קלים אין דוחה שבת גם במשלה בהן אור]. איננו מספיק דזהו היכא שיכולין לשרוף בלא"ה ואכתי קשי' דנוקמי' לקרא היכא שפקעו מבעוד יום. וכן משמע להדיא מתוס' שם דמשה"ט הוא דאין בהם מצוה מפני שיכולין לשרוף בלא"ה.

ב פסחים [דף י"א] מי אמרינן לר"י אדם בהול וכו' אין מקרדין והקשה מעכ"ת לדעת התוס' בשבת (דף מ"א ע"ב] תד"ה מיחם דגם לר"י אינו אסור בשבת דבר שא"מ רק מדרבנן. א"כ מאי פריך. ואפשר לדחוקי דאיירי בבכור בזמן הזה דהוי ג"כ מדרבנן [ועיין במס' ע"ז דף י"ג ע"ב] ואף דעיקרו דאורייתא מיאן הש"ס לחלק בזה, עכ"ל. לא אדע מנ"ל דדבר שא"מ לר"י לא הוי כעיקרו דאורייתא כמו בזה"ז גבי מומין, דהא דשא"מ לר"י לא גרע ממלאכה שאצ"ל לר"ש. ואיתא להדיא בפ' כירה [ד' מ"ו] ובתוס' יומא [ל"ד] תד"ה ה"מ בשם ר"י דכל היכא דקמכוין איכא א"ד. ועיין בחידושי רשב"א בתי' השני כיון דמשכחת ליה בזה מלאכה דאורייתא מיקרי כדאורייתא יעו"ש. וגם לתי' הראשון וכמ"ש בתוס' הוא משום דדחיקא להו לישנא דש"ס דאיכא א"ד אבל מ"מ לא יצא מכלל עיקרו דאורייתא כיון דעיקר המעשה אסור מדאורייתא רק המחשבה מחלקת ביניהם. ועיין בשער המלך [פ' י' מהל' מקוואות כלל א'] שמסתבך בזה אם בתרומה ומעשר בזמן הזה מיקרי עיקרו דאורייתא. איברא לקושטא תרווייהו דמי לעיקרו מדאורייתא כאשר הבאתי לזה כמה ראיות ברורות ואכ"מ:

עוד הניף רוח בינתו להקשות לדעת רמב"ם פ"א מהלכות אסורי המזבח הלכה ז'] דס"ל דגם בזמן הזה איכא איסור דאורייתא הדרא ק"ל. מתחילה הוי ליה לאוכוחי דרמב"ם ס"ל כדעת ר' יהודה בתוס' בזה:

גם הקשה על דברי התוס' שבת הנ"ל מקו' הש"ס במסקנא מחמץ יש לישב עיקר זה הקושיא עפ"י דברי צל"ח דדייק מלישנא דר"י דנקיט בי"ד שחרית דעד סוף שעה ד' הוא

דמיקרי שחרית לר"י בברכות דס"ל דתמיד של שחר עד שעה ד' אבל בשעה ה' דאסור מדרבנן לא יבדוק עד שה"ב דבדילי מיני' ביותר:

ג ביצה [דף כ'] ויעשה כמשפט. ק"ל לטעמא דב"ש דלא יליף חובה מנדבה לסמיכה אבל בנדבה סומכין רק דאין מביאין נדרים ונדבות ביו"ט ומש"ה לא מש"ל לסמוך. הא פסקינן בחגיגה (דף ז') דיוצאין שלמי חגיגה בנדרים ונדבות והכהנים בחטאות ואשמות. א"כ משכחת ליה לב"ש דמביאין ביו"ט וסומכין. המציא דבר השכל. אכן לקושטא נראה דלאוקימתא זו לא לב"ש דיצא בנדבה ידי ש"ש בנדבה שנשחט ביו"ט רק כשנשחט מעיו"ט בק"ק שנאכלים לב"י. וכעין דאמרינן בחגיגה של י"ד יעו"ש. וטעמא דידי שהרי כל עיקרו אינו רשאי לשוחטו ביו"ט רק משום שלמי שמחה כמ"ש תוס' שם (דף ז' ע"ב) בסד"ה עולות וכיון דמשום ש"ש אינו רשאי ואסור לסמוך משום שבות דב"ח, שוב לא ניתן לדחות מפני קרבן נדבה. שהרי כל עיקרו לא ניתן לדחות ביו"ט נמצא דעי"ז יתבטל הסמיכה מנדבה שקבעו הכתוב לחובה לסמוך, ואע"ג דמ"מ הסמיכה א"מ בדיעבד מ"מ בכה"ג מצינו דנעקר לגמרי בשב וא"ת כי היכי דלא נבטל מצוה זו, עיין פסחים (דף פ"ט) גבי חמשה שנתערבו פסחיהן עיי"ש. ועיין גיטין (דף כ"ח ע"ב) בתד"ה והא רק היכא דאין לו תקנה כלל אבל היכא דאפשר להמתין לא מבטלינן לסמיכה והכא הרי אפשר שימתין עד למחר ויקיים שניהם הסמיכה והשמחה יחדיו יצמדו כמ"ש הלח"מ [פ"א מהל' חגיגה ה"ד]. ואע"ג דעיקרו בראשון משום שלא יתבטל מצות סמיכה לגמרי מוטב שנמתין עד למחר ויקיים שניהם:

ד מספ"ל במוקצה ביו"ט לדעת הרי"ף והרמב"ם וש"ע [ריש סימן תצ"ה] דביו"ט דקיל מחמרינן גבי מוקצה ביו"ט שחל להיות בשבת. אם נימא דכיון דחמירא משום שבת ולא אתי לזלזולי בה. או דילמא כיון שכבר נאסר ביו"ט דעלמא לא פלוג רבנן בתקנתן. וכן גבי מניחין נר ע"ג דקל בשבת שבת מ"ה] מספ"ל בזה. והוא ספק עצום מאד לא מצאתי מפורש בראשונים ובאחרונים:

ונראה להביא ראיה מדברי הירושלמי פ"ב דתרומות ובפ"ג דשבת סוף הלכה א' דתנן התם הנוטע בשבת שוגג יקיים מזיד יעקור ובשביעית בין שוגג ובין מזיד יעקור וז"ל מ"ט דרבנן נחשדו על השביעית ולא נחשדו על השבתות. ד"א מונין לשביעית ואין מונין לשבתות היך עבידא נטע פחות מל' יום יעו"ש. ואמאי לא מפרש הנפקותא בפשטות דנטע בשבת של שביעית דטעמא דחשד ליתא כיון דחמירא משום שבת. אבל משום מונין איכא. א"ו כיון שכבר החמיר משום שביעית דקילא שוב לא מפלגינן אע"ג דנטעו

גם בשבת ואף די"ל קצת מ"מ נראה דאין להדורי אחרי חילוקים זרים ודקים שדופות קדים להוציא הדברים מפשטן:

גם יש להוכיח מש"ס ביצה (כ"ז ע"ב] גבי בהמה שמתה שהקשה הבעל המאור והר"ן על הרי"ף שמביא למסקנא דאיירי בבהמת קדשים ובמסוכנת דליתא לדידיה דפוסק ביו"ט כר"י. וכן הקשה שם על גופיה כיון דדיקא כותיה דר"ז דדומיא דחלה קתני וקשיא לר"ן ואמאי לא מתרצי בפשטות כיון דבעצמותו איירי דומיא דחלה א"כ עיקר הדין בוודאי איירי דומיא דחלה. וכשם דחלה שנטמאת אסור אפי' ביו"ט שחל בשבת דכיון דלא חזיא למידי בשבת והוי דומיא דעצים ואבנים שגם לר"ש אסורין בטלטול אפי' בשבת. ה"ה בהמה שמתה נמי אפילו ביו"ט שחל בשבת וזהו דוקא בבהמת קדשים אבל בחולין שרי במסוכנת כר"ש [והוא הדין לשיטת הרי"ף ביו"ט שחל בשבת לצד הספק הזה] א"ו דאפילו בבהמת חולין אסורה כמו ביו"ט דעלמא [ואין להשיב דאי דומיא דחלה א"כ אפי' בשבת לחוד נמי, דז"א דבמסכת זו לא איירי בשבת לחודא]:

אמנם נראה דזהו לענין מוקצה דווקא שעיקרו משום תקנתא דעלמא תקנוהו כי היכי דלא ליתי לזלזולי ביו"ט דעלמא. ולא משום איש זה לחודא ולא משום יו"ט זה לחוד. מש"ה שפיר אמרינן דאפי' ביו"ט שחל בשבת ג"כ אסור. אבל לענין דאין מניחין נר ע"ג דקל ביו"ט דעיקרו משום דלא ליתי לידי חילול בנר זה עצמו ביו"ט זה וכן לענין דאין מזמנין את העכו"ם ביו"ט (ביצה כ"א] שהוא משום שלא ירבה בשבילו בפעם זה שמזמנו, אזי ודאי ביו"ט שחל בשבת דלא שייך עיקר הגזרה דינו כשבת לחוד. ול"ש בזה לא פל"ר. שהרי מתחילה לא תיקנו משום תקנתא דעלמא דלא ליפרצו ע"י זה. וראיה שהרי היכא דלא זימנו מותר ליתן לפניו בלא הפצרה [כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' יו"ט הלכה י"ג ובש"ע סי' תקי"ב בט"ז שם סה"ד]. וכ"כ דלא קתני בהדיא דעשאו משום גזירה דעלמא כי היכי דלא ליפרצו ע"י זה אין לנו לבדות מדעתנו רק אמרינן דגזרו משום דבר זה עצמו. וכן לענין שלהבת ביצה ל"ט] דכל א"ה אסורין מדרבנן ובשל עכו"ם מותר דנראה אפי' היכא שהיתה של ערלה וכ"כ ואח"כ עשאו לעכו"ם בצירוף ד"א דנעשה עכו"ם ע"י כולל ג"כ נראה מסתימת הפוסקים דשלהבת מותר דמתחילה לא אסרו בשאר א"ה רק משום גזירה דלא ליתי ליהנות ממנו בעודו גחלת. וכיון דהשתא בדילי ממנו משום עכו"ם בטלה הגזירה והותר השלהבת. כנלפע"ד מצד הסברא ולקמן נבאר קצת ראיה לזה:

ולכאורה נראה ראיה להיפך שגם במוקצה מותר ביו"ט שחל בשבת שהרי הקשו שם בביצה על רב נחמן אדמיפלגי בביצה ליפלגו בתרנגולת, מאי קושיא בשלמא השתא

יש מקום לומר מסתימת לשון המשנה דאפי' ביו"ט שב"ש אוסר משום מוקצה משא"כ בתרנגולת דאסורה בל"ז בשבת. ואפי' בחולה שיש בו סכנה אסור לבריא באומצא אפילו בשבת דעלמא לדעת ראב"ד [פ"ב מה"ש] ור"ן בפ"ק דחולין [אם לא שנסתכן מבע"י] ואפי' לדעת הרי"ף ורמב"ם דמוקצה מותר בשבת משום דדמי לנר שהודלק בשבת. ושאר פוסקים מחלקים בזה דש"ה דדחאו בידים עיין בש"ע (סי' שי"ח ס"ב] יעו"ש מ"מ לדעתם קשיא. א"ו דלקושטא מותר ביו"ט שחל בשבת. איברא יש לדחות דבל"ז קשיא מאי קושיא ליפלגו בתרנגולת דבין לדעת רז"ה ריש ביצה דבמוקצה שאסור בשבת משום מלאכה, הוא דאסור ביו"ט משום מוקצה אבל בתמרי דעיסקא שהוא רק מוקצה לחוד מותר גם ביו"ט. נשמע רבותא בביצה בין בשבת בין ביו"ט, משא"כ בתרנגולת דבפשטא דאסורה בשבת משום מלאכה הוא דאסורה ביו"ט. אבל ביצתה שאין עליה עצמה משום מלאכה ה"א דמותר ביו"ט משום שאין ביצתה נגררת אחר התרנגולת. וכן לרמב"ן קשיא להיפוך דאי נקטו בתרנגולת ה"א דוקא במוקצה כזה הוא דאסורה ביו"ט משום דבשבת אסור משום מלאכה. וע"כ צריך לומר דבל"ז נדע כ"ז מצד הסברא לכל א' כפי שיטתו וה"ה נמי נימא לענין יו"ט שחל בשבת כיון דמצד גזירה דעלמא דלא ליפרצו ביה לא מחלקינן ביה:

ומה שהביא מעכ"ת יד"נ ראיה מקושית הש"ס ביצה [כ"א ע"ב] על ריה"ג מהני סופלי וכו' תינח ביום טוב בשבת מאי איכא למימר דבע"כ צ"ל דקושית הש"ס קאי על יו"ט שחל להיות בשבת דבשבת לבד מאי קושי'. הלא בשבת מוקצה מותר, הוא דבר חריף אולם לקושטא אין ראיתו מוכרחת שהרי מצינו כמה סוגיו' שלא חילקו בזה כאשר האריך בזה האשרי סוף שבת וכל האמוראים לא חילקו בזה רק ר"נ הוא שהמציא לחלק ביניהם. ועיין רמב"ן במלחמות ד' ריש ביצה שגם ב"ש וב"ה גופייהו לא חילקו בזה רק רבינו סתם כן להלכתא וקושית הש"ס קאי לשאר אמוראי. וכן גבי בהמה שמתה דמקשה לימא סתם מתניתין דלא כר"ש הוא בע"כ לשאר אמוראי:

והנה לעת באו דבריו הנחמדים עדי, היה אצלי אחד מתלמידי הרב מוה"י נ"י ושאלתיהו על שלום מעכ"ת כי קרוב המקום אליו ואמר לי ששמע שמעו הטוב הולך וגדול למרחקים בתורתו ובכשרון מפעליו. והנה במו פי נשאתי הילולו בעוצם חילו בגפ"ת. וספרתי לו מ"ש בזה. ומה שחשבתי בזה. ולאחר עיון קצת השיב תלמידי הרב הנ"ל שלכאורה יש לדמות לזה למ"ש הפוסקים בריש כתובות במת אביו של חתן או אמה של כלה וכו' דלמש"א א"צ לישן ב"א יעו"ש באשר"י ובש"ך יו"ד [סי' שמ"ב ס"ק ז'] וה"ה נמי בנידון דידן. ויש לדחות בכמה אנפין. וגם תלמידי הנ"ל חילק בעצמו ביניהם מצד

הסברא דש"ה דעיקר מילתא ל"ש מש"ה ל"א ביה לפ"ר וכעין שחילק בדגול מרבבה בי"ד [סי' ט"ו] בין נפל לענין חליצה לבין אכילה ועי"ש ועוד י"ל כמובן. איברא לפי מה שכתבתי לעיל לחלק בין תקנתא דעלמא לבין תקלה בדבר זה עצמו ניחא בפשטא כמובן:

ה יבמות [דף ה'] בתוס' ד"ה כולהו בסוף הדבור שכתבו משום דיכול להמתין עד למחר. והקשה כת"ה לאביי דתירץ בשבת (כ"ד) מעולת שבת בשבתו ולא עולת חול ביו"ט הדרא קושית התוס' לדוכתיה דנילף מהכא דלא דחי. והתם לא יוכל להמתין למחר דהוי נותר ואפשר דמעלה בראש המזבח. דבריו נכונים. ומה שחזר וגמגם דפלוגתא היא אם לינה מועלת בראש המזבח. הא מבואר זבחים [ד' פ"ז] דדוקא כשירדו הוא דפליגי וכשלא ירדו מקטירים לעולם לד"ה:

ו הקשה על הא דס"ד דר"ז דמילת אונס מעכבו (בש"ס יבמות דף ע"א לאו דאתיליד בין עשיה לאכילה] מהא דכתיב ויעשו ב"י את הפסח בשנה השנית והרי היה להם בנים שלא יכולים למולם כדאיתא שם. י"ל דר"ז ס"ל משום שלא נשבה להם ר"צ וכטעמא דאמרינן התם ע"ב] מפני שנזופים היו וזה משלוח המרגלים והלאה וכמ"ש התוס' שם וזה היה בליל ט"ב בשנה השנית. ולפי' רש"י שפי' מחטא העגל והלאה צ"ל לס"ד דר"ז דסבר כתירוץ ראשון בתוס' קידושין [ל"ז ע"ב] בד"ה הואיל וכו' דבלא זה צ"ל דעל פי הדבור היה:

ז הקשה ידידי מעכ"ת על תוס' קידושין [ל"ז] בד"ה הואיל דמש"ה לא עשו פסח במדבר מפני שערלים היו הנולדים. דהא כל הוולדות מחצה זכרים ומחצה נקבות ונשים בראשון חובה א"כ היו רובן בני חיובא דיוצאי מצרים נמולין היו. ונלפע"ד דמלשונם הכא משמע דסברי דערלת בניהם של הנולדים במדבר עיכבו את אביהם דאינם נדונים כאנוסים מפני שתחילתם בפשיעה. מפני שנזופים היו ע"י חטא של מרגלים כמו שסיימו בדבריהם או אפשר דאינו אונס גמורה רק אמתלא להתרשלותם. וקצת ראיה מיומא דעיבא ויומא דשותא [יבמות ע"ב] ודי להם לפטור א"ע מעונש עשה לחוד בשב וא"ת שהרי אבי הבן אינו חייב כרת כמ"ש רש"י בפ' ר"א דמילה [דף קל"ב ע"א ע"ב] ובש"ע [סי' רס"א] וגם הילודים אינם בני כרת עד שימותו בערלה כמבואר ברמב"ם [ריש הלכות מילה]. אבל על פסח הוא דקשיא להו דהיאך הקילו על עצמן בעשה שיש בו כרת וע"ז תירצו כיון דסוף סוף לא מלו את בניהם נמצא דמן הדין נפטרו אביהם מפסח. (ובזה מחולקים למ"ש ביבמות [ריש ע"ב] בד"ה משום שכן מצינו כ"פ] וכיון שכל אחד מיוצאי מצרים כמעט רובם ככולם נפטרו ע"י לידת נשותיהם מט"ב משנה השני' לצאתם ממצרים ממה שנתעברו נשותיהם מקודם וילדו מט"ב והלאה וכן נשותיהם שנתעברו מט"ב והלאה

נמצאו רובם ככולם היו להם בנים בפסח השלישי לו יהיה מחצה זכרים ומחצה נקבות מ"מ נפטרו כמעט כולם ע"י בניהם הערלים והמיעוט שלא ילדו להם זכרים הרי היו בהם כמה זבים ומצורעים וטמאים וזקנים וחולים שאינם יכולין לאכול כזית. והנקבות הילודות במדבר אכתי לא מטו זמן חיובייהו עד שתים עשרה שנה. ומה שנוספו בני חיובא מן הנקבות בשנה א' כבר היה כנגדן זכרים הנולדים הפטורים ופוטרין את אביהן מכל משך השנים האלו וגם בתוך הנקיבות של יוצאי מצרים היו בהן כו"כ זבים ומצורעים נדות ויולדות וטמאות. וגם למאן דא"ל שה לבית אבות דאורייתא פסחים (פ"ט) מ"מ אינם נכנסין במנין הרוב שאינם ב"ח בפני עצמן רק דאביהם צריך להמנותם על פסחיהם ממה שמאכילים להם. ועפ"י דברינו האלו מדוקדקים דבריהם שכתבו ומ"מ אינם חוטאים וכו' הכוונה דאע"ג דלגבי ערלת בניהם גופא לא נדונים כאנוסים וכמ"ש מ"מ לגבי עשה דפסח אע"ג דיש בו כרת ורחוק הדבר שיקילו לעצמם באיסור כרת איברא נפטרו מצד הדין ע"י ערלת בניהם. וכן מה שסיימו בסה"ד לפי שהיו נזופים שאין התקשרות לדבר זה כאן שהרבה טעמים נאמרו שם בזה. ולדברינו ניחא שבאו לתרץ בזה הפסח שעשו בשנה השנית. וכן שלא יקשה מזה לר"ז כמ"ש מעכ"ת כמ"ש לעיל [אות ו']:

ח **ידיד** נפשי תמה על הרמב"ם [פ"ו מה' קרבן פסח] דטמא מת שחל ז' שלו בערב פסח אע"פ שהזה וטבל פטור מק"פ. מהא דאיתא יבמות (דף ע"א ע"ב] ערל מקבל הזאה בעשרה לא מהילי משום חולשא דאורחא ולפ"ד רמב"ם גם אם מלו בעשרה היה הזאה השנית ביום י"ד ופטורים מק"פ. ונראה עפ"ד הכ"מ שם דהא דדימו שם טמא מת לטמא שרץ לאו לגמרי מדמה אלא דטמא שרץ קודם טבילה עולה במשקל לט"מ לאחר טבילה ובט"ש כבר איפליגו בהו תנאי [כדאיתא בפסחים דף צ"ג] ומשה"ט התווכח ר"י להוכיח דבריו דערל מקבל הזאה אפי' למאן דא"ל דשי"ז על ט"ש קודם טבילה וממילא דשו"ז על טמא מת לאחר הזאה וטבילה:

ט **תמה** תמה קרא על הכ"מ (פ"כ מה' עדות ה"ב] ותוס' י"ט בפרק א' דמכות משנה ט'] ד"ה ושני פטור ויצא להצדיק את דברי רמב"ם שפוסק דאם הוזמו אחר שלקה הנידון על פיהם חייבי' מלקות והמציא בשכלו הנמרץ שהוא מפני שעברו על לאו דלא תענה ובזה שיכל ידיו לפרש דתלמודא דיליף לאין משלשין במכות קאי רק לר"מ דלוקין פ' וחדא משום כאשר זמם אבל לרבנן ניחא בל"ז דנימא דלוקין משום ל"ת וכיון שכל א' מהם עבר על לאו דל"ת לוקין כ"א מהם כדינו. ולפע"ד נראה להצדיק דברי מרן זקיני בעל הכ"מ ודברי תוי"ט וקוטב דברי כיון דלפי המסקנא לאו זה ניתן לאזהרה לעדים זוממין

לעשות להם כאשר זממו וכיון שבעצמותן שייך דין הזמה בעדותן וניתן רק לאזהרה לכל סיג הזמה וגבולותיה והלכותיה וכאשר כבר עבר סוג גבולותיה שוב לא נשאר אזהרה להלקותן כיון שכבר נשאו על כתפיהם האזהרה זו בכל ימי משך גבול הזמה. ומשה"ט כשכבר עשו ב"ד על פיהם אע"פ שכבר נפטרו מעונשי הזמה שוב אין הלאו זה חוזר וניעור להיות אזהרה בפ"ע להלקותם עליו מפני שעיקר הלאו הוא לגביהן לאזהרה באם יוזמו קודם העשי' משא"כ בב"ג וב"ח וכדומה דלית ביה תורת הזמה כלל מתחילה וע"ז הוא דריבה רחמנא דלוקין ומשה"ט לא נשמט מא' מהפוסקים שגם כשהומת הנידון ע"פ שילקו העדים משום לת"ע. וה"ט כיון שכבר ניתק הלאו לגבייהו לאזהרה לעונש הזמה לחוד. אולם מסוגיא דב"ק ע"ד ע"ב] משמע לכאורה להיפך גבי עדים שהוכחשו בנפש דלוקין לר"א דס"ל הכחשה לאו תה"ז ולא אמרינן שעיקר לאו זה ניתן רק לאזהרה לעדים זוממין מעיקרא אלא אזלינן בתר השתא וה"ה נמי בנידון זה. איברא לאחר העיון נראה. דבל"ז קשיא קושיא עצומה לפרש"י בפ' הנחנקין [ד' פ"ו] דפי' שם בעידי גניבה בנפש שהוזמו דאין לוקין משום דהוי לאו שניתן לאזהרת מב"ד לר' יוחנן דס"ל דנהרגין והשתא התם דחסרי כל הנך. חדא בהעדר ושלשה בפועל שלא יוזמו עידי גניבה כעת. ושימכור הגנב את הנפש שגנב. ויבואו עדי מכירה ויוגמר הדין ע"פ לאחר דו"ח. ואח"כ יוזמו שני הכיתות ואפ"ה מיקרי שניתן לאזהרת מב"ד מפני שלאחר שיושלם כל הנך מתחייבי מיתה ובעדים שהוכחשו בנפש דלא חסר אלא חדא שלא יבוא ההרוג ברגליו טרם שיוזמו ואפ"ה לא אמרינן שניתן לאזהרת מב"ד ואזלינן בתר השתא. (וי"ל דגבי עידי גניבה עודנו ניתן לאזהרת מב"ד כשיוזמו עידי הזמה משא"כ בבא ההרוג ברגליו ודמי למ"ש תוס' סנהדרין פ"א ע"א בד"ה ונגמר]. וביותר נראה עפ"י דברי תוס' ריש פ' החולץ בד"ה תיגלי מילתא למפרע עיי"ש דבדבר העתיד להיות לא אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע משא"כ בדבר העבר וכמ"ש לענין ברירה גבי כבר בא חכם עירובין ל"ו] וה"נ כיון שבא הרוג ברגליו גם אם לא בא עד שיוזמו כבר נודע לרבים שעודנו חי ויבואו עידי הכחשה וכעין דאמרינן גבי ע"א דמת בעלה דהוי מילתא דעבידא לגלויי) עד שלא יוגמר דינם ונמצא דאיגלאי מילתא למפרע שלא ניתן לאו זה לאזהרת מב"ד למ"ד הכחשה לתה"ז. משא"כ בעידי גניבה שהוזמו שהוא דבר העתיד להיות שיבואו עידי הזמה בזה לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע ומש"ה אזלינן בתר שעה שהגידו בב"ד וכמו שפירש רש"י סנהדרין להדיא דאזלינן רק בתר שעה שהגידו עדותן. ולפ"ז ה"ה נמי לרבנן דאמרינן דלאו דלא תענה אזהרה לעדים זוממין. אזלינן ג"כ בתר שעה שהגידו עדותן. ואעפ"י שנסתיים אח"כ שאין עליהם דין הזמה משום שכבר נעשה המעשה ע"פ

משום דבדבר העתיד ל"א איגלאי מילתא למפרע משא"כ בעדים שהוכחשו בנפש ע"י שבא הרוג ברגליו דבוודאי היה עומד לכך. או בשגם שלא יבוא לפנינו מ"מ מצויים עדים שיכחישו הגדתן ונתברר מילתא למפרע שלא היה עליהם שום עונש הזמה כלל. אחרי החיפוש מצאתי קושיא כנ"ל בקונטרס הגאון ר' חיים יונה ז"ל שדחה פי' רש"י לגמרי מפני קושיא זו והנראה לפענ"ד כתבתי:

ועיין ברמב"ם (פ"כ מה' עדות ה"ט] הנ"ל אבל העידו עליו שאכל בב"ח או וכו' הרי אלו לוקין משום שנאמר ועשיתם. וצריך להבין מה נפקותא לדינא ביניהם. ולפ"ר אמינא דנ"מ לענין התראה דמשום כאשר זמם לא בעינן התראה דאינהו בעו למיקטליה בל"ה וכו' [עיין כתובות ל"ג]. איברא א"א לומר כן שהרי איתא התם להדיא אלא מעתה ב"ג וב"ח ומשני משפט אחד יהיה לכם. [ועיין בש"מ ב"ק ע"ד ע"ב] שמביא בשם תוס' שאנץ דבעדות ב"ג בעי התראה. והוא תמוה ובני הרב שליט"א תירץ דברי קדשו דסוגיא אזדי לרבנן דעדים זוממין לא הוי קנס ומש"ה למדין זמ"ז אבל השיטה אזיל שם לדידן דע"ז הוי קנס ובעדות ב"ג לא הוי קנס ומש"ה לא למדין זה מזה]. ועיי"ש ברש"י משום דרוב עדות לאו בה"ת נינהו. והא דלא פי' כפשוטו דמשפט אחד לכל עונשי עדים דכתיבי בקרא דא"כ מאי הקשו בש"ס ריש מכות דל"ל והצדיקו ת"ל מל"ת דאי לא כתיב הוה אמינא דבעי התראה. ועפי"ז כמעט ראיה מוכרחת דלאחר שעשו שוב אין לוקין מלא תענה דאל"כ הדרא ק"ל דבעדות ב"ג וב"ח ניבעי התראה מאי אמרת כיון דרוב זוממין לאו בה"ת נינהו כפירש"י כיון דנימא דבכל עדות שבתורה כשהוזמו לאחר שעשו בין בח"מ בין בחמ"ל לוקין משום לא תענה ובכל אלו בעי התראה מצד הסברא כיון דלאו מכאשר זמם הוא דלקו ובין קודם שנעשה ובין לאחר שנעשה המעשה שהמקרה יפול בכל אופן שיזדמן ונידון רק כמחצה ע"מ מוסיף עליהם עדות ב"ג וב"ח וכיוצא בה ונמצא דרובן בני התראה נינהו. ובדברי רמב"ם הנ"ל י"ל דנ"מ לענין אם הוזמו קודם גמ"ד לפום מה דאיתא במכות דף ה' ע"ב] לענין גמ"ד חמ"ל מנ"ל ח"ג מנ"ל וכו' יעו"ש ברש"י ותוס' ולפ"ז בעדות ב"ג וכדומה דלאו מכאשר זמם קא מתרבי תו לא בעינן גמ"ד. אולם מסתימות הפוסקים ל"מ כן ועיי' ריטב"א שם. ולדבריו שם לעולם בעינן גמ"ד. ועיין במלחמות ד' שם בפ' הנחנקין גבי עדי גניבה, מפורש שם להדיא דאפי' בעדות ב"ג וב"ח כ"ז שלא נגמר הדין עפ"י לאו מידי עבדי ואין לוקין גם מלא תענה, ואפ"ל דש"ה דאיירי בפסול וקאי כאשר הכריחו תוס' שם משא"כ היכא דנפסל השתא ע"פ לעדות ובכגון זה אין הגמ"ד פוסלן דגמ"ד בעלמא הוא שהרי למפ"נ. ויש להאריך בפרט זה ואכ"מ:

י מכות י"ג א"ה אפי' לאו שאין ב"מ נמי. וק"ל דילמא באמת ס"ל דלשאב"מ לוקין. ועוד הקשה דבריש שבועות מוקי הש"ס דר' ישמעאל סובר דלאו שאב"מ לוקין. וכתב בזה דקושית הש"ס הכי אזלא. דא"כ ל"ל קרא דוהצדיקו דלוקין בעדות ב"ג תיפוק ליה משום ל"ת. ותירוצא דש"ס ריש מכות ל"ש. דהא מהאי קרא מוכח דגם לאו שאב"מ לוקין. וגם לאו שניתן לאזהרת מב"ד סובר ר' ישמעאל דלוקין, שם במכות (י"ג ותירוצו נכון בהשכל וראוי למ"ש וש"י. איברא עיקר קושיתו מבואר ברש"י ותוס' שבועות [ג' ע"ב] בד"ה קשיא:

יא מספ"ל לר"י דמחייב בחמ"ש ומלקות בהתראה [חולין דף פ"א] דילמא דוקא בשוחט שניה לעכו"ם כיון דאפשר שיתחייב מלקות לחוד ולא יכנס לגבול חיוב מיתה כלל שהרי אפשר שישחוט את בנה ולא יחשוב לעכו"ם אבל ביו"ט שחל בשבת וכן בא"א ונדה דבלתי אפשר שיתחייב מלקות עד שיכנס לגבול חיוב מיתה דילמא גם ר"י מודה שגם חמ"ש פוטרו ממלקות ופש"ל מלאו שניתן לאזהרת מב"ד דעיקר הטעם משום דחסרא להו ללאו לענין מלקות אבל הכא דאיתא ללאו דיו"ט ונדה לוקין, ואין דמיונו עולה יפה דמס"ל לענין חמ"ש שיש בהן שני לאוין ופש"ל מלאו שניתן לאזהרת מב"ד דליכא אלא חד לאו ואין ספק שיש ט"ס במכתבו היקר וביותר הו"ל למיפשט ספיקו מדברי רש"י פסחים (דף מ"ז) גבי חורש ביו"ט וז"ל ושבת לא תני משום דלאו שניתן לאזהרת מב"ד הוא. דלאו ד"ה דהא ר' ישמעאל סובר דלוקין על לאו שניתן לאזהרת מב"ד מכות דף י"ג] וביותר הוה ל"ל דא"כ ליפטרו חמ"ש של שבת על לאו דיו"ט וליפטר גם על יו"ט אליבא דכ"ע. וגם בלא ראיה נראה ג"כ מצד הסברא דאין לחלק בזה שהרי כשם דלרב דימי דס"ל אליבא דר"י דחמ"ש אין פוטר מתשלומין [שם בחולין] ולא מפלגינן בין זורק ד"א בשבת וקרע שיראין בהליכתו לבין חובל או מדליק גדישו בשבת או מכה בהמה בשבת ובכולהו חייב בתשלומין היכא שלא התרו בו אע"ג דא"א. ה"ה נמי לדידן בחמ"ש וחייבי מלקות אין לחלק ביניהם:

יב תמה לר"ל דס"ל דחמ"ש פטורים ממלקות היאך מוקים לפלוגתא דר"י ור"ע במס' מכות דף י"ג דאי לתי' א' בש"ס משום רשעה אחת אתה מחייבו וברשעה המסורה לב"ד א"כ בלא מסורה לב"ד גם לר"ע לוקין כמ"ש בתוס' שם וגם לתירוץ רבא שם. הטעם לר"ע משום דחסר הלאו. אבל באם הלאו בעולם גם ר"ע סובר דלוקין. וא"כ ר"ל דפוטר בשחט אותו ואת בנו לעכו"ם כמאן. ונראה דרשעה המסורה לב"ד ל"ד היכא שמסורה גם עתה לעונשו בב"ד רק היכא דחומר העונש ניתן לב"ד כגון במזיד. ובשוגג כיון דתורה חסה עליו דלא לעונשו בכפלים בזה פליגי ר"י ור"ל. אבל בח"כ שגם בכל חומר דידי' לא נמסר

לב"ד לכ"ע אינו פוטר ממלקות ואפילו לר' נחוניא בה"ק [כתובות דף ל'] דס"ל דח"כ כחייבי מיתה כיון דמאסון יליף ליה. זהו לענין חיוב תשלומין לבד דפטור תשלומין ילפינן מאם לא יהיה אסון כדאיתא בכתובות (דף ל"ה) וראיה לדברינו דאזלינן רק בתר עיקר העונש שהרי לרבין אמר ר"י בכתובות שם דפסקינן כוותיה דחמ"ש פטורין מממון אף דלא נמסר לב"ד. ומה שכתבו תוס' דחייבי מיתה דלא התרו בו אינו פוטר ממלקות זהו לר"י דפסקינן כותיה ולמאי שנבאר לקמן גם ר"ל מודה בזה גם לאוקימתא זו. ועיין פסחים [דף כ"ט ע"א] ברש"י בד"ה את יוה"כ דלדעתו גם לרנבה"ק ח"כ שוגגין אינן פוטרין אפי' מממון ותוס' שם חולקים. אמנם זהו בממון דוקא אבל לענין מלקות דמרשעה אחת הוא דילפינן ליה גם לר' נחוניא בה"ק אינו פוטר ומש"ה גם לדידיה לוקין בח"כ וגם לתירוצא דרבא משום דחסרא ליה ללאו אבל היכא דאיתא ללאו גם לר"ע לוקין ניחא ג"כ אליבא דר"ל:

ובזה צריכין לבאר קצת דהנה מתוס' ב"ק [דף ד'] בד"ה כראי אדם מתירוצא דר"י שם נשמע דעל דבר אחד לא נפטר משום קם ליה בדרבה מיניה דיש לומר מפני חומר עונשו לא מתכפר רק בשניהם יחד ומש"ה לולא קרא דעליו ולא על האדם הו"א דמשלם כופר וקטלינן ליה [וכ"מ בעיר הנדחת דמשום חומר העונש דקטלינן להו וממונם אבד]. דדוחק לומר דסברת תוס' הוא משום דכופרא כפרה (ועיין תוס' כתובות ל' ד"ה זר דגבי תשלומי כפרה לא קים ליה בדרבה מיניה]. דבזה פליגי התם ולאו ד"ה. וגם מסתימת דבריהם לא משמע הכי שלא הזכירו כלל מזה. א"ו דכוונת דבריהם כמ"ש והנה מכמה סוגיות נראה בהיפך מזה בריש מכות דף ד'] גבי מש"ר וגבי עדים זוממין דילפינן מינייהו דלוקה ומשלם בעלמא גם בשני ענינים. וכן בפלוגתא זו דר"י ור"ע דאמרינן גם על דבר אחד א"א דנעבדי ליה לתרווייהו ולהביא הדבר לעמק השוה בפשטו'. והוא דעיקר פטור דקם ליה בדר"מ הוא משום דתורה חסה גם על הרשעים לבל יתלכדו בשני עונשים אפי' היכא שכבר חייבתו על כ"א בפני עצמו מ"מ נפטר על הקל היכא שנכנס בגבול החמור ממנו אפי' בשוגג ועיקר קרא דכדי רשעתו קאי רק על זה היינו היכא דאיכא שני חיובים במעשה זו קל וחמור. אבל על דבר א' יש לומר שהחמירה עליו עד דעבדינן ליה לתרווייהו. אמנם זהו היכא דאיכא למיתלי בחומר העבירה מפני שהגדיל עונו מנשוא לא יצא נקי גם היכא דעבדינן ליה להחמור לחוד. כמו דמצינו בעיר הנדחת. מ"מ אנן לא מצינו למילף משם. ומי יעלה וישקול כאלה בפלס מאזנים יחד. רק גבי רוצח אם לא דמיעטה רחמנא מעליו הו"א כיון שכבר מצינו לתשלום כופר כשנהרג ע"י גרמתו שוב לא נפקע ממנו חיוב זה ומפני רוב עונו של ש"ד הוא דעבדינן ליה לתרווייהו ולא קשיא

מכדי רשעתו דהתם בשני סוגי עבירות קלות וחמורות ומש"ה כשנלכדו יחד התורה חסה עליו על הקלה שלא יענש עוד עליו כיון שכבר נענש על החמור [או בידי אדם במזיד או בשוגג בידי שמים]. אבל גבי מוציא ש"ר ועדים זוממין אם נימא דעבדינן לתרווייהו ומחייבינן ליה בשניהם על ד"א תו א"א לומר דכדי רשעתו קאי על ממון ומלקות משני סוגים דהשתא לכתחילה מחייבינן ליה על שניהם יחדיו [אע"ג דליתא לכל חדא בפ"ע] מכ"ש היכא שכבר חייבו רחמנא על כל א' בפ"ע דתו לא נפטר מחיובו כשנפגעו יחד. ומשה"ט אמרינן לר"מ דכדי רשעתו לא קאי אלא על מיתה ומלקות ולרבנן משום דלא ילפי ממוציא ש"ר כמבואר בתוס' בכמה דוכתי אמרינן בעלמא דאינו לוקה ומשלם דכדי רשעתו כתיב:

והא דקאמר ר"ע לר"י לאוקימתא ראשונה משום כדי רשעתו ה"ק דהשתא אם על דבר אחד מחייבין לשניהם מכ"ש שלא יפטור אחד את השני. דאיזה כח מרובה כח המבטל או המסלק.]כדאיתא בנדרים דף ע"ה וכמש"ל באות א'] אמנם זהו אם נימא דבכל ח"מ עבדינן לשניהם דשוב א"א למיתלי בחומר העון וכן גבי ע"ז ומש"ר דלא עבדו מעשה כלל. ומשה"ט יליף ר"מ מהם מכח ק"ו דהשתא חיובי מחייבינן ליה מכ"ש דלא פטרינן ליה:

ולפי ההצעת הדברים אלו ממילא ניחא לר"ל הן לאוקימתא ראשונה הן לשניה דר"ל איירי בשני ענינים קלה וחמורה וס"ל דהתורה חסה עליו לבל יענש על הקלה כיון שנכנס לגבול עונש השניה אפי' בי"ש. משא"כ בעבירה אחת דאדרבה התורה החמירה עליו שיענש בחמורה על עבירה זו כשהתרו בו על מיתה דמכ"ש כשהתרו על הקלה לחוד דאין גופו פלט מעונש הקל משום לאו שבו. כנלפע"ד בירור הדברים:

יג מה שדקדק רום מעלתו לתי' הראשון משום שני רשעיות דא"כ הדרא קושית רש"י פסחים בסוגיא דהואיל ולחשוב נמי של שבת. הלא נודע דהסוגיא בדוכתי' הקשה כמה קושיות בזה. ומשני דתני ושייר הגם שזה מצוי ביותר, וזהו דקשיא לרש"י אמאי לא הקשו מזה. וע"ז תי' משום דסברי כמסקנא דרבא:

יד ריש זבחים פריך התם מנ"ל דסתמא כשר. והקשה דהשתא סתמא נימא דיפסול ובשוחט לשם חולין ילפינן התם דכשר מקרא דלא יחללו דחולין אין מחללין קדשים. לו יהיה דחולין אין מחללין הא לא הוי בפירוש לשמה. וא"כ מוכח מקרא דסתמא כשר. רק ע"ז הדה בהשכל דאכתי איכא נפקותא בשוחט לשמה ולשם חולין דמסלקינן למחשבת חולין לגמרי ונשתייר לו מחשבה לשמה ואוקמינן הקרא בכה"ג. אבל בסתמא אכתי אפשר לומר דפסול אבל זאת תמוה לדעת תוס' ברישׁ זבחים סד"ה כל הזבחים ותוס' ס"פ המפקיד דמחשבה לחוד אינה פוסלת רק בדיבור והיאך קס"ד דמסתמא יפסל ומחשבה

אינה פוסלת עכ"ד מעכ"ת. וקושיתו הראשונה גם בפשיטות ל"ק שהרי שם (דף מ"ו) איתא להדי' דלשם חולין כשר ואינו מרצה דהיינו שאינו עולה לבעלים לשם חובה אבל בסתמא מרצה ועולה לשם חטאת:

ובעיקר הקושיא על תוס' נראין הדברים דסתמא דהכא פירושו שלא שם על לבו כלל בשעת זביחה אם היא בהמת קדשים או של חולין ואילו שם על לבו אז. אזי במעט התבוננות בלא ידיעה אחרת היה יודע שהיא של קדשים וכעין דברי הר"ן בריש פ' שבועת העדות שפירש על הא דתנן ואינם חייבים על שגגתה יעו"ש]. וכיון דאי' לקמן (דף מ"ו] דמשום חולין פסול דדוקא לשם חולין כשר עיי"ש וגם מסקינן בחולין [דף י"ג] דקטן ששחט פסולה בקדשים משום דדמי למתעסק וכמו משום חולין כמ"ש התוס' שם בחולין ה"נ קס"ד בגדול שלא שם על לבו כלל לחשוב אם היא של קדשים נמי לפסלה קמ"ל כיון דאילו שם על לבו לחשוב בזה היה יודע דשחיטתו כשרה ומרצה:

טו תמה תמה בעיני כל הרואה דברי תוס' מנחות [ד' ע"ג ע"ב] בד"ה איש איש וכו'. וז"ל וא"ל דהיינו ישראל מומר וכו' דהיאך ס"ד כן דהא דרשינן מכם להוציא את המומר. ועוד דמה"ת יקבלו ממנו במום דאע"ג שחטא ישראל הוא לכל לאוין שבתורה עכ"ד, והנה דבריהם נפלאים ואני אוסיף עוד דלו יהיה הכל נכון (כאשר היא לקושטא). אכתי אינו מובן מאי שהשיבו ע"ז מגמרא דקס"ד כיון דמומין כשרים לבן נח וכו' דזהו למסקנא דכתיב איש לרבות את הנכרים. לכן אמרינן ג"כ דבן נכר דכתיב אייריי ג"כ בנכרים. וא"א דכוונת התוס' דא"א לאוקמי קרא במומר א"כ הדרא ק"ל דלמה לי מיד בן נכר. אזי ביותר קשי' קושיית מעכ"ת דגם בלא זה הכי אין ביכולתם להקשות כן לעצמם. וגם קצת יש לדקדק בת"ד דמתרצי דב"נ דקרא היינו מומר כמו גבי פסחים שהרי גם התם לא דרשינן כן אלא משום יתורא דכבר כתיב כל ערל וגו'. אבל בלא"ה פשטא דקרא קאי רק על נכרי:

אבל אחר העיון נלפע"ד להעמיס בדבריהם כוונה נמרצת ודבריהם וכל דברי רבותינו הראשונים מזוקקים וצלולים כשמש בצהרים דאיתא בערכין (דף ה' ע"ב] אמר רבא הלכתא כר"מ ועיין בתוס' בד"ה א"מ שנסתפקו קצת לדינא אם בדיעבד דינו כהקדש. ונראה מדבריהם שיותר מסתברא דאינם קדושים כלל לבד"ה. והרמב"ם פ"א מהלכות ערכין הל' י"ב] פוסק להדי' דאינם קדושים כלל לבד"ה והב"ד יוציאם למה שירצו. ואם נתכוין לב"ה דווקא אזי יגנזו. ומעתה לולא דכתיב בהדיא לרבות את הנכרי לקדשי מזבח הו"א מצד הסברא דלא מקבלין מהם דמה"ת יגרע קדשי מזבח מקדשי בד"ה. ומשה"ט הוא דדחקינן לאוקמי דבן נכר אייריי במומר כי היכי דנימא דב"ה וקדשי מזבח שוים זה כזה. וזה פשוט:

אמנם להבין עיקר דבריהם בזה עודני צריך להקדים הא דאיתא בתמורה (דף ז' ע"א] שהקשו שם בש"ס על בע"מ מעיקרא דלא יעבור עליו דיקלא בעלמא הוא. ומשני דיקלא לא זילא מילתא בע"מ מעיקרא זילא מילתא כיון דשביק תמים והקדיש בע"מ חייב, יעו"ש. והשתא קא אמינא דקס"ד במומר כיון דאידחי גברא שגם תמימים אינם מקבלין מהם. עיין כריתות (דף ז'] אמר עולא אר"י אכל חלב והפריש קרבן והמיר דתו וחזר בו הואיל ונדחה ידחה. ועי' בתוס' סנהדרין (דף מ"ז ע"א] ד"ה אכל דאפילו בדיחוי מעיקרא כה"ג הוי דיחוי]. שוב כשהקדיש בע"מ מעיקרא אינו עובר עליו לא המקדיש ולא המקריב מידי דהוי כדיקלא בעלמא דמידי טעמא בישראל משום דשבק תמים וכו'. אבל במומר דנדחה גם מתמימים שוב אינם עוברים עליו בל"ת רק כחולין בעזרה לחוד דגם להיותר מחמיר אינו עובר אלא בעשה כמבואר בקדושין ובפסחים ריש פרק כל שעה. ומש"ה אתי קרא לאשמועינן דאפ"ה עוברין עליו הן המקדיש והן המקריב ולזה הביאו תוס' מנחות ראי' מתמורה דמוכח משם דסברת הש"ס דאינו מן הסברא לטעות בזה דמשום דאידחי גברא ליהוי כדיקלא בעלמא דא"כ מאי הקשו למה לי קרא דבן נכר. דמהיכא תיתי יעדיף כחו של עכו"ם מישראל. ולא אמרינן דאתי קרא לאשמועינן דאפילו קרבנות שאין מקבלין מהן כגון חטאות ואשמות אפ"ה עוברין עליהם. אלא ודאי דאין מן הסברא כלל לטעות בכך ולא צריך קרא לזה והדרא קושיא לדוכתי'. וזה הנראה לפענ"ד בעומק דבריהם כדרכם אשר עיניהם פקוחות היה בכל בסקירה אחת:

טז מעילה [דף י"ב ע"ב] תוס' ד"ה חלב המוקדשין ומשמע מדבריהם שהגיזה בעצמו שרי. והקשה מעכ"ת מערלה [פ"ג מ"ג] האורג מלא הסיט ידלק, ישים נא עיונו בתוס' חולין [דף ל"ו ע"ב] בד"ה ס"ד. ובריש [פ"ג מ"ג] דערלה דמבואר שם דכל הפילפולים בגיזה רק אם אסורה מדאורייתא. אבל מדרבנן אסורין וכמ"ש שם מבכורות:

יז מספ"ל לר"מ דאינו יוצא במצה של מעשר שני בירושלים [סוכה דף ל"ה ע"א] או בגבולין לכ"ע (וכמ"ש רש"י שם ל"ד ע"ב במשנה ד"ה ואם נטל. ובתוס' סד"ה לפי) משום דבעינן לכם להיתר אכילה לכ"ע. אם נתערב כזית של מעשר שני עם כזית חולין ואכל שניהם יחדיו או בזה אחר זה אם יוצא ידי חובתו אם נימא כיון דחד בחד אסור מדאורייתא ואין לו בהם היתר אכילה ולא הנאה דאסור ג"כ למוכרם. ונראה דכעין זה מבואר בתוס' שם [דף ל"ה] בד"ה אתיא וכו' וז"ל אבל לגבי מצה אם אכל כמה זיתים אם יש משלו כזית יצא. ואין לומר דש"ה דמשום מיגו דאי בעי היה מפריש ממנו הוא דיוצא ידי חובתו וכמו שיוצא בשל דמאי. דזה אינו דמיגו לא מהני אלא היכא דלא חסרא לי' בגופה ויש בה היתר אכילה כמו שהיא וכאשר יוצא בה י"ח יש לו היתר אכילה רק

דמיגו הוא בדבר אחר כמו בדמאי דאי בעי מפקר ליה לנכסיה. משא"כ היכא דחסרא ליה בגופה בשעה שיוצא בה ידי חובתו לא מהני לדעתם דסברי דאינו יוצא באתרוג של טבל אע"ג דאפשר להפריש עליו ממקום אחר רק לדעת רמב"ן מובא בר"ן שם היינו טעמא דס"ל דאפי' בחסרון בגופו אמרינן מיגו ובסברא זאת הוא דפליגי יעו"ש. ולרמב"ן ס"ל לקושטא כן דגם באתרוג של טבל יוצא ולדידי' כשאוכל אפי' רק כזית של טבל נמי יוצא ידי חובתו. אמנם לדעת תוס' קיימינן דסברי דאינו יוצא י"ח במצה של טבל ואפ"ה כתבו דיוצאין י"ח במצה שאוכל יותר מכזית (לולא הלימוד מדכתיב לא תאכל עליו חמץ וגו' יצא זה שאין אסור אלא משום בל תאכל טבל). כן אמינא לפום רהיטא. איברא לקושטא אי אפשר לומר כן. דאכתי אמאי יוצא בשני זיתים שהרי כמו שהיא עתה אין בה היתר אכילה בכולה שהרי בטבל עובר על כל זית וזית. וכ"מ מרש"י שם (דף ל"ה) ד"ה ומאן דבעי. אלא בע"כ צ"ל דתוס' שחידשו שם דטבל פסול משום שותפות חולקים בזה על רש"י. דלשיטת רש"י אתרוג של טבל הוא פסול מפני היתר אכילה דלכ"ע בעינן. ותוס' סברי דלענין היתר אכילה אמרינן כיון דמשכחת לה שיהיה מותר באכילה כגון אם מפריש ממקום אחר. רק משום שותפות הוא דפסול מפני חלקו של כהן ולוי וכנגד אינו שלו הוא דלא מהני מיגו היכא דחסרא לי' בגופה ולדידי' גם באתרוג של הפקר אינו יוצא ידי חובתו היכא דלא נתכוין לזכות בו. ולדעת רמב"ן גם בזה אמרינן מיגו. או אפשר לומר דתוס' סברי דהא דבעינן היתר אכילה דווקא בדבר שאין לו בו דין ממון כגון של ערלה. אבל במעשר שני לר"מ אע"ג שאין לו דין ממון כיון שיש לו היתר אכילה יוצא. אבל בדבר שיש לו דין ממון שהוא שלו לכל דבר. תו לא איכפת לן במאי שאינו רשאי לאוכלו. מש"ה הוא שחידשו דטבל רק מפני שותפות לבד הוא דפסול. מ"מ נשמע להדיא מדברי תוס' היכא שהיה לו מצה שלו ומצה של חבירו. ואכל מכל אחד כזית דיוצא ידי חובתו. וה"ה נמי בכה"ג במע"ש בגבולין לדעת מהרש"א שם. (סוכה דף ל"ה בתד"ה ומאן דפוסל. דל"ה היתר אכילה במעשר שני בגבולין. וכמ"ש באריכות לקמן בדיני כתותי מכ"ש [סי' י"ד אות א'] משום דאין לו דין ממון לכן בעינן היתר אכילה בכאן, עיי"ש]. דאע"ג דלכתחילה אינו רשאי לאכול את שניהם מ"מ אם אכלן ידעינן למפרע שאכל כזית בהיתר דמפני שאסור לכתחילה אכתי לא נשמע מש"ס ופוסקים דיוצא לגמרי מתורת לכם וצ"ע:

יח מספ"ל באתרוג של ערלה שנתערב חד בחד בכשר. אם יוצא בשניהם כיון דצריך לשרוף שניהם. או דאמרינן דקמי שמיא גלי'. ורצה לפשוט מתוס' שהקשו דל"ל טעמא דמכתת שיעורי' תיפוק לי' משום מצוה הבאה בעבירה הא איכא נפקותא בזה האופן.

דמשום מצוה הבאה בעבירה ליכא כיון שאין רוצה לצאת בהפסול. ומשום כתותי מכ"ש איכא. אלא ודאי דגם הטעם דכתותי מכ"ש ליכא בכה"ג. וגם מש"ס גיטין פרק השולח דף מ"ב ע"ב] גבי כהנת שנתערב וכו' דאמרינן אילו אתי אליהו. ולפע"ד נראה דבזה אינו יוצא י"ח דזה דמי לדברי תשו' הר"ן סי' נ"א] כיון דנדר חל מספק וספיקא דאורייתא לחומרא מהני ג"כ לענין שאלה אפי' לקולא דמאי נפקותא אם חל מחמת ודאי או מחמת ספק כיון דמדינא חייל ומכ"ש בזה כיון דבעינן שיעורא בשעה שהוא יוצא ידי חובתו. וכיון דמדינא עומדים לשריפה שניהם יחד ואין רשאי להשהותם עד שיתברר הדבר. משא"כ התם גבי תרומה דלא איכפת לן במאי שאינו ראוי לעבדות באותה שעה רק אם לעולם לא יהי' ראוי. ומשה"ט אמרינן כיון דאפשר להתברר קנין כספו קרינן בי'. וכן יבמות [דף מ"א ע"ב] גבי אחת משתי אחיות דאמרינן ג"כ מה"ט דאם יבוא אליהו דהתם נמי אם אינה עולה ליבום משעת מיתה עד שעת חליצה כגון שהיתה נדה לא איכפת לן בזה ועולה לחליצה דדוקא כשאין עולה ליבום לעולם הוא דאינה עולה לחליצה. מש"ה אמרינן ג"כ כיון דאפשר להתברר וכעת איכא לפנינו שני דרכים בממ"נ כמובן. דאם צריכה חליצה עולה ליבום ג"כ. וכן בגיטין איכא ממ"נ כזה, כמובן:

דברי ידיד נפשו הדו"ש תורתו. הק' משה יהודה ליב

סימן ח

בדיני חמץ

ע"ד שאלתו בנידון אשה אחת אלמנה שצותה לבנה שיכתוב בעדה שטר מכירת חמץ קודם פסח דהאי שתא ולאשר לא ידע הנוסח לקח לפניו נוסח שטר מכירה משנה שעברה וכתב את מיני חמץ שהי' לה עתה. רק בשגגה מסרה שטר מכירה הישן ואחה"פ נודע להם מזה:

א הנה המנחת יעקב בספרו תורת השלמים סי' ו'] ופנים מאירות ח"ב [סי' קס"ג] הקילו בביטול חמצו ואנוס על הביעור דאיכא תרתי למעליותא. אבל רבו המחמירים בזה. ה"ה הפנ"י בתשובה סי' י"ד] והגאון בנוב"י מהד"ק (סי' י"ט] ובתשו' הגאון מו"ה ע"א זצוקלה"ה בסי' כ"ג] הגם אמנם יש לשדות נרגא בכל ראיותיהם כאשר יתבאר. מ"מ אין להקל נגד עדת הגאונים והקדושים נ"ע האלו. אך נלקטה מן הבא בידי בקצרה. כראוי לנבון כמותו:

הן עיקר ראייתו של הנוב"י מן דברי הה"מ שהביא ראיה לדברי רמב"ם (פ"א מהלכות חמץ ה"ד] מסוגי' דהרהינהו שגם באנוס על הביעור אסור לאחר פסח. שהרי בא"י שהלוה לישראל על חמצו אסור לאחה"פ. בדלא אמר לו מעכשיו. והרי התם הוי אנוס על

הביעור. ומזה הוכיח הנ"ב דגם בדאיכא תרתי למעליותא אפ"ה אסור לאחה"פ. דאלת"ה אזדא לי' ראיתו לגמרי. דש"ה שהרי לא נאנס על הביטול. ומש"ה הוא דאסור לאחה"פ. א"ו דאפי' כשביטל ואנוס על הביעור. אסור לאחה"פ יעו"ש. ודחיתי זה כמה שנים דלעולם דהיכא דאיכא תרתי למעליותא מותר לאחה"פ. והרמב"ם מיירי היכא דנאנס על שניהם. והתם ג"כ נאנס על שניהם שהרי אינו יכול לבטל מפני שכל עיקרו של ביטול הוא מטעם הפקר וכיון שהשכינו אצל הא"י. אע"ג דא"י מישראל לא קנה משכון כדאי' בפסחים (דף ל"א) מ"מ אינו ברשות הישראל להפקירו. כדאיתא בב"ק [דף ס"ט] דצנועים ור' דוסא אמרו דבר אחד ע"ש. וה"ה נמי דאינו יכול לבטל. והבאתי ראי' לזה מדברי מרדכי בבא בתרא בסוף פ' הספינה עיי"ש היטב. ועתה מצאתי און לי עוד בתשו' רע"ק איגר זצוק"ל [סי' כ"ג] יעו"ש שהביא ראי' מגזל חמץ ועבר עליו הפסח. דפש"ל שהנגזל א"י לבטל דאינו ברשותו. ושמעתי שגם שארי הגאון מהרי"א ז"ל האבד"ק לונטשיץ דחה את דברי הנוב"י מטעם זה. והביא ראיה מדברי רמ"א יו"ד (סי' רנ"ח סעיף ז') גבי הקדיש את המותר וי"ל דהתם בישראל מישראל דקנה משכון, משא"כ בא"י. אולם במרדכי הנ"ל מבואר בפירוש דאפי' אם המלוה הוא א"י מ"מ אינו ברשות הלוה]. גם מה שהביא הנו"ב שם ראי' מפשטא דמתניתין פסחים (דף כ"ח ע"א] דתנן חמצו של א"י שעבר עליו הפסח מותר בהנאה. וחמצו של ישראל שעבר עליו הפסח אסור בהנאה, [כצ"ל] יעו"ש. וז"ל וממוצא הדברים אתה שומע שאפי' הפקירו וגם היה אנוס על הביעור ג"כ אסור. דאל"כ אכתי נפליג בשל ישראל גופא וכו' יש לדחות דאם הפקירו תו לא הוי חמצו של ישראל. שהרי אין לו בעלים. ותו לא מיקרי כמפליג בדידה. רק בין יש לו בעלים לאין לו בעלים, ויותר רבותא הוא בתרווייהו בשל בעלים. ולמ"ב למ"ד דבשל א"י אפי' בקיבל עליו אחריות מ"מ מותר לאחה"פ, [עיין בחק יעקב סי' ת"מ סק"ד והוא שיטת ר' יונה בירושלמי]. גם באחריות אלם לדעת החולקים על שיטת הרמב"ם, או באחריות פשיעה לחוד כמו שמביא השו"ע א"ח סי' ת"מ ס"א דעת ראשונים בזה]. אבל בשל הפקר דליכא שום אחריות עליו פשיטא לן דמותר היכא דאנוס על הביעור. אבל בשל א"י מש"ל מיהת בחד צד לכל הפוסקים לרבותא דהיתרא:

גם בתשובת הגאון הקדוש מוהרע"א זצ"ל סי' כ"ג] השיג וז"ל, ולפענ"ד י"ל בע"א דבביטול איסור ליכא דררא דאורייתא וכו' למאי דקי"ל דאין מבטלין איסור לכתחלה וכו'. ומלבד זה לענין ביטול חמץ יש לחלק ביותר, דדווקא במטביל ומעשר ומטמא ומנסך ומדמע דהאיסור שלפנינו דרבנן, בזה לא קנסו שוגג אטו מזיד. אבל ענין שהיית חמץ בביתו הוא דאורייתא וכו'. וי"ל דקנסו שוגג אטו מזיד כנלפענ"ד, עכ"ל עיי"ש.

ולדעתי הקלושה הדין והצדק עם בעל פמ"א, ונמתיקה את כל הפקפוקים אחת לאחת. הנה מ"ש לחלק דהכא גבי חמץ תחילתו דאורייתא אלא דעשה תיקון ועצה וכו'. הנה מצד הסברא דכיון שביטל קודם שהגיע זמן איסורו ובשעה שהגיע זמן איסורו כבר חל הביטול, וליתא לגררא דאורייתא כלל. תו לא איכפת לן במה שהיה קודם הביטול, כיון דקודם הביטול ליתא לאיסורא. ובהגיע תור האיסור ליתא לגררא דאורייתא. דלא מיבעיא לדעת הרמב"ם למ"ש הב"י [בסי' תל"ח] דבהנך בעיות בפסחים [דף י' ע"ב] דככר בפי עכבר וככר בשמי קורה וכו' אמרינן דמבטל לכתחלה ותו לא הוי אלא ספיקא דרבנן אזי פשיטא דס"ל כן דלאחר הביטול כבר נסתלק הענין מחששא דאורייתא. ואפי' לדעת הראב"ד שחולק עליו הוא מטעמא אחריתא. דס"ל דדמי למטמין בבורות לפי שנודע לו בשעת הביטול. אלא אפי' לדעת אבי העזרי הובא בב"י סוף סי' תמ"ב] דמחמיר בהנך אבעיות וס"ל דלא אמרינן בהו ספיקא דרבנן לקולא זהו כשנולד הספק קודם הביטול או קודם הפסח אבל בנידון זה שאנו דנין עליו שלא נודע לו כלל עד אחר הפסח אזי לכ"ע לית לן משום גררא דאורייתא. והדר דינא למ"ש הפמ"א דבדרבנן לא קנסינן שוגג אטו מזיד, ועיין במג"א [ס"ס תל"א ובסי' תל"ט סק"ג] וז"ל שם צ"ל כיון דלא חל איסור חמץ עד שעה ו' וכו', עיי"ש. איברא עודנה יש מקום לדברי קדשו דמ"מ יש מקום לחלק בין ביטול איסורין דעלמא ובין ביטול חמץ, דהתם ליתא לאיסורא דאורייתא בעצמותו משא"כ גבי חמץ דרק ע"י תיקון ועצה נסתלק האיסור דאורייתא. אולם לפענ"ד יש להביא ראי' גם לזה. דגם בנידון כזה ל"ק שא"מ לדידן דפסקינן כר' יהודה. מסוגי' הנ"ל גיטין [דף נ"ד ע"א] דמקשינן לר"מ מדם שנטמא וזרקו בשוגג הורצה במזיד לא הורצה. ועי"ש היטב בפירש"י ד"ה ואנן ניקום משמע להדיא דלר"י לק"מ. וכן בתירוצא דש"ס שם אמר לך ר"מ משמע להדיא דלר"י ל"צ לתירוצא דש"ס. והלא לדידן ור"י בעצמו ס"ל כן דציץ אינו מרצה אלא בעודו על מצחו. עיין יומא דף ז' ע"ב. ובפסקי הרמב"ם פ"ד מהלכות ביאת מקדש הלכה ח' ועיין בכ"מ שם נמצא שנסתלק לאיסורא דאורייתא רק ע"י מעשה ותיקון ודמי במשקל לביטול חמץ שנסתלק באיסור דאורייתא ע"י ביטול שלו, ואפ"ה ל"ק לר"י שא"מ גבי דם שנטמא. ואי משום דהתם לא נתכוון הכהן גדול לזה, הלא גם ביטול חמץ לא נתכוין להערים רק לעשות כתיקון חכז"ל דבודק צריך שיבטל, עיין פסחים (דף ו' ע"ב]. גם מה שכתב בסוף ד"ק וכיון דחז"ל אמרו שלא לסמוך על תקנה זו ממילא הוי כמו דאורייתא וכו', עיי"ש. היכן מצינו שחז"ל סילקו את הביטול הלא הביטול מועיל שלא יעבור על ב"י ובל ימצא ואפי' בלאו שיש בו מעשה כגון שחימץ עיסה בפסח ובטלו טרם שנתחמץ דשוב אין לוקין עליו ואין זה דומה לשאר תקנות דלפעמים עקרו

לדאורייתא לגמרי, אבל גבי חמץ הלא הביטול נשאר בתוקפו רק שהוסיפו לקנוס גם אחר הביטול על שלא ביער כתיקונם וקנסא לא שייך רק גבי מזיד אבל בשוגג לא קנסו אטו מזיד. דאזלינן בתר השתא דלא נשאר רק איסור דרבנן לחוד. וקל וחומר מריצוי הציץ. דבמזיד עקרו הריצוי לגמרי ואפ"ה ל"ק שא"מ. מכ"ש גבי ביטול חמץ שגם במזיד לא נתקו את הביטול לגמרי. דמהני מיהת שלא יעבור על ב"י וב"י ולענין כו"כ דברים שהקילו לאחר הביטול:

ונראה להביא ראיה מרחוק דגם הפרי חדש פסק להלכה למעשה כעין סברת הפמ"א ומ"י הנ"ל. עיין בשעה"מ בפ"י מהלכות מקוואות [כלל ו'] ד"ה וראיתי להפ"ח ה' פסח סי' תס"ז סק"ט וכו' בתוה"ד וז"ל האמנם הא ק"ל טובא במ"ש ועוד וכו' וצ"ע עכ"ל ע"ש. ונראה לישב דהתם גבי חטה שאני שגם בפסח שהוא ספק דאורייתא ידעינן בבירור שלאחר הפסח יסולק לגמרי מספיקא דאורייתא ולא יהא עוד רק ספיקא דרבנן. משא"כ בעובדא דמהריב"ל בכלים שאינו ב"י שגם עתה לא נסתלק הסד"א לגמרי שהרי אם יבשלו בו דבר חריף בתוכו. גם עתה כשאינו ב"י הדר הוי ליה סד"א, [וכמ"ש הרשב"א בתשו' סי' תצ"ז]. ונמצא דגבי חמץ דמי הנידון לביצה דספק נבילה דמותר משום שהן שני גופים נפרדים וה"נ גבי חמץ שהם שני זמנים מחולפים ומה לי בין ב' חתיכות ובין ב' זמנים. כשם דגבי איסור כולל לא מחלקינן בהו בין כולל חתיכה דהיתרא עם חתיכה דאיסורא. כגון בנשבע שלא אוכל נבילו' וכשירות דחל שבועתו שבועות (דף כ"ג ע"ב). וגם בכולל זמן דהיתרא עם זמן דאיסורא חל שבועתו. כגון בשבועה שלא אחרוש בין בחול בין ביו"ט מכות (דף כ"ב ע"א, ה"נ הכא גבי חמץ. משא"כ גבי כלים שאינן ב"י שנתבשל בהם ספק טריפה שגם עתה לא נסתלק מן הבליעה שם גרא דאורייתא לגמרי שהרי אם יבשל בהם דבר חריף חוזר וניעור לאיסורא דאורייתא כמו כלים ב"י. ולהכי נידון כחתיכה אחת. ולפי"ז נידון ממילא שגם בעובדא שנשאל עליו בעל פמ"א ומ"י שדינו כשתי חתיכות. והנידון דלאחה"פ נפרד לגמרי מתוך הפסח. וכאילו הי' חתיכה אחרת ונידון בפ"ע כמו בשאר איסורי דרבנן דלא קנסינן שוגג אטו מזיד. מאי אמרת דמ"מ נסתעף הדבר מן איסורו דתוך הפסח. הלא גם התרנגולת של ספק נבילה איסורן של הבצים המה רק מן התרנגולת ואפ"ה נידונים בפ"ע. ה"ה נמי באיסורו של אחה"פ נידון בפ"ע. שכבר הוכחנו מדבריו דשני זמנים נידון כשתי חתיכות:

איברא יש להמציא דכל כה"ג גם המחמירים מודים. שהם לא החמירו אלא כששכחו או בגוונא דשכחה מצוי'. דבזה קנסו שוגג אטו מזיד כמבואר בתשו' הגאון מהרע"א זצוק"ל [בסוף סי' כ"ג] הנ"ל וחולק בזה על הפמ"א ח"ב סי' קס"ג] דעיקר טעמא שמיקל בזה

באנוס על הביעור או בשכח משום דבדרבנן לא קנסו שוגג אטו מזיד. אבל בנידון זה שנתחלף להמוכר החדש בישן. שזהו לא שכיח כלל. ועיין יבמות [דף צ"א ע"ב] דבכה"ג גבי כתב סופר גט לאיש וכו' מקשינן שם ואמאי. נימא מאי הוי לה למיעבד וגם תירוצא דש"ס שם ל"ש כל כך גבי המוכר שנתחלף לו ברגע קטן החדש בישן וליתא לשטר מכירה בידו ולא הו"ל לאסוקי אדעתי' [לקרוא את השטר מכירה] בערב פסח שזמנו בהול וכיון שהוא מילתא דל"ש כלל כבר מבואר הדבר בגיטין [דף נ"ד ע"ב] אמר רבא חזקה אין אדם אוסר את כרמו בנטיעה אחת יעו"ש בפרש"י ד"ה אין דכיון שהוא ל"ש לא קנסו. ועוד נראה דאפי' כשכתב לו שטר מכירה ושכח להשלימו כפי ההכרח עפ"י חוקי דת תוה"ק אע"ג דזה שכיח אפ"ה גם להמחמירים יש להקל שהם לא החמירו אלא היכא ששכחו למוכרו לגמרי. אבל כשנתעסק בו למוכרו ולא השלי' חוקו ע"פ דת חוקי תוה"ק גם המחמירי' מודים שהרי טעם של המחמירים משום דבזה שתחילתו נכנס בגרירא דאורייתא טרם שבטלו. ומש"ה קנסו בזה גם שוגג אטו מזיד. אע"ג שנתגלגל עתה רק לאיסור דרבנן לחוד ולדידן דפסקינן כר"י דלא קניס בדרבנן. זהו היכא שכולו מתחילתו ועד סופו הוא איסור דרבנן לחוד כגון בביטול איסורין. אבל הכא מכל מקום מתחילתו היה דאורייתא זהו תורף דבריהם, מ"מ לא עדיפא כה"ג אליבא דידן דפסקינן כר"י ממאי דס"ל לר"מ שם דעיקר קנסא הוא רק בדרבנן יעו"ש בגיטין [דף נ"ג ע"ב], ועיי"ש עוד בדף נ"ד ע"א דמקשינן על ר"מ משילם חולין טמאין ומשני הכי השתא התם גברא לשלומי קא מכווין אנן ניקום ונקנסיה. הרי אע"ג שלא השלים חוקי התשלומין אפ"ה לא קנסינן שוגג אטו מזיד. וה"ה נמי כשמכר חמצו ונתעסק למוכרו כדי לקיים חוקי חז"ל אע"ג שבשוגג לא השלים כדינו מ"מ אין לקונסו בזה שוגג א"מ. וזה ברור ונכון. ישים מעכ"ת עיונו בספר פמ"א ח"ב [סי' קס"ג] דעיקר טעמו דבדרבנן לא קנסו שוגג אטו מזיד כמו בביטול איסורין בשוגג דמותרין אפי' למבטל עצמו:

כל זה כתבתי להלכה. אבל למעשה טוב לצאת ידי כל הדעות ורק להתיר בתיקון ע"י תערובות ברוב ובהנאה. כאשר גם הגאון מוהרע"א זצוק"ל המחמיר בזה בתשובותיו. מ"מ היקל בעצמו ע"י תערובות ברוב ובהנאה (בספרו דרוש וחדוש בסופו דף ג' ע"ב) ובזה יש להקל בפשיטות במקום הפסד מרובה בלחוד, ובהפס"מ לעת צורך גדול יש לסמוך על דברי התורת השלמים ותשו' פמ"א ועל ההיתירים שכתבנו למעלה:

ב הגם כי לדינא בנידון דידן כבר גליתי דעתי איברא כדי להתלמד במקום אחר אציגה פה ממה שהרהרתי בזה ועיקר הדבר אם בשכירות קרקע א"י מישראל אם קנה בכסף לחוד ואפי' במקצת דמי השכירות. נראה ברור דמהני. הגם דמדברי הסמ"ע [סימן קצ"ד סק"ה]

משמע דבעינן כל הדמים. זהו בישראל מא"י שעיקר הדבר גבי מכר משום דלא סמכ' דעתו [וכמ"ש הרמב"ם בפ"א מהלכות זכי'] מש"ה יש מקום לומר דגבי שכירות בעינן מיהת כל הדמים. אבל בא"י מישראל דלא מהני גבי מכר הוא מטעמא אחרינא. וכמ"ש הרב המגיד בפ"א מהלכות מכירה ה' י"ז יעו"ש]) אזי יש לומר דזהו דווקא גבי מכירה שהוא לצמיתות חששו לזה. אבל לא בשכירות שהוא לזמן. מפני שכל המחזיק באלמות מסתמא לצמיתות הוא מחזיק ולא בתורת שכירות ועוד שהרי שכירות אין משתלמת אלא לבסוף [ואינו נאמן לומר פרעתי כמבואר בש"ע ח"מ סי' שי"ז ס"א] ויכול לומר בתוך כך אל תפרעני אלא בפני פו"פ והכא איירי בע"כ בא"י דציית לדינא דישראל כמובן מעצמו משא"כ במכר שיפסידו לישראל לגמרי שיאמר קניתי ופרעתי ויפסיד השדה והדמים. וכ"מ מטור יו"ד ומש"ע שם [סי' ש"כ סעי' ה"ו] וז"ל והקנין יהיה שיקבל פרוטה מהעכו"ם ויקנה לו המקום שהבהמה עומדת שם והמקום יקנה לו חלק באם. משמע להדיא דאפי' בלא שטר קונה א"י בשכירות קרקע מישראל אע"ג דהמחבר הש"ע סתם בח"מ סי' קצ"ד] כדעת הרמב"ם גבי מכירה. אבל גבי שכירות קונה א"י מישראל אפי' במקצת דמים בלא שטר:

עתה אשיב על דברי מעכ"ת. מ"ש כבודו דזוקפין עליו במלוה הוא דווקא בשטר או בפני עדים. מסתימות הש"ס והפוסקים לא משמע כן. הגם דלכאורה היה נראה קצת מצד הסברא לומר כן דכיון דטעמא משום סמכא דעתא. אזי בעינן שטר דווקא. אכן מדנקט הש"ס כיצד כותב לו. אני פלוני בן פלוני מכרתי וכו' ונתן לו מהם מאתים זוז והריני נושה בו ח' מאות זוז [ועיין בר"ן כתובות פ' מי שהי' נשוי (דף צ"ב) גבי ראובן שמכר שדה לשמעון וזקפן עליו במלוה] והרי התם המוכר נותן השטר ללוקח. וגם משמע שהוא רק בכת"י דמוכר ואין עדים חתומים בו. שהרי בשטר מכר בעדים כתוב בלישנא דסהדי ולא בלשון המוכר כמבואר בר"ן גיטין פרק המגרש:

גם מ"ש מעלתו דכיון שנתנו השטר בפני הא"י לא סמכא דעתא אלא על השטר לא נ"ל כן. דמסתמא הא"י יודע שהוא רק להערמה בעלמא כדי להפקיע איסורו וכסבור שדינא דישראל הוא כן שאינו מפקיע מידי איסור חמץ רק כשכותב לו לראי' על גוף החמץ. ועוד דאולי רק ליפוי כח כותב לו השטר. [ומבואר בנמוקי יוסף מס' ב"ב פ' יש נוחלין ובכל הפוסקים שם דגבי משכ"מ אין שטר כזה מגרע מתנת שכ"מ דמהני באמירה בעלמא ול"א בשטר כזה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר, ואין שטר לאחר מיתה]:

גם מ"ש כ"ת בשם הסמ"ע [סי' קצ"א סק"ז] דגם בשטר ראי' קונה בהדי כסף. לא דק מעלתו בזה. הגם דלשונו הכי משמע קצת. אבל לקושטא הלא הדבר מבואר היטב בר"ן

פ"ק דקידושין דף כ"ו] יעו"ש שכתב דגבי שטר ראי' קונה למפרע. והא דמבואר בש"ס ב"ב (דף נ"ד ע"ב] דנכסי עכו"ם הרי הם כהפקר. איירי במקום שכותבין שטר קנין. אבל במקום שכותבין שטר ראי' אכתי גם השתא לאחר שהחזיק בו אחר. יכתוב לו ש"ר ויקנהו למפרע יעו"ש, ואף דהר"ן בקידושין הנ"ל כתב דשטרי דידן שטרי קנין הם וקונין בהם זהו דווקא כתיקון שטר דידן כמ"ש הר"ן. והכוונה שכתוב בו לעדות ולזכות ולראי'. דלישנא דזכות משמע תורת קנין. וכמ"ש בזית רענן חלק ראשון סוף חלק א"ח דף ל"א ע"ד ד"ה ובעיקר השאלה וכו' עוד כתבתי שם עפ"י דברי תוס' קידושין י"ד ע"ב], יעו"ש. ומשה"ט גם בנידון דידן אילו בא לפני טרם שקנה החמץ בחזרה מן הא"י הייתי אומר שגם עתה במוצאי פסח תחתום המוכרת על השטר מכירה זה משנה הזאת ותקנה למפרע או לכתוב מחדש שטר מכירה בלישנא דראי' בעלמא כמו שנוהגים בכל שטר מכירה של חמץ שכתוב בלישנא דהודאה לחוד ואין כותבין בתוכו לעדות ולזכות דזהו בוודאי רק לראי' בעלמא:

ג והנה שמוע שמעתי שרב אחד שאל לעצמו הוראה זו ששמע ממני וכתבה בשמו לש"ב הגאון מוהרי"א ז"ל אבד"ק לונטשיץ והשיג ע"ז מדברי הר"ן בקידושין הנ"ל דשטרי דידן שטרי קנין הם. והוא מפני שכבר שכח השואל את אשר חלקתי בזה. וכמו שכתבתי למעלה. וגם השיג משום שכבר עבר בפסח על וב"י משום הואיל דאי בעי לא יחתום. ולא דיבר נכונה בזה. [וכמו שהרגישו בזה כמה רבנים מופלגים ומאוה"ג מתלמידיי שיחיו אשר ראו זאת בס' זי"ר. וראו בספרו ד"ס מה שהשיג על זה] דהואיל ל"א רק אחמץ גופיה משום דכתיב ביה לא ימצא שלא יהא לישראל שום צד מציאות כגון בקבלת אחריות דאע"ג דבכל התורה אמרינן דבר הגורם לממון לאו כמ"ד. אבל גבי חמץ עבר בב"י. אבל הכא לגבי החמץ ליכא משום הואיל שהרי מכורה וקנויה לו בלא שטר רק מפני קבלת אחריות שבו כמ"ש בעל מק"ח בסי' ת"מ סק"ג ובסי' תמ"ח] דהוי כאחריות אלם שהרי אם יגנוב או יאבד לא ישלם לו מאומה בדיניהם מפני שמחזיקים אותו להערמ' בעלמא והוי כמו חמצו של א"י בביתו של ישראל ובאחריותו של ישראל ומשה"ט צריך להקנות לו הקרקע דתו לא איכפת לן באחריותו מפני דהוי כחמצו של א"י בביתו של א"י ונמצא דתורתו של הואיל בנידון זה הוא רק על הקרקע דהוצרך לשטרו רק שהחמץ יוגרר ממילא בזה אחר הקרקע ובדבר שאינו חמץ לא מהני מידי לאוקמי ברשותו משום תורתו של הואיל ועוד יש להשיב בזה. כמובן לאיש נבון כמוהו:

ד ולברר הדברים היטב עיין במק"ח סי' תמ"ח] בדינו של רדב"ז גבי מתנה ע"מ להחזיר דעובר בב"י משום ספק קנין דאולי לא יחזיר לו ונמצא שהוא שלו כמ"ש הט"ז [בס"ס

תמ"א] דספק קנין עדיפא מקבלת אחריות. ולפע"ד נראה ברור דהיכא דנתקיים התנאי והחזירו לידו דמותר בהנאה. וממקומו מוכרע שהרי התם בישראל שהלוה לא"י על חמצו והתנה מעכשיו דשם כתב הט"ז וחידש דעובר בפסח מצד ספק קנין. ואפ"ה מילתא דפשיטא הוא היכא דפדאו הא"י דמותר בהנאה משום דהוי חמצו של א"י. ול"א הרי כבר נאסר משום שעבר עליו המלוה הישראל בב"י. וכן מצאתי בד"מ [סי' ע"ג] שתמה על הט"ז בזה. ברם לקושטא דברי הט"ז נכונים שכל סוגי התורה הם בקוטב זה. דאזלינן בתר מקומו ושעתו. הגע בעצמך בקונם או בנזיר טרם שנשאל לחכם מלקינן ליה ומענשים אותו כדינם ואם הלך אח"כ ושאל על נדרו אע"ג דעוקר למפרע היש שום מיחוש שנעשה חוק עול בדינם. ואפי' אם מת מחמת המלקות הכי ס"ד שיש על הב"ד שום דבר אשמה. ואפי' כשוגג ואונס לא הוי. והטעם שכן נצטוינו מאת הש"י ליזל בכ"ד אחר מקומו ושעתו. ולא לחקור אחר עתידות. וה"ה בנידון זה שעבר על ב"י משום ספיקא. זהו בפסח שעודנו בספיקא אבל כשפדאו איגלאי מילתא למפרע שהוא של הא"י לגמרי ונתברר למפרע דלא עבר עליו וה"ה נמי במתנה ע"מ להחזיר כשהחזירו איגלאי למפרע דלא עבר עליו ומותר בהנאה. איברא בקיבל אחריות או גבי הואיל אע"ג דנתברר שלא נגנב ולא נשאל עליו אפ"ה עובר עליו ונאסר גם לאחר הפסח. דמשום קבלת אחריות נקראים בשם בעלים גבי חמץ. דמ"מ הוי גורם לממון שע"י ניצול ממונו. וכן גבי הואיל אע"ג שנסתלק אח"כ ההואיל לגמרי. וראיה מדברי הר"ן פסחים [דף ל"א] שהקשה דאמאי אמרינן דא"י שהלוה לישראל ע"ח דמותר לאחה"פ הלא יאסור מטעם הואיל דבידו לפדותו. דמ"מ נקראו בשם בעלים גבי חמץ לעבור בב"י משום הואיל או משום קבלת אחריות דגבי חמץ אמרינן דבר הגורם לממון כמ"ד:

ועיין במק"ח (ס"ס תמ"א] דמסיק שם כמג"א שחולק על הט"ז משום דיכול הישראל לומר הריני כאילו התקבלתי. או למחול התנאי יעו"ש. ולכאורה קשה דאכתי יעבור בב"י משום הואיל דאי בעי לא ימחול ולא יאמר הריני כאילו התקבלתי. דאם אמרינן הואיל היכא דמחוסר מעשה. מכל שכן על העדר מעשה. אכן לקושטא ניחא דלא אמרינן הואיל אלא היכא שאח"כ יהיה שלו לגמרי כגון לאחר שנשאל על הקדישו שיהיה שלו לכל דבר. משא"כ הכא שגם אם לא ימחול התנאי מ"מ לא יהיה שלו לגמרי רק משום ספק קנין:

והא לא קשיא לדעת הרדב"ז] דגם במתנה ע"מ להחזיר מדוע יעבור בתוך הפסח הרי יכול לומר הריני כאילו התקבלתי. דשאני ע"מ להחזיר דהתנאי הוא שיקנה בקנין דוקא

לידו כמ"ש הרא"ש סוכה פרק לולב הגזול [סימן ל'] וראייתו מהא דלא ליקני איניש לוליבא לינוקא ביומא טבא קמא. ועיין בכל זה:
ירח אייר שנת תרט"ו לפ"ק קוטנא יע"א דברי ידיד נפשו דוש"ת. הק' משה יהודה ליב

סימן ט

בדיני חמץ

א עיין פסחים [דף כ"ט] באוכל חמץ של הקדש במועד דפליגי אם מעל ומוקים ליה ר"י דפליגי בפודין את הקדשים להאכילן לכלבים. ועיין בתוס' שם ד"ה אין פודין וכו'. ותירץ ר"י דהכי קאמר אין פודין מדרבנן, ואין לתמוה אטו משום חששא דרבנן נפקיע מעילה מדאורייתא דכיון דאמרי רבנן אין פודין לא שוי' מידי עכ"ל. ולכאורה דבריהם סותרין א"ע שבפרק השוכר את הפועל דף ס"ג] ד"ה והא מיחסרא, דהתם פשיטא להו דאזלינן בתר דינא דאורייתא לענין מעילה. ודבריהם דהתם ודהכא שניהם מוכרחים מפשטות השמועה, וא"ל דדבר התלוי בשוי' שאני, דליתא דמידי טעמא אלא משום דהפקר ב"ד הפקר, בגיטין [דף ל"ו]. והרי לתירוצם הראשון בסוף פרק המפקיד סד"ה מאי איריא גם בקנין מעות עקרוהו לגמרי וגם המוכר אין לו קנין במעות המקח. וכל ששניהם שוין המוכר והלוקח ששניהם לא קנו הוא ג"כ ממטרת עוזם משום הפקר ב"ד הפקר [כמ"ש בשם הריטב"א לקמן בדיני מעות קונות]. רק דאפ"ל דאחר שחילקו התם בפ' השוכר את הפועל דין מעילה מאתנן משום דבמעילה חייל הדרבנן בשעה שמנגד לדאורייתא. משא"כ באתנן. כאשר כתבנו כמה פעמים בזי"ר ח"ר. (ועיי"ש בחלק אה"ע ה"ה סימן ה' ומה שנשמט משם ימצא המעיין כתוב בסוף זה החיבור בהשמטות] וא"כ י"ל דבין במעילה דחמץ של הקדש במועד ובין במעילה דנתנה לסיטון דבתרווייהו משום תקנתא דרבנן דיש לדון בהם דהתם משום הפקעת קנין מעות דאורייתא והכא משום תקנתא דאין פודין דבשניהם לא אתינן משום כחא דהפקירא שהרי בהפקעות קנינים לא צריך לבוא לכלל זה [כמ"ש לקמן בחלק ח"מ בדיני מעות קונות באות ב']. וכן באין פודין דגזרו בקדושת בדק הבית אטו קה"ג שהרי מצינו כמה איסורין וגזירה דרבנן ואין בהם שום התקשרות לסוגי דהפקירא רק דגבי נתנו לסיטון דמעל הוא משום ddרבנן לא חייל טרם שמנגד לדאורייתא וכיון דתרווייהו בהדי הדדי קא אתיין אזלינן בתר דאורייתא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים [עיין תמורה דף כ"ה ע"א] משא"כ לענין אין פודין את הקדשים דחייל איסורא דרבנן תיכף לאחר שהקדישו. וגם אין הנדון מכריח שיתגלגל בוודאי לענין מעילה דאורייתא וכיון שכבר חייל הדרבנן תו לא נפקע כאשר הוכחנו בחלק ראשון:

איברא כתבנו שם דכ"ז שפיר במקום שב ואל תעשה אבל במקום קום ועשה אפי' כשחייל הדרבנן טרם שהגיע לדאורייתא פ"ה אין כח בידם לעקור בקום ועשה כדמוכח מכמה דוכתי. ועיין יבמות [ד' צ'] והא הכא דמדאוריי' וכו' וכן ברישׁ פסחים [ד' ז'] וברש"י שם כשקידשה באיסורי הנאה דרבנן אי לאו משום דכל דמקדש וכו' לא היו בידם לעקור בקום ועשה או היכא דאית ביה משום הפקירא, אבל במקום דליתא להאי ולהאי לכ"ע אין כח בידם במקום קום ועשה. וכבר כתבנו בשם תוס' ב"ק [ע"ט]דלענין מעילה אם ע"י דרבנן יפטרהו ממעילה הוי ג"כ כקום ועשה. ודוחק לומר דאין פודין הוא משום הפקר ב"ד הפקר והפקעת קנין מעות לא הזקיקו משום זה רק משום טעמא דכתבנו בדיני מעות קונות דליתא דלא מצינו כלל למידה זו דהפקירא רק בנכסי הדיוט אבל לא בשל גבוה וגם המקראות דלמדין ממנו בגיטין הם בנכסי הדיוט לחוד:

אכן לקושטא דמילתא הדברים נכונים דלענין אין פודין כיון דחייל איסורא דרבנן טרם שהגיע לדבר דאורייתא. אזי דמי לאתנן הנ"ל דאזלינן בתר דרבנן שכבר חייל ותו לא קשה ולא מידי. שהרי דמי לקום ועשה דמידי טעמא דהוי כקום ועשה משום מעילה שיהנה חבירו אח"כ הוא כיון דמדאורייתא מעל הראשון כבר נפטר השני מקרבן ולבתר תקנתא דרבנן דלא מעל הרי השני יתחייב בקרבן ויביא חולין לעזרה. אכן כן הוא במעילה שע"י הנאה או ע"י הוצאה הוא דמחייבינן ליה הרי משכחת ביה דהדר אתיא לידי קום ועשה אבל הכא דקתני האוכל חמץ של הקדש משום אכילה הוא דימעול אזי פטרי רבנן שפיר משום דאין פודין דבשב ואל תעשה יש בידם לפוטרו דהרי בשעתו הוא בשב ואל תעשה ושוב לא יבוא לעולם לידי קום ועשה:

ב ובזה יתורץ לו ברווחא דלמה ליה לתנא לנקוטי מלתא באוכל חמץ של הקדש במועד, הכי אין מעילה אלא ע"י אכילה הא כמה עניני מעילה יש בנהנה ואעפ"י שלא הגביהו והוציאו או בהגביהו והוציאו אעפ"י שלא נהנה ולא חיסרו רק ע"י הגבהה הוא דווקא היכא דקסבר ששל חבירו הוא או של הפקר. עיין ב"ק דף כ'] בתוס' ד"ה נתנה לחבירו, קידושין (דף נ"ה] בד"ה אין מועיל ור"ן נדרים (דף ל"ד] ד"ה אמר רבא וכו' יעו"ש. והיכא דקסבר דשלו הוא אזי לא מעל עד שאכלו או נהנה ממנו ובשלמא לאוקימתא ראשונה דפליגי בר' נחוניא בן הקנה ניחא דקתני אוכל דווקא. אבל לאידך אוקימתא התם ה"ל למתני בסתמא. ולהנ"ל ניחא שפיר כיון דלכולהו אוקימתא דהתם צריכין לבוא לטעמא דאין פודין. רק דלאוקימתא דר"י פליגי בזה ולאידך אוקימתא כ"ע אית להו דאין פודין וכיון דאין פודין מדרבנן הוא. מש"ה נקט ליה באוכל דווקא דאז לא יבוא לכלל קום ועשה. אבל בשאר עניני מעילה דאפשר לבוא לידי קום ועשה אזי אי אפשר להפקיע

חיובו משום דאין פודין ומשוה"ט נקט ליה באוכל דווקא וקסבר שהוא שלו. דאל"כ כיון דכבר מעל בשעה שהגביה דאז הוי כקום ועשה תו לא נפקע, והדברים נכונים וברורים למעיין:

ג שם רב יוסף אמר בפודין את הקדשים. וז"ל רש"י שם אי הוה סבירי להנך תנאי כר"ש דאמר תוך זמנו אסור בהנאה דכ"ע מודי דפטור ולא מעל הואיל והשתא מיהא לא חזי לאו ממונא הוא ואע"ג דסופו גורם הוא לממון לאחר הפסח. אלא אליבא דר"י הגלילי פליגי דאמר תוך זמנו נמי שרי בהנאה ובפודין הקדשות וכו' קא מיפלגי מאן דאמר מעל סבר דראוי היה באותה שעה לפדות וכו' ובר דמים הוא ודר' נחוניא לית לן עכ"ל:

ודברי רש"י תמוהין שהרי גם לר"ש ניחא דאע"ג דאסור בהנאה מ"מ מעל שהרי א"י יכולים לפדותו. וכבר עמד בזה במהרש"א ותירוצו דחוק יעו"ש. ובפרט דלקמן גרס באוקימתא דרב אשי דכ"ע אין פודין את הקדשים וכו' אלמא דאם פודין אפי' לרבנן דקא סברי כר"ש דאסור בהנאה ואפ"ה מעל:

ונראה דרש"י לשיטתו הוא שהכריחו לפרש כן דס"ל בב"מ דף מ"ו ע"ב] בד"ה מאי טעמא דרב נחמן וכו' וז"ל כדאשכחן גבי קונה מן ההקדש שאמרה תורה ונתן הכסף וקם לו. אלמא דהקדש והדיוט שוין בזה ובבכורות (דף י"ג] אמרינן דלעמיתך בחדא ולעכו"ם בחדא לבד מרב אשי דס"ל דלעמיתך ולעכו"ם בחדא עיין במס' ע"ז (דף ע"א] וב"מ (דף מ"ח] בתוס' ד"ה נתנה לסיטון מעל וכו' וה"ר חיים מפרש דלא קשה לא מקידושין ולא מעכו"ם וכו' יעו"ש. ולפ"ז לכולהו אמוראי אי אפשר שיפדו אחרים את ההקדש דע"י משיכה אי אפשר דכל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא. ומאי נפקותא איכא בפודין כיון דאי אפשר שאחרים יפדו את ההקדש דבמאי יצא לחולין. ולעמיתך הרי אסור בהנאה. ולכן צריך לפרש דאליבא דר' יוסי הגלילי קאי דמותר בהנאה. ואיפשר לפדותו לעמיתך להסיקו תחת תבשילו. אבל לרב אשי דס"ל דלעמיתך ולעובד כוכבים בחדא. אזי גם לרבנן דר' יוסי הגלילי איפשר שיפדו א"י את ההקדש ע"י חילול כדכתיב ונתן הכסף וקם לו:

סימן י

בדיני חמץ

בדיני האוכל תרומת חמץ בפסח, עיין פסחים דף ל"ב ודף כ"ט בתוס' ד"ה מאן יש אומרים, ובד"ה אין פודין, ובפירוש המשניות לרמב"ם:

א הקושיות בסוגיא זו, א] כל הרואה ישתומם ע"ד פירוש המשניות דממנ"פ למאן דאית ליה לפי דמים משלם. הרי בע"כ צ"ל דאתיא כר"י הגלילי דמותר בהנאה. ולפירושו בדמי

עצים היינו טעמא משום דאסור בהנאה. ועוד דגם לדמי עצים מספיק לפוטרו משום דאין לוקה ומשלם. ולמ"ד לפי מידה משלם תו א"צ לפוטרו משום קים ליה בדרבה מיניה דבלא זה פטור כמש"כ בעצמו על דמי עצים. וגם מדוע שינה טעמו מרישא לסיפא דבחד מנייהו סגי וגם מדוע חידש לאוקמי בכהאי גוונא שלא נמצא בכל הסוגיא משום דאין לוקה ומשלם. ב] קושית המפרשים ע"ד תוס' דף כ"ט] בד"ה מאן י"א, וז"ל, ותדע דהא מאן דלא יליף אסון אסון וכו', שהרי נוכל לומר דרבא מוקים למתני' כמאן דאית ליה לפ"מ משלם. ג קושי' דרוש וחדוש (אות כ"ג במערכה ה'] לדעת הרמב"ן שהביא שם דפליג על הרז"ה דס"ל כדעת תוס' בזה דשגגת כרת פוטר לר' נחוניא בה"ק, רק בתרומה וכן בהקדש כיון דגלי קרא בשגגה דידהו דמחוייבים לשלם אע"ג שמחוייבין מיתה משלמין משום כפרה, הוא הדין נמי שגגת חמץ איננו פוטרו, רק במזיד הוא דפטרינן ליה באוכל חמץ של הקדש במועד, וכן באוכל תרומת חמץ בפסח בשוגג מחוייב לשלם מהאי טעמא נמי כיון דגלי גלי. אבל בהזיד בא' מהן פטור משום דק"ל ב"מ. והקשה עליו הרמב"ן דהא תינח לאביי, אבל לרבא דמיתה בידי שמים אינו פוטר לרנבה"ק, תו לא שייך לומר הטעם משום כיון דגלי גלי. וקשיא לדידיה אמאי ישלם לדידיה בשוגג בתרומת חמץ בפסח, אלא היינו טעמא דאע"ג דחייבי מיתות שוגגין פטורין, אבל חייבי כריתות שוגגין אינן פוטרין דגבי חייבי כריתות לא מקשינן שוגג למזיד. והקשה דלשיטתו, דאוקימתא זו אתיא גם לרבא דמיתה בי"ש אינו פוטר, ומזיד דמתניתין שם איירי בהזיד בחמץ. וקשיא לדידיה לינקוט בחמץ דעלמא לחוד, ולא בהדי תרומה, וכמש"כ רש"י בד"ה כר' נחוניא בה"ק. גם קשיא לשיטתו קושיא ב' הנ"ל. ד] למאי דאיתא בתוס' (דף כ"ח ע"ב] בד"ה ר"ש משמע להדיא דאפי' לר"י הגלילי לא חזיא בפסח רק להסיקו תחת תבשילו ולא למוכרו או לשאר הנאות, דתשביתו משמע שלא כדרך הנאתו, וכן משמע גם משארי פוסקים, וכן מסיק ג"כ במקור חיים [בסי' תל"א בדין בדיקה וביטול], ובסוגיא זו משמע להדיא להיפוך. דמקשה אי ר"י הגלילי אמאי פטור מתשלומים ומדמי עצים, ומדלא נקט סתמא משמע דמקשה ג"כ דלשלם תשלומין מעליא, והרי עיקרו לא חזיא אלא להסקה ה] לכאורה קשיא דמאי מקשה לאביי דאית ליה לפי דמים משלם, הא חמץ בפסח לאו בר דמים הוא שהרי לתירוצם השני לעיל דף כ"ט בד"ה אין פודין, דהא דאין מקדשין באיסורי הנאה, היינו היכא שאין בעפרן שוה פרוטה ואנן פסקינן לקמן כרבנן דאבא שאול דהאוכל תרומה כזית שאין בו שוה פרוטה דצריך לשלם קרן וחומש אפי' למ"ד לפד"מ משלם. שהרי הרמב"ם [בפרק י' מה' תרומות הלכה ו'] פוסק לפי דמים משלם כר' עקיבא, ופוסק ג"כ כרבנן דאבא שאול [בהלכה ב'],

ומשום האי טעמא גם בתרומת חמץ בפסח בשוגג משלם קרן וחומש, דמ"מ יש בו פחות משוה פרוטה לעפרן, ומשו"ה משלם קו"ח בשוגג משום דתשלומין הן לכפרה, אבל במזיד פטור, דתשלומין הן מצד הדין ואין בהן שוה פרוטה. רק דיש לומר דא"כ אמאי נקט בפסח כלל דכל כהאי גוונא איתא ג"כ בתרומה דעלמא שאין בו שו"פ, דבשוגג משלם משום כפרה משא"כ במזיד:

ולפי"ז קשיא להיפוך דמאי קאמר אי אמרת בשלמא לפי מדה משלם שפיר, שהרי גם אם נאמר כן ג"כ קשיא, דלמה ליה לינקוט בחמץ כלל, דבכה"ג איתא נמי בתרומה בכל השנה כשאין בו שו"פ, והוה ליה למיתני האוכל תרומה שאין בו שו"פ בשוגג משלם קו"ח ובמזיד פטור. ו] קושית העולם, לתירוצם השני בתוס' הנ"ל דף כ"ט], דמ"מ יש בעפרן שיווי פחות משו"פ, ובכתובות (דף ל' ע"ב] בד"ה לא צריכא דהיכא דחסרו פחות משו"פ צריך לשלם בעד כל הנאה שנהנה. וא"כ מאי קשיא ליה להגמרא אלא אי אמרת לפי דמים משלם חמץ בפסח בר דמים הוא, דמ"מ הרי מחסרו פחות משו"פ, דהיינו שיווי העפר וכיון שהוא נהנה בכולה צריך לשלם דמים מעליא. ואמאי הוצרך לאוקמי כר"י הגלילי. ובמזיד הוא דפטור משום דר' נחוניא בה"ק:

ולי נראה דלא צריך גם לרנבה"ק, דבשלמא בשוגג משלם ככל הנאות, ואע"ג דחמץ אסור בהנאה והיאך רשאי אידך לשקול דמי איסור הנאה, אע"ג שאין תופסין דמיהן מ"מ אסורין. לא מיבעיא לדעת רש"י בחולין (דף ד' ע"ב] דס"ל דלמחליף עצמו אסורין, אלא אפי' לדעת התוס' מ"מ אינו רשאי לקבל חליפתן דהוי כמכרו לו ועיין במס' ע"ז דף נ"ט ע"ב אמר ר"א וכו' אע"ג דלזבוני אסור וכו'. התם שאני דנאסר ע"י בהנאה משא"כ היכא שכבר נאסר בהנאה] ועד כאן לא כתבו התוס' דצריך לשלם כל הנאתו, אלא באיסורי אכילה לאוכל כגון בזר שאכל תרומה וכן בשחרוריתא דאשייתא, אבל היכא שאסורין בהנאה לבעלים אע"ג שאינו תופס דמיו. נראה מצד הסברא דאינו רשאי ליקח דמיהן, אפ"ה היכא שאכל תרומה בשוגג, דתשלומין לכפרה באין לכפר על שגגתו משלם לכהן אחר אע"פ שלא היה שלו, אבל במזיד שעיקרו רק מדינא לשלם לבעלים, והבעלים אינם רשאים ליקח. איברא זה אינו, דמ"מ צריכין לרנבה"ק כנגד דמי עצים, וכמו שיתבאר לקמן:

ב ובעיקר הקושיות נראה לפענ"ד דדווקא היכא שנהנה האוכל במה שחסר לחבירו, כגון היכא דמצי לאהדורי ע"י הדחק, שבאוכל זה עצמו שחיסר לחבירו פחות משו"פ, הרי הוא נהנה באוכל זה עצמו בדמי כולו, וכן בשחרוריתא דאשייתא, אבל היכא דמאי שחיסרו לא נהנה, שעיקר ההחסר הוא בעפרן והוא אינו נהנה מעפרן רק מאוכל עצמו

במה דחזי לאכילה ובזה לא חסרו שהרי בעד האוכל עצמו אינו רשאי ליקח אף פחות משו"פ רק בעד עפרן, ונמצא דבמה שחסרו לא נהנה, ובמה שנהנה לא חסרו בעצמותו רק גרם לו לחסרו שלא יבוא לכלל עפרן:

אמנם הא תינח לרבנן, אבל לר"י הגלילי דרשאי להסיקו תחת תבשילו אע"ג שנהנה מיד בתחלת ביעורן כל זמן שהם בעין, כמ"ש תוס' להדיא במס' שבת (דף כ"ה ע"א) בד"ה הא בחול, עפ"י קושיא עצומה דבאוכלים ומשקים נהנה מיד מתחלת ביעורן ולא דמי לעצים, ועפי"ז מיושב קושיא ד', דלר"י הגלילי שפיר הקשה דלשלם דמי כולו אע"ג דלא חיסרו אלא פחות משו"פ שהרי נהנה מן החסרון עצמו. אבל מ"מ עדיין יש לומר דעיקרא דמילתא דכתיבנא דאינן רשאין ליקח דמי כולו, ואמאי דנהי לרבנן דאסור בהנאה, ג"כ הותר לו לקבל הדמים, הגם שחמץ אסור בהנאה מ"מ לא גרע מדמי יי"נ דהיכא דמשכו העכו"ם ומכרו לאחרים דליתא ברשותו מותר לקבל דמים לכ"ע [עיין י"ד ריש סי' קל"ב בש"ך ס"ק ג']:

אבל מסתברא מילתא דכיון שכבר עבר הכהן על חמץ זה ועבר עליה בבל יראה. ובמאי דאכלו אידך עדיין לא ניתקו לעשה דתשביתו [רק למ"ד דביטלו ול"ב]. ובנידון זה שלא ביטלו לעשה בידים כיון דאנוס הוא בקיום העשה. אבל מ"מ היאך יקבל לדמי חמץ ויהנה ממנו כדרך הנאתו בחמץ זה שעדיין לא קיים מצות עשה דהשבתה לדעת רוב הפוסקים [זולת לדעת הבעה"מ ריש פסחים גבי חיטי קרדוניתא דבאכילה עצמה מקיים לעשה, אבל כל הפוסקים חלוקים עליו בזה] וכיון שכן מאי שנא בין נהנה מחמץ עצמו כדרך הנאתו או שמקבל דמיו כיון שעדיין לא קיים מ"ע דהשבתה, משא"כ בייי"נ שאין צריך להשביתו מן העולם, ואפי' בע"א עצמה, רק משום תקלה. ומעתה לפי"ז כיון שכן, דגם לרבנן אינו רשאי לקבל הדמים הוא רק משום מ"ע דתשביתו, א"כ לריה"ג נמי, דאע"ג דמותר בהנאה מ"מ היאך רשאי עדיין לקבל הדמים נגד עיקר כוונת המ"ע דתשביתו דמשמע רק שלא כדרך הנאתו:

ברם נראה דהכי קא קשיא ליה, אי ריה"ג, ואיירי בהזיד בחמץ ושגג בתרומה אמאי פטור מתשלומין ישלם דמים מעליא כיון שהתשלומין הם לכפרה, יתחייב לשלם מיהת לכהן אחר כמש"ל, ואי בהזיד בתרומה ישלם מיהת דמי עצים. וזה מדוקדק היטב בלשון הגמרא אמאי פטור מתשלומין ומדמי עצים, דממה נפשך קא קשיא ליה חדא, אי מתשלומין מעליא או מדמי עצים. ולפי"ז מיושב גם קושיא ג' הנ"ל על רמב"ן דס"ל חייבי כריתות שוגגין חייבין, דא"כ ליתני בחמץ דחבירו דשוגגין חייבין וכר"י הגלילי, ומזידין דפטורין כר' נחוניא בן הקנה, שהרי בחמץ של חבירו אפי' לר' יוסי הגלילי אינו

רשאי לקבל תשלומין מעליא רק דמי עצים, כי היכי דלא ליעקר בידים נגד מצות עשה דתשביתו כשיקבל דמי כולו, שהרי עודנו נהנה כדרך הנאתו, וכל כמה דלא קיים לעשה דתשביתו אינו רשאי ליהנות ממנו כדרך הנאתו. אבל בתרומה דתשלומין דידיה משום כפרה, מחוייב ליתן לכהן אחר, כי היכי דליהוי ליה כפרה:

ג ולפי"ז יתיישבו דברי פירוש המשניות להרמב"ם, הנ"ל דעיקר דבריו הטבעו למאן דאית ליה לפי מדה משלם, שכן משמע פשטא דמתני' ולא נצטרך לאוקמי כר' יוסי הגלילי דסתם לעיל [במשנה דף כ"ח ע"א] דלא כוותיה, וכן כר' נחוניא בן הקנה, דאיתא להדיא בשבועות (דף ל"ג) במדליק גדישו של חבירו ביוה"כ דחייב בתשלומין, וכן במס' ב"ק (דף ע' ע"א ודף פ"ז ע"א), ובכתובות דף כ"ט ע"א] פסקינן דלא כר' נחוניא בן הקנה, רק דקשיא ליה קושיא ה' הנ"ל, שגם אי אמרינן לפי מדה משלם גם כן קשיא, דאם כן לינקוט תרומה של כל ימות השנה, ושאין בו שוה פרוטה וכמש"ל, ומשום הכי מפרש ליה דהא דאיתא בגמ' אי אמרת בשלמא לפי מדה משלם שפיר, היינו משום דהכי מוקמינן ליה דמזיד דמתני' איירי בהזיד בחמץ ושגג בתרומה, ואע"ג דתשלומין דידיה משום כפרה מכל מקום פטור משום מלקות דחמץ, ועיקר הרבותא משום סיפא דפטור מדמי עצים. והכוונה דאפי' יש בעפרן שוה פרוטה אפי' הכי פטור. ולא אמרינן דיתחייב דהא כיון מעידן דאגבהיה קניא ליה לעפרן להתחייב באחריותן, ומלקות אינו חייב אלא עד דבלע שנהנה גרונו ומעיו, שהרי חמץ שאסור בהנאה מכל מקום רשאי ליהנות מעפרן, ולהכי הוצרך לאשמעינן דאע"ג דרשאי ליהנות מעפרן מכל מקום אין לו שום זכות בזה יותר מכולי עלמא, שהרי הן כהפקר כמבואר בריטב"א קידושין (דף נ"ו) גבי המקדש בערלה ודלא כדעת התוס' לעיל. אבל למאן דאית ליה לפי דמים משלם, ומוקמינן כר' יוסי הגלילי וכר' נחוניא בן הקנה. בע"כ צ"ל דאיירי בתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה, כמו בזר שאכל תרומה [פרק אלו נערות דף ל']. ומשום הכי הוא דמפרש ליה הרמב"ם למזיד משום מלקות, כי היכי דנוקים ליה אליבא דדינא. והא דלא מתרצינן ליה בגמ' משום חייבי מלקות, דהא כיון דלמאן דאמר לפי דמים משלם צריכין לומר דאתיא כר' יוסי הגלילי. וממילא דצריכין לומר דדמי עצים דסיפא לא אתיא ליה לפוטרו על שעת הגבהה, כיון דמותר בהנאה אמאי לא יתחייב על שעת הגבהה, אלא בע"כ צ"ל דאיירי בתחב לו לתוך בית הבליעה רק דדמי עצים דסיפא אתי לגלויי ארישא דבשוגג חייב בתשלומין גמורים דאי לא תימא הכי היאך סלקא דעתא דבתרומה טמאה יתעלה חיובו מתרומה טהורה ואם כן למה ליה למינקט בתרומת חמץ, דהא גם בתרומה דעלמא פטור במזיד כשהתרה בו משום דאין לוקה ומשלם, אלא ודאי דאיירי בלא התראה, ואתי

לאשמעינן רבותא דרישא כר' יוסי הגלילי, ודסיפא דמיתה בידי שמים גם כן פוטר, כמ"ש רש"י. ולדעת תוס' דסברי דכל היכא דאיתא משום תשלומי כפרה לא מפטר משום קים ליה בדרבה מיניה, ואם כן צריכין לומר דשוגג דרישא איירי בשגג בתרומה, ואפי' הזיד בחמץ מחוייב לשלם קרן וחומש, והזיד דסיפא לאביי אפי' כשהזיד בתרומה לחודא, ולרבא צ"ל דאיירי כשהזיד בשתיהן, שהרי ס"ל דאוקימתא זו אתיא אפי' לרבא [כמ"ש לעיל דף כ"ט בהוכחתם ותדע למאן דלא יליף אסון אסון]. וסברי ג"כ דחייבי כריתות שוגגין פטורין כמו גבי מיתות בית דין, ורבותא דרישא ידעינן דגבי תשלומי כפרה לא פטרינן ליה משום קים ליה בדר"מ, שהרי גם אי נימא דאיירי בשגג בשתיהן מ"מ ליפטור משום חיוב כרת דחמץ, שהרי לדידהו אין לחלק בחייבי כרת בין שוגג למזיד משום דכרת שלי כמיתות ב"ד שלכם דמי. אבל אם נימא דלא כר' נחוניא בן הקנה, רק דמזיד דסיפא משום דהתרה בו הוא, ורישא אמרינן בסתמא דאיירי בשגג בשתיהם. שהרי כל עיקר יסודם דהיכא דהתשלומין לכפרה לא אמרינן קים ליה בדר"מ, בנוי' על מתני' דאוכל תרומת חמץ בפסח דבלא זה אפשר לומר לרנבה"ק הטעם רק משום דגלי גלי, רק אם נימא דמזיד דמתני' הוא בלא התראה וכר' נחוניא בה"ק, בע"כ צ"ל הטעם משום תשלומין כפרה, אבל אם נימא דאיירי כשהתרו בו למלקות ודלא כרנבה"ק לא נדע שום מקור ליסוד זה. ואם כן הדרא קושיא לדוכתא דא"כ ליתני בתרומה דעלמא. או בחמץ לחוד דבשוגג משלם כר' יוסי הגלילי ובמזיד פטור משום חיוב מלקות, אבל הרמב"ם דפירש למתני' למאן דאית ליה לפי מדה משלם וחמץ בפסח אסור בהנאה, ועיקר הרבותא משום סיפא דאינו חייב לשלם על שעת הגבהה וס"ל כרש"י דאין לחלק בין תשלומי כפרה לשאר תשלומין. ומזיד דסיפא איירי בהזיד בחמץ לחוד. ואע"ג דתשלומין דידיה משום כפרה אפי' הכי פטור משום קלב"מ. ותו לא קשה דלינקוט תרומה לחוד. דאכתי יתחייב לשלם על שעת הגבהה. וגם בחמץ לחוד לא משכחת לה דא"כ גם בשוגג פטור דלית ליה דמים:

ועיין ברש"י שם ד"ה כרנבה"ק שעיקר יסוד תירוצו דגמרא בנוי רק משום רבותא דרישא וסיפא הוא רק בתרומת חמץ בפסח וביאור דברי קדשו הכי אזדא להו. דרבותא דרישא לאשמעינן דאיכא תנא דס"ל דחמץ בפסח בר דמים הוא. ורבותא דסיפא הוא. דגם מיתה בידי שמים לחוד פוטר. וזהו דוקא במזיד. אבל בשוגג כיון דלאו בר כרת ובר מיתה הוא כלל אינו פוטר. ולא דמי לחייבי מיתות ב"ד שגם בשוגג פטור כמזיד דשאני התם דאכתי צד חיוב מיתה מיסרך ביה רק דאנן לא מחייבינן ליה בידים [שהרי מצינו ברוצח שהלך מגבול עיר מקלטו שפטור עליו גואל הדם כשהרגו [כדאיתא מכות דף י' ע"ב

וברמב"ם פ"ה מה' רוצח ושמירת נפש הלכה ט']. ואם נימא דלית ביה צד חיוב מיתה אמאי פטור אפי' מגלות. דאי תימא רק משום כי יחם לבבו לחוד. לא נגרע משוגג דחייב גלות. וזהו מבואר להדיא בדבריו לעיל דף כ"ט בד"ה את יוה"כ כו' ועיי"ש. והדר רש"י לבאר זה דאכתי קשיא. דאי עיקר רבותא דסיפא שגם מיתה בי"ש פוטר מתשלומין. אכתי מנא ליה. דלמא איירי כשהזיד גם בחמץ וכדצריכינן למימר לדעת תוס' אליבא דרבא נשמע מזה להיפוך דדוקא חייבי כריתות פוטר מתשלומין ולא חייבי מיתה בי"ש. דאל"כ לינקוט תרומה לחוד. והשתא כד תימא הכי אזדא ליה ההוכחה שכתב רש"י בסוף הדבור דא"כ לאשמעינן כולה מתני' בחמץ חולין של חבירו דלהכי נקט בתרומת חמץ לאשמעינן דמיתה בי"ש אינו פוטר לכן ביאר בהקדם. כיון דבע"כ צ"ל דשוגג דמתני' איירי כששגג בשתיהן [אפי' כדתימא דמיתה בי"ש אינו פוטר כדרבא. מ"מ קשיא דאי כשהזיד בתרומה ליכא חומש וכו'. וכיון דרישא איירי ששגג בשתיהן אזי ממילא נשמע דמזיד דסיפא אפילו כשהזיד באחד מהם. ולא נשאר עוד לפקפק בזה. רק דדלמא בהזיד בחמץ לחוד. על זה הוכיח דבע"כ נדע דאיירי אפי' כשהזיד בתרומה לחוד. דאי לא תימא הכי לאשמעינן כולה מתני' בחמץ של חבירו ובסיגנון זה כתבנו גם לדעת רמב"ם בפירוש המשניות לעיל. וצ"ל לדעת רש"י דמשום עשה דתשביתו לא נגרע כלל מכל צד חיוב ממון שעליו. כמו שכתבתי בס' זית רענן חלק ראשון בחלק אבן העזר [הלכה ד' סימן ג' אות ז' ובזה הוא דפליגי רש"י ורמב"ן. ועיין לעיל [סוף אות ב']:

ד ועל קושיא ב' הנ"ל נראה. דלכאורה קשיא לכל רואה על קושית הגמרא דלמ"ד לפי דמים חמץ בפסח בר דמים הוא. דלמא איירי כשעדיין לא בא ליד כהן. וכר"י [דף מ"ו ע"ב] גבי חלה שהוא ביד ישראל. דאית ליה דאינו עובר בבל יראה ובמזיד פטור כרנהב"ק. וצ"ל דא"כ בתרומה דעלמא נמי אינו חייב אלא לצאת ידי שמים. כמ"ש תוס' חולין פרק הזרוע [דף ק"ל] בד"ה ואי בעית אימא. ולצאת י"ש גם ע"י קם ליה בדרבה מיניה לא מיפטר כדאי' להדיא בב"מ (דף צ"א) וכן מצאתי במפרשים שכתבו כן בפנ"י וצל"ח אמנם הא תינח לרבא שם. אבל לאביי משמע שם בב"מ דאפי' לצאת י"ש אינו חייב היכא דקלב"מ. ושפיר נוכל לאוקמא כפשטא דאיירי בתרומה שעודנה לא בא ליד כהן. ומשום האי טעמא הוכיחו דתירוצא דגמרא דאתיא כר"י הגלילי. הוא גם לרבא. ועיין:

ובמק"א כתבנו בזה. לחזק את קושית הפנ"י. דלמא איירי המשנה בתרומה שלא בא ליד כהן. דהר"ן פ' הזרוע הקשה על שטת התוס' דסבירא להו דבמזיק מתנות כהונה או שאכלן חייב לצאת י"ש. והא דפטרינן ליה הוא רק מדיני אדם. דהא אף דאיתנהו

בעינייהו אינו חייב רק לצאת י"ש. אלא וודאי דבאכלן פטור אפי' לצי"ש. וצריכין לומר לדעת התוס'. דאף דגם באיתנהו בעינייהו לא נחתינן לנכסי' מ"מ מיכף כפינן ליה בגופו. כמו בסוכה ואינו עושה [כתובות פ"ו ע"א] אבל כשאכלן לא כפינן ליה כלל. רק מחוייב בעצמו לצי"ש. והכי נמי בשוגג דמחויב מחמת כפרה כפינן ליה בגופו. כשאמר להדיא שאינו רוצה להביא ולא ניחא ליה בכפרה וכמ"ש תוס' יבמות דף פ"ז ע"ב ד"ה ר"מ] אבל בסיפא דבמזיד דקים ליה בדרבה מיניה. פטור לגמרי מדיני אדם. ואין כופין אותו כלל וכמש"כ בש"מ בב"מ דף צ"א תוך ד"ה בבא. דבקלב"מ אמרינן ליה זיל שלים. אבל אנן לא כפינן ליה]. רק מחוייב בעצמו לצי"ש. ולדעת הר"ן דלא ניחא ליה בסברא זו כיון דסוף סוף לא נחתינן לנכסי' הרי הוא כמו לצי"ש. ואף שיש חילוק דין ביניהם לענין כפיי' בגופו דהא גם הכפיי' הוא רק לקיים המצוה גם זה בכלל י"ש יחשב ולדעתו קשה קושית הפנ"י ביותר. דלא צריך לאוקמא כרנבה"ק. רק דברישא משום כפרה חייב לצאת י"ש. ובסיפא פטור לגמרי. משום דהוי ממון שאין לו תובעין. ברם נוכל לתרץ קושית הפנ"י. כיון דלת"ק דאבא שאול ממעטינן מקרא דונתן לכהן את הקדש. דאוכל תרומת חמץ בפסח פטור. לפי שצריכין התשלומין להיות דוגמת הנאכל אם ישלם דוגמתן בפסח. כדאיתא להדיא ברש"י בסוגיא בד"ה את הקדש ובתוס' ד"ה דבר. ולהכי אף אי מוקמינן ליה בתרומה שלא בא ליד כהן. והוא בר דמים. מכל מקום התשלומין בפסח לאו בר נתינה הוא. ובעל כרחך צריך לומר כאבא שאול [דאוקי לקרא ונתן לכהן את הקדש דבעינן שיהא בו שוה פרוטה כמ"ש בסוגיין ע"ב]. דהוא שלא כהלכתא. מוטב יותר לאוקמי דאיירי בכל גווני אף כשבא ליד כהן וכרבי יוסי הגלילי [וא"כ יעמוד קושיא [ב'] הנ"ל על התוס'. והארכנו בזה שם. ואכ"מ]:

סימן יא

בדיני כיסוי ביו"ט

עיין ביצה (דף ח'] בכל הסוגיא ובתוס' ואשר"י שם ובש"ע א"ח [סי' תצ"ח] ועיין בדף ט'] בתוס' ד"ה אמר ר' יוחנן מוחלפת השיטה. ואמר ר"ת תמה אני על מה הצריכו העולם הכנה וכו' ע"ש מה שתמהו בתוס' ובפוסקים על תמיהתו והנה בעל הט"ז (סי' תצ"ח ס"ק י"ב] יצא בראשונה ליישב דברי קדשו דמש"ה מתיר ר"ת לשחוט לכתחילה בלא דקר נעוץ דעשה דכיסוי דוחה ל"ת דיו"ט. ועיין בפ"י שתמה עליו דדיחוי לא שייך אלא היכא שכבר שחט. אבל לשחוט לכתחילה ה"ז כהיכא דאפשר לקיים שניהם יעו"ש:

ולענ"ד העיקר בזה כדעת הט"ז שהרי עיקר הדבר דעשה דוחה ל"ת ילפינן מכלאים בציצית. והרי אפשר בבגד צמר. וגם בפשתן אפשר בקרן אחת עגולה דפטור מציצית

[כמ"ש בא"ח סי' י' סעי' ט'] אלא כיון דרצונו בפשתן ובקרנות מרובעות. ומן התורה לא הוזהר בזה. שוב הוי כאי אפשר. ועיין בתוס' כתובות [ד' ע' ע"א] בד"ה כגון שכתבו כן להדיא ע"ש. וה"נ כיון דלפי רצונו בדבר המותר לו אזי אי אפשר בלתי דחי' אזי העשה דוחה ל"ת כמו בכלאים בציצית ולא מיקרי אפשר לקיים שניהם אלא היכא שגם לרצונו אפשר לו לקיים העשה בדבר המותר לו בלתי דחי' כגון בשני חוטין לבן של פשתן בבגד של פשתן כמ"ש בתוס' כתובות הנ"ל:

איברא בעיקר דברי הט"ז תמה עליו בעל פ"י שם דהיאך אפשר לומר להלכה משום דחי' הלא אנן פסקינן ברמב"ם פ"א מה' יו"ט ה"ב] כרב אשי דס"ל [בשבת ד' כ"ד סע"ב] דיו"ט הוי עשה ול"ת ואין עשה דוחה לא תעשה ועשה:

א לכן נראה לי ליישב דברי הר"ת בדרך סלולה ונכונה. שהרי באמת דברי ר' יהודה שחידש ואמר דזהו היכא שיש לו דקר נעוץ לא נאמרו אלא על סיפא דמתניתין ומודים וכו' אבל בדברי ב"ש דמתיר לכתחילה אזי איפשר לומר דמתיר אפי' בלא ד"נ. גם יש לומר להיפוך דגם לב"ש צריך ד"נ דווקא רק דניחא ליה לר"י לנקוט חידושא דידיה אליבא דב"ה:

איברא לקמן [דף ט' ע"ב] איתא להדיא עד כאן לא קאמר ב"ש אלא היכא דאיכא ד"נ. הרי להדיא דגם ב"ש לא התירו אלא בד"נ דווקא [וכאשר הקשה הר"י בעל התוס' על הר"ת] אולם כל זה למאי דבעי למידחי שגם ב"ש לא התירו כלום משום שמחת יו"ט באיסורין שלא הותרו משום צורך אוכל נפש. ולהכי בע"כ צ"ל דלא התירו לשחוט לכתחילה אלא בד"נ. אבל למסקנא שם שהוכיחו בש"ס מהאי דב"ה מתירין ליתן את העור לפני הדורסן דטעמא דב"ה משום דהתירו סופן משום תחילתן כדאיתא לקמן (דף י"א) ולא כדבעי למידחי משום דחזו למזגא עלייהו. כמבואר בדברי ר"ת עצמו שם. וכיון דהתירו משום שמחת יו"ט לאיסור מוקצה [וכמ"ש בתוס' שבת [דף מ"ט ע"א] סד"ה טומנין בשם הר"ת. דהכא איירי בלחין ואסור משום מוקצה. ובש"ע א"ח סי' ש"ח סעיף כ"ה] וגם לאיסור עיבוד דרבנן מהאי טעמא גופא תו לא מצרכינן לד"נ. ואפי' לכתחילה מתירין לשחוט דעיקרו דדקר נעוץ הוא משום דשני איסורי דרבנן לא התירו וכיון דחזינן דהתירו משום שמחת יו"ט שני איסורין בהדדי. ולכן תמה הר"ת למה החמירו בד"נ דווקא. ולשיטת רוב הפוסקים החולקים על ר"ת. וסבירי להו דבעינן דקר נעוץ. לדידהו הטעם דנותנין העור לפה"ד משום דחזי למזגא עלייהו. ועיין בס' תפארת ירושלים מס' שבת אות ע' ע"ש]:

זהו סיגנון עיקר תירוצנו ליישב דברי קדשו של הר"ת בקצרה. איברא כאשר יתיישבו הקושיות והתמיהות בסוגיא זו. יתיישבו גם דברי הר"ת ביתר שאת בסיגנון הנ"ל:

ב והנה לכאורה תמוה א למסקנא דהתירו ב"ה בדיעבד בד"נ ובעפר תיחוח. אע"ג דמ"מ איסורא דרבנן איכא דמ"מ הוי מיהת כמלאכה שאין צריכה לגופה כמ"ש להדיא בתוס' בד"ה וא"צ אלא לעפרה ועיין במהרש"א שם שכתב דזהו שכתבו משום שמחת יו"ט הוא לב"ש אבל לב"ה דלא התירו אלא בדיעבד הוא משום מצות כסוי דעשה דוחה ל"ת. והא איתא להדיא במתניתין דר"ה (דף ל"ב ע"ב] שופר של אין מעבירין עליו את התחום ולא עולין באילן ומבואר שם הטעם משום דיו"ט עשה ול"ת הוא ועיין במג"א (סי' תמ"ו סק"ב] שמביא בשם הר"ת דגבי שופר מצרכינן בגמרא לטעמא דעשה ול"ת ולא משום דבעידנא דקא מיעקר לאו לא מקיים העשה. ואפי' ל"ת גרידא לא דחי. משום דשופר הוי עשה דרבים ולא איכפת לן תו משום דלא הוי בעידנא רק הטעם משום דיו"ט עשה ול"ת. וזהו מצד הסברא דמלאכה שאצ"ל דעיקרו הוא מלאכה דאורייתא חמירא משאר שבותין דרבנן. וכן מבואר ברשב"א שבת [ד' מ"ו ע"ב] בד"ה כל היכא כיון דמלאכה עצמה דאורייתא ובפרט מאיסור תחומין דאקילו ביה רבנן וכיון דאין מעבירין את התחום משום עשה ול"ת דרבנן דעשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. היאך התירו גבי כסוי משום מלאכה שאצ"ל דחמירא מיניה טובא. וא"ל דהתם שאני משום דלא הוי בעידנא שהרי גבי שופר הוי עשה דרבים ולא איכפת לן כלל בזה. כמבואר להדיא בש"ס משום דיו"ט הוי עשה ול"ת. אבל גבי כסוי לא מיקרי עשה דרבים כמ"ש המג"א שם גבי חמץ משום שאין היחיד מוציא את הרבים. ב] גם קשיא לדברי התוס' הנ"ל דב"ש לא התירו גם בדקר נעוץ אלא משום שמחת יו"ט דא"כ היכי אמרינן לקמן דף ט' ע"ב] גבי דאין מוליכין את הסולם משובך לשובך שהקשה הש"ס דברי ב"ש אהדדי ומתרץ ליה דע"כ ל"ק ב"ש אלא היכא דאיכא ד"נ שהרי גם בד"נ מ"מ איכא איסורא דמלאכה שאצל"ג דחמירא טובא מהולכת סולם משובך לשובך דליכא אלא משום מראית עין לחוד. אח"כ מצאתי קושיא זו בפ"י שהניח דברי תוס' בצ"ע. ג] גם יש לדקדק קצת בדברי תוס' לקמן [ח' ע"ב] בד"ה תניא וכו' וא"ת וכי יש כח ביד חכמים לעקור דבר שהוא מן התורה וכו' וי"ל אין ה"נ דבשב וא"ת יש כח בידם עיי"ש. מדוע ציינו עצמם בסוף הסוגיא על דברי ר' זירא ולא הקשו מיד על דברי ר' יהודה דמצריך דקר נעוץ אפי' בדיעבד דהיאך ידחה משום הכנה דרבנן. וביותר הו"ל להקשות בר"ה [ד' ל"ב] דאין מעבירין עליו אה"ת וכי יש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה וכו':

ונראה דפשיטא להו היכא דהוי כעין מלאכה כגון מוקצה דאסרו משום הוצאה כמבואר בשבת (דף קכ"ד ע"ב] ובביצה (דף ל"ז ע"א] ברש"י ד"ה אטו. וכן בתחומין כיון דהוי עשה ול"ת מדרבנן העמידו דבריהם לעקור דאורייתא בשוא"ת כדאיתא ביבמות (דף צ']

להדיא דה"ט דשופר ולולב משום דבשב וא"ת עשו חז"ל חיזוק לדבריהם כשל תורה. אבל היכא דשחט בהמה חי' ועוף ונתערבו דמם דלית ביה אלא משום טירחא שלא לצורך דלית ביה משום סרך מלאכה כלל רק משום עשה דשבתון לחוד אבל הל"ת דמלאכה ל"ש ביה ולכן הקשו דהיאך ידחה העשה דרבנן את עשה דאורייתא. וע"ז תירצו דגם בזה יש כח בידם משום שב וא"ת. אבל נקוט מיהא דגם בעשה ול"ת דרבנן הוא רק משום שב ואל תעשה כדאיתא להדיא בש"ס יבמות הנ"ל אבל בקום ועשה א"א לבטל דבר תורה אפי' במקום שהוא נגד עשה ול"ת דרבנן אע"ג דמשכחת לה בלא ביטול דבר תורה אפ"ה היכא דמזדמן שיתבטל דבר תורה בקו"ע אזלינן בתר דאורייתא דאין כח ביד חז"ל לעקור ד"ת בקום ועשה. ולפי"ז יש לחלק דשאני מצות כסוי משארי מצות עשה כגון שופר ולולב וציצית דכולם הם שוא"ת משא"כ מצות כסוי דרחמנא תליא לה בשחיטה דכתיב ושפך את דמו וכסהו בעפר וכל כמה דלית ליה עפר לכסות אסור לו לשחוט כדתנן להדיא לא ישחוט אלא א"כ היה לו עפר מוכן והיכא ששחט במקום שאין לו במה לכסות הוי כמבטל להעשה בידים. וגם עיקר המצוה ניתנה מתחילה על מי ששחטה דכתיב ושפך וכסה מי ששחט הוא יכסה ולולא דהכתוב ריבה בפירוש ואמר לבני ישראל ודרשינן מיניה שאם לא כסהו השוחט אזהרה לכל ב"י [עיין חולין ד' פ"ז ע"א] אזי אמרינן שהמצוה הוא רק על מי ששחט ועיין יבמות [ד' צ' ע"ב] בתוס' ד"ה כולהו שהקשו גם על סדין בציצית דאמרינן דהוי שוא"ת אמאי הרי מתלא תליא בלבישה, ותירצו דמצות ציצית הוא רק אחר העיטוף דכסותך משמע שאתה מכוסה בו כבר יעו"ש. הרי להדיא דלולא זאת אמרינן דמצות ציצית קשורה בלבישה ומיקרי קו"ע ועיין במג"א סי' י"ג סק"ח] שמביא בשם המרדכי דמותר ללבוש בלא ציצית רק לאחר לבישה מחויב בציצית ומש"ה הוי שוא"ת לכל דבר וממילא בכסוי דכתיבי בתרווייהו בלשון עתיד ושפך וכסה ואסור לשחוט עד שיהיה לו עפר לכסות שפיר דמי ביותר לקו"ע מפני שחיטה דמעיקרא ומשה"ט בד"נ היכא דשחט מותר לכסות אע"ג דמ"מ הוי מלאכה שאצל"ג דהוי עשה ול"ת דרבנן וגבי לולב ושופר דחינן לעשה דאוריי' משום עשה ול"ת דרבנן. דשאני היכא דהוי בשב וא"ת ממש משא"כ גבי כסוי דהוי קקו"ע מפני שחיטה דמעיקרא ואין כח ביד חז"ל לעקור ד"ת בקו"ע. והא דכתבו התוס' ביצה [דף ח' ע"ב] ד"ה תני ר"ז דכסוי הוי שוא"ת זהו היכא ששחט בהמה וחיה ונתערבו דמן אח"כ זה בזה דבשעת שחיטה היה בר כסוי אילו לא נתערבו, ועיין, וה"ט דב"ה דלכתחילה לא ישחוט ואם שחט שיכסה. כיון דעיקר טעמא דדחי מצות כסוי לעשה ול"ת דרבנן הוא משום דכסוי הוי כקו"ע מפני שחיטה דמעיקרא דעשה מעשה בידים ומשה"ט נמי לכתחילה

לא ישחוט כי היכי דלא יבוא לכלל קו"ע ומתורץ קושיא א] הנ"ל. וטעמא דב"ש דסברי דישחוט לכתחילה הוא משום שמחת יו"ט או דסברי כר' אליעזר בשבת (דף קל"ז ע"ב] ע"ש בתוס' ד"ה דר"א דמכשירין שאפשר לעשותן מעיו"ט מותר בדרבנן. ור"א מתלמידי ב"ש הוא ועיין סוכה (דף ז' ע"ב] ונ"מ בין שני הטעמים אלו היכא דלית ליה דקר נעוץ מבעוד יום דמשום שמחת יו"ט אפ"ל דמותר אפי' בלא ד"נ כי היכי דשרינן ליתן את העור לפני הדורסן אע"ג דבלא דקר נעוץ איכא תרי דרבנן כמ"ש הרא"ש. שהרי גם בעור איכא נמי תרי דרבנן. [אכן לב"ש דסבירא להו דאין נותנין את העור לפני הדורסן. אזי גם לב"ש צריכין דקר נעוץ] איברא לפרש"י דסברי דהאי דלקמן מפכינן. וסברי ב"ש דנותנין העור לפה"ד אזי אין צריך לדקר נעוץ. אבל לטעמא. דב"ש כר"א סבירי להו אזי גם לבית שמאי צריך לדקר נעוץ. דמידי הוא טעמא דר"א אלא משום מכשירי אוכל נפש והרי כל דיני מוקצה והכנה אסרו רבנן אפילו באוכל נפש עצמו. ומשום האי טעמא היכא דלית ליה דקר נעוץ לא ישחוט אפי' לב"ש וגם אם שחט לא יכסה מפני דאזי אסור משום מוקצה דתו לא מהני מידי משום מכשירי אוכל נפש. דלא עדיף מאוכל נפש עצמו. ועד כאן לא שרי ר' אליעזר אלא היכא דאסור משום מלאכה דמותר באוכל נפש עצמו, מתיר ר' אליעזר במלאכה דרבנן אפי' במכשירי אוכל נפש שאיפשר לעשותן מערב יו"ט אבל היכא דאסור משום מוקצה והכנה. דעיקר איסורו באוכל נפש עצמו כגון ביצה ופירות הנושרין ומחובר. ועיין במג"א [סי' תק"ט ס"ק ט"ו] לדעת התוס' והג"מ וכן פסק הרמ"א שם דמוקצה מותר בטלטול לצורך אוכל נפש דדוקא טלטול לחוד הוא דהתירו אבל לא שאר תשמישים. וכסוי דם הוי כשאר תשמישים. והא דהתירו לכסות הפשטי"דא משום דבשעת תשמיש כבר נתחמם ונסתלק המוקצה לגמרי הרי דכסוי דם דמי לשאר תשמישים. וכצ"ל בכוונתו דמתרץ בזה גם קושיא ראשונה מאפר שהוסק ביו"ט. ועיין במג"א סי' תצ"ח ס"ק ל"א] שכתב שם דעדיף לכסות באפר כירה שהוסק ביו"ט משיכסה בדקר נעוץ בעפר תיחוח דמ"מ הוי מלאכה שאין צריכה לגופה. אבל מוקצה מותר לצורך אוכל נפש. וצע"ק בזה. גם קשה על המג"א כיון דשם איירי בכבר שחט והיאך שייך תו להתירו משום אוכל נפש שגם אם לא יכסה מותר באכילה. וצ"ל דעיקר טעמו שבא לשקול בין איסור דמלאכה שאין צריכה לגופה דחמירא דאסורה דהוי כמכשירין שאיפשר לעשות מעיו"ט. וגבי מוקצה הקילו אפי' באיפשר לעשות מערב יו"ט:

ולפום הצעת הדברים האלו יתיישב קושיא ב' הנ"ל. דלקמן דבעי למידחי דברי ר' יוחנן ולעולם לא תיפוך. וב"ש לא שרו כלל משום שמחת יו"ט. ועד כאן לא שרו אלא היכא דאיכא דקר נעוץ דתו ליכא משום מוקצה והכנה רק משום איסור מלאכה דרבנן דמלאכה

שאין צריכה לגופה. דבכגון זה שרינן באוכל נפש עצמו אפי' במלאכה דאורייתא. אזי משום האי טעמא מותר לכתחלה לשחוט משום דמ"מ לא גרע ממכשירי אוכל נפש אע"ג דאיפשר לעשותן מערב יו"ט. והיינו טעמא דב"ש כר' אליעזר סבירי להו כיון דהשתא ליכא אלא איסור דרבנן לחוד. דשרי אפי' במכשירין שאיפשר לעשותן מעיו"ט. משא"כ בסולם משובך לשובך דמ"מ איכא איסורא משום מראית עין שיאמרו להטיח גגו הוא צריך ולא לצורך אוכל נפש:

ג גם איפשר לומר בעיקר דברי ר' יהודה דמצריך דקר נעוץ בדיעבד לבית הלל. ולכתחלה לבית שמאי. זולת דברי הרא"ש דשני איסורין לא שרי משום שמחת יו"ט או בדיעבד לבית הלל משום מצות כסוי. דיש לומר דאע"ג דשרי לבית הלל מלאכה שאין צריכה לגופה משום מצות כסוי. זהו היכא דמ"מ הוי בעידנא דמיעקר עשה ול"ת דרבנן קא מקיים לעשה דכסוי וכמש"ל. שהרי לא נעשה הגומא רק היכא דשקיל ליה לעפר ממקומו לגמרי ואזי תיכף בהדי דעביד גומא קא מכסי ליה, כעין דאמרינן בש"ס (דף ח' ע"ב] דהוי בעידנא בכתישה. אבל היכא דליכא דקר נעוץ דתיכף כשנוגע בעפר תיחוח עבר בעשה ול"ת דרבנן. וכל כמה דלא מקיים לעשה בעידנא. אזי גם בכסוי דדמי לקום ועשה כמש"ל. מ"מ הוי כמו דליתא לעשה כלל כיון שצריך לעקור טרם דחייל לעשה כלל. ואין להקשות דאכתי למה לי דקר נעוץ משום איסור טלטול. הא טלטול לחוד שרי משום אוכל נפש. ואי משום תשמיש דכסוי כמש"ל בהגה"ה לדעת המגן אברהם. הדר הוי ליה בעידנא. דז"א דבלא דקר נעוץ שפיר אסרינן ליה משום טלטול דהא כיון דבית הלל איירי בדיעבד ובדיעבד לא שייך משום אוכל נפש כמ"ש המג"א שם בסי' תק"ט]. אבל לטעמא דבית שמאי בע"כ צ"ל דלא בעינן דקר נעוץ כלל כיון דקא שרו לכתחלה אע"ג דסוף סוף הוי מלאכה שאין צריכה לגופה. וא"ל דהתם טעמא משום דהוי בעידנא. אבל לגבי טלטול לא הוי בעידנא דממ"נ שרי שהרי לגבי טלטול שרי משום אוכל נפש דהא לב"ש איירי לכתחלה ודמי לאוכל נפש. ואי משום תשמיש דכסוי הדר דמי למלאכה שאין צריכה לגופה. וכשם דשרי לב"ש לשחוט לכתחלה היכא דיש לו דקר נעוץ אע"ג דסוף סוף יבוא לעקור עשה ול"ת דרבנן. וא"ל משום דכסוי דמי לקום ועשה זהו שפיר לב"ה דאיירי בדיעבד. אבל לב"ש דאיירי לכתחלה לא שייך האי טעמא א"ו משום שמחת יו"ט הוא דקא שרו ב"ש לכתחלה משום דאח"כ יהא בעידניה שרי גם לכתחלה משום שמחת יו"ט. משום האי טעמא עצמו הוי ליה למישרי אפי' בלא דקר נעוץ דאי משום טלטול ליתא לצורך אוכל נפש. ואי משום תשמיש דאח"כ בשעת כיסוי הדר הוי בעידנא כמו לגבי גומא. וכשם דשרי לכתחלה לב"ש משום איסור גומא מפני

שאח"כ יהא בעידנא ה"ה דהוי להו למישרי לאיסור תשמיש מוקצה משום שאח"כ יהא בעידנא. וזהו שתמה הר"ת. לדעתו דס"ל דמהפכינן הך דשוחט אזי לב"ה שרי בלא דקר נעוץ כמו לב"ש מעיקרא. דלא ס"ל לר"ת לחלק בין חד איסורא דרבנן לתרי אדר"ב. והא דאמרינן כדדחי ליה דלעולם לא תיפוך ועד כאן לא שרו ב"ש אלא היכא דאיכא דקר נעוץ. היינו טעמא כמ"ש לעיל דכיון דבית שמאי לא שרו משום שמחת יו"ט כלל אלא באוכל נפש עצמו או במכשירי אוכל נפש שאי אפשר לעשותן מערב יו"ט. ואמאי שרו לכתחלה אפי' בדקר נעוץ כיון דסופו יבא לידי עקירת עשה ול"ת דרבנן. וחכמים עשו חיזוק לדבריהם כמו בשל תורה. וכמו גבי שופר ולולב דאסור לכ"ע משום עשה ול"ת דרבנן, ה"נ לגבי כסוי. וא"ל משום דשאני כסוי דדמי לקום ועשה. הא תינח בדיעבד לבית הלל. אבל לכתחלה אמאי אלא בע"כ צ"ל דב"ש כר' אליעזר סבירי להו דשרינן מלאכה דרבנן לגבי מכשירין שאיפשר לעשותן מעיו"ט אזי משום האי טעמא עצמו צ"ל דבעי דקר נעוץ דבלא"ה אסור משום מוקצה אע"ג דטלטול מוקצה שרי לצורך אוכל נפש. אבל מ"מ תשמיש הכסוי עצמו אסור במוקצה אפי' גבי אוכל נפש עצמו תו לא מהני מידי במאי דס"ל כר' אליעזר אלא היכא דאיכא דקר נעוץ דנסתלקה לאיסור מוקצה והכנה רק משום מלאכה דגומא דרבנן ולענין מלאכה שפיר שרי לר"א משום מכשירי אוכל נפש:

ועיין בתוס' שבת דף קל"ז ע"ב] ד"ה דר"א שהקשו דמנ"ל לש"ס דר"א מוסיף על דברי ר"י ושרי אפי' במכשירי א"נ שאיפשר לעשותן מעיו"ט כיון דמוכח מקרא להדיא דאסור מדכתיב הוא וכתיב לכם אלא בע"כ צ"ל דלא שרי ר"א אלא בדרבנן. ואכתי קשה מנ"ל דר"י לא ס"ל כן. ולפי דברינו הנ"ל יש לומר דמוכח מדברי בית הלל דלא שרו לשחוט לכתחלה אפי' בדקר נעוץ משום מלאכה שאין צריכה לגופה. והא לא גרע ממכשירי אוכל נפש שאיפשר לעשותן מעיו"ט ובית הלל מסתמא כר"י ס"ל דהכי נקטינן [עיין בש"ע או"ח סי' תצ"ה סעיף א']. ומשום האי טעמא איפשר לצדד ולומר דמשו"ה לא הביא הרי"ף כלל את דברי ר' יוחנן דמוחלפת השיטה. אע"ג דבש"ס לא דחי ליה אלא בספיקא. משום דסובר כדעת הר"ת שפירש דאיפוך למתני' דשוחט. וא"כ הדרא קושית התוס' הנ"ל לדוכתיה דמנ"ל לדר"א מוסיף על דברי ר"י, א"ו דסתמא דש"ס נקיט להו כדתני להו ולא תיפוך:

ד כללות הדינים המסתעפים מזה לפענ"ד. א] הן זה נראה בעליל דמשום שמחת יו"ט לא שייך גבי כסוי. רק למאן דשרי לשחוט לכתחלה דאי לא שרינן ליה לכסות אזי אסור לו לשחוט. ואתי לאמנועי משמחת יו"ט. ועיין במג"א [סימן תצ"ח ס"ק כ"ה] שמביא בשם הרא"ש הטעם משום שמחת יו"ט לדידן דפסקינן כבית הלל וקאי על דיעבד הוא

שלא בדקדוק. והרא"ש כתב כן על ב"ש עי"ש. וכ"כ להדיא במהרש"א על תוס' ד"ה ואין צריך. וכן משמע להדיא בתוס' בסד"ה אמר ר"י שכתבו בטעמא דהירושלמי שלא לעקור מצות כסוי יעו"ש אבל היכא דאינו רשאי לשחוט לכתחלה ועבר ושחט. שוב ל"ש כלל להתיר לכסות משום שמחת יו"ט רק משום עשה דכסוי. ואזי תליא בין איסור אחד דרבנן לשני איסורין דרבנן לדעת הרא"ש. ולדעת הר"ת הנ"ל דנראה להדיא דלא ס"ל לחלק בזה שהרי מתיר לשחוט לכתחלה אפי' בלא ד"נ דס"ל כר"י דמוחלפת השיטה ההוא דשוחט. ולדידיה צ"ל בטעמא דב"ה דמחמיר בדיעבד ודוקא דא"ל ד"נ הוא מטעמא דפירשנו לעיל משום דבלא"ה לא הוי בעידנא, דבעפר תיחוח צריך לנענע העפר טרם שיגיע לכסות משא"כ בדאית ליה ד"נ דנסתלק לאיסור מוקצה, ולית לן למיחוש רק משום איסור גומא שהוא רק לאחר שהגביה את העפר ממקומו בהדי דמגביה קא מכסי ליה והוי בעידנא. ואע"ג דיו"ט הוי עשה ול"ת דרבנן הוא מטעמא דכתבינן לעיל דשאני מצות כסוי דקשורה בהדי שחיטה דמעיקרא. והשתא אי תימא דאינו רשאי לכסות הרי עבר בקו"ע בשעת שחיטה דמעיקרא. ולפ"ז יתפרש דברי ירושלמי שהביאו תוס' דאם שחט מותר לכסות באפר כירה שהוסק ביו"ט דאז הוי בעידנא ובהדי הטלטול הוא דקא מכסי ליה ואפי' היכא דקא עביד גומא ולדעת הרא"ש בע"כ צ"ל דאיירי בדלא עביד גומא ב] איברא כן הדברים היכא שלא היה בר כסוי בעידנא דקא שחיט ליה ואז עקרינן אפי' עשה ול"ת דרבנן משום מצות כסוי משום דחשיב קו"ע כיון דבשעת שחיטה לא היה לו עפר אחר רק מה שהכין ע"י ד"נ או אפר שהוסק ביו"ט שכבר נצטנן בשעת שחיטה דהשתא אם נימא דלא יכסה הרי עבר בקו"ע בעידנא דקא שחיט שהרי מדאורייתא אינו רשאי לשחוט חיה ועוף היכא דלית ליה עפר לכסות אבל היכא דבשעת שחיטה היה בר כסוי ואח"כ ע"י סיבה נעקרה לקיימו כסידרן כגון בשחט בהמה וחיה ונתערבו דמן זה בזה או בשחט צפור מעיו"ט שהיה ביכלתו לקיים מצות כסוי בשעת שחיטה ואח"כ ע"י שכחה ועצלות לא כסה. אזי אפי' משום טירחא לחוד אינו רשאי לכסות ביו"ט אע"ג דלית בה משום סרך ל"ת כלל וכמש"כ לעיל והטעם כיון דבעידנא דקא שחיט שפיר קא עביד שוב נתבטלה העשה רק בשוא"ת. ובזה יש כח ביד החכמים לעקור ולבטל משום עילה כל דהו כפי שחייבה חכמתם:

וע"פ יסוד זה יתיישב מקור הסוגיא ברווחא. גם יתיישב קושית הט"ז [סי' תצ"ח ס"ק י"ט] דל"ל הטעם בכוי משום התרת חלבו עי"ש שדחק בזה. ובכל זה לא יתיישב רק מן הגמרא. אבל מ"מ קשיא על הפוסקים דפסקו לדינא כברייתא דר"ז. ואעפ"כ הביאו הטעם בכוי משום התרת חלבו. כמ"ש בש"ע שם סעיף י"ח י"ט]. ועיין בא"ר שכתב

דנ"מ היכא דשחט עוף אצל הכוי ולא יצטרך טירחא יתירא משום הכוי. אפ"ה אין רשאי לכסות משום התרת חלבו, ועי"ש ולדידי צריך עיון טובא בזה דהיכן מצינו שיתבטל מצות וודאי כסוי משום גזירה דהתרת חלבו דהרי לא מצינו רק בספק כסוי כגון בכוי אבל לא מצות וודאי דעוף דשחט בהדיה. וי"ל דבריו דאיירי שלא נתערבו ויכול לכסות שניהם בטירחא אחת אפ"ה לא יכסה רק את העוף לחוד. איברא לפי מ"ש נכונים הדברים בפשטא דגבי כוי א"א לחכמים לעוקרו משום טירחא לחוד דהוי כאילו יעקרו דבר דאורייתא בקו"ע דמ"ל וודאי או ספק כיון דסד"א לחומרא משא"כ בנתערבו דמם או בשחט מעיו"ט דנסתלקה למעשה שחיטה דמעיקרא ושוב לא הוי אלא כשב ואל תעשה ועיין בפ"י ביצה דף ט' שתמה על הא דשחט מעיו"ט דלמה לא יכסה בעפר מוכן. וכתב שהדבר צריך תלמוד. וע"פ דברינו לפע"ד נכון מאד משום דהוי שוא"ת שפיר עקרו גם משום טירחא]:

ג]

ג] ולפ"ז נלמד לן דין מחודש דהא דפסקינן היכא דכבר שחט מותר לכסות בד"נ או באפר שהוסק ביו"ט זהו היכא דבעידנא דקא שחיט לא היה לו עפר אחר. אבל היכא דבשעת שחיטה היה לו אפר כירה או שעודנו היה האפר שהוסק ביו"ט חם. וע"י שלא כיסה מיד נצטנן בנתיים או שנתפזר האפר כירה שהיה לו. אזי שוב אין רשאי לכסות בעפר ע"י ד"נ או באפר שנצטנן כיון דנסתלקו לקו"ע דשחיטה אזי לא הוי רק כשב וא"ת וכיון שביטלו בשוא"ת משום טירחא לחוד כ"ש היכא דאיכא משום עשה ול"ת דרבנן. ודמי לשופר ולולב שעקרו מצוה דאורייתא ע"י ל"ת ועשה דרבנן כמשכ"ל ועפי"ז יתיישב לן גירסא הישנה (דף ח' ע"ב) והא מדקתני סיפא ואם שחטו אין מכסין א"ד מכלל דרישא בדאית ליה עסקינן. והוא תמוה דבלא זה קשיא מסיפא לחוד כיון דלא ס"ל לחלק בין ספק לוודאי ולמ"ש ניחא די"ל דאיירי בדאיתא ד"נ או אפר שהוסק ביו"ט רק דבשעת שחיטה היה לו אפר כירה או שעודנה לא נצטנן. ומשו"ה שוב אינו רשאי לכסות כיון דנסתלקה לקו"ע דשחיטה וכמ"ש. ומשו"ה קשיא ליה מרישא דע"כ בחדא גוונא קמיירי ואמאי לא ישחוט לכתחלה כיון דאז היה לו עפר מוכן. אבל מסיפא לחוד ל"ק די"ל דאיירי בכה"ג ובוודאי חיה ג"כ דינא הכי. והא דקתני כוי משום רישא כדאיתא שם בסוגיא:

ה עיין [דף ח' ע"א] בתד"ה א"ה וכו' וי"ל דה"פ וכו'. ועודנו צריך תבלין להבין דבריהם דמאיזה סברא נפליג בין וודאי לספק במלא קופתו כשם דלא מפלגינן בד"נ וכדומה ויש להמתיק דבריהם דהא בע"כ למאן דפליג על רב יהודה צ"ל דס"ל כת"ק דרשב"ג במס' שבת (דף נ' ע"א] דסברי דבעינן קשרן, ולא כרשב"ג דסגי במחשבה לחוד להוציאו

מידי מוקצה וע"ש בגמרא דרב יהודה ס"ל דגבי עפר דלא בר מיעבדא מעשה לכ"ע סגי במחשבה. ומעיקרא קא סברי שם דשווין הם ור"פ הוא שהמציא כן לחלק ביניהם ומסתברא דגם לרבנן דל"מ מחשבה היינו שיהיה וודאי מוכן. אבל מ"מ מוציאו מידי וודאי מוקצה דמה"ת נימא דפליגי מהיפוך להיפוך. דלרבנן הוי וודאי מוקצה ולרשב"ג יהיה וודאי מוכן. וא"ל דרשב"ג כאבוה ס"ל דספק מוכן מותר. ולדידיה הוי רק ספק מוכן. וא"כ לרבנן הוי וודאי מוקצה. עיין ביצה כ"ד, דהא שמואל ס"ל התם דאין הלכה כר"ג. ובשבת ס"ל כרשב"ג]. וכיון שלא הוי אלא ספק מוקצה לרבנן א"כ גם במכניס מלא קופתו עפר. גם לס"ד מעיקרא דלא ס"ל לחלק בין עפר לחריות ושאר דברים מ"מ יצא מיהת מידי וודאי מוקצה. ומשו"ה מותר לכסות בהם וודאי משום דאין סדר"ב מוציא מידי וודאי דאורייתא אבל לגבי כוי לא. דכשם שוודאי דרבנן מוציא מידי וודאי דאורייתא לענין שלא ישחוט לכתחלה. וסיפא איירי בהיה לו עפר מוכן בשעת שחיטה. וכמש"ל בסוף אות ד'] לקיים הגירסא הישנה בש"ס. ה"נ סדר"ב מוציא ספק דאורייתא כי שניהם שקולין הם. וכשם דבוודאי מוקצה אמרינן דלא ישחוט לכתחלה. וכן בד"נ אע"ג שיתחייב בוודאי כסוי. ה"ה בספק מוכן לא ישחוט את הספק. אבל לר"י קשיא דאיהו ס"ל דהוי וודאי מוכן אליבא דכ"ע משום דלאו בר מיעבדא מעשה. א"כ מתניתין דתנן לא ישחוט את הכוי כמאן אתיא ליה:

ואם תפלס במאזני צדק. נראה מזה ראיה לדברי הרמב"ם [פרק א' מהלכות מילה הלכה ט"ו] דספק בין השמשות נימול ביו"ט של גליות. והש"ך (סי' רס"ו סק"ח] מסיק כן להלכה. דכשם דוודאי יום ח' דוחה וודאי יו"ט. ה"נ ספק יום ח' דוחה ספק יו"ט. [וא"ל דבלא"ה לישרי ספק יום ח' ביו"ט שני משום ספק ספיקא. וכן גבי כוי נמי איכא ס"ס חדא דילמא בהמה היא ולא נתחייב בכסוי כלל. ואת"ל חיה דלמא מוקצה היא. דספק ספיקא בשני גופים לא מהני כמבואר בדברי רבינו אלי' מזרחי גבי טומטום דאינו מוציא את מינו. מס' ראש השנה דף כ"ט ע"א]. מיהו אפ"ל דשאני יו"ט שני דמתחלה נעשה על הספק אפי' לדידן דבקיאין בקביעי דירחא. וראיה שהרי בריש ביצה למאי דס"ד דספיקא דרבנן לקולא אפי' בדשיל"מ. א"כ כל מלאכות דרבנן יהיו מותרים ביו"ט שני. ואנן לא מקילינן ביו"ט שני אלא לגבי מת ולמכחל עינא כמ"ש בש"ס ביצה [דף ו' ודף כ"ב] ועיין בכסף משנה [פרק י"א מהלכות מעשר הלכה י"ג] דבדמאי לא מהני ספק ספיקא כיון דמעיקרא תקנו אפי' במקום רוב דמהני בכל מילי. ומשו"ה לא מהני גם בהדי ס"ס וכעין זה איתא בתוס' פסחים [דף י' ע"א] ד"ה ספק ביאה בטעמא דרבנן:

ו יש להתבונן בסוגיין דאמרינן אפר כירה דעתו על הוודאי ואין דעתו על הספק דאכתי קשה אמאי אין מכסינן את דמו כשכבר שחטו. שהרי אפי' באפר שהוסק ביו"ט מכסה שלא לבטל מצות כסוי כמ"ש תוס' בשם הירושלמי. וכשם דלא מפלגינן בוודאי לספק לענין משאצ"ל כדאיתא להדיא דאמרינן אלא כדר' אבא ספק נמי וכו'. ה"ה לענין מוקצה דמ"ש. שהרי משאצ"ל חמירא ממוקצה כמש"ל דא"ל דמיירי בדעבד גומא ואיכא שני איסורין דרבנן ודמיא להיכא דליכא ד"נ דאסור אפי' בדיעבד לטעמיה דרא"ש. [או לטעמא דכתבנו משום דלא הוי בעידנא לפי דצריך לנענע ולזוז ממקומו את העפר טרם שיכסה. וה"נ א"ל דמתניתין דכוי איירי כגון ששחט מרחוק מן אפר כירה דא"א לכסות בהדי דקא דחפו ממקומו, דבפשטא ל"מ הכי דקתני מילתא דפסיקא ואם שחטו אין מכסין את דמו דא"כ הדרא קושיא לדוכתיה מרישא דקתני אין שוחטין לכתחלה מאי איריא כוי אפי' וודאי נמי לא כמו בד"נ דלא ישחוט לכתחלה משום מלאכה שאצל"ג לב"ה ותירוצא דגמרא דלרבותא נקט כוי דלא מיבעיא ודאי דלא ישחוט כיון דאינו יכול לכסות. ל"ש בזה כיון דבוודאי יתחייב בכסוי לבסוף דליכא גביה אלא איסור גומא לחוד. ולמש"ל ניחא. וה"פ אע"ג דבאפר כירה אין מן ההכרח שיתעבד גומא בלקיחתו מ"מ לא יצא מידי ספיקא. ומשו"ה בוודאי מותר לשחוט לכתחלה. דאע"ג דהיכא דוודאי עושה גומא אסור לכתחלה לשחוט מ"מ משום ספיקא דאיסורא דרבנן לא מבטלינן לוודאי שמחת יו"ט ואין ספק מוציא מידי וודאי והוי כדליתא כלל. ואי משום ביטול מצות כסוי הוא דלא ישחוט. ז"א שהרי רשאי לכסות אח"כ ולא עוד אלא אפי' היכא דאיכא חד איסורא דרבנן בוודאי וחד בספק כגון בדעבד גומא וספק מוכן ג"כ מחוייב לכסות את הוודאי. אפי' לדעת רא"ש דשני איסורין דרבנן לא מדחינן מפני מצ"כ זהו היכא ששני איסורין וודאין. אבל היכא דחד מהם בספק אין ספיקו מוציאו מידי וודאי דאורייתא. אבל לגבי ספק כסוי כגון בכוי דאמרינן השתא דאין דעתו על הספק ואיכא איסור מוקצה בוודאי ואיסור גומא איכא נמי מספיקא בדיעבד אסור לכסות. דכשם דוודאי שני איסורין דרבנן מדחין לוודאי דאורייתא ה"ה בספיקן. אזי גם בספיקא דשני איסורין מדחה לסד"א וכמשכ"ל:

וגם לטעמא דכתבנו משום בעידנא ה"נ יתפרשו תוכן הדברים. והוא דאע"ג דאפשר לו לכסות בהדי דקא דחפו לאפר כירה מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וחיישינן דילמא לא יעלה בידו כן עד שיצטרך לטלטל טרם שיכסהו. איברא לגבי וודאי ל"ח לזה דאין ספק מוציא מידי וודאי. אבל בספיקא דכוי אמרינן שפיר דאפי' בדיעבד לא יכסה דכשם דהיכא דאי איפשר לו שיעשה בעידנא מדחינן לוודאי מצות כסוי. הוא הדין בספיקא דבעידנא דחינן

לספיקא דכסוי ומשה"ט גופיה לא ישחוט לכתחילה משום שמחת יו"ט משום שיתבטל עי"ז מצ"כ שהוא סד"א. ועיין סנהדרין (דף פ"ד) דחיישינן לספיקא כי האי, דאמרינן התם רב לא שבק לברי' למישקל ליה סילוא דילמא חביל ליה והוא שגגת איסור יעו"ש. והא דאמרינן דבאיסור לאו ל"ח היינו משום דנחית להצלה ולרפואה ואי איפשר בענין אחר משא"כ בבנו כיון דאיפשר באחר [וכמו שכתב בחדושי הר"ן סנהדרין שם]:

ולפי"ז יש ליישב דברי ר"ת הנ"ל באופן שלישי. דיש לדקדק לדעת הרא"ש דס"ל דטעמיה דרב יהודה דהוסיף על המשנה דבעינן ד"נ משום דבלא"ה הוי שני איסורי דרבנן. הלא לב"ה דאיירי בדיעבד לית ביה משום שמחת יו"ט רק משום ביטול מצות כסוי והא בכ"מ דעשה דוחה ל"ת דוחה אפי' לשני לאווין כמו דמצינן במצורע אע"ג דעל הזקן לחוד יש בו חמשה לאווין ומשמע אפי' כשהשחיתן בב"א. וכ"ה להדיא בתוספות נזיר (דף מ"א) ד"ה ופריך ואע"ג דהכא הוי עשה ול"ת דרבנן מ"מ מנ"ל לחלק בין חדא לתרי דרבנן רק י"ל שרב יהודה הוכיח כן ממתני' דכוי דקתני [פ"ב דבכורים וריש פ' כיסוי הדם] ואם שחטו א"מ א"ד וסבירא ליה לרב יהודה כדפריש ליה רבא משום דאפר כירה דעתו לוודאי וכו' וכמש"ל משום דספיקא דשני איסורין דרבנן מדחין לספד"א ובע"כ צ"ל דוודאי מדחי' לוודאי דאורייתא. וכיון דאנן פסקינן כרמי בריה דרב ייבא דטעמי' משום התרת חלבו. ואפי' היכא שהכין בפירוש לספיקא אינו רשאי לכסות. וכן מבואר בש"ע בפירוש בסי' תצ"ח סעיף י"ח] שוב לא מחלקינן בין תרי איסורין לחדא. כמו בכ"מ דדחי עשה לל"ת. וכיון דב"ה איירי אפי' בלא ד"נ ממילא ה"ה לב"ש לכתחילה דבחדא גוונא איירי ובגוונא דמתירין ב"ה בדיעבד מתירין ב"ש לכתחילה. וכיון דפסק כר"י דמוחלפת השיטה ואזי לב"ה מותר לכתחילה אפי' בלא ד"נ:

ז עיין חולין [פ"ד ע"ב] דתני רי"א כוי אין שוחטין אותו ביו"ט וכו' ואם שחטו א"מ א"ד מק"ו וכו' יעו"ש היטב ובתד"ה כסוי וכו' ובמהרש"א. ולדברינו הנ"ל קשיא טובא דגבי מילה תרווייהו שוין דוודאי דוחה שבת בקו"ע וספיקו אינו דוחה יו"ט בקו"ע אבל גבי כסוי דוודאי אינו דוחה את השבת הוא רק בשוא"ת כיון דנסתלקה למעשה שחיטה דמעיקרא הוא כמחויב בדבר לשוחטו לצורך חולה ושוב לא נדחה למצות כסוי רק בשוא"ת משא"כ גבי כוי דאם אמרת דלא יכסה הרי עקר למצות כסוי בידים ע"י שחיטה דמעיקרא דכיון שמחויב לכסות מספיקא הרי עקר בידים ע"י מעשה שחיטה ובני הרב ני' תירץ קושיא זו בהשכל דגם בשבת מש"ל בקו"ע כגון היכא דלצורך החולה שוה בהמה לעוף והלך ושחט את העוף שהרי רשות בידו לשחוט איזה שירצה דהשתא נדחה לכסוי בקו"ע ושוה לכוי ואעפ"כ הוי דומיא דמילה שהרי שחט ברשות ודבריו נכונים. וא"ל

דאכתי קשיא על דברי תוס' חולין שם אמאי נדחה לכסוי בידים בקו"ע משום טירחא הא כבר הוכחנו לעיל דמשום טירחא לא דחינן רק בשוא"ת משום דטירחא לחוד לית ביה כלל משום סרך לא תעשה רק משום עשה דרבנן ואיך נדחה לעשה דאורייתא בקום ועשה מפני עשה דרבנן וכמש"ל [באות ד'] גבי שחט חיה ועוף ונתערבו דמם או בשחט ציפור מעיו"ט. וי"ל דזהו מפני טירחא דיו"ט דווקא דקילא אבל טירחא דשבת דחמירא נדחה אפי' בקו"ע. וזהו שכתבו התוס' שם דאין לדמות טורח יו"ט לשבת, ואין לומר כיון דאכתי לית ביה אלא משום עשה דרבנן והיאך נעקור לעשה דאורייתא מקמי עשה דרבנן די"ל דעשה דרבנן בשבת כיון דאיתא בל"ת דידיה איסור סקילה גם העשה דידיה חמירא כעין שכתבו התוס' קידושין (ד' ל"ד) בסד"ה מעקה, ואי משום דהוי רק עשה דרבנן הרי מצינן דיותר החמירו בעירובי חצירות דרבנן מעשה דסוכה דאורייתא עיין סוכה ט"ז ע"ב] ודמי למ"ש תוס' בכמה מקומות דבמקום שראו טעם גדול לדבריהם יש כח בידם לעקור אפי' בקו"ע עיין יבמות [פ"ח[בתד"ה מתוך [ודף פ"ט ע"ב] בד"ה כיון:

ח שם בחולין בתד"ה תקיעת וכו'. ושני תירוצים משוללים הבנה שאין לך צה"י גדול מזה כיון שמחויב מדאורייתא לתקוע דספיקא דאורייתא לחומרא. ונראה דעיקר כוונתם עפ"י דאיתא בר"ה ל"ד ע"א] דפליגי שם אם אחת מדרבנן ושתים מד"ת ורשב"נ ס"ל אחת מד"ת ושנים מד"ס הרי דלכ"ע איכא בשלשה סדרים אחת מד"ס ונמצא שהספק איננו מחויב מצד הדין לתקוע רק שני סדרים ומסתמא יחמיר ע"ע ויתקע כל שלשה סדרים ואם שמע מתוקע זכר שני סדרים והסדר השלישי לא שמע בוודאי יש לחוש שיוציאו לר"ה דשוב ליכא צה"י כלל. וגם אית ביה משום שבות דתקיעות עצמו וכ"ז נתגלגל מפני שמחויב מספיקא שהרי אם לא יתקע כלל לא יבוא לכלל זה. ומזה הוכיחו דספיקא דוחה יו"ט אעפ"י שאין וודאי דוחה שבת משום חשש זה ועיי' במ"א [סי' ס"ז ס"ק א'] בספק קרא ק"ש דקורא עם ברכותיה מפני דמעיקרא הכי תקון משמע דבכ"ד דלא מצינו להדיא כן אזלינן בתר עיקר הדין ולא מחייבינן ליה רק במה שמחויב מדאורייתא:

ועיין עוד בס' זית רענן ח"ר בדיני מתוך [אות כ"ה] מ"ש בסוגיא זו דדקר נעוץ על דברי השער המלך:

סימן יב

בדיני דכל העומד לישרף וכתותי מכתת שיעורי'

בעזה"י פה ירושלים עיה"ק תובב"א

מתחילה נבאר הדברים הנוגעים לדינא לדידן

א עיין רמ"א אה"ע סי' קכ"ד סעיף א'] וז"ל ומיהו בדברים הצריכים ביעור מן העולם וצריכים שרפה אם כתב עליו הגט בטל. ועיין בח"מ ובב"ש ובספר גט פשוט ובביאור הגאון החסיד זצוק"ל. ומקור הדברים מדברי ר"ן פרק שני דגיטין וז"ל כתבו על איסורי הנאה כשר. בכל איסורי הנאה קאמרי ואע"ג דכתותי מיכתת שיעוריה. דלא אכפת לן אלא במידי דבעי שיעורא כשופר ולולב. ומיהו באותם שצריכים להתבער מן העולם. למאן דאמר כל העומד לישרף כשרוף דמי. משמע דלא הוי גט דכמאן דליתנהו דמי עכ"ל הר"ן. והקשו עליו הלא כתותי מיכתת שיעוריה הוא במידי דבעי שרפה דוקא. ועוד הניחו בתימה על הרמ"א. דהרי פסקינן דלחי של אשירה כשר דאין צריך שיעור. הרי דלא אמרינן דכשרוף דמי [עיין בא"ח סי' שס"ג סעיף ח']. לכאורה נראה דרמ"א לשיטתיה דפוסק באו"ח [סי' תקפ"ו סעיף ג'] כדעת ר"ת. דאפי' בשל עובד כוכבים כ"ז שלא נתבטל אינו יוצא משום כתותי מש"ע אבל עומד לישרף לא מיקרי. דעומד נמי להתבטל. דבשלמא לענין כמ"ש סבירא ליה דאזלינן בתר השתא. וכל כמה דלא נתבטל לית ליה שיעורא. אבל כשבאו לדון מחמת שעתיד לישרף. הרי עתיד נמי להתבטל ואינו עומד לישרף בבירור ולפי"ז מתורצים כל הקושיות הנ"ל. איברא דעדיין יש לדקדק שהרי בלחי של אשירה לא הגיה הרמ"א כלום על דברי המחבר, ולדעת המחבר סי' תקפ"ו] לא שייך כתותי מש"ע אלא בשל ישראל ואפ"ה כשר בלחי דא"צ שיעור. אע"ג דבעי שרפה. וגם הרמ"א בעצמו סי' תקפ"ו] לא כתב אלא ויש מחמירין. משמע שהוא רק מצד חומרא. אבל מצד עיקר הדין ס"ל ג"כ כדעת רש"י ורמב"ם דלא אמרינן כמ"ש אלא בשל ישראל דוקא ואם כן בעירובין (דף פ' ע"ב] דמחלק בין קורה ללחי. בעל כרחו בשל ישראל איירי ואפ"ה מכשירין בלחי דא"צ שיעור. אע"ג דבעי שרפה. וגבי גט פוסק שהגט בטל:

ב איברא נראה עיקר מדקדוק לשון הרמ"א דמרמז ברמיזה על דברי תוס' יבמות [ק"ג ע"ב] בד"ה סנדל וכו' וז"ל שם בתוך הדבור וא"ת אי בכו"ם של ישראל מאי קאמר דכמ"ש הא טעונה גניזה וכו' וי"ל כיון דטעונה גניזה אין כתותי שיעורא גדול מזה א"נ בכו"ם של עובד כוכבים שעבדה לדעת ישראל עכ"ל. כוונתם בפשטא כיון דאשירה דמשה כבר נשרפו בשעת כיבוש יהושע וזקנים ותו לא משכחת אלא או כו"ם של ישראל או של עובד כוכבים וכיון דבשל עכו"ם דמהני ביטול ליתא משום כמ"ש אלא בשל ישראל. והרי של ישראל א"צ שרפה אלא גניזה. ומתרצי ליה דמשכחת ליה שפיר בשל ישראל. שגם דאינו צריך שרפה כיון דבעי גניזה אין כתותי שיעורי' גדול מזה. וממילא מובן דלתירוץ הראשון עולה הענין על מכונו אבל המלות דנקט אשירה דמשה עודנו בקושי. ולתירוץ השני גם זה עולה במישור דמשכחת לן גם השתא כאשרה דמשה. כו"ם דבעי שרפה ולא

מהני גבי' ביטול כגון דעבדה לדעת ישראל. דמידי טעמא דאשירה דמשה אלא מדפלחו לעגל גליי' דעתייהו דניחא להו. כדאיתא בע"ז [דף נ"ג ע"ב] השתא נמי משכחת לה כהאי גוונא. ושני תירוצים נכונים לדינא. ואין תירוץ השני חולק על הראשון כאשר נתבאר, שהרי בע"כ צ"ל דכו"ם של עובד כוכבים וזכה בו ישראל ששוב אין לו ביטול. אבל מכל מקום אינו צריך אלא גניזה ואינו מחוייב לשורפו. דאי לא תימא הכי למה ליה לשנויי דאיירי דוקא בעבדו עכו"ם ע"ד ישראל. לימא בפשטא שזכה בו ישראל אחר כך. אלא ודאי משום דבעי לאשכוחי בגוונא דבעי נמי שרפה וזה לא משכחת לה אלא בעבדו על דעת ישראל כדי שיהיה דומיא דאשירה דמשה כדנקט ליה בפרק לולב הגזול. ומדהקשו שם בתוס' הנ"ל אחר זה הלא בכו"ם של עובד כוכבים נמי מדאגבהה קניא והוי כו"ם של ישראל ומשמע דקושיא זו קאי גם לתירוצם השני. דאע"ג דאינו טעון שרפה. כיון דצריך גניזה יש בו משום כמ"ש [דהא כו"ם של עובד כוכבים שזכה בה ישראל צריך גניזה וראיה על זה מדמצינו גבי יעקב שגנז את הכו"ם משכם כדכתיב ויטמון אותם תחת האלה וגו' וכן משמע מדברי הרמב"ם [בפ"ח מה' עכו"ם ה"ט] דנקט התם כו"ם של ישראל לענין ביטול וגניזה. וכתב וכן כו"ם של עובד כוכבים שבאת ליד ישראל. ומשמע בפשטא דגם לענין גניזה שוה לכו"ם של ישראל ולפי"ז מדוקדק היטב דברי רבינו הרמ"א ז"ל הנ"ל. ומיהו בדבר שצריך ביעור מן העולם כגון כו"ם של עובד כוכבים וצריך שרפה כגון שעבדו ע"ד ישראל הגט בטל. אבל באופן אחר לא משכחת לה. דבכו"ם של עובד כוכבים גרידא סבירא ליה לעיקר לדינא כדעת רש"י ורמב"ם דאפילו כמש"ע במידי דבעי שיעור לא שייך גבייהו ואפילו כשזכה בו ישראל אח"כ דלא מהני ביטול מ"מ א"צ לשורפו. וכן בכו"ם של ישראל מתחלתו א"צ שרפה [ולא אמרינן כל העומד ליגנז כגנוז דמי אפי' לר' שמעון. כמ"ש הפר"ח אהע"ז סי' קכ"ד ושעה"מ פ"ד מה' גירושין] אבל בלחי מיירי בפשטא. או בכו"ם של ישראל או בשל עובד כוכבים וזכה בו ישראל מ"מ א"צ לשורפו. דלא עדיף מכו"ם של ישראל דא"צ רק גניזה. ואפ"ה בקורה דצריך שיעור פסול דכמש"ע. ולפי"ז תו לא קשה מידי מכל קושיות המבוארים עוד שם:

ג איברא בעיקר הדין דפסק הרמ"א דכל העומד לישרף כשרוף דמי כר' שמעון. והוא נגד הכלל שנמסר לנו במס' עירובין [דף מ"ו] זולת במקום דמוכח להדיא. הנה הבית שמואל רבות עשה בזה שהוכיח מהרמב"ם בהלכות תרומות פרק י"ג ה"ו] גבי סאה תרומה דפסק כר' שמעון. איברא הגם שדברי קדשו הם כצפיחית בדבש. שהפליג לתרץ הקושיות והוויית מדברי רמ"א. והביא עצה מרחוק ליסוד הדברים. אבל עודנו לא שבעה נפשנו לבנות בנין חזק על יסוד רפוי. שדברי רמב"ם הן המה רק באיסור דרבנן. שגם המה לא

עשו רק לחומרא בעלמא. שמדאורייתא בטל ברובא ומותר באכילה. שמפני גזל השבט לא נאסר המדומע. והם החמירו עד מאה ויאסור אח"כ את המדומע עד שירים. ובענין קל כזה סמך הרמב"ם על דברי ר"ש וגם בזה החמיר בפירושו דהלכה כחכמים ואיך נסמוך אנחנו להקל באיסור דאורייתא לבטל הגט לגמרי, דמשמע שאין קידושין תופסין בה. לכן לפענ"ד נראה דמקור הדברים מריש חגיגה גבי חצי עבד וחצי בן חורין. למשנה אחרונה דמחוייב בראיה עיי"ש [דף ד' ע"א] בתוס' ד"ה לא וכו' אלא משום דעומד לכוף את רבו כמאן דשיחררו דמי. אבל התם כיון דמית איגלי מלתא דלא הוי עומד לשיחרור, עכ"ל ונראה דכל כהאי גוונא שיש בידינו לכופו מתחלה הוא נידון כאילו כבר נעשה. והוא ענין ממוצע שבין לר"ש בין לרבנן דנין מתחלתו כאילו נעשה:

ומעתה דוק ותמצא ששלשה הדרגות יש. א] בדבר שיש בו מהידור מצוה ואין כופין. כגון בפרה אדומה שנפדית ע"ג מערכתה כשנמצא נאה הימנה. או אפי' בדבר שכופין וכבר עבר הדבר ואי אפשר עוד לתקן הדבר על מכונו כגון בלן לפני זריקה דאי אפשר לזרוק עוד. בהנך גווני פליגי ר"ש ורבנן. עיין [ב"ק ע"ו מנחות ק"ב ע"ב] ובדבר שאין כופין רק שהוא מצד הכרחית הטבע כגון בעומד ליקצר, עיין שבועות [דף מ"ג ע"א]. ובעומד לחתוך, עיין חולין [דף ע"ג ע"ב] גם בהדרגה זו היא פלוגתא דתנאי. ולכל הפוסקים פסקינן כאילו נעשה [ולדעת ר"ן שבועות גם חכמים מודים דכבצורות דמיא. ולא פליגי רק בצריכים לקרקע קצת]. איברא בהדרגה זו עצמה יש קצת פחות ממנה שאינה מן ההכרח כל כך. אבל ביותר מסתבר לצד אחד מן ההפכו. כגון בעומד לתרום. שהרי איפשר שימכור כולו לכהן חוץ מאותה סאה שנפל, גם בזה פליגי ר"ש ורבנן [בפרק ה' דתרומות משנה ח']. ופסק הרמב"ם כרבנן. ועיין שעה"מ בה' גירושין [פרק ד' הלכה ג']. איברא בדבר שכופין והכל כופין עליה. בזה לכולי עלמא כשנידון פני הדבר עודנו עומד לכפותו וככפוי דמי וכאילו כבר נעשה. שהרי סמכינן על זה אף להקל גבי חצי עבד וחצי ב"ח דמביא קרבן ראייה ולא חיישינן לחולין בעזרה ומהאי טעמא בדבר העומד לישרף דהיינו בכו"ם של עובד כוכבים שעבדה לדעת ישראל. שהוא מצווה ועומד לשורפו מדאורייתא והכל כופין עליה. כמו בעשה סוכה ואינו עושה אזי לכולי עלמא דנים על שם סופו. ונראה ראיה ברורה שאין להשיב עליה מש"ס גיטין [דף כ' ע"ב] בין שטה לשטה מהו תיפוק ליה דספר אחד אמר רחמנא ולא שנים ושלשה ספרים. ובע"כ צ"ל משום דעומד לחתוך כחתוך דמי וכן כתב ר"ן וריטב"א. ומאי קושיא אם היה איבעיא ליה אליבא דרבנן דר"ש. ורבנן דר"מ בשבועות. ואליבא דר"י [פרק י במסכת מקואות].

אלא בע"כ צ"ל משום שיכול לכפותו אזי לכ"ע דנין כאילו נעשה עיין בבית מאיר שם. אך לא אזיל בטעם זה]. ודברי רמ"א נכונים וכנים:

ד ועוד כדמות ראיה לזה. מדנחתי תוס' סוטה (כ"ה] בד"ה לאו כגבוי, לחלק בין עומד לגבות לעומד לשרוף. הלא לדינא הדברים במשרים, דאנן פסקינן כב"ה ופסקינן כחכמים דר"ש. אלא דאזדי לטעמייהו בחגיגה דהיכא דעומד לכפות דנין ככפוי. ומשום הכין הוא דקשיא להו כיון דעומד לכפותו ולהגבות לבע"ח ואפ"ה לאו כגבוי. ולהכי ירדו לחלק בין שצריך לב"ד דוקא דמחוסר מעשה לדבר שביד כל אדם. כדאיתא שבת [דף מ"ו ע"ב]:

ה עיין בקצוה"ח [סימן ג' ס"ק א'] שכתב דאפילו יחיד מומחה שיכול לדון. אבל לכפותו צריך ב"ד דוקא. ומדאורייתא בשלשה מומחין ואנן שליחותייהו קעבדינן כמו בגט מעושה דכתיב לפניהם. וגט מעושה ע"י הדיוטות פסול. ובנתיבות המשפט משיג עליו שם דדמי לעשה סוכה ואינו עושה. וכו' דביד כל אדם לכפותו לקיים מצות הבורא ית"ש. וכתב שם דלהפוסקים שיעבודא לאו דאורייתא רק מצד כפייה הרי זה ביד כל אדם לכפותו. וכמו בנרצע שמלאו ימיו דביד רבו להכותו כדי להצילו מאיסור שפחה ובמשובב נתיבות משיג עליו. וכתב שם דגם בסוכה ואינו עושה צריך ב"ד כמו בגט מעושה. וגם בנרצע אינו רשאי להמיתו רק להכותו שהרי רק ברודף אחר ערוה רשאין להמיתו קודם שעבר עליו. ולא בכל התורה כולה. אלמא דאפי' להפרישו מאיסור אינו רשאי להמיתו קודם שעבר עליו. ואח"כ ניתן ביד סנהדרין. ולפענ"ד נראה דבעיקר הדבר שכתב הקצוה"ח הדין עמו דוודאי בדברים שבין אדם לחבירו ותלוי הדבר גם בצד שכנגדו פשיטא דאין ביד כל אחד לכפותו, והיינו טעמא דגט מעושה הגם שהוא מצד הדין. אבל עודנה תלוי בדעתה כמ"ש תוס' ריש זבחים בד"ה סתם. לכן למאן דאמר שיעבודא לאו דאורייתא פשיטא שאין ביד כ"א לכפותו:

ו איברא מה שהוסיף במשובב נתיבות דאפילו בסוכה וכדומה צריכים דוקא ב"ד זה אינו דבדבר שאינו תלוי בשכנגדו לא ניתן לזה תורת ב"ד וביד כל אחד הוא. וראיה ברורה לזה מתוס' חגיגה הנ"ל. דגבי חצי עבד וחצי ב"ח דכיון דכופין דנין על שם סופו. ואם אמרת דצריך ב"ד כבר נגמר הדין בתוס' סוטה כ"ה] דלא אזלינן בזה בתר סופו. ומשום האי טעמא סבירי ליה לבית הלל דלאו כגבוי דמי. ואינו דומה לגט מעושה דתלוי ביד האשה משא"כ בחצי עבד דאינו תלוי בדעת העבד. רק משום מצוה רבה הוא דכפינן ליה ודמי שפיר לשאר מצות עשה דכפיי' ניתנה ביד כ"א ומה שמעורר במש"נ מאי שנא נרצע מכל איסורי' שבתורה. אפשר לומר דשאני בין איסור עולם לאיסור שעה. דבאיסור

עולם היכא דאי אפשר להפרישו ע"י הכאה לחוד והמיתו אין לזה משפט מות דלא חמור כרודף אחר עריות דאפילו היכא דיכול להצילו בא' מאיבריו וכמ"כ בחייבי לאוין והוא איסור עולם]. ועיקר חילוק זה מבואר בש"ע סוף סי' תכ"ה ובסמ"ע ס"ק כ"א] אלא דהתם שכל עיקר איסורו אינו אלא דרבנן אינו רשאי להמיתו בידים אפי' באי אפשר להצילו בענין אחר. משא"כ בשפחה כנענית כיון שאיסורו איסור עולם וא"א להפרישו ע"י אחד מאיבריו. נמצא מזה דתוס' סוטה סברי ג"כ לעיקר כאשר תירצו בחגיגה. ולא כאשר תירצו בעירובין עיי"ש [דף ב' ע"ב] ד"ה במשנה ראשונה:

ז עיין בשער המלך [פ"ב מה' חגיגה] שהקשה על תירוצם בחגיגה הנ"ל מגיטין [מ"ב ע"ב] דבעי למיפשט מהפיל את שינו וסימא את עינו וכו'. ולדעת תוס' הנ"ל מאי קשיא ליה דשאני התם שעודנו חי והוא בר כפייה וכמשוחרר דמי. ועיין בזית רענן חלק ראשון [דף פ"ז ע"א אות ו'] מה שכתבתי שם. ולפי דברינו הנ"ל התם שאני כיון דכולו קנסא. וקנס לא חייבו רחמנא עד שעת העמדה בדין. והיכא דבעינן העמדה בדין דומה לשטר העומד לגבות. ועדיף עוד ממת קודם שכפוהו שהיה עומד לכפותו עד שלא מת. משא"כ בקנס שלא עמד בשום פעם לכך. רק ע"י ב"ד דווקא וזה בכלל מחוסר ולא בסוג העומד. ועיין מש"כ בזה [באות ט' וח"י]:

ח באופן אחר נראה ליתן מקור ויסוד לדברי רמ"א הנ"ל דהיכא שכופין לשורפו אמרינן כשרוף דמי אפילו לרבנן דר"ש שמבואר פלוגתא דאביי ורבא דלאביי אמרינן למפרע הוא גובה. והיכא דזבין מלוה או אקדשיה כיון דמטא זמניה ולא פרעיה איגלאי מלתא למפרע דמעיקרא ברשותיה הוה קאי ושפיר אקדיש ושפיר זבין. ואנן פסקינן כרבא. ועיין גיטין (דף מ') בתוס' ד"ה הקדש וכו'. תמצית דבריהם שם דהיכא שאינו יכול לסלקו במעות וגם אם מכרו גובה מן הלוקח. ואין יכול לסלקו בזוזי. אזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה. ואם אקדיש מלוה קודם שטרפו מהני למפרע:

ט ולפי"ז גם בחצי עבד וחצי ב"ח שהיה עבד של שני שותפים ושיחררו אחד. אע"ג דלגבי האדון שלו עודנו ברשותו כמקדם. ולא יצא מרשותו כלל. ולא היה ברשות עצמו מעודו אפ"ה כיון דרשות ב"ד עליו לכופהו לשחררו דנין כאילו כבר כפוהו. דכיון דמסתמא יבא לידי כך אמרינן ג"כ דלמפרע הוא גובה ולהכי מחוייב בראייה לדעת תוס' חגיגה הנ"ל [ואין להקשות דא"כ יהיה מותר ג"כ בבת חורין. דזה אינו דהוה כתרתי דסתרי אהדדי. דמידי טעמא דכפינן לאדון אלא משום שאינו יכול לישא ב"ח]. והשתא מרווח לן דאפילו אם נימא דדוקא ב"ד יכולים לכופו ולא ע"י אינשי דעלמא כמש"ל (באות ו') דכיון שאינו יכול לסלקו ולמוכרו. אזי דנין אותו כאלו כבר יצא לחירות. דלמפרע נכנס

ברשות עצמו כמו בגזל ולא נתייאשו הבעלים והקדישו הנגזל ואח"כ העמיד את הגזלן בדין והוציאו מידו בב"ד דקדיש כמ"ש בש"מ בב"ק [דף ל"ג] בשם הרא"ש ועיין לקמן בחלק חשן משפט בדיני גזילה שביארנו טעמו משום למפרע ה"ג [שכן נראה יותר דכפיי' זו ניתנה לב"ד דוקא. שהרי צריך לכתוב שטר ע"ד. ולמש"ל צ"ל דעיקר כפיי' לשחררו הוא ביד כ"א. אבל אח"כ צריכים לגמור ע"י ב"ד בדבר שבממון. ועיין מש"כ [באות ח"י שלא יקשה עפי"ז קו' שעה"מ הובא באות ז']. ולא תיקשי לך מדברי תוס' סוטה. דלהכי פסקינן דלאו כגבוי דמי דהוי כדבר שלא בא לעולם ע"י דצריכים לב"ד. דהתם שאני דע"י זה יציבא מלתא דנדחה הגבייי' לגמרי משום ספק סוטה. רק דמפני זיקוק דב"ד מדחינן את כח העומד. אבל היכא דסוף סוף בא לידי גבייי' אזי אמרינן דלמפרע גובה. ותדע דאי לא תימא הכי תיקשי לאביי דס"ל למפרע ה"ג ואי זבין מלוה שפיר דמי. ולא אמרינן דהוי כדבר שלא בא לעולם:

י וגם לדברי תוס' ריש ערכין דמפרשי מטעמא אחרינא. הא דחצי עבד דמחוייב בראייה למשנה אחרונה. היינו משום דסברי דחציו עבד שאני. כיון שמעולם לא היה שלו ולא ברשותו ואדרבה כבר היה של האדון וברשותו ועודנו לא יצא מרשותו רק משום כפייה דסופו. אזי כל זמן שלא כפוהו אי אפשר שישתנה ויתהפך הדבר לגמרי להוציאו מרשות אדון ולהעמידו ברשות עצמו לגמרי מה שאין כן בעומד לשרוף. שכל הנידון הוא רק לבטל רשות וזכות הבעלים. אבל בגזל ולא נתייאשו הבעלים שהיה שלו מעיקרא רק שלא היה ברשותו. גם הם מודים לדינא כדברי הש"מ בשם הרא"ש המובא לעיל באות שלפני זה:

יא וע"פ הצעת הדברים הנ"ל נראה דבאיסורי הנאה שכופין לשורפו כגון בכו"ם שעבדו עובד כוכבים לדעת ישראל וכמש"ל [אות ב'] דגם טרם שכפוהו לשורפו כבר יצא מרשותו. מידי דהוי כחמץ דאינו ברשותו מפני שנאסר בהנאה ואפי' לדעת ריטב"א במס' סוכה דף ל"ה] דאיסורי הנאה מיקרי לכם. אבל גבי חמץ דהכל מצווים לבערו, אמרינן להדיא דאינו ברשותו. רק דעשאן הכתוב כאילו הם ברשותו. כמ"ש במקו"ח (סי' תל"א). וא"כ עדיפא עוד למילתיה מגזל ולא נתייאשו הבעלים דאמרינן ביה דלמפרע שלו אע"ג דטרם שכפוהו הוא ברשותו מכ"ש באיסורי הנאה שכבר יצא מרשותו ע"י גמר דין שנגזר עליו משמים שהכל מצווין לשורפו אזי פשיטא דאם כפוהו אחר כך לשורפו. דכשרוף דמי למפרע ועיין היטב בב"ק (דף מ"ה ע"א] ד"ה השתא וכו' וז"ל כיון שנפסד ע"י שנפל בידו חשוב היזק ניכר יעו"ש. והכא נמי אע"ג דלא נגמר הדין בב"ד. דלזה שווים כל אינשי דעלמא. כמו ב"ד הגדול שבירושלים:

יב ועוד יש להסביר קצת מטעם אחר. כיון דאנן פסקינן בחו"מ סי' צ"ה סעיף ב'] דענבים העומדים לבצור כבצורות דמיין א"כ גם בעומד לשרוף נמי נימא הכי. אלא דיש לחלק בין דבר שעומד מצד הטבע לבין דבר שאינו רק ע"פ דין. כמו שהכריח בעל שער המלך [פ"ד מה"ג] תוך ד"ה וראיתי. מר"נ ור"א דסברי במנחות דף ק"ב] דלא אמרינן אליבא דר"ש כל העומד ליזרק דמחוסר מעשה וקשיא להו מפ"ה דתרומות [משנה ח'] דס"ל כל העומד לתרום. אלא ודאי דשאני התם דמסתמא יתרום ולא ימכרנה לכהן. וכיון שכבר הוכחנו מדברי תוס' גיטין לעיל [אות ח'] דהיכא שיכולין לכפותו למפרע הוא שלו לכל דבר להקדישו ולמוכרו. ובדבר שבידו הגם שמצד הטבע יבא לידי כך אעפ"כ לא מהני למפרע טרם שעשאו. עיין נדרים דף ל"ד ע"ב] בככר של הפקר והקדישו. ועיין ברא"ש שם שמביא בשם הר"א ממיץ דאיירי דליכא אחר בכל המקום הזה והקדישו לכשיזכה בו יהיה הקדש. אלמא אע"ג דבפשטא משמע שהקדישו מיד. הוציאו הדבר מפשטא משום דלא מהני כשהקדישו מיד אלמא דבדבר שכופין. יפה כחו למילתיה מדבר שבידו ועשאהו וכיון שיסוד זה נבנה ממשמעות רבותינו הראשונים. להכי פסק רמ"א כוותיה דבדבר שכופין לשרוף כשרוף דמי. דנשמע במכל שכן דהעומד לבצור:

אח"ז ראיתי בבית מאיר [סי' קכ"ד ס"ק א'] שכתב בסתמא שנשמע מעומד לבצור. ונעלם ממנו הוכחות שעה"מ הנ"ל שכל שהטבע מכריחו. עדיף מהמוכרח ע"פ הדין. גם ראיתי בס' אבן פנה שכתב דטעמא דרמ"א. דכשם דפסול בכתב על קליפה של בצלים דאינו מתקיים. הוא הדין בדבר העומד לישרף. ואין דמיונו עולה יפה וכמש"כ לעיל דהתם אינו מתקיים בעצמותו. ואיכא נפקותא רבה לדינא דלטעמייהו אפי' כתב על של ערלה וכלאי הכרם ג"כ עומד לישרף ובטל הגט. ואילו למאי שכתבתי הוא דווקא בדבר שמצותו בשרפה וכופין אותו מפני שמחוייב לשורפו. משא"כ בערלה וכלאי הכרם שאינו מחוייב לשורפן. כמ"ש הריטב"א להדיא בסוכה (דף ל"ה] רק מפני התקלה. וכן אפי' בכו"ם של ישראל ג"כ אינו צריך לשורפו רק לגונזו כמש"ל [אות ב']. ולא משכחת ליה דינא דרמ"א הנ"ל רק בכו"ם של עובד כוכבים שעבדו לדעת ישראל דגלי אדעתיה דניחא ליה. והוי דומיא דאשירה דמשה וכמש"ל:

יג עודנה הדבר חובה עלינו לבאר. דלכל הטעמים שכתבנו לתרץ דברי רמ"א. עודנו תיקשי מקושיית הש"ס מנחות ק"ב ע"ב] דלר"ש נותר ופרה אמאי מטמאי טומאת אוכלין דהא עומד לישרף דהא לרבנן נמי דכיון דכופין לשורפו דנין לכל דבר על שם סופו. איברא לקושטא לא קשה, דבשלמא לרבנן לא קשה דלא מיבעיא לדעת רש"י [חולין פ"א] דמיירי ע"י הכשר שרץ הרי נפסלה ושוב אינו עומד לשרוף. וכן נותר איירי בכהאי גוונא

שנאבדה החתיכה אחר כך. ואפי' לדעת תוס' בב"ק (דף ע"ז) בד"ה פרה לתירוץ האמצעי שם. דמפני שסופו לטמא טומאה חמורה אינו צריך להכשר טומאה. מ"מ משכחת לה שיטמא טומאת אוכלין כשנפסלה אח"כ ששוב אינה עומדת לשרפה. אבל לר"ש קשי' כיון דאז היתה עומדת לשרפה בשעה שנגעה באוכלין דדינו כשרוף. כשם דסבירא ליה בעומד לזרוק אם היה שהות ביום לזרוק כזרוק דמי אע"ג דשוב אינו ראוי לזרוק דנפסל בלינה:

יד יש לחקור לדינא דרמ"א דלדבר שכופין לשורפו כשרוף דמי אם איתא ג"כ גבי מזיק אם חשוב כהיזק הניכר. וחייב אפי' בשוגג. וכן בגזלן דיכול לומר הרי שלך לפניך. אם בכה"ג נמי נימא דגבי מזיק חייב אפי' בשוגג. פשיטא דגבי גזלן אין יכול לומר הרי שלך לפניך דקנאה בשינוי. כדמוכח בגיטין (דף נ"ג) בתוס' ד"ה גזלן. אלא אם נימא דגבי מזיק פטור אפ"ה אפשר דגבי גזלן אין יכול לומר הרי שלך לפניך. דלהיפך אינם אדוקים זה בזה. כדמוכח בב"ק (דף צ"ח) השבה מעליא בעי למיעבד. והנה בדין מזיק אין להביא ראיה ממנסך שם בגיטין] דשאני התם שאינו אלא תקרובת עכומ"ז ואין כופין לשורפו. ולדעת תוס' בב"ק (דף ע"ב] בד"ה דאי. גם איסורו בהנאה אינו אלא מדרבנן. איברא יש להביא ראיה מכהנים שפגלו במקדש מזידין חייבין [גיטין דף נ"ד]. ש"מ דחשוב כהיזק שאינו ניכר. אע"ג דמצוה לשורפו וכופין עלה. דכל שפסולו בקדש חייבו רחמנא לשורפו. אבל מתרומה שטימאה דחשיב שם בגיטין, ליכא ראיה ברורה. דלדעת רש"י ותוס' בתירוץ קמא (שבת כ"ה ובתוס' ד"ה כך) אינו בשרפה אלא מדרבנן. וגם מותר בהנאה בשעת שרפה]. אבל בגזלן ובדבר שמחוייב לשורפו מדאורייתא. נראה מצד הסברא דלדעת רמ"א דגט בטל משום דעומד לשרוף כשרוף דמי, פשיטא דלאו השבה מעליא הוא. וכן בחמץ אם מחזירו בפסח כמו כן לאו השבה הוא כיון דהכל מצווים עליו לבערו. וכן מבואר בחק יעקב סי' תמ"ח]:

ומה שמשיג עליו בקצוה"ח סי' שס"ג] דאם כן לאחר פסח נמי כיון שכבר קנאו בשינוי. חדא דלהיפך לא מצינו שיתחייב הענין בדבר דלא מיחשב להשבה שיהיה כשינוי. ועוד כיון דעבר עליו הפסח ולא נשרף איגלאי מילתא למפרע דלאו כשרוף דמי. דדמי למאי שכתבו תוס' בריש מס' חגיגה בסוף הדבור גבי הפיל שינו. כיון דמת איגלאי מילתא שאינו עומד לכפות. והכא נמי כיון דעבר הפסח ולא נשרף ששוב אין הכל מצווים עליו. וגם הוא א"צ לשורפו אלא מפני התקלה. וכל כי האי גוונא לא אמרינן דכשרוף דמי. כמש"ל אות י"ב]. ולהכי אפי' לדעת הפוסקים דיאוש ושינוי השם אפי' חוזר לברייתו קונה. זהו היכא דמיהת בשעתו היה שינוי השם. [ונזכרתי שזה כביר שמעתי בשם ש"ב

גדול אחד שליט"א. לתרץ דברי הח"י באופן הזה קצת]. איברא נראה שבעל קצוה"ח ג"כ מסכים. דלדעת רמ"א לא הוי השבה יעוי"ש:

טו הא דכתבנו לעיל [אות י"ג י"ד] היכא דנסתיים מילתא דלא נשרף לבסוף. אזי לרבנן דר"ש דפסקינן כוותייהו לאו כשרוף דמי. לכאורה נראה מדברי תוס' במס' חגיגה דאכתי מידי ספק לא נפקא. שהרי בכהאי גוונא מיבעי' לן לענין קנס ולא נפשטה. וי"ל דמכל מקום מיבעיא ליה בזה כיון שאינו זוכה במעשה ידיו לאו אדון הוא. כדמשמע שם מפשטא דגמרא. איברא יש לחלק ברווחא. דוודאי היכא דלא נגמר הענין ע"י סבה דשכיחא או ממילא. בכהאי גוונא הוא דאמרי' דאיגלאי מילתא למפרע דלא עמד לשחרר או לשרוף. אבל כשנולדה סבה חדשה דלא שכיח אזי בכל כהאי גוונא לא אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע. ואעידה שלשה עדים על מבוכה זו. עיין יבמות (דף ס"ה] תוס' ד"ה אי איהו כו' בסוף הדבור, וז"ל וא"ת דבפ"ק דנדה (דף י"ב] אמר גבי אשה שאין לה ווסת לא יחזיר אפי' הדר ואיתקן משום קלקולא והשתא והא אין יכול לקלקלה דאמר השתא הוא דבריית כדאמרינן הכא. ואומר ר"י דלא דמי דקלקול בנים אין רפואה מועלת כל כך ולכך בשעה שגרשה לא היתה בת בנים דלא שכיח שתתרפא, לגמרי מגרש לה, אבל קלקול דווסת שכיח להתרפאות ולא גמר ומגרש לה דיאמר אילו הייתי יודע שסם מועיל לה לא הייתי מגרשה, עכ"ל ועוד ראיה. עיין נמוקי יוסף ריש פ' החולץ, וז"ל ור"ל אמר וכו' ופסק תלמודא בסמוך דהלכתא כר"ל דחליצת מעוברת לא שמה חליצה ואע"ג דהפילה לבסוף לא אמרי' איגלאי מילתא למפרע שהעיבור לאו כלום הוא. דאע"פ דבכמה מקומות קיי"ל איגלאי מילתא למפרע אמרינן שאני הכא שאם בשעה שחלץ לה היה וודאי שלא היתה ראויה לבא לכלל לידה. אין הכי נמי דההוא עיבור כמאן דליתא דמי וחליצה שחלץ לה כשירה. אלא שאינו כן דאיהו חייש דילמא באותה שעה ראויה היתה לילד ולד גמור אלא שאחר כך גרם לה איזה דבר להפיל. נמצא דחליצה דמעיקרא לאו כלום הוה, עכ"ל. ועוד ראיה מב"ק (דף קט"ז] תוס' ד"ה אדעתיה דאריה אפקריה כו' וז"ל לא דמי להא דאמר באלו מציאות [דף כ"ד] המציל מן הארי ומן הדוב כו' הרי הוא שלו מפני שהבעלים מתייאשים מהם. דהתם וודאי שהארי בא לטרוף כדמשמע המציל מן הארי מתייאש לגמרי. אבל הכא הארי היה עמהם והיה מלווה אותם לשמור בהמותם מחיות ולסטים רק שהיו נותנים לו לאכול חמור בכל לילה. ואפשר שפעמים היה שבע ולא אכל הלכך אינו מפקיר אלא אדעתא דאכלה ליה אריה והא לא אכיל ליה, עכ"ל. וטעמא דכולהו דכשם שאין פותחין בנולד משום דנולד לא משוי לנדרא בטעותא. ומבואר שם בגמרא דמידי דשכיח אינו בכלל נולד. ועל יסוד זה בנויים הני

מילי כולהו וזהו כוונת תוס' הנ"ל. דגבי מציל מן הארי שנולד סבה מחודשת להצילו מן הארי לכן זכה מן ההפקר משום דלא משוי ליה למילתא כטעותא. משא"כ גבי רב ספרא דנודע השתא דהיה שבע השתא. ואיגלאי מילתא למפרע. דמעיקרא כשהפילו לפניו היה שבע. ומשוי ליה למילתא כטעותא למפרע. ולקמן סימן כ"ג אות י"ג יתבאר זה בתוספת ביאור קצת]. והיינו טעמא דגבי קנס מיבעי' לן משום דנולד סבה דלא שכיחא כלל. כדאיתא בגיטין (דף ע"ג ע"א] ש"מ אכלו ארי אין לנו. ועיין בתוס' שם דשלשה הדרגות יש. אונסא דשכיחא, ושכיחא ולא שכיחא, ואונסא דלא שכיחא כלל. איברא היכא דנתבטלה הכפייה מן האדון. או לישרף העומד לשרוף ע"י מקרה דשכיח. דעל ידי זה איגלאי מילתא למפרע שהיינו מחזיקין הענין בטעותא בכל כהאי גוונא ליכא ספיקא כלל דלאו כשרוף הוא למפרע. רק לר"ש, כמש"ל (אות י"ג]. וכן גבי שיחרור:

טז איברא עודנו צריכים לפרק מעלינו ומדברי קדשו של רבינו הרמ"א הנ"ל שני סוגיות שלימות. דאיתא בר"ה [דף כ"ח] אמר ר"י בשופר של עיר הנדחת לא יתקע ואם תקע לא יצא. מ"ט עיה"נ כתותי מש"ע. ואם נימא דבדבר שמחוייב לשורפו מן התורה. אזי גם לרבנן דר"ש כשרוף דמי. וזה הטעם כולל יותר לכל פרטותיהן. דאפי' בגיטין וס"ת ותפילין ומזוזות ופרשת סוטה נמי פסולין מהאי טעמא אע"ג דלא בעי שיעורא. משא"כ מפני דכתותי מש"ע. ועיין במס' סוכה [דף ל"א] בתוס' ד"ה באשירה. דמפני כעין קושיא זו מחקו הגירסא הישנה. דבעל מימרא זו לאו רב יהודה אמרה. דמפרש בעיה"נ משום דכתותי מש"ע. ולרב יהודה הול"ל משום דמצות ליהנות ניתנו. וכוונתם, דזה הטעם כולל יותר דגם גבי כסוי אסור. עיין חולין (סוף פ' כסוי הדם]. ובשלמא הא דאמרינן בסוכה (דף ל"א] הכא באשירה דמשה דכתותי מש"ע. וכן בחולין סוף דף פ"ט] אמר רב אשי הכי השתא התם שיעורא בעינן. לא קשיא לן, דאיכא למימר דטעמא דכתותי מש"ע כולל יותר במקומו שהרי כמה אשירה איכא דלית בהו טעמא דכשרוף דמי. כגון באשירה של ישראל. או של עובד כוכבים וזכה בה ישראל. דאינו טעון שרפה רק גניזה [ולא כל העומד ליגנז כגנוז דמי, כמ"ש לעיל אות ב' בשם הפר"ח]. וכן אשירה של עובד כוכבים לדעת ר"ת דבכולהו אינם עומדים לשרפה. וכן בלולב ושופר של תקרובת. דמשום כמש"ע איתא בכל הני משא"כ משום דכשרוף דמי:

[**ובזה** מתורץ היטב מאי דנקט אשירה דמשה. שכבר נתבערו לאחר כיבוש והוי ליה למימר באשירה דישראל. ולפי' ר"ת הול"ל כאן קודם ביטול וכו'. ונראה דבזה מרמז לן כל עיקר הדברים. למען נדע עיקרו וטעמו. דלאו משום העומד לשרוף הוא דפסול. רק משום כמש"ע. דאיתא בע"ז [דף מ"ה] דאינם מחוייבים לשורפם קודם כיבוש. דכיבוש

קודם. דרדוף ואח"כ שרוף וממילא האשירות שהיו בימי משה בעבר הירדן שהיה קודם כיבוש אי אפשר לומר בהם דכשרוף דמי. דעודנו מחוסר כיבוש (רק) דהשתא במחוסר [רק] העמדה בדין לא אזלינן בתר סופו. כמ"ש תוס' [סוטה כ"ה] מכש"כ במחוסר כיבוש מלחמה. וממילא נדע דגם בכו"ם שאינו מחוייב לשורפו ודי בגניזה לבד ג"כ פסולים. וכמ"ש תוס' [יבמות ק"ג] וכמש"ל [באות ב'], אבל מפני דכמש"ע גם אשירה דמשה פסולין, שהרי דינן בשרפה. רק דמצות כיבוש קודם. וזה דבר נמרץ ונפלא בעז"ה ית"ש]. אבל בעיה"נ דלעולם מחוייב לשורפו הו"ל למימר האי טעמא דשייך גם בכל הני דאמרן. גם קשיא מסוגיא דב"ק (דף מ"ה) גבי שור הנסקל. דלאחר שנגמר דינו החזירו שומר או הגזלן לבית בעליו מוחזר. עיי"ש ובדף צ"ח שם. וחכמים דפליגי עלי' דר' יעקב. הוא מטעמא אחרינא. או משום דחשיב כהיזק הניכר. כיון דאין גומרים דינו של שור אלא בפניו. לכן כשנפל ביד ב"ד לסוקלו דרשות ב"ד עליו. דמי לשור תם שהזיק אצל שומר דאינו יכול לומר הרי שלך לפניך. אפי' לר' ישמעאל. כיון דמכל מקום נשתעבד לניזק חשיב היזק הניכר]. ולשיטת רמ"א קשי' כיון דנגמר דינו לסקול כסקול דמי ואפי' לר' יעקב דסבר גומרים דינו של שור שלא בפניו. אמאי יכול לומר הרי שלך לפניך כיון דעומד לסקול. איברא רבינו הרמ"א יש לו אחוה בבי מלכא. שלא עליו לבד התלונות האלה שגם לדעת תוס' חגיגה בחצי עבד ג"כ יסבו בלכתן:

אבל לאחר העיון נראה. דעד כאן לא מחתכין את פני הדבר בשעתו. ודנין את פני הדבר בתר סופו. אלא בדבר שמסתמא עומד לכך. ולא יתבטל את הנגזר עליו אלא עפ"י סבה רחוקה לכן בכל מילתא שתתקיים פני הדבר לכל הלכותיהן ע"י הודאת בע"ד לבד. וכיון שהודה בפני ב"ד בדרך הודאה גמורה. שכבר העבד משוחרר חציו. או ששותפו הודה בפני ב"ד ששיחרר את חלקו שוב אי אפשר להרוס הדבר מעיקרו. לכן כיון שעומד הדבר לכפותו בעל כרחו שישחררו דנין כאילו כבר נעשה. וכן כשהודו הבעלים שעכו"ם עבד לכו"ם מדעתו. אמרינן ג"כ כיון שכופין אותו לשורפו. דנין את פני הדבר כאילו כבר נשרף לכל הלכותיהן. אכן בעיה"נ וכן בשור הנסקל דאי אפשר להקם דבר. רק ע"י עדים. ואפי' כשהודה גם הוא בעצמו. כשיבואו עידי הזמה ויזימם נעקר הדבר מעיקרא. לכן אי אפשר לדון על שם סופו כיון דאפשר שעודנו לא החל מאומה. וראי' לזה עיין כריתות (דף כ"ד) אמר ר"י א"ר מודים חכמים לר"מ באשם תלוי שהוזמו עדיו דיצא וירעה בעדר. עד כאן לא פליגי רבנן עלי' דר"מ אלא היכא דאפרשי' עפ"י עצמו ואמרינן לבו נוקפו אבל היכא דאפרשי' עפ"י עדים לא הוי סמיך עלוי דעדים. דסבר דילמא אתו אחרים ומזמי

להו. ועיי"ש היטב ובתוס' ד"ה אם עד שלא נסקל. איברא מדברי רש"י שם בד"ה שהוזמו עדיו. לכאורה נראה דווקא כשידע בעצמו שלא חטא. הוא דמסיק אדעתיה על זוממין: **אכן** כד דייקינן גם בלא זה צריכים לומר שאין הדברים האלו בפשטותן. דאי בידע בבירור שלא חטא איירי. א"כ אינו מחוייב כלל להפריש עפ"י עדים לחכמים דר"מ בכריתות י"א ע"ב דכשם שאינו מחוייב חטאת עפ"י עדים לדבריהם דאדם נאמן על עצמו. פשיטא דגם אשם תלוי פטור. גם קשי' לר"י דפליג עלי' ואמרינן מאי טעמא לא מדמי לי' למנחת קנאות וכו' הכא לכפרה קאתי ולבו נוקפו ואי ביודע בברי שלא חטא. כפרתו איה ואיפוא נקיפתו. אלא הכי פירושא דמסתמא איירי שאין בקירות לבבו שום צד ספק. דא"כ לאו אפומא דסהדי לחוד הפריש. רק שעל ידם נתעורר צד ספק בקירות לבו וקשיא לרש"י כיון דעפ"י סהדי הפריש קרבנו ותלה החסרון בידיעתו. משום מילתא דלא רמיא עלי'. אם כן בשגם כי הוא במציאות שיוזמו. מכל מקום גמר ומקדיש ליה שרחוק במציאות שיוזמו עד שלא יזרק הדם. ואז כבר נגמרה כפרתו. לזה כתב רש"י לקרב הדברים לדעת נכונה. דנהי דסילק ידיעתו נגד העדים והפריש. אבל מכל מקום נקיטא בלביה חסרון ידיעתו בשום רושם נדנוד ספק. וירא גם כן גם בהיפוכו משום חולין בעזרה. לכן חקר ודרש על אמיתתם אולי ימצאו זוממים וכיון שחפש ומצא אמרינן איגלאי מלתא למפרע שלא סילק חסרון ידיעתו לגמרי. ולא גמר בלבי' להקדיש לגמרי. ור' יוחנן ס"ל דסילק לגמרי חסרון ידיעתו. וסמך רק על העדים מתחלה ועד סוף וגמר ומקדיש ליה. איברא אכתי אין ראי' מוכרחת משם דשאני התם שהוזמו לבסוף. אבל בלא הוזמו מנא לן דספיקא כזה נכנס בכלל סוג ספק כלל. אבל לאחר עיון מצינן להדיא גם בכגון זה דדנין פני הנידון משום ספק זה אפי' בדיני נפשות. עיין סנהדרין [דף פ"א] בתוס' ד"ה ונגמר וכו' וז"ל וי"ל כיון דאי מתזמי קמאי או מתכחשי מהני סהדותא דבתראי. עדות שאתה יכול להזימה קרינן ביה עכ"ל. הרי להדיא דמשום האי טעמא נתקיים עדותן ונידון בחמורה. לכן גם בשור הנסקל ועיר הנדחת תו אי אפשר לומר בהיפוך דנידון כאילו נסקל וכאילו נשרף:

יז ודע דגם שבע"כ צ"ל דעדים זוממים לא שכיח. שהרי בשור הנסקל שהוזמו עדיו כל המחזיק בו זכה משום דהזמה ל"ש כמ"ש הרא"ש בב"ק [פ' הגוזל בתרא] גבי שטף נהר חמורו מ"מ כיון שע"י הזמה נתגלה מלתא למפרע ששקר הדבר מתחלתו לכן אי אפשר לומר שנאחז בכהאי מילתא כאילו כבר נעשה. שהרי מכל מקום אינו בגדר אונס דלא שכיחא כלל. כעין אכלה אריה שכתבנו לעיל באות ט"ו. שהרי מחייבים לעדים אחרונים כשהוזמו לאחר שהוזמו הראשונים. ולא מצו לומר גברא קטילא בעינן למקטל. משום

דהוי להו לאסוקי אדעתייהו דילמא יוזמו הראשונים והא דזכה המחזיק. ולא אמרינן דהוי הפקר בטעות. מפני שאינו מצד הפקר ממש רק מטעם יאוש. כמ"ש הרא"ש הנ"ל. וכל עיקר יאוש הוא בטעות, כמ"ש הש"ך [בסי' שנ"ח] דהיכא דבהיתרא אתא לידו קונה ביאוש אע"ג דנתייאש בטעות. משום דלא ידע היכן הוא או שיכול להוציאו:

איברא דאכתי יש להתבונן על דברי תוס' סנהדרין הנ"ל. וכן משמע מדברי רמב"ם [פ' י"ד מה' סנהדרין הלכה ד'] דאפי' ע"י עדים נידון בחמורה. ובע"כ הטעם כמ"ש תוס' ומשום דהו"ל לאסוקי אדעתייהו. דלמא יוזמו הראשונים, אע"ג דהזמה לא שכיח ובעלמא אמרינן דעפ"י שורת הדין אין לנו להעלות על דעתנו ולחשוב על דבר אונס. שהרי גבי אין אונס בגיטין אמרינן דחששו לצנועות דזימנין דלא אניס וכו'. הרי דמצד הדין אין להחמיר אפי' באיסור א"א משום חשש אונס. וגבי עדים זוממין מחייבינן להו כשהוזמו ראשונים. משום דהו"ל לאסוקי אדעתייהו מעיקרא כשהעידו דלמא יותזמי. אבל לקושטא יחדיו יהיו תמים. דשאני בעדים זוממים משום דדמי לתחלתו בפשיעה וסופו באונס. דכיון שעדות שקר העידו גם המה. ופושעים בגופן מתחילתן הו"ל לאסוקי אדעתייהו גם על האונס שבא ע"י פשיעה. והיינו טעמא דלא קשי' לרב דס"ל ביבמות דף צ"א ע"א] בניסת עפ"י עדים דמותרת לחזור לו דמאי הוה לי' למיעבד. לא קשי' לי' מתניתין דסנהדרין הנ"ל. ודוחק לומר דס"ל כתירוץ הראשון דאיירי כשראו הב"ד עצמם]. משום דהתם שאני דהוה תחלתו בפשיעה. מיהא לדידן דפסקינן שם דלא כרב. באהע"ז סי' י"ז סעיף נ"ו] דאפי' נשאת עפ"י עדים אסורה אין להביא ראי' לדברינו הנ"ל [באות ט"ז]. דשאני התם דאמרינן כיון דלבסוף בא הבעל ואין איש חי יכול להסתיר את עצמו שלא יודע לאיש ממנו, לכן קנסינן לה דמסתמא אם דייקה כנכון לה היה נתוודע לה איזה ספק וערעור בדבר. וכה"ג אמרינן שם דף צ"א ע"ב] גבי הלכה צרתה ונמצאת זו אילונית, דקנסינן משום דהוה לה לאמתוני. אע"ג דאילו בא לשאול לקמן היינו מתירין לינשא. שהרי אפי' בענין דיני נפשות לא חיישינן לאיילונית וסריס עי' סנהדרין (דף ס"ט ע"ב] בהוכחת הש"ס דאזלינן בתר רובא בד"נ וברש"י שם ד"ה אלא]. משום כיון דלבסוף נמצאת איילונית גמורה מסתמא אילו חקרה היטב היה נודע לה איזה ספק בדבר. כיון דאי אפשר להסתיר לגמרי. משא"כ בעדים זוממים דאפשר שלא יודע לעולם. או שיבואו לאחר שיהרג הנידון. כעין מעשה דנבות ושמעון בן שטח:

יח ולפי"ז יתישב היטב קושית שעה"מ פ"ב מה' חגיגה] שהבאתי לעיל [באות ז'] גם באופן השני שכתבנו לעיל [באות ט'] שגם בחצי עבד וחצי ב"ח דכופין ע"י ב"ד דוקא. א"כ הדרא קושיא לדוכתא. איברא למאי שכתב לעיל [באות ט"ז] דדברי תוס' חגיגה

וכן דברי רמ"א הנ"ל לא שייכי אלא במילתא דאפשר שתתקיים ע"י הודאת בע"ד לחוד דכיון דאי אפשר שתתבטל לעולם. לכן דנין השתא בתר סופו. אבל בדבר שא"א שיבא לידי סופו רק ע"י עדים. כגון בעיה"נ ושור הנסקל דאפשר שתעקר לגמרי ע"י הכחשה והזמה. שוב אין דנין בשעתיה בתר סופו. אם כן בהפיל שינו וסימא עינו דעיקרו קנסא. ולא תתקיים אלא ע"י עדים תו א"א לומר דדנין אותו כמשוחרר. כמו בחצי עבד לדעת תוס' חגיגה. לכן מדמי ליה בגמרא שפיר לקנסא דשלשים שקלים. במעוכב גט שיחרור. שהיה ע"י דבורו והודאתו לבד. בהקדישו או הפקירו וחצי עבד וחצי ב"ח וכמ"ש רש"י שם. דכמו דהתם אין דנים אותו השתא עתה כמשוחרר. מפני שנתגלה לנו השתא דמת העבד דשוב אינו עומד לשחרר. מכש"כ גבי שינו ועינו דמעולם מתחלתו עד שישחררהו.

אי אפשר לדון את פני הדבר בתר סופו. כל היכא דאיכא במציאות שתתבטל לגמרי:

ואין להקשות על יסוד זה שכתבנו. דא"כ גם במתקיים ע"י הודאת בע"ד. נמי אפשר שתתבטל ע"י אמתלא, וליתא, דכיון שהודה שותף אחד ששיחרר חלקו וזכה העבד בעצמו תו לא מהני אמתלא להפסיד לעבד כמ"ש הר"ן בפ' האשה שנתארמלה בשם הרא"ה דהיכא שאמרה נתקדשתי לפלוני לא מהני אמתלא [ובקצוה"ח סי' פ' ס"ק א'. ובסי' פ"א] דבממון היכא דלא שייך משטה או שלא להשביע לא מהני שום אמתלא. וה"נ כן הוא. אכן בדינא דרמ"א צ"ל דמיירי שהגיד בפני רבים או שעשה מעשה. ויותר נראה כיון שהודה קודם לזה שנאסר הנייר בדבר שמחוייב לשורפו והכל מצווים לשורפו. בהודאה כזו לא מהני שום אמתלא. דרבים לא יחפשו תו אחרי מסתורת לבבו ואמתלאות שלו. והודאה כזו שיד זרים ישלטו בממונו לא יצא מפיו עד שידע בעצמו בבירור באמתת הענין בכל צד. וכדמות ראיה, שלקצת פוסקים הפקר מצד נדר היעלה על הדעת שיועיל אמתלא טרם שזכו בה:

יט לכאורה נראה שדברי תוס' ב"ק [ל"ג ע"א] בד"ה איכא וז"ל בתוך הדבור אלמא לא חשבינן גברא בר תשלומין כל זמן שלא נודע. אעפ"י שהעבד זוכה בשיחרורו לאלתר וכו'. וזה סותר דברינו [באות ט"ז י"ח], ברם כן הוא לכאורה. אכן לאחר השקפה בדבריהם מתחלה ועד סוף ונשכילה בדרך תמים עודנו מציץ מן החרכים ראיה חזקה לדברינו. דבלא"ה דבריהם עלומים. כיון דצריכים לחדש דהזמה שאני. דעיקר קוטב החיוב לא נהייתה רק ע"י עדים והעמדה בדין. ונהי דזוכה בעצמו למפרע מ"מ כ"ז שלא העידו. הרי חסר לפנינו העיקר ופינת החיוב. ולהכי אפילו היכא דבתראי אקדום אקדומי. חייבים הראשונים מכאשר זמם. דכל זמן דלא אסהידו ביה סהדי לא נתחייב. משא"כ בשאר דבר שבממון. דסהדותייהו אינו אלא גילוי מילתא בעלמא. ע"י מה שלא נודע זולתם.

דלא איברי סהדי אלא לשקרא. וכיון שכן תו למה להו להוסיף בסוף הדבור דמשו"ה זכה העבד בעצמו למפרע מיד משום גזה"כ כמו שהעלו בסה"ד, הוי להו לפרושי מילתא ברווחא דהא דזכה בעצמו למפרע כמ"ש בחגיגה. דכיון שיכול לכוף את רבו עפ"י עדים והעמדה בדין. דינו כבן חורין לכל דבר. ומשו"ה מחייבים לו בדמי עינו שסימא לאחר שהפיל שינו. ואי משום קושי' דלא הספיקה לעמוד בדין עד שבגרה. דהתם א"א לומר שזכה למפרע. והרי הוא כאילו גבה למפרע. שהרי גם לאחר העמדה בדין עודנה מחוסר גובייא. דב"ח מכאן ולהבא הוא גובה אפילו באפותיקי מפורש. שהרי לר"י הקדישו ניזק אינו קדוש. כמ"ש בש"ס בב"ק שם] אלא משום טעמא דכתיבנא דכל היכא דלא סגי בלא סהדי תו לא שייך סברת תוס' חגיגה. משום דעומד לכוף את רבו כאילו כבר שיחררו. דזהו רק היכא דאי אפשר לדחות ולבטל עיקר הדברים כגון שנגמר ע"י הודאת בע"ד עצמו וכמ"ש לעיל. ומשו"ה הוצרכו לחדש שהוא משום גזה"כ וגזירה זו לא נשנה אלא למאן דאית ליה דא"צ גט שיחרור כמ"ש תוס'. אבל למאן דסבר דצריך ג"ש לית ליה גזה"כ זו ולא מצד הסברא. ומשו"ה בגיטין [דף מ"ב] דבעי למיפשט מהפיל שינו וסימא עינו. דס"ל דצריך גט שיחרור. וא"כ בע"כ צ"ל דגם לדידיה אית ליה גזירה זו. וא"כ לענין שלשים שקלים בחצי עבד נמי. וע"ז מתרץ ליה דברייתא אתיא כמאן דס"ל דא"צ ג"ש. ולדידיה הוא דאית ליה גזירה זו. משא"כ בחצי עבד דצריך ג"ש. ולהכי לא גמרינן מיניה. משום דסברא פשוטה מחלק דשאני דהיכא דא"צ ג"ש הוא דגלי קרא, ועיין:

כ ולהשלמת הענין. הנה העולה מדברי תוס' הנ"ל דבכל קנסות דחייבי' רחמנא דליכא ריבוי דקרא לכן אינו זוכה אלא משעת העמדה בדין והלאה ולא למפרע. ומשו"ה כשלא הספיק להעמיד בדין עד שמת או שבגרה. קנסה לעצמה [לבד בפלגא נזקא וכן כשיוצא בראשי אברים למ"ד דא"צ ג"ש]. אבל מ"מ חיובא חל למפרע מיד. וגם שיעבוד נכסי הוי מיד. אלא דאידך לא זכה אלא משעת העמדה בדין והלאה. וכן מוכח להדיא מירושלמי מובא בתוס' כתובות (דף כ"ט ע"א] וז"ל ובירוש' מוקי לה שבא עליה עד שלא מת ואח"כ מת. וא"כ העמדה בדין עם בניו היה, וכיון שלא זכתה בדין בחיי האב. היאך נשתעבדו נכסיו שיתחייבו היורשים לשלם. ובלא שיעבוד נכסי אי אפשר לחייב היורשים. כדאיתא בסוף ב"ב פ' ג"פ (דף קע"ה] בחופר בור יעויי"ש. אלא בע"כ צ"ל כיון דנתחייב מיד. הגם דלא זכה אידך אלא משעת העמדה בדין. מ"מ נשתעבדו נכסי מיד, אע"ג דעודנו לא זכה אידך. דכיון דאיכא זוכה לבסוף סגי לה בזה למטרף. וזהו יסוד חדש שלא נמצא מפורש בשום דוכתא. והוטב לנו בזה דברי רמ"א בחו"מ סי' ל"ט סעיף י"ג] בכותבים שטר ללוה. דזהו בשטר הקנאה. והוסיף הרמ"א שם וה"ה כששיעבד לו בשטר

מעכשיו. והרעישו עליו רבותינו האחרונים דמה בכך ששיעבד לו מעכשיו. וגם העדים הפקיעו לקלא משעת כתיבה. מ"מ הוי מוקדם, דאידך לא זכה אלא משעה שהגיע לידו איברא למאי שכתבנו מוכח בירושלמי להדיא דסגי בשיעבוד כזה הגם שלא זכה אידך אלא לאחר זמן. אפילו כשמת בנתיים. לטרוף מיתמי. וממילא דגבי לקוחות נמי כיון שכבר הפקיעו לקלא נמצא דתורת שיעבוד חלוק גם בזה משאר הקנאות דלא משכחת ליה מקנה בלא קונה (רק בתורת הפקר). ובשיעבוד איתא ואיכא לתורת שיעבוד גם בלא זוכה ובלבד שיזכה לבסוף:

ובעיקר הדבר מצאנו לאחד המיוחד מרבותינו הקדמונים ה"ה הרמב"ן שירד לחלק בזה, כשתשים לבך להשגיח היטב בדברי קדשו. וז"ל [בסוף פרק אלו נערות] דמסתברא כמ"ד שיכולה למחול לו קנסא כו'. ועוד כיון שנתרצית בשעת ביאה היאך יתחייב, והרי הוא כאומר קרע שיראין שלי והיפטר. ואעפ"י שאינה זוכה בקנס עד שעת העמדה בדין. מ"מ בשעת ביאה הוא מתחייב. הלכך קיי"ן כר' מונא דאמר התם דיכולה למחול עכ"ל, הרי להדיא דמחלק הזכייה מן החיוב, דחיוב חייל לאלתר, והזכייה הוא משעת העמדה בדין. ומשום האי טעמא מהני מחילה בקנס ולא דמי למוחל דבר שלא בא לעולם דלא מהני. משום דדמי לקרע כסותי והיפטר דהחיוב והפטור באים כאחד. וה"ה למפותה לגבי קנס נמי מהאי טעמא הוא דפטרינן ליה:

כא הנה בימי חורפי העירותי על דברי תוס' סנהדרין. הבאתיו לעיל [באות ט"ז] ומדבריהם עשינו לאבן פינה ליסוד מוסד הנ"ל. ולכאורה נראה מש"ס להיפך שבת (דף צ"ד] איתמר אחת משתים חייב. אחת משלש ר"נ אמר חייב רש"א פטור. ר"נ אמר חייב אהני מעשיו דאי משתקלא חדא אחריתא אזלא לה טומאה ר"ש אומר פטור השתא מיהת הא איתא לטומאה. וכן שם היכא דאפיק בשבת חצי זית מכזית ומחצה. לר"ש פטור ולר"נ חייב. ואנן פסקינן כר"ש דאזיל בתר השתא. ואפילו אם אח"כ משתקלא ליה חדא ממילא אפ"ה פטור כיון דהשתא בשעה שתלש איתא לטומאה. וגבי עדים זוממים מחייבינן לבתראי לאחר שהוזמו כת ראשונה ולא אזלינן בתר השתא, דבעידנא דאסהידו הוה גברא קטילא. ופשיטא דיותר שכיח שיתלש שער אחד או שנים משיוזמו עדים. וגם לרב נחמן לא פלטה קושיא זו לגמרי שהרי בתולש אחד מד' גם לר"נ פטור משום דלא שכיח קצת שישתקלו שנים. (כמ"ש תוס' שם ד"ה אהני). והרי עדים זוממים לא שכיח ביותר ואפ"ה מחייבינן לבתראי. ותירצתי דבפשטא החילוק שביניהם נראה בעליל דשאני עדים זוממים דאיגלאי מילתא למפרע ששקר העידו ולא היה גברא קטילא מעולם רק שלא נודע לן עד שהוזמו ונתגלה הדבר למפרע. משא"כ בתולש דבעידנא

דתלש הא איתא לטומאה מתחלה ועד סוף. איברא עיקר היסוד שכתבנו לעיל מוכרח. דבע"כ צ"ל דהו"ל לאסוקי אדעתא גם על הזמה, דנהי דאיגלאי מילתא למפרע. מ"מ אמאי מחייבינן לבתראי. כיון דנוכח פניהם מיהת נסתרה ונעלמה:

סימן יג

בדיני כתותי מכתת שיעורי'

עיין מס' סוכה (דף ל"א ל"ב ל"ה), לפרש ולבאר דברי רבותינו הראשונים על מכונם ועל תילם בעז"ה ית"ש:

א עיין רש"י בד"ה לולב של עבודת כוכבים, וז"ל ששמשו בו לכו"ם לכבד לפניה קרקע אי נמי שעבודתה בלולב להעבירו לפניה או לזרקה בו, עכ"ל. ויש לדקדק דלמה שבק רש"י פשטא דמילתא שלולב עצמו נעבד כמו אשירה דמתניתין והוא ע"ג עצמו, כנראה מדברי תוס' ועוד דלדברי רש"י מירי במשמשי עבודת כוכבים או בתקרובת עכו"ם. ולתירוצא דגמרא ע"כ צ"ל דלא מירי אלא במשמשיה, דבתקרובת אין לו ביטול. ועוד הקשו המפרשים דאין זה תקרובת כלל כיון דלא הוי כעין פנים דבעינן זריקה המשתברת כדאיתא בפ' ר' ישמעאל דף נ"א]. ונראה דקושיא שניה מתורצת בקושיא שלישית כמובן. איברא לבאר זה היטב וליישב כל קושיות הנ"ל, יראה לי. דהנה מפשטא דגמרא נראה דהמתרץ הוא שחידש לן דטעמא דמתניתין משום דכתותי מכתת שיעורי'. מכלל דלסלקא דעתא לא נודע כלל סברא זו. אלא דקסבר דפסולא דאשירה הוא משום טעמא אחרינא. והוא דסבירא ליה דטעמא משום דמאיס הוא לגבי מצוה. ומירי בין באשירה דישראל בין דעובד כוכבים, דאע"ג דמשנקצץ הלולב מן הדקל נתבטל ואפ"ה פסול בדיעבד מטעם זה ואין זה רחוק שהרי לפירוש שלישי בתוס' קאי האיבעיא דר"ל ללישנא קמא שם לפסול בדיעבד מטעם מאיס. וז"ל שם מיהו לל"ק וכו' מצי למיפשט מדרבא מדקאמר אם נטל יצא ואפ"ל, ועיי"ש]. ומשו"ה מפרש רש"י דרבא מירי בין במשמשי עכו"ם דנאסר להדיוט כל זמן שלא ביטלו ובין בתקרובת שעבודתה בכך. ואע"ג דלא נאסר להדיוט אפ"ה הו"ל כפסולא דמתניתין גבי אשירה. דאע"ג דהשתא כבר נתבטל ושרי להדיוט מ"מ פסול מטעם דמאיס. ועל זה משני שפיר דמתני' דווקא באשירה דישראל, ומשום דכתותי מש"ע הוא דפסול בדיעבד. אבל מטעמא דמאיס לא פסול אלא לכתחלה. והיינו טעמא דרבא דמכשיר בדיעבד בהנך תרתי דמצייר רש"י בפירושו. ומדנקט רבא בסתמא, משמע דמירי אפי' בשל ישראל ואפי' ביו"ט ראשון, משום דמשמשי ע"ג אפי' שהם של ישראל כיון דמשכחת ליה ביטול על ידי ביטול העכו"ם דאזי נתבטלו המשמשין מעצמם אפי' כשהם של ישראל, כמבואר שם (דף נ"ב]. ועיין ר"ן

שם שהביא כן בשם הראב"ד בפ' ר' ישמעאל במשנה שם. וכן כתב הר"ן כאן בפ' לולב הגזול בשם הראב"ד דמיירי אפי' ביו"ט ראשון. ובמשמשין דיש להן ביטול אפי' כשזכה בהם ישראל. ות"ל שכיוונתי לדעתו הרחבה. ועיין רש"י יבמות דף ק"ג] דכל דאיפשר בביטול לית לן משום דכתותי מש"ע וגבי תקרובת דכיון שלא נאסרו דלא הוי כעין פנים. פשיטא דלא מיפסל אלא לכתחילה משום דמאיסי. והיינו טעמא דלא נקט רש"י שלולב עצמו של כו"ם הוא. דקשה ליה קושי' התוס' דאם כן לא משכחת לה ביו"ט ראשון, ועיין. והמתרץ מביא ראי' לזה דלא כדקסלקא דעתא מעיקרא דדומיא דעיר הנדחת. דעל כרחו לא מיפסל בדיעבד מטעמא דמאיס. שהרי גבי עיר הנדחת שהוא עצמו לא נעבד. אלא דהתורה היא שהקפידה אפי' על שלל הצדיקים שבקרבה ועיין תוס' בד"ה באשירה בתוך הדבור ואפי' אם תמצא לומר דשרי לכתחלה לכסות בעפר עבודת כוכבים וכו'. דזהו שמספקא לי' משום דגם לכתחלה יש לחלק בין עיר הנדחת שהוא עצמו לא נעבד, ועיין. והשתא ניחא נמי דלא תימא כדקסלקא דעתא מעיקרא. דמדקתני אשירה סתמא משמע דאפי' של עובד כוכבים נמי. ואע"ג דמשנקצץ נתבטל ומזה הוא דבנה דיק דמשום טעמא דמאיס הוא דפסול אפי' בדיעבד. ומזה הוא דקשיא לי' לרבא. וחידש לו התרצן דמדקתני דומיא דעיר הנדחת שמע מינה דלאו טעמא הוא משום דמאיס. דכי סלקא דעתך דגבי עיה"נ דלא נעבדה בה עבירה יפסול מטעם זה. אלא ודאי דמטעמא אחרינא והוא משום דכתותי מש"ע. וכיון שכן ממילא מוכח דטעמא דמתניתין גבי אשירה הוא גם כן מטעם זה עצמו. והרי הוא כדתניא להדיא דדוקא באשירה דישראל דשייך גבי' טעמא דמיכתת שיעורי'. וזה נכון בפשטא דסוגיין דאם לא כן אינו מדוקדק כל כך הדיקא נמי דדומיא דעיר הנדחת קתני. וכי משום דעיר הנדחת דאי איפשר אלא בשל ישראל יכריח גם על אשירה דאיפשר בתרווייהו. [אחר כך מצאתי בשער המלך פרק ח' מהלכות לולב הלכה א' שמיישב כן לדברי רש"י הנ"ל עפ"י דברי הראב"ד הנ"ל. אמנם מה שכתבתי יש בהם תוספת מרובה. לכן לא הנחתי ממה שכתבתי]:

ב בתוס' ד"ה של אשירה וכו'. הקשה קושיא תמוה דלסלקא דעתא מעיקרא [בחולין פ"ט ע"א] דלא אסיק אדעתי' טעמא דכתותי מש"ע. הוי לי' להקשות ממתני' דקתני להדיא דאשירה פסולה, ולהנ"ל ניחא דמדקתני בסתמא, משמע דאפי' באשירה של עובד כוכבים אע"ג דמשנקצץ נתבטל ואפי' הכי פסול אע"ג דמותר להדיוט. ותו לא שייך בי' משום דמצות ליהנות ניתנו. אלא ודאי דטעמא משום דמאיס הוא דפסיל ליה. מה שאינו כן גבי כסוי דעפר עיה"נ. (כמו שהבאתי בשם התוס']. אבל מברייתא מקשה טפי דמדקתני לולב ושופר של עבודת כוכבים ולא קתני רבותא יתירא מזה דאפי' אשירה

שכבר נתבטל ע"י קציצה. ועוד דאי נימא דטעמא דברייתא גם כן משום מיאוס מאי קמשמע לן. שכבר נשמע זאת ממתניתין דסוכה דלולב דאשירה פסול מהאי טעמא. אלא ודאי דאיכא עוד טעמא אחרינא גבייהו והוא דמצות ליהנות ניתנו. ונפקא מינה דגם לענין כסוי לא יצא. (וכעין שכתבו תוס' לקמן (דף ל"ה) באתרוג של ערלה]. אבל ממתניתין אין להקשות אלא משום הדיקא דדומיא דעיה"נ. וקתני בכללא דתרווייהו בחד זימנא פסול. שמע מינה דמחד טעמא הוא ושווין הם באיכות. וכן ברישא דקתני חד פסול על גזול ויבש לאורויי לן דשווין בכמות. דאפי' ביו"ט שני פסול, ואפי' לריב"ן דגזול כשר ביו"ט שני. הוא בגבולין דווקא. אבל במקדש מודה כמש"כ תוס' במס' סוכה (דף ל' ד"ה מתוך) דריב"ן דמכשיר ביו"ט שני הוא בגבולין דמדרבנן. אבל במקדש מודה דפסול משום מצוה הבאה בעבירה אבל שאול כשר אפי' במקדש. וכדעת הרמב"ן מובא בר"ן וריטב"א. והיינו טעמא דברישא אי איפשר לומר דמשום חד טעמא הם להשוותם באיכות הפסול לכן מקשינן להו לענין אחר בכמות הפסול דפסול גם ביו"ט שני]. ולהכי לא מצי להקשות שם בפרק כסוי הדם ממתניתין דאשירה דשם סובב ציר המקשן להוכיח ליסוד מוסד דמצות ליהנות ניתנו. ופסול משום מצוה הבאה בעבירה. ומשו"ה הוי לן למיפסל גם גבי כסוי. תו לא מצי להקשות ולהוכיח ממתניתין דאשירה. דמדקתני סתמא משמע אפי' אשירה של עכו"ם. ואע"ג שנתבטלה משעה שנקצץ. הרי בעל כרחו צ"ל דטעמיה משום דמאיס. דהשתא אין לומר משום דמצות ליהנות ניתנו מדומיא דעיה"נ דכייל להו בחד פסול. דהא גם השתא קשיא דהוי ליה לכייל בהדי גזול. וליתני הגזול ושל עיה"נ ושל אשירה פסול. כיון דכולהו פסולין מחד טעמא ומשום מצוה הבב"ע. ועוד, השתא גזול פסול שאין העבירה תלוי במצוה ואינם קשורים ומצומדים יחדיו. מכש"כ של אשירה ושל עיה"נ שהעבירה תלוי במצוה דאם לא יצא ליכא עבירה. אלא וודאי דמשום מיאוס הוא דפסול גבי אשירה ושל עיה"נ משום דעומד לשרוף וכשרוף דמי. ואתיא כר"ש משא"כ לגבי כסוי דאפי' לר"ש לא מיפסל בהכי. או דגם אשירה דומיא דעיה"נ. ובאשירה דמשה דעכו"ם עבדוה אדעתא דישראל וכדאיתא בפרק ר' ישמעאל (דף נ"ג] וביבמות (דף ק"ג] ובתוס' ד"ה סנדל. דהנך טעון שרפה דווקא ופסול לר"ש. אבל מברייתא מוכח שפיר דטעמייהו משום דמצות ליהנות ניתנו. דמדקתני לולב ושופר של ע"ג אם נטל לא יצא דהשתא בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים אינם עומדים לשרוף. דשל ישראל סגי בגניזה. ובשל עובד כוכבים מהני ביטול ואינם עומדים לשרוף בין בע"ג גופא בין במשמשין. וגם בכו"ם של עובד כוכבים וזכה בה ישראל נמי סגי בגניזה כמש"ל [בסימן הקדום אות ב'] ועיי"ש:

ג יתבארו דברי תוס' ד"ה באשירה דמשה דכתותי מש"ע וכו' עד תה"ד וז"ל ובשמעתין הוה מצי לשנויי דמתני' ביו"ט ראשון כו'. לכאורה קשה דהא במתני' קתני לולב של אשירה דמשמע דאילן עצמו נעבד. וא"כ הרי משנקצץ הלולב נתבטל כמש"כ לקמן. ואפי' אם תימצי לומר דמיירי דישראל קצץ את הלולב מן האילן דאין ישראל מבטל כו"ם וכו' הא מידי טעמא אלא משום דלמא מגבה לה והדר מבטל לה. דבמחובר לא שייך זה דאין הגבהה קונה כלל במחובר. דבשלמא במילתא דרבא דנקט ליה בלולב ושופר של עבודת כוכבים יש לומר דמיירי בשל עכו"ם ונעשה כו"ם בתלוש. אבל במתניתין דנקט של אשירה דנעבד במחובר, הרי כבר נתבטל משעה שנקצץ מן הדקל. ויש לומר דמידי טעמא דצריכין לומר דישראל לא מצי לבטל הוא משום גזירה. הוא דווקא לר"ל דס"ל דנשתברה מאילי' מותר במס' ע"ז (דף מ"א):

איברא לרבא דס"ל דהלכתא כר"י לגבי ר"ל, [ועיין תוס' בב"מ דף מ"ח תוך ד"ה נתנה] דלא נתבטלה מאיליה. לכן הקשו שפיר לרבא לטעמיה הוי מצי למימר דמתניתין ביו"ט ראשון ונקצץ על ידי ישראל [אע"ג דאמרינן גבי אוונכרי דלגזזוה אינהו. הוא רק מילי דחסידי כמבואר בפוסקים], עיין בהשמטות:

איברא הא קשיא בסוף הדיבור דתירצו על דברי ר"ל דמיבעיא ליה אם יש דיחוי אצל מצות וגבי ענבים מרובין מעליו פסקינן דאין דיחוי. ותירצו דשאני התם דבידו אבל גבי כו"ם אין בידו לבטל וכו'. וקשיא דלדברי ר"ל הרי בידו לקצצו. ובזה עצמו יתבטל דגבי מחובר לא שייך גזירה זו. והדר הוי ליה כנשתברה מאיליה:

וליישב דבריהם נראה בביאור דברי הב"ח ומג"א [בסי' תקפ"ו ס"ק ה'] דמחולקים שם בשופר של כו"ם וישראל נתכוין לזכות בו, נטלה שלא מדעתו ותקע בו, דלדעת הב"ח יצא בו דדינו כשל כו"ם, דלית ביה משום כתותי מש"ע כיון דאפשר בביטול. והמג"א ס"ל כיון שנתחייב באחריותו מיקרי שלו כמו גבי חמץ, ועיי"ש בדברי קדשו מתוס':

ואגב דאתא לידן נלפענ"ד לבאר דבריהם וז"ל שם בריש דבריו, ול"נ דהא קייל"ן דישראל אינו מבטל וכו' משום גזירה וכו' ולכאורה הוא שלא בדקדוק, דהא לא צריכין לבא לכלל גזירה זו אלא לר"ל דנשתברה מאיליה מותר. אבל לדידן דפסקינן כר"י לא קשה מידי. והוי ליה להקשות מדברי הגמרא, דמסתמא בזה לא פליגי, דמנא לן להמציא עוד פלוגתא חדשה. ונראה דהכי קשיא ליה כיון דאנן פסקינן בסוף פרק כל הצלמים דשברי שברים מותר. ומחלקינן בין היכא שנשתברה אפס מיניהו והגוף קיים, הוא דאסור. אבל היכא דנשתברה לגמרי מותר. ואפי' הכי קיימא לן דישראל אינו מבטל אפי' ששיברה לגמרי אלמא שגם אליבא דדינא מצריכין לבא לכלל גזירה זו וקשיא לדעת הב"ח:

איברא בעיקר ראייתו ישתומם כל הרואה, וכבר צווחו עליו כל האחרונים בזה, שהרי מבואר במקומו בפירש"י בד"ה ורבא וכו' וז"ל אלא לרבנן גזור דכל ביטול ישראל לאו ביטול גזירה דילמא מגבה לה וקני לה בהגבהה, דכל דבר הפקר כגון מציאה נקנית בהגבהה, עכ"ל. הרי דמיירי בדבר הפקר דווקא וכדעת הב"ח. ונראה דהמג"א ס"ל דהכי פירושו כיון דסתמא קתני דישראל אינו מבטל משמע דאפי' בכו"ם של עובד כוכבים לא מצי מבטל. ועל זה קמתרץ רבא שהוא משום גזירה דילמא מגבה והדר מבטל לה נשמע להדיא דמשום אחריות לבד דינו כע"ג של ישראל. אלא דקשיא ליה לרש"י שרבא מתרץ אליבא דר"ל דסבירא ליה בבכורות (דף י"ג) לעמיתך במשיכה ולנכרי בכסף דווקא. וגם רבא ס"ל בפ' הזהב דף מ"ח) דהלכה כר"ל בזה, דקרא ומתניתא מסייע ליה לר"ל, וא"כ לא נקנה לו בהגבהה כלום אפי' להתחייב באחריות. ועל זה מתרץ ליה בקצרה דכשם דבכל דבר הפקר דליכא כספא לכולי עלמא קונה במשיכה לחוד. והכי נמי בגזילה לענין חיוב אחריות, (ועיין מחצית השקל שם מה שכתב קצת מזה]. וכמו שכתבו תוס' בפרק השוכר את הפועל (דף ע"א] בד"ה פרדשני. ותדע שכן הוא שהרי לר"י דס"ל לעמיתך בכסף דווקא היאך גנב וגזלן מחוייבים באחריות על ידי הגבהה ומשיכה. והא שכתבו תוס' (דף ע"ב) שם בד"ה ומאי בסוף הדבור וז"ל אבל גזל דבאיסור אתא לידי' אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל עכ"ל. בע"כ צ"ל דדבריהם סובבים על מה שכתבו לעיל בסוף (דף ע"א) בד"ה ואי, דקאי על פחות משוה פרוטה דקנה לגמרי. ומתחלה באיסורא אתא לידיה. בזה שוה בקנינו למקח. אבל לענין חיוב אחריות לחוד לכולי עלמא נתחייב בין בישראל בין בעכו"ם במשיכה לחוד], וזה מדוייק היטב בצחות לשונו הטהור דדבר של הפקר דנקט הוא רק לדמיון בעלמא:

עוד שם במג"א וז"ל וכן משמע בסוכה [דף ל"א] בתוס' דא"כ לא מקשו כלום, דהוי ליה למימר דמיירי בכו"ם שיש לה בעלים וכן משמע ביבמות [דף ק"ד]. כוונתו, דבסוכה עיקר הקושיא קאי על לולב דאמר רבא יצא ואמאי כיון דאגבה הוי ליה כו"ם של ישראל. ועל זה סובב קושייתו לדעת הב"ח דנימא דמיירי בשל עכו"ם ויש לו בעלים. והרגיש בזה דאם כן הוה ליה מצוה הבאה בעבירה, [וכן פשיטא ליה לבעל שאג"א סי' צ"ו דבגזל נכרי הוה ליה מצוה הבב"ע], רק כיון דממילא נשמע דקושייתן קאי גם על שופר דמיירי שם בתחלת דבריהם. וליתר עוז כתב דכן משמע ביבמות דשם הקשו בפירוש על שופר דלא מיפסל משום מצוה הבב"ע עיי"ש (כמ"ש בש"ע סי' תקפ"ו סעיף ב']. והטעם כיון דישראל מחוייב באחריותו מיקרי שלו. וכן מצינו גבי חמץ. וזה תמוה לכל רואה דשאני חמץ דאתרבי מלא ימצא. וש"ב הרב הגאב"ד דקאליש מוהר"מ נ"י הגיד לי בשם ספר

חתם סופר שכתב בזה דבר המתקבל והוא, דבחמץ דווקא הוא דצריכין ליתורא דקרא מפני שלא נתחייב בכל אחריות. משא"כ בגנב וגזלן דמחוייב בכל אחריות. ואמרתי לו דלא מיחוור בעיני לחלק בין מקצת אחריות לכולהו. דנהי דאשכחן בתלמודא ביבמות (דף ס"ו ע"ב) ותסברא נהי נמי דמחוייב בגניבה ואבידה באונסא בכחשא ובפחת דמיה מי מיחייב וכו'. עיקר הדבר הוא משום כחשא ופחת דמיה הוא דמחלק ביניהו אבל לא משום אונסין. [וכן כתבו הראשונים שם בפירוש]. וראיה מוכרחת לזה דאי לא תימא הכי מאי מקשה בריש פסחים ולר"ש למאן דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי לא ימצא למה לי. דילמא ר"ש לא קאמר אלא בקדשים שחייב באחריותן דאיתחייב בכל אחריות משא"כ בחמצו של נכרי שהפקיד אצל ישראל. והשיב לי שארי נ"י דמכל מקום יש לו חבר בזה לאחד מגדולי רבותינו הראשונים. הוא הראב"ד מובא בש"מ בריש המפקיד (דף ל"ד תוך ד"ה נעשה). דמשום הכי אינו משלם הכפל לשומר אפי' לר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי דזהו דווקא בכל אחריות. והשיבותי לו דאין להביא ראיה בזה מדברי רבותינו הראשונים אשר רוחב בינתם מרחפת בכולא תלמודא לפרש כל אחד לפי דרכו. ונמצא דראב"ד מפרש דברי הש"ס בפסחים דהא דבעירו חמירא דבני חילא הוא רק כשחייב גם באונסין. וכן הוא גם דעת התוס' שבועות (דף מ"ד) בד"ה שומר. אבל לא כן רבותינו האחרונים שהמה עקודים ואגודים בדברי הש"ע. וכיון דפסקינן דגם באחריות דגניבה ואבידה עובר בבל יראה באו"ח ריש סימן ת"מ). שפיר מוכח מדברי הש"ס דאין לחלק בין מקצת אחריות לכולהו ובפרט שעיקר תירוץ החתם סופר סובב רק למאי דפסקינן דעובר בבל יראה גם באחריות דגניבה ואבידה, דאם לא כן אזדא ליה כל תירוצו כיון דקרא קאי על חיוב אונסין:

ובעיקר קושיית הש"ס דפסחים יש לעיין על פי מה שכתבו התוס' שם בד"ה מהתם וז"ל ותירץ ר"י דשאני התם דמתחלה היתה הבהמה של עכו"ם וכיון דאי בעי זוזי ולא משכח שקיל בהמה לא נפקא מרשותו. אבל כשהבהמה של ישראל ומצי לסלק לנכרי בזוזי לא נכנסה לרשותיה עכ"ל. וגם ללישנא בתרא דרבא דגם בכה"ג פטור מן הבכורה. אין סתירה מזה לעיקר סברת התוס' רק דסבירא ליה דפטור בכורה הוה גם על ידי מילתא דקלישא כזאת. ולפי"ז גם מדר"ש יש לחלק דשאני התם בקדשים שחייב באחריותן דמתחלה קודם שהקדישה היה ממון גמור אף דעכשיו ע"י ההקדש איננו רק גורם לממון אפ"ה לא יצא מכלל ממונו כיון דמתחלה היה ממון גמור. משא"כ בחמצו של נכרי שקבל עליו אחריות, דבתחלתו איננו רק גורם לממון. משום הכי איצטריך קרא דלא ימצא דעל ידי זה לא נכנסה לרשותו בכ"מ. ונלע"ד דעיקר קושיית הש"ס הוא רק לר"מ

אליבא דר"ש. עיין בב"ק [דף ע"א] בברייתא שם דר"מ מחייב בד' וה' בגנב שור הנסקל וטבחו ועיי"ש [עמוד ב'] בגמרא ושור הנסקל איסור הנאה הוא ולאו דמריה קטבח הכא במאי עסקינן כגון שמסרו לשומר והזיק בבית שומר והועד בבית שומר ונגמר דינו בבית שומר. ור"מ ס"ל כר"י וס"ל כר"ש. ס"ל כר"י דאמר אף משנגמר דינו החזירו שומר לבעליו מוחזר וס"ל כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי עיי"ש. ועל כרחו הך ברייתא לית ליה אוקימתא אחריתא רק כשאין השור ברשות הבעלים דהוא איסור הנאה ולאו דמריה קטבח ועל כרחו כשאיננו ברשות הבעלים, ועיקר חיוביה הוא משום דמצי מיפטר נפשיה ע"י השבתו. דדבר הגורם לממון כממ"ד. ועל זה תסוב קושיית הש"ס דפסחים דהא גם כשמעולם לא היה ממונו לגמרי רק גורם לממון ס"ל לר"מ דכממון דמי. ושפיר קשה דלא ימצא למה לי. וכשנעיין היטב בזה נראה שכל זה מדוקדק היטב בדברי הש"ס דבכל דוכתי דמייתי הש"ס הך מלתא דגורם לממון נקט הש"ס בשם ר"ש [עיין סנהדרין דף קי"ב ע"ב] והכא נקט הש"ס סתמא למאן דאמר דבר הגורם לממון כממון ולמאי שכתבתי מדוקדק היטב. דלר"ש עצמו לא מצי לאקשויי משום דאיפשר לחלק בין קדשים שחייב באחריותן לחמץ שקיבל עליו אחריות כמו שכתבתי. וכל הקושיא הוא רק לר"מ אליבא דר"ש. ועיין רש"י פסחים שם (דף ה' סוף ע"ב) ד"ה למ"ד דמציין על ר"ש במס' בב"ק דף ע"א] והנראה שכיון לזה מדלא מייתי מקור דברי ר' שמעון במשנה מפורשת בדף ע"ד ע"ב]:

ונהדר לענינא דילן בדברי תוס' הנ"ל דנראה מדבריהם כדברי הב"ח. דהא מבואר מדברי הב"ח והמ"א במאי דפליגי בכו"ם של עובד כוכבים שזכה בה ישראל אי הוי ככו"ם של ישראל לענין ביטול. דהמג"א הביא ראיה מדברי הש"ס גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה סבירא ליה דאיננו יוצא מכלל כו"ם שנשתברה מאליה על ידי גזירה. רק בפרט זה עצמו ששייך בו הך גזירה ולא גזרינן באחד משום חבירו. וזה פשוט דהא דאין ישראל מבטל כו"ם של עובד כוכבים מיירי גם בכו"ם דאית לה בעלים ושפיר אזדא ליה ראיית המג"א מדברי הש"ס דמפרש טעמא דמלתא משום גזירה דלמא מגבה לה והדר מבטל לה דאם נימא דכו"ם דאית לה בעלים לא נעשית כשלו לענין ביטול. יקשה דאמאי בכהאי גוונא אין ישראל מבטלה כיון דלא שייך גביה משום גזירה. אמנם לקושטא דמלתא גם הב"ח לא פליג על המג"א בזה וסבירא ליה דגם בכו"ם דאית לה בעלים אין ישראל מבטלה רק דס"ל דגזרינן כו"ם דאית לה בעלים אטו כו"ם דהפקר משום לא פלוג וכולהו חדא גזירה דאי לא הא לא קיימא הא, וכד דייקינן בדברי התוס' נראה להדיא כדעת הב"ח במאי דנקטו בסוף הדיבור דבעכו"ם אין בידו לבטל. וקשיא דהא ר"ל סבירא ליה

דנשתברה מאיליה מותר והא דאין ישראל מבטל כו"ם של עובד כוכבים הוא משום גזירה וקשה כנ"ל דהא במחובר לא שייך גזירה זו. אלא ודאי דעיקרא דהך גזירה איננו צריך שיהיה שייך בכל הפרטים רק דגזרינן באחד משום חבירו כדעת הב"ח. ודומה למה שגזרו על ביצה משום פירות הנושרין בריש מסכת ביצה:

ד עיי"ש בתוס' הנ"ל וז"ל ומיהו צ"ל דמ"מ רבא גריס ולא ר"י. דהא מפרש טעמא דשופר של עיה"נ משום דכתותי מש"ע. ולר"י הוה ליה למימר משום דמצות ליהנות ניתנו פירוש דזה טעם כולל ביותר דבכל המצות לא יצא כגון בכיסוי דם ועורות של ס"ת ותפלין ומזוזות. וגם במודר הנאה מיפסל מהאי טעמא אלא ודאי דגרסי' רבא. והדרא קושיא לדוכתא דהוה מצי לפלוגי בעבודת כוכבים גופיה בין קודם ביטול לאחר ביטול ומדלא מפליג שמע מינה כפירוש קמא לכן הקשו אחר כך מפרק כל הצלמים גם על פירוש קמא. ומשום הכי בררו לעצמם שיטה השלישית בפירוש ההלכה וכמו שיתבאר לקמן. ונראה לישב דעת ר"ת דלהכי נקט בשופר של עיה"נ ולא נקט בכו"ם גופא וקודם ביטול. דס"ל דטעמא דאמרינן שם משום דכתותי מש"ע סתמא דגמ' הוא דמסיק כן. ומוכרחין לומר כן מהאי טעמא גופא מדלא מפליג בין קודם ביטול לאחר ביטול, מזה נשמע דטעמא הוא משום דכתותי מש"ע, דלולא כן הוה אמרינן דטעמא משום דמאיס לגבי מצוה. ולאחר ביטול יצא בדיעבד. אבל קודם ביטול לא יצא משום דמאיס טובא כיון דאסור אפילו להדיוט. ולהכי נקט ליה בעיה"נ כיון דלא נעבדה כלל לא שייך טעמא דמאיס אלא טעמא משום דכתותי מש"ע:

עוד שם בתוס' וז"ל ונראה לפרש דרבא שרי אפי' בכו"ם של ישראל וכו', וצ"ב דמה חידשו בזה. דכשם דס"ל בשיטה זו ג"כ כדעת ר"ת דכו"ם של עובד כוכבים פסול משום דכתותי מש"ע רק לאחר ביטול הוא. ובביטלו ביו"ט הוא דמיבעיא ליה משום דיחוי. שמע מינה דבלא ביטלו גם כו"ם של עובד כוכבים פסול דכתותי מש"ע. וכי לא ידעינן ממילא דהוא הדין כו"ם של ישראל היכא שנטלו ולבסוף עבדו אליבא דרבנן ג"כ יצא כיון דאפילו להדיוט לא נאסרה ודוחק לומר דאתי לאשמעינן דאפילו הכי לכתחלה לא. ונראה בפשטא דשיטה זו אתיא לפרושי לן ביסוד הסוגיא דקשיא ליה דרבא דקאמר דבין בלולב ובין בשופר של כו"ם יצא ובברייתא תני דלא יצא. ועל מבוכה זו סובבים כל השיטות ולאחר שפירוש קמא נדחה ליה מסוגיא דכל הצלמים. ותירוצו של ר"ת ג"כ תמוה להו מסוגיא דר"ה כיון דעל כרחו רבא הוא דגרסינן. והוה ליה לאפלוגי בין קודם ביטול לאחר ביטול. להכי חידשו בזה לתרץ עיקר קושיא הלז והוא מדקאמר רבא בסתמא שמע מינה דמיירי בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים רק באופן דלא

נאסרו להדיוט. ובלולב מיירי באילן שנטעו ולבסוף עבדו ואפילו ביו"ט ראשון. ובשופר מיירי ג"כ בכהאי גוונא שנעבדה הבהמה בחיי' דבעלי חיים לא נאסרו להדיוט ובריייתא מיירי באופן דנאסרו להדיוט. ומשום הכי לא יצא משום דכתותי מש"ע. ועל פי פירוש זה רווחא שמעתין, דרבא מיירי בכל גווני בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים וגם מתניתין דאשירה ובריייתא דכל הצלמים מיירי בכל גווני רק דמעיקרא קסלקא דעתיה דמתניתין דאשירה מיירי נמי אפילו כשנטעו ולבסוף עבדו ואפילו הכי פסול בדיעבד אף על גב דלא נאסרו להדיוט וטעמא משום דמאיס וכשם דפסול נעבד לגבוה אע"ג דבעלי חיים לא נאסרו להדיוט והוא הדין נמי לגבי מצוה ועל זה משני דדוקא באשירה דמשה הוא דפסול למצוה משום דנאסרו נמי להדיוט. וטעמא מאי משום דכתותי מש"ע ודיקא נמי מעיר הנדחת דקתני ליה בהדדי בחדא פסולא, משמע דוקא היכא דנאסר להדיוט הוא דפסול למצוה:

עוד שם בתוס' וז"ל מיהו ללישנא קמא וכו' הוה מצי למיפשט מדרבא וכו'. ויש לדקדק דהא בין לפירושא קמא ובין לפי' ר"ת קשיא דלפירוש קמא עוד קשיא ביתר שאת דכיון שגם בכו"ם של עובד כוכבים קודם ביטול דאסור להדיוט סבירא ליה לרבא דיוצא בדיעבד מכל שכן באילן שנטעו ולבסוף עבדו דלא נאסר מעולם. אלא בע"כ צ"ל דאיבעיא דר"ל הוא על לכתחלה כמ"ש תוס' שם במקומן וזה אין לפשוט מדפסלו רבא לכתחלה דשאני הכא דאסור אף להדיוט ואם כן השתא נמי לשיטה זו שחידשו נימא ג"כ דאיבעיא דר"ל קאי רק אלכתחלה ומשום דרבא ס"ל כלישנא בתרא דאיבעיא דר"ל קאי לענין דיחוי. ומהיכן נתחדש להם השתא דאיבעיא דר"ל קאי גם כן לענין דיעבד כמבואר בדבריהם. וגם לפירושו דר"ת דרבא מיירי לאחר ביטול. גם כן צ"ל דר"ל קא מיבעיא על לכתחלה דהשתא בכו"ם שנתבטלה שקודם הביטול נאסרה גם להדיוט אפ"ה יוצא לאחר הביטול כיון דהשתא הותרה להדיוט. מכש"כ בנטעו ולבסוף עבדו דלא נאסר מעולם. אלא בע"כ צ"ל דר"ל לא קמיבעיא ליה רק אלכתחלה וכמש"כ לעיל, ואכתי קשיא מנא לן השתא לחדש דגם ללישנא קמא דר"ל קאי על דיעבד, דבשלמא ללישנא בתרא מסתברא להו דענינא דדיחוי לא שייך אלא בדבר שפסול גם בדיעבד. ונראה לפרש דבריהם דבפשטא משמע מלישנא דאיבעיא דקאי על דיעבד דאלכתחלה לחוד רחוק מן המציאות לחקור ולדרוש אחרי ספיקות כאלו דאם לית ליה לולב אחר פשיטא דיטול זה אפילו לכתחלה ובדאית ליה גם כן פשיטא דמוטב שיטול אחר, הגם שזה ג"כ כשר לכתחלה. מכל מקום מכוער הדבר קצת ולא הוה מן המובחר. וכמש"כ הט"ז [בסי' תקפ"ו] גבי שופר של איל. רק דלשני פירושי קמאי צריכים לדחוק ולומר

דקאי רק על לכתחלה. כי היכי דלא נפשוט מדברי רבא. לכן השתא דקאי רק אלכתחלה שוב לא נוכל לפשוט מדרבא וכמש"כ לעיל. איברא לפי' השלישי דרבא מיירי בכל גווני בין בשל ישראל בין בשל עובד כוכבים רק דמיירי בנטעו ולבסוף עבדו דהשתא גם אם נימא דקאי רק על לכתחלה הרי נפשוט גם כן מדרבא. ובע"כ צ"ל דרבא ס"ל כלישנא בתרא שוב מוטב להניח דברי ר"ל בפשטא דקאי על דיעבד וכמש"כ לעיל וזה פשוט וברור בפשטות דבריהם. ועיין בפרק כל הצלמים (דף מ"ז ע"א] בתוס' ד"ה מי מאיס דמשמע בהדיא משום דלא נפשוט מדרבא נדו מפשטא ומפרשו דר"ל קאי על לכתחלה. איברא איבעיא השני לרב דימי דמיבעי' ליה באשירה שביטלו לענין דיחוי. גם לדעת תוס' בפ' כה"צ קאי לענין דיעבד דכל דבר שהוא רק לענין לכתחלה לא שייך כלל לכללו בשם דיחוי. כמש"כ תוס' בפ' לולב הגזול שהרי כבר הוכחנו דגם שם סברי דלתרי פירושי קמאי קאי איבעיא ראשונה לענין לכתחלה לחוד מדלא קשיא להו רק לשיטה השלישית ואפילו הכי הקשו לשטה ראשונה מאיבעיא דדיחוי, אלמא דס"ל דכל כמה דליכא הכרח גמור מגוף האיבעיא אזי נקטינן הדבר בפשטא דקאי על דיעבד:

ועיין במג"א [סי' תקפ"ו ס"ק ו'] וקשיא לי טובא בדברי קדשו שכתב דגם איבעיא שניה לענין דיחוי לדבריהם בפ' כה"צ קאי ג"כ רק לענין לכתחלה. ולפענ"ד אין כאן דבר חוצץ בדבריהם כלל ומש"כ שם ליסוד מוסד. דמשום האי טעמא פסקינן ביור"ד (סי' כ"ח] דחזר ונתגלה חייב לכסות דמשמע בוודאי בלי ספק וצריך לברך לפי דאין דיחוי ובא"ח [סי' תקפ"ו] פסק דיש דיחוי לחומרא ובעינן דוקא שנתבטל מעיו"ט אלא ודאי דדוקא לכתחלה הוא דחיישינן לדיחוי ועיי"ש ולא משמע כן מלישנא דגמרא דף ל"ג בסוכה ובעכו"ם דף מ"ז] דר"פ גופא הוא דמיבעיא ליה מיפשט פשיטא ליה דאין דיחוי או דלמא ספוקי מספקא ליה. ולדברי מג"א הלא לענין עיקר הדין פשיטא ליה דאין דיחוי ומחוייב לכסות ולברך רק מדרבנן הוא דחיישי' לכתחלה שלא יפטור א"ע בדבר שנדחה. ובעיקר הסתירה שהקשה, נראה. דהנה בכל ספיקא דרבנן דאזלינן להקל הוא דוקא כששני צדדי הספק שוים לגמרי. אבל היכא דיש איזה נטיה בצד הספק להחמיר יותר מצד הספק להקל אזי גם בדרבנן אזלינן לחומרא הגם דנטיה זו לא הגיע לכלל רובא או חזקה ואפילו לא הגיע לכלל ספק ספיקא אפילו הכי אזלינן לחומרא ובכל ספיקא דאורייתא לא אזלינן להקל רק על ידי ספק ספיקא גמורה או רובא וחזקה ממש. אבל לא ע"י נטיה יתירה דיש להקל יותר מלהחמיר, וכן הוא בר"ן בריש מסכת ע"ז ובתוס' שם (דף ז'] ד"ה בשל, וז"ל רש"י היה פוסק וכו' הרי דגם דאזלינן אחר לישנא בתרא בשל סופרים אף אם הוא מחמיר משום דיותר נוטה לפסוק כלישנא בתרא. ואפילו הכי אם לישנא בתרא

מיקל בדאורייתא לא אזלינן בתריה. ומשום האי טעמא פסקינן לדעת מג"א ודלא כפר"ח שם] דחזר ונתגלה דחייב לכסות בברכה הגם דספיקא הוא וספיקא דרבנן לקולא. מכל מקום איכא צד נטיה יתירה לצד דאין דיחוי שהרי איפשר דמיפשט פשיטא ליה. וגם אם ספוקי מספקא מכל מקום צדדי שניהם שווים. אבל לא אשכחן להיפך לומר דמיפשט פשיטא ליה דיש דיחוי ולהכי לענין ברכה די לנו להחמיר מפני נטיה זו. אבל לא להקל בדאורייתא. ועיין [סימן רט"ו] במג"א דבספק ברכה ממש אינו עובר על לא תשא לדעת תוס'. ועוד אפילו לדעת רמב"ם שם שעובר על ל"ת הוא כשאיננו מחוייב לברך. אבל בכהאי גוונא כיון שמחוייב לברך מצד שיש נטיה יתירה בחיובו מלפוטרו תו לא שאני לן באופן חיובו אם מחמת ודאי או מצד ספק כהאי:

ה לדברי מג"א הנ"ל דאיבעיא דאשירה שבטלה ביו"ט. קאי על לכתחלה. יש להתבונן דאיך יהיה לישנא קמא רחוק כל כך מלישנא בתרא דללישנא קמא אזי גם בנטעה ולבסוף עבדה דמותר להדיוט ולא נאסרה מעולם מיבעיא ליה לענין מצוה וללישנא בתרא פשיטא ליה דאפילו באשירה שביטלה מעיו"ט שכבר נאסרה להדיוט קודם שביטלה אפילו הכי כשר לכתחלה למצוה. מדלא מיבעיא ליה אלא בביטלה ביו"ט ומשום דיחוי. וכי הכי לא יספיק ליה למיבעיא בביטלה מעיו"ט ותתהלך בהדרגה דאפילו אם תימצי לומר בנטעה ולבסוף עבדה כשר לכתחלה דלא מאיסי כל כך. משום דלא נאסרה מעולם להדיוט. אבל בביטלה שנאסרה להדיוט קודם שביטלה מיבעיא ליה. ויש ליישב דיש לומר גם בהיפוך דנטעה ולבסוף עבדה גריעי מביטלה. שעתה אחר שביטלה כבר נעקר ונתבטל שם עכו"ם ממנה מכל וכל ומותר לגמרי לכל דבר. משא"כ בנטעו ולבסוף עבדו דנהי דאילן עצמו שהיה טרם שעבדו לא נאסר לרבנן. אבל התוספת נאסר גם לרבנן אפילו להדיוט כדאיתא בפ' כה"צ (דף מ"ח ע"א] וכרב אשי שם דבתוספת מודו רבנן. וכן הוא בשו"ע (סי' קמ"ה סעיף א'] לכן כיון דעדיין שם עכו"ם עליו לאסור התוספת להדיוט. גם הלולב שהיה טרם שנעבד מאיס טפי מעכו"ם שביטלה:

ו ומעתה לפי מה שכתבתי לעיל [באות ד'] קמה ונצבה קושיית תוס' פ' לולב הגזול כחומה נשגבה לשיטה ראשונה שהוא דעת רוב הפוסקים וכן סתם הב"י בש"ע סי' תקפ"ו] לכן הדבר חובה ליישב דברי קדשם. ונראה לפענ"ד דמשכחת לה אשירה שביטלה בשל ישראל ואפילו הכי מצינן ביטול באופן אחר. דהנה על פי המבואר בגיטין [דף מ' ע"ב] בתוס' ד"ה הקדש דהא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד. דהוא הדין לכו"ם דדמי להקדיש קדושת הגוף. גם מבואר שם בתוס' דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה. אזי כשגבאו לבסוף איגלאי מילתא למפרע דלא חיילא ההקדש והכו"ם שעשאו הלוה

כיון שהוא של המלוה למפרע. איברא כל זמן שלא גבאו אזי דינו כהקדיש שור ואסור ליהנות ממנו, וכן כשעשאו אשירה מחוייב לשורפו כדין כו"ם של ישראל. וממילא לא יצא בלולב ואתרוג שבו כל זמן שלא גבאו המלוה כיון דכתותי מש"ע. ואין לומר כשם דלא אמרינן בכו"ם של עובד כוכבים דכתותי מש"ע לדעת הפוסקים האלו כיון דאיפשר בביטול הכי נמי נימא הכא כיון דאפשר שיגבהו המלוה לבסוף ואזי יהיה למפרע של המלוה ולא נאסר האילן כלל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, דזה אינו דלא דמי כלל דשל עכו"ם היינו טעמא דיוצא דכו"ם שלו קילא בזה משל ישראל. דבשל עובד כוכבים מהני ביטול משא"כ בשל ישראל וכיון דקילא בזה לכן לא אמרינן גבי' כתותי מש"ע. ותדע שהרי אפילו נסתיים הדבר דלא ביטלו עד עולם אפילו הכי יצא ידי חובתו. דמכל מקום משכחת ליה לצד הקל גביה משא"כ גבי לוה ומלוה. דלא מצד קלות שבו יתגלגל הדבר שיתבטל שם הכו"ם מיניה רק מצד דבר אחר הוא דנפקע והוא משום דאיגלאי מילתא למפרע שלא יהיה שלו. לכן כל זמן דלא נתגלה הדבר הרי הוא עודנו של לוה ומחוייב לשורפו. אזי פשיטא דלא ראוי לצאת בו משום דכתותי מש"ע שהרי אם נסתיים לבסוף שלא גבאו כלל הרי הוא של לוה מתחלתו ועד סופו ונאסרה כדין כו"ם של ישראל בכל הסוגים ואמרינן בו כתותי מש"ע:

איברא לכאורה יש לספק אם נסתיים הדבר דגבאו ביו"ט וכשנכנס יו"ט היא עכו"ם של הלוה. אם יש בו משום דיחוי ולא יצא בו המלוה. אם נימא כיון דכל זמן שהוא ברשות הלוה לא חזיא למצוה כיון דדינו בשרפה וכתותי מש"ע. ונדחה ממצוה שבו. או דילמא כיון דלבסוף גבאו. הלא איגלאי מילתא למפרע שהיה של המלוה ולא נאסר מעולם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. ולא נדחה מעולם כיון דנסתיים לבסוף דאתא לידי גבייי'. ונלפע"ד דמסתבר דמכל מקום אית ביה תורת דיחוי. דכל דבר דבעינן שיהיה חזיא ליה מבעוד יום אזי נידון פני הדבר כמו שהוא בפנינו ולא בתר העתיד לבוא ואע"ג דאיגלאי מילתא למפרע שהיה חזי ליה מכל מקום אנן בתר השתא אזלינן. וכיון דסוף סוף לא חזיא ליה בשעתו הרי כבר נדחה ממצותו וככל עניני סוגי התורה דבעינן גבי' תורה זו דחזיא ליה מבעוד יום או בין השמשות:

ונברר זה בראיות ברורות ועל פי שנים יקום דבר, חדא דאיתא במס' עירובין (דף ל"ו) דלגבי עירוב בעינן סעודה הראוייי' מבעוד יום. אע"ג דתחלת היום קונה עירוב, מכל מקום ראוי מבעוד יום בעינן. ופסקינן [בסימן תי"ו] דבמניח שני עירובין על שני יו"ט של גליות דלא מהני מידי על השני כיון דלא חזי ליה מבעוד יום. אע"ג דבשעה שרוצה לילך ביו"ט שני הרי איגלאי מילתא למפרע שבאם אסור לו לילך היום חוץ לתחום הרי

איגלאי מילתא למפרע דהוי חזיא ליה אפילו הכי כיון דלא ח"ל בשעתו אין בעירובו כלום. ועוד ראיה ממס' ביצה (דף ו' ע"א) בתוס' ד"ה וכי מה בין זה בסוף הדיבור וז"ל ועוד י"ל וכו' והכא מיירי בלא כלו לו חדשיו עד היום ואם כן לא הוי מוכן היום הואיל ובין השמשות לא הוי חזיא עכ"ל. ועיין במהרש"א שם דגם עגל שנולד קודם יו"ט וליל ח' שלו ביו"ט דאסור ביו"ט כיון דלא ח"ל ביה"ש. הרי אע"ג דאיגלאי מילתא למפרע דהוה חזיא ליה כיון דבשעתיה לא חזיא ליה אמרינן מגו דאיתקצי לביה"ש וכו', הרי להדיא דאזלינן בתר שעתיה ולא בתר שנתברר אחר כך למפרע והכי נמי לענין מצוה דבעינן דחזיא למצותו מבעוד יום וכל דלא חזיא ליה מבע"י כדאמרינן נקטם ראשו מערב יו"ט וכו' ועלתה בו תמרה ביו"ט. דמשמע דאפילו עלתה בו תמרה בליל יו"ט אפ"ה הוי דיחוי משום דלילה לא הוי מחוסר זמן אע"ג דלא חזיא למצותו בלילה כדאיתא במס' כריתות (דף ח' ע"א) והכי נמי בנידון דידן כיון דסוף סוף לא חזי ליה בתחלת יו"ט כל זמן שלא גבאו כבר חיילא עליו תורת דיחוי. הגם דאנן פסקינן כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה. כבר חידשו שם בגיטין הנ"ל דכל כמה דלא מצי לסלוקי בזוזי או למוכרו לאחרים גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה אע"ג דאכתי מחוסר גובייא. מכל מקום כשגבאו לבסוף הרי הוא למפרע שלו:

ולפי"ז איכא נפקותא רבה לענין דיחוי. כגון שעשאו הלוה אפותיקי מפורש והתנה עמו בפירוש שלא יכול לסלקו רק בריצוי המלוה. אבל כל תורת מלוה עליו, דבלא ריצוי הלוה או על ידי גובייא דבית דינא לא יהיה ביכולתו לגבות מעצמו ועשאו הלוה עכו"ם קודם שגבאו המלוה, וטרם שגבאו הרי הוא של הלוה לכל ענינים, וצריך שרפה דשמא לא תבא לכלל גבייה ויסלק לו במעות או בדבר אחר מרצונו. ונמצא שכבר נדחה ממצותו בתחלת יו"ט, ואחר כך ביו"ט גבאו ברצון הלוה, דנמצא השתא דגבאו לבסוף הרי הוא למפרע של המלוה, ולא נאסרה מעולם דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו. וזהו אשירה שביטלה דמיבעיא ליה לר"ל:

ז יש להתעורר לשיטה ראשונה בתוס', וכן הוא דעת רה"פ וכן סתם המחבר [בסי' תקפ"ו] דכו"ם של עובד כוכבים אפי' קודם ביטול יוצא בשופר וגבי ד' מינים ביו"ט שני [בסימן תרמ"ט ובנתכוון שלא לזכות בו. ומשום דמשכחת ליה שיתבטל לא מיפסל משום כתותי מש"ע, אכתי ליפסל בלולב. דלכולי עלמא בדבר דלא שייך בו אכילה בעינן דין ממון, כמש"כ תוס' לקמן [דף ל"ה] בד"ה לפי. ובאתרוג ליפסל דאין בו היתר אכילה. ונראה דזהו דקשיא להו לקמן דלמה ליה טעמא בלולב משום כתותי מש"ע. ולהכי להאי טעמא כשר בשל עכו"ם. דכל כמה דאיפשר בביטול לית ביה משום כתותי מש"ע, תיפוק ליה

דבלא זה מיפסל לפי שאין בו דין ממון לפנינו, ולזה לא מהני מה דאיפשר בביטול, שהרי אפי' בנודר הנאה מלולבו של חבירו לא יצא, אע"ג דבידו לאתשולי, כמש"כ הרשב"א [בסי' תשמ"ו]. וכן פסק בהגה"ה [סימן תרמ"ט סעיף ב']. ומכל שכן דדבר שאין בידו לא מהני מידי במאי דמיפסל משום לכם, וקא סלקא דעתם כדעת רמב"ם בפרק ח' מהלכות לולב הלכה ט']. והגאונים מובא במגיד משנה שם דכל שאין בו היתר אכילה ודין ממון בעצמותו מיפסל כל שבעה. ועל זה תירצו דבעל כרחו צ"ל דלא מיפסל אלא ביום ראשון בלבד. (אחר זה מצאתי קצת מזה בפירוש קושית תוס' בשם כ"ת אלא שלא ביאר כל הצורך. לכן השיגו בשער המלך פרק ח' מהלכות לולב הלכה ב']. וגם לדעת רמב"ם לא קשה דס"ל כדעת ר"ת דדווקא לאחר ביטול הוא דשרי, כמש"כ הכסף משנה שם הלכה א':

איברא לדעת הש"ע קשיא דפסק [בסעיף ג'] כשיטה הראשונה דבשל עובד כוכבים אפי' קודם ביטול שרי בדיעבד ובסעיף ד' פסק כדעת הרמב"ם וגאונים דכל שהפסול בעצמותו משום שאין בו היתר אכילה פסול כל שבעה. ואף למש"כ המג"א ס"ק כ'] בפירושו בדברי המחבר דדווקא באתרוג שראוי לאכילה הוא דפסול, משא"כ בלולב. ומתרץ בזה קושית תוס' הנ"ל. מ"מ קשיא דבסעיף ג'] קאי המחבר על כל הד' מינים, וקשיא באתרוג מיהת ליפסל אפי' בדיעבד אפי' בשל עובד כוכבים דנהי דלית ביה משום פסולא דכתותי מש"ע כיון דאיפשר בביטול, מ"מ יפסל כל שבעה דיצא בעצמותו מדין לכם לפי שאין בו היתר אכילה והנאה של כלום, שוב ראיתי במג"א [ס"ק י"ג] יעוי"ש ואיפשר דזהו שהוקשה לו. איברא תירוצו שם אינו מובן כלל, דמאי ענין דמאי לכאן, שהרי אפי' מה שבידו לגמרי לא מהני בדבר שאסור באכילה ובהנאה כמ"ש הרמ"א שם בשם רשב"א, ודמאי שאני דאפי' טבל גמור מותר בהנאה שאינו של כילוי רק דאסור באכילה לחוד, ולכן כשיש לו היתר ע"י שום מציאות שבעולם כגון דמאי דבידו להתירו גם לעצמו, תו לא מיפסל משום זה, אפי' בדבר שאין לו היתר לעצמו והותר לאחרים, כגון תרומה לישראל, לדעת תוס' סוכה (דף ל"ה ע"ב] ד"ה דאי, ג"כ יוצא י"ח. אבל בדבר שנאסר לעצמו גם בהנאה, תו לא מהני מה שהותרה לאחרים, שהרי אפי' במודר הנאה אינו יוצא י"ח:

ועוד נראה דבע"כ צ"ל דדמאי מילתא אחריתא הוא כמו שיתבאר דבלא זה קשיא שהרי מבואר ברמב"ם שם ה' ב' דטבל פסול משום שאין בו היתר אכילה וכתב שם [בהלכה ט'] דכל הפסול משם זה פסול כל שבעה וקשיא כיון דסופו להפריש ובידו להפריש [אפי' כשאין לו אחר] מיניה וביה מיום ראשון ואילך דחסר כשר. ואפ"ה כל זמן שלא

הפריש מיפסל מפני שאין לו ה"א כמו שהוא, ובדמאי הגם שאין סופו להפקיר אפ"ה כשר דמ"מ י"ל ה"א ע"י מציאות רחוקה כזאת. אלא בע"כ צ"ל דבטבל מיקרי שאין לו היתר כיון דכל זמן שהוא טבל כמו שהוא עתה בשעה שבא לצאת י"ח אין לו היתר רק כשיפריש ממנו. ואז יצא מכלל טבל. להכי כל זמן שעודנו בשם טבל מיקרי שאין לו ה"א ומיפסל משם זה. משא"כ בדמאי דיש לו היתר גם כשעודנו לא יצא משם זה שהרי הוא עודנו דמאי כבתחלה ואפ"ה יתגלגל לו היתר מצד אחר. ומשו"ה יש לו היתר אכילה מיקרי ויוצא י"ח. ולפי"ז הדרא קושי' לדוכתא דבכו"ם של עובד כוכבים אמאי יוצא י"ח כיון דכל זמן שיש לו שם כו"ם אסור באכילה רק כשיבטלנה ואז כבר נפקא משם זה לגמרי, ומלבד זאת לישנא דהרמב"ם קא קשיא ליה בפ"ח מהלכות לולב ה"ט] וז"ל שם והפסלנות שהוא משום כו"ם או מפני שאותו אתרוג אסור באכילה בין ביו"ט ראשון בין בשאר ימים פסול ומדוע חלקם לשנים הלא גם בכו"ם איכא טעמא דאיסור אכילה. ויש לדחות דנקט משום כו"ם משום לולב והדס וערבה שאינם ראויים לאכילה בעצמותם וכדברי המג"א בס"ק כ'] דכל כהאי לא נפסלו מפני שאין בו דין ממון:

איברא כדי לתרץ דברי מרן הב"י נלע"ד בהקדם דברי הש"ס סוכה (דף כ"ג] בפלוגתא דר"מ ור"י בעושה סוכתו ע"ג בהמה עיי"ש דר"מ מכשיר משום דמדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דגזרו ביה. וכן פסקינן לדינא כר"מ משום דסתם מתני' דהתם כוותיה כמ"ש בש"ע (סי' תרכ"ח סעיף ג'] ועיין בטור יור"ד [סי' קמ"ו ובב"י שם דפסקינן דעכו"ם שנשתברה מאיליה לשברי שברים דמותרת ולפ"ז בע"כ צ"ל הא דאין ישראל מבטל כו"ם של עובד כוכבים בכהאי גוונא הוא ג"כ מטעם גזירה כמו לר"ל בשיברה לשברים כמ"ש לעיל [אות ג'] לישב דברי מ"א [סי' תקפ"ו], ונמצא דלפי"ז אשכחן פתרא לדברי הרמב"ם והש"ע דשפיר אית ליה היתר אכילה לאתרוג של כו"ם משום דע"י לעיסה הוה ליה כשברי שברים. ושרי אח"כ לבולעו מדאורייתא הגם דטעימה אסור מדרבנן כמבואר בתשוב' ריב"ש (סי' רפ"ח] והוא איסור שבגופו מ"מ איפשר ליה גם בלא לעיסה שיחתכהו לחתיכות קטנות] ורק משום גזירה הוא דנגעו בה דע"י זה לא נגרע מהיתרו מאומה כדאיתא בסוגיא דסוכה הנ"ל. ועיין פסחים (דף מ"ח] ואי אמרת מוקצה דאורייתא מה לי איסור גופו מה לי איסור דבר אחר. הרי דרק באיסור דאורייתא אי איפשר לחלק בזה. אבל באיסור דרבנן שפיר מחלקינן בין איסור גופו לאיסור דבר אחר והכא נמי גזירה זו דדילמא מגבה לה והדר מבטל לה הוי רק איסור דבר אחר גרם לה. ואין לומר כיון דלא נתכוין לבטלו רק לאוכלו לא נקרא ביטול כלל וגרוע מנשתברה מאיליה שלא נתכוין כלל. וכמש"כ הר"ן בפרק ג' דר"ה לגבי מצות דא"צ כוונה זהו

בשלא נתכוין כלל אבל לא בנתכוין שלא לצאת. והכא נמי איפשר לומר כיון דנתכוין ליהנות ולאכלה גרוע מנשתברה מאיליה. איברא בתוס' יבמות [דף ק"ג ע"ב] ד"ה סנדל וז"ל דאפי' משנקצץ הלולב נתבטל. ועיין במהרש"א בביאור זה דאפי' קצצו לצורכו ולא לכוונת ביטול כלל מ"מ הלולב בעצמו נתבטל, גם א"ל דלמאי שכתבתי בזית רענן בחלק ראשון [דף קכ"ו אות ו'] ובתפארת ירושלים מס' שבועות [פ"ד אות כ"ד] דכלל זה הנלמד מסוכה הנ"ל דאזלינן בכה"ג בתר דינא דאורייי' זהו דוקא היכא דעיקר פסולו הוא מגזירת הכתוב כמו בסוכה דבעי' ראוי' לשבעה דוקא הגם דבשאר ימים אין בו שום פיסול אבל בדבר שהפסול הוא מתחלה מעיקר הדין או שפסולו מצד הסברא אזי גם דבר דרבנן מעכב בו כמו דאורייי' ממש:

איברא כד דייקינן בדברי רבותינו הראשונים נתבררו הדברים שגם לדעת הרמב"ם ורש"י ותוס'. דמפרשי' הדברים שנאמרו בגמ' דלפי שאין בו היתר אכילה. או למאן דאמר שאין בו דין ממונא הם כפשוטן. מכל מקום אינו מצד הסברא דלא הוי נכס כלל ודמי לשאול. שהרי מבואר הדבר בריטב"א שם דכל איסורי הנאה מיקרי לכם ממש. ופירש שם בגמרא דהא דאמרינן שאין בו היתר אכילה, הכוונה על הנאה. כדאיתא בפ' כל שעה מנין לחמץ בפסח שאסור בהנאה שנאמר לא יאכל חמץ לא יהא בו היתר אכילה וכיון שנאסר גם בהנאה הרי עומד לשרפה וכתותי מיכתת שיעורי' הרי משמע להדיא דפשיטא ליה דמצד הסברא מיקרי לכם אפילו באיסורי הנאה. וממילא מובן דגם לדעת רש"י ותוס' ורמב"ם שפירשו הדברים כפשוטן מהיכא תיתי נימא דפליגי בסברא זו. אלא דרש"י וסייעתו סברי דכל שאינו ראוי לאכילה איתרבאי מגזירת הכתוב. וכן משמע להדיא דף ל"ה] מרש"י בד"ה לפי שאין בו היתר אכילה וז"ל ורחמנא אמר לכם הראוי לכם בכל דרכי הנאתו עכ"ל. ומעתה לפ"ז היכא דקנה אתרוג מחבירו ונתן לו מעות ולא משך בפניו. וגם לא אמר לו משוך וקני ונטלו מרשות חבירו שלא בפניו ושלא בידיעתו דמדאורייי' קנה במעות לחוד. ואפ"ה כיון דמדרבנן לא קנה [ועיין תוספות יו"ט עירובין פ"ז משנה י"א] תו אינו יוצא ידי חובתו מדאורייתא כיון דמדרבנן לא קנאו. והרי הוא עודנו של חבירו ולא נקרא לכם כלל. כיון דסוף סוף לא קנה [כמו דאיתא בפ' השוכר את הפועל (דף ס"ג ע"א] גבי אתנן. ובתוס' שם ד"ה והא מיחסרא משיכה. ובזי"ר ח"ר באה"ע הלכה ה' סי' ה' עיי"ש]. אבל לענין היתר אכילה שהוא מצד גזירת הכתוב כל היכא דמדאורייתא יש בו היתר אכילה. אע"ג דמדרבנן אסור באכילה יוצא בו י"ח. כיון דבעצמותו הרי הוא שלו לגמרי אלא שאין בו היתר אכילה מדרבנן. כיון דכל עיקרו הוא מצד גזיה"כ. וכיון שיש בו היתר אכילה מדאורייי' כבר נתקיים בו גם הדבר שהוא מצד

גזיה"כ פשוט הדבר שיוצא בו י"ח. ואין להקשות דאם כן באתרוג של תרומה טמאה נמי נימא כיון דתרומת פירות הוא מדרבנן לחוד הרי יש בו היתר אכילה מדאורייי, זה אינו, דכל היכא שאיסורו בגופו של הנידון חשיבא כדאורייתא ממש. ודמאי בוודאי הוא איסור מחמת עצמו ע"כ יוצא בה רק משום בידו]. וראיה לזה מפסחים [דף מ"ח ע"א] דמשני על עצי מוקצה מפני שאיסור דבר אחר גרם ליה ואפילו בתרומה בזה"ז דאיכא תרי דרבנן אפ"ה אינו יוצא י"ח דכבר כתבו תוס' חולין [דף ד' ריש ע"ב] בסוף הדיבור שרק חשש קדושין הוא. אבל לא להקל ע"י זה:

ח עיין יבמות [דף ק"ג.] בפירש"י בד"ה של תקרובת וז"ל של תקרובת עכו"ם שמסרו לפניו לשם דורון. וקיי"ל תקרובת עכו"ם אין לה ביטול וכו' עכ"ל, והקשה רמב"ן הא תקרובת כזה לא נאסר, דלא הוי כעין פנים. ונלפע"ד לתרץ דברי רש"י על מכונם ומקורו נלמד מסוגיא דשם. ממשנה שלימה שם פרק ר' ישמעאל דף נ"א ע"א] דפריך שם מיניה מצא בראשו וכו' פרכילי ענבים ועטרות של שבלים ויינות ושמנים וסלתות וכל דבר שכיוצא בו קרב לגבי מזבח אסור. בשלמא יינות שמנים וסלתות איכא כעין פנים ואיכא כעין זריקה משתברת, אלא פרכילי ענבים ועטרות של שבלים, לא כעין פנים ולא כעין זריקה משתברת איכא. א"ר אמר עולא כגון שבצרן מתחלה לכך, רש"י שם וז"ל שבצרן מתחלה לצורך עכו"ם. ובבצירתן עבדה לעכו"ם, דהוי כשבר מקל לפניה דדמי לזביחה, עכ"ל:

ולפי"ז מובן מעצמו דפירושא דמתני' הכי קאי, דכיון דמצאו בראשו, הרי חזינן שכל מגמתו להקריב דורון לכו"ם. אזי אמרינן דקרוב הדבר ביותר שבצרן מתחלה לכך, והוי כעין זביחה. דאין לומר דמיירי בידעינן שבצרן מתחלה לכך. דאם כן הרי נאסרו מיד ואפי' לא מצאן בראשו נמי. ואפי' חוץ לקילקלין נמי, שהרי כבר נעשו תקרובת, כמו מנסך שלא בפניו. ומעתה נכון הדבר דגם בסנדל שמסרו לפניו לשם דורון, אמרינן דמיד שחתכו מן העור נעשה לשם עכו"ם והוי כעין זביחה. וכמו שבר מקל לפניה. וזה פשוט וברור בעז"ה יתש"ש:

ט עיין בסוגיא דסוכה (דף ל"ה] בפירש"י ותוס' ור"ן וריטב"א ונראה לפענ"ד לברר דבריהם על מכונם. עד מקום שיד קוצר שכלי ובינתי מגעת. הנה עיקר הסוגיא נראה כתמוה, לפירש"י ותוס' שפירשו, דבערלה ותרומה טמאה לא צריכינן להנך טעמי דמפרשי בגמ' לפי שאין בו היתר אכילה או שאין בו דין ממון. ולא עוד אלא דמיגרע גרע בהנך טעמי שאין בהם פסול אלא ביו"ט ראשון בלבד משום לכם. איברא לקושטא פסולים כל שבעה משום דכתותי מכתת שיעורי'. אלא משום דאית בהו נ"מ למילתא

אחריתא למעשר שני אליבא דר"מ. ומה הדבר שהכריחם לזה. ולא מצינו סוגיא כזה שלא יהיה תוכו כברו. וגם קושית מהרש"א היא תמיה עצומה. דא"כ למה נדו מסברא דסברי מעיקרא. דמאן דבעי דין ממון לא בעי היתר אכילה. ותרומה טמאה היינו טעמא משום דכתותי מש"ע. ועל תירוצו קשיא טובא. כמ"ש בז"ר ח"ר חלק או"ח בהכשר ד' מינים [סי' ג' אות ב']. ושם תירצתי עיקר הקושיא בדרך חידוד. ועתה נראה לענ"ד לתרץ הדברים בפשטא. דקשיא ליה לגמ' דכיון דקתני של אשירה ושל עיה"נ דמיפסלי משום דכתותי מש"ע. ואם איתא דכולהו מיפסלי משום האי טעמא. אלא משום דרבותא אשמעינן דלא מיבעיא בשל אשירה ושל עיה"נ דמחוייב לשורפו מן התורה. אלא אפי' של ערלה דאינו מחוייב בעצמותו לשורפו רק משום תקלה לחוד אפ"ה פסול מהאי טעמא. ולא מיבעיא הנך דלית ליה הנאה של כלום מתחלה ועד סוף. אלא אפי' תרומה טמאה לכהן דשרי ליהנות בשעת שרפתן אפ"ה נפסל משום האי טעמא דכתותי מש"ע. וכמו שפירש הריטב"א בשם מורו, עיי"ש. אבל לדעת רש"י ותוס' בפירושא דגמרא לא ניחא להו בזה. דאכתי הוי ליה למיתני לכולהו בהדי הדדי. וליתני חד פסול אכולהו ותלתא פסול למגן הוא דנקט ליה. ומשו"ה פליגי בגמרא, חד אמר לפי שאין בו היתר אכילה, ואתא לאשמעינן במאי דנקט ליה בפ"ע. דאית בהו עוד פסול. מלבד דכתותי מש"ע. בכדי לידע דמעשר שני בירושלים דקתני בסיפא הוא אפי' לר"מ. ולמאן דאמר לפי שאין בו דין ממון אתא לאשמעינן דסיפא רבנן. ולר' מאיר פסול. ולס"ד דלמאן דאמר דין ממון לא בעי היתר אכילה פליגי ג"כ בדבר זה בכדי לברורי לן בפירושא דמתניתין במאי דפליגי ב"ש וב"ה בדמאי. אבל בטבל גמור גם לב"ה פסול. ולמ"ד שאין בו דין ממון גם בטבל גמור יוצא. והא דקתני דמאי, או משום רבותא דב"ש. או משום דמיירי בתרומה טמאה של דמאי, וכמו שכתב הרמב"ן. ומשו"ה מקשינן מדקתני תרומה טמאה בפני עצמה, מכלל דאתי לאשמעינן דיש בו עוד פסול חדש מלבד טעמא דכמש"ע דכבר נשמע מרישא דשל אשירה ושל עיה"נ. אלא לאשמעינן דהיתר אכילה לכולי עלמא בעינן:

י בתוס' [דף ל"ה] ד"ה לפי, שהקשו על לולב דאשירה דריש פרקין דלמה ליה לטעמא דכמש"ע. ולימא משום שאין בו דין ממון. והא דלא הקשו כן בשמעתין על אתרוג גופה ולמאי שכתבתי לעיל [באות הקדום] ניחא דבע"כ צ"ל דפסול דרישא הוא משום כמש"ע. בכדי שיתיישב לן בסיפא גבי ערלה דלא כללוהו בהדי רישא. דאתי לאשמעינן דיש בו עוד פסול אחר. ונ"מ. לגבי טבל וכמש"ל. אבל גבי לולב דלא קתני אלא אשירה ועיה"נ. ובחד פסול על שניהם, הוא דקשיא להו וכמש"ל באות ז']. והוא דאז גם אשירה של עובד כוכבים וביו"ט שני יפסל. דנהי דלא שייך גביה טעמא דכמש"ע דאפשר בביטול. מכל

מקום יפסל לפי שאין בו ד"מ. דלענין זה לא סגי לן במאי דאיפשר. דהא גם בטבל דסופו להפריש אפ"ה מיפסל כל זמן שלא הפריש. רק לגבי כמש"ע מילתא אחריתא הוא, דכל שאפשר בביטול אזי עיקרו צד קל יש בו. ואפי' נסתיים מילתא שלא ביטלו אח"כ. משא"כ בכו"ם של ישראל דחמורה בעצמותו. וכן משמע להדיא מדברי תוס' יבמות דף ק"ג ע"ב] בד"ה סנדל וכו' וז"ל וקודם ביטול כיון דראוי לבטל לא מיכתת שיעוריה אע"פ שלא נתבטל עדיין, עכ"ל:

עוד יש לפרש בכוונת קושית תוס'. דנ"מ במצה של עיה"נ או של עכו"ם דישראל, ובאין לו מצה אחרת. דכתותי מש"ע ליכא שאינו צריך לאכול כזית ביחד רק בכדי א"פ. [ובכה"ג תו ל"א כמש"ע וכן כתב התורת גיטין סי' קכ"ד]. ועשה דמצה דוחה ל"ת דלא ידבק. ואפי' לתירוצו דירושלמי גבי חדש אפשר לומר דזהו היכא דהלא תעשה הוא לאחר הדיבור. אבל על עכו"ם גם ב"נ מצווים עיין תוס' קידושין [דף ל"ח] בד"ה אקרוב. ותירוצם השני לא שייך הכא משום דעבודת גילולים מאיס ובדילי אינשי מיניה. כמבואר בש"ס ביצה (דף ל"ט ע"א] דלא גזרינן שלהבת אטו גחלת מהאי טעמא ועיי"ש בתוס' ד"ה הקדש. אכן לטעמא דאין בו ד"מ ולא מיקרי לכם אזי אין יוצא י"ח כלל. ואפשר דאע"ג דב"נ מצווה על עכו"ם. זהו על עיקרו וכלל של עכו"ם אבל לא על פרטיהן שיאסר הנעבד בהנאה וכיוצא בו, וצ"ע לדינא. וכיון שטעם זה כולל יותר מטעמא דכתותי מש"ע, זו היא דקשיא להו לתוס' דהוה ליה למינקט מטעם זה שאין בו דין ממון. דנכלל בזה גם לגבי מצה. וע"ז תירצו כיון דטעם זה דכמש"ע כולל יותר במקומו לגבי לולב עצמו למיפסל בכל ז'. משו"ה נקטו לטעם זה:

סימן יד

עוד בענין הנ"ל ובדין מע"ש לענין חלה

א עתה נברר ונלבן הדברים שיצאו מפי רבותינו הראשונים בדין מעשר שני בגבולין לענין חלה ושאר דברים ומקודם נחקורה בדברי רש"י סנהדרין (דף קי"ב] בד"ה אבל בגבולין, וז"ל שאין לה היתר אכילה אלא בפדיי' ד"ה פטורה מן החלה דממון גבוה היא. לישנא אחרינא, אבל בגבולין דאין לה היתר אכילה בשעת חיוב חלה. דהיינו בשעת גלגול העיסה לא קרינן בי' ראשית עריסותיכם וכו' עכ"ל. ונראה בעליל דבתרווייהו לישנא נקט לי' למאן דאמר לפי שאין בו היתר אכילה. שכן הוא לפסק הלכה ברמב"ם פ"ח מלולב ה"ב, ופ"ו מה' בכורים ה"ד ובכ"מ שם). רק דבלישנא קמא ס"ל לרש"י דר"ח ס"ל דבגבולין ממון גבוה הוא ולהכי אין בו היתר אכילה לכ"ע ולליטנא ב' ס"ל דאפי' ממון הדיוט הוא אפ"ה אין בו היתר אכילה. ולהבין הדבר במישרים צריכים באור רחב,

ועיין קידושין [דף נ"ג ע"ב] בתוס' ד"ה איהו, הכריעו עפ"י ראיות מוצקות דבגבולין ממון הדיוט, ויכול לקדש בו בגבולין שתהיה מקודשת מיד. וטעמא דר"ח הוא לפי שאין בו היתר אכילה, וכלישנא בתרא דרש"י בסנהדרין, וכלישנא בתרא דקידושין דחד בחבריה מישך שייכי, כמבואר. דללישנא קמא בקידושין דאונסא דאורחא מצד הדין על המקדש הוא לפי שאין הקידושין נתפסין מיד בעודם בגבולין. הוא מפני שעודנו ממון גבוה הוא ואינם חלים רק בירושלים, ששם ממון הדיוט הוא לרבנן. אבל ללישנא בתרא שהוא רק מפני התרעומות, לפי דקידושין חלים מיד, והוא שיתן לה כל כך שיהיו שווים למוכרם בשוה פרוטה למי שירצה להוליכם לירושלים. כמבואר יותר בריטב"א שם, והוא כלישנא בתרא דרש"י דסנהדרין דלאו ממון גבוה הוא. וכן הוא בתוס' בכורות [דף ט']:

ויש להבין דבסוכה [דף ל"ה] בד"ה לפי, נקטו בסוף דבריהם דנימא מע"ש בגבולין ואליבא דכ"ע לפי שהוא ממון גבוה ולהכי יש בו היתר אכילה. אבל אין בו דין ממון. וזהו להיפוך בכמה הדרגות ממה דהחליטו בקידושין דממון הדיוט הוא ואפ"ה אין בו היתר אכילה. ועיין במהרש"ל שדבריו המה נגד כל הדעות של הראשונים בזה, ועיין בר"ן סוכה שפירש ג"כ במתניתין לדינא דאפי' בגבולין יוצא במע"ש לרבנן. ומפני שיש בו היתר אכילה בירושלים, וקשיא מסנהדרין. ודוחק לומר דר"ח ס"ל לפי שאין בו דין ממון, ובדין ממון אזלינן בתר מקומו ושעתו, או דס"ל דחלה שאני, וכדברי מהרש"א מפני שיש בו תרי מיעוטים:

ולבאר כל זה בביאור נכון לכל היוצאים דחופים להבין הדברים לאשורם. ומקדם נתבוננה בדבר פשוט ומוכרח. ומזה נעלה במסלה להבין גם בעומק הדברים הנ"ל. דהנה נראה בעליל דפשיטא להו לבעלי התוס' דאפי' תרומה ביד ישראל יוצא בו, מפני שיש בו היתר אכילה לכהן כמ"ש שם (דף ל"ה ע"ב) בד"ה דאי בעי ובר"ן במתני' מבואר דפשיטא ליה להיפוך דדווקא כהן הוא דיוצא י"ח אבל לא ישראל. איברא לקושטא לא פליגי. דבעיקר סוג זה לא פליגי כלל. דעיקר הגורם מפני שאין בו היתר אכילה. זהו היכא שאין בו ה"א כלל לכל ישראל. איברא כל זמן היכא שהוא שלו, כגון ערלה וכלאי הכרם ותרומה טמאה שבעצמותו הוא שלו רק שנוסף לו עוד דלענין לכם בעינן נמי שיהיה בו היתר אכילה. ולזה מהני היכא שיש היתר לאחד מהם, ולהכי בדמאי שהוא קנינו לכל דבר. אזי די לענין היתר אכילה לפי שיכול להאכילם לעניים וכן בתרומה שנפלה לו מבית אבי אמו כהן, או שקנה מיד כהן למוכרם לכהנים אע"ג דאינו רשאי, כדאיתא [פ"ז דשביעית מ"ג]. ובתרומה כי האי מיירי בתוס'. ור"ן בע"כ מיירי בתרומה

שהפריש הישראל משלו. אזי פשיטא דאין יוצא בו כיון דגופו אינו שלו. מידי דהוה כמו שאול. איברא כן הדברים למ"ד דתלוי בהיתר אכילה ואפי' בדבר שהוא שלו ויש בו ד"מ גמור, בעינן נמי שיהיה מותר באכילה כגון של טבל דמותר בכל הנאות שאינן של כילוי אפ"ה אינו יוצא בו. ולמסקנא דהיתר אכילה כ"ע לא פליגי דבעינן. ולכן כל כה"ג אזי מספיק ביש בו היתר אכילה לאחרים אבל למ"ד דאפי' כשיש בו ה"א לעצמו בעינן נמי שיהיה בו דין ממון לעצמו, ומשום האי טעמא אינו יוצא במע"ש בירושלים לר"מ אזי פשיטא דלא סגי במה שיש בו ד"מ לאחרים, דבדין ממון מסתבר דלא תליא רק בבעלים עצמן. וכדמות ראיה לזה מקושית הש"ס מתרומה טמאה בשלמא וכו' אלא למ"ד לפי שא"ב ד"מ הרי מסיקה תחת תבשילו. משמע מפשטא דלא קשיא ליה אלא מת"ט שביד כהן. אבל בת"ט שביד ישראל שנפלו לו מאבי אמו כהן או כשקנה בשוגג תרומה מכהן ונטמאה לא קשיא ליה מידי, לפי שאין לבעלים עצמן דין ממון. וכל עיקר הקושיא מדסתם לן משמע נמי דאפי' כהן עצמו לא יצא, שהרי מצינן למידחי דמתני' מיירי ביד ישראל דווקא, וכנ"ל. דהשתא אין לבעלים היתר הסקה ואין לו ד"מ. ביותר הו"ל להקשות בסתמא. ולימא, הרי יש בו היתר הסקה ואפי' ביד ישראל נמי, ומדקאמר הרי מסיקה תחת תבשילו משמע דעל ת"ט שביד כהן הוא דקשיא ליה לפי דדין ממון תליא רק בבעלים לחוד:

ולפי"ז לאחר שנתברר לן כל זאת. עמדו רבותינו בדברי ר"ח בסנהדרין ולפי דפשיטא להו דלענין היתר אכילה. כשם דסגי לן כשיש במציאות היתר אכילה לאחרים ה"נ מכש"כ דליסגי לן כשיש לו היתר אכילה כשיגיע לירושלים אע"פ שאין לו היתר אכילה במקום זה וכ"כ התוי"ט] וגם פשיטא להו דר"ח ס"ל כמאן דאמר דבהיתר אכילה תליא מילתא דכוותיה פסקו כל הפוסקים וכמ"ש לעיל. ולהכי פירש"י בלישנא קמא דבגבולין פטור מע"ש מן החלה לפי שאין לו היתר אכילה. הגם דיש לו היתר אכילה בירושלים ולא גרע מהיכא דאין לבעלים ה"א דדי אם יש לאחרים ה"א. והכא נמי אף דבמקום זה אין לו הרי יש לו במקום אחר, אולם כ"ז היכא שהוא ממונו וכגון בישראל שנפל ליה תרומה מאבי אמו כיון דממונו הוא אזי לענין ה"א לחוד מספיק לן גם בה"א דאחרים או במקום אחר. אבל מע"ש בגבולין דממון גבוה הוא אזי אין יוצא י"ח ולא מיקרי לכם עד שתהיה לבעלים עצמם ה"א במקום זה, אע"ג דלדידן דפסקינן דבה"א לבד תליא מילתא ומע"ש בירושלים חשיבי לכם לר"מ אע"ג דממון גבוה הוא. זהו כשיש לבעלים עצמן ה"א באותו מקום וכעין שפירשנו לעיל גבי תרומה להשוות דברי ר"ן עם בעלי התוס' איברא דברי רש"י בלישנא בתרא דגם בגבולין לאו ממון גבוה ואפ"ה ס"ל לר"ח דפטור מן החלה לפי

שאין בו ה"א עודנו מוקשה. כיון דכל עיקרו של דין ממון בקידושי אשה תליא והשתא דיכול לקדשה גם בגבולין מעכשיו וכל"ב דרש"י בקידושין הנ"ל הרי יש לבעלים בהם דין ממון גמור. ובכה"ג הרי סגי לן בה"א לאחרים. ומכש"כ כשיש לבעלים ה"א בעצמן במקום אחר כמו בדמאי ותרומה שנפלו לו בירושה מאבי אמו כהן. וכמ"ש לעיל בביאור דברי תוס' הנ"ל ולהשוות דברי ר"ן עמהם:

לכן נראה לענ"ד בביאור דברי רש"י בלישנא בתרא. וכן הכריחו תוס' בקידושין ובכורות כל"ב דרש"י]. וטעמא דמלתא דנהי דלאו ממון גבוה, ויכול לקדש בהם גם בגבולין מעכשיו, אפ"ה פטור מחלה דבעינן ראשית ששיריה ניכרין והוא שחלה תהיה אסורה והשאר הותרה לזרים ובגבולין גם השיריים אסורין בשעת לישה. מאי אמרת דכיון שיש בו ד"מ שהרי יכול לקדש מעכשיו הרי סגי בהיתר אכילה דמקום אחר. דזה אינו דגם בדין ממון שבו בעינן שיהי' שיריים ניכרין ובזה נהי דיכול לקדש אשה בשיריים. אבל אינו יכול לקדשה מעכשיו בפירות דשווין פרוטה בירושלים, אלא צריך להוסיף לה פירות כל כך דיהיו שווים פרוטה באותו מקום שקידשה דבכל דיני ממון הולכים אחר מקומן ושעתן ובכה"ג הרי הוא בחלה עצמו שהפריש יכול לקדשה כשיוסיף לה כ"כ עד שיהיה הטובת הנאה שוה פרוטה וכיון דבדין ממון שבו אין כאן שיריים ניכרים הרי דינו לענין חלה כאילו אין בו ד"מ כיון דלא מיגדר בזה כפי סוג של חיובו והדר דינא דבעינן שיהיה בו היתר אכילה לבעלים עצמן במקום לישה והפרשה כיון שאין בדין ממון שבו להשלים החיוב בהפרשה זו, ועיין פסחים ל"ג ריש ע"ב] בתירוצא דרב הונא בריה דר"י אלמא דאפילו היכא דדבר אחר גורם שאין שיריים ניכרים נמי אינה קדושה. ועיין בר"ן שמביא כן בשם ר"ח ורמב"ן. וכן פסק הרא"ש בסוף פרק האיש מקדש] דטובת הנאה ממון. [א"כ גם בחלה יכול לקדשה בט"ה ששוה פרוטה], וכן נראה מדברי תוס' בב"מ [דף ו'] בסוף ד"ה והא. דמהדרי שם לתרץ האי דבן לוי דחטף מתנתא פריצות הוא ואינו מחוייב לשלם דמיירי כשאכלו משמע דסברי להלכה דטו"ה ממון ואין לומר דרבא לשיטתו דס"ל בנדרים (דף פ"ה ע"א] טו"ה ממון, לו יהי כן מכל מקום נקוט מיהת בידך דמסתבר להו דרבא ס"ל כן. וממילא מוכח דפסקינן כבתראי ולא ניחא להו בתירוצא של ש"ך [בחו"מ סי' ש"ן] דדוקא בנדרים לחוד הוא דס"ל לרבא כן. משום דוויתור אסור במודר הנאה:

ב ולאשר עודנו הדברים סתומים קצת וצריכים ביאור, נראה ללבן הדברים לאשורם לפענ"ד. דהנה לכאורה הענין בכללו תמוה. דאמרינן באתרוג של ערלה הטעם לפי שאין בו ד"מ. ופירש"י וז"ל שאינו שוה פרוטה דאיסורי הנאה הוא הלכך לאו שלכם הוא

עכ"ל. ובד"ה קס"ד וכו' כתב וז"ל ואע"פ שאינו ממונו לר"מ דאמר בקידושין מע"ש ממון גבוה ואינו נכסי הדיוט לקדש בו אשה כשר לצאת בו עכ"ל. אלמא דכל עיקרו של דין ממון תליא בקידושין. דהיכא דאם קדשה מקודשת דין ממון קרינן בי', ועיין קידושין [דף נ"ו ע"ב] בתוס' ד"ה המקדש בערלה יעויי"ש ותמצית דבריהם. או דמיירי כשקדשה. רק בדלא שוין פרוטה שלא כדרך הנאתן, או דלא ידעה שאיסורי הנאה הוא והוה קידושי טעות, ומעתה אם מודיע לה שאיסורי הנאה הוא. והוסיף פירות עד ששוין פרוטה שלא כדרך הנאתן, הרי היא מקודשת ויש בו ד"מ, כיון דכל עיקרו של ד"מ בקידושין תליא מלתא. ואמאי אין יוצא בו. ואין לומר כיון דאסור לקדש בו. משום דהוא איסור הנאה. ומשום זה לבד נפקא ד"מ שלו. חדא, דמלישנא דרש"י הנ"ל דנקט שאינו שו"פ דא"ה הוא, משמע דבשווי' תליא מלתא. ועוד דשם קידושין (דף נ"ב ע"א] בתוס' ד"ה המקדש בפירות שביעית כו'. כתבו וז"ל אי נמי יש לפרש דאע"ג דאסור לקנות מהם חפץ כדכתיב לאכלה ולא לסחורה ה"מ לכתחלה אבל בדיעבד המקח קיים. וכן גבי אשה בדיעבד מקודשת עכ"ל, ועיין סוכה (דף ל"ט] דפשיטא לי' לגמרא היכא דלקט או קנה אתרוג בשביעית דיוצא בו. אע"ג דאסור למוכרו. ואפי' לרב אסי דתלי נמי בדין ממון ואע"ג שאסור לקדש בו, מכל מקום כיון דבדיעבד מקודשת. דין ממון קרינן גביה, ואמאי אינו יוצא באתרוג של ערלה, כיון דאם קידש בו בשוה דרך משל עשר פרוטות עד ששוה פרוטה שלא כדרך אכילה, והודיע לה מקודשת, וגם אין לומר דזה עצמו גדרו של דין ממון, דכל ששאר פירות דכוותי' שוין פרוטה, והוא מחמת האיסור שבו אין שוה עד שיוסיף בכפלי כפלים בכדי שיהיו שוין פרוטה שלא כדה"א, זהו עצמו אפקעתא לדין ממון שבו. דאם כן מאי מקשה מתרומה טמאה והרי מסיקה תחת תבשילו, ויש בו ד"מ, הלא ע"י איסור תורה נפחת דמי' ולא הגיע שווי' רק לדמי עצים, ואפ"ה ד"מ יש בו, אלא שמע מינה דבהכרח הענין ילחצנו ליסוד מוסד, דווקא ע"י הצטרפות שניהם. הוא שיתלכד בהם הפקעת ד"מ, והוא כשאסור מה"ת לקדש בהם, וגם כשיקדש בהם יפחת משוויין ע"י איסור הנאה שבו. אזי נפקע ד"מ שבו, אבל באחד מהם לא נפקע מדין ממון שבו, ולהכי בת"ט כיון דשרי לכהן לכתחלה להסיקו תח"ת. לא נגרע מד"מ שבו אע"ג דנפחת משוויו, והגיע רק לדמי עצים, וכן בפירות שביעית, אע"ג דאינו רשאי מה"ת למוכרם או לקדש בהם. כיון דבדיעבד אם קדשה מקודשת, ולא נפחת משווי' מידי, לכן לא נפקע מד"מ שבו מידי, רק בערלה דנתלכדו שניהם יחד, הוא דנפקע ד"מ שבו לגמרי: **ונהדרין** למאי דכתבנו דגבי מע"ש בגבולין לל"ב דרש"י דלאו ממון גבוה הוא. ויכול לקדש אשה בגבולין מעכשיו, ובלבד שיתן לה פירות כ"כ בכפלי כפלים, בכדי שיעלו

לשוה פרוטה במקומם על מנת לאוכלן בירושלים, וכיון דמותר מה"ת לקדשה בגבולין מעכשיו, הרי הוא עודנו בדין ממון, לכן גם למסקנא דבהיתר אכילה לכ"ע לא פליגי דבעינן בדבר דקפדא רחמנא דבעינן לכם, וגם בדבר שיש בו ה"א פסקינן כמאן דאמר דלא בעי ד"מ, ומשו"ה יוצא במע"ש בירושלים אפי' אליבא דר"מ דממון גבוה הוא, אכן גם לדידן איכא מעליותא לד"מ, היכא דאין לבעלים ה"א במקומן, או שאין לו ה"א כלל, רק לאחרים, אזי תליא בד"מ. דהיכא דיש לו ד"מ, אזי סגי גם להיתר אכילה שבו היכא דהותרה לאחרים, או שלא במקומם לעצמו, כמו שהוכחנו לעיל מרבותינו הראשונים גבי תרומה באות א'). ולפי"ז ק"ל בדברי ר"ח אמאי פטור מן החלה בגבולין, כיון דמדין ממון לא נפיק, אף שנפחת' משוויה ע"י איסור תורה מ"מ לא גרע מת"ט דעודנו עטוף בדין ממון כיון שרשאי לכתחלה לקדשה מעכשיו, שוב סגי בה"א שעתיד לבוא לבעלים עצמן כשיביאנה לירושלים, דנלמד מכש"כ. מה"א דאחרים דסגי היכא שיש לו ד"מ. וחתרנו לדעת דבענין חלה דווקא הוא דאמר ר"ח לפי דבעינן שיריים ניכרים. ובמע"ש אין שיריים ניכרים. דכשם שיש ד"מ בשיריים לכשיוסיף בכפלים, בכדי שתהיה שו"פ למוכרם, בכדי שיוליכם לירושלים, הרי כמו כן איתא גם בחלה גופא שיוסיף כ"כ עד שישוה טובת הנאה בירושלים בדמי פרוטה. הגם דבחלה צריך להוסיף בכפלים מן השיריים. לפי שאינו אלא לפי דמי ט"ה בירושלים, דסוף סוף שניהם יצאו ע"י איסורן מדמי שוה פרוטה של שאר פירות. תו לא איכפת לן לד"מ שבהם בריבוי הוספה או במיעוטו. ולפי"ז דברי ר"ן במתניתין דסוכה ניחא בפשטא, דאתרוג של מע"ש כשר אפי' בגבולין, דס"ל בפירושו דר"ח בסנהדרין כל"ב דרש"י שם. וכאשר הכריחו בתוס' שם. דלרבנן גם בגבולין ממון הדיוט הוא לקדש בו אשה מעכשיו, ובלבד שיוסיף בפירות עד שיעלו שיווי הפירות בכאן לכדי ש"פ, וכיון שיש לבעלים בהם ד"מ, אזי סגי לן גם בה"א שיגיע לו אח"כ במק"א. ולפי"ז עיקר דינו דר"ח הוא רק לענין חלה, ומטעם אחר, דלפי דבעינן שיריים ניכרים הוא דאין לו ה"א וכמ"ש לעיל. אבל לשאר ענינים דבעינן לכם לא איכפת לן, וגם במע"ש בגבולין לרבנן יוצא בהם שהרי יש לו ד"מ וה"א:

ג ועתה עפ"י הצעת דברים הללו יתבארו דברי תוס' בסוכה שהם תמוהים וסתרי דבריהם בקידושין מהיפך להיפך דשם פשיטא להו דאפי' דבגבולין לאו ממון גבוה הוא. אפ"ה לית בהו ה"א, ובסוכה קשיא להו דהו"מ למימר נמי מע"ש בגבולין ואליבא דכ"ע. ובע"כ צ"ל דאפ"ה יש בו ה"א, רק ד"מ הוא דלית ליה. וצריכנא להקדים לזה מלתא דמסתברא בפשטא. דנהי דלמ"ד ממון גבוה הוא יכול לקדשה שיחולו הקידושין בירושלים. ואפשר לומר דאפי' בש"פ לבד ג"כ מקודשת, זהו מפני שנתרצה בכך. אולם כשאנו דנין בדבר

שצריך לכם. והוא שיהיה בו ד"מ ג"כ [ותמצא לומר דחשיב ג"כ ד"מ ע"י זה לפי שבידו לעשותן ממון אע"ג דהשתא מ"ג הוא. אולם להלן יתבאר דד"מ שאני], אזי פשיטא דליכא ד"מ השתא בשיווי פרוטה כשאר פירות חולין, אלא שיש ד"מ בכפלי כפלים שבו, ומ"מ יש בו ד"מ הגם שיצא מש"פ, לא גרע מת"ט דיש בו ד"מ הגם שלא הגיעו אלא לדמי עצים, דמי פתי שיקנה מע"ש בגבולין שיהיו קנויים לו בירושלים ויתן דמי מחירם כמחיר חולין גמורים, שיכול לאוכלם או למוכרם כאן בלא טורח והוצאות הדרך, וכיון שכן שפיר נוכל לומר דמע"ש בגבולין אע"ג דמ"ג הוא יש בו ה"א לכל דבר, שהרי בידו להוליכם לירושלים ולאוכלם שם, אטו פירות שצריכים טחינה והרקדה ואפייה ואינם ראויים לאכילה בלא זה, הרי הושווה דינם לכ"ד כאילו יש בו ה"א מיד, וטעמא דר"ח דפטור מחלה הוא לפי שאין שיריים ניכרים, וכמש"ל כיון דגם בשיריים צריך להוסיף נגד שיווי חולין, וכיון שיצא מגבול ש"פ מחמת איסור תורה, א"כ גם חלה עצמו כן, אם יוסיף עד שיהיה ש"פ בדמי טו"ה שבו, גם בחלה עצמו יש בו ד"מ לרוב הפוסקים דטו"ה ממון. איברא כאשר נתבונן בזה דמבואר דגם ללישנא קמא דרש"י, דגם לרבנן מע"ש מ"ג הוא בגבולין ואפ"ה יכול לקדש בהם שתהיה מקודשת בירושלים, ואמאי, מי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש ולקמיה קדיש, כדאיתא בכמה דוכתי וצ"ל דדמי בזה להא דאיתא בפ' אע"פ [ריש דף נ"ט] שדה זו שמשכנתי לך לעשר שנים לכשאפדנו תיקדש דקדשה. מפני דלסוף עשר שנים בידו לפדותו. וה"נ בידו להביאו לירושלים ולקדשה שם. וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה. אלא דאכתי קשיא, דנהי דבידו להכניסם לירושלים הרי אכתי השתא לאו ממונא הוא, וצריך שיהוי יום או יומים עד שיגיע שמה, וכל כה"ג לאו ממונא הוא אלא בכלל גורם לממון הוא, כדאיתא בפסחים [דף כ"ט] באוכל חמץ של הקדש במועד דלא מעל. אלא לר"ש דס"ל גורם לממון כממון דמי [ודוחק לומר דר"י ס"ל כוותיה]. אלא בע"כ צ"ל כיון דמעיקרא הכי קידשה שיחולו רק בירושלים ושמה יהיה ממון גמור. ולא קשיא לדעת תוס' רי"ד גבי עשה לי שירים ונזמים ואמר הרי את מקודשת לכשאעשה ואמרה הן, דאפילו בהוסיף לה נופך משלו אינה מקודשת עד שיאמר לה אח"כ, הרי דאפילו בדבר שבידו, אפ"ה צריך לקדשה אח"כ מחדש, עיין ב"ש [סי' כ"ח ס"ק ל"ט]. והשתא בדינא דר' יהודה דאמר בשוגג לא קידש ובמזיד קידש. צ"ל דלא קידשה אח"כ בירושלים. דא"כ בשוגג נמי וכיון דהשתא כשקידשה בגבולין. הרי ממון גבוה הוא באותו שעה, ונהי דבידו להביאם לכלל ממון לאחר יום או יומים מ"מ השתא הם רק בסוג גורם לממון. וכיון דלאו כממון הוא בשעת נתינה לידה יצטרך לקדשה אח"כ מחדש. אלא לקושטא לא דמי דהתם שאני דנתחדש אח"כ דבר חדש לגמרי. והוא תואר

הכלי שקידשה בו מה שלא היה בשעה שקידשה. ודמי למאי שכ' הרשב"א קידושין נ"ו] ותוס' (פסחים כ"ט] ד"ה אין גבי איסורי הנאה לענין מעילה וקידושין דאע"ג דלעפרן ש"פ. כיון דנשתנו לגמרי ממה שהיו לא מועיל בזה במה שבידו לשורפם ולהביאם לכלל ממון. אבל במע"ש שהפירות כמו שהן יש ביד הבעלים להביאם לכלל ממון. והוא קידשה מעיקרא ע"ד כן. אזי לכ"ע א"צ לקדשה מחדש. איברא כ"ז ניחא גבי קידושין כיון דמעיקרא הכי קידשה שיחולו הקידושין בירושלים וא"כ חלות הקידושין ודין ממון של הפירות תרווייהו בהדי הדדי קא אתיין. ולכן אע"ג דבשעה שקידשה לא הוי אלא בכלל גורם לממון לית לן ביה. כיון דבשעת חלות הקידושין הרי יצאו לכלל ממון גמור אבל בדבר מצוה דלמ"ד דלא מיקרי לכם עד שיהיה בו ד"מ לבד מהיתר אכילה. אזי פשיטא היכא דבשעת עשיית המצוה לא היה אלא בכלל גורם לממון דלא מיקרי לכם. מפני שלאחר זמן יצא מכלל גורם ליכנס בסוג ממון גמור:

ולפי"ז הכי אזדא קושית תוס' הנ"ל בסוכה, דלדעת רש"י בל"ק בסנהדרין ובקידושין (דף נ"ג] דבגבולין גם לרבנן מ"ג הוא דא"כ הו"ל לש"ס לומר הנפקותא במע"ש בגבולין. ואפי' לרבנן, דגבי היתר אכילה שהוא רק מצד גזיה"כ [כמש"ל בסי' י"ג אות ז'] והרי יש בו ה"א כיון דבידו להביאם לכלל היתר וכל שבידו עדיפא עוד מדבר שיש בו ה"א לאחרים. דצריך לזה גם הצטרפות של דין ממון כמש"ל אכן בדבר שבידו לגמרי. הרי זה כאילו הותרה מיד לעצמו. ותו א"צ לד"מ כלל כיון דס"ל דתליא רק בה"א לבד. אבל למ"ד דצריכין לתרווייהו ה"א וד"מ, וכל הנוגע לד"מ אזי צריכין שיושלם הדבר בגדרו של ממון גמור. וכל היכא דהשתא לאו ממון גמור הוא. אזי נפקע שם ממון ממנו. ולא נקרא אלא בכלל גורם לממון. והשתא דאתינא להכי. בע"כ צ"ל לדעת תוס' דמסתבר להו דדבר שבידו להביאו לכלל ה"א גם לבעלים עצמן רק שהמקום לבד הוא שעומד לנגדו. אזי לדידן דפסקינן דבה"א לבד תליא וא"צ לד"מ כלל. ה"ה נמי במע"ש בגבולין. אזי בין לל"ק דרש"י דממון גבוה הוא ובין לל"ב דרש"י יוצא י"ח דחשיבי לכם. וטעמא דר"ח בסנהדרין דפטור מן החלה. הוא משום דגבי חלה איכא תרי מיעוטי. ובעינן ג"כ ד"מ. וכמש"כ המהרש"א בסוכה וכיון דלענין ד"מ אין שיריים ניכרים משו"ה פטור, אבל גבי אתרוג יוצא י"ח דחשיב לכם אפילו לל"ק דרש"י דמ"ג הוא, ובחלה פטור אפילו לל"ב. איברא לדעת רש"י צ"ל דאפי' בדבר שבידו לגמרי להביאו לכלל ה"א לא עדיפא בזה מדבר שהותר באכילה לאחרים ולא לבעלים עצמן דבזה לכ"ע צריכין גם לד"מ. כמש"ל [באות א']. ולפי"ז יוצא י"ח גבי מידי דבעינן לכם לל"ב דרש"י דממון הדיוט הוא. אבל לל"ק גם באתרוג אינו יוצא. אבל גבי חלה פטור בין לל"ק בין לל"ב, אפילו אם נימא

דדינו של חלה שוה לכל דבר דצריכין לכם. וסגי בה"א לבד לדידן דזהו דוקא היכא דהותר לבעלים עצמן ומיד. ומעתה לסברת רש"י לא קשה קו' תוס' הנ"ל לל"ק, דכיון דמ"ג הוא ולית ביה ד"מ. א"כ גם גבי אתרוג לא יצא י"ח בגבולין. אפי' למ"ד דתליא בה"א לבד [וע' לקמן סי' ל"ה מענינים אלו]:

חלק יורה דעה

סימן טו

בדיני רבית (**תשובה זאת מחזקת שלשה סימנים**)

לכבוד ידיד ה' וידיד נפשי ולבבי ה"ה הרב המאה"ג בתורה ויראת שמים מעודו ועד עתה, הצדיק המפורסם בכל הגלילות כקש"ת מו"ה נחום שליט"א שהיה אב"ד דק"ק שאדיק, וכעת תקע אהלו בירושלים עיה"ק תובב"א, ואחוזת מרעהו הרבנים הגדולים המופלגים בתו"י, ה' יאריך ימיהם ושנותיהם:

בנידון שאלתו אודות אחד שקנה שטר חוב מחבירו בחדש כסליו שנת תרי"א שהיה לו על ראובן. ולזמן הפרעון הי' עדיין איזה חדשים וקנה ממנו בפחות בעבור שעדיין איננו זמן הפרעון. וזה מותר כמבואר בש"ע יורה דעה [סי' קע"ג סעיף ד'], ושורש הדין מביאו הרי"ף בשם הירושלמי. וכשהגיע זמן הפרעון תבע מהבע"ח מעותיו דחה אותו מלשלם, ואמר לו הלא הוזקתי על ידך במה שאוכל להרויח בממוני שמגיע לי. והשיב לו מסתמא אראה שלא יגיע לך היזק. ועתה כשפורע לו המעות תובע ממנו מה שהיה יכול להרויח בממונו. וטען שאתה גרמת לי היזק, ואתה הרווחת בו עד עתה, והלה משיב שלא יוכל ליתן לו ריוח דהוי רבית והתורה אסרה. מאי דינא בזה:

הן החכם המופלג הרב השואל האריך בזה בחכמתו על כל גדותיו בכל צדדי הפרטים בחריפות ובקיאות. ולדעתי אראה מתחילה להשיב את הנראה לענ"ד בעיקר השאלה, ואחר זה נבאר בפרטים המסתעפים, ואחר כל אלו אשתעשע את יד"נ החכם השלם בחידושין שחידש בזה בשעשועין דאורייתא:

א הנה לכאורה נראה כדברי החכם המופלג נ"י שדין זה תלי' בדברי הסמ"ע והש"ך [בסוף סי' פ"א] בחשן משפט, דלדברי הסמ"ע אם תבע המלוה את מעותיו לאחר זמן שיכול להרויח בהם והלוה השיבו שיתן לו ריוח. מחויב ליתן לו. ולתירוצו של הש"ך אפשר לומר דפטור:

ולדעתי נראה דבהלוואה אין מקום ומקור כלל לחייב את הלוה אף בדיני שמים. ולא עוד אלא היכא דאמר בסתמא שיתן לו ריוח אזי לדעת ראב"ד [בפ"ו מהלכות מלוה הלכה

ג' ובש"ע יורה דעה סי' קס"ו סעיף ב' ובש"ך סק"ח] הוי רבית קצוצה ולשאר פוסקים מידי אבק רבית לא נפקא, והיכא דאמר לו בפירוש שיתן לו מחצית ממה שירויח. אזי לכולי עלמא לא הוי אלא אבק רבית, כמו שפירש"י גבי מעות יתומים במס' בבא מציעא [דף ע'] בד"ה קרוב לשכר. [ובזה היכא דאמר הלוה לאחר זמן הפרעון שיתן לו מחצית שכר והמלוה מפסיד על ידו, אזי לדעת הים של שלמה בב"ק פטור, ומותר משום רבית, ויתבאר לקמן]:

וטעמא דמילתא שהרי מבואר להדיא בש"ס ב"ק דף נ"ו] בכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה לאוקימתא דרב אשי דשוי' טמון באש דפטור מדיני אדם. וכן פסקינן שם בש"ע חושן משפט [סי' תי"ח סעיף ט"ז], הרי אע"ג דאש סמוך לו ובוודאי יתחייב הלה לשלם. ואפ"ה פטור מפני שעדיין לא זכה הניזק בחיובו דמזיק. ועיין היטב ברמב"ן בדינא דגרמי [דף מ"ג עמוד ד' ודף מ"ד ע"א בדפוס פיורדא] שכתב שם להדיא כן, שאין לחלק בין מבטל כיסו של חבירו מן הריוח או מן תשלומי הפסד שיגיע לו מחבירו, דעיקרא דמילתא מפני שעדיין לא זכה בו הלה, (ועיין מ"ש לקמן בסימן שאחר זה אות ד' בדברי רמב"ן אלו] ואע"ג דהתם חייב בדיני שמים, זהו היכא דאיש אחר בא ועשאו טמון באש וגרם להפסיד לחבירו בדבר שחייבתו התורה, ואע"ג דמציל בזה את חבירו כיון שהצלתו הוא שלא כפלס מאזני תורתנו הק', שהתורה חייבתו והוא נכנס בריב שאינו שלו וגרם לפוטרו. אזי חייב בדיני שמים מיהת. ולהכי לא אישתמט חד מהפוסקים להשמיענו שגם אם המזיק בעצמו שוי' טמון באש שחייב בדיני שמים. אלא וודאי דבזה פטור אפי' בדיני שמים, משום שכוונתו להרויח לעצמו. והדברים עתיקים שגם בדיני דגרמי שחייב לשלם מדינא. פטור לגדולי פוסקים היכא שמתכווין להרויח לעצמו, עיין ש"ע חושן משפט (סימן ס"ו סעיף כ"ג ובש"ך ס"ק פ"א], וממילא נשמע דהיכא שעיקר חיובו הוא רק בדיני שמים אזי לכ"ע יש לפוטרו במקום שמכוין להרויח לעצמו וממילא נשמע דה"ה בנידון דידן אע"ג שנתברר שיכול המלוה להרויח בהם והלוה מדחהו בלך ושוב שפטור אפי' בדיני שמים:

וא"ל דשאני גבי טמון שלא עשה מעשה בממונו דחבירו רק שכסהו דזה אינו ולא ניתן להאמר כלל, שהרי גם בהלוואה הוא ממונו של הלוה לגמרי כמבואר להדיא בפוסקים ועיין רש"י קידושין [דף ו' ע"ב] בד"ה לא צריכא בסה"ד וז"ל אבל וכו' לאו מידי יהיב לה שכבר הם ברשותה והם שלה עכ"ל:

וכיון דפטור אפי' בדיני שמים רק היכא דיש לו לשלם ומדחהו בלך ושוב אזי עובר על לאו מדברי קבלה, כדאיתא בחושן משפט (סי' צ"ז סעיף ג'], אבל לחייבו ממון. גם

בדיני שמים לא מצינן, ובפרט היכא דבאמת אין לו במזומן אזי פשיטא דפטור אפי' בדיני שמים:

לכן היכא שמבטיחו שלא יפסיד על ידי זה או שיתן לו ריוח סתמא, אזי פשיטא דתליא בפלוגתא דרמב"ם וראב"ד הנ"ל אם הוי רבית קצוצה ומאבק רבית לא נפקא לכל הפוסקים, איברא היכא דאמר לו שיתן לו מחצית שכר הרי זה דומה כאילו נתן לו מתחלה להתעסק בהם למחצית שכר] שהיא הלכה פסוקה שתיקנו חכמינו ז"ל בזה שהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון, עיין רמב"ם בפרק ו' מהלכות שלוחין ושותפין הלכה ב'], ובמרדכי סוף פ' החובל גבי קרע את כסותי גבי מלוה לאחר זמן פרעון ואמר לי' יהיה בידך למחצית שכר דאמרינן שכוונתו היה על עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון, רק דפסק דלא מהני מידי כיון שכבר נתחייב באחריותו ודמי לדאתי לידו בתורת שמירה. דל"מ מה שאמר לו אח"כ קרע את כסותי [וכן פסקינן בחושן משפט סוף סימן ק"כ ובכמה דוכתי], וכתב הים של שלמה ב"ק פרק החובל [סימן ע'] אע"ג דמתחלה בתורת מלוה אתי לידי' ושוב לא נשתנה הענין בדיבורא בעלמא, מ"מ אם נתן הלוה מחצית הריוח לית ביה משום ריבית. אע"ג דמצד הסברא נראה דכיון דלא מהני התנאי לענין הפסד שיהיה המחצית באחריותו של המלוה ה"נ לא מהני לענין הריוח ושוב לא נפיק מכללא דאבק רבית מ"מ אין בידינו להכריע מצד הסברא נגד דעת הגדולה:

איברא נראה דבכגון זה אמרינן הבו דלא לוסיף עלה. דזהו דווקא היכא שהמלוה התנה כן שיהיה מהיום. והלאה למחצית שכר הוא דלית ביה משום רבית היכא דהרויח ורוצה לתת לו, מפני דאמרינן שהלוה סמך על דברי המלוה, שבכלל דבריו שגם אם יפסיד יופחת מחלקו ג"כ החצי כמ"ש הים של שלמה שם להדיא, אבל היכא שהלוה אמר כן לאחר זמן פרעון שהמלוה לא סמך את עצמו על דיבורו שיודע שלדחותו אמר כן, וממילא לא נתרצה גם כן להכניס את עצמו בפלגא דפסידא. אזי נראה שגם מהרש"ל מודה דמכל מקום מידי אבק רבית לא נפקא:

ועוד ראי' לעיקר דברינו דבהלוואה לכ"ע פטור אפי' היכא שהמלוה מברר שיכול להרויח בהם. מש"ע ח"מ [סימן ס"ו סוף סעיף ל"ב בהגה"ה] היכא שמוכר שטר חוב שיש לו על הא"י ברבית וחזר ומחל להא"י דאין צריך לשלם לו רק הרבית שכבר עלה עליו, אבל לא הרבית מהיום והלאה, ועיין בש"ך שם ס"ק ק"ז] שמשיג גם על זה מפני שרבית אינו נמכר, ואע"ג שהיה יכול לגבותו, דמניעת ריוח לא חשיב היזק יעו"ש, הרי אע"ג דהפסידו ברורה לנו מ"מ פטור, והרמ"א שחולק בזה משום דס"ל שרבית נמכר וכבר זכה זו בקניתו. אבל לכ"ע מיהת ברבית שיעלה עליו לא מחייבינן ליה, ואע"ג

דבוודאי יגיע וע"י מחילתו מפסידו מיד. א"כ מכ"ש בריוח שיגיע למלוה אם יפרע לו שעדיין לא זכה בזה מאומה דלא מחייבינן לי' משום עיכוב פרעונו דלא עשה מעשה בפועל רק בשב ואל תעשה דלית שום צד לחייבו. ואי משום שהוא הרויח בהם, דהא כיון דמלוה להוצאה ניתנה וקנה אותן להוציאן לגמרי, שוב מאי איכפת לן במאי שהרויח במעותיו של עצמו (ואין הנידון דומה כלל לסי' רצ"ב דמחייבינן ליה אם יכול להרויח כמו שיתבאר להלן, ומ"מ יש מקום לקושטי' הסמ"ע וש"ך בסוף סי' פ"א כמ"ש לקמן באות ב'], ובזה שכתבנו די לבאר דלא דמי לדברי ב"ח ורמ"ה לקמן [בסי' שס"ג] דהיכא דנעל בית חבירו ואינו מניחו להשכירו דחייב לשלם מפני שמפסידו בבירור דהתם שאני כיון שביתו ברשותו לכל דבר, וכשם שיש לו קנין הגוף יש לו נמי קנין הגוף לפירותיו דהיינו הבית לדור בו, דהוי כמו דקל לפירותיו וע"י מעשיו גוזל ממנו מיהת קנינו לפירותיו מש"ה ס"ל דחייב לשלם הפסידו. משא"כ הכא שהוא רק ע"י העדר מעשיו לחוד, ועוד דבדידי' קא עביד שכבר קנוים בידו משעת הלוואה, [ועיין רמב"ן פרק השולח שכתב כן גבי מזיק שיעבודו לחלקו מדינא דגרמי מפני דבדידי' קא עביד מעשה] ומה שהרויח בהן הלוה בשלו מרויח, ולא נתכוין להזיק רק להרויח דעדיף ממוחל בתלתא דרגא דפשיטא דפטור:

וכיון דפטור אפי' בדיני שמים פשיטא דאית ביה משום רבית:

ועוד ראיה דאלת"ה וננקוט דברי הסמ"ע בפשטות שגם בהלוואה מחוייב לתת לו ריוח כשהלה מפסיד מה שיכול להרויח והלוה מרויח בהם. אזי מלבד ראיה הנ"ל מטמון באש ומרבית שיעלה דפטור המוחל. תקשה לן דא"כ בקל נעקרו כמה תקנות והלכות קבועות. חדא שהרי מקרא מלא דיבר הכתוב ולא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו. והשתא אי תימא שהלוה יתחייב לשלם למלוה ממה שהרויח והלה יכול להרויח, א"כ לרוב פעמים יתבטל הלאו לגמרי. שהרי יש אפס מנהו אשר עודנו לא זקפן עליו במלוה והוי כהקפת חנות שאינו עובר עליו. וכיון דמעורב בו מידי שאינו עובר עליו תו לא עבר גם על מלוה, כיון שבמשכון זה יש שמץ מנהו שאינו עובר עליו, כמבואר בנתיבות המשפט (סי' צ"ז] יעו"ש שמביא ראיה לזה משוטחה לצרכה ולצורכו. וראיה זו שהבאתי הגם שאינה מוכרחת אבל מכרעת ומסתברת:

ועוד כדמות ראיה מסי' ק"ג דאם ירד המלוה לנכסי הלוה אפי' כשעשאו אפותיקי מפורש והחזיק בהם שלא מדעת הלוה ושלא ברשות ב"ד דכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו. והרי הפסיד המלוה ע"י עיכוב הלוה שאילו נתנו לו מדעתו כאשר נתחייב לו בשעת הלוואה שעשאו אפותיקי מפורש. הרי כבר הרויח המלוה הפירות האלו, וע"י עיכובו

הפסידו לגמרי. ועוד מידי איירי שלא היה יכול להרויח במעותיו. ואפ"ה מנכין לו כל הפירות שאכל בלא שום ניכוי מעיכוב הפרעון ומהפסידו דמלוה

ב ועתה נבאר דברי הסמ"ע [בסוף סי' פ"א] שלכאורה דבריו תמוהים שהקשה על מלוה מפקדון דמנא ליה לדמותן ועוד שכבר בארנו דבמלוה לכ"ע פטור. ועוד יש לדקדק דמשמע מדבריו דעיקר קושיתו על מה שהציב ציונו דלא מהני דיבורו כיון שלא התנה בשעה שנתחייב וגם בלא קנין. וביותר הוי ליה להקשות דאפי' בלא התנה כלל יתחייבו כמו בפקדון:

לכן נראה לפענ"ד למעיין היטב בתשובת הרא"ש שם (כלל ס"ו סי' יתבונן דהעובדא הכי הוי, ראובן תבע לשמעון את חלק בנו שמת, בשטר חוב שיש על שמעון מה שמגיע ממנו מנדוניית אמו של בנו, ותבע גם את הריוח שהבטיח לו. והשיב ע"ז כיון שלא הבטיח לו בשעה שנתחייב לא מהני מידי בדיבורא בעלמא. דמשמע דבשעה שנתחייב מהני ומחוייב לתת לו ריוח הלא זה ריבית גמור, שגם אם נימא שכוונתו היה ממה שירויח מ"מ אבק רבית הוא שהרי אפי' כשיכול להרויח בהם להלוותם לא"י ברבית. התורה חייבתו בהכי להלוותם לישראל בלא רבית ב"מ דף ע"א]. א"ו דעובדא הוי ששמעון חייב א"ע ליתן לנדן איש אחד בעד אשה הזאת שהיתה עם בנו ואח"כ מת בעלה הראשון ולא הניח אחריו לשלם נדוניא של אשתו, ונמצא שמגיע לה הנדן ע"י שיעבודא דר' נתן ואח"כ נישאת לראובן והיה לו בנים ממנה ומתה ואח"כ מת בנו הקטן שאינו יכול לתבוע מחמת אשתו שאין הבעל נוטל בראוי, כמבואר בש"ע אה"ע סי' צ' סעיף א'] וטוען ראובן ששמעון הבטיח לו אחר שמתה אשתו ותבע ממנו את חלק בנו הקטן. אזי הבטיח לו ליתן לו ריוח דהיינו ממה שירויח כמו דפסקינן דנכסי יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד. ועל זה השיב הרא"ש דאם הבטיח בשעה שנתחייב הנדן בוודאי מחוייב לשלם, דבנדן פסקינן כן דבשעת חיובו מותר לקצוב גם ברבית [כמ"ש בסוף סימן קע"ו וסי' קע"ז סעיף ט"ו] ומחוייב לשלם כאשר קיבל עליו. אבל אם כבר נתחייב הנדן ואח"כ פסק ברבית פטור, ואסור גם משום רבית, ומשו"ה בעובדא הלז. אע"ג דמותר משום דבשעת פסיקה כבר הגיע לנכסי יתומים, מ"מ פטור משום דבדיבורא בעלמא לא נתחייב. [וא"ל שהרי במעות יתומים אפי' לא התנה כלל מחוייב לתת החצי ממה שהרויח, אפי' בלא התנה דהוי כאלו התנה (כמבואר בסי' ק"ס סעיף י"ט ובט"ז שם ס"ק י"ז) דזהו כשהיו מעות של יתומים בשעת הלוואה. אבל הכא לא היה בשעה שנתחייב מעות של יתומים. וכן מצאתי במשנה למלך (פרק ד' מהלכות מלוה הלכה י"ד) תוך ד"ה ויש להסתפק בנכסי יתומים דפשיטא ליה סברא זאת]:

וע"ז הקשה הסמ"ע מסי' רצ"ב דכיון דמחייבינן ליה שם כשלוח יד משום עיכוב הפרעון, הרי דאיתא בכלל דין ממון מה שהפסיד הלה ע"י עיכובו והוא הרויח בהם. דנהי דהתם עדיף טפי כאשר נבאר להלן [באות ז' ח'] בארוכה בדרך מישרים בעזה"י. ומשה"ט מחייבינן ליה התם אפי' בלא התנה מ"מ יתחייב הכא כשהתנה אפי' בדיבורא לחודא, שהרי זה עולה במסילה להא דפסקינן [בסי' קכ"ט ברמ"א סעיף ג' ובסמ"ע ס"ק ג'] כשתובע את חבירו לשלם לו ואין לו ובא חבירו ואמר אני אשלם בעדו. דאזי היכא שפטר את הלוה לגמרי מחוייב חבירו לשלם לו דהוי כערב בשעת מתן מעות שעל פיו הלוהו וה"נ על פיו פטר את הלוה. ותו נעלה עוד בהדרגה זו ונימא דאיזה נפקותא יש בין מוחל לגמרי לחייבו בכולו, או למוחל לו במקצת לחייבו במקצתו. שהרי מבואר בסי' ס"ו סעיף כ"ד ובש"ך ס"ק פ"ג] דגם כשמוכר מאריך הזמן פרעון ללוה מחוייב לשלם ללוקח מה שהפסיד לו וכיון שכן הרי בעובדא זו שכבר הגיע זמן פרעון לשלם ליתומים והיה יכול לנוגשו שישלם לו. וילוום לאחרים קרוב לשכר ורחוק להפסד, ורק משום תנאו שהתנה עמו שיתן לו החצי במאי שירויח מהיום והלאה מחל לו במקצת דהיינו שהרויח לו הזמן פירעון והניחו מלנוגשו עוד ולכפותו שישלם לו בזמנו וירויח בהם. וזהו עצמו בכלל דין ממון, ודמי למחל לו במקצת. ומן הדין שיתחייב גם הוא באותו מקצת דמה לן בין מחל לחבירו או מחל לעצמו, כיון שרק מפני הבטחתו הניח לו במה שנתחייב כבר לשלם בזמנו. ומפני הבטחתו נפסד הלה במה שהיה יכול להרויח. איברא זהו היכא דלית ביה משום רבית הן בשעת הלואה והן בשעת התנאי. אבל בשאר ערב שלא בשעת הלוואה אפי' כשהגיע זמן פרעון, משום דאיסור רבית מפקיע דין ממון שבו והפקעתא דמלכא הוא ומשו"ה פטור הערב לגמרי. וע"ז תירץ דאיירי בתוך זמנו. דאע"ג שמגיע לו רווחא לאחר זמן מ"מ כיון דבשעת התנאי לא נהנה כלום תו לא יתחייב בעבורו, ועיין בב"ש באה"ע (סי' כ"ח ס"ק ל"ח] יעו"ש:

ובסמ"ע שם סוף סי' פ"א] כתב עוד וז"ל או דאיירי בלא תבעו דהיינו שלא גילה לפניו שיכול להרויח בהם ע"י עסקיו או להלוותם לאחרים. ומשו"ה עודנו לא נכנס בסוגא דממונא שיתחייב חבירו מפני שיתדמה למחול לו במקצת:

והא דהוצרך הסמ"ע להציג קושייתו מסי' רצ"ב ולא הביא ממתניתין דריש מכות (דף ג') גבי עדים זוממין, דהזמה שאני דחידוש הוא שהרי לא נפסד חבירו כלום על ידו. דאפי' לדעת הפוסקים דגבי ממון ל"א כאשר עשו שיפטרו מלשלם כמ"ש תוס' בבא קמא דף ד' ע"ב ורמב"ם פרק כ' מהלכות עדות הלכה ב']. אבל מ"מ לא הפסידו לחבירו מאומה שהרי הלה מחוייב להחזירם ואפ"ה לא נפטרו המה מתשלומי הזמה. ולא עוד דאפי'

על ספק ממונא כמו גבי שינו והדר עינו דפטור לשלם משום ספיקא אלא כשיתפוס וכשהוזמו מחוייבים לשלם לרב. עיין רמב"ם פרק כ"א מהלכות עדות הלכה ד'] ובכסף משנה ובמגדל עוז:

ולרווחא דמילתא לשעשועין דאורייתא נביא עוד ראיה מוכרחת לזה דשאני עדים זוממין משאר מזיקים. שהרי לרבנן דפטרי בדינא דגרמי פטרו ג"כ בזיכה את החייב אפי' היכא דקם דינא, כמבואר ברמב"ן בסוגיא דשיקול הדעת. ובתוס' שם איתא שני תירוצים בזה. והשתא אי תימא דעדים זוממין שווין לשארי מזיקין דעלמא, א"כ לא משכחת לן עדי שובר ופרעון דהרי הוי כעדות שאי אתה יכול להזימו שהרי לא הוסיפו מאילו שרפו שטרו לגמרי. אלא ודאי אע"ג דבעלמא פטורין מ"מ עדים זוממין משלמין על מחשבתן הרעה. ובזה נסתר מה שהאריך הרב החכם השואל בזה בדברי הגהות מיימוני ומשנה למלך [בפרק ז' מהלכות מלוה]. והא דלא הסב הסמ"ע הקושיא מסי' ס"ו סעיף כ"ד. דשאני התם שהמוכר הפסיד שטרו מדמי שוויו שהיה בשעת קנייתו כמובן:

ג והש"ך [בסוף סי' פ"א] חולק בזה וס"ל דגבי עניני חיוב והלואה פטור כשהתנה בלא קנין אפי' היכא דלית ביה משום מילתא דאיסורא, בין בשעה שנתחייב ובין בשעת התנאי אפי' כשתבעו לאחר זמנו והוא מפסיד והלה מרויח אפ"ה פטור. ולא נוכל לדמותו להא דריש סי' קכ"ט כיון שגם התם עיקר חיובו הוא מחמת ערבות דגילתה התורה דמהני בדיבורא בעלמא. ועיין ריש פרק הנושא (דף ק"ב ע"ב] ע"כ לא קאמר ר' ישמעאל התם אלא וכו'. וכן הא דאיתא בריש קידושין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמקודשת מדין ערב. הרי דדין ערב הוא סוג מחודש. וע"כ לא חידשה לן אלא בגוף אחר חוץ משניהם. אבל לא בדברים שבין המלוה והלוה גופיה, דלא מיבעי לדעת הפוסקים בחשן משפט (סי' ש"פ סעיף א' ברמ"א שם] גבי זרוק מנה לים ואתחייב אני לך דלית ביה משום ערבות, פשיטא דהכא לית לן לחיובא ללוה בדיבוריה משום ערבות. אלא אפי' לדעת החולקים דמחייבי, דהתם מיהת איתא פעולה מחודשת חוץ משניהם משא"כ הכא דליתא אלא בין מלוה ללוה גופייהו לא נכנס כלל בסוג ערבות. נמצא לפ"ז לכ"ע גבי הלוואה היכא דאית ביה סרך איסורא לא מהני הבטחתו כלום. שהרי סוף דינא לא עדיף מתחלת דינו דמרבינן להדיא [ב"מ דף ע"א] דישראל קודם בלא רבית. ובפרט בעתים הללו דבטלו הכפיות וההתנגשות מאחינו בנ"י דלא פטרו במידי, ובמה יתחייב הלוה. איברא הסמ"ע ס"ל דאין סברא לחלק בסוג הערבות משום שהפעולה יוצאת חוץ משניהם. רק שבזרוק מנה לים היינו טעמא דפטרי משום דלא אתא ליד בר דעת דליזכי בהו, כמ"ש הר"ן בריש קידושין:

ד ולפי"ז נראה ברור לפענ"ד לדינא שהלוה פטור ולא עוד אלא שאסור. וא"ל משום דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן. וכשאמר לו לאחר זמן פרעון בזה הלשון מסתמא אראה שלא יגיע לך היזק דכוונתו היתה למחצית שכר בפלגא מלוה ופלגא פקדון כמו שהאריך בזה יד"נ הרב השואל נ"י. וראייתו מדברי הרא"ש פרק איזהו נשך [סי' י"ז] גבי חצר דלא קיימא לאגרא. ומדברי הרי"ף [בסוגיא דאסמכתא ב"מ דף ס"ו ע"ב] גבי מחילה בטעות לפירושו של הנימוקי יוסף שם:

לדעתי נראה דלא דמי דשאני התם דמשום חזקה לא מפקינן דבר מחזקתו הראשונה ממה שנהייתה עד כה. ומשום האי טעמא בחצר דלא קיימא לאגרא עד כה לא אמרי' שעתה משכירו למלוה בשכר רבית. וכן גבי מחילה בטעות לא אמרינן דמחל לו משום איסור רבית אבל בנ"ד שהיו מעותיו אצלו בהלוואה עד כה, משום חזקה זו ל"א שדעתו היה לאפקועיה ממלוה לפקדון ולהוציא המעות מחזקתו. וזה דומה למאי דאיתא בעירובין (ל"ו ע"א) היום חול ולמחר קודש מספיקא לא נחתי ליה קדושה, היום קודש ולמחר חול מספיקא לא פקעו ליה קדושתיה:

ועוד דכשם דלא מחזקינן ליה ברשיעי ה"נ לא מחזקינן להו לאינשי בטעותא. שהרי משום דברים הטמונים בחכו ובסרעפי לבבו לא יקבל עליו הלה פסידא ואחריותא מפלגא דפקדון. רק היכא שהמלוה אמר כן בפירוש אז יש לומר שהלוה סמך על דיבורו שלא יחזור בהם כמ"ש הים של שלמה בבא קמא [פרק ח' סי' ע']:

ואין זה דומה לנידון דמהר"י בן לב בחלק ב'. שהתם במעות של יתומים איירי דמותר ליתן להם רווחא ממה שהרויח אע"ג דכולא מלוה וכן איתא להדיא בש"ע יורה דעה [סימן ק"ס סעיף י"ט] דמעות של יתומים אפי' לא התנה מותר ליתן להם חצי ריוח. ולהכי גם כשהתנה ברבית קצוצה מותר משום דהוי כאילו לא התנה:

ה עיין בים של שלמה ב"ק פרק ח' סי' ע'] שמחלק בין היכא שהיה בידו מעיקרא בתורת מלוה. ואח"כ אמר לו המלוה שיהיה מהיום והלאה פלגא מלוה ופלגא פקדון, דל"מ שיתחייב המלוה באחריותו ושיתחייב הלוה לתת לו חצי ריוח אלא בקנין גמור והיכא דהיה בידו מעיקרא בעיסקא ואח"כ הסכימו בדיבורא בעלמא שיהיו בידו מהיום והלאה בהלוואה דמהני. ומחלק שם בין היכא שבא לפוטרו לבין היכא שבא לחייבו. ומש"ה ברישא דבא לפוטרו לא מהני, משום דדמי לקרע את כסותי היכא דאתיא לידי' בתורת שמירה. אבל בסיפא שבא לחייבו מהני בדיבורא לחוד. ומצד הסברא נראין דבריו דחוקים קצת למעיין, שהכח הפוטר נגרע מכח המחייב. ולפענ"ד הקלושה נראה שהדברים פשוטים לחלק ביניהם, דהיכא דהיה מעיקרא בתורת הלוואה כיון שכבר

קנוים ביד הלוה. והמה כשלו לגמרי אזי לא אפשר שיקנה המלוה מה שתח"י הלוה שיהיה של המלוה. אם לא שמקנה לו המחיר שתח"י בקנין גמור למלוה. כי היכא דליפקע ממלוה לפקדון, דכשם דאינו יכול ליתן את שלו לחבירו בדיבורא ה"ה נמי מן לוה למלוה וכיון דלא קנה המלוה החצי שיהיה כשלו. אזי אין הלוה מחויב לתת לו חצי ריוח. אבל היכא שהיה מעיקרא בעיסקא אע"ג שאין המעות גופיה בעין. כיון שהמחיר והתמורה בעינא והלה אינו רשאי להוציאם נצרכו. רק לאיעסוקי ביה כדאיתא להדיא בש"ס בבא מציעא [דף ק"ד ע"ב] ועכשיו שאמר הנותן שיהא בידו בתורת הלואה הרי נתן לו רשות להוציאם גם לצרכו ולמשתי ביה שיכרא, והרי הוא כאילו המלוה מקנה את העיסקא ללוה דמהני בדיבורא בעלמא שהרי ישנם מתחילה תחת יד המתעסק. ודבר זה דומה ביתר שאת ועדיפא עוד מהיכא שהיה לו עיסקא ביד אשה ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת לי בעיסקא זו דמקודשת. שכן מפורש ברש"י קידושין דף מ"ז ע"א] בד"ה להוצאה ניתנה. וז"ל הלוה רשאי להוציאם בהוצאה ואינו חייב להעמידם בעיסקא שתהיה מצוי' בכל עת שיתבענו. וכיון דלהוצאה ניתנה הויא לה כדידה ולא יהיב לה מידי עכ"ל. אלמא בעיסקא מקודשת. וכ"כ בקצה"ח [סימן ס"ז ס"ק ב'] ועיי"ש מה שכתוב בשם תשובת מהר"ם בר ברוך]:

והא דהוצרך המרדכי בפרק החובל להוכיח בדין זה היכא שאמר לו שיהיה בידו למחצית שכר דל"מ משום דדמי להיכא דאתי לידיה בתורת שמירה. דמשמע מזה דאילו אמר לו על מנת לפטור מאחריות אונסין דמהני, לאו לענין שיטול המלוה החצי מן הריוח ושיתחייב לו הלה בזה דכיון דבלתי אפשרי שיהיו קנוים למלוה בדיבורא לחוד ועודנו לא יצאו מרשות הלוה אזי פשיטא דפטור. רק דדברי המרדכי קאי רק לענין אחריות. דנהי דל"מ שיתחייב הלה בחלק הריוח מ"מ יפטור מיהת מן אחריות אונסין. שהרי מחילה א"צ קנין. ומשה"ט הוא דמצריך לדמותו לאתי לידי' בתורת שמירה. וכי תימא דמהיכא תיתי יפטור הלה מן האחריות כיון שעיקר דיבורו היה רק בשביל מחצית שכר שהרי כך אמר לו בפירוש שיהיה למחצית שכר רק דממילא נשמע שכיון לפלגא פקדון. והיאך נאחוז את הטפל שבו ונעזוב את העיקר. דמ"מ יש מקום לומר כיון שפטרו מן אחריות. וע"י זה נפטר הלה לס"ד דמרדכי בקושיתו. ומש"ה סמך על הלוה שיתן לו גם חצי ריוח כשירויח בההיא הנאה דנהנה מהנה

ולפי"ז היה מדברי מרדכי כדמות ראיה לדברי הים של שלמה שם שגם למסקנא דלא נפטר מן האחריות משום דדמי' להיכא דאתיא לידו בתורת שמירה. דמ"מ מותר לתת לו חצי ריוח מפני שסמך הלוה על דיבורו של מלוה שיקיים דבורו אע"פ שמצד הדין פטור

ה"ה נמי להיפך. אלא דלקושטא הכא עדיף טפי. כיון דמ"מ בחד צד מיהת מהני מדינא. ומשו"ה סמך המלוה את עצמו שיתן לו גם חצי ריוח אע"ג דלא נוכל לחייבו מדינא. אבל בדינא דים של שלמה י"ל דאסור ליתן לו החצי ריוח כיון דל"מ למסקנא בשום צד משום דדמי לאתי לידיה בתורת שמירה. ולא עוד אלא דיש מקום לומר לקצת פוסקים בחשן משפט (סימן ר"ז סעיף י"ג ברמ"א) בשנים שהמרו עם זה. וכן בב"י [ריש סי' קע"ו] דלס"ד דמרדכי אזי מחויב לתת לו חצי ריוח כיון דאיתא לשניהם צד זכות וחובה. דהיינו לענין אחריותו של הלוה וחצי ריוח של המלוה. ואיידי דבעי למיקני גמר ומקני:

ונמצא תבנא לדינא דהיכא דאמר המלוה ללוה אחר זמן פרעון שיהיה בידו למחצית שכר על מנת לפטור מאחריות אונסין דאזי כיון דפטור מדינא אזי ממילא דמותר ליתן לו חצי ריוח, ולמקצת פוסקים מחויב מדינא כאשר הוכחנו מדברי מרדכי הנ"ל:

איברא כן הוא דעת המרדכי וים של שלמה הנ"ל. אבל לדינא דפסקינן ביורה דעה [סי' קע"ו סעיף א'] דכל כמה דלא פטרו מכל אחריות דהיינו מגניבה ואבידה ומאונסין הוי מיהת אבק רבית. והכא כשאמר לו שיהיה בידו למחצית שכר אפי' אמר לו ע"מ לפטור מן האונסין, כיון דאכתי חייב בגניבה ואבידה. וחלק הפקדון עודנו לא נקנה למלוה בלא קנין גמור. ולא נקבע שם פקדון עליו א"כ אכתי אינו רשאי לתת לו מן הריוח. כיון שכל הסך שהלוה לו עודנו ברשות הלוה ושלו הוא כמו שהיה רק מצד פטור אחריות הוא דנתיר לו וכיון שלא פטרו מכל אחריות אכתי מכלל אבק רבית לא נפקא. דבשלמא בכל עיסקא דעלמא אע"ג שמחויב בגניבה ואבידה כיון שהריוח שנוטל הוא מן ממונו ומחלק הפקדון דאיתא ברשותיה תו לא איכפת לן בחיוב אחריות דידיה אבל היכא שהיה מתחילה בידו בתורת הלואה תו אי אפשר להכניסו לרשות בעלים בלא קנין וכמש"כ:

לכן לדינא קשה עלי הדבר לפסוק כדעת הים של שלמה בזה ובנידון דידן דמיגרע גרע עוד באיזה הדרגות, חדא שהנותן לא התנה כלום שיהיה למחצית שכר. וגם הלוה הטמין בחכו עיקר דיבורו ולא אמר בפירוש שיהיה למחצית שכר רק שיראה שלא יפסיד, שיש לזה כמה פירושים כמובן, והוי כידים שאינן מוכיחות כלל דלא מהני מידי, דפשיטא דאסור ליתן לו אפי' אם הרויח רק בחלקן של יתומים דאפי' לא התנה דינם כהתנה:

ו בדברי רש"י בבא מציעא פרק איזהו נשך [דף ע'] התמוהים, דמעיקרא בדברי רב ששת פירש משום דביתמי לא גזור ולבסוף בדברי רב אשי מפרש משום הפקר ב"ד. וגם דברי הטור ביורה דעה [סוף סי' ק"ס] לא הביא כלל דעת רש"י. ובחשן משפט [סי' ר"צ סעיף י"ג] פוסק כוותיה, כאשר כבר עמד בזה המשנה למלך [בפרק ד' מהלכות מלוה הלכה י"ד]. ועוד יש לדקדק דמשמע שם בעיקרא דמילתא בזוזי של יתומים שנתחדש הדבר

בדורותם אם להיתר או לא. ופליגי אמוראי שם בזה. ובבכורות (דף ל"א ע"ב] מביא שם ברייתא להדיא דמקילין ביתמי. דמוכרין מעשר בהמה לאחר שחיט' משום דביתמי אוקמוה אדאורייתא יעו"ש במסקנא בדברי רבא. (וי"ל קצת דהתם משום פסידא והכא משום רווחא]. לכן נראה דאפשר לומר דבוודאי לעיקר היתרא דקרוב לשכר ורחוק מהפסד אין אנו אחראין לומר משום הפקירא. דבלא זה יש כח בידם להתיר בדבר שנאסר עד כה, כי היכי דלא לכלי' קרנא דיתמי כמו שהבינו בדעתם הרחבה לפי העת והזמן. איברא כל זה היכא שהלוה נותנם לבסוף מדעתו. אבל כשאינו מתרצה והב"ד הוא שיכפוהו לקיים תנאו. אזי בע"כ צריכין לומר משום כחא דהפקירא:

וטעמא דמילתא שהרי גם מעיקרא דדינא בכל אבק רבית כהאי גוונא שהתנה הלוה בשעת הלוואה שיתן לו ממה שירויח דמדאורייי' נתחייב ונשתעבד לו בשעת הלוואה ותו אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, רק בע"כ צ"ל שגם בזה משום כחא דהפקירא הוא דאתי עלי', שכח זה ניתן להם מן התורה וכדאורייתא ממש הוא לכל דבר. [דא"ל משום דראו שיש לגדור בזה ולאסור הדבר לכן גם מילתא דממונא ממילא הוא דנגרר בתרייהו, שהרי בכה"ג איתא להיפך במכר לו דבר שאסור באכילה מדרבנן והלוקח לא ידע ואכלם שאין צריך המוכר להחזיר הדמים. ועיין בש"ך יורה דעה (סי' קי"ט ס"ק כ"ז) הטעם דלענין ממון אוקמוה אדין תורה, ועיי"ש היטב. דלכאורה נראה דזהו דווקא להוציא אבל לקושטא אין לחלק בזה כמובן. ויש להבין קצת דא"כ באיסורי הנאה מדרבנן אמאי צריך להחזיר לו דאי משום דאין לו מכר הא גופא קשיא אמאי לא אמרינן דלענין צד ממון שבו אוקמוה אדין תורה. וצ"ל דבאיסורי הנאה כיון דאסרו לו לכל הנאות איכא למימר דמשום כחא דהפקירא הוא דאתיא עליה משא"כ באיסורי אכילה דעודנו ברשותו לכל דבר שוב א"א לומר משום כחא דהפקירא. כמש"כ תוס' יבמות (דף פ"ט ע"ב) בד"ה שהפקר וכן אמרינן להדיא בהערמת רבית לרוב הפוסקים דלכתחילה אסור אבל לא נפקע חיובו. עיין ביורה דעה (סי' קס"ג סעיף ג'] גם א"ל דאבק רבית שאני משום דגדרו בזה כי היכי דלא ליתי לידי איסורא דאורייתא. וכמ"ש תוס' יבמות (דף פ"ח ע"א] ד"ה מתוך ובכמה דוכתי דהיכא דראו טעם גדול לדבריהם אזי יש כח בידם אפי' בקום ועשה מ"מ אין זה פשוט כ"כ דאיזה גבול ניתן לזה רק היכא דמפורש להדיא. שהרי גם פרוזבול משום דנמנעו להלוות שיש בו מילתא דאורייתא ומשום תיקון עולם ואפ"ה מקשה שם בגיטין דף ל"ו ע"ב] משום ה"ט, אלא מחוורתא דמילתא שגם הכא משום כחא דהפקירא הוא וכמו דמשני שם בשמיטה. גם א"ל דהכא באבק רבית דמי לשב ואל תעשה דהא תינח לאביי דס"ל דגם בממונא אמרי' כן לרבי דס"ל שמיטה

בזמן הזה דרבנן אבל רבא פליג עליו בסברא זו שם ועיין בפרש"י שם משום דס"ל דדבר שבממון נידון לעולם אפי' ממלוה ללוה כקום ועשה:

וכיון דמעיקרא משום שהכניסו חכמינו ז"ל בזה לכחא דהפקירא שהוא כדאורייתא ממש שוב יש לדון על מאי דכפינן ללוה ליתן ליתמי משום האי טעמא גופא כיון דאין כח בידם לעקור דבר מן התורה בקום ועשה שהרי מתחילה שפטרו את הלוה הוא משום כחא דהפקירא שהפקירו ממון המלוה וזיכו את הלוה ושניהם מדאורייתא כמש"כ בחדושי רשב"א שם והיאך יוכלו לחייב עתה את הלוה במה שכבר זכה בו מדאורייי'. הגם שיש לחלק ולדון בזה בסברות דחוקות ושדופות קדים], ולהכי מפרש רש"י מילתא בפשטא שגם עתה משום הפקירא הוא שנתגוללו עליו לחייבו ולכפותו. ומשה"ט בדברי רב ששת דלא חידש רק משום מילתא דאיסורא. והמציא לן היתרא גבי יתמי אזי די לן משום דביתמי לא גזור. אבל רב אשי דחפש וחתר אחר כל צדי צדדים בכדי שיהיה הקרן והריוח מובטחים דאפי' היכא שאינו רוצה לקיים דבריו אנן הוא דכפינן ליה מש"ה צ"ל משום כחא דהפקירא איברא רב יוסף פליג בזה על עיקרא דהיתרא היינו משום דלא ניחא ליה למיתי עליה משום כחא דהפקירא. שהרי גם חכמינו ז"ל לא הכניסו את עצמם בזה בכ"ד. רק לצורך גדול היכא דדחיקי להו טובא כדמשמע בכמה דוכתי. וכיון דסוף סוף ליתא בזה תקנתא גמורה ליתמי. שהרי אם לא ירצה לקיים דיבורו לא יכפוהו. מש"ה גם לענין מילתא דאיסורא לא עקרוהו למגן. משא"כ התם גבי מעשר דפסידא ורווחא דיתמי תלויה בתקנתם, ויתיישבו היטב גם דברי הטור, דביורה דעה לא הביא רק דינא דאיסורא והיתרא. אבל בחשן משפט שם עיקרו לתקנת היתומים מש"ה הצריך בפני ב"ד כמו שפרש"י כי היכי דנוכל להתגלגל עליו משום כחא דהפקירא:

ז ועתה נבוא ונתקומם ונלקטה בשבלים דברי המרדכי בפרק הגוזל [דף קכ"ד קכ"ה] מובאים ברמ"א חו"מ [סי' רצ"ב] בקצרה. והנה מוסכם בפי כולם באם שלח יד בפקדון של חבירו הן במעות מותרין והן בצרורין ותבעו שיוכל להרויח בהם ולא רצה להחזירם והרויח בהם דמחויב לתת לו החצי ממה שהרויח רק באם אמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי הפסד והמפקיד לא רצה בזה משום שהוא יכול להרויח בלא הפסד כלל להלות לא"י על משכנות מובטחים לדעת אגודת אזוב יש פלוגתא בזה במרדכי, ובעל משנה למלך [פרק ז' מהלכות מלוה הלכה י"א] מחלק בזה בין היכא דישנם בעינא לבין היכא שכבר הוציאם:

ומתחילה יש להתבונן בעיקרא דמילתא דמחייבינן ליה לתת במה שהרויח, דמאיזה שורש ומקור יצא להם לחדש כזאת ואין מדרכם של רבותינו הקדושים נ"ע כן להוציא

ממון בסברות המדומות אם לא עפ"י סברות המכריחות ברורים וצלולים. ועוד שהרי ממשמעות הסוגיות נשמע קצת להיפוך דלא מחייבינן ליה גם בספינה באגרא רק היכא דנחית אדעתא דאגרא וקיימא לאגרא [בבא קמא צ"ז ובש"ע סימן שס"ג סעיף ה']. גם ברחל וגזזה פרה וילדה דאינו משלם רק כשעת הגזילה בריש פרק הגוזל עצים] והרי ידעינן בבירור שהנגזל היה מרויח כן. ואי משום דקנאן בשינוי גבי מעות נמי אמאי לא קנאם. ואי משום דלא תבעו זה רחוק מן השכל שהתביעה יגרום דבשלמא גבי מעות תליא בתביעה משום דלא בכל העתים עומדים להרויח אבל בגיזות וולדות דידעינן בבירור שמרויח בהם תו לא איכפת לן אם תבעו אם לאו. ועוד דנראה בפשטות מכל הפוסקים דאפי' בתבעו פטור מגיזות וולדות:

ועוד קשיא לכאורה דבסוף פרק המפקיד [בבא מציעא דף מ"ג] קאי השו"ט שם לפרש מתניתין דשולח יד בפקדון דב"ש סברי דילקה בחסר וביתר וב"ה אומרים כשעת הוצאה מן העולם ור' עקיבא אומר כשעת התביעה ולבסוף העלו בקושי דב"ש וב"ה פליגי בשבח גזילה ור"ע קאי על יוקרא וזולא. עיין שם בתוס' ד"ה ר"ע אומר הלא אם נלקטה כל הסברות האלו הערוכים לפנינו דברי המרדכי ובעל אגודת אזוב וסברת בעל משנה למלך יש דרך סלולה לפרש המשנה כן. והוא דב"ש ס"ל דילקה בחסר וביתר דהיינו בחסר אפי' לאחר שאמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי האחריות והמפקיד לא רצה אפ"ה נתחייב הוא בכל הפסידא ואם הרויח מחויב ליתן לו [כסברת בעל אגודת אזוב]. וב"ש לא מחלקי בין היכא שכבר הוציאם או היכא דאיתא בעינא. וב"ה ס"ל דהא דילקה בחסר וביתר אף שאמר לו הנפקד שיקבל עליו חצי אחריות אפ"ה מחייבינן את הנפקד בהפסידא וברווחא וזהו היכא דתבעו בשעת הוצאה אבל היכא שכבר הוציאם אזי לא ילקה בשניהם. אלא הברירה ביד המפקיד או שיקבל עליו גם חצי אחריות או שלא יטול גם מן הריוח (וזהו כחידושו של משנה למלך שמחלק בזה]. ולפי שב"ש וב"ה איירי היכא דילקה בשניהם יחד לזה המציא ר"ע שגם ביתר לחוד לית לי' למפקיד דהיינו אפי' היכא דלא אמר לו הנפקד כלל מן חיוב האחריות אפ"ה לית ליה ברווחא רק משעת תביעה ואילך כמבואר במרדכי שם:

ח לכן נראה לפרש לפענ"ד ברור דעיקרן של הדינים הללו לא נשנו אלא במעות פקדון דווקא והוא שנטלן להתעסק בהם לצורכו [דבסתמא אמרינן שלצורכו של בעלים התעסק בהם משום דלא מחזקינן ברשיעא כמ"ש במרדכי לעיל מיניה]. וכיון שמעות לא נפחתו בכך משום דמהפכי בהם בעיסקא שהרי לא ניתנו ליהנות בהם בגופן כמו שאר מטלטלין. ולהכי היכא דלא נטלן להוציאן לגמרי לצורכו רק העמידם בעיסקא

ולהחזירם ולהחליפם במטבע כמקדם נמצא שהוא לא נתכוין לגזול גופן רק את קנין הפירות בלחוד דהיינו הריוח שיצמיח לו מהם, אע"ג דלחובתו נעשה כגזלן על כולן דלא גרע משואל שלא מדעת שגם בתשמיש שאינו מחסרו חייב באחריותו לאחר ששימש בהם כמבואר בחשן משפט (ריש סי' רצ"ב), מכל מקום דבר ברור הוא דבדבר הנוגע לטובתו ולזכותו של הגזלן אי אפשר לזכות לו ביותר ממה שנתכוין הוא בעצמו. ונקוט מיהת מזה דאי איפשר לנו לדון לזכותו של הגזלן רק כגוזל את קנין הפירות לחוד. אבל הקרן קיימא ברשותיה דמרא לענין התלוי בצד זכות וחוב של הגזלן. וכיון שכן ממילא נתגולל עליו שמחויב לתת לבעלים חצי הריוח (וכן כתב המרדכי שם בפירוש דנוטל רק חצי הריוח עיי"ש סוף סי' קכ"ה). שהרי זה שקול עין בעין לדברי רבינו אלפס בדבר שיש לו קצבה דחולקין אע"ג שהשליח מתכוין לקנותם. [וגם המוכר הקנה אותו בפירוש להשליח אפ"ה חולקין. עיין סמ"ע סי' קפ"ג ס"ק ח"י] משום דנסתעף ממעותיו. וה"נ כיון דלחובתו של גזלן אמרינן דלית להו יותר ממה שכיון בעצמו וכיון דלפי כוונתו הרי הקרן עודנו ברשות בעלים נמצא דממונא דבעלים הוא שגרמו בהדי טרחתו ועמלו ומשום הכי חולקין:

איברא זהו דווקא במעות שכל עיקרן עומד רק להוציאם משו"ה לחובתו לא נעשה כגזלן על גופן. אבל בשאר דברים שדרכן ליפחת ע"י תשמיש, אזי אע"ג שלא לקחם לגמרי רק שהשתמש בהן נעשה כגזלן על כולן משום שדרכן לחסר בגופן אזי ממילא נידון לכל דבר כאילו נתכוין לגזול את כולן. משו"ה גבי ספינה היכא דלא נחית לאגרא אע"ג דלא נתכוין לגזול הספינה לא מחייבינן ליה באגרא משום דדינו כגזלן לגמרי לכ"ד הן לזכות והן לחוב משום דכיון דדרכן לחסר גופן תו לא איכפת לן בכוונתו דדמי בזה לפסיק רישיה ולא ימות:

ט וכן היכא שנוטל ממונו של חבירו מרשות בעלים להרויח בהם אע"ג שלא נתכוין לגזול גופן מ"מ דינו כגזלן לכ"ד מפני דלא ניחא ליה שיהא ברשות חבירו כלל תו לא איכפת לן בכוונתו ודעתו דממילא נעשה כגזלן לכ"ד כיון שהוציאן מרשותן ודווקא היכא שהפקידן אצלו דניחא ליה בשמירתו וברשותו. ואע"ג דאיתא שם בבבא מציעא (דף מ"א) דהיכא דשלח בהן יד כלתה ליה שמירתו ולא מהני החזירם למקומם לפוטרו מאחריות. זהו דווקא בתשמיש המחסרו אבל באינו מחסר גם התם מהני חזרה למקומו לדעת רמ"א [ריש סי' רצ"ב]. ואע"ג דגבי מעות לא מהני החזירם למקומם כמ"ש רמ"א שם] חדא דאיכא למימר דזהו היכא דשלח בהן יד לצורכו לגמרי ולגזול גם את גופן. ועוד דלענין אחריות שאני כיון דדינו כגזלן לחובתו שוב לא מהני חזרה למקומן כיון דכלתה

ליה שמירתו אבל לזכות של הגזלן לענין ריוח פשיטא שמן הסברא יש לחלק בין היכא שנוטלן מרשותו לבין היכא שנוטל מרשות חבירו דכיון שעומד בלא זה ברשותו. וגם מעלה בדעתו דכל כמה דלא תבעי ליה אינם צריכים לעסוק בהם או להוציאם, אע"ג דלחובתו לענין אחריות נעשה עליו כגזלן משום דלא עדיף משואל שלא מדעת בתשמיש שאינו מחסרו. אבל לזכותו לענין ריוח עודנו לא נכנס בסוג זה לדונו כגזלן כיון שלא נתכוין לגוזלו וכמ"ש לעיל. ומשו"ה גבי שולח יד בפקדון דפליגי ב"ש וב"ה ור' עקיבא דאיירי מסתמא אפי' בשאר חפצים ואפי' במעות עצמם כיון דמסתמא מיירי שנטלם להוציאם לצורכו לגמרי אזי בוודאי פטור מן הריוח. ומשוה"ט לא מוקמינן פלוגתייהו בהכי. איברא כל זה היכא דתבעו אבל כל כמה דלא תבעו וקסבר שמעותיו עודנו צרורים ברשות הנפקד היאך אפשר שיקנה לו מעותיו במאי שלא עלתה על דעתו אפי' לספק בהו כלל ואינו דומה לדברי הרי"ף לעיל דהתם מספקא להו מיהת מעיקרא. וכעין זה מצינו בדומה לזה לחלק ברישׁ פרק כיצד משתתפין עירובין [דף פ"ב] אמר רב אשי הודיעהו ולא הודיעו קתני, ושם ברש"י ד"ה הודיעהו יעו"ש:

י גם במעות מותרין יש לתת טעם נכון להמרדכי דמחייב ליה ברווחא מן התביעה והלאה. ולכאורה רחוק הוא מן הסברא כיון דלאחר תשמיש בוודאי קמו ברשותו והוה כמלוה אצלו ונראה לומר כיון דגם גבי מלוה פליגי בקידושין (דף מ"ז] אם מלוה להוצאה ניתנה ופרש"י אם ניתנו להוציאם לצורכו. דלמ"ד לאו להוצאה ניתנה אזי מחוייב להעמידם בעיסקא ואינו רשאי להוציאם לצורכו. ואנן פסקינן כמ"ד להוצאה ניתנה:

איברא נראה דבמעות מותרים דתנן שיש לו היתר תשמיש, אבל אינו רשאי להוציאם לצורכו לגמרי רק דמחוייב להעמידם בעיסקא שהרי ישתמש בהם תנן. אבל לא נקט ליה בלישנא דהוצאה וליתני דיוציאם. וכדמות ראיה לזה מדמפלגינן בין שולחני לבעה"ב ואם אמרת דרשאי להוציאם לצורכו לגמרי מה איכא בין בעה"ב לשולחני. ועיין בנימוקי יוסף בבא קמא [דף ק"ד ע"ב] ס"פ הגוזל בשם הרא"ה. [וכ"מ בתוס' ב"ק דף ע'] דבעיסקא גם חלקו של מלוה נקנה באגב משום דאינו רשאי למישתי בהו שיכרא הוי כאילו הם ברשותו. ועיין בקצוה"ח (סי' ס"ו ס"ק ל"ה ובסי' ס"ז ס"ק ב'] וכיון שגם במעות מותרין אינו רשאי למישתי בהו שיכרא הרי כולן ברשותו ונמצא שבמעותיו הרויח מן יום התביעה והלאה והדר דינו לדברי הרי"ף בדבר שיש לו קצבה חולקים, משום שע"י מעותיו נצמח לו רווחא ואפי' היכא שהמשלח הקנה בפירוש רק לשליח. כמ"ש הסמ"ע בסי' קפ"ג ס"ק י"ח]. וכה"ג איתא בירושלמי בפרק הגוזל קמא בגמרא שם בהלכה ה'] וז"ל לא קיים שליחותו נתכוין לזכות ללוקח ולמה חולק עמו אמר הואיל ובא לו הנאה

מתחת ידו אף הוא חולק עמו, עכ"ל. וכוונתו כיון שע"י מעותיו הרויח, רק דהתם אפי' בלא גילוי דעת דמעיקרא נעשה שליח משא"כ הכא, כדאיתא להדיא במרדכי פרק הגוזל [אות קכ"ה] חילוק זה:

סימן טז

בענין הנ"ל

א למען יתייצבו כללות הדברים בלב המעיין אשר הערכנו [בסי' שלפני זה]. נחפשה ונתורה לברר הדברים היטב בראיות ברורות. והוא מה שכתבתי דכיון שלא נתכוין לגזול אלא קנין הפירות לחוד ולא קנה בקנין הגוף שיהא ברשותו לשבחא דאתי מחמתיה כמו בשאר גזלן שנתכוין לגזול את כולו או בתשמיש המחסר את הגוף משא"כ במעות פקדון הן צרורין הן מותרין דכיון שלא נתכוין לגזול רק את הגוף לפירות דהיינו מה שירויח אע"ג דנעשה כגזלן על כולן בע"כ היינו לענין חיוב כל האחריות ויוקרא וזולא לאחר שהוציאן ברשותו של הגזלן]. וכיון שכן אזי שוב ממילא שיצאו מרשות בעלים שאינו יכול להקדישן, כדאיתא בש"ס יבמות [דף ס"ו ע"ב]. [ול"ד לשואל דלא קיימא ברשותיה לענין יוקרא וזולא. ועיין בבא קמא בתוס' ד"ה המלוה את חבירו (דף צ"ז ע"ב). וי"ל דיש לחלק בין הלוואה לגזילה, ועיי"ש היטב. ומסתברא דגבי שואל משעת אונסין ואילך שהתורה חייבתו לא עדיף ממלוה שחייב את עצמו מדעתא דנפשיה משא"כ בגזלן שמשלם כדי לקיים השבה אבל לענין שיקנה את שבחא לא. דכיון שלא נתכוין לגזול את עיקר הגוף אזי ממילא דינא דפלגי בשבחא כיון שע"י שניהם נסתעף ונתהווה דהיינו ע"י מעותיו של המפקיד וע"י טרחתו של הנפקד [אע"ג דלפעמים כחו של זה עדיף מדאידך אין לחלק בזה כדאיתא בכה"ג בב"ק (דף צ"ו ע"ב) אטו תורא אשבח ארעא לא אשבח מי קאמינא נשיימו כולא פלגא קאמינא אע"ג שאינם כחות שוים. וכן במתניתין בבא מציעא (דף ק' ע"ב) שטף נהר זיתיו דחולקין מ"מ הדין פסוק שיחלוקו בשוה]. אבל שיקנה הנפקד כולא שבחא א"א דכללא הוא דכל היכא דליכא דעת אחרת מקנה לא קנה היכא דלא נתכוין כמו בעודר בנכסי הגר. כמ"ש הרשב"א גיטין (דף כ') גבי זקן. וכ"כ הנמוקי יוסף בבא בתרא (דף מ"א ע"א) גבי רב ענן]. וה"ה הכא בגזלן בדבר התלוי בזכותו. וכן משמע לשון הגמרא גבי עשאו שליח לקנות חטים ושינה דאם הרויח הוא למשלח מפני שלא נתכוין לקנות ולזכות לעצמו. וההפסד הוא לעצמו מפני ששינה נעשה כנזלן [ב"ק דף ק"ב]. ועיין בש"מ שם דלכמה פוסקים הוא מצד דין ולא משום קנסא, יעו"ש היטב. ועיין בקצוה"ח (סי' קפ"ג ס"ק ה') דאפי' באונסין שלא מחמת השינוי חייב. ומביא כן בשם רי"ו ונמוקי יוסף. הרי דדינו כגזלן ואפ"ה הריוח למשלח משום שלא נתכוין לגוזלו:

ועוד ראיה מערכין (דף כ"א ע"א] בתוס' ד"ה ה"ג כיון וכו' יעו"ש היטב. הרי שלא יצא גוף הבית לחולין כיון שלא נתכוין ליהנות אלא בבית לדירה כמו כל שכירות דעלמא. [וגם לדעת רש"י ז"ל שם שיצא הבית גופיה לחולין משום דאפשר לומר דרש"י ס"ל כדעת רמ"ה מובא בנמוקי יוסף בבא קמא פרק כיצד הרגל (דף כ') דהיכא שנהנה בכוליה כגון בגברא דעביד למיגר ולא קיימא לאגרא אע"ג דחסרי' בשוה פרוטה אינו משלם אלא כפי מה שחסרו. ולפ"ז שוב לא צ"ל למש"כ התוס' שם דבבית אע"ג דחסרה בשחרוריתא דאשייתא מ"מ לא חשיב חסרון משום דנגד זה נהנה חבירו דביתא מיתבא יתיב ועיי"ש היטב. ומשו"ה פטרינן בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר רק משום דא"צ לשלם רק את החסרון המועט דשחרוריתא. רק התוס' לשיטתייהו מוכרחין לזה דסברי דהיכא דחסרו במועט מחייבינן ליה בכל מה שנהנה ואפ"ה פטרינן ליה בלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר. ולהכי צ"ל דסתם בית לא חשיב לחסרון דשחרוריתא דחשבינן זה כנגד הנאתו דשאייה יוכת שער. אבל לדעת רמ"ה איכא למימר דבסתם בית חשבינן לתשמיש המחסר. ומשוה"ט הוציא כל הבית לחולין וזהו כדעת ר"י מעיקרא בתוס' בבא מציעא (דף צ"ט ע"א) בד"ה וחבירו יעוי"ש דגבי משאיל קורדום של הקדש יוצא כל הקורדום לחולין. והיינו מפני שהוא תשמיש המחסר ומשו"ה קנה לכולא ביתא שיצא לגמרי מרשות הקדש ונעשה כשלו אע"ג דמפסיד להקדש שהרי הוא אינו משלם להקדש אלא כפי הנאתו. אל תתמה בזה שהרי כתבו שם להדיא כן גבי קורדום. ובתשמיש המחסר כבר כתבנו לעיל (בסי' הקדום אות ח') שגם בנכסי הדיוט הדין כן גבי ספינה דקנאי לשבחא אע"ג שלא נתכוין לקנות הספינה עצמה]. הרי להדיא דבמאי שלא נתכוין להדיא אי אפשר שיזכה בכוליה. ומשה"ט גופא לא יצא הבית עצמו לחולין משום שלא נתכוין אלא לקנין פירות לחוד. ולפ"ז קמה וגם נצבה עיקרא דדינא של רבותינו הקדושים הראשונים שחידשו גבי פקדון דצריך לחלוק עמו במאי שהרויח:

ואין להקשות למה שכתבנו לעיל [בסימן שלפני זה באות ח'] לחלק בין תשמיש המחסר לאינו מחסר. ממסקנת תוס' בבא מציעא הנ"ל שגם גבי קורדום לא יצא לחולין אלא הנאת ביקוע. ועיין בבא קמא דף כ' ע"ב] בתוס' ד"ה נתנה דאע"ג דעיקר מעילה הוא בשגגה היינו דלא ידע שהוא של הקדש וקסבר שהוא של חולין אבל מ"מ בעינן דלפי דעתו נתכוין מיהת לגוזלו מחבירו או דקסבר שהוא של הפקר ונתכוין לקנותו לגמרי. אזי בכוונה זו הוא דגילתה התורה לנו שקנאו לגמרי להוציאו מרשות הקדש כדאיתא בש"ס מעילה דף י"ח] דאין מעילה אלא שינוי אבל היכא דקסבר שהוא שלו שלא נתכוין לקנות ולא לגזול. אזי קיימא ברשות הקדש כדמעיקרא. מ"מ דעת לנבון נקל לחלק בין

מעילה שקנאו לגמרי מש"ה לא קנה לכולהו אפי' בתשמיש המחסר כגון גבי משאיל קורדום למסקנת דבריהם שם משא"כ לענין שבח גזילה לחוד דקנאו אפי' היכא שלא נתכוין רק לקנין פירות שבו מפני שהוא דבר המחסר את קנין הגוף. וכמו שכתבתי לעיל [בסימן שלפני זה אות ח']:

ב ולפ"ז יתיישב לן היטב דברי הסמ"ע בחשן משפט (סי' שס"ג ס"ק י"א] שגם לדעת הרי"ף דעבדי כמטלטלי דמי אפ"ה צריך לשלם לו דמי בטילה. והוא תמוה לכאורה דהא כה"ג אינו משלם אלא כשעת הגזילה. והרי בספינה היכא דלא נחית לאגרא אינו משלם אלא מה שפחתה אע"ג דקיימא לאגרא. וה"ט משום דגבי עבד גופיה לענין המלאכה עצמו הוי טפי ועדיפא עוד מתשמיש שאינו מחסר שהרי ניחא ליה דלא לכחוש עבדיה. וכיון שלא נתכוין לגזול גופיה רק לצורך מלאכתו שוב לא אפשר שיקנה את השבח כיון שהשבח הוא מן העבד שלא נתכוין לגוזלו. לכן לענין השבח הרי עודנו ברשותיה דמרא ועבדא דמריה הוא דאשבח ליה ודמי לדברי הירושלמי והרב בהלכות שכתבנו לעיל [בסימן הקדום אות י'] ואע"ג דהתם מחלקין ביניהם. היינו משום דשניהם גורמים משא"כ גבי עבד לענין שכר מלאכתו:

ועיין ש"ך שם [ס"ק ט'] שהקשה דמן הסוגיא שם לא משמע כן שהקשה שם ומי סבר רב עבדי כמקרקעי דמי וכו' התוקף בעבדו וכו' משמע להדיא דאי כמטלטלי דמי ניחא. ולדברינו הנ"ל מתורץ שפיר שהרי כל עיקר דינו דהסמ"ע ויסוד סברתו הוא משום שלא נתכוין לגזול את גופו, ובמאי דלא נתכוין שוב אי איפשר לזכות בצד זכות שבו. אמנם כן כיתד שלא תמוט לדידן דפסקינן גבי צבע בנותן לצבוע אדום וצבעו שחור דידו על התחתונה כר' יהודה [ב"ק דף ק' ע"ב]. אבל לר' מאיר דס"ל דנותן לו דמי צמרו משום דקנאו בשינוי הרי אע"ג שלא נתכוין לגזול כלל וכלל אפ"ה קנאו בשינוי וקנאו לגמרי אע"ג שלא נתכוין לקנותו כולו. מכש"כ הכא שנתכוין מיהת לגזול את קנין הפירות שבו דקני מיהת לשבחא. שהרי גם בלא כוונה דינו כגזלן לכל דבר אפי' בצד זכות שבו. ועיין תוס' בבא מציעא סוף פרק המפקיד (דף מ"ג ע"ב] בד"ה משלם בתירוצו של ר"ת וצ"ל במה שסיימו בתוס' אם נתכוון לקנותו בשינוי. דכוונתם במה שכתבו דר"י סבר דשינוי אינו קונה רק היכא דכיון לגוזלו. אבל בכוונת השינוי לא תליא כלל שהרי שינוי קונה אפי' לגריעותא דידיה כגון בהמה והזקינה אפי' בע"כ דידיה ודווקא גבי יאוש אמרינן גבי חמץ זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות. אבל גבי שינוי דנתרבה מקרא דאשר גזל לא שאני לן בזה ולא תליא מידי ברצונו. ועי"ש בבא קמא דף צ"ו ע"ב] דרב אמר הלכה כר' מאיר דעבדי כמקרקעי דמי. וע"ז מקשה מאידך דרב גבי תוקף עבדו של חבירו משום

דאי אמרת עבדי כמטלטלי דמי ניחא משום די"ל דרב ס"ל כאידך דר' מאיר גבי צבע דאפי' היכא דלא נתכוין לגזול כלל אפ"ה נעשה כגזלן גם לצד זכות שבו. ומש"ה הוא דמיפטר ליה שפיר משכר מלאכה שהרי גם כל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה. ועיין שם [דף ק"ב ע"ב] דקא שקיל וטרי אם הלכה כר' יהודה או לאו. ומסקנא דמילתא דפסקינן כר"י, ועיין. וזהו נכון ליישב דברי קדשו:

ג במרדכי בבא קמא [סי' קכ"ה] כתב מתחלה שקרוב הדבר שבאם לאחר שתבעו המפקיד שרוצה את מעותיו להרויח בהם או להלותם ברבית אל המותר עפ"י ד"ת על משכנות מובטחים והשיב הנפקד שיהיה אתו קרוב לשכר ולהפסד מפני שכבר הלוה אותם ברבית או שהוציאם במחיר אחר שהדין עם הנפקד, ושם כתב עוד בתירוצו לדברי ר"ה גאון בהיפוך מזה דאפי' כשלא נתרצה המפקיד בזה מ"מ כשהרויח מחויב ליתן לו חצי הריוח. ומחלק במשנה למלך [פרק ז' מהלכות מלוה הלכה י"א תד"ה ועוד יש לדון], דהיכא דעודנו בעינא אזי הוא דמחייבינן לי' בחצי הריוח אפילו כשלא נתרצה המפקיד בקרוב לשכר ולהפסד. הגם שדבריו נראין במושכל ראשון לחלק כן עודנו צריך להטעים דבריו עפ"י סוגי תוה"ק ביסוד מוסד:

איברא לפום קוטב דברינו הנ"ל נכונים הדברים היטב והוא עפ"י מה שכתבתי לעיל דקודם שתבעו אזי עדיף טפי מחצר דלא קיימא לאגרא כיון שמונחים אצלם בלא עסק כלל אכן כשתבעו ואומר שיכול להרויח בהם אזי מחייבינן ליה מן התביעה והלאה בחצי ריוח ממה שירויח עפ"י הטעמים שכתבנו לעיל [בסימן הקודם אות ח' ט' י', ותמצית הדברים מפני ששניהם גורמים המפקיד במעותיו והנפקד בטרחתו ועמלו וגם אעפ"י שכבר הוציאם הנפקד במחיר חשיבי כאילו הם בעין דבין במעות צרורין ובין במעות מותרין דכיון שאינו רשאי להוציאם לצורכו רק להעמידם בעסקא. וכן בצרורים כיון שלא נתכוון לגזול את המעות המופקד לצורכו רק לזכות לעצמו בריוח שיעלו ודמי לקנין פירות לחוד וכיון שהגוף עודנו קנוי למפקיד והוא יכול להרויח בהם משה"ט חולקים בריוח, וכיון שכן ממילא מוכרע שצריך לקבל עליו שיהיה קרוב לשכר ולהפסד משום דלא עדיף מאשר נתעסק הוא בעצמו שסתם עסק ומסחר קרוב לזה ולזה, איברא היכא שמברר שיכול להלוותם ברבית על משכנות בטוחים דקרוב לשכר ורחוק מהפסד אזי גם עתה שמעכב הנפקד בידו הדין כן וצריך הנפקד לקבל עליו ההפסד מן המסחר שיעסוק בהם וחצי ריוח יתן להמפקיד, איברא כן הוא היכא דבשעת תביעה עודנם צרורים ומונחים המעות בעין תח"י ואם לא עכבם הנפקד אזי המפקיד היה יכול להרויח קרוב לשכר ורחוק להפסד. אבל היכא דבשעת תביעה כבר הוציאם במחיר. הרי כשם

שלא נוכל לחייבו למפרע הוא הדין נמי דלא נוכל לחייבו בקרוב לשכר ורחוק להפסד על דבר שהוציאם במסחר, מפני שכעת גם המפקיד אינו יכול להרויח קרוב לשכר ורחוק מהפסד., דכבר ליתנהו בעינא מסתמא לא יקחו הא"י את המחיר ההוא ברבית רק עיניהם על מעות דווקא. ובזה הדין עם הנפקד שבאם לא קיבל המפקיד על עצמו חצי ההפסד אזי אם הרויח אח"כ אין צריך לתת לו מן הריוח ונמצא לפ"ז דגם לחילוקו של בעל המשנה המלך דלפעמים הדין עם המפקיד דאפי' לא קיבל עליו בהפסד כלום אפ"ה אם הרויח אח"כ מחוייב ליתן לו חלקו בריוח, זהו היכא דאיתא תרתי למעליותא שהמעות בעין והמפקיד יכול להרויח בהם בלא הפסד וכמ"ש המרדכי שם להלות על משכנות ברבית וכה"ג, (ויש לספק בזה היכא דלא רצה לקבל עליו גם אחריותו של אונסין, שגם באופן זה לא ינצל, דאזי אפשר שאם הרויח אח"כ דאין צריך ליתן לו כלום מן הריוח, מיהא יותר מסתבר כיון דאונס לא שכיח לא הפסיד בעבור סרובו בזה]. אבל היכא שהמפקיד א"י להרויח בלא הפסד אזי אפי' היכא דאיתא בעינא אזי הרשות ביד הנפקד שיאמר שיקבל עליו בהפסד מן המסחר ההוא ואם לא נתרצה לו אזי אבד חלקו ממה שירויח. והטעם כיון דכל חילו דמפקיד ליטול חלקו בריוח רק מפני שיכול להרויח בהם והוויין מן שעת התביעה והלאה כחצר דקיימא לאגרא משה"ט גופא צריך לקבל עליו גם ההפסד מפני שכל מסחר קרוב לזה ולזה, ולא מחלקין בין מסחר למסחר מפני שכל מדות חכמים כך הוא [כעין שלא חלקו בשבחא דאפדנא לשבחא דארעא ב"ק צ"ו ע"ב]. דאי משום אחריות דעלמא הלא בגניבה ואבידה בין כך ובין כך יתחייב הנפקד דהואיל דנהנה מהנה ועדיף טפי מעיסקא דעלמא. ומשום אונסין בין כך ובין כך לא ינצל, והיכא דליתא בעינא אזי אפי' היכא שהלה היה יכול להרויח במעותיו בלא הפסד כלל אילו לא הוציאם מ"מ כיון דלא מחייבינן לי' למפרע אזי שוב הדר דינא ושוה להיכא שיכול להרויח בקרוב לזה ולזה, ובאם לא קיבל עליו בהפסד אזי איבד חלקו מן הריוח, וכל זה פשוט וברור:

ד מה שכתבתי לעיל [בסי' הקודם אות א'] בשם הרמב"ן דהיכא דשוויי' טמון באש מש"ה פטור משום שלא הפסידו ממון שיש לו רק מה שיגיע לו, יעו"ש בדינא דגרמי [דף מ"ג ע"ד והכפיל עוד בזה דף מ"ד ע"א] גבי זרק כלי מראש הגג ובא אחד ושיברו במקל דשניהם פטורים, וז"ל דלא מחייבינן משום דד"ג דראשון הא לא אתא נזקא מחמתי' כלל, ושני נמי מנא תבירא תבר. ואי משום שגרם שלא יתחייב לו הראשון היינו טמון באש דפטור וכבר פירשתי הטעם, עכ"ל. ושם [דף מ"ג ע"ב] כתב וז"ל בתוד"ה ואי קשי' לרבנן דלא דייני דד"ג היכי מיחייב והא גורם הוא לבטלו ממלאכתו וגורם הוא לו

שלא ירויח, ל"ק דכיון דהדקי' מההיא שעתא הוא דאפסדי' עד דפתח ליה והא אמינא דהיזק ניכר נמי הוא עכ"ל. וקשי' הן על קושיתו והן על תירוצו דמאי קושי' שהרי גם לר"מ מי ניחא דמ"מ לא עדיף מהיכא דשויי' טמון באש שהרי עודנו לא הגיע לידו ועוד שהרי אדם שהזיק שור פטור משבת שאין דין שבת בממון, ורק היכא שהזיקו בגופו הוא דחס רחמנא על הנחבל אפי' היכא דלא חבליה בגופו כגון דאהדקי' באינדרונא. וכן לתירוצו קשיא קושי' ראשונה. ועוד דלדבריו דהוי מזיק ממש א"כ גם בשור יתחייב, וצ"ל דע"כ לא נפטר היכא דאפסדיה ממונא שלא הגיע עדיין לידו רק היכא דלא עביד ליה מעשה בממונא דחבירו כגון דשויי' טמון באש וכן היכא דשברו במקל את הכלי שזרקו חבירו נמי לא חשיב כעביד מעשה בממונא דחבירו שהרי חשבינן ליה כאילו כבר נשברה ויצאה מרשותו לגמרי שהרי כחרסית חשבינן ליה דהפקרא הוא]. אבל גבי שבת דאהדקי' באינדרונא דעביד ליה מעשה בגופו דחבירו כמ"ש הרא"ש ב"ק פ' החובל [סוף סי' ג'] דלא מחייבינן ליה אלא היכא שזרק את חבירו לחדר ונעל בפניו עי"ש. אזי אילו היה ברי הזיקא כגון באומן שאומנתו בכך אזי מדינא נתחייב לשלם לו ואפי' גבי שורו היכא דברור לנו שעומד להשכיר וע"י מעשיו של זה הפסידו ג"כ חייב לשלם לו הפסידו והרי זה דומה לגוזל הקנין הפירות שלו וה"נ הרי יש לו בשורו קנין לפירותיו דממון גמור הוא לכל דבר ויצא לגמרי משמא דשבת ונכנס לכלל נזק דע"כ לא נקרא בשמא דשבת אלא היכא דלא ברי היזיקא ועיין לקמן בסימן שאח"ז אות ז' בהגה"ה]:

איברא הא דמחלקינן בין אדם לשור דלא מחייבינן ליה אלא בנזק לחוד. זהו דלא מחייבינן ליה בשבת כמו גבי אדם דאפי' שאין אומנתו ודרכו בכך כגון שיבר את ידו כאילו היה שומר קישואים ושבר רגלו כשומר הפתח. אעפ"י שאינו רגיל ואינו מצוי בכך. מ"מ רחמנא הוא דחס עליה דנחבל אבל בממונו כ"ז שלא נתברר לנו שעומד להרויח לא חייבא רחמנא [לרבנן דר"מ]. אולם בגוף המעשה אילו לא היה כמזיק ממש רק כגרמי בעלמא גם באדם לא חייביה רחמנא ובזה לא ניחא ליה לרמב"ן לחלק בין אדם לשור אלא דבדבר דאילו היה הזיקא בבירור מחייבינן ליה גם בממונא משום דחשיב כמזיק ממש למסקנת הרמב"ן בתירוצו משום דעשה מעשה בגופו או לכה"פ כגרמי לר"מ לס"ד דרמב"ן בקושיתו, אפס בדבר דלא ברי הזיקא הוא דמחלקינן בין אדם לשור ועיי' היטב באשרי פ' החובל [סוף סי' ד']:

ה ולפי"ז הא דאיתא בש"ע ח"מ סי' ש"ז וסי' ש"מ] בכחשא דהדר דפליגי הפוסקים בזה זהו כל היכא דלא ברי הזיקא ודעת המחייבים משום דגבי שור שעומד למכור חשיב ליה כנזק ואינו דומה להכהו על ידו וסופו לחזור דגבי אדם שאני שאינו עומד למכור

כמו שכתבו הפוסקים שם וכמ"ש התוס' פ' השולח [דף מ"ב] ואשר"י בריש פ' השואל יעוי"ש:

ולפי"ז גבי שוכר היה מן הדין שישלם לו שכרו אע"ג שאינו יכול לעסוק במלאכתו דלענין שכירות הרי ברי הזיקא אלא דיותר נראה שגם בזה פטור וגם אפי' היכא דברי הזיקא כיון דלא עביד ליה מעשה בידים רק בפשיעתו נכחשה ולא חייבה התורה את השומרין בחיובן רק בדבר שאין סופו לחזור לקדמותו. שהרי גם בשומרין פסקינן שיכול לומר לו הש"ל. (דוק מינה שגם בנזק דחייבי' רחמנא כאילו נמכר הוא מטעם דחס רחמנא על הנחבל שהרי אפי' כשאינו אומן ואינו עומד כלל למכור כעבד ואחרי נמכר מי יקנהו לאיש בטל כמוהו שהרי אפי' נהום כריסיה לא שוי' וזה הטעם עצמו בכל שבת דחייבי' רחמנא גבי אדם וכמש"ל וכן מבואר בפוסקים שם להדיא ובראש פ' החובל סי' ד'].

אבל היכא דברי הזיקא ועביד מעשה בידים איפשר שכל הפוסקים מודים בזה לדעת הרמב"ן משום שאין זה בכלל שבת רק בכלל נזק כיון שהזיק לקנין פירות שלו:

ו ולפי"ז יתיישב על נכון דברי הרמ"ה בנימוקי יוסף בפ' כיצד דאם נועל בית חבירו דקיימא לאגרא דחייב לשלם לו דחשיב כאילו אהדקי' באינדרונא וכאילו גזלו [זהו תמצית העולה מהדברים המעורבים שנשתבשו בדפוס]. והקשה בקצה"ח סי' שס"ג ס"ק ג'] דהא אין דין שבת בבהמה. ונראה דעיקר כוונתו כך הוא דאיתא באשר"י שם בפ' החובל בסי' ג'] דאהדקי' באידרונא הוא דוקא כשעשה מעשה בגופו אבל היכא דנעל בפניו לחוד פטור דדמי לפורץ גדר בפני בהמת חבירו דפטור יעו"ש. נשמע מזה דלדעת הפוסקים דסברי דהא דמקשינן [ב"ק נ"ה ע"ב] אי בכותל בריא אפי' בד"א נמי ליחייב דקאי גם אבהמה. ועי' בש"ע (סי' שצ"ו ס"ד] דפליגי הפוסקים בזה. וא"כ גם באהדקי' חשיבא מעשה אפי' שלא עשה מעשה בגופו רק שנעל בפניו משום שגם זה כמעשה דמי ולפי"ז ממילא נשמע היכא דברי הזיקא שכבר יצא מכלל שבת שהרי מזיקו ממון גמור והוא קנין פירות שיש לו בביתו. וזהו שהרכיב הרמ"ה את שני השמות בהדי הדדי. משום דפשיטא ליה דאהדקי' כפשטא דמילתא שנעל בפניו לחוד ונמצא נקוט מיהת חדא דזה חשיב כמעשה משום דס"ל דגם בפורץ גדר בכותל בריא חייב על הבהמה. רק דאכתי יש מקום לפוטרו משום דאין דין שבת רק באדם לזה כתב דהוי כגוזלו שהרי ע"י מעשה זו הפסידו את קה"פ שיש לו בבירור וכל היכא דברי הזיקא כבר יצא משמא דשבת ונכנס לכלל נזק וכמש"ל [ועיין לקמן בסי' שאח"ז אות ז' בהגה"ה. ומ"ש בזה שם באות ה' עפ"י פסק הש"ע]:

ז הן הדברים שכתבנו בדעת הרמב"ן לחלק בין היכא דעביד מעשה בגוף הדבר הניזק כעין זה מצינו בדברי קדשו שחילק בזה גבי מזיק שיעבודו משום דבדידיה קעביד מעשה. ומלבד זה הוא סברא מוכרחת בכל מילי דנזקין שהרי כבר קדמו רבותינו בעלי התוס' והוכיחו מכמה סוגיות בש"ס דאדם המזיק חייב יותר משומר חנם. וגבול נתנו לדבר דכל היכא דדמי לאבידה דקרובה לפשיעה אע"ג דש"ח פטור מ"מ באדם המזיק חייבא רחמנא. ומש"ה כשנפל מן הגג אפי' ברוח שאינו מצויה ושיבר הכלים של חבירו חייב בנזקו אע"ג דש"ח פטור אם נעל בפניה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה אבל במידי דהוי כעין גניבה אע"ג דש"ש חייב אבל באדם המזיק פטור יעו"ש בר"פ המניח בד"ה באפילה שנו. ולפי"ז קשיא לכאורה דא"כ בנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור דהוי לה שלא תאכל [ב"ק מ"ז] וכן הפורץ גדר לפני בהמת חבירו לדעת התוס' ושאר פוסקים דפטרי. הכי יעלה על דעת שש"ח יפטור בכגון זה היכא דראה שאחר נתן סם המות לפני בהמה המופקדת אצלו. וכן בפורץ גדר דאפי' נפרצה ע"י אחר חשיבא פשיעה גמורה לגבי שומר ולא אמרינן הוי לה שלא תברח. א"ו דבע"כ צריכין לחלק כן. דדוקא היכא דעשה מעשה בממונו של חבירו אע"נ דלא נעשה מעשה בגופו אלא בדבר דהו"ל לשום עיונו. אזי בכל דבר דהוי בפלס המשקל כעין אבידה אזי חייבא רחמנא לשמור את גופן כעין דח"ר גבי ש"ש לשמור ממונו של חבירו שלא יוזק, כן חייבא רחמנא לשמור גופו שלא יזיק. ומש"ה גבי נותן סם המות הוא דפטור מפני שלא נעשה מעשה בגופו בממונו של חבירו. אבל גבי ש"ח חייב מפני שנעשה שומר על ממונו של חבירו. וכן גבי פורץ גדר דפטור גבי אדם המזיק מפני שלא נעשה שומר על ממונו של חבירו. רק על גופו לחוד וכיון שלא הוזק ע"י גופו אין מקום לחייבו:

ח בדברי רבינו אלעזר מטולא מובא בתשוב' מיימוני לס' משפטים (סי' ט"ו) שחידש דבשכירות אין בו משום רבית ומביא ראיה מהא דאיתא בעדים זוממין דמשלמין לפי אומד דבין שלשים יום לעשר שנים. והקשה המשנה למלך פ"ז מה' מלוה] דמנא ליה דאמדינן מן הלוה ומזה הוכיח דבשכירות לית ליה משום רבית ואיירי התם בשכירות לחוד דלמא האומד מן המלוה מה שיפחות ללוה בהלואה לעשר שנים שישלם לו מיד. ולפע"ד נראה לתרץ שהרי היא גופא ספיקא הוא דהוי. אם יפחות דבר ללוה שהרי מתחילה כשהלוהו לעשר שנים מי כפוהו לזה. אם לא שמאמד א"ע שלא יצטרך להם. רק דמ"מ מכלל ספיקא מיהת לא יצא דאולי נולד לו אח"כ איזה עסק ויפחת לו. וזה מוכח להדיא בב"ק (דף פ"ט ע"א] אמר אביי ט"ה הואיל ואתא לידן נימא ביה מילתא ט"ה לאשה הוית. דאי ס"ד לבעל הוי לימרו לה עדים מה אפסדתיך. אי הוית מזבנית

ליה לט"ה בעל הוי שקיל מינך. הרי להדיא דכל ממון שעומד בספק אין העדים זוממין משלמין כלום רק היכא שיכול הלה למוכרם. דאי לא תימא הכי אמאי אין צריכין לשלם לאשה כלום אם אמרינן דט"ה לבעלה. דמ"מ ע"י עדותן הפסידה היא עצמה את ספק ממונא שהיה לה. ועיין בנתיבות סימן ס"ו ס"ק ל"ג שכתב מזה]. וכיון שכן תו א"א לומר דאומד לגבי מלוה מה שיפחות ללוה שהרי אין זה ממון גמור ברור רק שנכנס בכלל ספיקא ובכל מידי דספק ממונא אין עדים זוממין משלמין. רק היכא דאפשר למוכרם ויגיע לידו מן הלוקח מיד בשביל טובת הנאה שבו. ואזי צריכין לשלם מה שהפסידו לו את דמי ט"ה. ובנ"ד פשיטא שאין ללוה צד זכות במה שיפחות המלוה בשביל זה שיהיה ברשותו למוכרם לאחרים. דגרע טפי מדבר שלב"ל ולא עבידא דאתי דאפי' לר' מאיר לא קנה. וא"ל דמ"מ יכול הלוה להלוות לאחר סך זה כגון שחייב למלוה מאה זהובים על עשר שנים ובאם יניח המלוה מחובו כדי לשלם לו מיד אזי יפסיד עשרה זהובים. רק דספיקא דאולי לא יניח לו כלום וימתין עד הזמ"פ כאשר התרצה מתחילה לכן בעבור ט"ה זו יתן הלוה לאחר סך צ"ח זהובים באופן זה דבאה יניח המלוה מחובו יהיה הריוח שלו ובאם לא יניח לו כלום אזי יתן לו הסך במילואו כשיגיע הזמ"פ. דזה מופרך מכמה צדדים כמובן. ועוד דממ"נ אם יתנם לאחר בהלואה הרי זה רבית גמורה. דהא אם לא יניח המלוה מחובו אזי יצטרך לשלם יותר ממה שקיבל שהרי סוף סוף אין זה כמכירה גמורה שהרי עודנו הלוה משועבד למלוה כמקדם ולא יפטור מחובו במה שמסרם לאחר. ואם יתנם הלוה לאחר בתורת פקדון אזי לא יתחייב באונסין רק כשהתנה עמו ומי פתי יסור הנה שבשביל ספק מועט כזה יתחייב א"ע בחיוב שאינו בידו לשומרם] א"ו דאומד דמתניתין הוא מן הלוה והוא מה שיוסיף הלוה על חוב שכבר הגיע זמנו כדי שיאריך לו עד י' שנים. ואף את"ל שגם מן הלוה אינו ממון גמור דאולי א"צ עוד למעותיו. מ"מ לו יהיה דספיקא הוי מ"מ צריכין העדים לשלם לו דמי טובת הנאה. שהרי המלוה יכול למכור את החוב עם דמי ט"ה זו דשמא יוסיף לו הלוה בעד זה. שהרי אפי' במלוה ע"פ יכול למוכרם במעמד שלשתן. ונמצא שהוכחת ר"א מטולא כראי מוצק בזה דבע"כ צ"ל דאומד דמתניתין הוא במה שיוסיף השוכר ולא להיפוך ממה שיפחות המשכיר או המלוה:

ט

ט ע"ש במשנה למלך שהקשה על עיקר הדין שפסק הר"א מטולא דבעה"ב מחויב לשלם למלמד במה שיכול להרויח דהא מבטל כיסו של חבירו הוא. אבל על עדים זוממין דמתניתין לא קשיא ליה חדא דאפשר לומר כיון שע"י עדותן הוצרך לשלם מיד בדבר

שפטור בו עתה הוי כמזיק ממש. כמש"כ בקצה"ח (סי' ע"ג) ועוד דעדים זוממין שאני דמשלמים אפי' בדבר דמזיק דעלמא פטור וכמ"ש בסי' הקדום אות ב']. איברא תירוצו של בעל המל"מ נראה קצת דחוק דאיירי בדתבעו ליה ובעה"ב מרויח בהם. ודמי לדברי מרדכי בפ' הגוזל ולא נזכר זה (זית רענן) יד ע כלל בדברי ר"א. ועוד דלדברינו שכתבנו בסימן הקדום [באות ח' ט י"] אין זה ענין לדברי המרדכי כמובן. ואפשר לתרץ דברי רבינו אלעזר דגבי מלמד שקצב עמו לשלם לו מיד. אזי אמרינן דמסתמא היה יכול להשכיר גם אצל אחרים בדמי שכירות כזה וא"כ גם אם לא פסק עמו היה מחויב לתת לו סך זה משום שבת דאדם דלא גרע מאהדקי' באינדרונא וכיון דעיקר נובע משבת דאדם הרי זה דומה כאילו אמדוהו מתחילה בכך דאם יתן לו מיד יתן לו כאשר קצב אתו. ובאם ידחהו לעדני עדנים שגם זה יש לו שיווי אצל השוכר והמשכיר ונמצא שבאם יתן לו רק הסך שפסק עמו ישלם לו חצי דמי שבתו שחייבו רחמנא. ומשוה"ט יש מקום לומר דמחויב להוסיף לו בכדי שיגיע לדמי שבתו שחייבו רחמנא וזהו בשבת דאדם דח"ר אפי' שלא במקום נזק ואפי' ע"י גרמי בעלמא אע"ג דלא עביד מעשה בגופו ממש רק ע"י דבורו לבד:.

נהדרין לענינא קמא שגם מדברי בעל מל"מ מוכח מיהת דגבי הלואה אפי' כשתבעו לו שיש בידו להרויח בהם והלה מעכבם ומרויח בהם אפ"ה אסור משום רבית שהרי לדעתו מיירי בתשו' מיימוני באופנים הללו ואפי' בכה"ג לא חייבו אלא בשכירות דלית ביה משום רבית בימך

סימן יז

עוד בענין הנ"ל

א עתה נשתעשע עם החכם השואל ונתעלסה אתו באהבים בחידושין שחידש בזה בדרך קצרה ומובטחני בו שיודה על האמת ויקוים בנו ואת והב בסופ' [קידושין דף ל' ע"ב]:

מ"ש לתמוה על הרשב"ם שהקשה על רב האי גאון דהא כל הגזלנים אינם משלמין אלא כשעת הגזילה מובא במרדכי בפ' הגוזל קמא (סי' קכ"ה), והקשה מעכ"ת דה"ט משום דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן. ומסתמא נתכוין להרויח בשביל המפקיד, חדא דא"כ אמאי פסק שיהיה רק למחצית שכר דהא דמי כולהו בעי למשקל להו ודי לו למתעסק ליטול רק כפועל וכמו שפסק במרדכי שם לעיל מינה [סי' קכ"ד] וכן הוא בהגה"ה סי' רצ"ב], וא"ל דנטלם בעיסקא דהיינו בפ"מ ופ"פ מ"מ כיון שכבר נעשה גזלן בפלגא מלוה שנטלו לעצמו כבר יצא מחזקת כשרותו ושוב אפשר לומר דנטלו כולו במלוה ועוד דמשמע ליה קצת מלישנא דנקט ושלח בהם יד משמע דידוע מילתא שנטלם לעצמו,

וא"ל דנטלו בתורת עיסקא וקא סבר דלא נעשה גזלן משום זה כיון דבל"ז מונחים אצלו בטלים מעסק. מ"מ כיון דלקושטא נעשה גזלן עליהם אזי ממילא השבח קנוי לו כדין גזלן דעלמא. איברא למש"ל [בסי' ט"ו אות ח' ט'] אתי שפיר:

גם מ"ש בתוך הדברים דדמי לספינה דנחית לאגרא, יעו"ש ברש"י שכ"ש להיפוך דמש"ה אם רצה נוטל פחתה ואם רצה נוטל שכרו משום דהוי ליה גזלן, הרי להדי' דאע"ג דקיימא לאגרא ונחית לאגרא אפ"ה הוי כגזלן, ותו לא שייך ביה הטעם משום דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן ואפ"ה אם יתרצה הלה בשכר מחויב ליתן לו משום דזה נהנה וזה חסר ומשכו מתחילה לכך ונתחייב בהם ושוב א"י לחזור, ומפשטות הדברים מוכח משם להדי' להיפוך והוא דכל דלקושטא דינו כגזלן שוב לא נוכל לחייבו משום חזקה זו ולומר דאחזוקי אינשי בגזלני לא מחזקינן וטעה בדעתו וקסבר דבזה לא יהא גזלן שהרי גם בספינה דקיימא לאגרא לא מחייבינן לי' באגרא רק היכא דנחית ליה לאגרא להדי', והיכא דלא נ"ל לא מחייבינן לי' בסתמא משום חזקה זו כיון דסוף סוף נעשה גזלן עלי' לא מחזקינן ליה בטעותא כדי לחייבו, ואינו דומה לדברי מרדכי דלעיל משום דהתם מחייבינן ליה בכולי' רווחא. ובאופן זה פשיטא דגם לקושטא לא נעשה גזלן כיון שכל עוצם מחשבתו רק לטובת הבעלים ולא להנאת עצמו אע"ג דלכתחילה אם בא אמרינן ליה דלא יגע בהן בזה אמרינן דטעה בדבר איסור זוטא כזה, ומשו"ה מחייבינן לי' בכולי' רווחא כדי לנקותו משמא דגזלנותא ובכדי שינצל מאיסור חמור כזה אמרינן שפיר דמשום חזקה זו מסתמא דעתו מתחילה לכך. אבל בנידון דרב האי גאון דלא מתחייב ליה אלא בפלגא רווחא הרי לקושטא דנעשה גזלן בפלגא שוב אזדא ליה חזקה זו דמה לי פלגא ומ"ל כולי':

גם מ"ש רו"מ בשם הב"ח דהיכא דברי הזיקא גם במבטל כיסו של חבירו חייב ודימה לזה שה"ה בהלואה נמי היכא דמעכבים לאחז"פ. איברא למש"ל [בסי' ט"ו אות א' ובסי' ט"ז אות ו'] דגבי הלואה שאני משום דבדידי' קעביד מעשה אבל במבטל כיסו של חבירו דבדחברי' קעביד מעשה הוא דמחייבינן ליה לדעתו דב"ח ורמ"ה דהיינו או שגורר כיסו של חבירו לחדרו של בעה"כ ונעל בפניו דדמי לאהדקי' באינדרונא לדעת הרא"ש אלא דבאדם מחייבינן אפי' היכא דלא ברי הזיקא משום שבת. אבל גבי ממון דלא נתחייב משום שבת פטור רק היכא דברי הזיקא חייב משום נזק וכמש"ל בסי' ט"ז אות ד'], ולדעת הפוסקים דסברי בפורץ גדר בפני בהמת חבירו דחייב כשנאבדה משום דחשיב להו המעשה בגורם כעושה מעשה בגוף הממון. או דטעמא כמ"ש הרמב"ן בדד"ג משום שהוציאה מחזקת שימור למקום אבוד והפקר כן י"ל דה"ה להיפוך היכא דנעל בפני

כיסו של חבירו דחייב היכא דברי הזיקא שע"י מעשיו הוציא ממונו של חבירו מחזקתו ורשותו של בעלים הראשונים, והעמידם במקום שאינו בחזקתו ורשותו, ועי"ז איבד והירס קנין פירות שלו כמ"ש לעיל [בסי' הקודם אות

ב גם מ"ש כ"ת לתרץ הקושיות [המובאים במל"מ פ"ז ממלוה] על ר"א מטולא מובא בתשו' מיימוני [ס' משפטים סי' ט"ו] מנכש עמי היום והנהו דמהפכי בי דרי ומהאי דמרבין על השכר [בב"מ דף ס"ה ע"ג ע"ה] דהתם לא הרויח ור"א מטולא איירי כשהרויח לא נראה לחלק בזה רק לענין חיוב ופטור אבל לא לענין איסורא והיתרא ולענין לכתחילה. דממ"נ אי ליכא איסורא דרבית בשכירות אפי' כשלא הרויח נמי ואי איכא איסורא דרבית בשכירות אפילו כשהרויח נמי אסור מדרבנן, אפס לענין איסור רבית דאורייתא בר"ק הוא דמחלקינן בין הרויח ללא הרויח. אבל מידי אבק רבית אכתי לא נפיק ודוחק לומר דר"א לא התיר בשכירות אלא גבי אבק רבית דרבנן, והוא כשהרויח דאז כבר יצא מידי רבית דאורייתא מיהת הוא דמתיר גבי שכירות אפי' מדרבנן. דא"כ בל"ז מאי קשיא ליה למר אחיו של ר"א מטולא מהנהו דדרי באגי או מההיא דנכוש ועידור, דשאני הכא דהוי כרבית קצוצה מה שאין כן גבי הנידון דר"א שהיה לאחר זמ"פ דבל"ז לא הוי אלא א"ר דס"ל כדעת הרמב"ם בזה] א"ו דס"ל דאפי' ברבית קצוצה מתיר ר"א לגמרי גבי שכירות אפי' מדרבנן:

ג להשלים הדברים שכתבנו לעיל מזה דגבי ספינה אפילו דקיימא לאגרא ונחית לאגרא מ"מ כל דין גזלן עליה, עיין בקצה"ח [סי' ש"ח ס"ק ג'] שהקשה על הרמ"א שם שפסק דאם נטל בהמת חבירו דקיימא להשכיר בתורת שכירות ומתה בדרך דפטור ולא דמי לשואל שלא מדעת, משום דק"ל ונחית לאגרא. והקשה דהוי לי' להרמ"א לפרש דאם מתה מחמת מלאכה דחייב כמו גבי ספינה דקיימא לאגרא ונחית לאגרא דאם רוצה נוטל פחתה. ועוד שגם לענין שאר אונסין מבואר ברש"י דדינו כגזלן כמו שכתבתי לעיל, ונראה לפי ענ"ד דלק"מ שהרי גבי אבידה תנן בהדי' לחלק בין דבר שעושה ואוכל דמחוייב להשכירה לאחרים משום השבת אבידה ובדבר שאינו אוכל ועושה הרי זה לא יגע בהן ומבואר שם להדי' (ב"מ דף ל' ע"א] דאפי' בקורדום דפחתן מעט ושכרן מרובה ה"ז לא ישתמש בהן בקשה, ומשמע אפי' בשכר. (ועיין ב"מ דף פ"ב ע"ב) דגבי עני משכירין משה"ט, אבל גבי אבידה דלא ידעי לן אם הוא של עני הרי זה לא יגע בהם ומכש"כ גבי ספינה דהפחת מרובה לפעמים מדתני אם רצה נוטל פחתה. הרי להדי' דגבי דברים דיש לבעלים הוצאה עליהם ועומד להשכירם לאחרים אנן סהדי דניחא להו לבעלים בהכי, שהרי היכא דאיתנהו ברשותי' מחייבינן ליה בהכי משום השבת אבידה.

ומשו"ה דינו כאילו השכירו מדעתו ממש ופטור מאונסין, וכן במתה מחמת מלאכה, משא"כ גבי ספינה דלית להו לבעלים הוצאה עלי' אם תנוח ולא תנוע אזי אפשר דעתה ניחא להו לבעלים שתשבות במקומה ולא להשכירה אע"ג דקיימא לאגרא מ"מ לא ברירא לן דניחא ליה גם עתה, ומש"ה לא יצא מדין גזלן לכ"ד, משום דא"ל דבעתים דצריך למעות ביותר משכירה, ואינו חושש לפחתה. וכשאינו צריך כל כך אזי ניחא לי' שלא תפחת ספינתו וזה פשוט וברור ומשה"ט דקדק הרמ"א בלשונו בשלחנו הטהור ונקיט לי' בבהמה דווקא ולא נקיט בסתמא:

ד ומ"ש כ"ת ליישב דעת הרמ"ה מובא בנ"י ב"ק פ' כיצד מובא לעיל בסי' הקדום אות ו'] משום דקשיא ליה אמאי חייב שבת באדם, הא לא הוי אלא כמבטל כיסו של חבירו, אלא ודאי משום דמתחיל היזקא מיד וא"כ ה"נ בנועל ביתו של חבירו היכא דקיימא לאגרא עכ"ל בקיצור אמרים, ול"נ דאכתי קשי' דהא כיון שגם באדם אינו חייב רק היכא דמתחיל היזקא מיד, ואפ"ה קתני בהדי' דגבי אדם חייב וגבי שור פטור, ובע"כ בחדא מחתא מחתינן להו, ועיי' לעיל [בסי' ואות הנ"ל] מה שכתבנו בדעת הרמ"ה, ועוד שכבר הוכחנו לעיל [שם באות ד' ה'] דשבת באדם דחייבא רחמנא הוא אפי' היכא דלא ברי היזקא ואינו מצוי כלל:

ולפ"ז גם דברי קצה"ח (בסי' של"ג ס"ק ב'] צ"ע מ"ש על דברי תוס' ב"מ ריש פ' השוכר את האומנין דכוונתם משום שבת באדם, דא"כ אכתי קשי' לדעת הנ"י שתירץ בזה דאיירי שגם קודם ששכרם לא נמצא להם להשכיר אצל אחר והרי כל דיני שבת באדם חייבא רחמנא בהכי כמ"ש לעיל [שם[בשם הרא"ש, וצ"ל דמ"מ יצא בזה מסוג וגבול גרמי, דעיקרו הוא דווקא היכא דברי הזיקא ומתחיל מיד ואזי חייב אפי' ע"י דיבורא בעלמא. אבל גבי שבת דחייבא רחמנא אפי' היכא דלא ברי הזיקא זהו בדעביד מעשה דווקא אבל מ"מ ע"י דיבור לחוד אי איפשר לחייבו בסוג זה רק היכא דברי הזיקא, ולדברינו הנ"ל אתי שפיר דכל כמה דעביד מעשה בממונו של חבירו כגון שהשליך את ממונו ש"ח לתוך חדרו ונעל בפניו ונראה בעליל הזיקא של בעלים מיד במה שאינן יכולין להרויח אזי אפ"ל דכ"ע מודים לדעת רמב"ן ורמ"ה וכמ"ש לעיל [שם], אבל היכא דלא עביד בידים רק שנעל בפניו, אזי תלי' במחלוקת הפוסקים גבי פורץ גדר בכותל בריא, אם חייב על הבהמה, לדעת תוס' ב"ק דף נ"ה ע"ב] דפטרי התם ה"נ דפטרי הכא, וכמ"ש תוס' ב"ק (דף כ' ע"א] גבי נועל דלת בבית חבירו [אבל הכא גבי פועלים דע"י דיבורא דידי' בגופן של פועלים קא מפסדי אזי יתחייב מצד דד"ג]. ורמ"ה לטעמי' דס"ל בפורץ, דחייב

גם על הבהמה אע"ג דלא עביד מעשה בגופה רק בדבר הגורם. יעו"ש שכתבו הפוסקים כן ובטור [סי' שצ"ו] בשם הרמ"ה, ה"נ דמחייב בנועל ביתו של חבירו דקיימא לאגרא:

ה איברא כן הדברים לדעת הרא"ש דמדמי להו לחדא בפרק החובל [סוף סי' ג'], אבל לדעת הרמב"ן בדינא דגרמי יש מקום לומר דפורץ מיגרע גרע מנועל, משום דגבי פורץ שאני דאפקו לה ממקום שמור למקום גדודי חיות ולסטים, א"כ גם לדעת המחייבים גבי פורץ מ"מ יש מקום לפטור את הנועל, וכן המבטל כיסו של חבירו באופן זה ולא עביד ליה מעשה בגופן רק בגורם לו כגון שנעל בפניו וכה"ג אפי' היכא דברי הזיקא לדעת רה"פ ואחרונים [חוץ מדעת הב"ח ורמ"ה]:

ולפ"ז עולין פסקי הש"ע על מכונם, דגבי פורץ מביא מחלוקת הפוסקים בסי' שצ"ו] ובנועל בפני בית חבירו דקיימא לאגרא [בסי' שס"ג סעיף ו' ברמ"א] וכן גבי מבטל כיסו של חבירו דפטור דמשמע אפי' היכא דברי הזיקא, וכן [בסי' ת"כ סעיף י"א] גבי שבת דלא מחייבינן ליה היכא דלא עביד מעשה בגופו, והיינו טעמא כמו שכתבתי משום דא"ל דפורץ שאני, ועוד דשבת שאני דחידוש הוא דאפי' בדבר דלאו ברי הזיקא, ואפי' היכא דסתמא הוא להיפוך אפ"ה חס רחמנא על הנחבל ואפי' היכא דלא חביל לו אלא דאהדקי' מש"ה א"ל הבו דלא לוסיף עלה, וזהו היכא דעביד לי' מיהת מעשה בגופו אבל לא בדבר הגורם, אבל גבי פורץ דברי הזיקא מיהת מביא גם סברת המחייבין, ולסברא זו נוכל לקיים סברת הב"ח גבי מבטל כיסו של חבירו אפי' היכא דלא עביד מעשה בגופן אע"ג דגבי שבת פטרינן ליה]:

ו מ"ש יד"נ בדברי המשנה למלך [פ"ד מה"מ הלכה י"ד] תוך ד"ה ולענין הלכה בהאי דינא דמהר"מ דמחלק דגבי אבק רבית לא מצי למימר קים ליה כדעת רש"י ב"מ (דף ע') דצריך ב"ד דווקא כמעות יתומים. רק מחייבינן ליה כדעת מהר"מ. והיכא דהתנה ברבית קצוצה לא מחייבינן ליה כדעת מהר"מ. ויד"נ מפרש זה בהשכל דגבי אבק ריבית הוי ספיקא דרבנן לגבי איסור רבית וספיקא דאורייתא לגבי איסור גזל משא"כ לגבי רבית קצוצה דהוי סד"א גבי שני הקצוות. נהניתי שכתב זה בהשכל ובחכמה. איברא לקושטא אכתי יש לפקפק בזה דמשמע מדברי המל"מ דעיקר החיוב והפטור תלייא באיסור דרבנן ודאורייתא. וא"כ גם היכא דלא התנה כלל דליכא איסורא מדאורייתא מחייבינן ליה משום דברי מהר"ם שפוסק דלא התנה חשוב כהתנה בזו משום תקנתא דרבנן לגבי יתמי והרי הכא ליתא לאיסור גזל כלל לגבי הלוה רק להיפוך לגבי המלוה איכא ספק גזל משום דא"ל כדעת רש"י דלא תיקנו אלא גבי ב"ד דווקא. גם אפי' כשהתנה יש לדון ולומר לפום דברינו שכתבנו לעיל [בסי' ט"ו אות ו'] דכולהו מילי דאבק רבית

דפטרוהו רבנן את הלוה אע"ג דמדאורייתא מחוייב הוא משום כחו דהפקירא שניתן להם מן התורה וגם הלוה זכה בהן מה"ת. ומה שהתקינו אח"כ גבי יתמי הוא משום דהדרי רבנן בתר תקנתא, והדרו ואפקרוהו מן הלוה למלוה. וממילא נידון כזה כבר יצא מכלל איסור גזל דאורייתא וגם בא"ר דרבנן דמספקא לן אם חזרו ותקנו גבי יתמי אפי' שלא בפני ב"ד הרי זה דומה כאילו מספ"ל מדאורייתא אם זכה בהן הלוה מהפקירא או לא. ועדיין קשיא אמאי לא מצי למימר קים לו כרש"י וזכיתי בהם מהפקירא. גם יש מקום לומר דשאני איסור גזל דהתירה התורה ספיקא דידיה מדכתיב מי בעל דברים יגש אליהם כמש"כ בקצוה"ח בקונטרס הספיקות גבי אינו יודע אם נתחייבתי ונראה גם בספיקא דדינא יש לומר כן וכ"כ התומים בקיצור ת"כ בסי' כ"ג אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא לענין עיקר ועצם הממון לענין תפיסה וכדומה מפני שגם זולת האיסור גזל שבו, הכי אנן לא מחייבינן להזדקק ולדון עפ"י מוסדי תוה"ק על עיקר הממון של מי ומי הוא. שהרי גם בקטנים שאין אנן מחוייבין להפרישן מכל איסורין שבתורה. מ"מ נזדקקינן להוציא מהן דברים שאינן שלהם או שנתחייב אביהם בבירור כמ"ש בש"ע חו"מ [סימן ק"י סעיף א"ה]. הרי להדיא דלאו משום איסורא שבו לבד יסוב פני החיוב מהפטור, אלא אע"ג דאיסור גזל אזדא ליה משום ספיקא מ"מ מידי ספיקא לא נפקא כיון דמ"מ נעלמה ממנו קושטא דמילתא אחרי עיקר הממון של מי הוא מפני ספיקא דדינא:

ז מ"ש ליישב דעת רש"י פרק איזהו נשך [דף ע'] התמוהים [כמ"ש לעיל סימן ט"ו אות ו'] דמש"ה צריך לחדש במעות של יתומים משום הפקירא, משום דאכתי יש איסורא לגבי הלוה. יש להשיב בזה כיון דרבנן תקנו כן כי היכי דלא ליכלו זוזי דיתמי כשם שהפקיעו את איסורא דרבנן מן המלוה ה"ה נמי מן הלוה. דאי לא הא לא קיימא הא, ואכתי ילכו ממונן לאיבוד. וגבי איסורא דרבנן לחוד לא מצרכינן לכיילא משום כחו דהפקירא דהם אמרו והם אמרו. הגם שהתוס' כתבו כן לחד תירוצא שם בד"ה מעות של יתומים היינו לס"ד דאפי' הרבית קצוצה מותר ביתמי. ובע"כ משום ריבויא דקרא. דבל"ז אי אפשר לעקור דבר מן התורה בקום ועשה [דגם משום הפקירא אי אפשר כמ"ש במ"ל פ"ד מה' מלוה הלכה י"ד ד"ה נכסי]. אזי יש מקום לחלק בין לוה למלוה כמו גבי הקדש דמחלקים הפוסקים בזה בין לוה למלוה משום דגבי הקדש ההיתר בעצמותו. אבל למסקנא ביתמי דעיקרו הוא משום תקנתא שלא יאכלו את רכושם תו אין מקום לחלק בין מלוה ללוה:

גם מ"ש כת"ר באופן הב' משום דחיישינן שמא יוציא מעותיהם לצרכיו וירויח בממון אחר דזה אסור אפי' ביתמי. אתמהה שהרי גם לגבי מלוה פליגי אי להוצאה נתנה או לא. רק דאנן פסקינן דמסתמא להוצאה ניתנה והכי ביתמי דמחפשינן אחרי איש נאמן ואמיד

ומתנין בהדיה בפירוש שיתן החלק מן הריוח. והרי זה כאילו מתנין עמו בפירוש שלא להוציאם דאזי בוודאי אסור להוציאם. ואחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן. והרי זה דומה כעיסקא שאין רשאי להוציאן לצרכו. ועיין קידושין (דף מ"ז) ברש"י ד"ה להוצאה ניתנה. הלוה רשאי להוציאם בהוצאה ואינו חייב להעמידה בעיסקא שתהיה מצויה בכל עת שיתבענו. עכ"ל. ועיין בש"מ ב"מ דעיקר ההיתר ביתמי משום דהוי כעיסקא דהוי פלגא מלוה ופלגא פקדון וחשבינן ליה כמתנה שומר חנם להיות כשואל:

גם מש"כ בשם הב"ח בסי' ל"ו דכתב שאינו מחוייב ליתן לו מה שהיה יכול להרויח משום איסור רבית. ומ"מ עבירה היא בידו ובכלל גוזל א"ח איכא, דאפסדהו ממון בגרמייהו. נראה לי דפשטות דבריו הוא להזהירו לכתחלה שלא יבוא לידי כך. ובדיעבד מידי סרך גזל לא נפיק ולא ניתן להישבון משום אגר נטר. וכן מצינן כמה פעמים בש"ס. עיין ב"ק (דף ק"ה ע"א] גזילה אין כאן השבה אין כאן, ב"מ דף כ"ו ע"ב] עובר משום לא תגזול ואע"ג דאהדריה לאחר יאוש וכו', ע"ז (דף ע"ב ע"א], שעוצם הכוונה להזהיר את בעלי הד"ת ולהפרישם לבל יתלכדו בענין זה שהוא מעוות שאינו יכול לתקון. ובעקבותיהם דרך בעל הב"ח גם בזה והוא מפני שכל לוים דעלמא אינם עוברין כשמעכבין זמן הפרעון אלא בלאו מדברי קבלה כמבואר בח"מ [סימן צ"ז סעיף ג'].

והיכא שהמלוה מפסיד על ידו אז לא נפיק גם מאיסורא דל"ת, וא"א לתקנו עוד משום איסורא דריביתא:

ומ"ש להסב דברי הב"ח על כוונה אחרת והוא שפי' שפטור לשלם היזיקא משום איסור רבית אבל מותר וכשר הדבר שישלם לו כדי לתקן איסור גזילה. לא נהירא כלל שהרי משמא דריביתא יותר מתגלגל דינא דאיסורא והיתרא, מדינא דחיובא ופטורא. שהרי בהערמת רבית אין בהם רק משום איסורא לחוד לכתחלה, ובדיעבד מחוייב לקיים תנאו כאשר פסק לו. [ודעת רמב"ם והרשב"א שם קי"ד שם ס"ו קס"ג ועיין לקמן בד"ה כאשר פסק לו]:

ועתה יסוב פני הדבר בהיפוך ונימא שפטור ומותר מה אמרת דמ"מ ישלם משום איסור גזל ולא יתכוין משום אגר נטר. חדא דלא מצינו כזאת דאיסור רבית יהיה קשורה בכוונה. ועוד דדמי ללא איפשר וקא מכוין וקרוב לפסיק רישא [ועיין תוס' פסחים (דף כ"ה ע"ב] תד"ה לא איפשר]. ועוד דאי נימא כמ"ש מעכ"ת דהוי כאיסור גזל ממש ומשו"ה צריך לשלם לצאת ידי השבה ולא יתכוון משום אגר נטר. איברא לא נוכל לחייבו בב"ד משום א"נ. אדרבה איפכא מסתברא ויותר נכון שיכפוהו בב"ד משום איסור גזל, שהרי אצלם הכוונה רצויה בלא שום תערובות דבר, שכל כפייתן הוא רק משום איסור גזל כמו

דמצינן שת"ח רשאים להלוות זה מזה. ואי משום דחיישינן שהמלוה יתכוון לא"נ משום דעיקר איסורא דא"ר לגבי מלוה הוא, הלא גם עתה שמשלם לו מעצמו עודנו לא נפקא מחשש זה:

מ"ש יד"נ להשיג על הראיה של תשובת ש"י. ספרו אין בידי לשום עיוני בהם ונכונים הדברים שכתב מעכ"ת בדחיית ראייתו גם מ"ש בשם האחרונים עטרת צבי [בס"ס פ"א] שעיקרן בנוין על תקנות ומנהגים של ד' ארצות, אשר לא נתפשטו בכל המקומות ולא בכל הזמנים רק בדורותם בזמן הוועד. וכן שמעתי מן ש"ב הגאון אב"ד דק"ק לונטשיץ מוהר"ח זצ"ל דאנן לא פסקינן השתא פסידא דשוקא, כתקנות ארבע ארצות:

ומ"ש מעכ"ת דפלוגתת הפוסקים [תוס' ב"ק (דף כ' ע"א) ד"ה זה אין, ורי"ף שם]. אי חייב לשלם שכר דירה בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר תליא בשני אוקימתות ב"מ [דף ק"א] אם בחוץ לארץ יכול לומר עציי ואבניי אני נוטל משום כחשא דארעא יאמין לי ידיד לבי שבכמה אופנים רציתי להצדיק דברי קדשו הנאמרים בהשכל במושכל ראשון ובפרט כי דבר גדול הוא לחפש ולתור אחרי מקור הדברים ממעיינות חכמי הש"ס, וכן דרכי מאז בעזה"י אבל מה אעשה כי האמת אהוב אצלי מכל. הן עצם כוונתו [הגם כי קיצר ביותר, לשקול ולפלס הדברים ולעלות במאזנים יחד] כן הוא, דכיון שמשלם לו במה שמכחיש ארעא בשעת עקירה, היינו בע"כ כמו שאר מזיקין דשמין בכמה ימכר עתה בפחות. אבל אינו צריך לשלם לו מה שישבות האדמה מעט זמן מזריעה וקצירה שהרי שבת במקום נזק ליתא. אלא גבי אדם לחוד כמבואר להדיא בפ' החובל במתני'. [ודעת לנבון נקל להטעים בזה מש"ל (בסי' ט"ז אות ד' ו') לתרץ דברי הרמב"ן ורמ"ה. והוא דדווקא במקום נזק הוא דפטור גבי שור. אבל באהדקיה באנדרוניא היכא דברי הזיקא חייב גם גבי שור, דהיינו נזק. אבל גבי אדם חייב אע"ג דלא ברי הזיקא ואפי' כשאינו מצוי ורגיל בזה דינו כמו בכל שבת דעלמא]. ומשו"ה לסברת הרי"ף יכול למחות בו שלא יעקרם משום דמ"מ יחסרוהו מהיום והלאה בזריעה וקצירה. אבל לדעת התוס' יכול לעקרם מפני שלא נהנה זה בשביתות אדמתו ש"ח. שהרי היכא שכבר עשו פירות, פשיטא דא"י לעקרם וליטלם עם הפירות. מפני דאכתי ארעא דידיה אשבח את האילנות שישאו הפירות. א"ו דעיקר הפלוגתא היכא שנתרוקנו מפירות. והטעמות שביניהם הוא מכאן והלאה:

אבל לקושטא גם לדעת התוס' יכול למחות בו בכדי שלא יוזק מכאן ולהבא עוד. וע"כ ל"פ תוס' אלא היכא שכבר דר בה דאזי פטור לשלם מפני שלא נהנה אע"ג דחסרי'. אבל פשיטא דיכול למחות בו ולהשליכו חוצה כדי שלא יופסד [ואם משום שהאילנות

שלו המה. כיון דבכוונה נטעם בשדה ש"ח פשיטא דיכול למחות בו כדי שלא יפסידו הבעלים בדבר שלא גרמו לזה ע"י פשיעותן]. וגם היכא שכבר עקרם ושילם לו הנזק דהיינו מה שנפחת עתה מערכה במכירה אזי גם לדעת הרי"ף פשיטא דפטור לשלם לו שכר ביטול עבודתה:

ח ואגב גרירא אודיע ליד"נ בהאי ענינא שתמה בעל מחנה אפרים בהלכות גזילה [סי' י"ג] על דברי הגה"ה שניה בסי' שס"ג סעי' י'] ישראל שברח מן העיר וכו' דפטור מפני שלא קיימא לאגרא. שאם לא היה דר בו הישראל היה דר בו הכותי, והקשה מתוס' ב"ק (דף כ') בד"ה הא איתהנית דבתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה דחייב מפני שנהנה מחסרון של חבירו אע"ג דבשעה שנהנה לא חסרי' מידי שכבר נחסר ע"י התוחב, וכן באכלה מתוך הרחבה דמשלם מה שנהנית אע"ג שכבר נחסר מ"מ כיון דמטי ליה הנאה מכח החסרון של חבירו. א"כ ה"נ יתחייב אע"ג דלא ק"ל בשעה שנהנה דמ"מ מטי ליה הנאה ע"י חסרון שקודם לזה. ומה מאוד נפלאתי על גבר בגוברין אביר הרועים גאון הגאונים כמוהו שמדמה בזה הדברים השוים במילות אפס בתוכנתם רחוקים זה מזה מרחק הלאה. דגבי מידי דאכילה הוא דלא אזלינן בתר השתא ונימא כיון דהשתא לא חסריה מאומה כיון דלעולם לא סגי בלאו הכי. שהרי א"א ליהנות מן האוכל עד דחסריה בלעיסה. או דמטיא ליה לבית הבליעה במקום שאינו יכול לאהדורי רק על ידי הדחק. ולהכי א"א לחלק ולהפריד בין החסרון שקודם להנאתו, ולבין הנאה שנהנה אח"כ. כיון דלעולם א"א בלא"ה ודומה למה דאמרינן בגיטין [דף נ"ב בתוס' ד"ה מנסך דא"א לינסוך בלא הגבהה וחשיב כאלו נעשה בהדי הדדי. אבל גבי בית דאפשר ליהנות בלא חסרון כלל. כגון היכא דלא קיימא לאגרא כלל. ולהכי גם עתה דלא קיימא לאגרא מפני הידוע. אזי אזלינן ג"כ בזה בתר השתא והחסרון שחסרו הידוע כבר נסתלק בשעה שנהנה ולא אזלינן תו בתר מעיקרא כיון דאפשר הוא לחלק ביניהם וזה ברור ונכון:

ט מ"ש מעכ"ת כוונים בש"ס ב"מ דף ק"א] כגון דא צריכא רבה גבי זיתיי אני נוטל דאמר ר' יוחנן משום ישוב ארץ ישראל ולא אמר משום כחשא דארעא. ע"כ בחוץ לארץ שומעין לו וי"ל דר' ירמיה ס"ל דאין נפקא מינה בין עשה בידים או לא ועיין בתוס' שם ע"ב תד"ה בשדה] וכיון דלא חייב משום כחשא דארעא ע"כ ס"ל בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר פטור. וקשיא ליה קושיית הגמרא לעיל (דף כ') מקורה של הקדש וצריכין לתירוצא דרבה. שמחתי על השקדת לימודו בעיונים ושעשועין דאורייתא אבל לקושטא הלא התם איירי בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר וקשיא מקורה של הקדש אבל הכא דאיירי משום כחשא דדמי לפום דמיונו לפלוגתא דבין רי"ף ותוס' דאיירי

בקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר. דתו לא קשה מהקדש שהרי גם גבי הקדש גופיה היכא דלא נהנה לא מעל אע"ג דחסריה להקדש ואפי' לדברי רא"ש שהמציא דאע"ג דלא עביד למיגר מ"מ חשיב כנהנה רק שיכול להשיג הנאה זו בלא שכר במ"א. אבל הכא שלא נהנה כלל פשיטא דלא מעל. ומובן מעצמו דלדעת הרא"ש אין לדמות הנידון דכחשא להתם:

ומ"ש מעכ"ת לתמוה על מהר"י בן לב [בחלק ג' סי' קי"א] דקו' ר"ן ר"פ האומר בקידושין גבי רבה בר בר חנה יהיב ליה זוזי לרב וכו', מתוספתא, לא קאי למסקנא כיון שהמוכר לא נתרצה בפירוש למוכרם לאחרים והעיקר תלוי בדעת המקנה כדאמרינן מי הודיע וכו' יש לדחות הכי המוכר לא נתרצה להקנות לידי מי שהוא, רק בני באגי היו אלמים והיו מרחיקים הלאה את הקונים בקולות ודברים כדרך החוטפים והאלמים כי יתנו בקולם בצווחה ובצעקה להלאות הקונים לבל יקרבו זרים בתוכם שהרי אמרינן שם דמ"מ הוי ליה להודיעו סבר אדהכי והכי אתי אינש אחרינא זבין לה הרי להדיא שהמוכר נתרצה לכל מי שיזדמן ומי שלא ישמע לקולם ולא יחוש למו יקנם ולאחר הקנין שוב הקולות יחדלון ולא ישמעו עוד. ובעיקר כוונת דברי מהריב"ל בתשו' הנ"ל במ"ש שם. איברא דיש מקום לדחות דאדרבה איפכא מסתברא. ונראה ממשמעות לשונו כך דהיכא שהתנה להדיא ברבית קצוצה הוא דמחייב מהר"ם ביתמי אבל הכא שהתנה בפירוש שהרויח מהלבשה זו דהיינו מחיר וחילוף הראשון שיסחור מן הסחורה וחפצים שקיבל מן האפטרופוס יתן כולי' רווחא ליתמי משמע קצת לס"ד דמהריב"ל] דדמי להתנו בפירוש שלא יתנו עוד ממסחרם שיעשו אח"כ בחילופים והלבשות אחרות וכאילו גילו דעתם בפירוש בזה. [ובמסקנא לא קיים סברא זאת] ואולי נודע להם כי הלבשה זו רחוק מן ההפסד נתרצו מתחילה ליתן כולא רווחא ליתמי משא"כ במסחרים אחרים שיעשו אח"כ שיכנסו את עצמן בהפסידות וסכנות עצומות לכן גם אם ירויחו יהיה שלהם לבד, [אבל בסתמא ממש גם המהר"י בן לב מודה לדעת הרמ"א ז"ל]:

ועתה עיקרא לדינא דבחלק המגיע ליתומים מחויב ליתן להם חצי הריוח שמגיע לחלקם אע"ג דלא התנה כאשר פסק הרמ"א בחו"מ [סימן ר"צ] ומסקנת המשנה למלך שם ודעת בעל טו"ז ביורה דעה סימן ק"ס ס"ק י"ז] ול"מ מי שחולק בזה מן האחרונים המפורסמי' ודעת רש"י ז"ל שמצריך דווקא בב"ד ואנן לא פסקינן כוותיה בש"ע [עיין בש"ע יורה דעה סי' ק"ס סעיף י"ח] בזה. ולא מצי למימר קים לי כמ"ש מעכ"ת בשם האורים ותומים. [ועיין בנודע ביהודה מהדורא קמא חלק י"ד סי' מ' שהורה למעשה כדעות החולקים על רש"י]:

ובזה אצא ואומר שלום לארעא קדישא ושלום לכל יושביה הקדושים והפרושים שליט"א, ובפרט לכבוד ידידי עוז הרב השואל שליט"א, ה"ה המאה"ג הצדיק המפורסם בכל גלילותנו מו"ה נחום נ"י. מעי מעי הומה עלי וקירות לבבי תוקד בקרבי, מי יתן לי אבר כיונה, אעופה ואשכונה בתוככם, נשמחה ונתעלסה יחד באהבת תוה"ק, ועבודתו הצלולה וברה, המשתחוה מרחוק מול הדרת כבודכם אשר כבר זכיתם למעלה הגדולה והיקרה הזאת. ישאו הרים שלום כחפצכם וכרצון ידיד נפשכם בכל עוז ובכל קירות סרעפי לבבי:

ירח כסליו שנת תרט"ו לפ"ק קוטנא יע"א הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה

סימן יח

בדיני נדה (**תשובה זאת נחלקת לג' סימנים**)

אחדש"ה זה איזה שבועות קבלתי מכתבו בדבר השאלה באשה שראתה דם ג"פ מחמת תשמיש, ומפני טרדות אשר רבו עלי מדי יום יום. ובשגם שהדבר איננו נחוצה להשיב מיד אחרתי עד כה. ועתה פניתי להשיבו לאשר שכתב לי במכתבו השנית שהוא לצורך העיגון:

א אם כן הדברים כי הוא שעת הדחק וצורך גדול. נכון הדבר לסמוך על בדיקת אמונת שמואל [סי' נ"ז]. איברא צריך לעשותו כאשר כתוב שמה וכמובן מתוך דברי קדשו. מתחלה יעשה כיס של פשתן לבן ולמלאותו במוך ולשום עץ בתוך האמצעי של המוך והכיס. והמוך והכיס יעשה כדמות אבר בינוני בארכו ובעביו, והכיס והמוך שבתוכו יהיו מתוחים וקשורים בסופם על העץ שבתוכו, והעץ יהיה ארוך ביותר בכדי אחיזה, ואשה אחרת תבדקנה כשהיא מושכבת על המטה ותכניסנה עד מקום שהשמש דש או עד מקום שתוכל ברווחא, ואין צריך לדחוק יותר מדאי, כי לא נתנה תורה למלאכי השרת, כמבואר בתשובת משאת בנימן [סי' מ"ט] ואין צריך לבדוק ג' פעמים רק בפעם אחת די כמבואר בפוסקים. רק בבדיקות מהרי"ל ומהרי"ו דמובא בש"ע [סי' קצ"א בהגה"ה] הוא דמצרכי לבדוק ג' פעמים, משום דהתם הבדיקה לטהר את הדם גופא קא אתיא ליה ולאחזוקי ליה בדם כליות גם מכאן והלאה ואין חזקה נקבע בפחות מג' זימני. מה שאין כן הכא דבדיקה רק לעקורי ווסת הוא דקאתי. ודי בפעם אחד משום דווסת גרוע כזה דינו כווסת שאינו קבוע, דדמי לווסת דקפיצה דנעקר בחד זימנא, כמש"כ הש"ך בסי' קפ"ז ס"ק ל"ה]. וכן הסכים בעל נודע ביהודא מהד"ק [סי' מ"ו]. וכן נראה עיקר לפי ענ"ד וכמו שאכתוב לקמן ועיי"ש בש"ך [ס"ק ל"ג] ואפי' לדעת האפי רברבי,

זהו על ידי תשמיש מה שאין כן על ידי בדיקת שפופרת וכדומה. ואין פוצה פה ומצפצף דדי בפעם אחת (וכן כתב בנוב"י בפירוש סי' מ"ו). ומעתה גם כן אין לפקפק על בדיקה זו היכא דלא נמצא כלום על הכיס, דילמא נכפף הכיס והמוך ולא הגיע עד המקור כיון שהמוך והכיס מתוחים וקשורים על העץ שבתוכו. ובסדרי טהרה [סי' קפ"ז ס"ק ז'] שחשש קצת לזה, זהו היכא שעשה הכיס עם מוך לחוד, כמ"ש שם אבל היה בהעלם מאתו תיבת ע"י מוך ועץ. או שהיה איזה השמטה בס' אמונת שמואל שלפניו. והנכון כמו שכתבתי לעיל:

ומעתה בין שלאחר בדיקה הנ"ל תמצא על צד הכיס ובין שלא תמצא כלל מותרת לשמש עם בעלה. כיון שהכיס והמוך מתוח על העץ שבתוכו תו ליכא למיחש שמא נכפף וכמ"ש לעיל. ואם תמצא על ראש הכיס אזי תתגרש ותנשא לשלישי, שעדיין נוכל לתלות שנתקנח מן הצדדים והוית כאילו לא נבדקה כלל. דדוקא בשפופרת שהמתכת מפסיק לבין המכחול הוא דנאסרה לכל היכא שנמצא על ראש המכחול:

ב ועתה נבאר אם לאחר שתבדוק כנ"ל. לא תמצא כלל על הכיס. ולאחר תשמיש ראשון תחזור ותמצא. אזי נראה לפענ"ד דאסורה לשמש עוד עם בעלה. שהרי עיקר הטעם הוא דמותרת היכא דלא נמצא כלל, משום דאמרינן דלמא נתרפאה כמו שכתב הש"ך [סי' קפ"ז ס"ק י"א] בשם הגהות מיימוני. ותו לא עדיפא מהיכא דהפחידה פתאום והפילה חררת דם. דאמרינן בגמ' בידוע שנתרפאת, ואפילו הכי כשחזרה וראתה בפעם א' נאסרה כמבואר בסי' קפ"ז סעיף ט'. וכן הקשה בסדרי טהרה ס"ק ו'], ועיין בנוב"י [סי' מ"ג] בד"ה והנה אמאי וכו'. ובחוות דעת סי' קפ"ז ס"ק ג'] בקושיא ט' ועיין שם. משמע דדוקא כשחזרה וראתה ג' פעמים ובמחילת כבוד תורתם שגו בזה דפשיטא שגם בפעם א' נאסרה:

לכן נראה דעדיפא מילתא דלא תבדוק כלל לא הוא ולא היא לאחר תשמיש. דמסתמא כבר יש לה ווסת קבוע ואפילו היכא דמקדמת או מאחרת לפעמים איזהו ימים כיון שיש לה ווסת שאינה רואה פחות מי"ד ימים ד"מ. אזי בתוך י"ד ימים דינה כיש לה ווסת דאינה צריכה בדיקה לאחר תשמיש. עיין [סי' קפ"ו סעיף ג'] ואזי גם כשימצאו דם למחרת על כתונתם דינו כמו כתם לבד. ובכתמים לית לן למיחש כלל משום רואה דם מחמת תשמיש. דעיקר טעמא משום חששא דווסת הוא. ואין בכתמים משום ווסת. עיין בסוף סי' ק"צ] ועיין בתשובת פנים מאירות [סי' קכ"ו חלק ב']. והסכים אתו בסדרי טהרה (ס"ק ג'], ולמאי שכתבנו הדין ברור מטעמא דכתיבנא:

גם לא יתפלא הקורא על מה שכתבתי להקל כל כך. באם לא ימצא כלל על הכיס. שתשמש אחר כך בלא בדיקה כלל באותן הימים שיש לה ווסת מיהת שלא תראה במשך זה הזמן כיון דעיקר חשש משום ווסת הוא. ולדידן דפסקינן ווסת דרבנן הוא. דינו כספיקא לחוד כמש"כ תוס' נדה [דף ט"ו ע"א] בד"ה אפי' ומבואר הדבר בביאורי מהרש"ל על הסמ"ג סוף הלכות נדה [דף פ"ה] בד"ה עצה טובה קמשמע לן דכל כהאי גוונא שאסרו חכמים משום ספיקא רשאי שלא לבדוק. ובאשה משום עגונא מוטב שלא תבדוק. ומהשתא אם בווסת גמור הכריחו בתוס' דנידון כספיקא. מכל שכן בווסת גרוע דעל ידי תשמיש דדינו כווסת דקפיצות. וכמש"כ הש"ך שם ס"ק ל"ה]. ועיין בסי' [קפ"ט סעיף י"ז] דדינו כווסת שאינו קבוע לכל דבר. וכן הסכים בנודע ביהודה בסי' מ"ג ובסי' מ"ו] שם. וכן נראה עיקר לפי ענ"ד:

ומה שכתב בסדרי טהרה להשיג על הש"ך בזה דבווסת דתשמיש הוא משום דחיישינן מחמת חימוד ראתה. תמוה דאם כן מאי מהני בדיקת שפופרת. איברא בחוות דעת מצאתי שם [בס"ק ג'] דבנה וסייד וכייד בזה. יעויין לקמן את הנראה לפי ענ"ד בזה [בסי' כ' אות א'] דעדיין לא העלה ארוכה לגמרי כאשר נראה לפום ריהטא, ולמעיין היטב יש דברים בגו:

ג נבאר דבווסת דתשמיש הקילו יותר ממה שהקילו גבי כתמים ואם גבי כתמים נאמרה ונשנה במתני' להדיא [דף נ"ח ע"ב] שלא אמרו חכמים הדבר להחמיר אלא להקל, מכל שכן בווסת דמחמת תשמיש דקילא טובא מכתמים כאשר נבאר:

וראיה נכוחה לזה שהרי לא עלה על דעת שום פוסק להקל בכתמי בוגרת לאחר לילה הראשונה ולתלות בדם בתולים. שגם מצד דינא דגמרא אין נותנין לה אלא לילה ראשונה. ובבוגרת שראתה אין נותנין לה אלא בעילת מצוה כמבואר בריש פרק תינוקת. ולעולם כללא דמילתא דכתמה כראייתה. ותו אין לתלות הכתם בדם בתולים אפי' לדינא דגמרא, ובראתה מחמת תשמיש תלינן בבתולים, ואפי' בבוגרת שראתה זמנים טובא, כמבואר בבית יוסף [בסוף סימן קפ"ז] ובשו"ע [סעיף י"ג]. ואפי' לדעת רמ"א דמצריך שתצטער בשעת תשמיש לאו משום הוכחה לבתולים הוא דצריך. שהרי גם במחמת תשמיש זימנין טובא נמי מצטערה, אלא משום דאי לאו הכי איכא הוכחה להיפך, משום דבבתולים מצטערת ברוב זימנין כמבואר בדרכי משה (סי' קפ"ז אות ז']. הרי להדיא דאפי' בבוגרת שראתה תלינן בבתולים. כי היכי דלא נחזיקנה ברואה מחמת תשמיש. וטעמא דמילתא מבואר בבית יוסף משום רובא אלימתא. והרואה מחמת תשמיש נידון כמיעוטא דמיעוטא לכן יש לנטות בכל זה אחרי הפוסקים והסברות שנוטין להקל ולא

להחמיר, בשגם שלאחר שראתה ג' פעמים מחמת תשמיש דינה כווסת שאינו קבוע כמו בווסת דקפיצות. הגם שמקצת פוסקים מרבוותא קמאי נקטו בזה משום איסור כרת. הלא הם רש"י (דף ס"ו ע"א] בד"ה לפי שאין. וכן הוא בחידושי רמב"ן על נדה בד"ה ה"ג בתוך הדיבור וזה לשונו ומי שרוצה להחמיר וכו'. כוונתם בזה שהענין בעצמותו יש בו כרת. אכן המורה וכן הבעל אין עליהם עון ועונש מחיוב כרת ולא משום איסור דאורייתא, רק משום עון קלילא שלא חששו לאיסור דרבנן שחששו לכתחילה אפי' לווסת שאינו קבוע. והא דאיתא בשבועות (דף י"ח] דחייב חטאת בסמוך לווסתה, היינו בווסת קבוע דימים להפלגה או לחדש. אבל בווסת שאינו קבוע אנוס הוא דאין לו לחוש כל כך רק משום איסורא דרבנן שחששו לכתחלה גם לווסת שאינו קבוע:

והא שהשיג בסדרי טהרה על הש"ך דווסת דתשמיש לא דמי לווסת שעל ידי אונס, משום דחיישינן דמחמת חימוד ראתה. נפלאתי דא"כ אמאי מועיל בדיקת שפופרת. ולפי דברינו שיש להקל ברואה מחמת תשמיש יותר ממה שהקילו גבי כתמים, יש ראיה נכונה לדעת המקילין ברואה מחמת תשמיש, אם יש לה מכה אפי' שאין ידוע אם מוציאה דם, כמו שמקילין לכל הפוסקים גבי כתם אפי' כשאין לה ווסת, לענין שלא להחזיקה ברואה. וראיתי אח"כ בחוות דעת שדרך גם כן בדרך זה של בעל סדרי טהרה ומיישב באריכות קושיא זו. ועי' לקמן [סימן כ' אות ב' ג'] שגם דבריו אינם מספיקין לפי ענ"ד:

ד הן עד כאן כתבנו שיש להקל באשה זו בבדיקת פעם אחד ע"י כיס של פשתן לבן על ידי מילוי מוך ועץ באמצע. עתה נבאר את דעת העומדים לנגדנו, הראשון בעל נודע ביהודה סי' מ"ג] ששדא נרגא בדעת הבית יוסף שאין להקל בבעל הראשון והשני גם ע"י בדיקת שפופרת, אם לא נמצא כלל לא על הראש ולא על הצדדים. וראייתו דאי לא תימא הכי תבדוק אצל הראשון על ידי מכחול לחוד. ותירוצם של הסמ"ג ושאר רבוותא לא שייך בזה, משום דעצה טובה קמשמע לן לא שייך בזה. שגם אם תמצא בראשו עודנה מותרת לאחר, דאמרינן שמא נתקנח ראשו בדם צדדים, ותועיל מיהת הבדיקה אם לא ימצא כלום, אלא וודאי שאין בדיקה מועלת אם לא ימצא כלום אצל הראשון והשני:

ואני אומר שגם לדבריו תקשה תבדוק בבדיקה על ידי כיס ומוך, וכמו שכתב באמונת שמואל, ותועיל מיהת אם ימצא באמצע הכיס ולא בראשו, דנהי אם ימצא בראשו עודנה יש לומר שנתקנח מן הצדדים. אבל בנמצא על הצדדים לחוד ולא על ראשו הרי נראה להדיא שאינו מן המקור, כמבואר להדיא באמונת שמואל ובסדרי טהרה. וכן נראה בחוש, ולא מיבעיא כפי הנוסחא אשר לפנינו באמונת שמואל. אזי בוודאי בדיקה

מעלייתא היא להיתרא ולא לאיסורא כיון שנמצא רק מן הצד ולא על ראשו, אלא אפי' לפום מה שהביא בסדרי טהרה דהיינו על ידי כיס ומוך בלא עץ כמו שכתבתי לעיל באות א') דאפשר לחוש שנכפף הכיס בתוכה מכל מקום מבואר שם היטב דהיכא דנמצא על צד הכיס ולא על ראשו דמותרת, אלא ההכרח יאלצני דהא דכתב הסמ"ג ושאר פוסקים דעצה טובה קמשמע לן כי היכי דלא תיאסר לעלמא. הכוונה דמשום הכי לא קתני בברייתא הבדיקה השנויה שם אצל השלישי, גם אצל הראשון, הוא משום דלא תיאסר אכולי עלמא. ומבדיקה אחרת לא איירי שם. אבל אין הכי נמי דמשכחת לה בדיקה אחרת דמהני להיתרא ולא לאיסורא, רק כיון דלא קתני בדיקה זו בסיפא תו לא קתני על רישא. או כדכתב בחידושי רמב"ן שם, דרבותא קמשמע לן דאפי' לאחר שהוחזקה לכל אצבעות ולכל הכחות מהני בדיקה:

ואין להקשות דאם נימא כדעת האמונת שמואל דמהני בדיקה ע"י כיס ומוך ועץ בין בנמצא על הצדדים ובין שלא נמצא כלל אמאי שבקו בברייתא גופא בדיקה זו לגמרי, ואם ימצא על ראשו עודנה תיאסר מספיקא כמו היכא דלא נבדקה. ולמה נקטו בדיקה דשפופרת כלל דתיאסר בבירור. הלא עיקר כוונת הברייתא להדר אחרי היתרא, וסרך איסורא שבו ממילא נשמע וכיון דמצרכינן בדיקה להיתרא ממילא נשמע דאסורה בלא בדיקה מצד ספק. ומה להם לתור בברייתא אחרי בדיקת שפופרת דוקא דתיאסר מצד וודאי הלא מוטב היה לשנות בדיקה קלה דשכיחא טובא, דהצד היתרא שבהם שווים, רק ההפרש ביניהם מצד איסורא דבזה נאסרה בוודאי ובזה מספיקא:

איברא לקושטא ניחא, דאי לא קתני בדיקת שפופרת כלל. אזי לא היתה אסורה מספיקא. כיון דספק דרבנן בעלמא הוא, כדכתב הבית יוסף בסי' קפ"ז] וכמו שכתב בנודע ביהודה סי' מ"ג וסי' נ"ז]. ועוד דרובא מעלייתא הוא דרוב נשים אין רואין דם נדה מחמת תשמיש, רק כל תוקפא דאיסורא הוא משום דאיכא לברורי את האיסור לפנינו. דאזי לא סמכינן גם על רוב מעליא. כמו ברוב מצויין אצל שחיטה מומחין הם, שכתבו הפוסקים דאינן מומחין הוי כמיעוטא דמיעוטא. עיין תוס' בכורות [דף כ' ע"ב] ד"ה חלב, ואפי' הכי היכא דאיתיה לפנינו לא סמכינן על רובא. ומשום הכי נקטו בברייתא בדיקת שפופרת להורות לן דהא דאיסורא הוא משום דאיפשר לברר את האיסור לפנינו. מה שאין כן בשאר בדיקות דאזי לא איפשר לברר רק את צד ההיתרא אבל צד האיסור לא יתברר לעולם. משום דאיפשר שנתקנח ראשו בצדדי בית הרחם. אבל השתא דאיתא לבדיקת שפופר' בעולם. אין הכי נמי דתוכל לבדוק בבדיקות אחרות. ויתבררו צדדי ההיתר וצד האיסור כדקאי קאי, ועיין:

ה השי"ך [ס"ק י"ד] מביא ראיה לדברי רש"י ורמב"ם. דאצל ראשון ושני לא מהני בדיקת שפופרת מקושית תוס' בד"ה ותבדוק (דף ס"ו ע"א) שהניחו בתימא, ולדעתם ניחא. אבל אי נימא דמהני בדיקה בבעל הא' אי איפשר ליישב עיין שם. איברא דקו' צריך בירור. כמו שכתב בעל אמונת שמואל. ומה שכתב שם ליישב קצת. גם כן אינו מובן למעיין דאין לזה שייכות לדעת רש"י ורמב"ם דוקא. וכמו שאכתוב לקמן:

ונראה פשוט בכונת דבריו, כיון דלדעתם לא מהני בדיקה רק במקום עיגון. ועיקר מצב ויסוד קושיתם אזדא ממאי שהקשה בש"ס ותבדוק וכו' על בעל ג'. הוא הדין דהוי מצי להקשות על בעל שני. וזהו לשיטתם דמהני בדיקה אצלו כמו בג'. איברא לדעת רש"י לא קשה דתבדוק אצל השני דאי נימא דצריכה בדיקה. ואזי צריכה להתגרש. כי בדיקה לא מהני אלא במקום עיגון דוקא. ואין לומר דמכל מקום תיקשה לדעת רש"י דתיאסר לגמרי לשני מביאה ראשונה ואילך ותתגרש ממנו. שהרי כבר נתחזקה בג' כחות אצל הראשון. דזה אינו, דאכתי מנא ליה לסלקא דעתא דכחות של הראשון הוי חזקה אלימתא כל כך לאוסרה על בעלה לגמרי רק שעל ידו עלינו חובה לברר הדבר על ידי בדיקת שפופרת. וזהו הבעל שלישי דוקא. דאצלו נוכל לברר הדברים. מה שאין כן אצל השני דאזי צריכין לאוסרה לגמרי עליו. שוב לא מהני חזקה קלישתא זו מכחות של הראשון. שהרי לדעת רש"י כשם דבדיקה דשפופרת מילתא קלישתא היא דלא מהני אלא במקום עיגון הכי נמי נימא להיפוך, למאי דסלקא דעתא מעיקרא דכחות של ראשון מהני, הוי מיהת חזקה קלישתא ולא מהני אלא למאי דאיתא בהדיא בגמרא. וזהו רק לברורי בבעל שלישי אבל לא לאוסרה לגמרי, ומנא ליה להקשות אבל לדעת תוס' שפיר הקשו דכיון דמהני מיהת שצריכין לברורי אצל ג'. ה"ה נמי אצל השני תיאסר עד שתבדוק. וזה פשוט וברור:

איברא לקושטא, אם על הראשונים אנו מצטערים בעיקר תמיהת התוס', ואנו באים לסלק ע"י זה פסקן של רוב רבותינו הראשונים. הלא הם הרמב"ן ורשב"א ור"ת וסמ"ג וריצב"א והרא"ש והטור, דהעלו דמהני בדיקה גם אצל הא'. דמאי קושיא, חדא דמאן נימא דקושי' הש"ס ותבדוק בביאה ראשונה של הג', אזדא ליה משום שכבר הוחזקה בכחות מן הראשונים, ומש"ה תמהו דתקשה גם על השני דילמא גם לס"ד לא מהני כחות הראשונים. רק דקושית הש"ס הכי אזדא ליה. דלאחר ביאה ראשונה של הג'. הרי כבר נתחזקה בג' כחות של שלשה בני אדם שונים, אזי כבר נתחזקה לכל הכחות, כמו בנגח שור וחמור וגמל, דאפי' למאן דאמר דאית ליה דאינו מועד לשאינו מינו. מכל מקום בנגח לכל אחד רק פעם א' הוי מועד לכל המינים. עיין בב"ק [דף ל"ז ע"א] ובש"ס שם מדמה ווסתות לשור המועד. והוא הדין הכא נמי למאי דסלקא דעתא מעיקרא.

אם ראתה רק פעם א' אצל הא'. וכן אצל השני והג' נמי צריכה בדיקת שפופרת שכבר הוחזקה לכולהו. ועיין חידושי רמב"ן נדה שכתב כן להדיא דאפי' לא ראתה אלא פעם אחת אצל ג' הראשונים. נאסרה לכולן למאי דסלקא דעתא. ועוד קשיא על תמיהתם כיון דמטעם ווסת הוא דאתינן עליה. כמו שכתבו בעצמם בד"ה ונאמנת. וכן הוא בבית יוסף סימן קפ"ז] ובבית שמואל (סימן קי"ז ס"ק ו') וחזינן דווסת זה נשתנה לגריעותא שאינה חוששת רק כשנקבע ג' פעמים. תו נ"ק מן השני. הגם אם נימא דכחות הראשון מהני אצל השני כמו דמהני לשלישי. מכל מקום כיון שכבר נסתלק לגמרי הווסת דראשון. שוב צריכה לקבוע הווסת מחדש ואינו נקבע רק בג' פעמים. מה שאין כן אצל הג' שפיר הקשה שכבר נקבע בג' אצבעות שונות. וצ"ע גדול לישב תמיהת התוס':

אחר זה מצאתי בחוות דעת [ס"ק ג'] שעירב שני קושיות יחד ולשונו מגומגם. רק בעיקר הדברים כתב כן. ומה שכתב לבנות יסוד חדש על דקדוק קלה ושדופה. ועיקר הדברים דחוקים ורחוקים יעויין שם. חדא דמאן לימא לן שבדיקת שפופרת דמי לאצבע להחמיר וכבר מבואר בבית יוסף [בריש סימן קפ"ז] דבדיקת שפופרת מהני כמו אצבע להקל. ולא עוד אלא דעדיף מיניה. דלא אמרינן בו אין כל אצבעות שוות. הגם שבעל נודע ביהודה גם כן רצה להלך בדרך זה [בסי' מ"ג] אבל לקמן [בסי' נ"ז] חזר בו וכתב שם דאפילו כמה וכמה בדיקות שפופרת לא מהני כמו אצבע. ועוד יש לדבר בזה הלא חז"ל חששו למצוא ולחתור דרך סלולה כדי להתירה לינשא ואנן נבוא עוד להפוך הקערה על פיה לבודקה בשפופרת בכדי שיהיה השפופרת במקום בעל. ועל ידי זה תתעגן ותיתיב ותמנע מלהנשא מפני שכבר נתחזקה ע"י בדיקת שפופרת במקום בעל. הגם אם נימא דשפופרת שוה לאצבע. מכל מקום חלילה לנו מעשות כן כדי שתתעגן [ועיין מה שכתבתי בזה לקמן בסי' כ' אות א']. ונסתר ממילא גם כן מה שכתב שם בכוונת דברי ש"ך הנ"ל:

ו עיין בתשו' רדב"ז [חלק ראשון סי' ת"י] שכתב שם גם כן דמהני בדש"פ אצל הראשון. אלא דמצריך בדיקה ג' זימני ושתעסוק ברפואות בין בדיקה לבדיקה עיין שם. אבל נראה שכל זה מפני שבעל המחבר היה בגבולו של רבינו הרמב"ם דנהיגי התם לפסוק כוותי', משום האי טעמא הוא דהוסיף כל אלו [ועי' ברמב"ם סוף פרק ד' מהלכות איסורי ביאה], אבל אנן בתר דעת רוב הפוסקים אזלינן, ודי בבדיקה א' אפי' שלא עסקה ברפואות. כמו שכתב בעצמו דדעת רובא דרובא דלא כדעתו:

ואגב אזכיר למעלת כ"ת מילתא דתמוה. שכתב שם להקשות על המגיד משנה שכתב דמשום הכי לא מהני בדיקה אפי' אצל הג' שתשאר אצלו, משום דחיישינן שמא יבא עלי' בלא בדיקה והקשה דכיון שיש לה שעת הכושר על ידי בדיקה, לא גזרינן כמו בנדה:

והוא תמוה, דבנדה יבא שעת הכושר בבירור. מה שאין כן הכא דמספקא לן. דלמא תמצא בראש המכחול, ודמי לסוטה [במס' סוטה דף ז' ע"א במשנה שם] דמסרינן לה ב' תלמידי חכמים שמא יבא עליה הבעל בדרך. ואי משום דהתם דאורייתא והכא דרבנן בפשטות הוה ליה להקשות דמנא ליה דגזרינן בדרבנן וצריך עיון לישב דבריו:

סימן יט

בענין הנ"ל

א אמרתי נשיחה ונדברה בענין זה שדברנו לעיל בסימן הקודם ואשתעשע בדברי רבותינו האחרונים. ונלקטה דבריהם אחת לאחת. מה שכתב בנודע ביהודה להקשות [בסי' מ"ג], דלמה אסרוה חכמים בראתה ג' פעמי' מחמת תשמיש על בעלה הראשון. כיון דספק דרבנן הוא, ודילמא מן הצדדים, וכתב שם כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא לטבילה ולנקיים, הגם דנתגלגל לדבר דרבנן מכל מקום אזלינן לחומרא. וכן כתב בחוות דעת [בס"ק א'], היכא דראתה בתוך שיעור אשם תלוי ג' פעמים דנאסרה על בעלה. וקשה ליה דהא לענין ווסת הוה ספק דרבנן ותירץ ג"כ כן [איברא סותר דברי עצמו ממה שכתב (בס"ק ג') וזה לשונו, ולפי מ"ש דאינה מותרת במצאה הדם בצדדי השפופרת, רק מטעם דווסתות דרבנן, ומתירין מטעם ספק צדדין, אם כן לפי זה צריכין נקיים, דנגד נקיים הוא ספק דאוריי' כו', עכ"ל]. ובנודע ביהודה דעתו נוטה להקל גם לעניין נקיים היכא שנמצא על צדדי שפופרת, שהרי אמרינן להדיא בש"ס בידוע שהוא מן הצדדים. ולפי ענ"ד במחילת כבוד תורתו הרמה. נראה ברור דהכי פירושו, דכיון דעיקרן של ווסתות הוא מדרבנן אפי' בווסת דחדש או להפלגה ודילוג, אבל מדאורייתא לא תלינן כלל בתר גרמות, ולומר שימי המולד גרמו ראיות הללו, ותיאסר לבעלה כשיתגלגלו עוד לאחת מן המקריים. אלא לעולם אמרינן דבפתע פתאום נפתח המקור וראתה. ולא תלינן ראייתה בשום אמתלא וסבה. הגם דגבי שור המועד מחזקינן לי' מדאורייתא. אבל בווסתות לא מחזקינן לי' מדאורייתא בשום מקרה וסבה, אף שהוחזקה על ידו בג' זימני, [והא דמשמע בש"ס ב"ק (דף ל"ז ע"ב) ובכמה דוכתי דשוין הם. היינו לאחר שגזרו רבנן בווסתות, מסתמא כעין דאוריי' תקנו], ואם כן בווסת דימי חדש דמסתבר לתלות ההשתנות בהם מכל שכן בווסת דתשמיש דגרוע מהם טובא. שאינה חוששת רק לאחר ג' פעמים, ודינו כווסת שאינו קבוע לכל דבר. וגם זאת נודע בעליל דלא חידשו חז"ל לעיקרן של ווסתות. להקל על ידו בדבר איסור דאורייתא. רק שהוסיפו עוד להחמיר על ידו ולאפרושי מאיסורא:

ולפי"ז הכי פירושו, דכיון דראתה ג' פעמים מחמת תשמיש ובאנו לחוש דמקרה תשמיש גרמה לה וכשם דגזרו רבנן בשאר מקרים לתלות ראייתה בהם. כיון דהשתא שנמצא על צדדי השפופרת ולא על ראשו. הרי בעל כרחו צריך לומר דמקרה התשמיש גרמה רק לחיכוך הצדדים, ולא שיפתח המקור. דאם כן היה מן הראוי למצוא על ראש המכחול, אבל לענין נקיים וטבילה הרי הדר דינא לדאורייתא. דלא תלינן כלל במקרה ואמתלא. רק שנפתח מקורה בתוך שיעור ווסת לבדיקה זו. ונמצא בשעת בדיקת שפופרת בבית החיצון, ודינו כדם הנמצא בפרוזדור, דטמאה וחייבת בקרבן אבל לאחר ז' נקיים וטבילה מותרת לבעלה ממה נפשך. דאי בתר דאורייתא אזלת, הרי מדאורייתא לא חיישינן. ולא תלינן הראיות במקרים, ואם באת להחמיר ולומר דתלינן למקרה ומיעוך האצבע, הרי כבר נבדקה ולא נמצא על ראשו. וע"ז אתיא על נכון לישנא דש"ס. בידוע שהוא מן הצדדים. דמקרה התשמיש לא גרמה אלא לצדדין. אבל לענין הנוגע לאיסור דאורייתא. שוב הדר דינא דלא תלינן כלל במקרים לסבת דברים:

ב והא דלא שריא לראשון משום ספק צדדים, דבשלמא לאחר שהוחזקה לג' בני אדם, לא קשי', כיון דאיכא לברורי על ידי שפופרת. אבל קושי' עצומה היא לדעת רש"י ורמב"ם דלדעתם ליכא לברורי, היינו טעמא. דיש להבין על הא גופא דנקטינן לספיקא דצדדים. ובכל מקום אמרינן דחזקת דמים הוא מן המקור וחייבין על ביאת מקדש. שמע מינה דלית ביה משום ספיקא כלל. ולפי הנ"ל ניחא קצת כמובן. אבל נראה ליישב ברווחא, דאיתא בבכורות (דף מ"ב ע"ב) דגבי טומטום חיישינן שמא ימצא סריס, דהואיל ואישתני אישתני. הרי דאע"ג דגבי קטנים לא חיישינן שמא ימצא סריס ומיבמין. משום דרובא דעלמא אינם סריסים. אבל זה דאישתני מכולי עלמא. חיישינן נמי למיעוטא דסריסים. הוא הדין נמי בנידון דידן דכיון דרובא דעלמא אינם רואין מחמת תשמיש וזו הואיל ואשתנית אמרינן נמי דילמא אישתנית נמי מכל הנשים דרוב דמיהן מן המקור וזו אישתנית למן הצדדים, ומכלל ספיקא לא יצא. אבל מ"מ אי איפשר להתירה לראשון לאחר ג' פעמי' משום ספק צדדים דהרי כל חששא משום ווסת הוא. ובספק ווסת נידון כספק דרבנן כדאיתא בסי' קפ"ד סעיף ד') בספק קודם הנץ. היינו טעמא משום דחזקת דמים מן המקור. מאי אמרת דכיון דאישתנית אישתנית מפני דעל זה גופא אנו דנין אם היא נשתנית. דדלמא אצבע דידי' גרם. והוא נשתנה ולא היא, ולכן היא בחזקתה קאי. ואמרינן גבה דחזקת דמים מן המקור הוא ולא מן הצדדים, אבל לשני מותרת משום ספק ספיקא כמו שכתב הסמ"ג. דאם השינוי מחמת הראשון. פשיטא דמותרת לשני. מאי

אמרת דהיא נשתנית אזי מהדרינן להתירה משום ספק צדדים. דכיון דנשתנית נשתנית גם לזה, וכמו שכתבתי לעיל:

[**לכאורה** יש להתבונן אמאי שבקו הפוסקים לגמרי גבי האיש. דאם נשא ג' נשים וראו מחמת תשמיש דאסור לישא אשה עוד, ואפשר לומר כיון דאסור לו לעמוד בלא אשה, וכיון דעיקר חשש משום ווסת הוא, וגבי מילתא דאיסורא לא גזרו רבנן]:

ג ומה שכתב בנודע ביהודה ובחוות דעת דמשום הכי לא שריא לראשון משום ספק צדדין. כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא:

לפי מה שכתבתי בתשו' אחרת [בחלק אורח חיים סימן ח' אות א'], יש לשדות ביה נרגא ולדון בזה. הגם דקושטא הוא שכן פסק במהר"י בן לב. בספק איסור דאורייתא שבשלו בכלי והכלי אינו בן יומו, דמכל מקום אסורה כיון דעיקר הספק נולד בדאורייתא איברא בשער המלך בפרק י' מהלכות מקואות דף ל"ב] ד"ה וראיתי להפר"ח האריך בזה. ומביא בשם פר"ח, דהאי דספק ביצת נבילה מותרת. אף על גב דעיקר הספק נולד בדאורייתא. משום שהנדון מתפרד על שני חתיכות שונות. דהיינו על התרנגולת ועל הביצה אזי דנין על כל אחד כדינו. ותרנגולת אסורה מספק כדין ספיקא דאורייתא. והביצה מותרת כדין ספיקא דרבנן. אבל בכלי שאינו בן יומו מספקינן אדאורייתא. שעיקר הנידון הוא על הבלוע שבתוכה שהוא מספק איסור דאורייתא. אע"פ שנתגלגל לאיסור דרבנן אזי אזלינן בתר עיקר הספק. והקשה שם בשער המלך על זה מדברי פרי חדש עצמו [בסי' תס"ז ס"ק ט']. שפסק בגרעין חטה אחת לתותה במים וכתב עליו פסוק ארץ חטה ושעורה. וזה לשונו ומיהו מסתברא ודאי שאם עבר ולא ביערו שמותר לאחר הפסח וכן עשיתי מעשה. וסברתו מטעם דחמץ שעבר עליו הפסח לא אסור אלא מדרבנן. והקשה בשער המלך דהא כיון שעיקר הספק נולד בדאורייתא. והוא חתיכה א'. אזלינן לחומרא כמו שפסק מהר"י בן לב. ורשמתי לעצמי שם על הגליון דדברי פר"ח נכונים ולא הפג ריחו וטעמו לא נמר. ועיין שם בדיני חמץ [אות א'] מה שכתבנו שם:

ולפי"ז נלמוד מזה לנידון דידן. הגם דמעיקרא לענין ז' נקיים וטבילה. נידון כספיקא דאורייתא. אבל לאחר שספרה וטבלה. שכבר נסתלקה שמא דאורייתא לגמרי. והשתא יסוב פני הנידון רק משום ווסתות דרבנן, אזי נידון רק כספיקא דרבנן. לכן מחוורתא כדכתבינן לעיל [באות ב']:

סימן כ

עוד בענין הנ"ל

א ביען שראיתי בחוות דעת [סימן קפ"ז סעיף קטן ג'] שבנה דיק ושפך סוללה לחזק רק דעתן ופסקן של רש"י ורמב"ם דגבי בעל ראשון ושני אסורה לבעליהן אפי' על ידי בדיקת שפופרת ולעקור פסקן של רוב רבוותא מכמה וכמה קושיות שונות שהאריך וכאשר נציג מהם מול פני המעיין הנה. ולפי ענ"ד נראה שמקצתן תמוהות לגמרי, ואין בהם כדי פריקה לפרוק רובא דרבוותא ומקצתם יש לדחותם, ומהם ילמוד המעיין שאינו כדאי לעזוב דעתן ולזוז זיז כל שהוא מדברי רבותינו הראשונים. גם מכמה קושיות של האחרונים. ואציגם בקצרה הנה ולא כסדרן, רק נשים את הנקודים שמה לתמיהות בראשונה:

שם בקושי' (ג') וזה לשונו, כיון דכתבו הפוסקים דאפי' לא ראתה כלל מותרת. היאך נעקור הווסת של ג' פעמים. בזה שלא ראתה רק פעם א'. ובסעיף י"א כתב המחבר דבעינן עקירה ג' פעמים. ולא קשה מידי דכיון דווסת של תשמיש גרוע משאר ווסתות דחוששת אפי' לפעם אחת. והכא רק בג' פעמים. ובעל כרחו צריך לומר דדמי לווסת דקפיצה דאינה חוששת רק לאחר ג"פ. ודינו כווסת שאינו קבוע ונעקר בפעם א'. אבל כשקבעה ליום ידוע אזי דינו כווסת קבוע ואינו נעקר אלא בג' פעמים. כדאיתא להדיא בסימן [קפ"ט סעיף י"ז י"ח]. ומשום הכי בסעיף [י"א] דאיירי לענין קביעות הווסת לזמנים ידועים, להכי אינו נעקר רק בג"פ. דדינו כווסת דהרכבה. אבל הכא דבעל כרחו איירי כשראתה מחמת תשמיש ג"פ בלא זמנים ידועים דבזמנים ידועים אינה נאסרת על בעלה שהרי אפילו בסמוך לווסת תלינן בווסתה שם דף ס"ו בברייתא] ומשום הכי דמי לווסת דקפיצה לחוד. דנעקר בפעם א'. וכן כתב בנוב"י [סי' מ"ו]:

ונסתלק בזה גם קושיא (ד') שם. דמאי מהני בדיקת שפופרת וכו'. מכל מקום קשה דנראה גבי נגח שור חמור וגמל אף דהוחזק לכל המינים וכו', יעו"ש. דאיזהו דמיון יש לשור מועד דחזקה מעולה היא אפי' להוציא ממון. והוא דמדמינן לי' לווסת קבוע כמו שמדמה שם בש"ס. אבל כשרואה מחמת תשמיש דדינו רק כווסת שאינו קבוע ולחששא בעלמא. ובעילה כל דהו נעקר החשש. וזהו שכתב בבית יוסף דבדיקת שפופרת מהני להקל אע"ג דאין כל האצבעות שוות:

בקושי' (ה') כתב וזה לשונו. אם שפופרת דמי ממש לאצבע אמאי מותרת לבעל השני בלא בדיקה. דנהי דאיכא ספק ספיקא כמו שכתב הבית יוסף. הא במקום דאיכא לברורי אסור אפי' בספק ספיקא. וכאן אפשר לברורי שני הספיקות וכו' עכ"ל איברא למאי שכתבנו לעיל [בסימן י"ח סוף אות ה'] דלא עבדינן בדיקה להחמיר עלי' במקום עיגון. רק לאחר שהוחזקה לכל האצבעות ולכל הכחות. הוא שהכריחו לבודקה ע"ש, משום דבלא

זה אסורה לכולי עלמא. והבדיקה הוא להקל עליה דלמא תמצא מן הצדדים או שלא תמצא כלל על השפופרת. דאזי אמרינן דלמא נתרפאה. גם יש לומר דהא דלא סמכינן על ספק ספיקא היכא דאיכא לברורי זהו היכא דצריך לספק ספיקא או לרובא לעיקר הדין. אבל היכא דמותר בלאו הכי ואיכא בהדי' ספק ספיקא או רובא. אזי מסתברא דס"ס מהני לזה שאינו צריך לברר. והכא נמי מותרת לשני מצד עיקר הדין. דמהיכא תיתי נחזיקנה בבעלת מום ולומר שמפני שרחמה צר הוא הגורם וע"י זה תיאסר לכולי עלמא, אימא להיפוך שהאצבע שלו הוא הגורם. ויהיו שניהם מותרים לישא ולהנשא. כמו בכתם דתולה בדם טוהר ובדם קישוי [עיין בש"ע סימן ק"צ סעיף מ"ב], וכן כתבתי לעיל בסימן י"ח אות ג'] דווסת דתשמיש קילא מכתם. ועוד דאפי' תאמר דהא דאין כל האצבעות שוות ספיקא בעלמא היא, גם כן מותרת לשני משום ספיקא דרבנן. אלא משום דאיכא לברורי הוא דמצריך הסמ"ג לבאר משום ספק ספיקא. כי היכי דלא תצטרך לברורי עוד. ועוד כיון דלשני מיהת לא נתחזקה באיסורא וכל היכא דלא איתחזק איסורא ואיכא רובא או חזקה או ספק ספיקא תו אין צריך לברר כמו שכתב במגן אברהם סימן תל"ז ס"ק ד' [והרמב"ן במלחמות ריש חולין, דרובא וליכא חזקה כנגדה א"צ לברר. וס"ס הוי כרובא, כמו שכתב בתשו' רשב"א (סימן ת"א)]:

קושי' (ז') אמאי לא השמיעונו הפוסקים דאף אם נמצא על ראש המוך. אם חזרה ובדקה עצמה בשפופרת ולא מצאה דמותרת מטעם שנתרפאת. ואם כן אשה זו תבדוק עצמה תמיד אולי יהיה לה היתר וכו'. ולא קשה מידי, דהרי מבואר בהגהות מיימוני ורמב"ם [בפרק ד' מהלכות אסורי ביאה] טעמא דנתרפאת. והוא משים כמטרה לחץ את הש"ך כאילו ממנו לבד יצאו הדברים. ומסלק טעם זה מכל וכל, יעו"ש. איברא מבואר בהגהות מיימוני דבלא מצאה כלל מותרת לאחר שהוחזקה לג' אצבעות ולג' כחות משום דילמא נתרפאה. וצ"ל דהיאך משום ספיקא דאולי נשתנה הדבר ממה שהי', מוציאה מידי ודאי, והא בעלמא אזלינן בתר חזקה קמייתא ואפי' בשוטה דאיכא רפואה כל זמן דלא ידעינן שנתרפא הרי הוא בחזקת שוטה. והא דלא מצאה כלל על השפופרת. בעל כרחו הוא משום דלא דמי כח גברא של תשמיש לבדיקת שפופרת. כמו שכתב בנודע ביהודה [סי' נ"ז] וכן כתב הוא עצמו בחוות דעת. אלא ודאי הסברא הוא, משום דעודנה לא נתחזקה לאוסרה כיון שהספק שקול לפנינו. אם מן הצדדים או מן המקור, וחזר דינו כספק ספיקא. מה שאין כן היכא שכבר מצאה על ראש המוך דנתחזק שהוא מן המקור. שוב אין ספק מוציא מידי ודאי. וזה פשוט וברור:

קושי' (ח') אם מצאה הדם מן צדדי השפופרת דאמרינן דם צדדים הוא. ומותרת לשמש לעולם גם כשהיא רואה תמיד מחמת תשמיש. וא"כ לכאורה נראה דאפי' נקיים אינה צריכה וכו' עיין שם. כבר כתבנו לעיל [בסי' הקודם אות א'] את הנראה לע"ד בזה על נכון. ומה שתירץ המחבר על זה נבאר לקמן [באות ב']:

קושי' (ט') רפוי' בעצמותה ואין בהם די ספוקו לדחות עי"ז דברי הרמב"ם והגהות מיימוני. ומה שסיים קושייתו מחמת נקיים. כבר נכלל בקושי' ח':

קושי' (י') דברי הב"ח אי איפשר ליישב כלל. שכתב דבדם המקור אין שייך לומר אין כל האצבעות שוות וכו'. ועיין בנודע ביהודה [בסימן מ"ה] מה שכתב בזה הגאון החסיד מוהר"ח ז"ל ובעל נוב"י הרחיב בזה וקלסהו בסי' [מ"ו] שם:

קושי' (א') וזה לשונו כיון שהתוס' כתבו דרואה מחמת תשמיש ווסת גרוע הוא משאר ווסתות וכו'. אם כן בימי עיבור והנקה לישתרי. דאפילו לווסת גמור אין חוששין בימים אלו וכו'. אם כן המקשה בנדה [דף ל"ט] אר' מאיר דבימי זיבה לישתרי. תקשה ליה לרבנן ברואה מחמת תשמיש. וכן אם ראתה ג' פעמים מחת"ש בימי עיבור והנקה. כיון דאין קובעת ווסת בימי עיבור והנקה תישתרי לדעת הט"ז [בס"ק ט"ז] עכ"ל. ונראה דהא דמדמה הרב המחבר למאי דס"ד בגמ' לר"מ בימי זיבה. יש לחלק טובא. דהתם כיון דימי זיבה באים ממילא. לכן קסלקא דעתא דמותר להשהותה. כיון שימי ההיתר עתידין לבוא בודאי. ודמי לאשתו נדה דלא חיישינן שיבא עליה בימי נדתה. מה שאין כן הכא כיון שאסורה לו שלא בימי עבורה שוב לא תתעבר [דאין אשה מתעברת וחוזרת ומתעברת (נדה דף כ"ז ע"א)] ותהיה אסורה לעולם ובכגון זה בודאי חיישינן לקלקולא. כמו בסוטה דמסרינן לה שני תלמידי חכמים. והכי נמי ברואה מחמת תשמיש קא שרינן לה להשהותה על ידי שליש כמבואר [סעיף י"ב] אך מה שסיים באם ראתה ג' פעמים מחמת תשמיש בימי עיבור והנקה תישתרי לדעת הט"ז. הדין עמו, וי"ל דאין הכי נמי. איברא לדעת הש"ך לא קשה מידי. כיון שגם שלא בימי עיבורה דינה כווסת שאינו קבוע. דדמי לווסת דקפיצה. ובימי עיבור והנקה נמי דנהי דאינה קובעת. אבל מכל מקום חוששת כמו לווסת שאינו קבוע כמ"ש בסימן קפ"ט סעיף ל"ג] ובחוות דעת (ס"ק נ"א] בחדושים:

גם איפשר לומר דנהי דאינה קובעת ווסת בימי עיבור והנקה. זהו בווסת התלוי במזגי הטבעי. כמו אכלה שום או ווסת דחדש והפלגה. אזי אמרינן דבזמנים הללו היא בחזקת מסולקת ממרוצת הטבעיים. אבל ברואה מחמת תשמיש שבא בכח ובפועל מדישת ותנועת האבר. כמו שכתב בנודע ביהודה (סי' מ"ה וסי' מ"ו). אזי גם בימי עיבור והנקה

קובעת. וניחא גם לדעת הט"ז דסבירא ליה דדמי לענין קביעות לאכילת שום. והטעם כדכתב בנוב"י (סי' מ"ו) דאינו דומה לקפיצה שנעשה באונס. מה שאין כן הכא שנעשה ברצון עיין שם בהגה"ה בשם בעל הנפש להראב"ד:

ולפי"ז יש לומר דאין דינו של החוות דעת מוכרח. מה שכתב שם [בסימן קפ"ז ס"ק א'] בסוף הדיבור. דאם ראתה ג' פעמים מחמת תשמיש. והראיות היו מופלגות מן התשמישים. דמכל מקום אסורה לשמש שני פעמים בלילה א' משום עונה הסמוך לווסת דשאני ווסת מחמת תשמיש שבא בפועל. אזי הענין מחייב שתראה מיד בתוך שיעור ווסת. ואם לא ראתה מיד. תו לא נחשב כלום לראייה שאחר כך. מה שאין כן באכלה שום שלא נעשה הגורם בפועל ממש. רק שעל ידי זה נתחממה וראתה וכל מרוצת הטבע הולך וסובב לאט לאט. וגם בקפצה וראתה ביום שלאחריו ג' פעמים לא תלינן ולא חיישינן לקפיצה. כיון דלא ראתה מיד. אלמא קפיצה לא גרמה מידי. ועיין נדה (דף י"א ע"א) ללישנא בתרא. דפסקינן כוותיה בשו"ע סי' קפ"ט סעיף י"ז]. דלא אמרינן דקפיצה דאתמול נמי גרמה ואפילו ללישנא קמא החילוק פשוט. דהתם איירי לענין ווסת המורכב דאלים טפי דדינה כווסת דהפלגה ממש. והא דאיתא בסי' קפ"ט סעיף כ"ד] דאם אין כל הראיה מובלעת בתוך הווסת אלא נמשכת גם אחר הוסת וכו' דמשמע דקפיצה נמי קאמר התם איירי שהתחילה לראות מיד כמבואר להדיא. ומכל מקום נראה דבווסת דקפיצה אין להחליט בבירור. דיש לומר דאולי חימום דקפיצה הוא הגורם. ודמי לאכלה שום לענין זה. מה שאין כן במחמת תשמיש נראה יותר דאין לחוש בראיה מופלגת. והמחבר אזיל לטעמיה בזה כמו שכתב [בס"ק ג']:

בקושי' (ב') הקשה שם וזה לשונו הא בתוס' [דף ט"ז] בד"ה לא יבעול. כתבו הטעם שצריכה בדיקה לפני תשמיש. דחיישי' למקרה חימוד התשמיש. ואם כן היאך מועיל לה בשפופרת וכו' ונראה דתוס' לא כתבו כן רק בעסוקה בטהרות. דבעילה כל דהו החמירו ביה. ואז אמרינן מגו דבעי בדיקה לטהרות בעיא נמי בדיקה לבעלה [וכן מבואר בש"ס נדה י"א ע"ב] אבל לענין חשש ווסת נראה דלא חיישינן כלל. ויותר מזה מבואר בחידושי רמב"ן נדה (דף ס"ו) ובחידושי ר"ן שם גבי דימת עירך. דאפילו קובעת כן ג' פעמים אין בזה משום חשש ווסת כלל. וזה לשונו דאינה דבר של קביעות כקפיצה וכיוצא בו. אלא אקראי בעלמא הוא. ולפי"ז בעל כרחו צריך לומר דהא דאסרו במחמת תשמיש לאו משום חימוד הוא אלא משום דישת אבר הוא. ומשום הכי סמכו נמי על בדיקת שפופרת וכתירוצו של הבית יוסף דלהחמיר לא אמרינן אין כל האצבעות שוות או כמו שכתב הגאון מוהר"ח זצ"ל בנודע ביהודה [סי' מ"ה] עיין שם:

ב ועתה נשימה עין העיון בבנין דיק אשר עשה גם שפך סוללה לתרץ קושיות הללו, ברם בחכמה נפלאה עסק בבנין זה ועשה תחתיים שניים ושלישים בשמות מחולקים. והנה בעיקר הענין ויסוד הדבר כיון הגאון המחבר לדברי הגאון מוהר"ח בנודע ביהודה [סי' מ"ד] ובעל נוב"י קלסהו לחכמה נפלאה. והגאון המחבר בעל חוות דעת העמיק והרחיב יותר בזה. ועשה בזה כמה גבולין וסייגים כאשר נבאר בקצרה. והגאון מוהר"ח כיילם בסוג אחד, ולאשר שהדבר הבנוי על קוטב אמרי יושר אהובים מכל. נברר לפי ענ"ד בכור הבחינה את הנראה יותר על פי אמרי נועם ונופת צופים מרבותינו הראשונים. ומתחלה נפרש ונוסיף קצת ביאור בדבריהם כאשר יבין המעיין שהוא מן ההכרחי לפרש כן לדבריהם:

הנה בחוות דעת מבאר דברואה מחמת תשמיש אתיא משום שני סוגים. האחד משום ממלאה ונופצת והוא כעין חולי ואית בו ספק שהוא במקור או מן הצדדין. והשני משום ווסת מחמת חימוד או מקרה תשמיש. ולכל אחד מן הסוגים אית ביה צד קולא וחומרא והוא דגבי ממלאה ונופצת אית ביה ספק צדדים. וגבי ווסת אין בו ספק כלל והוא ודאי מהמקור. ועוד דכל שהוא משום ממלאה ונופצת נעקר בפעם א'. דבין שנמצא על צדי השפופרת. ובין שלא נמצא כלל על השפופרת אמרינן שחולי זה הוא מהצדדים. אבל כל שהוא משום ווסת אפילו בכמה וכמה פעמים. לא נעקר הווסת על ידי בדיקת שפופרת. דקילא מכל אצבעות ומכל הכחות. ולהיפוך יש גם כן צד חומר בממלאה ונופצת. דלא שייך ביה להתירה לאחרים כל שראתה ג' פעמים מחמת תשמיש אצל הראשון. משום דאין כל האצבעות שוות. משום דכל שהיא ממלאה ונופצת והוא במקור אזי על ידי כל דבר קל שמכניסה למקור מתחייב לזוב ממקור דמיה אכן כשחולי זה הוא מן הצדדים. שפיר נוכל לומר שאין כל האצבעות שוות. אבל כל שהוא משום ווסת. הגם דבוודאי שהוא מהמקור אבל בוודאי הוא שאין כל האצבעות שוות לענין זה. ומשום האי טעמא אחר שראתה ג' פעמים מחמת תשמיש. אסורה לו משום ס"ס. ספק שראתה משום ווסת. ואת"ל מחמת ממלאה ונופצת אימור מן המקור ולשני מותרת משום ס"ס. חדא דלמא ממלאה ונופצת מן הצדדים. ואת"ל מהמקור אימור מחמת ווסת הוא ונגד השני ליכא משום ווסת דאין כל האצבעות שוות. ומש"ה מותרת לשני בלא בדיקת שפופרת. אע"ג דכל היכא דאיכא לברורי לא סמכינן על ס"ס. זהו היכא דאיכא לברורי שני הספיקות. כמ"ש שם [בקושי' ה']. אבל לפי הצעה הנ"ל ניחא. דע"י בדיקת שפופרת ליכא לברורי. רק היכא שממלאה ונופצת אז איכא לברורי אם מן הצדדים או מן המקור. אבל כשהוא מחמת ווסת עודנו לא יתברר. דאכתי שייך לומר גבי השני אין כל האצבעות שוות כך

צריך לומר בכוונתו ליישב קושי' ה']. אבל כשהוחזקה לג' אצבעות ולג' כחות לכל א'. אזי אסורה לכולי עלמא משום ספק ספיקא להחמיר, ספק ווסת. ואם תימצי לומר מחמת חולי, שמא מן המקור, כשם שאסורה לראשון לאחר שראתה ג' פעמים. ובדיקת שפופרת מהני בין כשנמצא על הצד ובין כשלא נמצא כלום. משום דנסתלק החששא דממלאה ונופצת מן המקור. אע"ג דאכתי יש לומר שהוא משום ווסת. וכיון שנתחזקה לכל האצבעות ולכל הכחות. תו לא מהני בדיקת שפופרת כלום. מפני דקילא מכל האצבעות ומכל הכחות. מכל מקום מותרת. דבמקום עיגון מקילין גם על ידי ספק אחד. ומשום האי טעמא סבירא ליה לרש"י דלא מהני בדיקת שפופרת גבי הראשון. משום דאכתי גם לאחר הבדיקה תהי' אסורה משום ספק ווסת. ולדעת הפוסקים החולקים. מקילין בספק א' אפילו שלא במקום עיגון. וכשבדקה בשפופרת ונמצא על ראשו. הגם שבדקה אחר כך כמה וכמה פעמים ולא מצאה מכל מקום אסורה. דנהי דיצאה מחשש דממלאה ונופצת. מכל מקום אסורה משום דחיישינן לווסת של מקרה תשמיש. וחיישינן שמא בפעם אחת הי' שוה למקרה תשמיש. והבדיקות שלאחר כך לא היו שווין למקרה תשמיש עיין שם. וצריך לומר בכוונתו דלאו מחמת ספק ווסת הוא דאסרינן לה. שהרי במקום עיגון לא אסרינן לה משום ספק א' אלא דכיון דחזינן דנשתנית מפעם לפעם. אזי אמרינן איגלאי מילתא למפרע שהוא משום ווסת. ומשום הכי הוא דנשתנית מפני שהדבר מתחייב כן בעצמותו וכמ"ש לעיל. אבל אם נימא שהיא ממלאה ונופצת. אזי בעל כרחו צריך לומר דנתרפאה. ואינו מן הדין להוציאה מחזקה קמייתא. אלא היכא דליכא לתלות בצד אחר. וכן צריך לומר במאי שכתב שם דגבי הראשון אם מצאה על ראשו. ואחר כך בדקה ולא מצאה דמותרת לשני הוא גם כן כמו שכתבתי. דאי לא תימא הכי קשיא להפוסקים דמתירין בבדיקת שפופרת גם לראשון דעל כרחו צריך לומר לדעתו דגם שלא במקום עיגון מתירין על ידי ספק א'. אם כן נימא כשבדקה ומצאה על ראשו ואחר כך בדקה ולא מצאה תהיה מותרת גם לראשון משום ספק א'. דמה שראתה היתה משום ממלאה ונופצת ועתה נתרפאה. ומהפוסקים לא משמע כן אלא צריך לומר דכוונתו משום איגלאי מילתא למפרע שהיה משום ווסת וכדכתבתי לעיל. ישים נא המעיין עין עיונו בספרו ויראה שטרחנו עד כה כדי להעמיד על כוונתו העצומה. וכי היכי דלא לדחותן בגילא דחיטתא:

ג איברא נבחינה בכור הבחינה אם עיקר יסודו בנוי ע"פ דעת רבותינו הקדמונים. ועל פי שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר. הלא הם הסמ"ג והר"ן בהלכות והגהות מיימון בתשוב' [בפרק ד' מאיסורי ביאה] כתבו כולם שגם לראשון מותרת בבדיקה. אלא משום

דלא תתקלקל אכולי עלמא אם תמצא על ראשו והוסיפו הר"ן והגהות מיימוני בזה וזה לשונם שאילו בדקה לראשון ומצאה טמאה אסורה לכל, שאע"פ שאין כל האצבעות שוות. כל שידוע שהדם בא מן המקור אין ראוי שתשמש ושתכניס עצמה לספק כרת וכו' עכ"ל. ולדעת המחבר מה הקשו דאכתי אין כל האצבעות שוות. הלא לדעתו אם נמצא על ראשו אזי אמרינן בוודאי שהיא ממלאה ונופצת מן המקור. וכל הממלאה ונופצת מן המקור שוב לא שייך כלל לתלות ולומר דאין כל האצבעות שוות. [ועיין לקמן אות ד' מה שכתבנו להמתיק דברי תירוצו]. ועוד דנהי דכל שהיא ממלאה ונופצת. ואזי גם בדבר קל שנוגע במקור מתחייב בעצמותו לצאת דם מן המקור. אכתי איכא משום שאין כל האצבעות שוות מפני שאין כל האצבעות מגיעים למקור. כמו שכתב הרמב"ם להדיא בפרק ה' מהלכות איסורי ביאה הלכה ד'] וזה לשונו ובשעת גמר ביאה האבר נכנס בפרוזדור ואינו מגיע עד ראשו שבפנים אלא שרחוק ממנו מעט לפי האצבעות, עכ"ל. ועתה נפרש דבריו במאי שכתב דלראשון אסורה משום ספק ספיקא להחמיר. ולשני מותרת משום ספק ספיקא להקל. דקשיא ממה נפשך. אלא משום דלפירושו גם לאחר בדיקת שפופרת עודנו הדבר בספק ווסת. ולדעת רש"י מחמירין בספק א' שלא במקום עיגון. ומשום הכי לא מהני בדיקת שפופרת אצל הא' והב'. ולדעת התוס' ורובא דרבוותא מקילין בספק אחד אפי' שלא במקום עיגון. על כן הוצרך לפרש לדעת רש"י דהא דמותרת לשני בלא בדיקת שפופרת משום ספק ספיקא להקל ולדעת תוס' ושאר פוסקים צריך לומר דאסורה לראשון הוא משום ספק ספיקא להחמיר:

איברא בעיקר מילתא לא נהירא כלל האי ספק ספיקא להחמיר שהרי אם ממלאה ונופצת מן המקור. או שהוא משום ווסת ממקרה התשמיש. הוא גם כן בוודאי מן המקור. והוא יותר גרוע משם אונס חד הוא, דאינו נידון כלל לספק ספיקא. ואין ביניהם אלא חילוקי הסבות לבד. וכי יעלה על דעת דחילוקי סבות יחלקו בין הספיקות. אבל לדינא שניהם טמאים ושניהם מן המקור. גם הספק ספיקא להקל קשה להולמן. דחדא דילמא ממלאה ונופצת מן הצדדין דהשתא צריך לומר ואם תימצי לומר דממלאה ונופצת מן המקור ושוב נסתלק הספק הב'. וצריך לומר להיפוך. חדא דילמא מן הווסת. ואם תימצי לומר ממלאה ונופצת דילמא מן הצדדין. ויש לדון משום ספק ספיקא שאינו מתהפך. שהרי מתחלה צריכין לדון אם מן המקור או מן הצדדין. וכמו שכתב הש"ך בדיני ספק ספיקא ס"ק ט"ו]. ומכל מקום איפשר ליישב דברי החוות דעת. דאכתי יש לדון אצל השני משום ספק ספיקא. כיון דאיפשר במציאות לתלות שהוא מן הצדדין. יהיה משום איזה סבה שיהיה. וגם איפשר לתלות ולומר שאין כל האצבעות שוות דהיינו כשהוא

משום ווסת. אבל אינו מן ההכרח להזכיר הסבות המנגדות בהדי הדדי, רק לדון על צדדי ההיתר. ושפיר איתא לדון להתירה משום ספק ספיקא. מה שאין כן בהזכרת הסבות. אזי נדחה הספק ספיקא לגמרי וכמו שכתבתי:

איברא כל זה לפי היסודות שהניח בזה. אולם רחוק מן הדעת לומר ולחלק דהאי דאין כל האצבעות שוות לא שייכי כלל גבי ממלאה ונופצת. וגבי ווסת דמקרה תשמיש שייכי. וגם דספק מן הצדדים לא שייך רק בממלאה ונופצת ולא כשהוא משום ווסת. ולא מצינו לו חבר לא בדברי רבותינו הראשונים ולא באחרונים. הגם ששם פנות היסודות האלו ליישב דברי הב"ח. אכן המעיין בב"ח נראה בעליל להיפוך. שהרי כתב שם דסמ"ג וספר התרומות כתבו להיפוך מדבריו. שגם בדם המקור שייך לעולם לומר דאין כל האצבעות שוות. שכתב שם דדברי הסמ"ג וס' התרומות שכתבו להתירה לשני משום ספק ספיקא. ספק מן הצדדין. ואם תימצי לומר מן המקור דילמא אין כל האצבעות שוות. הם שלא כדבריו. וסבירא להו שגם בדם המקור שייך לומר כן. ואם נימא כפי יסודותיו. אדרבה הרי מצומדים המה כמובן וכמו שכתב המחבר. וכמו שכתבתי לעיל שאין מן ההכרח להזכיר בפירוש את הסבות אלא המציאות לבד. דכיון דאיתא במציאות שיהיה מן הצדדים. וגם יש במציאות לתלות באצבעות הגם שעל ידי סבות שונות יסבו בלכתן מכל מקום איכא ספק ספיקא מעליא. וכמו שכתבתי לעיל בביאור דברי המחבר לפום יסודותיהן ובזה מדוקדק מה שכתבו סה"ת וסמ"ג שמא אין כל האצבעות שוות ולפי דברי המחבר שפירש גם הסבות בכל צדדי הספיקות. הרי בעל כרחו צריך לומר באותו צד השני שהוא מווסת ומקרה התשמיש. דאזי בוודאי שאין כל האצבעות שוות. דאי לא תימא הכי תו ליכא ספק ספיקא כלל. שהרי גם להחמיר איכא ספק ספיקא להיפוך:

ולבד מזה יש לתמוה ולהפליא על כללות דבריו. שהרי בעל כרחו צריך לומר לדבריו ששני הסוגים שווין. דהיינו באם ממלאה ונופצת או במקרה תשמיש. שהרי כתב שם דלאחר שנתחזקה לשלשה בג' אצבעות וג' כחות. דאם בדקה בשפופרת ונמצא על ראשו. הגם שבדקה את עצמה אח"כ כמה פעמים בשפופרת ולא מצאה כלום אסורה משום דאמרינן מחמת ווסת הוא. ובראשונה היה שוה למקרה התשמיש. ולא כן בבדיקות שאחר כך, דרוב פעמים אינן שוות. וגם כתב שם שגם לאחר שבדקה בשפופרת ולא מצאה. דמכל מקום נשאר ספק זה דשמא הוא מחמת ווסת. רק מכל מקום מותרת משום דבספיקא אזלינן לקולא דוסתות דרבנן. ועוד כתב שם שגם לפום מוסדותיו ניחא מה שכתבו כל הראשונים. שאם בדקה בשפופרת לאחר שראתה ג' פעמים אצל הראשון ומצאה על ראשו. דאסורה לכולי עלמא משום דממלאה ונופצת. ולהכי מצאה על ראשו

בסבה כל דהו. והוא תמוה לפי ענ"ד אמאי לא אמרינן דמחמת ווסת הוא והשפופרת היה שוה למקרה תשמיש דראשון. ואכתי תהיה מותרת לשני. שהרי לא הוחזקה לכל אצבעות ולכל הכחות. שהרי במקום עיגון לכולי עלמא מותרת בספק אחד. והרי הרב אמר כן להחמיר מכל שכן להקל בדרבנן במקום עיגון. לכן מחוורתא דמילתא כמו שיסדו לנו רבותינו הראשונים. וצריך לומר לדבריהם דמסתמא השפופרת קלה בעצמותה מכל התשמישין ומכל האצבעות. ולהכי כשנמצא על ראשו אסורה לכולי עלמא אע"ג שעודנה לא הוחזקה לכל האצבעות. ובאם לא מצאה כלל מותרת משום דתלינן דנתרפאית היינו כמו שכתבתי לעיל [באות א'] דלא תלינן שנתרפאית רק כל זמן דאיכא לספק צדדים. אבל כשכבר נמצא על ראשו דידוע שהוא ממקור שוב לא תלינן ברפואה:

ד ובעיקרא דמילתא יותר מחוור לפרש בסוגיא זו כדברי הגאון החסיד מוהר"ח זצ"ל בנודע ביהודה [סימן מ"ה רק שמן ההכרח להוסיף קצת בביאור דבריו, ונאחוז דברי הב"ח במקצתן, והוא דגבי דם המקור לא שייך כלל לתלות משום שינוי האצבעות או משום שינוי כחות. לפי שגם האבר אינו דש במקור בתנועות וכחות רק בנגיעה בעלמא. כמו שכתב הרמב"ם בסוף פרק ד' ובריש פרק ה' מהלכות איסורי ביאה]:

איברא כל זה כשבדקה בשפופרת והכניסתו עד מקום שתוכל. וא"כ ידעינן מילתא שכבר נגע השפופרת במקור ואפי' הכי לא נמצא דם על ראשו. לכך מותרת, בין כשנמצא מן צדדי השפופרת ובין כשלא נמצא כלום. דאזי אמרינן בידוע שהוא מן הצדדין משום דגבי הצדדין יש לתלות בשינוי האצבעות ובכחות כמ"ש שם. אבל לגבי אצבעות ממש, שפיר יש לתלות באצבע וכחות משום דאין כל האצבעות מגיעים עד המקור כמו שכתב הרמב"ם שם. ומשום הכי אסורה לראשון לאחר שראתה ג' פעמים ומותרת לשני. וגם לאחר שהוחזקה באצבעות הדר תלינן בכחות. דאולי ע"י שינוי כח לא יגע במקור כל כך כמו הראשון והשני. אבל לקיים דברי הב"ח בכללו הוא בלתי מתקיים. דא"כ אמאי אסורה לראשון ומותרת לשני. ברם לפי מה שכתבתי ניחא בזה ליישב קושי' הבית יוסף שהקשה גם על בדיקת שפופרת. דאכתי נימא דאין כל האצבעות וכחות שוות. דהא כיון דנתברר שנגע השפופרת במקור ולא נמצא על ראשו. אזי בידוע שמן הצדדים. כל זה הארכנו לפרש ולפרק הקושיות ותמיהות בסוגיא זו:

ובעיקר הדבר נראה בלא נדנוד ספק שיש לסמוך על בדיקה שחידש בעל אמונת שמואל, וכמו שכתבתי לעיל [בסימן י"ח אות א'] ובפרט באשה שיש לה ווסת. ואפי' ווסת גרוע. כגון דמצינו בשו"ע (סי' קפ"ו סעיף ג'), וכמ"ש לעיל. דאיכא בלאו הכי קצת סניף מדברי

המרדכי מובא בש"ך ס"ק כ'] דמתיר לגמרי בלא בדיקה. ומן הנכון, אם הוא באיפשרי לשאול ולישא וליתן בזה עם הגאב"ד דק"ק פראגא נ"י שהוא מרא דאתרא מה טוב. ואם חס ושלום בלתי איפשרי כעת, יכול לסמוך בלא מורך ונדנוד ספק על מה שכתבתי בעזרת השם:

יום ג' כסליו תרט"ז לפ"ק קוטנא. דברי יד"נ ואוהבו לנצח, הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זלה"ה.

הן במכתבי הראשון קצרתי באמרים מפני גודל הרעש של חולי המהלכת ר"ל, וכתבתי שם לסניף בעלמא משום שמעכ"ת לא ביאר כל הצורך באופני השאלה היכן נהייתה. וכתבתי דהיכא שלא שהתה אצל הראשון שגירשה זמן ארוך. דאזי יש לתלות הראיות אצל השני בדם בתולים. וכמו שכתב בבית יוסף, וכן הוא בשו"ע סעיף י"ב]. הגם שפסקה כמה לילות מלראות בשעת התשמיש אצל הראשון והיכא שפסקה לילה א' שוב לא תלינן בבתולים, עיין נדה [דף י"א ע"ב מכל מקום אולי אפשר לחקור אצלה דשמא מחמת גודל קטטות ומריבות שהיה ביניהם לא גמר ביאתו. ועמד מעכ"ת שהרי השרת בתולים הוא בהכנסת העטרה כדאיתא בסנהדרין (דף ע"ג ע"ב]. ולא קשה מידי שהרי גם בסוגיא שם נקרא הכנסת העטרה גמר ביאה. שהרי למאן דאמר העראה זו נשיקה. איתא שם וממונא לא מחייב עד גמר ביאה והכוונה על הכנסת עטרה לכל הפירושים שם, לבד לדעת היש מפרשים בתוס' יבמות (דף נ"ט] תוך ד"ה אלא. ושם בסנהדרין ד"ה ממונא). ועיין באבן העזר [סי' כ'] ובבית שמואל [ס"ק ב'] דהכנסת עטרה מיקרי כשהכניס כל הבשר שלמעלה וגם העטרה ולא חיישינן לצד שלמטה. וא"כ איכא גם בהכנסת אבר שיעורא טובא עד שמכניס הצד שלמעלה הבשר כולו וגם העטרה. ואין להקשות דא"כ אכתי גם למאן דאמר העראה זו הכנסת עטרה. איכא למימר דמשעה שהכניס קצת הבשר שלמעלה כבר נפגמה ואיפטר מקטלא. וקנסא לא מחייב עד שמכניס כל הבשר והעטרה. דזה אינו דהכל תלוי בביאה. וכל זמן דלא נקראת בעולה אכתי לא נפגמה כמו שמבואר להדיא ברש"י שם:

גם מה שכתב תלמידי המופלג החו"ש נ"י בהגה"ה על קושייתו דרואה מחמת תשמיש שאני. ואולי תלינן גם לאחר הכנסת עטרה כי היכי דלא נחזיקנה ברואה ונשתנית מרוב נשים. אינו רחוק מן הדעת והסברא. ויש מקום לומר כן. שהרי אפי' בוגרת וראתה דאין לה אלא בעילת מצוה. ואפי' הכי תלינן גבי רואה מחמת תשמיש. אבל אינו מן ההכרח. ולמאי שכתבתי בביאור הדברים תו לא קשה מידי:

גם מה שכתב מעכ"ת שאלה שניה בענין גט הבא ממרחקים, לא ביאר כל הצורך, אם הוא לכתחלה כיצד יתנהגו. כדי להתירה ע"י שליחות הבי דואר. ובזה כבר כתבתי תשובה בארוכה בעזרת השי"ת [ועיין לקמן בחלק אבן העזר סי' ל"ז]. ואם אולי יש לו איזה מכירים פה יבקשם להעתיקם. כי טורח הכתיבה ועתות הפנאי כבדה עלי מאד להאציל מעתותי לזה. ואם שאלתו היכא שכבר בא גט כזה לידו. נלאיתי נשוא איסור חמור כזה עלי. ולהכריע בין רבוותא קמאי דפליגי בזה. ובפרט בדבר שאינו בגבולי, ואיננו מן ההכרח שאכניס בזה:

סימן כא

בדיני נדה

בדבר אשה שאינה יכולה ליטהר לבעלה, והשאלה בפרטות יתבאר מתוך התשובה.

מכתב שאלתו קבלתי מני הדואר ביום א' פ' ראה. ולא נתנני העת להשיבו עד כה מכמה טרדות שונות, ושיעורין כסדרן. ובפרט כי הוכרחתי לחקור ולדרוש אצל רופאים מומחים תכונת הדבר המאורע הזאת כי הוא העיקר בענינים ההם. ומעלתו האריך בזה מגלה עפה כתובה מחמשה עבריהם. והוא ללא צורך כי מי לא ידע בכל אלו שכבר נשנו ונשלשו בספרי רבותינו האחרונים במקומם. ומי ימציא עוד בזה לאמר ראה זה חדש הוא. ולא ימצא אחר החיפוש בספרותיהם, כי מלאים על כל גדותיהם, ואין לנו עוד בענינים הללו רק לישא וליתן בדבריהם הקדושים בדברים נכוחים וישרים למוצאי דעת:

א הן בעיקר הדבר נודעתי על נכון מפי רופאים מומחים ומילדת דפה. שלא כן הדברים כאשר שמע כבודו מהמילדת דעירו. כי בשר חי לא ימצא רק על מכה. ולא על בני מעיים שיצאו ממקומם. רק עיקר הדבר הוא, מפני שע"י שיצאו בני מעיים למקום הפרוזדור נשתרבב גם האם. והוא המקור המוציא דם נידות (ונקרא געבירטס מיטער) לתוך בית החיצון. וממנו נתלחלח תמיד בדם וזוהמת ארסי. והמילדת דפה כבר אתמחית בזה שהעלתה לכמה נשים רפואות תעלה בהחזרת הבני מעיים והמקור (הנקרא אם) למקומן ע"י טבעת שעשתה להן. וכנים דבריה שכן מבואר בספרי האחרונים. הגם שבעל נודע ביהודה סי' נ"ח] עמד בחולי השבירה הזאת, וחקר הרבה בזה. ולא ניחא ליה קצת בזה. מ"מ צ"ל שאח"כ עמדו על המחקר, ונתברר להם שכן הדברים שנשתרבב גם האם לתוך בית החיצון. ועיין בסדרי טהרה (סי' קפ"ח סק"ד בסופו) שמביא בשם רופא אחד סימן לידע אם נשתרבב המקור אם לא השבר של בני מעיים לחוד תמצא תמיד מן הצדדים. אבל נפילת המקור הוא באמצע בית החיצון יעו"ש]. ובנידון זה כבר כתבו הרבה האחרונים הלא המה הגאונים בעל נוב"י סי' נ"ח] וכן בתשובת רע"א [סי' ס"ב],

וכן בעל סדרי טהרה בסי' קפ"ח] דלא סמכינן בזה על הטו"ז ותפארת ישראל בפירושם בדברי הר"ש באשה שנעקר מקור שלה. גם אם הנידון בזה כמכה שא"י אם מוציאה דם. כמ"ש בעל חו"ד [סי' קפ"ח סק"ח בחידושים], בתשו' מרן רע"א חוכך להחמיר בזה [בסי' הנ"ל תד"ה עוד יש לדון], איברא בנידון דידן שמרגשת כאב כשנוגעת בבני מעיים בבית החיצון. [אע"ג דפליגי אם כאב נידון כמכה] מ"מ בכה"ג מסתברא דנידון כמכה שא"י אם מוציאה דם, ועיין בתשו' צ"צ [סי' פ"ו], ובסדרי טהרה (דף י' ריש ע"ב]. ועכ"ז בנידון דידן לאשר שרפואה קרובה לבוא ע"י מילדת אומנת שתחזיר הבני מעיים והמקור למקומן. לכן כעת אין דעתי מסכמת להתיר ועוד הגם שהרמ"א (סי' קפ"ז סעיף ה'] מיקל שלא בשעת ווסתה אפי' במכה שא"י אם מוציאה דם. זהו בתחילת ראייתה, אבל לאחר שהגיע ווסתה לא. כיון שכבר נתחזקה בטומאה, כמובן מעצמו. וכבר מבואר בכל האחרונים בספרותיהם, ויתר מזה התעורר בתשו' חכם צבי ובס"ט [סי' קצ"ו ס"ק י"ח] אפילו במכה שידועה שמוציאה דם. משום דבעינן ספורים לפנינו, וגזירת הכתוב דבעינן נקיים לגמרי, הגם דיש לדחות, כיון דלא הרגישה. ולתלות בטעותא דעד ומ"ר לא שכיח כאשר מבואר כ"פ בס"ט [בסימן קפ"ג ובסי' ק"צ] ובתשו' מרן רע"א בסימן הנ"ל וכאשר כתב מעכ"ת בעצמו בתירוצו על הרשב"א] ואמרינן דוודאי לאו מן המקור הוא ודמי קצת למה דאיתא בנדה (דף ל"ה ע"ב] למ"ד שני מעיינות הם. דהוי כספורין לפנינו. איברא בבדיקת עד וכן כשמצאה בקינוח לאחר מ"ר בתוך שיעור ווסת קשה לסמוך ע"ז. בשגם אם נימא כדעת הלבוש ביורה דעה (סי' כ"ד] גבי נמצא שמוטה ונעשה בה משמוש חזק לאחר שחיטה דתולין שהשמוטה נעשה לאחר שחיטה. כמו בריאה גבי משמוש ידא דטבחא, דתלינן להקל. הגם דגבי שמוטה איכא חזקת איסור שאינה זבוחה [וע' בתב"ש שם (ס"ק ל"א) שחולק על הלבוש], מ"מ יש לחלק ביניהם כמובן. בפרט דהכא שאני דבעינן ספורין לפנינו ונקיים לגמרי. איברא היכא דנמצא דם רק בקינוח, ולאחר שיעור ווסת מהטלת מ"ר דלא מטמא רק משום כתם. הרי מדאורייתא הוי כספורין לפנינו, ועיין בחו"ד סי' קצ"ו סק"ג]. וגם משום כתם טהורה כיון דתלינן במכה שמוציאה דם. אבל במכה שא"י אם מוציאה דם לא נוכל להקל בכה"ג בתוך ג' ימים ראשונים. אפילו היכא דלא איפשר להזהר שהרי הש"ך סי' קצ"ו ס"ק י"ג] לא מיקל היכא דלא איפשר להזהר אלא במכה המוציאה דם:

ובעיקר דברי רמ"א סי' קפ"ז סעיף ה'] כמעט כל האחרונים הסכימו להחמיר. דלא תלינן במכה שא"י אם מוציאה דם אפילו שלא בשעת ווסתה. ובתחילת ראייתה, ובהשקפה ראשונה נראה לכאורה שכדעת הרמ"א סובר ג"כ מהרש"א במס' כתובות דף ט'] בד"ה

האומר. וכן נראה מדעת הבית שמואל [סימן ס"ח ס"ק ג'] לדעת הפוסקים היכא דנמצא דם אינו נאמן בטענת פתח פתוח דהא נותנין לבתולה ארבע לילות, ותירץ ג"כ עפ"י דברי מהרש"א וראיתי בנוב"י מהד"ק (סי' מ"ב) דהשואל שם הביא ראי' לדברי רמ"א האלו מבוגרת, ומסתמא דעתו עפ"י דברי מהרש"א. דלכאורה דבריו מוכרחים לדעת ר"ח, ועיי"ש בנוב"י שדחה ראייתו. וכן בס"ט (סי' קפ"ז ס"ק י"ד) דחה ראי' זאת יעו"ש, וצ"ל דכוונתם דמ"מ שאני התם דהוי בגדר איקבע. לענין זה שהרי איכא בעלמא בוגרות ובתולות שנבעלו שיש להם דם, אבל במכה שא"י אם מוציאה דם דהוי בגדר ספיקא בעלמא דלא איקבע מכה כזו בדם. לכן לא תלינן ועיין בפני יהושע שם שתירץ על קושי' מהרש"א. משום דהוי כקורבה דמוכח, ועדיפא מיני' עוד. ועודנה קשה דהתינח אם נמצא מיד לאחר ביאה אזי י"ל דדמי להא דמבואר ב"ב (דף כ"ד ע"א] גבי עינבי דאישתכח בפרדיסא דערלה דאסורים שקרוב הדבר שגנבו מן הכרם הזה וטמנו בתוכו. וכתב הרמב"ן שם ד"ה אבל ענבי מצנעי, פי' עבידי ודאי דמצנעי ואפי' לר' חנינא [דרוב וקרוב הלך אחר רוב] אסור. דכי הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו ממש הוא וחזקה כאן נמצא וכאן היה עכ"ל הרמב"ן. [ועיין בש"ע יורה דעה סי' רצ"ד סעיף י"א ובט"ז שם ס"ק י"ז] ולהכי תולה בדם בתולים משום קורבא דמקומו ממש עדיפא מרובא, אבל היכא דלא נמצא עד למחר, ואפ"ה משמע דגם בזה תלינן. ובזה לא שייך סברת רמב"ן כמובן. איברא לפע"ד דברי מהרש"א תמוהין בעיקר קושיתו. דלו יהיה דיותר שכיח ומצוי בבוגרות שיש להם דם בתולים, ומשו"ה תלינן בדם בתולים, דתולין במצוי. ואפ"ה ניחא דאין לו טענת בתולים להפסיד כתובתה, משום דאיכא רובא דרוב נשים בתולות נשאות וחזקת הגוף שלא זינתה ופתחה סתום כבתחלה. וגם ברי ושמא שהיא טוענת בברי שלא זינתה, והבעל בא בטענת שמא. שכל עוצם טענתו מפני שלא נמצא דם. והרי איכא מיעוטא דבוגרת שכלו דמם. לכן גם אם נימא דרובא יש להם דם בתולים. מכל מקום נוקי רובא לגבי רובא. ואיכא בהדה חזקת הגוף וברי ושמא דמהני לדידן דפסקינן כרבן גמליאל, וה"ה דמותרת משה"ט לדעת רבינו יונה וסייעתו]. ועיין ר"ן סוגיא דפתח פתוח שמפרש כן במסקנא דשמעתתא בטעמא דפ"פ נאמן משום חזקה דאין אדם טורח בסעודה. ודווקא לגבי עיקר כתובה משום דהם אמרו והם אמרו אע"ג דבברי וברי לא מהני חזקת הגוף. משום דאיכא לגבה רובא וחזקה יעו"ש, והכא לא שייך חזקה דאין אדם טורח בסעודה דהוא עצמו א"י אם נבעלה]. הגם דלס"ד דש"ס שם דלא קים לי'. אפ"ה מפסידה כתובתה כדאיתא שם אי למיתב לה כתובה ניתיב לה. מ"מ בע"כ צ"ל דלמסקנא נאדו מזה. שהרי אפי' בברי אינו נאמן אלא משום חזקה, ובכ"ז הוא רק משום

דהם אמרו והם אמרו. גם י"ל דלס"ד קאי אליבא דר' יהושע אע"ג שגם ר' יהושע מודה ברובא וחזקה מ"מ אין מן ההכרח לומר כן, ועדיפא מיני' הקשה הש"ס דניתיב לה. ודברי רבינו מהרש"א תמוהין וצע"ג. ונפלאתי על האחרונים שלא הרגישו בזה. אכן לתרץ קושי' הב"ש (צ"ל) [א"א לומר כנ"ל] דלאו משום רובא הוא דתלינן בד' לילות, שהרי התם הבעל טוען ברי דפתח פתוח מצא. רק דאנן אתינן עליו משום דם הנמצא להכחיש טענתו. וכיון דרוב נשים יש להם דם בתולים עד ד' לילות תו לא מתכחש בטענתו. אלא צ"ל משום דמצוי ושכיח לבד. ומש"ה תלינן לטהרה לבעלה. ואיברא עודנו נוכל לומר דגם בד' לילות איכא רובא. מ"מ חזינן דגם היכא דלא נתברר ע"י דם לא האמינוהו חכמים מדינא רק משום דכתובה דרבנן עשאוהו לחזקה דידי' כחזקה גמורה. וכיון דהשתא שנתברר ע"י דם הנמצא לו יהי' רק כמיעוטא בעלמא מ"מ סמוך מיעוטא בהדי חזקה דידה והוי כתרי רובי. כעין דאמרינן בריש פרק האשה בתרא ביבמות. א"ו משום דמיעוטא מגרע לחזקה דידיה:

ב מ"ש כבודו ע"ד שדרכה להרגיש תמיד דבר לח מבחוץ ובקינוח ראתה דם. וכתב מעכ"ת דמפני שלא הרגישה דינו ככתם. ותלינן אפי' במכה שא"י אם מוציאה דם, קשה מאד לסמוך ע"ז, חדא שמסתמא דרכה להמצא ג"כ אחר הטלת מ"ר כשיעור ווסת דאזי טמאה מדאורייתא, [כמ"ש החו"ד ריש סי' קפ"ג וק"צ וכאשר הוכיחו האחרונים במישור מדברי רבותינו הראשונים], ונגד דבר דאורייתא לא תלינן במכה שא"י אם מוציאה דם. אפי' שלא בשעת ווסתה כפי הסכמת אחרונים וכמש"ל. ועוד כיון דעפ"י רוב כשיצאו בני מעיים לתוך בית החיצון אזי גם המקור נשתרבב שם. ותלינן במצוי שמן המקור עצמה הוא דנתלכלכו כותלי בית החיצון ועוד דהכא לא שייך לומר שהיא בחזקת שלא תראה לעולם. דזהו היכא שהמקור במקומו, לכן אע"ג דאיכא למימר שדרך המקור שיתלכלך במקומו וקרוב לו אפי' שלא בשעת ווסתה. מ"מ כל כמה דלא ירדו מבין השינים הוי טומאה בלועה, וטהורה היא לבעלה ולכ"ד כמבואר בש"ס נדה (דף מ"א ע"ב] אבל הכא שהמקור הוא בבית החיצון כשיתלכלך מעט במקומו וקרוב למקומו הרי היא טמאה לכ"ד. ועוד דגם אם נימא שאין דרך המקור שיתלכלך במקומו, שאני נשים אלו, שיצאו בני מעיים וגם המקור לחוץ. ודמי להא דאיתא בבכורות [דף מ"ב ע"ב] אפי' תימא רבנן הואיל ואישתני אישתני יעו"ש. וכל עיקר היתרו של מעכ"ת מוסד עפ"י אשר שמע מהמילדת דעירו, וכבר כתבתי מפי הרופאים והמילדת דפה דנהפוך הוא ועיין בתשו' מהר"ם [סי' קי"א], ובתשו' מעיל צדקה, ובתשו' פנים מאירות [סי' קמ"ו] דאין לסמוך

על הרופאים להקל. רק לגבי ווסת דרבנן. וגם דדינו רק כווסת שאינו קבוע דדינו כווסת שע"י מעשה דנעקר בפעם א' הוא דפליגי הפוסקים בזה, עיין בש"ע [סי' קפ"ז סעיף ח']:

ומה שהגיד לו רופא מומחה שאפשר הוא שבא הדם מחולי הטחורים (הנקרא גילדגע אדער), כבר עמד בזה מרן הגאון מוהרע"א זצוקללה"ה [סי' ס"א] על המחקר אצל רופאים מומחים. דלו יהי' כן מ"מ הוא דם נדות ממש, כאשר הגיד לו הפראפעסער שאין לזה גיד מיוחד אלא דבא דרך גידי המקור, וכ"כ בתשו' חכם צבי שגם דם שלא נתבשל כל צרכו מ"מ הוא דם נדה. ודלא כתשו' מהר"ם סי' קי"א] והסכימו כל האחרונים לדברי חכם צבי ומי יקל ראש כנגדם:

ג ובעיקר הדברים שהאריך מעכ"ת הגם שאינו מן ההכרח להשיב ע"ד, שהן רק לפילפולא בעובדא דידן ובפרט שבעו"ה רחוק שימצא בזה"ז מודה על האמת רק רובם מתעצמים ומתעקשים להעמיד הדברים על דעתן שכל אחד ניחא ליה בקב שלו יותר וכו'. אך לאשר ביקש ממני להשיב גם על הדברים אשר חידש, אמלא שאלתו בפעם הזאת. בשגם דאיכא נפקותא לדינא במקום אחר:

הן יצא להשוות דברי רשב"א עם בעה"ח. הן לפירושם של המפרשים והן לדעת חכם צבי בפירוש דברי רשב"א בת"ה. והוא דלא איירי בהרגשה להדיא. רק בהרגשה בטעותא. ואיירי בדידעינן שדרכה של מכה כזו להוציא דם. ורצה לומר דבזה ניחא אפי' לדעת מפרשי הטור. אבל ז"א דמבואר באחרונים שכל דידעינן כן הוי כאילו ידעינן על מכה זו עצמה שדרכה להוציא דם. איברא לדעת חכם צבי יש מקום לדבריו ויפה כיון לכאורה. אך עדיין יש לפקפק. שהרי מ"מ קשה דא"כ לעולם לא תטמא. שהרי אשה שיש לה ווסת צריכה לבדוק מדינא בשעת ווסתה. וסתם בדיקה הוא בחורין וסדקין. ואכתי אם תעשה כדין הרי לא תטמא. שהרי אז תהיה הרגשה בטעותא ועיין נדה ל"ט ע"א בתוס' ד"ה והיולדת וז"ל וי"ל כיון דיש לה ווסת כיון דאורח בזמנו בא צריכה בדיקה בשעת ווסתה]. ואע"ג דאם לא תבדוק ותרגיש תטמא מ"מ אם תעשה כחובה לא תטמא. וא"ל דאכתי תטמא אם תרגיש ולא תתלה בהרגשת עד דז"א שכבר מבואר הדבר בתשו' הגאון מוהרע"א זצוק"ל [בסי' ס"ב] והוכיח במישור דשניהם שווין. הן אם תרגיש ויש לתלות בעד. והן אם לא תרגיש ואמרינן משום דטעתה בהרגשת העד:

גם מ"ש כ"ת דחזקת מסולקת הוי כחזקת הגוף ועדיף מחזקת ט' שהוא רק עפ"י הדין. ובזה רצה להחזיק דעת הגאון מוהר"ח זצ"ל מובא בנוב"י מהד"ק. ולכאורה מסתברא לומר כן. אולם לקושטא לא נהירא. שהרי כל ימי זיבה היא בחזקת טהרה לגמרי משנה נדה ל"ח ע"ב] ועדיף משלא בשעת ווסתה. שהרי אשה קובעת ווסת בתוך ווסת קבוע

[טור וש"ע סי' קפ"ט סעיף ל"ב] ואינה קובעת ווסת בתוך ימי זיבתה [בש"ס שם ל"ט ע"א ובטור שם]. גם אשה שיש לה ווסת קבוע חוששת לווסת שאינו קבוע [שם בש"ס וטור וש"ע שם סעיף י"ד] ובימי זיבתה אפי' קבעה בג' פעמים אינה חוששת לדעת רוב הפוסקים כמבואר בב"י (סי' קפ"ט] דפסקינן כרב הונא בריה דר"י נדה (דף ל"ט ע"ב] וגם בימי זיבתה א"צ בדיקה אפי' לטהרות (שם בש"ס באוקימתא דר' יהודה ורש"י בד"ה לומר] ושלא בשעת ווסתה צריכה בדיקה לטהרות [לכ"ע ללישנא בתרא ד"ה] [שם דף י"א] ואפ"ה תנינן להדיא במתני' [ס"ח ע"א] בדקה עצמה ביום ז' שחרית ומצאה טמאה וביה"ש לא הפרישה ולאח"ז בדקה ומצאה טהורה הרי זו בחזקת טמאה ושם בגמרא דאם בדקה אח"כ ומצאה טמאה הרי היא זבה וודאי לרב דפסקינן כוותיה, וכן ללוי מ"מ הוי ספק זבה. ולא מוקמינן על חזקת הגוף. וא"ל שאני התם משום דלא הפרישה ביה"ש חדא דמ"מ ליכא אלא חזקה דדינא. והרי חזקת הגוף עדיף. ועוד שכל עיקרו דצריכה הפרשה (קודם] ביה"ש משום דשמא הוא לילה והרי בלילה כבר איכא חזקת טהרה שכל י"א יום הרי היא בחזקת טהרה וכבר כתבתי בזה בזית רענן חלק ראשון (דף מ' ע"ד מאות ד' ע"ד סוף הסימן. ובסימן ה'] יעו"ש. א"ו דבאשה ליכא חזקת הגוף רק כדברי תוס' ריש גיטין שאינה בחזקת שתראה כל שעה. ועוד דאם נימא דיש לה חה"ג היכי ילפינן מנדה דעד א' נאמן באיסורין:

ומ"ש בשם ספר מים עמוקים לא מצאתי שידבר כלל מענין זה רק בתשו' [סי' כ"א] והוא מילתא אחריתא. וגם בזה יותר הדבר מבואר בריטב"א קידושין (דף ע"ט] דהא דלא אזלינן בתר חזקת טהרות. משום דלעולם אזלינן בתר המסבב והמסלק. ומש"ה גבי מקוה וכן בסכין היכא דשניהם שווין אזלינן בתר המסבב והמסלק שהרי הסכין מסלק לחזקת איסור. והאדם שנטמא מסלק לטהרות מחזקת טהרה. וכבר כתבתי באריכות בזי"ר ח"ר (דף מ"ז מסי' י' ולהלן] יעו"ש. ועוד דאי תימא דטעמא דמילתא משום דחזקה דמקוה נידון כחז"ה ועדיף מחז"ט שהוא רק עפ"י דין. שהרי מצינן להדיא בש"ע יורה דעה (סי' ר"א סעיף ס"ה] היכא דהוחזקה להיות פעמים עולין ופעמים מתמעטים. כ"ז דלא הוחזקה להתחסר על פחות מן מ' סאה דא"צ לחזור ולטבול. ומשמע אפי' שאר טבילות כגון טבילת גרים ועבדים דאיכא ג"כ חז"ה כנגדם אפ"ה אזלינן בתר חזקת המקוה משום שהוא המסבב והמסלק לחזקה דמעיקרא. ויש עוד לפלפל בזה טובא. ואין הפנאי מסכים אתי:

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה

סימן כב

בדיני נדרים

קבלתי שאלתו שאלת חכם בדבר הסכמות הקהל [ברשיון הממשלה יר"ה] מקדמת דנא. וידו הדה בענינים הנוגעים לזה. בפלפולים שונים לארכו ולרחבו בהשכל ובחכמה בפלפול ובסברא ישרה:

א בעיקר שאלתו נראה לפענ"ד לפסוק בזה כמבואר ברשב"א סי' תרצ"ו בכגון זה. ומובא בב"י [סי' רכ"ח ובש"ך שם ס"ק פ"ג]. ולאחר שקול הדעת הדק היטב. היא העצה היותר נכונה והישרה בזה בעצת הצדדים. שבאם נחזק הדבר יש בזה כמה עיקולי ופשורי בעתים הללו. שפרוץ מרובה על העומדים בפרץ. ואין בידינו לחזק ולהעמיד הדת על תלו. ויסתעפו מזה כמה וכמה מחלוקת ומסי'. ומה שכתב מעכ"ת שבאם יהיו אנוסים אזי יהיו פטורים מדינא. הלא כבר עמדו חז"ל בכגון זה. ותקנו ועמדו בפרץ לבל יבואו לכלל זה. ותיקנו שאין אונס בגיטין משום צנועות ומשום פרוצות זימנין דלא אניס וכו'. וכן להיפוך. [עיין ריש כתובות ובש"ע אה"ע סי' קמ"ד סעיף א']. ומטעם זה הקילו באיסור א"א החמורה. לכן נסורה מדרך הזה והם מלהזכיר בעתים הללו שמץ מנהו. ומעתה בנ"ד שגם המתקנים מתחלה לא היה כחם אלא משום גזירה ועונש. לכן כשיתבטלו עתה הגזירה ועונש. שוב אינם צריכים להתנהג עמו בכל החומרות האלו. הגם דעיקר הדבר יחול על ראש העובר. אבל אין אחרים צריכים להתנהג עמו כדין העובר על וכו', כמבואר בתשו' רשב"א שם סי' תרצ"ז] ובתשו' ר"ן [סי' ס"ה] וכן פסק בש"ע סי' רכ"ח סעיף ל"ב בהגה"ה. ומשמע בתשו' רשב"א שם שכן הוא מצד עיקר הדין. דלמדין הלכה ממנהגא. כמבואר בפסחים [דף ס"ו] הנח להם לישראל אע"פ שאינם נביאים וכו' עיי"ש. ולא משום דמסתמא אדעתא דמנהגא תיקנו. ועיין בש"ך ס"ק צ']. גם יש לפקפק בעיקר הדברים. דכיון שלא נמצא בפנקס הקהל. ולא נשמע בקהלתו שכבר קיימו והתנהגו כן עם הפורץ על דבריהן. ויש לומר כתובין היו אדעתא שיכריזו בפומבי ונמלכו עליהם ונשתקע הדבר מכל וכל. מכל הלין טעמי נראה להתמצע הדבר, כמו שכתבתי. ובזה נצא חובותינו ידי שמים ונגד כל הפוסקים:

ב ועתה נשא כפינו למלאות שאלתו, ולבאר בדברים המסתעפים לדינא בענינים כאלו, מתחלה נבאר בפלוגתא דמהרשד"ם ופר"ח או"ח סי' תצ"ו בדיני מנהגי איסור בסעיף השמיני. בדבר שנהגו משום סייג וגדר. אם מהני שאלה לגבי זרעם. והפר"ח מביא ראיה מירושלמי בפ' מקום שנהגו. דמהני שאלה לגבי זרעם. ולפענ"ד נראה עיקר כדעת מהרשד"ם. וכן מבואר בתשו' חות יאיר סי' קכ"ו] וכן הסברא פשוטה. דמאן יימר

שאביהם יתחרטו ע"י פתח זה. וכמ"ש הפוסקים בנודר ע"ד רבים. וראייתו מירושלמי נראה דהכי פירושא דהנה מצד סברא פשוטה נראה. דהאי דאל תטוש תורת אמך. לא שייך אלא בדבר ההוה ורגיל ומצוי כמו בעובדא דבני ביישן וכדומה. אבל בדבר הנופל לעתים רחוקים ואפשר שלא מפני שקבלו למנהגא חדלו מזה. ומה שנמנעו אבותיהם לא מפני מנהגא. רק שלא הוקרה לפניהם ולא נצטרכו לזה. הגם שידעינן שקבלו עליהם ועל זרעם בשבועה. שוב לא שייך בזה כלל משום שמע בני מוסר אביך ואל תטוש וגו'. כיון ששבועת אבות לא חייל על דורות הבאים ועל זרעם אחריהם כמו שמבואר בתשו' הרא"ש [כלל ה' סי' ד']. רק משום גזירה ועונש וכיון שכן, יכולין בני העיר והב"ד לבטל הגזירה והעונש גם מן הבאים אחריהם. דבשלמא בדבר המצוי והרגיל תמיד. הגם שקבלו אבותיהם עליהם ועל זרעם בשבועה. מכל מקום אי איפשר להתיר לזרעם אפי' בפתח וחרטה, דדל שבועה מהכא, הלא כבר נתחייבו בניהם משום שמע בני וכו'. כיון שכבר נהגו אבותיהם, ופתח וחרטה דידהו לא מהני שהם לא נדרו ולא התחילו במנהג זה. רק שע"י אביהם נתחייבו גם הדורות הבאים. משא"כ בדבר הנופל לעתים רחוקים. דלית ביה משום מנהגא רק משום שבועה. ואם מהני שאלה לאביהם שנשבעו בפירוש על זה. אע"ג דאית ביה משום גדר וסייג. ומכש"כ לגבי זרעם דלית בהן משום נדנוד איסור שבועה רק משום גזירה ועונש שיכולין לגזור ולהעניש גם הדורות הבאים אחריהן. וגזירה עבידא דבטלה ויכולין הב"ד לבטל הגזירה כמו בכל הסכמות ושבועות דצבור. (ודברי הרא"ש מוסכמים ואין חולק עליהם ומה שכתוב ברמב"ן מובא בפר"ח שם (סעיף ז') שדורות אחריהם מחוייבים להתנהג כאשר הסכימו אבותיהם. לא נזכר בדבריו שהוא מצד איסור שבועה ומה שהביא מקבלת התורה הוא שהבנים מחוייבים להתנהג בתורת אביהם. וכדעת בעל העקדה שם שלא מפני קבלת השבועה נתחייבו דורות אחריהם ושהוא רק כדבר המתלכד ולא יתפרד עדי עד. ולדעת השל"ה היו אז כל הנשמות עם לבושי הגופים בציור דק הרוחני, ואין לנו עסק בנסתרות]. והכי שייטי דברי הירושלמי הנ"ל. בני ביישן קבלו עליהם שלא לפרוש בים הגדול וכו'. פירוש דקס"ד בשבועה ובאיסור, אתון שאלין לרבי וכו'. אמר להם מכיון שנהגו אבותיכם באיסור. אל תשנו מנהג אבותיכם. כסבור שהוא באיסור שבועה, הדרי ושאלו ואין אדם נשאל על שבועתו. תמן מי שנדר נשאל. ברם הכא אבותיכם נדרו ולא מהני פתח וחרטה דידהו לגבי אביהם, וחזרו ושאלו, דכל שכן יהיו מותרים. שהרי מצד מנהגא לא שייך בזה. בדבר שאינו נופל אלא לעתים רחוקים. רק משום שבועה. וכיון שהם לא נשבעו וכמש"כ מכ"ש שיכול לבטלו. ולבסוף מסיק דלאו משום שבועה והסכמה היה. רק מפני שנהגו

כר"י דאוסר מדינא. וכל שנהגו כן לפסוק כמוהו בכל מילי וגם רבי היה תלמידו אין ביכולתו לבטל וכמו שהאריך הפר"ח בזה] בסעיף ח' בסופו]:

גם מה שהביא ראיה לדבריו מדברי מהרי"ק (סי' קמ"ד] שכתב דלא מהני שאלה בדבר שהוא משום סייג וגדר. לא באביהם ולא בזרעם. ומזה דייק כיון דאנן פסקינן בש"ע יו"ד [סי' רי"ד סעיף א'] כדעת הרא"ש דמהני שאלה באביהם. דה"ה לזרעם, המעיין שם יראה דהתם מילתא אחריתא הוא. שעל עיקר הדבר לא שייך ביה פתח חרטה כמו בנדרים ושבועות. רק דעיקר מילתא, משום שהרמב"ם קורא תגר על מנהג זה שנהגו שלא תטבול תוך מ' לזכר ופ' לנקבה. וכיון שהם נהגו לפסוק כתניא שהסכים שיש בזה משום גדר וסייג וכמ"ש בתשו' מהרי"ק שם. שוב א"א להתיר להם. שהרי לא היה לפניהם ענין לתלות בהם דבר פתח חרטה. ובחרטה לחוד לית מאן דפליג, דלא מהני לגבי בניהם:

ג ונראה דאפי' לדעת הפר"ח דמהני פתח וחרטה בבניהם זהו דוקא במילתא דשייכי בגווה כגון בגוונא דאיירי ביה שגם המה נלכדו באיסור זה. אבל במילתא דלא שייכי בהו כגון הקדש ותרומה וחלה שהפריש אביהן. לית מאן דפליג דלא מהני פתח חרטה דילהון לגבי הקדש ותרומה וחלה שהפריש אביהן שהרי לא תנינן אלא שהיורש סומך וממיר. ובמנחות דף צ"ב וצ"ג] גם בזה פליגי ר"י ורבנן שם. מכללו נשמע דלשאר דברים הרי היורשים כיד אחרים דמי:

ד ומה שנתעורר כ"ת יד"נ להקשות מנדרים (דף נ"ט ע"א] דמהדרינן לאשכוחי בתרומה גוונא דליתא בשאלה ולא אשכחינן כדי לתרוצי המשנה דקתני דתרומה בטילה. ואמאי לא מתרצינן דאיירי כשהפריש אביו תרומה ומת ואח"כ נתערבה. דתו ליתא בשאלה. ומזה רצה לדייק כדעת הפר"ח דאפי' בכה"ג מהני פתח וחרטה דיורשין, יפה העיר. מכל מקום מזה לא נוכל לדייק מה שהוא נגד הסברא וסתמא דתלמודא ופוסקים, ומקדם נפרש דברי הש"ס וממילא יתורץ קושייתו. ועיין בט"ז יו"ד [סי' שכ"ג ס"ק ב'] שהקשה על תירוצא דש"ס מפני דתרומה אין מצוה בשאלה. דמה בכך הרי בכל דבר שיש לו מתירין כל כמה דלית ליה פסידא נידון כיש לו מתירין ועיי"ש מה שתירץ:

אמנם תירוצו תמוה. שכתב מפני שאין המתיר עתיד להיות בודאי דאולי לא ימצא פתח וחרטה. רק הפתח שיש לו מפני שנתערב פתח כזה לא מהני מידי כיון שאין הפתח מעצמות דבר הנדור. ותחלת הדברים נכונים היטב. אולם מה שסיים דפתח לא מהני אלא מעצמותו, מוקשה. דאנן פסקינן דגם פתח מדבר הנולד מהני היכא שמצא מעצמו פתח כזה עיין סי' רכ"ח סעיף י"ג בהגה"ה דאנן הוא דלא פתחינן ליה בנולד. אבל אם נתחרט בעצמו ע"י נולד מהני ורובם דנולדים אינן מעצמותו אלא מפני סבות אחרות.

וכבר השיגו בנקודת הכסף מצד הסברא. ומה שתירץ הנקה"כ מפני שאין נשאלין אלא מפני הדוחק אכתי לא מתוק לחיך. דמכל מקום השתא שנתערבה ויפסיד התערובות כולה. אין לך שעת הדחק גדול מזה. ואכתי לא יצא מכלל דבר שיש לו מתירין:

והנה בדין דבר שי"ל מתירין דלא בטל יש לדון אם מתחלה דנין על הנידון אם יש לו מתירין. וכד חזינן דבר שיש לו מתירין כמו שהוא בתוך התערובות. אזי נתגלגל מזה דלא בטל. מטעם דעד שתאכלנה ע"י ביטול וכו'. או אם נידון מיד ונימא דכל כמה דיש לו מתירין כשלא תתבטל. תו לא סמכינן על הביטול דביטול לא מהני רק באופן שאין לו היתר זולת הביטול. ונפ"מ טובא היכא שאסר על עצמו בקונם חתיכה ידועה. ונפלה כולה בתוך התערובות. דאם נימא דדנין אם יש לו מתירין בהחלט. ומזה נסתבב פני הנידון אח"כ דלא בטל והכא כיון דנפלה כולה וכיון שכבר נתבטלה. ואין מקום לשאלה לחול. שהרי בשבועות [דף כ"ח] פליגי באכלה כולה אם נשאלין עליה. ואנן פסקינן דנשאלין. דבשוגג מחוסר קרבן ובמזיד מלקות [וע' בדגול מרבבה י"ד סי' רל"ח]. והכא כיון דנתבטלה והרי היא כמבוער לא תחול השאלה כלל. רק אם נימא דלא בטל. יש מקום לשאלה לחול. ואנן לא שמעינן בדבר שיש לו מתירין דלא בטל. רק היכא דיש לו מתירין אפי' כשתבטל. ולהכי לא בטל כיון דבין כך ובין כך יש לו מתירין כגון בקונם ונפלה מקצתו. אבל אם נימא דכל כמה דמשכחת ליה היתרא. תו לא סמכינן על הביטול. גם כשנפלה כולה לא בטל. ועיין היטב. וכבר כתבתי בזה בספרי בזי"ר ח"ר [בי"ד הל' ו' סי' א'] ועייש"ה:

והסברא מסתימת הפוסקים נראה כמש"כ בראשונה. דמקדם צריך לדון אם יש לו מתירין. ואח"כ נתחייב פני הנידון דלא בטל מפני שכבר הוחלט שיש לו מתירין. וכן כתבתי שם בספרי, אבל לא לדון מן המאוחר אל הקדום. ולכאורה קשה ע"ז. דא"כ מאי קמקשה הש"ס בתרומה דהוי דבר שיש לו מתירין. הלא בפשטא נראה שנפלה כולה ועל מה תחול שאלתו והיתרו. אבל באמת תרומה שאני. כיון דמכל מקום צריך לתרום מפני גזל השבט שפיר תחול השאלה. ששוב אינו צריך להפריש כשיעור התרומה מן התערובות:

ולפי"ז ניחא הכל בס"ד. דזה פשיטא להו. בין למאי דס"ד מעיקרא ובין למסקנא. דכל שאין ההיתר עתיד להיות בוודאי. לא נכלל בכלל דבר שי"ל מתירין. והכא כיון דאיפשר שלא ימצא לו פתח וחרטה. וכמ"ש הט"ז בתחלת דבריו למסקנא. רק דקשיא ליה כיון דבודאי ימצא ליה פתח מפני התערובות כי היכי דלא ליפסיד לכולהו שוב לא סמכינן על הביטול. דביטול לא מהני אלא היכא דאי איפשר לאשכוחי היתירא רק משום הביטול.

וכמש"כ לעיל בפן השני והמתרץ השיב לו דדוקא בקונם כיון דמצוה לאיתשולי עלי'. ויהדר אחר פתח חרטה זולת הפסד התערובות וכיון שכן הרי יש לו מתירין, גם כשנימא דבטל. מ"מ הרי יכול לשאול עליו [כיון שלא נפלה כל מה שנדר דיש מקום לשאלה לחול על מה שישנו]. אבל בתרומה גם כשנפל מקצתו. מ"מ לא נכלל בכלל יש לו מתירין כיון דליכא מצוה בשאלתו ולא יהדר אחרי פתחו. רק מפני פתח דתערובות עצמו ופתח זה ליתא. רק כשנימא מעיקרא דלא בטל. ומשו"ה יש לו פתח מפני פסידא דתערובות, אבל לא כן הדברים דאנן צריכין לדון מעיקרא ולהחליט דיש לו מתירין. ואח"כ נגרר מזה לומר דלא בטל. וכמש"כ לעיל בפן הראשון והכא כל כמה דבטל שוב לית ליה פתח להפרשתו כיון דלית ליה פסידא. ועיין היטב בכל זה:

ומשום האי טעמא ניחא ומיושב קושייתו דגם כשהפריש תרומה ומת ונתערבה אח"כ גם גבי יורשים נחשב כדבר שיש לו מתירין לס"ד דש"ס דכל כמה דמשכחת ליה היתרא לית ביה תורת ביטול. ואנן סהדי דאילו היה קיים ניחא ליה בשאלה משום פתח זו הגלוי ונראה בעליל פסידא דתערובות. לכן גם עתה מהני נמי לגבי יורשים, [ואע"ג שאינו בפנינו. מ"מ כל שיודעין שמתחרט מפני פתח ידועה לכל. מתירין אפי' שלא בפניו. כדאיתא בר"ן נדרים (דף ח' ע"ב) ובתשובת ריב"ש (סי' ש"ע בסוף התשובה) שמביא שם בשם רבינו שמשון וז"ל דכל שהחכם יודע שהנודר מתחרט וחפץ בהיתר החכם מתירו שלא מדעת הנודר ומותר, דהתרת חכם כהפרת בעל. ותניא אישה הפרם וה' יסלח לה במה הכתוב מדבר באשה שנדרה בנזיר ושמע בעלה והפר לה והיא לא ידעה וכו' ולא מצינו חילוק בין הפרת בעל להתרת חכם אלא בלשון, עכ"ל. והא תינח בפתח כהאי דגלוי וידוע לכל שעל ידי זה יתחרט. אבל בפתח אחר דאיתא גבי היורש. אכתי איכא למימר דילמא המוריש לא יתחרט על ידי זה. וכמו דמצינו בעל דעת רבים. ומשום הכי לא מהני הפתח וחרטה דיורשים לגבי אביהם]. וכל זה למאי דסלקא דעתא. אבל למסקנא דבעינן שיהיה לו מתירין אפי' כשנתבטל. אבל בתרומה דמתירין עצמן קשורים וצרורים בביטול דאם תבטל אין לו מתירין דפתחא אחרינא לא נתגלה לנו ומשום ספיקא לא מיקרי יש לו מתירין וגם פיתחא דתערובות נסתלקה כיון דלית ליה פסידא. רק כשלא תיבטל הוא דאית ליה פיתחא דתערובות. וכל כה"ג תו לא נכלל בסוג דבר שיש לו מתירין:

ה ואין להקשות למאי שהוכחנו בספרי דהא דדבר שיל"מ לא בטל. הוא כשיש לו מתירין מתחלה ועד סוף. דהיינו שיש לו מתירין גם כשהיה בעינא, [ע"ש הלכה ו' סי' א' אות ג]. והכא בתרומה לפמ"ש, עיקר המתירין שלו רק מפני פתח וחרטה שיש לו אחר

שנתערבה, דזה אינו, דהא לסלקא דעתא דהשתא דלא אסיק אדעתי' דבנדרים מצוה לאיתשולי עלי'. וכל עיקר קושייתו מתרומה. סובב והולך כלפי נדרים דמיקרי דשיל"מ. דא"כ בתרומה נמי לא ליבטל, והשתא באחת משתים יתווכח פני הדבר, או דנימא דגם מפני ספק מיקרי דשיל"מ. כמו בנדרים דג"כ אין לו מתירין רק ע"י פתח וחרטה. דעיקרו ספיקא דאולי לא ימצא פתח וחרטה. או דנימא משום דיש לו מתירין לאחר שנתערבה. דאז בבירור בלא ספיקא כלל ישנו למתירין. על ידי פתח וחרטה גלויה וידועה מפני פסידא דתערובות. וא"כ בע"כ צ"ל דאזלינן בתר השתא. וא"כ בתרומה נמי. ולמסקנא דחידש דשאני נדרים משום דמצוה לאיתשולי עלי'. הדרינן לכללא דבעינן שיהיה לו מתירין מתחלה ועד סוף לכן בנדרים גם קודם שנתערבה יש לו מתירין בודאי דמסתמא יחזיר אחרי פתח וחרטה. ולהיפוך בתרומה דאין לו מתירין מתחלה ועד סוף וכמו שכתבתי. דקודם שנתערבה עומד בסבך אם ימצא פו"ח. ומשום ספיקא לא נכלל בכלל דשיל"מ. וגם השתא שנתערבה אין לו מתירין בהחלט. רק כשנידון מקדם דלא בטל. כיון דיש לו מתירין בלא זה ע"י פו"ח דפסידא דתערובות. וכל כהאי גוונא לא מיקרי דשיל"מ עד שנידון מקדם, דיש לו מתירין בהחלט אפי' כשנתבטל. משא"כ בנדר דיש לו מתירין בבירור מתחלה ועד סוף. הן קודם שנתערב בתוך התערובות והן לאחר שנתערב יש לו מתירין אפי' כשנתבטל. שהרי גם בלא פסידא דתערובות י"ל מתירין. דמסתמא יחזיר אחר פתח וחרטה. וכל כמה דלא נתערבה כל החתיכה שאסרה עליו. הרי יכול לשאול עלי' גם לאחר שנתערבה:

ו ולפום ריהטא היה נראה להביא ראי', דלא מהני פתח וחרטה דיורשין לגבי הקדש דאביהם. דאם לא כן לא משכחת לה חטאת שמתו בעליה דלמיתה אזלא ואפי' באלף לא בטיל. כדאיתא במס' זבחים [דף ע' ע"ב ע"א ע"ב] ואפי' במעות שהפריש לחטאת נמי, ואמאי ישאלו היורשים ויפקיעו שמא דהקדש מינה. ומבואר במס' נזיר (דף כ"ד ע"א] ובתוס' שם ד"ה דמי חטאת. ובמעילה (דף י"א ע"א] ובתמורה (דף כ"א ע"ב] ובכריתות דאפי' כשעודנו ברשותו ולא נתנו ליד גזבר נמי. ועוד דגבי קדושת הגוף לא מהני נתינה ליד גזבר ודווקא בקדושת דמים לבדק הבית דאית ליה פדיון הוא דמהני יד גזבר. אבל בקדושת הגוף דאין לגזבר עסק בו אזי לא מהני מידי. וכ"מ להדיא מתוס' כריתות בפ' אמרו לו [דף י"ג ע"ב] בד"ה ארבע. דדווקא היכא שכבר נשחטו ונזרק דמן כהלכתא. הוא דליתא בשאלה [ועיין בטורי אבן ר"ה (דף כ"ח) שחולק עליהם גם בזה, וגם פשיטא לי' התם דאין הבן שואל על הקדש אביו], אבל לקושטא אין זה ראי'. דא"כ בארבע חטאת

חוץ מזה. אשר נשנו בתמורה (דף כ"א ע"ב] ובמעילה (דף י' ע"ב] דדינם למיתה אמאי לא קתני בשום דוכתא תקנתא דשאלה. שהרי המקדיש קיים:

ונראה לפענ"ד להמציא בזה דבר חדש ונכון. דמבואר כמה פעמים בר"ן נדרים. דפתח וחרטה משוי לי' לנדרא כנדר טעות ומפני דלא הוה כטעות גמור, לכן בעינן שאלה לחכם. אבל היכא דהוה טעות גמור אזי בטל ממילא וא"צ התרה כלל ועיין בב"ק [דף ק"י ע"ב] גבי נתן הכסף לאנשי משמר. אמר אביי שמע מינה כסף מכפר מחצה, דאי לא מכפר הוה אמינא מהדר ליורשין. מ"ט אדעתא דהכי לא יהיב ליה אלא מעתה חטאת שמתו בעליה תיפוק לחולין דאדעתא דהכי לא אפרשה. אמרי חטאת שמתו בעלי' הלכתא גמירי לה דלמיתה אזלא ועיי"ש. וכיון דאתי הלכתא ומפקע מטעות גמור דמבטל לקנין גמור וקידושין שקידשה לפנינו. כגון ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין. דאי לאו משום דניחא לה בכל דהו כדאיתא התם נתבטלו הקידושין למפרע. אזי ממילא נשמע דלא מהני שאלה ע"י פתח וחרטה דמשוה ליה כעין טעותא לחוד. ועיין במס' נזיר (דף כ"א] לעולם אימא לך בעל מיעקר עקר. והיינו טעמא כיון דלא צריך כפרה הוי כחטאת שמתו בעלי':

ועיין ריש תמורה [דף ב'] דמצרכינן ליתורא דיורש מימר וסומך בקרבן אביו. ותיפוק לי' דאיתא בשאלה וחשיב כשלו, לענין חמץ ומלאכת יו"ט. כדאיתא בפסחים (דף מ"ו] ועי"ש בתוס' ד"ה הואיל וכו' בתירוצם השני דגם בהקדש נמי רק היכא דאתי ליד גזבר וכבר כתבתי דבקדושת הגוף לא מהני מסירה לגזבר:

איברא גם ראיה זו אינה מוכרחת. דאיתא שם [דף י' ע"א] דמיבעיא ליה אם מקדיש עושה תמורה או מתכפר, ומסקינן דמתכפר עושה תמורה. הרי להדיא אע"ג דלגבי המקדיש איתא בשאלה. ואפ"ה אינו עושה תמורה. ולהכי נמי גבי יורש אי לאו דאתי לן מייתורא דקרא. אע"ג דאיתא בשאלה אינו עושה תמורה אמנם לכאורה קשיא התם דמוכח ליה רבא דהמקדיש אינו עושה תמורה. דא"כ מצינו צבור ושותפין עושין תמורה כגון דשוו שליח לאקדושי דלמא לעולם המקדיש עושה תמורה משום הואיל דאי בעי מיתשיל עליה והרי הוא לכל מילי כבעלים. משא"כ השליח דאינו יכול ליתשיל עלה וי"ל דאכתי משכחת לה כגון דשוו שליח לאקדושי על דעת רבים. וכמו שמתרץ רמב"ן ב"ב בסופו במלחמות בסוגיא דשכיב מרע שהקדיש. אמנם מסתימת הש"ס ופוסקים משמע דלא מהני שאלה לגבי יורשין לכ"ע. ועד כאן לא פליג הפר"ח ורשד"ם. אלא במילתא דקשורה גם גבי היורשים. ועיקר השאלה הוא לאיסורא דידהו:

ולפום ריהטא היה נראה להביא ראיה לדעת הפר"ח. דמהני בכה"ג שאלה גבי יורשים אע"ג דעיקרו נסתעף מאביהם. שהרי לדעת רשב"א גם במנהגא שנהגו מחמת טעותא שוה למנהגא דמחמת גדר וסייג לדעת שאר הפוסקים. וכיון דלדעת רשב"א בע"כ צ"ל דמהני שאלה אפי' גבי יורשים במנהגא דטעותא. דאל"כ איך נפרנס היתרא דבית שאן שהתיר רבי. אע"ג שנהגו בו איסור מכמה דורות. שהרי אמרו לו מקום שאבותיך ואבות אבותיך נהגו בו איסור וכו' [חולין דף ו' ע"ב] וכן גבי נגר בעירובין (דף ק"א ע"ב] אמר ר"י איסור נהגו בה ובא ר"ג וזקנים והתירו להם, ומשמע שנהגו איסור מכמה דורות, וצ"ל לדעת רשב"א דאירי ע"י שאלה. וכשם דמהני שאלה גבי יורשים במנהג דטעות ה"ה נמי לשאר פוסקים במנהג דמחמת גדר וסייג ואין לומר דשאני דורות הראשונים. שגם לדעת רשב"א דוקא אז בכותאי הוא דאין מתירין להם. דזה אינו דבע"כ צ"ל שגם בדורותם נכללו המון עם בכלל כותאי. שהרי תוס' הקשו מבית שאן ולא מחלקי בזה:

אמנם נראה דלענין זה הסברא מחלקת ביניהם. כיון דבמנהג שהוא מחמת טעות. עיקרא דמילתא משום דלא ליתי לאסרוכי ולהקל בשאר איסורים. ומשום האי טעמא במנהג כזה אינו צריך להחמיר בחומר המקום שיצא משם בכל גווני. וגם כשהלך לשם אלא בפרהסיא ואפי' כשאין דעתו לחזור כמבואר בר"ן שם. וכיון דמתירין להו רק ע"י שאלה. שוב לא חיישינן דאתי למסרך ולהקל גם בשאר איסורין. משא"כ במנהג בדבר שהוא משום סייג וגדר דמדינא אסור ומחוייב לנהוג כחומר המקום שיצא משם ושהלך לשם מדינא אפי' בצינעא כשאין דעתו לחזור. וכיון דצריך התרה מדינא משום האי טעמא לא מהני. רק לגבי הנודר עצמו ולא לגבי יורשים ודורות הבאים אחריהן:

וממילא מובן דלא קשה מה שהקשה יד"נ על שו"ע [בסי' רי"ד דמביא בסעיף א'] גם דעת רשב"א אפי' במנהג דטעות ובסעיף ב' סתם דוקא במנהג שהוא מחמת גדר וסייג. דכיון דמביא שם דצריך לנהוג בחומר המקום שיצא משם. דזהו דוקא במנהג כזה כמבואר בר"ן. ואנן פסקינן בזה כר"ן פסחים ריש פ' מקום שנהגו ד"ה תניא. דלדעת תוס' שם ד"ה אי בדף נ"א] וראי"ש שם גם במנהג שהוא מחמת גדר וסייג אינו צריך לנהוג בחומר המקום שיצא משם ושהלך לשם אפי' בצינעא. רק היכא שנתקן עפ"י ת"ח וחבר העיר:

ז לכאורה קשיא בדברים המותרים ואחרים נהגו בהן איסור דפסקינן דאין רשאין להתיר. ובנדרים (דף פ"א] אמרי' דאתיא כר"ג. ואנן פסקינן התם דלא כר"ג דא"צ להפר. וצ"ל דאנן פסקינן כרבינא [דף ט"ו] ובתוס' שם ד"ה ואחרים דאפי' לדידן צריך להפר בדבר שאין בו ממש. וצריך לחלק בין היכא דמשועבדת ליה דניכר לכל. אע"ג דמדינא מפקיע

מידי שיעבוד. מ"מ כיון דאלמוהו רבנן הרי ניכר לכל דמשועבדת ליה. ובין דבר שאין בו ממש דתליא רק בלישנא קלילא:

ח מה שהקשה על רשב"א דס"ל דלא מהני שאלה בדבר שהוא משום גדר וסייג משום דהוי כדבר שאסרתו תורה. דהרי המתפיס בדבר אסור לא מהני ומשום זה הפליג דשני שאלות מהני גם לדעת רשב"א דהוי כאילו התנה שלא יועיל התרה לעולם. שיכל דבריו בהשכל. אבל לקושטא לא נראה כן ופירושו הכי הוא. כיון דכתיב ושמרתם את משמרתי דפירושו עשו משמרת למשמרתי ס"ל דכשם דסנהדרין וב"ד הגדול היה ביכולתן לעשות סייג וגדר על כל ישראל. כן כל עיר ועיר שהסכימו לעשות משמרת בדבר הפרוץ ידם בזה בעיר והגליל שלהם. כמו בית דין הגדול שבירושלים וכמו שכתב הריב"ש [בסי' רע"א דף ע"ו ע"ב]. ושאר פוסקים חולקים עליו דכל הנעשה משום גדר לאחר חתימת הש"ס מהני מיהת להתיר ע"י שאלה לחכם:

ומה שהקשה הפר"ח שם בסעיף הראשון על שו"ע שסותר דברי עצמו מסי' רי"ד] על מה שפסק בסי' רכ"ח] דלא מהני שאלה. ראיתי מה שמתרץ מעכ"ת והוא ראוי לאומרן. ולי נראה דהתם איירי בדבר שמצינו שיש בו סרך איסור מדינא דומיא דנדר של שחוק והמה גדרו והחרימו בזה לא מהני התרה. וכן בדומה לזה אפי' בדבר חדש שנפרצו בו ועשו משום סייג וגדר. אבל בסי' רי"ד] מיירי דומיא דעובדא דכבול דאיתא בגמ' שכבר גדרו חכמים בזה. ובזה לא החמירו. רק שהמה החמירו מעצמם. בכה"ג הוא דמהני שאלה והתרה כיון שהוא חומרא יתירא וגזירה לגזירה. וזה מדוקדק קצת בלשון הש"ע. בסי' רי"ד כייל ליה בלישנא דסייג ופרישות. דהיינו שהוא חומרא בעלמא ובסי' רכ"ח נקט בלישנא דגדר לרבים וסייג לתורה שהוא בכלל משמרת למשמרתי. לעיקר דבר שכתוב בתורה. ולא לדבר שעשו חז"ל רק לגדר בעלמא והם הוסיפו עוד:

ט גם מה שהביא בשם ספר מ"נ קושיא על כל פתח וחרטה דהיאך מאמינים אותו כיון שאיתחזק איסורא. ותירץ משום דהוי בידו דאי בעי לא נדר, דברים אלו אין להם שחר ולא ניתנו להאמר. בבקשת מחילה מכ"ת הגדולה. חדא דחרטה מיהת בידו הוא דתלי' בדנפשיה. ועיקר כוונתי הוא מפני שאנן לא בעינן שיתחרט דוקא על הענין עצמו. רק שיתחרט על מה שהוציא מפיו בלשון נדר או שבועה והחטיא נפשו בעון פלילי כמדקרות חרב כעין דאיתא כל הבוטה כמדקרות חרב כדאיתא בנדרים [דף כ"ב] עוד שם אע"פ שמקיימו נקרא רשע וכו' עוד שם כה"ג. ומי הוא ואיפוא הוא שישים הדברים האלו במתון אל לבו ולא יקרע סגור לבבו בקרבו ולא יתחרט באמת על שהחטיא את בשרו ונפשו בעון עצום כזה ואע"ג דאנן לא פתחינן ליה בהנך היינו משום דחיישינן

שעודנו לא השים על לבבו עד היכן הדברים מגיעים. רק מחמת בושה יאמר שיתחרט. אבל מכל מקום בידו הוא שישים הדברים בעצמו על לבבו לאמתן מפני שכן הדברים חובה עליו שיסיר מוטה מתוכו. ויתחרט למפרע על דבר שהוציא עתק מפיהו. אבל בעיקר הענין שנדר. גם עתה בידו כדעתו וכבחירתו כה יעשה:

ועוד דכיון שאומר שמתחרט. הגם שאינו מתחרט במחשבתו. שוב נידון כדברים שבלב. ולא אזלינן רק בתר דיבורו לחוד. וכיון שכן מהימן נמי על מה שמצא פתח לנדרו במיגו. וכן מפורש להדיא בפ' הניזקין [דף נ"ד ע"ב] ודלמא דשמעני' דפגיל וכו'. ודלמא דחזינא בפשפש. אע"ג דאכתי איכא למימר שאיננו מפגל בהסכם דעתו ולבו בל עמו רק לצעורא קא מכוון והתם מסתברא ביותר לומר כן. כי היכי דלא ליפסל קדשים על ידו. אלא דלעולם לא חיישינן אחרי כוונות נעלמות. רק מהנגלות לפנינו דנין בין להקל בין להחמיר דכל כמה דליכא הוכחה לפנינו שיש בלבו להיפוך ממה שהוציא בפיו תו אמרינן ביה דדברים שבלב אינן דברים. ולא מפני דלא מהימן בלבד אלא דלא מהני מידי. [וכבר קבעתי בזה מסמרות נטועים לקמן בחלק אהע"ז בדיני קידושין [סי' ל"ד אות ב']. ודברי תשו' חכם צבי (סי' קט"ו) שמשמע שם להיפך יישבתי על נכון ואין כאן מקומו. ועיין בתוס' ר"פ השולח בד"ה מהו דתימא בסוף הדבור. ועוד כו"כ ראיות לזה]:

וגם תירוצו לא מיחוור כלל דמעולם לא שמענו בידו כזה. ואנן בעינן שיהיה בידו לאחר שנתחזק. וראיה מריש פרק האשה רבה ביבמות (דף פ"ח ע"א] דאמרינן אי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה. מכללו נשמע דאם הקדיש או נדר ע"ד רבים דאינו נאמן. אם אמר שכבר איתשיל עליה בהסכם אנשים שנדר על דעתם. [ועיין בסי' רכ"ח סעיף כ"א שכן דעת רוב הפוסקים]. משום דלא הוה בידו שאולי לא יסכימו. וזה בודאי אינו בידו שימשוך דעתם אחריו. גם היכא שנדר ע"ד רבים ואמר אח"כ שנדר רק על זמן. דאז כשנדר על דעתו נאמן. משום דבידו לאיתשולי. וכשנדר ע"ד רבים אינו נאמן ולא אמרינן שהרי כבר היה בידו שלא להקדיש ולהדיר וזה יותר מדוקדק קצת בגמ' מדנקט ליה גבי דידיה סתמא. ואי דידיה משום דבידו לאיתשולי עליה וגבי אחרים נקט דאמר אנא ידענא דאיתשיל מרי' עליה. מכלל דמעיקרא גבי דידיה משכחת ליה גם בגוונא אחריתא. ונקט לרבותא דגבי דידיה נאמן אפי' היכא שאמר מצד אחר כגון שנדר רק על זמן דהשתא איתחזק מיהת בחזקה גמורה עד עתה. ואפ"ה נאמן משום דבידו לאיתשולי עליה. ואי דאחרים ואמר דאיתשיל מריה עליה היא גופה קמשמע לן, דאפי' היכא דלדבריו חכם עוקר נדר מעיקרא, והוי אמינא דבכה"ג לא מיקרי איתחזק איסורא, קמשמע לן דאפי' בכה"ג נכלל בכללא דאתחזק [ועמ"ש עוד בזה לקמן בסימן שאח"ז אות ו'], וכן לעיל גבי

טבל נמי יש לומר דהא דאמרינן ואי דאחרים ואמר דמתוקן הוא, היינו שהכניסו במוץ שלה, דלדבריו לא נתחייבה מעולם בתרומות ומעשרות מדאורייתא, עיין פסחים [דף ט'] ברש"י ובתוס' שם, אפ"ה מיקרי איתחזק, כיון דעד שלא גילה לנו כזאת מחזקינן ליה בחזקת טבל ואתיא כשינויא קמא דפסחים, דמ"מ הוי בחזקת טבל, דמסתמא לא מחזקינן ליה בהכי דלמא עביד כר"א. וזהו דדייקו בלישנא, ואי דאחרים ואמר דמתקן הוא, היינו שהוא מתוקן מעצמו גם בלא הפרשה, ולא נקט כדלקמן דאמר דאפריש מריה עליה, כדאמרינן דאיתשיל מריה עליה לאשמעינן כזאת שגם בכה"ג מיקרי איתחזק, והדברים עתיקים ברבותא הזאת, עיין במרדכי ר"פ האומר בקידושין, ובזית רענן ח"ר בחלק יו"ד הל' ב' סי' ז' אות ז' ח'], ועוד יש בזה כו"כ ראיות. שהרי בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן למפרע. ואפי' מכאן ולהבא למאן דלית ליה דפלגינן דיבורא בחד גופא [בבא בתרא דף קל"ד ע"ב] ולדברי הספר שהביא. אמאי הא בידו הוי מעיקרא שלא לקדשה וגם האשה שאומרת גרשני שלא בפני בעלה דאינה נאמנת לדעת רוב הפוסקים בש"ע אה"ע [סי' י"ז סעיף ב'] והרי בידה מעיקרא שלא תתקדש את עצמה. אלא מלתא דפשיטא הוא דאין זה מיקרי בידו כלל כיון שנתחזק הדבר ביני ביני. ואין לחלק בין נדר שהוא ע"י דיבור לבד ובין דבר שנתחזק בפועל לפנינו דלא מצינו לחלק כזאת בין חזקה לחזקה. ותדע מדאמרי' ביבמות [דף פ"ח] מידי דהוה אהקדש וקונמות ותיפוק ליה דהתם לא איתחזק רק על ידי דיבור. משא"כ בחזקת א"א גבי מת בעלה ועיין:

ומתוך דברים אלו נזכרתי שבילדותי ראיתי תשובה אחת כתב יד ק' מהגאון הקדוש מו"ה עקיבא איגר זצוק"ל. שהקשה ע"ד ר"ן ריש פסחים. וז"ל אלא מפני שביטול זה תלוי במחשבתן של בני אדם ואין דעותיהן שוות. ואפשר שיקלו בכך ולא יוציאוהו מלבן לגמרי ראו חכמים להחמיר שלא יספיק ביטול והצריכוהו בדיקה וביעור שהוא מספיק ג"כ מן התורה. והקשה דמה בכך כיון דביטלו בפירוש ודברים שבלב אינן דברים והניח בצ"ע. וכדי לישב דברי רבינו אמרתי דדברי קדשו סובבין בלכתן על תחלת דבריו שכתב שם אלא כך הוא עיקרן של דברים שזה שאמרה תורה תשביתו יכול להתקיים באחד מב' דברים וכו' וכיון דקוטב דבריו קאי על קיום מצות עשה דתשביתו להכי חיישינן שלא יוציא מלבו ואינו מקיים מ"ע דתשביתו הגם דמצות אין צריכות כוונה. אבל לא כשמחשב שלא לצאת כדאיתא בכמה דוכתי ועיין בר"ן ס"פ ראוהו ב"ד. ונהי דדברים שבלב אינן דברים ואינו עובר עליו. אבל אכתי לא קיים המצוה דתשביתו:

ומה שחזר וכתב השואל לדחות דברי הגאון האמתי מו"ה עקיבא אייגר זצוק"ל בגילא דחיטתא בדברים הפשוטים וידועים גם למתחילים ולא ידע ולא שיער בנפשו לפני מי

עומד אשר עיניו משוטטות בכל הש"ס ופוסקים ודעתו רחבה ועמוקה בדרכים האמתיים ואשר דימה בנפשו לדבר פשוט הגם שדרך הפשוט הוא המובחר. אבל צריך לחפש ולעיין במחשבתו טרם הוציאם בפיו אם הוא הנכונה עפ"י סוגית הש"ס. לכן מה שכתב דביטול וחרטה תלויין בלבו וגם נתקיים הביטול על ידי מחשבתו לבד. לכן אמרינן בהו דדברים שבלב הוה דברים, אתמהה הכי ביטול לבד תלוי בלבו הלא כל המעשים הקנינים והקידושין והגירושין תלויין בלבו. ואפ"ה אמרינן בהו דדברים שבלב אינן דברים כיון שהסכים בלבו להוציא כך מפיהו. או לעשות מעשה הזאת אעפ"י שמחשב בלבו להיפוך רק היכא שחשב בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים דפומא הוא דאיתקל ליה כמבואר בר"ן פ"ג דשבועות דף כ"ו ע"ב] יעו"ש גם אין לומר מפני שביטול מהני מדכתיב תשביתו ומשו"ה מהני נמי לדחות הביטול שהוציא בפיו אם בלבו להיפוך, זה אינו הכי ביטול בלבד מהני במחשבתו לחוד הלא גם תרומה וקדשים נמי מהני אם גמר בלבו לבד. עיין שבועות (דף כ"ו ע"ב] ואפ"ה מבואר בכמה דוכתי שאם חישב בלבו נגד דיבורו דלא מהני מידי. רק היכא דטעה ופומא הוא דאיתקל ליה. וכ"מ במקומו בקידושין (דף נ'] שהוכיח דדברים שבלב אינן דברים מהא דכופין אותו הרי להדיא אע"ג דמהני בגמר בלבו לבד. מכל מקום היכא שהוציא בפיו. תו לא מהני מידי מה שבלבו להיפוך. ואי משום דכתיב תשביתו ולא כתיב תבערו לא בא הכתוב להחמיר עליו אלא להקל שגם ביטול בלב לחוד מהני. אבל לא דניזל בתר מחשבתו ולבטל מה שהוציא בפיו, ועיין היטב בסנהדרין (דף ס"ה) בתוס' ד"ה הואיל עד כמה דחקו א"ע לפרש הא דאיתא גבי מגדף הואיל וישנו בלב], ומה שתירצתי על דברי ר"ן ריש פסחים הוא הנכון. ואין זה דחוק ורחוק כאשר דימה מעלתו הרמה. ומי שמעיין בלשונו היטב יראה שהמשכת דבריו יסבו בלכתן על מה שכתב שם בתחילה דעיקרו כדי לקיים מצות עשה דתשביתו, [וכ"כ בסוף דבריו בפירוש וז"ל ומה שהצריכו חכמים בדיקה וכו' ולא סמכו על הביטול כבר כתבתי שעשו כן כדי לקיים מצות תשביתו חששו לבני אדם שלא יבטלוהו בלבו לגמרי עכ"ל], וכל כי הני מילי מעליותא לימרו משמי:

נידון מה שפלפל כ"ת עם הרב הגאון וכו' מוהר"ר יעקב מאיר נ"י אב"ד דק"ק בריסק, ספרו איננו כאן וכן עלה במחשבה מיד בעת שראיתי בהשקפה ראשונה במכתבו דהכירא דעלות השחר לא נקרא אלא איקבע איסורא. ולא נכנס כלל בסוג דאיתחזק וכן מבואר להדיא בתוס' כריתות (דף י"ז ע"ב] ד"ה מדסיפא תדע דאל"כ יתחייב חטאת אם עשה מלאכה בין השמשות קרוב למוצאי שבת. וכמש"כ תוס' כתובות דף כ"ב] בד"ה הבא עליה וכו'. כיון דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא. ומשנה שלימה שנינו בכריתות

שם שבת ויום חול ועשה מלאכה באחד מהן ואינו יודע באיזה מהן עשה מביא אשם תלוי, ובעיקר דברי הירושלמי ביומא [פ"ג מ"א] הרואה אומר ברקאי מביאו התוי"ט שם], שהקשה דלמה מהימנינן לאחד לומר שהאיר המזרח. ומתרץ משום דהוה מילתא דעבידא לאיגלויי דאע"ג דהיכא דאיקבע איסורא ליכא מאן דפליג דעד אחד נאמן שמעשים בכל יום שטבח נאמן במקולין שלו לומר שיש לו בשר כשר וטרפה רק כיון דמצינו דלא סמכינן על חזקה ורובא היכא דאיכא לברורי הכא נמי ס"ל מעיקרא דלא סמכינן על עד אחד כיון דאיכא לברורי מילתא על פי שנים. וע"ז מתרץ דהיא הנותנת דכיון דאיכא לברורי, אזי מסתמא מסתברא מילתא דלא משקר כיון דעבידא לגלויי וכל היכא דמסתבר מילתא סמכינן גם על חזקה אפי' היכא דאיכא לברורי וכבר קבעתי בזה מסמרות ממשנה מפורשת בפ"ה דטהרות משנה ח' מי שדרסה אשה על בגדיו וכו' אם מכירתו שאוכל בתרומה כליו טהורים ואם לאו ישאלנה הרי דבחזקה המסתבר אין צריך לשאלה. ומובא בספרי בזית רענן חלק ראשון ביו"ד הל' ט' בסופו עד כה הארכתי למלאות רצונו להשיבו גם על פרטי דבריו הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוהר"ר בנימן זלה"ה:

סימן כג

בדיני תקנות

בדבר מעשה שהיה באחת מן העיירות במדינת טורקייא אשר שני רבנים מופלגים בתו"י הי"ו השתדלו לעשות מקח על ענבים לאשר שנשמע מהנהו סרסורים שהתפארו שיעלו השער עד שמונה מאות [גראש]. תחת אשר היה זה איזה שנים טרם שהכניסו א"ע הנהו סרסורים בתגר הזה. במקח מאה (גראש], ומדי שנה בשנה בהעלותם השערה כן תעלוזנה בנות ערלים כי היקום אשר ברגליהן תתחזקנה וידי הקונים דלה דלה וידל ישראל עד למאד. ותרפנה כנפיהם עד כי שחה לעפר בעו"ה. לכן התחכמו איזהו ת"ח להפר את עצת ערומים ולהשיב נפשות היקרים אל נדנם. ובאו באלות הברית כל חכמי העיר הנ"ל ובאו על החתום. וגם ת"ח ובע"ב שלא באו עה"ח ששים ושמחים נגדם קיימו וקבלו עליהם לבל יפר ולא להפיל צרור ארצה מני שלשה המקחים שעשו על שלשה זמנים מחולפים לפום שווי הענבים בעתות ההם, דהיינו שער אחד מני הקנוים לפני ר"ה. והשני לאחר ר"ה והשלישי מן חוה"מ סוכות והלאה, וכאשר נשאו ונתנו בענין זה כולם קבלו עליהם מרצונם לבד מאיזהו סוחרי יין שלא קבלו מרצונם למען רבות מסחרם. ומתחלה התפארו באמרם שאי איפשר להתחדש תקנה כזאת. מפני שהטורקיים יקנו מן המביאים ונתבררו הדברים לאמיתם שיש למו עתות קבועים כשמנה ימים ומלפניהם

ומלאחריהם מושכים ידיהם. לכן בטלו דעתם והכריזו בכל בתי כנסיות וב"מ כעשרה ימים לפני ראש השנה. ותעלוזנה כולמו בתיקון גדול כזה. גם כתוב בתוך הכרוז שבאם יעבור אחד ויעלה מני השערים הנקובים אזי יכריזו שיינו יין נסך. והנה בזה הפרט מקצתם אומרים שלא אסרו אז את יינם, רק באם יכריזו וכיון שלא הכריזו לא נאסר כלל ורובם אמרו שאסרו מיד, רק פירסום קלונם יהיה לאחר הכרזה, והנה לאחר שהכריזו הכרוז הנ"ל לא קם עדו רוח באיש מקטן ועד גדול להעלות השער אף גרה אחת וקנו רק במקחים הנקובים עד אחר חג הסוכות. רק ידי הסרסורים היתה במעל הזה, וגם הוציאו עתק מפיהם על איזה מופלגים שהמה עברו ברית. אבל שקר אחזו ימינם למען רבות צרור כספם כי בהעלותם השערה תעשנה ידיהם תושיה, אולם מן כ"ד תשרי והלאה אז ישוב ד"ך נכלם. שגם רובם ששמרו אלות הברית עד כה. הן המה היו בעוכרם. מקצתם הרימו בקול שלא היה צד איסור מעולם. והעם נסו לקולם. ומקצתם העבירו לאמר שכבר הותר האיסור. והנה כעת זעיר שם שתתחזקנה ידיהם לעמוד עוד באלות הברית. ולאשר שכמה יראים ושלמים לא נחו ולא שקטו וכתבו אלי ובקשו ממני לאמר להם הלכה ברורה. ולאשר מעודי לא הייתי גס לבי בהוראה ח"ו, ומדי בואי הנה משכתי ידי מכל וכל מכמה טעמים חתום באוצרותי, אולם לאשר הגיע לאזני שבעיר הנ"ל העבירו קול שאנכי התרתי להם. ותולים הקולר בצווארי, ולמען לא תפוג כבוד התורה מכל וכל ח"ו נעניתי להם, ואברר הדברים להלכה כאשר יורני צורנו וגואלנו:

א הן שורש ומקור הדברים במסכת ע"ז [דף ל"ו] ובגיטין [ד' ל"ו]. שורש הדברים שישנם שלשה סוגים, א') שאפי' ב"ד הגדול כאליהו וב"ד אינם יכולים להתיר ולבטל כגון י"ח דברים, ב') שיכולים לבטל הגדולים מהם בחכמה ובמנין כמו גבי פרוזבול דאמר שמואל אי איישר חילי יותר מהלל אבטליני', ג') שאפי' קטנים מהם בחכמה ובמנין יכולין לבטל ולהתיר. אבל בלא היתר ב"ד אינם מותרים, כגון שמנם שהתיר רבי ובית דינו. והנה לדעת רבותינו בעלי תוס' שם נחלקים שלשה הסוגים תחת שלשת השריגים האלו, דכללו של דבר דאפי' בדברים שהמה סייג לתורה ממש ורוב הציבור יכולים לעמוד בהם ונתפשטו גזירתם בכל ישראל מ"מ יכולים להתיר ע"י גדולים מהם בחכמה ובמנין, רק בי"ח דברים לבד מפני שעמדו על נפשותם. והיכא שלא נתפשט ברוב ישראל אפי' היכא שהוא סייג לתורה כגון שמנם אפ"ה יכולים להתיר אפי' קטנים מהם ואפילו לאחר כמה דורות, כגון רבי וב"ד שהתיר שמנם מפני שחקר ודרש היטב שלא נתפשט מיד ברוב ישראל, אבל בלא היתר ב"ד כלל עומדים באיסורם אפילו בדברים שלא נעשו סייג לתורה

ואין רוב הציבור יכולין לעמוד בהם ולא נתפשטו ברוב ישראל, וכן מוכח מדבריהם למעיין שם היטב בסוגיא:

וגם נראה בעליל כן מדבריהם (ל"ו ריש ע"ב] אי איכא גוי כולו אין כו' וז"ל, פי' אינה חלה כשאר גזירות ויכולה להתבטל אף בב"ד קטן מיהא חלה היא לענין שצריכה שום היתר שהרי שמן נהגו בו איסור עד שבא רבי והתירו עכ"ל. ואם איתא דהיכא דאיכא תלתא לריעותא אינם צריכים לשום היתר ל"ל לדחוקי נפשם כולי האי הוי להו לפרש דאיירי בכה"ג, אלמא דפשיטא להו דאפילו בדאיכא תלתא לריעותא מ"מ בלא היתר ב"ד אינם מותרים. והא שהביאו ראיה משמנם הגם דהתם היה מתחילה סייג לתורה, זהו מפני שמוכח מדבריהם שהם לא נחתו כלל לחילוק זה רק הרמב"ם חידש כזאת בפ"ב מה"מ לחלק שאר גזירות מי"ח דבר, אבל בעלי התוס' חילקו בא"א מפני שעמדו ע"נ לכן לא חילקו בזה], וגם מוכח מדבריהם בגיטין (דף ל"ו ע"ב) שהוכיחו מירושלמי שעיקר תלוי בנתפשט ברוב ישראל משום דמסתמא לא נתפשט מפני שאין יכולים ל"ב. כמו שהקשו גבי פרוזבול במס' ע"ז (דף ל"ו ע"א) בד"ה והא תנן וכו' דמסתמא נתפשט שהרי הוא לטובתם, וכל המעיין בצדק לא יתעקש בזה:.

ב ודעת הרמב"ם בפרק ב' מהלכות ממרים] בשלשה סוגים אלו הוא. דכל שעשו סייג לתורה ונתפשט ברוב ישראל כשמנה עשר דבר שחששו שלא יבואו לעבור על דבר תורה בקום ועשה דווקא, אפי' אליהו וב"ד אינם יכולים להתיר. ובפרט זה מחמיר הרמב"ם ובעלי התוס' מקילין]. אבל כל כמה שאינו בסוג זה. אפי' במקום שהתקינו כדי לקיים מ"ע כגון גבי פרוזבול דאיתא משום נעילת דלת ונתפשט ברוב ישראל. אפ"ה יכולין ב"ד הגדול מהם בחכמה ובמנין לבטל [ועיין בכ"מ ובלח"מ שם]. אולם היכא שלא נתפשט מיד ברוב ישראל אזי אינם צריכים להיתר כלל וכלל [ובפרט זה הרמב"ם מיקל ותוס' מחמירים דמ"מ צריכים להיתר ב"ד] והיכא שדימו שנתפשט ברוב ישראל ואח"כ נמצא שלא נתפשטה מתחילה, הוא דצריכין להיתר ב"ד אפילו קטנים מהם. וזהו כגון שמנם שהתיר רבי וב"ד:

ג ודעת ראב"ד שם בהשגות דכל כמה דנתפשט ברוב ישראל אפילו היכא דליכא סייג שוב א"י לבטל אפילו הגדולים מהם בחכמה ובמנין. ולא נחית כלל לחלק בין תקנה שיש בו סייג לתקנתא דלית ביה סייג כלל, ובזה הסכים לדעת תוס', אולם לא ס"ל לחלק בין היכא שעמדו על נפשותם, ומש"ה פסיק ותני דכל כמה דנתפשטה ברוב ישראל א"י לבטל כלל, ובע"כ צ"ל לדידיה דגבי פרוזבול וכדומה יכולה להתבטל ע"י גדולים בחכמה ובמנין מפני שלא נתפשט. איברא זהו היכא דאיכא חדא לריעותא. אבל היכא דאיכא

תרתי לריעותא דלא נתפשט ואין רוב הציבור יכולין לעמוד בה אפי' קטנים מהם יכולים להתירו. וזהו טעמא דשמנם שהתיר רבי וב"ד. וכן גבי בית שאן [חולין דף ו' ע"ב]:

נמצא בפרט זה ס"ל לראב"ד כתוס' במסקנתם דאפי' היכא דאיכא תר"ל צריכין מיהת להיתר ב"ד וכן מבואר בלחם משנה שם, אבל מאי דס"ל דדוקא היכא דתר"ל אז יכולים קטנים מהם להתירו זהו כס"ד דתוס' קודם שהביאו הירושלמי. אבל למסקנתם אפי' בחדא לריעותא נמי. וזהו נמשך ממילא משום שבעלי התוס' ירדו לחלק בין עמדו על נפשותם. וראב"ד לא נחית לזה, ועיין. איברא בפרט אחד מיקל שם דהיכא דבטל הטעם שתיקנו הראשונים דגם בזה ס"ל לרמב"ם דא"י לבטל אא"כ ע"י גדולים. וראב"ד ס"ל דבאופן זה אפי' ע"י קטנים מהם כגון בעיטור פירות על ידי רבן יוחנן בן זכאי:

לכאורה קשיא לדעת הראב"ד דס"ל דכל כמה דנתפשטה אפי' בדבר דלית ביה משום סייג א"י לבטל אפי' גדולים מהם, מריש מגילה דמקשה הש"ס והא אין ב"ד וכו'. תיפוק ליה דאפי' ע"י גדולים מהם אי אפשר להתבטל שהרי מקרא מפורש קימו וקבלו [ומה שתירץ אחד מן המופלגים פה דמגילה לא נתפשטה בקרב בני משה ועשרת השבטים, אינו, דכשם שלא היו בכלל הגזירה כן לא היו בכלל הצלה, אבל נתפשטה לכל שהיו בכלל הגזירה וכזה מיקרי נתפשטה לכל ישראל, עיין ניטין (דף ל"ו ע"ב) תוס' ד"ה אלא, מבואר מדבריהם שבמגילה מיקרי נתפשטה, וראיה ברורה לזה שהרי י"ח דבר היו בבית שני ולא נתפשטה בקרב עשרת השבטים ואפ"ה מיקרי נתפשטה בכל ישראל, מפני שמתחילה לא גזרו עליהם ועל הכלל שגזרו נתפשטה בכולם], ולדעת רמב"ם וכן לדעת תוס' ניחא:

ונראה דלשיטתו אזיל דכשם דס"ל דהיכא שגילו טעמם בתקנתם אזי גם קטנים מהם יכולים לבטל כיון שנראה בעליל שכבר נתבטל הטעם. ה"ה נמי היכא שהראשונים לא ירדו לחלק ועשו יום קבוע לכלל, אזי אם היו האחרונים גדולים מהם בחכמה ובמנין, יש ביכולתם לשדד פני הדבר ולחלק בין בני העירות לאנשי כפרים, אבל לבטל לגמרי ס"ל דאפי' ע"י גדולים מהם א"י מפני שנתפשט ברוב ישראל:

תמצית העולה מזה דגם הראב"ד בהשגות ס"ל כדעת רבותינו בעלי התוס' דאפי' היכא דלא נתפשט ואין רוב הציבור יכולין לעמוד בה מ"מ צריכין מיהת להיתר ב"ד. ומהני גם בקטנים מהם לדעת כה"פ:

ד עיין בכסף משנה פ"ב מהלכות ממרים ה"ז] דמעיקרא קס"ד דהיכא דמתחילה נתפשט ברוב ישראל ואח"כ נתבטל ממילא מיקרי ג"כ לא נתפשטה ודינו שוה כלא נתפשטה מעיקרא. אולם מיד חזר מזה מפני פרש"י שם:

ולבל יתלכד המיקל בזה נלענ"ד להביא ראיה ברורה לזה ממאי דאיתא שם במס' ע"ז (דף ל"ה) כי גזרי גזירה במערבא לא מגלי טעמא אלא לבתר תריסר ירחי שתא דילמא איכא אינש דלא ס"ל ואתי לזלזולא ביה ועי' בפרש"י שם, ועיין בכ"מ שם (הלכה ו') שביאר הדברים אע"ג שיכולים לכוף את היחיד מ"מ כיון שעל ידו יוגרם שלא יתפשט ברוב ישראל שוב אינם יכולים לכוף שיתפשט. והשתא אם נימא דהיכא שנתבטל אח"כ ג"כ דינו שוה ללא נתפשט מיד, לא היה להם לגלות טעמם לעולם:

ה עתה נבאר בשיעור וזמן נתפשטה ולא נתפשטה. עד כמה, אם הוא מיד כששמעו ולא מיחו אע"ג שאח"כ חזרו ולא קבלו עליהם. או דינו כיום שמעו לגבי בעל בהפרה:

והנה לכאורה יש כדמות ראיה דבכל דבר שגזרו לצמיתות ולעלמין דלא מקרי נתפשטה עד שתא. שהרי במערבא לא גילו טעמם עד שנה שלימה (ע"ז ל"ה) למען יתחזקו בגזירתם שנה שלימה ושוב א"א שיתבטל אפילו שלא יקובל אצלם אח"כ טעם האיסור מפני שכבר נתפשטה ברוב ישראל, וא"ל דהיינו טעמא כי היכי שיגיע התקנה לסוף הישוב ומרגלא בפומייהו דרבנן שהוא כשיעור שנה שלימה כדאמרינן ב"ב (דף ל"ח ע"א) לא אמרו שלש שנים אלא כדי שיהיה באספמיא יחזיק שנה ילכו ויודיעוהו שנה וכו'. דא"כ אכתי אם נאמר דסגי אפי' בפחות משנה כגון לאחר ירח ימים ד"מ [כשם דמצינן גבול זה בהוחזק שמו בעיר וכן לענין איסור ערוה. עיין אה"ע סי' י"ט וסי' ק"כ ס"ג] דא"כ אמאי עכבו שנה שלימה יגידו לאחר ירח ימים את טעמם וממילא שיחזיקו כולם הקרובים והרחוקים בתקנתם בשוה טרם שיגיע אליהם טעם הדבר, דוק ותשכח ואין זה הכרח כל כך]:

איברא לקושטא דמילתא לא נראה כלל לתת קצב גדול כזה. דא"כ איזהו גבול לגזירה ותקנה שהוא רק על שנה א' או פחות מזה ומדוע לא נמצא בא' מן הפוסקים להשמיענו כזאת:

לכן מחוורתא דמילתא דנחשב הכל משעת שמיעה וכשם דמצינן גבי גר קטן דאם הגדילו יכולין למחות. ובאם הגדילו ועברה שעה אחת ולא מיחו שוב אינן יכולין למחות, ועיי"ש כתובות (דף יא ע"א) בתוד"ה לכי. ועיין ר"ן שם דלחד תירוצא אפי' בלא מעשה כלל. ובאידך תירוצו ס"ל כדעת תוס' שם דדווקא היכא שהתנהג עצמו בשעה זו בהנהגה יהודית [וכ"פ בש"ע יו"ד סימן רס"ח סעיף ח'], וממילא מובן ומסתבר מילתא דלענין קבלת תקנה וגזירה גם לאידך תירוצו סגי בשמיעה ושתיקה לחוד והתם שאני דאם לא התנהג את עצמו כל דהו בדת יהודית הרי עודנו לא נעשה ענין מחודש משהגדיל. ומעשה קטן מידי מששא אית ביה, אבל הכא כיון ששמעו ולא מיחו הוי כקבלה בפירוש. איברא

עדיין אין הדבר מוכרח לגמרי ואולי גם לענין זה בעינן נמי שיתחילו להתנהג ולפרוש מדבר שגזרו עליו:

ו ועתה נשכילה בדרך תמים. היכא דחזינן השתא דלא נתפשטה ברוב ישראל, אבל לא נודע הדבר אם מתחילה לא קבלו עליהם ודינו לכל דבר כאלו לא נתפשטה. ולדעת תוס' הנ"ל באות א' ודעת ראב"ד הנזכר באות ג' סגי אפי' בקטנים מהם להתירו, ולדעת רמב"ם באות ב' אינו צריך התרה כלל] או דילמא מספיקא אמרינן דהשתא הוא דעברו. אבל מתחילה נתפשטה. [ולדעת תוס' ורמב"ם צריכין דווקא לב"ד הגדולים מהם בחכמה ובמנין, ולדעת ראב"ד אפי' ע"י גדולים מהם בחכמה ובמנין לא מהני מידי]:

והנה מצד הסברא נראה דדנינן להו מספיקא כאילו לא נתפשטה מעיקרא, דהרי במקוה דנינן להו כוודאי ומטמאין להו אפי' בר"ה משום תרתי לריעותא כדאיתא בריש נדה. אע"ג דחזקת מקוה מנגדן. והכא דאיכא חזקת כשרות דעדיפא. עיין בש"ע חשן משפט (סי' ל"ד סעיף כ"ד) בשם ריב"ש היכא דהעידו עדים שראובן חייב ואח"כ באו עדים אחרים ופסלו להו, אבל לא ידעו אם קודם שהעידו ועדותן בטלה או לאחר שהעידו, דמוקמינן לעדים הראשונים על חזקת כשרות ועדותן עדות, אע"ג דאיכא חדא במקום תרתי שהרי השתא פסולין לפנינו וגם בהדי חזקת ממון דראובן, ולא דמי למקוה משום דחזקת כשרות עדיף טפי כמ"ש החמדת שלמה בח' יור"ד סי' ה'], והשתא אם נימא בנידון זה דהשתא הוא דעברו הרי יצאו מחזקת כשרותן, לכן נימא דמעיקרא לא קבלו עליהן ועודנן בכשרותן. וגם הרי חזינן לפנינו שלא נתקשרו בכבלי התקנה ונימא כאן נמצא וכאן היה. ולהיפוך ליכא חזקה לפנינו:

איברא מדברי רש"י במס' ע"ז דף ל"ו] הנ"ל גבי שמנן דפירש להדיא דבדקו ומצאו שלא קבלו עליהם מתחילה, משמע דמספיקא דנין כנתפשטה:

וטעמא דמילתא דלא דמי למקוה. משום דהתם על הדבר הנידון השתא איכא חזקה וריעותא דהרי חסר לפניך. אבל בנידון זה אם נאמר השתא משום חזקת כשרות דידהו שלא קבלו עליהם מתחילה. הרי אתה מפקיע למפרע את אלו שנתקשרו באיסורן מתחילה ועד סוף ואתה מוציאן מחזקתן. לכן מאי אולמא דהאי מדאידך שהרי אם נחליט הדבר ונימא משום חזקת כשרותן דידהו דלא קבלו עליהם מתחילה. הרי אתה מפקיע ומחליץ את אלו שנהגו בו איסור מתחילה ועד סוף ותימא שבטעות החזיקו ונתיר להם את שהחזיקו באיסור עד הנה, נימא איפכא דאלו קיימים באיסורן ואידך הוא דעברו השתא אבל מעיקרא קבלו עלייהו [ולא מיבעיא לדעת תוס' דאפילו היכא דלא נתפשט צריכין התרה מב"ד הקטן. ומשה"ט אזלינן לחומרא דמוקמינן להנך על חזקתן שנהגו

איסור עד עתה. אלא אפי' לדעת רמב"ם דל"צ התרה כלל האי גופא נידון כחזקה משום שנהגו איסור עד כה. והשתא אם נימא דלא נתפשטה ופקע איסורן מהיום והלאה וגם למפרע מחזקינן להו בטעותא]. ונהי דלא נוכל לדונן כעוברי תקנתא משום חזקת כשרות דידהו. מ"מ לא נוכל לסלק האיסור מאותן שנהגו מתחילה ועד הנה, לכן מוקמינן לכל חדא וחדא בדוכתיה ועל חזקתו, כעין דמצינן בשני שבילין [פסחים דף י']. ועוד עדיפא נידון זה שהרי עיקרו של ר"י הנשיא גבי שמנן לא היה רק אם להתיר או לא. אבל לא היה מגמתו לענוש את העוברים ומשה"ט הוא דלא התיר רק לאחר שנודע בבירור שלא קבלו עליהם מתחילה כמו שפי' רש"י. אבל מספיקא נקטינן לחומרא מה"ט שכתבנו:

וא"ל דאין זה חזקה כלל משום דאם נימא דלא נתפשטה. הרי החזיקו באיסור למפרע בטעות. ואינו דומה לשאר חזקות שאתה בא להוציאם עכשיו מן החזקה שנתחזקו מכאן ולהבא כגון חזקת אשת איש וחזקת פנויה וחזקת כשרות. דז"א שגם זה בכלל חזקה דמעיקרא וכן מבואר להדיא ביבמות בריש פרק האשה רבה (דף פ"ח) דש"ס משוה להדיא באומר ידענא ביה דאיתשל מריה עליה להיכא שמעיד נגד חזקה מעלייתא אע"ג דע"י שאלה הותר למפרע ומשוה לי' לנדרו כאילו נעשה בטעות למפרע כמ"ש הר"ן נדרים ס"ד ע"ב] ובכמה דוכתי, ואין לחלק לבין שאלה דצריכין למעשה ולשאול מיהת, כיון שהדבר מצוי לשאול דכל המקיימו כאלו מקריב עליו קרבן [שם כ"ב ע"א]:

ועוד ראיה מגיטין [דף נ"ד] באומר גוילין שלו לא עבדתי לשמן דאינו נאמן. ולרוב הפוסקים הטעם משום דעד השתא היה בחזקה אע"ג דלדבריו נתחזק בטעות מוקמינן על חזקתה שהיתה עד כה:

איברא כבר כתבתי בזי"ר חלק ראשון [י"ד ה"ב סי' ז' אות ז' ט'] דע"א שאני שהוא משום דלא מהימנינן ליה נגד חזקה. ומש"ה גם בחזקה כזאת ג"כ א"נ. אבל בתרי ותרי דתוקפי' דחזקה שהוא משום שגם המכחישים הראשונים מודים מיהת שעד כה נתחזקה מיהת רק דעתה נשתנה מחזקה ראשונה כשנים אומרים נתגרשה וכו' וכי"ב אבל היכא דעל פי עדותן נתחזקה בטעות וא"כ איכא תרי ותרי על החזקה גופה שנתחזקה עד כה אז הוי ספק השקול. וראיה לזה מקידושין גבי ינאי דף ס"ו] אילימא ב"א אישתבאי וכו' מ"ח וכו' אמאי לא מוקמינן לינאי גופא על חזקתו שנתחזק עד כה. א"ו דגבי תרי ותרי לא נידון כגון זה לחזקה משום שהרי מכחישים זה את זה בחזקה גופא והרי תרי ותרי כמאה. יעוי"ש [בזי"ר]:

ולפי"ז מובן היטב מ"ש בתשו' מהר"מ אלשקר בקידושי קטנה שיש לה אב במקומה ואחר איזה שנים אחר הנשואים באו שני עדים ואומרים שנתקדשה שלא מדעת אביה

ובע"כ ושנים מכחישין אח"כ ואומרים שנתקדשה לדעת אביה. דדעת מהר"י דדמי לשנים אומרים נתגרשה וכו' ומוקמינן על חזקת א"א. ומהר"ם אלשקר ס"ל דדמי לשנים אומרים נתקדשה ומוקמינן מדינא על חזקת פנויה ולפי דברינו הנ"ל הדין בזה עם המהר"ם אלשקר דכיון דבחזקה שנתחזקה עד עכשיו מכחישים את עצמן מוקמינן לה על חזקה ראשונה שנתחזקה בודאי גם לפי עדותן. אולם בספיקא דמציאות כגון בנ"ד עדיין יש לפקפק בזה:

ונראה לפענ"ד דעיקר בזה הענין במאי שנולד הספק, דהיכא שהספק הוא בוודאי למפרע רק משום דלא נודע לפנינו עד השתא שכבר נתחזק לנו בהיתרא. בכגון זה בודאי לא אזלינן בתר חזקה דטעותא שהרי אם נודע לנו מיד הוי אסרינן מספק והרי בע"כ שצריכין לומר דמאי שנתחזקה עד השתא בהיתרא היתה בטעותא הגע בעצמך לדעת הרמ"א ובד"מ יו"ד [סי' ל"א וסי' נ'] דהיכא שנולד ריעותא מחיים מוקמינן על חזקת איסור דמעיקרא ואסורה. הכי יעלה על הדעת לומר דזהו דוקא היכא שנמצא מיד לאחר שחיטה. אבל לאחר זמן שכבר נתחזקה בהיתרא נימא דמוקמינן אחזקת היתר ואפי' היכא שכבר נמכרה הבהמה ואח"כ נמצא מים במוח ומספ"ל אם המוח מקיפו היתה ג"כ אסורה לדעת רמ"א. שהרי ידעינן בודאי שהחזקה היתה בטעות בבירור שהרי הספק הוא מחיים רק דאנן לא ידעינן עד השתא:

איברא היכא שהטעות תלוי בצדדי הספק עצמו כגון בנ"ד דאם נימא דנתפשטה כאשר החזיקו עד עתה טרם שנזדקק רבי לתור ולדרוש אח"ז נמצא שאותן שנהגו בו איסור גם עתה כדין עשו רק שאחרים פרצו עתה אבל מתחילה נתפשטה ברוב ישראל. אבל אם נימא דמתחילה לא נתפשטה הרי גם אותן שנהגו באיסור היתה בטעות ומש"ה מוקמינן להו על חזקתן בחזקת איסור שהיה עד כה. כי היכי דלא נימא שהחזיקו בטעות שהרי הספק לא נולד עד השתא שנסתפק לרבינו הקדוש שראה שלא נתפשטה ברוב ישראל שהרי עד כה היו מחזקינן דמסתמא נתפשטה ברוב ישראל כמו יינן ופתן. ועיין בזה היטב:

ובזה יומתק לן יותר החילוק שבין ע"א כגון גבי גוילין שעבדתי שלא לשמן. ובין תרי ותרי גבי ינאי. וגם לפי חילוק זה ג"כ דברי מהר"ם אלשקר הנ"ל נכונים לדינא. וראיה נכונה לזה מדברי טו"ז סי' ח"י סק"י] וש"ך שם ס"ק כ"ב כ"ה] יעוי"ש היטב, תוכן הדברים דהיכא שנפל הסכין אחר שחיטה על קרקע קשה ולא נודע אם נפל על חודה ונמצא פגום דאסרינן מספק, והיכא שנאבד הסכין אחר שחיטה ואח"כ נמצא פגום דשרינן שהוא מטעם שכבר יצא הדבר בחזקת היתר לפנינו. משא"כ התם שהספק נולד עד שלא יצא

עדיין בחזקת היתר. הרי אע"ג דאם נימא שהיתה פגומה בשעת שחיטה נמצא שהחזקה היתה בטעות. א"ו כיון שהספק לא נולד עד השתא והטעות עצמו תלוי בצדדי הספק מוקמינן על חזקה שנתחזק לפנינו כי היכי דלא נתלה בטעותא. וז"ב דנ"ד דמי לדינו וחילוקו של הטורי זהב וש"ך הנ"ל:

ובעיקר הסברא שכתבנו שע"י חזקת כשרות דידהו אין להוציא המקיימים מחזקתן, כעין זה מצינו בתוס' כתובות (דף ע"ו) בתירוצא דרב אשי שם רישא מנה לאבא בידך וכו' לפירש"י שם דאין חזקת הגוף דידה מועיל לגבי אביה. ודעת לנבון נקל דעד כאן לא פליגי הראשונים שם בזה אלא משום שהיא ברשות אביה כשהיא ארוסה ועוד שעיקר הנידון שם על הכתובה. והכא בנידון דידן הוא להיפוך כמובן:

ז איברא זהו דוקא גבי שמן דאם נימא דנתפשטה תו ל"מ להתירו אפי' ע"י גדולים מהם. והרי הם קשורים באיסורם עד לעולם מש"ה שפיר נכלל בכלל חזקה, ולהכי היכא דמספ"ל אם נתפשטה אסורים מספק וכמו שפירש"י, משום דחזקה דידהו עומד נגד חזקת כשרות דאידך. אבל בשאר תקנות וגזירות שלא עמדו ע"נ לדעת תוס'. או בכל הני דליכא סייג וגדר מלעבור על דבר תורה בקום ועשה דאף אם נתפשטה יש היתר לאיסורן על ידי גדולים מהם לדעת התוס' ולדעת הרמב"ם [זולת לדעת הראב"ד המובא באות ג']. ואם לא נתפשטה די להתירו אפי' בקטנים לדעת תוס', תו לא מיקרי חזקת איסור שנהגו כחזקה לגבי חזקת כשרות דאידך משום דבין כך ובין כך יש היתר לאיסורם וליכא נפקותא רק בין גדולים לקטנים, ועיין:

ח ולפי"ז [אשר] מוכח מדברי רש"י דגבי ספק השקול אזלינן לחומרא שהרי גבי שמן לא התיר רבי מספיקא דשמא לא פשטה. ומעתה נידון ממילא דגם בתחילתן צריכין השומעים לנהוג איסור מיד במאי שגזרו על רוב ישראל ואין ביכולתם להקל מספיקא דילמא לא נתפשט אח"כ ברוב ישראל. וראיה נכונה לזה ממס' ע"ז [דף ל"ה] שלא גילו את טעמם רק אחרי שנה. כי היכי שיתחזקו בגזירתם עד שלא נגלה להם טעמם, והשתא מאי הועילו בזה, אם אמרת דאינן צריכין לנהוג בגזירתם עד שיודע להם שכבר נתפשטה ברוב ישראל וכ"כ לעיל [אות ה'] דעד שנה לא נתפשטה עדיין. וא"כ אכתי משעה שיתחילו באיסור כבר נודע טעמם. ויש להם מקום להתלבט ולחלוק עליהם. א"ו דצריכין לנהוג מיד כפי הגזירה וכשיודע להם שלא נתפשטה אזי לדעת תוס' צריכין התרה מיהת מב"ד כל דהו ולדעת רמב"ם מותרים בלא התרה כלל:

ט בתוס' גיטין [דף ל"ו ע"ב] בסוף ד"ה אלא. וז"ל ומיהו בדבר שלא תקנו שיתפשט האיסור בכל ישראל וכו' גדול יכול להתיר ולא קטן. ודבריהם צריכין בירור. דזהו מילתא

דפשיטא דלא הורע כחו שלא נתפשטה ברוב ישראל מכיון דמעיקרא לא תיקנו אלא במקומן. ועיין במהרש"א שהקשה שהיה להם להוכיח כן משמעתין דאמרינן דילמא כי תקין וכו' כגון בי דינא דר"א ור"א דמשמע דזה מיקרי פשט איסורו וגדול יכול לבטל ולא קטן:

ונראה דקאי אמ"ש לעיל דמעליותא דח"י דבר משום שמסרו נפשם עליהם דאזי אפי' אליהו וב"ד א"י להתיר דזהו דוקא היכא שהתקינו על כל ישראל אבל בדבר שלא תקנו אלא במקומם אפילו שיעמדו בנפשם עליהם אפ"ה גדול יכול להתיר, וממילא נשמע שגם לדעת הרמב"ם דס"ל דח"י דבר הוא מפני שעשו סייג לתורה זהו היכא שגזרו על כל ישראל. אבל בתקנה שהוא במקום אחד. אזי אפי' במקום סייג גדול יכול להתירו. דמהיכא תיתי נחדש עוד לאפושי פלוגתא במקום שאינו מן ההכרח. וממילא נשמע דלדעת ראב"ד דתליא רק בפשטה ברוב ישראל. דזהו דוקא בתקנה שהתקינו על כל ישראל יחד נמצא לדעת כל הפוסקים דבתקנה שהתקינו מעיקרא רק על איזה מדינות ולא על כל ישראל. ונתפשטה בתוכם ולא בשאר מדינות. אפי' במקום סייג ואפי' כשעמדו בנפשם עליהם. אזי גדולים מהם בחכמה ובמנין יכולים להתירו ולא קטנים. והיינו טעמא בחרם דר"ג מאור הגולה. ולפי שלא נמצא גדולים מהם מש"ה באיסורו קיימא. אע"ג דלא נתפשטה ברוב ישראל משום דמעיקרא לא תקין על כל ישראל:

י והשתא נגבב יחד בנידון דידן שעשאו תיקון גדול לבל יתייקר השער ולהציל ממונם ש"י ולמען שגם רוב העניים יהיה מצוי בביתם יין לקידוש ולהבדלה והרי זה כעין תקנתא דפרוזבול דהוי תקנתא לעניים ולעשירים. אע"ג שהיא רעה גמורה לאותן שכבר קבלו בהלואה מ"מ בטל הרע במיעוטו לגבי רוב טובה שיסתעף מזה מהיום והלאה לעניים ולעשירים. וממילא בנ"ד נמי אע"ג דלגבי הסרסורים היא רעה בהחלט ולגבי מקצת סוחרים נדמה להם לרעה מ"מ הוא רק מפני מניעת ריוח שלא כדין, שמה שהליץ אחד מהם בעד הסרסורים שכבר נתנו (לטורקין) סך עצום על ענבים, נתברר אז ע"פ הודאת עצמם שלא נתנו רק על חמשה קינטאר והוא מעט מזעיר. ולא יגיע להם הפסד עי"ז. וגם הרבה מן הסוחרים חתמו א"ע מרצונם הטוב כי לקושטא גם לסוחרים עצמם הוא לתכלית טובה וא"כ פשיטא דרוב הציבור יכולין לעמוד בהם. והשתא אם בפתן ויינן ושמנן רוב הציבור יכולין לעמוד בהם. ולקנות ענבים בזול לא יוכלו לעמוד בזה. וגם נתפשטה התקנה בכל העיר הנ"ל ע"י הכרזה בשמיעה וקבלת דברים וכמ"ש לעיל [אות ה'] וגם התחילו לעמוד באיסורם ע"י תחבולות רבות במשקל וכדומה לבל יגיע הקנין יותר מן השער. חוץ מא' מהם שפער פיו תיכף בבהכ"נ בשעה שהכריזו, ונמצא

שנתפשטה התקנה ברוב הציבור יותר מירח ימים. ונמצא שאי אפשר להתירו רק ע"י עצמם או ע"י גדולים מהם בחכמה ובמנין. ואז ג"כ לא יחול ההיתר רק מן ההיתר והלאה. דהיינו מה שיקנו מן שעה שהתירו ולהלן וגם על היין שיש להם מכבר (כדאיתא בש"ע סי' רכ"ח סעיף כ"ו) ומקצתם שאמרו שהם לא קבלו בלב את התקנה מתחילה, לא הועילו בזה כלל שהרי אפי' כשנשבע שלא יכנס בכלל התקנה שיתקנו הרי זה שבועת שוא כמבואר ביו"ד (בסי' רכ"ח סעיף ל"ג), והמיעוט בטלים בע"כ לגבי הרוב אפי' כשהם גדולים בתורה יותר מן הרוב. כנודע מב"ש שהיו חריפים טפי אעפ"כ הלכה כבית הלל:

יא גם למש"ל (אות א' ג') דאפילו היכא שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בהם ולא נתפשטה ברוב הציבור מ"מ לדעת תוס' וראב"ד צריכין התרה מיהת אפי' מב"ד הקטן. וכבר נודע מה שכתבו רבותינו [במרדכי כתובות ס"פ נערה שנתפתתה מובא בסמ"ע חו"מ סי' כ"ה ס"ק י"ט, ועיין בתשו' מהרי"ק שורש נ"ב] דבכ"מ הלכתא כרב אלפס לבד במקום שהתוס' חולקים עליו מכש"כ לגבי רמב"ם שהוא תלמיד תלמידו ובפרט שגם הראב"ד מסכים בזה לדעת תוס', הגם שנראה שגם לדעת תוס' וראב"ד דמצרכו התרה מב"ד הקטן הוא לאותן שקבלו עליהן מתחילה, אבל לאותן שלא קבלו עליהם מתחילה והמה אינם מן המיעוט שיבטלו לגבי הרוב א"צ התרה, מ"מ היאך מלאו לבם להתיר פומבי לאותן שבאו לשאול מכלל דקבלו עליהם בשעת הכרזה ועוד שהרי לקושטא דמילתא לא כן הוא, ולא מיניה ול"מ דפשיטא דרוב הציבור יכולין לעמוד בשער הזול וכבר נתפשטה התקנה יותר מן ל' יום. דפשיטא דמקח השלישי שנעשה אין זה גזירה מחדש דמשום שינוי השער לא נתחדשה הגזירה דזמן ממילא קאתי וכבר התחילה תיכף משעת הכרוז והלאה. וא"כ צריכין שהם עצמם יתירו דגדולים מהם בחכמה ובמנין בלתי איפשרי לאשכוחי עוד:

גם מה שכתבו בשם כה"ג דקבלת רוב חתימות מכל או"א לחוד לא נחשב לרוב. זה פשוט דזהו בדבר שיש בו שיקול הדעת. וא"כ אפ"ל דאולי על שלא שמע טענות המיעוט הסכים להיפוך. אבל בדבר שנראה בעליל שאין בהם צד חובה פשיטא שאין חילוק אם היו בקיבוץ יחד או לא:

ועיין במס' שביעית (פ"ז משנה ד') שהקילו חכמים על ציידי חיה עופות ודגים. ועיין סנהדרין (דף כ"ו) משרבו האנסין התירו משום ארנונא. וא"כ לכאורה יש לפקפק על מ"ש דדברי כה"ג ל"ש כאן דזה אינו דהתם לא התירו אלא משום מסים וארנוניות כמ"ש הרע"ב ותוס' (ריש דף כ"ו) שם אבל במדינתנו דל"ש טעם זה פשיטא שאין לסלק זכות רבים משום חשש מניעת ריוח שלהם:

יב אולם נראה לפענ"ד להקל מצד אחר. דאע"ג שפשטה בכל הציבור ויכולין לעמוד בו משעה שהתקינו והלאה מ"מ יש לו היתר ע"י ב"ד הקטן מהם. והוא שאין תקנה הזאת כשאר תקנות שכל אחד אינו נקשר בחבירו שגם אם יעברו רובם מ"מ המיעוט יכולין לעמוד באיסורן שקבלו עליהם. אבל בנידון זה שבאם יעברו רק מיעוטא דמינכר שוב אין רוב הציבור יכולין לעמוד בהם שהרי המה יקנו את כולם ורוב הציבור יעמדו בלא יין לקידושא ואבדלתא. והיכא שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בו גם לדעת התוס' מהני היתר אפי' ע"י ב"ד הקטן. וא"ל דזה דמי לנולד ואין פותחין בנולד, חדא שבעוה"ר בדורנו שכיח טובא שהמיעוט יפרקו עולם מכיוצא בזה. בפרט ע"י הסתת הסרסורים שיאמרו שכבר עברו הגדולים מהם. וכל מידי דשכיח יצא מכלל נולד, עיין נדרים (דף כ"ג ע"א) א"ל האי לאו נולד הוא וכו' שם (דף ס"ד ע"ב). ר"ן בשם הירושלמי ועניות לאו נולד הוא אר"ז העניות מצוי:

יג עיין ב"ק [דף קט"ז] בתוס' ד"ה אדעתיה וז"ל ל"ד וכו'. ודבריהם בתירוצם מרפסין איגרא. ובימי חורפי פירשתי דבריהם וקלסוהו רבנן. שהר"ן פי' בכ"ד דכל היתר נדרים ע"י פו"ח משום דמשוי להו כנדרי טעות ומ"מ צריכין לשאלה כיון דלא מוכח כ"כ מגוף הנדר עצמו. והשתא כיון דאין פותחין בנולד הרי דכל דבר הנולד לא משוי ליה כטעותא למפרע. ומש"ה גבי רב ספרא דשדר ליה חמרא ולא אכלי' משום שכבר היה שבע ונמצא שהפקירו בטעות למפרע דאיגלאי מילתא למפרע שהיה שבע גם בשעה שהשליכו לפניו אבל המציל מן הארי דנולד הוא לא משוי ליה כטעותא למפרע דכל היוצא מהיקש הטבעי לכ"ע ל"א איגלאי מילתא למפרע. ודבר שיש בו סי' יוכיח דלא הוי יאוש למפרע לכ"ע ברישׁ פ' אלו מציאות]:

יד ולאחר כל הפרטים שביארנו עד כה נלפע"ד ברור לדינא שאין להקל בזה רק מכאן ולהבא ע"י היתר ב"ד של ג'. שגם אם ימצא מי שיתעקש במ"ש באות א'] דלדעת תוס' אפי' בתלתא לריעותא שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בו ולא פשטה וגם ליכא סייג אפ"ה צריכין היתר ב"ד כל דהו. ויאחז דבריהם בפשטא והוא דדוקא בדלא פשטה לחוד הוא שכתבו כן אבל בדבר דאיכא ת"ל בהדי הדדי לא מ"מ בנ"ד ליכא ת"ל כיון שפשטה ושוב לא נשאר פוצה פה רק דאולי כיון שנסתיים מילתא שפרצו מיעוטא דמינכר שוב אין רוב הציבור יכולין לעמוד בו וכמ"ש [באות י"ב]. וזה עדיף מלא פשטה וא"צ היתר כלל, זה לא ניתן להאמר שהרי מבואר בגמרא דאפי' היכא שבשעת הגזירה לא היה רוב הציבור יכולין לעמוד בו דינו שוה ללא פשטה עיי"ש דף ל"ו סוף ע"א] ישבו רבותינו ובדקו על שמן שלא פשטה וכו' וסמכו רבותינו על דברי רשב"ג וכו' שהיו אומרים אין

גוזרין גזירה על הציבור אלא א"כ רוב הציבור יכולין לעמוד בו. ועיין גיטין [דף ל"ו] בתד"ה אלא במסקנת דבריהם לאחר שהביאו מירושלמי דגבי שמן היה רוב הציבור יכולין לעמוד בו רק דלא פשטה וכיון שסמכו רבותינו ללמוד דינו דל"פ מן שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בו ש"מ דלא עדיף מלא פשטה וכיון דבלא פשטה כתבו להדיא דצריכין להיתר ב"ד ש"מ דה"ה באין רוב הציבור יכולין לעמוד בו:

כן נראה לפענ"ד ברור וכל מעיין שישפוט בצדק יודה לדברינו. וכל הרוצה להשיב יבוא וישיב ויכתוב אלי ויראה בעצמו אם ניתן לכתוב אם לא. ואם יהיה ממש בדבריו אודה על האמת ולא אבוש. פה קרתא דשופריי' ירושלים עיר הקדש יום ד' י' מרחשון חי"ל.

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זלה"ה

אח"ז כתב חכם אחד משם להתעצם על זה שאינו צריך התרה כלל וכתב דלהכי תקע עצמו להלכה להתיר לעצמו ולסיעת מרחמוהי, משום דמתחילה היה בקיבוץ יחד עשרה תלמידי חכמים. וגם הוא עצמו היה בתוך הוועד. והסכימו כולם לעשות איסור לבל ליתן יותר מן המקחים שקצבו. וענה הוא שצריכין לחקור מקדם על המקחים אצל הבקיאים בזה. כי אולי גרעו או הוסיפו. והנה שני החכמים שטרחו בזה לשם שמים לבל להפסיד ממונן של ישראל חקרו היטב אח"כ אצל הבקיאים בזה. ואמרו שיכולים לעמוד בזה השער. ועל סמך זה כתבו כתב איסור וציוו להכריז בבתי כנסיות ובתי מדרשות על סמך שכבר הסכימו כולם על האיסור הזה. ודעת החכם הנ"ל כיון שכבר בטל הוועד הראשון היה מן הדין שיתקבצו יחד מחדש ושלא כדין עשו שציוו להכריז מדעתם:

אבל טעמם של הב' רבנים הנ"ל כיון שכבר הוסכם מתחילה ולא הי' חסר אלא לידיעת המקחים וכיון שנתברר אזי ממילא הוועד הראשון כדקאי קאי:

והשבתי לו דיותר מזה מצינו להדיא דבדבר דלא הוי אלא גילוי מילתא לא נתבטל וועד הראשון. עיין כתובות (דף כ"ב ע"א) גבי שלשה שישבו לקיים את השטר. וחתמו שנים מהם ועד שלא חתם השלישי קראו עירעור על השלישי שהוא גזלן עפ"י עדים ובאו עדים והכחישום. שכיון דבדינא מוקמינן על חזקת כשרות לא הוי אלא גילוי מילתא בעלמא ולא נתבטל וועד המושב. מכל שכן בנידון דידן שהוא רק ידיעה בעלמא. דלא נתבטלה בזה וועד הראשון ועיין בתוס' שם ד"ה תרי ותרי בפירוש ר"ח:

סימן כד

בדיני ס"ת

ע"ד אשר שאל בסופר שכתב את השם בכוונה לחוד לשם קדושה ולא הוציא בשפתיו:

א הן ידוע לכל מעיין בצדק דאנן פסקינן כרב חסדא גיטין דף כ'] דכתב עליון אינו כתב אפי' היכא דעלויי עלייה בכתיבה שניה. עיין בש"ע אבן העזר (סי' קל"א סעיף ה'] וב"ש שם. איברא בעיקר הדבר סמכתי על כ"ת שכ' שהוא שעת הדחק וצורך גדול והירוס לדבר מצוה נוכל לסמוך ולהתיר ע"י שיעבור בקולמוס לשם קדושת השם משום ספק ספיקא. חדא דילמא די בכוונה לחוד. ואינו צריך לומר בשפתיו. וכן נראה להדיא דעת הרמב"ם פרק א' מהלכות תפלין הלכה ט"ו. עוד שם פרק י' הלכה א' אות י"א יעוי"ש היטב ואם תמצא לומר דצריך לומר בפירוש. דילמא הלכה כרב אחא בר יעקב בגיטין שם. והוא דעת הר"ח מובא ברשב"א שם דף כ' ע"א ד"ה ולענין ובש"ע אה"ע סי' קנ"א סעיף ה' בשם י"א] דפוסק כן דגם רבנן לא פסלו אלא רק לכתחילה משום דכתיב זה אלי ואנוהו אבל בעלמא בדיעבד כגון היכא דלא איפשר בתקנתא אחריתי סברי רבנן דהיכא דעלויי עלייה בכתב השני כגון שבכתב הראשון לא כתב לשמה והעביר עליו הקולמוס לשמה אזי כתב עליון הוי כתב. ודוקא התם בכתב יהודה משום דאית ליה תקנתא אחריתי למחוק את השם לגמרי כדאיתא להדיא במס' סופרים פרק ה' הלכה ג'] כיון דנתכוין לכתוב תיבה אחרת לגמרי. אבל היכא שכתב את השם בלא כוונה דמ"מ אסור למוחקו. כמו שכתבתי בזי"ר חלק ראשון [י"ד סי' ג' אות ח'] בשם תשובת חוות יאיר וס' בני יונה. אזי לרב אחא בר יעקב גם אליבא דרבנן מעביר בקולמוס ומקדשו:

וסמכתי להתיר משום דהוי ס"ס. ובפרט שכמעט מכל הפוסקים משמע דמספקא להו להלכה בגט שנכתב שלא לשמה והעביר עליו בקולמוס לשמה, רק הרמב"ם ז"ל הוא מראש המורים בזה דאינו גט כלל. דפוסק לגמרי כרב חסדא דכתב עליון אינו כתב כלל (בפרק ג' מה' גירושין הלכה ד') ולדעתו הגדולה ליכא שום פסול בנ"ד דלדעתו די במחשבה לבד. ועיין ריטב"א סוכה (דף ד' ע"א) ד"ה תבן ובטלו דא"צ להוציא בפיו. וע"י בש"ך חשן משפט (סי' רס"ט סק"א) הרי בכל דבר שהוא בינו לבין עצמו ועשה מעשה עפ"י כוונתו דדי במחשבה לבד. והגם שאין בידינו להכריע בזה הלכה גמורה בפלוגתא שבין הפוסקים. אבל מ"מ מידי ספיקא לא נפקא והוי ס"ס להכשיר [ועיין מ"ש בזי"ר שם אות ג' ד']:

ומצאתי ת"ל און לי בתשו' מרן הגאון מורע"א זצ"ל [סי' ע'] שהמציא שם כעין ספק ספיקא זו יעוי"ש:

ב איברא מה שכתב התשו' רע"א ז"ל אח"כ דמ"מ מיפסל מדרבנן משום מנומר וזהו טעמא דרבנן דסברי דאין השם מן המובחר ותו ליכא ספיקא דילמא נתקדש מעיקרא דמ"מ כשהעביר הקולמוס מיפסל משום מנומר יעוי"ש. ולפענ"ד מנ"ל לחלק בזה בין

אזכרות לשאר תיבות שבס"ת דלא מיפסלו בהעברת הקולמוס משום מנומר רק בג' וד' בעמוד א'. גם מנ"ל לעשות פלוגתא חדשה בזה בין ר"י לרבנן דלר"י ליה משום מנומר באזכרה א' ולרבנן אית להו, ועיין בזי"ר חלק ראשון (חלק יו"ד ה"ב סי' ג' אות ט') שהבאתי ראיה ברורה לזה מדברי טור יו"ד (סי' רע"ו) עי"ש. לכן נראה דגם לרבנן לא מיפסל משום מנומר רק לכתחילה משום דמתחילה נכתב שלא לשם קדושת אזכרות ואית ליה תקנתא דעדיף מיניה ע"י מחיקה ואולי גם דעת המחבר כן שם. ועיקר טעמא משום דאית ליה תקנתא דעדיפא מיניה שהמציא שם בתשו' זו:

סיומא דמילתא היכא דאיפשר לסלק היריעה ולכתוב מחדש. אזי הדבר חובה להשתדל ולהתאמץ בזה. שכבר אמרו ר' יוחנן וריש לקיש בהאי שמעתא דגיטין (דף י"ט ע"א) וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה. אולם היכא דלא איפשר כלל. יש לסמוך בשעת הדחק להכשירו לקרות בו בכל שבתות השנה, רק בפרשת זכור וגם בפ' פרה שהם מדאורייתא לכמה פוסקים (עיין במג"א סי' תרפ"ה) לא יקראו בו עד שיחזרו על יריעה אחרת:

יום י"ב אלול תרי"ד לפ"ק קוטנא ידידו הדו"ש הק' משה יהודה ליב.

סימן כה

בדיני מעשר שני

בעזה"י פה עיה"ק ירושלים תובב"א להרב הגדול מוהר"ר שמואל העלער נ"י בצפת עיה"ק תובב"א, בדבר מעשר שני שאין בו שוה פרוטה ונוהגים לחלל אותו על פרוטה,

א והנה ראיתי שעל דבר אמת התיצב מעכ"ת. והדין דין אמת כאשר כתב בראשונה שפחות מש"פ לא נתפס פדיונו. ומן הנכון לאבד את המעשר במקום שלא יהי' למכשול ולפוקה. או על מטבע גדולה אשר כבר חולל עליו לפחות מש"פ כאשר כתב מעכ"ת. כי עלי (פארעס) אפי' על כו"כ לא נתפס הפדיון כלל. כיון שכל א' וא' אין בו כסף כשיעור פרוטה. דינם כאסימון וכן מבואר ברמב"ם (בפ"ד מה' מע"ש ה"ט) עיי"ש בכ"מ, ומבואר בירושלמי בפ"ז שם. גם מה שכתב כת"ר להמציא לדעת הראב"ד וסייעתו. דמע"ש שאין בו ש"פ. או למ"ד שאין בחומשו שוה פרוטה (בב"מ דף נ"ג ע"ב) הוא מדרבנן. והסביר טעמם ונימוקם עפ"י דברי תוס' מכות (דף י"ט) בד"ה אומר. נכון הוא וראויים למי שאמרם ונהנתי בזה:

איברא מה שכתב דרמב"ם ס"ל בין למ"ד שאין בו ש"פ ובין למ"ד שאין בחומשו ש"פ. הוא שאינו מוסיף חומש. מגזירה שוה זו לא ידענו. הגם שהרמב"ם פי' כן למ"ד שאין בחומשו. ופוסק כן (בפ"ה מה' מע"ש ה"ד). אבל למ"ד שאין בו. אין מן ההכרח לומר כן. ואדרבא מסתברא לפרש כפשוטו. או כפירש"י ותוס' שם שלא נתפס פדיונו. או כפי'

הראב"ד שמעשר עצמו שאין בו ש"פ לא חייל מדאורייתא. וכן הוא להדיא בתוס' ב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה אין בו:

ועיי"ש שהקשו דטפי הו"ל למידרש דאינו מוסיף חומש. וצריך ביאור קצת דמנא להו להקשות דילמא לקושטא כן. וכאשר פסק הרמב"ם לדינא. וצ"ל דקשה להו דא"כ אמאי אמר הוא וחומשו כקושיית ריטב"א ותירוצו שם שהוא מדרבנן. כיון דלא איכפת ליה ואינו מפסיד כלום אומר הוא וחומשו מחולל על מעות הראשונות ודברי ריטב"א אחד הם. ובראשונה קיצר דבריו. ומרמז על מה שכתב אח"ז. וכתב שם ומדרבנן הוא דקאמר. כוונתו ג"כ בתיבת דקאמר. הוא כיון שאינו מפסיד מחדש רק אמירתו לבד. שהרי מחללו על מעות הראשונות שכבר חילל עליהם. לכן אומר הוא וחומשו. וזה פשוט:

ב ומה שתמה על שלא הביא הרמב"ם כלל דין מע"ש שאין בו ש"פ ומשו"ה עלה ע"ד מעכ"ת. דאולי ס"ל להרמב"ם שיכול לחלל על פרוטה שלימה. והאריך קצת בזה. לא נראה לפע"ד. שהרי מבואר ברמב"ם (פ"ה ה"ו) וז"ל הפודה מע"ש ביותר על דמיה לא נתפסה התוספת למעשר עכ"ל. ועיי"ש בכ"מ וכ"ה להדיא בירושלמי ואף דכמה פוסקים בש"מ שם דסברי. דכשם דאיתא במע"ש שוה מאה שחילל על פרוטה מחולל כן נמי להיפוך. זהו היכא שחייל מיהת על ש"פ. כיון דחייל מדינא על ש"פ שהוא כסף של תורה חייל נמי על כולו דאין אונאה להקדש. אבל על פחות מש"פ דלא חייל כלל פדיונו. לא נתפשטה גם על כל כסף שבעולם. דוגמא לזה האומר רגלה של זו עולה כולה עולה. והאומר קרנה של זו עולה לא חייל כלל:

ובעיקר הדבר בדין מע"ש שאין בו ש"פ. נראה, דנלמד ממה שכ' הרמב"ם (פ"ח שם ה' י"ד) וז"ל המניח דינר של מעשר להיות אוכל כנגדו והולך כיון שאכל עליו עד שלא נשאר ממנו אלא פחות מפרוטה יצא לחולין, בד"א בשל דמאי אבל בשל ודאי אין יוצא לחולין עד שישאר ממנו פחות מש"פ אחר שמוסיפין את החומש. כגון שנשאר ממנו פחות מד' חומשי פרוטה עכ"ל. והיא משנה מפורשת בפ"ד דמעשר שני. ואם בסוף הקדש של מע"ש דינו כך. מכש"כ בתחילתו שסוף דינו של הקדש חמור לעולם יותר מתחילתו [עיין עירובין (דף ל"ו ע"א) ככר זה היום חול ולמחר קדש]. הגם דבסוף הקדש בעינן שיהיה פחות מד' חומשי פרוטה. והכא בתחלת הקדש אפי' בפחות מש"פ כל דהו, נמי. זהו דתחילתו שאני שאין בו דין חומש כלל כ"ז שאין בחומשו ש"פ לדעת רמב"ם. וגם בלתי איפשר ליתן יותר משוויו כאשר פסק בפ"ה. וכמש"ל:

עיין ערכין (דף כ"ז) באחד שהקדיש שדהו מפני רעתה פלוגתא דר' יוסי ורבנן. ובתוס' ד"ה ר"י יעויין שם. הרי להדיא דפליגי דפלוגתא דאמוראי בסוגיא דפ' הזהב. (וצ"ע מדוע

לא אמרו לימא כתנאי]. סוף דבר הכל נשמע כיון דפסקינן כרבנן. ממילא פסקינן כר"ל דאין בחומשו גם מפרק הזהב (דף נ"ה ע"א) דהקשה הגמ' ניתני מעשר בפרוטה ובתוס' שם ד"ה כמאן דאמר אין וכו' דלמ"ד אין בו קשיא. ונתיישב קו' מדוע לא פסקו הפוסקים כר' יוחנן, כיון דסתמא דגמ' מתרץ כמ"ד אין בחומשו וכרבנן דערכין:

ועיין בלח"מ (פ"ה מה' ערכין ה"א בסוף הדבור) שהקשה על הרמב"ם דפסק דצריך לפדות בכדי שיהיה בחומשו ש"פ. ושם גבי מעשר לא משמע כן. ולדברינו הנ"ל ניחא. דגבי הקדש שאני בפרט זה כיון שנתפס הפדיון ביותר משוויו. לכן כפינן ליה שיפדה בה' פרוטות אפי' כשאינו ש"פ. אבל במעשר שאינו נתפס על יותר משוויו כמש"ל תו לא יועיל הכפיי' בזה. ומשו"ה אמרינן דאינו מוסיף חומש כשאין בחומשו ש"פ, ובתרווייהו בעינן שיהיה בחומשו ש"פ והא כדאיתא והא כדאיתא

ג עיין גיטין (דף י"ב ע"א) בתוס' ד"ה פחות. ותוכן הדברים דרש"י ותוס' פליגי אם הקדש חל על פחות מש"פ. והקשו על רש"י דא"כ ליתני שש פרוטות. ולכאורה קשיא מדוע לא הקשו ממתני' דערכין הנ"ל שהקדיש שדהו מפני רעתה דהיתה ההוצאה יתר על השבח וכפירש"י שם]. דלא שוויי' כלל. ואפשר לומר דשאני התם שהיתה השדה שלו מתחלה וכפינן ליה לפדותו בה' פרוטות הוי כאילו הקדיש מתחלה ש"פ וכעין דמצינו ברמב"ם (פ"ז מה' ערכין ה' י"ד ט"ו) גבי המקדיש שדהו והיה עליו כתובת אשה ובע"ח דפודין אותו בדינר ואינו גובה מן ההקדש משום דהקדש מפקיע מידי שיעבוד. אבל פודין בדינר אע"ג דשוה הרבה. משום דדמי כאילו אינו שוה אלא דינר כיון דס"ס יגבו מן הלוקח כמש"כ הרמב"ם שם מילתא בטעמא. וה"נ אמרינן להיפוך, אע"ג דבעצמותו אינו שוה כלום. כיון דכפינן לבעלים לפדותו, ה"ז דומה כאילו היה ש"פ בשעה שהקדיש. אבל גבי עבד שהקדישו הבעלים את ידיו דבשעת הקדש עודנו לא היה מלאכתו ברשות בעלים. פשיטא דלא כפינן ליה. שהרי לא ניתן דין כפייה רק על הבעלים. וכיון שלא היתה שלו מעולם אין בו דין כפייה כלל

ואין להקשות מן מעשר שני עצמו דיש בו קדושת מעשר גם בפחות מש"פ לדעת רש"י ותוס' מדאורייתא. ויקשה לדעת רש"י דהקדש אין חל על פחות מש"פ, דשאני מעשר דקדושה הבאה מאיליה, כדאיתא בכמה דוכתי קדושה הבאה מאיליה שאני:

גם אין להקשות לדעת תוס' דסברי דיכול להקדיש פחות מש"פ מן חילול מע"ש דאינו נתפס על פחות מש"פ. דשאני חילול מהקדש עצמו. כיון דקלישתא קדושתיה שנמשך עליה מקדושה ראשונה. מן קדושה ראשונה עצמו. כמ"ש הר"ן בר"פ בני העיר. דמשו"ה מהני ז' טובי העיר במעמד אה"ע על הדמים ולא על הקדושה עצמו. עיי"ש סוף ד"ה ומאן

דשרי והביא ראיה מלקוח בכסף מע"ש דיקבר. וכן הוא בדברי רש"י בקצרה בב"מ (דף נ"ג ע"ב) ד"ה יקבר וז"ל דקסבר לא אלים למיתפס פדיונו עכ"ל. הרי דגבי לקוח שהיא קדושה שניה קלישתא קדושתיה. ומשו"ה נמי לא חל על פחות מש"פ:

ונמצא איפשר לומר דס"ל להרמב"ם כפירש"י גיטין הנ"ל גבי עבד וכבר מבואר עיקר הדין ברמב"ם (פ"ו מה' ערכין ה' י"ט) וכיון שעיקר הקדש אינו חל על פחות מש"פ, כש"כ הפדיון דקלישתא קדושתיה. ומשו"ה לא הביא בפסקים דינו של מע"ש שאין בו ש"פ ולפי"ז יש לומר דלמ"ד שאין בחומשו לא צריך לרבויא דקרא כלל על מע"ש שאין בו ש"פ. כיון דאפילו קדושה ראשונה לא חיילא על פחות מש"פ מכש"כ הקדושה שניה, (ואין לומר דמכל מקום צריך קרא דאינו יכול לחללו על פרוטה. שהרי לדעת הרמב"ם לא נתפס היותר משוויו). וכיון דחזינן דסתמא דגמרא אזדא כן בגיטין הנ"ל אפי' בקדושה ראשונה. ש"מ דס"ל דרבויא דקרא דכתיב ממעשרו קאי על אין בחומשו ש"פ. שהרי גבי שאר דברים אפילו אין בחומשו ש"פ מ"מ צריך להוסיף חומש. שהרי תנן במס' ב"ק (דף ק"ג ע"ב) גבי גזל עד שיתמעט הקרן על פחות מש"פ. וכן גבי נהנה מן ההקדש שוה פרוטה דמחייב חומש. שמע מינה דאפילו אין בחומשו לא איכפת לן:

איברא קשיא לי לדעת הרמב"ם דא"כ הדרא קושית הש"ס בב"מ לדוכתא. דליתני שש פרוטות מעשר שאין בו ש"פ. ומאי משני דס"ל כמ"ד שאין בחומשו. דהתם שאני שא"צ להוסיף חומש אבל היכא שאינו שוה פרוטה שלא נתפס פדיונו כלל לא נשמע מחומשו וצ"ל דה"פ כמש"ל. דס"ל למ"ד שאין בחומשו דעל פחות מש"פ לא צריך קרא. דמילתא דפשיטא הוא. דגם על קדושה ראשונה לא חייל. כמש"ל לדעת רש"י. ותו לא קשה קושית תוס' הנ"ל דכל דפשוט הוא מצד הסברא לא קתני. שהרי בירושלמי שם הקשה דליתני שש פרוטות שהקרקע נקנית בפרוטה. וצ"ל דגמרא דידן סברה דמילתא דפשיטא הוא דלא עדיף מקידושין. וכמו דאיתא התם גבי אבידה. וה"נ כיון דקתני גבי מעילה ה"ה נמי בתחילתו. איברא כ"ז ניחא לדעת רמב"ם דס"ל שאם מוסיף בחילוף על שוויו לא נתפס כלל, נמצא שאין שום חידוש דין במע"ש שא"ב ש"פ, אבל שאר פוסקים הביאו דס"ל כדעת רמב"ן ורשב"א בש"מ דנתפס על יתר משוויו שפיר איצטריך לאשמעינן דאם המעשר פחות מש"פ שאינו נתפס על הפרוטה. ולפי"ז לשיטתם נסתלקה קושית התוס' בב"מ (דף נ"ג סוף ע"ב) בד"ה אין שהקשו דטפי הוה ליה למידרש דא"צ להוסיף חומש, ולמאי שכתבתי לא קשה על הגמ', דא"כ ניתני שש פרוטות ומע"ש בפרוטה, וא"ל דס"ל כמ"ד אין בחומשו, דמ"מ באין בו יש דין מחודש. משא"כ גבי חומשו. אבל מ"מ יסוב הקו' על המשנה גופא, וליתני נמי ששה ועיין.:

ד ועתה לפ"ד הנ"ל יש לחדש בסוגיא זו. דפליגי הפוסקים בתרתי, א' אם במע"ש שאין בו ש"פ חל עליו קדושת מע"ש מה"ת. וגם אם מתפיס ביתר משוויו אם חייל קדושת מעשר על החילול ונראה לאחר העיון הזך דחדא בחברתה מישך שייכי שהרי לדעתם דנתפס על יתר משוויו. צ"ל בטעמא דחזק' דמחלל על מעות ראשונות. אע"ג שכבר החליט כולו בקדושת מעשר בחילול הראשון. וכבר נתפס כולו דאין אונאה להקדש מפני דאמדינן דעתו דמסתמא נתנו מתחלה על תנאי שבאם יקרה לפניו אח"כ מעשר שאין בו ש"פ או שאין בחומשו ש"פ שיהיה המותר לחולין כדי שלא יצטרך לטרוח להעלותו. ובאם לא יזדמן יהיה גם הנותר מעשר. וכן איתא להדיא בש"מ שם. ולפ"ז בע"כ צ"ל שגם המעשר עצמו שאין בו ש"פ או שאין בחומשו, הוא רק מדרבנן. דאת"ל דאורייתא א"כ תו לא יכול לחללו על מעות ראשונות. דהא בדאורייתא פסקינן דאין ברירה אבל לדעת רש"י ותוס' ורמב"ם דסברי דלא נתפס על יותר משוויו שפיר אמרינן שהוא מדאורייתא ואפ"ה יכול לחלל על מע"ר שהמותר לא נתפס בקדושת מעשר בראשונה. אע"ג דנתן מתחלה שיהיה כולו למעשר:

ה ועתה נציגה כה לישב דעת רש"י בקושית הגמ' בשלמא למ"ד אין בחומשו היינו דקתני דיו וכו' ואין הבנה לדברי קדשו ולכן הריטב"א נטה מדעת רש"י בזה וע"ש, ואמרתי לפרש דלמ"ד אין בו. הרי עיקר החסרון משום דמי החילול שכל שהוא פחות מש"פ לאו כסף הוא ולהוסיף אין ביכלתו ומשו"ה מסתברא מילתא דעל מע"ר שכבר נתפס עליהם קדושת מעשר בשוויין יכול לגרור גם את שאין בו ש"פ בהדיה. כיון שמטבע זו כבר נתפס בקדושה. אבל למ"ד שאין בחומשו הוה רבותא טפי דקסלקא דעתין לומר שהחסרון הוא מחמת המעשר עצמו כיון דגילתה רחמנא ממעשרו. דכל שאין בחומשו ש"פ לא נפדית. נראה בעליל דלאו מחמת מטבע של חילול הוא. שהרי יכול לחללו על כסף של תורה ואי משום החומש הא החומש אינו מעכב ויחללנו בלא חומש. אלא בע"כ צ"ל דגזיה"כ הוא שכל שאין בחומשו ש"פ לאו בר חילול הוא ואם כן הוא, גם על מע"ר אינו יכול לחללו. קמ"ל דעיקרו הוא מ"מ משום החילול. ואע"ג דאין החומש מעכב זהו כשראוי לחומש. אבל כל היכא דאינו ראוי מעכב. כמו כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת וכו']. ומשו"ה מחלל הוא על מע"ר שכבר נתפס בקדושת מעשר ויכול להתפיס גם על החומש. [ועוד הארכתי בזה בדין ביטול של מע"ש בפסקי הרמב"ם בזה ואכ"מ]. הארכתי בזה להפיק רצון מעכ"ת יד"נ הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה

סימן כו

בדיני טומאת כהנים

בעזה"י פה ירושלים עיה"ק תובב"א

נשאלתי מאת יד"נ הרב הגדול החריף והבקי מוהר"ר שמואל סאלאנט נ"י מפה עיה"ק ירושלים ת"ו. לחוות דעתי בנידון טומאת כהנים על קבורת רחל אמנו. ולדעתו נראה לאסור חדא דספיקא דאורייתא הוא מחמת מחלוקת ר"ת ורמב"ם [בב"מ דף קי"ד ע"ב תוד"ה מהו שיסדרו וכו' ורמב"ם פ"א מה' טומאת מת ה' י"ג]. ואפי' לדעת הרמב"ם יש מקום לומר דבקבר שקודם הדבור מודה. כדאיתא בתוס' נדה (דף ע'], ועוד כמו שכתבו תוס' ב"ב דף נ"ח] גבי קבר אדם ואברהם איפשר לומר דכל האבות ואמהות כי"ב [וא"כ איכא ס"ס להחמיר]. גם המתירים סמכו א"ע על דברי ראב"ד [פ"ה מה' נזירות הל' י"ז] דטומאת כהנים בזה"ז דרבנן. והשיב ע"פ דברי דגול מרבבה סי' שע"ב] שגם לדעת הראב"ד אסור מדאוריי' אלא שאין לוקין עליו. ע"כ תוכן דבריו:

א והנראה לפענ"ד בזה שהדבר ברור לאסור. דעיקר הדבר תלוי בפי' מתני' דאהלות [פי"ח מ"ז] גבי מדור הכותים. דלדעת רוב גדולים מרבותינו הקדמונים ז"ל פירשו משום טומאת אהל. הלא הם הר"ת והר"ש והרא"ש והרע"ב שם יעויי"ש והרי לדעתם סתם מתני' דלא כר"ש. זולת רש"י פסחים [דף ט' ע"ב] שפי' דגם לר"ש ניחא לענין מגע ומשא. ועיין בתוי"ט שם שכתב דדחיק' טובא לפרש כן ועיין רמב"ם [פי"א מה' ט"מ ה"ז]. שיצא לפרש במילתא חדתא דמדור הכותי בארץ ישראל עשאוהו כארץ העמים ולא משום טומאת אהל. מזה נשמע דכל הפוסקים דפירשו משום טומאת אהל פסקו דלא כר"ש ועיין בתשו' רשב"א [בסי' תת"ל] שפסק כן לדינא. ומביא ג"כ בשם מורו רמב"ן שפסק כן להלכה למעשה במרחץ שמת כותי שם. ואסר לכהנים לרחוץ משום טא"ה:

ועוד נראה דגם רבינו אלפסי ס"ל כדעת ר"ת. שהרי לא הביא בהלכות טומאה דברי ר"ש. ומביא שם בדף א' על טומאת כהנים. הא דאיתא בפ' כיצד. ובנו הוא לכל דבר חוץ ממי שיש לו מן השפחה ומן הכותית. ואמרינן למאי הלכתא ליורשו וליטמא לו ומשמע מפשטא דשניהם שווים לענין טומאה. ואם איתא דכר"ש ס"ל הרי רחוקים המה זה מזה דולד שפחה אם מטמא בטומאת אהל לוקין עליו שהרי הוא כישראל גמור לענין טומאה. כדאי' פסחים (דף ט'] גבי שפחת המציק ובתוס' שם ד"ה בשפחתו בסופו דאפי' אם נאמר דשל גבירתה היה וכו'. ומכ"ש באם שלה היה]. ובולד הכותי רשאי לטמא באהל. אלא שאינו מחויב מפני שאינו בנו. ויש להתעקש בזה:

ב ובעיקרא דמילתא לדינא נראה. דהרי הדבר מוכרת לאוקימתא ראשונה ביבמות [דף ס"א] דלא מחלקי' לר"ש בין מגע ומשא לטומאת אהל. בע"כ צ"ל דבאחת משתים מודה ר"ש. או בקבר דלפני הדבור. כמ"ש תוס' נדה דף ע' ע"ב] או משום דאבותינו ואמותינו שאני כאשר יתבאר. ואין לומר דלאחר שחידשו התוס' בבא בתרא (דף נ"ח] דשאני אברהם דכתיב בי' האדם דדוקא אברהם וזרעו אבל לא האמהות. דא"כ הא קיי"ל דהולד כמותה. וא"כ היה צריך יוסף לגרור אחרי אמו והוה ליה דין ב"נ א"כ גם לרבינא מהיכא תיתי נעשה פלוגתא חדשה ביניהם בזה וחילי דידי שהרי הלכה מרווחת בפ"א דכלים דטמא מת מותר במחנה לויה. ואיתא שם בתוספתא מובא בפסחים [דף ס"ז ע"א] ובסוטה דף כ' ע"ב] ולא עוד אלא אפי' מת עצמו שנא' ויקח משה את עצמות יוסף עמו. ומאי ראיה מיוסף שהיה לפני מתן תורה. אלא משום דאבותינו המצויינים יצאו מכלל ב"נ לגמרי ועיין נדה (דף נ"ז] ד"ה ובנה א"צ שדחקו לתרץ לר"ש אליבא דאוקימתא דמעיקרא. ועי' נזיר (דף נ"ד] ד"ה או בקבר שתירצו שם דסוגיא דהתם אזדא לאוקימתא ראשונה ודלא כרבינא]. וכיון שכן גם לרבינא דפסקי' כוותיה לא נדה מזה:

עוד יש להביא ראיה דאפי' לר"ש בן נח שלפני הדבור מטמא באהל וכדברי תוס' נדה [דף ע'] מדאמרינן בזבחים [דף קי"ג ע"א] דדייקינן מקרא דארץ לא מטוהרה דפליגי ביה ר"י ור"ל. דחד נקט לה בלשון תימה וחד נקט לה בפשטא ובין למר ובין למר מטמאי מתי דור המבול (ועיין רש"י שם ד"ה ר"ל דנקט דנשקעו מתי המבול ומטמאת הארץ משום אהל המת]. וא"כ לא מיבעיא לאידך אוקימתא דלא מחלקי בין טומאת מגע ומשא לאהל בע"כ צריכין לחלק אליבא דר"ש בין שלפני הדבור לאחר הדבור דאל"כ איך יפרש ר"ש האי קרא דארץ לא מטוהרה, ולאחר דחזינן דיש לחלק בין לפני הדבור לאחר הדבור. א"כ י"ל דאפי' לאוקימתא דרבינא נמי יש לחלק הכי דמהיכא תיתי להשוות ביניהם פלוגתא חדשה וגם לרבינא יש קצת הוכחה דלפני הדבור שאני לפי' רש"י שם. גם נראה כדמות ראיה מב"מ (דף פ"ז] שרה אמנו פרסה נדה באותו היום. ואם בטומאת מגע דינם כב"נ גם בטומאת נדה נימא כן:

ג גם מה שתלו עצמן בשריותא דקברי צדיקים אינו מטמא כמאמר אליהו שנתעסק בקבורת ר"ע. נלע"ד פשוט דזה לא הוי רק בשעת קבורה ומשום כבודו. דומי' דנשיא דהכל מטמאין לו [וכן מבואר בתוס' כתובות דף ק"ג ע"ב] (ואח"כ ראיתי שכתב כן בבתי כהונה). משא"כ לאחר קבורה לא מצינו בזה משום כבוד המת. דהרי קרובים רשאי' לטמא א"ע. ואפ"ה לא הותרו רק עד סתימת הגולל כמ"ש בש"ע י"ד [סי' שע"ג ס"ו] ותו לא. ואין לומר דאפי' היכא דאיכא רק קצת כבוד המת עדיפי כבודן של צדיקים יותר

מקרובים דשרינן אפי' אחר קבורה. דא"כ תיקשי היאך דייק התוספתא הנ"ל דטמא מת מותר ליכנס למחנה לויה מארונו של יוסף דילמא שאני יוסף משום כבודן של צדיקים ה"נ נימא דדחינן לאו דלא יבא אל המחנה. א"ו דליכא בזה שום צד היתר משום כבוד קצת. ובראיה זו יש להעיר ג"כ ע"ד הרב בתי כהונה [בית, דין, סי' כ"ג] דמביא ראיה מההיא דסוכה [דף כ"ה] דמישאל ואלצפן נטמאו בנדב ואביהוא או נושאי ארונו של יוסף. הרי בין למר בין למר מטמאי. ואמר ע"ז אין ה"נ דמטמאי רק משום כבודן מותר לטמאות. וא"כ הדרא קו' לדוכתא דאם איתא דמותר לטמאות היכי דייק הש"ס מיוסף דמת מותר ליכנס למחנה לויה דילמא שאני יוסף דכי היכי דמותר לטמאות לו משום כבודו. ה"נ מותר להכניסו במחנה לויה:

ד וגם אין לדון ולהתיר מהא דאי' ברכות [דף י"ט] מדלגין היינו ע"ג ארונות משום דרוב ארונות יש בהם פותח טפח. חדא דנראה דמנהג אבותינו היה ודאי לקבור בלא ארון משום דעיקר מצוה לטמון בעפר כדאי' ברמב"ם פ"ד מה' אבל. וקצת ראיה לזה דלא מצינו ארון בתורה רק גבי יוסף ס"פ ויחי (ועיין בחסד לאברהם מעיין רביעי נהר מ"ו). ועוד דודאי ברוב השנים הללו כבר נרקב וכלה הארון ונפל העפר ע"ג המת ותו ליכא פותח טפח. וכ"כ בבתי כהונה:

ה ובדברי ראב"ד נראה דמודה דאסור מדאורייתא גם בזמן דליכא אפר פרה אדומה. וכמ"ש הדגול מרבבה. שהרי הלכה מרווחת גם בזמן הזה דאבידה בבית הקברות והוא כהן שצריך להתעלם. ואי אמרת שהוא מדרבנן לבד. איך נדחה דאוריי' מפני דרבנן. אע"ג דגבי שופר אין עוברין עליו את התחום, שאני שבות שבת דחמירא משום דעיקרו בסקילה. כדאיתא סוכה (דף ט"ז ע"ב] עד כאן לא קאמר ר"י הכא אלא בסוכה דמ"ע אבל שבת דאיסור סקילה וכו', והתם שבות בעלמא הוא. הרי דשבות דשבת חמיר ממצות עשה דאורייתא. ועיין כתובות (דף ע' ע"ב] בדליקה התירו לומר כל המכבה אינו מפסיד למעוטי מאי לאו למעוטי כה"ג לא למעוטי שאר איסורים דשבת. אע"ג דבשבת הוי שבות דשבות דמלאכה שא"צ לגופה ואמירה לנכרי ואפ"ה דוקא משום הפסד דליקה התירו, ובנדרים התירו אע"ג דנוגע בגרירא דאורייתא. ואין לומר דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בשב וא"ת. זהו היכא דמתחלה עשאוהו נגד דאורייתא. משא"כ היכא דנתגלגל אחר כך דהם לא עשו רק להחמיר עליו בעלמא. אבל לא להקל עליו היכא דנוגע לדבר דאורייתא. וכאשר כתבתי כן בזית רענן ח"ר בזה]:

לכן נלפע"ד דיש באיסור כהנים ללכת על קבורת רחל אמנו איסור דאורייתא בלא שום צד היתר:

ידידו לנצח הק' משה יהודה ליב

חלק אבן העזר

סימן כז

בדיני אישות

א על דברת האיש המוכ"ז אשר נשאלתי מאת האב"ד דעירו. אשר נשתטה אשתו זה כתשע שנים. והוא עודנו רך בשנים וכבר מלתי אמורה בזה. בזית רענן חלק ראשון (דף קס"ג), ועתה הודיעני הרב האב"ד נ"י. שכבר השליש דמי טו"ה של כתובתה אצלו וגם השליש גט פטורין כדת מו"י, גם עשה לפי חוקי הממשלה. וגם חילוף בחת"י על סך שני מאות רו"כ על תנאי שיכתוב לה גט מחדש בעת שתחזור לדעתה, קיצור הדבר לא חסר כל בה מן החומרות שכבר יצאו מן הגאון הצדיק בעל נוב"י [מהד"ק סי' ג']. וגם בעובדא דידן לא נשתטית כל כך עד שאינה יודעת לשמור את גיטה וגם אינה בכלל משלחת וחוזרת. רק משום גרירה אינו יכול לגרשה. ולדעת רוב הפוסקים אם נתגרשה מגורשת כמבואר באה"ע] סי' קי"ט סעיף ו'] ובב"ש שם ס"ק י'] שהוא רק מחומרא דרבנן לחוד. כדאיתא בירוש' מובא בתוס' קידושין [דף מ"ג]. ונמצא דבנ"ד לא שייך קושי' ההגה"ה במש"ל בפ"ו מה"ג ה"ג [וכן כתב בספר בית אברהם]. גם לפי מש"כ בס' מחנה אפרים על קושיית העולם דחרשת שהשיאה אביה דיוצאת בגט גיטין דף נ"ה ע"א] והא בעינן ויצאה והיתה שם דף פ"ה ע"א] ותירץ כיון דאפשר ברפואות תעלה דמיא לקטנה דאתיא לכלל הוי' וכיון שכן לדעתו גם בנשתטה לית לן משום כל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי. כיון דאתיא ממילא. כמש"כ במש"ל (פ"ד מה' אישות ה' י"ז). איברא לכאורה נראה להיפוך, עיין ב"ק דף ק"י ע"א) שגם בחולה לא מצי למשוי שליח לאכילת קדשים משום דאיהו לא מצי לאכול דאכילה ע"י הדחק לא שמה אכילה. אך אין זה ראיה. דהתם לא מצי למשוי שליח בימי חליו אבל לאחר שיתרפא מצי למיעבד שליח כיון דסמיה בידן ורוב חולים עתידים להתרפא יותר מחרש ושוטה. והא דנותנים לאנשי משמר משום דאי איפשר להמתין באכילת קדשים עד שיתרפא ואין לומר דאע"ג שבידו להתרפאות מ"מ לא מצי למיעבד שליח. כמש"כ תוס' נזיר (דף י"ב ע"א) בד"ה מ"ט, גבי חלה. דהא דיכולה לעשות שליח להפריש לכשתלוש העיסה. רק משום דבידה להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהיה חלה על קמח לכשתהיה נילוש יעוי"ש. שכבר כתבנו בזה בס' זית רענן חלק ראשון (דף קכ"ה ע"ד) על קו' מרן הגאה"ק מוהרע"א זצוקללה"ה בתשובתו (סי' קמ"א) מכתבו ותנו. דזהו דוקא היכא

שמחוסר מעשה בעצמותו במאי שמינהו לשליח, כגון ביבמתו דאכתי אינה בת גירושין. וכן בחלה שעודנה לא נתחייבה עד שעת לישה. ומשום האי טעמא הוא דלא מהני אפי' בדבר שבידו לאשווי שליח. אבל היכא שעיקר הדבר נשלם. רק שדבר אחר גורם דאכתי לא מצי למיעבד. גם לדעת תוס' פשיטא דמהני לאשווי שליח מעתה בדבר שבידו. על עת שיסתלק הגורם ועיי"ש היטב]:

איברא עיקר הסברא של מחנה אפרים הנ"ל דחרשת דמי לקטנה והנתיבות (סי' רמ"ג סק"י) הסכים עמו. נראה דחוקה קצת למעיין, שהרי בריש פ' מי שאחזו (דף ע' ע"ב) פליגי ר"י ור"ל גבי קורדייקוס אם כותבין ונותנין לאלתר דר"ל מדמה ליה לישן משום דסמי' בידן משא"כ בשוטה, ור"י מדמה ליה לשוטה משום דמחוסר מעשה. הרי דבשוטה לא הוה סמי' בידן לכולי עלמא. והיאך נוכל לדמות חרש ושוטה לקטן. שהרי לדידהו שווין הם. שכתבו שם לתרץ דברי רמב"ם דזכין לשוטה משום דדמי לקטן. כדמוכח מחרשת שהשיאה אביה. והרי מש"ס פ' מש"א הנ"ל מוכח דלא דמו להדדי, ועל עיקר הקושיא מחרשת. כבר כתבתי תירוץ מרווח בזית רענן (דף קכ"ה ע"א אות י"ט) ועיי"ש:

ב וביסוד הדבר שחידש החכם המגיה במש"ל הנ"ל. דהיכא דנשתטה לא מצי למשוי שליח השתא לכשתשתפה משום דכל מידי דאיהו לא מצי למיעבד שליח נמי לא מצי משווי היא קושיא עצומה. על תורתן של רבותינו הראשונים שכתבו בשם רגמ"ה, דבנשתטה צריך היתר ממאה רבנים וישליש כתובתה. וגם ימסור גט ליד שליח שיתן לה לכשתשתפה. וכן בס' כל בו משמו, והוא מטעם דילמא תחזור לאיתנהו אז יעבור על החרם שתיקן. לכן לא רצה להתיר רק באופן זה. ואם איתא דלא מהני שליחותו כלום וצריך לכתוב גט מחדש, למה תיקן ותלה ההיתר בזה:

ג לכן נלפע"ד להצדיק את דברי רבותינו המוצדקים עפ"י סברא ישרה. וטרם נסובב בעיקר ויסוד דין השליחות. בריש פרק האיש מקדש דמצינו דבדבר שיכול לעשות בעל כרחו דאידך, והדבר תלוי רק ברצונו לבד נתיפה כחו לענין שליחות. משו"ה אמרינן שם דאי כתב רחמנא בגירושין משום דישנו בע"כ. והוא כיון שהדבר תלוי ברצונו לבד ועל ידו לחוד נגמרה כל המעשה. משו"ה הוא דמצי למיעבדיה ע"י שליח. משא"כ בקידושין שהדבר תלוי בדעת שניהם. וצריך לבאר. דכיון דכתיב ושלחה שגם היא עושה שליח לקבלה וכיון שהיא מתגרשת בע"כ ועי"ז מביאה עוד לגרוע כחה בשליחות דידה כמש"כ תוס' שם בד"ה נפקא ליה לגירסת מהרש"א שם. ומשו"ה הוי אמינא בשאר קרבנות דמקריבין בע"כ דלא מצי למשוי שליח אי לאו דנפקא ליה מדר"י בן קרחא. אע"ג דכבר

ידעינן שבדבר שהוא מדעת שניהם כגון בקידושין מהיקישא דויצאה והיתה דמצי למשוי שליח. אפ"ה הוה אמרינן דבדבר שיכול לעשות גם בע"כ לא מצי למשוי שליח. והיכי אמרינן הכא להיפוך. דבגירושין יכולה גם היא לעשות שליח משום דאיתא בע"כ. אבל בדבר שהוא מדעת שניהם לא מצי למשוי שליח, אלא עיקר הדבר. דבגירושין שתלוי רק בדעתו של הבעל. והיא רק כמו מעשה קוף בעלמא דקא עבדה. וכן השליח לקבלה שנעשה על ידה. הוא רק שיהיה במקומה שיהי' ידו כידה ועיקר הגירושין גם עתה אינן תלויין אלא בדעת הבעל לחוד. משא"כ בקדשים שהשליח עושה כל המעשה מהחל ועד כלה. ועיין רמב"ן פ' האומר שכתב שם, דבשליח קבלה לא שייך משום חצי דבר משום שעיקר שליחותו הוא רק שיהיה גופו כמותה. וזה נגמר מיד בשעת מינוי שליחות וכמ"ש. וזה ברור ופשוט [אח"כ הראיתי שבמקנה עמד בקושיא זו על המהרש"א. ומה שכתבתי נכון וברור למעיין] נקוט מיהת דשליח דידיה ודידה שוין ליפוי כח לענין שליחות. הבעל, משום דכחו גדול בעיקר הגירושין, והיא, משום דגם השליח אינו עושה כל מאומה בעיקר הגירושין ועודנו תלוי רק בדעת ובמעשה הבעל לחוד. ואיהו מעשה קוף בעלמא הוא דקא עביד:

ד ועתה נדבר מה שיש להתבונן בעיקר הענין שהרי בקידושין (דף כ"ג ע"ב) מסקינן בגמ' דעבד עושה שליח לקבלה לרשב"א. אע"ג דאיהו לא מצי לקבלו מיד רבו. כיון דמכל מקום איתא בתורת גט שיחרור. שהרי מצי לקבל גט של חבירו מיד רבו של חבירו, אלמא דלא בעינן אלא דאיתא בענין זה. ואע"ג דבגוף הדבר שעשאו שליח ליתא במשלח, מכל מקום מהני ע"י שליח, ובכמה דוכתי אמרינן להיפוך דכל דלא מצי למיעבד אותו דבר עצמו, אע"ג דאיתיה בכללות ענין זה, מ"מ לא מהני השליחות, אע"ג שבשעת עשיית השליחות כבר נסתלק הגורם. מ"מ בטלה המינוי כמו דאיתא להדיא בנזיר דף י"ב] דאפי' כשעושה שליח לקדש לו אשה לאחר שתתגרש דלא מהני, מפני שבעת מינוי השליחות לא מצי למיעבדיה. וכן גבי הפרה התם. וכן ביבמות (דף נ"ב] ולאשה דעלמא אינו גט. (ומצאתי קושיא זו באחרונים). ולתרץ הסוגיות הדק היטב. עיין ר"ן ר"פ האיש מקדש וז"ל וכי תימא אכתי קשיא מדאמרינן בפ"ק דמכילתין עבד כנעני לרשב"א מהו שיעשה שליח לקבל גיטו מיד רבו וכו' אלמא דזכייה ע"י אחרים לאו מטעם שליחות הוא, דהא אפילו למאן דמספקא שלא תהא שליחות לעבד יש לו זכייה ע"י אחרים. יש לי לומר דלא דמי, דאין וודאי דכל מי שאין לו יד למנות שליח אף אחרים אין זוכין בשבילו מדאורייתא כהא דקטן. אבל עבד מה שאינו יכול לקבל גיטו לרשב"א. ומספקינן לדידיה נמי דלא מצי למשווי שליח לאו משום שאין לו יד דהא הוה ליה למימר גיטו וידו באין

כאחד כדתנן בפ' הזורק (דף ע"ז) הזורק גט לאשתו וכו'. ופרכינן עלה חצר מה שקנתה וכו' ופרקה רבא משום דגיטה וחצרה באין כאחד. וגבי עבד נמי הו"ל למימר דגיטו וידו באין כאחד וכו'. אלא דטעמא דרשב"א משום דגמר לה לה מאשה מה אשה עד שיצא הגט לרשות שאינה דבעל דאשה אין גופה קנוי לבעל. אף עבד עד שיצא הגט לרשות שאינה שלו. כלומר של אדון. והעבד גופו קנוי לאדון. (והילכך בעינן יד אחרים]. וכיון שמה שאין העבד עושה שליח. אינו מטעם שאין לו יד. אחרים יכולין לזכות בגט שיחרור בשבילו. שהרי יצא הגט לרשות שאינו של אדון. אבל קטן שאין לו יד בעצמו כלל. אף אחרים אינם זוכים לו מן התורה. עכ"ל הר"ן שם:

ולפי"ז הכי ריהטא תירוץ הש"ס על כוונה זו. דכיון דאיתיה בתורת שיחרור. ויש לו יד לקבל גט שיחרור מיד רבו של חבירו וגם הלא רשב"א נמי מודה דגיטו וידו באין כאחד, רק מצד גזיה"כ דילפינן לה לה מאשה הוא דלא מקבל. ונמצא שאין החסרון מחמת גרעון כחו שעי"ז הורע זכותו. וכיון שאין החסרון מצדו. שהרי יש לו יד וזכות בזה הדבר כמו השליח עצמו. רק מצד גזה"כ. משום דבעינן שיצא מתחלה לרשות שאינו שלו. משום האי טעמא מצי למשווי שליח. כיון שנסתלק השתא הגורם. משא"כ היכא דלא מצי למיעבד. משום שהורע כחו עצמו. כגון בכהנים שהורע כחם של המשלחים. שלא נתקדשו בקדושת עבודת קדשים. או משום שאי אפשר שתתפשט כח קנינו ודבורו או הפרתו בדבר זה. אזי בטלה גם המינוי שליחות מעיקרא:

ה ועתה נתורה נא אחרי כל הענינים דמצינו בש"ס. בהאי כללא דכל מידי דאיהו לא מצי למיעבד שליח נמי לא מצי משוי. אזי אחר העיון באחת משתים יבחן הדבר היטב. או בדבר שהורע כחו מחסרון המשלח עצמו. כגון בכהנים. שהורע כחם של המשלחים, מפני שלא נתקדשו בקדושת עבודת קדשים ומעשיהן וכן בעבד שעשה שליח לקבל גט שיחרור. לסלקא דעתא בגמ' בקידושין דף כ"ג). רק במסקנא הטעם כמו שכתבתי עפ"י דברי ר"ן]. וכן בחולה וזקן לאכילת קדשים. שהחסרון הוא במשלח עצמו. וכן מצינו גם בדבר שאין החסרון במשלח. רק מפני שהורע כחו בעצם הדבר ההוא, שקנינו ומעשיו של המשלח אינם יכולין להתפשט על הדבר הזה, כפי המצב של פני הדבר ההוא, כמו דאיתא בנזיר (ד' י"ב) לקדש לו אשה לאחר שתתגרש. שאין יכול לעשות שליח קודם שנתגרשה. מפני שהורע כחו להכניס לרשותו. דבר שמחוסר מעשה רבה כזאת. והוא בדבר שלא בא לעולם ממש. וכן גבי חלה שהורע כחו בהפרשה זו. מפני שעודנה לא נתחייבה. וכן ביבמות (ד' נ"ב ע"ב) באשה דעלמא אינו גט מפני שאין בידו לגרשה. והוה דבר שלבל"ע ממש כמ"ש בתוס' שם. [אע"ג דעיקר הגט. הוא רק סילוק רשותו וקנינו.

כמ"ש בחידושי רשב"א בפ' מי שאחזו גיטין (דף ע"ד ע"ב) גבי נתינה בע"כ. דעיקר הדבר שהבעל יכול לגרשה בע"כ. הוא מצד הסברא. משום דפרעון בעל כרחו שמיה פרעון. דהיאך נוכל לקשרו בחבלים שיעמוד בחיובו. מ"מ כיון דעדיין לא נתקשרה לו בגדר אישות כלל נידון כדבר שלבל"ע, שהרי גם מחילה וסילוק לא מהני בדשלבל"ע ממש, לשיטת הר"ן בר"פ הכותב. דדוקא בכותב לה והיא ארוסה, הוא דמהני סילוק. משום שיש לו קצת זכות בהם וכן בהפרה דבעל, אין בהפרתו על נדרים שתדור מהיום והלאה והוא כדשלבל"ע. ומשו"ה גם ע"י שליח אין יכול להפר:

ועתה נבחן את פני הדבר. היכא דנשתטית והבעל עושה שליח לגרשה לכשתשתפה דאינו נכנס כלל לגדרן של שני קצוות הללו. דאין החסרון מצד המשלח. וגם כבר נכנסה ברשותו לכל קניני אישות. רק שהורע כחה של האשה המתגרשת מחמת גזה"כ שאינה יכולה לשמור גיטה. או מפני שמשלחה וחוזרת. הכי מפני שהורע כח דידה. יתגרע כחו של הבעל. במינוי שליחות דידיה. שהרי גבי עבד דגזה"כ הוא משום לתא דידיה. אפ"ה לא הורע כחו בשליחות מכש"כ בנ"ד בנשתטית. דגם מצד גזה"כ לא מצדו הוא. רק משום לתא דידה. דלא הורע כחו בשליחותו, ואדרבא בזה נתיפה ונתעלה כחו דבעל שיכול לגרשה בע"כ. (וזאת הוא יפוי כח לענין שליחות כמ"ש], ואם כן הכא נמי דכוותיה. [שגם לאחר חרגמ"ה שא"י לגרשה בע"כ. מ"מ בעבר וגירש מגורשת, וכן נוהגין. עיין ב"ש (סי' קי"ט ס"ק י"ב) שנסתפק קצת בזה ואין הלכה בזה כדבריו]. ועוד סמך ראיה לזה מסתימות הפוסקים בשליח לקבלה שעשתה היא, דאפילו גבי ענינים שכופין אותו להוציא [כתובות ע"ז ובש"ע סימן קנ"ד] מ"מ מהני מינוי דידה טרם שכפוהו ע"י דייני ישראל או ע"י עכו"ם אע"ג דנסתיים מילתא שלא רצה ליתן הגט ליד השליח קבלה. רק ע"י כפייה וכיון שכן דאיהי לא מציא לקבולי הגט בעת מינוי השליחות. תתבטל גם מינוי השליחות. דהוי כדבר שלבל"ע ממש. כיון דעודנו מחוסר כפייה. כמ"ש תוס' להדיא בסוטה (ד' כ"ה ע"ב) בד"ה לאו כגבוי דמי. דמחוסר כפייה ונגישה דמי לגירות דאמרינן מי יימר דמזדקקי ליה תלתא. אלא ודאי משום שגם לאחר שנעשה שליח אין הדבר תלוי בדעתה ודעת השליח, דאע"ג דכופין אותו זהו ע"י גלגול וסבה מצד אחר. וגם דוקא היכא דמרוצה לבסוף]. רק בדעת הבעל לחוד. ומשו"ה לא נתגרע מינוי השליחות דידה משום דאיהי לא מצי' למיעבד. וכבר הוכחתי לעיל מריש האיש מקדש דלענין מינוי השליחות בגט. הבעל ואשתו שוין הם. היא, מפני שהורע כחה ושלוחה ביותר גם לאחר מינוי השליחות. והוא, מפני שנתיפה כחו בעילוי יתירא דיכול לגרשה בע"כ:

וידעתי שיש עדיין להתעקש בזה. אולם מצד הסברא נראה לישב כן דברי רבותינו הקדמונים נ"ע. אולם כל זה כתבתי לרווחא דמילתא במקום אחר. אבל בנ"ד כבר נעשה הדבר עצהיו"ט לכתחילה. וכבר מבואר הדבר דבנשתטית התיר רגמ"ה עצמו ע"י היתר מאה רבנים. ואין פוצה פה ומצפצף לחלוק בזה. כמש"כ בתשוב' צ"צ (סי' ס"ז) שנתפשטה הוראה זו בכל תפוצות אחב"י. וידעתי שזהו כתשע שנים שאינו יכול לדור אתה מפני שטותה. והוא עני ואביון שאין בידו כמעט על הוצאות הדרך גם על פרסה אחת, לכן במטותא מינייהו דרבנים המאה"ג והגאונים. והרבנים המופלגים שליט"א אשר הגיעו להוראה, הן ממופלגים דפ"ק והן מכל מקום מושבותם, אשר יצעדו מצעדיו שמה שיסכימו ויבואו עה"ח, כי הוא מצוה רבה וגדולה עד מאד להתירו מכבלי עיגון על לא דבר, שאין בזה שום חשש חומרא שבעולם, ואם גם בזה יהיו נחבאים אל הכלים, ויראו לנפשם מגשת אליו, ידעו שעל כן תפוג תורה ויצא משפט מעוקל ח"ו, שקלו נא היטב במאזני המשקל, את מקרא מלא שכתוב בבני עלי ואת אשר ישכבון את הנשים הצובאות פתח אהל מועד הכי יעלה על הדעת שנעשה כן במקום המשכן. וכבר אמרו חז"ל מפני שהשהו את קניהם מעלה עליהם וכו'. אע"ג שמותרות לבעליהן בלא זה. מ"מ כיון שכבר נהגו הנשים בכך. גדלה עונם מנשוא. מכ"ש באיש הרך בשנים כזה. שבלתי איפשרי להנשא זולת זה. לכן שאלתי שטוחה מאת גדולי זמנינו שיחיו, ומן הרבנים המופלגים בתורה וביראה והחריפים ובקיאים נ"י, לבל יעצרוהו ולבל יכחדו פרי עטם מבואם עה"ח. והן מגדולי זמננו שליט"א אינני צריך לבקש כזאת. רק להודיעם גודל הכרחי של העני הזה. אך לאשר ידעתי שכמה מופלגים חו"ב נמנעים מזה, והוא בעיני לפלא כי מצוה גדולה ויקרה שאין בו חסרון כיס. ולזכות גברא ערטילאי כזה עדי נצח. ואז כשישלם המנין הנני גם אני מן המתירים את חדר"ג מאה"ג כרצונו וכרצון כל הגדולים הבאים אחריו:

פ"ק קוטנא יום א' י"א תמוז תרי"ג. הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוה' בנימין זללה"ה

ו ובההיא ענינא יש להעתיק כה עוד איזה הערות. לכאורה נראה דהיכא דהורע כחו בעצם הדבר, דלא מצי למיעבד לפנינו. אע"ג דלקושטא קמי' שמיא איתא ממנ"פ. או דמצי למיעבדיה. או דלא צריך גם לשליחותא דידיה. איפשר לומר. דדמי להאי דפסק הרמב"ם (פ"ח מה' עירובין) במניח שני עירובין לשני ימים טובים של גליות. דבעינן שיהיה איפשר לו להגיע ביום הראשון למקום העירוב של יום השני. וכן פסקינן בש"ע או"ח (סוף סי' תי"ו). הרי אע"ג דאיכא ממנ"פ. מכל מקום כיון דבעי' סעודה הראויה מבעוד יום לא מהני. כמ"ש הרב המגיד מובא במג"א שם. ואם כן איפשר לומר דהכא

נמי, כיון דבעינן דמצי למיעבד. בעינן נמי דמצי למיעבד לפנינו. ואם נאמר כן. יקשה לן במאי דפסקינן בשני יוסף ב"ש דכותבין הרשאה זה לזה. כדאי' ב"ב (דף קע"ג ע"א) וברשב"ם שם ד"ה ותנא. ובשו"ע חו"מ (סי' מ"ט סעיף ז' ברמ"א סוף הסעיף), הלא קיי"ל בהרשאה דשליח שויי', בב"ק (דף ע' ע"א), והלא איהו לא מצי למיעבד וכן בבכורות (דף מ"ט) גבי מת אחד מהן בתוך שלשים. דמוקמינן בבא בהרשאה. אלא ודאי נראה דהיכא דאיתא בדרך ממנ"פ קמי' שמיא. מצי למיעבד נמי ע"י שליח. וטעמו של דבר. שהרי ביבמות (דף צ"ט) גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה דאין מוציאין שלהן מידם. לדעת הירושלמי מובא בתוס' ד"ה וא"מ. דאפי' היכא דאיכא ספיקא לחוד מצי למיעבד שליח. דדמי לחולה וזקן. וא"כ מסתברא דגם לדעת רש"י שם שחולק בזה. ועיין במש"ל פ"ט מ"ה אישות הל' ו' ד"ה ודע). זהו היכא דליכא אלא ספיקא לחוד. אבל היכא דאיתא בתורת ממנ"פ גם רש"י מודה דמצי למיעבד שליח. לכן ניחא גבי שני יב"ש. דמהני הרשאה אפי' לדעת רש"י משום דשייך בזה ממ"נ. דאם ממונא דידיה הוא. הרי לקושטא יכול להוציאו בדיינים. ואם דחבירו הוא אינו צריך להרשאה דידיה. עוד י"ל גבי ב' יב"ש לדעת רש"י. כיון ששניהם יחד יכולים לתובעו וקצת תימא על תוס' בכורות (דף מ"ט) שם בד"ה ה"מ שנסתבכו בזה לחד תירוצא שם. והדבר מבואר להדיא בתוספתא ס"פ המניח ששניהם יחד יכולין לתובעו. [וע' במג"א שם על התוספתא]:

ז איברא נראה שאם הספק בין שלשה יוסף ב"ש והשלישי ליתא בעיר אתם, שאין אחד מהם יכול להרשות לשני. על מנת להקנות לשלישי בהרשאה, משום דמכל מקום אית ביה משום גדר הקנאה. וכל היכא דלא קנה איהו תו לא מצי להקנות לאידך. אע"ג שאמר לו בפירוש קני ע"מ להקנות כדאי' להדיא בעירובין [ד' ע' ע"א] ואין שנים שלא עירבו נותנין רשותן לשנים שלא עירבו הא תו ל"ל לא צריכא דאמרי קני ע"מ להקנות [ועיי"ש ברש"י ריש ע"א ד"ה לא צריכא ובשו"ע סוף סי' ש"פ] ואע"ג דשליח שוייה. מ"מ כיון דתיקנו בדרך הקנאה. פשיטא דבעינן שיהיה הענין נשלם בדרך הקנאה:

ח ואגב גררא נפרש דברי תוס' בכורות (דף מ"ט) בד"ה ה"מ מה שתירצו דאיירי שפדה בקרקע וכמ"ד פודין בקרקעות. ולכאורה דבריהם תמוהים. דממנ"פ אם בעינן שיהיה ברשותו גם קודם כתיבת הרשאה כדי שיהיה ברשותו בשעת כתיבת הרשאה. ואם כן גם כשפדאו בקרקע לא מהני מידי שגם בקרקע כל כמה שאינו יכול להוציאו בדיינים אינו יכול להקדישו. כדאיתא להדיא בריש ב"מ גבי מסותא (דף ז'). ואי אמרת דלא בעינן רק שיהיה הרשות והקנין באין כאחד. וכיון דלאחר כתיבת הרשאה יכול להוציאו. שפיר מועיל הרשאה כזאת. אם כן גם במטלטלין מהני הרשאה. כיון דלאחר כתיבת הרשאה

יהיו ברשותו. ולמה דחקו לאוקמי כמאן דאמר פודין בקרקעות דאטו ברשיעי עסקינן שגם לאחר כתיבת הרשאה עודנו לא ירצה להחזיר את שאינו שלו. שהרי מבואר להדיא בתוס' ב"ק [ד' ע'] סוף ד"ה אמטלטלין דאיירי שלא נתנם ע"מ להוציאם דאם לא כן אין בנו פדוי. ולישב תמיהה זאת נראה. דבכל מטלטלין שיצאו פעם אחת מרשות בעלים הראשונים. שוב בלתי איפשרי לאהדורי ולאוקמי ברשותן ממילא, עד שיתרצה בפירוש מי שעודנו ברשותו לאהדורי ולאוקמי ברשות הבעלים. כדאיתא בב"ק [ד' ק"ד ע"א] אלא אמר רבא שאני מתני' וכו' ואודי ליה וכו' הוי גבי' פקדון עד דאתי ושקיל ליה ועיי"ש. ועיין תוס' ב"מ [ד' ו'] ד"ה הקדישה. דלמסקנא אפי' ע"י שתיקה אינה כהודאה לענין זה דתיהדר לרשותו. [ולא מיבעיא לדעת רשב"ם ב"ב [ד' פ"ה] בד"ה המופקדין אצלו. ורא"ש ריש פסחים. דטעמא דפקדון שהוא ברשות בעלים מפני שהקנה לו רשותו. פשיטא דכל דבר שכבר יצא מרשות בעלים. שוב אי איפשר לאוקמא ברשותו שלא מדעתו דאידך שהחפץ מונח אצלו. אלא אפי' בלא זה נמי מסתבר הכי כמובן]. ועיין בב"ק [ד' ס"ט ע"ב] גבי צנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד. הרי להדיא דכל שבטעות בא לידו. אע"ג שלא רצו ולא נתכוונו לגזול. אעפ"כ כבר יצא מרשות בעלים לכל דבר. ועיין מש"כ מזה לקמן בחלק חשן משפט בדיני אין אדם אוסר דבר שאינו שלו עי"ש]. והתם גבי פדיון בע"כ איירי שהנידון היה לאחר ל' יום ואז צריכין להרשאה. דבתוך ל' יום הרי שניהם יכולין לחזור ולתבוע מן הכהן. כיון שלא נתנן לו ע"מ להוציאן כמ"ש בתוס' ב"ק הנ"ל. ולא הקנם לו אלא לאחר ל' יום. הרי בתוך ל' יכולין לחזור. אלא ודאי דאיירי לאחר למ"ד יום. ואז הוה שעה אחת ברשות כהן. כיון שמן הדין אינו צריך להחזיר להם. לא גרע מהיכא דבטעות אתא לידו. ושוב אי איפשר לאוקמי ולאהדורי ברשותו שלא מדעתו. ומשום הכי גם עתה לאחר הרשאה עודנו אינו ברשותו, משא"כ בקרקע דלא בעינן רק שיהיה יכול להוציאה בדיינים. וכיון דלאחר הרשאה יכול להוציא הוי הרשאה מעליא [וע' בתפארת ירושלים מס' שבועות אות ל"ד]:

סימן כח

בדיני אישות

בדבר שאלת כ"ת בנידון איש אחד מקהילתו. אשר בשנת רעבון נסע עם אשתו ובניו למדינה אחרת. ובמקום אחד במדינת פרייסען לקחו פעמיהם. הוא ובנו לצד אחד והיא ובתה לצד אחר וזה כשמונה שנים שב האיש הנ"ל לעירו. וממנה ומבתה לא נשמע דבר. וזה ששה שנים אשר שב האיש הנ"ל להמקום הנ"ל. וחקר שם ובמחוז ההוא אדות אשתו. ולא שמע מצפצף ונודד כנף ממנה. וזה שלשה שנים אשר האיש הנ"ל נתק

מוסרות הברית ועבר בשאט נפשו והלך עפ"י אומדן דעתו הנבערה. כי עבר עליו רוח עועים ורוח שטות הטתו ולקח ונשא אשה ממקום הסמוך לעירו בלא שאלת חכם כלל. אמנם תיכף לאחר הנשואין בבואו למקהלת כ"ת. הפריד רו"מ בצירוף הבד"צ, ביניהם. ושילח את אשתו לביתה. והוא נשאר בדד וגלמוד זה שלשה שנים. והנה עתה מתחרט האיש הנ"ל על התועבה שעשה וצועק במר נפשו למצוא רפאות תעלה לשברו ולמכתו ודואג ובוכה על איבוד ימיו. ובשגם שבלתי איפשרי שישרה עוד בלא אשה. והשאלה בפרטות באריכות מסרתי ליד המוכ"ז. למען יוכל המעיין לידע עיקר הדברים כהווייתן:

א והנה לדעתי הקלושה נראה דלמיגדר מילתא צריך לגרש את האשה הזאת שנשא באיסור. ושכבר הגיעה לששים שנה ולא היתה בת בנים כשנשאה. ואח"כ ישא אשה בת בנים ובאופן זה הנני מזדקק להתירו עפ"י הסכמות מאה רבנים. הן המה הגאונים המאוה"ג שליט"א במדינתנו ומהסמוכים למדינה זו. ובתוכם יעלה למנין גם מופלגי תורה אשר הגיעו להוראה. ובראשם בי דינא רבה במקהלות כת"ר. וסמכינא עלייהו שיתנהגו עמו בהשלשת הכתובה וגם בשליחות להולכה ובמסירת הגט ליד השליח כשתבוא למקומו יגרשנה, וגם יעשה הכל כפי חקי המדינה] הכל כמבואר בפרטות באחרונים ועיין לעיל בסימן הקדום מ"ש ליישב קושיית ההגהות משנה למלך]:

וטעמא דידי אשר תמכתי יסודותי להתירו דכיון שזה זמן כביר כשמונה שנים שלא שבה לבעלה, אם עודנה בחיותה. הלא הוא אחת משתים אם מרצונה שמרדה בו, או ע"י אונסא. ומעתה אם מרצונה עזבה את בעלה אין לך מורדת גדולה מזו. ומבואר הדבר באהע"ז סימן קט"ו [ובסימן ע"ז ס"ב ברמ"א וב"ש ס"ק י"ט] דבזה לא תיקן רבינו גרשון מאור הגולה. ובפרט היכא דאין לו אשה כלל וכבר הארכתי בזה במקום אחר בזית רענן חלק ראשון (דף קס"ב ע"ב ודף ודף קס"ג ע"ג) שם כתבנו דבמצות עשה של פריה ורביה איכא שני עניינים והם נפרדים זה מזה. הראשון שכל אחד מבני ישראל מחוייב לישא אשה ולקיים עונתו. ובזה מקיים עיקר המצוה של פ"ו. והשנית הוא תכלית המצוה שיוליד בן ובת. וכאשר נשלם לו כן. אזי קיים המצוה בפועל עד תכליתה אמנם כאשר נשא אשה וקיים עונתו כדין ולא הולידה. הגם שקיים מצות פ"ו בפועל אבל עודנה לא השיגה ידו עד תכליתה, כי ד' מנע ממנו פרי בטן ואי נימא שע"י אונסא שקרה לה בלתי איפשרי לה שתשוב לביתה הלא כיון שכבר עברו שמונה שנים ועודנה לא שבה ע"י אונס ההוא שוב לא תבא לעולם. א"כ לא גרע מנשתטית. אע"ג שגם בנשתטית איפשר שתתפקח עוד. וכיון שבנשתטית יש לו היתר ע"י מאה רבנים ה"ה נמי באונסא דעלמא:

וא"ל דאכתי יש לחוש דילמא בשני שנים ראשונים היתה ברצון ולבסוף אירע לה אונסא. דז"א כיון דתחילתן ברצון נידון גם לבסוף כרצון, כמו דמצינו בהגיע זמן ולא נשאה, בש"ע אבן העזר (סימן נ"ו ס"ג] ברמ"א בשם המרדכי:

ואין להקשות דא"כ נתת דבריך לשיעורין דבכל אשה שתצא מבעלה יתירו לו לישא אחרת. דמסתמא לא נתיר לו בפחות משלשה שנים כעין דמצינו ב"ב [דף ל"ח ע"א] כדי שיהא באספמיא וכו' וכעין זה בנ"ד עד שישמע לה שבעלה שב לביתו ועודנו חי. ובשגם היא תוכל לחזור ולשוב אליו. א"ו או שמרצונה החביאה את עצמה לבל יודע מקומה איה ואיפוא לבל יכופו אותה שתשוב לביתה. או ע"י אונס אחר שאי איפשר עוד שיסתלק. ועד מתי יתעגן ויתיב:

ב

ב ועוד מטעם אחר ונראה לעיקר. שהרי מבואר בריש כתובות בסוגיא דאין אונס בגיטין. דתיקנו משום צנועות ופרוצות משום זימנין דלא אניס וסברה דאניס. ש"מ דמצד הדין לא חיישינן לאונס כלל וכלל אפי' באיסור החמור שבחמורות כאיסור אשת איש עי"ש בתוס' ד"ה וסברה. ומכש"כ באיסור דרבנן הקל, שלכמה פוסקים [בש"ע אה"ע סי' א' סעיף י'] כבר עבר הזמן מגזירת רבינו גרשון מאור הגולה. וא"ל דאונסא דשבויה שכיחא. דז"א כיון דגם כשנשבה אמרינן בו ג"כ דמהני הגט משום דאין אונס בגיטין [ולגבי ממון הוי אונס כמבואר בסימן קמ"ד ס"א בח"מ וב"ש] משום צנועות ופרוצות. ש"מ שגם לשבויה לא חיישינן אפילו מדרבנן אפי' באיסור חמור דאשת איש. ושוב לא נשאר לנו לחוש לקושטא דמילתא שאולי נתפסה בשביל פאשפורט שזהו שכיח ושכיח. אמנם כאשר נודע לכל לפי פקודת הנהוגים עתה. אזי שולחים המאגיסטראט משם לכאן אם כנים הדברים שזהו מקומו או ששולחים אותו ע"י טראנספורט לביתו. ולשאר עניני שבויים לא חיישינן אפי' באיסור חמור כאשר כתבנו. רק עודנה יש לחוש שמפני יראתה לעבור על הגבולין בלא מכתב. זהו שכתבנו דאם כן הדברים הרי לא גרע מנשתטית כיון ששוב לא תשוב לעולם ג"כ מפני מורא הזאת:

אחר כתבי ראיתי בנודע ביהודה מהד"ת [סי' ו] שהחמיר קצת על עצמו ולא אבה להזדקק לזה. ואינו מוחה לאחרים בנידון כזה. אולם לקמן בסי' קמ"ז] כתב בנו הגאון מוהר"ר שמואל ז"ל שהיה טעם ונימוקו עמו בזה מצד אחר ומצד עיקר הדין אין להחמיר, וכן נראה עיקר דאל"כ דברי קדשו נפלאים בעיני שחוכך שם להחמיר דדילמא נשבית ומפני זה לא שבה לבית בעלה. שהרי מוכח להדיא דלא חיישינן לאונס כלל כמ"ש. ומה

שמביא מדברי תשו' צמח צדק סימן ע'] שהחמיר, התם איירי דידעינן שנשבית בשעת החירום כמבואר להדיא בדבריו שם:

סימן כט

בדיני אישות

אחד"ש בדבר השאלה באלמנה רחל מלוביטש. הגם כי טרדות רבות הקיפוני, לאשר שכבר הבטחתי לידידי ני' אחור לא נסוגותי

א והנה אם נודע למעכ"ת כי גביית העדות הראשונה יש בו ממש אזי הדרך רחב להתירה לאחר ט"ו חודש לפחות באופן שתשלש לה שכר הנקה ומסמוס ביצים וחלב עד כ"ד חודש והמינקת תשבע עד"ר שלא תחזור בה. כי לפום גב"ע הלז אמרה האשה פייגא בת"ע שלפי דברי הרופאים חלבה ארסי לולד רק שמחמת קמצנותה וכדי שלא תתעבר עזרתה גם היא והניקה את הילד עם המינקת וכן החזיקה בזה יותר מג"פ. ובזה יש לנו סעד גדול לסמוך עליו דברי החכם צבי בתשו' (סי' ס"ד) כאשר כתב מע"כ וכבר האריכו בזה האחרונים על כל גדותיו וגם אני כתבתי בזה הנראה לפענ"ד במה שנתחדש לי והמה בכתובים ונתנו לבית הדפוס ספר זית רענן ח"ר לו יזכני ד' ויצא במהרה לאורה. איברא אם הג"ע השני הוא העיקר ושם נאמר שהאשה פייגא בעצמה אמרה שעפ"י דברי הרופאים עצמם הוא שהניקה עם מניקות אחרות כי כן ציוו עליה הרופאים עודנו צריך בושש דאזי יכול הבעל לכופה שתניק עם מניקות אחרות וראיתי בדברי ש"י (סי' ט') וראיותיו חלושות. במאי שהתיר באשה שלא הספיקה היא לבדה רק עם מניקות אחרות:

ב איברא עדיין יש מקום להתיר דשאני עובדא דידן ועדיפא טובא מעובדא דש"י לפי דנראה בעליל שגם דברי הרופאים לפום גב"ע השני היה רק לאחוז הרע במיעוטו למעט בהוצאות ולהניח דעתה שלא תתעבר ובזה ישוו כמעט גב"ע הראשון עם השני, לכן כלכלו הרופאים דלשבור רעבון התינוק יועיל גם חלבה המקולקל ומה שתפגום הולד ע"י חלבה תתרפא ע"י חלב המינקת האחרת. ונמצא מה שמשביח חלב אמו לשבוע קצת רעבון התינוק הרי חזר ופגם בבריאות התינוק. [ופוק וחזי מה עלתה בהם שכל הילדים שעזרה גם היא בהנקתם המה מצורעים וא' שלא סייעה כלל הוא בריא אולם] והנה כד תעיין בכל ההתירים שנמצאו במניקות חבירו כגון בצמקו דדיה ונפסק חלבה בחיי הבעל ושכרו לה מינקת המובא ברא"ש ובפוסקים, בע"כ צ"ל דכל בכה"ג לא הויא מנ"ח, דאי משום דנשתנית משאר נשים ול"ש טעמא ותקנתא דמנ"ח הרי שאין לך נשתנית גדולה יותר מאיילונית ואעפ"כ פסקינן כר"מ בברייתא דרדופה לילך לבית אביה כתובות (דף ס' ע"ב). והש"ס שם מדמי להדדי את שניהם לענין זה. אלא כל עיקר יסוד ההיתר משום

דכל בכה"ג לא נקראה מנ"ח, ועתה אם נשקול בפלס מאזני המשפט אם גם בעובדא דידן יש עליה מיהת שם מנ"ח כיון דחלבה המקולקל מועיל מיהת לשבור קצת רעבון התינוק א"ד מה שמשביח בשביעה פוגם בבריאות, ונראה כדמות ראיה דכל כה"ג לא מיקרי' מנ"ח כיון דס"ס אין כאן תועלת לולד שהרי אין לך גדול מע"ז שהתורה הרחיקה אותנו ביותר וכתוב לא ידבק בידך מאומה מה"ח ואפי' בשמץ רחוקה באפס מנהו נזהרנו ביותר. ואפ"ה אמרינן בע"ז (דף מ"ח ע"ב) בכה"ג מה שמשביח בעור פוגם בבשר ה"נ מ"ש בנבי' פוגם בצל. הרי דבכה"ג יצא מכלל מאומה דכתיבא גביה כיון דס"ס אין בו שום תועלת ומכ"ש דלא תקבנה בשם חדש ונקראה בשם מינקת:

ג ועוד נראה כיון דבכה"ג בעובדא דידן שחלבה מועיל רק לשבוע קצת ושל מינקת חבירה מועיל לרפואה ולשבוע אפי' זוז"ג לא מיקרי והשנית היא העיקרית ושלה אין בהם ממש וכלא יחשב על פי מה שכתבתי בספרי בדין זוז"ג סי' ד' א"ג חלק יו"ד, וז"ל באות ג' ויש להתבונן בדין זוז"ג היכא דגורם של היתר רפוי בעצמותו כנגד גורם דאיסורא אם נאמר דגם בזה מותר אם לא. יש להוכיח מהא דאיתא בחולין (דף נ"ח) שיחלא קמא אסור מכאן ואילך הו"ל זוז"ג ומותר אע"ג דרבנן ס"ל דאין חוששין לזרע האב ולדידן מספקא לן לדינא ואעפ"כ מהני מיהת לגורם דהיתרא. איברא יש להתבונן אם גם להיפוך אמרינן כן דעיקר הוא הגורם דהיתרא רק שגם הגורם דאיסורא מסייע בשמץ מנהו כדי לגמור הנולד מן הגורמים ובמקום דאסרינן זוז"ג כגון באיסורי משהו אם גם בזה אסור אם לא ומסברא החיצונה נראה כי היכי דמהני להקל כ"ש להחמיר, אולם לקושטא דמילתא מוכח להיפך דאפי' למ"ד זוז"ג אסור בכל האיסורין מצד עיקר הדין זהו היכא שגורם דאיסורא שוה לגורם דהיתרא. אבל לא כשהורע כחו של הגורם דאיסורא מני הגורם דהיתרא. וראיה ברורה לזה דאיתא התם (דף ס"ט) דמיבעיא לן בעובר שהוציא ידו שניתר כולו ע"י שחיטת אמו לבד מאותו אבר ובא על בן פקועה דכוותיה ופרש"י שלא הוציא את ידו ומיבעיא ליה לחנניה דס"ל חוששין לזרע האב] אם אבר מוליד אבר ואותו אבר לבד אסור א"ד מיבלבל זרעי' וכוליה אסור, ומשמע דמיבעיא ליה רק למ"ד זוז"ג אסור אפ"ה דווקא לחנניא הוא דמיבעיא ליה אבל למ"ד אין חוששין לזרע האב לא נאסר הולד משום גרמא דידיה אע"ג דגרמא דהיתרא חשבינן ליה לאבוה גם למ"ד אין חוששין כדמוכח לעיל דמכאן ואילך הו"ל זוז"ג וכ"ה להדיא במהרש"א דאפי' למ"ד א"ח מ"מ הוי גרמא דהיתרא. ועיין יו"ד סי' קמ"ב סעיף ג' וסעיף י"א. ובזה יתיישב הכל על נכון והוא כעין תירוצו דט"ז ס"ק ג' וא"צ לחלק בין שבחא בעלמא לגורם רק בפשטות נוכל לחלק דהיכא דשניהם שוים אסרו שם משא"כ היכא שעיקר הגורם הוא גורם דהיתרא הגם

שלולא גורם דאיסורא לא נגמר במלואו לא החמירו בזה יותר ממאן דס"ל דלעולם זוז"ג אסור ואעפ"כ בגורם כהאי לא נחשב לכלום כנגד גורם דהיתרא. ועפ"ז נתיישב לן קושית תוס' בפ' אין מעמידין (ד' כ"ד) ד"ה ישראל היו משמרין לאמה משעה שנוצרה תימה לאב נמי אמאי אינם צריכין לשמור דאליבא דר"א קיימינן דא"ל זוז"ג אסור עכ"ל, ולפי מה שכתבתי ניחא שהרי ר"א אית ליה בחולין (דף ע"ט) דמספקא לן אם חוששין לזרע האב וכיון שעיקר הדבר הוא חששא בעלמא וכיון שמשמרון לאמה תו ליכא למיחש לחששא רחוקה כזה במקום דלית ביה חשש איסור ברור רק משום ספיקא שהרי אם אין חוששין לזרע אב תו לית ביה משום גורם דאיסורא ועוד שהרי איכא ס"ס בהדי רובא. עכ"ל שם בזי"ר. לכן נראה לע"ד דיש מקום להתירה גם לפום גב"ע השני רק באופנים שכתבנו למעלה וגם יראה מעכת"ה שיכתוב המשודך אצל הרייענט להבטחת היתומים כאשר דיבר אתו פא"פ. וכדי לאפושי כחא דהיתרא יצטרף מעכ"ה אתו רב מובהק אחד ואת המופלגים שבקהילתו. כי היכי דנימטי שיבא מכשורא ובאם תסכימו אתם לדברי הנ"ל גם אני עומד בכחא דהיתרא ומותרת האלמנה מ' רחל להתנסבא להמשודך לה:
יום ב' י"א טבת שנת תרי"א לפ"ק קוטנא הק' משה יהודה ליב

סימן ל

בדיני אישות (**השאלה יתבאר מתוך התשובה**)

בנידון שאלתו לאשר הודיעני כי הוא צורך גדול ולאשה הזאת קרובים מיקירי אנשי קהילתנו, והפצירו בי לחפש לה מזור ותרופה לבל תתעגן ותשב גלמודה בחוסר כל, כי עתה הקרה ד' לפניה איש גואל ממשפחתה, לכן לגודל הפצרתם אמרתי להשיב בזה אשר עפ"י דת תורתנו הקדושה תוכל להנשא לאיש ההגון לה רק שתשלש אצל בטוח ואמוד סך דמי הנקה עד תשלום כ"ד והמינקת תשבע עד"ר לבל תחזור בתוך הזמן ושלא תנשא עד תשלום כ"ד חודש, אע"ג דמצד עיקר הדין מותרת בלא"ה מ"מ חלילה לה שתנשא עד שתקיים כל זה דכל מה שנוכל להחמיר בזה הדבר חובה עלינו כדי לאפושי מילתא דהיתרא וכדי לפקוח בתקנות הולד שחששו חז"ל בכמה חששות:

א הן בעיקר הדבר נלע"ד ברור בנידון דידן דנתברר הדבר ע"י רופאים ובאומד הנראה בעליל לכל, וביותר מה שהרגישה בנפשה בעודנו הבעל בחיים שא"א לה להניק. ועי"ז שכר לה הבעל מינקת יותר משני חדשים קודם שמת. ומאז ועד עתה שמטה דדיה מן הולד לגמרי מגודל ההכרחי מאונסא דנפשה. שהרי מבואר בכל הפוסקים דהיכא שנצטמקו דדיה בחיי בעלה אפי' ביום א' קודם מותו מותרת להנשא אפי' היכא שלא נתנה למניקה בחיי בעלה, ממילא נשמע דמכ"ש היכא דנתנה למניקה בחייו מפני

שא"א לה להניק ע"י אונסא דמוכח. שהרי מבואר שם בסוגיא בכתובות (דף ס' ע"ב) שהקשה בש"ס על ברייתא דנתנתו למניקה לא"מ בעלה או שגמלתו דמותרת להנשא, מברייתא דרדופה לגבי הבחנה דהלכה כר"מ. ומבואר שם בתוס' והרא"ש דלמסקנא הטעם דאסרינן בנתנתו למניקה משום דילמא תחזור המניקה ובגמלתו משום דחיישינן לשמא תגמלנו בעודנו צריך להניק ולא משום דגזרינן נתנתו אטו ל"נ והוא לכאורה נגד משמעות הסוגיא. שהרי גבי הבחנה גזרינן אפי' באיילונית וזקנה רק הטעם מבואר בש"מ שם ד"ה נתנה דלקושטא היכא דנתנה או שגמלתו דמי ליוצאת במיאון שגם בהבחנה לא גזרו יבמות (דף ל"ד ע"ב) משום דמיאונה מוכיח עליה ה"נ בנתנה או שגמלתו. רק משום דילמא תחזור ושמא תגמלנו בכיון, והא דהקשו מברייתא דרדופה אע"ג דהתם משום גזירה והכא ליכא למיגזר מבואר במרדכי בפ' החולץ (סי' י"ט) כי היכי דלא תימא דברייתא ראשונה איירי בנתנה למניקה בשבועה עד"ר דתו לא תחזור. משו"ה הקשה מברייתא דרדופה דגזרינן הא אטו הא ה"נ גזרינן אטו לא נשבעה. ועיי' היטב בכל זה. והשתא אם בצמקו מותרת ואפי' היכא דלא נתנה למניקת מכ"ש היכא דא"א לה להניק משום אונסא אחריתא ועי"ז נתנה למניקה, מאי אמרת דשאני צמקו שנשתנה גופה. הרי אין לך שינוי גדול יותר מאיילונית ואפ"ה גזרו גבי הבחנה והרי שניהם שוים לענין זה כדמוכח מקושית הש"ס שם ובנתנה איכא היכרא ביותר שהרי מניקתה מוכיח עליה, מאי אמרת דחיישינן שמא תחזור המינקת ואיכא חשש סכנה לו לדדז"א שהרי גם אם תחזור אי איפשר לה להניק דחיי' קודמין. וגם ליכא למימר משום מסמוס בו"ח דא"כ בצמקו נמי אלא בע"כ צ"ל דמשום מסמוס לחודיה לא אסרינן, וכיון שהתירו בצמקו, א"כ מכש"כ היכא שנתנה בחיי הבעל למניקה משום אונסא אחריתא. והא שהתירו בצמקו ולא גזרו אטו ל"צ כמו באיילונית לגבי הבחנה היינו משום דהתם גזרו בסתמא על אשה שלא תנשא גם היא לא יצאה מכלל שם זה. אבל הכא לא גזרו רק על מינקת חבירו והיכא דצמקו יצאה מכלל מינקת לגמרי אפי' ע"י מידי דממילא דלא מוכח כולי האי. א"כ מכ"ש נשמע היכא דנתנה למניקה מפני אונסא דגופה דיצאה מכלל שם מינקת ע"י מילתא דמוכח א"כ ה"ה נמי דמכש"כ נשמע היכא שאינה יכולה להניק משום אונסא דגופה. ועיין בתשו' הרא"ש כלל נ"ג סימן ד':

ב ועתה נכריח הדבר מדעת רבותינו הראשונים והאחרונים שהרי מבואר באשר"י בפסקיו בכתובות פ' אעפ"י סי' כ' דהיכא דפסק חלבה בחיי בעלה ושכרה לה מינקת מותרת להנשא רק בסמ"ג עשין נ"ב] מבואר בזה"ל ומצאתי בתשו' הגאונים שאינה נקראת מנ"ח אם פירשה מלהניקו ונתנתו למניקה ג' חדשים קודם מיתת הבעל עי"ש בה'

מיאון. והמעיין בתשו' הרא"ש בכלל נ"ג סי' א"ב נראה שחוכך להחמיר בזה ואיך יקיל בפסקיו להתיר אפי' ביום א', איברא לקושטא ניחא דפסק חלבה משמע ע"י סיבה ולהכי מותרת בלא גבול וזמן. אבל הסמ"ג נקיט להדיא אם פירשה מלהניקו דמשמע להדיא שמרצונה להכי מצריך ג"ח שתתעכר חלבה בחיי הבעל ותפסוק לגמרי וכן מסכים הב"י והב"ש סי' י"ג בס"ק כ"ז. ומסתברא טעמייהו עפ"י המבואר בתשו' ריב"ש סי' תס"ג דנתנתו למניקה אסורה משום שמא תחזור ושמא עשתה בכיון כדי שתנשא. ועיי' בתשו' הגאון הקדוש מוה' ע"א זצוק"ל (סי' צ"ה) דהא דהוצרך לטעם השני הוא דאלת"ה אכתי תישתרי היכא דנתנה וכבר עברו עליה ג"ח דבין כך ובין כך תו א"א לה שתניק אפי' אם לא תנשא ואזדא ליה לחשש סכנה בנשואיה ולהכי הוסיף לחשש השני. איברא הניח בצ"ע דא"כ ביום א' בחיי הבעל ועברו עליה ג' חדשים אח"כ תישתרי. והריב"ש בעצמו שם פסק כדברי סמ"ג דצריכה ג"ח בחיי בעלה. ולפע"ד לק"מ כיון דחכמים חששו לשמא תחזור המינקת ויצטרך לאמו ומש"ה אמרו דלא תנשא משום חשש סכנת הולד. וכיון שהיא הפסיקה חלבה לאחר מיתת הבעל ולא סייעתה בהנקה לולד זה או לאחרים כדי שלא תפסוק חלבה. הרי שהכניסה את הולד בחשש סכנה מרצונה ונכנסה בכלל להרוס גדרן של חז"ל מש"ה ענשוה דלא תנשא שהרי היא עצמה היה לה לחוש שמא תחזור המינקת ותצטרך להניקו. אבל בג"ח בחיי בעלה דליכא משום חשש סכנה כלל לולד ומש"ה הוא דבעינן שתעבור ג"ח בחיי בעלה דאז נפסק חלבה כבר בחייו עד שלא הגיע לחשש סכנה. ולפ"ז מרווחים דברי הרא"ש בפסקיו דהא תינח היכא שמרצונה נתנה למניקה ונפסק חלבה לאחר מיתתו בשאט נפשה אבל היכא דנפסק חלבה ע"י אונסא בחיי הבעל ונתנה למניקה די גם ביום א'. ועיי' בתשו' מהרי"ל סי' ק"ב דאוסר בגמלתו ב"ח קודם מיתתו מפני שהסמ"ג מצריך ג"ח דווקא, צ"ל ג"כ כפשטא דמילתא דאיירי בגמלתו מרצונה. רק בטעמא דמילתא דמצריך ג"ח הוא משום קלא כי היכי דדמוהו לדבי ר"ג, ונראה לכאורה דלעולם מצריך ג"ח אבל מבואר בתשו' אשר"י וריב"ש דלא כוותיה רק הטעם כדי שתפסוק חלבה בחיי הבעל. דבל"ז דאפי' היכא דליכא קלא עדיפי מר"ג ולא גזרינן, משום דמניקתו או וגמלתו מוכיח עליה כמ"ש בשיטה הנ"ל. ועוד שהרי יצאתה מיד שמת בעלה מכלל שם מינקת לגמרי כיון שכבר נפסק חלבה אבל כ"ז דלא שלמו לה ג"ח רק אחר מיתתו הרי שהיתה בשעת מיתתו בכלל מינקת ולא יצאתה מסוג מינקת. וגם שייך בהו טעמא דריב"ש משום דבשאט נפשה נפסק חלבה אח"כ דחיישינן שעשתה בכיון כדי שתנשא:

ג וכדי לברר הדברים היטב. נתורה נא ונראה דעת הפוסקים היכא דצמקו דדיה לאחר מיתתו. או שנפסק חלבה ע"י אונסא דנפשה לאחר מיתתו. והנה בתשו' חכם צבי [סי' ס"ד] פש"ל בדעת הרא"ש והפוסקים דמותרת להנשא ודייק כן מלשון הרא"ש דנקט בחיי הבעל בנפסק חלבה משמע בצמקו אפי' לאח"מ נמי מותרת מזה משמע שהחכ"צ ס"ל בדעת הרא"ש דנפסק חלבה איירי שנפסק מרצונה. ולא ע"י סיבה דאלת"ה היינו צמקו]. איברא בתשו' מהר"ם פאדווא [סי' ל'] מבואר להיפוך דאפי' בצמקו אינה מותרת אלא בחיי הבעל וס"ל בפירושו של האשר"י הנ"ל דחיי הבעל אתרוייהו קאי ולכאורה נראה דפליגי אם חיישינן משום מסמוס ביצים וחלב לחוד אם לא. ולהכי ס"ל למהרמ"פ דאע"ג דבין כך ובין כך לא תניק עוד מ"מ משום מסמוס אסורה להנשא, והיכא דצמקו בחיי הבעל מותרת משום טעמא אחרינא משום דתיכף בשעת מיתתו לא היה עליה שם מינקת כלל כמבואר בתשו' הרא"ש (כלל נ"ג סי' ד']. איברא משמעות כה"פ לא משמע הכי ומשמע להדיא דמשום מסמוס לחוד לא אסרינן [גם יש מקום לומר שגם חכ"צ שם לא התיר רק בילדה לאח"מ אבל צמקו גם לדידיה בעינן שיצמקו מחיים]. רק דאיכא למימר דפליגי בזה דמהרמ"פ ס"ל דבעינן דוקא שלא יהיה עליה שם מינקת תיכף כשמת בעלה, ואינך סברי דגם בשעת נישואין כשיהיה עליה שם מינקת הוא דאסרו חכז"ל וכ"מ להדיא בתשו' הריב"ש סי' תס"ג הנ"ל, שהרי מפרש הטעם דנתנה אסורה משום דחיישינן שמא בכיון עשתה כן ומשמע להדיא דהיכא דאיכא אונסא דמוכח מותרת. איברא דקשיא לדעת הריב"ש וחכ"צ דאסרי אפי' בנשבעה משום גזירה. וכשם דגזרינן בהבחנה ה"ה במינקת כקו' הש"ס וכמ"ש במרדכי פ' החולץ דעיקר קושי' הש"ס קאי אנשבעה המינקת. והרי בהבחנה אע"ג דאישתני גופה לגמרי כאיילונית וזקנה אפ"ה גזרו. וא"כ בצמקו נמי מאי אמרת משום דנתנה בנה למניקה דדמי למיאון דה"נ מניקתה מ"ע. דא"כ בנשבעה נמי הרי השתא אין שם מינקת עליה. אלא משום דגזרינן אטו לא נשבעה. כיון דהשתא לא נגמר ההיתר משום דנתנה אלא משום דנשבעה ובזה איכא למיגזר משום דשבועה לא מינכר ול"ד למיאון. א"כ בצמקו לאח"מ נמי. שהרי כל כמה דלא מינכר בעליל ע"י מעשה בפועל ל"ד למיאון. לכן אע"ג דמינכר ע"י מידי דממילא לא עדיף מזקנה ואילונית. לכן נראה דלכ"ע ל"מ צמקו לאח"מ אפי' בנתנה. והכוונה בדברי ריב"ש נראה דמש"ה חידש דבנתנה אפי' לאחר ג"ח אסורה משום דחיישינן שמא בכיון עשתה כן היינו משום כי היכי דלא תועיל להתירה אפי' בנשבעה המינקת. משום דקנסוה על שהפקיעה תק"ח כנ"ל ואע"ג דהשתא דנשבעה הרי נפל אזדא ליה לחשש סכנה מ"מ גזרינן אטו לא נשבעה אבל היכא דצמקו אח"כ מהני מיהת היכא דנשבעה

שהרי גם בהבחנה ל"מ אלא חדא גזירה. אבל דנגזור צמקו אטו ל"צ ונשבעה אטו לא נשבעה לתרווייהו בהדי הדדי בוודאי ל"ח נמצא מוכח מיהת מדברי ריב"ש דהיכא דצמקו לאח"מ הבעל או שנפסק חלבה אח"כ ע"י אונס אחר מהני נתנה על ידי שבועה עד"ר מצד עיקר הדין:

והנה עד כה ירדנו לפרש סוגיות הש"ס והפוסקים לדעת רה"פ דסברי דלא מהני נתנה אפי' ע"י שבועה. איברא לדעת אחרים מובא בר"ן דמהני ע"י שבועה אפי' בלא צמקו. לדידהו צ"ל דקושית הש"ס קאי מחמת כ"ש דאם גזרו באיילונית וזקנה אטו אחריתי מכ"ש שיש לגזור בנתנה לשמא תחזור ובגמלתו לדילמא עדיין צריך להניקו:

ד והא דסברי דמהני נשבעה ול"ג אטו לא נשבעה. כי היכי דגזרו גבי הבחנה אטו אחריתי. נראה דטעמייהו דידהו משום דסברי כיון דנתנה למניקה דמי ליוצאת במיאון דה"נ מניקתה מ"ע. רק משום דאכתי יש לחוש שמא תיהדר. ולהכי כיון דנשבעה ונסתלק הגורם הדר דינא לקבוע ההיתר משום דנתנה למניקה ובזה לא גזרו אטו לא נתנה משום דדמי למיאון, וכה"ג פליגי הפוסקים היכא דקידשה ע"י שלוחים בכסף והוא מודית שקבלם אם נדונים משום עדים כיון דנסתלק הגורם או דאמרינן כיון דנסתלקו מתחילה מתורת עדים תו לא נידון רק משום הודאה לחוד וא"מ. [עיי' בש"ע אה"ע [סי' ל"ה ס"ב] ובח"מ וב"ח שם. והרשב"א קידושין [דף מ"ג ע"א] נסתפק בזה] וה"נ כיון שנסתלק להיתרא דנתנה משום חששא תו אינו חוזר וניעור לקבוע היתרא משום דנתנה רק משום דנשבעה. ובזה איכא למיגזר אטו ל"נ, וכד דייקת תמצא בריש עירובין (דף ה' ע"א) בתוס' ד"ה סוף מבוי דפליגי בכעין סברא זו רש"י ותוס', דלרש"י דינא כסוף מבוי משום דחוזר וניעור. ולתוס' דינו כתח"מ. נמצא לפ"ז אין לפקפק דבנ"ד מהני מה שנתנה להניקו ושמטה דד מפיו יותר משני חדשים בחיי הבעל עד עתה שהוא יותר מששה עשר חדשים. גם אין לפקפק משום דקצת אחרונים מחמירים דלא סמכינן ע"ד רופאים מה שהעמידו על אומדן דעתן. משום דכל היכא דנראה קצת רגלים לדבריהם, סמכינן לכ"ע כמבואר בתשו' פמ"א סי' י"א בח"ר], וגם היתרא של פ"י בק"א שייך כאן ביתר שאת כיון דעתה נסתלק חשש סכנת הולד רק משום גזירה או קנסא הוא דיש לחוש אזי מותרת לאחר ט"ו חודש:

לכן נלפע"ד ברור דאשה האלמנה הזאת מ' פיטשע שהיתה אשת מוהר"ר ישעיה מותרת להנשא אפי' בטעם אחד מכל הנ"ל בפרט בהצטרפות כל הטעמים יחד. ובלבד שתשלש שכר מינקת עד תום כ"ד חדש ושתשבע המינקת עד"ר שלא תנשא בתוך הזמן ולא תחזור

ולדעתי ברור שכל חכמי הדור וכל איש מבין יסכים להתירה לאחר עיון היטב בפוסקים ובכל מה שכתבתי:

סימן לא

בדיני אישות

ב"ה יום ג' ט' שבט בתורה לפ"ק קוטנא יע"א

הן קבלתי מכתבו עם חד"ת הנחמדים ביום ה' בשבוע העבר ולגודל טרדותי לא יכולתי להשיבו תיכף לעומת כבוד יד"נ נ"י וגם היום עשקתי מן העת שלפני אשר אפפו עלי בענינים שונים למען אמלא רצונו כאשר קותה נפשו. הגם שבלתי איפשרי להשיבו על כל קוץ וקוץ תילי תילים כאשר קותה נפשו הרחבה וידו הגדולה בגפ"ת ובכל אלה צמאה נפשו לשמוע ממני בלמודים אוחילה לבל יאשימני בזה בשכבר הודעתי למעכ"ת כי ידי כבדה עלי להאריך בכתובים וגם עשתנותי נבוכים בטרדות שונות ונפוצות בלמודים אחרים, כי בענינים האלו כבר יגעתי בעזה"י והערכתים בספרי זית רענן ח"ר ונשרפו בתוך הדפוס בווארשא ומעט מזעיר אשר הוצלו:

בדבר שאלתו בנידון עגונה מעיר אחת אשר בעלה רצה לטבוע א"ע ועכבוהו, ואח"כ נעלם מהם ומצאו אחר איזה שבועות מת אחד על הנהר והוציאוהו מן הנהר ונשתהא איזה ימים והביאוהו לעיר הנ"ל, והכירו אותו ב' עדים בטביעת עין. וב' עדים אחרים לא הכירו אותו. אמנם הכירו בטב"ע את הבגדים שלו היינו (הפותטטו והטטיוזיו) שלו:

א ראשית דבר בדבר אשר התווכח מעכ"ת עם רב גדול אחד שליט"א בפילפולו העלה להתיר. והנה מתחילה אשתעשע בדבריו הנחמדים. ואח"ז בדברי מעכת"ה נ"י:

והנה עיקר הדבר אשר שת ליסוד ומצב להתיר מדברי הרמב"ם [פ"ז מה' נחלות ה"ג] והוכיח מדבריו הא דאין מעידין אלא עד ג' ימים דאינו אלא חששא דרבנן שהרי פסק בכל הני דאין מעידין שהאחים יורדין לנחלה ע"פ, ומסתמא כל הני דתנן במתניתין יבמות (ק"כ ע"א) דמו להדדי וכמו שכתוב בתשובת הריב"ש (סי' שע"ט) לפי שיטתו שם דאם נשאת תצא]. ולבבי לא כן ידמה ואדרבה מוכח מדבריו להיפוך דס"ל שהוא מדאורייתא, והוא מדנקט שם דדווקא באבד זכרו וגם שמעו בו שמת דהיינו ע"י קול הוא דיורדין לנחלה ע"פ, ש"מ דבלא זה אין יורדין, וגם גבי א"א אם נשאת תצא, והרי הרמב"ם פוסק לכלל גמור דבכל חששא דרבנן אם נשאת ל"ת, עיין פרק י' מה' גירושין ה"ב] וטעמא דמילתא דאנן פסקינן בבבא בתרא (דף קע"ב ע"ב] ובש"ע חו"מ (סי' מ"ט) דלא חיישינן לנפילה, ולהכי בנמצא מגויד או צלוב לכדתימא שאינו זה הרי בע"כ צ"ל שבעל האשה הזאת נאבד בתוך העולם וכיון שעברו איזה שנים ולא נשמע ממנו משה"ט הוא דאמרינן

שהוא בעל האשה הזאת כדי שלא נחזיקהו בנפילה, וכ"כ בס' זית רענן ח"ר [בתק"ע ה"ג סי' ב' אות ח"י] ועיי' עוד שם (סי' ב' סוף אות ג') מה שכתבתי בזה:

ב גם בדבר שחידש הרב הנ"ל על קושי' תוס' בכורות דף כ' ע"ב] ופוסקים דמפני מה לא אמרינן סמוך מיעוטא לחזקה גבי רוב מצויין אצל שחיטה ותירץ דגבי איסורין הוא דאזלינן בתר רובא שהרי אינן צריכין לתורת עדות שהרי עד אחד ואפי' אשה נאמנים משא"כ בדבר שבערוה. וכן לענין ממון דאינם נאמנים ובעינן דווקא לתורת עדות ומש"ה לא מהני רובא:

יש לדחות דאם באנו להשוותו לע"א א"כ גם להחמיר לא יועיל רובא שהרי ע"א אינו נאמן אפי' להחמיר. ורובא בוודאי מהני להחמיר גבי רובא מקדשי והדר מסבלי קדושין דף נ' ע"ב] לדעת תוס' ולדעת רש"י דחיישינן דקדשה בסבלונות הוא להיפוך. וחיישינן מדאורייתא שהרי החמירו מדרבנן לחוש גם למיעוטא לגירסת הר"ח ש"מ דגבי רובא הוי חשש מדאורייתא [הגם דחזקת פנויה מסייע למיעוט]. וע"א בקידושין לא מהני לכל הפוסקים. (עיי' ש"ע אה"ע סי' מ"ב סעיף ב') זולת הסמ"ג לבד שהחמיר [ואפשר שהוא רק מדרבנן] ועוד דגם באשה שהלך בעלה וצרתה למדה"י יבמות (ד' קי"ט ע"א) משמע דאינה מתייבמת מדאורייתא, ועוד הכי ס"ד דגבי דבר שבערוה ל"א רובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא שהרי גבי ממון גופא מבואר להדיא דאזלינן בזה בתר רובא וכן גבי נפשות [סנהדרין ס"ט ע"א], ובע"כ צריכין לחלק דהאי רובא עדיפא, ובדרך זה תירצו בתוספ' בכורות ג"כ על רובא דמצויין משום דהאי רובא עדיף. שהרי אין לומר דדוקא גבי דבר שבערוה הוא דלא מהני רובא משום דבעינן עדים. שהרי מועיל מיהת גם גבי דבר שבערוה שיבא לכלל ספק מדאורייתא כמ"ש, וכיון שכן שפיר הקשו דא"כ גבי איסורין נמי נימא סמוך מיעוטא לחזקה דלענין ספיקא שוב אין לחלק בין דבר שבערוה לשאר איסורין דמה לי איסור לאו או איסור כרת לענין הנוגע בדאורייתא רק בדרבנן מצינו שהחמירו באיסור כרת, עיין יבמות (דף ל"ו ע"ב) בתוס' ד"ה הא לא וברש"י יבמות ד' קי"ט ע"א ד"ה מה]:

גם מ"ש דגבי אשה שהלכה לא תנשא מדאורייתא לדעת הרמב"ם, לא משמע כן מדברי קדשו [פ"ג מהלכות יבום הט"ז] שלא הביא שם בפירוש דלא תנשא רק בהבלעה בעלמא במתק לשונו שם איזה פעמים. ומשמע מזה שהוא רק חומרא בעלמא מדרבנן:

ג כללו ש"ד דלדעת התוס' איכא תלתא רובי, רוב גרוע כגון האי דרוב תינוקות בקידושין (ד' פ' ע"א) ובתוס' שם תד"ה סמוך. ורוב בינוני וכנגד רוב זה הוא דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה. ורוב מעליא כגון רובא דמהני אף לד"נ ומכ"ש גבי ממון כדאיתא בריש סנהדרין

(דף ג') ועיין שם (דף ס"ט) דרובא דיולדות לתשעה מהני אפי' לענין נפשות ומכ"ש לגבי ממון. וכן רובא דטעו בעיבורא דירחא דמהני לענין נפשות ולענין ממון [וכן מבואר בח"מ סי' ל' סעיף ז'] אלמא דל"א בהנך רובי דעדיפי סמוך מיעוטא לחזקה. וכן רובא דאינן סריסין ואיילונית מהני ג"כ בין לדיני נפשות ובין לדיני ממונות. דמסתברא בזה כמ"ש בתוס' ריש סנהדרין דדוקא רובא דלרדיא שהוא רק רוב בינוני הוא דלא מהני גבי ממון. וכן בד"נ לא אזלינן בתר רוב כזה. ומ"ש בב"ק ריש פ' המניח דדוקא רובא דדיינים הוא דמהני לד"מ אבל בשאר רובא אע"ג דמהני לד"נ אבל בד"מ לא מהני מידי משום דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה אינם מובנים כלל שהרי גם בד"נ איכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה שהרי אית ליה חזקת כשרות וחזקה דגופא שישאר בחיותי' כאשר הי' ומלבד זה הרי רובא דטעו בעיבורא דירחא דמהני גבי ממון [וכ"מ בתומים סי' ל' ס"ק י'] אע"ג דא"ל סמ"ל. וכן רובא דאינן איילונית וסריסים מהני ג"כ לענין ממון לענין כתובה וכה"ג. וצריכין לדחוק טובא ליישב דברי התוס'. אלא מחוורתא דמילתא דכל רובא דמהני לענין ד"נ ש"מ דהוי רובא מעליא וכשם דל"א סמוך מיעוטא לחזקה גבי ד"נ ה"ה נמי לענין ד"מ ודבר שבערוה:

ד ועפ"ז דבריהם יבמות (דף ל"ז ע"א) בד"ה וזו וז"ל תימא דאמאי לא מוקמינן לה בחזקת היתר ליבם וכו' דסמוך מיעוט יולדות לשבעה לחזקה וכו' יעו"ש היטב, וזה תמוה כיון דרובא דיולדות לתשעה מהני לדיני נפשות כדאיתא להדיא סנהדרין (ד' ס"ט) לענין בן סורר ומורה שוב לא שייך למימר בי' סמ"ל, דאי לא תימא הכי לא יהרג בן סורר ומורה רק עד תרי ירחי ותילתא משום סמוך מיעוטא לגבי חזקת פטור דידיה (ויש לדחות בדוחק). וממילא נקל בזה ליישב ג"כ עיקר קושייתם שהרי עודנה קשה דנימא אוקי רובא לגבי רובא ונעמידנה על חזקת היתר ליבם. דהיינו טעמא דרובא יולדות לתשעה עדיף טובא שהרי מהני אף לענין דיני נפשות, ורובא דניכר לשליש ימיה לא מהני לסלק ולנגד לרוב אלים כזה, רק בהדי חזקה דידה הוא דמהני לאשוויי ספיקא ואז נידון כספק השקול ומש"ה חייב באשם תלוי והולד שני ספק ממזר:

אחר כתבי זאת אמרתי להשאיל ספרו של הרב הגאון אמתי מרן הקדוש מוה' ע"א זצוק"ל ואראה מ"ש שם בזה בס' דרוש וחידוש ומצאתי את שאהבה נפשי. ותוכן דברי קדשו שהרי בע"כ צ"ל דקושיית התוס' קאי מסתימת המשנה משמע דאתי אפי' כר"מ ולדידי' דחייש למיעוטא מדרבנן והיכא דא"ל סמוך מיעוטא לחזקה חיישינן מדאורייתא [ועיין בתוס' יבמות דף קי"ט]. אבל לרבנן לק"מ דגם היכא דאיכא להסמיך מיעוט לחזקה הוא רק מדרבנן להחמיר (וכמו שאכתוב בזה לקמן] אבל הכא דאיירי לענין אשם תלוי ולענין

ספק ממזר פשיטא דאזלינן בתר דינא דאורייתא. וזאת הניח שם בצע"ג דאמאי לא הקשו תוס' להיפך ויסוב הקושיא גם לרבנן דנוקי רובא דיולדות לט' נגד רובא דניכר לשליש ימיה ונסתלקו שניהם והדר נוקמינה אחזקה דנתחזקה בח"ה ליבום והניח בצע"ג (ועיין בספרי תפארת ירושלים מס' יבמות אות מ"ו):

ולדברינו הנ"ל יתיישב היטב שהרי בע"כ צ"ל בלא זה שיסוד דבריהם אזדו הכא לשיטתם בב"ק והוא דק"ו דריש סנהדרין (דף ג' ע"ב) דיני ממונות מדיני נפשות הוא רק ברובא דיינים לפי שנתברר להם בבירור גמור שדעתם עיקר ודעת היחיד החולק בטל לגמרי ודעתם אמת ונכון להלכה ודעת החולק דעתו נכזבה מש"ה לא שייך לומר בזה סמוך מיעוטא לחזקה שהרי דעת היחיד כאילו לא היה לגמרי. משא"כ בכל רובי ומיעוטי דמ"מ לא נוכל לומר דליכא מיעוטא כלל מש"ה לא אמרינן דניזל בתר רובא משום דאיכא למימר סמוך מיעוטא לחזקה לגבי ממון וכן בכל דבר דא"ל סמ"ל לא אזלינן בת"ר. וצ"ל לדעתם דגבי נפשות ל"ש סמ"ל משום דבוודאי עבר לפניהם והוחזק לרשע ומש"ה קסברי שם דאפי' ברובא דמצינו להדיא דאזלינן בתרי' בד"נ מ"מ ל"מ בד"מ משום דא"ל סמ"ל. וגם צ"ל דהאי רובא דאינשי דטעו בעיבורא דירחא דאזלינן בתרי' אפי' בד"מ. דש"ה דליכא למימר סמוך מיעוטא לחזקת ממון משום דאיכא חזקת כשרות דעדים נגד החז"מ דידיה. וכן רובא דאינן איילונית לענין כתובה נ"ל סמל"ח משום דאכתי לא נמצא ריעותא לפנינו. וכמ"ש הב"ש (סי' ט' סק"ד) על קושיית תוס' יבמות (דף ס"ה) יעו"ש היטב:

[**ובזה** יש מקום ליישב השקלא וטרי' דש"ס סנהדרין (דף ס"ט] אם אזלינן בד"נ בתר רובא אע"פ שכבר קבעו ביה מסמורות נטועות בריש חולין דאזלינן בתר רובא עי"ש [דף יא] וכן הקשה הר"ן. דהתם שאני דלא נמצא ריעותא לפנינו, והנידון הוא על אדם ידוע, משא"כ הכא גבי בן סו"מ שהנידון הוא על דבר ענין שמבחוץ אם בתרי ירחי ותלתא ראוי לקרות אב, וכן בעדים שהריעותא לפנינו. והא דמביא הש"ס ראיה מקטנה אע"ג דליכא ריעותא לפנינו מ"מ כל היכא דאיכא לברורי להמתין עד שתגדל לא גרע מהיכא דאיכא ריעותא, אבל לענין כתובה שכתבנו ל"ש לומר דאיכא לברורי שהרי תפסיד עד עת ההיא, ועיין מכות (דף ג)]:

ולפ"ז ניחא דלא יכלו להקשות דנוקים רובא בהדי רובא והדר נעמידנה אחזקת היתר ליבום. דזהו פש"ל דרובא דמצינו להדיא דאזלינן בתריה אפילו בד"נ אע"ג דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה. אזי רוב זה אלים יותר משאר רובי דלא מצינו בד"נ, מש"ה רובא דיולדות לט' מצינו להדיא בסנהדרין (דף ס"ט) דאזלינן בתריה בד"נ נתעלה למעליותא

נגד רובא דניכר לשליש ימיה. שהרי התם גבי סו"מ אפילו דנידון כמחצה ע"מ אם ניכר לשליש או לא מ"מ מספיקא לא קטלינן ליה], ומש"ה הקשו רק ע"י סמ"ל משום דאפילו ברובא דאזלינן בתריה בד"נ מ"מ ל"מ בד"מ משום דא"ל סמ"ל ושאני ד"נ דל"ש ביה סמ"ל כמ"ש לעיל לשיטתם בב"ק, ועיין:

ה וכן הא דאמרינן יבמות (דף ק' ע"ב) הוא אינו יורש אותם וכו' הוא ג"כ מטעמים שכתבנו דאע"ג דאיכא רובא דאזלינן בתריה אפילו בד"נ ההיא דיולדות לט' ואפ"ה אינו יורש את הראשון הוא ג"כ מטעם דסמכינן רוב השני [דקלישא מיניה טובא] והוא רובא דיולדות לט' ניכר לשליש ימיה לגבי חזקת ממון לפי דנכסים בחזקת יורשים קיימי והיינו היורש וודאי. וא"ל דניזל בתר רוב דיולדות לט' והוא היורש את הראשון וקיימי הנכסים בחזקתיה. דזה אינו מן המדה והשכל הישר דטרם שבאנו לידון מחמת הרוב כבר גזרנו עפ"י שורת הדין דאין ספק מוציא מידי ודאי והוחזקו הנכסים בחזקת היורש הודאי ורק ע"י הרוב דיולדות לט' אתה בא להוציאו מידי חזקתו הראשונה, לכן אמרינן סמוך רוב השני לגבי חזקת ממון ועודנו נשאר בחזקתו הראשונה. ולדבריהם בב"ק אמרינן סמוך מיעוטא לבהדי חז"מ. ולקושטא גם התם קשיא קושיא זו בעצמו מה שהקשו (בדף ל"ז) דא"כ אמאי אינו יורש את השני כיון שכבר הורע כוחו של חז"מ מפני שכבר צרפת את חז"מ לבהדי מיעוטא דיולדות לז', ועיין בעה"מ ורמב"ן כתובות ריש פ' האשה שנתארמלה דאפי' ע"י חזקה ורובא מוציאין. והא דלא הקשו על משנה זו מפני שהתם יש לומר דאיירי כפשטא דמילתא שכבר יש לה בנים מן הראשון רק על ולד זה הוא דמספ"ל ושפיר איפשר לומר משום דאיכא רובא אחריתא דרוב נשים מתעברות ויולדות וכאשר דחו התם רבותינו בעלי תוס' יבמות [ד' ל"ז] רק דהתם דחיקא להו משום דמשמע דאיירי כששהתה תחת בעלה ולא ילדה ועומדת בחזקת היתר ליבם. ועיין בכ"ז וישים ג"כ עיונו בדברי רבינו אשרי יבמות (פרק החולץ סימן ח') גבי ספק ויבם בנכסי מיתנא. דהיכא דליתא לסבא אזי הנכסים בחזקת יבם קיימי משום דאין ספק מוציא מידי וודאי והוא כמ"ש:

ו גם בעיקר מ"ש (הרב הג' מובא באות א') דגבי דבר שבערוה לא מהני רובא ואמרינן סמ"ל מדאורייתא. והחליט זה נגד כל האחרונים, ועי"ז נתיישב לדעתו קושיית התוס' בכורות (דף כ') על רוב מצויין אצל שחיטה [כנ"ל באות ב']:

והנה מזה כביר ששמעתי לשמעו הטוב וגודל תשוקתו ושקידתו על דלתי התורה בש"ס ופוסקים אהבת עולם אהבתיהו. אבל בזה לא נחה דעתי כי ירהיב בנפשו עוז ויצא לחלוק על כל דעות רבותינו האחרונים טרם שישים עיונו הזך בש"ס ופוסקים:

והרי איתא להדיא בריש גיטין דאמרינן לרבנן רוב בקיאים הם ולר"מ דחייש למיעוטא וכו' ורבנן הוא דאצרוך וכו'. הרי להדיא כדבריהם דלרבנן מספיק ברוב בקיאים לחודא לחשש דאורייתא רק לר"מ הוא שחידשו מטעם סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי הרי בע"כ צ"ל דלא אמרינן סמ"ל מדאורייתא אפי' בדבר שבערוה. וזהו שחידשו תוס' דרוב מצויין א"ש עדיף והוי כמו מיעוטא דמיעוטא מפני דדמי לסתם ספרי דדייני ה"ה נמי בכל המתעסקים בשחיטה. רק בדבר שבערוה החמירו לכתחילה אפי' במיעוטא דמיעוטא כמו במים שאין להם סוף וכדומה. כמו שכתבו תוס' בכ"ד:

גם מסוגיא דסימנין משמע כן. שהרי אם אמרינן סימנין דאורייתא לגבי אבידה מהני נמי גבי גט אשה וגבי סימני המת, דמ"מ לא עדיפי סימנים מרובא, שהרי אם אמרינן סימנין דרבנן ל"מ אפילו לגבי אבידה בע"כ צ"ל דמיגרע גרע מרובא שע"י רוב מחזירין האבידה ק"ו מקורבא גבי ניפול בבבא בתרא (דף כ"ג). והשתא את"ל דסמוך מיעוטא לגבי חזקה הוא דאורייתא איך נלמוד מסימנין דאבידה לגבי גט אשה וגבי מיתה. ואע"ג דגבי גט א"ל משום דידעינן שהשליח זה היה הגט בידו כבר. ומאחר לא ידעינן. מ"מ לגבי מיתה מא"ל. ובשלמא אי אמרינן דסמוך מל"ח הוא רק מדרבנן, אפ"ל דוקא גבי יבם זימנין דסניא ליה אבל לגבי בעלה איתרע ע"י דיוקא דידה], ומה הקשו שם ממתניתין דאין מעידין אע"פ שיש סימנין בגופו ובכליו. (ומהאי דאין מעידין עה"ש ל"ק דיש לומר דמכללו שמעינן דאין מעידין אפי' כשידעינן שבעל האשה הלך בדרך זה והוי דומיא דגט אשה וכמו האי דיצחק ר"ג לדעת רמב"ן שם):

אמנם למ"ש בס' זית רענן בתק"ע נדחה ראיה זו שתירצתי בזה דברי ריב"ש דס"ל דגבי מיתה איכא תרי חזקה וקשיא לדידיה מקו' הש"ס דאין מעידין וכו' אע"פ שיש סימנין וכו' וכן מקו' הש"ס בכורות (דף מ"ז ע"ב) לר"י דפדחת פוטרת בכ"מ אפילו לנחלה ממתניתין דאין מעידין. ומאי ק"ל דלענין הכרה סגי ברובא ורובא דאינשי מינכרי ע"י פדחת בלא חוטם משא"כ בעדות אשה דא"ל סמוך מיעוטא לחזקה. א"ו דזהו גופא מדרבנן וקס"ד דלענין דרבנן מהני מיהת ס"א דגוף או דכלים ול"ח לשאלה כדאיתא בתשו' הרא"ש [כלל ב' סי' ט"ז]. ומשני כיון דעיקרו דאורייתא חיישינן מיהת מדרבנן ומש"ה ל"מ אפי' בהדי צירוף דסימנין וכלים. ודוחק לומר דמשום דדייקא מרעא לחזקת א"א גם בתחילתו דאיכא חשש בדדמי אפילו לענין דאורייתא ועוד דע"כ ל"מ אלא בסופו כגון לגבי תו"ת בתוס' כתובות כ"ב ע"ב ד"ה הבא] או בע"א [יבמות צ"ג ע"ב קט"ו ע"ב עיי"ש] אבל בתחלתו ולענין דאורייתא רחוק מן הסברא לומר כן:

ז ומה שנתעורר בסימנין וסימנין יניח בבבא מציעא [דף כ"ח] אמאי לא אזלינן בתר קורבא יפה הערה. איברא תירוצו לא נראה כלל שיצא להשוותו לדברי תה"ד סי' שי"ד (מובא ברמ"א רצ"ב ס"י) ומקורו מדברי התוס' ריש ב"מ שהנפקד תופס בחזקת שניהם וכן מוצא האבידה מוחזק בחזקת שניהם ומסיק שם להלכה בשנים שהפקידו כלים זה הרבה והשני פחות ממנו דהיכא שנאבדו ממנו אמרינן כל דפריש מרובא פריש דאע"ג שהנפקד מוחזק בחזקת שניהם מ"מ לסלק הרוב בעינן חזקה מעלייתא. אבל מחזקה רפויה כזה מוציאין. והוא שכתבו בתוס' דכל שבא לידו שלא מדעת בעלים אזלינן בתר רוב והכא לסלק הקורבא דגרע מרוב מהני גם חזקה כזו. ואין הנידון דומה לדבריהם דהכא מוצא האבידה הוא כיד הבעלים ועומד ברשות בעלים למי שהן. וכיון דדינא הוא דאזלינן בתר קורבא והוא הבעלים של האבידה זו. אזי גם המוצא הוא רק כמוחזק בעדו ולא בשביל האחר ובעובדא דתה"ד הרי היה מתחילה קודם שנאבדו מוחזק בחזקת שניהם וכן בתוס' יומא [דף פ"ה ותוס' ספ"ק דכתובות גבי תינוק מושלך] דהתם אם לא ניזל בתר רוב הרי היא של המוצא עצמו. ועוד דאכתי קשיא גם אארבא ששניהם אינם מוחזקים ואמרינן ביה כל דאלים גבר [ב"ב דף ל"ד ע"ב] אמאי לא אזלינן בתר קורבא כמו גבי עגלה ערופה דאמרינן שהקרוב עשה המעשה הזאת, ה"נ נימא שהקרוב משפת הים הוא עשה הארבא או קנאה ולא הרחוק. ונראה לי דעיקרא דמילתא דלא מצינו למיזל בתר קורבא. רק בשמא ושמא. אבל לא כנגד ברי דאידך. בוא וראה גודל מעליותא של טענת ברי שהרי אפי' בשו"ש אזלינן בתר חז"ה כמ"ש תוס' כתובות [ד' ל"ו] גבי חרשת ולגבי ברי למ"מ אפי' בו"ב. ועיין באשרי [פ"ק דכתובות סימן ח"י] גבי משארסתני נאנסתי דנתעלה טענת ברי דידה אפי' נגד חז"מ וס"ס ורובא דרצון שכולם מסייעים לבעל ולגבי דידה ליכא רק ח"ה וטענת ברי וח"ה מהני נגד חז"מ דידיה גם בשו"ש וברי דידה קיימא נגד ס"ס דעדיף מרובא לכ"פ] ונגד רוב רצון:

ח גם מ"ש דבדבר דרבנן יש לסמוך על כלים דלא מושלי כמ"ש האחרונים. הנה בזה אין לספק, איברא כבר כתבנו באות א'] שגם הרמב"ם ס"ל דהנך דאין מעידין הוא מדאורייתא ואפי' אם נשאת תצא רק היכא שאבד זכרונו דהיינו שכבר עברו איזה שנים ולא נשמע ממנו כלל. הוא דלכתחילה לת"נ. ואפי' למ"ש בס' זי"ר ליישב קו' כ"מ דבתחילת דבריו לא נקט רק שאבד זכרו ולבסוף נקט גם ששמעו בו שמת בהדייהו דהיינו דמשום דלא תצא סגי באבד זכרו לחוד משום דאשה דייקא ומינסבא מרעא לחזקת א"א. [וצ"ל דהכא סמכו גם בתחילתה על דיוקא דידה משום צירוף כל הנך למעליותא דראוהו מגויד וגם א"ז]. אבל להורידם לנחלה הוא דבעינן גם ששמעו בו שמת. אבל מ"מ היכא דלא אבד

זכרו אזי תצא מדאורייתא לדעת הרמב"ם והריב"ש (סי' שע"ט], ולא מצאתי מי שיחלוק עליהם. רק ראה זה מצאתי בתשו' מהר"ם מרוטנבורג (תשו' תקע"ב] וז"ל בתה"ד ויש מקומות שהחמירו חכמים ולא חשו לעיגון כמו במשאל"ס וכן דראוהו מגויד או צלוב שהחיה אוכלת בו ולא אזלי בתר אומדנא דשכיח. ומה שלפעמים הקילו משום עיגונא מפורש בפרק יש בכור כי אקילו בסופה וכו' עכ"ל. ולקושטא יש לספק בנידון זה גם כשאבד זכרו אם מהני אפי' בדיעבד אע"ג דא"ז הוי אומדנא טובא למעליותא עיין בתרומת הדשן בפסקי מהרי"א [סי' קל"ט] שהתיר בדיעבד כשניסת עפ"י חכם שהתירה רק משום דאבד זכרו. [אע"ג דחלילה לנו להקל בזה אפי' בדיעבד כיון שלא נמצא בפירוש דבר זה בראשונים ואחרונים ועוד שהרי מדברי הרמב"ם פרק ז' מהלכות נחלות ה"ג], מבואר להיפוך דדוקא במגויד או צלוב הוא דמהני בדיעבד היכא דא"ז], מ"מ זהו דוקא באדם בן דעת שדרכו לספר ולהגיד שמו ומקומו. אבל באיש הזה שהוא בעל מ"ש ודרכם להתבודד בפ"ע ואינם משיחים עם הבריות כלל אפשר דלמ"מ אפי' ע"י צירוף ט"ע גרוע כגון באשתהי גם בשכבר ניסת:

ט ומ"ש כיון שהכירו [הפלאשטש והשטיוויל] בט"ע הוי ככלים דלמ"ש וכדברי המהרי"ט דבכל הבגדים ל"ח לשאלה אתפלא עליו מאד היאך יעלה על דעת נבון ומשכיל כמוהו לטעות בזה. דמהרי"ט מיירי בכל הבגדים כולם באין מחסור אבל באיזה בגדים לכ"ע חיישינן לשאלה, וכ"מ להדיא מדברי רש"י יבמות דף ק"כ ע"ב] בד"ה מנחשי וכו' ואי קשיא הא קתני או שנמצאו בין כליו כו' ל"ק כליו דמתניתין היינו בגדיו ודרך להשאיל מלבושים עכ"ל עיי' בתה"ד בפסקיו (סי' קס"א) וז"ל בתוך הדיבור נראה דוודאי לא היה דעתו דנסמוך על סי' כלים לחוד דתלמוד ערוך הוא דחיישינן לשאלה רק טבעת כיס וארנקי ואוכף כדמפרש בהו תלמודא טעמא אמאי לחל"ש, אבל שאר כלים דלא מפרש תלמודא. מסתמא אין לנו לבדות סברא מלבנו ולומר דאף בהו לחל"ש כו' יעו"ש [וצע"ק דמסיום דברי רש"י הנ"ל ל"מ הכי וצ"ל דקאי רק על מלבושים כולם ואפי' בכתונת א' חיישינן לשאלה]:

ומ"ש בתחילת תשובתו דבנידון זה לא נסמוך על דעת הר"ת בתוס' יבמות (דף ק"כ) ד"ה אין וגם הטור (סי' י"ז) מביא דעתו] דאם גופו שלם מעידין אפילו באשתהי. משום דעיקר סברתו מפני דגופו שלם ניכר לכל בלא נידנוד ספק וכל הרואה אותו יאמר כי הוא זה ולא יפיג לבבו. אבל בנ"ד ששנים הכירוהו ושנים לא הכירוהו נראה להדיא שנשתנה כל כך עד כי אי אפשר להכירו עוד בפומבי בט"ע ושפיר איכא למיחש שע"י שינוי שגו המכירים ברואה ונדמה להם שזהו. וזהו סברא נכונה וראוי למ"ש:

ובעיקר הדבר כבר הוא מבואר בריב"ש (ס"ס שע"ח) דהיכא דלא חזו בשעתיה דאפילו לדעת ר"ת לא מהני מידי אפילו כשגופו שלם דר"ת לא מיקל אלא ביבשה לאחר ג' ימים אבל במים גם לדעתו ל"מ גופו שלם היכא דלא חזו לאלתר. וכ"מ בתשו' מהר"ם אלשקר (סי' קכ"ה קכ"ו) ולא נמצא מי שמיקל בזה רק דעת הטור דבלא ראו הטביעה ל"ב לאלתר: גם מ"ש הרב הנ"ל בסוף דבריו דגוסס שנפל למשאל"ס יש להתיר ע"י תרתי רובי כדברי תשו' הריב"ש, ול"ק מדברי התוס' (דף קכ"א) ד"ה ולא היא דהתם לא נולדו תרי רובי בבת אחת כמו דמצינו גבי ס"ס. זהו ג"כ סברא נכונה וישרה לחלק במקומו. איברא דעדיין תקשה מתשו' מהר"ם מרוטנבורג (סי' תתקע"א) שאוסר להדיא במשאל"ס אפי' במקום טרשים וסלעים ועקולים וגלים גדולים היו הולכים ושוטפים כל הנמצאים יעו"ש. לכן בספרי (בתק"ע ה"ג ס"א בסוף אות ז' וח') חלקתי באופן אחר כדי להשוות גם לדעת מהר"ם מר"ב יעו"ש:

לכן כעת צדדי היתר של העלובה הזאת רפוים המה למאוד עד שאשיג את הגב"ע בבאר היטב מתי נאבד ומתי נמצא ומתי ראו אותו ובנתיים באיזה מקום היה אם בבית או בחוץ אם היה בזמן הקור אם לא ואז ברצות ד' ית"ש אולי אמצא רפאות תעלה לעגונה הילדה הזאת:

עד כה הארכתי מפני כבוד התורה וההוגים בה ושעשעתי בדברי הרב המפורסם [הנ"ל באות א']. ועתה אשתעשע את כבוד מעכ"ת יד"נ נ"י:

סימן לב

בענין הנ"ל

א ראשית דבריו ידו הדה על קושיית הנו"ב (מהד"ק בתק"ע סי' מ"ג) שהפליא על דברי תשו' הריב"ש שכתב דרובא לא עדיף מתרי חזקה שהרי פרה אדומה יוכיח שכשירה ע"י רוב והאיכא תרי חזקה המנגדים חזקת שאינו זבוח והעמיד טמא ע"ח. עיינתי בדברי קדשו ולאחר העיון נראה במחכ"ת דלק"מ דמיניה וביה אבא לשדות ב"נ שכל עיקר קושייתו סובב והולך עפ"י הקדמתו שם דהא דרובא וחזקות רובא עדיף מוכח משחיטה גופא. והא גופא תמוה שהרי התוס' חידשו זה בשם ר"ת דמפרה הוא דילפינן לה ודוחק לומר דאכתי לא ידעינן מסברא דר"א שמביא משחיטה עצמו שהרי גם בתחלת הסוגיא שם (דף י"א) בד"ה מנא ה"מ תירצו כן והוי להו למימר דרך כללא דכ"כ דלא ידעינן דאזלינן בת"ר אכתי לא ידעינן דרובא עדיף מחזקה. דעיקרו דרובא עדיף ילפינן מכל שחיטות קדשים וחולין דאע"ג דאיכא חזקת שאינו זבוח המנגדו ומדוע בחרו להם בפרטא דפרה לחוד:

לכן נראה לפענ"ד ברירא דמילתא דהא דמצרכינן למילף דרובא וחזקה רובא עדיף. זהו היכא דאיכא רובא בפ"ע שלא במקום חזקה המנגדו וגם החזקה הוא שלא במקום הרוב. ולכן במקום דפגעו תרווייהו אהדדי הוא דמצרכינן למילף דאפ"ה רובא עדיף משום דמצד הסברא היה מקום לומר דמ"מ במקום חזקה ליתא לרובא, שהרי רובא דהאי מילתא דדנין עליה הוא שלא במקום חזקה, ואכתי מנ"ל שנעמיד גם האי פרטא דאית ליה חזקה שלא יצא מכללא דרובא ודילמא האי פרטא יצא כבר מסוג הרוב המקיפו. אבל היכא דעיקרו דרובא הוא רק במקום חזקה המנגדו ונתברר לפנינו דרובא הכי איתא שלא כפי החזקה תו לא יצא מכללא דרובא. דהא גופא רובא הוא וכשם דאזלינן בתר רובא שלא במקום חזקה כלל ה"ה נמי במקום חזקה המנגדו לא נגרע כחו כלל:

ועתה נבא בארה דהא דרובא וחזקה רובא עדיף מצינו גבי חזקה ליבם ורובא לשוק (יבמות קי"ט) דרוב נשים מתעברות ויולדות הוא ברובא דעלמא שהוא בנוי על טבע העולם, לכן השתא שנפגע באשה זו שהיתה בחז"ה ליבם דאכתי יש מקום לומר דילמא לא יצאתה מחז"ה שלה. שהרי על פרט זה ליתא לרובא לדון ולומר דרוב נשים שיש להם צרות שעומדות בחז"ה. המה מתעברות ויולדות, רק דבאנו לדון דמסתמא גם במקרה זו לא יצאו מכללא דרובא. וכן בקידושין (דף פ') גבי רוב תינוקות מטפחין. רוב זה ג"כ בנוי על טבע הילדים שממשמשין בכל אשר ימצא להם, אבל אין לומר שרוב תינוקות מטפחין בעיסה שיש לה חזט"ה שנפל עתה במקרה זו. וכן גבי פרה אדומה דאע"ג דרוב בהמות כשרות היינו רוב בהמות דעלמא אבל עתה שנפל הספק על פ"א לטהר הטמאים לסלק חזקתם ליכא למימר דרוב בהמות שבאים לסלק חזקת טומאה כשרים הם. דמנא ידעינן דילמא פרה זו שבאה פעם א' לשבעים שנה (עיין פרה פ"ג משנה ה') [ועוד פרה ראשונה תוכיח] היא מן המיעוט כדי להעמיד הטמא ע"ח. לכן בכה"ג הוא דמצרכינן למילף דאפ"ה אזלינן בת"ר ולפ"ז תו לא נוכל למילף כלל מכל שחיטו' דעלמא דרובא עדיף מחזקה, שהרי איכא חזקת שאינו זבוח המנגד לרוב. שהרי כל עיקרו של הרוב זה הכי איתא, דרוב בהמות שיש להם חזקת שאינו זבוח, מ"מ נמצאו בבירור לפנינו דכשרים המה ותו לא נגרע בשמץ מנהו מכל רובא דעלמא. וממילא מובן דתו לא קשה מידי על הריב"ש. דבנידון דהתם בספינה שנטרפה בים. שהמציא שם דרובן מתים ואינן נצולים ואפ"ה תצא מדאורייתא משום דאיכא תרי חזקה. חזקת חי וחזקת אשת איש. דהתם איתא לרובא דעלמא דרוב הנטבעים דעלמא אין ניצולים. וכל כמה שאין הנידון על איש ידוע לית בהו משום חזקת חי. כמו שכתבתי כמה פעמים בזית רענן ח"ר [ומהם בתק"ע הלכה ג' סימן ד' אות ב']. ולהכי כשיסוב פני הנדון על אנשים ידועים איתא

לחזקת חי וחזקת א"א. הארכתי בזה להפיק רצון יד"נ ומובטחני שישים זאת בפלס מאזני שכלו הזך וירא ויבין כי נכון הוא לאמתו:

ונזכרתי דכעין זה כתבתי בזית רענן חלק ראשון יורה דעה הלכה ב' סימן י"א אות יו"ד] על קושיית מהרש"א בכורות (ד' כ') דלמה ל"א סמוך מיעוטא לחזקה בכל שחיטה:

ב ומ"ש יד"נ לתרץ על קושיית נוב"י הנ"ל על דברי ריב"ש דתרי חזקות שווין לרובא. והקשה מפרה אדומה דאיכא תרי חזקות ואפ"ה אזלינן בתר רובא ותירץ כת"ר דשאני בפרה אדומה דשני החזקות לא נתהוו בבת אחת דתיכף לאחר שחיטה נסתלק חזקה ראשונה דשאינה זבוחה. ע"י רובא, ואח"כ בטהרתה מסלקינן לחזקת טומאה לחודיה ע"י רוב. לא נ"ל כן דכיון שאפר פרה אסורה בהנאה. וגם משעת שחיטה כבר נאסרה, א"כ כל הכשירה משעת שחיטה והלאה הוא רק לטהר את הטמאים הרי זה כאילו הנידון היה מיד על שני חזקות האלו. כמו שכתבתי בזי"ר חלק ראשון (יור"ד הלכה ח' סימן א' אות ב' ג') יעו"ש ויתענג בם:

ג ומה שכתב כ"ת לצדד להתיר בעובדא דידן [הנזכר בסימן שלפני זה בתחילתו] משום דחשש שאלה הוא מדרבנן דחיישינן למיעוטא וגם חששא דמיתפח הוא רק מדרבנן, לא משמע כן מדאקשינן ביבמות וב"מ בסוגיא דסימנין] חמור בסימני אוכף היכי מהדרינן. משמע להדיא דמדאורייתא חיישינן לשאלה. ועיין בתוס' בבא מציעא (דף כ') ד"ה מצא. וכן באשר"י שם (סימן נ'), אע"ג דמתחילה מסתפק קצת בזה. מ"מ במסקנא משמע דס"ל כדעתם שהוא מדאורייתא. בפרט שגם כמעט כל המחברים מסכימים כן [עיין בשיטה מקובצת], וגם בגוף חשש שאלה פסקינן כן ולית מאן דפליג. רק הנמוקי יוסף. ואחריו נמשך הש"ך (סי' ס"ה ס"ק כ"ו) מסתפק בזה לדינא אם פסקינן כן. אבל זאת מבואר להדיא בדבריו דלדעת רוב הפוסקים דחיישינן לשאלה הוא חשש דאורייתא דאם תמצא לומר שהוא רק מדרבנן פשיטא שיש לחלק בין איסור אשת איש לממון שאין להוציאם מיד המוחזק כגון במצא פירות בכלי. ואפ"ה מוקי לה הש"ך שם בכלים דלא מושלי יעו"ש:

גם באישתהי מבואר להדיא בתשו' ריב"ש [סימן שע"ט] דאפי' אם נשאת תצא. ולא עוד אלא שהבא עליה בחטאת קאי ובני' בחזקת ממזרים. וגם בספק אישתהי הבא עליה באשם תלוי קאי ומי יקל ראשו נגד הריב"ש וב"י שהסכים אתו, ול"מ בראשונים מי שיחלוק עליו בזה. גם אפי' היכא דלא אישתהי במים ג' ימים ג"כ אין לחלק כמו דפסקו הרמב"ן ורשב"א דף קכ"א ע"א] ומטין גם את דברי רמב"ם לדבריהם:

ומה שכתב שהמציא בא' שנטבע במים שאין להם סוף. ושהה עד שתצא נפשו. ונמצא אח"כ שהעלוהו מן המים מת דמדינא גם מדרבנן א"צ שיכירו אותו כיון דאיכא תרי רובי. דרובא דעלמא אינן נטבעין ומסתמא זהו שנטבע. וגם שרוב הנטבעין אינם נמלטים. הגם שכבר נעשה מעשה כמ"ש מעכ"ת. מ"מ אמינא דמסתמא היה גם סעיפים אחרים להקל. אבל ע"ז אין לסמוך כלל שהרי פשטא דסוגיא גבי ע"א במלחמה [יבמות קי"א] דבעי הש"ס למיפשט מההוא דהשיא רבי עפ"י נשים דמים כמלחמה דמו ומקשינן ותסברא והא משאל"ס נינהו. הרי דבע"כ צ"ל דהתם איירי דשהו עד שתצא נפשו ולא עוד אלא דמבואר במהרי"ט (ח"ג סי' ל"א) דאפי' במעיד סתמא שפלוני נטבע מסתמא שהה כדי שתצא נפשו] מדמקשינן ממשאל"ס שהוא מדרבנן ובדלא אישתהי תצא מדאורייתא לרוב הפוסקים אפי' במשיל"ס והכי נקטינן למעשה זולת קצת מאחרונים שנבוכים בזה להקל], וע"ז מסקינן דאיירי באסקינהו קמן וחזנהו לאלתר הרי להדיא דבעינן שיכירוהו אח"כ בטביעת עין. רק אם אמרינן דחיישי' לדדמי בעינן ג"כ לצירוף סימנין. אמנם לדעת רוה"פ דנפשטה איבעיא מהאי דדיגלת. א"צ לסימנין אמצעים בהדי ט"ע, ועי' ב"ש [ס"ק פ"ג] ובירור הדברים לכל הדיעות כבר הארכנו בזה בזית רענן ח"ר בתק"ע בכ"מ [ויעו"ש ה"ג ס"ד אות י"ד] אבל ט"ע ודאי לכ"ע בעינן גם לדעת הטור והרז"ה והרא"ש דמחלקים בין ראו הטביעה ללא ראו הטביעה דאזי ל"ב לאלתר. אבל לכ"ע בעינן שיכירוהו רק דבגופו שלם ולא ראו הטביעה לא חיישינן דנשתנה ולדעת מקצת הפוסקים אפי' באין גופו שלם [ועיין בב"ש סי' י"ז ס"ק צ'] אבל בסוג זה כ"ע מודים כדמשמע להדיא פשטא דסוגיא דבעינן שיכירוהו בט"ע. וכי היכי דלס"ד דש"ס בע"כ איירי דשהה עד שתצא נפשו [או מפני דמסתמא אינו מעיד במים עד ששהה]. גם במסקנא לא נדו מיסוד זה ואפ"ה ט"ע ודאי בעינן לכ"ע ומה שמצדד להקל מפני דבשני עדים ל"ב לאלתר כבר מספ"ל ליה לב"ש בזה שם בס"ק צ'. אמנם נראה דכל זה היכא דלא מיתפח לפנינו. אבל בנ"ד אם תחקרו בזה יתברר הדבר שכבר נתפח. דכן נראה מסתמא מדלא הכירוהו אחרים היודעים אותו]:

ובעיקר הדבר שהמציא בזה מחמת תרי רובי לא אדע כלל לכלכל את דבריו דמאי ראיה מרובא דאינן נטבעין מ"מ ידעינן דאיכא כמה נטבעים במים בעולם ודרכו של משאל"ס להשיטו מרחוק והביאו שבולת מים לכאן. ומדברי הרמב"ם [פי"ג מהל' גירושין הט"ז] אין לו ראיה של כלום. דרמב"ם בע"כ איירי שנמצא הארכובה באותו מקום שהושלכו שמה וכ"מ להדיא מדבריו וכן איתא בתשובת נ"ב [סי' מ"ג] בפשיטות והוא משום כאן נמצא וכאן היה, אחר זה ראיתי במ"ש שהרשב"א מביא ראיה לחלוק על הרמב"ם מגמרא

זו. ג"כ הפירוש דאם כדברי הרמב"ם לא היה להם להוסיף במסקנא דראוהו לאלתר נימא דמצאו באותו מקום שנטבעו

גם מה שהשיב על דברי רשב"א יבמות [קכ"א ע"א] במה שהביא ראיה לדבריו לחלוק על הרמב"ם מעובדא דשני תלמידי חכמים [בדף קט"ו] דהתם איירי בלא ראו הטביעה. אתפלא עליו מאד שהרהיב בנפשו עוז להשיג על דברי רבינו רשב"א אשר כל בית ישראל נשען עליו, כעל איש כערכו. ומלבד שדבריו הם כנגד בעלי התוס' ואשר"י שם דמוקים לה בראו הטביעה דוקא ומעלתו מהפך לגמרי הסוגיא וכבר כתבתי כיון דלס"ד איירי בראו הטביעה ושהו עד שתצא נפשו גם במסקנא למה להם להוסיף באנפי אחריתי, מוטב להניח כדס"ד מעיקרא ולא לגרוע ולהוסיף, ועי' באהע"ז [שם סעיף ל"ב] דפוסק בפשיטות כדעת הרמב"ן ורשב"א ולא נזכר כלל בש"ע דעת הרמב"ם ועי' מ"מ שפירש את דברי רמב"ם דאיירי בידוע שהוא ממנו יעוי"ש:

גם מ"ש להתיר בנ"ד באופן חדש מפני דתולין הקלקלה במקולקל כיון דמתחילה רצה לטבוע את עצמו. זהו אפ"ל היכא דאיתחזק בתלת זימני כמו באשה שיש לה ווסת דתולין את הכתם בה ולא חיישי' לאחריתא. בש"ע יור"ד (סי' ק"צ סעי' מ"ט]:

ומ"ש להוסיף בזה משום רוב רצון. וכמ"ש תוס' כתובות בסוגיא דפתח פתוח. הפריז על המדה בדבר דלא דמי כלל לזה דלכאורה נראה דרוב רצון לא שייך אלא בדברים הנעשים בדעת עפ"י משקל טבע בני אדם. אבל לא בדברים היוצאים מהיקש הטבע. ועי' בירושלמי פ' האומר בגיטין [הלכה ו'] באומר כתבו גט לאשתו כו' אם מעצמו נפל וכו' ספק אם מעצמו נפל אם הרוח דחהו. נשמעינה מן הדא רשב"ג אומר אם על אתר נפל ה"ז גט ואם לאחר זמן נפל אינו גט עכ"ל. ולפירוש הב"י [סי' קמ"א] דאפי' בלאח"ז אם נפל מעצמו ה"ז גט. רק בספק אינו גט ול"א רוב רצון רק דלאלתר הוא משום דאמר כתבו והוכיח סופו על תחילתו ע"ש. ועוד דזהו דוקא באיש א' והספק הוא רק על האונס והרצון אבל לא בשני בני אדם כמובן:

לכן צדדי היתרא רפויים בעיני ואין בידי להתירה מכבלי העיגון וכמ"ש בסי' שלפני זה]:

ד עתה אשיב לכת"ה על הדברים הבאים במכתבו בענינים אחרים. על ק' הגאון האמתי הקדוש מוהרע"א בדרוש וחדוש עירובין [דף ל"ב] על קו' הגמרא חולין [דף פ"ו] מ"ש רישא דפטרי רבנן מכיסוי ומ"ש סיפא דאסרי אותו ואת בנו דילמא משום דרוב מעשיהם מקולקלין ולגבי דשיל"מ לא אזלינן בתר רובא בדאוריי' אפי' בדלא איתחזק איסורא והיא קו' חמורה. [אך צ"ל דכוונתו הקדושה היה בקצת שינוי ממה שכתוב לפנינו שהרי את"ל דסבירא להו דרוב מעשיהם מקולקלין א"כ הוי רובא וחזקה ובזה אפי' בדבר שיל"מ

מהני. אלא עיקר כוונתו היה דנימא דהוי כמחצה על מחצה וע"י סמוך פלגא לחזקה הוא דנידון כרובא ומש"ה כתב שם בדרוש וחדוש ועי' בתוס']. וראיתי במכתבו שכתב ליישב עפ"י סברת רמב"ם [פ' ט"ז מהל' סנהדרין ה"ו] דהיכא שהוחזק עפ"י ע"א לוקין עליו אח"כ. וה"נ כיון שע"י הרוב נתחזקה הראשונה בנבלה הותרה לו לשחוט אחרים. עודנה אינו מוכרח דיועיל זה לענין דשיל"מ שהרי גם בספק בשחיטה אע"ג דנתחזק לפנינו ע"י חזקת איסור דמעיקרא, אפ"ה אסור באו"ב עי' ש"ך סי' י"ו ס"ק י"ט] ומאי ראיה ממלקות שהרי בנמצא ורוב חנויות מוכרות בשר נבלה לוקין ע"י רוב ואפ"ה לא מהני בדבר שיל"מ:

ולפענ"ד נראה להקל קו' זו עפ"י דברי רבינו אשר"י בכורות [פרק ראשון סי' י'] דלענין להפריש טלה לעצמו לא מהני ס"ס וכן רובא לא מהני ומביא לזה ראיות מוכרחות יעוי"ש וכן בתוי"ט [משנה ג'] מביא דבריו בלי חולק כלל על זה דכיון דאין לו הפסד בזה ויכול לעשותו ל"מ ס"ס או רובא. ונמצא דכיסוי ואותו ואת בנו שוים דכל היכא דלית ליה פסידא כלל נידון מדרבנן כמו דשיל"מ. וא"ש ג"כ כוונת תוס' שם בחולין ד"ה סיפא נמי דאע"ג דרוב מעשיהם מקולקלין מדרבנן מחוייב לכסות רק משום דילמא אתי למיכל שהוא ג"כ על יסוד זה כיון דאין לו פסידא נידון כדבר שיל"מ וז"פ וברור:

ה

ה על דברי הים של שלמה יבמות פרק ח' סי' ל"ד] התמוהין למאד שכ' דלגבי כהן טמא לא מיקרי תרומה דבר שיל"מ מפני דלגבי אחרים לא נאסר ולגבי דידיה לחוד לא נידון כדבר שיל"מ, ודבריו נפלאים מש"ס נדרים (דף נ"ט ע"א] דקונם פירות עלי מיקרי דבר שיש לו מתירין. היה נראה לי לפרש שיש ליישב את דבריו לבל יתנגד מדברי ש"ס ופוסקים ראשונים. דדבר שיל"מ לגבי א' לא נמצא רק לגבי נדרים שהוא איסור חפצא וכיון שהאיסור נתפס בחפץ עצמו משו"ה חפץ זה לא נתבטל בתוך האחרים מפני שחפץ זה איסורו בשעתו וישל"מ אח"כ. וכן אפי' באיסור גברא היכא דאיסורא נגרר משום שינוי החפץ כמו שכתבתי בפרט זה בזית רענן חלק ראשון בדיני איסור כולל כגון בתרומה לס"ד דרב אשי יבמות (דף פ"ב] וכן במבשל בשבת אע"ג דאיסור' איסור גברא מ"מ נאסרה משום מעשה שנעשה בתבשיל זה עיין במ"א סי' שי"ח ס"ק ב']. אבל היכא דאיסורא משום שינוי דגברא אחד שיצא מן הכלל משום זה לא נקבע לו על חפץ זה איסור וחומר דישל"מ וכל כה"ג לא מיקרי דשיל"מ אלא היכא דמעיקרא נאסרה לכל. ולפי"ז בשבועה לדעת מהרש"ל לא נידון כדבר שיל"מ ולא מצינו להדיא בדברי ראשונים להיפוך:

ומ"ש מעכ"ת משום שכבר חל הביטול לגבי זרים. לפום ריהטא נראה כן אבל עדיין תקשה דא"כ בנדרים היכא שאוסר חתיכה א' על עצמו ועל איש אחר דאזי לגבי אחרים לא הוי כדשיל"מ. [וכ"כ מהרי"ט סימן ה'] מפני שאין היתרו תלוי בו וא"כ היכא שנתערבה לישתרי גם לדידיה וזה מיחזי כחוכא דהיכא שאוסר רק על עצמו לא בטיל והיכא שהוסיף באיסורו גם על אחר תתבטל:

איברא מה שהוכיח יד"נ מדברי ר"ן ביצה ריש פ' אין צדין גבי ס' מוכן ביו"ט שני דבדאורייתא אפי' בלא איתחזק לא אזלינן בתר רובא בדשיל"מ. דבריו נכונים בזה לפום ריהטא. ברם קשיא מהרא"ש וטור יו"ד [ס"ס י"ו] דבאותו ואת בנו שנתערב מחיים דנכבשינהו דניידי הרי אע"ג שהוא איסור דאורייתא אפ"ה מהני ברובא דלא איתחזק איסורא. אולם מדברי ר"ן שם ומדברי רא"ש בכורות הנ"ל נראה דס"ס גרוע מרוב דלא איתחזק, שהרי בס"ס מספ"ל להר"ן בפרק קמא. וגם בפרק אין צדין לא פשיטא ליה כל כך רק מצד הבו דלא לוסיף עלה הוא דמצדד להקל, וברובא דלא איתחזק בנכרים שהביאו ביצים ביו"ט פשיטא ליה בפרק קמא על סוגיית הש"ס בדף ז']. וא"כ יש לומר דרובא דלא איתחזק מהני אפי' בדאורייתא [ואפ"ה הקשה בדו"ח [מובא באות הקדום] שפיר. כיון דאינו מבואר כן במשנה או בברייתא מנ"ל להקשות דילמא גם רובא דלא איתחזק לא מהני בדבר שיש לו מתירין]:

ו גם מ"ש כת"ר והמציא להמתיק הדברים לדעת הפוסקים דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. בנינו מתוקן אכן היסוד רפוי בעיני שעיקר יסודו מוסד על דברי אורים ותומים (סי' צ"ד ס"ק ב') דבכל שבועה דאורייתא הסברא מחוייבת שישלם. דא"כ בעבדים ושטרות וקרקעות, ופחות משתי כסף, ונשבע ונוטל, דמיעטם רחמנא משבועה אכתי ישלמו ויפסידו וצריכין לדחוק בזה טובא. וזה שנים כבירים בכתבי הלכה תוס' וחילוקא דרבנן בסוגיא דשכיר בזמנו כתבתי שם בטעמא דמילתא בטוב טעם ימצאנה המעיין לקמן בחלק חשן משפט]:

דברי ידיד נפשו ואוהבו. הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זצלה"ה

סימן לג

בדיני אישות

קבלתי על נכון ביום ג' העבר דברי שאלתו ותשובותיו הנמצאים אצלו על נידון זה. אשר הדה ידו בש"ס ובפוסקים לעורר כל הספיקות וחששות בנידון הלז. כאשר אביאם בקצרה. ומעכ"ת חפץ לדעת דעתי בזה ולפענ"ד נראה להתירה מכבלי העיגון עפ"י דעת רבותינו הקדושים וגאוני ארץ הראשונים והאחרונים נ"ע כאשר נבאר בקיצור במעט

פילפול. רק ההכרח להלכה זו למעשה בנידון דידן. ובפרט שאני מוטרד מאד בשיעורין כסדרן ובטירדא דמתא. ועד כה לא יכולתי להשיבו מפני כבודו. גם בקוצר אמרים. והיום פניתי מעט לעומת גודל מצוה רבה ולמלאות רצון יד"נ. וזה החלי:

א הן עיקר היתרא דידה סובבים על שני קוטבים. הא' ע"י מכתב רשיון שהשיגו מן הדאקטאר לקוברו בקבר ישראל וכתוב שמו ושם כינויו ושם עירו. ומסרו אותו לחברא קדישא דשם והשני ע"י עדות ע"א יהודי מאנשי חיל שהיה אצלו בבקר בבית השפיטאל ודיבר אתו ומצאו מוטל על ערש דוי נפוח. ולעת ערב הלך עוד הפעם לבקרו והלך אל חדרו ומצא המטה פנויה. ושאל לאיש חיל יהודי שהיה מונח במטה הסמוכה לו. איה האיש שהיה במטה הזאת. והשיב לו שכבר מת. ולקחוהו לחדר המיוחד למתים. ושם העד איש חיל הוא זאב בר"מ מגלאוויני. והיה רעהו של בעל העגונה הזאת. אולם אינו זוכר אם שאל היהודי החולה סמוך למטתו של בעל העגונה. על שמו בפירוש. או ששאל אותו סתם כמ"ש. וקודם לזה איזה חדשים בערך חצי שנה כתב הוא ע"י כותב אחד לגלאווני. וכתב הכותב בשמו בזה"ל. האמינו בהן שלי כמו שהשי"ת אמת, כן אמת שהאיש בעל עגונה זאת נפטר בלי ספק. ואח"כ נתקיים אותו הכתב ע"י הכותב בעצמו בקאצק. כאשר העיד לפני בד"צ שכך שמע מפי ר' זאב בר"מ. וגם הקוויטעל מן הדאקטאר בשפיטאל היה ע"י איש יהודי ששמע, שמת יהודי בשפיטאל והלך והביא את הקוויטעל מן הדאקטאר. והוליך את הקוויטעל הנ"ל להרב דממשלה כפי נימוס והרב רשם זאת בפינקס הצווילנע. ונתקיים זאת בב"ד. וכ"ז נכתב באריכות בגב"ע אשר תח"י. והנה כל הגמגומים והפקפוקים שיש בכל אלה מבוארים ג"כ באריכות בהשאלה. ומעתה אין אני צריך לפורטם. רק אביאם בקצרה, א') שהקוויטעל מן הדאקטאר מסתמא היה ע"י שאלה. הגם שהעיד היהודי סתם שכאשר שמע שמת יהודי הלך והביא הקוויטעל. מ"מ רחוק שיתן בלא שאלה. ב') שהיה מסל"ת עפ"י כתב:

ולפענ"ד נראה דבוודאי אם ידעינן שהקוויטעל מהדאקטאר היה ע"י שאלה. היה ספק עצום בזה. הגם שהמת מוטל לפני היהודי ושאל אותו רק על שמו או על שם עירו מ"מ כבר יצא מכלל מסל"ת. ומן הסברא אין לחלק כלל בין אם שאל אותו על מיתתו. או ששאל אותו על שמו לבד. דמידי הוא טעמא כיון ששאלו אזי מעלה על דעתו דאיכא איזה נפקותא ליהודי בזה. כמ"ש הב"י שם בשם תה"ד סי' רל"ט], ומה נפקותא תו בין ששאלו על שמו לבד או ששאלו על חיותו. וכן משמע קצת בתוספתא סוף יבמות פרק י"ד] שמביא שם מתחילה מתניתין דמים שיש להם סוף. ומוסיף שם הפלוגתא דר"מ ורבנן בזה. וגם על מה שמביא בעובדא דר"מ באחד שנפל לבור הגדול מוסיף בזה מה

דפליגי חכמים עליו דאין מזכירין מעשה נסים, ועל מתניתין שאח"ז אפילו שמע מן הנשים מוסיף אפי' שמע מן המקוננות וכו' הכל כסדרא דמתניתין. ובמה שאין שם דבר להוסיף שבקי' ללישנא דמתניתין לגמרי. ומש"ה שבקי' למאי דתנן שם אח"ז ובעכו"ם אם היה מתכוין אין עדותו עדות ואח"כ הביא משנה שאח"ז דמשיאין עפ"י בת קול. ומביא עובדא באופן אחר ממה דתנן התם. וז"ל באחד שעמד בראש ההר ואמר איש פלוני בן פלוני נשכו נחש ומת והלכו ומצאו שתפחו עיניו והשיאו את אשתו. ובעכו"ם אם היה מתכוין לעדות אין עדותו עדות עכ"ל התוספתא. ומדשבקי' למשנה זו במקומו והביאו כאן על עובדא זו. לחדש לנו דאע"פ שהמת מוטל לפנינו אם נודע אח"כ שעכו"ם היה ונתכוין להעיד אין עדותו עדות ומשמע להדיא מתוספתא זו כדברי הריב"ש שגם בלא קישור דברים הוי ג"כ בכלל מסל"ת]. אך בעיקר הדבר נראה כיון שהיהודי מעיד בסתם אין לנו לחוש עוד ששאל מן הדאקטאר את הקוויטעל על שמו ושם עירו. אע"ג דמסתמא לא נתן לו מעצמו. רק דנוכל לומר דשאלו על משפט איש היהודי שמת אם ימסרוהו מיד למכתפים או לא. וכיון שאין הענין מכריח לזה תו לא חיישינן במקום עיגון לדעת הר"ן דס"ל דחיישינן מספיקא. כמ"ש הב"ש [בס"ק מ"ם], גם מבואר בקונטרס עגונות [סי' ר"ס] דיש לומר דבישראל מפי עכו"ם תלינן להקל אפילו לדעת הר"ן וריב"ש דמסתמא אם היה בעדות זו ספק לא היה אומר דבריו סתם:

ב עוד נראה דאין אנו צריכין בכאן לדין מסיח לפי תומו משני טעמים. חדא דמסתמא ידעו הממונים בשפיטאל עפ"י פנקס הרשום אצלם מספר הרעקרוטען מכל עיר וידעו שיש שם עוד איש חיל מעיר הזאת וגם שהיה אצלו אחד בבקר לבקרו וגם לעת ערב לאחר שמת שאל אחריו את הפעלטשער והשיב לו שכבר מת. וכיון שמסרו את המת ליהודים והוי מילתא דעבידא לאיגלויי מיד. וכל כהאי גוונא נאמן בתורת עדות כיון דידעינן דקושטא קאמר. ושורש הדבר נובע ממעין הגדולה רבן של רבותינו הראשונים מוהר"מ בהגה"מ בה' גירושין [סי' ט'] וזו טעמייהו דרבנן בעובדא דפונדקית בסוף יבמות שהביאו ראיה מפונדקית לעד אחד אע"ג דמסיח לפי תומו עדיף מע"א, רק דחכמים סברי דהימנותו מתורת עדות עפ"י הוכחות דזה קברו וזה מקלו וזה תרמילו דקושטא קאמר. וטפי עדיף עד כשר מעכו"ם שיצא מכלל מסל"ת ונכנס לתורת עדות עפ"י הוכחות ואומדנות. ור' עקיבא הוא דס"ל דעודנה לא יצאה מכלל מסיח לפי תומו. אע"ג דקאמרו איה חברנו מפני שהוכיח סופו על תחילתו דהא דבכתה הוי כאילו התחילה להתאונן על מיתתו דהיינו מפני שהוציאה אח"כ מקלו ותרמילו. ואנן פסקינן כתרווייהו לקולא. דהיכא דאיכא רגלים לדבר דקושטא קאמר כגון דהוי מילתא דעבידא לאיגלויי מיד נאמן

גם העכו"ם בת"ע לגבי עיגונא דווקא דאקילו רבנן, וזהו כחכמים דר"ע. וגם פסקינן כקולא דר"ע. דהיכא שהתחיל העכו"ם להגיד לפי תומו ושוב שאלו דלא יצא מכלל מסיח לפי תומו. זהו תמצית היוצא מדברי מהרי"ק (סימן קכ"א) וביותר מדברי צמח צדק (סימן מ"ב וסי' מ"ה) ובתשובת משאת בנימין סי' ק"ה. [ועיין מ"ש בז"ר חלק ראשון (סי' ד' הלכה ג') לחזק דברי קדשו על מכונם ולפרק מעליו כמה קושיות שקשה עליו לפום ריהטא]. איברא זהו דווקא לגבי עיגונא. אבל לא לגבי ממון, דאפילו ע"א כשר אינו נאמן גם במילתא דעבידא לאיגלויי מיד כמ"ש בתשו' הריב"ש (סי' קפ"ב) וכן פסקינן בח"מ (סוף סי' ל') רק היכא דאמר בהדיא שלח ואחוי, קידושין (דף ס"ו). ומשה"ט מצרכינן גבי שטרי פרסאי לשני כותים זה שלא בפני זה ומסיח לפי תומו [גיטין י"ט ע"ב] אע"ג דהוי עבידא לאיגלויי מיד גם איפשר לומר דהתם מסתירים הדברים לכתחילה בכל מה שנוכל שלא ידעו שסמכינן עלייהו בהגדתן שהרי גם לאחר כל התחכמות כבר יצאו מכלל מסיח לפי תומן שהגידו עפ"י שאלה. ובשלמא לענין איסורין י"ל דניתן לו לאכול והוא יגיד לפי תומו אם ירגיש טעם איסור. ומ"ש בקונטרס עגונות (סי') דכל היכא דלא ידע העכו"ם אם סומכין עליו לענין איסורא דיש לו דין מסיח לפי תומו גם לענין עיגונא לא משמע כן ממשמעות הפוסקים. ובט"ז ביו"ד (סי' צ"ח ס"ק ב') כתב להדיא להיפוך רק דגבי איסורין מהני זה בצירוף קפילא:

ג וטעם השני שאין אנו צריכין בעובדא דידן לדין מסיח לפי תומו. כיון שנלמד מדבריהם (בהג"מ ובצמח צדק ובמשאת בנימין) דעיקרא דנדע דקושטא קאמר, וכיון שיודעים הממונים שבשפיטאל שצריכין לתת חשבון בצמצום לאדון הגדול יר"ה על מפקד שנמסר תח"י, ומש"ה הוא דדייקי שפיר, וכמו שהוכיח סופו על תחילתו שנכתב כן בפנקסיהם. ונשלח להביורע כפי הנימוס ואנן הוא דאתינן לתור ולחדש מדבריהם לענין אחר דהיינו להתיר את אשתו, וכיון דבגוף הדבר בוודאי דייקי כל צרכם כפי נימוסי חקיהם ומסתמא קושטא קאמרי דהרי קפדו לצמצם השם והמקום והיום שמת. ואנן הוא דאתינן למילף מדבריהם לענינינו וכיון דעיקר' מחזקינן לקושטא שוב נגרר ממילא לענינינו דאי איפשר להפריד ביניהם כמלא נימא:

ובזה נסתלק גם חששא דשאלה שהרי נלמד מדברי תרומת הדשן ושאר פוסקים דאין לחוש במסיח לפי תומו אחרי ענינים נעלמים רק אחרי הגלויות והנראות בעליל וכיון דתשובתו של הדאקטאר בקוויטעל היה עיקרו רק מפני חקותיהם ונימוסים שלהם. כן ה"נ נימא דעיקרו של השאלה של היהודי היה ג"כ רק מפני כן, דמה לו ליהודי אחר איזה נפקותא בזה רק מפני שמוזהרים מן הממשלה כנודע, וכ"כ ג"כ מעכ"ת קצת מטעם זה,

ובפרט שכל חששא דשאלה הוא מפני שמסתמא מחשב המשיב שיש לו איזה תועלת או מפני שמתכוין להעיד, ומשה"ט בנידון דידן שיש לו טעם הגלוי והנראה בעליל מפני שכן הוא חק המלכות, מדוע ישפוט המשיב בדעתו אחרי תעלומות לב והנסתרות, ויותר מזה מצינו בקונטרס עגונות שמצדדים להקל היכא ששאל לו על סחורות וחבילה שהיה בספינה או ששאל לו אם אחד מעירו בבית המאסר:

ולפ"ז סרו שני הספיקות הראשונות דכיון דהיכא דמחזקינן דבריו לקושטא תו אין אנו צריכין לדון מפני מסיח לפי תומו. ובכגון זה גם עפ"י כתבו מהני אפילו לדעת הרמב"ם דמסל"ת עפ"י כתב לא מהני, וכן משמע במהרי"ק ובתשו' משאת בנימין ובצמח צדק:

ואל ישיבני מדברי הבית שמואל [ס"ק ל"ח] שכתב אע"ג דקושטא קאמר כיון שיצא מכלל מסיח לפי תומו אינו נאמן. א"א לומר דכוונת הב"ש דברים ככתבן, דגבי עדות אשה לא בעינן רק לתור אחר אמתת הדברים. אלא בע"כ צ"ל שדברי קדשו סובבים רק על כוונה זו דע"כ ל"ח כשיצא מסוג לפי תומו רק לדברים שהם באפשר בין האמת והשקר. רק שהוא לא ידע בבירור, ואשר פיהם דבר כתוב בהו, אבל מ"מ ל"ח שיתחכם ויתנכל בזה ולדבר בלשון בעלה ולומר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי. שבכל אלו גם המדבר כזב לא יעשה כן, רק היכא ששם מגמתו לקלקלה, ובכגון זה לא חיישינן רק לגבי צרתה, אבל גבי גט דאמר כל השומע קולי יכתוב גט לאשתי, וכן היכא ששמעו אני פלוני בן פלוני נשכני נחש ומצאו שמת ג"כ ל"ח לגבי כותי רק היכא שהגיד על אחר, [ומדוקדק שם בשטחיות דברי הב"ש שם דלהכשיל את ישראל במזיד ל"ח. פי' שיאמר בשם הבעל, אבל יש לחוש דידע את הבעל ואמר דמת מחמת כי פיהם דיבר וגו' והט"ז שמביא שם סובר עוד יותר דל"ח ג"כ שיתנכר א"ע להסתיר בקולו לבל יודע שנכרי הוא. אבל ריב"ש וב"ש ס"ל דאי אמרת דבלא קישור דברים לא חשיב לפי תומו אכתי יש לחוש בזה שיסתיר קולו]:

ד ומ"ש הגאון הרב נ"י בתשובתו ששלח מעלתו אלי. שיש לחוש שמא האיש חיל בעל עגונה ברח מעצמו ביום ההוא מפני איזה סיבה בלתי ידועה החליפו אותו באחר, וכיון שכן כבר יצא מכלל מסיח לפי תומו, נראה דכל כה"ג ל"ח כלל דאין ספק מוציא מידי וודאי. דכיון שכתבו בפנקס ובקוויטעל שמת פלוני מעיר פלוני ובכינוי שלו תו ל"ח דילמא נעשה מעשה בתווך שברח והחליפו מפני שעל ידי כן יש להם שייכות בגויה. שהרי ל"ח שמא עשה טובה לקרובי אשתו. ולמעשה רב בכה"ג ניחוש. והרי גבי גיטין לא הקילו כמו גבי עגונה במיתת הבעל, ולא חששו אפילו לחששא קרובה מזו עיין גיטין (דף ס"ד ע"א) תינח בפנינו אמרה בפנינו קיבל למה לי ועיי"ש בר"ן ובתוס' דאפילו

היכא דלא אמר השליח כלל די כשראוהו בידו אפילו היכא שנקרע הגט אח"כ. ול"ח דילמא אמר לו הבעל הולך, שזהו טוב לפניו. שעודנו הדבר בידו לקיים או לבטל אפ"ה ל"ח משום דאין ספק מוציא מידי וודאי. לכן כיון שידענו שנעשה שליח לקבלה וראינו בידו תו ל"ח דילמא נשתנה ביני וביני וגם להוציא ממון ל"ח בכה"ג שהרי המוצא שטר הקנאה בשוק לשמואל דלא חיישינן לפרעון מהדרינן למלוה [ב"מ ט"ז] ול"ח דילמא פרע לו מקצת חובו והשלישו השטר ומידו נפל. אלא וודאי דכל ענין שאינו ידוע לנו לא נכנס כלל בכלל סוג הספק, ולא חשו רבנן לזה רק גבי מלוה ולוה הכתובים בשטר הוא דחיישינן בנפל לכל חששי אפילו לחשש רחוק ביותר. אבל לחוש לאיש אחר אשר לא נראה בעליל מתוך הנידון עצמו ל"ח ליה אפילו לחשש קרובה, ועיין בריטב"א ובשיטה מקובצת שם, וזהו כוונתם למעיין, דאם נבוא לחוש בכה"ג אין לדבר סוף, וזהו בכלל אין ספק מוציא מידי וודאי [ועיין לקמן סימן ל"ח], ועוד שהרי בעדות אשה התירו עד מפי עד. ול"ח שמא הראשון שהלך לדרכו כבר חזר מדבריו. או שמא יחזור מכאן ולהבא. שהרי כל זמן שלא הגיד עדותו בב"ד יכול לומר מבודה הייתי (כמ"ש בתשובת הר"ן סי' ל"ד]. הרי אע"ג דאיכא תרי חזקות חזקת אשת איש וחזקת חי לדעת הריב"ש סימן שע"ט]. אפ"ה ל"ח לזה. גם יש כדמות ראיה לזה מתוספתא סוף יבמות דקומנטריסין ששנו שם מת או נהרג. וכן הגירסא בש"ס דילן גיטין [דף כ"ח ע"ב]. והרמב"ם פרק י"ג מהלכות גירושין הלכה י"ג]. דהביא רק נהרג. ולפי פשוטו זהו משום דלמסקנא דגמרא מיירי שם כשהומת ע"י בקומני' חלילה [וכמ"ש רש"י שם בס"ד. כן צ"ל גם למסקנא]. ונמצא דליכא נפקותא בין מת לנהרג. אבל אם ניחוש לברח ומשום איזה סיבה בלתי ידועה החזיקו אותו שמת. או שהחליפו באחר מן היושבים בבית המאסר. אשר לא ישגיחו עליו עוד, נמצא שגם אם אמרו שמת בתוך המאסר שלא על ידם ג"כ אינן נאמני' למסקנא מפני שיש להו שייכות בגוי' וא"נ בזה, ואם כה נאמר היה לו להרמב"ם להביא מת או נהרג דאינו נאמן. לאשמעינן רבותא זו דאפילו שמת במיתה טבעית ג"כ אינו נאמן:

גם יש לצדד קצת מקושיית הש"ס גיטין שם. בין ללישנא קמא בין ללישנא בתרא אילימא מת ממש וכו' אימא סיפא. והא קימ"ל דמסיח לפי תומו נאמן. דילמא איירי כשאמרו שמת בתוך בית האסורין ונהרג שם ע"י אחד מן האסורין שמה. ומש"ה א"נ משום דחיישינן שקיבלו שוחד ממנו למען יניחוהו לברוח ולהעלים בריחתו אמרו כן. שהרי איירי קודם שחתם הפורסי שנמג כמ"ש בתוס' שם, גם אפילו לתירוצם השני לחשש כזה לא מהני חתימת הפורסי שנמג אלא וודאי דל"ח למקבלי שוחדא, רק היכא שאמרו

שיצא ליהרג דכ"ז שלא נודע מיתתו בבירור חיישינן לכל חששי, וכן גבי צלוב חיישינן דילמא מטרוניתא עברה עליו ורפאתו כמ"ש הירושלמי מובא במרדכי ובב"ש [ס"ק צ"ג]. וזה נראה ברור בלי ראיה דל"ח לזה, וכמ"ש הרב הנ"ל בעצמו בלי ראיה. ולדידי ראיות ברורות לזה, וע"כ ל"ח גבי ערכאות משום דמעיקרא הכי תיקנו דלא סמכינן עלייהו רק משום דלא מרעי נפשייהו. וזהו היכא דידעינן דלא משקרי. אבל במסיח לפי תומו כיון שסמכו על סתם עכו"ם אע"ג דבוודאי משקרי אפ"ה ל"ח לזה משום דאין ספק מוציא מידי וודאי כיון שלא נראה בעליל לפנינו איזה רגלים לדבר לספק בזה. וראיתי בתשו' מהרי"ו (סימן ע"ט) דכללא כייל דל"א אין ספק מוציא מידי וודאי גבי עיגונא. והביא ראיות אלו מגברא חרוכא ומעובדא דשני תלמידי חכמים [יבמות קט"ו] וכן הוא ברשב"א יבמות [דף קכ"א] שהשיג ע"ד הרמב"ם דפוסק דבלא עלתה בידם אלא רגל מן הארכובה ולמעלה אף בלא שלשלוהו מתחילה לים תנשא. וע"ז הקשה מסוגיות הנ"ל וכוונתי בתחילת השקפה לדברי הנוב"י (מהדורא קמא סי' נ"א תד"ה אומר אני). דבגברא חרוכא כיון דבע"כ שגם איש אחר נכנס לתוך הדליקה הוא דחיישינן וכן גבי ים שהדבר מצוי שיש שם כמה נטבעים בעלמא מכבר. אבל היכא דידעינן שהבעל היה בתחילת הדליקה בתוך הבית הנשרף ומאיש אחר לא ידעינן. ומצאו גברא חרוכא בוודאי ל"ח לאחר. ומה דכייל מהרי"ו דל"א אין ספק מוציא מידי וודאי באשת איש. כבר בארנו מדברי הפוסקים דלא ס"ל כוותיה בזה. גם מה שהביא מענן בר חייא יבמות (דף קי"ו) דחיישינן לגמלא פרחא. כבר כתב הראב"ד מובא בחידושי רשב"א שם. דעיקר החשש הוא רק לשמא מילי מסר, והנהו טעמים גמלא פרחא, ובקפיצה אזל, סניפין הם. גם מה שכתב בהוכחתו מעדים זוממין. אחז בזה דרך לעצמו דדוקא גבי ממון אמרינן דאין ספק מוציא וכו' ולא בא"א. ולא כן דעת התוס' שתירצו באופנים אחרים:

ה גם עפ"י דברי עד אחד יהודי מאנשי חיל שהלך לבקרו בבוקר ומצאו מוטל על ערש דוי נפוח. ולעת ערב הלך ושאל איה האיש שהיה במטה הזאת, והשיבו לו שכבר מת כהנ"ל. יש סמך גדול להתירה עפ"י דברי תשובת הרא"ש (כלל נ"א סימן ב') תד"ה זה נוסח, וזה לשונו, מדאמרינן בשילהי יבמות (דף קכ"ב ע"ב) מעשה באדם אחד שבא להעיד וכו', ועוד אמרינן מעשה בישראל ועכו"ם שהיו מהלכין בדרך ובא ואמר חבל על יקירי יהודי שהיה עמי בדרך ומת וקברתיו. ושוב מעשה בקולר של בני אדם וכו'. מאלו המעשים יש לידע שהרבה הקילו חכמים בעדות אשה משום עיגונא. במעשה הראשון לא הכיר העכו"ם את היהודי ולא ידע שמו אלא שאמר שהיהודי נתלוה עמו ומת, והיו עדים שיודעין שאותו היהודי נתלוה עם זה העכו"ם ובאו לפני ב"ד ואמרו שפלוני נתלוה

עם זה העכו"ם. והנה העכו"ם אומר שמת והתירו את אשתו. ולא הזקיקו ב"ד לחקור מן העכו"ם אם היה אותו יהודי שנתלוה עמו כי שמא אותו יהודי הלך לדרכו, ושוב נתלוה עמו אחר ומת. אלא כיון שאותו יהודי נתלוה עמו תלינן בוודאי שאותו היה שמת עכ"ל הרא"ש בדילוג. והרבה אחרונים פסקו כוותיה. והקשה הרב הג' הנ"ל ע"ד הרא"ש שכתב הטעם דמשום עיגונא אקילו בה רבנן, הא תינח לתירוץ השני בש"ס בכורות (דף מ"ו ע"ב) דיכיר לחוד וכו'. אבל אנן דפסקינן כתירוץ הראשון שם. כי אקילו רבנן בסופה אבל בתחילתה לא אקילו רבנן. א"כ היאך התיר הרא"ש הא הוי בתחילתה. ועוד העיר שהרי בעובדא דשני תלמידי חכמים בעינן דאסוקינהו קמן וחזינן לאלתר. ולדעת תוס' בתירוץ ראשון בעינן סימן מובהק. וכן בעובדא דדיגלת ובגברא חרוכא אמרינן הוא אזל לעלמא. וצריך לומר דעיקר טעמו של הרא"ש הוא מחמת שאבד זכרו כמבואר בפסקי מהרא"י על עובדא אחרת שזו יסוד גדול בעיגונא. וכן ברמב"ם (פרק ז' מנחלות). ואף דגם בעובדא דידן אבד זכרו זה חמשה שנים. מ"מ אין ראיה מה שלא נשמע ממנו מפני שנחבא לברוח והוי כבורח מחמת נפשות דאין מחזיקין בנכסיו. עוד העיר הרב הנ"ל עפ"י תשובת נודע ביהודה מהדורא תנייא דבבית אחד ובחדרים חלוקים חיישינן לאחלופי וה"נ ניחוש שמא זה שדיבר עמו בבקר פירש לחיים. וזה שהעיד היהודי שמת הוא אחר. הגם שהחולים אינם רשאים להחליף את מטתם מ"מ חיישינן שנעשה כן ע"י איזה סיבה בלתי ידועה:

ועתה נלקטה אחת לאחת מ"ש דהרא"ש פוסק כתירוץ השני בבכורות הלא גם לתירוץ השני לא משמע דאקילו ביה בתחילתו רק דאצ"ל דהא דבעינן הכרת פנים עם החוטם הוא מחומרא דרבנן לחודא. אלא שזהו ג"כ מדאורייתא. (ובעיקר הדבר מצינו ג"כ ברשב"א גבי תרי יצחק דל"ח משום דגבי עיגונא הקילו), ובפשטות נראה כיון דמ"מ חזינן דמהדרי רבנן להקל גבי עיגונא, תו לא מחמרינן בה יותר מלגבי ממון, רק מה שמצינו בהדיא. כמו גבי מים שאל"ס וכדומה. גם יש ליישב ברווחא עפ"י דברי הרמב"ם והמגיד משנה (פ"כ מהלכה איסורי ביאה הלכה ט"ו) דהיכא שהעדים מעידים שאביו של זה כהן הוא מעמידין על חזקתו ול"ח שמא הוא בן גרושה או בן חלוצה, אבל בעד אחד לא מהני זה, עד שיאמר שיודע שהוא בעצמו כהן. והוא כיון דעדותו רפויה תו לא מצטרפינן לחזקת כשרות של אביו בהדי סהדותא דע"א. אע"ג דע"א נאמן בזה הוא דווקא בגוף העדות וזהו שחידש הרא"ש בתשו' שעדותו של המסיח לפי תומו כבר עשאוהו רבנן גבי עיגונא כמו שנים בעלמא ומה"ט הוא דמצרפינן לחזקה זו שזהו האיש שנתלוה עמו מתחילה. ולא אמרינן דלא עדיף מע"א דעלמא דאע"ג דנאמן באיסורין מ"מ

לא מצרפינן לחזקה בהדי עדותו אבל הכא גבי עיגונא דאקילו רבנן עשאוהו כשנים שהרי נאמן נגד חזקת אשת איש וחזקת חי לדעת הריב"ש סי' שע"ט]. וזהו כעין שכתב הנימוקי יוסף בפרק האשה שלום בשם הריטב"א מובא בש"ך יו"ד (סי' קכ"ז) דדוקא גבי עיגונא הוי ע"א ישראל כשנים כשהעיד בראשונה והוא שכתב הרא"ש דמשום עיגונא אקילו ועשוהו גם עכו"ם מסיח לפי תומו כשנים כשרים להעיד. ומש"ה מצרפינן לחזקה שזהו האיש שנתלוה עמו מת, בהדי הגדתו:

עוד י"ל שקאי אמאי שכתב שם דלא הצריכו לשאול את הנכרי אם היה אותו האיש עצמו שהלך אתו מעירו והוא כיון דבדיעבד סמכינן על חזקה זו מדינא היכא דליתא קמן לשאלו שוב משום עיגונא לא הצריכו לברר גם היכא דאיכא לברורי וזה מדוקדק בלשונו למעיין:

ומה שהקשה מהני עובדי דשני תלמידי חכמים ודיגלת ובגברא חרוכא. כבר תירצתי לעיל הני קושיות של מהרי"ו ורשב"א. ועיקר הדבר דהיכא שידעינן שהתלכד ההולך בדבר אחד, כגון שנתלוה הוא עם אחר, ל"ח שמא הוא אזל לעלמא ואיש אחר נתלכד ג"כ עמו בזה הוא דל"ח ליה, וכן גבי יצחק ריש גלותא (דף קט"ו ע"ב) שנתלכד ההולך בשמו ושם כינויו. אבל היכא שלא נתלכד בדבר אחד רק דידעינן שהלך בזה הדרך, הוא רק דעת המבי"ט לחודא ולא פסקו כוותיה:

ו גם נלפענ"ד דיש לסמוך על מכתב של כה' זאב בר"מ שנתקיים על ידו וע"י ע"א. וכיון שכתב שם שיודע בבירור שמת יוסל האזע מעיר הנ"ל. ונשבע ע"ז בד' ית"ש, וגם העיד אח"כ על פה שהיה בשפיטאל ודיבר עמו, ולעת ערב היה ג"כ שם ושאל את איש יהודי עליו ושאינו זוכר אם שאל עליו בשמו, או רק על מי שהיה מונח במטה זו, בוודאי יש לתלות מסברא פשוטה שאז ידע בבירור ששאל על שמו כדרך החפץ לידע הדברים על בוריין, ואח"כ לאחר שנה נשכח ממנו שורש הדברים, אע"ג דכ"ז שלא הגיד בב"ד יכול לסתור עדותו אבל מיודע בבירור לאינו זוכר אין בזה שום סתירה דאי לא תימא הכי לא היה נשבע בבירור, ותו ל"ח שמא גם הוא סמך אז רק על הקוויטעל [וכעין פלוגתת הבית יוסף בסימן ג'] שזהו היכא שהעיד בסתמא מת פלוני בן פלוני, אבל היכא שאמר בפירוש שיודע תו ל"ח לספיקא, וכן איתא להדיא בתשובת משאת בנימין (סי' ק"ה) דחייש לסברת רמב"ן דחיישינן לקול הברה מ"מ היכא שאמר בפירוש יודע אני תו ל"ח ומכש"כ בזה שנשבע בבירור:

גם אם נדחוק נפשין ונימא דעיקר היתרא דתשו' הרא"ש מפני שנאבד זכרו, אע"ג שלא הזכירו רבינו בתשו' זו, ותו ניחוש דבעובדא דידן שיש לחוש שמא ברח והעלים זכרו

דדמי לבורח מח"נ, חדא כיון דלדעת רוב הפוסקים ע"א נאמן ביבמה להתירה לשוק, והיינו משום דעיקר נאמנות דע"א הוא משום דעבידא לאיגלויי, ולא בעי רק דיוקא זוטא כמו שכתבו תוס' יבמות (דף צ"ג צ"ד), הכי יעלה על הדעת דגבי בורח מח"נ לא מהני ע"א כשר, משום דנחבא לברוח ולא מגליא שמיה שוב לא הוי כמילתא דעבידא לאיגלויי, וגבי בורח גופא פירש הרשב"ם [ב"ח ל"ח ע"ב] משום שירא למחות מפני גואל הדם שיתור אחרי מקומו ולדעת הרמב"ם מפני שטרוד בעסקיו, אבל בכגון זה דבע"כ צריך לברוח חוץ למדינה, הכי לא ימצא לו איש נאמן רוח שיגלה לו כל לבו ומקומו ושיודיע לאשתו אנה ואיפה פנה דרכו, גם בל"ז אין לדמות ענין מחאה שהוא נגד איש ריבו שירא ממנו לבל יתור אחר מקום מושבו, לענין זה, ועוד אף אם ניחוש לכל החומרות מ"מ חששא רחוקה היא לחוש שגם היהודי שהיה מונח אצל מטה זו ג"כ נתחלף מבקר לערב דדמי קצת לאיתרמי שמא כשמא ועדים כעדים, גם אם ניחוש גם לזה ונימא ג"כ שמסיח לפי תומו הזה נגרע כוחו, מ"מ הרי מבואר להדיא ברש"י גבי פונדקית וז"ל, ס"א לכשתהא כפונדקית נאמנת, כלומר באותו ענין שהאמינו לפונדקית הוי נמי שאר אשה נאמנת שהרי הפונדקית הוציאה להם, ועל הסימנים סמכו עכ"ל. הרי דצירוף מילתא הוא אע"ג שהסימנים גרועים שלא נמצאו אצלו או סמוך לו מכל מקום מצרפינן בהדי מסל"ת שהורע קצת, הכא נמי מכל שכן בנידון דידן עדות המסל"ת בהדי עדות היהודי, ובפרט שכבר ביארתי, שעל כל אחד מהם בפני עצמו יש בו די להתירה מכבלי העיגון שלה. גם אין לחוש שנראה שהיא זקוקה ליבם וללישנא קמא ביבמות (דף צ"ג ע"ב) מיבעיא לן בזה. אע"ג שעתה אינם מיבמין מ"מ צ"ע בזה, שהרי גבי יבמתה דאינה נאמנת שמת בעלה, אפילו היא אחותה, כמו שפסק הרמב"ם (פרק י"ב) מהלכות גירושין, ובמגיד משנה (פרק ז') הטעם משום דלא פלוג רבנן בין יבמה ליבמה, מ"מ נראה כיון שכל הפוסקים מקילין גם במת יבמך. וכן פסקינן בש"ע אה"ע (סימן קנ"ח סעיף ג') ובבית שמואל שם, רק הרא"ש מחמיר בזה, והוא בעצמו לא החמיר כלישנא קמא שם, כמבואר בראש יבמות (פ"י ס"ד לכן גם אני נטפל לעושי מצוה ומתירה להנשא אחרי שתחלוץ יבמה, וגם הגאון הנ"ל הסכים בהיתרא, ומע"כ הודיעני שעוד רב מפורסם הסכים ג"כ להיתרא, ע"כ יוכל מעלתו להתירה בלי שום גמגום ונדנוד ספק בעזה"י:

הנני ידידו הד"ש באהבה הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוה' בנימין זצללה"ה.

סימן לד

בדיני קדושין

בעזה"י יום ג' ו' מרחשון תרי"ג לפ"ק קוטנא

בדבר השאלה מעיר אחת בדבר המשרתת שהיתה בבית פאבריקאנט אחד, וזה נוסח הגב"ע במכתב הרב דשם:

מעשה אירע פה, משרתת אחת היתה בבית פאבריקאנט אחד אשר עשו בביתו איזה פועלים נערים ישראלים. ונתנה אשת הפאבריקאנט למשרתת א' זהב דהיינו שלשה [צענערס] לילך לשחוט אווז והניחה המשרתת את השלשה [צענערס] על השלחן אשר ישבו בו השלשה פועלים, והלכה המשרתת לחדר אחד ויען אחד מהנערים הפועלים לאמר קחו איש אחד א' צענער] ותנו לכיסכם כדי שתבקשם המשרתת וכן עשו ויקחו כל אחד [א' צענער] וגם הוא לקח [א' צענער] והניח בכיסו, ואחר אשר ביקשה המשרתת את הצענערס] ולא מצאה, קרא הנער העונה למשרתת ואמר לה הילך הצענערס ונתנו הנערים כל אחד [הצענער] לידה. ואותו נער הקורא אותה לקח את יד המשרתת לידו ואמר לה הילך הצענער] הלז והרי את מקודשת לי בפני שני הפועלים אחרים, וישבנו תלתא בתורת ב"ד וחקרנו העדים, וגם המקדש והמתקדשת, והעיד אחד מהעדים ששמע בפירוש כל לשון הקידושין הנ"ל, וגם השני העיד שראה המעשה כהנ"ל אשר לקח יד המשרתת לידו ונתן לה ואמר. רק זאת העיד שלא שמע כל הלשון בהברת מילים רק קול הברה מהתחלת לשון הקידושין, והמקדש הודה שאמר לה לשון הנ"ל וכן עשה, רק לשחוק נתכוין, וגם העדים העידו שאמת אחר גמר לשון קידושין הנ"ל אמר דבר ליצנות, ועיינו בדבר הזה אם נוגע לקידשה בגזל, וראינו אשר לא היה נוגע לקידשה בגזל כי לא היה גזל המעות הנ"ל ומה שטען לשחוק נתכוונתי ראינו שאין בטענה זו ממש לפטור אותה בלא גט, ולא היה לנו שום היתר להתירה מכבלי הקידושין בלי ג"פ, ושלחנו המקדש והמתקדשת לעיר הסמוכה לפה לפטור אותה שם בג"פ, ושם הסכימו יחד המקדש והמתקדשת שישא אותה בנישואין ולהכניסה לחופה, ואחר איזה שבועות הלך המקדש למדינה אחרת והיא ישבה עגונה, וכעת לא אדע מה לעזור לה לפטור אותה מעיגון, ונתתי לידה הכתב הלז לחפוש ולחקור אולי תמצא תרופה אצל גדולי זמננו נ"י, וב"ד היה אז, אני ח"מ ועוד שני דיינים, ואחד מהם שבק חיים לכל חי, באתי עה"ח יום ד' כ"ב סיון ברי"ת לפ"ק ובא על החתום הרב אב"ד דק"ק הנ"ל]:

אח"כ ביאר הרב הנ"ל יותר את הגב"ע משני עדים הנ"ל, העד הראשון העיד ששמע כל לשון הקידושין הרי את מקודשת לי כמו"י, וועד אכפרה פאר כל ישראל, ופער פיו לשחוק עד בלי חק והעד השני העיד דאס ער האט נאר גיהערט מלשון קדושין הרי את אונד משה וישראל אויך דאס ליצנות דער נאך, אבער מקודשת לי האט ער נישט גיהערט, אויב דער מקדש האט גיהאט נאך [צענערס] בייא זיך, דאס האבען זייא נישט

געווסט, אבל אין נפקותא בזה כי אין כאן שום דרך לדון על קידשה בגזל כי מעולם לא נעשה המעות גזל אצל הפועלים כידוע לב"ד מאז, עכ"ל הרב הנ"ל במכתבו השנית:

ומחדש נגבה עדות מהעד השני ושמו אהרן צבי, פה קוטנא יום ה' ב' דר"ח מרחשון תרי"ג שבאו העד והבתולה הנ"ל לפה לחקור ממנו עדות ברור ואמר בפני הבתולה רק קצת בשינוי לשון, וז"ל דער מקדש האט גיהאלטין אין מיטען בענשען אונד האט גיזאגט קאם אהער איך וועל דיר געבען דעם צענער און האט גיגעבען איהר. וויא זיא האט שאהן גיהאט דעם צענער האט ער געזאגט צו איהר הרי את אין כדת מו"י דער נאך האט ער ארויס געווארפען אגרויס גילעכטער, און דער עד האט גיזאגט דאס ער האט עס גינומען נאר פאר אחוכא וטלולא נישט פאר קיין אמת, והבתולה אמרה דאס זיא האט נישט גיהערט קיין לשון קידושין אויך זיא האט גאר נישט מרגיש גיווועזין אז דאס איזט אלשון קידושין, ווארום זיא האט גיימיינט דאס ער בענשט ווייטער דען ער האט געהאלטען אין מיטען בענשען, און זיא איזט גיגאנגען איהר וועג לשחוט את האווז, והעד הראשון שהעיד לפני הרב האב"ד בעיר הנ"ל כבר מת:

ולאשר שמענו באזנינו הגב"ע מן העד השני מו"ה אהרן צבי ומעלת הבתולה הנ"ל הצורחת במר נפשה וניכרים דברי אמת לאשר שהיתה טרודה בפעולתה להחיש מעשיה בדבר הבעה"ב אשר צעקה עליה ואצה עליה בדבר שליחות האווז כנזכר בגב"ע. ובשגם הפועל ההוא היה עסוק אז בבהמ"ז לכן לא שמה על לבה כלל לדבריו אשר הוציא בדל שפתיו להמרות נפשה ולא הטתה אזניה לדברי שוא שהטיח מפיו והלכה לפ"ת מיד לבית השוחט כאשר הפקדה מן הבעלת הבית ובשגם שנודע עתה שבאם חלילה לא יזדקקו מגדולי זמנינו להוציא לאורה משפטה ולהתירה מכבלי העיגון. אזי תשב עד שתלבין ראשה ותתעגן כל ימיה. כי הסבה אשר הציקתהו לנוס חוצה למדינתנו שוב לא ישוב עוד לראות ארץ מולדתו כל ימיו והיא תילל במר נפשה כל ימי חייה. לכן בשגם שדחיתי הדבר עד כה לבל להזדקק לדבר חמור כזה, ולא פניתי לדבריהם אשר הפצירו בי עד למאד. ודחיתי אותם בלך ושוב ולא שמתי לבי לעיין בזה כמעט רגע ובפרט שלא נודעתי תוכן כוונת הגב"ע אשר קבלתי בראשונה עד שבוע העברה ביום ה' שראיתי במכתב כת"י הרב אב"ד בעיר הנ"ל אשר כתב בפירוש באר היטב דברי העד השני, וגם העד עצמו והמשרתת הנ"ל באו הנה ביום ה' העבר ונתקבל הגב"ע שנית מפיו ולגודל הפצרתם לא יכולתי לדחותם עוד. וראיתי בלבי שהדבר חובה להזדקק לזה לבל תאבל העלובה הזאת כל ימי חייה בדבר שנקתה וחפה מפשע. לכן אגלה את הנראה לפענ"ד לפני גדולי זמנינו שיחיו. ובאם ייטיבו הדברים לפניהם ויסכימו לדעתי הקלושה הן

מטעמים שיתבארו או מטעמים אחרים, אזי גם אני מסכים להתירה להנשא בלא מיחוש ונדנוד איסור:

והנה בדברי גב"ע מתחילה ועד סוף נודע לכל, דכל כמה שנוכל להשוות הדברים לבל יסתרו הדברים כמבואר בח"מ ובב"י סי' כ"ט בשם ר"ן דיש לתלות לתרץ דברי העדים אפי' במשמעות רחוקה שלא יהיו מוכחשין, ועיין בט"ז ח"מ [סי' ל' ס"ק ג']. ובדבר שלא נוכל להשוותם אזי מספק צריכין להחמיר. וכיון שגב"ע הראשונה והשניה מעיר הנ"ל לא נחתם בשנים ולא נידון יותר מתורת עד אחד שהעיד שכן נגבה בב"ד, וגם מתורת ע"א ירדה קצת דמפיהם כתיב ולא מפי כתבם ותליא באשלי רברבי, כמבואר בטור וש"ע שם [סימן כ"ח סעיף י"א]:

א ובעיקר הדבר אתחיל בחיל ורעדה וכפי פרושות לאל צורי לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה למעשה. והנה מתחילה נחפשה לדעת שקדושין הללו בנ"ד נידון רק כנתקדשה בפני ע"א כיון שלא שמע העד השני שתי תיבות הללו שאמר המקדש מקודשת לי שזהו עיקר ויסוד הקידושין, ונודע הדבר שגם היכא שדילג ולא אמר לי, שרוב הפוסקים מקילים, וגם הרמ"א פוסק כן שכן נראה עיקר לדינא רק מסיים דיש מחמירין [בסימן כ"ז סעיף ד']. אבל היכא שלא אמר מקודשת משמע מסתימות כל הפוסקים שאין בהם חשש קידושין כלל. וא"ל דש"ה דסתמא סירכא דלישנא נקט ואתי, וכיון שאמר כמו"י מסתמא אמר הדברים כסדרן. חדא דסוף סוף כיון שהעד לא שמע את העיקר לשון הקידושין ה"ז כאילו לא נתקדשה בפניו כלל ויתר מזה בכמה הדרגות איתא בחידושי רשב"א קידושין [דף ה' ע"ב] בד"ה הא נתן הוא בתה"ד וז"ל, והא דאמרינן לקמן תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב. דווקא כשחזר ואמר לה בשעת נתינה הרי את מקודשת לי במנה זה שאני נותן לזה, הא נתן ולא פירש א"מ. ואע"פ שהדברים מראים דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא, וכמו שפירש דמי. מכל מקום הודאת עדים בעינן דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקידושין. א"כ כיון שלא פירש כאן ואיפשר דלשם מתנה נתן ולא לשם קידושין. ואע"פ שהוא מודה דלשם קידושין נתן כמו שאמרה, אפ"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראיה לשם עדות. אלא שהם דנין כוונת הלב ואין כאן עדות, עכ"ל. ובפרט בנ"ד דל"ש כלל לומר דסירכא דלישנא נקיט כיון שנראין הדברים בעליל לעד זה כמ"ש בגב"ע שנגבה לפני, שרק לשחוק ולצערה היה כוונת המקדש, וכאשר טען המקדש בעצמו בגב"ע הראשונה בעיר הנ"ל. ואולי בכיון דלג שתי תיבות הללו לבל תיאסר כל ימיה ועיין לקמן]:

והגם שהדברים מסתברים בפשטות בעצמותן דכל זמן שלא שמעו שתי תיבות הללו ה"ז כאילו קידשה בלא עדים ממש. למען ינוח לב המעיין נראה ראיה ברורה לזה מריש נדרים (דף ו') דמקשינן לאביי דס"ל ידים שאינן מוכיחות הויין ידים. מדקתני הרי הוא עלי ה"ז עלי אסור מפני שהוא יד לקרבן. טעמא דאמר עלי הוא דאסור, אבל אמר הרי הוא ולא אמר עלי לא. תיובתא דאביי אמר לך אביי טעמא דאמר עלי הוא דאסור, אבל אמר הרי הוא ולא אמר עלי הרי הוא דהפקר הרי הוא דצדקה קאמר והא מפני שהוא יד לקרבן קתני, ועיין שם בר"ן פירושו ועדיין צריך למתק הדברים דנשמע מכללות הדברים גם למסקנא דיד לנדר לא הוי היכא דלא אמר עלי אפי' לאביי משום דכל כמה דלא אמר עלי אזי יצא מכלל ידים לגמרי, דאפי' בכלל ידים שאינן מוכיחות לא הוי משום דנוכל לומר דהרי הוא הפקר או דצדקה קאמר, אבל לקרבן הוי ידים. אע"ג דא"ל דהרי הוא הפקר או דצדקה מ"מ הויין מיהת ידים שא"מ. ואמאי אם ביותר מסתבר לומר דהפקר או דצדקה קאמר א"כ גם לקרבן לא ליהוויין ידים א"ו בע"כ צ"ל דלאביי לא תליא מידי במסתבר דמ"מ לא יצא מכלל ידים שאינן מוכיחות. ומה"ט ליהוי ג"כ יד לקונם. א"ו בע"כ צ"ל שגם לאביי לא הוי ידים רק היכא דידים מיהת נגמרו בשלימות ולא חיסר רק את העיקר, ולכן הויין יד לעיקר, ולאביי אפי' בידים שא"מ. אבל כל כמה שלא גמר ובצע גם את היד בשלימות וחיסר גם מקצת מן היד, אזי יצא מכלל יד לגמרי מפני דבכלל ידים לא הוי רק היכא דהויין ידים לעיקר ולא במקום דהויין רק ידים ליד ולעיקר. ומשה"ט בקונם שגם היכא שאמר הרי הוא עלי לא הוי רק כיד לעיקר, דעיקר נדר הוא היכא דמתפיס בקרבן או היכא דאמר לשון איסור [וכמ"ש הר"ן ריש נדרים]. ומש"ה באמר הרי הוא עלי הרי גמר את היד ולא חסר אלא את העיקר לבד לומר כקרבן. אבל כל כמה דלא אמר עלי שאזי חיסר גם מקצת מן היד ואת העיקר, אזי לכ"ע לא הויין ידים מפני דיד ליד לכ"ע לית להו. אבל לקרבן גופא אזי גם כשאמר הרי הוא לבד כבר בצע באמרתו את היד ולא חיסר אלא את העיקר. ומש"ה מקשה והא מפני שהוא יד לקרבן קתני:

ולפ"ז גם בקידושין ע"כ לא שמעינן אלא היכא דאמר הרי את מקודשת ולא אמר לי, הוא דנכלל בכלל ידים שבזה גמר מיהת את כל היד ולא חיסר אלא את העיקר משום דמקודשת לחוד דמי כאילו הקדישה וזהו בלתי איפשר. ובתיבת לי נבע מצפוניו ונודע ביאור הדברים, כמו שפירשו התוס' בקידושין (דף ז') ד"ה ונפשטו, דהוי כאילו הקדישה לכ"ע ע"י קנייתו שקנה אותה ורק לו לבדו הותרה. וכן בשאר לשונות של קידושין נמי כל היכא דלא אמר לי ה"ז כרוצה לכבלה ולתפשה באישות לחוד בלא איש ומבלעדי הקונה אותה, וזהו בלתי אפשרי דאיסור אישות לא שייכי כלל רק היכא דאיכא איש

שתקנה לו. אבל היכא דאמר הרי את ולא אמר גם מלת מקודשת (לי) שחיסר גם מן היד, אזי כבר יצא מכלל דין ידים לגמרי, ויען שעל יסוד זה יסובו צדדי ההיתר, לכן הארכתי בזה קצת, הגם שהדברים ברורים ופשוטים. וזהו מילתא דפשיטא דליכא לפלוגי בין היכא שלא אמר מקודשת לי ובין היכא שלא שמעו העדים, דמ"מ נידון כמקדש בל"ע, ובפרט בנ"ד דנראין הדברים דכיון רק לשחוק בעלמא ולצערה, וכמ"ש לעיל:

ב ומעתה כיון דלא נתקדשה אלא בפני אחד ונחקרו העדים בב"ד ואח"כ שאלו את הבעל ואמר שלא כיון רק לשחוק בעלמא, אזי יש להאמינו במיגו דאי בעי היה מכחישו לגמרי, או שהיה אומר בפירוש שכן הדברים כמו שהעיד העד השני, דלקושטא לא אמר רק הרי את כמו"י, דהרי נשמע מכמה דוכתי, וכן גבי נסכא דר"א דאי לאו שהעד מחייבו שבועה דאורייתא אמרינן מיגו במקום עד אחד. וטענתו דלשחוק בעלמא כיון, נראה ברור דבנ"ד הוי טענה מעלייתא היכא שיש לו מיגו, דהוכיח סופו על תחילתו ומסיום דבריו נשמע שכוונתו רק לחוכא ואטלולא. ובפרט שהעד השני העיד בפנינו שאחר שסיים המקדש כל דבריו זרק שחוק מפיו כקול הסירים תחת הסיר:

ועיין בח"מ וב"ש בסי' מ"ב ס"ק ד' וב"ש ס"ק ו'], ומובא שם שהב"ח הורה למעשה להקל בטענת משטה כשקידש בעד א'. וח"מ חולק עליו שאין להקל לכתחלה, ועיין בתשובת חכם צבי סי' קט"ו] שחולק עליו דמידי הוא טעמא דאינו נאמן לומר לשחוק כוונתי הוא מפני שלא מהימנינן ליה, ומש"ה היכא דאית ליה מיגו דהוי כחזקה מעלייתא שפיר נאמן. ולכאורה נראה שהדין עם הח"מ בזה, שכן מוכח להדיא במקומו בסוגיא דדברים שבלב, קידושין (דף נ'] דדברים שבלב אינן דברים אפי' במקום מיגו, שהרי גבי מעילה אית ליה מיגו דנזכרתי, (וכן מצאתי בבית מאיר ריש סי' מ"ב]. ועוד שכן מבואר בתוס' ר"פ השולח בד"ה מהו דתימא בסה"ד וז"ל, ועוד נראה לר"י כי דברים שבלב א"ד אפי' היכא דקי"ל שנאנס מלפרשה וכו'. ועוד הגע בעצמך הכי יעלה על הדעת באחד שמכר לחבירו בקנין גמור בינו לבין עצמו והלוקח תובעו שיתן לו החפץ שמכר לו בק"ג בינו לבין עצמו וטען המוכר שלשחוק בעלמא כיון. הכי נאמינהו במיגו דלא היו דברים מעולם:

ואפ"ל דשאני בכל הדברים הנ"ל שהמעשה בעצמותו מהני אפי' בינו לב"ע, שוב לא אזלינן בתר דברים שבלב לסלק המעשה או הדיבור שהודה בעצמו וכן א"י לטעון משטה כדי לסלק המעשה ההוא. אבל בקידושין כיון שהמעשה בעצמותו לא מהני מידי, ומש"ה אפי' היכא שהעדים ראו מאחורי הגדר ל"מ כלום, כמ"ש בש"ע [סי' מ"ב ס"ג], ויכולין לומר כל אחד מהם דלהשטות נתכוין, רק דבעינן שיראו העדים את המעשה, ולדעת

הסמ"ג והוא דעת רמ"א (סי' מ"ב ה"ב] ע"א מיהא בעינן]. וכיון שעיקר המעשה נתקיים עפ"י ראיה והשמיעה של הקידושין שוב נגרר כל הענין של הקידושין רק אחרי הראיה דלית ביה מעשה. ומשה"ט יש מקום לומר שגם דברים שבלב מהני לבטל הענין שכל עיקרו נתקיים ע"י דבר דלית ביה מעשה רק דלא מהימן. ומש"ה היכא דאית ליה מיגו מהני, וכעין סברא זו מצינן בכריתות (דף ג' ע"ב] בתוס' ד"ה הואיל וישנן בראיה תימא מאי משני ממסית וממדיח וכו' וז"ל, ובספרו כתב שאני עדים זוממין הואיל וישנן באם, פי' באם לא יגיד. ומפרש בפרק שה"ע דאין מתחייבין אלא בב"ד ולהכי מעקימת שפתיו לא מיחייבי, דא"כ אפי' חוץ לב"ד נמי דהגדתן לחוד דהיינו פיהם לא גרמא להו. אבל בעלמא דמיחייבי עפ"י דיבורן לחוד עקימת שפתיו הוי מעשה, עכ"ל יעו"ש. ודעת לנבון נקל שעפ"י סברתם יש לחלק כל מעשה קידושין מכל קנינים, ואפי' מדברים שנתקיימו ע"י דיבור לחוד, כיון שעיקרו נתקיים רק ע"י ראיית העדים דלית בהו מעשה. [והיה אצלי מופלג אחד וראה דברים האלו ואמר דאין להשיב ע"ז מהא דאמרינן בקידושין ר"פ האומר שאני נתינת מעות ליד אשה דכמעשה דמי, דש"ה שהביטול הוא אחרי שנתקיים הדבר, משא"כ בביטול הדבר שהיא בשעת מעשה כגון ע"י טענת השטאה וכדומה שאז משבית ומיפר הדבר מתחילתו, ושפיר קאמר]. ובני הרב שיחיה הקשה על דברי החכם צבי הנ"ל מדברי הר"ן ריש פסחים שהקשה בביטול שבלב דמהני הא הוי רק דברים שבלב. אמנם לדברינו הנ"ל ניחא כיון שעד עתה החמץ היה ברשותו לכל דבר היאך נפקע מרשותו ע"י דברים שבלב, משא"כ בקידושין שעיקר קיומו ע"י דבר דלית ביה מעשה דהיינו הראיה והשמיעה של העדים:

וכיון שיש מקום לקיים דברי חכ"צ הנ"ל ודברי הב"ח, וגם הח"מ שחולק בזה, מסיים שאין להקל לכתחילה [ומשה"ט שפיר עשה הרב המאה"ג ובד"צ שהחמירו לכתחילה] אבל כיון שנסתיים מילתא שברח לנפשו והוי מקום עיגון ושעת הדחק טובא בוודאי אין להחמיר:

ומבלעדי כ"ז כבר יצאה הוראה מפי תורת רבינו משה ע"ה בהג"ה שם דבמקום עיגון וש"ה מותרת להנשא כשנתקדשה בפני ע"א אפי' כששניהם מודים. ומכ"ש בנ"ד דנראה בעליל שכיון רק לשחוק והיתול. רק דבקידושין לא אזלינן בתר אומדנא לבטלם כמבואר בהגה"ה שם סעיף א'] אבל היכא דיש לו מיגו בוודאי נאמן גם לדעת הח"מ ואפי' לכתחילה:

ומה שהקשה בחכ"צ שם על הח"מ דבטוען א' מהם טענת השטאה נפקע גם השני, שהרי לא עדיפא הטענה של עכשיו מטענת המיגו. שבידו לטעון, וכשם היכא דמכחיש הוא

את העד אסורה להנשא, א"כ גם בטענת השטאה תיאסר היא להנשא. הנה בהשקפה ראשונה אמרתי דבדבר דלית ליה נפקותא ורווחא תלי' בפלוגתא דרבוותא ביש בנים אם נאמן לגמרי ותינשא גם לכהן [ועיין תוס' ב"ב קל"ד ע"ב בד"ה הואיל, ורמב"ן שם] דכיון דנאמן שיש לו בנים אזי מותרת גם לכהן, וה"ה הכא בטענת משטה, ויש לחלק קצת. ועוד נראה דכיון דנאמן לסלק צד הנגיעה של עצמו שוב נאמן עליה מתורת ע"א וכשם דאמרינן גבי הן שלוחיו הן עדיו [קודם דתיקנו רבנן שבועת היסת דהוו עדים, בש"ס קידושין מ"ג ע"ב] וא"ל דמ"מ היאך נאמין לע"א בדבר שבערוה. דז"א כיון דטוען המקדש מיד שלשחוק בעלמא כיון, הרי לא נתחזקה מעולם ועוקר הדבר מעיקרא, וכבר מבואר במרדכי ר"פ האומר ובתשובת מיימוני הלכות אישות סי' ג'] בכה"ג בשליח שקידש וטעה ואמר לי יעו"ש, שוב ראיתי בבית מאיר (ר"ס מ"ב] שכתב דאין להאמינו מתורת עד כיון דהוי דבר שבערוה, ולפי ענ"ד נראה כמ"ש:

ג ועיין בב"ש שם [סק"ו] שהשיג על הב"ח דא"נ לומר משטה ע"י מיגו להכחיש העד, דדמי לנסכא דר' אבא, וכל הרואה ישתומם שהרי לפום שני טעמים המבוארים בתוס' שם, הוא רק היכא דמחייבו שבועה. אבל בקידושין דלא שייכ' שבועה כמ"ש רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב] ד"ה ע"א בהכחשה, וכבר צווח עליו בעל חכם צבי בספרו שם וכתב עליו שטעה בזה, וראיתי בספר משיבת נפש מהגאון מו"ה ר' ליבוש חריף זצ"ל שמתרץ דבריו [בסימן ל"ט] דממ"נ אם טוען המקדש משטה אזי לית לי' מיגו שהרי לפי דבריו צריכה להחזיר לו את כסף קידושין. ובאם יכחיש את העד שוב לית ליה דין ודברים עלי' ויפסיד כספו. ובאם טענה היא דלשחוק בעלמא קיבלתה, לית לה מיגו מפני דהיתה צריכה לישבע להכחיש את העד נגד כסף הקידושין, ועודנו לא השיב נפש המעיין בזה, דהרי אנן פסקינן דקידושין לטיבועין ניתנו [בש"ע אהע"ז סי' נ'] וא"כ אפי' היכא דקידש בעדים והלכה בשאט נפשה ונישאת לאחר אין יכולין לכופה שתחזיר הכסף קידושין אפי' כשכופרת והכחישתם, שהרי גם לדבריהם אין עלי' שום דו"ד על הכסף שקיבלה לקידושין כיון דלטיבועין נתנו, וה"ה נמי בע"א דאינה צריכה לישבע להכחישו שהרי גם לפי דברי העד עצמו אין עלי' עסק דין ממון כלל:

ולפענ"ד נראה ליתן מקום לדברי קדשו של הב"ש עפ"י דברי ר"י בתוס' ב"ב דף ל"ד ע"א] ד"ה הוי, דעיקר הדבר דאמרינן בנסכא דר' אבא מתוך. משום דלא חציף להכחיש את העד ובשבועה ולית לי' מיגו, [ובימי חורפי כשהייתי בצוותא עם יד"נ הגאון מו"ה זאב וואלף מזאלשין זצ"ל אב"ד דק"ק לאסק הקשה שהרי לענין שבועת שקר ליכא נפקותא בין אם נשבע לשקר שד"א או שבועה דרבנן, ואמאי אמרינן דליתא לדינא דמתוך

שאיל"מ אלא בש"ד. אבל בשבועה דרבנן לא [ומשמע בתוס' פ' חזקת הבתים (דף ל' ע"א) סד"ה לאו, דר"י בעצמו מודה לזה היכא דע"א מחייב רק שבועה דרבנן ל"א מתוך ועי' בש"כ סי' קמ"ו ס"ק י"א י"ג] דמ"מ לית ליה מיגו דאינו רוצה להכחיש את העד ובשבועה כיון דדין שבועה אחת היא. ואמרתי לו אז דאין הכוונה מפני חומר ועונש השבועה רק דכולו יסוב כלפי ההעזה דכיון דחייב לישבע נגד העד שד"א וכל כמה דלא נשבע נחתינן ליה לנכסיה מפני שמחזיקינן לאמת ולצדק עדותו של העד ולהחזיק דברי המכחיש לדברי כזב ושקר ומש"ה הוא דלא חציף להכחישו, אבל בשדר"ב דלא נחתינן לנכסיה אפי' כשאינו רוצה לישבע, רק דרבנן תיקנו שישבע לאמת דבריו ומש"ה עודנו לא יתראה כדובר כזב ושקר, והרב הנ"ל הודה לדברי וקילסם:

ובזה יש להקל קושי' תוס' שם שהקשה על תי' ר"י דא"כ גם לרב ושמואל דלית להו מתוך מ"מ יודו בנסכא דר' אבא כיון דל"ל מיגו, עפ"י המבואר בש"מ בסוגיא דשאלה ושכורה (ב"מ צ"ז ע"ב סד"ה השוכר) דנחתינן לנכסיה הוא מתורת מתוך דמה לי טוען אינו יודע שאינו יכול לישבע או שאינו רוצה לישבע, וכיון שכן לרב ושמואל דלית להו מתוך כשטוען א"י נגד ע"א, לית להו ג"כ דבשבועה דאורייתא נחתינן לנכסי'. ומש"ה גם בנסכא אית לי' מיגו דלדידהו דין שד"א כמו שבועה דרבנן לדידן]:

ועיין שבועות בסוגי' דקציצה דלרמב"ח אליבא דרב ושמואל אמרינן מיגו דהעזה לאפטורי משבועה ומשה"ט מקשי' שבועת שומרים דחייבא רחמנא היכי משכחת לה, ואפ"ה חייב' רחמנא שבועה במודה במקצת משום דלכפור יותר הוי העזה יתירא כמ"ש תוס' שם ד"ה מתוך, ול"א מיגו כזאת לאפטורי משבועה, ומשה"ט מסתבר נמי דמיגו להכחיש העד אפי' בלא שבועה. היכא שיכפור יותר בטענה שיטעון ממה שטוען עכשיו, כיון דאיכא תרתי לריעותא להכחיש העד ולכפור יותר דדמי למודה במקצת דלא אמרינן מיגו לכ"ע מפני דהוי העזה יתירא [נגד דבר קל שהוא רק דין שבועה לברר האמת]. ואע"ג דאית לי' לרמב"ח אליבא דרב ושמואל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה אפי' היכא שעתה אין חבירו מכיר בשקרו ובמיגו שיטעון יכיר בשקרו, ואפ"ה ל"א מיגו לאפמ"ש היכא דיכפור יותר, א"כ מכש"כ דל"א מיגו היכא דאיכא תלתא לגריעותא היכא דעתה אין חבירו מכיר בשקרו ואין העד מכחישו ואינו כופר רק במקצת, ובטענה שיטעון יכפור יותר ויכיר בשקרו ויכחיש את העד. דל"א אפי' לענין ממון, דהשתא להכחיש את העד ובשבועה אע"ג שגם עתה יצטרך ג"כ לישבע כקושי' תוס' שם. אפ"ה בהצטרף שנים האלו שיצטרך להכחיש את העד בשבועה ל"א אפי' לענין ממון גבי נסכא דר' אבא, מכ"ש בהצטרפו הנך תלתא לריעותא דל"א אפי' לענין ממון, תוכן הדברים בקצרה

כיון שנתגדלה ההעזה ע"י שיכפור יותר, דלכ"ע ל"א אפי' לרמב"ח דאית ליה אליבא דרו"ש דאמרינן מיגו דהעזה לאפמ"ש ומהימן לומר נאנסו בלא שבועה במיגו דלהד"מ, אע"ג דאיכא נפקותא רבה שעתה אין חבירו מכיר בשקרו וירויח רק מעט מזעיר, וע"י זה שירויח רק דבר מועט נתגדלה ההעזה שישים מצחו כנחושה בשביל הרווחת שבועה לחוד ויכחישו בדבר שחבירו מכיר בשקרו, אפ"ה אית ליה לרמב"ח שגם העזה גדולה כזאת לא יפסיד המיגו ואנן פסקינן דלא כרמב"ח ולא אמרינן מיגו דהעזה לאפמ"ש אבל לפטור מממון אמרינן, והיינו טעמא משום דהיכא דמרויח בזה אזי נתקטנה ממילא ההעזה מהיכא דלא מרויח רק הרווחת שבועה לחוד, אבל להכחיש את העד ובשבועה כמו בנסכא דר' אבא, אע"ג שגם בטענת דידי חטפי יתחייב לישבע מדאורייתא (כמו בהחזרתי במיגו דנאנסו לדעת רוה"פ זולת לדעת בעה"מ, ועיין בש"ך סי' רצ"ו ס"ק ג') ובשניהם חבירו מכיר בשקרו אפ"ה נתגדלה ההעזה בזה להכחישו בשבועה דאפי' להרויח ממון ל"א] ואפ"ה מודה רמב"ח דלכפור יותר ל"א מיגו לאפ"מ אפי' דבשניהם חבירו מכיר בשקרו אפ"ה נתגדלה ע"י זה ההעזה, עד דכ"ע מודים דל"א:

[**וכמו** כן מצינו כמה פעמים דלא אמרינן מיגו דהעזה אפי' לענין ממון, כמו גבי האומר לחבירו אל תפרעני אלא בעדים דלא מהימן לומר פרעתיך ביני לבינך אף על גב דאית ליה מיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים, משום דהוי מיגו דהעזה עיין שבועות (דף מ"א ע"ב) ובראש"ש שם סימן י"ג:

וכן מצינו גבי תבעו ביומא דמישלם זמנו דלא מהימן לומר פרעתיך תוך זמני במיגו דאי בעי אמר פרעתיך היום משום דהוי מיגו דהעזה, עיין ב"ב (דף ה') בתוס' ד"ה ובא בזמנו וכו' ובתומים (סי' ע"ח סק"ח) שהקשה שם קושיא זו דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה, ותי' משום דהוי נגד חזקה ג"כ ומיגו דהעזה נגד חזקה לא אמרינן אפי' לענין ממון:

אמנם תירוצו צ"ע, דאם איתא דרק משום דהוא נגד חזקה לא אמרינן מיגו דהעזה כהאי א"כ קשה דהא אכתי אית ליה מיגו, דהנה המרדכי שם מדייק אי טען מחלת לי אי מהימן ודייק דלא מהימן דאי לאו הכי להימני' פרעתי במיגו דמחלת לי אלא משום דמחלת לי הוי טענה גרוע והיא גופה לא מהימן כי אם במיגו, ואי ס"ד דאמרינן מיגו דהעזה כהאי לענין ממון א"כ להימני' היכא דטען פרעתיך תוך זמנו במיגו דמחלת לי ומחלת לי הוי מהימנינן ליה במיגו דפרעתיך היום ותו לא הוי מיגו נגד חזקה דבטענת מחלת לי לא הוי חזקה המנגדו, אלא וודאי דהעזה גדולה כהאי לא אמרינן אפילו לענין ממון.

אלמא היכא דאיכא העזה גמורה אפילו היכא דליכא מיגו להכחיש את העד לא אמרינן מיגו כהאי]:

ומשה"ט סבירא ליה לבית שמואל כשטוענת היא להשטות בך נתכוונתי ונתקדשה בפני ע"א דל"מ במיגו דלהד"מ מפני שאז תכפור ביותר, שעתה בטענתה איננה כופרת ומברחת ממנו רק התקשרות האישות לחוד וכשתטעון להד"מ תכפור גם בכסף קידושין ועתה אין המקדש מכיר בשקרה ואז יכיר וידע וגם תחצוף להכחיש את העד לכן בהצטרף כל הנך ריעותות סרה המיגו בכללו ול"א אפי' לענין ממון כמו בנסכא דר' אבא:

ולפ"ז בנ"ד שהמקדש טוען משטה ואית ליה מיגו דא"ב היה אומר בפירוש כמו שהגיד העד השני שלא אמר רק הרי את כמו"י, דאזי בין כך ובין כך לית ליה נפקותא לענין ממון. גם הב"ש מודה דמהימנינן ליה במיגו. ועוד דלמ"ש הלא עיקר דעתו דב"ש סובבים רק עפ"י דעת ר"י בנסכא דר' אבא שהוא משום לא חציף. והכא אם יאמר כמו העד השני ואיכא עד דמסייע ליה מעיז ומעיז. ועוד שגם לפי טענתו אין לו שום טענה על כסף קידושין. כיון שהחזיר הכסף מה שנטל מתחילה ממה שהניחה הבעה"ב לשחיטת האווז. רק היכא דכיון לקדשה אזי יש לומר שמטבע הלז שלו היה מתחילה והמטבע שלקח עודנו בידו או אפי' כשנודע בבירור שזהו המטבע שלקח מתחילה וכיון שהלך וקידשה בו אזי מסתמא תפסו על שכר פעולתו שמגיעו. אבל כל שכיון להשטות שוב לית ליה תביעה ודין ודברים עליה על הכסף שנתן לה שתחזיר לו דאזי אמרינן להיפוך דכל כמה שלא גילה דעתו שתפסו על שכר פעולתו דמסתמא נתן לידה את המגיע ממנו וכאשר אמרה הבעה"ב מתחילה:

ועיין בירושלמי סוף כתובות בסוגי' דשנים שהוציאו שט"ח זה על זה. ובתומים [סימן פ"ה סק"ד] דמסתמא ל"א דנחשב כפרעון עד שיבאו לידי גבי'. וה"נ בנ"ד שמגיע לו מבעה"ב שכרו ומגיע ממנו מה שלקח מן השלחן שנתנה לשחיטת האווז, אזי כל כמה דלא גילה דעתו לא נחשב לפרעון. וגם הוא לא לקחו מתחילה לפרעון רק לצחוק ולצערה [כמ"ש בגב"ע]. לכן גם כשנימא דכיון להשטות בה אזי מסתמא החזיר לה ע"ד שציוותה הבעה"ב מתחילה:

ד גם יש לדון ולומר כיון שאמר בבירור גמור שהיה במעמד עם העד הראשון. ולא שמע שתי תיבות האלו שהן עיקר הקידושין. אזי ממילא נידון העד הראשון כעד אחד בהכחשה כמבואר בחשן משפט (סוף סימן כ"ט] האומר לא ראיתי הוי כאומר לא ראית ונידון כע"א בהכחשה. ושניהם המקדש והמתקדשת ג"כ אומרים לא נתקדשנו שהרי הוא אומר שכיון להשטות וגם היא אומרת שלא נתכוונה כלל להתקדש לו ולא ידעה

מאומה ועיין בראב"ד [פ"ט מהלכות אישות הלכה ל"א] ובמגיד משנה ובמשנה למלך שם. ומבואר בתשו' רשב"א מובא במש"ל דגם בדבר שמיעה הדין כן דכל האומר לא שמעתי כאומר לא שמעת דמי. ומה שמעורר המש"ל מתשו' ריב"ש. דבריו תמוהים דבעובדא דרשב"א איירי להדי' דעדי הגט שנזדמנו לעדי חתימה ועדי מסירה אמרו לא שמענו הביטול מודעא ועדים אחרים אמרו שמענו ומש"ה נידון כתרי ותרי והריב"ש מיירי להיפוך יעו"ש דע"ח אמרו שמענו (והם ואחרים) ואחרים אומרים לא שמענו. ועיקר דבריו סובבים שם משום דלגבי אחרינא הוי כמילתא דלא רמי' עלייהו לגבי הנך דנזדמנו לכך:

ולפ"ז בנ"ד דשניהם לא נזדמנו שניהם שוים. בפרט בנ"ד ששמע שקרא אותה המקדש ואמר לה הילך (הצענער) הרי את כמו"י וכו'. ושמע תחילה וסוף ובאמצע לא שמע מפני מילתא דלא רמי' עלי' לא מסתבר כלל. לכן בזה לכ"ע הוי עדות גמורה ודינו של העד הראשון כדין ע"א בהכחשה דלאו כלום הוא. ואע"ג דבע"א אומר שנתקדשה וע"א אומר ל"נ לכתחילה לא תינשא. זהו כשמכחישין א"ע בקרוב לה דעבידי דטעו ולדעת התוס' [כתובות כ"ג תד"ה תרווייהו] בעינן ג"כ שידוע גם לאחרים שזרק לה כדי להוציאה מחז"פ רק הר"ן מחמיר בזה דאפי' כשלא נודע לאחרים וכ"פ בש"ע אה"ע סי' מ"ז ס"ג [ובב"ש שם ס"ק ה' ו']. ולדעת רמב"ן ורשב"א איירי כשאינה מכחשת וכגון שקיבל אבי' קידושין. ולדעת הר"ן גם הרמב"ם איירי בקרוב לה ומכחישין את עצמם בזה ומשום עבידי דטעו. אבל בנ"ד שאמר עד השני בבירור שלא שמע שתי תיבות באמצע. מסתברא דל"ש לטעות בזה רק היותר מחמיר בזה הוא דעת המ"מ [פ"ט מה"א הלכה ל"א] בפירושו לרמב"ם דדוקא בע"א אומר נתקדשה והיא אומרת נ"נ הוא דתינשא לכתחילה משום חזקה דאין אשה מעיזה. אבל היכא דאיכא עד דמסייע לה מעיזה ומעיזה:

ונראה דזהו דווקא היכא שהמקדש אומר ג"כ דנתקדשה או היכא דאזיל לעלמא. אבל היכא שהמקדש לפנינו והוא והיא אומרים דלא נתקדשה אזי גם לדעת המ"מ תינשא לכתחילה. דיש להבין לדעתו אמאי לא נאמין לע"א האומר ל"נ במיגו דא"ב שתיק ואזי תינשא לכתחילה. רק מפני דאמרינן דאי שתק איהו גם היא לא תוכל להעיז ולהכחיש העד. אבל היכא שגם המקדש אומר דלא קידשה שוב נאמן העד האומר שלא נתקדשה במיגו דאי בעי שתיק והיא תוכל להעיז ולהכחישו מפני שהמקדש מסייעה. וכי תעלה ע"ד היכא דאיכא עד אחד לבד האומר דנתקדשה ושניהם מכחישים אותו דלא תינשא לכתחילה. והיכא שהיא לבד מכחישתו דתינשא. גם מסתימת לשון הרמב"ם לא משמע כן:

לכן בנ"ד כיון דסוף סוף שניהם אומרים דלא נתקדשה שהמקדש לא נתכוין לקנותה והיא לא נתכוונה להקנות את עצמה. לפי דבריהם אזי לכ"ע תינשא לכתחילה:

ה ועוד בה שלישי' שיש מקום להתירה במקום עיגון אפילו כששניהם שמעו לשון הקידושין בלא דברי ליצנות עפ"י גב"ע פה ועפ"י גב"ע בעיר הנ"ל. ולמ"ב לפי גב"ע דפה שאמר לה לאחר שחיפשה הצענער ולא מצאה (קום נא דיר דעם צענער) משמע להדיא שכוונתו היה על הידוע שחיפשה עד כה ונתן לידה ואח"כ אמר לה הרי את מקודשת לי דלא גרע משתיקה דלאחר מתן מעות ואפי' כשנתרצית בפירוש נראה עפ"י מה שיתבאר להלן ביותר ביאור דדמי לטלי סלע זה שאני חייב ליכי ולאחר מתן מעות אמר לה תיכף לשון קידושין דאינה מקודשת אפי' נתרצית אח"כ כדקתני שם להדיא בברייתא בקידושין י"ג ע"א], אלא אפי' לפום גב"ע שנגבה בעיר הנ"ל שלא כתב בו (דעם צענער) אמנם יכול להיות שלא דייקו כ"כ לחקור אח"ז, ופה שאלנו אותו איזהו פעמים אם אמר (דעם צענער) או סתמא, ולאחר החקירה והדרישה אמר שיודע בבירור גמור שאמר (דעם צענער)]. מ"מ כיון שקרא אותה לאחר שחיפשה ולא מצאה ואמר שישיב לה (הצענער) ולקח ידה בידו ואמר לה הילך (הצענער הלז) והרי את מקודשת לי וכו' [לפי גב"ע הראשונה בכ"ב סיון] משמע ג"כ דמתחילה כיון להשיב (הצענער) שלקח ואח"כ חזר בו או שכיון לחזרה ולקידושין וכדעת הרמב"ם [פ"ה מה"א הל' י"ב ובמ"מ שם] בסלע זה שאני חייב ליכי [ואע"ג דבגב"ע השני לא כתוב בו לשון זה אל יתמה הקורא בזה. כי עיקרו של גב"ע השני מעיר הנ"ל לא בא רק לאשר שכתב בגב"ע הראשונה שהעד השני שמע רק קול הברה ואמרתי לקרובי המתקדשת שצריך לבאר בלשון אשכנז באר היטב את אשר שמע ולכן קיצר במה שפירש בראשונה]. ומעתה יש כאן מקור נובע כעין שני סעיפים להתירה במקום עיגון חדא עפ"י המבואר בפוסקים דעיקרן של קידושין שנתפסים גם כי שתקה היא. הוא באחת משתים או כשהמציא היא את עצמה לקבל הקידושין. או מפני דהוי לה לזרקם. והיכא דיש מקום לטעות עפ"י שיקול דעת דקסברה שתתחייב לשלם. אע"ג דמצד הדין פטורה. מ"מ לכ"ע אינה מקודשת אפי' לרב הונא ברי' דרב יהושע בציפתא דאסא בקידושין [דף י"ג ע"א]. עיין ברמב"ן מובא ברשב"א שם ובריטב"א ור"ן. ואף לדעת רמב"ן שחולק שם בפירושו. וס"ל דגבי פקדון כל היכא שלא גילה דעתו ואמר בפירוש לנפקד הילך את שלך והוא לא רצה לקבלם. רק שזרקם מיד בפניו ואמר לו הרי שלך לפניך. דלרמב"ן מחויב הנפקד מצד הדין דסבירא ליה שדין פקדון והלואה שוין. ורשב"א חולק בפרט זה ומחלק בין הלואה

דאיתא ברשות לוה לגמרי מה שאין כן בפקדון דאיתא ברשות מארי'. [ועיין בח"מ סימן רצ"ג דפליגי בזה הסמ"ע והש"ך בס"ק ב' ג']:

אמנם לדינא נראה דאיפשר שגם רמב"ן יודה בפרט זה דאפי' היכא דמצד עיקר הדין פטורה, כיון דמ"מ עפ"י שיקול הדעת יש מקום לחייבה תו ליכא ראיה משתיקתה דמשום זה לא שדיתינהו דקסבר' שתתחייב לשלם. אמנם היכא שגם עפ"י שיקול הדעת ידוע דלא תתחייב לשלם. פליגי רבא ורב הונא בריה דרב יהושע, דרבא ס"ל דמ"מ נשי לאו דינא גמירי, ורב הונא ברדר"י חולק דכל כה"ג שאין מקום לטעות כלל, אזי אמרינן דמסתמא נתרצה, דאל"כ תשדינהו והנה בזרק לה קידושין ואמר קודם שהגיע לידה לשון קידושין דפליגי בזה הרמ"ה עם שאר פוסקים, אזי לדעת הח"מ (סי' מ"ב ס"ק ב') תליא בפלוגתא דרבא ורב הונא בריה דרב יהושע דרמ"ה ס"ל להלכה כרבא. והחולקים, כרב הונא. וכן בלקח יד אשה בחזקה וקידשה ולא זרקה תניא נמי בזה. אמנם הב"ש שם ס"ל דשאני זרק לה וכן כשנטל ידה בידו שלא באה מתחלה המעות לידה מרצונה, אזי לדעת הרמ"ה א"מ. וכן דייק מלישנא דש"ע שהלכה פסוקה כדעת רמ"ה, עיין בסי' כ"ח סעיף ה' וריש סי' ל' וסי' מ"ב]:

ומעתה נחזה אנן בעובדא דידן שמתחלה אמרה אשת הבעה"ב למשרתת לך לשחוט את האווז והילך א' זהב והניחה מיד את הזהב על השלחן בפני המשרתת והבעה"ב הלכה לעסקיה וגם המשרתת הלכה והניחה הזהב על השלחן במקום שאינו משתמר שהרי כמה פועלים ישבו שמה. ונמצא דמיד שקבלה המשרתת את פקודתה שתלך בשליחותה, שכן הדבר חובה עליה מסתמא, ובעה"ב הלכה לדרכה דאזי כבר נתחייבה המשרתת בשמירתן, לדעת הפוסקים בסי' רצ"א ס"ה [וסי' ש"ג וסמ"ע שם ס"ק א'] דמשעת סילוק בעלים נתחייב השומר בשמירתן. ואפי' לדעת החולקים שמה דדווקא במשיכה נתחייבו שומרין, מ"מ בנ"ד תיכף לאחר שנאבד הזהב מן השלחן תפסיד המשרתת מדמי משכורתה, שהרי הבעה"ב היא מוחזקת ברשות בדמי משכורתה שמגיע לה מתחילת הזמן ועודנה לא קיבלה חלף משכורתה. וכיון שתחילת קבלתה לא המציאה א"ע לקבלם כיון שלקח ידה בידו. ובנ"ד אם תשדינהו אח"כ אזי לכ"ע תפסיד שלה לכן גם לדעת הח"מ דהגהת מרדכי בגיטין דס"ל דמקודשת וחולק ע"ד רמ"ה היינו מפני דקסברה דבזה אין מקום לטעות והוי לה לשדינהו אכן בנ"ד דבוודאי תפסיד מדינא כאשר בארנו, אזי לכ"ע א"מ. ולדעת הב"ש דווקא כשנתרצית מתחילה הוא דמקודשת כשלא זרקה אבל כשלא נתרצית מתחילה אזי א"מ מפני שלא בא המעות מתחלה לידה מדעתה אפי' היכא שלא תתחייב אם תשדינהו:

אמנם יש לפקפק בזה. כיון דבהגהה נקט ליה שלקח יד אשה בחזקה שלא ברצונה. וכן בהגהת מרדכי כתב שם לקח יד אשה בע"כ, ובגב"ע בעובדא דידן לא משמע להדיא דלקח ידה בחזקה. רק מ"מ יש מקום לומר כיון דעיקר דעתה היה שיחזיר לה הצענר) שלקח משלה שהרי קרא אחריה ע"ד כן. וגם עתה אמר לה (נא דיר דעם צענער) דמשמע שסובב על מה שאמר בראשונה [וכמ"ש בחידושי רשב"א אשר הבאתי לעיל (באות א') שרק לענין שתהיה מקודשת לא מהני זה משום דבעינן עדים דווקא. אבל לענין זה שלא תהיה מקודשת וכן בכ"ד לענין שאר דברים אמרינן דמסתמא הוכיח תחלתו על סופו]:

ונוסף לזה יש מקום להתירה כיון שקרא אחריה ואמר שיחזיר לה (הצענער). ומיד הלכה אחריו ואמר לה הילך (הצענער) והרי את מקודשת לי. הרי יכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי. מידי דהוי כאלו אמר לה הילך הסלע שאני חייב ליכי והרי את מקודשת לי אינה מקודשת משום שיכולה לומר אין שקלי ודידי שקלי. וה"נ כיון שכבר בארנו שכל כמה שלא נמצא (הצענער) תפסיד משלה עפ"י הדין. ומ"ל אם מחמת ספק אם מחמת וודאי, כיון שבעה"ב מוחזקת ועומדת בדמי משכורתה, [עיין גיטין (דף מ"ב ע"ב) גבי כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה. ובמשנה למלך פרק ט' מהלכות אישות הלכה ו' ד"ה ודע]. וגם כבר בארנו לעיל [בסוף אות ג'] עפ"י הירושלמי בסוף כתובות, ותומים [סי' פ"ה] דכל כמה דלא גילה הפועל דעתו שתפסם על חובו נמצא שהוא חייב להחזיר לשלם. וכאשר עשה כן ואמר לה שיחזיר לה אע"פ שאמר לה ג"כ הרי את מקודשת לי כבר יכולה לומר אין שקלי וד"ש. ונראה בנ"ד אין לחוש מפני קלא ששמעתי אומרים, שהיה קול ושוברו עמו שתיכף אמרו שכיון רק לשחוק ולצערה:

מכל הלין טעמי נלפע"ד שהבתולה הזאת מותרת להנשא לכל מי שתרצה רק באופן שיסכים לדינא אחד מגדולי זמנינו שליט"א, ואזי גם אני מסכים לזה ומכלל הן אתה שומע לאו:

ז לאשר נתעכבה התשובה הזאת פה בעבור מניעת נוסע נכון הנה הרהרתי עוד קצת בזה ואמרתי שיש עוד סניף להתיר מחמת הליצנות שסיים, ומזה נראה שעיקר מגמתו רק לחוכא וטלולא ולצערה. בכגון זה איפשר לומר דכ"ע מודו לדינא דאמרינן הוכיח סופו על תחילתו. שהרי גם בעלמא פסקינן דבשתק ולבסוף צווח דספיקא הוי, עיין רמב"ם [בפ"ט מה' תרומות], ועיין חולין [דף ל"ט ע"ב] גבי כתבו ונפל מן הגג ומת דאם מעצמו נפל הרי זה גט ועיין באה"ע [סי' קמ"א בב"ש ס"ק כ"ד]. וטעמא דמילתא כדאיתא בחולין [דף ל"ט ע"ב] ש"ה דקאמר כתבו, וז"ל רש"י ואיכא קצת הוכחה ונפילתו גילוי מילתא בעלמא הוא. הרי אע"ג דבכתב לחוד לית ביה שום נדנוד ספק גם אם נתנו לידה.

מ"מ כיון שנפל אח"כ אזי אמרינן דהוכיח סופו על תחילתו משום קצת הוכחה. וה"נ בנ"ד כיון דאיכא קצת הוכחה מעיקרא שאמר הנער פינחס לפועלים שעמו שיקחו כל אחד מטבע א' כדי להקניטה ולצערה. וגם סיים באמריו דברי שחוק והיתול. אזי אפ"ל דלכ"ע פסקינן בזה דהוכיח סע"ת. וא"ל דש"ה שהמעשה סתמיי שאמר כתבו לבד ולא אמר ובצע כל הענין הוא דאמרינן הוכיח סופו על תחלתו. אבל לא בדבר שמנגד לגמרי נגד מעשה הקידושין דמחזקינן בסתמא שנתכוין לקדשה, וחזקה גמורה היא שאין אדם עושה מעשה להשטות ולצערה. שהרי גם התם בחולין שרצה לדמות גבי ישראל שעבד וכו' ג"כ איכא חזקה גמורה שאין לך חזקת כשרות גדולה מזו. ואפ"ה אם גם התם היה קצת הוכחה מתחלה הוי שוה לגט. גם משמע מגב"ע הראשונה שדברי ליצנות הלז אמר בעודנו מחזיק בידו את ידה. וכל זמן שמחזיק ידה לא נגמרה הנתינה. לכן גם אם נימא שגם בזה לא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו ומיהדר הוא דקא הדר ביה ג"כ מהני, הגם דבקידושין תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי, זהו כשנגמרה הנתינה:

אח"כ ראיתי בתשו' נודע ביהודה מהדורא קמא סי' נ"ט] שכתב כן דכ"ז שלא נגמרה הנתינה, יכול לחזור בו בכעין נ"ד. אולם מ"ש שם הנב"י דבאמרה לשחוק נתכוונתי וכן שלא הבינה לשון הקידושין דנאמנת מצד ע"א נאמן באיסורין כיון דלא איתחזק, בפרט דהכא איכא ג"כ חזקת פנוי'. וכיון בעצמו לדעת המרדכי ותשובת מיימוני שהבאתי לעיל [בסוף אות ב'], וכבר הארכתי בזה בזית רענן חלק ראשון דבעיקר הדבר כבר איפלגו בזה הרמב"ן ור"ן בסוף סוגי' דשלישׁ. איברא כאן שלדבריו עודנה בחז"פ ואיכא כמה הוכחות ואומדנות לזה הוא דס"ל להג"מ דנאמן. ועי"ש בזית רענן [בי"ד ה"ב סי' זיין אות ח']. אולם עיקר דבריו תמוהים שהרי גם לדעת הרמב"ן דע"א נאמן בדבר שבערוה היכא דלא איתחזק. בפרט היכא שמברר הדבר לגמרי מכל וכל דאזי כ"ע ס"ל דנאמן שהרי גם הר"ן שחולק בגיטין וס"ל דע"א אינו נאמן אפי' בדלא איתחזק לכן גם כשבאו הקרובות ואומרות לא נתקדשנו ל"מ. אפ"ה ס"ל לר"ן בקידושין גבי קדשתי את בתי דנאמן בתורת ע"א לפי שמברר הדבר לגמרי משא"כ התם שאומרות לא נתקדשנו שעודנו הדבר בספק]. ובכל זאת מבואר להדי' בקידושין (דף ס"ג ע"ב] דכשאומרת נתקדשתי וא"י למי נתקדשתי ובא א' ואמר אני קידשתי' דא"נ לכנוס משום דיצרו תקפו, הרי להדי' שהבע"ד בעצמו בוודאי אין להאמינו מתורת ע"א בדבר שבערוה. אע"ג דנוגע נאמן באיסורין מ"מ בדבר שבערוה אפי' היכא דלא איתחזק לכ"ע הבע"ד בעצמו אינו נאמן. ואולי הטעם משום דדבר שבערוה שאני דיצרו תקפו. כעין דאמרינן החשוד על העריות דכשר לעדות [בפ' זה בורר דף כ"ו ע"ב ובתוס' שם] וכ"מ בקידושין [ס"ג ע"ב]

דמשום דיצרו תוקפו הוא דאינו נאמן. וכ"מ גבי שבוי' שהוא רק איסור דרבנן בעלמא וע"א דעלמא נאמן לומר טהורה היא אפילו בדאיכא עדים שנשבית והיא בעצמה א"נ [כתובות כ"ג ע"ב]. וכן גבי פתח פתוח משמע מכל הפוסקים שהיא אינה נאמנת לומר אין תחתיו באשת כהן מתורת ע"א רק מחמת חזקת כשרות עיין בראש כתובות [פ"ק סי' י"ח]. אע"ג דלגבי איסור כהונה נאמן ע"א דעלמא היכא שאינו פוסלו או מכשירו מתולדתו. כדמשמע מדברי הרמב"ם מכמה דוכתי. וכבר האריך בזה השב שמעתתא [ש"ו פ' ט"ו] והחליט כן לדינא דבאיסור כהונה נאמן עד אחד. לבד מבן גרושה וחלוצה שפוסלו מתחילתו:

והן הגם דכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה מכל הלין טעמי נראה לפענ"ד להתירה לעלמא:

גם את"ל שדברי הליצנות והשחוק שזרק מפיו היה אז כשכבר סילק את ידו מידה ואזי אפ"ל דמיהדר קא הדר ביה ולאחר שכבר נגמרה הנתינה שוב לא מהני חזרתו אפי' תוך כדי דיבור וגם כדתימא דמה שגילה דעתו מעיקרא במאי שאמר מתחילה להנערים שיקחו כל אחד מטבע אחת לא דמי לגילוי דעתא דכתבו, השנוי' במס' חולין אפ"ה נראה שכל כה"ג בוודאי אמרינן הוכיח סופו ע"ת כי היכי דלא נימא דמיהדר קא הדר ונעשה שינוי רצון במקדש ממה שעשה מתחילה בפועל, וראיה ברורה לזה שהרי הלכה פסוקה היא דעייל ונפיק אזוזי לא קנה. ועיין ב"מ (דף ע"ז) ברש"י ד"ה הא דעייל וכו' וז"ל הא דקתני דאי לא זקפו עליו במלוה חוזר בדעייל מוכר ונפיק ומחזיר אחר הלוקח ליתן לו מעותיו גלי אדעתי' דזוזי אנסוהו למכור וכיון דלא יהיב ליה זוזי בשעת דוחקו אדעתא דהכי לא זבין ליה עכ"ל. ונ"א דילמא מיהדר קא הדר ביה כיון דליכא גילוי דעתא דזוזי אנסוהו רק מההיא שעתא דעייל ונפיק אזוזי, ואפי' במטלטלין וכבר מונחים ועומדים ברשות לוקח אפ"ה לא קנה בבירור. מפני שע"י גילוי דעתא דהשתא אמרינן הוכיח סופו על תחילתו, אע"ג דאנן פסקינן גם בשתק ולבסוף צווח דעדיף מזה שרק ספיקא הוא דהוי א"ו דעיקר טעמא דאוקמינן אחזקה דמעיקרא שלא נשתנה רצונו מתחילתו ממה שעשה בפועל מתחילה. משא"כ בשתק ולבסוף צווח שגם מתחילה לא עלה רק במחשבה לפניו דהתם איירי בזיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח. ומשה"ט לכ"ע אמרינן בזה הוכיח סע"ת כי היכי דנוקמי' בחזקתו שלא נשתנה דעתו ורצונו:

ועיין בבא מציעא (דף ט"ז) גבי זבנה אורתה וכו'. דלדעת הרמב"ם ור"ן ונימוקי יוסף בשם הראב"ד אפי' דזבנה או אורתה מיד אחר שלקחה מבעלים הראשונים ל"ק הלוקח הראשון [ואע"ג שאם חוזר בפירוש ל"מ להפקיעו מיד הלוקח] ול"א דמיהדר קא הדר

אלא וודאי דכי היכי דלא נימא שנשתנה רצונו אזי לכ"ע אמרינן הוכיח סופו על תחילתו שלא קנה מתחילתו מיד הנגזל כדי להעמידו ביד הלוקח הראשון. ודעת רש"י וסייעתו שחולקים שם, היינו טעמייהו כיון דסוף סוף צריכין לומר דמיהדר קא הדר ביה ממכירתו הראשונה שמכרו ללוקח הראשון ולא ניחא לי' ליקום בהימנותא שוב הדר דינא דל"א הוכיח סע"ת. וגם ניחא ביותר לתלות החזרה בדהשתא מלומר שחזר בו בתחילת קנייתו. איברא טעמייהו דרמב"ם וסייעתו שאין זה בסוג חזרה כיון שרק מצד אומדנא דליקום בהימנותא הוא דאתינן עלי' ואמרינן שקנאו מבעלים הראשונים בעדו: **ומהאי** טעמא נראה דבנ"ד לכולי עלמא אמרינן שהוכיח סע"ת וכיון מיד רק לשחוק והיתול כי היכי דלא נימא דמיהדר קא הדר ביה, כנלענ"ד:

הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוה' בנימין זצללה"ה

סימן לה

בדין קידשה במעשר שני

ב"ה פה ירושלים עיה"ק ת"ו.

א בתוס' קידושין [נ"ג ע"ב] ד"ה איהי וכו' וז"ל וקשה דפריך בבכורות והרי מעשר כו' וקאמר ר"י דבמזיד קידש ומאי פריך והא איהו לא אמר שיגמרו עד שיהי' המעשר בירושלים, ואירושלים לא הקפידה תורה בכסף צורה וכו'. לכן נ"ל כפי' הקונ' שני וכו' עכ"ל. ולא הבנתי קושייתם דנהי דמפשטא דמקשן נראה כפי' השני. איברא מתירוצא דש"ס שם משמע כפי' הראשון דמשני כדר"א דאמר אשה יודעת שאין מע"ש מתחלל על ידה ועולה ואוכלתו בירושלים. ה"נ אשה יודעת דפטר חמור איסורא אית ביה ופרקה ליה בשה ומיקדשא בהך דביני ביני. ומדקאמר ועולה ואוכלתו בירושלים. משמע להדיא דממון גבוה הוא טרם שמגיעתו לשם דאם נימא כל"ב דממון הדיוט הוא וקידשה מעכשיו. והרי גם היא תוכל למוכרם לאחר בגבולין, והוא שיוליכם שמה כדאיתא להדיא בפ"ק דמע"ש משנה א'. ופירשו דזהו לר"מ דמ"ג הוא. [משו"ה אין מוכרין מע"ש], מיהו לל"ק דרש"י. צ"ל דהא דפירשו כן [דזהו לר"מ]. דמסתמא מיירי אפי' בירושלים גופה. אבל בגבולין גם לרבנן מג"ב הוא ואינו יכול למוכרם. ומש"ה הוצרך לומר דעולה ואוכלתו בירושלים. אבל לל"ב דממון הדיוט הוא וקידשה מעכשיו. הרי עיקר הקושי' מעיקרא אמאי מקודשת נימא דקידושי טעות הוה. דקסברה שמעשר מתחלל ע"י הקידושין ושווין כל דמיהם כחולין גמורים. ולקושטא אינו כן. שהרי לאחר ניכוי הטורח וההוצאה אינם שוים כל כך והרי זה דומה לקידשה בערלה. וכתירוצם השני בקידושין [דף נ"ו ע"ב] בד"ה המקדש, דאע"ג דשווין פרוטה לשלא כדרך הנאתן, מ"מ

הוי קידושי טעות. כיון דמשום איסור הנאה שבו לא זכתה רק בפחות וע"ז די למתרץ לומר דאשה יודעת שאין מע"ש מתחלל ע"י. וסברה וקיבלה שתתקדש בשו"פ ששוה לדמי טו"ה שבו כדאיתא שם (דף נ"ב ע"ב] בד"ה המקדש בחלקו בסוף הדבור בהגה"ה. רק היכא דממון גבוה הוא אינו יכול לקדשה ולזכות אפי' נגד טו"ה שבו. אבל במע"ש אם נימא כפי' השני דממון הדיוט הוא אע"ג דאסור בהנאה מ"מ נתרצה להתקדש בדמי טו"ה שבו. שיתנו פרוטה להוליכם שמה דגם לס"ד לא נאסר בהנאה רק הפירות עצמן. אבל לא גרם בעלמא ואף אם תימצי לומר דגם זה אסור מ"מ לא גרע מקידשה בפירות שביעית. דמ"מ בדיעבד מקודשת וכמ"ש התוס' שם. ומן הדוחק לומר דעל הדמים קאי כשנפדו ע"י אחר. ולפום מאי שכתוב שם בתוס' ישנים בהגה"ה. דדווקא בממון של גבוה הוא דאינו יכול לקדש וגם אם קידשה בטו"ה שבו אינה מקודשת. איברא לפי' השני דממון הדיוט הוא. הגם דאסור בהנאה לס"ד, מ"מ מקודשת בדיעבד בדמי טו"ה שבו. ולא גרע מקידשה באיסורי הנאה ויש בהם שו"פ לשלא כדהנ"א. והיא ידעה דאיסורי הנאה הם. דמקודשת לדעת תוס' לשני תירוצים דשם. וגם בסוגיא גופה בקידושין דבשוגג לא קידש משום טירחא דאורחא. יותר מדוקדק ללישנא קמא דרש"י, והשתא דאתינא להכי גם קושי' המקשן בבכורות ניחא לפי' קמא דרש"י דבגבולין גם לרבנן מג"ב הוא. ומקודם נתבונן לפי' שני דלאו מגב"ה ולאו איה"נ נינהו. לר"ש דאית ליה בבכורות (דף ט' ע"ב] דפטר חמור מותר בהנאה. דלית ליה האי סברא כיון דהקפידה תורה עליה לפדותו בשה. שעי"ז יאסר בהנאה, וקידשה במע"ש בירושלים וקסברה דחולין גמורים הם. ושוים כל דמיהן שמותרת למוכרם לכל צרכיהם ולהוליכם לאיזה מקום שירצה הלוקח. והשתא דמע"ש הם דלא ניתנו אלא לאכילה בירושלים. ואין יכול להוציאם כדתנן [בפ"ב דמע"ש מ"א] ועי"ז נפחתו הרבה משווין. דלפום ריהטא נראה דקידושי טעות הן ודמי לתירוצא דתוס' גבי ערלה בתירוצם השני. איברא לקושטא ליתא, שהרי מבואר בגמ' בקידושין [דף נ"ג ע"ב] בטעמא דר"י דבשוגג לא קידש. הוא משום טירחא דאורחא או משום אונסא דאורחא אבל בירושלים גופה דליתי' להנך טעמי אפי' בשוגג קידש, וכן מוכח להדיא בסוגיא דבכורות הנ"ל בקושי' הש"ס והרי מע"ש וכו'. דגם לס"ד דקסברה שמתחלל מע"ש ע"י. לא קשי' ליה, אלא משום דאיה"נ נינהו. אבל בלאו הכי ניחא ואמאי הרי היא קסברה דחולין גמורים הם כיון שכבר נתחלל ע"י. והשתא הרי נפחת משוויין הרבה שאינם ראויים אלא לאכילה בירושלים דווקא. וטעמא דמילתא הוא עפ"י מש"כ בזית רענן [בח"ר דף קט"ז ע"ב אות ה'] בד"ה לכן לולא, יעו"ש היטב. דקידושי אשה שאני מן מקח וממכר וזכיות דעלמא לפי שאין אשה מתקדשת בשווי' לכן

אין האיסור של תורה עושה לקידושי טעות. שהרי אפי' כשהטעה לגמרי וקידשה. והוא א' מחייבי לאוין ולא הכירה בו, או להיפוך. ג"כ מקודשת לפי שע"י האיסור לא נפקע הקנין. וה"ה נמי בכסף קידושין. היכא שע"י איסור תורה הופחת משוויי' כיון דמ"מ זכתה בכולהו. שע"י האיסור לא נפקע זכיותה. והרי זכתה בכולהו, רק דאיסורא הוא דרמי עלה ליהנות בכולהו ומשום איסור לחוד לא נעשה קידושי טעות. רק היכא שע"י איסור הנאה הופחת משוויי' הוא דאינה מקודשת. והיינו טעמא דערלה בתירוצם השני, לפי דע"י איסור הנאה לא זכתה בכולהו והרי זה דומה לנתן לה כסף צרור ואמר הרי את מקודשת במאה שבו ונמצא פחות דאינה מקודשת שלא זכתה בסך זה מעולם. ומשום האי טעמא כשקידשה במע"ש בירושלים. דמשום איסור לחוד הוא דהופחת משוויי'. מקודשת לכ"ע. ורק משום איה"נ לפי דנפקע זכייתה מהם. הוא דקשי' לי' שם בבכורות. ועיי"ש היטב בזית רענן בח"ר הנ"ל. וכן היכא דהטעות נצמח ע"י שהוא ממון גבוה כגון שקידשה בבכור בזה"ז דרשאי למכור לכהן אחר בעודו תם לכשיומם. כדאיתא במס' תמורה (דף ז' ע"ב] והיא לא ידעה שהוא בכור דנפחת משוויי' מפני שהוא מג"ב. ג"כ אינה מקודשת, דכיון שלא זכתה רק בכדי שוויי'. וכן הוא להדי' בבכורות [דף ט' ע"ב] דקידשה בפטר חמור מקודשת היכא דידעה שהוא פ"ח. אבל בלא ידעה אינה מקודשת: [**וראיתי** בס' אבני מילואים (בסי' כ"ח ס"ק נ"ו) שמביא קושי' שער המלך על קושי' הש"ס שם (דף י') דקידשה בפ"ח אמ"ק. ואמאי, תתקדש בהאי דביני וביני. והקשה דלמא מיירי בדלא ידעה שהוא פ"ח. וכמו שתירצו תוס' על איה"נ. דהקשו דתתקדש במאי דשוויי' לשלא כדהנ"א. ותירצו דמיירי בדלא ידעה. וע"ז תירץ דדווקא בשלא כדרך הנאתן הוא דאמרינן דמסתמא לא נתרצית אלא ליהנות בהם כדהנ"א. אבל בדבר דתליא בשיווי לבד. אמרינן דמסתמא אין האשה מקפדת על שיווי הקידושין ובלבד שיהיה שו"פ. ומאריך שם ביסוד זה. ולפענ"ד לא נראה כלל, ובמחכ"ת נעלם ממנו לפי שעה סוגיא הנ"ל (דף ט') דאשה יודעת דפט"ח אסור בהנאה וכו' וכן בקידשה בשיראין דפליגי אי צריך שומא (קידושין ז' ע"ב), ומה שהקשה שם דא"כ קידשה באיסורי אכילה נמי לא תתקדש בדלא ידעה. העיקר בזה כמ"ש בח"ר הנ"ל וכמ"ש לעיל, ובעיקר הקושי' של שעה"מ, עי' מ"ש לקמן באות ד']:

נמצא לפום יסוד זה הרי ממון גבוה ואיה"נ שווים. דכל היכא דנפחת משויין ע"י אחת משתים אלו הוא דאינה מקודשת. אולם באחת יתפרדו ולא יתלכדו יחד. דניחזי אנן אם קידשה במע"ש בגבולין דתתקדש לו בפירות אלו בירושלים [דשווין פרוטה לאכלן שם] רק היא גילתה דעתה טרם שנתקדשה לו, דקסברה שכבר חיללם. רק שכך עלה ברצונו

שלא תתקדש לו רק שמה. הרי דלפי דעתה דחולין הם. הרי דמי שוויין בכפלים. דרשאה למוכרם שם להוציאם למקום שירצה הלוקח. ועתה שנודע דלא חיללן. הרי דמי שוויין לא הגיע כל כך. שאינה רשאה רק לאוכלם שם או למוכרם לאכילה ולא להוציאם חוצה: **ועתה** נתבונן בזה אם פחיתות שוויין דמי לאחת משתים שזכרנו שהרי גם לפי' קמא דרש"י דמע"ש בגבולין מג"ב הוא, זהו כל היכא דקיימי בגבולין. אבל מיד כשהגיעו לירושלים אזי לרבנן ממון הדיוט הוא. אלא דהתורה לא התירו אלא באכילה דוקא ונמצא דעיקר פחיתות שוויין. הוא מחמת איסורא לבד ולא מחמת מג"ב. שכבר יצאו מקדושתן בבואם לפנים מהחומה, וכן נמי לר' יהודה דאית ליה במס' בכורות (דף ט' ע"ב) דמע"ש דמי לפ"ח דאסור בהנאה. לפי שהקפידה התורה על פדייתן, זהו בעודם בגבולין. אבל כשהגיעו שמה כבר יצאו מאיסורן. שהרי שמה לא הקפידה רחמנא על כסף צורה כקושי' תוס' שם בקידושין. רק דאיסור דבר אחר הוא דגורם. שלא הותר רק לאכול ולשתות. וכל שיצא מכלל שתים הנ"ל לית דחש לן בפחיתות שוויין:

איברא עודנה יש לדון למאי שכתבו תוס' במס' ביצה [דף י"ב ע"א] בד"ה השוחט בסה"ד, לחלק. דדווקא גבי אוכל נפש הוא דלא אמרינן גבי לכם ולא לגבוה, דאהדרי' לאיסורא קמא שהרי בפירוש התירה לאוכל נפש וגם לגבוה בכלל. דמתוך שהותרה לצורך וכו' ויש בהם צורך היום שלא יהיה שולחנך מלא וכו'. לכן גם השתא דמיעטה התורה דדווקא לכם ולא לגבוה. אינו רק לאו הבא מכלל עשה. אבל גבי פסולי המוקדשין דלא הותרה בפירוש בגיזה ועבודה. לכן היכא דמצאו סמך מקרא לאוסרו אמרינן דאהדרי' לאיסורא קמא ולוקין עלי'. א"כ גם בנ"ד נמי נימא כיון דלא הותרו שאר הנאות בפירוש. השתא דנאסרו מדכתיב ואכלת שם וגו' נימא דאהדרי' לאיסורא קמא. והוא לאחת משתים, או לממון גבוה לרש"י. או לאיסורי הנאה אליבא דר' יהודה. איברא כד דייקינן היטב בזה נתבונן בפלס מאזני צדק. דמצד מג"ב לרש"י בלתי איפשרי כלל לדון ולומר דאהדרי' לקמייתא. שהרי כל עיקרו דמג"ב הוא גם לר"מ לא ילפינן במסקנא (דף נ"ג ע"ב) אלא מדכתיב הוא בהווייתו יהא. דמשמע שלא יצאו מקדושתן בשום ענין ושינוי לכן ס"ל דגם כשאוכלן בירושלים לא יצאו מקדושתן ומשולחן גבוה קא זכי. ומעתה גם לדעת רש"י אליבא דר"י דמודה בגבולין, הוא ג"כ מהאי טעמא. דס"ל דהוא דכתיב להורות דבהווייתן יהיו קאי בעודן בגבולין. דאז ג"כ אין בהם שינוי ותמורה, דלכל דבר דנין בהם כממון גבוה. אבל כשהגיעו לפנים מן החומה. דהותרו באכילה והוא ממון הדיוט לענין אכילה [דלא ס"ל גבי מעשר משולחן גבוה קא זכי], תו א"א להתעקש ולומר, דלענין שאר הנאות אהדרי' לקמייתא דמג"ב הוא. כיון דס"ס לאו בהווייתן קיימי לכל דבר. לכן

ס"ל דרחמנא תניא קדושתן רק במקום, והוא כל זמן דעודן בגבולין הוא דהוו מג"ב. אבל כשבאו לפנים מה"ח יצאו מקדושתן לגמרי, רק באכילה הוא דהותרו לגמרי. אבל גבי שאר הנאות אסורין מכלל לאו הבא מעשה ונמצא דמטעם זה אע"ג דנפחתו משוויין לפום טעותא דנין הדבר כאיסור דבר אחר לחוד, דע"י פחיתות שוויין לא נעשין קידושי טעות, משא"כ אם נימא דעודן בגבולין נאסרו בהנאה. הגם דמשבאו לפנים מה"ח הותרו. אולם לענין שאר הנאות דאסרה רחמנא בפירוש. אמרינן דאהדרי' לאיסורא קמא. כמו כשעודן בגבולין. ונמצא דע"י איסור הנאה הוא דנפחת משוויין דלא זכתה בהם כלל. רק כפי שיווי לאוכלן במקומן. כמו בכל איסורי הנאה. ועי"ז הרי נעשין כדין קידושי טעות, וזהו שכתבתי לעיל דבדבר אחד יתפרדו:

ב ועפ"י הוצעות היסודות אשר נתבררו כשמש בצהרים, אתיא קושי' הש"ס בבכורות לדעת רש"י על נכון. דהרי נתברר מתירוצא דגמרא דאשה יודעת שאין מע"ש מתחלל ע"י. מכללו נשמע דלס"ד לא כן הוא. אלא דקסברה שכבר נתחלל ע"י. דאע"ג שקידשה מעיקרא שהקידושין יחולו בירושלים הוא מפני שכן רצונו ולא מפני החיוב שבו. ונמצא דהשתא שנודע לה שלא נתחלל אז בשעה שקידשה הרי נפחת משוויין. וגם דבירושלים לא נאסרו בהנאה, מ"מ כיון דבעודן בגבולין כבר נאסרו בהנאה. הרי גם השתא לכל הדברים שיצאו מכלל אכילה, הרי הם עודנם אסורים בהנאה דהדרי לאיסורא קמא וכיון שע"י איה"נ נפחתו משוויין הרי הם קידושי טעות. אכן משום ממון גבוה לא קשיא לי'. שכבר יצאו מכלל קדושתן לגמרי כשהגיעו לפנים מה"ח וכמש"ל. כיון דכל עיקרו נלמד רק מדכתיב הוא דבהווייתן יהיו. וזהו בעודן בגבולין הוא דשייך כן, דאז מג"ב הוא לכל דבר בלא שינוי. אבל משהגיעו לפנים מה"ח דאז יצאו מקדושתן, דהרי לאכילה ממון הדיוט הוא שהרי יוצא במצה ובאתרוג של מע"ש לרבנן. גם למ"ד דבעינן דין ממון. וכן מצינן באיה"נ דתליא בשינוי מקום. כגון בעגלה ערופה כריתות דף כ"ד סוף ע"ב] דירידתה לנחל איתן אוסרתה. וכן נמי גבי קדושת הגוף גבי שעיר המשתלח יומא ס"ז ע"ב] דאיברים מותרין בהנאה. וכן בציפורי מצורע דלאחר ששלחה הותרה. ואין להקשות דא"כ דמג"ב ואיה"נ שווים בזה דבתרווייהו איפשר לומר דתלי' במקום. א"כ מאי שנא דקשי' למקשן בבכורות מחמת איה"נ. גם בל"ז קשי' מחמת מג"ב לדעת רש"י, ז"א דגבי איה"נ שאני מפני דאהדרי' לאיסורא קמא. משא"כ גבי מג"ב, כיון דעיקר לימודא הוא מדכתיב קודש הוא דבהווייתן יהיו, וכיון דס"ס לא יקיימו בהווייתן. הרי יצאו לגמרי מרשות גבוה. משבאו לפנים מה"ח. ולפי"ז דברי רש"י שרירין וקיימין [ועיין לעיל סימן י"ד בענינים אלו]:

ג איברא ליישב דעת תוס' ופי' שני דרש"י דגם בגבולין ממון הדיוט הוא. וקשיא עלייהו מתירוצא דגמרא שם דנקט אשה יודעת וכו' ועולה ואוכלתו בירושלים. כיון דגם בגבולין ממונו הוא לקדש בהם. והוא שפת יתר לגמרי. ונראה דנקט זה לרבותא, דאפי' השתא בשעה שקידשה לא נזדמן מי שיקנה כדי להוליכם לירושלים. אפי' לאחר ניכוי הוצאה וטורח דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. אמרינן דמסתמא אית לה אורחא להתם. ולדידה שוה פרוטה לאחר ניכוי הוצאה וטורח. שהרי גם לכ"ע באית להו אורחא. כגון בשעת עליית הרגל שוין פרוטה גם במקומן לאחר ניכוי הוצאה וטורח:

ובזה יתיישב לן קושיית הבית שמואל בסי' ל"א ס"ק ו'] שהקשה לדעת החלקת מחוקק דגם בידעינן ששוה פרוטה במדי. וידוע גם לעדים כן ואית לה אורחא לשם. מספקא ליה לפי דאין להקדש אלא מקומו ושעתו. וקשה ליה ממע"ש דבמזיד קידש, ומשמע דמקודשת מדאורייתא. ובפשטא דבריו תמוהים, דמנא ליה דקידשה במע"ש שו"פ כמו פירות חולין דכוותיה. דילמא דמוסיף לה עד ששוין לכולי עלמא בשו"פ כדי להוליכם שמה. וכן כתב הריטב"א להדיא בקידושין, אלא משום דקשי' ליה דא"כ למה נקט בגמרא כלל דעולה ואוכלתו אלא וודאי משום דמיירי בלא נתן לה פירות רק בכדי שו"פ בפירות חולין דכוותיה, ואפ"ה מקודשת משום דמסתמא אית לה אורחא להתם. איברא למאי שכתבנו ניחא גם לדעת החמ"ח, דהתם מיירי בהוסיף לה עד דשוין פרוטה לאחר ניכוי הוצאה וטורח, רק דמי פתי יסור הנה בעד זה לבד. רק לדידה מדקיבלה אמרינן דמסתמא אית לה אורחא בלא זה. והרי הן שוין פרוטה לכ"ע באופן זה. אבל בפחות משו"פ כגון שקידשה רק בשו"פ בחולין דכוותיה, עודנו לא נשמע משם:

גם בעיקר קושיית תוס' שכתבנו שדבריהם תמוהים, נלפע"ד לתרץ דבריהם קצת, דלא ס"ל עיקר יסוד זה דאהדריה לאיסורא קמא רק גבי פסולי המוקדשין לענין איסור גיזה וחלב מייתורא דקרא, דבא לשלול דהיתרא דידיה הוא רק אכילה ע"י זביחה, כמ"ש רש"י בפירושו דברים י"ב פסוק ט"ו] על פסוק זה, משא"כ גבי מע"ש דאיצטריך קרא דואכלת לגופיה למצות עשה ועיין תוס' ע"ז [דף ס"ז] בד"ה א"ר יוחנן בסוף הדבור שיטת הר"ר יוסף שם. דבטעם כעיקר ליכא רק איסור עשה. וכן הוא בתוס' חולין [דף צ"ח] בסוף ד"ה רבא, וז"ל ומיהו לא דמי כל כך דהתם משמע וודאי דאהדריה וכו' עיי"ש. ועל קוטב זה יסוב קושיית תוס'. אמנם פירוש רש"י לשיטתו אתי שפיר עיי"ש חולין [דף צ"ח ע"ב] בד"ה לטעם כעיקר. שהוכיח מדר' יוחנן דס"ל דטעם כעיקר לאו דאורייתא. מדאין לוקין בטעמו ולא ממשו דאי הוי מדאורייתא היו לוקין עליו. הרי דס"ל דאהדריה לאיסורא קמא גם היכא דליכא ייתורא דקרא:

ד קושי' שער המלך [ריש פ"ה מה' אישות] הנ"ל, שהקשה לתירוץ השני גבי ערלה דמיירי אפי' שיש שו"פ בשלא כדהנ"א, ואפ"ה אינה מקודשת דקסברה שמותרים לגמרי, ושווין יותר מפרוטה והוי קידושי טעות. דא"כ מה קשיא ליה לש"ס בבכורות (דף י'] על פטר חמור דקתני במתני' דאינה מקודשת. ואמאי, תתקדש בהאי דביני וביני, כיון דמתניתין מיירי בדלא ידעה, דומיא דערלה ואינך. ונראה דגם לתירוצם השני בע"כ צ"ל דלא עלתה על דעתם הרחבה לומר דמיירי דווקא בדלא ידעה שהם איסורי הנאה. דמדלא מפלגינן גבי ערלה ואינך, כמו דמחלק ברישא גבי מעשר שני בין שוגג למזיד דבשוגג אינה מקודשת מצד טעותא באונסא דאורחא משא"כ במזיד. אלא בע"כ צ"ל כיון דלא פסיקא למילתא, דזימנין דגם במזיד אינה מקודשת כגון שאין בשוויין כ"כ שיעלו לשוה פרוטה לשלא כדהנ"א ובתירוצם השני לא באו אלא למלאות תירוצם הראשון. מדלא חילק בין כשנתן לה בכפלים יותר משו"פ עד שיגיע לשו"פ לשלא כדהנ"א. וע"ז חידשו בתירוצם הב', כיון דגם בזה לא פסיקא. דזימנין דגם בזה אינה מקודשת:

ולפי"ז דתירוצם השני לא קאי אלא ליישב תירוץ הראשון שם. יש ליישב קושי' הנ"ל [באות ג'] על הב"ש, דכיון דגבי איה"נ לא חילק בין שוגג למזיד משום דלא פסיקא ליה, דזימנין דגם במזיד לא קידש היכא שלא נתן לה רק בשו"פ. דאז לא שויא פרוטה לשלא כדה"נ. וא"כ ברישא גבי מע"ש דחילק בין שוגג למזיד. שמע מינה דאפי' בשו"פ מצומצם, ג"כ מקודשת אפי' שלא הוסיף לה מאומה ויש ליישב בדוחק דברי החלקת מחוקק דסבירא ליה דר"י על ר"מ קאי, מדלא חילק ר"מ, וקאמר בסתמא דאינה מקודשת משום דמג"ב הוא, ואפי' כשהוסיף לה ג"כ אמ"ק מטעם זה. ובאופן זה הוא דקאמר ר"י דבמזיד קידש:

ועוד נראה לתרץ קושיית שעה"מ. דאי איפשר לומר דפטר חמור מיירי דווקא בדלא ידעה. ומחמת שהטעה בשוויין הוא דאמ"ק, דא"כ מאי איריא פט"ח, הלא בכל בכור נמי אמ"ק בדלא ידעה עיין תמורה (דף ז']. ותיתי בין לרבא בין לרבה שם. שהרי בע"כ הא דקתני בפרק א' דמע"ש דבכור מוכרין אותו תמים חי ומקדשין בו. בע"כ מיירי בדידעה שהוא בכור, דבדלא ידעה אינה מקודשת ואינו מכור, דלרבה נפחת משויו, שצריך להמתין בזה"ז עד שיומם ולרבא דגם בזמן הבית מיירי, ג"כ נפחתו משוויין מדמי אימורין אלא דהתם מיירי בדידעה. והשתא לכשתימצי לומר דהכא מיירי בדלא ידעה, א"כ ליתני בכור סתמא:

סימן לו

בדיני קידושין

בנידון הקידושין אשר שאל אם בעינן שעדי קידושין יראו את הטבעת קידושין בידה, גם אחר שסילק המקדש את ידו ממנה, אשיבהו בקיצור נמרץ:

א נראה היכא שנותן לידה וכל זמן שהמקדש אחז גם בידו, עודנו לא נגמרו הקידושין ויכולין לחזור בהם. דכל כמה דיכול לנתק ולהביאו אצלו לא יצא מרשותו, כמו בגט היכא דמשיחה בידו [גיטין דף ע"ח ע"ב, ב"מ דף ז' ע"א]. הרי הגם דיכול לנתק אינו מועיל לקנותו בזה כדאיתא בריש ב"מ [דף ט']. מ"מ מועיל לבטל קנינו דאידך שתשאר עודנו ברשות בעלים ראשונים:

איברא מדברי תוס' כתובות (דף ל' ע"ב] בד"ה ואי דלא מצי למיהדר נראה להיפוך וז"ל וכיון שאינו זוכה מטעם זה, ה"ה דאינו מגרע זכיית האחר שהוא מונח בתוך ידו, עכ"ל. ויש לחלק דהתם שאני שהוא רק להתחייב באונסין. אבל לקנות קנין גמור לא מהני היכא דאידך יכול לנתק, וכמו שכתבו התוס' גבי משיכה ברה"ר [שם דף ל"א ע"ב]:

אכן לכאורה אם נאמר דבמקח קני היכא דיכול לנתק [כיון דדעת אחרת מקנה] כמו גבי סודר וכמו שאבאר]. אזי איפשר לומר דגם בגזלן [דליכא דעת אחרת מקנה, מ"מ כיון] דקלישא קנינו רק לחיוב אונסין יקנה ג"כ היכא דיכול לנתק. וכיון שקונה אזי נימא ג"כ דפשיטא היכא דיכול אידך לנתק דלא קני. שהרי לדעת תוס' שווים הם. אלא וודאי דתוס' סברי דגם בדעת אחרת מקנה לא קני היכא דיכול לנתק. ומש"ה לא מהני גם לענין חיוב אונסין. ומזה ראיה לדעת הש"ך [סי' קצ"ה ס"ק ו'] בתירוץ א':

אמנם כתבתי שם זה שנים כבירים בגליון על הש"ך דמדברי רש"י נראה להיפוך, עיין ב"מ [דף ט' ע"א] בד"ה אלא תפוס במוסרה. מוכרח מדבריו דבדעת אחרת מקנה, קונה גם לקנין גמור היכא דיכול לנתק. וצ"ל לדעת רש"י דעיקר חילוקו של הש"ס ב"מ, משום דבגט בעינן ספר כריתות]:

נמצא לפי זה לא מיבעיא לדעת רש"י והוא כתירוץ ב' של הש"ך פשיטא דהיכא דיכול לנתק מבטל קנינו דאידך, כיון דקונה ע"י זה. ואפי' לדעת התוס' אפ"ל דע"כ לא כתבו שהביטול והזכייה שווין. רק לקנין קלישתא ולגבי הצד שאינו יכול לבטל קנינו, אבל לא קנין אלים. דאזי איפשר דיותר יכול לבטל מלקנות, ועיין היטב איברא זהו מסברא החיצונה. וכאשר נבאר להלן מוכח להדיא מדעת רמב"ם ורמב"ן דס"ל שהביטול והקנין שוים]:

ולפ"ז הא דמתרץ הש"ס ב"מ (דף ז'] בין גט לסודר משום דבעינן ספר כריתות, ומשמע דווקא גבי גט הוא דמבטל, אבל בשאר קנינים לא. בשלמא לדעת התוס' הנ"ל ותירוצו הא' של הש"ך ניחא משום דבכ"מ הגם דאיכא דעת אחרת מקנה מ"מ לא קני, וממילא

דאינו יכול לבטל. אבל לדעת רש"י ותירוץ הב' של הש"ך דבכל מקום קני, וממילא נשמע דמבטל, דשניהם שוין ולא הוי ליה למימר אלא משום דנתינה כתיב:

ויש ליישב דמ"מ צריכין בהכרח לחדש דשאני גט. דאי לא תימא הכי עדיין קשיא לרב חסדא בב"מ (דף ז') דיותר הוי ליה לאשמועינן היכא דאשה יכולה לנתק הגם דאין כל הגט בידה מ"מ מגורשת. וממילא נדע דהיכא שהבעל יכול לנתק דמבטל קנינה אלא ודאי דבגט שאני דאפי' היכא שהיא יכולה לנתק או להיפוך. בשניהם אינו מועיל משום דבעינן ספר כריתות. משא"כ בכל קנינים דעלמא דכשם דמבטל מהני נמי לקנותה בכך:

[**ובזה** דעת לנבון נקל לבל יסור היסוד שיסדנו עד כה מתוס' כתובות דביטול וזכייה שוין. ונימא דע"כ לא כתבו אלא היכא דהביטול בא ע"י אחרים מבלעדי הבעלים בעצמן כמו התם. אבל היכא שהביטול מן הבעלים עצמן והם העמידו הדבר ברשותן, אזי לכ"ע דבכל מקום דקונין קנין גמור יכולין לבטל קנינו דאידך ע"י שיכול לנתק אע"ג דלא מהני לקנות בכך. דא"כ הדרא קושיא לדוכתה בין לדעת רש"י ובין לדעת התוס' שהם ב' תירוצים של הש"ך הנ"ל. דל"ל לשנויי כלל משום דבגט בעינן ספר כריתות. ולא הוה ליה למימר רק קצה השני והוא דדווקא בקנין סודר דבעינן רק נתינה בעלמא לקנות ע"מ להקנות הוא דאינו מבטל. אלא וודאי דאין לחלק בין בעלים לאחרים בביטול זה. ועיין היטב:

ואודיעהו כי בני הרב נ"י כשראה הדברים האלו כתובין אמר שלדברים האלו נסתרו דברי קצוה"ח [בסי' ר"ב] שמיישב דעת רש"י ריש פרק הזורק. דלהכי בעינן גבי גט שיהיה באותו חצר דווקא משום דיכול לנתק. דלדברינו הנ"ל מוכח לדעת רש"י דבכל מידי דאיכא דעת אחרת מקנה קני. כדאיתא ברש"י ב"מ [דף ט'] וכיון דקני ממילא דיכול לבטל. וא"כ היכי משכחת לה באגב דלא בעי ציבורין כיון דיכול לנתק דבדליכא דעת אח"מ בעינן ציבורין וכמ"ש הקצוה"ח בעצמו [בסי' ער"ה ס"ק א']. והשבתי לבני נ"י דבלא"ה לא נראין כלל דברי קצוה"ח אלו. דע"כ לא אמרינן דיכול לנתק מבטל קנינו דאידך. אלא בקנין יד לחוד דאזי אמרינן דהוי כאילו לא מטיא לידיה דאידך. אבל בשאר קנינים כמו אגב וקנין סודר ושטר במידי דמחובר לקרקע. כיון דקניא ע"י קנינו בכל מקום שהוא תו לא מפסיד לן כלל אף דקאי ברשותו. תדע שהרי לדעת רש"י מהני גם קנין סודר בגט ושיחרור אף דיכול לנתק. וזה נכון וברור:

ב ולברר הדברים בפרטות היטב נראה בעליל, דשלשה הדרגות איתא בענין זה. דגבי קנין סודר לא מפסיד קנינו במה שהמקנה יכול לנתק לכ"ע. כדאיתא להדיא בגמרא שם. אבל אם קונה בפחות מג' על ג' מפני שיכול לנתק. לדעת רוב הפוסקים דהיינו הרמב"ם והרמב"ן. (ורש"י הנ"ל דס"ל דבכ"מ דאיתא דעת אחרת מקנה דקני היכא דיכול לנתק

ממילא נשמע דמכ"ש בקני ע"מ להקנות דקלישא קנינא דידיה דקני היכא דיכול לנתק]. ונמצא דבגט אשה איכא תרתי לריעותא דלא קנתה מפני דיכולה לנתק. ונתבטל קנינה מפני שהבעל יכול לנתק. וגבי קנין סודר דקלישא קנינא דידיה איתא תרתי למעליותא דלא נתבטל משום דחבירו יכול לנתק. אבל מיקני קני היכא דהוא יכול לנתק. אבל לגבי קנין גמור היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ליתא רק חדא למעליותא לכ"ע. רק לדעת רש"י שכתבנו לעיל מיקני קניא ליה היכא דיכול לנתק. אבל כשם דקני ע"י כמו כן נתבטל קנינו היכא דאידך יכול לנתק כמ"ש תוס' כתובות הנ"ל לסברא פשוטה דשניהם שוין בביטול ובקיום. וזה כתירוץ הב' של הש"ך הנ"ל איברא לתירוץ הראשון של הש"ך והוא כדעת תוס' הנ"ל לא קני ולא מבטל. הרי דלדעת כל הפוסקים ליכא רק חדא למעליותא בכל קנינים משא"כ בקנין סודר דקלישא קנינו דלא בעי רק נתינה בעלמא מהני לדעת רוב הפוסקים בתרתי למעליותא דקני ולא בטל איברא לדעת רשב"א ליכא גם בקנין סודר רק חדא למעליותא דלא בטל ולא קנה:

ג וכשישים המעיין עיונו הדק היטב בדברי המגיד משנה פרק ה' מהלכות מכירה הלכה ז'] שמביא בשם הרמב"ן ראיה לדברי קדשו דגבי קנין סודר איכא תרתי למעליותא מדברי רב חסדא. ואין מקום לבאר ד"ק. (וכן הובא ראיה זו בחדושי הר"ן ובנימוקי יוסף ב"מ והניחו בתימה] ולדברינו בעזה"י נבין היטב והוא דמדברי רב חסדא נשמע דגבי גט איכא תרתי לריעותא מדלא אשמעינן איפכא וממילא נדע דמבטל אלא וודאי דלא קני ומבטל אזי ממילא נשמע מתירוצא דגמרא שם בשני קצוות דגבי גט משום דבעינן ספר כריתות. אבל הכא נתינה כתיב והאיכא. ותרתי ל"ל וחלוקא דספר כריתות לחודא יספיק לזה אם נימא דגבי קנין סודר ג"כ ליכא רק חדא למעליותא כמו בכל קנינים דעלמא. אלא וודאי משום דגבי קנין סודר איכא תרתי למעליותא ומשה"ט הוא דמצרכינן ג"כ לעלמא לעלויא דנתינה כתיבא. דהרי כיון שהנושאים מובדלים זה מזה בשתי הדרגות מהיפוך להיפוך. ובתרווייהו לא אזלינן בדרך הממוצע שהרי משורת הדין הביטול והקיום שוין. ואפ"ה אמרינן בגט בשניהם לריעותא ובקנין סודר בשניהם למעליותא. ולהכי מצרכינן לתת טעם לשניהם יחד דגבי גט משום ספר כריתות וגבי קנין סודר משום נתינה, ועיין היטב: **ולפ**"ז ממילא נשמע גבי קידושין היכא דמספקא לן אם המקדש יכול לנתק או להיפוך, דהוי כמו ספק קרוב לה. ועוד עדיפא מזה משום דהוי כעין ספק ספיקא חדא דילמא יכול הוא לנתק ואת"ל שהיא יכולה לנתק דילמא ל"מ אפי' היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, וכהכרעת הש"ך:

ד איברא דעת הרשב"א שחולק על הרמב"ם, וס"ל שגם בקנין סודר לא קנה כשאחז בפחות מג' על ג' מפני שיכול לנתק בע"כ ס"ל שהביטול לא תלי' בקנין, שהרי בקנין סודר לא קנה ולא בטל ואת"ל שגם בכל קנינים דעלמא נמי לא קנה ולא בטל אמאי צ"ל משום דנתינה בעינן. אלא וודאי דבשאר קנינים לא קנה ואפ"ה מבטל דאין לומר דבעלמא קנה ובטל. שהרי אם בקנין סודר לא קנה מכל שכן בעלמא. אלא אע"ג דלא קנה אפי' היכא דאיכא דעת אחרת מקנה. מ"מ יכול לבטל מפני שמעמיד הדבר ברשותו וממילא נשמע דבקנין סודר שאינו יכול לבטל מפני שיכול לנתק וכיון דניתוק לאו מילתא היא אפי' לבטל ע"י קנינו דאידך מכל שכן דלאו מילתא הוא שיקנה על ידו:

ולישב קושי' הנ"ל דא"כ לא הוה ליה לשנויי משום דספר כריתות בעינן שהרי בכל קנינים דעלמא נמי דינא הכי שאינו מועיל לקנות. ואפ"ה מבטל ולא הוה ליה למימר אלא הכא נתינה בעינן והוא משום דקלישא קנינא דידי'. מש"ה הוא דלא בטיל מפני שיכול לנתק ונראה דהיינו טעמא משום דאי לאו הכי הרי יותר מסתבר להכשיר בגט מקנין סודר. שהרי בקנין סודר קונה מיהת לשעתו להקנות ע"י אע"ג דפסקינן דלא מצי מפסיק ליה [ועיין נדרים דף מ"ח דפליגי בזה] מ"מ הסודר קנוי בידו לשעתו ואפ"ה מיקרי נתינה א"כ מכל שכן גבי גט שאשה אינה צריכה לקנות את הגט כלל כמו שמבואר הדבר בעירובין (דף צ"ב ע"ב] עיין פירש"י שם בד"ה אינה מתגרשת וכו' וז"ל דגט אינו קנוי לאשה. א"כ מכל שכן דמיקרי נתינה. דבשלמא בקנינים דעלמא דבעינן שמקנה השטר או החפץ, וכל שיכול לנתק לא יצא מרשות בעלים. ומשום האי טעמא צ"ל דטעמא דמילתא גבי גט משום דספר כריתות בעינן:

יום ו' עש"ק תדי"ר לפ"ק קוטנא יע"א. דברי ידי"נ דוש"ת הק' משה יהודה ליב בן הרבני מו"ה בנימן זללה"ה

סימן לז

בדיני גיטין

בדבר שאלתו, הנה בעיקר הדין בענין לשלוח גט פטורים ע"י בי דואר. ומעכ"ת טרח וחפש בזה בש"ע לברר הדברים היטב ומוצא דבריו הם בהשכל ודעת ולאשר לדעתי יאריכו בדיו ולמען ירוץ הקורא בו. ולבל אצטרך לשנות הדברים פעמים אחלקם לסעיפים לאותיותיו ומדברי אלה יתבארו דברי הרמ"א בסי' קמ"א סעיף ל"ה] וז"ל ומיהו יש חולקין וסבירי להו דאין למנות שליח להולכה ע"י כתב גם לא ראיתי נוהגין כך עכ"ל ונלאו רבותינו האחרונים לחתור מקורו מאין נובע, [ומה שציין הבאר הגולה שם בשם ר"ח גאון מובא ברשב"א ור"ן. תמוה מאד דהתם הטעם משום דהוי ע"י כותי. אבל

לא משום דהוי בכתב] וגם יתבאר היטב איזה שינוי בעיקר תקנתא המוכרחים בעיקר השליחות:

והנה לזה מוכרחים לשום עיון היטב בדברי ר"ן גיטין סוף פרק התקבל בסוגיא דאומר אמרו ואגב גררא נפרש כל דברי קדשו שם בדברים הצריכים ביאור הדק היטב בקיצור נמרץ, שיספיקו לחכם כמותו ברמיזא בעלמא:

א הן הרמב"ן יצא בראשונה לברר הדברים דהיכא שהבעל מברר את הסופר והעדים בפרטות. אזי נקטינן מילתא לתועלת השליחות באיזה אופן שיהי' לתכלית הדבר באופן היותר מועיל, מפני שיש לדון בזה ולומר שדעתו דבעל היה שהשליח הראשון יעשם לשליחות בכתיבה וחתימה. או שדעתו היה שהוא בעצמו עשאום שליח רק שהראשון ששמע ממנו יודיעם טיב הענין. והשליח הראשון הוא רק לגלויי מילתא בעלמא להודיעם שהבעל עשאום שלוחים. ולהכי בענין כתיבת הגט והחתימה נתבטל השליחות ממנ"פ, אם נימא כפן הראשון דאזי משום לשמה לא מיפסל דהוי כאילו שמעו מפי הבעל דשלוחו של אדם כמותו. אבל מיפסל דמילי לא מימסרן לשליח, ואם נימא כפן השני שוב נתבטל משום תורת לשמה כיון שלא שמעו מפי הבעל. ואין לך צד היתר לומר לאחרים שיכתבו ויחתמו אלא השומעים מפיו דווקא. ומוכח זה מתוך הסוגיא דאי לא תימא הכי עודנו נפיק מיניה חורבה בחתם סופר ועד. אלא וודאי דאפי' כשהבעל אמר בפירוש שהוא עשאום לשלוחים והראשון יודיעם. אפ"ה בטל בכתיבה משום לשמה:

נמצא לדעתו מחמיר בחדא ומיקל בחדא. והוא דגבי כתיבה וחתימה בגט, פסול, אפי' שאמר בפירוש בלישנא מעליא שהוא ממנה אותם לשלוחים והשומעים יודיעום אפ"ה פסול משום לשמה. ובשאר דברים אפי' בלישנא מציעא מהני. ומזה נשמע בשליח קבלה באמרה אמרו לפלוני בפירוש. הגם שהוא לישנא מציעא ויש לדון בהם שני אופנים הנ"ל. אפ"ה נקטינן שדעתה היתה באופן היותר מועיל לתועלת המבוקש מפני שאין אדם מוציא דבריו לבטלה, ואמרינן שדעתה היתה שהיא עצמה תמנה את השני. והראשון רק להודיע ענין השליחות, וכן במתנה באומר אמרו אפי' בכתיבה וחתימה כשר מטעם זה:

ב הן הרא"ה תלמידו חולק עליו בתרתי, והוא דגם בכתיבה וחתימה בגט, כשר, היכא שאמר בפירוש בלישנא מעליא שהוא ממנה אותם לשלוחים. ולא מחלק כלל בין שליחות דכתיבת גיטין לשאר שליחות. ובלישנא מציעא לא מהני אפי' בעלמא כגון בשליח לקבלה ובשטר מתנה. וכן בשליח להולכה היכא דאמר אמרו לפלוני אפי' כשפרט את שמו בפירוש שהוא יוליך את הגט לאשה. והגט נשאר אצלו ברשותו והבעל הלך לדרכו ולא מסר הגט לשליח הראשון והלך הראשון ואמר לשני שהבעל עשאו

שליח להולכה ולקח הגט מרשות הבעל אזי ל"מ מידי משום מילי לא מימסרן לשליח (ועיין מ"ש לקמן באות ז' בזה], משום דלעולם נקטינן לחומרא בסתמא. שנחית בתורת שליחות אצל הראשון ולא לגלויי מילתא בעלמא. וכדמות ראי' לזה מתרומה שהרי האומר לשלוחו צא ותרום אפי' כשקבע לו מקום בצפונו או בדרומו אפ"ה ל"מ אלא מטעם שליחות ולא אמרינן שהוא בעצמו התורם בדיבורו או במחשבתו והשליח מעשה קוף בעלמא דקעביד ועיין]:

ומהאי טעמא נמי אמרינן באומר אמרו אפי' כשפרט בשמו דפסול בכל גווני בין בכתיבה וחתימה ובין בשליח לקבלה [והולכה בגוונא דלעיל דלא מסר את הגט לראשון], לא מהני משום דמסתמא נקטינן מילתא שהוא עשאו לראשון לשליח בזה. ולדעתכם משמע בסתמא והמה יעשו מדעתם את השני לשליח וניתן גם לראשון תורת שליחות בזה:

ויש להוכיח זה מקושייתו שהקשה על הרמב"ן דא"כ מנ"ל לגמרא דר' יוסי סובר מילי לא מימסרן לשליח דלמא כולה מילתא משום לשמה הוא. אבל אם נימא דר' יוסי איירי בלישנא מציעא כמו שפירש"י שם שפרט את הסופר בשמו ואזי תו לא נוכל לומר משום לשמה, דהא תינח אם נימא דכוונת הבעל היה שהראשונים ישמעו איך שהוא ממנה אותם לשלוחים והמה יודיעום ונמצא שלא שמעו מפי הבעל, ומש"ה שפיר פסול משום לשמה, אבל אם נימא דלעולם נקטינן דדעתו היה לאופן המועיל [וכדעת הרמב"ן ז"ל לעיל באות א'] תו לא קשיא מידי דשפיר מוכח דס"ל מילי לא מימסרן לשליח דאי לא תימא הכי אמאי פסול באומר אמרו נימא להיפוך דדעתו היה שהראשון ימנה את השני מדעתו והוי כאלו שמעו מפי הבעל דשלוחו ש"א כמותו כקושיית הר"ן עליו שם:

ג איברא עודנה יש להתבונן בזה, דאכתי מאי ק"ל להרא"ה דהרי כיון דפוסל ר' יוסי באומר אמרו אפי' בסתם כשלא פרט את הסופר בשמו, ובזה לכ"ע משמע לדעתכם הרי בע"כ משום מילי הוא דפסיל לי'. אלא דבע"כ צ"ל דבעיקר סברא זו פליגי, דהרמב"ן סובר דכל היכא שיש לו תורת שליחות הרי גוף השליח כגוף המשלח לכל הלכותיהן, והרא"ה ס"ל דעיקר תורת שליחות הוא רק לענין עשיית השליח. ואמרינן דמעשה השליח כאילו עשאו המשלח, אבל מ"מ לא ניתן לזה את גוף השליח כמשלח. והוא מחלוקת עתיקא בהחבא בין רבותינו הראשונים בכמה מקומות:

עיין קידושין [דף ז' ע"א] הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני, וז"ל רש"י ז"ל והוא שלוחו אלא שמקדשו משלו. ועיין בריטב"א שם שהקשה דא"כ תו לא צריך לדין עבד כנעני. ודעת רש"י בזה דתורת שליחות לא ניתן אלא לענין המעשה בלבד. ומש"ה צריך לדין ע"כ. והחולקים סברי דגוף השליח הרי הוא כמשלח והרי הוא נתן

משלו ותו לא צריך לדין ע"כ. [רק דאיירי שאין הנותן שלוחו של המקדש]. ועיין בטור אה"ע [סי' קכ"א] ובש"ע שם [סעיף ב'] דפליגי הרמב"ם והטור היכא דאמר כתבו כשהיה שפוי ואח"כ בשעת כתיבה נשתטה לגמרי כשר מדאורייתא. עיי"ש בח"מ ס"ק ב'] וב"ש [ס"ק ג']. ולדעת הטור בטל לגמרי. הרי לדעת הרמב"ם גוף השליח כמשלח עצמו. ולדעת הטור הוא רק לענין המעשה עצמו ועיין בשיטה מקובצת ב"ק (דף ע') שמביא בשם הרז"ה דלמסקנא שם אמרינן דרב אשי חולק על נהרדעי וס"ל דשליח שווייה והלכתא כוותיה דאפי' היכא דלא כתב ליה זיל דון ואפיק לנפשך נמי מהני ולא מצי אמר ליה לאו בע"ד דידי את. ובדיבור שאח"ז בד"ה כל מפרש טעמא דנהרדעי דמצי אמר ליה לאו בעל דברים דידי את. וז"ל תימא בכמה דוכתי אמרינן שלוחו של אדם כמותו לענין ממון וכו'. וי"ל דנהי דהוי שלוחו לענין שיפטר הנפקד אם מסרו ליד השליח כאילו מסרו ליד הבעלים. מ"מ יכול הנפקד לסרב שלא למסור הפקדון לשליח משום דא"ל לאו בעל דברים דידי את, עכ"ל. הרי לדעת רז"ה דרב אשי פליג על נהרדעי והלכתא כוותיה משום דגופו של השליח הוא כמשלח עצמו. ולדעת כמה פוסקים החולקים על רז"ה בזה וסברי דרב אשי לא פליג על נהרדעי דסברי דתורת שליחות לא ניתן אלא לכל עניני עשיית השליחות אבל במידי דממילא לא, ועיין באשר"י ב"ק (דף ק"ב] בסוגיא דמי הודיעו למסקנא הוכיחו שם בש"ס מדתנן ולא מצבע שצבעו לשמן ול"א מי הודיעהו אלא משום דשלוחו ש"א כמותו ולא משום דידו כיד בעה"ב. כיון שכבר נעשה אצל הצבע בשביל הבעל. ודברי הרא"ש מרפסין איגרי למעיין שם. כאשר כבר עמד בזה בקצוה"ח [סי' קפ"ג ס"ק ד']. איברא כוונתו כך הוא דדווקא במידי דצריך לקנותו מן המוכר כגון במנעלים שלקחן לשמן כיון שקנאם בקנין מן המוכר, אזי שפיר שייך לומר דידו כיד בעה"ב. ולהכי אע"ג שהמוכר כיון להקנותם להקונה מ"מ הקונה בעצמו כיון לקנותם בקנין זה עצמו לצורך הבעלים. אבל בצבע כיון דאין אומן קונה בשבח כלי. ואמרינן דתיכף עשאן בשביל מי שנתן לו. ומיד בשעת עשיית השבח נקנו ממילא לבעלים. והרי כיון שהאומן לא ידע שדעת הבעלים הוא לצורך. ובשביל אשתו ובניו הרי קנוים הם ממילא ביד הבעל ושוב אי אפשר שיקנהו בשבילם שאין אדם זוכה בשלו לאחרים. אלא א"כ זיכה לו ע"י אחרים. אלא וודאי שהוא משום שליחות ושליח של אדם כמותו. הרי הבעל עצמו נעשה כאשתו וכיון שעשאן בשבילו הרי הוא כאילו עשאן בשבילם משום דגוף השליח נעשה כמשלח עצמו [ולדינא מסיק הרא"ש דהטעם משום דידו כיד בעה"ב. ובצבע הטעם משום דכל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו]. ושאר פוסקים שלא פירשו כן משום דפליגי עליו בסברא זו. ועיין בקצוה"ח [סי' קפ"ב] מה שמתרץ על

קושיית תוס' רי"ד ר"פ האיש מקדש בשליחות לגבי מצוה משום סברת רא"ש נדרים דבמידי דממילא לא שייך שליחות. ולפי מה שכתבתי הוא פלוגתא רבתא בפוסקים. גם מדברי הרא"ש עצמו מוכח להיפוך גבי צבע. אלא בע"כ צ"ל דשאני גבי הפרה שלא עשאו שליח בפירוש לשמיעה רק להפרה. וגם השמיעה קודם להפרה ונמצא דבשמיעה גופה יתחיל השליחות וכיון דהוא מידי דממילא אין כאן התחלה לשליחות. אבל היכא דאיכא תערובות מעשה בהדי מידי דממילא כגון בצבע. וגם בשליחות מצוה כיון דחייל על גוף המעשה חייל נמי על מידי דממילא. וכעין דמצינו לענין מילי דהיכא דאיכא בהדי' צירוף מעשה כגון בגיטין ובקידושין לכמה דעות [בש"ע אה"ע סי' ל"ה] אפי' בקידושי כסף אע"ג דאיכא מילי בהדי מעשה מהני. רק שגם בזה פליגי הפוסקים. כגון לגבי גט [בסי' קכ"א] הרי אע"ג דאיכא צירוף מעשה אפ"ה פליגי בזה. וגם התם בנדרים [דף ע"ה] מבואר בר"ן שם תירוץ אחר:

ונמצא לפ"ז דהרמב"ן ס"ל שהשליח גופו נעשה כגוף המשלח. ומש"ה ס"ל דאם נימא מילי מימסרן לשליח הוי כאילו שמע מפי הבעל. והרא"ה בקושייתו על הרמב"ן בע"כ צ"ל דסבר דבמידי דממילא לא נעשה שליח. ולהכי הקשה שפיר דא"כ מנ"ל דר' יוסי סבר דמילי לא מימסרן לשליח דילמא טעמא רק משום לשמה כיון דלא שמע מפי הבעל, דאע"ג דשלוחו ש"א כמותו. זהו לענין העשיה לחוד. אבל מ"מ לא נשמע הקול יוצא מפי הבעל ולא עדיפא מאילו עשאו הבעל שליח בפני ב"ד עצמן שלא בפניהם דלא מהני לדעת רמב"ן משום כיון דלא שמע מפיו בעצמו הוי כנכתב שלא לשמה:

ד איברא מה שכתבתי לעיל [באות ב'] שהרא"ה חולק בתורתו של הרמב"ן והוא דס"ל דכל כמה דלא פירש להדיא הבעל בשפה ברורה שהוא ממנה את הסופר לשליח אמרינן בסתמא היכא דאמר בלישנא מציעא דנחית לתורת שליחות לגבי השומעים ממנו ואזי ירדה לגבי השומעים משום תורת שליחות ולא לגלויי מילתא לחוד. מוכח להדיא מדברי הרמב"ם פ"ד מהלכות זכיה ומתנה הלכה י'] דפוסק דלגבי מתנה לא מהני אומר אמרו. ומשמע אפי' כשפורט אותו בשמו. ועיין בח"מ [סי' רמ"א]. ורמב"ן חולק בזה כמ"ש [באות א']. ומנ"ל לאפושי פלוגתא עוד בין הרמב"ם להרא"ה ולחלק גם בין השוים בעיקר הדין. גם בלא זה משמע הכי משטחיות דברי רא"ה שם דמשמע דלא פליג על רש"י שהביא הרמב"ן שפרט את הסופר בשמו. ואפ"ה אית ביה משום מילי. הרי להדיא דס"ל דלישנא מציעא לא נפיק מתורת שליחות לגבי השומע ואית ביה משום תורת מילי:

וגם מה שכתבתי שחולק עליו במה דמחלק הרמב"ן בין שליחות דכתיבה וחתימה לשאר שליחות מבואר להדיא בדבריו שם. ונמצא לפ"ז בשליח להולכה היכא שהבעל נתנו

לראשון. או שלקחו בעצמו בפקודתו ואמר לו אמור לפלוני שיקבלם מידך כיון דאיכא צירוף מעשה בהדי מילי מהני לכ"ע אפי' היכא דאמר לו בלישנא גריע', כגון דלא פרט אותו בשמו ואמר לו בפירוש אמור למי שתרצה אפ"ה מהני. אבל היכא דליכא צירוף מעשה כגון שהגט נשאר ברשות הבעל ואמר לו בלישנא גריע' אמור למי שתרצה שיטול הגט ויוליכנו לאשתו לכ"ע לא מהני מידי משום דאז ליכא צירוף מעשה בהדי מילי והלכה ברורה דמילי לא מימסרן לשליח. ובלישנא מציעא תלי' בפלוגתא דרמב"ן ורא"ה וכבר הובא בש"ע חו"מ [סי' רמ"ד] שני דעות בזה (וה"ה בשליח להולכה היכא שלא לקחו הראשון מרשות הבעל לרמב"ן מהני בלישנא מציעא ולרא"ה לא מהני] ואם אמר להדיא שהוא ממנה אותו לשליח אזי מהני לכל הפוסקים שהרי הרמב"ן ג"כ לא החמיר אלא בכתיבת הגט משום דבעינן לשמה. ודע דכל מה שכתבתי פרטי דינים בזה, הוא רק לדעת הפוסקים דאפילו באומר אמרו לא יצא מתורת מילי]:

ה ולפ"ז הדין המבואר באהע"ז [סימן קמ"א סעיף י"ד] הוא אליבא דכל הפוסקים. כיון שאמר להדיא שהוא אמר להם שהוא הממנה תו נפיק לגמרי מתורת מילי שהשומעים רק לגלויי מילתא בעלמא הוא דאתי. ובעיקר המינוי הרי מבואר הדבר בגיטין [דף ל'] דמהני מינוי שלא בפניו וכמו שכתב בבדק הבית שם. ומה דק"ל דמילתא דפשיטא הוא ומבואר להדיא בגיטין [דף כ"ט], לק"מ דהתם נמסר הגט ביד הראשון וכבר נפיק בזה מתורת מילי כיון דאיכא בהדי' צירוף מעשה. משא"כ הכא דאיירי בשליח להולכה כמו בגוונא דשליח לקבלה שלא נמסר בידם כלום. ה"נ בשליח להולכה איירי בכה"ג והוא שהגט נשאר ברשות הבעל והוא ממנה אותו שיקחנה מעצמו וכמו שכתבתי לעיל [באות ב' ד'] ועיקר רבותא לאשמעינן דכל בכה"ג יצא מתורת מילי כיון שהשומעים לא נעשו שלוחים לעשותו שליח רק לגלויי מילתא בעלמא:

ומ"ש מע"כ לחלק בין עשאן שלוחים שיגידו לשליח רחוק מן הסברא והוא דחוק לחלק בזה. כיון דעיקר הסברא דנפיק מתורת מילי הוא משום דאמרינן לגלויי מילתא בעלמא הוא דעביד תו לית לן נפקותא בין אית בהו תורת שליחות אם לא:

ו לכאורה יש להקשות על דעה אמצעית באבן העזר סימן ל"ה סעיף ו' [ובב"ש שם ס"ק ט"ו] דסברי דבקידושין אפי' בשטר אין השליח עושה שליח משום דהוי מילי. דשאני גבי גט דהוי כגמר מעשה דיכול לגרש בעל כרחה משא"כ גבי קידושין. דא"כ בעובדא דר' אבא בר מניומי בגיטין (דף כ"ט] למאי דקפחינהו רב ספרא דאינו יכול למנות שליח אחר משום דהוי שליח שלא ניתן לגירושין דא"כ בטל השליחות לגמרי ואפי' לאבא בר מניומי גופא לא יכול למוסרו דהא כיון שלא יכול לגרשה הוי ליה רק כמילי בעלמא

דלא מימסרן לשליח ואפי' באומר אמרו לדעת רוב הפוסקים דסברי דאפי' באומר אמרו לא יצא מתורת מילי. וצ"ל לאותן הפוסקים דסברי כדעת רמב"ן דגם בלישנא מציעא נקטינן לתועלת השליחות ואמרינן שהוא עשאם לשליח והוא יודיע לו [רק בכתיבה וחתימה הוא דפסול משום שלא לשמה אבל בנתינה לא בעי לשמה, גיטין פ"ו ע"ב]. אבל אין לומר דהוי כלישנא מעליא דמהני לכ"ע שהרי עודנו קא שקלו וטרו בזה התם מי אמר ליה אבא בר מניומי ולא את. ואם איתא דאמר להדיא תו ליכא ספיקא. נשמע מזה בשליח קידושין בשטר ואמר ליה בלישנא מציעא הילך השטר ואמור לפלוני שילך ויקדשנה דמהני לכ"ע והוויין קדושי וודאי כדמוכח מעובדא הנ"ל:

ז אח"ז ראיתי בפני יהושע שהקשה שם [דף כ"ט] גבי עובדא דאבא בר מניומי דאע"ג דלא ניתן לגירושין דהרי מ"מ למלתיה הוי שליח אמאי לא יכול למוסרו ליד אחר שיעשה שליחותו במקומו למוסרו לאבא בר מניומי דהא בכל התורה קי"ל שליח עושה שליח. ול"ל כיון שלא נעשה שליח לגירושין שהוא גמר הענין אלא למוסרו לאבא בר מניומי א"כ בכה"ג לא הוי שליחות כלל מן התורה ולא אמרינן ביה שלוחו של אדם כמותו, דא"כ כי מסרו איהו גופי' לאבא בר מניומי אמאי הוי גיטא הא בעינן ונתן [פי' הנתינה ליד המתגרשת] והכא לאו הבעל קא יהיב כיון דלא שייך שליחות בכה"ג [נמצא דלא ניתן ע"י הבעל], עכ"ל:

ולפמ"ש לעיל הדברים מובנים היטב במישרים. ועודנו צריך להקדים לזה דברי תוס' לעיל [כ"ד] בד"ה כי מטית להתם, ודבריהם צריכין תבלין דלכאורה נראה מדבריהם כמסקנת פנ"י שם דכל שליח שלא ניתן לגירושין אין לו לעבור על דעת משלחו אפי' בדבר דליכא קפידא והוא דחוק בסברא שהרי לא מצינו אלא היכא דאיתא לקפידא מקום לחול כגון בזיון הבעל וכה"ג, ונראה להטעים הדברים עפ"י מוסדי הכללים הנ"ל דכל היכא דאיכא צירוף מעשה בהדי מילי שוב לא נחשב למילי, ומש"ה שליח עושה שליח. ותכונת המעשה עד היכן הדברים מגיעים, אם הוא דווקא היכא שהמעשה יכול לגמור ע"י פעולתו לבד ואינו תלוי בדעת אחרים כלל כמו בגט אשה דווקא או אפי' היכא דתלוי בדעת אחרת כגון בקידושין אם השליח שיש בידו שטר קידושין יכול לעשות שליח, לדעת כמה פוסקים, גם זה יצא מתורת מילי, ולדעת המרדכי בשם הקדוש מרדוש ר"פ האיש מקדש, לא יצא מתורת מילי. אולם באומר אמרו אפי' בלישנא מציעא הוכחנו [באות ו'] דאפי' לדעת המרדוש מהני אפי' בקידושין דלכה"פ לזה מצטרפין גם מעשה כל דהו להוציא מתורת מילי, וראי' מעובדא דאבא בר מניומי:

ולאחר העיון נראה דבע"כ צ"ל דכל כה"ג דאצל שליח השני הוי מעשה גמור כגון בעובדא דאבא בר מניומי. שהרי הוא יכול לגרשה בע"כ, אזי גם בלישנא גריע' ג"כ מהני כיון דאצל השני הוי מעשה גמור. וראיה מספ"ב דגיטין (דף כ"ד ע"א] גבי אשה עצמה הוי' שליח להולכה עד דמטית התם כי מטית התם שוי שליח להולכה הרי משמע דאפי' כשלא פרט את השליח אפ"ה מהני אע"ג דע"י עצמה שהיא השליח הראשון אי איפשר לה להתגרש, והיינו משום שע"י השני נגמר הענין לגמרי והוא מוסר לה הגט מש"ה לכ"ע יצא מתורת מילי אפי' בלישנא גריע':

נמצא לפ"ז היכא שע"י שליח הראשון לא ניתן לגירושין והבעל מסר לו הגט למוסרו לאיש אחר אע"ג דלא פרט לו. והרי הוא לישנא גריע' דלא מהני לכ"ע, [דהיינו לדעת רוה"פ, לבד דעת המרדכי ס"פ התקבל דמילי לא שייך אלא גבי כתיבה וחתימה לפי שאינו נגמר הקנין יעו"ש] בשליח לקבלה וגבי שליח להולכה היכא דלא מסר לו הגט כמש"ל [באות ד'] מ"מ היכא דמסר לו הגט ליתנו לשני. אזי אפי' בלישנא גריע' מהני אפי' היכא דלא פרט אותו בשם כמו בספ"ב גבי אשה:

איברא ניחזי אנן באשה עצמה, היכא דאמר לה הוי שליח להולכה עד דמטית להתם ולא אמר לה יותר אזי בודאי אינה יכולה לעשות שליח להולכה. הגם דהיכא דחלה או נאנס השליח עושה שליח, והכא אין לך אונס גדול מזה. שהרי אי איפשר לה להתגרש בלא זה, מ"מ רחוק מן הדעת וממוסדי הדעת שיהי' כח השליח עדיף ממשלחו דכיון שהיא עצמה א"י שתתגרש ע"י שליחותה היאך תעשה שליח שתתגרש ע"י. והוא בכלל כל מילתא דאיהו לא מצי עביד. ומעתה ניחזי אנן בעובדא דאבא בר מניומי היכא שלא פרט אותו בשמו כמו התם. ורוצה לעשות שליח שני שהוא ג"כ אינו מכירה רק שהוא ימסרו לשלישי במקומה המכירה אזי לכ"ע אינו מועיל דכיון שלא ניתן לגירושין ואין בידו לעשות כלום שום מעשה בגט שבידו אפי' מדעתה כיון שלא ניתן לגירושין וגם אצל השני אין לקבוע שם מעשה על הגט שניתן מיד הראשון לשני ואזי לכ"ע הוי לי' מילי ולא מימסרן לשליח דדמי כאילו לא היה בידם כלל. דמאי איכפת לן במה שהוא בידם. כיון שאין לאל ידם לא ביד הראשון ולא ביד השני להעשות בו שום גמר. ומילתא דפשיטא שגם לדעת הפוסקים החולקים על המרדוש וסברי דבקידושין עושה שליח. דהתם מ"מ יש בידו לקדשה מדעתה, איברא עודנו צריך להתבונן היכא שפרט את השני בשמו וגם דיבר בשפה ברורה ובפה מלא שהוא עושה את השני לשליח ומסר את הגט לשליח ראשון ואמר לו שהוא עושהו לשליח שימסור לשני ויודיעהו זאת, אם השליח הראשון היכא דנאנס בדרך. אמאי לא יכול לעשות שליח שימסור לזה שציוהו

הבעל ויודיעהו קושט דברי הבעל. דאע"ג דמילי לא מימסרן לשליח והכא מעשה הגט שבידו לא נחשב למעשה כלום. כיון שלא ניתן לגירושין, מ"מ כיון שהוא רק מעשה קוף בעלמא ונסתלק תורת שליחות לגמרי. מ"מ לא גרע מאילו נעשה ממילא כמו בעובדא דגאונים כשנתנו לכותי כאשר תמה בפ"י. מ"מ הסברא נותנת כיון דעשאו לראשון שליח שיודיעהו וימסור לו הגט, והוא שינה בשליחות דכיון דמילי לא מימסרן לשליח. ולא נעשה כלל בתורת שליחות כאשר ציוהו הבעל ויש בו צד פסול [וכמ"ש תוס' גיטין (ס"ו ע"ב) ד"ה הא דבכתיבה דלר"מ כשר גם כשמצאו באשפה. מ"מ היכא שציוה לכתוב פסול ע"י שליח שני שצריך לעשות צוויו, ועמ"ש לקמן סי' ל"ט בזה]:

וזהו כוונת התוס' דגבי אשה מהני אפי' היכא דלא פרט בשמו אפ"ה לא נכנס לסוג דין מילי. והתם כשפירש את אבא בר מניומי בשמו אפ"ה לא נפיק מתורת מילי היכא שממנה לאחר למוסרו לאבא בר מניומי, והארכנו בזה לברר הדברים לעצמי ולכל הרוצה להבין הדברים לאשורם לא ילאה באריכות הדברים. אח"ז עיינתי בקצה"ח סי' רמ"ד ס"ק ב'] וראיתי שמיישב קושי' פ"י הנ"ל עפ"י סברת המרדוש קידושין ולמ"ש נכון לכל הדעות בפשטות הדברים לאשורם:

ח עיין ר"ן סוף פרק התקבל שכתב מצד הסברא אמרינן דפקח יכול לכתוב לסופר שיכתוב לו גט לאשתו דאע"ג דאמרינן בגיטין [דף ע"ב] קולו לאפוקי מדרב כהנא אמר רב. זהו כשאינו יכול לדבר ואינו שומע מש"ה אין כתיבתו מוציאה אותנו מידי ספק שטותו. אבל בתוספתא איתא דאפי' פקח אינו יכול למנות שליח בכתיבה. וכן מובא באה"ע [סי' ק"כ סעיף ה'] לדינא שהוא מחלוקת הפוסקים. נמצא לפ"ז לדעת רא"ה שכתבנו לעיל [באות ב'] וכן הר"ן מסיק שם לדינא כוותי' בזה. דלא מחלקינן כלל בין שליחות דכתיבה לשאר שליחות, לכן באומר אמרו היכא דממנה בפירוש דמהני בשאר שליחות להולכה ולקבלה ונפיק בזה מתורת מילי, מהני נמי בכתיבה דגט משום לשמה. [ופליגא בזה על רמב"ן דפוסל גבי כתיבה ביותר דמשום לשמה בעינן דווקא שישמע בקולו ממש], וכן לדעת כמה פוסקים שכתבנו לעיל באות ג'] דדין תורת שליחות לא ניתן אלא למעשה השליחות ולא שיהיה גוף השליח כמשלח. בע"כ צ"ל כן משום קושיית הרא"ה הנ"ל. דאל"כ מנ"ל דר' יוסי סבר כלל דמילי לא מימסרן לשליח דילמא הכל משום לשמה דתו אין לומר כתירוצו של שם שהרי לזה לא ניתן כלל תורת שליחות וכמו שכתבנו לעיל. אלא וודאי בע"כ צ"ל דסברי דלא מחלקינן בין שליחות דכתיבה לשאר שליחות וכיון דמינוי שליחות פסול בכתב גבי כתיבה. הוא הדין נמי בשליחות קבלה והולכה:

וזהו שכתב הרמ"א בנועם לשונו [בסי' קמ"א סעיף ל"ה] דמינוי שליחות פסול עפ"י כתב וזה נכון וברור:

ט איברא נראה דזהו כשעיקר מינוי שליחות היה בכתב אבל כשהמינוי היה על פה לפני עדים והם כתבו בלישנא דסהדי כמו שכותבין בכל שטרי מקח ומתנה. הרי עיקר המינוי היה ע"פ והכתב הוא רק לראי'. אולם היכא שכותבין בלישנא דבעל כמו שכותבין בגט כתבו ותנו לפלוני איך שאני ממנה אותו לשליח הגם שאמר כן על פה. עודנו יש לשדות בו נרגא. דמ"מ יש לומר דעיקר סמיכות דעתו היה על מינוי זו שע"י כתב שצוה לכותבו וליתנו בידו. ודמי קצת לסברת ר"ן קידושין פרק קמא (דף כ"ו) דבשטר קנין לא קני אלא בשעה דמטא לידי' כיון דאית ביה תרווייהו משום קנין ומשום ראיה. אבל בשטר ראיה קנה למפרע. ה"נ יש לחלק בין אם כותבין בלישנא דסהדי לראי' בעלמא. אזי כיון דלקושטא מינה אותו בפיו מהני לכ"ע. אבל היכא דכותבין בשם הבעל איך שאני ממנה אזי איתא בכתב זה משום תרווייהו בהדי הדדי משום מינוי ומשום ראיה אזי יש לומר דעיקר סמיכתו היה רק על הכתב שצוה לכותבו בשמו:

וזהו דמדייק בש"ע אה"ע [סי' קמ"א סעיף י"ד] והעדים כותבין וחותמין שמינה לפלוני שליח. הכוונה שכותבין רק ללישנא דמשמעותא לראי' בעלמא. והוא שכתב בהגה"ה ועיין לקמן [סעיף ל"ה] למעוטי שלא יכתבו בלישנא דבעל עצמו וכמ"ש, ועיין:

י בנידון המבואר בבעל הלכות גדולות מובא ברא"ש גיטין [פרק ב' סי' כ"ז] ובר"ן שם [על סוגיית הש"ס בדף כ"ג] וז"ל מהו למיכרכיה לגיטא בחד מנא ומימר לעכו"ם אמטי הא מנא לישראל פלוני וליתבי' לאינתתי' וכו'. לכתחילה לא מנסבינן לה וכו'. ואי אינסבא לא מפקינן לה משום דקי"ל הלכה כר"א דעדי מסירה כרתי עכ"ל בדילוג. וקשה להבין הדברים כאשר הרגיש בזה הר"ן דמאי שיאטי' דר"א הכא. ונראה להטעים קצת דברי קדשם הנטעים ומושרשים במוסדות מוצקים. הגם שצוחו עליהם רבותינו הראשונים [וכבר כתבתי בהקדמה לזית רענן חלק ראשון שכך דרכן של רבותינו הראשונים שידעו להבינו היטב מקורם ושרשם רק מחולקים עליהם בסברא דקה לפום שקלם בשכלם הזך], ועיקר סברתם נראה דסברי כדעת הרמב"ם [פ"ג מהלכות גירושין הלכה ט"ז ועי' ב"ש אהע"ז סי' קכ"ג סק"ה] דבגיטין וקידושין דבעינן בני כריתות הוא אפי' במידי דלא בעינן תורת שליחות כמו גבי כתיבה דס"ל דלא בעי תורת שליחות. וחרש שוטה וקטן פסלינן משום דלאו בני דעה נינהו אפ"ה בעבד פסלינן משום דלאו בני כריתות נינהו [מש"ה פסול ע"י עכו"ם משום דלאו בני כריתות נינהו וכמ"ש הרא"ש שם בשם הבה"ג]. גם מסתברא להו דאע"ג דלא מצינו פסול דבני כריתות רק היכא שעשה מעשה בגוף הגט,

כגון בכתיבה או בנתינה דבעינן שיתן לידה. אבל לא היכא שהוליך הגט ליד השליח שנתמנה עפ"י בעל. והוא רק מעשה קוף בעלמא וזהו כסברת ר' שמעון במס' זבחים [דף י"ג] שהיה אומר אי איפשר שלא בשחיטה ושלא בקבלה ושלא בזריקה אבל איפשר בלא הילוך ששוחט בצד המזבח וזורק. מ"מ כיון דמצינו דר' אליעזר פליג עליה התם. וסבירא ליה במהלך במקום שהוא צריך להלוך מיקרי עבודה ומחשבה פוסלת בו. הגם דאנן פסקינן התם כחכמים היינו משום גזירת הכתוב דמקבלה ואילך מצות כהונה, לכן הילוך כל שהוא מיקרי עבודה כמ"ש תוס' שם (י"ד ע"ב) בד"ה והא]. אבל ר' אליעזר ור' שמעון דפליגי בסברא אם כגון זה מיקרי עבודה, לכן יש להחמיר באשת איש כר"א וכיון שהוליכו במקום שהוא צריך להלוך ויש לו תפיסת יד בגט זה ונפסל ע"י משום דלאו בני כריתות נינהו. איברא עדיין יש לחלק דהתם שאני שיש לו תפיסת יד בדבר שיש בו בעצמותו תועלת לעבודה בלא שום מניעה והוי הולכה זו המקרבו לעבודה כגורם, אבל הכא כיון דצריך לעדי מסירה ונמצא דתפיסת יד זה על שם העכו"ם הוי כעין גורם דגורם, לכן אם נתנו לה בפני עדי מסירה איגלאי מילתא למפרע דהוי ליה תפיסת יד רק בגורם דגורם, אע"ג דלקושטא ס"ל דאמרינן אף ע"מ כרתי ומש"ה לכתחילה פסול, אבל בדיעבד לא תצא:

אמנם בגירסת הר"ן כתוב משום בני שליחות. לכן תמה דא"כ אינו ענין לעדי מסירה: מ"מ בעיקרא דמילתא דאוסר הבה"ג להנשא לכתחילה, כיון שהרא"ש שם ועוד רבותינו הראשונים סמכו על ר"ת בזה להלכה ולמעשה להקל אפי' לכתחילה [וכ"פ בש"ע סי' קמ"א סעיף ל"ה]. תו אין לפקפק בזה בפרט במקום עיגון ושעת הדחק, והיש מחמירין בש"ע שם הוא רק מטעם מינוי בכתב:

ומ"ש בשם מהרי"ק (שורש למ"ד ענף ד'] שאין להקל משום עיגונא אלא היכא דמצינו להדיא מבואר הדבר בש"ע אה"ע [סימן י"ז סעיף ט"ו] ועיי"ש בחלקת מחוקק ס"ק ל"א] דזהו היכא דפליגי במקום עיגון גופא, וב"ש שם מסיים בשם הט"ז להקל כדעת רא"ם ומשאת בנימין:

ובפרט בנ"ד שגם לדעת בה"ג גופא הוא רק משום חששא דרבנן שהרי בדיעבד לא תצא לכן יש להקל בזה במקום עיגון ושעת הדחק:

וכה"ג איתא בתרומת הדשן סי' רכ"ח] דיצא לידון היכא דחתם העד עצמו בגט כגון ראובן בן יעקב וכתב שי"ן במקום עיי"ן ומחק רגל השמאל ונותר עיי"ן דזה יצא מתורת כתיבה משום חק תוכות ושקיל וטרי בזה מפני דמדינא אין צריך לחתום אלא ראובן עד

או בן יעקב וכיון שכן דמי למ"ש התוס' [גיטין דף פ' ע"א ד"ה ושם עירו] והפוסקים גבי שינה מקום הלידה דכל מה דלא צריך מצד הדין אין שינוי פוסל בו:

וכתב שם אמנם נראה לחלק שפיר דאיפשר לומר דלא דמי לשינוי מקום הלידה או שם הנהר דהתם אינהו לא אתי' כלל לצורך שום תיקון חכמי התלמוד ואינו כלל ממטבע שטבעו חכמים בגיטין אבל בן פלוני החתימה עצמה היא ממטבע חכמים. היכא דלא חתם כבר פלוני. ונהי נמי דהיכא דחתם כבר פלוני תו לא צריכין לבן פלוני. מ"מ נימא איפכא דבן פלוני תהא עיקר ופלוני תהא התוספת דהא כל כמה דלא חתם עדיין עד הרי פלוני לחוד לאו כלום הוא ומאי חזית דמשוי לפלוני עיקר טפי מבן פלוני וכיון דלא הוברר לתפוס אחת מהן הפסול והטעות פוסלים בתרווייהו דרמינן כח החתימה אהא כמו אהא וכו' אפס נראה דוודאי אי הוי חתימת עדים דאורייתא כמו לר' מאיר היה ראוי לחלק בכה"ג אבל אנן דקי"ל כר' אליעזר דאין עדים חותמין על הגט אלא מפני תיקון העולם אין לדקדק ולחלק כ"כ עכ"ל התרומת הדשן:

ולפענ"ד הדבר מבואר כעין זה בזבחים [דף קי"א ע"ב] במתניתין להדיא למה הדבר דומה למפריש חטאת ואבדה והפריש אחרת תחתיה ואח"כ נמצאת הראשונה והרי שתיהן עומדות וכו' שתיהן בחוץ חייב. עיין פי' רש"י וברטנורה דחייב על שתיהן. וכ"מ להדיא שם מדלא מפליג בהו כמו באינך בבי. והטעם מפני שבשעת שחיטה כל אחד היה ראוי לפנים. והשתא התם הרי רק אחת מהן ראוי ואחת וודאי אזלא למיתה. [דבש"ס שם מוקמינן המשנה כרבי] אפ"ה כל כמה דלא נתברר חייב על שתיהן. מכל שכן הכא ששניהם כאחד טובים רק שאחד מהן יתירה:

רק מה שמחלק התרומת הדשן בין דאורייתא לדרבנן הוא נכון:

וממילא בנידון דידן כיון דעיקרא דמילתא השתא לדידן אין העדים חותמין על הגט רק מפני תיקון העולם. והעיקר סמכינן על עדי מסירה משום הכי לא נפסל ע"י תפיסת יד של העכו"ם דהוי כגורם דגורם:

יא ועתה נבוא לדון בענין קיום הגט שמסתמא לא נוכל לקיים חתימת ידי הדיינים על הרשאה ממדינת (אמעריקא) וכתב מעלתו שזהו הדין המבואר בהגה"ה [סוף סי' קמ"ב] שמעשה ב"ד א"צ קיום. ולפענ"ד לא נראה כלל לומר כן כיון שכל עיקר הקיום הוא רק על שטר שליחות אע"ג שמציינין את עדי החתימה על הגט בתוך כתב השליחות וקיום שעליו מ"מ לא עדיף מאילו נתקיים חתימתן דהיינו חתימת הדיינים לפנינו. אפ"ה לא מהני לדעת הריב"ש סימן שי"ח] יעו"ש שכתב בזה הטעם משום דעדיין כאילו לא נתקיים. דעדיין יש לחוש דילמא נאבד הגט מיד השליח וזייף חתימת ידי עדים. וכתב

שם אע"ג דאין לחוש לזה [בעובדא דידיה]. מ"מ לא נתקיים הגט בחותמיו ולא בתקנת חכמים. ועיין בש"ע (סי' קמ"ב סעיף א') דמביא הרמ"א פלוגתא בזה ומסיים כדעת הריב"ש בחשן משפט [סי' מ"ו סעיף ל"א] שהקיום צריך שיהיה סמוך לכתיבת יד העדים וכו' או מאחריו. רק דשאני התם דחיישינן למזויף וינקוט בידו שני השטרות. משא"כ גבי שליח להולכה דלית לן למיחש רק לנפילה. ולנפילה לא חיישינן כדאיתא בש"ס בבא בתרא [דף קע"ב] ויבמות [קט"ו ע"ב] גבי חבו בר ננאי מ"מ כיון שכבר יצא הדבר מפי הריב"ש אפי' במקום תו אי איפשר להקל היכא דלא נתקיים אפי' במקום עיגון ושעת הדחק, בתרי קולי, כדאיתא כעין זה בט"ז יורה דעה [סוף סי' צ"א]. ובפרט שהרמ"א נוטה לדעת הריב"ש. ואע"ג דעל ב"ד רחוק מן הדעת לחוש לזה. דהא גם הריב"ש כתב בעובדא דידיה שאין לחוש לזה. מ"מ מיקרי כגט שאינו מקוים שלדעת רוב הפוסקים תצא:

ומ"ש מעכ"ת דשאני חתומה בחותם דלא חיישינן למזויף מפני שצריך לאומן. ז"א שהרי אין משלחין מעות בדיוקני שהוא חותם טבעת, כמבואר בבא קמא ע"ב] ובחשן משפט סימן קכ"א] ובש"ך שם [ס"ק י"ג ט"ו]:

לכן נראה לפענ"ד דהיכא דאיפשר שיתקיים חת"י הב"ד מה טוב ובאם לאו יקיימו הב"ד גם את עדי הגט על הגט עצמו סמוך לכתיבת העדים וחתימתן או מאחוריו ויקיימו גם את הרשאה. ובלבד שיכתבו בתוך קיום עדי החתימה של הגט, שהגט נמסר לפניהם ליד שליח להולכה דאל"כ יש לחוש שיחזיקו אותה מגורשת שדרכה של אשה לקיים גיטה ולא האיש כמו בשטר חוב דכתוב בו הנפק, ועיין בבא מציעא (דף י"ח ע"ב] בתוס' ד"ה נפיק. ולולא דמסתפינא אמינא דדעת הריב"ש רק היכא שהגט יוצא מיד שליח השני, כמ"ש בשאלה שם. ודעת החולקים הרשב"א ומרדכי הוא כשעודנו ביד הראשון וטעמא דמילתא שהרי מבואר הדבר ברמב"ן יבמות סוגיא דיצחק ריש גלותא והנמוקי יוסף שם דגט הנמצא בעיר שנכתב דכשר אפי' היכא דשיירות מצויות משום כאן נמצא וכאן היה. וה"נ כיון שנותן ביד זה גט מקוים ונמצא בידו גט זה. אמאי לא נכשירו ע"י כאן נמצא. ומהא דפסקינן דשני יוסף בן שמעון בעיר אחת מוציאין שטר חוב על אחרים [כמבואר בש"ע סימן מ"ט סעיף ז' בלי שום חולק]. אין להקשות על דברי הריב"ש משום דהתם עדיפא חזקת דכאן נמצא משום שהוא נגד שתי רשויות. ועיין כתובות בסוגיא דהיו בה מומין. שם מבואר דכאן נמצא ע"י רשות עדיף טפי. לכן נראה דדעת הריב"ש הוא דווקא ביד שליח שני דדמי לגט הנמצא במקום אחר כמ"ש הרמב"ן שם. ורשב"א ומרדכי הוכיחו משליח ראשון דז"ל הרשב"א בתשובה [סימן קס"א] ומרדכי פרק התקבל שהוכיחו דלא בעינן הרשאה ביד שליח. דכשם שנאמן לומר בפני נכתב נאמן גם על

השליחות. דאל"כ אמאי הצריכו לומר בפני נכתב. וא"כ אזלי הוכחתם משליח ראשון אולם מלשון רבינו רמ"א סי' קמ"ב סעיף א'] משמע דגם בשליח ראשון חולק הריב"ש ובטלה דעתי השפלה נגד דעת רבינו הגדולה והרחבה. וצ"ל דטעמא דמילתא משום שכבר הקילו רבנן כמה קולות גבי קיום. לכן לא הקילו עוד לאשוויי קיום ע"י צירוף דכאן נמצא וכעין דאמרינן בעירובין (דף י' ע"א] גבי פסי ביראות. ואפי' לאידך לישנא דאמרינן להיפוך היינו משום דגבי עולי רגלים הקילו קולא יתירא כמ"ש התוס' שם (דף ה' ע"ב] ד"ה תאמר. גם בל"ז יש לחלק קצת כיון שכבר חששו חכמים למזויף והצריכו לקיום אמרינן שע"י קיום דהרשאה עודנו לא יצא לגמרי מחששא דמזויף והוי כאילו לא נתקיים. משא"כ גבי גט הנמצא במקום שנכתב, כיון דאיכא כאן נמצא תו לא נכנס כלל לסוג ספיקא. ולפ"ז עודנו יש מקום לומר דהיכא שהגט הוא ביד שליח שני גם הרשב"א ומרדכי מודים לסברת הריב"ש דהוי כאילו לא נתקיים, דאזי ליתא לחזקת כאן נמצא כלל דדמי לגט הנמצא במקום אחר:

סוף דבר הנני מסכים לאופן אשר שמע ידידי משם המאוה"ג ראשי בתי דינים דק"ק ווילנא זצלה"ה והוא שהבעל ימסור הגט לשליח במקומו בכתב שליחות מקויימת בב"ד. והשליח יעשה שם שליח לאיש ידוע שהוא במקום האשה ג"כ בכתב שליחות מקויימת והשליח ישלחנו בעצמו בפני עדים [כאשר הוסיף מע"כ] על הדואר. ועד עתה היו דבריהם כמילתא בלא טעמא. וכעת אחר מערכתי ימתקו מנופת צופים ועוד אני מוסיף שיקיימו הב"ד את חתימת ידי עדי הגט על הגט עצמו ושיכתבו בתוך הקיום שהוא ע"י שליח להולכה. ואזי נכון הדבר שהשליח השני ימסור לה הגט פטורין אליבא דכל הדעות:

גם יזהיר אותם שלא יתלקטו שמה שלשה מן השוק אשר אינם יודעים בטיב גיטין, רק יחזור אחרי בני תורה, ויראים ושלמים. וגם העדים יהיו בחזקת כשרות:

דברי יד"נ הק' משה יהודה ליב

סימן לח

בדיני גיטין

א מ"ש כ"ת להקשות על דעת המחבר (סי' קמ"א סעיף ל"ה] בשם גדולי הפוסקים, שיכול למסור הגט לעכו"ם עם כתב לאיש פלוני אשר מינהו לשליח להוליך הגט לאשתו, מירושלמי גיטין [פרק ג' הלכה ג'] דבאם עבר עכו"ם לא חיישינן כיון שאינו שייך בגיטין [וכ"כ הפני משה שם]. ולשיטת המחבר קשיא דעודנה יש לחוש גם גבי עכו"ם שאולי מסרו לידו שימסרנו לישראל, יפה תמה:

והנראה לפענ"ד בזה בקושט דברי אמת. איברא אשאל מאת כל מעייני בצדק שישימו עיונם במתון, בפלס ובמשקל מאזני צדק. ואז ידעו ויבינו כי נכונים הדברים לאמתן. והוא כלל גדול מסוגי תורתינו הק' בכמה ענינים שונים. והוא הגם דבשטר שנפל חיישינן אפי' לחשש רחוק ולא שכיח כלל. ואפי' בת"ז חיישינן לפרעון ולקנוניא. [וגם בכתובה, דאפי' לאביי ורבא דחיישי לפרעון אבל בכתובה שהוא בחיי הבעל מודו דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים, וכמ"ש תוס' ב"ב (דף ה' ע"ב) בד"ה כי היכי. ואפ"ה בנפל חיישינן. לתירוצא דרב פפא (דף ז' ע"ב)]. וגם אפי' קיום לא מהני לדעת תוס' ב"מ [דף י"ג ע"ב] בד"ה הא קאמר ונגד זה מצינו כמה חששי דשכיחי טובא ולא חששו גם בנפל. שהרי לשמואל דס"ל מצא שטר הקנאה בשוק יחזיר משום דלא חייש לפרעון ולקנוניא דאם איתא דפרעיה מיקרע הוי קרע ליה [ב"מ דף ט"ז ע"ב] ואמאי לא חיישינן דילמא פרעו מחצה או יותר והשלישו השטר ביד שליש כדתנן ב"ב [דף קס"ח] אלמא שזה מצוי ושכיח. ובשיטה מקובצת שם הביא קושיא זו בשם ריטב"א ותירץ משום דלא שכיח ואינו מובן כל הצורך:

אבל כך דרכן של הראשונים לרמז ברמיזה בעלמא למעיינים. וכללא דמילתא דלעולם לא חיישינן אלא לספק שלפנינו. וכיון דלפנינו ליתא לספק אלא בין מלוה ולוה הכתובים בשטר. לכן חיישינן לכל החששות שנופל ביניהם. אבל לחוש עוד לשלישי שלא נראה לפנינו, כל כי האי וכיוצא בו לא נכנס כלל בכלל סוג הספק. והוא בכלל אחזוקי ריעותא לא מחזקינן ואין ספק מוציא מידי וודאי. וכן הא דאמרינן ב"מ (דף כ"ז ע"ב] כיס וטבעת לא מושלי אינשי ואמאי ל"ח שמא נפל ממנו הכיס וטבעת ואחר מצאו וקשר בו את הגט וממנו נפל אלא וודאי דלא חיישינן אלא למאי שנראה לפנינו והוא לנפילה חדא ולא לתרתי נפילות. ועיין בזית רענן חלק ראשון (דף מ"ה ריש ע"ד] שהארכתי בזה ויסדנו יסוד זה בראיות נשגבות. [אמנם בדפוס נשמט משם כמה ראיות מטעם הכמוס]:

ולפ"ז בבעל שהביא בעצמו גיטו ונפל ממנו אמאי חיישינן לר' נתן בגיטין [דף כ"ז ע"ב] לשיירא שעברה אחרי נפילתו, כמ"ש בחידושי רשב"א שם ד"ה ת"ר, דר' נתן לא חייש לשיירא שעברה קודם נפילתו] אם נודע בטוב שלא היה אחד מהם ששמו כשם הבעל ואפ"ה חיישינן דילמא היה אחד מהם שליח מן הבעל ששמו כשמו. ואמאי לא אמרינן כיון שהענין לפנינו אין לספק רק בין הבעל והאשה, ולא על איש אחר וא"ל דאה"נ דא"כ מאי מקשה הש"ס שם בגיטין ממתניתין דהמביא גט ואבד הימנו ועל ברייתא דמצא גט אשה בשוק. דהתם בברייתא שאני דאין לספק רק בין הבעל האשה. ולהכי אפי' כשעברה שיירא לר' נתן וידעינן שלא היה שמם כשם הבעל וביותר לר' שמעון בן

אלעזר כשעבר אדם שם שגם זה הוא בכלל זמן מרובה ונקל לידע את שמו ולשלוחין לא חיישינן. משא"כ במתניתין דאיירי בפשטא בשליח להולכה, ולהכי לא חיישינן גם לשליח דעלמא. וכן לרבה שם דמקשה מתניתין אהדדי נמי יש לומר כן]:

ולקושטא דמילתא לק"מ, דכשם שהספק והענין שלפנינו הוא בין הבעל והאשה ה"ה נמי לשלוחם דידהו, שהרי גבי גיטין צריכין נתינה מידו לידה ויד השלוחים כידן. ולהכי כמו דחיישינן למגרש עצמו ה"ה נמי לשליח דידיה:

איברא זהו בישראל דווקא דיש לו כח ויד לגרש. משא"כ לעכו"ם אין לחוש שהוא ממש כאדם שלישי שלא נראה בעליל בספק לפנינו עליו ולא נכנס כלל בסוג הספק לספק בזה. אע"ג דשכיח מפני שהוא רק כממוצע בין הבעל לשלוחו:

ב מ"ש כבודו והאריך בנדרים (דף ל"ה ע"א] גבי למעול מקבל באיסורא לא ניחא ליה דליקני הא כל מעילה הוא בשוגג ישים נא עיונו בר"ן שם שעמד בזה במתק דבריו. וכוונת דבריו היטב יעוין בס' זי"ר חלק ראשון [דף פ"ב סוף ע"ד]:

ומה שחידש כ"ת לחלק בין הנאה לזכיי'. דשאני הנאה דלא בעי כוונה משא"כ זכייה דמקבל מתנה דבעי כוונה. לא כן, אלו היה הקושי' כך אזי ישנו למצוא מקור לדבריו לדעת מיעוטא דמיעוטא מהפוסקים דסברי דגם בדעת אחרת מקנה בעינן כוונה לקנות. אבל דעת רוב הפוסקים אינו כן עיין בנימוקי יוסף בשם הראב"ד גבי רב ענן דשקיל בידקא בארעי' מ"א ע"א] ורשב"א גיטין [כ' ע"ב] בד"ה ובא מעשה לפני חכמים בתוך הדיבור יעו"ש:

אבל עיקר הקושיא מאי בין נותן דמעל כשמוציא מרשות הקדש ונתנו לאחרים אפי' בחנם ורק שוה פרוטה בצימצום דלא נהנה בשוה פרוטה ואפ"ה מעל. ול"א דטעותא מפקיע מידי מעילה. והכי קא קשיא ליה לר"ן שם שהרי כוונת המקנה אלימא ועדיפא מן הקונה וע"ז תירץ והמציא שם דזהו הנותנת דכיון דכחו של הנותן אלים בקניי' זו לכן אין טעותא מפקיע מידי אלמותו. משא"כ הקונה דקלישתא כחו בקנינו לכן הטעותא מפקיע והוי כמתכוין שאינו רוצה לקנות אע"ג דאין צריך כוונה לקנות זהו בלא כוונה כלל. וכן מצינו כעין זה בר"ן ר"ה ס"פ ראוהו ב"ד גבי מצות שאין צריכות כוונה. דאם כיון שלא לצאת לכ"ע לא יצא]:

סימן לט

בדיני גיטין

אחדש"ה הן אפפו עלי טרדות רבות משו"ת נחוצות ושקלתי בדעתי עד כה. אם להפיץ אם לקמץ. כי נוראות נפלאתי אם היתר עגונה גדלה ורבתה כל כך לבנות דיק ולשפוך

סוללה לטהר ולהתיר בק"ן טעמים זרים ובדוים. את הכבולה בכבליים מכמה משניות ומסתימות הש"ס וכ"פ. לולא יריתי קו צדק לדון את השואל ששאל. שרק עצם השאלה לא נהייתה. רק הרב השואל הגה הדברים במחקרו ובדעתו. ועליו נאמר כל פטפוטין וכו', לזאת חזקתי ואמצתי להשיב לעת אשר פניתי מטרדותי כמעט. והעיקר כדי למלאות רצון יד"נ מאז ומימים ימימה:

הן נשאל באחד שכפוהו לילך למדינת הים וצוה לסופר שיכתוב גט לאשתו ולעדים שיחתמו ולשליח שיתן לידה ואח"כ מת אחד מן עדי החתימה. וסיבב השואל והדה ידו להתירה בשני אופנים או שהעד הנשאר יחתום עצמו ויותן הגט בעדי מסירה. לדידן דפסקינן כר' אלעזר דעדי מסירה כרתי. או שאחד מן השומעים מפי הבעל יחתום עם עד הנשאר. ומקורו הערה מדברי הרא"ש קידושין (דף מ"ה ע"ב] פרק האיש מקדש סי' ז'] גבי אחד שאמר לחבירו לשדך לו אשה פ' והלך וקידשה לו שלא מדעתו ה"ז מקודשת וכ"ה בש"ע סי' ל"ה ס"ד] וחילו דידי' כיון דבכה"ג כפינן לגרש, והדבר ידוע דאילו לא היו מצויים עדי חתימה אזי כפינן ליה לגרש בעדי מסירה לבד. השתא נמי שמת אחד מן עה"ח ועיקר כוונת הבעל כדי שלא תתעגן אמרינן נמי איגלאי מילתא למפרע דוודאי ניחא ליה שתתגרש באיזה אופן שיהיה כי היכי דלא תיתיב ותתעגן. ומסיים השואל ליתן לה שני גיטין באופנים הנ"ל שכן ברור לדינא. ולדעתי שניהם כאחד הן המה כחרב פיפיות להתיר אשת איש לעלמא והן המה כאבק פורח וכפורחת עלתה נצה וכציץ נובל תפארתו:

א עיין בש"ע אבן העזר סי' ק"כ ס"ט] אמר לעשרה כולכם חתומו וכו' ואם מת אחד מהם הגט בטל [והוא ממשנה גיטין ס"ו ע"ב] וא"ל דזהו לדידן לרה"פ דפסקינן כר' יוחנן דשנים משום עדים וכולן משום תנאי [יעוי' בש"ע שם סעיף ט' יו"ד] וכיון שלא נתקיים התנאי אינו גט, אבל באמר לשנים חתמו ולדידן דפסקינן כר"א דע"מ כרתי לא קפיד הבעל רק לכתחילה כדי לקיים תקנת ר"ג [גיטין ל"ד ע"ב], איברא זהו בורכא ולא ניתן להאמר כלל דא"כ קשיא לריש לקיש דס"ל דכולהו משום עדים וס"ל ג"כ דהלכה כר"א בגיטין עיי"ש [פ"ו ע"ב] מסתם משנה (בדף ס"ו ע"ב) לפיכך אם מת אחד מהם הגט בטל, ועיי"ש (דף י"ח ע"ב] דנקט כולהו נפקותא בין ר' יוחנן לריש לקיש דלר"י לקולא ולהחמיר לר"ל, משמע להדיא דליתא לאשכוחי להיפוך להקל למ"ד משום עדים ולהחמיר למ"ד משום תנאי, דזהו רחוק מן הדעת אליבא דכ"ע, שהרי תרווייהו ר"י ור"ל פסקו כר"א, עיין עוד (דף כ"ב ע"ב) הרי להדיא דאפילו לר"א דעדי מסירה כרתי אפ"ה אם מת אחד מהם הגט בטל, וזה פשוט ומבואר דשנים דינו ככולכם עיין רמב"ן במלחמות ד' פרק קמא דגיטין

(דף יו"ד) וז"ל דשנים דמי לכולכם משום עדים יעו"ש בהא דאמר רב פפא זאת אומרת עדי הגט אין חותמין אלא זה בפני זה וז"פ ומוסכם מעצמו ומכה"פ, ומעתה אתמה דהיאך איפשר לבקש ולתור אחרי רפאות תעלה נגד סתם משנה ונגד כה"פ משום תק"ע, הלא כל הרוחות שבעולם לא יזיזו אחת מני אלף מדבריהם הקדושים:

ולא עוד אלא אפילו היכא דראה המגרש קודם הנתינה את הגט והסכים למאי שציוו הב"ד לאחרים הן בכתיבה או בחתימה אפ"ה הגט בטל לגמרי, עיי"ש (דף ע"א ע"ב) במתניתין אמרו לו נכתוב גט לאשתך וכו' אע"פ שכתבוהו וכו' הגט בטל עד שיאמר לסופר כתוב ולעדים חתמו, ועיי"ש בגמרא באוקימתא דר"א דפסקינן כוותיה (ועי' ברמב"ם פ"ב מה' גירושין הלכה ה'), ונראה מפשטא דמתני' דלהכי חזר ותני בסיפא עד שיאמר לסופר וכו' ולעדים וכו'. דאי מרישא לחוד הו"א דזהו דוקא היכא ששינו בכתיבה ובחתימה הוא דבטל לגמרי. אבל היכא ששינו בחתימה לחוד לר"א אינו אלא פסול לחוד משום מזוייף מתוכו וכן היכא ששינו בכתיבה לחוד אינו בטל לר"מ אבל מסיפא נשמע להדיא מדנקט עד שיאמר לסופר ויאמר לעדים משמע להדיא דקפדינן גם אכתיבה לחודא ועל חתימה לחוד ובשינה באחד מהם הגט בטל לגמרי, אע"ג דבחתימה שלא לשמו אינו אלא פסול [כמ"ש תוס' דף ד' ד"ה מודה] וכן בכתיבה אליבא דר"מ כשר לגמרי אפילו במצאו באשפה. זהו היכא דלא ציוה הבעל כלל אבל היכא שציוה להם והם אמרו לאחרים בין בכתיבה או בחתימה הגט בטל לגמרי משום שינוי בשליחות וכן אם מת אחד מהם וכמו שכתבו בתוס' גיטין (דף ס"ו ע"ב) בד"ה הא כתב הגט כשר וכו' ועיי"ש בתירוצם השני, איברא לתירוץ הראשון קשיא לכאורה מסוגיא זו, שגם אם לא תיזול בתר דיוקא ופירושא דמתניתין כמ"ש דמתניתין אתיא אליבא דכ"ע בין לר"מ בין לר"א, אלא דאתיא כר"א, מ"מ קשיא מפשטא דסוגיא דאמאי קתני במתניתין שהגט בטל היכא ששינו בחתימה לחוד שכן מוכח להדי' מדקתני עד שיאמר לעדים חתמו דאפילו כששינו בחתימה לחוד הגט בטל] הלא לר"א דאתיא מתניתין אליבא דידיה כמ"ש בתירוצם הראשון דר"י כר"א ס"ל. אינו אלא פסול משום מזוייף מתוכו ובמתניתין קתני להדיא שהגט בטל, אלא ש"מ דשינה שאני כמ"ש בתירוצם השני וקשיא לתירוץ קמא:

אולם לקושטא נראה שגם בתירוצם קמא מודים דהיכא ששינו מיגרע גרע מהיכא שחתמו מעצמן אליבא דר"א וממצאו באשפה אליבא דר"מ. רק דהתם קאי קושייתם למאי דס"ד דכתבו כתב ידן הוא ונמצא דלא ציוה כלל על הכתיבה ולית ביה משום שינוי אלא משום דלא נכתב בשליחותו, משה"ט סברי דלא גרע ממצאו באשפה [ע"כ תירצו משום דשמואל ס"ל כר"א, ולדידיה כוונת הבעל בוודאי גם על הכתיבה, דבעינן

כתיבה לשמה. רק שאינו מקפיד שהם יכתבו, ויוכלו לומר לאחר, לכן הקשה הש"ס דהוי מילי] רק בתירוצם השני צריכין לדחוק בזה כמו שסיימו שם בסוף הדיבור דהוי כאילו אמר להדיא אמרו לסופר שיכתוב וכו' יעו"ש, והא לא קשיא דאכתי נפשוט לעיל (דף ס"ו ע"ב] דכתבו הוי כתב ידן וכתב הגט, דאלת"ה אמאי פסיקא ליה לתנא דמתניתין (ע"א ע"ב) שהגט בטל כששינו אפילו באחד מהם בין בכתיבה לחוד בין בחתימה לחוד. ולא אתיא כמאן. דאי לר"מ אמאי בטל בכתיבה אם נימא דכת"י הוא לתירוצם קמא. ואי כר"א אמאי בטל בחתימה ואינו אלא פסול משום מזוייף מתוכו. אם נימא דכתב הגט הוא. ודוחק לומר דאתיא כר"י [כמבואר בש"ס גיטין (דף ד' ע"א) רק מהכרח מוקמי רב אשי התם כר"י] א"ו כתירוצם השני:

איברא ז"א דלדבריהם שם בד"ה כתב ידן הוא. אזי לא קאי איבעיא זו רק באומר לשנים כתבו משום דבע"כ צריכין לצרף עוד אחר, מש"ה לקמן דאיירי בתלתא (כמו שפירש רש"י שם (ד' ע"א ע"ב) בד"ה הא אמר תנו וכן רהטא כל השקלא וטריא לקמן לבד לאוקימתא דאביי לקמן ולגבי תלתא פשיטא דכתבו אתרווייהו קאי שהרי אין צריכין לצירוף אחרים בהדיה. נמצא לפ"ז דהיכא דאמר בהדיא כתבו וחתמו אזי לכ"ע הגט בטל אפילו לתירוץ קמא בתוס' הנ"ל, אחר כתבי זה הראה לי חתני הרב נ"י בפני יהושע עיקר ושורש דברים הנ"ל, ותל"י כוונתי לדעתו הגדולה שכתב [בדף ע"א ע"ב] דעיקר לדינא שגם לתירוצם קמא הגט בטל לגמרי היכא ששינו באחד מהם בין לר"מ בין לר"א וכמש"ל, לבד על קו' הנ"ל דנפשוט מלקמן איבעיא זו מהדר בתר תירוצי אחריני, ומש"ל הוא הנכון:

ב ובזה נסתלק ונסתר לגמרי האופן הראשון שכ' השואל. וגם רובו מאופן השני, רק דעדיין יש מקום להתעקש דמתניתין דקתני אם מת אחד מהם הגט בטל איירי בדלא שמעו אחריני אבל היכא ששמעו אחרים מהני מדין זכייה כדעת הרא"ש קידושין פרק האיש מקדש (סי' ז'). לכן צריכינן להדורי אחרי עיקרן ושרשן. ולהראות לכל אנשי מדע ומביני לחש דדברי רבינו אשר"י אין להם מבוא וקישור כלל וכלל לנידון זה. ולא מיבעיא לדעת רשב"א נדרים [דף ל"ו ע"ב] דזכיי' לא שייך אלא היכא שהפריש משלו על של בעל הכרי משום שזכה בדבר שלא היה ברשותו, אבל משל בעה"ב על שלו ל"ש מצד זכייה משום שלא נכנס לרשותו דבר חדש ולהכי בעינן שליחות בפירוש [ועיין בקצה"ח סי' רמ"ג ס"ק ח'], אלא אפילו לדעת תרומת הדשן [סי' קפ"ח] גבי חלה, דנראה דלית ליה האי סברא, גבי חתימת הגט לכ"ע לא מהני מצד זכיה, וכל עיקר סברת הרא"ש שם הוא מצד זכייה דכיון שהוא דבר בי מיצעי דלא נתברר זכות ברור ולא חוב ברור. מש"ה

מהני גילוי דעת דמעיקרא מצד זכייה, אבל גבי שליחות הגט לכ"ע לא מהני גילוי דעת דמעיקרא. ותדע הכי באומר אמרו או אפילו בלא אומר אמרו רק שהם ציוו לאחרים מדעתן הכי ליתא לגילוי דעתא יותר מזה. ולא עוד אלא אפילו היכא דכתב בכת"י לסופר או לעדים שיחתמו ג"כ ל"מ בגט לדעת כמה פוסקים עיין באה"ע (סימן ק"כ סעיף ה'). אלא וודאי בגט שאני משום דבעינן שישמע מפיו דוקא כדקתני להדיא בברייתא שם [דף ע"ב ע"א] קולו לאפוקי מדרב כהנא וכ"ה דעת הרמב"ם ורמב"ן ורשב"א, לבד בתוס' מכשירין בכת"י גבי פקח דסברי דכתיבה שוה להרכנה ורמב"ן ורשב"א השיגו עליהם מן התוספתא דאם כתב לסופר דל"מ, ויש לתרץ דבריהם דע"כ לא סבירא להו דכתיבה דמי להרכנה רק היכא דדמי ממש להרכנה כגון שאמרו לו הסופר והעדים נכתוב ונחתום גט לאשתך והרכין בראשו, או שכתב בכת"י הן. הוא דמהני לדעתם משום דעביד מעשה בגופו בשעת מינוי השליחות ודמי ממש לקולו וכאילו ציוה להם בפירוש שיעשו שלוחים כיון שהם אמרו לו בפירוש מענין השליחות והשיב להם בכת"י, אבל היכא שכותב בכת"י לסופר שבמקום אחר שממנה אותו שיכתוב גט לאשתו. גם לתוס' ל"מ, דבשעה שעבד מעשה עודנו לא נעשה שליח ובשעה שהגיע לידו כבר נסתלק עשייתו ול"ד לקולו. וכעין חילוק זה איתא ברש"י סנהדרין (דף ס"ה) ד"ה ריש לקיש וכו' בסה"ד אבל הכנסת עצם הידעוני אינו מדבר בשעת מעשה אלא לאחר המעשה שהוא בפיו מדבר העצם מאליו עכ"ל]. אבל הענין מכריח לכה"פ דריצוי שנתרצה על הענין גבי גט לא מהני מידי שיעשו שלוחים מעצמם לכתוב ולחתום. דאע"ג דגבי קידושין מהני בזה לדעת הרא"ש שהוא מצד זכייה ולא מתורת שליחות רק דזכייה מטעם שליחות [כמו שכ' הרא"ש שם], וכ"מ להדיא מרש"י קידושין (דף מ"ה ע"ב] בד"ה ודילמא, וכן אם עשה שליח בפירוש לסופר או לעדי חתימה ומת אחד מהם. שימלא אחד מן השומעים ויחתום במקומו גבי גיטי נשים אזי כה"פ שוים בזה כיון דלא נתרצה מתחילה רק על הענין ולא על שליחות הלזה [וזהו בכלל גילוי דעתא בגיטא דלאו מילתא היא]. והיכא דאיכא גילוי דעתא על השליחות עצמו רק שלא עשאו בפירוש אזי אם היה ע"י מעשה בגופו כגון גבי פקח בהרכנה אזי לכמה פוסקים פסול מיהת מדרבנן, ואם ע"י כתיבה אזי לדעת רה"פ הגט בטל ולדעת תוס' מהני כתיבה כמו הרכנה דסברי דחשיב מעשה זה כזה כמ"ש הב"ש סי' ק"כ סק"ח ובית מאיר שם] איברא כ"ז לגבי כו"ח אבל לגבי נתינה אזי לדעת רה"פ מהני שליחות גבי נתינה אפילו בכתב אבל יש חולקין בש"ע עיין סי' קמ"א סעי' ל"ה ובתשובה אחרת הארכתי בזה דדברי ההגה"ה סותרין מסעיף י"ד וגם חתרתי בעזה"י אחרי מקום ומקור להחולקים שנלאו האחרונים למצוא מקורם ועי' לעיל

סי' ל"ז] ולפ"ז גבי שליחות הנתינה אזי יש מקום להקל לדעת הרא"ש גבי קידושין דזה וזה שוים דאיתנהו בבי מיצעי צד זכות וצד חובה ואיכא בזכיות ממשא למעשה ידיה ולמזונות ושאר דברים. איברא למה שכתבתי בס' זית רענן חלק ראשון [דף ק"ע אות י"ב] גם גבי נתינה היכא שהמגרש הלך לדרכו צ"ע גם לדברי הרא"ש, וכן בקידושין גופיה אם מת קודם שנודע אם צריכה חליצה משום דמסתבר יותר דגם לדעתו אינה מקודשת ע"י ג"ד דמעיקרא לבד רק מפני שנתרצה בפירוש אח"כ. דע"כ בהכי איירי, דאם לא נתרצה אח"כ אפילו גבי זכייה גמורה ל"מ מידי, רק דכל היכא דאיכא זכות בהדי חובה ל"מ הריצוי שאח"כ דזכין לאדם שלא בפניו לא אמרינן רק היכא דאיכא זכות ברור בשעתי', ולזה מהני ג"ד דקודם מעשה להצטרפו בהדי הריצוי דאח"כ:

ג איברא עודנו הדבר חובה עלינו לבאר היטב דברי תוס' גיטין דף ע"ב ע"א] בד"ה קולו וכו' וא"ת אמאי נקט וכו' וי"ל דמסתברא וכו' כיון דקים לן שמתרצה ל"ב שמעה"ק כמו תן גט זה לאשתי וכו' ובריית דנקט וכו' אלא למעוטי חרש דר"כ דמסתבר למעוטי עכ"ל, ודבריהם מרפסין איגרי דאיזה דמיון מצאו בדבר שהוא זכות ברור וגמור לדבר שאינו זכות גמור דדוקא בדבר שהוא זכות גמור הוא דל"ב שמיעת קול, ואי דמסתברא להו דהרכנה וכן בכתיבה כשאמרו לו נכתוב גט לאשתך והשיב בכתבו הן, כיון דעביד מעשה בגופו נידון כשמיעת קול, אזי הו"ל לפרושי הכא בלא ראיה כיון שגם בראייתם לא יגהה מזורו:

ועוד דא"כ נסתר כל מצב ויסוד דברי רבותינו ה"ה תוס' ורשב"א נדרים [דף ל"ו] הנ"ל דמידי דזכות ל"ש אלא בדבר מקנה וקנין אבל במידי דלא נכנס לגבול זה אע"ג דאית ליה ניחותא בזה ל"ש גבייהו משום דין זכייה כלל וא"כ איך למדו מדין תן גט זה לאשתי דהתם הוא משום זכייה ולא מדין שליחות עצמו, והלא כבר קשרו בכבלי צדק את יסוד מוסד הלזה רבותינו בעלי התוספות גם בנזיר דף י"ב [כאשר הוכיח במישרים בקצה"ח סי' רמ"ג] משא"כ גבי כתיבה וחתימה דל"ש ביה משום דין זכייה רק משום שליחות ומשה"ט הוא דבעינן שישמע קולו דוקא:

ועוד שהרי שאני כתיבה וחתימה מן נתינה דגבי כו"ח דבעינן לשמה הוא דבעינן שישמע קולו משא"כ גבי נתינה, ועיין ר"ן גיטין דף ס"ו] שמחלק רמב"ן כן להדיא לדינא גבי אומר אמרו בין גיטין למתנה:

ונראה דעפ"י קושיא זו עצמה אשכחנא פתרא להבין תוכן דבריהם על נכון והוא דבוודאי פשיטא להו מסברא החיצונה דבכל התורה אפילו בדבר שהוא חוב גמור מהני שליחות בהרכנה וכן ע"י כתיבה דשוין לשיטתייהו כמבואר, רק דנתווכחו ביסוד זה דילמא גבי

כו"ח הגט דבעינן לשמה עודנה לא ירדה לתורת לשמה עד שישמע קולו דוקא שהרי אפילו לדעת תוס' לעיל (דף כ"ב ע"ב] בד"ה והא דל"ב שליחות בכתיבת הגט ואפ"ה פסול כ"כ שנכתב שלא בציווי הבעל [אע"ג שאמר הסופר בפירוש שיכתבנו לשמן כמבואר להדיא ברמב"ם בפ"ב מה"ג] משום שלא לשמה, ולזה הניפו ידם והוכיחו בצדק דהיכא דעביד מעשה בגופו אפילו בדבר שהוא חובה חשיב נמי לשמה. שהרי גבי תן גט זה לאשתי אילו היה זכות גמור מהני בין לר"מ ובין לרבנן משום דזכייה מטעם שליחות. וכיון שכן דלית בזה מאן דפליג וא"כ תיקשה לר' ירמיה (וביותר דשקלא וטריא זו קאי אליבא דידיה גבי חתם סופר] דס"ל לקמן (דף פ"ו ע"ב) גבי שנים ששלחו ב' גיטין דבעינן ג"כ נתינה לשמה. וכל כמה דלא שמע הבעל מפי שלוחה שנתרצית נימא ג"כ דלא הוי נתינה לשמה. שהרי מסרו לאחר. אלא וודאי כיון דזכות הוא לה דהוי כאילו נתרצית בפירוש דמי כאילו נשמע קולה, ה"ה נמי לגבי כתיבה וחתימה אע"ג דלא הוי כזכות ברור ולית ביה משום דין זכייה דכיון דעביד מעשה בגופו דאנן סהדי דנתרצה שוב לא נפיק מדין לשמה משום שלא נשמע קולו בפירוש. ואע"ג דאנן פסקינן דלא כרבי ירמיה לדעת רוב הפוסקים. הרי מדרבי ירמיה נשמע ממילא גם לאביי שם דפסקינן כוותיה דבפרט זה לא נחלקו כלל ולא יעלה על הדעת דאביי יגדיל כוחו של לשמה יותר מדר' ירמיה:

ד ודע דכל מ"ש עד כה דגם בכתיבה לר"מ וכן בחתימה לר"א הגט בטל לגמרי משום שינוי בשליחות דכל זה אפי' לדעת תוס' והפוסקים דל"ב בכתיבה דין שליחות זהו היכא שלא היה שינוי בציווי הבעל אבל היכא שציוה שכבר גילה דעתו שיהיה עפ"י ציוויו והם שינו אזי הגט בטל לגמרי בין לר"מ בכתיבה ולר"א בחתימה. ואע"ג דבקידושין (דף כ"ג ע"ב) מיבעיא לן לרשב"א גבי עבד אם יכול לעשות שליח וכו' ועיין בתו' שם ד"ה מהו לתירוץ הי"מ משום דשמא ע"י שליחות מיגרע גרע. דלא מיבעיא למסקנא דהתם משמע דלקושטא מיגרע גרע רק משום דגמרינן לה לה מאשה. אלא גם לס"ד דהתם ולדעת שאר תירוצים שנאמרו ונשנו שם על קושיא זו. מ"מ גבי גיטין שאני דאפילו היכא דליכא למיתלי בקפידא שלטובתו ולהנאתו נתכוין אמרינן דמסתמא דלצעורה קא מיכוין בזה אע"ג דבעיקר הגט מתכוין לטובתה כמבואר בגיטין:

ועיין בקצה"ח (ס' כ"א) שהקשה לריש לקיש דס"ל דאונסא כמאן דעביד ממתניתין (דף ס"ו) דאם מת אחד מהם הגט בטל. ומתרץ דר"ל לשיטתיה דס"ל דכולן משום עדים. והניח שם בצ"ע לאידך גירסא דאונסא כמאן דעבר, ולדידיה לק"מ דשאני גבי גיטין דכל כמה דליכא למיתלי בהנאתו כמו גבי הנקה ושימוש (כדאיתא בתוס' שם ע"ה ד"ה מת) אזי בודאי תלינן דעיקר תנאו כדי לצעורה, וכל כמה דנתכוין לצערה אזי לכ"ע לא

אמרינן דאונסא כמאן דעבד שהרי סוף סוף לא נצטערה, וז"פ וברור. וכעין זה איתא להדיא בגמרא (דף ע"ד ע"ב) הכי השתא התם לצעורה קא מיכוין והא לא נצטערה. והא דמדמה בירושלמי גיטין פ' מ"ש (הלכה ו') פלוגתא דאונסא כמאן דעבד לפלוגתא דרשב"ג ורבנן גבי הנקה ושימוש ומת הבן או שמת האב, שאני התם דהתם בודאי משום הרווחה קא מיכוון כמבואר בתד"ה כלל אמר רשב"ג (דף ע"ה ע"ב) וז"ל בתה"ד דהכא ודאי להרווחה בעלמא עשה כן, וכיון דמשום הרווחה דידיה שפיר י"ל דאונסא כהאי דכיון דלא איצטריך דכמאן דעבד דמי:

ה ועתה נבאר במאי שחידש השואל להמציא דכיון דאיתי' קמן היינו כופין אותו לגרש [כמבואר בש"ע אה"ע סימן קנ"ד סעיף ח' ט'] ואמרינן דמשום דמצוה לשמוע דברי חכמים ניחא ליה השתא נמי דליתי' קמן וחזינן ביה כבר שרצה לגרשה כדי שלא לעגנה אמאי לא נימא דמסתמא ניחא ליה לגרשה באיזה אופן שיהיה כדי שלא תתעגן ונימא דתתגרש בעדי מסירה לבד:

לא נהירא. ואיפכא שמעינן מדברי רבותינו הקדושים. עיין ר"ן בפ' מי שהיה נשוי דצ"א גבי קטינא. וז"ל ואיפשר דמתורת כפיי' נמי יורדין לנכסיו. דעד שאתה כופהו בגופו כופהו בממונו אלא דלמאן דל"ל שיעבודא דאורייתא. כל היכא דליתי' קמן אין יורדין לנכסיו, אבל בדאיתי' כופין אותו בין בגופו בין בממונו. דמצוה דאורייתא הוא עכ"ל. הרי שכל דין כפיי' ליתא אלא בדאיתי' קמן ול"א דמסתמא ניחא ליה, וטעמם מסתבר ותורתן אמת. ואין לנטות מדבריהם זיז כ"ש. שהרי כל דין כפיי' הוא עד שיאמר רוצה אני, וכל כמה דלא אמר בפירוש רוצה אני לא מהני מידי. והא דיורדין לנכסיו היכא דאיתי' קמן, אע"ג דלא אמר רוצה אני זהו בעצמו מתורת כפיי':

וחד מחבריא פירש כוונת הר"ן בזה. טעם מספיק, דכשם שניתן רשות לב"ד לכפותו עד שת"נ, אף שכל הכאות ורדיות הללו היו למגן כל כמה שלא אמר רוצה אני. ה"נ רשות לאבד ממונו עד שיאמר ר"א. וכיון שנוכל לאבד ממונו על מגן אזי מוטב שיתנו לאיש אשר נשה בו, כן שמעתי כד הוינא בצוותא חדא עם יד"נ הגאון אב"ד דפוזנא מוה' שלמה איגר ז"ל ודפח"ח [וא"ל מב"ק (דף קי"ט) דלא ניתן לאבד ממונו, דשאני התם דהוי כעין עונש על מה שכבר עבר ועל העתיד להשחית ולהפסיד, משא"כ הכא שהכפיי' כדי לקיים, מספקא ליה לר"ן דאולי גם בממונו כפינן ליה לאבדם כשם שמאבדין את גופו בכפיות ורדיות]:

איברא עודנו צריך בירור דמדברי התוס' לכאורה נראה להיפוך עי' חגיגה (דף ד' ע"א) בד"ה לא נצרכה אלא לחצי עבד וחצי בן חורין וכו' וז"ל אך קשה הכא משמע וכו' ואילו

בגיטין ריש השולח וכו' וי"ל דע"כ לא מחייבי ליה אלא משום דעומד לכוף את רבו כמאן דשיחרר דמי. אבל התם כיון דמית אגלאי מילתא דלא היה עומד לשיחרור עכ"ל, וה"נ גבי שלא בפניו אמאי לא נימא כיון דעומד לכוף בעודנו כאן אמאי לא נימא כן דכמאן דכפינן ליה דמי וגם השתא נגמור הכפיי' בממונו כסברת הר"ן, [ובשלמא בעובדא דידן שהכפיי' נולדה ע"י סיבה שנתחדשה, לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע, [כמ"ש הנמוקי יוסף יבמות בריש פ' החולץ גבי חליצת מעוברת דפסקינן דלא שמי' חליצה], א"ל שגם בזה חולקים בעלי התוס' שהרי כתבו דהתם כיון דמית איגלאי מילתא דלא היה עומד לשיחרור, אע"ג שהיה ע"י מקרה מחודשת. דהתם שאני שפני הדבר מסבב לענין העדר מעשה. כי היכי דנימא דלא הוה משוחרר ועודנו בחזקתו כמקדם. משא"כ לענין קיום מעשה, וכבר נודע סברא זו גם בענין ברירה דדוקא לענין קיום מעשה בין בדבר מקנה וקנין או בגיטין וקידושין הוא דאמרינן אין ברירה, ולא אמרינן איגלאי מילתא למפרע. אבל לענין העדר מעשה אזי לדעת רוב הפוסקים לא תליא כלל בדין ברירה. כגון בגט כשהתנה אם מת, ולא מת, דאזי אמרינן דאינו גט והויא אשת איש בודאי לכל דבר [זולת לדעת רש"י גיטין בפ' מי שאחזו (דף ע"ג ע"ב) ד"ה ומשני וכן פירש רש"י חולין (דף י"ד ע"א) ד"ה אוסרין, וכבר תמהו בתוס' גיטין שם ד"ה תנא ע"ד רש"י אלו] והכי נמי לענין איגלאי מילתא למפרע אפילו היכא דלא תליא בברירה מ"מ היכא שהוא ע"י מקרה שנתחדשה ועיקרה תסובב על קיום מעשה הוא דל"א איגלאי מילתא למפרע, וה"נ בנ"ד שנהיתה ע"י שמת אחד מעדי החתימה דכיון דהשתא לאו בר כפיי' הוא תו לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע אילו נודע שימות כיון שהנידון הוא כי היכי דתתגרש שהוא כקיום מעשה. משא"כ התם גבי שיחרור כשמת העבד, ועוד דבעובדא זו הרי נידון כנולד, דמיתה לא שכיח [כמבואר בש"ס נדרים ס"ד ע"ב] ועיין ר"ן נדרים (דף ס"ד ע"ב] בד"ה וחכמים אוסרין דנולד לא משוי ליה טעותא (וכן כתבו תוס' שם ד"ה פותחין], אבל לענין שלא בפניו אכתי יש להתווכח דאמאי לא נימא לדעת התוס' דכיון שהוא עומד לכפיי' בעודנו קמן אמאי לא נימא דנידון כאילו כבר התחילו בכפיי' כיון שלא נולד לן מקרה מחודש]:

והגם דיש לחלק בכמה אנפין. ביותר נראה לחלק ברווחא. דדברי תוס' גבי עבד לא נשנו אלא היכא שהכפיי' מוטלת על הב"ד לבד ואיננה תלויה בדעת וברצון של כנגדו כמו בחצי עבד וחצי בן חורין דאפילו כשעבד לא תבע ליה בבי דינא מ"מ הדבר חובה על הב"ד עצמו כי היכי דלישא אשה. אבל גבי בעל חוב הגם שהוא מצוה דאורייתא מ"מ כל כמה דלא תבעי' ליה לא מזדקקינן לי' לכפותו לכן אפילו היכא דכבר תבע ליה וברח

אח"כ לא עדיף מפורע חובו של חבירו והבעל חוב דוחק דאפ"ה פטור מלשלם כמבואר בחשן משפט סי' קכ"ח ס"א] דאמרינן מפייס הוינא ליה או שאחרים שילמו בעדי לדעת הש"ך שם ס"ק ד'] ה"ה ממילא לענין כפיי' אי איפשר לומר דכמאן דכפינן ליה כיון שעיקר הכפיי' תליא ברצון המלוה ולא בדעת ובשיקול דבי דינא לחוד תליא מילתא:

וממילא מובן דגם בנידון זה אי איפשר לדון ולומר משום דאיגלאי מילתא למפרע שהיה עומד לכפיי' בעודנו לפנינו דכיון שהעיקר תלוי בדעת אשתו ואולי לא תתרצה לכפותו ותתפייס לילך אתו כדרך שאר נשים שתלך בכל אשר ילך. דאשה בכל דהוא ניחא לה. והשתא לא שייך לדון משום דין כפיי' כלל. דכל כמה דליתי' לפנינו אין לדון כלל משום כפיי' כמ"ש בשם ר"ן. ולית מאן דפליג כלל בזה:

והשתא נתבררו הדברים שהאשה הזאת היא אשת איש גמורה. וא"א להתירה ע"י גט בלא שליחות מן הבעל מחדש. ולא תהיה כזאת בישראל להתיר א"א לעלמא. ולא ירום אחד או כמה רבנים להפוך בזכות הנוכחת כי המורה בזה להקל בלא דעתו של בעל מחדש. יירה. ומרה תהיה באחרונה כראש ולענה כי פורץ גדרן של עריות:

ו בנידון שמעלתו חקר לדעת. היכא דבדיעבד כשר הגט אלא שאין לעשות כן לכתחילה. אם נחשב כשינוי בשליחות. ושקיל וטרי בזה באריכות במועצות ודעת, הגם דכולהון אית להן פירכא מ"מ שעשועין דאורייתא הם. ובעיקר הדין יפה כיון, דשליחות לא נתבטל בשביל זה. וממקומו הוא מוכרע שהרי באמר לעשרה כולכם כתבו ותנו. אע"ג דלכתחילה צריכין לחתום זה בפני זה, מ"מ הגט כשר לדעת הר"ן. עי' בחלקת מחוקק (סי' ק"כ ס"ק כ"ג), וגם באמר לשנים. אם חתמו זה שלא בפני זה אינו אלא פסול [מדרבנן] כמבואר בש"ע סי' ק"ל סעיף י"ג] ולדעת הרי"ף בפרק המגרש וסייעתו דאף עדי מסירה כרתי ועדי חתימה לחוד מהני נמי לר"א. יבטול לגמרי משום דנתבטל השליחות דבחתימה משמע דלכ"ע בעינן שליחות, ואף את"ל דלדעת הר"י (דף כ"ג) לא בעי שליחות גם בחתימה. מ"מ יבטול הגט שהרי שינה את ציוויו. ועוד ראיה מהא דתנן גיטין (דף כ"ט) המביא גט בא"י לא ישלחנו ביד אחר אלא אם חלה. אבל בדיעבד הגט כשר. ולא אמרינן דחשיב כשינוי בשליחות. איברא כל זה היכא דלא שינו מדברי הבעל עצמו אלא שלא השלימו שליחותם בדבר התלוי בדינא. לכן לא מפלגינן בינו לבין שלוחו. אבל היכא ששינו מדברי הבעל אפי' אם יש לתלות בדרך רחוקה בקפידא דבעל אזי הגט בטל לגמרי משום שינוי שליחות כמבואר בש"ע (סי' קמ"א סעיף מ"ה):

ואם ממרחק איותה נפשו. ביותר היה לו הוכיח ממה דמיבעיא לן ביומא (ד' י"ט ע"ב) דכהנים שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא [ועיין בתוס' שם]. היה לו להש"ס לפשוט מכמה

וכמה מתניתין דזבחים דקתני בהדיא בהנהו דלא שינה הכתוב עליו לעכב דכשרין. ואמאי לא נתבטל השליחות לגמרי. א"ו כי השליח לא נגרע דינו ממשלח. וכי היכי דגבי קרבנו של כהן עצמו כשר בדיעבד ה"ה נמי גבי המשלח:

ומ"ש כ"ת להביא ראיה מזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרין (בריש זבחים) ולדעת רש"י קידושין מ"א ע"ב גבי חבורה שאבד פסחה ד"ה מנלן] דבעינן שליחות בשחיטת קדשים. לכאורה יפה כתב, אבל לקושטא י"ל. עיין נדרים (דף לו ע"ב) אי אמרת בשלמא שלוחי דשמיא הוו היינו שפיגולן פיגול. אלא אי אמרת שלוחי דידן הוו אמאי פיגולן פיגול וכו' אמרי שאני גבי פיגול דאמר קרא לא יחשב לו מ"מ. והשתא מה שנפסל בדיעבד ע"י מחשבת פסול ריבה רחמנא דלא תתבטל השליחות לגמרי מכל שכן גבי שלא לשמן דכשרין בדיעבד, והא שהבאתי ראיה מקדשים ששינו בדבר שלא שינה הכתוב עליו לעכב. היינו ע"י מעשה בפועל (כמו במתן ד' בריש פרק ד' דזבחים] דהא לא ריבה הכתוב אלא שע"י מחשבה לבד לא תתבטל השליחות:

[**ומ"ש** בתוך הדברים שיהיה מוכח מזה דלא כנודע ביהודה דאין שליח לדבר עבירה המעשה בטל, שהרי הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים אע"ג דעביד איסורא. אינו כן שהרי המשלח לא עביד איסורא רק השליח לבד]:

איברא לדינא יפה כיון בזה. דהיכא דשינה השליח בדבר שמעכב לכתחילה מדינא. אזי פשיטא דלא נתבטל שליחותו ודינא דשליח כמו משלח עצמו, אבל היכא ששינה מציווי המשלח אפילו בכל דהו פשיטא דבטלה לגמרי המעשה ואינו כלום. ולא מיבעיא בדבר שיש לתלות בו צד קפידא דהשליחות בטלה. אלא דנראה לפע"ד דבעיקר השליחות לא בעינן צד קפידא כלל. כגון בנ"ד שציוה לפלוני ופלוני שיחתמו ויתנו. ובאם הם יתנו בלא עדי מסירה או שיחתום א' מן השומעים בהדי א' מן העדי חתימה, אזי אפילו היכא דליתא למצוא צד קפידא כלל וכלל אפ"ה הגט בטל לגמרי ועד כאן לא בעינן צד קפידא אלא בדבר הצמוד ומצורף בהדי עיקר השליחות כגון דאמר ליה גרשה בימין או בעליי' או במקום פלוני שעיקר השליחות היא הנתינה. והנותר הן המה הדברים שהצמידם בהדי השליחות אזי בכהאי גוונא הוא דצריכין לעמוד עליהם אם יש בהם קפידא אם לא [עיין גיטין ס"ה ע"א] דאזי איפשר לומר דמ"מ ה"ל קפידא אבל בגוף ועצם השליחות אין לנו לדון ולחקור עליו אם יש בו קפידא, אלא כיון דכמו שהנידון לפנינו שינו משליחותו אזי בטלה המעשה לגמרי, וז"ב בלא גימגום:

סימן מ
בדיני גיטין

א מ"ש כ"ת להקשות בגיטין (דף ע"ו ע"ב) ותיבעי לך מתניתין לדברי ב"ש (סי' קמ"ד סק"ד) שכתב ליישב דברי רמ"ה דרבותינו עדיפא מדר' יוסי. דאפילו בלאחר י"ב חדש אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו. אבל ר' יוסי גופיה לא ס"ל אלא בלאחר מיתה שזמנו מבורר וגם לפירוש הר"ן והמגיד משנה דעיקר איבעיא הוא משום דיש לספק בדעתו דאיפשר דעיקר דעתו היה שלא יהיה הגט נגמר רק לאחר י"ב חדש שנתקיים התנאי בפועל. ומשה"ט לא מיבעיא ליה אלא אליבא דרבותינו דאפילו היכא דליכא הוכחה דלית ביה ספיקא. אפילו הכי מגורשת לגמרי משום חזקת היתר ואמרינן דמסתמא היה דעתו לחול מיד במאי דאיפשר. ולהכי גם באם לא באתי ומת תוך י"ב חדש ג"כ נוכל לומר דכוונתו היה לחול מיד אע"ג דאית ביה ספיקא מוקמינן לה בחזקת היתר ומגורשת. וסוף דינא כתחילת דינא דכשם באמר לאחר י"ב חדש אע"ג דליכא הוכחה מבוררת אמרינן מספיקא דדעתו היה מעכשיו, ה"ה נמי בסוף דינא, אבל לר' יוסי דבעינן הוכחה מבוררת, ומש"ה באית ביה ספיקא אמרינן דאינה מגורשת ולא היה דעתו שיחול מיד ומוקמינן לה בחזקת אשת איש, ה"ה נמי בסוף דינא פשיטא ליה ג"כ דאינה מגורשת מיד רק לאחר י"ב חדש ומש"ה לא מיבעיא לתנא דמתניתין עכת"ד

הגם כי קשר נימא בנימא ועלתה לו ההיקף בהשכל, אבל גם לדבריו לא קשיא מידי שהרי תנא דמתניתין ס"ל דלא אמרינן כלל זמנו של שטר מוכיח עליו, לעיל (דף ע"ב] גבי לאח"מ אע"ג דאיכא זמן מבורר. ונמצא דאיבעיא זו באם לא באתי ומת תוך יב"ח לא תליא כלל בדינא דזמנו של שטר:

איברא לקושטא דמילתא נראה דגם לר"י דס"ל דלא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו רק בזמן מבורר. אפ"ה יש מקום לאיבעיא זו במת תוך י"ב חדש עוד בהדרגה יתירא יותר ממאי דמיבעיא ליה לרבותינו. והוא דאם נרצה לירד ליסוד סברתם במאי דפליגי רבותינו ור' יוסי לדעת הב"ש, פשיטא שהוא מן הזרות לומר וליתלי בו"ס בדעת רבותינו דבספיקא מתירין אשת איש לעלמא, וגם אין מן הסברא כלל שדעתו להקדים פורענותא לנפשיה, היפוך ממאי דאמרינן לעיל [דף ע"ג ע"ב] בתד"ה אמר יעוי"ש, דאע"ג דאמר בפי' מהיום, ולר"י דפליג שם היינו משום דאמר בפירוש מהיום, וגם תנן להדיא במשנה (דף ע"ב] במהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט ולית מאן דפליג רק רבי משום דס"ל דודאי תנאי הוא:

לכן נראה דכעין זה מצינו פלוגתא דרבוותא גבי שכיב מרע שהקדיש כל נכסיו דהוא איבעיא דלא איפשטא אם עמד חוזר. ופסק הרא"ש ב"ב [פ' מי שמת סי' כ"ג] דאינו יכול לחזור, וכל הפוסקים חולקים עליו וסברי דנשאר בחזקת בעלים הראשונים וטעמיה

דאשר"י הוא כמבואר שם באשר"י וביותר במהרי"ט ח"ב סי' מ"ח] שהאריך בזה משום דכל מתנת שכיב מרע בכוליה אע"ג דנתן בקנין וביפוי כח [כמבואר בש"ס ב"ב קנ"ב ע"ב] אזי היה לנו לומר דמסתמא נתן לו מהיום כמו בכל מתנה דעלמא. רק משום אומדנא שלא יניח ביתו ריקן ויתן כל נכסיו לאחרינא אמרינן מצד אומדנא זו שדעתו היה לאחר מותו, הגם דדברים שבלב אינן דברים, אבל אומדנא דמוכח שהוא בלב כל אדם מהני, לכן השתא גבי הקדש, דאיכא ספק באומדנא שוב יצא מתוקפא דאומדנא דמוכח. ולא נותר אלא דברים שבלב דלא מהני כלום, וטעם כל הפוסקים שחולקים עליו בזה [בח"מ סי' ר"נ ס"ג] נראה דפליגי עליו רק בנקודה אחת. והוא דהרא"ש ס"ל דאומדנא דמוכח מהני מצד אומדנא. ומש"ה היכא דאיכא ספיקא באומדנא דינו כדברים שבלב. ושאר פוסקים סברי דאומדנא דמוכח הוי כאילו התנה בפירוש וכיון דבמתנת שכיב מרע בכוליה הוי כאילו אמר בפירוש שלא תחול רק לאחר מותו. לכן גם בהקדיש כל נכסיו הוי כספיקא אם התנה בפירוש אם לא לכן מוקמינן בחזקת מרא קמא. הגם דתחילתו מכח אומדנא מ"מ אזלינן בתר השתא דנקטינן תכליתו דהוי כאומר בפירוש להדיא:

ובזה יש לפרש ברווחא פלוגתא דרבותינו ור' יוסי, ועוד יש להקדים הקדמה קטנה והוא כיון דחזינן בדעת תוס' (דף ע"ו ע"ב] דסברי גבי איבעיא זו במעכשיו אם לא באתי ומת בתוך י"ב חדש דמדינא הוי גט מיד כשמת, אלמא דפשטא דלישנא משמע ביותר שתנאו היה רק באם לא יבא וכיון שמת הרי לא יבא. לכן גם להר"ן ומגיד משנה נקטינן כן, דבכלל דבריו אית לן לעלויי ללישנא ולמימר שתלה הדבר רק בביאתו, ויתר מזה אינו בכלל דבריו רק מצד אומדנא המציאו דאיפשר לומר דדעתו היה לתלות גם בזמן ומש"ה כל כמה דלא נתקיימו שניהם אינה מגורשת:

ולפי"ז רבותינו ס"ל דזמנו של שטר דינו ממש ודמי כאומר בפירוש מהיום, לכן גם בלאחר י"ב חדש דאיפשר לומר דדעתו היה משום שנדע מתי יכלו, מ"מ יש עילוי ג"כ, דאי מש"ה הוי ליה לחשוב מתי יכלו ויכתוב זמן ההוא, כמ"ש הבית יוסף בחשן משפט [סי' רנ"ח] והוי כספיקא באומדנא ודינו כדברים שבלב בעלמא, ולא נפיק ממאי דאמר בפירוש ואין ספק מוציא מידי וודאי, ור' יוסי סובר דזמנו של שטר גם גבי לאחר מיתה שהזמן מבורר לא מעלינן ליה כל כך ולומר דהוי ככתוב בפירוש. רק דדינו כאומדנא דמוכח. ומש"ה היכא שאין הזמן מבורר כל כך הוי כספיקא באומדנא ודינו כדברים שבלב ולא מהני מידי ואינה מגורשת:

והשתא דאתינן להכי וגם מה שהקדמנו דבאם לא באתי יש יותר לתלות דבכלל דבריו רק באם לא באתי לחוד. רק שיש להמציא ולומר שבלבו היה גם על הזמן, והשתא כיון

דמיבעיא ליה לרבותינו דסברי דגם לגבי אומדנא דמוכח לא מהני מידי ספיקא משום דהדר מעלינן לאומדנא ודנין ליה כהתנה בפירוש ושוב אין ספיקא מוציא מידי וודאי. ולפ"ז גם מכש"כ באם לא באתי דיותר יש מן הסברא לומר דמעלינן ליה והוי כהתנה בפירוש דתליא ליה רק בביאתו לחוד, דהתנה בפירוש להדיא לפנינו רק על אם לא באתי, רק מצד אומדנא יש לספק גם על זמן ואית לן לומר בפשיטות דהוי גט דאין ספק מוציא מידי וודאי, ואפ"ה מיבעיא ליה אלמא דעדיפא ליה ספק זה לתלות הדבר גם בזמן. מכ"ש דהוי לן למיבעיא אליבא דר' יוסי דלית ליה כלל להעלות הדברים ממה שהם לפנינו, דכשם דס' באומדנא דמוכח דזמנו של שטר לא מעלינן ליה לומר דהוי כהתנה בפירוש, רק דדמי לאומדנא דמוכח. ומש"ה ס"ל בלאחר י"ב חדש, כיון דאיכא ספיקא באומדנא הוי כדברים שבלב. אזי יש לומר גם באם לא באתי מעכשיו ולאחר י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש ג"כ לא מעלינן ליה ללישנא ולומר דתליא בביאה לחוד. רק דתלי ליה בשניהם יחד. ואם תימצי לומר דבזה מודה ר' יוסי דעילויי מעלינן ללישנא דאם לא באתי יותר מזמנו של שטר דהא עדיפא. מ"מ השתא לרבותינו דסברי גבי זמנו דמוכח דהוי כאילו התנה בפירוש, (ואפ"ה) בזמנו דאינו מוכח דאית ביה ספיקא. לא מעלינן את צדדי הספק ולומר דהוי כספיקא אם התנה בפירוש. וכמו בשכיב מרע שהקדיש ולדעת רוב הפוסקים מוקמינן בחזקת מרא קמא. וה"נ אם ננקוט את הספק אם התנה מעכשיו או לאח"מ. ואזי היה מן הדין ג"כ לאוקמה בחזקת אשת איש ואינה מגורשת. אלא נקטינן את הספק בתורת ספק אומדנא דמוכח ונידון כדברים שבלב לבד והוי מגורשת וודאי. ואפ"ה באם לא באתי מספקא להו משום דנקטינן גם את צדדי הספק שבו להתנה בפירוש שתליא ליה גם בזמן. א"כ מכש"ש לר"י דתיבעי ליה משה"ט גופה דיחשב כספק אם התנה בפירוש גם על הזמן, אם לא, ועיין היטב. שהרי לרבותינו מעלינן טפי את היסוד מני ספק העומד לעומתו, משא"כ לר' יוסי. שהרי לרבותינו מחשבינן זמנו של שטר כבפירוש, ואת הספק בזמנו שאינו מוכיח יחשב רק כספק אומדנא. ואפ"ה באם ל"ב מחשבי הספק כמו היסוד גופיה. נשמע ממילא דגבי אם ל"ב לר"י יחשב מיהת הספק כמו עיקר היסוד. שהרי לר' יוסי גבי זמנו של שטר מסלק הספק את היסוד לגמרי, ואינו גט כלל. ולרבותינו אמרינן להיפוך שעיקר היסוד מסלק את הספק לגמרי והויא מגורשת גמורה. ואפ"ה באם לא באתי חשיבא כספק מגורשת משום דאלימא להו ספק זה. א"כ מכל שכן לר' יוסי דאלים ליה גם ספיקא דזמנו של שטר:

ובזה יתיישב לן היטב מה דקשיא לן. מידי שמתי עיוני בזה. לדברי רמב"ם [פ"כ מה' איסורי ביאה הלכה ט"ו] דאם עד אחד מעיד שזה כהן אין מחזיקין את בנו לכהונה על

פיו, [ועיין בזי"ר חלק ראשון דף צ"ח ע"ב ד"ה ועפ"ז]. ולפ"ז לדעת הר"ן והמגיד משנה גבי איבעיא זו דספיקא הוא מדינא ולא משום גזירה מאי קא קשיא ליה ותיבעי ליה מתניתין היכא דהתנה בפירוש מעכשיו אם לא באתי. דעד כאן לא איבעיא להו אלא היכא דעיקר היסוד רפוי. אע"ג דחשבינן ליה בשעתו כמו מעכשיו, מ"מ כיון דלא מצטרפין גם לחזקה בהדי יסוד ה"נ אע"ג דטפי שכיחא לתלות דעיקר תנאי היה רק על אם לא באתי לחוד ולא על הזמן. מ"מ לא מצטרפין ליה בהדי יסוד רפוי אבל בהתנה בפירוש מעכשיו לא מיבעיא ליה כלל. דכיון דעיקר היסוד אלים וחזק בשעתו. אזי מצטרפין בהדיה לתלות במידי דשכיח והוא שגירשה רק על תנאי באם לא באתי לחוד:

איברא לדברינו הנ"ל ניחא מדמיבעיא ליה אליבא דרבותינו בעל כרחך צריכין לומר דחשבינן ליה את הספק כספק השקול ודמי כאילו היה הספק לפנינו אם התנה בפירוש גם על הזמן. דהשתא אם תימצי לומר דשכיח יותר. הרי לא מחשבת ליה כספק אומדנא דמוכח, ולא מהני מידי לאפוקי מילתא ממאי דפירש. שהרי לרבותינו דמחשבי זמנו של שטר כבפירוש. מכל שכן דתנאי דאם לא באתי מיחשב טפי כפירושו, וכמש"כ לעיל:

ב ועפ"י הצעת הדברים הנ"ל יתיישב לן דברי רשב"א גיטין (דף ע"ז ע"א] ד"ה לא נחלקו. מה שמביא בשם בעלי תוס' לדחות ראיות הגאונים דאין הלכה כרבי יוסי בגיטין ממה דאתקין רב בגיטין לכתוב מיומא דנן ולעלם לאפוקי מדרבי יוסי וכו'. שהוא רק להחמיר וכו', ור"י ז"ל בעה"ת כתב דאיכא למימר דרב פסק כר' יוסי בתנאי בכתב, אבל לא בעל פה יעו"ש. ויש להבין דמידי טעמא לחלק ביניהם הוא רק משום דאמרינן דהדר ביה מזמנו של שטר. כן נמי נוכל לומר דחזר ביה מן יומא דנן. גם יש להבין בסוגיא גופיה במאי דאמרינן שם דף ע"ב] ללישנא קמא, דרב הונא קאי ארישא ומשום דמספקא ליה אם אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו בעל פה אם לא וללישנא בתרא קאי אסיפא. אמאי לא אמרינן בלישנא קמא. דרב הונא קאי בין ארישא בין אסיפא. [וא"ל משום דהוי כס"ס, חדא דדמי לשם אונס חד הוא, דהרי כולה מילתא משום ספק חזרה הוא. ועוד דהוי כנגד חזקה, שהרי בחזקת זקוקה עומדת]. ובשלמא ללישנא בתרא אי איפשר לומר דקאי רב הונא גם ארישא דא"כ לא תיבעי חליצה. שהרי פשיטא ליה דאפי' בעל פה הלכה כר' יוסי. גם יש לדקדק דבאיזה סברא פליגי. דלדידיה מספקא ליה בעל פה, ולר' יוסי פשיטא ליה דאפי' בעל פה אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו:

ולתמצית דברינו הנ"ל מובן הכל על נכון בעזה"י. עיין בחידושי רשב"א שם גבי לכשתצא חמה מנרתקה [דף ע"ו ע"ב] ד"ה אמר אביי, דרש"י סובר דגבי לאחר לא אמרינן אליבא דאביי זמנו של שטר מוכיח עליו אפי' לר' יוסי. אע"ג דגבי כותב נכסיו לבנו לר' יוסי

דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו דנין ביה כאילו כתב מהיום וז"ל שם דאיכא למימר דממונא שאני דאיכא לקיומי כוליה לישנא גופא מזמנו של שטר ופירא לאחר מיתה. אבל הכא ל"א זמנו של שטר מוכיח דהא לאחר מיתה קאמר ולא מהיום. ומיהו כשאמר בהדיא מהיום ולאחר מיתה מימר אמרינן מתוך שאין אדם עשוי לחזור בו בתוך כ"ד חוששין דילמא תנאה הוא מהיום מגורשת ולכשימות יעוי"ש:

הנה האיר לנו במתק שפתיו למ"ש לעיל לאחר עיון הדק היטב, והוא דאביי ס"ל דזמנו של שטר לא הוי כאילו התנה בפירוש להדיא, רק כאומדנא דמוכח. ולהכי לא נקטינן את המוכיח הלזה רק כשנתברר הענין לגמרי על ידו, כגון גבי מתנה בכותב נכסיו לבנו מהיום ולאח"מ. וכן נמי בגיטי נשים בתנאי דאם. אבל בלאחר דגם אחרי המוכיח הזה לא יתברר הדבר כולו, רק לספק תנאי או חזרה. וכבר הקדמנו לעיל דכל היכא שהדבר בעצמותו אינו ברור לגמרי תו לא מצרפינן אפי' חזקה גמורה בהדיה, כמ"ש הרמב"ם [פ"כ מה' איסורי ביאה הלכה ט"ו] הנ"ל. ומכל שכן ספק השקול. שהרי לתלות הדבר בתנאי הוא מילתא רחוקה. כיון שלא אמר בפירוש רק מחמת שאין אדם עשוי לחזור בו אפי' תוך כדי דיבור הוא דמחשבינן ליה לתנאי. איברא דווקא היכא דהתנה בפירוש מהיום ושני צדדי הספק שקולים המה. שהרי דכשם שספק תנאי היא מילתא רחוקה, כן נמי צד הספק דחזרה כמובן. אבל היכא שלא אמר בפירוש מהיום רק מזמנו של שטר לחוד. שעיקר היסוד לא אלים כולי האי תו לא נוסיף עוד ולתלות בספק תנאי. כיון שעיקרו איננו חזק ואמיץ כל כך כהתנה בפירוש. [ואין לטעות בסברת רשב"א דדווקא תוך כדי דיבור הוא דאינו עשוי לחזור בו הוא דמספקא לן לתלות מילתא בתנאי, משא"כ בזמנו של שטר שהוא לאחר כדי דיבור תלינן יותר בחזרה ולא בתנאי, שדבר זה רחוק מן הדעת. ואדרבה יותר שכיח לתלות בחזרה תוך כדי דיבור מן לאחר כדי דיבור שכבר נגמר ונשלם הענין. וכ"מ מכמה דוכתי ואכ"מ להאריך בזה]:

ולפ"ז מובן דבהאי טעמא גופא הוא דפליגי הני לישני אליבא דר"ה, דללישנא קמא אמרינן דגבי לאחר ל"א זמנו של שטר מוכיח ומשום טעמא דכתיבנא דל"א זמנו של שטר הוי כמפורש ממש אלא כאומדנא דמוכח. ומשה"ט גופא מספקא לן נמי אם גם בתנאי בעל פה משום דנגד מילתא דלא ברירא בשעתו תלינן בחזרה אע"ג שאין אדם עשוי לחזור תוך כדי דיבור מכל שכן לאחר כדי דיבור [וא"ל דא"כ יסתלק המוכיח לגמרי כמו בלאחר דמשום ספק חזרה נסתלק לגמרי ומתייבמת. דשאני גבי אם מת משום שגם זולת הזמן אמרינן דאם שתי לשונות משמע. דמשמע מעכשיו ומשמע לאחר מיתה. והשתא בהדי הזמן נשאר מ"מ בספק וחולצת]. אבל ללישנא בתרא דרב הונא

דאפי' בלאחר שגם אחרי הוכחה דזמן לא יהיה אלא כספיקא. ואפ"ה אמרינן זמנו של שטר מוכיח, ש"מ דדיינינן ליה כמפורש לגמרי. וממילא מוכח דאפי' בעל פה נמי ותו לא מספקינן בעל פה משום חזרה. דחזקה שאין אדם עשוי לחזור. ולפי"ז מתורץ כל הקושיות הנ"ל דתו א"א לומר דלישנא קמא דר"ה קאי בין אריש ובין אסיפא. שהרי עיקר היסוד דמספקינן אי אמר ר' יוסי בעל פה הוא מסתעף רק ממאי דלא ס"ל זמנו של שטר מוכיח עליו גבי לאחר, וכן נכונים דברי רשב"א שמביא בשם ר"י דיומא דנן הוא משום תנאי דבעל פה דה"ט דדוקא גבי זמנו של שטר שהוא רק כאומדנא דמוכח וכמילתא קלישתא בשעתיה הוא דתלינן בחזרה משא"כ היכא שכתוב בפירוש מהיום דאזי אפי' בתנאי דבע"פ שהתנה באם דאזי מצרפינן לחזקה בהדיה דמסתמא לא יחזור [וצע"ק על הטור (סי' קמ"ד) שמביא בשם הרמ"ה לחלק בין תנאי שבכתב לתנאי שבעל פה. שהרי השתא כתבינן בכולהו גיטא מן יומא דנן]:

ג ומ"ש הרב השואל לתרץ קושייתו [המובא באות א'] כיון דמוקי הש"ס התם בגיטין (דף ע"ו ע"ב] דמתניתין איירי בהאמינה שלא באתי שוב לא שייך סברת רמ"ה דלהכי נכתב הזמן בגט כדי שנדע מתי כלין הי"ב חודש שהרי איפשר לו שהאמינה גם על כלות הזמן לכאורה יפה דיבר. איברא יש לדחות דמ"מ הזמן עדיפא ליה שהרי אי איפשר להאמינה בגיטי נשים דלא אתייהיב למחילה אלא במאי שתלוי בדעתו. כגון על שלא באתי ושלא פייסתי דאמרינן שדעתו היה מעיקרא וכאילו התנה שאפי' אם יבא ויפייס והיא תאמר שלא באת ושלא פייסת תתגרש ומהני שפיר שהרי בידו לגרשה בכל אופן שירצה. כמבואר שם בפוסקים וה"ט דשליש דנאמן לרב חסדא גם בגירושין משום הימני' יעוי"ש [בסוגיא דשליש גיטין ס"ד ע"א ובתוס' ד"ה שליש וד"ה שאני]. ולפי"ז הדבר מובן ממילא דהיכא דהאמינה על הזמן. אזי נאמנת לומר היום כלה הזמן מן י"ב חדש כיון דהיום נפיק גיטא מתותי ידה. איברא אם תאמר אתמול כלו הי"ב חדש ועודנו לא נפיק גיטא מתותי ידה בלתי היום. עודנו החשש במקומו דאולי נמסר הגט לידה היום ואי איפשר שתתגרש למפרע. ושוב א"א להאמינה גם מהיום והלאה למ"ד ב"ב קל"ד ע"ב] דלא פלגינן דיבוריה גבי גרשתי את אשתי אם נאמן למפרע. ואפי' למ"ד דפלגינן דיבורי'. פעמים שנשאת מאתמול ולא נראה הגט יוצא מתותי ידה בלתי היום. כי לא נודע אתמול שהיתה בחזקת אשת איש בלתי היום, ואמרה היום שכבר כלו י"ב חודש מאתמול דלדבר זה וכדומה לזה לא מהני הנאמנות, ומשום הכי כתב הזמן בפירוש:

כ"ד יד"נ דוש"ת הק' משה יהודה ליב

סימן מא

ב"ה יום א' ח"י מרחשון בתורה לפ"ק קוטנא

מכתבו היקר קבלתי ביום וי"ו עש"ק העבר. והנה עיקר שאלתו בדבר מעשה ב"ד מאדעס. לאשה שישבה עגונה. והביאה מעשה ב"ד משם שנתגרשה ולא נתקיים. וע"י זה תתעגן:

א הן עיקר הדבר מחלוקת רבוותא הוא ותליא בפירוש הסוגיא בסוף המביא פ"ב. אשה מכי מטא גיטא לידה איגרשא דלדעת הרמב"ם [פרק י"ב מהל' גירושין ה"ב] ורש"י שם וסייעתיה. א"צ לומר בפ"נ ובפ"נ. ולדעת הראב"ד וסייעתיה אינה נאמנת לומר בפ"נ. ודמי לשליח להולכה שנתן לה הגט ולא אמר בשעת נתינה, שגם אם נשאת תצא. לדעת תוס' גיטין (דף ה' ע"ב] בד"ה כיצד וכו' ולדעת הרי"ף מובא באשר"י בפרק המגרש סימן ו'] ולדעת ר"ה ורמב"ם ואשר"י שם. גם גבי קיום אם נשאת לא תצא. ועיין בפנ"י שם [דף ה' ע"ב] שדעתו שגם ר"ה שהוא ראש המדברים בפסק הלכה זו דגבי פסולין דרבנן אם נשאת לא תצא. מכל מקום גבי קיום שהוא משום חשש זיוף ס"ל דתצא. והוכיח כן מסוגיא זו [דף ה' ע"א] דמוקמינן שם הברייתא לרבה לאחר שלמדו וכשניסת. ואפ"ה קתני בסיפא דאם לא נתקיים פסול. ובע"כ צ"ל דתצא. ולא מצינן שרבה יחמיר יותר גבי קיום מרבא ועיי"ש:

וזה יש לדחות בפשטות. כיון דגבי קיום יש סברא להחמיר יותר משלשה גטין פסולים כמובא באשר"י שם ובב"י (סי' ק"נ] בשם הרמב"ן [וכן מסתבר בעצמו. דהא כיון שחשו חז"ל לחשש זיוף. נמצא ממילא דלא נתגרשה מעולם והיא בחזקת א"א מדאורייתא. משא"כ בג' גיטין פסולים שהוא רק מחששות דרבנן מצד אחר]. אבל להיפוך להחמיר יותר גבי ג' גיטין פסולים מגבי קיום הוא מן הזרות לכ"ע וכיון שכן תו לק"מ. דמהיכי תיתי נחמיר גבי קיום לרבה ממה דס"ל לרבא שהרי לרבה בע"כ צ"ל דס"ל שגם גבי ג' גיטין פסולים דאם נשאת תצא [כמ"ש תוס' שם ד"ה כשניסת], ומכ"ש גבי קיום. אבל לדידן דפסקי' כר"י בהמגרש [דף פ"ו ע"א] דגבי גג"פ דלא תצא. יש מקום לומר שגם גבי קיום נמי לא תצא:

איברא מה שדקדק מלישנא דברייתא (שם ע"ב] דקתני לר"מ הולד ממזר וחכ"א אין הולד ממזר. משמע ממזר הוא דלא הוי. אבל מודו דתצא, הוא דקדוק עצום:

ובעיקר הדבר גבי קיום. הן גבי שליח להולכה. והן באשה עצמה, דשניהם שווים לדעת הראב"ד וסייעתיה. באם ניסת נראה דתליא במחלוקת הריב"ש סימן שע"ט ש"פ] ומהר"ם מרויטנבורג [סי' תקע"ב], דריב"ש הניח ליסוד מוסד דהנך דאין מעידין הוא

מדאורייתא דאין מעידין משמע שגם אם ניסת תצא ואי מדרבנן די דלכתחלה לא תנשא. הרי דס"ל דכל שעיקר החשש הוא מדרבנן. אע"ג דלבתר דחששו אסורה מדאורייתא. מכל מקום לא תצא. ומהר"ם בתשו' [ס"ס תקע"ב] פליג על יסוד זה. וס"ל דהנך דאין מעידין הוא מדרבנן. וז"ל שם ויש מקומות שהחמירו חכמים ולא חשו לעיגון כמו במים שאל"ס וכן בראוהו מגוייד או צלוב וכו' עכ"ל. הרי דס"ל שגם בדרבנן בכגון זה אם נשאת תצא, ועיין כתובות [דף כ"ג] בתוס' ד"ה מ"ש רישא. משמע להדיא ג"כ דסברי שגם בדרבנן תצא. ועיין ב"ש סי' קמ"ב ס"ק ד', ובזית רענן בחלק אה"ע ה"ג ס"א אות ה' [דף צ"א] שתירצתי שם דברי ריב"ש עיי"ש, ועיין בריב"ש [סי' שפ"ה] שמביא כמה גדולי פוסקים דסברי כדעת הראב"ד שדין אשה עצמה כדין שליח להולכה שלא אמר בפ"נ ומסיים שם שמעולם לא שמע מי שמיקל בזה למעשה, וכן מובא בלשונו בש"ע סי' קמ"ב סי"ג, ובסי' קנ"ב ס"ט מביא בקצרה רק דעה הראשונה וסמך עצמו אדלעיל:

לכן לא אוכל להקל בזה כלל. ולהכניס ראשי בין ההרים גדולים האלו מאן ספין ומאן רקיע. וחלילה להקל בזה גם במקום עיגון ושעת הדחק טובא, להתירה לכתחילה. בפרט שבאם כנים הדברים ליכא שעת הדחק כל כך. שהרי בווארשויא אצל הגאון אב"ד דשם נ"י נקל הדבר להתקיים. או שיכתוב יד"נ הגאב"ד דשם לאדעס. ואת פני כבודו לא ישיבו ריקם:

ומה דמיקל הרמ"א בס"ס קמ"ב גבי שליח שלא אמר בפ"נ והגט מקויים ואינם מכירין חתימת דייני קיום. זה פשוט שהוא רק כשהגט והקיום מעשה ב"ד לפנינו והוא מפני שרחוק הדבר שזייף חתימת העדים והדיינים. וזה מבואר בש"ך סי' מ"ו ס"ק מ"ו] שמביא כן בשם הריטב"א. ומסיים שם וז"ל וכ"ש הכא דסברא טובה הוא דלא מזייף לעדים ולדיינים. וא"כ מה שמשיג מעכ"ת על נב"י מה"ת סי' קל"ו] הגם דהשתא ליכא ריעותא ממה דליתא לגיטא בידה. כיון שהמנהג עפ"י ש"ע שהרב המסדר הגט גונזו אצלו. מ"מ המעליותא כבר נפל בבירא ואזדא ליה. ועיין בס' זית רענן [ה"ג סי' ו'] כעין שאלה זו, והקלתי שם מפני שהיה חת"י הבעל מקוים, ואל יתמה על מה שהזהרתי מלהקל בזה, שהרי בתשו' מהרי"ן ל"ב שהביא מעלתו הרמה, הגם שהוא מחמיר שם באותה תשו' [סי' א' ח"ב] מ"מ מסיים שם והמיקל לא הפסיד. דזהו מפני שיש מיעוטא דמיעוטא דסברי דמעשה ב"ד א"צ קיום, ולאשר נראה בעליל דרובא דרבוותא חולקים ע"ז, נראה לי לומר שגם המקילין לא הקילו אלא היכא שנודע לנו בטוב, ששם הדיינים הקבועים שמה הן המה כשמות החתומים על מעב"ד, רק שלא נודע לנו איכות וטיב חתימתן, ובזה הוא שהקילו במקום עיגון ושעת הדחק. מפני דלא חשידי לזייף חת"י דיינין הקבועים מפני

דמירתת טובא במילתא דעבידא לגלויי כי האי. אבל היכא דלא נודע כן לפנינו. אזי לא מירתת כל כך, דלעולם לא יותפס כבדאי בזה. שהרי לעולם יכולין לומר דתלתא מעלמא אתו להתם ואזדו להו למקומם. [ועיין בתשו' הרשב"א מובא בבית יוסף ח"מ סי' מ"ו סעיף ט' כעין סברא זו]. ובפרט בכרך גדולה כזאת והיא על חוף ימים שדבר הווה ומצוי שכמה אינשי דלא מעלי באים שמה מעלמא. ומזדקקים עצמן לכו"כ תחבולות מרמה, ובפרט לגיטין וקידושין:

ב ובעיקר דברי תשו' רשב"ץ שהפליא עליו בעל הט"ז ס"ס קמ"ב ומה שחשב מעלתו הרמה ליישב, דעיקר טעמיה הוא משום דלא חיישינן לזיוף במעשה ב"ד. לא משמע כן בב"י. שהרי הקדים שם שהדין פסוק בשני התלמודים שגם מעב"ד צריך קיום. ואעפ"כ סיים שם שהמעשה ב"ד שאינו מקויים עדיף מעד א' האומר בפ"נ. וע"ז יפה תמה בט"ז], ונראה ליישב ע"פ דברי ריטב"א הנ"ל. רק דצ"ל דמוסיף קצת להסביר עוד בזה. דדמי לכעין ספק ספיקא. חדא דלמא המעב"ד אינו מזייף ואת"ל שזייף את הקיום עדיין יש לספק על חתימת העדים. ואע"ג דאיכא חזקת א"א חדא כיון דעיקר חששא דמזייף הוא מדרבנן. וכשם דהיכא דאיכא ג' ספיקי מקילין בדאורייתא, ה"נ בתרי ספיקי בדרבנן במקום חזקה [לדעת הש"ך יור"ד סימן ק"י בדיני ס"ס ס"ק כ"ח] ועוד דאשה דייקא ומינסבא מרעא ליה לחזקת א"א גם אפי' בלא ברי שלה:

ג אמנם נראה דזהו דוקא היכא שהקיום היה בפני עצמו על השליחות של קבלה דוקא כמובן, ובו נזכר גם הגט ועדים החתומים דאזי יכולין הספיקות להתהפך. דאף אם תימצי לומר שהגט מזייף, דלמא חתימת הדיינים מקויימים. וגם כן מגורשת שגט אחר היה ביד השליח לקבלה ונאבד ממנו]. אבל היכא שהקיום כתוב על הגט עצמו. אזי גם כשתימצי לומר דבכהאי גוונא לא בעינן שיכולין להתהפך. דמקדם צריכין לדון על הקיום ואח"כ על הגט, ודמי לספק על וכו'. מ"מ כיון שהקיום כתוב על הגט ליכא ס"ס כלל דסוף סוף ליכא אלא חד ספיקא אם חתימת העדים מזוייפת אם לא. ומשום האי טעמא מסיים דבכהאי גוונא עדיף מעד א' דפשיטא לי' דס"ס כהאי עדיף מע"א. רק דיש לומר דדמי לס"ס בתרי גופי דלא אמרינן כמו שהוכיח הרא"ם בסמ"ג מהא דתנן דטומטום אינו מוציא גם את מינו אע"ג דאיכא ס"ס דלמא הוא זכר ואם תימצי לומר שהוא נקבה דלמא גם אידך כמוהו, ועיין בזית רענן באה"ע [סי' ה' הלכה ג' אות ג'] תירוץ אחר על קושיא זו. משום דדמי לדברי תוס' נדה דף כ"ט] גבי מפלת תשב לזכר ולנקבה ולנדה יעויי"ש. וה"נ גבי טומטום אם בפעם אחר יוציאו טומטום אחר אזי נימא להיפוך

והבאתי שם שכן מצאתי בטורי אבן בר"ה שם, (ועיין מה שכתבתי בהגהות והערות לאו"ח סי' תקפ"ט ליישב תמיהת הדרוש וחדוש ע"ז):

נהדרין לענינא דעסיקנא בהון בקצרה שיש מקום להציל את דברי רשב"ץ מקו' בעל הט"ז, והוא שגם דבש"ע קיצר בדבריו אבל בב"י [בסי' קמ"ב] מובא דאיירי בשליח, ואיפשר לומר דאיירי בשליח לקבלה דאיכא כעין ס"ס וכמ"ש, ואע"ג דדמי לשני גופים איפשר לומר דרשב"ץ ס"ל כדעת רשב"ם ב"ב [דף קל"ד ע"ב] גבי יש לי בנים דנאמן משום ס"ס. ואע"ג דהוי בשני גופים. כמ"ש בזית רענן שם, ובהאי דטומטום ס"ל כתירוצא של טורי אבן. ואין להקשות מתשו' ריב"ש [סי' שי"ח] דכתב שליחות אע"ג שהוא מקויים וגם הגט בידו לא מהני כשלא אמר בפ"נ, משום דחיישינן דלמא אבד ממנו הגט שנמסר לידו אז כשנתקיים השליחות בב"ד וגט זה מזוייף הוא ונמצא שלא נתקיים הגט בחותמיו ולא בתקנת חכמים, דהתם איירי להדיא בשליח להולכה דמיד שיש לספק לגט אחר שוב לא תוכל להתגרש בו. משא"כ בשליח לקבלה דאפי' כשלא נתקיים חת"י ב"ד במסירת השליחות מ"מ איכא ס"ס. הארכנו עד כה כדי לתת קצת מקום לדבריו. הגם שמלשון הרשב"ץ משמע יותר דאיירי בשליח להולכה. מ"מ יש לדחוק בלישנא כדי לתרץ עיקר דבריו. וספר רשב"ץ ותשב"ץ אינם בידי, אח"ז ראיתי במכתבו הנחמד שמביא תשו' תשב"ץ בזה דאיירי בשל"ק ונהנתי]:

ד ומש"כ כת"ה דבמקום עיגון ושעת הדחק דמי לניסת ומביאו לזה דברי רש"י גיטין [דף י"ט ע"א] ד"ה לסמוך, לא כן הוא. דהתם הוא להיפוך דניסת לא גרע משעת הדחק דקתני להדיא דהלכה כר"ש בשעת הדחק. אבל לא להיפוך דשעה"ד שוה לניסת לא נשמע כלל מזה ואיפכא מסתברא. וראיה לזה מגיטין (דף ה' ע"א] דמקשה בש"ס על רבה ת"ש המביא גט ממדה"י ונתנו לה ולא אמר בפ"נ וכו' אם נתקיים בחותמיו כשר וכו' ומשני לאחר שלמדו והאמרת גזירה שמא יחזור הדבר לקלקולו כשניסת. (ועיי"ש בתוס' ד"ה כשניסת] ומקשי הש"ס אי הכי הוי לא הוצרכו וכו' להחמיר עליה אלא להקל עליה וכו', ואם נימא דמקום עיגון ושעה"ד שוה לניסת אמאי לא משני הכא דאיירי בשעה"ד. ובזה ידוקדק היטב דלא הוצרכו וכו' להחמיר עליה אלא להקל עליה כדי שלא תתעגן ותיתיב כשיבא הבעל ויערער:

ועוד ראיה ברורה לזה מסי' קס"ד סעיף ז' כשילדה היבמה ומת בתוך למ"ד יעויי"ש בהגה"ה שגם באשת ישראל והיבם הלך מכאן. דלא אסרינן אשה על בעלה משום ספיקא דרבנן. וזה פשוט שאם הוא במקום קרוב שצריכה לילך אחריו. אלא ודאי דאיירי במקום

רחוק. ואפ"ה דוקא כשכבר נשאת. אבל לכתחילה לא תנשא אע"ג שהוא רק חשש דרבנן דמדאורייתא אזלינן בתר רובא] ושעת הדחק במק"ע:

ומה דקשיא ליה לרו"מ נ"י דאם כן לחשבי' גט שאינו מקויים בהדי ג' גיטין פסולין, אתמה עליו הלא זה מבואר שם בגמ' (דף פ"ו] מנינא דסיפא למעוטי וכו'. ובפשטא נראה דמוקים למתני' כר"מ. ובשלשה גיטין תליא בפלוגתא דרב ור"י. אפי' לר"מ ולר"י דפסקינן כוותיה. אזי גבי ג' גיטין פסולים אפי' לר"מ לא תצא. ולגבי קיום לר"מ הולד ממזר [והא דקשה ליה לתוס' ד"ה כשניסת [בדף ה' ע"א] דלרבה ליתני בהדי ג' ג"פ, היינו היכא שנתקיים ולאחר שלמדו. דאזי אפי' לר"מ לא תצא. וע"ז תירצו דרבה ס"ל בג' גיטין תצא והכא לא תצא. היינו כשנתקיים ולאחר שלמדו]. ועיין באשר"י שם בפ' המגרש שמביא דעת ר"ה גאון דס"ל דבכל פסולי דרבנן אם נשאת לא תצא. והאי דקתני גבי שלום מלכות אם נשאת תצא אתיא כר"מ. אע"ג דבסוגיא שם לא מתרצינן כן אלא למ"ד תצא יעוי"ש ולכאורה קשיא דזהו עד דלא מסקינן מנינא דסיפא. אבל למסקנא בוודאי אתיא כר"מ. דזה אינו דלדעת תוס' ורי"ף דסברי גבי קיום משום חשש מזוייף אם נשאת תצא [אפי' לר' יוחנן דפסקינן כוותיה גבי ג' גיטין פסולין אם נשאת ל"ת]. א"כ אכתי איכא למימר דמתניתין כרבנן והאי דלא קתני אם לא אמר בפ"נ בהדי גג"פ משום דהתם תצא והכא לא תצא. רק לרב דסבר בג' ג"פ אם נשאת תצא בע"כ צ"ל דמתני' כר"מ משום דזהו מילתא דפשיטא. דדין גט שלא נתקיים לא גרע מדין גג"פ. וכמ"ש לעיל על קו' פ"י [באות א']:

ה מה שפילפל מעכ"ת בדברי הגאון מוהר"ש ז"ל בתשו' רע"א סי' קע"ג] מה שתירץ דסוגיא דהכא דאיירי בניסת לאחד מעדיה וכיון שכן אם תודה תצא מזה ומזה. שגם לגבי השני איכא חזקה דאין אשה מעיזה ולא נחוש שמא עיניה נתנה באחר. כיון דאיכא חזקה דאין אשה מעיזה בפני בעלה השני מסייע לה הוא דבר השכל וחרוץ. איברא עיקר הגמגום ששדא ביה. דגם אם תטעון ברי אח"כ. מ"מ נאמר שהיא יודעת בבירור כאשר אמרה מקודם. ורק משום שעיניה נתנה באחר, הוא דבר סברא ויש מקום לנטות לכאן ולכאן. דבשלמא בדליכא עדים כלל ואזי נאמנת לגמרי לסלק חזקת א"א משום דיוקא דידה דאמרינן דבודאי לא תוכל להעיז נגדו להכחישו. לכן המציא דגם שאח"כ תודה לבעלה. יש מקום לומר משום שעיניה נב"א. אבל לגבי תרי ותרי דלית לה הימנותא כלל וכלל. והראיה שהבא עליה באשם תלוי קאי. אלא ודאי דבמקום עדים כבר הוחזק הדבר לפנינו בספק ע"י הכחשת עדים. ובמקום עדים לית לה הימנותא כלל כמבואר בר"ן ובפוסקים, והברי שלהם הוא רק להוציאם מן הספק. ומשום האי טעמא כשתודה אח"כ

שוב נשאר הדבר בספיקא דאורייי' ולזה כיון גם בני הרב נ"י תיכף בהראותו במכתבו, ואנכי שדיתי ביה נרגא כיון דסוף סוף צ"ל דבקל דחינן החששא דעיניה נתנה באחר שהרי אפי' במקום קלא דלא איתחזק דשרינן לה גם לכתחלה להנשא ואפ"ה לכ"ע שאם תודה אח"כ אמרי' דתצא מזה ומזה. כמבואר בהגה"ה סי' מ"ו כמ"ש שם בעצמו. ואע"ג שהיתה נאמנת לגמרי אפי' מדאורייתא נגד קלא דלא איתחזק ועתה היאך יעלה על הדעת היכא שהיתה בחזקת א"א. רק שהיא נאמנת מחמת תקנת חכמים. משום חזקה דאין אשה מעיזה. וכשיבא הבעל לקמן ותודה לדבריו וחוזרת ממילא לחזקת א"א דמעיקרא ולדינא דאורייתא נימא אז שעיניה נתנה באחר ותשב תחת בעלה. ונפקותא רבה בזה לדינא לדידן היכא שאומרת מת בעלה ובא בעלה כשניסת לאחר ויאמר שהיא אשתו ותודה לדבריו. ואין מי שיכירנו עתה כגון שיצא בלא חתימת זקן וכו'. דנראה דמילתא דפשיטא הוא דלא תלינן לומר שעיניה נב"א דלא נגרע חזקה שלימה מקלא דלא איתחזק קמי נישואין. ובעיקר קו' הגאון האמיתי מהע"א זצוק"ל תירצתי תירוץ נכון מבואר בזית רענן [ח' י"ד ה"ב סי' י"א אות ו'] ועיי"ש:

ו גם מה שכתב מעכ"ת בשם ספר יהושע דאשה שנתחזקה בחזקת איש ואומרת נתגרשתי בב"ד פלוני. דנאמנת בדיבורה בלא גט ובלא ראיה מחמת מילתא דעבידא לאיגלויי כהאי לא משקרי ספרו אינו בידי, אמנם לא אשא לו פנים בזה אשר הפריז על המדה להקל ולהרוס יסוד מוסד דאין דבר שבערוה פחות משנים. ואעידה לי עדים נאמנים נגדו. עיין יבמות (דף מ"ז ע"א] גבי גר שאמר נתגיירתי בפני ב"ד פלוני דפליגי בזה ר"י ורבנן. ואנן פסקינן כרבנן [בש"ע יורה דעה סימן רס"ח סעיף י'] ואפילו לר"י הוא רק גבי גר זכר מפני דחזינן דמהול. ולא חייש כל כך בחוץ לארץ לגבעוני. ואין לך שעת הדחק ועיגון גדול מזה. שאתה אוסרו בבת ישראל, וגם בכותית, דלפי דבריו ישראל הוא ונמצא במדינות שאינם מזדקקים לו [בזה"ז] בי דינא לטובלו בפניהם ולהטיף ממנו דם ברית. יתעגן ויתלבן ראשו. אך יש להתעקש בזה דשאני התם כיון דאין מאמינים לו ואמרינן דאכתי כותי הוא. לא חיישינן לעיגון דידיה]. ועוד ראיה ברורה לזה מדברי תשו' הריב"ש [סימן קנ"ה] שמאריך שם בזה וימצא שם דאפילו במילתא דעל"ג ביותר כגון שאומר שנתקדש החדש בב"ד שבירושלים דנאמן גם עד אחד כמבואר בראש השנה [דף כ"ב ע"ב] שהוא רק מפני דע"א נאמן באיסורין שגם גבי איסור חמץ וכרת דיוה"כ מ"מ מילתא דאיסורא הוא. אבל בממון אינו נאמן אפילו במילתא דעל"ג כהאי. וכן בדבר שבערוה א"נ. דילפינן דבר דבר מממון [ודברי הריב"ש מובאים בקצרה בח"מ סימן ל' בהגה"ה סעיף י"ד. ועיין בהגהות והערות שם מה שכתבנו בדבריו]. וכיון דמדאורייתא

א"נ שוב ליכא לאיפלוגי בין שעת הדחק ומקום עיגון. ועוד דבין לגבי גר שהבאתי לעיל ובין במילתא דכייל לן הריב"ש דאינו נאמן בדבר שבערוה. נשמע ממילא אפילו להחמיר כגון גבי גר אם קידש בת ישראל. או היכא דאתא עד אחד ואמר נתקדשה ע"י אביה בב"ד פלוני וכל היכא דאינו נאמן אפילו להחמיר בדאורייתא. אזי פשיטא דאינו נאמן להקל במקום עיגון ושעת הדחק. ועוד כדמות ראיה לזה מהא דמקשו רבוותא בהא דכתובות גבי עד אחד אומר נתקדשה וע"א אומר לא נתקדשה בדף כ"ג ע"א] תיפוק ליה אפילו כשאינו מכחישו הלא אין דבר שבערוה פחות משנים ודחקו בזה טובא ואמאי לא מוקמינן בפשטא כגון שאמר נתקדשה בב"ד פלוני, וכן שם גבי ע"א אומר נתגרשה ביותר הו"ל לאוקמי דאיירי בהאי גוונא. רק השתא דחזינן שע"א מכחישו. שוב נפל בבירא החזקה דעל"ג:

לכן נראה לפענ"ד שאינה נאמנת וזה ברור לולא שיש שם עוד טעמים אחרים. ומה שביקש ממני להאריך ולהציע הדברים באריכות לא אוכל למלאות שאלתו בזה. שכן דרכי זה שנים כבירים. וכן הזית רענן חלק ראשון הוא בקיצור נמרץ. וקשה עלי הדבר לצאת מדרכי:

דברי ידיד נפשו ואוהבו. הק' משה יהודה ליב בן הרבני מוה' בנימין זצללה"ה

סימן מב

בדיני חליצה

אחדש"ה אתמול קבלתי מכתבו עם דברי תשובתו הנחמדים. ואשר ביקש לחוות דעתי בדבר העגונה הרכה בשנים בת הרבני המוביל כ"ז והוא שעת הדחק ועיגון כי היבם עודנו קטן בן ח' שנים וחלוש ומי יודע מתי יביא ב' שערות ולאשר הייתי אתמול מוטרד מאד ביום ובלילה רק היום פניתי מעט לגודל הפצרות ונחיצות אבי העלמה מוכ"ז. לכן אניח כעת דברי הרהורים שנפלו ברעיוני הנוגעים לפלפול ולברר הדברים היטב. כי יאריכו בדיו ואין הפנאי מסכים לזה ומטעם זה לא אשתעשע אתו בדבריו הנחמדים כאשר איותה נפשו הטובה והיקרה מפנינים, ולא אכתוב פה רק ההכרח להלכה למעשה כאשר יורני השוכן שחקים:

וגופא דעובדא הוי באשה זו שמת בעלה ביום י"א תמוז ובאור ליום ז' בניסן ילדה וולד שנגמרו שעריו וצפרניו [והיתה מקשה לילד בערך ה' ימים ונרגש הולד בכל הימים האלו, לפי דברי אביה] והיה שמה רעש גדול בבית בעבור היולדת וסלקו את הולד למקום אחר ולא השגיחו אז על הולד כלל. ולאחר עשרה מינוטין הביטו בילד והתחילו לנפוח בו שנדמה להם שנתעלף יען כי היה במראיתו כשאר ילדים החיים, ולאחר שנפחו בילד

שני זכרים כשרים ויראים זה אחר זה יותר מחמשה מינוטין, התחיל פני הילד להשתנות ומת, ואשה אחת העידה לפני בד"צ דק"ק זעלחאוו, בזה הלשון, כשנולד הולד היה אדום און מיך האט גידאכט אז עס האט איין צאפעל גיטאן עס האט גירירט מיט דעם הענטיל, עכ"ל תורף מגביית עדות מב"ד הנ"ל [הגם שלא ניכר לי חתימת ידם מסתמא ניכר היטב למעכ"ת] ואח"כ העידו לפני מעכת"ה ובדה"צ שיצא הולד לאויר העולם האט עס גירודערט און גיווארפין מיט דעם הענטיל:

א הן מבואר באה"ע סי' קנ"ו סעי' ד'] דבכלו לו חדשיו ויצא חי לאויר העולם אפי' רגע אחת פטורה מן החליצה ומן היבום, ולדעת רמב"ם שם בעינן ט' חדשים גמורים, וברמ"א שם מביא בשם י"א דעתה נשתנה הטבע ויולדת למקוטעין רק דבעינן ח' חדשים שלמים של יום, ויום א' בחדש ט'. ומעתה בולד זה נראה דלכ"ע כלו לו חדשיו אע"ג דלא אמרינן שיפורא גרים ביולדת לט' חדשים לדעת רמ"א כמבואר, [ועי' בב"ש סי' ד' ס"ק י"ט שמביא בשם תוס' ואגודה שחולקים ע"ז דאפי' בט' חדשים נמי אמרינן ש"ג], מ"מ כבר עברו יותר מרובו של חדש בחדש התשיעי מן יום המיתה והלאה, ואפי' לדעת רמב"ם דבעינן ט' חדשים גמורים מ"מ לדעתו גם כן כלו לו חדשיו מדאורייתא משום דנגמרו שעריו וציפורניו כמבואר במגיד משנה [פ"א מה' יבום ה"ה] ולולא שהשגיחו על שעריו וצפורניו היה חשש דאורייתא אפי' כשיצא חי מפני שטבלה בר"ח תמוז הרי שלא נתעברה מקודם ואם נחשוב ג' ימי קליטה כמ"ש תוס' יבמות (דף ל"ז] וגם למלאות ד' חדשים חסרים נשאר רק מאתים ותשע וששים יום, ואנן רע"א בעינן והוי דינו כנפל גם מדאורייתא, כיון דלדעתו אינה יולדת למקוטעין רק מפני שהשגיחו שנגמרו שעריו וציפורניו אזי יצא מחשש דאורייתא אפי' לדעת רמב"ם ונגד חששא דרבנן שחששו רק לכתחלה שהרי כשנשאת לכהן מותרת בלא חליצה כמבואר בש"ס שם [דף ל"ו] ובפוסקים [וש"ע סי' קס"ד ס"ז] יש לסמוך על דעת רמ"א ואחרונים דעכשיו גם יולדת לט' חדשים יולדת למקוטעין:

ב ועתה נעמוד על המחקר אם עובר יש לו ג"כ חזקת חי, ולפענ"ד נראה ברור דיש לו חזקת חי כמו שאר בני אדם, וראי' ברורה לזה ממתני' דאהלות [סוף פ' ז'] ביושבת על המשבר יצא ראשו [היינו פדחתו כמש"ש הר"ש והרע"ב ורא"ש, ועיין בכורות (דף מ"ו:) מבואר שם כן, ועיין בש"ך (סי' י"ד סק"א) דגם ברוב פדחת הרי הוא כילוד] אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש, [וכ"פ הרמב"ם וש"ע חו"מ סי' תכ"ה ס"ב], ואמאי הרי הולד הוא בספק שלא היה לו חזקת חיותא מעיקרא, ואמו היא בודאי בסכנה, ומוטב להניח את הספק כדי להציל את הוודאי, שהרי מבואר בירושלמי שמחוייב להעמיד את

עצמו בספק סכנה כדי להציל את חבירו שהוא בוודאי בסכנה, עי' בסמ"ע (סי' תכ"ו סק"ב] וזה פשוט דביציאת רוב הפדחת ליכא שום הכרה אם חי הוא או מת, ועיין סוטה (דף מ"ה ע"ב] מאין היו מודדין וכו' ר' עקיבא אומר מחוטמו דעיקר חיותא באפי' הרי כל זמן שלא יצא החוטם לא ניכר בו סימנא דחיותא ואפ"ה נידון כבריה שלימה משום שבשעה שנכנס לחדש התשיעי לדידן דיולדת למקוטעין או לדעת התוס' דגם ביולדת לט' אמרינן שיפורא גרים כבר יש לו חזקת חי והיא חזקה מבוררת בשעתה, ועיין תוס' נדה [דף מ"ד ע"א] ד"ה איהו וכו' דביצא ראשו חייב ההורגו עליו, ואפי' בלא יצא ראשו כלל, מספקא להו אם חייב ההורגו [היכא דמתה אמו לאחר שישבה על המשבר דאזי לא אמרינן דהולד מיית תחילה] אבל כשיצא ראשו היינו פדחתו כדאי' בבכורות [דף מ"ו ע"ב] אע"ג דליכא שום הכרה דחיותא בו חייב, אלא ודאי דיש לו תורת חי בעצמותו: **ואין** להקשות דהא בערכין [דף ז' ע"א] ביושבת על המשבר ומתה דמביאין סכין דרך רשות הרבים להציל את הולד וקמ"ל דמספיקא מחללינן שבת אע"ג דלית ליה חזקת חיותא מעיקרא, הרי לכאורה נראה להיפוך יעוי"ש, דלא מיבעיא לדעת רש"י שם בד"ה ומקרעין דזימנין דמיקרי דאיהו מיית ברישא עכ"ל, וכיון דעפ"י רוב הולד מיית ברישא מש"ה לית ליה חזקת חי מעיקרא, ואפי' לדעת תוס' נדה הנ"ל דיושבת על המשבר לא אמרינן שהולד מיית ברישא מ"מ מצילין את העובר אפי' היכא דמספקינן אם הוא בר ז' או בר ששה ואכתי לא היה לו חזקת חי כלל, [ועי' ר"ן ס"פ יוה"כ דגם היכא שלא מלאו לולד מ' יום מחללין עליו, ובתוס' נדה הנ"ל מבואר דגם על הגוסס דרובן למיתה מחללין וכיון שכן הוי בנ"ד כחזקה המבוררת בשעתה דאם מיית העובר במעי' אזי מסתמא נשמע הדבר בעיר שאינה מרגשת את הולד וכל כה"ג קלא אית ליה [ודומה למוחזק באחין ולא בבני דהוי כחזקה אלימתא], משום דכיון דלא נשמע שמץ מנהו דנין אותו כשאר חזקה המבוררת בשעתה אזי לכ"ע אזלינן בתרה אפי' כשנמצא מת אח"כ, ואפי' לדעת תוס' במס' חולין [דף י"א] ד"ה אתיא דמטרפינן הגבינות, זהו בחזקה שלא נתבררה בשעתה, וגם אפי' לדעת הט"ז יור"ד [סי' שצ"ז] דהתם עיקר סברתו משום דעשוי' להשתנות שכל החיים סופם למות, משא"כ בעוברין, שאין רוב העוברים מתים משיצאו לאויר העולם: **והשתא** דבררנו שגם משעה שישבה על המשבר יש לולד חזקת חי, אזי פשיטא דע"א נאמן אפי' בעד מפי עד ואפי' אשה ועבד נאמנים להתירה לשוק, דמידי טעמא דמיבעי' לן [ביבמות (דף צ"ג ע"ב) גבי ע"א ביבמה למישרי יבמה לעלמא, מבואר בתוס' צ"ד תד"ה כי] הוא משום דלא דייקא כל כך מפני דסני' ליה, ועיקר טעמא דצריכין לסוג זה הוא משום דבר שבערוה ואיתחזק איסורא, וכבר נודע שאפי' בדבר שבערוה ולא איתחזק כלל

דפליגי רבוותא אם נאמן ע"א כמו בשאר איסורין, עי' ר"ן בסוף סוגיא דשליש דרמב"ן ור"ן פליגי בזה והארכנו בס' זי"ר חלק ראשון [ולעיל סי' ל"ד א'] אבל היכא דאיתחזק להיתרא אזי פשיטא דלכ"ע נאמן מדאורייתא כמו בשאר איסורין ואזי לא צריכין לבוא כלל לסוגיא דדייקא ומילתא דעבידא לאגלויי דלא גרע מאיסורין דעלמא, והכא בנ"ד שיש לעובר חזקת חי דמעיקרא משעה שישבה על המשבר דנעקר לצאת ויש לו חזקת חי בעצמותו [כמ"ש שם תוס' נדה מ"ד] לכל הפחות משעה זו והלאה, לכן בכגון זה נאמן ע"א מדינא אפי' להתירה לשוק, דעד כאן לא מביא הרמ"א [בסי' קנ"ח ס"ג] דעת הרא"ש רק במת היבם משום דמעיד נגד החזקה, ואזי צריכין לבוא לטעמא דדייקא, דוק בלישנא דהרמ"א שם שלא הביא דעתו דרך כלל דהיכא דמתירה. לשוק אינו נאמן:

ובאמת בדעת האשר"י יבמות [פרק יו"ד סי' ז'] עמדתי זה כמה שנים דס"ל דאפי' מת בעליך ואח"כ מת בנך אינו נאמן ואמאי כיון דלא צריכינן כלל לטעמא דדייקא, ואמינא משום דאיתרע עדותו, דשפת יתר הוא להעיד על מיתת בנו כלל, משה"ט הוא דחששו שנראה בעליל דמשקר בזה ונתכוון לקלקלה, ומשום שירא שיתודע לה מיתת בעלה ומיתת בנה ותעמוד על המחקר לידע מי מת תחלה וכמ"ש תוס' ואשר"י שם, אבל לדינא לא הביא רמ"א דעתו רק במת יבמה משום שמעיד נגד החזקה להדיא וגם בזה רוב הפוסקים מתירין:

גם בעיקר עדותה שנראה כסותרת את עצמה אע"ג דמאין יודע ליודע לא חשבינן כחוזר ומגיד כמבואר בר"ן פ' שבועת העדות [דף ל"א] מ"מ משמעות לשונה בתחלה בשעת חלי' לפני הבד"צ משמעו שגם אז בשעת ראי' נסתפקה כמ"ש יד"נ מעכ"ת נ"י, אבל נוכל בקל ליישב דברי' שמתחלה לא נסתפקה רק על תנועת כל הגוף, אבל לא נסתפקה גם מתחלה על תנועת היד שזה היה ברור לפני' גם מתחילה, וכן משמעות לשונה להדיא:

ג עוד נראה לאפושי כחו דהיתרא דאפי' לדעת המחמירין ביותר דאזלינן בתר השתא, זהו דווקא במקום מציאתן עיין נדה [דף ד'] גבי קופה [וכ"פ הרמב"ם פ' י"ז מה' שאה"ט ה"ב], אבל שלא במקום מציאתן לא אמרינן אלא לתלות, ובזה לכ"ע אזלינן בתר חזקה דמעיקרא, ובנידון דידן נמצא מת אח"כ שלא במקום שיצא לאויר העולם, בוודאי אזלינן בתר מעיקרא, בפרט דיש לתלות שע"י נפיחה מת ומשעה שראו השינוי בפניו:

עוד נראה להוסיף בזה שיש לבנות מוסדות החזקה של חזקת חי של העובר גם מן החיה הנכרית שהגידה קודם שילדה שהעובר חי ובפרט שכל הנשים שהיו אצלה בשעה שנתקשה לילד הרגישו את הולד, שהרי כל החזקות שסוקלין ושורפין עליהן עיקר יסודם גם על פי עצמם וע"פ קרובים כמבואר באהע"ז (סי' י"ט] ומידי דהוי כמו שנאמנת

החי' כל שבעה, ובפרט בכל כה"ג דכמעט נמסר לנשים שהיו נכנסות ויוצאות שם וכולן הרגישו את הולד, אזי נאמנים אפי' אם נימא דגם בכה"ג אין ע"א נאמן להתירה לשוק, מ"מ בדבר זה בודאי נאמנין כיון דלאו על עיקר מילתא דערוה קא מסהדי, ודמיא לדברי הרי"ף יבמות פר' החולץ [דף ל"ט ע"ב] גבי אישתמודענוהו דהוא אחוה דמיתנא דהוי כגילוי מילתא בעלמא, ויתר מזה מצאנו בדברי. רבותינו, ועי' בנימוקי יוסף גבי פלוגתא דר"י ור"נ וז"ל אמר המחבר ומ"מ יכולין העדים לסמוך וכו' ע"פ נשים ועבדים המשמשין אותו כו' ועי' בחלקת מחוקק [סי' קט"ו ס"ק ד'] דהוחזקה נדה בשכינותיה הוא ע"פ נשים ובפרט בכה"ג דנ"ד שהגידו הנשים בשעת מעשה לפני אנשים כשרים שנפחו בילד שהולד חי כי הם הרגישו את הילד במעי אמו, וזירזו אותם שישתדלו היטב בולד הנולד למען ישאר חי, אזי בכה"ג בודאי נאמנים היו אז כעדים גמורים כיון דלא נתכוונו להעיד כלל, רק להצילו מחבלי המיתה, ונודע דברי הרמב"ם [פ' ט"ז מה' סנהדרין הלכה ו'] בע"א שהעיד שהוא חלב ואח"כ אכלה א' דחייב מלקות כיון שכבר נתחזק עפ"י אחד וכל מקום שעד אחד נאמן אפי' אשה וקרובים נאמנים, ומכ"ש בכה"ג. וכיון שנתחזק חזקת חי של הולד בעצמותו טרם שיצא לאויר העולם, אזי פשיטא דלכ"ע נאמנת האשה שראתה תנועות של חיות בילד משיצא לאויר העולם, כיון שהחזקה מסייע לה, אזי לא מיבעיא אליבא דדינא כאשר סתמו הב"י והרמ"א פשיטא דנאמנת. איברא כבר כתבנו דגם לדעת הרא"ש דאפי' במת בעלה ואח"כ מת בנו אינו נאמן, כבר כתבנו טעמו בזה, אבל בנ"ד דלא נראה לפנינו שום שמץ מילתא דשיקרא אזי אפי' לדעת הרא"ש שמחמיר יותר בכה"ג דנ"ד פשיטא דנאמן ואין בזה שום גמגום:

כן נלפענ"ד ברור דאשה זאת מותרת להנשא לכל גבר דתיצביין, רק צריכה היתר ב"ד כדין נישאת ע"פ עד אחד] שישבו ביחד ויתירו לה להנשא לכל מי שתרצה:

יום ב' ב' ניסן תרט"ז לפ"ק קוטנא יע"א. כ"ד יד"נ דוש"ת באהבה ומחמת נחיצות המוכ"ז קצרתי, הק' משה יהודה ליב בן הרבני מו"ה בנימן זללה"ה:

חלק חושן משפט

סימן מג

בעזה"י ובס"ד פה עיה"ק ירושלים תובב"א.

בדיני קנס, וממנו יסתעף לכמה ענינים, וכלל נמרץ בכל מילי דזכות וקניי' ובפרטותיהן.

א עיין שיטה מקובצת בבא קמא (דף ט"ו ע"ב] ד"ה ולענין פסק כתב הרב המאירי, שמביא דברי ראב"ד דפלגא נזקא שאני משאר קנסות שנפטר לגמרי ע"י הודאת

המתחייב, ובפלגא נזקא אמרינן ליה דמחויב ליתן לו רק דלא כפינן ליה כל כמה דליכא עדים, ואי תפס לא מפקינן מיניה, [וכן הביא הרשב"א ב"ק ל"ו בשם הראב"ד דגבי פלגא נזקא בהודאתו בלבד זיל שלים אמרינן ליה] וכ"ה בנ"י לענין תפיסה לבד, ועיין במגיד משנה [פ"ט מה' נזקי ממון הלכה י"א] שהוכיח שגם הרמב"ם ס"ל כן, וגם מש"ע [סי' ת'] מוכח כן, שהרי בדאיכא עדים וא"י אם חטים או שעורים ל"ש דינא דרבה בר נתן [כמבואר שם], ובשני שוורים תמים בקטן וגדול פסקינן שם דבדלא תפס פטור מכלום ובתפס שקיל כדברי המזיק, ובע"כ צ"ל דליכא עדים כלל בשעה שהזיקו דא"כ אפילו בלא תפס נמי [ועי' בש"ך שם ס"ק י"ב], וגם דמיירי בדאיכא עדים כשתפס, דאל"כ אפי' כדברי הניזק נמי לשקול דנאמן במיגו [כמ"ש הרמ"א סי' שצ"ט ס"ג ובסמ"ע סי' א' ס"ק י"ט], אלא בע"כ צ"ל כדברי הראב"ד הנ"ל:

והנה כל עיקר הטעם על השתנות הזה משאר קנסות כתבו מפני שחבירו נפסד על ידו משא"כ בשאר קנסות, איברא הש"ך [סי' ת' ס"ק י"ג] התפלא ע"ז דכיון דבגמ' משווינן פלגא נזקא לשאר קנסות בסוף פרק קמא דבבא קמא לענין הודאה וכן בפרק שבועת העדות, מנלן להפריד בין הדבקים משום סברא קלה כזו כיון שאינו מוכרח מן הש"ס, דמסוף פרק המניח דמקשינן מגדול וקטן על רבה בר נתן ליכא לאוכוחי מידי, דהקושי' קאי אליבא דרב פפא דסבירא ליה פלגא נזקא ממונא:

ונראה לפענ"ד שהראב"ד וסייעתו היה להם יסוד מושגב מש"ס לחדש כזאת, דנראה מכמה דוכתי דבכל מילין דמתחיל מעכשיו ולא נגמר לגמרי ותלוי במעשה שיתייליד אח"כ, הגם שנגמר הדבר עד תומו וקנוי הדבר ההוא ביד הזוכה למפרע משעה שהקנה לו, מ"מ אם מכרו או הקדישו הזוכה בנתיים טרם שנגמר הדבר, אזי מיתלא תלוי בזה, באם לא היה ביד הנותן לדחות ולסלק קנינו של הזוכה לגמרי אזי קנינו והקדשו דזוכה קיים למפרע, אבל בדבר דחזינן שהיה ברשות הנותן לסלק זכות של הזוכה, הגם שלא עקר ולא סילק בנתיים זכות של הזוכה כלל, מ"מ אין במכירתו והקדשו של הזוכה כלום טרם שנגמר לגמרי, והטעם מובן מעצמו דאין שתי ידים זוכות כאחת, ואם ביד אידך לבטל זכייתו לגמרי אזי אין ביד הזוכה להקנות לאחרים, הגם שנסתיים הדבר שלא ביטל זכייתו ונשאר למפרע ביד הזוכה בו מ"מ מכירתו והקדשו שבנתיים בטל ונפקע לגמרי:

וראיה מוכרחת ליסוד זה למעיין היטב ב"ב [דף קכ"ה ע"ב] אמר רבה מסתברא טעמא דבני מערבא, דאי קדמה סבתא וזבנה זבינה זביני, ע"ש בפי' רשב"ם ובאלפסי ובדברי רמב"ן במלחמות ה' באריכות שפירשו דכיון דיש כח ביד הראשון לבטל זכיית השני לגמרי נידון מזה דאחריך לאו כאומר מעכשיו, וממילא היכא שאמר מעכשיו בפירוש

שוב אין ביד הראשון לבטל זכייתו דשני, אלמא דמיתלא תלי' בזה היסוד ולקמן באות ב' נבאר שגם לדעת הרז"ה שלא פירש כן מ"מ צ"ל דבעיקר היסוד מודה לכולהו רבוותא]:

ועוד ראיה מדברי רמב"ן במלחמות ה' בפ' כל שעה בסוגיא דלמפרע הוא גובה וז"ל דע"כ לא קאמר אביי למפרע הוא גובה אלא במקרקעי ושטר דכיון דאי נמי זבין ואקדיש אתי מלוה וטריף כי מטא זימני' ולא פריעה איגלי מילתא למפרע דברשותיה הוו קיימי לוה לא מצי מזבין מלוה מזבין, אבל במטלטלי כיון דאילו זבין ואקדיש או אורית לוה פקע שיעבודיה אישתכח דהשתא הוא דקני, לוה מזבין מלוה לא מזבין דליכא מילתא דתרווייהו מזבני אי דמר לאו דמר, עכ"ל הצריך לענינינו, [ואף דרמב"ן שם, לבסוף מסתפק בזה, הוא מטעם אחר, כמ"ש באות ז']:

ועוד ראיה מסוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו כתובות דף נ"ח ע"ב] דאמר ר"ל מתוך שיכול לכופה למעשה ידיה נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן, אלמא דווקא משום דיכול לכופה הוא דיכול להקדיש ידיה לעושיהן אבל לר"ה כיון שתוכל לומר איני ניזונת ואיני עושה ל"מ אפי' כשהקדיש בפירוש את ידיה כמבואר בר"ן שם [ולקמן באות ח' נבאר שגם לדעת רמב"ם שם דס"ל דגם לר"ה מהני כשהקדיש בפירוש, הוא מטעמא אחרינא, אכן בעיקר יסוד זה לא פליג, ותדע שהרי ס"ל להלכה דאחריך לאו כאומר מעכשיו, ובאומר מעכשיו אין הראשון יכול למכור (עי' בפ' י"ב מהלכות זכי' ומתנה הלכה י"ב), וכפירוש הרב אלפס בדברי רבה דמסתברא טעמיה דב"מ, הרי יסוד זה מוכרח מגמרא להדיא]:

ועיין בפרק מרובה [דף ע"ה ע"א] דפליגי רב ושמואל במודה בקנס ואח"כ באו עדים, וסבי דבי רב סברי אליבא דרב דאפי' כשאינו מחייב את עצמו בכלום פטור, ורב המנונא סבר דדווקא כשמחייב א"ע בקרן הוא דפטור לרב ופסקינן כוותיה [כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מה"ג הלכה ט'], וא"כ קשיא לסבי דבי רב דפטרי, דהא מבואר להדיא בפרק המניח (דף ל"ג] דלר' עקיבא אם הקדישו הניזק קודם העמדה בדין מהני אע"ג דבקנס לא זכי לי' רחמנא עד שעת העמדה בדין, דשאני בפלגא נזקא דגלי קרא ומכרו את השור החי וכו' דלמזיק ולניזק אזהר רחמנא כמבואר בתוס' שם ד"ה א"ב, דשאני קנס זה משאר קנסות דזכה בו למפרע כשעמד בדין אח"כ, ומשה"ט מהני הקדישו של הניזק קודם העמדה בדין, דכיון שעמד בדין אח"כ זכה למפרע:

ולפי יסוד הנ"ל תסוב קושיא עצומה לסבי דבי רב דכיון שהמזיק יכול להפקיע ולבטל זכייתו דניזק לגמרי שאפי' כשיביא עדים, כבר נפטר ונתבטלה זכייתו, השתא נמי שלא הודה היאך יתקיים זכייתו למפרע בהקדישו שהקדיש, אלא ודאי זאת התורה הוא משום

דשאני קנס דפלגא נזקא משאר קנסות, שלא נפטר לגמרי ע"י הודאתו רק דלא נוכל לכופו, ואדרבה הודאתו מחייבתו שעל ידה מהני תפיסה דאידך אפי' כשתפס בעדים, דהשתא כיון דלסבי דבי רב דאלימא להו הודאה בכל הקנסות דאפי' כשבאו עדים אח"כ פטור אפי' כשאינו מחייב את עצמו בכלום, מ"מ בפלגא נזקא דגלי קרא דימכרו את השור וכו' דל"מ הודאתו לפוטרו לגמרי, מכש"כ לרב המנונא דפסקינן כוותי' דהיכא שאינו מחייב א"ע בקרן שלא נפטר ע"י הודאתו, מכש"כ דל"מ הודאתו בפלגא נזקא לפוטרו לגמרי [ועוד דיש מקום לומר שגם בפלגא נזקא דמי קצת למחייב את עצמו בקרן וקשיא נמי לדידן, והטעם לפי דמ"מ מהני הודאתו דהשתא שנעשה מועד ע"י אח"כ, ועי' ב"ק (דף כ"ד) בתוספות ד"ה במכירין בסה"ד, ואין להקשות מתוס' ב"ק (דף מ' ע"ב) ד"ה אי תם שכתבו להיפוך, דהתם בשואל שאני שיכול להחזירו קודם שיעשה מועד ולא מחייב א"ע כלום, משא"כ גבי בעלים, ושמעתי אח"כ דסברא זו דחשיב כמחייב א"ע בקרן לענין העדאה שאח"כ כ"כ בנ"ב, ועיין בהשמטות]:

ואין לומר בעיקר הקושיא שכתבנו שהוא עיקר היסוד שכתבנו לתרץ דברי ראב"ד, דכיון דכל עיקר הקושיא הוא לסבי דבי רב והוא רב הונא [כמ"ש תוס' ב"ק דף ע"ה] ולטעמא דידיה דס"ל ב"ב [דף קכ"ה:] דבעל ירית לה דאחריך כאומר מעכשיו אע"ג דאי קדמה סבתא וזבנה זבינה זביני, ולכאורה נראה דלדידיה לית ליה יסוד זה כלל, איברא לקושטא נראה דליתא, דכיון דנראה בעליל מדברי רבה שהיא סברא פשוטה, דכיון שהכח ביד הסבתא למוכרו לאחרים שוב לא ניתן הכח ביד ברתא למוכרו או להקדישו, וגם אם מכרה ל"מ מידי, אפילו כשנסתיים מילתא שלא מכרו הראשון וכמ"ש הרמב"ן במלחמות בסוגיא דלמה"ג, וגם שם בב"ב. אלא דר"ה ס"ל דבעילה כל דהו נסתלקה הראוי דבעל, וכיון שאשתו היתה מוחזקת בקה"ג בחייה תו לא חשבינן ליה לראוי לגבי ירושת הבעל, דשאני ראוי דבעל מראוי דבכור, דבעינן גביה שיהיה ראוי לתת דוקא, וכל שלא היה ביד אביו לתת לאחרים הוי ראוי לגבי בכור, משא"כ גבי בעל דל"ב ראוי לתת, ולהכי ס"ל דכיון דאשתו היתה מוחזקת בקה"ג בחייה שוב לא נחשב לראוי לגבי בעל, וכ"ה בהדיא ברשב"ם [קכ"ה:] בד"ה אמר ר"פ דדוקא לגבי בכור הוא דבעינן ראוי לתת ע"ש ועמ"ש בזה לקמן בדיני נחלות סי' אות ז'] ומעתה דברי ראב"ד שרירין וקיימין ונכונים הדברים בעזה"י להולכים במשרים ולמוצאי דעת:

ב עתה יתבאר דביסוד זה לית מאן דפליג דאפי' לפירושו של רז"ה דפירש דגם רבה ס"ל דכל האומר אחריך כאומר מעכשיו, בע"כ צ"ל דס"ל דכל שאידך יכול למכור ולסלק זכיותיו תו לא מהני אם נתנו הזוכה לאחרים, הגם שנסתיים הדבר שלא נפקע זכותו

כלל, דאלת"ה אכתי אמאי הוי ראוי לגבי בעל הלא אין לך ראוי עדיפא ביותר מגבי בכור, וגבי בכור גופיה כל שראוי לתת לאחרים יצא מכלל ראוי, ואנן פסקינן [ברמב"ם וש"ע סי' רנ"ז ס"ה] דהיכא דנתנו לבנו מהיום ולאח"מ ומכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דקנה לוקח כר"ל, וה"נ כיון דברתא זכתה בקנין הגוף מעכשיו ואם נתנה לאחרים הגם שמתה בחיי הסבתא מ"מ כשמתה הסבתא אח"כ קנה הלוקח, וכל שראוי לתת יצא מידי ראוי לגמרי, א"ו דשאני הכא כיון שתוכל הסבתא להפקיע זכותה, שוב אין בידה לתת לאחרים, דדוקא באחריך הוא דיכול הראשון למוכרו לאחרים אע"ג דקנין הפירות של הראשון לאו כקנין הגוף דמי דפסקינן כר"ל, משום דאחריך שאני כדאי' בגמ' (דף קל"ו), אבל בנתנו לבנו מהיום ולאח"מ שאין האב יכול להפקיע ע"י מכירתו זכותו דבן כדתנן להדיא במשנה שם, מכר האב מכורים עד שימות, ומש"ה כשמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב קנה לוקח, לפי שאין ביכלתו דאידך להפקיע זכות דזוכה, משא"כ גבי סבתא כמובן:

ג איברא בעיקר יסוד זה דמיתלא תלוי מכירתו של הזוכה ביכלתו דמזכה, באם יש ברשותו להפקיע לגמרי אם לא, זהו דוקא במילתא דלית ביה משום גררא דתנאי כלל כגון גבי פלגא נזקא דלא זכי רחמנא עד שעת העמדה בדין, ולהכי נהי דגלי קרא דלאחר העמדה בדין זכה למפרע ומש"ה מהני הקדישו דניזק, ה"ט דאמרינן דלא נגמרה זכייתו עד העמדה בדין ומשום תורת שיור הוא דנחתינן ביה, אבל לא מתורת תנאי דתנאי מילתא אחריתא הוא כמ"ש תוס' גיטין [פ"ב] ד"ה המגרש ובראב"ש שם גבי ע"מ שלא תנשאי לפלוני, ובראשונים גבי אתרוג ע"מ להחזיר, דאע"ג דכל מתנה שאינו יכול להקדישו אינו מתנה, דהתם רק משום קיום התנאי הוא, [עי' בנמוקי יוסף ב"ב פרק יש נוחלין (על סוגיית הש"ס בדף קל"ד.) וז"ל במתנה ע"מ להחזיר אע"פ שאינו יכול להקדישה היינו משום התנאי עכ"ל], וכן באחריך דנהי דאחריך שאני ודעתו לכשישייר הראשון, אבל מסתמא לא תלינן הדבר בתנאי רק כשהתנה בפירוש, או דאיכא אומדנא דמוכח לזה, [כמו בשואל טבעת לקדש בו לדעת הרא"ש פרק קמא דקידושין וב"ב פ' יש נוחלין (סי' מ"ו) וכן גבי אתרוג זה נתון לך ואחריך לפלוני דמבואר ב"ב (קל"ז:) דאפי' לרבי דס"ל גבי אחריך דעלמא שאין הראשון יכול למכור, הכא דנתנו לו לצאת י"ח, אמרינן אי מיפק לא נפיק ביה למאי יהבי' ניהליה, ומש"ה תלינן הדבר שם דאחריך משום תנאי. הוא, לפי דאומדנא דמוכח הוא, וכמ"ש הרא"ש שם], אבל בעלמא כל היכא דאיפשר למיתלי בשיורא לא תלינן בתנאי, ולהכי גבי מתנה כשנתנו מהיום ולאח"מ דאיכא למיתלי בשיורא וגופו מהיום ופירי לאח"מ אמרינן דשיורא הוא משא"כ גבי

קדושין וגירושין דליכא למיתלי בשיורא אמרינן דכיון דאיכא לפנינו תרי לישני דסתרי אהדדי אמרינן דאומדנא דמוכח הוא דבתורת תנאי הוא דנחית, וכן איתא להדי' בגמ' ב"ב [קל"ו.] התם מספקא לן וכו' ועיי"ש ברשב"ם ד"ה ואינה מתייבמת:

איברא בדבר דתלינן ביה דבגדר תנאי הוא, פשיטא דליתא להאי כללא דאע"ג דאידך יכול להפקיע לגמרי זכותו של הזוכה על ידו, מ"מ כשנתקיים התנאי אח"כ נתקיימה זכותו דזוכה למפרע, ואם מכרו והקדישו טרם שנתקיים התנאי זכו בו, דתנאי מילתא אחריתא הוא, ולהכי כשגירשה ע"ת ונישאת לאחר, ואח"כ נתקיים התנאי ע"י המגרש, פשיטא דנתקיים נישואי השני וכ"מ פשטא דלשון הש"ע אהע"ז סי' קמ"ג ס"ב], הגם שהיה ביכלתו ובידו דמגרש לבטל הגירושין לגמרי אזי כשנתקיים התנאי נתקיים הדבר למפרע, וה"ט לפי שהמעשה נתקיימה בשלימות בשעתו רק דתליא בתנאי וז"פ וברור:

ד ואין לסתור יסוד הנ"ל מקידושין ר"פ האומר לר' יוחנן בקידשה מעכשיו ולאחר ל' יום דשיורא הוא, ואם קיבלה קידושין מאחר תפסי בה, ואפילו הכי כשלא נתקדשה לאחר מקודשת לגמרי להראשון, דזה אינו חדא דהתם אין ביכלתה להפקיע ולבטל קידושין דראשון לגמרי, רק שתתפוס גם קידושין דאחרים, ועוד דכל עיקר יסוד זה הוא דכל שיש ביד אידך להפר זכותו תו אין בידו ורשותו דאידך לנתק זכותו וקנינו לאחרים להקדישו או ליתנו לאחרים, וה"ט משום דרפוי מרפי' בידו, ע"י ביטולו דאידך, ולהכי אין ביכלתו לנתק מרשותו לאחרים קנין קלישתא כזה וכעין דמצינן בדבר שלא בא לעולם, וא"ב ודבר שאין בו ממש וט"ה, איברא כשנסתיים מילתא שלא נתבטל ע"י אידך, הרי נתקיימה זכייתו למפרע להיות כשלו וברשותו לגמרי לחוד, ולהלן באות ה' נבאר בעזה"י הענין בראיה ברורה שגם בכה"ג דמיתלי תלי מצינן זכיה כזאת, שהוא בעצמו זכה בו ואם ניתקה לאחרים לא מהני כלוה]:

ה עיין ב"מ [דף י"ג] שגם במתנה אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו, ועי"ש [דף י"ח] גבי שובר דס"ל לרב אלפס דכיון דבעינן דמטא לידו לבסוף, היכא שחזר ונתנו לאחרים בנתיים דתו לא מהני זכייתו דראשון הגם דמטא לידו אח"כ, ובעלי התוס' שם [דף כ'] ד"ה שובר חולקים ע"ז וסברי דגם בזה מהני אם מטא לידו אח"כ, ומצד הסברא פשוטה נראה דפליגי בזה, דכיון דחזינן דתיקנו רבנן זכי' זו ע"י העדים וכמ"ש התוס' שם] ורק באופן דמטא לידו אח"כ ע"י המזכה עצמו, אם משום גדר תנאי הוא, או משום שיורא. דהתוס' ס"ל שהוא משום תנאי, לכן גם כשנתנו לאחרים בנתיים, מ"מ סוף סוף נתקיים התנאי לבסוף וזכה בו למפרע, אע"ג שכבר נסתלק המזכה לגמרי מזה, מ"מ הרי נתקיים התנאי. ולדעת רב אלפס הוא משום שיורא, והוא שמתחיל ע"י העדים, וגמר הקנין

הוא שנגמר ע"י המזכה עצמו, ולהכי כשכבר נסתלק המזכה ע"י שנתנו לאחרים תו אין ביכלתו שיגמור קנינו דאידך ע"י, כיון שלא נשאר לו עוד שום זכות בזה, וכבר פירשתי כן באריכות בעזה"י בימי חורפי בסוגיא זו, [וימצא המעיין אפס קצהו בהגהות והערות ח"מ בסוגיא דמצא שט"ח]:

ולפ"ז קשיא על מ"ש לעיל, שהרי לדעת הרי"ף הוא משום שיור ואפ"ה כשלא חזר בו זכה אידך למפרע, אע"ג שיש בידו דאידך לבטל זכותו לגמרי, וקשיא מדברי רבה דמסתבר טעמייהו דבני מערבא, דנראה להדיא דחדא בחברתה מישך שייכי וכמש"ל, ובעדיו בחתומיו מצינן לתרווייהו בהדי הדדי, דלפירוש רב אלפס ורמב"ן ורשב"ם עיקרו ותמצית דברי רבה הוא להוכיח דאחריך לאו כאומר מעכשיו שהרי אידך יכול להפקיע לגמרי, אע"ג דברתא בודאי א"י למכור וכמש"ל [באות ב'] אלא שהוכיח דברתא גופה לא זכתה מעכשיו:

איברא לקושטא נראה דלק"מ שגם בזה מצינן דיש זכיות מחולקות, חדא היכא דמתחיל מעכשיו ונגמר לבסוף, כגון בכל אופנים דעסקינן לעיל גבי אחריך, וגבי פנ"ז וכל כהאי גוונא ומצינן בזה באופן אחר דלא מתחיל מהשתא מידי רק כשיגמור הדבר לבסוף על אופן מאופנים הצריכין אזי יזכה בו למפרע, ומבואר הדבר בירושלמי מובא במגיד משנה [פ' כ"ב מהלכות אישות הלכה ט"ו] גבי בעל בנכסי מלוג, הגם דאם מכרה בחיי הבעל ומתה דהבעל מוציא מיד הלקוחות שהוא לוקח ראשון, אבל אם מכר הבעל בחיי' על אופן זה כשתמות אשתו, ומתה אח"כ דל"מ מידי, אע"ג דזכה הבעל למפרע, ולא מהני מכירתו כשתמות, [ועיין בחלקת מחוקק סי' צ' ס"ק מ"ג וב"ש שם ס"ק מ"ז] לפי דשאני זכייה זו דלא התחיל בחייה כלום רק כשמתה הוא דזכה למפרע, ומש"ה נהי שהוא בעצמו זכה למפרע, אבל אין בכחו וברשותו לנתקו מידו לאחרים בנתיים, לפי שכל זכותו מתחילה ועד סוף לא נתהווה רק לבסוף, [וז"ש לעיל באות ד']:

וה"ט דעדיו בחתומיו זכין לו, לדעת הרי"ף דס"ל דכיון דכל עיקרו תלוי בדמטא לידו לבסוף אזי אמרינן שכל עיקרו נעשה לבסוף, ואז הוא דזכי ביה למפרע, ומסתברא לרבינו אלפסי דכל דתקנו רבנן מסתמא בחדא טכסיסא הוא דתקנו, איברא לדעת תוס' דעבז"ל הוא משום תנאי לחוד לדעתם הוא מן ההכרחי לחלקו מזכיית הבעל בנכסי מלוג כדמוכח מסוגיא דמצא שובר דחזינן שם דאפי' כשחזרה בנתיים בפירוש ומכרה השטר לאחרים דאפ"ה בדמטא לידו אח"כ מהני זכיית העדים למפרע, ולרבינו אלפסי התם משום טעמא אחרינא הוא דמיירי שם בשובר אקנייתא דל"ב דלימטי לידי', והא דכותבין שטר למוכר הוא כמבואר בנימוקי יוסף ובשיטה מקובצת שם:

ו עיין ב"ב (דף קי"ד) קנין עד אימתי חוזר, רבה אמר כ"ז שיושבין רב יוסף אמר כ"ז שעסוקין באותו ענין. ולכאורה קשיא רבה אדרבה כיון דרבה ס"ל ליסוד מוסד דכל כמה שחבירו יכול לסלק זכותו לגמרי שוב א"א לומר דאידך קנה למפרע. הגם שנסתיים הדבר שלא נגרע מאומה ומזה הוכיח דאחריך לאו כמי שאמר מעכשיו, א"כ קנין סודר היכי מש"ל דהרי אי איפשר לומר דכל שלא חזר קנה למפרע, וגם אין לומר שיקנה אח"כ דהדרא סודר' למרא, וגם לדידן קשיא כן דפסקינן [בסי' קצ"ה ס"ו] כל זמן שעסוקין באותו ענין ופסקינן כרבה דאחריך לאו כאומר מעכשיו, אלמא דאי איפשר לזוז מיסוד זה, וגם אין לומר דמשום תנאי הוא שכבר כתבנו לעיל [באות ג'] דכל כמה דלא התנה בפירוש וגם כל כמה דליכא אומדנא דמוכח לזה, אנן לא מבדינן להטיל תנאי בדבר סתמא. איברא למ"ש [באות שלפני זה] ניחא, דנהי דא"א שיקנה מעכשיו אם לא יחזור, אפס כשלא חזר אזי קנוי למפרע, ותקנו חכמים כן בק"ס, עלי קוטב שתקנו בנכסי מלוג ועדיו בחתומיו זכין לו לדעת רבינו אלפס:

עיין פסחים [דף ל"א:] בעכו"ם שלוה מישראל על חמצו והתנה אם לא אתן לך עד יום פלוני יהא שלך מעכשיו ונראה בפשטא שהמעשה הוא הקנין שמקנה לו מעכשיו והתנאי הוא הזמן וכ"כ במקו' אחר בזי"ר ח"ר או"ח, ועתה הדרנא בי אלא כולו תנאי וכשלא יפרע לו בזמנו אזי לבסוף יהיה שלו מעכשיו וכעין עבז"ל לדעת הרי"ף וכקנינו של הבעל בנכסי מלוג דכשמתה קנוי בידו משעת נישואין, ותדע דאלת"ה גם כשפדאו עכו"ם [בישראל שהלוה לעכו"ם, ובש"ע א"ח סי' תמ"א ס"ב מבואר דדווקא כשלא פרעו עי"ש] יאסור החמץ לפי שהתנאי בטל דאי איפשר לקיים מעשה הקנין ע"י שליח דאין שליחות לעובד כוכבים אפי' עכו"ם לעכו"ם כמ"ש המג"א סי' תמ"ח ס"ק ד'] והמעשה קיים, א"ו דכולו תנאי הוא, וקנסא שקנס א"ע בהלואה זו, וכ"כ מזה זה שנים כבירים בדיני שאלה ושכורה [לקמן סי' אות ח"]:

ז נבאר דעת רמב"ן במלחמות שהובא לעיל [אות א'] דכל כמה שיכול הלוה לנתק ולבטל זכותו דמלוה ע"י מכירה תו ל"ש בזה אפי' לאביי לומר למפרע הוא גובה, והאי דעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו, או דמיירי במלוה בשטר ושיעבד לו באגב מקרקעי, או דלענין חמץ שעבר עליו הפסח שהוא רק משום קנסא שעבר עליו בב"י הוא דאזלינן בתר דינא דאורייתא ומדאורייתא אפי' מטלטלין שמכר גובה מן הלוקח [כמ"ש הרשב"א סוף קידושין ד"ה כתבינן לעיל, וברשב"א ב"ק דף י"ד תוך ד"ה אין] ושפיר אית בהו משום דלמה"ג ולא עבר בב"י לדינא דאורייתא [וזהו כוונת המלחמות שם שכתב שאיפשר שגם במטלטלין אמרי' למפרע ה"ג]. ויש להבין לדעתו הגדולה דלאביי לעולם יכול לסלק

זכייתו דמלוה שבידו לסלקו בדמים. איברא כלל זה לא נשנה אלא היכא דבידו דאידך לבטלו לגמרי בלא כלום משא"כ הכא דאי איפשר לבטלו לגמרי, רק לבטלו מן הדבר שגבוי בידו ע"י סילוקי זוזי ומה לי הן ומה לי דמיהן, וכיון שאין בידו לבטלו לגמרי בלא כלום תו אלימא זכותו ויש בו משום למפרע לכ"ד. ולפ"ז מדוקדק לשון התוס' גיטין [דף מ':] סד"ה הקדש שכתבו דלהכי לא אמרינן באיצטלא דפרסוה אמיתנא למפה"ג כיון שמשתמשים באיצטלא לעשות בו כל חפצם ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלקי לה בזוזי, עכ"ל. ויש לעמוד דלמה להו להוסיף משום דמשתמשים באיצטלא, הלא גם בל"ז רק כיון דלא טרפה מלקוחות וכו' סגי, דתו לא שייך למה"ג שהרי אכתי בידם להפקיע זכייתה, וכל שיכול לבטל אע"ג דלא נתבטל על ידו מ"מ תו ל"ש לומר דלמה"ג וכמ"ש הרמב"ן כשלא שיעבד לו מטלטלין אגב מקרקעי. ולהנ"ל ניחא כיון דהא דלא טרפה מלקוחות הוא רק משום שסילקו לה בזוזי, ומש"ה הוצרכו רבותינו בעלי תוס' להוסיף כיון שמשתמשין וכו' כוונתם דבידם לכלותה לגמרי עד תומו:

ובזה יתיישב היטב מה ששמעתי להקשות בשם הפ"י ע"ד תוס' גיטין הנ"ל שכתבו דלאביי דס"ל למה"ג ליתא לדרבא דאמר דהקדש מפקיע מידי שיעבוד דעיקר טעמי' הוא משום כיון דחיילא קה"ג לשעתי' תו לא פקע דאין הקדש לחצאין וזהו דווקא לרבא דס"ל מכאן ולהבא הוה גובה אבל לאביי דס"ל למה"ג לא חייל ההקדש כלל גם לשעתו. ותמא הפ"י שם כיון דל"א למה"ג רק כשגבאו לבסוף, והשתא דההקדש והגבי' סתרי אהדדי מה"ת נימא שיגבה המלוה ויתבטל ההקדש, ושמא להיפוך שלא יגבה ויתקיים ההקדש כיון דחיילא שעה א' תו לא פקע, ומכח סברא זו חולק על דבריהם, ועמ"ש לקמן בדיני גזילה סי' פ"ד אות ג' על קושיא זו]. ולמ"ש דברי התוס' כראי מוצקים, דבע"כ צ"ל לאביי [וכן לדידן היכא דלא מצי לסלוקי בזוזי] דהקדישו דלוה ל"מ מידי להפקיע מידי שיעבודו, דאל"כ הא דאיתא להדיא פסחים [דף ל"א] לאביי דהקדישו דמלוה טרם שגבאו מהני, ומי לא עסקינן אפי' כשעשה שורו תם ראוי למזבח לאפותיקי ושיעבד לו מטלטלין אג"מ וכמ"ש הרמב"ן שם שגם בזה מהני הקדישו דמלוה לאביי והמש"ל כאן דכל היכא דברשותו דאידך לבטל זכייתו לגמרי בלא כלום שוב ל"מ מכירתו והקדישו, הגם דנסתיים לבסוף שלא ביטלו אידך וכדמוכח להדיא מסבתא וכמ"ש הרמב"ן שם בסוגיא דלמה"ג, והרי ביד הלוה להקדישו ולהפקיע שיעבודו, א"ו משום דלאביי אי איפשר להתבטל זכייתו דמלוה בלא כלום, ולהכי מהני הקדישו דמלוה או כשמכרו טרם שגבאו, ועוד שהרי לדעת ר"ת אפילו קדושת דמים מפקיע מידי שיעבוד] וזה נכון, אח"כ בא לידי ספר פ"י וראיתי שכתב שם קצת מזה:

ח עתה נבאר את אשר יעדנו [באות א'] שגם הרמב"ם דפוסק שהבעל יכול להקדיש ידי' לעושיהן בע"כ צ"ל דמודה בעיקר יסוד זה, וראיה מוכרחת לזה כמש"ל שהרי פוסק כרב אלפס דאחריך לאו כאומר מעכשיו וכטעמא דרבה, אלא דהתם טעמא איכא והוא דהרמב"ם ס"ל כדעת תוס' ב"ב (דף מ"ט:) בד"ה יכולה, דמש"ה יכולה לומר איני ניזונת ואיני עושה שאינה מפקעת לגמרי לקנינא דבעל שתקנו לו חז"ל, רק לפי שעה, שאח"כ יכולה לומר הנני ניזונת ועושה, נמצא דבאמירה זו לא סילקה לגמרי לקנינו דבעל, וה"ז דומה למקדיש דקל לפירותיו והובירו ולא עשה פירות דמפני זה לא נתבטל הקדישו שהקדיש הגוף לפירות בזמן שיעשה פירות. ואפ"ל דלזה כיון רבינו הגדול בלשונו הצח בפ"ו מה' ערכין הל' כ"ח] אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן, הואיל והן משועבדים לו הרי כל מעשה ידיה קדש, הא למה זה דומה לאומר אילן זה קדש שכל פירות שיעשה להבא קדש, וכן כל כיוצא בזה, עכ"ל. ודעת הר"ן דפליג ע"ז דאזיל לשיטתו דס"ל דלגמרי נעקר קנינו, ושוב א"י לחזור מזה [כמ"ש הר"ן כתובות בסוגיא דמקדיש מע"י אשתו]

ואפ"ל שגם אמוראי דש"ס פליגי בזה אם תוכל לחזור אם לא, ומשה"ט בר"פ הזורק מעיקרא ק"ל לרבא מיד אשה דקניא ליה לבעל והיכי מתגרשת, ואח"כ קשיא לרבינא אטו ידה גופא מי קניא ליה לבעלה, היינו משום דרבא ס"ל דנהי דיכולה לומר איני ניזונת וא"ע מ"מ לא נסתלק עי"ז קנינו דבעל לגמרי, ורבינא ס"ל דשוב א"י לחזור ועי"ז כבר תוכל לסלק קנינו לגמרי וכדעת הר"ן, וע' תוס' שם בד"ה ידה, וזה איפשר לכוון בדברי תוס' ב"ב [דף מ"ט:] הנ"ל בתירוצם השני וז"ל א"נ שאני פירות משום דידו כידה שהוא זוכה בגוף הקרקע אבל מעשה ידיה היאך יזכה בהן שאינן בעין דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידים, עכ"ל. דיש להבין שהרי בפרק אע"פ דף נ"ט] איתא להדיא דיש לו זכיה בגוף הידים, אלא משום דבתירוץ הראשון פש"ל כדברי רבא דתוכל לחזור ולומר הנני ניזונת ועושה, ולדידיה יש לו זכיה בגוף הידים וכדעת הרמב"ם הנ"ל, ואח"כ לאלומי מילתא בכל הצדדים כתבו דאף את"ל כדעת הר"ן דא"י לחזור לעולם, וא"כ אזדא ליה לתירוץ קמא במה שחילקו שם מפירות, מ"מ כיון שכן שוב לא יעלה ע"ד לדמותו לפירות דהתם קניא ליה גופא ופירות, אבל בידים לא קניא לבעל כלל לסברא זו כיון שבידה לסלק קנינו לגמרי, [וגם שני התירוצים בגיטין, יש לכלכל דתליא בזה אם תוכל לחזור אם לאו ועי"ש], וכל היכא דמצית לסלק לקנינו דבעל לגמרי אע"ג דלא סילקה, אזי פשיטא דידים גופא לא קניא ליה לבעל כקו' רבינא לרב אשי בר"פ הזורק הנ"ל, ומעתה דעת לנבון נקל שגם תמיהת הר"ן מדברי ר"ל גופא דנקט דמתוך שיכול לכופה וכו' נשמע ממילא דלדידן ל"מ אפי' כשאמר בפירוש יקדשו ידיך לעושיהן, ודלא כרמב"ם,

תוכל להתמצע באופן זה דרמב"ם ס"ל דנהי דר"ל נכנס בזה רק באחת משתי קצוות דבאם תוכל להפקיע שוב לא תוכל לחזור בהם, או שלא להפקיע כלל, והכריע מדעתו דלא תוכל להפקיע זכותו דבעל כלל, אבל אנן פסקינן כבתראי וכרבא בר"פ הזורק דגם בגט אשה הוא משום דגיטה וידה באין כאחד דעיקר הדבר הוא דאע"ג דרבא עצמו ס"ל דיכולה לומר א"נ וא"ע, משום דס"ל בזה בדרך מיצוע דנהי דתוכל להפקיע לשעתה אבל לא לעולם, ומשום זה לא נתבטל קנין הגוף דבעל בגוף הידים, ולהכי כשנסתיים הדבר שלא ביטלה, הקדישו הקדש, וא"ל דאכתי רבינא ור"א לא סברי כוותיה דס"ד דמעיקרא, אלא דרבא מיד דעבד קא קשיא ליה, כן הדברים דהר"ן ס"ל כך בפירושא דרבינא ור"א, ומש"ה ס"ל דשוב לא תוכל לחזור בו. איברא לדעת הרמב"ם ותוס' הכי שייטי קו' רבינא ותירוצא דר"א, והוא דרבא חידש מילתא חדתא דבע"כ צ"ל דגיטה וידה באין כאחד, דאל"כ היאך תתגרש, וצריכין לנחותי ולחלק עוד מכללא אחריתא דכל שאינו בזה אחר זה אפי' בב"א אינו [ועיין בתוס' גיטין דף מ"ב סד"ה הא] דמנ"ל כזאת הלא מוטב לומר שתוכל להפקיע לעולם בכדי שלא נצטרך להמציא סברא חדשה כזאת, ומתרץ ליה דגם אם נכנוס בפרצה זו, אכתי קשיא לן יד דעבד, הרי דבע"כ צריכין לבא לכלל זה ולהמציא משום דשניהם באין כאחד, ולהכי גם באשה נשאר הדבר כסברא החיצונה דלא תוכל לבטל תק"ח אלא לשעתיה כמ"ש תוס' ב"ב הנ"ל, והא דמגורשת הוא ג"כ משום דגיטה וידה באין כאחד, ובזה מיושב על נכון דלא מצרכינן לומר דנתחלף לרבא יד דעבד ביד דאשה, אלא דגם למסקנא קאי על יד דאשה:

ט איברא לאחר שנוסד ליסוד מוסד ומוכרח מגמרא ומרבותינו הראשונים דכל היכא שיכול אידך להפקיע זכותו של חבירו שוב בלתי איפשרי לומר שהוא של חבירו למפרע למוכרו ולהקדישו הגם שנסתיים הדבר ברשותו ולא נגרע בנתיים שמץ מנהו. אכתי צריכין לבאר דעת רבותינו הקדושים בטלי התוס' ב"ק [דף ל"ג:] בד"ה א"ב, וז"ל דלר"ע קדוש אע"ג דאי מודה מיפטר דקנס הוא מ"מ השתא מיהת לא הודה, עכ"ל. דנראה דקושייתם קאי לסבי דבי רב במודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אפי' כשאינו מחייב א"ע בקרן [או משום דפנ"ז חשיב כמחייב א"ע כנ"ל אות א' בהג"ה] ואכתי מה הועילו בזה דהשתא מיהת לא הודה, דכל היכא דיכול להפקיע שוב לא נוכל לומר שהוא של הניזק למפרע, ובפרט להקדישו ולמוכרו, דאפי' לדעת הרז"ה מובא לעיל באות ב'] לא מהני מידי, וכדמוכח מסבתא מהוכחה דרבה. איברא נראה דדעת בעה"ת בזה דאכתי לא מוכרח משו"ס רק היכא דבידו דאידך להפקיע, אבל היכא דאינו בידו נהי דאיפשר שיסתיים הדבר שיופקע זכותו לא שמעינן משו"ס שגם עי"ז תופר זכותו דאידך, והשתא

כיון דמודה בקנס לא מיפטר רק בפני ב"ד מומחים ובמקום ישיבת ב"ד כמבואר לקמן [דף ע"ד ריש ע"א] ובפירש"י שם, וגם בפני בעל דינו כדאיתא שם [דף ק"ח:] גבי תבעו שומר, ובתוס' שם. ומעתה הכי יעלה ע"ד כשיבא המזיק בפני ב"ד להודות שיכופו את הניזק שיבא לפניהם בכדי שיודה ויפטר, שהרי הניזק ישיב כיון שהוא אינו תובע ממני, יתאפק עוד עד שאתבענו, ועיין בש"ך [סי' י"א ס"ק א'] כשתובע את חבירו צריך לגלות לו עיקר תביעתו, ומסתמא יתעכב הניזק לבא עד שיהיו העדים אתו, ואז לא תועיל הודאתו כלום, דדווקא כשממשמשין לבא הוא דפליגי ר' אלעזר בר' שמעון ורבנן [ב"ק דף ע"ה] ולא כשכבר באו כמובן:

איברא לדעת הראב"ד שכתבנו לעיל [באות א'] שהוכיח משום קו' זו דשאני פנ"ז משאר קנסות, לא נפלאה היא דס"ל בזה כדעת הרז"ה ורמב"ן שם גבי סבתא דאפי' כשאינו בידו לגמרי רק שאיפשר שתתבטל ע"י מקרה המתחדש ג"כ א"א שיהיה לו זכות למפרע למוכרו ולהקדישו, שהרי הרז"ה הקשה שם על פירושו דהלכות בדברי רבה דמוכיח דאחריך לאו כאומר מעכשיו ממכירתו דסבתא, דכיון דאיפשר שיתבטל לגמרי זכייתו דשני שוב א"א לומר גם כשלא נתבטל דזכה מעכשיו והקשה שהרי בכותב לבנו מהיום ולאח"מ דזכה בו מעכשיו אע"ג דאיפשר שתתבטל, שהרי כשמכרו הבן בחיי אביו ומת הבן בחיי האב לא קנה הלוקח לר"י ואפ"ה כשלא מכרו זכה בו מעכשיו, והשיב הרמב"ן דהתם הרי לא נתבטל זכיית הבן רק הלוקח הוא דלא קנה, וחוזר ליורשי הבן, הרי מתרווייהו נשמע דפש"ל דכל דאיפשר שתתבטל לגמרי תו לא מפלגינן בין בידו או ע"י מקרה, וזהו דעת הראב"ד ג"כ, והשתא ראייתו נשגבה דמוכח מקרא גופא דכתיב בפנ"ז ומכרו את השור וכו' דניזק יכול למוכרו ולהקדישו קודם שעמד בדין דזכה למפרע אפי' לנתק זכייתו לאחרים, ש"מ דשאני פנ"ז משאר קנסי שאין הודאתו פוטרו לגמרי אלא דלא כפינן ליה, אבל כשתפס הניזק אפי' בעדים מהני עפ"י הודאת המזיק לחוד דאל"כ אכתי איפשר שתתבטל, דנהי דלאו בידו לגמרי וכמש"ל, אבל מידי איפשר לא יצא, ותוס' מחלקים בזה דדווקא כשהוא בידו לגמרי דומיא דסבתא, מה שאין כן הכא גבי קנס:

י לכאורה היה נראה ליישב דברי תוס' פ' המניח הנ"ל [באות שלפני זה] עפ"י דברי קצה"ח [סי' ש"ן ס"ק ב'] שהמציא דבר חדש ומתקבל דבכל קנסות דמיפטר ע"י הודאתו אפי' כשמביא עדים אח"כ דהיינו לסבי דבי רב בכל מקום, ולדידן כשמחייב את עצמו בקרן זהו כשמעידים בפני הב"ד שהודה בפניהם קודם שבאו העדים, אבל בפני ב"ד אחר נתחייב ע"י עדים, דמידי הוא טעמא אלא משום דגבי קנס לא נוכל לחייבו ע"פ עצמו,

והשתא ע"פ עדים הוא דמחייבי לי' אע"ג דניזק מודה שכבר הודה בפני ב"ד אחר. ומביא ראיה מוכרחת לזה מעדים זוממין יעו"ש. ולפ"ז תו לא הוי בידו לבטל זכייתו אלא לעולם ביד הניזק לקיים זכייתו שהרי בידו לתובעו בב"ד אחר, [ויביא מיד את העדים ואז לא יועיל הודאתו, דע"כ לא פליגי ר' אלעזר בר"ש ורבנן רק כשממשמשין לבא ולא כשכבר באו כמש"ל באות הקדום], ולפ"ז אזדא ליה הוכחת הראב"ד שכתבנו [באות א']:

איברא לקושטא ליתא, דנהי דדברי קצה"ח נכונים בעיקר הדברים והוא היכא דנסתיים מילתא הכי שהלך עמו לב"ד אחר והביא עדיו, איברא מסתברא מילתא דאינו יכול לכופו על כך דכיון דאית ליה פסידא הנראה בעליל פשיטא דיכול המתחייב לומר לא אדון עוד אלא אצל הראשונים שכבר הודיתי בפניהם, ואיך תוכל לחייבני לדון בפני אחרים בדבר שכבר נפטרתי ע"פ דת תוה"ק. ונהי דלדעת הרמב"ם מובא [בש"ע סי' י"ד] גם הניזק יכול לומר לב"ד הגדול אזלינא אע"ג דל"ש ביה דעבד לוה כו' זהו בתחלה אבל לא כשכבר הודה בפני ב"ד ובפניו, ותדע דאלת"ה איך נכלכל כמה סוגיות, חדא בפרק שבועת העדות [דף ל"ג] דמיבעי' לן במשביע עדי קנס מפני שהיה יכול להודות דאכתי יכול להביאם לב"ד אחר, וכן במכות דף ה'] אכתי גברא לא נתחייב עי"ש בפי' רש"י שהוא מפני שיכול להודות, וכן ב"ק (דף ע"ד] גבי ר"ג שכבר אין לך עדים דמוכחינן שם מזה דמודה בקנס ואח"כ באו עדים דחייב, ואם איתא לא מוכח מידי דילמא מפני שיכול לתובעו בב"ד אחר, אלא פשיטא דאינו יכול לכופו עפ"י דין, והדר הוי ליה כשיחרר עבדו מדעתו, ואכתי אינה ראיה מוכרחת מש"ס ב"ק דגם בל"ז אפ"ל משום דעבד שאני דפשיטא דאינו יכול לומר לרבו לב"ד הגדול אזלינא אפי' לדעת רמב"ם הנ"ל, [אח"כ הראיתי שבספר נה"מ דחה דברי הקצה"ח מסוגיא דב"ק הנ"ל, ולפענ"ד נראה כמ"ש]:

יא יש להתעורר בדברי ר"ן קידושין [על סוגיית הש"ס שבדף כ"ו] דבמקום שכותבין את השטר לא קנה עד שיכתוב את השטר, דיצא לדון ולחלק דדווקא בשטרי קנין הוא דלא קנה אלא מזמן דמטא שטרא שטר הקנאה לידיה דכיון שיש בו קנין וראיה לא ניחא ליה ללוקח בקנין כסף שאין בו ראיה, אבל במקום שכותבין רק שטר ראיה נהי דלא סמכא דעתיה דלוקח זולת מהראיה שבו, אבל כדמטא לידיה לבסוף אזי קנה למפרע משעה שנתן הכסף לידו. לכאורה נראה שזהו במשקל אחד כמו בק"ס ועבז"ל, וכן כיון לזה שארי הגאבד"ק קאליש מוהר"מ נ"י בהביטו מה שכתבנו לעיל, ואמר כן דלמה שכתבנו גבי ק"ס ניחא. איברא למ"ש הר"ן שם בהא דאמרינן בש"ס ב"ב (דף נ"ד:] כל המחזיק בהם זכה בהם מאי טעמא מכי מטא זוזי לידו איסתלק ליה וכו' דזה דווקא בשטר קנין מיירי אבל בשטרי ראיה אזי גם לאחר שזכה בו אחר ונסתלק המוכר לגמרי יכול לכתוב

שטר ראיה לראשון ויקנה למפרע ע"ש. וקשיא מ"ש מעבז"ל דלא מהני מטא לידו לבסוף לאחר שנסתלק הנותן כמש"ל לדעת הרי"ף, וא"ל דשאני התם דכל כמה דלא מטא לידו הרי מחוסר עדיין דבר שיש בו קנין וראיה, ודמי לשטר הקנאה, דז"א שהרי כל כמה שלא נסתלק הנותן ממנו אזי כשמטא לידו לבסוף קנה למפרע, מזה נשמע דסוג זה דמטא לידו לשטרי ראיה הוא דמי לכן נראה דדווקא גבי עבז"ל שהוא משום תק"ח לחוד כמ"ש תוס' ב"מ [דף כ'] בד"ה שובר, וס"ל להרי"ף דמסתמא כל כמה דאיפשר להשוות תק"ח ולומר דבחדא טכסיסא תקנו משווינן להו, ולכן אמרינן גם עבז"ל שהוא במשקל אחד כמו בעל בנ"מ וכמש"ל, ונקטינן להשוות המשורה שרק משעה שמתה הוא דזכה הבעל למפרע, לכן גם גבי עבז"ל תיקנו חכמינו ז"ל במשורה זו דמעידן דמטא לידו הוא דקנה למפרע. איברא במקום שכותבין שטר ראיה דכל עיקרו הוא מצד אומדנא דמוכח דלוקח לא סמכא דעתיה בלא שטרא, ולוקח מסתמא ניחא ליה דליקום מילתא דשטרא בגדר תנאי ולא בגדר שיורא בכדי שיקום דבר ביכלתו להקנות לאחרים בנתיים ג"כ ע"ת זה, וכיון שכן גם כשנסתלק הנותן מזה יש ביכלתו לקיים תנאו כל אימת דבעי, הגם דכתבנו לעיל [באות ג'] דמסתמא לא תלינן בתנאי, וכן מוכח מדברי רשב"ם ב"ב [דף קל"ו] בסוף ד"ה ואינה מתייבמת יעו"ש, דכל כמה דאיפשר לתלות מילתא בשיורא לא תלינן בתנאי, זהו בלישנא קטיעא דמוכר או הנותן, [הגם שכל הנותן בעין יפה הוא נותן, זהו בעיקר המתנה ודתליא ביה כמו גבי בור ודות, אבל לא ליפות כחו עוד בכדי שיהיה ביכלתו גם ליתנו לאחרים בנתיים שלא עלה על דעתו אז], אבל גבי מקום שכותבין את השטר שלא נשמע שמץ דבר מנהו רק משום אומדנא דלוקח לחוד, לכן קיימינן הדבר באופן דניחא ליה בכל הצדדים, ובלבד שלא לגרוע יד דמוכר מידו כמובן, עיין ביצה [דף כ'], אבל אי אמר לנסוב והבו ליה אי נסיב שקיל יעוי"ש, הרי דתלינן מסתמא בתנאי, התם במתנת שכ"מ דל"ש שיורא, ואפי' בבריא בכה"ג כיון דליכא דבר מסוים ולא שיעבוד הגוף ל"ש שיורא כלל כמובן, והא דאמרינן גבי גט דאמר כולכם דפסקינן שנים משום עדים וכולם משום תנאי, דהתם כיון דכולם צריכין לחתום קודם הנתינה כמו שפירש רש"י גיטין [דף י"ח:] [ועיין בש"ע אהע"ז סי' ק"ך סעיף ט'] ואז לא שייך משום שיור, ולהכי אמרינן כיון דתורה האמינה לשני עדים, למה נתחכם כנגד הדת ולהכי תלינן בי' רק משום תנאי:

יב ועתה נציבה ציונים לעין הקורא הכללים בקצרה למש"ל ולהוסיף ביאור באיזה מקומות בקצרה בכדי שלא יוקשה למעיין:

א]

בדבר הנעשה מעכשיו ונתלה ע"י שיור בדבר שיתיליד ויתהווה אח"כ ונגמר הדבר כן, אזי אם היה ביד אידך לבטל הדבר בנתיים לגמרי שוב לא מהני מכירתו והקדישו, דזוכה לכ"ע, כמש"ל [באות א' ז'] בראיות ברורות:

ב]

אבל הזוכה עצמו, אזי לדעת הפוסקים, הרי"ף, והרמב"ם, הרשב"ם, ורמב"ן, ג"כ אינו זוכה למפרע, שהרי לפירושם זהו הוכחתו דרבה דאחריך לאו כאומר מעכשיו אבל לדעת רז"ה איפשר שיזכה למפרע, דזכיית עצמו אינו מקושר בביטול דחבירו, אבל כשמכרו או הקדישו הזוכה בנתיים, גם לדעת הרז"ה ל"מ כמש"ל [באות ב']:

ג]

בכל זה אין חילוק בין כשהוא ביד אידך לבטלו או לא דכל דאיפשר שתתבטל ל"ש בין בידו או ע"י מקרה כמש"ל [באות י'] מדברי רז"ה ורמב"ן. איברא לדעת תוס' בפרק המניח נראה דדווקא בדבר שבידו כמ"ש שם:

ד]

וכ"ז בסתמא דאמרינן מעכשיו מתחיל הדבר ויוגמר בהתלות הדבר שאח"כ, הוא דתליא בביטולו דמזכה, אבל בדברים דמצינו שתיקנו חכמים שיזכה רק כשיולד הדבר אח"כ למפרע אזי לכ"ע הוא בעצמו זכה למפרע אבל מכירתו והקדישו בנתיים ל"מ מידי, ושוב בסוג זה לא מחלקינן דבין כשיכול אידך לבטל בנתיים או אפי' שאינו יכול לבטל דינא הכי, שהרי בנכסי מלוג שאינה יכולה לבטל זכותו דבעל כשתמות ואפ"ה לא מהני מכירתו דבעל אע"ג דהוא בעצמו זכה למפרע כמש"ל [באות ה'], וכן אפי' היכא שיכול אידך לבטל זכותו לגמרי מ"מ כל שלא נתבטל זכה הזוכה לעצמו למפרע כגון גבי עבז"ל וכן גבי ק"ס, מזה נשמע דגבי עבז"ל, וכן גבי ק"ס, אם מכרו או נתנו הזוכה בנתיים, אזי לכ"ע לא מהני מידי, [זולת לדעת תוס' גבי עבז"ל שהוא לשיטתם משום גדר תנאי]. והא דלא אמרינן גם גבי אחריך אליבא דרב הונא דס"ל כאומר מעכשיו דהוא ג"כ על אופן זה, והוא כשימות הראשון יזכה השני מעכשיו, וכמו גבי נ"מ וק"ס ועבז"ל, והשתא נפל בבירא טעמיה דרבה, לדעת הרי"ף, ורמב"ם, ורשב"ם, שהוכיחו ממה דזביניה זבינא דלאו כאומר מעכשיו, שהרי גבי ק"ס ועזב"ל דיכול אידך לבטל לגמרי ואפ"ה זכה לעצמו, ולגבי ראוי דבעל הלא די במה שזכתה לעצמה בחייה כמש"ל [בסוף אות א'] דדווקא גבי בכור בעינן שיהיה ראוי לתת לאחרים. איברא לקושטא ל"ק מידי דבל"ז צ"ל מ"ט דר"ה דתלינן במעכשיו, הלא בעלמא לא תלינן במעכשיו רק כשאמר בפירוש, ועיין ר"ן שבועות פרק שבועת שתים דף כ"ח] גבי לא אוכל ככר זו אם אוכל זו, וכמה נתווכח

בזה, דהתם איכא אומדנא דמוכח דדעתו למעכשיו דאל"כ הרי איפשר שיאכל שניהם, האיסור מתחלה ואח"כ התנאי יעוי"ש. אלא ודאי טעמא דרב הונא כיון דכל הנותן בעין יפה הוא נותן, והשתא כיון דנתן לשניהם כאחד כל דאיפשר להשוותם משווינן להו, וכשם שנתן להראשון קנין הפירות מעכשיו, כן נתן להשני קנין הגוף מעכשיו רק דתליא במיתת הראשון כיון שאמר בפירוש אחריך לפלוני, אבל במאי שלא אמר בפירוש משוינן זכותו להראשון בכל האיפשרי, ולא לגרוע כחו עוד ולומר שלאחר מותו דראשון הוא דזוכה למפרע, והגם דלענין מכירה ליכא נפקותא בזה דבין כך ובין כך לא מהני מכירתו דשני, כיון שביד הראשון להפקיע לגמרי לרשב"ג דפסקינן כוותיה, דמ"מ הורע כחו בזה לענין אם מת שני בחיי הראשון, דמסתברא דלמ"ד דהוי כמעכשיו דינתנו ליורשיו כשהוא האחרון, [ועיין בש"ע ח"מ סי' רמ"ח סעיף ז'], ובריייתא דלקמן (דף קל"ו סוף ע"ב] דפליגי אם ליורשיה או ליורשי ראשון זהו בדאיכא שלישי דאז לגבי השני אפי' לר"ה לאו כמעכשיו, כמובן ועיקר סברא זו מצאתי אח"כ בש"מ ב"ב הנדפסים מחדש בשם הר"ן ונהניתי שכיוונתי לדעתו הגדולה]:

ה]

אולם כ"ז הוא בדבר שהוא משום שיור אבל בדבר שהוא משום תנאי לא תליא מידי בביטולו של אידך, אלא כל אימת דנתקיים התנאי זכה למפרע, וגם אם מכרו או נתנו הקונה בנתיים כל שנתקיים התנאי אח"כ זכו למפרע כמש"ל [באות ג'], רק בסתמא לא תלינן בתנאי רק היכא דמוכחא מילתא מדעת הנותן או בדבר שתיקנו חכמים כגון גבי עבז"ל דלדעתם מוכח מגמרא שתיקנו משום גדר תנאי וכמש"ל [בסוף אות ה'], אבל גבי ק"ס דל"מ להדיא מסתמא משווינן ליה כמו לבעל בנ"מ, ונפקא מינה דגבי ק"ס דאם הקדישו הזוכה בנתיים דלא מהני לכ"ע כ"ז שעסוקין באותו ענין:

עוד צריכין לבאר דמאי דכתבינן לעיל [באות ד'] בתירוץ השני מפרק האומר, שהוא רק לדעת הרז"ה דס"ל דאחריך כאומר מעכשיו אע"פ שיכול לבטלו לגמרי, דנהי דאיהו זכה לעצמו אבל מ"מ אינו יכול לנתקו לאחרים בנתיים כל כמה דאיפשר דתתבטל, אבל לדעת הרי"ף, ורמב"ם, ורמב"ן, צריכין לומר רק כתירוץ הראשון שם:

סימן מד

עוד בענינים האלו

בסוגיא דפנ"ז קנסא [עיין ב"ק דף ט"ו בתוס' ובאשר"י שם ובש"ע סימן א']

א יש להבין לדעת ר"ת שם דבעינן שיתפוס המזיק עצמו בשעת ההיזק דווקא, דמה בכך אם תפס אח"כ, ועיין בבית יוסף ובפרישה סי' א'] בשם הגהות מיימוני שמביא ראיה לזה

מהא דאיתא בכתובות (דף פ"ד) והוא שצבורין ומונחים ברשות הרבים, ומהאי טעמא בעינן שיתפוס מיד בשעת היזקו שהיה ברשות הרבים אבל לא מרשות המזיק. וקשה ע"ז דיש לחלק דשם איירי ביתמי דלא מטי לידייהו מעולם, ולהכי כשמונחים ברה"ר לא זכו בהם משום שיעבודו דאידך משא"כ הכא. ולפענ"ד נראה ע"פ דברי תוס' מובא לעיל [בסימן הקדום אות א'] דבקנס לא חייביה רחמנא עד שעת העמדה בדין, רק בפלגא נזקא הוא דגלי קרא דזכה למפרע כשעמד בדין אח"כ זכה משעה שהזיק, ומש"ה כשהקדישו הניזק בנתיים מהני. ומעתה בע"כ צ"ל שגם עתה דליכא מומחין ותיקנו דתפיסה מהני, שתיקנו ג"כ כעין דאורייתא שיזכה למפרע משעה שהזיק, דבלא"ה אין מקום לתפיסה זו דכיון דלא חייביה רחמנא עד שעת העמדה בדין ולא נשתעבדו נכסי כלל כל זמן שלא נתחייב ע"פ ב"ד, אלא משום דהכי תיקנו רבנן שיזכה למפרע כשיתפוס אח"כ, ותדע שכן הוא, שהרי פסקינן בש"ע סי' ת"ז סעיף א'] שאם מכרו הניזק קודם שתפס דקנה הלוקח, עי"ש בסמ"ע ס"ק ב'] דאם תפסו אח"כ קנה למפרע, וזה מבואר דכל תקנת חכמים בענין ממון הוא מצד הפקר ב"ד, כדאיתא בש"ס יבמות (דף פ"ט:] גבי ירושת הבעל, ועיין בזי"ר חלק ראשון [דף כ"ד אות ט' וי'] דכל מידי דתיקנו רבנן שהוא מצד חיליה דהפב"ד, מ"מ שקלינן הדבר ההוא וחזינן שבאם עשאו הבע"ד בעצמו על צד אופן זה היה מועיל, אזי יש כח ביד חכמים שיועיל הדבר באופן זה ג"כ אפי' שלא מדעת הבע"ד, אבל במקום שלא מועיל אפי' מדעת הבע"ד עצמו, מסתבר דלא עדיפי כח ויד חכמים בממונו של חבירו, מן הבעל ממון עצמו. וראיה ברורה לזה מסנהדרין [דף ה'] האי מאן דבעי למידן דינא כו' וליפטר, לשקול רשותא מבי ריש גלותא, ומבואר שם ברש"י שהוא מצד הפב"ד, ועיין ש"ך סי' כ"ה ס"ק ה' אות א' ובס"ק כ"ב] דפשיטא ליה דנטילת רשות לא עדיף בשום צד מקבלוהו, ועיין כתובות [דף פ"ב] דבמשוך וכו' ולא תקנו אלא לאחר שלשים יום דבמעכשיו קנה, ומבואר בתוס' שם [דף פ"ו:] בד"ה האומר וכו' דדווקא בעומדת באגם, וכן מבואר בש"ע [ס"ס קצ"ז] ובסמ"ע, ובקצה"ח [ס"ק ג'] הביא דברי ש"מ ב"מ דבעינן עומדת באגם בכל שלשים יום, דאם חזר לרשות מוכר או לרה"ר נתבטל הקנין לגמרי דכל מידי דמתחיל השתא ולא נגמר אלא לבסוף בעינן שיהיה במקום הראוי לקנין מתחלה ועד סוף, והיינו טעמיה דר"ת כיון דתפיסה דהשתא בזמן דליכא מומחין, בע"כ צ"ל שהוא משום דהכי תיקנו שישתעבד למפרע משעת ההיזק, ומש"ה בעינן דלא תיהדר למריה בנתיים, דתקנתא דחכמים לא עדיף מאלו הקנהו הבעלים עצמן על אופן זה, דבעינן דלא תיהדר למאריה מתחילה ועד סוף, ולפ"ז בע"כ צ"ל דלאו דוקא בפלגא נזקא אלא בכל מידי דקנסא דתיקנו חכמים דהשתא דליכא מומחין דליהני מיהת תפיסתו,

וזה בלתי איפשרי, כיון דאין לו שום יד וזכות ושום שיעבוד מדינא דאורייתא כל זמן שלא עמד בדין, אלא בע"כ צ"ל, דהא גופה תיקנו שבאם יתפוס נשתעבד הדבר ההוא למפרע, ותיקנו זה בכל קנסות כעין דאורייתא בפנ"ז, וכיון דאיתא כוותיה בדאורייתא, יש כח ביד חכמים לתקן כן בכל דבר, וכל זה משום חילא שניתן להם מן התורה מחמת הפב"ד, ומשה"ט הוא דוקא כשתפס מיד טרם שהגיע לרשות בעלים ועי' בהשמטות] דלא עדיפא חילי' דהפקר ב"ד מן בעל הממון גופיה, דהיכא דמקנה דבר לחבירו מעכשיו ולאחר ל' יום, והתנה בפירוש שאפי' אם תבוא לרשות המקנה בתוך כך דמ"מ לא ליבטיל קנינו דאידך דפשיטא דלא קנה, כיון דמדינא בטל קנינו, לא נותר לו רק דיבורא לבד, איברא במידי דאורייתא דרחמנא גופא הקנה לו כגון בפנ"ז ובזמן דאיכא מומחין אי איפשר שתבטל קנינו דאורייתא אפי' כשהיתה ברשות המזיק בנתיים והקדישו הניזק אז טרם שעמד בדין הקדישו הקדש, וזה כעין דאיתא בתמורה [ד' כ"ה] דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ועיין, נשמע מזה דכל קנינים שהתורה הקנהו א"א שתבטל ע"י מעשה אנוש ותחבולותיו, וז"נ וברור ושאר פוסקים החולקים על ר"ת בזה משום דסברי כדעת הר"ן [ור"י בתוס' יבמות (צ"ג.) סד"ה קנוי], וש"ך [בסי' קצ"ז] דאגם לאו דוקא דבמעכשיו ולאחר ל' יום קנה אפי' בעומדת בנתיים ברשות מוכר ע"ש, [ומטעם זה הוא דס"ל לר"ת דדוקא כשתפס דבר המזיק עצמו, דכיון דכל תקפו דתפיסה בדליכא מומחים הוא רק מטעם דזוכה בדבר למפרע כשיתברר הדבר אח"כ אפי' לפני הדיוטות, וכעין דמצינן בדאורייתא גבי פנ"ז וכמ"ש, והתם גופא הוא רק בדבר המזיק עצמו]:

ב עתה נבאר דברי הראב"ד ז"ל המובא בנימוקי יוסף בפ' מרובה על סוגיית הש"ס בדף ע"ה] וז"ל, כתב הרא"ה ז"ל וז"ל כתב הראב"ד ז"ל בנוסח כתובות שבזמן הזה שאין דנין דיני קנסות וקי"ל דאפ"ה אי תפס לא מפקינן מיני' אם קדם הלה והודה [אע"פ שבאו עדים אח"כ] הרי הוא פטור אפי' בדברים שפטר עצמו בכלום לפי שכשם שאין דנין דיני קנסות בזמן הזה כך אין מקבלים עדים, והרי זה כמי שאין שם עדים, ורבינו אומר שאינו נראה, שכשם שהוא אומר שאין מקבלים עדים בזמן הזה, כך הודאתו אינה כלום, דבעי הודאה בב"ד כדאמרינן לעיל לגבי ר' גמליאל דשלא בב"ד הודה, ובעי נמי ב"ד היכולין לדון דיני קנסות וכו' עכ"ל, ונראה בעליל שהן המה דברי הראב"ד שהובא בראש פ"ק דב"ק [סי' כ'], וע"כ תמוה בעיני מה שנדפס בשם הגאון החסיד מו"ה או"ז ק"ל, לתמוה על דברי הראב"ד דהא בפלגא נזקא לא מחייב עצמו קרן, וכן תמה שם בפילפלא חריפתא ע"ש, דהא מבואר להדיא בדברי הראב"ד דגם בדברים שפטר עצמו בכלום נמי דינא הכי, והדבר מוכרח דראב"ד לא קמיירי בפנ"ז רק בשאר קנסות, דלדעתו בפנ"ז אין

הודאתו פוטרתו, ואדרבה אנן מחייבינן ליה אפי' בזמן מומחין רק דלא כייפינן ליה, ונראה לפענ"ד ליישב דברי קדשו של הראב"ד דכיון דכל עיקרו של תפיסה זו שתיקנו גבי קנס לית ביה מששא בעצמותו דכל שלא עמד בדין לית ליה שום גררא דממונא על חבריה ולא על כסיו רק משום דתקנו חכמים דיזכה למפרע כשיתברר אח"כ לפני ב"ד, וכעין דמצינו גבי פנ"ז דגילה רחמנא דזכה למפרע וכמ"ש לעיל [באות שלפני זה], ודומה למקנה לחבירו מעכשיו ולאחר ל' יום, וכשם דהתם בעינן שלא יתגלגל שום דבר חוצץ בנתיים אז זכה למפרע, ו הכי כשהודה בנתיים כבר נתבטל ונהרס כל זכותו של התופס במה דתפס, כיון דכל עיקר זכותו במאי דתפס הוא משום שיזכה למפרע, וכיון שע"י הודאתו נגרר פטור בשעתו, וע"י זה שוב אי איפשר לדון ולומר שיזכה למפרע, וממילא נתבטל זכותו במה דתפס, כיון דלית ליה שיעבוד נכסי של כלום גבי קנס עד שעת העמדה בדין, וכיון דנתבטלה תפיסתו שוב אי איפשר לקבל עדים כיון דליכא מומחין, שהרי לא תיקנו חכמינו ז"ל רק היכא דתפס אזי גם הדיוטות יכולין לקבל עדותן, איברא כל זה היכא דלא הודה בנתיים דאז זוכה בה למפרע, ומשה"ט הוא כל תקפו דתפיסה גבי קנסא, אבל כשהודה בנתיים כבר נהרס כל תקפו דתפיסה, שוב אי איפשר לקבל עדותן, ועיין היטב כי נכון הוא בעזה"י, וצ"ל דכל דברי הראב"ד סובבים בשאר קנסות כגון בטביחה ומכירה, ושן ועין דעבד, דלית בהו קרן ואפ"ה פטרתם הודאתו, (וס"ל דלא דמי למודה בחוץ לב"ד בזמן מומחין, דשאני התם כיון דאינם יכולין לחייבו במקום ההוא כך לא נפטר ע"י הודאתו בקוטב ההוא, אבל האידנא כשתפס כשם שבכח הב"ד שיתברר לפניהם כל חיובו ע"י קבלת העדות ה"ה נמי שע"י הודאתו לפניהם נפטר מחיובו] אבל בפנ"ז לא קמיירי דלדעתו אפי' בלא עדים כלל מהני תפיסתו כמו שביארנו לעיל [בסי' הקדום] מילתא בטעמא:

ג איברא צריכין לבאר כיון דכל חיליה דמרן הראב"ד בפנ"ז דלא מהני הודאתו לפוטרו לגמרי הוא מפני דגלי קרא דזכה למפרע, ואם הקדישו הניזק או שמכרו טרם שנגמר קנינו מהני, ומזה הכריח דהודאתו לא מהני לפוטרו לגמרי ואדרבה אמרינן ליה חייב אתה מן הדין, רק דלא כפינן ליה משום דאי איפשר לאחוז החבל בתרי ראשין דכיון שהוא של הניזק למפרע, אזי בלתי איפשרי שיהיה שוב של המזיק, וכמ"ש לעיל [בסי' הקדום] בראיות ברורות, ולפום קוטב זה גם השתא דליכא מומחין דכיון דמהני תפיסת הניזק גם גבי שאר קנסות, ולמ"ש [בסי' זה אות א"ב] דאין מקום לתפיסה זו כיון שאין לו דררא דממונא ולא שיעבוד נכסי על חבירו, רק משום דתיקנו חכמינו ז"ל שיזכה למפרע דאיתא דכוותי' בדאורייתא בפנ"ז גם בלא תפיסה, כן תיקנו בסוג זה בכל קנסות

כשתפס, וכיון שכן היאך כתב הראב"ד ז"ל דהודאתו פוטרו לגמרי, דא"כ גם כשלא הודה בנתיים תו אי איפשר שיזכה למפרע. איברא לקושטא ניחא דכלל זה לא מצינו אלא כשזוכה למפרע לגמרי כמו בשור המזיק וגבי אחריך, וכן בבע"ח לאביי דאית ליה למפרע הוא גובה, וכמש"ל בשם הרמב"ן. אבל גבי שאר קנסות כמו בגניבה וטביחה ומכירה ואונס ומפתה, שגם לאחר העמדה בדין לא זכה אלא לשיעבודא בעלמא, וכן גבי שן ועין שגם לאחר העמדה בדין לא זכה בעצמו אלא למעשה ידיו, אבל קנין הגוף עודנו בתקפו אצל רבו לדידן דפסקינן דצריך גט שיחרור, וקה"פ לחוד לדידן דפסקינן דלאו כקנין הגוף דמי תו לא נכלל רק בסוג שיעבוד בעלמא, כדאי' להדיא בש"ס ב"ק [דף פ"ט:] גבי יוצאין בשן ועין לאשה אבל לא לאיש, וכמ"ש הר"ן להדיא בפ' השותפין, וזה נודע דגבי קנין דשיעבודא לחוד ליתא להאי כללא, שהרי אפי' במלוה על פה זכה המלוה בשיעבוד נכסי תיכף בשעת הלואה לדידן דפסקינן שיעבודא דאורייתא, אע"ג שביד הלוה להפקיע לגמרי מתקנת חכמים] וכן הקדש ושיחרור מפקיע מידי שיעבוד אע"ג שזכה המלוה כבר בשיעבודו:

ד אכן לדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד, וסברי דהודאתו אפי' כשתפס אידך לא מהני לפוטרו האידנא, חילי' דידהו, דנהי דתיקנו חכמים דגם האידנא כשתפס מצי להתחייב גם בפני ב"ד הדיוטות, כשיתברר לפניהם ע"י עדים, זהו בכדי שלא לעקור כל דיני קנסות מכל וכל, ובכדי שלא יפסיד אידך במה שזיכה לו רחמנא בחיובי קנסות, אבל לענין הודאה אוקמו אדינא וכמודה חוץ לב"ד חשבינן ליה, ומשה"ט החליטו מקצת רבותינו האחרונים, דלדעת הפוסקים האלו, דנהי דהודאתו אינה פוטרתו כשיבואו עדים אח"כ גם כשמחייב את עצמו בקרן, איברא גם חיובי לא מחייבינן ליה ע"פ עצמו בפני ב"ד בלא עדים כלל, דלא העדיפו עוד בתקנתא דרבנן את הדיוטות יותר מב"ד מומחין בכל חיובי קנסות דאורייתא, שאין ביכלתם לחייבו ע"פ עצמו לחוד, ולדעת האחרונים החולקים עליהם דסברי דלדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד נתחייב על פי הודאתו לחוד עיין ש"ך (סי' א' ס"ק ט"ז] ובסמ"ע, נראה לפענ"ד עיקר דזהו כשתפס אידך, וקסברי בטעמא דתפיסה דנהי דהשתא דליכא מומחין כדי לחייבו בקנסות, זהו כשלא תפס דהשתא כל חיובא יוצא על פיו, אבל כשתפס חשבינן ליה כאילו כבר נפרע לו, ונתברר לפני ב"ד דהשתא דיש מקום לפרעון הזה, ולזה סגי אפי' לפני הדיוטות כדי להחליט פני הדבר דחשבינן ליה כפרעון וכשישים המעיין עיונו בדברי הרא"ש סוף פ"ק דב"ק ימצא שם שני טעמים הללו ויתיישב לו שם בקל קישור הדברים בדבריו], ומשה"ט קסברי שיכול להתחייב השתא גם ע"פ עצמו לחוד, כיון דכל עיקרו של תפיסה

זו דחשבינן ליה כפרעון, והשתא גם בהודאתו לחוד לא חשבינן כמחייב את עצמו בקנס רק בפרעון הקנס שכבר נפרע הימנו בדין, וכמודה שכבר נתחייב לפני ב"ד דאז הודאתו מחייבתו, ועיין בתוס' שבועות [דף ל"ח] ד"ה אנסת ופתית את בתי, וז"ל תימא למאי דלא מחייבינן בהזהב אלא ביחוד כלי, א"כ הכא כיון דפרעי' תו לא מיפטר בהודאה וע"ש, ועפ"ז נתיישב קושיית הש"ך ביורה דעה סי' רס"ז ס"ק נ"ב] שהקשה מב"ק פרק מרובה גבי רבן גמליאל דמשני בגמרא שאני ר"ג דחוץ לב"ד הודה, ולדבריהם אדרבה מתחייב בהודאתו שהרי עבד מוחזק בעצמו, כיון דאנן פסקינן בש"ע יו"ד [שם סעיף כ"ז] דצריך גט שיחרור, וכל זמן שלא שיחררו לא נוכל לחשבו כאילו כבר נפרע, ומש"ה הרי הודאתו בעיקר חיובא דקנס דלא מחייבינן ליה ע"פ עצמו ועי':

והנה בקצות החשן (ס"ק ו') ובנתיבות המשפט ובמשובב נתיבות כפי שזכרתי מכבר דבריו בזה] האריכו למעניתם בישוב קושי' הש"ך הנ"ל זה בונה וזה סותר ותמצית דבריהם דלהכי לא מהני הודאתו של ר"ג מפני דהודאתו הוא לחוב לאחרים לאוסרו על שפחות, ומחייב בהודאתו לגבי שפחות דעלמא, וכמו שפירש רש"י בקידושין [ד' ס"ה:], ודבריהם תמוהים שהרי גבי קידושין וגירושין גופייהו הקשה הרשב"א שם דמה בכך שהוא חב לאחרים כיון שהדבר בידו, ומתרץ דהכי פירושו דכיון דאיכא ממון דל"מ הודאתו כשחב לאחרים ואינו בידו לכן נקטינן הגזירה שוה דדבר דבר להשוות עיקר מעשה קידושין וגירושין דל"מ המעשה בעצמו כשנעשה שלא בפני עדים ע"ש, אבל הכא גבי שן ועין דליכא למימר הכי רק דלא מהימנינן ליה וכל שבידו גם בחב לאחרים מהימן, והגם דאסור לשחרר עבדו [ועי' בהשמטות] מ"מ לא יצא מכללא דבידו כמ"ש הקצה"ח שם (ס"ק ח'), עיי"ש היטב, וכ"מ מכמה דוכתי דאיסורא לא מפקיע מדבר שבידו, ועי' תוס' סוכה ל"א סוף ע"ב] בסוף ד"ה באשירה דמשה, ועי' קידושין [דף ס"ד:] בתוס' תוך ד"ה רבי סבר אע"ג דאסור לגרש בגט ישן מ"מ כיון דבדיעבד מהני חשיב שפיר מיגו, ואין להתעקש ולומר דמילין דשיחרור כיון שמסתעף ממנו דבר שבערוה שע"י שיחרור קדושיו קדושין וחייבת משום אשת איש ומש"ה כדבר שבערוה דייניגן ליה דלא מהני המעשה שלא בפני עדים כיון שהוא חב לאחרים, וכמו בקידושין וגירושין דל"מ כשנעשו בינו לבין עצמו, זה לא ניתן להאמר כלל, דא"כ מה השיבו ר' יהושע לר"ג אין בדבריך כלום שכבר אין לך עדים, ופירשו כל הפוסקים דעיקרו מפני שהוא קנסא, תיפוק ליה דאפי' כשהודה ששיחררו בכסף בינו לבין עצמו נמי לא מהני כמו גבי קידושין וגירושין אלא ודאי דכל ענינא דשיחרור כדבר שבממון דייניגן ליה דלא הורע כחו של המעשה גם כשנעשה בינו לבין עצמו אפי' כשחב לאחרים רק דלא מהימנינן ליה, והיכא דבידו

מהימן, כן הדין בשיחרור, ואי משום דאיכא נפקותא לדבר שבערוה, הרי גם בכל מילי דממונא משכחת לן ג"כ נפקותא לדבר שבערוה, עי' סנהדרין פרק דיני ממונות בפלוגתא דשמואל ור' אבהו עיי"ש בפי' רש"י, וא"ל דמש"ה הוא דאיצטריך גבי ר"ג לטעמא דקנסא משום שהודה שסימא את עינו בפני עדים דאי משום דבר שבערוה היה נאמן בכה"ג כמו דנאמן הבעל לומר גרשתי את אשתי בפני עדים מפני שבידו, דא"כ הדרא קושיא לדוכתא דמאי משני שאני ר"ג דחוץ לב"ד הודה דמה בכך אכתי יתחייב מפני הודאתו לחוד כמו האידנא דמתחייב ע"פ עצמו לדעתם, ואי משום דחב לאחרי' דכיון שהודה שסימא ובפני עדים ובידו לשחררו הרי גם בדבר שבערוה גופא נאמן בכה"ג:

ולפי דברינו בטעמא דמילתא דמחייבינן ליה ע"י הודאתו בזמן הזה דהיינו דוקא כשתפס משום דחשבינן ליה כפרעון, תו אזדא ליה ראיית הקצה"ח שם [בס"ק ו'] מפ"ק דמציעא ע"ש, דהא פיו איננו מחייבו כלל בקנס רק היכא דתפס דהוי כהודה לו על הפרעון דכדין נפרע, וגם בלא זה יש ליישב קושיא זו דמ"מ איכא קל וחומר בקנסא דליכא קרנא בהדי' כגון בטביחה ומכירה, וגבי שן ועין, ובפלגא נזקא דלא נתחייב ע"י פיו בב"ד, וכי אתו סהדי אח"כ הרי נתחייב על פי עדים, הרי דעדים עדיפי מפיו גבי קנסא:

סימן מה

עוד השייך לש"ע סימן א' ובסוגיית הש"ס דריש מס' סנהדרין [דף ב' ג'], ודריש פרק החובל (דף פ"ד)

א יש להסביר הא דנקט בגמרא הודאות והלואות, לפירוש רש"י דהודאות ע"י עדי הודאה, והלואות ע"י עדי הלואה, דמ"ש בין עדי הודאה לעדי הלואה, ונראה כיון דטעמא משום נעילת דלת הוא, דהיכא דהלוה בלא עדים דלא חשש לעצמו למה שאסרו חכמינו ז"ל [ב"מ ע"ה:] אז הוי אמינא דלא תיקנו חכמינו ז"ל לחוש בשבילו משום נע"ד, וכמ"ש תוס' ב"ב [קע"ה:[בד"ה אינו וז"ל תימא כיון דמלוה בשטר גובה מן היורשין אע"ג דשיעבודא לאו דאורייתא שלא בשטר נמי מאי טעמא לא גביא מה לי היכא דאית ליה קלא מה לי היכא דלית ליה קלא, וי"ל מי שמלוה בעדים אינו חושש לקלא ולגביי' דלקוחות, לא תיקנו חכמים לגבות מן היורשין עכ"ל:

ולפום פירושא דרבוותא שם שפירשו הודאות במודה במקצת, והלואות בכופר הכל, יש להתבונן דבכופר הכל לענין מה צריך מומחין מדאורייתא כיון דפטור לגמרי, וכמ"ש בט"ז [ריש סימן א'], ונראה דאיכא נפקותא היכא דכפר בכל ואמר להד"מ רק אני מתחייב את עצמי ליתן לך איזה סך דפטור הוא כיון דקא כפר ליה בכולי', [ועי' בקצה"ח סי' ל"ד סק"ד], או שאמר לו מה שהנחת אתה נוטל דבשע' שיצא הודאה מפיו בפני ב"ד

לא נוכל לחייבו, כמ"ש הר"ן בפ' שבועת הדיינין דף מ"ב], ואח"כ תבעו קמי ב"ד מומחין את שחייב לו מכבר ואת מה שחייב את עצמו, או מה שנתברר אח"כ כמה הודה לו, דאז אמרינן דלא בעינן מומחין משום נעילת דלת, אזי כבר נפטר משבועה בשעה שההודאה יצא מפיו, ואיכא נפקותא גם השתא היכא דתבע ליה קמי שלשה ולית ביניהו חד דגמיר [דפסולים לדון, כמ"ש הרמ"א בסי' ג' סעיף א'] וקא כפר לי' בכולהו אלא שחייב את עצמו בחיוב גמור ליתן לו איזה סך או שאמר לו מה שהנחת אתה נוטל, ואח"כ קא תבע ליה בפני ב"ד את כל הסך מה שהלוה לו ומה שחייב את עצמו, או לאחר שנתברר בפני עדים כמה הודה לו, וכמה כפר לו, דאזי מחייבינן ליה השתא שבועה דאורייתא ועמ"ש בסי' שאח"ז אות ד']:

ב שם בגמרא אלא מעתה טעו לא ישלמו, לפירוש רש"י משום דהוי להו כסמוכין, וקשי' לסברת רמב"ן ור"ן בחידושיו לסנהדרין [דף ב:'] תוך ד"ה ובדין הוא, דבזמן המשנה דאיכא מומחין בא"י תיקנו רק בהודאות והלואות שלא יהיו צריכין מומחין לא בא"י ולא בחוץ לארץ משום נעילת דלת, שאם המלוה לא יוכל לגבות חובו אלא ע"י מומחין ימנע מלהלוות כדי שלא יצטרך לטרוח אחריהם, אבל בגזילות וחבלות לא עשו תקנה כלל בא"י, ולפי שהנגזל או הנחבל ילך אצל מומחין שהם מצוין שם, ומשנתינו שנוי' בא"י וכו' אבל בבבל שאין שם מומחין אם לא נתיר הדיוטות אף בגזילות וחבלות נפתח דלת בפני הגוזלין והחומסים, הרי בדבר שהוא רק משום שלא יוסיפו בני עולה, כיון דאיכא מומחין בעולם אוקמו אדינא, וא"כ אכתי מאי משני משום שלא תנעול דלת בפני לווין, דהא תינח בזיכה את החייב דאיכא משום נע"ד ממש, אבל בחייב את הזכאי דליכא משום נעילת דלת ממש, רק משום בני עולה, וזה לא שייך בטעו כיון דאיפשר דלא יטעו, א"כ אכתי אמאי משלמי כיון דנחתי ברשות וכמ"ש ברש"י איברא לפירוש תוס' ניחא כיון דכל קושיית הש"ס דליפטר משום נעילת דלת הוא] דבשלמא גבי דרישה וחקירה לא קשי' דא"כ עדי פרעון ומחילה ניבעי דרישה וחקירה, דאכתי איכא משום בני עולה, אבל לגבי טעו וחייבו את הזכאי לא ישלמו, דכיון דאיתא לסברת הרמב"ן והר"ן הנ"ל דהיכא דאיפשר אזי לא תיקנו משום בני עולה, א"כ גם השתא לגבי טעו דכיון דאיפשר שלא יטעו בזה, א"כ גם השתא דליכא מומחין לא ישלמו בחייב את הזכאי [ודוחק לומר משום לא פלוג], איברא לקושטא ל"ק מידי דאם נימא דבזיכה את החייב הוא דישלמו, אבל בחיוב את הזכאי הוא דנפטרו, א"כ פסולין לדון לגמרי משום דנוגעין הם דיראים שלא יתחייבו לשלם ויחזרו לעולם לחפוש ולחקור בתר זכותא דמלוה ולא אחרי זכותא דלוה, ואכתי איכא משום נע"ד כיון דא"א למלוה להשיג דיינים כשרי', ובזה יתיישב

היטב מה דקשי' קצת לקמן (ל"ג] לאוקימתא דרב יוסף ורב נחמן לגירסת הרי"ף ור"ח דמוקמינן למתניתין דבכורות במומחה שיש גדול הימנו, וקשי' דא"כ בזיכה את החייב אמאי ישלם מביתו, דמסתמא התובע הלך לתבוע את הנתבע לפני המומחה ההוא, ונהי דלגבי הנתבע שלא הלך מעצמו רק ששלח אחריו לא חשיב כקיבל עליו, ומש"ה ניחא בחייב את הזכאי שצריך לשלם, אבל בזיכה את החייב דלגבי דידי' חשיב כקיבל עליו יפטור מלשלם כדין מומחה שקיבל עליו, וכן מה שהקשה הש"ס [ד' ו'] לר' אבהו מדן את הדין, דא"כ גם לשמואל מי ניחא, כיון דדינו דין אפי' בלא קיבלו עליו, א"כ השתא דתובע לגבי עצמו מיהת חשיב כקיבל עליו, אמאי ישלם כשזיכה את החייב, לדעת הרא"ש בסוגיא דשיקול הדעת דס"ל כל היכא דדינו דין אפי' כשלא קיבלו, אזי כשקיבלו עליו פטור מלשלם, איברא לדברינו הנ"ל נכון מאד, דאם נימא דיפטור מלשלם כשזיכה את החייב, אבל כשחייב את הזכאי ישלם כיון דהנתבע לא קיבלו עליו, א"כ יפסול לדינא לגמרי דחשיב כנוגע בדבר, שיתאמץ בכל עוז לזכות את הנתבע שגם אם ישגה לא יצטרך לשלם, מה שאין כן להיפוך כשחייב את הזכאי יצטרך לשלם, [ועיין מ"ש עוד מזה בפתיחה בדיני דשיקול הדעת נתיב א']:

ותלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה צבי מיכל נ"י הקשה לסברת הרמב"ן ור"ן הנ"ל דבגזילות לחוד דנין השתא דליכא מומחין משום בני עולה משא"כ בזמן המשנה כיון דאיפשר במומחין, דאכתי אם טעו בגזילות לא ישלמו דנעילת דלת ל"ש גבי', ואי משום בני עולה שלא יוסיפו לגזול את הבריות כיון דאיפשר שלא יטעו, הכי יעלה על הדעת שיגזול לכתחילה על סמך טעותא דבי דינא, והשבתי לו דהא תינח בזיכה את החייב, אבל בחייב את הזכאי, דהנתבע לפי תומו לא ידע מאומה, והלך אל הב"ד קסבר כיון שכשרים הם ע"פ דת תורתנו יוציאו הדין לאמיתו, רק התובע ברוב ערמומיות בדה לעצמו טענות שקרים עד שהוציא מחשבתו הרעה לפועל, וחייבו את הנתבע שלא כדין, בזה מסתבר דצריכין לשלם משום בני עולה שלא יוסיפו לגזול את הבריות ע"י דינא ודיינא, דאין לומר כיון דאיפשר שלא יטעו, דמאי הפסיד הרמאי והגזלן התובע בזה אם לא יטעו ויפטרוהו, הלא כן הוא קושטא דמילתא, ואם יפתה בתחבולותיו להטעות לבי דינא ירויח, ולא יגיעהו שום שמץ בזיון בזה גם אם יפטרו את הנתבע, דכמה נגזלים אינם יכולים להוציא את שלהם ע"פ דת תורתנו הקדושה, הגם שהאמת אתם, וכיון דבחייבו את הזכאי יצטרכו לשלם, רק בזיכו את החייב יפטרו, הדר הוי כנוגעים בדבר ופסולין לדון מתחלה, ואיכא לתקנתא משום בני עולה, ומשה"ט צריכין לשלם כל היכא דטעו כדי שישיג הנגזל גם השתא דיינים כשרים על פי דת תורתנו, אבל מן הזרות לומר

דגם בחייב את הזכאי ליפטרו גבי נגזל משום דאיפשר לנתבע הנגזל ע"פ הדיינים שהיו ביניהם רק חד דגמיר, דהוי ליה לברור חד דגמיר וסביר ולא יבאו לכלל טעות, כמו דעפ"י סברתם בזמן המשנה כיון דאיפשר במומחין. חדא, דמנ"ל לידע עד היכן הגיע כחו של הדיין אם הוא גמיר לחוד או גמיר וסביר, וכיון שכשרים הם לדון, גם הנתבע לפי תומו דלא ידע מעול מאומה מה פשע בזה, ועוד דקסבר כיון שכשרים הם לדון ע"פ תקנת חכמינו ז"ל, מסתמא יתברר לפניהם האמת לאמיתו, משא"כ גבי מומחין בזמן המשנה דכ"ע פסולין רק מומחין לחוד, הוא דחידשו דל"ש לתקן משום בני עולה, כיון דאיפשר במומחין תו לא יגזול לכתחלה:

ג שם בסוגיא ר' אחא בריה דרב איקא אמר מדאורייי' חד נמי כשר וכו', קשי' לדעת היש מפרשים בתוס' ב"ק דף צ':] תוך ד"ה כגון, דמש"ה אין עד נעשה דיין, דאותו ב"ד לא יקבלו הזמה על עצמם, אלמא דגם בממון בעינן עדות שאתה יכול להזימה [עי' בש"ך סי' ל"ג ס"ק ט"ז] ולרב אחא בריה דרב איקא כשר גבי ממון אפי' חד שאינו סמוך, ואפי' גמיר לחוד כמבואר בחידושי הר"ן [ד' ג'] ד"ה מה"ת. ואמאי הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה באותו ב"ד דהרי הזמה קנסא הוא ופסקינן כוותיה דר' עקיבא [ברמב"ם פרק י"ח מהלכות עדות הלכה ח'] וצריך שלשה מומחים דווקא, אכן לדעת הש"ך [בסי' ג' ס"ק ח' ובסי' מ"ו סק"ח] ניחא דלגבות עדות לכ"ע בעינן תלתא ובמקום דבעינן תלתא אזי מדאורייתא בעינן נמי מומחין כיון דלענין גביית עדות ס"ל דעירוב פרשיות כתוב כאן, רק לדון בלחוד משום גזירת הכתוב דבצדק תשפוט חד נמי כשר, אלא דמ"מ קשי' לדעת היש מפרשים הנ"ל דבזמן הגמרא דהוי מומחין בארץ ישראל היאך נוכל לקבל עדות בחוץ לארץ כיון דבאותו ב"ד אי איפשר להזימם דלהזמה צריכין מומחין, וגם לכ"ע קשי' השתא דליכא מומחין גם בארץ ישראל היאך כשרים כל עדות דעלמא, ובפרט לדעת רש"י ב"ק [ע"ה:] בד"ה היכא דטעמא דעדות שאי אתה יכול להזימה הוא כדי שייראו לשקר והשתא דאינם יראים מפני הזמה אמאי כשרים. וצ"ל דלדעת רוב הפוסקים דבכל מידי דקנסא מהני תפיסה, וכן פסקינן בש"ע [סימן א' סעיף ה'], ובקל יכול לתפוס כמ"ש הש"ך בס"ק י"ז] בשם מוהרש"ל וכן הדבר מוכרח לדעתו דס"ל דבמידי דלא שכיח נוכל לקבל עדות טרם שתפס, והרי גביית עדות מצרכינן לפני ב"ד דווקא, ואם נימא דתפיסה לא שכיח שוב אין עליהם תורת ב"ד ככל מידי דל"ש דבעינן מומחין דווקא, אלא וודאי משום דתפיסה עצמו שכיחא לכן הגביית עדות הוא למילתא דשכיחא], ולהכי הוי שפיר עדות שיכול להזימה ע"י תפיסה. איברא לדעת רבוותא מובא ברא"ש וטור דבכל מילין דקנסא דלית ליה פסידא מן הקרן לא מהני תפיסה, ובפרט לדעת ר"ת בתוס' ב"ק ט"ו

[ועי' לעיל סימן הקודם אות א'] דצריך שיתפוס אותו דבר עצמו קשי' דגבי הזמה לית ליה פסידא ולא שייך אותו דבר עצמו, ודוחק לומר דסברי דגבי ממון לא בעינן עדות שאתה יכול להזימה:

ונראה דהנך רבוותא לא סברי כדעת רש"י ב"ק הנ"ל דעדות שאי אתה יכול להזימה הוא מצד הסברא, רק מגזירת הכתוב. וכן מפורש בתוס' ריש מכות בתירוצם השני דגבי עדות דבן גרושה לא בעינן שיכול להזימם, [ולדעת רש"י בע"כ צ"ל כתירוץ הראשון שם], וכיון שהוא מגזה"כ לא קפדה רחמנא אלא היכא דהעדר הזמה הוא בעדותן כגון שהעידו על טריפה או דלא ידעו בחקירות, או בגופן של העדים כגון בעדי טרפה, אבל היכא שאין החסרון בעדותן רק בשביל הדיינים שהעדר הזמה הוא מצד אחר, ע"ז לא קפיד רחמנא לפסול עדותן בשביל הכי:

ד בתוספות ד"ה שלא תנעול וכו' וא"ת והא אשכחן בכמה דוכתין שהיו דנין בבבל גזילות וחבלות וכו' וי"מ דוקא גזילות שע"י חבלות כגון דמינצו בי תרי ומחו אהדדי עד שתוקף אחד וגוזל את חבירו דכי האי גוונא לא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו עכ"ל, ולדעת הסמ"ע ס"ק י"ד] ומהרש"ל מובא בש"ך ס"ק ט'] כן הוא דעת הרמב"ם ורא"ש והמחבר בש"ע סעיף ג'], ועיין בקצה"ח [ס"ק ג'] שתמה על הסמ"ע שהרי הרמב"ם והמחבר פסקו דריפוי ושבת גובים אפי' במקום נזק דלא שכיח, כיון דמשכחת להו במקום דליכא נזק, וא"כ בגזילות שע"י חבלות נמי, נהי דהשתא לא שכיחא כיון דמש"ל בגזילות לחוד והיא תימה רבתא, ועיין בתומים ס"ק א'] שכתב דרמב"ם ס"ל דגם חבלות שכיחי, רק דחסרון כיס לא שכיח משום דתשלומי נזק שמין כאילו נמכר בעבד עברי, ואין עבד עברי נוהג בזמן הזה, והא תינח בתשלומי נזק, משא"כ בריפוי ושבת. ולהכי גם במקום נזק מגבין ריפוי ושבת כיון שגם במקום נזק שכיחי משא"כ בגזילות שע"י חבלות דהשתא מיהת לא שכיח. איברא בעיקר הדברים יש לחקור בזה ע"פ הדבר שחידש לן במהרי"ט חלק אה"ע שאלה י"ב] לענין אין אונס בגיטין וז"ל שם בתה"ד ומיהו נראה שאין להשוות סיבת האונס לאונס עצמו דמאחר שהאונס עצמו מצוי ע"י סיבות קרובות והוי ליה לאסוקי אדעתא אע"פ שאירע הדבר במקרה שנתגלגל ע"י סיבה רחוקה, כגון שנחבש ע"י בנו או אביו, שהדבר ברור כשמש שרחמיו עליו, ולא היה לו להזיקו מאחר שהתפיסה היה ראוי לבוא ע"י מערורי ומעלולי הו"ל לאתנויי, וכדאמרינן בגמרא דכיון דלא אתני איהו דאפסיד אנפשי' שעל דעת כן גירש וכו', ואע"פ שהדבר הזה הסברא מחייבתו, יש להביא סעד מהא דאמרינן נדרים [כ"ג.] בעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דהו"ל נדרא למשרי אתא לקמי' דרבנן אמרו ליה כמה זמנין מי נדרת אדעתא דהכי אמר להו אין כיון

דחזי ההוא קצרא דמצטערי רבנן מחייה, אמר אדעתא דמחיין קצרא לא נדרי ושרו ליה רבנן, אמר ליה רב אחא מדיפתי לרבינא והא הו"ל נולד ותנן אין פותחין בנולד, אמר ליה לאו נולד הוא שכיחי אפיקורי דמצערי רבנן, ומסתמא סיבת ההכאה לא אסיק אדעתיה שיצטערו רבנן ויקום הכובס לחוש על כבודם של חכמים ויכנו הכה ופצוע, דאפיקורי במלתא דשייך דווקא שכיח דפקר ולא שכיח שיחוסו על כבודן של חכמים, אם היה מבזה אותם, ואין שונא אוהב, אלא כיון שההכאה עצמה שכיחא דמצערי להנאתייהו ואיפשר היה שיצערנו על עסקי הנדר על סיבה קלה הלכך לא הוי נולד אלא מצוי מקרי עכ"ל הצריך לענינינו:

ובפשטות הדברים ע"כ צ"ל דהא דכתב מתחלה מטעם כיון דעיקר התפיסה שכיחא לאיש רוע מעללים כמוהו אע"ג דנתגלגל עליו ע"י סיבה דלא שכיח הו"ל לאתנויי וכו', לא מפני זה לבד בנה דיק ושפך סוללה, רק כיון דלקושטא נזדמן כך בשאלה זו שהרי בגיטין אפי' באונס דלא שכיח לא מהני מידי מפני תקנת חכמינו ז"ל משום צנועות ופרוצות, וגם בראי' שחידש גבי ההוא קצרא לא שייך טעם זה, רק עיקר ראייתו הוא דלא משגחינן על הסיבה שנתחדש במסובב ע"י דבר דלא שכיח כלל אפי' בדומיא דאכלו ארי' שגם בגיטין יש אונס כזה, דדווקא התם שנתחדש בעצמותו דבר דל"ש כלל משא"כ היכא דבעצמותו ליתא בסוג זה רק שנתגלגל ע"י סיבה דלא שכיח כלל, אין אנחנו הולכים לדון את פני הדבר בתר הסיבה, רק בתר עיקר הדבר וע"ז מביא ראי' בצורה מההוא קצרא, וצריך להבין דא"כ בגזילות שע"י חבלות נמי כיון דעיקרו שכיח תו לית לן אם נתגלגל ע"י דבר דלא שכיח כיון דמשכחת לה שלא ע"י סיבה כזאת ועי' ב"ק פ"ד ע"ב אמרי דאייעד התם ואייתוהו להכא והוא מילתא דלא שכיח, דאתו רבנן דהתם וייעדוהו הכא סוף סוף מילתא דל"ש עי"ש, הרי אע"ג דעיקר הנגיחה שכיחא במועד מ"מ כיון שנסתבב פני הדבר ע"י מילתא דל"ש, דינו כדבר דלא שכיח, איברא מזה לא קשה מידי כיון דאי איפשר שיסוב זה הדבר רק ע"י סיבה דל"ש משא"כ בדברי מהרי"ט וכן בההוא קצרא דאיפשר שיכוהו בשביל הנדר עצמו כמ"ש שם], אכן מגזילות שע"י חבלות קשי' על מהרי"ט וא"ל דשאני התם כיון דמדאורייתא אפי' במידי דשכיחא בעינן מומחים רק דחכמינו ז"ל עבדו תקנתא במידי דשכיחא ומש"ה בעינן דווקא מידי דשכיח מתחלתו ועד סופו ומכל הצדדים, שהרי גם גבי אונס בגיטין דמדינא אפי' במידי דשכיח ולא שכיח יש אונס רק דרבנן עבדו תקנתא משום צנועות ופרוצות, אבל במידי דלא שכיח כלל אוקמו אדינא, אפ"ה היכא דהסיבה ל"ש כלל קיימינן הדבר בתר תקנת חכמינו ז"ל, [והתם האונס עצמו הוי רק שכיח ולא שכיח כמ"ש מהרי"ט בתחלת התשובה דהוי

מילתא דשכיח קצת], וליכא למימר דא"כ קשיא לתוס' ולהפוסקים כוותייהו דבגזילות שע"י חבלות אין דנין השתא, דדינו כלא שכיח, מעובדא דר' ישמעאל בר"י בש"ס נדרים דהתירו לו משום דשכיחי אפיקורי דמצערי והלא לא שכיח שיכהו משום כבודן דרבנן, כבר הקשה כן בנימוקי יוסף על נדרים בספר אשי ה' וז"ל והקשו דדבר דשכיח משוי ליה לנדר נדר בטעות, אבל נולד דהוא מילתא דלא שכיחא לא משוי לי' טעות שלא היה לו להעלות כך על לבו כדי שיוכל לומר טעיתי שאלו היה עולה כך על לבי לא הייתי נודר ואמרינן דאפילו דבר זה שכיח הוא שאפיקורסים שכיחי לבקש עילה שיוכלו להכות רבנן ומצי לאסוקי אדעתא דמשום דמצערי רבנן אנדרא הוי משכח עילה ומחי ליה אפיקורא א"כ שכיחא שמפקירין עצמן במעשיהן להכות מאן דמצער רבנן עכ"ל, הרי להדי' דדעת נימוקי יוסף דלא כדעת מהרי"ט אלא דמשגיחין גם על הסיבה:

ולכאורה יש ליישב דברי מהרי"ט להצילו מקושי' הנ"ל. מדברי התוס' דנקטי דגזילות על ידי חבלות הוי מילתא דלא שכיח, דמטעם אחר הוא דלא מצינן לדייני' בזמן הזה והוא משום דנקטינן דגם גבי דיינים אמרינן הואיל וביטל מקצתו ביטל כולו, כמ"ש המשנה למלך פרק ט"ז מהלכות עדות הלכה ה' גבי נמצא אחד מהדיינים קרוב, וה"ה לבטלה מקצתו, כמבואר בירושלמי ריש מכות, דעדות שבטלה מקצתה נלמד מנמצא א' קרוב או פסול, והואיל ואינם יכולין לדון על החבלה מש"ה לא מהני גם על הגזילה. איברא לקושטא ליתא כלל דלא מצינו ביטול כי אם מדבר היש, ולא מדבר שאינו, דבשלמא אם היו דנין על הגזילה ועל החבלה היינו יכולין לומר הואיל ובטל לגבי חבלה בטל נמי לגבי גזילה, משא"כ עכשיו דאין יכולים לדון על החבלה היאך יכולים לומר דיגרור גם את הגזילה אחריו דהיאך יכולים לומר דדבר שאינו גורר אחריו דבר היש:

אמנם אכתי יש למצוא מקום ליישב דברי המהרי"ט ע"פ הדברי' האלו דנבא עליו מכח קבלת העדים דהואיל ולא מהני סהדותייהו לגבי חבלה לא מהני נמי לגבי גזילה ומש"ה הוא דאין דנין בזמן הזה גזילות שע"י חבלות דהוי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ולגבי עדות הוי דבר היש, דראייתן והגדתן שראו את החבלה מקלקלתן נמי לגבי גזילה [ועי' בהשמטות]:

ועפ"ז יש ליישב נמי דברי הסמ"ע מקושי' קצה"ח הנ"ל, דכיון דמכח הגדתן של עדים הוא דאתאן עלה לפרש טעם דברי התוס' השתא יש לחלק חילוק רב בין הך דהכא להההוא דריפוי ושבת דשאני התם בההיא דריפוי ושבת דלא הוי רק עדות אחד רק דנוכל להשתמש בו לשני דברים לענין נזק ולענין רו"ש, ומש"ה משתמשין בו במה שצריך לנו ולא איכפת לן במה שמצטרך ג"כ לדבר שאין צריך לנו, משא"כ בהך דגזילות שע"י

חבלות דהוי שני הגדות נפרדות שהגידו בבת אחת, ומשום הכי אמרינן הואיל ובטלה הגדתן במקצת בטלה בכולה, ועי' יבמות ד' קי"ז במשנה שם שאין האחים נכנסים לנחלה ע"פ דחזינן דהואיל ולא הוי רק חדא הגדה אלא שמשמשת לנו על שני נושאים לא אמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה], ותו לא קשה ממה שפסק הרמב"ם והמחבר דגובין ריפוי ושבת גם בנזקין דלא שכיחי דכיון דלאו משום מילתא דל"ש הוא דאין גובין גזילות שע"י חבלות רק מטעם שאין לנו עדים בזה. איברא עודנו הדבר תלוי במחלקותן של הרי"ף והרא"ש דהיכא דבא הניזק לפנינו ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס משלו היום ומחר לא יוציאו מידי, דלדעת הרי"ף דשומעין לו אזי גם לעדות של חבלה יש מקום להגדתן עכשיו, וממילא לא בטלה עדותן כלל, ולפי מ"ש הרמ"א בש"ע [סי' א' סעיף ה'] כהרא"ש דאין שומעין לו אזי עולים דברינו הנ"ל במסילה הישרה והנכונה:

וכבר כתבתי בזה זה זמן רב [והוא בזי"ר חלק ראשון באבן העזר הלכה ג' סימן ד' אות ז' יעו"ש] ליישב דברי הרשב"א מקושיית הנודע ביהודה [חלק אה"ע סי' ע"ב] דמחלק הרשב"א מובא בסמ"ע סי' ל"ד ס"ק ס"ד] דהיכא דאומר אשתך זינתה עמי פלגינן דיבורי' משא"כ היכא שאומר זניתי עם אשתך דלא פלגינן דיבורי', ותמה עליו הנו"ב מההוא דגיטין [ח':] עבד שהביא גיטו וכתוב בו כל נכסי קנויים לך דפסקינן דעצמו קנה נכסים לא קנה, והתם נמי אי איפשר לומר דפלגינן לדבורי', ולפי מה שכתבתי ניחא דשאני התם בההוא דעבד דאומר בפני נכתב ובפנ"ח והוי עדות המשמשת לשני דברים, ומש"ה לא איכפת לן במה שמשמש גם לדבר אחר שאין אנו יכולים להאמינו, משא"כ בההיא דרשב"א דבענין הגדתו אין אנו יכולים להאמינו על עצמו רק ע"י פלגינן דיבורי' והיכא דאי איפשר לחלק דיבורו לא מהימנינן לו כלל, [ועי' מ"ש בהגהות והערות בדיני עדות ליישב דברי רשב"א באופן אחר]:

ה שם בסוף הדיבור וז"ל וא"ת והיאך היו דנין דיני גזילות ובאיזה נשך היאך היו דנים דיני רבית הא אמרינן ריש הגוזל קמא הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהם עכ"ל, ויש להבין דאיזה התקשרות ושייכות קושי' זו לסוגיין דידן ולא למ"ש קודם לזה, ונראה לפרש דבריהם דעיקר קושי' זו תליא בשני התירוצים דלעיל, דאם נימא כתירוץ אחרון דלעיל דגזילות לחוד שכיח ועבדינן שליחותייהו תו לא קשה קושי' זו אבל לתירוץ הראשון הוא דקשה, וא"כ הרי ראי' מוכרחת דעיקר כתירוץ השני דגזילות שכיחי רק גזילות שע"י חבלות הוא דלא שכיחי, דלכאורה יש לדקדק על קושייתם זאת דהא גזלנים ומלוי ברבית אע"פ שהחזירו אין מקבלים מהם, ומכח קושי' זו הכריח ר"ת לחדש דדווקא בימי רבי לחוד, דהא מבואר בס"ח מובא בש"ך סי' שס"ו] דהיכא דהנגזל חייב

לאחרים מקבלים מהם, וא"כ מה הוא מן התימה כל כך מאותן סוגיות שהביאו דנזקקין להם דיש מקום לומר דמיירי בחייב לאחרים. איברא נראה ברור דדין זה ניחא לפי מאי דפסקינן בש"ע שם כרמב"ם דהא דאין מקבלים הוא דווקא כשעושה תשובה ובכדי להקל עליו, נמצא לדעתו תקנה זו היא פרטית בשביל גזלן זה שבא לעשות תשובה, ולכן אין מן הדין להקל על חייב ולסייעו בכדי שיעשה תשובה, והוא יהיה לוה רשע ע"י זה, אבל לדעת בעלי תוס' שהכריחו שם ב"ק [צ"ד] דאפילו כשלא עשה תשובה והנגזל תבעו בב"ד אין נזקקין לו מפני תקנתא לגזלנים דעלמא להקל עליהם שיעשו תשובה, נמצא דתקנה זו היא כללית ולדעת הר"ת שם הוא בלתי גבול כלל, ואפי' בגזל באקראי ואפי' כשלא עשה תשובה, וכיון שהיא תקנתא דעלמא גם כשחב לאחרים נמי דמוטב לו שיעשה הוא איסור קל כדי לתקן הרבים מאיסור חמור, [ולהכי ר"ת לשיטתו הוכרח לחדש דדווקא בימי רבי נשנית משנה זו]:

איברא יש להבין כיון דעיקר ראייתם דב"ד נזקקין להוציא מן הגזלן מהאי דבנה אקלקילתא דיתמי וכיון שכבר תירצו לעיל דמיירי כשתפס והרי התם ביתומים קטנים איירי כמ"ש הרשב"א שם, וקטנים לא בני קבולי עלי' תקנתא דרבנן כמ"ש רש"י נדה [מ"ו:] בד"ה איסורא נמי ליכא ובשלמא לתירוצם השני ומיירי כשלא תפס פשיטא דאין נזקקין להם ע"פ תקנתא דרבנן להוציא מאחרים, אבל כשתפסו אמאי לא יחזיקו בשלהם, וגם לתירוצם השני לא קשה כל כך דנהי שאין מההכרח לאוקמוה בדתפס דבלאו הכי דנים דיני גזילות, אבל מ"מ לאחר תקנתא דרבי יש לומר דאין נזקקין אלא בדתפס, ולא עוד אלא אפי' בנגזל עצמו מסתבר לומר דהא דאין נזקקין היינו דאין מוציאין מיד הגזלן כדי לסייע לגזלנים דעלמא שיחזרו בתשובה מכאן והלאה, אבל כשתפס מן הגזלן אין מוציאין מידו דעביד אינש דינא לנפשיה דלא גרע מהדיוטות דאין נזקקין בדינו ואפ"ה כשתפס אין מוציאין מידו, אם מטעם דעביד אינש דינא לנפשיה או משום תקנתא דרבנן כדי שלא לעקור מדינא דאורייתא לגמרי, או משום דחשיבא כאלו כבר נפרע כמבואר ברא"ש סוף סוף פ"ק דב"ק, [וכמ"ש בסי' הקדום אות ד'], ומכש"כ לענין זה שעיקרו מתקנתא דרבנן בעלמא, וגם מדפסיק ותני וכל המקבלו אין רוח חכמים נוחה הימנו, ולא מידכר בשום מקום שיתחייב להחזיר אפי' לצאת ידי שמים:

ונראה דעיקר קושיא זו הוא לתירוץ הראשון דגזילות לא שכיח ולא עבדינן שליחותייהו רק כשתפס, שפיר קשיא להו דנהי כשתפס אזי הב"ד נזקקין לו כדי להחזיק מה שבידו ולא נמנעים מצד תקנתא דרבי, אבל כיון דלקושטא אין רוח חכמים נוחה הימנו אפי' כשתפס שהרי גם המקבלו מדעתו אין רוח חכמים נוחה הימנו תו אי איפשר לומר

שיצמצמו לעשות תקנה חדשה כנגד דינא דאורייתא דבעינן מומחים דוקא] שאין לו מקום לחול רק במקום שהוא נגד רצון חכמינו ז"ל, וגם אפי' ביתומים קטנים ותפסו דלאו בני קבולי תקנת חכמינו ז"ל נינהו, אבל מ"מ בעצמותו הוא נגד רצון חז"ל אזי מוטב להניח הדבר על דינא דאורייתא משיעשו תקנתא דלא חיילי רק במקום שהוא נגד רצונם. אבל לתירוץ השני דגם גזילות שכיחי כמו הודאות והלוואות, הרי גם גזילות הוא בכללא דהודאות והלוואות, אזי פשיטא דלא יצא מן הכלל כל היכא דנפקא מתקנתא דרבי כגון ביתמי היכא דתפסו או אפי' בנגזל עצמו כשתפס וכמ"ש לעיל, הגם דמ"מ הוא נגד רצון חכמינו ז"ל בשביל זה לא נוציאנה מן הכלל, הגע בעצמך גבי הודאות והלוואות כה"ג כגון באינו יודע אם נתחייבתי ותפס אידך דלדעת רוב הפוסקים נזקקין גם השתא דליכא מומחין ומוציאים מיד המלוה ואע"ג דחייב לצאת ידי שמים [כמ"ש הש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ו בשם הרמב"ן, ובסי' כ"ח ס"ק ב', ועיין בתומים שם ס"ק ד'], אפ"ה לא יצאה מכלל תקנת חכמינו ז"ל שתקנו בכל סוג זה דלא בעינן מומחין ועיין, והשתא ניחא דקושיא זו אזדא ליה הכי, דמכח קושיא זו יסוב ממילא דעיקר הדבר כתירוץ השני דלתירוץ הראשון הוא דקשיא ליה ולתירוץ השני ניחא וכמ"ש לעיל:

ו הנמוקי יוסף בריש פרק החובל כתב בשם הרא"ה וז"ל, אבל גזילות נראה בכל הש"ס דמילתא דשכיחי נינהו וגובין אותו בבבל, כדאמרינן בההיא דגנב פדנא דתורי כו', ואי קשיא כו', הכי תירוצא, דאנן לא אמרינן התם דגזילות לא שכיחי אלא כעין ויגזול את החנית מיד המצרי דלא שכיחא, אבל שאר גזילות כגון שטרותיו של חבירו שהפקיד אצלו ושלח ידו בפקדון ושומר שגזל מה שנתן לו לשמור הני וודאי שכיחי וגובין אותו בבבל, ואפילו כעין ויגזול לא אמרינן אלא לענין תשלומין כגון שאין הגזילה קיימת שאין מחייבין אותו לשלם כיון דלא שכיח אבל אם היא קיימת מחייבין אותו להחזיר ואין מניחין אותו לעבור על דברי תורה, עכ"ל ודברי קדשו צריכין ביאור מתחלתן ועד סופן, דהאי דפדנא הרי החזירו בעצמו, ומנ"ל דמחזירין ע"י ב"ד, ובמה שקנסו לשלם שבחא בל"ז צ"ל דקנס שקנסו חכמים בפירוש שאני, שהרי גם למסקנת דבריו היכא דבאיסורא בא לידו וליתא בעינא בעינן מומחים דסמיכי וקשיא מפדנא דליתא בעינא ובאיסורא בא לידו, אלא בע"כ צ"ל קנס שקנסו חכמים בפירוש שאני, נמצא דמעובדא דפדנא ליכא שום ראיה להני כללי שמבואר אח"כ. ונראה בביאור דברי קדשו דנראה מגמרא ופוסקים דזהו דין קבוע דגזלן עתיקא צריך לשלם השבח מקנסא שקנסו חכמינו ז"ל, וכן משמע להדיא מדברי רמב"ם [פרק ג' מהלכות גזילה הלכה ו'] ומדברי ש"ע סי' שס"ג סעיף ג']. ואין זה בכלל המבואר בש"ע [סימן ב'] דב"ד מו"ע שלא מן הדין, דהתם בצורך שעה תליא

מילתא כדאיתא ביבמות [דף צ':] ואפי' לעקור דבר תורה בקום ועשה כמו מאליהו בהר הכרמל דהתם משום למגדר מילתא וצורך שעה דוקא, ואפי' בהנך כתב הנמוקי יוסף בפרק שביעי דסנהדרין [דף נ"ב:] דזהו דוקא בסנהדרי גדולה או בנביא מוחזק [ועמ"ש ריש סימן מ"ז לפרש דבריו שם], וצ"ל דגבי מילתא דממונא שאני דיכולין לתקן ולעקור הדין אפי' לדורות כמו גבי ירושת הבעל ביבמות [דף פ"ט:], ותקנת מריש דמהני אפי' לגבי דאורייתא לצאת חובתו גבי סוכה כמ"ש תוס' סוכה [דף ל':] ד"ה שינוי וכיוצא בו שהוא מצד הפב"ד כדאיתא שם ביבמות [דף פ"ט:]:

איברא מלישנא דגמרא דמשני רב נחמן גזלן עתיקא הוא ובעינא למיקנסיה משמע דלאו מתורת הפב"ד הוא דנחית ליה לאפקועי ממונא, וגם מדכתבו הפוסקים דדוקא גדול הדור כגון ר"נ וכו' [הרא"ש ב"ק בעובדא דפדנא ובסמ"ע סי' שס"ג סק"ט ועמ"ש בסמוך] ש"מ דלאו מתורת הפקר הוא, דא"כ כל בי דינא שאח"כ נמי כמו גבי ירושת הבעל, אלא ודאי דגם ר"נ בעצמו לא נחית לתקנתא זו מתורת הפקר מעיקרא וא"כ הדרא קושיית הש"ס ביבמות גבי ירושת הבעל לדוכתיה כיון דלאו מתורת הפקר הוא היאך יוכלו לעקור דבר תורה בקום ועשה כיון דמדאורייתא שבחא דגזלן הוא:

ולקושטא לא קשה מידי לפי המבואר בשיטה מקובצת שם דהא דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ואינם משלמים השבח שע"י מלאכתו דגזילה, הוא מפני תקנת השבים לבד, וכן כתב הסמ"ע בסי' שס"ג ס"ק י"ג], וכיון שהוא רק מצד תקנתא דרבנן להכי בגזלן עתיקא ואין דעתו לחזור בתשובה קנסוהו רבנן והעמידוהו על עיקר דינא דאורייתא:

והנה מסתברא מילתא דנהי דשבחא דאתי מעלמא הוא של גזלן רק מתקנתא דרבנן זהו קודם יאוש דוקא, אבל בשבחא דאתי מעלמא לאחר שנתייאשו הבעלים מגופו אזי גם מדינא דאורייתא הוא של גזלן, וכדמות ראיה לזה שהרי לדעת רמב"ם מובא בש"ע [סי' שס"ב סעיף א'] דשבחא דגופא הוא של הגזלן לאחר יאוש דווקא, [ושאר פוסקים חולקים עליו כמ"ש בסמ"ע שם ס"ק ג' וס"ל דאפי' קודם יאוש הוא לגזלן], ובשבחא דאתי מעלמא גם לרמב"ם קניא ליה לגזלן אפי' קודם יאוש, שהרי סתמא קתני כל הגזלנים משלמין כשעת הגזילה ומסתם גזילה לא נתייאשו הבעלים [כמבואר בש"ע סי' שס"א סעיף ג'], אלא וודאי דשבחא דמעלמא קילא ועדיפא למקניא וקניא ליה בלא יאוש, [ועוד ראיה דאי לא תימא הכי קשיא לרבה דס"ל שם (דף קי"ד) דאפי' היכא דשמעינן דמייאש לא מהני לרבנן גבי גזילה דמסתמא לבו בל עמו, וא"כ קשיא ליה מתניתין דקתני כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ודוחק לומר דאתיא כר"ש]. ומעתה נשמע ממילא דכשם דלדעת רמב"ם מחלקינן בין שבחא דעלמא לשבחא דמגופו' ה"ה לפוסקים החולקים עליו וסברי

דגם שבחא דמגופה קניא ליה בלא יאוש מתקנתא, הגם דאפשר לומר דמדלא חלקו בין קודם יאוש לאחר יאוש משמע דבזה מודים לרמב"ם דאפי' גם לאחר יאוש קניא ליה רק מתקנתא, אבל בשבחא דמעלמא כגון בהמה ועשה בה מלאכה דכיון דעדיפא לקנויה, אזי אם עשה מלאכה לאחר יאוש קנוים לו מדינא:

ולאחר שנתבררו הנחות אלו הרי ראייתו מוכרחת דבע"כ צ"ל דהיכא דגזיל' קיימת מוציאין אפי' השתא דליכא מומחין כלל, דאלת"ה א"כ השתא בכל גזילות הרי כבר נתייאשו הבעלים כיון דלית ליה דיינא להוציאו מן הגזלן, והרי כל עיקרו של יאוש בבי דינא תליא מילתא כדאיתא שם ב"ק (דף קי"ד) דעכו"ם דדיינא בגיותא לא מייאש ובר ישראל כיון דאמרי מימר מייאש, ומכ"ש היכא דליכא בי דינא כלל, וכיון שנתייאש הימנו מיד הרי קניא ליה לגזלן השבח מדינא דאורייתא, אזי תו לא נוכל להוציאו ממנו ע"י הקנסא וקנסא דרבנן וכמ"ש לעיל כיון דלאו מתורת הפקר הוא:

הנה דברי הרא"ש בעובדא דפדנא שכתבנו לעיל דבעינן דווקא גדול הדור כרב נחמן בדורו. נראה פשוט שהוכיח כן מדברי הרב בהלכות מדהביא שם בהלכות ראיה מדברי אליעזר בן יעקב דב"ד מו"ע משמע מדבריו דשוין הם זה לזה והלא התם דווקא בצורך שעה ולמגדר מילתא, משא"כ בעובדא דפדנא שהוא במילתא דממונא דיכולים לתקן מתחלה גם לדורות כמו בירושת הבעל וכדומה שהוא מצד הפב"ד, וממילא דלדורות הבאים אינו צריך לגדול הדור דווקא כמו בכל הנך דתקנו משום הפב"ד, אלא ודאי מדהשווה הרב ההוא דפדנא לדברי ראב"י ש"מ דדמי ליה באיזה סניף, וא"ל דלדריה בלבד הוא דתיקן דדחיק ליה לומר דהרב בהלכות יחלוק בזה עם הפוסקים מסברא שהוא דין קבוע לדורות, אלא ש"מ דדעת הרב להשוות מיהת בזה לדברי ראב"י דבכל דור צריכים דווקא לב"ד חשוב, והיינו טעמא משום דלאו מתורת הפקר נחית ליה, ואע"ג דלדרי עלמא תיקן אפ"ה בעינן דבכל דור יוצא הנידון זה ע"פ ב"ד חשוב דווקא דאלומי, ודמי לההוא דאמרינן בגיטין [דף ל"ו:] גבי תקנת הלל בפרוזבול דמעיקרא מקשה הש"ס כן, ואי אמרת לדרי עלמא תיקן בשאר ב"ד נמי, ומשני לה דילמא כי תיקן הלל לדרי עלמא כגון ב"ד דידיה וכרב אמי ורב אסי, וה"נ בנידון דר"נ גבי פדנא, וזהו שכתבנו לעיל שבעל הנימוקי יוסף קבע בו מסמרות דלאו מתורת הפקר הוא, [ואין להקשות שהרי לדברי רש"י שם שינויא דרבא קאי גם על עיקר תקנתא דהלל דאפי' שמיטת כספים דאורייתא מהני משום הפב"ד ואפ"ה בעינן בכל דור ב"ד חשוב דוקא, דמסתברא להשוות מילתא דפדנא לירושת הבעל ששניהם יפלו על צד מקרה והזדמן, וא"ל דהא גבי ירושת הבעל נמי הוי דבר הרגיל כמו גבי שמיטת כספים, עיין תוס' כתובות (דף נ"ג) ד"ה שאין,

דלא מצרכינן גבי ירושה לטעמא דהפב"ד רק בנכסי מלוג ותו לא הוי רק דבר המקרה, משא"כ גבי פרוזבול שהוא עקירה למ"ש בתורה לכל הלווים שבכל דור ודור, וכמ"ש התוס' שם (דף ל"ו.) בד"ה מי איכא מידי וכו', ונהי דלדעת רש"י גם בפרוזבול איכא שינוי' דרבא מ"מ בעינן מיהת מה"ט ב"ד חשוב לזה בכל דור ודור, כללות הדברים כיון שהוא יסוד מוסד דגבי פדנא מצרכינן בכל דור ודור ב"ד חשוב דוקא, הגם שהוא דרך מקרה בלבד הרי בע"כ צ"ל דלא מטעם הפקירא הוא], אלא מפני שכל זכיות הגזלן בשבח מלאכה הוא מתקנת חכמים בלבד, ולהכי גבי גזלן עתיקא אוקמוהו אדינא דאורייתא, ולפ"ז ממילא מוכח דהיכא שהגזילה עודנו בעינא יכול להוציאו אפי' על ידי הדיוטות, דאל"כ הרי מעיקרא אייאושי מייאש מיניה כיון דהשתא ליכא מומחין דסמיכי כלל, וכל היכא דמייאש אזי שבח מלאכה שאח"ז הוא של גזלן מדאורייתא ושוב רפתה כח חכמינו ז"ל להוציאו מידו אם לא בתורת הפקר לבד, ועיין היטב. איברא כדאמרינן השתא דהיכא דאיתא בעינא עבדינן שליחותייהו גבי גזילה הדרינן לכללא דסתם גזילה לא נתייאשו הבעלים אפי' לגבי ישראל, וכמ"ש הש"ך בסי' שס"ח] באריכות שכן הוא דעת הרבה פוסקים:

כל זה הארכנו לתרץ דברי הנמו"י שהביא ראיה מההיא דאפדנא דבגזילה בעין לא בעינן מומחין. אכן התוס' ס"ל דגם בקנס דרבנן בעינן מומחין כמבואר בדבריהם סנהדרין (דף ג'] בד"ה שלא, דמוקי לה להיא דאפדנא כשתפסו:

ואכתי דברי הנמו"י צריכין ביאור דאמאי לא הביא ראיה לדבריו דבגזילה בעין לא בעינן מומחין מההיא דאי תפס לא מפקינן מיניה דהוא מתקנת חכמים כמבואר בנ"י עצמו בסוף פ"ק ע"ש, דלמה להו לחכמים לתקן בזה דהא בלא"ה לא מצינן להוציא מידו דגם אם אין האמת כדבריו והו"ל גזלן ובגזילה בעינן מומחים, אלא ודאי מוכח מזה דבגזילה בעין ל"ב מומחים, וא"ל דתקנת חכמים היה שלא יוכל אידך לחזור ולתפוס [כמבואר בישש"ש פ"ק דב"ק סי' מ"ג, ועמ"ש לקמן סי' מ"ח ריש נתיב ג' ליישב דעת הישש"ש מקו' הנתיבות סי' א' ס"ק ה'], זה אינו דכל זה הוא רק לפי האמת דבגזילה בעין ל"ב מומחים, אז אי הדר ותפס דנין אותו כדין כל גזילה בעין, משא"כ אם נימא דגם בגזילה בעין בעינן מומחים, אזי ודאי גם בחזר ותפס אי איפשר להוציא מידו ונראה בביאור דברי הנמו"י דמש"ה לא הביא ראיה זו משום דאיפשר לדחות דהתקנה היה בזמן הש"ס שהיו אז מומחין בא"י כמבואר בש"ס ב"ק [דף ט"ו:] דאי אמר קבעו לי זימנא דאזילנא לא"י קבעינן ליה ואי לא אזיל משמתינן ליה, ולהכי צריכים לתקנתא דאי תפס לא מפקינן

מיניה דבל"ז היה יכול הגזלן לכופו שיעלה עמו לארץ ישראל כיון שעדיין לא נתברר לנו שתפס כדין:

גם מ"ש הנמוקי יוסף לחלק דהיכא דבהיתרא אתא לידיה הוי מילתא דשכיח, ונקט ליה בתלת גווני או כשהפקיד שטרותיו אצלו או ששלח יד בפקדון או בשומר שגזל מה שהפקיד אצלו דהני ודאי שכיחי. ויש להבין דשטרות מאן דכר שמייהו ועוד הכי לא נדע מעצמינו דכל כמה דלא דמי לויגזול את החנית דנקיט ליה ברישא, דינו כבהיתרא אתא לידיה. ונראה דכוונתו נמשך למה שכתב בסוף דבריו דגם היכא דאתא לידיה באיסורא ואיתא בעינא מחייבין אותו להחזיר ואין מניחין אותו לעבור על ד"ת, הרי אע"ג דעיקרו לא שכיח אפ"ה נזקקין לו בכדי שלא לעבור בכל שעה ושעה על עשה דהשבת הגזילה, וגם דבסתמא הבעלים ניחא להם בשלהם מובן מזה דזהו שייך רק בדבר שגופו ממון אבל היכא דגזל שטרות דאין גופן ממון דלא קנאם הגזלן ולא נתחייב בהשבה מן התורה כמבואר בש"ך סי' שפ"ו ס"ק י"ג] וגם הבעלים אינם רציו אחריהם לגופן רק לגרמא שימשך מהם, דאזי אפי' היכא דגזלם מידו ואיתא בעינא אפ"ה אין נזקקין לו השתא דליכא מומחים, כיון דעיקרו לא שכיח ותכליתו שוה לליתא בעינא כמובן, ולהכי נקט לה מעיקרא בשטרות שהוא מילתא דפסיקא דדווקא משום דבהיתרא אתא לידיה הוא דנזקקין לו דאפי' דאיתא בעינא לולא דבהיתרא אתא לידיה לא נזקקין לו השתא, ואח"כ נקט לה בשולח יד בפקדון דעיקרו נשנית לזה דאפי' נאנס אח"כ ונשברה כל החבית חייב לשלם, דמחייבינן ליה גם השתא משום דבהיתרא אתא לידיה. ולבסוף נקט ליה דגזל את הפקדון והוציאו, והוא דליתא בעינא והא דנזקקין ליה מטעם דבהיתרא אתא לידיה דאלו איתא בעינא תו לא מצרכינן לטעמא דבהיתרא אתא לידיה כמ"ש אח"כ:

סימן מו

עוד לש"ע סימן א ובאחרונים שם

א עיין בש"ך [ס"ק ב'] וז"ל וה"ה נזקין דאש ובור, ועיין בקצה"ח [ס"ק ב'] שהוכיח מתוס' ב"ק (דף י"ד] דלא כש"ך בהא דתנן במתניתין בפני ב"ד פרט לב"ד הדיוטות כתבו שם בתוס' וז"ל ואע"ג דלמ"ד תנא שור לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס אפ"ה תני לה ולא קאי אמתניתין וכו', ואי נימא דאש ובור בעי מומחין א"כ שפיר מצי קאי אמתניתין דהא אש ובור בתוך ארבעה אבות. אלא ודאי ס"ל דאש ובור לא בעי מומחין וכו' עכ"ל. וע"ש [בס"ק ג'] הביא ראיה מדברי תוס' הנ"ל דלא ס"ל כדעת רמב"ן ור"ן לחלק בגזילות בין זמן המשנה דאיכא מומחין לא הפקיעו דין מומחין רק מהודאות והלוואות משום נעילת דלת. איברא אח"כ דליכא מומחין כלל הפקיעו ג"כ מגזילות ומכל מידי דשכיח

ואית ביה חסרון כיס, וז"ל הקצה"ח אך אם כי דברי הרמב"ן והר"ן נכונים אי איפשר לומר שיהיו תוס' סוברים שיטה זו דהא בסוף פ"ק דב"ק [דף י"ד:] בתוס' ד"ה פרט לב"ד הדיוטות ז"ל ואע"ג דלמ"ד תנא שור לרגלו ומבעה לשינו לא איירי בקנס, ומאי קושיא דהא בזמן המשנה כי היכי דגזילות בעי מומחין כיון דיונעל דלת ע"י מומחין וכמ"ש א"כ ה"ה אש ובור ושן ורגל בעי מומחין, ע"כ צ"ל דתוס' ס"ל דאין חילוק בין זמן המשנה לזמן הזה, ודלא כפירוש מהרש"א. ולפענ"ד נראה דדברי הש"ך וגם דברי מהרש"א נכונים, וראייתו מדברי תוס' הנ"ל לא מיחוור, שהרי גם כשנאמר כדבריו אכתי קשיא דמנ"ל דפרט להדיוטות קאי אמילתא דקנסא דלא איירי במתניתין תיפוק ליה דאפי' בשן ורגל דמיירי בהו בעי ג"כ מומחין כשהזיקו אדם דלא שכיח, כדאיתא להדיא בפרק החובל [דף פ"ד:] ולקמן בש"ע סעיף ג' [ועיין בשיטה מקובצת ב"ק שם בשם תוס' שאנץ אכן ביאור דבריהם ע"פ שיתבאר לקמן [באות שאח"ז] דגבי מילתא דלא שכיח מהני כשקיבלו עליהם הבע"ד את ההדיוטות משא"כ גבי מילתא דקנסא דכל חיובי דידהו תליא רחמנא בב"ד מומחים דוקא דאשר ירשיעון אלהים כתיב ולא תליא בדעת המתחייב כלל, ומש"ה אפי' כשקיבל עליו המתחייב את ההדיוטות לא מהני מידי, ומסתברא להו לרש"י ותוס' כיון דקתני בסתמא פרט להדיוטות משמע בפשטא דאפי' כשקיבלו עליהם לא מהני ולהכי הכריחו דבע"כ אמילתא דקנסא קאי, ולפ"ז דברי הש"ך הנ"ל ודברי מהרש"א נכונים וכאשר ביאר בתומים ולק"מ, [ועיין בש"מ ב"ק (דף פ"ד:) ד"ה אילימא בשם פריטי הרמ"ה דאש ובור דנין השתא]:

ב ולברר זה הן מלבד דמבואר בשמ"ק ב"ק [דף פ"ד] בד"ה ולענין פסק, דבמילתא דלא שכיח מהני כשקיבלו עליהם, ומדשבק למילתא דקנסא משמע דגבייהו לא מהני. ונראה עוד כמעט ראיה ברורה לזה מש"ס, עיין סנהדרין [דף ב'.] אילימא דלא בעינן תלתא והאמר ר' אבהו שנים שדנו אין דיניהם דין, אלא דלא בעינן מומחין מאי קסבר אי קסבר עירוב פרשיות כתוב כאן ליבעי נמי מומחין כו', והשתא אם אמרת דגבי גזילות וחבלות לא מהני אפי' קיבל עליו הדיוטות, אבל בהודאות והלואות פשיטא דמהני קיבל עליה אפי' קסבר עירוב פרשיות כתיב כאן, ותדע שהרי למסקנא סבירא לן דעירוב פרשיות כתוב כאן, רק דהא דלא בעינן מומחין בהודאות והלואות משום נעילת דלת, אבל לגבי תלתא לא שייך נעילת דלת ואפ"ה מהני קיבלו עליה, שהרי לקמן [דף ו'] מוקמינן מתניתין דבכורות דדן את הדין בקיבלו עליה, אלמא דמילתא דמסתבר מעצמו דגבי מילתא דממונא דשכיח מהני קיבל עליה, רק בגזילות וחבלות דלא שכיח נימא דלא מהני קיבל עליה, א"כ מאי קשיא ליה נימא דס"ל עירוב פרשיות כתוב כאן ובעינן מומחין

ושלשה נמי כדר' אבהו, אבל בקיבל עליה הוא דלא בעינן שלשה ולא מומחין משא"כ בגזילות וחבלות הוא דל"מ קיבל עליה, אלא ודאי דפשיטא ליה לגמרא דגם בגזילות וחבלות מהני קיבל עליה לענין מומחין ושלשה, אבל גבי קנסא דתליא בב"ד דוקא ל"מ קבלת בע"ד, וכן נראה להדיא מדברי הרמב"ם פרק ד' מהלכות סנהדרין הלכה י"ד] וז"ל, וכל דיין הראוי לדון שנתנו לו ב"ד שבא"י רשות לדון יש לו רשות לדון בכל א"י וכו' אבל בחוץ לארץ אין רשותן מועלת לו לכוף את בע"ד אע"פ שיש לו רשות לדון דיני קנסות, בחוץ לארץ אינו דן אלא למי שרוצה לדון אצלו, אבל לכוף את בעלי דינין ולדון להם אין לו רשות עד שיטול רשות מראש הגולה, עכ"ל. ואי נימא דבדיני קנסות מהני קיבל עליה למה ליה כלל הרשות מב"ד שבא"י הא בלא"ה יכול לדונם:

ועוד ראיה מלקמן (דף ג'.] אי הכי תרתי קתני כו' ועוד שלשה שלשה ל"ל, ועיין בפי' רש"י בד"ה תרתי קתני וז"ל מצי למימר וכו' ומשום דחלוקין בדיניהן לא כללינהו בחד כללא, עכ"ל. ואכתי קשיא אמאי קתני חצי נזק ותשלומי כפל וד' וה' בפני עצמם אמאי לא כללינהו בהדי גזילות וחבלות, אלא משום דחלוקין בדיניהם, דגבי גזילות וחבלות מהני כשקיבלו עליהן משא"כ גבי קנסות, ונזק דקתני כדאיתא שם בגמרא [דף ג'] דאגב גררא דחצי נזק נקט ליה והדר קתני האונס והמפתה והמוציא שם רע, לבבא בפני עצמו, שכך דרכו של רבינו הקדוש בסידור המשניות בכמה דוכתי שהקדים איזה בבות לכל אחת ואחת לבבא בפ"ע, והדר קתני בבא דשייך גביה כל הבבות שהקדים לזה, וה"נ הקדים שלשה בבות, א'] הודאות והלואות דמהני גבייהו הדיוטות, והדר קתני גזילות וחבלות דבעינן מומחים, אבל קיבלו עליהן הדיוטות מהני, והדר קתני חצי נזק ותשלומי כפל ותשלומי ד' וה', וזהו כשתבע בהדיא לתשלומי כפל וד' וה', דאי בסתמא כשתבעו גנבת וטבחת אזי אמרינן דמסתמא קרנא קא תבע ליה, עיין בס"פ שבועת הפקדון דאפי' לר' שמעון דס"ל גבי אנסת ופתית את בתי דמסתמא לקנסא קא תבעו, היינו משום דקנסא קיץ ובושת ופגם לא קיץ אבל לגבי גנבת דתרווייהו קייצי אזי מסתמא לקרנא קא תבע, אלא ודאי דאירי כדקתני להדיא תשלומי כפל היינו דאיהו קא תבע הכי ומש"ה לא מהני אפי' כשקיבלו עליהם, והדר קתני האונס והמפתה היינו דקא תבע ליה בזה הלשון עצמו וכדקתני בס"פ שבועת הפקדון, ותליא בפלוגתא דר' שמעון ורבנן דלר"ש לא מהני אפי' כשקיבלו ולרבנן מהני מיהת כשקיבלו כמו בגזילות וחבלות, [אבל לא קיבלו עליהם אין דנין כמ"ש בש"ע בסימן זה סעיף ב'], ובמפרש שתבעו גם לקנסא גם לרבנן לא מהני, וכן מוציא שם רע תליא אי בעל קא תבע להפסיד כתובתה אזי נכלל בכללא דהודאות והלוואות, ואם אב קא תבע לבעל למאה כסף אזי נכלל דינו בכלל

תשלומי כפל דלא מהני אפי' כשקיבלו, ועיין לקמן דף ח':] בתוס' בסוף ד"ה והביא, דבירושלמי איכא פלוגתא דאמוראי בזה, היינו בענין הסעיפים בפלוגתייהו דר' מאיר ורבנן, אבל בעיקר הדין משכחת לה בתרי אנפין הללו:

ג יש להתבונן למ"ש לעיל [באות א'] דעיקר כדעת הר"ן ורמב"ן לחלק בין זמן המשנה דאיכא מומחין בעולם אזי לא תיקנו חכמינו ז"ל רק גבי הלוואה ממש דאיכא נעילת דלת להדיא אבל לא במילתא אחריתא, וכן בגזילות לחוד, אבל בזמן הגמרא דלא שכיח כלל ובפרט השתא דליכא מומחין כלל אזי איתא לתקנתא בכל מילי ואפי' בגזילות לחוד מפני שלא יוסיפו בני עולה, וגם בתוס' ד"ה שלא סברי כן לתירוץ קמא בריש הדיבור וכמ"ש המהרש"א שם בתירוץ הי"מ, וכן תל"י כוונתי לדעתו וכאשר כתב בתומים. ויש לחקור דא"כ גבי יתמי נמי ניבעי מומחין בזמן המשנה שהרי גבי יתמי ליכא נעילת דלת כל כך כדאיתא להדיא בפ' הניזקין [דף נ' ע"ב] לענין זיבורית דעיקרו משום נעילת דלת, ולגבי יתמי אוקמינן אדאורייתא דלא מסיק אדעתיה דמית לוה ונפל נכסי קמי יתמי, ובשלמא לענין דרישה וחקירה גם גבי יתמי לא בעינן דרישה וחקירה משום דאיפשר שיפסיד לגמרי וכמ"ש תוס' הנ"ל, וכל כמה דאיפשר שיפסיד לגמרי אזי גם גבי יתמי חששו לנעילת דלת שהרי איתא להדיא בקידושין (דף י"ג:) בתוס' שם ד"ה אמר ר"פ בשם ר"ח דלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא גובה מיתמי משום נעילת דלת] אבל לענין מומחין בזמן המשנה דאיכא מומחין, ולא יפסיד לגמרי, ניבעי מומחין, וקשיא למסקנא דתרתי קתני ניפלוג וניתני בהלוואות גופיה בין היכא דלוה קיים לבין יתמי. לכן נראה דגם גבי יתמי לא בעינן מומחין אפי' בזמן המשנה, דמ"מ אתי לידי פסידא בהוצאות למקום מומחין, [עיין בש"ע ח"מ סימן י"ד סעיף ה'] משא"כ גבי זיבורית דלית ליה פסידא כלל, ובשלמא גבי מילתא דל"ש נעילת דלת כלל, רק משום נעילת דלת בפני עושי עולה הוא דאמרינן דכיון דאידך יכול לבקש למקום מומחין יחתו בני עולה ולא יוסיפו לענותם, אבל גבי יתמי כל כמה דאיכא פסידא איכא משום נעילת דלת:

ד בתומים [סימן א' סוף ס"ק א'] כתב וז"ל, ודברי המרדכי בסוף פרק המניח צ"ע, דמשמע מדבריו בהא דחייב רב יוסף בהאי גברא דתקע לחביריו הואיל ושומתו ידוע כו', דהא מבואר מילתא דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו, וכן הא דאמר לרכובה שלש כו' ושלח ליה קנסא קא מגבית בבבל, הא שומתו ידוע וצ"ע, עכ"ל. ונראה לפענ"ד דדברי המרדכי נכונים, שהרי מבואר בתוס' סנהדרין (דף ב':] ד"ה ליבעי נמי, דתרי קראי כתיבי, חדא לאתויי בדבר שצריך עיון ולימוד דבעינן מומחין דוקא, וזה נלמד מתלתא אלהים דכתיבי בפרשה, רק דאנן שליחותייהו עבדינן, ובזה גדרו חכמינו ז"ל דדוקא

במילין דשכיחי ויש בו חסרון כיס, וגם מלפניהם ילפינן דאפי' בדבר המפורש רק לענין עישוי וכפייה בעינן נמי מומחין, ובזה ג"כ במידי דשכיח עבדינן שליחותייהו, ומש"ה חידש המרדכי דבדבר המפורש, ויצייתו ג"כ שלא ע"י רידוי וכפייה תו לא בעינן מומחין אפי' מדאורייתא [וע"ש]. ותו לא קשה הא דבמילתא דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו, זהו במילתא דמצרכינן לכלל שליחות כגון בחד מהנך תרי אנפין הנ"ל, גם מה שהקשה מהאי דשלח ליה, חסדא קנסא קא מגבית בבבל, לא קשיא כיון דבעי מיניה לפנדא דמרא וכו' מאי, הרי בזה כיון דצריך לימוד בעינן מומחין מדאורייתא, וכיון דלית ביה חסרון כיס לא עבדינן שליחותייהו [וכמ"ש תוס' שם בד"ה קנסא], ואין להקשות דא"כ גבי גרים נמי מדאורייתא לא בעינן מומחים דלית ביה מידי דעיונא ושמץ רידוי וכפייה, וכל רבותינו הקשו ע"ז בזמן הזה היכי עבדינן שליחותייהו, עיין תוס' גיטין [דף פ"ח:] בד"ה במילתא, ובדברי רמב"ן יבמות וחידושי רשב"א [דף מ"ו:] דשאני גבי גרים שהוא מגזירת הכתוב מהיקשא דמשפט, וכשם דגבי משפט בעינן שלשה מומחין ה"נ בקבלת גרים, ומש"ה תירצו רמב"ן ורשב"א דמשפט דכתיב ביה לא קאי רק לשלשה ולא למומחין, וטעמא דידהו יש לפרש כן דכיון שאין הענין מתחייב לעיונא ולימוד ואין בהם רידוי וכפייה גם מדאורייתא לא בעינן מומחין:

ומתחלה עד שלא עיינתי בדברי רמב"ן ורשב"א ראיתי בדברי נה"מ [ס"ק א'] שהביא בשמם שהוא מטעם דאפקעינהו רבנן לקידושין, ומש"ה בגר שקידש אשה ואח"כ קיבלה קידושין מאחר לא מהני קידושי השני, אע"ג דכל ענין שליחותייהו עבדינן הוא רק מדרבנן והיה לפלא בעיני דאכתי היאך נותנין לו בת חורין, אם היה עבד כנעני מעיקרא דאית ביה לאו דלא יהיה קדש, ואין כח ביד חכמינו ז"ל לעקור דבר תורה בקום ועשה, גם תלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה ישעיה נ"י הקשה דא"כ איך שחיטתו כשירה כיון דמדאורייתא לאו בר זביחה הוא, ואין כח ביד חז"ל לעקור דבר מן התורה בקו"ע, ועיינתי ברמב"ן ורשב"א שם, ותמצית דבריהם כן הוא דמעיקרא מביאים דאיכא דרצה לתרץ על האי דרב יוסף בעישוי הגט אע"ג דמדאורייתא הגט בטל דשליחותייהו הוא רק מדרבנן והרי היא אשת איש מדאורייתא שהוא מצד אפקעינהו. וע"ז הקשו דאכתי בגר היאך מותר בבת חורין ולשאר עניני הדת, לכן תירצו תרווייהו דהיקשא דמשפט לא ניתן רק לשלשה ולא למומחין, רק רמב"ן מסיים בסוף דבריו וז"ל ואיפשר דמן התורה אפי' הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין, עכ"ל. ובמחילת כ"ת לא העתיק דבריהם על נכון, [ועמ"ש לקמן אות ו' ז' בהא דמסופק הרמב"ן ז"ל]:

ע"ש בנה"מ [בס"ק א'] השיג על בעל הקצה"ח שכתב דמה שהביא הטור הפי' בהודאות דהיינו עדי הודאה, ולא כתב הפי' לענין כופר הכל, הטעם דלענין שבועת היסת כיון דלא נחתינן לנכסי רק שמנדין אותו וכיון דמבואר בסעיף ה'] דגם בדיני קנסות מנדין אותו אין נפקא מינה בזה, והשיג ע"ז משני טעמים, וז"ל ואין לזה טעם דודאי אם לא היו דנין דין ש"ה לא היה שייך דין נידוי המבואר [בסעיף ה'] דשם הנידוי כדי לפייס, וכאן הנידוי לקיים הדין שדנו כו', תדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס, ועוד דבשבועת היסת אין מתירין הנידוי עד שישבע או עד שיסלק הכל, משא"כ בקנסות כמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ז] עכ"ל. ונראה עפ"י מ"ש דברי הקצה"ח נכונים, כיון דשבועת היסת הוא דין מפורש ואין צריך עיונא וגם לא נחתינן לנכסיה רק דמנדינן ליה עד תלתין יומין, וכשבא להתיר נדויו בתוך שלשים מתירין לו אע"פ שלא נשבע ודלא כמ"ש המחבר הנ"ל, דהוא בנידוי עד שיקבל עליו לישבע דא"כ הדרא קו' הגמרא [שבועות מ"א] לדוכתיה דנקטי' ליה בכובסא עד דלישבקי' לגלימי' עי"ש, רק הנידוי הוא משום קנסא דקנסינן ליה לפי שמסרב נגד תקנת חז"ל, וכ"מ מלישנא דרמב"ם וש"ע שם, ומרש"י שבועות ד"ה עד עי"ש, ושפיר כתב בעל קצה"ח דבתר תקנת שתי ישיבות דאפי' בקנסא מנדין ליה עד שיפייס בעל דינו אפי' בקנסא דלא שכיח וליכא ביה חסרון כיס, נלמד מכח כ"ש דמנדין ליה גבי ש"ה כדי שאולי יירא ויפחד ויקבל עליו לישבע, כיון דלבתר תקנת הישיבות אין בזה משום רידוי וכפייה, והא דמבואר בש"ע בסי' פ"ז סעיף י'] דנגדינן ליה זהו כשנתן כתף סוררת ולא בא בתוך שלשים להתיר נדויו, אבל כשביקש בתוך שלשים להתירו אזי מתירין לו לאחר שלשים מיד בלא ניגודא ובלא שבועה איברא זהו דוקא בכופר הכל הוא דלא בעינן מומחין גם זולת שליחות, אבל במודה במקצת דתורה לא חייבתו רק במקום דנוכל למיחת לנכסיו על מה שהודה לו בפניהם, אזי ע"י הודאה אלימתא כזה הוא דמחייבו לישבע על המותר (וע' בקצה"ח סי' ג'), והשתא כיון דליכא מומחין לענין עישוי ורידוי תו אין מקום לשבועה זו מדאורייתא רק משום דשליחותייהו עבדינן, משא"כ בכופר הכל לענין שבועת היסת דא"צ מומחין, ולא צריכינן לשליחותייהו כיון שהדין פשוט לכל, וגם הנידוי הוא ביכלתם לבתר תקנת הגאונים אפי' במידי דלא עבדינן שליחותייהו] מה שאין כן בזמן הגמרא דאז גם לשבועת היסת מצרכינן לטעמא דשליחותייהו, כיון דלא משמתינן ליה דבכל מידי דכפייה ורידוי הוא דוקא במומחין מדאורייתא, והשתא נמי עבדינן שליחותייהו, [ומהאי טעמא לא תסוב הערות הקצה"ח להקשות ע"ד רש"י ריש סנהדרין שפירש כן בלישנא בתרא]:

ומ"ש בנה"מ ותדע דהא אין מנדין למי שכופר בקנס, כוונתו לדעת הסמ"ע בסי' זה ס"ק י"ח] דהשתא דליכא מומחין הודאתו מחייבו, ואפ"ה כי כפר לו לא מנדין ליה עד שישבע, וה"נ בשבועת היסת לולא דעבדינן שליחותייהו לא נוכל לנדות אותו עד שישבע איברא לקושטא שאני ושאני, דגבי קנס ליכא שבועת היסת דגם אם יודה מ"מ הב"ד אין בידם לחייבו דגבי קנסא לא עבדינן שליחותייהו רק לנדותו, וכל מידי שאין בכפירתו גופו ממון רק נידוי ושמתא לא נתחייב לישבע ע"ז, משא"כ בכופר הכל במידי דגופו ממון דאע"ג דמדאורייתא אין הדיוטות יכולין לירד לנכסיו, אבל מ"מ מחוייבין לומר לו שמחויב ליתן היכא שמודה בעצמו, דכל שהדין פשוט ומפורש יכולין לדון בלא כפייה כדעת המרדכי הנ"ל:

ה עיין בקצה"ח שם ס"ק ח'] וז"ל, אמנם יראה דאפי' לדעת הרמב"ן דמהני מיגו בקנס היינו דוקא בפני ב"ד מומחין, אבל בזה"ז דליכא מומחין הרי הוא כאילו בא במשכון לפני עדים ואומר לפניהם שחייב לו קנס דלא הוי מיגו אפי' בממון, כמ"ש בתשובת הרא"ש דלא מהני מיגו במשכון אלא לפני ב"ד דוקא אבל לפני עדים אינו מועיל המיגו, וכמ"ש בש"ע [סי' ע"ב סעיף י"ח ובסי' קל"ג], וא"כ עכשיו דליכא מומחין ואין הב"ד פוסקין דיני קנסות אלא היכא דיש לו עדים, לא מפקינן מיניה, ועביד דינא לנפשיה, אבל כל זמן שאין לו ראיה לא מהני תפיסה, וא"כ כשבא עם החפץ לפני ב"ד בזה"ז א"כ הם משוי ליה ראה כיון דעכשיו ליכא ב"ד וליכא עלן רק תורת עדים, א"כ כיון דבטל המיגו ומשוי ליה ראה הרי הוא צריך להחזיר וכו' עכ"ל וצ"ל דעיקר קושייתו דמסתימת הסמ"ע וש"ך משמע דדינו כמו בעלמא במשכון דרוצה ליטול חובו מן המשכון מיירי דאזי צריך לישבע לכ"ע כדינא דגאונים דפסקינן כוותייהו, ואפי' בכה"ג נאמן גם השתא דליכא מומחין על קנסא דתבע ליה, דדוחק לומר דבתפס מעות מיירי דאזי א"צ לישבע, או אפי' בדתפס חפץ וכגון שאינו רוצה בגביית הקנס רק שיניח החפץ אצלו עד שישלם לו, דנאמן בלא שבועה כמבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק ע"א] בשם הר"ן, וע"ז תסוב קושייתו דמנ"ל דעבדינן שליחותייהו בכה"ג גבי קנס דנהי דתקנו חכמינו ז"ל דתפיסה מהני גבי קנס, זהו היכא שמביא ראיה ברורה בעדים אזי עשאוהו חז"ל כמומחין לאחר שתפס לענין זה שיוכלו לקבל עדותן, אבל לענין שבועה דלאו מילתא ברורה היא מנ"ל דגם לענין זה עשאן כב"ד, ואדרבה טפי ניחא לגרוע כחו של התובע הקנס דדינן כחוץ לב"ד, ולא מהני תו המיגו דמחשבינן להו כעדי ראה:

ולפענ"ד נראה דנהי דבעיקר הדבר צדקו דבריו, ומשקלו בצדק ובמישור דמסתבר הדבר דגבי קנס מחשבינן הדבר כחוץ לב"ד כדי לגרוע כחו של התובע. איברא בכל זאת צדקו

דברי רבותינו בעל הסמ"ע וש"ך דנאמן גם השתא במיגו, דמבואר [בסי' פ"ב סעיף ח' דפסקינן בכל הנוטלין הצריכין שבועה, אזי בנוטלין דמדינא נאמנים בלא שבועה רק מדרבנן הוא שהחמירו עליהם לישבע, גם בדאי איפשר להם לישבע כגון בחשודים נוטלין בלא שבועה דלא דחינן מפני חומרא דרבנן את עיקר דינו דנאמן בל"ש, וחכמינו ז"ל לא החמירו עליהם רק היכא דאיפשר להתברר פני הדבר ע"י שבועה ומעתה גם במשכון אם הוא חשוד נאמן בלא שבועה דמעיקר הדין אינו צריך שבועה, רק דחז"ל הטילו עליו כשאר נשבעין ונוטלין, מפני דלאו אגופא דמשכון קא טעין, ולפ"ז נאמן ג"כ אפי' כשאמר חוץ לב"ד שמגיע לו על המשכון כך וכך במיגו, דלגבי דידיה אין חילוק בין חוץ לב"ד או בפני ב"ד כיון שנאמן בל"ש בכדי שלא יפסיד מפני שאינו יכול לישבע את המגיע לו מצד עיקר הדין בלא שבועה. ומעתה נסוב את פני הדבר בנידון דידן לגבי קנס דג"כ נאמן מצד עיקר הדין בלא שבועה ע"י מיגו, רק דמדרבנן מחויב לישבע דלא עדיפא כחו דתובע גבי קנסא מממונא, ונמצא השתא דליכא מומחין כלל בעולם, ע"י שבועה דרבנן לעולם יפסיד את זכותו שיש לו במשכון מצד עיקר הדין, שהרי דנין את פני הדבר כמו בטוען חוץ לב"ד דאזדא ליה למיגו לגמרי, והרי זה מהפך הכלל המסור בידינו דהיכא דיפסיד ע"י שבועה זו מן המגיע לו מצד עיקר הדין דפטור בלא שבועה, ואינו דומה למשכון דגבי ממונא, דהיכא שהגיד בפני עדים שמגיע לו על המשכון כך וכך דתו אינו נאמן לעולם כיון דצריך שבועה כמבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק צ"א] דשאני התם דאיהו דאפסיד אנפשיה דלא היה לו לטעון אלא בפני ב"ד דאזי היה נאמן בפני ב"ד במיגו דהחזרתי אח"כ, משא"כ כשטען בפני עדים דאינו מעותד להחזירו כמבואר שם, אבל גבי קנסא דלעולם הוא כחוץ לב"ד, ונמצא שרק ע"י שבועה יפסיד משלו, להכי בע"כ צריכין לדון ולומר להיפוך דבשעת המיגו שלו דהיינו בשעה שטען, דנאמן בלא שבועה, בכדי שלא יוגרע כחו מהמגיע לו מצד עיקר הדין ע"י מיגו שלו, [וא"ל דגם גבי קנס הרי בידו לישבע מעצמו דלא גרע מטוען חוץ לב"ד שכך וכך מגיע לו, ונשבע מיד לפניהם תוך כדי דיבור לטענתו, וכן עמד בזה שארי הגאון מוהר"מ נ"י אבד"ק קאליש, ונראה דנהי דמצינן דקפץ ונשבע מהני עיין ב"ק דף ק"ו ע"א (וברשב"א שם), זהו בשבועת השומרים דא"צ איום ב"ד כמבואר בסי' פ"ז סעיף כ"א כיון שהוא על טענת ספק, אבל גבי משכון שהוא ע"י הכחשה אזי צריכי איום בב"ד דוקא, וכיון דגבי קנס לית לן תורת ב"ד לענין שבועה וכמ"ש, אזי תתבטל ממילא המיגו בכללו, ומש"ה מוקמינן על דינא דנאמן בלא שבועה בשעה שטוען לפניהם]:

איברא כיון דנאמן בתחלה ע"י מיגו, תו אינו צריך למיגו כמבואר שם ברמ"א [בסי' ע"ב סעיף י"ח] נמצא השתא מיהת דתו א"צ למיגו מחייבינן ליה שישבע כמו בכל שבועת הנוטלין דכי יעלה על הדעת להעדיף כחו גבי קנסא יותר מגבי ממון גמור דמחויב לישבע כל היכא דאיפשר, הגע בעצמך גבי חשוד דנאמן כשטוען על המשכון במיגו אפי' חוץ לב"ד כמ"ש לעיל, וכשחזר בתשובה בא וטען לפני ב"ד דאע"ג דנאמן בראשונה בלא שבועה, מ"מ השתא דמצי לישבע מחייבינן ליה ואינו נוטל אלא בשבועה, וכן כשטען חוץ לב"ד ואמר מיד דאינו רוצה לגבות מן המשכון רק שיניח אצלו עד שיפרע לו דאזי כיון דא"צ שבועה נאמן גם חוץ לב"ד לדעת הש"ך בסי' ע"ב], ואחר זמן בא לפני ב"ד, ואמר שרוצה לגבות מן המשכון דאזי אפי' כשהראהו לפני ב"ד, ואחר כדי דיבור טען ואמר דמגיע לו כך וכך ורוצה שיפרע לו דאע"ג דהשתא לית ליה מיגו מ"מ נאמן בעיקר הדבר ע"י המיגו שהיה לו בתחלה לפני עדים, אבל השתא שחזר בו וחפץ לגבות מן המשכון פשוט הדבר דצריך לישבע דהשתא הרי הוא כשאר נוטלין דמחויב לישבע, וממילא נדון דה"ה גבי קנס דנהי דבשעה שטען לפני הב"ד דאמרינן דעיקר האמנתו ע"י המיגו, צריכין לומר ולדון דפטור בלא שבועה כמו קודם תקנה בכדי שלא תופר ותיהרס המיגו לגמרי, מ"מ השתא שכבר א"צ למיגו מחויב לישבע כשאר נוטלין, וזה נכון וברור בעזהש"י:

והנתיבות המשפט כתב [בס"ק ה'] על דברי קצה"ח הנ"ל, וליתא דהא כיון שתפס הרשות בידינו לדון דהא ע"כ לא מהני תפיסתו עד שדנין אם הוא חייב הקנס ופוסקין לו השבועה כשתפס ודאי מהני, ולא דמי לראה בעדים, דהעיקר תלוי בשבועה שפוסקין לו הב"ד, משא"כ כאן שאנן פוסקין לו השבועה, הוי כשאר משכון שמהני הראהו בב"ד עכ"ל, ולמה שכתבנו מבואר למעיין בצדק שצדקו דברי בעל קצה"ח בזה, שהרי מן הסברא אין לדון ולומר דכיון שיכולין גם השתא לחייב את התובע שבועה גבי קנס, נשמע מזה דעבדינן שליחותייהו גם בזה כיון שתפס ושבועה זו כעדים דמי, וכשם דמהני גם השתא כשמביא עדים לאחר תפיסה, דמנ"ל לחדש ולהמציא כזאת שהרי טובא איכא בינייהו דבעדים מבורר הדבר לגמרי משא"כ על ידי שבועה, אלא בע"כ צריך לומר דהיינו טעמא במטל שבועה זו, משום דאי איפשר להעדיף גבי קנס [דהורע כחו של התובע] את זכותו הקלוש יותר מזכותו דמלוה גבי ממונא דאלים זכותו טפי, ואפ"ה אינו נוטל אלא בשבועה, ושפיר קא קשי' ליה לבעל קצה"ח דאכתי לא ליחמיר ולא ליקיל, שהרי ע"י חומרא זו יסתעף ממילא גם להקל עליו בדבר שאינו מן הדין שהרי גבי קנסא לא עבדינן שליחותייהו רק כשתפס ויש לו עדים והשתא דלית ליה עדים נהדרי' לדינא דלא

יחייבוהו לישבע שהרי כהדיוטות דמי ויסתלק ממילא גם הצד דמקילינן גביה שהרי כחוץ לב"ד הוא לענין קנסא שגם גבי ממון גמור אינו נאמן בכה"ג היכא דטען חוץ לב"ד: **ו ברמ"א** [סוף סעיף ה'] אבל קנסות שבאים חכמים וכו', ועי' באו"ת שהקשה שדברי רמב"ם סותרים אהדדי וז"ל דבפרק כ' מהלכות שבת פסק המוכר בהמה גסה לעכו"ם קונסין אותו עד יו"ד בדמיו [דאסרו חכמים שמא ישאיל או ישכיר ויעשה בה מלאכה בשבת ויעבור הישראל על שביתת בהמתו] ולא הזכיר שום חילוק בין דיינים מומחים לאינם מומחין ואילו בפרק ח' מהלכות עבדים כתב המוכר עבד לעכו"ם קונסין אותו עד יו"ד בדמיו כתב דווקא דיינים מומחין יש רשות לקונסו וכו' עכ"ל, ולפענ"ד נראה דשאני גבי עבד דעיקר הקנס הוא מפני שביטלו מן המצות, לכן דוקא בזמן המומחין שנתחייב במצות מדאורייתא, אבל בזמן דליכא מומחין דמדאורייתא לא נתחייב במצות, שגם גבי עבד בעינן שיקבל עליו שימול ויטבול בפני מומחין, רק דאנן שליחותייהו עבדינן וזהו רק מתקנתא דרבנן לחוד, וממילא לא נתחייב במצות רק מדרבנן, ובזה לא מצינו דקנסוהו רבנן היכא שמכרו לעכו"ם מפני שכל עיקר חיובו הוא רק מדרבנן, ומנא לן לחדש דגם היכא שביטלו רק על מצות דרבנן דקנסוהו חכמינו ז"ל אבל במוכר בהמה גסה לעכו"ם דעיקר הדבר דקנסוהו בשבילו שוה בין זמן המומחין לזמן הדיוטות, אזי גם הדיוטות יכולין לקונסו, וכדעת הרא"ש במוכר עבדו לעכו"ם, וא"ל כיון דגבי גר גמור הוי גם השתא גר מדאורייתא, וכמ"ש לעיל [באות ד'] בשם הרמב"ן ורשב"א יבמות דף מ"ו ע"ב], ה"ה נמי גבי עבד שמל וטבל לשם עבדות, דשאני גבי גר דבע"כ צ"ל שהוא מדאורייתא שהרי נותנין לו בת חורין, ואי מדרבנן לחוד לא סגי לן, דאין כח ביד חכמינו ז"ל לעקור דבר מן התורה בקום ועשה משא"כ גבי עבד דאסור בבת חורין, וטעמא דמילתא לחלק בינייהו, דגבי גר גמור כיון דכתיב לדורותיכם נתנה התורה רשות לקבל גרים גם בזמן דליכא מומחין, וכמ"ש הרמב"ן ורשב"א ביבמות שהבאתי לעיל, וכן הוא להדיא בש"ס דכריתות [דף ט' ע"א] לענין הרצאת דמים ע"ש. אבל גבי עבד שנתחייב במצות ע"י שקיבל עליו בפני ב"ד דלא מצינו בפירוש בקרא דנוהג לדורות איפשר לומר דהשתא דליכא מומחין הוא רק מדרבנן, כמו בהודאות והלוואות:

ז ולפום דברינו הנ"ל [באות שלפני זה] אשכחנן פתרא לדברי טור יור"ד [סי' א'] דכתב דעבדים כשרים לשחוט דוקא במשוחררים וצווחו עליו רבותינו האחרונים יעו"ש, ולמ"ש ניחא דהשתא דליכא מומחין ולא כתיב ביה לדורותיכם, ונמצא דהא דמחויב במצות כאשה הוא רק מדרבנן וכיון דמדאורייתא לאו בר זביחה הוא אין כח ביד חכמינו ז"ל לעקור בקום ועשה, משא"כ לאחר שיחרור דצריך שיקבל עליו עול מצות

בפני ב"ד מחדש, דהשתא נעשה גר גמור דכתיב ביה לדורותיכם הרי הוא כישראל גמור מדאורייתא:

ועיין רמב"ם [פרק י"ג מהלכות איסורי ביאה הלכה י"א] כשם שמלין ומטבילין את הגרים כך מלין ומטבילין את העבדים הנלקחים מן עכו"ם לשם עבדות וכו' ואין העבד טובל אלא בפני שלשה וביום כגר שמקצת גירות הוא שם הלכה י"ב] כשישתחרר העבד צריך טבילה אחרת בפני שלשה וביום שבו תיגמר גירותו, ויהיה כישראל, שם [הלכה ט"ו] ואעפ"כ היו גרים מתגיירים בימי דוד ושלמה בפני הדיוטות, שם [הלכה י"ז] גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעוהו המצות ועונשין ומל וטבל בפני שלשה הדיוטות הרי זה גר אפי' נודע שבשביל דבר הוא מתגייר הואיל ומל וטבל כי', ואפי' חזר ועבד עכו"ם הרי הוא כישראל מומר שקדושין קדושין וכו' עכ"ל, נשמע מכללות דברי קדשו דבגר גמור אין צריך מומחין מדאורייתא שהרי אפי' בימי דוד ושלמה שעדיין לא תיקנו דעבדינן שליחותייהו ואפ"ה הוו גרים גמורים כשנתגיירו בפני הדיוטות, וצ"ל דס"ל כדעת רמב"ן ורשב"א הנ"ל ומטעם כיון דכתיב ביה לדורותיכם וכן הוא בתוס' קדושין [ס"ב:] בסוף ד"ה גר בשם ר' נתנאל להדיא, דא"ל דרמב"ם ס"ל בזה כפי הצד דמספקא ליה לרמב"ן די"ל דהא גופיה דעבדינן שליחותייהו הוא מדאורייתא, ומש"ה הוו גרים גמורים מדאורייתא וקדושיו קדושין גמורים ולא תפסי קדושי שני, שהרי מבואר שם ברמב"ם הלכה ט"ו] שהב"ד לא רצו לקבלם, היאך איפשר שיעשו שליחותם בע"כ אלא וודאי דעיקר טעמי' הוא משום דכתיב לדורותיכם:

איברא כד דייקינן יתבאר היטב דזהו בגר גמור דוקא שהרי מקרא זה הוא בפרשת שלח [פ' ט"ו] והכי כתיב הקהל חוקה אחת לכם ולגר הגר חקת עולם לדורותיכם ככם כגר יהיה לפני ה' תורה אחת ומשפט א' יהיה לכם ולגר הגר אתכם, וכיון דכתיב תורה אחת ומשפט א' הרי דמיירי בגר גמור ששוה לישראל גמור בכל סוגי התורה בכל פרטותיהם ולא מיבעי' בדיני קרבן דמיירי בי' לבדו הרי דטעון סמיכה כקרבן של ישראל וכן לכל הלכותיהן [ועי' בתוס' סוכה דף כ"ח ע"ב בד"ה לרבות הגרים יעו"ש] מלבד בענין התלוי בקהל ה' הוא דאמרינן קהל גרים אינם בכלל זה, וכיון דמחויב בסמיכה ממילא מוכח דלא קאי על עבד כנעני אע"פ שמקצת גירות הוא שהרי הושווה לאשה שאינם מחוייבים בסמיכה לכ"ע במשנה מנחות דף צ"ג ויש בהם שינוים רבים מישראל גמור בכל הלכותיהן לענין גונב נפש [סנהדרין פ"ה:] וקדושין וכה"ג טובא, אכן גם בעבד כנעני כתיב ביה משפט ושם לא כתיב לדורותיכם ומש"ה מדאורייתא בעינן שלשה מומחין דאין היקש למחצה והוא בפרשת אמור [פ' כ"ד] גבי חבלות ומכה אדם כתיב משפט

אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה, דזה קאי גם על שפחה וע"כ שיש בהם מקצת גירות ובדברים דכתיב בפרשה אין בהם שינוי לישראל גמור:

ברם מדעת הרמב"ם משמע דס"ל דגם בעבד כנעני דלא כתיב גביה לדורותיכם מ"מ במקצת גירות דידי' סגי השתא דליכא מומחין גם מדאורייתא לכל הלכותיו מטעם דס"ל דהא דעבדינן שליחותייהו הוא מדאורייתא, ומאי דמספקא ליה לרמב"ן מובא לעיל] פשיטא ליה לרמב"ם, ותדע שהרי כתב בהלכה י"א] סתמא ואין העבד טובל אלא בפני שלשה ולא הזכיר כלל דמדאורייתא בעי מומחין, ובהלכות עבדים פרק ג' הלכה ג'] מביא דרבו מוסר לו שפחה כנענית, ואם נימא דמדאורייתא בעינן מומחים, והא דעבדינן שליחותייהו הוא מדרבנן כדעת תוס' איך איפשר השתא למסור לו שפחה כנענית לדעת רמב"ם דס"ל [בפרק י"ב מהלכות איסורי ביאה הלכה א'] דאיסור חתנות הוא בכל האומות ולוקין עליו קודם שנתגיירו והשתא נהי דתורה התירה למסור לו שפחה כנענית שנתגיירה במקצת אבל איסור ולאו דחתנות לא הותרה, וכיון דהשתא ליכא מומחין הרי היא כאילו לא נתגיירה כלל והרי הוא בלאו דחתנות מדאורייתא ואין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, מזה מוכח דבע"כ צ"ל דס"ל דהא דעבדינן שליחותייהו הוא מדאורייתא, [וא"ל כיון דאין עבד עברי נוהג אלא בזמן שיובל נוהג דבזמן ההוא היו מומחין דמ"מ איכא נפקותא בעבד עברי שנמכר בחוץ לארץ דלא דאין דין מומחה אלא הנסמך בארץ ומשמע דאפ"ה רבו מוסר לו שפחה כנענית שקנה בחו"ל ונתגיירה במקצת כדין שפחה כנענית שקבלו עליהם עול המצות לפני דיינים דשם] אבל הטור ביורה דעה [בסימן א'] ס"ל כדעת תוס' דעבדינן שליחותייהו הוא מדרבנן, [וכמ"ש בטור חו"מ סי' א'] רק בגר גמור הוא מדאורייתא כיון דכתיב ביה לדורותיכם ומשה"ט לא מהני שחיטתו רק במשוחרר גמור דאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, והא דרבו מוסר לו שפחה כנענית ג"כ ניחא לדידי' דס"ל להדיא באה"ע סי' ט"ז] דאיסור לאו דחתנות הוא רק בז' עממין ובכל האומות הוא רק מדרבנן לכן מהני גם בזמן דליכא מומחין דאתא דרבנן בזה דעבדינן שליחותייהו ועקרא לאיסורא דרבנן:

ובזה ניחא מה שפקפק בזה ש"ב הגאון אב"ד דק"ק קאליש, בישוב דברי טור הנ"ל מקדושין סוף פרק האומר דאפי' לכתחלה מותר לממזר לישא שפחה, ובטור אבן העזר (סי' ד'] מובא כן לדינא גם השתא דליכא מומחין ולמה שכתבנו לא קשה מידי דלדעת הרמב"ם בע"כ צ"ל הא דעבדינן שליחותייהו בכל מקום הוא מדאורייתא ולדעת תוס' והטור שהוא מדרבנן רק בגר גמור הוא מדאורייתא מדכתיב לדורותיכם מהני נמי שליחותייהו [גבי עבד ושפחה כנענית] דרבנן להפקיע איסורא דרבנן:

גם ידידי הרב הגדול החו"ב מו"ה שמואל סלאנט נ"י פקפק בזה לאחר ששם עיונו בישוב דברי הטור הנ"ל מדברי הטור יו"ד [ריש סי' רס"ז] בנימול לשמונה, דלר"א דווקא בשפחה שטבלה כשהיא מעוברת וילדה דאמו טמאה לידה הוא דנימול לשמונה אפי' בשבת, ולמ"ש לעיל מה בכך שטבלה כיון דהשתא ליכא מומחין ואינה טמאה לידה רק מדרבנן והיאך נימול בשבת, והשבתי לו שמבואר שם במס' שבת [דף קל"ה:] דהא דתני' בטמאה לידה לאו ביהדית תלי' מילתא שהרי לדידי' גם ביוצא דופן אינו נימול בשבת מה"ט, רק דגזירת הכתוב הוא מפני הקישא דכתיב וביום השמיני אחר טומאת לידה, וכל כה"ג דתלי' מידי בדבר אחר מצד גזה"כ גם במידי שהוא רק מדרבנן נכלל גם כן בתליי' זו, כשם דמצינן בסוכה [דף כ"ג] בעושה סוכה על גבי בהמה דאית ליה לר' יהודה דאינו יוצא כיון שאינו ראוי לשבעה ומבואר שם בר"ן דמקצת פוסקים פסקו כר"י וה"נ כיון דסוף סוף אמו טמאה לידה מדרבנן הרי זה כדאורייתא לענין היקש זה משא"כ לגבי זביחה דסברא מחייבתו דכל שאינו בר זביחה לעצמו הרי זה כאילו נחרו ומש"ה גם עבד שאינו משוחרר כיון דהשתא דליכא מומחים הרי הוא כשחיטת נכרי לגמרי, [ועי' בהשמטות]. ועוד ראיה מדברי הכסף משנה [בפרק א' מהלכות נערה בתולה] ה"ה גבי אנוסה שאם היא מן השניות הרי זה לא ישאנה, והקשה שם כיון דמדאורייתא ראוי לקיימה אמאי לא ישאנה, (וצ"ל אע"ג דרבנן יכולים לעקור בשב ואל תעשה זהו היכא דמצינו בהדיא שהכניסו את עצמם לענין דאורייתא כגון סדין והזאה ואיזמל (יבמות צ':) אבל כל כמה דלא מצינו להדיא מנלן], ותירץ שם וז"ל כיון דכל מילי דרבנן אסמכינהו אלאו דלא תסור שפיר איכא למימר דשניה אימעיטא מולו תהיה לאשה עכ"ל וה"נ לענין טמאה לידה כיון דסוף סוף הרי אמו טמאה לידה מלאו דלא תסור כבר נתקיים היקשא דקרא:

ולרבנן דהתם לא קשי' למה נימול בשבת הא ליכא מומחין בטבילתה כיון דלדידהו לא תלי' כלל בטמאה לידה רק ברשות לחוד הוא דתליא ובעינן דומי' דלכם, ולכן כשנולד ברשות ישראל לעולם נימול לח' ואפי' בשבת הגם שעדיין לא טבלה כיון שמכרה את עצמה לישראל בסתמא הרי זה כאילו קבלה על עצמה בפירוש שתטבול לשם עבדות, כדמוכח להדיא שם דמקשינן אלא יליד ביתו דנימול לא' לרבנן היכי משכחת לה ומשנינן למסקנא כגון שמכרה את עצמה על מנת שלא להטבילה אלמא דדווקא כשהתנה בפירוש הוא דנימול לא'] וטעמא דמילתא כיון דאנן פסקינן כרב אויא יבמות (דף מ"ו] דלוקח עבד מן השוק יש לו קנין הגוף, אע"פ שעדיין לא טבל הרי נולד ברשות ישראל, רק משום דומי' דלכם הוא דאמרינן (דווקא) [דדי] כשמכרה את עצמה בסתמא דהרי זה כאילו קבלה על עצמה שתטבול בכדי שתשוה בכל האיפשרי לישראלית, ואע"ג שעדיין

לא קיימה ולא טבלה אפ"ה נימול לח' ואפי' בשבת, ואע"פ שחזרה אח"כ ולא רצתה מ"מ בשעה שנימול הרי עומדת לכך שתשוה לישראלית וכדין נימול גם בשבת וא"כ מה בכך דליכא מומחין מ"מ הרי קבלה על עצמה שתשוה בכל האיפשרי לישראלית והרי קודם מתן תורה דליכא טבילה סגי בקנין לחוד, עיין בתוס' שם בד"ה כגון שלקח זה, ה"ה לאחר מתן תורה לא בעינן רק דיהיה איפשר שתשוה לישראלית במידי דאיפשר, [ומסוגיא דשבת מוכח דפסקינן כרב אויא ודלא כר"א יבמות (דף מ"ו) דלדידי' לא קני ליה לגופה רק בכספא וטבילה א"כ היכי משכחת לה לרבנן דנימול לח' בילדה ואח"כ טבלה כיון דבשעה שנולד הולד לא קני' רבה לגופה ולא לולדה רק למעשה ידיהם וכי יעלה על דעתך ששפחה שקנה רק למעשה ידיה שיתחייב האדון למול בניו דלא מצינו זה רק היכא דקנה לגופה לגמרי, ואע"ג דלוקח שפחה לעוברה נימול מיהת לא' אפי' למ"ד קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי שאני התם דקנויה לגמרי בפרט אחד מסעיפי דקנין הגוף שקנוי' ביד האדון לעוברה הקנוי לאדון לגמרי לדידן דפסקינן כרב אויא, משא"כ היכא שכל קנינו רק למעשה ידיו לבד, ואין להקשות דא"כ גם לרב אויא קשי' דמאי קשי' ליה אלא יליד ביתו דנימול לא' לרבנן היכי משכחת לה שהרי מש"ל בקנה מן העכו"ם שגם לדידי' לא קנה אלא למעשה ידיו ולא נכנס לרשותו לגמרי מש"ה אינו נימול לשמונה, דזה אינו דא"כ הרי לית ביה חיובא כלל על האדון וכמ"ש, (עי' בהשמטות)]: ועוד נראה דלענין חובה זו לבד שחייבה התורה למול יליד ביתו ומקנת כסף, מהם לא' ומהם לח', דטבילה דאמו לאו משום יהדות הוא, אלא לר' חמא ולר"א משום היקשא הוא דבעינן ליה בכדי שתהא אמו טמאה לידה, ולרבנן משום דבעינן לכם, דאזי נימול לח' אפי' בשבת וגם בדורות דליכא מומחין שהרי בענין זה נמי לדורותיכם כתיב בפרשה ימול לכם כל זכר לדורותיכם יליד בית ומקנת כסף, הרי בפשטא דקרא קאי לדורותיכם גם על יליד בית ומקנת כסף, אבל לכל סוגי התורה בכללו לא כתיב לדורותיכם רק בגר גמור ולא בעבד ושפחה כנענית כמ"ש לעיל, וטעמא דמילתא הוא דדוקא להחמיר הוא דגילה קרא דלדורותיכם שתהי' טמאה לידה אבל לא להקל עליו שיהיה כישראל גמור לכל דבר שיהיה בר זביחה וכיוצא בו רק בגר גמור הוא דגלי קרא דמהני לכל דבר:

סימן מז

בדין מגדר מילתא

א הנמוקי יוסף סנהדרין פרק שביעי [על סוגיית הש"ס דף נ"ב:] בעובדא דאימרתא בת טליא, כתב וז"ל ואע"ג דאמרינן קץ ידא מאדם אחד שהיה רגיל להכות את חבירו, ואמרינן נמי לעיל אי קטל נפשא ליכהיוה לעיני' היינו לענשי' במקצת מה שחייבה

עליו תורה כגון לכהות עיני ההורג שנתחייב מיתה וכיוצא בזו אבל לחייבו לגמרי לא עד כאן לשונו, ולכאורה הוא מחוסר הבנה דהיאך קאמר דדוקא לענשו במקצת מה שחייבה עליו תורה דהא ההוא דקץ ידא דמקשה מינה לא הוי כעין של תורה ואדרבא החמירו עליו יותר משל תורה דהיכן מצינו בתורה עונש דלקוץ ידו ולא חייבתו התורה להמכה רק בתשלומין ולא יותר. איברא לקושטא דברי הנמוקי יוסף נכונים וברורים והוא דכוונתו דאין בית דין יכול לחדש עונש בדבר אשר לא מן התורה הוא כמו כשל תורה ממש, וגם אפי' כשעבר על של תורה וחייב מן התורה מיתה או מלקות אין ביד ב"ד שאינם סמוכים לעונשו כעונשה של תורה אפי' למגדר מילתא מפני שיטעו הבאים אחריהם לומר שהותרה הרצועה למיעבד שליחותייהו לפעמים אף בד"נ, ויטעו בתרתי, אלא או ב"ד של סנהדרי גדולה דאזי אין לחוש שילמדו מהם משום דשאני סנהדרי גדולה דרב גובריהו ומש"ה יכולים לעשות אף כעין של תורה ממש כגון ההיא דא' שרכב על הסוס בשבת וסקלוהו דהוי כעין של תורה דחיובי שבת הן בסקילה, אבל ב"ד אחר אינם יכולים לעשות כעין של תורה ממש אלא או להקל עליו או להחמיר עליו בסוג אחר שלא נמצא בתורה כלל דאז יבינו הכל דרק הוראת שעה הוא למגדר מילתא ואין ללמוד ממנו לדורות:

ויש להתבונן בהא דפסקינן בש"ע (סי' שפ"ח סעיף י'), והוא דין פסוק לעד, דהא השתא ליכא מומחין דסמיכי ובטלו סנהדרין ואין כח בידינו לח"מ, רק למגדר מלתא והוראת שעה בלבד, כדילפינן ביבמות (דף צ':) מאליהו בהר הכרמל דהכל לפי שעה שומעין לו, ועוד כיון דעיקרו הוא מדרבנן לדעת הפוסקים דדיני דגרמי דרבנן, רק דהם חקרו אחרי מתכונת הענין ועשאוהו כרודף כידוע, ומעתה אפי' בזמן המומחים קשי' דהיכי מצו לעקור דבר מן התורה בקום ועשה אלא להוראת שעה בלבד, ונראה דכל עיקר הדברים בזה הוא רק במילתא דצריך לגמר דין דוקא כגון בכל חייבי מיתה ומלקות שבתורה דאפילו כשנתקבל העדות בסנהדרין ודינו ידוע לכל אפ"ה כל זמן שלא נגמר הדין לאו בר חיובא הוא כלל כדאיתא להדיא בכמה דוכתי, ועי' רמב"ם פ"א מהלכות רוצח ושמירת נפש הל' ה'] וז"ל רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו כו' עד שיבא לב"ד וידונוהו למיתה שנאמר כו' וה"ה לכל חייבי מיתות ב"ד שעברו ועשו שאין ממיתין אותן עד שיוגמר דינם בב"ד עכ"ל, לכן בכל כה"ג הוא דאיתא לכללא דאפי' למגדר מילתא אין כח ביד חכמינו ז"ל רק להוראת שעה בלבד, רק במילתא דממונא לחוד והוא משום הפקר ב"ד, דילפינן מאסמכתא דקרא], כיון דעיקר חיובו מיתלא תלי בגמר הדין דדיינים דסמיכי, אבל כל שאינו צריך לגמר דין כלל דאזי אפי' בחיובים דדיני מו"מ הושווה דינם כהוראת איסור

והיתר לבד ודנים בכל זמן וגם בדין פסוק לעד ואפי' השתא דליכא מומחין, וכ"מ להדיא ברמ"א (בריש סי' תכ"ה) לענין מומחין, דהוא הדין לענין הלכה לדורות נמי, ולהכי [בסי' שפ"ח] כיון שעשאוהו חכמינו ז"ל כרודף שוב דינו כהוראת איסור והיתר לבד ואפי' בקטן נמי דינא הכי:

ובכוונה זו נראה לפרש דברי הרמב"ם [בפרק ח' מהלכות חובל ומזיק] וז"ל עשה וכו' אשר זמם כו' יראה לי שאסור וכו' אלא א"כ הוחזק וכו' הז"י שמא וכו' ולמסור כו' בידי עובדי כוכבים להכותם ולאסרם כפי רשעם וכן כל המיצר לציבור ומצערן מותר למוסרו בידי עובדי כוכבים להכותו לאסרו ולקנסו עכ"ל, ולכאורה הוא שפת יתר דפשיטא דיכול למוסרו בידי עובדי כוכבי' ממה דכתב לעיל מזה בהוחזק, ולהנ"ל ניחא דבא במתק שפתיו לתרץ קושי' הנ"ל וכי היכי דלא נטעה בזה לומר לקושטא דעיקרו הוא רק להוראת שעה בלבד ואינו פסוק וחתוך לעד, לזה מסיים דאפי' למוסרו בידי עובדי כוכבים מותר, וא"צ לומר עשה מה שישראל אומרים לך, ואע"ג דכתיב לפניהם ולא כו', אלא וודאי עיקר הדבר מפני שאין הדבר תלוי בגמר דין כלל, משא"כ בשאר חיובי מו"מ דאזי איפשר דצריכים דווקא לומר עשה מה שישראל אומרים לך וכדעת הטור [בסי' ב'] להדי', ועיקר הדברים יסבו בלכתן על מה שהקדים ומעשים בכ"ז וכו' דל"ת שהוא רק הוראת שעה בלבד, גם לדעת הסמ"ע שחולק בזה [בסעי' קטן ז'] יש לפרש דברי הרמב"ם הנ"ל כמובן:

ב ולפ"ז לא הבנתי לכאורה קושי' תוס' סנהדרין [דף ע"ג:] ד"ה חד וז"ל וא"ת ולמה לי קרא למעוטי שבת הא מציל גופי' מחלל שבת דחובל בחבירו ואיך יחלל שבת להציל חבירו מחילול שבת עכ"ל, דכיון דמצוה למוסרו בידי עובדי כוכבים א"כ משכחת לה ע"י עכו"ם ולא יהיה חילול שבת בזה, ועוד יש למצוא מקום לתרץ קושיית התוס' הנ"ל ע"פ מה דאיתא במסכת שבת דף ל"ה:] וברש"י ותוס' שם סד"ה ספק, ובירושלמי ברכות דאדם אחד העושה מלאכה בשני ביה"ש א' של הכנסת שבת וא' של מוצאי שבת חייב מיתה דממנ"פ חילל שבת בעשייתו, וא"כ משכחת לה כגון שזה העובר כבר חילל שבת ביה"ש בכניסתו ועכשיו בא לחלל שבת ביה"ש ביציאתו, דאזי זה העובר חילל שבת וודאי וזה הבא להורגו לא הוי גבי' רק ספק חילול שבת ומש"ה יהא מותר. איברא לקושטא ליתא דהא ממנ"פ אינו רשאי להורגו לזה דאם ח"ש בכניסתו א"כ כבר עבר העבירה ואין להורגו, ואם בא לחלל שבת ביציאתו א"כ זה ההורג ג"כ יחלל שבת והדרא קושיית תוס' לדוכתא. איברא לפי המבואר בגמרא שם סוף פרק בן סורר ומובא בקצרה ברמב"ם [סוף פרק א' מהלכות רוצח הלכה ט"ו] דמצות עשה להרוג את הרודף נשמע

מוקצותה את כפה ועובר בשני לאוין נדרש מן ולא תעמוד על דם ריעך ומן ולא תחוס עינך הרי מבואר דמקרא דנערה המאורסה דכתיב ואין מושיע לה הא יש מושיעין לה אפי' בנפשו של רודף לא נשמע אלא דרשות בידו להציל אפי' בנפשו ואין דנין אותו כרוצח, ועי' היטב ברמב"ם שם מן הלכה ז' עד סוף הפרק] כשהזכיר דמחוייבין להצילו כתב מן וקצותה את כפה או מלא תחוס רק גבי נערה המאורסה כתב כפי הנשמע מפשטא דקרא זה לבד [זולת העשה והל"ת דנשמע ממקום אחר] דרשאי להצילה בנפשו של רודף ואין עונשין אותו על זה כיון דרחמנא התירה, ומזה נשמע ממילא דגם מיעוטא דקרא דכתיבא גבי נערה המאורסה על חילול שבת הוא להיפוך לגמרי דאז הוא כשאר רוצח דעלמא, הרי דגופא דקרא הן בהיתרא הן באיסורא מיירי בישראל עצמו, והשתא ניחא קושי' תוס' הנ"ל דעל חילול שבת לא צריך מיעוטא שגם המציל יחלל שבת כמוהו, דעד כאן לא שמעינן למוסרו ביד אחרים אלא בתר דגלי קרא שיש בזה דבר חיוב בעשה ול"ת כנ"ל, ומשה"ט הוא דלית בהו משום לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים. איברא כל זמן דלא ידעינן דאית בהו חיובא רק רשות לבד איפשר לומר דגם גבי רודף יש בהו איסור למוסרו ביד אחרים כו', אכן לקושטא עודנו דחוק חדא דמנ"ל דמיעוטא דכתיבא גבי נערה המאורסה קאי רק במה דאיירי בנערה המאורסה דילמא קאי לבתר דידעינן מן וקצותה את כפה. ול"ת דיש בהו חיובא משום עשה ול"ת וממילא זולת המיעוטא דכתיב בהו הרי רשאי למוסרו ביד אחרים ולית בהו חששא דלפניהם, ועוד הכי משום עכו"ם לחוד הוא דקשי' לן שהרי זולת המיעוטא היה רשאי להשיא בו נחשים ועקרבים דלית בהו משום חיוב דחילול שבת, [כמ"ש המ"א סי' שט"ז ס"ק ד' בשם הרמב"ם גבי צידה]:

ג איברא לקושטא דמילתא נלפע"ד לתרץ דברי התוס' הנ"ל על נכון, דהנה בברורא דרודף שניתן להצילו בנפשו יש לספק לכאורה אם הוא דוקא היכא דיתחייב מיתה ע"י מעשיו כגון שרוצה להורגו בידים ממש אבל לא היכא שרוצה להורגו ע"י גרמא דילי' כגון ההיא דבידקא דמי' חולין ט"ז] או אפי' היכא שרצונו להורגו ע"י גרמא נמי ניתן להצילו בנפשו [ועי' סנהדרין דף ע"ג בתוס' ד"ה להצילו בנפשו שהניחו הדבר בקושי', ולפי מה שיתבאר לקמן יש להמתיק הדברים דלעולם ניתן להצילו קאי על הפגם וגבי נערה המאורסה דאיכא פגמא דידה ניתן להצילה בנפשו וגבי בהמה דליכא פגמא דחבירו רק פגם שמים לחוד לא עדיף מפגם שמים דעכו"ם], ויש להוכיח בראיות ברורות דחיובא דרודף שניתן להצילו בנפשו הוא רק משום פגמא דאידך ולא משום חומר העבירה הוא, שהרי אפי' בחייבי כריתות לחוד ניתן להצילו בנפשו, ואלו בעובד ע"ג לדידן וברודף אחר בהמה שהוא חייב סקילה, ואפ"ה לכ"ע לא ניתן להצילו בנפשו, אלמא דעיקר מילתא הוא

רק משום פגמא דאידך וכן אפי' בקטן דבכל התורה אין אנו מצווים להפרישו ואפ"ה כשהוא רודף מצווים להורגו [ש"ס שם דף ע"ב: וכ"פ הרמב"ם], ולא עוד אלא אפילו כשרודף להרוג את חבירו ע"י גרמא בעלמא ג"כ מחוייבים כדי להציל את חבירו, שהרי מבואר בפרק ז' דמס' אהלות] גבי אשה המקשה לילד דחותכין העובר אבר אבר ומבואר ברמב"ם בפרק א' מהלכות רוצח הלכה ט'] טעמא משום דנידון כרודף, [וכ"פ בש"ע סי' תכ"ה סעיף ב'] ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' אהלות, אלמא דכל עיקרו רק משום פגם רק דלרבנן הוא דוקא בפגם של חבירו, ולר' שמעון דס"ל דאפי' בע"ג משום דגם בפגם דגבוה הוא כן, ולהכי לולא דנתמעטו חילול שבת ובהמה, קס"ד שגם בזה הוי פגם גבוה: **ולפ**"ז נקומה ונעלה עוד במסילה זאת נביטה ונראה בברורא דמילתא דלגבי פגם גבוה דחילול שבת הדבר מוכרח דלאו משום עבירה חמורה הוא שנעשה ע"י בפועל, אלא אפי' כשנעשה ע"י גרמא וכח שני, [עי' חולין דף ט"ז. אמר רב פפא האי מאן דכפתי' לחברא ואשקיל עלי' בידקא דמיא ומית חייב מ"ט גירא דילי' הוא דאהני ביה וה"מ בכח ראשון אבל בכח שני גרמא בעלמא הוא], ולא עוד אלא לענין פגמא מוכח דאפי' כשנעשה מעצמו נמי פגם גבוה מיקרי כשנעשה מלאכה מן ל"ט מלאכות בשבת, עי' תוס' תמורה [דף ד':] בד"ה רבא דגבי צורם אוזן בכור ומטיל מום בקדשים לא שייך בהו לא תאכל כל תועבה שהרי כשנעשה מעצמו מותר, הרי דלא מיקרי תועבה גבי דברים שהם מן הפועל לחוד רק היכא דחזינן דאפי' כשנעשה ממילא נמי מתועב ועומד הוא דמיקרי תועבה, ועי' חולין [דף קט"ו] דמקשה הש"ס דמעשה שבת ליתסרי מולא תאכל כל תועבה ומתרץ דגזירת הכתוב הוא, מוכח מזה דאפי' כשנפל מעצמו חתיכה לתוך תבשיל ונתבשל בשבת ג"כ אסורה מן התורה לס"ד דש"ס שם] ומיקרי תועבה משום פגמא שנתחלל שבת ע"י זה [ועמ"ש בתפארת ירושלים סוף חולין], ולפ"ז קמה ונצבה קושיית תוס' הנ"ל כחומה נשגבה כיון דכל עיקרו דחילול שבת הוא דניתן להצילו בנפשו משום פגם גבוה הוא והרי גם השתא איכא נמי פגמא דחילול שבת עצמו כשיהרגנו אפי' ע"י גרמא בעלמא שהרי גם אפי' במידי דממילא מקרי פגמא ותועבה כלפי גבוה [ועי' בהשמטות], וא"ל דא"כ גם גבי רודף דרוצח וערוה נמי נימא הכי כיון דעיקרו הוא משום פגמא דאידך השתא נמי איכא פגמא דשל זה. דזה אינו כיון דרחמנא התיר' לשפוך דמו תו ליכא פגמא כלל רק גבי חילול שבת הוא דקשי' לן שהרי אפי' במחוייב מיתה אם יהרגנו גואל הדם בשבת הרי הוא מחוייב מיתה מפני חילול שבת, ועי' בחינוך פרשת ויקהל דאפי' ב"ד שהרגו בשבת חייבים מיתה]:

ובזה יומתק לן תירוצם דקס"ד דגזירת הכתוב הוא, ואינו מובן לכאורה דמהיכא תיתי נימא גזירת הכתוב הוא בדבר שאינו מפורש והוא נגד הסברא, אלא דה"פ דקס"ד דנידון כרודף דמותר להורגו משום דרצה לפגום בכבוד גבוה והשתא כיון דמותר לעשות מלאכה כזאת תו ליכא פגמא כלל והוו כמילה ופיקוח נפש דהותרה בשבת:

הקשו תלמידיי המופלגים נרם יאיר, דנהי דדברי הנ"ל דאפילו במלאכה שנעשה ממילא ג"כ הוי פגם זהו סברא מוכרחת איברא זהו מקמי דגלי קרא דכתיב היא קדש ואין מעשיה קדש, אכן השתא דכתיב נימא דגילה רחמנא דלא מיקרי פגם ותועבה, ואמרתי להם דכיון שכבר הוכחנו דכל ענינו ועיקרו של הרודף דניתן להצילו בנפשו לאו משום שמבקש לעבור עבירה חמורה כזאת הוא שהחמירה התורה עליו רק עיקרו הוא משום פגמא, וכיון דצריכא קרא למעוטי גבי חילול שבת, ש"מ דקס"ד דפגם מיהת הוא אף לבתר דכתיב היא קדש ולגבי פגם ותועבה ליכא לאפלוגי בין נעשה בידים או לא כדמוכח ממטיל מום בקדשים, הרי דבע"כ צ"ל דקרא דהיא קודש לגופה לחוד הוא דאתי אבל מידי פגמא דחילול שבת לא יצא, דאלת"ה למה לן מיעוטא דקרא דגבי חילול שבת לא ניתן להצילו בנפשו תיפוק ליה דליכא פגמא ולא עדיף מנערה המאורסה דגבי' כתיב להדיא דניתן להצילו בנפשו, וה"מ באנוסה דאיכא פגמא דידה אבל במפותה לא, וגבי חילול שבת נמי דהשתא דכתיב היא קדש ש"מ דליכא פגם אלא ודאי בע"כ צ"ל כדאמרן דהיא קודש לגופה לחוד הוא דאתי:

ובזה יתיישב ממילא הרבה דברים שמקשים העולם על דברי התוס' ודוחקים עצמם למצוא מקום ליישב המקרא בנפ"מ רבות כגון שיוכלו להרוג העובר בשנים דאזי לא יתחייבו הן משום חילול שבת דשנים שעשאוהו פטורים, ועוד נפ"מ כיוצא בהם:

בעה"י פה ירושלים עה"ק תובב"א

בדיני שקול הדעת [והחידושים על סוגיא זו יתחלקו לשבעה סימנים]

ועיין היטב בכל הסוגיא הנ"ל בסנהדרין (דף ג' ה' ו' ל"ג) ובפוסקים ראשונים ואחרונים, ובש"ע סי' כ"ה

סימן מח

פתיחה בסוגיא זו

נתיב א'

א יש להתעורר בתירוצא דגמרא [דף ג'] כל שכן שאתה נועל דלת, כיון דעיקרו הוא לטובת המלוה, אכתי קשי' בזיכה את החייב אמאי מה שעשה עשוי, יאמר המלוה כיון דלטובתי נתקנה, שיהיה שם ב"ד על תלתא דאית בהו חד דגמיר וכן ביחיד מומחה

הוא גם כן משום נעילת דלת לר' אבהו דס"ל ב' שדנו אין דיניהם דין] יאמר המלוה אי איפשי בתקנת חכמים, כמו באומר הב לי זיבורית טפי פורתא [בש"ע סי' ק"ב], ואפי' לדעת החולקים שם, הוא משום דסבירא להו דלהוציא אינו יכול לומר אי איפשי [כמ"ש המרדכי כתובות פ' בתרא סי' רע"ז], אבל בגוונא דהכא דאכתי לא בעי להוציא מידי, דמה לנו במה שיבוא ויתגלגל אחר כך, וי"ל דמסתמא המלוה בא מתחלה לפני ב"ד ולגבי עצמו כגון לגריעותא דידי' ובזיכה את החייב לא צריכינן לטעמא דנעילת דלת, אלא משום דקבלוהו לדיינא הן בתלתא וחד דגמיר או ביחיד מומחה, רק בחייב את הזכאי הוא דמצרכינן לטעמא דנע"ד שהנתבע לא קבלהו, ואין להקשות דאכתי אמאי משלמין בזיכה את החייב, הן בתלתא וחד גמיר או ביחיד מומחה כיון דקבלהו המלוה, והרי לדעת הרא"ש פטורים מלשלם כל בי תלתא וחד דגמיר וביחיד מומחה לכולי עלמא, וי"ל דמזה מוכח דעיקר טעמא דפטורין בקבלוהו הוא כסברת הרא"ש משום מילתא יתירתא, ולגבי מלוה ליכא מילתא יתירתא דצריכה לגופא, דאי לאו הכי כל היכא דזיכו את הלוה יאמר אי איפשי אפי' היכא דלא נודע עדיין שטעו, אלא דלכאורה קשיא להיפוך דאם כן גם היכא שבאו שניהם מעצמן דדינו כקבלוהו, כמבואר בריי"ף ושאר פוסקים, ולזה הסכים הש"ך בס"ק י"ב], דאזי פטורין מלשלם בכל גווני, דאכתי בזיכה את החייב אמאי פטורין, כיון דלגבי דידי' לא הוי מילתא יתירתא, וצ"ל כמש"כ לעיל סי' מ"ה אות ב'] דכיון דלגבי הנתבע פטורין מלשלם מדינא, דלגבי דידי' הוי מילתא יתירתא, והשתא אם נימא דלגבי מלוה לא מהני מידי ויתחייבו לשלם כשזיכו את החייב, אם כן נוגעים הם בדיניהם, דלעולם יחתרו למצוא דרך לחייב את הלוה שגם אם יטעו בשיקול הדעת יפטרו, ולא לזכותו שאז יתחייבו לשלם, ולא עוד שהרי הלוה לעולם יכול להערים ולבא מיד לפני ב"ד עם המלוה כי היכי דליפסלו לדון מפני נגיעה, ואכתי לא הועילו חז"ל בתקנתם כלום שתקנו דאין צריך מומחים מפני נעילת דלת:

ב איברא כל זה ניחא לדעת הפוסקים דגם סתם קבלה דדינו כקבלה בפירוש לכל דבר וכדכתבנו בשם הש"ך, אבל לדעת הפוסקים דבעינן קבלה בפירוש א"כ הדרא קושיא ראשונה לדוכתיה, דלעולם היכא דזיכו את החייב יאמר המלוה אי איפשי, כי היכי דליבטיל דינייהו. וי"ל דלדעת הפוסקים כן איפשר לומר דסברי דלר' אבהו מוקמינן למתניתין דבכורות כרב חסדא, דדוקא בנשא ונתן ביד, ותו לא היה יכול לומר אי איפשי, דסברי כדעת הפוסקים דלהוציא אינו יכול לומר אי איפשי, ואינו יכול לומר הב לי זיבורית טפי פורתא, רק היכא שגילה הלוה דעתו דניחא ליה ביוקרא דלקמיה [כמבואר שם]. ולדעת הפוסקים כרב ששת דמתניתין דבכורות מיירי אפי' בלא נשא ונתן ביד,

צריך לומר או דסבירא להו כרב אחא בריה דרב איקא דמדאורייתא חד נמי כשר, ותו לא צריך לטעמא דנעילת דלת, או להפוסקים כרב ששת וכר' אבהו צריך לומר דסתם קבלה נמי מהני, וכדכתבנו:

ולפי"ז ניחא ליישב דברי רש"י (דף ו') בד"ה דן את הדין כו' ולקמן בפירקין מוקי לה כשנשא ונתן ביד, והוא תמוה דלכולהו אוקימתא קשיא שפיר אלא דקשיא ליה לרש"י כיון דר' אבא לא סבירא ליה דפטורא דקיבלו הוא משום מילתא יתירתא, שהרי לבתר דמשני ליה דמיירי בקבלוהו, חזר והקשה אי הכי אמאי משלם מביתו. וגם נראה מדברי רש"י דבעינן קבלה בפירוש, אבל ביאתן מעצמן לב"ד לא מהני כמבואר [בדבריו לעיל], וא"כ למה ליה לר' אבא לאהדורי בתר קושיא ממתניתין דבכורות, שהקושיא אינה מוכרחת כל כך דמיירי ביחיד כמש"כ תוס' בכורות (דף כ"ח:) בד"ה דן את הדין, טפי הוה ליה לאקשויי לעיל (דף ג') דמהדרינן בתר טעמיה אלא מעתה טעו לא ישלמו, דפשיטא ליה לש"ס דשלשה וחד דגמיר מחוייבים לשלם, מדלא פטרינן אלא מומחה וכמו שפי' רש"י שם, א"כ לסברת ר' אבא קשיא ממה נפשך אי מיירי בדקבלוהו בפירוש אמאי משלמי, ואי בדלא קבלוהו יאמר המלוה אי איפשי, ואמאי בזיכו את החייב מה שעשה עשוי, משום הכי כתב רש"י דסבירא ליה כר"ח וקושי' הגמרא לעיל קאי גם כן על נשא ונתן ביד וכדעת הרי"ף וכמ"ש לקמן ולא סבירא ליה כדעת תוס' ד"ה אלא מעתה, ותו לא קשה שיאמר אי איפשי, דהשתא הוא להוציא ממש. ועיין לקמן בסי' שאחר זה (אות ח') מש"כ ליישב דברי רש"י בפשטא]:

ג נמצא יוצא מדברינו הנ"ל דין מחודש היכא דחד מבעלי הדינים קיבל עליו מתחלה את הדיין, והשני שתק ולא קיבל עליו את הדיין דצריך הדיין להסתלק מדין זה, מפני שפסול לדין זה מצד נגיעה. או שיחזור הבעל דין מקבלתו טרם שירד לחות לדינם, או שיקבלהו גם השני:

נתיב ב'

א בעיקר הדבר דבשיקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ולא אמרינן כי היכי דלא נוכל להוציא מבעל דין היאך נוציא מהדיין, וכבר עמד בזה בס' תמים דעים, ותירץ דשאני בע"ד שיכול לומר קים לי כאשר פסק הדיין בתחלה, אבל הדיין שהודה בעצמו שטעה צריך לשלם למי שהפסידו, כן מביאים כל האחרונים בשמו, ות"ל גם אנכי עמדתי בזה בתחלת השקפה בסוגיא זו, ואמרתי דהטעם מה שעשה עשוי מפני שכבר נפסק הדין על פי ב"ד, וגם כבר נעשה מפיהם למוחזק בממון, אע"ג דהיכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך מוציאין מן המוחזק, הכא כיון דאיכא תרתי לטיבותא, תו אין ביכלתינו

להוציא מידם, אבל לגבי הדיין שלא נפסק הדין נגדו, שפיר מוציאין מידו, וכן מבואר להדיא בדברי רבינו הגדול רש"י ז"ל [דף ו'.] בד"ה וסוגיא דעלמא, וז"ל האי בעל דין דנקט לא בעי שלומי, דאמר ליה פסקת לי לדינאי, ומיהו איהו בעי שלומי כיון דסוגיין דעלמא כאידך, עכ"ל:

וכאשר נתורה לדעת דברי שאר רבותינו הראשונים בזה, נראה מדבריהם הקדושים דתפסו כדברי רש"י, עיין בדברי הרא"ש פרק זה בורר [סי' כ"ו] והרי"ף בפרק אחד דיני ממונות] בסוגיין שפירש בהאי דר' חייא ור' ישמעאל בר' יוסי גבי שלא להשביע את בניו דעובדא דהתם לא דמי לשיקול הדעת דהכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, דאי לא תימא הכי אמאי לא חייבוהו לשלם, אלא דבסברא פליגי, והרי התם עודנו לא הודה ר' ישמעאל בר' יוסי, אלא וודאי דבשיקול הדעת אין צריך להודאתו, וכדברי רש"י הנ"ל, וכן מוכח להדיא בדברי רשב"א חולין [דף מ"ג:] גבי רבא בריה דרב יוסף, וזה לשונו שם בד"ה זילו, לפי מה שכתב רב אלפסי ז"ל בסנהדרין בענין טועה בדבר משנה ובשיקול הדעת צריך לומר דרבא טועה בשיקול הדעת היה, שהיה סבור דלא סתרין אהדדי כו', ומשום הכי חשיב ליה ר' אבא טועה בשה"ד כו' ולפיכך מחייבו לשלם אבל אם היה טעות בדבר משנה אפי' נשא ונתן ביד לא היה משלם, עכ"ל. והרי התם שלח ר' אבא לרבא דלישלם דמי תורא ועודנו לא הודה, ולדעת הראב"ד בתמים דעים הרי כל עיקר חיובו של הדיין הוא על ידי הודאתו, ואין לדחוק דמובטח בו שיודה, דמכל מקום איך יכול לחייבו עד שלא שמע הודאתו בפירוש, וכן צריך לומר לדעת בעה"מ שחידש סברא זו של הרשב"א דבד"מ אפי' נשא ונתן ביד פטור, משום דאיהו אפסיד אנפשיה כמבואר שם:

ב ולכאורה יש לעיין בסברת רש"י הנ"ל, שהרי מצינו בגמרא דעדים זוממין חידוש הוא, ועמדו בזה רבותינו האחרונים כיון דהמזימין מעידים עליהם שהעידו שקר, היאך נאמין שהם אמת העידו, דמאי שנא באם העידו עליהם שחללו שבת או שהעידו שקר, דאין בהכחשת הבעל דין כלום לגבי סהדי, ותירץ בקונטרס הגאון ר' חיים יונה זצ"ל [בחידושיו על הרמב"ם פרק י"ח מהלכות עדות] דנהי דהשתא הוו כמעידין לגבי עצמן, אבל מתחלה כשהעידו בבית דין לא היו נוגעים שהרי מעידין על אחרים, ונמצא ממילא שהיה אז בעדותן הכחשה לגבי המזימין, וגבי נוגע לא איכפת לן במאי שנעשה נוגע אח"כ. וראיה מניסת לאחד מעידיה כתובות כ"ב:], והדברים נכונים ומסתברים, וא"כ הכא נמי נימא כיון דבשעה שיצא הפסק דין מפיו, היה לגבי אחרים, אלא דאחר כך נתגלגל שהוא ג"כ לעצמו, מה בכך כיון דבשעתו לא היו נוגעים. אכן לקושטא לא קשה מידי דשאני ושאני בין הדברים שההכרח לאחוז האמת לאמתו של דבר, כגון גבי עדים

דעלינו הדבר חובה לידע מפי העדים את הדבר לאמתו, ודרך האמת אין לו רק דרך אחד ואין שני לו, וכיון דבשעה שהעידו על האחרים העידו, ומחליטין את הדבר כן לאמתו, לכן אף שנסתיים מילתא דסהדותייהו הוא לגבי עצמן, לא איכפת לן בזה כיון שכבר החליטו הדברים לאמיתן, מה שאין כן בשיקול הדעת כיון דלאמתו אין הדברים כפי פסק דין שלהם שהרי סוגיא דעלמא אזלא כאידך, רק כיון שכבר יצא מפיהם לא מהדרינן, לכן זהו דוקא לגבי בעל דין שאז הסב הפסק דין עליו, ולא לגבי עצמו שעודנו לא יצא עיקרו בשעת הדין, ועתה אין יכולים לפסוק על עצמן:

נתיב ג' נוגע גם לדיני תפיסה:

א הנה בטעה בשקה"ד דהדין פסוק דמה שעשה עשוי, ולדעת רוב הפוסקים [וכן בש"ע משמע כן] דאפי' גדול ממנו אינו יכול להחזיר הדין אפי' היכא דפטורין מלשלם, כגון ביחיד מומחה וקבלוהו או בשלשה וחד דגמיר וקבלוהו [לדעת הרא"ש דשוין הם], זולת כשגדול ממנו והוא מוסמך לדברי התומים בס"ק [] לדעת הרא"ש וראב"ד, רק מבעל המאור משמע דלעולם הגדול ממנו יכול להחזיר היכא דפטורין לשלם משום פסידא דבעל דין], לכן אליבא דדינא לדעת רוב הפוסקים כיון דהשתא ליכא מוסמך בעולם, ונמצא דהדין שיצא מפיהם הוא בהחלט לצמיתות. נראה לפענ"ד דאפי' תפס הלוה אח"כ לא מהני מידי, וראיה ברורה לזה מש"ע (סי' ק"ח סעיף י"א] ברמ"א, גבי מת לוה בחיי מלוה, דאם קדם המלוה ותפס דמהני, משמע להדיא דאם תפס אח"כ כשכבר פסקו הב"ד כרב ושמואל, דיורשי הלוה פטורין, תו לא מהני תפיסה דיורשי המלוה וכ"מ שם באורים ס"ק מ"א], והשתא מה התם דאפי' הב"ד הקטן מן הראשונים יכולין לפסוק אח"כ כר' אלעזר ולהוציא מיורשי הלוה, אפ"ה הבעל דין עצמו אינו יכול לתפוס, מכל שכן בשיקול הדעת דאין בכח של ב"ד הקטן מהם להחזיר הדין אליבא דכולי עלמא, דפשיטא דאין בתפיסתו של הבע"ד כלום, דאע"ג דעביד איניש דינא לנפשי', זהו עד שלא ירדו לדין, אבל אחר שירדו לדין הדבר חוב על הבע"ד לבל לעשות שום דבר נגד הפסק דין ובפרט היכא שכבר נתקיים הדין על פיו, ולהכי אפי' טעו בשיקול הדעת, כיון שכבר פסקו חכמים דקם דינא, הדבר חובה על הבע"ד לשמוע רק לדבריהם, ואין בתפיסתו של הבע"ד להרוס ולנתוץ דבר שכבר נתקיים מפי ב"ד אשר בימים ההם:

ולפי"ז נראה דנהי דבספיקא דדינא דמהני תפיסה לעולם, לדעת הרמב"ם [פרק ב' מהלכות בכורות וכמה מקומות], ולדעת תוס' כתובות (דף כ'] ד"ה ואוקי, מהני תפיסה בטענת ברי, ואם תפס אידך אח"כ מהני, זהו דוקא עד שלא ירדו לדין לאחר תפיסה הראשונה אבל היכא שירדו לדין וזיכו את התופס כדעת הרמב"ם וסייעתו, או בטענת

ברי לדעת התוס' לא מהני תפיסתו דאידך, דכיון שכבר יצא מפי ב"ד וזיכוהו בתפיסתו, תו לא גרע מטעו בשקה"ד, דפשוט הדבר דאין לדיין אלא מה שעיניו רואות, וכיון שבא הנדון לפניהם כשכבר תפס הלה, אזי הדבר חובה עליהם לזכות את התופס להדיא, אבל אינם רשאים לומר ולהוסיף דכל זכיותיו משום דתפס, ובאם יתפוס אידך יועיל תפיסתו, דזהו בכלל עורכי דיינים:

ובזה מתורץ דברי המהרש"ל בים של שלמה הובא בנתיבות המשפט [סי' א' ס"ק ה'] וזה לשונו, כתב הישׁ"ש בב"ק [פרק א' סי' מ"ג] וזה לשונו, אבל זה לא יכול לחזור ולתפוס מידו מאחר שבא ליד הניזק כבר, א"כ זכה בו בדין, מה שאין כן בשאר תפיסה דספיקא דדינא וכו', אכן מדברי הרא"ש בב"ק [פרק ב' סימן ב'] שהקשה על הרי"ף שלא הביא האיבעיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק, ותירץ דליכא נפקא מינה דאי לא תפס אין גובין בבבל, ואי תפס גובה הכל מצד שהוא ספיקא דדינא עיי"ש, אלמא דשווין הם ממש, דאי לא, הוה ליה להביא האיבעיא, דהא נפקא מינה לענין זה, אלא ודאי דשווין הן, עכ"ל. ולמאי שכתבתי ניחא דתו לא קשה מדברי הרי"ף כיון דהתם בעל כרחו מיירי כשתפס קודם שבאו לב"ד, שפיר כתב הרא"ש דתו ליכא נפ"מ, כיון דכבר תפס וזכוהו בב"ד, תו לא יועיל תפיסתו דאידך דלא גרע משיקול הדעת דקם דינא, אף דסוגיא דעלמא אזלא כאידך [עיין בהשמטות]:

עוד שם [בנתיבות המשפט הנ"ל] וזה לשונו, אמנם אשכחנא גוונא דגרע הך תפיסה מתפיסה דספיקא דדינא, דנראה דמיתמי לא מהני תפיסה זו, דהא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי אפי' בניזקין כמבואר בב"ק (דף י"ד), רק דבעל חוב גובה מתקנת הגאונים, ובניזקין לענין תפיסה ודאי לא תקנו הגאונים, מה שאין כן בתפיסה דספיקא דדינא מהני אפי' ביתומים, ומדברי הרא"ש לא מוכח, רק דעל כל פנים לא עדיף הך מתפיסה דספיקא דדינא, אבל מכל מקום יש לומר דגרע, עכ"ל. ולפענ"ד איפכא מסתברא דכיון דגם במידי דלא שכיח, או בקנס היכא דתפס עבדינן שליחותייהו כמו בהודאות והלואות דעלמא, וכשם דבעלמא גבי תקנת הגאונים עבדינן שליחותייהו מדרבנן, הוא הדין נמי במידי דלא שכיח או בקנס היכא דתפס, דלאחר תפיסה שקולין הן לכל מילי ודינין דעלמא, אבל בספיקא דדינא היכא דתפס מטלטלין מיתמי, יש לומר דדמי קצת לספק בתקנתא, דמוקמינן אדינא (כמבואר במגיד משנה פרק ד' מהלכות גזילה ואבידה הלכה ז') דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי, אלא דהכא עדיף מפני שאין הספק בתקנתא עצמו אלא מצד אחר, אבל מכל מקום גרע טפי מתפיסה דלא שכיח שהוא מצד ודאי, אלא משום שהוא כעין תרי דרבנן, והלא גם בדינין דעלמא כן לדעת רוב הפוסקים דעבדינן

שליחותייהו הוא מדרבנן, מכל מקום לא קשה על דברי הרא"ש הנ"ל דאכתי איכא נפקותא במטלטלי דיתמי דלשיטתו אזיל דהשתא גבי מטלטלי דיתמי דעיקר סמיכת דעת על המטלטלין הוא, עיין בתשו' הרא"ש [כלל ל"ו סי' ג'], וכן כ' הרא"ש ב"ק [פרק א' סי' י"ט], דהשתא דיני דמטלטלין כמו גמלים דערבאי בזמן התלמוד, כתובות (דף ס"ז): **ב בעיקר** הדין דשקה"ד דקם דינא, יש להתבונן, דהא בכל תיקו דהש"ס דפסקינן המוציא מחבירו עליו הראיה, והיכא דטעו והוציאו מן המוחזק הוי כטעו בדבר משנה כמבואר בנמוקי יוסף סנהדרין בסוגיין. ונראה לכאורה דהוא הדין היכא דפליגי תרי תנאי או תרי אמוראי ולא איתמר הלכתא כחד מינייהו דדינו כן דהמוציא מחבירו עליו הראיה כדאיתא ב"ב (דף ל"ב] גבי גחין ולחיש לרבה, דהלכתא כרבה בארעא, וכרב יוסף בזוזי, שהוא מטעם דהמוציא מחבירו עה"ר לפירוש רשב"ם שם, ולא דמי להא דאמרינן בשבועות (דף מ"ח) גבי מת לוה בחיי מלוה דדיינא דעביד כר' אלעזר עביד, דהתם בלא זה בעל כרחו צ"ל דהתם שאני שהרי דיינא דעבד כרב ושמואל ופטר את יתמי הלוה, דפסק דין הוה כשובר, ואפ"ה אם פסקו בי דינא אח"כ כר' אלעזר והוציא מיתמי הלוה, שוב נשאר כן לצמיתות ולא מהני תו תפיסת יתמי המלוה, וכן אם פסקו בתחלה כר"א והוציאו מיתומים קם דינא, ותו לא יוכלו בי דינא אחרינא לפסוק כרב ושמואל, (וכן כ' תשו' מהרי"ט חו"מ סי' י' מובא בקונטרס הספיקות כלל ה' אות ה', וכ"מ בש"ע סי' ק"ח סעיף י"א) אפי' אם תפסו אח"כ יתמי הלוה, הרי דאלימי כחו של בי דינא דפסקו כר"א מכחו של ב"ד דפסקו כרו"ש, וטעמא דמילתא משום דהתם כבר הכריעו הש"ס בעיקרא דמילתא להלכה, דמסתברא להו טפי טעמא דר"א, [ועמ"ש בזה בתפארת ירושלים בסוף ס' טהרות בהשמטה למס' ברכות] דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד, אלא לכתחלה עבדינן כרו"ש, משום דיתמי הלוה מוחזקים, וכבר נפק הדבר מפומייהו דרב ושמואל לפוטרן, נכון הדבר לכל בי דינא לחוש לכבודן לכתחלה, אבל על הבע"ד העיקר חובה עליהם לשמוע כפי שנתקיים הדבר מפי הב"ד שדנו לפניהם, לכן טרם שיצא הדבר מפי הב"ד לפטור יתמי דלוה, מהני תפיסה דאידך ולא אח"כ, כדאיתא בש"ע (סי' ק"ח סעיף י"א) דדוקא בקדמו ותפסו איברא בבי דינא דפסקו מתחלה כרו"ש, וקמו אח"כ בי דינא אחרינא ופסקו כר' אלעזר, דנהי דלאו שפיר עבדי דלא חששו לכבודן דרו"ש, אבל מ"מ באיכות הדין כהלכה ברורה פסקו, שכבר הכריעו חז"ל בש"ס דלא כרו"ש, והבו דלא לוסיף עלה]. איברא בפלוגתא דתנאי ואמוראי דעלמא דלא הכריעו בש"ס, הדרינן לכללא דהמוציא מחבירו עליו הראיה והיכא דטעו בי דינא והוציאו מן המוחזק, ניהוי דינם כמו בכל תיקו דש"ס, דהיכא דהוציאו מן המוחזק דדינם כטועה בדבר משנה,

ונמצא השתא דהיכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך מגרעי גרעי, דנהי דלא הוה כהכרעה בהחלט, מ"מ לא הורע כחו מהיכא דליכא הכרעה כלל דדינו כטועה בדמ"ש, והשתא דינו כטועה בשיקול הדעת דקם דינא:

איברא נראה לשדד פני הדבר להבין הדברים לאשורם, וקצת מזה למדנו מדברי תוס' בבא בתרא (דף ס"ב:) סוף ד"ה איתמר, וזה לשונם והיכא דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר וסבירא ליה לדיין כחד מינייהו ועבד, מאי דעביד עביד, דהכי אמר בפרק כל הנשבעין השתא דלא איתמר לא כמר ולא כמר דעבד כמר עבד ודעבד כמר עבד, ואי מספקא ליה לדיין כמאן הלכתא, המוציא מחבירו עליו הראיה, עכ"ל. כוונת דבריהם דהיכא דאיכא פלוגתא דתנאי או אמוראי ולא איתמר הלכתא בפירוש ולא גילו לנו הכרעתם, אבל לקושטא יש לברר בראיות גמורות הלכתא כמאן, ואיפשר שחז"ל כבר הכריעו בזה, אלא דלא גילו בפרהסיא, כעין דאיתא בע"ז (דף ל"ה), או שלא בצעו הדבר לגמרי, והניחו לדורות שלאחריהם לגמור הדבר על תלו, אבל מה שהניחו בתיקו כבר סוגרו השערים של שמץ הכרעה בזו, לכן בכל פלוגתא דעלמא, כיון דיש באפשרות להכריע, רק דאנן לא ידעינן, לכן היכא שכבר נפסק הדין והוציאו מן המוחזק, פשיטא דקם דינא, דאולי כן יקום ויוכרע הדבר, וכן הדיין פטור מלשלם מטעם זה], וכן היכא דטעו בשה"ד, לענין קיום הדין נקטינן מילתא דאע"ג דיש קצת הכרעה לפנינו להיפוך, מכל מקום כיון דאינה הכרעה גמורה ויש באפשרות שהכרעה גמורה יקום כפי פסק שלהם, ומשום הכי גם כן קם דינא, [אבל בתיקו דאי איפשר להכריע ונמצא דמהדרינן מילתא לכללו דהממע"ה, ובאם טעו והוציאו מן המוחזק דמי לטעה בדמ"ש]. אבל לענין תשלומין [של הדיין נקטינן כיון דאיכא קצת הכרעה לפנינו תו אין ספק מוציא מידי ודאי, ולא חיישינן לספיקא, דאולי הכרעה גמורה יקום ויתגלה להיפוך, לכן בתחלה מוציאין מיד המוחזק מהאי טעמא, ולא יכול לומר קים לי להיפוך, דא"כ זיכה את החייב היכי משכחת לה דצריכין לשלם, לא מיבעיא לדעת רבותינו האחרונים דאפי' היכא דלא טען קים לי אנן טענינן ליה, הלא יאמר הדיין דמשום הכי זכיתי אותו, אלא אפי' למאן דסבירא ליה דדוקא היכא דטען מכל מקום אינו מן הדין לחייב את הדיין מצד ספק, שהרי יכול לומר מאי הפסדתיך, שהרי בידו לאהדורי בתר זכותיה על ידי קים לי, וטעמא דמילתא כיון דכל עיקרו של קים לי הוא משום דעביד איניש דינא לנפשיה, וכחו של בעל דין ככחן של דיינים, זהו דוקא במילתא דגבי דיינים עצמן גם דיניהם מצד שיקול הדעת אפי' בספק השקול, אבל היכא דגבי בי דינא גופייהו הוא רק משום מה כח ב"ד יפה, דכיון שכבר פסקו כן לא מהדרינן עובדא משום כבודן, ומחפשינן להקים

דיניהם משום ספיקא, דאולי יוכרע הדבר להיפוך ממה שנראה לפנינו, דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, בכל כהאי גוונא הורע כחו של בע"ד מכחן של דיינים, דלגבי בע"ד דנין כפי הכלל המסור בידינו דאין ספק מוציא מידי ודאי:

ג השע"ך [סי' כ"ה ס"ק ב' אות ב'] מביא דברי הנמוקי יוסף הנ"ל והשיג עליו כיון דמהני תפיסה, איך איפשר לומר דדינו כדבר משנה וחוזר הדין, אלא דנמו"י לשיטתו דס"ל דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה, ולמאי שכתבתי לעיל [באות א'] דבספיקא דדינא להפוסקים דמהני תפיסה, אזי כשחזר אידך ותפס אין מוציאין מידו, דזהו עד שלא באו לב"ד, אבל משבאו לב"ד וזיכו את התופס, אזי תו לא מהני תפיסה דאידך, כיון שכבר נפסק הדין ביניהם תו אי איפשר להרוס ולנתוץ שמץ דבר מני מעשה ב"ד, שהרי אפי' טעו בשקה"ד קם דינא, ולא מהני תפיסה דאידך לאחר שנפסק הדין, אבל בטעו בדבר משנה כיון שהדין בטל, והרי הוא כאילו לא נפסק הדין דמהני כשחזר אידך ותפס, ועיין. ולא עוד אלא שקרוב הדבר דצריך התובע להחזיר את מה שנתנו לו הב"ד ע"י טעותא, דנהי דבכל ספיקא דדינא מהני תפיסה, זהו כשתפס מעצמו מרשות שכנגדו, אבל בנדון דידן שב"ד נתנו לו ע"י שטעו בדין, והדין בטל כיון שטעו בדבר משנה, אם כן משורת הדין מחוייבים הב"ד לשלם לשכנגדו, שהרי הפסידו לו בידים, דלולא שב"ד הוציאו מידו לא היה מניח לו לתפוס, א"כ מטעם זה יסוב פני הדבר שיתחייב התובע שתפס כעת בשל חבירו להחזיר מה שנתנו לו הב"ד, בכדי שלא יפסידו הב"ד ע"י תפיסה זו, ודמי להא דפסקינן בסי' נ"ח [ברמ"א סעיף א' ובש"ך שם ס"ק ז' ח'] גבי סטראי דהיכא דמחוייב השליח לשלם, תו לא מהני טענת המלוה אפי' ע"י מיגו, כיון שע"י טענתו יפסיד השליח, ועל השליח אין לו שום דין ודברים, והכא נמי דכוותיה כיון שהדין בטל ממילא, רק דמחזיק בשל חבירו משום ספיקא דדינא כיון שכבר בא לידו ע"י הב"ד, ומשום האי טעמא יצטרכו לשלם ונמצא שיפסיד לב"ד ע"י תפיסה זו, וכל היכא שמפסיד לאחרים אין בתפיסתו כלום:

ד ובעיקר טענת הש"ך נגד דברי הנמו"י דאיך איפשר לומר דבכגון זה דינו כטעה בדמ"ש, שהרי סוף סוף כשתפס מועיל ואין צריך להחזיר, הרי בעל כרחו צ"ל שאין זה טעות דמוכח, גם בזה נראין דברי נמו"י נכונים, דכיון דאי איפשר להכריע ספיקא דתיקו, הדרינן לכללא דהמע"ה, והב"ד טעו וזיכו את המוציא להוציא מן המוחזק, מסתברא דטעותם דמי לטעו בדמ"ש, והגע בעצמך, הכי סלקא דעתא היכא דטעו בשור שהיה רודף אחר שור אחר סוף פ' המניח], וכן בשור שנגח את הפרה (ב"ק דף מ"ו] כו' דדינם פסוק להדיא במתניתין [ובדברי רב יהודה אמר שמואל שם] דהממע"ה, וטעו ב"ד והוציאו מיד

המוחזק ונתנו לחבירו, דיגרעו מתניתין הללו מכל שיתא סידרא, אע"ג דמועיל תפיסה דאידך כמבואר בתוס' בב"מ דף ק'] בד"ה וליחזי, דבכל דרא דממונא מהני תפיסה בטענת ברי, הרי דאפי' במידי דמהני תפיסה, מכל מקום כל כמה דלא תפס הדין חרוץ במתניתין דהממע"ה, וכל דיין שהוציא מן המוחזק ונתן לאידך דינו בטל וכאילו לא נפסק וכמש"ל, ונפקותא בזה כיון שהדין בטל דאע"ג דלא נוכל להוציא מיד מי שנתנו לו, מכל מקום מועיל תפיסה דאידך, גם יש מקום לומר שצריך להחזירו בכדי שלא יפסיד הדיין וכמש"ל:

ומלבד כל זה נראה לכאורה כיון שכבר הוכחנו [באות ב'] דבכל תיקו דהש"ס, דתו אי איפשר להכריע בפלס מאזני צדק לאחד מצדדי הספק, לכן כיון דדינו פסוק דהממע"ה שוב הדר דינו כטועה בדמ"ש, רק דיש מקום לומר דמכל מקום אי איפשר להוציא ממנו מפני שכנגדו כבר תפוס בו, להפוסקים דגם בתיקו מהני תפיסה כקושיית הש"ך הנ"ל, אמאי לא נדמהו להא דאיתא ב"ב (דף ל"א] גבי זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה ואכלה שני חזקה והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה, ואוקמא לארעא בחזקת אבהתא, הדר אייתי סהדי דאבהתיה הוא, אמר רב נחמן אנן אחתינן ליה ואנן מסקינן ליה, ועיין בתוס' שם דאם היתה תחלה ביד אחד מהם מחזירין אותה לידו כמו שהיתה תחלה, ואם לא היה מוחזק לא זה ולא זה מוציאין מידו, ויהא הדין כל דאלים גבר, וכן פסקי' בש"ע ח"מ סי' קמ"ו סעיף כ"ג], הרי דאע"ג דבתרי ותרי מהני תפיסת הבע"ד, מכל מקום כל שהב"ד נתנו לו בטעותא צריכין להחזיר לידו כבתחלה:

איברא לקושטא ליתא דשאני בקרקע דלא מהני משום תפיסת בע"ד וכן הוא להדיא בראש כתובות [פ"ב סי' י"ג] וזה לשונו, ומצאתי בשם הר"י ז"ל דתפיסה לא מהני, מדאמר לקמן גבי אלמנה שתפסה, דאמרינן לה מאן שם לך ולא מהני תפיסה, אלא מיירי הכא כשהתפיסוהו ב"ד או כשתפס קודם שבאו העדים, והר"מ הלוי ז"ל כתב דאפי' תפיסת ב"ד לא מהני וכו' כשיבאו עדים האחרונים מוציאין מידו, כדאמרינן בחזקת הבתים אנן אחתינן ליה ואנן מסקינן ליה כו' וכי תימא הני מילי במקרקעי משום דקרקע בחזקת בעלים עומדת אבל במטלטלין לא, הא אשכחן בב"ק (דף קי"ד] דאפי' במטלטלי אמרינן הכי דאינו מועיל התפיסה בב"ד כו', ואין ממש בכל אלו הדברים כו' דלא אשכחן דלא מהני תפיסה אלא בספק בכור כו' דבהני אין להתופס טענת ברי, אבל כל היכא שהמוחזק במטלטלין טוען ברי אין כח ביד ב"ד להוציא מידו, עכ"ל. ואפי' לדעת הרמ"ה

שם דס"ל דאף במטלטלין הדין כן, היינו משום דס"ל דאפי' במטלטלין לא מהני תפיסה כמו בתקפו כהן דמוציאין מידו, יעוי"ש:

אלא דאכתי יש כדמות ראיה לזה ע"פ מש"כ תוס' כתובות (דף כ') בד"ה ואוקי ממונא, דבכל מקום דמהני תפיסה הוא מצד כל דאלים גבר, דע"י ספיקא דדינא בטל חזקת המוחזק והדר דינו לכל דאלים גבר, ואפ"ה היכא דב"ד נתנו לידו בטעותא צריכין להחזיר כמו שהיה בתחלה בחזקת שאינו של שניהם גבי עידי אבהתא ושני חזקה, כמבואר שם דאנן אחתינן ואנן מסקינן לרשות שאינו של שניהם, ולא אמרי' הרי כבר גברה ידו וישנו ברשותו, אלא ודאי דטעותא דב"ד שאני, א"כ הוא הדין נמי בתיקו אפי' לדעת הפוסקים דתפיסה מהני, כיון דכל עיקרו הוא מצד דאלים גבר, זהו כשתפס בעצמו, אבל לא ע"י טעותא דב"ד, ולפי"ז דברי הנמוקי יוסף שרירין וקיימין אליבא דכולי עלמא:

ה יש להתעורר כיון דכל עיקר טעמא דמהני תפיסה של בע"ד בספיקא דדינא, ואפי' בתיקו, לדעת כמה פוסקים הוא מצד דעביד איניש דינא לנפשיה [כמ"ש בקיצור תקפו כהן סי' פ"ז בשם בעל התרומות] דלגבי עצמו הרי הוא כב"ד שלם, דהתינח בספיקא דדינא כיון דיש כח ביד ב"ד שאם הוציאו מן המוחזק ונתנו לחבירו אפי' בטעותא, כגון שלא ידעו מתחלה מדעת הפוסקים החולקים שזיכו את הנתבע, כמ"ש הש"ך [בס"ק ח'] בשם הגהות מיימוני, מכל מקום קם דינא אפי' היכא דסוגיא דעלמא אזלא כהחולקים שזיכו את המוחזק, מפני שכבר נפסק הדין ועשאוהו כמוחזק, כמו שכתבתי בנתיב ב' אות א') בשם רש"י ורא"ש, ומשום האי טעמא גם כשבע"ד תפס מעצמו בספיקא דדינא לא מפקינן מיניה, אלא דיפה כח ב"ד מבע"ד דאפי' במקום דסוגיא דעלמא אזלא כאידך לא מפקינן מיניה, מה שאין כן בבע"ד דלא מהני אלא בספק השקול, וגבי תיקו יפה כח הבע"ד מב"ד דתפיסת הבע"ד מהני לכמה פוסקים, ותפיסה שע"י ב"ד דנין כטעו בדמ"ש כמש"ל. ונראה לפענ"ד דהיינו טעמא דנהי דכחו של ב"ד עדיפא, זהו בדבר שאיפשר להכריע ע"פ סוגי וכללי הדת, דאע"ג שקצרה ידם של הב"ד שדנו בזה להכריע, מכל מקום כל כמה דמשכחת לן להכריע כבר נפל עליהם תורת ב"ד, ולכן הפסק דין שיצא מאתם קיים ולא מהדרינן אפס מנהו להוציא מיד המוחזק שנעשה על פיהם, ואפי' היכא דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, מ"מ איפשר הדבר להכריע להיפוך עפ"י ראיות נשגבות, ולפרק הדבר מן הסוגיא דאזלא כאידך, אבל בתיקו דאי איפשר להכריע לשום צד עפ"י סוגי וכללי הדת, רק לקושטא קמי שמיא גליא דצד א' מן האיבעיא הוא האמת לאמיתו, והצד השני הוא להיפוך, בזה נסתלק כח של הב"ד לגמרי, והרי כח ידם בזה כאיניש דעלמא, אבל הבע"ד בעצמו כביר מצא ידו לומר קים לי שאתי האמת, מפני

שקמי שמיא גליא שצד אחד של האיבעיא הוא האמתי, וכמו שיכול לומר קים לי בכל מחלוקת הפוסקים, מפני שטענתו כברי יחשב שהעיקר כדעת הפוסקים שחייבו את הנתבע כמש"כ הש"ך בתקפו כהן, הוא הדין נמי בתיקו, דנהי דאי איפשר להכריע ע"פ סוגי וכללי הדת, מכל מקום ע"י האמת והשקר יתמצע הדבר:

ובזה יתיישב היטב דברי התומים [בס"ק ב'] שחייב את הדיין לשלם כשהוציאו מיד המוחזק גבי תיקו, ותמה עליו בעל נתיבות המשפט בס"ק ב'] וז"ל, ומה שכתב בתומים דמשלם הדיין מביתו תמוה לי דבזה ודאי הדין עם הש"ך, דהא אפי' בטעה בשקה"ד הקשה בס' תמים דעים להראב"ד כו', וע"כ צ"ל בטעם הדבר דבשק"ה כיון דדייניגן לכתחלה כסוגיא דעלמא אף להוציא כו', משא"כ הדיין גופא אין לו שום טענה לפטור עצמו כו', דהא אפי' להוציא מיד המוחזק אזלינן בתר סוגיא דעלמא, אבל בתיקו או פלוגתא דרבוותא דהדין דכל מוחזק יכול לפטור עצמו בטענת קים לי, מהיכא תיתי יגרע הדיין, בודאי דגם הדיין יכול לפטור נפשו ולומר קים לי שכדין פסקתי, עכ"ל. ונ"ל דעיקר כהתומים בזה, וטעם הדבר דדוקא בשקה"ד דעודנו איפשר להכריע בין הפלוגתא ויש עליהם תורת ב"ד ולהכי קם דינא וחייבים לשלם, והדיין אינו יכול לומר קים לי מפני שסוגיא דעלמא אזלא כוותיה דאידך, אבל גבי תיקו נהי דהספק שקול מכל מקום כיון דאי איפשר להכריע הדבר, כבר דינו פסוק דכלל גדול בדין המוציא מחבירו עה"ר, נמצא שזה הנתבע המוחזק בדבר הוחזק בהיתר והיה ממונו לכל דבר, והדיין שהוציא ממנו הפסידו ממון גמור, מסתברא שחייב לשלם:

גם מה שהקשה מדברי התומים עצמו שפסק בקיצור תקפו כהן [סי' קכ"ו] גבי מורדת דמהני תפיסה ע"י שליח, ומשמע דפטור מלשלם חדא דהתם הוא איבעיא דלא איפשטא ולא קאי בתיקו, דגם בב"ד קם דינייהו ופטורין מלשלם, ועוד כיון שכתב שם דכל כהאי גוונא לא נכלל בסוג חב לאחרים, דזהו היכא שהוא חב לאחריני בודאי, אבל לא בספיקא דדינא שהוא רק כספק חוב, נמצא דתפיסתו מהני מצד שליחות, ודינו כאילו תפס הבע"ד בעצמו דיכול לומר קים לי אפי' גבי תיקו, וכמש"ל:

עוד הקשו האחרונים על התומים הנ"ל, דמאי שנא מטבח דפטור מלשלם היכא שעשאהו לספק טריפה גבי מגרומתא ב"ק דף צ"ט, ובש"ע ח"מ סי' ש"ו סעיף ה'] מפני שיכול לומר דילמא לא הפסדתיך, והכא נמי ליפטרו הדיינים גבי תיקו מהאי טעמא. ונראה דמרחק רב ביניהם ולא דמי כלל, דהכא גבי תיקו חייבים, דנהי דאיפשר שהאמת הוא כן מכל מקום הפסדתוני עפ"י דת תוה"ק שהדין פסוק דהמע"ה והוה כממוני לכל דבר, ואתם הוצאתם מידי ואוקימתינהו ברשותא דאידך, והרי הוא היזק הניכר כיון

שהוציאו מרשות לרשות, משא"כ גבי ספק טריפה דנהי דאפי' כשנימא דכשירה היא מ"מ הפסדתני ע"י מעשה שלך שאיני רשאי לאכול הימנה, אבל לא יעדיף הפסד זה מכל היזק שאינו ניכר דעלמא דפטורין בשוגג, ועיין ב"ק דף ק'] בתוס' ד"ה טימא את הטהור, דכל שהוציאו מרשות לרשות חשיב היזק הניכר, ומשום הכי חייב השומר היכא שהזיק לאחרים, אפי' כשהחזירו קודם גמר דין]:

ו יש לעיין דמשמע להדיא דבקרקע לא מהני אפי' כשהתפיסוהו ב"ד קודם שנולד הספק, כגון בתרי ותרי אף שהורידוהו קודם שהוכחשו, וכן הוא בהדיא בגמרא, דאנן אחתינן ליה ואנן מסקינן, בין שהיה אידך מוחזק בשדה ובין שלא היתה בחזקת של שניהם מהדרינן ומוקמינן כדמעיקרא כנ"ל, ואילו בספק פלוגתא וסוגיא דעלמא אזלא כאידך, איתא בחייב את הזכאי דקם דינא, ומסתימות המשנה דאפי' בקרקע הדין כן, ולדעת תמים דעים מובא בנתיב ב' הוא מצד דבע"ד אומר קים לי כאידך תנא, גם לדעת רש"י והרא"ש מובא שם, הוא מצד שהוא מוחזק ושכבר נפסק הדין וכמו שכתבנו שם, הרי דאפי' בקרקע דנין ליה כמוחזק. איברא למש"כ לעיל [באות ב'] ניחא, דעיקר הדבר תלי' דבספק שאיפשר להכריע לצד א' דבזה הדין קיים, לכן אין לך מוחזק יותר מזה אפי' בקרקע, ולא אמרינן בזה קרקע בחזקת בעלים עומדת, כיון שעל פי דין ירד לתוכה ע"י ב"ד, אין לך מוחזק יותר מזה, ואע"ג דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, כיון שאין זה הכרעה גמורה, ועודנה איפשר להכריע בראיות נשגבות להיפוך משום הכי קם דינא, דנעשה מוחזק ע"פ בית דין, אבל בספק שעל ידי תרי ותרי כיון דאי איפשר להכריע, הרי הדין בטל כיון שנעשה בטעות, הדר מוקמינן לה גבי קרקעות בחזקת בעליה הראשונים, וכן בספיקא דתיקו כיון דא"א להכריע, הדין בטל לגמרי וכמש"ל, ושקול הוא לטעה בדבר משנה:

ז מש"כ לעיל [באות א'] היכא שכבר יצא הדבר מפי ב"ד להעמידו בחזקתו שוב לא מהני תפיסה דאידך, והרי בתרי ותרי דלעולם הוא בפני ב"ד וע"י ב"ד, וכן הקשה לי תלמידי המופלג הח"ו מו"ה ישעי' נ"י, ואמרתי לו דשאני תרי ותרי כיון דפסקינן דלא מקרע קרעינן ליה ולא מיגבא גבינן ביה, הרי זה כאילו לא נפסק הדין לצמיתות, ואע"ג דגבי יתומים מן היתומים היכא דפסקו הדין כרו"ש, אע"ג דלא נקרע השטר אפ"ה תו לא מהני תפיסה דיתמי מלוה, כדמוכח מלשון הרמ"א דדוקא אם קדמו ותפסו וכמ"ש לעיל, שאני התם שהב"ד פסקו שיחזירו השטר ולקרוע, רק ע"י פשיעות או עצלות של יתמי מלוה הוא דלא נקרע, ומש"ה דינו כאילו נפסק הדין לגמרי, ותו לא מהני תפיסה

דיתמי מלוה, אבל גבי תרי ותרי דפסקינן כן דלא מקרע קרעינן, הרי דלא נפסק הדין לגמרי ביניהם, מש"ה מהני תפיסה של בע"ד גם אח"כ:

ח משכ" לעיל [באות ג' ד'] גבי תיקו דאפי' לדעת הפוסקים דמהני תפיסה מכל מקום מחוייב הדיין לשלם, טעמא דידי כיון דכל כמה דלא תפיס אידך הרי הוא ממון שלו לכל דין ממון לכל התשמישים ולהוציאו לגמרי ע"פ דת תוה"ק, נמצא שהפסידו לו הב"ד ממון גמור, ותליא בפלוגתא, דלתוס' ורא"ש בסוגיין דאפי' בלא נשא ונתן חייבים לדעתם, ולדעת הרי"ף דוקא בנשא ונתן, [אולם לדעת הרמב"ם (פרק ו' מהלכות סנהדרין הלכה א' ג') דסבירא ליה לחלק בין דבר משנה לשיקול הדעת, דבשק"ה חייבים אפי' בלא נו"נ היכא דליתא דתיהדר, מה שא"כ בדמ"ש איפשר לומר דלענין זה דמי לשיקה"ד כיון דמכל מקום ספיקא הוא בעיקרו, משא"כ בדמ"ש דדמי לאונס כמ"ש בלחם משנה שם, ולהכי אע"ג דעיקר הדין מסתברא דדמי לדמ"ש, דכיון דאין בנידון זה שום מבוא לכנוס בו ע"פ סוגי וכללי הדת בדברים אמתים, ולהכי הדין פסוק דהממע"ה, אבל לענין תשלומין כיון דלא איפשר למיהדר ולהוציא מאידך שתפוס, וגם טעמא דלחם משנה לא שייך בזה, מסתברא דמחויב לשלם אפילו בלא נו"נ ביד לדעת הרמב"ם], ואע"ג שגם עתה איפשר שיתפסו הבעלים הראשונים ממנו, מכל מקום על ידם עשו ממון גמור שלו לכלל ספק, וכל כהאי גוונא הוי כמזיק ממון גמור, ולא גרע ממשביע עד הטומאה לאחר קינוי וסתירה דמחייב קרבן שבועה שבועות ל"ב.] לפי שעל ידו נעשה ממון גמור של הבעל לספק שמא תשתה ותבדוק, וכן להיפוך כשהוזם עד הטומאה לאחר קינוי וסתירה דמחויב לשלם לה כתובתה, אע"ג דאיפשר שגם בלעדו תפסיד כתובתה על ידי שתיית מים שעל ידי עידי קינוי וסתירה, אלא ודאי דלעולם אזלינן בתר השתא והוודאי, ולא מהפכין פני הדבר בתר ספיקא, ואין להקשות שהרי בסוגיא דתקפו כהן [בב"מ דף ו':] אמרינן דאי תקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא זה פוטר עצמו בממון של כהן, עי' בכסף משנה פרק ב' מהלכות בכורות הלכה ו'] דכתב בדעת הרמב"ם דסבירא ליה למסקנא דאע"ג דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דכל כמה דלא מטא לידי' הרי הוא כשל ישראל לגמרי ונכנס לדיר להתעשר, ועוד דזהו דוקא לקיום מצוה דצריך לעשותו בדבר שברור לו שהוא שלו לגמרי, ולא בדבר שהוא בעצמו מסופק, ועוד דקמי שמיא גליא להבחין בין האמת והשקר, משא"כ לכל דין ממון שבו שבין אדם לחבירו, דלעולם אזלינן בתר סוגים וכללים של דיני תוה"ק, וגבי תיקו זהו כללו דדנין גבי' היכא דקיימא תיקום, ונמצא שהוא שלו לגמרי לכל דין ממון שבו, והדיין שהוציא ממנו הרי הפסידו ממון

גמור, וכן מבואר בתומים [ס"ק ב'] דפשיטא ליה דהדיין מחויב לשלם, ובאות ה' כתבנו ליישב דבריו מקושיות האחרונים:

סימן מט

בדיני שיקול הדעת

א נראה לבאר בפשטא בדעת רש"י בקבלוהו עלייהו, וזה לשונו [בדף ה'.] אי קבלוך עלייהו לגמרי לילך אחריך אם לדין אם לטעות ולא יתבעוך לא תשלם, ואי לא זיל שלים, ואי לא קבלו טעותם עליהם וכו' עכ"ל, ונשמע מדברי קדשו דמומחה לא מיפטר עד דקבלוהו עלייהו בין לדין בין לטעות ותיפטר. כדדייקינן מדברי קדשו, ולא יתבעוך. וגם נשמע היכא דלא קבלו טעותו עליהם, הרי זה כאילו לא קבלוהו היכא דטעה, [והא דכתב בהגהות נמוקי יוסף דהיכא דלא קבלוהו עליהם אפי' בגמיר וסביר אין דינו דין, עי' לקמן סוף אות ז'], שהרי הוכיחו מזה בסוגיא, דיחיד מומחה דן אפי' בעל כרחו [ובזה יתיישב קושיית תוס' בד"ה ואי לא, ועי' ש"ך (ס"ק למ"ד אות ג') שכיוונתי לדעתו בזה, ועי' מש"ל באות ב' לבאר דברי קדשו], וזהו טעמי' דתוס' לקמן [ה':] בד"ה יפה כח פשרה וכו' וז"ל ונראה דמיירי כגון דאתו לבי תרי ואמרו להו דונו אותנו כמו שרגילים לעשות הדין וכו', וצריך להבין דאם כן מאי קשיא לשמואל שאני הכא שהתנו בפירוש, דמסתמא רגילים לעשות כפי תקנת חכמים לכתחלה, דדין בשלשה דוקא, אלא ודאי היינו טעמא כיון דלשמואל בדיעבד דינם דין, תו לא איכפת להו בדברי בעלי דינין, שהרי הם יכולים לדונם בעל כרחן, ומי עשאום לאדונים בדבר לשדות בו נרגא ולומר דונו לנו דין תורה, לכן הרי זה כאילו לא התנו ולא קבלוהו, ומשו"ה ביחיד מומחה וטעה בשיקה"ד מה שעשה עשוי וישלם, ובאינו מומחה וטעה אין דינו דין כלל, דנקטינן דיבורייהו במאי דאמרו שלא קבלו טעותם רק לגבי עצמם במאי דקבלוהו עלייהו, והרי זה כאילו אמרו דעו דהא דקבלנוכם עלן הוא באופן שתדונוהו ד"ת, דנהי דעל גמר דין גופא אינם יכולים להתנות, מפני דלאו בדידהו תלי' מילתא וכמ"ש, אכן על קבלת עצמם יכולים להתנות, ולהכי במומחה וטעה בשקה"ד הגם דדינו דין, אבל מכל מקום מחוייב לשלם וכאלו לא קבלוהו ודן אותם בע"כ, ובאינו מומחה בטל דינו לגמרי מהאי טעמא, ועי' בנמוקי יוסף שמביא בשם אחרונים דגם במומחה וקבלוהו באופן זה שידון ד"ת וטעה בשקה"ד, דבטל דינו לגמרי, ונראה דטעמייהו בזה דמסתברא להו דנהי דאי איפשר לנקוט האופן בדבר והיפוכו לגמרי, ולומר דאם תכוון הדין כפי ד"ת, הדבר חובה עלינו לקבל דבריך, ובאם תטה אפס מנהו תתבטל ותופר דינך לגמרי, ותשאר הדבר רק כפי עיקר הד"ת וכפי שדנין בהם לכתחלה מפני דלאו בדידהו תלי' הדבר, שהרי יכול לדון בע"כ בשגם

שיטעה בשקה"ד יקום דינו בעל כרחן. איברא נקטינן מיהת דיבורייהו באפס קצהו מן נתיב ההיפוך לגמרי, והוא דנקטינן הדבר בנתיב הממוצע בין שני הקצוות, וזהו דבאם תטעה אזי אין רצונינו במומחה הלזה, ויקוב הדין בינינו על פי מומחים אחרים, וכשם דבתחלה היינו יכולים וגם ביד כל א' מאתנו לומר כן, כן יקום בינינו גם לאחר גמר דין אם יטעה, ובאופן זה כמו שיכולים לומר מתחלה ואין המומחה יכול לכופם לדון בפניו, כן הדין כשהתנו מתחלה על סופו:

ונראה לפענ"ד דעיקר הדבר תליא בפלוגתא דר"מ וחכמים בקדושין דף ס"א], דר"מ ס"ל דבעינן תנאי כפול, וקראי דכתיב אם בחקותי תלכו ואם בחקותי תמאסו אתיא כפשטא, ומסתברא דר"מ ס"ל דגם בסתמא נקטינן פני הדבר בדרך ההיפוך לגמרי, [רק הטעם משום דלית ליה מכלל לאו אתה שומע הן, ולכן באיסורא דאית ליה לר"מ מכלל לאו אתה שומע הן, נקטינן הדבר בדרך ההיפוך, וכמ"ש הר"ן בפ' שבועת העדות דף ל"ה על המשנה דיברכך וייטב לך, ושכן מסתבר גם למסקנא], ורבנן פליגי שם ואמרי דאיצטריך למיכתב, דאי לא, הוי אמרינן לא קללה ולא ברכה, הרי דסברי דנקטינן פני ההיפוך בדרך ממוצע ולא לגמרי, ועי' רמב"ם בפרק ו' מהלכות אישות ובמגיד משנה שם דגאונים ראשונים פסקו כר"מ, וקצת מן האחרונים פסקו כרבנן רק דבגטין וקדושין תקנו כן לכתחלה לרווחא דמילתא, והשתא בנדון דידן להפוסקים דפסקו כר"מ, א"כ בע"כ צ"ל כדעת רש"י דדבורייהו קאי רק על קבלת עצמן, שגם זה הוא בנתיב ההיפוך לגמרי, מפני שעל הירוס הדין לגמרי אין יכול להתנות וכמ"ש, וגם אין לומר דננקוט ולומר שידונו בפני מומחה אחר, שאין זה בנתיב ההיפוך לגמרי, שהרי גם האחר איפשר שיטעה בשקה"ד, ובע"כ יקום דבר גם שלא כפי הדין, אבל דעת האחרונים הוא לטעמייהו דסברי דעיקר הדין להלכה כרבנן דאמרי דנקטינן ההיפוך גם בדרך ממוצע, ומש"ה דינו בטל וידונו בפני אחרים:

ב איברא בעיקר דברי רש"י שפירש לן דקבלוהו ולא קבלוהו, בכל אחד מהם בקצה האחרון, דלא מיקרי קבלוהו אלא כשהתנו בפירוש, בין לדין בין לטעות, ולא יתבעוך, וכן לא קבלוהו כשהתנו בפירוש שלא קבלו הטעות, ושביק לן דרך הממוצע דהיינו שקבלוהו בסתם, אנה פניו מועדות, וא"כ קשיא לן מתניתין דבכורות דן את הדין, דמוקמינן לקמן אליבא דר' אבהו כשקבלוהו עליהם, במאי מוקים ליה, אם כשקבלוהו בפירוש הן לדין הן לטעות ולא יתבעוך, א"כ אפי' כשאינו מומחה דרישא אמאי ישלם, ואם כשהתנו שלא קבלו הטעות, א"כ קשיא רישא וסיפא, דכיון דזהו כאילו התנו על הקבלה כמש"ל, וא"כ קשיא רישא באינו מומחה אמאי מה שעשה עשוי, וקשיא סיפא

אמאי פטור מתשלומין, ואין לומר דמיירי כשקבלוהו בפירוש בסתמא שלא התנו כלום, אכתי קשיא סיפא במומחה אמאי פטור מתשלומין, שהרי אפי' במומחה כמר זוטרא לא פטרינן ליה אלא כשהתנו בפירוש בין לדין בין לטעות, ונראה בפשטא דמשום האי טעמא הוציא רבינו בעל ש"ך [בס"ק ל' אות ג'] את דברי רש"י מפשטא ומפרש דסתם קבלה במומחה הוי כאילו התנו בין לדין בין לטעות, וע"ש ולפענ"ד נראה בכוונת דברי רש"י, דס"ל מדאמרינן בסתמא דן דינא וטעה, ושביק מלפרש במאי טעה כדמפרש לקמן (דף ו'] דטעה במאי וכו', אלמא דבדין זה לא מפלגינן, אלא אפי' בדבר משנה נמי פטור וקם דינא, והוא כשהתנו בין לדין בין לטעות, וגם כשהתנו בפירוש ולא יתבעוך, דאי לאו הכי אמרינן דלא התנו אלא לענין קיום הדין ולא לפוטרו מתשלומין, ואי לא קבלוהו והתנו בפירוש ואמרי ליה דיינת לן שלא קבלו הטעות, זיל שלים בין בדבר משנה היכא דליתא דתיהדר, או בשקה"ד דקם דינא לגבי מומחה, דנהי דמהדרינן להקים דבורייהו ואמרינן דתנאי מיהת יקיים על הקבלה, והשתא דטעה הוי כאילו לא קבלוהו, מכל מקום במומחה קם דינא דאפי' בלא קבלוהו יכול לדון בכפייה וכמש"ל, אך בסתם קבלה ולא התנו כלל, מהני מיהת בטעה בשקה"ד באינו מומחה לענין קיום הדין, וגבי מומחה לפוטרו מתשלומין ובכי האי גוונא מיירי מתניתין דבכורות, ומסתברא מילתא דהיכא דהתנו בפירוש בין לדין בין לטעות, דאפי' טעו בדמ"ש קם דינא מפני התנאי דקבלו עליהם בפירוש אפי' כשיטעו, דכשם דמהני התנאי לפטור מתשלומין את שאינו מומחה כשטעה בשקה"ד, הוא הדין נמי לענין קיום הדין גם בדמ"ש, והא דמשמע קצת מדברי הרא"ש בסוגיין פ' א' דיני ממונות [סי' ד' ה'] דדוקא בשקה"ד, וזה לשונו שם אבל אם קבלו בעלי דינין עליהם יחיד שאינו מומחה בפירוש בין לדין בין לטעות, דיני' דינא אי טעה בשקה"ד ופטור, עכ"ל. אין כוונתו בזה דבדבר משנה הדר דינא, רק לענין פטור תשלומין דלא מיפטר רק בטעה בשקה"ד, כיון דקם דינא בשקה"ד גם בסתם קבלה, תו מהני קבלתו דבין לדין בין לטעות לפוטרו מתשלומין, משא"כ בדמ"ש דהדר דינא בסתם קבלה, דתו לא מהני גבי' קבלה דבין לדין בין לטעות רק לענין קיום הדין ולא לענין פטור תשלומין, [דהרא"ש לשיטתו דס"ל כדעת התוס' שגם בדמ"ש איכא חיוב תשלומין לדידן דפסקינן כר' מאיר דדן דינא דגרמי איברא לדעת הרמב"ן וסייעתו צ"ע קצת דהיאך יתחייב הדין בע"כ מפני תנאי של בע"ד] עד שיאמרו בפירוש ולא יתבעוך, דבלא זה לא עדיפא מספק מחילה דחייב בתשלומין, עי' חו"מ [סי' ס"ה סעיף כ"ג] בהג"ה, ובש"ך ס"ק ע"ח] בשם מהרד"ך:

ג איברא לכוון לאמיתו בדעת רבותינו בעלי תוס' לדינא בקבלה זו, שאמרו בפירוש ותדוננו ד"ת צ"ע טובא, דהנה מדבריהם (דף ה') בד"ה ואי לא כו', וז"ל וקשה דא"כ מאי דייק מהכא דהא אפי' לא גמיר וסביר נמי מה שעשה עשוי וישלם מביתו, כדמוכח לקמן דפריך לר' אבהו מדן את הדין ומוקי לה בדקבלי' עלי' וכו', עכ"ל. דלכאורה נראה דלא ס"ל כדעת הנמ"י בשם האחרונים, דהתנאי קאי על הירוס הדין, דא"כ טפי הוה ליה לאקשויי אמאי פסק ליה דלישלם, הוה ליה למימר דיתבטל הדין מפני התנאי, [ואין לומר דמיירי בליתא דתיהדר, שהרי הוכיח הש"ס מזה דבמומחה קם דינא] וגם דלא כדעת רש"י דהתנאי קאי על הקבלה עצמו, דא"כ מה קשי' להו על רש"י, וגם אין לומר דסברי כדעת הש"ך (ס"ק ל' אות ד') בשם הירושלמי, דכיון דלא טעה אלא בשקה"ד אזי לגבי מומחה דינו כקבלוהו בסתמא, דא"כ טפי הוי להו לאקשויי אמאי ישלם מביתו, שהרי הירושלמי מוקים לי' למתניתין דבכורות בקבלה כזאת, וקתני סיפא דמומחה פטור, אכן ליישב דבריהם איתא בשני צדדים, דיש מקום לומר דכדעת רש"י סבירא להו בעיקר הדין בקבלה כזאת, דמה שהתנו ותדוננו ד"ת, קאי על הקבלה עצמו וכמ"ש לעיל, רק דאפ"ה קשי' להו שפיר, דאכתי מנ"ל דמומחה ידון לכתחלה בכפייה, דנהי דמסתמא מר זוטרא ורבה בב"ח לא יזדקקו לדון לכתחלה בדבר שהוא נגד הד"ת בשמץ מנהו איברא הא תינח אם נפרש ואי לא קבלוהו, כלל לא. אבל אם נפרש דהתנו מדעתייהו שידונו ד"ת, א"כ הרי מצד הדין יכולין להזדקק לדון ביניהם מרצונם, כיון שקבלו עליהם מפני שמומחין הם ויכולים לדון, [הגם דנסתיים מילתא שטעו בשקה"ד, ודינו כאילו לא קבלוהו כלל לענין תשלומין במומחה, ולגבי גמיר לחוד דינו בטל], אבל ליכא ראי' מזה דיכול לדון בכפייה לכתחלה, וקושיית תוס' אזדא ליה בפלס המשקל, דכיון דקבלה בסתם מהני לי' אפי' לבסוף בגמיר לחוד, דדינו דין אפי' כשטעה בשקה"ד, אזי מסתבר נמי דקבלה כזאת מהני מיהת לענין לכתחלה ואכתי מנ"ל דמומחה ידון לכתחלה ע"י כפייי', גם יש מקום לומר דהתוס' ס"ל כהירוש' דקבלה כזו הוי קבלה מעליא, ואפ"ה לא הקשו על עיקר דינא דחייבי' לשלם מסיפא דמתני' דבכורות דקתני דמומחה פטור דיש לדחות דמיירי בסמוך [עי' ברא"ש פ' קמא דסנהד' (סי' ב')] שמסתבך בזה, וז"ל אבל אי קבלוך עלייהו לא תשלם, אע"ג דמתניתין דדן את הדין אוקימנא בדקבלוהו עלייהו, ואפ"ה ישלם מביתו, התם בשאין מומחה כדקתני סיפא, ואם היה מומחה לרבים פטור מלשלם, ואע"ג דהתם מיירי בסמוך, כיון דמומחה לרבים אפי' כשאין סמוך הוי כסמוך], אבל בגמיר וסביר לחוד לא מהני אפי' קבלה סתם לפוטרו מתשלומין, משום הכי הסבו עיקר קושייתם על הוכחת הש"ס דבגמיר וסביר קם דינא גם בלא קבלוהו, וכן נראה

עיקר מלשון הרא"ש שהקשה ג"כ קושי' זו, והוסיף מלה אחת דבכהאי גוונא עי' שם, הרי דעיקר הקושי' איננה על פלס המשקל, רק דסבירא ליה דקבלה זו הוי שפיר קבלה מעליא, כמו קבלה בסתמא משום דכיון דלא טעה רק בשיקול הדעת הוי דין תורה והרי נתקיים התנאי:

ד עיין שם בש"ך [ס"ק ל' אות ד'] שתמה על שיטת רש"י. מדברי הירו' דמוקי לה ר' אבהו גופי' למתניתין דבכורות בקבלה כזו בעל מנת שתדוננו דין תורה וקתני בסיפא דמומחה פטור בקבלה כזו, ותמה על רש"י ועל דעת האחרונים שמביא הנמו"י גם הקשה על דעת כל הפוסקים דבקבלה סתם לא מיפטר אלא המומחה ובירוש' מבואר דגמיר לחוד נמי מיפטר ע"י קבלה סתם, שהרי הקשה בירוש' על תירוצא קמא דמוקים למתניתין דבכורות בקבלה דחד כבי תלתא, ואי דטעה בשקה"ד בדא ישלם מביתו. ונראה לפענ"ד בהקדם לבאר על בוריין פטור המומחה בקיבלו עלי' דווקא, דלדעת רש"י (דף ל"ג] בד"ה פטור מלשלם משום דמזלא בישא דההוא גברא גרם ליה למיטעי, וכן הוא ברא"ש שם במסקנא. דא"כ אפי' לא קבלוהו נמי, שהרי יש לו רשות לדון לכתחלה אפי' בע"כ, כמ"ש תוס' (דף ה'] בד"ה כגון. וצריך לדחוק בזה, וגם לדעת הרא"ש שהוא משום מילתא יתירתא, זה גופא צריך ביאור היטב, הכי יעלה על דעת שמפני שבאו מעצמם לפני המומחה, או אפי' כשקבלוהו מסתמא, יעלה על הדעת לפוטרו מן התשלומין באם יטעה [שהרי לדעתם שגם זה בכלל קבלוהו], שהרי יותר קרוב הדבר שמוחזק לפניהם שבודאי לא יטעה, וביותר קשה לדעת בעל המאור דלא ס"ל כלל סברא זו משום מילתא יתירתא, שהרי ס"ל בבי תלתא ואית בהו חד דגמיר, דאפי' כשקבלוהו חייבים לשלם, וכן הוא דעת הש"ך ס"ק ט"ו אות ב'] בדעת בעה"מ, [ועי' בתומים ס"ק ו']. וגם רמב"ן במלחמות הודה לו בזה, א"כ גם בלא קבלוהו יפטור המומחה דאנוס הוא שאינו עלול לטעות. דמשום האי טעמא בבי תלתא וחד דגמיר לא מהני אפי' כשקבלוהו כיון דעלולים לטעות:

ונראה ליישב כל זה בהקדם קושיית הש"ס לעיל [דף ג'] אלא מעתה טעו לא ישלמו, ותירוצא דגמרא שם כל שכן שאתה נועל דלת ועיין פירוש רש"י שם היטב. הרי מבואר דכל כמה שהם דיינים מה"ת פטורים הם לשלם כיון דנחתו ברשות, רק היכא דמדרבנן דינם דין מפני נעילת דלת, אזי מהאי טעמא גופא חייבים לשלם. איברא יסוד זה נכון הוא לפירש"י שם, אבל לפי פירושם בתוס' שם לא תליא בזה מידי. וגם נראה מסברא חיצונה, דאפי' לדעת הפוסקים בסי' כ"ב סעיף א'. שגם בתרתי לריעותא מהני קבלוהו, ואין יכול לחזור לאחר גמר דין. זהו היכא דאיכא תרתי לריעותא לפנינו ואפ"ה קבלוהו, הרי חזינן דקבלוהו להשלים כל ריעותא, אבל היכא דמדינא דאורייתא איכא תרתי לריעותא. אבל

לאחר תקנתא דרבנן ליכא אלא חדא לריעותא וקבלוהו בסתמא. אזי בפשטא מסתברא דע"י קבלה בסתמא לא נקטינן מילתא אלא להשלים חדא לריעותא דאיכא לפנינו, כיון דבתר תקנתא דרבנן מספיק גם בזה לחוד, ולא פטרינן ליה מספיקא, דנימא שבא להשלים גם ריעותא השני' כי היכי דליהני גם מדאורייתא וכמש"ל דברי תשובת הרד"ך מובא סי' ס"ה ס"ק ע"ח]. ולפ"ז בחד דגמיר וקבלוהו אפי' בפירוש פשיטא דנקטינן את קבלתם, רק דניהוי כאילו הוי בי תלתא דדינם דין מדרבנן משום נע"ד, ולהכי מהאי טעמא גופא מחייבינן ליה לשלם כשטעה בשקה"ד כתירוצא דש"ס לעיל לפי' רש"י. אבל בחד דגמיר וסביר וקבלוהו הרי בעל כרחו דנקטינן קבלה דידהו דניהוי כתלתא מומחי דסמיכי דדינם דין מדאורייתא. ומש"ה פטור מלשלם כקושיית הש"ס לעיל, דכיון דנחית ברשות מדאורייתא תו ליתא שום צד לחייבו וזהו כוונת הרא"ש במאי שכתב משום מילתא יתירתא, דמסתמא היה בדעתם שקבלוהו עליו כתלתא מומחי דסמיכי, וממילא אין מקום לחייבו עוד בתשלומין. אבל בלא קבלוהו כיון דדינו דין רק מדרבנן כמ"ש תוס' (דף ה') בד"ה ואם. ורא"ש בריש פרק קמא. דנהי דמומחה הוא וטעותא דידי' אונס גמור הוא, אפ"ה מחויב לשלם מצד נע"ד כתירוצא דגמרא לעיל, ומשום האי טעמא גופא גם בבי תלתא ואית בינייהו חד דגמיר וקבלוהו, הרי בע"כ נקטינן קבלה דידהו כאילו הוי תלתא מומחין דסמיכי, דדינם דין מדאורייתא ופטורין גם כן כיון דנחתי ברשות מדאורייתא. ומשום האי טעמא גופא ס"ל לרא"ש דבי תלתא ואית בינייהו חד או תרי דגמיר וסביר ולא קבלוהו דמחויבים לשלם, כיון דמכל מקום אין דינם דין רק מדרבנן משום נעילת דלת, לכן משום האי טעמא גופא חייבין לשלם]:

ה איברא לדעת בעל המאור דס"ל דבי תלתא וחד דגמיר דמחויבים לשלם אפי' בקבלוהו, בע"כ צ"ל דסבירא ליה בקושיית הגמרא לעיל כפירוש התוס' שם. ונמצא דנפל יסוד זה לגמרי, צריך לומר לדידיה בפטורא דמומחה בקבלוהו דווקא היינו משום דאז נשלם אונסא דידיה בכל הצדדים, משא"כ כשלא קבלוהו דנהי דאית ליה רשותא לדון ביחידי מכל מקום כיון שנסתיים מילתא דטעה, אזי תלינן האונס גם בפשיעה כל דהו. ואמרינן דאולי כשהיה נושא ונותן בדין זה בבי תלתא לא בא לכלל טעות, ודמי לכל תחלתו בפשיעה וסופו באונס, דכל כמה דאיכא למיתלי אונס בפשיעה אפי' בצד הרחוק תלינן, אבל בקבלוהו לחודא הרי הם עצמם גרמו לזה ובעצם הטעות הרי דמי לגבי דידיה כאונס גמור, משא"כ בגמיר לחוד דאפי' בי תלתא וחד דגמיר לחוד לא מהני אפי' כשקבלוהו כיון דליכא אונסא דעבידי למיטעי, ומשום האי טעמא ס"ל לבעל המאור שם דבי תלתא ואית בינייהו חד דגמיר וסביר דפטורין אפי' בלא קבלוהו כיון דנשלם האונס מכל צד,

שהרי נשא ונתן בזה בבי תלתא [והרא"ש הוא דפליג דאזיל לטעמיה דס"ל בקושיית הש"ס אלא מעתה טעו לא ישלמו כפירש"י שם, ועל זה משני כל שכן דאיכא נע"ד, הרי מוכח להדיא דכל כמה דאין דינם דין מה"ת מחוייבים לשלם מדרבנן משום נע"ד], וכן משמע להדיא בבעה"מ שם למעיין היטב כמש"ל:

ודע דיש מקום לומר בטעמא דפליגי הרא"ש ובעה"מ בבי תלתא וחד דגמיר וקבלוהו, מטעמא אחרינא, דקבלוהו לגבי בע"ד עצמם, הרי הם כנקיט רשות מריש גלותא לגבי עלמא, וכן משמע קצת מן הרי"ף בהלכות, והרא"ש לשיטתיה דגם בגמיר מהני נטילת רשות, משו"ה מהני נמי כשקבלוהו. ובעה"מ לטעמיה דס"ל להדיא דנטילת רשות לא מהני אלא בגמיר וסביר, ומש"ה ס"ל דגם קבלוהו לא מהני אלא בגמיר וסביר ולא בתלתא וחד דגמיר, ומסתבר כמ"ש בתחלה, דנהי דנטילת רשות לא מהני אלא בגמיר וסביר, זהו משום דאין נותנין רשות לעלמא כל זמן דלא גמיר וסביר, אבל קבלה דבע"ד לגבי עצמם אמאי מחלקינן בהו. וגם לא יתיישב במאי דפליגי בבי תלתא וחד דגו"ס. וזהו טעמיה דנמוקי יוסף בסוף הסוגיא בתלתא דסמיכי, דפטורין אפי' בלא קבלוהו, משום דס"ל כפירש"י שם בקושיית הגמרא ותירוצו, דהשתא כיון שהם דיינים מן התורה פטורין לשלם משום דנחתי ברשות מן התורה. וצ"ל דסמיכי ע"י ב"ד לחוד ולא מריש גלותא ולא מנשיא בארץ ישראל, וכמ"ש הש"ך (בס"ק כ"ט אות ח') דאם לא כן אפי' חד נמי]. וגם לא כדעת בעה"מ וכפי פירושם של תוס' הנ"ל, דא"כ כשם דפטור בחד דגמיר וסביר בקבלוהו [כמ"ש הנמו"י שם] משום דנשלם אונסא דידיה בכל הצדדים, הכי נמי ליפטרו בי תלתא דאית בינייהו חד דגמיר וסביר ואפי' לא סמוך כלל, דלגבי אונסא אין לחלק בין סמוך או לא:

ו איברא קשיא לכל הפירושים שכתבנו, דא"כ לאוקימתא דרב חסדא דמוקים לן מתניתין דבכורות כשנשא ונתן ביד, וכן פסק בהלכות ומבואר שם ברמב"ן דטעמיה דר"ח דכל דיין שרשאי לדון הן מה"ת הן מדרבנן אנוס גמור הוא, ומשום הכי לא מחייבינן ליה אלא כשנו"נ ביד, דאז אפי' ע"י אונס נפשות ממש מחוייב לשלם יעוי"ש היטב. וא"כ אפי' בתלתא דסמיכי נמי חייבין לשלם, וכן הוא בנמוקי יוסף שם בסוף הסוגיא בשם הרמב"ן. וא"כ קשיא סיפא דמתניתין ואם היה מומחה פטור, ופירשו בו כל הפוסקים דמיירי בגמיר וסביר לחוד אפי' כשלא נטל רשות רק כשקבלוהו פטור, ואמאי דנהי דקבלוהו כתלתא דסמיכי, הלא המה נמי חייבין [רק בנטל רשות הוא דמיפטר משום הפב"ד, כמ"ש רש"י (דף ה') בד"ה שבט, וכן כשסמוך מנשיא נמי פטור מהאי טעמא בא"י דוקא]. ואי משום דבקבלוהו נשלם האונס בכל הצדדין. דהא היכא שנו"נ ביד

חייב אפי' ע"י אונס נפשות ממש דאנסוהו לשאת וליתן, [ועמ"ש בזה לקמן בסי' נ"ג סוף אות ב']:

איברא לאחר העיון נראה ע"פ דאיתא ב"ק [קי"ז:] ההוא גברא דהוה מפקיד ליה כסא דכספא סליקו גנבי עילוי' שקלה ויהבה להו וכו' אמר ר"א חזינן אי איניש אמיד הוא אדעתא דידיה אתו ואי לא אדעתא דכספא הוא. והקשו שם התוס' והפוסקים דהא כשנו"נ ביד חייב אפי' ע"י אונס. ותירצו דזהו דוקא באיניש דעלמא דמזלא דידיה גרמא ליה שנתגלגל האנס עליו לתת לו של חבירו, אבל בפקדון שנתגלגל האנס עליו ע"י המפקיד שהפקיד אצלו יעוי"ש. ומשום האי טעמא היכא דקיבלו עליו הבע"ד עצמם שנתגלגל הענין עליו ע"י הבעלים עצמם משו"ה פטור במומחה, דאנוס הוא בסבת הבעלים ומעתה נתברר בהכרח דרמב"ן ס"ל כפי' התוס' לעיל, שהרי כללא כייל דבכל גווני פטורין בגרמי לחוד, רק כשנו"נ ביד חייבין, דכל דיינא אנוס הוא. ולדעת רש"י ופירושו כל כמה דלא קבלוהו ולאו דיינא הוא מן התורה אלא משום נע"ד אזי מהאי טעמא גופא מחייבינן ליה:

ועיין נמוקי יוסף בסוגיין ד"ה אמר ר"נ וז"ל והחילוק מפורש דבאין מומחה משלם מביתו ואם מומחה הוא פטור מלשלם כו' ואפי' נו"נ ביד כו', וכן הדין דכל היכא שהוא סמוך שנטל רשות מראש גולה או מב"ד של ישראל או שקבלוהו כו' דין אחד להם ליפטר מן התשלומין, עכ"ל. ולכאורה יפלא דהא מסיק שם בסוף הסוגיא דאפי' ג' מומחין סמוכין חייבין היכא דעביד מעשה בידים, והיאך נקט דהיכא שנטל רשות מב"ד של ישראל דפטור. וע"כ צ"ל דכוונתו ב"ד של הנשיא בישראל והוי כמו נטל רשות מראש גלותא דפטור מטעם הפקר ב"ד, ולקמן מיירי בג' סמוכין מב"ד לחוד כדרך סתם סמוכים, ויותר נכון להוסיף ולגרוס כן בנמו"י עצמו, או מבית דין של הנשיא בארץ ישראל:

ז נהדרין לענינא דלפום דברינו שהארכנו עד כה דסיפא דמתני' דבכורות במומחה וקבלוהו כבי תלתא, דפטורא דידיה הוא מצד סברא חיצונה, וגם נשמע להדיא ממתני' (דף כ"ד] דנאמנים עלי שלשה רועי בקר דלאחר גמר דין אינו יכול לחזור, ואפי' לדעת הש"ך [בסי' כ"ב ס"ק ב'] דחד כבי תרי מיקרי תרתי לריעותא, זהו כשלא נעשה מעשה על פיו אבל היכא שכבר נעשה מעשה כפי דינו, אזי גם בתרתי לריעותא אין יכול לחזור, כמ"ש הש"ך בסי' כ"ה ס"ק י"ב] להדיא. ולפי"ז קושיית הירושלמי ואי דטעה בשקה"ד בדא ישלם מביתו, קאי על סיפא דמתני' לפום אוקימתא דר' בא דמיירי בקבלוהו כבי תלתא, וא"כ מאי קמשמע לן בסיפא דמומחה וקבלוהו פטור, הכי סלקא דעתא לומר שישלם מביתו, ועל זה מתרץ כשאמרו לו הרי אתה מקובל עלינו כשלשה

על מנת שתדוננו דין תורה, והשתא הדר ביה מתירוצא קמא, דמוקים ליה בקבלה סתם וכפירושו דש"ך שם וכמו שיתבאר להלן, וזהו חידושא דמתניתין בין ברישא בין בסיפא, דסלקא דעתא דנהי דתנאי בטל לקושטא, לפי שהמעשה כזאת אי איפשר לקיים ע"י שליח, דאם יקבלוהו ע"י שליח לא מהני כלום, דמילי לא מימסרי לשליח, וכן כתב כעין זה בדרוש וחדוש [סוף מערכה ט"ז] לפרש דברי ש"ס גיטין סוף פרק מי שאחזו, [לא מיבעיא לדעת מהרי"ט (סי' קכ"ז חלק א') דאין יכול להקדיש ע"י שליח פשיטא דלא מהני קבלה ע"י שליח, (וע' מש"כ בתפארת ירושלים גיטין אות ל"ד על דברי מהרי"ט באריכות בעזה"י), ואפי' לדעת החולקים עליו התם משום דנגמר הדבר ע"י השליח לבד, משא"כ הכא שנגמר הדבר ע"י האיש שקבלוהו עליהם, יש מקום לומר דדמי לאומר אמרו לפלוני שיאמר לסופר שירצה הוא שיכתוב דלכולי עלמא לא מהני, והכא נמי הרי מיתלא תליא ליה בשיקול דעתו של מי שקבלוהו עליהם, ועיין בתוס' נזיר (דף י"ב.) בד"ה על מנת, דאפי' בדבר שקיומו ע"י דבור לחוד בעינן נמי כל דיני תנאים, כגון בהריני נזיר על מנת שאטמא, ועיין בתוס' כתובות (דף ע"ד) ד"ה תנאי, דאפי' לרבנן דפליגי על ר"מ בתנאי כפול אבל באיפשר לקיים ע"י שליח מודים, ומש"ה ניחא גם לאוקימתא דרב חסדא דמוקים לה כשנו"נ ביד ואפי' לרבנן, גם לדעת תוס' ורא"ש דאפי' לאוקימתא דרב ששת מוקים ליה כרבנן דהיכא דקם דינא חייב אפי' לרבנן], והשתא כיון דהתנאי בטל הוה ליה כקבלוהו בלא תנאי, מיהא אייתר לן בזה דהשתא קמשמע לן דקסלקא דעתא דתנאי זה לא גרע מגילוי דעתא שנתרצו רק על דין תורה, והשתא כיון שהגיס דעתו ודן יחידי [כפירושו בירושלמי] נתחייב לשלם אפי' מומחה, שהרי גם לדעת הש"ך מחלקינן בין קבלה סתם דאפי' בגמיר לחוד פטור ובתנאי מחוייב לשלם, אע"ג דלטעמיה הרי נתקיים התנאי דטעותא בשקה"ד הוא דין תורה, הכא נמי לפום מש"כ קסלקא דעתא לחלק בזה במומחה דאע"ג דתנאי בטל גרע מקבלה סתם וכמ"ש, דכיון ששמע גילוי דעתם ואפ"ה הגיס דעתו, וכמו שמסיים בירושלמי שם] קמשמע לן דכיון דתנאי בטל לגמרי הרי זה כאילו לא התנו כלל:

ולפ"ז סרו כל קושיות הש"ך מדברי רבותינו הראשונים, דמקושי' הירושלמי לא מוכח דסבירא ליה דאפי' בגמיר לחוד מהני קבלה לפוטרו, דקושייתו הוא מסיפא, וגם התמיה שהפליא על דעת רש"י ונמו"י דסברי דגם במומחה מחלקינן בין קבלה סתם ובין כשאמרו ותדוננו דין תורה, דלרש"י חייב לשלם, ולדעת האחרונים הדין בטל לגמרי, דלמאי שכתבנו אם נדייק היטב בדבריהם דכל הפוסקים דסברי כרש"י או שהביאו דברי קדשו (זולת הנמו"י בפ' אחד דיני ממונות וכמ"ש להלן] שלא הזכירו כלל שהתנו בעל

מנת, רק דקבלו עלייהו ואמרו דיינת לנו ד"ת, והרי זה כאילו אמרו לאחר שתדון לן ד"ת הרי את מקובל עלינו, דבלאחר אין צריך לדיני תנאים כלל, וכן מבואר ברמב"ם ריש פ"ט מהלכות גירושין ובמגיד משנה שם, וברמב"ן פ"ב דביצה גבי הבו לי' ד' מאה זוזי לפלניא], כמו לאחר שתצא חמה מנרתקה (סוף פ' מי שאחזו] ולאחר שלשים יום [כתובות דף פ"ב], וכיון שאמרו כן מיד בשעה שקבלו עליהם דבריהם קיימים בזה, לרש"י כיון דטעה בשקה"ד הרי הוא כאילו לא קיבלו עליהם כלל, דהשתא בגמיר לחוד הדר דינא, ובמומחה קם דינא ומחוייב לשלם, דאמרינן דעיקר דיבורייהו יסבו על הקבלה עצמו ועל עצמם לחוד, ולדעת האחרונים דסברי מטעם אחר דדבורייהו יסבו על המומחה גופיה וכמש"ל [בסוף אות א'], ומשו"ה דינו בטל וידונו בפני אחרים, וכיון שאמרו כן בשעת קבלה אלימא דבורייהו שיתקיים, [ועיין בנ"י ריש פ' הזהב גבי ליישנן קא בעינן להו] משא"כ בירושלמי דמיירי כשאמרו על מנת בפירוש דאז בטל התנאי לגמרי, והרי הוא כאילו לא התנו כלל. ומה שכ' הנמו"י ראיה מהירושלמי לפירש"י דזהו שמסיים שם מפני שהגיס לבו לדון יחידי, משמע דמפני זה קסלקא דעתא שיתחייב גם המומחה לשלם כשהתנו בפירוש. שגם הקב"ה אינו דן יחידי כמש"ש בירושלמי, דמפני שהגיס דעתו הוא הגורם שיתחייב לשלם. והשתא דנהי דאע"פ כן פטור מלשלם מפני שהתנה על מנת בפירוש וכיון שאינו בכלל דיני התנאים הוא דבטל התנאי לגמרי וכמש"ל. וממילא נשמע דהיכא דאמרו סתמא בלא תנאי דאזי יצא מסוג דיני התנאים, דאזי הגורם בתקפו. ולהכי מחוייב המומחה לשלם וזהו כפירש"י ודלא כדעת האחרונים דס"ל שהדין בטל אפי' במומחה. דאם כן לא זהו הדרך דבשביל גבהות לבו אינו מן הדין שיבוטל הדין, אלא דבורייהו הוא דקגרים לזה וכמש"ל:

ועיין בפירוש פני משה שם שהניח כפי גירסא הישנה ודלא כש"ך. ומפרש דתירוץ דר' בא בתחלה ובסוף חד תירוצא הוא, וז"ל בקיצור, מה אנן קיימין, הש"ס מסיק לה להכריח אוקימתא דר' בא בשם ר' אבהו. דאי לא תימא הכי קשיא במאי עסקינן, דבאיזה דבר היה הטעות שלו, אם בשטעה ודנן משיקול הדעת שלו. ואינו מפורש בהדיא הדין דאינו כן אלא כו'. בדא מה שעשה עשוי בתמיה, והרי לא קבלו אותם עליהם. ואפי' בשנים שדנו ואינם מומחים אין דינם דין, אם בשטעה ודנן ד"ת כו'. א"כ קשיא בדא ישלם מביתו, והא קיימא לן טעה בדבר משנה חוזר כו' ר' בא כו', כלומר אלא על כרחו כדאמר ר' בא בשם ר' אבהו דהכא במאי עסקינן שקבלו אותו עליהם כשלשה, ועי"ש במראה הפנים שהאריך בזה. ולפ"ד ניחא דשיטת הירושלמי וש"ס דילן חדא הוא. ולדבריו גם לירושלמי מוקים ליה ר' בא בקבלוהו סתם. אלא דמצו אמרי אח"כ דדעתייהו

היה מתחלה ע"מ לדון ד"ת. וכמו שפי' מהרש"ל בש"ס דידן. אלא דעיקר דבריו תמוהים ואין להם ביאור כלל. דלדבריו הו"ל לאקשויי בקצרה, דטעה במאי, דבין בשקה"ד ובין בדמ"ש. קשיא אמאי מה שעשה עשוי ואמאי ישלם כיון דשנים שדנו אין דיניהם דין. לכן מחוורתא דמילתא כגירסת הש"ך. דשני תירוצים הן באוקימתא דר' בא. ולבל יסתרו את דברי רבותינו הראשונים מתחלה ועד סוף, ולפענ"ד כדכתבינן לעיל. ויתורצו השלשה קושיות שהקשה הש"ך בס"ק הנ"ל איברא אכתי קשיא קושיית הש"ך על דברי נמו"י פרק אחד דיני ממונות וז"ל לאחר שהביא דברי הירושלמי, נראה מהירושלמי הא דתנן אם היה מומחה לרבים פטור מן התורה. אם אמרו לו בפירוש על מנת שתדון דין תורה וטעה חייב. ולולא דמסתפינא אמינא דיש למחוק תיבת על מנת:

עוד שם בנ"י מביא דעת רש"י וז"ל ואין דעת רש"י ז"ל כן. אלא היכא שאמרו דיינת לן ד"ת וטעה. דינו דין ומשלם. ומגיה שם מהר"ם וז"ל והיינו אי לא קבלך דאמר ליה ר"י. ומינה דאם לא קבלוהו עליהם כלל אפי' גמיר וסביר אין דינו דין כלל וחוזר עי"ש והגה"ה זו תמוה. ונראה דלא גרסינן ליה. או דכוונתו בזה לקושיית התוס'. דמינה משמע דאי לא קבלוהו עליהם כלל אפי' גו"ס אין דינו דין, ואזדא ליה כל הוכחות הש"ס מדר"י. והא דכתב הנמו"י בסוף הדבור שם. ומהכא שמעינן דיחיד גו"ס דיכול לכוף ולדון, עכ"ל. זהו לקושטא דמוכח כן מהש"ס. אכן בריש דבריו נקט לתמוה על פירש"י. דמוכח מתוך פירושו דגמיר וסביר אין יכול לדון בלא קבלה. והוא נגד הש"ס:

ח ברש"י [דף ו'] ד"ה דן את הדין, וז"ל בפירקין לקמן מוקי לה שנשא ונתן ביד. מדקתני מה שעשה עשוי. אלמא דיניה דינא. דאי לא דינא ליהדר, עכ"ל. וכבר הרגישו האחרונים בזה דלמה ליה לרש"י למינקט אוקימתא דרב חסדא דוקא. הלא שפיר מתיישב הקושיא לכל האוקימתות דלקמן, ועיין לעיל בפתיחה [נתיב א' אות ב'] מש"כ לתרץ דברי רש"י הללו. אך הוא בדרך רחוק קצת מן הפשוט. ובפשוטו נראה לענ"ד משום דקשיא ליה מאי פריך לר' אבהו. דילמא עד כאן לא קאמר ר' אבהו דאין דיניהן דין אלא כשלא נו"נ ביד, אבל היכא דנו"נ ביד דאלימי למילתייהו דיניהן דין וכדרך שפי' הרמב"ן במלחמות ד' אליבא דרב חסדא. לכן פירש"י דהקושיא קאי לרב חסדא. דאפי' בשלשה נמי כשנו"נ ביד הוא דמה שעשה עשוי כשטעו בשיקול הדעת. ושוב לא נותר עוד לאלומי גבי שנים:

ט יש להתבונן בדעת רש"י אם הלכה כרב חסדא או כרב ששת דלא בעי נו"נ ביד. והנה מדברי רש"י שפירש במס' שבועות [דף ל"ח:] בד"ה דאשבע בה' אלהי השמים, וז"ל ולא התפיסו חפץ נעשה כטועה בדמ"ש וכו', והרי הוא כדמ"ש כדאמרי' בסנהדרין דטועה בדברי האמוראים חוזר, ולא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו, עכ"ל. נראה לכאורה

דלא בעי נו"נ ביד כיון דבכהאי גוונא לא שייך נו"נ ביד כמבואר להדיא בבעל העיטור אות פ"ה בדין פסק דין דף נ"ב] דמקשה מזה על דברי הלכות דפוסק כר"ח דסתם סוגיא דהש"ס הנ"ל אזלא דלא כוותיה. אך יש להתבונן בזה שהרי משכחת לה בפשטא בנשבע ונוטל. דלאחר שהשביעו בלא נקיטת חפץ נשא ונתן ביד מן יד הלוה ליד המלוה, וכן בנשבע ונפטר והיה לו משכון. [ובגוונא דלא מיפטר מטעם הילך כמ"ש הר"י מיגאש ריש ב"מ] ונטלו הימנו ונתנו ללוה כיון דלפי דעתו כבר נשבע כדין. וצריך לומר דלא מיקרי נו"נ ביד אלא בדבר שאין שום דבר אחר גורם להיזקו דאידך, רק הפסק דין ומה שנשא ונתן ביד אח"כ, אבל הכא דבשעה שפסק שישבע בלא נקיטת חפץ עודנו לא ברי היזקו דדלמא לא ישבע. נמצא שגם מעשה דבעל דין גרם למאי שנשא ונתן ביד אחר זה. וכל כהאי גוונא אינו בכלל נו"נ ביד:

ולפ"ז מוכח מדברי בעל העיטור הנ"ל דין מחודש דהיכא דנתעצמו בדין בתנאי מהתנאים. דלפי דברי המלוה נתחייב לו אידך בלא תנאי, ולפ"ד הלוה לא נתחייב לו רק ע"י קיום תנאי דמלוה. ובשעה שעמדו בדין עודנו ביד המלוה באותו יום לקיים התנאי, ופסק הדיין שצריך לקיים התנאי היום, וכשעבר היום ולא קיים התנאי אזי נו"נ ביד את המשכון מיד המלוה וטעה בזה בשקה"ד, דלקושטא א"צ כלל לקיים התנאי, וכן להיפוך כמובן, או במוכר ולוקח כהאי גוונא דבכל הנך יצא מתורת נונ"ב, כיון דהוא עצמו ג"כ גרמא לפסידא דידיה, שהרי בידו היה אז לקיים התנאי, דמאי איכפת ליה, [ואין לומר דנהי דמוכח כן לדעת בעהע"ט עודנו יש מקום לומר דלדעת הרי"ף בהלכות גם זה מיקרי נונ"ב, דלקמן (בסי' נ"א אות ד') הוכחנו דמוכח מדעת הלכות שתירץ קושיית בעה"ע מטעם אחר]. איברא עודנו יש לברר הדברים דא"כ גם לרב ששת פטור לדעת רש"י, דכל כמה דאיכא ספק בדבר גם לאחר פסק דין אזי לית ביה משום דינא דגרמי אפי' לר"מ, כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה' לדעת רש"י. וא"כ עודנו קשה מש"כ רש"י ולא אמרינן מה שעשה עשוי וישלם מביתו, דמשמע להדיא דבשקה"ד כהאי גוונא צריך לשלם. ונראה לפמש"כ לקמן [סי' נ"א אות י"א] ניחא, דנהי דיצא מכלל נונ"ב, אבל מתורת גרמי לא יצא, דעד כאן לא אמרינן דבספיקא יצא מתורת גרמי אלא בדבר שהפסק דין היה לגריעותא דידיה כגון דאילו הוי קמן הוי הדר, דלא הוי ליה למהר כל כך להשליכו, וכן בטיהר את הטמא ועירבן עם פירותיו דע"י עירוב זה לא יסתעף ליה דבר למעליותא דידיה, וכן בחייב את הזכאי משום האי טעמא נמי דלא יצמח לו הטבה במהירת התשלומין, אבל הכא דפסק שגם בלא נקיטת חפץ יצא ידי שבועה ויטול, דמסתמא ישבע כדי ליטול. וראיה לזה משורף שטרותיו של חבירו דחייב בשטר מקוים,

ולא אמרינן בזה דשמא לא יכפור לו, ולא נעשה ההיזק מיד רק בשעה שכפר לו, אלמא דדנין פני הדבר כפי מרוצת הטבעי, ועיין היטב בסמ"ע [סי' נ"ה ס"ק ה']. ולקושטא עודנו לא נתחייב לו אידך כל זמן שלא נשבע בנק"ח, והרי עודנו לא נשבע וגרם לאידך להפסידו ממון גמור דכיון דכל זמן שלא נשבע הרי הממון שלו (ואין להקשות דא"כ משכחת לה במשביע עד א' שחייב קרבן שבועה, כגון בנשבע ונוטל, ומשביע עד א' המסייע לו דכיון דכל זמן שלא נשבע לו לא נתחייב לו, וע"י עדותו לבד יתחייב לו. ויש לומר דדוקא גבי דיין דכיון דלא ידע קושטא דמילתא, אזי נקטינן הדבר רק כאשר הדבר הוא לפנינו, ולכן כיון דלקושטא הרי עדיין לא נשבע, נמצא שהפסידו ממון גמור דע"י שעשאו כאילו כבר נשבע הוא שחייבוהו לשלם בעל כרחו, אבל גבי עד א' בנונ"ט יכול לומר הרי אני יודע דבקושטא נשבעת רק שאין רצונך לישבע גם לאמת, דמשום זה לא הפסדתיך], וא"ל בזה מסוגיית הש"ס שבועות (דף ל"ב] גבי ע"א בשכנגדו חשוד על השבועה דפטור העד מקרבן שבועה היכא דחשוד לוה, משום מי יימר דמשתבעת, דכל כמה שלא הפסידו בודאי לא מחייבינן בק"ש, ומש"ה מיפטר בתרווייהו, דבנשבע ונוטל כשמשביע עד א' המסייע לו פטור מפני שיכול לישבע רק מפני שאין רצונו לישבע, וכן בעד א' בשכנגדו חשוד על השבועה פטור משום אידך צד דמי יימר שתשבע גם על האמת, וכל כמה דאיכא צד ספק יהיה מאיזה טעם שיהיה, תו לא מצינן לחייבו בקרבן שבועה, [ועיין מש"כ עוד בזה בהגהות והערות]:

סימן נ

בדיני שקול הדעת

עתה נבאר לפענ"ד בדעת רבותינו בעלי התוס' בסוגיא זו בדברים המוכרחים, כאשר חנני הבורא ית"ש:

א בתוס' בכורות [דף כ"ח:] בד"ה לימא וכו' שהניחו בתימה דלא דייק מרישא דקתני מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו וכו', דאי איפשר לאוקמא כשנו"נ ביד, דהא נשחט על פיו קתני. ולפום ריהטא יש לתמוה על תמיהתם, דהא לדעתם בכמה דוכתי דהיכא דלא ידע השליח שהוא דבר עבירה, אזי לכולי עלמא יש שליח לדבר עבירה אפי' לרב סמא דדמי לחצר דגניבה, עיין ב"ק (דף ע"ט] בד"ה נתנו, וקידושין [דף מ"ב:] ד"ה אמאי, וא"כ בפשטא יש לאוקמא דעשה לאחר שליח לשוחטו, והשליח לא ידע אם של אחרים הוא דאזי חייב המשלח שהרי הוא כאילו שחטו בעצמו. והראה לי שכן הביא מהרי"ט אלגאזי בשם קדמון א' בכתב יד, וכתב שם דצ"ל דתוס' בכורות סברי דאפי' בלא ידע אין שליח לד"ע יעוי"ש. וזה דחוק למאד לומר דשינו טעמם דהכא

ממה שהוכיחו בראיות נשגבות להיפוך ממתניתין דנתנו לבכורות בנו. לכן נראה דיסוד מונח דמזיק חייב אפי' בשוגג בדבר שהוא במשקל דאבידה, כמ"ש תוס' בריש פ' המניח בד"ה ושמואל אמר, רק בדבר שהוא במשקל דגניבה שהוא קרוב לאונס הוא דפטור. ולכן כשהניח להם אביהם פרה שאולה וכסבורין שהיא של אביהם וטבחוה ואכלוה אינם משלמין רק מה שנהנו משום שהיתה ברשותם וחזקה כל מה שתחת ידו הוא שלו פטורים משום מזיק דקרובה לאונס. איברא בגנב וגזלן דאינו חייב אלא ע"י קנין להוציא מרשות בעלים, וכל כמה דלא נתכוין להוציא מרשות בעלים אי איפשר לחייבם אפי' בדבר שנקל להם לידע שהוא של בעלים וקרובה לפשיעה, מכל מקום כיון דלא נתכוין לקנות להוציא מרשות בעלים כלל תו אי איפשר לחייבם ולפי"ז מסתבר דעד כאן לא כתבו דהיכא דלא ידע השליח שחייב המשלח, אלא במידי דאי איפשר לחייב את השליח, וזהו במידי דצריך שיתכוין לקנות, כגון גבי גנב וגבי מעילה דצריך שיתכוין לקנות, וכיון דלא ידע ולא נתכוין להוציא מרשות בעלים כלל דכסבור שהוא של המשלח שוב אי איפשר לחייב את השליח, ומש"ה חייב המשלח כיון דלא ידע השליח שהוא דבר עבירה, הרי שלוחו כמותו, אבל בדבר שהוא מזיק דאזי חייב אפי' בשוגג, אזי נוכל לחייב את השליח כיון דבקל יכול לשאול ויתוודע לו, כגון בשולח את הבעירה ביד פקח וכסבור שהוא משלו, או היכא ששחט בהמת חבירו ברה"ר על פי המשלח וכסבור שהוא שלו פשיטא דמסתבר לחייב השליח, שהרי בקל יכול לשאול כדאיתא כהאי גוונא בפסחים (דף ע"ב:) באשתו נדה דחייב דהוי ליה לשיולי [ולא דמי לכסבורים שהיא של אביהם דמסתמא הוא בחזקתם ולמי ישאלו], וכיון דיש לפנינו לחייב את השליח אזי פטור המשלח:

ולפי"ז קמה ונשגבה תמיהת התוס' הנ"ל, שהרי גם אפי' שלא ידע השליח שהוא בכור וכסבור גם כן שהוא של המשלח, מכל מקום לא נפקע חיובו דשליח שהוא מזיק דפחת שחיטה, וכל כמה דאיפשר לחייב את השליח לא מתחייב השולח איברא אכתי יש לדון בזה כיון דאי איפשר לחייב את השליח אלא ההפסד של פחת שחיטה, אבל על מה שהפסידו לגמרי אי איפשר לחייבו, דסתם בהמה לאו לגבי מזבח קיימא כדאיתא ב"ק דף צ"ח]. (ומה שכתבו תוס' שם דבשל הקדש חייב, מסתבר דזהו בדידע שהוא של הקדש], ומשו"ה המשלח חייב על המותר איברא לקושטא נראה דנהי דסתם שוורים לאו לגבי מזבח קיימי ופטור דזהו דוקא בצורם אזנו, דגבי חולין לא הזיקו מאומה, אבל הכא שגם בשל חולין הפסידו מיהת בפחת שחיטה תו מחייבינן ליה בכולא, דלא עדיף מההוא דסוף פרק הכונס באמר לו הזהרו בו של כסף הוא והיה של זהב, דהיכא דהזיקו מחוייב

בשל זהב משום דאומר ליה מאי הוי לך גבי' דאזיקתיה. ואין להקשות מדברי תוס' ב"ק (דף ע"ט) סוף ד"ה נתנו לבכורות בנו שהקשו היכי יליף מה מכירה ע"י אחר אף טביחה כו' דילמא דוקא כשסבור שהוא שלו כיון דליכא יתור, עכ"ל. דהא יש לחייב את השליח מטעם מזיק כמש"ל, חדא דהרי זה דומה להא דסבורין של אביהן כיון שהוא ברשות הגנב ואין לו למי לשאול שנעלמו הדברים שעשה בסתר. ועוד דודאי מטעם מזיק אין לחייבו רק בתשלומין אבל לא בארבעה וחמשה, והרי זה כאילו אינו בר חיובא. ובעיקר קו' תוס' יתבאר לקמן (סי' נ' אות י"ב] מה שנלע"ד בזה ועיין בהשמטות וביאורים]:

ב בתוס' ב"ק [דף ק'] ד"ה טיהר את הטמא, ועיי"ש היטב מסקנת דבריהם שם, דלר' מאיר חייב מדינא דגרמי אפי' בטעה בדבר משנה היכא דליתא קמן דתיהדר, וסוגי' דסנהדרין קאי אליבא דרבנן. ותמה הש"ך [בס"ק ה' אות ב'] על יסוד דבריהם, דא"כ אכתי מה קשיא ליה לרב המנונא דלימא ליה אילו הוה קמן הוי הדר, דילמא ר' טרפון ור' עקיבא תרווייהו כר' מאיר סבירא להו דפסקינן כוותיה. ולפענ"ד נראה ליישב דבריהם, דיש להבין במאי דאמר לו ר"ע מומחה לרבים אתה, דנהי דמומחה פטור על שגגת הוראה בשקה"ד דדמי לאנוס, אבל מכל מקום יתחייב על שצוה להאכילה לכלבים כדי לחזק הוראתו, דנהי דטריפה הוי לדעתו היה יכול למכור לנכרים, וא"כ הרי הזיקו בידים מיהת על שוה פרוטה וע"י זה יתחייב בכולו דדמי להזהרו של כסף הוא ואח"כ נמצא של זהב, דהיכא דהזיקו בידים מחוייב לשלם בכולו [ב"ק סוף פרק הכונס], ונהי דמומחה דמי לאנוס, שהרי גם התם הוה כאנוס על של זהב, דמהיכא יעלה על דעת שהוא של זהב כיון שבעצמו אמר לו של כסף הוא, דהרי אפי' בשואל פטור על של זהב אפי' היכא דנאבדה בפשיעה כמבואר בש"ך סי' ע"ב ס"ק מ' בהגה"ה], אבל כשהזיקו בידים הוא דחייב בכולו, וא"כ במומחה נמי כיון דסוף סוף הזיקו בידים בכל שהוא [וע"ב]:

וליישב זה צ"ל דעד כאן לא מחייבינן ליה התם בשל זהב אלא כשהזיקו בידים אבל לא ע"י גרמי, דנהי דחייב לשלם, אבל לא אלים תוקפיה דדיבורא כל כך דליהוי כמזיק בידים ממש. איברא לפלס סברת התוס' במסקנת דבריהם, דהיכא דברי היזיקא מיד, כגון בזיכה את החייב, מחוייב לשלם אפי' לרבנן, אבל בחייב את הזכאי ושילם לו וליתא קמן דתיהדר לכולי עלמא חייב, רק היכא שהזיקו בדבורו לבד בכהאי גוונא, אזי לר"מ דמחייב בגרמי כמו במזיק בידים הוא דמחייב, מידי דהוי כנשא ונתן ביד, אבל לרבנן דנהי דמחייבי בזיכה את החייב, אבל מכל מקום לא מחשבינן ליה כמזיק בידים, שהרי במזיק בידים חייב אפי' היכא דאיפשר דתיהדר כגון בחייב את הזכאי ונשא ונתן ביד וטעה בדמ"ש, ועל ידי דבורו לחוד פטרי רבנן בכהאי גוונא, [ומש"כ תוס' דגם לרבנן כל

היכא דקם דינא כגון בזיכה את החייב וטימא את הטהור, שגם ע"י דבורו הוה כעביד מעשה. כוונתם לענין החיוב עצמו, אבל לא להשוות שני הנושאים יחד לכל דבר, שהרי נראה בעליל שנתפרדו ולא נתלכדו יחד]. אבל לר"מ דמחייב אפי' על ידי דבורא לחוד בכה"ג. הרי בע"כ צ"ל לר"מ דדינא דגרמי דאורייי' וחשיב ליה כמזיק בידים ממש:

ומעתה שפיר הוקשה לו לרב המנונא, כיון דר"ע פטרו משום מומחה בע"כ צ"ל דס"ל כרבנן ולא חשיב להו כמזיק בידים ממש, דאילו לר"מ גם במומחה יתחייב בכולו מטעם הנ"ל. דלדידיה הרי משוה ליה בהיזיקא שע"י דבורא כמזיקו בידים, והדר דינא כמו בהזהרו בו של כסף הוא, דהיכא שהזיקו בידים מחוייב בכולו, ועיין מש"כ בזה באות ד']:

ג ועיין בתוס' ב"ב [דף כ"ב:] בד"ה זאת אומרת, ומסקנת דבריהם שם לדעת ריצב"א דגם בטיהר את הטמא ובעה"ב עירבן עם פירותיו חייב לר"מ מטעם קנס, דבכל דבר שמצוי קנסוהו רבנן, אבל בדבר שאינו מצוי לא קנסוהו עיי"ש, והש"ך ריש סי' שפ"ו מסיק כן להלכה]. ולפי"ז ממילא נשמע דגם באילו הוי קמן הוה הדר, והשתא ליתא קמן דתיהדר חייב נמי לר"מ (מצד קנס), דהשתא בטיהר את הטמא דלא ציוהו לערב על פיו מחייב ר"מ, מכל שכן בדבר שציוהו ובע"ד עשה על פיו, אלא דאילו לא עשה כאשר פסק עליו הוי הדר הדין מכש"כ דחייב לר"מ, הרי שגם לר"מ לא חשיב לגמרי כמזיק בידים, שהרי בדבר שאינו מצוי גם לר"מ פטור. וא"כ לדעת ריצב"א הדרא קו' הש"ך הנ"ל לדוכתיה, דמנ"ל לרב המנונא להקשות דילמא ר"ע כר"מ ס"ל דמחייב בזה, ותירוץ הנ"ל לא שייך לדעת הריצב"א כמ"ש:

לכן נראה לפענ"ד דלדעת הריצב"א צ"ל דס"ל כדעת הסמ"ע [ס"ק א ט'] דקבלוהו לא מהני במומחה היכא דטעה בדבר משנה, וכן הוא בכסף משנה פרק ו' מהלכות סנהדרין הלכה א'] מפני דלא אסיק אדעתיה שיטעה בדמ"ש, ודינו כאילו לא קבלוהו, ובסמ"ע [בס"ק ט'] הוסיף עוד דהא דפסק הנמוקי יוסף דגבי הוראה באיסור והיתר דמומחה פטור אפי' היכא דלא קבלוהו, זהו דוקא היכא דטעה בשקה"ד, אבל בטעו בדמ"ש גם במומחה וקבלוהו חייב לדעת התוס' והרא"ש. ונראה דטעמיה כיון דעיקר טעמא דנמו"י משום דמחוייב להורות כשהגיע להוראה, ולהכי אפי' כשלא קבלוהו פטור דהרי מחוייב להורות והורה, דגם שטעה בשקה"ד, הוראה מיקרי [כמ"ש הש"ך בס"ק ל' אות ה' לחלק בין דמ"ש לשקה"ד היכא דהתנו ואמרו דיינת לנו ד"ת, דטעה בשקה"ד מיקרי ד"ת, וז"ל הש"ך שם כיון דלא טעה בדמ"ש הרי דן ד"ת], אבל היכא דטעה בדמ"ש דלעולם חוזר לא מיקרי הוראה כלל והוא מצווה רק להורות:

ולפי"ז קושיית רב המנונא הכי אזדי בשלמא אם גם טעה בדמ"ש קם דינא, להכי פטריה ר"ע משום דמומחה לרבים, דנהי דקבלה דבע"ד הוי כאילו לא קבלוהו דלא אסיק אדעתיה דיטעה בזה, מכל מקום פטור משום מומחה לחוד, כמש"כ הנמו"י דכיון דמחוייב להורות וחלה הוראתו אזי פטור בדין הוראה אפי' מומחה לחוד, דלסלקא דעתא דהשתא גם בטעה בדמ"ש דינו כטעה בשקה"ד, דכיון דמחוייב להורות והורה וחלה הוראתו פטור, אלא אי אמרת דחוזר נמצא דלא חלה הוראתו אמאי פטור. אלא בע"כ צ"ל דעיקר הפטור הוא משום דאילו הוי קמן הוי הדר וכרבנן. אבל מכל מקום לא גרע מגרמא דחייב מיהת לצאת ידי שמים וכנגד לצאת י"ש שפיר פטרינן ליה משום מומחה הרי דבע"כ צ"ל דאתיא כרבנן, דלר' מאיר אי איפשר למפטריה משום מומחה לחוד. והשתא קשיא ליה לרב המנונא דאמאי נקט טעמא דמומחה, דזה אינו אלא רק נגד לצאת י"ש, ושבקי ליה לעיקר פטוריה שמצד הדין, וע"ז מתרץ ליה רב ששת דלא נקט לן אלא פטורא שמצד הדין, וחדא ועוד קאמר ליה. ונמצא דפטורא דמומחה קאי על שקה"ד לחוד, וממילא נשמע שגם בדמ"ש פטור אפי' לצאת י"ש, כיון דבלא זה פטור מצד הדין כיון דאילו הוה קמן הוה הדר, וזהו אליבא דרבנן דלית להו דינא דגרמי כלל, ולפ"ז מוכח ששני הדברים שחידש הסמ"ע מוכרחים מדברי ריצב"א הנ"ל דאל"כ קשי' קושיית הש"ך לדעת הריצב"א ועמ"ש לקמן בסי' נ"ד אות ב'].

ד הש"ך [ס"ק ה' אות ב'] הקשה דהרי דבריהם סותרים בעצמם, עי' חולין [דף מ"ג:] בד"ה זיל, וז"ל אף על גב דטעה בדמ"ש הוא, דלא עבדינן כתרי חומרי דסתרי אהדדי בידים האכילו לכלבים עכ"ל. ונראה לתרץ דבריהם ע"פ מ"ש לעיל [באות ב'] לתרץ דבריהם מתמיהת הש"ך דאכתי מנא ליה לרב המנונא להקשות דלמא ר"ע כר"מ ס"ל דמחייב אפי' בטעה בדמ"ש וליתא דתיהדר, וכתבנו שם דא"כ גם מומחה יתחייב, כיון דלר' מאיר היזיקא דע"י דבורא שוה כמזיק בידים, שהרי מחייב אפי' במקום דאילו הוה קמן הוה הדר א"כ כיון דמ"מ הרי הזיקו בדיבורו בפרוטה במה שצוה להשליכו לכלבים, ודמי כאילו הזיקו בידים בפרוטה, דמגלגלין עליו בכולו וכמ"ש לעיל. איברא הא ניחא אם נקטינן כצד האיבעיא דש"ס ב"ק ס"ב] דעשו תקנת הנגזל בזה אבל אם אמרינן דלא עשו תקנת נגזל בזה] הרי דאע"ג דבהיזיקא שע"י מעשה עשו תקנת נגזל, אבל לא בהיזיקא דע"י דבור לחוד, הרי דגם לר"מ דאית ליה דינא דגרמי אפ"ה לא אלים ליה דבורא לחוד כמעשה בפועל, א"כ הדרא קושיית הש"ך הנ"ל לדוכתי' דמנ"ל לרב המנונא להקשות, ותירוץ הנ"ל אזדא ליה, אלא בע"כ צ"ל דאפי' לר"מ לא מחייבינן ליה במקום דאילו הוה קמן הוה הדר, וקושיית רב המנונא על רב ששת קמה ונצבה בדרך ממה נפשך, אם

אמרת דעשו תקנת נגזל לר"מ אפי' בהיזיקא שע"י דבור לחוד, משום דמשוי ליה לגמרי כמעשה ממש, הרי בע"כ צ"ל דר"ע לא ס"ל כר"מ דא"כ גם מומחה יתחייב, דמה בכך שהוא כאונס, דסוף סוף מה הוה לך להזיקני וכמש"ל. אלא ודאי דס"ל כרבנן וא"כ קשי' באינו מומחה אמאי חייב, דלרבנן פשיטא דפטור היכא דאילו הוה קמן הוה הדר, ואי ס"ל דלא עשו תקנת נגזל בהיזיקא דדיבורא לר"מ, א"כ קשיא בין לר"מ בין לרבנן דכיון דלא השוו מדותיהן אפי' לר"מ, גם לדידי' יפטור במקום דהוי הדר דינא ואפי' כשאינו מומחה, ומש"ה קשיא להו להתוס' בחולין דהתם חייבוהו ר' אבא לרבא לשלם מדינא, דהיאך מוציאין מספיקא, ודילמא נקטינן דלא עשו תקנת נגזל בזה, הרי דמחלקינן בין היזיקא שע"י דבור למזיק בפועל אפי' לר"מ, והיאך נוכל לחייבו במקום דאילו הוי קמן הוי הדר, משו"ה מתרצי דמיירי כשנו"נ ביד, ודעת לנבון נקל דזולת כל הנ"ל בלאו הכי מסתבר בעצמותו כן, דכיון דעיקר סברת תוס' בב"ק הוא, דלר"מ הוא משום דאין לחלק לדידי' בין דבור למעשה, והא תינח אם נקטינן דעשו תקנת נגזל בזה:

[**ועיין** ש"ך (סי' שפ"ו ס"ק א' בד"ה ועוד) שהקשה על רמב"ן דס"ל דדינא דגרמי דאורייתא א"כ אמאי מיבעיא ליה אם עשו תקנת נגזל בזה ובמזיק פשיטא ליה כיון דדבור כמעשה דמי, ולמש"כ ניחא. דהאיבעי' קאי על היסוד זה דחזינן בסנהדרין לאוקימתא דר"ש דגם בדיין דנין דינא דגרמי, ולדעת רמב"ן וסייעתיה אזדא הסוגיא אליבא דר"מ, דאפ"ה פטור במקום דאילו הוי קמן הוי הדר, והיכא דנו"נ ביד חייב אפי' בחייב את הזכאי, וטעה בדמ"ש וליתא דתיהדר, אלמא דמחלקינן בין נו"נ ביד שהוא מזיק ממש לבין דד"ג א"כ יש מקום לומר דגם בתקנת נגזל מחלקינן ביניהו] ואין להקשות לדבריהם בחולין א"כ טיהר אה"ט וחייב את הזכאי אמאי חייב לר"מ דבלא זה נמי קשיא. וכן לדעת רמב"ן ונמוקי יוסף קשיא כן כאשר יתבאר לקמן, וצ"ל כתירוצו דש"ך ע"פ המבואר בתומים דמיירי בלוקח ומוכר. אלא דאכתי קשיא מחייב אה"ז, ולקמן [בסי' נ"א אות י"א] יתבאר על נכון אי"ה בדרך הקרוב לפשוטו:

ה הרמב"ן במלחמות ה' הקשה לדעת התוס' דהיכא דקם דינא מחוייב לשלם אפי' לרבנן כגון בזיכה את החייב וטימא את הטהור כיון דהפסידו מיד ע"י דבורו, דאם כן במוכר שטר חוב ומחלו, דמבואר בגמרא דדוקא למאן דדאין דינא דגרמי מחייבינן ליה, והרי התם הפסידו מיד בדבורו. וזה כמה שאמרתי לדעת רבינו תם דהא דיכול למחול מפני דשיעבוד הגוף נשאר אצלו, דאינו יכול למוכרו ולנתקו מרשותו. וכשמוחל לו שיעבוד הגוף אזי ממילא נפקע שיעבוד נכסי, דכל תקפו הוא ע"י שיעבוד הגוף, ונמצא דמוכר

בדידי' קא עביד מעשה, רק דנגרר ממילא שנפקע גם שיעבוד נכסי. אבל בזיכה אה"ח דמתחלה בדחברי' קא עביד מעשה, וכוונתי בזה לדעת האחרונים:

אולם עתה ראיתי שגם לטעם הרי"ף ורמב"ם ושאר פוסקים דטעמא דיכול למחול משום דמכירת שטרות הוא רק מדרבנן, ועיין גיטין [דף מ"א] לאוקימתא דעולא דשחררו רבו שני, דשורת הדין אין העבד חייב במצות כו' אלא מפני תקון העולם כופין רבו ראשון וכו' וקמיפלגי בהיזק שאינו ניכר, ועיי"ש בתוס' ד"ה בהיזק שאינו ניכר וכו' וז"ל אבל שחרור דרבו שני דלא הוי אלא מדרבנן חשיב היזק שאינו ניכר, וצ"ל דהאי היזק שא"נ חשיב ניכר טפי מההוא דפרק הניזקין דהתם קיימא לן דלא שמיה היזק, והכא קיימא לן כרשב"ג דמשנתנו דשמי' היזק עכ"ל, ביאור דבריהם אע"ג דגם בהנך דפרק הניזקין קיימא לן דבמזיד חייב מטעם שלא יהא כל אחד ואחד הולך וכו'. אלא דאי מטעם זה, היכא דאית ליה שותפות שהפסיד גם לעצמו, תו לא שייך טעם זה, כמ"ש התוס' ריש ב"ב [ב':] ד"ה וחייב [ועי' בתפארת ירושלים מס' כלאים אות כ"ג], והרי הכא הרי הפסיד רבו שני גם לנפשו את חובו שמגיע לו, ומשו"ה הוצרכו לחדש דשאני הכא דשמיה היזק דחשיב ניכר טפי מהנך, ונמצא דמחייבינן ליה מצד הדין:

והשתא ניחזי אנן גבי מוחל, להפוסקים דמכירות שטרות דרבנן, דהשתא לא הפסידו בדבר שהיה שלו מדאורייתא, ודמי לשחרור דרבו שני. דאע"ג דסוף סוף הפסיד לראשון שהרי כפינן לשחררו מכל מקום כיון דעיקרו אינו אלא מדרבנן, חשיב היזק שאינו ניכר לרבנן, הכא נמי מוחל. ואין לומר דשאני במכירת שטרות כיון דזכה מיהת מדרבנן, הוי כאילו היה שלו מדאורייתא. דזהו היכא דשייך לומר שזכה מטעם הפקר ב"ד. אבל גבי מכירת שטרות דלא שייך לומר כן, דהפקר ב"ד לא שייך אלא בדבר שיצא מרשותו לגמרי, כמ"ש תוס' יבמות [פ"ט:] בד"ה שהפקר. אבל הכא דיכול למחול עדיין, הרי בע"כ צ"ל שלא זכה בו הלוקח אלא מתקנתא דרבנן לחוד, וכן מבואר בר"ן גיטין פרק האומר גבי צרור וזרקו, ע"ש. [ובזי"ר ח"א דף כ"ג ע"ד], ולא עוד אלא דגם לרשב"ג דחשיב ליה להיזק הניכר, דזהו דוקא התם דעביד מעשה, אבל בדבור לחוד מודה דלא חשיב כהיזק הניכר, ותו איפשר לחייבו במזיד כמו במטמא ומדמע. לא מיבעיא להפוסקים דפסקו כשמואל גיטין נ"ב.] דקנסא מקנסא לא ילפינן. אלא גם להפוסקים החולקים עי' ש"ך סי' שפ"ב ס"ק א'] דזהו דוקא היכא דשוים, אבל גבי מוחל דלא קנסו בהדי הנך רק דנילף ליה מאינך מסתבר דכיון דיש לחלק בין היזיקא דע"י מעשה ממש, להיזיקא שע"י דבור לחוד דפטרינן ליה, וכמו דמחלקינן לרבנן בכל הנך דאילו הוו קמן הוי הדר, דע"י דבורו לחוד לא מחייבינן לי', ובנו"נ ביד מחייבינן לי' [וכמש"ל באות ב']:

איברא לר' מאיר דלא מחלק בין היזיקא דע"י דבור לע"י מעשה, שפיר ילפינן ליה מהנך להפוסקים דקנסא מקנסא ילפינן ולמאן דלא יליף צ"ל הטעם משום דאנן פסקינן כרשב"ג דחשיב ליה היזק הניכר, ועיין. איברא לרבנן נפלו הנך שני הטעמים בבירא, אבל בטימא את הטהור דהוא מהנך שקנסו בהדיא במתניתין דגיטין (נ"ב:) ואחד מהן המטמא טהרותיו של חבירו], תו לא מחלקינן גם לרבנן בין דבור למעשה כמו בזיכה אה"ח, וכמ"ש בתוס' שם:

ו בתוס' בב"ק [דף ק'] ד"ה טיהר את הטמא, דנקטו דאי איפשר ליישב טיהר את הטמא בשום ענין אלא כשעירבן עם פירותיו וכו', ובבכורות שבא ליישב וישלם מביתו וכו' איירי כשעירבן עם פירות מועטין, ובסנהדרין שבא ליישב מה שעשה עשוי איירי כשעירבן עם פירות מרובין וכו' דתרווייהו ליכא לאוקמי בענין אחד דפשיטא דבמקום מה שעשה עשוי שהוא טהור לא שייך ישלם מביתו עכ"ל, [ומה שמתרצים העולם את קושיית התוס' בשם הגאון רשכבה"ג מוה' העשיל זצ"ל דנפ"מ בשתי קדירות, עמ"ש בהגהות והערות דאין שום התחלה לזה ולא יצא הדבר מפי הגאון הנ"ל], ולכאורה נפלאת היא מה ראו התוס' לתלות הדברים ע"פ הסוגיות, הלא בלאו הכי אי איפשר ליישב מתניתין בענין אחר, כמו דמסקו התוס' עצמן בסוף דבריהם, ונראה דהתוס' נדחקו מאד בפירוש המשנה בהאי בבא דטיהר את הטמא, דעל כרחך אי איפשר לפרש מה שעשה עשוי כי אם כשעירבן עם פירותיו, ואם כן לא דמי לאינך בבי, דהא בכלהו הוי מה שעשה עשוי משום הוראתו של חכם, וכאן לא הוי רק משום תערובות, ולא הועילה כלל הוראתו של המורה [רק לפי תי' התוס' דבשוגג כי האי שעשה על פי חכם לא קניס ר' מאיר, הוא דהוי משום הוראתו, אבל לאינך תירוצים אין שום נפ"מ בהוראתו כלל], ועל זה קדמו להם התוס' ליסוד מוכרח דבע"כ צריך לפרש כן לפי אוקימתא דרב חסדא בסנהדרין, דלא אמרינן קם דינא כי אם כשנו"נ ביד, ובעל כרחך מיירי כשעירבן עם פירותיו מרובין, דאי לאו הכי לא מיקרי מעשה אשר על ידו יקום הדין ולא יהרס, וזה אי איפשר כי אם כשעירבן בפירות מרובין, ובסוגיא דבכורות דמיירי אליבא דרבנן דאינו חייב לשלם כי אם כשנו"נ ביד, על כרחו דמיירי כשעירבן עם פירות מועטין, דלענין תשלומין ודאי דחייב לשלם אפי' בפירות מועטין, דהא אפסדי' בידים, ואם כן לרב ששת נמי איכא לדחוקי ולאוקמי כן:

ז ולפום ריהטא היה נראה ליישב דברי התוס', דלולא ההכרח מסוגיות הנ"ל, היה איפשר לפרש המשנה ע"פ דברי הרמ"א ביו"ד [סי' רמ"ב סעיף ל"א] וז"ל שם חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר משיקול הדעת וכו' ואפי' אם התיר הראשון וכבר חלה הוראתו

אין לשני לאסור מכח שקה"ד עכ"ל, ובטורי זהב שם ס"ק י"ח] מפרש להא דחלה הוראתו להתיר, היינו כגון שנאכל ממנו קצת או שנתערב בין פירות דהיתירא, וזה ודאי דבר פשוט דיכול השני לישא וליתן עם המתיר שיחזור בו, וכשחוזר בו ודאי דבטלה הוראתו, ועל דרך זה יש למצוא מסלול נכון לפירוש המשנה, דמיירי תרווייהו כשעירבן בפירות מועטין, והיכא דאינו רוצה לחזור בו הוי מה שעשה, כיון דכבר חלה הוראתו ע"י התערובות, וישלם מביתו מיירי כשחוזר בו והדר לאיסורו, ומחויב לשלם הואיל והפסידו ע"י התערובות [וכן מצאתי בקצוה"ח סי' כ"ה ס"ק ה'], אמנם לפי פירוש הסוגיא דסנהדרין שם אי איפשר לאוקמי בהכי, דהא לרב חסדא כל עיקר קיומו ומצבו של הדין אינו אלא רק משום דנו"נ ביד, והשלים המעשה עד תכליתו באופן דאי איפשר למיהדר דינא והכא כיון דאיפשר למיהדר דינא אם יחזור הוא בעצמו, גם דיין אחר מחזיר דבריו, ובע"כ צ"ל בטיהר את הטמא דמה שעשה עשוי דמיירי כשעירבן עם פירות מרובין, דתו לא מצי למיהדר דינא, ובע"כ מוכרחים לחלק דלא מיירי בחד גוונא הך דינא דמה שעשה עשוי עם האי דישלם מביתו. איברא לאחר העיון ליתא, דהא האי דינא דרמ"א בע"כ דלא איירי רק במומחה וגמיר וסביר ואז שפיר מיקרי חל הוראתו. אבל הך דמתני' מיירי בגמיר לחוד [וכמ"ש תוס' סנהד' דף ה' ד"ה ואין], ותו אי איפשר לומר דחלה הוראתו, וא"כ הדר נפל האי תירוצא בבירא:

ח הר"ן ריש פרק קמא דע"ז מביא דברי הראב"ד דכיון דאסרה ראשון שוויי' חתיכה דאיסורא ושוב אין לה היתר, דאפי' התירה שני אינה מותרת, ואפי' היה גדול בחכמה ובמנין היכא דלא היו שניהם בבת אחת, אלא שהאחד אסר בפני עצמו, אין חבירו רשאי להתיר דאפי' התיר אינו מותר. ולזה הסכים הרשב"א וכן כתב הרמב"ן, ועל זה מקשה הר"ן שם וז"ל וקשה לי דבפרק אחד דיני ממונות משמע שחכם שטעה בדברי' של שקול הדעת מחזירין אותו וכו' ושני רב חסדא במסקנא דסוגיא דהתם כאן שנו"נ ביד כו' תרווייהו מיירי בשקול הדעת כו' ופרישנא התם טימא את הטהור דאגע בהו שרץ, דאלמא אי לא אגע בהו שרץ מחזירין כו' וכמ"ש הראב"ד א"כ רב חסדא לא היה צריך לאוקמא טימא את הטהור בדאגע בהו שרץ, דבלאו הכי נמי מה שעשה עשוי ולא קשיא מתניתין עכ"ל עיי"ש. והנה לכאורה נפלאים דברי הר"ן ע"פ מש"כ [באות שלפני זה] דמתניתין ע"כ לא מיירי כ"א בגמיר לחוד, ודינא דהראב"ד מיירי במומחה דוקא, דיש בו חילא לשווי' חתיכה דאיסורא:

איברא אחר העיון יש לפרש דברי הר"ן במישרים ונקט קושייתו בדיוק ועיון נמרץ, דלפי דברי הראב"ד ורמב"ן הנ"ל לא ישווה סיפא לרישא אליבא דרב חסדא, דקתני בסיפא ואם

היה מומחה לרבים פטור מלשלם, והיינו בהצטרף כל הני יחד, דהיינו מומחה וקבלו עלי' אזי פטור [ובעל כרחו לומר דמיירי בקבלו עליהם, כמ"ש רמב"ן סנהדרין דהאי דר' טרפון מיירי נמי בדקבלו עליה, ואי לאו הכי לא קם דינא, ודלא כמ"ש הנמוקי יוסף שם עיי"ש], ובעיקר הטעם דפטור אע"ג דגם באונס נפשות חייב כשנו"נ ביד, הוא כמ"ש לעיל [בסי' מ"ט אות ו'], דדמי להא דאיתא ב"ק [דף קי"ז:] גבי ההוא דאפקידו גבי' כסא דכספא כו' אמר רב אשי חזינן כו' ואי לא אדעתא דכספא הוא ועיי"ש, כפירוש הפוסקים הואיל ונתגלגל האונס עליו ע"י המפקיד עצמו והכא נמי דכוותי' [ולפ"ז מעצמו מוכרע לפי שיטת הרמב"ן והרי"ף גם בהוראת איסור והיתר נמי אין לפוטרו בדלא קבלוהו, דהיכא דנו"נ ביד ליכא למיפטרי' מטעם אונס, דאפי' אונס נפשות לא פטרו היכא דנו"נ ביד], ואם כדבריהם דבאיסור והיתר קם דינא מיד ואי איפשר למיהדר, אם כן למה לי טעמא דקבלוהו לפוטרו הא בלאו הכי נמי אי איפשר לחייבו, דהא בדיבורא לחוד לא מחייבינן [דהא מומחה הוא] ובמה שנגע בו שרץ אחר כך לא הפסידו כלום, דהא קם דינא ואי איפשר למיהדר. וזהו כעין קושיית תוס' ב"ק (דף ק') ד"ה טיהר את הטמא, ואם כן אין פירוש המשנה עולה במשקל אחד, ומרחק רב הוא לגבי מומחה בין דיני ממונות לדיני איסור והיתר, דלענין קיום הדין בדיני או"ה פשיטא דליכא לפלוגי בין קבלוהו ללא קבלוהו כיון דמומחה הוא ניתן לו להורות באו"ה גם מדאורייתא ביחידי [והא דמוקמינן בריש סנהד' דמתני' דבכורות מיירי בקבלוהו, זהו משום זיכה את החייב וחייב את הזכאי, והשתא כיון דלדעת ראב"ד ורמב"ן שגם לרב חסדא דס"ל דאפי' בשקה"ד לא קם דינא רק כשנו"נ ביד, זהו רק בדיני ממונות. אבל בטימא את הטהור קם דינא משום דשוויי' חתיכה דאיסורא, רק דפטור מלשלם זולת בנו"נ ביד אם כן לא דמי פטורא דמומחה בהדי הדדי, שהרי בדיני ממונות אי איפשר למיפטרי' רק כשקבלוהו משום שנתגלגל לו האונס על ידי בעלי הדינים, ובטימא את הטהור מיפטר אפי' בדלא קבלוהו, דכיון דקם דינא, מיד כשהורה תו לא הפסיד לו כלום במאי שנו"נ ביד אחר כך: **ט שם** בתוס' ב"ק הנ"ל במאי שהקשו דבטיהר אה"ט אמאי חייב חכם לר' מאיר במה שעירבן עם פירותיו, הא אילו הוי קמן הוה הדר, ולמסקנא דמוקי לה כרבנן בנו"נ ביד אמאי חייב בטימא אה"ט במאי דנגע ביה שרץ, הא בלאו הכי קם דינא, ויש להתעורר בדבריהם, דהנה הטור (סי' כ"ה סעיף ו'], והש"ך [ס"ק כ"ט אות ב' ג' ד'] נחלקו בחייב את הזכאי, דהטור סבירא ליה דקם דינא מיד בדיבורא לחוד, והש"ך ס"ל דלא קם דינא עד שנעשה מעשה, א"כ דברי תוס' אלו תמוהים בממנ"פ דאי ס"ל בחייב את הזכאי כשיטת הש"ך דלא קם דינא בדיבורא לחוד, אמאי לא הקשו בריש דבריהם אליבא דר"מ,

אמאי חייב בחייב אה"ז במאי שנתן לו הבע"ד בעצמו, כיון דבדיבורא לחוד לא נתקיים הדין ואילו הוי קמן הוה הדר, ומדוע הקשו רק מטיהר אה"ט לחוד, ואי ס"ל כשיטת הטור בזה, דבחייב את הזכאי קם דינא בדיבורא לחוד, אמאי לא הקשו מזה בקושייתם הב' למסקנא דמוקי לה כשנו"נ ביד, אמאי חייב בחייב את הזכאי וזיכה את החייב, במאי שהוציא ממנו אחר כך ונו"נ ביד, הא בלאו הכי קם דינא, אם כן לא יתיישב כולה מתניתין רק בבא דטיהר את הטמא, דהא גם בזיכה אה"ח כשהיה לו משכון קם דינא מיד כשפסק להחזיר את המשכון ללוה לשיטת הטור, ואמאי חייב במה שהוציא אח"כ את המשכון מיד המלוה, הא בלאו הכי קם דינא, ואין לומר דהתוס' לא הקשו רק בדבר המוכרח, משא"כ בהך בבא דחייב את הזכאי, דאין הקושיא מוכרח לכל הפוסקים, דהא בסלקא דעתא אליבא דר' מאיר, איפשר לדחות ע"פ שיטת הטור, ובמסקנא אליבא דרבנן כשיטת הש"ך, זה אינו דהא עיקר הקושי' תסוב על סוגית הש"ס בממנ"פ דאיך שיהיה קשה על חדא מינייהו, אי לסלקא דעתא דגם לר"מ פטור היכא דהוי הדר באיתא בעינא, א"כ קשי' לגמרא מטיהר אה"ט וחייב אה"ז לדעת הש"ך, דגם בכדי לתת מקום לסוגיא דסנהד' לרב המנונא דק"ל שם, וחזרו והקשו מטימא את הטהור, למסקנא דמיירי בנו"נ ביד, טפי הו"ל להקשות, דהרי כולה מתניתין מוקשה, דמאי הוסיף בשנשא ונתן ביד, כיון דגם מעיקרא כבר הופסד על ידי טעותו:

ונראה לענ"ד בזה בהקדם דברי התוס' ב"ק [דף י"ז:] בד"ה זרק שחילקו בין זורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו דפטור [משום דקא עביד מעשה בכלי עצמה] לזורק חץ על הכלי ובא אחר ושברו דחייב, משום דהראשון לא עביד בגוף הכלי עיי"ש, ולפ"ז אתי שפיר דברי התוס' אלו דנקטו עיקר תמיהתם רק מטיהר את הטמא לר' מאיר, ומטימא את הטהור לרבנן, ומחייב את הזכאי לא הקשו מידי, משום דאיפשר לדחות כשיטת הטור, דבדיבורא לחוד קם דינא, ומשום הכי חייב לר"מ, ולהכי לא הקשו לסלקא דעתא רק מטיהר את הטמא, וגם בקושייתם הב' למסקנא אליבא דרבנן לא מצו לאקשויי מחייב את הזכאי וזיכה את החייב, כיון דקם דינא אמאי חייב במאי שנו"נ ביד, דהא בהוראתו לחוד דומה ממש לזורק חץ, שאיננו עושה המעשה בגוף הדבר דהא המעות עדיין תחת יד הלוה, רק שגרם על ידי הוראתו שיתחייב לשלם לו שלא כדין, והוה ממש כעין חץ שאין ההיזק מיד, ואילו היה בא אחר וגמר ההיזק מחייבינן לשני, וכיון שכן גם אם הוא עצמו משלים ההיזק, עיקר חיובא דידי' על גמר המעשה, כל זה נקטו בקושייתם בכדי להקטין הקושי', אכן לקושטא סבירא להו כשיטת הש"ך דבחייב את הזכאי לא אמרי' קם דינא בהוראתו לחוד [כמו שסיימו בדבריהם, והא דבעו לאוכוחי הכא דר"מ דאין

דינא דגרמי וכו' ומחייב את הזכאי, דחייב חכם אמאי דשילם הזכאי אח"כ עכ"ל], וכן כתבתי מזה בתפארת ירושלים מס' בכורות [אות י"ד] בקיצור:

י נראה לבאר לפום מסקנת תוס' ב"ק דהיכא דברי היזיקא חייב אפי' לרבנן בהיזיקא דע"י דיבורא לבד, ומשו"ה בזיכה אה"ח וטעה בשקה"ד, דלרב ששת דס"ל קם דינא חייב לשלם אפי' לרבנן דלית להו דינא דגרמי, ולא פליגי בזה ר"מ ורבנן אלא בטעה בדבר משנה והיכא דאילו הוי קמן הוה הדר. ולפי"ז היכא דאחווי ללסטים והעמידם עליהם דגם כן ברי היזיקא [דדמי כאילו מיקלא קלייה כמבואר שם (דף קי"ז) דהיכא דאנסוהו להעמידם על מטמון של חבירו ואח"כ נו"נ ביד דפטור יעוי"ש], יתחייב ג"כ אפי' לרבנן לדעת תוס' הנ"ל, ושם דף ס"ב] מבואר להיפוך דלרבנן לעולם פטור, דמיבעיא ליה אם עשו תקנת נגזל וכו' למאן דלא דאין דינא דגרמי לא תיבעי לך וכו', הרי להדיא דלא משכחת ליה שיתחייב לרבנן בהיזיקא שע"י דיבורא לחוד אפי' היכא דברי היזיקא. ונראה דכוונתם הוא דדוקא היכא שהפסיד לחבירו בדיבורא דאלים ותקיף כל כך דאי איפשר שיתבטל כלל עפ"י הד"ת, כיון דבשעה שיצא הדבור מפי החכם הרי תו אי איפשר שיתבטל לעולם מה שאין כן התם, ועיין. איברא קושיית רמב"ן ממוכר שטר חוב וחזר ומחל דדמי לשקה"ד, דהתם נמי מהני מחילתו עפ"י ד"ת וא"א שיתבטל, ועמ"ש לעיל אות ה' לתרץ קושי' הרמב"ן]:

יא ע"ש בתוס' ב"ק וז"ל והא דמפרש התם וכו' טימא אה"ט דנגע בהו שרץ, זיכה אה"ח שהיה לו משכון ונטלו הימנו, אגב אחרינא מפרש להו, עכ"ל. ותמוה לכאורה דהא כל הקושיא מעיקרא בש"ס בכורות כ"ח] רק מזיכה אה"ח דלא משכחת לה נשא ונתן ביד, ולדבריהם לא קשה מידי, דלא צריך כלל לזה, דבלא זה ג"כ חייבים גם יש לדקדק דהיאך יהיה הטפל מרובה מן העיקר, דהתם בבכורות מפרש הני תלתא זיכה אה"ח, טימא אה"ט, וטיהר אה"ט, ומפרש ליה לשנים דלא צריך כלל רק משום חד דצריך. ונראה דכוונתם דנהי דלא צריך לפום פשטא דשקלא וטריא, דרב ששת לא ס"ל כשינויא דר"י ור"נ. ויש לומר שחולק גם בעיקר הדין, וס"ל דאפי' ביש גדול הימנו אינו מחזיר, מכל מקום אין להפליא על שינויא דגמרא דמתרץ ליה גם אליבא דידהו, [וע' בנמוקי יוסף ובעל העיטור דסברי דרב ששת לא פליג על רב יוסף ורב נחמן ומיירי אפי' ביש גדול הימנו, והשתא אילו הוי קמן הוי הדר, וע"י שנו"נ ביד חייב. גם יש לומר בטימא אה"ט דאפי' בדליכא גדול הימנו והדר החכם ונגע בו שרץ דחייב לשלם, כיון דלר"י ור"נ היכא דאיכא גדול הימנו מחזיר, ובדליכא גדול הימנו היינו טעמא דקם דינא, משום דבע"ד

יכול לומר דלא מהימן לי שטעה, והשתא דנגע בו שרץ וטימא בידים הרי יכול לומר דהודאת בעל דין לגבי עצמו שטעה מעיקרא כעדים דמי ונמצא דאח"כ הפסידו בידים:
ומ"ש התוס' דאגב אחרינא מפרש להו איפשר לומר דכוונתם בזה דמשניהם אלו מוכח לאורויי לן עד היכן הגיע כחו של נו"נ ביד, וזהו דלכאורה נראה בפשטא דצריך שישא ויתן בכל הממון ולענ"ד הוכחתי ממאי דמוקמינן בהיה לו משכון ונטלו הימנו דחייב לשלם כל החוב, ואמאי הרי לא עשה מעשה רק בהחזרת המשכון, אבל בעיקר המלוה לא נעשה בפועל כלום ומשלם לו רק היתרון שבין מלוה שיש לו משכון עליו לאין לו, אלא ודאי כיון דעשה מעשה במקצת קם דינא בכולו, וגם צריך לשלם כולו אפי' לרבנן [ואפי' לדעת החולקים על תוס' ואשר"י וסברי דרבנן פטרי אפי' היכא דקם דינא] ומטעם שכתבתי לעיל [אות ב'] דדמי לכסא דכספא כו' מה הוי לך גבי' דאזקתי', אחר זה מצאתי בקצה"ח [ס"ק ט'] שעמד ג"כ במבוכה זו, והוכיח ג"כ דאפי' על מקצת קם דינא בכולו, מדברי רש"י שפי' דאגע בהו שרץ שהפילו על הפירות, ואי איפשר שיגע בכולן, וכן מפשטות הגמרא הוכיח דאי לא תימא הכי לא שייך מה שעשה עשוי עי"ש. ולפ"ז יש לצדד ולומר דמה שכתבו התוס' אגב אחרינא מפרש להו, דבא להורות לן דגם באחרינא די לן כשנשא ונתן ביד במקצתו, הן לענין קיום הדין והן לענין תשלומין:
ודע דבקצה"ח כל עיקר דבריו בזה רק לענין קיום הדין, ולדעתי מסתבר ג"כ לענין תשלומין בכולו ועיין:
ע"ש בתוס' בסוף הדבור ועוד י"ל דסוגיא דהכא ובכורות דלא כר"ש וכו' אלא דס"ד דגמרא דנו"נ בע"ד וכו'. לכאורה יש לדקדק דא"כ מה נפקותא למה דסלקא דעתא בין רב חסדא לרב ששת, שהרי גם לרב ששת לא אמרינן דקם דינא בחייב את הזכאי עד שלא שילם הנתבע כמ"ש לעיל, וי"ל דנפקא מינה טובא, חדא כשתפס התובע דלר"ש כבר קם דינא, אבל לר"ח דבעינן נו"נ ביד כדי לקיים ולחזק הדין, אזי גם לסלקא דעתא לא נתחזק הדין בזה רק אם קיים הנתבע בעצמו ושילם לו, אבל לא ע"י תפיסה דתובע, אבל לר"ש הטעם משום דאכתי לא נוכל להוציא מן הנתבע היכא דטעה בשקה"ד, אבל כשתפס התובע פשיטא דמהני, גם יש נפקותא בזיכה את החייב, ובזה כיוון תלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה צבי מיכל נ"י. איברא למאי דסבירא ליה לרב חסדא מעיקרא דזיכה אה"ח דינו כנשא ונתן ביד ליתא לנפקותא זו:
יב ויש לחפש ולתור לדעת בעלי התוספות אם פסקינן כר"ח דגם בשקה"ד לא אמרינן קם דינא עד שנו"נ ביד או כרב ששת, אבל כר"נ ורב יוסף פש"ל דלא פסקינן כוותייהו שאפי' ביש גדול הימנו אין מחזירין, שהרי למסקנת דבריהם בב"ק דהיכא דקם דינא

בדיבורא בעלמא אזי חייב לשלם אפי' לרבנן דלית להו דינא דגרמי, והא תינח היכא דאלים דיבורא כל כך דאי איפשר עוד שיתבטל עפ"י דת, ואפי' אי אתא אליהו ובית דינו וכמש"ל [באות י']. גם בזה פש"ל דלדעתם בב"ק אפי' אם פסקינן כר"ח דבעינן נו"נ ביד זהו לענין קיום הדין, אבל לענין תשלומין אזי לדעתם בב"ק אפי' לא נו"נ ביד מחוייב לשלם היכא דליתא קמן דליהדר. איברא למאי שכתבתי לעיל (אות ד') לא נוכל לחייבו, דתליא מילתא באיבעיא דעשו תקנת נגזל וכו' רק על ידו הוא דמהני לדעתם:

והנה לכאורה נראה דתליא מלתא דא אם פסקינן כר"ח בשני התירוצים בב"ק, דלתירוץ הראשון קאי סוגיית הש"ס ב"ק הן לסלקא דעתא והן למסקנא אליבא דר"ש, וכן בריש סנהדרין [דף ג'] בד"ה אלא מעתה כתבו שם דסוגיא אזלא אליבא דר"ש ומשמע דפסקי' כוותיה, אבל לתירוצם השני קאי סוגיית הש"ס ב"ק אליבא דר"ח גם לסלקא דעתא, ותו אין להכריע להלכה מסוגיא דריש סנהדרין, שהרי מסוגיא דב"ק משמע להיפוך. איברא בפרק קמא דע"ז [דף ז'] בד"ה הנשאל כו' מבואר להדיא דסבירא להו להלכה כר"ח, וז"ל שם אבל ודאי החכם יזהר שלא יתיר כדאמרינן בפרק כל היד [דף כ'] חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר אלא אם כן יוכל להחזירו כגון שטעה בדבר משנה או אפי' בשקה"ד, וסוגיא דעלמא כאידך, דבהא אמרינן בפ"ק דסנהדרין (דף ו') דמה שעשה עשוי וישלם מביתו אם נו"נ ביד, עכ"ל. והנראה מביאור דבריהם דאזלי אליבא דר"ח דהיכא דלא נו"נ ביד יוכל להחזירו, ומשכחת לה שפיר דיוכל המורה השני להתיר, דמסתמא לא נו"נ הדיין ביד, משא"כ אליבא דר"ש דקם דינא מיד היאך יוכל השני להתיר, ואי משום דעל ידו יתחייב הדיין לשלם יאמר לבע"ד שילך עם הדיין לפני ב"ד ויתבענו לדין, אבל לא להתיר כדי שלא יבא לידי מכשול:

סימן נא

בדיני שיקול הדעת

יתבארו דברי רבינו אלפס בכל קוץ וקוץ בדברים נכונים למעיינים בעזה"י, ואגבן יתבארו גם כן לתלמידים החפצים להבין לאשורם, ונתחיל לפי סדריו הקדושים ועומדים ברומו של עולם:

א ראשית דבריו הקדושים בפירוש דברי רב יוסף ורב נחמן, שכל רבותינו משתוממים מדוע נדה מפירוש רש"י הנראין מפשטא דסוגיא. ונראה דלשיטתו שפירש לקמן באוקימתא דר"ח דסיפא דקתני ואם היה מומחה פטור לשלם, והדר דינא משום פסידא דבע"ד, הרי דסיפא לא קאי אריש והיאך קשיא ליה לר"נ על ר"י מסיפא, ולא ניחא ליה

במאי דמוכרחים לומר לקמן אליבא דר"ח דפסקינן כוותיה, ומשום האי טעמא מוכרח להפך פירושו כמובן וזה פשוט:

גם יש לצדד דגם למסקנא בתירוצו דר"נ דמחלק בין יש גדול הימנו, דלפירוש רש"י טעמא דמילתא משום דגדול ממנו מחזיר הדין, ובאין גדול משום דלאו כל כמיניה, דפירושו דאינו מאמין לו בזה שטעה, וסוגיא דעלמא אזלא להיפוך, דלדעת הרבינו אלפסי אי איפשר לומר כן כמו שיתבאר, דהנה היכא דפסקינן דברי ושמא ברי עדיף, פשיטא דדוקא בברי דבע"ד עצמו, אבל לא ע"י ברי של אחר כדאיתא להדיא גבי זה אחי [ב"ב דף קל"ה:], אבל היכא דמגיע לו מן התובע הזה ממה שהלוה לו ואין לו מקום לגבות הימנו רק ממון זה, אזי מסתברא דמהני הברי שלו כמו הברי של הבע"ד בעצמו, כיון שהוא מסתבך בעיקר התביעה של זה. וראיה לזה שגם בתקנת נגזל שהוא רק מתקנתא דרבנן, פשיטא להו בש"ס שבועות [דף מ"ו] דגם השומר נשבע אע"ג דבעה"ב לא ידע מאומה, רק בשכירו ולקיטו דלא מסר לו שמירת הבית כמו שפירש רש"י שם, הוא דמיבעיא ליה שם, מזה נשמע דמכל שכן במקום דברי ושמא הוא מצד עיקר הדין דמהני הברי של אחר שנסתבך באותו הממון, ועיין בנמו"י ובעל העיטור שפירשו על פי גירסת רש"י ופירושו, דרב נחמן לא פליג על רב יוסף, מדלא קאמר אלא, רק דפירושא הוא דמפרש לדרב יוסף דקאמר כאן במומחה וכאן באינו מומחה דקאי על האחר שסותר הפסק דראשון, אם הוא מומחה שגדול מן הראשון חוזר הדין, ובאין גדול הימנו הדין קיים שהוא בעצמו אין יכול לסתור הדין ולהוציא ממי שכבר זכה עפ"י דינו, מפני שאינו מאמינו דכיון שהגיד וכו' וכפירוש רש"י הנ"ל. ונמצא לפי"ז דגם רישא דמתני' דבכורות דקתני מה שעשה עשוי וישלם מביתו מיירי גם כן באין גדול הימנו באותו מקום להחזיר ולסתור הדין ומעתה לפום המבואר לן ברמב"ם בהלכות שלוחין ושותפין (פרק ב' הל' ו') דברי ושמא וחזקת מרא קמא לבעל הברי אזי ברי עדיף, וז"ל ראובן אומר במאה אמרתי לך והסרסור אומר בחמשים וכו' ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא וזה המוכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים עכ"ל. ועיין בש"ך סי' קפ"ב ס"ק ד'] דגם בממון שייך חזקת מרא קמא ואמרינן גביה דבו"ש ברי עדיף, ומעתה בחייב את הזכאי ושילם על פיו אמאי פסקינן דמה שעשה עשוי וישלם מביתו משום דלא מהימן ליה, הרי הוא טוען ברי ויש להלוה חזקת מרא קמא, הגם דבע"ד בעצמו אינו טוען ברי, דכיון דיצטרך לשלם הרי הוא כבע"ד עצמו, ומסתמא קבל הרמב"ם זה הדין מרבותיו הר"י מיגאש והרי"ף, ואפי' לדעת הרז"ה והרא"ש דפירשו בדברי רב נחמן, דרישא דמתני' בבכורות מיירי אפי' ביש גדול הימנו משום דהיכא דיש עליו מקום לחייבו בתשלומין, אמרינן מה שעשה עשוי

אפי' ביש גדול הימנו [ובטעמו פליגי הרז"ה והרא"ש כאשר יתבאר לקמן] רק בסיפא דמיירי במקום דלא נוכל לחייבו עפ"י דין, הוא דמחלקינן בין יש גדול הימנו, מכל מקום יקשה דקתני בפשיטות להדיא דמה שעשה עשוי, כיון דמכל מקום על ידו נעשה ההפסד ולא גרע ברי דידיה משכירו ולקיטו דמיבעי' שם וקאי בתיקו, ומשום האי טעמא הוכרח להפך פירושו לגמרי בזה כמבואר:

ב שם בהלכות וקיימא לן כרב חסדא, חדא דהכי מסקנא דשמעתא ועוד דהא אוקימנא להא מתניתא בדוכתא אחריתי בבכורות כשנו"נ ביד כדאוקמ' ר"ח הכא עכ"ל ואע"ג דהתם משום דבעי לאוקמי כרבנן דלית להו דינא דגרמי, הוא דמוקמינן ליה כשנו"נ ביד [כאשר הקשה בעל המאור], מכל מקום ממילא מוכח דסוגיא אזלא כר"ת, דאי איפשר לומר דסלקא דעתא דהתם והמסקנא קאי אליבא דר"ש דקם דינא בדיבורא לחוד, ואפ"ה פטור לשלם כדסברי בתוס' מעיקרא, וכן ברמב"ן במלחמות ד', דלרבנן דלית להו דינא דגרמי אזי פטור אפי' היכא דקם דינא, וא"כ קשיא קושיית התוס' במס' ב"ק דף ק'] בטימא אה"ט אמאי חייב לרבנן על מה דאגע בהו שרץ אחר כך, כיון דבלא זה גם כן קם דינא. לכן סבירא ליה כתירוץ השני בתוס' שם דאתיא אליבא דר"ח, אלא דסלקא דעתא דדי כשנו"נ על ידי בע"ד, ואתיא כר' מאיר, ומסקינן דאפי' לרבנן ניחא דבעינן ע"י ב"ד דוקא:

ג שם וז"ל וקיימא לן נמי כר"ש דאמר טעה בדבר משנה חוזר, ועוד חזר וכפל ושלש בזה דמשמע מפשטות לשונו דדינא דר"ח דבעינן נו"נ ביד מקושר במאי דפסקינן דבדבר משנה לעולם חוזר, ואינו מובן לפום ריהטא דאיזה שייכות יש להם. ונראה בכוונת דברי קדשו דאי לא תימא הכי תו אי איפשר לקיים פירושו בדברי ר"ח דעיקרו הוא משום פסידא דבע"ד, ומשו"ה כשלא נו"נ ביד וכן במומחה וקבלוהו אפי' כשנו"נ ביד, הדר דינא משום פסידא דבע"ד, דאם כן היאך נפרנס משנתנו בסנהדרין דקתני מה בין דיני ממונות לדיני נפשות, דיני ממונות מחזירין בין לזכות בין לחוב, וד"נ מחזירין לזכות ואין מחזירין לחוב, ובש"ס ילפינן לה מקרא דכתיב ונקי וצדיק אל תהרוג, והרי בלא זה מילתא דפשיטא הוא דלא גרע מדיני ממונות דהיכא דאיכא פסידא לעולם מחזירין, וממילא נשמע דבד"נ מחזירין לזכות משום פסידא, ואין מחזירין לחוב משום דליכא פסידא, אלא היינו טעמא דקתני לה וצריכא ללמוד מקרא, היינו משום דבר משנה דלעולם חוזר אפי' היכא דליכא פסידא, ואפ"ה בד"נ אין מחזירין לחוב אלא בדבר שגם הצדוקים מודים בו [כמ"ש בש"ס סנהדרין דף ל"ג: וברש"י שם]:

ד וז"ל אלא מיהא אע"ג דקיי"ל דטעה בדמ"ש חוזר, פירוקי דהני מתניתי לאו כדפריק ר"ש וכו' דמשמע קצת מרהיטת לישנא דרב אלפס דיש מקום לטעות להיפוך, דיש במאי דפסקינן דטעה בדמ"ש חוזר, קצת סתירה לדברי ר"ח וסיוע לדברי ר"ש, דנהי דר"ש ס"ל והוא דחידש לתרווייהו, דבדמ"ש חוזר, ובשקה"ד קם דינא בדיבורא לחוד, אפס לא יתלכדו יחד, דחדא לא שייכא בדחבריה ונראה לענ"ד בעוצם כוונתו, דלעיל מזה האריך בראיות דטעה בדמ"ש חוזר, מהא דאיתא בשבועות האי דיינא דאשבע בלא נקיטת חפץ נעשה כטועה בדמ"ש וחוזר, וכן הא דאמימר ב"ד שמכרו בלא הכרזה וכו' דמשמע מהנך תרתי מימרי דדוקא משום דטעו בדמ"ש, אבל בשקה"ד כי האי גוונא אזי קם דינא, אע"ג דלא משכחת לה בהנך גווני כשנו"נ ביד כדכתבינן לעיל [בסי' מ"ח אות ט'] יעוי"ש. וזהו קושיית בעל העיטור על הרב בהלכות כמש"ש. אולם הרב במתק לשונו הקדוש הסיר מעליו נטל הקושיא הזאת, דהנה כשנשים עיונינו במתניתין דבכורות דנקטא לה בכולי גווני בדברים שיש בהם זכות וחוב מיד בממון עצמו, ולא בדברים שיסתעף ויוצמח מזה דבר שבממון, וכן בטיהר אה"ט דעיקר הוראה היה שיזכה בממון זה בשיווי העילוי ובהנך הוא דקם דינא רק כשנו"נ ביד משום דלית ליה פסידא לבע"ד, אבל כשלא נו"נ ביד דאית ליה פסידא לבע"ד אזי הדר דינא, אבל בדבר דעיקר הפסק לא נחתך על דבר ממון עצמו רק גרמת ממון בעלמא דלית ליה פסידא בבירור גמור, אזי כשטעה בשקה"ד קם דינא אפי' כשלא נו"נ ביד, ומשו"ה ניחא בהנך תרתי דלעיל, דדוקא משום דנעשה כטעה בדמ"ש הוא דחוזר, אבל בשקה"ד קם דינא אפי' כשלא נונב"י משום דבפסק גופא לית ליה לבע"ד הפסד ברור, [דגם דמכרו שלא בהכרזה, מי יודע שעל ידי אריכת ימים והוצאות של הכרזה עוד יעלה בשיווי, אולי עוד יפחת ממה שמכרו עתה, אלא דכן הוא החק עפ"י תקנת חז"ל למכור בהכרזה דוקא, אולי יתעלה השיווי], ובשבועה דאשבע בלא נקיטת חפץ בוודאי אין ההפסד ברור, דאולי לא ישבע, דאיסור שבועת שקר הוא גם כן בלא נק"ח, אבל בהנך דמתניתין דבכורות דבכולהו יש בהם הפסד ברור במה שטעה בממון עצמו, משו"ה הוא דמצריך רב חסדא שישא ויתן בפועל דאז לית ליה פסידא לבע"ד, אבל בדבור בעלמא הדר דינא משום הפסד ממון ברור שלו, [אולם בטיהר אה"ט יתבאר לקמן (אות י"א) דמיירי ג"כ באופן שיש לו הפסד מיד ע"י הוראה עצמו]. וזהו שכתב הרב אלא מיהא אע"ג דקיי"ל דטעה בדמ"ש חוזר, דהיינו בהנך תרתי שהביא לעיל דמשמע אילו היה בשקה"ד לבד אזי קם דינא אע"ג דלא נונב"י. [דנהי דקושטא כן הוא] איברא פירוקי דהנך מתניתין, דהיינו דבכורות ודסנהדרין יתפרדו ולא יתלכדו בהדי הנך תרתי עובדי דלעיל, וזהו משום דהנך דמתניתין מגיע הפסד ברור לבע"ד וכמש"ל, וזהו

שרימז הרב בהלכות לקמן בדברי ר"ח, וז"ל לאחר האריכות שהאריך בדין טעה בדמ"ש מסיים שם וז"ל אבל היכא דטעה בדמ"ש אפי' לר"ח חוזר לא שנא נונב"י כו', וזו א"צ לפנים ולא לפני ולפנים, כוונתו בפשטא דא"צ לפנים לחלק בין נונב"י, וגם א"צ לירד בתחלת השקפה אם נחתך הדבר על דבר שבממון עצמו כמו בשקה"ד, דבדבר משנה לעולם חוזר אפי' היכא דליכא פסידא דבע"ד כגון שנונב"י, דיגיע הפסידו מן הדיין, או אפי' שגם בעצמותו ליכא פסידא דבע"ד, כגון בדבר שאינו נוגע לממון כלל אפ"ה חוזר, דטעה בדמ"ש יצא מן הכלל הזה שיתקשר בפסידא דבע"ד דוקא:

ה עוד שם וז"ל וכיון דקיי"ל דטעה בדמ"ש חוזר וקיי"ל כר"ח דאוקים להנך תרתי מתניתין כשטעה בשיקול הדעת אידחי ליה האי פירוקא דר"י ור"נ וכו', וצריך להבין דאיזה תלייה יש בזה, הלא גם לר"ח איפשר לקיים לפירוקא דר"י ור"נ, וכמ"ש הנמוקי יוסף שם דר"ח מיירי באין גדול הימנו, ונראה בכוונתו דהנה לפירושא דהרב וגרסתו בדברי ר"י ור"נ דמוקמינן למתניתין דבכורות, גם הרישא מיירי במומחה. והרי סתם סוגיית הש"ס לעיל [דף ו'] בע"כ צ"ל דמיירי באינו מומחה מדפריך מיניה לר' אבהו, וכאשר הקשה הרמב"ן במלחמות ד'. אלא דאכתי אינו מוכרע לגמרי דמנא לן לפרש כפירוש הרב הרי יש לפרש בפשטא בדברי ר"י ור"נ כפירוש רש"י, דגם לר"י ור"נ מיירי רישא באינו מומחה, ולהכי הכריח הרב ממאי דקיי"ל כר"ח וממילא נשמע דבע"כ הטעם משום פסידא דבע"ד, דאם לא כן בזיכה את החייב אמאי צריכין לאוקמא במשכון וכמ"ש הרא"ש, והשתא ממילא נשמע דסיפא לא קאי על רישא, אלא דהדר דינא כיון שפטור מלשלם, ומזה מוכח דאי איפשר לפרש כפירוש רש"י דא"כ מאי קשיא ליה לר"נ על ר"י מסיפא וכמש"ל [באות א']. אלא בע"כ צ"ל כגירסת הרי"ף ופירושו דרישא מיירי במומחה, וכיון שכן שפיר מוכח מסוגיא דלעיל (דף ו') דאזדו דלא כוותייהו:

ומה שתלה הרב במאי דפסקינן דטעה בדמ"ש לעולם חוזר, כי היכי דלא לדחוקי אנפשין לקיים מילתא דר"י ור"נ [ואפ"ה פריך שפיר לר' אבהו כמו שיתבאר]. ונימא דר"י ור"נ מוקמי למתניתין דבכורות במומחה בין כשטעה בדמ"ש וכן גם בשטעה בשקה"ד דלעולם מה שעשה עשוי מפני כבודו דמומחה דניחא ליה טפי בצערא דממונא מבזיונא דגופא, ובאין גדול הימנו פטור ג"כ מתשלומין אע"ג דכשטעה בדמ"ש נתגלה ששכח תלמודו. והא דאמר ר"ע לר"ט, ל"ק לר"י ולר"נ ולא צריך לדידהו משום דליתא קמן דתיהדר דאפי' בדאיתא קמן אינו חוזר, והא דפטרוהו מלשלם אע"ג דיש גדול הימנו היינו משום דמוסמך היה כמ"ש הנמו"י], וקושיית הש"ס לעיל [דף ו'] הכי אזדא, דהא תינח אם נימא כשמואל דבדלא טעה דינו דין אפי' כשאינו מומחה, ולהכי כשהיה

מומחה הגם דהשתא נתגלה למפרע ששכח תלמודו כיון שטעה בדמ"ש אזי יש מקום לומר דמשום כבודו שלא יתגלה קלונו ברבים שטעה בד"מ לא מהדרינן הדין וכמ"ש, אבל לר' אבהו קשיא אפי' לר"י ולר"נ דמיירי במומחה דיכול לדון גם יחידי, זהו כשלא שכח תלמודו והוא מומחה מתחלה ועד סוף, ולהכי הקדים הרב דקיי"ל דטועה בדמ"ש חוזר אפי' במומחה ולא חיישינן לכבודו בזה:

ו עוד שם בבא חמשאה וכו', יש להבין דמאי שנא בטעה בדמ"ש ונו"נ ביד דחוזר הדין, ובאי איפשר למיהדר הוא דמחייבין ליה [וכמ"ש הרמב"ן במלחמות ד' בשיטת הרי"ף], והכא בליתא מומחה ולא קבלוהו ונונ"ב, נוטל מתחלה ממנו והוא שקיל מאידך, ואמאי הא בשניהם דינו כמאן דליתא, מדוע ישתנה הדין בין זה לזה. ונראה דבנונ"ב יש מקום לחייבו משום גזלן וגם יש לחייבו משום מזיק, והחלוק ביניהם, דמשום גזלן אזי מחוייב לשלם מיד אע"ג שנתנו לחבירו ואיפשר להוציא מן השני, כיון שהוא בעל דבר שלו ונתחייב לו בהשבה, וכמו גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ונטלו רצה מזה גובה ורצה מזה גובה ב"ק קי"א:]. איברא היכא דלא איפשר לחייבו משום גזלן כמו שיתבאר, ואזי מחייבינן ליה משום מזיק, דאזי צריכין לתור תחלה אם כבר נעשה ההיזק, דאולי עודנו יוציאו מן השני, אזי לא נוכל לחייבו משום מזיק עד שנדע בבירור שכבר נעשה ונגמר היזיקו בהחלט, וזה מבואר דמשם גזלן אינו חייב רק כשנתכוין לגזול, דכיון דצריך משיכה או הגבהה להוציא מרשות בעלים וצריך שיתכוין לקנות. אבל בלא כוונה אי איפשר לקנות כדי לחייבו, אבל מטעם מזיק דאין צריך קנין, לזה גילה רחמנא דחייב אפי' בשוגג דאדם מועד לעולם. והשתא ניחא דהיכא שיכול לדון עפ"י הדין כגון בגמיר וסביר ולא קבלוהו או בגמיר וקבלוהו דירד לדון כדת תוה"ק ונונב"י להעמיד הדת על תלו, רק שטעה אפי' בדמ"ש, תו אי איפשר לחייבו משום גזלן, כיון דלא נתכוין לגזול כלל רק להעמיד על הדת כפי דעתו, רק משום מזיק הוא דמחייבינן ליה דחייבו רחמנא אפי' בשוגג ומשו"ה לא מחייבינן ליה רק כשלא נוכל להוציא מן השני, דאז נודע שכבר נגמר היזיקו עד כלה, אבל בגמיר לבד ולא קבלוהו, דמן הדין אין עליו שום שם תואר לדון בדברי ריב שבין אדם לחבירו, ואין לנו לשעות אחר השם שכינה לעצמו, והרי הוא כגזלן שנטל מזה ונתן לזה, והרי זה כנתכוין לגזול ממש, דמה לנו בין גזל ונטל לעצמו או שנתנו לאחרים וכמ"ש לקמן בסי' שאח"ז אות ה'] ומשו"ה הרשות ביד בעה"ד לתבוע מתחלה ממנו כיון שהוא בע"ד שלו ונתחייב לו בהשבה:

ז נראה בעליל מבבא זו, דאע"ג שאין עליו תורת דיין כלל, אפ"ה אין צריך להחזיר מיד עד שיתברר שטעה לפני ב"ד, ואמאי כיון דאין דינו דין יחזיר מיד מה שהוציא ממנו ואח"כ

ירד עמו לדין, ונראה שמקור דין זה הוא מבבא מציעא דף ק"י.] מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש וכבר אכל דאין מוציאין ממנו, אע"ג דקרקע בחזקת בעלים עומדת ואפי' בא בסוף חדש כולו למשכיר, משום דמילתא דעבידא לגלויי לא מטרחינן בי דינא בכדי, ומכל שכן הכא דעומד לברר בודאי:

ח שם הביא בשם חד מרבוותא דמומחה שטעה בשקה"ד ולא נונב"י, דדיני' דינא ופטור מלשלם, כוונתו אע"ג דאיכא תרתי לריעותא [לדעת הרי"ף] לענין שיחזור הדין, חדא כיון דמומחה הוא ופטור מלשלם ואיכא פסידא לבע"ד, ועוד כיון שלא נונב"י לדברי ר"ח דסבירא ליה כרבנן דלית להו דינא דגרמי [וכמו שמביא הרי"ף אח"כ בשם הגאון דתירוצא דר"ח הוא אליבא דרבנן] אפ"ה קם דינא, ומביא ראי' לזה מעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי ור' חייא דלא חשו לפסידא דבע"ד, ובדין השני מביא הדברים כסדרן אליבא דר"ח, והוא במומחה ולא קבלוהו או שאינו מומחה וקבלוהו דשניהם שוין, דפטורא דידהו מפני שלא נונב"י, ואפ"ה קם דינא אליבא דר"ח. דר"ח לא בעי נו"נ ביד רק לענין תשלומין משום דס"ל כרבנן. אבל לענין קיום הדין לא פליג על רב ששת, והוא תמוה שהרי להדיא מבואר בדברי ר"ח להיפוך, דמשני על הנך תרתי מתניתין כאן כשנו"נ ביד וכאן כשלא נונב"י והוא קושיית הרי"ף. ויש ליישב דעת הגאון דס"ל כתירוץ השני של תוס' ב"ק דף ק'] סוף ד"ה טיהר גם למסקנא וזהו היכא דנונ"ב ע"י הדיין אזי קם דינא וישלם, ואם לא נונ"ב ע"י הדיין רק ע"י בעל דין אזי קם דינא ואינו מחוייב לשלם, וכשלא נונ"ב כלל לא ע"י הדיין ולא ע"י בע"ד, אזי הדר דינא לגמרי, ואפי' בזיכה את החייב או בחייב את הזכאי ותפס המלוה אזי הדר דינא, וכמ"ש לעיל [בסי' נ' אות י"ב], ושיעור דבריו דמתניתין דבכורות דקתני תרתי דמה שעשה עשוי וישלם מביתו מיירי כשנו"נ ביד הדיין עצמו, ומשו"ה חייב לשלם אפי' לרבנן, ומתניתין דסנהדרין דקתני דיני ממונות מחזירין בין לזכות ובין לחוב, מיירי כשלא נו"נ ביד כלל אפי' ע"י בע"ד ומחזירין לזכות מיירי כשהדיין חייב את הלוה ותפס המלוה מן הלוה וטעה בשקה"ד דהשתא לרב ששת קם דינא שכבר נעשה מעשה, ולרב חסדא הדר דינא וכמ"ש לעיל [שם] כיון שלא נתחזק הדין אפי' ע"י הלוה עצמו איברא כשנו"נ ע"י הלוה עצמו, וכן בזיכה את החייב ע"י המלוה עצמו שהחזיר לו המשכון, דנהי דאין הדיין חייב לשלם לרבנן כלל דלית להו דינא דגרמי. אבל מיהת קם דינא, דלענין קיום הדין מהני נמי כשנו"נ ע"י בעה"ד:

ועתה נשים עיונינו לשקול בפלס מאזני צדק את עמקי דברי הגאון לאשורם, ולתרץ דלאיזה צורך פירש הגאון בשני מאמרים הראשונים שהם רק אליבא דרב חסדא, והרי מסיים לבסוף דהלכה כרב ששת, ונראה כי עיקר יסודו לפסוק כר"ש דבשקה"ד קם דינא

ומשלם ע"י דבורו לבד אפי' כשלא נו"נ כלל, לא ע"י הדיין ולא ע"י הבע"ד, ובלבד שיוגמר הענין כולו כגון זיכה את החייב וחייב את הזכאי, ולאחר גמר דין תפס המלוה מן הלוה, דאע"פ שלא נתחזק הדין כלל אפ"ה קם דינא, ומחוייב לשלם לדידן דפסקינן כר' מאיר דדאין דינא דגרמי, ועיקר היסוד לזה מאחר דר"ש סבירא ליה להדיא כן, ואין מן ההכרח דר"ח פליג בזה לדידן דפסקינן כר' מאיר, והא דמוקא לה ר"ח דדוקא כשנונ"ב ע"י הדיין עצמו, הוא בשביל דבעי לאוקמא מתניתין כרבנן דלית להו דד"ג. איברא הא תינח אם נימא דר"ח לא פליג רק לענין תשלומין, אבל לענין קיום הדין אזי היה מן ההכרח שיודה לר"ש, דלענין קיום הדין ליכא לאפלוגי בין ר"מ לרבנן וא"כ השתא דאשכחן להיפוך, שהרי ר"ח מוקים למתניתין דסנהדרין דדיני ממונות מחזירין בין לזכות ובין לחוב כשלא נו"נ ביד, הרי דגם לענין קיום הדין הוא דוקא כשנו"נ ביד אזי נראה בעליל לכאורה דפליג לגמרי על ר"ש. אפי' בדבר דאין מקום כלל לתלות בפלוגתא דר"מ ורבנן בדינא דגרמי. אולם עדיין יש מקום לומר שר"ח לפום אוקימתא דידי' אליבא דרבנן דאין צריך לשלם אלא כשנונ"ב ממש, אזי הכריחו לקשור גם את קיום הדין נמי בזה, דאם לא כן טימא אה"ט וזיכה אה"ח ונו"נ ביד ע"י מגע או ע"י המשכון שנטל הדיין מן המלוה היכי משכחת לה שיתחייב לשלם, כיון שגם ע"י דבורו קם דינא ונטמאו הפירות ונפטר הלוה מיד עד שלא נו"נ ביד, כקושיית תוס' בב"ק אפס בזאת יבחן הדבר היטב, דבאם נוכל לומר בדברי ר"ח דלענין קיום הדין לרבנן לא בעינן שישא ויתן הדיין בעצמו, אלא שגם כשנו"נ ע"י בעל הדין בעצמו נמי קם דינא, רק לענין תשלומין לבד הוא דמצריך לרבנן שישא ויתן הדיין בעצמו, אזי שפיר נכון הדבר להשוותו עם ר"ש ולא לאפושי פלוגתא, והוא דאליבא דר"מ קם דינא בדבור לחוד, וכן לענין חיובא דדיין. אבל ר"ח קאי אליבא דרבנן דלית להו דד"ג ולא נוכל לחייבו רק כשנו"נ ביד ממש. והשתא דאוקמא לה אליבא דרבנן אזי הענין מחייב לומר דגם לענין קיום הדין בעינן נמי מיהת שישא ויתן ע"י בעה"ד בכדי להיישיר פני הנידון דמתניתין בטימא את הטהור וזיכה אה"ח, דלהכי חייב הדיין ע"י שנשא ונתן ביד, מפני דטרם שנעשה לא הופסד מאום שהרי הדין חוזר, אכן אם נימא שגם לענין קיום הדין בעינן לר"ח שנו"נ ביד ע"י הדיין עצמו, דזה אינו מן ההכרח ממתניתין, הרי בע"כ צ"ל דר"ח פליג בעיקר הענין על ר"ש ועתה נבינה נא את גודל עומק עיונם של רבותינו הראשונים ורמזו לנו ברמיזה בעלמא, והקדימו בזה דלקושטא גם לר"ח אליבא דרבנן די כשנונ"ב ע"י בעה"ד לענין קיום הדין, וזהו מן ההכרח בכדי ליישב מתניתין בטימא את הטהור וזיכה אה"ח. אבל אליבא דר' מאיר מודה דדי בדיבור לחוד כר"ש, ועיין היטב. ולאחר שבירר הגאון את אלה בשני מאמרים הראשונים גילה לנו

מצפון רוחב לבבו, דכל זה הוא לימוד מושגב לדינא במאמר השלישי שם, וז"ל וחזינן ליה נמי דקאמר דהאי דאוקימנא למתניתין דדן את הדין זיכה אה"ח וכו' בשנו"נ ביד, כי היכי דלא ליסתמוהו כר"מ דדאין דינא דגרמי. והשתא דסבירא לן כר"מ וכו' אע"פ שלא נו"נ ביד וכו' הרי הוא חייב לשלם, דלולא היסודות הראשונות אכתי לא ברירא לן לפסוק כר"ש, כיון דר"ח פליג עלי' דגם לענין קיום הדין בעינן שישא ויתן ביד, אכן השתא לאחר שפינה דרך סלולה דגם לאוקימתא דר"ח אליבא דרבנן משכחת לה דיתקיים הדין אפי' זולת מעשה הדיין, רק ע"י מעשה של בע"ד נמי מספיק לזה. הרי להדיא שרק מפני חיוב תשלומין הוא דמצריך מעשה הדיין, וזהו מפני דמוקים לה כרבנן, ונגרר ממילא דגם לענין קיום הדין צריכין מיהת למעשה של בעה"ד, דלולא הכי אפס מקום ומקור לכלכל מתניתין בטימא את הטהור וזיכה אה"ח. לכן נסתעף מזה דאיפשר לומר דגם ר"ח מודה לר"ש דאליבא דר"מ די לתרווייהו הן לקיום הדין והן לתשלומין כשיוגמר הענין לחוד, זולת בחייב אה"ז ועדיין לא שילם. וגם כשלא תפס התובע הוא דהדר דינא כמ"ש הש"ך [ס"ק כ"ט אות ג']:

ועתה נבאר בקצרה דברי הגאון הנ"ל דבמאמר הראשון אתא לאשמעינן דרך כלל דטעמי' דר"ח לאו משום פסידא דבע"ד הוא, דאם כה תאמר תו אי איפשר לזווג את דברי ר"ח ודברי ר"ש בהדי הדדי, שהרי לר"ש לא תליא מידי בפסידא דבע"ד, שהרי חייב את הזכאי ושילם הלוה למלוה או שתפס המלוה אח"כ, לדידי' קם דינא ופטור לשלם דאילו הוה קמן הוי הדר, דפטור אפי' לר"מ לדעת כמה פוסקים לבד התוס' ורא"ש, ועי' מ"ש לקמן אות י' י"א], ולר"ח הדר דינא מפני פסידא. לכן הכריח טרם כל דאפי' מומחה ולא נונ"ב דפטור משני טעמים ואפ"ה קם דינא, וראי' מעובדא דר"י בר' יוסי ור' חייא ובמאמר השני מפרש דיש מקום לומר דלר"ח קם דינא אפי' היכא שלא נונ"ב ע"י הדיין עצמו רק ע"י בע"ד נמי מספיק לקיום הדין כיון דגם בזה מיתרצא למתניתין על תלו ומהיכא תיתי לאפושי פלוגתא ביניהם ובמאמר השלישי אתא לאשמועינן עיקר הדבר דעל פי מוסדות הללו נכון הדבר לפסוק כר"ש משום שגם ר"ח מודה לדבריו אליבא דר"מ וכמש"ל. ועתה מובן היטב מפני מה פירש הגאון בשני מאמרים הקודמים שהם רק אליבא דר"ח והלא לבסוף מסיים דהלכה כר"ש, אלא משום שמהם הוא דהגה את היסוד המושגב הזה, ותלי"ת הדברים נכונים ואמתיים:

ט

ט ועתה נבאר המאמר השלישי מהגאון בפרטות שכתב וז"ל והשתא דסבירא לן כר"מ מי שאינו מומחה שטעה בשקה"ד אע"פ שלא נו"נ ביד, אם אין הדבר מצוי שיחזור ונתברר

כי הוא גרם לממונו של זה שיאבד הרי הוא חייב לשלם, וכתב על זה הרב בהלכות והאי סברא נמי ליתא וכו' ועיי"ש. ויש לעיין דבאיזה אופן מיירי, אי בגמיר וקבלוהו, הרי כבר פסק הגאון במאמר השני דמה שעשה עשוי, והכא פסק דהדר הדין באם מצוי שיחזור, ועוד כיון שפוסק כר"ש הרי זה רישא דמתניתין דבכורות דמה שעשה עשוי, ואם מיירי בדלא קבלוהו היאך משיג עליו בזה, שהרי הרי"ף בעצמו כתב כן בבבא ה'. דכל דלאו דיינא הוא דחייב לשלם מדינא דגרמי אפי' כשלא נו"נ ביד בליתא דתיהדר. ונראה דבע"כ צ"ל דמיירי בדקבלוהו בע"ד, דאי בדלא קבלוהו, מאי איריא אינו מומחה אפי' מומחה נמי חייב לדעת הגאון דפוסק כר"ש וכדאיתא לעיל (דף ה'] אי קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים, דלר"ש מיירי כשלא נו"נ ביד, אלא דמיירי באינו גמיר דע"י קבלת הבע"ד נעשה דיין ודינו דין וכמ"ש הרמב"ן בסוף הדבור ואי משום דהוי כתרתי לריעותא, חדא דרמב"ן לטעמיה בפרק יש נוחלין (דף קכ"ח) דאפי' בתרתי לריעותא מהני קבלת בע"ד, ועוד דיש לומר דקבלוהו עלייהו כיחיד מומחה כמו שמבואר באחרונים בסי' כ"ב]. איברא זהו כל זמן דלא ידעינן דטעה וכמ"ש רמב"ן להדיא דהיכא דטעה אפי' בשקה"ד הדר דינא. ולפי"ז בסברא בעלמא פליג הגאון עם הרב בהלכותיו, דהגאון ס"ל כיון דטעה דמי ללא קבלוהו דמחויב לשלם בדינא דגרמי בליתא דתיהדר [דאפי' בגמיר ולא קבלוהו מחייבינן ליה גם לדעת הרי"ף אפי' כשלא נו"נ ביד בליתא דתיהדר, דנהי דלדעתו דליתא לדינא דגרמי גבי דיין, זהו בגמיר וקבלוהו, או בגמיר וסביר ולא קבלוהו, ואפי' לר"ש דמחייב גבי דיין בדינא דגרמי, זהו כשברי הזיקו, אבל לא בליתא דתיהדר כדאיתא גבי ר' טרפון ור"ע. ובזה גם הגאון מודה דלא מחייבינן לדיין בכל דאיפשר דתיהדר, והיכא דלית ליה שם תואר דיין כלל כגון בגמיר ולא קבלוהו, גם הרי"ף ס"ל דחייב אפי' כשלא נו"נ ביד] רק בדלא גמיר וקבלוהו בע"ד עלייהו, בפרט זה הוא דפליגי, דהגאון ס"ל כיון שטעה דינו כלא קבלוהו שהרי חוזר הדין, ומשו"ה מחייבינן ליה לשלם בליתא דתיהדר, והרי"ף ס"ל דכיון דמכל מקום לא נחית לדון מעצמו רק ע"י קבלת הבע"ד, אזי לענין חיוב תשלומין כל תורת דיין עליו (חדא) דלא מחייבינן ליה בליתא דתיהדר, ועוד דלטעמי' שחידש שם דליתא לדינא דגרמי גבי דיין, הוא הדין נמי בזה, ומה יעשו במקום דליתא לאיניש דגמיר וקבלוהו לזה דלא גמיר, הכי ישתקע הדבר ולא ידון ביניהם כלל והרי זה כאנוס, שהרי גם חד דגמיר ולא סביר הרי אין ביכלתו לחתוך את הדין, אפ"ה כיון דקבלוהו כל דין תורת דיין עליו בענין התשלומין, הוא הדין לא גמיר נמי:

ועיין ש"ך (ס"ק כ"ד) שחולק על הרמב"ן במאי שכתב שאם טעה הדין חוזר, בין נו"נ ביד לר"ח ובין לא נו"נ ביד [אפי' לר"ש], ולמאי שכתבנו מבואר הדבר בדברי הגאון ובדברי הרב בהלכות דלענין קיום הדין מחלקינן בין גמיר וקבלוהו ללא גמיר וקבלוהו, ולענין תשלומין נראה מדברי רמב"ן שם שמכריע כדברי הגאון מצד הסברא, [ומה שמביא הרמב"ן ראי' ממי שאינו מומחה וראה את הבכור אע"ג דפשעו הבעלים, ראיה זו לסתור דברי הרז"ה שם שכתב דאפי' נו"נ ביד פטור משום פשיעת הבעלים, אבל לא לסתור דברי הרב בהלכות שפטרו מצד כיון דמ"מ שם דיין עליו כיון שקבלוהו בע"ד עליהם, ומשו"ה פטור כיון דאילו הוי קמן הוי הדר כמו בעובדא דר' טרפון, דכל זה בדבר שבממון גרידתא שהרשות ביד הבעלים לעשות בממונם כרצונם, ומשו"ה מהני קבלתם כדי לדונו כדין דיין שטעה. אבל לענין מומין בקדשים כיון שאינו מומחה, הרי פשע בעצמו להטיל מום בקדשים במאי שהרשהו לשוחטו, דמה בכך שקבלוהו הבעלים, דסוף סוף איסורא אקרקפתא דרואה הוא, משום הכי מסתבר יותר דגם לענין תשלומין הרי הוא כלא קבלוהו, שהרי גם מתחלה לא היה ברשותו להכניסו ולהלבישו באיצטלא]:

י יש להתבונן בעיקר הדבר מדוע יתייפה כחו של מי ששם דיין עליו ע"פ ד"ת, שיפטר בכל מקום דאילו הוי קמן הוי הדר, ומי שאין עליו שם דיין יתחייב גם כשלא נו"נ ביד מדינא דגרמי, דבשלמא בעיקר דינא דגרמי שחידש הרב בהלכות, דר"ח ס"ל דל"ל דינא דגרמי גבי דיין משום דירד מתחלה לעשות מצוה, ואע"ג דנסתיים שלא עשה מצוה אפ"ה פטור משום דינא דגרמי, דדמי לאחוויי אחווי שפטור כשהוא אנוס, ולכן זהו דוקא כשיש שם דיין עליו. איברא מדברי הרב נראה בהשגתו על הגאון במאמר השלישי דאפי' לרב ששת דאית ליה דינא דגרמי אפ"ה פטור היכא דאילו הוי קמן הוי הדר] אפי' לר"מ דס"ל דקושיית רב המנונא קאי גם אליבא דהלכתא דפסקינן כר"מ, וא"כ מאי שנא בין דיין לאינו דיין בפרט זה, הכי קנסא הוא דקנסינן ליה בזה, דמדברי הרב בבבא ה') נראה דפשיטא ליה דמדינא הוא:

ונראה דבחייב את הזכאי וטעה בשקה"ד ניחא, דהיכא דדיינא הוא ושילם הלוה אחר כך למלוה דפטרינן ליה, משום דהלוה עצמו הוא שהפסיד לעצמו, דנהי דיותר יש לאדם לשמור את עצמו שלא יזיק משלא יוזק כמ"ש תוס' ב"ק (דף כ"ג) בד"ה וליחייב, זהו כששניהם שווים בדבר המופסד. אבל הכא הדיין לא עשה מעשה רק ע"י דיבורא נתגלגל הדבר להפסידו, שאילו לא שילם לו הוי הדר דינא, וע"י ששילם לו הלוה הוא דקם דינא, הרי הוא בעצמו הוא דהפסיד לעצמו בפועל לצמיתות, ומשו"ה הוא דפטרינן ליה. אבל היכא דלאו דיינא הוא שגם אחר ששילם לו הדר דינא, אלא דלית ליה נכסי למיהדר,

נמצא דשניהם שווים בפסידא דדא, ומשו"ה מחייבינן לדיין דיותר יש לו לשמור שלא יזיק כו', ועי' בשטה מקובצת סוף פ' האומנין שמביא בשם הרמב"ן דאדם המזיק חייב אפי' באונס, והא דפוטר בירושלמי כשבא חבירו לישן אצל הראשון שכבר ישן, משום דפשע בעצמו. ברם עודנה לא נתיישב בטעה בדמ"ש וחייב אה"ז דאפ"ה פטור בדיינא אפי' לר"ש משום דאילו הוי קמן, והרי גם ע"י הלוה לא נפסד לגמרי, והיכא דלאו דיינא הוא מחייבינן ליה:

איברא מתורתו של רמב"ן האירו עינינו במבוכה זו דהתלקט כמה ענינים יחד דמצינו בגמרא להדיא דמחייבינן ליה בגרמי דבשעת מעשה לא נגמר היזיקו, ואח"כ נתגלגל הדבר ונפסד לגמרי כגון במראה דינר, וכן מי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו וכו'. ומצינו ג"כ להיפוך כגון בסוגיין בעובדא דר' טרפון, וכן במוכר זרעונים ולא צמחו דפטור לשלם לו דמי הוצאות, הרי דבע"כ צ"ל דפתר הדברים כן הוא דהיכא דלא היה לו להזדקק לענין זה כלל, הוא דמחייבינן ליה גם כשנתגלגל ההפסד אח"כ, והיינו טעמא דמראה דינר דכל זמן שאינו מומחה כדנקא ואיסר לא היה לו להחליט הדבר, והיינו טעמא נמי דמי שאינו מומחה, דכיון שכבר תקנו חז"ל דכל מי שאינו מומחה אע"ג דמומו ניכר אח"כ הרי זה יקבר, לא נכנס ברשות מעיקרא. אבל בעובדא דר' טרפון וכן בחייב אה"ז וטעה בדמ"ש ושילם הלוה אח"כ, דירד ברשות. וכן נמי במוכר זרעונים דירד ברשות כמנהגו, אלא שנתגלגל לחבירו הפסד אחר כך, הוא דפטור. ומשום האי טעמא נמי היכא דלאו דיינא הוא, דאינו רשאי להזדקק כלל לדון בזה, מחייבינן ליה נמי אפי' ע"י ההפסד שנתגלגל אח"כ, וזה פשוט:

יא יש להתבונן לדעת הרי"ף ורמב"ן ובעל העיטור ורש"י ונמו"י דסבירא להו דהיכא דאילו הוי קמן הוי הדר, פטור אפי' לר"מ דדאין דד"ג גם אליבא דרב ששת, דהיאך יפרנסו הסוגיא דבכורות ודב"ק לסלקא דעתא מעיקרא דמתניתין דדן את הדין וכו' אתיא כר' מאיר, דאם כן טיהר את הטמא וחייב אה"ז [לדעת הרמ"ה וש"ך ס"ק כ"ט אות ב' ג' ד', ועי' לעיל סי' מ"ט אות ט' מ"ש בזה] היכי משכחת לה שישלם, הרי לא נפסד מיד וכמ"ש בתוס' ב"ק שם. ונראה לפענ"ד דבטיהר אה"ט איכא תרי גווני בעיקר הדבר, חדא דשאל לחכם אם טהור הוא ופסק לו דטהורים הם ונתגלגל אח"כ שעירבן בעה"ב עם פירותיו מרובים, דמותרים הם לפי שעשאה ע"פ הוראת החכם, ולא נאסרו הפירות כדין המבטל איסור של חבירו שנאסרו למי שביטל בשבילו במזיד, והרי שגגת חכם עולה זדון כמ"ש תוס' ב"ק בד"ה טימא אה"ט, דכיון שלא הורה החכם שיבטלנה בפירוש אלא מפני שסמך על הוראת החכם עמד ועירבן, הרי זה כאילו נתבטלו מעצמם, כיון שאצל

בעה"ב נעשתה בשגגה. אולם אם ידע הבעה"ב שטמאים הם, אלא ששאל לחכם אם מותר לבטלם, וטעה החכם בשקה"ד והורה דמותר לבטלם במרובים כגון בטומאה דרבנן, עי' בש"ע יור"ד [סי' צ"ט סעיף ו'] ועשה כן. דהשתא טמאים הם כיון שהורה לו שיבטלם ודינו של חכם כמזיד, אזי דינם של פירות אלו כמבטל איסור בשל חבירו, דאסורים למי שביטל בשבילו, ואף למוכרן לישראל אחר אסורים, כמבואר שם (סעיף ה') אזי בכהאי גוונא הוא דמשלם מביתו נמצא דפירושא דמתניתין הכי הוא לדעת הפוסקים הנ"ל, והוא דבטיהר אה"ט איתא בשני אופנים, אם היתה בפן הראשון אזי מה שעשה עשוי, ואם בפן השני אזי ישלם מביתו, דכיון ששאל על זה אם מותר לערבן והורה שמותר לערבן. והשתא כיון שהורה לו לטובתו אזי בודאי יעשה כן, ולא שייך לומר וליפטרי' מטעם דאילו הוה קמן. דזה לא שייך אלא במקום שהוא לגריעותא דידי', לכן אמרי' דמה לו להקדים ולערבן בפירות מועטין או בפרה דר' טרפון, וכן בחייב את הזכאי דמה לו להקדים ולשלם בלא כפיי' וכמש"ל [בסי' מ"ט אות ט' מזה]:

ובהקדם יסוד זה ניחא נמי ליישב חייב אה"ז, כגון בלוה שהיה לו משכון ותבע בדין את המלוה דלפי דבריו כבר פרע לו ונתחייב המלוה להחזיר לו המשכון, ופסק דאין צריך להחזיר לו המשכון עד שיפרע לו, ויש לכאורה לספק בזה אם טעה בזה בשקה"ד אם אמרי' בזה קם דינא, כיון דגוף המשכון לאו דמלוה הוא, והרי זה כאילו חייב אה"ז ועדיין לא שילם לו, דלא אמרינן בזה קם דינא לדעת רמ"ה וש"ך, או דלמא כיון דא"צ להחזיר המשכון עד שישלם לו כפי שפסק החכם, אמרינן בזה קם דינא, דהוי כאלו כבר נגמר הדין ועי' ש"ך סי' ע"ב ס"ק קמ"ח, דלא טענינן ליתמי דמלוה דממושכן בידו היכא דמודו דלא לקחוהו, דכיון דאין על המשכון רק שיעבוד, הוי להוציא ואין אדם יכול להוציא מחבירו בטענת ספק]. איברא כשפסק לו שימכור המשכון וכן עשה המלוה וטעה בשקה"ד. אזי פשיטא דצריך לשלם אפי' לרוב הפוסקים הנ"ל דפטרו היכא דאילו הוי קמן הוי הדר, זהו כשהוא לגריעותא דידי' אבל לא בדבר שהוא לטובתו, דמסתמא יקום דבר מיד ולא יתמהמה ולפי"ז שפיר משכחת לן בחייב את הזכאי דמשלם מביתו כגון במשכון או בפן ראשון או בשני. וא"ל דאם כן מאי מקשה הש"ס לרב חסדא דבזיכה אה"ח היכי משכחת לה דנו"נ ביד, כיון שגם מעיקרא באוקימתא דרב ששת צריכין לאוקמא דחייב אה"ז מיירי במשכון, וכמ"ש. היאך נפלאה ממנו עתה לרב חסדא דזיכה אה"ח מיירי במשכון, די"ל דנהי דידע דאיפשר לאוקמא במשכון, אבל קסלקא דעתא דמכל מקום לא נחשב במאי שנו"נ ביד את המשכון מן המלוה כאילו נו"נ ביד בגוף החוב כי היכי דנחייבי' לשלם כל המלוה, ולא ישלם למלוה רק היתרון שבין מלוה שיש

עליו משכון לאין לו, וכמש"ל [בסי' נ' אות י"א]. רק המתרץ הוא דחידש כן, דגם כשנונ"ב במקצת הוי ככולו [ועי' בהשמטות]:

יב בדבר קושיית תוס' בכורות [דף כ"ח:] בד"ה לימא והניחו בתימה. אמינא לכאורה להקל תמוה זו ע"פ הדברים שכתבנו לעיל [באות י"א] דטיהר את הטמא כשנשאל אם מותר לבטל, וכן בחייב את הזכאי והיה לו משכון, וע"פ טענת הלוה מחויב המלוה להחזיר לו המשכון בלא כלום, ונחתך הדין על פיו שישלם לו מיד או שימכרנה, וכן עשה דבכל כהאי גוונא לא שייך למיפטרי' משום דאילו הוי קמן הוי הדר [ודמי לזיכה את החייב] כיון דטובתו הוא, דאזי מסתמא לא יתמהמה בזה, והוא הדין גבי בכור בזמן הזה, דזהו כל חפצו של כהן בבכור כיון שאינו עושה ואוכל ומחויב לשומרו כמ"ש רש"י ביומא [דף ע"ח סוף ע"א] בד"ה כהני כו' וז"ל לפי שהבכור בזה"ז אין לו תקנה אלא אם כן יש בו מום, ועל הכהן לטפל משנתנוהו לו לשומרו ולזונו עכ"ל, וכיון שאמר לו שיש בו מום מסתמא ישחטנו מיד, והרי זה במשקל כזיכה את החייב, דגם לרבנן דלית להו דינא דגרמי חייב לשלם לדעת התוס' ורא"ש, ולא פליגי אלא בחייב אה"ז וטיהר אה"ט ואח"כ עירבן, או ששילם לו הלוה אח"כ שאין הענין מחייב הדבר שיעשנה מיד, משא"כ גבי בכור שזהו כל מגמתו, וממילא מובן שגם לדעת הפוסקים החולקים על התוס' ביסוד זה, מ"מ תו ליכא ראי' ברורה דאתיא כר"מ, דיש מקום לומר דאתיא אפי' כרבנן, ועי' ב"ק [דף קט"ז:] בתוס' ד"ה לא צריכא. איברא לקושטא למאי שכתבנו לעיל בסי' נ' אות י'] ליתא לכלל זה גבי אינו מומחה וראה את הבכור, דסברת תוס' הוא רק בשקה"ד, דבשעה שיצא הדין מפיו תו א"א להרוס הדבר גם ע"פ דת תוה"ק, משא"כ הכא דטעה בדמ"ש. רק משום ששחטו הוא לא עדיף מאחוויי אחווי ללסטים דלא מחייבינן ליה רק משום דינא דגרמי:

ונראה לפענ"ד לגודל תמיה זו, ובפרט שרבותינו הראשונים העלימו ממשנה זו, לכן נראה שהיה להם דרך אחר בזה דטעמא דמתניתין בזה לא משום דינא דגרמי הוא, אלא מטעם אחר דמצינן בסוג זה בכמה דוכתי, והוא כיון דאינו מומחה דקתני הוא שגמיר וסביר ובקי במומין כמומחה גמור. אלא שלא נטל רשות מבי נשיאה, כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה' בראשית דבריו. ויסוד הדבר הוא ביומא דף ע"ח] אמר רב אדא בר אבא דבר זה הניחו להם לבי נשיאה להתגדר בזה וכו', ולאשר הדבר רפויי מרפיא לפני ההמון כיון דמומחה הוא ובקי במומין לכן חזקו הדברים ותקנו דהרי זה יקבר, וחששו עוד דלא יצייתו בזה ויאכלנו בצנעה, הוסיפו עוד ואמרו דישלם מביתו וכיון שאין לו הפסד לא יכבידו אוזן משמוע לדברי חז"ל, ועל ידי זה לא יזדקק עוד מי שלא נטל רשות כיון

דיפסיד על מנה אחת אפים, ועי' יבמות ריש פרק האשה רבה גבי חד מנא לא צייתי, מפני שכל דבר שקשה לפניהם חששו חז"ל לזה שלא יצייתו, נמצא דכל עיקרו של תשלומין הוא רק שיתחזק גדרו של הנשיא והב"ד הגדול, ולא נכנס כלל וכלל בסוג של כל התשלומין בש"ס:

יג לכאורה נראה כדמות ראיה לדברי הרי"ף בכללו דלרב חסדא לית ליה דינא דגרמי בדיין כלל, דאלת"ה אלא דגם ר"ח ס"ל שגם בדיין מחייבינן ליה משום דד"ג, והא דמוקים ליה כשנונ"ב היינו טעמא משום דאלומי הוא דאלים לדינא, ולהכי הוא דקם דינא. למה הוצרך לאוקמא הא דזיכה אה"ח בהיה לו משכון, לוקמי' כפשוטו במלוה בשטר ונטל השטר מיד המלוה והחזיר ללוה, דבכהאי גוונא בשליש שהחזירו ללוה מחייבינן מדינא דגרמי כמבואר בש"ך (סי' נ"ה ס"ק ד'). אלא מדלא מוקמינן ליה במלוה בשטר שמע מינה דטעמא דר"ח הוא דגבי דיין ליתא לדינא דגרמי, דבדיין פטור כל שאינו מזיק ממש, ומשום הכי הוא דמוקים ליה כשנונ"ב בגוף הממון:

סימן נב

בדיני שקול הדעת

עתה נבאר דעת בעל המאור בסוגיין וכוונתו לאשורו כפי הנראה לפי ענ"ד:

א הנה ראשית השגתו של בעה"מ על מש"כ בהלכות שפירש בדברי רב יוסף דמתניתין דבכורות מיירי במומחה, והקשה על זה דהא ברישא דמתניתין קתני מי שאינו מומחה וראה את הבכור, ומסתמא בסיפא דומיא דרישא, וסתר הרמב"ן דבריו דהרי גם רישא מיירי במומחה דגמיר וסביר. אלא מפני שלא נטל רשות מהנשיא, ומשום גדרו של נשיא הוא כדאיתא ביומא (דף ע"ח), ונראה דכוונת בעה"מ הוא דנהי דבעצמותן שוים, דגם ברישא מיירי ששלם בעצמותו, דהיינו שגמיר וסביר ובקי במומים, מכל מקום לענין תכליתם רחוקים המה מרחק רב, דמכל מקום מיירי רישא באיש שאינו רשאי להכניס את עצמו בזה, וסיפא מיירי במומחה שרשות בידו לדון ביחידי, ובשלמא לפירוש רש"י באוקימתא דרב יוסף דמיירי באינו מומחה, הוי סיפא דומיא דרישא ששוין בעצמותן בענין תכליתם, דבתרווייהו מיירי באיש אשר בעצמותו אינו רשאי להזדקק, רק דסיפא דן את הדין וכו' מיירי שנשלם לו מצד בעה"ד מפני שקבלוהו עליהם, וברישא אפי' כשקבלו עליו לא מהני מידי, דכל עיקרו מפני גדרו של הנשיא הוא, אכן לפירושו של הרי"ף בדברי רב יוסף דמיירי בסיפא במומחה שבעצמותו רשאי לדון, ורישא מיירי באיש שאינו רשאי להזדקק בענין זה, כן נלע"ד לפרש דברי רז"ה שלא יהיו תמוהים

מגמרא שלימה, ולרמב"ן צ"ל כיון דשוים בעצמותן אע"פ שאין שוים בתכליתם לית לן בה, וזה פשוט:

משכ"כ בעה"מ דאוקימתא דר"ח אליבא דרבנן, ואנן דפסקינן כר"מ מוקמינן למתניתין כרב ששת, כוונתו כמ"ש לעיל בסי' נ"א אות ח') בדברי ריף שמביא בשם הגאון, והן המה הדברים שמביא הרז"ה בשמו:

שם וז"ל הלכך ליתא לאוקימתא דר' אלעא דהתם, ולא לשינוייא דר"ח דהכא, וכר"י ור"ש וכרב נחמן קיי"ל דלא פליגי אהדדי וכו' ולא איפשר וכו' דקיי"ל כרב נחמן בדיני, ור"ש נמי מודה להו דקאמר חדא ועוד קאמר ליה עכ"ל, ויש להבין דאיזה ראיה מדברי ר"ש דמשני אליבי' דחדא ועוד קאמר, ונראה בכוונתו דקשי' ליה כקושיית מהרש"א דהיאך נכלכל לר"נ עובדא דר"ט ור"ע, דלדידי' ליכא לשנויי דחדא ועוד קאמר, שהרי גם בשקה"ד נמי נפטור מהאי טעמא כיון דאילו הוי קמן הוי הדר ע"י ר"ע שגדול ממנו. איברא למאי דמפרש ואזיל כאן בקצרה דדוקא טעה בדמ"ש הוא דחוזר ואינו משלם, כוונתו אפי' היכא דליתא דתיהדר, ומבאר הדברים ביותר לקמן בבא ד' שהוא משום פשיעותא דבע"ד. אבל בשקה"ד דלא נודע טעותא ליכא פשיעה, ועוד דגם זולת זה ניחא, דאפי' לר"נ איתא להאי חדא ועוד קאמר, למאי דמפרש בריש דבריו וביותר בבבא ג', דהאי דאמר ר"נ דגדול הימנו מחזיר, הוא דווקא במומחה [ועי' מ"ש לקמן באות ג'] דפטור לשלם ומשום פסידא דבע"ד, וא"כ שפיר קאמר ליה ר"ע לפוטרו משום זה עצמו כיון דמומחה אתה, ולמה לי למיהדר בתר מילתא יתירתא ללא צורך, דכיון דלא מהדרינן בשקה"ד אלא במומחה, דמשום דפטור הוא דמהדרינן ליה. איברא הא תינח לר"ש, אבל לאוקימתא דר"ח צ"ל דחדא ועוד קאמר ליה, חדא משום דלא נו"נ ביד, דשקה"ד ודמ"ש שוים בזה דחוזר ואינו משלם אפי' בליתא דתיהדר, ועוד אפי' נונ"ב, מומחה אתה, וא"כ למאי דפשיטא ליה לקמן בבבא ד' דבדמ"ש אפי' נונ"ב פטור משום פשיעותא דבע"ד והוה ליה תלתא, חדא דדמ"ש הוא דאפי' נו"נ ביד פטור, ועוד משום שקה"ד ולא נו"נ ביד, ואפי' נונ"ב פטור משום מומחה, וכמו שנבאר לקמן בסי' נ"ד אות ב') בדברי הכסף משנה, הרי איכא תלתא צדדים לר"ט לפוטרו, חדא מפני שלא נטל ונתן ביד, דאזי בכל גווני אי איפשר לחייבו, ואפי' כשנו"נ ביד איכא תרי צדדים לפוטרו, חדא שטעה בדמ"ש דפטרינן לי' משום פשיעותא דבע"ד, ועוד דאפי' בשיקול הדעת נונ"ב פטרינן ליה משום מומחה לב"ד:

עוד שם וגמרא נמי מוכחא בכמה דוכתי דקאמר מומחה פטור, וכללא הוא שכל המומחה לב"ד פטור מלשלם, ואף בטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני כולם

מומחין פטורין בכהאי גוונא, כוונתו לאחר שיסד דקיי"ל כרב נחמן בדיני, חזר לבאר דעיקר הדבר בפירושו דר"נ דמחלק בין גדול הימנו, הוא רק לענין חזרת הדין, ולא כפירושו דהלכות שהוא לענין חיובא ופטורא דמומחה, ועל זה כתב דמסתימת הש"ס בכמה דוכתי דמומחה פטור, משמע דאפי' כשיש גדול הימנו, וכן בטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני דפטרינן למומחה, משמע דלא מפלגינן בין מומחה למומחה שיש גדול הימנו לענין תשלומין:

ב בבא תנינא מומחה שיש גדול ממנו מחזירין ופטור מלשלם, כדאוקמא ר"נ למתניתין דהכא וכו', ודייקינן לה להאי בבא משמעתא דהכא ומשמעתא דאמירא בפרק קמא אמר ר"נ כגון אנא דייני דיני ממונות ביחידי וכו' עכ"ל. וצריך להבין דברי קדשו בראיה זו שהוא רק לענין קיום הדין ולא לענין תשלומין כשטעה ונראה דלאחר שחידש הבעה"מ שני דינים בבבא זו ולקמן, חדא דבי תלתא ואית בינייהו חד דגמיר וסביר דפטורין אפי' בדלא קבלוהו ולא נקיט רשותא, כיון שנגמרה המחאתו, ועוד חידש לקמן [בבבא ג'] דב"ד של שלשה ואית בינייהו חד דגמיר, דצריכין לשלם אפי' בדקבלוהו כיון דלא נגמרה המחאתו. והרא"ש בפסקיו חולק בשני דינים אלו, וס"ל דבי תלתא ויש ביניהם חד דגמיר וסביר ולא קבלוהו צריכין לשלם, ובי תלתא וחד דגמיר ולא סביר וקבלוהו פטורין לשלם, והיינו טעמא, דרא"ש ס"ל דעיקר פטורא ביחיד מומחה וקבלוהו הוא משום מילתא יתירתא, משו"ה ס"ל דהוא הדין בי תלתא ואית בהו חד דגמיר וקבלוהו פטורין, שהרי גם בלא קבלוהו יכולין לדון בע"כ, והשתא דקבלוהו עלייהו מהני נמי לענין תשלומין, וממילא נידון דבלא קבלוהו אפי' יש בהם חד דגו"ס חייבין לשלם, דמכל מקום לא ניכר לן למילתא יתירתא, והבעה"מ ס"ל דלאו משום מילתא יתירתא הוא דפטרינן ליה, רק משום דנתברר המחאתו ע"י נטילת רשות, או ע"י קבלת בע"ד וכמ"ש לקמן בבא ג'], וגם הנטילת רשות משום האי טעמא מהני לפוטרו, ולא משום הפקר ב"ד כדמפרש רש"י (דף ה') ד"ה שבט. ולפ"ז נראה לענ"ד דהכי שייטא ראייתו, מדמיבעיא ליה לעיל גבי ר"נ אם צריך גם לנטילת רשות למידן יחידי אם לא, והשתא אם נימא דכל עיקר פטורא דיחיד מומחה ונטילת רשות או דקבלוהו, הוא משום מילתא יתירתא, מאי קא מיבעיא ליה שהרי מוכח להדיא מדרב ושמואל, דאמרי דמאן דבעי למידן דינא ולמיפטר לינקוט רשותא מר"ג, הרי דבע"כ צ"ל דגם בלא נקיטת רשות יכול לדון בע"כ, והשתא דנקט רשות דאיכא מילתא יתירתא משו"ה פטרינן ליה, אלא ודאי דלאו בהכי תליא אלא משום בירור המחאתו הוא דגרמא ליה, ובזה יתבררו שני דינים הנ"ל שחידש, [ועיין מש"כ לעיל בסימן אות בארוכה בדברי הרא"ש ובעה"מ]:

ג בבא תליתאה וז"ל בתוך הדבור אי נמי גו"ס ולא נקט רשות ולא קבלוהו עלייהו בע"ד ואפי' יש גדול הימנו היינו מתניתין דבכורות וכו', כצ"ל וכמו שהגיה הש"ך [בס"ק י"ד אות ז'] שם בסוף הבבא וז"ל אלמא אפי' בתלתא נמי כל דלא סביר חד מיניהו אע"ג דגמיר מיחייבי לשלומי, כצ"ל. ודע דלדעת המאור והרא"ש תרווייהו מסכימין להלכה דכל היכא דיש מקום לחייב את הדיין לשלם, כגון בגמיר וקבלוהו, או בגו"ס ולא קבלוהו, אזי אפי' ביש גדול אין מחזירין כשטעה בשקה"ד, אבל בטעם הדבר מרחק רב ביניהם, דלדעת הבעה"מ נראה בעליל ברישׁ דברי קדשו דמצד שורת הדין מן הראוי לומר דלעולם בשיקול הדעת קם דינא אפי' כשיש גדול ממנו, אלא משום פסידא דבע"ד הוא שמחזיר במקום שלא נוכל לחייב את הדיין, לכן כל היכא דיש מקום לחייבו אזי קם הדין על תלו בין הבע"ד כפי שורת הדין, ולדעת הרא"ש נראה להיפוך דכל היכא דנוכל להחזיר מחזירין, אולם במקום דנוכל לחייב את הדיין הוא משום דקנסינן לדיין על שגגתו, ומשום דראוי לקונסו הוא דאין מחזירין, ונפ"מ נראה לפענ"ד דהיכא דאין לו לדיין לשלם, דלדעת הבעה"מ קם דינא ולא מחזירין כפי עיקר הדין, דמשום פסידא דבע"ד דיו לבע"ד כשיש לו מקום לתבוע אצל חד מנהון, או אצל הדיין או אצל הבע"ד שכנגדו, אבל לא שנרחיב לו עוד לתבוע אצל שניהם, ושיהיה האחד ערב בעד השני, שזכות זה לא היה לו גם בטרם שעמדו לדין. (וכן נראה לדעת הרי"ף דעיקר החלוק בין נונ"ב, הוא מצד פסידא דבע"ד, דאפי' כשאין לו לדיין לשלם אפ"ה קם דינא, כיון שיש לו מקום לתבוע. מזליה הוא דקא גרם דאין לו לשלם, אכן אין עלינו להעדיף כחו עוד לתת לו מקום לגבות משנים תמורת האחד שהיה לו עד שלא ירד לדין, שבאם תפס שכנגדו ממנו אין לו מקום לתבוע רק מבעה"ד, ועתה שהתפיסו הדיין ע"י שטעה בשקה"ד, יכנסו שניהם הדיין והבע"ד להשלים הפסדו] ואיברא לדעת הרא"ש דמן הדין ראוי להחזיר הדין, רק שראו חז"ל שיש לקנוס לדיין על שגגתו, והשתא שאין לו לא מסתבר דמפני שראוי לקונסו יפסיד הלה את שלו, ועוד דעה שלישית בזה דאפי' היכא שיש מקום לחייב את הדיין אפ"ה מחזירין כשיש גדול, והוא דעת בעל העיטור ונמוקי יוסף, ודעת תוס' וריי"ף ורמב"ם דלמסקנא ליתא לדר"י ור"נ, ולעולם אין מחזירין לרב ששת כשטעה בשקה"ד, רק לדעת הרי"ף והרמב"ם כשלא נונ"ב מחזירין משום פסידא דבע"ד, משמע אפי' כשאין גדול ממנו מחזירין ע"פ עצמו:

ד בבא ד' עד תשובתך טעמא של דבר זה כעין ההוא טעמא דפרישנא לעיל וכו' עכ"ל. וזה תמוה דמפני שתיקותו של זה נפסיד את שלו אפי' כשנונ"ב היכא דליתא דתיהדר, והלא אפי' כשאמר לו קרע את כסותי חייב לדעת הבעה"מ בב"ק סוף פ' החובל, אפי'

היכא דלא אתי לידו בתורת שמירה, ולא עוד אלא אפי' כשהניח גחלת על שורו של חבירו בפני הבעלים חייב לשלם, אפי' היכא דבקל בידו לסלק הגחלת אפי' כשלא מיחה לו, כדאיתא ב"ק [דף כז.], ונראה בטעמא של דבר דמסתמא אמרינן שאין אדם רואה שמזיק את שלו ושותק [כמ"ש הרמב"ן פרק חזקת הבתים (דף מ"ב) דטעמא דחזקת שלש שנים הוא משום שאין אדם רואה חבירו מחזיק בשלו ושותק, אלא דנגד זה איכא ריעותא למחזיק דלית ליה שטר, וכיון דאיכא ריעותא לשניהם הדרינן לכללא דקרקע בחזקת בעלים עומדת, אבל לאחר ג' שנים דליכא ריעותא להמחזיק דג' שנים מזדהר אינש בשטרא טפי לא מזדהר, ולמערער איכא ריעותא נשאר ביד המחזיק, וכעין דאמרינן כתובות (דף ע"ה:) ודאי ראה ונתפייס, וכנגד זה איכא חזקה דאין אדם מתפייס במומין]. אולם כנגד זה איכא חזקה שאין אדם מוחל על היזיקו, וחזקה אלימתא הוא לסלק לגמרי החזקה דאין אדם שותק על היזיקו, [זולת היכא שאמר לו בפירוש שיזיקנו פטור לדעת רוב הפוסקים, היכא דלא אתא לידיה בתורת שמירה, משום דהוי מזיק ברשות כמ"ש לקמן], שהרי אפי' מיגו וחזקת ממון לא מהני נגד חזקה זו, ואפי' מיגו דאי בעי שתיק, ואפי' שהוא בעיקר חזקה כמבואר ברמ"א סי' שפ"ב] ובש"ך שם (ס"ק ב') באתה אמרת לקוצצו, דאפי' מיגו דלהד"מ לא מהני, אבל כל היכא דאפשר להתמצע ולקיים שניהם פשיטא דלא דחינן חד מקמי אידך, משום האי טעמא כשטעה בדמ"ש ונונ"ב בפני בעה"ד, או בחד דגמיר ולא קבלוהו, או דלא גמיר וקבלוהו ונונ"ב ונתן לאידך, כיון דאין דינו דין כלל ומהדרינן לכולי עלמא, אמרינן דלהכי שתק מפני שהחזיק את בעל דינו שלא יסרב נגד הדין ויחזיר לו את שלו עפ"י הדין, ולכן נחשב בעיניו כאילו נטלו מפינה זו והניחו באחרת, ולא נחשב בעיניו לשום היזק והפסד, ולהכי גם כשנסתיים מילתא דאי איפשר למיהדר, יהיה באיזה אופן שיהיה, תו לית ליה שום דין ודברים על הדיין, דכיון דשתק אז כשנונ"ב, כבר נתחזק הדבר לפנינו שלא נחשב לכלום בעיניו למזיק:

אולם הא תינח בדבר שבממון שבינו לבין חבירו, אבל בדיני איסור והיתר כגון בפרה דר"ט דס"ל לבעה"מ נמי דאפי' נונ"ב בפניו פטור, דליתא לטעמא דכתיבנא, וצ"ל דמכל מקום איתנהו להני חזקות הנ"ל דסתרי אהדדי, ומשו"ה כל היכא דאיפשר לקיים שניהם אזי הוא דנתיצבו יחד, ולהכי גם באיסור והיתר אמרינן מסתמא שוי' אנפשיה חתיכה דאיסורא, וקיבל על עצמו לאיסור כפי הוראתו מדשתק ולא מיחה, ואע"ג דבדבר משנה לא אמרינן שווי' אנפשיה חד"א, אפילו לדעת הראב"ד מובא בר"ן (פ"ק דמס' ע"ז]. איברא זהו בהוראה לבד או כשנונ"ב שלא בפניו, אמרינן מסתמא לא קבל על עצמו טעות כזה,

אבל כשנונ"ב בפניו אזי איכא הוכחה דקבל על עצמו בחתיכה דאיסורא, מחמת חזקה דאין אדם רואה בהיזיקו ושותק, וכנ"ל:

עיין בקצוה"ח [סי' כ"ה ס"ק י'] שהקשה מסוגיא זו על דעת הבעה"מ ס"פ החובל, דגם כשלא אתיא בידיה בתורת שמירה ואמר ליה קרע את כסותי חייב לשלם, אלא כשאמר לו והפטר, ובגמרא ריש סנהדרין (דף ו') דמשני לר' אבהו דמתניתין דדן את הדין, מיירי בדקבלוהו, ומקשה אי הכי אמאי משלם דאמר ליה דיינת לן דין תורה. [ונראה דקסלקא דעתא דבסתמא הוי כקיבל עליו בין לדין בין לטעות, ומשני דסתם קבלה הוי כאמר ליה דיינת לן ד"ת, ובירוש' כן הוא למסקנא, ובמתניתין מיירי דאמר בפירוש ד"ת]. ולפי"ז מבואר כשאמר בפירוש בין לדין בין לטעות, פטור אפי' בגמיר לחוד, וקשיא לדעת המאור הנ"ל דאכתי יתחייב כיון דלא אמרו ותפטר. ולפענ"ד נראה כיון דכל עיקר טעמא של הבעה"מ הוא משום דמסתמא אין אדם מוחל על נזקו כמ"ש לעיל, [וטעמא דכל הפוסקים דפטרו הוא רק משום דהתורה לא חייבה המזיק כשהבעלים ציוהו להזיק, כמ"ש הקצוה"ח (סי' רמ"ו) עי"ש, אבל כולי עלמא מודים דבסתמא אין אדם מוחל על נזקו], וזהו כשאין שום צד שירויח רק שיוזק, אבל הכא איירי דבעי לקנות כשיזכהו, מקנה נמי לגמרי כשיחייבהו, וכעין סברת התוס' בשנים שהמרו זא"ז, בב"מ (דף ע"ד) בד"ה הכא, וברמ"א חו"מ סי' ר"ז סעיף י"ג], ואין לומר דשאני הכא דמאי איכפת ליה בחיובא דדיין, דכיון דבין כך ובין כך יקום הדין ביניהם, דמכל מקום כיון דכל א' מהם יעלה על דעתו שהוא יקיף בטענתו ויטה את הדין לצדו, ובכדי שלא ישקול הדיין את מיצוי הדין הדק היטב עד שיוציא הדין לאמתו, כל א' מהן קבל עליו לפוטרו בכדי שיזכהו במשקל ראשון, שוב איתא בזה כסברת התוס' הנ"ל:

ועוד נראה לענ"ד דגבי אדם המזיק דריבה רחמנא דחייב על האונס כרצון, דבכל דבר דהוה ליה לעיוני ולדקדק היטב, נעשה כשומר על גופו בכל דבר שהוא כעין אבידה [כמ"ש תוס' ב"ק ר"פ המניח תוך ד"ה ושמואל אמר] כמו ש"ש שקבל על עצמו בחפצי חבירו, וכשם ששומר שכר יכול להתנות בתחלה על מנת שלא אתחייב באחריותו, הה"ד נמי בנזקין שחייבו רחמנא בשמירת גופו בדבר דהוה ליה לעיוני יכול נמי להתנות כשנכנס לעסק זה מדעת הבעלים שלא יתחייב באחריותו, ומשו"ה גבי דיין שנכנס לזה מדעת הבעלים, וכל עצם חיובו כשטעה מפני שנעשה כשומר על גופו בכל דבר שהוא במשקל דאבידה, לכן כשהתנה בין לדין בין לטעות פטור לשלם, מידי דהוה כשומר בשל חבירו שהתנה על מנת שלא יתחייב באחריותו, [ואע"ג דבע"ד התנו כן ולא הדיין בעצמו, לא אמרינן פטומי מילי בעלמא הוא, כמ"ש תוס' ב"מ (דף ס"ו) ד"ה פטומי,

ורמ"א (ריש סי' ר"ז) וסמ"ע שם (ס"ק ד') דכל שהתנו בשכנגדו בתחלה, מהני כאילו התנו בעצמו], אבל במזיק בידים כגון בקרע את כסותי דלאו משום גדר אחריות הוא לא שייך כלל טעם זה לפוטרו, ועיין תוס' כתובות [ריש פ' אע"פ] שהקשו בהא דקרע על מנת לפטור דהא הוי כמתנה על מש"כ בתורה ולדברינו הנ"ל י"ל כיון דגבי מלוה שחייב מצד הסברא לא נכנס בסוג מתנה על מש"כ בתורה כמ"ש תוס' שם, ה"ה נמי מזיק בידים, דדוקא בדבר דהוה ליה לעיוני או שהזיק ע"י ממונו דהוא שריבה רחמנא לחייבו, כגון זה הוי מלוה הכתובה בתורה:

ה עוד שם בבעה"מ בבא ד'] וז"ל, ואם כפאו לבעה"ד ובע"כ נו"נ בשלו, אם איפשר להחזיר את הדין מחזירין אותו, ואם אי איפשר דנין אותו כדין גזלן ולא מיקרי עליה שם דיין כלל, עכ"ל. ויש להתבונן דבהלכות בבא ה'] דייק בזה להיפוך וז"ל, ואי טעה וקא אנס ליה לבע"ד וכו' ונונ"ב, מחוייב לשלומי מדיליה, והדר הוא ושקיל מהיאך משום דדיניה לאו דינא הוא, עכ"ל. אלמא דיכול לתבוע מתחלה את הדיין, ובאם דעתו לחלוק עליו, היה לו להביא מה שכתב בהלכות ולהשיב עליו, ועוד כיון שכתב בעה"מ בעצמו דאם אי איפשר דנין אותו כדין גזלן גמור, הרי דיש עליו דין גזלן, א"כ גם בדאיפשר להחזיר יכול לתבוע מהראשון, כיון דגזלן הוא השבה בעי למיעבד, וממילא נשמע שבאם ירצה יכול לתבוע מהשני, דפסקינן כרב חסדא ב"ק דף קי"א:] בגזל ולא נתייאשו הבעלים רצה מזה גובה ורצה מזה גובה. ונראה דמכללות דברי ר"ח נשמע דפשיטא היכא דמעיקרא שווי' ד' ולבסוף כשהוציאה השני מן העולם שווי' זוזא, דיכול לתבוע את הראשון אפי' היכא שהשני רוצה לשלם לו, וכן להיפוך היכא דמעיקרא שווי' זוזא, ובשעה שהשני הוציא' מן העולם שווי' ד', דאז גם כשהראשון רוצה לשלם יכול לתבוע את השני, וכדאמר רבה פ' מרובה (דף ס"ה] ומה לי הוא מה לי אחר איברא דוקא כשהוציאה השני מן העולם, אבל היכא דנאבדה אצלו דאפי' כשמתכוין השני לגוזלה פטור מאחריותה, כיון דאין עליו שום חיוב מחמת גזלן, כיון שכבר יצאה מרשות בעלים ע"י הראשון, וכמ"ש הקצוה"ח (סי' ל"ד] בדברי הריב"ש ורמ"א שם. איברא היכא שהשני נטלה באופן דקא סבר שהיא שלו והוציאה מן העולם, דאזי לדעת הקצוה"ח שם בדברי רבה, דהיכא דתברה או שתייה משלם ד' שהוא מטעם מזיק, אזי גם בזה השני חייב, דמזיק חייב אפי' בדלא ידע, כל שהוא במשקל דאבידה דקרובה לפשיעה, והכא נמי כשנטלו מרשות חבירו דהוי ליה לשיולי ולחקור היטב, ולא דמי ליתמי דטבחוהו ואכלוהו דפטורין משום מזיק, כמ"ש תוס' ר"פ המניח ד"ה ושמואל, כיון שהיה ברשות אביהם, דחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו], אבל לדעת הנתיבות דפירש שם

בטעמא דרבה דע"י שינוי נעשה גזלן חדש אפי' כשכבר יצאה מרשות בעלים, אזי בכסבור שהיא שלו אי איפשר לחייבו, דאי איפשר לכנות לו שם גזלן היכא דלא נתכוין. ולפענ"ד העיקר בזה כדברי הקצוה"ח, דכן הוא בפשטא, וראייתו שהביא בנתיבות מריש תמורה דאמרינן גבי שינוי דשייכא במלתא דאמר רחמנא לא תעביד, יש לדחות דגם גבי מזיק איכא איסורא, כדאיתא להדיא בריש סי' שע"ח, ועיין בסמ"ע שם דענין איסורא שוה לגנב וגזלן:

ולפי"ז בנ"ד דבע"ד שקלה דכסבור שהוא שלו, דאי איפשר לחייבו מחמת שם גזלן, מכל מקום מחייבינן ליה על שעה שהוציאה מן העולם כדין מזיק, וכוונת בעה"מ בזה לפרש דברי הלכות דלא נטעה בדבריו דכוונתו שכל תביעתו הוא רק על הדיין שהוא הגזלן כיון שאינו רשאי לדון [ועיין לעיל סי' נ"א אות ו'], אבל לא על הבע"ד שנטלה ממנו והוציאה מן העולם, כיון דכסבור עפ"י טענתו שהיא שלו, ותו אי איפשר לחייבו מחמת גזלן, דגבי גזלן לא ריבה רחמנא שוגג, לכן בא לפרש לן דפשיטא שיכול לתבוע מן השני משמא דמזיק דריבה רחמנא שוגג כמזיד, ובאם עודנה בעין הרי יכול לתבוע את שלו בכל מקום שהיא, ובאם כבר הוציאה מן העולם הרי יכול לתבוע ממנו מטעם מזיק, דנהי דשוגג הוא, דכסבור שהיא שלו עפ"י טענותיו ולא נוכל לחייבו מחמת שם גזילה, מכל מקום מחוייב מטעם מזיק, ולפ"ז לא פליגי בעל הלכות ורז"ה בסוג זה כלל, אלא בהלכות משמיענו דראשון מחוייב משמא דגזלן אע"ג דטעה בשקה"ד, דכיון דלאו דיינא הוא כלל ואין לו רשות להוציא מחזקתו הרי זה כגזלן, דמה לי אם גזל בעדו או שנתנו לאחרים, ורז"ה משמיענו דבאם ירצה התובע יכול לתבוע את השני תחלה אפי' דליתא בעינא מטעם מזיק:

סימן נג

עוד בדיני דשיקול הדעת

עתה נבאר דעת הרמב"ן בסוגיין בעזה"י, כאשר חנני ה' להבין דברי קדשו בכוונה אמתית לאשורם:

א השגה ראשונה על הרז"ה, כבר כתבתי לעיל [בסימן הקדום אות א']:

שם וז"ל איני יודע מה הוסיף על דברי רבינו הגדול ז"ל וכבוד הגאון וכו' דהא לדידיה אכתי כר"מ מיתוקמא, דהא רב חסדא גופיה אמר וכו', ואילו הוי פירוקיה דר"ח ור' אלעא אמר רב אזלי בחד טעמא, בוודאי הוי אמרי וכו', מדלא אמר הכי ש"מ דתרי סברי נינהו, ר"ח מתרץ מה שעשה עשוי, ומר מתרץ ומשלם מביתו לחוד עכ"ל. משמע מדבריו דר"ח סבירא ליה כרב ששת דמה שעשה עשוי אפי' כשלא נשא ונתן ביד, אך הא דמשלם

מביתו איירי כשנשא ונ"ב, א"כ אמאי משלם בטימא את הטהור כשנונ"ב, כיון דבלא זה גם כן טמאים הם, כקושי' תוס' בב"ק [דף ק'] וכן בזיכה את החייב ג"כ קשה דכיון דאמר פטור אתה הרי המשכון שביד המלוה הוא של הלוה, כיון דכבר נפיק שיעבודו, [ודומה להא דאיתא בב"ק דף מ"ט: גבי משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר עיי"ש], ומה הפסידו בנטילת המשכון מיד המלוה, כיון דבלא זה צריך בעל כרחו להחזירו לידו אם לא דיש מקום לומר דר' אלעא ס"ל בזה כר"י ור"נ, דביש גדול ממנו מחזירין וכשיטת בעה"מ והרא"ש, דהיכא דמחוייב לשלם, אזי אפי' ביש גדול אין מחזירין, רק במומחה דפטור מלשלם הוא דמחזירין כמש"ל בסי' הקדום אות ג'):

והשתא ניחא דכל כמה שלא נונ"ב פטור מלשלם לר' אילעא אליבא דרבנן, וכל כמה דפטור הרי מחזירין ע"י גדול, ומשו"ה כשנונ"ב דיש מקום לחייביה אפי' אליבא דרבנן, ומשו"ה אין מחזירין, אבל בדליכא גדול אזי אפי' כשלא נונ"ב קם דינא, משא"כ לר"ח דאית ליה משום פסידא דבע"ד, אזי לעולם מחזירין, רק כשנשא ונתן ביד והוא דחייב לשלם, הוא דקם דינא, ובמומחה אפי' נשא ונתן ביד מחזירין:

ב עוד שם ואינו אמר ר"ח בשלא נונ"ב מה שעשה עשוי ופטור מלשלם, הוי איפשר להו למימר דלא ס"ל כר"מ, אלא השתא כיון דמחזירין לא מפקא מדר"מ כלל, אלא דלא ס"ל לר"ח לחיובי דיין בגרמא בעלמא, ולא בעי נמי וכו', ומשו"ה אמר מחזירין וכו', וכיון דמדינא מחזירין וכו', ועיי"ש היטב שמאריך בזה לקמן והרבה להפליא כנגד החולקים, וכתב שם ותמה על עצמך לא יהיה הדיין וכו', ובתוך הדברים חיזק הדבר דבמקום דאילו הוה קמן הוי הדר פטור אפי' לר"מ. ודברי קדשו אינם מובנים למעיין במשפט ובמיתון ובצדק, שהרי עיקר הקושיא שהקשה עליהם מעיקרא, דהשתא כיון דמחזירין לא מפקא מדר"מ כלל, קשיא גם לדידיה ולדעת הלכות, דמנא להו דבדיין ליתא לדינא דגרמי אפי' לר"מ, דהשתא כיון דמחזירין גרמא בעלמא הוא, כמו שמביא בעצמו מפירש"י, אלא בע"כ צ"ל דעיקר ושורש הדברים נשמע ממסקנא דרבינא דאפי' בזיכה אה"ח שהיזיקו ברור לא אמרי' דקם דינא וישלם מביתו, א"כ גם לדידהו נשמע ממסקנא זו, דר"ח אליבא דרבנן הוא, דאליבא דר"מ אמאי לא אמרינן בזיכה אה"ח דק"ד אפי' כשלא נונ"ב, דמאי שנא כיון דהיזיקו ברור, גם לבד מזה נגשש בדברי קדשו מרישא לסיפא, כאשר ימשש העור באפילה, דכיון דכל שטחיות דבריו אליבא דר"ח אזד', והוא שחידש דליתא לדינא דגרמי גבי דיין כיון דאונס הוא א"כ מהו זה התערובות ועירבוב דברים בתווך, שכתב דכל היכא דאילו הוי קמן הוי פטור לאו כלום עביד וגרמא בעלמא הוא, דהשתא בדרבא מיניה ליתא לגבי דיין, מכש"כ בדזוטר מיניה, ואין לזה ענין רק אליבא דר"ש:

לכן לברר הדברים הדק היטב, מוכרחים אנחנו להאריך קצת בעיקר דברי ר"ח, ורבינו הרמב"ן האיר עינינו בזה בקצרה ורמיזות דברים והוא, כיון דחזינן דגם בשיקול הדעת מוציאין מיד המוחזק, ואין יכול לומר קים לי, אלמא דטעות גמור הוא, אלא דחז"ל רצו לעשות תקנתא בזה, דכיון שכבר נפסק הדין, יקום דבר כאשר כבר נעשה. איברא מעיקר הדין אמרי' כבתחלתו כמו כן בסופו ומחזירין אפי' כשנונ"ב, רק מצד תקנתא דחז"ל לבד נתיפה כחו בשכבר נפסק הדין, וכבר נחתך הדבר לגמרי. איברא כיון דתקנתא בלבד הוא דקם דינא, התיצבו חז"ל בזה שלא יתיליד ויסתעף מזה חיוב מחודש עלי איש שפטור לגמרי מצד עיקר הדין, ומשום האי טעמא הוא דחידש דדוקא כשנונ"ב, דיש לחייב את הדיין גם מצד עיקר הדין בליתא דתיהדר, וגם היכא דאיתא דתיהדר, מ"מ עיקר החיוב בראשונה על הדיין שהוא מזיק ממש, שנטל ממונו ממקום המשומר ונתנו ליד שאינו ברשותו. וזהו כעין סברת הי"מ מובא בנ"י שם כיון דמזיק בידים הוא, ולהכי משום שלא יזלזלו בדין שכבר נפסק, עשאוהו חז"ל כאילו ליתא קמן דתיהדר, ולהכי קם דינא וישלם מביתו, כיון שלא מצד תקנת חז"ל נסתעף עיקר חיובא דיליה ואך מעשה ידיו הוא דגרמו ליה, אבל כשלא נו"נ ביד דמצד עיקר הדין לא מצינו מקום לחייבו, דכיון דבטעות נפסק הדין אזי מחזירין, ואפי' בדליתא קמן למיהדר אין שום צד חיוב על הדיין אפי' לר"מ דגרמא בעלמא הוא, רק דנימא בזיכה אה"ח דיקום הדין עפ"י תקנת חז"ל, ואז יתחייב הדיין מצד דינא דגרמי, אפס בכל כי האי גוונא לא נכנסו חז"ל לתקן מעיקרא במקום שיסתעף לחייב את הזכאי מצד עיקר הדין, [וכיוצא בו מצינו בש"ך יו"ד סי' קי"ט ס"ק כ"ז], ובעיקר זה הוא דפליגי רב ששת ורב חסדא, ר"ש ס"ל דבמקום דאילו הוי קמן הוי הדר דגרמא בעלמא הוא, וכיון דמצד עיקר הדין לעולם הדין חוזר אפי' כשטעה בשיקול הדעת, ונמצא דאפי' בזיכה אה"ח לאו כלום עבד, רק דס"ל דעשו חז"ל תקנתא זו אפי' במקום פסידא דאחריני, לכן אמרי' דקם דינא אע"פ שיסתעף מזה חיוב מחודש על הדיין, ובזה הוא דפליג ר"ח, וכשתשקול הדברים היטב, תמצא דרבינו בחדא שייטא אזיל מתחלתו ועד סופו, והוא דחידש לן דבליתא דחייב דיין כגון בגמיר ולא קבלוהו, אזי מחייבינן לי' מצד דד"ג אפי' היכא דאילו הוי קמן הוי הדר, השתא דליתא קמן מחייבי' ליה מדינא דגרמי כמו במראה דינר, ואינו מומחה וראה את הבכור, כיון דפשע בעצמו שהזדקק לזה, אבל גבי דיינא דגמיר וקבלוהו, כיון דמצוה קעביד, אזי פטור מן הדין אפי' לר"מ, וכיון שכן ממילא נפלה בבירא כל דינא דגרמי, דהיינו בברי היזקו גבי דיינא אליבא דר"ח, דתו לא משכחת ליה ברי היזקו, כיון דמצד עיקר הדין לעולם מחזירין, וחז"ל לא תיקנו דיקום הדין היכא שע"י זה יתיליד ממילא לחייב

את הפטור מן הדין, ותו אי איפשר לאחוז את החבל בתרין ראשין לפטור הדיין ושיקום הדין ביניהם, דא"כ נפסד הבע"ד נגד עיקר הדין, והם לא תיקנו רק דלא לפסיד בע"ד, וכן במומחה דפטור מצד הדין אפי' כשנונ"ב, אזי מהדרינן הדבר לעיקר הדין:

איברא נהי דבשמעתין, ובמאי דמיירי בהלכות לא משכחת ליה ברי היזקו לגבי דיין, לכן די לנו במה שחיזק הדברים עפ"י דעת רש"י דהיכא דאילו הוה קמן הוי הדר, פטור לגבי הדיין אפי' לר"מ ואפי' לר"ש, [ולאפוקי מדעת תוס' דסברי דסוגיא זו גבי פרה דר"ט אזדא אליבא דרבנן, אבל אליבא דר"מ חייב]. איברא כיון דמ"מ אכתי איכא נפקותא לדינא, היכא דבע"ד קבלו עליהם בהדי הדדי דיקום הדין שיצא מזה בין לדין בין לטעות שלא בפני הדיין, ובאו מעצמם לפני הדיין, דלגבי הדיין הוי כקבלה סתם, וגילו לו דלענין קיום הדין התנו ביניהם, ולא לפוטרו, וטעה בשיקול הדעת דהשתא ברי היזקו, ואפ"ה פטור אליבא דר"ח רק בנונ"ב, דאי לא תימא הכי למה ליה לאוקמא כשנונ"ב, לוקמא בכהאי גוונא דברי היזקו, וזהו מצד הסברא, דכל שידע שמזיק לחבירו, תו לא איכפת ליה לאידך באונסא דידיה, ובזה איפשר לחלק ולומר דע"י דיבורא לחוד לא מחמרינן כל כך, ולזה מביא ראיה מב"ק, והתפלא על החולקים ולא יהיה הדיין אלא וכו', כיון דמצוה קעביד ולביה אונסיה פטור בדיבור לחוד:

וצריך להבין דאכתי מה ראיה מהתם, שהרי לדעת תוס' ב"ק ריש פרק המניח ד"ה ושמואל, ובב"מ [דף פ"ב] ושאר פוסקים, וכ"פ בש"ע [סי' שע"ח], צ"ל בהאי דלביה אונסיה שהוא כעין אבידה, דכל שהוא במשקל דגניבה לא חייביה רחמנא גבי מזיק, [והא דמחייבינן בב"ק גבי אונס כשנונ"ב, בשגם שבעלי התוס' ס"ל כדעת הרי"ף בזה דאפי' גבי אונס נפשות ממש חייב, עיין ב"ק (דף קי"ז:) בתוס' ד"ה ואי לאו (דדוקא בפקדון פטור דעל דעת כן מסרו לו), והטעם כיון שידע שמזיק לחבירו משא"כ באונס דתלוי בעיונא לא חייביה רחמנא אלא במשקל דאבידה, וכמ"ש הש"ך שם בס"ק ב'].

ולפי"ז אכתי לא נשמע לן לחלק בין היזיקא דע"י דיבורא למזיק ממש, רק באונס נפשות היכא דידע בעצמו שמזיק לחבירו, אבל בדבר שהוא במשקל דאבידה דנתרבה מפצע תחת פצע, וכיון דדינא דגרמי דאורייתא, לדעת כמה פוסקים ובפרט לשיטת הרמב"ן] מנלן לומר דקאי רק על מזיק במעשה, ולא בעל ידי דיבורא. איברא הרמב"ן לטעמיה דסבירא ליה בפרק המניח, וכן בשמ"ק מביא בשמו בסוף פרק האומנין, דאדם המזיק חייב אפי' באונס גמור, אפי' היכא דלא ידע ולא נתכוין כלל, דס"ל דרבויא דקרא קאי אפי' על אונס גמור, ולפ"ז גבי אונס דמחייבי' כשנונ"ב הוא גם כן מרבויא דקרא, ואפ"ה מחלקינן בין דיבורא למעשה, ומשום ה"ט נמי פטרינן גבי דיין, רק בשנונ"ב כיון דחזינן

להדיא בגמ' דרבויא דקרא לא נקטינן רק על מזיק ממש, וכיון דראיה זו ליתא אלא לשיטתיה, לכן מהדר בתריה ולאלומי ליה גם אליבא דכ"ע, והביא מדברי רבה שם דאם הראה מעצמו כנונ"ב דמי, שכבר דקדקו רבותינו שם מאי אתי לאשמעינן כיון דלא פטרינן בברייתא אלא באונס, לכן מרמז לן דהכי פי', דלא תימא דוקא באונס נפשות הוא דפטרי', אבל באונס שהוא כעין אבידה שהוא מרבויא דקרא אין לחלק בין דיבור למעשה, לזה חידש רבה דדוקא כשהראה מעצמו ממש הוא דחייב כנונ"ב, אבל כל שהוא אונס קצת אפי' כעין אבידה פטור:

איברא נלענ"ד דזהו כשהוא במשקל דאבידה הוא דפטרינן להפוסקים כר"ח, אבל כל שהוא במשקל דפשיעה חייב אפי' בע"י דיבורא, וראיה לזה מדברי תוס' הנ"ל דסברי דרבויא דקרא לאו מילתא דפסיקא הוא ולומר דחייב בכל ענין אפי' באונסא דכעין גניבה, אלמא דמסתבר להו דממעטינן לה בכל מה דאיפשר, ואמרי' ביה תפסת מרובה כו' וכמו דאמרינן ליה בעלמא, וא"כ מנ"ל דעל אונסא כעין אבידה קאי, דילמא לא קאי אלא אפשיעה לחוד, א"ו דזה ידע מסברא החיצונה שהוא כמזיק במזיד ממש, וא"כ בע"י דיבורא נמי איברא לדעת הראב"ד וסייעתיה בסי' שפ"ח, וכן הסכים הש"ך לשיטתם שם, דבאונס נפשות ממש שאנסוהו לישא וליתן להם של חבירו פטור, וקשיא להו מנרדף ששיבר כלים של כל אדם דחייב, ואמאי כיון דמציל א"ע עי"ז מסכנת נפשות, דאין לומר דבלא זה יכול להציל א"ע, א"כ אפי' שיבר כלים של רודף נמי חייב, דמידי הוא טעמא אלא משום דלא חמור ממונו מגופו, וכשיכול להציל א"ע בלא זה גם על גופו חייב כדאיתא שם בסנהדרין (דף ע"ד) ביכול להציל את עצמו בא' מאיבריו, ויש לומר דשאני התם כיון שאין האונס על גוף הדבר, רק שמרצונו מציל א"ע ע"י היזיקו של חבירו בכה"ג לכ"ע חייב, ודמי לאונס שבא להורגו והוא מציל א"ע בש"ח, וכן פירשו שם הברייתא דקתני ואם נונ"ב חייב דמיירי בכה"ג. ולפי"ז יש לדקדק קצת על תירוצו של הש"ך (בסי' שע"ח), דהרי לשיטתו עדיין תירוצו אין מספיק לגמרי כמובן]:

ועיין לעיל [סי' מ"ט אות ו'] מש"כ שם להקשות לאוקימתא דר"ק, דא"כ במומחה וקבלוהו אמאי פטור, עיקר קושיא זו הוא לדעת רמב"ן דמחייב באדם המזיק אפי' באונס גמור, דלדעת תוס' לק"מ, כיון דלא מחייבינן אלא במשקל דאבידה, וכיון דמומחה הוא וקבלוהו על עצמם יצא מכלל אבידה, ועיין לעיל מש"ש לתרץ ונכון הוא, וכאשר שמתי עיוני בשמ"ק ס"פ האומנין למדתי ממנו תירוץ אחר, וז"ל ועוד הביאו טבח אומן שקלקל דפטור, ואמאי אדם המזיק הוא, וכי נמי סבירא לן אנוס הוא ליחייב, וזה ודאי קשה עליהם כיון דמחייב בשכר אלמא כעין גניבה ואבידה הוא וכו' ופטרוהו בחנם,

אלא שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק וכו' עכ"ל, כוונתו דאדם המזיק הוא, כשתחלת משמושו ועסקו בשל חבירו הוא שלא ברשות בעלים, משא"כ בטבח אומן שקלקל שתחלתו ברשות בעלים, וממילא מובן דה"ה נמי במומחה וקבלוהו, כיון דירד מתחלה ברשות:

ג בקונטרס הגאון ר' חיים יונה זצ"ל תמה על הרמב"ן בס' המלחמות, שהשיג על בעה"מ מההיא דכתובות דון דייני כר"ט ואהדר לעובדא מיניה, א"ל ר"י עשית כשל תורה, ומפרש בגמ' מר סבר טועה בדבר משנה הוא ומר סבר טועה בשיקול הדעת הוא ואינו חוזר, וקשיא לבעה"מ דאיהו אמר, תלתא דאיכא חד ביניהו דגמיר וסביר אע"ג דלא נקיט רשותא ולא קבלינהו פטורין מלשלם ומחזירין, והתם סתמא אמרינן דון דייני משמע בי דינא דקביעי דאינון תלתא. וא"א דליכא חד דגמיר וסביר, ואפ"ה אי טעה בשיקול הדעת אין מחזירין, והקשה שם וז"ל ואני בעניי כו', ועל קושיא ראשונה אני אומר וכו', דהא לישנא דגמ' בההוא דהכותב לא אידכר ביה שיקול הדעת כלל, אלא ה"ג ליה דמר סבר הלכה איתמר ומ"ס מטין איתמר, והא ודאי שיקול הדעת כו' עדיף ממטין, דהא משום סוגיא דעלמא מפקינן ממונא מידא דמוחזק כו', ואילו משום מטין לא מפקינן מידא דמוחזק, כדמוכח בההיא שמעתא דפ' הכותב וכו', וכיון שכן, מעתה אין שום קושיא מההוא דהתם, דודאי כיון דמטין בעלמא הוא, הוה ס"ל לר"י דלא ליהדר עובדא דיהבי לה כבר היתה מוחזקת כו', וכיון דמשום מטין אפי' תפסה מעצמה א"א להוציא מידה כו', אבל טועה בשיקול הדעת כיון דאלים לאפוקי אמטולתא אם יש גדול מחזירין עד כאן לשונו:

ונלע"ד דדברי הרמב"ן נכונים וברורים, דאין הכי נמי דודאי מטין גרע מסוגיא דעלמא כמ"ש הגאון רח"י, וכן פי' בתוס' שם אמנם הרמב"ן בנה קושייתו על דיוק נפלא, דהנה זה כלל גמור בש"ס דכל היכא דאיפשר לקרב הדעות ולא להשוות פלוגתא רחוקה בין החולקים עבדינן כל טצדקי דאיפשר. והנה בסוגיא זו נקט שתי קצוות האחרונים בין ר"י לר"ל דמר סבר הלכה איתמר, דהיינו טעה בדבר משנה כפי' רש"י שם, ומ"ס מטין איתמר דהיינו הקצה היותר גרוע דמהני אפי' תפסה מעצמה, ומדוע לא נקט הש"ס, דמ"ס סוגי' דעלמא איתמר ומ"ס מטין איתמר, [והא לא מצי למימר דמ"ס הלכה איתמר ומ"ס סוגיא דעלמא איתמר, דא"כ תקשה לר"י דסבר סוגיא דעלמא איתמר, ואיהו גופיה פסק לקמן שם גבי קריביה דר"י דמהני תפיסה מעצמה, ובשיקול הדעת ודאי דלא מהני תפיסת בע"ד עצמו]. ולהכי אהדר ר"ל לעובדא, כדברי בעה"מ, הואיל והוו תלתא דקביעי א"א

דליכא חד בינייהו דגו"ס ופטורין מלשלם ולהכי לגבי הגדול מחזירין, א"ו דגם בשקה"ד אין מחזירין אפי' היכא דאיכא תלתא דקביעי, ולהכי הוכרח לומר דמ"ס הלכה איתמר:

ד ע"ש ברמב"ן וז"ל, ולענין תשלומין במקום שא"א להחזיר דינו דומה יפה למי שאינו מומחה וראה את הבכור ונשחט על פיו, דהרי זה יקבר ומשלם מביתו ולא בעל הבכור פשע שסמך עליו, ואע"ג דהיא פשיעותא יתירתא לבעלים וכו', אלא אפ"ה איהו דגרם ההיזק משלם מביתו, עכ"ל. וזו השגה על בעה"מ שכתב דכל היכא דפשע בע"ד פטור הדיין ואפי' כשנונ"ב, ולמאי שכ"ל [בסי' נ"ב אות ד'] בדברי הרז"ה בטעם הדבר, דבדברים הניתן לחבירו הוא מטעם אחר, ובאיסורין דלא שייך טעם זה אמרי' דמחמת חזקה זו דמסתמא שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא לכן גבי בכור דלא שייך האי טעמא אמרינן חזקה שאין אדם מוחל על נזקיו ועיי"ש:

ה הנמוקי יוסף בסוגיין הקשה על הרי"ף וז"ל וקשה לכלהו אם כן דאינו חייב עד שישא ויתן ביד, היכי אמרינן לעיל האי מאן דבעי למידן וכי טעה ליפטר לינקוט רשותא מר"ג, ומה צורך היה לו לישא וליתן שיצטרך למינקט רשותא, לא לישא וליתן ביד ובלי רשות נמי ליפטר, והיאך אמרינן בריש פירקין דמשו"ה תיקנו שישלמו הדייני' שלא תנעול דלת בפני הלווין, אכתי מה הועילו בתקנתן, לא ישאו ויתנו בידם ויפטרו עכ"ל. פי' דבריו, הגם דאם לא ישאו ויתנו ביד יהיה חוזר הדין, דהשתא ממנ"פ ליכא נעילת דלת, דאם ישאו ויתנו ביד ישלמו, ואם לא ישאו ויתנו ביד יחזור הדין, אלא דא"כ לא משני מידי דמשלמי' משום נעילת דלת, אכתי לא ישלמו ויחזור הדין כשיטת הרי"ף דבכל מקום דפטורים מלשלם חוזר הדין, כקושיית הרא"ש על הרי"ף. אלא דע"כ צ"ל דאכתי איכא נעילת דלת היכא דליתא דתיהדר והרא"ש שהקשה כן, משום דלא ניחא ליה דכל התקנה זו נתקנה משום דזימנין דליתא דתיהדר] וכיון שכן אכתי מאי משני דמשלמים משום נע"ד, הלא הברירה בידם שלא ישאו ויתנו ביד ולא ישלמו:

ו וליישב קושיית הרא"ש ונ"י, נלע"ד לתרץ ברווחא, דנהי דתירוצא דנעילת דלת לא שייך לר"ח. איברא הקושי' מעיקרא ליתא לדידי', דכל עיקר הקושיא דכיון דברשות נחתי לדון ע"פ תקנת חז"ל ליפטרו כמו שפירש"י, הא תינח לר"ש דמשלמים ע"פ דיבורם לבד ומשום דינא דגרמי, וכיון דברשות ב"ד נחתי הם לא פשעו בזה, וכל היכא דלא פשעו ליתא משום דינא דגרמי, וכמש"כ הרמב"ן להדי' בדיני דגרמי סוף ב"ב, דכל דינא דגרמי שהוא ע"י דבור לחוד פטור בכה"ג וכמש"כ לעיל [בסוף אות ב'], אבל כשנשא ונתן ביד שהוא מזיק ממש, דלדעת הרמב"ן אפי' באונס גמור חייב, ולא נשאר מקום לפוטרו, רק בדקבלוהו בהדי אונסא, והוא מטעם שנתגלגל האונס על ידם, וכמש"ל

[בסי' מ"ט אות ו'], או מטעם שכתבנו [בסי' זה סוף אות ב']. אבל כל כמה דלא קבלוהו אפי' בג' מומחי' דסמיכי נמי חייבים לשלם כשנשא ונ"ב, כדאיתא בנ"י בסוף הסוגי' בשם הרמב"ן, רק בנטל רשות מר"ג הוא דפטור מצד הפקר ב"ד או בדקבלוהו מטעמים הנ"ל, ולפ"ז כיון דלר"ח אין מקום כלל לקושיית הש"ס לפירש"י [זולת לפירושא דתוס' שם דקושי' הש"ס אלא מעתה טעו לא ישלמו קאי דיפטרו משום נעילת דלת, (ובפרט לפמש"כ תוס' שם, דגם לפירושם לא קאי קושיית הש"ס אליבא דר"ח)]. ותו אין לתמוה על הרי"ף בקושי' הנ"ל דס"ל כפירש"י בקושי' הגמרא, וכל עיקר הקושי' לא קשה לר"ח כלל, ואין לומר דמהא גופא מוכח דאין הלכה כר"ח, כיון דסוגי' דעלמא דלא כוותי', דאין מזה הכרע דכמו כן מצינן מסתמא גם אליבא דלא פסקינן כוותי', ובפרט דלדעת הרי"ף יש כמה סתמי מעליא דאזדי רק אליבא דר"ח, והוא סוגי' דבב"ק ובכורות. לימא תנן סתמא כר"מ ומשני כשנונ"ב, וכמו שהביא הרב בהלכות [דלאו קושי' הוא, שהרי בכמה דוכתי אמרי' כן דסתם מתני' כר"מ, אלא חקירה בעלמא הוא], ואין מקום לזה רק אליבא דר"ח, וכמש"כ לעיל [בסי' נ"א אות ב', ובסי' נ' אות י"ג] יעו"ש:

גם קושיית נמו"י מנטילת רשות יש לדחות, חדא דמסתמא ניחא ליה שיקום הדין שפסק ושלא יתבזה בפני המון ע"י חזרת הדין, ועוד כיון דלר"ח פטור עד שישא וי"ב, הרי לעולם לא ירצה המתחייב בדין לקיים הדין ע"י עצמו, בכדי שיתחייב הדיין כשישא וי"ב, ומה אהני ליה בפסק דין שפסק, ואין לומר דיכפוהו ע"י נו"ש [ש"ע סי' י"ט ס"ג], דכיון שרוצה המתחייב בקיומו עד שישא ויתן ביד, ומילתא בטעמא הוא. בכדי לתת תקוה עוד כשיתגלה טעותא, מסתבר דאין יכולי' לכפותו עוד באופן אחר, ועוד דמבואר בש"ך ס"ק מ"ה אות ב' ובאחרונים דבכה"ג הוה כנונ"ב]:

ז עיין באשר"י שהביא דברי הרב בהלכות, והשיג עליו בכמה וכמה קושיות, ומסיים וז"ל הלכך נראה דאין הלכה כר"ח וכו', וצריך להבין דאם הקושיות הללו קשי' גם לר"ח, אף אם נפרש בדברי ר"ח שלא כפירושו בהלכות, הלא מה דעני ר"ח לתרוצי נפשי', יתורץ ממילא גם דברי הלכות, ומדוע נטה לגמרי מדברי ר"ח, ואם הקושיות הללו רק לפירוש דהלכות, מדוע החליט פני הדבר לפסוק דלא כר"ח לגמרי מפני חבילות קושיות הללו, הלא דברי ר"ח שרירין וקיימין בעצמותן וכפום פירוש' דפירשו בו אינך רבוותא, ונלע"ד בכוונת דבריו דכל הקושיות נשגבות שהקשה מתחלה, הן המה רק לפום פירושא דהלכות בדברי ר"ח, דעיקרו משום פסידא דבע"ד, ומשו"ה בסיפא במומחה וקבלוהו או דנטל רשותא חוזר הדין. אולם לדידיה מסתבר כדברי יש מפרשים שהביא בנ"י דטעמי' דר"ח דכל כמה דיש מקום לחייב את הדיין מצד עיקר הדין הוא דקם דינא, ולהכי

כשנונ"ב דחייב הדיין משום מזיק ממש הוא דמחייבינן לדיין והדין קם ביניהם, אבל כשלא נונ"ב דאין עליו אלא משום דד"ג, לכן כל כמה דמצינן למיהדר ליתא לדינא דגרמי. וממילא גם היכא דליתא דתיהדר פטור, כדאמרינן בפרה דר"ט, אך יש להבין כיון דס"ל לנ"י והרא"ש דסיפא דמתניתין דבכורות קאי ארישא, וגם במומחה מה שעשה עשוי, והרי היכא דא"צ לשלם מצד עיקר הדין, אמרינן דהדר דינא. ומכ"ש במומחה דפטור לגמרי. ונראה כיון דעיקר פטורא דמומחה וקבלוהו הוא משום מזלא בישא דההוא גברא גרם ליה למיטעי כדאיתא ברש"י בסוגיין, וכן באשר"י, לכן מהאי טעמא גופי' קם הדין שביניהם. איברא הא תינח במומחה וקבלוהו, כיון שהוא גו"ס וגם הוא בעצמו קבלו עליו, אזי יש מקום לומר דמזלי' בישא דההוא גברא גרם לו שיקבלנו עליו. אבל בנ"ר מר"ג דכל עיקר פטורא דידי' משום הפקר ב"ד כפירש"י שם, והא תינח לענין פטורא דידי', אבל לענין קיום הדין דלא שייך טעם זה, אזי לאוקימתא דר"ח דס"ל דהיכא דאין עליו לשלם מצד עיקר הדין, הדין חוזר. ומכש"כ היכא דפטור לגמרי, ומסתימת הש"ס לעיל דנקט דהאי מאן דבעי למידן ולמיפטר לינקוט רשותא מר"ג ומשמע דקם דינא, ומשום קושי' זו שהביא הרא"ש שם באחרונה, הוא דמסיים הרא"ש דאין הלכה כר"ח דסוגיא דעלמא דלא כוותי':

הקשה תלמידי המופלג החריף והשנון מו"ה צבי מיכל נ"י, דלמה לו לר"ח לאוקמא מתניתין דסנהדרין כשלא נטל ונ"ב, לוקמא לתרווייהו כשנטל ונ"ב, והאי דמחזירין בדנקט רשותא דפטור מלשלם, וכמש"ל בשם יש מפרשים, דנהי דבמומחה וקבלוהו לא סברי כדעת הלכות, היינו מטעם משום מזלי' בישא. אבל בנטל רשות מודים דמחזירים, ואמרתי לו דרישא דומיא דסיפא דקתני דיני נפשות מחזירים לזכות ואין מחזירים לחוב, דלא שייך בהו נונ"ב, ומהאי טעמא תירצתי על קושי' הרא"ש שהקשה על הרי"ף, דלמה ליה לר"ח לאוקמא כאן כשנונ"ב וכו', הוה ליה לאוקמא מתניתין דסנהדרין במומחה דפטור מלשלם, ומשום ה"ט מחזירין משום פסידא דבע"ד כמו בסיפא דאידך מתני', ואמרתי דעיקר קושי' זו היא לשיטתי' דס"ל דדיין מחוייב בדינא דגרמי, אבל לדעת הלכות אליבא דר"ח דדיין פטור בדד"ג לק"מ, דאם נוקמא לתרווייהו כשלא נונ"ב אמאי משלם מביתו, ואם נוקמא לתרווייהו כשנשא ונתן ביד וכאן במומחה, לא הוה דומיא דסיפא דמיירי כשלא נונ"ב, וכיון שגם רישא מיירי בשלא נו"נ ביד, תו לית לן לאהדורי עוד ולאוקמא במומחה דוקא, [וכן כתב בתומים סעי' קטן ה']:

ח ואני בעניי נראה לפרש בטעמא דר"ח דדוקא בנונ"ב הוא דקם דינא, דמסתברא ליה דלעולם אין ביכלתו לבטל השתא בשכבר נגמר הדין, ונחתך הדבר ביניהם, כגון זיכה

את החייב או חייב אה"ז וכבר שילם לו ע"פ גמר דין, אלא היכא דמיפה כח הביטול השתא יותר מן הקיום שבתחלה, אזי הוא דנהרס הקיום לגמרי ותתיצב פני הדבר כפי הביטול, ולהכי כשלא נטל ונ"ב מעיקרא, והשתא נטל ונ"ב להוציא מידו הוא דאזלינן בתר השתא, אבל כשנטל ונ"ב מעיקרא תו בלתי איפשר להחזיק הביטול יותר מן הקיום דמעיקרא, לכן כדקיימי קיים, וכן בטימא את הטהרות כשלא נטל ונ"ב מתחילה, והשתא כשטיהר עירבן עם פירותיו הוא דנתבטל הדין לגמרי. איברא לדעת תוס' דגם לרבנן חייב גם לר"ח בטימא אה"ט וזיכה אה"ח, אלא דאגב אחריני מפרש להו, ועיין לעיל [סי' נ' אות י"ב] מש"כ בביאור דבריהם, והשתא לפום סברא זו כשישא ויתן אח"כ על מה שלא נונ"ב מעיקרא, כגון בטימא אה"ט במותר הפירות שלא נגע בהם מעיקרא, וכן בזיכה אה"ח דמעיקרא לא נו"נ ביד, אלא בשיווי המלוה שיש עליו משכון, ואח"כ ישא בידו בכולו, ויוציא מן הלוה תשלומי כל החוב, וגם בטימא אה"ט יערב המותר שלא נגע בהם בפירותיו, אזי מן הראוי שיתקיים מיהת הביטול במותר, ואיפשר לומר דמכל מקום כיון דמעשה המקצת הוי כמעשה בכולו [כמו שכתבנו שם], תו ליכא השתא דבר יתרון במעשה דהשתא, וקצת ראיה לזה, שהרי לדברי ר"ח מעיקרא סבירא ליה כיון דאמר פטור אתה כמו שנו"נ ביד, הגם דהשתא יוציאנה בפועל ממש מן הלוה, לא הועיל לו מאומה להעדיף כחו דהשתא, כיון דגם מעיקרא דינו כנטל ונתן ביד ממש:

סימן נד

בענין הנ"ל

עוד בדברי רבותינו הראשונים נ"ע.

א עיין רמב"ם בפ"ו מהלכות סנהדרין ה"א ב' ג', ובכ"מ ה"א, דהטור ותשובת רשב"א, ס"ל בדעת הרמב"ם כדעת הרז"ה, דבדבר משנה אפי' כשאינו מומחה או מומחה ולא קבלוהו ולא נטל רשות פטורין אפי' כשנונ"ב ואי איפשר להחזיר, והכ"מ חולק בזה, דכל דנטל ונ"ב וא"א להחזיר לעולם חייב, בין בדבר משנה בין בשקול הדעת, רק בדאיפשר להחזיר הוא דמפלגינן בינייהו, דבדבר משנה מחזירין, ובשקול הדעת קם דינא וישלם, וקוטב דבריהם נשמעים מסדרו של הרמב"ם, מדנקט בהלכה א' דינו של הטועה בדבר משנה, ולא חילק בזה בין נטל ונ"ב ללא נונ"ב, ובין מומחה וקבלוהו או דנטל רשותא לפטור אפי' כשנונ"ב, ולחייב כשלא קבלוהו ולא נטל רשות, מזה דייקו הרשב"א והטור דבדמ"ש לעולם פטור אפי' כשנונ"ב, ודלא כדעת בעה"ת והרב בהלכות והרמב"ן והרא"ש, ולדעת הכסף משנה גם הרמב"ם מודה בזה לדעתם, רק משו"ה הוא דלא נקט כלל בדבר משנה

דינו דנונ"ב, משום דבדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו או נ"ר חייב, דאדעתא דהכי לא קבלוהו ולא נתנו רשות אלא בכדי שהדעת טועה, ועבידי למיטעי וזהו בשקה"ד דווקא: **ב שם** בכסף משנה הלכה ב', מביא ראי' לדברי רמב"ם דבשקול הדעת ולא נו"נ ביד חייב כשאי איפשר להחזיר, דאי לא תימא הכי הוי ליה תלתא ועוד, חדא, דבדבר משנה חוזר ופטור כשאי איפשר להחזיר, ואי נמי בשקול הדעת טעית נמי פטור כשאי איפשר להחזיר, ואי נמי אפי' כשנונ"ב נמי פטור, דמומחה את, וצריך ביאור, דהשתא לר"ח קיימינן דמחלק בין נונ"ב, א"כ היכא דלא נונ"ב הדין חוזר אפי' בשקה"ד, ודבר משנה ושקול הדעת שוין בפרט זה, וא"כ הרי ליכא אלא תרי ועוד, חדא דלא נטל ונ"ב וליתא דתיהדר, ואי נמי נטל ונ"ב נמי לפטור משום דמומחה אתה. איברא שפיר דייק לשיטתיה בדברי הרמב"ם דבדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו חייב כשנו"נ ביד, דהשתא איכא תלתא, דבדבר משנה איכא חד צד מפני דליתא דתיהדר, ובשקה"ד איכא תרי צדדי, חדא משום דליתא דתיהדר, ואי נמי כשנונ"ב נמי פטורא דמומחה קיימא, ומזה הוכיח הרמב"ם דבשקה"ד חייב אפי' כשלא נונ"ב וליתא דתיהדר, דהשתא ליכא אלא תרי צדדים לפוטרו, חדא משום דבדמ"ש וליתא דתיהדר, וא"נ בשקה"ד טעית דליכא לפוטרו מטעם זה, מ"מ פטרינן ליה מטעמא דמומחה, מובן מזה דגם לדעת הטור ורשב"א בדעת הרמב"ם דבדבר משנה אפי' כשנונ"ב וליתא דתיהדר אפי' אינו מומחה פטור דחדא מתרתי מוכרחים בדברי הרמב"ם, או כדעת הטור, או כדעת הכ"מ, מדלא מחלק בהלכה א' בין כשנונ"ב ומומחה ואינו מומחה, וליכלילנהו בהדי הדדי, דבין בדמ"ש בין בשקה"ד דכשנונ"ב וליתא דתיהדר, אזי מומחה פטור, ואינו מומחה חייב] איתא ג"כ לראיה זו שהביא הכ"מ, דא"כ הוי ליה תלתא דבדמ"ש איכא חד צד, משום דאילו הוי קמן הוי הדר, ומטעם זה עצמו אפי' כשנונ"ב, מדלא מחית כמש"כ הרז"ה וכמש"ל [בסימן נ"ב] ביאור הדברים, ובשקה"ד איכא תרי צדדים, חדא משום דלא נונ"ב, ואי נמי נו"נ ביד פטור משום דמומחה את, אלא בע"כ צ"ל דבשקול הדעת חייב היכא דליתא דתיהדר דהשתא גם בשקול הדעת ליכא אלא חד צד:

איברא לדעת רוב הפוסקים דלא סברי כדעת הרז"ה, ולא כדעת הכ"מ ולא כדעת הרמב"ם דמחייב בשקה"ד וליתא דתיהדר, ולא קשי' לשיטתם קושיית הכ"מ, דלשיטתם הרי גם לר"ח ליכא אלא תרי צדדי, חדא משום דלא נו"נ ביד, דאזי שקה"ד ודמ"ש שווין, דבשניהם הדין חוזר ופטור בליתא דתיהדר, וא"נ אפי' כשנונ"ב דבשניהם חייב היכא דליתא דתיהדר, מ"מ פטרוהו משום דמומחה את, ופטור זה הוא ג"כ לשניהם בין בדמ"ש בין בשקה"ד, דוק ותשכח דרז"ה דס"ל דבדמ"ש פטור אפי' כשנונ"ב, ואפי'

בשלא קבלוהו, ס"ל שם דבשקה"ד חייב בליתא דתיהדר, דהרי הקשה שם אפי' על דבר משנה אמאי פטור בליתא דתיהדר, דליחייב משום דינא דגרמי, ותירוצו ליכא גבי שקה"ד וכמ"ש לעיל בסי' נ"ב [אלא דאכתי אינו מוכרח דס"ל כן לר"ח, דרז"ה לא מחייב בשקה"ד בליתא דתיהדר אלא לרב ששת], ולדעת רמב"ן דחולק עליו בדין הראשון וס"ל נמי דבליתא דתיהדר פטור אפי' לר"מ ואפי' בשקול הדעת, ואפ"ה ליכא אלא תרי צדדי, ולפי"ז איכא נפקותא רבה לדינא, דכל הפוסקים דפטרי אפי' בשקה"ד בליתא דתיהדר. וזהו דעת רמב"ן ורי"ף ונ"י ובעה"ע, בע"כ צ"ל דלא ס"ל לא כדעת הרז"ה ורשב"א הנ"ל, ודלא כדעת הכ"מ הנ"ל דמחייב אפי' מומחה בדמ"ש, ונונ"ב, דלדידהו דמחלקינן אפי' כשנונ"ב בין דמ"ש לשקה"ד, הדר הוה ליה תלתא וכמש"ל ועיין:

נמצא דמחדא מהנך תרתי מפקת מיהת מחדא, דאם נימא כקולת הרז"ה ורשב"א דבדמ"ש אפי' נונ"ב פטור, או כחומרת הכ"מ והסמ"ע, דאפי' מומחה וקבלוהו חייב בדמ"ש כשנונ"ב, אזי ממילא נשמע, דבשקה"ד אפי' כשלא נונ"ב חייב בליתא דתיהדר, דאם לא כן הוה ליה תלתא והוא הדין להיפוך דחדא מפקת להנך תרתי, דלדעת הפוסקים דגם בשקה"ד פטור בליתא דתיהדר, ממילא נשמע דלא כקולת הרז"ה ודלא כחומרת הכ"מ דהשתא ליכא אלא תרתי, וכמש"ל, אבל אם נימא כחד מנהו הרי הוא תלתא וכמ"ש הכ"מ, ולפי"ז מתורץ נמי מה דקשה לי ע"ד הסמ"ע בס"ק ח' ט'] דפסק כן לדינא, דבדבר משנה אפי' מומחה וקבלוהו חייב, ועי' לעיל בסי' נ' אות ג', דכתבנו כדמות ראי' בדרך חדוד משיטת הריצב"א], דהרי מדברי נ"י במקומו מוכח להיפוך, שכתב שם דבאיסור והיתר אפי' גמיר וסביר ולא קבלוהו ולא נטל רשות נמי פטור משום דמחוייב להורות, והא דר"א דחייביה לברי' דרב יוסף בר חמא לשלומי דמי תורא, הוא דרך מליצה ולא מדינא, דלמה ליה לדחוקי כולי האי, תיפוק ליה דטעה בדמ"ש הוא כמ"ש תוס' שם, ואזי אפי' מומחה וקבלוהו נמי חייב, והשתא ניחא, דעד כאן לא כתב הסמ"ע כן, אלא בדעת הרא"ש דס"ל דלר"מ חייב אפי' בליתא דתיהדר, והסוגיא קאי אליבא דרבנן דמודים דהיכא דקם דינא חייב אפי' כשלא נונ"ב, ולהכי לר"ש כל הני תרי צדדים גבי פרה דר"ט לא מיירי אלא כשלא נשא ונ"ב דידוע להם דהכי הוי עובדא, וכמ"ש הרמב"ן דאין דרכו של ר"ט בכך. ולר"ח דס"ל כשלא נונ"ב הדר הדין מ"מ מודה דבשקה"ד היכא דליתא דתיהדר דחייב לר"מ, וגבי פרה דר"ט דפטרי ר"ע משום דמומחה הוא, אע"ג דלקושטא טעה בדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו ונ"ר לא מיפטר לדעת הסמ"ע והכ"מ הנ"ל אלא דבע"כ צ"ל דעיקר פטורו הוא משום דאילו הוי קמן הוי הדר ואליבא דרבנן דפטרי בגרמי. אלא משום דלצאת ידי שמים מיהא חייב ולהכי הוסיף עוד פטורא דמומחה כדי

לפוטרו מידי שמים, דלהכי מיהת מהני [וכמ"ש בסי' נ' אות ג']. אבל לדעת הנ"י דס"ל דאפי' לר"מ פטור כל היכא דהוי הדר, וקושי' דרב המנונא קאי נמי אליבא דידן דפסקינן כר"מ. דהשתא תו בלתי אפשר לומר דבדמ"ש אפי' מומחה וקבלוהו חייב היכא דנונ"ב. דא"כ הוה ליה תלתא. [דהשתא דאמרינן שלא כדעת הכ"מ וסמ"ע, אזי ליתא אלא תרי צדדים, חדא דלא נונ"ב וליתא דתיהדר, דשניהם שווים לפטור בין דמ"ש ובין שקה"ד, ואי נמי נונ"ב מ"מ פטור בשניהם משום דמומחה את] כהוכחת הכ"מ הנ"ל, כיון דס"ל נמי דבשקה"ד ולא נונ"ב נמי פטור היכא דליתא דתיהדר, ועיין היטב דהשתא ליכא למימר דפטורא דמומחה הוא רק מחיובא דידי שמים דהא גופא מנ"ל דחייב לרבנן לצאת י"ש היכא דאילו הוי קמן הוי הדר דמסתבר דכשם דלר"מ מחלקינן בין קם דינא להדר דינא לעיקר חיוב תשלומין. הוא הדין נמי לרבנן לא מחייבינן לצאת י"ש אלא היכא דקם דינא. אבל היכא דהדר דינא דאיהו דאפסיד אנפשיה פטור לשלם אפי' לצאת י"ש. ולדחוקי אנפשין ולאוקמא לה רק אליבא דר"מ לחודא, ופטורא דמומחה משום לצי"ש הוא, כיון דמסתימות הש"ס נראה דכל כמה דאיפשר לאוקמא כרבנן, אזי דחקינן אנפשין ומוקמינן לה. שהרי גבי דן את הדין וכו' אמרינן לימא תנן סתמא כר"מ ומתרץ שמה ומדחקינן לה בדרך רחוקה בכדי לאוקמא לה כרבנן ובפרט לאוקימתא דר"ח שם דמיירי כשנונ"ב, אזי פשיטא דאתי' נמי אליבא דרבנן [וכן בב"ק דף ק' מהדרינן שם להוכיח מסתם משנה מכל הש"ס דאתי' כר"מ דדאין דינא דגרמי ולא אשכחן] ובשגם לאוקימתא דר"ש משמע לכאורה שהוא אליבא דר"מ דדאין ד"ג. דלא מיבעי' לדעת תוס' ורא"ש דהיכא דקם דינא חייב אפי' לרבנן. פשיטא דאתיא ליה ככולי עלמא, אלא אפי' לדעת החולקים. כבר כתב הרמב"ן במלחמות דר"ש משני ליה רק על מה שעשה עשוי וישלם מביתו. מוקמינן ליה כר"ח כשנונ"ב. והשתא עובדא דר"ט סיפא דדן אה"ד פשיטא דלא מוקמינן לה [בפרט אליבא דר"ח לדעת הרמב"ן ונ"י וריי"ף ובעה"ע] דאתי רק אליבא דר"מ ופטורא דמומחה רק מלצאת י"ש הוא דצריכינן ליה כיון דנראה בעליל מסוגיות הש"ס בבכורות ובב"ק דלא ניחא להו לאוקמא לסתם מתניתין בזה כר"מ בדינא דגרמי, מדלא מוקמינן לסתם מתניתין בפשטא וכשלא נונ"ב וכר"מ] אלא על עיקר חיובא קאי, ואפ"ה ליכא אלא תרי ועוד חדא משום דליתא דתיהדר ובין שטעה בדמ"ש או בשקה"ד שניהם שוים בזה כיון שלא נונ"ב. ואי נמי אפי' כשעשית בידים נמי פטור בשניהם משום דמומחה את. ודלא כדעת הכ"מ אליבא דרמב"ם, דבדמ"ש אפי' מומחה חייב. דא"כ לשיטתם דסברי דאפי' בשיקול הדעת ולא נשא ונתן ביד פטור היכא דליתא דתיהדר, והוה ליה תלתא ועוד דחד צד בדמ"ש, ותרי צדדי בשקה"ד, וכמש"ל בתחילתו:

ג הטור [**סי'** כ"ה] מביא בשם רמ"ה, דאפי' לר"ש לא אמרינן קם דינא, אלא כשנחתך הדבר לגמרי קודם שנודע טעותא, כגון בזיכה אה"ח או בחייב אה"ז ושילם הלה אחר גמר דין אבל כשנודע טעותא קודם ששילם, אזי לכ"ע הדר דינא. ומביא שם בשם הרא"ש גבי עובדא דר' ישמעאל בר' יוסי ור' חייא שחולק ע"ז וס"ל דגם בזה קם דינא, ועיין ש"ך ([ס"ק כ"ט] שסותר ראייתו של הטור מדברי רא"ש הנ"ל, ויותר תמוה שהרי מבואר להדיא בדברי תוס' בב"ק במסקנת דבריהם שם. וכן באשר"י בשמעתין דף ל"ג בסי' ד' בפירושו בסוגיא דב"ק. דהא דדייקינן לה ממתניתין דדן את הדין דאתיא כר"מ דדן דד"ג מטיהר את הטמא וחייב אה"ז קא דייקינן לה כיון דאילו הוי קמן הוה הדר, הרי להדיא דסברי כדעת הרמ"ה:

ובכדי ליישב דברי הטור שלא יהיו תמוהים כל כך נלפע"ד דהכי פי', דכיון דמטיהר אה"ט שפיר מוכח להדיא דאתיא כר"מ דדן דד"ג וסתם מתניתין כר"מ, ממילא מוכח גם מחייב את הזכאי, דמשום דד"ג הוא דמחייבינן ליה לר"מ, כיון דר"מ ס"ל בסנהדרין [דף כ"ד] דבאתן לך אפי' לאחר גמר דין יכול לחזור בו. אבל כששילם לו אח"כ פשיטא דאין יכול לחזור בו, דהדר הוי ליה השתא כמחול לך, ומבואר בש"ך ס"ק י"ב דגם לדידן באתן לך דיכול לחזור בו כגון בקבלוה ולחד כתלת. אכן כששילם לו תו א"י לחזור בו, ולעיל [דף ו'] מוקמינן למתניתין דדן את הדין אליבא דר"א דשנים שדנו אין דיניהם דין דמיירי בקבלוהו. וכיון דאליבא דר"מ אפי' כשלא טעה היה יכול לחזור בו קודם ששילם. וכיון דאילו הוי קמן הוי הדר תו ליכא מקום לחייב את הדיין רק משום דד"ג. אבל אליבא דידן דפסקינן דאפי' באתן לך אין יכול לחזור בו, רק משום טעותא הוא דרוצה לחזור בו שפיר נוכל לומר דגם בזה קם דינא ומחוייב הלוה לשלם לו, והוא יתבע מן הדיין [דאפי' לדעת הפוסקים דבתרתי לריעותא יכול לחזור בו, וכדעת הש"ך (סי' כ"ב ס"ק ב') דביחיד שקבלוהו כתלתא הוי ליה תרתי לריעותא, זהו כשקבלוהו בפירוש כתלתא אבל הכא דקבלוהו בסתם איכא למימר דקבלוהו עליו כיחיד מומחה]:

ד יש להתעורר לדעת הרז"ה והש"כ וכן משמע מכה"פ דבחייב את הזכאי לא אמרינן קם דינא עד שישלם לו, ובחיוב תשלומי הדיין תלוי במחלוקת הפוסקים, דלדעת התוס' והרא"ש ורמב"ם מחוייב לשלם אליבא דידן דפסקינן כר' מאיר, דגם היכא דאילו הוה קמן הוה הדר לא יצא מכללא דגרמי, ולדעת הרי"ף ובעל העיטור ורמב"ן ונימוקי יוסף קם דינא בטעה בשיקול הדעת והדיין פטור, וא"כ לכאורה יש להבין דאיך יכולין לירד לדין עד שיתנו בפירוש בין לדין בין לטעות דאז יפטור הדיין לגמרי כשיטעה בשיקול הדעת אבל כל שלא התנו כן, יפסלו לגמרי לדון דנוגעים הם שהרי יטו דעתם יותר לחייב את

הנתבע מלפוטרו, שהרי אם יפטרוהו הרי קם דינא מיד לאחר גמר דין והוא חייב לשלם, ובאם יחייב את הזכאי הרי איפשר דיתוודע טעותא עד שלא ישלם לו, ואפי' יתוודע אח"כ ג"כ פטור לדעת הפוסקים הנ"ל, דהיכא דאילו הוי קמן הוי הדר פטור מלשלם, [מיהא כשירדו לדין וזיכו את הנתבע אזי כבר נסתלקה הנגיעה. איברא בתחילת הדין וכן בחייבו את הזכאי מאי איכא למימר], ויש לומר דגם בחייבו את הזכאי עודנו לא יצאו מכלל תשלומין אם יטעו, שהרי הלוה יכול לומר לו אני איני רוצה לשלם לו מידי ליד המלוה, והרי תשלומין שחייבו אותי בידו הוא יקחנו הדיין ויתננו לידו, וגם מסתמא יעשה כן בכדי שלא יהיו מעותיו מונחים על קרן הצבי אם יתוודע אח"כ שטעה, והדיין בע"כ יעשה כדבריו ואז יתחייב לשלם מפני שנטל ונתן ביד, וכיון שבין כך ובין כך לא יפלטו מתשלומין, כבר נסתלקה הנגיעה מזה. וראיה לזה מסוגיין דאמרינן מעיקרא אליבא דרב חסדא כיון דאמר ליה פטור אתה הוי כנשא ונתן ביד, וקשי' לכאורה כנ"ל דא"כ נוגעים הם מתחילה. אלא כיון שגם בצד ההיפוך לא ימלטו לגמרי וכמ"ש בזה סגי לסלק הנגיעה:

ה השי"ך [ס"ק י"ד אות י"ח] הניח בתימה על הרמ"א וז"ל. ומעתה אני תמה על הרב שפסק בי"ד [סי' רמ"ב סל"א] דאפי' טעה בשיקול הדעת יוכל לישא וליתן עם המורה עד שיחזור, ותרי תמיהי קא חזינא הכא וכו', הרי הר"ן גופי' כתב שלענין מעשה אין בו כח לחלוק על אבות העולם וכו' והם הראב"ד והרמב"ן והרשב"א וכבר הוכחתי שכן דעת הרא"ש ור"י, ותו דנהי דפסק כן הר"ן היינו לשיטת הרי"ף דפסק כר"ח וכו', אבל למאי דקי"ל כרוב הפוסקים דפסקי כר"ש אין יכול לחזור ולהתיר, וכדהוכחתי לעיל מהש"ס דפרק אחד דיני ממונות ומרש"י וברטנורא להדיא. והרי הרב גופי' כתב להדי' בהגהה לקמן [סעיף ג'] דברי הי"א דפסקי כר"ש א"כ דבריו בי"ד צ"ע והעיקר לענין דינא כמ"ש עכ"ל:

ולפענ"ד נראה דהרמ"א הכריע כן מסברא דנפשי' דבאופן זה כ"ע מודים ולא תליא מילתא בפלוגתא דר"ש ור"ח, וגם הראב"ד ורמב"ן מודים בזה, ושורש הדברים כיון שחידשו לנו רבותינו הראשונים דאפי' ר"ח מודה בדיני איסור והיתר מטעמא דשוויי' חתיכה דאיסורא ואפי' כשלא נטל ונתן ביד מה שעשה עשוי, אזי האירו עינינו במה שהוא בל"ז במיצרים, ולא במישרים, באוקימתא דר"ש דס"ל דטעה בשיקול הדעת קם דינא, דנהי דמוציאין מיד המוחזק ואינו יכול לומר קים לי כיון דסוגיא דעלמא אזלא כאידך, מ"מ השתא שכבר נפסק הדין ונחתך הדבר לגמרי על פי פסק דינם לכן אלימא מילתא דב"ד ולא מהדרינן עובדא, כדאשכחן בעלמא דא"כ מה כח ב"ד יפה אבל בהוראת

איסור והיתר דיכול להורות לעצמו, ול"ש בזה משום אלימא דב"ד, אמאי לא יכול לחזור בעצמו כיון שטעה להדיא, אכן כיון דחידשו השתא דשייך בזה משום דשוויי' חתיכה דאיסורא ניחא, דגם לרב ששת אמרינן כן דמהאי טעמא גם בדיני איסור והיתר קם הדבר באיסורו, ואע"ג דהאי טעמא לא שייך אלא בחכם שהוא גמיר וסביר בהוראה, אבל לא בגמיר לחוד. ורישא דמתניתין דדן את הדין מיירי בגמיר לחוד, מ"מ ניחא כיון דאוקמינן לה בגמרא דמיירי בקבלוהו, ה"ז כאילו מסר בידו אפי' לשוויי' חתיכה דאיסורא, וכדאי' בתרומת הדשן [סי' רנ"ד] בפסקי מהר"י [ובדרכי משה מביאו בסי' קכ"ג אות ד'] דאם המורשה קיים הדבר בשבועה דצריך המרשה לקיים, כיון דשליח שוויי' ושלוחו של אדם כמותו, וכן הביא הרמב"ן בפרק יש נוחלין [דף קכ"ו:] בד"ה הרי וז"ל בתוה"ד שם ואיכא למידק נמי תנאי שבנזיר היכי הוי תנאה והרי כל תנאי שאי איפשר לעשות ע"י שליח לאו תנאי הוא וכו' ואחרים אומרים נזיר נמי משכחת ליה ע"י שליח שאומר אדם לחבירו הריני נזיר על דעתך וכל זמן שתרצה תדירני עכ"ל, וכיון דקבלוהו גם לזה שיהיה כבעלים לשוויי' חד"א, שוב אינו יכול לחזור ולומר אילו ידעתי שסוגיא דעלמא אזלא כאידך לא אסרתי מתחילה, דנהי דדמי לפתחא מעליא דפתחינין בי' לעקור הנדר מעיקרא, אכן הוא בעצמו שעיקר הנדר נעשה על ידו לא מצי למיחל, כדכתיב לא יחל דברו הוא לא מצי למיחל אבל וכו' [נדרים פ"א ע"ב]. אלא דלא מיירי מזה:

ואל תתפלא בזה שהרי לדעת הנ"י ובעה"ט גם בדיני ממונות מיירי באין גדול ממנו, לאוקימתא דרב ששת ורב חסדא, ולפ"ז בחכם שהורה לטמא ולאסור וטעה בשיקול הדעת, אזי אם חכם אחר מחזירו והוא מסכים לזה. בזה גם הראב"ד והרמב"ן מודים כיון דאחרים מחלין לו, אכן כשאינו מסכים לא מהני מידי דאי איפשר לבטל הנדר בע"כ, רק דפליגי ביש גדול הימנו והוא אינו מסכים אזי לדעת הראשונים שהוא מטעם דשוויי' חתיכה דאיסורא נשאר באיסורו, ולדעת הר"ן שהוא שלא יראה כשתי תורות. וזהו כששניהם שווין אבל לא נגד גדול הימנו. אולם כשהראשון מסכים להשני ושניהם מומחים ס"ל לרמ"א דאפי' בששניהם שווין מודים רבותינו הראשונים דחוזר להיתרו, דנהי דלדעתם דהא דקתני חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר הוא מצד דשוויי' חד"א. אבל מ"מ אחרים מחלין לו ואפי' ביחיד מומחה דגמיר וסביר סגי מדינא אע"ג דלא סמיך, כדאיתא בש"ע יורה דעה [סי' רכ"ח סעיף א']:

סימן נה

בדיני קרוב או פסול

בעזה"י חורף תרכ"ה לפ"ק עה"ק ירושלים תובב"א

א יש להתבונן בדין נמצא אחד מהם קרוב א"פ דמבטל כל העדות, דבע"כ מיירי דהכשרים אומרים שהפסול היה באותו מעמד כשראו עדותן, ועי"ז נתבטל כל העדות מהיקשא דשלשה לשנים, אבל ע"י הפסול לחוד שאומר שראה ג"כ והכשרים אינם יודעים מזה כלום, אזי פשיטא דלא מהימנינן לפסול לבטל עדות הכשרים, וכ"כ הש"ך בסי' ל"ו ס"ק ה' בפירוש], כשם דלא מהימנינן ליה להכחיש עדותן לגמרי, ואע"ג דסוף סוף הרי דמהימנינן לפסול לומר דלאסהודי אתא, לדעת רוב הפוסקים [לבד לדעת רח"כ דשיילינן להכשרים], דש"ה כיון דעיקר הדבר שנצטרפו בשעת ראייה ידעינן ע"י הכשרים, והשתא כיון שגם הפסול בא לב"ד והעיד, אזי הוכיח סופו על תחלתו, וכמ"ש תוס' לדעת רח"כ במכות [דף ו'] בד"ה לאסהודי אתיתו, וכיון דמצרכינן שעיקר הצירוף יתודע עפ"י הכשרים ועל ידם נתבטל כל עדותן, וקשיא אמאי לא נימא פלגינן לדבורייהו, כיון שיש בעדותן צד המקיים שהוא עיקר העדות, וגם צד הביטול במה שהעידו שנצטרפו עם הפסול, ונסלק צד המבטל וישאר צד המקיים לחודא בתקפו כמו דאמרי' בפלוני רבעני לרצונו, ובשטר מתנה לקרוב ולרחוק, דלולא שגזרו לדילמא אתי לאחלופי, כמ"ש האשר"י במס' מכות בסוף פ"ק הוי אמרינן דפלגינן דיבורא. זולת לדעת הראב"ד ניחא דס"ל דלא אמרינן פ"ד רק היכא שמעיד על עצמו, כיון שאין על עצמו תורת עדות ולא נכנס לקרותו בתורת ביטול, אבל לשאר פוסקים קשיא לכאורה:

ותירצתי ע"ז בימי חורפי דכללא הוא דגם לדעת הפוסקים החולקים על הראב"ד, לא אמרינן פ"ד רק היכא שבצד הבטל לית להו לסהדי תורת עדות כלל, שגם אם ישקרו בזה אינם עוברים על לא תענה, ולהכי מסלקינן לצד המבטל לגמרי וכאילו לא הגידו כלל, דבכל דבר שאינם מוזהרים על לא תענה ה"ז כאילו הגידו חוץ לב"ד, ונשאר לצד המקיים שיש בו תורת עדות אשר מוזהרים להגיד הדבר לאמתו בתקפו, משא"כ היכא שמוזהרים על צד המבטל כמו ע"צ המקיים, תו לא שייך כלל לסוג זה לסלק צד המבטל מצד המקיים, כיון שגם על צד המבטל יש עליהם תורת עדות ומוזהרים עליו כמו על צד המקיים, תו אי איפשר לסלק לצד המבטל כיון שהעדים כשרים ומוזהרים עליו כמו על המקיים, ולהכי כיון שהכשרים העידו שנצטרף הפסול עמהם ומוזהרים ע"ז כמו על עיקר עדות דעלמא, תו לא שייך כלל לומר ולדמותו בזה לתורת פ"ד, וזה ברור ופשוט:

ב יש מקום להסתפק היכא דעדים כשרים אינם יודעים אם נצטרף הקא"פ כלל בשעת הראיה אם לא, רק שהבעל דין מודה לפסולין שנצטרפו גם הם, אי אמרינן בזה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, או דילמא דמ"מ נאמן על טענתו במיגו דאי בעי לא יודה להם בזה והיה טוען לא שמתי לבי על זה, דאפי' במקום שיש שני קא"פ ולדעת הרא"ש דלא

אמרי' מיגו במקום עדים פסולים, [בתשובת הרא"ש כלל ס"ו סי' ח' מובא בש"ך סי' נ"ח ס"ק י"א] דזהו היכא דצריך להכחישם לגמרי, אבל בכה"ג דגם בטענת א"י לחוד סגי, דבזה לא שייך לומר דטענת א"י גרוע הוא, דזהו על יסוד ועיקר טענתו, אבל בדבר שהוא בגררא בעלמא מנ"ל, ואפי' לדידן דפסקינן כרב יוסף בזוזי [בב"ב (דף ל"ב:) ובתוס' שם ד"ה והלכתא], איפשר לומר דש"ה דלית ליה שטרא כיון דמודה דשטרא זייפא הוא, אבל בנ"ד דמסייעי ליה עדים כשרים מהימנינן ליה במיגו אפי' להוציא, שהרי לדברי עדים ברור הדבר שהלה חייב לו, דמצד ספיקא דפסולין לא מפקינן מידי ודאי דכשרים:

ג והנה בדין זה מסתברא דאפי' במקום דלית ליה מיגו למלוה, נאמנים העדים הכשרים בעצמותן על ההלואה, כיון שהם לא ידעו כלל מההצטרפות של קא"פ בשע' שהעידו לפני הב"ד רק דאח"כ הודה המלוה שגם הקא"פ נצטרף אז בשעת ראייתן, ונתבטלו ע"י הודאתו מתורת עדים מגזה"כ, מ"מ לגבי ממון דלא איברי סהדי אלא לשיקרא, והכא דבשעה שהעידו, הרי אית בהו כל תוקף ועוז ככל עדות דעלמא דהתורה האמינתן, דחזקה אלימתא הוא דשנים כשרים שאינן נוגעין בזה לא יעברו על לאו דלא תענה דליתא בחזרה, והשתא בנ"ד נמי נהי דהשתא פסולין ע"י הודאת המלוה מצד גזה"כ, דכיון דגבי ממון לא בעינן לכל עיקר עדות אלא לברר האמת מן השקר, והרי כבר נתברר עיקר הדבר ע"י חזקה אלימתא, ועיין:

ולברר הדברים היטב, נראה דהא דמשה ואהרן פסולין אפי' לגבי ממון אע"ג דנתברר האמת על ידם, היינו טעמא דכל הפסולים מה"ת דלית להו תורת עדות אינם בכלל לאו דלא תענה, וכל עיקר היסוד לכל עדות שבתורה, הוא משום יסוד מושגב ע"פ התורה הקדושה דבודאי לא יעברו על לאו דלא תענה דליתא בחזרה, והשתא גבי קא"פ או שנמצא א' מהם קא"פ דהתורה פסלתן, הרי כבר נסתלק עיקר היסוד ולא נותר אלא אומדנא לחוד דמשה ואהרן לא ישקרו בכל חללי דעלמא, וע"י אומדנא לחוד לא מפקינן ממונא מה"ת:

ולפי"ז נראה דמסתבר לומר דהיכא דבשעה שהעידו נעשו קרובין זל"ז או לבע"ד שלא בידיעתן, ואחר כדי דיבור נודע הדבר, [דאם נודע להם תכ"ד, כיון שעדיין לא נגמר עדותן ויכולים עוד לחזור כמ"ש תוס' ב"ק (דף ע"ג:) ד"ה שהעידו, שלא נעשו פסולים אם העידו שקר רק מאחר כדי דיבור, וא"כ משעה שהעידו אין כ"כ ראיה רק מאחר שלא חזרו תכ"ד, והלא נודע להם אז שהם קרובים ולא עוברים על ל"ת, ע"כ עמדו בעדותן]. נראה דמסתברא שהב"ד גומרין הדין על פיהם, דנהי דיצאו מתורת עדות עפ"י גזה"כ ולית בהו תורת הזמה [וכמש"ל באות ה'] כיון שכבר יצאו מתורת עדות לגמרי. אבל מ"מ חזקה

אלימתא הוא שאמת יהגה חכם כיון דסבירי שעוברים על לאו דל"ת, ומתורת חזקה לא נתבטלו, והרי נתברר לנו האמת ע"י חזקה אלימתא כזאת:

והא דהקשו תוס' סנהדרין [דף ל"א.] בד"ה שבית שמאי, דלב"ש גם בשתי כתות יתבטל עדותן כיון דנמצא בהם כת אחת הפסולין, דבפשטא משמע אפי' לאחר כ"ד, (וכן משמע מדברי תוס' שם בתי' השלישי, והוא כדעת רש"י בסוגיא דמכות דגם בקא"פ בעינן תכ"ד, וכ"כ בנתיבות ריש סי' ל"ו, או לדעת קצה"ח שם ס"ק ד' דקושיית התוס' אזלא בתכ"ד, הוא מטעם אחר, כיון דלא נצטרפו בפסלות עי"ש], דהשתא אם כת שניה פסולין יחתיך הדין עפ"י כת הראשונה, כיון דבשעה שהעידו כבר עברו על לאו דל"ת, די"ל דמ"מ קשיא להו שפיר דמצד ספק לא נוכל להוציא דדילמא הראשונה פסולה, ונמצא דכת שניה יצאה מתורת עדות כיון דהתורה פסלתן ותו לית בהו לאו דל"ת. ובזה יש לצדד להטעים תירוצם הראשון כיון שאין הפסול ידוע לכן מספיקא לא מפקינן מידי ודאי שלפנינו:

ד ועפי"ז יש ליישב דברי מהרש"ל ביש"ש ב"ק פ"ד סי' י"ח [מובא בקיצור בש"ך סי' ל"ב ס"ק ד'], וז"ל יש בני אדם כשהם חייבים לאחרים מחפשים תואנות וטצדקי נגד התובעים להשמט מהם כו' עיי"ש וסוף דבריו וז"ל, לכן נראה בעיני דהא דשרי למיטען כה"ג אף שהוא איסור גמור רק שאינו גזל כו' היינו היכא דיש לאחד תרעומות גל השני, כגון השואל ששאל השור בחזקת תם כו' וכה"ג בכל טצדקי דיכול למעבד ולמיטען בין לפטור עצמו בין לחייב חבירו שפיר דמי ולא דמי לשלשה שנושים באחד כו' אף דאין לך תרעומות גדולה מזו, שא"ה דמעידין עדות שקר שאומרים חייב הוא כל המנה לזה ואינו אמת, וגם עדותן אינו עדות מאחר שנוגעים בעדותן, וא"כ רחמנא הוא דפטרה לזה בטענתו ואינו חייב, והם הוציאו ממנו שלא כד"ת, ואי הודו אח"כ בב"ד פשיטא דמחוייבים להחזיר לו המנה וליכא כאן מיגו דמיגו במק"ע נ"א, והודאה שהוציאו ממנו מנה שלא כדין כמאה עדים דמי, וגם איתרע חזקתייהו דלאו קושטא קאמרי, אבל הכא ליכא כאן טענת שקר דהא אי עביד כל חד וחד כמה דטען מה שעשה עשוי, דהמזיק שיעבודו של חבירו פטור, וכן אם מעריקו לאגמא כדי שלא יסקלוהו בשרו מותר, הילכך אע"ג דלא עביד ולא שרי ליה לכתחלה, מ"מ מאחר דאית ליה תרעומות ע"ח אין יכולים הב"ד לסלק טענותיו ולמחות בידו והוה כמאן דעביד ושפיר פסקינן ליה הכי, וכל כה"ג דאית ליה תרעומות וטענתו איתא בכה"ג דאם אירע בדיעבד הוה ביה ממש, אין ביד הב"ד למחות בידו, ואפ"ה ירא שמים יזהר, אבל בחוב שאדם חייב לחבירו פשיטא דפשיטא דליכא שים צד שריותא למעבד ליה טצדקאי כדי שיתפשר, עכ"ל. ועיין באו"ת [סי' ל"ז] באורים שם (פ"ק י"א) וז"ל אין באותה הודאה ממש דכיון שהגיד כו' סמ"ע,

ולא נאמר דנאמנין לגבי עצמן דהא אומרים אמת העידו ויש להם מיגו דשתקי, והא דנתן טעם דאין נאמנים להפסיד לחבירו זכות ממון דכיון שהגיד, ולא מזה הטעם דאמרו אמת העדנו וה"ל מיגו, דבכל גווני מיירי אפי' עדיין לא גבו החוב, ומשום מיגו הו"ל מיגו להוציא, ולכך נתן טעם משום כיון שהגיד וכו', ולגבי עדים עצמן בחלקם פשיטא כל זמן שלא גבו דא"י לגבות, אבל אם כבר גבו אין מוציאין מידם, ולכך לא הזכירו הש"ע ותשו' חזה התנופה מענין החזרת חלקם דבר, וזה ראיה דלא כיש"ש לעיל סי' ל"ב עכ"ל. וכן הקצה"ח [בסי' ל"ב ס"ק ב'] השיג על הישש מההיא דגחין ולחיש ליה לרבה בפרק חז"ה (דף ל"ב) ע"ש באריכות ובתוך הדברים כתב שם וז"ל וא"כ לכל הפי' בין לפי' רשב"ם בין לפי' תוס' אין להוציא מיד העדים הללו כלום, דלפי' רשב"ם דהוי ספיקא דדינא א"כ ודאי אין להוציא, ולפי' תוס' א"כ טעמא דהלכתא כרב יוסף בזוזי משום מיגו להוציא, וא"כ הכא שכבר הוציאו הו"ל מיגו להחזיק וכו', וא"כ מכל השיטות והפירושים שנאמרו בזה מבואר האי דינא דאין להוציא מיד העדים הללו את הממון וכו' עכ"ל, וכן בסי' ל"ב] תמה האורים ע"ד יש"ש וז"ל והדבר צ"ע למאד כי מה במקום עדים שייך כאן כיון דהפה שאסר הוא הפה שהתיר הם אמרו דהעידו בערמה והם אמרו דחייב להם באמת. וגם מהך דאיתרע חזקתו לא ידעתי מנלן סברא זו להוציא ממון שלא כדין וצ"ע וכו' עכ"ל. ולפעד"נ דדברי הישש נכונים וברורים בטעמו ובסברתו עפ"י הקדמת והוצעת הדברים שכתבנו למעלה:

ועוד נראה להקדים מילתא דפשיטא ומסתבר, היכא דקרובים או נוגעים בעדותן או שאר פסולים העידו בשקר לפני ב"ד ונתקבל עדותן מפני שהב"ד לא ידעו בנגיעתם ובקורבתן, דמילתא דפשיטא הוא דעוברים על לאו דל"ת, דאטו מפני שהערימו והעלימו קורבתם או נגיעתם יעדיפו בלאו דל"ת, ס"ס הרי העידו בשקר במקום שנתקבל עדותן, וכן משמע מדברי רבותינו האחרונים בכמה מקומות, [ולקמן יתבאר ראיה לזה]. והנה מילתא דפשיטא הוא בשלשה שתבעו לאחד ולא נודע כלל שהם שותפים דלא מהימנינן להו במיגו שהיה אחד תובע ושנים עדים [אפי' לרבה דאית ליה מיגו להוציא או גם לדידן היכא שתפסו בעדים דהוה מיגו להחזיק]. וטעמא דמילתא דיסוד מושגב הוא עפ"י התורה בכל עדות דמסתמא לא יעברו על לאו דל"ת דליתא בחזרה, ועפ"י תוקף זה מהימנינן להו אפי' נגד חזקה ורובא, תו לא שייך לומר דנהימנינהו שטענתם אמת במיגו דא"ב מסהדי בתורת עדות, דזהו הנותנת שטענתם הוא בשקר, ומשה"ט גופא הוא דלא נכנסו להעיד בת"ע מפני שלא יוכלו לשקר ולעבור על לאו דל"ת דליתא בחזרה. ולפי"ז בשלשה שהודו אח"כ ששנים מהם שהעידו היו שותפים בממון זה אכן הדבר

בעצמותו הוא אמתי, דהשתא שהודו כולם שוב יצאו מת"ע לגמרי כיון שהודו שהם בע"ד. דהשתא נכנסו בהודאתם לתורת בעלי דברים לגמרי ונסתלק מהם הלאו דל"ת דליתא בחזרה, ולבשו מדותם רק בלאו דלא תגזול דהוא נסוג בכמה מעלות אחורנית וגם איתא בחזרה, דאע"ג דהיכא שהעלימו קורבתם והעידו בפני ב"ד ונתקבל עדותן כבר עברו על ל"ת, דשא"ה דאיכא הודאת בע"ד שהרי הודו שלא היו הדברים מעולם בפני סהדי כלל ואפי' אם נהימנינהו במיגו, מכל מקום מיגרעו השתא ע"י הודאתם באם יבאו עידי הכחשה דהשתא לית להו מיגו, ואילו לא הודו הוה אזלינן בתר המוחזק והרי המה מוחזקים השתא:

וזהו כוונת הישׁ"ש דהוי מיגו במק"ע, כיון דאנן סהדי שלא יוכלו לשקר בלאו דל"ת, ועל יסוד זה הוא כל תוקפא דעדים בכל התורה כולה, והא שהעידו מתחלה הוא מפני שסמכו א"ע גם מתחלה שיודו אח"כ שהם בע"ד ונהימנינהו בתורת בע"ד במיגו, ומשום ה"ט גופיה אנן מתברינן לגזיזייהו מינייהו, ואמרי' דלית להו מיגו, ומפני שאינם יכולים להשאר בת"ע מפני דחמירא להו כל כך הוא שהכריחם להודות, ומוטב לפניהם לשקר בלאו דלא תגזול דאיתא בחזרה:

ומש"כ הישׁ"ש דאיתרע חזקתייהו דלאו קושטא קאמרי, כוונתו, כיון דגם השלישי שהעידו לו הודה אח"כ שהעדים היו שותפים, דמה לו להודות ולהורע לעצמו בדבר שכבר זכה בדין, וגם עתה עודנו טוען שהדבר בעצמותו הוא אמתי, אלא שהסברא מחייב שהוכיח סופו על תחלתו ששקר הדבר בעצמו ובשאט נפשם רצו לגזול את חבירם ובתחבולה ובתרמית לבם עשו כזאת, והיו השנים שהעמידם לעדים יראים לעצמן שלא יעברו על לאו דל"ת דחמירא טובא וליתא בחזרה, ולזאת חיזקו הדברים ביניהם בשבועות ובנדרים ובערבונות שיודו כולם, כי היכי דליפקו מחרב חדה המונחת על צואריהם, וכמ"ש תוס' בב"ק. (דף פ"ט) ד"ה כל בענין מכירת כתובתה]. ולפי"ז תו ל"ק קושיית האורים בסי' ל"ז] מדברי תשובת חזה התנופה, דהתם כיון דבע"ד שהעידו לו לא הודה, תו ליתא לשני הטעמים של דברי יש"ש הנ"ל, כיון דאכתי עוברים על לאו דל"ת של חלק השלישי, שפיר אית להו מיגו על חלקם וגם הטעם דאיתרע חזקתייהו והוכיח סופו ע"ת לא שייך שם כמובן וגם קו' קצוה"ח מגחין ולחיש לק"מ, דהתם גבי בע"ד עצמו שאני דאית ליה מיגו מעלייתא, וזה נכון וברור לפענ"ד:

ה עיין רמב"ם (פ"כ מה' עדות ה"א] וז"ל אין עדים זוממין כו' ולא משלמין עד שיהיו שניהם ראויין לעדות כו' אבל אם הוזם אחד מהן בלבד כו' או אחר גמר דין ונמצא א' מהם קא"פ אין נענשין אע"פ שהוזמו ונפסלו לכל עדות שבתורה עכ"ל. והנה יד"נ ושארי

הגאון מהו' מאיר שהיה אבד"ק קאליש כאשר אמרתי לו הדברים שכתבנו לעיל [באות ג'], והשיב שהדברים בעצמותן מסתברים ונכונים. אולם מדברי הרמב"ם מוכח דבנמצא א' מהם קא"פ עוברי' בל"ת והן הם דברי הרמב"ם הנ"ל, ומדכתב דנפסלו לכל עדות שבתורה ש"מ דעוברים על לאו דל"ת שהרי הרמב"ם בספר המצות] לית ליה כרמב"ן שפי' בחומש דהא דכתיב ל"ת ברעך עד שוא. דלישנא דשוא משמע דאפי' כשאין תועלת בעדותן עוברים על ל"ת עד שוא, וה"ט כיון דע"י הכשרים היה תועלת בעדותן לולא צירוף הפסול ולהכי כשהוזמו נפסלו. והשיבותי, שהרי ציור דברי הרמב"ם בהלכה זו קאי רק על שני עדים ואחד מהם קא"פ ונגמר הדין והוזמו דנפסלו שניהם לכל עדות שבתורה, והרי בקרוב או בפסול אין בו שום תועלת ואפ"ה נפסל. אלא ה"ט כיון דנגמר הדין על פיהן הרי בע"כ צ"ל דמיירי שהב"ד לא ידעו בקורבתן, דאזי בין שהם ידעו מקורבתם ובין דלא ידעו עוברים על לאו דל"ת כיון שנתקבל עדותן, [וזש"כ לעיל באות ד' שיתבאר לקמן ראיה מוכרחת לדין זה], ואפ"ה אינם נענשים דלאו דל"ת הוי לאו שאב"מ, רק מתורת הזמה דוהצדיקו אה"צ וגו' והיה אם בין הכות וגו' הוא דלוקין גם בדבר שלא נוכל לקיים דין הזמה כגון בבן גרושה וכה"ג, ובדין זה כיון שהפסול אינו ראוי לעדות תו לית ביה דין הזמה. וזהו שהקדים הרמב"ם בתחלה וכתב אין עדים זוממין נהרגין ולא לוקים ולא משלמים עד ששניהם ראויין לעדות, דבע"כ קאי על שנגמר הדין על פיהן כדין, ואפ"ה לית בהו תורת הזמה מפני שאינם ראויין לעדות בעצמותן, ומשוה"ט כתבנו לעיל. דנהי דדנין עפ"י קרובים היכא דידענו שהם עצמן לא ידעו בקורבתן כגון שנעשו קרובים בשעה שהעידו, וגבי ממון דלא בעינן לסהדי אלא לברר אמתות הדברים, וכבר נתברר ע"י חזקה אלימתא דלא יעברו על לאו חמור כזה, מ"מ לית בהו תורת הזמה כיון דא"ר לעדות בעצמותן לכה"ת מפני גזה"כ:

ו בימי חורפי שמעתי קו' בשם הרב הגאון החריף ועוקר הרים אבד"ק פיאסק זללה"ה, על עיקר הדין דקא"פ גבי ממון, דכיון דהלוה טוען לא לויתי כלל ולא ראה הקא"פ מאומה, והעדים אומרים שלוה בפניהם בצירוף קא"פ ה"ז דומה לאומר לא לויתי ועדים מעידים דלוה ופרע, דנקטינן דברי העדים לחובתו ולא לזכותו, דהודאת בע"ד עדיפא מהעדאת עדים. ותירצתי אז, דה"ז דומה להא דאיתא בפ' החולץ דף מ"ז] לדבריך כותי אתה ואין עדות לכותי, וה"נ כיון דלדבריהם שראו בצירוף קא"פ אין בהם ת"ע כלל, ולא דמי ללוה ופרע דאית להו ת"ע על ההלואה, ובפרט למש"כ לעיל דבנמצא ביניהם קא"פ אינם עוברים על לאו דל"ת כלל מהאי טעמא כיון דלית להו תו"ע מגזה"כ, וא"ל דאכתי ליהמני' במיגו דא"ב שתקי מצירוף הקא"פ [ומיגו דא"ב שתקי גם בשנים אמרי',

כמבואר בתוס' כתובות (דף י"ח:) ד"ה אין], שהרי גבי ממון לא איברי סהדי אלא לשיקרא וה"נ להימנינהו על גוף הדבר, הגם דלית להו תורת עדות מ"מ אית להו מיגו, דז"א, חדא שכבר כתבנו דכל כה"ג אזדא ליה לתורת מיגו לגמרי שאינם רוצים לעבור על ל"ת דליתא בחזרה, דהשתא שאומרים שהיה בצירוף קא"פ דיצאו מת"ע מגזה"כ אינם עוברים לדבריהם על ל"ת, משא"כ אם ישתקו מזה, ועוד שמבואר בתוס' כתובות [דף כ"ה:] בד"ה הרי, דאפי' במיגו לא מהימן בכה"ג, ואפ"ל דטעמם הוא כמש"ל מפני שאינו רוצה לעבור על ל"ת, להכי הקדים לומר שהוא בנו, אבל כשיעלים זאת ויאמר שכהן הוא לבד אזי יעבור על ל"ת:

ז עיין בריי"ף בסוגי' זו וז"ל ואף בדיני ממונות שאין להם התראה אם לא ידע העד השני שיש למלוה או ללוה כאן קא"פ תתקיים העדות בשאר העדים עכ"ל, ועיין ברא"ש שהביא דברי הריי"ף בתשובה וז"ל, שנים החתומין על השטר ונמצא אחד מהן קרוב והשני רחוק וזכור העדות ושניהם באו להעיד אלא שלא היה יודע בקורבתו, והכשיר עדותו של שני וחייבו שבועה על פיו, ובלבד שלא יהא רגיל בו שאיפשר הוא שלא ידע בקורבתו וכו', וגמרינן מינה דמה שאנו פוסלין בנמצא א' מהן קא"פ הטעם דנטפלו לפסולין, הלכך אם יהיו שוגגין ולא נצטרפו לדעת הכשרים בהכשרן ונחלקה מהן עדותן עכ"ל, וכתב בספר פלפלא חריפתא וז"ל וזכור העדות, לכאורה משמע דדווקא כשיזכור העדות מהני עדותו שמעיד על פה ואי לאו הכי לא מהני עדותו שבכתב להשביע, דלא ס"ל דע"א בכתב משביע אלא כשזוכר העדות ומעיד בע"פ. דאלת"ה למאי נפקא מינה כתב שזוכר העדות, אך איפשר לי לומר תשובה דלהריי"ף הוה עובדא דהשטר לא יצא עדיין מתח"י עדים, ואזיל הריי"ף לשיטתו, דביבמות פרק ד' אחין דכל כמה דלא נפק מידייהו הוי מפי כתבם ואי מדכרי לסהדותייהו מסהדי בה בעל פה עכ"ל, ועיין ברא"ש שם שהאריך בהשגה ע"ד הריי"ף וטעם הרמב"ן, וגם דברי פלפלא חריפתא דחוקים לאוקמא דוקא ביוצא מתח"י העדים כתירוצו השני, וגם לתירוצו הראשון צ"ל דלא ס"ל כדעת הרמב"ם תלמידו [בפי"ד מהלכות מלוה ולוה ה"י ובש"ע סי' נ"א ס"ב], דע"א בשטר מהני, ועיין בח"מ [סי' ל"ו סעיף א'] ובסמ"ע שם ס"ק ז' ובש"ע סי' מ"ה סעיף י"ג וסמ"ע [ס"ק ל"ד], דסמ"ע וש"ך מחולקים בזה, דלדעת הסמ"ע מהני כשחתם קא"פ בשטר עם הכשרים אפי' ידעינן שישבו ביחד לחתום. כשהכשרים חוזרים ומגידים לפני ב"ד, והכי משמע לישנא דשו"ע, והש"ך חולק [בסי' ל"ו ס"ק י"ב] דאין טעם לחלק בין עדות בע"פ דלא מהני כשחוזרים ומגידים, לבין עדות שבשטר דהוה כנחקרה עדותן בב"ד:

ולפע"ד אפ"ל דש"ע אזיל לשיטתי' [בסי' כ"ח סעיף י"ב] דפסק כדעת הרמב"ם דעדות שבשטר לא מהני מדאורייי' כלום דהוה מפי כתבם רק מדרבנן שלא תנעול דלת [וצ"ל דהא דשובר מהני הוא ג"כ מפני נעילת דלת לעושי עול], ומשה"ט מהני במלוה בשטר כשחוזרים ומגידים בע"פ בלא צירוף הפסול, שהרי המלוה יכול לומר אי איפשי בתק"ח, והרי לא הגידו יחד, ואפי' לדעת הרי"ף והרמב"ם דראי' לבד מבטל, הכא דעיקר עדות שבשטר הוא שאמר להם חתמו, וכיון דחתימתן לא מהני מידי מדאורייתא, ועל תקנתא דרבנן רשות בידו לומר א"א בתק"ח, נמצא דלא נצטרפו בדבר המועיל גם לכשרים לבדן, משה"ט מהני כשחוזרים הכשרים ומעידין מחדש לפני ב"ד בלא צירוף הפסול, וכיון דלא מהני הגדה מחדש אלא משום אי איפשי, משו"ה מצרכינן שיזכור עדותו בע"פ ע"י השטר, כמו בכותב עדותו על השטר, ועיין בסי' ק"ב ס"ב גבי הב לי זיבורית טפי פורתא, דלדעת רוה"פ יכול לומר א"א בתק"ח אפי' להוציא, ואפי' לדעת החולקים שם זהו היכא דעיקר אי איפשי, הוא להוציא מיד, משא"כ הכא שהוא רק לבטל השטר, ואח"כ כשיעידו הכשרים מחדש יסתעף ע"י גלגול דברים יתחדש מזה דבר להוציא, אפ"ל דבכה"ג כ"ע מודים:

ומעתה דברי הרי"ף בתשו' הנ"ל יתבארו היטב, דעיקר דבריו בנויים להציל העשוק שנכשל בשטרו שחתום גם הפסול ונודע שכולן חתמו יחד, ולאשר לא נודע לו טיב הדברים אם יודע הכשר בפסול הקאה"פ אם לא, לכן השיאו עצה מעיקרא שלא יתבע בשטרו, שאם יתבע בשטרו שוב לא יכול לומר אי איפשי ולעקור תקנתא דרבנן למפרע, ואולי יאמר הכשר שידע בפסול הפסול ויפסיד לגמרי, לכן לא יתבע כלל בשטר שתח"י, הגם דידעי' שהיה תח"י שטר בצירוף הפסול וחתמו יחד, לית לן בזה שהרי יכול לומר א"א בתק"ח, ואפי' לדעת הרי"ף דראי' לחוד מצטרפים, דמאן יימר שראו גוף ההלואה ביחד, רק שישבו לחתום יחד ע"י צוואת הלוה, וכיון דלית ביה ממשא מדאורייי' וכמ"ש, לכן יתבע את הכשר לבד שיבא ויעיד לו אם זכור הוא מעצמו ואח"כ נסתיים מילתא שבא גם הפסול עמו, ומעתה תו לית ליה תקנתא. רק לשאול את הכשר אם לא ידע בפסולו, ואז תתקיים עדותו של הכשר:

ח ובעיקר טעמו של הרי"ף, דהיכא דלא ידע הכשר תתקיים עדותו, שכתב הרמב"ן שכל עיקר הביטול מפני שנטפל להפסול, עיין באשר"י פ"ק דמכות שמשיג עליו עד להפליא, גם לא הבנתי דברי קדשו דהתינח בפסול, בקרוב מאי איכא למימר, ועוד דאנן פסקינן בפ' המקבל [דף קט"ז] דלא כר"ש דדריש טעמא דקרא, ולפענ"ד נראה דעיקר יסוד דברי קדשו בנויים ע"פ סוגי הדת וכמש"ל [באות ג'] דכיון דגבי ממון לא איברי סהדי אלא

לשיקרא, וכיון שנתברר הדבר ע"י הכשרים לחוד אמאי לא נדון כדבריהם, וצ"ל דכמו דנתבטל ע"י קרובים לחוד אפי' ע"י משה ואהרן, דלא יטו מני האמת גם זיז כ"ש, ואפ"ה פסולים גם לגבי ממון, היינו טעמא דכל תוקף ועוז להאמנתן דסהדי, הוא מפני שלא יעברו על לאו דל"ת דחמירא וליתא בחזרה, ולהכי בקרובים דלא הזהירה התורה עליהם בלאו דל"ת, שוב נסתלק מהם כל תוקפי' דסהדי, ושוב לא נשאר אלא אומדנא לחוד שגם במלין דכדי לא ישקרו, וע"י אומדנא לא נוכל לדון ולא מהני מידי להוציא ממון, ועיין מש"כ [באות ג'] דהיכא דנעשו קרובים בשעה שהעידו ולא ידעו מזה מאומה באותה שעה, דאזי לגבי ממון מהני, כיון דלא בעי סהדי אלא לברר הדברים לאמיתן, וגם כל תוקפי' דסהדי מפני שלא יעברו על לאו דחמיר כ"כ, והשתא כיון שלא ידעו בשעת הגדה שנעשו קרובים, הרי כבר דקדקו וחקרו בלבבם היטיב אחרי טיב הדבר כי היכי דלא יעברו, והשתא נהי דלקושטא שנסתיים הדבר שנעשו קרובים ותו לא עברי כיון שהתורה פסלתן מתורת עדות, מ"מ לגבי ממון יש מן הסברא לומר דמהני הגדתן, שהרי כל תוקפי' דעדים מיהת לא נסתלק מהם למפרע, ולא גרע מיהת מחזקה אלימתא דמוציאין ממון ע"פ. והשתא גם בנמצא אחד מהם קרוב או פסול דלית להו תורת עדות מגזה"כ, תו לא עברו על לאו דל"ת, גם כבר כתבתי לעיל באות ד'] דהיכא שהעלימו קורבתן בפני ב"ד ונתקבל עדותן, דבזה יש עליהם תורת לאו ל"ת, ומשוה"ט ניחא דברי הרי"ף בתשוב' הנ"ל, דהיכא שהכשרים העידו שלא ידעו בשעת ראי' ובשעת הגדה בפסלות של הקרוב או הפסול, ונמצא דלפי דבריהם ליכא שמץ פסלות כלל בעדותן ואיכא חזקה אלימתא דלא יעברו על ל"ת, לכן מהני גבי ממון. דלא בעינן לסהדי שיהיו בגדר עדות דוקא אלא לברר הדברים לאמיתן, וכבר נתברר הדבר לאמיתו ככל תוקפי' ואומץ דעדים כשרים, דכיון שאינו רגיל עמו ונראין הדברים שיש להאמינם בזה, דאזי אם ישקרו בעיקר העדות הרי עוברים אל"ת כסהדי דעלמא, דלא גרע מהעלימו קורבתם וכמש"ל, ועיין באשר"י סוף פ"ק דמכות דכתב שם שהרי"ף ס"ל דדמי להא דאיתא בגמרא דשיילינן להו למיחזי אתיתו וכו', ה"נ ס"ל דשיילינן לכשרים אם ידעו בפיסולן, ולפ"ד הנ"ל דמי ג"כ בזה, דכשם דגבי למיחזי דשיילינן להו לאחר כדי דבור משגמרו עדותן כמ"ש תוס' שם בד"ה לאסהודי בסוף הדבור, ה"נ בשאלה זו אם ידעו בפסול של הפסול הוא לאחר כ"ד משנגמר עדותן של הכשרים. דהשתא איכא חזקה אלימתא דלא יעברו על ל"ת. אבל אם ישאלום קודם שהעידו, דהשתא נודע להם בצירוף הפסול עד שלא העידו ותו לית בהו משום לאו דל"ת, כמו בכל פסולי עדות, וכן הוא גם אם נשאלים בתוך כ"ד

משהעידו דאכתי לא נגמרה עדותן כמ"ש תוס' בב"ק (דף ע"ג ע"ב] בד"ה שהעידו, וכן משמע מדקדוק לשון הש"ע (סימן ל"ו סעיף ב']:

ט ויש להבין לפ"ד הנ"ל [באות שלפני זה], א"כ לדעת רוב הפוסקים דלא הוי צירוף אלא בראי' והגדה לפני ב"ד, וכדעת תוס' ורשב"א והרא"ש ור"ן א"כ כשיראה המלוה שכבר נתקבל עדותו של הפסול ג"כ, ועד שלא נגמר הדין יאמר אי איפשי בב"ד זה דמדאורייתא בעינן סמוכין, [והיינו בזמן הגמרא דאיכא סמוכים בא"י, ואפ"ה הוי התקנה דגם אינם סמוכים יכולים לדון, כמ"ש תוס' סנהדרין (דף ג') ד"ה שלא, ובראשונים שם, ע"כ יאמר המלוה דילך לסמוכים], דכל עיקרן של בתי דינים השתא הוא רק מדרבנן לטובת המלוה משום נעילת דלת, כדאיתא בריש סנהדרין, וקודם שנגמר הדין בידו לומר אי איפשי בתק"ח, ועודנם לא הגידו בפני ב"ד, דבשלמא כשנגמר הדין כבר חל תקנתא דרבנן ותו אין יכול לבטל למפרע ע"י אי איפשי, וי"ל דמבואר בש"ך סי' כ"ה ס"ק י"ב], דכל קבלה דאיתא בסי' הנ"ל לא בעי קבלה בפירוש, אלא כשבא מעצמו לב"ד ולא שלחו אחריו, דינו כקיבל עליו בפירוש, ומביא כן בשם רוה"פ, וכיון שמלוה בא מעצמו לפניהם, הרי לגבי דידי' הוה כקיבל עליו בפירוש שלשה רועי בקר דגם מדאורייתא אינו יכול לחזור בו, [ועי' מ"ש בריש סי' מ"ח] ואע"ג דקודם גמר דין יכול לחזור בו, זהו לעצמות הדין שיצא ע"פ אבל לענין קבלת עדות מיד שהעידו הוה כגמ"ד כדאיתא [בסי' כ"ב בהג"ה שלישית סעיף א'], הגם דלכאורה יש לחלק משם דמיירי בענין עד פסול וקיבלו עליו ככשר, אבל לאחר עיון נראה דאין לחלק, דהכא נמי כל עיקרו הוה ג"כ רק לענין קבלת העדות אם נתבטל ע"י הגדתן בב"ד אם לאו, גם אין להקשות דהא כל עיקרו של קבלת בע"ד בסי' כ"ב בעינן דקיבל עליו לפני ב"ד דווקא, וכמ"ש הש"ך שם ס"ק א', וכיון דהשתא ליכא סמוכין תו לא משכחת לן השתא דניהוי להם תורת ב"ד מדאורייתא, והדרא קושי' לדוכתא דיאמר אי איפשי, דזה אינו, דכל עיקרו דבעינן קבלה בפני ב"ד, הוא רק למען יגלה מצפון לבבו שסמך עליו בגמר דעתו, וכעין דאיתא בפ' השוכר אה"פ [דף ס"ג:] בחנוני המקיף דאנן סהדי דסמך דעתי' עלי', ומהאי טעמא איתא שם בסי' כ"ב דגם בפני טובי העיר מהני, ולא גרע בי דינא דהשתא לענין זה מטובי העיר אפי' לדינא דאורייתא דבעינן מומחין, הגע בעצמך שהרי גם לדינא דאורייתא מהני מיהת הקבלה שקיבל בפני טובי העיר, כשם דמהני השתא אע"ג דלא גמירי כלל:

י עיין מכות [דף ו'.] תוס' ד"ה אמר ר"י פי' הקונטרס משום דכתיב והצילו העדה וכו', וקשה לפי' דא"כ דיני ממונות נילף מינייהו, דהא כתיב משפט אחד, ועוד דבד"מ נמי כתיב ע"פ שנים או שלשה עדים ונקיש ג' לב' עכ"ל. והנה למען הצדק דברי רבינו רש"י

ז"ל נלפע"ד ליישב קושי' התוס' אחת אל אחת על נכון, אחר העיון היטב. ראשונה, אשר הקשו דנילף ד"מ מד"נ משום דכתיב משפט אחד, נקומה נא ונראה בדברי רבותינו בעלי הש"ס דלא מצינן למילף ד"מ מד"נ כ"א בדבר הקבוע בד"נ למשפט חרוץ בין לזכות בין לחובה, עי' סנהד' (דף כ"ח.) אשכחן לחובה לזכות מנלן אמר קרא יומתו יומתו תרי זימני, אשכחן בד"נ ד"מ מנלן אמר קרא משפט אחד ולכאורה הוא תמוה דמה מקשה הש"ס לזכות מנלן הא כ"ש הוא דלא מהימן לזכות, או דנילף ממשפט אחד יהיה לכם, א"ו אי לאו דכתבי' קרא להדי' ל"ה ילפינן זכות מחובה משום דהו"א דשאני גבי חובה דאינו נאמן משום דכתיב והצילו העדה, ולזכות ג"כ ניהמני' משום הצילו העדה, ולהכי בעי מנלן. והשתא דאתי מקרא דלא מהימן אפי' לזכות, הדר יליף ד"מ מד"נ מדכתיב משפט אחד, אלמא דלא ילפינן ד"מ מד"נ כ"א בדבר הקבוע בד"נ הן לזכות הן לחובה, נמצא ממילא גבי נמצא א' מהן קרוב או פסול דבטילה בד"נ ובד"מ קיימת וכל היכא דהוה עדותן קיימת בדיני ממונות מצלת בד"נ, כדאשכחן לקמן [דף ו':] גבי עדות מיוחדת דאמר ר"נ דכשירה בד"מ ומתקיף לה מר זוטרא אלא מעתה בד"נ תציל עיין פירש"י משום דכתיב והצילו העדה, וה"נ גבי קרוב או פסול כיון דעדותן קיימת בדיני ממונות ממילא מצלת בד"נ, כגון אם נמצא אחד מהן קא"פ בכת המזמת את העדים דלא קטלינן לא לרוצח ולא לסהדי, דלגבי רוצח הוי עדותן עדות, ולגבי סהדי הוי עדותן בטלה, וע"כ הוא משום דכתיב והצילו העדה, ותו ל"ק דנילף דיני ממונות מדיני נפשות כיון דגבי דיני נפשות ל"ה משפט חרוץ בין לזכות בין לחובה תו לא מצינן למילף דיני ממונות מדיני נפשות, ולהכי נקט רש"י בדיוק משום דכתיב והצילו העדה:

גם מה שהקשו שוב על רש"י דהא בד"מ נמי כתיב ע"פ שנים או שלשה, נראה ליישב על נכון, תחלה נדקדק בדברי הגמרא דלכאורה תמוה לדברי רבי דס"ל דגם בד"מ עדותן בטילה, משום דגבי ממון נמי כתיב ע"פ שנים או שלשה עדים, למה לן למיכתב תרי קראי לכתוב גבי דיני ממונות לחוד ונילף ד"נ מיני' משום דכתיב משפט אחד, תו קשה לר' דס"ל דבעי' שיתכוין להעיד דווקא, אמאי לא מקשינן שלשה לשנים, כי היכי דבשנים נמצא אחד מהן קא"פ עדותן בטלה אפי' לא נתכוונו להעיד, ה"נ נימא גבי שלשה דעדותן בטלה אפי' לא נתכוונו להעיד, ונראה דחדא מיתרצא בחברתה, דלהכי חזר וכתבה רחמנא ע"פ שנים או שלשה תרי זימני משום דליהוי מיעוט אחר מיעוט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות, ומרבה לן הכתוב דלא בכל זימני הוי עדותן בטלה רק היכא דנתכוונו להעיד אבל בלא נתכוין להעיד הוי עדותן קיימת, והא תינח לרבי דבעי שיהיה מתכוין להעיד, אבל לר"י דס"ל דלא בעי שיתכוין להעיד הקושי' במק"ע. דאי ס"ד דגם

בדיני ממונות נמי עדותן בטלה ל"ל למיכתב תרי זימני, א"ו דעקרינן ליה לקרא דגבי דיני ממונות מדוכתיה לגמרי ומוקמינן ליה נמי בד"נ, ולהכי הדר וכתבי' קרא משום דכתיב ביה יקום דבר, ולילף מיניה דדוקא במקיימי דבר כדאמרינן בגמרא, כי היכי דלא תיקשי ליה הורג ורובע יצילו, ולהכי מוקים לכולי' קרא בדיני נפשות אבל בד"מ הוי עדותן קיימת, משא"כ אליבא דר' דל"ק לן כלל הורג ורובע יציל, ממילא נשאר הכתוב במקומו בד"מ, ומיני' ילפינן לחלק בין למיחזי בין לאסהודי. ועתה הורווח לנו משני קושי' התוס' ודברי רש"י עולים על נכון:

יא עיין רש"י ד"ה והוא שהעידו תכ"ד ותוס' ד"ה אמר רבא וז"ל וקשה דהא משמע כו' דקאמר הרוג יציל, לכ"נ דלא קאי כו', ועי' עוד תוס' ד"ה שמואל אומר וז"ל וגם לרבי קשיא כו' ובמהרש"א שם. והנה נברר וניישר את תהלוכות רבותינו הק' רש"י ותוס' בסוגיא זו. הנה לכאורה הוא מן התימה דמה מקשה תוס' בד"ה א"ר על פירש"י דס"ל דגבי קרוב או פסול בעי' נמי תכ"ד, מהא דמקשה ר"פ הרוג יציל הא מימרא דרבא הוי אליבא דרבי דבעי שיתכוונו להעיד, וקושי' ר"פ הוה אליבא דר"י דלא בעי אפי' כוונה להעיד ונראה דדברי רבותינו בעלי התוס' נכונים למאד וכוונה עמוקה טמון בחכם דהנה נעמוד על המחקר ונביטה ונראה לדברי רש"י ז"ל דמימרא דרבא סובבת ג"כ על דין דנמצא אחד מהן קא"פ, דמנ"ל לרבא הא, דהא לא אשכחן במתניתין דפליגי רבי ור"י אלא אי בעינן שיתכוונו להעיד א"ל, והוא דלרבי בעינן דגם הפסול יהיה לו יד ועילוי באותה עדות יותר מן הכשר, לדעת רש"י דס"ל דשיילינן ליה לקא"פ, כאשר גם הש"ך דס"ל בדעת הרמב"ם אם כולם לא נתכוונו להעיד עדותן בטלה, מכל מקום מודה דדעת רש"י אינו כן כמ"ש סוף ס"ק ג') ולר"י לא בעינן שיהיה לפסול שום יד ועילוי באותה עדות כ"א בראיה לחוד מצטרף ג"כ. אבל מנ"ל הא דבעי' נמי הגדה תכ"ד, א"ו מצד סברא דנפשי' אמרה רבא להא מילתא והוא דבעי' הגדה תכ"ד, כי היכי דליהוי נקראים נמי בשם כת א', וע"ז מקשי התוס' שפיר כיון דמצד הסברא אמרה רבא, א"כ מנ"ל תו לחלק בין רבי ור"י בהא מילתא, נימא דלר"י נמי בעינן דליהוי כת א', ולא פליג רק אי בעי' דליהוי להו יד ועילוי באותה עדות א"ל, ומנ"ל לחלק ביניהם נמי בהא, אמנם אחרי העיון הדק היטב בדברי רש"י הקצרים נכונים הם למוצאיהם, עיין רש"י ד"ה היכי אמרינן להו וז"ל לקא"פ למבדקינהו אם לעדות נתכוונו והנראה מדבריו הק' דכל דין של נמצא אחד מהן קא"פ הוא דבעינן דליהוי לקא"פ יד ושם באותו עדות בעילוי יותר מן הכשר והוא דבפסול בעינן דוקא שיתכוין להעיד, ובכשר לא איכפת לן כלל בכוונתו, ובעינן נמי שיעלו לשם כת א', וא"כ נמצא היכא דבאין לידי הגדה, בעינן שיעידו תוך כדי דבור,

כי היכי דלא לינתק מינייהו שם כת א' ג"כ. אמנם כ"ז הוא היכא דמהגדת הכשר אין מוכרח שהיו אז פסולי' באותו מעמד בשעת ראיית העדות, ואז בעינן שגם הפסולין יגידו כי היכי דלא ליהוי לכשר שום עילוי יותר מן הפסולין, ובעינן נמי תוך כדי דיבור כי היכי דליהוי עלייהו שם כת א' ג"כ. אבל היכא דמהגדת הכשר מוכרח דהיו אז פסולין באותו מעמד, תו לא איכפת לן בהגדת הפסולין כלל, ועתה עולה קושיית הגמ' הרוג יציל במישרים, כיון דמהגדת הכשרים מוכרח שהיו אז אלו הפסולים בשעת ראיית העדות, ולר"י לא בעינן כוונה להעיד כלל משום דלא בעינן עילוי נוסף לפסולי' אליבי' כלל, א"כ הרוג יציל אע"פ שלא יבא לידי הגדה כלל, דהא דבעינן הגדה היינו דווקא אליבא דרבי דס"ל דבעינן כוונה להעיד כי היכי דליהוו הפסולי' בעילוי יותר מן הכשרים וגם יצטרפו יחדיו, אבל לר"י לא בעינן כלל, א"כ ממילא הרוג נמי יציל, ובמסילה זו נעלה, וירווח לנו דברי התוס' [ותשלום דברים האלו לא באו לידי]:

סימן נו

מה שלקטתי מחידושי אאמו"ר המחבר זצלל"ה.

הנוגע לסימן ע"א בש"ע

א הנה הט"ז [סוף סי' ס"ט] כתב במי שקיבל עיסקא והתנה שלא יהא נאמן לומר דהיה הפסד עד שיברר והוא טוען שהי' הפסד דנאמן במיגו דלא התנה כלל, והגאון בעל חכם צבי שם חולק ע"ז עיי"ש, ובאורים ותומים [סי' ע"א ס"ק ג'] הכריע בזה דאם היה תנאי בעדים רק עכשיו ליתנייהו כגון שמתו או הלכו למדה"י, הדין עם הט"ז דמתחילה לא היה תנאי לבטלה דאלו היו העדים כאן והעידו היה התנאי מועיל רק עכשיו נולד מיגו הואיל ועדי תנאי ליתנייהו. אבל במתנה תחילה בינו לבין עצמו א"כ ע"כ דכך היה התנאי דלא יועיל מיגו דאל"כ לאיזה צורך התנו הלא תמיד יהיה לו מיגו, ואין אדם מוציא דבריו לבטלה. ונראה דדין זה מוכרח מעיקר דינו של נאמנות דהא חזינן היכא דנתן לו נאמנות כבי תרי דתו לא מהימן לומר פרעתי אפי' היכא דהביא עדים, ומחויב לפרוע עוד הפעם. והקשה הבעל התרומות [ריש שער כ"ו] מובא בש"ך סי' ע"א ס"ק ב'] דאמאי לא יחשב כתרי לגבי תרי וישאר ביד המוחזק דנהי דהימני' כבי תרי יותר מבי תרי מי הימני', וע"ז תירץ כיון דאי נימא דיחשב כתרי לגבי תרי לא הועיל כלום בנאמנות אשר נתן לו כבי תרי דהא לעולם ישאר בידו היכא שיכחישוהו שנים ואין אדם מתנה לבטלה, אלא ודאי דכוונתו היה להאמינו יותר משנים, אלמא דבכדי שלא יחשב כמוציא דבריו לבטלה מוסיפין ומפרשין דבריו אפי' להוציאן מעט מפשטן, ומכ"ש היכא שא"צ להוסיף ולפרש דודאי אמרי' דאין אדם מוציא דבריו לבטלה:

והנתיבות המשפט (שם ס"ק ד') הקשה ע"ז דהא חזינן דמהני מיגו כהאי היכא שיכול להכחיש עיקרן של הנאמנות, דהיכא דנתן לו נאמנות כבי תרי ואין העדים לפנינו דמהימן במיגו דאי בעי טען מעולם לא האמנתיו, אע"ג דהימני' יותר מבי תרי ומיגו במקום עדים לא אמרינן בעלמא, ומכ"ש דלא נימא מיגו במקום נאמנות אלא ודאי דהיכא דיכול להכחיש עיקרו של הנאמנות אזי מהימן אפי' במקום עדים, דמשם אחר הוא דאתאן עלה משום דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, ומיגו כהאי אלים טובא, וע"ז הביא ראי' מדברי התוס' ב"ק דף ע"ב:] ד"ה אין לך בו כו', וז"ל ועוד נראה דקצת דמי האי מיגו למיגו במקום עדים שהרי יש עדים כנגד האי מיגו להכחישם, ואע"פ שיש כמו כן עדים עם המיגו אין בכך כלום כו' והא דאמר בפ"ב דכתובות שנים החתומים על השטר ואמרו קטנים או אנוסים היינו דאם אין כת"י יוצא ממק"א הרי אלו נאמנים האי לאו מיגו הוא שאין השטר מתקיים אלא ע"פ והפה שאסר הוא הפה שהתיר כו' עכ"ל התוס'. תוכן דברי הגאון המחבר לאשר שבנה דיק מדברי תוס' ב"ק דהפה שאסר עדיפא מעדים גמורים, ומשום הכי אע"ג שנתן לו נאמנות כבי תרי מכל מקום נגד מיגו דהפה שאסר לא האמינו א"כ נידון ממילא דאפי' כשנתן לו נאמנות כבי תרי בינו לבין עצמו דנהי דמוכח דנתן לו הנאמנות גם נגד הפה שאסר דאל"כ הוי לבטלה, ס"ס לא האמינו אלא כבי תרי דגריעי מהפה שאסר:

והנה שפט פני הדבר כפשוטו דנרא' מדברי התוס' דהפה שאסר הוא הפה שהתיר אמרינן אפי' במ"ע [וכ"כ הנתיבות בסי' קמ"ט סק"ט והנה בעיקר הדבר לא ידעתי היאך יעלה על הדעת לומר דמהימנינן ליה מכח הפה שאסר אפי' במקום דאיכא עדים לפנינו, הגע בעצמך אשה האומרת אשת איש הייתי וגרושה אני שגירשני בעלי ביום פלוני ועדים מעידים לפנינו שלא גירשה באותו היום, הכי נאמין לה להכחיש את העדים, ועוד יש להביא ראיה לזה, דהא נקטינן דאשה שאמרה פלוני חכם טיהר לי את הכתם והחכם מכחישה דהחכם נאמן ויוצאת בלא כתובה, [וזהו דעת הרמב"ן ורמב"ם וסמ"ג עי' בבית שמואל סי' קט"ו סק"ד, ולהפוסקים החולקים הוא מטעם דבממון אין עד אחד נאמן, אבל עדים בוודאי נאמנים לומר שלא היה הפלוני חכם באותה שעה בעיר כמבואר ברא"ש כתובות, ולא מהני לה הפה שאסר], ואע"ג שיש לנו לומר דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, אלמא כיון דאלים נאמנותו של חכם כעדים תו לא מהני לה אפי' מיגו אלים כהאי להכחישו, ומה שהביא הנתיבות ראיה מדברי התוס' נראה דאין להוכיח כלל מדברי תוס' הנ"ל, דשאני התם גבי אנוסים היינו דלא נפקע מהם שם עדות גם השתא דמהימנינן להו דאנוסים היינו דמהימנו לבטל השטר בתורת עדות, ושיעור דבריהם בזה

נמשך על מה שכתבו בלשונם בתחלת תירוצם ואע"פ שיש כמו כן עדים עם המיגו אין בכך כלום, ועל קוטב זה הוא דחילקו אח"כ דזהו דוקא במיגו דעלמא דאי בעו אמרי מילתא אחריתי לגמרי הוא דל"א אע"ג דלבסוף יתעלו דבריהם לתורת עדות איברא במיגו דאי בעו שתקי אמרינן בקוטב זה דוקא, והוא כשיתאמנו דבריה' השתא אזי יתעלו בדבריהם ג"כ לתורת עדות אזי הוא דמהימנינן להו אע"ג דהשתא בתחילתו הוי המיגו במקום עדים, וזהו דוקא גבי עדים, אבל בבעל דין עצמו ודאי דלא מהימנינן ליה במקום עדים אפי' במיגו דאי בעי שתיק וכמ"ש. ועמ"ש בהגהות והערות ע"ד הפלאה כתובות פ"ב בזה]:

ועל גוף קושייתו אשר יצא לדון עלה מכח קל וחומר דחזינן דמהימנינן ליה במיגו דאי בעי שתיק במקום נאמנות כבי תרי מאי דלא מהימנינן לעדים, תמוה בעיני היכן מצינו דילפינן ק"ו בדבר ולשון שאינו ד"ת עצמו מדבר שהוא ע"פ משקל דת תוה"ק, אדרבה מצינו כמה וכמה פעמים דאין למדין ק"ו אפי' בדברי חז"ל, ומכ"ש בלשון הדיוט בלשון שדיברו בו בני אדם [עי' נזיר נ"ו ע"ב במשנה אמר ר"ע וכו' ובפרק ח' דטהרות משנה ז' ובפ"ג דידים מ"ב דאין למדין דברי תורה מדברי סופרים וד"ס מד"ת וד"ס מד"ס] לכן חכמים שיערו דבריהם דיש מקום לומר דאף דהימני' כבי תרי, מכל מקום אפ"ל דהיכא דאית לי' מיגו לבעל דין לא הימני', [הגם דלדינא עדים עדיפי ממיגו, מפני שכן מצינו כמה אינשי דעדיפא להו שבועת בעל דין יותר מעדים משום דחשידי להו עדים בלא שבועה יותר מבע"ד עצמו ע"י שבועה], ומכ"ש ממיגו דהפה שאסר והשתא תוכן הדברים לקושטא ע"פ דעת סוגי הדת תוה"ק אין לך דבר מעולה מן עדים דלא הוכחשו מעדים אחרים, ומש"ה לא מהני אפי' כשמביא סהדי דפרע בפניהם, דאמרינן דדעתי' היה כבי תרי דלא הוכחשו או משום דאלת"ה תהיה כל הנאמנות כבי תרי לבטלה, רק דיש מקום לומר דלהכי האמינו כבי תרי משום דירא המלוה לנפשי' דאולי יחזור אחרי עדים דמסהדי בשיקרא. אבל נגד ראיה שהוא בעצמותו כגון מיגו דהפה שאסר לא האמינו, וכיון דיד בעל השטר על התחתונה תלינן בכל דהוא ונקטינן פני הדבר דכל עיקרו הוא מפני שירא לנפשו מסהדי שקרי. אבל לא במקום שיש הוכחה בעצמותו כגון מיגו דהפה שאסר. איברא זהו היכא שיש מקום לעיקר הנאמנות היכא דליכא למיגו דהפה שאסר. אבל כשהאמינו בינו לבינו דאיכא הוכחה ברורה לפנינו, נקטינן הדברים בפשטותן דאפי' נגד עדים האמינו ומכ"ש נגד מילתא דזוטרא מיני'. איברא מכל מקום היכא דאמר אל תפרעני אלא בעדים נאמן בשבועה במיגו דנאנסו כמו שפסק רמ"א [בסי' קל"ג], ומ"ש התומים דא"כ לא אהני ליה התראתו מידי, נראה כיון דמ"מ מהני

ליה שנתחייב ע"י לישבע ש"ד לרוב הפוסקים או שבועת המשנה לדעת רז"ה וש"ך [סי' רצ"ו סק"ג]:

ב הקצוה"ח [ריש סי' ע"א] מביא בשם תשו' מהרי"ט [ח"א סי' ס"א ס"ב] מ"ש דעת ה"ר משה הלוי דאפי' נגד נאמנות סתם לא מהני מיגו, ומיגו דהפה שאסר מהני אפי' נגד נאמנות כבי תרי, והמהרי"ט חולק בזה וס"ל דאין לחלק בין מיגו למיגו רק בין נאמנות סתם לנאמנות כבי תרי, ומביא ראיה לדבריו מתוס' ריש גיטין שנשאו ונתנו אם טענינן מזויף ליתמי וללקוחות ושלא בפניו וכתבו שם דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי' שיכול לזייף לעולם על יתמי ולקוחות, ומיהו כתבו דאין זה ראי' דנהי דלא טענינן מזויף אבל טענינן פרוע דאבוהון נאמן במיגו דמזויף, ומזה הביא המהרי"ט ראי' דמהני מיגו נגד נאמנות דאל"כ אכתי יכול לזייף ולכתוב בו נאמנות. וע"ז השיגו בקצוה"ח שגם לפי סברתו קשיא דיכול לכתוב בו נאמנות כבי תרי. אלא בע"כ צ"ל כדעת מהר"ם הנ"ל דמיגו דהפה שאסר עדיף ומהני אפי' נגד נאמנות כבי תרי, וכן הש"ך בסוף סק"ב מרמז על דברי המהרי"ט האלו], ויפה השיג שכן מבואר בתוס' ב"ק (דף ע"ב:) בסוף ד"ה אין. ובחידושי רמב"ן ב"ב פרק המוכר את הבית (דף ע') ד"ה או דילמא דפרוע במיגו דמזויף עדיפא משאר מיגו דדמי להפה שאסר, וא"כ קשה על המהרי"ט בתרתי, חדא דמה הקשה על המהר"ם הלוי הלא במיגו דהפה שאסר מודה, ועוד דאדרבה דעל המהרי"ט קשיא דהא יכול לזייף ולכתוב נאמנות כבי תרי:

איברא כדי להצדיק ד"ק לתרץ קושי' הראשונה נראה דנהי דלמסקנא כן הוא, זהו לדידן דפסקינן דטענינן ליתמי מזויף ולהכי דמי למיגו דאי בעי שתיק. איברא השתא לס"ד של תוס' דלא טענינן מזויף דלא שכיח כלל דלא נחשדו בני ישראל ע"ז רק היכא דטען אידך טענה מבוררת. אבל בלא"ה מוציאין ממון מחזקתו, מסתברא דתו לא דמי כלל למיגו דא"ב שתיק, כיון דצריכין דוקא לטענת ברי דאידך, דבלא זה מוציאין מחזקת ממון אפי' מיתמי ולקוחות:

גם על קושי' שניה דאכתי יכולין לזייף ולכתוב בו נאמנות כבי תרי, יש ליישב דנראה בפשטא דעיקר סברת המהרי"ט לחלק בין נאמנות סתם דמהני מיגו נגדו, ולא כן בנאמנות כבי תרי, דכל זמן דליכא עדים גמורים נגד המיגו אזי חשיבא המיגו כעדים, ומש"ה בנאמנות סתם אף על גב דגם במלוה על פה מוציאין ע"י אפי' מיתמי היכא שהאמינו נגדם [כמבואר בש"ע סעיף י"ז], מ"מ מהני מיגו דכל זמן דליכא עדים דמכחישי לפנינו חשיבא המיגו כעדים, משא"כ בנאמנות כבי תרי דחשיבא כעדים כשרים, אזי לא מהני מיגו, דהוי כמיגו במקום עדים. כללו של דבר דלעולם לא מסלקינן המיגו רק

במקום עדים ברורים אבל זולת זה אפי' בדבר דאלים כל כך דמוציאין ממון על ידו, [כגון נאמנות סתם וחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו] אפ"ה במקום שמיגו מנגדו הרי המיגו בתוקפה ולא מסלקינן לה על ידיהם. והשתא ניחא דנהי דלס"ד דתוס' דלא טענינן מזויף ליתמי ומוציאין ממון מחזקתו, משום דזה גופא כעין חזקה דמי דלא נחשדו לזייף. אבל מ"מ לא חשיב כאלו מסהדי העדים לפנינו ולא עוד אלא דחזקה שלא נחשדו גרוע מנאמנות סתם ושאר חזקות שהרי בדיבור בעלמא אם טוען מזויף] נסתלקה לגמרי, ומש"ה ירד ממדרגתו העליונה למדרגה הפחותה ממנו באפס דבר, ומשום האי טעמא גופי' הרי המיגו בתוקפה, הגע בעצמך מי שהוציא שטר שאינו מקוים על יתמי ותפס מהם בעדים ויש ליתמי עדים שלא לוה, הכי נימא דחשיבי כתרי ותרי ומועיל תפיסתו, ואפי' לדעת מקצת פוסקים דלא טענינן מזויף ליתמי, דמ"מ אין לשטר זה תורת עדות, רק דנידון כחזקה בעלמא, דלגבי סהדי לאו כלום הוא, וה"נ נגד מיגו לשיטתו דכל זמן דליכא סהדי דמכחישי לפנינו חשיבא המיגו כסהדי. אולם לדעת מהר"מ הלוי שפיר הקשה דלדידי' אפי' בדבר דלא חשיב כסהדי מסלקינן למיגו שהרי אפי' בנאמנות סתם מסלקינן למיגו ועי' היטב, וא"ל דא"כ גם על מהר"מ הלוי לא קשה כל כך דנהי דנאמנות סתם מסלק' למיגו, זהו היכא דידעינן בבירור אבל לא ע"י חזקה דלא חשידי, דאכתי בזה לא יעלה תרופה לקושייתו, דכיון דאית ליה דאפי' דבר דלא הגיע לכחו של אנן סהדי מסלק לתוקפי' דמיגו, הרי עודנו לא שבקת חיי שיכול לזייף ולכתוב בו נאמנות כב"ת [עתה נשכילה כי מה שתמה הקצה"ח על המהרי"ט הוא קושיית מהרי"ט בעצמו]:

ונראה דעיקרן ושרשן פלוגתייהו תלי' בפלוגתא דרבי ור' נתן בקידושין דף ס"ד:] באוקימתא דאביי שם וכדאסברא לן בדיני דשכיר בזמנו [סי' נ"ט אות א'] יעו"ש, ודעת מהרי"ט דמה לו לשקר כעדים דמי, ואפי' לר"נ איפשר לומר כן, דשאני התם כיון דמוחזק באחין והוא אומר כנגד החזקה הנודעת לכל או משום שאומר בשעת מיתה להיפוך דהגדה זו דבשעתו היא העיקרית כמ"ש תוס' יבמות [קט"ו] בסוף ד"ה או דילמא, ומש"ה אמרינן דאיגלאי מילתא למפרע דמה לו לשקר כזאת [דאיתרע על ידי הגדתו דשעת מיתה] אינו אלא כחזקה אבל מיגו דעלמא איפשר לומר דגם לר"נ כעדים דמי, ומהר"מ הלוי וסמ"ע בתי' הראשון] וש"ך דסברי לחלק בין מיגו דהפה שאסר לשאר מיגו, דבכל מיגו דעלמא ל"מ אפי' כנגד נאמנות סתם דסבירא להו דמה לו לשקר כחזקה דמי, ואפי' לרבי. דשאני התם דמיגו אלימא כהאי דא"ב מגרשה לפנינו ונראה לכל שאינה אגידא עוד הוא דעדיפא מכל מיגו דעלמא וחשיבא כעדים וכמ"ש הרשב"א והר"ן שם. אבל שאר מיגו דא"ב טען כך גריעא טפי ולא מהני אפי' כנגד נאמנות סתם, והא דמיבעי' לן

בש"ס ב"ב [דף ה':] בתוך זמנו אם מהני מיגו במקום חזקה, שאני התם כיון דעכשיו הוא לאחר זמן והפה שאסר והודה דלא פרעו לאח"ז הוא שטוען שפרע ת"ז, ולשיטתם הרי מיגו דהפה שאסר עדיפא משאר מיגו וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו בפרק המוכר את הבית דגבי תוך זמנו דמי להפה שאסר] דאפי' נגד נאמנות כב"ת מהני ליה. אבל מהרי"ט דלא ס"ל לחלק בין פה שאסר לשאר מיגו, והא דכתב הרמב"ן לחלק, הוא למ"ד שם דלא מהימן במיגו נגד שטר גבי שטר כיס אבל לדינא דפסקינן דנאמן במיגו דעלמא נגד שטר. אלמא דמרע ליה לחזקה לגמרי דאפי' תפיסה לא מהני, אלמא דמה לו לשקר כעדים דמי, ות"ז החזקה עדיפא דאפי' במלוה על פה מהימן המלוה בלא שבועה הוא דמיבעי' לן ופסקינן בת"ז דכחזקה דמי לפי שהמיגו הוא נגד חזקה דאלימא כל כך ולא אתי' חזקה ועקרה לחזקה לגמרי לכן מהני תפיסה אח"כ:

איברא לדינא כבר הכריע בקצה"ח (סי' ק"ח סק"ד וסי' צ"ז ס"ק י"א דכן נראה בש"ע בכמה מקומות דמיגו דהפה שאסר עדיפא ממיגו דעלמא ודבריו מוכרחים, א"כ ממילא מוכח דמלל"ש כחזקה דמי ול"מ אפי' נגד נאמנות סתם ומיגו דהפה שאסר מהני אפי' נגד נאמנות כב"ת [ודוקא שהיה עדים כשנתן לו הנאמנות רק עכשיו ליתנייהו אבל אם בעת שנתן הנאמנות לא היו עדים אזי אמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה וכמ"ש לעיל באות הקודם]:

אולם מ"ש [בסי' ע"ח סק"ה] גבי יומא דמישלם זמני' דלא מהימן במיגו דפרעתיך היום, דאין לומר משום מיגו דהעזה דגבי ממון מהני מיגו כזה, וא"ל משום דזו העזה יתירה לומר פרעתיך היום ושכחת, שהרי גבי משכון בעינן שראו בידו באותה שעה שטענו דאל"כ מהימן במיגו דהחזרתי לך היום, אלא ודאי הא דל"מ במיגו כמו לאח"ז הוא, משום דביומא דמישלם זמני' ליכא הפה שאסר כיון דאם לא טען לא טענינן ליה משא"כ בלאחר זמן ודבריו נכוחים וישרים למוצאי דעת, אלא דבעיקר הדבר יש לפקפק דאיכא למימר בפשטא משום דהוי מיגו דהעזה הגם דגבי ממון אמרינן, מ"מ הורע כחו של מיגו כזו ותו ל"מ במקום חזקה, דבמיגו ריע כזו לא מיבעי' ליה בגמרא דודאי חזקה עדיפא וכ"מ באורים שם, אלא דאכתי יש ליתן מקום לדברי בעל הקצה"ח דא"כ אכתי להימני' דפרעתיך ת"ז במיגו דיש לי בידך כנגדן וטענה זו נהימני' במיגו דפרעתיך היום, מיהא גם בזה יש לדון ולומר דלא מיבעי' ליה בש"ס במיגו במקום חזקה אלא בטענה דא"ב למיטען שהיא טענה מעולה בעצמותה, אבל היכא שגם הטענה דא"ב למיטען ג"כ אינה מעולה שהרי לא מהימני' לי' אלא במיגו אלמא דהורע כחו לכן במיגו כזו לא מהני במקום חזקה, ועמ"ש בזה בסוגי' דתוך זמנו והוא כעת בהגהות והערות]:

ג נהדרין לענינא לבאר היטב לדידן דפסקינן דבין בנאמנות סתם ובין בנאמנות כבי תרי דלא מהני מיגו נגדם רק הפה שאסר, וכן הוא דעת הסמ"ע בתירוץ הראשון] וש"ך ודעת ר"מ הלוי, וצריך להבין דמדוע גבי נאמנות דל"מ מיגו נגדם ואפ"ה בפש"א מהני לגמרי ול"מ תפיסה דאידך, וגבי ת"ז ותבעו לאחר זמן דהוי כמו הפה שאסר כמבואר ברמב"ן הנ"ל ובש"ך [סי' ק"ח] בתחילת תירוצו על המחבר שם דגבי ת"ז דמי להפה שאסר, ואפ"ה מהני תפיסה, כמ"ש הש"ך (סי' ע"ח ס"ק י"ט] והרי נאמנות כב"ת עדיפא מחזקה דת"ז שהרי אפי' סהדי לא מהני, ואפ"ה הפה שאסר מסלקה ליה לגמרי, וביותר קשה לדעת הש"ך במסקנת דברי קדשו בסי' ק"ח סק"ז] דמדחי לגמרי האי חילוקא בין הפה שאסר לשאר מיגו גבי תוך זמנו, וגבי נאמנות סובר לחלק כן אפי' בנאמנות כב"ת דעדיפא, ובמה לו לשקר דעלמא אזלינן בתר איפכא, דאפי' בנאמנות סתם ל"מ להחזיק, וגבי ת"ז מהני אפי' מלל"ש דעלמא להחזיק, לדעת הש"ך שם דלא ס"ל לחלק גבי ת"ז בין מה לו לשקר ובין הפה שאסר, ונראה דעיקר הדבר דגבי נאמנות דכל תוקפי' נעשה מדעת הלוה, לכן במקום הפה שאסר אמרינן דאדעת' דהכי לא הימני' וכמ"ש לעיל] משא"כ גבי תוך זמנו שהוא חזקה בעצמותו דמסתמא אינו פורע ת"ז, לכן ס"ל להש"ך דשם אין לחלק כלל בין מלל"ש לבין הפה שאסר, וגם לדידן דפסקינן גם בתוך זמנו לחלק, מכל מקום אין בתקפו של הפה שאסר לגבי ת"ז כמו גבי נאמנות, דאפי' לגבי נאמנות כבי תרי ל"מ תפיסה דאידך כמו גבי ת"ז, כיון דסוף סוף החזקה בעצמותו קאי דאינו עשוי לפורעו ת"ז [וכמ"ש בחידושים בסוגי' דת"ז]:

על דברי הש"ך סי' ק"ח סק"ז] הנזכר שמיישב דעת הש"ע שם בשטר עיסקא והוא תוך זמנו מוציאין מיתמי, אע"ג דאבוהון היה נאמן במיגו, משום דזהו גופא לא שכיח שיפרע תוך זמנו, וקשה ע"ד הלא מדברי תוס' ריש גיטין הנ"ל מוכח להיפוך, דא"כ אכתי לא שבקת חיי שיכול לזייף באופן שיהא ת"ז כשמת אביהם ותו לא טענינן להו, ונראה דלפי מ"ש לעיל בדברי מהרי"ט ניחא דנהי דגבי ת"ז מוציאין מיתומים ואפי' היה מיגו לאביהם, זהו היכא דידעינן בבירור שהוא ת"ז כגון בשטר מקוים, וכיון דמספ"ל להש"ס ריש ב"ב אם מהני מיגו במקום חזקה משו"ה דנין הדבר למילתא דלא שכיח ולא טענינן ליתמי, אבל בשטר דאינו מקוים רק דמ"מ מוציאין מיתמי משום חזקה דלא נחשדו לזייף מ"מ כבר הורע כחו דחזקה דתוך זמנו, ובזה לא מיבעי' לן דפשיטא לן דמהני מיגו וטענינן ליתמי:

ובזה אפ"ל מה דקשיא לי כד הוינא טליא על תוס' הנ"ל דאכתי לא שבקת חיי שיכול לזייף על היום האחרון מימי חייו דא"א בפרעון אלא ביום שנכתב השטר דלפרעון

ביומו לא חיישינן אפי' בנפל דאיתרע, ומשמע דאפי' במיגו לא מהימן, דחזינן דבריעותא בנפילה אפי' ת"ז אינו נאמן התובע, כמ"ש בש"ע (סי' ס"ה סעיף ו'), ובלא נפל מיבעי' לן בש"ס ב"ב (דף ה') אי מהני מיגו נגד חזקה דת"ז, וגם לדינא מספ"ל כמבואר בריי"ף שם, ובפרעון בת יומא דגם בנפל לא חיישינן [ב"מ י"ז.], מכ"ש דבלא נפל לא מהני מיגו נגד פרעון בת יומא ולהנ"ל ניחא כיון דכל עיקר לא נודע לן אלא ע"י חזקה רפוי' כבר יצא הדבר מעיקר תקפו וחילו. איברא לדעת הש"ך דס"ל דגם בת"ז ל"ש ולא טענינן להו ליתמי קשה קצת דהרי יכול לזייף באופן דאי איפשר בפרעון אלא ביומו, ונהי דנפל מחילו ותוקפי' דפרעון ביומו מכל מקום עודנו נשאר כחילו דתוך זמנו וכמ"ש לעיל בקושי' מהרי"ט על ר"מ הלוי:

ד בדברי תוס' ריש גיטין הנ"ל כתב מוהר"מ לובלין דנ"מ אם טענינן מזויף כשהיה ת"ז, ואמרתי זה שנים כבירים דמ"מ ל"ש לומר דא"כ לא שבקת חיי, שהרי לקושטא מהני מיגו במקום חזקה רק דנפקותא בתפס אידך, ונגד תפיסה לא שייך לא שבקת חיי, ומיושב בזה קושיית הפ"י שם], ומ"מ קשה הדבר לומר כן בדעת תוס' דס"ל דתקפו כהן מוציאין מידו ול"מ תפיסה באיבעי' דלא איפשטא, גם למ"ש לעיל בדעת הש"ך דהיכא דשטר אינו מקוים דהשתא לא ידעינן שהוא ת"ז רק ע"י חזקה דלא חשידי, אזי בוודאי מהני מיגו ותו לא מהני תפיסה. איברא איכא נפקותא טובא דאיכא עדים פסולים דמקיימי ליה לשטרא, וכדעת תשוב' הרא"ש דמיגו להכחיש עדים פסולים לא אמרינן, או בעד אחד על הקיום ומחל השיעבוד דהו"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכמ"ש הפ"י שם גם בגט שאינו מקוים וכתובה מקוימת יעו"ש:

הנה בעיקר קושיית מהרי"ט דאכתי לא שבקת חיי שהרי יכול לזייף ולכתוב בו נאמנות כב"ת דהשתא לא מצינן למטען פרוע במיגו דמזוייף שגם אביהם לא היה נאמן במיגו, לשיטתם דלא דמי להפה שאסר וכמ"ש לעיל, והוא תמוה לכאורה לדידן דפסקינן בזה כמהר"ם הלוי וסמ"ע בתירוץ הראשון וש"ך, ונראה ליישב [קושיית מהרי"ט וקושיא הנ"ל דיזייף על יום אחרון מימי חייו, וגם מ"ש על הש"ך] דאכתי טענינן להו דאבוהון היה נאמן לומר יש לי בידך כסות וכלים בתורת פקדון או בגזילה והיה נאמן במיגו דמזוייף, ועי' סי' פ"ה ובש"ך שם סק"א], ונגד זה לא שייך נאמנות כיון שאינו על גוף החוב רק מצד אחר הוא דאתא עליה, וא"ל דלא טענינן ליתמי רק טענה שעומד לכך מתחילה כגון פרעון בחוב או לקוח בשדה או במטלטלין משא"כ טענה שאינו עומד לכך, שהרי מבואר גבי עשאו סימן לאחר דטענינן ליתמי חזרתי ולקחתי ממך במיגו דמזוייף עי' בתוס' כתובות [דף ק"ט:] סוף ד"ה אם. הרי דאע"ג דקיימא בחזקה דאידך

ואינו עומד לכך לחזור ולקנותו כן ולהניחו ברשותו כמקדם. איברא המהרי"ט שהקשה כן אזיל לשיטת הרז"ה והגהות מרדכי ריש ב"מ דמיגו מממון לממון לא אמרינן, ובעיזי דאכלי חושלא שאני דנתפטמו ונשבחו מחושלי והוי באותו ממון, כמ"ש בהגמ"ר שם בשם ראב"י, ומש"ה לדינא דפסקינן דלעולם נאמן עד כדי דמיהם, כמ"ש הש"ך [בדיני מיגו אות י"ג], תו לא קשה קושיית מהרי"ט:

ומ"ש תוס' שם אח"ז דאכתי לא שבקת חיי דיזייף שטר מכר דל"ש בהו פרעון, דאכתי נטעון ליתומים חזרתי ולקחתי, צ"ל דיזייף על יום אחרון שמת ובזה א"ל דנטעון יש לי בידך כנגדן דבקרקע דלא קני משכון הוי מיגו להוציא כדאיתא בש"ע (סי' ק"נ) ובסמ"ע שם [ס"ק ט'] ובמהרי"ט סי' קי"ב]:

ועיין ש"ך [סי' ע"ב ס"ק קמ"ח] דכתב דהיכא דאין היורשין יודעין בכמה הוא ממושכן דלא טענינן להו מספק עד כדי דמיהן דכיון דיודעין שהוא ממושכן אינן נאמנים אלא בטענת ברי, ולכאורה הוא היפך מ"ש דטענינן להו דהיה לאביהן בידך כנגדן. איברא ל"ק מידי דשאני התם גבי משכון דהוי להוציא דאפי' גבי משכון מטלטלין חשיב להוציא, וכיון דאין נאמנים רק במיגו מש"ה לא טענינן להו, משא"כ הכא דהוי להחזיק שפיר טענינן להו במיגו:

סימן נז

בדיני מלוה על המשכון

א בתוס' שבועות (דף מ"ג:) ד"ה מתני' בדפריש ר"ח גרס איפכא וכן ר"ת מתני בדלא פריש ושמואל בדפריש, וא"ת וכו' אי בדפריש מ"ט דר' אליעזר אמאי לא יפסיד כל החוב, וי"ל דפליגי ר"א ור"ע אי הוי אסמכתא או לא. ועוד תירצו דבלאו אסמכתא פליגי ופריש לאו היינו שיפסיד כל החוב, אלא דפריש ואמר אע"ג דלא שוה אלפא זוזי קבילתיה, דר"א סבר דלענין זה קבלה שיעכבנו בידו עד שיפרע כל חובו, ור"ע סבר דלהכי קבלה דאם אבד המשכון אבדו מעותיו, והיכא דפריש דיפסיד כל החוב כ"ע מודו דלא הוי אסמכתא ואבדו מעותיו. והקשו ע"ז אמאי לא מוקי מתניתין דמלוה על המשכון שומר שכר אפי' כר' אליעזר, ולימא בדפריש מודה ר"א כדשמואל, ותירצו דאי בדפריש מפסיד כל החוב כדשמואל, א"כ בדלא פריש יפסיד מיהא כנגד המשכון דכנגד המשכון חשיב כאילו פריש ולישנא דר"א דישבע ויטול מעותיו משמע אפי' כנגד המשכון עכ"ד התוס'. ויש להבין דמאיזה טעם וסברא יהא חשוב כנגד המשכון כאילו פריש. ועוד קשה דהא לתירוץ השני של התוס' אם פריש אע"ג דלא שוה שיפסיד כל החוב, אבדו מעותיו גם לר"א ולא הוי אסמכתא, א"כ נהי דר"א סבר היכא דפריש אע"ג דלא שוה קבילתיה,

דכוונתו שיעכב עד כדי שיפרע כל החוב, מ"מ בדלא פריש יהא חשוב כנגד המשכון כאלו פריש שיפסיד כל החוב דמפסיד, וגם לתירוצם הראשון דפליגי ר"א ור"ע אי הוי אסמכתא, ג"כ קשה כיון דכנגד המשכון חשוב כאלו פריש, א"כ בלא פריש יפסיד כנגד שיווי המשכון דחשיב כאלו פריש שיפסיד כנגד דמי המשכון [וזה לא הוי אסמכתא דלא גזיה]. והנראה לפרש דברי תוס' דלא מצד הסברא כתבו כן דכנגד המשכון חשיב כאלו פריש, רק מהכרח, כיון דאם פריש מפסיד כל החוב דהיינו בפריש אע"ג דלא שוה קבילתיה לתירוץ השני, או לתירוץ הראשון בדפריש שיאבד כל החוב, ע"כ בדלא פריש מפסיד כנגד המשכון דהיינו דהמלוה על המשכון הוי ש"ש, [דמסתמא כל מלוה בדעתו להיות ש"ש ולהפסיד כנגד שיווי המשכון, או יהיה מאיזה טעם שיהיה] דהא בודאי אם התנה ש"ח שיהיה חייב להחזיר לו בעד החפץ המופקד אצלו עשרת מונים מאשר הוא שוה, ונגנב או נאבד אח"כ אינו חייב לו כלום לשלם משום דבודאי לא התנה רק על חיוב [דהיינו פשיעה] אבל לא על גניבה ואבידה, וא"כ דברי התוס' נכוחים דאם ר"א סובר לדשמואל בפריש שמפסיד כל החוב, ומתניתין דהמלוה על המשכון ש"ש אתיא כר"א ובדפריש, ע"כ גם בדלא פריש ונגנב או נאבד מפסיד מיהא כנגד המשכון משום דהוי ש"ש, ולמה אמר ר"א ישבע שלא פשע ויטול כל מעותיו, דאי לא, גם אם התנה שיאבד כל החוב אע"ג דלא שוה, או קבילתיה לתירוץ השני, זה לבד ל"מ על גניבה ואבידה, דמסתמא לא התנה רק על חיובו, והא דכתבו התוס' בתירוץ השני דר"א ור"ע פליגי רק בפירש אע"ג דלא שוה קבילתיה, אבל בדפריש שיפסיד כל החוב גם ר"א מודה, כוונתם הוא דר"א מודה דלא הוי אסמכתא בדפריש וכמו שכתבו בהדיא, ונ"מ דאם פשע מפסיד כל החוב, אבל שומר שכר לא הוי רק בפירש שאם יאבד המשכון בגניבה ואבידה שיפסיד כל החוב, אבל בפירש שיפסיד כל החוב בעבור המשכון אין דעתו רק על חיובו דהיינו פשיעה [וא"ל דנוקי מתניתין דהלוהו על המשכון ש"ש כר"א ובדפריש שיפסיד כל החוב גם אי יגנב או יאבד, דא"כ מאי טעמא דר' יהודה דמתני' דהלוהו מעות שומר חנם הלא בדבר שבממון תנאו קיים]

ב ליישב דעת הרי"ף פרק אלו מציאות (דף כ"ט) והגאונים דפסקו בדמי אבידה דע"י היתר תשמיש מחוייב באונסין, ובמעות מותרין פסקו כרב נחמן [ב"מ מ"ג] דנאנסו לא. וכבר הקשו בזה בתוס' (דף כ"ט) ד"ה והוי, והרא"ש פרק המפקיד סי' כ"ו), ונלענ"ד דהנה בתוס' הנ"ל הקשו בתחלת דבריהם וז"ל תימא דהול"ל והוי לוה עלייהו ואם נאמר דאם באו בעלים קודם שהוציאם חייב להחזיר אותם מעות עצמם ולא אחרים הוי אתי שפיר דקרי ליה שואל, אך אי איפשר לפרש כן דבפרק המפקיד פריך אי נאנסו חייב מאי

איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי, והשתא אי חייב להחזיר הן עצמם כשיתבע הגזבר, א"כ לא קנאם השולחני בשלא הוציאם ולא מעל כדאמר בפ' השואל בקע בו לא מעל כיון שהמשאיל יכול לחזור וכו', אלא ודאי אפי' אם אותן המעות עדיין בעין אין צריך להחזיר הן עצמן עכ"ל. ונלפע"ד דהתוס' הקשו כן משום דאזלי לשיטתם דפסקו כרבה, אבל לדעת הרי"ף והגאונים דפסקי כר"י יש ליישב קושיא זו:

דבל"ז צריכינן להבין מנ"ל לש"ס בפרק המפקיד להקשות על רב הונא אפי' לא הוציא נמי דילמא באמת טעמיה משום שואל הוא, והגם דר"ה סבר לא בקע בו לא קנאו, זהו לענין שהמשאיל יכול לחזור אבל לענין חיוב אונסין כ"ע מודים דמחוייב משעת משיכה או משעה שסלקו בעלים כמבואר לקמן ב"מ (דף צ"ט) ובקידושין (דף מ"ו) וכן תמה בתומים [סוף סי' ע"ב]. אמנם לדעת הרי"ף והגאונים מתורץ על נכון דאי' בתשו' הר"ן סי' כ' [מובא בש"ך סי' ע"ב ס"ק כ"ט ועי"ש שכתב דהר"ן לטעמיה אזיל דפוסק דשומר אבידה כש"ש משום פרוטה דר"י] דאם שאל ספר מחבירו שאינו מחוייב באונסין דאין כל הנאה שלו לפי שגם המשאיל פטור מלמיתב ריפתא לעניא ע"י מצוה זו, ומפשטות הש"ס יראה כמו דנקטינן כשנותן מעות לשולחני דבוודאי דעתו להקנות לו מיד, ולדעת התוס' הוה לוה עלייהו מיד, הגם שלא הוציאן ול"א דילמא לא צריך להו, ה"נ איכא למימר דתיכף בשעה שמסר מעות מותרין לשולחני הצריך תמיד לעסקים שונים שתיכף עושה מצוה בנתינה לידו ונתן לו רשות בנתינה זו להוציאם, ועיין ברש"י מ"ג ד"ה מותרים דהוה ליה כנותן רשות וה"ל שלוחו עכ"ל. היעלה על הדעת להתעקש דדוקא כשזה שאל ממנו שילוה לו הוא דעושה מצוה בהלואתו וע"ז דוקא אמרה תורה אם כסף תלוה, ולכשיתחכם אחד בעשיית מצוה זו וימציא לו מעות אשר יודע שצריכין לו בכל עת, וערום יעשה בדעת ויתן לשולחני מעות מותרין דרך פקדון אזי לא יעשה מצוה, זהו דברים שאין הדעת סובלתן. ועפי"ז הוכיחו בש"ס דע"כ טעמיה דר"ה דמחייבו באונסין מטעם לוה, דאי מחמת דהוה ליה שואל אזי ה"ל לפוטרו מאונסין דאין כל הנאה שלו דהא גם המשאיל פטור מלמיתב ריפתא לעניא] כשהשאיל מעות לשולחני והמציא לו לעסקיו שיהיה אתו מעות מרווחים, אלא ודאי מטעם לוה הוא דמחייב ליה, ולזה הקשה הש"ס לר"ה מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי [ורב נחמן פליג על ר"ה דלא הוי לוה משום היתר תשמיש, ומשום הכי לא הוי שואל עלייהו דאין כל הנאה שלו, וא"כ בדמי אבידה דנקט הש"ס דהוי שואל קאי אליבא דר"נ דפסקינן כוותיה, ושם גם הוא סובר דהוי שואל כמו שיתבאר בסמוך]:

וממילא מיושב ג"כ קו' התוס' הנ"ל ובדוקא נקט הש"ס גבי דמי אבידה דה"ל שואל עלייהו דמחייבינן ליה מחמת שואל, דהא כל הנאה שלו, דהא הבעלים לא עשו מאומה רק שהב"ד נותנים לו רשות למוכרו, ואידך לא עשה מאומה ולא נפטר מעולם מלמיתב ריפתא לעניא. ולהכי פסקו הרי"ף והגאונים גבי אבידה דמחוייב באונסין ומחמת דה"ל שואל דוקא. אמנם גבי מעות מותרין פסקו כר"נ דלא ה"ל כלוה עלייהו ושוב אין לחייבו מחמת שואל שאין כל הנאה שלו:

ג לתרץ דעת הש"ך [סי' רצ"ב ס"ק ח'] והט"ז [בסי' ע"ג] דגם לדידן דפסקינן כרב נחמן דבמעות מותרין אינו חייב באונסין, מ"מ הם ברשותו לענין זה דגם כשלא הוציאם יכול ליתן לו אחרים תחתיהם. והשיג עליהם בעל חכם צבי בהגהותיו להט"ז [בסי' ע"ג] דא"כ מאי מקשה רב נחמן ב"מ (דף מ"ג] על רב הונא מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי, הלא גם לדידיה קשה, והאריך בקושיא זאת, ולפע"ד נראה דאיתא לקמן (דף צ"ט] דרב הונא ס"ל בקע ביה קנאו דלא תקנו משיכה בשומרים, ור' אלעזר סבר כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים, ור' אמי סבר דמדאורייתא קנאו במשיכה, וכן מפורש בהדיא בתוס' ב"ק (דף ע"ט] סוף ד"ה תקנו, ואנן פסקינן כר' אלעזר דתקנו משיכה בשומרים וקונה מדרבנן רמב"ם פ"ב מהלכות שכירות הלכה ח' וש"ע סי' ש"ז], וגם בהלוואה פסקינן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה, ומבואר בריטב"א קידושין [דף מ"ז:] דגם בהלוואה הא דאינו יכול לחזור הוא מדרבנן, אבל מדאורייתא יכול לחזור, דמשיכה גם גבי מתנה והפקר אינו קונה מדאורייתא רק היכא שקנה לחלוטין, אבל גבי הלוואה אף דלא הדרא בעיניה כיון דצריך לשלם אינו קונה רק מדרבנן, ועיין בתומים [סי' ע"ב ס"ק נ"ד] שמביא ראיה לזה מדפליגי ר' מאיר ורבנן בקידושין (שם] אם מלוה ברשות בעלים לחזרה, והשתא אם נאמר דגבי מלוה קנה מדאורייתא א"כ מנ"ל לר' אלעזר דתקנו משיכה בשומרים דהא מדר' מאיר נשמע לרבנן דעד כאן לא פליגי עליה דר"מ אלא גבי מלוה דמדאורייתא קנה משום דלא הדרא בעיניה, אבל גבי שומרים לכ"ע לא קנה, אלא ודאי דגם מלוה אינו קונה רק מדרבנן, ותו לא אפליגו רבנן בתקנתייהו וקונה אף בשומרים:

נמצא מוכח ממילא לר"ה דלית ליה משיכה בשומרים כלל ואעפ"כ ס"ל מסתמא כרבנן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה משום דלא הדרא בעיניה, א"כ קונה גבי מלוה מדאורייתא, ולהכי הקשה הש"ס דוקא לרב הונא מדס"ל דחייב באונסין והוה לוה עלייהו משעת משיכה, א"כ אפי' לא הוציא למעול כיון דקונה מדאורייתא, אבל לר"נ דס"ל דנאנסו לא מסתמא כר' אלעזר ס"ל דתקנו משיכה בשומרים כמו דפסקינן כאשר

מבואר בפוסקים הנ"ל, וא"כ גם גבי מלוה לא קנה רק מדרבנן, להכי לא מעל, דליכא למימר דרבנן החמירו עליו, כיון שזהו חומרא דאתי לידי קולא דחבירו מותר לשמש בו לכתחלה כמבואר בתוס' ב"ק הנ"ל, ועיין בתומים [סי' ע"ב ס"ק נ"ד] שגם הוא הבין בדברי התוס' הנ"ל דע"י קנין מדרבנן ליכא מעילה כלל ועמ"ש עוד בזה לקמן בסי' ע' אות ז' ח']:

ד ברש"י ב"מ [דף פ"ב] ד"ה לימא דר"י תנאי וז"ל דרבה ודאי תנאי היא דהא ר' עקיבא לית ליה דרבה, והקשו בתוס' שם דלרבה נוכל לומר דפליגי בדשמואל, ועוד הקשו בתוס' לעיל [דף כ"ט] דא"כ תקשה דר"ע אדר"ע דהכא ס"ל שומר אבידה כשומר שכר דמי, ובדמי אבידה ס"ל דהוי שומר חנם, ונראה לפענ"ד עפ"י דברי תוס' סנהדרין (דף כ"ה] בסוף ד"ה כל דעיקר הטעם בהא דמשחק בקוביא דלא הוי אסמכתא כיון דלאו בידו הוא כלל, אע"ג דגזים בתנאי שחוק שלו מ"מ גמיר ומקנה וכו' עיי"ש. והדבר מובן דהא דחילקו התוס' בסוגיא זו בשבועות [דף מג:] ד"ה מתניתין, בין דעתו להתחייב, זהו לדמות תנאי זה להא דמשחק בקוביא, ועוד חידשו והוסיפו בזה דבהא עדיפא ממשחק בקוביא כיון שמפסיד משכונו. אולם לא נדו מסברתם במה שחילקו בעיקר דיני אסמכתא בין בידו לגמרי כמו שחילקו לעיל במס' סנהדרין], וא"כ כל זה דוקא לדידן דפסקינן דאף דעל בעידנא דעיילי אינשי חייב, ואף בגניבת אונס לגמרי מחייבינן ליה לדעת רוב הפוסקים, ועיין בש"ע סי' ש"ג סעיף ב'] ולהכי מחייבינן ליה כשהתנה שיפסיד כל החוב בגניבה ואבידה כדאיתא במתניתין דהלוהו על המשכון שומר שכר דמשמע להדיא דמחוייב כשאר ש"ש אף בגניבת אונס, [וכ"כ בנתיבות סי' ע"ב סוף ס"ק י"ג דגם לשמואל חייב בגניבת אונס] דכנגד המשכון חשיב כמפורש, אבל לרבה דס"ל בש"ס ב"מ [דף צ"ג:] דדוקא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי אבל בעידנא דעיילי אינשי, וכן גני פורתא בעידנא דגני אינשי, אף ש"ש פטור, נמצא שכל שמירתו תלוי בידו, נמצא לרבה אף כשפירש הוי אסמכתא תו לא נוכל לומר דכנגד המשכון חשיב כאילו פירש, דהא אפי' בדפריש לא מהני לרבה כמבואר בתוס' ד"ה לא:

בדשוי, ואף לדעת רש"י דשמואל אייריי בדלא פירש, זהו היכא דלא שייכא בדיני אסמכתא, אבל לרבה כיון דבידו הוא עודנו הוא בגדרי אסמכתא, [ואף את"ל כיון דגניבה קרובה לאונס הרי זה דומה לדבר שאין בידו לגמרי, דז"א כיון דלא נוכל לומר שאין בידו לגמרי כמו משחק בקוביא וא"כ כה"ג אף דלא גזים הוי אסמכתא כמו בחמרא דזולשפט כמבואר לעיל בתוס'], ולהכי אף את"ל דפליגי בדשמואל מ"מ לא אתיא דר"ע כרבה, דס"ל דעל בעידנא דעיילי אינשי וגם גני בעידנא דגני אינשי דפטור, דא"כ לא יצא מכלל

אסמכתא, ואף את"ל דר' אליעזר ור"ע פליגי באסמכתא גופיה ור"ע כר"י ס"ל דאסמכתא קניא, עדיין צ"ל דרבה לא ס"ל כר"ע דהא רבה אית ליה להדיא דאסמכתא לא קניא ב"מ [דף ס"ו:] א"ל רב הונא בריה דרב יהושע לרב פפא הכי אמרינן משמיה דרבה כל דאי לא קנה, וכל זה דוקא לרבה דבע"כ צ"ל דלית ליה דר"ע, אבל לר"ע גופיה ליכא לאקשויי דאיכא למימר דפליגי באסמכתא גופיה, או דפליגי בהא גופיה אם על בעידנא דעיילי אינשי דלר"א פטור ולהכי הוי אסמכתא, ולר"ע חייב ולא הוי אסמכתא, אבל מ"מ הפוך בה במה דבעית בע"כ צ"ל דר"ע לית ליה דרבה:

ה דברי הרא"ש אשר ישתומם עליהם כל הרואה דפוסק כרבה וכשמואל וגם ס"ל דבחיוב גניבה ואבידה לחוד מחוייב לבער, וכבר הוכיחו רבותינו בעלי התוס' בשבועות (דף מ"ד] סוף ד"ה שומר, דבע"כ צ"ל דדוקא בחיוב אונסין מחוייב לבער, דאל"כ היאך יפרנס סוגיא דפ' כל שעה, בהא דפליגי אי ישראל קונה משכון דהא תיפוק ליה דמחוייב לבער מטעמא דשמואל. ונראה לפענ"ד דבל"ז קשיא מנ"ל לתוס' דאף בנכרי מחוייב כנגדו אף בגניבה ואבידה דאדרבה איפכא מסתברא, דהא חזינן לגבי הקדש בפרק הזהב דאף דמתנה שיתחייב בדיני שומרים צריך דוקא קנין כיון דלא שייך כלל בדיני שומרים, א"כ אף דכנגד המשכון חשיב כאילו פירש מ"מ בלא קנין לא מהני, וצ"ל שהתוס' הוכיחו זאת לתירוצם השני בפרק הזהב דף נ"ח] בד"ה אמר ר"י, דדוקא במתנה להיות כשואל מהני בלא קנין, וא"כ אף לגבי ישראל קשיא דמפני מה יתחייב כנגד המשכון מטעם דחשיב כאלו פירש כיון שכל חיובו הוא רק בגניבה ואבידה, אלא ודאי דשאני במלוה על המשכון דאמרינן דאדעתא דהכי נתן לו את המעות והוה כאלו הקנה לו את המעות על תנאי זה ואין לך קנין גדול מזה, דלא ניחא ליה למימר כפשטא דהלוואה הוא ענין בפני עצמו, והתנאי מן המשכון הוא ג"כ ענין בפני עצמו, דא"כ אף בישראל לא יתחייב בגניבה ואבידה לפום תירוצם השני הנ"ל, אבל הרא"ש דס"ל לעיקר כתירוצם הראשון, וממילא נוכל לומר כפשטא דתנאי דמשכון לחודא, והלוואה מילתא אחריתא הוא, ואפ"ה לגבי ישראל דוקא מהני להתחייב בגניבה ואבידה מטעם דחשיב כאלו פירש כיון דשייך ביה דינא דשומרים מהני התנאי להעלות דינו, אבל לגבי עובד כוכבים לא מהני בלא קנין:

עוד באופן אחר נראה ליישב שבעלי התוס' הוכיחו דבע"כ גם לגבי נכרי חייב מטעמא דשמואל דאם לא כן קשיא הא דמקשה בפ' האומנין [דף פ':] לימא מתניתין דלא כר' מאיר, דהא בל"ז מתניתין דלא כר"מ, דהא ר"מ סבירא ליה בקידושין [דף מ"ז:] דמלוה ברשות בעלים לחזרה א"כ כל זמן שלא הוציאן עודנו לא נעשה לוה על המעות ולא נעשה רק כשומר על המעות כמבואר שם בקידושין, לענין אונסים כ"ע לא פליגי, וא"כ

לר"מ לא משכחת דמלוה על המשכון יהיה ש"ש, כיון שלוה ג"כ נעשה שומר על המעות והוה שמירה בבעלים, ואף את"ל דטעמא דמלוה על המשכון שומר שכר הוא מטעמא דשמואל, ג"כ קשה דהא כיון דלא שייך ביה דינא דשומרים כלל אף תנאי בפירוש לא מהני לתירוצם הראשון הנ"ל, וא"כ מסיפא דמתניתין מוכח בע"כ דאתיא דלא כר"מ, אלא ודאי בע"כ צ"ל דהתנאי הוא על ההלואה בעצמו והוה כאלו הקנה לו את המעות על אופן זה כנ"ל ואין לך קנין גדול מזה, ולהכי הוכיחו שפיר דגם בנכרי מחוייב מטעמא דשמואל, א"כ ממילא מוכח דדוקא בחיוב אונסים מחוייב לבער:

אמנם כן הוא לשיטת רמ"ה דאף בשמור לי והשאילני הוה ג"כ שמירה בבעלים, אבל לדעת רש"י שם דבכה"ג לא הוה שמירה בבעלים לגבי השומר כיון שאין השואל עמו במלאכתו דהא לא בא דבר השאול תחת ידו בשביל הבעלים רק לטובת עצמו ולהנאת עצמו, דדוקא בשמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים דהרי הוא עמו במלאכתו, אבל בשואל אינו מהנה לבעלים כלום רק בעל החפץ מהנה לשואל, וא"כ הדרינן למילתא דדוקא היכא דאיתא בתורת שומרים אמרינן גביה דהוי כאלו פירש דאז אינו צריך קנין כסברת תוס' הנ"ל, והא דהקשה הש"ס לימא מתניתין דלא כר"מ דהא למסקנא בסוגיא דקידושין דלענין אונסין כ"ע לא פליגי מידי דהוי אשואל, ותו לק"מ מסיפא כיון דבכל תורת שאלה לא שייך בו שמירה בבעלים כמש"ל לדעת רש"י ז"ל. [ועיקר דבר זה דלמ"ד דמלוה ב"ב לחזרה, הוה שמירה בבעלים על המשכון, נזכרתי אחר כתבי שזה שנים כבירים שמעתי כזאת מהרב המנוח מו"ה יצחק ז"ל על דבר אחר דכיון דלא נעשה לוה עדיין ממילא שייך בזה דין שמירה בבעלים לפטור את המלוה אם קיבל ממנו הפקדון, וכיוצא בו ראיתי כעת במקנה בקידושין גבי מלוה ברשות בעלים, שם (דף מ"ז:) סד"ה לימא כתנאי התקדשי לי בשטר חוב, ועי"ש במקנה מ"ש ע"ד תשו' הר"ן הנ"ל באות ב']:

ו בתוס' שבועות (דף מ"ד:) תוס' ד"ה ורב יוסף וכו', וא"ת דאמרינן בר"ה (דף כ"ח) המודר הנאה מחבירו מותר לתקוע לו תקיעת מצוה וכו' ואמאי הא מתהני לר"י דחשיב ליה שומר שכר בהכי עכ"ל. ונלע"ד דיש להקשות אמאי אמרינן בנדרים דף ל"ג] דמודר למדיר לא יחזיר לו אבידתו, ליתי עשה דהשבה וידחה ל"ת דקונם, ואף דקונם הוא עשה ול"ת, הא איתא בשאלה כמו בנזיר ומצורע [יבמות ה'], וצ"ל דכמו דאמרינן בכתובות [דף מ'] אי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל, ועי' תוס' ישנים שהקשו מכיבוד אב ואם וע"ש מה שתירצו, א"כ הכא דאמרינן דגם הנאה זו של פרוטה דרב יוסף הוה בכלל הנדר, הרי כבר אמר לא בעינא שיחזיר לי המודר, גם ללישנא דאמרינן בב"מ (דף ל']) דלא דחינן איסורא מקמי ממונא עיי"ש, לק"מ, וא"כ במודר הנאה משופר להכי מותר

אף לרב יוסף, דהדרא קו' הנ"ל לדוכתי' משום דעשה דוחה ל"ת, והתירוצים לא שייך בזה כמובן [ועיין בהשמטות]:

ז בסמ"ע סי' ע"ב ס"ק י"ג] כתב דמלוה שטוען על המשכון נאנסה והלוה מכחישו בברי הגם דאין לו מיגו פטור הלוה, והש"ך [בס"ק י"ד] חולק עליו, וסובר דכיון דאין ללוה מיגו נשבע המלוה שנאנסה ונוטל חובו, ועיין בט"ז [סעיף כ"ט] ונראה בפשיטות שמסכים לשיטת הסמ"ע, ועל קושייתם מהא דנקט הר"י אברצלוני [מובא בטור סעיף כ"ג] דהא דפטור הלוה היכא שמכחישו בברי, הוא משום מיגו, דמשמע הא אין לו מיגו חייב, מתרץ הט"ז על נכון עי"ש, ולקושטא לא הבנתי דעת הש"ך בזה, שלכאורה נראה להדיא מדברי הר"ן שבועות בסוגיין כדעת הסמ"ע שכתב שם בד"ה ואינם ברורין אצלי וכו', דדוקא בשלשה דינרים היה שוה נידון כמודה במקצת, מפני שגם לפי דבריו חייב לשלם מדינא הדינר שמודה לו אפי' שעודנו תחת ידו ולא מחזירו לידו שאינו עובר אלא בלאו דלא תחמוד, ומשמע להדיא כשטוען טענה הפוטרת לגמרי נאמן אפי' בלא מיגו [וכן כתבו בתומים ונתיבות דהמשנה איירי דלית ליה מיגו]:

ולפמ"ש הנתיבות המשפט בס"ק י'] יש ליישב קצת דברי הש"ך איברא דבריו דחוקים שם למעיין בצדק, זולת מ"ש בתחילת דבריו דיש לי בידך כנגדן הוא טענה גרוע, כן הוא. אבל נראה שהוא מטעם אחר שהוא כעין דאמרינן אין ספק מוציא מידי וודאי, וכיון שהוא חייב לו בוודאי אינו יכול לפטור את עצמו במילתא דלא נודע ואינו עומד לכך. אבל כשמלוה מודה לו שהיה לו בידו פקדון ונאנס והלוה טוען בברי שפשע או שעודנו תחת ידו נראה דהלוה נאמן אפי' בלא מיגו, ומה שכתב שם שזה טענה גרוע לומר שפשע או שרוצה לגזול לא מצינו כזאת בכל טענות ותביעות, הגע בעצמך אם יתבע את חבירו הלויתי לך חמשים וחמשים גזלת ממני והלה מודה לו בהלוואה וכפר בגזילה, הכי נימא דבכהאי גוונא לא חייבו רחמנא לישבע כיון דטענה גרוע היא ולא מצינו טענה גרוע בכה"ג אלא להוציא בטוען כלי גנבת אפי' כשיש לו מיגו דשאולים [תוס' שבועות מ"ו: ד"ה וספרא] משא"כ להחזיק או בענין שבועה לא מצינו הפרש בין טענה גרוע לשאר טענה כשטוען טענת ברי כנלפענ"ד ברור:

ח איברא גם בדעת המחבר בש"ע סי' ע"ב סעיף ב' וסעיף י"ד] יש להתבונן כשטוען נאנס' דמחויב הלוה לשלם משום דהוי כאינו יודע אם פרעתיך, ומדברי הר"ן נראה להיפוך דכל שיש לספק שעודנו אצלו הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, דתירוצו של הר"ן לא שייך בזה כמובן, ונראה בזה דדווקא היכא שהמלוה משלם לו בעד שוויו, אזי הספק עצום לנו דילמא עודנו בידו כאשר היה בתחילה ברשותו ועודנו לא יצא מרשותו וכאן

נמצא וכאן היה, ואין לומר דנוקמיה ליה בחזקת כשרות כדמעיקרא, דמשום זה לא הורע חזקתו, דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, ולהכי פשיטא ליה דכיון דכל זמן שעודנו תח"י לא נתחייב כלל. השתא נמי דלא ידע כיון דספיקא ההוא מובצר ומושגב לפנינו ע"י חזקה דמעיקרא וכאן נמצא וכאן היה, ולמלוה ליכא חזקה כנגדו אזי דינו כא"י א"נ, ולהכי הוכרח הר"ן לחדש שם דמשום זה לא נפטר הוא במה שמגיע לו יותר משיווי המשכון. אבל כשטוען נאנסה ותובע כל חובו תו לא נוכל לפטור את הלוה משום דילמא עודנו תח"י ע"י חזקה דמעיקרא ולא נתחייב לו בתחילה רק כשיחזיר לו משכונו. דהשתא הורע כחו של ספק זה לגמרי שהרי אית ליה חזקת כשרות דעדיף מכאן נמצא, דא"כ הרי הוא כופר בפקדון ונעשה גזלן על ידו, וחזקת כשרות דמסתבר עדיף מחזקה דלא מסתבר (ואין להתעקש בזה דא"כ כשתובע לחבירו חפץ זה שתח"י שלי הוא והלה אומר א"י נאמין לו משום חזקת כשרות דידי', דהתם יש לנתבע ג"כ חזקה דכל מה שתח"י אדם שלו הוא], ולהכי אין לספק עוד בזה, רק לדילמא פשע (ויש מקום לספק בזה דאונסא לא שכיח, וחזקת כשרות אינו מנגדו, כיון דהמשכון איננו בידו הוי על המעות רק ככופר במלוה ושייך ביה ספק מלוה ישנה] וחייב לשלם לו, או שיצא בניכוי חובו, להכי דנין את הלוה כא"י אם פרעתיך. אבל כשטוען ברי שעודנו ת"י פשיטא דפטור משום דמעולם לא נתחייב לו רק בחזרת המשכון, (ולא חשבינן ליה כטוען יש לי בידך כנגדן דא"נ אלא במיגו], כדעת הסמ"ע וט"ז ותומים, וה"ה כשטוען פשעת במשכוני, הרי זה כטוען פרעתי, ואפי' היכא דלית ליה מיגו נאמן, כיון דידעינן ע"י הודאתו שהיה משכונו תחת ידו, ומספקא ליה באיזה אופן נאבדה תו לא שייך לדמותו לטוען יש לי בידך כנגדן, דהתם שאני שאין ספק מוציא מידי ודאי וכמ"ש:

[**ועיין** בש"ך (סי' ע"ה ס"ק כ"ז) דספק פרעון קודם הלואה הוי כאיני יודע אם פרעתיך, וכן הסכים התומים שם (ועמ"ש בסי' שאחר זה אות ו'), ודע דבדמיון של הש"ך וכן לפי מ"ש בתומים, אינו אלא בפקדון שהפקיד אצלו מעיקרא כיון דמודה לו שהפקיד אצלו רק שנסתפק למפקיד בשיווי החפץ. אבל היכא שהלוה לו מעיקרא והלוה אמר נ' והמלוה מסופק אולי היו מאה, דאזי אין אנו מוכרחים לירד ולחייבו מפני ספק פרעון ק"ה (דהוי כא"י א"פ) דבלא זה חייב שהרי אפי' כשטוען ברי אינו נאמן אלא במיגו כטוען יש לב"י כנגדן וכטוען ספק דאין לו מיגו פשיטא דחייב, וגם בפקדון [דוקא היכא] שהיה לו אצלו מעיקרא והלה מודה ליה בעיקר החפץ רק דמחולקים בשיווי חפץ כזה, שהמלוה טוען ברי שלא היה שוה אלא חמשים והלוה מספקא ליה עד מאה, בזה הוא דצריכין לירד מפני ספק פרעון קודם הלואה דאילו טען ברי היה נאמן בלא מיגו כיון שמודה לו בעיקר

הפקדון, והלוה עשאהו לפרעון (עי' בנתיבות המשפט סי' ע"ב סוף סעיף קטן י' מ"ש שם נגד הקצוה"ח). אבל אם מחולקים בכמות הפקדון שהמלוה אומר כלי אחד היתה, והלוה מספ"ל בשנים וכן כל כי"ב, דאז אפי' כשטוען ברי דשנים היו אינו נאמן אלא במיגו כמו בכל טוען יש לי בידך כנגדן, וכשאין לו מיגו אפי' כשטוען ברי אינו נאמן]:

ולפי דברינו גם בלוה מחבירו והיה לו פקדון ביד המלוה וטוען בברי שפשע בפקדונו והלה טוען שנאנס גם כן נאמן אפי' בתוך זמנו [דל"ל מיגו דפרעתי] דבזה לא שייך הטעם דאין ספק מוציא מידי וודאי:

ט איברא נראה בעיקר המחלוקת שבין הסמ"ע והש"ך כשטוען פשעת במשכוני והלה טוען נאנסה ובגוונא דלית ליה מיגו כגון בשטר או שהוא ת"ז, דאם נזכר המשכון בשטר או שעדי הלואה יודעים שנתן לו משכון כנגד החוב א"כ נאמין ללוה במיגו דפרעתי לך והחזרת לי משכוני דכשטוען כן נאמן כמו בשטר שנפל דנאמן אפי' כשהוא תוך זמנו, ואפי' בכתובה כשיושבת תחת בעלה, דתלינן בכל דבר, כי היכי דלא להחזיק בנפילת אונס דל"ש כלל, כמבואר בש"ע סי' ס"ה סעיף ו' וס"ס מ"א ובש"ך שם], לכן תלינן בכל חששי, א"כ גם במשכון נמי נאמין ללוה שפרע לו והחזיר לו משכונו כי היכי דלא נימא שנאבד ממנו ע"י אונס והשתא נמי כשטוען פשעת במשכוני הרי יש לו מיגו אפי' במקום שטר ותוך זמנו, ובע"כ צ"ל דאיירי דלא נזכר המשכון בשטר, וא"כ יש לו למלוה מיגו דלהד"מ [דמיגו דהעזה לענין ממון אמרינן], ואי משום מיגו להוציא כיון שהשטר או חזקת ת"ז מסייע לו הוי מיגו, ואז אם יטעון הלוה שהיה משכונו תח"י הרי הוא להדיא כטוען יש לי בידך כנגדן ועיין:

ולפ"ז איפשר לומר דלא פליגי לדינא, דהש"ך מיירי בגוונא דלעיל דלא נזכר המשכון בשטר דאית ליה מיגו למלוה ולא ללוה, וא"כ תו לא נשאר ללוה בסופו, רק טענת יש לי בידך כנגדן וכמש"ל, וסמ"ע מיירי כשנזכר המשכון בתוך השטר, ואפ"ה נוכל לאשכוחי בגוונא דלית ליה ללוה מיגו לומר שפרע לו והחזיר לו משכונו, כגון במשכון ששוה יותר מהלוואתו [והשגת הש"ך על הסמ"ע, הוא באופן שלא נזכר המשכון בשטר, ובאמת יש לומר דהסמ"ע מיירי רק היכא שנזכר המשכון בתוך השטר וכהנ"ל]:

י בש"ך [סי' ע"ב ס"ק קט"ו] חידש דהיכא שהמפקיד מכחיש את הנפקד בברי דתו ליתא לשבועת שומרים כיון דאיכא חזקה דאינו מעיז ודמי לכופר הכל, והקשה התומים שם ס"ק מ"ב] דא"כ הדרא קושי' הש"ס שבועות [דף מ"ה:] לדוכתה דשבועת שומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, שגם שהפקיד לו בשטר עדיין יש לו מיגו דנאנסה בפניך ע"ש, ונראה דלק"מ דמידי הוא טעמא אלא משום דמעיז בפניו לכפור לו ממונו

בדבר שהלה מכיר בשקרו, זהו כשהמפקיד תובע בברי שפשעת או שהוא ברשותו, דאז אין לנפקד דרך אחר להציל את עצמו מן הממון רק שיכחישו בברי שהרי בברי זו שע"י פוטר א"ע מממון שתבעו איכא העזה גמורה, משא"כ היכא שהמפקיד לא ידע מאומה מה עלתה בפקדונו והנפקד משיבו נאנסה בפניך, תו ליתא לחזקה דאין אדם מעיז שהרי אין בהעזה זו כפירת ממון כלל, שהרי יכול לפטור את עצמו בטענה זו עצמה ולא יעיז לומר שבפניו היה הדבר, וכיון שע"י העזה זו לא נפטר מממון לית ביה משום העזה כלל, ולא נפטר על ידי העזה גרועה כזאת מן השבועה שחייבו רחמנא גם לדעת הש"ך וזה ברור ונכון, [ועמ"ש עוד בזה לקמן סימן פ"א אות א']:

ולהלן בסי' ס'] יתבאר עוד בדיני אומן קונה בשבח כלי, הנוגע לסוגיא זו, ומשם ידרשנו המעיין לכאן:

סימן נח

ליקוטי חידושים מאאמו"ר זצללה"ה בש"ע סימן ע"ה

א בתוס' ב"מ [דף ג'] בד"ה מפני וכו' וא"ת כופר הכל מנלן דפטור, וא"ל מטעם חזקה אין אדם מעיז דהא אפי' במקום שיכול להעיז פטור כגון בבנו וכו', וא"ל דילפינן מדאיצטריך למכתב שעד אחד מחייבו שבועה ואי כ"ה חייב מאי נפקא מיני' מע"א הא בלא"ה חייב וכו' עכ"ל, ולכאורה אין הבנה לדבריהם דכיון שמחזיקים עתה שגם דכופר הכל חייב. אבל במקום שחבירו מכיר בשקרו פשיטא דפטור משום חזקה דאין אדם מעיז, א"כ אין התחלת ראי' משבועת עד אחד דאיצטריך היכא דחבירו מכיר בשקרו, וכן הקשו השיטה מקובצת ומהר"מ שי"ף, גם הקשו כיון דבטענו חטים והודה לו בשעורים ממעטינן מקרא ממילא נשמע דכופר הכל פטור:

ונראה דע"כ צ"ל בעיקר היסוד שהעמידו דבריהם דמנ"ל דפטור, הכי מן ההכרח הוא זה לכתוב הפטורין, דכיון דלא נתרבו לחיובא פטורין ממילא, אלא שיעור דבריהם כיון דחזינן דאיכא חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו כדאמר רב נחמן בשבועות [דף מ':] ומנ"ל דחזקה זו קלישתא רק לחייבו היסת דילמא חזקה גמורה היא לחייבו בשבועה מן התורה, ובמודה במקצת דליתא לחזקה זו [וכמ"ש הלחם משנה פרק א' מהלכות טוען ונטען סוף הלכה ח'] מה"ט חייבו רחמנא משום רגלים לדבר כמ"ש תוס' ב"מ (דף ד') ד"ה הצד, ובכתובות. וע"ז הסבו בדבריהם דהיכא דאיכא חזקה דאין אדם מעיז פשיטא דפטור דכשם דאיכא כח המחייבו שבועה משום חזקה. איתא נמי לשכנגדו חזקה דאינו מעיז לסלק כח המחייב. אבל בבנו דאיתא לכח המחייב וליתא לכח הפוטר מנ"ל, וכיון דקיימי' השתא דלעולם איכא כח המחייב רק משום דאיתא לשכנגדו כח הפוטר אלמא

דחזקה דאין אדם מעיז יש בו כח לפטור משבועה דאורייתא, [והגם דלקמן בריש סי' של אחר זה הוכחנו דחזקה אינה מועלת לפוטרו משבועה דאורייתא, זהו לקושטא. אבל לס"ד דתוס' בע"כ צ"ל דחזקה פוטרת משד"א], עתה קמה כחומה ראייתם מעד אחד בממנ"פ דהיכא דאיתא לחזקה דאין אדם מעיז גם משבועת ע"א ליפטרו דמה לי שבועה דכ"ה או שבועה דע"א, ואם מיירי בבנו דליתא לחזקה דאין אדם מעיז גם בלא העד יתחייב לישבע, וא"ל משום דאין בכח חזקה דאין א"מ לפוטרו נגד שני חיובים דז"א דהיכא דאיתא לעד אחד תו ליתא לחזקה דא"א תובע מפני שסמך בתביעה זו על העד, [כעין דאיתא גבי חזקה דאין אשה מעיזה, דהיכא דעד אחד מסייע לה מעיזה, כמ"ש הרא"ש גיטין פרק האומר סי' ח', והטור אהע"ז ריש סי' י"ז], גם א"ל דשאני שבועה דע"א דכל זמן שלא נשבע להכחישו הרי הוא כשנים, כמ"ש תוס' ב"ב דף ל"ג] ד"ה הוי בתירוצם השני, ז"א דהא בל"ז צ"ל דאזדי הכא לתירוץ הראשון שם דליכא נפקותא בין שבועה דע"א לשאר שבועות, דאלת"ה היאך הביאו ראיה כלל מע"א, דצריך קרא דאפי' דאית ליה מיגו לשכנגדו כגון בע"א אומר לוה והוא אומר לא לויתי דאפי' דאית לי' מיגו דפרעתי ויש לו עד המסייע על הפרעון [דא"צ לישבע משום כ"ה] אפ"ה חייב ועיין:

ולפ"ז תו לא קשה על דבריהם מהודאה שאינו ממין הטענה דהתם ליכא חזקה לתובע (כמו שכתוב בלחם משנה הנ"ל), שגם לדברי הנתבע יש לו עליו איזה תביעה ובמקום אחר כתבתי עוד בזה]:

ב יש להתעורר בהתחלת דבריהם הנ"ל וז"ל וא"ל מטעם חזקה דאין אדם מעיז וכו' דהא אפי' במקום שיכול להעיז כגון בבנו וכו', ויש להבין שהרי מדברי רבה גופא מוכח כן דאם נימא דכל עיקר פטוריה דכופר הכל הוא מהאי טעמא דאם בקושטא שחייב לו לא היה ביכלתו להעיז ולכפור א"כ מה קשי' לי' תו דנאמין למודה במקצת דאם איתא דמשקר היה לו לכפור בכולו, דהא השתא נקטינן שכל שאינו מודה כלל אתו האמת והצדק, ואיך נוכל להפוך השקר לצדק, וכעין דאיתא גבי האשה שאומרת גרשתני, וכן באתה נתת לי דאין להאמינה על טענה אחרת במיגו דגרשתני או שאחר נתנו לי ע"מ שאין לבעלי רשות בו במיגו דאתה נתת לי לפי שכל המשקר אינו יכול להוציא עתק כזאת מפיהו, ותו ל"ש מיגו כלל, [כמ"ש הבית שמואל סי' פ"ה ס"ק ל'], וצ"ל דש"ה שנאמנת ע"י כך להוציא עצמה מחזקת אשת איש, או להוציא החפץ מחזקת הבעל דכל שיש לה בחזקת הבעל הוא, לכן נקטינן דחכמינו ז"ל אמדו כך דאי איפשר בשום אופן לשקר באלו בשום פנים, משא"כ בחזקה דאין אדם מעיז גם למאי דס"ל מעיקרא דכופר הכל פטור מה"ט, היינו דלא רמי עלי' שבועה מתחילה, משום דראייתו טובה כפלס

משקל ראייתו של אידך שהוא משום חזקה דאין אדם תובע אלא א"כ יש לו עליו וכמ"ש לעיל, יש לו כח המסלק ראייתו ע"י חזקה דאין אדם מעיז משום דמדאורייתא ל"א אישתמוטי בכ"ה, כמבואר, וכיון שנסתלק ראייתו של זה באידך, תו אין מקום לחייבו בשבועה. אבל לא משום דנימא שאתו לבדו האמת, לכן קשי' ליה לרבה דנהי דבכ"ה מעיז ביותר מכל מקום נאמין למודה במקצת במיגו דהרי אמרינן מיגו דהעזה לענין ממון כמו בשדה זו של אביך וכו' דמודה ר' יהושע, ובעיזי דאכלי חושלי [עי' תוס' ב"ק ק"ז ד"ה עירוב), ומתרץ ליה דמיגו גרוע כזו ל"מ אלא לענין ממון משום דמיגו כהאי לכ"ע כחזקה דמי ול"מ לפטורי משבועה כיון שנוכל לברר אמיתת הדבר כמ"ש בדיני דשכיר בזמנו, ודיני דאומן, [אחרי חידשתי זאת בימי חורפי מצאתי מזה בפסקי מהרא"י (סי' קי"ג) עי"ש, ובמק"א כתבתי בזה לבאר דבריו, דמאי נ"מ אם נאמר כן אם לאו]:

ג בתוס' ב"מ [דף ג':] בד"ה בכולי' וכו' וא"ל דהיינו מדרבנן לפי שראו וכו' וכן בנסכא דר' אבא וכו' עכ"ל, וזה כמה אשר לא הבנתי דברי קדשם דהא למאן דאית ליה דחשיד אממונא חשיד אשבועתא א"כ גם כפירה לחוד היכא דלא שייך אישתמוטי הוא כשבועה, א"כ תו לא קשי' מידי בנסכא דלית ליה מיגו דלא חטפתי שהרי היה צריך לכפור כנגד העד שהוא בפלס משקל אחד כמו שבועה והרי שני התירוצים שתירצו שם בב"ב אם משום דלא חציף להכחיש את העד בשבועה, או משום דכל כמה דלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים] שייכים כמו כן בכפירה לחוד כיון דשניהם שוים לדידי', והייתי בעיני כמתעתע על דבר שלא יכולתי לעמוד על אמיתת ד"ק (וזה כשנה הובא לכאן ירושלים עיר הקודש חיבור ממרן הרב הגאון הקדוש מו"ה ר' עקיבא איגר זצוק"ל, חידושים על איזה מסכתות וראיתי שעמד בזה, ושמתי עיוני בזה]:

והנה למאן דאית ליה חשיד אממונא דחשיד נמי אשבועתא כל כמה דלא שייך אישתמוטי, בוודאי אין מן הסברא לומר דלא תגזול ושבועת שקר הם במשקל אחד, חדא דזה ניתן לחזרה, משא"כ שבועת שקר, ועוד שגם בחלוקי כפרה מרוחקים הם מן הקצה אל הקצה כמבואר ביומא (דף פ"ה:] דעולה מכפר על עשה ועל לאו הניתק לעשה, וגם תשובתן חלוקה [שם דף פ"ו:] וגם דאיכא למימר דמפני ספק מלוה ישנה, או משום ספק דאית ליה בגוף החפץ קא תפיס ליה עד שיזכיר את עצמו בבירור, ואם ישאר לו בספק יחזיר לו כמ"ש תוס' [ב"מ דף ו' ד"ה ממון] גבי ספק מלוה ישנה, ואפ"ה פטור משבועה היכא דלא שייך אישתמוטי כדסבירא להו להתוס' השתא לדעת רש"י, שהרי בנסכא איכא משום ספק מלוה ישנה, ואפ"ה פטור משבועה משום מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, אלא ע"כ עיקר הטעם הוא משום דאנן הוא דמספקא

לן דילמא לא יודה אחר כך מפני השבועה, כיון שכבר יצא מחזקת כשרות בכל דהו, אבל היכא דשייך אישתמוטי דעודנו לא יצא בזיז כל שהוא מחזקתו, הוא דמחייבינן ליה לישבע, הרי מכללו נשמע דלמאן דס"ל כן בע"כ צ"ל דקלישא לדידי' חיובי דכל השבועות טובא שהרי בעילה כל שהוא פטרינן ליה לגמרי בלא שבועה ותשלומין כלל, [אפי' לתירוץ הראשון בתוס' ב"מ דף ה' ד"ה שכנגדו דמדינא אמרינן גבי חשוד מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דשאני התם דמעשיו גרמו לו דנשתנה בזה מן הכלל, משא"כ בדבר דל"ש אישתמוטי דבכולי עלמא הכי איתא] ואפי' במקום דצריך לישבע נגד העד ול"ש אישתמוטי פטור משבועה ותשלומין, אלמא דלא ס"ל דכל כמה דלא נשבע להכחיש העד הרי הוא כשנים, וגם פשיטא דל"ש לומר על כפירה קלישתא כזו דאית בי' כמה ספיקי, דלא חציף להכחיש את העד ומפני כך יהרס לגמרי המיגו שלו, ותו ל"ק קושי' הנ"ל:

איברא לא הבנתי כלל עיקר דבריהם כיון דמוכח להדיא מסוגי' דלקמן דאי איפשר לבצע הדבר רק באחת משתים, או דלית לן כלל מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, או דחיישינן לספק מלוה ישנה, שכן מוכח להדיא מכל הנשבעין ונוטלים, וא"כ לדעת רש"י דרבה ס"ל דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, א"כ בע"כ דס"ל כאביי, ואביי ס"ל בשבועות (דף ל"ב:) וב"ב (דף ל"ד) האי דר' אבא בנסכא, ותו לא קשי' מנסכא כלל, ומנ"ל לחשוב בדעת רש"י כזאת להעלות דרך ממוצע בין הדבקים והצמודים, וראיתי בפנ"י שהרגיש בזה, ומ"ש דרבה בע"כ לית ליה דאביי דספק מלוה ישנה, דא"כ אזדא ליה המיגו בכללו דשמא יש לו ספק מלוה ישנה רק על המקצת שהודה, כבר כתבתי בדיני דשכיר בזמנו [סי' נ"ט אות ה'] דמשום הא לא אירי':

ד שמעתי מהגאון מו"ה אלעזר לנדא ז"ל (אשר נתקבל אח"כ לאב"ד דק"ק בראד) קושי' בשם הגאון הגדול מו"ה זרח זצ"ל מפראג, על הא דאיתא שם בשבועות אמר אביי וכו' הכל מודים בעד אחד דר' אבא וכו', דהא לאביי אם מחל לו כולי' ספיקא תו לא מחייבינן ליה לישבע, כמ"ש הנמוקי יוסף ב"מ [דף ו'], וא"כ אמאי יתחייב העד שהרי לכשיעיד על החטיפה אזי יכול החוטף למחול לו כל ספק מלוה ישנה שיש לו עליו, וא"כ אכתי איכא מי יימר, שהרי לאחר שימחול לו תו לא מהני סהדותא דילי' דאכתי יש לו מיגו דלא חטפתי:

ולדברינו הנ"ל ניחא בפשטא, שהרי לאחר שימחול כל ספיקי א"כ הדרא הכפירה לכפירה ברורה, ותו שייכים על הכפירה לחוד שני התירוצים של התוס' שם כמו השתא

דדנין על השבועה משום לא חציף או משום דכל זמן דלא כפר לו הרי הוא כשנים ועיין בהשמטות]:

והנה אז זה יותר מארבעים שנה תירצתי לו, חדא דל"מ מי יימר רק על העדר מעשה, כמו מי יימר דמשתבעת [גבי שכנגדו חשוד על השבועה] אבל לא על קיום דבר חדש שעודנו לא נעשה כמ"ש תוס' ריש שבת [דף ד' ד"ה קודם] ברדיית הפת דלא חשיבא התראת ספק היכא שתלוי' בקום ועשה, הרי דקו"ע לא נכנס בכלל סוג הספק, וכ"כ תוס' במכות [דף ט"ו:] דקיימו ולא קיימו ל"ח התראת ספק אף דמסתמא יעשה שלא ימות ולא ילקה [ועי' בהשמטות]:

ועוד יש לתרץ כשם דחיישינן לספק מלוה כן יש לחוש על ספק שיש לו בחפץ עצמו כמ"ש בשמ"ק שם, ועל החפץ ל"מ מחילה כדאי' בש"ע (סי' רמ"א וצריך להקנות לו בקנין, ומסתמא לא ירצה אידך בכדי שיתחייב בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דבשלמא מחילה, לחוד מהני אפי' בע"כ דאידך, כמו שמבואר מתוס' קידושין [דף ה'] בד"ה שכן ישנן, דיעוד הוא בע"כ דידה ואבי', ולקמן [דף י"ט] בתוס' ד"ה במלוה כתבו שם שאין עיקר היעוד בחזרת המשכון אלא ע"י מחילת השיעבוד לחוד:

ואכתוב מה שתירץ אז כבוד הרב מוהר"א הנ"ל בדרך פלפול, דהנה תוס' שם ב"ב (דף ל"ד.] כתבו וז"ל וליכא למימר נמי דהאי לא חשיב מיגו וכו' או משום שירא שלא יפסלוהו לעדות, העד ובעל הנסכא, דהא משמע דאי לא דעד מחייבו שבועה היה פטור והיינו ע"כ במיגו וכו' עכ"ל, כוונתם דא"כ בלא שבועה נמי ליתא למיגו מה"ט גופא שלא יפסלוהו דכופר בפקדון פסול לעדות ושבועה, ויש ליישב קושי' התוס' ע"פ דברי תומים שפירש דברי תוס' ב"מ דבודאי גזלן לא תלינן במלוה ישנה משום דהוי כתרתי דסתרי כיון דמוציאין ממנו ולא יופסל מיחזי כחוכא, ולפ"ז ניחא דעל הכפירה לחוד לא יופסל ע"י צירוף העד ובעל הנסכא כיון דאין מוציאין ממנו הדר תלינן במלוה ישנה ולא יופסל. אבל אם ישבע שלא חטף, אז יפסלוהו העד ובע"ד דאם נשבע לשקר ליכא למיחש עוד בספק מלוה ישנה, וכ"ז כשלא מחל לו הספק מלוה ישנה. אבל כשימחול לו המלוה ישנה, [הגם דלא יוצרך לישבע] הלא גם בלא שבועה לית ליה מיגו, כיון דאז יכולים לפוסלו ע"י כפירה לחוד, מש"ה ירא לטעון ל"ח שלא יפסלוהו עכ"ד הג' הנ"ל. איברא עיקר טעמו של התומים אינו מן ההכרח דבפשטא ברירא טפי, משום דאין ספק מוציא מידי ודאי, ואינו מן המדה להכניס דרך ספק ואמתלא נגד הגדתם לבטל שמץ מנהו כמ"ש לקמן בדיני שכיר בזמנו, ולא מצינו כזאת רק להמציא עילה למציאות השבועה:

ה בתוס' כתובות [דף י"ב:] בד"ה רב הונא וכו' וז"ל ותימה דבפ' יש נוחלין גבי זה אחי משמע דאית ליה דברי ושמא ברי עדיף ובפרק ח"ה משמע דאית ליה דר' אבא, וי"ל דאפי' למ"ד חייב איכא למידרש שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, דשניהם לא ידעו אלא שעד אחד מעיד שאחד חייב לחבירו מנה דאבוהון כה"ג חייב דמתוך שאינו יכול לישבע משלם עכ"ל. וזה שנים כבירים אשר עמדתי ע"ז דלמאן דאית ליה ברי ושמא ברי עדיף היאך יתחייב לישבע בטענו בספק ע"פ עד שהרי יכול לשלם ואח"כ יתבענו ויוציא ממנו ע"י ברי ושמא דעד המסייע אינו קם לממון. ונראה כיון דכל כמה שלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים ונמצא דדמי כמו ששילם לו על פי עדים, ואחר כך נעשו קרובים ששוב לית ליה דינא ודיינא עליו:

ויש ליישב בזה קושי' הר"י הלוי מובא בר"ן ריש פרק שבועת הדיינין שהקשה מדברי רב נחמן בר יצחק אמר שמואל (שם דף מ'] דנקט אבל טענת מלוה והעדאת עד אחד, הרי שגם ע"י עד אחד צריך טענה דוקא אבל לא ע"י ספק, דשמואל לטעמי' דס"ל בו"ש ברי עדיף וגם לית ליה דכל זמן שלא נשבע נגד העד הרי הוא כשנים, להכי א"א לחייבו בטענו בספק ע"פ עד שהרי יכול לשלם לו ואח"כ יתבענו ויוציא ממנו ע"י בו"ש, וסברא הנ"ל ל"ש אליבי' דהא רב ושמואל לית להו דר' אבא, וכמ"ש תוס' ב"ב ל"ד ד"ה הוי בשם ריב"ם דלדידהו נאמן דידי חטפתי במיגו דלא חטפתי]:

ו וראיתי כעת בתומים סי' ע"ה ס"ק ו'] דפוס דובנא מש"ש הרב הגדול הרמ"ז מ"ץ דשם וז"ל ולפענ"ד נראה להוכיח בהיפוך דהיכא דספק פרעון קודם הלואה הוי כא"י אם הלויתני מדפסקינן דהיכא דטענו בספק ע"פ העד דחייב לישבע שבועה דאוריי' ואם אינו רוצה נחתינן לנכסי', וקשה דהלא הלוה יכול לתבוע אחר הפרעון להמלוה שלקח ממונו בחנם כי לא היה חייב לו מעולם וטענת המלוה אינו אלא בספק כי הוא אינו יודע כי אם ע"פ העד וא"כ אם אמרינן דספק פרעון קודם הלואה הוי כאיני יודע אם פרעתיך מחמת דאין ספק מוציא מידי ודאי, א"כ ה"נ הוי טענת המלוה כא"י א"פ וחייב להחזיר לו מעותיו ואין העד פוטרו כי אין ע"א קם לממון כמ"ש הרא"ש וכו' ועכ"פ היה לנו לומר שיעשו פשרה וכו' אלא ע"כ צ"ל כיון שהספק נולד קודם שנתן לו הוי כא"י אם נתחייבתי לך וכו', ועוד יש להוכיח וכו' ממ"ש הפוסקים דבטענו שניהם ספק על הפרעון דחייב לצי"ש, וא"כ לאחר ששילם לו יתבע למלוה ויהיה גם הוא כא"י אם פרעתיך ע"י ספק פרעון קודם הלואה וכו' עכ"ל:

ואילו היה כתוב כזאת בחיבור בפ"ע לא חששתי להורות את משפט צדק בזה שאין אנו אחראין לזה שכל מעיין ישים עיונו בפלס מאזני הצדק וידע דרך הנכונה מעצמו אולם

מפני שכתובים אצל חיבור גדול ומאוים כזה ייראו התלמידים לשום עיונם בזה וישתבשו גם בכל כיוצא בו כי לקושטא במחכ"ת שגה בזה, כי ספק פרעון קודם הלואה לא הוי אלא היכא שנתחייב בשעתו, רק שאח"כ רוצה לעשות פרעון מספק שקודם להלואתו, אזי אמרינן כיון דנתחייב כבר, מוקמינן ליה על חזקת חיוב בהדי ברי ושמא ולא נסתלק חיובו מפני ספק שקודם לזה. איברא בהנך גווני דנקט ליה, הרי נטלם בחזקת שהם שלו מדינא, דכל זמן שלא נשבע כנגד העד הרי הוא כשנים או מפני שאינו רוצה לישבע דמדינא נחתינן לנכסי', הרי נטלם בחזקת שהם שלו מדינא, ולא נתחייב לו מעולם, וכן בטענו שניהם בספק על הפרעון דחייב לצאת ידי שמים הרי נטלם שיהיו שלו לעולם פשיטא שגם אחר כך כשתבעו לא גרע מאיני יודע אם נתחייבתי [ועמ"ש בסי' הקודם אות ח' בהג"ה]:

ז **בנתיבות** המשפט [סי' ע"ה סק"ז] כתב בענין איני יודע אם פרעתיך במקום דלא הו"ל למידע לדעת הפוסקים דפטור וז"ל שם ויש ליתן טעם לדבר מה בכך ששמא גרוע וכי משום שהי"ל לידע ולא ידע קנסינן ליה, וע"כ צ"ל דטענת א"י במקום דהו"ל למידע טענה גרוע הוא ומחזיקים אותו למשקר וטען שמא. ובאמת אילו היה ברור לב"ד באמת שא"י היה פטור, דלא גרע ממקום דלא הוי ליה למידע רק דחשדינן אותו למשקר וטען א"י, וא"ל דיהי' נאמן שא"י במיגו שהיה טוען ברי, דז"א דיותר ניחא ליה לאדם לטעון טענת א"י מטענת ברי, כמ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ג], וא"ל דיהא נאמן במיגו דא"י אם נתחייבתי לך דיש לומר דירא שמא יש עדים על הלואה, ועוד כיון דשמא גרוע הוא א"נ אפי' יש לו מיגו אם לא במקום הפה שאסר, עכ"ל הצריך לעניינינו:

ולפי ענ"ד ראשית דבריו מתקבלים ונכונים דבע"כ הטעם הוא משום דלא מהימנינן ליה שא"י. אולם מ"ש לתרץ על עיקר הקושיא לא אוכל לכלכל הדברים בצדק, דמ"ש דניחא ליה ביותר בטענת א"י, דאנן איפכא שנינן בכמה דוכתי דאין אדם עושה עצמו ברצון מסופק, ומדברי סמ"ע שהביא אינו דומה ואינו עולה במישור לכאן, דהסמ"ע נתן טעם למי שטען תחילה ברי ואח"כ כשמחייבין אותו בשבועת היסת טוען א"י, שהוא מפני שניחא ליה יותר בזו משום דלקושטא כן הוא שא"י. אבל בנידון דידן דחשדינן ליה שיודע ועושה עצמו ברצון מסופק, כיון דבין כך ובין כך הוא משקר יותר טוב לו לטעון בברי שאז לא יתוודע שקרו, גם מ"ש על מיגו דא"י א"נ דירא שמא יש עדים על הלואה, א"כ נפלו בבירא כמה וכמה מיגות כגון פרעתי במיגו דמזויף לדידן, ואי משום דאם יבאו עדי קיום אזי גם בטענת פרעתי לא יפטור, בנידון דידן ג"כ כן הוא לדבריו דלית ליה מיגו על טענת ברי ועי', וכן מת במלחמה בהחזיקה היא מלחמה בעולם במיגו דאי

בעי אמרה שלום בעולם, וכן גבי שכיר אם שכרו שלא בעדים בע"כ דליכא עדי מלאכה ונימא ג"כ דירא דילמא איכא עדים שראו שעסק במלאכתו [ועי' בהשמטות], גם מ"ש משום דטענה גרוע הוא אינו נאמן במיגו, לא אדע הלא כל ענינו של מיגו הוא במקום שעתה הוא טענה גרוע ואפי' במקום חזקה מיבעי' לן ומהימן להחזיק. איברא הנראה לי עיקר בזה, ובזה יתורץ ג"כ קושי' בעל פתח הבית שהקשה לפוסקים דבמקום דלא הוי לי' למידע לא אמרינן מתוך שאיל"מ, בע"כ ג"כ הטעם משום דלא מהימנינן ליה שא"י וא"כ היכא דאיכא ע"א על הלואה וטוען א"י דפסקינן דמתוך שאיל"מ ש"ע סי' ע"ה סעיף י"ב], אמאי לא מהימנינן ליה שא"י במיגו דפרעתי, וכן יש לשאול ג"כ בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא אמאי דנין לחייבו יהיה נאמן שא"י במיגו דאי בעי כופר הכל, ואי משום העזה דהשתא הוי לענין ממון, כסברת הרא"ש ריש ב"מ סי' ג' [ועמ"ש בתפארת ירושלים סוף מס' ב"ק בהג"ה, על קושיו' האלו]. אבל הנכון בזה ע"פ סברת הרמב"ן ב"ב [דף מ"א] מובא בנמו"י שם דהיכא דטען שדר ביה המוכר חד יומא ולית ליה סהדי ע"ז, אע"ג דאית ליה מיגו דמינך זבינתי' משום דכל תורת מיגו לא ניתנה רק היכא שלפי טענתו נתבררו הדברים לגמרי בלא שום צירוף, אבל היכא דגם לפי טענתו עודנו אינו מבורר לגמרי רק דאנן צריכין עוד לברר הדברים לגמרי על פי משקל דעתינו בכל כה"ג לא ניתנ' תורתו של מיגו כלל, ולפ"ז תו ל"ק הקושי' הנ"ל שהרי אם נאמין לו שא"י, הכי נתברר ע"פ דבריו שחבירו משקר, רק דאנן דנין שאין לחייבו מספק ע"פ דת תוה"ק, ולכל כה"ג נפקע תורתו של מיגו, ולפי שסברתו של רמב"ן היא סברא נמרצת ונקודה נפלאה יורדת עד תכליתה וכלל גדול בכללי מיגו יש להתבונן שגם בעלי התוס' מודים בעיקר סברא זו, והאי דנראה שחולקים ע"ז שם (דף ל') בד"ה לאו, משום דמחלקים בין חזקה המסתברת בעצמותה לחזק' שהוא ע"פ דת, ולהכי סברי דהיכא שכבר החזיק ג' שנים וטוען מפלני' זבינתי' דאמר לי דזבנה מינך, ואנא ידענא דדר ביה חד יומא אע"ג דלית ליה סהדי דנאמן במיגו, משום דכל ענינו של חזקה הוא משום ריעותא דמערער על שלא מיחה, וריעותא דלוקח דלית ליה שטרא כבר נסתלק לאחר ג' שנים דעד תלת שנין מזדהר וכו' כמ"ש הרמב"ן שם [דף מ"ב] ד"ה הא דתניא, ולהכי כיון דלפי טענתו דדר ביה חד יומא הרי מסתבר ליה שקנהו מן המערער, להכי הוי כטוען טענה מבוררת ונאמן ע"ז במיגו ומש"ה הוכרחו להדר בתר טעמא אחרינא בהאי דדר בקשתא בעליתא משום דהוי כמיגו למפרע, אבל בכל הנך גווני דלעיל שגם לפי דבריו לא מסתבר ליה לא ע"פ ידיעה ולא ע"פ ראיה שהלה משקר, רק שהוא לא ידע. וע"י כן פטור מן הדין משום חזקת ממון, אזי בכל כה"ג לכ"ע לא מהני מיגו כיון שגם לפי דבריו לא נתברר

האמת לאמיתו. איברא היכא דלא ידע בבירור גמור רק שלפי דבריו הוא נידון ע"י חזקה המסתבר בזה פליגי בעלי התוס' עם הרמב"ן הנ"ל:

ח ואין להקשות לדעת רמב"ן מגיטין (דף ס"ד.) בעל אמר לגירושין ושליש אומר לגירושין וכו' אמר ר' יוחנן הוי דבר שבערוה וכו' וליהימני' לשליח, עי"ש בפי' רש"י דכיון דהבעל נאמן שנתנו לשליח וכו' הרי דאע"ג דהאמנותו של הבעל הוא ע"י מיגו, ועל ידו לא נתברר הדבר רק ע"י צירוף חזקה דשליח עושה שליחותו, ואפ"ה מהני מיגו כזאת. וא"ל דשאני התם שאין דנין אלא להאמינו שנתנו לשליח, ואח"כ יבוצע הדבר ממילא ע"י חזקה דשליח עושה שליחותו, דא"כ גם התם כשאומר דמוכר דר בו חד יומא נמי נימא הכי, שהרי לדברי הלוקח נתברר מיהת שהמוכר דר בו חד יומא והשתא אילו אתא המוכר ואמר מינך זבינתיה תהיה בחזקתו ע"י המיגו דלוקח, וכיון דאיתא למיגו זו שוב ישאר לגמרי ביד הלוקח אפי' היכא דליתא קמן, אלא ודאי כיון דסוף סוף אין טענתו מבוררת ע"י דבורו לא מהני לזה תורתו של מיגו כלל אפי' בדאיכ' המוכר לפנינו, איברא כבר כתבנו במק"א דכל מיגו שבידו שאני דעדיפא ממיגו שע"י טענה שהרי יכול לברר דבריו לפנינו כמ"ש הרשב"א קידושין (דף ס"ד) גבי יש לי בנים, ועוד נראה דכיון דהיכא שהבעל אומר שגירשה בספק קרוב לה או בספק אחר פשיטא דנאמן שתהיה ספק מגורשת ע"י מיגו, ואז אם יתברר אח"כ שמגורשת לגמרי פשיטא דמגורשת, והתם נמי כיון שהבעל אומר שנתנו לשליח, אזי גם בלא חזקה דשליח עושה שליחותו נידונית מיהת כספק מגורשת ע"י מיגו שלו ושוב נתברר ע"י חזקה דשליח שמגורשת לגמרי. ועיין משנה למלך פרק ד' מהלכות בכורות תוך ד"ה ודע], וכ"מ מגמרא דאי לאו משום חזקה דשליח עו"ש לא מהני מידי שצוה לשליח שיערב בעדו עירובי תחומין אע"ג דספק עירוב כשר דספיקא דרבנן הוא, ומתרץ שם דהיכא דמספ"ל אם נעשה מעשה דהיינו בספק הניח לא נכנס בסוג הספק, וא"כ גם בדאורייתא לא מחמרינן מצד ספק רק משום חזקה וא"כ הדרא קושי' לדוכתי' דא"כ אמאי מהני מיגו שלו כיון שע"י דבורו לבד הרי היא בחזקת אשת איש כבראשונה, ויש לחלק דשאני התם דלולא חזקת שליח עו"ש עודנה לא נעשה שום שינוי ע"י מינוי השליחות שע"י יצא מחזקתו הראשונה. אבל הכא גבי גט כבר החל לנתק אפס קצהו שהרי מעיקרא לא היה ביד אחר להוציאה מקנינו, ועתה ביד השליח הוא דכיון דמסתמא לא יבטל שליחותו ולא חיישינן לביטול כלל ואינו בכלל סוג הספק כלל, לכן גם זולת חזקה דשליח עו"ש הוית כספק מגורשת לחומרא כיון שגם השליח והאשה אמרו כן וכיון שגם זולת צירוף חזקת שליח עו"ש יש מקום לדברי הבעל ע"י מיגו שלו ושוב נתברר ע"י חזקה דשליח עו"ש שמגורשת לגמרי:

ט עיין בבעל התרומות [שער נ"א ח"ב דין ה'] דהיכא שמלוה אומר שטר אמנה הוא, והוא חב לאחרים על חצי הסך שבשטר שתח"י דמתוך שנאמן לגבי עצמו נאמן על חבירו, ובעה"ת חולק עליהם וכ"פ בש"ע סי' מ"ז מטעם דחיישינן לקנוניא, [ועמ"ש בזה בזי"ר חלק ראשון בדיני דע"א נאמן באיסורין בדף מ'], וקשי' מב"ב [קל"ה סוף ע"א] גבי זה אחי הוא אינו נאמן ויטול עמו בחלקו דמקשה הש"ס ש"מ מנה לי בידך והלה אומר א"י פטור, אביי אמר לעולם אימא לך חייב ושאני הכא דכמנה לאחר בידך שהוא בעצמו אינו טוען ברי רק ע"פ אחיו וקשי' דנאמין לזה דמתוך שנאמן לגבי עצמו, ומאי אמרת דחיישינן לקנוניא, דנאמין לזה שלא נעשה קנוניא ביניהם במיגו דטען בעצמו בברי שהוא אחיהם, ולדעת הרמב"ן הנ"ל ניחא דכיון שלא נתברר הדבר לגמרי ע"י טענתו רק ע"י צירוף דינא דמתוך, לזה לא ניתן תורתו של מיגו כלל:

י בש"ך [סי' ע"ה סק"ע] נסתפק באחד שתבע לחבירו ק' הלויתיך והודה לו בא' ועל השאר טען א"י ואינו אמוד רק על עשרה, אם דנין ביה כדין מתוך שאי"ל על העשרה שאמוד, ומסיים שמסתבר דמחויב לשלם לו העשרה, והקשיתי זה כמה מדברי הנימוקי יוסף ריש ב"מ גבי רבי חייא קמייתא וז"ל שם גבי העדאת עדים ל"ל הכי כו' אבל גבי עדים דליכא למימר אישתמוטי אישתמיט שהרי בכל כפר אימא ודאי קושטא קאמר דאי לאו הכי לא מצי כפר דאין אדם מעיז ואע"פ שהוחזק כפרן במקצת נימא דמשטה היה בו מתוך שהיה טוען עליו יותר ממה שהיה לו אצלו וליהימני' בלא שבועה קמ"ל מק"ו שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים ולפיכך הואיל והוחזק כפרן במקצת יצא מחזקתו ובחזקת מעיז פנים הוא ונשבע עכ"ל, וכללא הוא דדינא דמתוך ל"א אלא היכא שמכחישו בברי מחויב לישבע שבועת התורה, [וכדמוכח מדברי ר"י מיגאש מובא בר"ן פרק שבועת הדיינין סוגי' דמלוה על המשכון ועוד ראשונים], והכא אם מכחישו בברי היה נפטר משבועה דאורייתא משום דאית לי' מיגו דאי בעי כפר הכל, ול"ש בזה משום חזקה דאין א"מ כתירוצו דרבה שהרי בכה"ג יכול להעיז ולכפור בכולו משום כשם שהשטית בי לתבוע במאי דלא אמיד כך השטיתי בך לכפור גם בכולו אפי' בעשרה דאמיד וכדברי הנמו"י הנ"ל, ובזה ל"ש לומר כמו בדר"ח קמייתא משום שהוחזק למעיז, לפי שגם בעשרה דאמוד אנן לא ידעינן לאמיתו של דבר את מי הצדק והשקר, וכיון דבטענת ברי פטור משבועה תו ליתא לדינא דמתוך [ועי' בהשמטות איברא ליישב דעתו הגדולה נראה דמסתבר דכשם שהשטית בי וכו' ל"ש אלא בדבר שאינו ידוע לכל רק לשכנגדו לבד. אבל באינו אמוד, הרי ידוע לכל לכן לא חשש שכנגדו להבעיר יקוד בקרבו ולהכחיש לו בכולו בדבר שלא נודע לכל:

יא בעיקר דינא דמודה במקצת חייב לישבע שבועה דאורייתא, הקשו התוס' בכמה דוכתי דלדידן דפסקינן שיעבודא דאורייתא א"כ כל מודה במקצת הוי שיעבוד קרקעות, ותירוץ הרמב"ן מובא ברא"ש [סוף פרק שבועת הפקדון] דכיון דלא מצי למיטרף מלקוחות דלגבייהו ל"מ הודאתו תו לא הוי ש"ק והוסיף עוד הרמב"ן וז"ל דכל מודה במקצת שאין בו עדים כאן חייב דאפי' תבעו נמי ק' לי בידך בשטר ואבד ממני השטר והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים בשטר חייב הוא שבועה דאורייתא, כיון דאמר דאין השטר כאן ואין יכול לגבות בו מן המשועבדים לאו שע"ק מיקרי עכ"ל, והרא"ש שם חולק עליו דגם בכה"ג הוי ש"ק עי"ש [ודעת הר"ן ריש פרק שבועת הדיינין כהרמב"ן, ומה שקשה שם בד"ק, דמקושייתו שהקשה אח"כ נראה דסובר כתוס' והרא"ש, וכן תמה ע"ז התומים (ריש סי' ע"ה), ישבנו על נכון לקמן בדיני שאלה ושכורה בסי' פ"ב אות ג'], וזה כמה בימי חורפי עמדתי להבין בזה דדל ש"ק מהכא יפטור הלוה בלא שבועה במיגו דפרעתי כולו שהרי מסייע לו ריעותא דנפילה, שע"י יכול להעיז כמו בסלעים דינרים מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דנאמן בלא שבועה במיגו דאמר שתים דמסייע ליה שטרא [ב"מ ד:], והלא ריעותא דנפילה עדיפא ליה מסייעתא דסתם סלעים שתים, שהרי בסתם סלעים איכא מאן דס"ל דמהני תפיסה, וגבי רעותא דנפילה ליכא למאן דפליג, עי' בנמוקי יוסף ב"מ גבי סלעים דינרין לסברא ראשונ' דמכריח מפרק המקבל דמחויב בהיסת [והוא דעת רמב"ן, ובש"ע סי' פ"ח סעי' ל"ב], ואמרתי דהיינו טעמא, משום שגם למלוה אית ליה מיגו דאי בעי שתק לגמרי מהשטר ותבע בע"פ כיון שאין לו שום יפוי ע"י שטר זה שנאבד, ואם ימצאהו אח"כ יתבע אז שנית. הגם דמיגו לחייב שבועה ל"א כמ"ש בתומים ובקצה"ח [סי' פ"ב ס"ק ט"ז], וכן מסתבר דדמי למיגו להוציא דמה לי ממון מה לי שבועה, זהו היכא דכל עיקר חיובו תהיה ע"י מיגו. אבל בכה"ג דעיקר המיגו של המלוה אינו אלא לסלק המיגו של הלוה, כל כה"ג אפי' מיגו להוציא ממון נמי אמרינן [ועמ"ש בזה לקמן בדיני אומן סי' ס"ו אות י"א, ועי' בהשמטות וביאורים].

סימן נט

בדיני שכיר בזמנו

א עיין שבועות ריש פרק כל הנשבעין (דף מ"ה מ"ו) והקושיות בסוגיא זו, א] קושיית הר"ן תוך ד"ה הילכך, שהקשה על הא דמקשה הש"ס שבועת שומרין דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, דהא ע"כ מוכרחים לחלק בין ממון לשבועה לענין מיגו דהעזה, [כדמוכח מב"ב (ל"ו.) גבי הני עיזי דאכלו חושלא בנהרדעא, ומרבה ריש ב"מ מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, חזקה אין אדם מעיז], ובשכיר הוי לענין ממון לכן

אמרינן מיגו דהעזה, ב] קושיית הרא"ש [סי' ג'] על הר"י מיגאש שמחלק דמיגו מועיל לענין ממון ולא לענין שבועה, והקשה דמה לי ממון ומה לי שבועה, לכן מתרץ הרא"ש שם מטעם מיגו דהעזה, ג] וקשה ג"כ דהא לדעתו דליכא נפקותא בין ממון לשבועה הדרא קושיא לדוכתיה, ד] קושיית המפרשים על תוס' ד"ה קציצה כו' וז"ל וי"ל דשאני הכא דמודה במקצת כו' עכ"ל, דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה, ה] קושיית קצות החשן [סי' רצ"ו] לדעת הבעל המאור דהמפקיד אצל חבירו בשטר וטוען החזרתי אינו צריך לישבע מדאורייתא דלא חייבה רחמנא רק בטענה דשייכא גבי שומרים לבד ואעפ"כ לא הפסיד המיגו מדאורייתא, וכדאיתא להדיא בספר הכריתות בלשון לימודים שער ג' סימן קצ"ה] דמדאורייתא אמרינן אם רצה לטעון שקר היה טוען נאנסו וישבע על טענתו ול"א שאינו רוצה לטעון כן מפני השבועה, א"כ מה מתרצינן דאפקיד בשטר הלא יש לו מיגו דהחזרתי ואם טען החזרתי היה נאמן בלא שבועה מדאורייתא במיגו דנאנסו, וכיון שהיה נאמן בטענת החזרתי בלא שבועה יש להאמינו גם עתה שטוען נאנסו בלא שבועה: **ולפענ"ד** נראה ליישב בחדא מחתא, דלכאורה קשיא על רב ושמואל דמוקי בששכרו בעדים, אבל בלא עדים נאמן לומר נתתי לך שכרך במיגו לא שכרתיך, דבקידושין (דף ס"ד] פליגי רבי ור' נתן במי שאמר בשעת קידושין יש לי בנים, ובשעת מיתה אמר אין לי בנים נאמן להתיר ואינו נאמן לאסור דברי רבי, ר' נתן אומר אף נאמן לאסור, ומסקינן התם דפליגי במוחזק לן באחי ולא מוחזק לן בבני, דאמרינן מה לי לשקר כעדים דמי ואתו עדים עקרי חזקה לגמרי, ור"נ סבר מה לי לשקר כי חזקה דמי וכו' עי"ש [ובש"ע אהע"ז סי' קנ"ו ס"ז], ולפי דעת הרשב"א שם דמיגו דאי בעי מראה כוונתו לפנינו אלים מן מיגו דטענה אחרת, ולכן אמרינן הואיל ובידו לגרשה דתו לא נשאר שום צד ספק משא"כ בטענה אחרת, ולפי דעתו אף דפליגי רבי ור' נתן בתוקפיה דמה לי לשקר זהו דוקא במיגו דאי בעי עביד מעשה לפנינו, אבל במיגו לטענה אחרת כ"ע מודים דמה לי לשקר כחזקה דמי, דמהיכא תיתי לן לומר דפליגי בפלוגתא רחוקה:

ועיין בתוס' בסוגיין ד"ה כי מטי כו' ועי"ל כו', תמצית דבריהם דחזקה אחת לא מהני נגד חזקת חיוב וברי דשכיר וראיה לזה ממתניתין דחנוני ופועלים לדעת גדולי הראשונים דתרווייהו נוטלים מדינא, הפועלים מטעם חזקת חיוב וברי ושמא, והחנוני מטעם חזקה דשליח עושה שליחותו, ואמאי לא מצרפינן חזקה דחנוני לגבי בעל הבית ולפטור מפועלים אלא ודאי דחזקה אחת לא מהני נגד איני יודע אם פרעתיך, ועיין לקמן בדיני שאלה ושכורה סי' פ"ב אות ד' שהארכתי בזה], וא"כ אפי' שכרו שלא בעדים דאית ליה מיגו לבעל הבית מה מהני לגבי חזקת חיוב וברי ושמא, דהא מה לי לשקר דטענה,

כחזקה לבד הוא, ואין לומר דהכי אמרינן בשכרו שלא בעדים ממתינין עד למחר ואיכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין בצירוף המיגו והוי תרי חזקה, [ויתיישב בזה קושיית תוס' בסוגיא ד"ה מתוך, דהוי מיגו בדדמי], ז"א דהא בזמנו ליכא רק מיגו לחוד ולמחר דאיכא חזקה דאין בעה"ב עובר בבל תלין תו ליכא חזקה דאתמול דעכשיו לית ליה מיגו דהא הודה מאתמול דשכרו, ומיגו למפרע לא אמרינן:

אלא ע"כ צריכין לומר דרב ושמואל ס"ל דאף דפליגי רבי ור' נתן בתוקפיה דמה לי לשקר זהו דוקא היכא דטוען נגד חזקה כגון התם דמוחזק באחי ולא מוחזק בבני בהא סבירא ליה לר' נתן דמה לי לשקר כחזקה דמי, אבל בלא זה כ"ע מודים דאף מיגו ע"י טענה כעדים דמי:

ועתה נעמיד דברי הר"י מיגאש ודברי הרא"ש בטעמים ברורים וצלולים, דלכאורה היה נראה דחזקה מהני לפטורי משבועה דאורייתא מק"ו דע"א דלא מהני לממון ומהני לשבועה, אבל יש להביא ראיה דחזקה לא מהני לגבי שבועה מכתובות (דף פ"ח] אי פקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא יהיב לה כתובה באפי סהדא קמא וסהדא בתרא ומוקים להו להנך קמאי בהלוואה, ואם נאמר דחזקה מהני לפטורי משבועה התם נמי חזקה דשטרך בידי מאי בעי מסייע לבעל השטר, ואין לומר דהתם הטעם לפי דלא מהני חזקה לממון ולשבועה, דהא מסתימת הפוסקים משמע אף בתוך זמנו ושטרא יכול לחייבו שבועה דאורייתא, והתם איכא חזקה לממון וחזקה אחרת לפטורי משבועה, אלא ודאי דחזקה לא מהני לפטורי משבועה אף דע"א מהני לפוטרו משבועה, לפי דהגדת עד דומה לשבועה לפי דליתא בחזרה, ולא שייך גבי עד אישתמוטי ולאו דלא תענה אלים כלאו דשבועה, משא"כ חזקה דמ"מ אין הדבר ברור לפנינו, דאולי בעל דין עצמו מספקא ליה ואיכא לברורי ע"י שבועה, לכן צריך לברר, מה שאין כן לגבי ממון דלית לן בירור אחר שפיר סמכינן אחזקה:

ולפ"ז אתי שפיר דעת הר"י מיגאש דמיגו לפטורי משבועה לא אמרינן דס"ל דמיגו ע"י טענה גם רבי מודה דרק כחזקה דמי וחזקה לא מהני לפטורי משבועה, [וא"ל ממה דאמר רבה ריש ב"מ מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, ופי' התוס' שם דמיגו דאי בעי כפר הכל, דשאני התם דמקשינן על התחלת השבועה, ונוכל לומר דמפני זה מיאן רש"י ז"ל בפירושם ומפרש דהוה משיב אבידה, ואיפשר דגם דעת בעלי התוס' כן כיון דאי בעי כפר הכל ומרויח ממון יותר מטענתו דהשתא דמיגו כזה כעדים דמי]:

וע"ז הקשה הרא"ש להיפוך כיון שאינו טוען נגד חזקה כ"ע מודים דכעדים דמי ואזיל לשיטתו בקידושין שם, ומתרץ הטעם דהוי מיגו מאינו מעיז למעיז דמיגו גרוע כזה

לא אלים מחזקה ומהני לענין ממון ולא לפטורי משבועה, אמנם כ"ז לדידן, אבל לרב ושמואל דאף דבשכרו שלא בעדים מהימן במיגו דאי בעי אמר לא שכרתיך, אף דהוי מיגו דהעזה מהני לגבי שכיר, אף דחזקה לחוד לא מהני כהנ"ל, ע"כ אית להו דאף מיגו דהעזה כעדים דמי, שפיר מקשינן א"כ שבועת שומרין דחייבה רחמנא היכי משכחת לה, וא"ל דשאני הכא דהוי מיגו דהעזה לפמ"ש, דעתה הדרא קושיית הר"ש לדוכתיה דמה לי ממון ומה לי שבועה, דבשלמא לדידן אמרינן הטעם דמיגו דהעזה כחזקה דמי, אבל לרב ושמואל דאית להו מיגו דהעזה במקום דחזקה לא מהני, ע"כ אית להו דמה לי לשקר כעדים דמי ותו ליכא נפקותא בין ממון לשבועה, ומיושבים ג' קושיות הנ"ל:

וקו' ד' נראה ליישב עפ"י דברי תוס' [דף מ"ה:] ד"ה מתוך, דאף דאמרינן מיגו בשבועת שומרין, אבל במודה במקצת לא אמרינן מיגו דאי בעי כפר הכל, דלכפור יותר ולהעיז נגד התובע בודאי לא אמרינן, דאל"כ מודה במקצת היכי משכחת לה, וע"כ צריך לומר דמיגו גרוע כזה לכפור יותר בודאי רק כחזקה דמי, דהא לענין ממון אמרינן מיגו כזו אפי' לכפור יותר כמו בעיזי דאכלו חושלא בב"ב דף ל"ו וברבה בר שרשום [שם ל"ב:], וא"כ קשה קו' הרא"ש דמה לי ממון ומה לי שבועה, אלא ודאי ע"כ צ"ל כנ"ל דרק כחזקה דמי, וגם רב ושמואל מודים במיגו זו [דהוי כחזקה לבד], ומיושב דברי תוס' כיון דמיגו זו כחזקה דמי, וחזקה לחודא לא מהני לבעה"ב נגד חזקת חיוב דשכיר, (וה"ה בקציצה לסלקא דעתא דש"ס דדינו כמתוך שאינו יכול לישבע) (ועיין בהשמטות):

ועל קו' ה' נראה דס"ל לבעל המאור דאף דרב ושמואל דסבירא להו דאף מיגו דהעזה כעדים דמי, זהו דוקא במקום שאינו טוען נגד חזקה, אבל במקום שטוען נגד חזקה וגם מיגו דע"י טענה לבד אז בצירוף תרווייהו קלישא מיגו דידיה מעדים לחזקה, וחיליה דידיה רק כחזקה לחוד, וזה פשוט, שלא נוכל להעדיף ולהתקיף הטענה שטוען מן הטענה דאי בעי טעין, וא"כ אם טוען בשטר פקדון החזרתי אף דנאמן במיגו מ"מ כיון שטוען נגד חזקת השטר הרי חילא דמיגו כחזקה לחוד, א"כ תו לא קשה אמאי לא מהימן לטעון נאנסו במיגו דהחזרתי לפי שלא נוכל להאלים ולהעדיף טענתו מן הטענה דאי בעי טעין וגם עתה רק כחזקה דמי, וחזקה לא מהני לפטורי משבועה, וא"ל דא"כ בשטר פקדון כשטוען החזרתי יתחייב לישבע מדאורייתא מהאי טעמא, ז"א הכי משום מיגו אתה פוטרו משבועה דאורייתא, רק דכיון דלא מצינו לשבועה זו בתורה לגבי שומרים אזי ממילא פטור משא"כ כשטען נאנסו דאיתיה לשבועה מה"ת, רק שדנין לפוטרו משום מיגו אזי לא נוכל לפוטרו כמ"ש [ולקמן בדיני אומן סי' ס"ז אות ה' כתבנו עוד ישוב לקושיא זאת]:

ובזה יש ליישב באופן אחר קו' הראשונים על הר"י מיגאש, מדרבה דאמר מפני מה אמרה תור' מודה במקצת הטענ' ישבע ליהימני' במיגו דאי בעי כפר הכל. ולפי הנ"ל דטעמיה דהר"י מיגאש דמיגו כחזקה דמי, וחזקה לא מהני לפוטרו משבועה, ורבה דס"ל ב"ב (דף ל"ב:) דאמרינן מיגו להוציא, ע"כ סבר דמיגו כעדים דמי ואמרינן ג"כ לפטורי משבועה:

ב באופן אחר נראה ליישב קו' קצוה"ח הנ"ל עפ"י דברי סמ"ע סי' ע"א ס"ק ה', ובתומים שם ס"ק ג') דהיכא דנתן לו נאמנות כבי תרי בינם לבין עצמם, והלוה מודה בזה וטוען פרעתי דאינו נאמן במיגו, שהרי בע"כ צ"ל שהאמינו אפי' במקום מיגו שהרי לעולם יש לו מיגו זו, וא"כ האמנתו מה אהני ליה, דבשלמא היכא שהאמינו בפני עדים והלכו להם יש מקום לנאמנות וגם למיגו, משא"כ היכא שהאמינו בלא עדים. ומעתה גם לדעת רז"ה דבשטר פקדון וטוען החזרתי דנאמן במיגו דנאנסו, אינו חייב שבועת שומרים מדאורייתא רק בשבועת המשנה, זהו לאחר שתקנו חכמים שישבע א"כ אהני ליה שטרא דבלא"ה היה נאמן בלא שבועת המשנה, [ונ"מ לענין היפוך וכמ"ש הש"ך סי' רצ"ו] משא"כ קודם התקנה, הרי בע"כ צ"ל כיון שנתן לו שטר פקדון דאפי' במקום מיגו, דאל"כ מה אהני ליה למפקיד בשטרא שהרי לעולם יש לו מיגו כזו:

איברא לתירוץ זה עודנה קשיא מה דאמרינן מכלל דסבירי להו המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים, דמנ"ל כזאת אלא משום האי טעמא דנאמן נאנסו במיגו דהחזרתי והחזרתי במיגו דנאנסו, אבל לתירוץ ראשון הנ"ל לא קשה כן, דא"כ גם בעדים נמי כחזקה דמי, ועיין:

ג וראיתי בתשו' מרן הגאון מוהרע"א זצוק"ל [סי' קע"ה] שמתרץ על קו' (ו') הנ"ל דס"ל לרז"ה כדעת ריב"א דבשטר פקדון אינו נאמן לטעון החזרתי במיגו דנאנסו שהוא נגד חזקה דשטרך בידי מאי בעי, רק בעיסקא שהמקבל נותן שכר הסופר קלישא קצת לחזקה דשטרך בידי מאי בעי משום דאפשיטא דספרא זייר ליה, ובד"ק עודנה קשיא לדעת הש"ך [סי' רצ"ו ס"ק ג'] דס"ל לעיקר כדעת רז"ה אפי' בשטר פקדון:

איברא לכל התירוצים הנ"ל עודנה קשיא דנהי דשבועת שומרים דחייב' רחמנא איירי בשטר ניהימני' ליה נאנסו בלא שבועה במיגו דאי בעי טעין דבעליו עמו, ובעליו עמו ניהימניה במיגו דנאנסו ולדעת רז"ה וש"ך יפטור בלא שבועה, וא"ל דעדי שטר יעידו שלא היו בעליו עמו בשעה שהפקיד אצלו, עודנו יכול לטעון שהפקיד אצלו קודם לזה ונעשה שומר שלו, הגם דמסתבר שאינו נאמן בטענה זו בעצמותו כיון שאינו עומד לכך בסתמא, דאלת"ה הדרא קושיית הש"ס לדוכתיה, דשבועת שומרין דחייבה רחמנא היכי

משכחת לה, אבל ע"י מיגו פשיטא דנאמן, לכן מכאן ראיה ברורה לדברי נתיבות המשפט בסוף סי' רצ"א [ומביא ראיה לזה מתשו' הרמב"ן] דגם כשידעינן שהיו בעליו עמו צריך לישבע מן התורה שבועה שאינו ברשותו שהיא עיקר שבועת השומרין:

ד ועפ"י הצעת הדברים הנ"ל תו לא מצרכינן להדורי בתר פירוקי במאי דמתרץ הש"ס דאפקיד ליה בשטר ולא אישתמיט לא' מהפוסקי' לפסוק כן, דאפ"ל דגם מעיקרא פשיטא ליה לש"ס דמיגו גרוע כזה מאינו מעיז למעיז לכ"ע כחזקה דמי, ונהי דחזקה לא מהני למיפטרי' משבועה כמו שהוכחנו לעיל, זהו היכא דאיכא חיוב שבועה בעולם במקום דליתא לחזקה, ואז כשנזדמן גם היכא דאית ליה חזקה לא מהני למיפטרי', אבל התחלת השבועה שיתחייב מן התורה לישבע היכא דאית ליה ראיה של כלום ולאידך לית ליה ראיה כל דהו, זהו דקשיא ליה, ומשני דמשכחת ליה דאפקיד בשטר, וכיון דאיכא מקום לשבועה היכא דלית ליה מיגו, אזי גם בלא שטר מחוייב לישבע מה"ת כיון דמיגו גרוע כזה לא עדיפא מחזקה דתו לא מהני למיפטריה, וכ"כ בתומים כללי מיגו ס"ק קי"ג]:

ה איברא במודה במקצת דקשיא ליה לרבה דליהימניה במיגו דכפר הכל דהוי מיגו מעלייתא ממעיז למעיז וגם ירויח אזי לכ"ע כעדים דמי, ובזה מתורץ מה דמקשין העולם, כיון דבע"כ מוכרחי' לסברא דאישתמוטי א"כ הוי ליה לרבה לתרץ מעיקרא כן על עיקר הקו' דליהימניה במיגו, דהאי לא בעי דליכפרי' כלל וחצי שמודה יש לו לשלם, ומה שכפר משום אישתמוטי, וכן מקשים האחרונים דלאביי דפסקינן כוותיה [בסי' צ"ב] א"כ לא צריכינן לדרבה שהרי לית ליה מיגו כלל דעל החצי שכפר משום דאית ליה ספק מלוה ישנה ועל מה שמודה לית ליה שום ספק, שהרי סוף סוף צריכין לבא לזה לדידן דפסקינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי על שבועה:

ולפי מה שכתבתי לק"מ כיון דחיליה דמה לי לשקר כעדים דמי במיגו מעלייתא כזאת, אזי כשם דלא נחתינן גבי עדים לחתור אחרי ספיקי לבטל סהדותן, דאם נבא לכלל זה לא יתקיים דבר עדות גבי ממון דאולי שותפין המה והמה נוגעין בעדותן, ואפי' יטעון הלה כן לא מהימן [וכן מבואר בפירוש ברי"ו מובא בסמ"ע ל"ז ס"ק ט"ו], משום דאנן נקטינן מילתא כפי הנראה לעינים, ולא אזלינן בתר אמתלאות וספיקות ומחשבות שבלב, אזי גם במה לי לשקר דמדאורייתא הוא במשקל אחד עולים ולא נוכל לסלק תורתו וחיליה דמה לי לשקר משום צד ספק ואמתלאות שבעולם, רק כפי הנראה לעין כל, וע"ז הוכרח לתרץ דלית ליה מיגו משום דאין אדם מעיז, ומקשה דא"כ ליהימניה וליפטר משבועה משום חזקה זו, דאע"ג דחזקה לא מהני ליפטר משבועה, מ"מ לא מסתבר כלל שיתחייב לישבע

כיון דאיהו אית ליה מיהת חזקה דמסייע לו, ואידך לית ליה ראיה כל דהו וכמ"ש, וע"ז מתרץ שפיר דנגד חזקה חקרינן בתר עיקרו דילמא אישתמוטי כדי להמציא דרך נכון לחיוב שבועה שהוטל עליו מן התורה, ולפי מש"כ יש מקום ליישב קו' התוס' כתובות (דף פ"ז:) דאכתי איכא שלישית, דגבי נוטל דלא שייך אישתמוטי ליפטר משום חזקה, דהשתא דיש מקום לעיקר חיובו גבי נפטר תו לא מהני חזקה לפוטרו משבועה:.

ו עיין ירושלמי שבועות בפרקין [הלכה א'] וז"ל הקדים לו שכרו בדא נשבע ונוטל, פי' בר"ן ובפ"מ דבעה"ב טוען כן שהקדים לו בצפרא דאז אינו טרוד בפועליו, וע"ז משיב דלא היא דלעולם מחמת טרדת פועליו גם בזה אינו זכור עכ"ל. ולפי פירושו הדברים תמוהין, חדא דאפי' אינו טרוד אינו נאמן שהוא תוך זמנו [ב"ב ה'] ואפי' למ"ד דאדם פורע ת"ז, זהו בודאי חוב, אבל לא בספק כמ"ש תוס' שם ד"ה כי, גבי בכור תוך שלשים יום, ועוד אמאי צריך לישבע שהרי בתוך זמנו גבי אפי' מיתמי בל"ש [וכ"כ הריטב"א קידושין דף מ"ח תד"ה נימא, וז"ל וכל תוך מלאכתו תוך זמנו הוא לגבות אפי' מיתומים קטנים], וגם אינו נאמן במיגו דפרע בזמנו כי היכי דישבעו שהרי אינו נאמן דפרע ת"ז במיגו דיומא דמישלם זמנו, ועוד דמיגו לחייב שבועה ל"א, ודברי הירושלמי תמוהים בתחלת השקפה:

איברא נראה לפי דברי רבינו אשר"י שכתב על הא דרב ושמואל דבשכרו שלא בעדים נאמן במיגו אע"ג דהוי מיגו דהעזה, כוונתו נהי דגבי ממון מהני זהו מאינו מעיז שאין חבירו מכיר בשקרו לטענה דמכיר בשקרו, אבל בדבר שמסופק בעצמו לטענה שיודע בעצמו שמשקר, מיגו גרוע כזה לא מצינו גם לענין ממון, שאין לומר דכוונתו דמהני אפי' לפוטרו משבועה בתקנה קדומה שתקנו שבעה"ב ישבע וכמ"ש הר"ן, שהרי לא הזכיר מזה כלל] משום דבמיגו כל דהו אוקמו אדינא, דמדאורייתא בעה"ב נאמן כדין כופר הכל, רק דרבנן עשאוהו כאיני יודע אם פרעתיך:

ולפ"ז בשכרו שלא בעדים ובעה"ב טוען שנתן לו בצפרא בזה הוא דמספקא ליה להירושלמי אם נימא דבזה אינו טרוד יש לו מיגו מעלייתא ונאמן, או דילמא בזה טרוד ותו לא מהני ליה המיגו דלא שכרתיך, דמיגו גרוע כזה לא מהני אפי' לענין ממון, ודוקא היכא שטען דפרע בזמנו אזי במיגו כל דהו אוקמו אדינא, אבל היכא שטען דפרע ת"ז דמדינא אינו נאמן, רק משום מיגו דלא שכרתיך באנו לפוטרו, אזי שפיר נדחה מיגו שלו דהשתא דעשאוהו רבנן כשוכח הוי מיגו גרוע דלא מהני אלא לאוקמי דינא ולא לעקור דינא, והדר פשיט לי' דגם בזה נשבע ונוטל, משום שגם בזה חשבינן ליה לשוכח והוי ליה מיגו גרוע לעקור דינא, ברם צריך לישבע כיון שכל עיקר דחיית המיגו רק משום

טרדתו עשאוהו לשוכח, ולא עדיף מתחלת דינו דצריך לישבע כדי להפיס דעתו אע"ג דעשאוהו כאיני יודע אם פרעתיך כיון דמ"מ טוען בברי:

ז באופן אחר נראה בהקדם דברי התומים סי' פ"ד ס"ק ג') שהמציא מדברי בעל התרומות דמלוה על פה תוך זמנו והמלוה מודה שקיבל מקצתו אזי לכ"ע הלוה נאמן שפרע כולו דנסתלקה החזקה לגמרי ע"י הודאתו, דנהי דבמלוה בשטר פליגי הרמב"ם והמגיד משנה אם צריך לישבע, דשאני התם כיון דמדינא נאמן בלא שבועה רק דרבנן חייבוהו לכן בעילה כל דהו אפי' בחזקה דאיתרע קמן אוקמינן אדינא, משא"כ במלוה ע"פ כיון דכל חיליה דמלוה רק ע"י חזקה הוא, וכיון דאיתרע ליה, הלוה נאמן:

ולפ"ז הכי פירושא הקדים לו שכרו שהפועל מודה שקיבל מקצתו בצפרא ואיתרע ליה לחזקת ת"ז אם נימא דאינו טרוד ודינו כשאר מלוה ע"פ דנסתלקה לחזקת ת"ז ע"י הודאתו, או דילמא גם בזה טרוד ודינו כאיני יודע אם פרעתיך, ודינו כמלוה בשטר, ומסיים שגם כאן נשבע ונוטל כשאר שכיר דצריך לישבע כדי להפיס דעתו של בעה"ב, אבל במלוה בשטר דאין צריך לישבע בפוגם ת"ז לדעת רמב"ם, דמצד דינא דאורייתא נוטל בלא שבועה, משא"כ גבי שכיר דכל עיקרו הוא מפני דעשאוהו רבנן כשוכח, ועיין היטב ששני אופנים הנ"ל נכונים בפלס המשפט וצדק:

ח השעה"**מ** הקשה לדעת הר"ן פ' שבועת הדיינין דמתרץ גבי אל תפרעני אלא בעדים דאינו נאמן פרעתי שלא בעדים במיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני משום דדמי למיגו במקום עדים דאנן סהדי דלא פרע לו כיון שהתרה בו, והקשה מסוגיא זו דאמרינן מכלל דתרווייהו ס"ל דמפקיד בעדים א"צ להחזיר לו בעדים, ומנ"ל, דהכא שאני כיון דטוען נאנסה, אזי מהימנינן ליה במיגו דהחזיר לו בפני פלוני ופלוני והלכו להם, דלגבי נאנסה לא שייך תירוצו, ועוד מקשים כמו כן בקידושין [מ"ג:] גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו מאי קסבר אי קסבר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים הני נוגעין בעדותן וכו', דלדברי הר"ן להימנו פרענו למלוה במיגו דאהדרנוהו ללוה בפני עדים והלכו להם דלגבי מלוה ליכא אנן סהדי:

ויש ליישב שגם הר"ן מודה לגדולי הפוסקים דמיגו גרוע הוא, רק דמ"מ הרי אין לך מיגו גרוע ממודה במקצת במיגו דאי בעי כפר הכל, דאפי' רב ושמואל דסברי [לשיטת הר"ן] דאפי' מיגו דהעזה לפטורי משבועה נמי אמרינן [שהרי בשכרו שלא בעדים נאמן במיגו אפי' לפטור משבועה דתקנה ראשונה] ואפ"ה במודה במקצת מודים כמ"ש תוס' בסוגיין ד"ה מתוך. איברא כל זה רק לענין שבועה אבל לגבי ממון אפי' מיגו גרוע כזה מהני, שהרי בהני עיזי דאכלי חושלא [ב"ב ל"ו.] נאמן במיגו דכ"ה, מש"ה דחיקא ליה טובא

לומר גבי ממון דחייב לשלם משום טעמא דמיגו גרוע לבד, ולהכי משני ליה בפירוקא אחרינא דהוי כמיגו במקום עדים:

אבל בשמעתין דאיירי לענין שבועה גם לדעת הר"ן הוא משום דבמיגו גרוע כהאי גם רו"ש מודים דלא מהני לפטורי משבועה כמו גבי מודה במקצת דאינו מרויח ממון ע"י מיגו זו, ומשו"ה גם גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו, דלגבי עצמן אינם צריכין למיגו כלל, שהרי נשלחו לכך ומהימני לגבי עצמם שקיימו שליחותם, רק כל עיקרו של מיגו זו רק לשווינהו עדים ולסלק הנגיעה, והשתא כיון שאינם מרויחים ע"י מיגו זו לא עדיף ממיגו לפטורי משבועה דל"מ ע"י מיגו גרוע כזאת:

ט מקשין העולם על קו' הש"ס שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסה, דמשמע להדיא דעל שומר שכר קאי וכן פי' רש"י ז"ל, והתם לית ליה מיגו דכשנאנסה מגיע לו שכרו וכשיטעון להד"מ יפסיד שכרו:

ואמינא זה כמה כיון דליפטר אינו צריך לישבע לס"ד דלעולם יש לו מיגו, רק ליטול, ונמצא דכל עיקר שבועתו הוא ליטול, והתורה אמרה ולקח בעליו ולא ישלם שכל שבועות התורה הוא ליפטר ולא ליטול, דנהי דגבי משכון מבואר בב"מ (דף פ"א:) ישבע ויטול מעותיו, וכן לדידן כשטוען נאנסה מחוייב לישבע שבועת התורה, זהו למסקנא דאיתא לש"ש לפטור, לכן גם כשנגרר ממילא ליטול לא העדיף כחו בזה, אבל לס"ד דלא מש"ל לישבע ליפטר רק כשבא ליטול שכרו:

אבל עודנו לא נחה שהרי המפקיד בידו לשלם לו לאחר שטען נאנסה בב"ד, ואח"כ יתחייב לישבע מן התורה דתו לית ליה מיגו דהוי מיגו למפרע, ולחזור מטענתו הראשונה אין בידו חדא דהוי מחיוב לפטור, ועוד דאפי' במקום דיכול לחזור ולטעון, ה"מ כשטוען, אבל מיגו דאי בעי חזר לטענה אחריתא בודאי לא אמרינן, [וכמ"ש בהגהות והערות ראיה לזה מש"ס ב"מ דף ה' גבי ההוא רעיא יעוי"ש]:

איברא השתא נראה לי דעיקר הקושיא הוא בטעותא, דנהי כשידוע שנאנסה מגיע לו שכרו עד אותו השעה, אבל כשלא נודע מתי נאנסה הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון דישנו לשכירות מתחלה ועד סוף ולא נתחייב תיכף בכולו, ודילמא נאנסה מיד עד שלא הגיע לו שוה פרוטה, וא"ל בהקדים לו שכרו, דא"כ יש לו מיגו להד"מ על כולו, ובדאיכא עדים ל"ל, דהיינו תירוצא דגמרא, וזה נכון בפשטא:

י עוד מקשים על קושית הש"ס דשבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה, דשפיר מש"ל בכל השומרים כגון שהנפקד הלוה למפקיד, ולהכי טוען נאנסה כדי שיחזיר לו המלוה לפי שאין חבירו מכיר בשקרו, אבל כשיטעון נגדו בדבר שמכיר בשקרו, אזי גם

הוא יכפור בדמי הלואה שתח"י שכנגד שיווי הפקדון, וכ"פ בש"ע סי' ע"ב סעיף י"ז] ועיין באורים שם שמביא דברי בעל התרומות דמותר לכפור ולישבע עליו לכתחלה:

ואמרתי הגם שאינה קושי' חזקה כל כך, אפרקה לחדד התלמידים, והנה קו' הש"ס על ש"ש הכתובה בתורה, לכן מן ההכרח לתרץ בדרך נכון לכולהו תנאי, והשתא אם הלוה לו מעיקרא ואח"כ הפקיד הלוה אצלו, הרי לר"מ דס"ל בקידושין [דף מ"ו] דמלוה ברשות בעלים לחזרה, [וגם אליבא דידן דמלוה ברשות בעלים לאו לחזרה, הוא רק מדרבנן כמ"ש הריטב"א שם והכא קאי על הקרא], ועד שיוציא נעשה כשואל עליו, א"כ אי איפשר לומר דפרשה מיירי בכה"ג, דא"כ היכי חייבו לשלם כפי דינו, שהרי שומר אינו יודע אם בשעה שמסר לו הפקדון דילמא עודנו לא הוציא כלום אז ממה שהלוה לו, והרי המפקיד שומר שלו והוי שמירה בבעלים דפטור, ועתה שלא ידע הרי הנפקד כא"י אם נתחייבתי לך בדיני שומרים כלל, [ועיין מש"ל בסי' נ"ז אות ה' מחלוקת הפוסקים בזה], הגם דאיפשר דאיכא עדים שיודעים שהוציא כבר טרם שהפקיד אצלו, תו מוטב לאוקמי דאפקיד ליה בעדים כיון דסוף סוף צריך לירד לתורת עדים:

ואם נוקמא בדאפקיד ליה מעיקרא ואח"כ לוה המפקיד ממנו דהשתא ליכא שמירה בבעלים בשעה שקיבל הפקדון, א"כ הדרא המיגו דלהד"מ לתוקפיה, שהרי גם עתה שטוען נאנסה לא יתחייב המפקיד להחזיר לו את שהלוה ממנו מדינא, שהרי אינו יודע דילמא פשע בפקדונו קודם שהלוה לו, ומשום ספק דילמא ירצה הלוה לצאת ידי שמים, יותר ניחא ליה להרויח מיד שלא ישבע, ועיין:

הגם דדמי לספק פרעון קודם הלוואה דהוי כא"י א"פ כמ"ש הש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ז], מ"מ לא מיבעיא לדעת הפוסקים דגם בא"י א"פ במקום דלא הוה לי' למידע פטור [כמ"ש התומים סי' ע"ה ס"ק פ"ב], הרי גם הכא לא הוה ליה למידע, אלא אפי' לדעת הפוסקים דחייב זהו לדידן, אבל לר' יהושע דס"ל בכתובות [דף י"ב:] דאפי' בחזקת הגוף בברי ושמא לא מהני בשמא טוב דלא הוה ליה למידע כגון במשארסתני נאנסתי דחזקת הגוף עדיף מחזקת חיוב בעצמותו, שהרי חזקת חיוב עומד לפרעון משא"כ חזקת הגוף שאינו עומד להשתנות רק ע"י נישואין, ועוד כשם דלרבן גמליאל חזינן להדיא דחזקת הגוף עדיף מחזקת חיוב שהרי בא"י א"פ ושניהם בספק על הפרעון פטור מדינא לכ"ע כדאיתא להדיא בב"ק [דף קי"ח], ובחזקת הגוף חייב אפי' כששניהם טוענים ספק כמו שהוכיחו בתוס' כתובות [דף ל"ו.] בד"ה החרשת, ומהיכא תיתי נימא דר' יהושע פליג עליה בעיקר סברא זו דחזקת הגוף עדיף מחזקת חיוב, ואפ"ה באיני יודע אם פרעתי חייב אפי' לר' יהושע בברי ושמא כדאיתא להדיא בסתם משנה דליכא מאן דפליג, אלא

דלר"י העיקר תלוי בברי ושמא דהוי ליה למידע, דברי טוב ושמא גרוע הוא דמחייבינן ליה אפי' בחזקת חיוב לחוד, והיכא דלא הוה ליה למידע דהוי ברי גרוע ושמא טוב פטור אפי' במקום חזקת הגוף דעדיף מיניה. ומזה נשמע דלר' יהושע בודאי פטור בא"י אם פרעתיך היכא דלא הוי ליה למידע, א"כ לר' יהושע גם בטענת נאנסה לא יתחייב אידך לשלם לו את שהלוה לו כיון דלא הוי ליה למידע, וא"ל דהא לר"י לית ליה מיגו בשור שחוט, דלא מצינו כן לדידיה רק בגוונא דדמי למיגו להוציא כגון במשארסתני נאנסתי (כתובות דף י"ב:), ושדה זו של אביך היתה (שם ט"ז) דקרקע בחזקת בעלים עומדת, אבל להחזיק ל"מ]:

סימן ס

עוד בענין הנ"ל

ובדיני דאומן קונה בשבח כלי

א עיין ש"ך [סי' פ"ט ס"ק י'] מ"ש על קו' הראשונים על הגאונים שפסקו בטוען על חפץ של חבירו שמונח תחת ידו שמגיע לו כך וכך ויש לו מיגו דצריך לישבע שבועת המשנה, דדמי לנוטל מפני שאינו טוען על גופו של משכון, והקשו עליהם מברייתא דאומן דקתני נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל, מכלל דברישא דקתני בזמן שהטלית ביד האומן על בעה"ב להביא ראיה דנאמן בלא שבועה, ומביא שם תירוצים של רבותינו הראשונים ותמה על כולם, וביותר תמוה תירוצו של הר"ן שהחל שם לתרץ בדרך הפשוטה והנכונה [כתירוצו של הש"ך] לפי שאומן נאמן מתקנתא דרבנן בלא מיגו על עיקר הממון לפי שבעה"ב טרוד בפועליו וחשיב בעה"ב כטוען איני יודע, ובקציצה דינו כמתוך שאינו יכול לישבע משלם, דברייתא זו אתיא כר' יהודה שגם בקציצה חשיב כשוכח והיה לו ליטול בלא שבועה, רק כדי להפיס דעתו, ובכגון זה שמוחזק בטליתו והתחיל להתווכח עמו בדמי קציצה, הרי הוא כמפוייס ועומד שמתירא שיאמר החזרתי, וכתב שם דלמה לו להכניס בסברת עצמו, שכבר לא קשיא בדבריו שהתחיל בראשונה, דכיון דנאמן על הקציצה בלא מיגו לכן מהני המיגו לפוטרו משבוע' דתו לא שייך טעמם של הגאונים משום דלא עדיף מכל הנוטלין שאינם נאמנים בלא שבועה, דזהו כשנוטל ע"י מיגו, אבל היכא דנוטל בלא"ה ואין צריך למיגו רק לענין השבועה בלבד, פשיטא דמהני לפוטרו משבועה לדעת רוב הפוסקים [ור"ן בעצמו מכללם] דמהני מיגו לפוטרו משבועה, והוא תמיה רבה והשגה עצומה על הר"ן, והש"ך תירץ בזה גם קו' הראב"ד מרבה בר שרשום עי"ש: **איברא** לקושטא דברי הר"ן ברורים וצלולים ובכוונה עזב מידו באשר החל ולא סיים גמר דבריו כמו שהחל וכתירוצו של הש"ך, מפני שכבר נשמע מכללו דלכ"ע לא אמרינן

מיגו במודה במקצת דאי בעי כפר הכל, משום דיכפור ביותר ולא ירויח רק לפוטרו משבועה, ואפי' שגם עתה חבירו מכיר בשקרו, ואפי' לרב ושמואל דסברי דמהני מיגו דהעזה לפמ"ש, אבל במודה במקצת גילה רחמנא דהוי מיגו דהעזה יתירה ולא מהני לפמ"ש כמ"ש תוס' שבועות [דף מ"ה:] בד"ה מתוך, הגם דלענין ממון מהני כמו בעיזי דאכלו חושלא [ב"ב דף ל"ו], דעתה מודה לו בעיזי גופייהו ומהימן במיגו דכפר בכולהו, [ועיין בסימן שלפנינו אות ח'] אבל לענין שבועה לכ"ע ל"א מיגו במודה במקצת:

ומעתה היאך יעלה לרפואת תעלה מיגו כזאת לגבי אומן שטוען במקצת דמי הטלית שתח"י לפוטרו משבועה במיגו דאי בעי כפר בכל הטלית, ובשגם שאצלו גרוע כחו של מיגו ביותר ממודה במקצת דעלמא, שכפי טענתו אין חבירו מכיר בשקרו כל כך שיש לתלות בשכחה דבעה"ב:

אלא בע"כ צ"ל משום דביד האומן לומר הריני כשאר תובעים ואי איפשי בתק"ח שתקנו לטובתי, וא"כ הרי הוכרח למיגו זו לענין דמי הקציצה, שהרי לגבי ממון מהני מיגו כזו, וממילא פטור גם משבועה, והדרא הקו' לדעת הגאונים גבי משכון דמחייבי בשבועה בכה"ג, שהרי גם גבי אומן דמי לזה עין בעין במשקל אחד בלא מגרעת כלל, לכן הוכרח הר"ן לסיים דאין זה בגדר וסוג מיגו כלל, רק שע"י שמתירא הבעה"ב הוא כמפוייס ועומד, ועיין:

ב ולפ"ז גם קו' הראב"ד מרבה בר שרשום (ב"ב דף ל"ב:] קמה כחומה נשגבה, שהרי התם נמי הוי כמודה במקצת במיגו דכופר הכל דלא מהני לפטורי משבועה, [והא שהקשו תוס' כתובות (דף פ"ז:) גבי פוגמת דלהימנוה במיגו דכ"ה, דהתם שאני דדמי לסלעין דנרין דנאמן במיגו דשתים דמסייע לו שטרא, ה"נ אילו לא פגמה מסייע לה שטרא], איברא גבי רבה בר שרשום יש להעמיד תירוצו של הש"ך לדעת הרא"ש גבי שבועת השותפים דמהני מיגו דהעזה לפמ"ש דבמיגו כל דהו אוקמו אדינא, וה"ה התם כיון דאיכא שטרא דמדינא דאורייי' נאמן בלא שבועה, אבל לדעת הר"ן בסוגיין דלא מהימן רק לגבי שכרו שלא בעדים והבו דלא לוסיף עלה קשיא מרבה בר שרשום, דהתם ג"כ דמי למודה במקצת במיגו דכ"ה, ועיין ש"ך [סי' צ"ג ס"ק ד']:

ועפ"ז מה שמסיים הש"ך בס"ס פ"ט] דבכל הנשבעין ונוטלין ותפס מחבירו ויש לו מיגו דנאמן בלא שבועה לפענד"נ דלמ"ב דבנוטלין מצד תקנתא דרבנן לחוד כגון נגזל ונחבל לא מהני מיגו כזו לפמ"ש, אלא אפי' בנוטלין דמדינא נוטלין בלא שבועה, לפום הכרעת רמ"א [בסי' צ"ג] גבי שבועת השותפין כר"ן דלא אמרינן בעלמא דבמיגו כל דהו אוקמוהו אדינא אפי' מאינו מעיז למעיז, מכ"ש במודה במקצת דגריע מיניה דלא מהני לפמ"ש,

לדידן דפסקינן לדינא דגאונים גבי משכון, דלדעת רבינו אפרים שחולק עליהם פשיטא דמהני כשתפסו אפי' בנוטלין מתקנתא דרבנן ויש לו מיגו, שהרי יכול לומר הריני כשאר תובעין ואי איפשי בתקנת חכמים, ומהני מיגו לממון וממילא פטור גם משבועה. איברא באומן כשחולקין על הפרעון לדידן נאמן בל"ש מטעם דתפוס ועומד:

ברם הרשב"א בחידושיו תירץ על הקו' הנ"ל גבי אומן כדעת הש"ך דהוי מיגו לפמ"ש, וצ"ל לדעתו דס"ל כדעת הרא"ש בשבועת השותפין דבמיגו כל דהו אוקמו אדינא, הגם שאינו מעיקר דינא דאורייי' רק שלאחר תקנתא שעשאוהו כשוכח הדין מכריח ליטול בלא שבועה כקו' הש"ס וניתיב ליה בלא שבועה, הגם דל"מ רק כשטוען על הפרעון דהוי כודאי שוכח לרבנן, אבל בקציצה לר"י דאינו אלא כספק שוכח ס"ל שגם בזה דינו לאחר תקנתא כמשאי"ל דנוטל בלא שבועה, וגם בזה אמרינן דבמיגו כל דהו אוקמוהו אדינא, ולא מצאנו לו חבר בסברא זו:

ג בתומים [סי' פ"ט ס"ק י"ב] הקשה על רמב"ן בסוגיין שמתרץ להברייתא דקתני כל זמן שהטלית ביד האומן על בעל הבית להביא ראיה דנאמן בלא שבועה מדקתני נתנה לו וכו' דשאני אומן דקונה בשבח כלי יותר ממשכון דלא קני אלא לשיעבודיה, והקשה דא"כ בעבר זמנו נמי, דמידי הוא טעמא אלא משום דחזקה שלא יעבור בבל תלין, ולמ"ד דקונה בשבח כלי ליכא בל תלין, וזה כמה אמרתי לתרץ בפשטא ובזה ירווח לן קו' תוס' בסוגיין (דף מ"ו) ד"ה לא קצצתי, שהקשו דא"כ עבר זמנו נמי שהרי שהה והרי עבר:

ונראה למה דנקטינן דלמ"ד דאומן קונה בשבח כלי לא קני אלא בשבחא שנשבחה הכלי על ידו, אבל לא בגוף הכלי כמבואר בתרומת הדשן סי' ש"ט] ומבואר בש"ע סי' פ"ג] דלעולם יד המלוה על עליונה הן בדמי פרעון והן במשכון להחזיק בו על חובו שירצה, ולפ"ז איירי הכא דשבח כלי אינו אלא דינר א', והאומן בידו לתפוס השבח שהשביח על הדינר שמכחישו ועל הדינר שמודה תופס בגוף הכלי] כדי שיפטור משבועה. איברא כל זה כשנפל הטענה ביניהם בעודו תחת ידו, אבל כשמחזיר לו אזי מוטב לו ששבח הכלי יהיה על הודאה, בכדי שיעבור בבל תלין על הדינר שמכחישו, ובכדי שירמי אנפשיה וידכור מחמת רתת דבל תלין:

ולפ"ז מיושב קו' תוס' לדברי רמב"ן הנ"ל דאתיא כמ"ד אומן קונה בשבח כלי, לכן אינו עובר על ההודאה דמסתמא דעתיה דאומן דשבחא יהיה על הודאה, כי היכי דלישום אנפשיה על הכפירה משום איסור בל תלין:

ד אחרי חדשתי זאת זה שנים כבירים, ראיתי בקצה"ח [סימן ש"ו ס"ק ג'] שהחל קצת בדרך שכתבנו, אולם הסיע בתוך הדיבור בדרך אחר, משום דס"ל שגם במשכון אינו

עובר בבל תלין, לכן הוכרח שם עפ"י דברי ר"ן שכבר פרע לו הדינר שהודה, והוא פלא דגבי אומן כל זמן שלא גילה אדעתיה דתפסו למשכון ולא בא לידו בתורת משכון לכ"ע אינו קונה משכון, אפי' לדעת דרכי משה באה"ע [סי' כ"ח] דאומן מסתמא תופס אשכרו וקונה משכון, זהו כשקידשה בשכרו, איפשר לומר דמעיקרא תפס ליה אשכרו או על דעת שתתקדשה לו, אבל כשראינו שהחזיר לה הכלי ולא תפסו הוכיח סופו לתחלתו דלא נחית אדעתא דהכי, ועוד שהרי לדעת הרשב"א והריטב"א והר"ן קידושין (דף מ"ח) כל שלא בא לידו בתורת משכון לא קנה משכון, רק היכא דתבעו ליה ותפיס ליה אאגריה, ול"מ מי שחולק ע"ז רק רבינו ירוחם לבד, תו לא יפלא בשגם הרמב"ן ס"ל כדעת רוב הפוסקים, ועוד שלדברי עצמו [בסי' ע"ב ס"ק כ"ג] מוכח מש"ס בפלוגתא דרשב"ג ור"י הנשיא במשכון דלא שווי שיעור זוזי, דס"ל לר"י הנשיא דנקטי' לזכרון דברי', דבע"כ צ"ל אחת משתים או דבמשכנו בשעת הלואה לא קנה מדר' יצחק, ולדעת הפוסקים דקנה ליה בע"כ צ"ל דהיכא דלא נקטיה לגוביינא רק לזכרון דברים לכ"ע לא קנה, והשתא היכא דלא שוה שיעור זוזי דמ"מ נטלו בשביל חובו כדי שלא יכפור הלה ולא תינשי מיניה ומלוה כיון דלא נקטיה לגוביינא לא קנייה, מכל שכן גבי אומן דלא נטלו רק לעשות מלאכתו ולהרויח משכורתו, פשיטא דגרע עוד ממשכון דלא שוה שיעור זוזי, ואפי' לדעת רמ"א שם כשאמרה עשה לי שירים ונזמים ואקדש לך דמקודשת כשמחזירם לידה היינו משום דס"ל דסתם אומן תפיס ליה אאגריה לכן הוי כקידשה במשכון וס"ל דגם במשכון בשעת הלואה קונה משכון:

וראיתי [בסי' ע"ב] מה שכתב שם ויש בהם כמה דברים נחמדים, איברא כמה דברים שם נחמדים לפום רהיטא ורחוקים מן דעת המעיין, ונפרטם אחת לאחת אח"ז, ומ"ש שם הנוגע לענינינו ומשיג על דעת הבית שמואל שמפרש לדעת רמ"א כפשטא וכמ"ש והשיג עליו כיון שעשאן על דעת שתתקדש לא שייך בזה שקונה משכון, אתמהה הכי מחוייבת היא שתתקדש לו, כי יקח כתיב ולא שתלקח, ואם לא תרצה להתקדש הכי אינה מחוייבת לשלם לו בעד שכר מלאכתו, והרי תופסו למשכון על שכרו, ובאם תרצה להתקדש אח"כ תפטור משכרו כי זהו מחיר תשלומיו, ותפיס ליה למשכון על אחת משתים, הגע בעצמך באם ילוה לחבירו על משכון או שתשלם או שתשחק לפני ותיפטר, הכי נימא דבכה"ג ל"ק משכון:

ה נלקטה בקיצורים דברי בעל קצה"ח [סי' ע"ב ס"ק כ"ג], ראשית דבריו יצא להקשות על רמ"א דפוסק באה"ע כדעת רבינו ירוחם דגם באומן שייך קנין משכון, וגם ס"ל דהיכא דאתי לידי' בתורת משכון אפי' היכא דלית ליה מיגו נאמן, דאין מוציאין ממלוה

מספיקא דפלוגתא, א"כ הדרא קושי' הרשב"א לדוכתי' דא"כ היכא שהטלית ביד האומן אמאי אינו נאמן אלא במיגו כדאיתא שם בסוגי', ומתרץ שם ע"פ דעת רש"י ותוס' דכל זמן שלא החזיר לו טליתו עודנו לא נתחייב כלום ואפי' מלוה לא הוי, ובזה מתרץ נמי קושי' הראשונים דאם איתא שגם אומן קונה משכון למה צריכין לאהדורי בתר טעמא דלהכי דינו כשומר שכר משום דתפיס ליה אאגרי' תיפוק ליה דמשום קנין משכון נעשה שומר שכר:

ולפי ענ"ד לא נראה דהיכא שרוצה להחזיר לו טליתו רק שתובע שכרו דנימא דעודנו לא נעשה מלוה, כיון שמוכן בידו להחזירו לו שלו ושכרו הוא דקתבע, וע"כ לא קאמרי רש"י ותוס' אלא שמעכב האומן להחזיר לו ע"י סיבה אחרת כגון בעשה לי שירים ונזמים, ולא החזירם לידה בשעת קידושין, יהיה ע"י איזה סיבה שיהיה כל שאין העיכוב מחמת הבעה"ב, אזי נכונים הדברים דאפי' לר"מ דס"ל דמקודשת במלוה מ"מ כל כמה שלא החזירם לא נתחייבה, אכן היכא שמוכן להחזירם מיד רק שהעיכוב ע"י בעה"ב בשביל שכרו פשיטא דנעשה מלוה למפרע משעה שמוכן ורוצה להחזירם לידו:

והנראה לפענ"ד לפרק מעל רבינו רמ"א קושי' הרשב"א, דנאמינו לאומן בלא מיגו דידעינן דאתי לידי' אדעתא דאגרי' ודינו כמו במשכון דנאמן בלא מיגו משום דקני' ליה מדר' יצחק, דברייתא זו ר' יהודה היא דסבירא ליה שגם בקציצה לא מידכר, ור' יהודה בע"כ סבירא ליה דבעל חוב לא קנה משכון בשעת הלואה, שהרי ס"ל הלוהו מעות שומר חנם. איברא לדברי הר"ן קידושין פ' האיש מקדש דאומן כהלוהו פירות דמי וגם למ"ש לקמן (אות ו') דאומן כמשכון שלא בשעת הלואה דמי ליתא למה שכתבתי]:

גם מה שכתב הקצה"ח שם על קושי' שני' דל"ל לפרושי טעמא משום דתפיס אאגרי' ת"ל דהוי כמלוה על המשכון, וחידש שם דמידי הוא טעמא דמלוה עה"מ גופא משום דבידו לקדש בו והנאה זו שוה פרוטה אבל האומן אין בידו לקדש בשכר מלאכתו המגיע לו על הכלי דכל זמן דלא מחזירו לא נעשה מלוה ומנה אין כאן וכו', דגם רבינו ירוחם ורמ"א מיירי כשקידש בהם האשה שמגיע לו ממנה שכר מלאכתו דנעשה בשעה שמחזיר לה מלוה למפרע וקנוי בידו למפרע כדין משכון, משא"כ באשה דעלמא:

ולפענ"ד נראה ברור דלדעת רבינו ירוחם ורמ"א גם באשה דעלמא מקודשת כשקידשה בכלי בשכר מלאכתו שמגיע לו, שהרי קידשה אדעתא דהכי שתחזירו לבעלי' ותקבל ממנו שכר מלאכתו שמגיע לו, ואז הרי נעשה מלוה למפרע וקנין למפרע, וכשם שיכול לקדש בהם האשה בעלת החפץ דלאחר שהחזיר לה נעשה למפרע מלוה וקנין כאחד, הרי יכול להקנות כל כחו וזכותו לאחרים, וכשם בידו לעשות מלוה וקנין למפרע כן

הקנה זכות זה לאחרים, הגע בעצמך דאפי' במשכון לו שדהו על תנאי באם לא יפדה בתוך הזמן יקנה מעכשיו [בגוונא דלית ביה משום אסמכתא] הכי לא יכול לקדש בו תוך הזמן, ואח"כ כשהגיע הזמן ולא נפדה וקנוי בידו למפרע גם היא מקודשת למפרע, מכל שכן גבי אומן דבידו הוא שיקנה למפרע, וכן לאחר שקידשה הרי בידה שתקנה למפרע, והרי קידשה בזה שתחזירו לבעלים, ואז יקנו שניהם למפרע. ועוד שגם קודם שנודע לנו בבירור מ"מ טובת הנאה זו שוה פרוטה ומקודשת מיד בטובת הנאה דמזדבני בדינרי, ועי' ברמב"ם פרק כ"ב מהלכות אישות הלכה ט"ו] ובמגיד משנה שם שמביא בשם הירושלמי דבעל שמכר בנכסי מלוג שאם תמות היא יהיה קנוי ללוקח, דלא קנה כלל מפני שבעל אין לו צד זכות בגופם רק לאחר שתמות, אע"ג דלאחר שתמות קנוי לבעל למפרע מצד תקנת אושא ודינו כלוקח ראשון, שאני התם דעיקר תקנת אושא משורש בדין ירושתו לכן עיקרו מתחיל מדין ירושה, ולכשיהי' ראוי ליורשה מאז עשאוהו למפרע כלוקח ועוד דהתם אינו בידו משא"כ גבי אומן [ולקמן בדיני שאולה ושכורה סי' פ"א אות ח' הארכנו בפרט זה]:

ובעיקר קושי' הראשונים הנ"ל שתסוב לדעת רמ"א דהא דהוצרך הש"ס לטעמא דתפיס ליה אאגרי' משום דבלא"ה אמרינן דסתם אומן לא נחית אדעתא דהכי, ואדרבה מזה נסתעף עיקר דינו שהמציא בדרכי משה דמסתמא תפיס ליה אשכרו, וממילא דינו כמלוה על המשכון, והוא דבשקלא וטריא דש"ס ב"מ דף פ':] איכא שני תירוצים שם ולתירוץ בתרא דמחליף רבה בר אבוה ברייתא דשוכר לית ליה סברא זו דס"ל דסתם אומן לא נחית לכך, וס"ל לרשב"א וריטב"א ור"ן הנ"ל דסוגיא דהאיש מקדש דתלינן פלוגתא דר"מ ורבנן באומן קונה, ולא במלוה על המשכון דפליגי גם כן ר"מ ור"י, דלר"י דס"ל דהלוהו מעות שומר חנם בע"כ לית ליה דר' יצחק במשכון בשעת הלואה, ורבנן דר"מ בכ"ד הוא ר' יהודה [תוס' כתובות ל"ו ד"ה ואם], אלא משום דסוגיא זו קאי לתירוצא בתרא דש"ס ב"מ דמסתמא לא נחתי אדעתא דתפיס אשכרו. איברא רבינו רמ"א דנחית לדינא פסק כלישנא קמא, וטעמו ונימוקו עמו ע"פ המסורת בידינו דר"מ ור"י הלכה כר"י ואנן פסקינן דשוכר כשומר שכר, וגם אמרי' בעלמא דסתם מתניתין ר' מאיר וכיון דבע"כ לדידן ס"ל לר"י דשוכר כש"ש א"כ בע"כ צ"ל כתירוצא קמא כי היכי דתיתוקמי כר"מ דשאני אומן דתפיס ליה אשכרו, וכיון דאיתא לסברא זו מנ"ל דר"י פליג עליה דר"מ בזה. איברא למאן דמחליף לית לן כלל סברא זו, הגם דאפ"ל שגם לתירוצא קמא לא אמרינן דסתם אומן דרכו לתפוס אשכרו והוי כאילו גילה דעתו דתפיס אשכרו, רק דהוי כש"ש בהאי הנאה שיכול לתפוס. אבל רבינו ניחא ליה לפרש כפשטא, דאלת"ה

במאי פליגי בלישנא בתרא, אלא ודאי דאי לאו דסתם אומן נחית אדעתא דהכי אפי' שומר שכר לא הוי, ובשביל דקשיא ליה לרמ"א דסוגיא שלימה דקידושין הנ"ל תיתי שלא אליבא דהלכתא כלישנא בתרא דלית לי' דסתם אומן נחית אדעתא דהכי, להכי מוקים לה בשכבר החזיר לה קודם שקידשה:

ועפ"י דברינו נפקותא רבה לדינא דבדבר דלא שייך כלל קנין בשבח כלי כגון בשליח ששלח להביא כליו ממקום אחר וקידש אשה בחפצים [על שכרו המגיע לו] דלדעת הקצה"ח לכ"ע אינה מקודשת, ולדעתינו מקודשת לדעת רמ"א דפסק כרבינו ירוחם, וכתב בדרכי משה שהוא לכ"ע, דס"ל דרשב"א וריטב"א ור"ן לא כתבו דבעינן גילוי דעת דתפיס ליה אשכרו רק כדי לפרש השקלא וטריא דקידושין הנ"ל וכן הברייתא דאומן כל זמן שהטלית בידו דבלא מיגו לא מהימן כנ"ל. אבל לדינא איפשר דמודים בזה משום דפסקינן כלישנא קמא:

ולדברינו אלה מסולק מעל רבינו השגת הגאון החסיד מוהרא"ו זצוק"ל בספרו בביאור אבן העזר דאיך איפשר לומר דסתם אומן הוי כגילה דעתו דתפיס ליה אשכרו, דא"כ בלישנא בתרא שם מתניתין דלא כר"י דס"ל דשוכר כשומר חנם, הרי בהלוהו פירות מודה ר"י דמלוה על המשכון שומר שכר והרי אומן כהלוהו פירות דמי, ולמה שכתבתי דמקור דינו של רמ"א נובע מלישנא קמא שם, ניחא שהרי ללישנא בתרא אפי' לר"מ לא הוי בהאי הנאה דמצי תפיס לי' אשכרו, אלא משום דשוכר כש"ש, ואיך איפשר להוסיף ולומר דמסתמא הוי כגילה דעתו והוי כמלוה על המשכון:

ו ודע דמלשונו של רבינו רמ"א שם [סי' כ"ח סעיף ט"ו], וכן מלשונו של רבינו ירוחם שמביא דין זה בשם רבו רבינו אשר"י, דאם קידש בשכרו לכ"ע מקודשת כשקידשה בשעה שמחזיר לה, נשמע דהוי כמשכון שלא בשעת הלואה שהרי רבינו האשר"י ס"ל דבמשכון בשעת. הלואה אינה מקודשת, וכן הרמ"א הביא בהג"ה דעתו להלכה, וכאן כתב דלכ"ע מקודשת, א"ו משום דתפיס ליה מעצמו דינו כמשכון שלא בשעת הלואה, ונשמע מזה דמי שהפקיד פקדון ביד חבירו, והלה תפיס ליה על חובו נידון כמשכון שלא בשעת הלואה. אבל לענין בל תלין אפי' להפוסקים דגם במשכון בשע"ה קני' ליה מ"מ כיון שהחזיר לו האומן ולא תפיס ליה אשכרו, הרי הוכיח סופו על תחילתו דמעיקרא לא היה בדעתו לתופסו:

לכן מה שמסיים שם בעל קצה"ח [סי' ע"ב ס"ק כ"ג] דגבי אומן אם הבעלים נתנו לו משכון על שכרו שאינו עובר בבל תלין, אפי' כשהחזירו לו, לדעתי לא יצא מידי ספיקא דלהפוסקים דמשכון בשעת הלואה לא קני' ליה פשיטא דעובר בבל תלין:

וע"פ דברינו הנ"ל תו ליכא מדברי ר"ן בפרק האיש מקדש סתירה מוכרחת לדברי רבינו רמ"א הנ"ל, דז"ל שם דאמרו למ"ד ישנו לשכירות מתחילה ועד סוף אינה מקודשת דהו"ל מקדש במלוה ואמאי לא והאיכא משכון גבי' דמצי תפיס ליה אאגרי' והמקדש במלוה שיש עליו משכון מקודשת, ותירץ דשאני משכון דקני לי' מדר' יצחק. אבל האי כיון דמעיקרא לאו בתורת משכון אתי לידי' לא קני ליה, תדע דתנן בפ' האומנין כל האומנין שומרי שכר ואמרינן עלה דסתמא כר"מ ולא כר"י ואילו במלוה שיש עליו משכון מודה ר"י בהלוהו פירות דש"ש הוא ואומן כהלוהו פירות הוי וכו' [זהו שכתבנו לעיל באות ה'] ועוד דבפ' המקבל אמרינן דלמ"ד אין אומן קונה בשבח כלי עובר בבל תלין, ואילו היה קנוי כקנין משכון ודאי שלא היה עובר, אלמא דלא חשיב משכון דידי' עד דליתבעו מיני' ותפיס ליה אאגרי' כעובדא דמלוגא דשטרי עכ"ל הר"ן:

ולמעיין היטב בדברי קדשו שכל אלו הראיות יסבו בלכתן על מ"ש בתחילה והאיכא משכון גבי' דמצי תפיס ליה אאגרי' הרי הם קנוים בידו, אזי תו ליכא פתרא לסוגי' זו גבי עשה לי שירים ונזמים דאמאי א"מ לכ"ע כיון דאומן כמשכון שלא בשעת הלואה הוי דהשתא ליכא למימר דאיירי כשכבר החזיר לה כמ"ש רמ"א, דכיון דקנוי בידו משום דמצי תפיס ליה תו לא נפקע קנינו ולא הורע כחו במה שהחזירן כיון שעל דעת שתשלם לו החזירם לידה, וכן במשכון שהחזירו ללוה על דעת שישלם לו לא נפקע קנינו שהרי לא נעשו מטלטלין אצל בניו, וכן מדברי רמ"א גופי' מוכח להדי' כן שהרי מוקי לסוגיא דעשה לי שירים ונזמים בשכבר החזיר לה, ואפ"ה למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי מקודשת, וכבר מבואר בדברי ר"ן בפ' כל הנשבעין דקנינו של משכון עדיף מקנינו של אומן, ולהכי כל ראיות הללו נשגבות המה למאי שהקדים הר"ן שם דל"א כיון דמצי תפיס ליה כלומר כיון דבידו לתפוס כבר קנויים בידו דא"כ אמאי אינה מקודשת אפי' בשכבר החזיר לה כיון דעל דעת לשלם לו החזירם לא נפקע קנינו, וגם אמאי עובר בב"ת כיון דלא נפקע קנינו כמו למ"ד דאומן קונה בשבח כלי דאינו עובר אפי' בשכבר החזירם משום דבחזרתו לא נפקע קנינו ועודם קנוים בידו אבל רבינו רמ"א כבר העלה ארוכה לפצעים האלו דלאו משום דמצי תפיס ליה אלא משום דסתם אומן דעתו למיתפס אשכרו, לכן בשכבר החזירם דחזינן להדיא שיצא מן הכלל, והוכיח סופו על תחילתו שלא עלה במחשבתו לתפוס אשכרו ולא היו קנוים בידו תו ל"ק ליה מידי מעולם. אבל כשקידשה בשעה שמחזירם עודנו לא יצא מן הכלל:

ולפ"ז נכונים הדברים בעצמותן ואין אנו צריכין לטעמו של בעל קצה"ח דלהכי למ"ד אומן קונה בשבח כלי אינו עובר בבל תלין דדמי כאילו כבר פרע לו וחזר והלוה לו,

וכן גבי משכון דלטעמי' הא תינח לענין ב"ת אבל אמאי מקודשת בשכבר החזיר לה, כדמוכח להדיא מרמ"א דמוקים לפלוגתייהו בשכבר החזיר לה טרם שקידשה, אלא משום דעודנו לא נפקע קנינו:

ז ולפ"ז תו לא קשה על הרמ"א מכל קושיו' הנ"ל, לבד קושיית הרשב"א מברייתא דכל זמן שהטלית ביד האומן על בעל הבית להביא ראי' משום דנאמן במיגו כדאיתא ב"ב (דף מ"ה), דמאי שכתבנו לעיל (באות ה') ליתא שהרי אומן כהלוהו פירות דמי, ועוד דאומן דמי למשכון שלא בשעת הלואה וכמש"ל באות ו') ואיפשר לדחוק דסוגיא זו קאי לתירוצא בתרא בב"מ דל"ל סברא זו וכמש"ל, ועוד אפ"ל דבל"ז צ"ל לדעת הש"ך סי' ע"ב ס"ק צ"א] דכל היכא דאינו מחויב לישבע שבועת המשנה אמרינן מיגו אפי' חוץ לב"ד והכא גבי אומן דנאמן בלא שבועה מדקתני נתנה לו בזמנו נשבע ונוטל יהיה מאיזה טעם שיהיה], הא דקתני כל זמן שהטלית ביד אומן אין הכוונה דעודנו בידו כשעומד לדין, אלא שנפלו הטענות שביניהם כשהיה בידו אפי' חוץ לב"ד לפני עדים והחזירו לבעל הבית מיד אפ"ה נאמן במיגו, וסיפא דקתני נתנה לו כשנפלו הטענות שביניהם לאחר שהחזירה ליד בעה"ב, ובין ברישא ובין בסיפא כבר החזירה ליד בעל הבית, וכל זמן שהטלית ביד האומן על הטענות קאי, וכיון שכן תו לא קשה, שגם בלא מיגו נמי משום דקנוי בידו, דכיון שהחזירו ולא תפיס אשכרו הוכיח סופו על תחילתו שלא היו קנוים לו מעולם, ולא עלה על דעתו לתפוס על שכרו וכמש"ל:

וא"**ל** דאכתי מנ"ל לש"ס ב"ב להקשות על רבה דילמא לעולם באומן לית ליה מיגו והא דנאמן כל זמן שהטלית בידו דהיינו שעודנה בידו בשעה שתבעו לפני ב"ד, ומשום שאין לך גילוי דעת יותר מזה, ויש לו קנין בגופה, ורק בתר השתא הוא דאזלינן, ולא משגחינן על מה שטענו כבר היכא דהשתא ליתא בידו, ויש לומר דמסתמא רישא כגוונא דסיפא מיירי דקתני עבר זמנו המוציא מחבירו עליו הראיה דזהו כשתחילת הטענות היו כשעבר זמנו, אבל היכא שכבר טענו בזמנו דהיינו בסוף הזמן ובעה"ב טען שלא קצץ אלא אחד וגם השתא עומד בטענתו, אזי אפי' כשעבר זמנו נשבע ונוטל (לדעת בעל המאור שם נאמן לעולם בשבועה, דבתר טענה ראשונה מסרך סריך, ולשאר פוסקים נותנין לו יום א' לאחר זמנו כנגד יום התביעה], וכשם דבסיפא לא אזלינן בתר השתא לחוד, רק בתר הזמן שהתחילו לטעון, ועיקר חילוק הדינים דקתני על תחילת הטענה קאי, והיינו דדווקא היכא שהתחילו לטעון אז, ואזי הוא דאמרינן עבר זמנו המע"ה ה"ה ברישא דכל זמן שהטלית בידו, היינו דוקא היכא שהתחילו לטעון בשעה שבידו, אע"ג שכבר החזירה לידו קודם שבאו לב"ד, וכמו בנתנה לו דסיפא דקתני בזמנו נשבע ונוטל דקאי על תחילת

טענותיהם כשהיו בזמנו אע"ג דאח"כ באו לפנינו לאחר זמנו, ומזה מוכח ממילא דמשום מיגו הוא ולא משום קנינו בגופו וכמש"ל ועיין:

ח איברא עודנו קשיא קושי' עצומה על הרמ"א דמוקים לה לסוגיא דעשה לי שירים ונזמים כשכבר החזיר לידה עד שלא קידשה, דא"כ לאוקימתא דפליגי בישנה לשכירות מתחילה ועד סוף דר' מאיר סובר אינה לשכירות אלא לבסוף ולהכי מקודשת, דתרווייהו המלוה והקידושין בהדי הדדי קאתו, ואי בשכבר החזיר לה קודם שקידשה, א"כ גם לר' מאיר הוי ליה מלוה, ובב"ש [כ"ח ס"ק ל"ט] הניח בתימה קושיא זו:

וזה בימי חורפי ישבתי על נכון בפשטא ע"פ דברי רשב"א קידושין שם וז"ל מר סבר אינה לשכירות אלא בסוף, ומר סבר ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, כלומר וכל פורתא ופורתא הוי מלוה עלי' וכי מצטרף לפרוטה מלוה היא והמקדש במלוה אינה מקודשת, וקשי' לי ומ"ש מהתקדשי לי באלו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה שאע"פ שאין באחת מהן ש"פ מקודשת דכי מתאכלי ברשותה קא מתאכלי דהכא נמי שכירות זה לא ניתן לחזרה ופורתא פורתא כי אתי זכיא ביה איהי בתורת קידושין וכי מלו לפרוטה א"נ לכשנגמר הכלי מקודשת דהאי שכירות לא למלוה דמי כדאמרן, וי"ל דהתקדשי לי באלו שאני הואיל ואיתנהו כולהו קמן מונה והולך הוא, אבל שכירות דבשעה דאיתא להאי פורתא ליתא להאי ולא אתי להאי עד דאזיל ליה אידך לא חזו לאצטרופי כלל והלכך א"מ, אבל אי סבירא לן דאינה לשכירות אלא בסוף כולא אגרא בבת אחת אתי והלכך מקודשת כנ"ל עכ"ל הרשב"א:

ולפ"ז תו ל"ק דכיון שנעשה מלוה בפעם אחד ואז ראוי' להתקדש בהם, א"כ הרי נעשה מלוה זו על דעת שתתקדש בהם, ודמי לקידשה לאחר ל' יום דמקודשת אע"פ שנתאכלו קודם לזה, מפני שמלוה זו נעשה על דעת שתתקדש בהם דאע"פ שצריך לקדשה מחדש לאחר שעשאן כמ"ש בב"ש שם ס"ק ל"ח], מ"מ לא דמי להתקדשי לי בזו ובזו ואכלתן טרם שגמר לקדשה, דאינן מצטרפין לפי שכבר נעשו מלוה, דהתם בידו לגמור מיד, לכן כשלא גמר נעשין מלוה ודמי למלוה שלפני הקידושין, משא"כ הכא שכבר עשה כל מה שבידו, שכבר אמר וקידשה בשכר מלאכה רק שהדין גורם שצריך לקדשה מחדש, כל כה"ג כמלוה שלאחר קידושין דנינן לה, ואם הוא חוזר אח"כ ואינו רוצה לקדשה והיא רוצה, אינה צריכה לשלם לו בעד שכר מלאכתו כלום כמו בקידשה לאחר ל' יום שאם הוא חוזר אין צריכה לשלם לו כלום ובזה חלוק ממלוה כמ"ש ר"ן שם:

ובספר תפארת ירושלים סוף מס' ב"ק ימצא המעיין מה ששייך עוד לדינים אלו:

סימן סא

א בטור [סוף סי' צ'] מביא דברי הרמב"ם (פרק ה' מהלכות חובל ומזיק הלכה ו') וז"ל אבל אם לא היו שם עדים כלל הוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובבושת ובריפוי ע"פ עצמו עכ"ל, ועיין בראב"ד שהשיג עליו, והה"מ שם תמה עליו מסוגי' דב"ק [דף ד"ש דקחשיב ר' אושעיא י"ג אבות נזיקין והם חמשה אלו ומקשינן ר' אושעיא אמאי לא תני הני דר' חייא ואמר בממונא קמיירי בקנסא לא קמיירי נראה שכל אלו הדברים ממון, וכן איתא בריש פרק החובל אדם באדם ואדם בשור דממונא הוא ליעבד שליחותייהו, וכן הקשו מסוגי' דכתובות (דף מ"א] דמשלם בשת ופגם ע"פ עצמו ופגם היינו נזק, ועיין ברמב"ם [פרק ב' מהלכות נערה בתולה] דפסק בעצמו דמשלם בושת ופגם ע"פ עצמו, ועיין בהה"מ שם שהניח דברי הרמב"ם בצ"ע, ולפענ"ד נראה לתרץ דברי הרמב"ם ולהקל מעליו עול הקושיות מסוגיות הש"ס הנ"ל, והוא דהרמב"ם נקיט האי כללא בידי' דכל היכא דהוי התשלומין קצובין שלא לפחות מהם אזי נדונין כקנס כמו שפירש רש"י במס' כתובות (דף מ"א ע"א ד"ה אינו משלם] וז"ל דקנס נינהו שאפי' אין יפה דינר נותן שלשים עכ"ל עיי"ש, וא"כ גבי נזק דאדם שחסרו אחד מאיבריו דהוי דינו קצוב לשום אותו כעבד אע"פ שאינו שוה כל כך דלא היה יכול למכור עצמו בעבד לעולם אע"פ כן אין פוחתין הימנו ומש"ה נקט דהוי קנס ואינו משלם ע"פ עצמו, וע"כ צ"ל דמטעם קנס הוא שהחמירה עליו התורה לשלם כל כך דהא חזינן היכא דיגיע לו ריוח משומא זו כגון במי שנוקב מרגליות וקצץ לו ידו דצריך לשלם לו שיעור נזקו דשמין אותו כעבד נוקב מרגליות הנמכר בשוק ואין שמין אותו כעבד סתמא כמ"ש הרא"ש בפ' החובל [סי' ד'], והיכא שקצץ לו רגלו של נוקב מרגליות אע"פ שבודאי אינו עומד לימכר בעבד דהא הוא עדיין ראוי למלאכתו ואע"פ כן שמין אותו כעבד הנמכר לכל התשמישים ונמצא שעדיף עוד בתשלומיו גם משלשים של עבד, דגם בשוה מאה סלע אינו נותן לו רק שלשים ובודאי דהוי מטעם קנס, וצער נמי ס"ל להרמב"ם דאינו בגדר תשלומין מן הדין כיון דמשלם לו כל היזיקו רק מטעם קנס הוא דמחייבינן ליה לשלם צערו, וראי' מגונב על מנת למיקט דאינו משלם את הצער, וההיא דב"ק נוכל לומר דמיירי בכגון שלא חסרו רק בצמתה וסופה לחזור דאזי תשלומי נזקו הן דמי שבת גדולה דלא שיימינן ליה כי אם לכל אחד ואחד כפי מה שהוא מתבטל ממלאכתו שהיה רגיל בה כמבואר בהחובל שם וזה הוי ממון, וזהו כוונת הש"ס שם דנקט נזק דממונא הוא וצער נמי משכחת לה דהוי ממון כגון היכא שנהנה הוא ע"י צערו של חבירו כמ"ש לקמן. והשתא מתיישב ממילא הא דפסק הרמב"ם [בהלכות

נערה בתולה] דמשלם פגם ע"פ עצמו אע"ג דפגם היינו נזק משום דשאני פגם דמסקינן שם בכתובות (דף מ':] דשיימינן לה כשפחה הנמכרת בשוק להשיאה לעבדו, ועי' רש"י שם ד"ה למנוול וז"ל דכיון דבידו ליטול ממון לפוגמה ולביישה בושה זו השתא אפסדי' האי דפגמה עכ"ל. חזינן שפיר דלאו מגדר קנס הוא דמחייבינן ליה רק הואיל והפסידו ממון שהיה ראוי לו ליטול בכך, וצער נמי דמחייבינן ליה התם ע"פ עצמו י"ל דמשום דנהנה ע"י צערה חשיב שפיר ממון ולא מגדר קנס הוא דמחייבינן ליה רק דמי הנאתו הוא שמשלם, וקצת ראי' יש לזה מדברי תוס' כתובות דף ל':] ד"ה לא צריכה עיי"ש וז"ל ואפי' אי זה נהנה וזה לא חסר פטור מ"מ כיון דשוין כל שהו אזי מחויב בכל כמו שהיה שוה מעיקרא פרוטה או יותר עכ"ל. אלמא אע"ג דפחות משוה פרוטה אין בו דין ממון כלל בכל התורה, אפ"ה היכא דנהנה ע"י כן מחוייב לשלם כל הנאתו:

סימן סב

ליקוטי חידושים מאאמו"ר המחבר זצללה"ה

[**על סוגיא תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים ועל סוגיא דמעמד שלשתן** במס' גיטין דף י"א י"ב י"ג].

א דברי הרי"ף בסוגיין התמוהים מאד, כאשר כבר תמהו עליו רבותינו הראשונים נ"ע. במה שחידש דגם לדידן דפסקינן כרבנן דשיחרור הוי זכות, אפ"ה לא מהני, אלא שאינו יכול לחזור בו. אבל לא נפיק לחירות עד דמטא לידי', ומביא ראי' לזה וז"ל ואשכחן זכיי' כי האי גוונא, כדאמרינן לקמן הולך מנה לפלוני שאני חייב לו, אמר רב חייב באחריותו ואם בא לחזור אינו. חוזר עכ"ל הרי"ף. וכתב עליו הר"ן ז"ל וז"ל אין ענין זה דומה לנידון זה כלל, דהתם ודאי דינא הוא דלא מיפטר לוה מיניה דמלוה עד שיגיע ממון לידו, דאי אמרינן מיפטר, חוב הוא לו. אבל הכא כיון דזכות הוא לעבד, כשנתנו לשליח ואמר לו תן, הרי הוא כאילו קבלו העבד עכ"ל הר"ן, גם בעיקר דינא שחידש, צווחו ע"ז הר"ן והרמב"ן במלחמות וכל הראשונים ז"ל, מסוגיא ערוכה בקידושין (דף כ"ג) דמוקמינן למתני' שם כר' שמעון בן אלעזר דשטר ע"י אחרים ולא ע"י עצמו, משום דגמר לה לה מאשה, מה אשה עד שיוציא גט לרשות שאינו שלו, אף עבד עד שיוציא לרשות שאינו שלו, ואם איתא דזכי' דעבד לא מהני רק לענין חזרה אבל לא נפיק לחירות עד דמטא גט שיחרור ליד העבד, הרי עודנו רשות שלו הוא:

ונראה בדעת רבינו הגדול הרי"ף ז"ל דס"ל כיון דבגט שיחרור אית ביה צד חובה כרוך בעקבי הזכות, דהיינו מפני שאסרו בשפחה ועבדא בהפקירא ניחא ליה, אמרינן באמת שזכה לו רק לעיקר הזכות דידי', דהיינו קנין ממון שהיה לרבו בקנין הגוף דידי'. אבל

צד קנין איסור שבו לא זכה לנפשו עד דמטא לידו, והכריחו לזה קושיית תוס' גיטין (דף י"ג] בד"ה עבדא בהפקירא ניחא ליה שכתבו שם וז"ל והא דקאמר התם [כתובות י"א] והא קי"ל עבדא בהפקירא ניחא ליה, מנלן, והא רבנן פליגי אר' מאיר ולית להו בהפקירא נ"ל ע"ש, ולהרי"ף ז"ל לא הספיק תירוץ התוס' שם דרבנן סברי דגדול זכות של שיחרור משל הפקר, משום דסבירא ליה דבעינן זכות גמור בלא עירוב צד חובה בזה, משום האי טעמא ס"ל לרבינו אלפסי ז"ל דבאמת לא זכה בעדו רק צד הזכות לחוד, ומשום שהרב רצה בשיחרור שלם שיהיה ישראל גמור ולא שיקנה בקנין ממון לבד דאל"כ למה צריך לשחררו הרי איפשר לו להפקירו], אמרינן דשיורי קא משייר לי' בזכי' זו עד דמטא לידי' ואז נגמר השיחרור לגמרי, שאז יזכה העבד בקנין הגוף עצמו, ומש"ה כשמת האדון ועודנו לא מטא לידי' ואזי לא נגמר השיור עד תומו, הרי הוא עבד לגמרי וכאילו לא זיכה לו כלל, וכעין סברא זו מצינן בתוס' ב"מ (דף כ') בד"ה שובר, דאפי' לאביי ל"א עדיו בחתומיו זכין לו גבי שיחרור לענין קנין איסור שבו כלל רק לקנין ממון מצד תקנת חז"ל, וגם לקנין ממון דוקא היכא דמטא לידי' אח"כ כדאי' שם], והראי' שהביא מהולך מנה לפלוני שאני חייב לו, דאמר רב חייב באחריותן ואם בא לחזור אינו חוזר והכי פסקינן [הכי אזדא ראייתו], אע"ג דס"ל לרב בסנהדרין (דף ע"ב] גבי הבא במחתרת דאפי' איתא בעינייהו פטור מטעמא דאמרינן שם, דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותי' קיימא ה"נ ברשותי' קיימא, ועיי"ש היטב בפי' רש"י [ובחידושי הר"ן], תוכן הדברים דרב ס"ל דגדר שלו מיתלא תלוי באם עומד ברשותו גם לענין יוקרא וזולא וכל האחריות, אזי נשלם גדרו ונקרא שלו ועומד ברשותו, והא דגזלן מחויב להחזיר גוף הגזילה כשהוא בעין, הוא ג"כ מצד חיוב תשלומין דרחמנא רמי עליה, מפני שצריך לשלם ממיטב היכא דליתא בעינא, שכל כ"ד אבות נזיקין הוקשו למיטב [ש"ס ב"ק ד:] לכן היכא דאיתא בעינא אין לך מיטב יותר מזה, שאדם רוצה בקב שלו וכו'. או מפני שיקיים העשה דוהשיב שמנתק הלאו שעבר, אך צריכינן להבין היאך יתורץ לרב קושיית רבא שם משואל, הכי נעלם חלילה מרב פרשה שלימה דכתיבא בשואל שחייב באונסין, ואעפ"כ עומד ברשות בעלים לכ"ד, והכי ס"ל לרב בהדי', עיין ב"ק (דף י"א] אמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן ולא לניזקין ואני אומר אף לשואל ואבא מודה לי, ועיי"ש במסקנא דס"ל לרב דגם לשואל שמין, ומבואר שם בתוס' ד"ה אין שמין וז"ל וה"ט דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים, אבל מזיק לא נתחייב אלא כמו שהזיק וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציאו מיד בעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל, ונמצא תמצית דבריהם סובבים

והולכים ג"כ על משקל זה דגדר שלו מיתלא תליא בחיוב אחריותן, וכיון דלמסקנא ס"ל לרב דאף לשואל שמין לא מפני דמסלקינן סברא זו לגמרי, רק דבע"כ צריכין לחלק בין גנב וגזלן לשואל, דשאני גזלן שעומד ברשותו לכל אחריותו ואפי' לענין יוקרא וזולא ג"כ עומד ברשותו, דהיכא דליתא בעינא צריך לשלם כדמעיקרא כשעת הגזילה, משא"כ בשואל דיש לו מיהת צד פטור כגון במתה מחמת מלאכה לכן אינו עומד ברשותו לענין יוקרא וזולא, שהרי כל השומרין אינם משלמין אלא כשוויין בשעה שנאבדו מן העולם, ויוקרא וזולא הוא סוג וכללא שע"י זה נכנס. בשמא דשלו לכל דבר אפי' לקולא לענין איסורין, כדאיתא ביבמות [דף ס"ו:] ותסברא נהי נמי דמחוייב בגניבה ואבידה ובאונסי' בכחשי' ובנפח' דמי' מי מיחייב הא לא דמי אלא לסיפא ישראל ששם פרה וכו' אבל כהן ששם פרה וכו' יאכילנה כרשיני תרומה, ולמעיין שם נראה להדיא דהא דנקט גניבה ואבידה ואונסין הוא לאו דוקא, שהרי אפי' בשואל נמי דינא הכי, דישראל ששאל מכהן מותר להאכילה בתרומה, ולהיפוך אסור [כמבואר ברשב"א שם], רק דעיקר תלי' בין היכא שעומד ברשותו גם לענין יוקרא וזולא הוא דנכנס בגדר בעלים ושלו לכ"ד, ומש"ה כהן ששם פרה מישראל רשאי לכתחילה להאכילה בתרומה:

נמצא לפ"ז גבי הלוואה דעומד ברשות הלוה לכ"ד מדאורייתא. רק משום איסור רבית דרבנן הוא דאמרינן בהלוה לו סאה חיטין הוקרו נותן לו דמיהם הוזלו נותן חטים [בבא מציעא (דף ע"ה) ועיין בתוס' ב"ק (דף צ"ז) ד"ה המלוה שמחלקין בין הלואה לגזילה, הכוונה ג"כ מחמת איסור דרבנן], אבל מצד עיקר החיוב ס"ל לרבינו האלפסי ז"ל שגם בהלואה הוא ברשותו לענין יוקרא וזולא, ורב לטעמי' דס"ל בסנהדרין דגדרו דשלו מיתלא תלי' בחיוב אחריותו, ואפ"ה ס"ל לרב בהולך מנה לפלוני שהממון הוא של המלוה והלוה עודנו מחויב באחריותן, הרי להדי' דאע"ג דרב ס"ל דתרווייהו מקושרין ומדובקים יחד בכל מילי בסתמא, אפ"ה אמרינן היכא שזיכה לו ע"י אחרים, בכדי שלא יתבטל הזכי' לגמרי מפרידין בין הדבקים, ואמרינן שלא זכה בהו אלא לענין הזכות שבו, דהיינו שיהיה גוף הממון של המלוה ולא לאחריותן, ה"ה נמי בשיחרור אע"ג דתרווייהו מקושרים בהדי הדדי, דהיינו קנין האיסור וקנין ממון שבו, מ"מ כי היכי שלא יתבטל הזכי' לגמרי מפני צד חוב שבו דעבדא בהפקירא ניחא ליה מחלקינן לשתי קצוות, ואמרינן דלענין קנין עבדות עצמו הוא דזכין לו לאלתר, ולענין צד איסור עד דמטא לידיה:

ולפ"ז מתורץ היטב קושיית הראשונים שהרעישו על רבינו האלפסי בעיקר הראי' שהביא לדבריו [גם קושייתם ממזכה גט לאשתו במקום יבם, ומריש פרק האומר בגיטין, יתיישב ע"פ הנ"ל, בטעמו של הרי"ף ז"ל, דהרי"ף לא כתב רק גבי שיחרור ומטעם האמור

לעיל, ובמק"א יתבאר אי"ה], גם קושייתם העצומה מר' שמעון בן אלעזר קידושין דף כ"ג] מתורץ היטב, כיון דקנין ממון שבו כבר נפקע ע"י זכי' שזכה לו בעדו, ונמצא בעת דמטא לידו כבר נפקע למפרע כל קנין ממון של הרב ויצא השטר שיחרור לרשות שאינו שלו דומי' דגט אשה:

ועל קושיית הר"ן ממשנה דפ"ח דתרומות נוכל לתרץ דרבינו אלפסי ז"ל ס"ל כתירוץ הראשון בתוס' גיטין (דף מ"ב ע"ב) ד"ה מעוכב, דמעוכב גט שיחרור אינו אוכל בתרומה אליבא דידן. ואע"ג שהוא איבעי' דלא איפשטא התם מ"מ איפשר לומר דזהו דוקא בחצי עבד וחצי בן חורין שגם קנין ממון שבו לא נפקע רק מצד התקנה (כמ"ש תוס' שם), משא"כ ע"י זכי' דאחרים שקנין ממון נפקע מדאורייתא, (הגם שאינו מוכרח מ"מ בכדי ליישב דברי קדשו של רבינו האלפסי ז"ל איפשר לומר כן), גם בל"ז אפ"ל כיון דמ"מ ספיקא הוא ותשלומי דידי' כפרה כמ"ש תוס' פרק אלו נערות (דף ל' ע"ב) תד"ה זר, והא דקתני משלם משום דכייל להו בהדי אשה דמת בעלך דאזי צריכה לשלם מצד הדין, והר"ן ס"ל כתירוץ השני דתוס' שם דהיכא דמותר בשפחה אוכל בתרומה, מש"ה שפיר קשי' ליה כיון דלא זכה לו לקנין איסור שבו ועודנו מותר בשפחה שוב אין צריך לשלם גם מצד ספק שהרי מותר לכתחילה לאכול בתרומה]:

[**ובהאי** ענינא שמעתי מאאמו"ר המחבר זצללל"ה, מה שאמר בימי חורפו, בישוב קושיית רב גדול א', ולאשר כי הדברים נוגעים לסוגיין, ע"כ הצגתים הנה].

ב בש"ס גיטין [דף מ'] אמר אמימר המפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה. מ"ט גופו לא קני ליה איסורא הוא דאיכא גביה ואיסורא לברי' לא מורית [ועיין רש"י שם], וידי"נ הרב הגאון וכו' מוה' זאב וואלף זצ"ל אבד"ק לאסק, הקשה לי דמבואר בש"ס כתובות (דף פ"ה:) אמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפי' יורש מוחל, והרבה טעמים נאמרו על דינא דשמואל, ושיטת הר"ת בזה משום דכל מלוה יש לו שני שיעבודים על הלוה, שיעבוד הגוף ושיעבוד על נכסיו אם הוא לא יפרע, מדין ערב, ושיעבוד הגוף לאו בר מכירה הוא. ואינו נמכר אלא שיעבוד נכסים בלבד, הלכך כשחזר ומחל ונפקע שיעבוד הגוף מחמת המלוה, ממילא פקע שיעבוד הנכסים שאין לו אלא מדין ערב דהמלוה את חבירו לא יתבע מן הערב תחילה עכ"ד, ושם דף פ"ו] איתא אמר אמימר מאן דדאין דינא דגרמי מגבי ביה דמי שטרא מעליא מן המוחלו, ומרהיטת הש"ס נראה דאמימר סובר גם בזה כשמואל דאפילו יורש מוחל, [ועיין רשב"א גיטין דף י"ג: ע"ש], ולשיטת הר"ת קשה, אמאי, הא שיעבוד הגוף שיש לו למלוה על הלוה אחר שמכר השט"ח דומה במישור לקנין איסור שיש להרב על העבד, דבעבורו אסור בבת

חורין, וכמו כן הלוה נשתעבד בעבורו לשלם להלוקח שקנה השט"ח, וא"כ כמו דאמר אמימר דאיסורא לא מצי מורית, ה"ה דשיעבוד הגוף לא מצי מורית, ולמה יוכל היורש למחול לאמימר, הלא לדידיה לא זכה היורש בשיעבוד הגוף כלל, וזה לא קשה דגם בלא מחילת היורש יפטר הלוה דמיד שמת נפקע שיעבוד הגוף דמבואר בר"ן כתובות שם דזה דווקא היכא שנפקע מחמת המלוה או ע"י יורשיו]:

והשיבותיו, דגבי מוכר שט"ח ישנו בשיעבוד הגוף שנשאר להמלוה גם זכות ממון, דכיון דעל ידו מצי מחיל בוודאי ירצה אותו הלוה ברצי כסף שימחול לו, ומש"ה מצי מורית לברי' גם לאמימר, כיון דגם זכות ממון יש לו בגוויה, משא"כ במפקיר את עבדו, דהנה רש"י ותוס' פליגי במעוכב גט שיחרור אם מותר בשפחה או לא, עיין תוס' גיטין שם ד"ה אותו, ולא מיבעיא לדעת רש"י דאסור בשפחה ובבת חורין א"כ כופין את הרב לשחררו כמו בחצי עבד וחצי בן חורין דמבואר במשנה דלקמן (מ"א] דכופין את הרב לשחררו, לכן לא יתן לו מאומה, וא"צ ליתן לו שטר על דמיו, דדווקא בח"ע וחצי ב"ח דלמשנה ראשונה עובד את רבו יום אחד, רק דלמשנה אחרונה מעשה ידיו לעצמו הוא משום כפייה, דהרי בקטנים דלאו בני כפייה נינהו יום של רבו לרבו, כמ"ש תוס' לקמן (מ"ב ע"ב), לכן היכא דכופין צריך ליתן שטר על דמיו בשביל הפסד מעשה ידיו, משא"כ בהפקיר עבדו דמיד דהפקירו אין לו במע"י כלום], וגם לשיטת התוס' דמותר בשפחה, מ"מ הלא גם רבנן דר"מ [גיטין דף י"ב:] דסבירא להו [והכי קי"ל] דזכות הוא לעבד שיוצא מתח"י רבו לחירות, סוברים ג"כ דעבדא בהפקירא ניחא ליה רק דסברי דגדול הוא לו זכות של שיחרור, שא"צ לעבוד את רבו, משל הפקירו, כמ"ש תוס' שם י"ג.] ד"ה עבדא, אבל במפקיר את עבדו דע"י הפקירו א"צ לעבוד אצלו עוד, בוודאי ניחא ליה שלא ישחררו ויהא מותר בשפחה דעבדא בהפקירא ניחא ליה, ופשיטא דלא יתן העבד להאדון כלל בעבור השיחרור, נמצא דלא נשאר להאדון שום צד זכות ממון, רק קנין איסור בלבד, לכן אמר אמימר דלא מצי מורית לבריה, והוטב הדבר מאד בעיני הרב הנ"ל. ועיין בשעה"מ פ"ב מהלכות חגיגה שהביא בשם רי"ו דגם לשיטת התוס' כופין, וכתב שם דבכה"ג תליא בבחירת העבד, לישא שפחה, או שיכפו את רבו, א"כ בכל אנפי לא צריך העבד לרצות להאדון, וגם מה שתמה שם ע"ד הב"י אהע"ז סי' ד' דמפקיר עבדו מותר בב"ח מהא דאמימר]:

ג המגיד משנה [פ' מהלכות מלוה ולוה הלכה ב'] כתב על דינו של הרמב"ם שם בתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים דאם אמר לו הלוה זכה בחפץ זה לפלוני זכה לו ואין אחד מבע"ח יכולין לגבות מאלו המטלטלין, והביא ראיות לזה וז"ל, כבר נתבאר (פי"ו]

שאם ראובן חייב לשמעון מנה, ואמר ללוי הולך לשמעון מנה זה שאני חייב לו, שאם בא ראובן לחזור אינו חוזר אלמא זכה לו, וכיון שהוא אינו יכול לחזור בו, ודאי אין שאר בע"ח יכולים לגבות ממנו, וכן מבואר בפ"ק דגיטין גבי הא דתופס לבע"ח דכל היכא דלוה אמר תנו זכה עכ"ל המ"מ, וראיותיו תמוהים, דבהולך מנה אינו חב לאחרים כלל, ומש"ה אינו יכול לחזור, אבל היכא דחב לאחרים נוכל לומר דגם הוא יכול לחזור, גם מההיא דהאומר תנו ליכא ראיה, דהא כל החוב איננו רק לבעלים וכשהבעלים נתרצו מי מעכב בזה, וכן עמדו בזה רבותינו האחרונים, הלח"מ והקצה"ח [סי' ק"ה]:

ונראה לפענ"ד בכוונת דברי המ"מ, בראייתו הראשונה, דעיקר ראייתו לא על חב לאחרים קאי, רק בא לדון בעיקר דינא דזכין לאדם שלא בפניו, איך מתהווה קנינו ע"פ סוגי הדת, ומפרש דברי הרמב"ם בהא דאמר לו זכה בחפץ זה לפלוני, הכוונה לאינש דעלמא שאינו בעל הממון, והנה בפשטא הא תרי קיוהא אית ביה, חדא בעיקר מילי דזכייה, דהא זכייה הוא מטעם שליחות, ואיך יועיל שליחות בכה"ג, דהא מצד המקבל לבד לא מהני שליחות לפי שאינו שליח של בעל הממון, רק גבי גט דהתורה ריבתה, כמבואר בירושלמי (פ"ד דמע"ש ובפרק האומר], וז"ל תמן התורה זיכה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה, אית לך למימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו ע"כ, וגם מצד הנותן נמי, הלא הורע כח השליחות, דהא כל מידי דאיהו לא מצי למיעבד שליח לא מצי משוי [נזיר י"ב קידושין כ"ג], וכיון דאין אדם זוכה בשלו לאחרים [וכ"מ מדברי המ"מ פי"ז מהלכות אישות הלכה י"ד בשם הרשב"א עיי"ש, וברשב"א בחידושיו לגיטין (י"ג) תד"ה אמר אמימר] איך יעשה שליח, ואי משום דאית ליה תורת זכיה בממון אחרים, כדאיתא בקידושין שם גבי עבד, הא ליתא כיון דהחסרון בזכי' זו יסוב ממילא גם להמקבל, הלא גם בשל אחרים לא יוכל לזכות מטעם זה עצמו], רק בע"כ צ"ל דעיקר היסוד ותוקפי' הוא מפני שהזוכה נעשה שליח לשניהם כדאיתא בתו' ב"מ דף ע"א. בד"ה בשלמא עיי"ש], וכל חד מינייהו משלים חסרון חבירו, ועיין תוס' יומא (דף י"ט ע"ב) בד"ה מי, שכתבו דהיכא שהוא שלוחו של שניהם לא הורע כחו במאי דלא מצי למיעבד, וז"ל אע"ג דאנן לא מצינן למיעבד כיון דאף שלוחא דרחמנא נינהו] וע"י הרכבת שניהם נשלמה זכיי' זו. וליסוד זה הביא המגיד משנה ראייתו מההיא דהולך מנה, דגם שם צריכינן לומר דע"י המזכה והזוכה נשלם הענין, דאלת"ה גם שמה הרי בכל חד וחד בפני עצמו לא תוכל להתהוות זכיי' כזו, דנהי דנימא דהמלוה מקרי ג"כ בעל הממון וכמ"ש הנתיבות סי' ק"ה], מ"מ הרי לא מצי למיעבד זכייה כזו שיזכה בגוף הממון ולא יתחייב באחריות, וגם הלוה אינו יכול לזכות בעצמו להמלוה, א"ו דע"י

הרכבת שניהם נשלם הענין וכל אחד משלים לחסרון דאידך. אך עודנו צריכין לבאר שהרי משנה שלימ' היא [בב"ב קנ"ו:] זכין לקטן וכו' לקטן אמרו ק"ו לגדול ע"ש, הרי דאפי' למי שאינו בעל הממון יכול לזכות, וגם המזכה לחוד לא מצי למיעבד, ואפ"ה זכה לחבירו, אך יש מקום לומר דמהתם לחוד אכתי לא יתמצעו הדברים עד תומם, דמבואר בתוס' סנהדרין (דף ס"ח:) בד"ה קטן וז"ל דגרסינן ברוב ספרים קטן נהי דשליחות לית ליה, זכייה מדרבנן אית ליה עי"ש, ולפ"ז ליכא ראיה מהתם דמצינו למימר דהא דזכין לגדול, הוא ג"כ רק מדרבנן דומיא דקטן, ואית לן למימר דהא תינח היכא דליכא פסידא לאחריני. אבל היכא דאיכא פסידא לאחריני לא תיקנו, כדאיתא בש"ס ב"ב (דף קל"ט) דהעדיפו חכמינו ז"ל לכח הבעל שיהיה כלוקח, וגבי אלמנה לא תקנו משום פסידא דאלמנה, וכ"ה בתשובת רב אלפס מובא ברא"ש בסוגיין (פ"ק דב"מ סי' כ"ה] ובמגיד משנה הנ"ל, דבמקום פסידא דבע"ח תקנו חז"ל שיוכל לתפוס גם בלא הרשאה עי"ש, ואפ"ה במקום שחב לאחרים לא קנה משום דלא תקנו חז"ל במקום פסידא דאחרינא. לזה הסיב המ"מ ראייתו מההיא דהולך מנה לפלוני דנסתבב פני הנידון ע"י זכיית השליח לגרוע כח הלוה שלא כדת שכל האנושי, לאחוז בשני הקצוות, שהמלוה זוכה במעותיו ואחריותם על הלוה, וכל כה"ג שהוא נגד המושכל לא תקנו חז"ל [וראיה לזה מב"מ (דף מ"ז:) אמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעליה, ולכאורה קשה מדוע הפקיעו חז"ל עיקר קנין דאורייתא הלא היה די לתקן שאחריות החפץ יהא על המוכר עד שימשוך הלוקח, וכן הקשה בתשובת צמח צדק, א"ו דכל כה"ג לאחוז החבל בתרי ראשין לא תקנו חז"ל, ובדיני מעות קונות אות ב' כתבנו באופן אחר על קושיית צ"צ, והוא לקמן סימן ע'] וע"כ צ"ל דעיקר הזכי' הוא מדאורייתא, והא דמחוייב באחריותן, הוא עצמו גרם לו כמובן, וממילא מהני אפי' בחב לאחרים, שיקנה הלה לכל דבר והוא יתחייב באחריותן:

ולאשר דאיכא עוד ריעותא אחריתא בזכייה זו שזיכה ע"י אחר לאינש דעלמא במקום דחב לאחרים, דאפי' כשעשאו המלוה שליח לא מהני לדעת רוב הפוסקים כשתפס מעצמו, (וכ"כ המ"מ בעצמו שם מקודם לזה], אבל ע"י זיכוי הלוה בעצמו קנה אידך. ולזה מביא המ"מ ראיה מתן שטר שיחרור זה לעבדי, ולמסקנא דש"ס דתן כזכי אע"ג דהוי חב לאחרים, שהרי נאסר מיד בכל שפחות דעלמא והוי חב לדידהו, וכעין שפירש רש"י בקידושין (דף ס"ה:] ד"ה הכא קא חייבי לאחריני, וז"ל שקרובותיה נאסרו בו, [ועיין במשובב נתיבות סי' א' בס"ק ה' ובמ"ש לעיל סי' מ"ד אות ד' בזה]:

ד בש"ס [דף י"ב:] ש"מ יכול הרב לומר לעבד וכו' לימא כתנאי רשב"ג אומר יכול העבד לומר לרבו בשני בצורת או פרנסני או הוציאני לחירות וכו' אלא הכא במאי עסקינן דאמר ליה צא מעשה ידיך למזונותיך ובשני בצורת לא ספיק. לכאורה קשה דע"כ עיקר טענת העבד על האדון שיוציאנו לחירות, דלפרנסו אינו יכול לכופו אם אינו נוטל כלום ממעשה ידיו, והיאך נפסוק שיוציאנו לחירות מפני צער רעבון, הלא מבואר בש"ס שבועות דף כ"ו:] דאינו יכול לעבור על שבועה מפני צער רעבון, הגם דיכול לומר אדעתא דהכי לא נשבעתי, מכ"ש הכא לעבור להדיא אעשה דאורייתא, דלעולם בהם תעבודו, ואיפשר לומר כיון דפסקינן שיכול לעבור אעשה מפני שליש ממונו, משא"כ על לא תעשה ש"ע א"ח סי' תרנ"ו], ה"נ אפילו מפני צער הגוף דחבריה, ואף שיש לחלק בין מצות עשה שהוא בקום ועשה לעשה זו שהוא כעין ל"ת [ועמ"ש בתפארת ירושלים יבמות אות צ']:

ועוד כתבנו בסוגיא זאת בזי"ר חלק ראשון בדיני מעילה סוף הלכה י"ג [קושיא ופירוקא בדברי הר"ן נדרים (דף ל"ד:) גבי היתה לפניו ככר של הפקר, מדברי הר"ת בסוגיין, מובא בתוס' ב"מ (דף י') ד"ה ר"נ והקושיא שם היא לפום דעת הר"ן בחידושיו לב"מ, שכתב בשיטת הר"ת דאפי' לקולא הוי כרגלי הממלא עי"ש], ולקמן בסימן ע"ז אות ו':

סימן סג

א בדין קנין מעמד שלשתן שתקנו חז"ל, מבואר בתוס' בסוגיין [י"ג:

בד"ה במעמד] דהגבול בזה, דלא תקנו רק היכא שאם יאמר הממחה להמומחה, זכה בשביל הנמחה, והוא יתרצה בכך, תועיל זכייתו בשבילו, אזי גם היכא דלא אמר לו כך (וגם אפי' המומחה אינו רוצה, לשיטתם ושיטת הרבה פוסקים] תקנו חז"ל דקנה, אבל היכא דגם אם יזכה המומחה בעד הנמחה, לא תועיל זכייתו, בכגון זה לא תקנו קנין מעמ"ש, להכי כשהמומחה או הנמחה הוא עובד כוכבים לא קנה קנין מעמ"ש, ועמד בזה מרן הגאון הקדוש מוהר"ר עקיבא איגר זצוק"ל בתשו' [סי' קצ"ד] דלפום הכלל הזה תיקשי דאמאי כשהנותן הוא עובד כוכבים מועיל קנין מעמ"ש [וכמ"ש תוס' שם], הלא כללא כיילו לן רבותינו בעלי התוס' בב"מ [דף ע"א:] בד"ה בשלמא סיפא לחומרא, דלוה השולח למלוה מעות שחייב לו ואמר לשליח זכה במעות הללו בעד המלוה, דנימא דהמלוה זכה בהמעות בקבלת השליח מלבד דצריך ליעשות שלוחו של המלוה, דזכיה מטעם שליחות] צריך ליעשות שליח של הלוה ג"כ, דצריך להיות שלוחו של המזכה, על כן אם הלוה הוא עובד כוכבים לא זכה המלוה בהמעות, ומשו"ה אם הלוה עכו"ם נתן ריבית להמלוה, והשליח רוצה ליקח המעות בעד עצמו בתורת הלואה וליתן ריבית

כמו שנתן הלוה, אפי' אם העמידו אצל ישראל המלוה, מותר מן התורה, דעודנו לא זכה המלוה במעות הללו, ועוד הם של העובד כוכבים, רק מדרבנן אסור, דהחמירו לומר יש שליחות לעובד כוכבים] וכמו כן כאן, הלא אם יאמר הממחה העכו"ם להמומחה זכה בשביל הנמח', לא תועיל הזכיה, וכדברי תוס' ב"מ הנ"ל, אמאי תועיל קנין מעמ"ש וכבר רמוזה קו' זו בש"ך סי' קכ"ו ס"ק צ"ט]. ודוחק לומר דשני הדיבורים האלו של רבותינו בעלי התוס', בגיטין ובב"מ, שהם מקצועות גדולות, יתפרדו ולא יתלכדו:

ונראה ליישב דהנה מלבד קושיא זו יש להקשות עוד קושיא היותר חמורה, דלפום האי כללא דקנין מעמ"ש אינו מועיל רק היכא דזכייה מועיל, א"כ אמאי מועיל קנין מעמ"ש במלוה [כדפסקו כל הפוסקים], הלא כללא הוא דאין אדם זוכה בשלו לאחרים וכדכתיבנא בסי' הקדום אות ג'], ולהכי אם יאמר הממחה להמומחה הלוה זכה במעות הלואה בעד הנמחה, לא תועיל כלל, ואמאי מועיל קנין מעמ"ש, וכן מקשים האחרונים. ונראה לפענ"ד דהנה בתקנה שתקנו חז"ל קנין מעמ"ש נכנסו בזה מתוקף הפקר ב"ד וכדאיתא ברש"י בסוגיין (י"ד) ד"ה אפוטרופיא, דכל הני תלת הילכתא בלא טעמא, הם משום הפקר ב"ד], ושנים עשו בזה חז"ל, חדא במה שהפקירו הממון מרשות הממחה והמומחה, והשנית שהכניסו המעות לרשות הנמחה ונראה דהא שהגבילו התוס' בקנין מעמ"ש, דהוא רק היכא דתועיל זכייה, הוא רק לענין להכניס לרשות הנמחה, אבל מרשות הממחה והמומחה הפקיעו לעולם, גם היכא דלא שייך זכייה [בכדי שיוצמח מזה ממילא שיזכה בו הנמחה], להכי גבי מלוה, האמנם דלא תקנו בזה קנין מעמ"ש לענין הנמחה שיכנסו דמי הלואה לרשותו [וכקו' האחרונים הנ"ל], מ"מ הפקיעו עכ"פ כח המלוה וכח הלוה מאותן מעות המלוה, ונידון כדבר של הפקר, וממילא יכול הלוה לזכות מהפקר] באותן המעות בשביל הנמחה, שוב קנה הנמחה אותן המעות בתורת קנין מעמ"ש, וכמו כן היכא שהמומחה והנמחה הם בני זכייה, רק שהממחה הוא אינו בר זכייה, חכמינו ז"ל הפקיעו רק מרשות הממחה והמומחה, והוי כדבר של הפקר, וממילא יכול המומחה לזכות בשביל הנמחה, להכי כתבו תוס' שפיר דקנה הנמחה בתורת מעמ"ש, אבל היכא דהמומחה או הנמחה הם עכו"ם לא שייך זה כמובן. אמנם כל זה היכא דאם נימא דהפקיעו מרשות הממחה והמומחה יוצמח ממילא מזה זכיות הנמחה, נכנסו בזה להפקיע עכ"פ מרשות הממחה והמומחה, והועילו שפיר שע"י זה ממילא יקנה הנמחה, אבל היכא שגם אם יפקיעו מרשות הממחה והמומחה, עכ"ז לא יוצמח מזה כלל זכיות הנמחה, אזי לא הכניסו עצמם לזה כלל, ולא ירדו לתקן בכאן מאומה להפקיע מרשות של מי, כיון שלא יועילו חכמים בתקנתן, לבצע פרי מזימותם,

לפקח בתקנת הסוחרים, כיון שהנמחה לא יקנה בשום אופן, ולמה יפקיעו מרשותם על מגן, והניחו הדבר כמו שהוא, ע"כ אם המומחה או הנמחה אינם בני זכייה לא הפקירו כלל:

[**ואם** נדקדק להבין היטב את דברי רבותינו בעלי תוס' נוכל להעמיס בדברי קדשם שהם בעצמם רמזו לנו בלשונם הצח במלות קצרות, עלי הדברים הנ"ל, וזהו מה שהוסיפו וכתבו, וז"ל דאם ממונו ש"י הפקיעו ע"י קנין מעמ"ש כ"ש מ"ה עכ"ל, כוונתם לאשורם, דלכאורה יקשה הלא גם בכאן לא שייך זכיה דהא צריך ליעשות שלוחו של בעל הממון (וכקו' הראשונה הנ"ל), לזה כתבו דאם ממונו ש"י הפקיעו, רצונם, דגם אם שלשתן ישראלים, בע"כ צריכין לומר דבגוונא דלא שייך זכיה הפקיעו עכ"פ ממונו בלא זכיות הנמחה, דאי לאו הכי אמאי יקנה מעמ"ש במלוה (וכקו' השניה הנ"ל), הלא גם במלוה לא שייך זכיה דאין אדם זוכה בשלו לאחרים (וכ"מ מדברי תוס' עצמם בסוגיין בד"ה גופא, מדהקשו קושייתם דיאמר הממחה זכה, רק למ"ד דלא תקנו מעמ"ש במלוה, אלא ע"כ צ"ל דבגוונא דלא היה ביכלתם לתקן מתחלה שיקנה הנמחה, תקנו מקדם והפקיעו מרשות הממחה והמומחה, וכמו כן בנידון דידן היכא שהממחה הוא אינו בר זכיה וכנ"ל). וגם לשון המרדכי בסוגיין יומתק לן בזה, דכוונתו בקושייתו כקו' הראשונה, וע"ז תירץ דאם ממונו ש"י הפקיעו וכנ"ל]:

ולפום דברינו אלה יתורץ לן מה שיש לדקדק בדברי תוס' ב"מ [דף ע"א:] הנ"ל, במה שכתבו וז"ל דנהי אם היה עובד כוכבים מפקיר מעותיו היה יכול לזכות לחבירו וכו'. ולכאורה הוא כשפת יתר בדברי קדשם דלמה להו להזכיר כאן מענין הפקר, הלא מילתא דפשיטא הוא, דמה לי מי הוא המפקיר, אם הוא בר זכייה או לא, הלא כבר יצא מרשותו, ולפי הנ"ל ניחא שפיר, לאשר שבאו לחדש כאן דבר גדול, דצריך להיות גם שלוחו של המזכה, ובכדי שלא יוקשה מדבריהם בעצמם בגיטין [כקו' הראשונה הנ"ל], ע"כ הקדימו דאם העכו"ם יפקיר מעותיו יוכל לזכות, ומזה יבין המעיין דגם במעמ"ש אמרינן כן וכדכתבנו, (וכבר כתובים מעט מהדברים הנ"ל בקוצר אמרים בס' תפארת ירושלים גיטין אות ח'):

ב בתוס' [דף י"ג] בד"ה האומר תנו וכו' אי גרסינן תן גט זה אתיא מתניתין כר' מאיר דוקא, עכ"ל. ויש להקשות לאוקימתא דרב פפא דמוקי לקמן מתניתין בשכ"מ, ומגרשה לפוטרה מיבום, וא"כ למה נקט במתני' גט ושיחרור בחד בבא, דהא בגירושין הויא מיהת ספק מגורשת כדאיתא להדיא ביבמות [דף קי"ח:] במזכה גט לאשתו במקום יבם דחוששין לדבריה וחולצת ולא מתיבמת. אמנם נראה דזהו דוקא אליבא דידן דפסקינן

כרבנן דבגט שיחרור אינו יכול לחזור, משום דזכות הוא לעבד שיוצא לחירות, הגם דטעם טעמא דאיסורא וניחא ליה בהפקירא, כמבואר בתוס' ד"ה עבדא בהפקירא ניחא ליה, לפי דאזלינן בתר רובא דזכותא דאית לעבד בחירות, משא"כ לר"מ דס"ל דיכול לחזור משום דחוב הוא לעבד, הגם דאית ליה זכות לענין מזונות דיכול לומר לו עשה עמי ואיני זנך, ודוחק לומר דר"מ ורבנן פליגי בסברות הפוכות איזה זכות גדול, דלרבנן צד זכות דמזונות גדול מחובא דהפקירא, ולר"מ להיפוך, ומסתבר לומר דר"מ מודה לרבנן דזכותא דמזונות עדיפא רק דמצריך זכות גמור בלי שום תערובת חוב, ה"נ הגם דסניא ליה מ"מ איכא קצת חוב לענין מזונות, כמבואר ביבמות [דף מ"א:] דג' חדשים הראשונים ניזונית משל בעל:

שם בא"ד אי נמי נטלו לאלתר ואפ"ה לא זכה העבד ונאמר דלא אמרינן תן כזכי אלא כשמוסר לשליח מיד ליד עכ"ל. והאחרונים הוכיחו מכאן דטלי שיחרור מע"ג קרקע כשר, ועמ"ש בזה בתפארת ירושלים כאן [אות ח'], ועוד יש אתנו בזה אריכות דברים אך לא עת האסף פה, ובמק"א יתבאר אי"ה:

שם בתוס' בד"ה תנו וכו' ואשמעינן דלא תקנו מעמ"ש בשטר עכ"ל ועמד ע"ז הגאון ר' שלמה איגר ז"ל [הובאו דבריו בתשו' מרן אביו הגאון הקדוש מוהרע"א זצוקלה"ה בסי' רכ"א אות ו'] דהיאך מוכח מכאן דמעמ"ש אינו קונה בשטרות, הלא אפי' קונה גם בשטרות, אינו מועיל בגט ושיחרור, דהיאך יועיל קנין דרבנן לענין איסור דאורייתא, ועוד הלא בגט ושיחרור צריך להיות נתינה דוקא, ומ"מ נתינה לא הוי, וכעין שכתב הר"ן פ' הזורק לענין אם קנין אגב קרקע מועיל בגט, ובזי"ר חלק ראשון דף כ"ד אות י"ד] כ' ליישב על נכון דברי קדשם, וננקוט כאן בקצרה, דאין כוונתם להביא ראיה מבבא דלא יתנו לאחר מיתה, רק מדיוקא הא מחיים נותנים [וכדאיתא בש"ס], הלא צריך לחזור וליקח ממנה וליתן לו, וכ"ש הוא מריח הגט, דמה בריח הגט דלא קנתה כלל, רק נפסלה ע"י גט זה לכהונה מדרבנן, [וכמבואר ברמב"ם פ"י מה' גירושין ה"א] צריך נתינה מחדש, מכ"ש כאן דקנתה מדרבנן, ושם [באות ט"ו] כ' על דברי הר"ן בסוגיין, ולשיטת הרי"ף והרמב"ם דבתנו שיחרור זה אינו משוחרר עד דמטא לידיה, לא קשיא למה מחיים נותנין, כפי מה שפירשנו לעיל [בסימן הקדום] דגם קנין ממון אינו נגמר רק מעת דמטא לידיה ואז זוכה למפרע, אבל אם לא מטא לידיה אינו משוחרר כלל, רק דלא מצי הדר ביה, וכיון דגם קנין ממון מיתלא תליא בהגעת השיחרור לידו משום הכי לא בעינן נתינה מחדש:

ג שיטת הריטב"א דבמעמ"ש הנמחה יכול לחזור ולתבוע חובו מן הממחה, כל זמן שלא פטרו בפירוש, וז"ל [בקידושין דף מ"ח תד"ה ומלוה ע"פ] וכל היכא דאמרינן הכא קנה,

היינו למימרא דלא מצי זה שקבל עליו לחזור בו, ולא הממחה, אבל הנמחה יכול לחזור בו כל זמן שלא פטרו בפירוש לממחה, שהרי אילו היה הממחה נפטר מחובו על פיו של זה שקיבל עליו, הא מדינא מחייב ליה זה שקבל עליו כיון שהוציא שיעבודו על פיו של זה, והיכי אמרינן דדין מעמ"ש הילכתא בלא טעמא לגמרי, אפי' במקבל עליו לתת לבע"ח בחובו, אלא ודאי כדאמרן עכ"ל. והש"ך בסי' קכ"ו ס"ק ל"ח] תמה עליו מאד וז"ל, דודאי אילו לא תקנו דין מעמ"ש, נמצא לא היה קונה הנמחה כלל, והיה גם המומחה יכול לחזור, ופשיטא דהיה הנמחה ג"כ יכול לחזור, לכך תקנו דין מעמ"ש שאין המומחה יכול לחזור בו וקנה הנמחה, והלכך לבתר דתקנו דקנה, גם הנמחה אינו יכול לחזור דסמכה דעתיה שיגבה מהמומחה, והוי כפטרו בפירוש להממחה, כן נ"ל עכ"ל. ועיין רמב"ן ב"ב בסוגיא דאותיות [דף ע"ז תד"ה ה"ג] שמביא ראיה דמכירת שטרות דאורייתא מקידושין סוגיא דמקדש במלוה [דף מ"ז:] דקאמר ר' מאיר בברייתא דהמקדש במלוה בשטר מקודשת [משום דאשה סמכה דעתה], ומלשון מקודשת משמע קידושין גמורים מדאורייתא ואם בא אחר וקידשה אין חוששין לקידושיו, והקשה עליו הפנ"י במס' קידושין שם, דהתם פליגי ג"כ במלוה ע"פ במעמ"ש, והוא וודאי מדרבנן, ואעפ"כ כללנהו בחד בבא:

ונראה לפענ"ד ליישב קושי' הנ"ל בהקדם קו' אחת שהקשיתי זה שנים כבירים בהיותי כבר עשרין שנין, ותירצתי בטוב טעם, הא דאמרינן בשמעתין, וטעמא מאי, אמר אמימר נעשה כאומר לו בשעת הלואה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, וקשה ממנ"פ אם היה דעת הלוה להשתעבד לכל מי שיצוה המלוה אפי' בלא שום קנין מהמלוה, א"כ למה לן כלל מעמד שלשתן, אפי' זה שלא בפני זה נמי, ואם דעתו להשתעבד רק למי שיבא מחמת המלוה ע"י הקנאה גמורה, א"כ הדרא קושיא לדוכתיה דטעמא מאי, הלא אין מלוה נקנית בקנין. אחר כמה שנים מצאתי קושיא זו רמוזה ברמב"ן גיטין שם, ולפענ"ד נראה דניחזי אנן, דמפני מה אין דבר שלא בא לעולם או דבר שאינו ברשותו נקנית בקנין, אם מחמת המקנה, דקלישא כחו להוציא מרשותו, או מחמת קלישת המקבל להכניס לרשותו, ונראה דהוא רק מחמת קלישת כח המקבל להכניס לרשותו בקנינו שעשה בו עתה בעודו בקלישתו, וראיה לזה מהא דאיתא בנדרים (דף ע"ה] האומר לאשתו כל נדרים שתדורי מכאן עד שאבוא ממקום פלוני הרי הן קיימין, לא אמר כלום, הרי הן מופרין ר' אליעזר אומר מופר וחכ"א אינו מופר, אמר ר"א אם הפר נדרים שבאו לכלל איסור לא יפר נדרים שלא באו לכלל איסור, וחכ"א הרי אומר אישה יקימנו ואישה יפרנו, את שבא לכלל הקם בא לכלל הפר, ועי"ש במסקנא דשמעתא דגם

רבנן מודו בק"ו כעין זה רק דהתם קראי קא דרשי, ולפ"ז בדבר שא"ב דלא מהני קנין, ע"כ צריכינן לומר מחמת הכנסת רשות דקונה הוא, דלגבי' דמי להקמה, ולהכי לא מהני קנינו שעושה עתה בדבר דקלישא זכותו ולקנות בו לאחר שיבא לרשותו, אבל הוצאת רשות דמקנה לחוד שפיר איכא ק"ו דר"א, דאם מועיל הקנין להוציא מרשותו במה דאלימא קנינו וזכותו, מכ"ש במה דקלישא זכותו, [ועמ"ש בסוגיא דחצר, והוא לקמן סימן ע"ג] ולפ"ז שפיר מיושב קושיא הנ"ל, דע"כ מה שהקשה טעמא מאי ומחפש הש"ס למצוא טעם ועילה לקנין זה, ולא מצינו כן בשאר קנינים דרבנן, כבר ביאר הרשב"א בחידושיו, שלא ביקשו למצוא טעם לעצם הקנין, כמו שלא הקשו על קנינים דרבנן ודאורייתא דלית לן טעם מבואר דמפני מה קנה דוקא במעשה כזו, וגם מפני מה תקנו כלל קנין זה, הרי כבר ביארו הראשונים ז"ל מפני תקנת הסוחרים, אבל קוטב השקלא וטריא אזלא הגם שהרשות ביד חכמים לתקן קנין חדש, ואין לחפש טעם לזה, אבל זהו דוקא בדבר שנתפס בו קנין, משא"כ בדבר שא"ב דלא מהני שום קנין, ולא אלים קנין זה מקנין דאורייתא, וע"ז מתרץ אמימר דנעשה כאומר לו בשעת הלואה משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, וכוונת הלוה דוקא להבא בהקנאה ממלוה, דבוודאי אין דעתו להשתעבד לשניהם, ועיין בדברי רבינו אשר"י בפרק הכותב סימן י' כעין סברא זו], ולא היה דעת הלוה להשתעבד לשום אחד עד שיהיה פטור בהחלט ממלוה הראשון, והכא כיון שהמלוה הקנה למקבל במעמ"ש, ומעמ"ש הוי קנין גמור כמו כל הקנינים, רק דאינו ברשותו, וכיון דלגבי המלוה להוציא מרשותו שפיר מהני מכח ק"ו דר"א, והמקבל קונה מכח שיעבוד של הלוה ששיעבד עצמו בשעת הלואה לכל מאן דאתי מחמתך, תו ליכא שום גריעותא במה דאינו ברשותו דלגבי המלוה מעליותא היא, וכיון דנפטר מהמלוה כבר קנה המקבל משיעבודא דידיה, ואין להקשות לאמימר אמאי לא מהני שאר קנינים במלוה שיש לו ביד אחרים, דכבר האריך בזה הרשב"א בחידושיו, ונביא דבריו בקצרה, דהא באמת לא התנה הלוה כלל, רק דדעת חכמים לתקן מעמ"ש מטעם זה, כיון שאם התנה כן היה מועיל, וזהו כעין הפקר ב"ד, שאע"פ שלא התנה נעשה כאילו התנה, וכיון דאיכא אנפי דמועיל קנין דאורייתא אם התנה יש כח ביד חכמים ג"כ לתקן כעין זה אפי' בלא התנה ועי"ש וליישב קושיית פנ"י הנ"ל על הרמב"ן שהקשה דקנין מעמ"ש בוודאי מדרבנן בעלמא הוא ואעפ"כ קתני מקודשת, יש לומר דהא כיון שתקנו מעמ"ש ואינו יכול המקבל לחזור על הנותן, [כי כן שיטת הרמב"ן מובא בש"ך הנ"ל בשם בעל התרומות], כבר נתחייב המומחה מטעם ערבות כדברי ריטב"א הנ"ל, ועיין תוס' ב"ב (דף קמ"ז] תד"ה המוכר דכנגד פרוטה הוי כאלו נתנה לבעל ואף

אם ימחול הבעל צריך להחזיר לה פרוטה דקידושין, [והשגתו של הש"ך הוא רק על תחלת התקנה, אכן עתה שכבר תקנו מחויב המומחה ליתן להאשה פרוטה דקידושין מחמת ערבות], וערבות דאורייתא הוא, והגם שהקנין מסתעף מדרבנן דהיינו שנסתלק הבעל מחמת קנין דרבנן וגם האשה פטרתו מחמת קנין דרבנן, וע"י זה הוא דנתחייב המומחה מדאורייתא לאשה, סוף כל סוף קיבלה פרוטה דכסף קידושין מדאורייתא, הגע בעצמך באחד שהיה לו משכון שלא בשעת הלואה ומת הלוה והניח יורש קטן והחזיר המלוה את המשכון ליד יורש קטן ע"י ערב, האם נאמר לדעת הפוסקים בדעת אחרת מקנה אין הקטן זוכה מדאורייתא שלא ישתעבד הערב מדאוריי' והגם דבמחילת שיעבוד זוכה הקטן מדאורייתא לכ"ע כדמשמע מתוס' קידושין (דף י"ט) ד"ה אומר, אבל זהו במחילת שיעבוד דעלמא, משא"כ במשכנו שלא בשעת הלואה שיש לו קנין אלים], דהא מ"מ כל היכא שנפטר הלוה על פיו משתעבד מצד ערב ומה לנו בפטורו של הלוה אם הוא מדרבנן:

ועפ"ז מיושב ממילא קושי' הש"ך על הריטב"א, כיון דמחמת המלוה אין אנו צריכין לומר דמעמד שלשתן הלכתא בלא טעמא, מידי דהוי ככל קנינים דרבנן, והגם שאינו ברשותו, דהא אדרבה לגבי המלוה עדיפא טפי להוציא מרשותו בדבר שזכיותיו רפויין, רק לגבי המקבל מיגרע גרע במה שאינו ברשותיה כמו שכתבנו, ולהכי המציא הש"ס טעמא דמשתעבדנא, או בההוא הנאה דמשתני' ליה בין מלוה ישנה למלוה חדשה, וכיון שהמקבל יכול לקנות תו לא איכפת לן מחמתיה דמלוה, כיון דלגבי דידיה מועילים כל קנינים ה"נ קנין דרבנן דמעמ"ש, כן נמי למסקנת הש"ס דאיפרכו הנך טעמי, עודנו המקבל יכול לקנות מחמת ערבות, וסילוק שיעבוד המלוה, ושיעבוד הנמחה, באמת מחמת מעמ"ש כקושי' הש"ך הנ"ל, אבל מ"מ אין אנו צריכים לומר דמעמ"ש הלכתא בלא טעמא, כיון שמועיל שאר קנינים לגבי המלוה ה"נ קנין זה, וממילא קונה המקבל מחמת ערבות, ועיין עוד ב"מ (דף ק"י) ותתיישב על נכון בלא שום פקפוק:

ד לכאורה יש להוכיח מדברי תוס' ב"ב [שהבאתי באות הקדום] דאם קידשה בפרוטה אחת שיש לו ביד אחרים, דאינה מקודשת, דהא כל מלוה לא שוויה כמו שהיא, דאי לא תימא הכי הדרא קו' תוס' לדוכתיה, דמ"מ תתקדשה דצריך לשלם לה פרוטה מדינא דגרמי, ואמאי אמרינן התם דאי איתא לדשמואל אינה מקודשת לפי דלא סמכה דעתה, דאדרבה כיון דלא סמכה דעתה אכולו תתקדש בפרוטה וודאית, (ועיין בריטב"א קידושין שם בד"ה גירסת, שכתב דגם למ"ד דמלוה ופרוטה דעתה אמלוה, זהו דוקא היכא דזכי' בתרווייהו, משא"כ הכא כיון דלא סמכה דעתה אמלוה, דילמא מחיל ליה, הרי עיקר

דעתה אנייר לחוד], אלא ודאי כיון שגם הפרוטה אין בידה, רק שיהיה לה מלוה אצלו, ומלוה פרוטה אין שוה פרוטה, אבל מסתימת הפוסקים לא משמע הכי. לכן נראה דגם מתוס' הנ"ל אין ראיה, דיש לחלק בין מלוה שהיה תיכף בשעת קידושין, הגם שאינה אלא פרוטה, מ"מ כיון שנכנסה על דעת כן וקיבלה על עצמה טורח התביעה, מקודשת, והגם שלכולי עלמא אינו שוה פרוטה, מ"מ מקודשת דהא לבסוף תקבל פרוטה, והגם שאיש אחר מפחית במקחו מפני טורח התביעה, היא לא חששה לטירחא דידה [וכדמות ראיה לזה דגם בכלי שאינו שוה פרוטה, מספקא ליה להר"ן ז"ל בקידושין פ"ק בסוגיא דשיראי (דף ח') דנימא דמקודשת מטעם דהיא תאמר לדידי שוי', מכ"ש הכא], מ"מ זהו דוקא אם נכנסה על דעת כן להתקדש בפרוטה מלוה, אבל הכא הגם דלא סמכה דעתה מ"מ מספקא לה מיהת דילמא לא ימחול ותחזיק בכל הסך, אך אנן פסקינן כיון דלא ברירא לה אינה מקודשת, תו לא קשיא דהא מ"מ יהיה לה פרוטה מלוה וודאית, כיון דבאמת פרוטה מלוה אין שוה פרוטה, ולא חזינן להדיא שנכנסה על דעת כן:

סימן סד

בדיני אפותיקי ב"ק דף ל"ג ודף פ"ט יבמות דף ס"ו, גיטין דף מ']

בעזה"י קיץ תר"ו לפ"ק פה ק"ק לאסק יע"א

א דעת רב האי גאון גבי עשה שורו אפותיקי ומכרו, דאין בע"ח גובה הימנו, דווקא בדאית ליה נכסי ללוה, אבל בדלית ליה נכסי, גובה הימנו. והקשה עליו בס' בעל התרומות [שער מ"ג ח"א סי' ב'] מסוגיא דפרה וטלית [ב"ב דף מ"ג:] דבמכר לו פרה וטלית מעיד לו עליה, דעדיין יש לחוש לאפותיקי ולית ליה נכסי, וכזה קשה ג"כ מש"ס ב"ק (דף ל"ג] דמקשה והא אמר רבא וכו' שורו אפותיקי ומכרו וכו', דהרי התם לית ליה נכסי, דהא התם למאן דס"ל מזיק שיעבודו של חבירו פטור קיימינן, איברא היכא דמשתרשי ליה לכ"ע חייב, ועיין בש"ך סי' ק"ז ס"ק ח', וראיתי באחד מן האחרונים שהקשה קושיא זו ומתרץ משום מזיק שיעבודו הוי כאית ליה נכסי, וזה אינו, רק כמו שכתבתי]:

ברם טעמא דר"ה גאון נראה לפענ"ד, אף דמטעם שיעבוד אין לחלק בין אית ליה נכסי ללית ליה, כיון דלית ליה קלא, ואיפשר לדחוקי נפשין עפ"י סברת תוס' ב"ק (דף י"ד:) ד"ה ש"מ, כמובן], אבל כיון דגבי אפותיקי חשבינן ליה כלוקח ראשון, ואת הלוקח דנין כקונה דבר שאינו שלו, וגובה ממנו שבחא ופירי, וכן כתוב בספר מקח וממכר לר"ה גאון [סוף שער כ"ז] דבאפותיקי מפורש גובה שבחא מן הלוקח, אף דלא מסיק ביה אלא שיעור ארעא, [ועמ"ש בזה לקמן באות ז' ט'], וס"ל לר"ה גאון אף דגבי עשה שורו אפותיקי א"י לגבות מכח שיעבודא, אבל הזכות שיש לו מצד לוקח ראשון לא נסתלק

דאזי אף דלית ליה קלא יכול לטרוף את שלו, כמו גבי גנב דעלמא אף דל"ל קלא יכול ליטול את שלו בכל מקום שנמצא, והפוסקים החולקים עליו ס"ל דלא נתוסף לו כח זה לחשבו כלוקח ראשון, רק היכא דיכול לטרוף הימנו מפני שיעבודו, אמנם לדעת ר"ה דס"ל דדין לוקח ראשון יש לו בכ"מ, אף במקום דל"ל קלא, והא דאיצטלא דקני מיתנא, ול"א דלמפרע גובה כקושי' התוס' גיטין [דף מ'], וצ"ל כתירוצם מפני שיתומים יכולים למוכרו, ולא חשבינן לה כלוקח ראשון, לדעתו דר"ה דס"ל דאפי' גבי מטלטלין חשיב כלוק"ר, וצ"ל דשאני נכסי צ"ב כיון דכל אחריותן עליהם ולית לה פסידא כלל, אזי אבדה גם זכות זה, ולא חשבינן לה כלוק"ר רק במקום דאית ליה למלוה פסידא, אבל במקום דל"ל פסידא וללוקח אית ליה פסידא, אזי גם דינו של לוקח אין לו, [וגבי מלוה דעלמא דטורף שבחא ופירי יתר על חובו מצד לוקח ראשון אף דלית ליה פסידא למלוה, דשאני התם דלקוחות אפסידו אנפשייהו דהרי אית ליה קלא], מטעם פסידא דלקוחות, כאשר תקנו בכל מלוה ע"פ דעלמא, וממילא ה"ה לדידן דפסקינן דמזיק שיעבודו חייב, בפרט היכא דמשתרשי ליה, וכיון דאית ליה נכסי ומצי טריף מיניה מצד מזיק שיעבודו, אזי דמי ג"כ לאיצטלא דנסתלק זכותו דלוק"ר הימנו מפסידא דלקוחות, ולדידיה לית ליה פסידא. איברא היכא דלית ליה נכסי ללוה אזי מוקמינן אדינא ומצי טריף מפני זכותו דלוק"ר. אמנם נפקותא רבה איכא בינייהו דאם מצי טריף מפני שיעבודו אזי א"צ להחזיר ללוקח כלום, אבל היכא דלא מצי טריף מפני שיעבודו כגון היכא דלית ליה קלא רק מפני זכותו דלוק"ר אזי צריך להחזיר לו הדמים שנתן מפני תקנת השוק, והדר טריף גופא ושבחא מן הלוקח כדין אפותיקי מפורש וחוזר על הלוה נגד דמים שנתן, ושפיר מקשינן בב"ק כיון דקתני מכרו אינו מכור דמשמע אינו מכור כלל, וא"צ להחזיר לו כלום, וגבי פו"ט ג"כ ניחא דמצי מעיד כיון דצריך להחזיר הדמים שנתן מפני תקנת השוק, ויהיה ג"כ לוה רשע לגבי' נגד הדמים שנתן, [ועיין בש"ך סי' שנ"ו סק"ד ובקצוה"ח שם]. וכשנעיין בבעה"ת שער הנ"ל שמביא דעת ר"ה גבי עשה שורו אפותיקי, וז"ל, ור"ה גאון כתב בס' מו"מ, הבהמות והמטלטלין שעשאן אפותיקי מפורש ומכרן אין בע"ח גובה הימנו כיון שיש לו למוכר נכסים בנ"ח, וכדרבא וכו' עכ"ל. משטחיות דבריו נראה דלא פסק כן בדרך החלט וחיוב רק בדרך שלילה, והוא בדאית ליה נכסי אין גובה כלל ובדלית ליה נכסי משכחת לן גבייה במקצת, רק שצריך להחזיר מפני תקנת השוק כנ"ל:

ב עוד פיסקא דר"ה גאון מובא בבעה"ת שער מ"ג ח"ג דין א', ובטור סי' קי"ז] דהא דהקדש מפקיע מידי שיעבוד, הוא בדאית ליה נכסי, אבל בדלית ליה נכסי לא, וסברתו בזה נעלמה. ועוד דקשה מהא דאיתא בפ' החולץ (דף מ"ו] בקידם וטבל לשם בן חורין דקנה

א"ע מטעמא דרבא דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד, וכן במס' גיטין בסוגיין לאוקימתא דרב דס"ל דשיחררו רבו ראשון וכדרבא, והא לרבנן ס"ל דמזיק שיעבודו של חבירו פטור, ואפ"ה מפקיע מ"ש, וכבר עמדו בזה על ר"ה גאון הנ"ל. ונ"ל דמקור דינו נובע מש"ס ב"ק (דף צ'] גבי שן ועין דאינו יוצא לא לאיש ולא לאשה, דאמרינן לימא דרבא תנאי היא, ומתרצינן דכ"ע אית להו דרבא רק דפליגי אם אלמוה רבנן וכו' יעוי"ש ויש לדקדק דאכתי דרבא תנאי היא דהא לדידיה שיחרור מפקיע מ"ש ס"ל, ולא אלמוה, א"ו או דרבא ס"ל דמזיק שיעבודו ש"ח חייב ואיירי בדאית ליה נכסי, אבל בדלית ליה נכסי כיון דאית ליה פסידא אלמוה, והאי דאיצטלא דקניא מיתנא כיון דקיבל עליו אחריות כדין נכסי צ"ב, ובדאית להו נכסי איירי, או משום דלא שכיח כלל לא אלמוה בזה, וכ"כ הנימוקי יוסף בפ' אלמנה], ור"ה פוסק כברייתא זו דאינו יוצא לא לאיש ולא לאשה מפני דאלמוה, ולהכי ס"ל דבכולהו גווני דנקיט רבא איירי דוקא בדאית ליה נכסי חוץ גבי חמץ דממילא, ובזה אפ"ל דלהכי נקיט רבא הקדש ושיחרור, ולא מיתנא וע"ז, [בתוס' שם דקדקו בזה], משום דלאו בחדא מחתא מחתינהו, דגבי ע"ז ומיתנא דל"ש אפי' בדלית ליה נכסי מפקיע, ולא קשיא תו מש"ס יבמות הנ"ל דהתם ל"ש אלמוה, כיון שלא נתכוין להזיק לחבירו רק לתועלת עצמו, ועיין בראב"ד פ"ז מה' חובל ומזיק ה"ד], ומגיטין ל"ק, דרבנן דהתם דאית להו מזיק שיעבודו פטור, בע"כ ס"ל כתנא דאידך ברייתא דל"ל אלמוה גבי שיחרור:

ג בתוס' יבמות [דף ס"ו:] ד"ה עבדי צ"ב עי"ש, והנה תירוצו של ה"ר שמואל בר' חיים מורדי"ש תמוה למאד ואין הבנה לסברתו כלל, דהיאך איפשר שיצא בשן ועין לאיש ולאשה דאי למר לאו דמר, ואין לומר לדעתו דלאחר מותו באמת אינו יוצא בשן ועין ליורשי הבעל, שהרי גבי איצטלא אמרינן דקני' מיתנא, משום קנין הגוף של היורשים הוא, [גם לרב יהודה כמבואר בש"ס דמי לא מודה ר"י] וקנין איסור דמיתנא ושיחרור דשן ועין חדא מילתא היא, ומחד טעמא אתינן עלייהו, והיאך אפ"ל דיש ליורשי הבעל וגם לאשה קנין הגוף, ולכל אחד מהם לגבי חבירו נאמר להיפוך דאית ליה לדידי' רק שיעבודא ולחבירו עיקר קנין הגוף בדבר ההוא, גם קושי' מהרש"א שהקשה על ר"ש בר"ח הנ"ל ממתניתין דלקמן דאיתא דעבדי צ"ב לא יאכלו בתרומה מפני חלקו של עובר ותירוצו דחוק למאד, וגם יקשה עליו ג"כ כנ"ל:

ונראה בביאור הדבר על מכונו ע"פ יסוד מוסד בדבריהם בתוס' פרק השולח (דף מ':] דהיכא דאי איפשר לסלוקי בזוזי, ובאם מכרו יגבה מלוקח, אזי גם רבא מודה דאמרינן למפרע ה"ג, ויש להקשות מהא דאיתא גבי תקנת אושא [ב"ק פ"ט:] ואב"א אידי ואידי

לאחר תקנה ואית להו תק"א, אלא למ"ד לאשה ולא לאיש כדרבא דאמר הקדש וכו' מפקיע מידי שיעבוד, ועיין רש"י שם בד"ה סברוה ובד"ה קודם וכו' הרי דאף לאחר תק"א לא אלים זכותיה כקנין הגוף ממש רק כשיעבודא בעלמא ולהכי מפקיע שיחרור דידה מידי שיעבודו וע"ש, ואכתי תקשה אמאי תפקיע הא בכגון זה אמרינן דלכ"ע למפרע ה"ג שהרי אינה יכולה לסלקו ולמוכרו. אמנם נראה כיון דלדידן דפסקינן כרבא דבע"ח מכאן ולהבא גובה כל היכא דאיכא לספוק באופן הגביה, מכש"כ היכא דאיכא לספוקי בעיקר החיוב ולהכי בנ"מ אף לאחר תק"א ליכא למימר דלמפרע ה"ג, כיון שלא נתברר אז דהיא תמות ברישא:

[**ובזה** מובן היטב דברי הירושלמי מובא ברמב"ן במלחמות ה' בסוגיין (במס' יבמות) דבנ"מ ומכר הבעל ומתה היא דלא קנה הלוקח, והיכא דמכרה איהי ומת הוא, דקנה הלוקח, ואינו מובן שמפני מה אינו יכול למכור את קנינו והספק שיש לו בהם (וכבר עמדתי בזה בדיני שאלה ושכורה, והוא לקמן סימן פ"א א"ח), ולהנ"ל ניחא דס"ל להירושלמי כשינויא זו דש"ס ב"ק הנ"ל, דגם לאחר תקנת אושא לית ליה לבעל קנין הגוף רק שיעבודא בעלמא, וכיון דאיכא ספיקא בעיקר החיוב לא שייך לומר למפה"ג, ולהכי אי אקדיש או זבין בעל לא מהני בזה, כמו בכל מלוה דעלמא לרבא]:

ד ועתה נסורה נא להבין דברי קדשם מה שתירצו שם בפרק השולח, דהא דקניא מיתנא, ול"א כיון שאינם יכולים לסלקה בזוזי, אזי גם לדידן למפרע הוא שלה, וז"ל בסה"ד דמ"מ כיון דמשתמשים באיצטלא לעשות בו כל חפצם ואם מכרוה לא טרפה מלקוחות ומסלק לה בזוזי אמרינן מכאן ולהבא גובה עכ"ל, ועיקר תירוצם הוא במה דאם מכרוה לא טרפה, דבמה דיכולים להשתמש אכתי לא נגרע דינה משור מזיק דכתבו לעיל דאף לרבא למפרע גובה אפי' לר' ישמעאל דבע"ח הוא אף דמכרו מכור לרדי', וכיון שכן אכתי לא מתורץ דהא אנן לרב יהודה קיימינן דס"ל דהדין עמה וגם מכרו בטל מיד לדעת תוס' ורה"פ שם ביבמות, ומשמע להדי' אפי' כשמכר הבעל ורצה לסלקה במעות דל"מ. ונראה בכוונת דבריהם דמחלקי בזה בין כשהבעל עודנו חי לבין יורשים דידי', והטעם דבחיי הבעל כיון שלא הגיע זמנו לגבות, ואפי' כשרוצה לסלקה אינו רשאי כדתנן לא יאמר לה הרי כתובתיך מונחת על השלחן אלא כל הנכסים וכו' [כתובות דף פ:] ואפי' בנכסי צ"ב [ועיין בהשמטות וביאורים] כיון שכבר נשתעבד לה בשעת נשואין אף דבעלמא פרעון בע"כ שמי' פרעון, שאני הכא דמעיקרא הכי אתקון] ולהכי אף כשרוצה לסלקה הוי כאילו לא סילקה, שאינו רשאי לגרוע שיעבודה דמעיקרא, ולהכי מכרו בטל כדי שלא תהא צריכה לחזור אחר ב"ד, וכמ"ש תוס' שם סוף ד"ה הבעל], אבל באיצטלא דאיירי

לגבי יתמי, שכבר הגיע זמנה, אזי כשמכרו היתומים את המטלטלין שהכניסה בנצ"ב, הוגרע כחה בזה, כיון שמסלקים לה בדמים, ושוב לא תהא צריכה לחזור אחר ב"ד, אזי נגד פסידא דלקוחות לא משגחינן על שבח בית אביה, רק היכא דאיכא ג"כ לחוש לפסידא דידה, בכגון בחיי בעלה מפני תיקון טירחת חזרת ב"ד אבל לאח"מ כיון שכבר נסתלק פסידא דידה וחששא דטירחת חזרת ב"ד, רק משום שבח בית אביה לחודא אזי אזלינן בתר פסידא דלקוחות:

ה אמנם צריך להבין מה קשיא להתוס' כלל מאיצטלא דל"א ביה למפה"ג כמו גבי שור המזיק, דשאני התם דאיכא ספיקא בעיקר החיוב ושוב ל"ש למפה"ג, משא"כ בשור המזיק, אף דקנס לא חייבה רחמנא עד שעת העמדה בדין, וגם אמרינן ביה דאכתי גברא לאו בר חיובא הוא [כמ"ש תוס' ב"ק דף ל"ג: תד"ה איכא בינייהו] אפ"ה חיובו בוודאי מסתמא יתברר, וכיון דנגח קלא אית ליה ויבואו עדים ויעידו, וצ"ל דקושייתם לא קאי דנאמר לגבי איצטלא למפה"ג משעת נשואין, רק משעת מיתה, ואל תהי זאת כזר בעיני הקורא דכן מצינו גם גבי אפותיקי מפורש, לדעת תוס' ושאר פוסקים דקיימי בשיטתייהו בסוגי' דשבח [ב"מ דף ט"ו: תד"ה הא], דבאפותיקי מפורש אף דהוא יכול לסלקו בזוזי ואינו גובה אלא כשיעור חובו והשבח ברשות לוה קאי, אבל לגבי יתמי ולקוחות גובה אף מן השבח שהשביחו אף דלא מסקי ביה אלא כשיעור ארעא מטעם דיכול לומר ארעאי אשבח, הרי דלגבי לקוחות ויורשים כיון שכבר ניתק מרשותו אזי חשוב הוא כלוקח ראשון, והוי כאילו מעיקרא הכי אתני בהדי' כשאמכרנה או אורישנה תהא קנוי' לך, וכעין זה הקשו גם כן גבי איצטלא כיון דלרב יהודה גם הבעל אינו יכול לסלקה בזוזי, ועדיף כחה מאפותיקי מפורש, ואמאי יגרע כחה בזה עוד מאפ"מ דקני' מיתנא, ול"א משעת מיתה דלמפרע הוא שלה אף דמחוסר גובייגא, מה איכפת לן בזה דסוף סוף תגבה, ונאמר דלמפרע הוא גובה כמו בשור המזיק דג"כ מחוסר גובייגא לר"י, או דנחשבה כלוקח ראשון, ועל זה תירצו כיון דלקושטא נסתלקה מדין אפותיקי מפורש גבי מטלטלין שהכניסה דהרי גבי שורו אפותיקי אמרינן דאם מכרו אין בע"ח גובה הימנו כיון שיש כבר בידם להפקיע זכותה תו לא אמרינן למפה"ג, וגם דין לוקח ראשון תו ל"ש בזה, היכא דאיכא בידם להפסידה ולנתק זכותה ולא נשאר לה שום זכות רק מצד שבח בית אבי' לחוד, ולגבי פסידא דלקוחות בוודאי יכולים לסלקה בזוזי כיון דלדידה לית לה פסידא כאשר בארנו לעיל [באות ד']:

ו ועתה נחזה ונתבונן דהא תינח לגבי מטלטלין שהכניסה בנכסי צ"ב, אבל כשהכניסה עבדים ומקרקעי, אזי בוודאי כיון דדעת שניהם מעיקרא היה משום שבח בית אביה,

שגם הוא לא יסלק לה בזוזי, ושוב לא הורע כחה לרב יהודה מאפותיקי מפורש, ולהכי אף כשמכרו היורשים ורוצים לסלקה בדמים טרפה מלקוחות, דשוב לא מטעם שבח ב"א לחודא אתי' עלייהו, שהרי גם מדין אפותיקי מפורש לא נגרעה כחה וזכותה, וכיון שגם אם מכרו יתמי אינם יכולים לסלקה בזוזי אזי שוב הדר דינה לדין למפרע, דהיינו מעידן דמת בעלה, [הגם דלא שייך גבה לומר למפרע ממש משעת נשואין], או מצד לוקח ראשון, ולפ"ז היכא דעשה אפותיקי מפורש לעבדו או קרקעו ומת הלוה, שוב לא משכחת לן גבי יתמי דיפקיעו מידי שיעבודן, דבזה הדרא קושיית התוס' לדוכתי' ותירוצם שתירצו גבי איצטלא ל"ש גבי עבדי ומקרקעי, ועמ"ש עוד בזה לקמן אות ט" י"]:

ז ובזה נבוא בארה דברי ר"ש בר"ח הנ"ל [באות ג'] דראיית הש"ס היא מאבל לא לאשה דמשמע אפי' לאחר מיתת הבעל, דהא לרב יהודה בוודאי מועיל שיחרור דידה, ולא דיורשי הבעל דגבי עבד אתי' עליו מדין אפ"מ ואף כשמכרו אינם יכולים לסלק בזוזי וכיון שאינם יכולים להפקיע זכותה, אזי שייך גבה דינא דלמפרע דהיינו משעת מיתת הבעל או מצד דינא דלוקח ראשון, ותו ל"ק מידי מדין איצטלא, דהתם נסתלקה מדין אפ"מ לגבי לוקח כדין שורו אפותיקי, וכיון שיכולים להפקיע כחה שוב לא שייך גבייהו הן דינא דלמפרע הן מדינא דלוקח ראשון, וגם קושי' המהרש"א ל"ק דה"ר שמואל בר"ח מפרש בש"ס דהכי דייק מדפסיק וקתני גבי שן ועין אבל לא לאשה, דמשמע דבשום צד אינו יוצא ממנה, אף שבא לידי גובייא ליד האשה ולא נתרצה בדמים, ולהכי מביא ראיה מזה לדרבי אמי, אבל גבי תרומה היאך יאכלו כעת בתרומה מי יודע היאך יפול דבר, אולי תרצה בסילוק דמים, או אולי בשעת גובייא ישוו העבדים בכפלים ממה שהכניסה לו, אף דמשום שבח ב"א יכולה היא לסלקו כמו בכלים דלקמן [ביבמות ריש דף ס"ז.], אבל מ"מ מדין דלמפרע כבר יצא לגבי החצי שנתייקר, וגם מדין דלוקח ראשון נסתלקה בזה היתר על המגיע לה, וסוף סוף יש ליורשים ג"כ חלקם בעבדי נכסי צ"ב:

אולם קשיא מדשמואל דס"ל לקמן אין לו בנים אוכלין בשביל המשפחה ואמאי דילמא יבואו לידי גובייא לידה, וגבי עבדים דאיכא דינא דאפותיקי גבם, שוב לא יצא הדבר מדינא דלמפרע או מחמת לוקח ראשון, וכיון שהיא אינה אוכלת גם עבדים לא יאכלו, וצ"ל דשמואל ס"ל כרבי אמי. [או דשמואל לשיטתי' דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא (ב"ב דף קע"ה ע"ב) אזי לא אלים שיעבודא לומר בו דלמפרע גובה, אפי' גבי אפ"מ, כאשר האריך בזה בעל פנ"י בריש הניזקין (דף נ' ד"ה ומר זוטרא) בכל מלוה דעלמא דמאן דס"ל דלמפרע גובה בע"כ ס"ל שיעבודא דאורייתא, והוכיח מזה דאביי בע"כ סבירא ליה

שיעבודא דאורייתא, ודלא כתירוץ א' בתוס' שם, וממילא מובן דלמ"ד שיעבודא ל"ד גם לכלל לוק"ר לא יגיע לעולם ע"י שיעבודא דקלישא כולי האי]:

ח זה כמה אמינא לתרץ קושי' תוס' דאיצטלא דקני' מיתנא ול"א למפה"ג כיון שאינו יכול לסלקה, ע"פ סברתם בב"ב [דף קל"ו:] וביבמות (דף ל"ו ד"ה קנין פירות שהקשו למאן דאית ליה קנין פירות כקנין הגוף דמי, א"כ אמאי מצרכינן לתקנת אושא שהרי כן הוא מצד עיקר הדין שהרי דמי למכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה הלוקח, ותירצו דזהו כשיש לו קה"פ מצד הדין אבל לגבי בעל דלית ליה אלא מתקנתא דרבנן לא אלים כקנין הגוף, ואמינא דה"ה לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקנין הגוף ועיקרו הוא קנין הגוף עצמו דזהו היכא דאית ליה קה"ג מצד שורת הדין. אבל לא היכא שהוא מצד תקנתא דרבנן לחוד, ולהכי ניחא גבי איצטלא שגם דאמרינן למפה"ג מ"מ לית ליה למלוה בגווה אלא קנין הגוף לחוד, ועיקר קנינה בזה אינו אלא מצד תקנתא דרבנן, אבל דברי רשבר"ח המובא לעיל נגדינו דאית ליה דלאחר מיתת הבעל יוצאין בשן ועין לאשה אף דלית לה אלא מתקנתא דרבנן:

ט שם בתוס' גיטין הנ"ל מה שתירצו בשור המזיק דהקדשו הקדש משום דר' אבוה, ול"א דהקדש מפקיע מידי שיעבוד, משום דגם לר' ישמעאל דאמר דבע"ח הוא, מודה דאינו יכול לסלקו בזוזי יעו"ש במהרש"ל ומהרש"א, ותוכן דברי מהרש"א משום דלוקח אינו יכול לסלקו לכן אמרינן דלמפרע גובה, ודבריו תמוהים הן מצד הסברא דמה בכך שאין הלוקח יכול לסלקו כיון שהמזיק בעצמו יכול לסלקו הן טרם שמכרו והן לאחר שמכרו, כדאיתא באשר"י ב"מ [פ"ק סי' ל"ח], ועוד דבכל הסוגיא מצינו להיפוך מדבריו כגון בעשה שורו אפותיקי והקדישו שהוא עיקר דינו דרבא, וגבי שיחרור דאירי ג"כ באפותיקי מפורש ואין הלוקח יכול לסלקו בזוזי, ובפנ"י הניח דבריו בתימה מדינא דרבא גבי הקדש:

ונראה לתרץ דבריו על יסוד מושגב ונכון לדינא, דעיקר יסוד דבריו שהרי באפותיקי מפורש גובה מן הלוקח ומן היורשים את השבח היתר על חובו, כאשר דברנו בזה לעיל [אות ה' ו'], [ואין להקשות דא"כ אמאי מכרו מכור לרדיא, והרי באפ"מ לדעת הרא"ש (בפ"ק דב"מ סי' ל"ט, ועיין בש"ך סי' קט"ו ס"ק י"ט מ"ש לשיטת הרא"ש) מוציא גם הפירות מן הלוקח, דגם מכירה לרדי' ל"מ רק קודם העמדה בדין כדאיתא התם ודמי לאפ"מ טרם שהגיע זמנו שאינו יכול להוציא מן הלוקח את הפירות שמכירה חלה עד זמן פרעון, עיין תוס' ב"מ (דף ט"ו:) ד"ה כגון], וכיון שגובה את השבח היתר על חובו הרי דנגד לוקח ויורשים חשבינן ליה למלוה כלוקח ראשון, וכן מבואר באשר"י שם, ועוד

ראיה מהאי דאיתא בפ' המקבל דף ק"י] גבי יתומים אומרים אנו השבחנו דאמרינן דעל היתומים להביא ראיה דארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבי דמי, ומבואר שם בש"ס ופוסקים דאיירי באפ"מ והוא ג"כ מטעם הנ"ל דחשבינן ליה ללוקח ראשון, ועי' רשב"א גיטין (דף מ') שר"ת מביא ראי' לשיטתו מהאי דמקבל דבכל מלוה חשבינן לי' למוחזק כיון דקרקע אינה נגזלת, וכה"פ חולקים עליו והתם שאני דכיון דאיירי באפ"מ יעו"ש, ונמצא לפ"ז לא קשי' כלל מעשה שורו אפותיקי דהקדש מפקיע מידי שיעבוד דהתם כיון שמכרו אין בע"ח גובה הימנו, וכיון שיכול להפקיע לגמרי אזי בוודאי נסתלק מדין לוקח ראשון, וגם למפה"ג לא שייך ביה, משא"כ בשור המזיק דגובה מלוקח אזי דינו כמו בקרקע ותו אינו יכול להפקיע מידי שיעבוד דהרי הניזק אתי' עלי' הן מצד לוקח ראשון והן מתורת למפרע דהיינו משעה שמכרו כאשר הארכנו לעיל [באות ה'] מזה, ולא תיקשי לן דהרי כתבו התוס' שם ובב"ק [דף צ'] ד"ה הקדש הא דלא חשיב רבא דגם מכירה מפקיע מידי שיעבוד, משום דלא הוי כטעמא אחרינא, דמן הדין לא מפקיע אלא תקנתא דרבנן בעלמא הוא משום פסידא דלקוחות, וכיון שכן הדרא קושי' לדוכתי' דא"כ גם בשורו אפותיקי אמאי מפקיע ול"א למפה"ג כמו במזיק, ותו א"ל מפני שיכול למוכרו דזהו רק לאחר תקנתא דרבנן [ועי' בהשמטות] אולם כאשר נדייק היטב בדבריהם נראין הדברים שאין עיקר כוונתם בזה דלא חשיב רק מה שמפקיע מדינא דאורייתא דא"כ הוי להו לשנויי בקצרה ולא להאריך כל כך, ועוד דא"כ חמץ נמי מה שמפקיע הוא שאסור לאחר הפסח כאשר פירש"י בגיטין שם, וכן בתוס' ב"ק שם, וז"ל ובשעת איסור חמץ היה ברשותם וכו' ותו לא פקע יעו"ש, והוא ג"כ רק קנסא דרבנן, אך עיקר כוונתם דעיקר רבותא דרבא הוא שהלוה בעצמו אף שנשתעבד לו בשיעבוד גמור ואלים, אפ"ה יכול להפקיע שיעבודו דהיינו בהקדש ושיחרור, אבל במכירה עיקר הפקעה הכא מצד הלוקח, תדע שהרי אף היכא שלא מכרו לו רק שלוה מאחר ותפסו המלוה מהני תפיסה שלו כמבואר [בסי' קי"ז ס"ד ובסמ"ע סי' ת"ז ועי'], וזהו שדייקו התוס' ב"ק בדבריהם דלא הוי כטעמא אחרינא, אבל כשהקדישה הרי עיקר הפקעתו רק מצד הלוה וכן בשיחרור, [ועי' בבעה"ת (שער מ"ג חלק א' סי' ב') דגבי שורו אפותיקי כשמכרו והקנה לו בקנין כראוי אף שלא בא ליד הקונה אינו גובה ממנו, דזהו ג"כ רק מצד זכייתו של הלוקח, וכשם דתפיסה מהני ע"י משיכה והגבהה, אפי' שלא מדעת המלוה, ה"נ ע"י קנין אחר, ומה לי שבא לרשותו ממש, או ע"י קנין שהוא ג"כ מדינא ברשותו]:

י אולם עודנה הקושי' שהקשיתי לעיל על רבינו המהרש"א, משיחרור, קמה וגם נצבה, אכן חבי כמעט רגע נשיחה ונדברה, ונראה דשיטת רבינו כעמר נקי ולק"מ, והוא דהגם

דמבואר בתוס' שם דלאביי דס"ל למפה"ג לית ליה דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד, וממילא היכא דגם רבא מודה לאביי כגון היכא דאינו יכול לסלקו בזוזי כמו בשור המזיק, וגם אם מכרו אינו מכור, אזי הקדישו אינו מוקדש מדינא. אמנם כשנשים מטרת עיוננו בזה נראה בעליל שעודנו מרחק רב ביניהם, והוא דלאביי דאית ליה דלמפה"ג משעת הלוואה, אזי כיון שנסתלקו הבעלים לגמרי ממנו בשעת הלואה תו אינו חל כלל שיחרורו ודמי כאלו שיחררו אחר, מש"ה כתבו בתוס' דלאביי ל"א שיחרור מפקיע מידי שיעבוד, משא"כ לרבא כיון שהלוה יכול לסלקו בזוזי, רק הלוקח אינו יכול לסלקו ושפיר מצי טריף מלוקח או מן ההקדש דנגד זכיותיו של רשות הקדש מחשבינן ליה כדין לוקח ראשון, או מטעם למפרע כדין אפ"מ דעלמא. אבל בשיחרור דלא מצינן לאתויי עליו נגד זכיותיו בעצמו מצד לוקח ראשון, [כמובן וכאשר נבאר קצת] רק כל היכא דמצינן לאתויי מצד המשחרר ששיחרר עבד שאינו שלו, אבל באפ"מ דלגבי הלוה הוי כשלו לגמרי דיכול לסלקו, רק מצד הזוכה וזה ל"ש בשיחרור שהרי גם העבד לא זכה לעצמו את צד העבדות שקנה האדון לעצמו שהרי משנשתחרר אינו חוזר ומשתעבד, רק שהעבדות נסתלק ע"י השיחרור לגמרי, והוא נעשה כישראל גמור ע"י שיחרורו אז, והיאך מצי בעל האפותיקי לאתויי עלי' דעבד מצד לוקח ראשון שהרי הוא בא עליו מצד קנין עבדות עצמו, והעבד בא עליו מצד חירות שנעשה כבריה חדשה שנכנס תחת כנפי השכינה ואין זה כלל מענינו של זה, וזה בא בפרוזבולו, וזה בא בפרוזבוטו, ואין להאריך עוד שהדבר מובן לכל ישר הולך לאמיתו:

אמנם כן כששחררו הלוה בעצמו, אזי לרבא מפקיע מידי שיעבוד, אבל כששחררוהו היורשים דלוה אזי אפי' לרבא אינו מפקיע מידי שיעבוד כיון דלגבי יורשים חשיב כאינו שלהם כמו בכל אפ"מ דעלמא, ומבואר הדבר בשיטת ר"ש בר"ח הנ"ל דלאח"מ הבעל יוצא בשן ועין לאשה, ומובן הדבר ממילא דליורשי הבעל אינו יוצא בשן ועין, דהיאך נוכל לחלק את קנין הגוף לשניהם יחד, ולא מצינן לעולם רק עיקר קנין הגוף לאחד, ולשני קנין שיעבוד בעלמא, אבל לתווך עיקר קנין הגוף ל"א דאי דמר לאו דמר, אף דבעבדי צ"ב ל"ש כל דיני אפ"מ שהרי השבח של יורשים, זהו רק מצד תנאו דגם אם פחתו פחתו לו, אבל מ"מ לא נגרע שמץ דבר מכל זכות ורשות שיש לו באפ"מ דעלמא:

יא ובעיקר קושי' המהרש"ל ומהרש"א בתוס' גיטין דס"ל דאף לר' ישמעאל דבע"ח הוא אינו יכול לסלקו בזוזי ובב"ק [דף ל"ג.] סברי דלרי"ש יכול לסלקו, אמינא זה שנים כבירים דהא בפ' המניח עצמו סתרו בעצמם את דבריהם שהרי בד"ה הקדישו סברו דלרי"ש יכול לסלקו, ובדבור שאחר זה ד"ה א"ב וכו', וז"ל אבל הכא אם נתרצה הניזק

לבסוף לקבל המעות ולא גבאו לרי"ש אינו קדוש עכ"ל, משמע להדיא דאם לא נתרצה אינו יכול לכופו, לכן נראה דס"ל כריב"א מובא בשמ"ק שם תד"ה מתניתין מני דאף לרי"ש א"י לסלקו בע"כ רק דלרי"ש ס"ל דומכרו את השור החי וכו', ולבי דינא קא מזהר רחמנא נעשה החלטה בב"ד, ולר"ע נעשה החלטה מיד בשעת הנזק כשיעמוד בדין זכה למפרע, והא דהקדישו ניזק ל"מ לרי"ש דהא כל היכא דאינו יכול לסלקו בזוזי ולמוכרו לאחרים אזי לכ"ע למפרע גובה, משום דאירי שנתרצה הניזק לקבל מעותיו ולא גבאו יעו"ש, והאי דהחליטו בדבריהם בד"ה הקדישו דלרי"ש יכול לסלקו, היינו ג"כ כשנתרצה הניזק לקבל המעות בתורת סילוק לבד, כאשר נתנו לו המזיק בסילוק דמי היזקו, אבל לר"ע כל זמן שלא נתן לו בעד השור שקנוי בידו כבר משעה שהזיקו, עודנו קנוי למזיק עד שיקנהו לו ויאמר לו יהי קנוי בידך, וזהו מדוקדק בדבריהם דלמר יכול לסלקו ולמר אינו יכול לסלקו, והוא דלרי"ש יתבצע הדבר בתורת סילוק לחוד ותו א"י לחזור בו, ולר"ע יכול לחזור בו עד שירמזו בלשונם מענין קנייה דווקא:

סימן סה

עוד בסוגיא הנ"ל

א הנה בהאי פלוגתא דרבוותא ז"ל, דרש"י ותוס' הסכימו דלר"ע אינו מכור לרדיא, והא דקתני מכרו מכור אתיא כר' ישמעאל, ולרמב"ם אתיא כר"ע, ועיין באות שאחר זה ונלענ"ד כדמות ראיה לדעת רש"י ותוס' מירושלמי פרק בתרא דשביעית, וז"ל המשעבד שדה לחבירו והלך ומכרה, ר"א מכורה לשעה, ר"י אומר אינה מכורה לשעה, חייליה דר' יוסי מן הדא, שור מצוי הוא להבריחו, שדה אינו מצוי להבריחה, הגע עצמך שהיתה מכורה לבעל זרוע, אמר ר' יודן אבוה דר' מתניה מצויין הן בעלי זרוע ליפול עכ"ל. ונראה לפענ"ד דה"פ, דחייליה דר"י הוא מדקתני גבי שור המזיק דמכרו מכור, אע"ג דלא גרע מאפותיקי מפורש, ואפ"ה מהני מכירה לשעה, אמנם מדנקטו בברייתא רק בפרט הזה ולא נקטו בדרך כללא דבכל אפ"מ מכורה לשעה, וממילא נדע שגם בשור המזיק כן הוא, ומדוע שביק כללא ונקיט ליה בפרטא, א"ו כיון דבכל מטלטלין אמרינן דלא סמכה דעתיה דמלוה לגמרי, אף דבמזיק דקלא אית ליה סמכה דעתיה, אמנם נגד מכירה לשעה דמצי להשתמט עצמו ומצוי להבריחו לא יצא מכללא דמטלטלין דעלמא. אמנם בקרקע דאינו מצוי להבריחה אפי' לשעתה אזי מחשבינן ליה נגדו כלוקח ראשון מיד, והדר הקשה ממכירה לבעל זרוע דנאמר תו דלא לגבות פירא מיניה, כיון דגביה לא סמכה דעתיה דאדמוקים ליה בדינא ודיינא, שמיט ואכיל להו, ומתרץ דל"פ רבנן

בקרקע דמצויין בעלי זרוע ליפול, וממוצא הדבר מובן דהניחא לדעת רש"י ותוס', אבל לדעת רמב"ם דקאי לר"ע לא אדע לחפש ולתור מאיזה שור קא קשיא ליה לירושלמי:

ב הקצוה"ח [סי' ת"ז ס"ק א'] שהקשה לדעת תוס' דלר"ע אינו מכור לרדי', ובריית דקתני דעד שלא עמד בדין מכרו מכור, ר' ישמעאל היא, דא"כ אף משעמד בדין אמאי אינו מכור ואי בשהחליטו לו אמאי במועד מכרו מכור, והניח בצ"ע. ומה שרצה לתרץ לדעת תוס' דלאחר העמדה בדין אינו יכול לסלקו לר' ישמעאל, והנה מעט אשר הציל בזה, דהרי לדעת ריב"א בשמ"ק, גם קודם העמדה בדין אינו יכול לסלקו, ואפ"ה קתני דמכרו מכור לרדיא, אלמא דכל זמן שלא קנוי לגופו מכרו מכור לרדיא, ולא איכפת לן במה שאינו יכול לסלקו כיון שעדיין לא נחלט לו בב"ד לגמרי וגם הקצוה"ח שם הניח בצ"ע את שיטת תוס' מחמת קושיא הנ"ל. ונראה כיון דאנן פסקינן דמלוה קאכיל פירי מכי שלמו ימי אכרזתא [ב"מ דף ל"ה:] הרי אע"ג דעודנו לא החזיק בקרקע זו ולא עשה בו שום קנין המועיל נעשה כשלו לכל דבר ממילא, ע"י שנחלט לו בבי דינא, וטעמא דמילתא כיון שתיכף מזמן שהלוה לו אלים שיעבודו על נכסים שיש להם אחריות דלוה, לכן קנוי לו לגמרי בידו מעידנא דנחלט לו בבי דינא, אבל במטלטלין דלא אלים שיעבודו עליהם נראה דלא קנוי לו רק משעה שבאו ברשותו, שהרי דין זה לא אשמועינן אלא בקרקע דוקא דאלים שיעבודו מעיקרא, וכעין סברא זו מצינו ברשב"ם ב"ב דף ס"ז], בהאי דהחזיק בעשר שדות דהיכא דנתן דמי כולם קנה להו, כיון דמעיקרא נשתעבדו לו אזי נקנים בידו בקנין כל דהו, ולהכי בשור תם דאף לרי"ש כיון דמצי טריף מלקוחות ונעשה כנכסים שיש להם אחריות ממש לגבי הניזק, כמובא בסמ"ע (סי' ת"ז ס"ק ה') אם הניזק קודם שלוה מבע"ח ותפס הבע"ח אינו מועיל התפיסה דדינו כקרקע, ובקרקע בע"ח מאוחר שקדם וגבה לאו גבייה היא, עי"ש, לכן מעידן דנחלט לו בבי דינא, אף שעודנו ברשות המזיק ומכרו אח"כ לרדיא לא מהני מידי, אבל בשור מועד שהוא רק כמו שאר מטלטלין בכל מלוה, עודנו לא קנוי לו כל זמן שלא בא ברשותו ממש, ולהכי מכרו מכור אף לאחר שנחלט לו בב"ד:

ועוד נראה כיון דלדעת הפוסקים דבאפותיקי מפורש גובה שבחא ופירי, וגבי שור תם מהני מכירה לרדיא, וצ"ל כאשר כתבנו מזה לעיל [בסימן הקדום אות ט'], דגם באפותיקי מפורש מהני מכירתו לשבחא ולפירי עד שיגיע זמן פרעון, ובשור תם דקנסא הוא, וקודם העמדה בדין דלא מצי גבי, כמלוה קודם זמ"פ, ועיין ב"מ (דף ט"ו] בתוס' ד"ה כגון, אבל לאחר העמב"ד אף שלא החליטו לו עדיין, ל"מ מכירתו לרדיא כ"ז שלא סילק לו היזקו, כמו בכל אפותיקי מפורש דעלמא לאחר שהגיע זמנו:

ועפ"י הנ"ל איפשר ליישב קצת גם קושי' הקצוה"ח [בסי' רמ"א ס"ק ו'] שדברי ריטב"א סותרים זה את זה, שהנמו"י ב"ב גבי מתנה על מנת להחזיר, מביא מתחלה בשם י"א, דדוקא אם הקדישו או מכרו ל"מ היכא דאמר לי דמידי דחזי ליה קאמר, אבל אם שיעבדו לבע"ח טרם שהחזירו, ואז חל שיעבודו עליהם, וכשהחזירו היה אז מידי דחזי ליה ואח"כ יכול הבע"ח לגבות מהם, וז"ל אבל לא נראה לי דא"כ היכי מהדר ליה מדח"ל, ואע"ג דאיפשר לסלקו במעות מ"מ כשבא זה וגובה ממנו איגלאי מילתא דלאו מדח"ל אהדר ליה הריטב"א ז"ל, עכ"ל. ובקידושין ס"ל שאם שיעבדה לבע"ח הרי הוא משועבד ומחזירה וגובה ממנו לאחר חזרה. ולפי הנ"ל נראה דהריטב"א בב"ב משמע ליה מדעת י"א דנקטו מתחלה בהקדישו ומכרו, אזי משמע דכל שלא מכרו לגמרי אפי' כשעשאו אפ"מ מטלטלי אגב קרקע אפ"ה גובה מן הנותן, וע"ז חולק הריטב"א עליהם, וזהו כוונת דבריו במ"ש ואע"ג דאיפשר לסלקו בזוזי, דהיינו הלוה עצמו, מ"מ כשבא זה וגובה ממנו, איגלאי מילתא דלאו מידי דחזי ליה אהדר ליה כמו בכל אפ"מ דעלמא דדנין ליה כלוק"ר, ובקידושין איירי בשיעבד מטלטלין אגב קרקע לחוד ולא עשאום אפ"מ:

ג הנה מדברי התוס' ב"ק [דף ל"ג] בד"ה איכא בינייהו, נראה להדיא דלאביי אמרינן גם לגבי קנס למפרע הוא גובה, ובגיטין [דף מ'] החליטו עוד דאפי' לרבא היכא דאינו יכול לסלקו בזוזי אמרינן למפרע ה"ג אפי' בקנס, וכל הרואה ישתומם, שהרי בב"ק שם מסקי דלר"ע דיתורא דקרא דומכרו את השור החי אמזיק ואניזק קאי, גלי לן קרא דזוכה משעת הנזק, אבל לר' ישמעאל דלבי דינא קמזהר רחמנא, אמאי יכול להקדישו, דהא לא זכי אלא משעת העמדה בדין, וביותר תמוה שהרי בעלי תוס' עצמם החליטו בכתובות דף מ"ב] ד"ה ר"ש, דאם ייחד לו כלי לכשיעמוד בדין ויתחייב לו יהיה כלי זה מיוחד לו לגבות ממנו, דהוי דבר שלא בא לעולם ולא קני כלל, וכיון שאם הקנה לו בעצמו מדעתו ומרצונו לא קני, מאיזה מקום יתעלה זכותו מכח דינא דלמפרע. אמנם גם לולא דבריהם בזה קשיא, דהא פשיטא ליה בש"ס דלר' ישמעאל מכרו אינו מכור ויכול לגבות מלוקח, ואמאי הרי גברא אכתי לא נתחייב, דאשר ירשיעון אלהים כתיב, ולא מטעם מודה בקנס לחוד, כאשר רצו מקצת אחרונים לפרש בדבריהם בכתובות הנ"ל, רק כדברי הראב"ד בפ"ב מה' גניבה הלכה י"א, ופ"ח מה' עבדים ה"ג] דבקנס כ"ז שלא יצא הדבר מפי ב"ד לא נתחייב כלל, וכן משמע להדיא מדברי תוס' ב"ק (דף ע"ד] ד"ה אכתי, ובכתובות [דף ל"ג:] ד"ה לאו, דגבי קלב"מ מחוייב לצאת י"ש אבל גבי קנס כיון דלא מיחייב אלא עפ"י ב"ד, כדאמרינן אשר ירשיעון אלהים, אזי אפי' לצאת י"ש פטור:

אמנם נסורה נא ונתורה אחרי עיקר דינא דלמפרע גם אם נשבוק קנסא, הלא גם בכל מלוה יש להתבונן דהיאך מצי המלוה להקדישו ולמוכרו, כיון דמחוסר גובייגא דב"ד שהרי זולתם אין בגבייתו כלום, וכל היכא דתלוי בב"ד הרי זה דשלבל"ע כדאמרינן גבי לאחר שאתגייר, ולבל יתבהל הקורא לדחות בחלוקים שונים, חפשתי ומצאתי כן להדיא בתוס' סוטה [דף כ"ה:] ד"ה לאו כגבוי דמי וכו' וז"ל דהכא לכ"ע לאו כגבוי דמי והעמד ממון בחזקת בעליו, שהרי צריך דיינים ולאו בידו הוא כדאמרינן גבי גר מי יימר וכו' עכ"ל. אלא ודאי בע"כ צ"ל דהאי דאינו מקנה דשלבל"ע, הוא מטעמא דלא סמכה דעתיה כדאיתא ב"מ (דף ט"ז), אולם כל זה היכא דלית ליה עליה כלום, אבל היכא דאית ליה שיעבוד אלים עליו בלא זה שהרי אינו יכול למוכרו לאחרים, ותו לא העדיף בקנינו רק לנתקו משיעבוד לקנין, אזי לדבר מצער כעין זה מהני אף דמחוסר מעשה רבה כעין דשלבל"ע, ומעתה גם בקנס נצא ממבוכה הזאת, שהרי פליגי בירושלמי אם מהני מחילה בקנס, ופסקינן דמהני, ועיין ר"ן ס"פ אלו נערות בשם רמב"ן תמצית כוונתם נראה בזה, האף אומנם דאמרינן גבי קנס אכתי גברא לא נתחייב, אבל כשיעמוד בדין אזי נתחייב למפרע, דגבי שיעבוד לא נגרע ע"י דמחוסר גובייגא, דגם בדבר שלבל"ע עצמו חל השיעבוד ואפ"ה בעדים זוממין חייבים כמבואר במכות (דף ה'), וכן לענין תשלומי קנס שהרי אכתי לא היה העמדה בדין בצדק ובמשפט], ומש"ה מהני מחילה ג"כ, דבכגון זה כשם שחל חיובו בדבר שלבל"ע מהני ג"כ מחילתו, עיין במל"מ [בפ' ט"ו מה"א, ובפ' כ"ג ה"א] דבכגון זה מהני מחילה בדשלבל"ע, וכיון שחל שיעבודו שעה אחת משפסקו הב"ד ואמרו צא תן לו, וחל השיעבוד למפרע, אזי הדר דינו רק לנתקו משיעבוד לקנין, דהיינו משעת גובייגא ולמפרע, כמו במלוה דעלמא דאמרינן למפרע גובה כיון שאינו מנתקו אלא משיעבוד לקנין, אולם תדע דגם לאביי דס"ל למפה"ג זהו בדבר דאלים שיעבודו לגמרי ויכול לגבות מן הלקוחות, אזי מהני בקנין כל דהו, אבל היכא שאינו יכול לגבות מלקוחות בל"ז, הרי דע"י קנינו שיקנה יתעלה זכותו בעילוי יתירה מאשר היה לו ע"י שיעבודא, שוב הדר דינו לדבר שלבל"ע כנ"ל, ועיין רמב"ן במלחמות ה' בפרק כל שעה, דגם לס"ד דאמרינן גבי עכו"ם שהלוה, דמותר בהנאה לאחר הפסח, לאביי מחמת למפה"ג, הוא כששיעבד לו מטלטלין אג"ק שאינו יכול למוכרו, אכן היכא שיכול להפקיע ל"ש לומר דלמפרע הוא שלו דאי דמר לאו דמר יעוי"ש, ולהכי גבי מזיק דדינו כקרקע, כמבואר בש"ס כיון דנגח קלא איית ליה וכו' ולהכי אמרינן גביה למפה"ג, שהרי לא העדיף בקנינו רק זעיר שם שנתקו משיעבוד אלים לקנין, אבל גבי קנסא דעלמא לא

מהני בייחד לו כלי, דהדר דינא לדבר שלבל"ע, כיון דקליש שיעבודא דמעיקרא, והן הן דברי התוס' בכתובות הנ"ל:

ד בקצוה"ח [סי' קי"ז סק"א] הקשה שדברי התוס' סותרים את עצמם, דבריש ב"ק (דף י"א) בד"ה שעשאו וכו' משמע דס"ל דשורו אפותיקי לא גבי מיתמי, וז"ל והשתא גבי מיתמי כמו מלוקח ואע"ג דמיתמי ל"ש טעמא משום קלא כמו בלוקח, עכ"ל ולקמן (דף ק"ח) ד"ה לוה, סברי דשורו אפותיקי גובה אפי' ממקבל מתנה, כיון דל"ש ביה פסידא דלקוחות, ונראה פשוט דלקמן קאי לדידן דפסקינן שיעבודא דאורייתא דמדינא דאורייתא אפי' דלית ליה קלא כלל גובה מלקוחות ומיתמי, רק במטלטלין הוא מטעם דשיעבוד נכסי מדין ערבות אתינן עלייהו, אכן במטלטלין ליכא מדינא דערב דלאו עלייהו סמך מלוה, כמ"ש רש"י ב"מ (דף ס"ז) ד"ה אין בע"ח גובה הימנו, ולהכי באפותיקי מפורש דחזינן דסמיך דעתיה, ואית ביה מדינא דערבות ושוה לקרקע בזה, רק כיון דלית ליה קלא אינו גובה משום פסידא דלקוחות, אבל מיתמי וממקבל מתנה דלית להו פסידא אוקמוה אדאורייתא, אבל בריש ב"ק דע"כ למאן דסבר דאינו גובה מעבדים קסבר שיעבודא לאו דאורייתא דבמילי דאורייתא עבדי כמקרקעי דמי, יעוי"ש (דף י"ב) ד"ה אנא], וכיון דמדאורייתא אינו גובה כלל מיתומים ומלקוחות רק מתקנתא דרבנן משום נעילת דלת, וכיון שמלוה לא חשש בעצמו לפסידא דידיה ולא כתב שטרא, גם חכמינו ז"ל לא חששו ליה, וכן בעשה שורו אפותיקי כיון שלא חשש לעצמו דילמא ימכרם לאחרים, אזי גם ביתמי ומקבל מתנה לא תקינו בהם רבנן ואוקמוה אדאורייתא:

ועוד י"ל דבריש ב"ק איירי באפותיקי סתם, ואית להו נכסים שיש להם אחריות שהניח אביהם, ואפ"ה גובה מיתמי כשם שגובה מלקוחות אם מכר גם אח"כ את הנכסים שהניח אפי' באפותיקי סתם, כמבואר בר"ן פרק השולח בשם הירושלמי, גבי והלוקח יחוש לעצמו, ופסקינן כוותיה בש"ע (סי' קי"ז סעיף א' ובסמ"ע שם סק"ז], ולהכי גבי יתמי דשוה בזה כאילו מכר את כולהון, דאז גובה מלוקח ראשון אפי' באפותיקי סתם, וכיון דבאפותיקי סתם איירי דלית ליה פסידא למלוה אזי אינו גובה, רק גבי עבדא כשם שגובה מלקוחות, ולקמן איירי באפותיקי מפורש דאית ליה פסידא למלוה לגמרי, אזי גובה מיתמי אפי' גבי שורו אפותיקי כיון דלית להו פסידא ולמלוה אית ליה פסידא:

ה עוד רצוני לבאר בדין אפותיקי מפורש, אם המלוה יכול לכופו לסלקו במעות, והנה בנכסי צ"ב דאשה, מבואר הדבר בים של שלמה יבמות [פ"ז סי' כ'] ובש"ע [סי' פ"ח סעיף ד'] כתבו בשם הריב"ש, וז"ל אם האשה אינה רוצה בהו, אע"ג דאית ליה לבעל מעות יכול לסלקה בכליה כיון שהמטלטלין ההם מיוחדים לה, ואין הבעל רשאי למוכרם גם

נוטלתן בלא שבועה וכו' עכ"ל. ומדכתב הריב"ש טעמיה כיון שאין רשאי למוכרם, מכלל דבנכסי צ"ב דעלמא דל"ש בהו משום חיזור ב"ד ולא משום שבח בית אביה דיכולה לכופה לסלקה במעו' בדאית ליה, וכן משמע מפשטא דש"ס ריש פסחים, וב"מ דף ע:] כיון דאי לא יהיב זוזי אתי נכרי תפיס ליה לבהמה, ולא נקיט איפכא כיון דיכול לסלוקיה בבהמה, [וברש"י שם (דף ס"ט:) ד"ה אין מקבלין וכו' ובד"ה הרי וכו' אם לא אשיבנה לך משמע להיפוך]. אמנם באפ"מ לא מצאתי גילוי לזה, ולכאורה נראה מדברי ר"ן שבועות ס"פ שבועת הדיינין שמביא דברי רש"י גבי קתא, דכ"ז שהוא קיים ע"כ יגבה חובו וכו' וז"ל שם, ועוד ראיה מדקי"ל המלוה על המשכון ש"ש, ואם נאנס גובה חובו, וכיון שכן ע"כ כי איתיה נמי בעינא יכול לכופו לפורעו, דאי לא הו"ל כאפ"מ שאם שטפה נהר אינו גובה משאר נכסים, עכ"ל הצריך לענייננו. משמע דבאפ"מ אינו יכול לכופו לפורעו, אמנם בתשו' רשב"א סי' תתקמ"ב] מבואר להדיא דגם באפ"מ יכול לכופו לסלקו בזוזי היכא דאית ליה, יעוי"ש בתשו' דמזכיר הרבה פעמים דאמר ליה לא יהיה לך פרעון אלא מזו, [ואל תטעה בלשונו שמזכיר שם אפותיקי סתם, בהביאו דברי ר"פ פ' איזהו נשך אע"ג דאמור רבנן אסמכתא לא קניא, אפותיקי הוי למגבי מיניה וכו', ואסיקנא דאפי' אפותיקי לא הוי, אלמא כל היכא דשויא ניהליה אפותיקי סתם בלא אסמכתא גבי מיניה, ואין ללוה לסלקו בקרקע אחר, ולא המלוה יכול ליפרע מקרקע אחר, ומיהו היכא דאית ליה מעות בע"ח יכול לסלקו במעות וכן המלוה יכול לכופו לפורעו במעות עכ"ל, ותרצה לומר דזה קאי על אפותיקי סתם דווקא שהזכיר קודם לזה, דלא נראה כלל מפשטות דבריו דמשמע שמשיב על השאלה שנשאל מאתו באפ"מ, והא דמזכיר בתוך דבריו אפותיקי סתם, אין הכוונה באומר לו מזה תפרע רק שלא נסתבכה בתנאי כלל כמו התם בפרק איזהו נשך, ומלת סתם קאי אלמטה בלא אסמכתא דהיינו שנעשית סתם שלא על תנאי דאסמכתא], והא דמשמע מדברי ר"ן הנ"ל דגבי אפ"מ אינו יכול לכופו לסלקו במעות, זהו דומיא דקתא כיון שכבר נתרצה המלוה לפרוע רק מזה באם אפי' היכא דאית ליה נכסים לכן אינו יכול לכופו לפורעו כל דמי חובו כיון דאית ליה פסידא, ודמי קצת להאי דמבואר בתוס' גבי ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות (כתובות צ"ב] ד"ה אי פיקח אע"ג דלא מפסיד מקרנא מ"מ מפסיד עי"ז מדינא דיליה:

סימן סו

בדיני דאומן אין לו חזקה [ב"ב דף מ"ה]

יתבארו תל"י דברי רבותינו הראשונים ויתחדשו כמה חידושי דינים על מכונם, ויתיישבו כו"כ קושיות ודקדוקים עצומים, ופירוש הסוגיא בדברים נכוחים וברורים למוצאי דעת.

[**וחידושים על סוגיא זו נתחלקו לשלשה סימנים**].

בעזה"י פה ירושלים עיה"ק תובב"א.

א בפירוש רשב"ם בד"ה אמר רבה וכו'. וז"ל וצריך לשלם האומן לבע"ה את בגדו או את כליו, א] מדוע עזב את פשטותן שהוא לענין גוף הכלים, ועוד דלענין תשלומין בעד בגד מתוקן, צ"ל דראו בידו מקודם לכן שהוא מתוקן, דאל"כ יהיה נאמן לומר לקחתיהו קודם ועודנו לא תקנתיהו, במיגו דהחזרתיהו עד שלא תקנתיהו, ולא יצטרך לשלם רק כמו שמסרו לו, להפוסקים דאמרינן מיגו לחצי טענה, ואפי' לשיטת החולקים תוס' ב"ב ל"ג:] זהו היכא דיש לו מקום לטעות שבטענה דהשתא יתווכח על כולו משא"כ בשניה, אבל הכא תרווייהו שוים, [מיהו לפי מה שכתבנו בתפארת ירושלים ב"מ אות ד' ניחא], וא"ל דדמי לת"ז שיחזיר לו הכלים עד שלא נתקנו, דהתם גבי הלואה כיון שזכה בקנין הפירות עד זמנו, למה יתן לחבירו במאי שכבר זכה בו, משא"כ גבי אומן, מי לא שכיחא שיקרה לפניו עבודה קלה ומעולה מזו. ב] בד"ה אלא שמסר לו, וז"ל בעה"ב לאומן טליתו בפני עדים לתקנו וכו', דלפירושו קמה קושי' תוס' בד"ה אבל, דמאי איריא אומן אפי' אחר נמי כיון דמיירי שמסרו לו בפירוש לתקן:

ונראה דלרבה כשמסרו לו בעדים, וכן לדידן כשאמר לו בפירוש אל תחזיר לי אלא בעדים, אזי לגבי טענת לקוח איכא תרתי לריעותא, חדא שאין בתפיסתו ראיה שלקוחה בידו, כיון שבא לידו בתורת פקדון או לתקן, וגם מחמת התנאי דכיון שצריך להחזירו בפני עדים, דמ"ש החזרתי או לקחתי, ומעתה כשיטעון לקחתי בפני עדים והלכו למדינת הים אזי נאמן, הגם דאין בתפיסתו ראיה, נאמן בדלא ראו בידו במיגו דהחזרתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדה"י לרוב הפוסקי' דעיקר טעמו משום דמיגו גרועה הוא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו, שהרי גם עתה מרחיק עדותו, וכן לדעת הר"ן ומגיד משנה, הר"ן בפ' שבועת הדיינין בסוגיא דהמלוה את חבירו בעדים, והמ"מ בפ' ט"ו מהלכות מלוה הלכה א'], משום דמיגו במקום עדים הוא לא שייך הכא כיון דלטענתו קנהו בעדים. איברא זהו כשנחליט הדבר לומר דגם לקוח הוא בכלל חזרה, אכן יש מקום לדון ולומר דלקוח מילתא אחריתא ואינו בכלל חזרה, וכעין דפסקינן גבי נאמנות בש"ע סי' ע"א סעיף ג' דמהני לענין פרעון אבל לא לגבי הודאה ומחילה], נמצא דבין לרבה כשמסרו לו בעדים, וכן לדידן כשהתנה בפירוש, דהשתא בטענת לקוח איכא רק חדא לריעותא, משום דאין בתפיסתו ראיה, ועי"ז מיגרע גרע לגביה דאפי' כשטוען לקחתי בפני עדים והלכו למדה"י, דלא מהימן במיגו דהחזרתי בפני פו"פ לרוב הפוסקים משום דהוי מיגו גרוע דהרוצה לשקר ירחיק עדותו, אע"ג שגם עכשיו מרחיקין, דהשתא אינו מעלה לו בטענה

זו דהא ליכא ראיה בתפיסתו, ואי משום התנאי, הרי לגביה לא התנה. אבל בטענה שיטעון, שהוא, החזרתי בפני פו"פ והלכו למדה"י, אזי הלא עיקר הפטור דידיה הוא רק ע"י הרחקת עדותו. [איברא לדעת הר"ן והמ"מ הנ"ל פשיטא דאפי' כשטוען קניתי בלא עדים דנאמן במיגו כיון דלסברא זו לגבי לוקח ליכא אנן סהדי, ולקמן באות י"ב יתבאר], ולכאורה כדמות ראיה לסברא זו דלקוח ליתא בכלל חזרה, מאוקימתא דרבה לס"ד, דמתניתין מיירי בדאיכא עדים ולא ראה, ומדתנן בסתמא דאומן אין לו חזקה, ולא קא מפליג דהיכא דטען קניתי בפני עדים ומסתמא מאן דזבין בפרהסיא זבין], דהשתא נאמן במיגו דהחזרתי בפני פו"פ שהרי גם השתא מרחיק עדותו, ברם לקושטא מוכח מדעת רבותינו הראשונים דגם לקוח בכלל חזרה, שהרי לדעת ר"ן ומ"מ הנ"ל דמיגו מעליא הוא, אלא משום דמיגו במקום אנן סהדי הוא דמסתמא לא החזיר לו בינו לבין עצמו, א"כ קשי' לרבה לס"ד דמיירי בדאיכא עדים ולא ראה, ואמאי אינו נאמן לקוח במיגו דהחזרתי בפני פו"פ, אלא ודאי דלקוח וחזרה חדא מילתא היא, וכי היכי דאנן סהדי שלא החזירו בינו לב"ע, ה"ה נמי לגבי לקוח, וכן מוכח מדברי רשב"ם כמו שיתבאר להלן, [ועמ"ש בזה בהשמטות]:

ב איברא נראה לפענ"ד דנהי דלקוח וחזרה שוים בזה, זהו בטענת לקוח בעצמו, אבל כשמביא עדים שקנהו, או במקום דאנן סהדי שקנהו ע"פ דת תוה"ק כמו שיתבאר]. רק שפני הנידון הוא על מתן דמים בלבד, מסתברא דאפי' כשאמר לו אל תחזיר אלא בעדים, דנאמן לומר דפרעו בעד דמי החפץ כמו בעלמא, דהשתא מילתא אחריתא לגמרי היא, שהתנאי היה על החפץ גופיה, והשתא נסתבב פני הנידון על דמי החפץ, ולפ"ז שפיר איכא נפקותא רבה בין אומן לאחר היכא דמסרו לו בעדים לרבה, או לדידן כשאמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים, ולא ראו בידו השתא כשבאו לדון לפנינו, וקודם לכן ראו ביד הנפקד שגלמי בגדים וכלים שמסרו לו בעדים כבר הם מתוקנים בידו לבגדים וכלים מתוקנים, דהשתא גם לטענת המפקיד כבר קנאו בשינוי מעשה, ונסתבב פני הנידון רק על דמיו, דהשתא נאמן הנפקד שלקחו וכבר נתן לו דמיו, כיון דעתה מילתא אחריתי לגמרי היא, וע"ז לא התנו מתחלה, [ואפי' למקצת פוסקים דגוזל א"ח בעדים צריך להחזיר בעדים, (בש"ע סימן שס"א ס"ח ובש"ך שם), זהו היכא דבאיסורא אתא לידיה, משא"כ הכא דבהיתרא אתא לידיה מתחלה, (עיין בהשמטות), וגם השתא לפי טענתו שלקחו דנהי דאינו נאמן עפ"י הדין, אבל מ"מ לא הוחזק לגזלן בפנינו אבל גבי אומן דליכא שינוי מעשה דמסתמא על דעת הבעלים השביחו, [דאפי' למ"ד אומן קונה בשבח כלי זהו היכא דנאבדו אפי' בפשיעה (ב"ק צ"ח:) עד שלא שילם לו שכרו, אבל

היכא דאיתנהו ביד האומן, הרי בע"כ של האומן קנוי גם השבח ביד הבעה"ב בעד שכר מלאכתו דנעשה כאילו מעיקרא הכי התנו בהדי הדדי], וקנאוהו הבעלים גם את השבח כלו, דאפי' הטמין את הכלי כשבאו לטעון בפני הב"ד, הרי צריך לשלם לו בעד הכלי והשבח, דכיון דאינו נאמן בטענתו מפני שטענת לקוח וחזרה שוים, שוב צריך לשלם לו בעד שיווי הכלי והשבח, אבל אחר דומיא דאומן כשמסרו לו בגדים שאינם מתוקנים וראו בידו מכבר שהם מתוקנים, דאין צריך לשלם כלום ופטור לגמרי, ומשה"ט כתב הרשב"ם גם גבי אומן דנידון הוא על הדמים כי היכי דישתווה פני הנידונים כחדא, דכשם דגבי אחר הרי פני הנידון השתא רק לגבי הדמים, ה"נ באומן דאפי' היכא דליתנהו השתא הכלים קמן, צריך לשלם לו בעד כלים מתוקנים, וממילא מובן דגם למסקנא דרבה דמוקי למתניתין בדאיכא עדים וראה, דאיכא לנפקותא זו בין אומן לאחר, ולא עוד אלא דעדיפא מיניה, דגבי אחר נאמן לומר אתה נתת לי לגמרי בלא דמים, דכיון דאין צריך להחזיר לו בעדים, והא דאינו נאמן בטענת לקוח אלא משום דאין ראיה בתפיסתו, ודמי לגודרות ודברים העשוים להשאיל ולהשכיר, והשתא גבי אחרים דכבר קנאו החפץ בשינוי מעשה תו נאמן לומר על הדמים דנתן לו החפץ לגמרי, דדמי לדינו של הרשב"א מובא בב"י סי' ע"ב מחודש י"ט ובסמ"ע שם ס"ק ס"ב] על ראובן שטען על שמעון יש לך ספרים שלי והוא השיב לו, כן, אבל אני ערבתי בעדך, וכשבא המלוה לפרוע נתתי לו הספרים שימשכנם להתפרע מהם וכן עשה וכו'. והשיב, הספרים אפי' תדינו אותם כדברים העשוים להשאיל ולהשכיר, אינם עכשיו בידו, וא"כ אין לו תביעה עליו בגופן של ספרים, עכ"ל. וטעם הדבר הוא שכל טעמו של דברים העשוין להשאיל ולהשכיר דאינו נאמן לטעון לקוח משום דמוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, וכל זה אינו רק לגבי גוף החפץ כשהוא בעין, משא"כ לגבי המעות דלית בהו חזקת מ"ק, ומש"ה גבי אחר דכבר קנה את החפץ בשינוי מעשה דאינו חייב לשלם כי אם דמיו ולגבי דמים תו ליכא חזקת מ"ק, מש"ה נאמן לטעון נתת לי, משא"כ גבי אומן כיון דמחוייב להחזיר את החפץ כמו שהוא אע"ג שמטמינו ואינו מראהו כיון דאנן מחזקינן דמסתמא עודנו בידו פשיטא דמחייבינן ליה שישלם דמי שוויו:

ג והא דמשני בראה עבדו ביד אומן וטליתו ביד כובס בדאיכא עדים וראה, וקשיא לרשב"ם הנ"ל דמפרש בדאיכא עדים שמסרו לו בתורת אומנות דא"כ אפי' אחר נמי בדאיכא עדים שמסרו לו בפקדון או בשאלה וראה בידו, ג"כ א"נ, ובזה ל"ש תירוץ הנ"ל כיון דל"ש ביה שינוי מעשה, וגם בטלית בי"כ הוי שינוי החוזר לברייתו ויש לדחות דגבי אחר הוי מיהת השבח שלו דשבח גזילה דגזלן הוא, וכר"מ דעבדא כמטלטלין,

משא"כ גבי אומן דע"ד בעה"ב השביחו ונראה לתרץ ברווחא, כיון דגבי עבד מיירי בע"כ כשהחזיק בו ג' שנים וכמפורש ברשב"ם ולעיל בגמרא וא"כ בע"כ מיירי כששימש בו כל ג' שנים והיה כל זמן זה תחת רשותו לבד בכ"ד, וה"ט דליכא ראיה מדלא מיחו בו הבעלים, כיון שידוע לכל שהוא אומן אמרינן דבשכר האומנות שימש בו כל הזמן ההוא, אבל גבי אחר אפי' דידוע ע"י עדים שבאה לידו בתורת שאלה מתחלה הוה ליה למחויי אח"כ, שהרי אפי' בקרקע דבחב"ע ובאה לידו מתחלה בתורת משכנתא ואח"כ החזיק בה ג"ש הוי חזקה לכמה פוסקים מדלא מיחה בו, כיון שאינו ידוע לכל כמו גבי אומן, וגם בטלית בי"כ ניחא דנקט ליה בהדי עבד כמשי"ת לקמן אות ח'] דכל עיקר חזרתו של רבה הוא מדקתני לה בהדי הדדי, ועוד דרשב"ם לשיטתו דס"ל לעיל [דף ל"ו] שגם גודרות גופייהו יש להם חזקה לאחר ג"ש אע"ג דלאו בני שטרא נינהו, ולפ"ז גם בעדי פקדון וראה יש להם חזקה לאחר ג"ש, ומשום דקתני לה בהדי עבד דמיירי לאחר ג"ש, ודוקא אומן הוא דאינו נאמן אפי' לאחר ג"ש משא"כ בעדי פקדון וראה. אח"ז מצאתי בש"מ בסוגיא דרבה ב"ש [דף ל"ג] שכתב להדיא כן לחלק בין אומן לאחר, ואפי' בדאיכא עדי פקדון וראה:

ונהניתי מאד שכוונתי תל"י לדעת הר"י מיגאש וגדולי הפוסקים הראשונים עיי"ש, וז"ל תד"ה לקוחה, והא דאמרינן דבדאיכא עדים כו' מסתברא לי דהתם דוקא במטלטלין ובחזקה דלאלתר כו' אבל בקרקע דחזקתן ג"ש כל חזקה ג' ראיה היא כו' והא דאמר רבא כו' אמטלטלין לחוד קאמר ולא אעבדים, כיון דחזקתן ג' שנים כו' אפי' איכא עדים וראה נאמן לומר חזרתי ולקחתי, עכ"ל והא דמשמע מדבריו דדוקא בעבד הוא דל"מ עדי פקדון וראה כשהחזיק בו ג"ש, אבל במטלטלין מהני עדי פקדון וראה אפי' לאחר ג"ש, ה"ט דס"ל דגם בגודרות לא מהני אפי' כשהחזיק בו ג"ש דלאו בני שטרא נינהו, משום דכל עיקר חזקת ג"ש בשטרא תליא דעד ג"ש מזדהר בשטרא וכו'. אבל לרשב"ם דס"ל דגם בגודרות מהני חזקת ג"ש, דכל עיקר חזקת ג"ש במחאה תליא נידון ממילא דה"ה בעדי פקדון וראה מהני חזקת ג"ש ועיין סי' קל"ה סעיף א']. ולמש"ל [באות ב'] דאיכא נפקותא רבתא לרבה בין אומן לאחר, בין למאי דקס"ד מעיקרא ובין למסקנא אליבא דרבה, מ"מ אתקפתיה דרנב"י ממתניתין הכי אזדא ליה דנהי דאיכא נפקותא לדינא בין אומן לאחר גם לדידך, מ"מ מצחות לישנא דמתניתין משמע דאומן אין לו חזקה הוא משום דאין בתפיסתו ראיה של כלום, אבל גבי אחר יש לו חזקה בעצמותו דיש בתפיסתו ראיה, אבל לדידך דגם באומן בעינן עדים וראה וכה"ג גם באחר ליכא ראיה בתפיסתו, רק מטעם

אחר נסתבב זכותו לפי דקנאו בשינוי מעשה ונתגלגל פני הנידון רק על הדמים וכמש"ל, אבל לולא זאת הלא שניהם האומן והאחרים שוים בראיית התפיסה:

ד והא דלא ניחא ליה לרשב"ם בתירוצו דתוס' בד"ה אבל] דרבה מוקי לה במסרו לו סתם, הוא, דלשיטתו דעיקר טעמיה דרבה דלא סגי באומן בראה לחוד כמו בגודרות ודברים העשוין להשאיל ולהשכיר, דשאני אומן מפני שעודנו יכול לומר לו אינך רגיל לתקן אצלי, א"כ גם כשמסרו לו בעדים בסתם עודנו לא פקע טענה זו, להכי הוכרח לפרש דמסר לו בעדים בפירוש לתקן, ומש"ה מפרש בתחלת הסוגיא שפני הנידון הוא על הדמים, גם גבי אומן, וכמש"ל באות ב']. אכן בעלי התוס' דחולקין עליו בזה דס"ל דאין זה טענה כלל גם לרבה, רק דסברי דלרבה הוא משום תקנת חכמים שתקנו לגבי אומן, דאלת"ה הרי א"א לאומנין לקנות כלים ובגדים רק בעדים וכיון שקנין הוא לעלמין ואטו בכיפי תלו להו, וגם הבעלים לא יפסידו עי"ז דכיון דמשך זמן התיקון ידוע ואינו לעולם, הרי יכול למוסרו לתקן בפני עדים, אבל בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר, וכן גבי גודרות דאיכא פסידא דבעלים מוקמינן ליה אדינא:

ובעיקר פלוגתייהו בטענה דאינך רגיל לתקן אצלי, מצינו כיוצא בו פלוגתא דרבוותא, עיין [סימן קל"ד סעיף ו'] גבי בן אומן לאחר מיתת אביו, אם נאמן לטעון אני קניתי ממך, כיון דאיכא למיתלי שירשו מאביו, וכן בש"ך [סימן רצ"ז ס"ק א'] בד"ה ומ"ש המ"מ בשם הרמב"ן ורשב"א וכו' וע"ש, אלמא דפליגי בכל הדברים שאין בתפיסתן ראיה דמוקמינן ליה בחזקת מ"ק, אם זהו היכא דנראה בעליל שאין בתפיסתן ראיה בבירור, אבל היכא דמספ"ל ואיכא למיתלי שאין בתפיסתן ראיה, כיון דלא נתברר לגמרי, מוקמינן ליה בתר חזקה דהשתא דעדיפא מחזקת מ"ק, [וזהו כדעת מהרש"א בסוגיא דהמחליף ב"מ דף ק']. או שגם בזה מוקמינן ליה בחזקת מ"ק [וכדעת מהרש"ל שם], וס"ל לרשב"ם דפליגי בכגון זה בטענת שאינך רגיל לתקן אצלי, רבה ואביי, ופסקינן כאביי, או משום דגם במספ"ל אם יש בתפיסתו ראיה מוקמינן ליה בחזקת מ"ק, או משום דבטענה זו עודנו לא נכנס לספק השקול:

ומ"ש הרשב"ם לחלק בין אומן לדברים העשוין להשאיל ולהשכיר משום דלכל שכניו הוא משאיל. צריך ביאור קצת, דא"כ מי שאינו משכניו יטעון ג"כ אינך רגיל להשאילני וקניתי ממך. ונראה דמבואר בתוס' שבועות (דף מ"ו] בד"ה וספרא דאגדתא ובהלכות שם באריכות, דהא דאמרינן שם דאחזוקי אינשי בגנבי ל"מ זהו דוקא על אדם ידוע, ומש"ה נמי גבי דברים העשוין להשאיל ולהשכיר, כיון דמשאיל לכל שכניו תו אין בתפיסתו ראיה גם לאחרים שאינם משכניו, דנוכל לתלות שאחד משכניו מכר לו וא"י ממי הגיע

לו, משא"כ גבי אומן שהרגיל לתקן ידוע לו, והדר דינא דאחזוקי בגנבי ל"מ, [ועמ"ש בזה בהשמטות]:

עיין בש"מ שהקשה לדעת רשב"ם דבלא מסר לו בעדים אית ליה מיגו דלהד"מ שלא נתת לי לתקן מפני שאינך רגיל אצלי, א"כ מאי הקשה אביי לקמן מראה עבדו ביד אומן, דאכתי יש לומר דבראה לחוד סגי ליה, והוא דידעינן דרגיל לתקן אצלו, והניח בקושיא ולפענ"ד נראה דבזה מיושב ג"כ מה שמקדים אביי לזה תירוצו דרבה על סיפא דמיירי ביוצא מתחת ידי אחר דא"ל מיגו דמינך זבינתיה, דבזה תו א"א לומר דרישא מיירי בדידעינן דרגיל לתקן, דא"כ ליפלוג וליתני בדידיה, דהיינו באומן גופא דבדלא ידעינן נאמן במיגו דאינך רגיל, ומכ"ש גבי אחר דאית ליה מיגו דעדיף טובא:

ה בתוס' ד"ה א"ה וכו'. ונראה לתרץ דרך פלפול, וגם בתירוצא דרבה מי סברת וכו' לא ס"ד וכו' שהוא שפת יתר ללא צורך דיספיק לומר דס"ל דצלב"ע, ונראה דאביי הבין בדברי רבה דמסרו לו בעדים ואמר לו אל תחזיר אלא בעדים ואפ"ה קשיא ליה, וה"ט דס"ל דהא דא"נ במיגו דהחזרתי בפני עדים והלכו למדה"י, כיון שהתנו עמו בפירוש הוי כאנן סהדי, וא"כ גבי אומן נמי היכא דהתנה בפירוש שנתן לו לתקן ואל תחזיר לי אלא בעדים א"נ לומר חזרתי ולקחתי במיגו דהחזרתי בפני פו"פ דדמי למיגו במ"ע, כמ"ש [באות א'], אבל לדידך דאית לך דבראה לחוד גם האומן נאמן רק כל עיקר דינו דאומן לדידך הוא היכא דמסרו לו בעדים ואמר לו אל תחזיר אלא בעדים, וקשיא דא"כ אפי' אחר נמי, וצ"ל כתירוץ התוס' דמיירי במסר לו סתם דגבי אחר תלינן דמסר לו בתורת מכר ובאם לא תיטב בעיניך אל תחזירני אלא בעדים, וכהאי דתניא הלוקח כלי מבית האומן ע"מ לשגרו ב"מ דף פ"א], אבל באומן תלינן דמסתמא בתורת אומנות נתנו לידו, והשתא כיון שעיקרו אינו בבירור גמור ויסודו הוא דתלינן בסתמא, השתא דאית ליה מיגו רחוק לומר דנחזור ונבנה מזה עוד לומר דהוי כמיגו במקום עדים, ובפרט לרבה דס"ל כל כמה דלא הוי כעדים גמורים מהני מיגו [ב"מ שם] גבי נהר פקוד, ועיין ברמב"ם בה' א"ב [פ' כ' הלכה ט"ו] כי"ב גבי ע"א שאביו כהן דלא מחזקינן בנו לכהן, [ועיין בזית רענן ח"ר דף צ"ח:], וע"ז מתרץ ליה מי סברת המפקיד וכו' אין צריך להב"ע ותלית ביה דמיירי בא"ל אל תחזיר א"ב, ומשום מיגו במ"ע הוא ומש"ה ק"ל, לא ס"ד אלא דגם בסתם צל"ב ובסתם בוודאי ליכא אנן סהדי ופשיטא דמהני מיגו, ובפרט לרבה דאלים לדידיה לתורת מיגו כ"ז דליכא ראיה ברורה להיפוך, אלא דעיקר טעמא דלא מהני מיגו כזאת משום דטענה דבעי לטעון טענה גרועה היא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו:

ו גם לדעת רשב"ם דרבה מוקים למתניתין שמסר לו בפני עדים בפירוש בתורת אומנות, נראה ג"כ לתרץ קושיית תוס' וגם בתירוצו דרבה בסגנון הנ"ל ובהקדם דברי הסמ"ע סי' ע"א ס"ק ה' ובתומים שם ס"ק ג' דהיכא דנתן לו נאמנות בינו לבין עצמו דאינו נאמן במיגו דיכפור לגמרי בעיקר הנאמנות, דבע"כ צ"ל דנתן לו נאמנות אפי' נגד המיגו דאל"כ הרי לעולם יש לו מיגו זו, ולא מהני הנאמנות מידי, דבשלמא היכא שנתן לו נאמנות בפ"ע והשתא ליתא לסהדי קמן מהימן במינו, ולפ"ז הכי קא קשי' ליה לאביי דקס"ד דרבה מיירי באמר לו בפירוש אל תחזירני אלא בעדים והא דלא מהימן במיגו דהחזרתי בעדים והלכו להם אפי' לרבה דס"ל בנהר פקוד דנאמן במיגו כ"ז דליכא עדים גמורים מה"ט כיון דהתרו בו והנפקד קיבל עליו ע"כ דנין דדעתו היה דאפי' במקום מיגו לא יועיל לו שהרי לעולם יהיה לו מיגו זו וא"כ התנאי זה יהיה לריק. איברא הא תינח גבי אומן לדידי דאית לי דבראה בידו בל"ז אינו נאמן, א"כ הרי בע"כ צ"ל דהתנאי היה אפי' במקום מיגו, אולם לדידך קשי' דקסברת דבראה לחוד האומן נאמן א"כ גם השתא שהתנה עמו א"ת אלא בעדים נאמינהו במיגו, כיון שהתנאי יש לו מקום היכא דיזדמן אח"כ עדי ראה, והאי דאיצטריך להתנות ולומר א"ת אלא בעדים שגם בל"ז לא מהימן בדאיכא עדים סתמא וראה, מ"מ איכא נפקותא היכא דעדי המסירה לא יכירוהו בט"ע אלא בסימן אמצעי לחוד דזולת התנאי היה נאמן לומר שהחזיר לו את שנתן לו ואת זה שראוהו בידו אחר הוא שנזדמן ג"כ בס"א כזה ובא לידו בתורת מקח מתחלה, וכמ"ש הש"ך בסי' רצ"ז הנ"ל ועיין סי' קל"ד סעיף ג' דלדידן דבראה לחוד סגי אם אינם מכירים בט"ע אלא בס"א אם טוען לא נתת לי מעולם ושלי הוא שנזדמן בסי' כזה הוא נאמן דבסימן אמצעי אין מוציאין מחזקתו, אבל היכא שטוען לקוח בידי א"נ במיגו לפי דטענה גרוע' היא שנזדמן סימן כסימן ולהכי התנה עמו דבל"ז הי' נאמן לומר את שמסרת לי בעדים החזרתי לך, וזה לקוח בידי מתחלה, משא"כ היכא דהתנה א"ת א"ב דאיכא תרתי לריעותא, חדא שהחזיר לו שלא בעדים ועבר ע"ת, ועוד דנזדמן סימן כסימן ותלינן דמסתמא לא יטעון כן [וגם אם יטעון כן איפשר לומר דאינו נאמן מחמת דאיכא תרתי לריעותא], ובמיגו דא"ב יטעון כן הלא מיגו גרוע כזה בוודאי לא אמרינן כדאי' בש"ע, ובזה גם רבה מודה דהיכא דאיכא ריעותא בטענה דאי בעי למיטען ל"א. אבל לאביי הלא סגי בעדי ראה לחוד דשוב אינו נאמן בטענת לקוח שאין בתפיסתו ראיה ואין לומר דמ"מ גם לאביי זמנין דעדי ראה לא יכירוהו גם כן אלא בסימנים דמ"מ כיון שהטלית לפנינו הלא בקל יכול להביא את שכיניו וב"ב שיכירו בט"ע שהיה שלו וע"ז משני ליה מי סברת וכו' דאצל"ב ולכן חרצת לשפוט שפוט דמיירי בא"ל א"ת א"ב ומשום תנאי יתירה הוא דל"מ מיגו ושפיר קא קשי'

לך, לא כן אלא דמיירי בסתם ואפ"ה צריך להחזיר בעדים ולא מהימנינן ליה במיגו אפי' לדידי דאלימנא לתורת מיגו, זהו היכא שהוא מיגו מעלי' בטענה דבעי למיטען משא"כ הכא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו:

ו בתוס' ד"ה המפקיד וכו' עד סה"ד. ומקודם נבאר ביאור דבריהם בפשטא שאין להם ביאור כלל כיון דס"ס עיקר הקושי' קאי משום מיגו דנאנסו גם בלא זה הו"ל להקשות בעיקר דברי רבה דנהימניה במיגו דנאנסו וכבר עמד בזה המהרש"א, ונראה דמתחלה נוכל לומר דרבה ס"ל כדפריך רב אחאי בשבועות (דף מ"א:) ממאי דבשעת הלואה קאי דילמא בשעת תביעה קאי, נמצא דכ"ע אית להו דמלוה בעדים צריך לפורעו בעדים וריב"ב לא פליג בזה רק דס"ל דאם טען פרעתיך בפני פלוני ופלוני נאמן, אבל מטעם מיגו לכ"ע ל"מ וכמ"ש תוס' שם בד"ה תיובתא וכו' במסקנת דבריהם, וכיון דעיקר הדבר הוא לכ"ע דצריך לפורעו בעדים, אזי יש מקום לדון ולומר דלמ"ב דל"מ במיגו דפרעתיך בפני פו"פ דהוי טענה גרוע' משום דכל הרוצה לשקר וכו', אלא אפי' גם בפקדון דיש לו מיגו דנאנסו ג"כ לא מהימן משום דהוי כאנן סהדי דלא החזיר לו בינו לבין עצמו וכמ"ש הר"ן שם בטעם הדבר דלא מהימן במיגו דפרעתיך בפני פו"פ, ולא משום דמיגו גרוע הוא, אכן לבתר דמשני רבה בדאיכא עדים והוא דראה שפיר קא מקשה ליה והא את הוא דאמרת דצריך לפ"ב, דא"ל דרבה ס"ל כתנאי דצל"ב והברייתא אתי' כתנא דאצל"ב, דהשתא דאיכא פלוגתא בעיקר הדבר גם גבי הלואה, אזי הסברא להיפוך דע"כ ל"פ אלא בהלואה דלית ליה מיגו מעליא אבל בפקדון לכ"ע מהימנינן ליה במיגו דנאנסו, דמה"ת נשימה הדבר בפלוגתא רחוקה כ"כ דחד ס"ל דאפי' בהלואה דל"ל מיגו מהימן, ואידך יסבור דאפילו בפקדון דאית ליה מיגו מעלייתא לא מהימן משום דדנין כאנן סהדי. ק ולע"ד נראה בביאור הסוגיא בזה דגם מעיקרא ס"ל דמיגו דנאנסו מיגו מעלייתא היא ולא דנין את פני הדבר כמיגו במקום עדים בפרט לרבה דס"ל דכל כמה דליכא ראיה ברורה להיפוך אזי מהני ליה המיגו [ב"מ פ"א:], רק דאיפשר לדון ולומר דרבה מוקים למתניתין דאומן עוסק באומנתו במקום רואים דצריך להביא ראיה כדאיתא ב"מ פ"ג], אכן מברייתא דקתני עבד בהדי טלית נשמע דגם במקום שיש רואים דל"ל מיגו דנאנסו אפ"ה דווקא בראה בידו טרם שנתווכחו ביניהם הוא דאינו נאמן, ולכן הוכרח רבה מזה לחזור ממה דס"ל מעיקרא, דהנה יש לספק בדינא דאיסי ב"י דס"ל דאם יש רואים צריך להביא ראיה אם הוא דווקא בדבר שיש בו דיני שומרים ונתחייב בשבועה לכן במקום שיש רואים לא מהימנינן ליה בשבועה אבל בדבר שאין בו דיני שומרים כגון עבדים וקרקעות דלא נתחייב לישבע איפשר דבזה אפי' במקום שיש רואים א"צ לה"ר

וכן מסתבר, וראיה מדברי רש"י שם בד"ה וז"ל אייתי ראיה ואינו נאמן בשבועה אלא בעדים, עכ"ל. והוא שפת יתר שהרי מפורש כן בדברי איסי גופי', אלא דקמ"ל דדוקא היכא דצריך שבועה הוא דאינו נאמן אלא בעדים, ולפ"ז שפיר קא מותיב ליה אביי מברייתא דקתני עבד וטלית בהדי הדדי ובע"כ דבחד גוונא קמיירי וכיון דקתני ראה גבי עבד בע"כ צ"ל דמיירי בכל גווני דאפי' במקום רואים צריכים לעדי ראה דכיון דאין לו ד"ש אזי לעולם יש לו מיגו דנאנסו וכיון שכן ממילא גם גבי טלית לעולם צריכין לעדי ראה אפי' במקום רואים אע"ג דלית ליה מיגו דנאנסו אלמא דאין צריך לפורעו בעדים ונאמן א במיגו דהחזרתי, ועיין:

ט שם בסה"ד וז"ל אבל אין נראה כו' דאל"ה תיקשי מאי פריך ליה אביי מההיא דראה כו' הא איכא תנא בשבועות דא"ל המלוה את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים ויסבור רבה כוותיה, ולכאורה הוא מן התימה דהא לא מצינו תנאים חולקים בזה היכא דהלוה לו סתם אי מחוייב להחזירו בעדים או לא, הן לפי ס"ד דש"ס התם בשבועות מא"י, הן לפי מאי דפריך רב אחאי כמבואר למעיין שם, דלפי ס"ד דש"ס הוי מחלוקתן דת"ק וריב"ב באמר לו בפירוש א"ת לי אלא בעדים אבל היכא דהלוה לו בסתם כ"ע מודים דא"צ להחזיר בעדים, ולמאי דפריך ר"א הוא דבאמר לו בפי' כ"ע מודים דחייב והיכא דהלוה לו בסתם אזי ג"כ לכ"ע צריך להחב"ע, ומחלוקתן הוא באומר פרעתיך בפני פו"פ והלכו למדה"י אי מהימן אי לאו אבל בינו לב"ע לא מהימן כמבואר בתוס' שם ד"ה תיובתא, וא"כ שפיר פריך ליה אביי לרבה מברייתא דראה עבדו דממנ"פ היכי ס"ל אי ס"ל כס"ד התם א"כ ליכא מאן דס"ל דצריך להחב"ע ואי ס"ל כדפריך ר"א שם א"כ לכ"ע ס"ל דצריך להחב"ע וא"כ ברייתא זו אמאן תרמייה, א"ו דשאני לן בין פקדון להלואה דגבי פקדון מהימן לומר החזרתי במיגו דנאנסו משא"כ גבי הלואה דל"ל מיגו, וא"כ קשיא לרבה איך חולק אברייתא בדבר דליכא פלוגתא דתנאי]. אמנם מצינו מחלוקת ב"ש וב"ה בהא דהמפקיד אצל חבירו בעדים [עיין קידושין מ"ג] גבי אחד שליח ואחד עד דנחלקו ב"ש וב"ה אי הוי קידושין אי לא ומדנקט סתמא משמע אפילו היכא דנתן כסף קידושין לשליח בפני עדים, וכן משמע נמי מדמקשה שם ע"ב לר"נ עיי"ש ברשב"א דמסתמא מסר להם בעדים, והשתא ניחזי אנן למאן דס"ל דהוי קידושין בע"כ צ"ל דס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים ונאמן אפי' בלא שבועה דאלת"ה היכי הוי קידושין [דא"ל משום דא"ל מיגו דנאנסו דהתם ל"ש טעמא דל"מ דהוי כמיגו במקום עדים שהרי לדיבורו עשה שליחותו דהא כל עד הצריך שבועה לא הוי עד, והשתא נוכל לומר דאפי' מאן דס"ל דלא הוי קידושין נמי ס"ל דא"צ להחזירו בעדים

ומטעם אחר הוא דלא הוי קידושין משום דשלוחו של אדם כמותו עיי"ש, והשתא הוי קושיית התוס' על הר"ח דלעולם נימא דרבה ס"ל כדפריך ר"א שם דלכ"ע צריך לפורעו בעדים ובריית נוקמא כהך דקידושין דבע"כ ס"ל לא' מהם דא"צ להחזירו בעדים ומאי קשי' ליה לאביי מהך ברייתא כלל והשתא כאשר בררנו קושי' התוס' דמטרת כוונתם היתה לאוקמא הברייתא כהאי מחלוקת דקידושין הנ"ל, נוכל ליישב דברי הי"מ וגם דברי התוס' על מכונם יבואו וכל אחד ואחד לשיטתו, והוא דסלע המחלוקת ביניהם הוא כעין מה שהובא באה"ע סי' ל"ה] בחלקת מחוקק [סק"ג] ובב"ש [סק"ה] עי"ש דהיכא דהיה עוד אחד עם השליח המסייעו דאז הוי קידושין משום דכל מה דפסלינן לשליח משום דצריך שבועה וכאן הא איכא עד המסייע דפוטרו משבועה והדר הוי ליה עד כשר, והוא דעת הרמב"ם וההולכים בשיטתו. אולם לדעת הר"ן וההולכים בשיטתו ס"ל דלא הוי קידושין, ומפרש שם בח"מ טעמיה משום דדמי' להא דאמרינן נפיק כולא ממונא נכי ריבעא אפומא דחד. והנה התוס' נקטו ליסוד מוסד דעד המסייע לא מהני ליה להכשירו וכיון דלא מהני ליה עד מסייע בע"כ צריך לאוקמי טעמא דמ"ד דהוי קידושין משום דס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזירו בעדים ומשום הכי הוי קידושין דמהימנינן ליה לשליח במיגו דאהדרינהו לבעל ואז נאמן בלא שבועה כלל דליכא למימר דמהימנינן ליה במיגו דנאנסו דהא אינו הוי טעין נאנסו הוי מחוייב לישבע וממילא גם עכשיו צריך לישבע וכל עד הצריך שבועה לאו עד הוא ועד אחד המסייעו לא מהני ליה אלא בע"כ צ"ל דס"ל דא"צ להחזירו בעדים, וכיון דמצינו מכח ההכרח מאן דסבירא ליה דא"צ להחב"ע שפיר קשי' להו דאי ס"ד דסברת רבה הוא משום דהוי כאילו אמר לו בפירוש א"ת אלא בעדים ולא מהימן אפי' בשבועה א"כ מאי מקשה ליה אביי מהאי דראה נימא דרבה ס"ל כדפריך ר"א שם בשבועות ובריית נוקמא כהאי מחלוקת דקידושין. אמנם הר"ח הנ"ל ס"ל דשליח ועד אחד הוי קידושין מעלייתא משום דעד המסייע פוטרו מן השבועה וכדעת הרמב"ם הנ"ל ותו לא צריכינן לאוקמי טעמא דמ"ד בקידושין דהוי קידושין משום דמהימנינן ליה במיגו דאהדרינהו דבטענת אהדרינהו לא הוי מהימנינן ליה אפי' בשבועה וכסברת רבה הנ"ל, כיון דלא מצינו בהדיא מי שחולק וס"ל דהמפקיד אצל חבירו בעדים אין צריך להחזירו בעדים, אלא טעמא משום דמהימנינן ליה במיגו דנאנסו ואי משום דמחוייב שבועה הא אית ליה עד המסייע הפוטרו מן השבועה והדר הוי ליה עד גמור ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק כ"א ובתומים שם ס"ק ט'], וממילא קמה קושיית אביי וגם נצבה מכח ממנ"פ דאי ס"ל לרבה כס"ד דשבועות אזי לא מצינו שום מ"ד דס"ל היכא דנתן לו סתם דצריך לפב"ע ואי ס"ל כדפריך ר"א שם בע"כ כולהו ס"ל

דצריך לפב"ע וא"כ ברייתא כמאן נוקמ' אלא וודאי דשאני לן בין פקדון להלואה משום דגבי פקדון אית ליה מיגו דנאנסו ומהימנינן ליה בשבועה דלא כרבה משא"כ גבי הלואה דל"ל מיגו דנאנסו ובמיגו דפרעתיך בפני פלוני ופלוני לא מהימנינן ליה כסברת הרא"ש שם משום דלא הוי מיגו מעליא דהרוצה לשקר ירחיק עדותו עיין שם:

י שם בתוס' הנ"ל וז"ל. ונראה לו לתרץ דהכא לא חשיב מיגו דטעמיה דמ"ד דצריך להחזירו בעדים משום כיון דלא הימני' בשבועה כדאמר בשבועות וכו' דהוי כאילו א"ל בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים, הילכך ל"מ במיגו דאיהו דאפסיד אנפשיה, אבל התם בהמוכר סבר דא"צ להלב"ע ולא חשיב כאילו אמר א"ת א"ב ולכך נאמן במיגו וכו' עכ"ל, ויש לדקדק מ"ש כיון דלא הימני' בשבועה, דעל איזה שבועה קאי, שכבר הקדימו לעיל דבזמן המשנה והברייתא עודנה לא נתקנה שבועת היסת, ואם על החזרתי במיגו דנאנסו דצריך לישבע שבועה דאורייתא קאי, מנ"ל דלא הימני' בשבועה זו, דאע"ג דהתנה בפירוש א"ת לי אלא בעדים דלהכי התנה כדי שיתחייב לישבע שד"א, דבלא"ה היה נאמן בל"ש לומר החזרתי בלא מיגו:

ונראה דעיקר דבריהם קאי על הקושי' שהקשו, דא"כ מאי הקשה הש"ס מברייתא דראה, אי דאיכא עדים ל"ל ראה, הא מהני ראה דאפי' בשבועה לא יהא נאמן וע"ז תירצו דהכא פי' גבי עבדו ביד אומן לא חשיב מיגו, ושיעור דבריהם הכי, דכיון דטרח למסור לו בעדים הוי כאילו התנה בהדיא אל תחזיר לי אלא בעדים, ולהכי גבי מטלטלין כיון שעל ידי תנאי זה לא יהיה נאמן לומר החזרתי אלא במיגו דנאנסו ויתחייב לישבע שד"א הרי הועיל התנאי לזה, מש"ה נאמן בשבועה אפי' כשהתנה בפירוש דהתנאי לא היה לבטלה, אבל גבי עבד כיון דאין נשבעים עליהם, אם נאמר שנאמינהו במיגו דנאנסו אזי יפטר גם משבועת היסת, ועי' בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ה, ומ"ש לקמן אות י"ב], דאין נשבעין על טענת ספק, וא"כ יהיה התנאי לבטלה לגמרי וללא הועיל כלום כיון דלעולם יש לו מיגו זו, ודמי למ"ש לעיל [באות ו'] בשם הסמ"ע, דהיכא דנתן לו נאמנות בינו לב"ע דלא מהימן במיגו כיון דלעולם יש לו מיגו זו, בע"כ הכי קיבל עלי' מעיקרא. וזהו שכתבו רבותינו בעלי תוס' דהכא לא חשיב מיגו, פי' גבי עבד כיון דאין נשבעין עליהן, אלא אמרינן דמעיקרא הכי קיבל עלי' דלא יהיה נאמן במיגו:

ומ"ש אבל התם בהמוכר סבר דא"צ להב"ע, הגם דהתם במטלטלין איירי, כוונתם דמסוגיא דהתם מוכח דאזדא ליה כמ"ד דאין צריך להב"ע מדמקשינן שם סוף סוף כי אמר ליה נאנסו לאו שבועה בעי, משמע דאם לאו שבועה בעי היה ניחא, ולמ"ד דצריך להב"ע הרי הוא להיפוך, דאז לא היה נאמן כלל במיגו:

יא שם בגמרא היכי דמי אי דאיכא עדים למה לי ראה, מקשין העולם לדברי תשובת הרא"ש כלל ס"ו סי' ח' מובא בכללי מיגו] דמיגו במקום עדים פסולים לא אמרינן, משכחת לן, דאיכא עדים פסולים, ועוד ק"ל דמשכחת לה בעדי הודאה שהודה האומן בפניהם שנתן לו לתקן, דבהודאה לחוד לכ"ע א"צ להב"ע, כדאיתא בשבועות (דף מ"א:) אנא כי אמרי היכא דמעיקרא אוזפי' בעדים, וגם מקשין העולם דנוקים ליה בע"א שמסר לו, דל"ל מיגו להכחיש את העד והו"ל מתוך שאיל"מ, ואתיא כר' מאיר דנשבעין על העבדים, ונראה דהנה יש לחקור לרבה דאית ליה היכא שמסרו שלא בעדים אע"ג דאומן מודה שבא לידו בתורת אומנות, דנאמן במיגו שלא בא לידו בתורת אומנות רק בתורת מקח, ובזה האומן נאמן דלא תלינן דמסתמא בתורת אומנות בא לידו רק היכא דאיכא עדים שמסרו לו בת"א הוא דמוציאין מידו, אם זהו דוקא היכא שבעה"ב תובעו בטענה זו שבא לידו בת"א, אבל היכא דתבעו בסתמא ואומר מה טיבו אצלך, אע"ג דאומן בעצמו מודה שבא לידו בת"א, מ"מ דינו כמו תרי הודאות דסתרי אהדדי, וכמו דאיתא בגיטין [דף מ':] גבי נתתי לך והוא אומר לא נתת דמוקמינן ביד המוחזק, ועיין בחידושי רשב"א שם בשם הראב"ד, ונראה דאפ"ה מוציאין מיד האומן, דבעה"ב נאמן שלא מכרו לו במיגו דנתן לו מתחילה בת"א, ואי משום מיגו להוציא דשאני מיגו זו שאז היו עדים מסייעין לו, וכיון דבמקום שחזקה מסייע לו אמרינן מיגו להוציא כמ"ש ריש כללי מיגו, כ"ש הכא דעדים מסייעים לו, [כיון דעדים מסייעים לו בגוף הממון שלא לקחון], איברא זהו בעדים כשרים, אבל בעדים פסולים אע"ג דאומן בעצמו אומר שבא מתחילה לידו בת"א ואח"כ קנאו מבעה"ב כיון דאיכא הודאת בעה"ב להיפוך, וא"ל דנאמין לבעה"ב במיגו, כיון דליכא עדים כשרים דמסייעו ליה הדר הוי ליה מיגו להוציא (וכן מבואר בקיצור כללי מיגו דין ג' דבמטלטלי חשיב כה"ג מיגו להוציא אף דאית ליה חזקת מ"ק], הגם דרבה ס"ל דאמרינן מיגו להוציא, שאני התם דהוי מיגו דא"ב שתיק לגמרי כיון שכבר יזכה בדין ע"י טענה ראשונה כמ"ש בתוס' ריש ב"מ ד"ה וזה, וגם בל"ז הרי אית ליה לאומן מיגו, ואי משום דאינו יכול להעיז להכחיש עדים פסולים, כיון דהודאת בעה"ב מסייע ליה מעיז ומעיז, וכן בע"א בכה"ג דבעה"ב מודה שלא בא לידו בת"א, והאומן מודה שבא לידו בת"א ואח"כ לקחו ממנו, וע"א מעיד שבא לידו בת"א, תו לית בזה דין מתוך אפי' למ"ד דנשבעין על העבדים, דכל עיקר טעמו לפי דלא חציף להכחיש את העד ובשבועה אבל הכא דהודאת התובע מסייע ליה מעיז ומעיז, ועוד כיון דתרי הודאות מוקמינן לחזקת ממון בחזקתו, מאי אמרת דנאמין לבעל הבית משום מיגו, הדר הוי ליה מיגו להוציא, כיון דל"ל שני עדים דמסייעין לו:

ואין להקשות לטעם הראשון שכתבנו דכיון דהודאת בעה"ב מסייע לו יכול להעיז, דאכתי נאמין לבעה"ב משום מיגו, ואי משום מיגו להוציא כיון דכל עיקרו של מיגו זו רק לדחות המיגו דאידך וכל כה"ג מהני אפי' להוציא [וכמ"ש לעיל סימן נ"ח אות י"א על דברי רמב"ן מובא בראש ס"פ שבועת הפקדון], ז"א, דממנ"פ אם נידון פני הדבר כמו שטענו לפנינו אכתי הרי איכא מיגו לאומן וכמ"ש, דבשלמא התם עיקר המיגו של התובע הוא רק להאמינו שלא אבד השטר בפשיעה, וע"י זה אזדא ליה ממילא המיגו דאידך כיון דליכא ריעותא דנפילה, ועיין עוד בהשמטות וביאורים], ואם נבוא לדון כאילו טענו השתא הטענה דבעי למיטען, הרי כבר מכחיש את העד ונאמן בשבועה, ועיין, וממילא מובן דגם בדאיכא עדי הודאה שהודה האומן בפניהם שבא לידו בת"א, ובעה"ב הודה להיפוך, ג"כ האומן נאמן שלקחו אח"כ, אע"ג דל"ל מיגו כמו בכל תרי הודאות דסתרי אהדדי דאזלינן בתר המוחזק, וא"ל דנאמין לבעה"ב במיגו, דהדר הוי ליה מיגו להוציא, ואי משום דהודאת הנתבע מסייע ליה, כיון דבגוף הממון אינו מסייע לו, דנהי דהודה שבא לידו בת"א, הרי טען שהוא שלו שלקחו אח"כ, וכל שאינם מסייעין לו בעיקר הממון, איננו יוצא מסוג מיגו להוציא אולם בדבר שדנין משום העזה כל שמסייע לו בזה יכול להעיז, ועיין], דבשלמא היכא דאיכא שני עדים דמסרו לידו בת"א כיון דאזלינן בתרייהו ומוציאין מיד המוחזק וכיון דמחזקינן על ידם ואמרינן דמתחילה ועד סוף נשאר בידו בת"א, לכן אע"ג דבעה"ב הודה שלא בא לידו מתחילה בת"א מהימנינן ליה במיגו, דכיון דעדים מסייעין לו בעיקר הממון אמרינן גם מיגו להוציא, משא"כ בעדי הודאה שכל עיקרו רק על ידי הודאתו של האומן והרי צועק ככרוכיא שקנאו אח"כ, ודמי להא דאמרינן בשבועות (דף מ"א ע"ב) אינהו אמרי אוזפינהו ואינהו אמרי פרעוהו: **ועוד** נראה בטעמא דמסתבר ביותר, דבשלמא בעדים שבא לידו בת"א שנתקיים הדבר ע"י עדים, דתו אי איפשר שיתבטל עדותן לכן שפיר מהימנינן לבעה"ב במיגו, אבל בעדי הודאה לחוד שכל עיקרו רק ע"י הודאה של הבע"ד דאיפשר שיבטל אח"כ הודאתו ע"י אמתלא ברורה [ועיין בקצה"ח סי' פ' לדעת הר"ש הלוי], תו ל"ל מיגו לבעה"ב, דכשיטעון שבא לידו בת"א מה אהני ליה דכיון שהיא טענה כוזבת אזי יתברר האומן אח"כ באמתלא ע"י הודאתו ואז תהיה בחזקת אומן לרבה, אף שבעה"ב טוען שבתורת אומנות בא לידו, משא"כ השתא א"צ לאמתלא כיון שבעה"ב הודה בהיפוך, ודינו דנשאר בחזקתו והוא של האומן, ועיין:

ועתה הבט נא וראה, איך שתנא דברייתא שינה בכיון ונקט בלישנא ואמר לו מה טיבו אצלך, דבפשטא משמעותו שלא מסרו לידו בתורת אומנות, רק באיזה תחבולה שלא

נודע לו כיצד היה, או שאחרים גנבו ממנו, או שבעצמו גנבו, או ע"י העבד שברח ממנו, ואפ"ה אין האומן נאמן, ומזה הוא דהכריח אביי לרבה שיחזור ממה שסבר מתחילה, ועיין היטב:

איברא לדידן דפסקינן כאביי, דבראה לחוד מוציאין מיד האומן, אע"ג דטוען שבתורת מקח בא לידו מתחילה, אנן מחזיקין דמסתמא בתורת אומנות בא לידו, ומש"ה גם כשאמר בעה"ב מה טיבו אצלך, אכתי לא נפיק מסתמא, והוא שהעבד הלך מעצמו לאומן שלא מדעת בעה"ב ללמוד אומנות, ואע"ג שהחזיק בו ג' שנים ושימש כדמוקמינן לעיל (דף ל"ו) לא מיחה בו דכיון שלבסוף יוציאנה מידו ניחא ליה בזה, ודנין דכוונתו בדיבורו של מה טיבך, היתה על כוונה זו, כי היכי דלא נוציא את פני הדבר מסתמא, משא"כ לרבה דלא סגי ליה בראה לחוד אפי' כשטוען שבת"א בא לידו והאומן מודה בזה רק שאח"כ חזר ולקחו הימנו, דנאמן האומן במיגו דלקחו מתחילתו ולא בא לידו בת"א, אלמא דלא מחזקינן את פני הדבר דמסתמא בא לידו בתורת אומנות, ולהכי גם בטענתו מה טיבו אצלך לא מהדרינן להוציא הדברים מפשטותן:

יב ונראה לפענ"ד לדינא, דהא דמבואר בש"ע [סי' קל"ג סעיף ב'] באמר לו אל תחזיר אלא בעדים, דנאמן בשבועה במיגו דנאנסו, וכן בהפקיד אצל חבירו בשטר דנאמן החזרתי בשבועה במיגו דנאנסו [בסי' רצ"ו], דזהו דוקא בדברים שיש בהם דיני שומרים דאז מהני התנאי, וכן השטר פקדון, בכדי שיתחייב לישבע שבועה דאורייתא לכמה פוסקים, או שבועת המשנה לדעת רז"ה [וש"ך סימן רצ"ו סק"ג], דאמרינן אילו נאנסו לאו שבועה בעי, אבל בהפקיד אצלו דברים שאין בהם דיני שומרים, כגון שטרות וכיוצא בו, [ואפי' מעות ניירות דאין גופן ממון], דאז בטענת נאנסו פטור משבועה, ואפי' משבועה שאינו ברשותו לדעת כמה פוסקים [לבד הראב"ד, עיין ש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ד], וגם אפי' משבועת המשנה לדעת הרמב"ם וריטב"א שם, וכיון שכן הרי התנאי או שטר פקדון שלקח היה לבטלה ולריק, כיון שנאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו בלא שבועה, ודמי לדברי הסמ"ע בסי' ע"א] דמוכח מדבריו דהיכא שנתן לו נאמנות בינו לבין עצמו, דאינו נאמן במיגו דיכחיש את עיקר הנאמנות, דא"כ הרי לעולם יהיה נאמן במיגו, וכמ"ש לעיל [באות ו'], ועוד דא"כ עוד מיגרע גרע לנפשיה בלקיחת השטר או בתנאי דאל תחזיר, דבל"ז היה מחוייב לישבע שבועת היסת על טענת החזרתי הגם שיש לו מיגו דנאנסו, כמבואר בריטב"א (מובא בש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ה] דמיגו לאפטורי משבועת היסת לכ"ע ל"א, והשתא כשהתנה א"ת לי א"ב או ע"י שטר פקדון, כיון דסוף סוף הוצרך למיגו

ליפטר מממון נפטר ממילא גם משבועה, אלא ודאי דכל עיקר התנאי או לקיחת השטר היה בכדי שלא יועיל לו טענת החזרתי אפי' במיגו:

יג ועיינתי אח"ז בספרי האחרונים מה שכתבו בזה, וראיתי בקצוה"ח [סי' קל"ג ס"ק ב'] שכתב כמ"ש לעיל [באות א'] דבהתנה אל תחזיר אלא בעדים, דלקוח וחזרה תרי מילי נינהו כמו בעדי הודאה, והוסיף עוד וחילק דלס"ד דרבה ס"ל דצריך להחזיר בעדים, אזי גם לקוח וחזרה שוים, דהטעם הוא משום חשדא אזי גם גבי לקוח איתא להאי טעמא, אבל לדידן דאינו אלא משום התנאי שלא יחזירנו אלא בעדים, אין בלשון זה אלא חזרה ולא לקוח, ונכון הוא ודפח"ח, ומה שהשיג עליו בנה"מ (ס"ק ג') וז"ל ליתא דכשהתנה ג"כ ע"כ משום שחושדו התנה כן, עכ"ל. הדין עם קצוה"ח דנהי דגם בתנאי חושדו. איברא הטעם דאינו נאמן לאו משום שחושדו, שהרי במפקיד בעדים אפי' כשייחדם המפקיד בפירוש ואמר להם אתם עדים אפ"ה נאמן, אלמא דאע"ג דחשדו המפקיד אפ"ה נאמן לומר החזרתי ביני לבינו, דעביד הנפקד להחזיר ולא משיב לו כגמולו, אלא דעיקרו דאינו נאמן הוא משום דלא עביד לעבור על התנאי, וכיון דלקוח מילתא אחריתא היא נאמן במיגו דנאנסו, דתו לא הוי כנגד חזקה, דהתנאי לא היה אלא על החזרה, אבל למ"ד דגם בסתם צריך להחזירו בעדים, הטעם דכיון שחשדו גם הנפקד אינו מאמינו, ומ"ש הסמ"ע סימן ע' ס"ק י"ב] את דברי הר"ן ומ"מ והוסיף בדבריהם כדי לנקות את עצמו מהחשד, היינו רק היכא שמיחה הלוה ואמר לא אחזיר לך אלא שלא בעדים כמ"ש, וע"ז הוסיף הסמ"ע וכתב דאפ"ה לא מהימנינן ליה בלא מיגו, והיינו מטעם חשד, אבל לענין שלא יהא נאמן אפי' במיגו, זה הוא רק מטעם וגדר תנאי הוא דאתאן עלה, והוא כשקיבל עליו התנאי:

ולפי מה שכתבנו דלקוח וחזרה תרי מילי נינהו, יש למצוא מקום להסיר את ההכרח אשר הבאתי לעיל [אות א'] מדברי הר"ן דנקט טעמא דהוי מיגו במקום אנן סהדי, וא"כ תיקשי לדידיה מדברי רבה כמש"ל, לפי המבואר לעיל (סי' נ"ט] לתרץ דברי הר"ן הנ"ל מקושיית שעה"מ, שהקשה עליו מסוגיא דקציצה וכן מסוגיא דקידושין [דף מ"ג:] גבי הן הן שלוחיו הן הן עדיו, שגם הר"ן מודה לגדולי הפוסקים דמיגו גרוע הוא רק דדחיקא ליה טובא לומר דגבי ממון יחוייב לשלם מטעם מיגו גרוע, שהרי גם מיגו דהעזה אמרינן לענין ממון, ולהכי משני ליה בפירוקא אחרינא דהוי כמיגו במ"ע, אבל במקום דאירי רק לענין שבועה לחוד, אזי יספיק לו טעם הנ"ל דמיגו גרוע ל"א, וא"כ ה"נ בדידן דלא הוי המיגו רק לענין שבועה, דהא לענין ממון אית ליה מיגו דנאנסו, רק דיתחייב לישבע ע"י מיגו זו, מש"ה לא פטרינן ליה תו משבועתו ע"י מיגו דהחזרתי, משום דהוי מיגו

גרוע לאפטורי משבועה, וגם הר"ן מודה דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, וכמ"ש במיגו דהעזה לאפטורי משבועה דלכ"ע ל"א:

סימן סז

בסוגיא הנ"ל [חידושים נפלאים בעזה"י]

א מתיב רבא לסיועי לרבה וכו', ועיקר הקושיא מחוסר כוונה א] כאשר תמהו בתוס' בד"ה אי בדאיכא עדים, וגם לפום תירוצם עודנו עיקר הקו' ותירוצו סובב והולך על ציר רפוי וחלוש, דאיזהו חידוש יותר בדאיכא עדים ולא ראה מליכא עדים ולא ראה, ב] קושי' תוס' בד"ה אלא, ג] יש לדקדק בתירוצו דאביי, לא לעולם דליכא עדים והוא דלא ראה, כיון שעיקר תירוצו דמיירי בדלא ראה דאית ליה מיגו דההחזרתי, ולאיזה ענין נוגע לו לומר דליכא עדים, שאין לזה הכרח ביותר ממה שכבר הוכיח בקושי' דא"כ ליחזי עדים מאי קאמרי:

ונלפענ"ד ליישב השקלא וטריא בדרך נכונה וסלולה, ונפרש תחלה לפי דעת הפוסקים דפסקינן כוותייהו [ברמ"א סימן רצ"ו ס"א], דמיגו לאפטורי משבועה אמרינן, רק בשבועת שומרים היינו טעמא דחייב אף בלא עדים ושטר, משום דמיגו דהעזה לאפטורי משבועה ל"א, גם מבואר בתוס' שבועות [דף מ"ה:] בד"ה מתוך, דאפי' לרב ושמואל דס"ל דאמרינן מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, זהו מטענה שאין חבירו מכיר בשקרו לטענה שמכיר בשקרו, אבל לכפור יותר, אפי' כשחבירו מכיר בשקרו בשני הטענות לכ"ע ל"א, וראיה ממודה במקצת דחייביה רחמנא וכדברי רבה, איברא זהו לאפטורי משבועה לחוד, אבל לאפטורי מממון, אזי אפי' דהשתא אין חבירו מכיר בשקרו, ובטענה דאי בעי טעין היה מכיר בשקרו וגם לכפור ביותר לכ"ע אמרינן, וראיה מעיזי דאכלי חושלא [ב"ב דף ל"ו דנאמן עד כדי דמיהן, דמסתמא אפי' אם שוים יותר, ואפ"ה נאמן במיגו דההחזרתי בדלא ראה כמבואר בפוסקים:

ולפ"ז קשיא בברייתא דאומן, דהא גם בלא מיגו יש לו דין שכיר אליבא דר' יהודה, וכדקתני בסיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל, וכן מבואר בתוס' להדיא בסד"ה אי דאיכא עדים, והשתא הרי כל השקלא וטריא, הן לס"ד דמהימנינן ליה במיגו דלקוח, והן לתירוצא דאביי דמיירי בדלא ראה ובמיגו דההחזרתי, הן הם רק לאפטורי משבועה דשכיר, והלא בטענה דבעי למטען יכפור בכולו, דלכ"ע ל"א מיגו כזו לאפטורי משבועה, וא"ל דזהו דוקא בשבועה דאורייתא אבל לא בשבועה דרבנן, דמאי שנא, וכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תקנו, [ואפי' לדעת מהרי"ן לב (מובא בתומים בכללי מיגו אות ע"ט) דבשבועה דרבנן אמרינן מיגו דהעזה, זהו היכא דמדינא נוטל בלא שבועה דאמרינן

דבמיגו כל דהוא אוקמינן אדינא], וכן מבואר גם בשיטה מקובצת כתובות [דף פ"ז:] על קושי' תוס' בפוגמת דליהמנה במיגו, ומתרץ בשם ראשונים דדמי למודה במקצת במיגו דכופר הכל, [וקושי' תוס' י"ל דהכי אזלא, דדמי ללווה אמר שלש (ב"מ דף ד:) דמהימנינן במיגו דאי בעי אמר שתים דמסייע ליה שטרא, וה"נ בפוגמת יכולה להעיז ולכפור בכולו]:

ונראה דמיגו דלקוח משכחת לה שלא יכפור ביותר מהשתא, שיכול לומר לקחתי בדמי שווי' ונתתי לך שתים וחייב אני לך המותר, או לקחתי בשתים על אופן זה, דמתי שתתן לי השתים נתחייבתי להקנות לך הטלית בחזרה, דסוף סוף השתא על גופא דחפצא קא טעין ליה, משא"כ בדתפיס ליה אאגריה או במשכון דעלמא. איברא כ"ז היכא דאיכא עדים שנתנו לאומן או שראו ביד האומן כשעסק במלאכתו, דאז לית ליה לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, ואזי לא נפיק מדינא דשכיר דעלמא, דנאמן בשבועה בלא מיגו, ולא צריך למיגו רק כדי לפטור משבועה, ומש"ה מיגו דלקוח אית ליה באופן שלא יכפור ביותר מהשתא וכמ"ש, אבל במיגו דהחזרתי אפי' בדלא ראה לית ליה לאפטורי משבועה, דהרי זה כמודה במקצת במיגו דכ"ה דל"א לאפטורי משבועה, אבל היכא דליכא עדים כלל, לא עדי שכירות ולא עדי מלאכה, רק השתא לאחר שטענו בב"ד מביא בעה"ב עדים דמכירין בעצמותו של בגד בטביעות עין שהוא שלו, אזי מצי הבעה"ב למטען דמסרתי בידך הבגד כמו שהוא מתוקן עתה לשנות בו אפס דבר, ועודנו לא שנית ולא מגיע לך אפס מאומה, דהשתא גבי הבעה"ב הרי זה מיגו מעליא ליפטר מממונא להפקיע האומן מתקנתא דשכיר, לדעת הרמב"ם [פי"א מה' שכירות ה' ו'], וכ"פ בש"ע [סימן פ"ט] דגם כשבעל הבית מודה במקצת פרעון, דהיכא דשכרו שלב"ע, נאמן בעה"ב בשבועה במיגו דלא שכרתיך, ואפי' לדעת תוס' ב"ב [בסוגיין ד"ה אלא לאו] נמי, דכל זמן שהוא ביד האומן ליתא לדין מודה במקצת דהו"ל הילך ולא כתבו כן אלא משנתנו לו, ולכן כשמביא הבעה"ב עדים שאומרים מכירים אנחנו הבגד בעצמותו בטביעות עין עד שלא נעשה שהוא של בעה"ב, אכן אם עשאוהו האומן הזה לא ידענו, דהשתא היכא דלית ליה מיגו לאומן היה צריך להחזירו בלא כלום, כיון דלאו אגופיה הוא דקא טעין ול"ל מיגו מוקמינן ליה בחזקת מרא קמא, והשתא היכא דאית ליה מיגו לאומן, אזי גם מיגו דהחזרתי הוי מיגו מעלייתא, דלענין ממון אמרינן אפי' מיגו דאי בעי כופר הכל, ואין עליו חיוב שבועה כלל, כיון דבלא מיגו אינו נאמן אפי' בשבועה, כיון דע"י מיגו דבעה"ב כבר הפקיעו מתקנתא דשכיר, וע"י מיגו הוא דמהימנינן ליה שוב אין עליו חיוב שבועה דשכיר כלל:

[**וא"ל** דאכתי יש עליו חיוב שבועה כיון דלאו אגופיה הוא דקא טעין, וכמו שחידשו הגאונים גבי משכון דצריך לישבע בנק"ח, כמו בכל הנשבעין ונוטלין, זה אינו חוצץ לדברינו, שכבר תמהו בו רבוותא ז"ל והקשו כן על הגאונים מגופא דברייתא, מדקתני נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל מכלל דבעודו בידו א"צ לישבע, ומיהו העיקר בזה כדמפרקי הרמב"ן והרשב"א, או משום דהברייתא אזדא כמאן דאית ליה אומן קונה בשבח כלי, ויש לו קנין בגופה יותר ממשכון, (ומה דקשה על ד"ק דא"כ בעבר זמנו לא שייך בל תלין, כאשר עמדו בזה רבותינו האחרונים ז"ל, כבר כתבנו לעיל בדיני דשכיר בזמנו (סי' ס' אות ג') ליישב על נכון), גם הרשב"א מפרק ליה בפשטא דלא קתני בברייתא אלא שבועה דנחתינן לנכסיה, ומש"ה שבועה דשכיר דאפי' כשתפס נחתינן לנכסיה משום דאינו נוטל אלא מתקנתא דרבנן, (וכ"כ הר"ן כתובות בסוגיא דפוגמת, והש"ך סי' פ"ז ס"ק כ"ה), משא"כ שבועה דמשכון דמדינא נוטל בלא שבועה כיון דאית ליה מיגו, רק דצריך לישבע משום דדמי לנוטל כיון דלאו אגופיה דמשכון קא טעין, ודמי לפוגם שטרו ולהבא ליפרע מנכסי יתומים, דהשתא כשתפס לא נחתינן לנכסיה, בשבועה כזו דקילא ליה לא קתני:

והשתא נפרש הציר שסובב עליו השקלא וטריא בעיקרו בקושיא דרבא ותירוצו דאביי, ואח"כ נפרש כל פרטותיהן, דרבא מפרש הברייתא דנהי דלא מיירי כשמסרו לו בעדים, דא"כ ניחזי עדים מאי קאמרי, אבל מ"מ מסתמא מיירי דיש לאומן עדים כשעסק במלאכתו, וגם מדקתני ליה בסיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל, דע"כ מיירי בדאיכא עדי מלאכה, דאל"כ נאמן הבעה"ב במיגו אפי' במודה במקצת וכדפסקינן בש"ע], וכיון שכן הרי יש לו כל דין שכיר דנשבע ונוטל, וא"כ הא דלא קתני לה בע"כ משום מיגו הוא דפטרינן ליה, וכיון דמיגו הוא לאפטורי משבועה, אזי בין בראה ובין בלא ראה הענין מכריח שהוא משום מיגו דלקוח, דהשתא לא יכפור ביותר וכמו שכתבנו, אבל לא משום מיגו דהחזרתי כיון דכל עיקרו של מיגו זו רק לאפטורי משבועה, והיכא דיצטרך לכפור ביותר לא מהני לשבועה, א"ו שהוא משום מיגו דלקוח דמשכחת לה שלא יכפור ביותר, ומוכח מזה דאומן נאמן בטענת לקוח מתחלה שלא בא לידו בתורת אומנות וכרבה:

וע"ז מתרץ ליה אביי בדליכא עדים כלל, שגם עדי מלאכה אין לו, דהשתא נאמן הבעה"ב להפקיעו מדין שכיר לגמרי משום מיגו דלא שכרתיך וכנ"ל, ואזי תו אינו נוטל כלל רק ע"י מיגו, וכיון דעיקרו של מיגו הוא לממון, ואזי מהני גם מיגו דהחזרתי דלענין ממון מהני גם מיגו דאי בעי כופר הכל, והא דקתני בסיפא נתנו לו בזמנו נשבע ונוטל, בע"כ מיירי בדאיכא עדים בשעה שנתנו לו, דאל"כ אפי' בדאיכא עדי שכירות או עדי

מלאכה עודנו יש לבעה"ב מיגו דעוד לא אהדרתן ניהלי, וכיון שכן שפיר יש לומר דמיירי בדליכא עדי מלאכה, ומשה"ט נאמן בדלא נתנו לו במיגו דהחזרתי, כיון דכבר נפיק ליה מדינא דשכיר, וכמו שכתבנו לעיל, אבל כשנתנו לו ואיכא עדי (חזקה) [נתינה] הרי הם כעדי מלאכה, דתו לית ליה לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, והדר דינו לתקנת שכיר דנוטל בשבועה, אבל כל זמן דלא נתנו לו דאית ליה לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, כבר נפקע דינו מדין שכיר דעלמא ועיין בהשמטות וביאורים].

ג ועתה נבאר דהא דהקדים רבא אי דאיכא עדים ניחזי עדים מאי קאמרי, הוא לשפוך סוללה לבנות דיק לעיקר היסוד, דאומן מהימן בטענת לקוח, ולסיוע לרבה, דהנה הרשב"א [סי' אלף מ'] כתב דהיכא דעדים מעידים שבא לידו בתורת משכון, אבל לא ידעו כמה הלוה עליו והמלוה טען עד כדי דמיו והלוה הודה במקצת, דאזי המלוה נאמן עד כדי דמיו בשבועה, אפי' בדברים העשוין להשאיל ולהשכיר וראה בידו, דלית ליה מיגו, נאמן, כיון דאיכא עדים שבתורת משכון בא לידו ובע"ח קונה משכון, ומביאו הש"ך [סי' ע"ב ס"ק ק"ט], אבל גבי אומן דלא בא לידו בתורת משכון דלא קנה ניהליה אינו נאמן אלא במיגו. ונראה, דשבועה זו, כיון דמ"מ לאו אנופה דמשכון קא טעין ליה, מחוייב לישבע, כדין שבועת הנוטלין, דמדינא נוטלין בלא שבועה אפ"ה מחוייבין לישבע שבועת המשנה, וכדינא דגאונים היכא דליכא עדים שבתורת משכון בא לידו ואית ליה מיגו, אע"ג דבטענה דבעי למיטען היה נאמן בשבועת היסת, מ"מ השתא דלאו אנופה קא טעין ליה הרי הוא כדין נוטל ומחוייב לישבע שבועת המשנה, ומזה מוכח דלמ"ד דאומן קונה בשבח כלי, אזי אם יש עדים דבא לידו בתורת אומנות דנאמן האומן על הקציצה גם בלא מיגו, כיון דאיכא עדים דבתורת קנין בא לידו, ולדעת הרמב"ן הנ"ל [באות ב'] בפירוקא על קושיית רבינו אפרים על הגאונים מברייתא, דשאני התם דנאמן אפי' בלא שבועה, דעדיפא ליה קנין דאומן מקנין דמשכון דא"צ לישבע:

ולהכי הקדים רבא אי דאיכא עדים, ואתיא כר"מ דאית ליה [ב"ק דף צ"ט] דאומן קונה בשבח כלי, דהשתא נאמן אפי' בלא מיגו ובלא שבועה לדעת הרמב"ן, [ואפי' לדעת הר"ן שחולק עליו דלא עדיף קנין אומן בש"כ מקנין דבע"ח במשכון ומחוייב לישבע, אבל מ"מ נאמן בלא מיגו, ומשבועה זו דלא נחתינן לנכסיה לא קמיירי, וכתירוצא דרשב"א הנ"ל על דברי הגאונים], והשתא כיון דנאמן בלא מיגו כלל, תו ליתא להוכיח מזה מידי בדין אם האומן נאמן בטענת לקוח, לכן הסיר לדרך זה מעיקרא דא"כ ניחזי מאי קאמרי, וכיון דליכא עדים אזי מוכרחים לבא לכלל מיגו כדי לפוטרו משבועה דשכיר, ותו אי איפשר רק ע"י מיגו דלקוח, וכמש"ל:

ד לכאורה קשה על מ"ש לעיל אות ב'] דרבא הוכיח לסיועי' לרבה, כיון דליכא עדים שמסרו לידו, דהשתא בין כשראה בידו בין כשלא ראה, הרי בע"כ צ"ל דמיגו הוא דא"ב טעין לקוח, דאכתי ליתא לסיועי' לרבה דאומן מהימן בטענת לקוח בלא מיגו, דיש לומר דברייתא מיירי בדלא ראה, דמהימן בלא שבועה במיגו דלקוח שאז לא יכפור ביותר, וכשיטעון לקוח הרי כבר יצא מדינא דשכיר, שהרי יטעון על גוף החפץ, ואז יהיה נאמן בטענת לקוח במיגו דהחזרתי, דהגם דבטענת החזרתי יכפור בכולו לית לן בה, כיון דאז יסוב פני הנידון לענין ממון, וגבי ממון אמרינן מיגו דא"ב כופר הכל:

וי"ל עפ"י מה שכתבנו בדיני דשכיר בזמנו [סימן נ"ט אות א'] דעיקר הפלוגתא דרבוותא אם אמרינן מיגו לאפטורי משבועה, תליא בפלוגתא דרבי ור' נתן בקידושין (דף ס"ד] אם מה לו לשקר כעדים דמי או כחזקה דמי, יעוי"ש באריכות בביאור הדברים היטב, דהר"י מיגאש וסיעתיה סברי דמה לו לשקר כחזקה דמי, וחזקה מהני לענין ממון ולא לענין שבועה, דאכתי לא נתברר הדבר לגמרי כמו ע"י שבועה, והרא"ש משיג בזה מטעם מה לי ממון ומה לי שבועה, דמה לו לשקר כעדים דמי, רק היכא דהוי מיגו דהעזה דהורע כחו של מיגו זו דיצא מתוקפא דעדים והגיע רק לכלל חזקה, דמהני לממון ולא לענין שבועה, והשתא לא מיבעיא לדעת רמב"ן [וריטב"א קידושין מ"ג תד"ה מאי קסבר] דס"ל דגם בעדים גופייהו לא מהימני במיגו, דהתורה לא האמינם רק היכא שנאמנים בעצמותן אבל לא היכא דצריכין למיגו, והא דמהימני' פרענו למלוה במיגו דאהדרינהו ללוה, הוא רק לסלק הנגיעה לבד, וגבי אנוסים היינו מחמת נפשות דנאמנים בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר [כתובות דף י"ח:] הוא מפני דלמיעקר סהדותיה והוי כלא נתקיים מעיקרא, תו אין לפטור את האומן משבועה דשכיר ע"י מיגו דלקוח, כיון דליפטר משבועה בע"כ צ"ל דמיגו כתוקפא דעדים דמי] ולקוח היה נאמן במיגו דהחזרתי, כיון דאינו נאמן גם בטענת לקוח רק ע"י מיגו, דגם בעדים לא מהני היכא דצריכין מיגו, והיאך אפ"ל דנאמן שתים קצצת במיגו דלקוח לפוטרו משבועה, משום דמיגו כתוקפא דעדים הוא, היכא דגם בעדים גופייהו לא מהימני היכא דצריכין למיגו, וה"נ כיון דבטענת לקוח ג"כ אינו נאמן אלא במיגו, א"ו בע"כ צ"ל דלקוח נאמן בעצמותו גם בלא מיגו, וכרבה, ומש"ה נאמן על הקציצה במיגו דלקוח לפוטרו משבועה, משום דתוקפא דמיגו כעדים דמי, אלא אפי' לדעת תוס' בסוגי' דהעדים שאמרו [שם בכתובות] דעדים נאמנים במיגו, מ"מ יש מקום לומר דמיגו גרועה כזאת שאינו נאמן בטענה דאי בעי למיטען בעצמותו רק ע"י מיגו, תו הורע כחו דמיגו ראשונה ולא הגיע לתוקפא דעדים, רק לכלל חזקה דלא מהני לאפטורי משבועה:

[**הנה** לעיל בדיני דשכיר בזמנו (ריש סי' נ"ט) כתבנו קושיית האחרונים לדעת הרז"ה דמפקיד בשטר נאמן החזרתי במיגו דנאנסו, מדאורייתא בלא שבועה, רק חכמינו ז"ל תיקנו שישבע שבועת המשנה, דא"כ הדרא קושיית הש"ס שם לדוכתיה, שבועת שומרים דחייביה רחמנא היכי משכחת לה, דגם באפקיד בשטר נאמינהו מן התורה נאנסו בלא שבועה במיגו דהחזרתי, כיון דהחזרתי נאמן במיגו דנאנסו, (וע"ש מ"ש באות א' ב'). ולדברינו הנ"ל יש לתרץ באופן אחר קצת, כיון דבע"כ לרב ושמואל דאית להו מיגו דהעזה לאפטורי משבועה, סברי דמה לי לשקר כעדים דמי, כמו שכתבנו שם, וכיון דבעדים גופייהו ל"מ המיגו רק לסלק הנגיעה לחוד (כמ"ש הריטב"א קידושין הנ"ל), ולא על גוף העדות, וה"נ כיון דאפקיד בשטר, נהי דנאמר דמיגו דהחזרתי כעדים דמי, כיון דגם בהחזרתי אינו נאמן אלא במיגו לא מהני כלום, דלא עדיף מעדים עצמם]:

ה אך עודנה קשה לכאורה, דמה כל החרדה הזאת שהמציא רבא לסיועיה לרבה מדהימנינן ליה בלא שבועה דשכיר כיון דכל תורת שכיר עליו [דמסתמא איכא עדי מלאכה בכל משך זמן המלאכה], וממילא אין לו שום מיגו דהחזרתי דדמי למודה במקצת, ולא נשאר לפניו רק מיגו דלקוח, וממילא מוכח דלקוח נאמן בעצמותו וכמ"ש לעיל, דאכתי יש לומר דסגי ליה גם במיגו דהחזרתי, ובאומר אי איפשי בתק"ח רק בעיקר דינא דאורייתא, דלרוב הפוסקים מהני אפי' להוציא, וכן פסקינן בש"ע סי' ק"ב ס"ב גבי הב לי זיבורית טפי פורתא], וכיון שכן הרי צריך למיגו לענין גוף הממון, וממילא נפטר משבועה דשכיר רק שבועה שחידשו הגאונים, ומזה לא מיירי כאשר כתבנו לעיל בהגה"ה [אות ב'], ותלמידי החריף והשנון מוה' צבי מיכל נ"י כיון לדעתי בקושי' זו:

איברא כשנדקדק היטב נבינה דבענין זה לא מהני ליה כשאומר אי איפשי בשעה שטענו לפנינו, כיון דכל עיקר הטעם דאמרינן לענין ממון מיגו דהעזה, הוא, משום דכך אמדוהו חז"ל שכל הרוצה לגזול את חבירו בטענת שקר, שוב אין שום דבר חוצץ לנגדו, ושוה לפניו דבר שאינו מעיז לדבר שיעיז ויכפור גם בכולו בכדי לזכות בממון ההוא, אבל בדבר שפני הנידון הוא רק לענין שבועה, אמרינן דטפי ניחא ליה לישבע בשקר מהיכא שיעיז בדבר שחבירו מכיר בשקרו, או לכפור בכולו, והשתא נמי כשאומר אי איפשי, כיון שהברירה בידו בשעה שטען לפנינו לבל יאמר כן, ושוב לא יתגלגל פני הנידון רק לענין שבועה לחוד, דשוב לא יהיה ביכלתו להעיז ולכפור בכולו, ומעתה קמה וגם נצבה הוכחתו של רבא לסיועי' לרבה, כיון דנסתלקו וננעלו שערי המיגו לפניו, רק מיגו דלקוח שנאמן בטענה זו בעצמותו, ומה שכתבנו לעיל בדיני שכיר בזמנו (ריש סי' ס') לתרץ דברי הר"ן ממה שתמה עליו הש"ך (סימן פ"ט) על תירוצו את שיטת הגאונים,

דלמה ליה מטעם דהיכא שיש לו מיגו מפוייס ועומד, ולא כפשוטו משום דגבי שכיר הוי המיגו לאפטורי משבועה לחוד, וכתבנו שם דהיכא דהוי מיגו דהעזה ולאפמ"ש דלכ"ע לא אמרינן רק היכא דאמר אי איפשי ותו דמי למשכון דמיגו הוא לענין ממון דצריך לישבע שבועת המשנה, דהתם מ"מ איכא נפקותא בטעמו של ר"ן היכא דכבר אמר אי איפשי קודם שטענו לפנינו, איברא לאוקמא הברייתא באופן זה הוא דרך רחוקה בפשטא], ותלמידי החריף והשנון מו"ה ישעיה נ"י הקשה דעודנה קשי' לרבא דאכתי מנ"ל דנאמן במיגו דלקוח דוקא דמשכחת לה דשוין שנים ויש לו מיגו דנאבדו בפשיעה עד שלא התחיל במלאכה ואז לא יכפור לו יותר מהשתא, וז"א דאכתי צריך לישבע שבועת המשנה שאינו ברשותו כדינא דרב הונא, ב"מ דף ל"ד: וכדמוכח בסוגיא שם דהש"ס שקיל וטרי בדינא דר"ה ממתניתין]:

ו בדברי תוס' בד"ה אלא וכו' בתירוצם עי"ש, צריכינן להבין לאשורם דבריהם העמוקים, דמה בכך שמודה במקצת, דגם במב"מ גופי' הא דאינו נאמן במיגו דכ"ה, הלא כל עיקרו, דליפטר משבועה לבד לא יתאמץ לבבו להעיז כל כך [וכ"כ הר"ן בפירוש בסוגי' דקציצה תד"ה הילכך], והשתא גבי אומן שכבר תיקנו חכמים שישבע ויטול והשתא דליכא עדים ששכרו, הרי עתה שירויח ממון יחזק לבו ויעיז כדי להרויח ממון [כמו גבי עיזי דאכלי חושלא דגרוע ביותר, דהשתא אין חבירו מכיר בשקרו משא"כ כשיטעון החזרתי, וגם יכפור ביותר], וכיון דסוף סוף יצטרך להעיז יפטור נמי ממילא משבועה דאורייתא, וגם בדעת הרמב"ם [פ' י"א מהלכות שכירות הלכה ו'] דפסק דבמודה במקצת פרעון ושכרו של"ב דנאמן בעה"ב בשבועה דאורייתא, ג"כ צריך להבין כיון דעיקר הדבר לדעתי משום דמיגו לאפמ"ש ל"א ל וטעמא דמילתא לדעת הע"ש וש"ך [ר"ס רצ"ו] משום דאינו משים על לבו לחשוב בדעתו כל הערמומית שבדבר בכדי ליפטר משבועה לבד והכא דנתלכדו יחד דין ממון ושבועה, אזי מן הסברא שיפטר משניהם, ולדברי הסמ"ע שם ניחא], איברא לדברינו שכתבנו לעיל קצת מזה דטעם הדבר משום דמה לי לשקר כחזקה דמי, וחזקה לחוד ל"מ לאפטורי משבועה וכאשר הארכנו בביאור הדברים בדיני דשכיר בזמנו, אזי דינו דרמב"ם מוכרח דכיון דליפטר מן ממון מהני חזקה ולא משבועה, השתא ג"כ דנתלכדו בהדי הדדי, מוקמינן לכל חד כדיניה, כדאשכחן בכמה ענינים שאין האחד נתבטל דינו מפני השני, יבמות [דף קי"ז.] בע"א דנאמן להתירה לשוק ואין האחין יורדין לנחלה ע"פ, וכן בגיטין [דף ח'] גבי כל נכסי קנוין לך, וכן בב"י [סי' פ"ב] בשם הר"י בן הרא"ש כשטען פרעתי ונשבע ואח"כ מצא המלוה שטר מקוים דצריך לפרוע, אבל לא נפסל ע"י כן, דנהי דמוציאין ממון ע"י חזקה דשטרך בידי מאי בעי, אבל לא הגיע

לפוסלו, וכן איתא כה"ג בתשובת הרשב"א [חלק ג' סי' ק"י] בגוזל בעדים דנאמן בטענת החזרתי ליפטר מממון אבל לא להכשירו כיון שכבר ישנו בחזקת פסלות, איברא לדעת תוס' קשיא דס"ל דמפני השבועה נתבטל ג"כ (את) דין ממון שבו, וגם מן הסברא נראה להיפוך, וכמו שכתבנו לעיל:

ונראה לענ"ד ליישב סברתם ע"פ דברי הרא"ש בר"פ כל הנשבעין שכתב שם על דינא דרב ושמואל דשכרו שלא בעדים נאמן במיגו דל"ש, דאע"ג דהוי מיגו דהעזה, דעתה אינו מעיז שבעה"ב טרוד בפועליו, מ"מ במיגו כל דהו אוקמוה אדינא, וצריכינן להבין דמאי קשי' ליה דהא לענין ממון אמרינן מיגו דהעזה, וכן הקשה הר"ן שם על קושי' הש"ס דא"כ שבועת שומרים דחייב' רחמנא היכי משכחת לה, דמאי קושי' דהתם הוי מיגו דהעזה לאפמ"ש, אבל גבי שכיר לאפטורי מממון הוא, ומתרץ שם דמשמע מדברי רב ושמואל דבעה"ב פטור גם משבועה שהתקינו בתחילה עליו ואח"כ הוא דעקרוה ממנו והטילוה על השכיר, ולכן גבי שכיר נמי איכא מיגו דהעזה לאפמ"ש, איברא מדברי הרא"ש דלא הזכיר בדבריו כלל משבועה זו משמע להדיא דס"ל כדעת התוס' שבועות (דף מ"ה.] בד"ה עקרוה וכן בד"ה (בדרבנן) [ורבנן], דלא תקנו מעיקרא שבועה על בעה"ב רק גבי קציצה יעו"ש היטיב, ואפ"ה קשיא ליה על עיקר מיגו זו דמדוע יפטר הבעה"ב במיגו זו, ונראה דכוונתו בזה דנהי דמיגו דהעזה אמרינן לדין ממון, זהו היכא ששני הטענות שקולות בלבבו מיהת, אם לאמיתית או להיפוך, רק דבראשונה אין חבירו מכיר בשקרו ובשניה מכיר, או שיכפור ביותר, אמרינן דאין דבר זה חוצץ בעיניו ושוה לפניו הרכסים כבקעה, רק לפטור את עצמו מן ממון, אולם היכא דבטענה זו שטוען יודע בעצמו באמונת לבבו שמסופק בזה ובכדי לפטור א"ע הוא דטוען בברי, ובטענה דבעי למיטען יודע בעצמו שהוא שקר מוחלט, אזי מיגו גרוע כזאת לא מצינו גם גבי ממון, ומשני ליה דמ"מ גבי שכיר מהני, דאוקמוה אדינא:

ולפ"ז יש להסביר בדעת תוס' דאכתי לא מצינו דמהימן במיגו גרוע' כזאת רק בכופר הכל ואליבא דרבנן דסברי דגבי שכיר עבדו תקנתא לתקנתא, יעו"ש בשבועות [דף מ"ו.] ולזה בכדי לעקור דבר קל כזה שהוא כעין תקנתא לתקנתא, הוא דמהני מיגו גרוע' כזאת, אבל לר"י דס"ל דלא תיקנו רק במודה במקצת ולדעת תוס' [שם דף מ"ו ד"ה לא קצצתי] דווקא במב"מ גמור הוא דתיקנו מתחילה אזי במיגו גרוע' כזאת לא נשמע מדרב ושמואל לעקור תקנתא לחוד ע"י מיגו כזאת, דמסתמא עיקר דינא דרו"ש קאי אמתניתין ואליבא דרבנן, שהרי כן מצינו בכמה דוכתי לחלק בין תרי דרבנן לחד דרבנן, גם לענין איסור

א"א דחמירא, דבחד דרבנן אינה מקודשת ובתרי דרבנן מקודשת גבי חמץ, ועיין באה"ע סימן כ"ח]:

סימן סח

עוד בסוגיא הנ"ל

א עיין ברי"ף ובבעל המאור וברמב"ן, בסוגיין, תוכן דבריהם, דהרב בהלכות ס"ל דלמסקנ' דאיתותב רבה, פסקינן כאביי דס"ל דאפי' מסרו שלא בעדים ולא ראה בידו אינו נאמן, דתקנתא עשאו חז"ל דאומן אינו נאמן במיגו, וגם האומן גופיה ניחא ליה בהאי תקנתא כמ"ש הרמב"ן בסוף דברי קדשו], וס"ל לבעה"מ דלצדדין קאמר הרב, ודווקא במסר לו בעדים ולא ראה אינו נאמן במיגו דהחזרתי, או בראה ומסר לו שלא בעדים, אבל בתרתי לטיבותא, מסרו שלא בעדים ולא ראה נאמן במיגו דלא היו דברים מעולם, וע"ז האריך הרמב"ן להשיג עליו, דא"כ מאי מקשה אביי אי הכי אפי' בעדים נמי, כשם דלדידיה מחלקינן בין מיגו דלהד"מ למיגו דהחזרתי, ה"נ לרבה יש לחלק בין להד"מ דידיה, דהיינו שלא בא לידו בתורת אומנות, בין מיגו דהחזרתי:

ונראה לפענ"ד דסברת הבעה"מ דנהי דניחא ליה לאומן בתקנתא דא, שלא יהא נאמן במיגו, זהו במיגו דאי בעי טעין טענה אחריתא, אבל לא במיגו דהפה שאסר, שהרי אפי' בנתן לו נאמנות סתם, דלא מהני מיגו דאי בעי טעין טענה אחריתא, דאמדינן דדעתו להאמינו אפי' במקום מיגו, ואעפ"כ במקום הפה שאסר מהני אפי' כנגד נאמנות כבי תרי כמבואר בסי' ע"א והארכנו בזה לעיל בסי' נ"ו) הרי דאע"ג דחזינן להדיא דניחא ליה להאמינו יותר מעדים, מ"מ היכא שעיקרו לא נשמע ולא נודע אלא ע"פ עצמו, אמרינן דאדעתא דהכי לא האמינו, ומש"ה גם באומן נהי דאמדו חז"ל דניחא ליה להאמין לבעה"ב אפי' במקום מיגו דאומן, אבל לא במקום הפה שאסר שלא היה לו עסק עמו כלל, וכמו בפרעתי במיגו דמזויף, שכתב הרמב"ן בעצמו בפ' המוכר את הבית (דף ע') לחלק בין שטר כיס, דלחד מ"ד אינו נאמן במיגו כנגד השטר, דהתם המיגו על טענה אחריתא אבל במיגו דמזויף שאני, שהפה שאסר כו', ולהכי נמי במיגו דלהד"מ דרבה, שמיירי אפי' בראה בידו, רק המיגו דלא היו דברים מעולם הוא שלא בא לידו בתורת אומנות רק בתורת מקח, דסוף סוף היה לו עסק עמו, אלא דאי בעי טעין טענה דעדיפא, מיגו כזה ל"א גבי אומן:

ב עוד נשמע מדברי בעה"מ שם, דהיכא דליכא עדי מסירה ולא ראה עכשיו קודם שטענו, אע"ג דראו בידו קודם שנתווכחו באיזה משך זמן, שנאמן לטעון לקוח בשעה שבא לידו במיגו דהחזרתי, ובזה יש להבין כיון דס"ס לית ליה מיגו דלהד"מ, וא"כ גם במסרו

בעדים, נמי יש לו מיגו דהחזרתי, ואפ"ה אינו נאמן במיגו, ונראה דס"ל לבעה"מ דכל עיקר תקנת חז"ל גבי אומן הוא היכא דידעינן שבא לידו בת"א, הן ע"י עדים או ע"י עצמו, אבל היכא דטען דלא בא לידו בת"א מתחלה, ולא נעשה אומן שלו, בזה לא תיקנו כלל, רק דאפ"ה אינו נאמן בעצמותו לפי שאין בתפיסתו ראיה, ומש"ה צריך למיגו דהחזרתי לדידן דפסקינן כאביי:

ג וטעמא דמילתא, דהיכא שהודה האומן שבא מתחלה לידו בתורת אומנות, הגם שלא ראו בשעה שטענו ביניהם רק קודם שטענו דלית ליה מיגו דלהד"מ, דאינו נאמן במיגו דהחזרתי ובמיגו דלא בא לידו בתורת אומנות, הוא, דכשם דתקנו חז"ל באיכא עדי מסירה ולא ראה, דכל היכא דלית ליה מיגו דהפה שאסר אינו נאמן ע"י מיגו אחריתא, וה"נ דכיון דאינו יכול לטעון להד"ם לגמרי, כיון דראו בידו והכירו שהוא של בעה"ב וצריך לטעון לקוח, תו יצא מכלל הפה שאסר ולא הגיע רק לכלל מיגו דעלמא, שכבר תיקנו דל"מ גבי אומן, ולא אמרינן דלענין זה שבא לידו בת"א הוי בכלל הפש"א, ונימא דבזה לא תיקנו כיון דבידו לומר שלא בא לידו בתורת אומנות, אלא כיון דבכללו יצא מכלל הפש"א שוב אין לחלקו לחצאין ועיין. וראיה לזה מקושי' אביי א"ה כשמסרו בעדים נמי, לפירוש הרב, דלדידיה דל"מ מיגו באומן ניחא, ולדידך קשי', וגם בל"ז פליגי בעיקר הדין דלרבה נאמן אפי' כשראו בידו וטוען שלא בא לידו בתורת אומנות אפי' דל"ל מיגו, ולאביי א"נ כיון דאין בתפיסתו ראיה, וכן מבואר לקמן גבי ראה עבדו ביד אומן וא"ל מה טיבו אצלך אתה מכרתו לי, הרי דטענו על תחלתו, ואפ"ה א"נ לאביי, ולדעת הרי"ף אפי' בלא ראה נמי משום תקנתא, הרי דפליגי בתרתי, בדינא, וגם בתקנתא, ובמה דפליגי בדינא אינו מתווכח עמו, כיון דתליא בסברא, ולא היה לו אז ראיה מכרחת לדבריו, רק דנתווכח עמו בדברי עצמו, דהא גם לדבריך בע"כ דמודה מיהת בתקנתא, דא"ה אפי' כשמסרו לו בעדים נמי, והשתא אם נימא דגם לאביי מיקרי הפה שאסר שלא בא לידו בתורת אומנות מתחלה, דא"כ גם לרבה נימא כן ולק"מ:

וזהו שנראה לפענ"ד בכוונת הרז"ה במ"ש דאיכא עדים ולא ראה, וליכא עדים וראה שקולות הן, והן דברים תמוהים כאשר השיג עליו הרמב"ן, וע"פ דברים הנ"ל יש לתת מקום לדברי קדשו, דכוונתו בראה וליכא ע"מ שראו בידו טרם שטענו ביניהם, דיש לו מיגו דלא בא לידו בח"א ויצא מכלל תקנתא, והגם דמ"מ אין בתפיסתו ראיה, ע"ז יש לו מיגו דהחזרתי, ומ"מ שקולות הם דא"נ בשניהם כיון דמ"מ אינם בכלל הפש"א:

ד דברי הר"י מיגא"ש במה שתמה על הרב בהלכות דאומן א"נ במיגו, דהא באומן אומר שתים קצצת לי וכו' לתירוצא דאביי דמיירי בדליכא עדים ולא ראה, נשמע להדיא

דאומן נאמן בטענת לקוח במיגו דההחזרתי, ודבריו תמוהין למאד כאשר כתב הרמב"ן שם דקציצה לא דמי ללקוח, דגבי קציצה לא תיקנו, ומהא דמשני אביי לא נשמע כלל דנאמן במיגו דלקוח, ולקוח במיגו דההחזרתי, דלמה לן כל זה, כיון דיש לומר כפשטא דנאמן על הקציצה במיגו דההחזרתי:

איברא לפי מה שכתבנו לעיל [סי' הקודם אות אב"ג] רק באיזה שינוים המוכרחים לשיטתו, ד"ק ברורים ונכוחים וישרים למוצאי דעת, דהנה לשיטתו דס"ל דמיגו לאפטורי משבועה ל"א [כמו שהביאו הראשונים בסוגיא דשכיר בזמנו, בשמו] יש להקשות בזה דס"ל לרבא שהביא ראיה מברייתא זו לרבה דאומן נאמן בטענת לקוח, ומשה"ט נאמן על הקציצה במיגו דלקוח כיון דעל הממון נאמן מצד תקנת שכיר, דאטו משום דהטלית בידו מיגרע גרע, וא"כ הרי כל עיקרו של מיגו הוא רק לאפמ"ש, וצ"ל דמידי הוא טעמא דפוסקים דל"א מיגו לאפמ"ש אלא משום דסברי דמיגו כחזקה דמי וחזקה ל"מ לפמ"ש היכא דאיכא מקום לשבועה בעולם במקום דליכא חזקה וליכא מיגו אשר חילא דידיה דהוא רק כחזקה וכר"נ לאוקימתא דאביי בקידושין ס"ד ע"ב, וכאשר הארכנו בזה בדיני דשכיר בזמנו בסי' נ"ט וגם לעיל בסי' הקדום] ותו אין מן התימה אם מוקמינן הברייתא הזאת כרבי דס"ל דמ"ל לשקר כעדים דמי, ובפרט לרבה דס"ל דאמרינן מיגו להוציא [ב"ב דף ל':] וגם ס"ל גבי נהר פקוד [ב"מ דף פ"א] דאלימא ליה חיליה דמיגו אפילו בדבר דמנגד לכעין תוקפי' דעדים אלמא דס"ל דחיליה דמיגו עדיפא מפני שהוא כעדים, לכן כל זמן דאינו מנגד לעדים ממש מהני ליה חיליה דמיגו כתוקפא דעדים, ומה"ט רבה לשיטתו הוא דק"ל גבי מודה במקצת דליהימני' בל"ש במיגו דכופר הכל, איברא מזה גופא תסתיים דאפי' לרבה דאלימא ליה חיליה דמיגו כל כך, אפ"ה לכפור ביותר הורע כחה ועמדה רק כתוקף חזקה לחוד לכן מהני לממון, ולא מהני לאפטורי משבועה, ומשה"ט גופא הוא הוכחתו של רבא, דבע"כ צ"ל דבטענת לקוח בא לידו מתחלה נאמן, ולהכי נאמן גם על הקציצה במיגו דלקוח, לפי דבטענה זו מש"ל דלא יכפור ביותר וכמ"ש לעיל בסי' הקדום] אבל לא בשאר מיגו, ומשני אביי בדליכא עדים והוא דלא ראה, וס"ל כתירוצם דתוס' דגבי מודה במקצת א"נ במיגו דלא שכרתיך, דאל"כ קשי' סיפא דנתנו לו נשבע ונוטל כקושיית תוס', וא"כ גם כשהטלית ביד האומן לא מש"ל לשיטתו דיצטרך האומן למיגו על גוף הממון, ואז יפטר ממילא גם משבועה שעליו במיגו דההחזרתי וכמש"ל לדעת תוס' וש"פ, הגם דס"ל לתוס' דבמודה במקצת ל"ל מיגו דלא שכרתיך גם על גוף הממון, מ"מ כשהטלית בידו הו"ל הילך וכמש"ל, אבל לדעת הר"י מיגא"ש לשיטתו מובא בנ"י ריש ב"מ] דס"ל דלא מש"ל גבי משכון דין הילך, רק

במשכנו בשעת הלואתו דקניא ליה בכסף שהלוה לו, וכן במשכנו שלא בשעת הלואה ע"י ב"ד דאלימא כחא דב"ד, אבל לא היכא שהלוה מודה במקצת ונותן לו משכון ע"ז, דלא קניא ליה במשיכה, כיון דלא קני' ליה לגמרי, דמנה אין כאן משכון אין כאן, וא"כ גבי אומן נמי כיון דלא בא לידו מתחלה בתורת משכון, גם השתא אע"ג דתפיס ליה, ל"מ לפוטרו משבועה מטעם הילך, דלא עדיף מנתנו לו הלוה בעצמו, וכ"פ הרמב"ם להדיא בפי"א מהלכות שכירות הלכה ח' [ובפ"ד מהלכות טוען ונטען הלכה ו'], כיון דגבי אומן אפי' כשהטלית בידו א"צ המיגו לגוף הממון, כיון דכבר זכה בעיקר הממון ע"י תקנתא דשכיר, דאע"ג דליכא עדי שכירות ולא עדי מלאכה, כיון שהוא מודה במקצת תו ל"ל מיגו, והשתא ממילא כיון שאינו צריך למיגו רק לפטור משבועה, א"כ גם לתירוצא דאביי דמיירי בליכא עדים ולא ראה, הרי הוא מצד ההכרח, דהא דנאמן על הקציצה בלא שבועה הוא ע"י מיגו דלקוח, וגבי לקוח כבר ליתא משום תקנתא דשכיר, שהרי טוען על גוף החפץ, ואז יהיה נאמן בטענת לקוח במיגו דהחזרתי, הגם שיכפור ביותר הוי מיגו מעלייתא דלענין ממון ל"ל ביה כמו גבי עיזי דאכלי חושלא, ותו לית כאן מקום לדון ולומר דנאמן על הקציצה במיגו דהחזרתי, כיון דגבי קציצה אין הנידון רק על השבועה לחוד, ולא מהני לכ"ע מיגו לאפמ"ש היכא שיכפור ביותר מדהשתא, א"ו דמתחלה דנין משום מיגו דלקוח, ואז לא יכפור ביותר, והדר מהימנינן ליה לקוח במיגו דהחזרתי, דהשתא דפני הנידון על החפץ עצמו, מהני נמי מיגו דהחזרתי, ולפ"ז מובן ממילא דלשיטתו אי איפשר לפרושי תירוצא דאביי דמשני בדליכא עדים דאפי' עדי מלאכה נמי ל"ל, וכמש"ל [בסי' הקדום א"ב], ולשיטתו ל"ל בזה תעלה ותרופה, שהרי אפי' בכה"ג ל"ל לבעה"ב מיגו דלא שכרתיך, כיון שמודה במקצת הוא, אלא בע"כ צריכין לומר דה"פ, אל תדמה שאתרץ לך בדרך רחוקה דאיכא עדי מסירה, וקציצה לא נגמר בפניהם לגמרי, והשתא מהימן בלא מיגו כלל, דאתיא כמ"ד דאומן קונה בש"כ, ודמי לדינא דתשובת הרשב"א הנ"ל, אלא לעולם בדליכא עדים והוא דלא ראה:

והשתא דוק ותשכח דאם נימא בדבר אחד מני היסודות הנ"ל דלא כשיטתו, שוב אין מן ההכרח מתירוצא דאביי דאומן נאמן בטענת לקוח ע"י מיגו, ולכן אין מן התימה כ"כ על הרב בהלכות:

ה לכאורה יש להבין כיון דרז"ה ורמב"ן הסכימו לדברי הרב בהלכות, וגם ר"ת ס"ל כן [כמו שהביאו המלחמות והטור (סי' קל"ד) משמו] אמאי לא מובא דעה זו בש"ע כלל, ובטור הביאם, והלא כלל גדול בידינו [מובא בסמ"ע סי' כ"ה ס"ק י"ט, ועיין בתשובת מהרי"ק שורש נ"ב], דלעולם פסקינן כדעת הרב בהלכות, רק היכא שהתוס' חולקין

עליו, ונראה דשאני בזה מפני שעיקר הדבר תליא בגרסת הש"ס בפ' שבועת הדיינין גבי אל תפרעני אלא בעדים ואמר פרעתיך בפני פו"פ, דלגירסא דידן דגרסינן נאמן, אזי נפל עיקר היסוד של הרב בהלכות לחדש כזאת, דאומן שאני מכל התורה דכל ראייתו הוא מקושיית אביי א"ה בעדים נמי, משמע דלדידי' ל"מ מיגו באומן כלל, וכל זה ההכרח הוא רק לשיטתו דגרס שם אינו נאמן, וממילא גם למ"ד דצריך לפורעו בעדים ג"כ אינו נאמן, כמ"ש הרמב"ן במלחמות ה', איברא לדידן דגרסינן נאמן, הרי יש לנו כמה דרכים לפרש את האי הכי דקאמר אביי, בל"ז, וכמ"ש לעיל [בסימן ס"ו אות ה' ו'], תו אין לנו לחדש דבר תימה כזאת [וזהו כוונת הרמב"ן במלחמות ה' שהקדים שם את גירסת הרב דגרס אינו נאמן, והדר מפרש דכל עיקר יסודו הוא מן אי הכי דקשי' לאביי, דלכאורה קשה הלא אין קישור לדבריו, דמה איכפת לן הכא במה דס"ל לרבה בדין פרעתיך בפני פלוני ופלוני, ונראה להדיא דהציץ מן החרכים, דבלא"ה נפל ואזדא ליה כל עיקר היסוד בכללו], וכיון שכבר חפש ויגע הרבה בזה, הרמב"ם ז"ל בגירסות ישנות ועתיקים, ובכולם הגירסא דנאמן, ולהכי בש"ע [בסי' ע'] דלא הביאו כלל לגירסא דאינו נאמן, ומש"ה גם [בסי' קל"ד] לא הביא כלל לדעת הרי"ף דאומן אינו נאמן במיגו, אכן בטור דהביא [בסי' ע'] דעת הרי"ף דאינו נאמן ודעת החולקים, הביא ג"כ בסי' קל"ד] דעת הרי"ף ודעת החולקים, דחדא בחברתה מישך שייכי:

גם מה שכתב הרמב"ן במלחמות ד' שם דלמ"ד דצריך לפורעו בעדים אינו נאמן במיגו דנאנסו, מפני שצריך להחזיר בעדים כמו באל תחזיר אליבא דידן, הוא להקדים ולחזק דינו של הרב דאומן אינו נאמן במיגו, שכל עיקר ראייתו הוא מן אי הכי דקשיא ליה לאביי, וכי היכי דלא נימא כמ"ש לעיל [בסי' ס"ו באות ו'] שהוא מיתורא דתנאי, והא תינח לאביי, דלא צריך לגופה כיון שגם בעדי ראה לחוד סגי, מפני שאין בתפיסתו ראיה, אבל לרבה הרי צריך גם התנאי לגופה, לכן הקדים דס"ל להרב בסברא פשוטה לפום גירסתו, דאם אמר פרעתיך בפני פו"פ דא"נ, דאפי' בפקדון לס"ד נמי הדין כן, אע"פ שיש לו מיגו דנאנסו, א"נ לומר שקיים תנאו ופרעו בפ"ע והלכו להם, ואפי' במפקיד בעדים לחוד ולא התנה כלום נמי, ומעתה תו לא נותר למפלט בדרך סלולה לפרש דברי א"ה, אם לא דלאביי תקנת חכמים הוא גבי אומן דלא נאמינהו במיגו, וראיה לזה דגם באומר החזרתי בפני פו"פ א"נ במיגו דנאנסו, לדידן באל תחזיר, ולרבה גם בסתמא כשמסרו לו בעדים נמי דינא הכי, דאלת"ה קשיא הא דתנן אומן אין לו חזקה, והרי כשטוען לקחתי בפני עדים דמאן דזבין בפרהסיא זבין] והלכו להם, יהיה נאמן במיגו דנאנסו, וטעמא דמילתא דכיון דנשמע מדברי רבה דצריך לפורעו בעדים, אלמא דס"ל דכמלוה בשטר

דמי, דבכל טענה דאתי לאורועי שטרא ל"מ, ואפי' במקום דליתא לחזקה דשטרך בידי מה בעי לא מרעינן לשטרא, וראיה לזה מהא דמבואר בש"ע (סי' ע"ג סעיף ד') וז"ל בד"א במלוה ע"פ כו' אבל אם היתה המלוה בשטר כו' וטען המלוה שלא קבע לו זמן וכו' ישבע המלוה היסת ויגבה חובו מיד, ועיין בש"ך שם [ס"ק י'] דשטר עדיף בזה מטוען על המשכון דצריך לישבע בנק"ח, משא"כ בשטר דלא נשבע רק היסת, ועיין בש"ע (סי' ע' ג') לדידן באל תפרעני אלא בעדים, וטוען שפרעו דא"צ לישבע, ומשמע בסתמא גם בטוען אישתבע לי דלא פרעתיך, הרי דעדיף עוד משטר, וה"נ לרבה דס"ל דצל"ב דשוה בזה לא"ת לדידן, ועוד דלדעת הרמב"ן עדיף עוד מא"ת לדידן דהא בא"ת נאמן לטעון פרעתיך בפני פו"פ, משא"כ לרבה דס"ל דצל"ב דאינו נאמן], ומבואר בש"ע סימן פ"ב סעיף י"ב] בטען הלוה שהשטר נעשה על תנאי ולא נזכר ממנו בשטר דא"נ, ועיין בש"ע [סימן מ"ב סעיף י"ד] בא לגבות ממעות המקום שיצא בו השטר, וטען הלוה שהמעות שאני חייב לו הוא פחות מזה המטבע, ישבע המלוה ויטול, וכיון שבררנו דגם במקום דליתא לחזקה דשטרך בידי מאי בעי לא מרעינן שטרא, יומתקו לן דברי הרמב"ן, המחוסרים הבנה, דאמאי א"נ לטעון פרעתיך בפני פו"פ היכא דאית ליה מיגו, דבשלמא בטוען פרעתיך בלא עדים א"נ במיגו דנאנסו, דאפ"ל משום דהוי כמיגו במ"ע, משא"כ בטוען פרעתיך בפני פו"פ, טעמא רבה בעי אמאי א"נ במיגו. ולדברינו אתי שפיר כיון דיש לו דין שטר, ובשטר איכא פלוגתא [ב"ב דף ע'] אי נאמן במיגו, וע"כ רבה ס"ל כהך מ"ד דא"נ כמ"ש לעיל, והכי מוכח נמי מסוגיית הש"ס דמקשה מראה עבדו ביד אומן אי דאיכא עדים ל"ל ראה, הא י"ל בפשטא דמיירי בטוען לקחתי בפני פו"פ, דאי לאו עדי ראה היה נאמן במיגו דנאנסו, א"ו דס"ל לרבה דגם במיגו א"נ:

סימן סט

בדבר החזקות לכל הלכותיהם ופרטותיהם הנהוגים פה עיה"ק ירושלים תובב"א, אשר נתיסדו משנים כבירים, ע"פ גאונים וצדיקים וקדושים אשר בארץ המה ונשמתם צבצה"ח בגנ"מ, הן המה חכמי ספרדים זצללה"ה, וכהיום נשאלתי מחכמי אשכנז שליט"א לחוות דעתי הקלושה בזה עפ"י דתוה"ק, ומתחלה מאנתי להזדקק לזה מכמה טעמים כמוסים וגלוים, אכן לאחר שהפצירו בי בדברים של טעם, לא יכולתי לומר נואש, ואחוה את הנראה לפענ"ד להלכה ולא למעשה, עד שיסכימו רוב החכמים וגדולים שליט"א דבקרתא הדא:

והנה בעיקר הנידון אם יש ביכולתנו לשנות אפס מנהו בדבר שנראה בעליל שנשתנה בדורנו מאשר היה לפנים ויסתעף חלילה מזה לגרש כמה שכנים מלהסתפח בקרתא

קדישא הדא, כגון בנידון שוכר ומשכיר, שעד כה היה השוכר מרויח בכפלים יותר ממה שנתן לישמעאלים, ואעפ"כ היו הדיורין במקח השוה לשוכרים מהם, אכן עתה שנכפלו דמי השכירות אצל הישמעאלים, והמשכירים מבקשים גם את כפלם כאשר הסכינו עד כה, ילחצו השכנים יותר מדי, ועתה נדבר הדברים בקוצר אמרים את הנראה לפענ"ד בעזה"י:

א הן נודע דאין ב"ד יכולים לבטל דברי ב"ד חבירו, אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין [גיטין דף ל"ו:], אע"ג דהיכא דלא פשטה ברוב ישראל אזי גם קטנים מהם יכולין לבטל לדעת תוס' [שם בד"ה אלא] ורמב"ם [פ"ב מה' ממרים ה"ב] כמו שהתיר רבי שמנן [לבד דעת הראב"ד (שם) דס"ל דדוקא היכא דאיכא תרתי לריעותא, שלא פשטה, וגם אין רוב הצבור יכולין לעמוד בה, אבל בחדא לריעותא צריכין דוקא גדולים מהם], אכן בנידון דידן דלא התקינו מתחלה אלא בקרתא דשופריא הדא, וכבר נתפשטה פה מדור דור, פשיטא שאין ביכלתנו להפיל צרור ארצה, כמו שמבואר בתוס' שם, וז"ל, ומיהו בדבר שלא תקנו שיתפשט האיסור בכל ישראל אלא במקום אחד דוקא וכו' גדול יכול להתיר ולא קטן, עכ"ל:

ב איברא לכאורה נראה דבנ"ד שהוא דבר שבממון לבד, דכשם דב"ד יכולין לעקור את ד"ת אפילו בקום ועשה משום הפקר ב"ד, מכ"ש דקטנים יכולין לבטל את דברי הגדולים היכא דרואים לפי העת והזמן שהשעה צריכה לכך בדבר שבממון לבד משום הפב"ד, וכן מבואר בתוס' יבמות (דף ע"ט:) בד"ה בימי רבי, אבל ז"א שכבר הקשה המג"א בסי' תר"צ סוף ס"ק כ"ב) על התוס' מגיטין (דף ל"ו) גבי שמיטה, ומתרץ דשאני התם שיש בו משום מילתא דאיסורא שנמנעו העם מלהלוות, ה"נ בנידון דידן מסתמא הגאונים הקדושים נ"ע מעיקרא לא נכנסו בעובי הקורה אלא משום ישוב ירושלים, ובכדי שלא ירבו מוהר ומתן ממון של ישראל בידי ישמעאלים שלא ירבו הרבה קופצים על חצר אחד:

ג היכא שנשתנה הענין עתה מאשר היה כבר בדורות שלפנינו שאז היו רוב חצירות פנוים, והשכנים מועטים, לא כן עתה שנהפוך הוא, ויתרבה עול המדהבה על השכנים, הן טרם שנרדה בזה לעומק הדין לאחר התקנות גדולות שהתקינו הגאונים הנ"ל, מן החובה להודיע שעפ"י דינא דגמרא ופוסקים אין שום קדימה להשוכר יותר מאחרים, הגם דמבואר בט"ז [סימן קע"ה סעיף נ"ט] דיש לשוכר דין מצרן, זהו בבית שדר בו אבל לא בשוכר להרויח, וכ"מ לשונו שם, וכן מה שמובא בהגה"ה סי' רל"ז סוף ס"א] דיש חר"ג שלא להסיג גבול בשכירות בתים מן הישמעאלים, הגם דמשמעות לשונו הוא אפי' כשאינו דר בתוכו, ושכרו להרויח, שכן כתוב שם, וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה

וכו' עי"ש, מסתבר מילתא דזהו נגד אחרים דעלמא, אבל לא נגד השכנים שדרים בו, שכבד עליהם טורח להשיג דירה אחרת, ובקושי ימצאו, אזי פשיטא דמצד הדין הם קודמים לשוכר להרויח, וראיה לזה שהרי אפי' במצרן גמור שא"צ רק להרווחה וללוקח דחיקא ליה שעתא ואין לו מקום לדור, הלוקח מדחה את המצרן כמבואר ברמ"א סי' קע"ה סעיף מ"ט], מכ"ש בנ"ד שהשכנים שדרים בתוך החצר יש להם דין מצרנות מצד הדין והשוכר להרויח אין בו משום תורת מצרן, אזי פשיטא שהם קודמים, ואיך יעלה על הדעת שרבינו גרשון יתקן להיפוך, גם במאי שהשכנים שדרו כבר קודמים לאחרים אפי' שרצונם להוסיף על השכירות, הם קודמים בדמי שכירות שנתנו, הוא ג"כ רק מצד תקנות קבועות ששנו כאן מהגאונים זצוק"ל, דמצד הדין הגם שיש להם דין מצרנות זהו כשיתנו במחיר שיתנו אחרים, אבל לא בפחות מזה, נמצא דנראה בעליל שתקנו הגאונים בזמנם מילתא דשוה לכולהו למשכירים ולשוכרים בדורותם, ולהרבות ישוב ירושלים עיה"ק, ועתה באפס מנהו נסבו בלכתן בדורותינו לקלקול הישוב. ולפום רהיטא נראה קצת דאעפ"כ אין כח בידינו לעקור תקנתם דמבואר בפסחים פ' מקום שנהגו [דף נ':] גבי בני בישן וכו' א"ל אבותינו איפשר להו אנן לא איפשר לן, א"ל כבר קבלו אבותיכם, ופי' רש"י שם וז"ל הוי איפשר להו להמנע מן השוק שעשירים היו, ומשמע אע"ג שעי"ז ילחצו ויתמעטו בכבוד שבת, אבל לקושטא ל"ד כלל לנ"ד דהתם לא נשתנה הענין בעצמותו ועשירות ועניות מצויין בעולם, אבל הכא שנשתנה הענין בעצמותו מהיפוך להיפוך, פשוט וברור לפענ"ד דיכולין לשנות אף בדורותינו שאנחנו יתמי דיתמי לגבי הגאונים הנ"ל, ודבר זה מתורת רבינו משה נלמד שכתב בתשו' רמ"א [סי' כ"א] שמחלק כן להדיא שם מהאי דבני בישן לגבי הא דר' יוחנן בן זכאי שעקר תקנה ראשונה לאחר חורבן, ופסק שם לדינא כן גבי בני ווינציאה שיהיה החפיפה בלילה מפני שאי אפשר להצניע עת טבילתן ביום כיון שדרים כל בני העיר בעגולה, ושיבח שם את הגאון מהר"י שתיקן לשנות ההנהגה הקודמת. איברא עודנה צריך ביאור קצת, מדוע לא הביא רמ"א שם דעת הרמב"ם פ"ב מה' ממרים ה"ב] דאפי' היכא שנשתנה הטעם א"י לעקור תקנה ראשונה אלא בגדולים מהם בחכמה ובמנין, וראב"ד השיג עליו מהא דריב"ז, והכסף משנה הליץ בעדו דריב"ז היה גדול בתורה כמוהם, והלח"מ תירץ באופן אחר יעוי"ש, וא"כ בעובדא דווינציאה דל"ש תירוציהם, מנלן שגם קטן מהם יכול לשנות. איברא נראה שהיה פשוט בעינו הבדולח לחלק דש"ה גבי ריב"ז הן בענין קבלת עדות החודש והן בענין פירות דמע"ש שלא היה הטעם גלוי לכל שמפני שפעם אחד שנתקלקלו הלוים בשיר לא קיבלו עדות החדש מן המנחה ולמעלה, וכן גבי מע"ש שהוא כדי לעטר שוקי ירושלים

בפירות, דאולי הוא כדי שלא יבואו לטעות ולקבל עדות החודש בין השמשות, ויעויין מ"ש התוי"ט פ"ג דר"ה בשיטת הרמב"ם דלא כהרלב"ח], וגבי פירות מפני שקדמה מצות הבאה לירושלים יותר מן הפדי' ותקנו לכל הפחות על מהלך יום א' שיבואו לירושלים, או מפני טעם אחר, וכיון שלא נודע לכל עיקר הטעם, לא נדע מפני מה ביטלו אח"כ, לכן בזה הוא דמצריך הרמב"ם דוקא לגדול מהם, ולפ"ז בנ"ד שנודע לכל יושבי שער ההבדל שנשתנה מן דורותם לדורותינו במרחק רב ועצום, פשיטא דיכולים לשנות בזה, ולהביא הדבר לעמק השוה, וראיה לזה שהרי אפי' בכמה דברים שהם מצד דינא דגמרא כגון לשאת ולתת עם העכ"ום ולהלוותם ביום אידם, ומבואר בתוס' ופוסקים שנשתנה להיתרא מפני שאינם אדוקים כל כך:

ד ולאפושי כחא דהיתרא בזה, נראה דיש לחקור בדבר שגזרו הקדמונים, ואז היה רוב הצבור יכולין לעמוד בה וקיבלו עליהם לדורות, ועתה נשתנה הענין בעצמותו ונראה בעליל שאין רוה"צ יכולין לעמוד בה, אזי מצד הסברא נראה דאמרינן סוף דינא כתחלת דינא, שהרי אם גזרו עתה אין בהם צד קיום כדאיתא במס' ע"ז (דף ל"ו מכ"ש עתה שלא גזרו כלל, רק בדורותם שהיה רוב הצבור יכולין לעמוד בם, וראיה נכונה לזה מדברי תוס' ע"ז (דף ט"ו] בסוף ד"ה אימור, וז"ל וי"ל דוודאי הא דאסור למכור בהמה טמאה היינו דוקא בימיהם שהיו הרבה יהודים ביחד וכו' אבל עתה מה יעשה שלא ימצא למכור יפסידנה, ולכך נהגו הגאונים שבגולה היתר בדבר וכו' עכ"ל. וכוונתם מפני שעתה אין רוב הצבור יכולין לעמוד בה, ומעתה בנ"ד שהשכנים מרובים בכפלי כפלים מן השוכרים ואין רוב הצבור יכולין לעמוד בה, פשיטא דנכון הדבר לשנות בזה להביאם לעמק השוה:

ה עוד נלפענ"ד שיש לצדד שמצד עיקר הדין מדינא דגמ' השכנים זכו שיעמדו במקומם, ובלבד שיוסיפו לשוכר את אשר הוסף הוא לישמעאלים בעלי החצר, הגם שאם ישכיר לאחרים ישיג דמי שכירות יותר, והנה לפום רהיטא לא נראה כן כמש"ל [באות ג'], אכן לקושטא יש מקום לדון בזה עפ"י הדין דמבואר ב"ב [דף נ"ד:] דנכסי וכו' מאי טעמא וכו', יעוי"ש בפירוש רשב"ם דתליא למילתא בעיקר הקנין והוא דישראל מעכו"ם ל"ק בכספא לחוד, ורה"פ חולקים עליו דאפי' היכא שקנה בכסף ואפי' התנה בפירוש שיקנה בכספא, מ"מ לא יצא מתורת הפקר, שאין זה תליא בתורת קנייה רק משום דלא סמכה דעתיה, ואפי' היכא שהתנה בפירוש ואמר דסמכה דעתו ל"מ מידי דבטלה דעתו אצל כל אדם, ועי"ש באשר"י ונ"י ורמב"ן דאפי' כתב לו השטר קודם שנתן לו השדה ואח"כ החזיק בהם אחר דזכה בהן, דכיון שכבר נסתלק הרי הוא כאחר ותו לא מהני מידי

במאי שכתב לו השטר אח"כ, אלא צריך שיכתוב לו קודם שיקבל המעות, וכן פסקינן בש"ע [סי' קצ"ד סעיף ג'], ועיין ברמ"א שם [סעיף א'] וז"ל מיהו בשכירות קונה בכסף לחוד, וכתב הסמ"ע משום שהוא לזמן שפיר סמכה דעתיה, הרי דלדעת הרמ"א והסמ"ע ליתא בשכירות לדינא דהפקירא. איברא הט"ז והב"ח השיגו עליהם במילתא דמסתברא, ולדידהו גם בשכירות לא יצא מסוג דהפקירא עד שיכתוב לו השטר טרם שיקבל הדמים או שיחזיק השוכר בעצמו טרם שיזכה בה אחר כמבואר שם, יעוי"ש בט"ז מ"ש לבאר במחלוקת הראשונים]. ונראה פשוט דגם לדעת הרמ"א והסמ"ע, זהו דוקא בימיהם דלא נהיגי בשטרי גבי שכירות, אבל בזמנינו שכל השוכרים מן הישמעאלים כותבים שטרא, פשיטא שגם לדעתם איתא לתורת הפקירא גם בשכירו' וזה מבואר, דכל מידי דקנין תליא במנהגא עפ"י עיקר הדין, שהרי איתא להדיא בקידושין דף כ"ו] קרקע נקנית בכסף וכו' לא שנו אלא במקום שאין כותבין את השטר וכו' אבל במקום שכותבים ל"ק עד שיכתוב לו, הרי להדיא דאפי' בישראל מישראל נמשך הדין אחר מנהגא, נמצא לפ"ז בנ"ד שאין הישמעאלים כותבים את השטר עד שיקבלו המעות, ומשעה שקיבלו המעות כבר הפקירו טרם שכתבו השטר ושוב דינם כאחרים, כנ"ל, ושכנים שדרו משנה שעברה החזיקו בדירתם בשמושם בתוכם גם יום א' או אפי' שעה א', להבא, והם צווחים ככרוכיא שרוצים לשכור גם להבא, נמצא שזכו בדירתם מתורת הפקר ובלבד שלא יפסידו לישראל השוכר, ועיין בש"ע [סי' קצ"ב סעיף ח'] בצחיח סלע שאין בו לא גדר ולא פרצה דזכו בתשמיש לחוד, וממילא דה"ה גבי שכירות דתשמיש הוא החזקה:

וא"ל דאע"ג שרוצים השכנים לזכות מכאן ולהבא מ"מ לא נתכוונו לזכות מן ההפקר ומבואר ביבמות דף נ"ב:] דעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו דל"ק, דז"א דזהו דווקא היכא דלא נתכוון לקנות כלל, אבל היכא שרוצה לקנות יהיה באיזה אופן שיהיה ואפי' כסבור שהוא של חבירו לגמרי וכיון לגוזלו, ואח"כ נתברר שהיה של הפקר, דפשיטא דקנה, וראיה ברורה לזה מדברי רבא [ב"ע דף כ"ו:] נטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלו עובר בכולן ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנ' בעלמא הוא דיהיב ליה, הרי דקני' ביאוש אע"ג שלא נתכוון אלא לגוזלו, ולמעיין שם בשיטה מקובצת יתבאר יותר:

ו ועיין בנתיבות המשפט שם סי' קצ"ד] שחולק על הט"ז הנ"ל ורצה להצדיק דברי רמ"א שם, וחידש דאע"ג שגם בשכירות מישמעאלים לא ס"ד אלא בשטרא מ"מ יצא מתורת הפקירא משום שלא יצא לגמרי מרשותו ולא מהני הפקר כהאי, לכן במכירה שיצא לגמרי מרשותו הוא דאית ביה תורת הפקר, ונראה שהדין עם הט"ז שהרי מצינו להדיא הפקר בכה"ג, ואפי' בפחות מזה, עיין בתוס' [דף כ"ד] ד"ה דאמרו לו נרבע שורו, שחידשו

לדעת רבינו אפרים דנרבע לא נאסר בהנאה דאפ"ה זכה המחזיק במה ששוה מחיים יותר מלאחר מיתה דלא אפקריה רק שיעשה לו מיתת ב"ד, הרי להדיא דאע"ג שגוף השור ברשות בעלים קיימא, מ"מ יש בו משום הפקירא ליתרון השיווי בחיותו, מכ"ש בנ"ד שזכה בדבר מסוים בקנין פירות לזמן, אבל מ"מ צריך ליתן לישראל דמי שכירות שנתן השוכר לישמעאלים, וגם דמי החזקה כנהוג ע"פ תקנת הגאונים, דלא עדיף מאילו שכרו השכנים עצמן מן הישמעאלים שמחוייבים ליתן ע"פ תקנה דמי חזקתו לבעלים ושוכרים בראשונה, איברא היכא ששכנים בעצמם או אחד מהם גרם בגרמא דיליה את ההוספה לישמעאלים, אזי כנגדו יכול השוכר לעשות מה שירצה כיון שהוא עשה שלא כהוגן וכו', כה נלפענ"ד וצריכין להמתיק הדבר ולעשות במתון רב, שלא יבואו לידי מחלוקת ולידי חה"ש חלילה:

דברי ידיד הקשור בעבותות אהבה לעובדי ד' ית"ש ובחיבה יתירה להוגים בתוה"ק ומתרפסים בישוב קרתא קדישא הדא:

סימן ע

בדיני מעות קונות

בעזה"י קיץ שנת תר"ו לפ"ק לאסק יע"א.:

א ברמב"ם [פ"ו מהלכות מעילה ה"י] וז"ל קנה בה חפץ ולא משך וכו' ואם מן ישראל לא מעל, ובמשנה למלך הניח בתימה מש"ס ב"מ [דף מ"ח] בסוגיא דמעות קונות, ובמחנה אפרים [ס"ס י"א בהלכות מכירה בקנין מעות] עמד ג"כ על דברי רמב"ם אלו וז"ל וראיתי להרמב"ם ז"ל [פ"ו מהלכות מעילה] שדחה האי סוגיא דהכא ופסק דנתנה לסיטון לא מעל, ונראה דס"ל דכיון דחכמים עקרו קניית הדמים אע"ג דמה"ת היה קונה מ"מ עכשיו שתיקנו דלא ליקנו יש בידם לעקור אפי' לענין איסורא, וכבר כתבתי לעיל דהכי מוכח ממה שאמרו בשואל קורדום דמעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, אלמא דהעמידו דבריהם אפי' בדאורייתא מדשרו לבקע בו לכתחילה, איברא דבהלכות תרומות [פ"ט] פסק ז"ל דאם לקח פרה מכהן ונתן את הדמים ולא משך דאסור לכהן להאכילה כרשיני תרומה דמה"ת מעות קונות ולא אמרינן כבר עקרו חכמי' קנין מעות ולישתרי להאכילה תרומה וי"ל עכ"ל:

ונראה לתרץ דברי הרמב"ם על נכון, דיש להתבונן בדבריו במעילה עצמו כיון דמדאורייתא מעל בנתינת המעות וחבירו מותר ליהנות בו לכתחילה והיאך יש כח בידם לעקור בקום ועשה דלדבריהם כשחבירו נהנה בו אח"כ מחוייב בקרבן והוא חולין לעזרה לדינא דאורייתא, ואין לומר דס"ל דגם בקנין מעות תקנו מתורת הפקירא כמ"ש

הריטב"א ב"מ על דברי רש"י שפירש בריש פרק הזהב (דף מ"ח) דנפ"מ בין ר"י לר"ל בקידש בו אשה דלר"י מקודשת, וז"ל הריטב"א ואינו מחוור דכיון דמדרבנן אינן קונות משום הפקר ב"ד הפקר בהשולח דף ל"ו) אף לר"י אינה מקודשת למ"ד דלית ליה רשות להנפקינון עכ"ל, מובא בשיטה מקובצת ב"מ [דף מ"ז:] ד"ה ר"ל, ובמח"א שם ביאר דברי קדשו של הריטב"א דלגבי מקח וממכר דכיון דשניהם לא פשעו [ועיין בזי"ר חלק ראשון יו"ד ה"ב סי' ב' אות ג' מה שכתבתי שם בכוונת תוס' יבמות (דף צ') ד"ה אזיל דהיכא דלא פשע ל"א הפב"ד הפקר], אם נאמר דמשום תורת הפקר הוא שהפקיעו קנין מעות ונעשה החפץ כהפקר לגבי הלוקח אזי בע"כ צ"ל שהחכמים השוו מדותיהם ונעשה גם המעות כהפקר לגבי מוכר כי היכי דליפקע גם קנינו במעות שקיבל וקנה מדאורייתא דמדוע יעדיפו כחו של אחד יותר מחבירו כיון דשניהם שוים מעיקר דינא דאוריי' ושניהם קנו ביחד דכל אחד קשור ותלוי באידך, ומעתה אם נאמר שהם חיזקו הדבר בכל תוקף ועוז שיש להם מן התורה, היה להם להפוך הדבר ג"כ בקנה המידה הזאת ולהשוות שניהם יחד, ומשה"ט לדעת הפוסקים דסברי דלאחר שהפקיעו חכמים קנין מעות שוב אין המוכר רשאי להשתמש במעות אזי אמרינן דהפקיעו קנין דאורייתא הזה על יסוד ומצב זה שניתן להם ועשאוהו כדאורייתא ממש והפקיעו יד שניהם בשוה, מן המוכר קנינו במעות, ומן הלוקח קנינו בחפץ, איברא דיש להתבונן לדעת רוב הפוסקים דגם לאחר שהפקיעו חכמים קנין של לוקח מן החפץ, אבל קנינו דמוכר מן המעות לא הפקיעו וא"כ בע"כ צ"ל דלא משום תורת הפקירא הוא דנחתינן ביה כמבואר בלשון הריטב"א הנ"ל, וא"כ מאיזהו מקור יכולים להפקיעו דברי תורה בקום ועשה, כקושי' הש"ס יבמות דף פ"ט] בנשואי קטנה בירושת הבעל, גיטין (דף ל"ו] גבי שמיטה, וא"ל מפני שראו טעם הגון ונחוץ לזה יותר מירושת הבעל ושמיטה, דמי מדד ושקלם להכריע ביניהם הלא גם בשמיטה עשאוהו מפני תיקון העולם ואפ"ה מקשינן עליה, [ועוד דהא תינח לדעת התוס' יבמות שם, אבל לדעת רוב הפוסקים החולקים, מא"ל], וגם א"ל דההפקעות קנינים בכדי שיקום ביניהם כאשר היה מתחילה שב ואל תעשה מיקרי דליתא דא"כ גם במפריש מטמא על הטהור [יבמות דף פ"ט] נמי נימא הכי דהאי גריוא הדר לטבלו כמתחילה, וכן גבי שמיטה נימא נמי דמיקרי שב ואל תעשה דלא לשתמיט ונשאר הלוה חייב לו כבתחילה, הרי דכל כה"ג כקום ועשה הוויין:

ב ולכן נראה דיסוד זה דמי ממש להא דאיתא בגיטין [דף ט'.] שכ"מ שכתב כל נכסיו לעבדו חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד, חוזר בנכסים מתנת שכיב מרע היא, ואינו חוזר בעבד שהרי יצא עליו שם בן חורין, ועיין בתוס' בד"ה ואינו חוזר בעבד וז"ל וא"ת ואמאי

יצא בן חורין והא מתנת שכיב מרע היא ואינו קונה אלא לאח"מ ואין גט לאחר מיתה, וי"ל בדכתב ליה מהיום אי נמי אפי' סתמא כיון דדעת שכ"מ לשחרר דעתו שיקנה בשעה שראוי לשחרר דהיינו מחיים, וא"ת כיון דסתמא דדעת שכיב מרע לחזור בו אם יעמוד אמאי אינו חוזר בעבד, וי"ל דהכל תקנת חכמים הוא גם מה שחוזר בנכסים וגם מה שאינו חוזר בעבד דמסתמא דעתו כמו שיאמרו לו חכמים, מיהו אם כתב בהדיא מהיום אם ימות אין נראה שיועיל לענין זה יצא עליו שם בן חורין לומר שאינו חוזר בעבד מאחר שהתנה בפירוש עכ"ל, תוכן דבריהם דמעיקרא קסברי דמשום האי טעמא לחודא יצא לחירות מפני שיצא עליו שם בן חורין, והקשו דהיאך יעקרו דברי תורה בקום ועשה כיון דמדינא אין גט לאחר מיתה וכן פירש המהרש"ל שם, ותירצו דטעם זה לא ניתן אלא לחכמים עצמם דמשום הכי ירדו לתקן בכך ובתר הכי אמרינן כיון דמסתמא דעתו דמשחרר היה על דעת חכמים וביטל דעתו לגמרי והתקשר עצמו בדעתם והרי הוא כאילו שחררו הוא עצמו מעכשיו, הגם שבדיבור אחד כתב ונתן לו עצמו ונכסים, אפ"ה אמרינן דמסתמא גמר דעתו כפי שיאמרו לו חכמים, גם לחלק ולהחצות דיבורו כאשר גזרה חכמתם, רק כשהתנה בהדיא אז נסתלק טעם זה ולא נותר רק ראשית מחשבת ומקור תקנתם שהוא מפני שיצא עליו שם בן חורין אזי תו אין ביכלתם לעקור בקום ועשה ולהתירו בבת חורין אפי' במקום שיש טעם לתקנתם כמו דמצינו בירושת הבעל ובשמיטה, דלולא דחיזקו דבריהם משום הפקר ב"ד הפקר לא יוכלו להפר דבר שהוא מן התורה אפי' בממונא, ונמצינו למדין מזה דשאני מידי דאתי ממילא ממידי דאתי מחמתיה, דכל מידי דאתי ממילא כגון ירושה או שמיטה וכדומה, א"א לתקן דבר רק בכחא דהפקירא, אבל בדבר הנעשה מדעתו דבעל הממון, טוב להם לתקן בתקנתא לחוד הן להקם דבר הן להפר, ואעפ"כ יתקיים תקנתם כדאוריי' ממש משום דאמרינן דמסתמא דעתו מקושרת כאשר יגזרו עליו, ועל אופן זה עשה הדבר מתחילה, וטוב לפניהם להלוך בזה מתורת הפקירא, שהרי גם במפקיר להדי' עדיין צריך ג"ש, עיין ניטין [דף ל"ח:] וברמב"ם פ"ח מהלכות עבדים, ועוד שכבר בארנו בזית רענן חלק ראשון דלכמה פוסקים לאו מילתא קלישתא היא לתקן משום הפקר ב"ד הפקר רק במקום צורך גדול דלא סגי בלא"ה, אבל כל כמה דיפיקו זממם בל"ז לא נכנסו כלל לסוג זה. ובזה יתיישב קושיית צמח צדק בתשו' (סי' ל"א) ד"ה וכ"ת שהקשה דמה ראו חכמים לעקור ד"ת בקנין מעות היה להם לתקן שהמוכר יתחייב באונסין, ולדברינו מתורץ קצת דחיוב אחריות אי איפשר לחייבו בע"כ רק ע"י הפקר ב"ד הפקר (פ' השולח דף ל"ו) ונתרחקו מזה כל כמה דאיפשר בלא"ה ומשו"ה עדיפא להו לתקן ע"י חזרה וכו', גם אפ"ל ע"פ

סברת התוס' כתובות (דף נ"ו ע"ב) תד"ה הרי, דשומרים גופייהו ל"ח רחמנא בע"כ דידהו רק משום אומדן דעת שכל אחד מהשומרים מתחייב א"ע מדעתו בהני חיובין דרמי רחמנא עליה, וכיון דלא מצינו בדאורייתא גופא שיתחייבו באחריות בע"כ היכא דלא פשעו כלל, היכי יתקנו רבנן בהכי כיון דליתא כוותיה בדאורייתא], ומשה"ט מובן נמי דלדעת רוה"פ דמוכר מותר להשתמש במעות שקיבל גם לאחר שהפקיעו קנין ממעות דהפקעה זו בע"כ לא מתורת הפקירא ניתנה כמבואר בריטב"א הנ"ל רק משום טעם זה עצמו כיון דראו חכמים שטוב לפני כל הלקוחות דלא יקנו לגמרי כי היכי שיטרחו המוכרים להציל אזי שוב אמרינן דמסתמא גמר דעתו של אדם קשורה בדעת חכמים, שרק המה יברו לפניהם הדרך היישרה והיותר טובה בתכליתו והרי הוא כאילו לא נתן לו מתחילה בתורת קנין כלל כמו דאמרינן גבי עבד שכתב לו במתנת שכ"מ כל נכסיו:

ג

ג ועפ"ז דברי הב"י מובא ברמ"א [בסי' קצ"ח סעי' ה'] ברורים וצודקים, דהיכא דהתנו בהדיא דהמעות יקנו קנו והשיג עליו הש"ך דמה מועיל מה שהתנו כיון שכבר עקרו קנין זה ודמי להתנה שיקנה בדברים לחוד דיכולים לחזור בהם, ועוד דאנן פסקינן כר"י דאף בדבר של ממון אם מתנה על דבר שתקנו חכמים תנאו בטל דחכמים עשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה, גם מביא דברי ריטב"א קידושין (דף כ"ה:) שכתב שם להדיא שכל מקום שאמרו חכמים שאין קונין בהם אע"פ שפירשו המוכר והלוקח שיקנו בו אינו קונה מטעם הנ"ל וע"ש, ולדברינו הנ"ל תורת אמת היתה בפי זקני ומרן של ישראל דלדידן דפסקינן דמוכר חייב באחריותן של המעות משום היתר תשמיש כמבואר בטור וש"ע ס"ס קצ"ח הרי בע"כ צ"ל דלאו מתורת הפקירא הוא דהפקיעו דא"כ היאך יעדיפו כחו של אחד יותר מחבירו כיון דשניהם שוין כנ"ל, אלא וודאי האי דהפקיעו ועקרו בקום ועשה משום דמסתמא דעתו קשורה בדעת חכמים אבל כשהתנו בהדיא שיקנו הרי נשאר קנין מעות בתוקפו ואין בידם לעקור בקום ועשה כמבואר גם בעבד דהיכא שהתנה בהדיא מהיום אם ימות דיכול לחזור גם בעבד, ומה שהקשה דתנאי מפורש ל"מ בדרבנן ל"ק דמידי טעמא אלא משום דחכמים עשו חיזוק לדבריהם והא תינח כדחזינן שעשו חיזוק בכל תוקף שיש להם כגון בכתובה וכדומה דאפי' אם לא כתב לה מחייבינן ליה וע"כ משום הפקר ב"ד הפקר הוא דנחתי' ביה, אבל בקנין מעות דע"כ צ"ל לדידן דלאו משום כחא דהפקרא הוא רק משום אומדן דעתא וכל דהתנו בהדיא הדר הדין כדמעיקרא, ומה שהקש' מדברי ריטב"א ל"ק דריטב"א אזיל לשיטתו דלאחר שהפקיעו גם המוכר אינו רשאי להשתמש במעות ובאמת הפקעה זו מתורת הפקירא

נתייסדה מעיקרא ומש"ה ל"מ תנאי, אבל לדידן דפסקינן להדיא דהיתר תשמישו נשאר כדמעיקרא אזי לית מאן דפליג דמהני תנאי והדברים ברורים:

ד ומעתה דעת לנבון נקל להבין דברי רמב"ם בפ"ט מהל' תרומו' הנ"ל בישראל שלקח פרה מכהן ונתן דמים ולא משך דאסור להאכילה כרשיני תרומה וכן להיפוך בכהן שנתן דמים לישראל דאסור להאכילה עד שימשוך, וקושי' מחנה אפרים הנ"ל שהקשה ממעילה כבר מתורץ על נכון, אמנם קשי' מאתנן דמבואר להדיא בע"ז [דף ס"ג.] בהתבעלי לי בטלה זה דמחוסר משיכה דלא הוי אתנן, וכן פסק הרמב"ם בפ"ד מהלכות איסורי מזבח הלכה י"ג הרי דאזלינן בתר דרבנן אפי' להקל, ועוד קשי' לדעת האחרונים שהבינו בדבריו דמשום הכי אסור להאכילה כרשיני תרומה משום דאין כח ביד חכמים במה שהפקיעו קנין מעות להקל נגד איסור תורה כמו דמשמע מדברי מחנה אפרים שם וכן מצאתי באבני מלואים חלק א' בסי' כ"ח באה"ע ס"ק ל"ג, ודבריהם תמוהים לפענ"ד שהרי רבינו פסק בעצמו בסוף פ"א מהלכות תרומות, התרומה מזמן בית ראשון והלאה עד שיבנה ביה"מ בב"י ויהיו כל יושביה עליה מדרבנן בעלמא וכיון שכן זולת כל קושיות הנ"ל דברי קדשו צריכין ביאור במקומם דכיון שכל איסורו אינו אלא מדרבנן אמאי ל"מ הפקעה דרבנן בכהן שמכר לישראל בכסף ויאכילנה כרשיני תרומה, אמנם לדברינו הנ"ל דכל כחם של ההפקעה זו בקנין מעות הוא משום דראו חכמים לתקן לטובת הלוקחים כדי שיטריחו המוכרים להציל, ולכן כשנסתיים מילתא שחוזר בו אמרינן דמסתמא בגמר דעתו של לוקחים המה קשורים בדעת חכמים שגם דבתחילת המחשבה נראה למו דטוב לפניהם שיקנו בכספם שהוזלו לעומת המחיר שבקשו אכן סוף דעתם צמודים בדעת חכמים אשר שקלו הדבר בחכמתם העצומה שטוב לפניהם שלא יתנו כתף סוררת בחזרת המוכרים, ומש"ה ה"ה להיפוך נמי דאינו מן הדין להעדיף כחו של אחד מחבירו, ולהכי גם הלוקחים יכולים לחזור בהם לאחר שקבל עליו החוזר בו מי שפרע כמבואר, איברא כשנשלם המקח שביניהם ולא חזרו בהם אזי מה"ת נאמר שהכניסו חכמים א"ע בזה להלך נגד דינא דאורייתא ואמרינן הוברר הדבר למפרע דקנו במעות לחוד כעיקר דינא מדאורייתא שהרי מגמת חכמים היה רק שימצא חזרה במציאות שע"י כך יטריחו המוכרים להציל וכשנסתיים הדבר ולא הוקרה שום שינוי ושניהם לא חזרו אז הוברר הדבר דקנו למפרע בקנין דאורייתא והרי זה דומה כאילו התנה בפירוש מעכשיו אם לא אחזור בי עד ל' יום, [עיין קידושין ריש פ' האומר במעכשיו ולאחר ל' וברשב"א שם], והכא הגם ששניהם יכולים לחזור בהם כל כמה דלא חזרו נתברר הדבר דנתקיים המקח למפרע בקנין דאורייתא, שהרי

מצינו כה"ג בעסוקים באותו ענין דשניהם יכולין לחזור וכשלא חזרו קנו למפרע [בש"ע סי' קצ"ה סע"ו וגבי קנין סודר, דאלת"ה כבר כלתה קנינו, ועמ"ש לעיל בסי' מ"ג א"ו], ומשום ה"ט לא יאכילנה כרשיני תרומה דמסתמא לא יחזרו כל אחד מהם ויתברר הדבר דקנו למפרע וכן להיפוך חיישינן דילמא יקרה איזהו אונס בפרה שקנה הכהן, [שהרי חיישינן גם בעלמא לשמא ימות ושמא יבקע הנוד גיטין (דף כ"ח ע"א) גבי ה"ז גיטך שעה א' קודם למיתתי אסורה לאכול בתרומה, וגבי ב' לוגין], או אולי יחזור אחד מהם ומש"ה גם כשקנה הכהן בכסף לחוד לא יאכילנה כרשיני תרומה שהרי אם תמות ויפסיד כל המקח אזי יכול לחזור בהיתר בלא מי שפרע כמבואר ברמב"ם וש"ע סי' ר"ד ס"ב]:

אבל לענין אתנן שאני ושאני שהרי מבואר שם בש"ס ובתוס' [דף ס"ג] בד"ה כגון דהיכא דאמר התבעלי לי בטלה סתם אף דקיימי כולם בחצרה דאינו יכול לדחותה לטלה דעלמא אפ"ה אין בו משום אתנן אפי' למאן דאית ליה ברירה משום דבאתנן בעינן המבורר בשעת ביאה וכיון דסוף סוף בכסף לחוד יכולים שניהם לחזור בהם לאחר תקנתא דרבנן תו ל"ש לומר כשנסתיים מילתא שלא חזרו בהם דהוברר הדבר דקני' בכסף לחוד דמ"מ נהי דקני' אפ"ה אין בו משום אתנן כל כמה דלא הובר בשעת ביאה ומש"ה מקשינן בהתבעלי בטלה זה הא מיחסרא משיכה, ומתרץ דקאי בחצירה ושוייה ניהלה אפותיקי, ועיין ברש"י שם דקנתה רק מזמן ההוא והלאה אפ"ה יש בו משום אתנן כיון דאלים שיעבודה כל כך ושיעבודה ברשותה ולבסוף קנתה לגמרי יש בו משום אתנן, ועיין תמורה דף כ"ט ע"ב בפרש"י ד"ה אם עד יום פלוני וכו' וז"ל הילכך כי מטי ולא יהיב לה זוזי איגלאי מילתא דדידה הואי בשעת ביאה ומיהו אח"כ הוא דהא לא הוי דידה עד דמטי יום פלוני וכו' עכ"ל רש"י שם, וצ"ל דאיגלאי מילתא אין כוונתו למפרע, וכן משמע להדיא בסיום דבריו שם, וכן בפרק השוכר את הפועלים הנ"ל מפירושו שם נראה להדיא דלא קנתה רק אח"כ ואפ"ה הוי אתנן], והדברים ברורים וישרים, וא"ל דא"כ לעיל בתוס' ד"ה והא מיחסרא משיכה שהקשו מנתנו לסיטון מעל הוי להו לתרוצי הכי דלענין מעילה אמרינן דהובר הדבר למפרע מה שאין כן לענין אתנן, ולזה נתעורר כבוד חתני הרב וכו' מו"ה ישראל יעקב נ"י, דז"א דאכתי לא סגי בהכי מדקתני תנא מילתא דפסיק וכי ליכא דליסביה עצה לקונה ההוא שיחזור ממקחו כי היכי דלא למעול, אלא וודאי שגם שיחזור ממקחו אפ"ה מעל דאזלינן בתר דינא דאורייתא וקא קשי' להו שהרי לענין אתנן אזלינן בתר תקנתא דרבנן והוצרכו לחלק באופן אחר בין מעילה לאתנן, ועמ"ש בזה בזית רענן ח"ר בפתיחה בדיני הואיל ובשאר מקומות]:

ה נהדרין לענינא דרבינו הגדול דקם בשיטת רבו הרי"ף, וכן הסכימו רוה"פ (עיין פ"ז מהלכות מכירה הלכה ג') דמוכר רשאי להשתמש במעות וחייב באחריותן הרי שלא הפקיעו קנין מעות מן הדמים ואמאי לא מעל, [וא"ל דחיוב אחריות הוא משום מעות מותרין, חדא דהרי מבואר בהלכות בעובדא דשומשמי ב"מ דף מ"ט דחיוב דמוכר הוא אפי' באונסין, ואנן פסקינן בסוף פרק המפקיד גבי מעות מותרין כר"נ דנאנסו לא, ועוד שהרי בפ"ז מה' שאלה ופקדון הלכה ו' ח' פסק דדווקא בחנווני ושולחני ולא בבעה"ב ובהלכות מכירה הנ"ל משמע דגם בעה"ב שאינו חנווני חייב באחריותן], ולכן נראה דעיקר דינו לענין מעילה בנוי על יסודות בצורות המבוארים בתלמוד, חדא דאומרים לו חטא בדבר קל כדי לזכות חבירו בדבר חמור, שהרי בחצי עבד וחצי בן חורין כופין את רבו וכו' אע"ג דעובר בעשה כדי לזכות את העבד במצוה רבה, תוס' ב"ב י"ג תוד"ה כופין וכהנה טובא בתלמודא, ועוד איתא בריש ב"ק דף ח' וב"מ דף י"ד ובכתובות דף צ"ג בראובן שמכר שדה לשמעון וכו', למסקנא בין באחריות ובין שלא באחריות, ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בו יכול לחזור בו ומשהחזיק בו אינו יכול לחזור בו, ורבו בו הפירושים ועיין ברמב"ם בפרק י"ט מהלכות מכירה הלכה ב' וז"ל המוכר קרקע לחבירו לאחר שקנה הלוקח באחד מן הדרכים שקונין בהם וקודם ששימש בה יצאו עליו מערערין הרי זה יכול לחזור בו שאין לך מום גדול יותר מזה שעדיין לא נהנה בו ובאו התובעים לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים ויעשה דין עם המערערין, ואם נשתמש בה הלוקח כל שהוא ואפי' כשהמיצר שלו וכו' אינו יכול לחזור בו וכו' עכ"ל. וגם זה פשוט שאם נתן מעות של הקדש בשוגג קסבר של חולין הוא והיה מום במקח דמעות חוזרין בעינא אליבא דירושלמי בקידושין פ"ב דף נ"ו גבי מכרן וקידשה בדמיהן דמעות שקיבל כגזל בידו וצריך להחזירם כמות שהם, רק דאשר"י וקצת רבוותא מספ"ל דדילמא דינן כהלוואה ואין ספיקן מוציא מידי וודאי של הירוש' דברירא לתלמודא דבני מערבא דצריך להחזירן בעינא, הרי נמצא דלאו מידי קא עביד ולא מעל, ונמצא דבהתלכד כל אלה יחד הרי כשנתן מעות של הקדש בשוגג לחבירו ואח"כ כשנודע שהוא של הקדש אזי מעיקר הדין והשורה היה דמלמדין את המוכר שיחזור בו ואינו צריך לקבל מי שפרע שהרי ע"י חזרה זו יציל את חבירו מאיסורא של תורה ממעילה בהקדש הא כיצד כשחוזר בו ולא בא המקח לידו של הלוקח ולא נהנה בו כלל הרי זה מקח טעות דדמי ליצא עליו עסיקין עד שלא החזיק בו, דכיון שחבירו חוזר בו להדיא וגם אינו מקבל עליו מי שפרע ואין לך מקח טעות גדול מזה וכל שהוא מקח טעות שוב לא מעל, וכיון דמדינא כן הוא וכופין את המוכר על כך שיחזור בו ויעביד איסורא זוטא

כדי להציל את חבירו מאיסורא רבה, שוב הדר דינא ופוסקין כפשטא דלא מעל וצריך המוכר ממילא להחזיר הדמים ליד הגזבר דלמה לן לאהדורי כולי האי, כיון שכן יהיה בסופה מוטב לדון כן תיכף ומתחילה מיד, כיון שהדין דין אמת וצדק שהרי יכולים לכוף את המוכר שיחזור בו בלא שום עיכוב ונדנוד איסור שבעולם ואזי ממילא יסבב פני הדבר לדונו כמקח טעות שהרי אדעתא דהכי שחבירו יחזור בו להדיא והוא עדיין לא נהנה במקחו לא הקנו לו מעות, דבשלמא בכל קנין מעות בעלמא כבר נכנס אדעתא דהכי והקנה לו מעותיו מפני דסמך דעתו שחבירו לא יחזור בו, כיון דאיסורא רמיא עליה וצריך לקבל עליו מי שפרע, אבל הכא כיון דמדינא חוזר בו אין לך מקח טעות גדול מזה, וכיון דלבסוף יסובב כן אפוכי מטרתא למה לי ודנין כן מיד שצריך להחזיר מעות של הקדש ליד הגזבר, כיון דאיגלאי מילתא למפרע שלא היה לו מתחילה ועד סוף שום קנין במעות הללו שהרי גם בשל הדיוט כה"ג אילו נמצא טעות במקחו לא נקנה לו למפרע מידי במעות שקיבל מתחילה, ומשה"ט לא מעל נמי בשל הקדש, והדין נכון לדעת הרמב"ם פ' י"ט מה"מ הנ"ל, אמנם לדעת הפוסקים דפירשו בהא דיצא עליו עסיקין דאיירי בשלא נתן מעות או דאיירי במקום שכותבין ולאו משום מקח טעות הוא דנחתי' ביה משום הכי פסקו שפיר דלר"י דמעות קונות מדאורייתא אזי בנתן מעות של הקדש על מקח בשוגג דמעל, כיון דכבר נקנה לו בקנין המעות שקיבל:

ו הב"י ביו"ד [סי' קל"ב] מביא בשם רשב"א בתורת הבית הארוך דף קל"ט בדפוס בערלין] על הא דאמרינן במס' ע"ז דאמר רב להני סבויתא וכו' דאי לא עבדיתו הכי כי קא הוי איסורי הנאה ברשותייכו הוי וכו' ומיהו אם הקדים לו מעות מותר כדא"ל רב כי כייליתו חמרא וכו' אקדימו ושקלי זוזי מינייהו וכו' ואפי' את"ל דמעות אינו קונה בעכו"ם אלא במשיכה דוקא, וכדאמרינן בבכורות (דף י"ג) מה עמיתך בחדא וכו' אפ"ה כיון שפסק ונתן המעות ע"ד להוציאם נתנם ולקנותם מעכשיו ע"מ שיתן לו יין לבסוף, נמצא בשעה שנתנם לו לאו דמי איסורי הנאה הוא, וכשנוטל מקחו אותו שעה אין ישראל נוטל מעות ולפיכך מותר, וא"ת מ"מ אסור לעשות כן מפני שרוצה בקיומו, שהרי הקונה יכול לחזור בו עד שימדוד כל מה שפסק עמו דקי"ל כור בל' וסאה בסלע יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה, [וצ"ל דשיגרת לישנא הוא דנקיט ומכור בשלשים הוא דקשיא ליה לרשב"א, דהרי יכול לחזור בו גם על שכבר נמדד, אבל בכור בל' וסאה בסלע אפי' בלא נתן מעות ראשון ראשון קנה, וכיון שיכול לחזור גם על שכבר נכנס במדידה שבתוכו נאסר, וא"כ רוצה בקיומו של איסור]. ונראה לי כיון שנתן לו ע"ד להוציאם מעכשיו, שוב אינו יכול לחזור בו ממה שמדד לו מיהת, ודאמרי רב ושמואל יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה,

דוקא כשלא הקדים לו מעות, אבל בהקדים לו מעות כל סאה וסאה שמשך מיהא לכ"ע קנה וכו' עכ"ל. וטעמא דמילתא אע"ג דהתנה כור שלם ועדיין לא משך כולה, מ"מ כנגד מה שמשך לא מיחסרא משיכה, וקונה במעות לחוד כמו בבלן, כיון דלא מיחסרא משיכה קונה במעות לחוד, וכמו להיפוך במקום דלא מיחסרא מעות דקונה במשיכה לכ"ע, כגון בהפקר ומתנה איברא דעדיין יש לגמגם כיון דבשעתו לא קנה במעות שנתן לו, דאז מיחסרא משיכה, שוב הדר דינו כמלוה דאינו קונה, רק דיש לדון בזה כיון דמ"מ על דעת מקח וקנין באו לידו, וכמו בלאחר ל' יום, ויותר מסתבר לומר דסברת הרשב"א הוא דכל שמשך הרי הוא כפרעון חובו נגד הדמים שנעשו הלואה אצלו, [ואין כאן מקומו להאריך בזה, שזה יוצא מענייננו לגמרי]. אולם בעיקר דברי הרשב"א דמשמע מפשטות דבריו דכל שנתן לו מעות לאחר פסיקה בסתמא דע"ד להוציאם נתנם לו, ומש"ה לא הוי דמי איסורי הנאה דתופס דמים, ודלא כדעת ר"י בתוס' שם בעכו"ם [דף ע"א.] בד"ה שקולו, דאיירי כשהתנו בפירוש שמקנה לו המעות מעכשיו, וכן מבואר להדיא בת"ה שם דגם בסתמא כל שהקדים לו מעות אמרינן דע"ד להוציאם נתן בידו, ועי"ש לעיל מזה בסוף שער ב' דף קל"ט.] וז"ל, ולפיכך נ"ל דהא הקדים לו דינר דקאמר לא להוציאו הקדימו לו אלא דליהוי גבי' עד שיתן יין לפועליו ויזכה בו בכדי מה שיתן לפועליו, לפי שאין בעה"ב יודע כמה יטלו פועליו ויחשוב עמו באחרונה, ואע"ג דלא פי' ר"פ כגון שהקדים לו דינר ושלא להוציאם, היינו משום דמסתמא כל שמקדים דינר בדבר שמסופק שמא יקח ושמא לא יקח, א"נ בדבר המסופק כמה יקח וכמה לא יקח סתמו כפירושו שלא יוציא לעצמו עד שעה שיקח וכו', ל"ק דהתם הוא דפסק וקנה מיניה דבר קצוב, והלכך כל כי הא כי מקדים לו לאפוקינהו מהשתא יהבינהו, וכדאמרינן התם כיון דפסק סמכה דעתיה, כלומר זכה מהשתא בדינר, וכל ההיא סוגיא דהתם בהכי ריהטא, עכ"ל. ועפ"י הקדמות האלו סובבים והולכים דבריו לקמן שהבאתי לעיל, הרי דס"ל דגם בעכו"ם דאינו קונה במעות רק במשיכה בשנתן לו מעות לאחר פסיקה בסתמא אמרינן דע"ד להוציאם נתנם בידו וקנאם המוכר לגמרי, ודמי לנתן לה ואח"כ בא עליה דלא הוי אתנן, ה"ה הכא לא הוי כחליפי איסורי הנאה, וקשה דא"כ בפרק הזהב בסוגיין דאמר רבא קרא ומתניתא מסייעא ליה לר"ל דקתני נתנה לבלן מעל דוקא לבלן דלא מיחסרא משיכה, אבל מידי אחרינא דמיחסרא משיכה לא מעל עד דמשיך, ור"י מוקי לה בבלן עכו"ם, ולדעת רשב"א לתרווייהו קשיא, שהרי אפי' היכא דמדינא לא קנה אלא במשיכה, מ"מ כבר קנה אידך המעות שתחת ידו ונעשה לוה עליהם, ואמאי לא מעל, וכשם דמעל לר"י בנתן לישראל כן ימעול כשנתן הכסף לעכו"ם, וכן לר"ל להיפוך, כיון

דלעולם נקנה לו המעות כהלוואה גמורה, וכמבואר בסוף המפקיד דמקשה לר"ה מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי, ודוחק לחלק בין קונה עכו"ם לקונה ישראל, ולומר משום דבדידיה דייניגן ליה, כיון דבעיקר הקנאה כאשר פסקה להם תורה, אזלינן לענין בכור וחמץ ומעילה דהקדש [בכורות דף י"ג, מג"א תמ"ח ס"ק ד' תד"ה מ"ש, וסוגיין גבי מעילה], היאך נכייל להו בתרתי לריעותא:

ז ונראה לתרץ ברווחא, דמזה ראיה ברורה לדברי רבותינו האחרונים בח"מ בט"ז סי' ע"ג סעיף י"ט ובש"ך סי' רצ"ב ס"ק ח'] דגם במעות מותרים דאינו חייב באונסים, מ"מ הרשות בידו לתת לו מעות אחרים תחתיהם, ובחכם צבי בהגהותיו על הט"ז שם השיג עליהם, דא"כ גם לר"נ קשיא מאי איריא הוציא אפי' לא הוציא נמי, כיון שנעשה כלוה עליהם וקנאם לתשמישו ימעול מיד, ותירצתי דבריהם זה כמה ע"פ דברי ריטב"א בקידושין (דף מ"ז:] דגם לרבנן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה, הוא מדרבנן דקונה הלוה במשיכה דכדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים, דאע"ג דבמתנה והפקר קני מדאורייתא במשיכה, היינו כשקנאו לגמרי לצמיתות, ומשה"ט נמי בהלוואה כיון דמחוייב לשלם אעפ"י שאינו צריך להחזיר את הדמים עצמם שקיבל אפי' דאיתנהו בעין, מ"מ כיון דלא ניתן לו לצמיתות כמו מציאה והפקר, אזי לשומרין מדמינן ליה דלא קנה אלא מדרבנן, זהו תוכן כוונתו בתוספת ביאור קצת, הרי דשלש מדרגות ישנם בקנין משיכה. א] היכא דלא מיחסרא מעות, כגון במציאה והפקר ומתנה, והקנין משיכה הוא לצמיתות אזי קני מדאורייתא לכ"ע בין לר"י ולר"ל, [לבד הרמב"ן בשיטה מקובצת פ' הזהב בסוגיין סד"ה דבר תורה דחולק ע"ז]. ב] והיכא דלא הקנהו לצמיתות, כגון בשואל ושוכר לזמן, כיון דלא קנה לצמיתות וצריך להחזירו בעינא, אזי אינו קונה רק מדרבנן. ג] בהלואה דניתן לתשלומים וא"צ להחזירם בעינייהו, אזי לא הגיע למתנה והפקר דקני לצמיתות לגמרי, והיינו דקס"ד בש"ס קידושין שם דמקשי' לר"ה דאית ליה בקע בו קנה, לימא כתנאי אמרה לשמעתיה משום דמלוה ופקדון שוים לענין משיכה, ולא דמי להפקר ומתנה דניתן לצמיתות, ומשני דע"כ לא פליגי אלא במלוה דלא הדרא בעינא, וקני מדאורייתא לרבנן משום דטפי דמי להפקר ומתנה משומרים, (וזהו לר"ה, אבל לדידן לא דמי הלואה למתנה והפקר, ואפ"ה קני במשיכה מדרבנן דלא גרע משומרים], ועיין בתומים [סי' ע"ב ס"ק נ"ד] דמכריע כן מסברא דנפשיה דגם במלוה אינו קונה אלא מדרבנן, ומביא ראיה לזה מדר' אלעזר דס"ל דתקנו משיכה בשומרים, ונימא מר"מ נשמע לרבנן, שהרי לר"מ אף במלוה לא קני במשיכה, ולרבנן דפליגי הוא משום דשאני מלוה דקני מדאורייתא, אלא ודאי דגם במלוה אינו קונה אלא מדרבנן:

נמצינו למידין דלר"ה דס"ל בב"מ [דף צ"ט] דדוקא בקע בו קנה דלא תקנו כלל משיכה בשומרין, משום דכל משיכה דלא נקנה לו לצמיתות לא קנה כלל, בע"כ צ"ל דהאי דסברי רבנן דמלוה לאו ברשות בעלים לחזרה, משום דבמלוה קני מדאורייתא כיון דלא הדרא בעינא, אבל בשומרין כלל לא דא"ל דגם לר"ה אינו קונה במלוה רק מדרבנן דא"כ גם בשומרים נמי דל"פ רבנן בתקנתא דידהו, ולפ"ז אתי שפיר דמקשינן רק לר"ה לטעמיה דאית ליה דבמלוה קונה מדאורייתא, א"כ מאי איריא הוציא כיון דנקנין ליה מדאורייתא כהלואה גמורה, אבל לר"נ לא קשיא משום דמסתמא כר"א ס"ל דתקנו משיכה בשומרין [כמו דפסקינן והלכתא כר"נ בדינא], וכיון דלא קני אלא מדרבנן מש"ה לא מעל דלענין מעילה אזלינן בתר דינא דאורייתא, כדאיתא בתוס' ב"ק דף ע"ט] וכ"ה מצד הסברא דהוי כקום ועשה, שהרי חבירו מותר ליהנות אח"כ, ולפ"ז גם דברי הרשב"א הנ"ל עולים בקנה אחד, דגם הרשב"א מודה לסברת תוס' דכל היכא דמעות קונה מדאורייתא אע"ג דחכמים הפקיעו לענין קניית החפץ, אבל לענין קנין מעות עצמם נשאר הדבר על דבר תורה, ונמצא המעות קנויות בידו מן התורה ממש, ומש"ה מעל מדאורייתא, אבל לר"ל בישראל או לר"י בעכו"ם דלא קנו במעות, וכיון דאין עליהם תורת קנין כלל, רק דאמרינן דמסתמא ע"ד להוציאם נתן בידו והרי הם כאילו באו לידו בתורת הלואה דאינו קונה אלא מדרבנן, ומש"ה בפ' הזהב דאיירי לענין מעילה דאורייתא, אזי ל"מ קנין דרבנן כלל רק במקום דמעות קונות, ולענין קנין מעות עצמם נשארו בכל תוקף כאשר היה מדאורייתא, אבל התם בהני סבויתא דאיירי לענין תערובות איסור משהו שהוא מדרבנן מהני ג"כ קנין דרבנן לחודא דלא למיהוי כדמי איסורי הנאה, וכן לעיל [דף ס"ג:] דמתרץ התם דאיירי כשהקדים לו דינר, הוצרך הרשב"א לתרץ דמסתמא כשמקדים לו בדבר המסופק וכו' סתמו כפירושו שלא יוציא את הדינר עד שעה שיקח, משום דכולהו איסורי דרבנן נינהו, והם אמרו והם אמרו דגם במלוה קני במשיכה לחוד:

ח וזה שנים כבירים אמינא לתרץ קושי' ח"צ הנ"ל בפשטא דמילתא דלרב נחמן דס"ל דפטור מאונסין כיון דמ"מ יש לו לנפקד היתר תשמיש, בע"כ צ"ל דהמפקיד הקנה לו המעות ע"ד להוציאם רק דברירה ביד הנפקד אם ירצה לקנות לתשמישם, ולכן אם נאנסו קודם שהוציאם פטור מאונסין דמאן יימר שכבר נתרצה להוציאם. אכן כשהמפקיד תובעם כשהם בעינא הרי יכול הנפקד לומר הנני מתרצה להוציאם, אבל לענין מעילה כי היכי דלא למעול אידך מסתמא לא יתרצה עתה להוציאם, [אחר זמן כביר בא לידי ספר נתיבות המשפט וראיתי שכוונתי לדעתו בסי' רצ"ב ס"ק ט']:

ועפ"ז יתיישבו ג"כ דברי הרשב"א הנ"ל דהתם מסתמא בשעה שקיבל המעות לידו היה דעתו לקנותם מיד, כי היכי דלא למיהוי כחליפי איסורי הנאה, וכן האי דמקשה הרשב"א מהקדים לו דינר הכי קא קשיא ליה דנימא דמסתמא דעתו היה להקנות לו מיד, ואידך בל"ז נתכוון לקנותם מיד כי בדיניהם מעות קונות. אמנם לקושטא יש לעיין בזה טובא, דממנ"פ אם נימא דלאחר שנתרצה הנפקד לקנותם קנה אותם למפרע. א"כ באונסין נמי יתחייב דדמי ללוקח כלי מן האומן ע"מ לבקרו, כיון שאידך אינו יכול לחזור בו, והברירה רק ביד הלוקח לחוד דנתחייב מיד באונסין ב"מ (דף פ"א.), ואם נימא דבמעות מותרין דעת המפקיד היה כשיתרצה אידך לקנותם לתשמישם, אזי יקנה רק מעת ההיא והלאה, א"כ אמאי אינו צריך להחזירם לו בעיני' כיון שהמפקיד תובע שיחזירם לו לא גרע מאילו חוזר בהדיא ממה שהקנה לו מעיקרא, והרי זה דומה למקנה לחבירו לאחר ל' יום או בשאר תנאי באם, ולא בע"מ או מעכשיו, דשניהם יכולים לחזור בהם קודם שנתקיים התנאי, ובשעה שתובע מעותיו לא גרע מחוזר בפירוש. איברא דיש ליישב דבריו דכל שאינו חוזר בפירוש רק דתובע בתורת פקדון וכאילו לא הקנה לו מעולם, דדמי להא דאיתא בגיטין דף ל"ד.] אטו התם לבטולי גיטא בעי התם לקיומי תנאי קא בעי, והא לא איקיים תנאי, וכן בשליח להולכה דאמר לגירושין והבעל אמר לפקדון, אע"ג שתובע שיחזיר לו פקדונו אפ"ה השליש נאמן, ולא אמרינן דה"ז כאילו חוזר משליחותו, משום דדמי ג"כ להנ"ל דכל שאינו חוזר בו בפירוש רק שבא מטענה אחרת ועל טענה זו אינו נאמן, ועיין באה"ע סי' קמ"א סעיף ס' בהגה"ה דהיכא דאמר הבעל שביטלו לפני השליח והגט עדיין ביד השליח דהשליח נאמן. אמנם לקושטא נראה דכל זה הוא לרבא שם דס"ל דגילוי דעתא בגיטא מילתא היא, אבל לאביי דהלכתא כוותיה ל"ל סברא זו, רק משום דגילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא, ואין לומר דבסברא זו גם אביי מודה דפשטא דסוגיין שם ל"מ כן, ועיין בתוס' ד"ה אי משום גילוי דעתא וכו' דמשמע דגם בסברא זו פליגי ונפקותא רבה לדינא לכמה דברים לבד מגיטין:

ט בתוס' במס' עכו"ם [דף ע"א] בתוך ד"ה רב אשי, וז"ל והרוצה לחוש לדברי רש"י ור"ת, המקנה בהמה לעכו"ם לפוטרה מן הבכורה צריך שיתן העכו"ם כסף וגם משיכת העכו"ם בסימטא או לרשותו של עכו"ם, ואם אין לו רשות לעכו"ם מקנה לו הישראל חדרו בביתו והעכו"ם ינעול ויפתח, דבהכי קנה ליה לרשות ואח"כ ימשוך העכו"ם הבהמה לאותו חדר וכו', ונראה להחמיר ולהקנות לעכו"ם דבר שעושה אותה טריפה כגון הריאה והראש מן הבהמה או מן העובר כשהיא מעוברת עכ"ל. וצריך להבין דלמה להו שימשוך העכו"ם הבהמה לאותו חדר, הלא חצירו הוא וחצירו של עכו"ם קונה לו

כישראל, כדלקמן שהקשה הש"ס ותיקני ליה כליו, [ועיין במקור חיים סי' תמ"ח ונראה דזה קאי כשהקנה לו מן העובר לחוד, וכיון שהבהמה נשארת למוכר ה"ז ככליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה, ולהכי הצריכו משיכה, דמשיכה מהני אפי' בכליו של מוכר, לדעתם כמבואר בדבריהם במס' בבא בתרא (דף פ"ה:) ד"ה לא:

סימן עא

בדיני דכליו של לוקח

בעזה"י חורף תר"ב לפ"ק פה ק"ק לאסק, ב"ב פרק המוכר את הספינה [מדף פ"ד: עד דף פ"ז.]

א דברי הרשב"ם התמוהים, דס"ל דמהני קיבל עליו ברשות מוכר, כמו שהקשו התוס' (דף פ"ה) ד"ה ארבע עיי"ש נראה לפענ"ד ליישב, דבשיטה מקובצת בסוגיין ד"ה ברשות, מביא בשם עליות רבינו יונה שני טעמים בהא דנתמלא המדה ללוקח, חדא דכמו דיכול לזכות בעצמו לאחרים, כן יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים באמירה בעלמא, וכיון דאמדינן דעתיה שלאחר שנתמלא המדה רוצה להשאילו ללוקח, הרי הוא כאילו אמר בפירוש שכליו יקנו ללוקח, והטעם השני שהרי הלוקח קונה את הכלי עם הפירות, עי"ש:

ויש להבין דאם נאמר גם בכהאי גוונא דקונה שניהם כאחד, כמו דאמרינן גיטה וחצירה באים כאחד, א"כ במתני' דתני אם היה פיקח שוכר את מקומן, וכן בהא דאמרינן ומקומו מושכר לו, ותני עלה בסיפא ונתקבלו שכר זה מזה, אמאי צריך לשכור, אף באמירה בעלמא יקנה שניהם כאחד, וכן בגיטין גופא מוכח דבכהאי גוונא בששניהם של הבעל לא קנתה אחת בחבירו, דאם לא כן למה מצרכינן בריש פרק הזורק דתיזיל ותיחוד ותפתח, אלא ודאי אף לדעת הפוסקים דע"י תשמיש קונה המקום להיות כחצירו ממש אף לקנות על ידו, אבל מ"מ היכא שהמקום והפירות של המוכר לא קנה אחד בחבירו, כיון שלא היה שום יציאת רשות מן המקנה, ואינו דומה לגט ושיחרור, שחצירה בא ממילא לרשותה ע"י גיטה, ואינה צריכה שום הקנאה, וכן ידו של עבד שאינו צריך להקנות לו את ידו, רק ע"י השיחרור קונה את עצמו ממילא, [ועיין בקצוה"ח סי' ר' ס"ק ה' שמחלק באופן אחר]:

אמנם כל זה היכא שהמקום והפירות של אחד, אבל במדה של סרסור שקונה את המדה מן הסרסור ואת הפירות מן המוכר, קונה את המדה ע"י הפירות ואת הפירות ע"י המדה, ומידי דמסתבר הוא, כיון שהמשאיל רוצה להנות את הלוקח בזה שהשאילו כדי להצניע את הפירות, מה איכפת ליה למשאיל אם הפירות הם של עצמו או של אחר,

סוף סוף כיון שרוצה בכך זו עצמו הנאה שלו, שישאיל לו הכלי להצניע הפירות של המוכר, וכיון שיכול לקנות את המדה אף ברגע זו שהפירות עודם של המוכר, להכי ברגע זו קונה גם את הפירות ע"י המדה, ואין לך הנאה גדולה מזו שע"י זה יסוב קוטב קנינו, וכפי הנראה בעליל מדעת הרשב"ם דס"ל ברשות המופקדין שקונה המפקיד את המקום ע"י הפירות שלו, וכן כתבו האחרונים בדעתו], וכן משמע בב"ק [דף מ"ח:], על כרחך ס"ל דקיבל עליו מהני, לפי שקונה ג"כ ע"י שימוש הפירות, וכטעם השני של רבינו יונה הנ"ל, אבל בדיבור בעלמא אינו יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים, וכן לשיטת הרמב"ם [פ"ד מה' מכירה] לדעת הכסף משנה לא מהני קיבל עליו לחוד, אך בזה חולקים, דלדעת הרמב"ם דלא גרס כן בברייתא, גם ע"י תשמיש אינו קונה את המקום להיות כחצירו לקנות על ידו, ודעת הרשב"ם כדעת רבינו יונה דס"ל דקונה ע"י תשמיש הפירות להיות כחצירו, ועיין בנתיבות המשפט (בסי' קצ"ב סק"ו) דפסיקא ליה דאינו קונה ע"י תשמיש לקנות על ידו כחצירו ממש, והרי להדיא דעת רבינו יונה דקונה גם ע"י תשמיש נמצא אם אמרינן דכליו של לוקח אינו קונה ברשות מוכר והרישא דברשות מוכר לא קנה, איירי בכליו של לוקח], בודאי מהני קיבל עליו, כמו ברשות המופקדין דקונה ע"י תשמיש הפירות, והכי נמי קונה המקום ע"י הכלי שלו, והיינו יקנה לך כליך, דמבואר לקמן דמהני לכ"ע, אכן אם נאמר דכליו של לוקח קונה ברשות מוכר, א"כ הא דקתני דברשות מוכר לא קנה עד שיגביהנה וכו' על כרחך בכליו של מוכר, עודנה קשה אמאי מהני קיבל עליו:

אכן נראה דבלא זה צריכינן להבין סדרי הברייתא, באם דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, א"כ במאי גרע רשות מוכרין מסימטא, ובמה העדיף רשות לוקח מסימטא, ובמה חלוקים הנך ד' מדות דנקט ואזיל, דהא כליו של לוקח קונין אף ברשות מוכר, וכליו של מוכר אף בסימטא לא קנו, ובמה העדיף כחו של לוקח היכא שקנה ברשותו מהיכא שקנה בסימטא, דהא אם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, א"כ כליו של מוכר אינן קונין ברשות לוקח, ואינו קונה רק במדה של לוקח, ובמדה שלו אף בסימטא קנה, אבל שטח סדרי דיני דהברייתא הכין אזלי, דאם נאמר דכליו של לוקח אינן קונין ברשות מוכר, א"כ הא דקתני במה דברים אמורים בסימטא, קאי אמדה של אחד מהם ראשון ראשון קנה, זהו בסימטא, אבל ברשות מוכר אפי' היתה המדה של לוקח לא קנה, וברשות לוקח אפי' היתה המדה של מוכר קנה, דחדא בחבירתה מישך שייכא, כמבואר לדעת תוס' ואשר"י, אבל אם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, בעל כרחך צריכינן למימר דהא דקתני בד"א בסימטא קאי ארישא, דהיינו דהא דקתני במדה

שאינה של שניהם דתליא בנתמלא ולא נתמלא זהו דוקא בסימטא, אבל ברשות מוכר אפי' נתמלא אינו משאיל את המדה אלא למוכר לחוד, וברשות לוקח אפי' כשלא נתמלא אינו משאיל אלא ללוקח, וכן הוא דעת בעל המאור ז"ל, (ואף אם נאמר דכליו של לוקח בסימטא צריך מדידה, אבל ברשות לוקח א"צ מדידה, ואיכא נפקותא לרשות לוקח, (וכמו שפירשו הרא"ש והנמוקי יוסף), אבל בהא דקתני ברשות מוכר ליכא נפקותא כלל בין סימטא לרשות מוכר, וגם הרי"ף והרמב"ם סבירי להו דמדד לאו דוקא]. אחר זה מצאתי דבר זה שאמרתי בפירוש הברייתא בשיטה מקובצת בד"ה בד"א בשם הר"ן ז"ל, וברוך ה' שכיוונתי לדעתו הגדולה:

עוד הוספתי בהא דקתני ברשות המופקדין לא קנה עד שיקבל עליו, הא תינח אם כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנו, איירי שפיר במילתא דפסיקא בין בכליו של מוכר ובין בכליו של לוקח, דקודם שקיבל עליו לא קנה, בין בכליו של מוכר ובין בכליו של לוקח, דהא כליו של לוקח אינן קונין ברשות מוכר, ולאחר שקיבל עליו קונה אף בכליו של מוכר, דהא כליו של מוכר קונין ברשות לוקח, אכן אם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, א"כ כליו של מוכר אינן קונין ברשות לוקח, ולפי"ז בכליו של מוכר לא איירי, דא"כ מה מהני קיבל עליו, דאף שהרשות הוא של לוקח, מ"מ כליו של מוכר אינן קונין, דהא הכלי הוא עיקר, ובכליו של לוקח נמי לא מצי איירי, דא"כ אף בלא קיבל עליו יקנה, דהא אף שהרשות הוא של מוכר מ"מ קונין לו כליו, אלא ודאי דאם נאמר דכליו של לוקח קונין ברשות מוכר, קאי הך במה דברים אמורים דקתני וכל סדרי דיני דהברייתא שאח"כ, על מדה שאינה של שניהם, או שהמדה הוא של נפקד עצמו כמבואר ברשב"ם, וא"כ ניחזי אנן היכא דהמדה אינה של שניהם והשאילו למוכר או לנפקד לצורך הפקדון שלו, מה מהני מה שקיבל עליו הנפקד על המקום, כיון שטרם שקיבל עליו היה המקום של המוכר, א"כ השאיל את המדה רק למוכר, כמבואר לדעת רבינו יונה בשיטה מקובצת ודעת בעל המאור הנ"ל, אלא ודאי צריך לומר דקיבל עליו בפני בעל המדה, ולהכי מיד שקיבל עליו השאיל את המדה למי שהרשות שלו:

ב נהדרין למילתא קמייתא דדעת רשב"ם איננו רחוק מן המדה, אף אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר קונין, דמהני קיבל עליו אף ברשות מוכר, כיון דכבר נתבררו הדברים, דבצד זה על כרחך איירי סדרי הדינים במדה שאינה של שניהם, ובפני בעל המדה, (וגם דס"ל לרשב"ם דבדברים לחוד אין יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים כדעת רבינו יונה הנ"ל), אך ברשות המופקדים מהני קיבל עליו לפני בעל המדה, דקונה ע"י תשמישו מה שבתוכו, ולהכי ס"ל דאף ברשות המוכר מהני קיבל עליו, דהיינו שהמוכר

אמר שיחזיק ברשותו, ואף דעדיין לא החזיק, מ"מ כיון דבידו להחזיק ולקנות, כבר סמך בעל המדה דעתו שלא יחזור בו המוכר והשאיל את המדה ללוקח כאילו השאילו לרשות לוקח, דאף שלא נתמלא משאילו רק ללוקח, והוא קונה את המדה ע"י הפירות ואת הפירות ע"י המדה, כאשר בארנו למעלה דעת רבינו יונה דמן אחר יכול לקנות את האחד ע"י חבירו. אמנם רבוותא דמקהי קהייתא ומדחים דעת רשב"ם לגמרי, ס"ל דבדיבור לחוד יכול לזכות ע"י חצירו לאחרים, שפיר מקשים דברשות מוכר בודאי לא מהני כה"ג: **אמנם** לדעת הרשב"ם כאשר בארנו יש לתרץ גם קושיא זו, דא"כ ליערבינהו וליתנינהו בהדי הדדי, רשות מוכר ורשות מופקדים, דאף אמנם במה דקתני בברייתא בהדיא, דהיינו ע"י מדה שאינה של שניהם, דהא על קוטב זה חלוקים כל המדות דנקט ואזיל, אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר קונין, או אם נאמר דכליו של לוקח אינן קונין ברשות מוכר, דמהני קיבל עליו ברשות מוכר, לפי שקונה המקום ע"י הכלי, כשם שקונה ברשות המופקדים ע"י הפירות, אבל מ"מ איכא הבדל ביניהם בדברים שאינם בשום כלי, כגון במתאכלי דתומא, דברשות המופקדין מהני גם בזה קיבל עליו, משא"כ ברשות מוכר, שאין יכול לקנות כי אם ע"י הכלי:

ג ובזה יש ליישב קושיא עצומה של רמב"ן במלחמות ד', דהקשה לדעת בעל המאור והפוסקים, דס"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר וכליו של מוכר ברשות לוקח, חדא בחבירתה מישך שייכא, מאין נובע להם זאת, דהא אף דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנו, עדיין לא מוכח דרשות עיקר ומבטל את הכלי לגמרי, דאף אם שווים המה במה יצאו מרשות המוכר, ולהכי נמי להיפוך לא קנה, דמסוגיא לא מוכח, רק אם נאמר דכליו של מוכר ברשות לוקח קונין, א"כ מוכח דרשות מכריע את כח הכלי אף לקנות, א"כ מכ"ש דכליו של לוקח ברשות מוכר בודאי לא קנו, עי"ש. וא"כ הא דהמציא בעל המאור היכא שקנה שני מקחים מן מוכר אחד, א' היה כליו של לוקח ברשות מוכר, והשני היה כליו של מוכר ברשות לוקח, דקנה ממנ"פ, אין לזה שורש ועיקר, דהא נוכל לומר ששניהם שוים, וממילא תרווייהו ברשות המוכר קאי, עכ"ל הרמב"ן. ועפ"י הנ"ל, אף שמצד הסברא אין לזוז מדברי הרמב"ן, מ"מ דינם מוכרח לשיטתייהו מן הברייתא, דהא ס"ל למסקנא אף ברשות לוקח לא קנה במדה שאינה של שניהם אלא משנתמלא המדה, כדס"ל להרמב"ן עצמו, וכאשר מבואר בדברי הרי"ף על מתני' דלקמן, והוא מטעם כיון דכליו של לוקח ברשות מוכר אינן קונין, א"כ הא דקתני בברייתא במה דברים אמורים בסימטא אבל ברשות מוכר לא קנה וכו' קאי אמדה של אחד מהם, דהיינו אף במדה של לוקח דקונה בסימטא אינו קונה ברשות מוכר, וא"כ ברישא דקתני ומחלק בין נתמלא

ללא נתמלא, מילתא דפסיקא נקיט וקתני, דבין ברשות מוכר ובין ברשות לוקח תלוי רק בנתמלא, אבל במדה של אחד מהם, הוא דאיכא לאפלוגי בין רשות מוכר לרשות לוקח, דבודאי אם נאמר דכליו של לוקח ברשות מוכר קנו, בע"כ צ"ל דבמה דברים אמורים קאי רק ארישא (כמו שמבואר בשיטה מקובצת הנ"ל), אבל למסקנא דס"ל דנפשט דלא קנו, א"כ בע"כ צ"ל דקאי אסיפא, א"כ במדה שאינה של שניהם דקתני ברישא, מילתא דפסיקא קתני דדוחק לומר דקאי אתרווייהו, דהיינו אמדה של שניהם וגם אמדה של אחד מהם], וכיון דס"ל דאף ברשות לוקח אינו קונה במדה שאינה של שניהם עד שנתמלא, וגם ס"ל דכליו של לוקח קונין בסימטא אף בלא מדד, כמבואר בבית יוסף [סימן ר'] לדעת הרי"ף שהשמיט הא דר"ז, וגם ס"ל היכא שהפירות מעורבים אף בכליו של לוקח ברשות לוקח אינו קונה בלא מדידה, כאשר מבואר בבעל המאור וברמב"ם [פרק ד' מה' מכירה הלכה י"ג] בפירקן והכניסן לביתו, א"כ ממילא הדבר מוכרח, משטחיות המדות דקתני בברייתא דכליו של מוכר קונין ברשות לוקח, דכיון דהא דקתני אבל ברשות מוכר וכו' קאי אסיפא אמדה של אחד מהם, דהיינו אף במדה של לוקח לא קנה, א"כ הא דקתני אבל ברשות לוקח כיון שקיבל עליו וכו', במה העדיף את רשות לוקח מסימטא, דהא מדידה בתרווייהו לא מצרכינן, ובמעורבים עם פירותיו של מוכר בתרווייהו לא קנה, ובמדה שאינה של שניהם דחיקא מילתא למימר דקאי], חדא דדומיא דרשות מוכר קתני, ועוד דהא ס"ל דאף ברשות לוקח לא קנה עד שנתמלא, אלא ודאי דאף בכליו של מוכר קנה, ועיין לקמן בסי' שאחר זה אות ב' מש"כ שהרמב"ם בעצמו מיישב קושיא זאת]:

אמנם לדעת הרמב"ן דס"ל דברשות לוקח קנה אף במעורבים, גם מברייתא לא מוכח, וגם לדעת הבעה"מ דס"ל דברשות לוקח קנה אף במדה שאינה של שניהם, אף שלא נתמלא ג"כ אינו מוכרח:

ד ולדעת הרמב"ן דס"ל כדעת הרי"ף דכליו של לוקח בסימטא קנו אף בלא מדד, וס"ל ג"כ דבמדה שאינה של שניהם אף ברשות לוקח תליא בנתמלא, וס"ל דכליו של לוקח ברשות מוכר בודאי לא קנו, דאיפשטא מברייתא דגיטין דדוקא קלתא וטסקא, וכליו של מוכר ברשות לוקח איפשר לומר ג"כ דלא קנו, וא"כ אי איפשר לומר דבמה דברים אמורים בסימטא, קאי אמדה שאינה של שניהם, א"ו דקאי אמדה של אחד מהם, ושטח סדרי המדות כך הוא, דרשות מוכר גרע מסימטא, דאף במדה של לוקח לא קנה, ורשות לוקח עדיף מסימטא דקונה כור בלמ"ד אף במעורבים, אבל בסימטא לא קנה בכור בלמ"ד היכא דמעורבים, כמבואר בשיטה מקובצת, ומשמע שם אף לדעת הפוסקים דכליו של

לוקח קונין בסימטא אף בלא מדידה, זהו דוקא היכא דמכר לו כל הפירות ומדה בכך וכך, אבל היכא דמכר לו כור בלמ"ד משמע דלכ"ע לא קנה בסימטא היכא דמעורבים:

ועפי"ז ירווח לן קושיית הגמ' לקמן שהקשה לרב ושמואל מהא דקתני ראשון ראשון קנה, והקשו רבוותא מנא ליה לש"ס דברייתא איירי בכור בלמ"ד, דילמא איירי במכר לו כל הפירות. אמנם לפי מה שבארנו למעלה דעת הרמב"ן ממילא נתבררו הדברים, דעל כרחו איירי בכור בלמ"ד דומיא דסיפא, דאם לא כן מאי עדיפותא לרשות לוקח מסימטא דרישא, א"ו לענין דקנה אף במעורבים בכור בלמ"ד:

ה מה שהקשה הרמב"ן על הבעה"מ דס"ל דאף ברשות לוקח אינו קונה היכא שמעורבים עם פירותיו של מוכר, מהא דקתני עישור שאני עתיד למוד, ומהא דמדה בחבל, היעלה על הדעת שלא נקנה בשטר ובחזקה עד שימדוד, ובשיטה מקובצת מביא דעירבון קונה כנגד מעותיו אף שעודנם מעורבין. איפשר ליישב דטעמייהו דהנך רבוותא דסברי דלא קנה ליה רשותן בזה, דהא תוס' בב"מ [דף מ"ז:] ד"ה נשרפו, הקשו בשם ריב"ן דלמה הפקיעו קנין מעות לגמרי, יקנו תרווייהו כסף ומשיכה, ותירצו דא"כ יפסיד המוכר דלוקח לא יצילם כיון שעדיין לא קנהו, ועיין ב"ב (דף קע"ה] בתוס' ד"ה אינו, שמחלקים שם לרב ושמואל דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא, אמאי מלוה ע"פ אינו גובה מן היורשים ובמלוה בשטר גובה מן היורשים, דלגבי יורשים לא שייך קלא, ותירצו דאף דחכמים חששו לפסידא דמלוה, כיון שהוא עצמו לא חשש לתקנתו דילמא ימכור ויפסיד, גם חכמים לא חששו לתקן בעדו, והניחו על דינא דאורייתא, ולהכי היכא שהפירות מעורבין עם הפירות של מוכר, דאף אם נאמר דקנה, לא יטריח הלוקח להציל רק בעד מה שקנה, דבמקום פסידא שותף יכול לחלוק שלא מדעת חבירו כמבואר בש"ע סי' קע"ו סעיף כ"ח ובש"ך שם ס"ק מ"ה], וכיון שהוא לא חשש לזה, גם המה לא תקנו בעדו, והניחו על עיקר הדין דשום קנין אינו קונה רק כסף, אבל במתנה דגם מדאורייתא קונה במשיכה וע"י חצירו, או ע"י כסף עצמו, כגון בעירבון או בקרקעות דלא שייך האי טעמא, קונה לכ"ע אף במעורבים:

ו בדברי רשב"ם [פ"ה] בד"ה עד שיקבל עליו נפקד במצות מפקיד וכו' או ישכור את מקומו, יש לדקדק דאם מהני קיבל עליו לחודא מה צריך לומר עוד דישכור, דמהיכא תיתי יגרע מה שישכור, ממה דמהני אף בזולת שכירות, ואין לומר דשכירות אף בלא מצות המפקיד וגם בלתי ידיעתו מועיל, דהיאך יעלה על הדעת שיועיל קנינו בלא דעת המקנה, אכן נראה דהכי פירושו, דהא בקיבל עליו הרי הוא שומר לשני כמו לראשון כיון דלא איכפת ליה בהמחאתו ולא סירב נגדו, אבל כשהשכיר את מקומו נפסק ונסתלק

ממנו כל דיני שמירה לגמרי, שהרי הוא רק כשאר משכיר את ביתו וייחד לו מקום, שאין עליו דין שמירה, ולהכי כשלא השכיר אם הלך הלוקח אצלו ואמר לו במעמד המוכר, כבר נפסק המקח בינינו, ומעתה ישארו הפירות אצלך כאשר היה מקדם עד כלות הזמן שקבלת עליך, והנפקד קבל עליו כמאמרו, בכהאי גוונא לא קנה הלוקח עודנה, דבמה יצא המקום מרשות המפקיד אשר עד עתה קנוי בידו, אף שהיה במעמד המוכר דהא בשתיקתו לא נקנה ולא נעתק הרשות ממנו, דאין לומר שהרי הוא כאילו חזר הנפקד משמירתו וממילא קנוי הרשות בידו, דהא לא נתברר חזרתו לפנינו, דאדרבא חיזק את חיוב שמירתו אשר קבל עליו מאז, ולא איכפת ליה בין השני לראשון, ולהכי דקדק בלשונו כשקבל עליו במצות המפקיד, שהרי הוא פוטר אותו בפירוש מחיוב שמירתו, וממילא הדרא קנין רשותו ליד הנפקד וכשקבל עליו לשמור לשני מקנה רשותו לו, משא"כ כשהשכיר את מקומו במעמד המוכר, אף שלא אמר לו ולא מידי, כיון שכבר נסתלק מעליו כל דיני שומרים, שהרי הוא כאילו חזר בפירוש, ופועל יכול לחזור, ובמעמד המפקיד ושתק חזרתו חזרה, ועיין בבית יוסף [סי' ר' סעיף ב'] שדקדק בלשונו עד שיאמר לו המוכר ויקבל עליו ע"פ מאמרו:

ז יש להקשות לרב אסי דס"ל דקרקע סימטא קנה וכליו של לוקח ברה"ר לכ"ע לא קנו, מהא דתנינן בפרק הניזקין במס' גיטין [דף נ"ט: דף ס"א.] מצודות חיות ועופות יש בהן גזל מפני דרכי שלום, ותני עלה באוזלי ואוהרי כולי עלמא לא פליגי כי פליגי בלחי וקוקרי, ועל כרחך מקום מצודה כסימטא דמי, דאל"כ אף ביש להם תוך לא קנה, ולרב אסי אפי' בלחי וקוקרי נמי יקנה, דהא קרקע סיטמא קונה לו, אמנם לדעת רמב"ן במלחמות דמפרש דרב אסי פליג על רב פפא, ונקיטא ליה דברי ר' יוחנן וריש לקיש כפשטא, דאף ברה"ר קונין לו כליו, היה איפשר לומר דמקום מצודה היא כר"ה, אכן היה קשה לדידן דא"כ אף באוזלי וכו' דיש להם תוך נמי לא יקנה, ומסתימת הש"ס משמע דלכ"ע קונה, וכן פסקינן [בסי' ש"ע), ודוחק לומר דבהא גופא פליגי:

ונראה דאף לרב אסי דסימטא קונה מפני שיש לו רשות להשתמש בו כל תשמישו, ואף שהוא לכל בני הסימטא כמוכר כלוקח כולם שוים, ס"ל דגם חצר השותפין קונה, אבל מקום מצודה שאין לו רשות רק להניח רשותו לא דמי לחצירו, ומידי דהוי כמו דריסת רגל המבואר בריטב"א פ' קמא דב"מ, מובא בש"ך סי' קצ"ח ס"ק ו'] דלא קונה ליה ד' אמות:

ח יש להבין לסלקא דעתא דקרקע סימטא הוא כחצר השותפין שהמקום קנוי לכל בני הסימטא, א"כ מאי קשי' ליה מדברי ר' יעקב אר' יוחנן, דלמא הא דרב אסי כשהמוכר

אינו מבני סימטא זו, ולהכי הסימטא הוא כחצירו לקנות מאחרים, ור' יוחנן איירי כשהמוכר הוא ג"כ מבני סימטא זו, וחצר השותפין אינה קונ' לו זמ"ז כמו דפסקינן אנן:

אכן הש"ס הוכיח דע"כ איירי כשהוא ג"כ מבני סימטא, דאל"כ אף בלא מדד יקנה לו ד' אמות, אלא ודאי שגם המוכר הוא מבני הסימטא, וכיון שקדם כליו זכה לו ד' אמות, לפי שמקומו של כלי קנוי הוא לבעל הכלי, כמבואר בבית יוסף סוף סי' ר' בשם הר"ן ותלמידי רשב"א:

ט יש להתבונן בדברי ר' זירא דאמר שמא כו' אלא במודד לתוך קופתו, וגם במה דמקשה דברי ר' יוחנן אהדדי, דילמא חדא איירי כשנתן דמים [ור"י לשיטתיה דס"ל דבר תורה מעות קונות], וכיון שיש לו רשות ללוקח להשתמש שם לא גרע מהיתה עלייתו של לוקח מושכרת ביד המוכר, דאז הלוקח יטרח ויציל, אף שכבר השכיר מקומו ב"מ דף מ"ט:], מכ"ש בסימטא שיש לו רשות גם עתה, והכי נמי נראה לדינא דאף בחצר שאינה משתמרת דאינו קונה, אבל כשנתן לו מקצת דמים קונה ע"י כסף, [ועיין בש"ך סי' קצ"ח ס"ק ה'], וצ"ל דדחיקא ליה לאוקמי הכי, דמשמע ליה דקרקע גופא או כליו לר"ז קונים לחודא, מדלא הזכיר ממתן דמים, אכן ממתניתין יש להקשות דאם היה פיקח שוכר את מקומן, דמה לו לטירחא והוצאה יתירה, טוב לו לתתו על מקחו, ויקנה בתורת דמים, דהא בסימטא איירי, ויש לדחות דע"י שכירות המקום לא ירגיש המוכר שעושה זה כדי לקנות על ידה, דאולי צריך למקום לתשמיש קבוע:

ובזה יש ליישב דברי הרמב"ם [פ"ד מהלכות מכירה הלכה ט' י'] דבמדה שהוא של אחד מהם קונה בסימטא כשהגיע לרושם, ואפילו כשהמדה היתה של מוכר, לפירוש הראב"ד והמגיד משנה והכ"מ, ודבריו תמוהין ממתניתין דמדד ולא משך לא קנה, עיין במ"מ שם ובלח"מ שהאריכו בזה, וע"פ הנ"ל נראה דעל כרחו איירי בכור בל' סאה בסלע, דעל זה מוקמינן בש"ס בהגיע לשנתות, וכיון דאנן מספקא לן אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, רק מחמת דלוקח תפיס א"כ הלוקח יכול לחזור בו, כמבואר בנמוקי יוסף, אכן לרמב"ם דחיקא ליה זה דקנה לגמרי משמע, ומדוייק ג"כ בלשונו, שהרי שם [בהלכה ח'] מסיים ואין אחד מהם יכול לחזור, וע"ז נקיט ותני [בהל' ט'] וכן, הרי להדיא דעליה קאי, וא"כ ע"כ כשנתן דמים איירי דאז אין שניהם יכולין לחזור בהם, ולהכי קונה אף במדה של מוכר בסימטא, דכיון דנתן דמים לא גרע מעלייתו של לוקח מושכרת ביד המוכר, [ועיין בכ"מ פ"ג הלכות מכירה ה"ו וש"ך סי' קצ"ח ס"ק ה', דלהרמב"ם ג"כ הטעם בעלייה של לוקח מושכרת ביד מוכר, משום דבכהאי גוונא מעות קונה ויטרח ויציל]:

סימן עב

עוד בסוגיא הנ"ל

א הרמב"ם פרק ד' מהלכות מכירה הלכה ז'] כתב וז"ל, היו הפירות בסימטא או בחצר של שניהם ואפי' היו ברשות לוקח והיו בתוך כליו של מוכר וקיבל עליו המוכר למכור, והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר, אם אמר לו כור בלמ"ד אני מוכר לך יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה הואיל ועדיין הפירות בכליו כו', וכליו של מוכר אינן קונין ללוקח אע"פ שהוא ברשות לוקח, ואם אמר לו כור בלמ"ד סאה בסלע ראשון ראשון קונה, שכיון שפסקו הדמים על כל סאה וסאה, כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה נגמרה מכירתה הואיל ואין הפירות ברשות המוכר [ולא ברשות לוקח] ואילו לא היו הפירות בכליו של מוכר, כיון שהן ברשות לוקח קנה משפסק אע"פ שלא מדד כמו שבארנו עכ"ל, ונושאי כליו האריכו לפרש דבריו, ועיין בכ"מ שהעלה, דגם ברשות לוקח בכליו של מוכר הרי המדידה כאילו אמר לו זיל קני, אמנם כן ברשות לוקח דכיון שהקנה לו כליו קנה לו רשותו ממילא, אבל בסימטא ובחצר של שניהם אף שהקנה לו כליו, מכל מקום במאי קנה, ולכוונה זו מפרש הכ"מ דרישא דקתני יכול לחזור בו אפי' בסאה אחרונה קאי אכולהו, אבל סיפא דקתני ראשון ראשון קנה, לא קאי אלא ארשות לוקח דוקא וכו' עיי"ש, אמנם לו גם כדבריו מרישא גופא קשיא דאם מדד כל הכור קנוי לו, ועודנה קשה, כיון דמדד במדה של מוכר לתוך כלי של מוכר היאך יקנה, ואפי' לתוך קרקע סימטא גם כן לא קנה, וצ"ל דרישא איירי בוודאי במדה שאינה של שניהם, ולהכי כשגמר כל המדה ומדד כל הכור נקנה המדה למפרע ללוקח, כדעת הרא"ש שחולק על ר"י, מובא בטור סי' ר', וכן צ"ל בלאו הכי לדעת הכ"מ שמפרש דברי הרמב"ם, דלהכי קנה בכהאי גוונא דהוי כאומר לו זיל קני, ועיין בלח"מ מה שהקשה עליו מדברי הלכות שהאריך, דעל כרחך רב ושמואל איירי בכהאי גוונא, דאילו היה בכליו של לוקח ברשות מוכר הא קיי"ל דלא קנה, ולדברי כסף משנה אמאי לא נאמר דמדידה הוי כאומר לו זיל קני, דעדיפא לענין רשות מלהקנות לו הכלי כמבואר בפוסקים, ותירץ שם, כיון דהוי מענין המדידה, להכי אמרינן דהוי כאילו משאיל לו הכלי, מה שאין כן הרשות שאינו מענין המדידה, ולדבריו כיון שלא השאיל לו אלא הכלי של מדה, שהוא מענין המדידה, א"כ בכור בל' כשגמר כל המדה היאך קנה, כיון שלא קנה בשעתו, אלא על כרחו צ"ל דס"ל כדעת האשר"י דקנה למפרע]:

ומה שהוכרח הכ"מ לפרש דלא קאי אסיפא, הוא דכיון שמכר לו כור בל' סאה בסלע, ומדד לו בסאה שאינה של שניהם, לא עדיף משנתות דאיירי ג"כ כשאמר לו הין בי"ב

לוג בסלע, ואע"פ כן לא קנה במדה שאינה של שניהם כשהגיע לשנתות עד שנתמלא המדה לגמרי, דמחמת ספק לא יצאה מרשות מוכר כמבואר בכל הפוסקים, ה"ה והוא הטעם כשאמר לו כור בל' סאה בסלע, היאך יקנה ראשון ראשון כיון שעדיין לא השאיל לו המדה עד שיתמלא הכור לגמרי, כן נראה לי לפרש דברי הכ"מ:

ב אמנם בעיקר הדברים דברי הרמב"ם תמוהים מאד, הן בדינו הן בלשונו כמבואר לכל רואה, ועוד יש לדקדק בדבריו בהלכה ח'] וז"ל וכן המוכר יין או שמן, דמבואר בלשונו הצח שדינים הללו עד כה איירי דוקא בפירות ולא בדבר לח, וכן מה שדקדק בלשונו שיגביה ויערה, דלאיזה צורך מהני הגבהתו של מוכר, ומאין הוציא דינים חדשים הללו נגד כל הפוסקים, ועיין בנתיבות המשפט [סי' ר' ס"ק י'] מה שהקשה לדעת רמ"א [סעיף ה'] דבכליו של מוכר אפי' אמר ליה זיל קני לא קנה, והיאך סתם [בסעיף ז'] כדברי הרמב"ם:

ונראה לפענ"ד ליישב דבריו על נכון, דלכאורה קשה בשקלא וטריא דהכא, אם כליו של מוכר קונה ברשות לוקח, מהא דאמרינן בפרק השואל [דף ק"ב] הקולט מן האויר הרי אלו שלו, דמיירי לרבא אפי' כשלא הדביק בשולי הפרה ובחצר דמשכיר ותורא דאתי מעלמא, ואפ"ה לא קנה לו חצירו, לפי דאויר שאין סופו לנוח היכא דמפסיק כלי פשיטא ליה דלא קנה, ואם כן היאך יקנה הלוקח בכלי של מוכר ברשותו, כיון דמפסיק כלי. אמנם לפענ"ד נראה ברור דכמו דאמרינן בפרק קמא דבב"מ (דף י"ב) גבי מתגלגל, דבדבר של הפקר לא קנה עד שרץ אחריו ומגיעו, ופירש"י שם (דף י"א: ד"ה והוא שרץ) דכיון שיכול לרוץ אחריו אע"פ שלא רץ אחריו אפ"ה קנה, ובדעת אחרת מקנה קונה אע"פ שרץ אחריו ואינו מגיעו, אמנם כשזרק בפתח זו ויצא בפתח אחרת, מיבעי' ליה אפי' בדעת אחרת מקנה, וכשמפסיק כלי אפי' בדעת אחרת מקנה פשיטא ליה דלא קנה, אמנם כן, זהו דוקא היכא שבעה"ב לא עמד אז בצד הפתח כשזרק חבירו, אבל היכא שעמד בצד הפתח והיה יכול לנעול הפתח, הרי זה כאילו היה מתגלגל בדבר של הפקר דפשיטא ליה לש"ס דלא קנה, ואפ"ה כשיכול להשיגו פשיטא ליה לש"ס דקנה, מכש"כ באויר שאין סופו לנוח בדעת אחרת מקנה, דמיבעיא ליה לש"ס אזי כשיכול להשיגו, בוודאי מהני ליה לקנות אע"פ שלא השיגו, ומזה נצא לידון בשווין, דהיינו היכא דמפסיק כלי בדעת אחרת מקנה דשוה למתגלגל בדבר של הפקר, דבשניהם פשיטא להו דלא קנה, אבל כשיכול להשיגו אזי בשניהם קנה:

ועתה נרדה ונראה בהא דפליגי ר"י ורא"ש, מובא בטור [סי' ר'] בכור בשלשים ומדד כל סאה וסאה במדה של לוקח בסימטא, דלדעת ר"י לא קנה, כיון דלא קנה בשעתו היאך

יחול הקנין לאחר שגמר הסאה האחרון, ודמי למשוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר ל' יום דלא קנה, אמנם לדעת האשר"י קנה למפרע, דאמרינן דעתו היה שיקנה למפרע, ודמי להיכא דאמר ליה מעכשיו, אמנם הדעת מכרעת, אף לדעת האשר"י דקנה למפרע, היינו שכל סאה וסאה קנה בשעתו לאחר מדידתו, אבל לומר שיקנה כל משהו ומשהו שבא לתוך המדה של הלוקח, בזה גם האשר"י מודה, כיון שהקפיד על המדה ועדיין לא נודע מדתו, וכן משמע להדיא למעיין בש"מ וז"ל בד"ה רב ושמואל וכו', אבל כשמדד כל הכור בכליו של לוקח, איגלאי מלתא שקנה כל סאה וסאה משעה שהיה מושך אותה, או משעה שהיה מודד אותה המוכר בכליו של לוקח עכ"ל, הרי אף שמדד לתוך כליו של לוקח לא קנה אלא כל סאה וסאה:

ועפי"ז מתורץ היטב מה דקשי' לפי דברינו הנ"ל, דאף באויר שאין סופו לנוח ומפסיק כלי היכא דאיכא דעת אחרת מקנה, שוה למתגלגל בדבר של הפקר, והיכא דיכול להשיגו בשניהם קנה, וכן הדעת מכרעת, ואם כן הדברים מה מיבעי' ליה בכליו של מוכר ברשות לוקח, אם הכלי עיקר או הרשות, או לדעת הרמב"ן דפשיטא דלא קנה, כיון דשניהם שוין הרשות והכלי, עודנו לא יצא מרשותו, דאמאי לא יקנה ללוקח אויר חצירו, קודם שהגיע לאויר דפנות הכלי, דקנין כלי הוא מטעם חצר, כמבואר בשמ"ק בב"מ דף י"א], וגם אויר חצירו אינו קונה אלא מה שהגיע לדפנות, כמבואר תוס' גיטין דף ע"ט:] ד"ה כגון, ואף דהוי כאויר שאין סופו לנוח ומפסיק כלי, כיון שהלוקח שם הרי יכול לסלק את הכלי קודם שהגיע לאויר דפנות הכלי, ודמי לרץ אחריו ומגיעו, דקנה בדעת אחרת מקנה אפי' באויר שא"ס לנוח ומפסיק כלי, ואף שעדיין לא נודע מדתו, ולוקח מסתמא מדה שלימה קנה, הא לדעת האשר"י קנה למפרע, והכא נמי כל פורתא ופורתא יקנה למפרע בשעה שהיה באויר חצירו, טרם הגיע לאויר דפנות של המוכר, (ואילו סילק הכלי ואח"כ מדד בלקיחתו מקרקע היה קונה, וכיון דיכול לסלק הוה כאילו סילק, ויקנה גם כן ע"י מדידה שאחר כך למפרע], אמנם כאשר בארנו, דגם לדעת אשר"י לא קנה רק כל סאה וסאה שהגיע כבר למדה, אבל מה שלא נמדד ולא נודע בשעת מדתו, גם רבינו האשר"י מודה דעל זה לא חל הקנין למפרע רק אחר שהגיע למדה, ובזה מספקא לן אם דפנות הכלי של מוכר מבטל רשות לוקח או לא:

ולפי"ז המציא הרמב"ם נקודה נפלאה, דהיכא שהיה בכליו של מוכר ומדה ש"מ ומדד לתוך קופה של מוכר, באם הגביה המדה לאחר שמדד לתוכה כדי שיכול לערות הכל בבת אחת וכבר נודע מדתו, נמצא דקונה הלוקח בעודם באויר חצירו, טרם שהגיע לדפנות הקופה של מוכר, דהא בכהאי גוונא קונה באויר אפי' דמפסיק כלי, ואף בכור

בל', כיון דס"ל כדעת האשר"י, ונוכל לומר שהוציא דין זה מסוגיות הנ"ל, דהא לדעתו אף בכליו של לוקח ורשות לוקח הצריך מדידה בכור בל', ולא קנה במעורבים, וגם ס"ל כדעת הלכות דמדה שאינה של שניהם אף ברשות לוקח לא קנה אלא כשנתמלא, וגם כליו של לוקח בסימטא קונה אפי' כשלא מדד כמבואר בב"י, נמצא היאך נפרנס הברייתא דד' מדות בהא דהעדיף רשותו של לוקח, דמה עילוי ועדיפות לרשות לוקח יותר מסימטא, אלא וודאי דאף בכלי של מוכר העדיף רשותו, ומאוקימתא דרב אשי מוכח להיפוך כמבואר בכ"מ דרב אשי לאו לדחויי בעלמא אוקמה במתאכלי דתומא, אלא ודאי דס"ל לקושטא דכליו של מוכר אינו קונה ברשות לוקח, ולזה המציא הרמב"ם חילוק נפלא הזה, באם לאחר שמדד הגביה ומערה, אף שהניחם לתוך כליו של מוכר, הרי כבר קנה לו אוירו, וכן הא דאמר ר"נ בר יצחק בששפכן, מפרש לדעתו, דהיינו שהגביה המוכר ועירה לתוך כליו של מוכר ואפ"ה קנה], אמנם היכא שמונחים במדה של מוכר ברשות לוקח בזה לא קנה כאוקימתא דרב אשי, דאין לומר שיקנה לו אוירו כשמדד טרם הגיע לדפנות, דהא כל זמן שלא הגיע למדה לכ"ע לא קנה, אמנם כל זה הוא בפירות, אבל בדבר לח לא שייך כל זה, לפי שאי איפשר לומר שיקנה לו אוירו טרם שהגיע לדפנות, כיון דמפסיק כלי דליכא שהות לסלק כליו של מוכר ולהניח כלים אחרים משלו, ולהכי דייק בלישנא [בהלכה ז'] ונקט פירות דוקא, אמנם בהלכה ח' ט'] דאיירי בסימטא, נקט יין ושמן:

ג ודעת לנבון נקל ליישב סוגיא דב"מ ולהשוותה עם סוגיא זו דהא במתגלגל לא קנה בדבר של הפקר, ובדעת אחרת מקנה פשיטא לש"ס דקנה, ובאויר שאין סופו לנוח היכא דאיכא דעת אחרת מקנה מיבעי' ליה, והיכא דמפסיק כלי פשיטא לש"ס דלא קנה, אמנם לא גרע ממתגלגל בדבר של הפקר, דהיכא דרץ אחריו ומגיעו דקנה, כן הוא הדין היכא דמפסיק כלי, כגון כליו של מוכר ברשות לוקח (כיון) [והיכא[שיכול לסלק הכלי, נמצא שלא נגרע כחו ע"י הפסק כלי, ואוירו הוא כמו שהיה, אכן מספקא לי' אם (אויר) דופני] כלי מבטל הרשות אם לא, אבל התם בב"מ דאיירי בדבר של הפקר, אזי אף אם הבעה"ב שמה, נוכל לומר הגם דמהני רץ אחריו ומגיעו במתגלגל, אבל באויר שאין סופו לנוח, איפשר דלא מהני אף שיכול להשיגו, או דאיפשר לומר דדוקא כשאין בעל החצר שם, וראיתי בנתיבות (סי' ר' ס"ק ה') שהקשה קושי' זו מב"מ ומתרץ שם, ולאחר שלא ירד לחלק בין קודם מדידה לאחר מדידה, להכי המציא דאף שיכול לסלק הכלי, מכל מקום עדיין תלוי במה דמספקא לן באויר שאין סופו לנוח, ודחיקא טובא ליישב הסוגיא לפי דבריו, ולפי הנ"ל מוכח הסברא זו בהיכא דיכול לסלק הכלי, מש"ס ריש ב"מ]:

אמנם להיפוך לא קשה, לאוקימתא דס"ל בב"מ (דף ק"ב) דאף שלא הדביק קנה, ואמאי הא כליו של לוקח ברשות מוכר הוא, דאיירי שאוחז הכלי בידו וקנה ע"י הגבהה, או דאיירי למעלה מעשרה ודומה להא דאמרינן ריש הזורק היה עמה במטה, לדעת רש"י שם ע"ח] ד"ה דגבוה עשרה, ומדברי רש"י אלו יש להמציא, דכליו של מוכר ברשות לוקח וגבוה עשרה דבודאי לא קנה, דהא מרובה מדת שלא לקנות מלקנות, וכן כתב רשב"ם (דף פ"ו) ד"ה ומדכליו של מוכר מטעם חזקת מרא קמא, וברמב"ן במלחמות, מובא בסימן הקדום אות ג'], ועיין תוס' שם ד"ה אמקום כרעי', דמשמע דמספקא להו באיש אחר:

ד לכאורה קשה מסוגיא זו, דלכ"ע קונין כליו של לוקח בסימטא לפי שיש לו רשות להניח שם, וכן ברשות מוכר אם השאיל לו רשות, אף לדעת רוב הפוסקים דלא קנה את הרשות בתשמיש הכלי, ובמס' ב"מ [דף ס"ז:] איתא ולמ"ד כליו של לוקח ברשות מוכר קנה לוקח, אפי' דלא אגבהינהו בסיסנא קננהו, ואמאי לא קנה לכולי עלמא, דהא כל זמן שלא סילק לו יש לו רשות להניח ולהשתמש, וצריך לומר כיון שיש ללוה קנין הגוף ובכל עת יוכל לסלקו, אזי הורע כחו של מלוה מחצר השותפים, דהתם בכל שעה שמשמש בתוכו הרי הוא שלו, אבל כיון שיכול לסלקו בכל שעה אין זה בכלל נתינת רשות, דאף דלא קנה את הרשות מ"מ אמרינן שמסתמא לא יחזור, משא"כ הכא, ועיין בתוס' ב"ב [דף נ"א:] ד"ה במתנה, וז"ל בתוך הדבור, ואומר ר"ת דגדול קנינו של שוכר מזה, שאפי' אם מת בתוך הזמן, המקום מושכר ליורשיו עד הזמן, ועיין:

ה בתוס' [דף פ"ה:] ד"ה כגון, וא"ת נהי דנתן לה רשות ומשאילה מ"מ הא בעי חזקה, ועיי"ש במהרש"א שהקשה דקושיא זו קשה גם לעיל ד"ה כליו וז"ל, אבל המוכר שמא משאיל לו רשותו, וכן בהא דאמרינן לקמן היכא דאמר זיל קני, ונראה דבלא זה צריך להבין דאם נאמר דמספקא לן בכליו של לוקח ברשות מוכר, אם השאיל לו רשותו אם לא, א"כ אמאי אמרינן לקמן דכליו של מוכר ברשות לוקח מתלא תלוי בזה, דהא שאני בכליו של לוקח, דאמרינן שהשאיל לו גם את הרשות עיין בנתיבות שם שעמד ג"כ בזה], ונראה בפשטות דהכי פירושא, דבודאי משאיל לו רשותא, אבל כ"ז דלא שמעינן להדיא שמשאיל לו, אם כן הרי כל שעה ושעה מספקא לן דילמא יחזור בו, כיון שלא נתברר לפנינו שהשאיל לו, ולא עדיף מאתרא דמסלקי, אכן למסקנא היכא שהבעל מוכר קלתות, הרי הוא כאילו נתברר לפנינו שהשאיל לה המקום דמסתמא לא יחזור, אזי קנה לוקח אף שלא קנה את הרשות, וליישב קושי' מהרש"א דאמי אלא הקשו מזיל קני, דהתם נוכל לומר שקנה את המקום ע"י תשמיש הכלי, משא"כ הכא אף שקלתה

שלה, מ"מ לא עדיף מנכסי מלוג דכל הכלים שלה הם כנכסי מלוג דקנויים לבעל, וכיון ששניהם שלו היאך תקנה את המקום ע"י קלתה ואת הקלתה ע"י המקום כיון ששניהם שלו, ובמידי דצריך זכייה לא אמרינן שיבואו כאחד, ועיין בקצוה"ח סי' ר' ס"ק ה' ומש"כ לעיל אות א']:

ו הא דבארנו לעיל [אות ב' ובסי' הקדום אות ג"ה] דלדעת כמה פוסקים אף במשיכה לא קנה במעורבים, וכן הוא דעת הרשב"ם והרא"ש והרמב"ם והבעה"מ, וקשה מהא דאמרינן בחולין [דף פ"ג] בד' פרקים משחיטין את הטבח בע"כ, ובגמ' שם והא לא משך, אמר ר"ה א"ר בשמשך, אי הכי אימא סיפא לפיכך אם מת מת למוכר, והא משך, ולדעתם כיון שעדיין לא נתברר חלקו לא קנה במשיכה, ודוחק לומר דאיירי שכבר בירר לו חלקו, דומיא דרישא דעל כרחו איירי בשכבר ייחד לו חלקו לדעתם, דהא הפוסקים הביאו תירוץ הש"ס בשזיכה לו ע"י אחר, ולא נשמט אחד מהם לפרש דדוקא כשבירר חלקו. לכן נראה לפענ"ד דזהו דוקא בפירות ובתבואה שכל הפירות שוין, ולהכי היכא שמכר לו מדה אמרינן שכל זמן שלא מדד לא הקנה לו מידי, אבל בדבר דאית ביה שינויים מידי דמעלי וגריעי אמרינן להיפוך, שמוכר מסתמא לא הקפיד והקנה לו מיד, כדי שיברור ללוקח אח"כ מה שירצה, כמו דאמרינן בית בביתי שור בשורי מכור לך מראהו נפל מראהו אבד וגרוע בש"ע חו"מ סי' רי"ד סעיף י"ב]:

ז לדעת רבינו יונה [מביאו הטור סימן ר'] דס"ל דכור בשלשים לא קנה אלא כשמדד לתוך כליו של לוקח בסימטא, אבל אם מדד והניח בקרקע סימטא לא קנה, דכיון דלא קנה בשעתו, היאך יקנה אח"כ, וקשה מהא דמקשה בעכו"ם [דף ע"א:] סוף סוף כי מטא לאוירא דמנא קנייי', יי"נ לא הוי עד דמטיא לארעיתיה דמנא, דהא מסתמא קונה מדה ידוע, וכל זמן שלא הגיע למדה זו לא קנה רק כשנתמלא המדה ואז נאסר, ואף (לדעת נמו"י] דבמשיכה מודה רבינו יונה דקונה למפרע, מכל מקום מהא דמקשה הש"ס אח"כ ותיקני ליה כליו, קשה לדעתו, ואף לדעת האשר"י, כל זמן שלא הגיע למדה כלל, גם לדעתו לא קנה למפרע כמש"כ באות ב' לעיל בשם השמ"ק]:

ונראה לפענ"ד עפ"י סברת הר"ן בפרק שבועות שתים, בהא דאיתא התם (דף כ"ח:] אכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאיה וכו' פלוגתא דר' יוחנן ור"ל, וז"ל שם ותמהני אכליה לאיסורא והדר אכליה לתנאיה, היכי איכא איסורא כלל, דהא משמע כל מי שאוסר עצמו בדבר פלוני אם יעשה כך, אין האיסור מתחיל אלא לאחר שיעשה אותו הדבר, אבל קודם לכן אין האיסור חל עליו כלל אפי' נתקיים התנאי אח"כ וכו', וי"ל דכי אמרינן הכי בדבר הנמשך קודם התנאי ואחר התנאי וכו', אבל זה שלא נשבע אלא

על דבר אחד, אם תאמר שלא נאסר אלא לאחר שיתקיים תנאו, נמצא שיהא איפשר שיתקיים תנאו ולא יחול נדרו כלל, דהיינו אם יאכל האיסור ראשון, הלכך אמדינן לדעתו ששבועתו היתה שכל זמן שיתקיים תנאו ואפי' בסוף זמן יחול נדרו עכ"ל, ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' נדרים אות נ"א מ"ש ע"ד ר"ן האלו דלא תקשי עליו ממתני' דאת נהנית לי עד החג אם תלכי לבית אביך עד הפסח], הרי דבמקום שאיפשר שיתבטל המעשה לגמרי, אף שהתנה בלשון אם, אמרינן דדעתו היה למעכשיו, אף שלא יפסיד מאומה רק שיוציא דיבורו לבטלה, מכ"ש בנידון דידן, שבאם נאמר היכא שמכר יין לעכו"ם לתוך כליו של עכו"ם שלא יקנה רק אח"כ, לפי דבסתמא אין דעתו על מעכשיו, נמצא שיתבטל המעשה לגמרי ויפסיד כל המקח, אלא ודאי דעתו היה על מעכשיו:

סימן עג

בדיני חצר

בעזה"י חורף שנת תקצ"ה לפ"ק פה ק"ק שעפסק יע"א:

בש"ס ב"מ (דף י"א] איתיביה ר' אבא לעולא וכו' וכי ר' יהושע ור' עקיבא בצד שדהו של רבן גמליאל היו עומדין וכו', ר"ג מטלטלין אגב קרקע הקנה להם וכו' אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות ממנו בחליפין, ה"נ טובת הנאה א"מ לקנות על גבי קרקע, ולא היא, מתנות כהונה נתינה כתיבא בהו חליפין דרך מקח וממכר הוא וכו', רב פפא אמר דעת אחרת מקנה אותן שאני, והקושיות בסוגיא זו, א] דעת הרא"ש שפוסק כרב פפא לפי דר"פ בתראה הוא, והקשה עליו הש"ך סי' ר' סק"א] שכל הסוגיא דש"ס קידושין (דף כ"ז] דבעי למיפשט התם דאגב בעי ציבורין, וכן פשט דקרקע במכר ומטלטלין במתנה דקונה אג"ק, מעובדא דרבן גמליאל וזקנים, הרי מוכח להדיא דמטלטלין אגב מקרקעי הקנה להם ודלא כר"פ. ב] קושיות האחרונים, לדעת הרי"ף דפוסק דלא כר"פ, וגם ט"ה אינה ממון [כמ"ש הכ"מ פ"ז מה' נדרים הלכה י"א בשיטת הרי"ף] וקשה באיזה קנין הקנה להם, דמחמת חצר לא קנו, דבעינן חצר המשתמרת לדעתו, או עומד בצדו, וגם קנין אגב מקרקעי ליכא למימר דהא ס"ל ט"ה אינה ממון ג] קושי' קצוה"ח [סי' ער"ה סק"א] לדעת תוס' ב"מ [דף ו'] סד"ה והא, דגם למ"ד ט"ה ממון אינו יכול לתבוע רק דמי ט"ה שיש לו, א"כ קשה מאי משני ר"פ דעת אחרת מקנה שאני, שהרי ליכא דעת אחרת רק בכדי ט"ה ועל המותר ליכא דעת אחרת, ועוד הקשה שם לדעת הריטב"א קידושין ס"פ האיש מקדש דלמ"ד ט"ה ממון, בגונב טבלו של חבירו צריך לשלם כל דמי טבלו, א"כ לדידיה קשה קושי' תוס' ב"מ הנ"ל בהא דתקפו כהן אין מוציאין, יאמרו הבעלים ליתן לכהן אחר. ד] קושי' השאגת אריה [סי' ע"ז] דבין לשינויא קמא ובין לשינויא דר"פ בע"כ צ"ל

דט"ה ממון, דאל"כ ליכא דעת אחרת מקנה, וגם קנין אג"ק אינו מועיל אי אמרינן ט"ה אינה ממון, והתם בסיפא דמתניתין תנן דאמר ר' יהושע עישור שאני עתיד למוד נתון לאליעזר בן עזריה ומקומו מושכר לו, וא"כ קשיא דר' יהושע אדר' יהושע דס"ל בפסחים [דף מ"ו:] טהא"מ. ה] קושי' הש"ך [בסי' ר"ג סק"א] על הרמ"א שם, דטהא"מ לקנות ממנו בחליפין, וז"ל ותמוה לי דהא בש"ס פ"ק דקידושין ס"ל להדיא דר"ג מטלטלי אג"ק הקנה להם גבי קרקע במכר ומטלטלין במתנה וכו' עכ"ל הש"ך:

ונראה לפענ"ד לתרץ כל הקושיו' הנ"ל בחדא מחתא בס"ד, דהנה מבואר להדיא בערכין [דף כ"ח:] במשנה מחרים אדם את קדשיו וכו' אם נדבה ליתן את טובתם, הרי דיכול להקדיש ט"ה גם למ"ד טהא"מ, דדוקא לקדושי אשה או בגונב טבלו של חבירו למ"ד טהא"מ, אינה מקודשת, ואין הגונב טבל משלם רק בעד החולין שבו, משום דאין לבעלים קנין בגופו, רק זכות מבחוץ הוא דזכיא ליה רחמנא, וכן איתא בספר מקור חיים [בדיני בדיקה וביטול תד"ה ועתה], ועפ"ז נראה דגם למ"ד טהא"מ ואינו יכול לקדש את האשה כיון שאין לו קנין בגוף החפץ, זהו דוקא בקידש ישראלית, אבל בכהנת אפשר לומר דלכ"ע מקודשת:

וטעמא דידי לפי שטובת הנאה דבעלים, דקלישא ליה קנינו בגוף החפץ, לא גרע מדבר שלבל"ע ודבר שאין בו ממש וכדומה, אשר הוכחתי זה שנים כבירים דריעותא דידהו במה שאינו יכול להקנותם בשום קנין, רק מחמת הקונה נסתעפים, ולא מחמת המקנה, דלגבי מקנה בודאי מועיל, היכא דליכא חסרון לגבי קונה, מטעם ק"ו אם יכול להוציא מתחת ידו ממון גמור דאלים זכייתו גביה ע"י קנין, כ"ש שיכול להוציא מרשותו זכייה וקנין קלישא שיש לו בממון שא"ב ממש ע"י קנין זה, אבל לגבי הקונה הוא להיפוך, דדוקא בדבר דאלים קנינו חל הקנין על גופו להכניסו לרשותו, וכעין זה מצינו בנדרים דף ע"ה] האומר לאשתו כל נדרים שתדורי מכאן עד שאבוא ממקום פלוני הרי הן קיימין, לא אמר כלום, הרי הן מופרין ר' אליעזר אומר מופר וחכמים אומרים אינו מופר, אמר ר"א אם הפר נדרים שבאו לכלל איסור לא יפר נדרים שלא באו לכלל איסור, אמרו לו הרי הוא אומר אישה יקימנו ואישה יפירנו, את שבא לכלל הקם בא לכלל הפר וכו' עכ"ל. הרי דגם חכמים מודים לר"א בק"ו זה, רק מטעם גזה"כ פליגי עליו, ונראה בעליל דיציאת רשות מן המקנה דומה בזה להפרה, וזכיית הקונה דומה להקם, ואל תשיבני ממה שאינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו (ב"ק ס"ט), חדא כיון שאין אדם יכול לזכות בו בשעה שהפקירו, לא נפקע רשותו ונשאר בחזקתו, וגם עיין ברשב"א גיטין

בפ' השולח במפקיר עבדו דיצא לחירות, שהמציא שם דהפקר דומה כאילו הקנה לכל העולם, וגם מבואר ברש"י ונמוקי יוסף בסוגיין דהפקר מדעת חשוב כדעת אחרת מקנה]:
וא"כ לפ"ז אפי' למ"ד טהא"מ ואינו יכול לקדש בו את האשה, מסתברא דזהו דוקא אם היא ישראלית, דקלישא קניינה לגבי הקונה, לכן לא מהני הקנין להכניס הט"ה לרשותה, אבל בכהנת וקידשה לאחר שעה דבעת קבלתה עודנה לא מיפסלא מתרומה], דלגבי הבעל להוציא מרשותו שפיר איכא ק"ו, ולגבי האשה הוי ממון גמור, רק דאיכא למישדי ביה נרגא מחמת שלא נתן לה, הגם שבא לה הנאה מכחו ודמי לגזל אחר יאוש, דמקודשת, שאני הכא דזכייתה מחמת קדושת כהונתה, ובסברא זאת יש מקום ליישב דברי הרדב"ז בתשו', מובא במשנה למלך (פ"ה מה' אישות ה"א) שכתב בא' שזרק קידושין לאשה ולא היו שוין פרוטה ולא הספיק להגיע לידה עד שנתייקרו ועמדו על פרוטה, דאזלינן בתר המקבל ומקודשת, ותמה עליו המל"מ דסותר דברי עצמו שכתב בתשו' אחרת באשה חולה וצריכה סממנים לרפואתה והביא א' סממנים שאסורים בהנאה וקידש אותה בהם, דאינה מקודשת, כיון דהוא אסור למוכרם בשביל חולה וליטול דמים ע"כ לאו מידי יהיב לה, והניח דבריו בצ"ע ולפי הנ"ל ניחא, דהיכא דנתייקר בשעה שקיבלה הקידושין, שויא פרוטה לכל העולם, אבל בחולה גם בשעה שקיבלה אינו שוה פרוטה לכל העולם, רק לדידה שוה מחמת שהיא חולה ומותר לה ליהנות מזה], ועיין קידושין (דף נ"ח) ברש"י שם במתני' ובגמרא, משמע קצת מדברי קדשו דדוקא בישראלית, והגם שלכאורה ממה שהקשה הש"ס שם ממתני' על עולא, לישני דאיירי בכהנת, אפ"ל דדחיקא ליה לפלוגי במקודשת דסתמא קתני, וניחא ליה יותר לפלוגי בתרומה, [ובשאילתות פ' קרח מבואר דגם בקידש כהנת או כהן שקידש בתו לישראל בתרומות שקיבל ממנו, מקודשת רק למ"ד ט"ה ממון, (ועיין במקנה קידושין שם), ולכאורה יקשה עליו כנ"ל, דממי הוא החסרון שלא תחול הקנין, וצ"ל דהטעם משום דלא נתן לה, וכמו שכתבנו]:
אבל מ"מ נראה הגם דאמרינן טהא"מ לקנין חליפין ואגב, זהו דוקא אם גם לגבי קונה ליכא רק ט"ה, אבל בכהן דלגביה ממון גמור הוא ואלים זכותיה וקניינו בו, רק דלגבי המקנה קלישא זכותו וקניינו שפיר מהני הקנין מק"ו, כנ"ל:
ועפ"ז מיושב קושי' (ה'), דהא דפוסק הרמ"א דטהא"מ לקנות ממנו בחליפין, זהו דוקא אם לגבי הקונה ג"כ לית ליה רק ט"ה, משא"כ בעשור שאני עתיד למוד נתון ליהושע, דגבי הקונה הוי ממון גמור, ושקלא וטריא בב"מ ובקידושין הכי אזלא דמעיקרא תרצינן דאג"ק הקנה להם, וע"ז מקשינן וכי לא היה להם סודר לקנות, אלא טהא"מ לקנות ממנו

בחליפין, ה"נ טהא"מ לקנות אג"ק, והגם דעשור שנתן לר' יהושע יכול להקנות אג"ק, מ"מ העשור שנתן לר"ע ב"י לזכות לעניים, דגם לגבי הקונה ליכא רק ט"ה, לתתם לאיזה עניים שירצה, שוב אינו יכול לזכות בשום קנין להכניס לרשותו דבר קלוש ורפה כח, וע"ז מתרץ ולא היא מתנות כהונה כו', דילמא לעולם טה"מ, רק דבחליפין א"י להקנות, דבמתנות כהונה נתינה כתיב' ביה חליפין דרך מקח וממכר הוא, ושפיר הקנה לר"ע את מ"ע, ור"פ מתרץ דלעולם טהא"מ, ואעפ"כ מעשר ראשון שנתן ליהושע וכן תרומת מעשר שנתן ר"י לר"א בן עזריה קנו באגב קרקע, לפי דגבי הקונה הוי ממון גמור, ותו לא איכפת לן בקלישת כחו דמקנה, דגבי הוצאת רשותו איכא ק"ו, ולא קשיא לן רק במעשר עני שנתן לר"ע, דגם לגבי הקונה ליכא רק ט"ה, ע"ז מתרץ דקנה בקנין חצר, ודעת אחרת מקנה אותם שאני, וזהו דוקא במעשר עני נוכל לומר דאיכא דעת אחרת לגבי כל זכייתו, לפי שגם הוא אינו זוכה רק בכדי ט"ה, משא"כ לגבי מעשר ראשון ותרומת מעשר שהקונה זוכה בכולו, ודעת המקנה ליכא רק בכדי טובת הנאה כקו' קצוה"ח לעיל (ג'):

ולפ"ז נתיישבו קושי' (א' ג' ד') מה שהקשה הש"ך על הרא"ש, דכל הסוגיא דקידושין היפוך דעת ר"פ, דע"פ הנ"ל שני הסוגיות נצמדים יחד, דתירוצו של ר"פ לא מהני רק לגבי מ"ע, אבל לגבי מעשר ראשון ותרומת מעשר בע"כ צ"ל דאג"ק הקנה להם, דהא ליכא דעת אח"מ כפי זכיותם, גם קושי' (ג') מיושבת ממילא, דתירוצו של ר"פ רק לגבי מ"ע, וכן קושיא (ד'), דהיאך היה ר"י מקנה לר"א בן עזריה כיון דטהא"מ, דלגבי דידהו לא איכפת לן כיון שהקונה זוכה בגוף הממון, רק לגבי מעשר עני, ועמ"ש בתפארת ירושלים מס' מעשר שני אות כ"ג באופן אחר על קושיא זאת]:

ולתרץ קושיא (ב') נראה, כיון דכל השקלא וטריא רק לגבי מעשר עני, אם כן הוא, אפ"ל דזהו דוקא אי אמרינן שהקנה לר"ע, אבל אי אמרינן כתירוצא קמא דקידושין (דף כ"ז) בהא דבעי למיפשט דשדה לאחד ומטלטלין לאחר, מעשור שנתן לר"ע, ודחי שם מאי מושכר מושכר למעשר, א"כ הקנה לעניים גופייהו, ור"ע נעשה שלוחם לבד, וא"כ דמי מעשר עני למעשר ראשון ותרומת מעשר כיון שעניים זוכים בגוף הממון, ושפיר נוכל לומר דטהא"מ ודעת אח"מ לא מהני, והקנה לכולם באג"ק, כיון דלגבי הקונים הוי זכייה גמורה, ושקלא וטריא דב"מ אזלא לתירוץ השני, או אי אמרינן דשדה לאחד ומטלטלין לאחר קונה כדעת בעל האיבעיא:

ועל קושיא (ג') הנ"ל שהיא קושיית קצוה"ח לדעת הריטב"א, מתקפו כהן, ועיין בנדרים (דף פ"ד:] דגם הר"ן והרא"ש פליגי בזה, לפענ"ד אפ"ל דלענין דינא לא פליגי, רק שהמה

מדקדקים מדקתני הגונב טבלו של חבירו ואכלו דלמה נקט ואכלו, ותירצו בזה כי היכי דלא שמעינן רבותא דצריך לשלם כל טבלו דדמי להא דאמרינן בב"ק [דף כ:] ובתוס' כתובות [דף ל'] תד"ה לא, באם חסרו שחרוריתא דאשיתא דצריך לשלם כל הנאתו, והגם דיש לחלק קצת, מ"מ כיון שלא יצא מרשותו מיקרי בעלים לגבי כולהו, הגם שלא נתחסרו רק בכדי ט"ה, ועיין:

אב"ה **הנה** הנתיבות [ריש סימן ר'] תירץ על קו' (א') הנ"ל, דבקידושין נקט הש"ס שפיר דבעובדא דר"ג וזקנים היה קנין אג"ק, גם לתירוצא דר"פ, דמה שאמר ר"ג עשור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא ב"י, בע"כ צריכינן לומר דהיה בקנין אג"ק, דליכא למימר דהיה בקנין חצר, דלא מיבעיא לדעת הכסף משנה (פ"ד מה' מכירה הלכה ו') שכתב בשיטת הרמב"ם שם דברשות המופקדים אצלו לא מהני שיקבל עליו הנפקד ויזכה ללוקח ע"י חצירו, רק שהלוקח ישכור את מקומו של הנפקד, בוודאי לא היה ר"ע יכול לזכות לעניים ע"י חצירו ששכר אצל ר"ג, אלא אפי' לדעת המ"מ שם דיכול הנפקד לזכות ע"י חצירו למקבל, מ"מ הא כתב הש"ך בסי' קכ"ה ס"ק ל"ב] דכשלא הגביה הנפקד לזכות להמקבל ובא לזכות לו ע"י חצירו, בעינן דוקא שיאמר הנפקד אח"כ יזכה חצירי למקבל, וכיון דלא קתני במתני' שם שאמר ר"ע אח"כ יזכה חצירי לעניים, ע"כ לאו מטעם חצר הוא, ובע"כ צ"ל שהקנה לעניים מטעם אג"ק עכ"ד, [ונעה"ג בכת"י אאמו"ר המחבר זצללה"ה]. ולפענ"ד יש לחלק בזה טובא, דזהו דוקא היכא שמונח ברשות הנפקד קודם שזיכה להמקבל, אבל בכה"ג כיון שהשכיר החצר כדי שיזכה לעניים, הוי כאילו מסר מידו ליד השליח ממש, ואף בגט דבעינן נתינה גמורה מהני בכה"ג, עיין ניטין (דף כ"א] רש"י ד"ה חצירה, כיון שהחצר הוי כידו, וע"י השכירות הוי יד השליח והוי נתינה גמורה, ואפי' תן לחוד מהני [ע"כ]:

סימן עד

בדיני מתנת שכ"מ

א בתוס' [דף קמ"א] ד"ה נכסי להאי דמעברת בשכיב מרע איירי וכו' ואע"ג דאמר לקמן שכ"מ שאמר הלוואתי לפלוני הלוואתו לפלוני, אע"ג דליתא בבריא אפי' בקנין, דאי איתא בבריא בקנין א"כ הוי שכ"מ ובריא שוין, מ"מ הכא ליתא בשכ"מ וכו' דכולא לאו בחדא מחתא מחתינהו, עכ"ל. ודבריהם כדברי ספר החתום, חדא במה שהוכיחו דליתא בקנין, דא"כ הוי שכ"מ ובריא שוין, דבמה שוין הרי בבריא צריך קנין ובשכ"מ מהני באמירה לחוד, וכמו שכל מתנות שכ"מ חלוק ממתנת בריא כן הוא הכא, ועוד שזהו קושי' הש"ס לקמן (דף קמ"ח], וכבר עמדתי בזה בימי חרפי ופירשתי אז בכוונת

דבריהם, דעיקר יסוד דבריהם בסוף הדיבור מוצב על הא דאיתא לקמן (דף קנ"ב) מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין בי רב משמיה דרב אמרי ארכביה אתרי רכשי וכו' הרי הוא כמתנת שכ"מ שאם אמר הלוואתי לפלוני הלוואתו לפלוני, ובי רב הוא רב הונא [ש"ס יבמות (דף פ"ג), ועיין סנהדרין (דף י"ז) תוס' ד"ה אלא], ועיין גיטין [דף י"ג.] משמיה דרב והוא שצבורין ומונחין וכו' ומוקי לה רב זביד בבריא וכרב הונא אמר רב דאמר מנה לי בידך תנהו לפלוני במעמד שלשתן קנה ועיי"ש, הרי דס"ל דבמעמד שלשתן בפקדון ולא במלוה אליבא דרב הונא אמר רב, ולקמן (דף קמ"ח) מתרצי להו בש"ס הא דהלוואתי לפלוני בשכיב מרע מהני, או מפני דאיתא במעמד שלשתן או משום דיורש יורשה, ומעתה אליבא דרב זביד דאית ליה אליבא דרב הונא דמעמד שלשתן ליתא במלוה, א"כ בע"כ צ"ל כתירוצו דרב פפא לקמן הואיל ויורש יורשה, ועיין שבת (דף קכ"ח) והא רב הונא תלמידו דרב ורב כר"י ס"ל, גם משמע להו ליסוד מונח בלא זה, דהא דשכ"מ שאמר הלוואתו לפלוני, מהני אליבא דכ"ע וליכא מאן דפליג, וכיון שכן בע"כ צ"ל שהטעם משום הואיל דיורש יורשה, וא"כ גם במזכה לעובר קנה:

ב אולם עדיין יש מקום להתלבט בזה, דאולי לרב הונא דאית ליה אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בב"מ דף ס"ו: וביבמות דף צ"ג.], וכיון דאית ליה שיעבוד עליה והשיעבוד מביא לידי גוביינא, יכול להקנות לו מעכשיו, כמו דאית ליה לרב הונא גבי שדה זו וכו' קנויה לך מעכשיו [ביבמות שם], נמצא דלדידיה אין צריך לשני תירוצים דלקמן (דף קמ"ח], דהרי איתא בבריא בקנין מעכשיו, לזה הקשו מהאי דלקמן גבי ארכבי' אתרי רכשי, שהרי רב אית ליה [שם ביבמות] דאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, והתם הוה מתנה בקנין וא"כ הוי שכ"מ ובריא שוין, ומה יפוי כח איכא משום מתנת שכ"מ, והטעם דלא מהני קנין בבריא, אפי' למאן דאית ליה כר"מ דלא עדיף מנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס [ב"ב דף קכ"ז:], והכא נמי כיון שמת הנותן קודם שבא לידי גוביינא אפי' במעכשיו לא מהני מידי, כאשר בארנו בזי"ר ח"ר [דף צ' אות ב' ד'], ואפ"ה קס"ד דמהני קנין בבריא גבי חוב, משום דאפי' קודם שבא החוב לידי גבייה כבר נשתעבד לו והשיעבוד מביא לידי גוביינא, ועדיף מנכסים שנפלו כשהוא גוסס דלא היה לו שום שייכות מעיקרא בנכסים אלו, (כאשר מבואר הדבר בכמה מקומות שהאריכו בתוס' לחזק הדבר, דלא מהני קנין גבי חוב, לדידן דאינו מקנה דבר שלא בא לעולם, מכמה ראיות שונות, ומשום דקס"ד מפני שנשתעבד לו כבר, עדיף משאר דבר שלא בא לעולם], להכי חזקו הדבר גם הכא מדברי רב גופא דגם לר"מ לא מהני בכה"ג, היכא שמת טרם שבא הדבר לידי גבייה, ועוד טעם לזה דאף לר"מ לא מהני רק כשהתנה כשיבא לידו דוקא, ואזי יכול

להקנות גם מעכשיו כמו גבי שדה זו לכשאקחנה, כמבואר בתוס' לעיל [דף ע"ט:] ד"ה אימור בסוף הדיבור, אבל כשהקנה לו בסתמא לא מהני מידי:.

וע"ז תירצו דלאו בחדא מחתא מחתינהו, והוא דהגם דרבנן עשאוה כירושה לגמרי, ואפי' בדבר דלא מהני קנין בבריא, משום האי טעמא גופא דהואיל ויורש יורשה, זהו היכא שהוגרע דבר הנקנה מלחול שם קנין עליו, אבל היכא שהגרעון הוא בקונה עצמו, אזי בזה לא עשאוהו כיורש, והטעם, דלא עדיף ירושה דרבנן מיורש דאורייתא, לר' יוחנן בן ברוקא, דהתורה עשאהו כיורש, אפ"ה לא מהני לר"י בן ברוקא אף כשתלד, [הגם דיורש גמור בודאי זוכה כשנולד גם לרבנן דר"י בן ברוקא], תדע מדלא מוקי רב הונא מתני' כר"י בן ברוקא ואמר בפירוש לכשתלד, אלא ודאי שגם בזה לא מהני אליבא דר"י ב"ב דדוקא היכא שהיורש הוא בעולם, אז התורה נתנה לו להנחילו כל מה שירצה, אבל כשאיננו בעולם לא, הכא נמי במאי דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו:

והנה ראיתי בס' פתח הבית [ריש סי' ל"ה] שהניח דברי התוס' בצ"ע, גם הקשה דא"כ דלאו בחדא מחתא מחתינהו, מאי הקשה הגמ' לקמן [דף קמ"ז:] על ידור פלוני בבית זה, משכ"מ שאמר הלואתי לפלוני, ולדברינו ניחא שגם ע"ז נמשך קו השוה ונגדר בטעם ובהכרחיות הדברי', [ועי"ש בפ"ה שרצה לבנות דיק ע"פ דברי הלח"מ (סוף פ"ה מהלכות זכיה ומתנה) דלמאן דאית ליה דמזכה לעובר לכשתלד דלא קנה, גם בן הנולד לאחר מיתה אינו יורש כלל, כבר כתבתי בזי"ר ח"ר (דף פ"ז סוף אות ב') שדבר זה כמו זר נחשב, דליבום בן הנולד לאחר מיתת אביו פוטר מיבום (נדה דף מ"ד) דילפינן מבן אין לו, ומבואר הדבר במס' ב"ב (דף קט"ו.) יבמות (דף כ"ב:) תוס' ד"ה בן אין לו, דיבום ונחלה שוין, (וגם גבי נחלה כתיב ובן אין לו ש במדבר כ"ז ח')]:

אחר זמן כביר שערכתי דבריי הנ"ל, הנה נזדמן לפני ספר הר"י מיגא"ש על שבועות שנדפס בפראג] ובסופו איזה תשובות מגאוני הזמן, מובא שם (בדף ל"ד] בשם הגאון הקדוש מוהר"ר עקיבא איגר זצ"ל, וז"ל ומש"כ מורי חמי הגאון דלשון תוס' ב"ב (דף קמ"א:] ד"ה נכסי וכו' אע"ג וכו' שצריך תיקון דכוונתם דהא דארכביה אתרי רכשי, עכ"ל, ולא ידענו כוונתו בזה, ויראה שפירש גם כן דברי התוס' כמו שכתבתי לעיל:

ג עוד ראיתי שם תשו' מהגאון מהר"ם סופר מפרעשבורג זצ"ל אשר השיב לכבוד חמיו הגאון הנ"ל, וז"ל ואשר בדק מרנא מו"ח הגאון במי שמנחיל נכסיו על פיו וריבה לאחד, אם יכול להנחיל גם מלוה שאינה ניתנת במתנת בריא כגון מלוה על פה של עכו"ם שאינה במעמד שלשתן וכיוצא בו, או נימא כגון דאין בה קנין גם להנחיל אינו יכול וכו', שוב הראני וכו' שכבר ישב על מדוכה זו הגאון מליסא [בסי' רפ"א], ושם הביא ג"כ ראיה

דאין האב יכול להנחיל דבר שלא בא לעולם, מב"ב (דף קל"ג] דדחיק למצוא נפקא מינה אי נוטלו משום מתנת שכיב מרע או משום ירושה, ולא אמר איכא בינייהו דבר שלא בא לעולם, דבמתנת שכ"מ לא קנה, והאב יכול להנחילו, אלא ע"כ דאינו יכול, ובמחילת כבוד הגאון לפום רהיטא לא עיין, דהסוגיא קאי לפרש דברי רב הונא ורב הונא הא סבירא ליה בעלמא אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, וגם במתנת שכ"מ יכול ליתן, ולא הוה מצי למימר הך איכא בינייהו, ואני תמה מאד על הגאון מהרי"ט והגאון מליסא, הא ממקומו הדבר מוכרע, ב"ב קמ"ח ע"א] דאמר ר"פ הואיל ויורש יורשה, ופי' התוס' דדבר שלא בא לעולם אין מציאות גבי יורש, דבן היורש פירות דקל משום שקנה בגוף הדקל, פירוש לדבריהם, שהרי אי איפשר שיהיה להמוריש פירות דקל מבלי שיהיה לו בגוף הדקל, שאפי' מוכר דקל לחבירו ושייר פירות לעצמו, אמרינן שהשאיר לעצמו מקום פירותיו, כמבואר ב"ב (דף קמ"ח], ואם כן מוריש לבניו מקום הפירות, ואין מציאות שיורישׁ דבר שלא בא לעולם, על כן ליתא במתנת שכיב מרע, כן פי' כוונת התוס' וכו', ואי ס"ד שיכול להנחיל לבניו פירות דקל מבלי מקום דקל, א"כ שוב משכחת ליה יורש יורשה אפי' בירושה דממילא, כגון ראובן חילק נכסיו על פיו ונתן דקל לבנו שמעון ופירות לבנו לוי, ומת לוי וירש קהת בנו פירות דקל, א"כ תיהוי נמי בשכ"מ, אלא ע"כ מוכח מזה בפשיטות כי היכי דאינו יכול להנחיל לדבר שלא בא לעולם, היינו עובר, הכי נמי לא יכול להנחיל דבר שלב"ל, וזה ברור בלא פקפוק בעזר הי"ת, [וכן כתובה תשובה זאת בחתם סופר חלק ח"מ סי' ק"נ]:

ולפי ענ"ד דברי קדשו לא מחוורים בזה, מש"כ לפום רהיטא לא עיין וכו' דר"ה לטעמי' דאית ליה אדם מקנה דבר שלב"ל, דהרי בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס או לאחר מיתה גם לר"מ לא קנה כדאיתא (דף קכ"ז ע"ב], גם מש"כ דממקומו מוכרע וכו' לאחר העיון לא מצאתי בהם נוכחת, שהרי עיקרו של מבוכה זו אם יכול להנחיל בדבר שלבל"ע, הוא בדבר שכשיבא לעולם יזכה בהם זכייה גמורה ע"פ מוסדי הדת כגון חוב דלא מטיא לידיה, או ירושה שנפל לו ממקום אחר, דאם יבא לידו בחייו יזכה בהם, וגם כשמת זכו בהם יורשיו אח"כ, דתחת אבותיך יהיו בניך כתיב, בכגון זה חקרו לדעת אם יכול להנחיל למי שירצה מבניו אם לא, אם נאמר כיון שהתורה נתנה רשות להנחיל הרי זה כירושה דממילא לכל דבר, ומשפט אחד לכולם במשורה אחת, או דילמא דמכל מקום לגבי הנותן בעינן שיהיה לו יד וזכות בנחלה זו שמורישה, גם למוכרו וליתן במתנה אז יכול להורישה, והמקבל ממנו זכה משום ירושה, אבל בדברים שאין לו יד ורשות ליתנם לאחרים, גם להוריש לא איפשר, וזכו בהם אז היורשים דממילא, אמנם באופן זה

שהמציא הגאון הנ"ל בנתן דקל לאחד ופירות לאחר דלא הקנה לו מקום הפירות, א"כ בכהאי גוונא הרי לא עדיפי ידן דיורשים מן המוריש עצמו, שהרי לגבי עצמו נמי אם אמר בפירוש ששייר לעצמו רק הפירות, אזי גם כשיבאו הפירות לעולם, לא יזכה בהם מידי, ואיך יעלה על הדעת שיעדיף כחו דאתי מחמתיה יותר משל עצמו, רק דלגבי עצמו אמרינן בעין יפה משייר ושייר מקום הפירות, אבל אנן השתא כשהוריש רק הפירות לחוד אנו דנין, אזי ממנו תוצאות הגבול אלפני המנחיל עצמו, וכשם שהמנחיל אין לו יד וזכות לזכות בפירות לחוד ששייר לעצמו, מכל שכן הנוחל דאתי מכחו:

סימן עה

תשובה בדיני מתנת שכ"מ [תשובה זאת נתחלקה לארבעה סימנים]

בדבר הצוואה של הרבני הגביר המפורסם היקר מהו"ר יעקב צמח ניסים ז"ל, במדינת בבל בקהל באגדד יע"א נשאלתי בזה פה עיר הקדושה תובב"א, מאת ידי"נ הרבנים הגדולים המפורסמים חכמי ירושלים הי"ו, ומאת ידי"נ הרב הגדול וכו' מהו"ר שמואל העליר מצפת תובב"א, לשום עיוני בזה ואת אשר תעלה במצודתי בעזר צורי וגואלי אחרות על הלוח הנה, ומלאתי דבריהם ושמתי עיוני בזה, וזה אשר עלתה במצודתי, ובה' שמתי כסלי ומבטחי שלא אכשל בדבר הלכה בזכות אבותי הקדושים והגאונים נ"ע, שמתי מטרת עוזי להקים ולחזק ידים רפות וברכים כושלות במעגלי צדק ובמישרים, נכוחים ואמיתים לדינא, וכל הרוצה להשיב יבוא וישיב, ובעזה"י אעמידנו על מטרת האמת, ויודה ויאמר שגיתי אם בעל נפש הוא:

והנה יש מחכמים אשר בזה החלו ובזה התמו, להרוס ולהעריץ ולערות עד היסוד, את כל דברי הצוואה של הגביר הנ"ל, אשר התעתד לנפשו היקרה להתם ולחסום את כל המקטריגים מעליו, ובנה בנינים עצומים לזה מכמה שנים, וילבש צדקה כמדו להחזיק ת"ח על משמרתם ועבודתם התמימה, ועתה כמו רגע חלו בו ידימו ונהפך הודו למשחית, ועתה נלקטה אחת לאחת את כביר כוחם וראשית אונם אשר הציגו כמטרה לחץ והסבו בלכתם להמרות רוחו של הנדיב ז"ל, ולהרוס את דברי חכמים הגדולים והמופלגים בתו"י אשר במדינת בבל, אשר שכלו בחכמתם ובעוצם בינתם את דברי קדשו ע"פ בקשתו למו, להקים הדברים ע"פ דתוה"ק למען יעמדו ימים רבים ולא יתמו לנצח, ולמען ירב ויפרה פרי נדבתו לנשמתו היקרה וישחק ליום אחרון, אמנם הגם הלום ראיתי אחרי רואי בשגם המה ת"ח מופלגים הי"ו ובכמה דברים כביר מצאה ידם לעורר על הדברים במושכל ראשון, אולם לדעתי מן הישרה והנכוחה שיציעו הדברים לפני חביריהם ולא לחתוך הדין על פיהם לבד, ואם אולי כל גדולי הדור נחשבים בעיניהם

כתלמידים. לו כדבריהם כן הוא, הלא כבר מצינו כ"פ שאמרו חכמים הראשונים דבר זה נפתח בגדולים ונסתיים בקטנים, כן עתה, הקול קורא אלי מחכמי ירושלים וצפת תוב"ב, לך בכחך זה, ואם בשכבר נפתח בגדולים מחכמי ספרד וחכמי אשכנז, לו יואל ה' ויתכוננו הדברים בקטנים כמוני, וישדד לב המעררים שליט"א להודות על דבר אמת וקו צדק להלכה למעשה, וראיות ברורות יתנו עדיהם ויצדקו, וזכות אבותי הגאונים נ"ע יהיה בעזרי ובאברתם יסוככוני לבל אכשל ח"ו בדבר הלכה, ועתה אכוין עטי בסעיפים ובאותיות כלפי הקורא נעים למען ירוץ הקורא בהם, ולבל ילאו לחפש הדברים הנה והנה, ולבל אצטרך לכפול הדברים ויספיק לרמוז ע"פ דגלי אותיותיהם:

השאלה יובן מתוך התשובה

א בראשונה יסעו להפר ולשרש את הצוואה ראשונה שנעשה בכל תוקף ועוז בקנין גמור מעכשיו בתנאי אם לא אחזור קודם שיפטור מהעולם, יקנו מעכשיו, ופתחו בחכמה דלדעת רש"י ב"מ (דף י"ט] ורשב"ם ב"ב (דף קל"ה:] שפירשו גבי מתנת בריא שהיא כמתנת שכ"מ, כל שכתוב בו מהיום ולאחר מיתה, דכוונתו שהגוף יקנה מהיום ופירי לאח"מ, והר"ת פירש [ב"ב שם] שכתוב בפירוש מהיום אם לא אחזור, ומסתבר להם מסברא דנפשייהו דפליגי לדינא, דלדעת רש"י ורשב"ם לא מהני מידי היכא שיכול לחזור, ואע"פ שלא חזר לא חל הקנין למפרע:

ונראה בשגם שלכאורה דברו נכונה, איברא עודנה לא יצאו ידי מידת חכמים, שדרכם להרבות שלום ולא לאפושי פלוגתא, [ועמ"ש באות ג'], איברא איפשר לדונם לכף זכות משום דקשיא להו הא דאיתא ב"ב [דף קמ"ב] גבי גר שמת וביזבזו נכסיו וכו' וע"ש היטב, ולתירוצא דרבא שם דגם בירושה הבאה מאליה לית ליה זכייה לעובר, ואפ"ה לא קני למפרע משום דרפויי מרפיא בידיה מעיקרא, הגם שמת העובר אפ"ה לא קנה למפרע משום דרפויי מרפיא בידיה בשעתן שוב לית ביה צד חלות שיחול למפרע, וכעין סברא זו מצינו בדברי ר"ן בר"פ נערה המאורסה היכא דהיפר אחד מהם והקם השני ונשאל על ההיקם והפר גם הוא, הגם שחכם עוקר את ההיקם מעיקרא, כיון דקלישא ליה הפרה של הראשון שוב אי איפשר לחול למפרע, ואינו דומה למקדש אשה ע"מ שאין עליה נדרים והלכה לפני חכם דמקודשת, ומחלק הר"ן שם מתוך שהוא מעשה גמור יעו"ש. ומובן מעצמו דזהו היכא דתלוי התנאי במילתא אחריתי, אבל היכא דתלוי בגוף המתנה תו ל"ש לומר שהוא מעשה גמור כיון שיכול לחזור בדבורא בעלמא, וא"כ בנ"ד נמי כיון שיכול לחזור ולעקור את המתנה לגמרי, שוב אין בו חלות למפרע, והגם שנצטרך לחפש אחרי תירוצים וסברות כי היכי דלא תקשה לדעת ר"ת מהא דגר שמת

לתירוצא דרבא, מ"מ מהאי טעמא ניחא להו לומר דלדעת רש"י ורשב"ם לקושטא לא קנה בתנאי זה ולק"מ]:

איברא לקושטא דמילתא א"א לומר כן (דמיהו) [דנהי[דבנכסי הגר לא קנה היכא דרפויי מרפיא, אבל בדעת אחרת מקנה, אע"ג שבידו לחזור, מ"מ היכא דלא חזר קנה למפרע לכ"ע, וראיות ברורות יתנו עדיהן בלא גימגום:

ב חדא לאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו בין בשטרי הלואה בין בשיחרור ובמתנה [ב"מ י"ג י"ט ובתוס' שם ד"ה ברייתא], וכל כמה דלא מטא לידיה יכול לחזור בו מכל וכל, ואעפ"כ היכא דמטא לידיה אח"כ קנה למפרע, והגם שרוב הפוסקים פסקו דלא כאביי, זהו מטעמא אחרינא, משום דלא מסתבר להו שיזכו העדים בסתמא כיון שלא דיברו מזה כלל ולא עשאן שלוחים, אבל היכא שעשאן שלוחים על תנאי זה לכ"ע קנה למפרע, גם לדעת הרי"ף ור"ח [הובאו בראשונים בסוגיא דמצא שט"ח] דפסקו גם בשטרי אקנייתא בעינן דמטא לידיה לבסוף וכ"כ דלא מטא לידיה יכול לחזור בהם מכל וכל, ואפ"ה היכא דמטא לידיה קנה למפרע:

גם מבואר ב"ב (דף קי"ד] דפליגי רבה ורב יוסף בקנין סודר עד מתי יכול לחזור, ופסקינן כר"י שכל זמן שעסוקין באותו ענין יכולין לחזור, ואפ"ה אם לא חזרו קנה למפרע, דאלת"ה הרי חזרה סודרא למריה:

ועוד ראי' מקידושין [דף כ"ו] דבמקום שכותבין השטר ל"ק עד שיכתוב השטר ומבואר בר"ן שם דבמקום שכותבין שטר ראיה קנה למפרע, הרי להדיא הגם שכל כמה שלא כתב לו, שניהם יכולין לחזור בהם, ואפ"ה אית ביה צד חלות לחול למפרע, גם מבואר שם היכא שהתנה אי בעינא בכספא איקני, וא"ב בשטרא איקני, [ועמ"ש בזה לקמן באות ג'], הרי אע"ג שיכול לחזור קודם כתיבת השטר, ואפ"ה אם לא חזר ורצה אח"כ למכור בכסף לחוד קנה הלוקח אע"ג דרפויי מרפיא בידיה, א"ו דבדעת אחרת מקנה לכ"ע קנה:

ועוד ראיה מב"ב (דף קכ"ה:] גבי סבתא כל האומר אחריך כאומר מעכשיו דמי, ועי"ש בפי' רשב"ם דלדידיה הראשון אינו יכול למכור כיון שזכה בגופא מעכשיו, אכן אנן פסקינן שאין לשני אלא מה ששייר ראשון, בע"כ צ"ל דפסקינן לאו כאמ"ע, איברא כ"ז בסתמא אבל היכא דאמר בפירוש מעכשיו פוסק רבינו אלפסי דלא הוי ראוי לגבי בעל, ורז"ה חולק בזה וס"ל דמ"מ כיון שראשון יכול למכור הוי ראוי לגבי הבעל, ורמב"ן חולק עליו בתרתי, חדא דהיכא דאומר ואחריך יזכה מעכשיו, שוב אין הראשון יכול למכור דדמי לכותב נכסיו לבנו, דהיכא דמכר האב מכורין עד שימות, ואין ביכלתו למכור לגמרי, כיון שבנו זכה בגופא מעכשיו, וה"נ באחריך מעכשיו, ועוד דאפי' היכא שאמר

בפירוש כן שאחריך יזכה מעכשיו במה שישייר הראשון, מ"מ כיון דסוף סוף נסתיים מילתא שלא מכרו הראשון וזכה השני מעכשיו, שוב לא מיקרי ראוי כיון שכבר זכתה אשתו למפרע, הרי להדיא דלא פליגי הרז"ה ורמב"ן ז"ל אלא לענין ראוי, אבל מיקני קני השני מעכשיו היכא שהתנה בפירוש שיזכה אחריך מעכשיו במה שישייר הראשון:

ועוד כדמות ראיה מב"ב [דף קכ"ז:] אלא לרבנן יכיר ל"ל בצריך היכרא למאי הילכתא למיתבי' ליה פי שנים וכו', אילו בעי למיתב ליה במתנה מי לא יהיב וכו', יעו"ש. והרי במתנת בריא מעכשיו, בוודאי אינו רוצה ליתן לו דאולי יצטרך עוד להם בעודנו חי, [הגוף הפירות], ובע"כ צ"ל דמ"מ יש לו מיגו שיתן לו מהיום אם לא אחזור בי, הרי להדיא דלכ"ע מהני בכה"ג, ולכאורה י"ל דעודנו יש לו מיגו ליתן לו שיחול המתנה בשעה א' סמוך למיתה, כאשר השיב לי ידי"נ הרב הגדול הצדיק מוה"ר נחום נ"י, ואמרתי לו דא"כ במאי יקנה אי בסודר כבר הדר סודר' למרי', וכן במשיכה כמבואר בכתובות (דף פ"ב), וכן בחזקה כמבואר יבמות (דף צ"ג] בתוס' ד"ה קנויה, וא"ל שיקנה לו קרקע בשטר והמטלטלין בתורת אגב, חדא לדעת רוב הפוסקים קנין אגב אינו אלא מדרבנן, גם בתורת חצר שהוא מדאורייי', חדא בדלית ליה קרקע אזדא ליה המיגו, ועוד בבכור קטן מאי איכא למימר, דקטן אין לו חצר, [כמ"ש בש"ע סי' רמ"ג סעיף כ"ג]:

וטעמא דמילתא שהרי טעמא דרפויי מרפיא לא גרע מהיכא דלא נתכוין כלל לקנות, ולהכי בנכסי הגר דבעינן שיתכוון לקנות, שהרי עודר בנכסי הגר וכסבור שלו הוא, מבואר ביבמות דף נ"ב:] דלא קני, ומש"ה בעינן כוונה אלימתא, משא"כ בדעת אחרת מקנה קנה אפי' שלא נתכוון, כמ"ש הנ"י ב"ב פ' חזקת הבתים (דף מ"א] גבי רב ענן שקל בידקא בארעי', וברשב"א גיטין (דף כ"א] גבי זקן שאני דידע לאקנויי ע"ש:

ג ולדברינו שכתבנו לעיל אות א'] ממילא מובן דאין לבנות יסוד, דגם לדעת רש"י מהני בהתנה להדיא אם לא אחזור יקנה מהיום, ממה שפירש"י קידושין ר"פ האומר גבי מעכשיו ולאחר שלשים יום (דף נ"ט:] ד"ה מספקא ליה אי תנאי הוא, היינו אם לא אחזור בי, וכן מנוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקרו (ב"ב דף פ"ח] שהלוקח יכול לחזור, ואפ"ה אם לא חזר קנה למפרע כדמוכח להדיא מדברי ר"ן פ"ק דמס' עכו"ם, גבי משום נסיוני דלהכי אמרינן שם בש"ס דף ט"ו] משום מחמר ולא משום שביתת בהמתו שהרי אם ירצה הלוקח יקנה למפרע יעו"ש, דמידי הוא טעמא שיש להסתבך בזה בתחילת השקפה, רק משום דרפויי מרפיא, וזה לא שייך רק גבי הקונה והזוכה, דהיכא דרפויי מרפיא בידו לא סמכה דעתיה, אבל גבי קידושין וכן בלוקח מן האומן ע"מ לבקרו הוא להיפוך, שהברירה ביד הקונה והזוכה, (ומה שכתבתי לעיל (באות ב') להביא ראיה

מהא דאי בעינא בכספא איקני, היינו מהיכא דההתנאי הוא מצד המוכר, אע"ג דבש"ס שם איתא היכא שלוקח התנה כן, ותו ליכא ראיה כיון דלא שייך לומר משום דרפויי מרפיא, אולם מסתמת הש"ס והפוסקים משמע להדיא דגם בהתנה המוכר הדין כן, וכן הוא להדיא בש"ע סימן ק"צ סעיף ח'], אך הראיות שכתבנו [באות ב'] הם כראי מוצקים: **ומעתה** אין כאן מחלוקת בין הפוסקים בזה, ונאמנים עלינו דברי המגיד משנה [פ' י"ב מהלכות זכייה ומתנה הלכה י"ד] שכתב להדיא דלדינא אין נפקותא בזה, בין פירש"י ורשב"ם לפי' הר"ת, גבי מתנת בריא שהוא כמתנת שכ"מ, איברא לפמ"ש אזי בהפקר כה"ג בהתנה מהיום אם לא אחזור בי, אזי איפשר לומר דלכ"ע לא קנה הזוכה שהחזיק בהן בחיי המפקיר, אבל עודנה תלוי בפלוגתא דרש"י ותוס' ב"מ [דף י"ב] ברש"י ד"ה זרק ארנקי ובתוס' ד"ה ויצא, ועי' בנ"י שם דלדעת רש"י הפקר מדעת חשוב כדעת אח"מ, ול"ד לנכסי הגר, וכבר הוכחנו לעיל, דבדעת אח"מ לכ"ע קנה אפי' היכא דרפויי מרפי', ובטור וש"ע סי' רמ"ג סעי' כ"ד ובש"ך סי' רס"ח ס"ק ט' מבואר דפסקינן כדעת רש"י בזה, ועיין במל"מ פ' כ"ט מהלכות מכירה ה' י"א]:

סימן עו

בענין הנ"ל

א עתה נלקטה אחת לאחת אשר חשבו להשחית מעגלי צדק ופעמותיו, אשר בעוד נשמתו הטהורה מרחפת בקרבו בכל סרעפי לבבו וכל עשתונותיו הכין את אשר יביא לפני יוצרנו ית"ש לעולמו, ובכל מעמקי לבבו בנה בנינים עצומים במועצות ודעת בכל עוז ותעצומות, לחזק ידים רפות וברכים כושלות, שהן ת"ח צדיקים השוכנים בארצנו הקדושה תובב"א, ובכל הקשורים בעבותות אהבה לתורה ולתעודה, ונראה בעליל לעין כל, שירא לנפשו אולי יפיל א' מן היורשים צרור ארצה, קם ונשבע ש"ח ע"ד המקום שבאם יושחת אפי' עפ"י רוב הפוסקים, אזי יתקיים ויתיצב אפי' עפ"י דעת יחידי בכל תוקף ועוז, ועתה הפכו קערה ע"פ, וענו ואמרו קמה אלומתנו וגם נצבה עפ"י ישמעאלים ודתן, ואבירם נבנתה לפעמים עפ"י דעת יחידי לדעתם, ולפעמים בגילתא דחיטא, והם כמוץ אשר תדפנו רוח, והנה משם אתחיל לדבר ובכללות הדברים נקומה ונראה ונביטה במדת חז"ל אשר כל דבריהם כגחלי אש, ונוסדו עפ"י רוח הקדש, ומצינו בדבריהם הק' אשר במקום שנראה בעליל את גמר דעתו, אזי אמרי' שגמר להקנותו גם בלא קנין אלים כלל, ולפעמים בלא קנין כלל, באין אומר ואין דברים, ובפרט בענין גדול כזה להחיות כו"כ נפשות עדי נצח, ובתוכם כו"כ ת"ח גדולים וצדיקים והמה כבולים בעבודת הש"י, ומצפון לבבו של נפש היקר הלא נראה ונגשש כחוט השערה רק להקם ולא להפר, וכמו

איש החפץ בחיים ובורח מן המות, כן בחלה נפשו בקרבו לבל ישחית מני הדברים חלילה, מחוט ועד שרוך נעל:

ונלקטה דברי חז"ל הנפוצים אנה ואנה, עיין ע"ז [דף ס"ג:] בחנוני המקיפו כיון דאורחי' להקיפו, קני ליה דינר גביה, וז"ל רש"י שם בד"ה קני ליה וכו' שכל מקום שיש לו הדינר קנוי לחנוני הלכך חליפין נינהו, בכורות [דף י"ח:] ברועה כהן דניחא ליה דליתעבד מצוה ע"י ואקני ליה מקום בחצירו, ובתוס' שם ד"ה אקנויי בתירוצם הראשון, קידושין [דף ח'] בסלע של שניהם מהו וכו' הרי אע"ג דחצר השותפים אינו קונה זה מזה, כיון דרצה לקדשה אמרינן שהקנה לה חלקו, ועי"ש בר"ן שכתב כן בדעת רש"י, הרי אע"ג דלא דיבר מזה כלום ולא נעשתה מעשה קנין, אפ"ה נקנה לאידך משום דסמכה דעתיה, ובדרך זה אחז צדיק דרכו, א' מרבותינו האחרונים ה"ה בעל הט"ז, בא"ח בסי' תל"ד ס"ק ו') גבי ביטל ע"י שליח יעוי"ש, ואין ביאור לדברי קדשו דבמאי קנה השליח, וכתבתי זה כמה בגליון ש"ע שם, דעפ"י דברי ש"ס בכורות ותוס' הנ"ל יש מקום להקים דברי קדשו, דעיקר טעמא כיון שרוצה להפקיע איסור חמץ, מסתמא הקנה את חמצו לשלוחו, והגם דפסקי' התם כר"ע, מבואר בבכורות שם דהטעם משום דא"ל פסידא וגם המצוה כזאת לא רמיא עלי':

ב איברא לא באתי הנה לבנות דיק ולשפוך סוללה ע"ז, ובעזה"י נברר ונלבן כי הצוואה הזאת שרירא וקיימא אליבא דכ"ע וא' מהן לא נעדר, והם דימו דברי הצוואה לדברי מהרימ"ט ז"ל [סי' כ"ג] שכתב בנידון א' שציוה ליתן לחתניו כך וכך והיו לו עוד בנות פנויות אם גם המה בכלל, וחידש שם שגם אם ציוה כן בפירוש לא מהני, כיון שלא נבררו מי ומי הם, ואנן פסקינן בדאורייתא אין ברירה, [וחולק שם על תשו' הרא"ש כלל ס"ח סימן ט' בשטר שכ' בו שמשעבד עצמו לכל מי שמוציאו], והביא דברי הרמב"ן והר"ן ספ"ק דגיטין [דף י"ג:] גבי משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך עי"ש, וה"נ בנ"ד שהקנה לאפוטרופסים מעכשיו שהם יבררו ת"ח שבירושלים ושארי מקומות ונותן להם סך מסוים מדי שנה בשנה, לא מהני ג"כ, כיון שעדיין לא נתבררו:

ולדעתי נראה דבכגון זה מהני אליבא דכ"ע, והוא דבעיקר הסברא של רבותינו הראשונים בדין ברירה, דאנן פסקינן גבי ב' לוגין דאין ברירה, וגבי אם מתי יהיה גט מעכשיו דמהני הגט, והוא דגבי ב' לוגין הספק הוא על ב' לוגין המעורבין בתוך היין, ונמצא שאין הדבר עומד להתברר דאולי ישבר הנוד ולא יתברר לעולם, משא"כ גבי אם מתי, ועיין בתוס' ר"פ כל הגט ור"ן שם, ובפי' מהרש"א ומהרש"ל שם ובקצוה"ח סי' ס"א], ונמצא בעובדא דמהרי"ט ז"ל, וכן גבי משתעבדנא לכל מאן דאתי מחמתך שפיר תלוי בברירה,

כיון שספק על איש א' המעורב בין אנשים הרבה דעלמא, ואין הדבר עומד להתברר בודאי, דאולי לא ימכור המלוה כלל, אכן בנ"ד לדברי הצוואה השנית שנתן מעכשיו בלא שיור ותנאי כלל, הרי הדבר עומד להתברר בודאי דלא יחדל אביון מקרב הארץ, ובכגון זה פסקינן לכל הפוסקים דיש ברירה, והלכה רווחת בגט שכ"מ דמהני לכ"ע בלי גמגום ומתירין אותה לשוק בלא חליצה, ואם באיסור ערוה החמורה סמכינן על ברירה היכא דעומד להתברר, כ"ש בממון הקל, וממילא מובן דלדברי צוואה ראשונה יש מקום לדבריהם כיון שאינו עומד להתברר דאולי יחזור לגמרי ודמי לשני לוגין, אבל לדברי צוואה השניה הדבר ברור דמהני גם לדברי מהרימ"ט]:

הגם שא"צ ראיה לזה שמובן לכל מעיין בצדק שכן הדברים, איברא לעדופי ולאלומי מילתא, נברר בראיות נכוחות שא"א לזוז זיז כל שהוא מן הנ"ל, עיין מעשר שני [פ"ה מ"ט] ועישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף ומקומו מושכר לו, ושם איירי במעשר שכבר היה בביתו של ר"ג וכבר הפרישום, ומפני שהיה בשנת הביעור הוצרך לזכות כמבואר בר"ש שם ובתוס' ב"מ דף י"א ד"ה עישור, ועיין נדרים [ד' פ"ד:] בתירוצא דרבא שם שמחלק במעשר, בין מעשר המתחלק בגורן לבין המתחלק בתוך הבית, דאז הטובת הנאה שלו, ונמצא שהקנה לר"ע גם את הט"ה, ולדברי מהרימ"ט יקשה אמאי מהני כיון שלא הוברר עתה העניים שיתרצה ר"ע ליתן להם, א"ו כיון שעומד להתברר כמבורר דמי, ועוד ראיה מב"ק [דף ל"ו:] גבי פלגא דזוזי הוא ניתביה לעניים דאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן, ופי' התוס' והרי"ף והרא"ש דקנו עניים במע"ש, והרי עודנה לא הוברר למי יתן, א"ו כיון שעומד להתברר בודאי כמבורר דמי:

ג ועוד אני תמה על אלו החכמים שרצונם להשחית דברי המנוח, מפני דברי מהרי"ט בסי' כ"ג] שמשיב על הרא"ש ומדוע לא השפילו למ"ש המהרי"ט בעצמו בתשו' [סי' מ"ט נ'] בעובדא כה"ג, שהקנה לא' בקנין מעכשיו שיחלקם לעניים ולת"ח כרצונו ואח"כ נתפשר עם היורשים מחמת שלא רצו לקיים דברי המת, והעלה שם באריכות דפשרה בטילה, אף שלא מסר מודעה, הגם דפשרה כמכר, זהו היכא שיש לשכנגדו איזה טענה, אבל הכא כיון שהוא מילתא דברירא ואלים טובא, דהרי זה כקני ע"מ להקנות, יעוי"ש, (הרי להדיא דאע"ג דלא אמר בפירוש קני ע"מ להקנות, ועיין לקמן סי' ע"ז אות ה' בשם הרמב"ן] וז"ל שם [בסוף סי' נ'], ולענין הפשרה שנעשה עם היורשים, נראה דלא מיקיימא מילתייהו, חדא שאין לזה רשות לתת לאחרים, כיון שהנותן זיכהו ע"מ לתת לאותם ת"ח ועניים שילמדו בחברתו, ואין לו לזה אלא טובת הנאה שיתן למי שיוכשר בעיניו, והאשכנזים בני קהלו הם יותר ראויים משאר ת"ח, כדאמרינן תנו מנה לביהכ"נ ינתן

לביה"כ הרגיל בו, לעניים ינתן לעניי עירו, ואפי' למ"ד טובת הנאה ממון היינו דאית ליה זכותא בגויה אבל לא שיהיה רשאי לפקוע זכות האחרים, דהאי קני על מנת להקנותם הוא ול"מ ליתנם לאחר, ואע"ג דבס"פ השותפין במס' נדרים גבי ההוא גברא דהו"ל ברא שמיט כפא דכיתנא מסקינן דל"ק אע"ג דקני ע"מ להקנות הוא, דאימת קנה, לכי הוי בר בריה צורבא מרבנן, לכי הוי הדר סודרא למריה, הכא מעכשיו הקנה לזה ע"מ שיקנה לאחרים לאחר זמן, ובכה"ג מהני, כמש"כ המפרשים ז"ל שם, וכיון שכן לא מצי לוותר נכסי ת"ח ועניים וכו' עכ"ל המהרי"ט, הרי להדיא דבכגון זה ל"ש לברירה:

וטעמא דמילתא אפ"ל דלא מצינו מילתא דשייכא לברירה לדינא, רק במידי דתליא בקיום הדבר בעצמותו כגון בממון במידי דתליא בזוכה או במזכה, וכן בגירושין ובקידושין שלא נתברר בשעתו מי המתגרשת, וכדומה, ומש"ה פסקינן דמידי דתנאי ל"ש לדיני ברירה, משום כיון דעיקר הדבר נתברר ותנאי מילתא אחריתא היא, כמ"ש התוס' והרא"ש ר"פ המגרש גבי ע"מ שלא תנשאי לפלוני, וכמ"ש הראשונים (עיין בנמוקי יוסף ב"ב על הסוגיא בדף קל"ד ע"א) גבי מתנה ע"מ להחזיר אע"ג דכל מתנה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה, ג"כ משה"ט דאין החסרון בעצמות המתנה רק משום התנאי], וה"נ בקני ע"מ להקנות, כיון שכבר יצא הדבר הנקנה מרשות בעלים, תו לא איכפת לן במאי דלא נתבררו בשעתן מי ומי שיזכהו אח"כ כיון שכבר יצא הדבר מרשות בעלים, וגם הזוכה להם כבר הוברר בשעת עיקר הקנין, וזה דמי במישור לסברת הר"ן ר"פ השותפים שכתב שם בסה"ד, וז"ל דכל כה"ג יש ברירה שאין המיעוט המסופק בתחלתו ומתברר לאח"ז מעכב את הרוב שהיה ברור מתחלתו וכו' יעוי"ש:

או משום הטעם שכתב המהרי"ט בסי' כ"ג] דלא תליא בברירה רק היכא דבעינן שיקנה למפרע, אבל היכא דלא בעינן שיברור למפרע רק שיקנה בשעה שיתברר, תו לא תליא כלל בדיני ברירה, ומביא ראיה לזה מפ' לולב וערבה (דף מ"ב:] ומלמדים אותם שיאמרו כל מי שיגיע לולבו לידו הרי הוא לו במתנה וכו' הרי אע"ג דבשעה שהתנה אינו מבורר, אלא משום דאיהו גמר ומקנה מהשתא וכו', ועי"ש בד"ה ואיכא למידק, וכן מבואר בדברי הר"ש מס' מעשר שני [פרק ה' מ"א] דלצנועין דסברי כל הנלקט, הכוונה דבשחרית אומר כן ואעפ"כ ל"ש ברירה, כיון שאין החילול חל אלא אחר שנלקט ואז כבר נתברר, וכן מבואר בתוס' ב"ק [דף ס"ט] ד"ה כל הנלקט, דבשחרית אומר כן כרם רבעי זה לכשילקט יהא מחולל, ושם [בעמוד השני] כתבו בד"ה אלא וכו' וז"ל ואע"ג דבסתמא דצנועין לית ליה ברירה, וכ"מ מדברי רמב"ן בהלכותיו מובא בר"ן ר"פ השותפים:

ד והנה בקצוה"ח [סי' ס"א] יצא לידון שהרשב"א בתשו' מובא בבית יוסף אהע"ז [סי' קמ"א] חולק בזה, וסבירא ליה דגם בכגון זה תליא בברירה, שכתב דהיכא שעשתה איזה שלוחים לקבל גיטה ואמרה דלכל מי שירצה הבעל למסור הגט יהיה שלוחה לקבלה, דל"מ כיון דבדאורייתא אין ברירה, ורק היכא דעשתה כמה שלוחים בסתמא מהני שפיר לכ"ע, מפני שהיא עשתה לכולם שלוחים ואע"פ שלא יקבל רק אחד מהם לא איכפת לן בזה, ועיין בקצוה"ח שם שהאריך בפרט זה ומיישב שם כמה קושיות של מהרי"ט מהא דאי' פ' מי שמת המבשרני יטול מנה, וכן מעובדא דשאול והיה האיש כו' יעשרנו המלך, ובזה היטב אשר דיבר ונתכוונו הדברים, אולם בדבר אשר יצא לידון, דרשב"א חולק בזה על רמב"ן ותוס' ור"ש ולא יביא דעתם כלל הוא רחוק, ונלפענ"ד דאפושי פלוגתא לא מפשינן, והוא הטעם דשאני מינוי שליחות משאר דברים שנגמרו ע"י בע"ד עצמן, שהרי במינוי שליחות אמרינן דכל מה דלא מצי עביד מהשתא, שליח לא מצי משוי כמבואר בתוס' נזיר [דף י"ב] תד"ה באשה, תמצית דבריהם דלא מצי משוי שליח להפריש חלה מן הקמח לכשיהיה נילוש, רק מפני שחידשו שם בתירוצם דבידו להביא עיסה מגולגלת דלא מחוסר מעשה ויפריש ממנו על הקמח לכשילוש, ונמצא דביד המשלח למיעבד בלא חסרון בעצמותו כלל, אבל זולת זה אף שיכול להפריש מן הקמח עצמו לכשיהיה נילוש, דכיון דמחוסר מעשה חיובו תו לא חייל מינוי השליחות, הרי אע"ג דמידי דבידו לאו כמחוסר מעשה דמי לגבי בעלים עצמן, אבל מ"מ בטלה מינוי השליחות, [ובס' זית רענן חלק ראשון (אהע"ז ה"ו סי' א' בסופו) כתבנו לפרש דבריהם על נכון דלא תקשה על דברי קדשם מכתבו ותנו וכאן רמזנו ע"ז בקצרה], ובע"כ צ"ל משום דמידי דשליחות גרע מבעלים עצמן, דאינו מן הדין שיחתוך הדבר לגמרי ע"י מעשה של אחרים, רק משום מינוי גילתה התורה דשלוחו כמותו, וכיון שהוא מילתא דקלישא טובא שיגמור הדבר רק משום דיבורו של הבעלים לחוד, ומש"ה מעשה כל דהו מעכבא בשעה שממנהו לשלוחו, אע"ג דמעשה כזאת לא מעכבא כלל לגבי בעלים, ומשה"ט עצמו גבי ברירה, גם היכא דלא מעכבא לגבי בעלים עצמן, מ"מ מעכבא מיהת לגבי מינוי השליחות, ועוד י"ל באופן אחר לחלק מדברי הרשב"א הנ"ל, ובמק"א יתבאר אי"ה], ונמצא דדינא דרשב"א בתשו' המה מוסכמים אליבא דכל הפוסקים, וכן חילוקם של הר"ש ותוס' ורמב"ן, אין פוצה פה ומצפצף נגדם:

ה גם מלבד כל זה, כבר המציא חכם גדול רבו של המהרי"ט ז"ל ודברי קדשו הובאו במהרי"ט שם סי' כ"ג תד"ה והנה ראיתי] דכשם דשיעבוד עדיף מקנין לענין דבר שלא בא לעולם, ומהני כקנין לר' מאיר, ה"נ לענין ברירה, ומש"ה מהני שפיר היכא שנשתעבד

לכל מי שמוציאו, והמהרי"ט ז"ל טען על זה דמידי טעמא אלא משום דשיעבוד עדיף וחל אגופו, ושיעבוד נכסי ממילא חיילא משום ערבות, אבל לדבר שלבל"ע דלא מהני גבי קנין אפי' לר"מ, מהיכא תיתי יהיה בו חיילא ואלמות דבר, כיון דלא שייך לדמותו לקנין אליבא דר"מ, והכא נמי גבי משתעבדנא לכל מאן דא"מ, כיון דמשום הזוכה הוא דהוגרע כחו שלא נתברר למי נשתעבד, אזי שוה לדבר שלבל"ע דל"מ גבי קנין לר"מ, וה"ה גבי שיעבוד לרבנן, ובקצוה"ח [סי' ס"א] מתרץ דברי החכם הנ"ל בטוב טעם, והוא דמצינו להדיא דלר"מ מקודשת כשקידשה לאחר שאתגייר, אע"ג דעתה אין בו תפיסת קידושין כלל, מ"מ לא דמי לדבר שלבל"ע דמודה דלא מהני, דשאני הכא שהגוף בעולם כמ"ש תוס' בכמה דוכתי, וא"כ ה"נ מהני שיעבוד לרבנן היכא שהגוף בעולם אלא שמחוסר ברירה, ולהכי גבי משתעבדנא לכל מאן דא"מ, נמי משתעבד למי שהוא בעולם, והיטב אשר דיבר, ולפ"ז גם בנ"ד כיון שהמנוח ז"ל כפל ושלש כו"כ פעמים לשון חיוב ושיעבוד, לא הוגרע כחם ע"י שלא הוברר אז בשעת חיובו. איברא הקצוה"ח בעצמו חזר [בסי' קי"ב סק"א] וערה והרס את בנינו, דלא שייך סברא זו דשיעבוד עדיף מחמת שיעבוד הגוף, רק היכא שמחייב עצמו בשעה שלא היה לו כלל כמ"ש תוס' ריש פרק אע"פ, ולגבות מיניה, אבל גבי דאיקני ולגבות מן הלוקח, בע"כ צ"ל שהשיעבוד על הנכסים עצמן ושיעבודו קודם לקנינו דאידך, וכיון שלא חל השיעבוד על הנכסים עצמן היאך יגבה מן הלקוחות, אלא בע"כ צ"ל דעיקר הטעם משום נעילת דלת וכמו שכתבו הרשב"ם והנמוקי יוסף שם, והדרא הקושיא לדוכתה גבי לכל מאן דא"מ דיכול לגבות מן הלקוחות שכנגדו לא חל השיעבוד על הנכסים, ומנ"ל דשייך גביה משום נעילת דלת כמו בדאיקני לגבי המלוה:

ונראה להצדיק דבריו שכ' בתחלה עפ"י דברי רש"י ב"מ [ד' ס"ז] וז"ל בד"ה אין בעל חוב גובה הימנו, אם מת המלוה ונפלה לפני בניו אין בע"ח של אביהם גובה הימנו, דאין לאביהם בגופה של קרקע כלום [וגבי משכנתא באתרא דמסלקי] ומטלטלי בעלמא נינהו ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח, דבשלמא בעודו קיים וכו' שהרי לא הלוה מעותיו ונשתעבד וכו' אבל היכא דמית, בהדי יתמי מאי עבידתיה דתבע, הרי לא לוו ממנו, ואי ירתי קרקעות משתעבדי מדין ערב וכו' אבל מטלטלי אפי' דין ערב ליכא, דלאו עלייהו סמיך מלוה הואיל ובידו להצניען ולאבדן, עכ"ל. ונמצא דכל היכא דאיכא שיעבוד הגוף, היה מן הדין שיגבה הכל מכל נכסיו, אפי' מיתמי ומלקוחות דשוין הם בתר דינא דאורייתא [רק רבנן חילקו ביניהם היכא דלית ליה קלא משום פסידא דלקוחות], משום דכיון שנשתעבד גופו נשתעבדו כל נכסיו ממילא אפי' מטלטלין שלו,

משום ערבות, רק משום דהמלוה לא סמך דעתו עליהם יצאו מכלל ערבות, ולא רמי השיעבוד עליהם, רק מן הלוה עצמו שיכול לתובעו בדין, אזי גם על המטלטלין חל החיוב בשעת פרעון כדי לסלק שיעבודו, אבל מיתמי שאין יכול לתובעם ובשעת הלואה לא נשתעבדו, מפני שלא סמך דעתיה עליהם, וגם בשעת פרעון לית ליה שיעבוד הגוף עליהם, ומשה"ט מבואר בכמה פוסקים בשיטה מקובצת ב"ק (דף י"א) בד"ה כגון בשם הר"ת, וברמב"ם פרק י"א מה' מלוה ולוה הלכה י"א ובמ"מ ובכ"מ שם, ובנמוקי יוסף ב"ב בסוגיא דפרה וטלית בשם הרשב"א, ובבית יוסף סימן ק"ד מחודש ה' (תד"ה וכתב עוד אם היה ראובן קיים) בשם תשו' הרשב"א סי' תתקי"ד] דהיכא דשיעבד לו מטלטלי וקרקע אזי יש בו משום שיעבוד אפי' לגבי יתמי, ולדין קדימה לבע"ח מאוחר רק לגבות מלקוחות בעינן שיכתוב אגב קרקע משום קלא], וה"נ לגבי דאיקני הא דאינו גובה מיתמי משום שיעבוד, ומלקוחות, היינו משום שיצאו מכלל ערבות, משום שהמלוה עצמו לא סמכה דעתו עלייהו, ולהכי היכא ששיעבד לו בפירוש מהני, כיון שלא רצה להלות לו בל"ז שפיר נשתעבדו הנכסים משום ערבות, שהם ערבים ממילא כדי לסלק את שיעבוד הגוף, ומשה"ט ניחא נמי גבי משתעבדנא לכל מאן דא"מ, כמובן, משום דשיעבוד עדיף מחמת שיעבוד הגוף ולא הוגרע כחו משום ברירה:

ו **עוד** נלפענ"ד דבר חדש שלא התעוררו רבותינו האחרונים בזה והם הניחו ליסוד מוסד דשיעבודים וקנינים שוין בחוק זה, והוא דכשם שבלתי איפשר למקדש בלתי מתקדשת, א במגרש, וכן בקנינים של ממון דא"א למקנה בלעדי קונה, ולהכי כל שלא קנוי לקונה לא יצא מרשות מקנה, [והא דאיתא בכריתות (דף כ"ד.) דהנותן מתנה לחבירו ואמר אי איפשי בה דהיא הפקר, התם מיירי בשתק ולבסוף צווח, ומשום הפקירא דמקבל כמ"ש רש"י (שם:) ד"ה לא], ולהכי החליטו שגם גבי שיעבוד כן הוא, דכל זמן שלא זכה הלה בשיעבודו ל"מ במאי שנשתעבד הלוה מעכשיו לגבות מלקוחות למפרע, ומשה"ט הניח הש"ך סי' ל"ט סק"מ] את דברי רבינו הרמ"א שם בתימה, במאי דס"ל דהיכא שנתחייב בשטר מעכשיו אע"ג דלא מטא אז לידיה דמלוה, אלא לזמן מאוחר, גובה מן הלקוחות מזמן הכתוב בו, והש"ך משיג דמה בכך שכתוב מעכשיו, כיון דלא מטא לידיה אז ולא זכה בשטריה. ונראה לענ"ד דדברי רבינו משה אמת דשאני שיעבוד מקנין, [דקנין]הוא בגדר שם המצרף, וכמו שכתבנו דא"א למקנה בלא קונה, וכל זמן שלא נקנה הדבר לאחרים עודנו ברשות המקנה לכל דבר, משא"כ בשיעבוד, דהיכא שנשתעבד מעכשיו הגם שלא זכה המלוה בשיעבוד זה אלא לזמן מאוחר, אזי זוכה המלוה אז בשעה שהגיע לידו בשיעבוד זה מן הזמן שנשתעבד הלוה [ובלבד שיגיע השטר לידו, אבל אם לא מט"ל

כלל פשיטא דל"מ מידין], וראיות נכונות לזה מדברי הירושלמי מובא בתוס' כתובות (דף כ"ט.] ד"ה ועל, ומדברי תוס' ב"ק (דף ל"ג], ומדברי הרמב"ן מובא בר"ן סוף פרק אלו נערות עי"ש היטב, [ולאשר כי כבר כתובים הדברים האלו לעיל (בסי' י"ב אות כ'), ע"כ לא הועתק כאן לבאר הראיות, וידרשם המעיין משם], הרי להדיא (בחיוב ומתנה וחיוב) [דחיוב וזכיה בחיוב] אינם קשורים זה בזה:

ולפ"ז ניחא ג"כ גבי לכל מאן דאתי מחמתך, שהוא נשתעבד לו מיד והוא לא זכה אלא בשעה דמטא לידו, ואז כבר נתברר הדבר גם בנידון כזה, אם יתחייב לעניים מעכשיו ולמי שארצה אח"כ, גם כן מהני, דכיון שכל עיקר החסרון הוא רק מצד הזוכה, והוא אינו זוכה אלא מכאן ואילך שכבר הוברר בעידנא דקא מטי לידיה, ולפ"ז גם בלא קני ע"מ להקנות נמי מהני:

סימן

סימן עז

עוד בענין הנ"ל

א השיגו עוד ע"ד שנתן מעכשיו לבנותיו סך מסוים מדי שנה בשנה, להם ולזרעם אחריהם ולזרע זרעם עד עולם, מן הפירות שיעלה מן החצירות והבתים, ונתן ג"כ במתנת בריא מעכשיו ובחיוב גמור ובקנין גמור אג"ס מעכשיו, והפרישו ממצודתם דכיון שנולדים לא קנו א"כ בטלה הצוואה בכללה, דיכולין היורשים לומר כדעה זו במרדכי ב"ב פ' מי שמת] גבי מטלטלין ומטבע שהקנה בסודר, דבטילה כולו, משום דקני את וחמור כגון זה ל"ק כלל ע"ש, והפריזו על המדה בזה, לחבל ולהשחית את מעגלי הצדק יותר מן היצה"ר המשחית והמסטין העומד נגד כלל מני אז ועד עתה, דא"כ לדבריהם בטלה ירושת הארץ בכללה חלילה, שהרי הקב"ה אמר לאברהם [בראשית י"ג] כי את וגו' לך אתננה ולזרעך עד עולם וגו' קום התהלך בארץ וגו'. וא"כ לא מיבעי' לר' אליעזר דס"ל ב"ב ד' ק'] דהילוך זה היה קנין גמור, ונימא כיון שבטלה גבי זרעו שלא נולדו עוד, בטל ג"כ גבי דידיה, ואפי' לרבנן דהתם הלא אמרינן שם ורבנן, התם משום חביבותיה דאברהם קאמר ליה הכי כדי שיהא נוח לכבוש לפני בניו, וז"ל רשב"ם שם, דהו"ל כיורשין ולא כגזלנין, ולא יהיה רשות לשטן לקטרג ולא פתחון פה למדת הדין, הכוונה דגבי קוב"ה די בקנין כל דהוא, ולדבריהם אדרבא יפער פיו לבלי חוק ולומר כן דאברהם קנה בהילוך לחוד, מ"מ כיון שבטלה לגבי זרעו שלא נולדו בטלה בכללו, אלא ודאי דתרווייהו בהדי הדדי לא (לכ"ז) [יתלכדון], או דזרעו משום ירושה, או דלא כדעה זו במרדכי, שהוא פשוט לחכמינו ז"ל בכמה מקומות דירושה היא לנו מאבותינו,

גם בנו חז"ל על יסוד זה כמה דינים, עי' ע"ז [דף נ"ג:] מכדי ירושה היא להם, ובפי' רש"י שם תד"ה ואשיריהם, ירושה היא לישראל מאבותיה' שהרי לאברהם נאמר כי לך אתננה וכו':

ועוד דעיקר הפלוגתא שבין רבותינו במרדכי הנ"ל נראה דלא שייך לענין זה כלל, דאלת"ה קשיא לדעה זו שבטלה כולו, א"כ גבי נכסי לך ואחריך לפלוני אם ראשון ראוי לירושה, דאמרינן דירושה אין לה הפסק [ב"ב ד' קל"ג.], אבל הראשון קנה ולא אמרינן דבטלה כולו, א"ו דגבי שני זוכים לא פליגי כלל, ודבר זה הוא כקני את וחמור המבואר בש"ס, דפסקינן דאת קני מחצה [שם ד' קמ"ג ובתוס'] ועד כאן לא פליגי אלא גבי אחד ובמקצת נתפס קנינו ובמקצת לא נתפס, דמר סבר דאמרינן מיגו דחיילא אהאי חייל נמי אאידך, ומר סבר להיפוך:

ב ולכאורה נראה דהרשב"ם והנמוקי יוסף ס"ל דבטלה כולו דפירשו [בפירוש הראשון בהא דאמרינן [שם קל"ז] ומודה שאם נתנו במתנת שכ"מ לא עשה כלום, דהיינו שאמר מהיום ולאחר מיתה לא אמר כלום, והשני מוציא, ומשמע שמוציא גם את הגוף ממנו, ואמאי, כיון דפסקינן דקנין הפירות לאו כקנין הגוף דמי, ונמצא דיש לקנין הגוף קיום בעצמותו זולת קנין הפירות, וכיון שהקנה לו את קנין הגוף בעודו ברשותו מעכשיו, הגם שלא יקנה הפירות שכבר קדמו אחריך, אבל הגוף שכבר נקנה לו במאי נפקע, ולדעה א' שבמרדכי שם ניחא, דבטלה כולו [ועמ"ש בס"ס זה]. איברא נראה דבדבר שאינו שלו לא נכנס כלל לפלוגתא זו שבמרדכי, דדוקא היכא שכולו שלו, רק דבדבר א' לא נתפס קנין זה הוא דפליגי, אבל הכא שאינו שלו והקנה לו את שאינו שלו עם דבר שהוא שלו, אפי' בקנין א', אזי פשיטא דלא נפקע הקנין לגמרי, וקנה אידך את שהיה שלו וכן הוא להדיא בש"ס [קכ"ו][דההוא בכור דאזיל זבין נכסי דידיה ודפשוט וכו' מר סבר בפלגא ואפי' למ"ד בכולהו היינו בחלק בכורה וחלק פשוט דאחיו, ע"ש [ע"ב][בתוס' ד"ה לא, הרי להדיא שלא נתבטל הקנין לגמרי מפני חלק שאינו שלו, זולת אם הקונה מקפיד וטוען שלא נתרצה למחציתו, [עיין בב"י ר"ס רל"ב דפליגי בזה הרמב"ם והרשב"א], וכיון דהכא במתנת שכ"מ, דמקבל מתנה ניחא ליה בכל דהוא, אכתי קשה דליקני מיהת קנין הגוף שהקנה לו מעכשיו, וצ"ל לפי' זה דר' יוחנן עצמו אמרה דקאי ביה ואמר הלכה כרשב"ג אמר נמי פיסקא זו, דאם נתנה במתנת שכ"מ לא עשה כלום, דכיון דלדידיה ק"פ כקנין הגוף דמי, בלתי איפשר שיתקיים קה"ג לחוד, רק כשיסתעף בהדיא גם קה"פ אח"כ, ומשה"ט ס"ל דהיכא דמכר הבן וכו' ומת הבן בחיי האב דל"ק הלוקח:

והא דלא פירשו [הרשב"ם ונ"י] כפשוטו בכל מתנת שכ"מ דעלמא, איפשר לומר דמספקא להו דאולי במתנת שכ"מ לא צריכינן לטעמ' דאביי דכבר קדמו אחריך, דגם בלא זה לא מהני כמו שפסק הרמב"ם [פ"ט מהלכות זכייה ומתנה ה"י] דמתנת שכ"מ לעובד כוכבים ל"מ דתקנתא דרבנן לא מהני כו' עי"ש, וה"נ גבי נכסי לך כו' דאסור למכור וליתן, ומצאתי אח"כ במשנה למלך שם, שהקשה כן על הרמב"ם ועל תשובת ר"ן בסי' מ"ד [מובא בש"ע סי' רל"ה ס"א] גבי נכסים מועטים, עוד אפ"ל דרשב"ם ונמו"י בפי' ראשון סברי כרבינו תם בס"פ השולח דדוקא באבא לגבי ברא הוא דפסקינן כר"ל, אבל בעלמא פסקינן קה"פ כקה"ג דמי, ומש"ה נפקע קה"ג לגמרי כיון שלא יסתעף עוד קה"פ אחריו כיון שכבר קדמו אחריך:

איברא דלפי' קמא קשה מאי קא קשי' ליה לש"ס ומי אמר אביי הכי וכו', שאני התם דאיירי בסתם מתנת שכ"מ, מש"ה ס"ל לאביי דקונה עם גמר מיתה, משא"כ היכא דאמר להדיא מהיום ולאח"מ אזי פשיטא דל"ק את הפירות רק לאח"מ כמו שאמר בפירוש, וצריכין לדחוק דס"ל לרשב"ם דמסתמא איירי בכל מתנת שכ"מ, הן כשאמר מהיום ולאח"מ, והן בכל מתנת שכ"מ, וקושיית הש"ס קאי על סתם מתנת שכ"מ, מעתה צ"ל דלא סבירא ליה כדעת הרמב"ם והר"ן הנ"ל

אבל לדעת הרמב"ם קשי' ממנ"פ, אי ס"ל דאיירי בסתם מתנת שכ"מ, א"כ למה צריכינן לטעמיה דאביי משום דכבר קדמו אחריך, ואי ס"ל דאיירי במהיום ולאח"מ, א"כ מאי קשי' ליה דאביי אדאביי, וכן אם נימא דאיירי בכל מתנת שכ"מ הן במתנת בריא שהיא כשכ"מ, והן בשכ"מ ממש, מ"מ ל"ק דאביי אדאביי כמובן:

ג ונראה לתרץ דעת הרמב"ם ותשו' הר"ן הנ"ל, והוא, דהרמב"ם אזיל לשיטתיה דס"ל [בפ"ה מהלכות מלוה ולוה הלכה ט"ו] דגבי הערמת רבית מוציאין מיד הלוה למלוה, אע"ג דגבי אבק רבית מוציאין אפי' מיד המלוה היכא דשקל שלא מדעת הלוה, שאני התם דנקרא עבריין ורשע, עיין יבמות [דף כ'.] דכל העובר על דברי חכמים מיקרי רשע, אבל גבי הערמת רבית, אע"ג דאיסורא עבד, כיון דקליש איסורא, לכן לדין ממון שבו אוקמהו אדינא ומחייבין את הלוה כאשר פסק על עצמו, ומשה"ט נמי ס"ל להרמב"ם בפ"ט מהלכות זכייה ומתנה ה"י] הנ"ל, דדוקא במתנת שכ"מ דאיירי ביה שהוא לכה"פ איסור חמור מדרבנן, הוא דנפקע המתנה לגמרי, משא"כ גבי נכסי לך ואחריך לפלוני, דאיסורא קלישתא הוא דעבד קמא היכא שנתנה לאחרים, ולא מיקרי רשע בכך, [כמבואר בפי"ב מהלכות זכייה ומתנה הלכה ח' ט' יעו"ש] וכ"כ הרשב"ם והנמו"י ב"ב בסוגיא דאחריך, רק המשיאו עצה הוא דנקרא רשע, לכן הוגרע מכחו לצד דין ממון

שבו יותר מהערמת רבות, ומש"ה צריכינן לטעמא דאביי משום דכבר קדמו אחריך, אבל הר"ן ס"ל כדעת רמב"ן [מובא ביו"ד סי' קס"ג] דגם הערמת רבית שוה לאבק רבית לכל דבר, ונמצא דלא מחלקי גם לצד ממון שבו בין איסור חמור דרבנן לאיסור קל, ומש"ה ס"ל גם גבי נכסים מועטים דאיסורא קלישתא טובא הוא דעבדי הבנים כשמכרו, ושוה לירד הראשון ומכר דלא מיקרי רשע אלא המשיאו עצה, עיין סוטה דף כ"א] מ"מ לא גרע מהערמת רבית, ולהכי כשמכרו כשהם פעוטות בטלה המכירה כשם שבטלה הפסיקה גבי הערמת רבית, ואפ"ה בגדולים המכירה קיימת כאשר יתבאר לקמן [באות ד'], ולדידיה קמה קושיית המל"מ הנ"ל, דא"כ תו ל"צ לטעמא דאביי משום דכבר קדמו אחריך, תיפוק ליה דבמתנת שכ"מ שהיא מדרבנן לא חייל במקום איסור כמו בפעוטות בנכסים מועטים:

ד ונראה שגם לדידיה ל"ק מידי, והוא דבל"ז קשה לאביי דל"ל לטעמא משום מתנת שכ"מ לא קנה אלא לאח"מ וכבר קדמו אחריך, תיפוק ליה דאפי' שניהם חיילי בהדי הדדי, מ"מ קנה השני, כיון שהוא קונה מצד עיקר הדין, ואידך הוא רק מצד תקנתא דרבנן, ומי נדחה מפני מי, אזי פשיטא דאזלינן בתר עיקר הדין, כמו דס"ל לאביי בתמורה (דף כ"ה] אם אמר על הלקט עם נשירת רובו יהיה הפקר דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וה"ה כאן כיון ששני קנה מצד עיקר הדין, והמקבל מתנה מהראשון אינו אלא מצד תקנתא דרבנן דאזי כששניהם חיילי בהדי הדדי נימא ג"כ דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, וידחה תקנתא (דרבנן] לגבי דינא. איברא הא תינח כשנתן להם במתנת בריא בקנין ואמר נכסי לך ואחריך וכו', אזי לקושטא א"צ לטעמא דכבר קדמו אחריך, אבל כיון דסתמא קתני משמע אפי' במתנת שכ"מ, ונמצא שגם השני לא זכה אלא בתקנתא דרבנן, ואפ"ה אם נתנה הראשון כשהיה שכ"מ, [אע"ג דגם אחריך השני ג"כ ל"ק אלא מדרבנן], אפ"ה קנה השני, ולהכי כיון דיד שניהם שוין, ששניהם לא קנו אלא מדרבנן, מש"ה הוא שהכריחו לאביי לפרש משום שכבר קדמו אחריך, וזכותו קדמה לזכיית המקבל מן הראשון, ועתה ניחזי אנן גבי נכסים מועטים, [דבשלמא אם מכרו כשהם גדולים אע"ג דעבדי איסורא לא דמי להערמת רבית שגם לענין צד ממון שבו נפקע חיובו דלוה, דהתם שאני שהוא לגבי מלוה עצמו דעביד איסורא, אבל לגבי לוקח כיון שקנה מצד עיקר הדין דאורייתא, אי אפשר להפקיע זכותו מצד איסורא ותקנתא דרבנן שעל היורשים], אבל בפעוטות שגם קנינו דלוקח הוא רק מדרבנן אזי אזלינן בתר תקנתא דרבנן שקדמה לזכיית הלוקח שכבר זכו הבנות בשיעבודן משעה שמת אביהן, ונמצא דדינו של הר"ן בתשובה נמשך בקו השוה לדינא דאביי גבי אחריך, ותו לא ק"מ

דלמה ליה לאביי לטעמא משום דכבר קדמו אחריך, כיון דגם דינו של הר"ן בתשו', בחדא כיילי הוא דכיילינן להו:

ה ועתה נהדר לקמייתא, דמה שאמר המנוח ז"ל, להם ולזרעם אחריהם ולזרע זרעם. אע"ג שלא נולדו אז, לא נתבטלה הצוואה בכללה, מפני דעה א' שכתב במרדכי פרק מי שמת [סי' תר"ה], דממנ"פ אם נימא כדברי סמ"ע בסי' ר"ג ס"ק י"ט] דפליגי גם בקני את וחמור, הלא כתב שם דהלכה רווחת בישראל דקנה מחצה, ואם נימא כדברי הגה"ה הנדפס במרדכי שם דפלוגתייהו לא שייך לקני את וחמור, (משום דגבי) אבל בנידון דידן דהוא לגבי שני בני אדם חלוקים וא' ראוי לקנין וא' אינו ראוי, אזי פשיטא דלדעת כל הפוסקים שהראוי קונה ושאינו ראוי ל"ק, ובכה"ג לא עלה על דעת שום פוסק לחלוק בזה, רק לגבי קונה או זוכה אחד, ויש בדברים הנקנים דברים שנתפס בהם קנינו ודברים שאינו נתפס, בזה פליגי אי אמרינן מיגו וגרירה, דרבינו שמחה ס"ל דלא אמרינן מיגו כלל, וחד מנהו ס"ל דאמרינן כדי שיתקיים בכולה, דדבר המקיים מושך את הבטל עמו, וחד ס"ל להיפוך דדבר המבטל גורר את המתקיים ובטלה בכללה, איברא זהו בדבר דשייכא ביה תורת קני' וזכייה, אבל דבר דלא שייך ביה תורת קנין כלל, כגון לדבר שלבל"ע, או דבר שלבל"ע, אזי פשיטא להו לכה"פ דלא נכנס כלל לסוג מיגו וגרירה, וזכה בדבר הראוי, ושאינו ראוי הדרא לבעלים, וחילוק זה איתא במרדכי שם [סי' תר"ב], ובסמ"ע הנ"ל שפירש כן בדברי רמ"א, ויש להבין לדעת הסמ"ע הלא בדבר שאין בו ממש, מובא ג"כ שם בסי' ר"ג] את דעות הנ"ל, אע"ג דליתא בתורת הקנאה כלל, וצ"ל דמ"מ שאני דבר שאין בו ממש משום דבלתי אפשר שיהיה גם למקנה עצמו צד זכייה בדבר שאין בו ממש, זולת דבר שיש בו ממש, כגון דירת בית רק שייר לעצמו הבית לדירה, ונמצא שישנו ג"כ בתורת הקנאה באופן זה עצמו, משא"כ בדבר שלבל"ע דמשכחת ליה מיהת דברים שלא שייכי בהם צד הקנאה כלל, כגון דברים שאינם ברשותו, מש"ה שבק רמ"א להביא להדיא את כל הדעות התם כי היכי דלא להאריך בדברים ולאפלוגי בין דבר שא"ב ולבין פירות דקל ועובר, ועיין:

ונמצא לפ"ז בנ"ד דגם אי יהבינן להו טעותא, דנולדים ל"ק מ"מ לא נתבטל אפס מנהו למי שישנו בעולמו, ועוד דלקושטא דמילתא גם זרעם וזרע זרעם ישנם מיהת בתורת זכייה וזכו בחלקם כיון שהקנה כל נכסיו לאפוטרופסים מעכשיו והם יתנו מן הפירות מדי שנה בשנה כך וכך, הרי הקנה להם ע"מ להקנות, וכבר כתבתי לעיל [בסי' הקדום] בשם מהרי"ט חו"מ [סי' מ"ט נ'] דגם בסתמא נידון כקני ע"מ להקנות, ועוד יותר מזה מבואר ברמב"ן בס' מלחמות ה' פרק מרובה בשם ר"ה ורב שרירא, דגבי הרשאה כיון

שכתוב בו זיל דו"ז ואפיק לנפשך וגם כל דמתעני מ"ד עלי דידי הדר, אמרינן דכוונתו היה שיקנה ע"מ להקנות, וגם אפוטרופסים אלו למי ומי שיתמנו אחריהם נידון ג"כ בכלל זה והרי הוא ג"כ כקני ע"מ להקנות:

ו נראה להטעים סברת המרדכי וסמ"ע הנ"ל, דדבר דלית ביה צד קנין כלל, אזי כל הפוסקים מודים דאינו מבטל את הדברים הניקנים בקנין, וגם אינו נגרר בתר המקיים, וטעמא דמילתא נראה דכמו שכתב הראב"ד [מובא בחידושי הר"ן] גבי פלוני רבע שורי, דאיתא בסנהדרין [דף י'] אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו ל"א, וכן לס"ד התם דאצל אשתו ל"א, היינו משום דעל עצמו דוקא שאין עליו תורת עדות כלל, ומש"ה לא שייך ביה לומר משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל גבי ממונו שהעיד על רביעת שורו, שהרי הקפידה התורה לדונו בכ"ג, ולפיכך זה העדות אינו כמעיד על עצמו אלא כמעיד על קרובו, דיש בו תורת עדות רק שפסלה רחמנא, מש"ה יש בו מיגו וגרירה, ואמרינן ביה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ועיי"ש ברש"י וברמב"ם פי"ב מהלכות עדות ה"ב] שפסקו שם שנתקיים ג"כ לגבי ממונו, והיינו משום תורת מיגו וגרירה, והוא כדעה שניה שבמרדכי, שהבטל נמשך אחר המקיים, (וראב"ד דס"ל התם דבטלה כולה, לא נשמע מזה דס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי, שהקיום נמשך אחרי המבטל, דשאני התם כיון דגלי קרא דאז נמצא אחד מהן קרוב או פסול דבטלו כולם, ולהכי אמרינן נמי עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, כמו שמבאר הרא"ש ספ"ק דמכות בשמו], ולפ"ז ממילא מובן לחלק בין דבר דאית ביה צד הקנאה דאז נכנס לכלל סוג מיגו וגרירה, ודמי לפלוני רבע שורי, ובכגון זה פליגי רבוותא במרדכי, אם המקיים מושך אחריו את הבטל, או להיפוך, אבל בדבר שלא שייך ביה קנין כלל, דמי לפלוני רבעני שאין אחד מבטל ולא מקיים את האחר עמו, וכל א' עומד כדינו, ולכאורה קשה מדברי הרמב"ם עצמו [פ"ז מהלכות מעילה ה"ב] גבי מעילה ע"י שליח, שכתב ובלבד שלא יתערב עמו איסור אחר, הרי שהמבטל מושך אחריו גם את המתקיים, ועיי"ש במתק לשונו הזך שמיישב זה, שכתב וז"ל, שהרי הוא חייב באיסור אחר יתר על המעילה, ובכל התורה כולה אין שליח לדבר עבירה אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר עכ"ל, וכוונתו כיון דהמקיים בעצמותו חידוש הוא שהרי בכל התורה אין שליח לדבר עבירה, ולהכי אינו מן הדין שיהיה לו תורת גרירה להמשיך אחריו את הבטל:

גם בדברי הרמב"ם [בפ"ט מהלכות אישות ה"ב] גבי ה' נשים שמביא תירוצא דש"ס קידושין [דף נ"א] באומר הראוי לביאה (משמע) דבלא"ה גם הנכריות אינן מקודשות, ולכאורה נשמע מדבריו שהבעל מושך גם את המקיים, וגם אפי' היכא שאינו ראוי כלל,

שהרי האחיות בהדי הדדי אין בהם צד קידושין כלל, ודלא כחילוקו של המרדכי וסמ"ע הנ"ל, איברא כבר כתב הר"ן בקידושין שם דשאני התם דדמי לקונה שדה ונמצא חצי שאינו שלו, שהלוקח יכול לבטל את כל המקח, שלא נתרצה אלא לכולו, וה"נ גבי קידושין עיי"ש, והנה בקצוה"ח [סי' ר"י] תירץ בשם תלמידו את דברי הרמב"ם דס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי וכחילוקו של ההג"ה הנדפס במרדכי שם שמחלק בין זוכה א' לשנים, ומש"ה גבי את וחמור שהזוכים מחולקים אין הא' נמשך אחר חבירו, משא"כ גבי מטלטלין ומטבע שהקנה לא' בקנין סודר, אמרינן שהא' מבטל חבירו, ומשה"ט גבי קידושי אחיות שהזוכה הוא הבעל קנה כולם אזי הבטל מושך גם האחרים אחריו, והקצוה"ח הסכים עמו, ולדברינו הנ"ל מוכח מדברי הרמב"ם להיפוך דלא ס"ל כדעה זו במרדכי, אלא שהמקיים מושך את הבטל שיתקיים כולו, מאי אמרת דשאני אחיות שאינן ראוין להתקדש יחד לעולם, דא"כ ה"ז דומה לפלוני רבעני דפלגינן דיבורי', כיון דאדם קרוב אצל עצמו ואינו כלל בגדר עדות כמבואר בראב"ד הנ"ל, וזהו סברת המרדכי עצמו וכמו שכתבנו, ונמצא שגם לדעה זו במרדכי דגבי מטלטלי ומטבע נתבטל הקנין בכולו, מודה באחיות, דשאני התם שגם המטבע איתא בתורת הקנאה, משא"כ גבי אחיות דליתא בתורת קידושין כלל:

ועיין בב"י חו"מ [סי' ק"ה] דפסק בתופס לבע"ח וגם בעד עצמו במקום שחב לאחרים, דאמרינן מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה, והסמ"ע שם [בס"ק ג'], והע"ש, והב"ח, ובעל משאת בנימין, חלקו עליו, והש"ך [בס"ק ב'] מקיים את דברי ב"י, משום מיגו דזכי לנפשיה עדיף ממיגו דאי בעי זכי, שהרי אפי' למ"ד דלא אמרינן מיגו דאי בעי זכי, מ"מ בשנים שהגביהו אמרינן מיגו דזכי. ולכאורה יש להביא ראיה לשיטת הב"י מדעת הרמב"ם הנ"ל דס"ל בפלוני רבע שורי דדבר המקיים מושך וגורר גם את הבטל שיתקיימו בהדי הדדי, אך יש לסתור דשאני התם דאי איפשר לחלק ולקיים מקצתו, דא"כ הרי נתבטלה כולה כדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, משא"כ גבי תופס לבע"ח ולעצמו, דאיפשר לחלק זכיותיו ולומר דלגבי עצמו מהני ולא לגבי חבירו, כאשר תמה בס' נתיבות המשפט שם על ראיית הש"ך, אולם נראה ראיה לדברי ב"י הנ"ל מקידושין (דף מ"ב] דס"ד דגמ' שם להוכיח דין שליחות משחיטת פסח, ודחי הש"ס שאני התם דאית ליה שותפות בגוויה, הרי להדיא דאמרינן מיגו שנתקיים מקצתו נתקיים כולו (ושם לא הוי מקושר, דדמי לשחטו לאוכליו ושלא לאוכליו דכשר כמבואר במשנה ג' פ"ה דפסחים], הגם דלמסקנא לא צריכינן לזה, מ"מ הסברא דפשיטא ליה לש"ס לא זזה ממקומה:

ועיין ב"מ [דף ח'] גבי שותפים שגנבו לפירש"י שם שא' הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, ומביא ראיה דבכגון זה קנה חבירו מב"ק (דף ע"ח), ובתוס' הקשו ע"ז דהתם בב"ק בטביחה איירי שיש שליחות, ונראה ליישב דעת רש"י דהכי אזדא ראייתו, דכיון דאמרינן שם במסקנא דשותף שטבח א' מהם לדעתו ולדעת חבירו, דשניהם חייבים בד' וה', ולא אמרינן דטבחו כולו בעינן [שבת דף צ"ג:] או ד' וה' אמרינן ולא לחצאין, וכיון שכן ממילא מוכח שגם בגניבה דאין שליחות, מ"מ גבי שותפין אמרינן מיגו, דאלת"ה קשיא מנא לן השתא גם גבי טביחה ומכירה דיש שליחות מרבויא דקרא דכתיב או, דילמא לא נתרבה אלא גבי שותפין דיש מ"מ צד חיוב לגבי עצמו, אבל לגבי אחרים לגמרי מנ"ל אכתי דיש שליחות, אלא ודאי פשיטא ליה להש"ס דגבי שותפין לא צריך לרבויי אלא לגבי אחרים לחוד, ומש"ה גם בגניבה חייב גבי שותפים כשגנב א' מהן על דעת חבירו, ונמצא דיש ראיה מזה לדעת מרן הב"י [בסי' ק"ה], שהרי רש"י ס"ל להדיא כן, ומדברי תוס' לא מוכח במקום דאיכא זכייה לעצמו, דהתם גבי גניבה לא זכה לעצמו כלום, שכל הנידון כולו הוא רק לחיובו באחריות וכולו לחובתם משא"כ בנידון הב"י וסמ"ע דיש לו זכייה של ממון גמור במקצת, ועדיף עוד משחיטת פסח דאמרינן מיגו שיש לו רק זכייה דמצוה, ועיין בנדרים גבי תורם משלו על של חבירו, דאע"ג דאיכא זכייה של מצוה כיון דליכא זכייה של ממון גמור לא שייך ביה דין זכייה כל כך, [ועיין ברש"י ב"ק (דף ע"ח:) שפירש בטעמא דחיובא בשותף שטבח לדעת חבירו משום דאיתרבי שליח לדבר עבירה גבי טביחה, ודברי קדשו תמוהים דהא בכה"ג גם בגניבה חייב כמ"ש רש"י בב"מ הנ"ל, וכן עמד בזה הקצוה"ח (סי' שמ"ח סק"ג) וחידש דל"ש מיגו דזכי לנפשיה רק בדבר דאיתא גביה משום גדר הקנאה, משא"כ בטביחה דאין בו משום גדר קנין עי"ש, ועיקר חילוקו תמוה מש"ס קידושין (דף מ"ב) דבעי למילף דין שליחות משחיטת קרבן פסח, ודחי הש"ס שאני התם דאית ליה שותפות בגוויה, והרי התם ליכא משום קנין רק משום מיגו וגרירה לבד, דמיגו דמהני לגבי עצמו מהני נמי לגבי חבריה, ועוד ראיה לזה מתורת כהנים מובא ברש"י ויקרא (כ"ד י"ד) וז"ל כל העדה במעמד כל העדה, מכאן ששלוחו של אדם כמותו עכ"ל, וקשיא דאמאי לא ילפינן מיניה עיקר שליחות בש"ס ריש פ' האיש מקדש' א"ו דיש לדחות דגם שם הוא מצד מיגו דכיון דמהני לגבי עצמו מהני גם לאחריני וכמו ddחי גבי קרבן פסח, הרי להדיא דלאו גבי קנין לחוד הוא דאמרינן מיגו. ונראה לפענ"ד ליישב דברי רש"י עפ"י דברי תוס' קידושין (דף כ"ג:) ד"ה מהו, וז"ל י"מ דהכי קמיבעיא ליה היכא דאמר העבד לאחר לקבל גיטו מהני קבלתו או לא, דכי מקבלו מעצמו פשיטא דמהני דאמרינן במתניתין ובשטר ע"י

אחרים, אבל אמירתו שאמר לו לך וקבל ניטי שמא מיגרע גרע לפי שבא מטעם שליחות או לא עכ"ל, ועל קוטב זה יסבו דברי רש"י, דמדמוקי הש"ס ברייתא דפטרה דוקא בטבח שלא לדעת חבירו, משמע דבל"ז בכולהו אנפין שווים לחיובא גם בעשאו שליח בפירוש, להכי הוכרח רש"י דגבי טביחה איתרבי שליח לד"ע, ומש"ה ליכא שום צד המעכב גביה, משא"כ אי הוי נקטינן גם גבי טביחה דאין שליח לד"ע, ורק היכא דמהני לגבי עצמו הוא דמהני גם לגבי חבריה, אזי הורע כחו בעשאו שליח בפירוש, ודברי רש"י שם מטין לפי' הי"מ הנ"ל, וגם משמע דלמסקנא לולא דילפינן מאשה מגזה"כ, אמרינן דמיגרע גרע ע"י שליחות, ולהכי בב"מ (דף ח') גבי שותפים שגנבו דייק בלישנא, וז"ל ואילו שותפים שגנבו והאחד הוציאו מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו עכ"ל, אבל בתורת שליחות לא, משום דמיגרע גרע היכא דעשאו שליח בפירוש]:

ז **עיין** נדרים (דף פ"ב:) בנדרה משתי ככרות ובא' מתענה ובא' אינו מתענה דפליגי שמואל ור' יוחנן, דשמואל ס"ל דאמרינן מתוך שהוא מיפר למתענה מיפר נמי לשאינו מתענה, ור"י ס"ל דמיפר למתענה ואינו מיפר לשאינו מתענה, וכתב הר"ן שם דתרווייהו סברי האי דתוספתא לקמן (דף פ"ז) גבי נדרה מן התאנים ומן הענבים ובשניהם מתענה, דאם היפר במקצת לא הוי הפרה כלל משום גזה"כ דאישה יפירנו משמע כולו, ומש"ה ס"ל לשמואל דאמרינן מתוך, ור"י ס"ל דנהי דהפרה במקצת לא שמיה הפרה, זהו היכא ששניהן ישנו בתורת הפרה, משא"כ הכא דכיון שאין בו עינוי נפש לא נכנס כלל לתורת הפרה עי"ש, נמצא לפ"ז היכא שהענין מקושר בעצמותו ואי איפשר לחלקם רק או שיתקיים כולו או להיפוך, אזי לכ"ע בין לשמואל בין לר"י מושך הקיום את הבטל אתו אבל לא להיפוך, ולפ"ז ממילא מוכח דהיכא שהענין אינו מקושר כגון במטבע ומטלטלין שהקנה לחבירו במתנה בקנין סודר דקנה מיהת מטלטלין, מאי אמרת דמקושר עדיף, הלא מ"מ נשמע ממילא דמוטב שיתקיים הענין ולא שיתבטל, שגם במקושר איכא למימר שיתבטל בכולו, ואפ"ה פסקינן דיתקיים בכולו, [וכן בשנים שהגביהו מציאה דאמרינן מיגו דזכי אפי' למ"ד דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, משום דזכיית כל א' מקושר בחבירו, ומיהו מהתם יש לדחות שאין זה בכלל מגביה מציאה לחבירו כמובן] מכ"ש בדבר שאינו מקושר, שלא נתבטל הקיום בגרירת הבטל כיון דאיפשר לחלקם, ועיין ברא"ש נדרים שם דמשמע מדברי קדשו דטעמיה דשמואל לאו משום שההפרה של מתענה קשורה בשאינה מתענה משום גזה"כ, רק בסברא אחרת פליגי, דשמואל ס"ל דגם ככר שאינה מתענה מ"מ הוא בכלל סוג הפרה, לכן אמרינן ביה מתוך, אבל בנטולה מן היהודים שאחרים לא יכנסו כלל לסוג וגדר הפרה לעולם, מש"ה מופר רק חלקו ולא

שייך ביה כלל שיכנוס ג"כ בגדר גרירה (וכמ"ש לעיל באות ה' בשם המרדכי), אבל ככר שאינה מתענה דאיפשר שלאחר זמן תתענה גם מזה ומש"ה איתא בתורת גרירה, ור' יוחנן ס"ל דאזלינן בתר השתא, וכיון דבשעתיה ליתא בתורת הפרה מש"ה כל חדא קאי בדוכתיה, והא דלא ניחא ליה להרא"ש כפירוש הר"ן, משום דדחיק טובא לומר דשמואל יטעה בזה ולומר שגם בזה איתא לגזה"כ דאישה יפירנו עד שיפר כולו שהסברא פשוטה כר"י וכמ"ש הר"ן, אבל גבי תאנים וענבים גם הרא"ש מודה כדינא דתוספתא דאם היפר א' לא הוי הפרה כלל, עיין לקמן [דף פ"ז] ובטור [סימן רל"ד]:

הארכתי קצת בזה לברר דסוגיי' דעלמא שהמקיים מושך את הבטל כדי שיתקיים כולו, או דכל חד בדוכתיה קאי, והיכא שא' מהם לא נכנס כלל לתורת זכייה, אזי לכ"ע לא ביטל הבטל את הדבר שתוכל להתקיים, ומשה"ט נמי כשהתנה ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה, דלגבי דבר שבממון תנאו קיים [כתובות דף נ"ו], ול"א לדעה ראשונה שבמרדכי שכולו בטל מפני שא"א להתקיים בשום אופן, ודמי למ"ש לעיל [באות ה'], וגם בל"ז יש לדחות קצת דדוקא בדבר המתקיים הן במעשה או בדיבור הוא דתליא בגרירה, אבל לא בתנאים שמבטלין המעשה:

ח גם נראה לפענ"ד דאותן ג' דעות שבמרדכי הן דוקא היכא שהקנה כולם בזמן אחד, כגון מטלטלין ומטבע או דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, והוא שיקנה שניהם בזמן א', אבל היכא שהקנה המטלטלין מהיום ומטבע לאחר זמן בקנין א' דמהני לגבי חד ולא לגבי חבירו, אזי פשיטא שאין א' נמשך ונגרר אחר חבירו וכל חד בדוכתיה קאי כדינו, וראיה לזה מב"ב (דף קנ"ז] דרצה הש"ס לפשוט דדאיקני משתעבד משבח קרקעות, ואי ס"ד דאיקני לא משתעבד, בע"ח אמאי גובה שבחא עי"ש, ואמאי לא, הא נשתעבד לו השבח ע"י ששיעבד לו את הקרקע בהדי שבחא ומהני נמי לשבחא ע"י המשכה וגרירה, לדעה ב' שבמרדכי, [והא דמיבעיא ליה בדאיקני זהו היכא שלא שיעבד בפירוש רק דאיקני לחוד]. אמנם לפי הנ"ל ניחא, שהרי על הקרקע חל השיעבוד ונקנה לגמרי מעכשיו בשעה שהלוה לו אבל על השבח לא נגמר השיעבוד אז לכ"ע רק בשעה שבא לעולם, וליכא למימר דמירי שפירש להדיא שלא יקנה גם שיעבודו של הקרקע מעכשיו רק בשעה שיבא השבח לעולם, דא"כ היאך גובה מן הלקוחות:

ונמצא בנידון דידן שהביטול הוא משום זרעם וזרע זרעם שלא באו לעולם, וגם זכייתם רק לאחר מיתת אביהם ולא זכו כאחד, פשיטא דאין בהם שום מקום לומר שיבטלו כל זכיית אביהם, ועי"ז יתבטל כל הצוואה בכללה, [ומלבד זה הלא עיקר הדבר כאשר כתבנו לעיל שגם הם יזכו ע"י שהקנה לאפוטרופסים בקנין גמור ע"מ להקנות]:

ט יש להתבונן לדעה שניה במרדכי דאמרינן גרירה לגבי מטלטלין ומטבע ונתקיים בכולהו, דא"כ גבי איסור גיורא ב"ב דף קמ"ט] דאמר רבא אי בחליפין אין מטבע נקנה בחליפין, הכי גברא ערטילאי היה ולא היה לו בגד או כלי להקנות בחליפין בהדי המעות שהיה לו בפקדון אצל רבא, וכן נדפס קושיא זאת בתוך חידושי הר"ן ב"מ ס"פ הזהב בשם מרן הגאון הקדוש מוהרע"א זצוק"ל], ודוחק לומר דכמו שכתב הנמוקי יוסף שם לענין אגב קרקע ה"נ לקנין זה. ונראה ליישב דהנה בקידושין [דף נ"א] הקשה רבא בעובדא דחמש נשים, אילימא דאמר כולכם, קני את וחמור הוא, ולבסוף מתרץ לטעמיה דאמר כולכם ואחת מן האחיות, ועי"ש ברש"י בד"ה הרי כולכם, ובריטב"א שם דלתירוצא דרבא תו לא דמי לקני את וחמור, דדוקא היכא דלא הוי בר זכייה כלל וזהו היכא דאמר כולכם שקידש את שתיהן יחד, דאזי אין בהם צד תפיסת קידושין כלל ואז דמי לקני את וחמור, משא"כ באחת מבנותיך דיש בהם צד תפיסה בקידושין, אילו סיימה, נמצא דגם השתא שלא סיימה מ"מ לא דמי למקנה למי שהוא בעולם ולמי שאינו בעולם, דהתם לאו בר זכייה הוא כלל, ולפ"ז לדעה זו י"ל דקושי' רבא קאי אליבא דהלכתא, וכמ"ש הריטב"א שם דהיכא דכיילינן בחד לישנא כגון דאמר כולכם, לא קנה כלל אפי' לר"נ דס"ל דקנה מחצה, וע"ז משני רבא דאיירי באומר כולכם וא' מבנותיך, משום דאי איפשר לשבש המשנה דקתני כולכם כמו שפירש"י שם], ונמצא השתא דאיירי כשאמר א' מבנותיך דהשתא בנות זכייה הם, ודמי לגמרי לדינו של מרדכי הנ"ל וגם הקונה והזוכה א' הוא, ואפ"ה ס"ל לרבא דל"א גרירה ויתפסו הקידושין גם בא' מהן שיצטרכו שניהם גט מספק דמידי טעמא לרבא דקידושין שלא נמסרו לביאה לא הוי קידושין אלא מפני שהקלישו כחו של קידושין כאלו, והשתא שקידש גם אחרים בהדיא אמאי א"מ ותתקדש השתא ע"י גרירה, אלא ודאי דרבא ס"ל דאפי' במידי דיש בו צד זכייה ל"א שתתקיים ע"י גרירה, ומש"ה רבא לטעמיה שפיר קאמר גבי איסור גיורא, דאי איפשר שיקנה לרב מרי בריה איברא דעה זו סברה דמצד הסברא איתא לתורת גרירה במידי דאיתא בתורת קנייה וזכייה, רק רבא לטעמיה דס"ל דקידושין שאין מסורין לביאה לא הוו קידושין, אזי א"א באופן אחר לתרץ למתניתין רק כשאמר כולכם וא' מהאחיות וממילא מוכח דליתא לגרירה, אבל אליבא דידן דלא פסקינן כוותיה בזה הדרינן לסברא דאיתא לגרירה, וכמו דס"ל לשמואל בנדרים (דף פ"ב:] מתוך שמיפר למתענה מיפר נמי לשאינה מתענה, וכן בריש פרק האיש מקדש גבי שחיטת קרבן פסח, וכן בב"מ (דף ח'] גבי שותפים שגנבו לפירש"י שם, ומתניתין דחמש נשים מתרצינן דאמר להדיא כל הראוי לביאה, ונמצא שקידש בפירוש חוץ מהאחיות:

י עיין חו"מ [סי' רמ"ח סעיף ז'] ובסמ"ע [ס"ק כ"ב] וז"ל ויש חולקין וכו', פירוש חולקין ואומרין בירושה דאין לה הפסק אפי' בכה"ג כיון דעכ"פ זכה בפירות כל ימי חייו זכה גם בהגוף, אבל ג"כ מודים דאין כח ביד הראשון למוכרו באם אמר מהיום לפלוני, עכ"ל. ודבריו משוללי הבנה, דהרי אנן פסקינן דקנין הפירות לאו כקנין הגוף דמי, א"כ מה בכך שזכה בפירות, ובקנין הפירות שזכה בהם מכבר שוב אין לה הפסק, אבל בקה"ג שזכה בו השני מתחלה ישאר בידו ובאמת בב"י מבואר דטעם החולקים משום דסברי דגם בנתן לשני מעכשיו הראשון יכול למכור, ונמצא דגוף ופירות קנויים ביד הראשון, והוא שיטת רז"ה וסייעתיה, אבל בסמ"ע משמע להדיא דלא פליגי על מכירת הראשון רק לענין זה דשייך גבי' דין ירושה דאלה"פ. ולכאורה היה מקום לטעות בדבריו דס"ל כדעה ראשונה שבמרדכי הנ"ל, ואמרינן כיון דנתן לו הגוף והפירות וכיון שבטל קנינו של שני לגבי פירות בטל נמי לגבי הגוף, אך מלשונו לא משמע כן, וגם כבר כתבנו לעיל [באות ח'] דאפי' לדעה זו דווקא כשחייל על שניהם יחד מש"ה נכנס לכלל מיגו וגרירה, אבל הכא בזמנים נפרדים המה הגוף מעכשיו ופירות לאחר זמן, אזי מן הסברא הפשוטה שיתקיים המקויים ולא יגרר אחר הבטל שיתבטל אח"כ, לכן נלפענ"ד דע"כ לא נפסוק להלכה דק"פ לאו כקנין הגוף דמי, אלא היכא שלא זכה בפירות רק לזמן ידוע כגון בזמן שהיובל נוהג או שכתב לו מהיום ולאחר מיתה דלא זכה בפירות רק לזמן, ובזה פליגי ר"י ור"ל דלר"י גם בזה עיקר הקנין הוא רק קה"פ, וקה"ג מילתא דקלישתא הוא בעצמותו ולא חל עליה שום קנין ורשות רק היכא שיגיע לידו אח"כ גם קה"פ, ומש"ה ס"ל דמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח, משום דקה"ג תלוי בקה"פ, ובזה פסקינן כריש לקיש, אבל היכא שקה"פ לעולם בלא הפסק, אזי גם לדידן אין לקנין הגוף בעצמותו שום קנין ורשות ונפקע ממילא, ובזה מובן גם דברי הרשב"ם בפ' יש נוחלין דף קל"ז [שהארכנו לעיל באות ב'] שלכאורה דבריו תמוהים [במ"ש תד"ה ומודה, כגון דאמר מהיום ולאח"מ, שעכ"פ יזכה המקבל בקנין הגוף שהוא מהיום, ובזה קודם לאחריך] כמ"ש לעיל, [אחר זה מצאתי בקצות החשן סימן רמ"ח ס"ק ט' שעמד ג"כ על רשב"ם הנ"ל, איברא קצת בשינוי, והוא, שיקנה המקבל את הגוף והפירות, ואין לזה ביאור עפ"י המושכל דעל הפירות כבר קדמו אחריך]:

סימן עח

עוד בענין הנ"ל

א עוד הניפו החכמים הנ"ל את דגלם לבטל ולהפר אורח צדק ומישור בזו הצוואה, במה שהמנוח ז"ל העריך בתוך הצוואה, שבאם אחד מן היורשים ימכור או יתן חלקו

לאחרים, אזי חלקו קנוי להקדש עניים, ואמרו דכיון שכבר זכו בתורת ירושה, שוב אין לה הפסק, והנה בענין זה רבו הדעות בפוסקים, לכן נברר הדברים הדק היטב ונביטה ונראה בבירור, שכל דברי הצוואה שרירין וקיימין ושכולה אין בהם, ונראה לברר הלכה זו ע"פ רבותינו הראשונים:

הרמב"ם בפי"ב מהלכות זכייה ומתנה ה"ו] כתב וז"ל שכ"מ שאמר כו' לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש, או שאמר תנו שקל לבני בכל שבת ולא משום ירושה וכו', וכן הוא בב"י [סי' רמ"ח סעי' א' דבחדא סגי, ועי' בריב"ש סי' קס"ח, [שפקפק על דין השני של הרמב"ם, דמה בכך שאמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסיקה, הגם שאמר בפירוש כן, דכיון דקיימא לן דלשון מתנה בפירוש לא מהני לענין זה, איזה יתרון נותן לשני בתוספת דברים שאין בהם ממש, שאמר והרי הפסקתיה, דמ"מ הוא כמתנה על מה שכתוב בתורה, ועמ"ש בסמוך באות ד' ליישב קושי' זאת על נכון בס"ד], אבל בדין הראשון שנתן ליד שליש הסכימו כולם לדעתו דבכגון זה פשיטא לכל רבוותא קמאי ובתראי דיש לה הפסק, וז"ל הריב"ש שם וההיא דתנו שקל לבני בשבת תירץ בה הר"מ ז"ל שני תירוצים. א', שנתן הנכסים ליד שליש, וזהו הנכון שהסכים בו הרמב"ן ז"ל, משום דיעשה השליש מה שהושלש בידו, והכי משמע לישנא דאומר תנו שקל לבני בשבת וכו' עכ"ל, הרי להדיא דאפי' לשאר תירוצים שחידשו שם ע"ז, לאו משום דמספקא להו כשהשלישו ביד שליש, רק מפני שאינו מן ההכרח לומר דאיירי בהשלישו רק שאמר להם דרך צוואה, ולהכי קאמר הריב"ש שיש קצת הכרע בזה דאיירי כשהשלישו מלישנא דתנו:

ואין לך (יותר) מחמיר בדין ירושה שאין לה הפסק מכל רבותינו הראשונים יותר מן הרשב"א ז"ל, דס"ל דאפי' כשנתנו לשני בקנין מעכשיו אפ"ה אין לה הפסק כשהראשון ראוי ליורשו, ומביאו הנמוקי יוסף פרק יש נוחלין גבי המשיא עצה כרשב"ג, ומובא דעתו בש"ע בשם י"א בסי' רמ"ח סעיף ז'], וכן כשנתן לראשון הראוי ליורשו במתנת בריא מעכשיו דשוין כל הפוסקים דיש לה הפסק, לבד הרשב"א בתשו' [סי' אלף קמ"ז דס"ל שגם בזה אין לה הפסק, ועיין במשנה למלך שם [הלכה ה'] שמרמז עליו, ושם בתשובה זו כתב דלא מצי להפסיק ירושה אלא כשהשלישו ביד שליש [ונעתיק לשונו לקמן באות ו']:

נמצא בנ"ד אית בה תרתי לטיבותא, חדא שהשליש ביד שליש, וגם הקנה ליורשים ולהקדש במתנת בריא מעכשיו. איברא בש"ע סי' רמ"ח סעי' ב'] נפל טעות בספרים ונשמט תיבת או, שכתוב בכל ספרי הרמב"ם וכמ"ש בבית יוסף וכמו שהעתיקו בתשו'

הריב"ש, וכ"כ הש"ך שם שהוא ט"ס. אבל בסמ"ע נקט הדברים כפשטן והרכיב שני התירוצים יחד, והוא, שהשלישו ביד שליש ואמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, כל זה צריכים שיאמר בפירוש דווקא, כמ"ש הריב"ש שם בלא השלישו, כן הוא לדעת הסמ"ע גם כשהשלישו ביד שליש. איברא כ"ז היכא שלא נתן לראשון במתנת מעכשיו, אבל כשהשלישו ביד שליש ונתן במתנת בריא מעכשיו אזי לכ"ע מהני, ונפסקה הירושה לכ"ע שהרי לדעת הרשב"א מהני מה שהשלישו לחוד, ולדעת הרמב"ם מהני מתנת בריא בקנין מעכשיו לחוד, כמ"ש להדיא שם [הלכה ה']:

ב איברא עודנה יש לשדות בו נרגא דאולי דוקא בבריא הוא דפסק הרמב"ם דין זה, וכן משמע קצת לישנא דנקט שם [בהלכה ה'] אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה, משמע קצת דתרווייהו בעינן שיהיה בריא ויתן מתנת בריא, וגם לפי טעמא דהמגיד משנה שם משום דירושה לא מהני בבריא משמע כן, ועיין ברמב"ם בפ"ח מהלכות זכייה ומתנה הלכה וז"ל אל תטעה בשכ"מ שכתב כל נכסיו ופירש שנתן הכל מעכשיו והקנה מחיים, שאין זה מתנת שכ"מ אלא כשאר מתנות הבריאים, שאם הגיע השטר ליד המקבל או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואינו יכול לחזור בו עכ"ל:

ולפ"ז טעמא רבה בעי, דא"כ לענין מתנה ליורש אפי' כשהוא שכיב מרע ונתן במתנת בריא מעכשיו, איך איפשר לדון בו משום ירושה ולומר שאין לה הפסק, כיון שלא הניח אחריו כלום שירדו בתורת ירושה וכל אשר היה לו כבר נתן במתנת בריא מעכשיו, לכן נראה לפענ"ד לברר וללבן כ"ז הדק היטב, ונבאר דברי תשו' רשב"א הנ"ל אשר כבר העיר בזה בעל המשנה למלך, ומאד קשה עלי דאיך יחלוק על הרמב"ם בשיחה בעלמא בלא טעמא ולא הביא דברי קדשו כלל, ובפרט דמשמע מדברי קדשו דפשיטא ליה מילתא כביעתא בכותחא. על כן נראה שלא בא לחלוק על הרמב"ם, כי אין הנושאים שוים כאשר נבאר בעזר השי"ת:

ג ונקדים לזה הא דאיתא בגיטין ס"פ השולח דף מ"ח] גבי בן שקנה מאביו ומת אביו ואח"כ הקדישה, דאזי למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי, אזי מצד הסברא אי לאו דרבייה קרא התם] אין לזה דין שדה אחוזה, כיון שכבר קנוי לו לכל דבר ולא נשאר ביד אביו רק מילתא דקלישתא והוא תמצית של קנין הגוף לחוד, מש"ה לא מצי חייל עליה תורת ירושה. אבל למ"ד קה"פ לאו כקה"ג דמי, אזי מצד הסברא יש לו דין שדה אחוזה, כיון דמשום תורת ירושה יש לו זכייה מחודשת עיי"ש, ועיין בש"ע אהע"ז (סימן פ"ה סעיף י"א ברמ"א) דאם נתן לה אביה במתנה לדבר פרטי כגון למה שאת נושאת ונותנת בפיך, וכדומה, דאז אין לבעלה שום זכייה בהם, ואח"כ מת אביה דזכה בהן הבעל כדין נכסי

מלוג, והוא ג"כ מטעם זה דכיון דיש לה עתה זכייה מחודשת שתוכל לעשות בהן מה שתרצה, שוב נחתה בזה מתורת ירושה וממילא זכה בהן הבעל כדין נכסי מלוג, וכן מצאתי בתשו' המיוחסת להרמב"ן (בסי' ק"ו) אשר מקור דברי הרמ"א משם], עוד נקדים לזה מה דאיתא בקידושין (דף כ"ו] רב אשי אמר במתנה ביקש ליתנה לו ולמה כתב בלשון מכר כדי לייפות כחו, ובתוס' שם ד"ה ולמה וכו', תמצית העולה מדבריהם דדוקא לענין דינא דבר מצרא כיון דקושטא הוא דמתנה שכתוב בו אחריות אית ביה דינא דבר מצרא, וצ"ל דרק לתחבולות מרמה כתב לו בלשון מתנה בשטר בפני עצמו וכשיצטרך לזכות משום בר מצרא יצניע את שטר מכר. אבל במסקנא דהביאו בשם הירושלמי דנפ"מ לענין בור ודות, שפיר איכא למימר דבשטר א' כתב לו לשון מכר ומתנה כדי לייפות כחו, ולהכי ארכביה אתרי ריכשי, גם ידוע פלוגתא דרשב"ג ורבנן ב"ב (דף קל"ח] במי שזיכה לו ע"י אחר ושתק ולבסוף צווח, והרי להדיא דאם קבלו בעצמו בשתיקה כבר קנאו במתנה שנתנו לו, ותו אי איפשר להפקיע מרשותו רק משום הפקר כיון שכבר זכה בו, עוד נקדים שיטת הר"י מיגא"ש מובא בחידושי רמב"ן ב"ב [דף קכ"ט ע"ב] גבי ירושה אין לה הפסק [והספר הר"י מיגא"ש איננו תח"י] דזהו היכא שנתן לו בתורת ירושה או אפילו בלשון מתנה להדיא, כיון דראוי ליורשו, כבר זכה בה משום ירושה, ותו אין לה הפסק, אבל היכא שלא הורידו כלל לנכסיו רק דממילא זכה בהם הראוי לירש, אזי בכגון זה יש לה הפסק, ומשה"ט נמי כשנתן במתנת שכ"מ לאחרים על תנאי באם, הגם שאינו קונה רק לאחר שיתקיים התנאי מ"מ לא שייך דינא דר"א בריה דרב איויא לומר שכבר זכו היורשים משום ירושה וא"ל הפסק. איברא הרמב"ן שם מסתפק בזה, וכתב דאפ"ל דאפי' זכו היורשים מעצמן, ג"כ אמרינן דירושה אין לה הפסק, ומשה"ט נמי לא ניחא ליה מה שתירץ על הא דתנו שקל לבני בשבת, דכיון שלא זכו אלא בשקל כל ימי חייהם שוב לא שייך במותר הנכסים לומר דירושה אין לה הפסק, ובאותן השקלים אם נשאר עד לאח"מ אזי בקושטא יש בו משום דינא דירושה א"ל הפסק, ורמב"ן שם לא ניחא ליה בכל זה כיון דמ"מ נכסי בחזקת יורשים קיימי, וממילא זכו בכל הנכסים משום ירושה דממילא ושוב א"ל הפסק, וע"פ הצעת דברים האלה דברי הרמב"ם עולים על נכון בדרך מישור, וגם הרשב"א בתשו' אינו חולק עליו בזה כאשר נבאר:

ד ובמסילה נעלה לפרק משיטת הרמב"ם את אשר תמה על דברי קדשו, הריב"ש בתשו' [סי' קס"ח] אשר הבאתי לעיל [אות א'] והוא על מ"ש הרמב"ם שם [בהלכה ו'] דאם אמר בפירוש לא משום מתנה אני נותן לך רק משום ירושה והרי הפסקתיה, דאזי יש לה הפסק וזהו נגד המושכל, דמאיזה דרך המציא שדיבורו שאמר בפירוש נגד סוגי

התורה יועיל, דכיון דס"ל כדעת הגאונים דאפי' כשאמר בפירוש משום מתנה ולא משום ירושה, אפ"ה כשראוי ליורשו דין ירושה יש לה וא"ל הפסק, במאי נתייפה עתה בתוספת דברי הבאי כשאמר והרי הפסקתיה, ולפום ההקדמות שהקדמנו נכון הוא בטעמו, דס"ל דטעמא דמילתא עיקרו הוא כמ"ש הרשב"ם [קכ"ט:

בד"ה אם אמר] דמסתמא ניחא ליה בירושה דאורייתא הגם שנתן רק לאחד מן היורשים, דכיון דלר' יוחנן בן ברוקה התורה נתנה לו רשות להנחיל לכל מי שירצה, לכן כל מה שנתן לו דין תורת ירושה דאורייתא עליו, ולהכי אמרינן דמסתמא לא ניחא ליה לעקור תורת ירושה דאורייתא. אולם הרשב"ם ס"ל כן רק היכא דאמר בלישנא מיצעי כגון נכסי לך, וכדומה. אבל כשאמר לשון מתנה מפורש הרי חזינן דעקר, ועיין במלחמות ה' (גבי סבתא בס"פ יש נוחלין) [בפ' יש נוחלין גבי הא דשלח רב אחא בריה דרב אויא] דמפרש בטעמא דרי"ף וסייעתו, משום דאי איפשר שיחול לשון מתנה ודין מתנה על מה דאית ליה בתורת ירושה דאורייתא, ומש"ה סבירי להו דלא מהני אפי' כשאומר בלשון מתנה מפורש, ואפי' היכא שנתן רק לאחד מהם מ"מ דין תורת ירושה דאורייתא עליו]:

אבל הרמב"ם בחר לעצמו כעין סברת הרשב"ם הנ"ל, ומשה"ט ס"ל דאפי' כשאמר בלשון מתנה מפורש ואמר לא משום ירושה רק מתנה, מ"מ לא יצא בזה מתורת סתמא, דאמרינן דדעתיה דאינשי על תורת ירושה דאורייתא, והא דכתב ליה בלשון מתנה כדי לייפות כחו, והוא דכמו דאמר רב אשי בקידושין [ד' כ"ו] הובא לעיל [אות ג'), ועיין ב"ב [ד' ז':] גבי אחין ושותפין שחלקו דאין להם דרך זה על זה וכו', וכן פסקינן בש"ע סימן קע"ג] להכי כתב לו בלשון מתנה כדי לייפות את כחו, אבל לא לגרע כחו של ירושה הוא דאתי עליה ומש"ה אין לה הפסק כדין תורת ירושה דאורייתא:

אבל כשאמר בפירוש לא משום ירושה רק משום מתנה והרי הפסקתי', דחזינן דאתי עליה בלשון מתנה זו גם לגרע כחו בפירוש ומש"ה יש לה הפסק, כיון שהוציאו מדין ירושה לגמרי, ורק בתורת מתנה לחוד הוא שהורידו לנכסיו וכדין מתנת שכ"מ דמהני בדיבורא לחוד, ועיין:

ה לפום דברינו אלה ניחא ג"כ הא דצירף הרמב"ם בלשונו הצח שם בהלכה ה'] אבל הבריא שנתן מתנת בריא על דרך זה וכתב לזה נכסי לך ואחריך לפלוני וכו' עכ"ל, דכיון שהקנה לו מעכשיו ולא עלה על דעתו אז משום ירושה כלל, כדרך כל הבריאים וא"כ לא מיבעיא אם כבר זכה בו הראשון בעוד הנותן חי משום מתנה, אזי שוב אי איפשר לחול עליו דין ירושה כלל [וכמ"ש באות ג' ראיה לזה מסוף פ' השולח גבי בן שקנה מאביו, ואע"ג דאנן פסקינן קה"פ לאו כקה"ג דמי, אבל באחריך שאני דהתם בוודאי יש לראשון

קה"פ שהוא כקה"ג וכמבואר בב"ב (ד' קל"ו) סוגיא דאחריך, אלא אפי' אם מת הנותן ועודנו לא זכה המקבל הראשון שראוי ליורשו, אפ"ה יש לה הפסק ולא מצי היורש למימר לא ניחא לי בתורת מתנה רק משום ירושה, שכבר כתבנו לעיל [אות ג'] דכל היכא שלא הורידו הנותן ליורש בתוך נכסיו אזי יש לה הפסק אפי' בירושה דממילא, רק בשכ"מ הוא דאמרינן אפי' כשאמר בפירוש משום מתנה, דדעתו היה מסתמא גם על ירושה דאורייתא רק לייפות כחו הוא דכתב ליה גם בתורת מתנת שכ"מ, ומשה"ט נמי גם בשכיב מרע שנתן במתנת בריא בקנין מעכשיו, לא פסיקא ליה מילתא לומר שרק משום תורת מתנה הוא דניחא ליה ולא משום ירושה, דכיון דדואג ומיצר על איבוד עולמו ושהגיע קצו עדיין י"ל דניחא ליה בתורת ירושה, ולייפות כחו כתב לו גם משום מתנה מעכשיו:

ו ועתה עלה באר ענו לה, שכל הפוסקים מודים לרבינו בזה, וגם הרשב"א בתשו' אינו חולק על דבר פשוט כזה, ומסתבר בטעמא, רק דברי הרשב"א על מבוכה אחרת נאמרים ונשנים, כאשר נציגם פה לעומת הקורא נעים, וז"ל [בסימן אלף קמ"ז] הצריך לעיקר הענין. שאלה, ראובן לא היו לו בנים כי אם בת אחת ונתן לה כל נכסיו במתנת בריא. ומת, ואח"כ הלכה הבת ונתנה הנכסים לאמה ומתה. וכתב בתשובתו וז"ל, עוד נראה שאין לנותן בן או בת זולת הבת הזאת, ומיד שמת האב נתרוקן כל הזכות לבת שאין אני רואה שאמר האב במתנתו ואם תמות הבת יירשו אחרים תחתיה, ולא עוד אלא שאפי' אמר כן לא אמר כלום, לדעת הגאונים ז"ל שאומרים שאין לשון מתנה למי שראוי ליורשו אלא לשון ירושה, וירושה אין לה הפסק באיזה לשון שיתן אלא א"כ מסר הדבר הנקנה ליד אחר, כאותה ששנינו תנו לבני שקל בכל שבת, ואם אמר אם ימותו יירשו אחרים תחתיהם, בין אמר תנו ובין אמר אל תתנו אין נותנים להם אלא שקל, וזה לא מסר ביד זה אלא שטרי מתנת הבת לא זולת זה עכ"ל. ודברי קדשו נעלמים ונפלאים מעיני כל מעיין בצדק, כיון דעיקר שאלתו היה אם נתינת הבת שנתנה לאמה מהני ונראה בעליל מד"ק דפשיט ליה דמהני מתנתה כשם דירושה אין לה הפסק, שהרי כתב אח"כ שרק מפני שהיתה קטנה בשעה שנתנה, הוא דלא מהני מתנתה בקרקעות, וא"כ מאי האי דמברר לן כזאת ממה שאמרו דירושה א"ל הפסק, ומאי ענין שמיטה אצל ה"ס, ועוד כיון שהקדים שלא הניח אבי' בן או בת חוץ מזאת וא"כ יורשי' המה יורשי אבי', ותו ל"ש כלל לדין ירושה שא"ל הפסק, דכ"ז נאמר ונשנה [רק] כשהניח שני בנים ונתן לבנו ואמר שאחריו לבן השני, שגם ששניהם יורשיו מ"מ יורשי הבן הראשון יורשין אותו מדין דירושה א"ל הפסק. אבל בנידון זה אין לזה מקור ושורש:

לכן נראה לפענ"ד לגלות עומק דברי קדשו, והוא דאיתא בעובדא דרב ביבי בר אביי [ב"ב ד' קל"ז:] דהיכא שאמר נכסי לך ואחריך לעצמי הגם דפסקינן כרשב"ג דבאחריך לפלוני יכול הראשון למכור וליתן, אבל כשהוא לעצמו לא מהני מכירתו, ואיתא שם בפוסקים רבותינו קדמאי ברמב"ן שם] דגם כשהניח ליורשיו דינו כמו שהניח לעצמו, ומש"ה גרסי גבי סבתא ובתרה לירתה, ול"ג לירתאי דא"כ היכא איתא שם דאי קדמה סבתא וזבני זבינה זביני, [עי' ברז"ה בעובדא דסבתא ד' קכ"ה:] ופשיטא ליה לרשב"א דה"ה כשנתן לבנו ואחריו למי שראוי ליורשו, דג"כ ל"מ מכירתו כיון דחזינן דעתיה שישאר עזבונו אצל יורשיו, וכן נראה מצד הסברא כמו שמבואר ברמב"ן (ד' קכ"ט:) וכן הוכיח מן הגמרא שם, לענין ירושה א"ל הפסק דגם בששניהם בניו הדין כן]. ומעתה דעת לנבון להתבונן בזה היטב, דכשם דאמרינן בבן שקנה שדה מאביו ומת אביו ולא הניח יורש אחר זולתו, דלמ"ד קנין פירות לאו כקה"ג דמי, כשמת אביו אח"כ, דממילא נגרר הענין מצד הסברא פשוטה שיש לו דין שדה אחוזה אפי' לגריעותא של הבן, שהרי התם כשהקדישה אחר שמת אביו הוגרע כחו של בנו ע"י ירושה זו, שאז חוזרת ביובל לכהנים שבמשמר, אעפ"כ נגרר ממילא ע"פ סוגי הדת מצד הסברא פשוטה דין תורת ירושה עליו, כיון שיש לתורת ירושה על מה לחול, וכשם דאמרינן שיש לו דין תורת ירושה להורע כחו מכש"כ ליפוי כחו, וא"כ ה"נ בנידון זה כשנתן לבנו ואחריו ליורשיו ומת הנותן בינתיים, דאז חל דין תורת ירושה כיון דמעיקרא לא היה בכחו למוכרו וליתנו לאחרים, שהרי לא זכה אז אלא מכח נתינתו, וכיון שהניח ליורשיו אחריו, אמרינן דאינו יכול להפקיע זכותו של יורשיו. ומעתה כשם דאמרי' דירושה דאורייתא לא ניתן להפסיק מיוצאי חלציו, ה"נ אמרינן בקו השוה דירושה דאורייתא לא ניתן לחצאין, והשתא אם נימא דאינו רשאי למוכרו גם כשמת אביו קודם שנתנו לאחרים, נמצא שאתה מחצן ומחלקן בתורת ירושה דאורייתא עצמו וזה נגד סוגי הדת, להכי אמרינן דכיון שקודם שמת אביו לא ניתן בידו כח וזכות ליתנה לאחרים כיון שגם השני הוא יורש דאורייתא אחריו, נמצא שלא היה לו כל ימי חיי אביו רק קה"פ לחוד, ואנן פסקינן דקה"פ לאו כקה"ג דמי, [והגם דאחריך שאני דהתם בוודאי יש לראשון קה"פ שהוא כקה"ג. אמנם התם הוא רק מדחזינן דהראשון יכול למכור. אבל כאן דאינו יכול למכור שוב הדרינן לכללא], אז שוב כשמת אביו נתגולל בידו בתורת ירושה דאורייתא גם קנין הגוף כדאיתא בס"פ השולח] זכות נוסף על המתנה ראשונה, וחיילא דין תורת ירושה ממילא על זכות שהיה לו ע"י נתינת אביו בראשונה, וזהו שהוכיח הרשב"א במשקל, דכמו דאמרינן בזה דירושה אלה"פ, ה"נ נידון ממילא כשמת אביו ואח"כ נתנו לאחרים דמהני אפי' כשגם

אחריך ראוי ליורשו, והא דלא מהני כשנתנה לאחרים, היכא שאחריך ראוי ליורשו, זהו בחיי אביו:

וגם מ"ש בב"י [סי' רמ"ח] בשיטת הרשב"א דס"ל כשיטת הפוסקים הנ"ל דהיכא דלא הורידו כלל להראשון לא בתורת ירושה ולא בתורת מתנה רק שהוא יורש ממילא, תו לא אמרינן בזה דירושה אין לה הפסק, אינו חוצץ לדברי תשובת הרשב"א הנ"ל, דזהו דווקא היכא שלא הורידו כלל לנכסיו. אבל בנידון דרשב"א הנ"ל שהורידו בנכסיו במתנה גמורה מעכשיו במתנת בריא, רק שנתגולל עליו אח"כ גם דין תורת ירושה, אמרינן דכיון דמעיקרא כשנתן לו נודע לו ג"כ שע"פ סוגי הדת יחול עליו ממילא גם דין תורת ירושה, הרי זה כאילו הורידו על אופן זה, כיון דלא סגי בלא"ה:

[**וביותר** ביאור הדבר נתבונן בטעם נכון, דבע"כ צ"ל בטעמא דהפוסקים דל"א ירושה אלה"פ אלא כשהורידו המוריש בתוכו לאח"מ אפי' בלשון מתנה, דמסתמא ניחא ליה בירושה דאורייתא שלא תיעקר, ומה שאמר בלשון מתנה ליפוי כחו הוא דקעביד (כמ"ש לעיל באות ד'), ומובן מזה דטעמיה דהרמב"ן שכתב במלחמות ד' (אשר הבאתיו שם), מסתבר רק לשיטתו דאפי' כשלא הורידו המורישו בתוכו כלל אפ"ה אית ביה תורה זו, ואמרינן שגם ירושה ממילא אלה"פ, ולהכי מפרש דאפי' אמר בלשון מתנה מפורש, משום דלא חיילא מתנה על דבר שהוא שלו מדין תורת ירושה, ואמרינן גביה דירושה אלה"פ, אעפ"י שהמוריש לא נתן רק בתורת מתנה, והיורש זוכה רק בתורת ירושה ממילא, אבל לשיטת הפוסקים דס"ל דבירושה דממילא לא אמרינן תורה זו, תו א"א לומר בטעמא דמילתא היכא דכתב לו בלשון מתנה מפורש משום טעמיה דהרמב"ן רק כמ"ש לעיל:

ברם עיקר הדבר טעמא בעי דמנ"ל לחלק מן הסברא, בין הורידו המוריש ובין שזכה מעצמו בתורת ירושה, וצ"ל בפשטא דמילתא, כיון דנראה בעליל שנתן לראשון ואחריו לשני, ובלתי אפשר להתמצע הדבר ולקיים שניהם, מפני שמנגד לסוגי הדת, להכי אמרינן שנתבטל השני מפני הראשון, ואמרינן אלמלא ידע שהוא קצת נגד דת תוה"ק, אזי לא נתן לשני כלל, כי היכי דלא תיעקר דין ירושה דאורייתא (כמבואר בש"ס ב"ב דף קל"ג הוא סבר ירושה יש לה"פ ורחמנא אמר אלה"פ, וברשב"ם דף קכ"ט:), אבל ליכא למימר להיפוך, חדא דמסתמא. ניחא ליה בירושה דאורייתא, ועוד שא"א להעשות מתנה וזכייה מחודשת ולומר. שיזכה השני מיד אחר מיתתו של הנותן מה שלא זיכה לו כלל, רק שהקדים עוד, את היורש שיזכה בו כל ימי חייו, אבל היכא שלא נתן ליורשיו כלל ונתן לאחר לאח"ז על תנאי, הא חזינן להדיא דניחא ליה בשני, רק התנאי מעכב

שלא יזכה בו קודם קיום התנאי, וקחזינן דניחא ליה שיתעקר דין ירושה מפני נייח נפשו דעביד ליה השני:

ומעתה מובן הדבר ממילא בדינא דתשו' הרשב"א שנתן לבתו במתנת בריא מעכשיו ואחרי' ליורשה ולא היה לו יורש אחר, ונמצא דאיפשר שיתקיים הדבר בשלימות ולא יגרע אפס מנהו, גם לענין זה שלא יועיל נתינתה לאחרים כמו באחריך ליורשה, דהיינו אם ינתן לאחרים בחיי אביה, אבל היכא שמת אבי' ואח"כ נתנה לאחר, פשיטא דמהני, שהרי ירושה דאורייתא כרוך לעולם בעקבי מתנה כזו, כמו שמצינו בשדה אחוזה, וכמו שכתבנו, וכיון שהענין מתחייב שיתלכד ממילא תורת ירושה נוסף על מתנתו, ומשה"ט יכולה למכור משום שזכתה בתו לאח"מ בתורת ירושה, ונמצא דאפי' להפוסקים דבירושה דממילא ל"א דאלה"פ, אין לו שייכות כלל לנידון זה לענין מכירה ונתינה דס"ל כיון דזכתה בתורת ירושה לקה"ג, מה שלא זכתה מתחלה ע"י מתנה שנתן לה אבוה, וכל היכא דזכה הראשון בקה"ג אזי לכ"ע מהני מכירתו ומתנתו כמבואר להדיא בש"ס (דף קל"ו:) לר' יוחנן, וע"כ לא בעינן לטעמא דאחריך שאני, אלא לריש לקיש דפסקינן כוותיה דקה"פ לאו כקה"ג דמי, והכא דזכתה בגוף ובפירות מש"ה מהני מכירתה להפקיע זכותו דשני]:

ז ועתה הבט נא וראה שדברי תשו' הרשב"א הללו לא יתנגדו כלל לדברי פסקו של הרמב"ם הנ"ל, ומרחק רב ביניהם בהבדל הנושאים, אבל בעיקרן יחדיו ידובקו ולא יתפרדו, דהרמב"ם איירי להדיא כשנתן במתנת בריא למי שראוי ליורשו, ואחריו לאיש אחר דעלמא שאינו ראוי ליורשו, ומש"ה פסקא למילתא דלא נשאר ביד יורשי ראשון משום דירושה א"ל הפסק, דכיון דפסקינן כרשב"ג דיכול למוכרו וליתנו לאחרים משום דקה"פ וקה"ג ניתן בידו משום דאחריך שאני, ומש"ה אפי' כשמת אביו הנותן ואח"כ מת בנו הוא המקבל מתנה אפ"ה ל"א דירושה אלה"פ, כיון שבא לידו בתורת מתנת בריא, וכבר זכה בהן לכל דבר שוב אין כאן מקום שיחול עוד תורת ירושה עליו, כיון שאין כאן זכייה מחודשת כמו גבי שדה אחוזה למ"ד קה"פ כקה"ג דמי:

וא"ל דמ"מ איכא שמא דירושה אח"כ שיזכה בו לענין זה עצמו להורישו ליורשיו, דהא כיון שאין לו זכייה מחודשת בעצמותו ע"י ירושה זו שוב אין יורשיו יורשין שכבר קדמו אחריך, דכל היכא דלא זכה לעצמו המוריש ע"י שמא דירושה תו א"א שיזכו בו יורשיו, הגע בעצמך למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו, אזי פשיטא היכא שנתכוין להורישו ליורשיו, אבל הוא לא יזכה בהן כלל דפשיטא שגם הם לא זכו אפי' כשמת אח"כ דכל כמה דלא זכה (היורש) [המוריש] תו ליתא בתורת ירושה, וראיה לזה מנדרים

(דף ל"ד] גבי ככר של הפקר והקדישה ואח"כ נטלה להורישה לבניו דמעל לפי טובת הנאה שבה, וכתב הרא"ש שם דלמ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו פשיטא דלא זכו בה, משמע להדיא דאפי' כשמת אח"כ ליתא בתורת ירושה כיון דלא זכה בהם המוריש, והשתא נלמד דינו של הרמב"ם הנ"ל במכל שכן מהאי דשדה אחוזה דאמרינן למ"ד קה"פ כקה"ג דמי, אע"ג דחיילא אח"כ שמא דירושה לתמצית קה"ג, אפ"ה לא הוי זכייה מחודשת לענין זה שיחול עליו שמא דירושה, מכ"ש בדינו הנ"ל שהוא לא זכה ולא מידי ע"י שמא דירושה כיון שכבר זכה לכל דבר ע"י מתנה דמעיקרא, ממילא מובן דה"ה אם מת הנותן קודם שהגיע לידו מתנה זו שזיכה לו ע"י אחר ג"כ לא שייך ביה לומר דירושה א"ל הפסק, דממנ"פ אם רוצה לזכות ע"י כחא של מתנה שזיכה לו אביו בקנין ע"י אחר, אזי כבר זכה למפרע ע"י קנין דמעיקרא ושוב אין כאן מקום לחול עליו שמא דירושה, דהא כבר הקדמנו לעיל [אות ה'] דגבי מתנת בריא והוא בריא תו לא נכנס בו כלל דין ירושה במתנה זו, ואם אינו רוצה כלל בתורת מתנה זו רק ע"י ירושה דממילא הרי זה רק כמו ירושה דממילא, וי"ל דהרמב"ם ס"ל דבירושה ממילא ל"א דירושה אין. לה הפסק, (והא דהצריך הרמב"ם שם (בהלכה ו') לומר גבי תנו לבני שקל וכו' ואם מתו יירשו אחרים וכו' דאמר להדיא לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, (דהוא) אע"ג דס"ל דבירושה דממילא דכיון שלא נתן להם אלא שקל בכל שבת, תו לא זכה בתורת ירושה ע"י הנותן רק משום ירושה דממילא, היינו משום דניחא ליה למימר דמילתא דפשיטא נקט גם כשצמצמו ונותר אחריהם משקלם בכל שבת אפ"ה ינתן לאחרים, ול"א דכבר זכו בהם היורשים, היינו משום שאמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, ואפי' את"ל דלא איירי כשהשלישו ביד שליש אפ"ה אתי שפיר משום דאיפשר דמיירי באופן זה]:

אולם הרשב"א [מיירי] בשאחריך ראוי ליורשו דנשתנה דינו ע"י ירושה לזכייה מחודשת ומש"ה שפיר מהני מה שנשתנה אחר מות אביה:

ח תבנא לדינא דנידון דידן דגם את"ל כדעת הסמ"ע מובא לעיל [אות א'] דתרווייהו בעינן שהושלשו ביד שליש, ושיאמר בפירוש לא משום ירושה וכו' והרי הפסקתיה, ובעובדא דא דלא אמר הכי, נמצא דהדרא לדינא דירושה אלה"פ, ואי משום שהקנה להם. במתנת בריא עודנה יש לומר דדוקא נקט הרמב"ם כשהיה בריא כמש"ל באות ב'], איברא דזהו היכא שהקנה ליורש עצמו במתנת בריא מעכשיו, לכן כשהוא שכ"מ אפ"ל דמ"מ לא נפקע שמא דירושה, ולהכי אמרינן דא"ל הפסק, אבל בנ"ד שהקנה לאחרים במתנת בריא מעכשיו ע"מ להקנות ליורשים בכל שנה ושנה סך מסויים, וכן לזרעם ולזרע זרעם,

הכל ע"י כח וזכות שיש לאפוטרופסים בקנין גמור מעכשיו, אזי פשיטא דלא שייך לומר על המותר [דהיינו מן השנים הנותרים] דירושה אין לה"פ, כיון שלא הניח אחריו בתורת ירושה כלל, ואפי' לדעת הרמב"ן דמספקא ליה בתירוצם של הפוסקים הנ"ל באות ג'] גבי תנו שקל לבני בשבת, דעל השקלים שלא זכו עדיין ל"ש בזה משום ירושה א"ל הפסק, ורמב"ן השיב דמ"מ זכו היורשין ממילא, וס"ל דגם בירושה ממילא אמרינן דא"ל הפסק וכמ"ש לעיל, איברא כל זה כשלא נתן והקנה לאחרים במתנת בריא מעכשיו, אבל בנידון דידן לית מאן דפליג דלא שייך כלל לומר תורה זו, שהרי הקנה את, גופם של החצירות והבתים לאפוטרופסים בקנין גמור מעכשיו, ומן הפירות יתנו מדי שנה בשנה לזרעם ולזרע זרעם, ואם ימכרו לאחרים. אזי לא יותן להם עוד רק ינתנו לת"ח שיבררו הם, אזי פשיטא לכ"ע דל"ש בפירות שלא זכה מעולם דין זה כלל וכלל:

ט גם אין לדון ולערער בזה מדברי ב"י [סי' רמ"ח בסעיף ט'] שכתב בשם הרשב"א, וז"ל ועוד כתב ז"ל וכדי שלא ישתבש אדם. בהלכה זו, ללמוד ממנה לאותם שכותבין בשטרי מתנה ומקח לך וליורשיך ולבאים מכחך, שיהא הדין נוהג שם כדין שאמרו כאן, אני כותב שלא נאמר דברים שבשמועה זו אלא באומר אחריך, אבל באומר לך וליורשיך שופרא דשטרא הוא, שהמתנה או המכר לא יהא להם הפסק, שכן כותבין למכור ולמשכן וכו' וא"צ כי אם לשופרא בעלמא עכ"ל, א"כ גם בנ"ד נימא שזרעם וז"ז לא יזכו בחלקם מכח הנותן והאפוטרופסים רק מכח מורישם, וא"כ דמי בזה למ"ש הריב"ש [בסי' קס"ז] במי שנתן במתנת שכ"מ לבתו במקום בנו ואם תמות יותן לבנו, ולאח"מ בנו יהיה מחציתו להקדש ומחציתו למי שראוי לירש, ופסק שם דגם בזה אמרינן דירושה א"ל הפסק ולא זכה הקדש רק מי שראוי לירש יטול כל חלק הבת, הרי דאע"ג דמתחלה בא ליד הבת בתורת מתנה, מ"מ כיון שהגיע אח"כ ליד בנו מבתו בתורת ירושה שוב. אלה"פ, וא"כ בנ"ד נמי נימא דאע"ג שזרעו זכו מן האפוטרופסים, מ"מ זרע זרעו כבר זכו ממורישם, ומה שכתב לזרעם ולז"ז לא שיזכו גם הם מן האפוטרופסים רק לשופרא דשטרא, דז"א דעד כאן לא אמרינן דלשופרא בעלמא כתב כן, אלא היכא שלא הטיל תנאי בזכייתם, אבל היכא שהטיל דבר תנאי בזכייתם, הרי חזינן דעודנו לא נתקן מרשותו לגמרי, דאל"כ היכי מטיל תנאי בדבר שכבר יצא מרשותו לרשות מורישם, והמה מיד מורישם הוא דקא זכו בירושה דממילא, אלא בע"כ צ"ל דכוונתו היה שכולם יזכו ממנו ומיד האפוטרופסים, ולהכי כיון דעודם קשורים ברשותו, לכן בידו להטיל בהם תנאי כרצונו וז"פ וברור:

גם מה שאמרו לערער על הצוואה, כיון שהיה שכ"מ בשעת הצוואה לא מהני קנין מעכשיו, אין בזה ממש, והוא נגד כמה וכמה סוגיות הש"ס, ומבואר להדיא בדברי הרמב"ם [פ"ח מה' זכייה ומתנה הלכה י"ח] להיפוך:

נמצא הדין ברור בלי גמגום שכל דברי הצוואה שרירין וקיימין עפ"י דת תוה"ק אליבא דכל הדעות, ולא נפרץ דבר מכל דברי המנוח הנדיב זלה"ה אפי' כמלא מחט, וכל דברי הצוואה כראי מוצקים ולא יעלה הכורת, וכל הרוחות שבעולם לא יזיזו זיז כ"ש להפר אפס מנהו, לו ישלח ה' בקירות לבב הנדיבים והמופלגים בתו"י הי"ו, וישקלו הדברים בפלס מאזני הצדק, אזי ידעו כי בעזה"י שפתי ברור מללו, ואין לנטות מזה כמלא פסיעה קטנה שגם החכמים הנבונים המופלגים הרבנים שליט"א אשר התחילו לערער על הצוואה יענו ויאמרו, אמת כן הדברים:

דברי הכותב לכבוד התורה ולומדיה הק' משה יהודה ליב בן הרבני מהור"ר בנימן זללה"ה

סימן עט

תשובה בדיני נחלות

בדבר שאלתו באחד שרוצה ליטול פי שנים בירושת אביו ולא נודע שהוא בכור רק ע"י אגרת שלומים מאביו שכתוב בו כחי וראשית אוני:

א הנה בהשקפה ראשונה אמרתי דמוכח מקרא דכתיב בראשית מ"ט ג'] בכורי אתה כחי וראשית אוני, משמע לכאורה דכחי ור"א אינו היכר שלם, ואח"כ ראיתי בפירוש הר"י אברבנאל דכחי ור"א פירושו שנולד בעודנו באבו כשהיה שלם בכל כחותיו, ועוד ראיה מתשובת הגאונים מובא בסמ"ע בסימן רע"ז ס"ק י"ח] עי"ש, אבל עודנה לא מוכרח לגמרי דשאני התם שלא כתוב בו הכרה של בכור רק ע"י צירוף מן הרשום יום מולדתו וכתובת אמו, אבל הכא על זה אנו דנין אם לשון זה הוא לשון הכרה, ותו לא תלינן בטעותא או בשיקרא כיון שהתורה האמינתו:

ב איברא לפענ"ד נראה דאפי' כתוב באגרת שלו בפירוש בני בכורי כיון דלא כתב לאחרים רק לבנו עצמו, לאו הכרה הוא, כיון דכתיב בקרא (דברים כ"א י"ז] יכיר בלשון מפעיל ובאו חכמינו ז"ל בקבלה איש מפי איש דיכירנו לאחרים, מכללו נשמע דלאחרים דוקא ולא לעצמו, וכ"מ בתרגום יהונתן שם ארום ית בוכרא ביר סניתא יהודע לכולא דהוא בוכרא], והנה הגם דלדעתי ממקומו מוכרע נראה עוד כדמות ראיה לזה, דאלת"ה אלא דגם לעצמו הוי הכרה, א"כ מילתא דפשיטא הוא היכא שהוציא בנו נסכא לאחר מיתת אביו מתח"י לפנינו. ואמר, כן הדברים שהוא משל אבינו, אבל מגיע לי חלק

בכורה מכל עזבון אבינו, שכן אמר לי אבא שאני בכור, דאזי פשיטא דנאמן במיגו דאי בעי שתיק, אכן אם נימא דאין זה הכרה אזי לכמה פוסקים גבי את לאו קמודית [ב"ב דף ל'.] פשיטא דאינו נאמן, דאע"ג דאביו היה נאמן במיגו דאי בעי יהיב ליה במתנה, זהו היכא דנשמע מפיו, אבל להאמין לבן במיגו שכך אמר לו אביו במקום שאב גופיה אינו נאמן אלא במיגו, לא אמרינן מיגו כזו, וכן ס"ל לרשב"ם שם, וכן פסקינן דאם אמר לו מפלוני זבינתי' דזבנה מינך, ולית ליה סהדי שהיתה שלו מעיקרא אפ"ה אינו נאמן שכך אמר לו המוכר במיגו דלהד"מ, ונאמין למוכר, שהרי בשעה שאמר לו דזבנה מינך היה נאמן ג"כ במיגו, וטעמא דמילתא נראה שהוא כעין סברת הרמב"ן [שם דף מ"א:] מובא בנמוקי יוסף גבי האי דדר בקשתא בעיליתא, דהיכא דלית ליה ללוקח סהדי דדר בו חד יומא, והוא טוען שיודע בבירור שדר בו המוכר בשעה שמכרו לו דא"נ במיגו, דמיגו ל"א היכא שאנן צריכים לברר עוד ספק מדעתינו, עי"ש היטב [וברא"ש שם פרק חזקת הבתים סימן ז'], ולהכי נמי גבי לוקח דלא ברירא ליה מילתא שהמוכר זבנה מיניה, רק מפני שהיה נאמן במיגו תו לא מהני מיגו דלוקח, כיון דעיקר תוקפו של מיגו לא הוי כעדים שנחקרו בב"ד רק כחזקה דמי, עיין קידושין (דף ס"ג:] גבי פלוגתא דרבי ור' נתן, ומש"ה לא מהני תו מיגו דלוקח כיון דמ"מ גם לפום טענתו לא נתברר הדבר בבירור גמור לא ע"י עצמו ולא ע"י עדים, אבל אם נימא דהוי הכרה אף שלא הכירו לאחרים, פשיטא דנאמן בנו במיגו כיון שנתברר הדבר לפנינו ע"י הכרה דאביו דדמי לעדות גמורה, ולדידן דפסקינן דל"א מיגו להוציא, ש"מ דלא אלים כעדים, ובדיני דשכיר בזמנו סימן נ"ט, ובדיני אומן סי' ס"ז הארכנו בזה], וא"כ מאי קשיא להו לגמרא [ב"ב דף קכ"ז:] לרבנן יכיר למה לי אפי' בצריך הכירא תיפוק ליה דנאמן במיגו דאיכא נפקותא בכגון זה, א"ו דכעין זה לא הוי הכירא כלל, ומש"ה אפי' היכא דאית ליה מיגו לא מהני מידי, דלו יהיה כדבריו שכך אמר לו אביו לא מהני כלל, וממילא נשמע דאפי' היכא שטוען שכך אמר לו אביו בפני אחרים ויש לו מיגו ג"כ אינו נאמן, משום דדמי למיגו בדדמי דמפני שנדמה לפניו דליכא נפקותא בזה בין היכא שאמר לו בינו לבין עצמו או לפני אחרים, להכי לא נראה בעיניו כטוען שקר, ולפ"ז יש לומר יותר דאפי' היכא שהיו עדים אחורי גדר ושמעו שאמר לו אביו בני בכורי ג"כ איפשר דלא מהני, דלא הוי הכרה עד שיכירנו לאחרים:

ג יש להרגיש בענין זה שכבר נודע למי שיש לו יד בש"ע, שדרכו של מרן זקני רבינו בעל בית יוסף להביא דברי הרמב"ם בלשונו הצח, וכאן בענין הכרת בכור הניח את לשונו הטהור שכתב בפ"ב מהלכות נחלות הלכה ט"ז] וז"ל, העידו עדים שהן שמעו אביו של זה אומר דברים כך וכך והרי אותן הדברים יוודע מכללן שזה בנו בכורו הרי זה

נוטל פי שנים, אע"פ שלא אמר האב בפירוש זה בני בכורי, והטור וכן הש"ע [סימן רע"ז סעיף י"ג] הניחו לשונו ונקטו בלישנא של שאר הפוסקים עי"ש, ומכללו נשמע דאומדנא לא מהני על כולה מילתא רק היכא ששמעו ממנו שהוא בכור, רק דעודנה יש לספק דאולי בכור אמו קאמר בזה מהני האומדנא אע"פ שלא אמר בפירוש, כיון דעיקר מילתא הוי ע"י הכרה בפירוש, אולם מלישנא דהרמב"ם משמע לכאורה דבכולה מילתא מהני, לכן שבקו ללישנא דהרמב"ם בזה אע"ג דבכל דיני ממונות מהני ידיעה בלא ראיה, עיין שבועות (דף ל"ד.) לריה"ג שם, אבל גבי בכור כיון דכתיב יכיר, בעינן שעיקר ההכרה יהיה מן האב בפירוש ולא ע"י ידיעה בלא ראיה:

סימן פ

עוד בדיני נחלות

א כתב הרמב"ן בחידושיו לבבא בתרא בסוגיא דראוי (דף קכ"ה) וז"ל, והרב הר"י הלוי ז"ל ג"כ אומר שאשה גובה כתובתה מן המלוה אפי' גבו מעות בזה"ז וכו', וראיה אחת הביא מדקתני בכתובות הרי שהיה נושה באחיו מנה והניח שומרת יבם לא יאמר הואיל ואני יורש החזקתי אלא מוציאין מידו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות, ואוקימנא כר' מאיר דאמר מטלטלי משתעבדי לכתובה, וכר' נתן דאמר מוציאין מזה ונותנין לזה, לדידן נמי דתקינו רבנן בתראי דגביא ממטלטלין גובה מן המלוה, וזו הראיה אע"פ שהרב בעצמו מפקפק בה יותר נכונה לדעתי, ואעפ"כ יכולני לדחותו ולומר דילמא רבי הוא דאמר מלוה מוחזקת היא, וא"ת א"כ הוי תלתא חומרי והתם אמרינן לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה אלא או ר"מ או ר"נ, והוי לן למידחי נמי משום חומרא דרבי, י"ל דההיא לא מסיימי דהא איכא הכא בשמעתין אמוראי דסברי מלוה כמאן דגביא דמי אפי' לרבנן ומוחזקת היא אפי' לגבי בכור, ואביי נמי דהוא מריה דהאי סוגיא הכי ס"ל כדאיתא בפסחים, עכ"ל הרמב"ן, והקשה בקצה"ח סי' ק"ז] וז"ל, ועי"ש שהאריך בפרק כל שעה (דף ל"א.) דאמרינן שם גבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בעל חוב חוזר וגובה אותה מהם, ואמרינן שם בשלמא לאביי דאמר למפרע הוא גובה ניחא, אלא לרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה ליהוי כיתומים שקנו קרקע, ושנינן משום דר' נתן עי"ש. ומזה הביא הרמב"ן דמלוה מוחזקת היא לאביי משום דס"ל למפרע ה"ג, הו"ל כאילו בא ליד אביהם מחיים עי"ש, וקשה לפ"ז איך אמרינן עלה בפרק האשה שנפלו [דף פ"א] לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי בכתובה אלא או ר"מ או ר"נ, דהא לאביי דהוא מרא דשמעתא שם אמר לא אשכחן תנא דמחמיר תרי חומרי, ואביי דס"ל למה"ג א"צ לדר"נ כלל, דהא בפ' כ"ש לא הוצרכנו לדר"נ אלא לרבא, ולכן נראה דאפי' לאביי

דס"ל למפרע ה"ג היינו דוקא כשגבאו לבסוף נעשה כאילו מטא לידי' למפרע וכמ"ש תוס' בפרק המניח [דף ל"ג] ד"ה הקדישו ניזק א"ב, ולהכי ביתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דכבר גבו נעשה כאילו למפרע היה ביד אביהם, ולהכי בע"ח חוזר וגובה אפי' בלא דר"נ, אבל התם במי שהיה נושה באחיו אי לאו דר"נ, דכיון דעדיין לא גבה מצי אמר לאו בע"ד דידי את וכדאיתא שם, א"כ גם לאביי נמי מצי אמר הכי אי לאו דר"נ דכל זמן שלא גבה ל"ש למפרע גובה, וא"כ דוק מינה שפיר דכתובה גובה בראוי דאי נימא רבי הוא הו"ל תלתא חומרי, ואי משום דאביי לשיטתו דס"ל למה"ג הא כל זמן שלא גבה לא שייך למפרע ה"ג עכ"ל הקצה"ח, ולפי דבריו דברי הרמב"ן תמוהים למאד:

והנה מה שתירץ הקצה"ח ז"ל ליישב הסוגיא אליבא דאביי דהוא מרא דשמעתא, דהיינו דוקא כשגבאו לבסוף, לא נראה לפענ"ד כלל, דהיכא דמתלי הגבייה עצמה ומסורכת בדינא דלמפרע גם בזה אמרינן למה"ג לאביי, וכן מוכח להדיא מתוס' פרק השולח (דף מ':] ד"ה הקדש, דמפרשי להו דהא דהקדש ושיחרור מפקיעי מידי שיעבוד הוא לרבא דס"ל מכאן ולהבא גובה, וכיון דחלה שעה אחת תו לא פקעי, אבל לאביי דס"ל למ"הג לית ליה הפקעת שיעבודן כלל יעוי"ש, והרי להדיא דאף דקודם שגבאו חל ההקדש והשיחרור דהרי יכול לסלקו בזוזי, אפ"ה לא אמרינן דלא יגבה כלל וישאר ההקדש והשיחרור לעולם, אלא אמרינן להיפוך דיגבה וממילא דלא חל ההקדש והשיחרור מעולם מפני דאמרינן דלמפרע משעת הלוואה היתה שלו ולא היה ביד הלוה להקדישו כלל, ואנן דנין עתה בתר סופו, וה"נ בנידון זה במי שהיה נושה באחיו דאם תגבה כתובתה נמצא דלמפרע קנויים הנכסים בידה ממש, ומעתה הרי הוא כאילו נכסים ממש נמצאים ביד היבם, שהרי אם תגבה הרי אנן דנין לאביי דס"ל למה"ג, ואי אקדיש מלוה וזבין מלוה שפיר דמי דדמי ממש כאילו קנאם בעלה ומכרם לה, ובזה ל"ש כלל לומר לאו בע"ד דידי את שהרי נכסים שלה נמצאים אצלו, וא"ל דאף אומנם שכן הוא לאחר שגבאה אבל מ"מ מתחלתו מצי אמר לאו בע"ד דידי את, שהרי מוכח מדברי תוספות דדנין בתר סופו בזה, דאל"כ גם בהקדש ושיחרור היכי מצי גבי כלל, וי"ל בדוחק, ומדברי תוס' שהביא אין ראיה לנידון זה דהתם כשפדאו ולעולם לא יבא לידי גבייה, אבל היכא שמסורכים זה בזה נראה מפשטות דברי תוס' דגם בזה אמרינן למה"ג לאביי:

ב ובעיקר קושייתו על הרמב"ן נראה דהרי מבואר בש"ס ב"ב דף קל"ו] דלר' יוחנן דס"ל קנין הפירות כקנין הגוף דמי דאם מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח וקבעי הש"ס למימר התם דתנאי היא דרבי ורשב"ג דפליגי בנכסי לך ואחריך לפלוני וירד הראשון ומכר יעוי"ש ברשב"ם [ריש דף קל"ז] בד"ה תנאי היא, תמצית דבריו

דלר"ל דפסקינן כוותיה אמרינן דטעמא דרשב"ג משום דאחריך שאני, ועיין ברשב"ם שם [בסוף דף הנ"ל] בד"ה ע"כ לא פליגי רבי ורשב"ג בפירות דראשון וכו' אלא בהכי פליגי דר"ש סבר קנין פירות שיש לראשון כקנין הגוף דמי אפי' לר"ל דאחריך שאני וכו' עכ"ל. ומעתה לכי נידוק נמצא יסוד מוסד מסוגיא זו דגם לדידן דפסקינן כר"ל דק"פ לאו כקה"ג דמי, [ונמצא דעיקר הקנין הוא לבעל קנין הגוף הגם דמי שיש לו הק"פ יש לו ג"כ מקום היניקה, אכן אין זה רק בגדר שיעבודא לחוד דמקום היניקה משועבדת לו כמבואר בפוסקים, ועיין ר"ן נדרים ריש פרק השותפין], מ"מ היכא דחזינן להדיא דיכול להפקיע לגמרי מן הבעלים של קה"ג אזי בע"כ גם ר"ל מודה דקנינו אלים וכקה"ג דמי, כמו באחריך דמבואר ברשב"ם דגם לר"ל כקה"ג דמי, וכן משמע שם להדיא בכל הסוגיא, שהרי לס"ד טעמא דרשב"ג דס"ל אין לשני אלא וכו' משום דכקנין הגוף דמי, וגם למסקנא לא נחתינן מסברא זו דהיכא דיכול למכור ולהפקיע לגמרי דקנינו אלים וכקה"ג דמי לכ"ע, רק דמשני דטעמיה מאי משום דאחריך שאני ולהכי יכול להפקיעו, וגם הסברא מוכרחת כן, ונמצא לפ"ז דהיכא דיש לו קה"פ ויש לאל ידו להפקיע ולמוכרו לגמרי, ולא מכרו והלך הבעל שיש לו קה"ג לחוד ומכרו לאחרים ומת טרם שבא הק"פ לידו, אזי גם לר"ל דפסקינן כוותיה לא קנה הלוקח ונתרוקן קנינו לגמרי, כמו לר' יוחנן היכא דמכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב, דמידי טעמא דר"ל דפליג עליו משום דקסבר דקנין הפירות לאו כקה"ג דמי, ובכל כה"ג דיכול להפקיע לגמרי גם לר"ל כקנין הגוף דמי, ונמצא מעתה דלא מיבעיא היכא שהיא נשאת תחלה ואח"כ הלוה בעלה לאחיו, [ועיין תוס' כתובות דף י"ט תוך ד"ה וכגון בשם הי"מ] דהיא לא מצית למיגבי מיבם ע"י קנין שקנתה למפרע שהרי בשעה שנשאת עודנו לא קנה בעלה נכסי אחיו, ובכל כי האי גם לאביי אינו גובה רק מחמת שיעבודא כמו בכל דאיקני דעלמא, (אי לאו דר"נ ועיין בש"ך ס"ס פ"ה), ואף אם נשה באחיו תחלה ואח"כ נשאה ונמצא דקנינו שהיה לבעלה חזר ומכרם לה בכתובתה מ"מ הרי כבר נפקע קנינה דגם לאביי דס"ל למה"ג לית ליה למלוה למפרע אלא קה"ג לחוד שהרי הפירות של לוה הם עד דגביא ליה, והכא במטלטלין דאם מכרם אינו יכול לטרוף, הרי שיכול הלוה להפקיע לגמרי, ובכה"ג גם לדידן קנין הפירות דלוה כקה"ג דמי, ונמצא בנידון זה שחזר הבעל ומכרם לה ומת הבעל כבר נפסק קנינה לגמרי כמו במכר הבן ומת הבן, כיון דלא מטא לידו קה"פ בחייו אזי נפסק קה"ג ונפקע לגמרי מיד הלוקח, ונמצא דלא מצית למיטרף רק מכח שיעבודא ולהכי שפיר מצטרכינן התם לדר' נתן:

אבל משום דינא דראוי כבר נסתלק בזה לאביי דסוף סוף כשתגבה היא ע"י שיעבודא דידה כבר קנה המת למפרע והיה כמוחזק בחייו וכבר בארנו דלענין למפרע אזלינן בתר סופו ודנינן תחילתו כסופו:

ג ובהגלות כזאת יתיישב במרווח קושי' מהרש"א בסוגי' דהרהינו פסחים (ל"א) שהקשה לס"ד דש"ס דהא דתנן בעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו אחר הפסח מותר בהנאה משום דלמפרע גובה אף במטלטלין, וא"כ אף ביתומים שגבו מטלטלין נמי. ותירוצו אינו מובן כל הצורך, [וגם בקושייתו צריכינן לומר דקשי' ליה על טרם שגבו יתמי יגבה המלוה ראשון מלוה השני כיון דקנינו אצלו, וסוף סוף יבוא לידי גבייה, ומש"ס משמע להדיא דאינו יכול לגבות אפי' מן השני, אבל לאחר שגבו יתמי לא קשה מידי שהרי גם אביי מודה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדא לבע"ח שהרי מתניתין היא (ב"מ דף קט"ו) אם ממשכנין למה מחזירין וכו' ולא יעשה מטלטלין אצל בניו], ונראה דבל"ז צריכינן להבין דאמאי אינו עובר בנכרי שהלוה לישראל משום דלמפרע ה"ג הרי המלוה לא קנה למפרע רק קה"ג לחוד, ועודנה נשאר ביד ישראל קנין הפירות, ובמטלטלין דיכול למוכרם ולהפקיע לגמרי אזי לכ"ע קה"פ כקה"ג דמי והוא עיקר הקנין, וכמ"ש באות הקדום, ועמ"ש בהגהות והערות ליישב קושי' זאת ע"פ סברת רשב"א ב"ק דף מ"ט ע"ב עיי"ש], אכן בחמץ שאני כיון שהוא ראוי לאכילה וקנין פירות שלו עומד לגמרי נגד קנין הגוף ונגד זה עצמו אמרינן למפרע גובה, דבשלמא בשאר מטלטלין דקה"פ הוא דבר הנפרד מקנין הגוף שהרי יכול להשתמש בו והקנין הגוף דאידך ישאר במצבו אזי במקום שיש גם ביכלתו להפקיע לגמרי אזי הק"פ שלו הוא עיקר הקנין והקה"ג בטל בקלישותו, אבל במקום דלית ליה קה"פ באופן אחר רק שיכול לכלות את קה"ג דאידך לא שייך תו לומר שהוא עיקר הקנין, שהרי ע"ז אנו דנין ואמרינן למפרע גובה, אבל מ"מ קשי' כיון דסוף סוף יש לו קצת קנין בגויה לא גרע מחיוב אחריות דעובר עליו, אכן הן הן הדברים אשר הצגנו ליסוד מוסד בזית רענן ח"ר בדיני דעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו (דף כ"ט אות ג') דלאביי איירי מתניתין באפותיקי מפורש דשוב לית ליה קנין בגויה לכלותו לגמרי שהרי יזיק שיעבודא דאידך וקנין פירות באופן אחר לא משכחת לן בדבר אוכל, אבל לגבי בע"ח אם עשאו אפותיקי הרי לקושטא לית לן ביה משום מטלטלין דיתמי, שהרי אפי' כשכותב לו מטלטלי ומקרקעי לא הוי מטלטלי דיתמי, וכ"מ ברמב"ם פרק י"א מהלכות מלוה הלכה י"א ובמ"מ ובכ"מ שם, וברשב"א בסוגיא דפרה וטלית, [ומעתה תו לא מצטרכינן לחלק בין קנין פירות היכא שקה"ג נשאר בהוייתו לבין היכא שמכלה לגמרי גם את הקה"ג שהרי לא הוכרחנו לכלל זה אלא כי היכי דלא תיקשי

מחמץ דס"ל לש"ס דלאביי מותר לגמרי בעכו"ם שהלוה לישראל, ומעתה כיון דעודנה לא יתיישב היטב דסוף סוף יש לו לישראל קנין בגוי', וצ"ל דאיירי באפותיקי מפורש, ובאפותיקי מפורש פקע קנינו כיון דבדבר אוכל לא משכחת לן ק"פ, רק היכא דמיכליא קרנא ובזה יזיק שיעבודא דאידך, וכבר יצא מכלל גדר קנין שאין זה בכלל קנין במאי דמזיק לאידך], ומיושב שפיר קושיי' המהרש"א הנ"ל, דלגבי מטלטלין ממנ"פ אם ראובן הלוה לשמעון תחילה ואח"כ הלוה שמעון ללוי ומת שמעון דאזי לא שייך דינו דלמפרע ובגדר קנין כיון שעודנו לא קנה הלוה את מטלטלין דלוי בשעה שהלוה ראובן לשמעון, ואם הלוה שמעון תחילה ללוי ואח"כ לוה מראובן שאז גם ראובן קנה את המטלטלין מ"מ כיון שקנין פירות שיש לו ללוי עודנו לא באו לידי שמעון בחייו והרי זה בכלל מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה הלוקח, ואף לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקה"ג דמי הרי כבר בארנו דהיכא שיכול להפקיע ולמוכרו אזי קה"פ כקה"ג דמי לכ"ע, ובמטלטלי דיכול למוכרם לכ"ע אזי כבר נפקע קנינו דראובן ותו אינו יכול לטרוף רק מכח שיעבוד לחוד כמו בכל דאקני דעלמא, ומש"ה אינו יכול לגבות אף מלוי בתורת שיעבוד, חדא דלאביי דלא צריך לדרבי נתן יכול לומר לאו בעל דברים דידי את, ועוד דלא עדיף ממסקנא לרבא כמבואר בתוס' פסחים בד"ה משתעבדנא ובמהרש"א שם:

ד ולולא דמסתפינא איפשר לומר בישוב דברי הרמב"ן הנ"ל] דגם אביי מודה בכתובה וכדומה דאיכא לספוקי בעיקר הגבייה דלא קנה למפרע ואינו גובה אלא מכח שיעבודא לחוד כמו לרבא, וטעמא דמילתא דדוקא היכא שהגבייה הוא בהחלט רק שאינו מבורר לפנינו במאי שיגבהו, בזה ס"ל לאביי דקנה למפרע דכיון שעיקר הדבר מבורר רק הפרטים מסופקים עדיין ועומדים להתברר בכל כה"ג ס"ל לאביי דיש ברירה ודומה קצת לדברי ר' אליעזר בן יעקב בריש פרק השותפין, וקצת ראיה לזה דהרי ביאוש שלא מדעת ס"ל לאביי דל"א איגלאי מילתא למפרע, אף דיאוש ממילא קא אתי' דהרי בדבר שאין בו סימן איירי, ומכל שכן גבי קנין גמור דמילתא אלימתא היא, אלא ודאי משום דבכל מלוה דעלמא דבוודאי יבוא לכלל גבייה רק דמספקא לן מאיזה דבר יגבה, משום הכי ס"ל לאביי דיש ברירה בכה"ג. אבל גבי יאוש דמספקא לן בעיקר מילתא דאולי לא יתייאש בפירוש מש"ה ס"ל דאין ברירה, ובזה יתיישבו דברי הרמב"ן הנ"ל דלגבי אחיו לא הוי ראוי שהרי כבר היה מוחזק בחייו לאביי דס"ל למה"ג, משא"כ לגבי דידה דאתיא מכח כתובתה דלא שייך למפרע ולהכי צריכה לדר"נ, ובחידושינו לסוגיא דיאוש שלא מדעת הנדפס בזית רענן חלק ראשון דף פ"ב] הארכנו בזה, וכבר התעורר בזה רבינו הגדול הראב"ד ז"ל מובא בש"מ שם. וז"ל, הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת

קשי' ליה דשייכא ליה בברירה ואין ברירה, וליפלגו בעלמא, אלא שיש למבין להפליגו מענין ברירה עכ"ל הטהור והצריך לעניננו מאשר פירשנו דדברי אביי דס"ל דלא הוי יאוש מובדל מברירה דעלמא, דדמי להא דאיתא ברישׁ פרק כיצד משתתפין, הודיעוהו ולא הודיעוהו קתני יעו"ש, וה"נ כיון דלא ידע שנפל ממנו ל"ש כלל לברירה דעלמא, דמספקא ליה מיהת מעיקרא ולא הוברר הדבר אז, ולפ"ז לא קשה מהא דס"ל למפרע הוא גובה:

ה ועוד נראה לתרץ דברי רמב"ן הנ"ל בפשטא, דיש להבין דאיך איפשר לומר דהתם גבי נושה באחיו, שהוא משום למפרע הוא גובה, הרי סותר דברי עצמו שכתב בפרק כל שעה בסוגיא דהרהינו, דגבי מטלטלין ל"ש למה"ג לפי שיכול למוכרם רק בדכתב ליה מטלטלי אגב קרקע, או משום דהתם גבי חמץ שהוא רק מילתא דאיסורא דרבנן אזלינן בתר דינא דאורייתא, והתם לא מיירי בהכי מדקאמר כר' מאיר דמטלטלין משתעבדי לכתובה, ובדכתב לה מטלטלין ומקרקע משתעבדא גם לרבנן אפי' בלא אגב גם לענין כתובה דרבנן, [והתם אזלא השו"ט דש"ס למ"ד כתובה דרבנן, כפי' רש"י שם תד"ה אלא], פשיטא דאזלינן בתר דינא דרבנן, [ועיין ב"ב דף קע"ה בסוגיא דשד"א] דלענין ראוי אזלינן בתר דינא דאורייתא, ומש"ה אי גבו קרקע שלו בלתי איפשר לומר כן, רק למ"ד שיעבודא דאורייתא, ומהאי טעמא קשי' לרבה (וכ"מ בש"מ ב"ב דף קכ"ד ע"ב ד"ה א"ל בשם הרמב"ן ראיה זאת, דלגבי ראוי אזלינן בתר דינא דאורייתא] זהו מילתא אחריתא בהיפוך, דא"א להחשיבו מוחזק רק ע"י שיעבודא דאורייתא דאלים. אבל לא להחשיבו מוחזק במילתא שהפקיעו חכמים לשיעבודא דיליה, וגם אפי' אם תמצא לומר שגם בזה אזלינן בתר דינא דאורייתא, זהו רק לגבי יורש מדאורייתא. אבל לענין כתובה דרבנן פשיטא דאזלינן בתר דינא דרבנן כדי לאוקמי אדאורייתא דהם אמרו והם אמרו איברא דשייטי דברי הרמב"ן הכי אזדא למעיין היטב בדברי קדשו דחזינן דכמה אמוראי סברי דמלוה מוחזקת היא לגבי בכור הגם דסברי כרבא דאמר מכאן ולהבא הוא גובה, מ"מ לענין ראוי בעילה כל דהו מחשבינן ליה כמוחזק משום דלא דמי לעיקר ראוי דקרא דמיירי כשבא לגמרי לאחר מיתה כירושה ושבח לרבנן, ואביי דהוא מרא דשמעתא הכי ס"ל, כוונתו דחשיב כמוחזק דנהי דגבי מטלטלין ל"ש לומר למה"ג ושהם כשלו לכל דבר ומכירתו והקדישו דמלוה לא מהני אפי' לאביי כשלא כתב לו מטלטלין אגב מקרקע מ"מ מפקיע ליה מיהת מידי ראוי [ולהכי לא הזכיר הרמב"ן בפירוש דאביי לטעמי' דס"ל למה"ג, רק הקצה"ח הוא שהוסיף כן], וזהו כעין סברת התוס' בכמה מקומות לענין משכון כיון דשלא בשעת הלוואתו קנה קנין גמור, גם בשעת הלוואה אלים שיעבודא

לענין שמיטה וחמץ, והשתא תו לא קשה מידי קושי' הקצה"ח דלאביי לא צריך לדר' נתן כדאיתא בפסחים, דהתם שאני דגבי קרקע חשיב כשלו לגמרי לכל דבר ומש"ה מצי תבעו ליה ביד מי שמצאו, משא"כ גבי מטלטלין דנהי דחשיב כמוחזק ביד המלוה לענין ראוי אכתי מצי הלוה לומר למלוה השני לאו בעל דברים דידי את אי לאו דרבי נתן:

ו עיין ברמב"ן במלחמות ה' פרק יש נוחלין בעובדא דסבתא בבא בתרא [דף קכ"ה ע"ב] דס"ל להרי"ף דהיכא דאמר בפירוש מעכשיו לא הוי ראוי לגבי בעל, והבעל המאור חולק עליו בזה, וז"ל שם בתוד"ה ורבא דמפרש טעמא דבני מערבא דאליבא דנפשי' ס"ל כל היכא דאי קדים וזבין זבינה זביני, לאו מוחזק הוא אלא ראוי הילכך אע"ג דאמר מעכשיו נמי ראוי הוא, ובמלחמות שם ס"ל כדעת הרי"ף, וז"ל שם ועוד למה אין הבעל יורשה דכיון שמתה סבתא ולא מכרה איגלאי מילתא דמשעת מתנה קנתה ומוחזק הוא אע"פ שהיתה יכולה למכור שאפי' פירש לו כדבריך ואמר כשתרד בנכסים ששייר לך ראשון קנה מהיום מוחזק הוא עכ"ל, וזה בימי חורפי אמרתי בזה דבר מתקבל למביני מדע, הקשיתי על דברי הרמב"ן דס"ל דאע"פ שיכולה למכור כיון דלא מכרה סוף סוף קנה השני מעכשיו ולא הוי ראוי לגבי בעל היכא דאמר בפירוש מעכשיו, מסוגיא דסוף פרק השולח גיטין ד' מ"ח] גבי פלוגתא דר' יוחנן וריש לקיש, אם קנין הפירות כקנין הגוף דמי, ואמר רבא מתניתא מסייע לריש לקיש דתניא בכור נוטל פי שנים בשדה החוזרת לאביו ביובל, ועיי"ש בפירוש רש"י דמזה נשמע דקנין הפירות לאו כקנין הגוף, ועיין בבא בתרא [ד' קל"ו ע"ב קל"ז ע"א] דאחריך שאני, והוא לרשב"ג דפסקינן כוותיה דראשון יכול למכור משום דמלישנא דאחריך נשמע דאלים ליה לקנין פירות דראשון שיהיה כקנין הגוף לכולי עלמא, ואפי' לריש לקיש, עיי"ש היטב בפי' הרשב"ם בד"ה אחריך שאני, שם קל"ז ע"א בד"ה דתניא וכו', והשתא דגבי שדה החוזרת ביובל דנשאר קנין הגוף אצל המוכר מתחילה ועד סוף ולא יצא מרשותו כלל ואלים קנינו, והלוקח קנה קנין הפירות ואין ביכלתו להפקיע קנין הגוף של המוכר, ואפ"ה הסברא פשוטה לגמרא דלמ"ד דקנין הפירות כקנין הגוף הוי ראוי, מכ"ש גבי אחריך שהשני לא קנה רק קנין הגוף לחוד מן הנותן [עי' בתוס' פסחים (ד' ו.') ד"ה התם וכו' בתירוצם שם], והראשון קנה קנין הפירות דאלימי לכ"ע כקנין הגוף, וגם ביכלתו לסלק זכותו דשני לגמרי, פשיטא דהוי ראוי דמה בכך שלא מכרו הראשון סוף סוף לא זכתה ברתא בחייה אלא בקנין הגוף לחוד שהיא מילתא דקלישתא נגד קנין הפירות דראשון דאלים כקנין הגוף וזו קושיא עצומה:

ז ותירצתי קושיא זו בדרך מרווח ומוכרח, עיין ב"ב [ד' קכ"ד] דגבי בכורה איכא תרי מיעוטי לראוי א' מדכתיב בכל אשר ימצא לו, וגם מדכתיב לתת לו מתנה קריא רחמנא מה מתנה עד דמטיא לידיה וז"ל הרשב"ם שם בד"ה עד דמטי' לידיה דנותן ואינו יכול ליתנו לאחרים דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם עכ"ל, ואפי' לר' מאיר דסובר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, זהו היכא דמטא לידיה מחיים כמבואר בש"ס לקמן [ד' קכ"ז ע"ב] דאפילו בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס מודה ר' מאיר, ומשום מיעוטא דלתת ואמרינן דמתנה קרי' רחמנא קסברי רבנן דאין בכור נוטל בשבח ששבחו נכסים ממילא, ובשיטה מקובצת שם [ד' קכ"ד ד"ה עד] מבואר פירושו משום דבעינן שיהא ביכלתו לתת כל דבר ודבר בפני עצמו ומשום הכי אינו נוטל בשבח, אע"ג דיכול ליתן לאחרים אגב השדה דכיון שהקרקע קנויה בידו אזי גם השבח קנוי לו מאליו, אכן גזירת הכתוב הוא דבעינן שכל פרט ופרט בפני עצמו יהיה ביד האב לתת לו במתנה גמורה בקנין גמור, (ובזה יתיישב מאי דקשה להפוסקים דסבירי להו מכירת שטרות דאורייתא מאי מקשה הש"ס שם ע"ב השתא שבחא דאיתא ברשותי' אמרי רבנן דלא שקיל, מלוה מיבעיא, שהרי הא דלא שקיל בשבחא הוא מפני שאינו ראוי לתת לו, אבל במלוה בשטר דראוי לתת לו הוה אמינא דשקיל, קמ"ל דמ"מ כיון דמחוסר גוביינא אינו מצוי בידו, ולא מיקרי אשר ימצא לו, ועיין בש"מ שם. איברא לפי הנ"ל ניחא דמידי טעמא דמכירת שטרות דאורייתא אלא מפני שמוכר לו השטר לשיעבודא דאית ביה אבל המלוה בפני עצמה אינה ראויה לתת), ועיין ברשב"ם (דף קכ"ה ע"ב] ד"ה אמר רב פפא וכו' וז"ל דודאי הבעל נוטל [בשבח] דנהי דפליגי רבנן גבי בכור דהתם היינו טעמא כדאמרן לעיל לתת לו מתנה קרי' רחמנא אבל גבי בעל ליכא למימר הכי עכ"ל, וכן הוא בנמוקי יוסף שם, הרי להדיא דלגבי בעל לא הוי ראוי אלא ראוי גמורה דאיתמעט לגבי בכור מאשר ימצא לו אבל מאי דאיתמעט מקרא דלתת לו הוא רק לגבי בכור ולא לגבי בעל:

ולפ"ז מתורץ על נכון קושיא הנ"ל, דהרמב"ן ס"ל כיון דאשתו זכתה בחיי' בקנין הגוף למפרע תו לא הוי ראוי לגבי בעל, הגם דקנין הפירות דראשון כקנין הגוף דמי מ"מ כבר היה מצוי אפס מנהו בחיי'. אבל גבי בכור דבעינן שיהא ראוי לתת שפיר הקשה רבא לר' יוחנן דס"ל קנין הפירות כקנין הגוף, ומשום האי טעמא ס"ל דאם מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב דלא קנה לוקח, משום דלא מטא לידיה דמוכר קנין הפירות בחייו, א"כ גם בשדה החוזרת ביובל אינו ראוי לתת שהרי אם נתנו אביו לאחרים קודם מותו בעוד שלא הגיע היובל, שלא היה לו אלא קנין הגוף לחוד, ואח"כ מת ועוד לא הגיע לידו קנין הפירות בשעה שמת, הרי לר' יוחנן לא קנה הלוקח, א"כ לא יטול ג"כ פי שנים כיון

דאי איפשר בתורת הקנאה, והתורה אמרה דכל היכא דאי איפשר בהקנאה הוי ראוי לגבי בכור, אבל הרמב"ן דמיירי לגבי בעל דלא שייך גביה משום מתנה ס"ל דלא הוי ראוי כיון דזכתה מעכשיו בקנין הגוף, ואין להקשות דהא בזמן שהיובל נוהג אין ראוי לתת את קנין הגוף שלו לאחרים שהרי אם מכרו אינו מכור, שמקרא מלא דיבר הכתוב ויקרא כ"ה פסוק כ"ג] והארץ לא תמכר לצמיתות, ופירושו דלא מהני מכירתו, כמ"ש הרמב"ם ריש פרק י"א מהלכות שמיטה ויובל, וכל קנין לזמן קנין פירות מיקרי, כמבואר בר"ן נדרים (דף כ"ט] כאשר עמד בזה להשיב על דברי אחד מגדולי זמנינו שליט"א, דז"א דא"כ אף בנכסים שיש לו לגמרי תיקשי דאינו ראוי לתת, שהרי אינו יכול לתת לאחרים רק קנין הפירות לחוד, והבכור נוטל פי שנים גם בקנין הגוף שחלק בכורה אינו חוזר ביובל, אלא ודאי בע"כ כיון דכתב רחמנא לתת לו פי שנים ומקשינן חלק בכורה לחלק פשוט דאינו חוזר ביובל כדאיתא בבכורות [דף נ"ב:] גלי לן דאף דבעינן שיהיה ראוי לתת, אכן מצות יובל לחוד אינו חוצץ ומגרע אפס דבר לגבי בכור, וכיון דראוי לתת לולא מצות יובל שפיר דמי, הא למה הדבר דומה כאילו היה אחד מבתי ערי חומה דאינו חוזר ביובל, וראוי לתת לאחרים גם את קנין הגוף, אכן הוכחת הש"ס משדה החוזרת ביובל כיון שכבר מכרו ואין לו רק קנין הגוף לחוד ולר' יוחנן דאית ליה קנין הפירות כקנין הגוף דמי שוב אינו ראוי לתת עתה אפי' בדבר שאין היובל נוהג, ועוד שגם בל"ז ניחא למבואר במשנה למלך שם בשם הירושלמי דבזמן שהיובל נוהג אין הלוקח יכול לחפור ולבנות בלא רשות המוכר דלא קנה רק הפירות לחוד, והשתא לריש לקיש הרי ראוי לתת לאחרים בתוך הזמן לבנות ולהרוס, וכשיגיע היובל יזכה גם בקנין הפירות:

ח וע"פ דברינו יתורץ ג"כ מה ששמעתי להקשות בשם הפני יהושע דמאי קשי' ליה לאביי [ב"ב דף קכ"ה] על רבה דגבה קרקע יש לו, מהאי דסבתא דהא לאביי דס"ל למפרע הוא גובה ניחא דלא הוי ראוי משום דלמפרע זכה בהן אביהם כדאמרינן בפסחים (דף ל"א] דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה משה"ט:

איברא לדברינו הנ"ל מתורץ היטב, דניחזי אנן לאביי דס"ל למפרע ה"ג מ"מ לא קנה למפרע רק קנין הגוף לחוד, אבל קנין הפירות קנוים ביד הלוה עד שעת הגבייה [כמ"ש לעיל אות ב' ג'] ולפ"ז אפי' לדידן דפסקינן קה"פ לאו כקנין הגוף דמי, ומכר הבן וכו' קנה הלוקח, זהו דוקא היכא דאי איפשר להפקיע קנינו של אידך כמו התם גבי בן דאי איפשר לאביו להפקיע לגמרי את קנין הגוף שקנוי ביד בנו, אבל גבי לוה דאיפשר לו למוכרו ולסלקו בדמים, אזי בקנין הפירות כזה לכ"ע כקה"ג דמי כמו גבי אחריך (מובא לעיל שם] וכיון שכן שפיר הקשה אביי אפי' לטעמא דידיה שהרי אם נתנו אביהם את

הקרקע קודם מותו לאחרים ואח"כ הוא מת, א"כ לא קנה הלוקח ה"ה נמי גבי בכור לא יטול פי שנים כיון דאינו ראוי לתת, אבל גבי יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דנהי דאינו קנוי ביד בע"ח השני, מ"מ כיון דקנוי מיהת ביד אביהם שפיר בעל חוב חוזר וגובה משום שיעבוד לחוד, דמי לא מודה אביי שגם משום שיעבוד לחוד יש בו דין גבייה אע"ג דלא איפשר משום קנין:

סימן פא

בדיני דשאלה ושכורה [בב"מ דף צ"ז ודף צ"ח]

בעזה"י חורף שנת ת"ר לפ"ק דאברי יע"א.

א עיין במתניתין זה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע השוכר ששכורה מתה, ומפרש בגמרא ע"י גלגול דכדרכה מתה ולכאורה קשה לדעת הפוסקים דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה רק בשבועת שומרים לא אמרינן מיגו משום דמאינו מעיז למעיז ל"מ מיגו לאפטורי משבועה, א"כ ליהמניה דכדרכה מתה במיגו דלהד"מ או החזרתי, שגם עתה חבירו מכיר בשקרו כיון שהלה אומר שאולה מתה, וכל הפוסקים וכן בש"ע פסקינן בסתמא דישבע, משמע אפי' דאפקיד ליה שלא בשטר, ואחד מתלמידים הראה לי שבעל המחבר בית שמואל אחרון הכריע ממתניתין כדעת הרמב"ם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה. אמנם נראה דלא קשה מידי, דהנה העזה לא מיקרי אלא כשחבירו מכיר בשקרו וגם שבטענה זו יתלה כפירתו, דהיינו הענין אשר יתווכחו עליו, אבל היכא שאין הענין תלוי בטענה זו אשר חבירו מכיר בו ומכחישו אין זה העזה כלל, ולא אמרינן מיגו מטענה זו לטענה שחבירו יכיר בשקרו, וגם כפירת הענין יתלה בטענה שיטעון, הגע בעצמך באם הבעלים טוענים ש"ש אתה והלה אומר שומר חנם אני אבל כדרכה מתה, היעלה על הדעת שיפטור משבוע' במיגו דלהד"מ כיון שגם עתה חבירו מכחישו, דסוף סוף הוי מיגו דהעזה כיון שאין כפירת ממון מיתלא תלוי בטענה זו שטוען עכשיו, ובטענה שיטעון יכפור לנגדו בדבר שחבירו מכיר בו, ולפי זה הכי נמי בנידון דידן בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה אין להאמינו דכדרכה מתה ע"י מיגו, דהא כאשר נאמר דמשקר בזה רק ע"י פשיעתו מתה, נמצא דליכא נפקותא אם שאולה היתה או שכורה, דבין כך ובין כך מחוייב לשלם, א"כ תו ליתי ליה מיגו דלהד"מ, דהא בטענתו שטוען דשכורה מתה ליכא נפקותא לדבר שבממון כיון דנקטינן דמתה בפשיעה, אבל כשיטעון להד"מ העיקר כפירת ממון יתלה בטענה, שיעיז ויכפור לו ועמ"ש לעיל סימן נ"ז אות י'], ואין להקשות דאכתי מיהת יפטור על הגלגול דשכורה מתה במיגו דלהד"מ, דהא כיון דלא מהני המיגו לפוטרו על העיקר שבועה מטעם שכתבנו ונתחייב לישבע על

העיקר שוב לא מהני מידי המיגו שיש לו על הגלגול, שהרי אילו נתחייב לישבע שבועה דאורייתא מצד אחר אזי לא מהני המיגו שעל הגלגול, שהרי גם כשיטעון להד"מ יתחייב לישבע ע"י גלגול, וכשתשקול הדבר במאזני הצדק תבין שגם בנידון דידן בפרה זו עצמה נמי, כיון דסוף סוף נסתלק המיגו מעל העיקר [ועיין בהשמטות]:

ובעיקר הקושיא הנ"ל ליכא לתרץ דמתני' איירי בשטר, דא"כ תיקשי במציעתא דשוכר טוען ברי ומשאיל טוען שמא דפטור, לפי דברי התוס' פרק המניח (דף ל"ה:) ד"ה מדסיפא, דהיכא דמודה במקצת סבירא ליה לסומכוס יחלוקו אף בברי ושמא אם הברי גרוע והשמא טוב, ואמאי פטור במציעתא נימא יחלוקו, ואף דלרב הונא ור"י מוקמי המתניתין כפשטא בלא עסק שבועה מ"מ הוי הודאה במקצת, דהא מחוייב להחזיר העור והנבילה למשאיל, והא דמקשה בגמרא לשיטתם מה שטענו לא הודה לו ואמאי ישבע, היינו משום דהוי הילך, אבל לענין דרא דממונא לסומכוס לית לן ביה, דהוי כעין מודה במקצת, ולהכי יחלוקו אף בברי ושמא, וצריך לומר כמש"ל באות ג') דהכא שאני דאית ליה להשוכר מיגו דלהד"מ, דמתניתין מיירי בדליכא עדים, אבל בפרק המניח דאיירי בקנס בעל כרחו צ"ל דאיכא עדים, עיין לקמן, והא תינח אי מתניתין איירי שלא בשטר שפיר אית ליה מיגו, אבל אי נימא בשטר הדרא הקושיא לדוכתא נימא במציעתא יחלוקו, דהא ליכא מיגו, [ובתפארת ירושלים ב"מ אות ס"ט כתבנו עוד בזה]:

ב דברי נמוקי יוסף תמוהים, במה שמוכיח מסיפא היכא שתובע טוען שמא על הגלגולים לא אמרינן מתוך, מדקתני זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, דהא כמו דמוקי רישא ומציעתא בדאיכא עדים שמתה כדרכה וליכא עיקר שבועה, הכי נמי בסיפא, וכן הקשה בלחם משנה פרק ג' מהלכות שאלה הלכה ד'], עוד הקשה בגידולי תרומה שער ל"ח חלק א' דין ב'] דהא לדבריו כיון דקתני ומתה איירי בדאיכא עדים, שלשון זה מוכיח שנתברר לנו שמתה, א"כ אמאי קתני ישבע השוכר, דהא כולה בבא על מציאות דרישא קאי, גם בדברי הר"ן בקידושין [דף כ"ז] ובשבועות תמוהים, שמביא ראיה ממציעתא דאף על טענת שמא של תובע מגלגלין, ודבריו הקדושים מרפסין איגרא, דהא בפשטות מוכח להיפוך דבטענת שמא אין מגלגלין, דאם לא כן אמאי קתני פטור הא מחוייב לישבע ע"י גלגול, כמו שהקשו בתוס' ד"ה ביום, ונהי דאיכא למידחי דאיירי במאמינו וליכא עיקר שבועה, אבל להיפוך לא מוכח מידי:

ונראה לפי ענ"ד דהא בודאי אף לדעת הרשב"א והנמוקי יוסף דסבירי להו דמגלגלין אף בטענת ספק של תובע, זהו אליבא דידן דפסקינן ברי ושמא לאו ברי עדיף ואין בכחו של הברי לפוטרו משבועה, אבל לרב הונא ור"י דסבירי להו ברי ושמא ברי עדיף

נראה דאינו צריך לישבע, דהא ברי ושמא לדידהו עדיפא ממיגו, דהרי מיגו להוציא לא אמרינן, וברי ושמא מועיל אף להוציא, וכיון דמיגו מהני לפוטרו מגלגול [כמבואר בתוס' שהקשו היאך מגלגלין לעולם הא אית ליה מיגו דאיני יודע], מכל שכן דברי ושמא מהני לפוטרו מגלגול, וכן יש להוכיח קצת כיון דברי ושמא לדידהו עדיף מעד אחד דלא מהני להוציא ממון, ולענין שבועה מועיל, מכל שכן דברי ושמא מהני לפוטרו משבועה, והא דשבועת שומרים מחוייב לישבע אף שהלה אינו יודע, הוא מטעמא אחרינא דהוי ברי גרוע ושמא טוב, ואף לאביי דס"ל אף בברי גרוע ושמא טוב דברי עדיף, כמו שכתבו תוס' ד"ה רב הונא, הוא דוקא כגון בזה אחי דלא הוה ליה למידע, אבל מ"מ איפשר דידע, אבל בשומרים שגם השומר מודה שהבעלים אינם יודעים מאומה מזה, מודה בברי גרוע ושמא טוב, כמו שמחלק הש"ך (סי' ע"ב ס"ק נ"א] לענין מתוך:

ועוד נקדים מה שצריכים לפרש דבריהם, דמפרשים מדקתני ומתה דמיירי בדאיכא עדים שלשון זה מוכיח שידוע לנו שמתה, עדיין יש לומר דילמא פשע ביה תחלה במיתתה, אך דנוכל לומר שגם זה נתברר לנו בבירור גמור שלא פשע במיתתה מתחלה, ולפי זה יתיישב רהיטת הסוגיא על נכון, דבשלמא לרב הונא ור"י דס"ל ברי ושמא ברי עדיף איכא לאוקמא כולה מתניתין בחדא גוונא, דהיינו שלא נתברר לנו אם מתה בפשיעה מתחלתו אם לאו, ולהכי בזה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע, (וכ"מ בנתיבות המשפט (סי' רצ"ד ס"ק ב') שזהו גם כן עיקר שבועה, והוא בכלל דאינו ברשותו], כיון שעדיין לא נתברר לנו אם פשע בזה מתחלתו, ואעפ"כ במציעתא כשאומר ברי ששכורה מתה והלה טוען איני יודע פטור משבועה, אף דגם בטענת ספק של תובע מגלגלין, כיון דלרב הונא ור"י מהני ברי ושמא להוציא ממון מכ"ש דמהני לפוטרו מגלגול כנ"ל, אבל לרב נחמן ור"י דסבירי להו ברי ושמא לאו ברי עדיף, קשיא ממנ"פ אי מיירי היכא דאיכא עדים דמתה ע"י אונס גמור ולא פשע בה מתחלתו, ולהכי במציעתא אינו צריך לישבע, קשיא רישא דקתני חייב, וגם בסיפא בזה אומר שאולה וז"א שכורה ישבע, ואי דליכא עדים אם פשע מתחלתו אם לא, תינח רישא דחייב ע"י מתוך שאינו יכול לישבע ע"י גלגול, דהכי סבירי להו לרשב"א ונמו"י דע"י גלגול אמרינן מתוך, וכן בסיפא גם כן שפיר דקתני ישבע, אבל קשיא מציעתא כיון דס"ל דברי ושמא לאו ברי עדיף א"כ גם בטענת ספק של תובע מגלגלין, ואמאי קתני פטור דמשמע לשיטתם דפטור לגמרי, עיין שם בדבריהם שמפני זה חידשו דאיירי במתה ע"י עדים. אמנם זהו לפי המסקנא דמשני בדאיכא עסק שבועה ביניהם, ובזה אומר שאולה וזה אומר שכורה ישבע מחמת מודה במקצת, א"כ כולה מתניתין איירי בדאיכא עדים שלא פשע כלום, ולפי זה דברי הר"ן

ברורים כשמש כיון דכל הקושי' של הש"ס ממציעתא קאי, דהא מרישא לחוד לא קשה, דאיכא למימר דליכא עדים אם לא פשע מתחלתו ומחוייב לשלם מחמת מתוך שאין יכול לישבע על ידי גלגול, כדסבירי להו לדעת הרמב"ן והרשב"א והנמו"י, אך קושיי' הש"ס אזלא מכח ממה נפשך, דא"כ קשיא מציעתא כנ"ל, הרי מוכח להדיא דאף בטענת ספק של תובע מגלגלין, ודברי הנמוקי יוסף ג"כ נכונים, דהא לרב הונא ור"י דלא איירי בעסק שבועה כמפורש להדיא ברש"י ד"ה מה שטענו, א"כ בעל כרחו איירי בדליכא עדים אם לא פשע מתחלתו מדקתני ישבע, ואעפ"כ במציעתא פטור לגמרי, דהא בזה אומר שכורה מתה והלה אינו יודע דהוי ברי טוב ושמא גרוע, אין צריך לישבע לרב הונא ור"י דסבירי להו דמהני ברי ושמא אף להוציא ממון, מכ"ש דמהני לפוטרו מגלגול שבועה, אבל בסיפא דקתני יחלוקו אכולה בבא אף בשאלה היום וכו' דהוי ברי גרוע ושמא טוב, דהא לא הוי ליה למידע מתי מתה, א"כ קשה אמאי לא ישלם לגמרי, דהא אם טען ברי דבשעה שהיתה שכורה מתה, היה מחוייב לישבע כמו בכל שבועת שומרים דצריך לישבע מדאורייתא אף למאן דאמר ברי ושמא ברי עדיף, והוא מטעם דהוי ברי גרוע ושמא טוב, הכי נמי בסיפא ישלם לגמרי כיון דאינו יכול לישבע, דבשלמא כשטוען איני יודע אם שאולה או שכורה שפיר תני יחלוקו, ואינו מחוייב לשלם כולו ע"י מתוך, דהא כשטוען ברי אינו צריך לישבע לרב הונא ור"י, דהוי ברי טוב ושמא גרוע, אבל באיני יודע אם ביום או בשעה שהיתה שאולה ישלם לגמרי, אלא ודאי כשתובע טוען שמא לא אמרינן מתוך שאין יכול לישבע משלם, על הגלגולים, ואף שהנמוקי יוסף מתרץ לרישא ומציעתא בדאיכא עדים, זהו לרב נחמן ור' יוחנן דמוקי לה בעסק שבועה, אבל לרב הונא ורב יהודה על כרחו איירי בדליכא עדים, דאם לא כן קשיא סיפא אמאי ישבע, כקושיית הגידולי תרומה הנ"ל, ועיין:

ג באופן אחר נראה ליישב דברי הר"ן הנ"ל, במה שמוכיח מן מציעתא דאף בטענת ספק של תובע מגלגלין, על פי המבואר בשיטה מקובצת דכמה רבוותא סברי דמציעתא קאי רק לפוטרו מחיוב ממון אפי' לסומכוס, אבל מחוייב לישבע ע"י גלגול אפי' בטענת ספק של תובע, והוסיף הר"ן תת כחו להוכיח, דבעל כרחו צריך לומר כן דפטורא דמציעתא לא קאי רק על צד חיוב ממון, דאי לא תימא הכי קשיא מסוף פרק המניח (דף ל"ה:) דמוכח משם דאפי' בברי ושמא להחזיק היכא דמודה במקצת, סבירא ליה לסומכוס יחלוקו בברי גרוע ושמא טוב, וכ"כ תוס' ד"ה מדסיפא, וא"כ במציעתא גבי בשעה שהיתה שכורה או ביום שהיתה שכורה מתה דהוי ברי גרוע אמאי פטור לגמרי, נימא דיחלוקו כיון שמודה במקצת, אפי' לסלקא דעתא, כיון דצריך להחזיר העור והנבילה, ואי משום

דדמי להילך דדינו ככופר הכל, זהו לענין שבועה, אכן לענין דרא דממונא לסומכוס דינו כמו מודה במקצת, דהא גם בגדול וקטן דקתני התם נמי הוי הילך, ואפ"ה לא מקשינן התם מסיפא, וכמו שכתבו תוס' שם, ואין לומר משום דאית ליה מיגו דכופר בכולה, וכמו שכתבתי לעיל באות א'], דאכתי קשיא מדקתני בסיפא זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע יחלוקו, דהתם ישנו לתובע משום תרתי למעליותא לגבי מציעתא, חדא טענת שמא של השואל שהיא שמא גרוע, וחדא דלית ליה מיגו דלא שייך מיגו בשמא, וגם שהוא בעצמו מודה במקצת, אפי' הכי לא אמרינן דיחלוקו רק היכא שהמוחזק טוען שמא, אבל כשטוען ברי אפי' היכא דלית ליה מיגו דומיא דסיפא, אפי' הכי פטור לגמרי לסומכוס גם כשמודה במקצת, והדרא קושיא לדוכתא מסוף פרק המניח, אלא בעל כרחו צריך לומר דכיון שצריך לישבע מדאורייתא ע"י גלגול שוב נסתלק דינו של סומכוס מזה, משום דמודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא, וזהו עוצם ראייתו של הר"ן דבעל כרחו צריך לומר דפטור דקתני קאי על חיוב ממון אכן מחוייב לישבע, ועיקר הפטור נסתבב משום חיוב שבועה, וכמו שכתבתי:

ובסוג זה איפשר ליישב גם דברי הנמוקי יוסף הנ"ל [באות ב'] שהוכיח מסיפא דהיכא דטוען שמא על הגלגולים לא אמרינן מתוך שאין יכול לישבע משלם, משום דבבא דסיפא בע"כ איירי היכא דלא נתברר לפנינו שלא פשע בו גם מתחלתו, ולא בגוונא דרישא, ובאמת מחוייב לישבע ע"י גלגול שאינו יודע אם שאולה מתה או שכורה, כמ"ש הנמוקי יוסף שם [שגם דלא אמרינן מתוך, אבל מכל מקום מחוייב לישבע שאינו יודע] והורה לנו מתניתין בזה שגם דמודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא, זהו היכא שנתברר הספק לגמרי ע"י שבועה, אבל כשנשבע שאינו יודע שעודנו הדבר בספק אמרינן יחלוקו, דאי לא תימא הכי קשיא אמאי קתני דינא דיחלוקו בסיפא בזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע, דאית ביה תרתי לריעותא לגבי שואל, חדא דמודה במקצת ולית ליה מיגו, ועוד דקטעין שמא בדבר דהוי ליה למידע, ליתני אפי' בחדא לריעותא דטעין ברי והמשאיל טוען שמא ולית ליה מיגו נמי פסקינן יחלוקו לסומכוס משום דמודה במקצת, כדאיתא בסוף פרק המניח, ואי משום דמודה היכא דאיכא שבועה דאורייתא, הא תינח אם איירי דלא נתברר אם מתה כדרכה דמחוייב לישבע, ואזי דוקא כשטוען איני יודע שלא נתברר הספק לגמרי גם לאחר שנשבע משא"כ כשטוען טענת ברי:

ד יש לדקדק בלישנא דגמ' דמקשה רק על רב נחמן, לימא תיהוי תיובתא דרב נחמן, ומדוע שבקי' לר' יוחנן הא גם עליו תסוב הקושיא ממתניתין כמו על רב נחמן, ונראה לתרץ דמסדר הש"ס הבין מתירוץ הגמרא דמוקי רישא בתרתי וסיפא בתלת, דקאי

הקושיא על הרישא ועל הסיפא, ולכך העמיד מצב הקושי' רק על רב נחמן דאליביה קשה בין מרישא ובין מסיפא, אבל על ר' יוחנן לא תיקשי רק מסיפא וכאשר נבאר, לזאת הכחידו תחת לשונו, דלכאורה יש לספק באיני יודע אם פרעתיך ויש חזקה המסייע ללוה, אם מועיל חזקה זו לסלק את חזקת חיוב דאידך ולא נשאר רק ברי ושמא והעמד ממון על חזקתו, או דלמא כיון שחזקת חיוב מצורף בהדי ברי ושמא, אזי אף תרי חזקות בהדיה לא מועילים לו, ובפשטות היה נראה שהלה פטור דאוקי חזקה בהדי חזקה, וברי ושמא לגבי חזקת ממון לא מהני מידי, אכן מדברי הרא"ש פרק קמא דכתובות סימן י"ח] משמע להדיא היכא דאיכא ברי ושמא וחזקת הגוף, אף שיש לאידך רובא וחזקת ממון וספק ספיקא להחזיק, כלמו יחד אינם מצטרפים בהדי שמא דידיה, כמו גבי משארסתני נאנסתי דנאמנת אף שיש רוב רצון, וספק ספיקא שמא אין תחתיו ושמא ברצון וגם חזקת ממון, אך מנא לן לדמות חזקת הגוף דעדיף טפי לגבי חזקת חיוב דגרוע, דלא מהני מידי בשמא ושמא דאף באיני יודע אם פרעתיך ושניהם טוענים שמא פטור, כמבואר בשו"ע סי' ע"ה סעיף י'] וחזקת הגוף מועיל אף בשמא ושמא, כמבואר בתוס' כתובות (דף ל"ו ע"א] ד"ה החרשת:

אכן לכאורה מוכח להדיא מתניתין דחנוני ופועלים, ששניהם נשבעין ונוטלין מבעל הבית, ועיין בבעל המאור ורמב"ן ומגיד משנה שם דפועלים נוטלין מצד הדין, מידי דהוי כאיני יודע אם פרעתיך דחייב משורת הדין, אכן בחנוני פליגי רבוותא דיש אומרים דמצד שורת הדין אינו נוטל כלום, דהוי לגביה כאיני יודע אם נתחייבתי, רק שחכמים תיקנו לו ליטול בשבועה כיון דלא אמר בסהדי הב ליה, ואיכא דסברי שגם חנוני נוטל משורת הדין מחמת חזקה שליח עושה שליחותו, כמו שכתב הש"ך [סי' צ"א ס"ק י"ב] בשם בעל התרומות ואם כן אם נאמר דחזקה מועיל לגבי חזקת חיוב, אמאי נוטלין הפועלים משורת הדין הא חזקה דשליח עושה שליחותו מסייע לבעל הבית נגד הפועלים, ואף אם נאמר שפועלים נוטלין מתקנתא, הא לא מצינו שום עילה וסיבה לתקנה זו רק מחמת חזקת חיוב, והרי איכא חזקה כנגדו חזקת שליח עושה שליחותו, דבשלמא לגבי חנוני לדעת רבוותא דנוטל מתקנתא כבר מצאו חכמים סיבה לחייבו דלא אמר בסהדי הב לי', אבל לגבי פועלים לא מצאנו שום סמך ועילה לתקנה זו, אלא ודאי דחזקה אינו מועיל לגבי חזקת חיוב, ולהכי נוטלין מדינא:

אולם גדרי הוכחה זו תלוי במה דפליגי רבוותא בחזקה שליח עושה שליחותו אם מהני להקל, ומקור לזה מהא דפליגי רב נחמן ורב ששת במס' עירובין (דף ל"ב] דלרב נחמן לא מהני רק בדרבנן, ולרב ששת מהני אף בשל תורה, ועיין בתוס' שם ד"ה רב ששת

ובאשר"י שם, דרבינו תם סבירא ליה הלכה כרב נחמן, וראייתו מהא דסבירא ליה לר' יוחנן בפרק התקבל בגיטין [דף ס"ד.] דלא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו רק להחמיר, אך כמה פוסקים חולקים עליו דהלכה כרב ששת באיסורי, והא דר' יוחנן שאני דליכא מכשול למשלח, ואין השליח חושש ליתן הגט, וזה לשונו שם וההוא דחולין נמי אין השליח חושש לתרום שאם לא יתרום יראה המשלח שאינו תרום, ומעתה לא מיבעיא לרב נחמן בודאי לא מוכח מידי מהא דחנוני ופועלים, דלדידיה חזקה זו לית ביה ממשא, אלא אפי' לרב ששת ולדעת ר"י ורא"ש דפסקו כותיה, אך באופן שלא יסתרו דבריו נגד ר' יוחנן ומזה נתחדש להם חילוק הנ"ל, בין היכא דאיכא מכשול לגבי המשלח כנ"ל, ואם כן הכא ליכא שום מכשול לגבי בעל הבית דהא אם לא יתן להם יחזרו הפועלים ויתבעו את בעה"ב, והרי זה כמו גבי תרומה, ואין לומר דאיכא מכשול לגביה כנגד איסור בל תלין, דהא תנן המחהו אצל חנוני ואצל שולחני אין עובר עליו, אבל לקושטא דמילתא נראה דלדעת הפוסקים שפסקו כרב ששת, יש להוכיח ממתניתין דחנוני ופועלים, שלא מהני שום חזקה לגבי חזקת חיוב וברי ושמא, דהא בירושלמי מובא בהלכות בבא מציעא פרק המקבל דף קי"א] דמוקי למתניתין כשלא העמידם אצל חנוני, אבל אם העמידם אין לפועלים על בעל הבית כלום, ואף לדעת הלכות שם דפליג עליו, בזה כולי עלמא מודים דאירי אף כשלא העמידם, ועיין בנמוקי יוסף פרק המקבל שם, היכא שהחנוני אינו מחוייב ליתן לא נפקע בל תלין מן הבעה"ב, דדוקא היכא שמחויב ליתן אזי איכא למימר שנכנס בחריקאו, וכיון דמתניתין איירי אף בלא העמידם ואין החנוני נתחייב ליתן, אם כן איכא מכשול לגבי בעל הבית לענין בל תלין, וכל זמן שלא נתן לו החנוני והוא כבר תבע את הבעה"ב ועבר עליו השמש, נראה דעובר על בל תלין אף שלא תבעו מחדש, שהרי מוטל על בעה"ב לפרוע ביומו, או שיתברר לו בבירור גמור שכבר נתן לו החנוני, דהא בדיבורא ופטומי מילי בעלמא שהבטיח החנוני ליתן לפועלים, מידי משמע אית בהו להפקיע מאיסורא דרמי על כתפיה, הרי מצינו אף דאיכא חזקה אלימתא דשליח עושה שליחותו, ואיכא מכשול לגבי משלח אע"פ כן אינו מועיל לגבי חזקת חיוב דפועלים, אמנם כל זה לדעת הפוסקים דפסקו כרב ששת, אשר השוה דעתו לדברי ר' יוחנן בפ' התקבל, אבל לרב נחמן דסבירא ליה להדיא אף דאיכא מכשול למשלח לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו לגבי דאורייתא, לא מוכח מידי ממתניתין ונקטינן כסברא פשוטה דמוקמינן חזקה לגבי חזקה, ולפי הוצעות דברינו להכי ריהטא סוגיא דידן דוקא אליבא דרב נחמן דהמסדר הש"ס הוכיח, כיון דחזינן דמוקי הש"ס רישא בתרתי וסיפא בתלת הרי דגם מן רישא קשיא ליה, אף דשאני

הכא דאיכא חזקת חיוב, וגם רב נחמן ור' יוחנן מודים דחייב כקושיי' הנמוקי יוסף על הרמב"ם בסוגיא זו, דסבירא ליה דשומרים נתחייבו משעת משיכה, אמאי צריך לאוקמא רישא בתרתי, הא הוי כאיני יודע אם פרעתיך, ובע"כ צריך לומר דנגד זה איכא לשוכר ג"כ חזקת חי לגבי חזקת חיוב, והא תינח לרב נחמן דסבירא ליה דלא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו לגבי דאורייתא, לא מוכח מידי ממתניתין הנ"ל, אבל לר' יוחנן דסבירא ליה כרב ששת כדסברי תוס' ואשר"י שם, ומוכח ממתניתין דחנוני ופועלים דלא מהני חזקה אלימתא נגד חזקת חיוב וברי ושמא, ולהכי לא קשיא מרישא מידי, ואין צריך לאוקמי בתרתי, ועיין שבועות (דף מ"ה:) בסוגיא דקציצה תוס' ד"ה כי מטא, משמע גם כן דחזקה לא מהני לגבי איני יודע אם פרעתיך, ואף בתירוץ ראשון איכא למימר דשאני התם שטוען ברי לפנינו ועל ידי חזקה אמרינן דלאו מחמת דמספקא ליה טוען כן רק שיודע בבירור, אחרי הצעתי דברי לפני תלמידיי הראה לי אחד מהם שגם בתומים [סי' צ"א ס"ק ג'] מפלפל אפס מדברים הנ"ל, אכן באופן אחר דפשיטא ליה דחזקה הוי כטוען ברי, ומזה הוכיח דאין החנוני נוטל מצד הדין, דאם לא כן אמאי ישלם לפועלים, דהא חזקה הוי כמו טוען ברי, ולא נראין לענ"ד דבריו בזה במחכ"ת הקדושה, דהא מוכח מדברי אשר"י פרק קמא דכתובות שהבאתי לעיל דלא כדבריו, גם מה דנקט דאיכא מכשול לגבי בעה"ב נגד לא תגזול, גם בזה דבריו תמוהים, דהא לגבי איסור לא תגזול הוי כמו תרומה, דהא מסתמא הפועלים יחזרו ויתבעו לבעה"ב:

ה עודנה נשיחה בדברים התמוהים בסוגיין. א] דברי תוס' דף צ"ז] דפשיטא להו דסומכוס קאי אף בשאלה היום ושכרה למחר, (וכן משמע להדיא מדבריהם בד"ה שאלה, וכן משמע מקושייתם בד"ה לימא], ותמוה הלא סתרו דבריהם דלקמן בסוגיא דמחליף (דף ק'] סוף ד"ה הא, דשם הוכיחו דסומכוס קאי רק בשכר אחת ושאל אחת, וכן הקשו המפרשים. ב] קושי'ת הנמוקי יוסף על הרמב"ם [פ"א מהלכות שאלה] דשומרים נתחייבו משעת משיכה, א"כ למה ליה להש"ס לאוקמא רישא בב', הלא הוי כאיני יודע אם פרעתיך. ג] קושיית המהרש"א על תוס' ד"ה היום בסוף הדיבור בתירוצם הב', דאין מגלגלין כשתובע טוען שמא, דהא למסקנת דבריהם תליא באם דומה לעיקר, והכא נמי הגלגול דומה לעיקר ד] גם יש לדקדק בדברי תוס' מה שהקשו דהיאך מגלגלין לעולם, דהא אית ליה מיגו דאינו יודע, קודם תירוצם השני, דהא גם לתירוצם השני בעל כרחו צריכין לומר דכשהנתבע אין יודע אין מגלגלין, דאם לא כן קשיא מרישא, ואמאי לא נטרו עד שיסיימו ליישב סוגיא דהכא, ואח"כ יקשו קושיא דעלמא:

ונראה לפי ענ"ד דהנה בכתובות פרק אלו נערות (דף ל"ד:) איכא תרי לישני לרבא, אי חיוב שומרים משעת משיכה או משעת אונסין, ומשמע לרוב הפוסקים דחיובם רק משעת אונסין, וכל חד וחד כפי דינו, ולהכי לקמן בסוגיא דמחליף אזלא למסקנא, אם כן איכא תרי חזקות לנתבע חזקת ממון וחזקת חי, להכי מתרצי לקמן דסומכוס לא קאי רק אשאל אחת ושכר אחת, והכא אזלא ללישנא קמא דהתם, אם כן איכא חזקת חיוב כנגד חזקת חי, דכיון שהחיוב מתחיל משעת משיכה, ואף כשתובע טוען איני יודע מ"מ בדררא דממונא איכא צד מעליותא בחזקת חיוב דידיה, כדי לסלק את חזקת חי, ועיין ברשב"א גיטין [דף ע"ח:] ד"ה רבה מ"ש בשם התוס':

ו ובזה יש ליישב קושיא (ב') הנ"ל, והיא קושיית הנמוקי יוסף על הרמב"ם, ויש עוד קצת הוכחה מסוגיא זו לדברי הרמב"ם, דאם לא כן גם לרב הונא ולרב יהודה מי ניחא, אף דסבירי להו ברי ושמא ברי עדיף, זהו נגד חזקת ממון לחוד, אבל הכא איכא גם חזקת חי, דהא כמו דאנן אמרינן בענין חזקת ממון דעדיף, אבל לשני ענינים לא מהני חזקת ממון לחוד לגבי תרתי, מהיכא תיתי יעדיף ברי ושמא לרב הונא ור"י מחזקת ממון לדידן, ועיין בסוגיא דהיו בה מומין בתוס' ד"ה חדא במקום וכו', ולדעת הרמב"ם ניחא, דבשלמא לרב הונא ור"י דסבירי להו ברי ושמא ברי עדיף, אם כן איכא חזקת חיוב לגבי חזקת חי, וברי ושמא לגבי חזקת ממון, אבל לרב נחמן קשיא מכולהו בבי, דאף בשאלה היום ושכרה למחר דאיכא חזקת חיוב הרי חזקת חי מסלקהו, ולא נשאר רק ברי ושמא דלדידהו פטור:

וליישב קושי' (ג') היא קושיית מהרש"א, נראה דודאי קושייתו קאי רק אשאלה היום ושכרה למחר, אבל מסיפא בשאל אחת ושכר אחת לא קשה מידי דהא מבואר בשיטה מקובצת בסוגיין, בוויכוח שבין הראב"ד ורז"ה בד"ה דהא דחייבה התורה שבועה בשומרים אף בכופר הכל ואף על טענת ספק, לפי שהענין מכריח לזה דהא לכל שומר יש צד הפוטר, והבעלים מסרו לידם על דעת שהמה לבדם ישמרו, והבעלים לא ידעו מאומה מכל הקורות אותם, אם כן כל שומר יטעון טענה הפוטרתו ואידך לא ידע מאומה, שעל דעת כן מסרו לידו שהוא לבד ישמור וידע את כל אשר נהייתה בו, להכי, חייבתו התורה שבועה, משא"כ בשאר טוען ונטען שאין הענין מחייב שלא ידע התובע, ולהכי בכפירתו יעיז נגדו ואף בבנו שיכול להעיז מ"מ אין נושא הענין גורם לזה רק שאחר כך נפל במקרה שמת התובע, אבל בשומרים הענין מחייב שלא ידע, כן נראה הבנת דבריו. ולפי זה בשאל אחת לא קשה מידי קושיית המהרש"א דהא דומה לעיקר,, כיון שגם על העיקר טוען שמא דהרי מרוחקים זה מזה מן הקצה אל הקצה, דהא כל מעליותא של

העיקר והענין שחייבתו התורה שבועה אף שהוא כופר הכל, כל זה מביאהו לפי שהענין מחייבו שלא ידע התובע, וכל אחד יטעון צד הפוטר ולא יעיז, מה שאין כן בגלגול כיון שפרה אחת לפנינו היא, והוא לא ידע בעצמו מה טיבה אם שאולה ואם שכורה, הרי הורע כחו במה שלא ידע, ועל העיקר כל תוקפו וחיזוק של השבועה רק על דבר שלא יכול לידע אם כן צריך לומר דקושיית המהרש"א קאי אשאלה היום ושכרה למחר, דבזה שוה הגלגול לעיקר, שגם בזה הענין מחייבתו שלא ידע מתי מתה, אך אם נאמר דחיובו של שומרים משעת משיכה גם בזה לא קשיא מידי, דהא מבואר בדברי ר"ן קידושין (דף כ"ז] בסוגיא דגלגול, דאם אמרינן דחיובו משעת משיכה הוי כטוען ברי על עיקר, כיון שהוא מוחזק בחיובו של שומר עי"ש. והוא בא להפקיע שיעבודו הרי זה כטוען ברי, וכן מבואר להדיא בדבריו, רק צריך לומר דקושיית המהרש"א קאי רק אי אמרינן דחיובו של שומרים משעת אונסין כמו דסברי לקמן בסוגיא דמחליף, וגם על שאל אחת ושכר אחת לא קשיא מידי כאשר הקדמנו לעיל:

ז **אכן** זאת ננקוט מיהת בידינו, דאי אמרינן שחיובו משעת אונסין הרי איכא תרי חזקי למוחזק, חזקת חי וחזקת ממון, ובזה לא פליג סומכוס, והנה כל קושיי' התוס' אשר הרעישו הוא רק ממציעתא, ולכאורה קשה דמאי קשיא להו, דהא במציעתא שתובע טוען שמא, אם כן אית להו מיגו דאיני יודע, שהרי דקדקו בדבריהם שאין עושה ברצון עצמו מסופק כשאידך טוען ברי שאז נראה שאמר אמת, אך זה אינו כיון דמשנה זו אליבא דסומכוס איירי אם כן קשה אמאי פטור במציעתא ישבע על ידי גלגול, ומיגו דאיני יודע לית ליה דאם יטעון איני יודע יפסיד ממון, אכן כל זה בשאל אחת, אבל בשאלה היום אי אמרינן דחיובו משעת אונסין לחוד, לא קשיא כלום ממציעתא דהרי אית ליה מיגו דאיני יודע, וסומכוס אינו קאי רק אשאל אחת, ולהכי הקדימו תוס' קושיא זו דהיאך מגלגלין לעולם. ותירוצם בכדי להקדים ולהכריח שקושייתם מן מציעתא לא קאי רק אשאל אחת, או גם על שאלה היום [ומתורץ קושיא ד' הנ"ל]. אמנם דוקא אי אמרינן שחיובו של שומרים משעת משיכה, אם כן לית להו מיגו דאיני יודע, דהא גם בזה פליג סומכוס, אבל אם נאמר שחיובו של שומרים רק משעת אונסין לא קשיא רק משאל אחת, דבאינך גווני אית להו מיגו דאיני יודע, דהא סומכוס לא קאי רק אשאל אחת, אבל באידך הוי תרי חזקי, דהא ליכא חזקת חיוב נגד חזקת חי, וכל זה הקדימו כדי להבין את תירוצם השני, שלא יקשה לנו קושיית המהרש"א. ומעתה ממנ"פ לא קשיא, דהא בשאל אחת אין הגלגול דומה לעיקר, דהא מרוחקים זה מזה הרחק הלאה, דהא כל מעליותא ותוקפו של העיקר הוא לפי שהענין מחייב שלא ידע, אבל בגלגול גם

עליו מוטל לידע כמוהו כיון שאחת לפנינו, רק בשאלה היום ובשאלה חצי יום דומה הגלגול לעיקר, אכן בהנך בבי לא קאי כלל תירוצם, דהא בלא זה פטור מגלגול כיון דאית ליה מיגו דאיני יודע, והיכא דאיכא חזקת חי וחזקת ממון לא פליג סומכוס, ואם תמצא לומר לסומכוס דחיובו של שומר משעת משיכה אם כן איכא חזקת חיוב נגד חזקת חי, כדסבירי להו לתוס' בסוגיא זו, דסומכוס פליג אכולה בבא, על זה שפיר תירצו דאין מגלגלין כשתובע טוען שמא, רק בדאיכא רגלים לדבר ואין הגלגול דומה לעיקר, דהא על העיקר הוי כטוען ברי כמבואר בר"ן קידושין, אם כן ממילא מובן דבכולהו בבי ולתרי לישני באלו נערות, שפיר קתני במציעתא דפטור מגלגול:

ח עיין בלחם משנה [פרק ג' מהלכות שאלה הלכה ג'], שתמה על הנמוקי יוסף על שני התירוצים שתירץ לדעת הרמב"ם דסבירא ליה דשומרים נתחייבו משעת משיכה, חדא שקושיית הש"ס קאי משכר אחת ושאל אחת, ועוד דמשמע להו דאף אם השכיר לו קודם גם כן חייב, ולהכי מוקי לרישא בתרתי, דהא ברמב"ם מבואר להדיא, דאף בהשאיל לו קודם גם כן פטור עיי"ש, תרי תמיהי קא חזינא, חדא דהדרא קושיי' הנמוקי יוסף לדוכתי' על הרמב"ם, וגם דברי נמוקי יוסף בתירוצו תמוהים, ולפי ענ"ד נראה דהא בעיקר דינו של הרמב"ם הרעישו עליו נושאי כליו [בפרק א' מהלכות שאלה הלכה ה'] עיי"ש במגיד משנה ולח"מ, והנה הרמב"ן והרשב"א השיגו עליו כיון דלרבא איכא תרי לישני, וללישנא בתרא גם לרבא לא נתחייב אלא משעת אונסין, והניח להם אביהן אחריות נכסים אטבחוה קאי, למה שבק את לישנא בתרא דש"ס ופסק כלישנא קמא, והמגיד משנה שם תמה עליו ביותר, כיון דדינו של רב פפא בהיתה לו פרה שאולה וטבחה בשבת מישך שייכי בדינו של רבא, היאך אחז החבל בתרין ראשין דהא פסק בפרק ג' מהלכות גניבה] בהיתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור כרב פפא, והכא ס"ל כרבא וכלישנא קמא, דאף במתה חייבים בהניח להם אביהם אחריות נכסים, ויש להבין מדוע לא עמדו רבותינו הרמב"ן והרשב"א שהשיגו עליו, ועזבו השגה זו אשר כל סתום לא עממום וכל רז לא נעלם מהם:

ולפי ענ"ד נראה ליישב הכל על נכון, ועיין בכסף משנה שמחמת השגה זו מחק מש"ס ולא גרס דתליא בדרב פפא, וכמה קשה עלינו לעשות גירסא חדשה, זולתי מקומות אשר כבר נחלקו רבותינו הקדמונים להדיא איזה גירסא עיקר ומקובל מרבותיהם כאשר מצינו כמה פעמים, אך נראה דגירסא זו אשר מצאנו לפנינו בפרק אלו נערות בהא דרבא, אם פליג אדרב פפא אם לא, בע"כ גירסא זו צרורה וקשורה בעבותות המושכל, במקום שמצינו להדיא בש"ס שני גירסות אשר כבר נחלקו בהם אבות העולם איזה מהגירסא

עיקרית, וטרם נחקורה במה דמצינו להדיא ברבותינו הראשונים כמה פעמים באיזה ענינים, כאשר נבאר השייכים לענין זה, ובמושכל אחד נבין את דבריהם המפוזרים אנה ואנה, ועל פי שלשה עדים יקום דבר להבין טיב הענין לאשורו, עיין ברמב"ם [פרק כ"ב מהלכות אישות הלכה ט"ו] וז"ל, וכן הבעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג לא עשה כלום, וכתב המגיד משנה וז"ל, ואמרו בירושלמי ואפי' מכר הבעל ומתה האשה בחיי הבעל, לפי שאין לבעל בשעת מכירה בגוף הקרקע כלום, ויש להתבונן כיון דמתקנת אושא הרי הוא כלוקח למפרע, אמאי במכרה היא ומת הוא מועיל המכירה שלה, (כמ"ש הרמב"ם שם הלכה ז' ובמגיד משנה שם] שאין לה בשעת מכירה רק ספק זכות, ומדוע בטל המכירה שלו שיש לו גם כן ספק זכות וידו עדיפא מידה, ועוד יש להתבונן כעין זו בדברי תוס' סנהדרין דף ע"א] ד"ה על מנת שאין לבעלך רשות בו וז"ל, אי נמי ר' אלעזר הוי מוקי לה כשנתן לה בעלה, דהא ר"א הוא דאמר אחד זה ואחד זה קנתה ואין הבעל אוכל פירות עכ"ל. וזה מבואר שגם בנתן מתנה לאשתו איתא לתקנת אושא, וכן כתב המגיד משנה [פרק כ"ב מהלכות אישות הלכה כ"ז] עי"ש, וכן מוכח מתוס' ואשר"י בבא בתרא (דף נ"א] ואין שום חולק על זה, א"כ אמאי קטלינן ליה בחיי האם, דילמא תמות היא קודם לבעל, ואיגלאי למפרע שהיה משל הבעל ולא משל האם, וכן יש להתבונן בש"ס גופא בסנהדרין שם, דמוקי לה כשנתן לה אחר על מנת שאין לבעליך רשות בו, ולדעת רוב הפוסקים הבעל יורשה, ואיתא לתקנת אושא, קשה גם כן אמאי קטלינן ליה מספיקא, ומתוס' שם משמע דאי איפשר לאוקמא כשנתן לה אחר על מנת שאין לבעלך רשות בו, ורק מה שתשא ותתן לפיך, דא"כ לא הקשו לר"א, ומדוע דחקו לאוקמא בנתן לה הבעל, והטעם כיון שהבן גנבם ולא נתקיים עיקר המתנה איגלאי מילתא ונתברר בבירור השתא דהוי משל אחרים ולא משל האם:

אולם בשום לב להתבונן בעומק דבריהם נראה דחילוק והפרש רב יש בין זכות שיש לו מעכשיו על תנאי, דאז בודאי יכול למכור זכות טרם שנתקיים התנאי, כמו דמוכרת כתובתה בטובת הנאה וכדומה, אבל בתקנת אושא אף שהבעל לוקח למפרע הלא עיקר זכותו נסתעף רק מחמת ירושה, ובדברים שהבעל יורש את אשתו, לכן כשמתה היא ואיתא לירושה, אז ייפו החכמים את כחו ועשו אותו בירושה זו כלוקח למפרע, אבל טרם שבא לכלל ירושה לית ליה שום זכות בגוף הקרקע כלום, ואף לדעת האשר"י מובא באבן העזר [סימן צ' סעיף ט'] דאף בחייה מוציא גוף הקרקע מיד הלקוחות, מובן לכל שזה מטעם אחר, לפי שיפוי כח הבעל בזה שיהרס ויבטל את קנין שלה, אבל לא שיזכה באפס דבר טרם שבא לכלל ירושה, נמצא שהפרש גדול איכא בין קונה על

תנאי שהמעשה מופרש מן התנאי, ותנאי מילתא אחריתא היא, כמו דמצינו בריש פרק המגרש (דף פ"ב) בעל מנת שלא תבעל לפלוני, עי"ש בתוס' ד"ה המגרש ובאשר"י, ואז יכול למכור וליתן זכותו לאחר אף טרם שנתקיים התנאי, אבל בדבר שסוג אחד מעיקר הדבר של הקנין וזכות לא נתגלה לנו עד אחר כך, ורק כשיהיה המעשה באופן זה יזכה למפרע, אזי טרם שנתגלגל הדבר ונתברר לנו כל חלקי המעשה מהחל ועד כלה, אינו ביכולת להוריק זכותו לאחרים, כיון שגם לו נחסר חלק אחד מגדרי המעשה, ויותר מזה נראה לפי ענ"ד שאף במשכן לו שדהו ואמר לו אם לא אפדה מכאן ועד שלשה שנים יהיה שלך מעכשיו, שאין ענין זה נכלל בדיני תנאים דעלמא, לפי שלא הקנה לו מעכשיו ותלה בתנאי רק שגוף הקנין מיתלא תלוי עד אותו זמן וכשלא יפדנה אז אזי יקנה למפרע, נמצא שגוף המעשה וזכות של המלוה יהיה רק באותו זמן למפרע, וראיה לזה דאם נאמר שגם זה נכלל בכל דיני תנאים ותנאי דבני גד ובני ראובן, אמאי אמרינן בישראל שהלוה לעכו"ם דעובר עליו והוא בהרהינו אצלו ובמעכשיו ולא פרעו אבל אם פרעו אינו עובר עליו [כמ"ש בש"ע אורח חיים סי' תמ"א סעיף ב'] אמאי, הא אחד מגדרי התנאים והלכותיהן הוא, באיפשר להתקיים המעשה על ידי שליח כדאיתא כתובות דף ע"ד.], והכא כיון דאי איפשר להתקיים ע"י שליח דאין שליחות לעובד כוכבים, נמצא שהתנאי בטל והמעשה קיים, אלא ודאי שאין זה דומה לשאר תנאים, שהתנאי מובדל ומוכרת מן המעשה, אבל הכא עיקר הקנין וזכייה שלו מיתלא תלי וקאי עד אותו זמן ובהגיע הזמן אז יקנה למפרע, ואיפשר שבתוך הזמן אינו יכול למכור לאחרים את ספק זכייה זו, ואיפשר כיון שהזמן ממילא קאי, ובהעדר מעשה פדייה נקנה למפרע, יפה כחו בהם למוכרה לאחרים מזכיותו של הבעל בנכסי מלוג דמיתלא תלוי בדבר שלא בא לעולם, וכן נראה לכאורה, וכעת אין הפנאי מסכים עמדי להתבונן בזה עד גמירא]:

ט אכן עיקר ותמצית הדברים תלוי בהא דאיתא להדיא בש"ס מכות [דף ט"ו:] מידי הוא טעמא אלא לר"י הא אמר ר"י תני בטלו ולא בטלו וכו' במאי קמיפלגי בהתראת ספק, ועיין שם בפירוש רש"י ד"ה וריש לקיש וז"ל, ואי קשיא לר"י נמי איכא למימר בהתראת ודאי ליתרו בו כשבא לבטל את העשה שהיא עקירת הלאו, לעולם התראה בשעה שעובר על אזהרתו בעינן, ואפי' תלוי בדבר אחר כדאמרינן בשבועות, שבועה שלא אוכל ככר זו אם אוכל זו וכו' אלמא התראה בשעת איסור בעינן, ואע"פ שאין הלאו נגמר עד שאכל את של תנאי. אמנם בהלכות הרי"ף גורס להיפוך מידי הוא טעמא אלא לר"י וכו' אמר ליה כו' תני קיימו ולא קיימו, וכן הוא גירסת הרמב"ם [בפרק ט"ז מהלכות סנהדרין] שפוסק כר"י דהתראת ספק שמיה התראה, ופוסק קיימו ולא קיימו, וכן הוא

דעת הרמב"ן והרשב"א, ופרטי עומק דבריהם וסעיפיהם, עיין בריטב"א שם שהאריך בזה, והצריך לעניננו מני דבריו אשר פירש שם לגירסת הרי"ף וסייעתו למאן דאית ליה בטלו ולא בטלו סבירא ליה התראת ספק לא שמיה התראה, ומתרינן ביה בשעה שביטל העשה, שאף זה חלק מגדר הלאו הוא, ואף שהתחיל בשעת עקירת הלאו ועבר למפרע בשעה שעבר על הלאו, אבל עדיין לא נגמר כל חלקי החיוב רק בשעת ביטול העשה, ואין זה דומה לתנאי, דתנאי מילתא אחריתא היא שאין זה מגוף חלקי וגדרי הלא תעשה, נמצא לדעת רש"י וגירסתו המצויין לפנינו, הנידון שוה בין אם חסר גדר אחד מגדרי מעשה, או שנתברר כל גדרי מעשה רק שתלה בתנאי, ולדעת זו גירסת הש"ס ילחצנו שלא לחלק ביניהן, דהא מאן דסבירא ליה בטלו ולא בטלו סבירא ליה התראת ספק שמיה התראה, ואי איפשר להתרות בו בשעת ביטול, דדמי למתרה בו בעידנא דאכליה לתנאי, ולדעת הרי"ף והרמב"ם וסייעתייהו דגרסינן להיפוך גירסא זו יכריח לחלק בין תנאי דמילתא אחריתא ובין שחסר סעיף אחד מסעיפי המעשה, לכן למאן דאמר בטלו ולא בטלו מתרינן ביה בשעה שביטל את העשה, ודעת לנבון נקל לחלק לדעת רש"י, לבין היכא שגוף המעשה מיתלא תלוי, לבין שחלק אחד עדיין לא נתגלה, כי היכי דלא תקשה לדעת רש"י וגירסתו מהא דירושלמי המובא במ"מ בבעל שמכר בנכסי מלוג, וכן מהא דסנהדרין הנ"ל, תבנא לדינא, היכא שגוף המעשה מיתלא תלוי אף כשיגמר הענין יקנה למפרע, אזי עיקר זכיותו רק בעת ההיא, ואנו דנין לכל ענינים המסתעפים רק לבתר סוף הדבר, כמו ההיא דירושלמי לענין נכסי מלוג הנ"ל, ובמקום שחלק אחד מגדרי המעשה עדיין לא נתברר, לדעת רש"י וגירסתו דומה לתנאי, ולדעת הרי"ף והרמב"ם אין זה דומה כלל לתנאי, ולכן מתרינן ביה בשעה שביטל את העשה אף שעבר למפרע:

י וכשנתבונן בנידון שומרים, אף דאמרינן דמשעת משיכה נשתעבדו נכסיו, אבל עדיין לא נתגלו כל חלקי וסוגי החיוב עד שעת אונסין, נמצא לדעת רש"י וגרסתו במס' מכות הנ"ל הרי זה דומה לתנאי, ולכן גרסינן גם כן בכתובות דדינא של רבא מישך שייך בדרב פפא, דהא בוודאי בעידן שנתקיים התנאי לא שייך קים ליה בדרבה מיניה, ולהכי נמי אם אמרינן דמשעת משיכה נתחייבו הנכסים, אף בפרה שאולה לו וטבחה בשבת חייב, אבל לדעת הרמב"ם וגירסתו במס' מכות אין זה דומה לתנאי, וכמו שנוכל להתרות בו בעידן דעובר על חלק אחד מגדרי הלאו אף שעובר למפרע, כמו שמבואר להדיא בדברי הריטב"א הנ"ל עיי"ש, כן נמי אמרינן ביה קים ליה בדרבה מיניה, נמצא לדעת הרמב"ם וגרסתו לא קשה מידי קושיית הנמוקי יוסף, אך קושיא ותירוציו הכי אזלי, אם יש להוכיח מקושיית הש"ס לר"ן ור"י דעיקר הדבר כגרסת הרי"ף והרמב"ם בסוגיא

דמכות הנ"ל, ולהכי אינו דומה כלל לאיני יודע אם פרעתיך, לפי שעדיין חסר חלק אחד מגוף החיוב, אבל לגירסת רש"י דגרס בכתובות ופליגא דר"פ, וכן במכות דלמאן דאמר בטלו ולא בטלו, הרי זה דומה לעידן דאכליה לתנאי, ובתנאי פשיטא ליה דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, כדעת הרמב"ן מובא בר"ן פרק האומר בקידושין, ולא כדעת הר"ן שם [דף ס"א], ועיקר כוונת הנמוקי יוסף לבל יהיה הדבר מוכרח כיתד בל תמוט כגירסת הרי"ף, דאף לדעת רש"י עדיין נוכל לפסוק כלישנא קמא דרבא ודלא כרב פפא:

[**ובעיקר** פלוגתא שבין הרמב"ן ודעת האחרונים מובא בר"ן שם שחלקו עליו, אף דלכאורה היה נראה כיון שתנאי מילתא אחריתא, ואנן מספקינן אם נתקיים התנאי הוה כאיני יודע אם פרעתיך, דדמי להא דאיתא בתשובת רשב"א (סימן תתקע"ב) מובא בבית יוסף (סי' כ"ח), באחד שמכר כרם ושנים אומרים על תנאי מכר לו ושנים אומרים לא היה על תנאי, דלא אמרינן קרקע בחזקת בעלים עומדת לפי שמכירה בוודאי נעשה, וכבר יצא מחזקת בעלים הראשונים, חדא דיש לחלק בין שספק הוא אם נעשה על תנאי, לבין הספק אם נתקיים התנאי, כדאיתא במשנה למלך (בפרק ט"ו מהלכות טוען ונטען הלכה י"א תד"ה ונחזור). אמנם נראה דעיקר פלוגתייהו בטעמא דאיני יודע אם פרעתיך, אם הוא מצד חזקת חיוב וברי ושמא, או הוא מטעם דמוקמינן אסתמא שלא נתחדש עדיין מאשר היה, דאם נאמר דטעמא דאיני יודע אם פרעתיך מחמת חזקת חיוב וברי ושמא, והכא כיון שהחיוב או הקידושין נעשו על תנאי, נמצא הספק בעיקר החיוב ופטור, ואם נאמר דטעמא דמוקמינן אסתמא בצירוף ברי ושמא, גם בתנאי שייך האי טעמא, ואין להקשות דהא אף לטעם ראשון דאיני יודע אם פרעתיך חייב מחמת חזקת חיוב וברי ושמא, כמו כן נאמר בתנאי כיון שבודאי נעשה החיוב וספק על התנאי ותנאי מילתא אחריתא היא כדברי תשובת הרשב"א בעובדא הנ"ל, דזה אינו דמדברי הרשב"א בעצמו מוכח לחלק בין שהספק על עיקר התנאי, ובין שהספק הוא בקיום התנאי, דהא הרשב"א פוסק בנתינה בעל כרחו דמספקא לן אמרינן ביה קרקע בחזקת בעליה עומדת, אלא ודאי דשאני התם דכמו שמכירה היתה בודאי, כן התנאי הותנה בבירור, וכמו שכתב המשנה למלך שם]:

ואל תתמה על החפץ במה שהארכנו למעלה, היכא שחסר חלק אחד מגוף החיוב שלא נתגלה עדיין, אף שהחיוב הוא למפרע ואף דלבסוף נתחייב אמרינן קם ליה בדרבה מיניה, כאשר הוכחנו ממס' מכות לגירסת הרי"ף והרמב"ם, ובמת והניח אחריות נכסים אף שעיקר החיוב לא נתגלה בעודו חי, אמרינן דנתחייבו הנכסים, אמאי יתחייבו הנכסים אף שהחיוב הוא למפרע, כיון שעדיין לא נתברר עצם החיוב, דהא גדולה מזה

מבואר בנמוקי יוסף [בפרק כיצד בבא קמא] בסוגיא דאשו, דאם זרק חץ ומת טרם שהגיע חצו למקום הניזק דנתחייבו הנכסים, והא בזרק חץ וקרע שיראין של חבירו פטור מטעם קם ליה בדרבה מיניה [כתובות דף ל"א], ואם נאמר שהחיוב מיתה כבר נגמר מכל וכל תיכף בשעה שהשמיט ידו מן החץ, הרי נגמר חיוב מיתה טרם שהגיע החץ לשיראין, והרי זה כיוצא ליהרג והזיק שמחוייב לשלם כמבואר בפרק קמא דערכין (דף ו':) במשנה, דר"י אומר אם הזיק חייב, ואף שנוכל לומר שגם חיוב ממון נגמר משעה שהניח החץ מידו, מ"מ דחיקא טובא לומר כן, שהדבר הניזק עודנו חי כמקדם ולא נשתנה בו דבר, ואנן נאמר שכבר נגמר החיוב תשלומין, דמי לא משכחת לה שחבירו תופס השיראין בידו, ואולי ילך ויזוז ממקומו טרם שיגיע החץ במקומו, אלא ודאי דשיעבוד נכסי איכא אף בכהאי גוונא, כיון שסוף סוף נתחייב למפרע:

יא ועוד ראיה נכונה דהא בקנס אמרינן לענין הזמה במס' מכות (דף ה') היכא שבאו שנים ואמרו באחד בשבת גנב וטבח ומכר, ובאו שנים ואמרו באחד בשבת עמנו הייתם, אלא בערב שבת גנב וטבח ומכר משלמין, דבעידנא דקא מסהדי גברא לאו בר תשלומין הוא, ועוד כיוצא בזה מצינו בכמה מקומות, שעצם חיובו של קנס לא נגמר עד שעת העמדה בדין, ומצינו בירושלמי מובא בתוס' בריש אלו נערות (דף כ"ט.) דאם מת קודם העמדה בדין נתחייבו הנכסים, עיי"ש בד"ה ועל אשת אחיו וכו' וזה לשונם ומיהו בירושלמי מוקי לה כשבא עליה עד שלא מת ומת, מבואר להדיא דבקנס דאורייתא קנסו בנו אחריו ונתחייבו הנכסים למפרע, ולהכי נמי גבי שומרים אף דאמרינן בטבחה בשבת דקים ליה בדרבה מיניה, אע"פ כן אם מת והניח אחריות נכסים נתחייבו הנכסים. ועיין בהשגות (פ"ב מהלכות גניבה הלכה י"ב, ופ"ח מהלכות עבדים ה"ד], ועיין היטב בכל זה:

סימן פב

עוד בסוגיא הנ"ל

א בתוס' [דף צ"ח] בד"ה משכחת לה עיי"ש היטב, והנתיבות המשפט סי' ע"ה ס"ק י"א] והאורים ותומים (סי' צ"ב] הקשו על קושיית התוס' לשיטת רבינו תם לרמי בר חמא חייב בכפירה והודאה לחוד, דאם כן לא היה צריך כאן להוסיף פרה של כפירה, והקשו ע"פ דברי התוס' בבא קמא (דף ק"ז] תוך ד"ה עירוב פרשיות, דלרמי בר חמא צריך שיהיה הכפירה קמן, דאם לא כן היה נאמן במיגו דנאנסה, וכיון דהאי דטען עליה איני יודע אם שאולה אם שכורה היתה ליתה קמן ויש לו מיגו דמתה מחמת מלאכה, ואם טען. ברי דשכורה היתה היה פטור משבועה במיגו דמתה מחמת מלאכה, לכן מצרכינן לכפור

באחת חוץ מזו והיא קמן, וחוץ מקושי' זו כל דבריהם בפירקין סותרים את דבריהם במס' בבא קמא הנ"ל בקושייתם בב' סגי בהודאה ובהאי דאיני יודע דאיכא בה נאנסה וכפירה, גם בתירוצם, דהא לעולם צריכין שתהיה הכפירה קמן, גם לישנא דהש"ס דנקט ומתו כולהו לא משמע הכי, גם יש לעמוד על דבריהם בבבא קמא [דף ק"ו] ד"ה עירוב בסוף הדבור שהקשו וזה לשונם ואם תאמר למאן דבעי ג' פרות ליפטר במיגו דאי בעי מודה בה וכו' עכ"ל, מה ראו בזה לומר דאיירי בכפירה קמן, ועל זה קשיא להו דליהימניה במיגו דאי בעי מודה בה, דהא בפשוטו יוכלו לתרץ דאידך טען דמתה בפשיעה והוא טוען להד"מ, דאף אם יטעון נאנסה מ"מ לכפירה יחשב, כיון שאידך טען ברי דמתה בפשיעה, וגם בהאי דהודאה ידעו הבעלים שפשע וטען ברי על שתים שמתו בפשיעה בפניו, והודה לו על אחת וכפר בשניה, ועיין שם במהרש"א שהקשה על קושיית התוס' בסוף הדבור, ואין לומר יהא נאמן במיגו דאי בעי אמר להד"מ נמי אההיא דנאנסה, כיון שכבר האריכו תוס' למעניתם מכמה הוכחות, דלרמי בר חמא חייב בכפירה והודאה לחוד, ומנא להו דלדעת ריב"א מצריכינן דוקא כפירה והודאה ונאנסה, והיה להם לתוס' לבאר מתחילה שלדעת ריב"א לא כן הוא:

ונראה לפענ"ד ליישב הכל על נכון, ומקודם ניישב קושיית מהרש"א הנ"ל, נראה דלדעת ריב"א מוכח ממילא דלרמי בר חמא צריך ג' פרות, ובכפירה והודאה לחוד לא מיחייב, ודוקא לדעת רבינו תם, דלרבי חייא בר יוסף אינו חייב אלא בכפירה והודאה או בנאנסה והודאה, נמצא דנאנסה שוה לכל הכפירות, ועל זה פליג רמי ב"ח דנאנסה מיגרע גרע מכפירות דעלמא, דעל כפירה גמורה מחייב בצירוף הודאה, ובנאנסה לא מתחייב עד שיהיה כפירה והודאה בהדי נאנסה, אבל לשיטת ריב"א דלדעת ר' חייא בר יוסף עדיפא ליה נאנסה מכל כפירות, דהא על כפירה לחודא לא מחייב ועל נאנסה מתחייב, נמצא שנאנסה מושך עליו חיוב שבועה יותר מכל כפירות דעלמא, והואיל וכן תו לא נוכל לומר דלרמי ב"ח לטענת נאנסה מצרכינן עוד לכפירה והודאה, ועל כפירה והודאה לחוד יתחייב גם כן, דאם כן יהיה לטענת נאנסה כח הפוטר יותר משאר כפירות, ולהכי מוכח ממילא כיון דלטענת נאנסה דעדיפא להמשיך עליו חיוב שבועה, אע"פ כן אינו חייב אלא בהדי כפירה והודאה, מכ"ש בכפירה דגריע' שאינו חייב אלא בהדי הודאה ונאנסה, אך קשה לדעת ריב"א מהנך מתניתין דמוכח דאף בכפירה והודאה לחוד מחייב, גם קשה לתירוצו של תוס' דאיירי דההיא דכפירה קמן, מהא דאמרינן בבא מציעא (דף ה':) התם נמי אישתמוטי וכו' סבר אשכחנא לגנב וכו', הרי דאיירי בדליתה קמן, ומצאתי באורים ותומים סי' ע"ה] שעמד בזה ותירוצו דחוק, לכן מחוורתא דמילתא דלדעת ריב"א

איכא שתי חלוקות לרמי בר חמא, כי היכי דלא ליסתרו סוגיית הש"ס אהדדי, דהא מפירקין מוכח דאינו חייב אלא בג', מדמוסיף עוד פרה אחת, ומכמה מתניתין מוכח להיפוך כאשר הוכיחו בתוס', להכי נראה דסבירא ליה כדעת הראב"ד בשיטה מקובצת בפירקין, דרמי ב"ח סבירא ליה גם כן עירוב פרשיות, וילפינן פקדון מהלואה היכא דאיכא כפירה, כמו בהלואה דכפר ליה להדיא ולא על ידי טענה דשייכא גבי שומרים מיחייב בכפירה והודאה, ועיין בשיטה מקובצת היכא דמכחשי אהדדי, כגון זה אומר שאולה מתה וזה אומר שכורה מתה, אף שמעיז נגדו כיון דלא שייכא גבי מלוה אין זה כפירה לחייבו על ידי הודאה, אך עדיין צריכין אנו להוסיף ביאור על דבריו וירווח שמעתין, והוא, היכא דקא כפר ליה להדיא כיון דכפירה קמן, שאף אם יטעון השומר מה דבעי, כיון דבעלים קא תבעי ליה שזו שלו היא והוא מכחיש ליה, זהו כפירה לגמרי דאיכא גם במלוה, ועל כפירה זו מיחייב בצירוף הודאה לחוד, ובזה יתיישב כל הנך מתניתין, והיכא דליתה לכפירה קמן אף שהלה מכחישו בברי שפשע בו וכדומה, מכל מקום יש לו מיגו דנאנסה נמצא אף דהוי כפירה כיון שחבירו מכיר בשקרו, מ"מ כפירה זו ליתא גבי הלואה ואינו חייב עד שיהיה עוד שני פרות, חדא דהודאה וחדא דנאנסה, וזו שמכחשו אהדדי לכפירה יחשב, ולהכי הוצרכו לתרץ דאיירי בהאי דכפירה קמן, כי היכי דליתיישב לן הא דמצינו בכמה משניות [כאשר הוכיחו בתוס' שם], דגם לרמי ב"ח סגי בשתי פרות בכפירה והודאה לחוד, וזאת לא משכחת ליה רק היכא דכפירה קמן, דדמי כפירה זו לכפירה דהלואה, אבל בדליתה קמן הרי יש לו מיגו בשתי פרות, אבל בשלשה כיון דאידך טוען ברי שפשע בה, אע"פ שאינו מתחייב בכפירה והודאה לחוד מ"מ בהדי נאנסה שאין חבירו מכיר בשקרו, מחויב על כל פנים לישבע דהיינו בג' פרות, ולהכי בפירקין דבין כך ובין כך צריך להוסיף עוד פרה אחת, נקטינן ליה בדרך קצרה, דלמה ליה לארוכי דאיירי דחוץ מזו כפר ליה עוד אחת והיא קמן ויהיה נידון במתוך וכו', על ידי כפירה דמודה במקצת דומיא דהלואה, מקצר הש"ס ונקט דמתו הנך ג', ועל הך דכפירה טען הלה בברי שמתה כדרכה בעידן שאילה ולא מחמת מלאכה, ולית ליה מיגו דאי בעי טען דמתה מחמת מלאכה, דמ"מ לכפירה דשייכא גבי שומרים יתחשב, והרי איכא כפירה דשייכא גבי שומרים, ומיחייב לכל הפחות בצירוף הודאה ונאנסה, והכא כיון דאיכא חדא דקטעין נאנסה, אין מן הצורך לאוקמי בדכפירה קמן, ויתחייב מודה במקצת דהלואה, כיון דממה נפשך איכא חדא דקטעין נאנסה, אף בדליתה קמן בכל מקום מתחייב משבועת שומרים כיון דאיכא ג' פרות ומחוייב על ידי מתוך דשבועת שומרים, והא דהקשו התוס' בסוף הדבור דליהימני' במיגו דאי בעי טען להד"ם אההיא

דנאנסה, היינו בדליתה לכפירה קמן רק שאידך טען ברי שפשע, דבכגון זה מצריך רמי ב"ח דוקא לג' פרות כיון דלא שייכא כפירה זו גבי מלוה כיון דאית ליה מיגו דנאנסה, אף שהלה טען שפשע, אף דהוי כפירה בצירוף הודאה ונאנסה, אבל בכפירה והודאה לחוד לא מיחייב, נמצא הא דמצרכי בתוס' שתהיה הכפירה קמן, זהו במה דילפינן פקדון מהלואה, ולדעת ריב"א דסבירא ליה כדעת הראב"ד דגם רמי ב"ח סבירא ליה עירוב פרשיות, אבל לדעת ר"ת דמפורש להדיא דרמי בר חמא לית ליה ע"פ ולא ילפינן פקדון מהלואה כלל, רק דהלואה ילפינן מפקדון לענין מודה במקצת אף בדליתה קמן, רק שאידך טען בברי שפשע די, דכיון דחבירו מכיר בשקרו, הרי זו כפירה לרמי בר חמא, ובזה פליג אדרבי חייא בר יוסף דסבירא ליה דגם נאנסה שוה לכפירה אף שאין חבירו מכיר בשקרו, וע"ז הקשו שפיר דלמה ליה להוסיף בפרות, דהא סגי בשנים, ואידך טען בברי על חדא שפשע, ועיין בזה:

ב באופן אחר נראה ליישב קושיית האורים ותומים הנ"ל, וגם יתיישב דברי הר"ן בפרק שבועת הדיינין שהקשה על שבועה דר' חייא קמייתא דהוי שיעבוד קרקעות, ותירץ כיון דטענינן ללקוחות שפרע, דנהי דאיהו נתחייב על ידי הודאתו דכל האומר לא לויתי כו' מ"מ אינו יכול לטרוף מהם, וחזר והקשה על שבועה דמודה במקצת, והוא תמוה כמו שהקשה התומים סי' ע"ה ס"ק א') עי"ש, ומתחלה נשכילה בחכמתם העמוקה של רבותינו בעלי התוספות, דמי הכריחם לומר דאיירי דכפירה קמן, עד דמוכרחים אח"כ לאהדורי בטעינה ופריקה, דאכתי ליהימניה במיגו דהודה עלי האי דקמן, מוטב לומר דמפקיד טען ברי שמתה בפשיעה והוא טוען להד"מ ותו לית ליה מיגו דנאנסה, דמ"מ לכפירה יחשב שמכחישו בברי, ופרה שלישית דלא מכחישו בברי וטען עליה דנאנסה, הרי איכא כפירה והודאה ונאנסה. איברא כיון שכבר הקדמנו לעיל דלדעת ריב"א מוכרח מעצמו דלרמי ב"ח מצריך דוקא לג' פרות, שיהיה שני ענינים של כפירה לבד מהודאה, חדא שאין חבירו מכיר בשקרו, וחדא שמכיר, אבל על כפירה והודאה לא מחייבינן ליה, דא"כ איו ואיפוא תמצא מקום לג' פרות שחידש, דהשתא נאנסה שהוא כח המחייב יותר מכפירה דעלמא, כמו דחזינן לר' חייא בר יוסף, ואפי' הכי אינו מחוייב עד דאיכא כפירה והודאה בהדה, מכ"ש כפירה דעלמא שכחה רפויה ביותר מנאנסה כאשר חזינן להדיא מר' חייא בר יוסף] דלא נוכל לחייבו עד דאיכא נאנסה והודאה בהדי כפירה, ומעתה תו לא משכחת לן לאוקמא אלא היכא דכפירה קמן, דאז כל מה שישיב לו לא זזה מכפירה, אבל כד תימא דקטען אידך בברי דמתה בפשיעה, דממנ"פ טען רק על חדא, הרי אכתי יש לו מיגו לומר על האי דלהד"מ גם כן נאנסה, ומה דתבע לו דמתה

בפשיעה היינו הך דמודה ליה, ואיכא השתא רק נאנסה והודאה, ואם תבע ליה דשני פרות מתו בפשיעה הרי יש לו מיגו לומר על שניהם דנאנסו, והאי דהודה פשע בה בינו לבין עצמו בדליכא רואין, ותו אי איפשר לחלק ביניהם, חדא לכפירה וחדא לנאנסה, ונמצא דליכא רק כפירה והודאה, אבל לדעת רבינו תם דגם לרמי ב"ח מחייבינן ליה על כפירה והודאה לחוד, תו לית לן דבר המכריח לאוקמא בדכפירה קמן דוקא, אלא דקא תבע ליה דשנים מהן מתו בפשיעה כמובן מעצמו, לכן קושיי' תוס' קמה וגם נצבה בסוגיין על רבינו תם דלמה ליה להוסיף פרה אחת לרמי בר חמא:

ג ועתה נתבוננה בזה דתירצו תוס' בבא קמא בסוף ד"ה עירוב, דאין להאמינו על האי דנאנסה במיגו דלהד"מ, דעל זה משני בשבועות (דף מ"ה:) דאיירי באפקיד ליה בשטר, בע"כ צריך לומר דבשטר כתב ליה שתי פרות, דאי חדא אכתי יכול לומר דהיינו האי דהודאה, (ואין לומר דא"כ דמי לכופר הכל דשטרא דמודה ביה הילך הוא, דזה אינו דלדעת תוס' דסברי כסברת הרא"ש בסוף פרק שבועת הפקדון דכל מודה במקצת איירי דלית ליה קרקע, דבדאית ליה הוה שיעבוד קרקעות, אע"ג דהשתא אינו יכול לטרוף כמבואר שם, רק בשטרא דהלואה דאינו יכול לכפור, דאזי גם בדלית ליה מיקרי הילך מה שאין כן בפקדון דיכול לומר נאנסו], וא"כ אכתי אית ליה מיגו שיכפור לגמרי על שתים, ועל האי דשטרא יודה ליה, אלא ודאי צ"ל דכתב ליה שטרא על שתים. ועתה נביטה דגם לסברת הרמב"ן והר"ן דכל היכא דלא מצי למיטרף מלקוחות לא מיקרי שיעבוד קרקעות, וא"כ גם היכא דאית ליה קרקע חייב לישבע במודה במקצת דעלמא, אבל במודה במקצת דפקדון לרמי ב"ח בע"כ צ"ל דמיירי בדלית ליה קרקע, כיון דבע"כ מיירי דשטרא על שתיהם, דאם לא כן אכתי אית ליה מיגו כנ"ל, וכיון שכן לדעת ריב"א בתוס' שבועות [שם] ד"ה בשטר, דאינו נאמן בשטר פקדון לומר החזרתי במיגו דנאנסו כיון שמפקיד נותן שכר הסופר, וגם פשיטא להו בבא בתרא דף ע':] בד"ה מאן, דלא טענינן ליתמי וללקוחות נאנסה דלא שכיח, וכיון דכתב בשטרא על שתים מהם, א"כ ממנ"פ היכי מחייבינן ליה לישבע, דאכתי איכא חדא דשיעבוד קרקעות או הודאה בקרקעות או כפירה בקרקעות, וזהו דקשיא לר"ן על עיקרו דמודה במקצת שכתב בתורה, ועיין ש"ך [סימן פ"ח ס"ק מ"ח מ"ט] יעויין שם היטב ותמצא יסוד למאי שכתבתי, ואין לומר דאכתי לדעת הרמב"ן והר"ן דכל כמה דלא מצי לטרוף מלקוחות לא נכלל בשיעבוד קרקעות, וא"כ אכתי יש לומר בדאית ליה קרקע, והשטר הוא על אחת לבד, וכיון שטוען על אחת נאנסה וכפר באחת והודה באחת חייב לישבע, שגם על ההודאה אין יכול לטרוף שלקוחות יאמרו דשטרא הוא על האי דטען נאנסה, שגם שהשומר יאמר שהוא

על האי דהודאה אינו נאמן לחוב לאחרים, דא"כ הדרא קושי' תוס' לדוכתיה דליהימניה במיגו דאי בעי כפר גם על האי דנאנס', והאי דשטרא היא של הודאה, וא"ל דא"כ דמי למיגו דאי בעי כפר הכל, דשטרא כהילך הוא, זה אינו, דנהי דאנן לא טענינן נאנסו, ולא החזרתי במיגו דנאנסו לדעת הריב"א, מ"מ הילך לא מיקרי אלא בשטר הלואה דאין יכול לכפור, אבל בפקדון כיון דאי בעי מצי כפר ביה ולטעון נאנסו תו לא דמי להילך:

ד ולפי"ז מיושבים היטב כל הקושיות הנ"ל, לבד הקושיא מריש בבא מציעא [דף ה':] דמקשה מרמי ב"ח ומשני התם נמי אישתמוטי קא משתמיט, הרי להדיא דרמי ב"ח אייריי בדליתה קמן כמו שעמדו בזה האחרונים, וגם הקשו דא"כ ליהימניה על האי דכפירה בלא שבועה משום חזקה דאין אדם מעיז, כיון דליכא משום אישתמוטי, ודחקו בזה הרבה. ונראה לפענ"ד לתרץ ברווחא על נכון עפ"י דברי הנמוקי יוסף בריש מציעא גבי ר' חייא קמייתא וז"ל, גבי העדאת עדים ליכא למימר הכי כו' אבל גבי עדים דליכא למימר אישתמוטי אישתמיט שהרי בכל כפר, אימא ודאי קושטא קאמר, דאי לאו הכי לא מצי כפר דאין אדם מעיז, ואע"פ שהוחזק כפרן במקצת, נימא דמשטה היה בו מתוך שהיה טוען עליו יותר ממה שהיה לו אצלו וליהימניה בלא שבועה, קמשמע לן מקל וחומר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים, ולפיכך הואיל והוחזק כפרן במקצת יצא מחזקתו ובחזקת מעיז פנים הוא ונשבע, עכ"ל. הרי דלא מסלקינן לסברא זו דכשם שהשטית בי השטיתי בך, אלא משום דהוחזק למעיז אפי' לפוטרו משבועה, מכ"ש לחייב שבועה דחתרינן אחרי כל מציאות האיפשרי כדי לחייבו, כמו ספק מלוה ישנה, [ועיין בהשמטות וביאורים], ולהכי מחייבינן ליה לישבע דאמרינן דנהי דמפקיד טען בשקרא שזהו שלו, אבל מ"מ הפקיד אצלו שלש, ומשום שהשטה בו לכפור ולומר ששתים היו, גם הוא השטה בו, ותבעו האי דקמן לומר שזו היא, כיון דאכתי לא הוחזק למעיז, וכיון שכן תו ליכא לחזקה דאין אדם מעיז, דשפיר שייך אישתמוטי כמו על האי דנאנסה, דמסתמא תבע ליה ברישא שיחזור לו שלש פרות שהפקיד אצלו, וכשכפר לו באחת אמר לו הרי היא קמן, הגם דנראה פשוט, דאם אחד תובע מחבירו שחפץ זה שתחת ידו הוא שלו שהפקיד אצלו, ובאם יברר הנפקד בעדים ששלו הוא ששוב אין לו שום טענה ודין ודברים עליו לומר לו כן הוא, אבל אני הפקדתי אצלו חפץ כזה, חדא דזהו לאחר שנתברר בעדים, אבל כל כמה שלא נתברר ישנו למציאות השבועה, דאנן הוא דמתווכחין לומר פן ואולי כן היה כדי להמציא מקום לשבועה, ועוד שגם לענין ממון גופא הוא דוקא כשהיה בתביעה אחת, אבל כשתבעו ועשאו כשני תביעות צמודות, ומתחלה טען שהפקיד אצלו חפץ בתמונה כזאת ואח"כ כשראה אצלו אמר שזאת היא,

שגם שנתברר אח"כ בעדים שהיא של הנפקד, מ"מ טענתו הראשונה לא נסתלקה, דנהי דהוחזק כפרן במקצת מ"מ הרי הוא עודנו כשאר תובעים, ואפי' חשוד גמור לא נגרע בכל עניני תביעות משאר כל התובעים:

סימן פג

בדיני גזילה

בעזה"י פה קרתא קדישא ירושלים תובב"א:

א בתוס' בבא קמא [דף ע"ו ריש ע"א] ד"ה והשתא וכו' וקדשי מזבח אומר ר"י אע"ג דמיקרי על שם בעלים ולא הוי הקדש כמכירה מ"מ וכו' חשיב כיאוש ושינוי רשות לענין דחל הקדש אחר יאוש, כדמשמע לעיל דבעי לאוכוחי אביי לרבה דיאוש לא קני מקרבנו ולא הגזול ואפי' הכי אתי שפיר דחל הקדש, אע"ג דאכתי לא אסיק אדעתיה דהוי יאוש ושינוי השם, אלא משום דהוי יאוש ושינוי רשות, עכ"ל. ודבריהם משוללי הבנה כיון שלא חידשו בזה שום טעם וסברא לחלק בין חיובא דמכירה לקנייה דלוקח, רק שהענין מכריח מן הש"ס שהם שני ענינים נפרדים, ולא הרי זה כהרי זה, מה בעו בזה הכא דאיירי רק לענין חיובא דמכירה לחוד, ואם אתו בזה לאשמעינן שכן הוא שלא נתלכדו יחד, יותר הוי להו לאוכוחי מדף ס"ז דתני להדיא בגנב וגזלן הקידשן הקדש, משום דמעיקרא חולין והשתא הקדש, ועי"ש בתוס' ד"ה מעיקרא וכו' שהוא משום שינוי השם ואפי' בחטאת ואשם, ואע"ג דמעיקרא תורא דראובן וכו' מ"מ שינוי השם יש כאן, עכ"ל. הרי דאפי' היכא דנזדמנו כחדא, כגון בגנב שהקדיש פטרינן ליה מד' וה' משום דמעיקרא תורא דראובן ואפי' הכי הלוקח קנאהו בשינוי השם, ומכ"ש גבי גזילה לענין שינוי רשות, דבהאי ענינא ליכא נפקותא בפטורא דד' וה', יותר מסתבר דלא לגרוע זכיות הלוקח, משום דאשכחן דפטרינן ליה גבי גנב בד' וה' משום מעיקרא תורא דראובן:

ועוד קשיא דהשתא שהוכיחו מקרבנו ולא הגזול מה איכפת להו אם נימא דהא דמיעטה התורה דאינו יוצא משום מצוה הבאה בעבירה, אבל מ"מ קנוי ביד הקדש הוא משום שינוי השם, עד שהוכיחו דאכתי לא אסיק אדעתיה, לו יהיה כן מ"מ מוכח עיקר הדין שהם שני ענינים נפרדים, וממילא נדע נמי דהוא הדין לענין שינוי רשות, וגם דרך רחוקה הוא בפשטא לאשכוחי נפקותא בזה לגבי הקדש היכא דליכא שינוי השם ואיכא שינוי רשות, זולת למה שיתבאר להלן משכחת לה בעולה ושלמים דהוי שינוי השם דחוזר לברייתו]:

ב ונראה לפי ענ"ד לפרש דבריהם על מכונם בעזרת השי"ת, בהקדם מה שפירשנו בדבריהם לעיל (דף ס"ז.] בד"ה מעיקרא חולין וכו' וז"ל, בקדשים שאינו חייב באחריות,

לא הוה צריך ליתן טעם זה דיש כאן שינוי רשות, אלא בעי לאוקמי אפי' בחטאת ואשם ואע"ג וכו' עכ"ל. דעיקר דבריהם אין להם מובן, הכי בדבר שיש בו משום שני שמות, ונקיט ליה משום שם אחד שהוא ג"כ נכון כמוהו, תקשה לן דנימא משום השני ומה נפקא מינה בזה, ועוד שאין זה דבר והיפוכו שהתחילו בדבריהם בקדשים שאינו חייב באחריות ומסיימי בחטאת ואשם דוקא, הכי לא משכחת לה קדשים שחייב באחריותן בכל הקרבנות:

ג ונראה בביאור דבריהם ע"פ מה שכתבו בדיבור הקדום בד"ה מעיקרא טיבלא וז"ל, ואע"ג דשינוי החוזר לברייתו ע"י שאלה וכו' מ"מ לא חשיב ליה שינוי החוזר לברייתו כיון דלא שכיח עכ"ל, [ועמ"ש לקמן באות ט"ו על קושיית מהרש"א כאן]. ונראה מצד הסברא דזהו גבי תרומות ומעשרות שפיר יש לומר דלא שכיח לשאול עליו, דמאי ירויח בזה כיון דסוף סוף מחוייב לפרוש על טבלו, לכן מסתמא לא ישאל עליו, וכן בכל קדשים שנתחייב ע"פ דת תוה"ק, אבל בקדשים שנתחייב בהם ע"פ דיבורו ונדרו הרי ירויח בשאלה זו דהשתא הרי ההקדש יחזיקו בהקדישו והוא צריך לשלם לבעלים מכיסו מוטב שיתשל על הקדישו ויחזירו לבעלים, ולא עוד אלא דמצוה לאתשולי עליה בכדי שיקיים מצות השבה בגזילה עצמה ולא בדמיהן, וזהו שכתבו תוס' דבקדשים שאינו חייב באחריותן לא היה צריך לטעם זה וכו' משום דפשיטא להו כיון דקתני בסתמא הקדישן הקדש דמיירי בכל הקדשים, וגם דנראה בעליל דניחא להו להש"ס לנקוט טעמא דשינוי השם שכולל שניהם כאחד שהוא תרומה ומעשר, וגם בהקדש נמי מהאי טעמא, ולא לחפש ולפרש בכל הנך גווני דקתני בכל אחד מטעמים שונים, וא"כ קשיא לכאורה דבקדשים שלא נתחייב בהם ע"פ דת התוה"ק ליתא לטעמא דשינוי השם, שהרי הוא שינוי החוזר לברייתו דמסתמא יתשל עליה, לזה תירצו הדברים דמ"מ עיקר הדין מיירי בכל הקדשות, רק דבקדשים שאין חייב באחריותן, [ועיין בהשמטות וביאורים], קנאו הקדש מצד שינוי רשות, ולגבי חטאת ואשם [דאינם באים בנדבה] דלא ירויח בשאלה, הוא דדמי לגמרי לתרומה ומעשר וקנאו הקדש מטעם שינוי השם:

ד ולפ"ז אין הכרח מדבריהם דהכא, דבקדשים שחייב באחריותן ליכא שינוי רשות, אלא דמשכחת לה מיהת בחטאת ואשם דאיכא נמי שינוי השם, דכיון דלא ירויח ע"י דמיתשיל עליה, הוי שינוי שאין חוזר לברייתו דומיא דתרומה, ובזה יתורץ דנראה שסותרין דבריהם, דלקמן נראה מדבריהם בפשטא בסוף ד"ה והשתא תורא דשמעון (דף ע"ו.) דלא שני להו בין שחייב באחריותן לאין חייב דלעולם קנאו בשינוי רשות:

וראיתי בספר פני יהושע שעמד בזה ומתרץ דדבריהם (דף ס"ז] בד"ה מעיקרא, קאי אליבא דר"ש דסבירא ליה דבר הגורם לממון כממון דמי, ולהכי לא קנאו הקדש בשינוי רשות בקדשים שחייב באחריותן דאכתי לא יצא מרשותו משלם, דנשאר ברשותו לענין חיוב אחריות, אבל מ"מ מטעם שינוי השם דלא תליא ברשותו, שהרי אפי' מעיקרא משכא והשתא אברזין ועודנו ברשותו קנייה בשינוי השם, ולכן בברייתא דגנב וגזלן דלקמן [דף קי"ד] מוקמינן לה אליבא דר"ש, ומשום הכי מפרשי דדוקא בקדשים שאינו חייב באחריותן הוא דקנאו בשינוי רשות, אכן לקמן [דף ע"ו] נקטי בסתמא, דקאי אליבא דדינא דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי, ולהכי גם בחייב באחריותו קנאו בשינוי רשות, אולם גם לעיל [דף ס"ו:] בד"ה ש"מ, מפרשי גם גבי קרבנו ולא הגזול, דיש כאן שינוי רשות באותן קרבנות דאין הנגזל חייב באחריותן, וצריך לתרץ ולייישב דעתו הגדולה דמדנקט בברייתא קרבנו ולא הגזול [ולא נקט ולא הגנוב] ש"מ דאתיא כר"ש דסתם גזילה יאוש בעלים, וליכא למימר דמיירי בידוע שנתייאשו, שהרי הסוגיא קאי אליבא דרבה דסבירא ליה לקמן דבידוע נמי מחלוקת, ומשום הכי מפרשי ליה אליבא דרבה דבע"כ אתיא כר"ש דמיירי בקדשים שאינו חייב באחריותן דליכא גורם לממון:

איברא לכאורה אכתי עיקר דברי קדשו תמוהין, שהרי במס' ב"ב [דף מ"ד] בתוס' ד"ה דוקא, מפורש בדבריהם דסבירי להו כרשב"ם דאפי' במכירה להדיוט וקיבל עליו אחריות דלא קנה בשינוי רשות אפי' אליבא דידן, וכן בש"ע [סי' שס"א סעיף ה' בהגה"ה] מובא דעה זו, [ועיין בש"ך סי' ל"ז ס"ק כ"ט], והשתא גבי מכירה להדיוט דאינו חייב בכל אחריות רק מן בעל חוב ונגזל דאתיין מחמתיה לא מיקרי שינוי רשות, מכ"ש גבי הקדש דמחוייב בכל אחריות אפי' אונסין דלא הוי שינוי רשות:

ה איברא לאחר העיון דברי הפני יהושע נכונים וברורים לדינא, דגבי הקדש למזבח אזי מסתבר דלכ"ע הוי שינוי רשות אליבא דרבנן, דהנה במכירה להדיוט נראה דעיקר הסברא לדעת הפוסקים דלא קנה בשינוי רשות, הוא דנהי דמכרו ונסתלק רשותו ממנו ונכנס לרשות אחר, מ"מ הרי עודנו נשאר ברשותו לבאי מכחו, שהרי בעל חובו ששיעבד לו מטלטלי אגב מקרקע יכול לגבות ממנו, וכיון שעודנו ברשות הגנב לכל בעל חוב הבא מכחו, ומשום האי טעמא לא הוי שינוי רשות לקנותו גם לגבי הבעלים, כיון דלא יצא מרשותו לגבי באי כחו, אבל בקדשי מזבח דקדושת הגוף מפקיע מידי שיעבוד הרי קנוי ביד הקדש לגמרי, שהרי אין לו ולבאי כחו שום צד זכות בזה, ומשום הכי אין הנגזל יכול לגבותו שהרי קנאו בשינוי רשות, ותו לא איכפת לן במאי דנתחייב באחריותו לכל דבר, כיון דמ"מ לא נשאר לו ולבאי כחו שום צד זכייה שבעולם:

ו והשתא דאתינן להכי נראה לפענ"ד דאפי' לר' שמעון דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי, מ"מ יש מקום לומר דקנאו בשינוי רשות, ע"פ מסקנא דריש פסחים (דף ו') דלית ליה לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי אלא היכא דכבר נגנב ונתחייב כבר באחריותו, אבל היכא דאכתי לא נגנב אזי אפי' לר"ש לאו כממון דמי, מדאיצטריך לא ימצא גבי חמץ, והכא נמי כיון דאכתי לא נאבד לאו כממון דמי וקנאן הקדש בשינוי רשות, והשתא ניחא דדבריהם לקמן [דף ע"ו] דלא חילקו בין קדשים שחייב באחריותן, דקאי אליבא דמסקנא דריש פסחים, ולכן גם לר"ש אין לחלק, וכן בדף ס"ז יש להמתיק דקאי אליבא דמסקנא דפסחים, ולהכי נקט בברייתא בסתמא בכל הקדישות דגבי קדשים שאינו חייב באחריותן, הכוונה שלא נתחייב מחמת עצמו רק ע"פ דיבורו דליכא שינוי השם שהרי ירויח בשאלתו, והוה שינוי השם שחוזר לברייתו הרי קנאן בשינוי רשות אפי' לר"ש, אע"ג דאמר הרי עלי ונתחייב בכל אחריות מ"מ הוי שינוי רשות אפי' לר"ש, ורק בחטאת ואשם הוא דאיכא גם משום שינוי השם, דומיא דתרומה, שהרי לא ירויח, והוי שינוי השם שאינו חוזר לברייתו, ודבריהם לעיל [בדף ס"ו] בד"ה שמע מינה לרווחא דמילתא ע"פ פשטא דסוגיית הש"ס דשייטא דר"ש אית ליה דבר הגורם לממון כמ"ד, ולא מפלגו בזה בין שכבר נגנב, וכיון דאליבא דרבה צריך לומר דר' שמעון הוא כמו שכתבתי [באות ד'], להכי מפרשי דמיירי בקדשים שאין חייב באחריות:

ז ואין להקשות דהא גם למסקנא דריש פסחים נמי הוי גורם לממון לר"ש, שהרי מיד כשהפריש בהמה הגזולה לקרבן כבר נתחייב מיד בבהמה אחרת לצאת ידי נדרו, שהרי אינו יוצא בגזולה משום מצוה הבאה בעבירה, והיכא שכבר נתחייב אית ליה לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי ותו ליכא שינוי רשות, דזה אינו דבכי האי גוונא לא שייך כלל דין גורם לממון גם לסלקא דעתא דפסחים, שהרי הכא מיד שהפריש בהמה הגזולה לעולה, הרי דינו פסוק וחתוך דצריך להביא אחרת לעולה, וזו אינה יוצאה מידי הקדש שכבר קנוי ביד הקדש ותהא לקיץ המזבח, או שתרעה עד שתסתאב ותמכר ויביא בדמיה עולה, [ואם תגנב ותאבד איפשר שיתחייב להביא אחרת לקיץ המזבח], אולם במאי שנתחייב להביא אחרת לעולה הרי בחיוב זה לא נתקשר דבר הן בעודנה לפנינו או שנאבדה, והרי כל ענינו דגורם לממון הוא היכא דע"י קיומו של זה מצילו ממון אחר, ואית ליה לר"ש כיון שכן הרי זה גורם לממון אחר, ולהכי הרי הוא כבעלים של הנידון והחפץ, אבל הכא במאי שנתחייב להביא אחרת לעולה, לא מיתלא תליא כלל בקיומו או בהפסדו, ותו לא נכנס כלל בסוג דגורם לממון, ואם משום אחריותו של קיץ המזבח הרי אכתי לא נגנב ואיתיה בעינא, וזה פשוט ונכון:

ח ועתה נהדרינן לדמעיקרא ליישב ולתרץ דברי תוס' (דף ע"ו) ד"ה והשתא, ולא תקשה עוד עליהם אפי' אפס מני הקושיות הנ"ל:

והנה בעיקר הדבר שחידשו בש"ס לחלק בין מכירה דהדיוט למכירה דהקדש, מטעם דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן מסתבר לומר דחילוק זה יסודו מסוגיית הש"ס ע"פ חז"ל, וגם מסתבר הדבר להשוות סוגי המכירה שיתלכדו יחד ולא להפריד ביניהם, לכן בכל מכירה והקדש דמחייבינן עליו בדין דו"ה, הוי נמי קנייה וזכייה מגנב וגזלן וכן להיפוך, זולת אם בראיות ברורות יתווכח הדבר דבלתי איפשר להעלותן בקנה אחד, אזי בע"כ צ"ל שאינו יסוד מושגב ע"פ משקל הדת רק ע"פ משקל בני אדם לבד, ולהכי הוא דוקא לענין ד' וה' לחוד שהוא מפני ששינה בחטא [ב"ק דף ס"ח], ומשום הכי אזלינן גביה בתר משקל בני אדם, וכיון דלגבייהו לאו מכירה הוא לא חייביה רחמנא:

והנה במשקל הראשון היה נראה לומר דטעמא דמעיקרא תורא דראובן וכו', הוא טעם כולל לכל סוגי מכירה לכל הלכותיהן, אע"ג דמעיקרא מיקרי רק בשם תורא דראובן והשתא מיקרי עולת ראובן או חטאת ראובן, מכל מקום אזלינן בתר שם העיקר ולא אחר שם הלווי, כדאשכחן לבית הלל בפרק כיסוי הדם (דף פ"ח:) דמכסין באפר שמצינו דמיקרי עפר וכו' ולבית שמאי עפר שריפה וכו', אלמא נראה לכאורה דלבית הלל לא אזלינן כלל בתר שם הלווי:

אלא דאם כן קשיא לן מברייתא דלעיל דקתני הגנב והגזלן הקדישן הקדש, אלמא דמהני לענין קנין אע"ג דלא מחייבינן ליה בד' וה', אך יש לומר דמהא לא איריא דהתם מיירי בקדשי בדק הבית לחוד, הגם דסתמא קתני, מוטב לדחוקי אנפשין בקצת בכדי להשוות המכירות בסוג אחד, וכמו שתירצו בתחילת דבריהם מברייתא דלקמן דף ע"ט] דקתני גנב והקדיש משלם ד' וה', דמיירי רק בקדשי בדק הבית אע"ג דסתמא קתני, אלא דאכתי קשיא מקרבנו ולא הגזול דמכל מקום קנוי ביד הקדש כמש"ל, יש לומר כיון דבפשטא מיירי בידוע בשעה שהקדישו שהוא גזול בידו [דסתם גזילה נעשה בפירסום], וכבר דינו חרוץ דאינו יוצא בו משום מצוה הבאה בעבירה, רק דקנוי להקדש לקיץ המזבח, או שידחה לרעיה עד שיסתאב, הרי דלא נקרא כלל מעולם בשם עולת ראובן, אבל בגנב והקדיש דלא נודע שגנובה בידו [כסתם גניבה דלא נודע מיד], ומיקרי משעה שהקדישו עד כה בשם עולת ראובן, ולהכי לא חייל עליו כלל שם מכירה לכל הלכותיהן:

אולם עיקרו של הטעם הנ"ל אכתי אינו נכון ע"פ דינא דאנן פסקינן דבכל שם תואר שניתוסף בלווי על עיקרו, אזלינן בתר הלווי, עיין סוכה ריש (דף ל"ג] גבי אסא מצראה דכשר להושענא מן הדין הואיל ואית ליה שם לווי וכו', ומקשינן ואימא הכי נמי עץ

עבות אמר רחמנא מכל מקום, וכן שם (דף ל"ד.] גבי חילפא גילי, אלמא דלולא דנתרבו מקראי אזלינן בתר שם הלווי, וליכא למימר דילפינן מינייהו, דהא שני כתובים הם ואין מלמדין, וכן הוא להדיא בפרק י"א דפרה [משנה ז'], ובנגעים [פרק י"ד משנה ו'] משום שיש לו שם לווי פסול, ועיין חולין [דף ס"ב:], ובע"כ צ"ל דהאי דפרק כיסוי הדם שאני, דשריפת החטאת איננו שם התואר אלא מראה מקום, וכתרוצא דרבא במס' סוכה (דף י"ג], ועיין בתוס' שם ד"ה משום, או שהוא שם מקרה וכיון שכן כבר נפל בבירא טעם הנ"ל, ומצאתי מזה במלחמות ה', ותלי"ת כוונתי לדעתו הגדולה והרחבה]:

ט ואולם איפשר לבקש טעם אחר בכדי שיהיה התולדה מזה לסבב את פני הדבר להשוות כל סוגי מכירות בקנה אחד, והטעם שחידשו בגמרא לחלק בין מכירה להדיוט דהוי מכירה לצמיתות, משא"כ בהקדש דברוב קדשי המזבח ירויח בשאלה (לבד מחטאת ואשם] בכדי לקיים בהם מצות השבה ולבל ישלם מכיסו וכמ"ש לעיל [באות ג'], לכן כיון דמעיקרא תורא דראובן, והשתא נמי אע"ג דמיקרי עולת ראובן, ואזלינן בעלמא בתר שם הלווי, הכא שאני שמסתמא עומד לכך שתתיצב לבסוף לבתר שם ראובן לחוד, והא דקתני לעיל [דף ס"ו] בברייתא דהקדישן הקדש, או דמיירי בחטאת ואשם דוקא, דדמי לתרומה ומעשר דלא שכיח למיתשל עלייהו כיון שלא ירויח בזה, או דמיירי בקדשי בדק הבית, ומהא דקרבנו ולא הגזול דקנוי ביד הקדש נמי לא קשה לן, כיון דידוע שגזול בידו לא נקרא מתחילה על שמו, שהרי אינו יוצא בו מפני מצוה הבאה בעבירה וכמ"ש לעיל:

אלא מתוך שקלא וטריא דסוגיא זו דדחינן לכמה אוקימתי, דא"כ ליפלוג וליתני בדידיה, השתא נמי קשיא לן דליפלוג וליתני בדידיה בין שהקדישו לעולה ושלמים, דאז פטור מד' וה' מה שאין כן בחטאת ואשם, כדמוכח מברייתא דלעיל דהקדישן הקדש מפני דקנייה בשינוי השם, דהשתא נקטינן בפלס מאזני המשפט דתורה אחת לכל מכירות ניתנו כאחד, דבשלמא לענין בדק הבית לא קשה דליפלוג וליתני בדידיה, כמ"ש לקמן בדף ע"ט] בד"ה גנב והקדיש איברא השתא דנחדש דבר למצוא גם בקדשי מזבח גופא, הדרא קושיא לדוכתיה דהוי ליה לפלוגי וליתני בדידיה:

י איברא אכתי איפשר להשוות כל עניני מכירות, ואפי' הכי איפשר למצוא דרך סלולה בפירושא דמעיקרא תורא דראובן, שהוא כעין דאיתא בפסחים [דף מ"ו] דעובר בבל יראה על חלה שהפריש, [וכן מותר מדאורייתא לאפותו ביו"ט, עי"ש ברש"י ותוס' תד"ה הואיל], מטעם הואיל דאי בעי מיתשיל עליה, עודנו לא יצא מרשותו ושם בעלים עליה לכל דבר, הרי דאע"ג דבתרומה לא שכיח דליתשיל עליה ולא מיקרי שינוי החוזר לברייתו כמ"ש תוס' בב"ק (דף ס"ז], אפי' הכי שם בעלים עליו מפני הואיל דאי בעי

מיתשיל עליה, ולהכי בכל הקדשות לא מחייב בד' וה' דעודנו לא יצא מרשותו מפני הואיל וכו', ומה דקאמר מעיקרא תורא דראובן וכו' לא מפני שעודנו נקרא בשם ראובן אלא דלקושטא עודנו ברשותו לכל דבר מפני הואיל], וכן בקדשי בדק הבית נמי לא יצא מרשותו מטעם זה עצמו ואינו מחוייב בד' וה', שהרי עדיין ברשותו הוא מפני הואיל, והא דקתני לקמן דגנב והקדיש משלם ד' וה', מיירי במסרו ליד גיזבר דאי איפשר תו לאיתשולי עליה כמ"ש תוס' פסחים (דף מ"ו] בד"ה הואיל. איברא זה לא שייך רק בקדשי בדק הבית לחוד דנעשה הגיזבר כאילו מסרו להדיוט מפני דיש לגיזבר עסק בהם, אבל בקדשי מזבח אפי' כשכבר מסרו ליד אנשי המשמר כל זמן שלא נזרק הדם יכול לאיתשולי עליה, כמ"ש תוס' בכריתות דף י"ג] בד"ה ארבע, (ועמ"ש בזה לעיל בחלק יו"ד סי' כ"ב אות ו']. ולפי"ז גם לענין קנין אינו קנוי ביד הקדש בין בקדשי מזבח בין בקדשי בה"ב מטעם שינוי רשות, שהרי ע"י הואיל עודנו שם בעלים הראשונים עליו, רק בקדשי בה"ב היכא דמסרו ליד גיזבר:

איברא לקושטא גם בקדשי מזבח יש מקום להקדש לקנותו מטעם שינוי השם, דמאי בכך דעודנו לא יצא מרשותו משום הואיל שהרי שינוי השם קונה אפי' כשעודנו ברשות גזלן לגמרי ולא יצא מרשותו כלל, כמו בגנב טלה ונעשה איל ומעיקרא משכא והשתא אברזין, וזהו טעמא דברייתא (דף ס"ו] דהקדישן הקדש, הגם דזכיות הקדש וחיובא דד' וה' צמודים יחד, זהו כשהקנין הוא מטעם שינוי רשות, אבל התם הרי קנוי ביד הקדש מצד שינוי השם, ולהסתיר גם טעם זה הוכיחו מקרבנו לפום סלקא דעתא דלא ידע עודנו מטעם שינוי השם, ואפי' הכי קנוי בידן מטעם שינוי רשות אע"ג דלא מחייבי בד' וה', אלא ודאי דלא נתלכדו יחד, דדין ד' וה' תליא רק במכירה שנקרא בפי הבריות לחוד, וקנין וזכייה תלוי רק בעיקר הדין עפ"י סוגי הדת, לכן המה שני הפכים לגמרי, ועיין לקמן דף ע"ט] בתוס' ד"ה גנב דאפי' כשהקדיש לבה"ב קודם יאוש מיחייב בד' וה', ולענין קנייה ליכא למאן דאמר דקנה קודם יאוש:

יא ואין להקשות דאכתי למה להו לרבותינו בעלי התוס' לומר גבי קרבנו ולא הגזול, דליכא למימר משום שינוי השם דאכתי לא ידעינן, תיפוק ליה דקרבנו גבי עולה כתיב דהוה ליה שינוי החוזר לברייתו שהרי ירויח בשאלתו וכמ"ש לעיל, דעדיפא להו להוכיח הדבר ע"י תשובה נצחת אליבא דכולי עלמא, משא"כ משום שינוי החוזר לברייתו, דהא תינח לדעת תוס' בב"ק [דף ס"ז] בד"ה מעיקרא אבל לדעת תוס' סוכה [דף ל'] בד"ה וליקניוה, וכן מובא בש"ע [סימן שס"א סעיף ב'] דעה זו דשינוי השם עם יאוש קונה אפי' בחוזר לברייתו, וא"כ גם בקרבנו דמיירי לאחר יאוש, נמי קנוי להקדש ע"י שינוי

השם אפי' בחוזר לברייתו, ואין להקשות דסוף סוף קשיא למסקנא כיון שכבר הוא מוסד ליסוד משגב דחיובא ד' וה' וקנייה וזכות שני ענינים נפרדים הם בהלכותיהן, ולכן קנייה להקדש מטעם שינוי רשות הגם דלא נתחייב בד' וה', דכיון דעל ידי הואיל דאי בעי מיתשיל עליה עודנו שם בעלים עליו ולא יצא הדבר מרשותו. איברא כיון שכבר תירצו בתוס' פסחים בד"ה הואיל (דף מ"ו:) על קושי' אחריתא תו לא קשה מידי, שהקשו על הא דאיתא אבל אתה רואה של גבוה, והא של גבוה חשיב נמי כשלו ע"י הואיל, ותירץ ר"י דשאני הני דכתיב בהו לד', אע"ג דאי בעי מיתשיל עליה חשבם הכתוב של גבוה, ועוד תירץ ר"י היכא דאתא הקדש ליד גיזבר לא אמרינן הואיל אי בעי מיתשיל עליה:

ועפ"י דברינו מובן ונראה בעליל, איך שרבותינו הראשונים היו עיניהם פקוחות בסקירה אחת בכל הש"ס, שהרי לתרץ קושייתם שם גבי חמץ שהוא רק קדשי בה"ב, די להם בתירוץ השני לחוד, רק דא"כ אכתי תקשה לן מקדשי מזבח, אמאי בגנב של הקדש וטבח ומכר פטור, שהרי עודנו ברשותו ע"י הואיל, ובקדשי מזבח לא שייך מסירה לגיזבר, ומשום האי טעמא חידשו בראשונה כיון דכתיב לד' גלי קרא דליתא להואיל כלל:

יב ועפ"י דברינו הנ"ל הבט וראה בדברי קדשם [דף ט"ו] בד"ה והשתא, מלבד שע"פ כללות דברינו מיושבים על מכונם כל הקושיות הנ"ל [באות א'] ושיש להם התקשרות בסוגיא זו דוקא, דזולת השקלא וטריא בסוגיא דהכא הוי מצינן למימר כדרך השני הנ"ל שהוא משום שינוי החוזר לברייתו, וכל עניני מכירות סוג אחד להם, רק דחוזר לברייתו לא שייך רק בעולה ושלמים ולא בחטאת ואשם כיון דלא ירויח וכמ"ש לעיל, ותו לא תקשה לן מקרבנו ולא הגזול דקנוי ביד הקדש, דהתם שאני דמיד שהקדיש כבר נשתקע שמו ולא מיקרי עוד תורא דראובן, כיון שכבר דינו פסוק דאינו יוצא בו משום מצוה הבאה בעבירה רק דיפול לקיץ המזבח, אבל משקלא וטריא דסוגיין נשמע דאי איפשר לומר כן, דא"כ ליפלוג וליתני בדידיה, עוד זאת ישכיל הנבון מדעתו איך נעוץ ראש דבריהם בסופן, דלולא שהוכיחו ליסוד מוסד בסוף דבריהם מקרבנו ולא הגזול, דאי איפשר לומר כדרך השלישי הנ"ל שהוא מטעם הואיל דאי בעי מיתשיל עליה, ומפני דלקושטא הוא תורא דראובן וכמ"ש לעיל, אזי גם בקדשי בדה"ב נמי פטור מד' וה', ולמאי שכתבנו לעיל לחייבו רק בקדשי בה"ב ומסרו ליד גיזבר. איברא לאשר סמכו עצמן על מה שכתבו בסוף הדיבור דאי איפשר לומר כן כאשר מוכח מקרבנו ולא הגזול, וממילא מוכח דלאו משום דלקושטא הוי תורא דראובן ע"פ יסודי הדת, רק עפ"י משקל דברת בני אדם ועניני מכירות לענין ארבעה וחמשה, ושאר דברים חלוקות הם בהלכותיהן, ולהכי התחילו בתחלת דבריהם ליסוד מוסד שגם בקדשי בה"ב לחוד הגם

דלא מסרו לגיזבר משלם ד' וה', ועיין היטב בכל הדברים ותמצא עונג בעזה"י, כי נכונים הם למבין וישרים למוצאי דעת:

יג ולפי מה שכתבנו [באות ה'] ניחא הא דסבירא ליה לרב ששת דף ס"ח] דאינו חייב במוכר לפני יאוש דלא אהני מעשיו, ויש להתבונן דא"כ לאחר יאוש נמי לא יתחייב בסתם מכירה רק כשמכרו להדיא שלא באחריות, דבסתם מכירה אמרינן אחריות טעות סופר הוא אפי' במטלטלין, [כמבואר בש"ע סימן רכ"ה סעיף א' ובש"ך סי' ל"ז ס"ק כ"ה], ובאחריות לא אהני מעשיו לדעת הרשב"ם ותוס' ב"ב דף מ"ד], והגה"ה בסי' שס"א סעיף ה'] דאין זה שינוי רשות, ולמאי שכתבנו לעיל [באות ה'] דעיקר טעמייהו הוא לפי דאכתי לא נסתלק הגזלן לגמרי, שהרי באי כחו והוא בעל חוב דידיה יכול לגבותו ואכתי יש לו בו תפיסת יד לבעל חוב דידיה ששיעבד לו מטלטלי אגב קרקע, והא תינח לדידן, אבל לדינא דאורייתא לא מיבעיא לדעת תוס' ב"ק דף י"ב] בד"ה אנא, דקנין אגב אינו אלא מדרבנן, אלא אפי' לדעת החולקים הרי מבואר בתשובת הרא"ש כלל ע"ט סי' י"ב] דשיעבוד אגב קרקע הוא מטעם קלא וז"ל, דע כי עבדים משתעבדי באגב אע"ג דאין ניקנין אגב קרקע, כי שיעבוד וקנין תרי ענינים הם, קנין מטלטלין אגב קרקע בפירוש מקרא וכו' ועבדים לא הוו בכלל מטלטלין לענין קנין, והא דמטלטלי משתעבדי אגב קרקע אינו מטעם זה אלא כיון דשעבדינהו אגב קרקע אית להו קלא כמו קרקע וכל טריפת לקוחות בקלא תליא מילתא וכו' עכ"ל, וכיון דתליא בקלא בעל כרחו שהוא רק מדרבנן, דמדאורייתא לא מחלקינן בזה, וכן הוא בקצות החשן [סימן ק"ז ס"ק ז'] שמביא דברי קדשו, ולכן לענין טביחה ומכירה דקנסא הוא, ואזלינן גבייהו רק בתר דינא דאורייתא כדמוכח בב"ק (דף ע"א:] דפריך אלא למאן דאמר מעשה שבת דרבנן אמאי פטרי רבנן, ולא אמרינן כיון דמדרבנן אסרי הוי שחיטה שאינה ראויה מדרבנן, אלמא דבקנס אזלינן בתר דינא דאורייתא, וכן הוא בש"ך [סימן ר"ח], וכיון דמדאורייתא אין בעל חוב יכול לגבותו הרי אהני מעשיו מדאורייתא:

איברא עודנו אינו מתורץ לדעת כל הפוסקים שהרי לדעת הרשב"א סוף קידושין ד"ה כתבינן לעיל] גם מטלטלי דיתמי ושמכר גובה מדאורייתא בלא אגב, ולדעת חידושי הר"ן שבועות מהני שיעבוד אגב קרקע מדאורייתא, מובא בקצות החשן סימן ל"ט [ובמק"א כתבנו ע"ד קצוה"ח אלו] וצריך לדחוקי נפשין דדעת הפוסקים דבאחריות לא הוי שינוי רשות סבירי להו כדעת תשובת הרא"ש הנ"ל:

יד לכן נראה לתרץ עוד באופן אחר, ע"פ מש"כ בזית רענן חלק ראשון [ד' מ"ג בהלכות איסורי מזבח הלכה י"ד] בתוספת ביאור, ובתפארת ירושלים [מס' ב"ק אות ע"ז], ותוכן

הדברים לפי מה שגילו בעלי התוס' ורמב"ן במלחמות בעיקר קנינא דיאוש ושינוי רשות, אי הוי משום הצטרפות דיאוש בהדי שינוי רשות, או עיקר הקנין הוא ע"י יאוש לחוד, כמו אבידה דנקנה ביאוש, רק גבי גזלן עצמו לא נקנה לו על ידו משום דבאיסורא אתא לידיה, אבל גבי לוקח דבהיתרא אתא לידיה, שפיר נקנה ליה על ידי יאוש לחוד, ודעת הרמב"ן [פרק הגוזל בתרא] כטעם השני הנ"ל [ועיין שם בד"ה ומה שכתב עוד ויאוש ושינוי מעשה, בסוף הדבור, וזה לשונו וכשם שאינו קונה אינו מצטרף לקנות לדברי הכל, כמו שאינו מצטרף בהדי שינוי רשות בשינוי רשות ואחר כך יאוש, שאע"פ שמצטרף עמו וקונה ביאוש ואח"כ רשות, שזה כללו של יאוש כל היכא דבאיסורא אתא לידיה לאו כלום הוא], ועיין תוס' ב"ק [ד' ס"ט] ד"ה כל בסוף הדיבור שנסתפקו בזה, ומסיום דברי הרמב"ן הנ"ל נתבאר דעיקר דבר זה תלוי בפלוגתא דאמוראי ב"ק ד' קט"ו] דפליגי בשינוי רשות ואח"כ יאוש אי קני אי לא, דאי נימא דהקנין משום הצטרפות הוא, אזי אין חילוק בין יאוש ואח"כ שינוי רשות, או שינוי רשות ואח"כ יאוש, משא"כ אם נימא כטעם השני, דעיקר הקנין הוא מצד יאוש רק דבעינן שיבוא לידו בהיתרא אזי בשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קנה, כמבואר להדיא ברמב"ן הנ"ל:

ובזה יתיישבו דברי התוס' ב"ב הנ"ל ושאר פוסקים, דכל עיקר הדבר דבמוכר באחריות לא מהני שינוי רשות, טעמייהו דידהו הוא רק אם קנין יאוש וש"ר הוא מצד הצטרפות, אזי מן הסברא דבמוכר באחריות כיון שאחריות החפץ עצמו על הגזלן, דהא היאוש הוא רק לגבי גזלן, והגזלן עצמו הוא ניהו דקמקני ליה על ידי מכירתו, משום הכי הורע קנינו על ידי קבלת אחריות, משא"כ אם נימא כטעם השני דעיקר הקנין הוא מצד יאוש לחודא, רק דבעינן שיבא לידו בהיתרא, ונמצא דעל ידי היאוש הוא כהפקר לכולי עלמא, והמחזיק בה אין צריך להחזיר החפץ לגזלן רק הדמים מפני שצריך לשלם להנגזל, וכיון שכן עיקר חיובא דאחריות של הגזלן הוא רק על הדמים ולא על החפץ, כיון שעיקר קנינו בחפץ אינו בא לו מן הגזלן, ולהכי אין החיוב אחריות מגרע כח הקנין כיון שלא קנה ממנו מאומה, והחיוב אחריות אינו על החפץ, וכיון שבארנו דלמאן דאמר שינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, סבירא ליה דעיקר הקנין הוא מצד יאוש לחוד, תו לא קשה למאן דבעי אהני מעשיו, איך יתחייב בד' וה' גבי מכירה, דיש לומר דסבירא ליה כמאן דאמר דשינוי רשות ואח"כ יאוש לא קני, דתו אזדא ליה סברת התוס' הנ"ל, שהרי לא הורע כחו של הלוקח בקנינו שקנה ע"י עצמו לבד, מפני האחריות שקיבל המוכר על הדמים שנתן לו:

טו המהרש"א הקשה על קושיית תוס' ב"ק [דף ס"ז] בד"ה מעיקרא טיבלא, דמנא להו להקשות, דילמא לאחר יאוש קונה גם בשינוי החוזר לברייתו, ובפני יהושע הרחיב עוד לתמוה שהרי כן הוא להדיא בתוס' סוכה פרק לולב הגזול] בראיה מוכרחת מעוצבא שחוזר לברייתו, ואפי' הכי קנה בשינוי השם לאחר יאוש, והראה לי תלמיד א' מתלמידי המופלגים שיחיו בספר פני אריה שמיישב קצת תמיהתו, דקו' תוס' הוא דמסתמא אתיא אליבא דכולי עלמא, ולרב חסדא אמר ר' יונתן מנין לשינוי שאינו קונה וכו' ובע"כ דמיירי בחוזר לברייתו, דבאינו חוזר ליכא למאן דאמר. ולענ"ד נראה לתרץ ברווחא, דתוס' סברי דנהי דמוכח מעוצבא דקונה בשינוי השם שחוזר לברייתו לאחר יאוש, זהו היכא דלשעתיה הוה מיהת שינוי השם, הגם שחוזר אח"כ מ"מ לא מהני לעקור למפרע, הגע בעצמך בעה"ב שחישב על משכא לעשותו אברזין ונטמא ואח"כ חוזר ממחשבתו הראשונה לעשותן מנעלים, הכי יעקור ויבטל הטומאה שכבר ירדה רק לענין שלא יקבל טומאה מכאן ולהבא הוא דמהני חזרתו, אבל בתרומה דחוזר לברייתו ע"י שאלה דעוקר למפרע ונמצא שלא היה שינוי מעולם, מסתבר להו דיש מקום לומר דכל כהאי גוונא דנתבטלה השינוי למפרע לא מהני אפי' לאחר יאוש:

טז הרמב"ם [פ"ב מהלכות גניבה הלכה ו'] לא מפליג בין קדשי מזבח לקדשי בדה"ב, ופסק דגנב והקדיש אחר יאוש וטבח או מכר משלם תשלומי כפל ופטור מד' וה', וכן הוא דעת הרב בהלכות, והראב"ד סבירא ליה כדעת תוס' והרא"ש דגנב והקדיש לבדק הבית משלם תשלומי ד' וה', דמה לי מכרו להדיוט או מכרו לשמים, וראיתי ברמב"ן במלחמות ד' [פרק הגוזל בתרא תוך ד"ה אמר הכותב יש לי ראיות] דסבירא ליה ג"כ כדעת הרב לפי שדחאו הברייתא דף ע"ט] מהלכה, ומביא ראיה מירושלמי עי"ש. אולם בעיקר הדבר לא גילו לנו טעמא של הלכה זו, כיון דבש"ס דידן ביארו הטעם משום דמעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן, ובקדשי בדק הבית כיון דלא שייך זה כמבואר בתוס' וברא"ש, נשמע ממילא דחייב ונראה לפענ"ד לחדש טעם נכון לדבריהם, ולסעדו ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות ד' שכתב שם בהא דאמרינן בקדשי מזבח דמעיקרא תורא דראובן וכו' אבל שינוי השם הוי, לפי דנקרא השתא עולת ראובן, אי נמי אפי' שינוי רשות נמי איכא ואפ"ה פטור מד' וה' דכתיב ביה ומכרו כולו בעינן, וכיון דעדיין נטפל ליה נמי שמא דראובן, בהכי לא חייביה רחמנא:

ומעתה ניחזי אנן היכא דגנב ומכר בתנאי שימכרנה לאחרים ולא יחזיקנה לעצמו דהורע כחו של הלוקח בקנייה זו עצמו, מסתברא דפשיטא דפטור, דאין זה ומכרו כולו שהרי אינו יכול להחזיקו לעצמו, ולפי זה כשהקדיש בהמה גנובה לבדק הבית דעיקרא הוא

לקדושת דמים למוכרו לאחרים, ואיננה ראויה שיחזיקו לעולם לקדושת בה"ב, דאין זה מכירה שיתחייב בד' וה' דומכרו כולו בעינן, ולא עוד אלא דבקדושת בדה"ב מיגרע גרע מתנאי מפורש, דהתם הוא רק מצד התנאי, אבל בקדושת בדה"ב דבעצמותו לא ניתנה רק למוכרו הרי זה כאילו עשאו לגיזבר שליח למוכרו לאחרים, [ודמי לדברי הטורי זהב ביו"ד (סימן קי"ז ס"ק ב') גבי נזדמן לו נבילות וטריפות דרשאי ישראל אחר לקנות הימנו בזול ולמכור לעכו"ם ביוקר, ולא דמי לפירות שביעית דאסור בכי האי גוונא, דהתם ראויים ללוקח לגופן משא"כ בנבלות וטריפות כיון דאינם ראויים לו, הרי זה כאילו עשאו שליח מעיקרא עיי"ש], וסבירי להו להפוסקים כיון דבמתניתין סתמא קתני גנב והקדיש, משמע בין קדשי בדק הבית בין קדשי מזבח, וקושיית הש"ס מה לי מכרו להדיוט וכו' לא קאי אלא על קדשי מזבח לחוד דשייך גביה ומכרו כולו שהרי יחזיקו בגופו, ועל זה הוא דמתרצינן דעודנה לית ביה ומכרו כולו שעודנה נטפל ביה שמא דראובן, אבל בקדשי בדק הבית לא צריכינן לפוטרו משום שמא לבד, שהרי שייר בעצמותו שאינם יכולין להחזיקו בגופו רק למוכרו לאחרים:

יז ולפי"ז איפשר לחתור ולמצוא מקום גם לברייתא [דף ע"ט] דקתני גנב והקדיש משלם ד' וה', דתליא בפלוגתא דלעיל [ד' ע"ח:] גבי מכרו חוץ מאחד ממאה שם בגמרא, ורב דאמר כמאן, אמרי רב דאמר כהאי תנא וכו' חוץ מידה וחוץ מרגלה אינו משלם, חוץ מקרנה חוץ מגיזותיה משלם, ופסקינן שם כרב [כמ"ש הרמב"ם פ"ב מהלכות גניבה הלכה י"א], הרי כל כמה דשייר בגופה בדבר הניתר בשחיטה, אלמא דגופה היא כיון דלא הותרה אלא בשחיטה הוי שיור, אבל קרנה וגיזותיה דלאו מגופה היא לא הוי שיור, ומש"ה נמי בקדשי בדק הבית דשייר בגופה שהרי אין ביכולתו רק למוכרו לאחרים, ומש"ה פטור מד' וה' שהרי [גבי טביחה] מתיר בשחיטה לו ולאחרים בעינן, הכי נמי במכירה בעינן שיהיה קנוי לעצמו, וכל כמה שאינה קנויה לעצמו כלל רק לאחרים לא קרינן ביה ומכרו כלל שהרי שייר בגופה:

איברא לרבי דסבירא ליה שם דדוקא דבר המעכב בשחיטה דהיינו שנעשה על ידו נבילה מיחייב, עיי"ש בפירש"י, הרי דאע"ג דשייר יד ורגל הרי זה מכירה לחייבו בד' וה', הוא הדין נמי בקדשי בדק הבית שהרי כעין זה לא מצינו שיעכב בשחיטה, ומשום הכי שפיר הוי מכירה לחייבו בד' וה', אבל בקדשי מזבח אפי' לתנא דברייתא פטור, ולא משום טעמא דרמב"ן הנ"ל אלא משום דלפי מדברות בני אדם אין זו מכירה דמעיקרא תורא דראובן, וכמ"ש לעיל לדעת תוס', שהרי אפי' כשהקדישה לבדק הבית לפני יאוש משלם

ד' וה' כמ"ש התוס' בד"ה גנב והקדיש דף ע"ט], אע"ג דלכולי עלמא לא קדיש ולא מהני מידי, כיון דבשלו הוי הקדש מיקרי מכירה לגבי ד' וה':

יח כתב השיטה מקובצת ב"ק דף ע"ו בד"ה מעיקרא תורא דשמעון] וזה לשונו, וא"ת הא לעיל גבי קרבנו ולא הגזול פירשנו דכי הקדישו לאחר יאוש קני ליה ביאוש ושינוי רשות אפי' למאן דאמר דשינוי לא קני, דמחמת שינוי השם לא מצינו למימר דאכתי לא אתינן להאי טעמא עד בתר הכי, אלמא חשיב הקדש דקרבן כמכירה, וי"ל אע"ג דהכא לא הוי הקדש כמכירה כיון דשם בעליו עליו מ"מ לענין קנייה חשיב שפיר שינוי כמכירה, ועוד י"ל דודאי לפי מה דסברינן לעיל דהקדש חשיב שינוי רשות, לא ידעינן האי מסקנא דהכא דטעמא דמתניתין הוי משום דלא חשיב הקדש מכירה משום דשם בעליו עליו, ולפי מסקנא זו דהכא ודאי נאמר לעיל משום שינוי השם עכ"ל. ויש להבין למאי שכתבנו לעיל [באות ח'] איך אפשר לומר דגבי קרבנו ולא הגזול ליכא שינוי רשות, למסקנא דמשום דמעיקרא תורא דראובן לא מיקרי שינוי רשות, דהא לגבי גזול דמשמע שידוע שגזלה הרי מעולם לא נקרא על שמו כיון שפסול להקריבו משום מצוה הבאה בעבירה, והרי נופל לקיץ המזבח, דבשלמא בדעת תוס' בקושייתם דדבריהם קאי לסלקא דעתא דלא משום שנקרא בפי הבריות על שמו, אלא דלקושטא עודנו ברשותו משום הואיל דאי בעי מיתשיל עלה וכמ"ש לעיל [באות י'], אבל לקושטא מוכח להדיא דאי איפשר לומר כן למסקנא, דא"כ גנב של הקדש נמי יתחייב מהאי טעמא, וי"ל דהכי קשיא ליה דהרי אליבא דרבה דסבירא ליה בידוע נמי מחלוקת, וא"כ אליבא דרבנן דר"ש בע"כ צ"ל דקרא דקרבנו דרשינן ולא הגנוב, דבגזילה ליכא יאוש כלל, ואפי' הכי קנוי להקדש אע"ג דבגניבה ליכא שינוי רשות מהאי טעמא דמעיקרא תורא דראובן, ועל זה תירץ שהוא לסלקא דעתא דאכתי לא ידעינן מהאי טעמא דלקמן, ולמסקנא דלקמן אמרינן דהא דקנוי להקדש הוא מטעם שינוי השם, וסבירא ליה דשינוי השם החוזר לברייתו קונה לאחר יאוש, [וכמו שכתבתי באות י"א]:

סימן פד

עוד בענינים אלו

א עיין בשמ"ק בב"ק (דף ל"ג] בד"ה מתניתין מני ר"ע היא בסוף הדיבור וז"ל, וכן בגזלן גמור אם הקדישו הנגזל ואח"כ העמיד את הגזלן בדין והוציאו מידו בב"ד, הכי נמי דקדוש, והא דאמר ר' יוחנן דאינו קדוש הוא היכא שלא הוציאו בדיינים, הרא"ש ז"ל עכ"ל. ואינו מובן כיון דבשעתיה לא קדיש דאינו ברשותו, ומי איכא מידי דאילו השתא לא קדיש וכו'. ונראה לתרץ ע"פ דברי תוס' גיטין [ד' מ':] ד"ה והקדש וכו', תמצית

דבריהם שם דהיכא שאינו יכול לסלקו במעות וגם אם מכרו גובה מן הלוקח ואינו יכול לסלקו בזוזי, אזי גם רבא מודה דלמפרע הוא גובה, ואם אקדיש מלוה קודם שטרפו מהני למפרע, ולדברי תוס' האלו נכונים הדברים, כיון דנשתעבדו נכסי דגולן משעת גזילה, וגם אם ימכור לאחרים מוציאו מיד הלוקח ואינו יכול לסלקו בזוזי, אזי לכ"ע למפרע ה"ג:

ובזה יישבתי בימי חרפי דברי רמ"א [סי' רע"ח סעיף י"ד] וז"ל, ואפי' נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מייאש מיקרי מוחזק עכ"ל. ותמה בקצוה"ח שם דהא אמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים וכו' ואם תמצא לומר כיון דהדרי בעינא אינו דומה למלוה ומיקרי מוחזק דא"כ אף לאחר יאוש נמי, ועתה ראיתי בביאור הגאון החסיד זצוק"ל שתמה ג"כ בזה והוסיף עוד להקשות מברייתא שם שהקשה שם בגמרא השתא מוחכרת וכו' דלא ברשותא דמרא וכו' רועה באפר מיבעיא, והשתא אם נימא דאפי' בגזול נוטל פי שנים, יקשה לו גם מרישא השתא בגזול נוטל, מוחכרת וכו' מיבעיא, ויישבתי זה שנים כבירים קו' קצוה"ח הנ"ל ע"פ דברי תוס' והרא"ש מובא בשמ"ק ב"ק הנ"ל דהיכא דיכול להוציאו בדיינים ואינו יכול לסלקו בזוזי, ואם מכרו מוציאו מן הלוקח בדין, אזי לכ"ע למפרע ה"ג ואי זבין מלוה שפיר זבין, ומידי הוא טעמא דאינו נוטל בראוי משום דכתיב לתת מתנה קרייה רחמנא, והכא בגנב ולא נתייאשו הבעלים בעל כרחו שיש לו עדים איירי, [דומיא דקרקע גזולה דכתב רמ"א דאיירי דוקא בדאיכא עדים ויכול להוציאה בדיינים, כדאיתא במסכת ב"מ ד' ז' ע"א גבי מסותא], (דאל"כ מסתמא מייאש) ויכול להוציאו בדיינים והוציאו, וכיון דאי זבני הבעלים מהני להכי נוטל הבכור פ"ש כיון דראוי לתת, אבל לאחר יאוש הגם דיאוש כדי לא קנה, כיון דאם מכרו שוב אינו יכול להוציאו מן הלוקח דקנייה ביאוש ושינוי רשות שפיר מיקרי ראוי, כיון דבכהאי גוונא אמרינן דמכאן ולהבא גובה ואינו ראוי לתת:

וקו' הנ"ל מקושיי' הגמרא מסיפא מכלל דרישא ניחא, נראה דמדקדוק לשון הרא"ש בשיטה הנ"ל משמע דדוקא שהוציאו בדיינים ועי"ש, ואין מן הסברא לומר דהיכא דיכול להוציאו בדיינים ונתן לו מעצמו, דישתנה הדין לענין הקדש ומכירה, רק דבא להורות לן דדוקא היכא שיכול להוציאו בדיינים אזי אפי' כשהחזיר מעצמו אמרינן דלמפרע שלו. איברא זהו בגזול שכבר נכנסו לרשות הגזלן, אבל במוחכרת ומושכרת אפי' דלית להו עדים כלל אפ"ה לא הוי ראוי, ועי"ש (דף קכ"ד] בפירוש רשב"ם בד"ה ירשו שט"ח וכו' דבמלוה ע"פ אפי' לרבי אינו נוטל פ"ש, כיון דיכול לטעון פרעתי הוי ראוי, אבל מושכרת אע"ג דיכול לכפור מיקרי מוחזק וכן כ' בקצוה"ח שם סס"ק י"ד דמשמע מהפוסקים כן]:

ב ועפ"י דברינו מתורץ על נכון קושיית השאגת אריה שהקשה בסי' פ"ט] על הא דאמר ר"ח בסנהדרין [ד' קי"ב] עיסה חציה של עיר הנדחת וחציה של עיר אחרת מותר, דעיסה כמאן דפליגי דמיא, וכן פסק הרמב"ם, ותמה דאנן פסקינן דבדאורייתא אין ברירה ואכתי מידי ספיקא לא נפקא, ונראה דבפשטא מיירי שקודם שנגמר הדין נתן לו אחד מעיר אחרת דמים לעשות לו עיסה בשותפות ותהיה בפקדון אצלו עד שיבא ויטול את שלו וכן עשה ואח"כ נגמר הדין של עיה"נ, וא"כ כבר נעשה שומר חנם, ועיין כתובות [ד' ל"ד:] דאיכא תרי לישני, אם נשתעבדו נכסי השומר משעת משיכה או משעת שנאבד הפקדון מידו, ועיין בחו"מ [סימן שמ"א סעיף ד'] דרי"ף ורמב"ם פסקו כלישנא קמא דנשתעבדו משעת משיכה, ועיין יבמות [דף ס"ו:] גבי איצטלא דפרסוה אמיתנא, אמר רבא קנייה מיתנא והאמר רבא הלכה כר"י [דיכולה לומר כליי אני נוטל] מי לא מודה ר"י דמחוסר גוביינא וכו' רבא לטעמיה דאמר הקדש חמץ ושיחרור מפקיעין מידי שיעבוד, ועיין גיטין [ד' מ':] בתוס' ד"ה הקדש שפירשו, דזהו לטעמיה דרבא דסבירא ליה בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה, לכן אם הקדישו קדושת הגוף וכן בחמץ ושיחרור אמרינן כיון דחל שעה אחת שוב לא נפקע, אבל לאביי דס"ל למפרע ה"ג ונקנה לו למפרע, אזי נפקע הקדישו ושיחרורו למפרע, [ביאור כוונתם דלעולם נקטינן בפלס מאזני צדק כאילו לא נתחדשה המקרה ההוא שדנין עליה, לכן גם עתה שנתחדשה המקרה לא נשתנה דינו מפני שמץ מנהו, לכן גם בנידון זה אילו לא הקדישו הלוה הרי בא לידי גוביינא לבסוף ונקנה לו למפרע לכל דבר, גם עתה שהקדישו הלוה קדושת הגוף לא נגרע כחו של מלוה, ואמרי' שיבא לידי גבייה, ואזי ממילא נפקע כחו של הקדש למפרע מפני קנינו של מלוה שקנוי לו למפרע ולא אמרינן להיפוך שלא יבא לידי גבייה וחייל ההקדש בשעתו, וכיון דחייל שעה אחת תו לא נפקע, משום דכלל זה נקוט בידינו דלעולם היכא דתרתי סתרי אהדדי אזלינן בתר שעתא שלא נתחדשה המקרה, וחדש מפני ישן תוציאו, ועיין חולין (דף ז') בספק במקרה, ובזי"ר ח"ר דף מ"ו סימן י'], והקשו התוס' בסוף הדיבור דהא באיצטלא שאין יכולין לסלקה בזוזי גם לרבא למפרע הוא גובה, ותירצו כיון שאם מכרוה יכולים לסלקה בדמי לא נקנה למפרע, עד כאן תמצית דבריהם, ומזה נשמע דהיכא דאינו יכול לסלקו בזוזי לא הוא ולא הלוקח אזי גם לרבא למפרע הוא גובה, ואי הקדישה מלוה או זבנה שפיר דמי, ולכאורה יש להתבונן בין לאביי בין לרבא היכא דאינו יכול למוכרו ולסלקו, אמאי מהני מה שהקדיש או זבנה, כיון דתליא בגבייה דלבסוף ואולי לא יבא לידי גבייה, ובדאורייתא אין ברירה, אלא דנשמע מזה כיון דמעכשיו נשתעבדו כל נכסי דלוה ואין יכול למוכרן כאדם העושה בשלו, וכמ"ש רש"י פסחים [דף ל':] בד"ה

כ"ע לא פליגי כו' וז"ל שם ואע"ג שהם שלו אינם ברשותו ורחמנא אמר ואיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו וכו', נמצא שכבר משעת הלואה יצאו מרשותו, וכבר נכנס בגדר קניי' אלא שלא נגמר אלא לבסוף, וכל כי האי גוונא לכולי עלמא יש ברירה, ועד כאן לא אמרינן אין ברירה אלא היכא שנתברר הדבר לבסוף עיקר הדבר מכל וכל מתחלתו ועד סוף, משא"כ היכא שכבר נתברר תחלתו מיד, ורק שלבסוף נתברר גמר הדבר לכ"ע אמרינן יש ברירה, וכעין שכתב הר"ן בפ' השותפין גבי קונם בחצר שאין בו דין חלוקה, ועיין רשב"ם ב"ב (דף ס"ז סוף ע"א) בד"ה כיון שהחזיק וכו', תמצית דבריו כיון שקיבל דמי כולם ונשתעבדו ללוקח כיון שכבר יצאו מרשותו כמ"ש רש"י בפסחים הנ"ל), לכן מהני חזקה קלישתא כזו לגמור קנינו, ולפי"ז ניחא גבי עיסה של עיה"נ דכיון דעד שלא נגמר דינו, הרי מה שנוטל הוא שלו למפרע, דממה נפשך אם מגיע את חלקו הרי הוא שלו מתחלה ועד סוף, ואם מגיע לו חצי של חבירו, וחצי שלו חלוט ביד הנפקד הרי כבר נשתעבד לו מתחלה, דר"ח ס"ל כלישנא קמא, וכיון שאינו יכול לסלקו בדבר אחר כי אם מעיסה זו נתחייב לו בחציו, וכן הלוקח מידו צריך ליתן לו החצי מעיסה, וכל כהאי גוונא הרי הוא שלו למפרע לכל דבר, לכן גם עתה שנתחדשה המקרה כזאת ונגמר דינו תו לא נשתנה דינו ולא חייל כלל הגמר דין על חציו ולא נאסרה על ידו, כיון דלמפרע הוא שלו לכל דבר, וכמו באיצטלא דלא חייל איסורו לאביי, דכל היכא דאיתא לתרתי דסתרי לא נשתנה דינו מאשר היה לפנים בשום דבר, וכמו שכתבתי לעיל:

ג

ג ועפי"ז מתורץ קושיית הקצוה"ח בשם בנו הרב הג' ז"ל [בסי' שפ"ו ס"ק ז'] שהקשה על הא דאיתא בריש פסחים, דעד כאן לא אמרינן לר"ש דבר הגורם לממון כממון דמי אלא היכא דליתא בעינא, ובסנהדרין [דף קי"ב:] איתא דלר"ש גם בקדשים שחייב באחריותן לא הוי שלל שמים משום דבר הגל"מ מיקרי בעלים, והרי התם איתא בעינא, וע"פ הנ"ל ניחא כיון דאיכא תרתי דסתרי, דאם עבדינן כדינא דעיר הנדחת הרי ליתא בעינא, שלמפרע הוא של הבעלים משום גורם לממון, ואם לא נעבד בהו כדינא הוי למפרע של הקדש, אזי נקטינן הדבר בתר סופי' ועבדינן בהו כדינא, וכסברת התוס' גיטין הנ"ל, דלאביי לית ליה דהקדש מפקיע מידי שיעבוד, אחר זה עיינתי שם בפנ"י שמפקפק על סברת התוס' הנ"ל, דנימא איפכא דלא יגבה ולא נפקע קדושת הגוף, כיון דכבר חל שעה אחת, ולמאי שכתבתי ניחא, דסברתם מוכרחת מסוגיא דסנהדרין ופסחים הנ"ל, [ועמ"ש לעיל סי' מ"ג אות ז' לתרץ קושיית הפנ"י באופן אחר]:

ד עוד שם בקצוה"ח בסוף הדבור וז"ל, ובתוספתא פ"ד דבב"ק שור של הקדש הבעלים נוטלים את נזקו ונותנים את נזקו עיי"ש, ומשמע דאתיא כר"ש דדבר הגורם לממון כממון, ומדקתני נותנים את נזקו, משמע דאפי' איתנהו בעינא הוי ליה דבר הגורם לממון וכממון וצ"ע עכ"ל, ולמאי שכתבתי לעיל אתי שפיר, עיין תוס' ב"ק [דף נ"ו:] בד"ה פשיטא, בטעמא דהוציאוה לסטים לסטים חייבין, וז"ל דסברא הוא דגזלן נכנס תחת הבעלים, דכיון שהוציאוה מרשות בעלים שהיו חייבים בשמירתה, ואין הבעלים יכולים לשומרה לפי שנגזלה מהם יש על הגזלן לשומרה, דלענין נזקין איקרי בעלים כל מי שבידו לשומרה וכו' עכ"ל, הרי דגם בגזלן שבא לידו שלא מדעת הבעלים, משלם את נזקו גם בתם שמשלם מגופו, כיון דבידו לשומרו בעלים מיקרי לענין נזקין, ולפי"ז אשכחן פתרא לדברי התוספתא, דמיירי בתם שמשלם מגופו, וכיון שאחר הגבייה נסתיים הדבר דכדין גבייה, משום דאז הוי גורם לממון, אזי גבי שפיר, ואזלינן בתר סופו, דהא חיוב שמירתו עליה רמיא, כיון דחייב באחריותו, ולא גרע מגזלן, וגם רשות הקדש לא נפקע עי"ז, דהא מצי הניזק להקריבו לעצמו, רק זכות המקדיש יופקע עי"ז, דהא כל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים אלא שלא עלו לבעלים לשם חובה, ונמצא דגבייתו אינו מגרע זכות הקדש, רק זכות המקדיש שיהיה מוכרח להביא קרבן אחר, ומשום הכי נקטינן פני הדבר בתר סופו, ושפיר גבי:

ה אמנם אכתי קשיא דברי התוספתא, דמשמע בפשטא דמיירי גם במועד, מדנקט התם גבי הנך בבי דקתני גבי', לחלק בין תם למועד ובזה לא חילק משמע דמיירי גם במועד, ויש ליישב דברי התוספתא בהקדם דברי התוס' כתובות (דף צ"ב) בד' אי, וז"ל מכאן יש להוכיח דאע"ג דאמרינן לעיל בפ' הכותב דדינו דבע"ח בזוזי היכא דאית ליה זוזי, מ"מ אם הפסיד הלוה בכך לא יתן ליה זוזי וכו' עכ"ל, ומוכח מדבריהם דכ"ש היכא דאיכא פסידא דמלוה או דניזק אם יטול זוזי, דמחוייב לשלם לו בדבר אחר שלא יגיע לו הפסד מזה, דהא בכמה דוכתי מצינו דחששו לפסידא דמלוה וניזק משום נעילת דלת, (עיין ריש סנהדרין ומאי טעמא אמרו דיני ממונות לא בעינן דרישה וחקירה כדי שלא תנעול דלת בפני לווים, וכן מטעם זה לא בעינן מומחין, ועיי"ש בתוס' ד"ה שלא, דחששו ג"כ שתנעול דלת בפני גזלנים), ובזה מודה גם הרא"ש דפליג התם על דברי התוס' עיי"ש, משא"כ התם גבי בע"ח דכיון דדינא דבע"ח בזוזי, והשתא דרצה לסלק לו בקרקע הרי אתי לגרוע דינו ולהפסיד זכותו, א"צ לקבל רק כפי דינו, אע"ג דע"י זה יפסיד השני לגמרי, משא"כ בשור המועד דלניזק הוא דאית ליה פסידא ולא למזיק, דכל היכא שאינו משלם רק כדי נזקו, או כפי נשיו לא מיקרי פסידא כמובן, ולפי"ז יתיישב היטב דברי

התוספתא דכיון דאיכא פסידא דניזק שלא יגבה כלל, אזי ודאי גם במועד משלם מגופו, ויכול הניזק ללקחו ולהקריבו לעצמו, ולא יעלה לבעלים לשם חובה, ויתחייב להביא קרבן אחר, וכיון דבסופו גורם לממון הוה אזי דנין הדבר על שם סופו כנ"ל:

וגם בלא זה נראין הדברים דבנדון דידן גם במועד משלם מגופו, דכיון שידחה עיקר הגבייה בלא זה, ובמועד משלם מן העליי' ואין לך עלייה גדולה מזו:

ו הקשה תלמידי החריף והשנון מו"ה צבי מיכל נ"י, דסוף סוף בין בתם ובין במועד לא איפשר שיזכה בו כיון דהקדש הוא, ונהי דבעלים ראשונים לא יצאו ידי חובתם, אבל גם הניזק מסתברא דלא יצא ידי חובת נדרו כיון דלא זכה בו, ונמצא דכל עיקר גבייתו אינו כדי להרוויח לעצמו רק להפסיד לבעלים, ואמרתי לו דכשם דאמרינן להדיא בב"ק (דף ע"ו) דבקדשים דחייב באחריותן, לר"ש מחייבין לגנב ד' וה' כשגנבן והקריבן בפנים שלא לשם בעלים דוקא כדאיתא שם, אלמא דאית ליה זכייה בגווה להתחייב באחריותן ע"י משיכה שמשכו לרשותו, הכי נמי אית ליה זכייה ע"י גוביינא דבי דינא לקנותו לגמרי כפי ענינו שיצא ידי חובתו להקריבו בשבילו, דתרווייהו שווין בענין זה באיכות קניינם, וכן איתא להדיא בפ' השוכר את הפועל (דף ע"ב.) בד"ה ומאי לא ניתן להשבון בסוף הדיבור וז"ל אבל גזל דבאיסור אתא לידיה, אי לא מהני משיכה במקח לא מהני אף בגזל עכ"ל:

סימן פה

בדיני האוסר דבר שאינו שלו

בעזה"י קיץ תקפ"ה לפ"ק קוואהל יע"א.

א דברי רש"י במס' חולין [ד' מ'] בד"ה היתה, התמוהים משתי קושיות התוס' ד"ה רבוצה, דמגזל ולא נתייאשו הבעלים מוכח דאפי' בדאגבהה לא הוי שלו, ועוד דמאי פריך לקמן על ר"נ מהמטמא וכו', הא התם מיירי באגבהה והוי שלו. ג] קושיית התוס' בד"ה ת"ש, דמאי משני באית ליה שותפות, הא אמר התם למ"ד מנסך ממש, לא בעי למימר מערב דהיינו מדמע, ולפי תי' הגמרא קשה הא אכתי היינו מדמע. ד קושייתם בד"ה בישראל, וז"ל וקשה דא"כ אמאי חזר והקשה קושי' שכבר תירץ. ה] גם תמוהים לענ"ד דברי רש"י ד"ה בשוגג וד"ה פטור, דממנ"פ איזה מכוון שיהיה, לא הוצרכנו לפטור שוגג מטעם היזק שאינו ניכר, [כמו שפי' רש"י בד"ה פטור עיי"ש], דהכא בהגביה ע"מ לאוסרו אירי, ואי שוגג שלא ידע שהוא של חבירו, הא אנן פסקינן היכא דסבור שהוא שלו לא הוי גזלן לחייבו אשעת הגבהה, רק מזיק מחוייב אף בשוגג דאדם מועד לעולם, וא"כ בשוגג פטור בשעת הגבהה מטעם דלא ידע, ובשעת ניסוך הוה קם ליה בדרבה מיניה, וזה

מבואר בש"ך (בסי' שמ"ח ס"ק ו'), ואף דמביא שם דברי נ"י בנתנו לבכורות בנו, דאף דלא ידע מחוייב אשעת הגבהה, עיין נתיבות (סי' שמ"ח ס"ק ד') שמישבו על נכון], ואם תימצא לומר דדברי רש"י דפוטר שוגג מטעם היזק שאינו ניכר, קאי על שוגג שלא ידע שאוסרו במעשה, מ"מ קשיא דמאי קעביד, דהא סוף סוף כיון דלא נטלו להחזיק בו רק לנסכו, והיכא דלא ידע שאוסרו בניסוך זה מאי קעביד, דלא הוי רק שואל שלא מדעת, דנוטלו לשם תקרובת עבודת כוכבים ולהשתמש בשל חבירו, ומוכח מדברי תוס' בב"מ (דף מ"א:) ד"ה חדא, דהיכא דהוה שואל של"מ אינו חשוב כאילו כבר נשתמש בשעת משיכה לבדה, ואף אם תמצא לומר דרש"י פליג בזה דחייב משעת משיכה, מ"מ היינו דוקא היכא דמשיך לשם תשמיש המחסר, אבל כאן הוה תשמיש שאינו מחסר דהוי היזק שא"נ, וגם לפי דעתו לא הוה היזק כלל, דלא ידע שנאסר במעשה זה, ומבואר בחו"מ (סי' רצ"ב ס"א] דהיכא דמשיך לשם תשמיש שאינו מחסר אינו מחוייב רק משעת תשמיש, ובשעת תשמיש קם ליה בדרבה מיניה. והנה באמת דברי רש"י שפי' דפטור מטעם היזק שא"נ מוכרחים, חדא דליהוי דומיא דהמטמא והמדמע, ועוד מקושי' הגמ' בגיטין (דף נ"ג] והא מנסך דאורייתא ולא קניס, דהא גם במזיד היכא דהוה קם ליה בדר"מ פטור, ולא מחייבינן ליה רק אשעת הגבהה, ובשוגג לא נוכל לחייבו אשעת הגבהה, ושוב פטור מטעם קלבד"מ ולא גדול כחו של שוגג ממזיד, אלא ודאי דאף בשוגג לא שייך קלבד"מ, ולפי שיטת רש"י דבעל מנת לאסרו אייריי, הדרא קושיא לדוכתא, דאמאי אינו פטור מחמת חיוב מיתה כנ"ל, ועיין תוס' גיטין ריש ד"ה מנסך, וגם דברי חזקי' דבר תורה אחד שוגג ואחד מזיד חייב, קאי גם על מנסך, וגם דברי רש"י סותרים זא"ז דבגיטין פי' רש"י דאיירי בהגביהו על מנת לגוזלו, גם דברי רש"י בד"ה פטור, לכאורה הוא שפת יתר דלענין מאי הביא רש"י קושי' הגמ' ותירוצם שם:

ב ונלפענ"ד ליישב, דהנה הא דאדם יכול לאסור את של חבירו מכלים דאחז ילפינן ודוקא במעשה, ועיין יבמות [דף פ"ג:] תוס' ד"ה אין וכו' וז"ל וא"ת מאי שנא מנותן נבלה או חלב בתבשיל של חבירו שנאסר, ואור"י דבדבר התלוי במחשבה הוא דאמר הכי כגון משתחוה לבהמת חבירו דסוף פ"ב דחולין דאפילו עשה בה מעשה כגון ששחטה, איכא למאן דאמר דלא אסרה ואיסור כלאים נמי תלוי במחשבה, כדאמר במס' כלאים גבי הרואה ירק עכ"ל, עיין ר"ש כלאים [פ"ז משנה ה'] שמביא תי' תוס' הנ"ל, וז"ל ולא יתכן דהרי העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת דפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, אלמא אוסר אע"ג דתלי במחשבה כדאשכחן בפ' א"מ הכניסה לרבקה ודשה כשרה משום דלא ניחא ליה, אלא כל הני היינו טעמא גבי עכו"ם לאו שמי' תקרובת

כיון שאינו שלו עכ"ל יעוי"ש, ויש להקשות לדעת ר"ש, דבע"ז (דף נ"ד) ובחולין אמרינן דנעבד של אחרים מותר, וגם בזבחים דהקשה בגמ' (דף קי"ד ע"א) אמוקצה ונעבד, והא אין אדם אוסר דבר שאינו שלו, ובנעבד לא שייך האי טעמא, שהרי מקרא מלא דיבר הכתוב וראית את השמש ואת הירח וגו'. א"ו בע"כ צ"ל דכל המבוכה שעמדו בזה בעלי התוס' ור"ש הוא דוקא על מעשה, אבל בלא מעשה בודאי אינו אוסר דלא מצינו מדבר ואוסר אלא גבי קונם, ובקונם גופיה אין אדם אוסר פירות חבירו על חבירו, ולהכי אמרינן שפיר אין אדם אוסר דבר שאינו שלו גבי מוקצה ונעבד שלא עשה מעשה בגופיה:

לכן נראה לפענ"ד לשדד את פני המבוכה הזאת, וליישב גם דעת בעלי התוס' הנ"ל, ומתכונת הדברים כך הוא, דדוקא באיסורי הנאה הוא דפליגי אפי' ע"י מעשה, כגון המסכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו, וכן בתקרובת, כיון דהוי תרתי, איסורי הנאה, וגם דתליא במחשבה [ועיין מש"כ לקמן סוף אות ו'], אבל באיה"נ דלא תליא במחשבה, כגון בשר בחלב וכדומה, כ"ע מודו שנאסר ע"י מעשה אפי' בשל חבירו, וכן בדבר התלוי במחשבה ולא אסרו בהנאה ע"י מעשה כזו, אפי' שנאסר בהנאה ממילא מחמת שהוא של הקדש, כגון העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת, כיון דלא אסרו ע"י מעשה זו בהנאה, רק שפסלו לעבודה ע"ג מזבח או שפסלו להזייה, יוכל לאסור ע"י מעשה לכ"ע:

וטעם הדברים לפי דמצינו בכל איה"נ ששלו הו, רק דהוי אינו ברשותו כמבואר ר"ן נדרים (דף מ"ג) ד"ה והוי יודע כו' עי"ש, וכן מבואר בריטב"א סוכה דאיה"נ חשיבא לכם, ואפ"ה אינו ברשותו, כמבואר דחמץ אינו ברשותו, וכ"ז מבואר בתשו' הריב"ש [סימן ת"א], ואם כן היכי יכול להוציא מרשות בעלים דבר שהוא ברשותם, שהרי גם בגזלן אינו יכול להוציא מרשות בעלים אלא בקנין, כמבואר במרובה (דף ע"ט) גבי היה מושכו ויוצא, ובכמה דוכתי, לזה הוכרחנו ללמוד מכלים דאחז, דבמעשה יכול להוציא מרשות בעלים, ואף דבגזלן הוצרך דוקא לעשות קנין בהגבהה או משיכה, לפי דהפרש יש בין גזלן לאוסר, דגזלן מכניס לרשותו, משא"כ האוסר דגם לרשותו אינו מכניסו, ולפינן שפיר מכלים דאחז, דדי במעשה לבד לרב הונא, ולמאן דס"ל דאין אדם אוסר אפי' במעשה, סובר דשאני כלים דאחז, כיון דאינו נאסר רק לגבוה, אבל לאסור בהנאה אינו יכול אפי' ע"י מעשה, כיון דהוצרך להוציא מרשות בעלים לא יצא מגדר הקנאה וקנין, כדאמר רבא ביבמות [ד' ס"ו:] גבי איצטלא דפרסוה יתמי אמיתנא קניי' מיתנא, משמע דאיסורי הנאה מכונה בשם קנין, לפי שמוציאו מרשות בעלים, ונמצא למאן דס"ל דמעשה אוסר באיה"נ, יש שלשה סוגים בגדרי קנין. האחד, בדעת אחרת מקנה, דמוציא מרשות בעלים ומכניסו לרשותו, ושיהיה שלו לגמרי, אזי צריך לקנין גמור שימשכנה

לרשותו או לסימטא דוקא. והשני, בגנב וגזלן, דמצרכינן להגבהה ומשיכה, ואפי' כשמשכו לרה"ר נמי מהני כמ"ש התוס' כתובות [ד' ל"א:] בד"ה וברה"ר יעוי"ש, לפי דלא מהני רק להכניסו לרשותו, אבל לא שיהיה שלו לגמרי. והשלישית, באיסורי הנאה, שגם לרשותו אינו מכניסו, רק שמוציאו מרשות בעלים לחודא, בזה ס"ל לרב הונא שגם במעשה לחודא מהני להוציאו מרשות בעלים, ואינו צריך להגבהה ומשיכה דוקא:

ג ועתה נתורה נא ונראה בגדרי קנין ורשות, ונראה בעליל מדעת רש"י שגם בגנב וגזלן היכא שאינו מכניסו לרשותו שיתחייב באחריותם, כגון היכא שבטעות באו לידו, דגבי גו"ג לא חייבה רחמנא על השוגגין [דדוקא במזיק הוא דריבה רחמנא, דאדם מועד לעולם], אבל מ"מ הוציאו מרשות בעלים לגמרי לכל דבר, כדאית' להדיא ב"ק [ד' ס"ט] כל שלקטו עניים יהיה הפקר, ופירש"י שם דאיירי בגוונא שבטעות אתי לידם, דשני שבלים לקט ושלשה אינן לקט, והעניים אינם בקיאין בהלכה, ואיתא שם דצנועין ור' דוסא אמרו דבר אחד, דסברי שגם באינו ברשותו יכול להקדיש ולהפקיר יעוי"ש. הרי דאע"ג שלא נכנס לרשותם להתחייב באחריותם, מ"מ יצא מרשות בעלים, (ועיין מש"כ בזה בזי"ר ח"ר בדיני מעילה אות א', ליישב דברי ריטב"א קידושין), שהרי כל היכא דבטעות אתי לידיה לא נתחייב באחריותן, שלא ריבתה תורה את השוגגין, אלא לגבי מזיק ולא לגבי גו"ג. אמנם אם נשתנה אח"כ כגון טלה ונעשה איל, אזי אפי' בכה"ג דבטעות אתי לידי' קנאו בשינוי, שהרי קא שקלי וטרו גם בשואל אם שמין את השברים למשאיל, עי' בב"ק [ד' י"א], ואע"ג דפסקינן שם דלכל שמין חוץ מגו"ג, משום דבשאלה איתא לגמרי ברשות בעלים, דמידי הוא טעמא דבמזיק שמין משום דשינוי לא מהני אלא כל היכא שכבר יצא מרשות בעלים, אזי מהני שיהיה שלו, אבל לא מהני לשני דברים כאחד להוציאו מרשות בעלים, ושיהיה שלו לגמרי, הגע בעצמך אטו אם הניח להם אביהם עגל גזולה ונעשה שור בידם הכי נשתנה דינם מאביהם, הרי דאע"ג שלא נתחייבו באחריותן, מ"מ כיון שכבר יצא מרשות בעלים קנאוהו בשינוי, נידון מזה שכל היכא דבטעות אתי לידיה אע"ג דלא נתחייב באחריותו מ"מ קנאו בשינוי. איברא לענין שבח גזילה שהוא של גזלן אפי' בשינוי דהדרא, כמ"ש רמ"א סימן שס"ב], מסתברא דזהו דוקא היכא שנכנס לרשותו לכל אחריותו, וכשם דליוקרא וזולא הוא ברשותו, הוא הדין והוא הטעם גם כן לענין שבחא דדמי ליוקרא, ועיין יבמות [ד' ס"ו:] גבי כהן ששם פרה מישראל, אבל היכא שהוא לא נתחייב באחריות, וברשות בעלים עומדת באחריותן, אזי גם השבח הוי ברשות בעלים, ומפני שנפקותא רבה בכל זה לסוגיא דשמעתין לענין זה,

דמתי יכול לאסור ויחול איסורו גם בשאינו שלו, לכן ירדנו לחלוקים האלה כה, וכאשר נבאר להלן:

ד ולפום הצעת הדברים נמצא דרך נכונה וסלולה ליישב דברי רש"י בריש הסוגיא, דר"ה נקיט רבוצה לרבותא דבעומדת משעה שהגביהה והרביצה קנאה בהגבהה ונעשית שלו וכו' לפי שכל עיקר היסוד שאינו אוסר בדבר שאינו שלו, משום דבאיסורי הנאה מוציאו מרשות בעלים לגמרי, וכמש"כ לעיל באות ב', לכן נשמע ממילא דהיכא שנכנס כבר לרשות האוסר ע"י משיכה והגבהה שיצא מרשות בעלים ונכנס לרשותו, ויש לו צד זכות במאי שנכנס לרשותו להתחייב באחריותו לענין שבח גזילה וכמ"ש לעיל, ועל ידי מעשה זו שאסרו בהנאה מוציאו מרשות בעלים לגמרי, (כמו דאיתא גבי שור הנסקל בב"ק (דף עב ע"ב) לאו דמריה קטבח, אע"ג שגם קודם שטבחו כבר הוציאו מרשותו, וגם השתא עודנו שלו, אלא שאינו ברשותו, כמו בשארי איסורי הנאה דמיקרי לכם, אלא לפי שכבר יצא מרשות בעלים לגמרי ואינו עומד עוד להנתק ולחזור לרשותו כמו בגנב דעלמא, דאע"ג דלפי שעה יצא מרשותו, מכל מקום עומדת להוציא מידו ותחזור לרשות בעלים], ונמצא שאין לך שותפות גדולה מזו, שהרי במעשה זו שאסרו בהנאה דמוציאו מרשות בעלים לגמרי, הרי מוציאו ג"כ מרשות עצמו, אשר פתוך בכל צד זכותו, [ועיין בב"ש (בסי' כ"ח ס"ק ט"ז) שמביא בשם ש"י דשניהם יכולין להקדישו], גם כן לענין שבח גזילה, והשתא שאסרו בהנאה הרי מוציאו מרשות של עצמו כמו שמוציאו מרשות בעלים, ונמצא דלנידון זה הרי הוא כאילו היתה שלו, [ועיין ריש ב"מ גבי מגביה מציאה לחבירו דיותר עדיף היכא שצד זכותו קשורה וצרורה בזכות חבירו ואי איפשר להפרידם, מהיכא דאיפשר לחלקם, ועיין (בסי' ק"ה בנתיבות ס"ק ג')], והשתא אם ע"י שותפות שיש לו חלק ידוע אוסר את של חבירו, מכש"כ היכא שקשורים וצמודים יחד בעוצם המעשה הזאת בכללו, וכן אמרינן לקמן כיון דקנייה ליה לכפרה כדידיה דמיא, הרי שאע"ג שאין לו חלק מיוחד לעצמו, לא גרע מאית ליה שותפות:

ה אמנם עודנו קשה מקושיית הש"ס לקמן ממתניתין דהמטמא והמדמע כו' כקושי' תוס' השנייה, לכן לכוונה זו שיכל רש"י בפירושו והורה לן דרך ישרה וסלולה גם בכוונת המקשן, ויסוד הדברים מיוסדים ע"פ הקדמות והוצעת הדברים שכתבנו, דמשכחת לן בגנב וגזלן שאע"פ שאינם חייבים באחריותן מכל מקום מוציאין מרשות בעלים, וכל היכא שמוציאו מרשות בעלים קנאו בשינוי:

ועיין בתוס' גיטין [ד' נ"ב:] בסוף ד"ה מנסך, וז"ל בדף נ"ג] ועוד יש לומר דטעמא דשמואל אע"ג דהגבהה לאו צורך כו' אפ"ה פטור כיון דאשעת וכו' דקלב"מ אשעת הגבהה נמי

מיפטר דאמר ליה הרי שלך לפניך כמו תרומה ונטמאת וכו', ורב סבר כיון דבשעת הגבהה לא שייך למימר דקלב"מ, יש לחייב אכל מה שיעשה בידים אח"כ אע"ג דההוא שעתא קלבד"מ עכ"ל, ודבריהם משוללי הבנה בטעמא דרב, ובתורת גיטין נדחק בזה, לפי דרב לטעמיה דס"ל בסנהדרין (דף ע"ב) בדמים קננהו, ודרך רחוקה היא בכונת דבריהם, ועוד שהרי אנן פסקינן כרב בגיטין, ולא פסקינן כוותיה בסנהדרין, ועדיין תקשה לדידן אמאי לא יפטר בחזרתן, ויאמר הרי שלך לפניך, כמו בתרומה ונטמאת:

ונראה דעיקר כוונת דבריהם בנוי על מה שהקדימו ברישׁ הדבור שם, וז"ל ומטעם שלא יהא כל אחד ואחד הולך ומטמא טהרותיו של חבירו אין לחייבו, דמהאי טעמא לא מחייבינן ליה טפי אלא כאילו הוא היזק הניכר, עכ"ל. ופשטות דבריהם דקשיא להו דמה בכך שיש בו עוד צד פטור הלא גם בלא זה פטור ואפ"ה קנסוהו, לכן הגבינו בזה דלא עשאוהו אלא כהיזק הניכר, ושם [בדף נ"ג:] בקושי' התוס' שהקשו לחזקיה דס"ל היזק שא"נ שמיה היזק, מתרומה ונטמאת, מבואר שם בדבריהם דלחזקיה כיון דחשיב ליה כאילו ניכר אין לך שינוי גדול מזה וקנאו בשינוי זו, א"כ נידון נמי בר' יוחנן הכא דנסכו בידים לע"ג, דלענין זה עשאוהו מיהת כהיזק הניכר, וכיון שקנאו בשינוי תו אין יכול לומר הש"ל, וכיון דנתחייב בהשבה משעת הגבהה תו לא מצי למיפטר נפשיה ולומר הש"ל, ועל פי כוונה זו תירצתי גם את דברי הרמב"ם בפי' המשניות התמוהים שם, והמבין יבין מדעתו, [אחר זמן כביר הראה לי אחד מתלמידיי בתשו' הגאון הקדוש מוהרע"א צוק"ל (בסי' קס"ד) שכתב כן בפירוש דברי התוס', ונהניתי שכיוונתי לדעתו הגדולה], ובטעמא דשמואל אמרתי דס"ל דנהי דעל מעשה זו עצמו עשאוה כהיזק הניכר. אבל לא לענין אחר שימשוך ויוליד עוד מזה לענין הגבהה שנעשה קודם שנסכו לע"ג, ולכן לענין הגבהה עודנו נידון כהיזק שא"נ, ונקטינן לכל חד וחד בפ"ע, ורב ס"ל דנידון נמי למפרע שיתחייב על שעת הגבהה, וזה מדוקדק בדבריהם למעיין שם:

ועפי"ז ניחזי אנן כשאמר אחד לחבירו הריני נותן לך חפץ זה במתנה והלך אח"כ ונטלו לרשותו שלא בפניו, וכסבור שכבר קנאו בזה ונשתנה חפץ זה ברשותו, אע"ג דלקושטא לא קנאו במשיכה זו שהיתה שלא בפניו, ולא אמר ליה לך משוך וקני כמ"ש בחו"מ סי' קצ"ז סעיף ג'] מ"מ קנאו בשינוי אע"ג דלא נתחייב באחריותו, שהרי קסבר שהוא שלו שכבר קנאו במשיכה לרשותו, ורחמנא לא חייבה על השוגגין רק גבי מזיק, מ"מ כיון שכבר יצא מרשות בעלים כמש"כ לעיל [אות ג'], וכל היכא שהוציאו מרשות בעלים לחוד אזי קנוי בידו ע"י שינוי שנשתנה אח"כ, וכיון שנתחייב מיהת בהשבה ע"י הגבהה זו שנתכוין לקנותו בכך ואע"ג דלא קנאו מ"מ כבר יצא מרשות בעלים, וכל היכא שכבר

יצא מרשות בעלים, הרי שוב קנאו בשינוי שנשתנה אח"כ ותו לא יכול לפטור את עצמו ולומר הש"ל:

וזהו שפירש"י בכוונת המקשן שהקשה ממתני' על ר"נ ור"ע, דס"ל דמתני' איירי אפי' היכא שהגביה וכסבור שהוא שלו ע"פ דבורו דאידך שאמר לו טרם שהגביה הרי יין זה נתון לך במתנה והגביה אח"כ שלא בפניו, ואע"ג דלקושטא לא קנאו לגמרי מ"מ כבר יצא מרשות בעלים כמ"ש רש"י גבי לקט, וכיון שכבר הוציאו מרשות בעלים הרי שוב ע"י מעשה שעשה אח"כ לע"ג, חשיב כאילו הוא היזק הניכר וקנוי בידו ע"י שינוי, וכיון שנתחייב מיהת בהשבה בראשונה להחזירו לבעלים, אע"ג דלא נתחייב באחריותו לגמרי תו לא מצי מיפטר נפשיה ולומר הש"ל, כיון דע"י מעשה שעשה אח"כ לע"ג חשוב כאילו הוא היזק הניכר:

אמנם הא תינח לר"ה, אבל לר"נ דס"ל דאין אדם אוסר דבר שאינו שלו, קשיא, דמאי אמרת, כיון שהגביהו חשיב כאילו הוא שלו, דמידי הוא טעמא רק מפני שכבר נכנס לרשותו, ופתוך ביה צד זכותו ג"כ באיסור זה שאסרו בהנאה לענין שבח גזילה, או לענין ששניהם יכולין להקדישו, וכל זה ניחא כשהגביהה על מנת לגוזלה שכבר נכנסה לרשותו ונתחייב באחריותה, אבל בכסבור שהוא שלו, ובגוונא דכתיבנא שלא נתחייב באחריות ולא נכנס לרשותו שוב אין לו שום צד שתוף באיסור זה, וע"ז מתרצינן הכא נמי דאית ליה שותפות בגווה כיון דסוף סוף בע"כ צ"ל דאיירי כשהגביה קודם, דאל"כ קלבד"מ, אימא נמי כשהגביה ע"מ לגוזלו איירי כפשוטו וכבר נכנס לרשותו לגמרי ושוב לא גרע מאית ליה שותפות וכמש"כ לעיל:

וזה מדוקדק היטב בדברי הגמרא דלא קאמר ה"נ בדאית ליה שותפות אלא ה"נ דאית ליה שותפות, כיון דבלא זה צריכין לומר דאיירי כשהגביה שוב אין אנו צריכין לומר ולהוסיף דאיירי בדאית ליה שותפות ביין עצמו, כיון שכבר נעשה שותף ממילא באיסור זה ע"י הגבהה שהגביה ע"מ לגוזלה:

וכן מה שפירש דאיירי שהגביה ע"מ לאוסרו, הולך וסובב על קוטב זה, כיון שהגביה ע"מ לנסכו לע"ג, וכסבור שלא נאסר בניסוך זה, הרי לא נתחייב באחריותו ולא נכנס לרשותו, דדמי למגביה לתשמיש שאינו מחסר, ומש"ה לא דמי לדאית ליה שותפות כיון שעדיין אין לו שום צד זכות בהגבהה זו, ולפ"ז קושי' הש"ס בין לפירוש ראשון דכסבור שלו הוא, ובין לפי' אחרון דכסבור שלא תיאסר בזה, אזדא ליה רק משוגג דקתני פטור, דמשמע להדיא דנאסר רק דפטור מתשלומין, וקשיא לר"נ:

ו אמנם הא תינח לסלקא דעתא דס"ל דמפני שאין בו צד זכות להאוסר, הוא דאינו יכול לאסור, אבל למסקנא דעיקרא דמילתא מפני דלצעורי קמיכוון שוב לא מהני שותפות כזה במאי שכבר נכנס לרשותו, עד שיהיה לו שותפות ממש, משום הכי חזר והקשה ממתני' דגיטין, וכן משנים אוחזין בסכין, אע"ג שכבר תירץ דאיירי בדאית ליה שותפות, לפי דלישנא קמא אין אנו אחראין להוסיף כל כך ולאוקמא דאית ליה שותפות בגופו, רק שהגביה ע"מ לגוזלו, ובשנים אוחזין בסכין אפי' כשהגביה ע"מ לאוסרו, ועיין [בסי' שצ"ז ס"ק א'] דכיון שמחסרו כבר נכנס לרשותו להתחייב באחריותו משעה שהגביה ע"מ לאבדו, ומעתה נסתלקו כל קושיו' תוס' בסוגיין מדעת רש"י, [ואל ישיבני המבהיל להשיב, דמאי הקשה מעיקרא משנים אוחזין בסכין שהרי התם אינו נאסר בהנאה, ולא שייך בזה כלל דאינו אוסר דבר שאינו שלו, למאי דכתיבנא לעיל (אות ב') דזה אינו כלל דמידי הוא טעמא דנאסר באכילה רק משום דמחלפא בע"ג, כמו שפירש"י בד"ה דאמר להר, והאיך יהיה הטפל חמור מן העיקר, כיון דזובח לע"ג ממש לא נאסר כלל, וזה פשוט וברור]:

ז ובזה יתיישב ג"כ מה שהקשו בסמ"ע ובש"ך [סי' שפ"ה] שדברי ש"ע סותרים אהדדי, דגבי יין פוסק בבירור דהיכא דאית ליה שותפות יכול לאסור את כולה, ולגבי שחיטה [בסי' ד' סעיף ד'] מביא דעות חלוקות בזה, ומחלקין דשאני גבי יין, דכיון שיכול ליטול את חלקו לעצמו ולאסור רק את של חבירו, ש"מ דלא לצעורי הוא דעביד, משא"כ גבי בהמה, וחזרו וסתרו את זה בהגהות דרישה יו"ד ובשפתי כהן שם סי' ד' ס"ק ה'], שהרי כל עוצם ראייתם של רבותינו החולקים על רש"י דלא מהני שותפות ללישנא בתרא, מדחזרו והקשו במה שכבר תירצו ללישנא קמא, וא"כ עדיין קשיא אמאי חזרו והקשו מיין ממתני' דגיטין. ולדברינו הנ"ל ניחא דמתני' דחולין בשנים אוחזין בסכין, יותר משמע בפשטא דמתניתין דאיירי כשהיה של שניהם ושניהם בעלים, מלומר דאיירי כשהגביה ע"מ לאוסרו, דלא קתני ולא נשמע שום רמז ורמיזה בזה, ומשו"ה דייקא שפיר דללישנא בתרא דאמרינן דלצעורי קמיכוון לא מהני בדאית ליה שותפות, משא"כ גבי יין כיון דאיפשר לחלק לעצמו קודם שאסרו, ובודאי לא לצעורי הוא דקעביד, אפ"ה חזרו והקשו שפיר, משום דללישנא קמא אין אנו אחראין לאוסופי ולאוקמא במאי דלא מוכחא ממתניתין גופא, ומשו"ה לל"ק הוא דמתרצינן שפיר דאית ליה שותפות, היינו דגם בלא זה בע"כ צ"ל דאיירי כשהגביה קודם שאסרו, דאי לאו הכי קלב"מ, וכיון שכן אין לך שותפות גדולה מזו, משא"כ ללישנא בתרא דאמרינן לצעורי קמיכוין, תו לא

מהני שותפות כזה, ומשום הכי חזר והקשה שפיר ממתני' דגיטין, משום דדחיקא ליה לאוקמא בגוונא דלא מוכרחא ממתניתין גופא:

תם ונשלם שבח לאל בורא עולם: