הלכה · מערכות וענייינים

חלקת יוסף

רבי יוסף ברקוביץ'

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

חלקת יוסף

רבי יוסף ברקוביץ'

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/חלקת-יוסף/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611151759 של הספרייה.

תוכן העניינים

דיינים ועדות 4
סימן א - בדין ראיית ב"ד 4
סימן ב 22
סימן ג - בדין עד המסייע 40
סימן ד 48
סימן ה - בדין תחלתו בפסול וסופו בכשרות 55
סימן ו - בשטרי הקנאה ועדיו בחתומיו זכין לו 61
סימן ז - דיני קנסות בבבל 66
סימן ח - בדין שטר שיש בו רבית 73
סימן ט - בדיני ע"א 80
סימן י 84
סימן יא 87
סימן יב 95
סימן יג 99
סימן יד - רוב וספק 103
סימן טו 121
סימן טז 132
סימן יז 143
סימן יח 151
סימן יט - בדין יחלוקו וכל דאלים גבר . 163
סימן כ 174
סימן כא 188
סימן כב 194
סימן כג 200
סימן כד 202
סימן כה 212
סימן כו 216
קנין וזכיה 220
סימן כז - בדין חיובי שומרין 220
סימן כח - בדין שעבודא דר"נ 233
סימן כט - בדין תליוהו וזבין 239
סימן ל - בדין מחילה 247
סימן לא - בדין דבר שאינו מסוים 253
סימן לב - בדין ירושה 255
סימן לג - בדין הפקר ויאוש 259
סימן לד - בדין ירושה 263
סימן לה - בדין מתנת שכיב מרע 272
סימן לו - בדין תופס לבעל חוב 277
סימן לז - בדין קנין חצר 282
סימן לח - בדין אודיתא ואגב 287
סימן לט - בדין הקנאת כפל 297
סימן מ - בדין דמים וחליפין 307
סימן מא - בדין קנין דמים 316
סימן מב 333
סימן מג 342
סימן מד - בדין עבדים 351
סימן מה 373
סימן מו 383
שלוחין 385
סימן מז 385
סימן מח 395
סימן מט 404
סימן נ 409
שביעית 417
סימן נא 417
סימן נב 447
סימן נג 455
גרגיר אחד מחדושי גיסי הג"ר אליעזר זאב קפין שליט"א מנהל ישיבת "חפץ חיים" בראדין ממה שנמצא באמתחתי. 469

דיינים ועדות

סימן א - בדין ראיית ב"ד

יש להתבונן בדין ראיית ב"ד אם דיניה כקבלת עדות אם לא. והנה התוס' פ"ב דכתובות כתבו בטעם דאין עד נעשה דיין משום דאין אתה יכול להזימה דלא יקבלו הזמה על עצמם, ויש לעיין בדבריהם דאם כן אף כשראוהו ביום דאין צריכין להגיד שום הגדה מ"מ יופסלו משום דאין אתה יכול להזימה, בשלמא לפי תירוץ אחר שבתוס' דהטעם משום דבעינן ועמדו העדים לפני הדיינים, כיון דאין דין זה אלא בהגדה, בראיית ב"ד דאין שם הגדה אף אם עדות הוא, כיון דאין שם הגדה לא בעינן שיעמדו, אבל לגבי עשאאי"ל שאין זה פסול בהגדת עדות כ"א בדין עדות יופסל אף בראיית ב"ד משום זה. ומוכח מזה דראיית ב"ד אינו מכח עדות כלל, וכשב"ד רואין בשעה שיכולים להעשות דיינים, פוסקים הדין בלא דין עדות כלל, והילכך אין בהם פסול של עשאאי"ל, שאינו אלא בעדות:

שוב ראיתי בתשובות ר"א שהביא קושיית מלא הרועים אהא דאיתא בסנהדרין ע"ח דטריפה שהרג שלא בפני ב"ד פטור משום דהוי עשאאי"ל דגברא קטילא בעו למיקטל ובפני ב"ד חייב משום ובערת הרע מקרבך, והיאך דנים ב"ד את הטריפה מטעם לא תהא שמיעה גדולה מראי' כיון דגם שמיעה אינו מועיל, והנה בעל מלה"ר תירץ דלהכי קאמר הש"ס דטריפה שהרג בפני ב"ד נהרג משום ובערת הרע מקרבך ולא משום שתהא שמיעה גדולה מראי', ובתשובת ר"א עצמו השיג עליו ותירץ דראיית ב"ד עדיף בזה משמיעה דאף דודאי כיון דראיית הדיינים לדון ע"פ מטעם ק"ו משמיעה אתינן עלה אין סברא כלל שיהי' לראיי' דין אחר משמיעה רק לענין הטעם משום עשאאי"ל אין שייך בדיינים דרק בעדים נאמר הכלל הזה אבל לא בדיינים, ע"כ. יש לנו לפ"ז מחלוקת בזו הסברא. והנה לפי דברי מלה"ר יקשה מדברי התוס' כתובות שמוכרח לפי דבריהם לחלק בין עדים לדיינים שבדיינים אין צריכים עשאאי"ל. ובקצוה"ח תירץ וכן מצא במרדכי בשם השר מקוצי דאין עד נעשה דיין משום דאין יכול להזימו דכיון דאין עדים נעשים זוממים עד שיגמר הדין על פיהם ואם יזים כאן העד יופסל נמצא שבטל גם הדין והוי כלא נגמר הדין עיי"ש וג"כ קשה דאם כן גם בראיית ב"ד לא יהני מה"ט אלא ע"כ דבראיית ב"ד אין משום עשאאי"ל:

(מיהו** זה אפשר שבראיית ב"ד ודן ע"פ ראייתו כיון שלא עשה עבירה אם דן לשקר כ"א עד אחר הגמ"ד, הילכך מיקרי שפיר נגמר הדין על פיהם אף אם יזימום, ודוקא אם

העידו ואח"כ דנו, נמצא שנפסלו משעה שהעידו וכשדנו כבר הי' הגמ"ד בפסול, אם הזימום אח"כ, הילכך בב"ד שראו ודנו שפיר יכול לדון לפי סברא זו:)**

וכן הי' נראה להביא ראי' ג"כ מדברי הראב"ד בשמ"ק הובאו דבריו בת' ר"א וז"ל אבל הראב"ד פסק כסומכוס וכתב דההוא דיורד קטן לתוך שדה חבירו וכן נמצא שדה שאינה שלו וכן תנו מנה לפלוני אולי כשהב"ד עצמם יודעים כל זה ולא תהא שמיעה גדולה מראי' ולעדות הוא דקפיד רחמנא בפני בע"ד כדכתיב והועד בבעליו וגמרינן לדיני ממונות מהכא אבל דיינים דלא צריכי לעדות לא קפיד וכו' ע"כ. והנה בתר"א נסתפק בכונת הראב"ד אם במה שכתב אולי כשהב"ד יודעים אם מסתפק הוא בדין זה של שלא בפני בע"ד או שהדין ברור לו אלא שמסתפק בפירוש זה. אבל עכ"פ חזינן דדעת הראב"ד נוטה לזה שאין ראיית ב"ד כעדות בדין זה והלשון מוכיח ביותר שכ' ולעדות הוא דקפיד רחמנא וכו' אבל דיינים דלא צריכי לעדות, אלמא דאין זה מדין עדות, אבל בעיקר הדבר נראה שלענין קבלת עדות בפני בע"ד עכ"פ לא שייך בראייתם, דלא שייך זה אלא בעדות הצריכה קבלה, וכיון שצריכה קבלה אמרינן דאין כח לב"ד לקבל שלא בפני בע"ד, אבל בראיית ב"ד שאין ב"ד צריכים לכוון בראייתם לשם דין, אלא ממילא כשראו יכולים לדון ע"פ ראייתם, בדין דממילא לא שייך לפסול משום שלא בפני בע"ד, שזו היא עדות בלא קבלה, אף אם היינו אומרים שראיית ב"ד יש לה דין עדות. וכסברא זו נראה לומר במחלוקת הב"ח עם הט"ז במה שכתב הב"ח דכמו שב"ד שראו בלילה אין יכולים לדון ע"פ ראייתם כ"כ אם ראו בשבת ויו"ט כיון שאסור אז לדון אין יכולים כלל לדון ע"פ ראייתם, והט"ז הקשה ע"ז כיון שבדיעבד הדין דין אין זה דומה בראוהו בלילה. ובתומים הקשה על הט"ז דא"כ יקשה לפי דברי הרשב"ם שאף בלילה אם דנו דיניהם דין, הרי דמ"מ אין יכולים לדון עפ"י ראייתם, א"כ אף בשבת ויו"ט אף שבדיעבד הדין דין מ"מ אין יכולים לדון ע"פ ראייתם בשבת ויו"ט ונראה פשוט לחלק דבראוהו בלילה כיון דלילה הוא ענין של פסול בדין אף אי נימא דאם עברו ודנו דיניהם דין מ"מ פסול לכתחילה הוא ג"כ פסול, וכיון שכן אין הראי' נחשבת לראיית דיין שהרי היתה בפסול דיינות, אבל שבת ויו"ט כיון שאין זה אלא משום איסור, וכיון שאם עברו האיסור הדין כשר, נמצא שאין כאן פסול כלל, הילכך הוי ראיית דיינים. ולפ"ז אין כאן שום קושיא על הט"ז אף לפי דברי הט"ז. אבל הדבר פשוט עוד יותר שאף שבשבת ויו"ט אסור לקבל עדות משום דהוי תחילת דין, מ"מ בראיית ב"ד שכיון שהוא דין דממילא אף בלא כונת הדיין לקבל הראיי' לעדות, א"כ הלא אין כאן שום איסור בראיית ב"ד, ואין כאן אף פסול לכתחילה,

ומשו"ה בשבת ויו"ט מהני כשראוהו הדיינים, דזה נראה ודאי שאין צריך שיהא ראויים לדון שאר דינים, כ"א שיהא ראויים לקבל ראי' זו ותו לא:

ועפ"ז נראה להשיב על מה שכ' בשו"ת מהרי"ל דיסקין שהביא ראי' מדברי הג"א פ"ק דגיטין שמביא הירושלמי סנהדרין דחד בר נש דבעי למידן קמי רב הונא דידע לי' סהדותא וכפר בי' ואזל ר"ה קמי ב"ד אחר לאסהודי, דמשמע מזה דיחיד מומחה אינו יכול לדון ע"פ ראייתו, והסביר במהרי"ל דיסקין דמזה ראי' לדעת הרמב"ם דיחיד מומחה אינו מקבל עדות כ"א בג', ע"כ. ולפ"ד כיון דראיית ב"ד אין לה דין קבלת עדות ואין כאן עדות כ"א דיינות אמאי לא מהני ביחיד מומחה, ומנלן לומר בדעת הרמב"ם כזאת, כיון שאינו אלא ענין של דיינות, ולמה יגרע ענין ידיעתו ע"י ראייתו משאר ענינים שיש בכחו לדון. ובקצוה"ח ביאר דברי הרשב"א דפ' החובל שכתב ג"כ דיחיד מומחה אינו דן ע"פ ראייתו, והסביר בקצוה"ח הטעם משום דיכול להכחישו להדיין כיון שאינו אלא אחד, והנה לכאורה בדברי הירושלמי מוכרח לפרש יותר שלא כבאור הקצוה"ח בדברי הרשב"א, והילכך הי' צריך לפרש כדברי המהרי"ל דיסקין, דהא בירושלמי משמע שהי' ר"ה רק עד אחד וגם אח"כ כשילך לב"ד אחר לא יחייב ג"כ רק שבועה וא"כ הא הי' יכול לחייב שבועה גם ע"פ ראייתו, דהא נאמנות ע"א ודאי יש לו וכי גרע כשדן ע"פ ראיית עצמו, וא"כ למה הי' צריך לסלק עצמו מן הדין בשביל כך, ומזה משמע לפרש יותר כפי מהריל"ד, שהטעם הוא משום שיחיד אינו מקבל עדות ואף ע"א אינו מקבל, ואף אם נדחוק שהי' עוד אחד עם ר"ה ג"כ קשה שהרי כתב בקצוה"ח לפי ביאורו שבשנים יכולים לדון כשאחד מומחה משום שכבר אינו יכול שוב להכחישם, א"כ כאן אם הי' אחר עמו, הרי הי' יכול לצרפו ולדון ע"פ ראייתו, אם לא שנדחוק לומר שהאחר ראה בלילה שהיתה עדות מיוחדת, ולא יכול האחר להצטרף עם ר"ה, ואם יבוא האחר להעיד, אין קבלת עדות אלא בפני ג', אבל זה דוחק, הילכך צריך להעמיד כדברי מהריל"ד, אבל הדברים תמוהים, וכי איך שייך בראיית ב"ד דיני קבלת עדות, דאין זה אלא דין בפני עצמו. ועוד יש לתמוה בזה דהא כל דין ב"ד ע"פ ראייתם אין הקבלה כ"א בפני אחד, דהא שלשה שראו, אין כל אחד דן כי אם ע"פ ראיית עצמו ולא יותר, שלידע מראיית חביריו הלא צריך לשמיעה, ולהעיד הלא אינם יכולים, דא"כ הי' עד נעשה דיין וזה הלא פסול בדאורייתא, אלא דע"כ דבראי' אינו צריך לבפני ג', וחזינן עוד יותר מזה, שאף שכשהדיינים הם הדיוטות ג"כ אינו צריך לג' אלא כיון שיש שלשה רואים יכולים לדון כ"א ע"פ ראיית עצמו, ומלבד שמזה סתירה לדינו של מהריל"ד עוד יצא לנו מזה עוד ראי' לעצם הכלל שאין לראיית בי"ד שייכות והצטרפות לדין עדות, ובראיית ב"ד הם

דנים שלא ע"פ עדות כלל כ"א בדין מיוחד של דיינים, שהרי אילו הי' זה דין עדות הי' צריך להעיד בפני ג', ובראיית ב"ד הא קא חזינן דמהני אף שאין בכל ראי' של כאו"א כ"א אחד, אלא ע"כ שראיית בי"ד ודין עדות הם שני ענינים מיוחדים, וגם יש לעיין שכיון שהוא ענין דממילא אף אם היתה הראי' ענין של עדות, מ"מ אין זה ענין של קבלה ע"י מעשה ב"ד ולא איכפת לן בג' כש"כ לענין בפני בי"ד. מיהו ליישב דברי הקצוה"ח אפשר שפשוט שר"ה הי' ע"א ובפני ב"ד אחר יחייב שבועה אבל כשדן ע"פ עצמו אינו יכול לחייב שבועה שכיון שהוא בעצמו יודע ששבועתו לשוא איך יחייבו הוא בעצמו שבועה, ולא מיבעיא לבן ננס שבמקום שבודאי איכא שבועת שוא אין מחייבין אותו שבועה, בודאי לא יחייבו הדיין כאן שבועה, אלא אף לרבנן דפליגי אבן ננס אינו יכול כאן לחייבו, דשבועה מחייב הדיין כשהדבר ספק לו, והשבועה תוכל להיות כעין ברור, אבל כשהדיין דן ע"פ ראייתו, והי' צריך לחייבו ממון שהלא הדבר ברור לו, ואם אינו יכול לחייב ממון מפני שיכול להכחישו לפי דברי קצוה"ח אבל שבועה ג"כ אינו יכול לחייבו שהרי הדין ברור שחייב ממון, ולא עוד אלא שאף הדיין שראה בלילה דן ע"פ הגדת עד אחד נראה שאין הדיין יכול לחייבו שבועה, כיון שהדבר ברור לו שלא כשבועתו וטענתו, אינו יכול לחייבו שבועה כזו, אשר ברור לו שאינה כלום:

אלא שהי' נראה לבאר דין זה דהרשב"א ומשמע נמי כן בירושלמי באופן אחר, דהנה יש לחקור במה דדנים על פי ראיית בית דין משום דלא תהא שמיעה גדולה מראי' אם הבאור דמק"ו זה ילפינן דראי' מהני מדין עצמה לא פחות ממה דמהני שמיעה ואין לשמיעה יתרון בתורה יותר מראי' והוי כמו ששתיהם כתובות בתורה, או אפשר שהבאור שראיית בית דין מהני כמו אילו הם אמרו דבר זה לפני בית דין אחר, היו יכולים אותם הדיינים לדון ע"פ השמיעת ששמעו מהם, כמו כן יכולים לדון הם בעצמם ע"פ אותה הראי' בלא שמיעת אחר. דאילו לפי הצד הראשון יהי' הפי' שלא תהא שמיעה שהיו שומעים הם מאחרים גדולה מראי' שראו בעצמם. והנפקותא היוצאת לנו מזה דאילו להצד הראשון אין זה אלא ילפותא, נמצא שיש לראי' דין בפ"ע ומיוחד בתורה ומהני ראי' מצד ראי', ולפי זה צריך שיוכל הדיין לדון ע"פ עצמו בלבד, ואילו להצד השני לא מהני ראי' כי אם במה שנכלל בה גם ענין של שמיעה, מה דלא גרע משמיעה, ומהני בכח השמיעה, ומהני רק משום דהוי כאילו שמעו אחרים, וכיון דלגבי שמיעת אחרים לא הוי כ"א עד אחד, אף לגבי הדיין עצמו לא נחשב כ"א עד אחד, ואין דנים ע"פ ע"א, דהא מה שיודע הדיין ברור לא מהני לדון ע"פ זה, שהרי בראוהו בלילה הלא יודע ג"כ ברור ומ"מ אינו יכול לדון בלא הגדה, משום דראיית לילה לא מהני כשמיעה, א"כ אף ראיית יום דמהני, כיון

דלא מהני אלא כשמיעת עד אחד, אינו יכול להוציא ממון ע"פ ראיית עצמו, ולהיות כעד אחד לחייב שבועה גם כן לא מהני כמש"כ לעיל שכיון שהדיין יודע ברור היפך שבועתו, אינו יכול לדונו לשבועה. ולפי זה יצא ג"כ כדברי קצוה"ח שאם יצורף עוד אחר עם דיין מומחה יכולים לדון ע"פ ראייתם. דהא עכשיו בראי' זו אם היו שומעים אחרים בפניהם מה שהם רואים היה מהני, הילכך מהניא אף ראייתם, אבל עכ"פ לפ"ז מבוארים היטב כל הצדדים דראי' ג"כ שמיעה היא, אלא שהיא תמיד אחר הקבלה, ואין צריך לקבלה, הילכך לגבי דין עדות שאאי"ל לא שייך בראי', דאין דין זה כ"א בעדות שצריך לקבלה, אבל בעדות שאינה צריכה קבלה אין בה משום עשאאי"ל, וכן מה שכל ראי' וראי' לא נתקבלה בפני ג', כ"א בפני אותו הרואה בלבד, זה ג"כ אינו כ"א בעדות המתקבלת, בה בעינן בפני ג', אבל עדות שאינה צריכה קבלה לא בעינן בפני ג', אבל לגבי לדון ע"פ ראיית דיין אחד בלבד, כיון דמטעם שמיעה אתינן עלה, דראי' ג"כ מהני מטעם דהוי כאלו אחר שמע דבריו לא הוי אלא כשמיעת עד אחד. אבל אם היינו תופסים דראיית ב"ד מהני מטעם ראי' בלבד הי' יכול הדיין לדון ע"פ ראייתו, ומה שיכול להכחישו לא איכפת לן, כיון שהדיין יכול לכופו לדון, והוא דן לפניו לא שייך שיכחישו, ודוקא לפני ב"ד אחר יכול להכחישו, ולא לפני עצמו, הגע בעצמך אם יטעון הבעל דין איזו טענה המחייבתו לפני היחיד מומחה, ואח"כ יחזור ויטעון טענה הפוטרתו ויכפור לאמר לא טענתי מעולם טענה המחייבתו, וכי לא יהא הדיין נאמן, אלא ודאי במקום דמהני ראיית הדיין אין הבע"ד יכול להכחישו, והכי נמי אם הי' מהני ראיית ב"ד מצד עצמה לא הי' יכול שוב להכחישו, אלא דהטעם הוא משום דראיית ב"ד לא מהני אלא מטעם שמיעה והוי כאילו שמעו אחרים מפיהם, הילכך כשראה אחד הוי כשמיעת עד אחד דלא מהני לחייב ממון:

אלא שבמה שכתב הקצוה"ח שאם יצטרף עוד אחר עמו יוכלו לדון ע"פ הראי' שהרי הם כעדים וכן הוא לפ"ד יש לדון דהא שני דיינים פסולים הם משום דבעינן ב"ד נוטה ואף אם השני אינו מומחה שלא יוכל לחלוק על היחיד מומחה ולא תהא שום מחלוקת, מ"מ נראה פשוט דאף במקום שלא שייך מחלוקת ג"כ פסול ב"ד של שנים משום דבעינן ב"ד נוטה דהא אמרינן בסנהדרין (ג' ע"ב) סמיכת זקנים ועריפת עגלה בשלשה ר"י אומר בחמשה מ"ט דר"י וסמכו שנים זקני שנים ואין ב"ד שקול מוסיפין עליהם עוד אחד. והא התם לא שייך כלום להכריע במחלוקת שהרי אין שם שום משא ומתן ואעפ"כ צריכים ב"ד נוטה, וע"כ צריכים אנו לומר שאין זה כ"א דרך מדרכי הלמוד שבכל מקום שצריך

בי"ד צריך שיהא שם עוד שלישי ואף במקום שאין צריך להכריע, שב"ד נקרא דוקא של ג' שיכול להכריע במחלוקת הדעות:

ועוד ראי' מהא דאמרינן (סנהדרין ג' ע"א) דר"א ברי' דרב איקא אית לי' דשמואל דשנים שדנו דיניהם דין, ואי נימא דבמקום דלא שייך מחלוקת לא בעינן ב"ד נוטה ולא בעינן ב"ד נוטה אלא להכריע במחלוקת, אם כן אין ראי' מחד דכשר לשנים דחד דכשר משום דלא שייך בי' חסרון של ב"ד נוטה אבל בשנים דבעינן ב"ד נוטה אפשר שגם ר"א ברי' דר"א יסבור דפסול, אלא ע"כ דאי הי' סובר בשנים שפסול הי' פוסל גם באחד משום ב"ד נוטה, דבעינן נוטה אף במקום דלא שייך מחלוקת. ומזה פירכא גם לדברי השער המשפט שכתב שכשקבלוהו לחד כתלתא לא הוי כתרתי לריעותא דלא מהני משום דכשמקבל א' לא בעינן רק ב' לפי הדרש דגמרא שם (ג' ע"ב) והשלישי אינו צריך רק שלא יהא ב"ד שקול ושיהא מי שיכריע וכשמקבל א' הלא שוב אין כאן מחלוקת, וא"כ נמצא שלא קבל רק א' שיהא כשנים ולא הוי אלא חדא לריעותא, ע"כ. ולפ"ד אינו כן שאף במקום שאין שום מקום למחלוקת בעינן ג"כ ב"ד נוטה וא"כ בע"כ צריך שלשה ושוב הוי כתרתי לריעותא. מיהו הא חזינן דיחיד מומתה בשר אפי' ביחיד, וע"כ נפרש כפי' התוס' שהוא משום תקנה, וא"כ אפשר שגם בשני מומחים היתה התקנה או במומחה ואחר עמו, ומ"מ אפשר לומר שאינו כן שדוקא ביחיד מומחה שלא שייך שם מחלוקת אלא משום גזירת הכתוב דב"ד נוטה היתה התקנה בזה דמהני, אבל בשנים, שתוכל ליפול מחלוקת בזה לא היתה התקנה לבטל דין של ב"ד נוטה, וכן על השעה"מ קשה דבזה האופן לא היתה התקנה. דאף שנתבאר שדין ב"ד נוטה אינו אלא גזה"כ ואף במקום דלא שייך הכרעה צריך להיות ב"ד נוטה, מ"מ כיון שהתורה כתבה ב"ד נוטה שמשמע שצריך ב"ד מכריע, אפשר שגם זה עוד דין אחד שיוכל להכריע:

ובזה שכ' לבאר מה שאמרו לא תהא שמיעה גדולה מראי' בכל מקום יתבארו דברי רש"י ראש השנה (כ"ה ע"ב) דאמר בגמרא ראוהו ב"ד יעמדו שנים ויעידו בפניהם ופריך ואמאי לא תהא שמיעה גדולה מראי' ופי' רש"י ואמאי יעמדו שנים ויעידו הלא ראוהו כולן יקדשוהו בראייתם דלא תהא שמיעה ששומעין מפי עדים גדולה מראי' דהא גבי עדות החדש לא כתיב עדות אלא כזה ראה וקדש, ע"כ. וכתבו התוס' ובחנם דחק דאפילו בדיני נפשות אמרינן הכי בפ' החובל, ע"כ:

ונראה בכוונת רש"י דדין לא תהא שמיעה גדולה מראי' שאמרו בקדוש החדש מחולק מבכל מקום, שבכ"מ לא מהניא הראי' כ"א בדין שמיעה, ובקדוש החדש כיון שהתורה אמרה כזה ראה וקדש, עיקר הוא ע"י ראי' ואדרבה החדוש הוא ששמיעה ג"כ מהני

כראי', אבל הראי' היא עיקר הדין ואינה ענין לשמיעה כלל, ובזה יתבארו דברי הגמ' בקושיא השני' דאמר שם ראוהו שלשה והם ב"ד יעמדו שנים ויושיבו מחבריהם אצל היחיד ופריך אמאי הכא נמי נימא לא תהא שמיעה וכו' סיפא איצטריכא לי' דאין היחיד נאמן ע"י עצמו דסד"א הואיל ותניא ד"מ בשלשה ואם הי' מומחה לרבים דן אפילו יחידי קא משמע לן ואימא הכי נמי אין לך מומחה לרבים בישראל יותר ממשה רבינו וקאמר לי' הקב"ה עד דאיכא אהרן בהדך דכתיב ויאמר ד' אל משה ואל אהרן וגו' החדש הזה לכם ע"כ. והנה לפי מה שכתב הרשב"א וכן כפי מה שכ' בירושלמי דיחיד מומחה אף בממון אינו דן ע"פ ראייתו א"כ אין ראי' מן המקרא דהמקרא כשידונו ע"פ ראיית הדיין איירי ושם דוקא בשנים ובזה נרויח מה שכתבו התוס' וז"ל ואין ב"ד שקול מוסיפים עליהם עוד אחד ע"כ. משום דאי לאו הכי אכתי הוו להו תרי, אבל אי כשדנים ע"פ ראייתם איירי מהני אף בשנים לפי דברי קצוה"ח, אלא משום דבקדוש החדש אי הוה מהני יחיד מומחה הי' דן ע"פ ראייתו משום דכאן עיקר הדין הוא בראי' ומספקת ראייתו אף שהוא יחידי, הילכך ע"כ מה שפסלה התורה ביחיד הוא מטעם דיינות ול"ש ביום ולא שנא בלילה:

ולשיטת הרמב"ם דסבירא לי' דאף יחיד מומחה אין מקבל עדות קשה טובא איך סלקא דעתי' דגמרא כאן בקדוש החדש דיועיל יחיד כיון דראוהו בלילה ואין דן ע"פ ראייתו א"כ בלא הפסוק איך יקבל עדות, ואף שיכולים לאוקמי כשנתקבלה עדות בתחילה ע"י ג' ואח"כ עמדו והלכו להם שבא הפסוק למעט שלא יוכל היחיד מומחה לומר מקודש בעצמו, אבל מ"מ על המשנה קשה שבאת לומר דאין היחיד נאמן ע"י עצמו, והמשנה הלא עסוקה ועומדת שיעמדו השנים בפני היחיד ויעידו והוא יקדש דלא מהני ומוכרחים להושיב מחבריהם אצלו, וזה אף בלא הפסוק לא מהני להרמב"ם. ויש להתיישב בדבר שכיון שקדוש החודש נשתנה מכל דין שהרי כתבה התורה אשר תקראו אותם ודרשינן אתם אפילו מזידין אתם אפילו מוטעין אתם אפילו שוגגין ואיתא בירושלמי וכן פסק הרמב"ם שאפילו קידשו ב"ד את החודש ונמצאו זוממין הרי זה מקודש, וכן מאיימין על העדים לומר שראו אע"פ שלא ראו, א"כ נמצא שכאן אין הדין מתהוה ע"י נאמנותם של העדים כ"א ע"י הגדתם של העדים וקדוש ב"ד, ואף שהב"ד יודעים ודאי שעדי שקר הם, א"כ דין הגדה כזו הרי היא ככל הדינים שיכול הדיין לדון בעצמו, הילכך אם הי' הדין שיחיד מומחה כשר לקדוש החודש הי' יכול גם לקבל עדות כזו, מיהו לדברי קצוה"ח שכתב הטעם דלא מהני קבלת עדות לפני יחיד משום דהוי כעד מפי עד קשה לחלק בזה, אבל מדברי הנתיבות סי' ג' שמקשה על הש"ך משמע שאף במקום דלא שייך עד

מפי עד כגון שדן ע"פ ראי' ג"כ נקרא קבלת עדות ביחידי וכן מדברי מהריל"ד, נראה שאינם מפרשים משום עמ"ע, ואף שיש להשיג עליהם במש"כ שאף בראי' יסבור הש"ך בדעת הרמב"ם דלא מהני ביחיד מומחה, מ"מ במש"כ שאין הפי' משום עד מפי עד נוכל לתפוס דבריהם, וממילא תתיישב הקושיא על הרמב"ם מסוגיא דר"ה:

[**ואגב** גררא יש להזכיר מה שקשה מדברי הירושלמי אלו שאין מדקדקים בעדות החדש ואף אם הוזמו מ"מ מקודש החודש ובמנחת חינוך חקר על ידי זה אם בעינן בעדות החדש עדות שאי אתה יכול להזימה, ולכאורה משמע שכיון שאין דבריהם מתבטלים. שעדותם היא עדות שאין יכולים להזימה, ועכ"פ אם נתפוס דלא בעינן בעדות החודש שיוכלו להזימה, א"כ יקשה אדברי התוס' כתובות שכתבו הטעם דאין עד נעשה דיין משום דלא יקבלו הזמה על עצמם, והוי עשאאי"ל, וכיון שבעדות החודש לא בעינן שיוכלו להזימה צריך להיות שעד יעשה דיין ובגמ' מפורש דראוהו בלילה לא יעשו דיינים אם יעידו, וכזה הקשה בפני יהושע כתובות שם לפי השיטות דסברי דבממון לא בעינן שיוכל להזימם אמאי אין עד נעשה דיין, שוב ראיתי זה במ"ח להלן לפי פי' התוס' זה, ועוד יותר נראה שאף אם נימא דבעינן בעדות החדש שתהא עדות שאתה יכול להזימה, אבל החשש שלא יקבלו הזמה על עצמם שכ' התוס' דמטעם זה אין עד נעשה דיין ודאי לא שייך בעדות החדש שהרי בעצם הדין הרי יכולים להזימה אלא שלא יקבלו, א"כ בעדות החודש שאפילו היו הב"ד מזידין ג"כ קדושם מקודש בודאי שפיר דמי, שהרי העדות יכולה להיות מוזמת, א"כ לא גרע מה שלא יקבלו אח"כ ממה שהיו רוצים עכשיו בתחילת העדות לקבל עדי שקרים דהוי שפיר דמי. ואף שאפשר שאם יקבלו בלא שום טעם מזידים עדי שקר לא מהני, מפני שאינם ב"ד לכך, מ"מ כשסוברים בתחלה שעדי אמת הם ומשום זה קבלו והי' להם כח בי"ד אף אם אח"כ לא ירצו לקבל הזמה מ"מ קדושם הראשון כיון שהי' בכח ב"ד הא לא גרע ממזידין]:

ונראה לבאר עוד בדברי הרמב"ם שאין יחיד מומחה מקבל עדות ולא מטעם עמפ"ע והוא, דהנה הדיין יש לו כח לשני דברים לפסוק את הדין ולקבל העדות ולשני הדברים אנו צריכים לב"ד של ג', אבל הדברים מחולקים שבפסק הדין כל אחד פוסק את הדין לעצמו, אלא שהדין הוא שאין הדין נחתך כי אם ע"י שלשה, אבל אינם מצטרפים בפסק הדין כ"א בחלות הדין, אבל בקבלת העדות שאין שם שום חלות כ"א קבלת העדות בעצמה, שם הדין צירוף על עצם דין קבלת העדות. ומטעם זה יסבור שאף שהדין עכשיו שאף יחיד מומחה דן, או מטעם דאוקי אדאורייתא אם נסבור בדעת הרמב"ם שסובר כר"א ברי' דר"א דמדאורייתא חד נמי כשר משום דכתיב בצדק תשפוט עמיתך ורק משום

גזירה דיושבי קרנות וביחיד מומחה אוקי אדאורייתא או שיסבור כר' אבוה דמדאורייתא בעינן ג' בכ"מ ומפני התקנה דן מומחה ביחידי, אבל עכ"פ לא עקרו ביחיד מומחה הדין לגמרי, כ"א לפסוק הדין, שהי' לו מתחילה כח לפסוק הדין בעצמו ונקרא דיין ע"ז אף דמקודם לא הוה מהני תקנו דמהני, אבל לקבל עדות דמעולם לא הי' לו שם דיין ע"ז, זה לא תקנו עכשיו שיעשה דיין ע"ז לעצמו בלא צירוף. ואף אם סובר הרמב"ם דמדאורייתא אין מקבלים שלא בפני ג' ג"כ הכי דלמה שהוא דיין בפני עצמו אלא שצריך ג' להחלות נתנה לו התורה כח שיהא גם החלות ע"י עצמו, אבל לקבל עדות שרק ע"י הצירוף של ג' נעשים דיינים, בזה לא נתנה לו תורה למומחה שיעשה דיין ביחידי:

הדרין לקמייתא לנדון מה שאמרו לא תהא שמיעה גדולה מראי' נראה שהיא מחלוקת בירושלמי פ"ג דר"ה ופ"ט דסוטה ובסנהדרין דאיתא שם אית תנא תני יעמדו שנים ויעידו לפניהם ואית תנא תני יעמדו כולם ויעידו במקום אחר ר"י ב"ר פזי בשם ר' זעירא כשם שהם חלוקים כאן (ר"ל בהורג) כך חלוקים בעדות החודש ע"כ. והנה הירושלמי משמע דאיירי אף בראוהו ביום ועיין בק"ע שרוצה לפרש דדוקא האי מ"ד דיעמדו שנים ויעידו בפניהם איירי בראוהו ביום, ואמאי לא ידונו ע"פ ראייתם הם בעצמם ולמה להם לעדות אחרים, אלא ע"כ משמע מזה דלא סבירא לי' כתלמודא דידן דטעמא דמאן דפסיל עד הרואה בדיני נפשות משום דתו לא חזו לי' זכותא דא"כ בעדות החודש דלא שייך האי טעמא יוכשר עד הרואה אליבא דכולי עלמא:

והי' נראה בדעת הירושלמי לפרש שזו היא מחלקותם אתלמודא דידן אי הדין של עדים מתקיים ע"י הגדה ושמיעה דוקא וכמו שפסול מפי כתבם משום דבעינן על פי שנים עדים כמו כן פסול בראי' בלא הגדה ולא ס"ל לא תהא שמיעה גדולה מראי' ומאן דמכשיר אית לי' האי ק"ו דלא תהא וכו' הילכך מאן דפסיל בדיני נפשות פסיל נמי בעדות החודש דשם נמי בעינן מפיהם. אלא דקשה אליבי' דהאי תנא דירושלמי בדיני ממונות נמי תפסל ראי' בעלמא, ובדיני ממונות משמע דליכא מאן דפליג, וי"ל דד"מ שאני כיון דבהו כשר אף עדות ידיעה בלא ראי' ואף אומדנא מהני א"כ לא גרע ראיית הדיינים מידיעה בלא ראיי' אבל בד"נ ועדות החדש דלא מהני אומדנא פסול נמי בראיית הדיינים בלבד, כיון דבעינן דוקא עדים בעינן דוקא ע"י שמיעה, ובממון נהי במקום דסמכינן אעדים בעינן דוקא מפיהם, מ"מ יש לנו לסמוך אראיו' דלא גרע מאומדנא דמהני בלא תנאי עדות ואף דראוהו בלילה לא מהני אף בממון ולא אמרינן דידיעה דלמחר מהני מטעם אומדנא, משום דכעין קבלה בעינן וראיי' הוי כנתקבלה עדות וידיעה דלמחר הוי כבלא קבלה, דהקבלה היתה בלילה ולא היו אז דיינים:

והנה כמו כן יש להסביר עוד טעם לומר דגרע ראיי' משמיעה מלבד מה דבעינן מפיהם דוקא משום דקבלת עדות כל הדיינים מצטרפים בשעת ההגדה, אבל בראיי' כל אחד הלא רואה לעצמו ואין דיין אחר מצטרף עמו בראייתו, וכל אחד דן ע"פ ראיית עצמו ולא ע"פ ראיית שנים, הילכך מטעם זה ג"כ גרע משמיעה. ומדברי הירושלמי אלו יוצאת לנו סתירה לדברי רש"י, דאילו לפי מה שפירש רש"י דבעדות החדש נאמר כזה ראה וקדש, ונתנה תורה דין מיוחד לראיי', א"כ איך מדמינן עדות החדש שנאמרה בה ראיי' לעדי נפשות שלא נאמרה בהם ראיי':

ובנועם ירושלמי כתב לפרש דהירושלמי סובר דעדות החדש כעדי נפשות דמיין והיינו דלא כהש"ס דילן דמפרש משום דלא חזו לי' תו זכותא, וצריך לפרש משום דכתיב עד עמדו למשפט כדאיתא בב"ק בפ' החובל, והביא ראי' מהירושלמי ספ"ק דר"ה דאיתא שם ועדי החודש כעדי נפשות אינון וכמו דאיתא בירושלמי ספ"ו דנדרים רב הושעיא כד הוי מקבל סהדא בעין טב אמר לון הוין ידעין כמה עפות יוצא מפיכם וכו' אמר ר' אבינא אין כך הוא אפי' דיני נפשות בת ג' שנים ויום א' בא עליה הרי זה בסקילה נמלכו ב"ד לעברו ובא עלי' אינו בסקילה ע"כ. ופי' זה קשה מאד דאף בעדי קדושין יש מחלוקת גדולה בין הראשונים אם דמיא לדיני נפשות להכשיר עדות מיוחדת ועדי ידיעה בלא ראיי' אם לאו מצד שיוצא מזה דין נפשות, והתם הלא עיקר הדין הוא לכך, שחלות הקדושין היא לאיסור ועונש, מ"מ עוד יש שחולקים וסוברים שכיון שאינה אלא ע"י תולדה אין זה מיקרי דין נפשות, כ"ש כאן שעיקר הדין אינו אלא לקדש החדש ומה שנולד מזה מיתה לא"א שזינתה אין זאת כ"א תולדה רחוקה בדרך השתלשלות בענין זה ודאי דכו"ע מודו דאין זה דין נפשות, ולפי דבריו בירושלמי לית מאן דפליג דזה מיקרי דין נפשות, ויקשה בדרך כ"ש על הסוברים דקדושין לאו היינו דין נפשות. ומה שמביא ראי' מירושלמי נדרים אינו ענין לכאן דהתם רק לענין איום על העדים איירי ולא לדין נפשות ממש, ומסוף פ"ק דר"ה ג"כ אין ראי' שהרי הק"ע פירש שם בתמי' ר"ל ודאי כדיני ממונות דמיין והפני משה שפירש שלא בלשון תמי' היינו דשם החילוק בין ד"מ לד"נ משום דעל ענין ממון הוא חשוד יותר שכבר עבר משום חמוד ממון הילכך דמי עדות החודש לד"נ טפי משום שבשניהם אין משום חמוד ממון, אבל בעצם הדין בודאי לא דמי דין עדות החודש לד"נ, דתולדה רחוקה כזו לאו כלום הוא. ואף שמצינו כעין זה בתוס' קדושין (י"ב ע"ב) גבי הא דאמרינן בגמ' שם אם הקלנו בשבוי' נקל באשת איש שפי' בתוס' שם אם הקלנו בשבוי' דאיסור לאו נקל באשת איש דאיסור מיתה, והקשו שם ע"ז דאף בשבוי' משכחת דפעמים איכא איסור מיתה אם הוא כהן ויש לו בן ממנה

שהוא חלל ויעבוד עבודה במזבח בשבת ובזה יש חיוב מיתה ע"כ. גם דברי התוס' אלו תמוהים הם דאיך נדמה חומר דשבוי' דלא משכחת איסור מיתה רק בדרך רחוקה לחומר דאיסור אשת איש דעיקרה חיוב מיתת ב"ד, אבל מ"מ אין גם זה דומה, דהתם רק לענין חומר איתמר, אבל שיחשב דבר שיש בו בתולדה רחוקה דין מיתה להקרא ע"י זה דין נפשות, זה בודאי לא מצינו רק להיפך. ועוד דא"כ אין לך דבר שלא תמצא בו דין נפשות בדרך רחוקה ואף בד"מ יוצא מזה דין נפשות אם יקדש בממון אשה אם הממון שלו הקדושין קדושין והבא עלי' במיתה וכבר הרבו האחרונים לבאר שאף מהרבה ענינים דרבנן יוצאת נפקותא לעונש מיתה באופנים אלו גבי מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן בלאו דלא תסור לענין זקן ממרא, אלא ע"כ שבכגון זה אין זה כ"א מתגלגל לד"נ ולא ד"נ ממש. ולפ"ז א"כ צריך לבאר טעם דמ"ד דסובר דיעמדו כולם ויעידו במקום אחר, דנהי דלא ס"ל דלא תהא שמיעה גדולה מראיי', מ"מ יהיו דיינים ע"פ עדות אחרים דהא הפסוק דעד עמדו למשפט לא קאי אלא אדיני נפשות ויש לפרש טעמו בשני פנים או דיסבור דכל הדינים שוים בזה שכיון שאין יכולים לדון ע"פ ראייתם הוי כהוזמנו מצד חיובם להעיד, וכפי שיטת הסוברים דבהוזמנו אין עד נעשה דיין בכ"מ ומ"מ בד"מ כיון שבלא תביעת הבע"ד אין צריך להעיד אם נמצא אח"כ שאין הבע"ד צריך לו להעיד אינו מוזמן מאליו וכשר לדון, או דנפרש שיסבור בירושלמי דמעד עמדו למשפט ילפינן בכ"מ שאין עד הרואה נעשה דיין וכמו שכתבו התוס' אף אליבא תלמודא דידן, דאי לאו האי סברא דלא חזו לי' זכותא הוה ילפינן בכ"מ ממקרא זה והירושלמי יסבור כן אליבא דמסקנא, ומ"מ בממון כיון שעיקר החיוב הוא מצד התביעה של הבע"ד אין נעשה עד ע"י הראי' בלבד, ובשאר דינים שהראי' בלבד גורמת את הדין ואין אחרי' כלום נעשה עד משעת הראיי', ומטעם זה ילפינן מן המקרא שאר הדינים חוץ מממון, שאין עד הרואה נעשה דיין. אבל עכ"פ חזינן מן הירושלמי דחולק על הכלל דלא תהא וכו' וכן קשה מדבריו אכללו של רש"י דבעדות החדש ישנו דין מיוחד לקדש ע"פ הראי' דדרשינן כזה ראה וקדש. דא"כ לא הוה מדמי עה"ח לד"נ, וזה קשה לכל הפירושים:

והי' אפשר ליישב דברי רש"י ולפרש בכוונתו שלא נאמר דין זה לקדש בראי' אלא בשעת ראיי' ממש, אבל כשהראי' כלתה כבר וצריך לקדש עלי' אז אנו באים מטעם עדות ואנו צריכים לחזור לכלל דלא תהא שמיעה וכו' דבכ"מ, וע"ז הא פליג בירושלמי ולא ס"ל שלשיטתו קה"ח ע"י ראיי' הפי' ט"י הלבנה ממש כשרואה אותה או ע"י ראי' ושמיעה של עדות. ובש"מ כתובות הביא מחלוקת בזה אליבא דהלכה אי אמרינן לא תהא שמיעה

גדולה מראי' בכל עדות, ויש סוברים דדוקא בקה"ח, ויש עושים סמוכים מדברי רש"י בר"ה, ולדידי יש עיון כדאמרן:

ועם האמור בביאור דין ראיית ב"ד יש להסתפק כמה ספיקות אם תנאי דיני עדות המחויבים בעדי הגדה, אם צריכים להמצא גם כשב"ד דנים ע"פ ראייתם או לא כגון עדות מיוחדת דפסולה בעדות נפשות אם כשב"ד דנים ע"פ ראייתם וראו אחד מחלון זה ואחד מחלון זה אפשר דכשרה, משום דאין כאן דין עדות, ואין לנו גם פסולי עדות. מיהו בזה יש להסתפק גם מצד דיינות שכיון שלא היו ביחד לא היו יכולים באותה שעה ממש לדון הוי כראוהו בלילה, שכיון שהראי' צריכה להיות בנתקבלה בפני ב"ד, והרי לא הי' להם דין ב"ד, או אפשר שאין אנו צריכים שיהיו באותה שעה ב"ד ממש אלא כיון שראויים להיות ב"ד ש"ד ודוקא בראוהו בלילה שאין כח בידם להיות ב"ד כלל הוא דגרע. וכן יש להסתפק עוד לפי הסוברים דבדיינים לא אמרינן דנמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה, דנימא דגם דיינותם בטלה, א"כ יש לחקור איך הדין בראיית ב"ד אם מבטל הפסול גם את ראיית הכשרים משום דהראי' ג"כ דין עדות יש לה או אינו מבטל אותם דהראי' דין דיינות יש לה. ולפי מה שנתבאר מזה שאין ראי' צריכה לעדות שיכול להזימה, וחזינן שראיית ב"ד אין לה דין עדות, ממילא אין לה דין גם שאר דיני עדות ואין הפסול בה מבטל את הכשרים. ולדברי מלא הרועים דמשמע דסבירא לי' דבעינן עשי"ל בראיית ב"ד יש בה ג"כ פסול עדות מיוחדת ונמצא קא"פ, ויש להתבונן בדברי התוס' יבמות גבי ההוא דהוה קרו לי' בר ארמייתא אמר ר"א מי לא טבלה לנדותה והקשו התוס' ד"ה מי לא וז"ל תימא דאמר לקמן דגר בעינן שלשה דמשפט כתיב בי' ואפי' למ"ד חד נמי כשר דבר תורה אין דרך נשים להביא איש עמהן בשעת טבילה ואשה אינה ראוי' לדון וכו', וי"ל דהאי דבעינן ג' היינו לקבלת מצות וכו' וי"מ דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי וכו' ע"כ:

והנה אי נימא דטבילה משפט היא נראה דהויא גמר דין עם תחילת דין וראייתם הויא במקום קבלת עדות עם גמר דין ביחד, וקצת ראי' שלא נדחה לומר דכאן הויא רק גמר דין בלא קבלת עדות כלל, לפ"מ שכ' בקצוה"ח סי' ה' ס"ק ב' לחלק בין מה דאיתא דחליצה בלילה פסולה ובין מה דס"ל להרבה ראשונים דאם עברו ודנו בלילה דיניהם דין משום דחליצה הוי גמר דין עם תחילת דין ובעברו ודנו נהי דתחילת הדין הוי בפסול הוי כמו ב"ד שדנו בלא משא ומתן דכשר ע"י גמר הדין בלבד ע"כ, וא"כ כי מקשה תוס' גבי טבילת גר והלא טבילת נדה בלילה ואין מטבילין גר בלילה, מצינן נמי ליישב משום דכאן הוה גמ"ד בלא תחילת דין ומאי מקשו, אלא ע"כ דראייתם משמשת לב' דברים,

לראי' במקום עדות ולראי' לדיינות. אף שיש לדחות דהתוס' ס"ל דעברו ודנו נמי אין דיניהם דין ולא יסברו החילוק דקצוה"ח, אבל גם הסברא פשוטה היא ג"כ שראייתם משמשת לב' הדברים. והרשב"א הביא בשם הרמב"ן איני יודע אם הטבילוהו בדיעבד מהו שהרי משפט כתיב בי' ותחילת דין ביום הוא והר"מ ז"ל כתב ואם הטבילוהו הרי זה גר וכבר נתבאר לנו במסכת ב"ב שאם דנו בלילה אין דיניהם דין הלכך מטבילין אותו פעם אחרת ע"כ. והוסיף הרשב"א ונראה לכתחילה קאמר דטבילה כגמ"ד דמי כיון שכבר קיבל ומל דאי לא וכו' פשיטא דצריך טבילה ביום וכו' אלא משום דטבילה כגמ"ד איצטריך לאשמעינן דטבילה ביום. עכ"ל. ולכאורה באשה דאין דין גירותה אלא בטבילה הויא טבילה תחילת דין אף להרשב"א ופסול בדיעבד, ואי נימא הכי דהויא תחילת דין מחמת הראי', ולפי דברי הקצוה"ח מוכרח לומר כן, יקשה על דברי התוס' למה להו להביא כ"כ ראיות דאשה פסולה לדון ולהקשות מדבורה וליישב, בל"ז נמי יקשה להו דהא עכ"פ אשה פסולה להעיד, וכאן הוא ענין של עדות ג"כ, וכן יש לשאול על תירוץ התוס' הב' דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי, ואי נימא דראיית ב"ד דין עדות יש לה א"כ הא הוי עדות מיוחדת דידיעת הכל לאו כאחד הוא. ולכאורה להסוברים דגיטין וקדושין דין נפשות להם משום דעיקר דינם לאיסור ועונש מיתה, וא"כ דין גירות נמי לא גרע מדין נפשות, ומה גם להסוברים דבכל הדינים חוץ מד"מ פסולה עדות מיוחדת ואיך מכשרינן ע"י זה שידוע לכל, וכן יש לשאול שכיון שידוע לכל וע"י זה מתהוה הדין א"כ הלא ידוע גם לקרובים ולפסולים וא"כ ליפסל מטעם נמצא אחד מהם קרוב או פסול, וא"כ חזינן מזה דראיית ב"ד לא הויא כקבלת עדות ואינה צריכה לדיני עדות, ואף עדות מיוחדת כשרה, ואף אם היתה אשה כשרה לדון, היתה גם אשה כשרה בטבילת גר. ומזה ראי' מוכרח ג"כ להסוברים דבדיינות ליכא משום נמצא אחד מהם קרוב או פסול, וממילא גם בראיית ב"ד כשר בנמצא אחד מהם קרוב או פסול. ואם כי יש עוד להתיישב אם גירות הויא ד"נ אבל הדרך היותר פשוט להשיב על ראי' הלזו, כי משפט זה אין בו כלל דין של ראיית ב"ד ואין בו משפט כ"א מעשה הגירות בלבד. דלא שייך ראיית ב"ד אלא במקום שהתורה נתנה דין עדות, ואז נוכל לומר שראיית ב"ד משמשת במקום קבלת עדות, או אם נתנה תורה דין מיוחד לראיי', אבל במקום שלא נתנה תורה שום דין עדות ולא דין ראיי', אלא שצריכים לב"ד, אף שב"ד מוכרחים לראות את המעשה אין זה דין ראיי' ביחוד, כ"א מצד שב"ד צריכים להיות ב"ד ואילו לא ראו את המעשה אין להם על מה שיקראו דיינים ואין הדבר נקרא משפט, באופן הזה אף ראייתם אינה אלא דין משפט בלבד בלא עדות, וכמו שמיעת ב"ד מן העדים המעידים

שאינה אלא דייני אין לה שייכות עם עדות, כמ"כ ועוד פחות מזה כשב"ד רואים הדברים שלא נתנה התורה להם דין עדות שאין שם אלא משפט בלבד בלא שום עדות. ומה שאנו דנים לחקור על הראיי' איזה דין יש לה, היינו במקום שיש דין עדות ואף ראיית ב"ד משמשת במקום העדות, ולפ"ז מה שמדמים חליצה וטבילת גירות לתחילת דין, אפשר לומר בדרך פשוט שכמו שקבלת עדות הוי תחילת דין ישנם עוד דברים שנקראים תחילת דין ולזה רצה בגמ' לומר דגם דין חליצה הוי תחילת דין וכן אמר גם דטבילת גרות הוי תחילת דין ולא מטעם ראיי':

אבל בעיקר הדבר נראה באופן אחר. דהנה בקצוה"ח סובר דאם הי' גמר דין בלא תחילת דין דהיינו בלא קבלת עדות ובלא משא ומתן כשר אף בלילה, נראה שמפרש דתחילת דין מיקריא רק קבלת עדות ולא כל תחילת דין מיקרי תחילת דין, כגון אם פסקו את הדין בלא מו"מ דנימא דהשתא הוי הגמר דין תחילה שהרי התחיל בזה, ולא ביאר שום סברא למה נקראים דוקא קב"ע ומו"מ תחילת דין ולא ענינים אחרים. ובאמת יש לחקור בבאור תחילת דין שדרשו חכמים שדוקא ביום מהני, אם הבאור שכל התחלת דין צריך להיות, ואין חילוק במה שהתחילו, בין בפסק דין ובין בקב"ע, כיון שזו היא התחלה צריך להיות ביום, ואפשר לומר עוד שלא הכל נקרא התחלת דין. אלא דוקא דברים כאלו שאינם מעיקר הדין, כגון קבלת עדות או מו"מ שאין אלו מהדין, ואינם כ"א מין הכנה לדין הם צריכים להיות ביום, ואולי זאת הסברא השני' הוא שתופס הקצוה"ח לעיקר, אבל אין זה מוכרח:

ואולי הי' אפשר בזה לבאר המחלוקת בגמ' אי חליצה הוי כתחילת דין או כגמר דין דמר סבר דכל התחלה דינה ביום דוקא וא"כ חליצה שהיא עצמה תחילתה דינה ג"כ ביום ומר סבר דדוקא דברים שאינם אלא תחילת הדין ולא עצם הדין הם דינם ביום, אבל דברים שהם עצם הדין אף תחילתם כשרה בלילה:

ובזה הי' אפשר לומר מה דגבי קה"ח אף אחר חקירת העדים מיקרי תחילת דין ואף אמירת מקודש פסול בלילה משום דהוי תחילת דין, משום דבזה שאני עדי קה"ח מכל עדות, שבכל עדות העדים עושים מעשה קצת ואח"כ החלק השני מן הדין עושים הדיינים נמצא שלכה"פ העדים עשו התחלת דין, אבל גבי קה"ח כל הקידוש אינו אלא מעשה ב"ד, אלא שב"ד אינם יכולים לקדש עד שיודע להם בעדות שראו את הלבנה, אבל העדים אינם אלא ענין צדדי ואינם אלא גורמים לקדוש החודש, הילכך התחלת הקדוש אינה אלא מאמירת ב"ד מקודש, הלכך הויא האמירה ככל תחילת דין שפסול בלילה. היוצא מזה, שחליצה וטבילת גרות אף שאין שם ראיית ב"ד כלל מ"מ נקראים תחילת

דין, ואזדא לה הראי' מתוס' יבמות לחקירתנו, וזה שלא כדברי קצוה"ח, שדבריו א"א לשתי הסברות, דאם תחילת דין באורו התחלת כל דין א"כ אף אם פסקו הדין בלא קב"ע יהא הפסק דין כמו התחלה שהרי התחיל בזה, ואם נפרש תחילת דין כל שאינו עצם הדין א"כ חליצה וקה"ח ליהוי כגמר דין שהרי הם הדין עצמו. וצריך להסביר לפי זה הסברא הב' שגם חליצה וקה"ח וגם טבילת גרים למאן דסובר דהוי תחלת דין היינו משום דכל הני אינם דין בעצם וכל מהות ענין דינם אינה אלא כמהות דין ש קבלת עדות שאינו אלא תחילת דין מצד עצמותו. ומדברי הרשב"א שכתב בטעם סברת הרמב"ם שסובר דטבילה בלילה כשרה בדיעבד משום דהוי כגמר דין כיון שכבר מל תחילה, משמע דתחילת דין היינו במה שהתחיל הדין ואילו היתה הטבילה בתחילה היתה פסולה בלילה ואם היא אחר מילה כבר נקראת גמר דין, דאילו היתה תחילת דין הלא אין חילוק אם היתה מילה מקודם או לא:

ונראה דאף לפ"ד הרשב"א מ"מ בחליצה לר"א דפוסל אם לא רקקה אם רקקה בלילה נמי פסול ולא אמרינן כיון דחלצה כבר הוי חליצה תחילת דין ורקיקה דבתר הכי גמר דין, דדוקא מילה וטבילה ששני ענינים הם בגרות אמרינן דזה הוי תחילת דין וזה הוי גמר דין, אבל חליצה ורקיקה הם ענין אחד שרקיקה תנאי היא בחליצה, והוו כולם חליצה קריאה ורקיקה מעשה אחד שהוא נקרא מעשה החליצה ובמעשה אחד לא שייך לומר שתחילת מעשה הוי תחילת דין וסוף מעשה הוי גמר דין אלא כל המעשה הוא תחילת דין וה"נ כולם מיקרי תחילת דין. והי' אפשר עוד לומר בנדון זה דאף לפי דברי הרשב"א דבמה דמתחלינן מיקרי תחילת דין, היינו דוקא במה דדינו להתחיל וכן גמר דין בדבר שאין דינו להתחיל כ"א לגמור, אבל בדבר שדינו להתחיל ואפשר במקרה שיתחילו באחר ובדבר זה יגמר, אפשר שאף כשגומרים בו מיקרי תחילת דין, שהרי דינו ג"כ שיכולים להתחיל בו, הילכך מיקרי ג"כ תחילת דין, שלא נקרא גמר דין אלא מי שדינו לגמור את הדבר, ובזה הי' אפשר לפרש מחלוקת הרמב"ם והרמב"ן שהרמב"ם יסבור כדעת התוס' שלעולם מילה קודם טבילה לעכב, ומפ"ז סובר הרמב"ם שטבילה נקראת גמ"ד שלעולם היא באה לגמור, אבל הרמב"ן לשיטתו דפליג על התוס' וסובר דמילה קודם טבילה אינה מעכבת ויכול לטבול ואח"כ למול, ומה דמלים קודם, כדי שמא יפרוש מחמת צער המילה, ואנן מהדרינן אגרים שיפרשו, וכיון שכן לא מיקרי טבילה גמר דין, שהרי אין דינה לגמור, שהרי יכול גם להתחיל בטבילה, ובזה הי' מתיישבים גם דברי קצוה"ח שהי' אפשר לומר גם להיפך שדבר שדרכו להיות לגמר הדבר אף אם במקרה

יזדמן שיתחילו בו מ"מ מיקרי גמר דין ומטעם זה פסק הדין בד"מ מיקרי גמר דין אף כשהתחילו בו, מפני שהתחילת דין נתבטל, כיון שדינו להיות נגמר בו וצ"ע:

אלא דעדיין יש להקשות אסוגיא זו דיבמות להני דסברי דלא בעינן בטבילה ב"ד, מ"מ כתב הש"ך בשם הפרישה דבעינן עדים בשעת טבילה וא"כ תקשה ג"כ קושיית התוס' דהא אין דרך נשים להביא עמהן איש, ועיין בחמדת שלמה שהקשה זה ומסיק שם דצריכים אנחנו ג"כ לומר כתירוץ התוס' דכיון דידוע לכל שטבלה הוי כמו עדים רואים בשעת מעשה וא"כ יקשה לפ"ז איך יוכלו להעיד אח"כ הא הוי עדות מיוחדת והא יש ביניהם קרובים או פסולים דהא הכל יודעים וליבטיל עדותם מטעם נמצא אמקא"פ, דהא לפי שיטה זו עדים הם ולא דיינים, וכולם מסתמא לא כוונו להעיד, וכשכולם לא כוונו קסבר הש"ך דהפסול מבטל את הכשרים. מיהו מהא דנמצא אחד מהם קא"פ לא קשיא שכיון שלא ראו כולם בבת אחת כי ידיעת כל אחד היא ידיעה מיוחדת כל אחד בזמן אחר וממקום אחר אין מצטרפין להפסל הכשר מחמת הפסול, אבל מעדות מיוחדת קשה. וצ"ל דהא העדים לא ידעו ביחוד שטבלה, אלא יודעים שמתנהגת בדת ישראל, ואנן סהדי ע"י זה שודאי טבלה בכגון זה לא שייך לומר עדות מיוחדת, דאנן סהדי מהני כמו עדים, והלא אינם עדים על מעשה שראו, אלא על המעשה הנולד מזה, נמצא שזה המעשה השני נודע לכל, ועל מילתא דתליא בראיי' שכלית לא שייך לומר עדות מיוחדת. ודבר זה מוכרח מצד אחר, שלפי סברת התוס' שע"י זה שידוע לכל נעשים דיינים על הטבילה, ואם בשעה זו יודע דיין זה ובשעה השני' יודע דיין אחר, הלא אין להם צירוף, להיות ישיבת דיינים מצורפת, אלא א"כ נימא שכיון שראייתם ע"י אנן סהדי היא, הוי כאילו ראו ונצטרפו כולם בבת אחת:

ויש להביא עוד ראי' לפשוט חקירה זו אם ראיית ב"ד יש לה דין עדות מהא דמקשו תוס' במכות ו', היאיך מצאנו ידינו ורגלינו כשנותנים גט במעמד קרובים והי' לנו לומר דעדות הכשרים בטל והאי דומיא דדיני נפשות דשרינן א"א שיש בה מיתת ב"ד וכו' וגם לרבי נמי קשה דפעמים יתכוין אחד מן הקרובים להעיד, ע"כ. והנה הנו"ב העלה דגט נמי בעי ב"ד דוקא נמצא לפ"ד שכשנותנים גט יש שם שלשה לב"ד ואי נימא דבדיינים לא פסלינן הכשרים כשנמצא אחד מהם פסול, א"כ מאי מקשו בתוס' נהי דעדים נפסלים מ"מ תתכשר הנתינה מחמת ראיית הדיינים, ועוד שאפי' אי נימא שבדיינים פסלינן ג"כ משום קא"פ את כולם היינו דוקא כשהוזמן לדיין אבל שיעשה אדם לדיין מעצמו בעמידתו זה פשוט דלא שייך. וא"כ אף כשנמצאים באותו מעמד קרובים או פסולים לא יפסלו את הדיינים, וממילא יהא לנו בדיינותם לעדי קיום, אבל אי נימא דאף ראיית ב"ד

יש לה דין עדות, א"כ הקרוב או הפסול מבטל את דין עדותם, וא"א בגיטין בלא דין עדות, וממילא א"א להתקיים גם להדיינות, ואתי שפיר קושיית התוס', ומכאן ראי' שראייה דין עדות יש לה, ומשום זה צריכה להפסל, כשיש במעמד הנתינה פסולים או קרובים:

אך כל זה שייך דוקא אי נימא דצריך בנתינת הגט או בקדושין דין עדות דוקא משום דבעינן עדים דוקא לקיום הגט, אבל אי נימא דבעינן רק לברר הדבר, ואם יתברר הדבר בלא עדים ג"כ הוי שפיר, וא"כ אין צריך כלל לדין עדים בנתינת הגט, ודיינים ע"כ בעינן מצד משפט שבגט, והדבר הלא ממילא יתברר, וא"כ אף אי נימא שראיית הדיינים לעדות תחשב, הלא היינו דוקא במקום שצריך לעדים, אבל לא במקום שאין אנו צריכים לעדים, ובקצוה"ח כתב לפרש הגמרא דקדושין ס"ו דבעי למימר אמאי לא מהני הודאת בע"ד ומשני משום דחב לאחריני ומאי קושיא הא בקדושין בעינן עדים לקיום ומה שייך בזה הודאת בע"ד, וכתב לפרש דהא דבעינן עדי קיום, היינו שיוכל להתברר על ידיהם וא"כ כשיוכל להתברר ע"י הודאת בע"ד ג"כ שפיר הוי, וע"ז משני דחב לאחריני ולא יוכל להתברר ע"י הודאה ע"כ חזינן דלא בעינן עדים דוקא, אלא כל המתברר ע"י, ובשם הנתיבות אמרו דאף כשיכול להתברר ע"י בלא עדים מהני הילכך כיון שבגיטין אם אמר הבעל גרשתי את אשתי נאמן א"כ הלא יכול להתברר ע"י הבעל, אף אם גירש בלא עדים ג"כ מהני. אבל עכ"פ לפי דברים אלו אין אנו צריכים לדין עדות בגט, א"כ אף אי נימא דבכ"מ ראיית ב"ד מטעם עדות היא באה ג"כ, קשה כאן, שהרי כאן אין אנו צריכים לעדות, אלא שנראה פשוט, דכאן ע"כ צריכים אנו עכ"פ לדין עדות, שכיון שכל עיקר הדין בגט הוא שיתברר, וכאן באופן זה שהוא עתה ע"כ אין יכול להתברר אלא ע"י זה שיעידו לאחר כן אם יוצרך הדבר לזה, א"כ ע"כ ראייתם להעיד לאחר זמן, הילכך אם יש במעמד זה קרובים או פסולים, ולרבי אם יכוונו עוד להעיד, פוסלים בע"כ את הכשרים ג"כ מלהעיד לאח"ז, והילכך מקשו התוס' שפיר, ודוקא במקום שהב"ד דנים על אחר, ואין אנו צריכים לעדותם לאח"ז, יכולים אנו לומר שראיית ב"ד אין לה שייכות לעדות, אבל כאן ע"כ ראייתם לעדות היא באה ג"כ כדי להעיד לאח"ז, והילכך היא נפסלת מטעם נמצא אחד מהם קא"פ לפי דעת התוס' בהקושיא:

ועם האמור למעלה בטבילת גרות דלא הוי עדות מיוחדת יש לבאר דברי התוס' כתובות (כ"א ע"ב) וש"מ וכו' ועוד אומר ר"י דס"ד דצריך להעיד בפניהם משום דפעמים אין מכירין אלא ע"י שראו בלילה דליכא למימר לא תהא שמיעה גדולה מראי', דשמיעה אינה יכולה להיות בלילה כדאמר בר"ה וכו' ע"כ. וכתב במהרש"א דהאי דס"ד אינו רק אם ראוהו ביום דס"ד לגזור משום גזירה של ראיית לילה אבל אם ראוהו בלילה ומכירין

ע"י זה לפי האמת ג"כ צריך להעיד בפניהם, יוצא לנו מזה שגם ראייה הקודמת שע"י מכירים את החתימה נחשבת לשעת ראיית העדות, א"כ כשראו העדים את החתימה בזמנים מיוחדים ולא כולם בב"א ליפסול משום עדות מיוחדת בקיום הגט אשה דהוי כנפשות. ואף שדברי התוס' בסברתם מוקשים בלא"ה כמו שכתב בש"מ וז"ל והכא בקיום שטרות ליכא לאוקמי כשראוהו בלילה דמ"מ על מה שרואים עכשיו מעידים דהיא חתימה ושמכירין ומקיימין אותה עכשיו ולא על מה שראו בלילה, ע"כ. אלא שזה הי' נראה ליישב שכוונת דברי התוס' שא"א לומר שהעדים המקיימים מעידים על חתימה זו שמקיימים אותה, שכיון שהם אין יודעים שחתם, ואף שמכירים אותה שדומה לחת"י בכ"מ, מ"מ הלא אפשר ג"כ לזייף, ואין זה דומה למכירים את האדם בטב"ע ששם אין שום ספק אחר הכרתם, אבל בהכרת חתימה הי' אפשר לספק גם אח"כ, אלא שכיון שהחתימות דומות אנו מחזיקים את השטר בחזקתו, נמצא שלהעיד על חתימה זו אינם יכולים שהרי אינם אומרים שזו החתימה דומה שהיא שלו, ואין הגדת עדים בדומה כ"א בדבר ברור, אלא ע"כ שהם מחזיקים לפנינו את החתימות שבמקום אחר שמכירים אותן, ואומרים עליהן שהן דומות לזו שלפנינו עכשיו, וכיון שכבר הוחזקה לפנינו חתימת ידם, ב"ד סומכים ע"ז ומקיימים את השטר, אבל עיקר הגדתם אינה אלא על החתימה שבמקום אחר, ואם ראוהו בלילה אין יכולים לדון ע"פ שוב שהרי על ראיית לילה צריכים לדון. אבל עכשיו תחזור הקושיא, שא"כ כל עדי קיום גט אשה שמכירים את החתימה ע"י ראי' מיוחדת שראו שלא בב"א תפסול משום עדות מיוחדת. אבל לפי האמור למעלה ניחא דנהי שהם מעידים על החתימה אבל זה אין נוגע לנו כלל, ועיקר הדין הוא שיודע לנו ע"י זה החתימה השני' ובזה הלא אין כאן עדות מיוחדת, הלא הדבר והעדות נגמרים על ידינו שאנו רואים עכשיו בב"א שהחתימה היא חתימת ידיהם, וכמו שנתיישב גבי טבילת גרות, שכיון שהעדות נגמרת ע"י אנן סהדי ועל זה הגמר אין כאן עדות מיוחדת, אף כאן כן הוא:

שוב ראיתי בנתיבות סי' ל"ו שכתב ג"כ דכשב"ד דנים ע"פ ראייתם אין לזה דין עדות וסמך עצמו ע"ז שאין אצלם דין עדות שאאי"ל וכתב ג"כ שאין קא"פ מבטל את הדיינים והגט מתקיים על ידיהם, אבל זה פלא שהלא לפי מה שכתב הנו"ב שגירושין צריכים ב"ד א"כ מאי מקשו בתוס' מכות דניבטלו הגיטין מטעם קא"פ, אלא ע"כ כמו שנתבאר שכיון שכל הקיום הוא כדי שיעידו אח"כ אם יוצרך, ממילא העד הפסול פוסלם מלהעיד אח"כ אף שהם דיינים עכשיו וממילא אין כאן קיום:

ואחר כל זה נראה דאם ב"ד בצירוף שלשה רוצים לדון ע"פ ראייתם שראו כל אחד ואחד לבדו, נראה דאם היינו אומרים דראיית ב"ד דין קבלת עדות יש לה הלא יש מקום לומר שכיון שאין מקבלים עדות אלא בפני ג' וכיון שהיו בשעת ראי' שהיא שעת קבלת עדות ביחיד לא מהני ראייתם במקום קבלה, אף שי"ל שאף לפי סברא זו אין הדברים כן, שכיון שאין צריכים לקבלה, והדבר מתקבל ממילא, אין צריכים בזה לדיני קבלה, כמו שנתבאר למעלה. ומכש"כ לפי מה שנתבאר דראיית ב"ד אין לה דין קבלת עדות, כמו שהסכים גם בנתיבות המשפט, כ"א דין דיינות, וכל ראיית דיין רואה רק הוא בעצמו, ומה שחסר לו עכשיו הצירוף שלשה, שהרי בידו לדון ע"י זה שיצטרף, ודוקא כשהוא רואה בלילה שאז פסול לדון, אין ראייתו נחשבת לראיית דיין, אבל בלא צירוף ג' אפשר דמיקרי ראיית דיין, ובזה היתה מסתלקת קושיית החזון איש שהקשה על התוס' כתובות, איך אפשר לומר שדנים ע"פ ראייתם החתימה ראשונה, הלא אז לא היו מצורפים, כ"א כל אחד ואחד לבדו, ולפ"ד אף זה ראיית דין מיקרי, שבידו לדון, ודברי התוס' סמוכים לזה:

סימן ב

א

בסמ"ע סימן ז' סעיף ב', ס"ק ו', ועיין בפ"ר בשם הרא"ש דכיון דכ"ע גומרין בלילה וסומא באחת בעיניו חזי טפי ביום משו"ה כשר אף בתחילת דין, עכ"ל. והנה דברי הרי"ף תמוהים מאד דמה ראי' מגמר דין דכשר בלילה לתחילת דין דפסול בלילה שהלא שני דינים מיוחדים הם ואיך דנים מזה על זה. והדבר פלאי. ובהגהות חו"י הקשה דילמא שאני גמר דין דכתיב ושפטו את העם בכל עת. עכ"ל:

והמתבאר לפי הנראה, מדברי הרי"ף שאינו מפרש ביסוד הדבר כפי המונח הפשוט, שכפי הנראה מדברי הפוסקים בכמה מקומות הוא שגמר דין כשר בלילה ואינו צריך כלום לדין יום. ומה שצריך יום בדין הוא רק בתחילת דין. נמצא שתחילת דין וגמר דין שני דינים נפרדים הם ודינים חלוקים להם. עד שבקצוה"ח כתב שאם עשו גמר דין בלא תחילת דין בלילה כשר, ולפי דברי הרי"ף הי' נראה שאין הדבר כן אלא שגמר דין ותחילת דין, דין אחד להם, שכמו שפסולה התחילת דין אם לא הי' ביום כך פסול הגמר דין אם לא הי' התחילת דין ביום, שמה שאנו צריכים להתחיל ביום הוא לא רק משום התחילת דין אלא גם משום הגמר דין, שמה שאמרה תורה על דין המשפט "ביום הנחילו את בניו" גם על גמר דין אמרה אלא שאם הי' התחילת דין ביום אף אם נגמר בלילה אנו קוראים על הגמר דין ביום הנחילו את בניו, ומה שצריכים בתחילת דין ביום הוא לא מפני שיש יתרון בתחילת דין על גמר דין אלא שבתחילת דין הלא אי אפשר להצטייר

באופן כזה כמו בגמר דין מחמת חסרון המציאות אבל מחמת הדין הי' די לנו כמו בגמר דין. ועל פי זה יצא לנו פי' דברי הרי"ף שאם יוצאים הדיינים את הדין של ביום הנחילו בגמר דין רק בזה שתחילת הדין הי' ביום אם כן כ"ש דעדיף טפי סומא באחת מעיניו דחזי טפי ביום שאצלו תמיד קצת ביום דכשר אף בתחילת דין:

ולפי הדברים הנ"ל יצא לנו שלא כדברי הקצוה"ח סימן ה' הנ"ל שר"ל שאם עשו גמר דין בלילה בלא התחלת דין כשר, וזה שייך רק אם נאמר שאין הדין של ביום הנחילו אמור אלא על תחילת הדין, אבל שגם גמר הדין בכלל זה אלא שאם התחילו ביום אז נקרא גם הגמר הדין ביום הנחילו אף אם נגמר בלילה. לפ"ז אם לא היתה ההתחלה ביום אף אם עשו בלילה הגמר דין בלא התחלת דין ע"כ פסול שהלא אין אנו יכולים לקרות על הגמר דין ביום הנחילו את בניו, שהלא נעשה הדין כולו בלילה. מלבד מה שיש לפקפק בל"ז על דברי קצוה"ח אף לפי המונח הפשוט שאם עשו בלילה גמר דין בלא התחלת דין אז עלינו לומר שנעשו בזה גמר דין והתחלת דין בבת אחת שמעשה משפט זה הוא גמרו והוא התחלתו שהלא לא חייבה התורה לעשות הקבלת עדות ומשא ומתן ביום כי אם שיהי' ההתחלת דין באיזה אופן שהוא ביום אם כן גם כשעשו בלא קבלת עדות ובלא מו"מ באיזה אופן שהתחילו פסול בלילה ואף שעשו בב"א גם הגמר:

וכשיטת הרי"ף נראה שיסבור גם הרמב"ם שכתב (בפ"ג מה' סנהדרין ה' ג') וז"ל אין מתחילין את הדינין בלילה. מפי השמועה למדו שהדינים כנגעים שנא' כל ריב וכל נגע מה ראיית הנגעים ביום בלבד אף הדינין ביום בלבד ע"כ. והקשה בכ"מ הלא היקישא דריבים לנגעים הוא לר"מ ואנן כרבנן וי"ל כיון דאמר בגמרא ור"מ האי ביום הנחילו מאי עביד לי' לכדתני רבה בר חנינא וכו' והאי דרבה בר חנינא הלכה היא וכו' והשתא כיון דביום הנחילו איצטריך למידרש ביום אתה מפיל נחלות וכו' אע"ג דלא קיי"ל כר"מ מדרשא דדריש למעט בלילה בין לתחילת דין בין לגמר דין דרשינן לי' למעוטי לתחילת דין וכו', ע"כ. והקשו ע"ז א"כ לוקי שם בגמ' המשנה דאמרינן דנין ביום וגומרין בלילה אף כר"מ וכמו דדרשינן אנן לרבנן דמרבינן מושפטו בכל עת לגמר דין בלילה אף דמקשינן ריבים לנגעים, ע"כ:

ולפי דברי הרי"ף אלו יתיישבו שפיר דברי הרמב"ם, כיון שמצינו שר"מ פוסל בסומין וע"כ באחת מעיניו הוא דפוסל וסתם משנה ר"מ היא, וסתם משנה דנדה סוברת דסומא באחת מעיניו פסול, וכיון שכן ע"כ גם דגמר דין פסול בלילה. שאם הי' כשר גמר דין בלילה הי' גם סומא באחת מעיניו כשר. הילכך לא מצי לאוקמי בגמרא מתניתין דסנהדרין כר"מ. ועיין בלחם משנה שסובר גם הוא בדברי הרמב"ם כשיטת הרי"ף, ועיין

ברדב"ז בפי'. ולהסביר הדברים הי' נראה דהא דאמרינן דאין תחילת דין בלילה ע"כ אינו פסול זמן וכן מוכח מדברי סמ"ע סי' ה' ס"ק ז' שכתב דכשנרות דולקות בלילה כשר אף בתחילת דין ומוכרח דס"ל דאינו פסול זמן. וכן הא דפסלינן סומא לדון ע"כ אינו פסול גברא כיון דלמדין שני הדינים חד מחברי' ואילו הי' לילה פסול זמן איך תולין סומא בלילה שהרי סומא א"א לפסול מצד חסרון זמן. וכן אילו הי' סומא פסול גברא איך תולין דין לילה בדין סומא, אלא ע"כ שאין הטעם מחמת פסול גברא וכן לא מחמת פסול זמן. ומוכרחים אנחנו לומר גדר השוה בשניהם שצריך ראיית הדיין או ראוי לראייה ובין בסומא ובין בלילה חסר ענין זה של ראי'. כך היא הצעת הדברים לפי המונח הפשוט. ולפי דברי הרי"ף שבארנו שגם בגמר דין צריך להיות הדין של ביום אלא שאם התחילו ביום אז אף אם גמרו בלילה אנו קורים על גמר דין ביום, צריך לומר באופן אחר שאין צריך להיות ראייה ממש אלא ידיעת הדברים ע"י ראיית יום. ואז אם התחיל הדיין לדון ביום וראה הבע"ד והעדים אז גם בגמר דין יש לו הידיעה בדברים אלו ע"י ראיית יום וזה מספיק. וע"ז קאמר הרי"ף כיון דסומא באחת מעיניו מה שיודע הוא ע"י העין שרואה בה ר"ל ע"י ראייתו ולא גרע מהידיעה שיש לו בגמר דין שהיא ע"י ראייתו בתחילת דין:

ויסוד לדברים אלו נראה מדברי התוס' כתובות (כ' ע"ב) שכתבו דהילכך צריך להעיד בפני כל או"א משום דפעמים אין מכירין החתימה אלא משום דראו בלילה דלא שייך לומר ולא תהא שמיעה גדולה מראי' דקבלת עדות פסולה בלילה, עכת"ד. ובאמת דבריהם תמוהים הלא עיקר הראי' היא מה שמכירין עכשיו החתימה ומה לנו בזה שמכירין ע"י זה שראו מתחילה בלילה. ונראה פשוט שאין דברי התוס' אמורים כשכבר מכיר הדיין החתימה בטביעת עין דאז ודאי אין לנו שום נפ"מ בזה שראו בלילה דהלא הדין הוא עכשיו אלא ודאי דברי התוס' אמורים כשהדיין אינו מכיר אלא ע"י שנזכר צורת החתימה שראה בלילה ומכיר שאחדות הנה. ומזה אנו רואים שדעת התוס' שאע"פ שעכשיו אין כאן חסרון ראי' מ"מ כיון שידיעת הדברים שהוא נצרך לה היא באה מראי' בלילה הידיעה פסולה. הרי שפסול לילה משמש אף בידיעות הדיין ומזה נדון לנדון דידן דגמר דין פסול בלילה אף כשהי' בלא תחילת דין משום שהדיין יודע הדברים מראייתו בלילה וסומא באחת מעיניו כשר משום שידיעתו באה מראיית יום:

ב

בשו"ע סעיף ה' אפילו כיוונו ראייתן בתורת עדות וכו'. בבאור הגר"א הביא כאן קושיית התוס' ב"ב (קי"ד ע"ב) בהשגתם על דברי הרשב"ם שסובר שאם כיוונו בראייתן להעיד נקראים עדים ואף אם אינם מעידים אינם יכולים להיות דיינים משום שאין עד נעשה

דיין. והקשו על זה בתוס' כיון שהרשב"ם מדמה דין דאין עד נעשה דיין לדין נמצא אחד מהן קא"פ א"כ לר' יוסי במכות ו' שסובר שאף בלא כונה יש להרואה דין עד לענין נא"מ קא"פ לא משכחת לעולם שיעשה הרואה דיין שהלא אף בלא כונה נעשה עד ואין עד נעשה דיין וקשה מהא דשלשה שנכנסו לבקר וכו' רצו עושין דין וכן קשה מהא דפריך גבי סנהדרין שראו את החדש ולא תהא שמיעה גדולה מראי'. עכ"ד. ודבריהם לכאורה תמוהים מאד שאף שר' יוסי סובר שאף בלא כונה להעיד נעשה עד אין הדברים אמורים אלא כשלא כוון כלום, אבל כשמכוין בהדיא לדון ולא להעיד אז בודאי נעשה בשעת ראייתו תיכף לדיין ואז אין לו דין עד כלל, ולפ"ז לא קשה כלום מהא דרצו עושין דין שמכוונים לזה בשעת ראייתן וכן גבי סנהדרין שראו את החדש שמכוונים בשעת ראייתן להעשות דיינים ולא יעשו עדים כל עיקר:

והנראה בישוב הדברים בשום לב לסברת ר' יוסי שסובר שאף בלא כונה להעיד כי אם בראיי' בלחוד נעשה עד, שנראה שנעשה עד מצד חיוב התורה שיש על כל איש הרואה דבר שהוא, להעיד ולהגיד כשצריכים להגדתו. וחיוב זה שחייבתו התורה עושהו לעד בראיי' בעלמא, שהלא מכיון שראה נתחייב להיות עד. ואחר הנחת סברא זו אף כוון בראייתו להיות דיין, מ"מ אם יארע הדבר שיוצרכו להגדת עדותו, יוכרח להעיד מצד חיוב התורה, ועל כרחו נעשה גם עד, ולזה מקשי התוס' שפיר לדברי הרשב"ם שלר' יוסי לא יוכל להיות דיין לעולם:

ואף שבנמצא אמקא"ע לא שייך לומר שהפסול נעשה עד בראייתו מטעם זה שהרי אין עליו חיוב להעיד, מ"מ פוסל בראייתו, שכיון שהכשרים נעשו עדים בראייתם ועל הכשרים יש להם דין צירוף שמוכרחים להצטרף בראייתם, שהלא עדות מיוחדת פסולה בדיני נפשות. וכל עיקר דין שנעשים עדים הוא על ידי צירוף ראייתם, והוא ג"כ נשתתף עמהם בראייתם הוי אצלם בראי' כמו בכל מקום שנמצא אחד קא"פ שפוסל הגדתם על ידי הצטרפותו עמהם בהגדה:

וזה לכאורה פשוט בסברא דבמקום שכשרה עדות מיוחדת לא שייך לפסול מטעם עד הרואה בלחוד כיון שאין להם הצטרפות זה עם זה כיון שכשרה ראייתם אף אם ראו כל אחד בפני עצמו, אף אם ראו בב"א אין להם הצטרפות כי אם בהגדה שמוכרחים להצטרף, אבל בראי' כל אחד בפני עצמו הוא עומד ואין ראיית הפסול פוסלת הכשרים. ולפי הדברים האלה הי' אפשר להעיר בדברי התוס' מכות (דף ו') ד"ה שמואל אומר הלכה כר' יוסי וא"ת היאך מצאנו ידינו ורגלינו בגט שיש במעמד קרובים וכו'. ע"כ. והרא"ש הקשה גם מקדושין. ולפי הדברים הנ"ל יש להעיר דאם נסבור דבעדי גיטין

וקדושין מהני אם ראה זה שחרית וזה ערבית וכשרה עדות ע"י ראי' מיוחדת לא שייך בזה לומר שתבטל ראיית הפסול את ראיית הכשרים כיון שאין להם צירוף בראייתן. ובשערי ישר שער ז' פרק ג' העיר גם כן על דברי התוס' הללו והביא ראי' דסוברים דלא מהני עדי צירוף אך לא מטעם זה כי אם מטעם דלא שייך להקיש שלשה לשנים דאף בשנים לא בטל דאפשר להתקיים על ידי צירוף:

והנה יש אתנו מקום להתבונן בדברי התוס' ישנים (כריתות דף י"ב ע"ב) ד"ה לא נתכונתי להעיד מכאן אמר רבי וכן דן הלכה למעשה דעדים ששמעו הדבר מפי בעלי מעשה אך לא נתכוונו להעיד ולא הובאו שם לשם עדות אין בעדותן כלום אם באים אחר זמן להעיד בפני ב"ד. ע"כ. וקשה עליהם מדברי ר' יוסי שסובר שאע"פ שלא נתכוונו להעיד יש דין נמצא אחד מהן קרוב או פסול, הלא קא חזינן דאף דלא נתכוונו להעיד יכולים להעיד בב"ד שהרי אילו לא נמצא אחד מהם קרוב או פסול היתה עדותן כשרה אף שלא נתכוונו בראייתן להעיד. ודבר זר הוא לומר דבהא פליגי:

ולפום ריהטא הי' נראה דאף לר' יוסי צ"ל באמת דהכשרים נתכוונו אלא דהפסול לא נתכוין וכל עיקר מחלקותם של ר' יוסי ורבנן יוצא לנו עכשיו באופן אחר דלרבנן אין נעשה עד בראיי' בעלמא דבמה שנתחייב בלחוד להעיד בזה אין נעשה עוד עד כי אם בזה שנתכוונו להעיד ונמצא לפ"ז שאם אנו באים לפוסלם מטעם נמצא אחד מהם קרוב או פסול אנו צריכים שיהיו הכשרים והפסול מצורפים בעיקר עשייתם עדים והיינו לרבנן בראייתם ובכונתם שבשני הדברים ביחד הם נעשים עדים, ואם לא נצטרפו אלא בראי' ולא בכונה אין זה פוסל. אבל לר' יוסי עשייתן לעדים הוא רק ע"י הראי' וכמו שנ"ל שכיון שהראי' מחייבתו להעיד נעשה בזה עד בראיי' בלחוד. ומה שצריך להתכוין להעיד בשעת ראייתו אין זה פסול בעיקר עשיית העד לעד כי אם בסמיכתנו על הגדתו לאחר זמן מפני שאפשר כיון דלא נתכוין מתחילה להעיד לא דייק היטב או כעין זה. והילכך לר' יוסי אף דלא נצטרף הפסול עם הכשרים בהכונה להעיד כיון דנצטרף עמהם בהגדה אמרינן בזה דנמצא אחד מהם קרוב או פסול ועדותן בטילה דלר' יוסי עיקר עשייתן לעדים הוא רק ע"י הראי' שע"י הראי' נתחייבו להעיד ובראי' הלא נצטרפו הכשרים עם הפסול:

ודבר זה באמת מוכרח הוא דסברת התוס' ישנים הפוסלים כל עדות בלא נתכוין להעיד אין זה שייך לרבנן כלל דהלא תוס' ישנים פוסלים בלא נתכוין להעיד בכל עדיות ואף בעדות של איסורים כנראה מדבריהם ושם אין שייך בעצם עשיית העדות לא ראיי' ולא כונה כי אין שם ענין של עשיי' לעד וזה הלא פשוט מאד כי כשר הלא אף ע"י ידיעה

ברורה בעלמא ומוכרחים אנחנו לומר כי הפסול של לא נתכוין להעיד הוא רק בסמיכתנו עליו לאחר זמן וזה שייך אף באיסורים ושאר ענינים:

והנה על פי הנחה זו יוצאת לנו חקירה חדשה בענין עדי קיום בקדושין וגיטין לר' יוסי דסבירא לי' דאף בלא נתכוונו להעיד הוי עד ומ"מ להעיד אינו יכול משום דלא סמכינן אעדותו לאחר זמן כיון דלא כוון להעיד. אם כן אפשר דבעדי קיום כיון דאינו צריך להעיד בב"ד ועל שעה של עכשיו הוי שפיר עד. והנה לפי דברי הקצוה"ח שסובר שעדי קיום הם שיכולים לברר את הדבר בב"ד כשצריך לזה, ולזה הצריכה התורה עדי קיום כדי שיוכלו לברר ובזה שיש עדים היכולים להודיע הדבר בזה נעשה חלות הקדושין. לפ"ז כשלא כוונו להעיד שלפי דברי התוס' ישנים אינם יכולים להעיד לאחר זמן פסולים גם לקיום הדבר כיון שאינם יכולים לברר לאחר זמן אין אלו עדי קיום. אבל אי נימא שלא כדברי הקצוה"ח שאין שייכות בין עדי קיום לעדי ברור וא"כ הלא אף כשאינו יכול להעיד בב"ד ג"כ כשר לעד קיום ולפ"ז אפשר דלר' יוסי אף כשלא כוון להעיד ואינו יכול להעיד לאח"כ לעד קיום מיהא כשר:

ג

בבאורי הגר"א ס"ק ו' אבל (הסומא משתי עיניו פסול). שם נ' דלא קא דחי ר"י אלא סתמא דסיפא דמתניתין כו' ורי"ף ורא"ש שם דהא פסול להעיד כמ"ש בסימן ל"ה סי"ב: **ליקוט** אבל דרישא לא אידחיא וכמ"ש בס"ט דלא כסמ"ע שכתב הטעם משום דהוי כלילה. עכ"ל:

והנראה מדברי הגאון ז"ל אלו דרך חדש בטעם פסול סומא בשתי עיניו לדון שלא כטעם הסמ"ע שפוסל משום דהוי כלילה וגם שלא כדברי הסוברים בטעם הפסול משום דמקיש ריבים לנגעים ומ"מ מחלקים בין סומא בשתי עיניו לבין סומא באחת מעיניו. אלא מטעם אחר שכיון שפסול להעיד פסול זה פוסלו מלדון. וזהו הנראה מדקדוק דבריו דרישא לא אידחיא כלומר שהפסול להעיד מטעם זה פסול לדון שפסול זה פוסלו:

וכבר מצאנו לסברא זו בדברי רש"י ז"ל בסנהדרין (דף כ"ד ע"ב) ד"ה המשחק בקוביא וכו' וכולן מעין גזלנים הם והתורה אמרה אל תשת רשע עד וכל שכן דיין. עכ"ל. הרי שגם רש"י מפרש בפסול הדיין מטעם שפסול להעיד שזה פוסלו מלהיות דיין. וכ"כ יפרש הגאון ז"ל בפסול סומא בשתי עיניו מטעם פסולו לעדות:

ועל פי הצעת דברים אלו אין מקום לדברי הסמ"ע בסק"ט שכתב וז"ל ועיין פ"ר שכתבתי דלשני הי"א ל"ת הא אמרינן כל הפסול להעיד פסול לדון והפסול לדון פסול להעיד חוץ מאוהב ושונא דמ"מ בשניהם יש פסול קטנות כל חד לפי ענינו. ע"כ. ולתירוץ זה

אין מקום כי אם נאמר שאין כלל זה שכל הפסול להעיד פסול לדון מסור בידינו כי אם לסימן שנדע מי ומי הם הפסולים לדון אבל אין דבר אחד מכריח את חבירו מצד הדין כמו שנאמר בכלל השני שכל הפסול לדון פסול להעיד שאינו אלא לסימן אבל אם נאמר כנ"ל שהפסול להעיד הוא הפוסל אותו גם מלדון איך נוכל לומר ולפרש שהפסולים הם כל חד לפי ענינו הלא כיון שהקטן פחות מבן י"ג פסול מלהעיד על כרחנו שפסול גם מלדון שהלא פסולו מלהעיד פוסלו גם מלדון וכמו שכתב רש"י גבי פסול רשע אל תשת רשע עד וכל שכן דיין וא"כ הלא תחזור קושיית הסמ"ע למקומה וכי איך נכשיר קטן פחות מבן י"ג לדון בה בשעה שאנו פוסלים אותו מלהעיד. שוב מצאתי בשירי קרבן פרק נ"ה שהקשה על הירושלמי וז"ל אף קטן פחות מבן עשרים וכו' וקשה הא תנן כל הפסול להעיד פסול לדון וכו' ותי' הב"ח כל איש הכשר לדון וכו' וקשה הא אמרינן לעיל פרק זה בורר הלכה ח' אמרה תורה הרוג ע"פ עדים הרוג ע"פ דיינים מה עדים וכו' הרי דילפינן דיינים מעדים בגז"ש או במה מצינו א"כ נילוף נמי מינייהו שיהא הדיין איש, ע"כ. והנה הקשה הוא כ"כ מדברי הירושלמי:

ולפי הנראה שמה שכתב רש"י דכיון שכתבה התורה אל תשת רשע עד כל שכן דיין אין ביאורו שזה למוד זה מזה בדרכי הלמוד וכן מאי דאמרינן הרוג ע"פ עדים הרוג ע"פ דיינים פי' אחר לדבר שפסול זה דפסלינן עדים קרובים או פסולים אחרים פסול זה הוא פסול דין שכיון שע"י העדים יוצא הדין פסלתם התורה שהדין יצא על ידם וכיון שהתורה פסלה העדים מחמת שהדין יוצא על ידם א"כ הלא עיקר הפסול הוא בדיינים שהלא אין הפסול בעדים כ"א בחתוך הדין, נמצא שהדבר מתפרש שאין פסול עדים ופסול דיינים שני דינים מיוחדים הלמדים זה מזה כ"א דין אחד ופסול אחד. אבל אם היו שני דינים מיוחדים אפשר שלא היו למדים זה מזה. ואם הדבר כן אין שייך לפסול דיין כעד כי אם בדברים שהעדים נפסלים פסול דייניי שאין פסול זה כ"א מאשר הם עדים. אבל פסול קטן לעד הלא דבר זה הוא כלל בכל התורה כולה שאין מעשה קטן כלום וגם בעדות שאינה שייכת לבית דין כגון באיסורים גם כן אין קטן נאמן וגם בשאר דברים שאינם של עדות אין דבורו ומעשיו כלום. וגם מאי דפסלינן לי' לעדות אין הפסול מחמת דין ובכה"ג אפשר להיות פסול לעדות ולדין כשר:

ד

בחו"מ סימן ג' אין ב"ד פחות משלשה וכו'. הנה הע"ש כתב כהרמב"ם דהלכה כרב אחא ברי' דר"א דחד נמי כשר מדאורייתא ומדרבנן צריך ג' משום גזירה דיושבי קרנות ובג' א"א דליכא חד דגמיר. והוקשה לי מתחילה על עצם הדין כיון דיושבי קרנות פסולים

הם איך מצרפינן להו לחד דגמיר הלא אז גם החד דגמיר פסול לפי שיטות האחרונים הסוברים שגם בדיינים אמרינן שנמצא אחד מהם קא"פ דינם בטל. ועיין בתומים סי' מ"ו ס"ק כ"ח שעשה מזה מחלוקת הראשונים. ומצאתי שהקשו זה בשער המשפט ובחי' הרי"ם. אלא שהוקשה לי אח"ז עוד יותר שאף אי נימא דליכא גבי דיינים דין דנמצא אחד מהם קא"פ מ"מ צריך להיות בכאן פסול כיון דגם החד דגמיר לא פסק את הדין על דעת עצמו כי אם בצרוף דעתם נמצא שאין כאן גמר דין של כשר. וכיון שפסק של היושבי קרנות לא כלום הוא א"כ אין כאן גמר דין כלל. ולפ"ז הא דפליגי האחרונים ולפ"ד התומים גם הראשונים אי אמרינן גבי דיינים דין דנמצא אחד מהם קא"פ, לא שייך זה כי אם בקבלת עדות דשם לא שייך שדיין אחד עושה בצירוף דעת חבירו והוי דומיא דעדים שכל אחד עד בפ"ע. אבל גבי גמר דין שהחלט הדין יוצא מצרוף ומהכרעת דעת כולם וכ"א מחליט הדבר על דעת חבירו בודאי אם נמצא אחד קא"פ בטל הדין. מיהו אפשר דלא בטל בזה אלא המשא ומתן דבזה סמכו האחד על דעת חבירו אבל בגמר דין אין כאן בטול והוי דיינים שדנו בלא משא ומתן שכשר בדיעבד, עיין בקצוה"ח סי' ה', אך לפי דעת הנתיבות החולק שם עדיין יקשה, ולא מטעם דמקשינן שלשה לשנים כמו בכ"מ דפסלינן נמצא אחד מהם קא"פ. וע"פ קושיא זו לא יתיישב מה שמתרץ בחי' הרי"ם על הקושיא הא' דכיון דמה דפסלינן בכ"מ נמצא א' מהם קא"פ הוא משום דמקיש שלשה לשנים מה שנים נמצא אחד מהם קא"פ עדותן בטילה אף שלשה. הילכך לר"א בריה דר"א כיון דחד נמי כשר לא שייך לדון דין זה. ע"כ ע"ש. ולפ"ז אכתי יקשה דכאן בלא ההיקש צריכין אנו לפסול כשנמצא א' מהם קא"פ משום דבטל צירוף דעתו:

ונראה דלא שייך כאן להקשות דיהא כנמצא א' מהם קא"פ לבטל גם דין חבירו ולפסלו דלא שייך זה כ"א כשכולם באים להיות דיינים באופן א' אז אנו אומרים כשנמצא א' מהם קא"פ פוסל את כולם. אבל כאן הלא יש לנו ענין אחר שיש לנו בזה שני מיני דיינים בשני מיני דינים. הא' שיש לו דין דיין שצריך להיות גמיר והב' מין דיין שאינו צריך להיות גמיר. נמצא שאין היושבי קרנות באים להיות דיינים בדינו של החד דגמיר. הילכך אינו נפסל על ידם שמעולם לא נצטרפו בדיינות אחת הצריכה מעלת הגמיר:

והנה על פי נקודה זו יתבאר לנו שא"א לומר שבשעת הדין כאו"א מחליט דעתו וגומר הדין ע"פ הכרעת דעת חבירו, כיון שיש בדין זה שני מיני דיינים א' שיש עליו חומר להיות גמיר וא' דין קל שכשר אפילו אינו יודע כלום. ואיך אפשר לנו לומר ששניהם יצטרפו אף שהם דיינים חלוקים במעלותם כפי צורך הדין, ויוחלט הדין בשוה. ועוד דהנה בחי' הר"ן כתב שאף השני הדיוטות צריכים להיות דאסברו להו ומסבר דומיא

דבהפרת נדרים. עכ"ד. ובאמת זה פשוט גם מסברא דאי נימא דהם אנשים כאלו דאסברא להו ולא מסבר א"כ לא ידעי כלום מדעת התורה ומה היא דעתם בדין, ואיך ידונו וכי דיני דמגיזתא. אלא ע"כ שצריכים להיות דאסברו להו ומסבר והגמיר מבאר להם את הדין וע"י זה יודעים איך לדון. וכיון שכן יקשה שהלא כל תורתם אינה רק ממנו, נמצא שהוא לגבי דידהו כרב ותלמיד דאינם מונים אלא אחד. ואם מתנגדים לדעתו בודאי אין דעתם כלום כי אם הוא לא שנאה להם הם מנין להם. ומכל הלין מוכרח לנו לומר שאין הג' מצטרפים להכריע זה את זה ולעמוד למנין. ואינם באים לישא וליתן כי אם להוציא את הפסק דין בג' והגמיר מכריע בעצמו ההלכה כידיעתו. אלא שאם הם חולקים עליו אינו יכול לומר צא תן לו בלעדם. וגם הם אינם יכולים לפסוק כמותו אי לא מסבר להו וממילא לפי זה אין כאן גם קושיא הב' שאין דעתו תלוי' בהכרעת דעתם והוא אינו סומך עליהם:

ועל פי דברי הר"ן הנ"ל יש מקום להתבונן בישוב דברי הרמב"ם והסמ"ג שפסקו כר"א ברי' דר"א והקשה עליהם הש"ך מסוגיית הגמרא דהחובל ובסוף גיטין שאמרו דדיינינן הודאות והלואות משום דשליחותייהו דקמאי ודבני א"י קא עבדינן ולר"א ברי' דר"א דמדאורייתא חד דגמיר נמי כשר אף דאינו סמיך ל"ל לטעם דשליחותייהו. וכן הקשה מדברי עצמם שכתבו הטעם דשליחותייהו קא עבדינן ויקשה כנ"ל. ע"כ. ולפי האמור לעיל כיון שרבנן תקנו שלא יהי' די בדיין אחד כי אם בג' דיינים. ובודאי לפי תקנתם צריכים להיות כל הג' דיינים גמורים. וכיון שהם הדיוטות ולפי דעתם לא יוכלו לדון כי אינם יודעים דין של תורה. ומה שייך ליתן להם שם דיינים כ"ז שאין בהם דעת וכח לדון עד דמסבר להו החד דגמיר ואז מיסברו ויודעים הדין וחל עליהם שם דיינות. וכיון שכן הלא אין לנו ג' דיינים כי אם בגמר הדין. ובתחילת הדין אין לנו כי אם דיין אחד. וכיון שחכמים תקנו ג' דיינים גמורים הלא לא תקנו באופן חדש שלא כדיני התורה. ועיין לקמן בסימן ו' בנתיבות שהשיג על הקצוה"ח שרצה לומר שדיינים שדנו בלא התחילת דין שכשר הדין, והעלה בנתיבות שלא כדבריו, אלא שפסול וא"כ יקשה כאן הלא אין ג' דיינים בתחילת הדין. ומוכרחים אנחנו לומר שחכמים תקנו משום גזירה דיושבי קרנות לפסול עד שיהי' ג' דגמירי וסבירי דהיינו מומחין אלא שבמקום דשכיחי ואית בי' ח"כ שליחותייהו קא עבדינן. ואז כשרים אפילו הדיוטות שכיון שבאים בכח שליחות דמומחין נקראים דיינים אפילו בתחילת דין שכח המומחין המשלחים עושה אותם לדיינים לברר הדין ולפסוק אותו. שהלא שליחותייהו קא עבדינן ביאורו שאף

שהוא אין לו כח לדון הסמוכים נותנים לו כח ודין לדון וכיון שהוא בא בכחם נקרא דיין אף בתחילת הדין כיון שיתברר לו בסוף הדין איך לדון. וצ"ע:

ה

בסמ"ע סימן א' ס"ק ג' כתב ששאר ענינים גדולים עבדינן בזה"ז שהרי מצינו שמקבלים גרים בזה"ז. ע"כ. וכבר נתחבטו בנדון זה דקבלת גרים הראשונים והאחרונים להבין איך מקבלים גרים בזה"ז כיון דשליחותייהו דקעבדינן הוא רק מדרבנן ואיך נעשה הגר גר דאורייתא. ותירצו הרמב"ן ונ"י בשם ר"י ועוד דכמו שאמרינן בכריתות דגר בעי מילה וטבילה והרצאת דמים ומ"מ מרבינן כיון דכתבה תורה לדורותיכם גבי גרות דאף בזמן דליכא הרצאת דמים נעשה גר בלא הרצאת דמים וה"נ מרבינן מלדורותיכם דאף דגר משפט כתיב בי' ובעי מומחים מ"מ בזמן דליכא מומחים נעשה גר בלא ב"ד מומחים. עד כאן ת"ד:

ואילמלא דבריהם הי' נראה לומר דאין הנדון דומה לראי' דעד כאן לא אמרו בגמרא דמרבינן מלדורותיכם דאין הרצאת דמים מעכבת בזמן דליכא הרצאת דמים הוא רק משום דבזמן דא"א להקריב קרבנות אין אדם מחוייב להקריב קרבנות. דזה לכאורה נראה דכמו שאמרינן במי שנכרת לו הגיד דנעשה גר ע"י טבילה בלבד והטעם משום דאין עליו דין מילה כלל והוי כמו אשה דמתגיירת בטבילה לבד, וביבמות (דף ע"ח) אמרו בגמרא דמעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה והקשו בתוס' הא הוי טבילה קודם מילה עיי"ש ותירצו דכיון דלא שייך גביה מילה נעשה גר בטבילה בלבד עיי"ש. ולפ"ז הכי נמי גבי הרצאת דמים כיון דבזה"ז לא שייך הרצאת דמים אין עליו דין הרצאת דמים כלל ולא שייך עכשיו במצוה זו. ולזה נתרבה מלדורותיכם דלא נחלק בין הרצאת דמים ובין מילה אבל לגבי דין ב"ד מומחים לא שייך זה כיון דע"כ מוכרח הוא לקבל מצות ובלא קבלת מצות לא יעשה גר. וזה הלא דין מומחים אין זה דין מיוחד כי אם תנאי בדין קבלת מצות דהוי משפט ובלא מומחים לא הוי כלל קבלת מצות ואיך נרבה מלדורותיכם דאם לא קבל עליו מצות כראוי דיעשה גר. דקבלת מצות הלא הוא עיקר הגרות ובלא זה אין זו גרות כלל. ועיין תוס' יבמות (דף מ"ה ע"ב) שכתבו דב"ד צריך רק בקבלת מצות ועיין בש"מ כתובות שהקשו איך מטבילין גר קטן הא בעי קבלת מצות ותירצו שיקבל כשיגדל ע"ש ולכאורה לשיטת התוס' דב"ד צריך רק בקבלת מצות א"כ מה שייך לומר שמטבילין אותו על דעת ב"ד כיון שאינו מקבל מצות עכשיו א"כ מה שייכים בזה ב"ד וצ"ע בדבר. ע"ש. וכ"כ אי נימא דב"ד צריך בטבילה ג"כ יקשה דלא

מצינו שיעשה גר בלא טבילה ובלא ב"ד אין זו טבילה שהתורה הטילה תנאי בטבילה שתהי' ע"י ב"ד. ובכזה אין ראי' מהרצאת דמים לרבות אף שאין ב"ד:

ולכאורה הי' נראה ליישב עצם הקושיא איך מקבלים גרים בזמן הזה בדרך פשוט והוא, דאי נימא דאין אנו צריכים לב"ד מומחים כי אם כשדנים בכפיי'. אבל כשדנים בלא כפיי' אין צריכים מומחים, וא"כ בקבלת גרות שאין בה שום כפיי' מהיכי תיתי נצריך בה ב"ד מומחים ונשנה דין זה משאר דינים שאין בהם כפיי'. וא"כ לפי שיטות הפוסקים הסוברים דבדבר שאין בו כפיי' אין אנו צריכים ב"ד מומחים אין צריך לומר גבי קבלת גרות הטעם דשליחותייהו קא עבדינן ואתי שפיר דמקבלים גרים בזמן הזה מדינא:

1

ברמ"א סימן ג' סעיף ד' הביא שתי דיעות הפוסקים החלוקים אי מהני רשות המלך לדון אי לא דומיא דרשות שנותן ריש גלותא דמהני, ע"ש. ובביאורי הגר"א תלי לה במחלוקת רש"י ותוספות סנהדרין (ה' ע"א) דאמר בגמרא שבט אלו ראשי גליות שבבבל שרודים את העם במקל ופי' רש"י שיש להם רשות ממלכי פרס וזה היתרון שיש להם על נשיא שבא"י. והתוס' פירשו היתרון משום שר"ג באים מזכרים מבית דוד ונשיא מנקבות. והנה לפי פי' רש"י שעיקר כח שיש לר"ג הוא משום כח המלך א"כ כ"ש רשות המלך דמהני אבל לפי סי' התוס' לא מהני רשות המלך. ע"כ כונת דבריו, ע"ש. וגם בש"ך הביא סברת האומר דמהני רשות המלך משום דכיון דמהני רשות הריש גלותא הבא מכח המלך כ"ש דמהני רשות המלך עצמו:

וקשה מאד לכאורה בדברים אלו כיון דכל כח הריש גלותא הוא משום כח המלך עד שהכריחו שכ"ש דמהני רשות המלך, א"כ בודאי אין לריש גלותא כח יותר מהמלך. וזה הלא פשוט דרשות המלך לא מהני כ"א במקום התפשטות מלכותו אבל במלכות אחרת שאינה שלו לא מהני רשותו. לפ"ז גם הר"ג הבא מכחו לא תיהני רשותו כי אם במקום שתחת רשות המלך אבל במלכות אחרת לא. ובגמרא אמרו פשיטא מהכא להכא ומהכא להתם מהני מ"ט הכא שבט והתם מחוקק אף שהכא מלכות פרס והתם מלכות רומי כדמוכח בכמה מקומות, ומה יועיל היותו שבט כיון שאיננו שבט כי אם להנמצאים תחת רשות המלך. שוב מצאתי בתומים שהשיג על הריב"ש מכח קושיא זו. והסוגיא לכאורה מוכחת כדברי רש"י דאם כדברי התוס' דעיקר יתרון הריש גלותא משום דאתי מזכרים אין זה תלוי ברדיית העם:

והנה לכאורה קשה עוד בדברי הגר"א אלו דמה ראי' דמהני רשות המלך מהריש גלותא הלא התם קבלוהו גם ישראל עליהם ולא היתה רק ברשות המלך לבד והלא זה פשוט

לדברי הכל דקבלוהו ע"י כתב המלך דמהני כמו שכתב הרמ"א בעצמו בהגה זו אבל היכא דהוי מינוי ברשות המלך בלבד אפשר דלא מהני בלא קבלוהו עליהם:

ובנדון זה יש לחקור כאן בענין קבלוהו דעד כאן לא מצינו דמהני קבלוהו רק בענין דיינות דכיון דמינוי השופטים הוא דבר שנתחייבו בו בין בארץ ובין בחוצה לארץ הילכך כשמקבלין עליהם לדיין מהני שהלא חיובם הוא ודינם למנות דיינים הילכך בדידהו תליא. אבל לקבל על עצמם ענין כזה שאין לו שייכות לדיינות אלא הוא ענין אחר לגמרי של שררות מיוחדה אפשר שאין בזה ענין לקבל על עצמם. ואין לומר שהלא אדם יכול לקבל על עצמו מה שירצה, הלא אנו רואים שיש מ"ד שאף לדיין ועד אין אדם יכול לקבל ע"ע תרתי לריעותא. וא"כ אף כאן אינם יכולים לקבל על עצמם דין כזה. ולכאורה היא ראי' מדברי הגר"א שהביא ראי' מדברי רש"י דמהני רשות המלך כמו שמהני לריש גלותא כנ"ל ואף ששם בודאי קבלוהו ישראל עליהם אלא דע"כ צריכים אנו לומר שבמינוי זה של ריש גלותא לא מהני כלום מה שקבלוהו עליהם כי אין קבלתם קבלה, ואין להם כח כ"א מטעם רשות המלך:

והנה אחרי הצעת דברים אלו הי' נראה לבאר מחלוקת רש"י ותוס' ליישב מה שהוקשה לעיל דכיון שהתורה אמרה לא יסור שבט מיהודה שפירשו חז"ל אלו ראשי גליות שבבבל הי' נראה לומר שאין זו שררות חדשה אלא היא שייכת לדין המלכות. וראי' חזקה מדברי התוס' שחילקו אי אתי מזכרים מדוד או מנקבות, נראה בזה דהכל תלוי במלכות ב"ד. ואי הוי שררות חדשה אין זה תלוי במלכות ב"ד. אלא ע"כ שגם זה ענין השייך לזכות ירושת המלוכה שזכו בה בית דוד, שהיא חלק מהמלוכה:

והנה אחד מהדינים מדיני המלוכה שאף אם כל ישראל יש להם מלך אחר ברשות התורה שנעשה מלך ע"י נביא וכל ישראל לא המליכו את המלך מב"ד. אף אם רק שבט אחד יש להם מלך מב"ד כל ישראל מיכף כייפי לאותו המלך מב"ד כמו שמצינו שאין ישיבה בעזרה כ"א למלכי בית דוד בלבד ומלך ישראל צריך לעמוד אז על רגליו, כמו שאמרו גבי ירבעם שלא רצה לעלות לרגל מה"ט. ולפ"ז כאן גבי נדון דידן כיון שהמלך נתן להריש גלותא כח של מלוכה לרדות את העם זוכה אחר כן בשררות של מלוכה זו מדין השייך לבית דוד. וממילא מחוייבים כל ישראל בכ"מ שהם להיות כפופים להריש גלותא אף שאינם נמצאים תחת רשות המלך שנתן לו רשות כיון שהוא מב"ד. אלא שאילו לא המליכו המלך הלא לא היתה אז השררות כל עיקר, אבל עכשיו צריכים הכל להיות כפופים אליו. ועכשיו אתי שפיר ראיית הגר"א מדברי רש"י שכיון שהיא שררות של מלוכה בודאי לא שייך בזה ענין קבלוהו שכיון שכאן בחו"ל אין כאן חיוב למנות

מלך שלא נצטוו בזה אלא בכניסתן לארץ וגם אפשר שלא שייך הזכות לאיש זה כי איננו היותר קרוב. וע"כ דאין לו כח כ"א מטעם רשות המלך בלבד. ונראה מזה דרשות המלך מהני אף בלא קבלוהו עליהם:

והי' נראה עוד לומר דעיקר מחלוקת תוס' על רש"י שלא כתבו הטעם משום רשות המלך שיסברו דכאן הוי מטעם קבלת ישראל עליהם, שדעת התוס' היא שאף בענין זה של שררות ריש גלותא שייך קבלה. ואפשר שדין זה של שבט נתנה התורה בכ"מ ובכל זמן ולמי שהוא מב"ד אף שאינו היורש הקרוב המבורר. וצ"ע:

שוב בינותי בספרים ומצאתי באבני נזר סי' שי"ד אות ס"ה שכתב ג"כ שדינים אלו היו מדין זכות ירושת המלכות וז"ל ואין לומר דהאי (ר"ל נשיאות) לאו בירושה מיהודה אלא שנתנבא יעקב שכך יהי' דא"כ גם ראשי גליות שבבבל נבואה לבד ולמה אמר ר' בירושלמי דכלאים דאילו אתי ר"ה הוה מותיב לי' לעיל מקמיה, וכו' וגם בלא זה קשה לומר כן שהרי עיקר קרא דלא יסור שבט מיהודה הוא שניתנה המלכות ליהודה כדכתיב בד"ה הביאו הרמב"ן עה"ת בפסוק לא יסור שבט וכו'. ע"כ ע"ש:

ז

בסימן כ"ב סעיף א' בדין קבלת קרוב או פסול הכריע הרמ"א דלא מהני כ"א בחדא לריעותא אבל לא בתרתי לריעותא. ועיין סמ"ע שכ' דקבלת חד כשר במקום ג' דיינים מיקרי חדא לריעותא כיון דאין כאן כ"א שם פסול אחד:

ויש להסתפק לפי דברי הסמ"ע, אם קבל חד כשר במקום יחיד מומחה וגם במקום ג' הדיוטות ביחד איך הוא הדין, דדין ג' הדיוטות ודין יחיד מומחה מחולקים חילוק גדול, דדין יחיד מומחה הוא, לפי שיטת הרמב"ם וכן פסק המחבר לעיל, דלא מהני הודאה בפניו, וגם יכולים להחליף הטענות, אף מחיוב לפטור, ובג' הדיוטות מהני הודאה בפניהם, וכן אין הבע"ד יכולים להחליף טענותיהם אחר שטענו בפניהם, וכן אין העדים יכולים להחליף דבריהם. אבל מ"מ יש יתרון ליחיד מומחה שיכול לדון ע"פ שודא דדיינא, מה שאין כן בג' הדיוטות שאין יכולים לעשות שודא דדיינא. והשתא זה שקבל את החד כשר זה שיהי' לו שתי המעלות שיוכל לדון שודא דדיינא כיחיד מומחה וגם שיהיו הדברים הנאמרים בפניו קיימים כדין ג' הדיוטות איך נדון בו, אם הוי כתרתי לריעותא או כחדא לריעותא, כיון שרוצה ליתן לו שתי מעלות בזה. וצד הספק הוא, שנראה לומר דעד כאן לא אמרו דלא מהני כשמקבל עליו ב' לריעותא, דוקא כשרוצה להכשיר שני פסולי דבר, כגון שכל ריעותא בפני עצמה היא פסול בדיינות או בעדות, והוא רוצה בקבלתו לבטלם ולהכשירם. אבל במקום שהריעותא האחת אינה

פסול בדיינות, שאף שאם לא ניתן לו כח זה לא יהי' פסול לדון אלא שיחסר לו הכח לדון באופן א' אבל מ"מ יהי' עליו שם דיין באופן א'. כגון בנדון דידן שאף אם לא ניתן לו דין ג' הדיוטות מ"מ יהי' עליו שם דיין כיחיד מומחה, אפשר שבאופן זה אין לזה דין תרתי לריעותא כיון שאין אנו באים להכשיר שני שמות פסול, אלא שאנו רוצים ליתן לו שני דיני הכשר, ובכגון זה אפשר דמהני קבלתו:

ואם כנים אנחנו בנדון זה היינו יכולים ליישב ע"פ זה את דברי הקצוה"ח שכתב על מה שנסתייע הסמ"ע מדברי הטור, שאין כוונת הטור אלא דמהני קבלת חד כשר כיחיד מומחה דלא הוי אלא חדא לריעותא. ואף כשאומר שמקבל כג' הדיוטות כיון שאין צריך לזה שהרי די לו אם יקבל כיחיד מומחה, נמצא שאין כונתו אלא שיהי' כשר לדון, ומהני קבלתו כדין יחיד מומחה, ע"כ. והשיג עליו בנתיבות המשפט שהרי אם יקבלנו כיחיד מומחה יכולים להחליף הטענות ואם כן רצונו שיוכשר אף כג' הדיוטות, ולזה הלא לפי דברי הש"ך לא מהני קבלתו וכיון שבטלה קבלתו במקצת בטלה כולה ועל כרחך כונת הטור שמהני קבלתו אף כג' הדיוטות וכדברי הסמ"ע, עכ"ד. ולפי דברינו הנ"ל יתיישבו דברי הקצוה"ח, ואם לא מטעמו, שכיון שהוא רוצה לקבלו גם ביחיד מומחה וגם בג' הדיוטות, כן נפרש כונתו, וכיון שכיחיד מומחה הלא יכול לקבל ובזה כבר יש לו שם דיין, נמצא שמה שמקבלו גם כג' הדיוטות אין זה כ"א ליתן לו יתרון בדיינות אבל לא להכשיר פסולו, ובזה מהני גם מה שמקבלו בג' הדיוטות, ונמצא לפ"ז יצא לנו לפי דברי הש"ך שאם מקבלו רק כג' הדיוטות לא מהני קבלתו, ואם מקבלו גם כיחיד מומחה וגם כג' הדיוטות תיהני קבלתו. ולפ"ז אין ראי' מדברי הטור לשיטת הסמ"ע:

וכן הי' בידינו לדחות ראיית התומים מדין נאמנים עלי' ג' רועי בקר דמהני אף שיש כאן ג' פסולים בכולם ביחד, אלא דע"כ כיון שהשם פסול אחד הוא מהני וכשיטת הסמ"ע. ולפי הדברים הנ"ל יש לדחות שמקבל גם כיחיד מומחה את כל אחד וגם את כולם כג' הדיוטות כשרים, ובזה לא יהי' דין תרתי לריעותא, שאף בלא קבלתו אותם כג' יהיו דיינים כשרים:

וכן הי' אפשר ליישב ג"כ מה שהקשו האחרונים מהתוספתא דתניא ר"י אמר להם אין יחידי דן אמרו לו אין לנו אלא דעתך וקבלו עליהם א"י לחזור בו, ע"כ. הרי דגם ביחיד לבד אין יכול לחזור בו. ולפי הצעת דברינו יתיישב שפיר שקבלו עליהם כיחיד מומחה וכנ' הדיוטות דבזה לא הוי כתרתי לריעותא, משו"ה א"י לחזור בו:

והי' נראה להסתייע ליסוד חילוק זה מדברי הכנה"ג שהקשה על שיטת הרמב"ם ששמעי' ואבטליון היו גרים גמורים, דא"כ איך ישבו בסנהדרין, שהרי כל הזוגות המנויות באבות

הי' אחד נשיא ואחד אב"ד, והלא גר פסול לישב בסנהדרין, ותירץ דקבלום עליהם. ע"כ. ועיין תומים סי' ז'. ועיין לעיל סי' א'. ובאמת יקשה אדברי כנה"ג לפי שיטות הראשונים דגבי חליצה לא סגי באביו לבד כ"א באביו ואמו מישראל, ומשמע דיסברו דגם בדיני נפשות בעינן תרווייהו, לשיטות הסוברים דבד"נ לא סגי באמו מישראל. וא"כ צריך ביאור איך מהני קבלתם לד"נ ומסתמא נתקבלו גם לחליצה (ועיין קצוה"ח סי' ז' ס"ק א' דברי הרמב"ם דא"א להיות סמוכים כ"א כשיוכלו להיות דיינים לכל דבר, וא"כ כיון שישבו בסנהדרין בודאי היו ראויים לכל. מיהו צריך לדחות דאין דברי הרמב"ם אמורים כ"א כשהם דיינים בלי קבלה, אבל כשהם דיינים ע"י קבלה לא שייך זה, כ"א על מה שנתקבלו נתקבלו). עכ"פ לפי שיטות אותם הראשונים הלא הוי תרתי לריעותא, חדא דלא הוי אביו מישראל כמו שצריך בד"נ ואף גם אין אמו מישראל, כמו שצריך לכה"פ בדיני ממונות. אלא דעל כרחך שכיון שקבלו כאמו מישראל כבר יש עליו שם דיין ובמה שמקבלו עוד כאביו מישראל לא הוי תרתי לריעותא כי אין זה כי אם יתרון כשרות. ואין לדחות זה ע"פ דברי האחרונים החולקים על התומים וסוברים ששני פסולים באדם אחד לא הוי תרתי לריעותא, כי אין זה אמור אלא במקום שאין פסול אחד מוסיף על חבירו, אבל במקום שפסול אחד מוסיף על חבירו כגון בנדון דידן שפסול אחד פוסלו לד"נ והפסול השני פוסלו אף לד"מ, זה מיקרי שפיר תרתי לריעותא. וכן מוכח מלשון הרמ"ה סנהדרין שממנו הוכיח בס' א"ב היפך דברי התומים, וז"ל הרמ"ה:

הא ברועי בקר איכא תרי פסולי חדא דלא גמיר דינא ועוד רועה דפסול אפילו תימא מתניתין בבקר דידי' כי אמרינן דבתרי פסולי לא גמר ומקני היכא דכי מקביל להנך תרי פסולי מפסיד אנפשי' מתרי אנפי כגון שקבל קרוב או פסול כב' עדים כשרים דהא מרכיב לה לפסול אתרי רכשי, חדא דמכשר לפסול ותו דמקבל כתרי אבל היכא דלא מסיק לפסול רק לחד כגון קרוב והוא פסול וקבילו עליו כע"א כיון דהנך תרי פסולי לא פסלי לי' תרוייהו בהאי סהדותא טפי ממאי דפסיל חד מינייהו דקרוב והוא כשר ופסול והוא רחוק פסול אפילו כע"א השתא נמי דהוא קרוב ופסול לא פסיל למילתא יתירתא כחד פסולא דמי כו' דלא קבל עליו פסידא יתירתא כי היכי דלימא לא גמר ומקני ע"כ. נראה מדבריו דהיכי דקבל פסולא יתירתא לא מהני אף שני פסולים באדם אחד, ועיין בשער המשפט סי' זה שמבאר דברי הבעה"מ שסובר דלא מהני קבלה למאן דלא גמיר כלל. ומבאר בשער המשפט דהוא מטעם תרתי לריעותא חדא דלא גמיר כלל ותו דלא הוי מומחה ע"ש. אלמא דהיכא דמרבה בפסול לכו"ע הוי תרתי לריעותא אף בשני

פסולים באדם אחד. ולפ"ז יקשה על הכנה"ג הא הוי תר"ל אלא ע"כ דביתרון כשרות לא הוי תר"ל:

מיהו קושיית התומים על הש"ך מג' רועי בקר דמהני להו קבלה והא הוי תר"ל אלא ע"כ כדברי הסמ"ע דבשם פסול אחד אין זה תרתי לריעותא, לפ"ד יש לדחות אף מצד אחר. דבאמת מה שמכשירים ע"י קבלה, אין זה מפני שפסול העד או הדיין מתבטל אלא שבאופן זה של דין יכול לדון גם פסול כיון שנדון ע"י קבלה. א"כ הלא אף אם רק אחד הוא פסול והשנים הנשארים כשרים הלא נפסלים גם הם מטעם נמצא אחד מהם קרוב או פסול, וא"כ מה לי אם אחד מהם פסול או כולם פסולים כיון שבין כך ובין כך פסולים הם כולם זה מטעם פסולו והם מטעם נמצא אחד מהם קרוב או פסול מטעם זה אף בג' פסולים אין זה תרתי לריעותא כיון שאין ריעותא שלהם מו"מ כלום. אבל כשמקבל אחד כג' אז אין שייכות לחסרונו של א' לחבירו נמצא במה שמקבלו כשלשה בודאי מרבה בריעותות ובזה האופן לא מהני משום דהוי תר"ל אף שהשם פסול הוא אחד. אלא שדחי' זו תלוי' בהספק אי אמרינן גם בדיינים נמצא א' מהם קא"פ דהמשנה כיון דתני ג' רועי בקר ע"כ איירי בדיינים ועיין רש"י במשנה שם, מיהו רוב האחרונים סוברים דגם בדיינים אמרינן דנמצא א' מהם קא"פ עדותן בטלה. ולפ"ז אין ראי' כלל מג' רועי בקר לקבלת א' כג', דדוקא כשהפסול הא' פוסל את כולם אז לא הוי תר"ל כששם הפסול הוא אחד, כיון שפסול הא' כבר פסל כולם. ובזה אולי הי' אפשר ליישב גם מה שהקשה בשער המשפט על הא דכתב הסמ"ע בשם תשובת מהר"ם בסי' ה' דב"ד יכולים לדון בלילה כשהבע"ד מתרצים דהוי כקבל עליו קרוב או פסול. והא כיון דמקבל ג' בלילה הוי תרתי לריעותא. ע"כ. ולפ"ד הי' מצויר שלשנים הי' יום ולאחד הוי לילה. כגון לפי שיטת הסמ"ע שאם הדליקו גרות בלילה הוי יום אם היו שנים יושבים במקום האור ובמקום מושב השלישי הי' חושך, יש לדון בזה אם יפסלו גם השנים מטעם נמצא אמקא"פ. (ולכאורה לדברי יש יותר מקום לומר שאין לילה פסול זמן, כ"א פסול דייניי כיון שגם בלילה אפשר להיות כשר). ואם היינו אומרים כן לא שייך לפ"ד לומר בזה תר"ל כיון דשם הפסול אחד הוא בכולה וגם לא הוסיף פסול כי מחמת פסול האחד נפסלו כולם נמצא שמחמת השנים האחרונים לא נוסף לא פסול ולא שם פסול ובזה לא הוי תר"ל:

ח

א) **בשער** המשפט סי' א' סעי' א', חקר אי מהני קבלה לדון דיני קנסות בזמן הזה, מי הוי כקבל עליו קרוב או פסול דמהני, או לא. וחידש בזה לומר, כיון דאין אנו דנים אותו

כי אם ע"י קבלת עצמו, פטור משום דהוי מרשיע את עצמו ע"ש. והנה בחדוש סברא זו יש לדון טובא. דהנה קבלת דיינים עליו ישנה בג' אופנים. הא' לדון בין כדין תורה ובין שלא כד"ת, וכמו שביאר הש"ך במ"א שכל קבלת יושבי קרנות כך היא. הב' שמקבל דוקא לדון כד"ת, אבל בין לדון ובין לפשרה. והג', שמקבל לד"ת ודוקא לדון. ונראה פשוט, דבב' האופנים הראשונים לא שייך לפטרו מטעם מרשיע את עצמו, כיון דלא קבל עליו חיוב החלט, כיון שמצד קבלתו יכול לצאת דינו לפטור כמו לחיוב, שיכולים לפטרו שלא כד"ת או על פי פשרה. ותו עוד מוכרחים אנחנו לומר דלא קבל עליו חיוב קנס, שהלא אם היו רוצים היו דנים אותו שלא כד"ת, א"כ אף אם דנים אותו כד"ת, אין דנים מצד הכרח דין התורה, כי אם מצד שקול דעתם שנטה לכך, ובודאי זהו חיוב חדש, ולא חיוב קנס שקנסה תורה, ולא שייך בזה לומר מרשיע את עצמו בזה שקבל עליו חיוב חדש. וכן באופן השני, כשמקבל עליו בין לדין ובין לפשרה, זה הלא נראה פשוט, שכשב"ד דנים דין קנס, לא שייך מצות עשיית פשרה, שדין קנס אין זה דין שבין אדם לחבירו, אלא כמו שאר עונשים. וא"כ כיון שמצד קבלתו היו יכולים לדון אותו גם בפשרה, נמצא שאין זה אלא חיוב חדש, ולא שייך לומר ע"ז מרשיע את עצמו:

ונמצא לפ"ז דלא שייך לפטרו מטעם מרשיע את עצמו, כי אם כשקבל עליו לדון דוקא כד"ת, ולדין, וא"כ הלא לא הועיל כלום, לכאורה, השעה"מ בחדושו ליישב קושיותיו על הגמרא שמתמה בכמה מקומות, איך יכולים לגבות קנס בבבל, ולא מוקי כשקבלו לדון, שלפי דברינו אכתי יקשה דלוקים כשקבל עליו לדון בא' מב' אופנים אלו:

ב) **אלא** דיש לעיין עוד באופן הא', לקבל עליו בין כד"ת ובין שלא כד"ח, דלא שייך זה גבי קנס, משום דהוי תרתי לריעותא, חדא, לדון דיני קנס, ותו, לדון אף שלא כד"ת, ואנן הא קיי"ל דבתרתי לריעותא לא מהני קבלה. אם לא נימא, דקבלה לדון שלא כד"ת, כיון דאין זה פסול בדין לא מיקרי תרל"ר. ואפשר עוד לומר שהצד של קבלה לדין שלא כד"ת לא מצטרף לתר"ל, דלא מיחשיב קבלה לדין, והוי כשאר חיובים שאדם מחייב עצמו דלא מצינו שם בסברת תר"ל, שהסברא נותנת לומר שקבלה לדון שלא כד"ת אין לה ענין עם קבל עליו קא"פ לדין גמור. (אך צ"ע שאם נימא שאין זה קבלה לדין כי אם כשאר חיוב, עלינו לדון בזה מדין אסמכתא). ואפשר להביא ראי' לפשוט חקירה זו, שהרי כיון שאמרו בירושלמי, לית מאן דחכים האידנא למידן דין תורה, לפ"ז כל קבלה היא בין לדין בין לטעות, עיין ש"ך סי' ג' ס"ק י', והאיך מהני קבל עליו קרוב או פסול והא הוי תרתי לריעותא, הא' שהוא קא"פ והב' שקבלו לטעות, אלא ע"כ נמצינו למדים שאין זה תרתי לריעותא. וצריך עוד להתיישב בדבר:

ג) **ואם** לדין, יש לנו עוד להשיב על דברי השעה"מ דלא שייך כאן לפטרו מטעם מרשיע את עצמו כיון שכל עיקר שאנו נעשים דיינים עליו, הוא רק מכת קבלתו אותנו עליו, וזה הלא בודאי שאין לו כח לקבל אותנו לדיינים רק לחוב לו, אבל לזכותו אין לו שום דין וכח לקבל. נמצא שלא נעשינו דיינים רק לחייבו קנס, אבל לפוטרו מקנס אין אנו דיינים עליו, ואף אם נחשבהו למרשיע את עצמו אינו נפטר, משום דלגבי זה הוי כמו שלא בב"ד. ובאנו למחלוקת הפוסקים, אם הודאה בקנס בזה"ז שאינה פוטרת, מחייבת היא אם לא. ואם כי שיש מקום לחלוק ולחלק באופנים שונים, אבל הסברא נותנת כך:

ד) **ויש** לעיין עוד בדברי השעה"מ, דהנה לא שייך תירוצו דהרי מרשיע את עצמו כי אם כשמקבל הוא דיינים עליו, אבל הלא כבר חידש התומים בסי' ז' גבי הא דמביא דברי הכנה"ג איך היו שמעי' ואבטליון בסנהדרין, הלא היו גרים, ותירץ הכנה"ג שקבלום עליהם. וחידש התומים שאע"פ שבודאי לא קיבלום כל ישראל, כיון שקבלום החשובים והראשים כאלו קבלום הכל, עיי"ש. ובאופן כזה בודאי לא שייך לומר שהוא מרשיע את עצמו, שהרי הוא לא קבלו מדעתו, וחוזרות קושיות השעה"מ למקומן דלוקי הגמרא אותן המקומות שגבו קנס בבבל, דמיירי באופן זה. אלא ע"כ דלא מהני קבלה בקנס גם בדלא שייך לומר סברת מרשיע את עצמו. ועלינו לבקש טעם אחר להא דלא ליהני קבלה בקנס. והנה באמת הי' נראה דלא שייך קבלה כי אם בממון שהחיוב הוא על הנתבע בעצמו, ומה שב"ד נזקקים לגבות ממנו ע"י דין וכפי' היינו רק שכופים אותו לקיים חיובו, אבל גבי קנס דאין החיוב בא אלא מכח בית דין שב"ד חייב להעניש אותו בקנס ממון, כמו שב"ד מענישים שאר עונשים כמיתה ומלקות, שאין החיוב על הנלקה כי אם על הב"ד. א"כ מה שייך כאן קבלה שיקבל הנתבע עליו דבר שאין הוא בעליו. אכן, העומד לנגדנו דברי הכנה"ג שמתרץ על מה שהקשה איך היו שמעי' ואבטליון בסנהדרין והלא היו גרים, ומתרץ שקבלום עליהם, ע"כ. והתומים מקשה באמת על זה מה שייך קבלה לדיני נפשות, נראה שדבר זה במחלוקת שנוי בין שניהם אם שייך בזה קבלה:

אבל, הנראה לי בזה, דאין דברי הכנה"ג שנויים אלא בקבלת צבור, שבאה בכח החיוב של הצבור למנות שופטים, שמצות מנוי שופטים מוטלת על כל עיר ועיר, נמצא, שכל עיר ועיר מחוייבת לדון את דיניה המאורעים בתוכה, אלא שכולם אינם יכולים לדון, והם נפטרים בזה שממנים מתוכם דיינים. ומשום זה הצבור כולו יכול לקבל דיינים על כל הדברים, מפני שדבר זה הוא דינם ועסקם להעניש. אבל שיקבל היחיד על עצמו לדון עונשו, זה אי אפשר מפני שאין הדבר שייך לו כי אם לב"ד, אבל שיטת התומים נראית מכאן, שגם הצבור אינם יכולים לקבל דברים כאלו, כי הם בזה כיחידים רבים

שמקבלים לדון את עצמם. ונמצא לפי שיטת התומים שפיר מיושבת קושייתנו, דלא שייך קבלה בקנס, משום דהוי כשאר עונשים, אבל לפי שיטת הכנה"ג, אם כי קושיות השעה"מ מיושבת, אבל אכתי יקשה דלוקי הגמרא, כל אותן המקומות שקשה איך גבו קנס בבבל, דמיירי שקבלום הצבור עליהם, וזו ודאי תימה גדולה שהרי שמעי' ואבטליון מקובלים היו לכל, וגם לדיני קנסות, ובלא"ה, וכי גרע דיני קנסות מדיני נפשות דליהני לנפשות ולא לקנס, וגם סברת מרשיע את עצמו הלא לא שייך באופן זה. וצ"ע:

ה) **ובעצם** חקירת השעה"מ הי' נראה לי להביא ראי' דלא מהני קבלה בקנס מהא דאמרינן בב"מ (ג' ע"ב) ומה פיו שאינו מחייבו קנס וכו' ואי נימא דמהני קבלה לקנס הלא אפשר שפיו מחייבו קנס כשקבלם לדון אותו, אבל לא קבלם לדיינים לפטור בהודאתו. וביותר, לפי מה שנתבאר לעיל דלא שייך כלל לקבל דיין על עצמו לפטור בהודאתו, אם כן משכחת לה שפיר פיו שמחייבו קנס כשהודה בקנס לפני דיינים כאלה, לפי שיטת הפוסקים שהודאה בקנס כשאינה פוטרת, מחייבת. אלא ודאי נראה מוכח דלא שייך קבלה לקנס. ועוד נראה להביא ראי' מהא דא"ל ר' יהושע לר"ג (בב"ק ע"ד ע"ב) על ששמח שסימא את עין טבי עבדו, אין בדבריך כלום שכבר אין לו עדים, ואם איתא לקבל להא ולא להא ולודי. אלא דלא מהני. מיהו זה יש לדחות, דאם יקבל ע"ע דיינים ויודה לפניהם יהי' כמשחרר מדעתו ויעבור בעשה דלעולם בהם תעבודו אבל ראי' ראשונה לכאורה איתא. אבל באמת י"ל דאף אי נימא דמהני קבלה לקנס היינו רק כשיש לחבירו דין עליו, שיכול לתובעו בדיינים, אלא שאין להם דין שפיר אמרינן שמקבל דיינים עליו לדונו את הדין שיש עליו. והנה בתביעת ממון אף כשאין להתובע הלא מ"מ יכול לתובעו שבועה נמצא שבין כך ובין כך יש לו דיין עליו, אבל בקנס כשאין לו עדים א"כ הלא אין לע"ע שום דין עליו, שהרי דין לשבועה לא שייך בקנס, עיין תוס' ב"ק (מ"א ע"ב) ד"ה מודה (ודף מ"ו ע"א) ד"ה דאפילו, ומשו"ה לא שייך כאן קבלה להודות לפניהם. ונדחות בזה שתי הראיות:

סימן ג - בדין עד המסייע

במחלוקת הפוסקים אי עד המסייע פוטר משבועה דאורייתא, נראה בסברתם להסביר ענין מה שעד שמחייב שבועה שיש לפרש בשני פנים:

האחד, שדין הוא שנתנה התורה כח לעד לחייב שבועה, והשני שהתורה נתנה נאמנות לעד אחד, עד שלא יוכל להפטר, כי אם בהכחישו את העד על ידי שבועה, והנה לפי הסברא הראשונה, כיון שאין זאת נאמנות העד על הדבר כי אם דין התורה לגבי חיוב שבועה, ואין בזה השתנות מדין מודה במקצת שיש חיוב שבועה, ואין זה ענין

לפטור משבועה, ותהי' זאת דעת הסוברים דאין עד המסייע פוטר מן השבועה, ולפי הסברא השניי' שדין חיוב שבועה בעד אחד, הוא מחמת נאמנות העד האחד עד שצריך להכחישו, כמו כן יפטור מן השבועה בכח נאמנותו, ותהי' זאת דעת הסוברים דעד המסייע פוטר מן השבועה:

ועפ"י חילוק סברות יהא מחולק גם המובן בדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם כאן בע"א, דלפי הסברא הא' דדין חיוב השבועה ע"י הגדת ע"א הוא משום שנתנה התורה כח לע"א לחייב השבועה, נמצא שכל עיקר החיוב הוא לישבע, אלא שאם אינו יכול לישבע, מתחדש ענין חדש, שצריך לשלם, אבל אי נימא, שהתורה נתנה נאמנות להעד, עד שלא יוכל להפטר כ"א בהכחיש את העד ע"י שבועה, א"כ אם אינו מכחיש את העד ע"י שבועה מתחייב ממון ע"י נאמנותו של העד, ונמצא שחיוב העד הוא בעיקרו גם לממון כמו לשבועה:

ובזה נבא להצדיק דברי קצוה"ח שהשיג על הש"ך סי' פ"ז שכתב על פי דברי הרא"ש ריש ב"מ, מיהו היכא דהוי מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם אין עד מסייע פוטרו, וכתב בקצוה"ח ולענד"נ דזה לא הוי ממון, דהא היכא דטען איני יודע וע"א מעיד דצריך לשלם משום משאיל"מ לא אמרינן היכא קם ע"א לממון וכן בחשוד דצריך לשלם ע"פ העד ע"כ צ"ל דע"א כי אתי לשבועה קאתי אלא דהוא ממילא חייב משום דא"י לישבע וא"כ ה"ה להיפך כי אתי עד מסייע לפוטרו משבועה וכי נפטר משבועה תו ממילא ליכא חיוב ממון עלי' עכ"ד. ודבריו תמוהים מאד דאין הנדון דומה, דלחייב שבועה שפיר מצי העד אף שהלה טוען איני יודע ובע"כ יחוייב ממון, מ"מ עכשיו עדיין אינו מחייבו ממון, ומה שיולד אח"כ לא איכפת לן, אבל לפוטרו משבועה שכבר נתחייב בה כיון שהלה אינו יודע, נמצא שנפטר גם מחיוב ממון שכבר נולד ע"י השבועה ופוטרו מממון מיקרי, והילכך שפיר כתב הש"ך דאינו פוטר. אבל הנראה דהקצוה"ח סבירא לי' כסברא השני' דענין חיוב שבועה ע"י ע"א הוא שהתורה נתנה נאמנות להעד עד שלא יוכל להפטר כ"א בהכחישו אותו ע"י שבועה, ונמצא שלפ"ז, מה שמשלם כשאינו יכול לישבע, הוא לא שהשבועה מחדשת תשלומין אלו, אלא שהנאמנות שיש להעד מחייבתו את המחוייב לישבע בתשלומין הללו, נמצא שבכל מקום העד מחייב את התשלומין, כשהלה אינו יודע, ולפיכך מקשה שפיר דנימא דאין עד אחד קם לממון, אלא ע"כ כיון דע"י שבועה יכול הי' ליפטר מיקרי קם לשבועה, א"כ גם כשהעד פוטרו והלה אינו יודע אף שסוף כל סוף פוטרו מממון מ"מ מיקרי פוטרו משבועה כיון שיכול הי' לפטור עצמו בשבועה. אלא דמה שכתב הקצוה"ח להלן בתוך דבריו לפרש בכונת דברי הרא"ש דפוטרו מממון

דמחוייב ממון הוא לא מטעם מתוך שאינו יכול לישבע משלם כי אם מטעם דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, וזה הוי חיוב ממון גמור, ומשום כך הוא דאינו יכול העד לפוטרו, משום דחיוב ממון רמי עליו. ע"כ. וזה קשה מאד דהא דבר זה במחלוקת שנוי בבבא בתרא (קל"ה) גבי זה אחי אינו נאמן ויטול עמו בחלקו ושם דברי רבה ואביי אם ברי ע"י אחר מיחשב ברי דנימא ברי ושמא ברי עדיף, דרבה סובר דברי ע"י אחר הוי ברי, וא"כ כיון שטוען ברי ע"פ השומר השני, א"כ הוה כאומר יודע אני שפרעתיך, ואמאי מחייבינן לי' ממון. וכד אתינן להכי יש לעיין מה שכתבו התוס' לדחות הראי' דכופר הכל פטור מהא דהוצרכה התורה לכתוב דעד אחד מחייב, דצריך קרא להיכא דהוא אינו יודע ועד אחד מעיד שחייב לו ע"כ, ונראה דסברי דברי ע"י אחר מהני להשביע, דטענת ברי מיקרי, אלא דיקשה אף אם לא נכתב דע"א מחייב תו צריך הי' להיות חייב מטעם כופר הכל, דהא השתא אילו הי' כופר חייב קא איירינן, וחוזרת קושייתם לדוכתא, ואי סברי דברי ע"י אחר לא מיחשב ברי א"כ גם כי נכתב דע"א מחייב שבועה יפטר כה"ג דהוא עצמו אינו יודע דהא אין נשבעין בטענת שמא. ועיין סי' ע"ה סעיף כ"ג ובש"ך שם דיש סוברים דדוקא כשהעד מעיד בב"ד לפנינו מהני להשביעו, ויש סוברים דאף אם אומר שהוגד לו מפי נאמן נמי מהני להשביעו, ועכ"פ יקשו דברי התוס' כאן, שהעד מעיד לפנינו יתחייב שבועה בלא העד, כיון דמהני להשביע מטוען שבועת ע"א. והי' נראה לומר דיש שתי חלוקות בדבר, כשיודע על פי עד ומאמין להעד אמונה גמורה, דזה הוי ברי ע"פ אחר, ובלא דין חיוב עד הי' מתחייב מטעם כופר הכל, אי כופר הכל חייב דאמונתו לדברי העד משויא לי' לברי גמור, אבל בחלוקה האחרת כשאינו יודע להאמין בדברי העד, אילולי כתבה התורה שעד אחד מחייב שבועה, לא הי' מיקרי זה טענת ברי, כיון דאינו נותן אמון לדברי העד, הילכך רק בשביל מה שהאמינתו התורה לחיוב שבועה שטוען ברי על פי אמונת התורה שהאמינתו, ועדיין הדבר צריך תלמוד:

ויש לשאול במה שסוברים הני פוסקים והתוס' בכללם דמשביעין ע"י אמירתו של אחר, ושם בב"ב גבי חלוקת אחים מחלוקת רבה ואביי בזה אי ברי ע"י אחר מיקרי ברי להחשב ברי ושמא, ולהיפך יש ג"כ לשאול אהני דסברי דאין משביעין ע"י אמירתו של אחר, ושם גבי ברי ושמא, דבר זה במחלוקת שנוי, אי מיקרי ברי, ונראה דיש להפך הדבר לשני צדדים, ובזה תתחלקנה הדעות, ובאופן הא' יש לומר דלהחשב ברי שיוכל להוציא הכסף מפלוני מפאת ברירותו, שפיר נוכל לומר, דלא מיקרי זה ברור כל כך להוציא ממון בב"ד ע"פ זה, ולא מיחשב זה לברי גמור, שנוכל לפסוק דין עפ"ז, אבל גבי להשביע, שאין אנו צריכין לענין ברורי, כ"א לטענה ברורה, ואם יש לו אך טענה ברורה, יכול כבר להשביע,

עפ"ז גם ברי ע"י אחר מיקרי טענה ברורה, והילכך אף אביי דפליג התם גבי ברי ושמא, יודה כאן גבי השבעה, ואף דאפשר שגם ענין ברי ושמא אין זה ענין ברורי אלא ענין של טענה, מ"מ עכ"פ הוי זה כעין ענין ברורי, יותר מגבי השבעה. ובאופן הב' יש לומר להיפך, דבמקום ברי ושמא, דשם העיקר היא הראי' והברור שיש בטענת ברי לאמת הדבר גם הברירות של איש אחר מהני, אם יש אך ברירות למי שהוא בזה, מהני לחזק ולאמת את דבריו, שעפ"ז יוכל להיות ידו על העליונה מהטוען שמא, ואין לו ברירות כל שהוא, אבל לגבי שבועה, ששם עיקר הכח המשביע היא הטענה המבוררת, אין בזה מה שאחר טוען כלום, שעיקר כח הטענה אין אלא לבעל הטענה, וכיון שהוא אינו יודע כלום אינו יכול להשביע, ואף רבה הסובר שם בב"ב דברי ע"י אחר מיקרי ברי יוכל להודות גבי השבעה דמיקרי שמא, ועפ"ז תצדקנה שתי הדעות, שכל אחד בסברתו לפי דעתו לחלק בין השבעה לדין ברי ושמא. ועכ"פ דבר זה במחלוקת שנוי גבי ברי ושמא לכו"ע ותלוי במחלוקת רבה ואביי, וא"כ לפי דעת רבה, שוב אי אפשר לפרש בדברי הרא"ש דפוטרו מממון שנתחייב מטעם איני יודע אם פרעתיך, דהא לרבה טוען הוא ברי שפרעתיך:

ונראה פשוט בדברי הרא"ש שכונתו במה שכתוב שאין העד פוטרו מממון כונתו כפירוש הש"ך בדבריו, שכיון שאינו יכול לישבע, הרי זה פטור ממון, וממילא אי אמרינן דעד המסייע פוטר מן השבועה, היינו דעד המסייע הוי במקום שבועה, ופועל מה שהיתה השבועה פועלת ונמצא שהעד המסייע פוטר מממון, כמו שהשבועה פוטרת מממון, אלא דבכל עד המסייע יכול לפטור משבועה, ואין זה מיקרי פוטר מממון, כיון דאי בעי משתבע נמצא ששבועה פוטרת כאן, והעד פוטר מן השבועה שהפטור ממון יכול להיות ע"י השבועה, אבל במקום שאינו יכול לישבע, נמצא שהעד הוי לגמרי במקום שבועה, והוא פוטר הכל, הילכך שפיר פוטר מממון מיקרי:

שוב ראיתי לפרש בכוונת דברי התוס' שעד אחד מחייב אף שאין התובע יודע כלום, לאו מטעם ברי ע"י אחר, אלא שכך הוא הדין דע"י הגדת ע"א נשבעין אף על טענת שמא ממש, והתוס' יודו גם הם שברי ע"י אחר לא מיחשב ברי. ובטעם החילוק בין שבועת ע"א לשאר שבועות י"ל כמו שראיתי בשם הגר"ח ז"ל מבריסק, דבע"א עצם סיבת החיוב ופועל השבועה הוא העד ובעדותו נעשה הדברא דממונא, לדין השבועה, והא דבעינן טענת התובע הוא רק דין בעלמא מדיני השבועה ואינה דבר העושה הדברא דשבועה, אבל במודה במקצת היא עצם הסיבה העושה דברא דשבועה כמו ההודאה והכפירה הוי סיבת חיוב השבועה כן דין הטענה הוי עצם סיבת חיוב השבועה ע"כ. ולפי זה

מובן החילוק בין ע"א למודה במקצת לענין טענת ברי ושמא להשבעה, דבמודה במקצת דהטענה היא עצם סבת החיוב, אין משביעין כ"א ע"י טענת ברי, דדוקא טענת ברי תוכל לחייב שבועה, אבל בעד אחד, שהעד הוא המחייב, והטענה היא רק תנאי בדבר, אף בטענת שמא יוכל להשביע, ובדברי הרמב"ן מבואר בפירוש שהסוברים דבע"א נשבעין על טענת שמא אין הטעם משום דהוי ברי ע"י אחר, דז"ל הרמב"ן על מה שאמרו בגמ' (ד' ע"א) הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין ונשבע וכו' ויש שלמדו מכאן לפי גירסא זו שאין שבועת ע"א באה אלא בטענת ברי כדאמרינן דהצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין, אלמא דכי היכי דבעי טענה בפיו דהיינו טענת ברי ה"נ בהעדאת ע"א וזה שלא כדברי הרי"ף ז"ל שכתב דבהעדאת ע"א נשבעין אפילו בטענת שמא, ואין עליו טענה דבין טענת ברי בין טענת שמא טענה מיקרי עכ"ד. ואי נימא דטעם הסוברים דנשבעין על טענת שמא בע"א, משום דברי ע"י אחר מיחשב ברי, א"כ בלאו הכי לא קשה מידי דהא בע"א ג"כ ברי הוא, אלא ע"כ דס"ל דאין זה מטעם ברי ע"י אחר. ואם היינו אומרים דטעם הסוברים דנשבעין על טענת שמא בע"א, משום דמיחשב ברי ע"י אחר, הי' נדחה מה שרוצים להביא ראי' מדברי הרמב"ם שסובר דאין נשבעין על טענת קטן אף כשעד אחד מעיד שחייב לו, משום דאין נשבעין על טענת ספק, שהרמב"ם יסבור שגם בשבועת עד אחד אין נשבעין על טענת ספק, ולפי האמור אין מכאן ראי', שבכל שבועת ע"א אפשר שנשבעין, משום דמיחשב ברי ע"י אחר, אבל בטענת קטן כיון שאף אם הקטן טוען ברי מיקרי טענת ספק, שאין ברי שלו כלום א"כ אף בע"א לא יוכל להחשב ברי ע"י אחר, אבל בגדול נשבע שפיר אף על טענת ספק, משום דמיחשב ברי ע"י טענת האחר:

ומדי דברי בדברי התוס' נראה ליישב מה שראיתי מקשה בספר אמרות טהורות על דברי התוס' הללו וז"ל וקשה על דבריהם הא אינו מוכח מע"א די"ל לעולם דכ"ה חייב שבועה ושבועת ע"א איצטריך לנסכא דר' אבא דאמר אין חטפי ודידי חטפי וקאמר התם דאי הוי אמר לא חטפתי הי' נשבע להכחיש את העד, אבל השתא דאמר אין חטפי ודידי חטפי הוי משאיל"מ, ולפ"ז אי לא הוי כתיב שבועת ע"א בתורה רק הוי נלמד מן כ"ה א"כ מחמת שבועת כ"ה הי' נשבע על טענתו ששלו חטף ולכך כתבה התורה שבועת ע"א שישבע דוקא להכחיש עדות העד. ע"כ:

ולפי דעתי נראה דמה דאין יכול לישבע ששלו חטף גבי נסכא דר' אבא, אין הטעם משום שהוא מוכרח דוקא להכחיש את העד, ואילו ישבע ששלו חטף אין זה מספיק, דאדרבא נקל לו להפטר אם יפטור את עצמו, ולא מוכחש העד, אלא הטעם שלא יוכל לישבע

ששלו חטף, משום שאין עליו דין שבועה כזו, ושבועה בלא דין שבועה אין בה ממש, הילכך אינו נפטר כ"א בהשבעו שלא חטף, שדין שבועה זו יש עליו, והילכך אי כופר הכל חייב שבועה, אף שנתחייב שבועה גם מטעם העד אחד, מ"מ יוכל לישבע ששלו חטף, שהרי כבר יש עליו דין שבועה זו מטעם חיוב שבועת כופר הכל, וממילא נפטר בשבועה זו גם מחיוב העד אחד, כיון ששבועתו הי' לה דין שבועה:

ובזה נתיישבו דברי הב"ש סי' מ"ב שכתב אם אחד מכחיש והשני מודה לדברי העד מחלק הב"ח וכתב אם אחד מכחיש שלא הי' קידושין כלל, אז זה שאומר כדברי העד שהי' קדושין צריך לחוש, אבל אם אחד מכחיש ואמר שהי' קדושין אלא שכונתו הי' לשחוק, אז אף השני אין צריך לחוש, אע"ג דאיתא בסמוך דאינו נאמן לומר לשחוק נתכונתי היינו כששני עדים מעידים, אבל נגד ע"א נאמן במיגו שהי' יכול להכחישו, ואין נראה לי דהא דומה לאומר חטפתי ודידי חטפתי דאינו נאמן במיגו דהי' יכול להכחישו, כמש"כ תוס' פ' ח"ה בשם הריב"א ובח"ה סי' ע"ה. גם ח"מ משיג עליו. ומ"ש הרשב"א אם אמר משטה הייתי הוי הכחשה היינו כשאומר בשעת קדושין אמר בפירוש להשטות ולא לשם קידושין עכ"ל. ובס' בית מאיר סי' זה תמה על הב"ש מה ענין זה לנסכא דר' אבא דשם הוי הטעם שע"א לשבועה הוי כשנים לממון וכל שאינו יכול לישבע כדינו המיגו לא מהני, והכא שאין מקום לשבועה, כמש"כ רש"י והת"ה בפסקיו ביאר דאף שבועת היסת לא שייך בזה א"כ הא שפיר שייך מיגו. ע"כ. ולפי האמור הדברים פשוטים, דהלא גם בנסכא דר' אבא, אילו הי' יכול לישבע שבועה שדידי חטפי, הי' נפטר גם מן העד, שאינו מחוייב לישבע דוקא שלא חטף, אלא שאין לו דין שבועה על שבועה אחרת, שהשבועה מחמת העד היא הפך העד, אבל כשיהא לו איזה דין שבועה על אופן אחר, יפטר גם כן מן העד, א"כ כיון שיש לו מיגו להאמינו בשבועה שדידי חטפתי במיגו דלא חטפתי, ויש לו דין שבועה לזה. כמו שיש דין שבועה לישבע גבי פקדון החזרתי במיגו דנאנסו, וא"כ ליפטר בשבועה דדידי חטפתי, אלא ע"כ דאין זה מיגו טוב כיון דהטענה ההיא כנגד העד, ואין אדם רוצה לטעון טענה שהיא נגד העד, ומוטב לו לטעון טענה שהיא מסכמת עם העד אך דידי חטפי, ואין זה מיגו, א"כ גבי קידושין נמי הכי הוא, ודברי הב"ש פשוטים ומבוארים:

ועל פי הדברים שכתבנו יתיישב מה שדן מהר"ם מרוטנברג ק"ו אם מהני עד אחד לחייב שבועה אף שהוא להוציא מן המוחזק כ"ש שמהני עד אחד לפטור מן השבועה לקיים ביד מוחזק. ע"כ. והוקשה לי בזה טובא דמה ק"ו הוא זה דשאני לחייב שבועה דאין אנו מאמינים לעד אחד רק לחייב את הנתבע לברר את הדבר, אבל אם נאמין לעד אחד

לפטור את הנתבע, נמצא שאנו מאמינים לע"א לגמור את דין הדבר לגמרי ומה דמיון הוא זה. ובינותי בספרים, ומצאתי שהקשה כן בס' בית הלוי והביא שהקושיא מפורסמת, והוא תירץ תירוץ א' וז"ל ולכאורה נראה דהק"ו של הרא"ש הוא מהיכא דהנתבע טוען איני יודע וכשמחייבו העד שבועה אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ושפיר ילפינן מיני' בק"ו דאם מסייע להמוחזק דמהני עדותו לענין שבועה, אבל להך מ"ד דלא ס"ל הך דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ליכא להך ק"ו והרא"ש נקט הק"ו לפי מה דקיי"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם. עכ"ל בתירוץ האחד. אבל במה שכתבנו לפי דעת הש"ך לחלק דדוקא בעד המסייע לפטור שכבר נתחייב שבועה וכיון שאינו יכול לישבע כבר נתחייב ממון נמצא שהעד פוטרו ממון וזה א"א אבל כשעד א' מעיד לחייב שבועה אינו מחייב אלא שבועה ואף שאחר כן יוצא מהחיוב שבועה חיוב ממון זה נולד אח"כ ממילא אבל עדותו אינה מחייבת אלא שבועה א"כ אכתי הלא תשאר הקושיא איך יכולים אנו לדון ק"ו מחיוב שבועה אף בטוען איני יודע לעד מסייע לפטור שהוא גמר דבר כבר בשעת עדותו:

ויש לעיין עוד בק"ו דמהר"ם מרוטנברג דהא כיון דע"א מחייב שבועה וכיון שנשבע הנתבע מבטלינן לסהדותי' דהע"א, חזינן מזה דשבועה בירורה אלים מבירור דע"א, א"כ היכי אפשר דבמקום שצריך להביא בירור דשבועה יביא ע"א ויפטר מלברר על ידי שבועה, שהיא בירור דאלים מע"א:

והנראה בזה לפי מה שאמרנו למעלה דמה דע"א קם לשבועה אין הביאור כמובן הפשוט, דדוקא ממון אינו יכול לחייב, אבל שבועה יכול לחייב, דהא חזינן דע"א מעיד שחייב לחבירו שבועה והוא כופר דלא מהני סהדותי' לחייב הנתבע השבועה שמעיד עליה הע"א אלא נשבע שאינו חייב לו שבועה, להכחיש הע"א ונפטר בזה, אבל השבועה שדנים עליה אינו נשבע. חזינן מזה דאין ע"א מחייב שבועה כמו שאינו מחייב ממון, אלא צ"ל בביאור הא דע"א מחייב שבועה, שיש לו כ"כ נאמנות בהגדתו לעשות את תביעת התובע לתביעת ממון כזו, שלא יוכל הנתבע להפטר בכפירה בעלמא, אלא דוקא בשבועה, נמצא שלא פעל הע"א כ"א בהתביעות, וזה פשוט בסברא שהעד אינו מחייב אלא מה שמעיד, ואיך נאמר שהעד המעיד על תביעת ממון יחייב שבועה, דבר שאין זה מהגדתו, אלא ודאי שהע"א פעל לחזק התביעת ממון עד שיוצרך שבועה להפטר ממנה, ואם אינו נשבע מוכרח לשלם מחמת חוזק התביעה המוחזקת ע"י הע"א, נמצא לפ"ז שאין הע"א מחייב שבועה, כ"א התביעה מצד עצמה מחייבת שבועה, ועתה לפ"ז מבואר הק"ו היטב, דזה פשוט דטענה כזו שדי' להתובע כדי שתהא תביעתו תביעה,

טענה כזו בודאי די' בכ"ש להנתבע להפטר מטענות התובע, כיון שאין אנו דנים עכשיו על דיני החיובים היוצאים ונולדים מן הטענות ואין אנו דנים עכשיו על עצם הממון כ"א בנוגע לעצם השאלה אם התביעה היא תביעה ואם טענת הנתבע היא טענה ועל זה דן המהר"ם ק"ו יפה דאם מהני הע"א להתובע בודאי מהני גם להנתבע, דזה הלא פשוט מסברא דטענה המספקת להתובע מספקת גם להנתבע, ולפ"ז מתורצת גם הקושיא הב' דלא אלים שבועה מע"א דלא צריך הנתבע לטענה אלימא יותר מטענת התובע:

והנה בש"מ ריש מסכתא הביא שיטת הר"ן על מה שהביא מהר"ם ראי' מהא דר' חייא וכתב על זה הר"ן דאף אם עד המסייע אינו פוטר משבועה מ"מ היינו דוקא שבועת השומרים או שבועת מודה במקצת אבל משבועת ע"א בודאי פוטר משום דמכחיש לי'. ואף דבכ"מ שהאמינה התורה ע"א אינו נאמן השני להכחישו כגון בעד מיתה בזה אחר זה, היינו דוקא התם שכבר זכתה בהיתירה אבל כאן גבי שבועה אף אחר שחייבוהו ב"ד שבועה כבת אחת דמי, ע"כ. והקשה על זה הרשב"ץ וז"ל אבל ק"ק לי כי היכי דע"א לאחר שהתירוה להינשא אינו כלום משום דחשיב בזה אחר זה כיון שנעשה מעשה על פיו ה"נ יש לנו לומר כשהעד חייבו שבועה וב"ד גמרו דינו וכו' ואיני יודע חילוק בין התירוה לינשא ובין חייבוהו ב"ד שבועה ומה שכתב הרב ז"ל שמפני שזכתה בעצמה אין הדבר מחוסר מעשה ואמאי לא וכו' אלא שיש לנו לומר כיון שב"ד התירוה אינו כב"א הכא נמי כיון שב"ד חייבוהו שבועה אינו כב"א וכו', ובר מן דין אמאי לא אשכחן פירכא בזה אחר זה דהא משכחת לה בנסכא דר' אבא שהוא מחוייב שבועה ע"פ ע"א וכו' וזה הנתבע שלם בעדותו של ע"א ואח"כ בא ע"א והעיד כדבריו ופטרוהו מן השבועה, ואי ע"א אינו קם לפטור אף כאן לא יפטרנו משבועה ומה ששילם שילם וה"ל במקום שמוכרח לשלם אף שלא שילם עדיין אין עד המסייע פוטר וכ"ש במקום ששילם כבר, אין קושיא זו על הר"ן כי גם על מהר"ם מרוטנבורג מקשה שהרי בזה גם מהר"ם מודה שאין עד המסייע פוטר. וצריכים אנו לומר בזה דזה אינו נקרא אינו בהכחשה ואלים כח ע"א דזה אינו בא מכח הע"א דהע"א הלא לא חייב רק שבועה וזה כבר נולד אח"כ חיוב חדש שחייבוהו ב"ד ממון, ומה שאינו יכול ע"א לפטור מחיוב זה אינו נקרא אינו בהכחשה, וזה נקרא כי חיוב ב"ד אינו יכול לפטור, וממילא גם על הר"ן לא קשה כלום:

ועכשיו נבוא לדון על שאלת הרשב"ץ הראשונה מה חילוק יש בין עד מיתה דאמרינן דזכתה בה בהיתירה ובין עד שבועה דלא אמרינן כן. לפי דברינו האמורים למעלה הדברים לפ"ד פשוטים. דמה דאמרינן דבכ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ואין דבריו של א' במקום ב', דאמרינן דבב"א יכול להכחישו ובבזה אחר זה אינו יכול

להכחישו, הטעם בזה דאף שהאמינה תורה לע"א מ"מ יכול חבירו להכחישו דע"א בהכחשה לאו כלום דאף במקום שהאמינתו תורה מ"מ יש לו רק דין ע"א אלא שהתורה האמינתו ולכן יכול ע"א להכחישו, שהרי בשעה שבא השני להעיד הלא מעיד בסיוע להחזקה והילכך נאמן גם הוא ומצד דין הע"א הלא ע"א בהכחשה לאו כלום, אבל בזה אחר זה שכבר נגמר הדין על פי העד הראשון וכבר זכתה האשה בהיתירה, נמצא שכבר יש לה חזקת היתר אין השני נאמן לא מצד הכחשת העד הראשון שזה הי' יכול גם עכשיו להכחישו, אלא מפני שאינו יכול להעיד נגד חזקת היתר של האשה, וממילא אין בעדותו כלום ומפ"ז אין העד הראשון נעשה מוכחש, ואף שהוא מעיד שלא היתה בזה חזקת היתר מעולם אין בזה כלום כיון שיצאה להיתר מכח בית דין בע"כ איתחזק היתרה, והילכך אין השני נאמן נגד חזקת היתר שלה. אבל בעד שבועה לא נעשה בזה שום דין חזקה, כי גם חזקת חיוב שבועה לא שייך בזה, כי כל עיקר הדין שנעשה בזה אינו אלא להכחיש הטענה הבאה מכח העד אחד, וכל לגבי עד אחד נאמן השני משום דהוי עד אחד בהכחשה, ולדין כזה הי' נאמן העד הב' גם בעדות אשה אילולי ששם יש עוד דין חזקת היתר האשה משא"כ בעד שבועה:

ועוד יותר נראה, שכוונת הר"ן דלא שייך לומר דהוי בזה אחר זה, כ"א כשכבר נגמר הדין ע"פ הע"א ואם אז בא עד להכחישו אינו נאמן, כיון שכל עיקר מה שבא העד אחד לפעול כבר פעל, נמצא שנקרא שהשני בא בזה אחר זה. אבל לגבי שבועה שהעד הראשון נאמן עד כדי שיכחישוהו בשבועה, נמצא שהשבועה היא גמר הענין של הגדת הע"א, או כשאינו רוצה לישבע משלם אבל כל זמן שלא נשבע אין לנו לומר שחיוב השבועה היא גמר ההגדה של העד אחד ועדיין לא נגמר הדבר, אבל בעדות אשה עיקר פעולת העד היא מה שפעלה הגדתו להתיר האשה, והלא הותרה, והיתירה הוא גמר פעולת ההגדה, והילכך הויא הגדת העד השני כבזה אחר זה, ואינו יכול להכחישו שוב, והחילוק בין בת אחת לבזה אחר זה בטעם הדבר שבבת אחת נאמן השני להכחישו ובזה אחר זה אין נאמן, הוא מטעם זה שבבת אחת כיון שעדיין לא נגמרה הגדתו, לא האמינתו התורה עדיין כשנים ויכולים להכחישו, אבל בזה אחר זה, כיון שכבר נגמרה הגדתו, וכבר האמינתו התורה כשנים, שוב אין השני שהוא כאחד יכול להכחישו:

סימן ד

תמהו האחרונים אהא דאיתא בשו"ע סי' ל' ראובן תבע משמעון אלף ות"ק זהובים ומביא ה' עדים א' אומר ראיתי שהלוהו ק' ואחד מעיד על ר' ואחד מעיד על ש' וא' על ת' וא' על ת"ק אם העידו כל אחד מהם בעדות מיוחדת כגון שאמר הא' בא' בניסן בשנה

הראשונה והב' אומר בזמן אחר וכן כולם משלם ת"ש וישבע שבועת התורה על מאה ויגלגל על השאר ת"ש והקשו כולם עש"ך ושאר אחרונים דאמאי לא מישתבע מכח דר' חייא מטעם העדאת עדים במקצת ותירצו דהכא כיון דאין כאן עדים אלא ע"י צירוף לא אמרינן הכי ע"כ. ואין הדבר מובן דמה טעם יש לחלק בין עדים בלא צירוף ובין עדים בצירוף, ונתחבטו בזה כל האחרונים:

ונראה שבאור הדברים הוא כך, דיש לעיין במה דאמרינן דהלואה אחר הלואה מצטרפין, האיך הוא צרופן, שהרי כל אחד ואחד בפני עצמו אינו נאמן, ונמצא שאין אנו מאמינים לכל עד בפני עצמו על ההלואה שאמר והאיך הם מצטרפים בשנים. ועל כרחנו אנו צריכים לומר דהוא מטעם דפלגינן נאמנותם, דמהימנינן להו לכל אחד מה שאומר שחייב מנה, שכיון שלזה יש לו צירוף עם עד אחד, ועל מה שאומר שהלואה בזמן זה היתה, לא מהימנינן לי' כיון שלזה עד א' הוא, וא"כ נמצא שאין אנו מאמינים להם על מנה שהגידו, כ"א על סתם מנה, וא"כ אין לנו עדים על הכסף שהוא תובע מחמת הלואות אלו אלא על סתם כסף ונמצא שהוא תובע תביעה אחת והעדים מעידים שלא על אותה תביעה, וזאת לא מצאנו שתחשב הודאה במקצת או העדאת עדים במקצת כשאין ההודאה מכוונת אל התביעה, הילכך פטור מלישבע, כשהעדים הם ע"י צירוף, שאין צרופן מועיל אלא לחייב, אבל לא על אותה תביעה. ואין זה סתירה למה דבכל מקום יש מן הראשונים שחולקים ואומרים דלא אמרינן דנפליג הנאמנות, דאין זה אלא במקום דלדבר זה מאמינים ולדבר זה אין מאמינים כלל, בזה הוא דאמרינן דלא פלגינן הנאמנות, אבל כאן הלא יש לו נאמנותו לכל דבר עדותו, אלא שלא תספיק לו נאמנותו לעשות מעשה על פיו כיון שאינו רק אחד והילכך לאותו הענין שיש לו צירוף מצטרפין כיון שגם למה שלא נצטרפו לא בטלה נאמנותו לגמרי אלא שלא הועילה, הילכך למה שמועיל מועיל. ובדרך זה ישבנו זה כבר ומיתאמרא משמיה דהגרנ"ט ז"ל הכי על מה דאמר (בגיטין ח') גבי עצמך ונכסי קנויין לך, דשקיל וטרי אי אמרינן פלגינן דיבורי' וחולקים בזה אביי ורבא, ולכאורה הא כאן הוא ענין של פלגינן נאמנות ולא של פלגינן דיבורי' ובפלגינן נאמנות הלא יש מן הראשונים שסוברים דלא פלגינן ואיך יאמר רבא כאן דפלגינן הנאמנות, אבל הדבר נכון, דאין כאן ענין לפלגינן נאמנות, כיון שגם כאן הרי נאמנות השליח שוה היא בין לגבי הנכסים ובין לגבי העבד, אלא דלגבי העבד מספקת הנאמנות ולגבי הנכסים לא תספיק הנאמנות דלגבי העבד האמינוהו חכמים דליהני נאמנות זו ולגבי נכסים לא אמרו די בנאמנות זו ועצם השקלא וטריא דבגמ' שם אין זה אלא אם יש פסול בשטר זה אם יש התבטלות בדין השטר, ודבר זה מבואר הוא

בפי' בדברי הרמב"ן גיטין שם וז"ל ומיהו כי מעיינא בשמעתא לא חזינא דשייך מופלג דיבורין דהכא בכולהו פסולי עדות ולא מדמינן לי' להנך דאמרן (ר"ל למה שהביא שם מפלוני בא על אשתי ואינך) ולפום הכי איכא למימר דהא מילתא לא שייכא בהני דהכא וכו' אלא שהיו סבורין מתחילה שכל גט שאין עושין מעשה בכולו אין דנין במקצת שבו ומ"ה מדמה לה לשייר קרקע כל שהוא לא יצא בן חורין אבל בדין עדות שבטלה מקצתה לא שייכא כלל ומ"ה לא הוה קשה לי מהתם ע"כ. ועכ"פ כאן אצלנו בסוגיא דידן דהלואה אחר הלואה הדבר פשוט עוד יותר, דהרי מכח הנאמנות שמאמינים לכל אחד על הדבר כמו שאמר מכח עד אחד מצרפין אותם מכח זה על מנה סתם, ובלא נאמנותם נאמנות דע"א, על עצם הדבר לא הי' דין צירוף על הלואה סתם, הילכך באופן זה בודאי דפלגינן הנאמנות:

הדרינן לקמייתא דאין הודאה במקצת ואין העדאה במקצת מחייבת כ"א כשההודאה מכוונת אל התביעה ונראה דגם מה שסוברים דהודאה קודם לתביעה לא מהני הוא מפני טעם זה משום דאין ההודאה על התביעה, שהרי ההודאה קודם לתביעה היתה, והודאה אינה מחייבת כ"א כשהיא הודאה על תביעה, שהרי לא היתה כאן עדיין שום תביעה כשהעידו:

וראיתי מי שאמר בטעם בהודאה קדמה לתביעה דאינו נשבע משום דהודה קודם לתביעה כבר מסולק הדין ודברים שלהם מעל מנה זו וכשטוען מנה הב' הוי כופר הכל, ולפי טעם זה נראה לי דבהעדאת עדים אף בהעדאה קדמה לתביעה מחייב שבועה, שאף שהם מעידים שחייב מ"מ כיון שהוא כופר עדיין ואינו רוצה לשלם, מיקרי שעדיין יש להם דין ודברים על דבר המנה הא'. ולפ"ז יסולק מה שמתרצים אהא דפסק הרמב"ם דאם מודה במה שכתוב בשטר וכופר בשאר פטור משום דהוי ממון שאינו יכול לכפור, וליחייב משום שטר עצמו דהוי כהעדאת עדים במקצת, ומתרצים משום דקדמה העדאת עדים לתביעה, ולפי הך טעמא לא שייך זה בהעדאת עדים ואף אם קדמה לתביעה ליחייב, ולפי טעמא דידן שייך זה שפיר אף בהעדאת עדים ומתיישבת היטב הקושיא משטר על מקצת. תבנא לדיננא דהלואה אחר הלואה אין אנו מאמינים להעדים על עצם המעשה, אלא על החיוב, דבעצם המעשה לא שייך לצרפם, שהרי דברו על מעשים מיוחדים ומה שייך בזה צירוף, אלא דדבר זה נסתר ממה שכתב הר"ן על התוספתא הביאה הרי"ף בפ' מי שאחזו ראוה שנים שנתיחדה עמו צריכה גט שני, אחד אינה צריכה גט שני, אחד בשחרית ואחד בין הערבים זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפים. וכתב הר"ן וז"ל זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפים דאע"ג דלגבי ממון קיי"ל בפ' זה

בורר דהלואה אחר הלואה מצטרפין, לגבי אישות דשייך בהו נפשות בבת אחת בעינן להו עכ"ל, והנה שם בקדושין הלא עיקר מאי דבעינן לעדים היינו עדי קיום, ובעדי קיום הלא לא שייך דנקבלים על החלות ולא על המעשה שהרי עד קיום צריכים אנו לסמכו על המעשה שהרי הוא עושה את המעשה למעשה חלות, הרי חזינן דמהני עדותו גם על המעשה ולא כדאמרינן דמהימנינן להו רק על החיוב:

והנה הרע"א הקשה על דברי הר"ן אלו וז"ל ובדברי הר"ן שם קשה לי שכתב דמש"ה לא מהני צירוף עדים דקדושין כדיני נפשות דמי דקדושין שייך בנפשות הא בפשוטו ניחא כיון דקדושין בלא עדים לא תפסו איך שייך לצרף וכו' דצירוף לא שייך רק בהלואה אחר הלואה דלא איברי סהדי אלא לשקרי אבל ההלואה עצמה בלא עדים ג"כ מיקרי הלואה בזה שייך דמצרפין דע"י הצירוף ידוע לב"ד האמת שהלוה אבל בקדושין אף דהאמת ידוע לנו דקדשה מ"מ הלא לא נתפסו מעשי קדושין שהיו בפני ע"א וכיון דכל מעשה קדושין בפני עצמה לא נתפס איך שייך צירוף באמת היכי דע"א מעיד דנתקדשה בפניו ביום פלוני בפני ב' עדים שייך לדון אם מצרפין להעיד דנתקדשה בפני ב' אבל בנדון דהר"ן דנתייחדה בשחרית בפני ע"א ובערבית בפני ע"א פשיטא דל"ש צירוף לשווי' קדושין וצע"ג עכ"ד, ולי תמוהין גם דברי הרע"א דאף אם אמר אחד דנתקדשה בפניו בפני שני עדים שחרית ואחד אמר שנתקדשה בפניו בפני ב' עדים ערבית מה שייך בזה צירוף דדוקא בהלואה אחר הלואה דשם אפשר שעדות שני העדים, בין מי שאמר שחרית לוה ובין מי שאמר ערבית לוה שאפשר ששני הפעמים לוה, ממילא מצטרפים שני העדים כיון שאפשר ששניהם עדים נכונים הם, אבל בקדושין כשאחד אמר שנתקדשה בפני ב' עדים שחרית תו לא אפשר עוד שתתקדש גם ערבית, שהרי כיון שמקודשת היא כבר א"א שתתקדש עוד, ולדברי העד שחרית אין בדברי העד ערבית כלום, ולדברי העד ערבית אין דברי עד שחרית כלום וא"כ איך יוכלו להצטרף, וקושיא גדולה היא אלי:

והנה ליישב קושיית הגרע"א ז"ל נראה דאין דברי הר"ן אמורים אלא בקדושין ע"י יחוד דמהני מטעם דאמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, דניחזי אנן בנתיחדה עמו כל היום, וכי ידעינן באיזה זמן מן היום נבעלה לו דוקא שחרית שאפשר שנבעלה לו בסוף זמן היחוד ואם נמשך זמן היחוד כל היום אפשר שבסוף זמן היחוד נבעלה לו והוא לא ראה אלא יחוד שחרית שאפשר שאינו זמן הביאה ומ"מ מיקרי עד קדושין כיון שעכ"פ יודע הוא מן היחוד שחרית שעכ"פ לא תצא מן היחוד הזה בלא ביאה מיקרי רואה הקדושין, וכן העד שראה יחוד הערבית אף כשאינו יודע אם נבעלה ערבית כיון שסוף סוף יודע שמן היחוד הזה נבעלה הוי כרואה את הקדושין והוי כשניהם רואים מעשה

אחד והלכך ראויין היו להצטרף אלא שמ"מ הא לא עדיף זה משניהם רואים כאחת מעשה אחד אלא שזה רואה מחלון זה וזה רואה מחלון זה דלא מהני בדיני נפשות והילכך כתב הר"ן דקדושין כדיני נפשות דמה דפסול שם עדות מיוחדת כשזה רואה מחלון זה וזה רואה מחלון זה והכא נמי דכוותיה הוא ואין מצטרפין. ועפ"ז נראה שיתיישב נמי מה שהקשינו דהא חזינן מדברי הר"ן אלו דצירוף העדים דבעינן למימר שיצטרפו הוא על המעשה ממש ולא על החלות בלבד דהא בקדושין דבעינן עדי קיום היינו שלא יהא המעשה בלא עדים, א"כ בעינן שתהא עדותם סמוכה להמעשה ותהא סתירה להנחה הנ"ל, אבל עפ"ז הדבר מבואר דמה דמהני מטעם הן הן עדי יחוד אפשר להתפרש בשני דרכים, האחד שאף שלא ראו המעשה עצמו מ"מ כיון שיודעים ע"י החזקה של הן הן עדי יחוד שבודאי הי' מעשה הקדושין, מהני זה מטעם דמהני בעדי קידושין אף ע"י ידיעה בלא ראיי' וידיעה בלא ראי' מהני בקדושין, או דנימא דזה הוי ראיי' ממש שכיון שרואים מעשה היחוד הוי כרואים ממש את מעשה הביאה ע"י החזקה של הן הן עדי יחוד, והנה אי נימא דמהני זה בקדושין מטעם דמהני בקדושין ידיעה בלא ראיי' אם כן לא בעינן בקדושין שיהא עדי קיום הדבר סמוכים להמעשה ממש, שאך אם ידעו שהי' כאן חלות שפיר דמי, דידיעה בלא ראי' נמי מהני והא יש כאן ידיעת החלות, והילכך בעד אחד אומר שנתיחדה שחרית ואחד אומר ערבית עכ"פ שניהם ידעו מחלות הקדושין והוי כמו שנעשה בפניהם דלא בעינן בדין עדי קיום רק שידעו שני עדים מחלות הקדושין והילכך שפיר ראויין היו להצטרף ועל זה משני שפיר הר"ן שכיון שדיני נפשות שייכי בקדושין כנפשות דמו ובנפשות הא פסול ידיעה בלא ראייה דשם בעינן ראיי' ממש וכיון דבעינן ראיית המעשה צריכים להיות העדים סמוכים על המעשה וכיון שכן אי אפשר שיצטרפו דהא שני מעשים נפרדים הם ואי אפשר לצרפם לעדות מעשה אחד, ונמצא שעד שאין הר"ן מתרץ דהוו כנפשות, שפיר הקשה לדמות עדי קדושין להלואה אחר הלואה. ולפי זה אחר תירוצו של הר"ן דקדושין כדיני נפשות הוו משום דשייכי בנפשות, הא דמהני יחוד מטעם דהן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה, נצטרך לומר דזה מיחשב לראיית קדושין ממש ולא רק כידיעה בעלמא בלא ראיי', וראיתי להאחרונים שנתחבטו בזה ולפי דברי הר"ן הדבר מבואר:

ובהגהות אמרי ברוך ראיתי שדבר על דעת הר"ן והקשה ג"כ קושיא הנ"ל וכתב ומ"מ איכא נפקותא בין טעמא דהר"ן לבין טעם דידי' היכי דקדשה שחרית בפני ע"א בכסף או בשטר שיחול לאחר שלשים יום ואחר כך קדשה ערבית בפני עד אחד ג"כ בכסף או בשטר שיחול באותו זמן עצמו שאמר שחרית, דלטעמא דידי' מהני שפיר ולטעמא דר"ן

לא מהני ע"כ. ולא אבין דבריו כלל דגם לטעמא דידי' ודאי דלא מהני, שהרי עיקר דין עדי קיום צריכים שיהיו למעשה הקדושין ולא לחלות הקדושין ומה יועיל מה שבשעת חלות הקדושין שני העדים הם כאחד כיון שבשעת מעשה הקדושין לא היו שניהם ביחד הוו קדושין בעד אחד וקדושין בעד אחד לאו כלום הם:

ועוד לפי דברינו בנתקדשה בכסף או בשטר אף הר"ן יודה, דאף בלא הטעם דקדושין כדיני נפשות דמי ג"כ לא מהני משום דכאן ודאי ליכא על כל מעשה כ"א ע"א ודוקא ביחוד הוא דקאמר כמו שנתבאר:

ובנתיבות המשפט פירש אליבא דאמת טעם הדברים דלא מהני הקדושין בנתיחדה בע"א שחרית ובע"א ערבית משום דאין העדים מצטרפים על המעשה, ובעדי קיום בעינן דיהיו עדי מעשה, ומה"ט כתב דלא מהני בקנס ג"כ עדות מיוחדת כזו שאחד ראה בשחרית ואחד ראה ערבית, ודוקא זה מחלון זה וזה מחלון זה הוא דמהני כיון שסו"ס ראו מעשה אחד, אבל בראיית שני מעשים מיוחדים לא מהני בקנס כיון דהעדים בהגדתם על המעשה מחייבים הוי כקדושין, ויש לדון על דבריו שאין שייכות קנס לקדושין, דבקנס אף שהעדים מחייבים בהגדתם, אבל אין העדים צריכים להעיד על המעשה ממש אלא כיון שנקבל עדותם על מעשה נגיחת שור או גניבה או טביחה אף שלא נקבל עדותם על מעשה פרטית ההוא, מ"מ מחייבים בהגדתם שאין צריך לחיוב ב"ד בקנס אלא הגדת עדים על המעשה המחייב אבל שאר פרטים אף אם לא יתקבלו ג"כ שפיר דמי, אלא שיש לדון בדבר כשנתרחקו זמני הגדתם שאם נצרפם משום דאין אנו מקבלים דבריהם על הזמן חסרו להו דרישה וחקירה והוי עשאאי"ל:

והט"ז כתב לבאר טעם הדבר דאין עדים ע"י צירוף מחייבים שבועה משום דכל עיקר שבועת דהעדאת עדים ילפינן מהודאת פיו בקנס ועד אחד, וכיון שבקנס לא מהניא עדות מיוחדת, לא מצינן למילף שבועה דתהא עדיפא מקנס ע"כ, ויש לחקור בפסול עדות מיוחדת אי הוי פסול נאמנות דעדים או פסול בקבלת בית דין, ולכאורה יוצאה נפקא מינה בדבר דאם יחשב לפסול נאמנות דעדים אם יהא שני עדים שראו ביחד, ואחד שראה שלא ביחד, והגידו אח"כ בב"ד תבטל עדותו את עדותם כדין נמצא אחד מהם קרוב או פסול, ואם נימא דאין זה אלא פסול ב"ד אינה מבטלת עדותו את עדותם, ויש להביא ראי' לזה מהא דמקשו התוס' במכות איך מצאנו ידינו ורגלינו בגיטין וקדושין דיש בשעת מעשה קרובים או פסולים דיבטלו את כל המעשה מטעם נמצא אחד מהן קרוב או פסול ג"כ. ואי נימא דעדות מיוחדת ג"כ הויא פסול בעדות, א"כ בלא קושיא דקרובים או פסולים יקשה דודאי יש הרבה רואים שאינם יודעים זה מזה, א"כ הויא

לה עדות מיוחדת שרואה זה ממקום זה וזה ממקום זה, שאין ראייתם כאחת ותבטל ראייתם מטעם נמצא אחד מהן קרוב או פסול, אלא ע"כ דאין זה אלא פסול בקבלת ב"ד ולא בעדות וממילא לא שייך בזה נמצא אחד מהן קרוב או פסול, וכיון שזכינו לכך, יש להשיב על דברי הט"ז דכי האי גוונא לא שייך למילף העדאת עדים מקנס בזה דלא ילפינן אלא עדות דשבועה ועדות דקנס אבל לא עדות דשבועה מדין בית דין דקנס. וכי האי גוונא יש להשיב על מה שיש לשאול דכיון שילפינן שבועה דהעדאת עדים גם מגלגול שבועה, א"כ יקשה לפי דעת הסוברים דבגלגול שבועה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, א"כ גם בהעדאת עדים לא נימא מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דלא יהא הלמד חמור מן המלמד, וכמו שאמרו בב"ק (ג' ע"ב) בתוס' גבי צד השוה משור ובור דיהבינן קולי שניהם א"כ הכי נמי כך הוא. וראיתי בשם ספר דברי משפט שכתב אליבא דאמת שהדין הוא כך, אבל נראה דלא שייך למילף לגבי זה העדאת עדים מגלגול שבועה, משום דנראה בטעם הדבר דלא אמרינן בגלגול שבועה משאיל"מ משום דאין בגלגול שבועה שום תביעת ממון שהרי אין לו שום טענה לתבעו ונפטר מן הדין על טענת ממון שלו, ואין לו עכשיו כ"א תביעת שבועה עליו מצד שבועה גוררת שבועה ולא שייך לומר משאיל"מ אלא במקום שיש גם תביעת ממון אז אמרינן כיון דאי"ל צריך לשלם בעד תביעת הממון אבל במקום שאין תביעת ממון למה ישלם, וא"כ כיון שזה הוא הטעם לא שייך למילף העדאת עדים לענין זה מגלגול שבועה, כיון ששם שפיר יש תביעת ממון והלא אין זה דין בגלגול שבועה אלא סיבה צדדית, וכיון שגבי העדאת עדים אין הסבה שם, שפיר אמרינן שם משאי"ל משלם. וכמו כן הכא נמי בנדון דידן לא שייך למילף עדות מיוחדת לגבי שבועה מדין קנס, כיון שלגבי קנס אין זה חסרון בדין עדות כ"א בדין קבלת ב"ד שאין ב"ד מקבלים עדות כזו, כמו שנראה מהא דלא אמרינן בזה נאמקא"פ עדותן בטלה. הן אמת שמצאנו בדברי התוס' בסנהדרין פ"ג שפירשו הסוגיא שם דאם יש שם כת עדים שאי אתה יכול להזימן מתבטלת כל העדות אף של שאר הכתות, משום דנמצא אחד מהן קרוב או פסול אף דעדות שאאי"ל גם כן אין זה פסול בעדות לומר דהוו עדים פסולים אלא דין התורה שלא נקבלם אבל לא לפסול עדות יחשב. ואף אי נימא דטעם עדות שאאי"ל דבטל הוא מטעם דכיון שאין יכולים להזימן. יש חשש שיאמרו שקר כמו שרוצים לפרש כן בדברי התוס' ריש מכות (אף דלא נראה כן מכמה מקומות) הא כבר כתב הגבורת ארי דבמקום דהפסול הוא מטעם משקר אין זה מבטל עדות האחרים שהרי עדותם מגלה גם עליו שאינו משקר, ואדרבה זה מראה לנו שאין הפסול בעדות שאאי"ל מטעם משקר אבל עכ"פ יקשה שאין זה פסול בעדות כ"א

בקבלת ב"ד וא"כ מה שייך בזה שיבטל עדות השאר, ואולי נחלק ונאמר שבמקום שאין יכולים להזימן מחמת איזה חסרון בהגדתם, כי ההיא דסנהדרין ששם היתה הכחשה בעדותם אז הוי פסול עדות ובמקום שחסרון הזמה ממקום אחר הוא בא הוי פסול רק בקבלת ב"ד ולא יהא שם הדין דנמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטלה:

והנה הב"ח תירץ על מה שהקשו למה נשבע מדין ע"א על המאה וצריך לגלגל על השאר לישתבע על הכל מכח דר' חייא קמייתא ותירץ דשאני הכא כיון דיש צירוף כתות הרבה ובשו"ת הרא"ש לא הי' שם אלא צירוף כח אחת ע"כ. וכתב הש"ך וז"ל ודבריו תמוהים דדל מהכא צירוף כתות השנים מ"מ יחייב מצירוף כת האחת וכי בשביל שיש עוד עדים יגרע עכ"ד. ונראה שדברי הב"ח פשוטים מאד דיש לחקור אי מאי דמודה במקצת חייב שבועה הוא חיוב שבועה על כל פרוטה ופרוטה, אלא שאין נשבעין בפרטות על כל פרוטה, כיון שאפשר לישבע שבועה אחת ביחד על הכל, או שחיוב שבועה אחת על כל הסך, שההודאה על המקצת מחייבת שבועה על המקצת השני ואינה אלא חיוב שבועה אחת. והנה כאן שנתחייב מחמת הכת האחת לישבע, ובאה הכת השנית וחייבוהו לשלם בהעדאתן על עוד מקצת מהמקצת הנשארת, נמצא שמשלם מקצת מהמקצת שנתחייב לישבע עלי', וכיון שחיוב שבועתו ע"י הכת הראשונה הוא על כל הסך וכיון שכן אי אפשר שיהא חייב על סך זה עוד שבועה כיון שמקצת מהסך הזה כבר נתחייב לשלם, ויסבור הב"ח שחיוב השבועה הוא אחד על כל הסך, והילכך כיון שיש כאן שתי כתות ומחמת הכת השנית משלם קצת מהסך שנתחייב לישבע, שוב אינו נשבע, אבל אם נסבור שחיוב השבועה הוא על כל פרוטה ופרוטה אין מה שמשלם מקצת מונע מלישבע על מקצת הנשאר, שהרי חיוב שבועה נפרדים הם:

סימן ה - בדין תחלתו בפסול וסופו בכשרות

א

בב"ב (דף מ"ג ע"א) וליסתלקו בי תרי מינייהו ולידיינו. והקשו הראשונים ע"ז דמה מהני סילוק והא הוי תחילתו בפסול וסופו בכשרות. ולכאורה יש לעיין בזה דלכאורה במקום דמהני ידיעה בלא ראי' כגון בדיני ממונות לא שייך תחילתו בפסול, כיון דאין צריך להעשות עד על ידי הראיי', א"כ יכול להגיד על פי ידיעתו דהאידנא, ועכשיו הלא כשר הוא, ודוקא בדיני נפשות שצריך להעשות עד על פי הראי', כיון שהראי' היתה בפסול פסול מלהיות עד, אבל כשיכול להגיד בלא ראי' אף אם הראי' פסולה לא גרע ידיעתו ע"פ ראייתו שהיתה מכל ידיעה בלא ראי' ותועיל הגדתו מצד אומדנא, והוי תחילתו וסופו בכשרות דלא נחשוב משעת ראי' כ"א משעת עדות. וכמו דבדיינים מפרש הרמ"ה

דלא שייך תחילתו בפסול ומיישב בזה הקושיא גבי לידיינו משום דעד דלא נחתי לדינא לא הוו דיינים כלל ותחילתם היא משעה שישבו לדון ואז כשרים הם והוי תחילתן וסופם בכשרות כ"כ נימא אנן אף גבי עדים בדיני ממונות דלא נעשו עדים עד ההגדה:

ודבר קשה מצאנו בדברי התוס' כתובות (כ"א ע"ב) שכתבו שאם הדיינים מכירים חתימת ידי העדים מפני שראו בלילה את חתימתם לא יוכלו לדון על פי הכרתם עכשיו חתימת השטר דהוי כמו ראוהו בלילה ואין דיין דן ע"פ ראייתו בלילה ע"כ. והדברים תמוהים מאד, הלא דנים הם ע"פ ראי' דעכשיו ולא ע"פ ראיית הלילה, שהלא עיקר ההגדה היא על הכרת השטר דעכשיו, ומה לנו לדעת מהיכן הם מכירין את החתימה, והגע בעצמך דיינים שראו שראובן לוה מנה משמעון ביום, אלא שמכירין שזה הוא ראובן או שזה שמעון מראיית לילה, וכי נימא שלא יוכלו לדון ע"פ ראייתם מפני שהוי כראוהו בלילה, הלא עיקר הראי' ביום היתה. ולכאורה הי' נראה מדברי התוס' שאף בראי' גמורה שבודאי אנו דנים רק ע"פ ראי' זו מ"מ כיון שהראי' תלוי' בעוד ראי' אחת אף שאותה הראי' אינה שייכת להדין והעדות, מ"מ יתחשב הענין כאלו הדבר מתחיל משעת ראי' ראשונה, וא"כ לפ"ז היינו אומרים בהכרח גם בנדון דידן שאף שיכול להעיד ע"פ אומדנא דעכשיו מ"מ כיון שהדבר תלוי בראי' ראשונה הוי הדין כאילו מעיד ע"פ ראי' ראשונה, וממילא הוי תחילתו בפסול ופסול, אבל הדבר תמוה לומר כן, כי מה ענין ראי' ראשונה לכאן:

ולזה נראה ליישב דברי התוס' כתובות שכיון שדין הכרת עדים יש לה תנאים כגון שאין מקיימים את החתימות כ"א משטר שקרא עליו ערעור והוחזק בב"ד ועוד כאלה, א"כ כשבאים עדים לקיים את החתימות שמכירים שזה כתב ידם הוא מוכרחים להעיד גם על שורש הכרתם, נמצא שעדי הקיום מעידים גם על תחילת ידיעתם וכן הדיינים כשמקיימים ע"פ ידיעתם ג"כ דנים בכח הראי' הראשונה שהיתה בלילה. והנה אפשר עוד יותר, שאילו היו התנאים הללו ענינים מציאותיים שבראות האדם הדברים הללו מתברר הדבר אצלו וממילא מעיד דבר מבורר אצלו, לא הי' שייך לומר דבר זה בבאור דברי התוס', שהרי מעידים רק ע"פ ברורם, אבל כיון שהתנאים הללו הם יותר דיניים, שאינם מחויבים כ"א מחמת הדין, ואינם ענין ברורי לגמרי, א"כ מעידים גם ע"ז שקיומם יש לו דיני התנאים הצריכים והילכך הוי כמו ראוהו בלילה, אבל בנדון דידן הלא לא שייך כל זה. אבל לפי זה יוצא לנו באותן העדיות שצריכין דו"ח, אף שיכולים להעיד ע"פ אומדנא בעדי נשים, שם פסול מחמת תחילתו בפסול שהרי בהכרח צריכים להעיד על ראיי' ראשונה. אבל בדיני ממונות שאין צריכים דו"ח, א"כ אין צריכים לראי' ראשונה,

ויכולים להעשות עדים ע"פ ידיעתם דעכשיו, דלא גרע מאומדנא, וא"כ הלא הוי תחילתו וסופו בכשרות. אבל מ"מ אילולי דברי התוס' לא היינו דנים אודות ראי' ראשונה, שאינה אלא ענין צדדי וכמו דו"ח אינן אלא ענין צדדי:

והנה בענין תחילתו בפסול יש לומר שני דרכים, או שנאמר שהפסול הוא מחמת פסול ראי', שכיון שהראי' היתה בפסול נפסלה כל העדות, או שנאמר שהדין הוא שיהא העד כל העת ראוי להעיד, וכיון שהיתה שעה אחת פסול להעיד, נפסל כל עיקר. והנה יוצא מזה נפקא מינה בין שני הטעמים, אם בשעת ראי' הי' פסול ועם גמר הראי' הוכשר, נמצא שלפי הטעם האחד כיון שבשעת ראי' פסול הי' נפסל כל עיקר, ואם נאמר שהפסול הוא משום שעה אחת שלא הי' ראוי להעיד, באופן זה יהא כשר, שהרי בשעה שהי' שייך להעיד, ר"ל אחר הראי', כבר הי' כשר:

והנה לכאורה בממון אין דין פסול מחמת ראי' בכל הדינים הפוסלים בדיני נפשות, כגון עד הרואה דפסול לדון בדיני נפשות ובדיני ממונות כשר, ואין נראה שיהא זה ענין הכשר בדיינות של דיני ממונות כ"א מפני שאין עד הרואה נעשה עד בדיני ממונות והילכך יכול להעשות דיין, משא"כ בדיני נפשות שנעשה עד בראי' וכן גבי נמצא אחד מהן קא"פ בראי' אין פוסל בדיני ממונות להרבה פוסקים וזה ג"כ מזה הטעם שאין עד ראי' נחשב כלום לעד בדיני ממונות. ועוד בשאר דינים חזינן דאין בראי' דין עד בדיני ממונות:

ולפי זה צריכים אנו לומר שהפסול בתחילה אינו מטעם פסול ראי' שהרי לא מצאנו כזה בדיני ממונות וע"כ הטעם משום דבעינן שיהא ראוי להעיד כל הזמן שהי' בזה דין הגדה, ולפ"ז יוצאה לנו נפקותא חדשה שאם הי' ראוי להעיד ע"י סילוק נקרא ראוי להעיד והוי תחילתו וסופו בכשרות. שאילו הי' הפסול מחמת פסול ראי' שהי' פסול בשעת ראי', אף אם הי' בידו לסלק עצמו, סוף סוף הלא לא סילק עצמו והי' פסול בשעת ראי', אבל אם הפסול הוא משום שבעינן ראוי להעיד, כיון שהי' יכול להסתלק נקרא ראוי להעיד, והוי תחילתו וסופו בכשרות. ולזה מקשה בגמ' וליסלקו בי תרי מינייהו ולידיינו דאין כאן תחילתו בפסול, שהרי בידן הי' לסלק עצמם, וכ"כ יש לתרץ לעיל גבי שותפין מעידין זה לזה ע"י סילוק שיש ג"כ להקשות דהא הוי תחילתו בפסול, ויש ג"כ ליישב עפ"י יסוד זה. והם הם דברי המרדכי שמתרץ על קושיית התוס' משום דבידו לסלק עצמו והיינו כדברינו:

ובזה תתיישב קושיא ראשונה, שכיון שאין הפסול מחמת ראי' א"כ מה לי בזה שיכול להעיד ע"פ אומדנא, אבל מ"מ כיון שפסול בתביעה זו שעה אחת להעיד נפסל כל עיקר משום תחילתו בפסול. ולכאורה הי' נראה לתלות חקירה זו במהות דין תחילתו בפסול

באשלי רבבי, דהרמ"ה חידש שבדיינים לא שייך תחילתו בפסול משום דעד דנחתי לדינא לאו דיינים נינהו וכן יישב הקושיא דתחילתו בפסול גבי שותפין מעידים זה לזה משום שמעידין על השדה שהיתה של המוכר שמכרה להם עד שנעשו שותפין, ושני דינים אלו שייכים לכאורה רק אי נימא דדין תחילתו בפסול הוא דין פסול ראי' א"כ גבי דיינים לא שייך זה וכן גבי שותפין כיון שדין הראי' הוא קודם פסולם הילכך כשרים, אבל אי נימא שהפסול מחמת אינו ראוי להעיד שעה אחת, הלא זה שייך אף גבי דיינים שאינם ראויים לדון שעה אחת, וכן אף שהראי' היתה קודם פסולם, אבל כיון שמעשה הדבר הגורם תביעה התחילה אח"כ ובזה לא היו ראויים להעיד שעה אחת, נקראים תחילתו בפסול, ולזה נראה ששיטת הרמ"ה היא שתחילתו בפסול הוא פסול מחמת ראי' ושיטת הראשונים החולקים שהוא פסול מחמת אינו ראוי להעיד. ובזה אפשר להטעים עוד מה שהתוס' סנהדרין ומכות אינם רוצים לפרש בפסול הרוג לעדות משום שונא דהוי פסול נוגע וכאן קרוי לפסול נוגע תחילתו בפסול אף שלכאורה לא שייך גבי נוגע תחילתו בפסול, שכיון שפסול נוגע הוא מחמת חשש משקר, וכיון שעכשיו אינו נוגע בודאי אינו משקר ובודאי ראה, ולא הי' אז פסול שהלא הדבר הי' אמת. אלא שהתוס' סוברים שתחילתו בפסול הוא פסול מחמת אינו ראוי להעיד, וא"כ הלא סוף סוף לא הי' בתחילה ראוי להעיד. אבל התוס' בסנהדרין איירי בדיני נפשות ששם בודאי הוא תחילת דינה של העדות בראי' וכיון שהראי' היתה אמתית הלא היתה תחלת העדות בהכשר, שכיון שבדיני נפשות הוי תחילת העדות בראי', א"כ הוי הפסול מחמת ראי', דפירוש הפסוק או ראה או ידע והוא עד על תחילת דינה של עדות. אבל הרמ"ה יסבור שאין כוונת הכתוב על תחילת דינה כ"א על הראי', וכל הפסול הוי רק מחמת ראי' ולא מחמת ראוי להעיד אף בדיני ממונות. ולפ"ז בדיני נפשות יופסל נוגע ולא מהני סילוק אליבא דכו"ע, משום דפסול מחמת ראי':

ב

מה שתירץ הרמב"ן דלא שייך תחילתו בפסול אלא בפסול הגוף כגון קרוב ונתרחק שהרי זה מעיד למי שהי' קרובו בשעת ראי' אבל כאן וכו' אין זה מעיד לקרובו ולא למי שהי' קרובו בשעת ראי' שהרי ממון אחרים הוא ולא שלו ולאחרים הוא מעיד. כללו של דבר אין אדם מעיד לאותו שהי' פסול לו בשעת ראי' אבל הי' פסול לזה בשעת ראי' מעיד באותו עדות לאחרים שהרי תחילתו כשר הוא אצלם וכו'. ובנ"י כתב ע"ז נ"ל שהוא סובר דלא אזלינן אלא בתר גברא משום דהאי דמסהיד לו מסהיד ולצורך האיש ההוא מעיד שהרי אינו מעיד לצורך הממון עצמו אלא כל היכא שלא נסתלק שלו הוא

ועל עצמו מעיד ואם נסתלק ממנו לאחרים הוא מעיד וכו' עיי"ש. והנה בבאור הדברים אפשר לומר בשני אופנים, או דנימא שכונתו שכיון שכל עיקר הפסול הי' רק לעצמו, ולאחרים הי' כשר להעיד אף מקודם, וכיון שמסתלק ואינו מעיד רק לאחרים, הלא להם הי' כשר גם מתחילה והוי תחילתו וסופו בכשרות. וזה נראה מפשוטן של דברים. אבל יש לפרש הדברים באופן אחר והוא, שיש שני מיני פסולים, פסול עדות שהעד פסול הוא, ופסול הגדה, שהפסול הוא כזה, שהגדתו פסולה ובאור הדבר שפסול קרוב הוא פסול בעצם, שזה האיש הוא פסול להעיד לזה, וכיון שהי' פסול בעצם בתחילה פסול אף לכשיתכשר. אבל כגון פסול נוגע אינו פסול בעצם אף הממון, אלא שאנו חוששים שמחמת נגיעות לעצמו ישקר, נמצא שזה הגדתו פסולה, אבל אינו פסול בעצם הילכך לא שייך בו תחילתו בפסול, מפני שלעולם לא היתה בו פסול עצמי:

ולפ"ז נוכל לבאר דברי הש"ך סי' ל"ד ס"ק לוג ולהתאימם גם עם שיטת הרמב"ן והוא שגם בפסול עבירה אינו פסול עצמי כ"א פסול הגדה. דזה חקירה ישנה בין האחרונים אם פסול עבירה הוא פסול הגוף או פסול מחמת משקר, והנה מדברי רש"י סנהדרין בסוגיא דאוכל נבילות לתאבון מוכח דרשע דחמס הפסול הוא מחמת משקר שכיון שחשוד לעבור מחמת ממון חשוד נמי לשקר מחמת ממון. והנראה לי בזה דפסול מחמת חשש משקר הוא ג"כ פסול הגוף, ודלא כמו שיש רוצים לומר שאינו פסול הגוף כלל, אלא ודאי מחמת משקר הוא ג"כ פסול הגוף, ופסול גוף זה הוא פסול בעצמו, שאינו דומה פסול זה מחמת משקר לפסול נוגע שג"כ פסול מחמת משקר, שפסול נוגע הוא פסול מקרי, ופסול זה הוא פסול מחמת חסרון בעצם האדם שכיון שהוא מוחזק למשקר פסול הוא בעצמותו, הילכך בדין כזה לכאורה ג"כ פסול אם הי' פסול בתחילתו, אף אם הוכשר אחר כך:

אבל יש עוד פסול עבירה אחד, שהעבירה אינה דחמס כ"א עבירה שיש בה חיוב מלקות שנפסל העובר, הנה עבירה כזו אינה פוסלת מחמת חשש משקר כ"א שהתורה פסלתו, וע"ז כתוב אל תשת רשע עד. והנה בין פסול זה לפסול קרוב יש לחלק, שפסול קרוב פסול הוא בעצמותו של עד, אבל פסול רשע הוא פסול בקבלת ב"ד שהתורה הזהירה מלקבל את הרשע, וא"כ הויא דומיא דפסול בהגדה דלא שייך בו תחילתו בפסול וכשר לבסוף, שהרי הכתוב בא בעיקר הדבר לאסור קבלת רשע וחייבים בלאו זה המקבלים אותו, ומזה אנו דנים לפסול עדותו, משום דנפסלת קבלתו בב"ד, אבל בפסול קרוב לא יומתו וכו' כתיב שאינן עדים כלל. ובחתם סופר ראיתי ג"כ שכתב לחלק בדברי הש"ך בין רשע דחמס לעבירה שיש בה מלקות שאינה דחמס וכתב שרשע מעבירה שיש בה

מלקות שכתוב בו אל תשת רשע עד אינו עד כלל משמע והוי כבע"ד שאינו עד כלל ולא שייך בו תחילתו בפסול וסופו בכשרות עכ"ד. וכמדומה שהדברים תמוהים מאד, שאם אינו עד כלל א"כ לא הי' צריך להיות בהם גם דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול וזה דבר שלא נשמע וא"א. וראי' מפורשת מהא דאמרינן הורג יציל ותירץ בגמ' משום דבע"ד לאו עד הוא, אבל לולא זאת הי' מציל אף שפסולו הוא משום רשע שאינו של חמס. וצ"ע:

ולכאורה הי' נראה לפרש יותר דהפירוש בדברי הרמב"ן כחילוק זה מפני שני דברים. הא' דלפי פירוש הראשון תצא לנו נפקותא בין נגיעה שהוא כבע"ד בין נגיעה שאינו כבע"ד, דלא שייך חילוק הרמב"ן רק בנוגע שהוא כבע"ד, שנוכל לומר שמתחילה לא הי' פסול רק להעיד לעצמו, אבל לזה האחר הי' גם מתחילה כשר, אבל כשאינו בע"ד רק נוגע הלא גם מתחילה הי' פסול לזה האחר שלו הי' מעיד ולא לעצמו, ופסול הי' מצד נגיעתו, וא"כ הלא תחילתו וסופו בפסול, ולא שייך החילוק כאן, אבל לפי הפירוש הב' אין חילוק בין נוגע לבע"ד והרמב"ן מיסתם לה סתומי:

וכיון שכן תתיישב הקושיא שהקשה התומים מהתוספתא הי' סוחר שביעית עד שלא ידע לו עדות ולבסוף וכו' פסול שאין תחילתו וסופו בכשרות דשאני סוחר שביעית שפסולו מחמת חמוד ממון, דבזה בעינן תחילתו וסופו בכשרות, והש"ך הא איירי ברשע שאינו דחמס. מלבד מה שיש לעיין דיש לאוקמי התוספתא בדין שאינו של ממונות, כגון בגיטי נשים שיש מדמים אותם לדיני נפשות או בדיני נפשות לכל הדעות ששם אם היתה הראי' בפסול פסול לא מחמת תחילתו וסופו בכשרות אלא משום דראיי' בפסול פוסלת, אלא שהלשון תחילתו וסופו בכשרות לא משמע הכי, אבל בזה תתיישב הקושיא שמקשה בתומים וכן במחנה אפרים מהרא"ש פ"ב דגיטין שמכשיר לשליחות הגט מי שהי' רשע ושב בתשובה דלא גרע מפתוח ונסתמא דכשר לשליחות הגט ולא איכפת לן גבי רשע מה שתחילתו בפסול כיון דהשתא לא משקר הוא ע"כ, משמע דוקא משום דגבי שליחות לא איכפת לן אבל אי הוה כאן עדות הוה פסול אם כן משמע דלא כדברי הש"ך, והנה אפשר לומר שהרא"ש איירי ג"כ ברשע דחמס וכן משמע מדבריו שמדבר ברשע כזה שחשוד למשקר, א"כ רשע דחמס הוא. אלא שבלאו הכי לדברי הראשונים הסוברים שגיטי נשים דמיין לדיני נפשות גבי דין עדות מיוחדת א"כ הכי נמי לדין פסול ראי', א"כ אף שאין ברשע דין תחילתו בפסול דנוקים דבריו אף ברשע שאינו של חמס, מ"מ אי הי' כאן דין עדות הי' פסול מחמת פסול ראי', והילכך הוצרך הרא"ש לתרץ משום דאין כאן דין עדות אלא דין שליחות, ומשום כך אין כאן פסול בשעת ראיי' פוסל עכשיו:

והנה גם שאר קושיות התומים תתיישבנה לפ"ז. הקושיא מפלוני רבעני לרצוני שהקשה למה לגמרא לחלק בין לרצוני ולאונסי, לחלק בין אומר ששב בתשובה ובין אומר שאינו שב בתשובה. לשיטת הר"י מיגש שנאמן לומר אף בדאורייתא שהי' רשע ושב בתשובה ואין בזה משום אין אדם משים עצמו רשע, וזה מתיישב בפשטות, שהרי נרבע לרצון פסול משום רשע דחמס משום כונת הנאה ובזה פסול כשתחילתו בפסול אף כשסופו בכשרות. אף שיש לעיין מתוך הגמ' קדושין (דף כ"ב ע"ב) דשלא כדרכה אפשר דאין זה רשע דחמס, אבל מ"מ נראה יותר דהוי רשע דחמס דמ"מ להנאתו קמכוין:

וכן תתיישב הקושיא מלדידי אוזיף ברביתא, דהלוה ברבית ג"כ פסול משום רשע דחמס, דמשום חמוד ממון שרוצה ללות הוא עובר בלאוי דרבית והילכך מודה בו הש"ך. וגם הקושיא הראשונה שהקשה מפסולי עדות היינו שכתבו התוס' שאף מלוה ע"פ לא הוי אליבא דרבנן דס"ל דאין נאמנים, ואמאי יהא נאמן עכשיו על ההלואה שיאמר פסולי עדות היינו מקודם או פסולי דאורייתא לר"י מיגש או פסולי דרבנן אליבא דרא"ה וכמו שכתב ברש"י משחק בקוביא ועכשיו שבנו בתשובה אלא ע"כ משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות. והנה דיוקו מדברי רש"י שפי' משחק בקוביא בודאי לפ"ז הוי רשע דחמס דעושה להנאת ממון, ובלא"ה יש לאוקמי הסוגיא בפסולי רשע דחמס. אלא שדבריו לכאורה בלתי מובנים בלא"ה שכתב שדברי תוס' שכתבו דאף מלוה ע"פ לא הוי מוכרחים הם משום דאמרינן דמהימנינן להו במיגו דמזוייף ואי נימא דכאן הוי מלוה ע"פ א"כ אין כאן מיגו דמזוייף דאפשר שאינם רוצים לטעון מזוייף מפני שאין רוצים להפסידו את ההלואה כולה, אלא ע"כ שגם כאן מפסידים אותו לגמרי כמזוייף שאומרים שלא הי' המעשה כלל. ואין הדברים מובנים וכי במזוייף לא יוכלו לטעון שהשטר מזוייף שמעולם לא חתמו על שטר זה, אבל מעשה ההלואה אמת הי' שכן ראו שהלוה לו בלא שטר ואף אם כאן הוי מלוה ע"פ הוי מיגו שפיר. עצ"ע:

סימן ו - בשטרי הקנאה ועדיו בחתומיו זכין לו

שיטת רש"י בשטר הקנאה דחל השעבוד מזמן כתיבתו אף דלא מטא לידי' דמלוה כלל וכן הסכימו הרבה ראשונים וכתבו שכן מוכח מסוגית הגמרא. ושיטת הרי"ף אינו כן שאף בשטר הקנאה לא חל השעבוד רק אם מטא לידי' חל למפרע אבל אם לא מטא לידי' כלל לא חל השעבוד אף בשטרי הקנאה והביא הרי"ף ראי' לדבריו מהא דאמרינן בב"ב נמצאת דייתיקי קשורה לו על יריכו אינו כלום ומי לא עסקינן אף בשטר שיש בו קנין וכן הא דאמרינן דאם נמצא שובר ביד הלוה אינו כלום, ע"כ. והנה להסביר השיטות במה היא מחלקותם של רש"י והרי"ף נ"ל דיש לחקור שטר שיש בו קנין אם

הם שני קנינים, השטר קנין אחד והקנין הוא קנין שני או דנימא דשטר שיש בו קנין הוא קנין מיוחד המצטרף משני המעשים ביחד מהשטר והקנין. ויש לחקור עוד בדין קנין שטר דנגמר במסירת השטר ליד המלוה אם כל עיקר הקנין הוא המסירה או גם הכתיבה וגם המסירה הן הקנינים. ונראה לומר בשיטת רש"י דיסבור דדין דשטר הקנאה הוא שהקנין משנה מהות של קנין שטר דזה יסבור רש"י דבכל קנין שטר אין המסירה עצם הקנין אלא שהכתיבה הוא הקנין, שכיון שכתב לחבירו שמשעבד לו נכסיו חל ונעשה מעשה קנין השטר אלא שלא נגמרה דעת המקנה עד שיגיע השטר ליד המלוה, ודוגמא לדבר כמו שאמרו בתוס' שאף שהחזיק הלוקח בקרקע כיון דלא דייש אמיצרי לא סמכה דעתו, רק ששם אין חסרון זה בעצם הקנין, וכאן גבי מסירה חסרון זה הוא בעצם הקנין. (ונראה ראי' לזה מהא דאמרינן שאם החזיק בשדה נקנה השטר בכל מקום שהוא משום דאפסרא דשדה הוא, ואם נימא דאין השטר מועיל כי אם אחר מסירה, א"כ איננו עוד אפסרא דשדה, אלא ודאי דמשעת כתיבה כבר יש לו תועלת השטר והילכך אמרינן דאפסרא דשדה הוא):

ומפני זה סובר רש"י כיון דבכל שטר אף בלא המסירה השטר הוא קנין, בשטר הקנאה, נותן כח שגומר דעת אף בלא המסירה ונגמר הקנין בכתיבת השטר, שהקנין הוא קנין אחד עם השטר, ששטר שיש בו קנין אלים יותר ונגמר בכתיבתו. ובזה יבואר מה שכתב הרמ"א בסי' ל"ט שאם כתב בשטר שמשעבד לו נכסיו מעכשיו מהני ג"כ אף בלא מטא שטרא לידי' כמו שטר הקנאה. והקשה על זה הש"ך דמאיזה צד יהני כיון דלא מסר השטר, ולפ"ז מבואר כיון דבכל שטר אין הקנין מסירת השטר, כי הכתיבה היא ג"כ הקנין אלא שלא נגמרה דעת המקנה עד שיגיע השטר ליד הקונה, וכיון שכתב בפירוש שמשעבד נכסיו לו מעכשיו מהני מצד כתיבת השטר בלבד:

והנה מדייתיקי קשורה לו על ירכו לא קשה כלום דבדייתיקי שהיא מתנת שכיב מרע לא שייך להצטרף עם קנין דהם תרתי דסתרי כדאמרינן בכתובות בפ' אע"פ מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין לא ידענא מאי אדון בה ומר אמר ארכבה אתרי ריכשי, ומ"מ לשניהם הוי תרתי דסתרי. ונראה דאף מסמפון הנמצא ביד לוה לא קשה כיון דבשובר לעצם פטור החוב אין צריך שום שטר שהרי יכול למחול בע"פ א"כ כיון שכותב אין רוצה שימחל עד שיגיע השטר ליד הלוה ורש"י לשיטתו שחולק על הרי"ף שסובר דבשובר שכיון שהחוב תחת ידו אין צריך להגיע השובר לידו אף לאביי, ורש"י סובר דבשובר ג"כ בעינן שיגיע השובר לידו. ונראין הדברים דבשובר יש עוד סברא נוספת דרצה דוקא

שלא ימחל החוב עד שיגיע לידו, הילכך אף שכתוב בשובר קנין אמרינן דלא רצה למחול עד שיגיע השובר ליד הלוה:

ודעת הרי"ף בקושייתו על שיטת הסוברים דלא בעינן מטא לידי' אין אנו צריכים לומר שקושייתו שאף דתנן דייתיקי קשורה לו על ירכו בודאי אין כוונת המשנה דוקא דייתיקי אלא אף במתנת בריא הדין כן ואף בקנין, דמהיכי תיתי דלימא הכי ולהקשות. אלא נראה לומר בכוונתו דהוא יסבור דאין הקנין משנה מהות השטר ולזה מקשה דאי נימא דכשנעשה קנין הועיל הקנין כל כך עד שגם בדין שטר די בכתיבת השטר בלבד אף בלא מסירה ולא מטא לידי' א"כ גם במתנת שכ"מ יהני כח הקנין דתהא חלה המתנת שכ"מ כדינה אף בלא מסירת השטר עם המיתה וממילא לא תהא גם טענת שמואל שמא לא גמר להקנותה אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה דממילא קני עם המיתה ואף אם לא הי' מוסר לו הי' קונה דבמקום שיש קנין לא שייך לומר שלא גמר להקנותה אלא בשטר והקנין מאלים שאינו צריך כלל למסירה ומה שמסר את השטר אינו אלא לאלומי למילתא, אלא ע"כ דהקנין אינו משנה הדין וגם כשנעשה קנין צריך שימסור אח"כ השטר לידו והילכך אמר שמואל לא ידענא מאי אידון בה ומפני זה אמרינן גבי דייתיקי קשורה לו על ירכו דאינו כלום, כיון דלא הגיעה ליד המקבל בחיי הנותן:

ולפי דעת הרי"ף נראה דהא דמהני בשטר הקנאה בדמטא לידי' אח"כ הוא משום דהוי כעושה קנין בחפץ לקנותו מעכשיו ולאחר שלשים דאמרינן דבעינן שיהא עומד באגם וכמו שביארו התוס' ביבמות דבעינן שיהא בסוף ל' במקום הראוי לקנין. ואף לשיטות דסברי במקנה דשלב"ל מעכשיו שאף נקרע השטר או נאבד דחל הקנין ולא בעינן שיהא אח"כ עומד באגם היינו משום דשם גמר את כל מעשה הקנין מעכשיו ומה דתלה בכשיבוא לעולם היינו שאז תהא החלות משום דמעכשיו אינו יכול להיות החלות דעדיין אין הדבר בידו, הילכך כיון שכבר נגמר מעשה הקנין לא איכפת לן מה שאין הדבר עומד במקום הראוי לקנין, אבל כאן שהדבר ברשותו גם עכשיו אמרינן שרצה שגם מעשה הקנין יגמר לאחר ל' הילכך בעינן שיהא עומד במקום הראוי לקנין ועמידתו זאת נחשבת לגמר מעשה הקנין. וזה יסבור הרי"ף גם כאן גבי שטרי הקנאה שהקנין הוא מעכשיו ולאחר שיגיע השטר לידו והילכך מהני בדמטא לידי':

ובזה נראה ליישב מה שקשה על הרי"ף קושיית רש"י איך מיבעיא בגמרא אם שמואל אית לי' דעדיו בחתומיו זכין לו א"כ הלא אין חילוק בין שטר הקנאה לכל השטרות כיון דלהרי"ף גם בשטר הקנאה בעינן מטא לידי' וכן בכל השטרות כד מטא לידי' זוכה למפרע משעת כתיבת השטר. והנה הפ"י רצה לחלק בשיטות ראשונים דבשטרי הקנאה

אף אם מטא לידי' שלא ברצון הלוה ג"כ זוכה למפרע ולפי הטעם דעדיו בחתומיו זכין לו אינו זוכה דוקא אם הגיע לידו אח"כ ברצון הלוה. ולפי שיטתנו בדברי הרי"ף תעלה לנו סברא זו יפה דבשטרי הקנאה כיון דאנו באים בכח מעכשיו ולאחר ל' אינו יכול לחזור כבר מקנינו ובע"כ אם נגמר אח"כ מעשה הקנין משום דהגיע השטר לידו זוכה בע"כ וכמו במשוך מעכשיו ולאחר ל' דרק אי קיימא בסוף ל' באגם קונה בע"כ של מקנה. ואף לשיטות הסוברים במקנה דשלב"ל מעכשיו דיכול לחזור בו היינו דוקא בדשלב"ל דעכשיו אינו יכול לחול הקנין דעדיין אין הדבר בעולם הילכך יכול לחזור אבל כשהדבר בעולם חל מעכשיו הקנין קצת ואינו יכול לחזור בו, משו"ה אף אי מטא לידי' שלא ברצון הלוה זוכה למפרע. אבל בכל השטרות דאנו באים מטעם דעדיו בחתומיו זכין לו דאין לומר משום דתופסים השטר בחתימתם נמצא דזוכים אז השטר בתפיסתם דכבר הקשה על זה בלבוש מרדכי דהתינח אם תפסו השטר אבל הלא אפשר שחתמו ולא תפסו השטר. ולדידי קשה עוד יותר דאם נימא דזכו בתפיסתם א"כ הלא כבר הגיע לידו דמה לי אם הגיע לידו או ליד הזוכה בשבילו. ובלבוש מרדכי רצה ליישב דדין עדיו בחתומיו הוא מטעם אומן קונה בשבח כלי. ונסתייע מדברי הג"פ שכתב דמה דאמרינן דאם כתב הסופר גט והבעל גזלו ולא פרע לו השכר וגירש בו דאינה מגורשת היינו אפילו אם הי' הנייר והדיו של הבעל משום דאומן קונה בשבח כלי אף בכה"ג. ולפ"ז אף כאן בשטר העדים קונים את השטר בשביל המלוה מטעם אומן קונה בשבח כלי. עכת"ד. ולי יש מקום עיון בזה, הא' על דברי הל"מ דעד כאן לא שייך אומן קונה בשבח כלי אלא כשעשה בשכר, הילכך קונה את שכרו בשבח הכלי, אבל היכא שעשה בחנם מה יקנה בשבח הכלי, הלא אין לו שום זכות ממון בזה ובמה יקנה. ומצאתי ביד המלך פ"ג מהל' גירושין ה' ט"ו שהביא שהפ"י כתב בסוף פ"ב דגיטין דאף בחנם אומן קונה בשבח כלי ותמה עליו דכיון שאינו מגיע לו בעד פעולתו מאומה מה יש לו לקנות, הגע עצמך היכי שפרע לו שכר פעולתו קודם מלאכתו הכי נאמר שיקנה בשבח כלי עיי"ש שהאריך. והב' קשה לי על דברי הג"פ דהי' נראה לי דלא שייך לומר בגט שקונה בשבח מטעם אומן לפי הסוברים דגט צריכה להיות הכתיבה בשליחותו של בעל דדרשינן וכתב אבעל כמו שכתבו בתוס' (גיטין ט') א"כ נמצא שכיון ששלוחו של אדם כמותו הלא הבעל עשה את המלאכה ואיך יקנה הסופר בשבח הגט, אם לא שנאמר שהשליחות מתחלקת שלגבי דין כתיבה שצריך שליחות חשבינן כאילו הבעל עשה כן ועצם המלאכה נחשבת בשביל השליח וצ"ע:

והי' נראה בביאור דעדיו בחתומיו זכין לו, שלפי מה שביארנו שבכל מקום בשטר גם הכתיבה נחשבת לקנין והכתיבה היא חלק ממעשה הקנין כמו המסירה, לפ"ז כיון שכתב את השטר כבר התחיל במעשה זכיית השטר ובמסירתו גומרו, נמצא שכל שטר הוא מעכשיו של שעת הכתיבה ולאחר שעת המסירה. אלא שבזה מחולק הוא מכל קנין של מעכשיו ולאחר ל' שכל קנין נעשה עכשיו קנין גמור אלא שהתנה שלא יהא נגמר עד לאחר ל' אבל כאן לא נגמר עוד מעשה קנין זה, הילכך לא זכה עוד כלום בהשעבוד שלא יהא יכול לחזור מהשעבוד, אף שזכה קצת בהשטר עצמו ולא בהשעבוד, הילכך אי מטא לידי' לבסוף ברצון המשעבד ולא חזר זכה למפרע כיון שכבר התחילה הזכיי' בהשטר, אבל אי מטא לידי' לבסוף שלא ברצון הלוה לא נגמר השעבוד שכיון שיכול לחזור אנו צריכים עוד לרצון המשעבד:

ומפני זה נראה לבאר שמה שהובא באחרונים בשם הרשב"א דבשטר שחרור לא שייך לומר דעדיו בחתומיו זכין לו משום דשם בעינן נתינה אין אנו צריכים לפרש דקנין איזה שהוא לא מיקרי נתינה, דאף אם לא נניח יסוד זה יתבארו דברי הרשב"א בפשיטות דעד כאן לא הוי הכתיבה גם כן חלק מהקנין דוקא בשאר שטרות אבל בגט או בגט שחרור דשם עיקר השחרור הוא מטעם ונתן, שם כל הקנין היא המסירה ולא הכתיבה, וכיון שאין הכתיבה חלק מהקנין לא שייך לומר בזה עדיו בחתומיו זכין לו שאין הכתיבה כלום:

ובזה הי' נראה ליישב דברי הקצוה"ח שכתב לחשוש בשטרות שמא ביטל בנתיים את השטר והקשה מהא דאמרינן דלא חיישינן שמא כתב ללוות בניסן ולא לוה עד תשרי משום דעדיו בחתומיו זכין לו ואמאי ניחוש דילמא ביטל בנתיים את השטר ותירץ כיון דכי מטא לידי' אח"כ זכה למפרע לא שייך לחשוש שמא ביטל את השטר שכיון שזכה למפרע אין בכח לבטל את השטר דאיגלאי מילתא שכבר זכה למפרע ע"כ. והקשו עליו שכיון שביטל בנתיים את השטר ממילא מיקרי דלא מטא לידי' שטר כלל וממילא לא זכה למפרע. ולפי דברינו מבוארים הדברים היטב דנהי דיכול לחזור מהשעבוד משום דלא נגמר עדיין מעשה קנין גמור, זהו בנוגע לקנין השעבוד יכול לחזור וצריך רצונו לגמור השעבוד, אבל בנוגע לזכיית השטר כבר זכה במקצת עם הכתיבה, ואינו יכול לבטל עוד את השטר, כיון שכבר זכה המלוה קנין במקצת בהשטר, הילכך אינו יכול לבטלו עוד:

ועיין תוס' (דף י"ט ע"ב) ד"ה הא בבריא שכתבו שאף אם מכר לאחר בנתיים כיון דמטא לידי' דראשון לבסוף אמרינן דעדיו בחתומיו זכין לו לראשון ומה דמכר לשני לא מבטל

זכיית הראשון. חזינן כדברי הקצוה"ח דבעדיו בחתומיו לא מיבטיל זכיית הזוכה בחזרת המוכר אי מטא לידי' לבסוף. מיהו כמה ראשונים חולקים על התוס' וסוברים דבמכר לאחר בנתיים אף אי מטא לידי' דראשון לבסוף לא זכה בו הראשון:

ובעצם דברי קצוה"ח דיש ביטול בשטר ובעדיו בחתומיו זכין לו לא הוי ביטול, צ"ע במחלוקת התוס' והרי"ף במכר לאחד ולא נתן לו ובנתיים מכר לאחר אי אמרינן בזה עדיו בחתומיו זכין לו:

סימן ז - דיני קנסות בבבל

א

א) בסי' א' סעיף ד' עדים שהעידו עדות שקר והוזמו והוציאו ממון וכו' דנין אותם ומחייבין אותן לשלם ע"כ. והקשה בנתיבות וז"ל אין להקשות הא בני מלקות נינהו ומלקות פוטר מתשלומין והא דאמרינן בפירוש ריבתה תורה עדים זוממים לתשלומין היינו דוקא בממון שחייבים מכח כאשר זמם אבל ממון דהכא לאו מכאשר זמם הוא אלא מכח דינא דגרמי ומלקות פוטרן, לק"מ דהא הן חייבים ג"כ תשלומין מכאשר זמם ובמקום מומחין ג"כ ממונא משלם ולא לקי ליכא מלקות כלל הרשות בידינו ג"כ לדון ממון אחר עכ"ל. והנה לפ"ד הדברים תמוהים, דהנה זה פשוט דאין עליהם רק חיוב אחד או מכח כאשר זמם או מכח גרמי, אבל לשלם שני פעמים מטעם גרמי ומטעם כאשר זמם זהו בודאי דבר שא"א, וכבר עמד בדבר זה בחדושי הרי"מ חו"מ. וא"כ זה בודאי סברת הנה"מ מובנת אילו היו עליו שני החיובים כאשר זמם וגם גרמי, אז הי' פשוט לומר כיון שחייב לשלם כאשר זמם ממילא נפטר מחיוב מלקות וממילא משלם גם חיוב גרמי, משום שכיון שהכלל בידינו שא"א מחייבו משום שתי רשעיות, וכשמשלם ממון מכאשר זמם ע"כ נפטר ממלקות, אבל כיון שלפי האמת אין על העדים רק חיוב אחד, ואין לנו כח לבוא עליהם משני צדדים בב"א, א"כ כשאנו באים עליהם מכח דינא דגרמי אין לנו עליהם דין כאשר זמם כלל ואיך אפשר שע"י דין של כאשר זמם יוכלו לגבות דין דגרמי, וכשאנו באים עליהם מכח כאשר זמם, הלא אז אין דין דגרמי כלל, ועוד קשה ביותר על דברי הנה"מ, דזה הלא ודאי פשוט דלא עדיף ממון ממלקות, וכי היכי דקיי"ל דמלקות אינה פוטרת מתשלומי ממון כ"א כשלוקה בפועל, משום דאי אתה מחייבו שתי רשעיות אבל כשאינו לוקה אינה פוטרת, דהכלל בידינו חייבי מלקות שוגגין חייבים בתשלומין, א"כ גבי ממון נמי היכי דאינו משלם ממון אינו נפטר ממלקות, אף היכי שהדין דממונא משלם מילקא לא לקי, וכאן נמי כיון שאנו גובים ממנו ממון מכח דינא דגרמי, הלא לא ישתלם לעולם דין כאשר זמם ואיך יפטרו ממלקות. והנה באמת כזה הי'

אפשר להקשות גם על קושייתו של הנה"מ שמקשה דיפטר מממון משום חיוב מלקות, ותמוה כיון דבזמה"ז אין דנים דין מלקות, לא עדיף מחייבי מלקות שוגגין דקיי"ל דחייב בתשלומין, וכבר הקשו קושיא זו האחרונים, אלא שבזה נראה לומר בדעת הנה"מ, שכיון שעדים זוממין אינם צריכים התראה, ונמצא אילו יעמדו בי"ד מומחין אחר זמן, יוכלו לדונו מלקות, ונמצא זה מתחייב שתי רשעיות, ואין סתירה לקושיית הנה"מ מדברי הש"ך סי' של"ח גבי חסימה, שסובר שבזה"ז יש לו דין של חייב מלקות שוגגין, כמו שמקשה ח"א, שאין זו סתירה, דהתם הלא צריך התראה, ובהתראה הדין שצריך שיתיר עצמו למלקות או למיתה, וכיון שבזה"ז אין דנים דין מלקות ויודע הנדון שלא ידינוהו הלא לא התיר עצמו למלקות, ואין התראתו כלום, נמצא דהוי מזיד ולא אתרו בי', ומשו"ה קרי לי' הש"ך חייב מלקות שוגגין אבל גבי עדים זוממין אין צריך התראה, ואי משום שאין נותנים לו העונש הלא עוד אפשר שיעמדו בי"ד וידינוהו, ומיושבת קושיית הנה"מ. אבל בנדון דידן, גבי תירוצו בענין פטור מחמת חיוב כאשר זמם, הלא א"א לבוא לעולם לחיוב כא"ז כיון שאנו מוציאין ממנו הממון מכח דינא דגרמי, ולא עדיף מחייב מלקות שוגגין דקיי"ל דחייב בתשלומין, לפי ההלכה. ועוד, שהדעת נותנת, שאף מאן דסבירא לי' חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין, היינו משום שאף בשוגג יש בהמעשה חומר העונש של מלקות, אבל כשהחיוב ממוניי, אף אי נימא שממון חמור כמ"ש בכתובות שם בסוגיא, היינו דוקא כשמשתלם הממון, אבל ליתן חומר בהמעשה אף כשאינו משתלם, זה לא אמרינן. וצ"ע עדיין:

ב) **ולחזק** הדברים הי' נראה להביא ראי' מהא דאמרינן בכתובות (ל"ה ע"א) אנן הכאה הכאה קאמרינן והא כי כתיב קרא בחובל בחבירו הוא דכתיב וחובל בחבירו בר תשלומין הוא אם אינו ענין להכאה שיש בה שוה פרוטה תנהו ענין להכאה שאין בה שוה פרוטה וכו' דבהדי דמחייה קרע שיראין דילי' ע"כ. היוצא לנו מדברי הגמרא דבהכאה שאין בו שוה פרוטה כיון דאינו משלם ממון חייב מלקות ומיפטר מממון אחר דבהדי מלקות:

והנה במחנה אפרים סי' א' מה' גזילה מבואר שהגריעותא של ממון שאין בו ש"פ הוא משום דמחלי לי'. (ולא תיקשי כיון שפטר משום שמחל לו, הא מחילה היא כאילו אמר התקבלתי, א"כ הא נשתלם גם באין בו ש"פ, לק"מ כיון דאף אם לא ימחול נימא שבטלה דעתו אצל כל אדם, א"כ הויא המחילה בע"כ ושלא מדעתו לא שייך לומר במחילה כזו שהיא כאילו התקבל, אלא שאינו יכול לבוא לידי גבי') ולא הויא הגריעותא מטעם שאינו ממון. ועוד יותר הי' נראה לומר דדין הכאה שאין בו ש"פ הוא הדין שאמרו בב"מ

(דף נ"ה ע"א) שאין בי"ד נזקקין לפחות מש"פ. והנה אמר רב קטינא שם שאם הוזקקו לשוה פרוטה נזקקין אף לפחות משוה פרוטה. נמצא שעוד אפשר שיגבה דמי ההכאה אף שאין בו ש"פ, מ"מ אינו פוטר ממלקות כיון שאינו עומד לגבות, וגרע מחיוב מלקות בזה"ז דפוטר מממון לדברי הנה"מ, דהתם אין החסרון כ"א בב"ד זה, אבל כאן אין יכול לידון בשום בי"ד. והרי זה דומה לנדון דידן שאינו יכול לגבות דין כאשר זמם, ודידן עוד עדיף מיניה שאחר גביית דינא דגרמי לא יוכל לגבות דין כאשר זמם עוד לעולם. והנה באמת צריך להבין בדין זה של ההכאה שאין בו ש"פ איך יהי' אם היתנו לו מלקות, ואח"כ יתגלגל הדבר שיוזקקו בי"ד לתבוע זו ע"י תביעת ש"פ ויחייבוהו לשלם, ובחובל הא קיי"ל דממונא משלם. וכן צ"ע אם יחייבוהו את הפחות מש"פ קודם נתינת מלקות, אם יפטור מדין מלקות ע"י הפחות מש"פ. והאם ישתנה הדין בין אם חייבוהו קודם ואם חייבוהו אח"כ ואיך לדון הדברים שלא יתחייב שתי רשעיות באופנים אלו, אלא שבעיקר הדבר נראה לסתור בדין זה של הכאה שאין בה ש"פ, דאף אי נימא כדברי המ"א שגריעותא של פחות מש"פ הוא מטעם מחילה, מ"מ מצינו בכמה מקומות דלא שייך ענין מחילה ואעפ"כ מחלקינן בין פרוטה לפחות מש"פ. עיין בגיטין (דף י"ב ע"א) בגמרא עושה ופורע קמא קמא קדיש ליה בפחות מש"פ, ע"כ. ופי' רש"י דלא חייל הקדש אפחות מש"פ עכ"ל. ומה שייך כאן ענין מחילה, ואף שהתוס' פליגי, מטעמא אחריני הוא דפליגי, וכן בב"מ (דף נ"ה ע"א) בעיקרא דמילתא דחמש פרוטות חדא מינייהו הנהנה מן ההקדש ש"פ מעל, וכי מאן מחיל בנכסי הקדש ואמאי פטור בפחות מש"פ, וכן נראה דלא שייך מחילה בדין של ההודאה ש"פ, וכי איך נימא דמחיל, והלא הוא תובע יותר, וכן עוד כאלה, וע"כ מוכרחים אנחנו לומר, שאף שנימא שפחות מש"פ הוי ממון, מ"מ אין בו חשיבות ממון של פרוטה, ומצינו כיוצא בו בב"מ (י"ב ע"ב) טובת הנאה אינה ממון לקנות ממנו בחליפין, והפ"י שם שאף אי נימא טובת הנאה ממון, חשיבות ממון לקנות בחליפין אין בזה. וכע"ז צ"ל גם בענינה של פחות מש"פ דאין בה חשיבות ממון כבפרוטה, וממילא נפל כל הענין, דאפשר שאף אם יגבה ממנו את הפחות מש"פ לא יפטר ממלקות, דאין אלו שתי רשעיות, דאין בפחות מש"פ חשיבות, שנאמר שנתחייב רשעה אחת, שלא יתחייב עוד רשעה, ויכולים עוד לחייבו מלקות:

(**ואפשר** עוד לומר שענין אחד לטעם זה עם טעמו של המ"א, שבשביל שאין לו חשיבות ממון מחיל איניש, וגם איפכא, ממון כזה דמחלי אינשי, ואם לא ימחול בטלה דעתו, ממון כזה אין לו חשיבות גמורה של ממון):

ג) **והנה** אע"פ שאין לע"ע ראי' לסתור דברי הנה"מ, אבל ע"פ סברא יש בדבריו מן קושי ההבנה, ועלה בדעתי לומר בבאור דבריו, שלמאן דאמר בכל התורה מילקא לקי ממונא לא משלם משום דמלקות פוטרת מממון, ורק בעדים זוממין וחובל בחבירו, בפירוש ריבתה תורה לתשלומין, אין הבאור שבאלו הב' דברים ממון פוטר ממלקות, שהי' נראה לומר שאותו מ"ד סבירא לי' שהקם לי' בדרבה מיני' בכל התורה הוא רק במלקות, שהממון קם במלקות. ואין לומר שכאן באלו הב' דברים קם מלקות בממון, ונאמר שהמלקות קם בדרבה מיני', אלא מה שאנו אומרים בפירוש ריבתה תורה לתשלומין וממונא משלם מילקא לא לקי, הוא שכיון שהתורה אמרה, ואי אתה מחייבו על שתי רשעיות, אין לנו לומר שבאותם הב' מקומות סתרה התורה הכלל, אלא שעלינו לומר שכאן פטרה התורה ממלקות, כדי שלא יפטר מחמת המלקות מתשלומי ממון. נמצא שלפי זה פטרה התורה ממלקות כשאפשר להשתלם ממון, נמצא פטור מלקות כאן שונה מפטור ממון בכ"מ, שכאן אם יש לנו דין לגבות ממון מן החייב, אין לנו עליו שוב דין מלקות, שהרי אין התשלומי ממון פוטרים אותו, אלא מחמת דין החיוב ממון פטרה אותו התורה מן המלקות עכ"פ כדי שיוכל להשתלם ממון. ורק כשיש עליו הכאה שאין בה ש"פ שאין כאן לגמרי דין ממון, שם חייבתו התורה מלקות. ואם נניח הנחה זו ניישב בזה מה שהקשינו, שאפשר לומר שכאן אף שאינו גובה מכח כאשר זמם, מ"מ הרי כיון שהתורה ריבתה לתשלומין, הרי פטרה אותו התורה מדין מלקות עכ"פ, כיון שאפשר לו להשתלם ממון מכאשר זמם, ורצתה התורה שישתלם, ואין לזה שייכות עם דין של חייבי מלקות שוגגין, ולפי זה, אף בלא סברא דלעיל, אין לדמות דין הכאה שאין בה ש"פ לנדון דידן, שהרי בהכאה שאין בה ש"פ אין דין תשלומין כל עיקר:

מיהו בעיקר הדבר של מילקא לקי ואינו משלם שהסברנו כענין קם לי' בדרבה מיני' צ"ע טובא בדברי הפלאה כתובות (דף ל"א ע"ב) בד"ה הבא על אחותו וכו' עוד נראה וכו' שרוצה לחלק בין מיתה וממון ובין מלקות וממון בענין מיתה לזה ותשלומין לזה שדוקא במיתה וממון פטור אבל במלקות וממון כיון שהפטור במלקות וממון הוא רק מטעם רשעה אחת אתה מחייבו, מחייבים אותו מלקות לזה וממון לזה, ע"ש. שמשמע מדבריו, שדין לוקה ואינו משלם אין לו ענין כלל של קם לי' בדרבה מיני':

ב

הבאורי הגר"א בסעיף הנ"ל הקשה אהא דאמרינן דדיינינן דיני דגרמי בבבל וז"ל הרמב"ם ולכאורה אזיל לשיטתו דסובר דמדינא וכו' אבל אין חולק וראי' מרפרם דאכפייה לרב אשי וכו' וממסור ע"כ עיין שם היטב. ובאור דבריו שקשה לאותן השיטות הסוברות

דגרמי הוי קנסא וכמו שהכריע הש"ך בסי' שע"ו דהוי קנסא מדרבנן ועיין בביאור הגר"א ברמ"א סעיף ה' שכתב שהרבה פוסקים סוברים שגם קנס דרבנן לא מגבינן בבבל ודוקא קנסות שקנסו חכמים כאו"א לצורך באותו פעם הוא דמגבינן אבל קנסות קבועות לא מגבינן וא"כ יקשה אמאי מגבינן דיני דגרמי בבבל ובזה הכל מודים ומוכרח מן הגמרא, זו היא כונת דבריו. ולא ביאר ישוב הדברים:

והנ"ל בזה דהנה בתשובת נחלת דוד סי' ט"ו ביאר בזה שכתב הרמ"ה שתפיסה בקנס דמהני לא הוי אלא מדרבנן, והרא"ש השיג עליו דאין זה תקנת חכמים כ"א דין דאורייתא דעביד דינא לנפשיה דמחלקותם דהרא"ש סובר דחיוב הקנס הוא משעת הנזק ואין צריך בי"ד אלא להגבותו הילכך מהני גם תפיסתו והרמ"ה סובר דחיוב קנס לא הוי רק משעת העמדה בדין. עכ"ד. ולפ"ד נראה לפרש באופן אחר וזה, דכל עיקר החילוק בין קנס לממון צריך להבין באופן זה שכל חיובי הממון כגון חיוב מזיק עיקר החיוב מוטל על המזיק שיש עליו חיוב ומצוה לשלם בעד ההיזק ומה שמוטל על הבי"ד בזה הוא לכפותו לקיים חיובו וגם מה שמוציאים ממנו ממון בע"כ הוא רק לכפותו לקיים חיובו, וזהו הנקרא שעבוד הגוף שעל זה כתבו הראשונים שאם אין שעבוד הגוף אין גם שעבוד נכסים. זהו בממון, אבל בקנס הוא באופן אחר, שהחייב בעצמו אין עליו חיוב, אבל כמו שמצינו בשאר עונשין כמו במלקות שכל עיקר החיוב הוא על בי"ד להלקות את החייב, אבל אי אפשר לנו לומר שהוא חייב להלקות א"ע, וכן גם בקנס שענינו ג"כ עונש, חייבתו התורה קנס, ר"ל שחייבה התורה את הבי"ד להוציא ממנו ממון בקנס, נמצא שדין קנס נשתנה מדין ממון, שבקנס אין על החייב שום שעבוד הגוף, ואין בי"ד דנין וכופין אותו לקיים חיובו, כ"א בי"ד כופין אותו להוציא ממנו ממון בע"כ כמו שב"ד מלקין אותו בע"כ וגם הוא חייב ליתן הממון מפני שמחוייב לקיים דברי ב"ד ולא מפני שמחוייב לחבירו, ובהסבר זה היטב מבוארים דברי ר"ש שסובר דגם אחר העמדה בדין לא הוי ממון כ"א קנס, שאף אחר העמדה בדין אינו מתחייב לחבירו כי אם מחוייב לקיים דברי ב"ד, והילכך אין זה ממון:

ונמצא לפ"ז דבקנס אין ב"ד מחייבין אותו כלל חיוב חדש, אלא שעל ב"ד מוטל לקונסו להוציא ממנו ממון בע"כ, ובלא ב"ד א"א להוציא ממנו הממון כמו שא"א בכל העונשין בלא בי"ד לעונשו. אלא שמחלוקת הרא"ש והרמ"ה היא בסברא אחרת אם כאן בקנס שוה הדין לכל העונשין שקיום העונש מסור רק לבי"ד או שחלוק קנס לגבי דין זה, שדוקא בשאר עונשין שאין שום אדם שייך לחיוב עונשו של זה משו"ה אין הדבר תלוי אלא בב"ד, אבל גבי קנס שאם לא הי' למי לשלם לא הי' החיוב כלל, וגם עכשיו הלא

יכול למחול ואף למ"ד בירושלמי דאינו יכול למחול זה רק קודם העמדה בדין. וכל עיקר הקנס אינו משתלם אלא לו. הילכך אינו שוה למלקות לענין זה כ"א לממון שהוא בעצמו יכול לקיים הפסק להוציא הקנס, שבאמת גם בממון חדוש, שיכול לעשות עניני כפי' על חבירו וגם להכותו הותר לו בלא ב"ד, וגם בקנס הוא כך שכיון שאין צריך ב"ד לחייבו, שאף ב"ד אין מחייבין אותו כלל ואין מטילין שעבוד על גופו, ואין צריך ב"ד אלא לקיים העונש, ואפשר שהוא שוה לב"ד בזה:

והי' נראה להביא ראי' לזה שאין על המחוייב קנס שום שעבוד הגוף מהא דאמר בירושלמי גבי טבי עבדו של ר"ג שבקנס אינו מחוייב בלא ב"ד אף לצאת ידי שמים. והנחלת דוד הקשה מזה על דברי הרא"ש. ולפ"ד יבואר היטב שכיון שכל עיקרו של חיוב קנס אינו כלל על המחוייב שאין עליו שום שעבוד הגוף, אלא שמוטל על בי"ד לענשו, נמצא שהוא בעצמו אינו מחוייב אף לי"ש. ואף שנסבור שיוצא בשן ועין אין צריך גט שחרור שייך מ"מ לומר שב"ד מגבין אותי, אלא שנתנה להם יתרון כח בזה שאינם צריכים לכפי' אלא שבדינם נעשה השחרור. ואף אם נסבור שיצא למפרע וכן גבי קרן אם נסבור שהוחלט למפרע, ג"כ יתרון כח הוא שנתנה להם התורה להוציא בדינם למפרע. אבל הבעלים בעצמם אין עליהם שום חיוב ושעבוד הגוף מעולם ואף לאחר העמדה בדין אינו מחויב אלא לשמוע דברי ב"ד ולא חיוב עצמי:

ונראה דבזה שונה דינא דגרמי אף אי הוי קנסא משאר קנסות, דשאר דיני קנסות אינו משלם אלא לפי הקצבה ולא לפי ההיזק. משום דכל עיקר החיוב אינו אלא לקנסו ולא לסלק ההיזק. אבל גבי גרמי הא קחזינן שחייבו חכמים לשלם ההיזק שהלא צריך לשלם כפי ההיזק וא"כ הלא יש כאן ב' ענינים, הא' לקנסו כדי לענשו, והב' לסלק ההיזק מחבירו וזה החיוב הב' הטילו שעבוד על גופו, שבזה לא שייך לומר שהטילו על בי"ד יותר ממנו, וא"כ שונה דינא דגרמי שבזה יש עליו שעבוד הגוף ככל שאר עניני ממון. והילכך מגבינן דינא דגרמי אף בבבל, שכל עיקר הטעם דלא מגבינן דיני קנסות, הוא משום שאינו אלא דיני עונשין אבל גבי דינא דגרמי כיון שב"ד באים בזה. לכפותו לקיים חיובו הוי כשאר הדינים:

ב) **וע"פ** הצעת דברים אלו הי' נראה לפקפק בדברי הש"ך סי' שפ"ח ס"ק נ"א שהביא ראי' דבקנס דרבנן לא מיפטר בהודאה מדברי תשובת מהרי"ל ומדברי המרדכי פרק הגוזל בתרא שכתב שאף דדינא דגרמי הוי קנסא מ"מ לא מיפטר בהודאתו. עיין שם. ולפ"ד הי' אפשר לחלק דעד כאן לא אמרו כן אלא בקנס דגרמי, דכיון שיש על החייב שעבוד הגוף לשלם להניזק, הילכך לא מיפטר בהודאתו, שהודאה אינה פוטרת אלא מדין ב"ד שאינם

יכולים לעונשו, שנפטר מן העונש. אבל מן החיוב ממון שנתחייב אין ההודאה פוטרת, ואין נפטר משעבוד גופו, אבל בשאר קנסות דרבנן שחייבו כעין קנסות דאורייתא שם ההודאה פוטרתו מדין עונש ב"ד כמו בקנסות דאורייתא וחיוב עצמי הלא אין עליו, ויש להעמיס זה גם בלשונו של המרדכי וצריך עיון:

אבל יותר נכון ליישב בזה קושיית הקצוה"ח שהביא מדברי השיטה מקובצת לב"ק (דף צ"א) שכתבו גבי דין החוטף מצוה מחבירו שחייב לשלם שדין זה אי קנסא הוי אי מודה מיפטר ואי תקנתא הוי לא מיפטר ע"כ נראה מפורש שגם בקנס דרבנן אי מודה מיפטר והקשה בקצוה"ח על זה מהא דאמרינן גבי שורף שטר תהא במאמינו אלמא דלא מיפטר בהודאתו עכ"ד. ולפ"ד אין כאן קושיא דדוקא גבי עשרה זהובים שדמיו קצובין הוי כשאר קנסות דרבנן דמיפטר בהודאתו שאין עליו שעבוד הגוף אלא שאנו קונסים אותו, אבל גבי שורף שטר דהוי דינא דגרמי שמשלם לפי ההיזק הוי עליו שעבוד הגוף ולא מיפטר בהודאתו. ולפ"ז נכונים גם דברי הפ"י בקושייתו שהקשה דנימא דר' יהודא סבר קנסו שוגג אטו מזיד והאי דפטר במטמא ומדמע ומנסך כדי שילך ויודיע עיי"ש ויישב זה בקצוה"ח דאי טעמא משום קנס לא שייך לומר דפטור משום כדי שילך ויודיע שאף אם לא נפטור אותו יפטר מטעם מודה בקנס כיון שהיזק שאינו ניכר לא שמי' היזק עיי"ש בקצוה"ח ולפ"ד לא שייך זה שכיון שמשלם לפי ההיזק יש עליו שעבוד הגוף ולא נפטר מטעם הודאה בקנס, ומדברי הש"מ ראי' גדולה ליסוד זה שיש לנו חילוק גדול ביסוד החיוב של שאר קנסות ליסוד החיוב של קנס דדינא דגרמי אם לא דנימא דהש"מ יסבור דגרמי הוי דינא דאורייתא ולא קנס דלא כרוב הפוסקים לפי הכרעת הש"ך בסי' שפ"ו:

ג

בקצוה"ח סימן ב' הביא דברי האורים דבזה"ז ליכא דין דגואל הדם משום דבעינן שיגמר הדין ועד שלא נגמר הדין אינו יכול גוה"ד להרגו. והשיג עליו בקצוה"ח דלא בעינן גמר דין ומ"מ נסתפק שאפשר דליכא דין דגוה"ד דאף דלא בעינן שיגמר הדין מ"מ קבלת עדות בעינן להודיע אמתת הדבר. וכיון דאנן לאו ב"ד אנן ואין אנו רשאין לדון דיני נפשות לא הוי קבלתנו קבלת עדות. או דילמא כיון דאף שתי כיתי עדים שהוכחשו בבדיקות כשרות לגבי דין דגוה"ד משום דלא יהא חמור בלא כונה אף אנו נלמוד שאף בזה"ז תיהני עכת"ד:

ומה שיש לעיין בדבריו כיון דסבר הקצוה"ח דגם בזה"ז ישנה המצוה דגואל הדם רק שנסתפק בדין קבלת עדות ולכאורה תימה לפי דבריו אמאי נפסול קבלתנו משום דאין

אנו ראויין לדון דיני נפשות כיון דגבי דין דגואל הדם כשרה עדות מיוחדת כמו שכתב הכ"מ בבאור דברי הרמב"ם וא"כ ע"כ לאו דין נפשות הוא:

ועוד יש לעיין במה שכתב שקבלת עדות מיהא צריך. ומה שייך והיכן מצינו קבלת עדות כשאין המקבלי עדות בעלים לדון, וכיון שדין דגואל הדם אינו שייך לב"ד כלום א"כ מה שייך בזה קבלת עדות, כיון שאינו יוצא מדין זה לא פטור ולא חיוב. והי' נראה לבאר דברי קצוה"ח בפשיטות דהיא הנותנת כיון דחזינן דאין גואל הדם הורג עד שתתקבל העדות, וזה פשוט דלא שייך לדין דהריגת גואל הדם קבלת עדות בב"ד, שכיון שלא יוכלו לדון אותו, ואי אפשר לדון דין גואל הדם דהיינו לקבל עדות כי אם כשדנין דיני נפשות, ואז כשקבלו עדות מיוחדת בשביל דין ב"ד משום הספק שמא יבוא עוד ע"א לצירוף, קבלת עדות זו מספקת בשביל גואל הדם שיוכל להרוג הרוצח. אבל כשאין דנין דיני נפשות א"כ אי אפשר להתקבל העדות דאין ב"ד יכולין לקבל העדות בשביל שיוכל גואל הדם להרוג כי אין דין זה שייך להם כי על דין זה אינם קרויים ב"ד. מיהו יקשה על הצד השני שכתב בקצוה"ח שכיון ששתי עדים שהוכחשו בבדיקות כשר בגואל הדם משום דלא גרע מהורג בלא כונה א"כ אף בזה"ז למדין מהורג בלא כונה. ותמיהא טובא כיון דצריך קבלת עדות מאי שנא מאדם שחבל בחבירו דלא מגבינן בזה"ז משום דהוי מדברים שאינם מצויים ולא עבדינן שליחותייהו בדברים שאינם מצויים א"כ כל שכן באדם שהרג לחבירו דהוי דברים שאינם מצויים ולא יהא לנו דין ב"ד בזה. ואמרינן בהחובל דאין מועד בבבל ר"ל דלא מקבלינן עדות קרן דמזה יתייעד השור משום דהוי מילתא דלא שכיחא, וגבי נדון דידן נמי הלא הוי דבר שאינו מצוי ולא נקבל עדות בנדון זה מהאי טעמא:

סימן ח - בדין שטר שיש בו רבית

במ"ל פ"ד מה' מלוה ולוה הלכה ו' הקשה על מה שהוקשה לראשונים ז"ל דהיכי גובה את הקרן בשטר שיש בו רבית והלא עדים פסולים הם דעברו על לא תשימון, וכ' שיש לחקור בקושיא זו שהרי אין בלאו זה מלקות מדלא הביאו רבינו בפי"ט מה' סנהדרין וכ"כ הרב החינוך סימן ע"ד וכתב הטעם משום שאפילו המלוה אינו במלקות שהרי ניתן להשבון ואינו בדין דהני דאתו מחמתי' יתחייבו במלקות וכ"כ מרן בפ"ו מה' עדות דהעדים לאו בני מלקות נינהו וכיון שכן לא מיפסלי לעדות שהרי כתב רבינו בפ"י מה' עדות איזהו רשע כל שעבר עבירה שחייבין עלי' מלקות ע"כ. ואף שכשהעבירה יש בה משום חמוד ממון נפסל אף כשאין מלקות בעבירה זו, מ"מ כאן גבי רבית הלא כתבו

התוס' דלא הוי רשע דחמס שהרי אין העדים מרויחים כלום. וא"כ יקשה טובא אמאי מיפסלי עדי שטר רבית להני ראשונים דפסלי להו:

ואצלי הדבר תמוה, דזה נראה שפשוט הוא דלא בעינן שיהא לאו שיש בו מלקות, או שיש בו חמוד ממון, אלא בלאו שאינו של היזק וגזילת ממון, דסבירא לן דחשוד לדבר זה אינו חשוד לדבר אחר, הילכך לא מיפסל לעדות ממון כשעבר עבירה שאינה של ממון, אלא דוקא רשע דחמס, והוא כשעבר איזו עבירה להנאתו או משום חמוד ממון כמו שאמרו בסנהדרין (כ"ז ע"א) במומר אוכל נבילות לתיאבון דברי הכל פסול ופי' רש"י דכיון דמשום ממון קעביד דהא שכיחא בזול טפי מדהיתירא הוה לי' כרשע דחמס, ובד"ה ומלוי רבית כתב ומיהו לתיאבון כגזלנים ומלוי רבית דמו דמשום ממון קעביד הילכך חשוד למישקל שוחדא ואסהודי שקרא ע"כ. וכשאין בו חמוד ממון ג"כ פסול כשהעבירה יש בה מלקות דקיי"ל כדאביי דאמר דהוה לי' רשע ורחמנא אמר אל תשת רשע עד, ורבא פליג בעבירה שיש בה מלקות כיון שאין בה חמוד ממון. אבל כשחשוד לעבירה של היזק ממון או גזל ממון, אז ודאי אף כשעבר העבירה בלא חמוד ממון, מ"מ כיון שנעשה חשוד להזיק ממון חבירו, חשוד להזיק ממון חבירו גם על ידי עדות ככל חשוד על הדבר שלא דנו ולא מעידו, ושם פשוט דאף רבא דפליג ומכשיר בעבירה שיש בה מלקות בלא חמוד ממון, יודה כאן לפסלו בנעשה חשוד לאותו דבר, דלית מאן דפליג בזה דחשוד על דבר לא מעידו. וכיון שכן בשימת רבית שהוא ג"כ גזל ממון חבירו כמו שאמרו בב"מ פ' איזהו נשך ל"ל לאו ברבית לאו בגזל לאו באונאה ופי' רש"י ילמדו זה מזה שבכולם חסרון ממון שמחסר את חבירו ע"כ. וכיון שכן נעשו חשודים להזיק ממון חבירו וממילא פסולים הם לכל עדות ממון מטעם חשודים, אף שאין מרויחים כלום, ואף שאין בעבירה זו חיוב מלקות, כחשוד על דבר שלא דנו ולא מעידו. ולפ"ז צ"ע בטעם הפוסקים המכשירים:

ונראה דס"ל דלא שייך ענין היזק ממון אלא לגבי מלוה שהוא הנוטל ממון מן הלוה ומפסידו, ועליו תסוב קושיית הגמ' למה לי לאו ברבית שלא תכתוב התורה הלאו דמלוה, אבל לאו דלוה אין לו ענין להיזק ממון, שהרי נותן מרצון עצמו את ממון עצמו, וממילא אפשר שגם העדים שבאו לעשות גם רצונו דלוה, אין לעדותם ענין להיזק ממון, ואין זה אלא לאו ככל הלאוים שבתורה, שאינם של ממון, שהרי באים הם מכח הלוה ג"כ, וכמו שמעשהו אינו ענין של ממון כ"כ עדותם נמי, והילכך אינם נעשים ע"י חתימתם חשודים לאותו דבר להפסל לעדות:

ובמשנה למלך כתב משם מוהר"י אשקאפא בבאורו לח"מ סי' נ"ב שפסול העדים הוא משום דהוי עבירה בענין עדות עצמו והוי כמו עדים שהעידו שקר דפסולים הם לעדות ע"כ. והמ"ל השיג עליו דאין דמיונו עולה יפה דשאני התם דבמה שאנו חושדים את העדים שאפשר שהם מעידים שקר כבר עשו עבירה כזו, אבל עדי רבית אף שעבירתם בענין עדות לא הוי דומיא דמה שאנו חושדים אותם וראי' לזה שהרי התוס' והנמוק"י שרצו לפסול העדים הוצרכו לומר דקיי"ל כאביי דלא בעי רשע דחמס ואי דמי לעדים שהעידו שקר אפילו לרבא פסול דהא עד פסול הוא לכו"ע ועוד דשאני עד זומם דרע לשמים ורע לבריות הוא ומ"ה פסול אף לרבא אבל עדי רבית אם הרבית מפורש לא תבעי לך דפשיטא דלאו רע לבריות הוא אלא אף ברבית כלול לא הוי רע לבריות דהא ברצון הלוה הוא, ונהי דהתורה אסרה אפי' מדעתו, מ"מ לא הוי כי אם רע לשמים, ע"כ. הנה מעיקר דברי מוהר"י אשקאפא והמ"ל מדברי שניהם למדנו דחשוד לאותו דבר פסול להעיד אף כשאינו בחיוב מלקות ובלא חמוד ממון, וא"כ הכי נמי כשחשוד להזיק ממון חבירו, פסול להעיד על ענין ממון:

ומה שהקשה המ"ל דעדי רבית אינם רע לבריות, ומשמע מדבריו שאף המלוה אינו רע לבריות משום דמרצון הלוה ומדעתו הוא דקשקיל, מסוגיית הגמ' דאיזהו נשך לא נראה כן, ואף דבגמ' עושה הצריכותא דאי לא כתב רבית ותיתי מהנך הוה אמינא מה להנך שכן שלא מדעת תאמר ברבית דמדעתי' אין זה אלא צריכותא, דהא ודאי אם הי' רוצה להלוותו בלא רבית טפי ניחא לי' ללוה, ומחמת אונס הוא דקיהיב הילכך ודאי הוי המלוה רע לבריות ולשמים. אלא דמה שהקשה דשאני בעדי שקר שעשו עבירה כזו, במה שאנו חושדים אותם עכשיו, משא"כ בעדי רבית, ודאי קשה טובא, אבל לפי דברינו שטעם פסולם מטעם שחשודים להזיק ממון חבירו, אתי שפיר טובא דהוי חשוד לאותו דבר ממש, והילכך אינם נאמנים להעיד על ממון חבירו מטעם זה:

והנה בגיטין (י' ע"א) ששנינו במשנה כל גט שיש עליו עד כותי פסול חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים ופריך בגמ' מני מתני' לא ת"ק ולא ר"א ולא רבן שמעון בן גמליאל דתניא מצת כותי מותרת ואדם יוצא בה ידי חובתו בפסח ר"א אוסר לפי שאין בקיאין בדקדוקי מצות כישראל רבן שמעון בן גמליאל אומר כל מצות שהחזיקו בה כותים הרבה מדקדקין בה יותר מישראל מני אי ת"ק אפילו שאר שטרות נמי אי ר"א אפי' גט אשה נמי לא ואי רבן שמעון בן גמליאל אי דאחזוק אפי' שאר שטרות נמי אי דלא אחזוק אפי' גט אשה נמי לא וכ"ת רשב"ג היא ודאחזוק בהא ולא אחזוק בהא ע"כ עיי"ש. והדברים תמוהים מאד מאד, דהי' לנו לחקור ולהתבונן מאי ענינייהו דכותים עם הלאו דלא תענה אם

נזהרים אם לאו, ואם נזהרים בלאו דלא תענה א"כ אין נפקותא בין גיטין לשטרות, דנהי דלא אחזוק בדין שטרות אבל הלא לא יגידו עדות שוא, ופשוט, דעלינו לומר דנזהרין בלאו דלא תענה, כיון שמפורש בקרא, ואם באנו לומר דנהי דנזהרים בלאו דלא תענה, מיהו היינו דוקא בעדות בעל פה, אבל לא בעדות בשטר, חדא כיון דאחזוק בגיטין, א"כ ע"כ אית להו דעדות שבשטר ג"כ הוי עדות, דהא חזינן דנהגי הכי בגיטין, ועוד דאיפכא יקשה, דאי לית להו עדות בכתב, א"כ מאי מהני גבי גיטין, כיון דאין זו עדות אצלם, ואם אינם נזהרים כלל בלאו דלא תענה, א"כ כ"ש הוא דיקשה אמאי מהני עדותן בגיטי נשים, אף דאחזוק בגיטין, כיון דלא זהירי מלהעיד שקר:

ודברי הסוגיא תמוהים וצריכים ישוב גדול. ונראה דסוגיית הגמ' סברה שפיר דכותים נזהרים בלאו דלא תענה כיון שמפורש בקרא, ואדרבה אצלם אף עדות שבכתב נחשבת לעדות, שאינם מחלקים בין עדות שבשטר לעדות שבע"פ, ואדרבה הדעת נותנת עוד, שלכותים גם עדות שבכתב שלא בשטר נחשבת להם לעדות, דהא אינו מפורש בקרא לחלק בין בע"פ לכתב ודרשות חז"ל הא לית להו, אבל עכ"פ יסברו דעדות שטר הויא עדות ונזהרים בלאו דלא תענה, ומ"מ קאמר הגמרא שפיר אי דלא אחזוק בשטרות, ואינם זהירים בדין שטר, שאין דין שטר נחשב להם כלום, ועוברים על דיני השטר לבלי להזהר בהם, נמצא שהם נחשבים חשודים על דבר זה, והחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו, ויוצא לנו מזה דחשוד על אותו דבר אף שאין בעבירה זו מלקות, דהא לא חזינן לכותים דעברו באופן שחייבים מלקות, וגם אין בזה משום חמוד ממון, דהא לא עברו אדין שטר לתיאבון, אלא משום דלא זהירי בדין זה דלא אחזוק ולא סבירא להו, ומכל מקום פסלינן להו מלהיות עדים בשטר משום זה, אלמא דכשהוא חשוד לאותו דבר, פסול אף כשאין חייב מלקות ובלא חמוד ממון. ולפי דברים אלו אף גוזל ע"מ לאבד, או שהוא מזיק ממון חבירו במזיד, אף שאין בו משום חמוד ממון שאינו מרויח כלום, מ"מ נפסל לעדות ממון מטעם חשוד על הדבר. ועוד נראה להביא ראי' מהא דקיי"ל דרועה פסול ובעי מעיקרא למימר הגמ' בב"מ (ה' ע"ב) דאף רועה בהמות דאחרים פסול, ודחי בגמ' דרועה בהמות כיון דחזקה אין אדם חוטא ולא לו כשר, דודאי לא ירעה בשדות דאחרים, משמע שאילו ידענו שרועה גם בהמות דעלמא בשדות דאחרים ודאי מיפסל, ואף שרועה אינו פסול אלא מדרבנן, היינו משום שאין אנו יודעים בברור שרועה בשדות אחרים, אבל אם נתברר לנו שרועה בשדות דעלמא, ודאי מיפסל מדאורייתא, והדבר תמוה, הלא שם אין בעבירה זו מלקות שהרי ניתן לתשלומין, וכן אין בזה משום חמוד ממון. שהרי אין נהנה מזה כלום, אלא שאינו מקפיד על של אחרים, ומ"מ הי' נפסל,

אם היינו יודעים שגוזל אף שלא לו, אלא ע"כ משום שכיון שהוא חשוד על ענין ממון חבירו להזיקו ולהפסידו, נפסל שוב מלהעיד על עניני ממון מטעם החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו, שוב מצאתי במנחת חינוך בלאו דלא תענה מצוה ל"ז שהרבה לבאר בסוגיא דסנהדרין כ"ז דבעי בגמ' למימר דאביי ורבא פליגי בפלוגתא דר"מ ורבנן ר"מ סבר דעד זומם אפילו בממון פסול אף לדיני נפשות ואביי ס"ל כר"מ ור"י סבר דע"ז של ממון כשר לדיני נפשות ורבא ס"ל כר"י ומבואר דעד זומם לא הוי רשע דחמס דברשע דחמס רבא מודה דפסול לכה"ת א"כ אמאי אמרינן בס"ד דע"ז דממון כשר לדיני נפשות אלא ע"כ דלא הוי רשע דחמס דרשע דחמס אינו אלא שעובר עבירה מחמת חמוד ממון, אבל עד זומם אם העיד שקר אם אינו נוטל ממון עבור העדות אין זה רשע דחמס מה שחומס מזה ונותן לזה אינו חשוד למישקל שוחדא וכו' ומ"מ לעדות ממון פסול דעכ"פ הוי חשוד לדבר זה ע"ש (בדף ט' ע"ב) בתוס' ד"ה לרצונו והחשוד אינו מעידו והוא חשוד להעיד שקר וכו' עיי"ש שהאריך בענין זה. הנה קא חזינן לדעתי' ג"כ דקסבר דאף בלא חיוב מלקות ובלא חמוד ממון פסול לעדות מטעם שהוא חשוד לאותו דבר. ונראה דגם מוהר"י אישקאפא שהביא ראי' לדינו מעדים שהעידו שקר כונתו לפי הס"ד דגמ' דרבא סבר דכשר לד"נ ודוקא לעדות ממון הוא דפסול, וע"כ משום דנחשד על דין עדות, ולא תקשה קושיית המשנה למלך עליו דשאני ע"ז דהוי רשע דחמס, דהא להס"ד לא הוי רשע דחמס. עכ"פ נקטינן דחשוד לאותו דבר פסול אף בלא חמור ממון, אלא שמה שציין המ"ח להתוס' (דף ט') ד"ה לרצונו, לא ידענא מאי קאמר דשם הוי רשע דחמס ממש וז"ל התוס' לרצונו רשע הוא ואע"ג דרבא בעי רשע דחמס האי כמו רשע דחמס הוא דומיא דאוכל נבילות לתאבון כיון שעובר על דעת קונו להנאתו כ"כ הי' עושה בשביל הנאת ממון ומעיד שקר עכ"ד. הלא נראה בעליל דהוי כמו אוכל נבילות לתאבון דהוי רשע דחמס ממש, דישקר בשביל להנות, ואין שם ענין חשוד לאותו דבר. וצ"ע:

ובעיקר קושית התוס' אמאי גובה את הקרן הלא העדים פסולים הם תי' בקצוה"ח משום דלא מיפסלי אלא אחר גמר החתימה והביא ראי' מדברי הר"ן חולין שהקשה אהא דאמרינן השוחט בשבת ויוה"כ אע"פ שמתחייב בנפשו שחיטתו כשרה ואיך שחיטתו כשרה והא מומר הוא ותירץ דלא הוי מומר אלא אחר גמר השחיטה שהיא גמר העבירה. ע"כ. וא"כ מזה ראיה גם לנדון שלנו גבי חתימת העדים דלא מיפסלי אלא אחר חתימתן ובשעת חתימתן כשרים הילכך גובה על ידם. עכ"ד:

ועל דברי קצוה"ח אלו יש לשאול מצדדים אחדים, הא', לפי מה שחקר העמודי אור לומר שכל הגדת עדות אינה נגמרת אלא אחר כדי דבור, ואם נפסל העד תוך כדי דבור

אין הגדתו קיימת, שהרי נפסל קודם שנגמרה הגדתו, וא"כ אף אם נפסל אחר החתימה, מ"מ הלא תוך כדי דבור לחתימתו הוא ותיבטל עדותו. ויש להתיישב בדבר, אם גם בעדות שבשטר נאמרה חקירתו של הע"א, דאולי שם לא שייך חזרה, וגם אולי כיון שלא נגמרה ההגדה עד אחר כדי דבור, לא נפסל ג"כ עד אחר כדי דבור, שכ"ז שלא נגמרה ההגדה לא נפסל. וצ"ע. והב', שראיתי שכבר מקשים, שאין ראי' ממומר לרשע, שאף שמומר לא נקרא כ"א עד אחר גמר העבירה, רשע מיקרי אף בשעת העבירה. והג', כי ראינו שלאותה עבירה עצמה שעבר מיפסל טפי מלשאר דברים, כמו שאמרו בב"ב שאף למ"ד דע"ז מכאן ולהבא הוא נפסל, מ"מ לאותה עדות עצמה הוא נפסל למפרע, וכן לגבי הכרזה לאותה עבירה עצמה הוא נפסל בלא הכרזה, וכמו כן אף אי נימא שהחתימה פוסלתו אחר גמרה לגבי עצמה אפשר שפוסלתו מעיקרא. וצ"ע:

ונראה ליישב קושיית התוס' והוא, דיש לחקור בלאו דלא תשימון דעדים, אי עברו תיכף בחתימתן, דאפשר דכיון דעיקר חיובם הוא שימת הרבית שמתחייב הלוה ליתן הרבית להמלוה, וזה הלא תיכף בחתימתן אינו מתחייב עדיין, עד דמטא שטרא לידי' דמלוה, וכדקיי"ל גבי כל השטרות דאינו מועיל עד דמטא לידי', אם לא בשטרי הקנאה, ואף למאן דאית לי' דעדיו בחתומיו זכין לו, היינו נמי דוקא אחר דמטא שטרא לידי' זוכה למפרע כדאיתא בב"מ (י"ג ע"א). ונמצא שאין השטר משים על הלוה התחייבות הרבית עד דמטא השטר ליד המלוה, והלכך לא עברו עדיין העדים אלאו דלא תשימון, שלא שמו עוד כלום, ואפשר להיפך, שכיון שעשו מעשה החתימה, שעל ידה מתהוה אחר כך השימה על הלוה, כבר עברו אלאו דלא תשימון, שכונת התורה שלא יעשו מעשה החתימה, המביאה לידי שימת הרבית, ובזה תתיישב קושיית התוס' שאם נאמר דלא עברו אלאו דלא תשימון כ"א אחר חלות העדות דהיינו אחר דמטא שטרא ליד המלוה, ולא בשעת הגדת העדות דהיא בשעת חתימה, א"כ נמצא שבשעת חתימה כשרים היו עדיין, ומשו"ה שפיר גובה את הקרן לרבנן. ומדברי מהר"י אישקאפא נראה דס"ל דלאו דשימת הרבית אינו בא על חלות השימה, כ"א בא על ההגדה שהתורה אסרה על העדים להגיד הגדה כזו, אשר תצא ממנה שימת רבית, נמצא שאיסור זה הוא אחד מאיסורי הגדת עדות, וכמו שאסרה תורה להעיד שקר, כמו כן אסרה להעיד עדות רבית, ומחמת זה כתב מהר"י אישקאפא שעדי רבית פסולים להעיד, מטעם שעברו עבירה של עדות, ואילו נימא שהאיסור דלא תשימון על חלות שימת הרבית, אין זה איסור של עדות, ואין זה חשוד לאותו דבר עצמו, ומוכח מזה היפך דברינו דלאו דלא תשימון הוא משעת חתימה, וזו היא שתהא שיטת התוס' שהקשו קושייתם אמאי השטר כשר:

ובנתיבות סי' מ"ה ס"ק ג' העלה דבין למ"ד עדי מסירה כרתי ובין למ"ד עדי חתימה כרתי מ"מ לא נגמרה הגדת העדים עד שעת מסירה, דקודם המסירה אין ממש בשטר. עיי"ש שהאריך. ואם כן לפ"ז כל עיקר הגדת העדים אינה נגמרת בשעת חתימה, ואף אם נאמר דהעדים עוברים על לא תשימון בשעת הגדה, מ"מ בשעת חתימה כשרים היו, שהרי הגדתן נגמרת בשעת מסירה. וזה נראה פשוט, שאף שהגדתן אינה נגמרת אלא בשעת מסירה, מ"מ אם נפסלו העדים בין חתימה למסירה, ונמצא שנפסלו בין תחילת הגדתן לגמר הגדתן, מ"מ אין עדותן מתבטלת ע"י פסולן זה, שכיון שגמר מעשה שלהן נעשה בהכשר, לא איכפת לן במה שנפסלו בשעת חלות ההגדה. ואין זה דומה למה שכתב העמודי אור דעדים שנפסלו תוך כדי דבור להגדתן, עדותן מתבטלת, משום שבתוך כדי דבור עדיין לא נגמר המעשה, דהתם שאני לגמרי, דהתם תוך כדי דבור עדיין לא נגמר עצם המעשה, וכיון שנפסלו קודם גמר מעשה העדות, נתבטל מעשה העדות, אבל גבי נדון דידן, המעשה כבר נגמר בחתימתן, ולא מיחסר כ"א חלות העדות, דנגמר ע"י המסירה, והילכך לא איכפת לן בפסולן כיון שהוא אחר גמר מעשה העדות. מיהו הי' נראה לחלק בדבר, שאם נסבור דבכל שטרות עדי מסירה כרתי, ומאי דמהני עדי חתימה, היינו כמו שהסביר הר"ן משום דעדי חתימה הוו להו כעדי מסירה שהרי הגט יוצא מת"י בעדים הללו ובידוע שהבעל מסרו לה ונמצא כאילו הן עצמם מעידים על המסירה, ונמצא לפ"ז שקודם המסירה לא הי' עדיין על מה להעיד, וכמו שהסביר שם בנתיבות, נמצא שעיקר מעשה ההגדה לא נגמרה עד אחר המסירה, וא"כ צריך הי' להיות הדין, שאם נפסלו העדים בין חתימה למסירה, שתתבטל העדות, שהרי נפסלו קודם גמר המעשה. אבל אם נסבור דעדי חתימה כרתי ממש ע"י חתימתן, אז אין המסירה של השטר, שאנו צריכים לה לחול העדות על ידה, כ"א גמר חלות העדות, ולא גמר המעשה, שהמעשה כבר נגמר ע"י החתימה, וא"כ ודאי אם נפסלו העדים קודם המסירה אחר החתימה לא תתבטל העדות, כיון שהוא אחר גמר המעשה. ונמצא שאף לפי דברי הנתיבות תהא קושיית התוס' תלוי' בשתי השיטות אי פסקינן עדי חתימה כרתי או עדי מסירה כרתי, ולא מהני עדי חתימה כ"א משום דהוו גם עדי מסירה, דלשיטה דמהני משום עדי מסירה, מקשו שפיר, שאף שלא נפסלו כ"א בשעת מסירה, מ"מ מתבטלת עדותן, שהרי גם המעשה שלהם נחשבת בשעת מסירה, ואז כבר נעשו פסולים. אלא שלפ"ז יש לעיין בדברי הנתיבות שכתב שלכך אם נמצא בשטר עד אחד קרוב או פסול פסולים גם הכשרים, אף שחתמו הכשרים תחילה וחתמו שלא בפני הפסולים, משום דהגדתן נגמרת בשעת ראי', נמצא שהגדתן היא בבת אחת, ואילו לפ"ד למ"ד עדי חתימה

כרתי מעשה ההגדה של הכשרים כבר נגמר בחתימתן, ולא הי' להם להפסל בצרוף אח"כ בחתימת הפסולים, ומ"ש בכל הפסולים שאין אנו משגיחים בחלות העדות, ומ"ש פסול זה של נמצא אחד מהן קא"פ, שאנו פוסלים אף אחר המעשה קודם החלות:

סימן ט - בדיני ע"א

בגמ' גיטין (דף כ"ז) כגון שאמרו עדים לא חתמנו אלא על גט א' של יוסף בן שמעון הקשו התוס' אמאי מהימנינן לי' לומר שהוא שלו יותר משלא היו אומרים העדים כלום ולא מהדרינן לי' בטביעת עינא דחיישינן שהוא משקר. וי"ל דלעולם לא חשדינן לי' שישקר במזיד וכו' אבל כשאין העדים אומרים כלום חיישינן שמא הוא סבור שהוא שלו לפי שאין יודע שיש יוסף בן שמעון אחר או יודע ואין נראה לו לחוש שגם הוא אבד ולכך אומר שהוא מכיר אע"פ שאינו מכיר. ובקונטרס פי' כגון דקאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט א' של שם זה לזה האיש התובעו, ע"כ. נראה מדברי התוס' שמצד הדין נאמן כאן ע"א אלא דחיישינן לדדמי משום דהוא ע"ה כדלקמן ובמקום דלא שייך בדדמי כגון דאמרי עדים וכו' נאמן ע"א. ואף שהוא במקום דאיתחזק איסורא דא"א מ"מ כיון דאינו מעיד על היתר האשה כ"א מכשיר את הגט אף שאח"כ כשיתנו לה את הגט יצא מזה שאיסור א"א יותר ע"י זה אין זה נקרא מעיד נגד חזקה כיון שאינו בא עכשיו להעיד על היתר החזקה כ"א על הכשר וההכנה להההיתר, ויוצא לנו מזה כלל שבכגון נידון זה לא מיקרי איתחזק איסורא. ומדברי רש"י שחולק על פי' התוס' וסובר שהעדים צריכים לומר שאת גט זה חתמו לאיש זה התובעו נראה שחולק וסובר שגם זה נקרא נגד חזקה כיון שיוצא מזה היתר לאיסור אשת איש דאיתחזק איסורא:

והנה מסוגיא (דדף ב' ע"ב) דקאמר בגמ' דלכך אינו נאמן ע"א להעיד דלשמה נכתב משום דאיתחזק איסורא דא"א אף דגם שם אינו מתירה עדיין בהגדה זו כ"א מכשיר את הגט לינתן ויצא אח"כ מזה להתיר החזקה אף שלע"ע עדיין אינו מתירה, מוכח מזה שאף בכה"ג נקרא נגד חזקה, וכבר הביאו האחרונים ראי' זו. ולכאורה הי' אפשר לדחות דהלא שם הדין דצריך לומר בפ"נ בשעת נתינה, וכיון שבשעת גירושין הוא אומר, נמצא שהוא אומר בתחלה גם לגירושין להתירה ולהכשיר את הגירושין ולא רק להכשיר את הגט, אבל זה אינו דע"כ לא מצריכינן לי' לומר בשעת נתינה רק משום דע"א אינו נאמן בזה מצד הדין כ"א חכמים האמינוהו, הילכך הצריכוהו לומר בשעת נתינה דוקא, אבל אילו היינו יכולים להאמינו מצד הדין הי' יכול לומר אף שלא בשעת נתינה ואז לא הי' בא רק להכשיר את הגט וחזינן מזה שגם זה נקרא נגד חזקה וזו ראי' לשיטת רש"י וקושיא על שיטת התוס':

מיהו שי' רש"י מוקשה מאד מסוגיין דאמר, רבה בר בר חנא אירכס לי' גיטא בי מדרשא אמר אי סימנים אית לי בגווי' אי טביעות עינא אית לי בגווי' אהדרוהו ניהלי' וכו' ודוקא צורבא מרבנן אבל איניש אחרינא לא ע"כ. ואם מן הדין אינו נאמן ע"א אמאי מהדרינן לצורבא מרבנן בטביעות עינא. וא"כ מוכח דהכשר הגט להתגרש אינו נקרא נגד החזקה משום דלא אמר להתירה עכשיו לעלמא ומ"ש דגבי חתמנו אמר רש"י דבעינן תרי:

ולכאורה יש עוד להביא ראי' לשיטת רש"י שאף שאין אנו דנים עתה להתיר החזקה מיקרי איתחזק מהא דמצרפינן גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר חזקת טומאה דאדם הטובל למיהוי תרתי לריעותא, ואמאי נדון על המקוה להכשירה וכיון דנכשיר את המקוה ממילא יוכשר האדם אלא ע"כ דגם זה מיקרי איתחזק, מיהו מהכא אין ראי' שהלא כשאנו דנים על המקוה כבר טבל האדם והספק הוא בעיקרו ע"י האדם הילכך מיקרי איתחזיק, אבל מ"מ יש להביא ראי' מהא דמטמאינן גם הטהרות כשנגע האדם אחר טבילתו בטהרות ואח"כ נמצא המקוה חסרה ואמאי מיקרי תרתי לריעותא נצרף גם חזקת טהרות לטהר וירבו החזקות לטהר ונטהר גם את האדם גם את הטהרות, אלא ע"כ אף שהטהרות כבר ישנן בכלל הספק מ"מ אנו דנים על שיש לדון מתחילה וממילא נפסוק גם על הנולדים מזה וא"כ לא נחשוב גם את החזקת טומאה דגברא, אלא ע"כ כיון שכל עיקרה של דין פסול המקוה אינה אלא על הטובל בה מוכרחים אנו לצרף חזקתו מיהו הנולדים מן האדם נגררים אחריו שיש לו לאדם דין עצמותי והילכך לא מצרפינן חזקת הנולדים מן האדם דהיינו הטהרות. חזינן מזה דמקוה חשיב איתחזק מחמת חזקת גברא וא"כ גם בגט הנמצא צריך להיות הדין כעד אחד במקום חזקה:

מיהו זה אפשר הי' לדחות דע"כ לא מצרפינן חזקת גברא אלא כאן שהמקוה עכשיו בודאי כבר נפסלה ואין לנו לספק עליה כלל שמה שעבר עבר והילכך אין הספק אלא על האדם הטובל. מיהו מדברי תוס' רי"ד סוף קדושין שתירץ אמאי דלא מצרפינן חזקה דטהרות משום דהוי ודאי מגע ואיתרע חזקתן אבל בלאו הכי הוי מצרפינן חזקה דטהרות אלמא דגם זה נקרא איתחזק, וזה יש לדחות משום דכבר נולד הספק עליהן כמו שנ"ל. ולשיטת רש"י דמפרש התם בקדושין גבי רוב תנוקות מטפחין דהוי ספק מגע בבצק הלא מתורץ בפשיטות משום דענין המקוה אינו נוגע כלל עכשיו כנ"ל:

אבל יש לעיין מדברי התוס' חולין (י"א) שהקשו על הגמרא שמביאים ראי' מפרה אדומה דאזלינן בתר רובא דאל"ה דילמא טריפה היא והקשו דילמא משום דאזלינן בתר חזקה דהא פרה בת שתי שנים ויש לה חזקת כשרות דטרפה אינה חי' ותירצו משום דיש כנגדה חזקת טומאה דגברא ע"כ. והא התם עדיין אין אנו דנים על האדם שעדיין לא

הזה ומ"מ אמרינן דהוי חזקה נגד חזקה אלמא דגם בחזקה העתידה לבוא אח"כ ע"י זה להשבר ג"כ מיקרי נגד חזקה וא"כ גם בע"א כה"ג צריך להיות פסול משום דהוי ע"א נגד חזקה. ובזה יש לדון על מה שכתב בס' ש"י לחלק בין גט דפסול ע"א לומר דהוי לשמה ובין מקוה שנאמן ע"א להעיד שכשרה היא משום דבמקוה לא שייך לצרף חזקה דגברא וזה נסתר מדברי התוס' חולין שמצרפין חזקת גברא כשאנו דנים על הפרה:

ובעצם הסברא לחלק בין גט למקוה נ"ל להסביר דלכאורה הלא גם במקוה אין כל דין הכשרה רק לגבי אדם הטובל ואין לה שאלה עצמותית ולא שייך לומר על המקוה שכשרה היא אם לא בנוגע להאדם הטובל. אבל נראה הענין בזה דהנה גבי גט לולא היתה בזה האשה המתגרשת א"א להיות חלות הגט א"כ נמצא שחזקת האשה העומדת להיות איתרע היא העושה את חלות הגט ועיקר הגט אינו אלא ע"י עקירת החזקה והילכך נקרא ע"א נגד חזקה, אבל גבי מקוה גם בלא האדם הטמא הוי המקוה כשרה אף שבלעדי האדם לא הי' לה את מי לטהר אבל אין הכשר המקוה מתהוה ע"י עקירת החזקה הילכך בזה שדן להכשיר את המקוה אין זה נקרא נגד חזקה. והנה הסברא מבוארת אבל מ"מ דברי התוס' חולין עומדים נגד זה, שהלא פרה אדומה דומה למקוה מכל וכל:

ובתשובות רע"א הביא דברי הריב"ש שהקשה בסי' שע"ט אהא דאמרינן בגיטין (כ"ח ע"ב) ספינה שאבדה בים נותנים עליו חומרי חיים וחומרי מתים, מהא דאמרינן בב"ב דרובן לאבד, ואם כן תהא האשה מותרת לינשא דניזיל בתר רובא. והוציא מזה דלא אזלינן בתר רובא נגד שתי חזקות. והקשה על זה בת' רע"א סי' קפ"ט מתנוק בצד העיסה שמפרש רש"י שהספק הוא אם התנוק טמא אם לאו ועל זה אנו אומרים רוב תנוקות מטפחין באשפה ומעוט אין מטפחין ועיסה בחזקת טהרה עומדת רובא וחזקה רובא עדיף וקשה על הריב"ש דכאן יש שתי חזקות חזקת טהרה דתנוק וחזקת טהרה דעיסה והוי רוב נגד שתי חזקות ואזלינן בתר רובא. וקושיא זו הקשה גם הגר"ח מוואלאזין ז"ל, והוציא דלא כהריב"ש. ועוד הקשה בח' רע"א מהא דאמרינן בחולין (דף י"א ע"א) גבי מנ"ל דאזלינן בתר רובא ברובא דליתיה קמן אתיא מפרה אדומה והתם הוי רוב נגד שתי חזקות חזקת אינו זבוח דדילמא במקום נקב קא שחיט והעמידנה על חזקת אינה זבוחה, וחזקת טומאה דגברא כדברי התוס' שם. וא"כ אף לפי האמת אמאי אזלינן שם בתר רובא לפי דברי הריב"ש. והוסיף שם הרע"א לבאר דבלא דברי התוס' היינו אומרים דבחזקת טומאה דגברא לא שייך היכא דאנו דנין תחילה על הפרה אם כשרה אם לאו ואנו מחזיקין אותה לכשרה ואח"כ אנו באים לטהר את האדם וראי' לזה ממקוה דדוקא בחסר לפניך אנו אומרים אוקי גברא בחזקת טמא אבל בסתם אין א"א אוקי חזקת גברא

נגד חזקת מקוה, אלא ודאי דאנו דנין תחילה על המקוה ואח"כ על הגברא אבל מתוס' אנו רואים שאינם תופסים כך זת"ד. והנראה בישוב דברי התוס' ובסברתם, ובזה יתיישב מה שהקשינו לעיל על עד אחד בגיטין, כי זהו דבר רחוק לומר ולהעמיס בסברתם שבהמה שאינה כשרה אלא מכח חזקה אינה יכולה להוציא מחזקה מתנגדת. אבל צריך לומר דהנה אנו רואים שיש מי שאומר בגיטין פ' כל הגט שכמו שאין אנו חוששין שמא מת כך אין אנו חוששין שמא ימות והיינו ע"כ מפני חזקת חי וכן בתוס' פ' השולח גבי אפקעינהו רבנן דאין אנו חוששין שישאל על נזירותו מפני חזקה שלא ישאל. וכן במכות פ"ג גבי קימו ולא קימו בתוס' שאנו אומרים שלא ישתנה ממה שהוא עתה וכן בקדושין גבי קטנה שנתקדשה שם בתוס' ובר"ן. אנו רואים מכל זה שכמו שאם נאמר שנשתנה הדבר מכמות שהי' הוי נגד החזקה כך אם נאמר שישתנה הדבר מכמות שהי' הוא גם כן נגד החזקה, וא"כ כשאנו רוצים לדון הפרה לכשרה, כלומר כשרה לטהר טמאים, ועד עכשיו לא הי' לטמאים אופן שיטהרו, ועכשיו א"א שאם תפול עליהם הזאה יטהרו גם זהו נגד חזקת טומאה, נמצא שבשעה שאנו דנים את הפרה לכשרה אנו מרעים את החזקת טומאה דטמאים. אבל במקוה אין אנו מרעים כלל כי כמה מקואות בעולם, וחזקת הטמאים רעועה ועומדת גם בלא מקוה זו. וא"כ אנו דנים בתחילה רק על המקוה: **ודאתי** לידן על הקושיות על הריב"ש מקשה בנו"ב עוד קושיא שלישית מהא דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן, והוי רוב נגד שתי חזקות, חזקת אינה זבוחה דדילמא במקום נקב קא שחיט וחזקת האדם שנולד אינו למדן, ולדברי הריב"ש אמאי מכשרינן: **והנראה** להסביר הענין, דהנה אם נעיין במהותו של הרוב דרובן ליאבד נראה ששונה הוא מרוב אחר, דהנה, למשל, הרוב דרובא לרדיא זבני הוא רוב בסברא, שמחמת מנהגו של עולם שצריך הרבה לחרישה, משא"כ לנכסתא אינם צריכים כל כך, והרוב מחויב הוא, וסברא זו מחייבת גם את זה שאנו דנים עליו להיות מהרוב. נמצא שהרוב מחייב אותנו לילך אחריו. וכן רוב בהמות כשרות הרוב מחויב מחמת טבעו של עולם להוליד דברים שלמים. זהו מין אחד של רוב. ומין שני כגון זה של רובן ליאבד, שאין דבר שמחייב להרוב להיות רוב רק הוא רוב במקרה, שכל ספינה יש לה מקריה שגרמו לה שתיאבד והספינות שלא היו להן המקרים הללו נצולו, רק כשאנו משקיפים על המקרים אנו רואים שרוב מקרים מזדמנים שהספינות נאבדות, וא"כ כשאנו דנים על ספינה, אין דבר זה מחויב שגם ספינה זו נאבדה, שאפשר שלה לא היו המקרים שיגרמו לה שתיאבד. ורוב זה משמש רק בזה שאין אנו יכולים להוציא את הנדון מן הרוב, כמו שאין יכולים להוציא את הנדון מחזקתו, רק שרוב זה עדיף מחזקה:

ולפי זה כשאנו מוצאים ברוב זה של רובן ליאבד שאינו מכריע נגד שתי חזקות לא נאמר כזה גם על רוב המחייב כאותו הרוב של רוב בהמות כשרות שמחייב גם את בהמה זו להיות ממנו, או רוב תנוקות מטפחין באשפה שמחויב מחמת טבעם של תנוקות, או רוב מצויין אצל שחיטה מומחין הן שמחויב מחמת טבעם של בני אדם:

וכענין זה בשמעתתא שמביא מש"מ ב"מ אהא דקפץ אחד מן המנויין וכו' עשירי ודאי ולא עשירי ספק ומקשה בש"מ ולימא כל דפריש מרובא פריש ומתרץ שם דכל דפריש מרובא פריש הוי ספק אלא דהתורה אמרה שספק זה מותר, ע"כ מש"מ ומחלק שם בשמעתתא דדוקא ברובא דאיתיה קמן שאפשר להיות מן המעוט כמו שאפשר מן הרוב בזה אמרינן דהוי ספק אבל ברובא דליתיה קמן דהוי רוב בסברא כמו רובא דלרדיא זבני שם אמרינן דאזלינן בתר רובא והוי ודאי ע"ש. ולפ"ד צ"ל שגם רוב דרובן ליאבד דין אחד וסברא אחת יש לו עם רובא דאיתיה קמן בענין זה שגם הוא אינו מחייב לנדון כלום כמו שבארתי, ונמצא שהוא נדון לספק, משא"כ לרוב בהמות כשרות, או רוב תנוקות מטפחין, או רוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם שנדונים לודאי גמור, א"כ מה יועיל אם יוסיפו חזקות כהנה וכהנה:

והא שהקשינו מריש גיטין דלא מהימן ע"א לומר בפ"נ משום דאיתחזק איסורא דא"א וכאן מהימן ע"א לפי דעת התוס' וכדמוכח לכאורה מהא דרבב"ח, נראה שמתיישב בפשיטות, דכשאנו דנים על שאלת הגט וטיבו, אם יש בכחו להתיר ואם אינם חסרים לו דיני ההכשר, נמצא שאנו דנים על דין הגט להתיר האשה, והוי כאילו אנו דנים על האשה להתירה, שכל שאלות דיני הגט, הוו שאלות האשה בהתירה ואסורה, והילכך לא מהימן, משום דהוי נגד חזקה. אבל כשאנו דנים על החפץ של מי הוא, נמצא שאנו דנים על שאלות הממוניות שבחפץ, אף שאם יופסק דין הממון, יסתעף מזה גם דין האיסורים של אשת איש, מ"מ עכשיו לשעה זו אין אנו דנים על דינים האסורים, כ"א על הדינים הממוניים, אנו פוסקים את דין הממון של מי החפץ, וממילא תוכל אח"כ להתגרש בו. ואין אנו מסתפקים במציאת הגט, אם יש להתיר על ידו אשת איש, אלא אנו מסתפקים למי החפץ שייך, ואין זה ענין לאיתחזק איסורא דאשת איש:

סימן י

מה שפירש רש"י גבי דרוש אחיך אותו, שצריך לדרוש אותו אם רמאי הוא אם לאו מאי לאו בסימנים לא בעדים, ופי' רש"י שיביא עדים שהאבידה היא שלו, והקשה בעל המאור ע"ז, דבעדים שהאבידה היא שלו, בלא האי קר ידעינן משמלה שיש לה תובעין והיינו בעדים, ולכך פירש הוא. שמשמלה הוה ידעינן דבעדים המעידים על האבידה מחזיר,

ומהאי קרא דעד דרוש אחיך ידעינן שכשיש עדים המעידים על האובד דלאו רמאי הוא ולא משני בדבורי' מחזירים לו בלא עדים ע"י הכרתו בטב"ע כדין צורבא מרבנן ע"כ. ונראה מדברי בעה"מ אלו שהפסוק דעד דרוש אחיך בא להקל עליו, שלא להצריכו עדים המעידים על האבידה, ודבר זה תמוה שמשמעות הכתוב הוא להחמיר, שלא להחזיר לו בלא דרישה, ולפ"ז י"ל שרש"י יפרש שלא כדברי הבעה"מ, אלא שהפסוק בא להחמיר, והשתא ניחא שפיר שמשמלה לא ידעינן אלא שיש לו תובעין, ואפשר שתובעו אף בלא עדים ובלא סימנים אלא ע"פ טב"ע דדבר זה מהני שפיר, דהא חזינן דלצורבא מרבנן מהדרינן בטב"ע, אלמא שמעיקר הדין נאמן המוצא לומר שמכיר בטב"ע ששלו הוא, דזה לא מצינו בשום דין לחלק בנאמנות בין ע"ה לת"ח, וזה הוא שחדשה התורה בפסוק זה של דרוש אחיך אותו, שצריך לדרוש אם הוא רמאי או נאמן, ומצד פסוק זה הוא דלא מהדרינן לע"ה, מפני שחסרה לנו הדרישה. ואין כונת רש"י לפרש שהתורה צותה שהדרישה תהי' בעדי אבידה עצמה, שזה ודאי שהדרישה היא לברר נאמנות האדם, אלא שרש"י מפרש, שכאן שהיתה השאלה בגמ' מאי לאו בסימנים, אלמא שהגמ' שקיל וטרי לדעת, מה הוא האופן שמחזירין אף למי שאינו יכול לברר נאמנותו, וזה פשוט לגמ'. שאף למי שאינו יכול לברר נאמנותו מחזירין באיזה אופן שהוא, ולא שללה התורה ממנו האפשריות להשיג אבידתו, ורצו בגמ' לומר שבסימנים מחזירין לע"ה, וא"כ כשהיתה התשובה בגמ' לא בעדים, ג"כ כונת הגמ', שבזה מחזירים אף לאינו נאמן, וא"כ ע"כ כונת האומר לא בעדים לומר שבעדים המכירים את האבידה מחזירים אף לאינו נאמן: **והנה** אף שיש לפרש שלא כדברי הבעה"מ שמפרש שהפסוק בא להקל, אולם אף אם רש"י יפרש ג"כ את הפסוק דעד דרוש להקל, ונפרש ג"כ שהפסוק מכוין לעדי אבידה, ג"כ ניחא ולק"מ משמלה, דמשמלה בלבד הוה מפרשינן דבעדים היינו בדין עדים ממש ככל דיני ממונות שבעינן שיגידו הגדתם בב"ד ואם לאו אין בהגדתם כלום, וה"נ באבידה לא הוה מחזיר אבידה כ"א כשהיו העדים מעידים בב"ד דבלא זה אין יכול לסמוך עליהם, אבל ע"י הפסוק הזה מתחדש לנו שבדרישה בלבד סגי, ודרישה ודאי אף שלא בב"ד ובלא תנאי הגדת ב"ד ג"כ מהני, וכמו כשבאים להעיד על נאמנות האובד, דזה מיקרי ג"כ דרישה אף לדברי רש"י, וראי' מאבוה דר"פ, ושם נראה פשוט דלא בעינן הגדה בב"ד ושיהא כל תנאי עדים בב"ד שהרי אין סומכים על פיהם להוציא ממון על פיהם, שהרי אין מעידים כלום על הממון, וגם אין פועלים כלום להכשיר את האדם הזה, שהרי בלא"ה יש לו חזקת כשרות, אלא שאנו מקיימים על פיהם מצות דרישה שחדשה לנו התורה כאן, שע"י זה אנו מחלקים כאן בין ע"ה לת"ח, מה שלא נראה בכל התורה כולה,

וא"כ כיון שאין כאן עדות הפועלת בכלום וא"כ ודאי דאין כאן דין הגדה בדין זה של ברור האדם אם רמאי הוא אם לאו. וכיון שכן, אם נפרש כדברי הבעה"מ בכונת רש"י שמפרש שפסוק זה בא לחדש, שלא יחזירו האבידה כ"א ע"י עדים ודבר זה מן הפסוק ידעינן לי', ודאי שלא נצטרך בזה דין עדים בב"ד כבכל מקום, כמו דלא בעינן בדין השני של דרישה הנלמד מפסוק זה עצמו, והיינו ברור האדם אם רמאי הוא אם לאו, אבל לדעתינו, אין דין זה של עדי אבידה נלמד מן המקרא, כ"א מעצמו הוא נדון:

ומה שקשה לי עוד בנדון הזה, מה שהביא הבעה"מ פי' ר"ש דמאי דקאמר לא בעדים למי שאינו נאמן, ולנאמן בסימן מובהק, וזהו שנדרוש אם רמאי הוא וניתן לו בעדים, ואם לאו, וניתן לו בסימן מובהק, וזהו לפי מה שמפרשים הם לא בעדים. שזה נלמד מן המקרא הזה, והיכן מפורש הוא בקרא, ולזה הוצרכו לומר דאם רמאי הוא בעדים, וזו היא כונת המקרא עד שתדרשהו אם רמאי הוא, שאז תצריכוהו ברור יותר גדול. והקשה הבעה"מ דלא מצינו הפרש בין עדים לסימן מובהק. ונראה בכונתו, שסימן מובהק הוא מכח אנן סהדי הוא, א"כ מה בין עדים לאנן סהדי שניהם מדין עדות הם, א"כ אין לנו לחלק בין זה לזה. אבל באמת בלא"ה קשה, אף אם נאמר שסימן מובהק לאו מדין עדים הוא, מ"מ למה נחלק בין רמאי לאינו רמאי, כשהוא בא לפנינו ומביא סימנים מובהקים, וכי מה נוכל לחשוש כאן לרמאות, אף שנאמר שסימן מובהק גרוע מעדים, היינו לענין דין הדברים שניתן לזה דין נאמנות כמו לזה, לא יהבינן לי', אבל במציאות הדברים, לענין משקר, הלא בסימן מובהק ג"כ נפק מספק זה שנחשדו למשקר. ודבר זה תמוה מאד, וצריכה רבה:

ובמה שכן שדרישת הרמאי, שמחייבת עדי אבידה, לא בעינן שתהא הגדה בב"ד, שענין של דרישה מתקיים בדרישת העדים בלבד, אף שלא בב"ד, לפ"ז נאמר עוד שאף לפי דברי הבעה"מ שס"ל שהדרישה בעדים היא להתברר אם איש נאמן או רמאי הוא בכלל שלא לגבי אבידה זו בלבד, אלא אי איניש משני דיבורי' הוא אם לאו, גם לפי פי' זה אין הדרישה צריכה להיות בב"ד, אלא אם הגידו העדים שלאו רמאי הוא מספיק הוא להחזיר האבידה, אף שלא היה כאן ב"ד. וגם לרש"י הלא גם פירוש זה ג"כ אמתי, שיש אופן שצריך לדרוש על עצם האדם כמו באבוה דר"פ, וגם לדידי' אין צריך דרישה בב"ד. ונאמר, שזו הדרישה אין לה דין הגדה כלל, כיון שאין פועלים בהגדתם, לא להחזיר האבידה, שאין מעידים כלום על עצם האבידה, ולא להכשיר את האדם, שלשאלת דין האדם, הלא כל אחד יש לו חזקת כשרות, אם לא שהורעה החזקה, אבל כאן בכל אדם עסקינן, אף שלא הורעה עוד החזקה, וכיון שכן מה דין הגדה שייך כאן, כיון שאינה

פועלת כלום, ואין זאת אלא דרישה בעלמא, ומפני טעם זה ודאי שאין צריכים דרישה בב"ד, וכיון שכן נדחית הראי' שמביאים הראשונים ממעשה דאבוה דר"פ דשאל את העדים ידעיתו בי' דרמאי הוא ואמרו אין, וכאשר שאל אותם אנא רמאי אנא, והשיבו דאנן לאו רמאי את קאמרינן, והאמינם משום דלא מייתי איניש חובתא לנפשי', והוכיחו דבמקום שמוכח, יכולים העדים לומר שטעינו. ולפ"ד אין מכאן ראי' כלל, דאפשר שדוקא כאן שאין כאן שום דין הגדה, יכולים שפיר לומר שטעו, שאין כאן חוזר ומגיד, כיון שאין כאן דין הגדה כלל. ואף אם היינו רוצים לומר, שיש כאן דין הגדה, אף שלא בב"ד, מפני טעם חדוש התורה, שכיון שהתורה חייבה בדרישה זו, מובאת לה מפני טעם זה בכח החיוב דין הגדה, אין זה אלא באמירת דלאו רמאי, שבזה הי' חדוש התורה שיבררו דלאו רמאי, אבל בהבאת עדים דרמאי הוא, ע"ז לא התחדש בתורה דבר, ובודאי אין כאן דין הגדה, והילכך שפיר יכולים לחזור, אבל במקום דבעינן הגדת עדים גמורה ודאי דאין ראי' מכאן שאפשר שאין נאמנים לחזור ולומר שטעו, ואם נשאל, כיון שאין כאן הגדה של כלום, אם כן למה צריך הי' להצדיק דבריהם מטעם דאין אדם מביא חובה לנפשו, בלא הך סברא יחזרו מדבריהם הראשונים, כיון דאין כאן הגדה, אין בזה משום כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד. הדברים פשוטים הם מאד, דאף שיכולים לחזור, מ"מ מה שצותה התורה עד דרוש אחיך אותו, דרישה זו ג"כ לא תתקיים בכך, כיון שדבריהם נסתרים חד מחברי', האחרונים מהראשונים:

ובר מהך סברא יש לדון, שכיון שנניח שדרישה זו אינה צריכה להיות בב"ד, אפשר שאף אם חשובה הגדה מ"מ יכולים לחזור, שאף דנימא דאמתלא לא מהניא בהגדת עדים, היינו דוקא בהגדת עדים, שצריכה דיני ב"ד כעדות ממונות, אבל בהגדות שכשרות אף שלא בב"ד, הגדה כזו מהניא בה אמתלא לחזור ממנה, וא"כ אפשר שמועיל גם לומר שטעינו בשאלה שנשאלנו שזה ג"כ אמתלא היא:

סימן יא

א

המביא גט ממדינת הים צריך שיאמר בפ"נ ובפ"נ. ואמרינן הטעם משום דאין עדים מצויין לקיימו ותקנו רבנן דתועיל אמירת השליח משום קיום ולזה צריך ליתן לה בפני ג' ככל קיום שטרות דצריך ב"ד. והנה בכל קיום שטרות אחר קיום העדים כותבים הב"ד שנתקיים בפניהם הנפק לראי' שנתקיים והוא מעשה ב"ד, ובדין זה של בפ"נ לא מצינו שיכתבו אלו הג' שבפניהם אמר השליח בפ"נ הנפק לקיים האמירה, כדי שלא יוצרכו לחפש אחר עדים ששמעו האמירה, אם יערער הבעל. ובעיקרו של דבר צ"ע

בכ"מ שאומר בפ"נ אם יבוא אח"כ הבעל ויערער אם צריכים לחפש אחר עדים ששמעו האמירה או שנסמוך על החזקה שמסתמא נעשה הדבר כתקון חכמים:

ובתוס' ד"ה דאתיוהו בי תרי הקשו על רש"י שפירש דלמ"ד משום דאין עדים מצויין לקיימו הרי עדים מצויין לקיימו וכי אטו בכיפי תלי להו ולכן פירשו דאתיוה בי תרי ואמרו שהבעל שלחם דתו לא מהימן לומר לא שלחתים וכו' ע"ש:

ויש להבין ומה נעשה אם יבוא אח"כ הבעל ויערער הלא נצרך לחפש אחר הבי תרי שלוחים שיעידו לפני ב"ד על זה שהבעל שלחם, וא"כ מאי אולמי' תירוץ התוס' מתירוץ רש"י ומה זה שהקשו על רש"י וכי בכיפי שגם עליהם יקשה. וביותר יקשה אם נסבור דלא כדברי הנו"ב דבעינן בכ"מ גירושין בב"ד, א"כ לא נודע הדבר עדיין כלל ויכול הבעל לערער ונוכרח לחפש אחר הבי תרי ותשוב הקושיא וכי בכיפי תלי להו:

ונראה לפרש דבריהם דלפי פירושם לא שייך לתקן שיאמרו בפ"נ כיון שלפי הדברים כמו שהוא עכשיו אין כאן לא חשש ולא לעז של זיוף, ואף כי אחר שישתכח הדבר יהי' לעז, מ"מ כיון שלפי הדברים של עכשיו אין כאן לעז לא שייך לתקן. וביחוד לפי מה שכ' דאף כשיאמר בפ"נ נוכרח אח"כ כשיערער הבעל לברר שאמר בפ"נ א"כ מה לי אם נברר דאתיוה בי תרי או אם נברר שאמר בפ"נ. אבל לפי דברי רש"י שאין צריך קיום עכשיו מפני שנוכל לקיים אח"כ ע"ז הקשו שפיר שאפשר שאח"כ לא נוכל לקיים מפני שילכו. ואף שבעצם הדבר אין נפקותא דסוף סוף נוכרח לחפש אחר האדם, מ"מ פי' רש"י קשה דלא שייך לומר בזה הרי עדים מצויין לקיימו שהרי שמא ילכו והילכך הקשו וכי בכיפי תלי להו:

ועיין בסי' קמ"ב בפ"ת ס"ק ד' בשם תשובת הרדב"ז וז"ל עוד אני אומר שאם חתימת עדי הגט ניכרת לאותם שמתגרשת בפניהם אצ"ל בפ"נ שהרי הם הם עדי הקיום וה"ה עדי הגירושין, ע"כ. נראה מזה שאם בשעת מעשה אין חשש אצ"ל בפ"נ:

מיהו לכאורה דברי הרדב"ז הם שלא לפי דברי רש"י שכתב דוקא ששניהם שלוחים אצ"ל אז בפ"נ אבל אם אחרים מן השוק רואים ומכירים לא מהני, ומה לי אם עדי הגרושין מכירים חתימת ידי העדים. ומ"מ נ"ל דיתיישב אף לפי שיטת רש"י ז"ל דעיקר יסוד דברי רש"י הוא שאם במקרה לא שייך כאן לחשוש, מ"מ כיון שתקנו חכמים לומר בפ"נ לא פלוג רבנן, ורק במקום שעצם דבר הגירושין מצד עצמם הם כאלו שלא שייך שם חשש ערעור ולעז אז אצ"ל בפ"נ, הילכך בין שהנותנים דהיינו שלוחי הולכה מכירים ח"י העדים או העדי גירושין שהם מקיימי הגירושין מכירים, כ"ז נקרא שמצד עצם הגירושין אין כאן חשש ערעור ואצ"ל בפ"נ. ויש לי להביא ראי' דבאמירת בפ"נ אין כותבים הנפק

מהא דהוה ס"ד דגמרא לפי פירוש התוס' בלשון א' דמה דאתי בעל ומערער ופסיל לי' היינו פסול ממש, וא"כ לפ"ז בודאי אין כותבין הנפק כיון שיכול הקיום להתבטל ע"י ערעור הבעל בודאי לא שייך למיכתב שהרי הקיום עוד תלוי ועומד, ואף שלפי מסקנת הגמ' לא תתבטל אמירת השליח מפני ערעור הבעל, אבל מ"מ בדין כתיבת הנפק לא מצינו שתהי' מחלוקת בגמ' בין הס"ד ובין המסקנא:

ועוד יש להביא ראי' מהא דאמרינן בפ"ב דשליח הולכה שעושה שליח עושה שליח ואומר בפ"נ והשליח הב' כשמוסר את הגט אומר שליח ב"ד אני ואי נימא דבאמירת בפ"נ כותבים הנפק א"כ כשיוצא מתחת יד השליח הראשון ואמר בפ"נ כבר כתבו הנפק, ולמה צריך השליח הב' לומר שליח ב"ד אני, שהרי בידו גט מקויים ואין כאן חשש ערעור, אלא ודאי דלא כתבינן הנפק על אמירת בפ"נ. ובודאי דבר זה טעמא בעי:

והנראה בזה דאף שנתנו חכמים כח נאמנות להשליח כשאומר בפ"נ לקיים חתימת העדים, בכ"ז אין כאן דין הקיום שבכ"מ, דבכ"מ כשב"ד מקבלים עדות מפי שנים שהן הן חתימת ידי העדים, הוי ככל דין שהדיינים מקבלים עדות ואח"כ דנים הדיינים את הדין וגומרים את הדין בלא אמצעיות העדים, כי אם ע"י מה שיצא אצלם בירור הדין, אבל בדין של בפ"נ אין הדיינים יכולים לדון בזה ולגמור דין בו רק על פי שנים עדים יקום דבר, ומה שהאמינו חכמים להשליח הוא רק נאמנות דידי', אבל שהב"ד יהי' להם כח בזה, לזה צריכים אנו לשני עדים. נמצא שבכל קיום שטר בין העדים ובין הדיינים הם בכלל הקיום, אבל גבי אמירת בפ"נ רק השליח הוא המקיים אבל הב"ד אינם בכלל הקיום, והילכך אינם יכולים לכתוב הנפק, כי אין להם דין ב"ד לזה. ומה שצריך ב"ד לאמירת בפ"נ, הוא רק כדי ליתן לאמירתו דין של קיום שטרות, אבל הב"ד עצמם אינם בכלל קיים:

ובזה נראה ליישב ולבאר מה שאמר ר"א בריש פ"ב שאם אמר בפני נכתב כולו ונחתם חציו פסול אפילו אומר אני הוא עד שני מאי טעמא או כולו בקיום הגט או כולו בתקנת חכמים והקשו בתוס' וא"ת מי איכא מידי דאילו אמר בפ"נ כשר ומשום דאמר אני הוא עד שני פסול ע"כ, ולפי האמור יתבאר כיון דבפני נחתם אין זה ענין של ב"ד כ"א נאמנות השליח בעצמו ואני הוא עד שני הוא ענין של ב"ד שכשר בכל השטרות ולכן אין יכולות שתי ההגדות להצטרף שאינם מענין אחד. ואי יקשה א"כ גם באומרים שנים מכירים אנו חתימת יד שני אמאי כשר, לק"מ דנהי דאינם יכולים להצטרף להיות שני הדברים כפסק ב"ד אבל מ"מ יכולים להצטרף להועיל מטעם תקנת חכמים דלא גרע קיום גמור מתק"ח והילכך מצטרפים שניהם להועיל מטעם תק"ח, אבל באומר אני הוא עד שני

אין זה הגדה על כתב ידו דאילו כן הי' צריך לשני עדים על כתב ידו ומועיל רק מטעם על מנה שבשטר הן מעידין וכן כאן על מעשה הגירושין הוא מעיד, וכיון שאין כאן על החתימה השנית רק עד אחד והאמירה בפ"נ אינה כלום לגבי דין ב"ד, נמצא שאין כאן דין ב"ד כלל שאין ב"ד מקבלים אחד כלל לגבי עיקר הגדת גירושין ואין כאן קיום ב"ד על החתימה השנית, דבשלמא אם בפני נחתם הי' ג"כ מועיל מדין קיום ב"ד אז הי' לנו בזה על שתי החתימות והיו מצטרפים העד שבשטר המקויים והעד שבע"פ האומר אני הוא עד שני להועיל מטעם מנה שבשטר והי' מועיל אבל לפי האמור אין ההגדות מצטרפות. אבל כשאומרים שנים מכירים אנו חתימת יד האחד, נמצא שחתימתו של זה כבר נתקיימה בב"ד ומצטרף הקיום להועיל מטעם תק"ח:

והנה אולי יש לצדד עוד דבאמר בפ"נ ובא אח"כ הבעל וערער לא בעינן להביא ראי' שאמר בפ"נ אלא סמכינן על חזקה דמסתמא נעשה כהוגן וכדין ובודאי אמר בפ"נ. וראיתי בשע"י שכתב לבאר השיטות דסברי דבעדי חתימה בעינן אף עדי מסירה לר"א אלא דאמרינן דבודאי נעשה כדין ובודאי הי' עדי מסירה וכתב שבכמה מקומות סמכינן אחזקה זו וכגון הא דאמרינן סתם ספרי דדייני מיגמר גמירי וסמכינן דמסתמא נעשה כדין וכן מה שכתב הרמב"ם בפ"ז מה' גירושין דלא חיישינן שמא ביטל הבעל את הגט, ע"כ. ולפי זה היינו יכולים לומר גם כאן בפ"נ שמסתמא נעשה כדין ומסתמא אמר בפ"נ:

אלא שלפי מה שכתב אח"כ בדעת הרי"ף שחולק על שיטות הנ"ל דלר"א עדי חתימה הוויין במקום עדי מסירה משום דס"ל דבמקום דבעינן עדים אם לא נשמע בפירוש דבריהם ונסמוך על ענין חזקות שמסתמא אומרים כהוגן איכא חסרון בעיקר הגדה וכו' ואם נסמוך על שמסתמא בהכשר נעשה הוא השערה בעלמא בלא ראי' וידיעה, ע"כ. ולפ"ז גם בפ"נ כיון שהוא דין עדות לא נוכל לסמוך על חזקה שמסתמא בהכשר נעשה. ואולי שונה הוא דין בפ"נ דכיון שלא הצריכו חכמים כאן דין עדות גמורה בשני עדים נוכל לסמוך גם על חזקה שמסתמא בהכשר נעשה:

מיהו עיקר דבריו בעדי מסירה אינם מובנים דהא עדי מסירה לא בעינן שיודע על ידם מעשה הגירושין ולא בעינן עדי מסירה רק לקיום וכיון שע"י חזקה של ודאי דהכשר נעשה אנו יודעים שנמסר בעדי מסירה אמאי לא יועיל וכמו בכ"מ דאמרינן שמסתמא בהכשר נעשה ומועיל כ"כ כאן. ויוצא לנו לפ"ז שגם בשליח המביא גט ממדינת הים אם יבוא הבעל ויערער נוכל לסמוך על החזקה שמסתמא בהכשר נעשה:

אבל מ"מ נראה דכאן לא שייך לומר חזקה זו דכיון שאנו חוששים לזיוף וממילא לא ראה השליח את החתימה וא"כ אפשר שמשום הכי לא אמר ודוקא במקום שאנו יודעים

שהדבר אמת שייך לומר שכיון שהדבר נעשה להיות כדין מסתמא נעשה בהכשר וכדין. ולפום ריהטא צ"ע כיון שאנו חושדין לשליח שהביא גט מזויף והבעל לא שלחו א"כ איך נוכל לסמוך על אמירתו בפ"נ משום דלא מרע נפשי' ומידק דייק מאי אולמי' דאמירה מהבאת הגט והוא יודע שהוא מזוייף אם מרע נפשי' בהבאת הגט ירע נפשי' גם באמירת בפ"נ ויעיד שקר, ואולי מה שנעשה בב"ד חמיר לי' טפי:

ובדבר השאלה אם יערער הבעל איך יבורר הדבר שהרי השומעים מן השליח לא יוכלו להעיד דהוי עד מפי עד והשליח עצמו ג"כ אינו נאמן אח"כ דהוי כחד שלא בשעת גירושין נראה דכיון דהוחזק הדבר דהשליח אמר בפ"נ דהג' מפקי לקלא ואם יאמר הבעל שהגט מזויף אין זה ערעור שהרי אינו מערער על מה שהוחזק אצלנו ואם יערער שלא אמר השליח בפ"נ אין זה בכלל ערעור שהרי ערעור זה לא שייך אל הבעל וכי עליו לדעת אם אמר בפ"נ או לא ואין זה ענינו של הבעל ואין על הבעל לערער כ"א על נתינת כחו כגון מזויף לומר שלא נתן כמו בזה אבל כגון דא שיאמר שלא אמר השליח בפ"נ אין זה בכלל ערעור. ולפי זה יוצא לנו ענין חדש שאין צריכים להנפק גבי אמירת השליח בפ"נ דבלא זה לא יוכל הבעל לערער:

ב

בגמ' גיטין (ג' ע"א) בתוס' ד"ה ורבנן הוא דאצריך כתבו דבשני יוסף בן שמעון צריכים ע"מ שידעו שעשאו הבעל שליח וכתב רע"א ז"ל לא ידעתי מאין פסיקא להו זה וכו' דכמו שאין צריכים לידע גבי שני גיטין שנתערבו באיזה גט מתגרשת זאת ה"נ אין צריכים שידעו שהוא שליח הבעל והם רק עדים שהאיש הזה מסר גט לאשה ואומר שהבעל שלחו ואין עליהם לחקור הדין אם נאמן השליח ע"ז דזהו מוטל על הב"ד לחוד וכמו בשליח קבלה דאין צריכים העדי מסירה לידע שהוא שלוחה רק שהיא מבררת אח"כ בב"ד שעשאתו שליח קבלה והרי משנה ערוכה דהאשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה ב' שיאמרו בפנינו אמרה וב' שיאמרו בפנינו קבל. הרי לן דהע"מ אינם צריכים שידעו מהאמירה וכו' ה"נ כאן בשני יוסף בן שמעון, עכת"ד. והנה קושייתו מב' גיטין שנתערבו לכאורה אין הנדון דומה דשם הרי יודעים הע"מ שמתגרשת עכשיו, ואם שאינם יודעים באיזה גט, אבל מ"מ רואים את החלות, אבל בשני יוסף בן שמעון אינם יודעים כלל אם כאן יש חלות גירושין כיון שאפשר שאינו שליח של הבעל:

גם מה שהביא הגרע"א ראי' דלא בעינן שידעו הע"מ שעשאו הבעל או שעשאתו האשה שליח מהמשנה דשנים אומרים בפנינו אמרה ושנים שיאמרו בפנינו קבל, לכאורה הדברים צריכים באור דהא אפשר שהע"מ יודעים שנעשה שליח לקבלה ע"י העדי

אמירה שהעידו לפניהם והילכך יכולים להיות עדי גירושין, ומ"מ להעיד בפני ב"ד אינם יכולים הע"מ על המינוי משום דהוי עד מפי עד, וליכא לפ"ז ראי' מן המשנה כלל לזה: **והנה** אם היו שומעים מפי עדי האמירה שלא בב"ד אין זה כלום דהגדה שלא בב"ד לא הוי הגדה אבל מ"מ הא אפשר לאוקמי ששמעו שהעידו בב"ד וביחוד יקשה לדברי הנו"ב דס"ל דכל מסירת גט צריך ב"ד בודאי אפשר לאוקמי ששמעו הע"מ שהעידו העדי אמירה בב"ד על מינוי השליח, ויכולים להיות ע"מ מפני שיודעים שעשאו הבעל שליח: **והי'** אפשר להסביר דברי הרע"א דאם נסבור כדברי התוס' דצריך שידעו הע"מ שעשאו הבעל שליח א"כ לפ"ז צריכים העדים להיות עדי קיום החלות ולא סגי מה שיהיו עדי הפעולה. והנה זה כלל מונח בדברי האחרונים שענין עדי קיום הוא עדות במה שיכולים לברר אח"כ את הדבר כשיוצרך בזה מתהוה הקיום ואם הוא באופן כזה שאינם יכולים לברר את הדבר אין נעשים עדי קיום. ולפ"ז כיון שהעדי קבלה אינם יכולים להעיד ולברר את חלות הגירושין איך יוכלו להעשות עדי קיום החלות. דבשלמא אם הוה סגי בדין ע"מ שיהיו עדים על פעולת המסירה הי' מהני כיון שזה יוכלו להעיד אבל קיום החלות כיון שאינם יכולים להעיד ע"ז בב"ד ואינם יכולים לבררו איך יוכל להעשות ע"ז עדי קיום, וע"כ מוכרחים אנו לומר שאין צריך כלל שיהיו ע"מ יודעים אם עשאו הבעל שליח ואינם כלל עדים ע"ז. אבל מ"מ נראה ליישב דברי התוס' דהנה מה שאנו צריכים בדבר שבערוה או בדבר שבממון לשני עדים הוא רק בדין ב"ד שאין ב"ד מחייבים או פוטרים מתירים ואוסרים עד שיקבלו עדות של שנים אבל לגבי ידיעת האדם אם בא אחד ומספר לנו דבר אנו מחזיקים דבריו לדברי אמת ומחזיקים כך את הדבר, דרק בעכו"ם אנו צריכים שיהא מסיח לפי תומו ואין אנו צריכים בזה לגדר של עדות שנים. וראי' לזה נראה מדברי הרמב"ם שכתב דין מחודש שאף שאין ע"א נאמן למלקות מ"מ אם העיד ע"א לאיסור שנאמן לזה, הוחזק הדבר שהוא כן ע"י הע"א ואם עבר ע"ז האיסור לוקה אח"כ ע"י החזקה ע"י הע"א. והי' אפשר לחקור בזה אם זו החזקה מוחזקת לנו מפני שהע"א הי' נאמן מצד הדין, או אפשר שאין זו החזקה מכח הדין נאמנות אבל מכח המציאות, שכיון שאחד אמר שהדבר כן נעשה הדבר מוחזק אצל בני אדם ולוקה על זו החזקה. והנראה בזה ששני הצדדין הם מחזיקים, בין שהוא נאמן מכח הדין ובין שהוא רק במציאות אצל בני אדם ושלא מדין נאמנות:

ובזה יתיישבו היטב דברי התוס' שאף התוס' לא סברי שצריכים להיות העדים עדי החלות, ורק שצריכים להיות עדי פעולת הגירושין ולדעת שהיא פעולה גמורה, עד שמצד פעולתה יכולה לחול, ולידיעה וראי' זו מספיק לנו מה שיודעים ע"י אמירתו של

שליח, שליח אני, שהרי נאמן הוא אצל בני אדם, ודברי השליח מקובלים הם אצלם לידיעה גמורה. וראי' לזה שהרי אם בא אדם ואומר לנו דבר, אף שמכח הדין אין לנו להאמין בדבריו מ"מ נעשה מוחזק אצלנו ע"י זה ונעשה הדבר ידוע לנו גם מכח הדין, ומי האמין לו בפעם הראשון, וע"כ צריכים אנו לומר, שמלבד שורת הדין שלא האמינו ב"ד לדבריו, התקבלו דבריו אצל כל העולם והוחזקו שהם כן וע"י זה מתחייב אח"כ גם בדין. והילכך לגבי ידיעת פעולת הגירושין תספיק לנו ידיעה כזו שאמר שליח אני. ולזה מקשים התוס' כיון דלא תנן במתני' שצריך השליח לומר, שליח של יוסף בן שמעון פלוני אני, א"כ אף ידיעה מפי השליח אינם יודעים שעשאו בעל אשה זו שליח. וזה שלא כדברי המפרשים בדברי התוס' שצריכים עדי מסירה שידעו וכאן אינם יודעים מפני שבזה אינו נאמן השליח, שלפ"ד אין אנו צריכים בזה לנאמנותו, ורק לידיעת הדברים מפיו אנו צריכים. אבל העיקר, מפני שלא הוזכר במתני' שיאמר זה:

ובתורת גיטין מסיק בביאור דברי התוס' דלחשש זה שמא יב"ש אחר הוא שמסר לו דהוא חשש דאורייתא ודאי דאין השליח נאמן. ולכאורה לפ"ד שאף בלי נאמנות מן הדין ג"כ הויא ידיעה כיון שמקובל הוא אצל השומעים א"כ לפ"ד התו"ג שהשליח אמר שהוא שלוחו של יוסף בן שמעון זה הלא יודעים העדים ידיעה מספקת שעשאו הבעל שליח:

והנראה בזה שאין ידיעה כזו מספקת כ"א במקום שאין דנים בזה משורת הדין ואין הדין פוסק להיפך, אבל כשיש כאן גם חקירה בדין ואנו צריכים לפסוק להיפך מהמקובל אצלנו וממה שאנו מחזיקים בטלה חזקתנו ולא נוכל להחזיק כפי הנראה לנו, והילכך גבי בפ"נ שהוא ענין של קיום ב"ד ובדין ב"ד אין השליח נאמן כמ"ש התו"ג הילכך גם אצלנו אין דברי השליח מקובלים והוי כמו שלא ידעו העדים, שהרי ב"ד פסקו שאינו נאמן, אבל גבי התקבל לי גיטי דלא איירי בחו"ל ואין הדבר נגמר ע"פ ב"ד וכשמקבל ע"פ ע"מ עדיין אין צריך לדון עליו ואין לנו דין בזה שלא להאמינו ובעדים הלא מאמינים לו הוי שפיר כמו שידעו העדים שעשאתו האשה שליח:

וע"פ דברים אלו יש לבאר דברי הש"ש ו' פ' י"א שכתב לבאר דברי הרמב"ם באמר כהן אני אינו נאמן להעלות אותו לכהונה ואם נטמא או נשא פסולה לוקה אבל היא אינה לוקה וע"כ איירי בהוחזק ל' יום ואמאי אינו לוקה ומ"ש מהוחזקו שניהם לאיש ואשה. ותירץ לחלק דבהוחזקו לאיש ואשה שאמר זו אשתי סוקלין על ידו משום דהוחזקו לכל העולם אבל באמר כהן אני כיון שלא הוחזקו לכל העולם שהרי לא האמינתו ורק דשוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא אינו לוקה רק הוא ע"כ. ובשערי יושר נתקשה בדבריו הרבה, ולפ"ד יבואר דהנה באמר זאת אשתי מן הדין ג"כ ודאי דאינו נאמן שהרי אין

בדבר שבערוה פחות מבשנים אלא כיון שאמר זאת אשתי נתקבלו דבריו אצלנו שלא מן הדין והוחזק ע"י זה לאיש ואשה מה שאינו נוגע לדין אל מה שנוגע גם לדין. אבל באמר כהן אני שאין הדבר נוגע אלא לדין כיון שנפסק הדין שלא להאמינו לא שייך לומר שיוחזק לכהן ע"י מה שנתקבלו דבריו אצלנו כיון שנפסק הדין שלא להאמינו אין דבריו מתקבלים אצלנו. ורק לגבי נפשי' כיון שנפסק הדין להאמינו לגבי נפשי' לפי מה שביאר הקצוה"ח, שחתיכה דאיסורא היא מטעם נאמנות ולא מטעם נדר, וכיון שהדין מאמינו בזה נעשה מוחזק לגבי נפשי' ע"י זה שאנו מאמינים לו בזה:

ונ"ל לבאר דברי התוס' יבמות (מ"ז ע"א) ד"ה במוחזק לך שכתבו שמי שאמר ישראל אני ולא הכרנוהו עד עתה יש לו כל דיני ישראל. וגם בלא סברת רוב רצו התוס' לומר כן. וכאן לא שייך לומר שע"י נאמנותו נעשה מוחזק בזה שהרי כיון שאנו מספקים אותו בעכו"ם לא שייך להאמינו שאין נאמנות לעכו"ם, אלא ע"כ שכיון שבא ואמר ישראל אני מקובלים דבריו שלא מדין נאמנות אלא מצד נאמנותו אצל בני אדם וממילא נעשה מוחזק ע"י זה ויש לו כל דיני ישראל ע"י זה. וזה נ"ל גם בבאור דברי ההפלאה שכתב ליישב קושיית התוס' כתובות סוף פ"ק על מה שאמרו רוב ישראל ישראל והא אין הולכים בממון אחר הרוב וכתב בהפלאה לתרץ שכיון שנאמן לכל הדינים נחשב ישראל גם לזה, ע"כ. והנה אם נפרש הדברים כפשוטן שכיון שנאמן לזה נאמן גם לממון שא"א לנו לחלק יקשה ע"ז מדברי התוס' בכורות גבי בכור שמצד רוב נחשב השה לבכור ליקדש בגיזה ועבודה ומ"מ אינו נותן לכהן משום דאין הולכים בממון אחר הרוב ושם בודאי תלוי זה בזה ומ"מ מחלקינן הדינים וכ"ש כאן שנוכל לומר שלגבי זה הוי ישראל ולגבי ממון שיהי' ספק. וע"כ צ"ל בדעת ההפלאה משום דהוי מוחזק, וגם ע"ז יקשה כיון שאנו דנים על כל הדינים יחד לא שייך לומר הוחזק כיון שבתחלת ספקתנו דננו ע"ז שאינו ישראל לגבי ממון וכמו גבי בכור דלא מחזיקינן לבכור לגבי ממון וצ"ל משום דבתחילת מציאתנו את התנוק לא באנו בזה מדין רוב כ"א לפי המקובל במציאות אצל בני אדם וע"י זה הוחזק עד שלא באנו לחקור שום דין, ומזה ראי' שגם ע"פ המציאות אצל בני אדם אמרינן שהוחזק:

וכן יש להביא ראי' ממקור דין הרמב"ם מהירושלמי קדושין דילפינן דין חזקה ממכה אביו ואמו דהורגים אותו ע"פ חזקה דאביו הוא, והירושלמי ע"כ לא ס"ל דמטעם רוב הוא דאי ס"ל דהוא מטעם רוב א"כ אין ראי' לחזקה (והי' אפשר לומר טעם הירושלמי דלא ס"ל רוב בזה משום דכיון דמסקינן בגמרין לדחות האוקימתא דחבושין בבית האסורים משום דאין אפוטרופוס לעריות, ואית לי' להירושלמי דמטעם זה גם רוב אין כאן וכיון

דאין כאן רוב איך הוחזק לאביו, אלא ודאי דאמרינן הוחזק מפי המציאות אצל ב"א אף שלא מן הדין:

ובעיקר דברי הגרע"א שרצה להעמיס בדברי התוס' דאית להו שעדי קיום צריכים להיות בכ"מ עדי החלות יש לשאול מדברי התוס' גבי נפאתא וכתבו תפאתא שחקרו באם יש ספק אם נעשה כתקון הגט אם מיקרי עשו שליחותן אלמא דחל הגט ע"פ ספק והא לא הוין עדי החלות והתוס' הא ס"ל דדוקא עדי מסירה בעינן. וכן יש לעיין מסוגיית הגמ' דשמא במי מלין כתבו אלמא שחל הגט ע"פ ספק ואמאי הא לא ידעו את החלות ולא יוכלו להעיד על החלות וע"כ דלא צריכים רק להעיד על פעולת הגירושין אם יודעים רק שהוא המגרש והיא המתגרשת. וצ"ע:

סימן יב

הרשב"א הקשה על דעת הרמב"ם שסובר דהאשה שהגט יוצא מתחת ידה אין חוששים ומחזיקים אותה במגורשת ואע"פ שאין הגט מקוים ונראה שדקדק זה מכאן שאמרו מכי מטא גיטא לידה איגרשא לה ואינה צריכה לומר בפ"נ ובפ"נ שתקנו במקום קיום, וזה תימה שהרי שנינו בכתובות (כ"ב א') אשה שאמרה אשת איש הייתי וגרושה אני נאמנת ואם יש עדים שהיתה אשת איש אינה נאמנת, אלא מה שאמרו מכי מטי גיטא לידה איגרשא לה לאו למימרא דכל שהגט יוצא מתחת ידו אין חוששין לו ואפי' בלא קיום אלא לפי ששנינו האשה עצמה מביאה גיטה ואינה מגורשת עד שתביא גיטה ותאמר בפ"נ ובפ"נ, ולפיכך הקשו וכי אין האשה מתגרשת אלא בשבאת לב"ד ותאמר בפ"נ ובפ"נ והלא מכי נתנו לה הבעל נתגרשה עכ"ד. וכתב הכסף משנה פ"ז מה' גירושין הלכה כ"ג על זה ואיני רואה מקום לתמיהא זו דהתם איכא למימר דמיירי בשאין הגט יוצא מתחת ידה ע"כ. ועוד הקשו דהא הרמב"ם גופי' הביא האי דינא בה' גירושין פ' י"ב וכתב דדוקא באין גט יוצא מתחת ידה אבל בגט יוצא מתחת ידה נאמנת אף באינו מקוים. ע"כ. הנה במה שנסתפק הראב"ד בכונת דברי הרמב"ם, אם כונתו דלא בעי לומר בפ"נ משום דלא חיישינן לערעור הבעל, או משום דלא בעי קיום כלל אף אם יערער הבעל, משום דאשה עצמה נאמנת על פי דבורה. נראה שהרשב"א פשיטא לי' דכונת הרמב"ם הוא דלא בעי קיום כלל, ולזה מקשה ממשנה דכתובות, דהא חזינן משם דאינה נאמנת אשה להתיר עצמה מאיסורה על ידי דבורה בלבד, והנה בדברי הרמב"ם פ"ז מה' גירושין מבואר שכל מה שהיא בחזקת מגורשת הוא רק עד שיערער הבעל וזה לשון הרמב"ם אבל אם לא התנה עליה ולא נתן לה גיטה והרי הגט יוצא מתחת ידה אינה צריכה לומר כלום והרי היא בחזקת מגורשת וכו' ואין חוששין שמא ימצא מזויף כמו

שנעמיד הגט בחזקת כשר כשיביא אותו השליח (המביאו בארץ ישראל מגיד משנה) עד שיערער הבעל או עד שיביא ראיה שהוא מזויף או בטל שאם נחוש בדברים אלו וכיוצא בהן היה לנו לחוש לגט שיתן הבעל בפנינו שמא בטלם ואח"כ נתנו או שמא עדים פסולין חתמו בו והרי הוא כמזויף או שמא שלא לשמו נכתב, וכשם שאון חוששין לזה וכיוצא בו אלא נעמידנו על חזקתו עד שיודע שהוא בטל כך לא נחוש לא לשליח ולא לאשה עצמה שהגט יוצא מתחת ידה שאין דיני האיסורין כדיני ממונות ע"כ. והנה דברי הרמב"ם צריכים באור במה שכתב שאין דיני האיסורין כדיני ממונות, ולמה לא נחשוש בהם שמא יערער. והנה התוס' כתבו על מה דתנן במתניתין שאם יש עליו עוררין יתקיים בחותמיו, אבל כל זמן שלא יערער הבעל אנן לא טענינן ליה דמשום עגונא אקילו בה רבנן. ויש להבין בעצם ענין טענינן, מתי טענינן ליתומים וללקוחות שלא בפניו, אם דוקא כשטוענין הם שמא, שמן הדין אין לשמא דין טענה, וחדשו חכמים דטענינן להו ועושים השמא כברי, ועל ידי זה יש לזה דין טענה, או אף בלא שמא דידהו טענינן, דבית דין בעצמם נעשים טוענים ובע"ד. ואם היינו תופסים הצד הראשון לא היה אפשר לטעון גבי גט, דכשאין הבעל לפנינו מי טוען שמא, ומוכח מדברי תוס' אלו, דאף בלא שמא דידהו טענינן להו, מיהו מלשון הר"ן נראה דטענינן רק כשהם טוענים שמא. ועוד תמוהים דברי התוס' דעצם ענין טענינן אינו אלא ענין של טענה דתקנו חכמים לעשות בזה דין טענה, והלא דין טענה אינו אלא בתביעת ממון ודין ודברים, אבל גבי גט דאין זה אלא ענין של איסור, מה שייך בזה דין טענה, ומי הוא הבעלים לטעון, ומה שייך כאן דין טענה, ואין זה אלא ענין של חששא וספק, ומה זה שמדמים התוס' לטענינן שבשאר שטרות. ותמוה מאד. ונראה שזו היא כונת הרמב"ם לומר שאין דיני האיסורין כדיני ממונות, רצה בזה שאין באיסורין דין טענה, וכל עיקר שאנו חוששין לזיוף, אין זה אלא מדין טענה. והנה לפירוש הראב"ד בדעת הרמב"ם שכונתו שאין האשה נאמנת לגמרי אלא שאין אנו חוששים לערעור, יוצא מדברי הרמב"ם שאין דין טענינן גבי גט, ולפירוש הרשב"א שנאמנת האשה לגמרי ואף אם יערער לא מהני, יוצא מדברי הרמב"ם שאין דין טענה בגט, ואף אם יערער הבעל, אין דבריו נקראים טענה, ולזה אין דבריו מתקבלים, שבכל מקום מקבלים דבריו מחמת דין טענה, אבל כיון שגבי גט אין דין טענה, אין מקבלים דבריו, אבל מ"מ דעת תוס' תמוה:

ונראה ע"פ מה שכתבו הראשונים הובא בשו"ע חו"מ סי' ט"ז סעיף ד' האומר לחבירו שטר שבידך זכות יש לי בו וכו' ואם טען זה שבודאי שהוא יודע שהשטר שיש לו זכות בו הוא אצלו הרי זה נשבע היסת שאינו אצלו ע"כ. ופי' הסמ"ע דהיינו כשאומר כן לאיש

אחר שאינו תובע שלו ע"כ. ויש להבין דמה ענין היסת יש כאן, דהרי אין כאן עליו שום תביעת ממון, ובבאור הגר"א כתב במקור ויסוד דין זה משום דיש כאן טענה וכפירה, ותמוה לכאורה, דהלא אין כאן טענת וכפירת ממון, ומה זה ענין לכל טענה וכפירה שבכל מקום דמחייב היסת, ומוכרחים אנו להוציא יסוד זה שעצם טענת שטר יש לו דין טענת ממון, שענין של שטר הוא בעצמו ענין של ממון, שלא מטעם החוב בנגבה על ידו, וכל שכן שלא מטעם שווי הנייר, אלא מטעם השטר בעצמו, דמיקרי חפץ שמחייבים שבועה על זה. ולפי זה יתפרשו גם דברי התוס' כן, שאף מטעם עצם התביעה אין כאן גבי גט משום דאין כאן ענין של ממון כי אם ענין של איסור והיתר דלא שייך שם טענה, אבל מ"מ שייך כאן דין טענה על עצם הוצאת השטר, שמה שהיא מוציאה את גיטה הוי כמוציאה שטר עליו, דבזה יש לו דין טענה עליה על הוצאתו את שטרו, ובזה שייך דין טענה ודין טענינן:

ועפ"ז יש להשיג על דברי קצוה"ח סי' שפ"ו שבא לתרץ קושיית התוס' פ' הפרה על הא דאמרינן בגמ' דחמור דבור לר' יהודה קשיא והקשה הר' משה דנימא דבא הכתוב למעט שטרות שנפלו לבור ותירצו דדינא דגרמי אינו אלא מדרבנן ע"כ, והקשה דיקשה עדיין לדעת הרמב"ן דסובר דדינא דגרמי מדאורייתא ותירץ ע"פ דברי התוס' במרובה דדינא דגרמי אינו אלא במקום דראוי לכל העולם כגון במחיצת הכרם ובשטרות דראוי למכור ולגבות לכל העולם אבל שור הנסקל אינו ראוי אלא לשומר. ולפ"ז לדעת הרמב"ם דסובר דמכירת שטרות אינו אלא מדרבנן, נמצא שמדאורייתא גם שטרות אינן ראויין כי אם לו ולא שייך עלייהו דין דגרמי, ולא איצטריך תו למעוטי מקרא עכ"ד, והנה גם בפשטות נראה שאין כונת דברי התוס' בעיקרן משום דראוי למכור, אלא כונתם לחלק, דדוקא גבי שטרות שבאמת ראוי הוא לבעליו, וכל אחד מכל העולם שיש לו שטר יש לו בעלות בשטר שם מיקרי דין דגרמי, אבל גבי שור הנסקל בעצם אין לו דין בעלות, אלא שיש לו עצה להפטר מממון אין זה דינא דגרמי, ומה שהוסיפו בתוס' תיבת למכור, היינו משום דס"ל דקושטא דמילתא הכי הוא. וא"כ אף אם אין מכירת שטרות מדאורייתא ג"כ אתי שפיר תרוצם. אבל לפי דברינו עכשיו נראה התרוץ פשוט יותר, דהא השטר מלבד דין גביה שיש בו, שטר מצד עצמו דין חפץ עליו ממש, וכשמזיק את השטר הוי כמזיק חפץ, אלא שחפץ זה אינו ניזק בידים ממש, אבל מ"מ דין חפץ עליו, והלכך הוי שפיר דין דגרמי, אבל גבי שור הנסקל אין שום דין חפץ עליו. ועל פי זה יש לעיין עוד במה שאמרו בגמ' (דף ג') ולרבא ליבעי תרי מידי דהוי אקיום שטרות דעלמא ומשני עד אחד נאמן באיסורין, והנה לפי מה שנתבאר שהשטר יש לו דין תביעה בפני עצמה,

מבלעדי העינים הנשאין ונתנים בו, אלא מצד עצמו יש לו דינא, אם כן אף שהשטר הוא ע"ד דיני או"ה, מ"מ השטר עצמו הלא יש לו דיניו, ומצד השטר שאין לו ענין עם מה שנישא וניתן בו, היה צריך לשני עדים לקיימו שהלא יש לו דין לא פחות משאר עניני ממון הצריכים שני עדים, וגם מלבד זה גם כן יש להקשות, דכיון שהמקשה סובר דצריך קיום בית דין, ובקיום ב"ד הלא ב"ד הם המקיימים ולא העדים, ובית דין הלא אינם מקיימים כי אם בשמעם מפי עדים כשרים כשהם בשנים, אם כן מה זה שתירץ בגמ' עד אחד נאמן באיסורים, מ"מ הלא מצד השטר מצד עצמו, הלא אנו צריכים לשני עדים, ומה יקל לנו מה שנישא וניתן בו דבר קל יותר, שאפשר להאמין בעד אחד, כיון שמצד השטר יש לו דין כזה שצריך לשני עדים, חדא שהשטר בעצמו יש לו דין כמו תביעת ממון, ועוד שצריך לקיום ב"ד, ובית דין אינם יכולים לקיים בעד אחד כו אם בשני עדים, דבעד אחד אין זו קבלת ב"ד. והראיה לזה שהש"ך כתב בסי' קכ"ז שבדינים שעד אחד נאמן באיסורין לא אמרינן שם דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים דזה לא נאמר אלא במקום שמן הדין היה צריך לשנים ושלשה בכמות אלה, אלא שהתורה הקילה, אז אמרינן שהאחד יש לו כח השנים, אבל באיסורין מה שאחד נאמן, אין זה מטעם שנתנה לו התורה כח יותר, אלא שדי בנאמנות כזו, ובודאי שאין שום שם של עדות על זה, ולא שייך לעשות קבלת ב"ד מזה. ומחמת דוחק הקושיות היה נראה, שכשבעי הגמ' לתרץ דעד אחד נאמן באיסורין, חזרה הגמ' מסברת המקשה דמטעם קיום שטרות קאתינן, אלא דיסבור הגמ' השתא דלו דיהא על השטר ערעור, מ"מ נקיים את הדבר מטעם נאמנות על המעשה בעצמו, ואחר כן כשאתי עלה מטעם ר"ל דעצם החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, חזר הגמ' שוב לסברת המקשה דמטעם קיום הוא. והנה הרמב"ם אף שסובר גם הוא שחייב שבועת היסת על תביעת הראות הזכות שבשטר כמו שהובא בב"י סוף סי' ס', מ"מ צריך לומר שיחלק בדין טענה לשבועת היסת, ובדין טענה לנדון דידן ועדיין צ"ע, ובר"ן כתב ג"כ להקשות על דברי התוס' שרצו לומר שיהא גבי גט דין טענינן וכתב ע"ז דממתניתין ליכא למיגמר לפי שאין אשה זו ממונו של בעל אלא ברשות עצמה הוא להנשא ואנן לא מנעינן לה ע"כ, ודבריו צריכים באור, ונראה שזו היא כונתו כמו שהקשינו, דאין זה אלא ענין של איסור והיתר, דאין הבעל, אף אם מערער על הגט, בא מכח תביעת ממון, דאין כאן תביעת ממון, אלא ערעור של איסור והיתר, ואין שייך לזה דין טענה, ולא שייך תקנת טענינן. שאין זה אלא ענין של טענה דשייך רק גבי ממון:

ויש עוד לפרש דברי התוס' באופן אחר, שחולקים עם הרמב"ם ור"ן בעצם יסוד דין טענינן מה הוא, אם הוי ענין של טענה, או תקנת ב"ד שלא יצא דבר מעוות, וזה שייך בין גבי ממון ובין גבי איסור והיתר, והנה בחו"מ סי' קנ"ה סעיף כ"ד גבי מרחיקין השובך מן העיר חמשים אמה, ואם לקח הרי הוא בחזקתו דטוענים ללוקח כתב הט"ז שנראה לו דאין טוענים ללוקח אלא במקום שאם היה כאן המוכר היה נוטל בטענת לקחתיה בלבד, אבל במקום שגם המוכר היה צריך להביא ראיה דוקא, ולא היה נאמן בטענה בלבד, אין טוענים גם ללוקח, ע"כ, והדבר פשוט בסברא, דכיון דאתינן עלה מטעם טוענים ללוקח ואין זה אלא דין טענה, אם כן במקום שאין טענה מועלת אם כן מה יתרון שנטעון בשביל הלוקח, הלא אין די בטענה בלבד לפסוק הדין לזכותו. ומסקנת דברי הט"ז דזה שלא כדברי הסמ"ע שכתב אף בגורן ובורסקי טוענים ללוקח, אף דקיי"ל דאין חזקה לנזקין, ואילו היה המוכר כאן לא היה זוכה בדין בטענתו, מ"מ כיון שאלו היה המוכר מביא ראיה היה זוכה, טענינן ללוקח וזוכה כמו שהיה המוכר מביא ראיה. ונראה מדברי הסמ"ע שאין דין טוענים ללוקח בא מכח דין טענה, שהרי אף במקום שאין טענה מועלת גם כן טוענים ללוקח, אלא על כרחנו צריכים לומר, שזו היא תקנה מיוחדת להפוך בזכות מי שאינו בפנינו כל מה שיכולים ולשמור שלא יצא הדבר מעוות, וכיון שזו היא תקנת טוענים ללוקח וטוענים ליורשים, אם כן אף בעניני איסור והיתר ובשאר דינים שאינם של ממון, ג"כ נטעון שלא יצא דבר מעוות, ונוכל לטעון גם גבי גט ועדיין הדבר צריך תלמוד:

סימן יג

הקשה בחדושי רע"א (ג' ע"ב) אהא דבעי בגמ' אי לר"מ חתימה בעי כתיבה לא בעי, והקשה דלמא רבה סבר כשמואל דכתב סופר ועד כשר וע"כ משום דמסתמא הסופר כותב ג"כ בתורת עד וא"כ ממילא בכל גיטין ישנו ג' עדים הסופר וב' עדים, וא"כ אף דהכתיבה לא בעי לשמה מ"מ חיישינן דהסופר כוון עצמו ג"כ לעד והוי חתימה שלא לשמה, והא ל"ל כיון דהסופר יודע דלכתחילה כתב סופר ועד פסול ויצטרך הבעל לחתום ב' עדים ממילא אינו מתכוין להעיד בתורת עד, דזהו טעות דא"כ אמאי הדין דכתב סופר ועד בדיעבד הולד כשר הא מכח הדין דלכתחילה לא תנשא הסופר לא יכוין לעד וממילא ליכא כאן רק ע"א, אע"כ דמ"מ אמרינן דהסופר כוון להעיד או דממילא הוי עד דכתיבתו הוי עדות ממילא א"כ ממילא בעי שיהא כתיבתו לשמה לא מהדין כתיבה אלא מדין חתימה לשמה וכו', ומהכרח קושיא זו נלע"ד באם יש הרבה עדים חתומים וקצתם חתמו שלא לשמה דהגט כשר ע"י אינך חתימות דחתמו לשמה דבפסול

זה שלא לשמה אין הפסול מתפשט על כל העדים ואינו דומה לנמצא אחד מהן קרוב או פסול דהתם הפסול בגופו דעד דלא חזי להעיד, ומשו"ה שפיר פריך הש"ס כיון דב' עדים חתומים והוא אומר בפ"נ אף אם כתיבת הסופר נדון כחתימה ולא הוי לשמה מ"מ כשר מכח אינך חתימות העדים שלשמה חתמו, ע"כ. והנה מה שדחה הוא בעצמו את החילוק שרצה לחלק בין אם יש בהשטר עם הכתב סופר רק ע"א, ובין אם יש בהשטר שני עדים, נראה דהדבר מתחלק שפיר מטעם אחר, ולא מיבעיא להנך שיטות דבחתימת העדים דבעינן לשמה, בעינן גם דין שליחות, שיבואו מכח הבעל ובשליחותו ככל דין שליחות דעלמא, א"כ יקשה דבכתב סופר, הלא לא שלחו הבעל לחתום, ואיך תוכל להחשב כתיבתו לחתימה, שהלא לא שלחו להיות לו דין זה, וע"כ צריכים אנו לומר, שכיון ששטר צריך שיהיו שני עדים עליו, והוא לא החתים אלא עד אחד, בודאי היתה כוונתו שיחשב הסופר לעד, כדין כל שטר שאנו אומרים דמסתמא בהכשר נעשה, וכמו החזקה שאין עדים חותמים אלא א"כ נעשה בגדול, אבל כשחותמים על השטר שני עדים, א"כ אין השטר צריך לכתב סופר שיחשב לעד, א"כ ודאי שאינו נחשב לעד, שאף אם הוא יכוון להיות עד, אבל הבעל הלא לא שלחו לזה, ואף להנך שיטות דסברי דלא בעינן דין שליחות בחתימת העדים כ"א צווי הבעל בעלמא, ובלא צווי הבעל לא מיחשב לשמה, ודאי יקשה ג"כ דלהיות הסופר עד, הלא לא צוה הבעל, ואיך תחשב חתימתו חתימה להיות לשמה, ואף שצוהו לכתוב, אבל הלא לא צוהו לחתום, אלא ע"כ דכשלא החתים רק עד אחד, ודאי כוון הבעל היודע שצריך שני עדים, שיחשב הסופר לעד, אבל בשחתמו שני עדים מלבד הסופר, לא כוון עליו הבעל שיחשב לעד, ואין כתיבתו נחשבת רק ככתיבה ולא כחתימה. וביתר באור. שהלא לכל הדעות בעינן שתהא חתימת העדים מדעת המתחייב, ואם חתמו שלא מדעת המתחייב, אין חתימתם כלום, א"כ בכתב סופר הלא לא היתה דעת בעל השטר שתחשב לחתימה ולא חתם מדעת המתחייב, ובע"כ צריכים אנחנו לחלק בין אם החתים שני עדים, שאז לא היתה דעת בעל השטר להחתים את הסופר לעד, ובין אם לא החתים רק ע"א, שאז היתה דעת המתחייב להחתימו לעד: **ועוד** נראה דאף אם נימא דכתב סופר אף דשלא נתכוין להיות עד אין זה כ"א כשהוא עד כשר, אבל כשהכתב סופר מיחשב לעד פסול, אינו נחשב להצטרף עם הכשרים לפוסלם כשלא נתכוין להיות עד, וכמו דקיי"ל דשיילינן להו לעדים למחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו ואם אומרים לראות באנו אינם מצטרפים לפסול את הכשרים, ואף דנקטינן דעדים כשרים אף שלא כוונו לאסהודי, ג"כ עדים הם. וכמו שנפסק בחו"מ סי' ל"ו, וכמו כן נמי בנדון דידן, אף שהסופר מיחשב שפיר לעד. אף שמעיד בלא כוונה,

מ"מ להצטרף עם הכשרים לפוסלם זה לא אמרינן, כיון שלא כוון להעיד, ולא גרע מה שלא כוון להעיד בשעת הגדה ממה שלא כוון להיות עד בשעת ראיה. ואם כן לא קשה מידי שיחשב כתב סופר שלא לשמה כנמצא אחד מהן קרוב או פסול:

ובתירוצו של הגרע"א דלא אמרינן שנמצא א' מהם קא"פ עדותן בטילה אלא היכא דהפסול בגופו של עד, ולא תירץ בפשטות דפסול שלא לשמה אין זה פסול בעדות, כ"א מדיני הגט. נראה מזה דסובר דאף דלר' אליעזר דסובר דבעינן כתיבה לשמה, אין דין לשמה שייך לדיני עדות, מ"מ לר' מאיר דסובר דלא בעינן כתיבה לשמה, כי אם חתימה לשמה, על כרחך שדין לשמה הוא פסול במעשה החתימה, והיינו בהגדת העדים, שהחתימה והגדת העדים היינו הך, שדין הגדתם על ידי החתימה צריך להיות לשמה, ונמצא שדין לשמה ושלא לשמה הוא פסול בעדותם, ואין זה דומה למחובר ושאר דיני הגט, שבודאי לא נאמר בהם דהוי פסול בעדות, משום דהנך דינים אינם במעשה כתיבת העדים, כי אם בהנייר, ולא שייך לומר שזה פסול בהגדה, אבל שלא לשמה הוא דין באופן הגדתם ע"י חתימה והוי פסול בעדות, ולזה הוכרח הגרע"א לחלק חילוק אחר בין פסול בגוף העד, שהעד המגיד הוא פסול, ובין פסול בהגדת העדות והעד עצמו כשר הוא. אלא שעצם חלוקו נסתר הוא מהא דאמרו בתוס' סנהדרין (מ"א ע"ב) ד"ה כמאן וכו' שאם כוונו עדותן ואמר אחד איני יודע כנמצא א' מהן קא"פ דמי ולכ"ע עדותן בטילה ע"כ. הרי גם שם אין שום פסול בגופו של עד, שהרי העד כשר הוא אלא שהעדות בטילה הוא, אלמא דלא בעינן פסול בגופו של עד לבטל כל העדות, אלא כיון שעדותו של א' בטילה בטלה כל העדות, וא"כ אין מקום לתרוצו:

ונראה ליישב קושייתו באופן אחר, דאילו נמצאו שלשה עדים חתומים בשטר גט וא' מהם שלא לשמה, וכיון ששטר גט צריך להחתם לשמה, ואם נחתם שלא לשמה אין זה שטר גט, ואין השטר נעשה לשטר כלל, שדינו של גט, שאינו מקבל דיני שטר, כי אם כשנעשה ע"י מחשבת לשמה בשעת חתימה, ונמצא שהעד שאינו נחתם לשמה אין עליו דין חתימה בשטר, ואם כן שוב אינו יכול לפסול את השאר עדים החתומים בגט לשמה, שהרי אין לו צירוף מהם כלל, שהם חתומים בשטר והוא אינו חתום בשטר, ואין בזה משום נמצא אחד מהם קרוב או פסול לבטל עדותם, ובזה יש ליישב גם מה שהקשו התוס' במכלתין (דף ד' ע"א) מודה ר' אליעזר במזויף מתוכו שהוא פסול, דבשלמא בחתומים קרובים או פסולים יש לחשוש דילמא אתי למיסמך עלייהו ואף שהמעשה אמת אין לעשות כ"א על פי עדות כשרה, אבל בשחתומים שלא לשמה מאי איכפת לן ע"כ. והנה ידועה הקושיא מ"ט לא פסלינן עדות שבשטר מטעם מפיהם ולא מפי כתבם,

וידועה שיטת הרמב"ן דלא שייך בעדות שבשטר מפי כתבם דכיון דנכתב בנוסח השטר ה"ל כמי שנחקרה עדותן בב"ד ולא שייך מפי כתבם אלא היכא דאינו בתורת שטר, ע"כ. והנה אי בעינן חתימת העדים שתהא לשמה, נמצא אם חותמין שלא לשמה, אין חתימה זו נעשית לחתימת שטר, ואין זה נעשה שטר, כיון ששטר גט צריך להעשות דוקא על ידי מחשבת לשמה, וכיון שאין החתימה נעשית לחתימת שטר, שוב הוי מפי כתבם, שהרי כל עיקר מה דלא הוי מפי כתבם הוא משום שיש להם דין שטר, אבל כשחתמו שלא לשמה שוב לא הוי להם דין שטר ושוב הוי מפי כתבם. אלא דאינו מיושב עדיין דהא לר' אליעזר לא בעינן בחתימה לשמה דהא לדידי' וכתב אכתיבה קאי. אלא דיבואר עפ"י דברי הרשב"א שמפרש דלר"א מזויף מתוכו פסול מדאורייתא, משום דנהי דוכתב אכתיבה קאי, מ"מ כיון שנחתמים הערים גם הם נחשבים לנוסח השטר, ושוב צריכים להכתב לשמה, והתוס' שחולקים על זה וס"ל דלא הוי אלא מדרבנן יש להבין בטעמם ובמה שחולקים על הרשב"א, אי נימא דהתוס' ס"ל דאין חתימת העדים נעשית לעולם כנוסח הגט שיהא על החתימה דין כתיבה, או דנימא דהתוס' ס"ל ג"כ דחתימת העדים נעשית ככתיבה, וצריך מדין שתהא גם החתימה נכתבת לשמה, אלא דר"ל דאף אם לא חתמו לשמה לא נוכל לפסול את הגט מטעם זה, דדל מהכא האי מקצת השטר, דהלא השטר כשר גם אם לא נחתם, ואם כן לא נוכל לפסול השטר מטעם דלא נחתם לשמה, דלא נוכל לפסול רק האי מקצת, והוי שטר בלא הך מקצת, אבל מ"מ הך מקצת ודאי פסול מדאורייתא דלא מיחשב שטר גט, וכיון שכן, הויין חתימות העדים כבלתי כתובות בשטר, וכיון שאין כתובות בשטר, הויא החתימה מפי כתבם, דאין בזה משום מעלת נוסח השטר, דהלא אין בחתימתם עכשיו דין שטר, והתורה אמרה מפיהם ולא מפי כתבם, ונמצא שעדותם פסולה, ושוב איכא לן למיחש דילמא אתי למיסמך עלייהו, כמו שאנו חוששים לפי דעת התוס' על חתימות הקרובים או פסולים דילמא אתי למיסמך עלייהו, והילכך אמרינן דהוי מזויף מתוכו ופסול מדרבנן:

ועוד נראה ליישב קושיית הגרע"א ע"פ מ"ש בחדושי ר"ח הלוי במאי דכתב הרמב"ם דגם בשטר איתא להך דינא דנמצא אחד מהן קרוב או פסול עדותן בטילה הוא רק משום עצם עדותן וראיית המעשה ולא משום הגדתן שבשטר ע"כ. והנה לפ"ז לא שייך להקשות דנימא דמשום חסרון לשמה יהא הדין דנמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותן בטילה, דהא פסול לשמה אינו פסול בראיית העדות כ"א פסול בהגדת העדות, דהלא הראייה אינה צריכה להיות לשמה כ"א ההגדה, וא"כ הלא בהגדת העדות דשטר ליתי' להאי דינא דנמצא אחד מהן קרוב או פסול דעדותן תהא בטילה. ובסברא כזו נדחה נמי מה שכתב

בתומים סי' ל"ח לתרץ הקושיא הידועה על הרמב"ם שכתב דהכחשה והזמה ביחד הויא הכחשה והקשה הגר"ח תאומים מהא דפלוני רבעני לרצוני הוא ואחר מצטרפין להורגו, והלא הוי עשאאי"ל דאם יזימוהו לנרבע עמנו הייתם תהא הכחשה והזמה ביחד ואין זו הזמה. וסוף דבר תירץ שם התומים לפרש דברי הגמ' מאי דפריך רובע יציל ונרבע יציל, שתמהו כל הראשונים מאי פסוליה דנרבע, ופי' הוא דפסוליה דנרבע הוא משום דהוי שאאי"ל ונפסלה כל העדות כמו שכ' התוס' סנהדרין (מ"א) שאם אחד מן העדים א"א להזימו נפסלו כולם משום נמצא אחד מהן קא"פ ע"כ, ודבריו תמוהים מאד דלא נאמרו דברי התוס' אלא כשנמצא אחד מהם קא"פ בשעת הגדה, דאז חדשו בדבריהם דגם זה מיחשב כנמצא אחד מהם קא"פ, אבל כשפריך בגמ' רובע יציל נרבע יציל, דודאי אין זה כ"א פסול בשעת ראייה, מאי שייך שם גריעותא דעדות שאי אתה יכול להזימה, דכל עיקר ראאי"ל, אין זה כ"א פסול בהגדה ולא בעצם העדות. ודברי התומים תמוהים מאד:

סימן יד - רוב וספק

בדברי התוס' ריש המניח שהקשו מה טעם אין הולכין בממון אחר רוב ליתי בק"ו מדיני נפשות כדאמרינן בפ"ק דסנהדרין ור' יאשי' מייתי לי' בק"ו מדיני נפשות וכו' וי"ל דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מעוט דידהו כמי שאינו וליכא למימר התם אוקי ממונא בחזקת מרי' דהא ב"ד מפקי מיני' אבל גבי שאר ממון דאיכא מעוט וחזקה לא אזלינן בתר רובא. ע"כ. והנה כל הספרים נתקשו בהבנת דברי התוס' הללו. והנה יש מפרשים דהמעוט הוא כמי שאינו משום דכשהרוב אומר שהדין כך אז גם המעוט החולק צריך לפסוק כמותו. אלא דזה לא שייך כ"א כשהרוב והמעוט הוא גבי דיינים והם במושב אחד, אבל כשהרוב והמעוט הוא במחלוקת הפוסקים שאז כיון שאינם במושב אחד אין המעוט צריך להודות ואין המעוט מודה להרוב, ומ"מ אזלינן בתר רוב גם בממון אף בענין זה, להרבה פוסקים. ועוד קשה ע"ז מהא דאמרינן ביבמות לחד מ"ד עשו בית שמאי כדבריהם וסבר חד לישנא בגמ' דהיינו אף לאחר בת קול ושאני בית שמאי דמחדדי טפי. נמצא לפי זה שבית שמאי אף שהם אינם אלא מעוט, מ"מ אינם צריכים להודות לבית הלל, אף שהם הרוב, מטעם שהם מחדדי טפי, שהרי עשו בית שמאי כדבריהם, ומ"מ אנן הלא פסקינן כב"ה אף בדיני ממונות, וכמו שמצינו בפ"ד דעדיות משנה ג' וד' גבי שכחה שב"ש אומרים שאינו שכחה וב"ה אומרים שכחה והלכה כב"ה להוציא ממנו ממונו:

ולכאורה אפשר לומר דבמחלוקת הפוסקים וכן במחלוקת בית שמאי ובית הלל, כיון שאין מחלקותם על דבר שלפנינו, ואינם דנים על דבר של ממון עכשיו, ואינם דנים כי

אם על עצם ההלכה, הילכך אין זה בכלל מה שאמרו אין הולכים בממון אחר הרוב, כיון שלא באו במחלקותם להוציא ממון מאדם ידוע, שאין אדם מוחזק לפנינו, שהרי כל עיקר שאין אנו הולכים בממון אחר הרוב, הוא מטעם שאין אנו יכולים להוציא מן המוחזק, אבל כאן שבמקום שאנו דנים אין כאן מוחזק שפיר אזלינן בתר רוב, וא"כ אין כאן ראי' לסתור דברי המפרשים. אלא שראיתי בתומים בקצור תקפו כהן סי' קכ"ג קכ"ד שכתב להיפך וז"ל ואני חשבתי טעם אחר כי אמרינן ליילך בתר רוב ומקרא מלא אחרי רבים להטות היינו כשדנים על המעשה ועל נדון גמור אזי מחוייבים אנחנו לעשות כפי התורה אשר יורונו הרוב ולעשות כהוראתו הן בכל דבר איסור או דברי ריבות הן ד"נ והן ד"מ אבל אם דנים בדינים שלא למעשה הבא לפניהם רק קבעו הלכה לדורות בזו ודאי לא שייך אחרי רבים ורשות ביד ב"ד שלאחריהם לחלוק ולקבוע הלכה כמעוט נגד הרוב כפי דעתם ושיקול סברא כדתנן בעדיות ולמה נשנו דברי היחיד בין המרובים לבטלה שאם יבוא בית דין אחריהם יסמוך עליהם ופירשו הראב"ד והרמב"ם דיש רשות ביד בית דין לקבוע הלכה אפילו כיחיד במקום רבים. ע"כ. ומזה רצה לומר שיכול כל אחד ג"כ לטעון קים לי כיחיד במקום רבים ושקיל וטרי בזה:

והנה בעיקר דבריו כיון שאנו רואים שאנו לומדים מאחרי רבים להטות דגבי דיינים אף לשאר דיני איסור אף שאינם של דיינין וגמרינן מזה אף לגבי דין בטול לבטל האיסור שהוא שונה לגמרי מדין רוב שאצל דיינים, וכתב רש"י בפ"ד דב"מ דידעינן זה מאחרי רבים להטות, וכן גמרינן מדין דיינים לומר בכל מקום דכל דפריש מרובא פריש שהוא מאופן אחר לגמרי, אלמא דגמרינן מאחרי רבים להטות כל אופני רוב בכל מציאות שיהא שם רוב עלי', א"כ למה יגרע אופן זה של רוב הפוסקים, שהרי כיון שגם זה נקרא ספק איך לפסוק ההלכה, ואמאי לא יכריע הרוב את ספק זה, שגם זה נקרא ספק לפנינו איך לפסוק. ומה שכתב להביא ראי' מהא שאמרו ולמה נשנו דברי היחידים בין המרובים לבטלה שאם יבוא ב"ד אחריהם יסמוך עליהם, ומדעת הרמב"ם והראב"ד שכתבו שיכול הב"ד לקבוע הלכה כיחיד, יש לדון על הראיות הללו שאין כאן ראי' כלל, והוא שהדבר מחולק שאם אנו באים לדון רק על פי דעת הפוסקים והספרים אנו חייבים לדון על פי דין רוב כדכתיב אחרי רבים להטות וגם בזה הדין כהרוב, אלא שאנו שומעים דין אחר, שאם הב"ד כחו גדול ורוצה לדון ע"פ דעת עצמו אין הפוסקים שאינם בדור הזה עומדים נגד אותם שהם עכשיו בימים ההם להיות כרוב נגד מעוט, שאין דין רוב אלא או כשכולם עכשיו הם או כשכולם כבר אינם לפנינו, ולזה הוא שנשנו דברי היחידים בין המרובים, כדי שיעלו על דעתם הבית דין שהם עכשיו לפסוק את הדין ע"פ כח עצמם, שאם לא

היו מוצאים אף אחד שחולק על הרבים, שמא לא היו רוצים להזדקק לחלוק על הרבים ולהכנס לדין זה:

תבנא לדיננא, כיון שאין הכרח לומר כדברי התומים, שנוכל לומר ולחלק שכשאין אנו דנים על מעשה ונדון שלפנינו אזלינן בתר רוב אף בהלכה של דיני ממונות, ולפ"ז אין ראי' ממחלוקת ב"ש וב"ה וכן ממחלוקת הספרים אין לדמות לכ"מ של רוב בממון, ובכגון דא אף בלא סברת התוס' אפשר לנו למיזל בתר רובא. ולכאורה יש לעיין בזה דהנה התוס' חולין (דף י"א ע"א) ד"ה אתיא מפרה אדומה הקשו וא"ת כיון דפרה בת שתי שנים אם כן דילמא היינו משום דאוקמינן אחזקתה שאינה טרפה למ"ד טרפה אינה חי' ומיהו כאן י"ל דאיכא חזקה אחרת כנגדה העמד טמא על חזקתו. ע"כ, והדברים תמוהים דהרי עדיין אין הטמא לפנינו ואין אנו דנים כלל על הטמא ואיך נוכל להעמיד חזקת טומאה דגברא נגד חזקת כשרה דפרה, שהרי אין כשרות הפרה מוציאה שום איש מחזקת טומאה, וכמדומה שהקשה כן בלב ארי', וכן בשו"ת רע"א סי' קצ"ז הקשה אדברי התוס' הללו. ועכ"פ חזינן דבר חדש בדברי התוס', שאף אם פסק הדין עושה שאחר כן יצא על ידי זה דבר מחזקתו גם כן נקרא מוציא דבר מחזקתו. ואם כן הי' לפ"ז אפשר לומר גם בנדון דידן שגם לגבי חזקת ממון הדין כן, שאף שפסק ההלכה אינו מוציא עכשיו ממון, כיון שכל עיקר ההלכה אינו אלא להוציא ממון, הרי זה כמוציא ממון מחזקתו, וממילא לית לן למיזל בתר רובא. ואין זה דומה למה שרוצים הפוסקים לומר דהרוב מחזיק שלא לגבי ממון ומועיל אח"כ ממילא גם לגבי ממון כמו גבי תנוק המושלך שמחזיקים אותו לישראל לכל מילי, וממילא מהני אח"כ גם לאחר זמן לחייבו ממון, דשאני התם דשאנו דנים שהוא ישראל, אין זה נוגע לענין ממון, כי יש כמה עניני איסור וכדומה שעלינו להחזיקו עליהם לישראל, אבל כאן הפסק ההלכה הוא כל עיקרו רק לענין ממון הילכך לא שייך בזה הוחזק, והילכך יש לנו לומר שכמו לענין חזקת טומאה נקרא שאנו מוציאים את האדם מחזקת טומאה אף שלמעשה אינו נוגע עדיין לשום גברא, כיון שכל עיקר הדבר מסתפק לענין אנשים טמאים שיהיו, כמו כן לענין חזקת ממון נקרא זה מוציא מחזקת ממון, כיון שפסק ההלכה הוא להוציא אח"כ ממון מהאנשים:

אלא שבעיקר הדבר לא שייך זה בחזקת ממון, שאין זה שייך אלא בחזקת איסור, שאנו באים לדון עלי' מטעם העמד הדבר על חזקתו, אנו אומרים שכיון שיש לנו ספק בדבר, ואם נתפוס צד זה יצא ע"י זה גברא מחזקתו, אנו אומרים העמד גברא על חזקתו ויוכרע הדבר לצד זה, אבל בחזקת ממון שאין אנו באים מצד העמד דבר על חזקתו, כ"א שאין

אנו יכולים להוציא ממון מן המוחזק, שהמחזיק החזקתו תקיפה, זה לא שייך כ"א כשאנו באים להוציא בפועל, זה אין אנו יכולים לעשות, אבל כשאין כאן הוצאה בפועל, אלא שיוגרם לאחר זמן הוצאה, אין מי שיעכב עתה על ידינו להכריע הדין. וצ"ע. אבל לפ"ז בחזקת מרא קמא לפי הסוברים שחזקת מרא קמא אין זה מטעם מוחזק כ"א מטעם חזקה כחזקת איסור, צריך להיות שאף כשבזמן שאנו דנים עדיין אין לפנינו ההוצאה מחזקת מרא קמא, מ"מ החזקת מרא קמא עומדת נגד זה, וצ"ע בכל זה:

ויש לשאול עוד ממה שפסק בשו"ע חו"מ סי' י"ב דבפשרנים שעושים פשרה לא אזלינן בתר רובא אלא בעינן דעת כולם. ומקור דין זה מדברי הנמוקי יוסף והמרדכי ריש סנהדרין, ולמדו זה מהא דאמרינן בע"ז שאם אמר כדאמרי בי תלתא עד דאמרי בי תלתא ולא מהני אי אמרי תרי מגו תלתא. והנה הא דלא מהני אי אמרי תרי מגו תלתא גבי כדאמרי בי תלתא, היינו כדפירש רש"י במקומו משום דלשון זה שאינו רוצה אלא בכך שיאמרו שלשתן, ומשמע שבלא זה הוי מהני אי הוו אמרי רוב הפשרנים שדעתם לעשות את הפשרה בכך וכך והוה אזלינן בתר רובא, אלא משום דאין דעת המקבלם בכך, ולפי מה שפירשו דהיינו טעמא דגבי דיינים אזלינן בתר רובא משום דהמעוט צריכים להודות להרוב, אם כן בפשרה דאין המעוט צריכים לומר כהרוב, שהרי אין זה דין שהם מוכרחים לומר כהרוב, ואם כן בלאו האי טעמא דמדמי לכדאמרי בי תלתא גם כן אין לנו ליל‍ך בתר רוב, כבכל מקום גבי ממון, שאין אנו הולכים אחר הרוב, דהא לא דמי לדיינים, והטעם דאזלינן בדיינים בתר רובא לא שייך כלל בפשרה:

ומראי' זו דרובא דפשרנים יש כמו כן להביא ראי' שאין לפרש דברי התוס' כמו שפירש בשער ישר וז"ל והנה כשהדיינים מתפלגים שנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי יש לדון משני צדדים צד אחד מחמת כח בית דין והצד השני מכח אמת ושקר של חיוב ופטור, וכשאנו דנים על הצד הבי"ד דרוב מחייבים והמעוט פוטרים, אז ע"פ הכלל דאחרי רבים להטות בטל כח בי"ד של המעוט אף שהם דנים לענין הממון ואין הכרעת רוב מכריע בממון, זה שייך רק אם נבוא להכריע מצד האמת לומר שהוכרע עפ"י האמת שאין הממון של ראובן, אבל לענין כח בי"ד שהוא דין תורה, הרי זה ככל דינים שבתורה דאזלינן בתר רוב והוכרע הדין, שבטל מזה כח בי"ד של המעוט והוא כמאן דליתא. ע"כ עיי"ש עוד. והנה אם נעיין בענין של פשרה, נמצא שבפשרה אי אפשר לומר כן, שהרי בפשרה אין כאן שקלא וטריא איך הוא הדין, ולא שייך לומר שאנו דנים על כח בית דין, אלא במקום שב"ד באים להעמיד את שורת הדין, וכיון שכבר נפסק הדין על ידי בית דין, כבר נוכל להוציא את הממון ע"י כח פסק בית דין, אבל בפשרה אין כאן שום שורת

דין, אלא ראות עיני הדיינים איך להתנהג עם נדון זה, נמצא שסוף כל סוף, אין ב"ד באים ברוב שלהם אלא כדי להוציא ממון ממוחזק זה, וא"כ חזרנו לדין שאין הולכים אחר הרוב, במקום הוצאת ממון ממוחזק, וא"כ לא הי' לנו ליילך בפשרה אחר הרוב אף בלא אומדן דעתו של הנדון:

ובתומים סי' י"ב עמד על מה שכתב המחבר דבפשרה יש אומרים דלא אזלינן בתר רוב, ועמד בתומים ע"ז שכתב בלשון יש אומרים, והא כל הראשונים כתבו שבפשרה לא אזלינן בתר רוב והאריך בזה והעלה שיש על זה מחלוקת בירושלמי, ועל פי דברינו הי' נראה לחלק בדבר. שאם אותו הב"ד הוא ב"ד שאינם מתמנים מן הצבור, אלא שהוא קבלם על עצמו לפשרה ואם כן אמדינן לדעתי' שלא קבל אלא על דעת כולם, אבל בבית דין המתמנים מן הצבור שאין הוא יכול לומר ע"מ כן לא קבלתים שמכח הצבור הם באים שיש להם כח זה וכמו שאמרו בפ"ק דב"ב שיכולים להסיע על קצתם, וא"כ בטלה הטענה שע"כ לא קבלם, ומכח דין רוב אנו הולכים אחר הרוב אף בפשרה, וע"ז קאמר בירושלמי דאזלינן בפשרה אחר הרוב ואין כאן מחלוקת, אבל על כל פנים חזינן מזה דאף בפשרה הולכים אחר הרוב מצד הדין, וא"כ אי אפשר לומר כשני הפירושים בדברי התוס', דבפשרה לא שייך זה:

ומה שיש להשיב עוד בזה שיש לעיין דאפשר דבפשרה לא שייכא כלל הוצאת ממון, לומר שדין מוחזק אינו מניח להרוב להוציא ממון, דלא שייך זה אלא במקום שהרוב אומר שצריך להוציא ממון מצד הדין, אנו אומרים שאין שומעין לרוב, אבל בפשרה הלא הכל מודים שמן הדין אינו צריך להפסיד ממון, אלא שאותו בית דין מבקש לו עצה לפשר ביניהם, נמצא שהלא סוף סוף מוציאים ממנו ממון שלא כדין, אלא שיש להם כח לזה, או מטעם שהוא עצמו מסר להם כח זה ומחל להם, או שהצבור הממנים את הבית דין נתנו להבי"ד כח זה לפשר ביניהם ולהפקיע הממון והם מפקירים את ממונו, אם כן ממה נפשך לא שייך כאן לומר חזקת המוחזק, שבין אם הוא עצמו מוחל ועשה קנין ובין שאם מפקיעים ממונו בכח צבור, הרי הוא כמו שמשלם ברצונו הטוב, ואם כן אין כאן הוצאת ממון:

אבל יותר הי' נראה לפרש דברי התוס' בדרך אחר דהא דבעינן בית דין שלם בכל מקום, בדיני ממונות בית דין של שלשה, ובדיני נפשות בית דין של עשרים ושלשה, ובדברים אחדים בי"ד של שבעים ואחד, היינו לענין מושב הדיינים אבל לענין פסק הדין לא בעינן אלא רוב, ואותו הרוב נחשב לכל הבית דין כאילו שאין אנו צריכים ליותר מהם, ונמצא שהדין נחתך על ידי כל הבית דין, שאין לנו רק הם ולא יותר. וזהו שכתבו התוס' דחשיב

המעוט כמי שאינו וכו' דהא בית דין מפקי מיני' וכונתם בזה דהמעוט חשיב כמי שאינו, שאנו דנים רק על ידי הרוב, שהתורה חדשה שלא נקרא בית דין אלא הרוב, ונמצא שאין אנו מוציאים ממון על פי הרוב ובדבר מסופק עדיין, שהרי הא דאין מוציאים ע"פ הרוב, היינו מפני שזה עדיין דבר מסופק, אבל בדיינים שאין לנו ב"ד אלא הרוב, נמצא שאנו מוציאים את הממון על פי כל הבית דין, וממילא גם בדבר מבורר, ועל פי זה יבורר לנו מה שיש לנו הרבה פרטים ואופנים בדין רוב, דין בטול ברוב שכתב רש"י בב"מ דילפינן מאחרי רבים להטות, וכן דין דכל דפריש מרובא פריש, ועוד דין דרובו ככולו, שאנו די לנו בכמה מקומות ברוב במקום כולו, צריך לעיין מהיכן ילפינן דין זה דרובו ככולו מאחרי רבים להטות. אבל לפי זה פשוט הוא, דהא עיקר דין דאחרי רבים להטות דדיינים הוא מכח רובו ככולו, והילכך ילפינן לכל מקום לרובו ככולו, וכמו דכאן בעינן רובו מתוך כולו, וכשישנם כל הדיינים אז מהני גם הרוב, אבל להושיב הרוב בלבד זה ודאי אי אפשר, כמו כן בכל מקום בעינן רובו מתוך כולו ולא סגי ברוב בלבד לגמרי. אלא שמכאן ילפינן עוד דין בטול ברוב, דאילו כאן לא דמי לגמרי לכ"מ דרובו ככולו, דבכ"מ אין המעוט מתנגד להרוב, ודי ברוב בלבד, אבל כאן שהמעוט מתנגד להרוב לא שייך לומר רובו ככולו עד שיבטל מקודם הרוב את המעוט, אבל אין זה נקרא להוציא ממון ע"פ רוב, משום שלאחר שמבטל הרוב את המעוט, אנו מוציאים את הממון ברוב בלבד, שהם הב"ד לגמרי ע"פ דין של רובו ככולו, ונמצא שהדין נחתך ע"פ שני הכללים של בטול ברוב ורובו ככולו, והילכך ילפינן שפיר שניהם מדין דיינים:

ועפ"ז נראה שתתיישב קושיית המרדכי פ"ק דחולין שהקשה אמאי אזלינן בסנהדרין בתר רוב הא סנהדרין קבועים בלשכת הגזית או בשאר מקום וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי ע"כ. והנה לבאר קושיית המרדכי צ"ע דלכאורה אין מקום לקושיא זו כלל, דהי' נראה דענין דכל קבוע כמחצה על מחצה דאי, אין באורו דהמנין היתר כמאן דליתי', אלא הכונה דמה דהרוב מנין עושה רוב בספקות, ועל ידי הרוב ספקות אנו דנים להיתר אם הרוב היתר או לאיסור אם הרוב איסור, ואם כן גבי דיינים לא שייך זה כלל, דאין לנו ספקות אחרות חוץ ממנין הדיינים, והמנין הלא אינו משתנה על ידי דין קבוע. ובע"כ צריכים אנו לומר ע"פ קושיית המרדכי, שהוא סובר דדין קבוע פועל כאילו המנין היתר אינו, ולא שמבטל הספקות היתרות, ואם כן זה שייך אף בסנהדרין, שכיון שהמנין היתר אינו, אם כן נמצא שהדין כאילו מחצה מחייבים ומחצה מזכים, ואין כאן רוב להכריע ושפיר מקשה המרדכי. ונראה שזהו שמתרץ המרדכי בתירוץ האחד דלא שייך לומר דין קבוע אלא במקום שיש לנו לברר ספיקא, אבל בסנהדרין הלא אנו רואים

מי הם המחייבים ומי הם המזכים, בדברים אלו חזר בו המרדכי מפירושו זה ומפרש כמו שכתבנו שהקבוע אינו מבטל אלא את הרוב ספקות ולא את המנין, אבל בקושייתו ובתירוצו השני מפרש שגם המנין היתר מתבטל ע"י דין קבוע, ושפיר קמקשה לפי זה. אבל לפי האמור שדין ב"ד אינו בא אלא בדין רובו ככולו, עיקר הקושיא ליתא דלא שייך דין כל קבוע כמחצה על מחצה דמי לא בדין בטול ברוב ששם האיסור כמאן דליתי' כיון שמתבטל לגמרי ואין כאן מעוט, וא"כ מה יחשב למחצה, וכן לא שייך דין קבוע בדין רובו ככולו, כיון שהרוב הוי ככל הדבר ואין לנו עסק עם המעוט לגמרי, ובלא מעוט לא שייך לומר כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, שאין כאן מעוט שיחשב למחצה:

ובר מן דין הי' נראה שיש ליישב קושיית המרדכי בפשיטות דלא שייך לומר כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אלא במקום שקבוץ האנשים או הדברים הוא מקרי, שרק המקרה הוא שקבצם כגון תשעה ישראל ועכו"ם אחד ביניהם, וכי יש להם שייכות אלו עם אלו, וכי המנין הוא מוכרח להיות כן, וכיון שאין המנין מוכרח, אנו אומרים שדין קבוע מבטל המנין, וכן תשעה חניות מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרת בשר נבילה, וכן תשעה צפרדעים ושרץ אחד ביניהם וכן תשעה צבורים של מצה וצבור אחד של חמץ, שבכולם קבוצם הוא מקרי ואין שום דין שיכריחם להיות בקבוץ זה הילכך אמרינן בהם שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אבל בדיינים כיון שהדין קבצם ואספם וסדרם במנין זה, וכגון בב"ד של כ"ג בדיני נפשות שבשעה שישבו היו מוכרחים להיות כ"ג לא פחות וכשישבו לדין ולא היתה עדיין מחלוקת ביניהם אמרנו שהם כ"ג והכשרנו מושבם לדין, וא"כ אח"כ כשמתפלגים לרוב ומעוט איך נאמר שהם מחצה על מחצה ואם כן אין כאן בית דין של כ"ג ומושבם הלא הי' נחשב על ידי זה שהם כ"ג, ורק במקום שקבוצם הוא מקרי ואין להם שייכות וכך אפשר להם להיות תשעה ועשרה וחמשה ואחד, אנו יכולים לאמר עליהם שהם מחצה על מחצה. ועוד נראה דלא שייך כאן לומר שמנינם הוא מחצה על מחצה, שכיון שהתורה אמרה שלא יהא ב"ד שקול וכבר ישבו לדין זה ע"פ דין זה שאין להם מחצה על מחצה, והילכך אף לאחר כן כשמתפלגים לא יחשב מנינם כמחצה, גם כן על פי הסברא האמורה למעלה, שאין קבוצם מקרי, ולא בזה אמרה תורה כל קבוע כמחצה:

ונראה להוסיף עוד על מה שאמרנו דלא שייך דין קבוע כמחצה בדין רובו ככולו ולא בדין בטול ברוב, ולא עוד אלא אף במקום דשייך כל קבוע בכלל דתערובות ואיני יודע איזו היא אם מן הרוב או מן המעוט, שבזה נאמר הכלל דכל קבוע, היינו דוקא כשהספק הוא מחמת תערובות, היינו שנולד לנו הספק על ידי זה שראינו וידענו שהי' בכאן איסור

והיתר ונתערבו, ואין אנו יודעים איזהו האיסור ואיזהו ההיתר, אבל כשהספק הוא מחמת עצמו, שאנו מסתפקים אם הי' כאן מעשה האוסר, ויש לנו רוב דברים המותרים אזלינן בתר רוב ולא אמרינן בזה דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, כיון שאין הספק מחמת התערובות. ועפי"ז ברור ופשוט הוא יותר דלא שייך בכלל דרובו ככולו לומר כל קבוע כמחצה, ואולי יש להעמיס זה גם בכונת דברי המרדכי בתירוץ האחד. ועפי"ז יש לתרץ מה שמקשים דליאסר כל העולם בעבודה וזריעה מחמת הספק שמא הי' כאן נחל איתן שנערפה כאן עגלה ערופה ונאסר המקום, ולא שייך לומר דאזלינן בתר רוב דהא כל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אבל לפי זה נראה פשוט דאם נסתפק אם נאסר המקום מחמת נחל איתן, הלא אין כאן הספק שמא נתערב ונתחלף קרקע זו בקרקע אחרת, שהרי אין זה מן הדברים המתערבים, אלא הספק הוא מצד עצמו, שמא נעשה בקרקע זו מעשה עריפת העגלה האוסרת, דידעינן שבודאי נערפו עגלות בעולם, נמצא שאין הספק מצד התערובות כ"א מצד מעשה עריפת העגלה שמא נעשה בה, ובזה לא נאמר הכלל דכל קבוע כמע"מ דמי. וכן מה שכתבו התוס' קדושין (ל"ו ע"ב) ד"ה כל מצוה וז"ל וקשה דהא אמרינן במסכת ראש השנה לענין ערלה אחד הנוטע וא' המבריך ואחד המרכיב יש בהם משום ערלה וא"כ איך אנו נהנים מן הכרמים שהנכרים מבריכים אותם בכל שנה ואע"פ שאין אנו יודעים ודאי שמבריכים כולם הי' לנו לילך אחר הרוב ע"כ. והדברים תמוהים מה רוב יש כאן הלא האילנות קבועים הם וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אבל זה פשוט דכיון דאין כאן הספק מחמת התערובות, אלא שהספק שמא נעשה בזה מעשה הרכבה דהוי ערלה, והספק מחמת עצמו הוא, ובספק מחמת עצמו אין בזה דין קבוע כ"א בספק דתערובות. וכן מה שמקשים אדברי הר"ן בפ"ק דמגילה ולענין העיירות המסופקות אם הם מוקפות חומה וכו' הורו הגאונים שהולכים אחר הרוב עיירות וראיתי בכסף נבחר שהביא בשם מקראי קדש שתמה דהא כל קבוע כמחצה על מחצה וכן הביא בשם אלי' רבה שהביא אהא דכתב לבוש אם אנו מסופקין בעיר אם הוקפה ואח"כ נתישבה או לא סומכין ארוב שמקיפין ואח"כ מתישבים או מתישבין על דעת להקיף והקשה בספר דרך תמים להגהת הרי"ף (דף י"ט) קשה אמאי לא אמרינן כל קבוע כמע"מ דמי ע"כ. אבל לפי האמור לא קשה כלל דאין הספק על עיר זו מחמת התערובות שנתערבה עיר זו בעירות אחרות, אלא שהספק הוא מחמת עצמה אם מוקפת חומה מימות יהושע בן נון אם לאו, ואם ישבה ולבסוף הוקפה או הוקפה ואח"כ ישבה, ובספק דמחמת עצמו לא דיינינן בי' דין קבוע. והי' אפשר לומר עוד דאף הכריתות שהקשה מנחל איתן יסבור חילוק זה ומה שהקשה קושייתו דניחוש

אכל מקום דילמא נחל איתן הוא ונימא דכל קבוע כמע"מ, היינו משום דהוא סובר, דאילמלא דידענו דיש מקומות שנאסרו מחמת נחל איתן, לא הי' לנו לחשוש שמא נאסר כאן המקום מחמת עריפת עגלה, שאין זה בגדר ספק אלא חשש בעלמא דכל ריעותא דלא חזינן לא מחזקינן. וצריכים אנו להסתפק שמא זה הוא המקום שנאסר מחמת נחל איתן, דהא ידעינן בודאי שישנן מקומות שנאסרו, וא"כ סבר שזה נקרא ספק מחמת תערובות ויש בו דין קבוע כמע"מ דמי:

והנה מדברי המרדכי אלו שהקשה אמאי אזלינן בדיינים בתר רוב הא כל קבוע כמע"מ דמי יש ללמוד דבדין קבוע לא בעינן דוקא שיהא הנדון קבוע דליהוי כמע"מ, אלא אף אם האיסור וההיתר קבועים ואף שהנדון שאנו דנים עליו הוא פריש מ"מ מיחשב כמחצה על מחצה. דהא כאן בסנהדרין אף אם נחשוב שם שהם קבועים, הלא אין קבועים אלא האיסור והיתר, אבל הלא לא שייך שם לומר שהענין והדבר הנדון הוא קבוע, ומ"מ רוצה המרדכי לומר שיחשב כמחצה מטעם קבוע. ובשער ישר שער ד' פרק א' שקיל וטרי בזה והביא ראי' לזה מדברי התוס' כתובות (ט"ו) דמפרשי מה דאמרינן במס' נזיר באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם דאסור בכל הנשים שבעולם דמחלק הש"ס בין זה לקן סתומה שפרחה אחת מהן לאויר העולם משום דהוי איסור דנייד ואשה לא ניידא ואמרינן שם בגמ' וכי תימא ה"נ בשוקא אשכח וקדיש התם הדרא לניחותא גבי קן מי הדרא:

ומפרשי התוס' בכתובות דקאי על האשה שקדיש השליח ע"כ, ואע"פ שאין הנדון עכשיו עלי', שהנדון היא האשה שרוצה לקדשה עכשיו. ושם בנזיר גופא פירשו אימא בשוקא אשכח וקדיש האשה שרוצה עכשיו לקדשה. נמצא שבכתובות דעתם דכל שהוא קבוע אע"פ שאין הנדון קבוע ג"כ הוי כמע"מ ולפי פירושם בנזיר אינו כן אלא שם הנדון הוא קבוע. ומדברי המרדכי אלו יש ללמוד כפירושם בכתובות דלא בעינן שיהא הנדון דוקא קבוע דליחשב כמע"מ. דאיברא על הראי' לדין זה מדברי התוס' בכתובות יש להשיב דגם האשה שקדשה השליח גם היא נקראת הדבר הנדון, שבעיקר הלא אנו דנים עלי' ועל ידה אנו אוסרים את האשה המתקדשת עכשיו, שמא היא קרובתה של זו שנתקדשה תחילה, ודוקא כשהאיסור וההיתר אינם שייכים כלום לנדונו אז יש להסתפק אי מהני קביעותם להחשב כמחצה כגון רוב פסולים אצלה ומעוט כשרים, דאין אנו דנים רק על הבועל אבל לא על המעוט והרוב, אבל זו האשה המתקדשת, שאנו דנים גם עלי' ועל ידה אנו דנים גם על שאר הנשים, זו נקראת שהנדון הוא קבוע. ואי אפשר לומר באופן אחר שהרי מפורש הוא בכל מקום דאי אזלא היא לגבי הבועל נקרא קבוע, משום שהבועל הוא קבוע, וכדאזיל איהו לגבה נקרא פריש, והלא הבועל איננו נוגע לנו דינו

כלום, אלא שכיון שאנו דנים עליו כדי לדון על הולד והאשה, נקרא גם הוא הדבר הנדון, וא"כ הלא גם מדברי התוס' בכתובות אין שום ראי', דגם שם כיון שעל ידה אנו דנים על השאר נשים, ועיקר חלות הספק היא בהמתקדשת תחילה, הילכך נקראת גם היא לדבר הנדון וע"י קביעותה דנים דין קבוע, להחשב כמחצה על מחצה. אבל מדברי המרדכי יש ללמוד כן, דאף שאין הנדון קבוע, כיון שמהרוב והמעוט קבועים הם גם זה חשיב כמע"מ מטעם דין קבוע:

אבל באמת סוגיא דש"ס לא אזלא הכי דאי תימא הכי אמאי אמרינן גבי רוב פסולים אי אזיל איהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, ואי אזלא איהי לגבייהו כל קבוע כמחצה על מחצה, והא אפילו אי אזיל איהו לגבה שהי' הבועל פריש מ"מ אפשר שהרבה מן הפסולים הוו קביעי וליחשב ע"י זה כמחצה על מחצה, וביותר עוד שהלא סתם בני אדם קבועים הם ורק הבועל דידעינן דבשעת מעשה הוי אזיל לגבה והוי נייד ועיין בתוס' כתובות שם, אלא דע"כ דאין אנו משגיחים כלל כ"א בנדון עצמו אם קבוע הוא או פריש, וכן בשר הנמצא בשוק גבי ט' חניות מוכרות בשר שחוטה ואחת מוכרת בשר נבילה דאמרינן כל דפריש מרובא פריש ומותר, ואמאי כיון דהחניות של היתר ואיסור קבועות הנה נלך אחריהם לדון דין קבוע, אף שהנדון הוא פריש, וכן בתשעה צבורין של מצה וצבור אחד של חמץ בפסחים ג"כ נלך אחרי הרוב והמעוט לדון דין קבוע ולא נלך אחר הנדון, אלא ודאי דכל עיקר דין קבוע לא נאמר אלא על הנדון, ולא על האיסור והיתר המספקים. אבל אלולי דברי התוס' הי' נראה לבאר את הדבר באופן אחר דכל עיקר דין דאחרי רבים להטות לא נאמר אלא בדין בית דין, והנה דיני נפשות הוא דין בית דין שהב"ד הם המחייבים את האדם, ובלא ב"ד אין שום חיוב עליו, הילכך בזה אזלינן אחרי הרוב, אבל דיני ממונות אין הדין דין של ב"ד, שבדיני ממונות הדין על האדם המחוייב לשלם בעצמו, ומה דב"ד מתערבים ומשתדלים בדבר, אין זה אלא משום דב"ד כופין אותו ומורין לו איך לעשות ומלמדין אותו לשלם, ואין מעשה ב"ד כאן אלא כמלמד ומורה ולא דין ב"ד אשר עליהם מוטל הספק להסתפק, והילכך אין הולכים בזה אחר הרוב, ודוקא בנפשות הספק הוא של ב"ד, אשר בזה חדשה תורה לילך אחר הרוב. והנה מה שהולכים אחר הרוב באיסור, משום שגם באיסור אין הספק שלו משום שהוא הבעל דבר, שאין שום איש נחשב לבעל דבר בענינים של איסור אף על חפצי עצמו, שאיסור הוא ענין של כל ישראל, והוא ענין בית דין, והילכך אף באיסור הולכים אחר הרוב. ואף דחזינן בגמ' דקדושין פ"ג דקאמר נתנסך יינך בפניך ושתק דאסור היין משום דשתיקה כהודאה לפי פירוש התוס', ואי נימא דאין אדם מיחשב לבעל דבר על עניני איסור אף

על חפציו מאי שייך בזה שתיקה כהודאה דאינה אלא ענין של בעלים ובעל דבר. והנה ברשב"א פירש שלא מטעם שתיקה כהודאה, ואף על דברי התוס' כבר הקשה בספר טיב גיטין. אבל עכ"פ שגם איסור הוא ענין של ב"ד, ורק בממון הוא ענין של עצמו, והילכך אין הולכים בזה אחר הרוב. [ולכאורה לפי זה בדיני קנסות שאין אדם מתחייב על פי עצמו, כ"א ב"ד הם המחייבים אותו, יהא מחולק דין קנסות מדין ממונות]. ולפי הדברים הללו שפיר מתיישב דבכל מקום אין הולכים בממון אחר הרוב משום דאין זה ענין ב"ד, אבל בדיינים בסנהדרין ששם הרוב הוא ענין ב"ד הולכים אחר הרוב אף בממון:

וראיתי בשערי ישר שהאריך בענין הרוב בממון והאריך ליישב התמיהה, וכי איך אפשר שיהא חמור להוציא ממון מן המוחזק מלהרוג נפש, שבממון לא ילכו אחר הרוב, ובנפשות ילכו אחר הרוב להרוג נפש, ועוד הקשה דהא חזינן שאף בממון הולכים אחר הרוב בעדות מוכחשת שזה אומר בב' לחדש וזה אומר בג' לחדש דמכוונים עדותם משום דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, והנה הדברים מתיישבים לפי דברינו בפשיטות שהלא אין החילוק בדין רוב בין דיני ממונות לדיני נפשות שנאמר שדיני ממונות חמורים מדיני נפשות, אלא החילוק הוא בין דין ב"ד לדין שאינו של ב"ד, וא"כ לא שייך להקשות, איך אפשר שיהא דין ממון חמור מדין נפשות, והילכך ברובא דאינשי טעו ברובא דירחא, שהוא דין בקבלת עדות ובדין של ב"ד, שהרי שם השאלה היא בעיקר הדין ובדיינות, שם אזלינן אחר הרוב אף בדיני ממונות. אבל באמת הי' נראה דמהא דסמכינן על רובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא, אין ראי' כלל דהולכין אחר הרוב בדבר של ממון ואין ענין לזה כלל, דהתם הרי יש לנו הגדה של שני עדים המעידים שלוה או שהרג את הנפש, ונמצא שמוציאין את הממון או דנים את הנפש בעדות ברורה, אלא שאנו רוצים לבטל את העדות מטעם הכחשה בעדותן, וכיון שרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא אף דלא אזלינן בתר רובא, מ"מ הכחשה ג"כ אין אנו רואים, שכיון שיכולים לתרץ את דבריהם אין זו הכחשה, ולאיני יודע בחקירות ג"כ אין זה דומה, שאף שאין לנו תשובה ברורה מהם על חקירת הימים, מ"מ כיון שהם מצדם השיבו תשובה ברורה, וההכחשה ג"כ יכולה להתיישב, הוי זה כנחקרה עדותן. נמצא שאין אנו באים בזה מכח רוב כבכל התורה כולה, אלא שהרוב הוא כאן רק ענין סברייי ליישב דבריהם שיתאימו בכונתם, אבל אין זה בא מדין של אחרי רבים להטות כבכ"מ. ומה שהביאו ראי' מענין זה דרובא דאינשי טעו לענין אזלינן בדיני נפשות בתר רובא בסוגיא דסנהדרין (דף ס"ט), ענין אחר הוא לגמרי, שמה שחקרו שם בגמ' אי אזלינן בנפשות בתר רובא הוא מטעם דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה, שמזה מוכח שצריכים לחפש זכות ולנטות לצד זכות בכל

אופן שנוכל, ומטעם זה כיון שיש עוד מעוט שאפשר על ידו לנטות לזכות צריכים אנו לצדד לזכות לפום ההוה אמינא דגמרא, וא"כ לפי האי טעמא אף בטענת רובא דאינשי טעו ברובא דירחא, אף שאין זה ענין לנדון של רוב, מ"מ יש כאן סברא לצדד לזכות ולומר שלא טעו בעיבורא דירחא ולהכחיש עדותן, כדי להצילו, אלא ע"כ דאין מצדדים לזכות כ"א כפי שורת הדין, וא"כ צריכים אנו גם לילך אחר הרוב ממש. ונראה דלפי ההו"א דגמ' דאין הולכין בדיני נפשות אחר הרוב מטעם דוהצילו העדה לא הוה מהני אף ברובא נגד מעוטא דמעוטא מטעם זה. ובשערי ישר אחר שכתב לחלק בין ממון לשאר ענינים דס"ל לשמואל כיון דדין לילך בתר רוב הוא חוק התורה אף שאינו בירור גמור וכו' כ"ז בדינים שעיקרם הוא חוק התורה, אבל בספק ממון שיסודו הוא גדר הזכות וכן כללי הספקות הם גדרים של זכות ממון התלויים בדעת והסכמת השכל והסברא הישרה וכו' בזה יש מקום לומר דמה דאמר שמואל כי אזלינן בתר רובא באיסורא אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא הוא הכונה דבדינים שיסודם חוק התורה אמרה תורה ליזל בתר רובא, אבל בממון שיסודו הוא הסכמת שכל גם בירור הספקות תלוי עפ"י שכל וסברא, אם לא במקום שמפורש בתורה כמו דיני עדות ושבועה שהם חוקי התורה של המצות, ע"כ כתב עוד ליישב עפי"ז מה דאמרינן גם בעדות ממון דרובא דאינשי טעו לכוין ע"י זה את עדותן משום דבדיני העדות וגדרי הגדה שזה ודאי מחוקי התורה וע"ז נאמר בתורה לילך אחר הרוב והוי הגדת עדים והוי בכלל עפ"י שנים עדים וכו'. ובזה אין מקום לגרוע ולהוסיף עפ"י מה שנדמה סברות שכליות וכו', עד כאן לשונו:

והנה נראה פשוט דאי אפשר לומר כן דמהני דין רוב בזה שנעשה עדותן עדות עפ"י רוב לקבל עדותן, שכיון שבלא הרוב לא שמענו כלל שום עדות בדבריהם, שהרי הכחישו זה את זה ורק ע"י הרוב אנו שומעים עדותן, נמצא שאין אנו יודעים את העדות על פי העדים, וניחזי אנן אילו לא ידענו אם הגידו העדים את עדותן אם לאו, ויתודע לנו עפ"י רוב שיש לנו רוב צדדים כדין רוב שהגידו את עדותן, וכי נאמר שנלך אחר הרוב ונהרוג עפ"י עדותן של אלו, ודאי שאין זה כלום, שלא נקראת הגדת עדות, אלא הגדה שידעינן מדברי העדים בלבד מה שאומרים לנו, ואם על ידי הגדתם אין אנו יודעים שום דבר ברור כי אם על ידי דינים צדדיים, הלא אין כאן שום הגדה, וא"כ במה נדון את הדין, הלא הגדת עדים אין כאן. ועפ"י רוב בלבד ג"כ איננו יכולים לדון שהרי אין לנו רוב בזה לאמת המעשה, כ"א לחזק את ההגדה, ואם ההגדה אינה כלום גם הרוב אין בו תועלת. וא"כ לפ"ז הלא א"א לומר ברובא דאינשי טעו שהוא בא מכח חוקת התורה של רוב, אלא על כרחך שהרוב הוא כאן משונה מכל מקום, שהוא דוקא ענין סבריי, שבאמת

יש לנו הגדת עדים ברורה שהרי שניהם כוונו דבריהם על עצם המעשה, ואנחנו גומרים את הדין עפ"י עדותם בלבד, אלא שאנחנו רוצים לבטל את עדותן מטעם שדבריהם מוכחשים, אבל כיון שיש להתאים את דבריהם עפ"י רוב, הוא ענין סבריי שאין בזה משום הכחשה, והכחשה שהסברא נותנת לומר שיש לכוין דברי שניהם, אע"פ שאין זה ודאי גמור שהוא כך, מ"מ אין זו הכחשה. ומהאי טעמא הוא דאזלינן כאן בתר רובא. ודוקא כשאנו מסתפקים בכשרות העדים, אז אי סמכינן ארובא להכשירם, היינו מכח דין רוב דאחרי רבים להטות כבכל התורה כולה, כיון שהגדתם ברורה היא, אנו קורים בהם עפ"י שנים עדים יקום דבר, ועל מה שאנו מערערים לפוסלם, ע"ז אנו יכולים לדון דין רוב, שאין דבר זה ענין להגדתם, כ"א נדון של כשרותם, אלא שע"י מיתכשר עדותם. **וכדברים** האלה צריך לומר ג"כ במה שכתבו התוס' ב"ב (נ' ע"ב) ד"ה וספק נפשות להקל ופי' בקונטרס משום דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה וכתבו דאין נראה דבלאו הכי נמי לא קטלי מספיקא דאפי' ממונא לא מפקינן מספיקא ע"כ, וכבר העירו האחרונים שתפול קושייתם על הגמ' פסחים (י"ב) גבי עדים דלא דייקו בשעות דאביי משוה להו שכונתם לשעה אחת וטעו ורבא אמר ומה אילו דייקינן בהני סהדי וכו' ונקטול מספק ורחמנא אמר ושפטו העדה והצילו העדה, וכן יש להעיר מרש"י כתובות (ט"ו ע"א) גבי זורק אבן לגו שכתב רש"י ספק נפשות להקל משום דכתיב ושפטו העדה והצילו העדה. ובצל"ח הקשה קושיא ראשונה ורצה לומר דהטעם משום דהוי ספק ספיקא. ונראה דאין בזה משום קושיא כלל, דהתם הלא יש עדים המעידים ברור שהרג את הנפש, אלא שמכחישים עצמם בשעות, ואם נוכל לומר דטעו כדרך העולם, א"כ אין כאן הכחשה ברורה, ואין לנו במה לסתור עדותן, וצריכים אנחנו לדון ע"פ העדים, כי אין לנו להסתפק בשקרם כדין כל שני עדים, שאין ספק כלל, שהרי דנים ע"פ עדים, ובמקום הגדת עדים לא שייך לומר ספק כלל, שאם מסופקים אנחנו אם העדים מעידים אם לאו אין כאן עדות כלל, ואף ספק נפשות אין כאן, אלא ע"כ דכאן אי לאו דהצילו העדה לא היינו מסופקים כלל ויש כאן עדות ברורה, ורבא שבא לחדש שגם זה הוי גריעותא וחסרון בעדים, וכ"ז שלא הוברר לנו שאין כאן הכחשה, אין זו עדות, חדש דין זה מחמת הפסוק דוהצילו העדה, שע"י זה מתחשב גם נדון כזה לספק. ובגמ' כתובות ג"כ ל"ק ששם הלא בודאי הרג ישראל, אלא שזה לא ידע בעת זריקתו אם יהרוג אם לאו, נמצא שאין כאן ספק אלא חסרון בכונתו, ושזה הוי פטור לא ידעינן אלא מחמת הפסוק, אבל בלא הפסוק לא היינו נותנים לו דין ספק, שהלא ידע דאפשר שיהרוג, ומחמת הפסוק מתחדש לנו שגם כונה מסופקת יש לו דין ספק לזה לידון אותו בספק נפשות להקל:

ונשארת לפי זה רק קושיית התוס' על הרשב"ם, דשם הוי ספק גמור, ולמה לי' למימר מטעם והצילו העדה, בלאו הכי לא נקטול מספיקא. ובישוב דברי הרשב"ם נראה דלמאי דקיי"ל חייבי מיתות שוגגין פטורין מן התשלומין, בספק נפשות, אילו הזיק בשעת רציחת עבדו הי' צריך להיות מחמת ספק פטור מן התשלומין, דנהי דאינו נהרג מחמת ספק, מ"מ אם הרג באמת לא גרע מחייבי מיתות שוגגין ומחמת ספק יפטר מלשלם ממון, לזה כתב הרשב"ם דכאן בספק נפשות חייב בתשלומין, שכיון שהתורה כתבה ושפטו העדה והצילו העדה, נמצא שהתורה פטרתו בודאי ולא בתורת ספק, עד שיתברר לנכון, ודנים אותו לפטור כאילו לא הרג בודאי, ומטעם זה אף ספק חייבי מיתות שוגגין אין כאן ואם הזיק עם הרציחה משלם בודאי. ובזה יתיישב אליבא דהרשב"ם גם הגמ' דפסחים ורש"י כתובות אלא דשם אף לפי דברי התוס' לא קשה מידי. [ואגב אורחין יש לעיין בסוגיא דב"ב שם לפי שיטת הרמב"ם דיום או יומים אינו פוטר כ"א בהכה את עבדו בשבט, אבל אם הכהו בסייף חייב שלא נתנה תורה רשות להכותו כ"א בשבט ולא בהכאות רציחה, ולפ"ז אם נאמר דקנין פירות לאו כקנין הגוף אין לו רשות להכותו אף בשבט, וכיון דמספקא לן אי קנין פירות כקה"ג דמי או לא, נמצא שמספקא לן אי שרי להכותו אם לאו, וכיון שמתחילה מספק לא הי' לו רשות להכותו, ממילא צריך להיות חייב על רציחתו, דהוי שבט לגבי' כסייף. אבל נראה שאין זה נכון, שיש רשות לאדון בין שיש לו קנין פירות, בין שיש לו קנין הגוף, לרדות את עבדו בשבט, אלא שהתורה לא פטרה מטעם רשות, כ"א דוקא את עבד זה הקנוי קנין הגוף, ולא את הקנוי קנין פירות אם אינו כקה"ג, נמצא שכל השאלה היא דוקא לגבי רציחת העבד לדון את האדון, ואין לנו פסק דמעיקרא לגבי העבד, דבין כך ובין כך יש לו רשות לרדותו, ובר מן דין יש לעיין עוד בעיקר הדבר שאף אם היינו דנים בתחילה ע"ד רשותו לרדותו, מ"מ כיון שאינו אסור אלא מטעם ספק, אין זה פסק שלא נדונו עוד כספק לגבי חיוב מיתת האדון]:

ובמאי דאמרן דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא אינו בא גבי התאמת עדות מכח רוב שבכל התורה, אלא שהוא ענין סברייי ומהני כאן, נראה שעפי"ז נוכל לבאר את דברי התוס' סנהדרין (ג' ע"ב) שהקשו ג"כ אמאי לא נילף ד"מ מד"נ למיזל בתר רובא מק"ו דהא בריש סורר ומורה משמע דבכל דוכתא אזלינן בתר רובא בדיני נפשות כגון רוב לתשעה ילדן ורובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא וצריך לומר דרובא לרדיא זבני לא חשיב כי הנך רובא הילכך לא סמכינן אהך רובא בדיני ממונות ע"כ. ודבריהם צריכים ביאור במה גרע הך רובא, ולא זה בלבד, אלא שכל עניני רוב שנמנו בריש המוכר פירות ושאר מקום שנמנה בגמ' דאין הולכים אחר הרוב במה הם גרועים. והי' נראה לומר דלפי זה דוקא

רוב גמור שמוכרח בטבע להיות כן זהו נקרא חשוב, אבל אם אינו בטבע, אף שהוא רוב בסברא לפי דרך העולם, אין זה חשוב להוציא ממון על ידו, ורוב פרות מתעברות ויולדות דקאמר בגמ' גבי שור שנגח את הפרה דמ"מ אין הולכים אחריו בממון, אף שהוא רוב בטבע נצטרך לומר דכאן הרוב גרוע, משום דאיתרע על ידי נגיחת השור, שדרכו לגרום לידת ולד מת, ושאר עניני רוב הנמנים שם הם רוב שלא בטבעו של עולם, כ"א בדרכו של עולם, כגון רובא לרדיא זבני, ורובא לזריעה זבני, וגמל האוחר בין הגמלים, דקרי שם בגמ' רובא וחזקה, ופי' רש"י משום דנוכל לומר רוב שוורים שבעולם נגחוהו, שם רוב אחר הוא לגמרי, ועוד פחות מרוב בסברא, דהוי רובא דאיתא קמן, שכתב ע"ז בש"מ דאף דאזלינן בתר רובא מ"מ חשיב ספק להקרא עשירי ספק, להפטר ממעשר בהמה, וכמו כן כתב בש"ש לגבי ספק ממזר לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, דרובא דאיתא קמן אף רוב ממזרים מ"מ מיקרי ספק ממזר ומותר לבוא בקהל, ורובא דליתא קמן הוי ודאי, ועל פיו יאסר לבוא בקהל דאין זה ספק ממזר. ומפני כל הלין הוו הני רובא רובי גריעי. אבל אם כן יעמוד לפנינו שגם רובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא שאין זה רוב מוכרח בטבע לא יהני בממון וכמו כן לא יפעול גם בדיני נפשות, לפי מה דמדמי להו התוס' בסנהדרין בדינם, דבשניהם הולכים אחר הרוב ברוב חשוב, וברוב גרוע בשניהם אין הולכים. אבל לפי האמור לעיל ניחא שפיר, דרובא דאינשי טעו בעיבורא דירחא לא מכח וטעם דין רוב שבכ"מ אנו באים לקבל עדותם, כ"א מכח ענין סבריי, שעל ידי זה אין אנו מוצאים שום סתירה והכחשה בדברי העדים, וממילא מיתכשר העדות. ואין התוס' מביאים ראי' דאזלינן בדיני נפשות אחר הרוב כי אם מהרוב נשים לתשעה ילדן, דשם הרוב הוא רוב גמור בטבעו של עולם ומוכרח מהטבע:

והנה דברי התוס' סנהדרין דמדמו ד"נ לד"מ ומשוים אח דינם יחד, ישתוו עם דברי התוס' ב"ב (נ' ע"ב) שכתבו בקושייתם על הרשב"ם שכתב דספק נפשות להקל מטעם ושפטו העדה והצילו העדה ואין נראה דבלאו הכי לא קטלי מספיקא דאפי' ממונא לא מפקינן מספיקא ע"כ. ויש להתבונן בדבריהם דמאי מדמי לממון דבממון הלא הטעם משום חזקת ממון דלא מצינן להוציא מחזקת ממון משום דחזקת ממון אלימא ומה ענין זה לנפשות:

ונראה מזה לבאר דגם בנפשות כשאנו באים לדונו מיתה אנו באים ליטול את גופו ממנו והוא מוחזק בחייו ובגופו לא פחות מממונו וכמו דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מרי' כמו כן נאמר אוקי גברא אחזקת חיים דידי' ומוקמינן חיים בחזקת מרי'. ואין זה כמו חזקת חיים דאמרינן בגיטין, אוקי בחזקת חיים. דהתם הוי כמו חזקת הגוף וכאן הוי

כמו חזקת ממון. אלא שאם כן יקשה טובא לפי דברי התוס' ב"ק דמחלקים מד"מ לד"נ, דכמו דאמרינן דאין הולכין בממון אחרי הרוב משום דחזקת ממון עם המיעוט אלים מהרוב, א"כ גם בנפשות כיון דשם ג"כ יש חזקת חיים דהוי כמו חזקת ממון לא נלך אחר הרוב. ובש"ש הביא הקושיא בשם אחיו בש"ד פ"ח וז"ל היכא אזלינן בדיני נפשות אחר הרוב ואפי' ליתי' קמן וכמו שהוכיחו תוס' מר"פ בן סורר ומורה מ"ש ממון דאין הולכין אחר הרוב משום דמסייע למיעוט חזקת ממון דאלים טובא ולמה לא נימא כן בדיני נפשות נמי דמסייע לי' חזקת גופי' ואם גופו נידון ליפלג ע"י רובא ממונא לא כ"ש והיא קושיא עצומה ע"כ, נראה שכוון ג"כ לזה שחזקת גופו וחייו הוי כמו חזקת ממונא. ולא הביא שום ראיה לזה. ואולי כונה אחרת בקושייתו. אבל מ"מ מדברי התוס' הללו נראה ראיה לסברא זו, וקשה הקושיא. ונראה לישב שמעלת חזקת ממון שהוא מטעם שהבע"ד מוחזק, אינה אלא מעלה לבע"ד, ובמקום שהדין הוא על המוחזק חזקתו מעלה לו להפטר מן הדין חיוב. אבל במקום שאנו באים לחייב את אחר ולא את המוחזק אין לחזקת ממון שום מעלה בזה, ואף שסוף סוף הדין בא להוציא מיד המוחזק, אבל מ"מ כאן שאין אנו באים לחייב מצד המוחזק אין לנו לדון דין חזקת ממון בזה. ולפ"ז בדיני נפשות שהדין הוא חל על הבי"ד מצד חיוב עצמם ולא מצד חיוב הנדון להיות נדון. וכיון שכן הלא לגבי חיוב דידהו אין לנו להתחשב עם החזקת ממון, וא"כ אף שחזקתו בגופו ובחייו לא גרעה מחזקת ממון, מ"מ אין זה אלא לגבי' אבל לא לגבי בית דין. ונוכל שפיר לילך בדיני נפשות בתר רוב, ואין אנו מוציאים בפסק ב"ד כלל מחזקת ממון. ובזה יוכל להתבאר מאי דחזינן בעיר הנדחת שבעליהן בסייף וממונם אבד ולא מצינו שיהא חלוק בדבר, שנאמר שלגבי עיר הנדחת לא אזלינן בתר רוב, אף שמפקינן בזה מחזקת ממון, אלא נוכל לומר ג"כ האי טעמא, שכאן שדין ב"ד הוא, אין כאן משום חזקת ממון, וכן יש ליישב בזה קושיית התוס' כתובות (ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו אבידה. וז"ל אפילו לשמואל דאמר אין הולכים אחר הרוב היינו במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן שבהיתר באו מעות לידו ומדעתו נתנם לו הלוקח אבל הכא מודה דאזלינן בתר רובא. ע"כ. ובהפלאה כתב ליישב קושייתם, דמשום דהוחזק שהוא ישראל הוא דמהני, שכיון שהוחזק לישראל ע"י הרוב מהני. שם ג"כ לענין ממון. ועפ"ז יתיישב שכיון שדין השבת אבידה הוא דין בפ"ע, והוא חיוב המשיב מצד עצמו ולא מצד בעל האבידה שתביעתו על החפץ שהוא ממון שלו. ובדין השבת אבידה לא שייך להתחשב עם החזקת ממון. שכיון שדין השבת אבידה הוא על כל העולם, אלא שהמוצא קודם לדין זה שהרי האבידה בידו היא, ולא תגיע האבידה ליד אחר, עליו להשיב האבידה ולא שייך לגבי' ענין של חזקת ממון כיון

שאין הטענה מצד חיוב של המוחזק, לזה אף כשהאבידה ביד המוחזק אין אף לגבי' דין חזקת ממון, כיון שאין בזה משום דין חיוב ממונו. וכן הי' אפשר לומר לגבי מה שאמרו בסנהדרין סוף נגמר הדין. ופסקו הרמב"ם בה' אבל וה' מלכים שהרוגי מלכות נכסים למלך, נמצא שדין המלך הוא גם על הנכסים להוציאם מיד הנדון, א"כ לא הי' אפשר בהרוגי מלכות לידון ע"פ רוב משום דאין הולכים בממון אחר הרוב, מיהו אין זו קושיא משני טעמים, האחת שכאן במלך אין הדין כלל על הנכסים והדין הוא רק על האדם, ומה שנכסיהם למלך אין זה מצד דין שחייב את האדם שנאמר שחייב גם את הנכסים למלך, אלא הוא דין בפ"ע שמי שחייבו המלך ליהרג נכסיו למלך מצד דיני מלך ולא מצד דין חיובו. עד שנראה לי לחקור שמלך שחייב את מי שהוא ליהרג ומת המלך עד שלא זכה בנכסיו, אם נכסיו למלך ראשון וליורשיו או נכסיו למלך השני, ועוד מטעם אחר אינה קושיא שדין המלך אינו ע"פ דין ראיה כלל, אלא אף ע"פ אומדנא, ובלא ראי', ואף שבמנחת חינוך כתב שנראה לי שדוקא בנפשות ולא בממון כמו שהביא ראי' מדברי הר"מ שכתב שאין לו רשות להפקיר ממון, הלא חילק ואסיק במ"ח לבסוף שהיינו דוקא כשאינו חייב מיתה, אבל כשחייב מיתה אף ממונו יכול להפקיע בלא ראי' משום שלא יהא חמור גופו מממונו, ואף שהקושיא שלא יהא חמור אינה מתיישבת דהא מ"מ קשה שהרי גופו חמור מממונו, שהרי כשהמלך צריך להמית בלבד הכח בידו וכשצריך להפקיר ממון אין הכח בידו, והדבר צריך עדיין תלמוד בזה [וראיתי בספר ח"י שהביא קושיית האחרונים לר"א דאמר דבעיר הנדחת נהרגין אף הטף הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה על הטף כיון דזרע העדים בודאי לא יהרגו מצד לו ולא לזרעו, וא"כ אמאי פסק הר"מ דהטף נהרגים. ובספר הנ"ל הביא דברי הגר"א בשנות אליהו בסדר זרעים שכ' לפרש המשנה היו מועטין נידונים כיחידים לפיכך ממונם פלט היו מרובים נידונים בסייף לפיכך ממונם אבד, מה הוא לפיכך ואיך תלוי זה בזה, ופי' הג' ז"ל דאם נתברר לסנהדרין שהודחה רובה של עיר שכבר יש להם לגמרי דין בן נח. ולכן בזהי יצאו להקל מכלל ישראל שעבד עכו"ם שעבודתו בסקילה והם נידונים בסייף כדין בן נח שמיתתו בסייף לפיכך ממונם אבד כדין ב"נ שח"מ ב"ד שממונם הפקר. עיי"ש. ולפי זה א"ש הכל דעיקר העדות של העדים הוא על יחידים שעבדו עכו"ם, וע"ז הוי ילה"ז. ואם ע"י צירוף עדותן רואין בסנהדרין שהודחו רוב העיר ממילא נעשית עיר הנדחת וממונם אבד ול"ק הא הוי עשאאילה"ז, ז"א דכיון דעכ"פ איכא עדות שרוב העיר עבדו עכו"ם א"כ ממילא נעשית עיר הנדחת ודינם כדין ב"נ ובב"נ לא בעינן תורת עדות שאאילה"ז דב"נ נהרג בע"א עכ"ד. ולפי דברי הספר הנ"ל הי' אפשר ליישב ג"כ מה שהקשינו בעיה"נ איך דנים

ע"פ רוב הא אין הולכים בממון אחר הרוב. דהנה בש"מ כתובות כתבו אהא דאמרינן שם בגמ' (ט"ו) רוב עכו"ם דלגבי ממון להוציא מהעכו"ם אזלינן בתר רוב שעכו"ם אין לו חזקת ממון אף שאין לנו ידיעה ברורה שהוא עכו"ם כ"א על פי רוב מ"מ מוציאין, שאף שהדברים צריכים באור כיון שאין ידוע לנו כ"א ע"פ רוב שהוא עכו"ם, ובממון אין הולכים ע"פ רוב ושמא ישראל הוא הלא יש לו חזקת ממון, ונראה שכיון שאין להחזקת ממון כ"א צד מיעוט אין המוחזק נקרא מוחזק שאינו מחזיק לעצמו בברור. ועי' ש"ש ד' פ"ז, וא"כ גם בעיה"נ שכיון שלפי הרוב הם בני נח, נמצא שאין להם חזקת ממון וממילא יש לדון גם על הממון ע"פ הרוב. אבל הדבר אינו כלל וכלל, שאין כונת הגר"א ליתן להם כל דיני בני נח שאם כן יהיו נהרגים בעד אחד ודיין אחד כדין בני נח, אלא שכונתו שהתורה נתנה לעיר הנדחת חיובי מיתת בן נח אבל שאר פרטי הדינים יש להם כדין ישראלים גמורים לכל דבריהם בכל פרטי דיינות ועדות. ובלא"ה אין תירוצו עולה כלל, דעכ"פ לעשותם בני נח הלא בעינן עדות של ישראל ובל"ז אינו מתברר כלל. וכיון שבהעדות ענין של אאילה"ז בטלה כל העדות ואין נעשים בני נח כלל. ובעיקר הדבר נראה כמו שכ' גבי נכסיהם למלך כן גם כאן שאין אנו דנים כלל ע"ד הממון והטף כ"א כל דין בי"ד הוא רק על דבר האנשים. וזהו דין חדש שבמקום שחייבה התורה את אנשי עיה"נ במיתתם ממילא חייבה התורה עוד חיוב אחר להרוג את הטף ולאבד את הממון אבל דין שאאילה"ז אינו אלא על הדין הנדון לפני ב"ד, וכן לא שייך להקשות מרוב שכיון שעל הנפשות אזלינן בתר רוב ממילא צריכים לאבד הממון. וכענין זה מצינו בחזקת הגוף שסבר ג"כ רב אשי דאי הוי כמנה לאחר בידך לא מהני חזקת הגוף, ובחזקת ממון נראה כן אליבא דכו"ע פשוט דלא מהני אלא לדינא דנפשיה, אבל לא כשהדבר נדון על דין שלנו להוציא ממנו ואין זה חיובו. אלא דחזר קושי' דברי התוס' במה דמדמי ספק נפשות לחזקת ממון, ולפ"ז אינם דומים כלל:

ונראה דבחזקת ממון ישנם שני דינים, דין דחזקת ממון, ועוד דין אחד שאף בלא חזקת ממון ג"כ אינם מוציאים כדאמר בגמ' ריש הפרה המוציא מחבירו עליו הראיה סברא הוא, מאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ומחמת זה אף כשאין דין חזקת ממון אין מוציאים אלא שצריכים לחזקת ממון כשיש רוב מסייע להמוציא, שאז מחמת סברא זו אין עכוב להוציא שהרי יש לו ראי', ורק חזקת ממון מעכב. וגם בספק השקול בממון צריך לחזקת ממון, דאי משום סברא זו אם תפס הי' יכול להחזיק שעכשיו לא כאיב לי', ומחמת חזקת ממון דקודם הספק, אין יכול להחזיק, ובדיני נפשות דלא שייך ענין של תפיסה שכיון שב"ד אינם רשאין לדון משום סברא דמאן דכאיב לי' כאיבא לא שייך

בהם תפיסה, וממילא אף אם אין בנפשות דין מוחזק מ"מ אין יכולים לדונו בספק מחמת סברא דמאן דכאיב לי' ובמקום דאיכא רוב אה"נ מחולקים דיני נפשות דלא שייך בהם דין מוחזק מדיני ממונות ומהני בד"נ דין רוב. וזו היא מה שאמרו בתוס':

ובש"ש כתב ליישב קושיית אחיו מ"ש דבדיני נפשות אזלינן בתר רובא ומ"ש מממון, משום דבין בממון ובין בנפשות לא אזלינן בתר רובא והא דמצינו בנפשות דאזלינן בתר רובא היינו משום דכבר הוחזק ע"י הרוב ואנו דנים לא ע"פ הרוב כ"א ע"פ מה שהוחזק, ע"כ. והנה בשו"ת רע"א כתב לחקור אם אמרינן במיתה הכלל דהוחזק, דאפשר דוקא במלקות מהני החזקה. והנה אם נתפוס דבמיתה לא מהני החזקה אין מקום לתירוצו של הש"ש, ולכאורה הי' נראה להביא ראי' דלא מהני הוחזק במיתה מהא דמקשה בחולין (י"א) ודילמא לאו אביו הוא ש"מ דאזלינן בתר רובא ואי נימא דמהני הוחזק בד"נ לישני כגון שהוחזק ע"פ אמו שאמרה שאביו הוא או כשתירץ בגמ' כגון שחבושין בבית האסורים ופריך בגמ' אפ"ה אין אפוטרופוס לעריות מאי קושיא מ"מ הא לא גרע כשחבושין בבית האסורים והוחזק לבן ע"י זה משאר הוחזק דמהני, ומוכח מזה דלא מהני הוחזק לגבי מיתה. ועוד קשה על דברי הש"ש דלפי דבריו אם אחד הרג תינוק בן יומו שלא הוחזק אצלינו כלל אם כשר הוא אם לאו, ואפילו כשהרג גדול מה שייך אצלו הוחזק דלאו טריפה וכי מי דן עליו מקודם אם טריפה הוא אם לאו דנחזיקנו וצ"ע:

סימן טו

א) **כתבו** התוס' כתובות (ט"ו ע"א) להקשות אהא דאמרינן אי אזיל איהו לגבה כל דפריש מרובא פריש מהא דאמרינן בנזיר אמר לשליח צא וקדש לי אשה סתם ומת השליח אסור בכל הנשים שבעולם ומקשה ע"ז מקן סתומה, ומתרץ אמינא לך אנא אשה דלא נייד ואת אמרת לי איסורא דנייד וכי תימא ה"נ בשוקא אשכחה וקדיש התם הדרא לניחותא, משמע דגבי אדם לא שייך כל דפריש מרובא פריש משום דהדר לניחותא ולאו פירכא היא דהתם בשעת האיסור כשזה בא על שום אשה הדרא לניחותא האשה שקידש השליח אבל הכא כי אזלי אינהו לגבה בשעה שאוסרה הרי הוא נייד ע"כ:

ואלולי דברי התוס' נראה ליישב קושייתם, דלא מיקרי פריש אלא כשפריש ממקום קביעות האיסור, אבל כ"ז שהוא נמצא עדיין במקום קביעות האיסור, אף שהוא נייד לא מיקרי פריש, כיון שהוא עדיין במקום האיסור, והילכך גבי קידש אשה, שכל העולם בכלל הספק של קדושין, ונמצא שאף שהאשה היא ניידא, מ"מ לא פירשה ממקום קביעותה האיסור, והלכך לא מיקרי פריש, אבל כאן גבי בועל דאזיל לגבה, הלא פירש ממקום קביעות האיסור, אף דהדר לניחותא מיקרי פריש. [ונראה שבזה תסולק קושיית

הב"מ אהא שכתבו תוס' כתובות דלא מיקרי פריש אלא בנמצא בשוק משא"כ אם היה נמצא בבית דאז הדר לניחותא וחשיב קבוע וכן כתבו גבי תינוק מושלך בעיר דלא חשוב קבוע הואיל ולא נמצא בבית משמע הא בבית חשיב נולד הספק בקביעות וא"כ מאי דמשני הסוגיא דחולין ד"ה נמצא ביד עכו"ם היינו נמי שעומד העכו"ם בשוק ולא בבית וצ"ע שלא חילקו הפוסקים ע"כ ועיי"ש שתירץ, ולפ"ז לא קשה כלום דלא מיקרי קבוע אלא כשהוא במקום קביעות האיסור ואם יצא ממקום קביעות האיסור מיקרי פריש, ואף שחזר ונקבע שוב במקום אחר, מ"מ כיון שאין זה מקום קביעות האיסור אין זה קבוע]:

ולפ"ז מאי דקאמר בגמ' התם הדרא לניחותא, לכאורה יקשה למה לי למימר הכי, בלאו הכי נמי אתי שפיר דהא לא פירשה ממקום קביעותה, אבל נראה דהכי פירושה, דאילו לא הות הדרא לניחותא היינו אומרים עליה שכבר פירשה מקביעות האיסור, שכל האיסור קבוע במקומו, והיא ניידא, נמצא שהיא יצאה ממקום האיסור ומקביעותו, אבל כיון דאשה הדרא לניחותא, א"כ הרי היא במקומה קבועה ככל האיסור, נמצא שלא פירשה גם בזה מקביעותה, שהרי עדיין תחזור לניחותא, הילכך לא מיקריא פריש ממקום האיסור:

ב) **ועל** תרוצם של התוס' יש להתבונן, דהא הכלל כל דפריש מרובא פריש, נאמר על חתיכת האיסור, שאם האיסור וההיתר קבועים והספק פריש, אמרינן דכל דפריש מרובא פריש, אבל אם הספק קבוע אף שכל חתיכות האיסור או חתיכות ההיתר פרשי, מיקרי קבוע, א"כ מה זה שתירצו שבשעה שבא זה עליה האשה שקדש כבר הדרא לניחותא, מה לי בזה שהאשה שקידש הדרא לניחותא כיון שהאשה שאנו דנים עליה איננה קבועה שהרי היא היא הספק, ואי נימא שגם היא קביעא, אם כן אין הדבר נוגע לנו כלל מה שהאשה שקידש היא קביעא או ניידא, שהלא עיקר דין פריש וקבוע תלוי בהספק שאנו דנים עליו:

ג) **ועוד** יש לעיין דכיון שבשעה שנולד הספק היה פריש, ואז באנו מדין רוב היתר, וכבר הותר הדבר, ומה לי בזה שאחר כך נעשה שוב קבוע, שכבר דננו עליו לילך בתר רוב, וכי כל שעה ושעה מתחדש הספק שעלינו לדון עליו בכל שעה. ולפי מה שפירש המקשן בתוס' אתי שפיר, שהוא סבר שמצד סברא דהדרא לניחותא, לא מיקרי כלל פריש אף בשעה דניידא, אבל לפי מה שסוברים התוס' בתירוצם, הלא בשעה שפירש הוה מיקרי פריש, ורק בשעה דהדרא לניחותא מיקרי קבוע, א"כ יקשה כיון שכבר יצא בהיתר, שנדון בזה שזה ודאי משל היתר מצד רוב, א"כ למה נדון עליו שוב, ונדון בזה דין קבוע לאסור מספק:

ד) **ונראה** דזאת היא כונת התוס', דאילו הוה הספק רק בעצם האשה שהוא בא עתה לקדש, ודאי שכיון שבשעה ראשונה שחל הספק היינו דנים עליה דין פריש מרובא, היתה ניתרת, ואף כשהיתה חוזרת לקביעותה היתה מותרת, שכבר נפסק הדין שהיא מן הרוב, אבל כיון שסבת הספק היא בהאשה האחרת המספקת שמא אותה קידש, ובה מספקת על קרובותיה שמא הן קרובות אשתו, ומה שנפסק בהן שעה ראשונה להיתר אין זה כלום, כיון שאין הספק נולד בהן, ומאי דהאשה שאנו מספקים עליה היתה ניידא שעה ראשונה, אין זה מתיר כלום, שהרי עליה אין אנו דנים לא להיתר ולא לאיסור ולא נפסק עליה שום דין, ועתה ניחא נמי קושי' ראשונה, אמאי דנו התוס' על דבר קביעות האשה שקידש, הלא העיקר תלוי בהספק שאנו דנים עליה, מפני שאף אם נדון על הספק דין כל דפריש לא יועיל לנו כלום, מפני שספק דידה תלוי בספק האשה שקידש, וצריכים אנו לדון תחילה על האשה שקידש, אבל מה שאנו דנים על הספק דין פריש וקבוע אין זה כלום לנו:

ה) **אבל** באמת יקשה לפי מה שכתב הרמב"ן להקשות, שכיון דקיי"ל דהאשה עצמה מותרת להנשא, ומותר לישאנה, ואין אנו חוששים שמא כבר נתקדשה פעם אחת, משום דאנו מעמידים על חזקתה חזקת פנויה, ויקשה אמאי אין אנו מתירים גם את קרובותיה מטעם זה של חזקת האשה, ותירץ דחזקה אינה מועלת כ"א לגבי עצמה ולא לגבי אחר, דלא ניתן על זה דין חזקה. ע"כ. וא"כ יקשה שוב, כיון דעל האשה עצמה אין אנו דנים שכבר נפסק דינה להיתר מטעם חזקה וכל הספק הוא רק על הקרובות ובהן הלא ג"כ היה לנו לפסוק להיתר מטעם פריש של שעת לידת הספק, וא"א לנו לומר שכיון שהספק הוא בהאשה שקידש ובה לא נפסק הדין, שהלא גם בה נפסק הדין מטעם חזקה להתירה לעלמא:

ו) **וצ"ל** בזה שכיון שדינה נפסק להיתר רק מטעם חזקה, אין זה פסק לבטל עצם הספק ולהעמידו כמו דבר ברור, ואין דין החזקה נפסק כ"א לגבי דיני עצמה שלא ננהוג בה דין איסור, אבל במה שנוגע לגבי דיני אחרים, אף שדיניהם נולדים מדיניה, אין דין החזקה דן ופוסק כלום, הילכך כשאנו באים מדין חזקה עלינו לומר שהקרובות אסורות, אבל אילו היינו דנים על האשה המספקת לנו דין כל דפריש מרובא פריש, שדין זה הוא דין ופסק בעצם הספק לבטלו ולהעמידו בתור ודאי, היינו מתירים גם את קרובותיה מצד זה, ולזה תירצו דכיון שהיא בשעת הספק הנולד אח"כ הדרא לניחותא אין הקרובות ניתרות, ומה שהן היו דפרשי בשעת הספק כשנולד אין זה מועיל כיון שספקן תלוי בספק של האשה שקידש, ודינה לא נגמר להיתר מטעם דין רוב, שנתיר גם אותן הקרובות על ידה:

ז) **ומה** שאין אנו דנים על האשה עצמה דין כל דפריש מרובא פריש, היינו משום דאין אנו צריכים לזה, שהרי אין לנו כל ספק גם בלי זה מטעם חזקה, אין לנו לדון מטעם רוב כיון שכבר בטל הספק, ומה שאנו דנים דין כל דפריש מרובא פריש גבי ראוה מדברת ומעוברת, אף שבלי זה יש לה חזקה, היינו משום דהתם משום מעלה עשו ביוחסין אין אנו סומכין על החזקה, הלכך צריכים אנו לדון בזה מטעם כל דפריש מרובא פריש, אבל כאן כיון שבלאו הכי מתבטל הספק אין אנו דנים כלל שוב על הדבר ואין אנו דנים בזה דין כל דפריש, שאין דין רוב זה ענין המתברר שצריכין אנו לדון עליו עכ"פ, אלא דין תורה בלבד הוא כמבואר בדברי הש"מ ב"מ גבי קפץ אחד מן המנויין לתוכן והלכך אין לו כח להכריע אלא כשיש ספק בדבר:

ח) **ולכאורה** משמע שלא כדברי הרמב"ן מהא דמטמאינן גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר את האדם הטובל בה קודם המדידה משום תרתי לריעותא אוקי גברא אחזקת טמא והרי חסר לפניך ומטמאינן אח"כ כל הטהרות שנגע בהן אדם זה ואיך מהני חזקת טומאה דגברא לגבי הטהרות, אלמא דדייניגן דין חזקה אף שלא לגבי עצמו ומאי שנא מאשה שקידש דלא דייניגן דין חזקה לגבי הקרובות. נראה דלק"מ דהתם גבי גברא וטהרות, הלא הגברא הוא סבת הספק דטהרות, וגם דין ספיקן אחד הוא הלכך שנפסק הספק לגבי גברא מוכרח הוא להתבטל גם לגבי הטהרות הנולדת ספיקן מדין הגברא וספק אחד הוא להן, ולא נוכל לחלקן, אבל לגבי אשה שקידש, ספק הקרובות אף שנולד גם הוא מספיקה של האשה שקידש, מ"מ הלא הספיקות שונות הן שספיקה הוא ספק לגבי להנשא לעלמא, וספק הקרובות הוא ספק רק לגבי דידיה אם מותר הוא לישא אותן משום לתא דאיסור קרובות, וכיון שספקותיהן הן שונות זה מזה, אין דין הנפסק לגבי האשה שקידש מכריע דין ספיקן של הקרובות אשר הוא ספק אחר לגמרי:

ט) **אבל** הדבר מוקשה, כי הלא התוס' מדברים ע"ד האשה המתקדשת באמת, שאין אנו יודעים מי היא, ובזה הלא לא שייך לתלות אותן הנשים הקרובות שאנו דנים עליהן, בחזקה של זו שאנו מסתפקים עליה, שהרי אין אנו יודעים מי היא, ואם כן שוב תחזור הקושיא מה לנו בהמתקדשת אם ניידא אם הדרא לניחותא, הלא בעיקרו של דבר עלינו לדון על האיסור המסופק לנו עתה אי נייד ושייך לומר עליו כל דפריש מרובא פריש, אי קבוע והוי ספק איסור דלא אזלינן בתר רוב:

י) **והיה** נראה מחמת זה ששני דינים הם. כשהדבר שאנו מסתפקים בו עתה נייד אז ניתר מטעם דאמרינן דכל דפריש מרובא פריש, וכשהאיסור שאנו מסתפקים שמא ממנו בא דבר זה שאנו מסתפקים עליו נייד, אז גם כן אזלינן בתר רוב, ולא מטעם דכל דפריש

מרובא פריש, דזה הלא לא שייך לומר כיון שהדבר המסופק לנו באיסורו והותרו קבוע הוא, אלא דין אחר הוא דכשהאיסור הגורם הספק פריש ליכא בזה דין קבוע ואזלינן בתר רובא, וכמו דאזלינן בתר רובא ברובא דליתיה קמן, אף דשם לא שייך לומר כל דפריש מרובא פריש, מ"מ אזלינן בתר רובא. [ועפ"ז נראה שלא תקשה קושיית הש"מ כתובות הובאה באמרי בינה שחיטה סי' כ"ב שהקשה שאם מביאין בהמה לביתו של שוחט לא נסמוך על הרוב דליהוי כקבוע דהוא מע"מ וכתב דהאי רוב וחזקה ורגלים הוא דאמרינן מסתמא לא שחט אדם בהמה זו אא"כ בקי ע"כ. ולפ"ז אין כאן קושיא שאף שהספק קבוע מ"מ האיסור וההיתר ניידי, וגם בזה אזלינן בתר רוב אף שהדבר המסופק קבוע הוא, וכן בזה יש ליישב קושיית הכר"ו סי' ק"י דהקשה אף דרוב ע"ה מעשרין מ"מ הא איכא מעוטא דאינן מעשרין א"כ אם באנו ליקח מהן הוי כקבוע דכמע"מ דמי, והאריך בדבריו ליישב. ולפ"ז יתורץ דנהי שהדבר המסופק הוא קבוע, מ"מ הלא הרוב והמעוט הם ניידי וגם בזה אזלינן בתר רוב. ובר מן דין אתיישבנה קושיות אלו ע"פ מה שכתב השעה"מ בשם לשון למודים ומבואר כאן באות ט"ו דהיכא דלא יצא הספק מהקבוע אזלינן בתר רובא א"כ בכל רובא דליתיה קמן הלא לא יצא הספק מהרוב, ואין כאן דין קבוע, דכל ענין רובא דליתיה קמן אינו אלא לומר שאף דבר זה הנדון הוא כהרוב אבל לא שהוא בא מהרוב]. והילכך תלו התוס' באותה האשה המתקדשת, משום דהאשה אשר אנו מסתפקים עליה לקרובה, ודאי בשעת ספק כשבא עליה קבועה היא במקומה, כשאז נולד הספק בדידה, ולזה רצו לתלות ספיקם בהאשה המתקדשת, ולזה פירשו בכוונת הגמ' שאף היא אפשר שבשעת הספק הלזה כשאנו דנים על הקרובה כבר הדרא לניחותא, וליכא כבר גם דין זה של רוב בנדון זה, ועכשיו אין קושיא, שכבר יצא הדבר בהיתר, שהלא על אותה האשה המסופקת לנו בקדושיה שאין אנו יודעים מי היא לא דננו מעולם עד עתה:

יא) **ויש** להביא ראיה מהא דאמרינן בסוף פ"ק דיבמות עכו"ם שקידש בזמן הזה חוששין לקדושין שמא מעשרת השבטים הוא והא כל דפריש מרובא פריש בדוכתא דקביעי. ופי' רש"י דהוי כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ע"כ. ובתוס' הקשו על פי' רש"י דהא אי אזיל איהו לגבה הוי לן למימר כל דפריש מרובא פריש ע"כ. והנה כוונת רש"י היא כיון דאנן לא ידעינן אי אזיל איהו לגבה אי אזיל איהי לגבי', אסור מספק וכמו בסוגיא דידן בכתובות, דילמא הוה קבוע. אבל מ"מ יקשה, כיון שאנו תופסים הצד דאזלא איהי לגביה, א"כ למה לנו לומר דאיירי בדוכתא דקביעי, אף אי איירי דאינהו ניידי מ"מ כיון שזה מי שקידש היה קבוע היה לנו לומר שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אלא ע"כ אי

הוו אינהו שמספקינן להו בעשרת השבטים ניידי, אף אם היה זה שקידש קבוע דאזלא איהי לגביה, הוה הדין דאזלינן בתר רובא, ששוב אין כאן דין קבוע:

[**וקוששיית** תוס' על רש"י שם מתיישבת באופן פשוט יותר, דעד כאן לא אמרינן אי אזיל איהו לגבה כל דפריש מרובא פריש, אלא כשאנו מסתפקים על אותה רגע בלבד, וכיון שבאותה שעה היה פריש, אמרינן כל דפריש מרובא פריש, והלכך גבי בועל כיון שהספק הוא רק על השעה דאזיל לגבה אמרינן כל דפריש מרובא פריש, אבל עכו"ם שקידש בזמן הזה, הלא אין הספק עליו רק בשעה שקידש, אלא שגם מקודם לזה היה הספק עליו בכך וגם אח"כ יהא הספק עליו בכך, א"כ איך נאמר שאם בשעה שקידש אזיל איהו לגבה, נאמר כל דפריש מרובא פריש, ונאמר שהוא ישראל, איך יכריע דין זה את שאר הספקות שבזמנים אחרים. ובסברא זו יתיישב גם מה שהקשו התוס' מאי שנא דגבי אמר לשליח צא וקדש לי אשה סתם אסור בכל הנשים שבעולם אף דבשוקא אשכח וקדיש משום דהדרא לניחותא, והשתא ניחא כיון ששם אין הספק עליה רק בשעה שקדשה כ"א כל הימים מסופקים אנחנו מי היא האשה שקידש, לא שייך לומר כל דפריש מרובא פריש, כיון שאין הספק על אותה השעה בלבד, ואין זה דומיא לסוגיא דפירש אחד ובטל]:

יב) **ועוד** ראיה לזה, שאף אם האיסור נייד, אף שהספק שאנו דנים עליו קבוע הוא אזלינן בתר רובא מהא שהקשה המרדכי בחולין אהא דאזלינן בסנהדרין בתר רובא והא סנהדרין קבועין הן בלשכת הגזית, ומתרץ משום דהדבור הוא פריש ע"כ. והנה שם גבי סנהדרין הלא אין הקבוע והפריש בהחפץ שאנו מסופקים עליו אלא בהמספקים, ואף אי הוי שם פריש, הלא אין זה מוציא מכלל דין קבוע, אלא ע"כ שאף בכי האי גוונא שהאיסור המספק הוא נייד, גם כן מוציא זה מכלל קבוע ולזה שפיר הקשו הא קביעי ותירצו דמיקרי פריש:

יג) **והתוס'** בנזיר פירשו דמאי דקאמר בגמ' אימר בשוקא אשכח וקדיש כוונת הגמ' על אשה זו שהוא רוצה עתה לישא, וע"ז משני הגמ' דהדרא לניחותא, שאח"כ נעשית קבועה, ואף שבשעת קדושין חל עליה הדין דכל דפריש מרובא פריש, אח"כ כשחוזרת לקביעותה שוב חוזר הדין דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. ודבר זה לכאורה קשה מאד שכבר חל עליה דין היתר שהיא מן הרוב איך תאסר אחר כך ועיין בש"ך ס"ק ל"ו מה שפירש בדעת הדרכי משה שכיון שפירש שוב אין נאסר אף כשחזר לקביעות. ועיין בדגול מרבבה שם שהקשה ג"כ מנזיר. ועיין בבית מאיר בסימן ק"י ביו"ד בקונטרס קבוע. שכתב לדבר פשוט שאם כבר חל על החתיכה דין היתר מטעם כל דפריש מרובא

פריש אף שחוזרת אח"כ לקביעותה אינה נאסרת עוד, ואם כן מ"ש כאן דמחמת שהדרא לניחותא נאסרת אח"כ. ובשערי יושר רצה להביא מזה ראיה שלא כדברי הש"ש שכתב שבמקום שחצי חתיכה פירשה וצריך לדון עליה דין כל דפריש מרובא פריש, וחצי החתיכה קבועה וצריך לדון עליה דין דכל קבוע כמחצה על מחצה, ההיתר מכריע את האיסור, ומתירין את כל החתיכה, ומסוגיא זו חזינן דאף באותה חתיכה עצמה אין זמן ההיתר מכריע לזמן שהוא קבוע, וכל שכן מחצי חתיכה זו לחצי חתיכה אחרת, שאין דין ההיתר מכריע לדין האיסור להתיר הכל. וזה גם שלא כדברי הב"מ, אבל הדבר תמוה מאד לומר כן, דמאי דפרכינן בכל מקום ונכבשינהו וניידינהו, היינו להזהר שלא יחזרו למקום קביעותם כל העת, כדי שלא יחזרו שוב לאיסורם הקודם:

יד) **ונראה** דדעת התוס' היא, דזה הלא ודאי שאין נפסק הדין דכל דפריש מרובא פריש אלא כשאנו דנים על דבר הספק, אם לאיסור אם להיתר, אבל עד שאנו דנים על הדבר אין הדבר נפסק על ידי כל דפריש מרובא פריש. ועתה צריכים אנחנו לדון, מתי נחשב שאנו דנים על הספק אם בשעת קדושין או בשעת ביאה, או אפשר עוד שבשעת קדושי האשה הבלתי ידועה, שעל ידה נאסרות כל הנשים, תיכף חל הספק לדון עליו. והנה בכל שאר חתיכות של איסור, ודאי שתיכף בשעת התערובות כשנודעה לנו התערובות חל הספק לדון עליו. אבל נראה, שזה דוקא בשאר חתיכות שהאיסור בהם עצמי, שמצד עצמותם אסורים הם, שהחתיכה היא חפץ של איסור, נמצא שתמיד הם תלויים בספק אם הם חפץ של איסור או חפץ של היתר, שהלא כל דינה של החתיכה היא הדין איסור אם אסורה היא. אבל באשה זו שאנו עוסקים בה, שאין דין האיסור עצם דינה, ומה גם כאן שאין האיסור בה מחמת עצמה, אלא שהספק הוא בקרובותיה האוסרות אותה, ולא נוכל לומר עליה שהיא חפץ של איסור, שאין האיסור עצם דינה, ועד שלא מגיע לנו הספק על המעשה איך לעשות, אין זה נקרא שאנו דנים עליה. ויסברו התוס' שגם בשעת קדושין ג"כ אינו נקרא עוד שאנו דנים עליה, שהלא אז ג"כ אין הספק אצלנו אם אסורה היא או מותרת, אלא שהספק אצלנו אם תפסו הקדושין אם לאו, ודבר זה תלוי אם תהא מותרת בשעת ביאה אז חלים הקדושין, ואם אינה מותרת בשעת ביאה, אז אינם חלים הקדושין, ונמצא שהספק של קדושין הוא ג"כ על שעת ביאה. ומפני זה כתבו התוס' שאף שבשעת קדושין היתה בשוקא ניידא, מ"מ כיון שבשעת ביאה היתה הדרא לקביעותא, ואז הוא השעה שאנו דנים עליה, הילכך צריך לפסוק הדין דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי. אבל אם היינו דנים עליו שעה אחת כשהיתה ניידא והתרנוה, אז אף כשחוזרת לקביעותה ג"כ נשארת בהיתירה מצד דין רוב:

טו) **ובחוות** דעת סי' ק"י ס"ק ג' כתב לבאר מה שכתבו הפוסקים דתערובת חנויות כגון בנמצא ריאה טריפה ולא נודע מאיזה חנות דהוי קבוע דאורייתא ותמוה כיון דאין האיסור ניכר במקומו יש לן לומר דנתבטל חד בתרי דהא גבי בטול חד בתרי הוא אפי' הספק הוא בין אחד המונח בבית ובין אחד המונח בעליה ובין אחד המונח בסוף העולם ומה הפרש יש בין מונח בשני בתים או בשתי חנויות לכן נראה דדוקא במוכרים שייך דין זה, דהנה בט' חנויות במקום דאזלינן בתר רובא אזלינן בתר רוב המוכרים ולא בתר רוב בשר וכו' וכיון דברוב המוכרין תלוי לא שייך ביה בטול ברוב ושייך בו דין קבוע כמו שכתבו הרמב"ן והרשב"א גבי האומר לשליחו צא וקדש לי אשה דאסור בכל הנשים שבעולם כיון דהספק הוא בין אנשים לא שייך בטול והו"ל קבוע ואסור מדאורייתא ע"ש וה"נ כיון דהספק בין המוכרים לא שייך בטול והו"ל קבוע דאורייתא, עכ"ד החוות דעת הצריכים לנו:

ולפ"ז אין הדברים מראים כן, דמה שכתבו הראשונים דכיון שהספק הוא בין אנשים לא שייך בטול, תהא כוונתם דלא שייך בטול, אלא במקום שהחפץ הבטל הוא חפץ של איסור, אבל כשהספק הוא בין אנשים, שאין האנשים בעצמיותם חפץ של איסור, אלא נאסרים ע"י קרוביהם, אבל אין האיסור בהם בעצם, לא שייך בהם בטול, שאין מתבטל אלא חפץ שהוא אסור בעצמותו, שאיסור מתבטל בהיתר, אבל כשהספק בין אנשים שאין בהם איסור בעצם, אלא שנאסר בהשתלשלות ע"י סבת אחרים ואין זה חפץ של איסור, אין זה מידי דבטל ואין זה מתבטל, ולפ"ז גבי מוכרים, שאף שהספק הוא בין המוכרים, מ"מ מה שאנו באים לבטל, הלא הוא הבשר, והבשר הלא הוא חפץ של איסור בעצמותו, והוי מידי דמיבטל ושייך בו בטול, ותחזור שוב הקושיא אמאי בתערובות חנויות לא נימא שיתבטל כיון דאין האיסור ניכר במקומו. מיהו עצם הקושיא נראה ליישב, שכשהספק הוא בחנויות לא שייך בטול, דלא שייך בטול אלא כשהספק הוא של תערובות, שמסופקים אנחנו שמא חתיכה זו היא החתיכה האסורה המעורבת כאן, וזה נקרא תערובות, ובתערובות האיסור מתבטל, אבל כשהספק הוא בחנויות הלא אין אנו מסופקים שמא זו היא האיסור המעורב, ואין אנו מצרפים בספקנו בחנות זו את החנויות האחרות, אלא שאנו מסתפקים על חנות זו בפני עצמה ולבדה אם יש כאן איסור אם לאו, ונמצא שאין כאן הספק ספק של תערובות, אלא ספק על החפץ בלבד ובפ"ע, והלכך כתבו שפיר הפוסקים שכשהספק הוא בחנויות ה"ל קבוע. ומצאתי כסברא זו ביד אברהם על יו"ד סי' ק"י משעה"מ בשם לשון למודים דהיכא דלא יצא מהקבוע כגון עירות דבאנפי נפשייהו קיימי אזלינן בתר רובא כמ"ש הר"ן לענין קריאת מגילה, אבל

מדברי ספר כריתות משמע דכה"ג חשוב קבוע כגון כשיש שדה דודאי אסורה בחרישה וזריעה ונולד ספק בשאר שדות ע"כ. והנה החילוק בין ספק של מוקפות ובין ספק של נחל איתן פשוט ומבואר, דבספק של מוקפות אין הספק בעיר זו מחמת ההיקף שראינו במקום אחר, אלא הספק נולד בעיר זו עצמה, שכיון שאפשר היה לבנותה באופן פרזי ובאופן מוקף, אין אנו יודעים איך נבנית, אבל בנחל איתן מפני מה זה נסתפק אם היה בה מעשה עריפה, וכי זה דרך המציאות שיהא בשדה נחל איתן, ונמצא שכל הספק נולד מזה שראינו בשדה אחת שנעשית נחל איתן, הלכך אנו מסתפקים שאולי זו היא השדה, ונמצא שהספק הוא ספק של תערובות, ושפיר הקשה דלאסרו כולי עלמא משום ספק דנחל איתן משום דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי והוצרך לתרץ דכיון שאין האיסור והיתר ניכרין אין זה בכלל קבוע דאורייתא. ונראה דגם נדון דידן של החוות דעת ג"כ אינו דומה לנדון דספר כריתות, דכאן כשנולד ספק טריפות באחת החנויות ואנו מסתפקים על כל אחת מן החנויות שמא כאן היא הטריפה, כיון שראינו הדבר שהביא הספק, נוכל לומר שהספק נולד בכל חנות בפני עצמה שמא כאן היא הטריפה ואין לנו להסתפק שמא זו היא החנות שהיתה בה הטריפה, שאלו היינו אומרים כן, אז היה זה ענין של תערובות, אבל הספק הוא על כל חנות בפ"ע אם היתה כאן טריפה. אבל גבי נדון דנחל איתן, אין זה בגדר ספק להסתפק אם היה כאן מעשה עריפה, דמהיכי תיתי דנסתפק בזה, אלא שהספק הוא אם זו היא השדה שנעשית נחל איתן וספק כזה הוי ספק של תערובות:

טז) **והנה** התוס' כאן בסוגיא דכתובות (ט"ו ע"א) הקשו תימא דלר' שמעון קבוע מנא לי' ואין לומר דמסקינן בפ' הנשרפין דר"ש סבר כר' דיליף נתינה נתינה ואייתר לי' וארב לו לקבוע דאכתי לתנא דבי חזקי' מנא לי' קבוע דלית לי' דר' וכו' ע"כ, ובתוס' בסנהדרין (ע"ט ע"א) הקשו עוד כיון דפטר ר"ש אפילו בכולם ישראלים עד שיאמר לפלוני אני מתכוין לא שייך למדרשיה כלל וי"ל דיש לפרש לר"ש בתשעה ישראל וחד כותי ואמר לאותו שעומד שם אני מתכוין דמיפטר מטעם כל קבוע מוארב לו וכי האי גונא כולם ישראלים חייב ע"כ, ובהפלאה הקשה דהאי תרוצא לא יתכן למאי דסבירא להרבה פוסקים דהיכא דאין האיסור וההיתר ניכרין אין זה בכלל קבוע מדאורייתא עכ"ד:

והנה לפי מה שמובא בשם הפר"ח דכמע"מ דמי אע"פ שהלוקח לא ידע סוף סוף האיסור כבר היה קבוע וניכר במקומו ואין חילוק מסתמא בין ניכר להרבה אנשים לבין ניכר לאחד ע"כ. ולפ"ז היתה מתיישבת גם קושיית ההפלאה, דאף שלהזורק אין האיסור וההיתר ניכרין. מ"מ במקומם להעומדים שם הלא ניכר הוא מי הם העכו"ם

ומי הם הישראלים ובכי האי גוונא דיינינן דין קבוע וא"ש. מיהו בבית מאיר מקשה ע"ז החילוק של הפר"ח, בשם השפתי דעת אות י"ד הא מבואר הוא דכל שיש אחד שיודע מהקביעות וכו' קביעות גמור הוא א"כ בהאומר לשלוחו כו' לא מיבעיא היכא דשליח חי והלך לו הוי קבוע דאורייתא כיון דלשליח ידוע וניכר הוא ואפילו מת השליח מ"מ האשה שנתקדשה יודעת והוי קבוע הניכר, וצ"ע, וב"מ החזיק הקושיא דהא אף להעדים שנתקדשה בפניהם האיסור ידוע דבלא עדים בל"ז לא הוו קדושין ע"כ. והנה לתירוצו אין קושיא על נדון דידן דעכו"ם וישראל, שהוא מתרץ שמזו הקושיא מוכרח שדוקא כשהיודעים מהקביעות ידועים לנו, אבל שם בשולח לקדש לו אשה, כיון שאין אנו יודעים היכן הוא השליח, אין זה מועיל לנו שתקרא הקביעות ידועה, ולפ"ז כיון שאנו יודעים שהעומדים עצמם יודעים מי הם העכו"ם ומי הם הישראלים נחשב זה לקביעות ידועה ולא תקשה קושיית ההפלאה. אבל היה נראה לתרץ קושיית הש"ד והב"מ עוד באופן פשוט. שעד כאן לא קא אמרינן דאף שאין האיסור והיתר ניכרין לכולם, מ"מ כיון שלהמוכר ידוע מיקרי קבוע, היינו דוקא כשעל החתיכה המסופקת, הספק גם להמוכר, לזה אמרינן כיון שבין אלה המסתפקים בדינה של חתיכה זו יש מי שלדידיה יש בזה דין קבוע, שלו האיסור והיתר ניכרין, מיקרי קבוע לגבי כו"ע, אבל בשולח לקדש לו אשה והלך השליח, ולדידיה האיסור והיתר ניכרין, או אף כשמת השליח וידוע להאשה עצמה או להעדים הלא לדידהו ליכא כאן ספק כלל, ולא שייך לדידהו לומר שכל קבוע כמע"מ דמי, כיון שהם הלא יודעים שאשה זו אסורה וכל העולם מותרות ומאי קבוע שייך כאן, ולא נוכל לומר שמה שהוא להם קבוע עושה שיקרא קבוע לגבי כולי עלמא. אבל בכל מקום ששייך לומר שדין קבוע שלהם עושה שיקרא קבוע לגבי כו"ע, אמרינן ודאי הכי, ואף שאינו ניכר רק לאחד ג"כ מיקרי קבוע. והדברים פשוטים מאד לפ"ד:

יז) **אבל** נראה דקושיית תוס' סנהדרין מתיישבת בפשיטות, דזה ודאי דפטור מאי דפטרינן בנתכוין להרוג עכו"ם והרג ישראל, ומאי דפטרי בנתכוין להרוג את זה והרג את ישראל אחר, הם שני דינים נפרדים, דבנתכוין להרוג עכו"ם והרג ישראל, כוונת עכו"ם היא הפוטרת, ובנתכוין להרוג את זה והרג את זה, אין כוונת הלה פוטרתו. אלא שהוא פטור מחמת חסרון כוונה להרוג זה הנהרג, ואם נתכוין לזה וגם לאחר אין כאן פטור. והלכך כשעמדו עשרה ישראלים והוא זרק ונתכוין למי שיגיע, נמצא שנתכוין גם לזה, אף שנתכוין גם לאחר, אינו נפטר מחסרון כוונה, כיון שנתכוין גם לזה, גם כוונה כזו מחייבתו, אבל כשהיו שם גם עכו"ם, אז אנו רוצים לבא לפטור אותו מטעם כוונת עכו"ם, שזו היא כוונת פטור, אף שהוא נתכוין גם לזה אם יגיע, מ"מ כיון שכוונה זו

מעורבת גם עם חלקי כוונת הריגת עכו"ם, נעשית כוונה זו כוונת פטור, ונפטר אם קבוע כמחצה על מחצה דמי:

יח) **ויש** לעיין במאי דאמרינן דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אם הכוונה שהתורה חדשה דבמקום קבוע לא מהני הרוב, ואף שהוא רוב במציאות אין לו כח בדינו להכריע את המעוט לא להיתר ולא לאיסור, או שהתורה חדשה שנחשבת המציאות כמו שאין כאן רוב ממש, והוי כאילו היתה כאן במציאות מחצה על מחצה, וממילא לא מהני הרוב. שהרי נחשב במציאות כמו שאין כאן רוב בעולם, ושני הצדדים שקולים הם. ויש לחקור בדין מאי דאמרי הרבה פוסקים דספק ספיקא שאינו שקול דלא מהני, ואם בצד ספק אחד יש שם רוב כנגד מעוט, אין נחשב ספק זה להצטרף לספק ספיקא, איך נאמר אם יהא בדין ספק זה דין קבוע, אם נימא, שכיון שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי וכמו שיש כאן במציאות ממש שני צדדים שקולים, וא"כ נחשב כאן כאילו היה כאן ספק ספיקא השקול, או דילמא שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, אין זה מחצה במציאות, ואין זה אלא דין ברוב, שאין הרוב מהני להכריע את המעוט במקום שהוא קבוע, אבל לגבי דין ספק ספיקא כיון שאין הצדדים שקולים במציאות אין בזה דין ספק ספיקא:

ומסוגיית הגמ' דזורק אבן לגו דאמרינן דאי קבוע כמחצה על מחצה דמי הוי כנתכוין לזרוק לעכו"ם אף דרוב ישראל משמע דקבוע הוי כמחצה על מחצה במציאות, דאי לאו הכי אף אם היינו מסתפקים איך הדין היינו אומרים שהדבר ספק, אבל כשאנו דנים כונה כזו שרובה לישראל ומעוטה לעכו"ם מה היא, הלא דבר זה תלוי במציאות, ובמציאות הלא יש כאן רוב, ומה שייך כאן דין קבוע, ובע"כ צ"ל שבקבוע חדשה התורה שנחשב במציאות כאילו הוה מחצה על מחצה.

אבל יש מפרשים דהספק בזורק אבן לגו הוא שאין אנו יודעים למי כוון בזריקתו ואם רוב עכו"ם אזלינן בתר רובא ותלינן דלעכו"ם כוון ואם רוב ישראל אמרינן דלישראל כוון ואם מחצה על מחצה ספק, אין לנו ראיה לספק דידן, דכאן הספק הוא בדין, ובכי האי גוונא ודאי דאזלינן בתר רובא, ואין הדבר נוגע לנו איך הוא המציאות ממש:

ובפליתי סי' ק"י ס"ק ז' רצה לומר דבקבוע דלא אזלינן בתר רובא דניזיל בתר קרוב וכתב אח"כ דמגמרא דנזיר באומר לשלוחו צא וקדש לי אשה סתם אסור בכל הנשים שבעולם ואמרינן הטעם דקבוע דהדרא לקביעות, וקשה אותה עיר שהשליח שוכן בה יאסרו הנשים ואידך יהו שרי דהא הם קרובים לשליח משארי נשים שבשאר עירות ואזלינן בתר קורבא דקורבא דאורייתא, ועכצ"ל הואיל וחדית לן רחמנא דקבוע דוחה רוב ורוב עדיף מקורבא אף לקורבא דוחה ולא אזלינן בתר קורבא כלל ומידי ספיקא לא נפקא

עכ"ד. ומדבריו נראה דאין החדוש של תורה בדין קבוע לומר שהוא כמו במציאות נעשה כאן מחצה על מחצה, דאילו נאמר כן, אין כאן שום ראיה לבטל דין קרוב, אלא ודאי שחדוש התורה הוא שאין כאן דין רוב, אף שבמציאות יש כאן רוב, וכיון שקבוע מבטל דין רוב, נוכל שפיר לומר שגם דין קרוב מתבטל:

אבל ראיתו היא רק לפי פירוש התוס' בנזיר, דאילו לפי פירוש התוס' בכתובות הלא אין אנו דנים רק על האשה המתקדשת עכשיו, אבל על האשה שקידשה השליח אין אנו דנים לא ברוב ולא בקבוע, א"כ אין לנו לדון עליה גם בדין קרוב ואין כאן מקום לקושיא כלל:

סימן טז

במה דקיי"ל דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב והקשו בגמ' ב"ב והיתה העיר הקרובה ואע"ג דאיכא אחריתי דנפישא מינה ומשני בדליכא והקשו בתוס' ד"ה בדליכא וז"ל תימא דהכא משמע דטעמא דהעיר הקרובה מביאה עגלה ערופה משום דמתוך הקורבא מוכח שמשם בא ההורג ובסוטה (מ"ה) תניא מנין שאם נמצא סמוך לעיר שאין בה ב"ד שמניחין אותה שאין בה ב"ד והולכין לעיר אחרת שיש בה ב"ד, ואמאי והלא מתוך הקורבא נראה שמאותה שאין בה ב"ד היה, ע"כ. וכעין שהקשו יש להקשות עוד מירושלמי סוטה דאיתא התם ראוהו מפרכס כאן ואחר כן מצאוהו מת במקום אחר מודדין ממקום שנמצא מת ע"כ, וא"כ יקשה ג"כ שאי נימא שטעמא שמודדין מהעיר הקרובה, משום שמוכח שמשם בא ההורג, הי' צריך למדוד ממקום שראוהו מפרכס תחילה, ששם נעשה מעשה הרצח. אבל באמת דבריהם תמוהין, שאיך אפשר להעמיס זה בגמ' לומר, שבשביל ההוכחה שיש בקורבה מודדין מהעיר הקרובה, דהלא אמרו שם בסוגיא אמר אביי אף אנן נמי תנינא דם שנמצא בפרוזדור ספיקו טמא שחזקתו מן המקור ואע"ג דאיכא עליה דמקרבא ע"כ. והנה שם גבי דם, הלא אין הוכחה ממה שנמצא כאן שהוא מן העליה, משום שמקרבא, שהלא בין דם העליה ובין דם המקור, שניהם על כרחם מוכרחים הם לבוא לכאן, שהרי לשניהם אין דרך אחרת לצאת ומה הוכחה יש כאן מחמת קרבות, שדוקא במקום שיש להם עוד דרכים, יש להוכיח מן הקרבות, אבל כאן כיון שדרך פתח אחד הם יוצאים, אין שום הוכחה. וגם בלאו הך ראי' היה נראה, שכמו שכתבו בשיטה מקובצת ב"מ גבי קפץ אחד מן המנויין לתוכן, והובאו דבריהם בדברי האחרונים דפריך אמאי אמרינן שאם קפץ אחד מן המנויין לתוכן כולן פטורין נימא דכל דפריש מרובא פריש כד ניכבשינהו וניידינהו ומתרץ דאע"ג דאזלינן בתר רוב ג"כ ספק הוא, אלא שספק זה התירה התורה, אבל מ"מ ספק מיקרי ותו הוי

עשירי ודאי ולא עשירי ספק עיי"ש. וחזינן מזה דרובא דאיתא קמן הוי ספק, ודוקא רובא דליתא קמן, דהוי רוב בסברא כתבו האחרונים דהוי ודאי, אבל עכ"פ ברובא דאיתא קמן דאזלינן בתרי' מדאורייתא, אין כאן שום הוכחה כהרוב דנימא שכך הוא המציאות, אלא שדין התורה הוא כך, א"כ מאן לימא לן דמאי דשקלינן וטרינן אי אזלינן בתר קרוב, משום ההוכחה שיש בדבר, שאין כאן שום הוכחה בקרוב יותר מברחוק, אלא שהתורה גזרה שנלך בתר קרוב, וכיון שאין זה אלא דין בעלמא, לא צותה התורה לילך בתר קרוב אלא בתר ב"ד הקרוב. וכן תתורץ גם הקושיא מדברי הירושלמי, שכיון שלא מטעם ההוכחה אזלינן בתר קרוב, בכל מקום דאזלינן בתר קרוב, אלא מטעם דין התורה לילך בתר קרוב, באותו אופן ממש שצותה התורה לילך בתר רובא דאיתא קמן, אף שאין זה הוכחה, וא"כ גם גבי עגלה ערופה אין זה אלא דין בעלמא, הילכך היה הדין שנלך בתר קרוב הנמצא שם מת, ולא בתר קרוב שהיה שם חי עדיין. ומדברי התוס' משמע דס"ל דמאי דאזלינן בתר קרוב בעלמא, הוא מטעם הוכחה, ומנא לן למימר הכי:

(ומיהו** נראה דאף דאמרינן דרובא דאיתא קמן אין דנים עליו מטעם הוכחה, כ"א מטעם דין, אין זה מטעם דין בעלמא, אלא שגזרה התורה שיהא הדין כאלו היתה כאן הוכחה, וכמו כן בקרוב מאי דאזלינן בתרי' היינו שהדין הוא שיהא נחשב כאלו היתה כאן הוכחה, וא"כ שוב שפיר מקשו התוס' אמאי אזלינן לעיר שיש בה ב"ד, הלא כיון שהחלל קרוב לעיר שאין בה ב"ד, הלא עלינו לחשוב כמוכח שלשם בא ההורג, מטעם דין מוכח. וכן יש להקשות נמי אירושלמי, אמאי ניזל בתר מקום שמצאוהו מת, כיון שראוהו מפרכס במקום אחר, הלא יש לזה דין מוכח שמשם הוא ההורג)**

ובחדושי הרמב"ן שם בסוגיא גבי ההוא חצבא דחמרא דאישתכח בפרדיסא דערלה שריא רבינא לימא משום דסבר לה דר' חנינא שאני התם דאי מיגניב מינה איצנועי לא מצנעי בגוי' וה"מ חמרא אבל עינבי מצנעי וכתב הרמב"ן וז"ל פי' עבידי ודאי דמצנעי ואפי' לר' חנינא אסור דכי הא לאו קרוב בלחוד הוא אלא במקומו ממש הוא וחזקה כאן נמצאו וכאן היו, וה"נ מוכח בקדושין פ"ק דקאמרינן בברייתא כרם נטוע ירק וירק נמכר חוצה לו בארץ אסור והיינו משום דדרכן של גננין למכור על פתח גנותיהן כדאמרינן סוף ב"ק הילכך כמי שהוא במקומו דמי וכיון דמקום שהוא מקומן ומצוי ליכא למ"ד דרוב עדיף ע"כ. והי' נראה בכונת דברי הרמב"ן שאף שכתב הטעם לאסור משום דחזקה דכאן נמצאו וכאן היו, מ"מ מוכרח הוא לומר שאין הדברים כפשטן, שא"כ תחזור הקושיא, שזה הלא ודאי כלל הוא בידינו שרוב עדיף מחזקה, וכן מוכח הוא בפירוש בסוגיא דהמדיר דרוב עדיף מחזקת כאן נמצאו וכאן היו, אלא ע"כ שכונת הרמב"ן רק לומר

שכיון שהוא מקומו עדיף מכל קרוב דעלמא, ובקרוב כזה שהוא מקומו כו"ע מודים דאזלינן בתר קרוב, ומה שכתב חזקה כאן נמצאו וכאן היו, לא כתב כן בדיוק, אלא להסביר הדבר לקרבו להבין, אבל קשה לומר על הרמב"ן שיהא שלא בדקדוק. ואף שגם ראיתו מגמ' דקדושין מוכחת כן, שהביא מהא דכרם נטוע ירק וירק נמכר חוצה לו, ואיך נאמר דכאן נמצאו וכאן היו, והלא חוץ לכרם ודאי דלא היו מעיקרם, וודאי הובאו לשם, ומה לי אם הובאו שם ממרחק פסיעה אחת, ומה לי ממרחק גדול, בין כך ובין כך לא נאמר דכאן נמצאו וכאן היו, כיון שלא נוכל לומר שהיו שם מעיקרן, אלא ע"כ שגם הרמב"ן לא כוון לזה, ורק שבא לומר שקרוב דאלים כזה ודאי דאלים מרוב, והיינו שאמר במסקנת דבריו דרוב ומצוי כו"ע מודו. ומ"מ הלא גם דבריו שהסביר בכאן נמצאו וכאן היו, הלא כוון בהם דבר מה להסביר, שלא יהי' רחוק מהוראת הדבר, ומה היא כונתו בזה. וגם יש להתבונן, מדוע באמת והא אלים קרוב זה יותר מחזקת כאן נמצאו וכאן היו, שיהא בכחו להדחות את הרוב יותר מבכל מקום שיש חזקת כאן נמצאו וכאן היו: **ונראה** דיש שני מיני חזקות של כאן נמצאו וכאן היו, ישנו דין כנוכ"ה שהוא ככל החזקות, שיש לנו ספק בדבר, ואחרי הספק אנו מעמידים את הדבר על חזקתו, שכאן נמצאו וכאן היו, אבל אין החזקה מונעת ממנו את הספק לגמרי, ויש פעמים שחזקת כאן נמצאו וכאן היו, לא די שהיא מעמדת את הדבר על חזקתו, אלא שהיא מונעת גם את הספק מלספק כלל, וכגון זה הוא כאן גבי עינבי בפרדיסא דערלה, שהכאן נמצאו וכאן היו, מבטל הספק לגמרי מלהסתפק, ובאופן כזה עדיף הוא מרובא, דאין רוב מועיל אלא במקום שיש לנו ספק בדבר, אבל כשאין ספק בדבר, אין הרוב מועיל כלום. והא דחזינן בדוכתי אחריתי דרוב עדיף מחזקת כאן נמצאו וכאן היו, היינו משום דהספק יש בידינו על כל פנים, אלא שאנו מעמידים את הדבר בחזקתו, בזה אנו חוזרים אל הכלל אשר ישנו בידינו דרובא וחזקה רובא עדיף. ולפי זה, גם אם היינו אומרים דגם בכל קרוב אזלינן בתרי' לגבי רוב, יהא הטעם בזה משום דהקרוב מונע הספק, ואין כאן ספק כלל, ולא שייך לילך בתר רוב, כשאין ספק כלל בדבר. ובזה יש לנו לפרש כונת דברי התוס', שמכאן נראה דהטעם דאזלינן בתר קרוב, משום דמוכחא רצונם לומר, דטעם דאזלינן בתר קרוב יותר מבתר רוב הוא משום דמוכח ומבטל הספק, דאי לאו הכי הי' לנו לילך יותר בתר רוב, משום דרובא וחזקה רובא עדיף, אלא ע"כ דלא אזלינן בתר רוב, משום דהקרוב מוכח ומבטל הספק, וא"כ כאן דמקשה גם גבי עגלה ערופה דהוה לנו למיזל בתר רובא, אלמא דמה דאזלינן בעגלה ערופה בתר קרוב, הוא ג"כ מהאי טעמא משום

דהקרבות מבטלת הספק, ואין כאן ספק כלל, והילכך שפיר קמקשו דאם כן כשאין בה ב"ד מה לנו לילך בתר עיר שיש בה ב"ד כיון שאין כאן ספק מעיר אחרת כלל:

ונראה דגם גבי דם דמספקינן אם מן העליה או מן המקור, דמקשינן אמאי לא תלינן בעליה דמקרבא, תהא כונת הגמ', שהגמ' סוברת דעלי' ופרוזדור מקום אחד הוא, ומקור מקום אחר הוא, ומטעם זה היה לנו לתלות בעליה דמקרבא, והכונה דנימא שבכאן נמצאו וכאן היו, ואין לנו לחדש שיצא הדם ממקום למקום, אף שאם היינו חוקרים בהוכחת הדברים אין לנו ראיה והוכחה לזה יותר מבזה, אלא דהקושיא דעלינו להחזיק שבמקום זה נולדו, ולא היו מעולם במקום אחר, ואין כאן מקום ספק כלל, ולא שייך לילך בתר רוב, ומ"מ אפשר שאף לפי דעת הגמ' אין זה מקומו ממש, שמ"מ יש חלוק מקומות קצת בין עליה לפרוזדור, דאילו הוי מקומו ממש, אפשר דאף רוב ומצוי לא הוי מהני להוציא מידי חזקת מקומו, והוה אמרינן דכאן נמצאו וכאן היו, או אפשר דרוב ומצוי עדיף אף מחזקת מקומו ממש למיזל בתרי' וצ"ע בזה:

ורואים אנו בדברי הרמב"ן שבאופן כזה ישנה החזקה של כאן נמצאו וכאן היו, ולכאורה נסתר זה ממה דקיי"ל דדוקא לענין חלוק רשויות הוא דאמרינן חזקה דכאן נמצאו וכאן היו. ולכאורה תהיה מכאן ראי' לדברי המג"א שאם נצטננה הקדירה וסלקוה ממקום למקום ואח"כ נמצאה חטה דאמרינן עתה הוא דנפלה דלא מחזקינן איסור ממקום למקום (וכמדומה שהלשון שם במג"א אינו מדוקדק שכתב וסלקוה מן הכירה למקום אחר ונצטננה, דאם כן צריך הי' לאסור, שאף שאין מחזיקים ממקום למקום, מ"מ כיון שקודם שנצטננה ג"כ היתה כבר באותו מקום עצמו, הלא יכולין על אותו זמן להחזיק את האיסור שם, ובאותו זמן היתה כלי ראשון, וצריך לאסור, אלא צ"ל ונצטננה, ואח"כ סלקוה למקום אחר) ומביא ראיה לדין זה מנדה (דף ג' ב') מקופה שנמצא בה שרץ עיי"ש ומדברי הרמב"ן תהא ג"כ ראיה לדין זה, שבאופן זה אמרינן דלא מחזקינן ממקום למקום, אבל מ"מ יקשה דלא נאמר זה אלא בחלוק רשויות:

ובמקור חיים ה' פסח עמד על דברי מג"א אלו והקשה עוד, דאם נאמר כדברי המג"א, א"כ גבי יין ונמצא חומץ נמי נימא דאם טלטלוה למקום אחר יהא חומץ למפרע מטעם דכנוכ"ה. ותירץ ע"פ דברי התוס' דריש נדה אמאי כתבו דגבי נדה אף ששינתה מקומה לא שייך לומר כנוכ"ה דאין מחזיקין ממקום למקום משום דאשה כל מקום שהיא טומאה עמה וכו' אלמא דלא שייך לומר אין מחזיקין ממקום למקום במידי דאתי מגופא רק במידי דאתי מעלמא מש"ה **(**מיהו** אפשר לפרש דברי התוס' משום שאשה הויא מקום עצמה וכל היכא דמיטלטלת הויא באותו מקום עצמו, אבל ביין ונמצא חומץ דלא

שייך זה, אין זה ענין לדברי התוס':)** ביין ונמצא חומץ בהמה ונמצא טרפה לא שייך סברא דממקום למקום רק במידי דאתי מעלמא ונפל לכאן שייך סברא דאין מחזיקין ממקום למקום מש"ה במומין דאין המקום גורם רק הרשות ומזלא דבעל גרים. תדע דהא מחצי אמרה לי' נסתחפה שדהו מש"ה תולין סברא דממקום למקום ברשות ולא במקום וכן גבי טבח וחמור שם דמזלא דמוכר ולוקח גורם הרשות גורם לחלק ולא המקום, עכ"ד ודבריו צריכים עיון, דאם תירץ זה על יין ונמצא חומץ, מה יתרץ בכמה דוכתי דאף במידי דאתי מעלמא אזלינן בתר חזקה דהשתא, ונתפוס לדוגמא, שאם קידש אשה, ואין אנו יודעים מתי ובאיזה זמן נתקדשה, או כשגירש אשה בודאי, ואין אנו יודעים מתי ובאיזה זמן נתגרשה, ועיין תוס' גיטין (י"ז ע"א) ד"ה משום בת אחותו וז"ל שלא יחפה עליה כשאין בו זמן דלא אמרינן אוקמה אחזקת אשת איש והשתא הוא דאיגרשה כיון שהיא גרושה לפנינו ועוד אדרבה אוקמה בחזקת כשרה שלא נבעלה כשהיא אשת איש ע"כ, ובפ"י האריך בזה ורצה לפרש שכל אחת טענה בפני עצמה היא ומטעם שהיא גרושה לפנינו בלבד עלינו להחזיקה למפרע בגרושה משום חזקה דהשתא, והא גירושין הן מידי דאתי מעלמא ועלינו לומר כאן נמצא וכאן היה לפי דברי המקור חיים, והא אשה ניידא היא, ועכ"פ כששינתה מקומה נימא דאין מחזיקין ממקום למקום והשתא הוא דאיגרשה, ואין כאן שום חפוי. וכן נראה במה שהקשו התוס' כתובות (דף ט' ע"א) ד"ה לא צריכא באשת כהן ונוקמא אחזקת כשרה לכהונה ונימא דלאו תחתיו זינתה וי"ל דאדרבה אית לן למימר דהשתא נבעלה דאוקמה אחזקת הגוף ע"כ, והקשו האחרונים דנימא דהרי בעולה לפניך ואוקמא אחזקת היתר דנבעלה מכבר ע"כ, והרי זה ודאי ג"כ הוי מידי דאתי מעלמא וכששינתה מקומה נימא דלא מחזקינן ממקום למקום וכאן נמצא וכאן היה ולא הוו תרתי לריעותא:

ועוד יותר קשה לפי מה שרצה במק"ח לחדש עוד יותר וז"ל ולזה נראה דכיון דמצינו חזקה דמעיקרא דהיינו לומר כמו שהיתה מקודם כן היא בשעת לידת הספק וכן מצינו חזקה דהשתא דהיינו לומר כמו שהיא עכשיו כן היא בשעת לידת הספק כמו לר"נ גבי מתנת שכ"מ בהוא אומר שכ"מ היה וכו' בב"ב פ' מי שמת דאזיל בתר חזקה דהשתא וכן במקום דאיכא תרתי לריעותא דכו"ע אזלי בתר חזקה דהשתא, ומצינו במקום דאזלינן בתר חזקה דהשתא והוא מידי דאתי מעלמא ויש לו התלות במקום דהיינו שיש לומר דהמקום גורם ושייך לומר בי' לא מחזקינן ממקום למקום כנ"ל, נראה כמו דלא מחזקינן בנידון זה חזקה דהשתא ממקום למקום ה"נ כשבאנו לידון על נידון זה מכח חזקה דמעיקרא דהיינו לומר כמו שהיה מעיקרא כן היה בשעת לידת הספק ג"כ לא מחזקינן

ממקום למקום, דהיינו אם נבדקה במקום אחד, ובשעת לידת הספק הוא במקום אחר, לא מחזקינן ממקום למקום ע"כ, עיי"ש שהאריך בזה בראיות, ונראה שם דגם גבי ראוהו חי מבערב ואח"כ נמצא מת, דמעמידין על חזקתו שראוהו חי, היינו דוקא שראוהו חי במקום הזה, דאלא"ה אין מחזיקין ממקום למקום, חזינן לדעתיה שגם זה מיקרי מידי דאתי מעלמא. ואם כן קשה טובא, גבי מה דמעמידין על חזקת הגוף ואמרינן שלא נבעלה מקודם ומאחרינן השתנות גופה לכל המאוחר, ואמאי כששינתה מקומה, וזה הלא ודאי הוא ששינתה מקומה ממקום שנבעלה, נימא דאין מחזיקין ממקום למקום, כיון שגם בחזקה דמעיקרא אמרינן הכי. וכן יש להקשות משני שבילין, שאינו יודע אם הלך למקום הטומאה אם לאו, שמעמידין את כל אחד בחזקתו, והלא שם נשתנה ממקום למקום, ואי נימא דגם בחזקה דמעיקרא לא מחזקינן ממקום למקום, מפני מה מעמידין שם גברא אחזקתו. וכן יש להקשות מהא שהקשו התוס' חולין וא"ת מסוטה היכי מצי למילף והא סוטה אית לה חזקת טהרה ע"כ, ומאי קושיא הא כיון דנסתרה במקום אחר, א"כ הלא שוב אין מחזיקין ממקום למקום:

וכן מה שתירצו שם בתוס' וי"ל כיון דקינא לה ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע לה חזקתה וא"ת כל ספק טומאה ברה"י מנלן דטמא היכא דאיכא חזקת טהרה אי מסוטה הא איתרע לה חזקה וי"ל דגמרי שפיר מסוטה דעשאה הכתוב כודאי ולא מוקמינן לה אחזקתה דאע"ג דאיתרע לה חזקתה מ"מ אי מוקמינן לה אחזקתה לא היה לה להיות ודאי טמאה ע"כ, ומאי תירוצם הא סוטה לית לה שום חזקה דאין מחזיקין ממקום למקום אף בחזקה דמעיקרא לפי דברי המק"ח. וכן יש לשאול לפי מה שכתב שגם בראוהו חי מבערב בעינן שראוהו חי במקום הזה דאי לאו הכי אין מחזיקין ממקום למקום, הלא תופס הוא שגם זה מיקרי מידי דאתי מעלמא, א"כ מה נעשה במשנה פ"ג דגיטין על הספינה המטורפת בים ועל היוצא לידון שהן בחזקת קיימין, הלא שינו את מקומן ואין מחזיקין ממקום למקום, וכן המשנה שקודם לה בת ישראל הנשואה לכהן והלך בעלה למדינת הים אוכלת בתרומה בחזקת שהוא קיים, ושם כל הסוגיא קעסיק בחזקת חי, והיכי מעמידין אחזקה והא ממקום למקום הוא, וכאלה רבים מאד סוגיות דאיירי בחזקה שמורות כן:

אבל הנראה פשוט בענין זה שאין לדמות כלל חזקה דהשתא לחזקה דמעיקרא, דחזקה דהשתא מדין אחר היא באה, שחזקה דהשתא הוא ענין של ריעותא, שהריעותא הוא מה שעתה הוא כך, ויש לנו לומר שמצד הריעותא עלינו לחשוב שגם מעיקרא היה כן, ומשום כך אנו מעמידין אותו בחזקת כמו שהוא עכשיו, אבל אין זה מדין חזקה

שחדשה התורה דאזלינן בתר חזקה, שזה לא נאמר אלא בחזקה דמעיקרא, שעלינו לומר, שהדבר לא נשתנה מכמות שהיה מתחילה, כמו גבי נגע, ששם הוא מקור דין חזקה כמו שאמרו בחולין (י' ע"ב), שזהו ענין של חזקה, אבל חזקה דהשתא הוא ענין של ריעותא, שהריעותא דהשתא מראה לנו שהדבר היה גם מתחילה כמו שהוא עכשיו, והילכך כאן שהוא ענין של ריעותא, אמרינן כאן נמצא וכאן היה, שאין לנו להחזיק הריעותא כי אם במקום שנמצא ולא במקום אחר, ואחזוקי ריעותא לא מחזקינן. אבל במקום שהוא חזקה גמורה, שהוא שחדשה התורה דאזלינן בתר חזקה, בזה אין לנו נפקא מינה בדבר, אם הוחזק במקום זה או במקום אחר, כיון שיש לנו חזקה בדבר אזלינן בתרה, דאלים כח החזקה. וכבר כתבנו במ"א שלא מצינו מעולם דיהא אלים כח שתי חזקות כמו דאמרינן בכל מקום כשמצטרף חזקה דהשתא לאיזו חזקה דמעיקרא דאמרינן דהוי תרתי לריעותא, ובשתי חזקות דמעיקרא לא ראינו דנימא הכי, והיינו טעמא דחזקה דהשתא מטעם ריעותא וחזקה דמעיקרא לאו מטעם ריעותא היא באה. ולפ"ז אין לנו לדמות כלל חזקה דמעיקרא לחזקה דהשתא לענין זה, דנימא גם גבי חזקה דמעיקרא דאין מחזיקין ממקום למקום, דאין הדבר כן, אלא דאזלינן בתר חזקה דמעיקרא, אף כשנשתנה ממקום למקום:

ובמה שהקשה המק"ח מיין ונמצא חומץ לגבי חזקה דהשתא שחילק בין מידי דאתי מעלמא לבין מידי דאתי מגופה, וקשה על זה מגירושין וקדושין וכדומה לזה, נראה דבאמת תמוה כל עיקר הקושיא, דלא שייך לומר דמחזיקין ממקום למקום כ"א במקום שיש לנו להסתפק על המקום יש לנו לומר דאין מחזיקין ממקום למקום, אבל במקום שאין לנו הספק כלל בדבר המקום, מה לנו לומר דאין מחזיקין ממקום למקום, ובנדון כזה אף אי הוי מידי דאתי מעלמא, כיון שאין למקום שייכות להספק, אין לנו לחלק בין מקום למקום, כמו בגירושין ובקדושין, האם אנו מסתפקים על מקום הגירושין או מקום הקדושין, הלא אין אנו מסתפקים כ"א על זמן המעשה, א"כ אף שהוא דבר דאתי מעלמא, אין לנו לחלק בין מקום למקום, וכמו כן ביין ונמצא חומץ, הלא הספק לנו רק על זמן עשיית החומץ, אם קודם הפרשת התרומה או אחר הפרשת התרומה, הילכך ודאי דנוכל להחזיק אף במקום אחר. ובקופה בדוקה שמצאו בה שרץ, או בדינו של המ"א בקדירה שנמצא בה חטה, הוי הספק אם ממקום זה היא החטה, או ממקום זה הוא השרץ, שדבר זה תולדת המקום הוא, ואע"פ שצדדי הספק בדין הם על דבר הזמן, שאין לנו נפ"מ בדין המקום, כ"א בדין הזמן, אבל כיון שצדדי הספק במציאות הנעשה הם בדבר המקום, וכל ספק הלא עלינו לחשוב בתחילה על דבר המציאות, אשר מזה

נולד הספק בדין, הילכך יש לנו לדון גם בדבר המקום, ולזה יש לנו לדון דאין מחזיקין ממקום למקום, אבל ביין ונמצא חומץ וכן בגירושין ובקדושין, אין כאן ספק כלל על דבר המקום, ואף שבאמת נשתנה הדבר ממקום למקום, מ"מ כיון שאין למקום חלק בצדדי הספק, לא מצד הדיני ולא מצד המציאותי, אין לנו לדון ע"ד המקום, ולכך אין לנו לומר דאין מחזיקין ממקום למקום. וכן גבי דין של הרמב"ן גבי עינבי דנמצאו בפרדיסא דערלה, הספיקות הם בין בדין ובין במציאות בדבר המקום, שכל הספק הוא אם ממקום זה או ממקום אחר, והילכך יש לנו לחלק בין המקומות, מיהו מה שקשה על זה בעיקר הדבר דאין מחזיקין ממקום למקום דכנוכ"ה, והא בגמ' משמע דלא נאמר דכנוכ"ה כ"א בחלוק רשויות, נוכל להשתמש בתירוץ המק"ח לחלק בין אתי מגופא לאתי מעלמא, דבאתי מעלמא מחלקינן אף בין מקום למקום, ובאתי מגופא לא אמרינן כאן נמצא וכאן היה כי אם בחלוק רשויות:

ובקצוה"ח סי' רס"ב ס"ק ב' הקשה על הא דאמרינן דמצא כלי ולפניו פירות אם מראים הדברים שהם של אדם אחד חייב להכריז כיצד היו אחורי הכלי לפני הפירות הרי אלו שלו, היו פני הכלי לפני הפירות חוששין שמא מן הכלי נשפכו ע"כ, והקשה דהא קיי"ל רוב וקרוב הלך אחר הרוב וכדאיתא פ' לא יחפור וכתבו שם תוס' דאפי' קורבא דמוכח אזלינן בתר רובא וא"כ מתני' דמצא פירות בצד הכלי אמאי אזלינן בתר רובא ואינו של בעל הכלי, וכן במרקוליס דאמרו במקורבות כו"ע לא פליגי דאסורות אמאי לא אזלינן בתר רובא ולאו מן המרקוליס הוא, ולפמ"ש הרמב"ן פ' לא יחפור שם ניחא וכו' י"ל דמקורבות לאו קרוב בלחוד הוא אלא חשוב מקומו ממש וה"ל קרוב ומצוי וה"ה נ"ל במצא פירות בצד הכלי וכו' אבל לפי דברי הרא"ש שם פ' לא יחפור דלדידן נמי עינבי שרי דקיי"ל כר"ח דרוב וקרוב הלך אחר הרוב ע"ש וא"כ אפילו במקומו ממש הלך אחר הרוב א"כ קשיא הך דמרקוליס והך דמצא פירות בצד הכלי דניזל בתר רובא וצ"ע ע"כ:

ונדון תחילה במה שהניח, שהרא"ש פליג על הרמב"ן בעיקר יסוד דבריו, וס"ל להרא"ש דאין שום חלוק בדין בין קרוב ובין מקומו, ששניהם שוים להיות רוב עדיף מהם למ"ד רוב וקרוב הולכין אחר הרוב, דאפשר לומר לפשוט שאין ראיה מדברי הרא"ש, דהרא"ש פליג על הרמב"ן רק בזה שס"ל דכאן לא שייך כלל היסוד של מקומו, שאף שהענבים נלקטו בכרם זה, מ"מ אין זה מיקרי מקומו, שאף דאמרינן דעינבי מצנעי, הכונה שיכול להיות שיצניעו את הענבים, מ"מ אין זה רק דרך מקרה, אבל אין דרך רגיל להצניע בכרם זה עצמו, אבל במקום שהוא מן הרגיל והוא דרכו להיות שם תדיר ובודאי מקומו מיקרי, גם הרא"ש יודה ליסוד דברי הרמב"ן דמקומו ממש עדיף מרוב לדברי הכל, ושפיר יכולים

לתרץ קושיית הקצוה"ח מכלי ולפניו פירות, כיס ולפניו מעות, וכן הקושיא ממרקוליס, דשם הוי מקומו הרגיל, ודרכו להיות תדיר שם, דדרך הפירות להיות בכלי ודרך המעות להיות בכיס, וכן במרקוליס דרך האבנים להיות שם אצל המרקוליס, אבל גבי גנבים, כשגונבים נוטלים ונושאים לביתה, ואין כרם זה מיוחד לזה, ודוקא אצל בעל הכרם הוי הכרם מקומו של הענבים:

ובזה אולי אפשר להסביר מה שחקרו התוס' ריש א"מ (כ"א ע"ב) אי צריך לתלות בתאנים הנמצאים בצד שדה קציעות או תחת תאנה הנוטה לדרך, בעוברי דרכים, או שצריך לתלות באילן או בשדה קציעות, וצריך להבין מה הוא הספק שלהם, דלכאורה צריך להיות הדבר תלוי אי רוב וקרוב הולכין אחר הרוב או אחר הקרוב, וכיון דקיי"ל דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב, ודאי דצריך לתלות בעוברי דרכים, וזה היפך תירוץ התוס', ואי נימא דכו"ע מודים לסברת הרמב"ן דבמקומו ממש עדיף מקרוב בלבד, ולכו"ע אזלינן בתר מקומו דעדיף מרוב, אתי שפיר, דכאן נימא דהוי מקומו ממש, וסברת התוס' בקושייתם, או דהוה ס"ל דאין חילוק בין מקומו ממש לקרוב בלבד, או שחקרו את זה עצמו, אם זה הוי קרוב בלבד, או שזה מיקרי מקומו ממש. ועיין במהר"ם שפירש שתי הגירסות שבתוס', שמחלקותם היא, אם יש לתלות בעוברי דרכים, או שיש לתלות באילן עצמו:

מיהו הקושיא שהקשה בקצוה"ח ממרקוליס אמאי במקורבות תלינן במרקוליס, ניזל בתר רובא, נראה דאין קושיא כלל, דאף כשתלינן במרקוליס, הלא ג"כ תלינן דבא לכאן מעלמא, אלא שהספק הוא אם בא לכאן מעלמא בתורת עבודת מרקוליס, או שבא לכאן שלא בתורת מרקוליס, נמצא שאין הספק אם בא מן הקרוב או בא מן הרחוק, אלא שהספק הוא אם האבנים באו לשם כך או שלא לשם כך, שהרי כאן ודאי לא נולדו, שנחקור אם מכאן באו, נמצא שאין זה ענין כלל למחלוקת של רוב וקרוב אם הולכין אחר הרוב או אחר הקרוב. וכן יש לומר ג"כ גבי מצא כלי ולפניו פירות, כיס ולפניו מעות, שאין הספק אם באו הפירות מכלי זה או שבאו מעלמא, אלא שהספק הוא כשבאו הפירות ודאי מעלמא באו, אם באו יחד עם כלי זה, או שבאו לכאן בפני עצמן בלא הכלי, והכלי בא לכאן בפני עצמו, והפירות באו בפני עצמן, ואם כן אין זה ענין של רוב וקרוב, ואין דין רוב וקרוב שייך אלא גבי מצא גוזלות, שהספק הוא מהיכן באו ונלקחו לכאן אם מן השובך הקרוב או מעלמא שהוא רוב ורחוק, או גבי חצבא דאישתכח בפרדיסא דערלה וכדומה, אבל כאן אין הספק מהיכן באו כ"א באיזה אופן באו:

ובאופן אחר יש ליישב קושיית קצוה"ח, על פי מה שנתבאר שרוב הוא ענין דיני, וקרוב הוא ענין סבריי, שמסתעף מסברת כאן נמצא וכאן היה, שע"י סברא זו אין אנו מסתפקים כלל מהיכן בא, שאין לנו לחשוב. כשאנו רואים את החפץ כאן, שמא ממקום אחר הוא בא, אם כן יש לומר, כשיש לנו ספק בדבר, ועל פי הרוב נגמר הדין כך, ועל פי צד הקרוב נגמר הדין באופן שני, הורתה לנו התורה, שעלינו לילך אחר הרוב, אבל במקום שעל פי הרוב בעצמו עדיין לא נגמר הדין, שעל פי הרוב עדיין אין לנו ברור גמור מה לעשות, שהרי הרוב אין מעיד לנו של מי היא, ואינו פועל רק להוציא מדינו של בעל הכלי, ואז לא אלים כחו של הרוב. שאין הרוב מגיד לנו שום דין ברור, והילכך אזלינן בתר קרוב, ולא אזלינן בתר רוב, אלא במקום שהרוב מצד עצמו מתיר הוא לגמרי, כגון רוב עכו"ם ומעוט ישראל, דכשאזלינן בתר רוב, נפסק הדין מצד הרוב תיכף להיתר, מצד שאבידת עכו"ם מותרת, וכן גבי גוזלות אי איכא אחריתי דנפישא מינה, שהדין של רוב פוסק לילך אחריה, נמצא שהדין נפסק לגמרי, או אף דליכא אחריתי דנפישא מינה, שעלינו לילך בתר רוב דעלמא, ובכי האי גוונא ודאי מותר, משום דרובא דעלמא דהיתר הם, אבל כאן בכלי ולפניו פירות דאיירי אף במקום דרובא דישראל ושם ההיתר הוא לא מטעם הרוב ורק משום דחיית הקרוב, ממילא לא ידעינן של מי הוא ואין כאן סימן, וניתר ע"י היאוש שאח"כ, או שלכה"פ יניח אם קודם יאוש, הילכך אזלינן בתר קרוב, ובקרוב נראה שאף שאינו פוסק וגומר הדין ג"כ אזלינן בתרי', כיון שהוא ענין סבריי, אזלינן בתרי' אף לדון בסיוע עוד סברות, שהראיה פועלת בכל אופן. וצריך להתיישב בדבר הרבה:

ובזה נראה בדבר מה שהקשו בתוס' כתובות (ט"ו ע"ב) ד"ה להחזיר לו אבידה אמאי ברוב ישראל מחזירין אבידה לתנוק הנמצא מושלך הא אין הולכין בממון אחר הרוב. ותירצו דהכא מודה שמואל דאזלינן בתר רובא, דדוקא כשבהיתר באו המעות לידו פליג שמואל ע"כ, והאחרונים באו לתרץ לפי דברי הרמב"ם שכשמחזיקין בע"א לוקין אח"כ ג"כ ע"י זה, א"כ ה"נ לכתחילה הוחזק ע"י הרוב שלא לגבי ממון, ומהני אח"כ גם לגבי ממון. ע"כ. ולפ"ד יהא הדבר מחולק, שאם דנו על דינים אחרים אפשר לומר שהוחזק ע"פ הרוב לגבי אותו הדין, דמהני שם רוב, אבל אם לא בא לידינו שום דין לדון, לא מהני בזה רוב, שאין כח הרוב כי אם כח דיני, ואם לא בא שום דין לדונו אין בכח הרוב כלום. ובקרוב כי האי גוונא נוכל להחזיק על ידו, אף כשלא בא לידינו שום דין לדון בו, שכיון שקרוב הוא ענין סבריי, נוכל להחזיק על ידו אף בלא שום דין, דמחזקינן שהוא כן מכח הסברא:

ובש"ש ש"ז פ' י"ז כתב לבאר דברי הרמב"ן שכתב אהא דפ' האשה שלום (דף קט"ו) יצחק ר"ג בר אחתי' דרב ביבי הוה קאזיל מקורטובא לאספמיא ושכיב שלחו מהתם יצחק ר"ג בר אחתי' דרב ביבי הוה קאזיל מקורטובא לאספמיא ושכיב מי חיישינן לתרי יצחק או לא, אביי אמר חיישינן רבא אמר לא חיישינן וכו' וכתב הרמב"ן פי' אביי סבר חיישינן דהא שיירות היו וקיי"ל במקום שהשיירות מצויות אע"פ שלא הוחזקו וכו' ורבא סבר כיון שהעדים שראו בו שמת העידו שהיה הולך מקורטובא לאספמיא, הרי שראו אותו בקורטובא וכיון שכן אומרים כאן נמצא וכאן היה, ואין חוששין שמא ממקום אחר בא לכאן ואותו יצחק שהוא מכאן הלך לו למקום אחר, אלא תולין שזה הנמצא שראו אותו עכשיו בקורטובא הוא הידוע וכו' עיי"ש. והנמ"י הקשה על דברי הרמב"ן דקיי"ל כרבא בהא, ולא קיי"ל כרבא דאמר פ' המדיר דאמרינן כנוכ"ה אלא ס"ל כר"א דפליג ארבא ולא אמרינן כנוכ"ה ע"כ. ולפי דברינו א"ש שחלקנו בין כאן נמצא וכאן היה, במקום שיש ספק, אלא שאנו מעמידין על החזקה, שבזה רובא עדיף, ובזה הענין הוא דפליג ר"א, אבל במקום שהסברא דכאן נמצא וכאן היה מבטל את כל הספק, ואין לנו כל ספק מעיקרו, ובזה הוא דעדיף מרובא, בזה גם ר"א יודה דסברא זו דכאן נמצא וכאן היה אמרינן אליבא דכו"ע. ובש"ש תירץ ג"כ דברי הרמב"ן אלו ע"פ דברי הרמב"ן שבב"ב שכתב דמקומו ממש עדיף מקרוב בלחוד, וז"ל וה"נ בזה שאנו מסופקין בזה יצחק קורטובא אם הוא יצחק שהוא מקורטובא או מעלמא אתי לקורטובא ואזיל לאספמיא, ואמרינן כיון שהוא במקומו ממש ה"ל קרוב שהוא מקומו וקרוב כזה שנמצא במקומו עדיף מרובא, והיינו כאן נמצא וכאן היה וכו', וא"כ תו לא קשה מסוגיא דהמדיר בהא דלא קיי"ל כרבא בחזקה דכאן נמצא אלא כר"א, משום דהתם גבי מומין ליכא הך טעמא דקרוב אלא חזקה מזמן לזמן, וחזקה כי האי לא ס"ל וכו', אבל בתרי יצחק במיתה ובגט טעמא אחרינא הוא דאיכא ומשום דקרוב שהוא במקומו. ע"כ עיי"ש. וחזינן שהוא מפרש דברי הרמב"ן ג"כ מטעם קרוב, אלא שקרוב שהוא במקומו עדיף משאר קרוב. אבל מ"מ יסוד אחד להם, ודין אחד של קרוב הוא, ובאמת הדבר תמוה מאד לפרש ענין של תרי יצחק מטעם קרוב, דמאי קרוב שייך התם, הא אפשר ודאי, שכשם שיצחק ר"ג זה הלך מקורטובא לאספמיא היה עוד אחד כאן, ואם כן קורבת שניהם שוה, ודוקא גבי שובכים ששובך זה קרוב הוא ושובך זה רחוק הוא, שייך לומר דאזלינן בתר קרוב ולא בתר רחוק, או גב חצבא דאישתכח בפרדיסא, שפרדס זה קרוב הוא, ופרדס אחר רחוק הוא, אבל כאן, אפשר שקורבת שניהם שוה, ומה שראינו את זה, ואת זה לא ראינו, אין זה נותן לזה דין קרוב, ולזה דין רחוק. וגם עצם דברי הרמב"ן קשה לפרש, שמה שמחלק

בין קרוב דעלמא, ובין קרוב שהוא במקומו, כוונתו ששני דין קרוב יש, דמהיכן יסתעפו שני הדינים. אבל לפי דברינו הדבר מתבאר בפשיטות, שענין קרוב שהוא במקומו, הוא מטעם חזקה כאן נמצא וכאן היה, אלא שחזקה זו כיון שהיא מבטלת את הספק כל עיקר, ואינה מנחת את הספק כלל לחול, עדיפא היא מכנוכ"ה שבכ"מ ובכי הא גם ר"א מודה, ונוכל לפרש בזה ההיא דתרי יצחק:

סימן יז

בנדון מחלוקת ר"א ורבנן בנכנס לבקעה בימות הגשמים וטומאה בשדה פלונית ואמר הלכתי למקום הלז ואיני יודע אם נכנסתי לאותו מקום ואם לאו ר"א מטהר וחכמים מטמאים שהי' ר"א אומר ספק ביאה טהור ספק מגע טמא ופי' רשב"ם דטעמא דר"א דהוי ספק ספיקא ספק נכנס ספק לא נכנס ואת"ל נכנס ספק אם בא עד מקום טומאה אם לאו, וטעמא דחכמים דסוף סוף מה לי שדה אחת מה לי שתי שדות חדא ספיקא הוא שמא הלך עד הקבר והאהיל, שמא לא הלך וספיקו טמא ע"כ. והנה לפירוש רשב"ם לכאורה משמע דפליגי במה שכתבו בתוס' כתובות (ט' ע"א) גבי קושייתם דאף בפחותה מבת ג' הוי ס"ס ספק רצון ספק אונס ואת"ל רצון שמא קטנה היתה ופיתוי קטנה אונס הוא, ותירצו דשם אונס חד הוא ע"כ. וכפי הנראה מחלוקת ר"א ורבנן לפי פי' רשב"ם בהכי הוא דהכא נמי חד ספק הוא אם נגע או לא נגע ור"א יסבור דלא אמרינן שם חד הוא ורבנן סברי דשם חד הוא, וראיתי בגליון השו"ע בחידושי בית מאיר שרוצה לפרש כך מחלקותם. והנה כעין זה הקשה בחות דעת על כלל זה של התוס' מהא דאמרינן בספק נכנס הארי ספק לא נכנס ואת"ל נכנס ספק דרס וספק לא דרס, וכן כשנמצא מחט בבהמה ספק נכנס לחלל הגוף ספק לא נכנס ואת"ל נכנס ספק ניקב ספק לא, ניקב דמותר מטעם ספק ספיקא ואמאי הא שם חד הוא דהא עיקר הספק אם ניקב אם לא ניקב, אם דרס אם לא דרס, וכן נשבר הגף עיקר הספק אם ניקבה הריאה וכן סירכא הסמוכה לדופן דמתיר הר"ן מטעם ס"ס הא עיקר הספק אם ניקבה הריאה ושם אחד הוא, ותירץ דלק"מ דכל היכא דלא חיישינן כלל להספק טריפה עד דנמצא ריעותא ולא מצינן כלל לומר הספק עד דאמרינן הריעותא ואיכא ספק בהריעותא ס"ס גמור הוא וא"צ שום תנאי לזה וכו' דמה"ת ניחוש לזה רק מחמת הריעותא וכיון דבריעותא גופא איכא ספק וכו' עיי"ש, כוונתו דבאופנים אלו מוכרחים אנחנו לחשב גם את הספק הראשון לספק שבלעדו אי אפשר לנו לספק גם את הספק השני דאיך נחשוב דילמא דרס דמה"ת נחשוב זה וע"כ משום הספק שמא נכנס ועלינו ע"כ לחשוש תחילה שמא נכנס הילכך הוי ב' ספיקות אבל במקום שיש ריעותא בלא"ה שני ספקות משם אחד מיקרי חד ספק.

והנה בנדון דידן דספק ביאה הי' אפשר לומר ג"כ כדבריו אלו דאין לנו לחשוש שמא נגע עד דנחשוב תחילה שמא בא, ומשו"ה הוו שני ספיקות מיוחדים, אלא דא"כ יסתר הדבר מדברי רבנן דמטמאים וחשבי להו לספק אחד ואנן פסקינן כרבנן ושרינן בהנך ספקות מטעם ס"ס. והי' אפשר לחלק ולומר דריעותא דנכנס לבקעה, כיון דאיהו גופי' מספקא לי' דילמא נגע אף דמספקא לי' נמי דילמא לא בא, מ"מ מיחשב ריעותא ברורה, ואף אם לא נחשוב תחילה דילמא בא, צריכים אנו לחשוב דילמא נגע, כיון שהאדם עצמו מסתפק, א"כ המעשה מסופקת. אבל מהגמ' פסחים (י' ע"א) גבי בדיקת חמץ דקאמר שם ספק על ספק לא על היינו בקעה ובפלוגתא דר"א ורבנן, ולפי' רשב"ם מחלקותם אי הוו שני ספקות או ספק אחד, א"כ היינו ממש כספק על ספק לא על דארי וכספק נכנס לחלל הגוף ספק לא נכנס, ומ"מ סבירא להו לרבנן דהוי ספק אחד, א"כ הלא נסתר כללו של החות דעת:

ואיברא שהיא סתירה מפורשת, דבמנחת יעקב הביא כמה גמרות מפורשות דכה"ג הוי תרי ספיקי כגון גמ' גיטין (מ"ה ע"ב) נמצא ביד נכרי אמרי לה קורין בו ופי' רש"י משום דהוי ס"ס דשמא ישראל ואת"ל נכרי שמא כתבו למכור לישראל והספק אחד הוא שלא כתבו לשם ע"א ועיי"ש בתוס' שלפ"ד אין ראי', מיהו הביא עוד מקומות רבות ומ"ש מבקעה וספק על דחמץ דפסקינן כוותייהו דרבנן דאינו אלא ספק אחד לפי' רשב"ם:

והנה כד מעיינינן בהא מילתא שני ענינים נפרדים הם, דבכל הנך ספיקות דספק טריפה וספק ספר תורה וכן שאר הספקות שם אפילו ספק אחד כבר חל עליו דין הספק, ולהרמב"ם כבר מותר מן התורה, ואף להרשב"א שאסור מן התורה, מ"מ אינו אסור אלא מטעם ספק, אבל בספק טומאה ברה"י הספק הראשון עדיין לא חל כלל, שהרי התורה עשתה בו ספק כודאי, ואף בספק עדיין ודאי טמא, וכן בבדיקת חמץ כשיש ספק בדבר אם יש כאן ברשותו חמץ חייב לבדוק מטעם ודאי, שעיקר דין בדיקה נתנו חכמים על הספק, והנה בתוס' מפרשים שחכמים סוברים שגבי טומאה ברה"י ליתי' כלל לדין ספק ספיקא שכיון שספק טומאה ודאי וליתי' לדין ספק כמו כן ליתי' לדין ספק ספיקא, אלא שהרמב"ם חולק בדבר וסובר דגם רבנן מודו דס"ס גמור טהור ברה"י, אלא שסברי שספק אחד שאסרה תורה, היינו אם הוא במציאות ספק אחד, אף שמתחלק לשני ספיקות, שהרי סוף סוף ספק אחד הוא, וספק כודאי וצריכים ספק חדש להתיר את הודאי, הילכך צריכים אנו לספק גמור, אבל בספק טריפה וכדומה שאר ספק איסור, שגם הספק הראשון הוא מכלל המתיר, אלא שכיון שספק אחד הוא אין לו בכח להתיר בעצמו. אבל כיון שמצטרף לשני ספיקות יוצא מדינו הראשון ומותר ע"י ספק הראשון

וגם השני ביחד. שספק זה כיון ששם אחד הוא עם הספק הראשון, אין לו דין ספק בעצמו להתיר, אלא שיכול לעשות את הספק הראשון לספק ספיקא, כדי שיתיר:

ועפ"ז הי' אפשר לפרש גם בדעת הרמב"ם כפי' רשב"ם דחכמים מטמאים משום דחשיבי להו לספק אחד, ואף שכתב הרב המגיד דהרמב"ם לא סבירא לי' להאי כללא דשם אונס חד הוא שכתבו התוס', מ"מ אפשר דגבי ספק טומאה שאני דשתי השמות לא הוו כחד דוקא בשאר ספיקי דאורייתא אבל לא בספק טומאה. ולפ"ז תתיישב לנו תמיהת הש"מ כתובות (ט' ע"א) אהא דאמרינן דע"י ס"ס מותרת לבעלה וז"ל והקשה בשיטה דהא אמרינן דבכל מקום שאתה יכול להרבות ספיקא וס"ס ברה"י ספיקו טמא ע"כ, ולפ"ד נראה דאין החומר של ס"ס ברה"י לאסור דוקא בטומאה כזו שחדשה התורה לספק כודאי, וזה דוקא בקינוי וסתירה אבל בכל ספק זנות דהתם לא מצינו שתחדש לנו התורה דין ספק כודאי, ודוקא בקו"ס שחדשה התורה דין השקאה, נתנה התורה לזה הספק דין ודאי, אבל בספק זנות בלי קו"ס לא חדשה התורה דין ודאי, וכיון שספק הראשון ג"כ מתיר הוא מדין ודאי לדין ספק הילכך ס"ס מתיר אף ברה"י, ונראה דבזו הסברא אפשר לסלק נמי קושיית התוס' מעל רש"י שפירש דטעמא דר"א דמטהר בבקעה משום ס"ס והא כל ספיקא וספקי ספקות שאתה יכול להרבות ברה"י טמא, והנה ספק זה דספק ביאה שאני מכל ספק ספיקא, שבכל ספק ספיקא כל ספק עומד בפני עצמו, וכשבא הספק הראשון שוב דיינינן לי' לודאי, וכשבא הספק השני אחריו שוב אינו מתיר את הודאי כספק ראשון דס"ל דספק ספיקא אינו מתיר אלא מטעם, שכיון שהספק הראשון כבר התחיל להתיר מודאי לספק, מצרפינן שני הספקות יחד, אבל במקום שהספק הראשון לא שינה את הודאי, צריכים אנו לחשב את הספק השני בפ"ע, וחד ספק שוב הוי ספק כודאי, אבל בספק ביאה שספק זה מוכרח הוא להתחלק לשני הספיקות שמא בא שמא לא בא, שמא נגע שמא לא נגע, נמצא שאם נחשוב ספק ביאה וספק מגע לשני ספיקות ונאמר ששתי שמות הם, ע"כ כלולים הם בספק הראשון של ספק ביאה, כי בהסתפק הספק הראשון מוכרח לכלול בו גם את הספק השני, נמצא שלפ"ז אנו מסתפקים שני הספיקות ביחד ואינו נעשה לעולם הספק הראשון כודאי ומצטרפים שניהם להתיר לגמרי, ורבנן נמי אילו הוו סברי ששני הספקות הם ככל ספיקות דעלמא ג"כ היו מטהרים כאן משום דעדיפי מכל הספיקות שאינם תלויים זה בזה, אלא דסברי ששני ספיקות לגבי ספק טומאה כחד חשיבי מה"ט גופי' שאינם ספיקות מיוחדים אלא ספק אחד המתחלק לשנים, ואינו אלא כח יתר לחזק הספק הראשון, ולא כספק מיוחד שיתיר השני מכח עצמו, מחמת שהוא ספק שני:

אלא שבעיקר הדברים שתפס הרב המגיד שדעת הרמב"ם דלא אמרינן דשם אונס חד הוא, הנה מה שדחקו לפרש היא קושי דברי הרמב"ם שפסק דקטנה שזינתה נאסרת על בעלה אף שהיא פטורה מן העונש, ותמה עליו הראב"ד דהא פסקינן בגמ' דפיתוי קטנה אונס ביבמות (דף ל"ג) גבי שנים שהחליפו נשותיהן דאמרינן אם היו קטנות שאינן ראויות לילד מחזירין אותן מיד ומקשה בגמ' אדס"ד דאיירי ש החליפו במזיד והא אסירן ומשני פיתוי קטנה אונס הוא, וע"ז כתב הרמב"ם שדחיי' בעלמא היא דהמסקנא היא שהוחלפו בשוגג, והילכך שריין, וכתב שהרמב"ם סמך עצמו על קושיא זו של התוס' שאף בפחותה מבת ג' כשמצינו שזינתה תהא מותרת מטעם ס"ס ספק אונס ספק רצון, ואת"ל רצון שמא היתה קטנה ופיתוי קטנה אונס הוא, ולא סבירא לי' תירוץ התוס' דשם אונם חד הוא, וזה דחקו לפרש דבהך סוגיא לא סבירא הא דפיתוי קטנה אונס הוא, ומחמת זה פסק דקטנה נאסרת על בעלה, זו היא כוונת דברי הרה"מ. והמשנה למלך הקשה דאף אי נימא דסוגיא דהחליפו ל"ה אליבא דמסקנא כ"א דחיי', אבל מה נעשה לסוגיא דהבא על יבמתו דאמר ר"א כהן לא ישא את הקטנה ומפרש בגמרא משום דחיישינן שמא תתפתה עליו ופריך א"ה בישראל נמי ומשני פיתוי קטנה אונס הוא ובישראל מישרא שרי', ע"כ. ונראה לבאר ע"פ דברי המהרי"ק שכ' באשה שזינתה וסברה שמותר, אף ששוגגת היא מ"מ אסורה לבעלה משום דכתיב כי תמעול מעל באישה ואף שסברה שמותר מ"מ מעלה באישה דלא כתיב כי תמעול מעל בד'. והנה יש לעיין בהא שאמרו פיתוי קטנה אונס הוא אי הפי' הוא דאין לה רצון כלל, וזה קשה הוא לומר כן שהרי קטן מקחו מקח בפעוטות בצרור וזורקו אגוז ונוטלו, אלמא דיש לו רצון לקנות ולהקנות, ויש לומר ג"כ שיש לה רצון, אלא שאין לה רצון למעול מעל באישה, שאינה יודעת מהשתעבדות האישות ומעלה באישה, וס"ל דהרצון האוסר הוא כשרוצה למעול מעל באישה. והנה בכתובות (נ"א) אמר אבוה דשמואל דאשת ישראל שנאנסה אסורה לבעלה חיישינן שמא תחילה באונס וסופו ברצון, ורבא אמר דמותרת מ"ט דיצר אלבשה והוי ג"כ אונס. והנה אלמלי דהי' רבא סובר דאנוסה היא מחמת דיצרה אלבשה היינו אומרים דאסורה מחמת הרצון דסופה, והנה רצון זה אינו רצון למעול באישה שהרי במעשה הזנות אנוסה היא, ואין לנו לומר שעכשיו היתה עושה המעשה בעצמה, אלא שנהנית מעבירה, א"כ אין זה כ"א רצון בעלמא ולא רצון למעול מעל, וחזינן מזה דאף רצון בעלמא אוסר, וזו היא דעת הר"מ דסוגיא זו פליגא אסוגיא דיבמות, דהתם סבירא להגמ' דהרצון האוסר הוא למעול מעל באישה, וקטנה אף שיש לה רצון, מ"מ כיון שאין לה רצון למעול מעל באישה מותרת היא דהוי כאונס, אבל מסוגיא דכתובות

חזינן דרצון אוסר אף כשאין הרצון למעול מעל, ופסק הר"מ כסוגיא דכתובות, ומטעם זה פסק דקטנה שזינתה אסורה על בעלה דהא יש לה רצון, אף שאינו למעול מעל, מ"מ אוסרה רצונה:

וזה שכ' שאשת ישראל שנאנסה כשתחילתה ברצון אין זה רצון למעול מעל, אין זו סתירה ממה שכ' ההפלאה שכל עיקר האיסור כשסופה ברצון הוא מטעם מעילת מעל, שעבירה מדין התורה אין כאן שהרי המעשה הוא שלא ברצון, דמ"מ אף שהרצון עצמו הוא מעילת מעל, אבל אין זה רצון למעול מעל, הילכך סברה הסוגיא דיבמות דכשאינה רוצה למעול מעל מותרת היא, אף שרצון זה בעצמו הוא ג"כ מעילת מעל, מ"מ מותרת היא, וכיון שאתאנו לזה אין לנו הכרח בדברי הרמב"ם שלא יסבור סברת וכללן של תוס' דשם אונס חד הוא, אף שהקושיא אליבי' ליתא, אבל לא מטעם הקושיא סובר את דינו, שאילו מטעם הקושיא הי' מתרץ כדברי התוס'. ובזה הפי' מסולק מה שיש אחרונים רוצים לפרש דברי התוס' מטעם ס"ס שאינה מתהפכת דאיך נאמר ספק אונס ספק רצון ואת"ל רצון שמא קטנה, דא"ל כן דאם קטנה אין כאן רצון עי' במ"י שכ"כ, אבל אי נימא דאף קטנה יש לה רצון, אלא דאין שייך בה רצון מעילת מעל, א"כ נוכל שפיר לומר שמא אונס שמא רצון ואת"ל רצון שמא קטנה שיש לה ג"כ רצון, אלא שרצונה כזה אינו אוסר, וא"כ שפיר הוי ס"ס המתהפכת:

ובמגדל עוז מפרש דברי הרמב"ם שבקטנה פחותה מבת שש בזו אמרו פיתוי קטנה אונס הוא, שאין לה דעת תאוה ורצון, והרמב"ם בגדולה מזו איירי, שזו יש לה רצון, והנה גם הוא ס"ל דקטנה שהגיעה לעונת הפעוטות יש לה רצון כמו לגבי קנין, אלא שקשה לפרש כן, שכיון שגמ' אמרה כהן לא ישא את הקטנה וע"ז אמרו דישראל מישרא שרי, משמע דכל קטנות מותרות, מיהו זה אפשר לומר דכשהיא באופן שיש לה רצון כבר לא חיישינן שמא תתפתה כלל, וסוגיא דדף ל"ג שמשמע דבכל קטנות כל זמן שאינן ראויות לילד מחזירין אותן אף שקרובה לגדלות סתירה היא ודאי לזה, ונוכרח לומר ע"ז כתי' הה"מ שדחיי' בעלמא, שלא יקשה על הס"ד, אבל לפי הנכון אינו כן, שבהוחלפו בשוגג איירי, אבל אילו הי' ברצון הי' תלוי' אם פחותה מבת שש מותרות ויתירה ע"ז אסורות:

מיהו דעת הראב"ד נראה שאף שיש לקטנה רצון, מ"מ כיון שאין זה רצון גמור, אף דמהני לגבי קנינים מדרבנן, ולגבי נדרים למ"ד מופלא סמוך לאיש דאורייתא מהני אף מדאורייתא כשהוא סמוך לאיש, מ"מ לגבי ליאסר על בעלה לא מיתסרא ברצון שאינו גמור כזה, אף כשהיא סמוכה לגדלות, וזה שדקדק הראב"ד בלשונו כולן שוות להתפתות בקלות דעת:

ובש"ש של"א פט"ז הקשה אדברי הר"מ מהא דקיי"ל דדבר שאין בו דעת לישאל ספיקו טהור אף ברה"י ותנן דחשו"ק שנמצאו במבוי שיש בו טומאה הרי אלו בחזקת טהרה, והביא לשון הר"מ שביאר הטעם שספק טומאה ברה"י טמא בתנאי שיהי' זה אשר נתחדש לו יש בו דעת לשאול וישיב במאמר, אמנם מי שאין לו דעת לשאול אפילו יהי' ברה"י ספיקו טהור לפי שאנחנו ידענו וכו' מסוטה וכו' ולזה העיקר אמר שחשו"ק שנמצאים במבוי שיש בהם טומאה שהן טהורין וכו' לפי שאין בהם דעת ע"כ, וא"כ קטנה אחר קנוי וסתירה למה נאסרה על בעלה כיון דהוא ספק ובדבר שאין בו דעת לשאול ספיקו טהור וכו' ומבואר דקטן חשיב אין בו דעת לשאול עכ"ד:

ויש לעיין בדבר דהא חזינן בגמ' פסחים (ד' ע"ב) דמוחזק לן דלא בדק וקאמרי הני אנן בדקיני' כיון דבדיקת חמץ דרבנן הימנוהו רבנן בדרבנן, ע"כ חזינן דקטנים נאמנים בבדיקת חמץ ואי נימא דהוו אין בהם דעת לשאול איך סמכינן עלייהו. ומה דתנן דקטנים הנמצאים במבוי שיש בו טומאה, אפשר שדוקא לגבי כגון זה, שיש במבוי טומאה בלתי ניכרת כל כך, אין בקטן דעת לשאול, אבל דברים גדולים מזה יחשב אף הקטן שיש בו דעת לשאול, והילכך בסוטה נחשבת הקטנה כיש בה דעת לשאול וברה"י ספיקו טמא:

והנה יש לחקור במה שאמרו הכלל של יש בו דעת לשאול, אם הבאור שדבר הנטמא יש בו דעת לשאול, שכך הוא דין התורה בספק טומאה ברה"י, וא"כ אפשר שצריך שיהא בו דעת לישאל בכל הדברים ולאו דוקא במעשה זה, או דנימא שבאורו שספק זה הי' באופן כזה שיש בו דעת לישאל, והוא דין בהמעשה ולא בדבר הנטמא, וא"כ כיון רק שבמעשה זה יש בו דעת לישאל, אף שאין בו דעת לישאל בכל הדברים, יש לו דין ספק טומאה ברה"י. וראינו שדעת ר' יוחנן שטומאה הבא בידי אדם נשאלין עלי' אף שדבר הנטמא אין בו דעת לישאל, שהרי אין לחשב מה שהטומאה באה בידי אדם, כמו שיש להנטמא דעת לישאל, אלא ע"כ שהוא דין בהמעשה ולא בדבר הנטמא. ועוד יותר מזה אנו רואין שם בסוגיא דנדה (ה' ע"ב) דמשני בגמ' אהא דהיתה יושבת במטה ופריך והא מטה אין בה דעת לישאל ומשני כשחברותי' נושאות אותה במטה דכיד חברותי' דמי, ואף אם לא נסבור כר' יוחנן הוי דינא הכי דזה עדיף מר' יוחנן, ואף שחברותי' אין להן שייכות כלל להטומאה שאינן לא המטמאין ולא המיטמאין מ"מ כיון שיש על ידן האפשריות לישאל, מיקרי יש בו דעת לישאל, וע"כ הטעם משום דלא בעינן שיהא בהנטמא דעת לישאל, כ"א שיהא המעשה באופן שיש דעת לישאל, וא"כ כיון שבמעשה זה יש בו בהקטן דעת לישאל ש"ד, א"כ בסוטה כיון שלזה יש בה דעת לישאל יש לה דין ספק טומאה ברה"י, ולא דמי למבוי טומאה, שלזה אין בהקטן דעת לישאל:

ומה שתירץ הש"ש דסוטה הוי טומאה הבאה ע"י אדם מחמת הבועל, הי' אפשר להשיב שאין הבועל מטמא את הסוטה, אלא שהיא מטמאה את עצמה, אלא שהטומאה אינה יכולה להיות בלעדו אבל הטומאה בעצמה אינה אלא מחמת עצמה, ובאופן כזה אפשר שאין זה מיקרי טומאה הבאה מחמת אדם, אלא שדברי התוס' ריש נדה שכתבו דלא ילפינן מסוטה אלא טומאת מגע ולא טומאת ראיי' משום דסוטה הוי טומאת מגע, מוכיחים שטומאת סוטה היא מחמת מגע הבועל, דאי נימא דהטומאה מחמת עצמה הי' לדמות יותר לטומאת ראיי':

ונראה להסביר טעם החילוק בין טומאת מגע לטומאת ראיי' שטומאת מגע היא קבלת טומאה, ובזה אמרה תורה ספק ברה"י טמא, אבל טומאת ראיי' אין זו קבלת טומאה, אלא שזו היא עצם החפץ של טומאה, וכמו מת עצמו דהוא עיקר החפץ של טומאה ובחפץ של טומאה לא אמרה תורה ספק טמא, וסוטה אף שהיא טומאת מגע דלא שייך בה לומר שהיא חפץ של טומאה אלא שהיא מתטמאה מחמת המעשה שלה, נמצא שהיא קבלה טומאה מהמעשה, וזה מיקרי טומאת מגע, אבל מ"מ אין זה מיקרי טומאה הבאה ע"י אדם מחמת הבועל, שאין טומאתה מהבועל לומר שהוא מטמאה, אלא טומאתה מחנות עצמה שמעשה שלה מטמאתה, וא"כ אי נימא שקטנה אין בה דעת לשאול, מה שהבועל גדול אין זה כלום להקרא ע"י זה טומאה שנשאלין עלי'. ויש לעיין בלשון הרא"ש בש"מ ב"ק ראיתיו הובא בשערי ישר דלא ילפינן רק דומיא דסוטה דנאסרה מחמת הבועל. ומ"מ צ"ע:

הדרינן לקמייתא למה שכ' דס"ס ברה"י טמא דוקא במקום שעשתה התורה ספק כודאי. וראיתי במנחת חינוך שרצה לומר שאם קנא בה לשני אנשים לדעת מאן דסבר דהוי קנו"ס, אם נסתרה עם שניהם ושהתה כדי טומאת אחד, דאינה אסורה להבועלים רק מספק, וכן רצה לומר אח"כ שאם קנאו שנים לנשותיהם מאחד ונסתר עם שתיהן ושהו כדי טומאת אחת דאינן אסורות אף לבעליהן כ"א איסור ספק ולא הוי בזה ספק כודאי, לפי דברי התוס' דלא ילפינן מסוטה כ"א דבר שאפשר להיות כמו סוטה ואם אמר לשנים ראיתי אחד מכם שנטמא אין בהם טומאת ודאי, כיון ששניהם א"א שיהיו טמאים. וא"כ ה"נ אסורות איסור ספק. ולפ"ד אף איסור ספק אין כאן שהרי יש כאן ס"ס, ספק שלא נטמאת כל עיקר, ואם נטמאת שמא לא לזה, וכן בסתירת שתי נשים הוי ס"ס שמא לא הי' כאן מעשה טומאה כל עיקר ושמא לא בזו, וכיון שכאן לא עשתה התורה ספק ראשון כודאי, שוב מתיר הספק השני לגמרי. ואין לומר דכאן לא הוי ס"ס משום דשם חד הוא ספק אם זינתה עם זה אם לא, שהרי כתב הש"ך בכללי ס"ס שאם הספק הראשון מתיר

יותר מן השני לא הוי שם חד, וכאן הספק הראשון מתיר יותר. ובעיקר סברא זו מצאתי גם בעונג יום טוב שכ' לבאר דלא מהני חזקה בספק טומאה, היינו משום דעשתה התורה ספק כודאי, ובמקום שדנתה כבר התורה לודאי, לא שייך לדון בחזקה שגם כן אינה באה לברר כ"א לדון כך, ואין זה שייך כ"א במקום שיש ספק איך לדון. אבל במקום שאין לנו ספק, אין לנו להעמיד על חזקה, וזו דוגמת סברתינו באיסור ס"ס שאינה אלא במקום שהספק נעשה כודאי:

ובעיקר הקושיא של כר"ו דשקיל וטרי בחו"ד נראה לבאר שלכאורה לא קשה כלל דבאור דברי התוס' הוא כך דלא שייך לחשוב ספיקות אלו לשנים, כיון שאך אם נחקור ע"ד הספק האחד בע"כ נכלל בו גם הספק השני, ולא שייך להסתפק עוד ספק שני, כיון שכבר חקרנו עליו בהסתפקנו הספק הראשון. כגון כשנסתפקנו הספק הראשון ספק אונס ספק רצון כללנו בספק זה של אונס את כל האונסים שיכולים להתפרש בזה בדרך כלל, ומה אנו באים להוסיף בספק השני של פתוי קטנה אונס הוא אונס פרטי שהרי כבר נכלל בדרך כלל בתוך כל האונסים. אבל כשאנו מסתפקים ספק שמא על שמא לא על הארי ואת"ל על שמא לא דרס, אין ספק השני דומה כלל לספק הראשון, ולא מיקרי שם חד, ומה שכונת הספק הוא אחת אם דרס אם לאו אין זה כלום דמ"מ שני ספיקות הם, וכן בשאר ספיקות כאלו ספק נכנס מחט לחלל הגוף ספק לא נכנס ואת"ל נכנס שמא לא ניקב וכדומה אין זה שם חד שספיקות מיוחדים הם. ובזה תתיישב נמי קושיית הכר"ו המובאה עוד בחו"ד, שאיך אנו מתירין תבואה ולא חיישינן לחדש מטעם ס"ס, ספק שמא משנה שעברה, ספק משנה זו, ואת"ל משנה זו שמא נשרשה קודם לעומר, והא שם חד הוא, דעיקר הספק הוא שמא נשרשה קודם לעומר, דמה לי שנה זו קודם לעומר, מה לי שנה שעברה, ולפ"ד יתיישב, שכיון שבהסתפקנו ספק ראשון שמא משנה שעברה לא יוכלל בזה ספק שני שמא קודם לעומר, אין זה מיקרי שם חד. ואם יקשה דמ"מ למה נחלקים לשנים דהא יכולים אנו לספקם בספק אחד אם הם קודם לעומר אם לא, וכמו שהקשה בכר"ו בבית הספק, שאם נבוא לחלק לספיקות כאלו נוכל לחלק לכמה וכמה, שמא היום ושמא למחר ושמא שלשום. נראה דכאן פשוט הדבר לחלק הספיקות, שכיון שספק השני אנו מסתפקים אף כשאנו רואים את התבואה זרועה, שמא נשרש קודם לעומר, והספק הראשון הוא שאפשר שכבר ראו את תבואה זו באופן שכבר נודע ונתפרסם עלי' שאינה בכלל הספק, א"כ מן הסברא יש לחלקם לשני ספיקות, שמא אין תבואה זו צריכה להיות בכלל הספק, או שמא היא בכלל הספק, אבל מ"מ מותרת היא ועכ"פ אין זה שם חד. וכן יש לבאר בזה מה שהביא הש"ך בשם מהרא"י שאם ילדה

הבהמה זכר ונקבה ויש להסתפק שמא בכרה כבר קודם לידה זו ואת"ל לא בכרה שמא ילדה עכשיו הנקבה תחילה דהוי ס"ס מעליא ולא הוי שם חד, ולא הביא הש"ך טעמו בזה, ועפ"ז יבואר, שכיון שאין הספק השני נכלל בראשון אין זה שם חד, וכן יש לבאר מה שתמה הש"ך על הראשונים שפסקו שסתם כלים אינן בני יומן מטעם ס"ס שמא לא נשתמשו בהם היום, ואת"ל נשתמשו שמא בדבר הפוגם, והא שם חד הוא, והש"ך תירץ ע"פ דברי מהרא"י שבמקום שספק אחד מתיר יותר מן השני אין זה שם חד, אבל אפשר ליישב בלא"ה שכיון שאין הספק השני שנשתמשו בדבר הפוגם נכלל בספק ראשון אין זה מיקרי שם חד:

סימן יח

א

בסוגיא דתקפו כהן תמהו האחרונים על מה שפירש רש"י בהא דקאמר בגמ' גבי ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורה בין טמאה המוציא מחבירו עליו הראי' והא הכא דכי תקפו כהן אין מוציאין מידו דקתני המוציא מחבירו עליו הראי', ופי' רש"י קס"ד אם ביד ישראל הוא הוי כהן מוציא מחבירו עליו הראי', ואם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צווח הוי ישראל מוציא מחבירו ע"כ. ודברים תמוהים הם דעד כאן לא חילקו בגמ' בין שתיק לצווח ולשתיק והדר צווח דוקא במקום שטוען ברי, דאמרינן דכיון דשתיק אודויי אודי לי', אבל כאן גבי ספק בכורות דהוי ספק לכולי עלמא דהוי שמא ושמא. מה שייך כאן לומר דכיון דשתיק אודויי אודי לי'. ואם כן למה לי' לרש"י לומר דכאן איירי דשתיק ישראל והדר צווח, אף אילו שתיק לגמרי נמי דינא הכי מיבעי לי' למיהוי:

והראשונים הקשו על דעת הרמב"ם שפסק דתקפו כהן אין מוציאין מידו, והא בסוגיין מבואר דתקפו כהן מוציאין מידו. דהא סייע לי' רב חנניא לרבה מהא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר, ואי אמרת דתקפו כהן אין מוציאין מידו נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן ע"כ, וכתבו התוס' וכן שאר ראשונים דכן הוא במסקנא דמוציאין מידו, ואיך יחלוק הרמב"ם בזה:

וליישב הדברים נראה בהקדם מה שהקשה הרשב"א וכן בב"י דמה קושיא נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן, למה איקרי ממונו של כהן הא כל כמה דלא תקפו הרי הוא בחזקת ישראל לכל דבר והרי הוא ממונו ויכול להפרישו למעשר. ע"כ. ונראה דיש להבין, דאי נימא דתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, א"כ לכאורה היינו דינא דכל דאלים גבר, ומאי שנא כאן דקרינן לי' דינא דכל דאלים גבר, וכאן קרינן לי' דינא דתקפו כהן

אין מוציאין מידו. ולפי שיטת הרא"ש דס"ל דבכל דאלים גבר כיון שתקף הראשון, שוב אין השני יכול לתקוף הימנו, שפיר יש חילוק בין זה לזה דבתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו גם השני שוב יכול לתקוף מן הראשון, וממנו ג"כ אין מוציאין, אבל לפי שיטת התוס' (דף ו'), דאף דבמקום דינא דכל דאלים גבר דינא הכי, דהשני יכול לתקוף שוב מן הראשון, א"כ מה בין כל דאלים גבר, לבין תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו. והי' נראה בהבנת הדברים, דכל דאלים גבר הוא אף באופן של תפיסה בכח ובחזקה אף נגד רצונו של התופס הראשון, שזהו כונת הפסק דכל דאלים, שמכהו בכח ונוטל ממנו, אבל גבי תקפו כהן דאין מוציאין מידו, אין הדין דתפיסה אף על ידי הכאות בכח ובחזקה, אלא שהתפיסה תהי' באופן של תפיסה, ולא באופן של אלים גבר, וטעם החילוק הוא משום דכל דאלים גבר אין זה ענין של זכות, שכל זכות אין לו בדבר, אלא כיון שאף שכנגדו אין לו זכות בדבר הילכך התירו לו ליקח אם תגבר ידו, אבל בתקפו כהן אין מוציאין מידו, כל כח תפיסתו הוא ענין של זכות, שהספק נותן לו כח לזכות לתפוס, ותופס מצד זכותו שיש לו מחמת הספק, ולשניהם יש זכות בדבר לתפוס. וזו היא שפירש רש"י ואם תקפה כהן ושתיק ישראל והדר צווח הוי ישראל מוציא מחברו. ע"כ. לא בא רש"י לאפוקי דאם שתק שוב לא תיהני ראי' דאין הדבר כן, דלא שייך כאן הודאה, כיון שהספק הוא מחמת עצמו, ושמא ושמא הוא שאין יכולים לידע. אלא שיכוין רש"י בזה לומר דאילו צווח מעיקרא, ובשעת תפיסתו לא הניחו להכותו ולתפוס, לא הותר לו לעשות דין לנפשו דאין זה ענין של זכות תפיסה ליטול בחזקה. וכיון שכן מיושבת קושיית הרשב"א והב"י דהא עד שלא תפס הכהן עדיין אינו של כהן, דהא כיון שיש לכהן דין תפיסה, וזהו זכות תפיסה, א"כ ע"כ יש לו זכות ממון בזה, והוי אף עד שלא תפס שלו לגבי זה, א"כ הלא יש לו שותפות בדבר, ואיך פוטר עצמו בממון שיש לכהן זכות וחלק בו, וזו היא כונת הגמרא בהקשותו, שנמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן. והכלל היוצא בזה דתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, הוא ענין זכותי:

ועל סתירת דברי הרמב"ם כבר כתבו הראשונים והאחרונים ליישב דמה שהביאו בגמ' ראי' דמוציאין אותו מידו הוא רק להההוה אמינא דהברייתא איירי בספק בכורות, אבל לפי המסקנא דהברייתא דספקות נכנסין לדיר להתעשר איירי בספק פדיון פטר חמור, יש לומר דדוקא בספק פדיון פטר חמור, שיש להבעלים בשה חזקת מרא קמא הילכך אי תקפו כהן מוציאין מידו, אבל בספק בכור, שמלידתו הוא קדוש, ולא הי' להישראל בו חזקה מעולם, שם אי תקפו כהן אין מוציאין מידו. ע"כ. והשב שמעתתא קשקיל וטרי בזה דאף בספק בכור אית לי' חזקת מרא קמא והוא משום דבמעי אמו חולין הוא

שאין הבכור קדוש עד שיצא לאויר העולם, אלא דכתב דמ"מ לאו בחזקת בעלים ממש חשיב כמו בפדיון פטר חמור דבמעי אמו הוי דשלבל"ע, וא"כ לא הוי דבעלים אלא אגב אמו ע"כ, ודבר זה שכתב דעובר הוי דבר שלא בא לעולם, כתב הוא בעצמו בקצוה"ח היפך זה שהקשה מהא דאתנן חל על העוברין וכן בשבת (דף קל"ה) בלקח זה שפחה וזה עוברה אלמא דקנין חל על העוברין, והעלה דדוקא לענין זכי' הוא דלא מהני עובר, אבל לכל מילי הוי בא לעולם ואיתי' בקנין, והא דאין לו זכי' היינו משום דלענין זכי' כבהמה הוי, אבל בעולם מיהא איתי' ע"כ. ואם כן איך סתר כאן בש"ש את דברי עצמו לומר דעובר הוי לא בא לעולם ולא שייך בו חזקת מרא קמא. וגם בנתיבות שם בסי' ר"ט כתב ומדבריו יוצא לחלק דדוקא בקידושין דמיירי שמוכר לו העובר לכשתלד ומוכר לו ולד מעליא ואם ימות מן הבטן או ישחוט קודם אין לו בהולד כלום כי לא מכר לו רק לשיהיה ולד מעליא וזה ודאי הוי דשלב"ל וכו' אבל כשמקנה או מקדיש העובר תיכף העובר שלו וכו' עיי"ש וגם לפי סברתו גם כן שייך בעובר חזקת מרא קמא, דהא לגבי השתא מיחשב העובר כבא לעולם:

וביותר תמוהים שם דברי הש"ש שכתב וז"ל ולכן נראה דרבה לטעמי' דס"ל במסכת חולין (דף ע') בכור מכאן ולהבא קדוש דהיינו משעת יציאת רובו המעוט שיצא חולין גמורים, וא"כ עכ"פ חזקת בעלים ממש אית להו במעוט אשר יצא וממילא כולו נגרר אחריו, לפי שאי אפשר לחלקו ולומר מקצתו בכור ומקצתו אינו בכור, וכמבואר כיוצא בזה בתשובת הגאונים בתראי ז"ל בפירש מקצתו ונשאר בחנות מקצתו קבוע דהכל מותר כיון דאי אפשר לחלק וכו', ומשו"ה ניחא הא דאמר אביי תניא דמסייע לך והיינו לשיטתך וכו' והרמב"ם דפסק כרב הונא דלמפרע הוא קדוש ליכא ראי' וכו' והרא"ש וטור דפסקו כרבה וכו' א"כ שפיר מוכח וכו' עיי"ש. וכל הדברים תמוהים מאד, דכיון דאמר הוא עצמו מקודם דבעובר ליכא חזקת מרא קמא משום דלא בא לעולם, א"כ גם כשיצא מקצתו, הלא היינו טעמא דאינו קדוש, משום דעד יציאת רובו לא מיחשב עוד בא לעולם, דלא הוי כילוד א"כ הלא גם ביציאת מקצתו לא הוי בזה חזקת מרא קמא כיון דלא בא לעולם. מיהו זה אפשר ליישב דדעת הש"ש דהמחלוקת אם מכאן ולהבא הוא קדוש או למפרע הוא קדוש, דכו"ע ס"ל דכשנגמרה הלידה ביציאת רובו, איגלאי מילתא למפרע דתחילת היציאה, ביציאת המעוט, היתה ג"כ לידה, אלא דרבה ס"ל דאף דהוי לידה למפרע, מ"מ כיון שעד שלא יצאה רובו לא נתהוה הלידה, רק אח"כ היתה לידה למפרע, לא הוי קדוש למפרע, ור"ה ס"ל כיון דהוי לידה למפרע, הוי קדוש למפרע, הילכך כיון דהוי לידה למפרע, נמצא שהי' דבר שבא לעולם למפרע, וכיון דקדוש לא

הוי נמצא שהי' להבעלים חזקה בו מקודם לידת הרוב, ואין סברת מחלקותם אי הוי לידה למפרע, דבזה הכל מודים:

וגם במה שתלה זה בתשובת גאוני בתראי, לומר דכמו שהתם אין אנו יכולים לחלק כמו כן הכא, א"כ יקשה דאף כשהשתא מוחזק בחצי ממון לא נחלק, כשאי אפשר לחלק, והיכי קאמר גבי שוכר בשנים עשר דינר, דינר זהב לחדש, דכשבא באמצע החדש יחלוקו מספק, משום דמעמידין על חזקתו, ומאי שנא זה מדין דתשובת גאוני בתראי, אלא ודאי בחזקת ממון לא שייך זה משום דמכח אחר אנו באים, דכי היכא דקאי התם תיקום, וזה שייך לחלק שהמחצה שאצל זה ישאר אצלו, והמחצה שאצל חבירו ישאר אצלו, ואינו דומה לפסק שאנו פוסקים גבי אסור, שמכח דין אנו באים, ולא משום אי הוצאה, וא"כ גבי חזקת מ"ק נמי נדמינן טפי לחזקת ממון דהשתא, ואולי יהי' זה תלוי בהחקירה שחקרו האחרונים אי חזקת מ"ק היא חזקת ממון, או שהיא חזקת מעיקרא כמו חזקת איסור. אבל עכ"פ התמיהות הראשונות בדבריו קיימות הן ותמוהות מאד, וכמו כן בדברי הראשונים שאמרו דליכא בבכור חזקת מ"ק:

ויש עוד לדון אם אפשר לומר, שאף לאחר שיצא לאויר העולם הוי הישראל בעלים של הבכור, ובס' אחיעזר למרן הגרח"ע שי' כתב וז"ל ואפשר ליישב דס"ל דגם בס' בכור איכא חמ"ק דסוגיין קאי למ"ד דטובת הנאה ממון א"כ הוי הבעלים של בכור דהא לשי' הרמב"ם יש בבכור טוה"נ כמבואר בדבריו בפי"ב מה' בכורות הל' כ' וע' במהרי"ט אלגאזי בפ"ד מה' בכורות ע"כ משוי להדדי. ע"כ. ולבבי לא כן ידמה דאף אי נימא דטובת הנאה ממון, מ"מ אין זה מיקרי שלו כ"א לגבי עלמא ולא לגבי כהן, וראי' לדבר מהא שכתבו התוס' (ו' ע"ב) וא"ת אמאי אין מוציאין מידו והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר. וי"ל במכירי כהונה א"נ אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בו למ"ד טובת הנאה ממון. ע"כ. וקשה על דבריהם דהא בקדושין סוף פ"ב קאמר דהגונב טבלו של חבירו אי ס"ל דטובת הנאה ממון חייב לשלם להישראל שגנבו ממנו אף דמי התרומות והמעשרות. אלמא דאי טוה"נ ממון חייב לשלם דמי כולו, וכאן קאמרו התוס' דאינו חייב לשלם כ"א דמי טוה"נ. ועל כרחנו אנו צריכים לחלק, דדוקא לגבי כו"ע מיקרי הכל שלו גמור וחייבים לשלם לו הדמים, אבל לגבי הכהנים אין זה מיקרי שלו, שהרי עיקר הממון שלהם הוא, שהוא ממון השבט. וא"כ כאן בספק בכור דאיירי לגבי כהן, אין זה שלו, דליקרי לישראל בעל הבכור, וממילא אין לו חזקת מרא קמא. אלא דיש לדון מטעם שאמרו בנדרים, שצריך להקדיש את הבכור בהולדו, עד שהגמ' אומר דהוי דבר הנדור, והחולק ס"ל דהוי דבר האסור משום דאף כי לא מקדיש לי' נמי תיקדיש,

אבל עכ"פ משמע שההקדש הוא הקדש גמור, עד דמיקרי מחמת זה דבר הנדור, ואי נימא דאין הישראל בעלים של הבכור אחר הולדו, א"כ מאי מהני ומה כח יש לדבורו של הקדש, ואדרבה מזה ראי' שאף לדברי האומר טוה"נ אינה ממון ג"כ הוי בעלים של הבכור. ולכאורה הי' אפשר לפרש דברי התוס' ר"ה שכתבו דבבכור אין לדקדק מסוגיא דאיכא בל תאחר בנתינה לכהן, ע"כ, משמע דס"ל דאין עובר בבל תאחר אנתינה לכהן, ומאי שנא מתרומות ומעשרות דאיכא בל תאחר כמבואר שם, ואפשר לומר דבתרומות ומעשרות כיון דאיהו מפריש להו, ואיהו הוא דעושה התרומה נשאר עליו שם בעלים עדיין אף לאחר ההפרשה, אבל בבכור דבלידתו חל עליו דין ממון השבט ואין דינו בא מכח הישראל, אין עליו דין בעלים כלל, ואין הישראל עליו כי אם גזבר בעלמא, והוי כבא כבר ליד גזבר, ובגזבר סבירא לי' לר"ת דאין הגזבר בבל תאחר מלחלקו לעניים. והילכך ס"ל לתוס' דאין בעל הבכור עובר בבל תאחר. וזה היפך הראי' שהובא מהא דמיחשב דבר הנדור, דלפ"ז הי' צריך להחשב בעלים ולא גזבר. מיהו מדברי הר"ן שם בר"ה משמע דהיינו טעמא דבגזבר ליכא בל תאחר, משום שכן עליו לעשות לחלק לעניים מעט, ונראה מזה שאם יאחר הגזבר בלא טעם ודאי יעבור גם הגזבר, וא"כ אין כאן סברא למעט בכור מבל תאחר מטעם גזבר. ועוד אפשר, שאף אם נפרש שלא כדברי הר"ן מ"מ תהי' הסברא דבגזבר ליכא בל תאחר משום דהוי יד העניים ובקבלתו כבר זכו העניים, אבל כאן אין ידו מועיל כלום לזכיית הכהנים. ועוד אפשר דלא שייך כלל ענין גזבר כי אם בממון עניים, אבל בממון כהנים אפשר דליכא דין גזבר כלל, והדעת נותנת כן, דלא שייך ענין גזבר, כי אם בדבר, שכשם שמצוה על נותן הצדקה או על נותן הדבר להקדש, כן מצוה גם על כל אדם להטפל בהצלת העניים, ומצוה להיות גזבר, אבל בממון כהנים אין כאן רק על הבעלים מצות נתינה, ולא על אדם אחר, ואין שום מצוה להיות גזבר. ומפני כל הלין ליכא לפרש בדברי התוס', שאין בעל הבכור כי אם גזבר, וממילא אפשר לנו לומר שנקרא בעלים גמורים. ומפ"ז יהי' גם לבעל הבכור בבכור חזקת מרא קמא, אלא שהדבר בעצמו קשה לומר, שמחמת בעלות כזו יקרא חזקת מרא קמא, שאף אי נימא שיש כאן שם בעלות, אבל בעלות קלישתא הוא להקרא מרא קמא לגבי כהנים, שעצם הממון של בכור שלהם הוא, ועכ"פ מכל הנך סברות וסברות דלעיל יש לפקפק טובא בפשיטות הסברא, דבבכור ליכא חזקת מרא קמא, וא"כ האי חילוק שכתבו ליישב דברי הרמב"ם משום החילוק דבכור לפדיון פטר חמור, אינו מספיק לפ"ז:

ונראה ליישב ע"פ הפתח שפתחו לחלק בין בכור לפדיון פ"ת, אבל באופן אתר, דכל עיקר לא שייך לומר דתקפו כהן אין מוציאין מידו, אלא במקום שיש לכהן זכות תפיסה,

כמו שנתבאר לעיל, והילכך לא שייך זה לומר אלא בבכור דהוי ממון השבט, אף כשהוא ביד ישראל, אבל בפדיון פטר חמור, נראה דלא הוי ממון כהן, כ"א בהגיע ליד כהן ולא מקודם, והילכך אין לכהן זכות תפיסה בו, שהרי ממון ישראל הוא עדיין עכ"פ, קודם נתינתו לכהן. והילכך לפי המסקנא דגמ' דברייתא דהספיקות נכנסין לדיר להתעשר אייריי בספק פדיון פ"ח אין למילף מדהתם תקפו מוציאין מידו, א"כ נימא דגם בספק בכור דינא הכי, דשאני ספק פדיון פ"ח דאין לכהן זכות תפיסה, אבל בספק בכור שיש לכהן זכות תפיסה, תקפו כהן אין מוציאין מידו:

ובמשנה סוף פ"ק דבכורות תנן המפריש פדיון פטר חמור ומת ר' אליעזר אומר חייבין באחריותו כחמש סלעים של בן וחכמים אומרים אין חייבין באחריותו כפדיון מעשר שני ע"כ. והנה הי' אפשר לפרש טעם מחלקותן משום דר' אליעזר סובר דפדיון פטר חמור לא הוי ממון הכהנים תיכף בהפרשה, ועדיין של בעל השה הוא, וזה מוכרח לומר בסברתו, דאי נימא דכבר זכו בו כהנים אמאי חייב עוד באחריותו, ורבנן החולקים על ר"א יסברו דתיכף בהפרשה נעשה הממון ממון כהנים, ומשום כך שוב אינו חייב באחריותו. ואפשר לומר עוד, דחכמים לא פליגו כלל על ר"א בזה, וסברי גם הם דפדיון פ"ח לא הוי בהפרשה ממון השבט, אלא טעמייהו דפטרי מאחריותו, משום דסברי שמצות הפרשת הפדיון פ"ח נגמרה בהפרשה, ואין הנתינה מעכבת בהפרשה, ונתינה מצוה אחריתא היא, ור"א חולק בזה וסובר דאף מצות הפדיון לא נגמרה עד אחר נתינה, וכיון שלא הגיע לנתינה, צריך להפריש אחר, מטעם דבטלה הפרשה ראשונה. ויוצא לנו, לפי הצד השני, דאליבא דכו"ע השה הנפרש אינו ממון השבט אף לאחר ההפרשה, א"כ ודאי אין לכהן שום זכות תפיסה, שהרי אינו שלו עכ"פ, ואין כאן רק דין נתינה על הבעלים. אבל הכהן אין לו שום זכות בהשה, והילכך בספק פדיון פ"ח תקפו כהן מוציאין מידו, דאין לו זכות תפיסה, ובספק בכור אין מוציאין מידו, משום דבבכור יש לו זכות תפיסה, שהרי לפי הצד שהשה בכור הוא של כהן הוא, והילכך לפי המסקנא דהברייתא אייריי בספק פדיון פ"ח חילק הרמב"ם בין זה לספק בכור:

ולפי תירוץ זה נראה דלא יקשה מה שהקשה המהרי"ט אלגאזי על החילוק בין פדיון פ"ח לספק בכור וז"ל ויש להקשות ע"ז דהא עיקר סברת הר"ם בדין בכור בהמה טהורה דאין מוציאין מידו הוא משום דפסק כרב המנונא דמייתי מתניתא בידי' דקתני ספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טהורה בין טמאה המוציא מחבירו עליו הראי' דמדקתני המע"ה דמשמע בין כהן ובין ישראל ש"מ דאם תקפו כהן אין מוציאין מידו ולפי ס' הרב הא קתני בכלל הספיקות ס' בכור אדם וס' בכור בהמה טמאה ומסתמא

מאי דקתני המע"ה קאי לכולם וש"מ דבכור אדם ובכור בהמה טמאה נמי הישראל אינו יכול להוציא מיד כהן אם תפס וכו' עיי"ש שהאריך. ולפ"ד יש להשיב ע"ז, שדוקא בספק בכור, שאנו מסתפקים על גוף השה של מי הוא, אם של כהן או של ישראל, יש לנו לומר, שכל מי שאוחז השה מחמת שאפשר שהשה שלו, נקרא חבירו המוציא, אבל בספק פדיון פ"ח, שעכ"פ אין השה שלו, ואינו טוען, אלא לומר, שמחוייב הישראל ליתן, א"כ אף כשתפס כבר הכהן, נקרא הכהן מוציא, שהרי השה גם עכשיו הוא ברשותו של הישראל הבעלים, ואינו ביד כהן כ"א כפקדון. והילכך בספק בכור המשמעות של מוציא בין כהן בין ישראל ובפ"ח הכהן מוציא לעולם:

ואולם ראיתי בדברי מהרי"ט אלגאזי על הך משנה דבכורות שכתב בדרך פשיטות דאליבא דרבנן ודאי הוי ממון כהן משעת הפרשה, ואף לר"א כתב שכן הוא שהשה הוי ממון כהן משעת הפרשה, עד שהגיע שם לומר עוד יותר מחמת זה, שאף בחמש סלעים של בן נמי דינא הכי, שהוי ממון כהן תיכף משעת הפרשה, וזה שלא כדברי המחנה אפרים ה' זכי' סי' א' שכתב שבחמש סלעים של בן לא הוי ממון כהן משעת הפרשה, ולא מהני תפיסת הכהן בהחמש סלעים, ולפי דברי המהריט"א א"א לתרץ שבפדיון פ"ח ליכא זכות לכהן, ולדברי המ"א יכולים אנו לומר שפ"ח ופדיון הבן שוין הם שאין לכהן זכות בעלות בעצם הפדיון:

והמ"א הביא ראי' מההוא עובדא דר' חנינא בפ' יש בכור דאמר לי' לא גמרת ויהבת אין בנך פדוי, דאם איתא דאפי' בפדיון הבן אם תפס אין מוציאין מידו אם כן כי לא גמר אבי הבן ליתן מאי הוי הלא כל שבא ליד כהן כבר זכה בהם הכהן וכי גרע מתקפו ע"כ. והמהריט"א תירץ דשא"ה דהפריש ע"מ שלא ליתן בלב גמור, ולא הוי ההפרשה הפרשה גמורה, ולא חל ע"ז שם פדיון, הילכך אין יכול לתפוס, אבל בפדיון הבן גמור אין ה"נ דיכול לתפוס ע"כ. ולפ"ד דברי המחנה אפרים ברורים הם, דהא לרבנן הפרשה ונתינה שתי מצות הן ושני ענינים נפרדים, א"כ בשעת הפרשה אין צריך לחשוב כלל ליתן ואין ההפרשה כי אם לפדות את הבן, ואם חשב שיהא זה פדיון זה שפיר דמי, אף שלא חשב כלל ליתן, וא"כ אף שלא גמר ויהיב, מ"מ ההפרשה הפרשה גמורה היא, וא"כ שפיר מקשה, אמאי אין הבן פדוי, שכיון שנפרש, על כרחך כבר זכו בו כהנים, והוי ממון השבט, וליהוי הבן פדוי, דהא לא גרע מתקפו:

ולכאורה הדבר מוכרח, דאין צריך לחשוב בהפרשה ע"מ ליתן לכהן, דאלת"ה בספקות שמפריש עליהן והן שלו, א"כ בשעת הפרשה אינו חושב כלל ליתן כהן, ואיך הויא הפרשה, אלא ע"כ שאין צריך לחשוב כלל ע"ד נתינה לכהן, אלא כל עיקר ההפרשה

היא לפדות שיהא זה פדיון זה. ולכאורה היא תמי' עצומה על דברי המהריט"א ויכול אני להצדיק דבריו, שחלוקו הוא לפי ההנחה, שתיכף בהפרשת החמש סלעים הוו ממון השבט ולזה דעתו שצריך להפריש, היינו שיעשה ממון השבט, שכל עיקר הפדיון הוא זה, ואין כונתו, שצריך שיחשוב ליתן לכהן, אלא שיכוין שיהי' ממון השבט. ולזה חילק שבמעשה דר' חנינא. כיון שלא גמר ויהיב, ושם הי' ודאי בכור, ומ"מ רצה שישאר אצלו, א"כ לא הפריש ע"מ שיעשה ממון השבט, הילכך לא הויא הפרשה, אבל בספק פדיון פטר חמור, אפשר שיחשוב שיהא הדבר ממון כהנים, אם החמור הוא פטר רחם, ואם אינו פטר חמור אין הפדיון פדיון ואינו ממון כהנים, הילכך שפיר הויא הפרשה, שהרי הפריש שיהא ממון כהנים על צד ספק, ומ"מ ליתן לכהנים אינו צריך, שהרי ספק פדיון פ"ח הוא. ומ"מ המ"א לא יקבל סברא זו, שהוא יסבור, שגם מחשבה זו של ממון כהנים אין לה שייכות עם הפרשה, ואין צריך לחשוב אלא שיהא השה פדיון הפ"ח, ואין מקום לפ"ז לומר שבמעשה דר' חנינא לא הויא הפרשה, דלא ליהני התפיסה מהאי טעמא:

והנה המחנה אפרים עצמו חילק ג"כ בין בכור ודאי לפדיון הבן ודאי לענין תפיסה, אלא שהסביר שכיון שפדיון הבן לא הוי ממון השבט, יכול לומר לכהן אחר אני נותן, ומטעם זה אינו יכול לתפוס, ואם תפס הרי זה גזל. ולפי דבריו אלו במכירי כהונה יכול אף בחמש סלעים לתפוס, שהרי אינו יכול לומר לכהן אחר אני נותן, אבל לפי דברינו אף במכירי כהונה אינו יכול לתפוס, אף שאינו יכול לומר לכהן אחר אני נותן, משום שאין לו זכות תפיסה בחפץ שהרי אין החפץ שלו, בלא דין נתינה, ודין נתינה אין כאן, דנימא שהחפץ כבר שלו, מצד מכירי כהונה, שהרי אין על הבעלים כאן דין נתינה כיון שספק הוא:

ב

הש"ך בתקפו כהן וכן התומים בקצור תקפו כהן חתרו לחלק בין ספק בכור, דפסקו הראשונים הרבה דתקפו כהן מוציאין מידו, ובין ספק דתיקו פסקו דאי תפס לא מפקינן מיניה, ובכלל הראשונים הרי"ף והרא"ש. ונראה שדבר פשוט הוא לחלק, שבספק בכור יש לנו שני צדדים מספקים, האחד שאם נולד בכור, הרי הוא של כהן, ואם לא נולד בכור, אין בו צד שייכות לכהן כלל, נמצא שהספק כאן אם יש כאן חיוב כלל והילכך אי תפס מפקינן מיני', דהרי אפשר שאין לכהן שייכות כלל, אבל בספק דתיקו, שספק לחכמים היאך הדין, אין הצד של חיוב בטל לגמרי, שגם ספק של חכמים, יש עליו דין לעשות ככל אשר יורוך, נמצא שאין כאן ספק חיוב, אלא שכיון שהם הניחו הדבר בספק, הרי כאן חיוב מספק, כאילו אמרו שהחיוב הוא ספקי, וחיוב ספקי ג"כ חיוב הוא, אלא שאי

אפשר לדונו, והילכך אי תפס לא מפקינן מיני', הכלל היוצא לנו בין כל הספקות, דהוו ספק חיוב, ובין ספק זה, דהוי חיוב מספק, ובדין זה מהני תפיסה. ובזה נראה שיתיישב מה שמקשים על הרי"ף שפסק בכל תיקו אי תפס לא מפקינן מיני' ובההיא דלסטים מזוין ורועה מזוין בסוף השוכר את הפועלים פסק דפטור, ושם ג"כ נשאר בתיקו לפי הנוסחא שלהם ומזה הוכיח הנ"י להיפך דדעת הרי"ף דבתיקו אי תפס מוציאין מידו. והדברים מתיישבים בפשיטות דבמקום דהאיבעיא דגמ' היא על עצם החיוב אי חייב אי פטור, ואם שם נשאר בתיקו, אז אמרינן שפיר שהגמ' פסקה חיוב מספק והילכך אי תפס לא מפקינן מיני', אבל בלסטים מזוין ורועה מזוין, שם הספק שבגמ', לא על חיוב תשלומין הוא בא, כ"א על דין חיוב השמירה נסתפקו בגמ', עד היכן חיוב השמירה, נמצא שאין לנו לומר שיש כאן פסק של חיוב ספקי כ"א על דין השמירה, אבל על עצם התשלומין, שעל זה לא דברו כלל, ע"ז לא נאמר שיש כאן פסק של חיוב ספקי, אלא הוי כשאר ספקות שבכל מקום דהוי ספק חיוב, ובספק חיוב אית להו להנהו ראשונים דאי תפס מפקינן מיני':

וראיתי בנחל יצחק סי' כ"ה שהביא דברי המל"מ פ' כ"א מה' מלוה בד"ה ועוד יש לחקור וכו', כתב להוכיח מהרמב"ם פ"ד מה' גזילה ה' ז' גבי נגזל נשבע ונוטל דאם אינו יודע בברור רק שכירו ולקיטו של בעה"ב הי' שם אינו נוטל ע"י שבועת של שכירו ולקיטו וזהו איבעיא דלא איפשטא בשבועות (דף מ"ו). וכתב המ"מ שם דלכן לא כתב הרמב"ם דאם תפס אין מוציאין מיד הנגזל משום דהו"ל ספק תקנה ומעמידין על ד"ת. ומזה הוכיח המל"מ שם דכל ספק תקנה לא מהני תפיסה מספיקא ע"ש. והקשה בנחל יצחק ע"ז מהא דמבואר ברמב"ם ה' זכי' ומתנה פ' י"א ה' ט"ז דשכ"מ שאמר נכסי לפלוני והי' בהם ספר תורה אם תפסו אין מוציאין מידו. ואע"ג דמתנת שכ"מ הוא דרבנן אפ"ה מהני תפיסה אלמא דאף בספק תקנה מהני תפיסה, ע"כ. ולפי דעתי אין כאן ראי' כלל לכאורה, שאילו הי' כאן ספק לטול בלא שבועה כלל, הייתי יכול לומר, כבכל תיקו דאי תפס לא מפקינן מיני', אבל כיון שכל עיקר הדין אף אם נוטל הוא דוקא בשבועה, א"כ מה שייך בזה אי תפס לא מפקינן מיני', הלא ב"ד לא יפסקו לו שבועה והלא אין לו לטול, ואף אם יפסקו לו ב"ד שבועה, אין בפסקם כלום, שהרי לא הי' להם לפסוק כך, עד שדברי המל"מ תמוהים לי מאד. אבל בכל מקום בספק תקנה אפשר דתפס לא מפקינן מיני' כבכל תיקו:

ועפ"ז הי' נראה ליישב קושיית המחנה אפרים ה' גזילה סי' ל', אהא דפסקינן דהי' שם שכירו ולקיטו אינן נשבעים ונוטלים וכתב הרב המגיד בעיא דלא איפשיטא ולפיכך אם

תפס הנגזל מוציאין מידו ע"כ, וקשה דבפ"ח מה' חובל דין ז' כתב מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו ולא ידעו כמה הפסידו אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו וכו'. והא התם בעיא דלא איפשיטא אי עשו תקנת נגזל במסור ואפ"ה אם תפס אין מוציאין מידו ע"כ. והנראה בזה שהחילוק פשוט ומבואר, דבבעיא דשכירו ולקיטו הספק הוא על השבועה, אם שבועה כזו שאינה שבועת הבעלים עצמם, גם כן נתקנה שיטול הנגזל על ידה, או שלא נתקן הדין שיטול דוקא ע"י שבועת הבעלים עצמם אלא ע"י שבועת שכירו ולקיטו, אבל על נטילת המעות אין כאן ספק, אילולי הספק שבשבועה. ועל השבועה מוכרחים אנו לפסוק שפטור שכיון שספק הוא אין ב"ד יכולים לפסוק לו שבועה כמו שנתבאר, אבל בבעיא דעשו תקנת נגזל במסור, אין הספק על השבועה, שבשבועה כזו שהיא של בעלים הלא תקנו, ואין הספק כ"א על הנטילת מעות, ובספק דמעות כיון דבתיקו הדין דאם תפס לא מפקינן, הוי כאילו נפסק הדין שאם תפס נוטל, הילכך שפיר יכולים ב"ד לפסוק לו שבועה אחר התפיסה, שהרי על השבועה אין כאן ספק כלל, ומצד דין נטילת המעות, הוי כאילו כבר נפסק הדין ליטול:

מיהו קושיית הנחל יצחק מתיישבת בפשיטות, ואין תלונה על המל"מ לפי הנחתו, דאם נסבור דבספק תקנה אי תפס מפקינן מיני', הטעם ודאי, דבזה לא תקנו חכמים על הספק, והוי כאילו פסקו מפורש דפטור לגמרי, זה אי אפשר כיון שתקנה ודאית היא שמתנת שכיב מרע קונה, והנה עכשיו נסתפקנו אם היתה כוונתו גם על ספר תורה אם לא, והנה אם נפסוק בברור להוציא ספר תורה מכלל זה, תהי' זה נגד התקנה דמתנת שכיב מרע, שהרי לא נתברר לנו איך היתה כונתו, וא"כ אולי היתה כונתו גם לספר תורה, נמצא שאנו פוסקים נגד התקנה הודאית דדברי שכיב מרע ככתובין ומסורין דמי. וכן מה שהקשה אח"כ מהא שכתב הרמב"ם פ' כ"ז מה' מלוה ה' ט"ז בשטר שכתוב בו אסתרי מאה מעי וכו' או מאה מעי איסתרא הולכין אחר פחות שבלשונות וכו' ולפיכך כל שטר שיש במשמע שתי לשונות אינו נוטל אלא הפחות שבשתיהן ואין מוציאין ממנו אם תפס אלא בראי' ברורה ע"כ. וידוע שיטת הרמב"ם דעדות שבשטר אינה אלא מדרבנן, וא"כ הוי ספק בתקנה עי"ד ג"כ אינה קושיא, כיון שתקנה ודאית שעדות שבשטר מהני, ואך ספק לנו פי' השטר, ואם באמת היתה כונתו ללשון המרובה, נמצא שאנו פוסקים נגד השטר ונגד התקנה, וזה א"א לנו לפסוק, שהרי דין ברור הוא דעדות שבשטר הוי עדות, והילכך אי תפיס לא מפקינן מיני'. ומה שכתב הנחל יצחק לתרץ והסביר הטעם דבספק תקנה פטור ואי תפס מפקינן מיני' משום שאין לנו לחדש תקנה מדעתנו, לא אבין, הלא מסתפקים אנו שכך נתקנה התקנה, ואולי נתקנה כך, ואין זה מדעתנו:

ועוד נראה דלא קשה ממתנת שכיב מרע ומעדות שבשטר, דדברי המל"מ אינן אמורים אלא בתקנה דרבנן, אבל לא בדין דרבנן, לא מיבעיא אי נסבור דקנין דרבנן מהני לדאורייתא דלפי זה מתנת שכ"מ הוי הממון שלו מדאורייתא, וכמו שהאריכו לבאר שבסיטומתא הדין גם כן הכי הוא, ואף אם נסבור דקנין דרבנן לא מהני לדאורייתא, מ"מ כיון שדין הוא כך שחכמים חדשו והעמידו קנין חדש ועדות חדשה, לא חלקו בין דיניהם לדיני דאורייתא, ורק בתקנת נגזל, שאין כאן לא קנין ולא שאר דין ולא חיוב, ורק חכמים תקנו לישבע וליטול, ובענין כזה שהוא רק תקנה שב"ד יחייבוהו כך, בזה אין דינו שוה לשאר דינים דאורייתא, והילכך חלוק כאן לומר דאי תפס מפקינן מיני':

ג

ומה שיש לעיין בסוגיא זו דתקפו כהן במה דבעי לאתויי ראי' מהא דספק בכורות אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טמאה בין טהורה המוציא מחבירו עליו הראי', והא הכא דכי תקפו כהן אין מוציאין מידו דקתני המע"ה וקתני עלה אסורין בגיזה ועבודה אלמא דהקדישה כי תקפה ודחי דקדושה הבאה מאלי' שאני ע"כ. ויש להבין הס"ד דגמרא דמשמע מינה דהוה ס"ל דאי לאו דתקפו כהן אין מוציאין מידו והקדישה כי תקפה לא הוה אסור בגיזה ועבודה מספק, ואמאי הא קיי"ל בכל דוכתא דספק איסורא לחומרא ומאי שנא הכא דלא נדון לחומרא מטעם ספק גרידא לפי הס"ד. ונראה דטעם הס"ד דאי אפשר לנו לחלק דין הממון ודין האיסור, לומר שאין ניתן לכהן, ומ"מ יהא נחשב כבכור לגבי איסור, כיון ששניהם ממקור אחד הם נובעים, וספק אחד לשניהם, ובמסקנא סבירא לי' לתרצן דאעפ"כ יכולים לחלקם:

ובגמ' בכורות (כ' ע"א) דקאמר ור' יהושע סבר חוששין לטנוף ופירשו התוס' דאע"ג דאיכא רוב דאין מטנפות וחזקה שלא ילדה מ"מ לא הוי ודאי בכור שניתן לכהן דאיכא חזקת ממונא דעדיפא והמע"ה ואפילו לרב דאזיל בממונא אחר הרוב בההיא דמוכר שור לחבירו ונמצא נגחן היינו משום דאמר קים לי בנפשאי שאני מן הרוב א"נ יש לחלק בין ממון שיש לו תובעין לממון שאין לו תובעין ומיהו היא קצת תימא דלענין ללקות בגיזה ועבודה ולענין ליקרב למזבח חשיב ודאי בכור ולענין נתינתו לכהן יחשב ספק ונראה לתרץ דלהכי חיישינן למעוט דמטנפות משום דרוב בהמות מתעברות כשמגיעות לזמן הראויות להתעבר ע"כ. חזינן מדברי התוס' דלפי מסקנת דבריהם לא ניחא להו לחלק בין איסור לממון שיהא מצד האיסור נחשב לבכור, ובענין הממון יהא שלו, ומ"מ אין זו סתירה למסקנא דהכא דמסיק דקדושה הבאה מאלי' שאני, ובענין הממון אין צריך ליתן לכהן, היינו משום דכאן אסור רק מטעם ספק, הילכך אפשר לחלק, אבל שם בדברי

התוס' בסוגיא דבכורות כיון דמטעם ודאי הוא דאסור, דכך צריכים אנו לפסוק פסק ודאי דהוי בכור בכל הלכותיו, איך אפשר לנו לחלק ולומר, דלגבי דין ממון הוי רק ספק בכור ואין ניתן לכהן, דרק בספק יכולים אנו לחלק כיון שסוף כל סוף אינו פסק ברור גם לאסור, יכולים אנו לומר שלגבי ממון לא יתן לכהן מטעם אותו הספק עצמו. וגם בהס"ד כאן בסוגיא ידע שפיר דאפשר לחלק בין ממון לאיסור, אלא דסבר שאם לגבי ממון ס"ל כל כך שאין לכהן כח של כלום בהשה, שאפילו אם תפס מוציאין מידו, אז א"א לחלק עוד ולומר דאסור, והי' אפשר לנו לומר בדרך פשוט, שבאופן כזה גם ספק אינו מתחלק, אבל מ"מ זה קשה בסברא:

והילכך נראה דסבר, דכל עיקר דין האסור בגיזה ועבודה, וכן שאר הדינים לא נתנה בהם תורה כ"א מצד דין מתנות כהונה, ואינו דין לעצמו מצד שהוא פטר רחם בלבד, שאילו היינו אומרים כן שמצד פטר רחם בלבד אסור, הי' אפשר להיות שלא יהא בהשה דין מתנות כהונה, דפסקינן לגבי זה שאינו בכור, ומ"מ בגיזה ועבודה יהא אסור, כיון שהוא ספק לעצמו, אבל כשנאמר שדין איסור גיזה ועבודה נשתלשל מדין מתנות כהונה, ותלוי זה בזה, א"כ כשנפסק הדין לגבי נתינה לכהן שאינו ניתן, ואינו מתנות כהונה, מוכרח הדבר להיות נפסק גם לגבי איסור גיזה ועבודה כמו כן, שמותר ליהנות ממנו ולהשתמש בו, ומפני כך ס"ל להס"ד דגמרא, שאם היינו סוברים דתקפו כהן מוציאין מידו, ואין לו כח כלום בשה, צריכים אנחנו לפסוק כ"כ גבי צד האיסור, ואינו דומה לדברי התוס' בכורות שרצו לחלק בין הממון לאיסור, דשם בצד הממון נראה דיועיל תפיסה דהלא התופס מכח רוב הוא בא, ואף שאינו צריך ליתן לכהן מ"מ לתפוס נראה דיכול, כיון שבא מכח רוב, והילכך יכולים אנו לאסור בגיזה ועבודה. אף שלא תפס, דאיקרי עכ"פ מתנות כהונה, אבל אי נסבור שגם בספק לא מהני תפיסה, נמצא שאינם נקראים עוד מתנות כהונה, וצריך להיות מותר בגיזה ועבודה, והתרצן סובר שאף שאינו יכול לתפוס, מ"מ כיון שאין זה אלא מטעם ספק מיקרי עוד מתנות כהונה, ונאסר בגיזה ועבודה, ובהכי היא פלוגתתם:

ויובן בזה מה שבגמ' זבחים (ט' ע"א) רוצה בגמ' לומר ואימא שחטי' לשם בכור הוי בכור, למאי נפקא מינה, וקחשיב דנפ"מ לענין נסכים דלא ליבעי אי נמי דליתבי' לכהנים. ע"כ. ולכאורה הדבר תמוה דלענין ליתבי' לכהנים, הלא לא זיכתה התורה להם אלא פטר רחם, ואף דבעינן ליתן להקרבן השחוט לשם בכור דין בכור, היינו לענין הקדושה יש לנו פסוק המלמדנו דהוי קדוש, אבל מ"מ אין זה צריך להכריע אנתינה לכהן, שהרי שני דינים נפרדים הם, ומתנות כהונה צריכים אנו לומר שבפטר רחם תלה רחמנא, ורק

לקדושה יש לנו פסוק להיות קדוש, אבל לגבי נתינה לכהן דלא גלי קרא לא. והי' נראה מתוך כך לומר דסבירא לגמרא, שאם נאמר שלגבי מתנות כהונה העיקר תלוי בפטר רחם, ולא מהני השחיטה ששחטו לשם בכור למיהבי' לכהן, א"כ בטל גם למוד הפסוק לגבי הקדושה, שיהא לו קדושת בכור, שקדושת הבכור נמשכת מדין מתנות כהונה, ואם אין זה מתנות כהונה, ממילא אין בזה שום קדושה, וכיון שרוצה הגמ' בזבחים עכשיו לפרש שמ"מ יש לו לבכור קדושת בכור, מוכרחים אנחנו לומר דהוי מתנות כהונה, וזהו דקאמר בגמ' שם למאי הילכתא וכו' א"נ למיתבי' לכהנים:

סימן יט - בדין יחלוקו וכל דאלים גבר

א

בדבר מה שהקשו התוס' בזה אומר חצי שלי וזה אומר כולה שלי, דליהמני' להאי דחצי שלו במיגו דאי בעי אמר כולה שלו. ונאמרו בזה כמה תירוצים, ויש לעיין בזה, דהנראה שאין בזה קושיא דלא שייך דין מיגו אלא במקום שאנו דנים ע"פ טענותיהם ואם המוחזק טוען איזו טענה טובה נפטר על פי הטענה, והיינו שב"ד דנו על הדבר, ומצאו שאין עליו שום טענה מן התובע, ונפטר הנתבע ע"פ דין בטענתו, או להיפך אם התובע יש לו טענה טובה, ויכול ע"פ טענה זו להחזיק את ממון הנתבע שנפל לידו, בענין זה, אף אם טוען טענה אחרת, אנו אומרים שכמו שהי' נוטל ע"פ דין בטענה שהי' יכול לטעון, כמו כן נוטל בטענה זו הגרועה. אבל בדין זה שאנו דנים גבי זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, אין זה מפני שכך נראה ע"פ דין ע"י טענותיהם, אלא מפני שהם אוחזים ואין לנו ברור בדבר ולא טענות המכריעות, הילכך ע"כ חולקים, והילכך כשמשתנה הספק, הם נוטלים ע"פ הספק כפי שהוא עכשיו, דאין לאמר כאן מיגו, כיון שגם שם לא נפסק שום דין:

ויש להטעים הדברים ע"פ דברי השב שמעתתא שבירר הדברים לחלק בין דין מיגו בין דין בידו, שבדיני ממונות לא מהני דין בידו, כ"א דין מיגו, ונפ"מ לכמה דברים דלא שייך לקרות עליהם דין מיגו כגון כשהי' בידו, דמצד מיגו לא מהני זה, דהוי מיגו למפרע, ומצד בידו מהני אף כשהיה בידו כבר. ועפ"ז יובן הדבר ביותר, שמה שהיה יכול להרויח בטענה אחרת, שלא ע"פ פסק דין שיהא לנו ברור בדבר, כ"א ע"י מה שמביא אותנו לידי כך שמוכרחים אנו ליתן להם לחלק מחמת הספק הדוחקנו, ואין זה גדר של מיגו, כ"א גדר של בידו, שהי' יכול להשיג את החפץ בתחבולות, כמו שהי' יכול לתפוס את החפץ וליקחהו, דזה הוי גדר בידו, ואף שבש"ס עצמו הביא הגמ' דב"ב (קל"ד) שהאומר גרשתי את אשתי נאמן מכאן ולהבא ולא למפרע משום דבידו לגרשה הוי בגדר מיגו

ומיגו למפרע לא אמרינן ולא הוי זה גדר בידו, והלא שם אין כאן טענה אחרת שהי' יכול לטעון, אלא שהי' יכול לעשות מעשה גרושין, ומאי חילוק יש בין בידו לגרשה, ובין בידו לתפוס, דאמרנו דאין זה מיגו, אבל זה פשוט מאד דבמקום שאפשר לו להביא את הדבר לידי אופן כזה, שיהא הדבר באמת כך, אין לך מיגו טוב יותר מזה, דמה לי אם טוען ויזכה ע"י טענתו בדין ומה לי אם מביא את הדבר לידי כך, שיהא הדין באמת כך, ולא אמרנו שאין זה מיגו, אלא במקום שיכול לעשות שיהא הדבר אצלו שלא ע"פ שום דין, אף שלא נוכל להוציא ממנו, זה הוי גדר בידו. וכן מה שהקשו שיהא המלוה נאמן לומר שאין השטר כלום, מטעם דאי בעי מחיל, אף שהוא מעשה חדש, מ"מ מהני, כיון שהוא ע"פ דין יכול לעשות כן, שיהא כן באמת, הילכך הוי שפיר זה גדר מיגו:

והנה התוס' כתבו לחלק בין הא דמתניתין להיא דארבא משום דאוחזין שאני וז"ל דאוחזין שאני דחשיב כאלו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא ע"כ. נראה מרהיטת לשונם דדיינינן בודאי שיש לו לכל אחד החצי וא"כ אזדא להו תירוצן, דלפי זה הוי מיגו טוב, אבל הנכון בדברי התוס' שאין כונתם דמצד ודאי הוא דחשבינן להו כאלו ודאי כל אחד יש לו החצי, אלא כונתם ג"כ מצד ספק פסקינן שאחז כל אחד בשלו ואחיזתם מסייעת לזה דחשיב כאילו יש להם. וכיון שהם אוחזים, ואחיזה יש לה מעלה זו דחשיב כאלו יש לו החצי, יש לנו לפסוק כאן יחלוקו, ולא כד"ג:

ותירוץ זה ליישב קושית התוס' יש להעמיס בפשט דברי הרמב"ן, אשר בא ג"כ ליישב קושיא זו ודבריו בלתי מובנים, וז"ל דכי אמר כולה שלי הא לא שקיל אלא חצי מה שהוא טוען אף האומר חצי שלי אין לו אלא חצי מה שהוא טוען שאם אתה אומר יש לו הכל יותר אתה מאמינו בטענה זו ממה שאתה מאמינו באותה שכולה שלי ומה שזה מודה לו הרי כאילו חלק אותו חציו כבר נטלו והאיך תאמר מיגו שהי' זה יכול לתבוע ממנו גלימתא שלו נאמין אותו כשהוא טוען בטלית אחר הרי בטענת חצי זה אין לו דרך ליטול אותה לגמרי אלא שורת הדין כך הוא לעולם אינו נוטל אלא חצי טענתו בלבד, עכ"ד:

והנה הי' אפשר לפרש דברי הרמב"ן באופן זה דמיגו לא מהני אלא ליתן דין של טענה זו לטענה האחרת, אבל לא סכום המעות, ובכל מקום כשאנו נותנין דין זה לטענה זו משתנה גם סכום המעות, אבל כאן אף כשנותן דין טענה זו שהוא חצי מה שהוא טוען לטענה האחרת, לא ישתנה סכום המעות, שהרי ניתן לו גם כאן חצי מה שהוא טוען עכשיו ותירוץ זה הי' מתיישב ומתקבל לפי מה שמבואר ומוסכם שמיגו מהני לא מטעם ברור וראי' כ"א מטעם שאנו נותנים דין טענה זו לטענה האחרת, דאילו הי' מהני מטעם

ברור וראי', הי' צריך להיות דין המיגו מהני גם על סכום המעות, שהרי הברור והראי' מבררים גם על סכום המעות:

אבל לפי פירוש זה בדברי הרמב"ן כל האריכות דברים הוא אך למותר, דלמה לו להוסיף שמה שזה מודה לו הרי כאילו חלק אותו חציו כבר נטלו, וכן מה לו לומר שע"י מיגו שהי' יכול לתבוע גלימתא שלי נאמין לו כשהוא טוען בטלית אחר, ולפרש בדברי הרמב"ן כפי מה שתירצו הראשונים דמיגו מממון לממון לא אמרינן, ולומר שזהו כונתו במאמרו והאיך תאמר מיגו שהי' זה יכול לתבוע ממנו גלימתא שלו נאמין אותו כשהוא טוען בטלית אחר, גם זה קשה דאם כן מה זה שאמר תחילה ואף שיותר אתה מאמינו בטענה זו ממה שאתה מאמינו באותה שכולה שלי ודברי הרמב"ן צריכים באור רב. שוב ראיתי בש"ך סי' ק"נ סק"ג שמביא שדעת הרמב"ן דאמרינן מיגו מממון לממון, וא"כ ע"כ אי אפשר להעמיס זה בדברי הרמב"ן:

ונראה בכונת הרמב"ן לומר זו הסברא שנתבארה שלא שייך כאן מיגו כיון שאינו זוכה ע"פ הדין כ"א שכך הוא דינו של ספק, וכשמשתנה הספק, צריך להיות הדין ע"פ ספקו, וזה דומה למי שתופס גלימא, וע"פ זה רוצה לזכות בדין, שאין זה שם של מיגו, ומה שיכול לגזול ולחמוס גלימת חבירו, וכי ע"י זה יזכה בדינו, וזהו שדקדק הרמב"ן וכי בשביל שהי' יכול לתבוע גלימתא דידי כיון שאין זה ע"פ דין יוכל לתבוע ממנו טלית אחר, שהרי אין זה מגדרי הדין, והילכך אין זה בגדר מיגו:

ואלולי מסתפינא מהא דכל המפרשים מבארים באופן אחר, הי' אפשר לבאר גם דברי הר' יונה הובאה שיטתו בשו"ע סי' ק"נ ס"ד שראובן שירד לתוך שדה שמעון בתורת משכונא והי' לראובן אצל שמעון עוד תביעה אחרת על פה ואינו יכול להוציאה מידו וכלו ימי המשכונא ורוצה לעכב השדה וכו' ואם אינו יודע נאמן על תביעתו האחרת במיגו שהי' יכול לכבוש שטר המשכונא ולטעון לקוח הוא בידי ובשבועה ודוקא שאכל כבר הפירות כדי התביעה שטוען עליו אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירות אינו נאמן לעכב. ע"כ. ונתחבטו בהא דמפורש גבי מטלטלין שיכול לטעון עד כדי דמיו, ושם לא אכל הפירות עדיין, ובסמ"ע וש"ך האריכו בזה. ונראה לבאר ע"פ כל האמור דהנה במטלטלין כשבאו לידו בהיתר וזכה בהן, ויש לו חיוב עתה להשיבן, ויכול לפטור את עצמו מלהשיב ע"י טענת לקוח, ונמצא שיש לו דין טענה, והוי שפיר מיגו טוב, שכיון שיש לו דין טענה בטענת לקוח, יש לו גם כן דין טענה בטענת חייב לי עד כדי דמיו. וזה דוקא במטלטלין שזכה בהם, ואין עליו כ"א חיוב השבה, הילכך הוי טענתו לקוח דין טענה, אבל גבי קרקע, דאין בהם שום קנין וחזקה ובחזקת בעליהם עומדות, נמצא שאין

זה כי אם שיכול לחטוף הקרקע, אם כן אין זה דין טענה, כ"א שיכול לחטוף, הילכך אין כאן דין מיגו כלל, ולא נוכל לקרות לזה כי אם שבידו לחטוף, ומטעם בידו אנו באים עליו, ודין בידו הא ליכא בממון ולא מהני שם כלל:

והנה הש"ך בעצמו פירש דברי רבינו יונה דס"ל דמיגו מממון לממון לא אמרינן, וכתב משום כך דאין חילוק בין קרקע למטלטלין. ע"כ. וכבר הראו האחרונים מקור דברי ר"י בש"מ ב"ב ושם מפורש לחלק בין קרקע למטלטלין. ונראה שאף לפי הטעם משום מיגו מממון לממון יש לחלק בין קרקע למטלטלין, דבמטלטלין, דשייך בהם דין משכון ויכול לתופסו על החוב, וזוכה בהחפץ להיות נתפס על החיוב, הילכך כשתובע את החייב לו, תובעו בעצם החפץ, ונמצא ששתי התביעות הן בהחפץ, והוי מיגו באותו ממון עצמו, אבל כשתופס קרקע, שאין בהם אלא דין גבי', אבל לא דין תפיסה, ונמצא כשתובע את החוב, אין תובעו בעצם הקרקע, אף שאם לא ישלם לו כשיבורר החוב, יוכל אז לזכות בקרקע, מכל מקום עכשיו אין התביעה בעצם הקרקע, הילכך הוי שפיר מיגו מממון לממון, ומטעם זה לא מהני קודם אכילת פירות בקרקע:

ועל עצם כלל של מיגו מממון לממון הקשו הראשונים מהא דמקשה הגמ' דליהמני' למודה במקצת במיגו דאי בעי כפר הכל, והא הוי מיגו מממון לממון. ונראה פשוט דמתיישב היטב עד דתמוה לי על הני דמקשי דבכופר הכל נאמן על כולו, ומקשינן דליהמני' לכופר במקצת במיגו דאי בעי כפר הכל, והי' נאמן על המחצה השנית שכופר גם עכשיו וא"כ הא הוי מיגו באותו ממון עצמו, דאין אנו עסוקים שיהא נאמן ע"י מחצה הא' שעכשיו הודה בה, שאם היינו אומרים כן, בודאי נחשב זה למיגו מממון לממון, אבל אנו עסוקים באותו מחצה עצמה שגם עכשיו כופר בה, הא הוי באותו ממון עצמו:

ומה שתירצו התוס' דהוי מיגו להוציא דבחציו השני הוי מוחזק זה כמו זה, הנה פשטות דברי התוס' מורה דאף חד לגבי חברי' נקראים שניהם מוחזקים ממש, שיש לכל אחד חזקה בחפץ לגבי חברי'. ואפשר לפרש עוד באופן אחר. דנהי דלא חשיב כל אחד מוחזק ממש, מ"מ אחיזת כל אחד מרעה אחיזתו של חבירו, ולא הוי גבי' להחזיק, שהרי גם חבירו אוחז בה, וכיון שכן לא מהני מיגו, דמיגו לא מהני כ"א להחזיק. וזה תלוי בחקירה אחרת להבין ענין מיגו, אם יש בכח מיגו בין לפטור ובין לחייב, ומאי דלא מהני להוציא משום דחזקה עדיף ממיגו, וכמו דחזקת ממון עדיף מרוב. אף דמצד דין רוב הי' מהני אף לחייב, או דנימא דהטעם דלא מהני מיגו להוציא, הוא לאו משום דחזקת ממון עדיפא אלא משום דאין בכח מיגו כי אם לפטור, דאין מיגו אלא ענין פטורי, שנפטר במיגו, ואין בו כדי לחייב. ואם נניח דמאי דלא מהני מיגו להוציא, משום חזקת ממון דעדיפא,

היינו מוכרחים לומר, דמאי דאמרי התוס' דבחציו השני מוחזק זה כמו זה, היינו חזקת ממון ממש. ואם נימא דטעם מיגו להוציא דל"מ, משום דמיגו הוא ענין פטורי, תהא לנו האפשריות לומר, דאין במוחזק זה חזקת ממון ממש, אלא מ"מ כיון דאין זה להחזיק לא מהני, דנמצא מיגו זה מחייב את השני ליתן החפץ, ואנן נקטינן דאין בכח מיגו לחייב לשלם, כ"א רק לפטור. ולכאורה מהא דאיבעיא היא בגמ' אי אמרינן מיגו במקום חזקה, ומיגו להוציא פשיטא להו לתוס' דלא אמרינן, אף דההיא חזקה דמיבעיא לה לגמרא פשיטא דעדיפא מחזקת ממון דהא ע"י ההיא חזקה כגון חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו מפקינן מחזקת ממון, וזהו דבר תמוה מאד. אבל אי נימא דענין מיגו להוציא דלא מהני אינו משום חזקת ממון דעדיפא, אלא משום דמיגו הוי רק ענין פטורי, אתי שפיר דלהוציא לא מהני, משום דאי אפשר לו שיחייב במיגו, אבל נגד חזקה מהני שפיר, דכיון דלפטור הוא אפשר דמהני אף נגד חזקה ברורית, והילכך מיבעיא לה לגמרא שפיר. ובקצוה"ח סי' פ"ב ס"ק ט' מפורש יוצא מדבריו דעיקר מה דלא אמרינן מיגו להוציא הוא משום חזקת ממון דאלים ואין נראה כן מחמת הקושיא שכתבנו ממיגו במקום חזקה:

והנה הפני משה בירושלמי כאן הקשה על התוס' וז"ל אלא דקשיא לי ר"פ דאיהו מרא דשמעתא הכא דמפרש למתני' ומוקי לה רישא במציאה וכו' ואיהו ס"ל דאמרינן מיגו להוציא כדמוכח מהאי דשבועות מההוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דמסיקנא בך והא שטרא א"ל פרעתיך א"ל הנהו סטראי נינהו וא"נ איתרע שטרא ור"פ אמר לא איתרע וכו' וקאמר בגמ' דאם פרעי' שלא בעדים לכולי עלמא נאמן במיגו דלהד"ם והרי שם מיגו להוציא הוא ע"כ. והנה בדברי הפ"מ צ"ע דהא כבר הוסכם מהאחרונים דמאן דנקיט שטרא מיקרי המוחזק וא"כ לאו מיגו להוציא הוא אלא להחזיק את השטר. ובדרך פשוט אפשר לומר, דכאן שאני, דהא חזינן דאין אדם נאמן לומר סיטראי נינהו, אלמא שכיון שידעינן מחוב זה, וראינו שפרעו, עלינו לומר שחוב זה הידוע פרעו, וא"כ תיכף שידענו הפרעון, בטל אצלינו השטר, ואין כאן שטר להחזיק, ודוקא במקום שלא בטל השטר בברור, אלא שאנו מסתפקים על השטר ועל הממון, אז נקרא להחזיק את השטר, אבל כאן קודם שיש לנו שום ראיה עלינו לומר שהשטר בטל, והילכך הראי' מיקרי שבאה להוציא:

ולפי דברינו אפשר לומר באופן אחר, דכיון דגבי מיגו אינו תלוי בלהחזיק או להוציא, כ"א כאן שהוא ענין פטורי אמרינן מיגו, ואם הוא ענין חיובי לא אמרינן מיגו, א"כ כאן בסיטראי, אף שהוא להחזיק את השטר מ"מ כיון שהוא ענין חיובי, שהרי אינו נפטר כ"א מחייב את הלוה לשלם, ל"מ מיגו בזה. מיהו האחרונים כתבו דאף מיגו להוציא לא

מיקרי במקום שהשטר מסייע, ונפל ישובנו השני, ומ"מ אין זה מכריח ומכריע לעצם החקירה, שהרי הסבירו הדבר משום דשטר העומד לגבות כגבוי דמי, נמצא שזה מיקרי שהחוב כבר נגבה, וממילא מיקרי שאינו אלא מיפטר ע"י המיגו. ולפי השיטות דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ופירש הסמ"ע משום דלא אמרינן מיגו אלא להחזיק ממון, ומוכח מזה דאין הטעם משום דמיגו הוי ענין פטורי, דאי נימא הכי, הלא גם משבועה היה לו להיפטר:

ב

ב"מ (ב' ע"א) תוס' ד"ה ויחלוקו הקשו מ"ש מארבא דאמרינן כל דאלים גבר וי"ל דאוחזין שאני וכו' וכן במנה שלישי דמדמינן בגמ' לטלית חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו שניהם מוחזקים בו וכו' עיי"ש. וכן הקשו הרבה מן הראשונים עיין תוס' (ב"ב ל"ד) ועיין ש"מ כאן. ולכאורה לפ"ד היינו יכולים ליישב בדרך פשוט כיון דפסקינן, עיין בשו"ע קל"ט, בדין דכד"ג דמאן דתפס ראשון אין השני יכול לתפוס ממנו, נמצא שדין דכל דאלים גבר הוא שמי שתופס הוי שלו, א"כ כאן במשנה דשנים אוחזין כיון ששניהם תפוסים נמצא ששניהם זוכים מצד כל דאלים גבר שכל התפוס הרי הוא שלו, ואין צריך כאן לחדש דין חלוקה מצד טעמים חדשים, אלא מצד דין כד"ג זוכה כל אחד במה שהוא תפוס, וכ"א הלא תפוס מחצה:

ומיהו על התוס' בעצמם לק"מ שהם הולכים לשיטתם לקמן (דף ו') תוס' ד"ה והא הכא. שסוברים שאם תפס האחד יכול השני ג"כ לתפוס ממנו, ולפ"ז לא שייך לפסוק דין נגמר מצד כד"ג שמצד כד"ג הדבר תלוי תמיד בתפיסה, אבל על הרא"ש שסובר בב"ב דאין השני יכול לתפוס מן הראשון, והקשה ג"כ קושיית התוס' כאן, ולפ"ד אפשר ליישב הקושיא פשוט. והי' נראה לבאר בעצם דין מה שסוברים הראשונים דאין השני יכול לתפוס בחזרה, דיש לחקור מאיזה טעם הוא, דמה שכתב הרא"ש בתקנת כד"ג דסמכינן שמי שהוא שלו הוא ימסור נפשו יותר, אין נראה שזה יהי' טעם לזכיות התופס, דהיכן מצינו דין ברור כזה, אלא שהרא"ש כתב זה רק לטעם עלי התקנה למה תקנו רבנן תקנה כזו מפני שסמכו וכו'. וביותר מוכרח הדבר להבין אליבא דהט"ז שהקשה על הטעם של הרא"ש דהרי פסקינן כל דאלים גבר גם בספיקא דדינא ובספ"ד לא שייך לומר שימסור שגם לו אין ידוע. ומביא הט"ז בשם ת"ה שחכמים תקנו בלא טעם. וא"כ יש לחקור באיזה דין זוכה. והנראה בזה, שחכמים חדשו בזה היתר לתפוס, שבלא"ה הי' מוטל הדבר על ב"ד שלא להניח לתפוס, וחדשו חכמים בזה היתר תפיסה להיות כל דאלים גבר. והנה כל דבר המוטל בספק לא מהני בי' תפיסה דתפיסה אחר שנולד הספק לא

מהני. אבל כאן שחדשו חכמים היתר תפיסה, נמצא הראשון שתפס אף שתפס לאחר שנולד הספק, אבל מ"מ תפיסתו היתה ברשות, ודבר זה כבר נתחדש מכמה ראשונים ואחרונים שתפיסה ברשות מהני אף אחר שנולד הספק, עיין רמב"ן פ"א דבכורות ועיין תוס' לקמן (דף ו' ע"ב). ועיין בתקפו כהן להש"ך שמביא דעות שגם בבא לידו בתורת שאלה או פקדון ג"כ נקרא תפיסה ברשות ומהני, ואף שיש חולקים, אבל מ"מ כאן בכד"ג נראה פשוט דלכו"ע נקראת תפיסת הראשון תפיסה ברשות כיון שהיתה מצד הדין, ונעשה הראשון מוחזק, ולפי זה א"א צ"ל כמו שנראה מדברי הסמ"ע שמה שאין השני יכול לתפוס מן הראשון הוא מן התקנה, ושוב אין השני יכול ורשאי לתפוס ממנו ולהוציא הדבר מחזקתו. ורק הראשון יכול לתפוס מפני שלא הי' שום אחד מוחזק, אבל כשכבר תפס הראשון ונעשה מוחזק שוב אין השני רשאי לתפוס מידו. נמצא אין זכיית הראשון התופס באה מצד תפיסתו כי אם מצד דין חזקתו בחפץ:

ולפ"ז יוצא לנו יישוב על קושייתנו הראשונה דאם היינו מזכים לתופס מצד תפיסתו הי' קשה לנו הלא כאן במשנה דשנים אוחזים הם ג"כ תפוסים אבל כיון שאנו מזכים בכד"ג לתופס מצד דין חזקה, הנה זה הלא דבר פשוט דכל עיקר דין חזקה הוא שאנו מניחים את הדבר על אופיו הראשון אבל יותר ממה שהי' לכ"א מקודם אין אנו יכולים לדון בשו"א כי אין זו חזקה. ולפ"ז כאן בשנים אוחזין אם נניח הדבר על חזקתו, הלא צריכים אנו לדון ברשות שניהם ובתפיסת שניהם כמו שהוא עתה בידי שניהם וכן נדון שישארו גם עתה בתפיסת שניהם ולפ"ז לא יהי' להם כלום, ונמצא שמצד דין כד"ג לא נוכל לדון דין חלוקה כי יהי' יותר מחזקתם:

ומדברי התוס' עצמם נראה שסוברים כן מדהקשו דנימא במשנתינו כל דאלים. ואיך סלקא אדעתייהו שנוציא הדבר מחזקתם לדון דין כל דאלים גבר. וגם בתירוצם חדשו דין חדש שכיון שאוחזים וחשיב כאלו כ"א יש לו בודאי החצי לא אמרינן כד"ג. ע"כ. ונראה מדבריהם שאין זה מחמת כלל הפשוט דאזלו בתר מוחזק, אלא ודאי כמו שנתבאר שכאן אין דין החזקה מחייב שיחלוקו שלפי החזקה צריכים לישאר שניהם תפוסים, ודין כזה הלא לא נוכל לדון. ולזה הקשו תוס' שפיר, שכיון שלא יוכל הדבר לישאר בידי שניהם לעולם שזה דבר שא"א, נדון כל דאלים גבר. וגם תירצו שפיר שכאן דין אחר הוא:

ולפי הצעת דברים אלו הי' נראה להטעים מה שתי' בבית הלוי על מה שהקשו הראשונים על רש"י שסובר דהיכא דאיכא ודאי רמאי אמרינן יהא מונח, והקשו מהא (דדף ז'), דשנים אדוקים בשטר המלוה אומר ממני נפל והלוה אומר ממני נפל ופרעתיו דיחלוקו והרי שם איכא ודאי רמאי, ותי' בבית הלוי וז"ל והנראה דס"ל דרק בהך דשנים שהפקידו

דהמנה השלישי מונח ביד שלישי הוא דאמרינן יהא מונח וכן בשנים אוחזין דמדמה הגמ' להך דר' יוסי הא ג"כ כל אחד אינו מוחזק לגמרי בחצי שלו דהרי תפיסת חבירו מגרע לתפיסתו דמה"ט צריך שבועה גם לרבנן דסומכוס דחשבינן לכ"א כמוחזק בכולו ומשו"ה בארגתיה דינו שיהא מונח אבל אם אחד מהם מוחזק גמור לא נאמר כלל דנוציא מיד המוחזק ויהא מונח ומשו"ה בהך דשט"ח הרי החצי שמגיע ללוה ה"ה מוחזק גמור וכו' ושוב צריך ליתן גם להמלוה החצי השני. עכ"ל עיי"ש עוד. ולפי דברינו הדברים מוטעמים עוד ביותר דבשנים אוחזין בטלית כיון דלפי החזקה צריך הדבר לישאר ביד שניהם ממש כפי מה שהם תפוסים עתה ונניח הדבר בחזקת שניהם ממש בחזקתם הראשונה ולא יוכלו להשתמש לעולם, נמצא שע"כ הדבר מונח בלי השתמשות עד שיבורר, ולזה אנו אומרים שנוציא הדבר מידם ויהא מונח ביד ב"ד, וכן בשנים שהפקידו מוכרח הדבר מצד השליש שיהא מונח הדבר בידו כי באמת לא יוכל ליתן את הדבר למי שהוא מצד חיוב פקדונו, אלא שאילמלא הי' אחד רמאי היו מתקנים רבנן שיחלוקו, אבל כאן דאיכא חד רמאי הניחו רבנן את הדבר על דינו הראשון, אבל להוציא מיד המוחזק לא אמרו חכמים כלל שיהא מונח. ולפי דברינו אלה אין אנו צריכים לחלק בין החזקות כמו שחילק בב"ה, ולומר בעיקר הדבר שאין כאן חזקה כלל בשניהם אוחזין דאין שניהם מוחזקים כל עיקר, זה נסתר ממה שאמרו בתוס' ד"ה וזה נוטל רביע דיהא נאמן דחציו שלו במיגו דאי בעי אמר כולה שלי ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן. ע"כ. נראה מדבריהם דהתופסים הוו מוחזקים והמיגו מוציא מחזקתם דאלת"ה מאי מיגו להוציא הוי. והי' אפשר לומר עוד דכל אלו הראשונים במרדכי ועוד שמתרצים תירוצים אחרים על קושיא זו דניהמני' במיגו ולא ניחא להו בתירוץ דמיגו להוציא, אפשר דפליגי בהאי אי הוי כאן תפיסתם חזקה כל עיקר, וסבירי אינהו דאין כאן חזקה כל עיקר וממילא לא הוי מיגו להוציא. ונראה לומר דגם אם לא הוי מוחזק מ"מ כיון דתפוס מיהא הוי מיגו להוציא ועיין קצוה"ח סי' פ"ב ס"ק ט' שמפורש יוצא מדבריו דעיקר מה דלא אמרינן מיגו להוציא הוא משום חזקת ממון דאלים ועיין עוד בדבריו שכתב דבסי' קל"ח סעיף ח' דכבר היו לפני ב"ד ואמרו להם צאו חלקו ועכשיו הוא ביד א' מהם וטוען שהודה לי ונסתלק דנאמן לומר ששכרתיהו במיגו דחטפה דאע"ג דעכשיו זהו מוחזק ל"מ חזקתו ומוקמינן לה בחזקה קמייתא שהוא של שניהם ע"כ. והנה שם בדין דסי' קל"ח ודאי יש לו דין תפוס שהרי בלא טענת שכרתיהו ובלא מיגו פסקינן דהוי שלו ולא הוי להוציא, כיון דאין לו דין מוחזק. חזינן בזה דעת הקצוה"ח דדין מיגו להוציא תלוי בהוצאה מחזקה, אלא דבאמת בסי' קל"ח פשוט הוא דלא הוי מיגו להוציא, משום

דכיון דיכול לטעון חטפה ממני נמצא דאין כאן חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו, ואין כאן להוציא, וממילא אף תפוס לא הוי, ואולי גם סברת הקצוה"ח היא כן וממילא אין לנו ראי' על עצם החקירה אם מיגו להוציא תלוי במוחזק או בתפוס, כדי שתהא לנו ראי' מדברי התוס' דבשנים אוחזין הוי מוחזקין, אלא שפשטות לשון הקוצה"ח מורה כן דהעיקר תלוי בחזקת ממון:

שוב מצאתי בספר שרש יוסף בענין מיגו להוציא ענף ז' שהביא בשם מהריב"ל וז"ל כי היכי דמיגו להוציא ממון לא אמרינן ה"נ לא אמרינן מיגו להוציא ומחזקת איסור שיש ע"פ עדים כגון אם אמר זה בני נאמן לפוטרה מן היבום אפילו אם הוחזק שיש לו אחים והיא בחזקת איסור מכח מיגו שיש בידו לגרשה דוקא אם הוחזק בלא עדים אלא מכח קול אבל אם יש עדים שיש לו אחים והיא בחזקת איסור מכח עדים בזה אינו נאמן במיגו שיש בידו לגרשה דמיגו להוציא מאיסור לא אמרינן וכן כתב הר"י בשם רבו הר' אברהם בן אסמעל וכו' ע"כ. נראה מכל זה דעיקר דין מיגו להוציא תלוי בדין חזקה בין בממון בין באיסור:

ובתרומות הדשן שי"ד כתב מפורש דמה שכתבו התוס' דלא דיינינן כל דאלים גבר הוא משום דמוחזקין, וכן מה שאמרו דלא אמרינן מיגו להוציא משום דגבי זה סגי אף דלא הוי חזקה גמורה, אבל לגבי אין הולכין בממון אחר הרוב לא סגי בהך חזקה. מפורש יוצא דאין כאן חזקה גמורה, ובודאי אין כאן כ"א תפוס בעלמא. וזה דלא כפי שכתב בקצוה"ח. ויתיישב מה שהקשה בספר דברי אמת על מה שכתב התה"ד להקשות על דברי התוס' כתובות שכתבו גבי תנוק הנמצא בעיר אם רוב ישראל ישראל, למאי נ"מ להחזיר לו אבידה והא אין הולכין בממון אחר הרוב וי"ל דאין זה דוקא כשבהיתר באו המעות לידו ומדעתו נתנו לו והקשה התה"ד דגבי שנים אוחזין בטלית חשיב לי' מוחזקים, אלא צ"ל דגבי רוב שאני דבעינן חזקה אלימתא, ושם בתוס' לגבי דלא נימא כל דא"ג, וכן לגבי מיגו להוציא לא בעינן חזקה אלימתא. ע"כ. וכתב בד"א ונוראות נפלאתי דהתם בב' אוחזים, המוצאים מחולקים כל א' לגבי חברי' שפיר קרינן בי' מוחזק, אבל תנוק לגבי הבעלים, אין זה מוחזק. ע"כ. ונראה דכונת התה"ד לשאול דגבי ב' אוחזין לאו חזקה טובה הוא לאו משום שבאה שלא מדעתו, אלא כיון דשניהם תפוסים כמו שנתבאר, וע"כ צ"ל דלא בעינן לגבי מיגו וכדא"ג חזקה טובה:

ועל קושיית קצוה"ח שהובא לעיל מההיא דסי' קל"ח נראה שהישוב ע"ז פשוט היא, דמיגו יש בשני אופנים, או דאין מאמינים לטענתו מחמת אלימותו של חזקתו או טענותיו של הבע"ד הב', ונצרכים אנו לדין מיגו, שע"י מיגו מאמינים אנו אף נגד אלימות כח של

הב', או שנצרכים אנו למיגו להסיר איזו ריעותא שיש בהטענה, אבל מצד אלימות כח של הב', הי' נאמן אף בלא המיגו. והנה באופן הב', נראה דאף להוציא נאמן במיגו, שהרי הטענה בעצמה מוציאה, אלא שיש ריעותא בהטענה, וכיון שהמיגו מסיר הריעותא, נמצא שהטענה מוציאה ולא המיגו:

ג

עיין בתוס' ב"ב (דף ל"ד ע"ב) ד"ה ההוא ארבא דהוו מינצי וכו', שהקשו ג"כ קושיא דנימא בשנים אוחזין בטלית כל דאלים גבר ותי' בשם ריב"א דלאו דוקא אוחזין וכו' ה"נ בארבא כיון דאיכא רמאי לא יחלוקו וכו', והא דלא אמרינן בשנים שהפקידו כל דאלים גבר משום דלא מפקינן כדאמרינן הכא אי תפסינן לא מפקינן אבל מ"ד מפקינן לא אתי שפיר עכ"ד. ולכאורה הדברים מתמיהים שע"כ לא פליגי בתפסינן אי מפקינן אי לא מפקינן דוקא באופן זה שלכתחילה לא תפסנו אלא עד שיבורר אם יביא עדים ואם לא הביא עדים נמצא שעל מנת כן לא תפסנו מעולם ולפ"ז סבירא לי' להאי מ"ד דאי תפסינן מפקינן, אבל בשנים שהפקידו אצל אחד דנעשה שומר וכשתפס תפס בדין ע"מ שלא להחזיר כ"א להבעלים בודאי בזה כו"ע יודו דלא מפקינן ומה הקשו ממ"ד דאי תפסינן מפקינן, והדבר לפ"ד פלאי, ומצאתי בחי' הרמב"ן ב"מ וז"ל ואי קשיא לך הא דאמרי רבנן השאר יהא מונח אמאי נימא כל דאלים גבר הרי אמרו אי תפס לא מפקינן כ"ש הכא דתפס ברשות, והתם לא אמרו יהא מונח דכיון דלא מזדקקינן להו לית לן למיחש לרמאי ודמיא הא מילתא למאי דאמרינן ספק הנוח לא יטול ואם נטל לא יחזיר כ"ש הכא דנפקד לא פטר נפשי' בחזרה דכל דאלים שאינה חוזרת להם כלל. עכ"ל. נראה מדברי הרמב"ן אלו שכתב וכ"ש הכא דתפס ברשות וכן מש"כ אח"ז כ"ש הכא דנפקד לא פטר נפשי' בחזרה דכד"ג שר"ל שאף למ"ד דתפס מפקינן מיני' כאן בשנים שהפקידו אצל א' לכו"ע לא מפקינן, והוא שלא כדברי התוס'. ומ"מ דברי התוס' צריכין ביאור:

והנראה בזה דהנה בנתיבות המשפט כתב בדין דחולק עם הגנב שאף שאין לו דין גנב מ"מ מחוייב בהשבת הגניבה לבעלי' מאחר שבא לידו מטעם השבת אבידה, שהלא החפץ אבוד הוא מן הבעלים, ולפ"ז הי' נראה גם בזה בנדון דההיא ארבא דאם תפסו לה ב"ד איך יכולים בי"ד להוציאה מתחת ידם ליחייבו מטעם שומרי אבידה לשמרה עד שתגיע ליד בעלים, ואף שלכתחילה לא נתחייבו לקחתה מטעם לא תוכל להתעלם הוא כדאמרינן בכ"מ ספק הנוח לא יטול כיון דאינו יודע למי להשיב וגם נאמר לכ"א קחנה אם בעלים אתה, אבל מ"מ לאחר שבא ליד ב"ד הוי ג"כ כספק הנוח שאם נטל לא יחזיר שהרי אם יוציאה יכול השני שאינו הבעלים ליטלה, וזו היא שהוקשה להתוס'

ומזה הכריחו דע"כ כיון דפסקינן כל דאלים גבר יכול התופס אף שנתחייב מטעם שומר אבידה לשמרה עד שתושב להבעלים להוציאה לרשות שניהם, כיון שהדין מוסר את החפץ לרשות תפיסת שניהם מיקרי זה השבה המספקת ואינו מחוייב לשמור עד שתושב לבעלים המיוחד, א"כ גבי שנים שהפקידו אצל אחד ג"כ אף שנתחייב לשמור מטעם שומר מ"מ אינו מחוייב יותר מכל שומר אבידה וכיון שלכל שומר אבידה מספקת הוצאה כזו מרשות לצאת דין השבה גם לשומר כזה הנפקד תספיק הוצאה כזו לדין השבה, ולזה הכריחו דמאן דסבירא לי' אי תפסינן מפקינן גם בשנים שהפקידו יסבור כן שאף שם צריכים אנו להוציא להיות כל דאלים גבר:

ונראה דסברת הרמב"ן שנראה מדבריו שלא כפי הנראה מדברי התוס' דסובר דשאני בשנים שהפקידו דמתחילה ידע הנפקד שהוא של אחד ונתחייב להשיב לבעליו המיוחד בדוקא לידו ממש, ואף שעכשיו צריך הדין ליפסק כל דאלים גבר מ"מ אינו נפטר מחיובו הקודם, משא"כ בתפיסת ארבא שאין התופס מתחייב בהשבה יותר מפני הדין, כיון שבשעת תפיסתו כבר הי' הדין ליפסק כל דא"נ נפטר בהשבה זו:

ונראה שזו הוא כונת הרא"ש שכתב דה"ט דלא אמרינן בשנים שהפקידו כל דאלים גבר כי ידוע לנפקד קודם שנודע מחלקותן שאינו של שניהם עכ"ל. ונראה שזו הוא כונתו שאינו יכול להפטר בהשבה כזו להניח לפניהם וכל דא"ג ולא בחלוקה שכבר נתחייב בהשבה לבעלים המיוחד שהרי נודע לו מתחילה שאינו של שניהם ואיך נוציא מידו דנפקד לפסוק כל דא"ג או חלוקה:

ואם הפירוש הזה נכון בדברי הרא"ש יוסבר תירוץ דברי הרא"ש ממה שהקשה התומים לדברי הרא"ש דכל היכא דקודם שנודע מחלקותם ידוע הי' לנפקד שאינו של שניהם אף שהחלוקה יכולה להיות אמת, איננו יכולים לפסוק כדא"ג ולא יחלוקו, א"כ איך פסקו הטור והשו"ע לקמן בסי' רכ"ב דהיכא דהמוכר קבל כסף משניהם ואינו יודע לאיזה נתרצה דיחלוקו, והא התם ידוע הי' להמוכר קודם שנודע מחלקותם שהמקח של אחד, שהרי לא קבל רק מאחד מדעתו, וא"כ הי' להטור לפסוק כדעת אביו הרא"ש דיהא המקח מונח עד שיבא אלי' כמו במנה שלישי. ע"כ:

ולפי הצעת דברינו צריכים אנו לדון אם במוכר חפץ לחבירו אם חל עליו חיוב השבה ליד הקונה את החפץ אם לאו. ואם היינו אומרים שאין על המוכר שום חיובים בנוגע להחפץ אל הקונה היתה מתורצת בפשיטות קושיית התומים, דמה לנו אם נודע להמוכר מתחילה שאינו של שניהם, כיון שאין חל עליו שום חיוב למסור לבעלים המיוחד, א"כ יכול למסור עתה לשניהם, כפי שנפסק הדין עכשיו ע"פ מחלקותם, שיחלוקו שניהם.

ועיין בנתיבות המשפט סוף סי' קצ"ח שמביא מב"י שלאחר שעשו קנין גמור שאין שניהם יכולים לחזור בו אין המוכר אפילו שומר חנם על הפירות דהוי כדאמר לי' הא ביתא קמך עד שיקבל עליו שמירה. ע"כ. ולפי זה לכאורה הדברים פשוטים דלא איכפת לנו כלל במה שנודע להמוכר שאינו של שניהם עד שלא נודע מחלקותם והוי המוכר כאיש זר שנודע לו שאינו מעלה ואינו מוריד שכיון שלא נתחייב בהשבה לבעלים המיוחד נפטר במה שמוסר להם הדבר כפי הדין הנפסק עכשיו לאחר מחלקותם, ובזה לא אמר הרא"ש סברתו. וראיתי בלבוש מרדכי ב"מ שתירץ על קושיית התומים דהיכא שנתנו שניהם כסף להמוכר זה מדעתו וזה בעל כרחו, והטלית והדמים ביד המוכר, לא שייך כלל לומר יהא מונח, שהרי הוא נתבע בודאי מכל אחד או טלית או דמים, דזה ודאי מחוייב לכ"א או להחזיר לו הטלית או הדמים, והכא בודאי מדינא מפקינן ממונא, דהרי לאו ספיקא הוא, רק בודאי הוא שהוא מחוייב לכ"א, וא"כ איך יפטר המוכר בזה שיניח עד שיבא אליהו, הרי כ"א בפ"ע תובעו שלם לי או הבגד או הדמים וכו' עכ"ד. ולפ"ד אין הדבר ברור כן שאם הי' כל אחד תובעו או החפץ או הדמים, הי' בטלה המחלוקת לגמרי, שהי' נותן לאחד הדמים ולהשני החפץ, אלא בודאי שאין כל אחד רוצה לותר על החפץ ותובע רק החפץ, ובנוגע להחפץ נוכל לפסוק להניח, והדמים הלא אינם תובעים לע"ע, כי אינם רוצים בדמים, וכשיתבע אחד דמים יסלק בדמים, ותבטל המחלוקת, הילכך אין לנו לצרף את שאלת הדמים עם שאלת החפץ כי עכשיו בשעת טענת הטלית אין כאן טענת דמים כלל ואין כאן כ"א טענה אחת:

סימן כ

א

בתוס' ר"פ השותפין ד"ה לפיכך וא"ת ומאי אירא משום דבונים הכותל בע"כ בלא"ה נמי הוי של שניהם אפי' נפל לרשותא דחד כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה וכו' והא דאמר בהשואל גבי מחליף פרה בחמור וכן בריש הבית והעליה וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראיה היינו משום דהתם מתחילה מבורר היה הדבר וברשותא דחד מינייהו נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק ואם היו באין לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקין בשוה מספק אפי' לרבנן דסומכוס וכו' והא דלא אמר הכא כל דאלים גבר כמו בזה אומר של אבותי התם ליכא דררא דממונא אבל הכא איכא דררא דממונא ע"כ. והקשה בקצוה"ח סי' קנ"ז ס"ק ג' וז"ל ואיכא למידק במ"ש תוס' דלא אמר הכא כל דאלים גבר ומשום דהוי דררא דממונא דבמאי הוי דררא דממונא יותר משנים אוחזין בטלית וכבר הקשו תוס' רפ"ק דמציעא גבי שנים אוחזין

דאמאי לא אמרינן כל דאלים גבר וכתבו דלא אמרינן כל דאלים גבר אלא היכא דאין מוחזקים ע"ש וא"כ ה"נ לאו דררא דממונא דהא מפרשים תוס' דררא דממונא היינו היכא דבלא טענותיהם ספק לב"ד והכא אין הספק אלא ע"י טענותיהם כמו גבי שנים אוחזין דאי לאו דשניהם מוחזקים הוה אמרינן כל דאלים גבר והכי ה"ל לתוס' לחלק גבי ארבא אין שניהם מוחזקין והכא כיון דשניהם עומדין בצד הכותל ה"ל כשנים אוחזין וכמו שכ' הרמב"ם פ"ט מטוען ובטור ושו"ע סי' קל"ח בשנים יושבין בצד הערימה דיחלוקו אבל מ"ש לחלק מענין דררא דממונא צ"ע ע"כ:

והנה מה שדימה דין כותל זה לשנים יושבין בצד הערימה, לפי הנראה, אין זה דמיון כלל, דגבי ערימה כל עיקר ישיבתן שם אינה אלא מחמת הערימה לשמרה, ולהיות כבעלים עליה, והויא ישיבה זו מעשה בעלות, וישיבה כזו מיחשבא כאלו אוחזין, שאין אנו צריכים שתהא האחיזה דוקא בידים להחשב מוחזק ותופס, אלא כיון שעוסקים בה כדרך הבעלים מיחשבא תפיסה, אבל גבי כותל, ישיבתם בחצר אין זה טפול ועסק ושמירה על הכותל, הם בבית דירתם הם יושבים ותפוסים בה, והכותל בעצמו במקומו הוא עומד שם, ואין ישיבתם כזו מיחשבא אחיזה, ולא נוכל לבא ע"ז מדין שניהם מוחזקים כי אינם לא מוחזקין ולא תפוסין כלל בכותל זה:

ומה שנסמך לדבריו מדברי הריב"ש סי' תל"ז בשנים שיש להם שני בתים ודרך ר"ה מפסקת וגג נכון על שני הכתלים מזה ומזה שהעלה דזה לא הוי דררא דממונא וכו' אלא כיון שהגג הזה נכון על שני הכתלים ואע"פ שאין משתמשין בו ה"ל כתפסי תרווייהו וכו' יחלוקו כדין דשנים אוחזין ע"כ. ג"כ אין זה דומה כלל דשם הגג נכון על כותל ביתו, והוי מחובר לביתו, ונמצא שהוא בית אחד, וכמו שהוא מוחזק בביתו, כך הוא מוחזק בגג, ואין לך מוחזק גדול מזה מה שהוא יושב בביתו, וכל הנטפל לביתו ודאי הוא מוחזק גמור בו, אבל כאן הכותל והחצר הם שני ענינים נפרדים, ושני חפצים מיוחדים, ואין תפיסת וחזקת האחד מתפיסתו להיות מוחזק גם בשני וזה פשוט:

ובמה שתמה על דברי התוס' מ"ש דשנים אוחזין בטלית לא מיחשב דררא דממונא ומ"ש כאן דמיחשב דררא דממונא יותר משם אין הדמיון מובן כלל, דשם מצד החפץ בעצמו אין כאן ספק של מי הוא ורק האחיזה הוא המספקת שע"י מה שזה אוחז וזה אוחז נולד לנו הספק, ואחיזה זו הלא כטענה היא, דמה לי אם טוען הוא בפה, או שטוען ע"י מעשיו, וכמו אלם שטוען ע"י רמיזותיו, ה"נ כאן אחיזתו היא טענה ממש, אף אם לא יטעון חוץ מזה כלום. אבל גבי כותל עמידת הכותל מצד עצמו במקום שהוא עומד מולדת לנו הספקות, ואף אם אין הבעלים כאן לגמרי, הדבר בספק הוא עומד, של מי

הכותל, ומי בנהו, ונמצא שהספק נולד לב"ד בלא טענותיהם, אלא מצד מציאותו של החפץ בעצמו, ומיחשב שפיר דהוי דררא דממונא משא"כ בשנים אוחזין בטלית:

ומה שכתב הריב"ש בדינו בגג שעל שני בתים משני צידי ר"ה דזה לא הוי דררא דממונא, והא התם אין הספק מחמת אחיזתם אלא מחמת מציאות החפץ מצד עצמו, ומ"ש מכותל מסוגיין שכתבו התוס' דהוי דררא דממונא. נראה דשם בגג לא הוי דררא דממונא מטעם אחר, דשם כיון דהגג מחובר אל הבתים, הוי כמו שהגג נמצא ברשות כל אחד מהן, ע"י צרופא לביתו, והוי כמו חפץ שנמצא ברשותו של מי שהוא, שאין לב"ד להסתפק של מי שהוא, שכיון שהדבר נמצא ברשותו, חזקה ששלו הוא, ה"נ כאן כיון שהגג סמוך לביתו, אין לנו לדון על הדבר, ומה שסמוך לביתו של חבירו ג"כ אין לנו עסק בזה, ולא מיקרי דררא דממונא דהיינו ספק לב"ד, אלא במידי שנראה לב"ד להסתפק ולדון כגון בשור שנגח את הפרה או במחליף פרה בחמור, שהיה כאן מעשה המוכיח לב"ד להסתפק ולדון. ועפ"ז נוכל ג"כ לחלק בין שנים אוחזין בטלית מכותל חצר, משום דבטלית כיון דאוחזין הם, הוי הטלית בידם וברשותם ואין לב"ד לדון על זה בלא טענותם, שמה לב"ד להסתפק כיון שהדבר ברשותם, אין לב"ד לדון כלל, אבל גבי כותל חצר כיון שאין אוחזין כמו שנתבאר דל"ד ליושבין בצד הערימה ודאי שיש לב"ד לדון והוי דררא דממונא:

ובקצוה"ח תירץ קושיית התוס' דנ"מ אי נימא דחולקין כשנפל משום דאין חזית לא לזה ולא לזה, ובין אי נימא דחולקין משום דמעיקרא יכלו לכוף זא"ז, אי טוען אחד מהם כולה שלי ואחד טוען חצי שלי דאם לא היו יכולין לכוף זא"ז הוה הדין שזה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע כדין השנוי בריש ב"מ. אבל אם חולקין משום דיכלו לכוף זא"ז חולקין אף כשזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי ע"כ. ודבריו אילו אינם יכולים להאמר אלא לפי שיטתו, דאין כאן בכותל חצר דין דררא דממונא, אבל לפי מה שנתבאר דדין זה הוי דררא דממונא דבלא טענותיהם ספק לב"ד, מטעם שהכותל עומד בין שני החצרים, ודבר זה מספק עלינו של מי הוא, ופשוט דבכלל הספק הוא דאפשר שהוא של שניהם. שכיון שהכותל עומד בין שני החצרים, אם כן נראה שאף שאם יטעון זה כולה שלי, וזה יטעון חציה שלי, גם כן יהא הדין שיחלוקו בשוה שהרי אין דין החלוקה בזה מטעם טענותיהם אלא מטעם הספק שנראה לנו וזה הספק אינו משתנה ע"י טענותיהם, שהרי אנו בעצמנו חששנו שמא חציה של זה וחציה של זה, אם כן ודאי לא נגרע דינו בזה שגם הוא בעצמו אמר לנו שחציה שלו, הלכך ודאי דבין שנימא דחולקין משום דכופין ובין דנימא דחולקין משום דאין חזית לא ישתנה הדין אף אם יטעון זה כולה שלי וזה חציה שלי:

ובעצם יסוד דררא דממונא יש לחקור, אם נפרש באור הדברים דררא דממונא מיקרי כשהדבר בלבד מצד עצמו הוא מספק, או אפשר שנפרש דררא דממונא מיקרי בשאין יתרון לבעלים מכל אדם ומב"ד, כגון בשור שנגח את הפרה, או במחליף פרה בחמור שהספק הוא אצל כל אדם ובעלים שוה, שאין לבעלים שום שייכות בהספק אלא בהתביעה. ובזה יוצדקו דברי קצוה"ח דבכותל חצר כיון ששם עיקר ידיעת הדבר כמות שהוא שייכת לבעה"ב. שבו תלוי עצם הענין, ויש לו שייכות קרובה לבעלים יותר מכל אדם ומחמת ידיעתם בא הספק זה לא מיקרי דררא דממונא, וצריך עיון בדבר איזו סברא היא הנכונה בבאור הדבר דררא דממונא. ויש לתלות חקירה זו בחקירה אחרת במה דקיי"ל דברי ושמא ברי עדיף, אם מעלת הברי היא מה שהוא ברי בדין תביעה שלו, או מעלת הברי היא במה שהוא ברי באמות הדברים כמות שהם, דאם נימא דלא נקרא דררא דממונא אלא היכא דאין להבעלים שום שייכות להספק, אלמא דכח טענת הבעלים היכא דהוא הבעלים גם על עצם הספק, מלבד מה שהוא בעלים על התביעה, אם כן ודאי גם מה דאמרינן דברי דבעלים עדיף, היינו משום דברי שלו שבו תלוי הספק, יש כח אמות הדברים גדול ועליו אנו סומכים באמות הדברים, אבל אם נימא דאין ענין דררא דממונא תלוי בזה, אם יש להבעלים שייכות אל הספק אם לא, ואף אם יש להבעלים שייכות אל הספק יותר מאחר, מ"מ מיקרי זה דררא דממונא, אלמא דאין נוגע לנו דין כח אמות דברים של הבעלים, כ"א דין כח תביעתו, ובזה הלא שוים הם בין אם יש להבעלים שייכות להספק ובין אם לאו, הלכך אין זה מכריע דין דררא דממונא:

והנה בתוס' (ב"ק מ"ו) ד"ה דאפילו וכו' וא"ת דהכא משמע דלית ליה לרב יהודה ברי עדיף ולקמן בפרק בתרא ובהשואל אמר מנה לי בידך והלה אמר איני יודע רב יהודה ורב הונא מחייבי דברי עדיף. וי"ל כדפרישית לעיל דהתם ברי שלו טוב שיודע שיכחישנו אם הוא משקר וגם אותו יש לו לידע אם חייב לו אם לאו וכו' אבל הכא מה שטוען ברי לפי שיודע שזה לא היה בשעת נגיחה וזה טוען שמא טוב שאין לו לידע משו"ה אין ברי עדיף ע"כ. ולכאורה היה אפשר לחלק דעד כאן לא אמרו דברי עדיף אלא דוקא במנה לי בידך דהספק הוא של הבעלים והם הם המספקים וברי שלהם כולל שני דברים הא' ברי דתביעה שתובע מצד ברי וגם ברי של אמות הדברים שטוען שיודע בברור איך היה הדבר והספק הלא תלוי בו, ויש לו כח לטעון בברור איך היה הדבר, אבל בשור שנגח את הפרה דאין הספק תלוי בבעלים, שהרי הספק בדבר הוא מצד עצמו ולא מצד ידיעת הבעלים אם כן אין מעלה בברי שלו מצד הגדת הדברים שנאמר שכיון שהוא טוען ברי צריכים אנחנו להאמינו דאלים כח נאמנות הבע"ד כשטוען ברי דהא בדין זה אין מעלה

לבע"ד כיון שאין הספק נולד מצד הבעלי דינים אלא מצד עצמו הוא נולד, ואין כח הברי כאן אלא בתביעה שתובע בברי, בזה נוכל לומר דלית לי' לרב יהודה דברי עדיף, אלא דוקא כשהברי הוא בא מכח אמות הדברים שאז אמרינן שלבע"ד יש לו כח נאמנות גדולה כשטוען ברי אבל מצד תביעה אית לי' דאין לברי שום מעלה:

והנה יש מן הראשונים דס"ל דאין חילוק לענין ברי ושמא, אם הוה לי' למידע או לא הוה לי' למידע, ואית להו דבין כך ובין כך ברי ושמא ברי עדיף למאן דס"ל הכי ובתומים סי' ע"ה ס"ק כ"ב הביא דעת בעה"ת שער ל"ט ח"ב ד"ב בשם הרמב"ן שכתב על הך מימרא דר"ה ור"י אל תטעה במה שאמרו מקצת מחברים דלא אתמר הכי אלא במנה לי בידך דהוה לי' למידע דהא טעותא הוא דטעמא משום דברי ושמא ברי עדיף ולא משום פשיעותא ע"כ, ומה יעשו בקושיית תוס' מאי שנא דגבי שור שנגח את הפרה לית לי' לרב יהודה דברי עדיף, ונוכל לומר דהרמב"ן יסבור לחלק כחילוק דידן דדוקא כשהברי הוא באמות והגדת הדבר אז הוא דמהני והוא במקום שהספק הוא מצד דין תביעה שיש לבעלים וברי כזה סבר רב יהודה דלא ברי עדיף ולפי זה יוצא לנו שיסוד חילוק זה אם דין ברי עדיף הוא מצד דין תביעה או מצד דין הגדת הדברים שיש לבעלים נאמנות יתירה, דבר זה במחלוקת שנויה בין גדולי הראשונים התוס' והרמב"ן:

ולכאורה הדבר מפורש בגמ' ב"ב (קל"ה) גבי האומר זה אחי אינו נאמן ומוקים לה בגמ' דאמרי אינהו אין אנו יודעין אמר רבא ולגירסא אחרת אמר רבה זאת אומרת מנה לי בידך והלה אומר איני יודע פטור אביי אמר לעולם אימא לך חייב ושאני הכא דכמנה לאחר בידך דמי ע"כ. וחזינן לרבא או רבה דסובר דאף שהוא בעצמו אינו יודע בעצם הדבר מ"מ יכול לטעון ברי ע"י אחר וברי ושמא כי האי ברי כי האי עדיף והלא ברי זה אין לו יתרון כי אם בדין תביעה שתובע בטענת ברי ע"י אחר אבל לומר שיש לו נאמנות יתירה מצד שהוא טוען ברי על עצם המעשה, זה ודאי דבר שאי אפשר, שהלא הוא בעצמו אינו יודע כלום וסומך כולו על האחר וזה האחר הלא אין לו נאמנות יתירה, אם כן מוכרח שכל עיקר דין ברי ושמא דברי עדיף, אינו אלא מצד דין תביעה בברור שמצד תביעתו בברור הוא זוכה בדין, אבל אין זה ענין לדין נאמנות, וגם אביי דחולק אפשר לומר שאינו חולק ג"כ על זה היסוד, אלא שסובר שכיון שגם תביעתו אינה ברור מצד עצמו כ"א ע"י אחר אין זאת גם תביעה ברורה, ואף דין ברי בתביעה אין כאן ומה"ט אין כאן דין ברי ושמא, ולפ"ז יוצא לנו כפי מה שנתפרשו דברי התוס' דעיקר דין ברי ושמא אינו אלא מדין כח התביעה ולא מצד נאמנות טענת הגדתו. ולפי דברי בעה"ת בשם הרמב"ן בע"כ שנצטרך לפרש טעם סברת אביי משום דצריכים שיהא הברי בדין נאמנות הטענה שזה

כל עיקר כח עדיפות הברי, אבל מה שהוא ברי בתביעה בלבד ובדין נאמנות הטענה אין לו עדיפות מאחר, ברי כי האי לא עדיף ומשום זה כשהוא ברי ע"י אחר שאין זה ברי שיהא שייך על זה שיש לו נאמנות יתירה כ"א ברי בתביעה, בזה לא אמרו ברי ושמא ברי עדיף, ולפ"ז י"ל דאיהו גורס כאן ג"כ רבה ולא רבא ופוסק כאביי דאי יגרוס רבא הא הלכה כרבא לגבי אביי:

ויוצאת לנו נפ"מ אם נפרש טעם אביי דחולק משום דגם בתביעה אין זה ברי כשטוען ע"י אחר או דנפרש דחולק משום דאין זה ברי בנאמנות הטענה, אף דבתביעה הוי זה ברי גמור דנפ"מ לגבי מאי דבעינן דין ברי להשביע ע"י זה דשם ודאי דלא בעינן רק ברי בתביעה אבל דין נאמנות הטענה ודאי דלא בעינן, א"כ אם נפרש כפי מה שנתפרש לדעת התוס' דטעם אביי שחולק וסובר דאין ברי ע"י אחר מיחשב ברי משום דאף בתביעה אין כאן ברי גמור א"כ גם להשביע אין יכולים ע"י ברי ע"י אחר כיון שאף בתביעה אין כאן ברי, אבל לפי מה שנתפרש לדעת בעה"ת בשם הרמב"ן דאביי חולק משום דסובר דאין זה ברי בנאמנות הטענה אבל בתביעה מודה אביי דיש כאן ברי גמור, א"כ לפ"ז להשביע ע"י ברי ע"י אחר שפיר יכולים להשביע דהרי זה ברי גמור בתביעה, ולהשביע אין אנו צריכים כ"א לברי בתביעה:

וראיתי ביד רמ"ה שם בסוגיא שכתב אביי אמר שאני הכא דכי מנה לאחר בידך דמי דההוא ספק גופיה לא קא טען טענת ברי דאחוהון הוא אלא חד מן האחים הוא דמודי ליה דאחוהון הוא וקאמר להו לאחים הבו ליה מנאתא בהדייכו דאחוכון הוא דכיון דהאי דאתי בטענת ברי לא קא טען מידי לנפשיה ליכא למימר בכי האי ברי ושמא ברי עדיף דאמרי ליה זיל לאו בעל דברים דידן את ע"כ. וחזינן לדעת הרמ"ה שמפרש טעם אביי דסבר דאף תביעה אין כאן, דאם תהא סברת אביי משום דאין כאן נאמנות טענת בע"ד, א"כ אין זה ענין לומר דלאו בע"ד דידן את אלא ע"כ דמפרש משום דאין כאן תביעה כשטוען שמא:

ב

בתירוץ התוס' דאיירי בשהו ברשותו הרבה דהיה נאמן לומר בניתי מיגו דאי בעי אמר לקחתיה קמ"ל כיון דמעיקרא על שניהם לעשות אינו נאמן דמיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא עשאה לבדו כיון שהיה לו לדחוק את חבירו בדין לא היה עושה לבדו והקשה הגרע"א ז"ל קשה לי למ"ל מדין מיגו ולא בפשוטו כי היכי דנאמן לומר לקחתיה מכח דשהו הרבה מוכח שהוא שלו ה"נ יהא נאמן מדשהו הרבה שהוא בנה משלו ומאי אולמיה טענת לקוח מטענת אני בניתי ע"כ. וקושייתו הוא רק על ההו"א דהתוס' למה

להו למיתי מכח מיגו דלקוח לטעון אני בניתי ויזכה בלא מיגו מכח ראיה דשהו הרבה, אבל לפי המסקנא דאמרינן דמיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא היה עושה לבדו, אף אם נבוא ע"ז בלא דין מיגו כ"א מכח הוכחה דשהו הרבה דמוכח שהוא בנה, מ"מ הוה אנן סהדי נגד אנן סהדי, דאף אם נימא דמכח דשהו ברשותו הרבה אנן סהדי ששלו הוא הוינן אנן סהדי גם כנגד זה מכח הוכחה שלא היה עושה לבדו, וכיון שההוכחה שלא היה עושה בלבדו מוקדמת היא עוד לאנן סהדי ששלו הוא הוה גם תפיסתו לא עדיפא מתפיסה לאחר שנולד הספק, ואינו יכול לזכות בדין תפיסתו, אבל ההו"א קשה כשלא ידעינן עדיין מאנן סהדי שלא היה עושה לבדו למ"ל מיגו מכח הוכחה עצמה נאמר שהוא בנה:

אבל נראה בעצם הדבר שמה ששהו ברשותו הרבה לא אלים להיות כאנן סהדי שנדע בברור ששלו הוא, ואין זה בגדר הוכחה כלל, ואף אם נימא דבכל מקום דאמרינן דחזקה דמה שתחת יד אדם הוא שלו היא בגדר הוכחה, ולא כמו שיש רוצים לפרש שגם זה הוה רק בגדר מוחזק, היינו דוקא שם שהתפוס בא לפנינו כשהוא כבר תפוס, ולא ידענו האיך בא לידו בזה נקטינן דודאי אנן סהדי שמה שתחת יד אדם הוא שלו, אבל כשראינו שבא לידו שלא בגדר בעלים, אלא במקרה או באיזה אופן שהוא, אם כן הלא לא נוכל לומר שמה שתופס ודאי בעלים הוא, שהלא רואים אנו שתפיסתו לא באה מכח בעלות, ועל תפיסה זו אין אנו באים מכח דין חזקה מה שתחת יד אדם הוא שלו, אלא אנו צריכים לבוא מכח טענת אי קפידת התובע ואי מחאתו על שהיה ברשותו הרבה יותר מדאי משיעור ותור השותפים, דין זה וטענה זו אינה נותנת לתפיסתו כח להחשב בעלים מכח אנן סהדי, ואינה עושה אותו את זה התופס אלא למוחזק בלבד, שלא יהא כתופס לאחר שנולד הספק ועוד גריעותות כאילו שיש בתפיסה, ומצד הוכחת אי קפידת ואי מחאת התובע נחשבת תפיסתו לחזקה גמורה להיות מוחזק כדין:

וכמו כן נראה דהא דקיי"ל דחזקת ג' שנים בקרקע מהני להיות שלו כשהחזיק בשופי דאין זה מטעם אנן סהדי דכיון דלא מיחו הבעלים הראשונים ודאי שלקח את הקרקע מאתם אלא זה מהני מטעם דכיון דהחזיק ג' שנים בלא ערעור שום אדם וריעותא דליכא שטרא אין כאן דעד תלתא שנין מזדהר איניש בשטרא טפי לא מזדהר נעשה ע"י רק מוחזק גמור, וכיון שהוא מוחזק גמור אין לנו לדון שוב ע"פ חזקת מרא קמא שבטלה ע"י חזקתו של זה, וכמו דנעשים מוחזק במטלטלין בתפיסה בלבד, כן בקרקעות דלא שייך שם תפיסה ותמיד קרקע בחזקת בעליה קיימא, מ"מ בתפיסת ג' שנים בשופי נעשה מוחזק. ובזה מסולק מה שתמה בקצוה"ח אהא דאמר בגמ' טעמא דחזקה דעד

תלת שנין מזדהר איניש בשטרו טפי לא מיזדהר, והקשה אכתי טעמא בעי נהי דזה לאו ריעותא במה דלית לי' שטרא ומשום דטפי לא מיזדהר אבל סוף סוף אין לו ראיה והיכי מוציאין ממרא קמא בלא ראיה ע"כ. אבל העיקר, שאין חזקת ג' שנים ענין של ראיה, אלא ענין של מוחזק, שכיון שלא מיזדהר איניש בשטרו והלה לא מיחה נעשה ע"י זה מוחזק. וכמו כן תסולק תמיהתו על דברי התוס' פ' חז"ה (ל"ה) ד"ה ואי לפירי אחתיה ז"ל אין לפרש דרב אשי סובר דלעולם נאמן לומר לפירות הורדתיך דא"כ קשה מ"ט דרבנן דבעי שלש שנים מיום ליום דהא לדידיה ליכא למימר כדמפרש רבא ר"פ חזקת דעד שלש שנים מזדהר איניש בשטריה טפי לא מיזדהר דהא לעולם צריך לשומרו פן יאמר לפירות הורדתיך ע"כ, ודבריהם נראין תמוהין וכי הא דלא מיזדהרי אינשי בשטרא טפי משלש היינו משום דסמכי בראיית חזקה שלש שנים דא"כ החזקה סיבה שלא יזדהרו טפי משלש שנים ואדרבא הא דלא מיזדהרי טפי משלש הוא סיבה לחזקה והיינו משום דסברי כיון שיושבין בהשקט ושופי שלש שנים שוב לא יבא עוד עורר ומשו"ה לא מיזדהרי ומזה בא דינא דחזקה עכ"ד. והאריך עוד ליישב דברי התוס'. אבל נראה דדברי התוס' פשוטים הם דכיון דחזקת ג' שנים מהניא מטעם דנעשה מוחזק ע"י זה שמחזיק בשופי וליכא ריעותא דשטרא, מציאות הדברים שנראה לכל כבעלים, תפיסה כזו מחזיקתו, אבל במקום שהבעלים יכולים תמיד לעורר ע"י טענת לפירות הורדתיך ואין כאן מוחזק בשופי כיון שבכל אופן יכולים לסלקו עדיין אין זה מוחזק גמור שאין תפיסה כזו מחזיקתו, וממילא צריך לשמור את השטר, כעד ג' שנים, שהלא לפ"ז קודם ג' שנים ולאח"כ שוים הם, שאינו מוחזק עדיין:

והנה זה פשוט שאף דאמרינן דבשהו ברשותו הרבה נעשה מוחזק, אין זה מוחזק אלא משעה ששהו ברשותו, אבל עד שלא בא לרשותו לא היה מוחזק, וגם לא נעשה מוחזק מעתה למפרע דאין שייך זה כלל, דבשלמא אם היינו מפרשים שמה ששהו ברשותו הרבה, הרי זה ענין של ראיה שודאי הוא שלו, אם כן יש לומר שהוי ראיה שמעולם היה שלו, אבל אם אנו באים רק מטעם מוחזק, ודאי דאינו מוחזק כ"א מעתה בלבד, אבל עד שלא באו לרשותו ודאי דאינו מוחזק כלל. ומה שנראה לדבר פשוט דאף דטענה מועלת להחזיק ומיגו מועיל להחזיק מ"מ שני ענינים נפרדים הם, דבטענה שמועלת להחזיק אנו צריכים שיהא מוחזק ממש במה שטוען, אבל אם במה שטוען מוציא דבר מחזקתו אף שעכשיו הוא מוחזק לא תועיל הטענה. וכנדון דידן, שאף שעכשיו הוא מוחזק, מ"מ במה שטוען שבנה משלו מוציא הוא מחזקת אותו הזמן שעמדה בחזקת שניהם. וגדולה מזו אמרו בתוס' ב"מ א' שבמנה שלישי שניהם מוחזקין שחשבינן שהנפקד תופס

בחזקת שניהם והוי כאילו שניהם מוחזקין ואין כוונת תוס' ודאי לומר שחזקה שתחת יד הנפקד של שניהם היא דזה ודאי אי אפשר הוא אלא הכוונה שיש להם דין מוחזקין וכל שכן בנדון דידן שהכותל עומד בין שניהם ואנן פסקינן שצריך להיות לשניהם דחשיב מוחזקין, וכיון שכן אין טענה מועלת בזה להוציא על אותו זמן מחזקתו. אבל בדין מיגו מאי דבעינן שיהא מיגו להחזיק, אין אנו צריכים רק שלא תהא הוצאת ממון בפועל וכיון שאינו מוציא ממון בפועל אף שהדבר יוצא מחזקתו מהני המיגו. ולזה כשבא לטעון לקחתי שאינו טוען רק על זמן דעכשיו שהוא מוחזק אינו צריך לשום מיגו ונאמן בטענתו בלבד, אבל כשבא לטעון בניתי, שבא לומר שאף בזמן דעבר היה שלו וזה היפך החזקה, צריכים אנחנו לדין מיגו, שמועיל אף באופן כזה כיון שסוף כל סוף אינו מוציא ממון בפועל:

והדבר מוכרח הוא לחלק בין טענה למיגו, ודוגמא לזה מהא דאמרינן בריש ב"מ אחד אומר כולה שלי ואחד אומר חציה שלי, האומר כולה שלי נוטל שלשה חלקים והאומר חציה שלי נוטל רביע והקשו בתוס' וליהמני' דחציה שלו במיגו דאי בעי אמר כולה שלי ותירצו דמיגו להוציא לא אמרינן דבחציה השני מוחזק זה כמו זה ע"כ. והנה נראה דסברתם בקושייתם היתה דכל אחד מוחזק בחציו לבד, דהיינו במה שהוא אוחז, אם כן יקשה למה להם להקשות מדין מיגו, הלא במה שהוא מוחזק כל אדם נאמן לפטור עצמו בטענה בלבד, אלא ודאי דאף דתוס' בקושייתם סברו דהוי כ"א מוחזק בשלו, אין זה רק לגבי דין מיגו שיקרא מיגו להחזיק, אבל לגבי דין טענה שיהא נאמן בטענה בלבד, אין זה מוחזק גמור שהרי עדיין אגוד גם גבי חבריה:

וכן יש להביא ראיה מהא דהכותב ששלח להו מעות ע"י שלוחו ופרע להם ואמר להם הבו לי שטרא ואמרי ליה הני סטראי נינהו ואמרינן דליהמנוהו דסטראי במיגו דאי בעי אמרי להד"מ והקשו הא הוי מיגו להוציא, ותירצו כיון דהשתא בא רק לפטור מלתת את השטר, אף דאח"כ תצא מזה הוצאת ממון ע"י השטר מ"מ כיון דהשתא אינו בא ע"ד הממון לא מיקרי להוציא ע"כ. וא"כ יקשה למה לי כלל המיגו הלא לפטור עצמו נאמן בטענה בלבד אלא ודאי דלגבי דין טענה כיון דמ"מ יוצאה לנו בזה הוצאת ממון ע"י השטר אח"כ מיקרי להוציא, ודוקא לגבי דין מיגו כיון דעדיין אינו מוציא מיקרי להחזיק, וחזינן מזה דחלוק דין להחזיק לגבי מיגו מדין להחזיק לגבי טענה:

ג

הרמב"ם פ"ב מה' שכנים כתב דבגינה עושה מחיצה י' טפחים, והשיג עליו הראב"ד דזהו שבוש דד' אמות בעינן, ובמגדול עוז הביא תשובת חכמי לוניל שהקשו דהא

בגמרא מוכח להדיא דבגינה הוי טפי היזק ראיה מבחצר דמקשה בגמ' למאן דאית לי' דהיזק ראי' לאו שמי' היזק מהא דתנן וכן בגינה מחייבין אותו לגדור ומשני שאני גינה משום דאסור לו לאדם לעמוד אצל גינת חבירו בשעה שעומדת בקמותיה, והרמב"ם השיב להם, שאי אפשר לומר שיהא בגינה טפי היזק ראיה מבחצר, דבחצר עבדי מילי דצניעותא, ובגינה אין זה אלא מדת חסידות משום עינא בישא ומאי דמשני גמ' אין זה אלא דיחוי בעלמא ע"כ. ובלחם משנה תמה טובא דהא אף המקשה שהקשה מוכן בגינה ג"כ אית לי' דבגינה נמי איכא היזק ראיה, ואם כן ממ"נ בין למקשה ובין למתרץ איכא בגינה היזק ראיה, ואיך נידחי ונימא דבגינה ליכא היזק ראיה כלל ע"כ:

והנה בדבר מה שתמה הרמב"ם על הנך דפליגי עלי' איך אפשר לפרש הכי סוגיא דגמ' ולומר דבגינה איכא טפי היזק ראיה מבחצר, חזינן דכי מקשה הגמ' מהא דתנן כותל חצר שנפל מחייבין אותו עד ד' אמות ומשני נפל שאני ופירשו בתוס' נפל שאני שכבר הורגלו לעשות דבר הצנע בחצר ולא למדו ליזהר זה מזה ע"כ, וכוונתם דבכי האי גוונא קיי"ל דהיזק ראי' שמיה היזק אף דבכל חצר לאו שמיה היזק. וכן כי מקשה מגג הסמוך לחצר חבירו עושין לו מעקה גבוה ארבע אמות משני שאני התם דא"ל בעל החצר לבעל הגג לדידי קביעא לי תשמישי לדידך לא קביע לך תשמישך ולא ידענא בהי עידנא סליקת ואתית דאיצטנע מינך ע"כ. ופירש"י אבל חצר החלוקה לתרווייהו קביעא תשמישתיה לכל חד בחלקו כל שעה ולא עבדי בה מילי דהצנע ע"כ. ונראה בהבנת דברי רש"י דמחלק בין חצר החלוקה לבין חצר לגג, וכן בהבנת דברי תוס' דנפל שאני דהורגלו לעשות דברי הצנע כבר, דמאי דאמרינן דהיזק ראיה לאו שמיה היזק, אין הביאור דאין זה היזק כלל, דודאי אסור לכתחילה להסתכל במאי דעביד חבריה דמזיקו, אלא הבאור דאין דין זה מחייבו לזה להתרחק מחצירו, או לגדרו, דיכול לומר לו הזהר אתה שלא תעשה מילי דהצנע ולא אהיה מזיקך, ואין זה מגרש אותו מחצירו, דחצר אינו מוכרח להיות עומד דוקא לעשות בה מילי דהצנע. וע"ז קאמר בגמ' דנפל שאני כיון שהיו רגילים לעשות מילי דהצנע נמצא שהחצר עומד לעשות בו מילי דהצנע, ואינו יכול לומר לו אל תעשה מילי דצינעא ואיני מזיקך, שאם יאמר לו כן הרי זה כמגרשו מן החצר מלעשות תשמישיו העומדים לכך. וכמו כן זהו שמחלק רש"י בין חצר החלוקה לבין חצר לגג, דבחצר החלוקה כיון דאינה עומדת לעשות בה מילי דהצנע יכול לומר לו אל תעשה מילי דצינעא ואיני מזיקך אבל בין חצר לגג כיון שהוא עומד לעשות בה מילי דהצנע אם יכריחהו שלא לעשות, הרי זה כמגרשו מחצירו, והילכך הוי שפיר היזק ראיה. והשתא מבואר נמי מאי דאמרינן דגנה שאני, דאף דבחצר הוי היזק ראיה גדול טפי מבגנה מ"מ

בחצר הלא יכול לומר לו אל תעשה בו מילי דהצנע, דמטעם זה הוא דאמרינן דהיזק ראיה לאו שמיה היזק, משום דאפשר לך שלא לעשות מילי דהצנע דחצר לאו להכי הוא דעומד, אבל בגנה כיון דגנה הלא לזריעת קמותיה היא עומדת, הלא אינו יכול לומר לו אל תזרע בגנה זו את קמותיה ואיני מזיקך, דהלא כל עיקר תשמישתה דגנה להכי היא לזריעת קמותיה, ואם כן אם יאמר לו כן, הלא מגרש אותו לגמרי מתשמישי גינתו, הלכך אמרינן דבכי הא ודאי היזק ראיה שמיה היזק ומיושבת קושיית הרמב"ם:

וענין זה מוכרח מדברי הרא"ש דקאמר דבהיזק ראיה לא מהניא טענת חזקה שיאמר לו מדשתקת כל הזמן כבר מחלת לי, דהיזק ראי' הוי כקוטרא ובה"כ דאין להם חזקה, והאיך אפשר לומר כן דהוי כקוטרא ובה"כ והא חזינן דחד מ"ד אית ליה דלא הוי שמי' היזק כלל, ואיך נאמר שזה דאית ליה דהוי היזק פליג מן ההיפך אל ההיפך וס"ל דהוי עוד חמור מאינך, אלא ודאי דגם מאן דאית לי' לא שמי' היזק, אית לי' דהוי היזק אלא דפליג בטעמא אחרינא אם צריך לעשות כותל משום זה וטעמא בעי מפני מה אין צריך לעשות כותל כיון דהוי היזק, ונתבארה דעת התוספות דטעמא הוא משום דיכול לומר הזהר שלא תעשה מילי דהצנע, שהרי בעיקר הדבר אני איני מזיקך, שאין אני מסתכל במה שאתה עושה, ואין כאן גירי דיליה שנאמר דבגירי דיליה על המזיק להרחיק ולא על הניזק, שכאן אין זה גירי דיליה שאני איני מזיק כלל, אלא שאתה מתירא לעשות מילי דצנעא, אין זה גירי דיליה, או דנימא שכיון שעיקר היזק ראיה אין כאן היזק ממש בגוף, אלא כעין נעילת דלת לפניו ובטול ממלאכה, אין בענין זה גירי דילי' שגירי דילי' אינו אלא בניזק ממש ע"י גירי דידי', ונראה עוד דאף מאן דס"ל דעל המזיק להרחיק את עצמו הכא לאו מזיק הוא שאינו אלא ענין מניעת מעשה וגרע עוד מכל גדר מזיק אף דלאו גירי דילי' ומשו"ה אית לי' לחד לישנא דלאו שמיה היזק:

והנה בגמ' (ו' ע"ב) מיתיבי אם היתה חצרו למעלה מגגו של חבירו אין זקוק לו פי' הר"י מיגש דהא דאותבי' עלי' דרב נחמן מהא הכי פריך דהא ברייתא קתני אין זקוק לו כלום לפי שאין שם היזק ראי' לא מראובן לשמעון ולא משמעון לראובן. לא מראובן על שמעון לפי שהגג אין בה דירה כדי שיהא בה היזק ראי' ולא משמעון בעל הגג על ראובן שהרי גגו למטה מחצירו של ראובן ואינו יכול לראות ממנו כלום בחצירו ואי ס"ד בין גג לגג צריך מחיצה עשרה הכא אמאי אין זקוק לו וכו' ע"כ. והקשה עליו הרבינו יונה וז"ל ואינו נכון דהא קתני לה גבי שתי חצירות זו למעלה מזו שיש שם בתחתונה משום היזק ראיה לעליונה כדקתני בהדיא מסייע למטה ובונה אף כאן ודאי זקוק לבעל החצר משום היזק ראיה ע"כ. ונראה דזה חזינן דמלבד דין היזק ראיה ישנו עוד דין אחד

בחצירות של שכנים והוא דין מיוחד דרמי על שכנים לתקן מה שנוגע לשניהם, דהנה חזינן דצריך לעשות מחיצה עשרה שלא יהא נתפס עליו כגנב, ובזה ודאי דלא שייך שום דין הרחקת נזקין, וכי הוא מזיקו, וכי מועד הוא וכי איתחזק גברא לגנוב, ומאי הרחקת נזקין שייך כאן, אלא ודאי דדין אחד הוא מן הדינין אשר מוטל על השכנים לתקן עניני החצר וכופין זא"ז וכן חזינן דמביא הגמ' ראיה לדין היזק ראי' מהא דכופין לבנות בית שער ודלת לחצר ומאי שייטי' דהך דינא הכא וכי כאן משום דין הרחקת נזקין קא אתינן עלה, וכי הוא הוא דמזיקו ומה דין הוא זה שמוטל עליו להרחיק נזקין דאחרים ומה זה ענין להרחקת נזקין דידי', אלא ע"כ דהגמ' סובר דגם הרחקת היזק ראי' דידיה אין זה משום דין הרחקת נזקין בלבד, דאילו משום זה לא היה חייב בהיזק ראי', שבהיזק ראי' אין זה גירי דילי' ואין זה מזיק ממש ורק משום דין תקוני שכנים קא אתינן עלה, ואם כופין אותו לבנות בית שער ודלת לחצר להרחיק היזק ראי' דאחרים כ"ש דצריך להרחיק היזק ראי' דידי', וכן חזינן דהרא"ה פסק בריש מסכת הובא בנ"י שאם אחד מן השכנים רוצה לבנות את הכותל כולו לכנוס בתוך שלו וליתן דמים שלו ולבנותו גויל וגזית השני יכול לעכב עליו ולומר לו אם תעשה אתה בלבד לא אוכל להשתמש בכותל אבל אם נעשה שנינו אוכל להשתמש. ע"כ. והדברים נפלאים מאד וכי מה שתקנו חכמים לבנות כותל, תקנוהו לזכותו ולטובתו שיהא לו כותל להשתמש הם הלא לא תקנו אך ורק למנוע מהם היזק ראי' ואין זאת כ"א התחייבות ולא זכות ואם ימנע היזק ראיה על ידי זה שיבנה בעצמו כבר קיים חיוב חכמים ואין כאן היזק ראיה ואם כן מה טענה היא זו שלא יוכל להשתמש. אלא ודאי על כרחך צריכים אנו לומר שדין חכמים לא בא מטעם הרחקת נזיקין בלבד, שאין זה גירי דיליה, ואין זה מזיק בעצם, ולא חייבוהו חכמים כ"א מטעם דיני שכנים שיש להם לתקן תקוני החצר, וכיון שמטעם זה הוא אית לי' להרא"ה שחכמים תקנו הכותל עם כל דיני זכותים משום תקוני שכנים:

ויוצאת לנו נפקותא בזה, שאם יהי' הדין של בנין הכותל משום הרחקת נזקין בלבד אם כן על כל אחד רק להרחיק את נזקו מה שהוא מזיק ולא יותר, אבל אם נפרש שאין דין בנין הכותל בא מטעם הרחקת נזקין בלבד, אלא גם מטעם תקוני שכנים, יהא הדין שונה לגמרי, שכשצריך לבנות הכותל אין כל אחד מחוייב לבנות חלקו, אלא כיון שהיו שניהם משותפים בענין של היזק ראיה, חל על שניהם דין תקון החצר, ומתקנים יחד החצר, וכל אחד מלבד הרחקת נזקיו, מחוייב הוא לתקן כל החצר ביחד עם חבירו, והילכך בשתי חצרות שבתחילה הי' היזק ראי' על שניהם אף שלאחר שבנה התחתון ד' אמות מלמטה כבר אין ממנו היזק ראיה לעליון, מ"מ כיון שמתחילה היה כאן היזק ראיה, כבר

נתחייבו לתקן החצר, ונתחייב גם התחתון בחלקו של עליון ומה שאין העליון מחויב אליבא דרב הונא לסייע מלמטה, אין סתירה, דמשום ענין אחר הוא לגמרי כמו שפי' רש"י דלא יהא העליון נפסד בשפלות קרקעו של תחתון ואין שותפותם מוכרחת לזה אלא במקרה הוא צריך. והנה זה רק בשתי חצירות שמתחילה נתחייבו בתקון החצר, אבל כשהי' גגו למטה מחצירו של חבירו, שם כיון שגגו ד' אמות למטה, נמצא שגם מתחילה לא היה היזק ראי' מתחתון לעליון א"כ מעולם לא נשתתפו בענין של היזק ראי', ולא נתחייבו כלל בענין תקון החצר. ולא נתחייב כלל רק העליון בלבד משום דין נתפס כגנב:

מיהו ביד רמ"ה כתב בסוגיא זו דהיזק ראי' הוי גירי דילי' ועל המזיק להרחיק את עצמו וגריס בסוגיא זו דלא כרש"י ור"י מיגש, דאינהו מפרשי דר"ה ור"ח פליגי אי העליון מסייע למטה, אבל התחתון ודאי דמסייע לעליון, ואיהו מפרש דלא פליגי רק בתחתון, אבל בחלקו של העליון ודאי דאין התחתון מסייע דעל העליון שהוא המזיק להרחיק את עצמו דגירי דילי'. ונראה דבהא גופי' פליגי אי היזק ראיה הוי גירי דיליה, דהרמ"ה הא סבר דהיזק ראיה הוי גירי דיליה, ורש"י ור"י מיגש יסברו דאין זה גירי דיליה, ואין זה גדר מזיק כלל כמו שנתבאר:

והנה הרמב"ם פכ"ג מה' שכנים הלכה ז' כתב שתי חצרות זו למעלה מזו לא יאמר העליון הריני בונה מכנגדי ועולה אלא בונים שניהם מלמטה ועולה ובונה העליון לבדו מכנגדו ומעלה ואם היתה חצרו למעלה מגגו של חבירו אין העליון זקוק לתחתון כלל ע"כ. וכתב הראב"ד ע"ז אין דבריו ברורין כלל ע"כ. ופי' המפרשים שמחלקותם היא בפי' הגמ' אם בחלקו של עליון בונים שניהם או העליון בלבד, שהרמב"ם סובר שהעליון בלבד בונה בחלקו והראב"ד סובר שבחלקו של עליון בונים שניהם, ותהא מחלקותם תלויה לפ"ז אם היזק ראיה הוי גירי דילי' דהראב"ד סובר דהיזק ראיה לא הוי גירי דיליה ולא גדר מזיק ואין זה אלא ענין של תקוני שכנים הלכך על שניהם לבנות, והרמב"ם סובר דהוי גירי דיליה ואין החיוב רק על העליון דעל המזיק להרחיק א"ע:

והנה לדעת הרמב"ם א"א לפרש דטעמא דמ"ד דהיזק ראיה לא שמי' היזק הוא מטעם שיכול לומר לו לחבירו הנח מלהשתמש מילי דצנעא דמ"מ מטעם זה לא הותר לך להזיקני בידים, כיון שהיזק ראיה הוי גירי דיליה, והוי כמזיק בידים, ואין טענה זו פוטרתו במזיק בידים, וצ"ל טעם אחר אליבא דהרמב"ם בדעת הך מ"ד דאית לי' היזק ראיה לא שמיה היזק:

ונראה דהוא יפרש דמ"ד דלא שמי' היזק אית לי' דאף דודאי אסור להזיק את חבירו בראי' מ"מ אין זה מחייבו לבנות כותל ואינו יכול לתבוע ממנו כ"א שלא להסתכל במה שהוא עושה, אבל לבנות בנין משום זה לא נוכל לחייבו, ומ"ד דשמיה היזק ס"ל דדין הרחקת נזקין מחייבו בכל אופן שהוא להתרחק, ואם א"א לו להתרחק כ"א ע"י בנין כותל, מוכרח ומחוייב לבנות כותל. והנה אם נפרש כך דלמ"ד לאו שמיה היזק אין ההיזק מחייב לבנות כותל, נראה ודאי דליכא כלל לדין נתפס כגנב, שיצטרך לבנות כותל בשביל שיהא נתפס כגנב, ואם משום היזק ראיה שהוא מזיקו ומונעו מלעשות מילי דצנעא אינו מחויב לבנות כותל, אם כן כל שכן שאינו מחויב לבנות כותל משום שיהא נתפס כגנב, שעדיין אינו מזיקו כלל ואין כאן שום היזק. דבשלמא להנך דמפרשי טעמא דמ"ד דלא שמיה היזק, משום דיוכל לומר הזהר מלעשות מילי דצנעא ולא אזיקך ומשום זה הוא דאין צריך לבנות כותל, א"כ לגבי נתפס כגנב, דלא שייך לומר כן, חייב לבנות כותל, אבל אם נפרש דמ"ד דלא שמיה היזק אית לי' דאין היזק מחייבו בבנין כותל א"כ כ"ש דאינו חייב לבנות משום שמירת וזהירות שיהא נתפס כגנב:

ועתה יתיישבו דברי הרמב"ם שפסק דגנה בעי רק עשרה טפחים מחיצה דאית לי' דתירוץ הגמ' גנה שאני דחוי' בעלמא ומה שהקשה הל"מ דהמקשן הא נמי אית לי' דטעמא דגנה משום היזק ראיה דהא מביא ראיה מזה דהיזק ראיה שמי' היזק, הרמב"ם יפרש דקושיית הגמ' היא דנהי דטעמא דגנה היא משום נתפס כגנב, מ"מ הא חזינן דטעמא דנתפס כגנב מחייבו בבנין הכותל, א"כ כ"ש דהיזק ראיה מחייב בבנין כותל. והסוגיא בעצמה מוכחת כן, דאיך נימא דהמקשן מפרש ג"כ משום היזק ראיה, כיון דהמקשן עדיין לא ידע מהא דר' אבא א"כ מאי היזק ראיה יש בגנה דהא לא עבדי בה מילי דצנעא, אלא ודאי דהמקשן פירש משום שלא יהא נתפס כגנב, ומזה הוכיח דכ"ש בהיזק ראיה דמחייבין אותו לבנות כותל:

ועפ"ז היה נראה ג"כ לפרש דברי הרמב"ם פ"ב משכנים הלכה י"ז שהמוכר גנה מעורבת בין גנותיו הלוקח מחוייב לבנות כותל ד' אמות, והשיג עליו הראב"ד שאף המוכר ע"כ. והנה מקור דברי הרמב"ם הוא מירושלמי במקומו והרב המגיד פי' סברת דינו של הרמב"ם משום דהוי כאלו התנה עם הלוקח שהוא יקבל עליו לעשות הכותל וכמו דקיי"ל שהלוקח עושה גדר חריץ ובן חריץ ה"נ עושה הכותל מהאי טעמא ע"כ. ולא היו ראויין דברי הרמב"ם אלו להכתב כ"א בהלכות מכירה, כמו שכתוב שם דין גדר וחריץ. וע"פ דרכנו נראה במחלקותן של הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם סבירא לי' דדין היזק ראיה הוא דין של הרחקת נזקין דהוי גירי דיליה והוא המזיק משו"ה יסבור הרמב"ם דהלוקח

בכניסתו הוא מזיק, שעד שלא בא הלוקח לא הוי שום היזק והלוקח בהתקרבו לחצר הוא מזיק, ואף שברשות המוכר הוא נכנס, מ"מ אין זה מבטל מעליו שם מזיק וגירי דלוקח הוא, הלכך מחוייב הלוקח לעשות הכותל שכיון שגירי דיליה עליו להרחיק, זו היא דעת הרמב"ם, והראב"ד סובר כשיטתו דהיזק ראיה אין זה גירי דיליה ואין זה בגדר מזיק, ואין כאן הדין בעיקר כ"א משום תקוני שכנים, וכיון שמשום תקוני שכנים קא אתינן עלה, מחוייבים הם שניהם בתקון החצר, כיון שמשותפים הם בההיזק, ששניהם נזוקים, הלכך סובר שאף על המוכר לבנות הכותל כמו שהוא מוטל על הלוקח:

ובשו"ע חו"מ סי' קנ"ד הביא בהגהת שו"ע דעת הרא"ש בתשובה שמי שסמך בהיתר את חלונו לבית חבירו שהיה כותל בנתים ואח"כ נפל שצריך לסתום את חלונו ע"כ, והטעם הוא משום דהוה גירי דיליה, ובגירי דיליה לא מהני מה שסמך בהיתר, ואח"כ כתב שם בהג"ה מיהו יש חולקים דהיזק ראיה הוי היזק דממילא ומהני סמך בהיתר, ע"כ תורף הדברים. ובתשובת רע"א סי' קנ"א כתב דלא מצא מי שסובר מפורש דהיזק ראיה הוי היזק דממילא. ולפי דברינו, הדבר שנוי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד, דהראב"ד סובר דהוי היזק דממילא וכן יש להעמיס בדברי הר"י מיגש כמו שנתבאר:

סימן כא

א

כתב רשב"ם ב"ב (דף צ"ב) יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך, ואפילו לסומכוס דאמר ממון המוטל בספק חולקין וקיי"ל כוותי' ה"מ בשור שנגח את הפרה וכו' אבל הכא שאנו יודעין האיך הי' המעשה הרי זה מכרן לזה סתם ונתגלה הדבר שהי' נגחן קודם לכן הכא מודה סומכוס דלא הוי ממון המוטל בספק אלא אזלינן בתר ההוא שטוען יפה דכיון דרובא לאו כלום הוא לא הי' לו למוכר לפרש אלא הלוקח הול"ל לרדיא קבעינא ומדלא פירש הפסיד ע"כ. והדברים צריכים עיון טובא דכתב דלסומכוס ג"כ המוחזק ידו על העליונה דלא ה"ל לפרש ושכנגדו ה"ל לפרש, ובלא סברא זו משמע דהוי חולקין, אף שיש רוב כנגד, וקשה דלסומכוס כיון דס"ל בכ"מ דממון המוטל בספק חולקין, א"כ ליכא לדידי' חזקת ממון כלל, וא"כ ודאי דעלינו לילך אחר הרוב, דהא כל עיקר דלא אזלינן בתר רוב בממונא היינו משום עדיפות דחזקת ממון, כמו שכתבו בתוס' פ"ב דב"ב וריש פ"ג דב"ק, אבל לסומכוס כיון דליכא עדיפות דחזקת ממון, עלינו לילך בתר רוב כבשאר דיני התורה, ודבר עוד יותר תמוה ראיתי בש"ש הביא קושיית הפ"י בסוגיא דפ"פ שהקשה אדברי התוס' שכתבו דמוציאין ממון בס"ס, והתפלא דנהי דס"ס הוי כרובא הא אין הולכין בממון אחר הרוב וכו', תו קשיא לי מסוגיא דר"פ המוכר פרות דמקשה

ש"ס לרב דאמר בממון הולכין אחר הרוב ממתניתין דשור שנגח את הפרה דיחלוקו אע"פ שרוב פרות מתעברות ויולדות, ומשני דאיכא למימר מקמא נגחה דמביעתותא הפילה והו"ל גרמא דפטור, וא"כ תיקשי להיפוך למאי דקיי"ל כשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב, וא"כ אמאי קאמר סומכוס דיחלוקו והא הו"ל ס"ס ספק קודם שנגחה ילדה ואת"ל לאחר שנגחה אימר מביעתותא, אע"כ דלא מהני כלל ס"ס לסומכוס אע"ג שהוא מוחזק ומסומכוס נשמע לרבנן דאין מוציאין ממון בס"ס, עכ"ל, ובשמעתא תירץ ע"ז מדברי התוס' ד"ה איכא למימר שכתבו דאין זה ס"ס כ"א מחצה על מחצה נגד הרוב וא"כ הוי חד ספק. ויש לתמוה תמי' גדולה על דברי הפ"י כיון שהוא סבור שזה ס"ס גמורה, א"כ אין הרוב מתנגד לזה, שגם אחר הרוב יש לנו ס"ס, א"כ לא נלך בתר ס"ס לסומכוס כיון שגם הוא מוחזק א"כ אף אם ס"ס כרוב למה לא נלך אחריהם, כיון שכל עיקר שאין הולכים אחר הרוב, הוא מטעם שמתנגד לחזקה, אבל כאן שהס"ס היא עם המוחזק בודאי שאין לנו לילך רק אחר הס"ס:

והנה אפשר הי' להשיב עוד על דברי הפ"י מהא שכתבו הגליון תוס' כתובות ריש פ"ב דבמקום דאיכא חזקת הגוף בהדי רוב אף לשמואל הולכים אחר הרוב, ולכאורה אף לסומכוס הא לא גרע חזקת ממון מחזקת הגוף, ואף דלא חשיבא לי' חזקת ממון מ"מ לסייע חזקת ממון לרובא לחייב או לפטור ממון בודאי יפלא אמאי לא מהני, ובכל הסוגיא דמומין בהמדיר מפלפל שם ושקיל וטרי אי חזקת ממון עדיפא מחזקת הגוף, וכיון דחזקת הגוף מהני לסייע לרובא להוציא ממון, כ"ש דחזקת ממון עצמה מהני לסייע לרובא לפטור ממון:

אבל נראה דזה אינו דאינו מסייע לרובא כ"א חזקת הגוף ולא חזקת ממון אע"ג דעדיפא, דחזקת הגוף מעידה על אותו דבר עצמו שהרוב מעיד עליה, שהרוב מעיד שהמעשה הי' כן, וכן חזקת הגוף שמעמידים הדבר על חזקתו ואמרינן שלא נשתנה הדבר ממה שהי', וממילא ידעינן ג"כ שהמעשה הי' כן כמו שהרוב מעיד, ומוציאים ע"י עדותם של שניהם, הרוב והחזקה. אבל חזקת ממון אינה מעידה כלום על הדבר, כ"א שאינה נותנת ואינה מנחת ליקח את הממון שהוא מחזיק בידו, ואין זה מענין עדות של הרוב, הילכך אי אפשר להם שיצטרפו, דלא שייך בהם צירוף שהם שני דברים נפרדים:

ומצאנו כסברא זו בענין אחר בנה"מ אהא דאמרינן בחו"מ סי' ל"ד סעיף כ"ג בהגה דכשר שנפסל ואינו יודע אימת נפסל, אמרינן השתא הוא דנפסל, ותמה הקצוה"ח למה לא נימא דהוי תרתי לריעותא, שהרי הוא בא להוציא ממון בעדותו, ונצרף חזקה דידי' דהשתא שהוא פסול עם חזקת ממון ונימא דמעיקרא פסול הוא, ותירץ בנה"מ דשאני

התם בטהרות דשני החזקות חזקות המבררות הן ומצטרפין לברר שנחסר מקודם משא"כ חזקת ממון דלאו חזקה המבררת היא רק שאין יכולין להוציא מן המוחזק בלא ראי', מטעם סברא או מקרא כמבואר בב"ק ריש פ' שור שנגח את הפרה. עכ"ד. והסברא שם כסברא זו שכ' כאן גבי צרוף רוב עם חז"מ:

מיהו מה שקורא חזקה המבררת על חזקת הגוף נראה דלאו דוקא נקיט מבררת דחזקה לאו ברור היא, אלא צ"ל בכונתו חזקה שהיא פוסקת על הדבר שלא נשתנה מכמות שהי', אבל חזקת ממון אינה פוסקת על הדבר כלום, אלא שאין אנו יכולים להוציא. אלא שבעיקר תירוצו הי' נראה דאין אנו באים בתרתי לריעותא מטעם צירוף הריעותות, אלא משום דהוי חזקה נגד חזקה ומבטלין זו את זו, ומשום כך אנו מעמידין על החזקה דהשתא היתירה, וראי' לזה מהא דלא מצינו דנימא תרתי לריעותא בתרי חזקי דמעיקרא אלא בחזקה דמעיקרא עם חזקה דהשתא, דבתרי חזקי דמעיקרא מה לי חד חזקה מה לי תרי חזקי, אבל כי הוי חדא חזקה דהשתא, כיון שמבטלות החזקות דמעיקרא זו את זו שוב מעמידין אחזקה דהשתא, ולפ"ז לא שייך תירוצא דאין חזקות אלו מצטרפות דהא בלא"ה אין בזה משום צירוף, וצריך לתרץ באופן אחר כעין זה דלא שייך לומר אוקי חזקת ממון נגד חזקת הגוף ומבטלין זא"ז ואוקי גברא אחזקה דהשתא, דלא שייך לחשוב חזקת הגוף נגד חזקת ממון, דאינם מענין אחד ולא שייך להעמידם זה מול זה וממילא אין מתבטלים שניהם וא"א לאוקמי אחזקה דהשתא, כיון דחזקת הגוף לא בטלה והוי חזקת המך נגד חזקה דהשתא, וזה מחוייב שכיון שאנו אומרים שאין ענין חזקה ענין של ברור, כ"א ענין העמדה, שצותה התורה להעמיד אדמעיקרא או אדהשתא, א"כ מה לי חדא חזקה או תרי חזקי, ודוקא בברור שייך לצרף שני ברורים לברר יותר אבל חזקה שאינה אלא ענין של פסק אין הצירוף מועיל יותר:

ואף שראיתי בס' עונג יום טוב שרצה לפרש מחלוקת ר"ה ור"ח בשתי כיתות עדים המכחישות זא"ז, שחולקים אי חזקה הוי ברור והכא סבר ר"ח דהוי ברור ובמקום דא"א דלא ליהוי חד פסול א"א לנו להעמיד על החזקה כיון שא"א שתאמת לנו החזקה על שניהם שהרי אחד ודאי פסול הוא, ור"ה סבר דחזקה היא דין שנחזיק הדבר בתכונתו הראשונה ואף אם אי אפשר שיהו שניהם אמת מ"מ נוכל להחזיק אותם בתכונתם הראשונה, ע"כ. אבל הדברים תמוהים מאד לומר כן, וכי בשביל שהדבר הי' מתחילה באופן זה ישמש זה לנו לברור שגם עכשיו הדבר כן, הלא כל הדברים משתנים הם ממה שהיו, וכי איזו סברא יש כאן להביא אף קצת ראי' שהדבר לא נשתנה ותו נסתר זה כמו שהביא עצמו לקמן בהגה מדברי התוס' חולין (דף ט') דבשני נזירים וראה אחד

שנזרקה טומאה ביניהן דהוי בה"ר לא מצינו למילף מסוטה לטהר דלא דמי לסוטה משום דא"א להיות שניהם באמת טהורים אלא מטהרינן להו מטעם חזקה, אלמא דמהני חזקה אף בכה"ג, אלא ע"כ דאין חזקה מטעם ברור, וכן מסיק הוא ג"כ. וכיון שכן לא שייך לצרף חזקות:

ובזה נראה לבאר דברי התוס' כתובות (דף ע"ה) שהקשו וז"ל ומיהו תימה לר"י דהיכי מצינו למימר דאי לאו חזקת ממון דהכא הוי אזיל ר' יהושע בתר חזקת הגוף, והא הוי חדא במקום תרתי דהעמידנה בחזקת פנוי' וכ"ת אדרבה העמד אותה בחזקת שלימה והשתא הוא דנעשה מום הרי מום לפניך דכי ה"ג חשבינן תרתי לריעותא גבי מקוה שנמדד ונמצא חסר וכו', ונראה לרשב"א דחזקת פנוי' לא חשיבא כלל לגבי חזקת הגוף, ע"כ. ונראה דאין כונת התוס' דחזקת פנוי' לא חשיבא להצטרף אף לריעותא, וכי איך אפשר לומר דקלישא כל כך חזקה זו. אלא דכונת התוס' שכיון שחזקת הגוף עדיפא מחזקת פנוי', א"כ אין חזקת פנוי' עומדת נגד חזקת הגוף למיחשב חזקה נגד חזקה כדי שתתבטלנה שתיהם, וממילא נוקי אחזקה דהשתא, אלא חזקת הגוף עדיפא מחזקת פנוי', וצירוף הלא לא שייך גבי חזקות דמה לי חדא חזקה ומה לי תרי חזקי, הילכך אף בתרתי לריעותא אזלינן בתר חזקת הגוף, דעדיפא מכל אחת מהן בפ"ע, וממילא אף מתרווייהו, דאין מעלה מתוספת מצירופים:

ולכאורה יש לעיין בזה מדברי הריב"ש שתרי חזקות עדיפי מרוב, אלמא חזינן שמתוספת מעלה מצירוף שתי חזקות, שהרי בחזקה אחת אמרינן רובא וחזקה רובא עדיף, אך כבר הקשו האחרונים ע"ז מכמה סוגיות והעלו דאין נפ"מ בין חדא חזקה לתרי חזקי, ומ"מ מדברי הריב"ש צ"ע דאיהו הא לא סבירא לי' כן:

ולתרץ הקושיות הראשונות נראה דסומכוס לא ס"ל דאין חזקת ממון מועלת כלל, אלא ס"ל דאלים כחא דספיקא דמרע לחזקה לפסוק ע"י הספק דין חלוקה ואלים יותר כח הספק לחלוקה מכח הרוב לדין ודאי, והוא סובר שדין הספק מחייב לחלוק, אף שהוא מוחזק, והוי כאילו תופס בחזקת שניהם, ואדרבה הוא סובר שדין הספק עושה גם את השני למוחזק בחציו השני שצריך לפסוק לו מחמת הספק, עד שאף אם הרוב מסייע למוחזק בממון, מ"מ אפשר לומר כדעת הפ"י שמ"מ לא אזלינן בתרייהו שהוי כרוב נגד חזקה, כיון שמחמת הספק חשבינן לאותו השני ג"כ כמוחזק ולא אלים הרוב להוציא אף מדין חזקה זו. וזה מוכרח בדעת סומכוס דאף דנימא דסומכוס לא סבירא לדין מוחזק בממון, מ"מ הלא יש בממון עוד ענין אחד סבריי דמאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא,

מהאי טעמא נימא המוציא מחבירו עליו הראי' כבסוגיית הגמ' דריש פ"ה דב"ק, אלא ע"כ דאלים כח הספק דמעמיד הממון בחזקת שניהם ולא מיחשב המוציא כאיב לי' כאיבא: **מיהו** בתרומת הדשן סי' שי"ד כתב דמה שנפקד תופס בחזקת שניהם לא מהני לעמוד נגד הרוב דנימא על זה דאין הולכים בממון אחר הרוב משום הך מוחזק, ולפי זה יקשה שוב על דברי הפ"י:

ב

והנה הרמב"ם פ"כ מה' מכירה הל' י' י"א, פסק ג"כ כסומכוס וז"ל המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפילו אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראי' אע"פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראי' וכו' זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו וכו' ע"כ:

והנה דבריו נסתרים שכיון שפסק שזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות א' מהן יחלוקו והיינו כסומכוס, כשאין א' מהם מוחזק, וא"כ אמאי פסק בה' י' כשלוקח אומר ברי ומוכר אומר שמא אף שהפרה עומדת באגם על הלוקח להביא ראי', והמפרשים פירשו דברי הרמב"ם שעל הלוקח להביא ראי' דוקא כשהמוכר מוחזק ומה שכתב אע"פ שהפרה עומדת באגם לא קאי אדלעיל אלא ענין אחר הוא, ולדבריהם לא נסבור לסומכוס דיחלוקו אלא בספק נגד חזקת מרא קמא, אבל בספק נגד חזקת ממון אין חולקין:

ויש להתבונן בטעם גריעות דחזקת מרא קמא, דאפשר לבוא בזה משום שני דרכים, או דנימא שכיון שעכשיו כבר אינו מוחזק, אלא משום דהי' מוחזק מקודם הויא חזקה קלושה, וחזקה זו נדחית מפני ספק לחלוק, אבל כשהוא מוחזק גם עכשיו, אינו נדחה מפני ספק. ויש לומר בדרך אחר, שאף חזקת ממון היתה נדחית מפני הספק, אלא הא דאמרינן דהמוציא מחבירו עליו הראיה הוא מטעם הסברא דמאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, אבל בחזקת מרא קמא, דלא שייך סברא דכאיב לי' כאיבא שהרי אין אף אחד מוחזק, הילכך פסקינן בזה דחולקין. ובזו החקירה יש לתלות חקירה אחרת דיש להסתפק אם נגד חזקת מרא קמא ג"כ אין הולכים בממון אחר הרוב, או דוקא נגד חזקת ממון אין הולכים אחר הרוב, אבל נגד חזקת מרא קמא הולכים אחר הרוב:

והנה בקונטרס הספקות נסתפק במהות חזקת מרא קמא אי הוי כחזקת ממון, או דהויא כשאר חזקות דמעיקרא, והנה אם נימא דחזקת מ"ק הויא כשאר חזקה דמעיקרא א"כ צ"ל דהולכים אחר הרוב נגד חזקה זו כבכל דוכתי דרובא וחזקה רובא עדיף, אבל אי

נימא דחמ"ק הויא כשאר חזקת ממון, שוב יש לעיין אי אין הולכין אחר הרוב כנגדה או דהולכים. ובקוה"ס נוטה דהויא חזקה כשאר חזקת ממון וכן מברר בשערי יושר וא"כ לפ"ז יש מקום להסתפק, וזה תלוי בחקירה הראשונה, אי נימא טעם גריעות דחמ"ק משום דקלישא חזקתיה שהרי אינו מוחזק כבר עכשיו, א"כ אפשר שכנגד חזקה זו כיון דקלישא כחה הולכים אחר הרוב, אבל אי נימא שטעם גריעותא משום דלא שייך בה סברא דמאן דכאיב לי' כאיבא, א"כ ברוב דודאי מאי דאין הולכים אחר הרוב בממון אין הטעם משום סברא דכאיב לי' דהא כיון שיש רוב שמסייע לאחד לא שייך מאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא שהרי יש לו רוב ואין לך אסיא גדול מזה, אלא ע"כ הטעם שאין הולכים אחר הרוב בממון הוא משום כח המוחזק, וכיון שאנו אומרים שבכח המוחזק שוים הם, ממילא כיון שאין הולכים אחר הרוב במוחזק ה"נ שאין הולכים אחר הרוב נגד חזקת מ"ק:

והיה נראה להביא ראי' מדברי הריטב"א סוף פ"ק דכתובות דגריס גבי תנוק שנמצא מושלך אם רוב עכו"ם עכו"ם למאי הילכתא להחזיר לו אבידה כיון דרוב עכו"ם הוא אין מחזירין לו, ואע"ג דאין הולכים בממון אחר הרוב, כיון דאבידה היא ואין האובד מוחזק בה הולכין אחר הרוב שלא להחזיר עכת"ד. והנה נראה שאין הריטב"א סובר כדעת הסוברים שאין בעכו"ם חזקת ממון כלל, שאם הי' סובר כן לא הי' צריך לתרץ משום דאבידה שאף שלא באבידה אין כאן חזקת ממון, אבל עכ"פ הלא יקשה על דבריו, נהי דאבידה היא ואין כאן חזקת ממון, מ"מ הלא מקודם היתה שלו ונבוא עלי' מכח חזקת מ"ק ואיך נלך בה אחר הרוב, אלא ע"כ דהולכין אחר הרוב נגד חמ"ק, וכיון דליכא חזקת ממון שוב סמכינן ארובא, לדעת הריטב"א. אלא דיש ראי' היפך זה ממה דאמרינן בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואינו ידוע אם עד שלא נגחה ילדה, אם משנגחה ילדה דיחלוקו, וזו היא דעת סומכוס, ולדעת הרמב"ם דבמקום שהנתבע מוחזק מודה סומכוס דהמע"ה א"כ ע"כ איירי כאן בשאין המזיק מוחזק ובדאין כאן כ"א חזקת מ"ק, ואף דיש לעיין היאך אפשר שתהא כאן רק חמ"ק כיון שאין כאן רק חוב והלא הנתבע מוחזק גמור בדמים הוא, ונראה דכיון דכאן איירי בתם ובתם גובה מגופו, ואליבא דר"ע דסברינן כוותי' נעשה השור מוחלט ואחר העמדה בדין נחלט למפרע, א"כ נמצא דמספקינן אי השור של מזיק או שור של ניזק שהשור הוחלט לו, וכיון שאנו דנים ע"ד השור ואיירי שעומד באגם הוי כאן חמ"ק, ומ"מ פריך בסוגיית הגמרא ריש פ"ו דב"ב ארב אמאי לא אזלינן בתר רובא, אלמא דאין הולכין אחר הרוב אף נגד חמ"ק, כיון דמסייע מזה לשמואל:

והנה בש"ש הביא ג"כ ראי' ממה דאוקי בגמ' ב"מ אהך משנה דעומד באגם אלמא דנגד חמ"ק לא אזלינן בתר רובא, והוא סובר לדבר פשוט דאזלינן בתר רובא נגד חמ"ק אף לשמואל, מפני שהוא סובר דחזקת מ"ק הוי כמו שאר חזקות דמעיקרא כמו שכתב בפ"י, אבל לפי מה שכתב בקוה"ס דחזקת מ"ק הוי ג"כ מחזקת ממון אין כאן קושיא כ"א ראי' דאף בחמ"ק לא אזלינן בתר רובא לשמואל כמו בחזקת ממון ממש. ומה שתירץ דהתם איירי בשמא ושמא והיכא דטוען שמא ס"ל לסומכוס דחולקין אפילו במוחזק ממש דיחלוקו וכמ"ש תוס' שם פ' השואל (דף ק' ע"א) הא מני סומכוס, תירוצא זה אינו עולה לדברי הרמב"ם דסבר דבמוחזק ממש אף בשמא ושמא סובר אף סומכוס דהמע"ה אלא ע"כ דאף נגד חמ"ק אין הולכים אחר הרוב, וכיון שכן מתבאר לנו דטעם קלישות חמ"ק מחזקת ממון הגמורה היא מטעם דלא שייך בחזקת מ"ק סברת דמאן דכאיב לי' כאיבא, וכיון דבמקום דאיכא רוב ליכא האי סברא כלל, ממילא שוין הן חמ"ק וחזקת ממון:

ועכשיו צריכים אנו לתרץ דברי הריטב"א שמשמע מדבריו היפך זה כדי שלא נצטרך לעשות מחלוקת בדבר, ונראה דבנדון התינוק מושלך דאנו דנים בענין האבידה ליכא חמ"ק כלל, דזה פשוט דמה דאבידת עכו"ם מותרת היא, אין זה דומה למה דיש סוברים דגזל עכו"ם מותר, דבגזל עכו"ם אף דמותר, מ"מ כל זמן שהוא ביד העכו"ם הרי הוא שלו, אבל אבידת עכו"ם שהיא מותרת, נראה שאין היא שלו כלל, וכבר נסתפקתי שאפשר שאף אם לא יזכה הישראל המוצא לעצמו, ויחזירהו להעכו"ם, שיצטרך העכו"ם לקנות שוב קנין חדש, וא"כ יש חילוק בין קנין ישראל לקנין עכו"ם, שקנין ישראל הוא קנין עולמי, אם לא שיצא מרשותו ע"י הקנאתו, ואף כשיוצא ע"י יאושו הוי כעל ידי קנין. אבל בעכו"ם יוצא ממנו אף בלא קנין, שלכתחילה אין לו זכות כ"א כשהחפץ בידו, ואף כשהי' בידו, לא הי' לו זכות לזמן שאינו בידו, והילכך לא שייך להעמיד כאן באבדה על חזקת מרא קמא, שהרי לזמן זה לא הי' לו זכות מעולם:

סימן כב

גבי מחלוקת רש"י ותוס' בתקנת נשואין ביום רביעי, דרש"י פירש הטעם, כדי שיבואו עדים ויבורר הדבר, ותוס' פירשו דבאשת ישראל יתירה על בת ג' אין זה כ"א משום דלא פלוג. ופירשו האחרונים טעם מחלקותם, דרש"י יסבור דאף בדאיכא ספק ספיקא במקום שאפשר לברר צריך לברר, ותוס' ס"ל דבמקום ס"ס אין צריך אף לברר. ע"כ. ונראה דבדברי תוס' אין זה מוכרח לומר כן, דאף דבמקום ס"ס צריך לברר היינו בכל מקום. ודוקא כאן הוא דס"ל לתוס' דאין צריך לברר, והיינו דדוקא כשאפשר לנו לברר, ואין לנו רק לילך למקום הברור ולשאול, שם ודאי דצריך לברר, אבל כאן אף אם יבוא

לב"ד אין כאן ברור, ואין זאת כי אם עשיית תחבולות לחפש עצות, אשר אחר זה עוד אפשר שלא יבורר לנו כלום, בזה אין לנו לעשות זאת, אבל במקום דאפשר לברר אפשר דכו"ע מודו, דאף במקום ספק ספיקא צריך לברר:

ועוד יש לומר הסבר הדברים באופן אחר, דנהי דבכל ספק ספיקא צריך לברר היינו במקום דלגבי היתירא ואיסורא הוא דהוי ספק ספיקא, אבל לגבי ברור, הוי רק ספק אחד, אם יבורר להיתר, או שיבורר לאיסור, אבל כאן אף לגבי ברור איכא ס"ס, ספק אחד, שמא לא יבורר כלל, ואף אם יבורר אולי יבורר להיתר, וכיון שכן, כמו שס"ס מתיר עצם האיסור, כן הס"ס מתיר שלא יצטרך לברר, כיון שלגבי ברור ג"כ איכא ס"ס:

ובעצם מה שסוברים דבס"ס היכא דאפשר לברר צריך לברר יש לפרש בשני אופנים, או שיסברו, דספק שאפשר לבררו, אין זה בגדר הספק, וכמו כן אין זה בגדר ספק ספיקא. ועוד יש לפרש באופן אחר שאף שאפשר לברר, מ"מ אין זה חסרון בגדר הספק, ושפיר ניתר מצד הספק ספיקא דהוי ס"ס טוב, אלא שהוא חיוב צדדי וחצוני על האדם, כשאפשר לו לברר ספקותיו, שעליו לבררם, ואין ס"ס בא אלא להתיר, אבל אינו בא לפטור מלברר הספקות. והנה אם נתפוס הצד הראשון, אז אין הס"ס מתיר, במקום דאפשר לברורי, דהוא גריעותא בעצם הס"ס, אבל אם נתפוס הצד השני, אז הס"ס מתיר על כל פנים, אלא דיש עליו חיוב חצוני לחזור אחר הברור אבל עד שיבורר מותר הוא:

ואפשר גם עפ"ז להסביר מחלוקת רש"י ותוס' דשניהם ס"ל דצריך לברורי היכא דאפשר, אלא דרש"י יסבור דהא דצריך לברר, בלתי הברור אין הס"ס מתיר כלל, הילכך יש לחוש לאיקרורי דעתא, ותשב אתו באיסור, אבל דעת התוס' דהא דצריך לברר, אין זה כי אם ענין חצוני, אבל מ"מ הס"ס מתיר, אלא שיש עליו חיוב חצוני לברר את הדבר, הילכך לא שייך לחוש לאיקרורי דעתא, כיון שסוף סוף אינה יושבת תחתיו באיסור:

או שאפשר לומר עוד, שאף רש"י יסבור דהס"ס מתיר עכ"פ, ואין כאן אלא חיוב חצוני, ובהא פליגי, אי שייך בשביל חיוב כזה לחוש לאיקרורי דעתא, ולעשות תקנה מיוחדת בשביל כך, ואם נסבור כך דברי התוס', יצא לנו שאף במקום שאפשר להתברר ודאי, מ"מ אין זה מונע את ההיתר של ספק ספיקא, והיא מותרת לו עכ"פ, וחיוב חצוני הוא לברר, ולפי הסבר הראשון אינו כן:

והיה נראה שזה הענין במחלקותן של האחרונים, דלפי מה שהחליטו האחרונים, דמה שאמרו שעכשיו ששנינו שקדו אם הגיע באחד בשבת זמנה אינו מעלה לה מזונות, היינו דוקא תקנת שקדו, דהוי תקנתא דידה, אבל משום טענת בתולים, הוי תקנתא דידיה, ואי הוי העכבה משום זה צריך להעלות מזונות דהוי עכבה דידיה. והנה אי נימא דבמקום

דאפשר לברורי, נאסרת עליו, דאין הס"ס מתיר, אם כן הלא הדבר נוגע לו ולה בשוה ואם כן הלא העכבה דידה כמו דידיה, אבל אי נימא דהס"ס מתיר עכ"פ, אלא דחיוב חצוני הוא עליו לברר אם כן שפיר אין העכבה אלא מצדו. שהלא היא אינה צריכה נברר. אלא דלפ"ז יקשה גבי אשת כהן ופחותה מבת ג' דודאי נאסרת עליו, א"כ שם היה צריך להיות נחשב עכבה דידה גם כן. אלא ע"כ שכיון שהיא טוענת שהיא מותרת, מפני שנבעלה לאו תחתיו או באונס, נמצא שאין זה נוגע לה, ואדרבה טוב לה שלא יבא לב"ד כלל, אין זה עכבה דידה, ואם כן אין ראיה כלל מנדון זה לפשוט חקירתנו, ואף שעדיין היה אפשר לדחוק ולחלק בין היכא דניתקן משום ספק אחד או דניתקן משום שני ספקות:

וראיתי בפלתי בבית הספק אהא דכתב בש"ך באות ס"ו דהיכי שיש לברר ע"י בדיקה דעת הרמ"א להכריע כפסקי מהרא"י דסמכינן אס"ס ואין צריך בדיקה, אבל הרשב"א בחדושיו חולק דצריך בדיקה, וכתב הש"ך להוכיח כהרשב"א, דהא מהרא"י גופא הוציא דין זה ממה דס"ל לר"ת בספק דרוסה שנתערב באחרים להתיר ע"י ס"ס אעפ"י שיכול לברר ע"י בדיקה עכ"ל. ובזבחים פרק התערובות פריך אמה דתנן כל הזבחים שנתערבו בטרפה ידעה וכו' האי טריפה ה"ד אי ידוע לשקלי וכו' ומשני דנתערב בנפולה והשתא דאם איתא דא"צ בדיקה כלל תקשה הא כולן מותרין מכח ס"ס דמה לי ספק דרוסה שנתערב וספק נפולה ע"כ. והקשה בפלתי דאף דנימא דבעלמא צריך לברורי היכא דאיכא ס"ם הא בקדשים לא שייך בדיקה משום הקריבהו נא לפחתך כמ"ש רש"י להדיא, ואפשר דס"ל דבאמת אין שייך בקדשים בדיקה משום הקריבהו נא לפחתך זהו אמרינן רק להחמיר, אבל לא להקל לסמוך ע"ז להתיר בלא בדיקה כיון דאפשר בבדיקה לא שייך ספק וכי גרע זה מספק חסרון ידיעה ואי דלא אפשר בבדיקה מחמת כבוד שמים תאסר ותיזול. זהו כונתו עכ"ד הפלתי. כונת דברי הפלתי מבוארת היטב, שמפרש שהש"ך יסבור, דבמקום דאפשר לברורי, הוי גריעותא בעצם הספק, כמו ספק דחסרון ידיעה, ולפי זה אין כאן ספק ספיקא כלל, ואין הספק ספיקא מתיר באופן הזה, אבל אי נאמר שאף במקום דאפשר לברורי הס"ס מתיר עכ"פ, אלא שחיוב חיצוני הוא לברר, אין פירושו עולה יפה בדברי הש"ך. ואף לפי דבריו ושיטתו, עדיין צריך עיון גדול בתירוצו, שאפשר שכשהדין מונע ומעכב מלברר, הוי כמו שאי אפשר במציאות לברר, ואם כן כיון שמשום הקריבהו נא לפחתך אסור לבדוק, הוי כמי שא"א לברורי, דמה לי אין לברר מחמת הדין או שאין לברר מחמת המציאות, ועדיין קושייתו על הש"ך במקומה עומדת. אבל עכ"פ בנוגע לנדון דידן, חזינן לדעתיה, דס"ל דאפשר לברורי הוי גריעותא בעצם הספק, ואין הס"ס מתיר כלל, אבל גם אחר דברי הפלתי יש לומר שאין דבריו אמורים

אלא בנדון דידיה, שהדבר אין תלוי בבדיקה, ולכי תבדוק ודאי יודע, הילכך מיחשב כספק דחסרון ידיעה, אבל בנדון דמחלוקת רש"י ותוס' בריש כתובות דאף לכשיבא לב"ד אפשר שאין כאן עדים כלל, ולא יבורר הדבר לעולם, בכי האי גוונא לא מיחשב ספק דחסרון ידיעה, ומיחשב שפיר ספק ספיקא, אלא שחיוב חצוני הוא לברר:

והנה גם ברוב, יש שסוברים, דבמקום דאיכא לברורי לא אזלינן בתר רוב, ולכאורה שם ברוב לא שייך האי כללא של ספק דחסרון ידיעה, דלא שייך אלא בספק, וצריכים היינו לומר לפי זה דשני ענינים נפרדים הם, דין דס"ס היכא דאיכא לברורי, ודין דרובא היכא דאיכא לברורי, אבל אי היינו אומרים דגם בס"ס אין זה משום דהספק נעשה ספק גרוע, כיון דאיכא לברורי, אלא דהס"ס מתיר עכ"פ, אלא שיש סברא חצונית שצריך לברר כיון דאפשר, היה אפשר לנו להשוות דין דס"ס ודין דרובא היכא דאפשר לברורי. אבל העיקר נראה לי, שאף אם נאמר שס"ס היכא דאיכא לברורי הוי ס"ס דחסרון ידיעה ולא מהני כלל, יש לפרש גם גבי רוב כן, דעד כאן לא מסרה לנו התורה לילך בתר רוב, אלא במקום שיש ספק בדבר, אז הרוב מכריע את הספק, אבל במקום שאין ספק כלל, לא ניתן כלל הדין שנלך בתר רוב. והילכך היכא דאפשר לברורי, הוי כמו שאין לנו ספק כלל בדבר, כיון שאפשר לנו להסתכל ולראות, והילכך לא אזלינן בתר רובא, ולפ"ז הוי שפיר יסוד אחד לס"ס ורובא היכא דאפשר לברורי שבשניהם לא אזלינן בתרייהו, מחמת שאין כאן דין ספק:

וראיתי בספר גנת ורדים שחקר היכא דאיכא רובא או חזקה שהוא אסור לכל באי עולם בלי ספק וסוקלין וממיתין על החזקות ועל רובא אם בא אחד ואמר שהוא יודע ודאי שהדבר הוא בהיפך נגד החזקה או נגד הרוב לאחרים ודאי אינו נאמן ומיבעי לי לגבי עצמו אי מהימן אי לאו ולאיסורא לא קא מיבעיא לי וכו' קא מיבעיא לי באומר שברור לו שמותר דבר זה אף שהוא נגד הרוב, אי מהימן לעצמו או בע"כ אין ב"ד מניחין לו ומיסתייה דלא אכיל אלא מילקא נמי לקי והביא ע"ז דברי הפ"י כתובות (כ"ב ע"ב) גבי שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת שכתבו התוס' בניסת לאחד מעדיה, תימא היא גופא בחטאת קאי כתב הוא ז"ל בד"ה ועדיין וז"ל והרשב"א סובר דלא אמרה תורה הולכין בתר חזקה או רובא, אלא שהוא מסופק בדבר לא כשאומר נגד התוס' ומשו"ה בניסת לאחד מעדיה לא תצא דלדידיה עכ"פ מותר יע"ש. וכתב עוד שהתוס' כאן ד"ה פלניא דהא סימנא קטיל לא סבירא להו כן. ע"כ. והנה לפי דעת הרשב"א זה מותאם כפי הדברים האמורים, אלא שנראה עוד יותר דאף לפי הסובר דלא יכול לומר ברירא לי נגד הרוב לא אמרו דבריהם, אלא במקום שהוא טוען בעצמו ברירא לי, שאין לו נאמנות,

ואנו עוד מסופקים בדבר אף לאחר עדותו על עצמו, ושייך לילך אחר הרוב. אבל מאי דאיכא לברורי אף להך מ"ד לא מיקרי ספק כלל, וכולי עלמא יסברו דבכי האי גונא אין אנו הולכים בתר רוב, כיון שאין לנו שום ספק:

והנה ברוב היכא דאיכא לברורי, יש לעיין בסוגיא דחולין (י"א) דבעי לאתויי ראיה דאזלינן בתר רובא מראש העולה דאמר קרא ונתח אותה לנתחיה ולא נתתיה לנתחיה וניחוש דילמא ניקב קרום של מוח אלא לאו משום דאזלינן בתר רובא ודחי דילמא דפלי ליה ובדוק ליה ואי משום אותה לנתחיה ה"מ היכא דחתיך אבל היכא דלייף לית לן בה, וכן בתר הכי דמייתי משבירת עצם בפסח, ודחי דילמא דמנח גומרתא וקלי ליה ובדיק, וכן בתר הכי דמייתי מאליה דדחי ודילמא דפתח לה ובדיק, וכן אידך התם, ויש לעיין דיקשה לפי המסקנא גם כן, איך סמכינן באמת על רוב, כיון דאיכא לברורי על ידי בדיקה, ובמקום דאיכא לברורי הלא לא סמכינן על הרוב, ולפי האמור יש ליישב הדבר, שכיון שכל עיקר מאי דלא אזלינן בתר הרוב היכא דאיכא לברורי, היינו משום דאין כאן ספק, ובאין ספק אין דין רוב, ואין זה אלא כשהברור לפנינו אבל לבדוק כל קרבן בדיקה קשה כל כך, אף דמ"מ איכא לברורי מ"מ אין זה בגדר שיבוטל שם ספק כל עיקר מן הקרבן, עד שלא יהא שייך שם רוב על זה, כיון שאין הברור לפנינו בנקל, ואין בדרך האדם לבדוק כל כך:

והנה בחדושי רע"א (דף כ"ז) הקשה אהא דאמרו לו לר' זכרי' דאין אדם מעיד על עצמו, דמ"ש גבי תרי ותרי אמרינן דבאומרת ברי לי לא תצא דודאי לאו מדין עדות אתינן עלה ומשום דבשעה שהעיד עדיין לא היה בעלה ולא העיד על עצמו, דהא מ"מ הוי תרי ותרי ומה כח בעדותו, אע"כ משום דבספקות אם בעלי דברים שניהם היינו היא והבעל אומרים ברי לי לא מפקינן אותה והרי התם הויא ספיקא דאורייתא והבא עליה באשם תלוי מ"מ מהני ברי דבעלי דברים ומכ"ש בשבויה דהספק הוא רק מדרבנן אסור דמדאורייתא שבויה מותרת לבעלה דיועיל ברי דידה ודהבעל, ונהי דמדין עדות ליכא דאין אדם מעיד על עצמו, מ"מ מדין ברי דידי' ודידה לא תצא מר' זכרי' כמו בתרי ותרי דנשאת לא תצא, עכ"ד הק':

ונראה דמאי דאסרו עליו אף דהוא והיא יודעים בודאי שהיא טהורה, הוא משום דינא דב"ד, דב"ד מחויבים לאפרושי מאיסורא ואצלם נחשבת היא לשבויה ככל השבויות, דלגבי דידהו ברי דבעל ודאשה לאו כלום הוא. והנה דין זה דאפרושי מאיסורא המוטל על ב"ד הוא בשני אופנים, או כשאצלם נחשב הדבר לאיסור, אף דלגבי הבעל היתר הוא לפי ידיעותיו, מ"מ כיון דלגבייהו הדבר בחזקת איסור, אוסרים הם על הבעל מדין

ב"ד. או כשהם אינם זקוקים כלל לדבר זה, מ"מ כיון דלגבי הבעל נחשב הדבר לאיסור מחויבים ב"ד להפרישו מאיסור, אשר עליו הוא אסור, אף שהם מצד דיניהם לא היו זקוקים לזה:

ונראה דב"ד מצד עצמם מחויבים להפרישׁ, או כשהדבר ודאי, או כשאפשר להם לברר הדבר לאיסור או להיתר, אבל כשהדבר מוטל בספק, ואין האיסור כ"א מצד ספיקא דאורייתא לחומרא, ואיסור זה הוא רק על מי שנוגע לו האיסור, שהתורה אסרה לו להכנס בספק, אבל במה שנוגע לדין ב"ד לא נאמר כלל דין דספיקא דאורייתא לחומרא, ומ"מ ב"ד זקוקים להפרישו למונעו מן האיסור שאסר לו, אבל כשטוען בזה ברי לי, דלגבי עצמו הלא מותר לו מצד ברי דידיה, ומצד דין ב"ד ג"כ אין כאן שום דין, דהלא ספק הוא ולגבי דין ב"ד לא נאמר דין דספיקא דאורייתא לחומרא, הילכך גבי תרי ותרי כשאומרת ברי לי לא תצא. אבל בשבויה הלא היתה תקנה מיוחדת לאיסור אסור ודאי מחמת הספק, ואיסור זה חל בין במה שנוגע לב"ד, בין במה שנוגע לו לעצמו, ונהי דמה שנוגע לעצמו מהני ברי דידיה, אבל במה שנוגע לב"ד הא לא מהני ברי דידיה, והלכך ב"ד מפרישים אותו, ואסורה עליו מחמת דין ב"ד. דבשבויה לא שייך לאמר דלגבי ב"ד ליכא איסור ספיקא, דבשבויה כבר חל איסור דרבנן ודאי מחמת תקנת דין שבויה שנאסרה ביחוד.

ובשערי ישר שער ו' פ"ח כתב ליישב קושיית הגרע"א וז"ל דלענ"ד פשוט דהך דינא דמהני ברי הוא רק אם אצלינו הדבר שקול כמו בתו"ת וכה"ג, אבל אם אצלינו הדבר מוחזק לודאי איסור אין לב"ד להניח לעבור איסור ע"י ברי שלו, ומה"ט בספק סוטה דאסורה לבועל אף שהוא והיא טוענים ברי דהתורה עשתה ספק כודאי ומה"ט גם בשבויה שגזרו חז"ל שתהא כנבעלת ודאי כמש"כ תוס' כתובות (ל"ו ע"ב) בכה"ג לא מהני ברי עכ"ד. ולפ"ז התירוץ תמוה, דנהי דשבויה נתנו לה חכמים דין ודאי, אין זה אלא כ"א כל זמן שהספק קיים, נתנו לספק זה דין ודאי, אבל כשהם טוענים ברי, שבספק כה"ג ליתי' לספק, הלא אין על מה לחול דין ודאי כיון שבטל הספק, ומאי דבספק סוטה אסורה לבועל אף שהוא והיא טוענים ודאי, היינו משום דשם האיסור נולד מחמת איסורה לבעל, כשכל זמן שסתירתה והספק אוסרות אותה לבעלה, דין איסור זה מוליד איסור גם לבועל, והאיסורים תלויים זה בזה, הילכך לא מהני ברי דידיה ודידה, שכיון שסוף כל סוף לבעלה נשארה אסורה מוכרחת מחמת זה להאסר גם לבועל, אבל גבי שבויה כיון שהספק ניתר מחמת הברי, ואין כאן ספק להעשות ספק כודאי:

ועתה נראה דמאי דאמר רש"י דמתוך שיבא לב"ד יתברר הדבר ויבואו עדים, אין זה מטעם דינא דידי' דצריך לברורי אף דאיכא ס"ס, דאילו משום הא לא היה צריך לברורי, אלא דהוא דינא דב"ד, שכיון שכשהוא בא לב"ד אין ב"ד רואין ויודעים בס"ס כ"א מכח הגדתו, צריכים ע"ז לברר כל ההגדות, ואם לא תהא הגדה אחרת יהי' גם אצלם דין ס"ס להתיר, דדוקא אצלו שהס"ס נולד אצלו ניתר אצלו מיד מכח ס"ס, אבל ב"ד אין הס"ס נולד אצלם, וכל עיקר הדבר בא אליהם מכח הגדה, וכ"ז שאינם יודעים אם עוד יש הגדות דברים, לא נגמר אצלם דין הס"ס, וצריכים עוד לברורי בחפוש עדים:

סימן כג

בגמ' בעי אי יש יד לצדקה וכתב הר"ן שדעת הרמב"ן והרשב"א ז"ל לחומרא והוא ז"ל תמה על זה שספק ממון עניים הוי ספק ממונא ולקולא עיי"ש. ויש להסתפק בדעת הר"ן אי דעתו דאין בממון עניים איסור כלל דאילו היה כאן הוה לן למיזל לחומרא משום ספק איסור ואין הספק ממון מכריע את הספק איסור או דאית לי' דיש איסור בממון עניים אלא שהספק ממון דפסקינן לקולא מכריע את דין האיסור, וכן יש לעיין ג"כ בבאור דעת הרמב"ן בנדון צרוף ספק ממון ואיסור:

והנה כאן בבעית הגמרא גבי צדקה דאיירי כגון דאמר הדין זוזא לצדקה והדין דפרשינן לדעתי' דוהדין נמי קאמר אם יש יד, ואיירי הגמרא בנדבה דאמר הרי זו, לפ"ז אין עליו כבר הדין ליתן ולהקדיש כ"א נשאר עליו דין למסור ליד העני את הקדוש כבר, ויש לדון שאפשר שנדרו כבר נגמר וכבר זכו בו עניים ועכשיו אין עליו שום דין נדר כלל, שהרי הוא לא התחייב כלום אלא שיהא דבר זה הקדש לעניים, ומה שמחוייב למסור לעניים אין זה מצד נדרו, אלא כיון שיש אצלו צדקה מחוייב ליתנם, כמו שבמחוייב ליתן לכהן את הבכור אע"פ שהוא קדוש מאליו, ומ"מ הוי גם בהרי זו ספק איסורא כיון שיש כאן ספק אם מחוייב למסור להם מחמת איסור אם לאו, אף שהאיסור אינו איסור נדר. ושיטת הר"ן אולי היא כשיטת ר"ת הובאה בר"ן ר"ה ומשמע מזה שסובר כוותי' שאין הגזבר בבל תאחר מלחלק לעניים וכן הבעלים אם לא התחייב ליתן להגזבר ונעשה הוא בעצמו הגזבר אינו בבל תאחר. יוצא משיטה זו שהנדר כבר נגמר לגמרי ומחוייב רק מדין ממון למסרם להעניים והילכך אחר שכבר נדר אין כאן ספק כלל בענין איסור כ"א ספק ממון ממש, והילכך פסק הר"ן דספק צדקה הוי ספק ממון עניים ולקולא:

ובספק פאה וספק לקט אף שיש עוד איסורים כמו לא תלקט להזהיר עני על שלו, מ"מ כאן שאין איסורים אלו כ"א נולדים מדין פאה שאם הפאה היא ש העניים יש על הבעה"ב הדינים הללו ואם אין הפאה שלהם מדין ממון אין עליו כל הדינים הללו, הילכך עלינו

להכריע מתחילה את הדין ממון וממילא בטל הדין איסור, או דנימא כיון שגבי פאה ולקט כתבה התורה לעניים ולא לעורבים ולא לעטלפים א"כ כיון שמצד דין ממון אין הוא צריך ליתן לעניים ואין העניים יכולים ליקח ממנו, ואם נאמר דגם הוא אינו יכול להשתמש נמצא דהוי לעורבים ולעטלפים הילכך מותר ליקח לעצמו. ועכ"פ גבי פאה ולקט בודאי הוי ספק ממון אכל גבי צדקה שבא בנדר אין הממון יכול להכריע את האיסור שאין האיסור נולד מצד הממון כ"א מצד חיוב קיום אמירת פיו, וכן הממון נולד מאותה סבה עצמה, וכיון שכן אין האחד יכול להכריע את חבירו. אבל אם נאמר שבנדבה אין שום איסור עליו עכשיו מפאת הנדר שהנדר כבר נגמר, ואין עליו החיוב כ"א מצד דין ממון, מפני שיש אצלו ממון שלהם, א"כ בודאי אם נכריע שאין כאן שום דין ממון עליו, ממילא יוכרע האיסור הנולד מדין הממון. ודעת הר"ן לפ"ז שאיסור נדר אין כאן, ויש כאן רק איסור של ממון עניים, ככל ממון עניים הנולד מדין ממון שלהם:

ויש עלינו לברר דין זה אם יש על חפץ אחד דין ספק ממון ודין ספק איסור, מבלי הולד אחד מחבירו אם דין אחד מכריע את חבירו. ובשב שמעתתא חקר כגון זה בחתיכה אחת שחצי' קבוע וחצי' פרוש שצריכין אנו מצד חציה האחת לדון בה דין ספק איסור ומצד חציה השני צריכין אנו לדון כל דפריש ולהתירה אם מכריע דין האחד את חבירו, ושם בשני חציים עוד נוכל לומר שכל חצי יש לה דינה המיוחד ואין שום אחד מכריע את הב'. אבל כאן איך נכלכל דבר, כיון שהוא בגוף אחד ממש הספק איסור והספק ממון, יש לעיין אם האחד מכריע את חבירו, ואיזהו, ואולי יש לדמות להא דמהרי"ט אלגאזי אהא דאמרינן שבכורות גבי ספק פטר חמור שפודהו והוא לעצמו, ופריך בגמ' ואי לעצמו למה פודהו ומשני לאפקועי איסורא מיני' והקשו בתוס' מאי פריך לישני כדי לפוטרו ממצות עריפה ותירצו כשם שאינו פודהו מספק כך אינו עורפו מספק. ע"כ. ודבריהם תמוהים דאמאי אינו עורפו מספק הא קיי"ל בכמה דוכתי דספק מצוה חייב. ותירץ המהרי"ט אלגאזי דכיון דקיי"ל כל ספק ממונא לקולא ולפ"ז גם ספק דבר שהוא הפסד ממון הוי לקולא, וא"כ כיון דאם יערוף אותו הלא הוא לו הפסד ממון אינו עורף מספק, והנה בענין זה יש שני דברים אף לפי דברי המהרי"ט אלגאזי ספק מצוה וספק ממון אשר מצד המצוה הי' להיות לילך לחומרא ומצד הממון הי' לנו לילך לקולא אזלינן לקולא אלמא דהממון מכריע את המצוה ואולי גם בספק איסור כן שהספק ממון יכריע את הספק איסורי אך מ"מ יש לחלק שאינו דומה ספק מצוה לספק איסור, וגם בעיקר הדברים דברי המהריט"א תמוהים דלכאורה אין הכלל של ספק ממונא לקולא אלא כשהוא ענין של נתבע ותובע דאז אמרינן אוקי ממונא בחזקתי' ולא להוציא לרשות

אחר, אבל כשאין כאן מוציא כ"א רק הפסד ממון לא שייך בזה ספק ממונא לקולא. וצ"ע. ובזה הכלל שנדבה כבר נגמר הנדר תכף בחלות ההקדש או הצדקה, נראה דיש ליישב קושיית המ"ל על תוס' חולין שכ' אהא דאמרינן דאי תחילת הצהוב ספק הוי אם הביא תחלת הצהוב שבזה ושבזה נפיק, והקשו דהא אינו יכול להקריב ואיך נפיק, ותירצו בתירוץ ב' דכיון שהביא ליד כהן נפיק ידי נדרו מאחר דמ"מ האחד ראוי להקריב, ע"כ. והקשה המ"ל הלא אף אם הקריב שלא לשמו שלא עלה לבעלים לשם חובה ג"כ אינו יוצא ידי נדר ואיך נימא שבהבאתו יצא ידי נדרו. ולפ"ד יתיישב שכיון שבנדבה נגמר הנדר תיכף בהחלות ה"נ בנדר בהבאתו יצא ידי חובתו שאין בחיוב נדרו להקריב, אלא שבלשון הרי עלי נכלל שאם יפסל עליו מוטלת עוד הבאה חדשה עד שיוקרב, אבל מ"מ אין ההקרבה מוטלת עליו. ולפ"ז כ"ז שהקרבן קיים אין עליו חובה להקריב זה או להביא אחר ונ"מ אם ימות הנודר והתחילת הצהוב שבזה ושבזה קיימים ואח"כ יאבדו אין על היורשים שום חיוב להביא אחר אבל אם יאבדו והוא קיים אם ימות יתחייבו היורשים להביא אחר שכבר נתחייב להביא אחר. וצ"ע עדיין בדין זה, אבל מ"מ זו היא הסברא והם דברי התוס' דנפיק ידי נדרו שאין עליו שום חיוב עכשיו לפי שעה:

נמצא כלל דברינו שדעת הר"ן שאיסור בפיך זו צדקה אין בנדבה לאחר החלות כלום והילכך הוי רק ספק ממון. ודעת הרמב"ן או דיחלוק ויסבור דחיוב הנדבה היא להביא ולמסור ליד העניים, או דיסבור דלא שייך בזה ספק ממונא מטעם אחר, משום דבספק ממון שהספק הוא בהקנין ממון אמרינן אוקי ממונא אחזקתי' אבל כאן אין שום קנין ממון בשביל העניים, כ"א הקנין הוא מחמת דיני איסור הבאים ע"י דבורו, הילכך עלינו לחשוב את הדבר כדין ספק איסור שאנו נפסוק בשורש החלות וממילא יצא לנו הדין בשאלת של מי הממון. אבל בכל ספק ממון עניים אין הספק בדין האיסור כ"א אנו מסתפקים למי זכתה התורה, כי אין הממון של העניים מחמת איסורי הדבר, ואדרבה האיסורים נולדים מזה שזכתה התורה להעניים הממון, הילכך עלינו לדון בדין הממון ולא בדין האיסור, ואזלינן לקולא. זהו שיש לעורר לפי חילוק המח"א בין צדקה לשאר ממוני העניים:

סימן כד

א

בקושיית התוס' באומר פתח פתוח מצאתי דאסור באשת כהן משום ספק תחתיו ספק לאו תחתיו ונוקי בחזקת כשרות ותירצו דאוקי בחזקת הגוף שהיתה בתולה והשתא נבעלה ע"כ. והקשו האחרונים דהא הוי תרתי לטיבותא דאוקי בחזקת כשרות ובעולה

לפניך דהוי חזקה דהשתא, ונאמר כמו שהיא עכשיו בעולה כן היתה בעולה גם מקודם ודמיא להא דמקוה שנמדד ונמצא חסר דמטמאינן ודאי מטעם תרתי לריעותא וה"נ נתיר בודאי משום הנך תרתי ע"כ:

והנה הרשב"א הקשה על הרמב"ם שפסק במקוה דהוי ודאי טמא משום תרתי לריעותא ובחבית פסק דהוי ספק, וקשה דבגמ' נדה משוי להו להדדי, וקאמר דברייתא דקתני ספק הוי כר"ש, וא"כ כיון דפסיק במקוה כרבנן, א"כ בחבית נמי צריך להיות ודאי טבול ע"כ, ותירצו במהרי"ל דיסקין ובאחיעזר דכיון דסברינן דטובת הנאה אינה ממון, א"כ נשתנית התרומה מרשות לרשות מרשות ישראל לרשות כהן ואין מחזיקין מרשות לרשות דסבירא לן דכאן נמצא וכאן היה, דכיון שמצאנו הריעותא ברשות כהן, אמרינן שכאן היה הדבר ולא מקודם והוי תרתי נגד תרתי, והילכך הוי שוב ספק, והסוגיא אזלא אליבא דמ"ד טובת הנאה ממון ולא הוי שינוי רשויות ולא שייך לומר כאן נמצא וכאן היה והוי תרתי נגד חדא הילכך הוי ודאי טבל, ע"כ. והנה עפ"ז היה אפשר לומר גם בדברי התוס' דידן דלכך לא הוי תרתי לטיבותא משום דלאיסור יש עוד חזקה דכאן נמצא וכאן היה, שכיון שנמצאת בעולה ברשותו אמרינן דברשותו נעשה הדבר ותחתיו נבעלה, והוי תרתי נגד תרתי ואסורה שוב מספק:

אלא דנראה דבאיסורין לא שייך לומר שתכריע הרשות, דאין הרשות מכרעת, אלא במקום שהספק מצד דין רשות, שהוא דין ממוני, אמרינן שכיון שנמצא ברשותו של זה, אמרינן שברשותו נעשה, כיון שהספק הוא ענין של רשות, אבל כשאנו עסוקין באיסורין, שאין הספק בענין של רשות וכח רשותו, אלא שהספק הוא בענין איסור, ואין האיסור מחמת רשותו, אלא מחמת איסור אישות, אף שהוא תלוי ברשותו, לא תוכל הרשות להכריע, ולא שייך לומר כאן נמצא וכאן היה באופן כזה. ולא משכחינן דין דכאן נמצא וכאן היה אלא כשהשאלה והספק ממקום למקום, אמרינן דכיון שנמצא במקום זה, כאן היה, אבל לא מרשות לרשות:

ועפ"ז היה נראה לערער גם על תרוצם של המהרי"ל דיסקין והאחיעזר, דכי דייקינן אי הספק גבי הפרשת תרומה ספק ממוני, דאין כאן דין ודברים בין השבט והבעלים, אלא שהספק להבעלים עצמם אם יצא מצות הפרשת תרומה או לאו, והוי ספק במעשה וחלות המצוה והוי ספק ככל שאר ספקות איסורין שאין הרשות מכרעת, ואף שיש כאן גם ספק ממוני, אבל אין אנו דנים עליו, אלא על הספק של חלות המצוה:

וזה דלא כדברי המקור חיים שהקשה לדברי המ"א בנמצאת חיטה בקערה דאם טלטלוה ממקום למקום ונצטננה מותר דלא מחזקינן ממקום למקום, וא"כ גבי חבית ונמצא חומץ

נמי נימא הכי דאם טלטל ממקום למקום ואח"כ נמצא חומץ דלא מחזקינן ממקום למקום ועוד דגבי מומין (בכתובות ע"ז) שממנו מקור דהאי דינא תולה ברשות לומר כאן נמצא וכאן היה ולא במקום כלל ותירץ דבאמת הדבר פשוט דהא התוס' ריש נדה ד"ה אמאי כתבו דבנדה אף ששינתה מקומה לא שייך לומר כ"נ כ"ה דאין מחזיקין ממקום למקום משום דאשה כל מקום שהיא טומאתה עמה עיי"ש אלמא דלא שייך אין מחזיקין ממקום למקום במידי דאתי מגופה כ"א במידי דאתי מעלמא משו"ה ביין ונמצא חומץ בהמה ונמצאת טריפה לא שייך סברא דממקום למקום כ"א במידי דאתי מעלמא ונפל לכאן שייך סברא דאין מחזיקין ממקום למקום הילכך במומין דאין המקום גורם כ"א הרשות ומזלא דבעל גרים תדע דמציא אמרה לי' נסתחפה שדהו משו"ה תולין סברא דממקום למקום ברשות ולא במקום וכן בטבח וחמור שם דמזלא דמוכר ולוקח גרים הרשות גורם לחלק ולא המקום עכ"ד:

ולפי דבריו תראה שהוא ענין סברייי מאי דאין מחזיקין מרשות לרשות וממקום למקום, ולפ"ז גם באיסורין שייך שפיר האי דאין מחזיקין מרשות לרשות. אבל עיקר קושייתו לפי דברינו מתיישבת שפיר, דאם הספק הוא במקום אז אין מחזיקין ממקום למקום, ואם הספק הוא ברשות אז אין מחזיקין מרשות לרשות, ואם הספק הוא ברשות אז אין שייך לומר אין מחזיקין ממקום למקום, ולהיפך אם הספק הוא במקום אין שייך לומר אין מחזיקין מרשות לרשות, שהרי כאן נמצא וכאן היה דין חזקה הוא ואיך שייך להכריע הרשות כשאין ספק ברשות, והלכך גבי חומץ ונמצא יין כיון שאין הספק לא ברשות ולא במקום ודאי דאין שייך לומר כאן נמצא וכאן היה, שאין ביד הרשות ולא ביד המקום להכריע כלל כיון שאין הספק נופל בהם כלל, ואתי שפיר הכל:

והיה נראה לומר עוד סברא דלא שייך בנדון דידן לומר כאן נמצא וכאן היה, משום דלא אמרינן כאן נמצא וכאן היה אלא ליתן דין זה שאנו רואים עכשיו שלא יהא יותר מדין זה, וגבי נדון דידן, הלא אין אנו רואים שום פסול, ואי נימא שנעשה מעשה זה שנעשה בעולה על ידו הלא אנו נותנים לה דין יותר גדול ודין חדש ממה שאנו רואים עכשיו, שמה שרואים אנו אותה בעולה אינו אוסרתה ואם נאמר כאן נמצא וכאן היה נולד בזה דין חדש, באופן כזה ליתלן כאן נמצא וכאן היה, ובזה נוכל ליישב קושיית הנמ"י שמקשה על הרמב"ן שמפרש האי דלא חיישינן לתרי יצחק עיין בשמעתא ז' משום דכאן נמצא וכאן היה, וקיי"ל הכי, ואלו במה שאמר רבא גבי מומין (כתובות ע"ה) כאן נמצא וכאן היה, לא ס"ל הכי משום דבתרי יצחק אין לנו ליתן רק מה שאנו רואים, אבל גבי מומין אנו מוסיפין לומר שאם אנו רואים המומין אחר שנתארסה כמו כן היו בה המומין קודם

שנתארסה ונמצא שאנו מוסיפין בה דין חדש, בזה לא סבירא לן לומר כאן נמצא וכאן היה באופן זה:

ובעצם דברי הרמב"ם שמחלק בין מקוה שסובר שודאי טמא ובין חבית שסובר שאין זה אלא ספק היפך דברי הגמ', היה נראה לומר דלא אמרינן תרתי לריעותא אלא כששתיהן מעידות על דבר אחד, כגון במקוה הריעותא דחסר לפניך מעידה על הגברא שלא נטהר ונשאר בחזקת טומאתו, וכן חזקת טומאה דגברא מחייבת שלא יצא מחזקת טומאתו כ"א ע"י מקוה שלמה וכשרה ונמצא ששני הענינים נצמדים זע"ז, אבל בחומץ ויין, כיון דאית לן דחומץ ויין מין אחד הם וכן פסק הרמב"ם, נמצא שאם ירצה יכול להפריש גם מחומץ על יין, אלא שהגריעותא הוא כאן שלא אמר שרוצה להפריש חומץ על יין, נמצא שמצד חזקת טבל אינו מוכרח שאם חומץ הוא לא תהא התרומה תרומה, שהרי אין חזקת טבל מחייבת שלא יתבטל האיסור עד שיהא יין גמור, שהרי אם רוצה יכול להפריש אף חומץ, ויופקע דין טבל, אלא שמצד אחר אין זו הפרשה, מפני שלא אמר בפירוש, ואין זו כ"א גריעותא מצד מעשהו ולא מצד דין טבל, בכי האי גוונא אין הריעותות מצטרפות לדין תרתי לריעותא, ומשו"ה פסק הרמב"ם במקוה ודאי טמא ובחבית ספק טבל:

וביותר יובן הדבר בהתבאר דברי הרמב"ם פ"ה מה' תרומות הלכה כ"א וז"ל אין תורמין חומץ על יין אבל תורמין יין על חומץ שהיין והחומץ מין אחד הן, היה בלבו לתרום מן היין על היין ונמצא בידו חומץ אינה תרומה היה בלבו לתרום חומץ על חומץ ונמצא החומץ שתרם יין תרומתו תרומה ע"כ. וצריך להתבונן בטעם שאם היה בלבו לתרום יין ונמצא חומץ שאין תרומתו תרומה, שאם נאמר שהוא משום טעות שבזה לא רצה והוי כאלו לא כוון לתרום, אם כן גם אם היה בלבו לתרום חומץ ונמצא יין, ג"כ יהא טעות, שהרי הוא לא רצה לתרום יין ולא כוון לזה, אלא ודאי שטעות זו אינה מבטלת את התרומה, משום שכיון שהיו פיו ולבו שוין להפריש חביתו זו בע"כ הויא תרומה, וא"כ שוב יקשה בטעם שאם כוון להפריש יין ונמצא חומץ דלא הויא תרומה, והיה נראה בטעם הדבר שכיון דמאי דמהני מן הרעה על היפה הוא משום דכתיב ולא תשאו עליו חטא בהרימכם את חלבו ממנו, אם אינה תרומה נשיאות חטא למה. ונמצא שדין חלות התרומה מן הרעה על היפה הוא מפסוק אחר, ונמצא שדין תרומה זו הוא דין אחר מדין תרומה כשהוא מפריש מן היפה על היפה, שתרומה מן היפה על היפה נלמד מפסוק אחד ומן הרעה על היפה נלמד מפסוק אחר, וכיון שהוא רצה להפריש תרומה הנלמדת מפסוק זה, אין מעשה זה מועיל להיות חלות תרומה הנלמדת מפסוק אחר, אבל כשמבקש להפריש חומץ על יין והפריש יין, הלא יין מכל פסוק מהני ואין זה מעשה

אחר, אבל כשמבקש להפריש יין ונמצא חומץ, הלא זה מפסוק אחר נלמד. ולפ"ז הלא נמצא, שמצד דין טבל היה יכול להפריש גם חומץ, אלא שמצד מעשה הפרשתו אמרינן דלא הויא תרומה, אבל חזקת טבל אינה שוללת שיפריש אף חומץ, והלכך אין מצטרפות לתרתי לריעותא. אבל סוגיית הגמ' סברה דיין וחומץ שני מינים הם כמו שפירש רש"י במקומו שם בריש נדה, ועיין בתוס' שם שהקשו על זה הלא אף אם נסבור דיין וחומץ מין אחד הוא, מ"מ אם כוון להפריש יין ונמצא חומץ לא מהני עיי"ש, אבל לפ"ז אתי שפיר דאילו הוי סבר דמין אחד לא היה נחשב לתרתי לריעותא, אבל כיון דסוגיא סברה דשני מינים הם, א"כ אף אם ירצה להפריש חומץ על יין ג"כ אי אפשר, ונמצא שחזקת טבל שוללת מלהפריש חומץ על יין, ונמצא ששתיהן החזקת טבל והחומץ לפניך מעידות דבר אחד, והלכך שפיר מצטרף לתרתי לריעותא, ושפיר מקשה דליהוי ודאי אסור משום תרתי לריעותא, ומוכרח לתרץ דר"ש היא:

וקושיית האחרונים על התוס' דנימא תרתי להיתירא משום דבעולה לפניך, הי' נראה לתרץ דאין בכח חזקה דהשתא, אלא כשהספק הוא איך היה קודם לזה אם כדהשתא אם כדמעיקרא, בזה מעמידים על חזקה דהשתא לומר שכמו שעכשיו הוא כך, כמו כן גם קודם לזה היה כך, אבל כאן גבי בעולה לפניך, הלא אין הספק לנו אם היתה בעולה קודם לזה שבודאי הלא היתה בעולה, לפי דבריו של הבעל, קודם לזה, ואין הספק לנו כאן ג"כ מתי היתה בעולה אלא מתי נבעלה, לדעת מהות הבעילה, אם היתה בעילת אשת איש, או בעילת פנויה, לדעת אם היתה ביאת איסור סוטה, או ביאת היתר לבעלה, נמצא שאין אנו דנים על זמן הבעילה, כ"א על מהות ודיני הבעילה, ועל זה אין בכח החזקה דהשתא לדון, אף שהדברים תלויים זה בזה, מ"מ אין בדין החזקה לדון כ"א על מה שאנו מסתפקים בדין ולא על מה שאנו מסופקים במציאות הדברים, שהרי חזקה אינה באה כ"א להכריע את הדינים, ועל הדינים שאנו מסופקים כאן, אין חזקה דהשתא של בעולה לפניך, מעידה לנו כלום, הלכך אין כאן תרתי לריעותא להצטרף להתיר:

ב

ועוד יש לתרץ דברי הרמב"ם דמחלק בין מקוה לחבית, דהנה כתבו הראשונים דבזרק לה קדושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה אבדה חזקת פנויה דידה, כיון שהיה מעשה זריקה ודאי, מרע זה את חזקתה, עיין תוס' כתובות (כ"ג ע"א) ד"ה תרווייהו. וחזינן מזה דבמקום שנעשה מעשה ודאי, אלא שספק לנו אם מועיל אם לאו איתרע חזקה דמעיקרא, ואם כן צריך עיון במקוה וחבית, כיון שהיה ודאי מעשה טבילה, וכן היתה ודאי פעולת

ההפרשה, נימא דאיתרע חזקת טומאה דגברא ואין כאן תרתי לריעותא, וכן גבי חבית נימא דאיתרע ודאי חזקת טבל דמעיקרא, ואין כאן תרתי לריעותא:

והנה בחולין (י' ע"א) גבי מחלוקת ר"ה ור"ח בשוחט בסכין ונמצאת פגומה דר"ה סבר אפילו שיבר בה עצמות כל היום פסולה חיישינן שמא בעור נפגמה ור"ח סבר כשרה וכו' עצם ודאי פוגם עור ספק פוגם ספק אינו פוגם הוי ספק וודאי ואין ספק מוציא מידי ודאי מתיב רבא לסיועי לר"ה טבל ועלה ונמצא עליו דבר חוצץ אע"פ שנתעסק באותו המין כל היום כולו לא עלתה לו טבילה עד שיאמר ברי לי שלא היה עלי קודם לכן והא הכא דודאי טבל ספק הוה עליה ספק לא הוה עליה וקאתי ספק ומוציא ודאי, שאני התם דאיכא למימר העמד טמא על חזקתו ואימר לא טבל הכא נמי העמד בהמה על חזקתה ואימר לא נשחטה הרי שחוטה לפניך הכא נמי הרי טבל לפניך הא אתילידא בה ריעותא ה"נ איתילידא בה ריעותא סכין איתרעאי בהמה לא איתרעאי עכ"ד הגמרא. וחזינן בזה שקלא וטריא בין המקשן ובין התרצן אם כשנמצא עליו מאותו המין אם נקרא זה טבל לפניך או לא. ובאור הספק אם נקרא זה מעשה טבילה ודאי אלא שהספק אם מועיל, וממילא כיון דהוי מעשה טבילה ודאי, איתרע חזקת טומאה דגברא, או דנימא שכיון שאפשר שהיתה החציצה עליו קודם טבילה, ואם היתה החציצה אין זה מעשה טבילה כלל שהרי לא היה כולו במים, שמקום החציצה הוי כאילו לא בא במים, הוי ספק אם היה כאן מעשה כלל, וכיון שכן לא איתרע כלל החזקה, והמקשן סבר דהוי מעשה ודאי ואיתרע החזקה והתרצן סובר דהוי ספק במעשה ולא איתרע החזקה. וכמו כן בנדון דסוגיית גמ' נדה במקוה שנמדד ונמצא חסר, אפשר לנו לומר ג"כ דהוי מעשה ודאי של טבילה וספק אם מועלת בדין, וממילא איתרע החזקה דטומאת גברא ואפשר לומר דהוי ספק במעשה, שאם לא הי' בהמקוה ארבעים סאה לא הויא מקוה כלל, ואין זה שם טבילה במקוה:

ועתה אפשר לנו לומר דסוגיא דגמ' נדה (ב' ע"ב) ס"ל דכיון דודאי טבל מיקרי ודאי מעשה טבילה ומרע לחזקת טומאה דגברא, כדעת המקשן בגמ' דחולין, ואעפ"כ ס"ל לברייתא דודאי טמא, ומוכרחים אנחנו לומר שאף דאיתרע החזקת טומאה דגברא, מ"מ מיקרי עדיין תרתי לריעותא לטמא ודאי את האדם והטהרות, וכיון שכן אף בחבית יין ונמצא חומץ, אף שבודאי איתרע החזקת טבל מחמת מעשה ההפרשה שהי' בודאי, מ"מ עדיין נחשב לתרתי לריעותא, כמו גבי מקוה, שהרי שם ג"כ איתרע החזקת טומאה דגברא, ומ"מ נחשב לתרתי לריעותא. אבל הרמב"ם פסק כמסקנת הגמ' דחולין דסוברת דלא מיחשב מעשה טבילה, כיון שאם היתה עליו חציצה אין זה מעשה טבילה כלל,

וה"נ דכוותה במקוה שנמדד ונמצא חסר, כיון שאפשר שהיתה המקוה חסירה בשעת טבילה הרי זה ספק במעשה טבילה ולא מרע החזקה הילכך שפיר הוי תרתי לריעותא, אבל במקום דאיתרע החזקה דמעיקרא לא יחשב לתרתי לריעותא. וכיון שכן גבי חבית יין ונמצא חומץ ודאי על כל פנים איתרע החזקת טבל, שהרי בודאי היתה כאן הפרשה, שהרי אף אם היה חומץ בשעת הפרשה, ג"כ הוי מעשה הפרשה, שהרי כיון שס"ל דיין וחומץ מין אחד הוא, הלא יכול הי' להפריש אף חומץ לתרומה, אלא שיש כאן חסרון מצד דין אחר מה שאינו חל כשסבור היה שהוא יין ונמצא חומץ, ומ"מ אין זה מבטל שם מעשה הפרשה ומיתרע החזקה טבל, הילכך אין כאן תרתי לריעותא, ומשו"ה פסק במקוה ודאי, שכיון שהחזקת טומאה דגברא לא איתרע הוי תרתי לריעותא, ובחבית פסק דהוי ספק, ששם איתרע החזקת טבל ואין כאן תרתי לריעותא. ואין דומה חבית למקוה, דבמקוה אם היתה המקוה חסר, אין לו שם מקוה כלל, ובחומץ על יין הוי ג"כ מעשה הפרשה, שהרי יכול היה להפריש חומץ, אלא דלא חל משום דכסבור שהוא יין. אבל מ"מ מעשה הפרשה מיחשב ואיתרע החזקה ואין כאן תרתי לריעותא:

ג

בכתובות (דף ט' ע"א) בסוגיא דפתח פתוח הקשו התוס' באשת כהן דאסרינן משום דהוי ספק אחד ונוקים בחזקת כשרות לכהונה, ותירץ הגרע"א דהא הוי ספק ספיקא ספק תחתיו ספק לאו תחתיו ואת"ל לאו תחתיו ספק לנכרי נבעלה, והתוס' דלא נחתי להכי משום דס"ל דאיירי אף בעיר שכולה ישראלים, דליכא ספק נכרי ע"כ. ולדברי הט"ז סי' ק"י ס"ק ט"ו שכתב לחלק דלא מהני ס"ס במקום חזקה במקום שס"ס בחזקה עצמה כגון בבהמה שבחייה בחזקת איסור עומדת ואח"כ נסתפקו אם נשחטה כראוי ולהוציאה מחזקת שלא נשחטה אין מועיל ס"ס כיון דבאותו איסור עצמו שהיתה קודם לא יצאת ממנו בודאי משא"כ אם החזקה של איסור מחמת ד"א דהיינו שהיתה לו חזקת אבר מן החי ונשחט כראוי רק שיש ספק מחמת ד"א כגון שנתערב תחילה ואח"כ נתערב בתערובות אחר ודאי מהני ס"ס עיי"ש שהאריך. ולפ"ז אין דברי הרע"א והפ"י יכולין להאמר שהרי כאן הספק בעצם החזקה, אם נסתרה בפעולה זו אם לאו, והוי כמו ספק בשחיטה עצמה דאין ס"ס מועיל לסתור החזקה, וע"כ אין דבריהם אמורים אלא לפי הפוסקים החולקים על הט"ז וסוברים דבכל ענין מהני ס"ס במקום חזקה:

מיהו אפשר היה לחלק ולומר דאינו דומה נדון דסוגיא דידן לנדון דהט"ז, דחזקת איסור דבהמה פירושה שאין להבהמה שום היתר להאכל עד שתשחט בדיני השחיטה הראויים, ובזה תוכשר, נמצא שהכשר שחיטה הוא דין בחזקת דין איסור, וכשאנו

מסתפקים בדין שחיטה אם היה כראוי, הרי הספק אצלנו, אם בזה האופן של שחיטה, ג"כ היה בדין החזקה, שלא תותר ע"י זה, או שזה לא היה בכלל החזקה, ולפ"ז הוי שפיר הספק בעצם החזקה. אבל חזקת כשרות אין דינה שלא תפסל בלתי מעשה פסול זה, שאין החזקה של כשרות באה לומר על דבר דיני פסול ובאיזה אופן יהי', ולא באה רק להעיד על כשרותה, וכיון שכן אין הס"ס שבאים לפסול אותה מכהונה, סתירה בעצם החזקה אלא ספיקות מצד אחר, דמהני לסתור החזקה. וכמו כן מה שהביא הט"ז אחר כך בדבריו מחזקת אשת איש דהוי סתירה בעצם החזקה, כשיש ספק מיתה או גירושין, התם נמי הכי הוא, דדין אשת איש הוא, שלא תותר לעלמא, בלתי מיתה או גירושין, הוי כמו ספק בעצם החזקה, ולפ"ז אתי שפיר דברי הגרע"א ופ"י אף לפי דברי הט"ז:

ויש ראיה לדברים אלו ממה שכתב הרשב"א ביבמות (דף ל') גבי הא דאמרינן אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת וז"ל איכא דקשיא ליה והא באיסור אשת איש קיימא, הלכך כיון דבחזקת איסור קיימא, השתא דמת נעמידנה בחזקת איסור ואע"ג דאיסורא קמא איסתלק להו, דכוותה אשכחן בעלמא דמחזיקין לאיסור כדאמרינן בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת כלומר בחזקת איסור אבר מן החי עד שיודע לך במה נשחטה ואף ע"ג דמשעה שנשחטה נסתלק איסור אבר מן החי וכו' עיי"ש ותירץ ולשון אחר נ"ל לפרש דהתם גבי בהמה כל שלא מתה או שמתה ממילא או שלא נשחטה כהלכתה אסורה עד שיתחדש בה ענין המכשירה והלכך כיון שאתה בא להתירה ולומר דנעשה בה מעשה שהכשירה עליך הראיה ודכוותה הכא כיון שזו מתחילתה צרה לערוה הות ואילו מת בעל הותרה לשוק והרי מת וקברו מוכיח עליו כשאתה בא לאוסרה ולומר דנעשה בה מעשה האוסרה עליך הראיה וכן הדין בקידושין כי האי גוונא עכ"ד הרשב"א. נראה מדברים אלו דהחזקה באשת איש ובחזקת איסור דבהמה, שלא יותרו בלתי רק בהיתר זה כל חד בדידיה, אשת איש בגירושין או מיתה, וחזקת איסור דבהמה בשחיטה, ובחזקת כשרות אין לומר כן, שחזקת אשה זו להפסל בבעילת פסול לה, שאין חזקת כשרות עומדת לכך להפסל בבעילה, ואינה מעידה כי אם על עצמה ולא על הפסול שיולד בה:

והיה נראה ע"פ סברא זו שיש חילוק בין החזקות ליישב מה שהקשו הפ"י והגרע"א על מה שתירצו התוס' קושייתם דליקום בחזקת כשרות, משום דאמרינן אדרבה אוקמה בחזקת הגוף דעכשיו שנבעלה. והקשו דאמאי לא נימא הרי בעולה לפניך ואוקמי אחזקת היתר דנבעלה מכבר כשאינה תחתיו כמו במקוה שנמדד בריש נדה ע"כ. ומתיישב הקושיא בשים לב לצירוף החזקות גבי מקוה חזקת טומאה דגברא וחזקה דהשתא דמקוה, דצירוף לא שייך אלא בענין אחד, אבל לא בשני ענינים שאינם מתאימים.

וצריך לומר דכל עיקר דין חזקת טומאה הוא שטמא כך וכך ימים ונשאר בטומאתו עד שיטבול במקוה כשירה, וכשיטבול במקוה כשרה מוכרח להיות טהור, ונמצא שדין טהרה במקוה שלמה ולא חסרה הוא דין מדיני חזקת טומאה. וכיון שכן חזקת כשרות דמעיקרא דמקוה וחזקה דהשתא דחסר לפניך דמקוה נוגעות בעצם חזקה דגברא, והלכך מצטרפות שהן מתאימות, ושתיהם מעידות על ענין אחד, ונושאות ונותנות במעשה הטבילה, ויש להן צירוף בענינם. אבל חזקת כשרות הלא אין דינה לומר שלא תפסל כי אם באופני פסול אלו, שאין חזקת כשרות נושאת ונותנת על דבר דיני פסול, וכשרות הוא ענין לעצמה, כי היא ענין עצמי, שהיא כשרה לא מפני דיני הפסול:

ועפ"ז יש ג"כ לעורר במה שכתב בבית הלוי ח"ג סי' י"ז סעיף ד' דבאומרת מוכ"ע אני מעיקרא אע"ג דלא שייך כאן חזקת הגוף כיון דבע"כ נעשה בה איזו מעשה קודם שנתארסה מ"מ שפיר קאמר דנאמנת משום חזקה דיש לה חזקת הדין דלא נשתנה דין כתובתה דמקודם היה דינה דאם תנשא תהיה כתובתה מאתים והרי עתה בודאי ניסת ויש להעמידה על דינה הראשון עיי"ש שהאריך, וכתב אח"כ ואע"ג דקודם אירוסין אין לה שום דין כתובה ועיקר דין כתובה בא לה בעת האירוסין, ואז כבר היה הספק, מ"מ גם בכה"ג מיקרי שפיר חזקה וכדאיתא ביבמות (דף ל"ב) גבי צרת ערוה שזרק לה הבעל גט להערוה ספק קרוב לה דקאמר רבה שם אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת והוכיחו התוס' אע"ג דהספק נולד כשהיה הבעל עדיין חי ואז היתה אסורה לשוק מ"מ חשיבא חזקה דיש לה חזקה דכשימות הבעל תהיה מותרת לשוק בלא חליצה, וכמו כן הרי כשנולדה היתה לה חזקה דכשתנשא יהיה לה כתובה מאתים ועכשיו ניסת מקרי חזקה:

ולפ"ד אין הנדון דידיה דומה לראיה, דשם בצרת ערוה דין אשת איש כולל כל הדינים המסתעפים מזה, ובתוכם גם דין זה שאיסור זה יותר ע"י מיתה גם הוא דין מדיני אשת איש, נמצא שבכלל מה שאנו אומרים חזקת אשת איש כלול גם דין זה דהיתר לשוק, ושייך לומר דבאו בחזקתה דהוי מחיים, אבל בבתולה איזה דין הוה לה מקודם שנאמר שהיה לה מקודם דין החזקה שלא תפחות כתובתה ממאתים:

וגם עצם חזקה שהמציא אינה מובנת כפי מה שכתב באחיעזר חלק יו"ד סי' ב' דסכין של שחיטה אין לו שום חזקת הכשר, שמה שהסכין פגום, אין זה דין איסור ולא דין פסול בסכין, שהסכין אין לו שום דין, אלא שזה דבר ממילא שכשישחוט בסכין פגום ממילא יעקור הסימנים, ואין כאן חזקה דדינא על הסכין. ודכוותה גבי בתולה נמי, וכי זה הוא דינה שתקח כתובה מאתים, וכי הדין הוא בגופה, לומר שנעמידנה על דינה

הראשון, אלא שזה דין הוא חוץ ממנה שהנושא בתולה צריך ליתן מאתים זוז אבל בה אין שום דין ולא חזקה:

ב) **ועוד** יש לעיין בקושייתם שהקשו דהוי ס"ס דאימר תחתיו ואף אם לאו תחתיו אימר לנכרי, דלכאורה אין שני הספקות אלא שם אחד, דבין נבעלה תחתיו ובין נבעלה לנכרי, הוי הפסול משום דנבעלה לפסול לה, דפסלה מן הכהונה, ואין זה אלא ספק אחד, אם נבעלה לפסול לה אם לאו, ואין זה ס"ס דבאשת כהן הא לא מפלגינן בין רצון לאונס, לעשות מזה שני ספיקות, ואם כן בספק תחתיו, נכללו שני העניינים בין רצון ובין אונס, ותחתיו באונס, וביאת נכרי ספק אחד הוא דנבעלה לפסול לה:

והיה נראה מפני זה, דהיכא דספק אחד לפנינו, כגון כאן שהספק שמא תחתיו, אנו מסתפקים בו, מפני שמצאנוה בעולה תחתיו, והספק בעצמו מספק לנו, שמא כמו שנמצא הספק עכשיו, כך נולד עכשיו והיא תחתיו ועלינו בע"כ להסתפק זה ביחוד מחמת הריעותא שנמצאת, ואחר כן אנו באים להוסיף ספק אחר, שלא נראה לפנינו, אלא שאפשר להסתפק מעצמנו, מפני שהדבר אפשר לא הוי ספק אחד בכה"ג, מפני שעלינו להסתפק ספק הראשון לבדו מחמת הריעותא. ודוגמא לזה, תירוץ החות דעת על קושיית הפלתי מהא דספק על ספק לא על, או דספק היה בחלל הגוף, שתירץ שכיון שעלינו להסתפק תחילה אם היה כלל ריעותא אם לאו, ואחר כך להסתפק אם נטרף אם לאו, הילכך אין זה ספק אחד, וה"נ גבי דידן, כיון שעלינו להסתפק הספק שנראית בו הריעותא תחילה ואח"כ להסתפק אם נתחדש עוד דבר, שלא נראית ריעותא מיוחדת, זה מחלק בין הספקות שלא להיות משם אחד:

ובפלתי עמד על דברי הת"ה שכתב בבהמה דילדה זכר ונקבה דהוה ס"ס ספק לא היתה מבכרת כלל ואת"ל מבכרת דילמא נקבה ילדה תחילה וביקש לדחות דהוה בגדר שם אונס חד הוא דאנו דנים ע"ז הולד אם נולד ראשון או לא וכתב מהר"י דדחה הך סברא. עכ"ד. וגלה לנו הגאון הנ"ל דדחה הך סברא מהלכה אבל לא גלה לנו מ"ט ולמה דחה אותה, עכ"ד הפלתי. ולפי האמור יש לנו לומר דגם כאן הספקות מתחלקות משום דספק אחד שמא נקבה ילדה תחילה, הלא הריעותא לפנינו, שכיון שאנו רואים שנקבה נולדה יחד עם הזכר, הלא צריכים אנו ודאי להסתפק שהנקבה נולדה תחילה, כמו שאפשר שהזכר נולד תחילה, ואחר כן עלינו להסתפק שמא לא היתה מבכרת כלל, והילכך אין זה שם אחד:

סימן כה

א

בגמרא נדה (ב' ע"ב) ורמי חבית אמקוה מ"ש דבמקוה ודאי ובחבית ספק וכו' מאן תנא חבית ר"ש הוא וכו', יוצא לנו מזה הסוגיא דמקוה וחבית דין אחד להם ומאן דאית ליה גבי מקוה ודאי גבי חבית נמי ודאי ומאן דאית ליה גבי חבית ספק אית ליה נמי גבי מקוה ספק והקשו הראשונים והאחרונים אדברי הרמב"ם שפסק גבי מקוה ודאי כרבנן וגבי חבית ספק כר"ש:

והנ"ל בישוב הדברים, דהנה ביסוד מחלוקת ר"ש ורבנן יש שני לשונות בגמרא, בל"ק אמרינן דטעמייהו דרבנן דמטמאו, משום תרתי לריעותא, ובל"ב אמרינן דטעמייהו דלא ילפינן סוף טומאה מתחילת טומאה משום דהתם בחזקת טהרה קאי והכא בחזקת טומאה קאי מספיקא לא מפקינן ליה מטומאתו. והנה התוס' פירשו דגם בל"ב טעמייהו דרבנן משום תרתי לריעותא. והדברים תמוהים מאד, דאם כן מאי איכא בין ל"ק לל"ב. אבל הרשב"א ז"ל והובא גם בריטב"א יש לו דרך אחרת בזו הסוגיא, דבל"ב לא אתינן עלה מטעם תרתי לריעותא, אלא דמוקמינן ליה לגברא אחזקיה. ע"ש. נראה מדבריו שאף שיש למקוה חזקת שלמה והי' לנו לטהר אפ"ה כשאנו דנים על האדם אנו מעמידים אותו על חזקתו, ולא אמרינן אוקי חזקת מקוה נגד חזקת האדם והוי ספק, אלא כשיש חזקה נגד חזקה מוקמינן ליה לכל חד אחזקיה. המקוה אחזקתה ושלמה היתה והאדם אחזקתו וטמא הוא. ובזה מחולקים הל"ק והל"ב בזה היסוד אם חזקה נגד חזקה הוי ספק או מוקמינן כל חד אחזקיה:

ולזה הן אמת שאם יהי' הטעם במקוה מה שודאי טמא הוא משום תרתי לריעותא, ע"כ יהי' הדין גם בחבית ודאי טבל משום תרתי לריעותא. אבל אם נניח כדעת האיבעית אימא דטעמא דרבנן גבי מקוה דודאי טמא הוא משום דמוקמינן ליה לכל חד אחזקיה ומעמידים האדם בחזקת טומאתו אז יש לדון בדבר. דהנה אם נדון במקוה האיך הוא הדין, נאמר דבין לל"ק בין לל"ב הוי האדם טמא ודאי משום דגבי האדם אית לן למימר דאזלינן בתר חזקתו, חזקת טומאה. אבל גבי חבית יש פנים לדבר, דהנה רש"י פירש דהגמרא דחבית אזיל דוקא אליבא דמ"ד דחומץ ויין שני מינין הם אבל למ"ד דחומץ ויין מין אחד הוא, הלא אין כל ספק בדבר דבין הוא חומץ בין הוא יין הלא תרומתו תרומה. והתוס' הקשו על רש"י מתוספתא דתרומות דכשנתכוין לתרום מן היין ונמצא חומץ אף למ"ד יין וחומץ מין אחד הוי מ"מ הוי הפרשה בטעות ושיטת רש"י צריכה ישוב:

ומה שיש לומר בישוב דברי רש"י לפי דברי הרשב"א דכל חד מוקמינן ליה אחזקיה אם כן גבי חבית נהי כשאנו דנים ע"ד הטבל אנו מעמידים אותו משום ספק אחזקת טבל, אבל כשאנו דנים ע"ד היין אנו מעמידים אותו על חזקתו בחזקת יין. אם כן לפי זה אין כאן טעות בכונתו אף שנמצא עכשיו חומץ. מ"מ אשעת ההפרשה יש לו חזקת יין. וכשאנו דנים על כונתו אנו אומרים שלא נתכוון רק ליין שיש לו חזקת יין, וא"כ אין כאן טעות, זהו מה שא"ל בדעת רש"י. אבל התוס' חולקים על סברא זו, וס"ל דהוא נתכוין לודאי יין. והנה אף לפירוש התוס' יש חילוק בדבר זה אי סבירא לן יין וחומץ מין אחד או שני מינין. שאם נאמר שיין וחומץ שני מינים נמצא שכאן גבי חבית הספק אצלנו אם היתה הפרשה כלל שאם הפריש מחטה על שעורה אין כאן שום מעשה הפרשה כלל. וכיון שהספק אם הופרשה תרומה מן הטבל ונתקן הטבל הוי ספק על הטבל, ולהאיבעית אימא דכל חד מוקמינן ליה אחזקיה, אנו מעמידים הטבל על חזקתו וממילא הוי ודאי טבל, וזו היא סברת הגמרא שמשוה חבית למקוה. אבל אי יין וחומץ מין אחד הוא אז הלא מחמת דין התורה יכול להפריש אלא שאנו מסופקים, שמא לא רצה הוא בתרומה זו, מפני שרצה שתהא התרומה מיין שהוא יפה אם כן הספק הוא אצלנו על זו התרומה, כי מצד הטבל הנתקן אין כאן ספק רק על התרומה צריכין אנו לדון, ואיך שיגמר הדין אצלנו על התרומה יתפשט הדין גם על הטבל וחזר להיות טבל, ואם יגמר אצלנו שהתרומה תרומה, אין כאן בית מיחוש על הטבל:

וכשאנו דנים על זו התרומה אין אנו יכולים להעמידה אחזקתה המיוחדת, כי שתי חזקות, חזקת יין מחייבת אותנו לומר שבשעת הפרשה היתה יין, וחזקת טבל של תרומה זו, שהלא גם היא מתחילה טבל היתה, ואנו מסופקים על טבל זה אם חזר להיות תרומה, א"כ חזקת טבל מחייבת אותנו לומר שחומץ הי' ולא יצא מחזקת טבל. וכיון שבדבר זה גופו ישנן שתי חזקות הוי חזקה נגד חזקה בדבר אחד, וממילא הוי ספק. והרמב"ם שפסק יין וחומץ מין אחד הוא ע"כ לפי שיטת האיבע"א יסבור שאף שגבי מקוה ודאי הוא גבי חבית הוי רק ספק:

וסוגיית הגמרא נוכל לפרש אם לפי התירוץ הראשון של תרתי לריעותא ומשום זה אין נפקותא בין חבית למקוה ואם שנפרש לפי התירוץ השני של סוף טומאה מתחילת טומאה ואליבא דמאן דאמר יין וחומץ שני מינים ושוה גם כן חבית למקוה:

אך מ"מ אין מתיישבת הסוגיא דגיטין דאם מצאן והן אבודין, בסוף כל הגט, דהוי ג"כ ספק, ומ"ש ממקוה דמטמאינן ודאי משום תרתי לריעותא, ומ"ש גבי היה מפריש והולך ומצאן אח"כ שהן אבודין דהוי ספק, וכאן א"א לתרץ כל הנך תירוצים שתירצנו גבי

נמצא חומץ. ועיין בחדושי הרשב"א שם בסוגיין דעמד ע"ז. אלא שהיה נראה לומר בדעת הרמב"ם שיסבור דבנאבדו לא שייך לאוקמי אחזקה דהשתא, דלא שייך זה אלא כשהחפץ לפנינו ואנו רואין באופן זה, שנוכל לומר, שכמו שהוא עכשיו באופן זה כן היה גם מקודם, אבל כשאין החפץ לפנינו כלל, ואין אנו יודעים את טיבו, איך נאמר שמעמידין את החפץ על חזקתו, כיון שאין החפץ לפנינו, ומה שאינו, אין זה ענין בגוף החפץ, לומר שגם מקודם היה כך שלא היה לפנינו, שאין האבידה מקרה והשתנות בעצם החפץ. ומשום כך לא שייך בזה ענין חזקה דהשתא, וכיון שכן ליכא כאן תרתי לריעותא, שאין כאן אלא חדא לריעותא, החזקת טבל דמעיקרא:

בנדה (דף ס') מחלוקת רבי ורשב"ג אי תולה בשומרת יום בשני שלה. ופירש רש"י אם השאילה חלוקה לשו"י בשני שלה תולה ואע"ג דלא הוחזקה רואה היום כיון דמעינה פתוח תולה בה ואע"ג דמקלקלה לה דצריכה לשמור יום המחרת כיון דטמאה השתא ובסופרת שבעה נקיים אחר זיבה ואע"פ דמקלקלה הרבה שסתרה כל ימי ספירתה וצריכה לספור עוד שבעה נקיים הואיל ועכשיו טמאה היא. ע"כ. והקשה במל"מ א"ב ואחריו גם הסדרי טהרה ע"ד רש"י אלו דהלא טעם הגמרא הוא משום תולין הקלקלה במקולקל ומה צריך רש"י לומר טעם דמעינה פתוח. ואי הטעם דתולין בשו"י הוא משום מעינה פתוח מאי קאמר בגמרא שם טהור וטמא שהלכו בשני שבילין א' טהור וא' טמא באנו למחלוקת ר' ורבנן מה שייך זה לזה:

ומה שיש לעיין בזה הוא, דהנה הדעת נותנת ודאי דאף אי נימא טעמא דתולין הקלקלה במקולקל, לא שייך זה רק לתלות בו טומאה שהי' מקולקל בה קודם כגון לתלות טומאת מת בטמא מת או טומאת שרץ בטמא שרץ, אבל לתלות טומאת מת בטמא שרץ שלא הי' מקולקל עד עכשיו לגבי טומאה זו, זאת לא מצאנו, שהרי מקלקלינן ליה עכשיו בטומאה חדשה. (ואין להביא לא ראי' ולא סתירה לדין זה ממחלוקת האחרונים אם תולה באשה שטמאה מחמת חומרא דר"ז דלפי טעם המקיל הוא משום דלא תלינן בטמאה מדרבנן א"כ אין שייכות לכאן. ולפי טעם המחמיר הוא משום דחכמים עשאוהו כנדה גמורה וא"כ לענין כתמים דרבנן הלא טומאה אחת היא). והנה מאי דאמרינן שתולה בשומרת יבם בשני שלה, התינח אם היתה שומרת יום מראי' אחת ואף אם נתלה בה כתם זה לא תהי' אלא שומרת יום א"ש מה דתולין בה כיון דלא מקלקלינן לה אלא פורתא. אבל אם היתה שומרת יום משתי ראיות אז אם נתלה בה כתם זה הלא תהי' זבה גדולה וא"כ הלא אנו מביאין לה טומאה חדשה ומה שייך לומר תולין הקלקלה במקולקל. וא"ל שמפני זה פירש רש"י הטעם דהואיל ומעינה פתוח ואין חילוק בין טומאה חדשה לאותה טומאה:

ובזה אפשר שיש ליישב דברי הדרישה שהקשה על מה דאמרינן שתולה בבתולה שנבעלה בעילת מצוה משום שדמיה טהורין מצד הדין. והקשה דהא בלא טעם זה כיון דהאידנא טמאה הלא תוכל לתלות בה, ותירץ דמקלקלה שסותרת ספירתה. והקשה בתוה"ש הא אמרינן שתולה בסופרת ז' ואף שסותרת. ע"כ. ולפי האמור יש לומר בסברת הדרישה, שבאמת לא שייך לומר בזה תולין הקלקלה במקולקל, מפני שטומאת נדה לגבי טומאת דם בתולים, אף שעשאוהו כנדות, מ"מ טומאה חדשה היא. אלא דאילו לא מקלקלה אם נתלה בה בהאי כתם, כגון אם נתלה בראשון שלה, נמצא שאין כתם זה מטמאה אם נתלה, אם כן לא גרעי הני דמים מדמים טהורין שאנו תולין באשה שדמיה טהורין, ולמה לנו לחדש סברא חדשה ולומר שאף שטמאה מדרבנן, כיון דמדאורייתא טהורה תולין. ועל זה מתרץ בדרישה שפיר דמקלקלה לה שסותרת, אם לא הי' בראשון שלה, והני דמים יטמאוה אם נתלה בה ולא הוי כדמים טהורים, וסברת תולין הקלקלה במקולקל לא שייך הכא כמו שנתבאר:

ב

ובעיקר הקושיא, אם כפי מה שפירש רש"י הטעם משום דמעינה פתוח אם כן מאי קאמר בגמרא טמא וטהור שהלכו בשני שבילין וכו' באנו למחלוקת ר' ורבנן, מה שייך זה לזה הלא טעם זה לא שייך בב' שבילין, הי' א"ל באופן זה. דבאמת לא שייך לומר תולין הקלקלה אלא גבי ב' שבילין דמן הדין הי' לנו לטהר כמו שביארו התוס' משום דספק טומאה ברה"ר טהור ורק משום דבאו לישאל בב"א אנו מטמאים מדרבנן, משום דהוי תרתי דסתרי וכמו שביאר זה בחי' הר"ן, א"כ אנו תולין הקלקלה במקולקל וממילא לא הוי תרתי דסתרי, כי את זה נטהר וזה נטמא משום תליית הקלקלה במקולקל. אבל גבי כתם, דבאמת כל כתם ספק הוא אימר מגופא, אימר מעלמא, וחכמים טמאוהו כודאי, וגם כאן כשהספק אם ממנה או מהאחרת הוי לגבי כל אחת כתם גמור כי מה לי אימר מעלמא, או אימר מהאחרת. ורק במקום שיש מקום לתלות טהרו חכמים משום תליי' א"כ וכי בשביל שזו מקולקלת נטהר כתמיה של זו. דלא שייך סברת תליי' הקלקלה רק שלא יהא תרתי דסתרי וממילא נטהר דבר זה, אבל לא לטהר כתמה של זו. אלא שהטעם דתולין בכתם הוא, משום שכך תקנו חכמים שבכתם שאפשר לומר שאין זה כתם כלל, תהא טהורה, שחכמים לא טמאו אלא ודאי כתם, אבל כשהוא ספק טיהרו. וזה דוקא רק כשהוא ספק טמא ספק טהור, שיש לתלות בדבר טהור, אבל כשיש כאן כתם ודאי, אלא ספק של זו או של זו, אין לנו לטהר, שכל אחת תתלה בחבירתה, והוי תרתי דסתרי, לזה אתיא הסברא דתולין קלקלה במקולקל, ואין זה תרתי דסתרי, שזו תולה במקולקל,

וזו תולה במתוקן. ובלאו הך סברא דתולין קלקלה במקולקל, לא רצו בגמ' לומר שלא יהא תרתי דסתרי, מטעם שזו תולה במי שמעינה פתוח, ויותר מסתבר שמזו הי', שלא נראה כן לומר, משום שכבר ביום זה השני לא ראתה כלל, והוצרך לומר הטעם משום שתולין קלקלה במקולקל, שאין זה מפני הראיה שזה ממנה, אלא ענין דיניי, דין בדיני התלייה, שצריך לתלות במקולקל, אף שאין זה מוכיח בסברא ובמציאות הדברים, אלא שהדין הוא שכיון שהוא מקולקל תולין בו, ומטעם זה אין זה תרתי דסתרי:

בבכורות (דף מ"א) איצטריך קרא למעוטי ספיקא והקשו בתוס' אהא דממעטינן בנדה מביאת מקדש טומטום דאינו מטמא לא באודם ולא בלובן משום דאמרינן זכר ודאי נקבה ודאית. ע"כ. ולפ"ד הדברים תמוהים למאד דלא שייך לשאול איצטריך קרא למעוטי ספיקא אלא היכא שיש דין מיוחד לזכר ודין מיוחד לנקבה, וכשממעטו הכתוב מדין זכר מפני ספיקו ביאורו שאין הכתוב נותן לו דין זכר מפני שאפשר שאינו זכר וכשממעטו הכתוב בדין נקבה ג"כ באורו שאין הכתוב נותן לו דין נקבה מפני שאפשר שאינו נקבה, אז יפה נשאלת הקושיא וכי איצטריך קרא למעוטי ספיקא, כיון שכל עיקר שממעטו הכתוב הוא מפני ששמא אינו זכר הלא קמי שמיא גליא. אבל גבי ביאת מקדש הלא אין חילוק בין זכר לנקיבה בדין שלוח כלל, וא"כ כשממועט הכתוב טומטום מטעם זכר ודאי נקבה ודאית אין באורו שאין הכתוב מחייבו בשלוח מפני ששמא אינו זכר שהלא אף אם אינו זכר יש לחייבו בשלוח. אלא ודאי באורו שאף שיש לחייבו בשלוח ממ"נ ואין ספק בדינו אעפ"כ פטרו הכתוב מגזה"כ לא מדין ספקו אלא שמציאות ספקו פוטרו וא"כ מה לי שקמי שמיא גליא, אבל המציאות של ספק יש לו לטומטום ומפ"ז פטרו הכתוב. ואין לומר שגם בשלוח הטעם משום דכשראה אודם או לובן אין אנו מטמאים אותו בלובן משום ששמא אינו זכר ובאודם משום ששמא אינו נקבה. א"א לומר כן דהלא לא נתמעט טומטום כ"א מדין שלוח ולא מדין טומאה דליטמא בודאי מטמאינן ליה, כדאמר רב בסוגיא דהמפלת (כ"ח.) דמספק אין שורפין את התרומה, משמע אבל ספק טומאה יש, וכשראו בבת אחת לובן ואודם שורפין את התרומה, אלא דאימעט מקרא מדין שלוח:

סימן כו

בדבר מה שנחלקו האחרונים הט"ז בסוף סי' ע"ה והחולקים עליו במי שפרע לחבירו את חובו ואח"כ בא המלוה וטען שהיו בתוכם מטבעות מזויפות, והלוה טוען שאינו יודע, אם הוי כטוען איני יודע אם נתחייבתי שפטור או דהוי כטוען איני יודע אם פרעתיך שחייב, ודעת הט"ז דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי ומש"ך סי' רל"ב ס"ק ט"ו

נראה דסובר להיפך. ועיין בפ"ת שהביא הרבה דעות בזה. ולכאורה יש ראיה מסוגיין דריש המוכר פירות דס"ל לשמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ויכול המוכר לומר לשחיטה מכרתיו לך, והנה מה דיכול המוכר לטעון דלשחיטה מכר, היינו טענת ספק, דהא לאו במוכר תליא מילתא, אלא במה שרצה הלוקח ליקח, ויכול המוכר לטעון, אולי לקחת לשחיטה, ובטענה זו נפטר המוכר, ואמאי ליהוי כטוען איני יודע אם פרעתיך שחייב, שהרי המוכר לקח דמים בשביל החפץ, ונתחייב לפרוע בחפץ טוב, ואם כונת הלוקח היתה ליקח לרדיא, אם נותן לו המוכר שראוי לשחיטה, הרי הוא כאינו פורע, וכשספק בדבר אם פרעו מה שהיה צריך לפרוע, או פרעו דבר שאין רצון הלוקח בזה, שאינו נפרע בזה וחוזר, הוה ליה כאיני יודע אם פרעתיך וליחייב, שהרי מה בין שור נגחן שאינו ראוי לרדיא, למטבעות מזויפות שאינן ראויות להוצאה, ומוכח מזה כדעת הט"ז שזה הוי כאיני יודע אם נתחייבתי. ואף אי נימא דאיירי דמתחילה נתן לו את החפץ ואח"כ נתן לו הדמים, מ"מ הרי כתב הש"ך שאף פרעון קודם להלואה הוי ג"כ כאיני יודע אם פרעתיך:

ונראה לומר בזה דאינו דומה כלל מקח טעות דשור נגחן לרדיא, לטעות של מטבעות מזויפות, דמטבע מזויפת, מלבד זה שאינו נפטר הלוה ע"י נתינתה, אין בזה אף מעשה פרעון כלל, שהרי אם יתן לו חרס, אין זה בגדר פרעון כלל, ואם הלוה טוען שאינו יודע אם נתן לו מטבעות מזויפות הוי כטוען שאינו יודע אם היה בזה מעשה פרעון, או שלא היה שום מעשה פרעון כלל, מלבד מה שאנו דנים על פטורו של הלוה, אבל כשאנו דנים אם היה יכול ליתן לו שור שאינו ראוי לרדיא אם לאו אין זה כטעות כל עיקר וכמי שלא נתן לו כלום, אלא הוי כנתינה גמורה, אלא שמחמת דיני החלות יכול לבטל את הדבר, נמצא שאם אנו דנים לא על חלות הנתינה כ"א על מעשה הנתינה, אין כאן ספק כלל, א"כ הוי כאיני יודע אם נתחייבתי אף לדברי האחרונים, שלא אמרו דהוי כאיני יודע אם פרעתיך, אלא במקום דהוי ספק על מעשה הפרעון, אבל במקום דהוי ספק על חלות הפרעון, הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, כיון שהיה מעשה הפרעון ברור:

שהרי דין זה של מקח טעות דשור נגחן לרדיא, נראה דמשתנה הוא משאר מקח טעות בכל מקום, דנראה דמי שמכר לחבירו חפץ ונתן לו מין אחר לגמרי והלוקח לא ידע, ודאי שאין הקנין חל כלל, שהרי בשעה שקנה לא רצה לקנות חפץ זה, אבל בשור נגחן, שכונת הלוקח היתה לרדיא והמוכר נתן לו ראוי לשחיטה, כיון שלא התנה עמו הלוקח בפי', אף דהוי מקח טעות, נראה דמ"מ אם הסכים אח"כ הלוקח כשנתודע לו הדבר, וקבל על עצמו שור זה, שאינו יכול המוכר לחזור ולומר כיון שלא נתתי לך חפץ הראוי, הוי כלא

נקנה כלל ואחזור, אלא שאין זה טעות כ"א מצד הלוקח בלבד. וכן מצינו גבי אונאה יתר משתות שאף דיתר משתות הוי מקח טעות, מ"מ אינו יכול לחזור כ"א המתאנה, אבל המאנה לפי דעת הרבה ראשונים, אינו יכול לחזור כלל, ואף החולקים סוברים דאף המאנה יכול לחזור, אבל זה דוקא עד שלא קבל עליו המתאנה אבל אם כבר קבל עליו שוב אין המאנה יכול לחזור. ואילו הי' זה מקח טעות גמור מה מועלת קבלת המתאנה למנוע את המאנה מלחזור כיון שלא נקנה מעיקרא כלל, ואף אם ירצו שניהם מ"מ הי' צריך למעשה קנין חדש, שהרי מעשה הקנין הראשון בטל הוא מחמת הטעות, אלא ע"כ מוכרחים אנחנו לומר שאין זה מקח טעות גמור והקנין חל, אלא דהטעות מועיל לשבור את מעשה הקנין ע"י רצון המתאנה, וזהו יסוד גדול בדבר זה, שיש שני מיני טעות, יש טעות שאין המעשה חל כלל, וכמי שלא נעשה כל עיקר, ויש טעות אחר מחודש, שהמעשה חל, אלא שביד המוטעה לשבור המעשה משום הטעות, שכיון שחפץ הניתן לא נשתנה, נמצא שכוון הלוקח לקנות אותו החפץ ומשו"ה חל הקנין, והטעות בצורך הדבר או בשוויות הדבר הוי רק כאמצעי לבטל הקנין לכשירצה. ואפשר להסביר הדבר יותר, שאין הטעות אלא בהתחייבות המתאנה או בנתינתו הדמים, וכיון שחוזר מהתחייבותו מתבטל הקנין, ואם אינו חוזר הקנין עומד במקומו, או שהדבר פשוט יותר שאם במעשה הקנין לא הי' טעות הדבר תלוי' ברצונו שהטעות תולה את הדבר. וכ"כ שור נגחן לרדיא הוי רק טעות בצורך ולא בחפץ. והילכך לפ"ז הוי נתינה גמורה אף כשנתן לו המוכר שור לשחיטה והלוקח כוון לשור לרדיא, והוי מעשה פרעון ברור, אף שיכול הלוקח לבטל את הקנין, אין זה אלא שובר בחלות פטור הפרעון אבל לא במעשה הפרעון, ובזה יודה אף המחייב, דהוי כאיני יודע אם נתחייבתי כיון שנפרע בברור, ואין ספק אלא בדין פטורו:

אבל לפי זה אזדא לה ראיית הט"ז שהביא ראי' דמה שהלוה טוען איני יודע אם נתתי לך מטבע מזוייפת הוי כאיני יודע אם נתחייבתי מהא דאמרינן כמה תהא הסלע חסירה ותהא בה אונאה וכו' ואמרו שם שאם מכירה מקבלה ממנו אף לאחר כמה ימים, וקשה כיון דשם איירי שאינה יוצאה בהוצאה כלל, א"כ אם טוען הנותן שאינו מכירה ואינו יודע אם נתנה לו מ"מ יוצרך לקבלה ממנו, דכיון שצריך הי' ליתן לו ואינו יודע אם נתן, הרי הוא כאינו יודע אם פרע, אלא ע"כ כיון שבשעה שנתן לו את המטבע לא ערער בדבר והוחזק לפרעון שוב הוי כאיני יודע אם נתחייבתי, ע"כ. ולפי הדברים דלעיל כיון ששם מדין אונאה ג"כ אתינן עלה שאף שאינה יוצאה כלל היינו בשן זה וכיון שמדין אונאה אתינן עלה, הוי מעשה פרעון טוב וספק בחלות, ומשום זה הוי כא"י אם נתחייבתי אבל

במטבע מזוייפת הוי ספק במעשה הפרעון, שפיר הוי כא"י אם פרעתיך. וכן ראייתו השני' ממכר לו טבעת זהב ובא הלה וטען שהי' בה בדיל שכ' המרדכי דהוי א"י אם נתחייבתי ג"כ נאמר דאיירי שהלה טוען בה אונאה, והלכך שפיר הוי א"י אם נתחייבתי, ואין מכאן ראי' לשאלת הט"ז בנדון מטבע מזוייפת:

וכ"כ יש ליישב מה שהביאו ראי' מדברי הרשב"א שכ' גבי הנהו גינאי בפ"ק דגיטין שאף אם המקבל מודה שלא נשתייר כלום בחשבון והחשבון טעות הוא יכול הממחה לומר איני מאמין לך ולאו כל כמינך לחייבני בהודאתך ואף אם אומר הממחה איני יודע אם החשבון נכון אם לאו מ"מ פטור דהוי כאומר איני יודע אם נתחייבתי, אלמא כיון שפרע ואין ידוע אם הפרעון הוא טוב הוי כא"י אם נתחייבתי כדעת הט"ז ע"כ. ואין הדברים דומים, דדוקא בהמחאה במעמד שלשתן, שאי זה פרעון כסף, ואין החיוב נפרע בע"כ של המלוה, שהרי איננו מחויב לקבל המחאות בשביל חובו, ואין הלוה נפטר מחובו כ"א ע"י מחילת וריצו המלוה, נמצא שבשעת המחאתו מחל לו בפי'. וא"כ הלאי יש כאן מעשה פרעון ברור, והיא מעשה המחילה ואין לנו ספק כ"א בחלות המחילה, שמסופקים אנו אם אינו מבטל מחילתו מחמת הטעות, שמחל מחמת שסבר שמקבל חובו ע"י המחאה והלכך הוי כא"י אם נתחייבתי, אבל בפרעון המטבעות שאין שם מחילה, אלא שהפרעון פוטרו, וכיון שלא הוי שם מטבעות כ"א דברים מזוייפים, א"כ הוה ספק במעשה הפרעון, וזה הוי שפיר כאיני יודע אם פרעתיך:

ובנתיבות רצה לומר שבאונאה יתר משתות מה שאין המאנה יכול לחזור, הוא לאו מטעם שברצות המתאנה חל הקנין למפרע, שאיברא אין הקנין חל כ"א מכאן ולהבא בשטה שרוצה המתאנה והוא מטעם שלא יהא חוטא נשכר. ולפי דבריו מטעם הפקר ב"ד אתינן עלה, שדין חכמים הוא שיהא חל הקנין מעכשיו בלא מעשה הקנין. ואח"כ חזר גם הוא מזה והעלה ג"כ שהקנין חל אח"כ למפרע ועיקר קושיית הסמ"ע שדחקתו לנה"מ בתחילה לומר כן דמ"ש מעייל ונפיק אזוזי דשם אמרינן שכיון שבטל הקנין לגבי המוכר בטל ג"כ לגבי לוקח וע"ז רצה הנה"מ לומר שגם כאן בטל לגבי שניהם מדינא אלא משום שלא יהא חוטא נשכר קונה הוא מכאן ולהבא, ואולי אף בחזרתו מדינו אינו חוזר מתירוצו, שגם זה שברצות המתאנה חל הקנין למפרע ואין המאנה יכול משום כך לחזור הוא ג"כ משום האי סברא שלא יהא חוטא נשכר ולא מדינא. אלא שבתחילה ר"ל שהאי טעמא מהני רק מכאן ולהבא ואח"כ חוזר שהאי טעמא מהני ג"כ למפרע, אבל נראה שעיקר הקושיא מתיישבת בפשיטות שבאונאה הלא בטול המקח בא מחמת דין טעות, ובטעות כזו המקח חל ויכול להתבטל ע"י המוטעה, אבל בעייל ונפיק אזוזי פרעון

הכסף לתנאי הוא בא, ואם לא פרע לו את הכסף כאשר היה צריך, נמצא שלא נתקיים התנאי, וכיון שלא נתקיים התנאי ממילא המקח בטל לגמרי ככל דיני התנאים בכ"מ:

קנין וזכיה

סימן כז - בדין חיובי שומרין

א

במה שאמרו בגמ' ב"מ (ל"ח) המפקיד פירות אצל חבירו אפילו הן אבודין לא יגע בהם רשב"ג אומר מוכרם מפני שהוא כמשיב אבידה לבעלים. וקאמר בגמ' דביאר מכדי חסרונם ד"ה מוכרם. חקר במחנה אפרים ה' שומרין סי' ל"ה, אם החיוב דרמי עלי' למוכרן, הוא מטעם חיוב שומרין, או מטעם חיוב השבת אבידה ויסוד החקירה הוא כיון דהפסד דאתי ממילא, ולא אתי מחמתי' דשומר, אין זה בכלל חיוב שמירתו, או דילמא כיון דקבל עלי' הנפקד שמירה הרי זה חייב בכל מידי דיש להציל וע"ד שאמרו רועה שהי' יכול לקדם ברועים ובמקלות ולא קדם חייב ע"כ:

והנה מה שאפשר לומר בנפקותא בין שני הצדדים אם החיוב הוא מטעם שומרים או החיוב הוא מטעם אבידה, הוא אם הי' זה הנפקד זקן ואינה לפי כבודו, שאם החיוב הוא מטעם שומרין, אין בזה משום פטור דזקן ואינה לפי כבודו, שלא נאמר פטור זה אלא בחיובים של מצוה, אבל לא בחיובים הממוניים, שאם נתחייב מטעם דין ממון, אין בזה שום פטורים, והנה הא דאמרינן בזקן ואינה לפי כבודו, דאם הכישה נתחייב בה, יש לעיין אם דוקא כשנתחייב בה כשהכישה מטעם שומר אבידה, שכבר חל עליו חיוב השבת אבידה, הוא דמחוייב עוד להשיב עד גמירא, אבל אם יהא עליו החיוב מטעם אחר, אפשר שכיון שחיוב השבת אבידה לא חל עדיין עד עכשיו אינו מחוייב להשיב, כיון דאיהו זקן ואינה לפי כבודו. והנה אם נאמר שאף כשנתחייב כבר מטעם שומר, חייב שוב אף מטעם השבת אבידה, ואין בו פטור דוהתעלמת, א"כ בטלה כאן נפקותא זו, כיון שסוף סוף כבר נתחייב מטעם שומר, שוב מחוייב אף למכור מטעם השבת אבידה, כבכל הכישה דנתחייב בה, דאע"ג דאמרינן בהמוכר את הספינה (ב"ב פ"ה) דלא אמר רבה דהכישה נתחייב בה, אלא בבע"ח דאינקטינהו ניגרי ברייתא, נראה דיש חילוק בדבר, דהא בעי בגמ' ב"מ (ל' ע"ב) דרכו להחזיר בשדה ואין דרכו להחזיר בעיר מהו מי אמרינן השבה מעליא בעינן, וכיון דלאו דרכי' להחזיר בעיר לא ליחייב או דילמא בשדה מיהת הוא דאיחייב לי' וכיון דאיחייב לי' בשדה איחייב לי' בעיר ע"כ. ואמאי לא נימא דבשדה איחייב לי' ובעיר לא איחייב לי' כיון שפטרתו התורה

שוב לא מיחייב. דזה פשוט דכשמחייב בעיר, חייב הוא ככל השומרין, ואינו די במה שיביא לרשות משתמרת ומחוייב לטפל בכל הטפולין ככל מוצא אבידה, ואמאי לא נאמר, דבשדה מיחייב, ובעיר לא מיחייב, ומ"ש מהכישה דלא נתחייב אלא בבע"ח, אבל באינה בע"ח לא אמרינן שכיון שנתחייב נתחייב. ונראה שההחילוק פשוט הוא, דבהכישה, כיון שהי' בהכשה זקן ואינו לפי כבודו, נמצא שההכשה לא היתה חיובית, הילכך לא מתחייב בה, ודוקא בבע"ח דאינקטינהו ניגרי ברייתא הוא דמתחייב, אבל בדרכו להחזיר בשדה כיון שהחזרה היתה חיובית שוב מתחייב עוד גם אח"כ. וכמו כן הכא נמי גבי שומר, אי נימא דלא שני לן אם ההתחייבות היתה מטעם שומר בעלמא, או שההתחייבות היתה מטעם השבת אבידה, כיון שמתחילה הי' מחוייב בשמירת הדבר, מחוייב גם במכירת הדבר. ואפשר לומר שזו היא גם כונת התוס' (כ"ה ע"ב) ד"ה ואם נטל לא יחזיר וכו' משום דזקן לא מיחייב בהשבה כלל ולכך כי יחזיר למקומה אינו חייב בשמירתה וכן צלוחית דפ' הספינה לא מיחייב כלל בנטילה דאבידה מדעת היא ואינו חייב כלל בהשבתה אבל הכא אם הי' יודע שהיא אבידה חייב ליקחנה ולהשיבה לבעלים אם הי' יודע של מי היא עתה שהוא ספק אם הגביה חייב בשמירתה כדין אבידה ממש. ע"כ. מיהו גם בלא"ה מתפרשים דברי התוס' היטב, דשאני הכא שאפשר שהוא חייב עד גמירא גם מתחילה, ולא פטרנוהו אלא מספק, ולא פטרנוהו אלא מטעם שב ואל תעשה, והילכך כיון שהגביה כבר שוב אין אנו יכולים לפוטרו. ולפי הגירסא בגמ' דיחזיר לו מיהת בשדה, אבל בעיר לא יחזיר לו, לכאורה נראה שאין חילוק בין מחוייב מתחילה, ובין אינו מחויב. ועוד יוצא לנו נפ"מ בחקירה זו, שאם הי' ש"ש, עכשיו אם מחייבים אותו מטעם שומר אבידה, אין עליו אלא רק ש"ח לרבה דאמר שומר אבידה כש"ח דמי. וכן להיפך לרב יוסף אם הי' ש"ח, יתחייב עכשיו מטעם שומר אבידה כש"ש. ויש לומר דלרב יוסף אין שום נפ"מ, דזה ברור שיש עליו חיוב שומר אבידה, שהרי הדבר עומד להאבד אלא שהחקירה היא אם יש עליו גם חיוב מטעם שומר בעלמא, וא"כ אין נפ"מ כ"א לרבה. אבל נראה דאינו כן, דשני החיובים א"א להיות עליו בב"א, שכיון שיש עליו חיוב שומר כבר הדבר כנשמר, שהרי מטעם שומר הרי הוא עליו כבעלים למכרו ולשמרו מהפסד, א"כ אין על החפץ דין אבידה, והנפ"מ פפפשש לרבה, ולהקל עליו, שאם הי' ש"ש, ש יהי' עכשיו כש"ח דחיובו בזה הוא מטעם שומר אבידה בלבד:

ובדעת המח"א יש להתיישב שסובר, שאם החיוב הוא מטעם שומר, אם פשע ולא מכר חייב לשלם, ואם החיוב הוא מטעם שומר אבידה, אם פשע ולא מכר אינו חייב לשלם,

והדבר תמוה שהרי אף אם החיוב הוא מטעם השבת אבידה, הלא נעשה שומר ע"ז, ויש עליו חיובי שומר, ומ"ש שפוטרו מלשלם, אם יהא דין מכירתו מטעם השבת אבידה:

ונראית דעתו בזה, שאין בזה משום השב תשיבם, כ"א משום לא תוכל להתעלם, ודין שומר אבידה אינו אלא במחוייב מטעם השבת אבידה, ולא משום לאו דלא תוכל להתעלם. משום דהחפץ ברשות השומר שידו כיד הבעלים אין כאן דין השבה, אלא דינו שלא יתעלם מהציל מהפסד, אבל מה שיש בזה מן הקושי, ממה שנחלקו הראב"ד והבעה"מ בדין דלא תוכל להתעלם, הובאה מחלוקתם בש"מ בנטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה אינו עובר אלא משום השב תשיבם, וכתב בעה"מ שה"ה בלא תוכל להתעלם ע"כ. וזה שלא כדעת התוס' (כ"ו ע"ב) ד"ה אינו שכתבו וז"ל ובפ"ק דקדושין (דף ל"ד) דחשיב השבת אבידה עשה שאין הזמן גרמא היינו בענין שבכאן ע"כ. וכונתם דבענין אחר הלא מחוייבות הנשים בהשבת אבידה משום הלאו דלא תוכל להתעלם, אף אי היתה השבת אבידה עשה שהזמן גרמא, אבל בענין שבכאן דליכא הלאו דלא תוכל להתעלם, כיון שלא העלים עינו ונטל האבידה ע"מ להחזירה. והראב"ד חלק בפירוש אדברי בעה"מ וכתב ז"ל א"א אין הדעת מורה כך שהרי לא העלים עינו ממנה ונטלה ע"מ לקיים מצות השבה, אבל כיון דסוף סוף החזיק בה לא קיים, וקרוב אני לומר שאפילו לפני יאוש נתכוין כיון שהכניסה לתוך ביתו כבר נפטר מלא תוכל להתעלם ולא אמר אחר יאוש אלא לפטרו מלא תגזול ולחייבו בהשב תשיבם אפילו לאחר יאוש, ע"כ הצריך לנו:

ודברי הראב"ד צריכים באור רב דמ"ש לפני יאוש מלאחר יאוש, שלאחר יאוש ליכא לאו דלא תוכל להתעלם פשוט הוא בעיניו, ולפני יאוש קרוב הוא לומר כך, אבל איננו פשוט בעיניו, דהא לאחר יאוש כלפני יאוש, כיון שהיאוש לא מהני, משום שכבר נעשה שומר על החפץ, משום הגבהתו ע"מ להחזירה. וחזינן לדעתי' דהראב"ד דבכי האי גוונא ליכא לאו דלא תוכל להתעלם, ונראה בסברתו, דלאו דהעלמה לא נאמר בכל ענין הפסד ממון ישראל, שאסור להתעלם מהציל ממון ישראל מהפסדו, שאילו היינו אומרים כן אין נפקא מינה בדבר אם כבר נטלה ע"מ להחזירה, כיון שסוף כל סוף עומד עכשיו להפסיד, יש עליו לאו דלא תוכל להתעלם, אלא שאין הדבר כן, שאין הלאו דאיסור העלמה, אלא במקום שיש על החפץ שם אבידה, אבל במקום שאין על החפץ שם אבידה אינו באיסור דהעלמה, ולא נאמר ע"ז הלאו דלא תוכל להתעלם, והם הם דברי הראב"ד שאינו באיסור העלמה, אלא כשהחפץ עדיין הוא אבוד, ומוטל באופן של אבידה, אבל כשהחפץ נמצא באופן שאין עליו כבר שם אבידה, כבר לא העלים עיניו. ונוכל בכונה זו

לבאר גם חילוק הראב"ד לחלק בין לאחר יאוש דמיפשט פשיטא לי' דאין עליו הלאו דלא תוכל להתעלם, ובלפני יאוש רק קרוב הוא לומר, אבל לא פשיטא לי', משום דלאחר יאוש בעלים, אף דלא מהני היאוש, משום דהוי ברשות בעלים, היינו דבדין יאוש לא מהני, אבל מ"מ במציאות הדברים יש כאן יאוש, וע"י זה פקע מהחפץ שם אבידה, שאין החפץ אבודה לגבי בעלים, כיון שכבר נתיאשו ממנו והילכך פשוט לי' דאין כאן דין דלא תוכל להתעלם. אבל מ"מ צריך להשיב לבעלים, כיון שבדין ממון עדיין של בעלים הוא משום דלא פעל היאוש, משום דהוי יאוש ברשות. ואחר שהגענו לזה, אי אפשר לנו לומר שפירות המופקדין והם נחסרין, צריך למוכרן משום לאו דלא תוכל להתעלם, דכיון שהם נמצאים ברשות שומר, אין עליהם שם אבידה, אלא הפסד ממון בעלמא, ובהצלת הפסד בעלמא, אין בזה משום לאו דלא תוכל להתעלם, ואי נימא דהשב תשיבם אין כאן, ולא תוכל להתעלם ג"כ אין כאן, א"כ תו אי אפשר לומר שצריך למוכרן משום השבת אבידה, וע"כ חיובא דשומר הוא למכור:

[**ומה** שתקשה אדברי בעה"מ קושיית התוס' דלמה צריך לחייב נשים בהשבת אבידה משום שהויא עשה שאין הזמן גרמא, תיפוק לי' משום הלאו, שהרי לבעה"מ יש תמיד הלאו עם המעשה, נראה דבאמת יש ליישב בפשיטות, שנאמר שדין העלמה ודין השבה שני ענינים נפרדים, שזה דינו על פעולת ההעלמה, שאסרה תורה להתעלם, ואין זה ענין להשבה, והעשה דינה על פעולת ההשבה, והילכך צריכים אנו ללמוד שנשים חייבים בפעולת ההשבה, ואי משום הלאו. לא ידעינן אלא שאסורים בפעולת ההעלמה, אבל פעולת ההשבה לא ידעינן, ודעת התוס' נראית מזה, שאין אלו שני ענינים נפרדים, אלא שגם דין ההעלמה אינו ענין בפני עצמו, אבל איסורו שלא להתעלם, משום שצריך ומחוייב להשיב, וענין אחד הוא]:

ובמה שרצה להביא ראי' מדברי התוס' ב"מ (ל' ע"א) ד"ה לצורכו ולצורכה וכו' ותדע דאי דוקא לצורך הכלי מאי פריך פקדון מאי עבידתי' גבי' כיון שהוא שומר יש לו לעיין שלא יתקלקל אע"פ שהבעלים אינם אומרים לו להשתמש, ע"כ. שנראה מדברי תוס' אלו, ששומר חייב אף להציל מקלקול דאתי מחמת עצמו. הנה לפ"ד אין מזה ראיה כלל לנדון דידן דפירות המופקדין, והן נחסרין, דמחייבינן אותו למכור, דלשמור שלא ירקבו או שלא יתעפשו, מחיובי שומר הוא, שכמו שעל השומר מוטל לשמור את הבהמה מטריפת זאבים, ומגניבת אדם, כמו כן צריך לשמור את החפץ המופקד מאכילת עש או מרקבון או מקלקול אחר בגוף החפץ, כי מה לי זה ומה לי זה, כיון שהם ענינים של הצלת החפץ ושמירתו, דברים הללו מוטלים על השומר, והם עיקר ענין קבלת שמירתו

וחיובו בהם, אבל כשאין יכול להציל את החפץ ע"י שמירתו, אין זה מחיוב השומר להציל את המפקיד מהפסדי ממון, כיון שאין הצלה זו מהפסד באה משמירת החפץ, כ"א מטפולים אחרים ועניינים של משא ומתן, שלא בגוף החפץ המופקד, ואין חיוב להשומר על זה יותר משאר אנשים הפטורים בכ"ז. אך בהעמיק עוד בענין נראה, שיש לומר שעיקר חיוב שומר, שהוא ענין של שמירה, הוא רק ענין של יושב ומשמר בלבד, ובזה נבדלת שמירה מזאב ומגניבת אדם שפשוט בכל מקום שהן עיקרי חיובי שומר, משמירה מקלקול החפץ ע"י רקבון או עש או התעפשות, שמסתפק בזה במ"א, ששמירה מגנבים או מטריפת זאב וכדומה, ע"י פעולת שמירה ממש הוא באה, שהשומר יושב ומשמר וע"י זה הוא מציל את הפקדון מגניבה או טריפה, ואין צריך להצלה זו שום פעולה אחרת חוץ ממעשה שמירה, ואף כשצריך לקדם ברועים ובמקלות גם זה אינו אלא ענין של שמירה מעולה ביותר, ומעשה השמירה הלא זה ודאי חיובו של שומר, אבל לשמור ולהציל מרקבון או מעש, אין זה בא על ידי פעולת שמירה בלבד, שבזה שיהא יושב ומשמר, אין החפץ ניצל מעש ומרקבון, ולזה הלא צריך רק ענין של פועל, ואפשר שאין זה בכלל חיובי שומר, להעשות פועל ולעסוק בענין פעולות נקיון וביטשא בביטשי, פתיחה וגלילה ושיטוח. ועכשיו תהא הראי' נכונה, שאם נאמר, שהשומר צריך להשתדל ולראות שלא יתקלקל החפץ, אף קלקולים דאתו מחמת עצמו של חפץ, אף שאינם ענין לפעולות של שמירה בלבד, על כרחנו צריכים אנו לומר, שאין דינו של שומר להיות יושב ומשמר בלבד, ועל השומר מוטל לעסוק גם בשאר פעולות אף שאינן של שמירה, ובלבד שינצל המפקיד מהפסד בדבר זה, אם כן גם עלינו לומר שאף במכירת החפץ כדי שיושב לו ממונו בשלמות ג"כ מחוייב השומר, שאם נבא לומר, שאין על השומר אלא דין שמירה בלבד, צריך הי' להיות פטור גם משאר פעולות, שגם הן אינן ענין של שמירה, כגון גלילה ופתיחה ושטוח כסות, אלא ע"כ שדין שומר הוא להציל את הבעלים מהפסד ממון חפץ זה:

ושורש חלות על שומר דין כזה שאינו ענין של יושב ומשמר, נראה שכבר חקרו האחרונים, כשתובעים הבעלים את השומר ע"ד החפץ, והוא טוען איני יודע אם נאנס אם לאו, אם דינו כאיני יודע אם פרעתיך שחייב, או כאיני יודע אם נתחייבתי דפטור, והנ"י בשם הרא"ה כתב דבתרי לישני דגמ' (כתובות ל"ד) אי משעת משיכה איחייב לי' באונסין, אי משעת פשיעה איחייב לי' באונסין, תלוי זה אם הוי איני יודע אם פרעתיך, דלהך לישנא דמשעת משיכה חייב הוי איני יודע אם פרעתיך, ולהך לישנא דמשעת פשיעה איחייב הוי א"י אם נתחייבתי. ונראה, שאף אי נסבור דהוי כאיני יודע אם

נתחייבתי משום דבשעת פשיעה איחייב לי' באונסים, ולא חל על השומר שום דין עד שעת פשיעה דמיחייב בתשלומין, היינו דוקא לענין זה, דנימא שכבר חל עליו דין חיוב השבת החפץ, דניהוי עליו חיוב ממש שיוכל להקרא שהוא בחזקת חיוב, ומשום כך יהא חייב כשהוא טוען שאינו יודע, שנעמידנו בחזקת חיוב, חיוב כזה עדיין אין עליו עד שעת תשלומין, אבל מ"מ יש עליו חיוב להזהר בחפץ כדי שיוכל להשיבו בשלימות, שהלא יצטרך להשיבו לבסוף, וגם עכשיו מתחילה כשמושך החפץ לשמרו, כבר חל עליו דין זה של השבה, אבל כיון שאין על דין זה דין של בין אדם לחבירו, שהרי אין זה ענין של תביעה עדיין לא מיקרי זה חזקת חיוב. וכשאנו דנים בחיובי השומר בשמירת הדבר וזהירותו שלא יתקלקל, גם זה מן המוטל עליו, להזהר בו ולשמרו מכל המפסידים, ואין זה ענין של תביעה, אלא ענין של חיובי עצמו, ומטעם זה הוא דמחייבינן את השומר בפעולות של פועל, שאין להם ענין במעשה השמירה של עסק שמירה ופעולתה ממש, שענינים אלו מחיוב ההשבה שהשומר מתחייב בה, הם מסתעפים, שמחוייב הוא להשתדל שיהא החפץ בשלמותו, שיוכל להשיבו. ועל קוטב זה מתהפכת הראי', שכיון שצריך להשתדל שלא יתקלקל, על כרחנו צ"ל שאין חיוב השומר במעשה השמירה בלבד, אלא אף דין השבה יש עליו, וא"כ ודאי חייב הוא אף למכור את החפץ להצילו מהפסד, מטעם זה של חיוב השבה:

ב

בגמ' ב"מ (ה' ע"א) כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות ופי' הראשונים שחפר בכל הקרקע ואע"פ שמודה וכופר גם בדמי החפירות וה"ל כטענו כלים וקרקעות והודה במקצת כלים, הוציא הרמב"ם פ"ה מטוען ה' ב' מכאן שדמי קרקע דינם כקרקע. והראב"ד חלק עליו שדמי קרקע אינם כקרקע ומה שקשה מהגמרא תירץ דאיירי כגון שתבעו למלאות החפירות ע"כ. והנה דברי הראב"ד קשי ההבנה דהיכן מצינו שיכול לתובעו למלאות החפירות, שהרי כל עיקר חיובו מטעם מזיק ומזיק אינו מחוייב אלא ממון. והש"ך בסי' צ"ה הביא דברי הראשונים שתמהו כן על הראב"ד והוא השיב עליהם דאפשר דאה"נ דעד כאן אינו מחוייב רק ממון דוקא כשא"א לתקן הנזק, אבל כשאפשר לתקן הנזק צריך לתקן. והוסיף עוד שאפילו תימא שאין חייב מ"מ דעת הראב"ד נכונה, וכונתו דהיכא דאפשר למלאות החפירות ואף שאינו חייב לשלם אלא דמים מ"מ ודאי בדמים שיתן לו ימלא החפירות אם כן תביעת קרקע היא. ע"כ. ובשמ"ק ב"מ (ה' ע"א) הביא רבינו יונה ראי' דאינו חייב למלאות החפירות מהא דאמרינן בב"ק (מ"ח ע"א) הכניס שורו לחצר בעה"ב וחפר בה בורות שיחין ומערות בעל השור חייב בנזקי חצר

ובעל החצר חייב בנזקי הבור ולא אמרינן על בעל השור למלויי הבור אלא נותן לו דמי היזקו ובעל חצר יסתום הבור עכ"ד. והראי' מתמיהה מאד מאד דעד כאן לא קאמר הראב"ד דחייב למלאות החפירות היינו רק משום חיוב היזק בעל החצר אבל למלאות החפירות כדי שלא יוזקו בודאי אין החיוב מוטל עליו ובעל הבור אינו נקרא כי אם זה שחייב לשמור שלא יוזקו וזה החיוב מוטל רק על בעל החצר, הילכך לגבי שמירת ניזקין בודאי על בעל החצר למלויי:

ונראה בדעת הר"י שהוא סובר לדבר פשוט שאין שום צד סברא לחייב את המזיק מצד דין תשלומי נזקין שהתורה לא חייבה למזיק אלא לשלם ממון. ואם נוכל לומר שהמזיק מחוייב למלאות החפירות ולתקן הנזק אין זה כ"א מטעם אחר דהיינו שאם יכול לתקן הנזק ואינו מתקן נקרא שהוא מזיק עכשיו בחיוב ומשום זה מחוייב לסלק את נזקו ולתקן הנזק כמו שמחוייב הי' עד שלא הזיק שלא להזיק. הגע בעצמך אילו הי' מניח איזה דבר על חפץ, שבשעה שהדבר מונח החפץ נפסד, ואילו סלקו הדבר המפסיד הי' הדבר מתוקן כבתחילה, והדבר באופן כזה שרק הוא יכול לסלקו האם היינו מחייבים אותו ממון או היינו מחייבים אותו לסלקו, בודאי הי' מחוייב לסלק הדבר המפסיד. וזהו שאמר הר"י שכיון שאין אנו יכולים לחייבו למלאות החפירות מטעם תשלומי היזק כ"א שאנו חושבים אותו למזיק עכשיו בפועל א"כ בודאי לגבי שמירת נזקין שלא יוזקו אחרים ג"כ נקרא מזיק בחיוב והילכך הי' צריך להיות שגם לגבי שמירת נזקין יהי' עליו חיוב למלויי. אלא ודאי שצריכים אנו לומר שאין אנו יכולים לחייבו לתקן הנזק מצד מזיק בחיוב באותה שעה א"כ לגבי בעל החצר ג"כ לא נוכל לחייבו במילוי החפירות, שמצד חיוב תשלומי נזק בודאי אינו מחוייב בזה. ודעת הש"ך אינו כן שמצד חיוב תשלומי נזק מחוייב למלא החפירות ולתקן הנזק ומשו"ה לא יקשה עליו מגמ' דב"ק מפני שכל עיקר חיובו אינו רק לגבי בעל החצר ולא לגבי אחרים שלא יוזקו. ובזה יובנו לנו דברי הש"ך התמוהים לכאורה שכתב שאף אי נימא שאינו מחוייב רק לשלם דמים מ"מ כיון שהניזק ימלא על ידם החפירות נקרא תביעת קרקע. והדבר תמוה דמה לי מה שיעשה הניזק בהדמים כיון שהוא אינו חייב רק ממון. ולפ"ד הדברים מבוארים שבעיקר הדבר החיוב על המזיק לתקן הנזק, אלא שלא הטילה התורה עליו חיוב טורח המילוי ויכול להפטר בנתינת הדמים, שעל ידם יוכל הניזק לתקן הנזק. אבל כל עיקר מכוון נתינת הדמים הוא רק לתקן הנזק במקום שאפשר לתקנו. [ונראה להסביר הדבר יותר שבנזקי אדם חייבה התורה ארבעה דברים ואחד מהם הוא ריפוי, והנה ענין ריפוי הוא רק לתקן הנזק, והנה בנזקי בהמה אינו חייב רק נזק, וביארו בזה, מפני שבבהמה בנזק כבר כלול

הכל, וצריכים אנו לומר לפ"ז שענין נזק הוא ג"כ לתקן הנזק כמו שחייבה התורה כן גבי אדם, שאין חילוק בזה בין אדם לבהמה]:

ולכאורה הי' נראה דהראב"ד פליג על הרבינו יונה וסבירא לי' דבמקום שאפשר לתקן הנזק צריך לתקן. אבל נראה דיש ליישב דברי הראב"ד אף לפי דברי הר"י, דיש לעיין בדין זה שכתבו דבשומרין יש חיוב השבה דלמ"ד דמשעת משיכה איחייב לי' באונסי' אם אינו יודע אם נגנב או נאנס באופן שאינו יודע אם חייב או פטור דהוי כאיני יודע אם פרעתיך וחייב, וכבר נתבאר שאף למ"ד משעת פשיעה איחייב לי' באונסי' דלדידי' כתב הרא"ה דהוי כא"י אם נתחייבתי, מ"מ חיוב השבה יש על השומר גם לדידי', אלא שאין זה חזקת חיוב, מהו טיבו של דין השבה אם הוא בכלל דיני שומרים שחדשה התורה או דין זה אינו שייך לדיני שומרים שחדשה התורה, והנפקותא תהא בקרקעות והקדשות שפטרה התורה מדין שמירה אם נתמעטו גם כן מחיוב השבה אם לאו, שאם נימא שחיוב השבה הוא ג"כ מכלל חדוש דיני שמירה, אז גם קרקעות והקדשות נתמעטו מדין השבה, אבל אי נימא שדין השבה אינו מכלל חדושי התורה בשומרין, לא נתמעטו קרקעות והקדשות כ"א מדיני חדושי שומרין אבל לא מדיני השבה. וראיתי להגרש"ק שחקר בדין קרקע אינה נגזלת איך יהי' הדין בראובן שגזל שדה משמעון ומכרה ללוי אם יכול לתבוע גם מראובן כיון שהוא גזלו או שצריך לתבוע דוקא מלוי שהקרקע בידו. והנה חקירתו גבי גזילה דומה ממש לנדון דידן של שומרין, שגם גבי גזילה החקירה תלוי' בזה אם יש השבה גבי קרקע אע"פ שאינה נגזלת, כיון שהוא לקחה נתחייב:

והביא ראי' לפשוט ספיקו מגמרא חולין פרק הזרוע דאמרינן שם שאם הטבח לקח מתנות בהמתו ומכרן לאחר מ"ד מתנות נגזלות יכול הכהן לתבוע בין מהמוכר בין מהלוקח ואם אין מתנות נגזלות אינו חייב אלא הלוקח. חזינן מזה דאם אין מתנות נגזלות אין על המוכר כלום וכן גבי קרקע כיון שאינה נגזלת אין על המוכר כלום. עכ"ד. ולפ"ד אין הנדון דומה דבמתנות דאינם נגזלות משום דכל עיקר לא הי' על הטבח רק חיוב נתינת המתנות לכהן, וחיוב זה נשאר עליו גם אחר שגזל, נמצא שלא עשה כלום. וגם אילו לא גזל והיו המתנות מגיעות ליד אחר הי' החיוב נחית על השני, וגם עכשיו מי שבידו המתנות מתחייב, שכל עיקרו של דין המתנות הוא כך, שמי שהם בידו מתחייב, וא"כ למה יתחייב המוכר, אבל גבי קרקע אפשר שמי שלקח הקרקע, כיון שלקח מיד הבעלים אע"פ שאין הקרקעות נגזלות מתחייב מדין השבה, וכן נוכל לומר גבי שומרין שאף במקום שאין דין שמירה יש דין השבה:

ונראה שבנדון זה אם יש חיוב השבה בקרקעות הוא מחלוקת הראשונים, הובא בר"ן ב"מ אמתני' דפרק המקבל דקתני המקבל שדה מחבירו והובירה שמין אותה כמה היא ראוי' לעשות ונותן לו שכך כותב לו אם אוביר ולא איעבד אשלם במיטבא ע"כ. וכתב הר"ן דיש מי שפירש דלענין פחת הקרקע לא הי' מתחייב בלא תנאי וראיתי לאחרים שכתבו דכיון דקביל עלי' למיפלחה שכך כותב לו אנא אוניר ואורע חייב הוא בכל היזק שיבא בשדה מחמת ביטול המלאכה כשומר שנגנבה או נאבדה הבהמה מחמת ידו וכן שואל שנאנסה שחייבין, וכמדומה לי שדברי שגגה הם שאם מתורת שומר אתה רוצה לחייבו אין השומר חייב בקרקעות ע"כ. ולפ"ד תהא דעת היש מי שכתב שאע"פ שאין השומר חייב בקרקעות היינו דוקא בדין גניבה ואבידה ואונס שהם מחידושי התורה בשומרין אבל לענין השבה חייבים אף בקרקעות הילכך היכא שהובירה במזיד שאף שמדין מזיק אין לחייבו שבמזיק צריך היזק בידים ממש אבל מ"מ בשומרים חייבים מדין חיוב השבה שזה הוי יותר מפשיעה. ולפ"ז יתיישבו דברי הראב"ד שבדינו של הר"י דאתי עלה מדין מזיק אינו חייב אלא ממון אבל הפסוק דשבועת קרקע איירי גבי פקדון דאתי עלה גם מדין חיוב השבה צריך למלא הקרקעות כשתובעו כיון שמחוייב להשיב החסרון ואפשר למלאותו

ג

בתוס' ב"מ (מ"ב ע"ב) ד"ה כספים חקרו אי ש"ש נפטר בגניבה באונס ובב"ק (נ"ז ע"א) העלו דאף בגניבה באונס חייב ש"ש דכיון דחייב הכתוב ש"ש בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס סברא הוא דבכל ענין שתהי' הגניבה יתחייב מגזרת הכתוב אפילו באונס גמור אע"ג דבלסטים מזויין דהיינו שבוי' דקרא פטר הכתוב אע"פ שאין אונסו גדול יותר ע"כ, והנה לפי דברי התוס' אלו אין הדברים אלו אמורים כ"א בגניבה אבל באבידה שסתם אבידה קרובה לפשיעה ולא חידש בה הכתוב פטור ש"ש כשאיתרמי באונס. ועוד הי' נראה להכריח דדוקא בגניבה הוא דחייב הכתוב אף באונס בש"ש, דאי נימא דאף באבידה, א"כ הלא לאו דוקא אבידה וא"כ כל אונסין ליחייבו בש"ש ומה בין ש"ש לשואל להני דסברי דאפילו שמר ונאנס חייב אי לא דנימא דמחולקין בהני דהזכיר הכתוב לפטור בש"ש ומת ונשבר ונשבה ונימא דגזה"כ בהני לפטור אם נעשו באונס ואם לא נעשו באונס חייב אבל א"א לומר כן, והנה בקצוה"ח יישב בזה קושית הישש"ש על התוס' מהא דב"מ (צ"ג) ההוא רעיא כו' אתא לקמי' דרבה כו' א"ל אביי אלא מעתה אם עייל השומר לביתי' בעידנא דעיילי אינשי כו' ה"נ דמיפטר א"ל אה"נ כו' ע"ש וא"כ ש"מ דלא ס"ל לרבה הא דאיתא בירושלמי ושאלתות, וע"ז כ' דיש לחלק בין גניבה לשאר

דברים ורבה לא פטרה אלא בטרף או בנאבדה אבל בגניבה מודה דחייב אפי' באונס ע"כ. ובספר העמק שאלה הק' על חילוק זה מדברי השאלתות שכתב ואי לנטורי באגרא אשלמו לי' אע"ג דאוקמא בדוכתא דנטירתא ונגנבה או אבדה מיחייב לשלומי והביא הרא"ש מזה ראי' דהשאלתות סובר אף באונס חייב והלא בשאלתות מפורש דבנגנבה ונאבדה חייב באונס עכ"ד:

ולי הי' נראה בזה דרך חדשה, דהנה שתי שיטות בדבר, דעת הנ"י וכן עוד ראשונים הובאו בש"מ, וכן משמעות לשון השאלתות, וכן משמע לשון הירושלמי המובא בדבריהם שאף אם הקיפוהו מחיצה של ברזל ונאנס חייב, משום דבעינן יושב ומשמר, עד כדי הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה שעד כאן הוא חיובו של שומר שכר, וכיון שלא מלא תפקידו וחיובו איננו נפטר באונס, אבל אם שמר כדצריך לו, אלא שנאנס שתקפתו שינה באונס, או שנחלה חולי גדול פטור, כיון שהוא הלא היה יושב ומשמר, ומלא את תפקידו וקיים חיובו, אין לנו על מה לחייבו. והשיטה השני' הובאה בש"מ, שאף אם תקפתו שינה או שנחלה חולי גדול, ג"כ חייב. ולשיטה זו צריך לבאר, מפני מה זה חייב כאן, שהרי אי אפשר לומר שמפני שלא שמר שמירה שחייבתו תורה, שהרי היה יושב ומשמר, ובודאי שאי אפשר לחייבו יותר משיעור שאמר יעקב, הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה דמהיכי תיתי, וגם מזה שחייבה תורה גניבה שהיא קרובה לאונס, אין להביא ראיה על שאר אונס, שאפשר לומר דדוקא שם בגניבה, משום שלא שמר כחיוב התורה, שלא היה יושב ומשמר, אבל במקום שיושב ומשמר, לעולם אימא לך שפטור, ומה"ת לחייבו. ועל כרחנו אנו צריכים לומר שאינהו לא סבירא להו לחייב אף במקום שלא הי' יושב ומשמר, מטעם שלא מלא תפקידו, שכיון שהקיף מחיצה של ברזל, או שטמן מאה אמה בקרקע, ודאי שלא חייבתו תורה שיהא קשור אל החפץ כיון ששמירה זו ששמר עוד מעולה היא יותר מישיבתו שם לשמור, וכמו שהקשו שם בשיטה מקובצת על דעת הנ"י. אלא ע"כ שדעת התורה שחייבה בגניבה, וגניבה הלא קרובה לאונס היא, עד שאדם המזיק החייב באונס פטור באונס כזה לדעת התוס' פ' המניח, משום שהתורה הוציאה דין זה מכלל הנאמר בכ"מ שאנוס רחמנא פטרי' וכאן חייבה באונס, אבל לא מטעם מיעוט שמירה אלא דין הוא שחדשה תורה בתשלומי שומר שכר לחייבו אף באונס. ויש לעיין בזה שחדשה תורה בכל גניבה שאף שקרובה לאונס מ"מ חייב ש"ש אם החדוש הוא שמתחייב תשלומין עבור ההפסד באונס כמו שמתחייב בפשיעה וביחוד לפי דברי הרמב"ם שחיוב פשיעה בשומרים מטעם מזיק הוא וא"כ אין החיוב שייך לחיוב השבה של שומרים כ"א שמתחייב תשלומין בשביל מעשה

הפשיעה וכמו כן בש"ש בגניבה באונס ג"כ חדשה התורה שמתחייב תשלומין בשביל ההפסד באונס, או שנימא שלא חדשה תורה לחייבו בתשלומין בשביל ההפסד באונס אלא שאמרה תורה שאין השומר נפטר מחיוב השבה שיש לו להשיב החפץ שלקח ואף שאנוס הוא על ההשבה שהרי נגנבה באונס מ"מ אין נפטר באונס זה והוציאה התורה מכלל מה שאמרו תמיד דאונס רחמנא פטרי' בזה כמו שנתבאר, דלכל הדעות אף למאן דס"ל דבשומר ספק פשיעה הוי איני יודע אם נתחייבתי, מ"מ הוי על השומר דין השבה להשיב לבסוף אלא דלא הוי חיוב גמור מתחילה להקרא חזקת חיוב, ושלא להפטר מטעם קלב"מ. ונ"ל דיוצאת לנו נפ"מ בחקירה זו דאי נימא דהחיוב הוא חיוב תשלומין א"כ חייב על כל האופנים באונס אבל אי נימא דאין החיוב בא רק מחמת דין השבה שמחוייב להשיב החפץ וכשאין החפץ בידו משיב דמים דמה לי הן ומה לי דמיהן מיהא יש חילוק בדבר שאם אינו יכול להשיב החפץ מפני שאנוס הוא אבל החפץ ישנו בעולם א"כ מחוייב הוא בהשבה אלא שאנוס הוא וכאן לא פטרה רחמנא האונס וחייב ליתן דמים דמה לי הן ומה לי דמיהן אבל כשיכלה החפץ מן העולם אז לא שייך כלל לומר שמחוייב בהשבה שהרי אין החפץ במציאות להשיב וניתק ממנו דין השבה ואז אין אנו יכולים לחייבו רק מדין חיוב בשביל ההפסד וע"ז לא חייבה התורה באונס ורק בחיוב השבה חדשה תורה לחייב באונס:

וע"פ סברא זו שכתבנו לחלק בין היכא שהחפץ בעין שאז יש דין השבה ובין היכא שאין החפץ בעין שאז ליכא דין השבה הי' אפשר ליישב מה שמוכח מדברי הרמב"ם ריש הל' גזילה שכתב שאין לוקין על לאו דלא תגזול משום דהוי לאו הניתק לעשה ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמי' וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו ע"כ, והנה היכא שהחפץ בעין כתב דהוי לאו הניתק לעשה דוהשיב, ואם שרף הוי לאו הניתן לתשלומין, משמע מזה דבדמים אינו מקיים השבה והלכך לא הוי שוב ניתק לעשה משום דבטלה לעשה ובש"מ ב"ק סובר דאף בדמים מקיים מצות השבה, וע"פ הסברא שכתבנו יש להשוות הדעות דכשהחפץ בעין מוטלת עליו ההשבה ואז מקיים ההשבה גם בדמים דמה לי הן ומה לי דמיהן אבל כששרף את החפץ שאין החפץ בעין ולא שייך במציאות השבת החפץ אז בע"כ ניתק דין השבת החפץ ואז משלם דמים רק מצד חיוב תשלומין, הילכך לא הוי ניתק לעשה כי אם ניתן לתשלומין ולכאורה מוכרחים אנו ליישב דברי הש"מ שהרי בגמ' מכות (ט"ז) מוכרח בפירוש דבשרף את הגזילה לא הוי ניתק לעשה רק ניתן לתשלומין ומוכרחים אנו ליישב דברי הש"מ כמו שכתבנו, ומיהו בתוס' ב"מ (ה' ב') גבי ההוא רעיא שכתבו דמה שמשלם בשביל הבהמות שאכל

אין זה השבה מעלי' משום שמשלם בע"כ משמע דאילו שלם מדעתו הוי השבה ואף שהחפץ אינו בעין שהרי אכלן ולפ"ז יקשה על התוס' מסוגיא דמכות, ומ"מ דברי הש"מ אפשר ליישב כדלעיל. לאחר הנחות אלו יש לנו לומר שבמקום שיש החפץ בעולם כגון שנגנבה או שנאבדה שיש עליו חיוב השבה אלא שאנוס הוא בדבר שאינו יכול להשיב שאינו בידו בזה חדשה תורה דלא אמרינן בזה אונס רחמנא פטרי' וחייב להשיב החפץ והילכך משלם דמים דמה לי הן ומה לי דמיהן אבל כשנטרפה הבהמה או שכלתה מן העולם באיזה אופן או אפשר אפי' כשנעשית אבודה ממנו ומכל אדם דהוי כמאן דליתא בעולם כלל בענין כזה פטור ש"ש באונס, ויוצא לנו מזה דבין בגניבה ובין באבידה חייב ש"ש אף באונס ורק בדין דרבה דבא זאב וטרף דכבר ליתא לבהמה בעולם וכן גבי שריק חדא מנייהו שהחליקה ונאבדה מן העולם התם פטור כיון דנטר כדנטרי אינשי כיון ששם אין עליו דין השבת החפץ ובחיוב תשלומין לא חדשה התורה שיתחייב בתשלומין אף באונס דש"ש פטור מתשלומי אונסין, ולפי דברים אלו שכ' להשוות גניבה לאבידה לחלק בין גו"א לשאר דברים תתיישב קושית העמק שאלה הנ"ל, ונרויח בזה ליישב מה שהק' ג"א מה דילפינן אבידה בש"ש מגניבה מק"ו ואי נימא דבגניבה חייב אף באונס ובאבידה אינו חייב באונס איך נוכל ללמוד זה מזה, ולפ"ד שניהם שוים בדין אנוס, ובזה ניחא מה שמקשים מהמכילתא משפטים בש"ש דפטור בנשבר או נשבה דאמר דיכול דפטור השבר והשבי בין יכול להציל בין אינו יכול להציל וסבר ר"ע דדייניען מגניבה דמה גניבה שיכול להציל בשמירתו חייב אף שבר ושבי כשיכול להציל בשמירתו חייב ומשמע דגניבת אונס פטור דאי חייב א"א לדמות שבר ושבי לגניבה דבשבר ושבי כה"ג ודאי פטור, ולפי הדברים הנ"ל יתיישב דב' חיובים יש בגניבה כשנגנבה שלא באונס חייב מצד דין תשלומין וכשנגנבה באונס חייב מדין השבה והשתא ילפינן שפיר שבר ושבי דאין שם דין השבה כמו שנתבאר כ"א חיוב תשלומין מדין גניבה שבא מדין תשלומין והיינו כשיכול להציל, ומיהו לכאורה כל עיקר יסוד זה יהא נסתר אי אמרינן דמשעת משיכה איחייב לי' באונסי' דלפ"ז הלא כבר נתחייב בהשבה בשעת משיכה בעוד שהי' החפץ בעין וממילא נתחייב בדמים דהא זהו דאמרינן משעת משיכה איחייב לי' בתשלומי אונסי', אלא שכבר הביא בקצוה"ח ליישב דברי הרב המגיד שכתב דכל השומרין משלמין כשעת הפשיעה, והק' ע"ז הקצוה"ח דלפי דברי הרמב"ם דשומר מתחייב מעידן משיכה א"כ צריך להתחייב כשעת משיכה כגנב וגזלן ויישב ע"פ דברי הריטב"א דלהך לישנא נמי לא דמיחייב חיוב גמור לאלתר דהא כל כמה שהוא בחיים ברשותא דמרא איתא וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דלכי נגנבה או נאנסה

ואיכא חיובא עלי' משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ע"כ. ולפ"ז אין שום סתירה אלא שדברי הריטב"א בעצמם צ"ב חדא איך משתעבדי נכסי למפרע כיון דלא הוי עלי' מעיקרא שום חיוב והב' כיון דלא מתחייב אף להך לישנא כי אם בשעת פשיעה אמאי בהיתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת חייב כיון דעיקר החיוב הוא בשעת פשיעה הי' לנו לומר דקלבד"מ:

ונראה דהנה הרא"ש הק' בכתובות ריש אע"פ איך חתן מתחייב אלף זוז אף שאין לו פרוטה אחת ומתבאר שם מדברי הרא"ש שאילו הי' מתחייב עכשיו הי' יכול להתחייב אלא שקשה לו דהא בכתובה אין חל החיוב כ"א לכשתתאלמן או תתגרש ע"כ. והנה יוצא מדברי הרא"ש שהחיוב בעצם חל רק לכשתתאלמן, ומ"מ הלא גם תיכף אחר נישואין יש עליו דין חיוב שהרי הנכסים משתעבדים מעכשיו ועוד שהרי הוא מתחייב עכשיו, ומוכרחים אנו לומר שיש שני מיני חיובים, והיינו יש חיוב תשלומין, ויש חיוב להתחייב, והנה החיוב תשלומין חל רק לכשתתאלמן או תתגרש ובשעת נישואין אינו רק חיוב להתחייב לכשתתאלמן וכעין זה מצינו בענין הקנינים דכתב הר"ן בנדרים גבי שותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורים ליכנס לחצר, וביאר שם הר"ן דמאן דמתיר ליכנס לחצר משום דאמרינן ברירה לא הוי כברירה דעלמא אלא שכך הי' הקנין דבשעה שזה משתמש הי כולה שלו ואין לחבירו שום חלק בה ובשעה שזה משתמש הוי כולה שלו, וצריך להבין כיון שבשעה שאחד משתמש אין לחבירו חלק בה איך ובמה נעשה אח"כ של חבירו, ומוכרחים אנו לומר שהקנין בעצם יש לו רק בשעה שמשתמש ומ"מ אף בשעה שחבירו משתמש יש לו דין לקנות אח"כ, אלא שקנין כזה אין בכוחו לאסור על חבירו מחמת נדרו:

ובענין זה יתבאר מאי דאמרינן משעת משיכה איחייב לי' באונסי' דבודאי עצם החיוב אינו חל עליו כ"א בשעת פשיעה מיהו בשעת משיכה חל עליו להתחייב והילכך סובר האי מ"ד דלא מיפטר משום קלב"מ משום שמתחייב מיתה בשעת פשיעה כיון שהחיוב להתחייב כבר חל עליו בשעת משיכה, ומ"ד משעת פשיעה איחייב לי' באונסי' יש לפרשו בשני אופנים, או שהוא סובר שמשעת משיכה אין זה חיוב להתחייב כ"א שהמשיכה הטילה עליו דין זה שנתחייב באונסין, אבל אין זה חיוב גופו, או שנאמר שאף מאן דסובר משעת פשיעה איחייב לי' באונסי' סובר שמשעת משיכה יש עליו חיוב להתחייב אלא שסובר דכיון דבשעת עיקר החיוב קלב"מ לא משגחינן במאי דבשעת משיכה דהיא סבת החיוב לא נתחייב בדרבה מיני' ולפי אופן זה תהי' מחלקותם בדין קלב"מ ולא בדין שומר:

ולפי דעתי מבוארים הדברים בדברי הכסף משנה שבא לתרץ מה שהקשה ה"ה על הרמב"ם פ"א מהלכות שאלה ופקדון הלכה ה' וז"ל ולפ"ז יש תימא בדברי רבינו למה פסק כלשון ראשון דלא כרב פפא וכו' ועוד אני רואה מקום תימא בדבריו ז"ל שהוא פסק הא דרב פפא פ"ג מהלכות גניבה וא"כ האיך פסק כאן כלשון ראשון כנגד רב פפא ע"כ. וכתב הכ"מ ואני אומר דל"נ דרבינו לא הוה גריס ופליגא דרב פפא ולא והיינו דרב פפא דמשמע לי' דההיא דרב פפא אינה ענין לכאן דהא דאמר רב פפא סד"א הואיל ואמר רב וכו' קמ"ל לאו למימרא דמשעת שאלה לא איחייב באונסי' כלל דהא ודאי משעת שאלה איחייב בהו אלא היינו לומר שחיוב זה תלוי ועומד הוא שמא לא תיאנס ואם תיאנס יתחייב נמצא כשטבחהו אז נתחייב בפועל ואותו חיוב בכח התחיל משעת שאלה וא"כ כי אמרינן הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם אונסי' טעמא משום דמחיים נשתעבדו הנכסים משעת שאלה שאם תאנס יגבה מאותם נכסים ור"פ מודה בהא. ע"כ. וכונת ביאור דברי הכ"מ נראה פשוט לפי המבואר לעיל דעצם החיוב חל בשעת פשיעה מיהו החיוב להתחייב חל בשעת משיכה וזהו שקראו חיוב בכח. ומדברי המל"מ נראה שמפרש בדברי הכ"מ שהחיוב של שעת משיכה ופשיעה או אונסין הוי כמתחייב בשעת משיכה בתנאי שאם תיאנס אח"כ, וזה תמוה דא"כ אמאי אמרינן דאי הוי קלב"מ בשעת פשיעה מיפטר הא החיוב בא בשעת משיכה ושעת פשיעה אינה אלא תנאי בדבר, ותו דא"כ מאי סבר מ"ד דמשעת משיכה איחייב לי' באונסי' וכי לדידי' אין שעת פשיעה אף כתנאי בדבר. וצ"ע. ולפ"ד הדברים מבוארים:

ויש להתבונן עוד אף בדעת הנ"י שמחייבו כשאירע אונס, מטעם שלא הי' יושב ומשמר, ובודאי עדיף זה הרבה מתחילתו בפשיעה וסופו באונס, שלחד מ"ד פטור באופן זה, וכל שכן כאן, שלא הי' יכול החפץ להנטל אם לא באונס, שהרי הקיפו מחיצה של ברזל, שבודאי אין לחייבו, וע"כ שגם לדידי' צריך לומר, שחדוש הוא שחדשה תורה בחיוב תשלומי שומר שכר, או בחיוב השבת החפץ גבי ש"ש להוציא מכלל מה שאמרה תורה בכל מקום דאונס פטור, וכאן חייב אפילו אונס:

סימן כח - בדין שעבודא דר"נ

הראשונים נחלקו הובאו דבריהם בסי' פ"ו במי שהי' נושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו שאז נשתעבד הלוה האחרון למלוה הא' משעבודא דר' נתן אם יכול המלוה הב' למחול ללוה שלו וממילא יופקע השעבודא דר"ן. והסוברים דיכול למחול הביאו ראי' לדבריהם מגמרא דב"ק בהחובל דפרכינן דתזבין להוא דחבלה בי' כתובתה בטובת הנאה ומשני משום דשמואל דמחלה לגבי בעלה והוי טירחא בי דינא בכדי, והא התם משועבד בעלה

לנחבל מדר"ן ואפ"ה מציא מחלה לי'. וכן הקשו מסוף פ"ק דב"מ גבי מצא שובר דפרכינן וניחוש שמא כתבה ליתן בניסן וכו', ומשני משום דשמואל ואמאי וניחוש שמא יש כאן שעבודא דר"ן דלא מציא מחלה, אלא ודאי דעכ"פ מציא מחלה לי' ע"כ:

והש"ך כתב ליישב הקושיא מבב"ק וז"ל ולפע"ד לק"מ מהתם מטעמא אחריני דהתם ודאי מיד שחבלה בהא משתעבד לי' הבעל מדר"ן אלא דמ"מ פגיעתן רעה וכו' ואי תמכור לו הכתובה בטובת הנאה שירויח בזה כשתתאלמן או תתגרש שיגבה כל הכתובה יותר מדמי חבלתו נמצא שהכתובה היא שלו ויגבה דמי חבלתו והיא לא תתחייב לו שוב כלום וגם הבעל לא יהי' משועבד להאי מדר"ן דהא איהי גופה לא משתעבד לי' שהרי כבר פרעה לו דמי חבלתה בכתובה שמכרה לו והאיך יהי' הבעל משועבד להאי מדר"ן אלא שיהא הבעל חייב לשלם להאי הכתובה כשתתאלמן או תתגרש מצד מה שקנה הכתובה וזה יכולה למחול. עכ"ל הצריך לעניננו ועיש"ה. והתומים תמה ע"ז והובאו דבריו גם בקצות ונתיבות דהא אפילו במוכר שט"ח דיכול למחול הטעם הוא משום דשיעבוד הגוף אינו יכול למכור רק שעבוד נכסים וכשמוחל שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסים א"כ הכא דמוכרת לנחבל גופי' שיש לו בלא"ה שעבוד הגוף ומוכרת לו ג"כ שעבוד נכסים הרי יש בידו שעבוד הגוף וגם שעבוד נכסים ומהכ"ת יכולה למחול, ע"כ. וכתב ע"ז הקצוה"ח וליתי' דהא כיון שנפקע שעבוד של מלוה השני ואינו משועבד עוד לראשון ממילא פקע שעבוד הגוף של לוה האחרון כיון דכבר פקע שעבוד של מלוה השני ממילא אין כאן שיעבוד דר"ן, עכ"ל. ואין דבריו מבוררים דהא כתב התומים דבשעבודא דר"ן נסתלק המלוה השני לגמרי ולא נשאר הלוה משועבד רק להמלוה הראשון נמצא שגם טרם מחלו כבר פקע שעבוד הגוף מהלוה להמלוה השני שהתורה עשאתו משועבד גופו למלוה הראשון ומה שייך שיפקיע במחילתו שעבוד גופו להפקיע גם שיעבוד המלוה הראשון:

אלא שנראה לי מ"מ לברר שבשיעבודא דר"ן לא נסתלק המלוה השני מן החוב לגמרי ובאמת נשאר הלוה האחרון חייב גם להמלוה השני אלא שנתנה התורה שעבוד גם להלוה הראשון מכח שעבוד גופו של הלוה להמלוה השני ובכח זה משועבד הוא גם להמלוה משיעבודא דר"ן, והא דאמרינן שנסתלק המלוה השני היינו דוקא לענין הפרעון אבל לא לענין החיוב דהיינו שחדשה התורה שאין פריעתו להמלוה השני פוטרתו מידי חיובו ומוטל עליו לפרוע חיובו להמלוה השני להמלוה הראשון, אבל זה לא נאמר שפקע חיובו להמלוה השני לגמרי. וראי' ברורה לפענ"ד נ"ל דאם נאמר דפקע חיובו להמלוה הב' ומה שמוכרת כתובתה לנחבל היא שעבוד נכסים שנשאר לה ואיך אפשר

הוא הא קיי"ל דכשליכא שיעבוד הגוף ליכא שיעבוד נכסים ואיך נשאר בידה שיעבוד נכסים. דבשלמא בכל מוכר שט"ח דאף דליכא להלוקח שעבוד הגוף יש לו שעבוד נכסים הוא משום דבא מכח המוכר שיש לו שעבוד הגוף וכיון שהוא בא מכוחו מועיל שעבוד הגוף דמוכר ללוקח שיהא לו שעבוד נכסים. אבל בשעבודא דר"ן כיון דשעבוד הגוף הוא להמלוה הא' ולהמלוה הב' ליכא שעבוד הגוף ואיך יהי' לו שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף וכי המלוה הב' בא מכח המלוה הא' אתמהא. וזה הלא דבר פשוט הוא וכי על מה יהיו משועבדים הנכסים להמלוה הב' כיון שאינו חייב לו כלום, אלא ודאי שמוכרחים אנו לומר שגם להמלוה הב' נשאר גוף הלוה האחרון משועבד אלא שחדוש התורה הוא שלגבי דין פריעה נסתלק המלוה הב' מן הלוה לגמרי וצריך לפרוע להמלוה הראשון. והנה לא מיבעיא להסוברים בשעבודא דר"ן אם פרע הלוה להמלוה השני דפטור מלשלם עוד להמלוה הראשון הכי נמי אם מחל המלוה השני ללוה שלו דהוי מחול, אלא אף להסוברים שאם פרע הלוה להמלוה השני שחייב לשלם להמלוה הראשון ג"כ היינו דוקא גבי פרעון משום דאמרה תורה דדין הפרעון הוא להמלוה הראשון אבל לענין מחילה כיון דכל עיקר החיוב הוא מכח המלוה השני כיון שהוא מחל חיובו דמחילה אינה פרעון החוב אלא מחילת שעבוד שיש להמלוה ב' על הלוה ממילא נפקע גם שעבוד המלוה הראשון כיון שכל עיקר שיעבודו הוא רק מכח המלוה השני שהוא בא מכחו, ועיין בביאורי הגר"א וכן בקצוה"ח בשם הרא"ש שהם סוברים שאם פרע להמלוה השני חייב לשלם למלוה הראשון ג"כ אלא שסוברים שהחוב הוא מטעם מזיק שעבודו של חבירו, ולדבריהם ג"כ אין זה שייך במחילה כמו שחילק בקצוה"ח בשם עצמו או כמו שהביא לחלק בשם התומים עיש"ה. ויותר הי' נראה גם לדברי הרא"ש לחלק לפי סברתנו דשאני פרעון ממחילה דדוקא בפרעון הוי מזיק שעבודו כיון שפורע להמלוה השני מה שהי' צריך לפרוע להמלוה הראשון, אבל מחילה הוא מוחל רק את חיובו ובשלו הוא עושה ובשלו יש לו רשות לעשות מה שהוא רוצה ובזה יתיישב גם מה שהקשה בקצוה"ח מסי' ס"ו סעיף ט"ז ממחילה אפרעון:

אבל נראה לי דיש לעיין בתירוץ הש"ך דהנה חולקים הפוסקים בדין המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו דחייב המוכר המוחל לשלם ללוקח דיש סוברים דחייב לשלם כל הכתוב בשטר ויש חולקים על זה דאינו חייב מדינא דגרמי לשלם אלא דמים שנתן לו בעד המכר:

וראיתי בהגהות הגרא"ז מלצר לחי' הרמב"ן שעמד בזה וז"ל א"ל דלכן אינו משלם אלא דמים שנתן לו משום דאינו צריך לשלם אלא מה ששוה השטר דמאי איריא מעות שנתן

דהא אפשר שמכרו בפחות משויו, ואפי' נימא דלא חיישינן לזה מ"מ קשה דמי לא עסקינן שאנו יודעים שהעשיר הלוה וקנה נכסים אחר ההלואה והשט"ח שוה עכשיו יותר. ע"כ עיי"ש:

ולי נראה בישוב הדברים דכל מוכר הלא אינו מוכר אלא השעבוד נכסים, ומהו השעבוד נכסים הוא זכות הגובייא מה שהוא עתיד לגבות נמצא שבעיקרו של דבר מוכר לו הגובייא אלא שאין זה דבר שיבוא מפני שיש לו תיכף זכות הגובייא. וכיון שבשעת המכירה בידו למחול נמצאת הגובייא תלוי' וממילא גם המכירה תלוי' אם תהי' גובייא לבסוף קנה החוב ואם לא תהי' גובייא לסוף לא קנה החוב מעולם שלא קנה רק את הגובייא שתהי' וכיון שאין כאן גובייא לא קנה כלום מעולם, הילכך אינו משלם דמי החוב וגם אין שמין את דמי החוב בטובת הנאה, שהרי לא קנה את החוב מעולה, ומ"מ משלם לו דמים שנתן, שהרי קנה זכות הגובייא אם תהי' ונעשה השטר שלו לזה והי' השטר שוה הדמים שנתן, נמצא שהפסיד לו שטרו שקנה שהי' שוה סכום הטובת הנאה שנתן ועכשיו אין שוה כלום, הילכך משלם לו מדינא דגרמי, שהרי הפסיד לו את חפץ השטר שהי' שוה דמים שנתן בטובת הנאה:

ויסוד לדברים אלו נראה לי מפורש בדברי רב שרירא גאון הובאו ברא"ש סוף פ"ק דב"מ וז"ל מצאתי כתוב שכתב רב שרירא גאון ז"ל בתשובה המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו קהדר לוקח עלי' דמוכר ואין גובה הימנו אלא אותן דמים שנתן לו, דלא דמי לשאר זבינא דאית לי' ללוקח שבחא דהכא כיון דבידו למחול אפילו יורש שלו מעיקרא זביני ריעי נינהו דמיבעיא לי' לשנויי לשטרא ולמיכתבי' בשמי' וכיון דלא עביד הכי דין הוא שלא יטול אלא מה שנתנו בשטר, ע"כ. ונראה לי דזוהי כוונת רש"ג במה שכתב דכיון דבידו למחול מעיקרא זביני ריעי נינהו, דלא קנה הגובייא לגמרי כיון דעדיין אפשר הי' שימחול ולא יבוא לידי גובייא ולא קנה מעולם קנין חלוט אלא קנין תלוי' והילכך אינו חייב לשלם את החוב שהרי לא קנה עוד את החוב:

ואם כנים אנחנו בדבר זה לא נוכל לומר כדברי הש"ך שבמכרה לו הכתובה לנחבל כבר פרעה לו את חובה שכיון שלא היתה המכירה חלוטה ולא קנה כלום לא פרעה לו עוד את החוב. וצריך עיון עוד. ובודאי על דברי התומים שר"ל שאם מחלה אח"כ הוי מקח טעות ובטלה הפריעה למפרע נראין דברי הקצוה"ח שאין זה מקח טעות שהרי המחילה נתחדשה אח"כ ולפ"ד אין המכירה והפרעון כלום לא מצד מקח טעות אלא משום שמעולם לא קנה את החוב מתחילה:

ובעיקר הקושיא על שיטת הסוברים דבשעבודא דר"ן אינו יכול למחול מההיא דבב"ק הביא הש"ך דברי הריטב"א שתירץ וז"ל וההיא דבב"ק וכו' שאני התם שלא ניתנה כתובה לגבות מחיים ואי אפשר לנו לעשות גובינא ובעל נמי לא חשיב משתעבד לי' מדר"ן כיון דאין חיובו ברור. ע"כ הצריך לעניננו. וביאר הש"ך שאין כוונת הריטב"א דגם במלוה דלא הגיע זמן הפרעון לא משתעבד מדר"ן אלא דוקא בכתובה הדין כן, אלא שהש"ך הקשה על חילוק הריטב"א דסוף סוף כיון שהבעל משועבד מדר"ן הרי הוא משועבד לבע"ח דאשה כמו לאשה וכן הביא דברי הרמב"ן שכתב ג"כ דליכא למימר משום דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים דמ"מ שעבודא איתא ויד ב"ח דאשה כידה דמי. ע"כ:

ונראה לי לבאר, ונקדים תחילה במה שאמר ר"י הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום וכתבו בתוס' נראה דאפילו אית לה סהדי דהתנה לה דנאמן לומר פרעתי ואין ראי' מכלתי' דשבתאי דהוה נאמן לומר פרעתי אי לאו דהוחזק כפרן דשבתאי ערב הי' אבל בעל שמא לא הי' נאמן. ע"כ. והנה מדברי התוס' חזינן דאין לפרש דברי הגמרא, דהטוען אחר מעשי בי"ד לא אמר כלום מ"ט כל מעשה ב"ד כמאן דנקיט שטרא בידי' דמי, כפשטן דאינו נאמן משום דהוי כנקיט שטרא בידי' דא"כ מאי שנא ערב מבעל כיון דכמאן דנקיט שטרא בידי' דמי, ובלאו דברי התוס' א"א לומר הדברים כפשטן דהא כל עיקר דאינו נאמן בנקיט שטרא משום דמצי אמר לי' שטרא בידך מאי בעי וזה הלא לא שייך לומר במעשה בי"ד דהא באמת לא נקיט שטרא בידי', וצריכים אנו לומר בבאור הדברים דע"כ לא אמרינן דיכולים לטעון פרעתי אלא במקום שהתובע תובע מצד תביעתו ומצד שעבודו בלבד אבל במקום שב"ד חייבו את הבעל מצד עצמו מצד מצותו שהוא יש לו עליו מצוה ליתן כתובה ולא מצד שיש לו חיוב להאשה בזה אין לטעון פרעתי. ונסביר יותר דהחיוב כתובה אינו אלא שהתורה צותה לאדם שיש לו אשה שהוא יש לו מצוה ליתן כתובתה, וכיון שהוא מצוה ממילא זוכה היא בשעבוד גופו, ולא ככל תביעות ממון שמה שהוא מצוה היא תולדה מזכייתה בשעבוד גופו וכאן הוא להיפך שזכייתה בשעבוד גופו היא תולדה ממצותו הוא ליתן כתובה. וכיון שכן אינו יכול לטעון פרעתי, שטענת פרעתי אינה מועלת אלא במקום שהתביעה באה מצד זכייתה בשעבוד גופו, אבל במקום שהשעבוד הוא מצד מצותו הוא אין לטעון פרעתי, ולזה חילקו בין בעל לערב שבערב הוא ככל תביעות ממון:

ועפ"ז הי' נראה לבאר מה שכתבו התוס' ריש אע"פ לתרץ על מה שהקשו לר"מ דאמר דמתנה על מה שכתוב בתורה אף בדבר שבממון תנאו בטל א"כ לא יוכל למחול שום

חיוב שכתוב בתורה ע"י תנאי והרי אמרו קרע ע"מ לפטור פטור ותירצו בתירוץ ב' דלא דמי נזקין לקדושין דקדושין היינו טעמא דאין קדושין לחצאין והדבר תמוה דאילו היתה היא מתנה שיהו הקדושין חלין ע"מ שלא תתחייב היא בשעבודיה שמשועבדת שייך לומר דאין קידושין לחצאין שהרי כל עיקר הקדושין הן שהיא קנויי' ומשועבדת לו וכיון שמתנה שלא תהא משועבדת הויין קדושין לחצאין, אבל הוא הלא אינו קנוי לה ושעבודיו הלא אינם מענין הקדושין אלא שעבוד בעלמא שחייבתו התורה לה, אבל לפ"ד יבואר שגם בכל שעבודי הבעל העיקר היא המצוה שהוא מצוה ליתן לאשתו השאר וכסות ומה שהוא משתעבד לה היא תולדה ממצותו והעיקר היא מצותו. והמצוה אינה מצד שהוא משתעבד לה ע"י הקדושין אלא שהתורה אמרה שע"י הקדושין חלה עליו מצות שאר כסות וזוהי מצוה שלו וענין של אישות והילכך אמרינן דאין אישות לחצאין, אבל אילו היינו אומרים שהוא ענין שעבודי היינו מוכרחים לומר שהוא נקנה ומשתעבד לה בקדושין כמו שהיא משתעבדת לו והי' עולה שהוא חפץ שלה כמו שהיא חפץ שלו וזה קיי"ל שהאשה חפץ של הבעל ואין הבעל חפץ של האשה:

והי' נראה לי שמדברי הרמב"ן יש סתירה לזה היסוד שהנחנו גבי כתובה, שהרמב"ן הביא ג"כ הראי' דבתוספת יכול לטעון פרעתי מהא דשבתאי בר מרינוס וכתב ע"ז וז"ל וליכא למימר דערב שאני שאלו הי' הבעל חייב אף הערב חייב. ע"כ. ולדבריו הלא א"א לומר הבאור בטוען אחר מעשה בי"ד דלא אמר כמו שבארנו שהרי בערב חיובו הוא ככל חיובי ממון ואעפ"כ לא אמר כלום. אבל כי דייקת אין כונת הרמב"ן לומר שאין חילוק בדין מעשה בי"ד בין ערב לבעל אבל כונתו שכיון שהערב ערב שהוא ישלם חיוביו של הבעל, נמצא שאף שנאמינהו שפרע מ"מ כיון שהבעל לא נפטר בפרעונו זה חייב גם הערב לשלם שהרי נעשה ערב בדבר שכ"ז שהבעל חייב לשלם ישלם הוא. והתוס' נראה שיחלוקו בדבר זה ויסברו שהערב לא נעשה ערב כ"א לשלם פעם א' את הכתובה ולא נעשה ערב על כל חיוביו של הבעל, והילכך אף שהבעל אינו יכול לטעון פרעתי מ"מ נפטר הערב:

והנה ע"פ ההנחה שהנחנו עד כה שבכתובה עיקר חיובו הוא שהוא מחוייב מצד עצמו ליתן כתובה ולא מצד שהיא זכתה בחיובו וכיון שהוא מחוייב ממילא יוצא לנו בתולדה שהיא זוכה בחיובו, אפשר לבאר בזה דברי הרא"ש בכתובות ריש אע"פ שכתב שם שבכתובה אינו משועבד גופו אלא לכשתאלמן או תתגרש חל עליו שעבוד הגוף. וצריך להבין עד שתתאלמן או תתגרש הלא ג"כ מישך שייך בדין כתובה ומה דין יש עליו עד שתתאלמן, ולפ"ד יתבאר שחיוב מצד עצמו יש עליו גם עד שתתאלמן אבל היא אינה

זוכה בשעבוד גופו אלא לאחר שתתאלמן, ולפ"ז יובנו לנו דברי הראשונים שכתבו הטעם דבכתובה כיון דלא ניתנה לגבות מחיים אין שם דין דשעבודא דר"ן דכיון דבכתובה עד שתתאלמן אין האשה זוכה כלל בשעבוד גופו ואף כשזוכה בשעבוד גופו מ"מ עיקר החיוב אינו חיוב שעבודי כ"א חיוב ומצוה דילי' הוא בזה אין שייך דין דר"ן דלא שייך דין דר"ן אלא בחיוב שעבודי שאמרה תורה שהמלוה הא' יזכה בשעבוד שזכה המלוה הב' אבל במקום שבעיקר החיוב שהוא חיוב דילי' בלבד גם המלוה הב' לא זכה אין כאן דין דר"ן שחיובו הוא ליתן לזה ובמצוה דילי' אינו זוכה המלוה הא':

סימן כט - בדין תליוהו וזבין

א

כתב הרמב"ם פ"י מהלכות מכירה ה"א מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקנה אע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים ע"כ, והראב"ד השיג עליו וז"ל א"א טעה בזה בדברי הרב ז"ל שהוא לא אמר אלא אע"ג דבשעת התלייי' והמכירה לא ארצי לי' זוזי אלא לבסוף מכירה היא ולעולם צריך שיתן בפני עדים דאי לא מצי אמר לי' לא יהבת לי מידי ע"כ. וה"ה נסתפק בדברי הראב"ד אם מפרש בדברי הרמב"ם שאע"פ שלא לקח הדמים בפני עדים ור"ל שלא הודה ג"כ וע"ז משיג הראב"ד ולזה הפי' הקשה ה"ה ואיני יודע האיך פשוט זה אצל הרב בשאר מכירות הנעשות שלא מחמת אונס שיהי' הלוקח נאמן תיכף לומר נתתי אפי' המוכר מכחישו, שיעמיד דברי המחבר כאן כשנעשית באונס והמוכר כופר בקבלת מעות, שהרי בה"ע כתב בשם רבינו אפרים שתוך ג' נאמן המוכר ועל הלוקח להביא ראי' או שמפרש בדברי הרמב"ם שלא מנה בפני עדים אבל מ"מ הודה ומ"מ פליג הר"א שיכול לומר אגב אונסא הודיתי עכת"ד. ונראה מסתימת דבריו שהוא נוטה לפרש בדברי הראב"ד כפי' השני מחמת קושייתו. ולכאורה יש לעיין בדבריו שהרמב"ם איירי בהודה והר"א משיג דלא מהני הודאה דאי לאו דאודי לי' הוה ממטי לי' ולחמרי' לשחוור דלא מצינו בגמ' סברא זו רק בגזלן, שכיון שחשוד לעבור על גזלנות אמרינן דגם הודאתו היא ע"י גזלנות, אבל זה שלא עבר על גזלנות שהרי אנסו עד שהקנה לו ולא ראינו רק שעבר על לא תחמוד ולא ראינוהו חשוד על זה לאמטויי לי' ולחמרי' לשחוור למה נדון סברא זו לבטל הודאתו. וכן קשה ג"כ על דברי התוס' שכתבו שבין בשדה זו בין בשדה סתם יש לומר אי לאו דאודי לי' הוה ממטי לי' ולחמרי' לשחוור. דלכאורה לא שייך טעם זה אלא בחשוד ע"ז אבל כשאינו חשוד אלא על איסור קל מזה

איך נבטל ההודאה בשביל זה, שהרי אינו חשוד אלא על חמסנות ולא על גזלנות. ומהאי טעמא הי' נראה אדרבה לפרש כפי' הראשון, אלא שתקשה קושיית ה"ה על הראב"ד:

ונראה דלכאורה יש לחקור בתליוהו ויהיב אי לא מקני באמת כלל, ומה דאמר לך חזק וקני, או מה שכותב השטר אינו מכוין בזה כלל להקנאה, כ"א פטומי מילי בעלמא, או יוכל היות דמכוין להקנאה מחמת האונס ואומר לך חזק וקני בכונה גמורה לקנות, אלא שכיון שאין רצונו רצון גמור ואילו הי' יכול להשתמט ממנו הי' חפץ בזה יותר, הילכך לא מהני. ואי נימא כאופן הב' יש גם כן להסתפק אי לא הוי משום זה קנין כלל או דהוי קנין וטעותו עמו. והי' נראה לפי דעת הסוברים והיא דעת הרי"ף דאף אם לא נתן מעות בשעת המכירה כ"א אח"כ, להוכיח לכאורה דהקנין הוא קנין בלא מעות, דאילו נימא דבלא נתינת מעות לא הוי קנין כלל ואין זה מעשה הקנין, א"כ מה מהני כשנתן מעות לבסוף כיון דבשעת מעשה לא הי' קנין כלל, ולכן הי' נראה דאף בלא נתינת מעות הוי מעשה הקנין, אלא דכיון דאין רצונו רצון גמור הוי כטעות במעשה הקנין, אבל בשעת מעשה כוון להקנאה:

ועוד ראי' שאין זה פטומי מילי בעלמא ממה שכתבו הפוסקים שהנשבע ליתן במתנה ואמר שמחמת השבועה הוא נותן הוי כתליוהו ויהיב. ובשבועה כיון שרוצה לצאת ידי שבועתו הלא בודאי מכוין להקנאה גמורה שהרי לא שייך בזה שרוצה רק להטעות, וע"כ שמכוין להקנאה גמורה, ומ"מ לא חלה המתנה, וצריכים אנו לומר משום דהוי קנין וטעותו עמו שאין זה רצון גמור והוי כטעות. ולפי זה אף מאן דסבר דלא בעינן שיתן המעות ממש בשעת תליי', אבל מ"מ אם לא יתן המעות כלל אף דנחתי מעיקרא אדעתא דמעות, לא יחול המקח כלל, מפני שכל עיקר המכירה תלויי' במעות, אלא שהסוברים דבעינן מעות בשעת תליי' סברתם שכיון שבשעת מעשה לא קבל המעות לא גמר ומקני והחולקים יסברו שגמר ומקני על דעת שיקבל אח"כ מעות ג"כ. ובזה יובנו דברי הראב"ד שכל מכירות כיון שהספק אם נתן המעות הוא ספק רק בחיוב המעות אבל לא בהמכירה שהרי המכירה עכ"פ היא קיימת, אלא שהדמים נזקפו במלוה, ובזה אפשר לדון שלא קבל המעות, אבל כאן שאנו דנים על המכר, וכיון שראינו שבודאי הי' ענין מכר, אלא שאנו דנים בזה לבטל המכר מחמת חסרון גמר רצון דהוי כטעות, אנו צריכים להעמיד המכר על חזקתו, ואין אנו עוקרים את המכר מחמת הספק, כיון שראינו מכר ודאי, אבל אילו היינו דנים שהמכר קיים אף בלא נתינת מעות, א"כ הי' ספק בנתינת המעות, אז היינו חוזרים לכללו של רבינו אפרים, אבל כשאנו דנים על המכר אין לנו להתחשב עם דין נתינת המעות, מפני שהספק של חלות המכר קודם הוא לספק נתינת המעות,

הילכך עלינו לפסוק הדין שהמכר חל, לפתור הספק הראשון וממילא אין כאן מקום לספק השני של נתינת המעות. ובזה נראה דפליג הרמב"ם לפי פי' הראב"ד שהר"א אינו רוצה לחלק בין מכירה זו לכל המכירות ומחזקינן שלא נתן מעות, מפני שאנו דנים על המעות, וכיון שהוא מתחייב שאנו דנים שלא נתן עדיין אם לא יתן יתבטל ממילא המכר:

ולפ"ז יצא לנו שלא כדברי הנתיבות שכתב ליישב הקושיא על הא דקאמר בגמרא והלכתא בכולהו הוי זביני דהא אשה וכו' ומשמע דאכל הדברים מביא ראי' ולפי הפירוש דארצי זוזי היינו שמנה המעות ולא ארצי היינו שהודה משום דיש לחלק דאי לאו דאודי לי' הוה ממטי לי' וכו' ומה יש על זה מאשה דהא באשה לא שייך הודאה דהא בעינן כדי נתינת הכסף, ולתרץ הקושיא הציע הצעה לדבר פשוט שלפי דברי הרי"ף, שאף אם נתן מעות אחר המכירה ג"כ מהני אין המקח תלוי בדמים שאף אם לא יתן דמים ג"כ יתקיים המקח ובדבר שאין תלוי במקח מהני הודאתו שלא אנסו אלא על המקח ולא על הדמים אבל כשהמקח תלוי בדמים לא מהני הודאתו אף על הדמים וע"ז מביא ראי' מאשה שהדמים באשה הם שאר כסות ועונה וכיון דמהני אף דנותן אח"כ הרי זה מוכרח שאין המקח תלוי בדמים והילכך מהניא ההודאה ע"כ. ולפי דברינו אין הדבר כן שאף לפי דברי הרי"ף תלוי המקח בדמים, אלא אף שאינו נותן עכשיו מ"מ חל המקח, אבל דוקא אם יתן לבסוף, אבל אם לא יתן כלל ע"כ לא הקנה. ועוד קשה על דבריו שמפרש דחיוב שכו"ע מיקרי נתינת הדמים אחר התלייי' ובאמת אינו דומה דבדמי המקח כיון שמשתלמים תיכף במכירה אם אינו נותן תיכף מיקרי לא נתן אבל בשכו"ע כיון דאינם משתלמים תיכף כ"א לאח"ז ועכשיו דמיה, הזכות שזכתה בדין שכו"ע, א"כ זה הלא קבלה בשעת מכירה. והי' אפשר לדון דכיון דעיקר דין חיוב שאר כסות מתחייב לאחר נשואין נמצא שבשעת קדושין עדיין לא נתן כלום, ומ"מ כיון ששאר כסות תלויין גם באירוסין שהרי המקדש ע"מ שאין לך עלי שכו"ע אין תנאו מתקיים וביארו בתוס' כתובות פ' אע"פ משום דאין קדושין לחצאין, נמצא שהדמים של קדושין הוו שכו"ע אבל לא קבל המעות עדיין שלא יקבל רק בשעת נשואין. אבל קושיא ראשונה עכ"פ קשה:

ולפי באור הדברים בדברי הרמב"ם יש לבאר דברי הרמב"ם בענין שיראי צריכי שומא דיש מפרשים דבעו השומא קודם הקדושין אבל שיטת הרמב"ם דמהני שומא גם אחר הקידושין, ובדבר זה יש ג"כ מחלוקת אי חלו הקדושין משעת השומא או משעת הקידושין. והנה הטעם דלא חלין הקדושין בלא שומא הוא מטעם דלא סמכה דעתה, וכיון דלא סמכה דעתה א"כ לא הוי קדושין כלל וא"כ איך חלו הקדושין אח"כ כשישומו אותן. וצריכים אנו ג"כ לומר דלא סמכה דעתה אין הכונה דלא גמרה להקנות כלל אלא

דהוי כקנין וטעותו עמו ואם אח"כ שמוה והיתה שוה נמצא שהקנין למפרע חל שהלא הי' המעשה קנין. ולכאורה שני הדינים שוים ותלוים זב"ז:

מיהו במקנה לדבר שלא בא לעולם דלא קנה כתב בש"מ ב"ב הטעם משום דלא סמכה דעתו ומהאי טעמא בבנו דדעתו של אדם קרובה אצל בנו מהני דגמר בדעתו, ובגמ' ב"מ בפ"ק מה שאירש מאבא מכור לך מה שתעלה מצודתי מכור לך לא אמר כלום מה שאירש מאבא היום מכור לך מה שתעלה מצודתי היום מכור לך דבריו קיימין מ"ש רישא ומ"ש סיפא הכא סמכא דעתי' הכא לא סמכא דעתו ע"כ, וכיון דלדשלב"ל דלא קני משום דלא סמכא דעתי' א"כ הי' בדין דלאחר שבא לעולם דסמכא דעתי' דאין לו לחזור כמו בשיראי אליבא דהרמב"ם וכמו בתליוהו וזבין אם נתן מעות לבסוף אלא דאינו דומה שכיון שכאן לא הי' בתחילה קונה או נקנה כלל לא סמכה דעתי' כלל ולא הוי מעשה הקנין כלל בשעת מעשה שחסרון גדול כזה בגמר רצונו לא הוי רצון כלל והילכך אף כשסמכה דעתו לבסוף אין ע"י מה לחול הקנין, כי לא הי' מתחילה מעשה קנין:

ב

האחרונים תמהו על מה שפסק בסימן ר"ה דאנסוהו לקנות לא מהני מהא דאיתא באה"ע סימן מ"ב מחלוקת הראשונים אי אנסוהו לקדש אי מהני ויקשה מהסוברים דאנסוהו לקדש מהני ואמאי הא הוי תליוהו וקני ולדידהו דוקא באנסו את האשה דהוי תליוה וזבין מהני אבל לא באנסו את האיש ואמאי לא הביא בחו"מ סי' ר"ה דעה זו דגם בתליוהו וקני מהני:

ויש להתבונן בטעם הדבר דלא מהני הקנין בתליוהו וקני, דלפי הנראה הדברים ק"ו, אם תליוהו וזבין גמר ומקני כ"ש דתליוהו וקני דגמר וקני וכן הביאו בשם הרשב"א שכ"כ, והי' נראה לומר דודאי מצד החפץ בודאי דגמר בלבו לקנות אלא שכיון שצריך לגמור בלבו ליתן הדמים וע"ז הוא דקאמרינן דלא גמר בלבו להקנות הדמים וכיון שהוא לא הקנה הדמים ממילא בע"כ לא זכה בהחפץ. ואף שאם עדיין לא נתן הדמים ג"כ זוכה בהחפץ, מ"מ היינו דוקא כשנתחייב בחיוב הדמים, אבל במקום שלא נתחייב כלל בחיוב הדמים שגם בחיוב אמרינן דלא גמר ונתחייב ואדרבא עוד מובא בחמדת שלמה שאף שתליוהו וזבין הוו זביני' זביני מ"מ התחייבות שאני ולא מהני וכמו כן הקנאת המעות ג"כ לא מהני וגרע מהקנאת החפץ בשביל המעות וממילא לא קני ג"כ את החפץ. ויצא לנו לפ"ז דבר חדש דבתליוהו לקנות דבר במתנה דלא שייך האי טעמא בודאי קני. והנה זה דבר מחודש. וראיתי אח"כ בחכמת שלמה להגר"ש קלוגר שכתב ג"כ לחלק בין מכר למתנה. ולפ"ז תפול קושיית הקצוה"ח בסי' ס' סק"א אהא שכתב המ"ל באשה שיש

לה חוב שתלוי ברצונה לתבוע ויש עלי' חוב אחר שב"ד כופין אותה לגבות את חובה כדי שיוכל מי שחייבת לו לגבות את חובו, ומאי מהני כפיית ב"ד הא הוי תליוה וקני ע"כ. ושם בין שהחוב מתנה הוא בין שנתחייבו לה מחמת שום דבר כיון שהיא אינה צריכה לשלם כלום לא הוי כתליוהו וקני במכר שאינו קונה, דבזה ודאי גמרה וקנתה: **ובזה** תתיישב ג"כ הקושיא מאנסו אותו לקדש גבי אונס שכופין אותו לכנוס ואמאי הא יש סוברים דתליוהו וקדיש לא מהני משום דהוי כתליוהו וקני. והי' אפשר לחקור אם החיוב לו תהי' לאשה לא יתקיים אם ישאנה בלא קדושין, או אפשר שיתקיים אף אם ישאנה בלא קדושין, אלא שהיא תרצה דוקא ע"י קדושין כדי שלא לבטל מצות קדושין, ואילו היינו סוברים שהמצוה מתקיימת אף בלא קדושין הי' אפשר ליישב שאין הכפיי' אלא על האישות ולא על הקדושין, נמצא שהקדושין מדעתו הם. וראיתי במנחת חינוך שחקר בענין אחר, אם המצוה מתקיימת בקדושין בלבד, או צריכה כניסה ואישות דוקא: **והנה** יש ראי' לפשוט שתי החקירות מהא דחייבי לאוין אין בהם דין כניסה משום הלאו ואין עשה דוחה לא תעשה משום דאי אמרה לא בעינא מי איתא לעשה כלל. והנה לדברי הרמב"ם דס"ל דאין האיסור כ"א כשהיו קדושין עם ביאה הלא יוכל לקדשה בלבד לפי צד הספק של מ"ח או יכנסנה בלי קדושין אי נימא דבאישות בלבד מתקיימת המצוה, וכמו שהקשו בתוס' גבי חצי עבד וחצי בן חורין, אף דמבטל מצות קדושין, כיון שא"א להתקיים באופן אחר, אלא ע"כ דבלא קדושין לא יקיים המצוה, ונמצא שהתליי' הוא ממש על הקדושין, ותחזור הקושיא. ועוד נראה להביא ראי' דבלא קדושין לא יקיים המצוה דבגמ' תמורה (דף ה' ע"א) גבי אי עביד לא מהני הקשו בתוס' כיון דאי עביד לא מהני לא יחולו הגירושין כלל וליחייב הבא עלי' משום אשת איש אפי' קודם חזרה, ואי נימא דעיקר המצוה היא האישות אמאי לא יועילו הגירושין דהא אין זאת מעצם המצוה והמצוה תתקיים אף אם יגרשנה, אלא ודאי דבל"ז לא תתקיים המצוה, ותשאר הקושיא: **אבל** על פי הדברים האלה לחלק שדוקא להקנות המעות לא גמר אבל לקנות החפץ ש"ד, א"כ באונס כיון שמשועבד גופו בע"כ מצד המצוה לקדשה וכל עיקר שעבוד גופו מחמת המצוה הוא כדי שיתן לה חיובי בעל, נמצא שסוף סוף כבר משועבד גופו לשלם לה מחמת המצוה אף שעכשיו מחמת הקדושין מתחייב חיוב יותר קרוב ויותר חזק אין זה בכלל הענין דלא גמר ומקני, כיון דסוף סוף כבר משועבד גופו קצת, ומצד הקנין מה שקונה אותה אין על זה שום חשש דודאי גמר ומקני. ועפ"ז נראה לדבר פשוט במי שתליוהו לכנוס ארוסתו דלא שייך זה עם תליוהו לקנות כיון דכבר מחוייב הוא חיוביו משעת אירוסין אלא שהחופה גומרת את החיובים, אבל אין כאן התחייבות חדשה:

ועפ"ז הי' אפשר ליישב גם מה שתמהו האחרונים דלכאורה הסוברים דתליוהו לאיש וקדיש מהני חולקים הם עם הסוברים דאנסוהו לקנות לא מהני דאין בזה משום סתירה דהם יסברו דבקדושין אין הוא מתחייב כלל, כגון אם קדש בשטר או בביאה הלא לא שייך לומר דלא גמר ומקני הדמים של הקדושין את השכו"ע שכיון שאם חלו הקדושין התורה חייבתו ממילא ואין צריך לחייב את עצמו בשכו"ע, נמצא שעיקר התליוהו הוא רק על מעשה הקדושין בלבד וזה ודאי הוי כמתנה כיון דלא מקני מידי, ואף קדש בכסף, כיון שאין אונסים על נתינת הכסף, הלא דבר זה עשה מרצונו ולא הוי כתליוהו כלל, ועדיף עוד משדה סתם, דהתם הלא אנסו מ"מ על איזו שדה, אבל כאן לא אנסוהו על כסף כלל, והילכך מהני בתליוהו לבעל לקדש, אבל באנסוהו לקנות אפשר שיסכימו עם שיטת בה"ע דלא קני:

ובאבני מלואים כתב שאלולי דברי הרשב"א הי' מפרש דלא דמי קדושין לקני מטעם דכל עיקר דתליוהו וקני לא מהני ולא דמי לתליוהו וזבין משום דקנין בעי רצון יותר אבל קדושי אשה אינו קנין לגבי בעל וכל כה"ג אפי' ע"י אונס מהני כיון דמחוייב בדבר הוה לי' כעין מכר ומשום תליוהו וקני לית בי' כיון דאין זכיי' בגוף האשה ע"כ. ואין הדברים מובנים דהא גופא טעמא בעי מפני מה צריך רצון טפי לקנות מלהקנות, דלכאורה הדבר נראה פשוט משום דכיון שהקונה עושה כל החלות עליו לגמור רצונו יותר מן המקנה שאינו פועל כלום בהקנין כ"א במה שאומר לך חזק וקני וכדומה, אבל אין זה משום יתרון שיש בקנין מבדבר אחר, ולפ"ז מה לנו במקדש אם הוא קונה חפץ או אינו קונה כלום כיון שבמעשה הקנין שוים הם מקדש וקונה, וכי מאי נפ"מ יש בדבר אם הוא קונה חפץ או אינו קונה, וכי איזו סברא יש בזה שנאמר שבזה שזוכה בהחפץ זכי' גמורה אינו יכול לקנות בע"כ, ובזה שעושה קנין גמור אלא שאין בזה שום זכיי' לו יכול לקנות. בודאי אין בזה שום סברא אדרבא מצינו להיפך, שבמקום שאין הדבר זכות לו צריך רצונו בפירוש ובמקום שהדבר זכות ישנם קנינים שקונים לו שלא מדעתו. ובודאי הדעת נותנת שאם אמרינן דתליוהו וקני לא מהני הרי זה אחד משני טעמים או מטעם הגריעותא שיש לו מצד הקנין או מטעם שמעשה הקנין קשה לו לחול באופן כזה, וא"כ צריכים אנו לחלק באופן אחר שקני כיון שעושה כל החלות צריך רצון אחר יותר והקנאה כיון שאינו עושה החלות די ברצון ע"י אונס. או דנימא משום דלא מקני המעות ויהי' דוקא במכר אבל לא במתנה או באופן אחר הדומה לזה:

אלא שיש לעיין דאם נימא דמעשה הקנין בעי רצון טפי א"כ במגרש אמאי מדמינן לי' לתליוהו וזבין, שהרי הוא עושה כל החלות שהרי היא מתגרשת שלא מדעתה וא"כ ליהוי

כתליוהו וקני, אלא שזה לק"מ שבמגרש אין הוא עושה את החלות אלא שהוא עושה מעשה גירושין וממילא הם נפרדים זה מזה שאין זה בגדר הקנאה. וכן מה שיש לעיין שמקדיש הי' לו להשתוות עם תליוהו וקני שהרי הוא עושה בהקדשו את כל החלות, והגמ' כשמקשה מכופין אותו עד שיאמר רוצה אני נראה שמקשה מאמר ולא אפריש שכופין אותו להפריש דאילו באפריש ולא אקריב אין זה דומה כלל לתליוהו וזבין ששם בזבין כיון שצריך להקנות את ממונו אפשר דלא גמר ומקני, אבל בקרבן כיון שכבר אפריש ואין הממון שלו עכ"פ אפשר דגמר ומיתרצי אגב אונס, וע"כ הגמ' באמר ולא אפריש קאי. וכיון שכן הלא כופין אותו להקדיש ובמקדיש הלא עושה את כל החלות וא"כ מיבעי לי' למיהוי כתליוהו וקני דלא מהני. וצריך ג"כ לומר חלוק זה שבמקדיש אין הוא עושה את החלות, אלא כיון שאמר דבור של הקדש, ממילא חל ההקדש מצד דין התורה, אבל אין הוא ברצונו עושה ממש את החלות, אלא הדבר ממילא הוא חל עליו מצד בל יחל ומוצא שפתיך תשמור:

ג

איברא דבעיקר הדבר נראה לבאר שיטת בעל העיטור באופן אחר, דדבר הקנין הוא דבמה שעושה הפעולה שהיא מעשה הקנין בזה הוי גמר דעתו לגמור הקנין והיכא דהוי הקנין באונס אפשר דלא הוי מעשה קנין כזה גמר דעתו, וכן פסקינן באמת גבי תליוהו ויהיב דלא הוי מעשה הקנין גמר דעתו ולא הוי מתנה, ובזביני אמרינן דתליוהו וזבין הוו זביני משום דהוה גמר דעתו. נמצא שמעשה הקנין הוא שגומר דעת. וא"כ הי' אפשר לפ"ז להפך הסברא ולומר דבתליוהו וזבין כיון שעושה מעשה קנין כזה להפסיד חפץ שלו, מעשה כזה הוי גמר דעת, אבל בתליוהו וקני כיון שעושה מעשה להרויח חפץ לא מהני, שכיון שאינו מפסיד שום דבר, אין במעשהו משום גמר דעת, ואף שבלא אונס אף קנין הוי גמר דעת, מ"מ כשהדבר נעשה באונס שאין כאן גמר דעת שלימה, צריכים מעשה יותר גדול לגמר דעת, ובאנסוהו לקנות אין בזה גמר דעת, נמצא לפ"ז שהחסרון של קני הוא מעלתו שדעתו של אדם קרובה לקנות, והילכך אין במעשה זה בכדי גמירת דעת אבל מעשה כזה להפסיד חפץ בודאי יש בזה משום גמירת דעת. ונסתלקה בזה קושיית הראשונים שהרי כל שכן הוא ומה בזבין באונס ק"ו באנסוהו וקני שבודאי גמר ומקני, ודאי שכן הדברים, אילו באנו לדון על זה מצד רצונו, אבל כיון שאנו צריכים למעשה הקנין ולגמר דעת, כל מה שהוא עושה מעשה בדבר קשה יותר הוי יותר גמירת דעת, נמצא שקני מעלה היא אצל רצון, וזבין מעלה יותר לענין גמר דעת. וטענת בה"ע שקני לא מהני מצד חסרון בגמר דעת לקנות ולא ברצון, כנראה לכאורה:

ולפ"ז אלולי דברי הראשונים והאחרונים הי' נראה לחלק בין תליוהו וקדיש לתליוהו וקני, שבתליוהו וקני מרויח הקונה, אבל בתליוהו וקדיש הלא בעיקרן של דברים משתעבדים שניהם בשוה הבעל והאשה, ולא שייך לומר שהוא מרויח ואינו מפסיד כלום שפעולת הקנין היא להרויח לשניהם וכן להפסיד לשניהם בשוה ולא דמי לקני שבפעולת קנין החפץ אינו אלא מרויח. הילכך בתליוהו וקני נחשב למעשה הקנין ואין כאן גמר דעת, והילכך לא מהני, אבל בתליוהו וקדיש כיון שמפסיד כמו שמרויח, לא הוי חסרון במעשה קנין, והילכך חלו הקידושין דגמר ומקני:

ויש להסתייע לזה מדברי החמדת שלמה שפסק שהיכא שנתחייב חיוב דזה שאינו מוציא מידו כלום, כיון שהי' ע"י אונס לא מהני ומה כחה של סברא זו לחלק בין זביני להתחייבות:

ויותר הי' נראה דמאי דאמרינן דתליוהו וקני לא מהני היינו משום דיש להתבונן בענין גמר ומקני אם הפירוש דגמר ומקני שכיון שאונסים אותו על החפץ ממילא מסכים על החפץ למכרו ולמסרו להאנס, או אפשר דאינו גומר ומקנה אלא על מה שאונסים אותו, וכיון שאונסים אותו על מעשה הקנין הוי רצון אגב אונסי' על מעשה הקנין, ולפ"ז יש לחלק דגבי לקנות בעי רצון למעשה הקנין ורצון לזכות, והילכך כיון שהאונס הוא על מעשה הקנין שהרי אינו אונסו אלא לעשות מעשה הקנין אבל לא על הזכיי' שעל זה הלא אין אונסין אותו, ודוקא באנסוהו להקנות שאין צריך אלא מעשה הקנאה, וכיון שעל זה אנסוהו גמר לעשות מעשה ההקנאה ברצונו, אבל בקני אינו גומר על הזכיי', כיון שלא אנסוהו על זכיי' עצמה. ועפ"ז יש מקום לחלק דבתליוהו וקדיש לא הוי כתליוהו וקני דבקדושין אינו צריך לעשות מעשה הקדושין ברצון גמור ואינו צריך לחשוב לזכות בהאשה שזה זיכתו התורה ממילא אם אך עשה מעשה קדושין כמו שצריך להיות, וכיון שכן על זה הלא אמרינן אגב אונסי' גמר דלזה שוים קדיש עם זבין שאינו צריך רק למחשבת קנין. ולפ"ז הוה ניחא אף אי נימא דהאשה קנויי' לבעל, מ"מ אין הקנין מתהוה ע"י האיש, וממילא חל הקנין כמו האיסור. ולכאורה יש ראי' לזה מדין התפשטות בקדושין דרוצה בגמ' לומר שאם קדש חצי אשה דניפשטו קדושי בכולה, ואי נימא דהקנין בא ממש ע"י רצונו ועשייתו הלא לא שייך התפשטות בקנין, אבל אי נימא דהקנין ממילא הוא חל ע"י מעשה הקדושין, א"כ כיון דבמעשה הקדושין שייך התפשטות, ממילא מתפשט גם הקנין, והי' נראה שבזה פליג הרמב"ם עם בה"ע אליבא דהרשב"א דהרמב"ם יסבור דאינו דומה לתליוהו וקני ובעל העיטור יסבור דזה דומה לתליוהו וקני הילכך אף בתליוהו וקדיש לא הוי קדושין:

ובדרך זה הי' אפשר ליישב קושיית הא"מ אף אליבא דבעל העיטור דבמקום שהכפיי' היא על הזכיי' ממש כגון בכפיית בית דין שב"ד כופין על הכניסה ולא רק על מעשה הקדושין אלא גם על החלות מהני גם בקני שב"ד כופין על הזכיי' ג"כ והילכך באונס שב"ד כופין על הזכיי' חלו הקדושין אף שאנסוהו וכמו כן תתיישב קושיית הקצוה"ח גבי גביית המתנה ותביעת הרבית כיון ששם הכפיי' היא על פי בית דין והב"ד הלא כופין על הזכיי' ממש שלא יפטר מהם בלתי הזכיי', באופן זה חל הקנין אף באנסוהו לקנות:

וכן הי' אפשר לומר אהא דמקשה הרשב"ם אהא דלקח מן האיש וחזר ולקח מן האשה מקחו בטל שיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי והקשה הרשב"ם אמאי וליהוי כתליוהו וזבין דזביני' זביני, שהוא מפרש לקח מן האשה בדמים, ותירץ דאין זה אונס גמור הילכך לא מהני, וכבר הקשו הראשונים כיון דאין זה אונס גמור ליהוי כרצון וליחול הקנין ותירצו הם דבלא לקח דמים איירי והוי כתליוהו ויהיב דלא מהני:

ולפי הדברים הי' אפשר ליישב דבאשה אין הכפיי' על מעשה ההקנאה כ"א על הריצוי או על החתימה הילכך לא חלה ההקנאה שעל זה לא כפיה, וחתימתה וריצויי' היו באונס גמור, הילכך בטלום הם לגמרי, שדוקא במקום שכופה על ההקנאה אמרינן דגמרה והקנתה אגב אונסא, אבל כיון שלא הי' אונס על הקנין לא מרה:

הן אמת שדברי קצוה"ח שהקשה מתביעת רבית ושוחד וכדומה קשה להבינם שאין כאן שום שייכות לכאורה לתליוהו וקני שהלא הוא ממילא מתחייב לשלם לו הרבית אם אך תובעו, והתביעה היא בע"כ, אבל הזכיי' הלא אינה צריכה דעת שאם אך נתקיימה מעשה התביעה ממילא מוכרח הוא לזכות והוי התביעה רק כעין תנאי בהחיוב, ועל התביעה הלא שייך כפיי', וממילא זכי בלא שייכות להכפיי'. וביחוד עוד לפי מה שכתבו האחרונים להקשות דכיון דרבית הוי ניתק לעשה א"כ חייב להשיב בלא תביעה לנתק הלאו ותירץ בתומים שכיון שנתן מדעתו חזקתו מחלו ולזה צריך תביעה לדעת שלא מחלו, א"כ התביעה אינה אלא להודיע שלא מחל ואף בגדר תנאי אינה להחיוב, ומה איכפת לן אם כופין ע"ז:

סימן ל - בדין מחילה

בקצוה"ח סי' י"ב הביא מ"ש במסגרת השולחן בשם מהרש"ל שאם אמר התובע שבלבו הי' למחול לו החוב ועכשיו רוצה להתנקם ממנו לאיזה סבה ותובעו ל"מ תביעתו דמחילה בלב הוי מחילה אף דנקיט שטרא בידי' וכן הוכיח הסמ"ג דאל"כ האיך מחלה כתובתה מדלא תבעה כ"ה שנים הלא לא דיברה כלום ע"כ מחילה בלב מהני אף דנקיט שטרא. ע"כ. וכתב ע"ז בקצוה"ח ובעיני יפלא הדבר דלא מצינו בשום מקום דמחשבה

מועיל ואפילו הפקר והקדש ונדר בכולהו בעינן דבור ממש לבד בקדשי מזבח מהני בי' מחשבה משום דכתיב קרא כל נדיב לב כדאיתא פרק שבועות שתים ואפשר מדין סילוק נגעו בי' אלא דלא מהני סילוק כ"א בדבר שעדיין לא בא בידו כלום כמו שכותב לה בעודה ארוסה אבל בע"ח לא מהני סילוק כדאיתא פרק הכותב להדיא ע"ש, ועוד דהא תנן בפ"ק דמציעא מצא שוברין לא יחזיר שמא כתובין היו ונמלך עליהן שלא ליתנן ולישנא דנמלך משמע שהי' בדעתו למחול וא"כ כי נמלך מה הוי הא כבר זכה הלוה במחשבה. ע"כ. והנה מה שרצה לומר שדין מחילה מדין סילוק נגעו בה כבר עמד ע"ז במח"א ה' זכי' מהפקר סי' י"א והביא שהדבר במחלוקת שנוי ורצה לומר שדעת התוס' קדושין (דף י"ט) ד"ה אומר אדם וכו' שכ' דאפי' אי לית לי' זכי' לקטן גבי ועוד דין הוא שתזכה בשאר שאינה אלא מחילת שעבוד בעלמא ע"כ. נראה דס"ל דמחילה לא הוי הקנאתה אלא סילוק בעלמא וכמ"ש הרשב"א הביאו הב"י בסי' קצ"ה ודעת הריטב"א משם רבו (קדושין ט"ו) ד"ה אמר רבא וכו' דהמחילה הוי הקנאה ע"כ. אלא שאף לפי דעת הרשב"א תשאר הקושיא שהרי לא מהני סילוק בדבר שבידו כבר, כמו שהקשה הקצוה"ח. ועכ"פ צ"ל שלא כדעת הריטב"א לפ"ד המ"א שסובר דמחילה מטעם הקנאה, והיש"ש יסבור כדעת הרשב"א דמחילה מטעם סילוק, ומ"מ תקשה קושיית הקצוה"ח:

ונראה דצריך לפרש דמחילה מטעם סילוק, אבל לא כסילוק דעלמא, דסילוק דעלמא היינו סילוק מענין קניני, כגון שמסלק עצמו מדין ירושה, שירושה היינו זכות וקנין שזכתה לו תורה, על זה יש לנו הכלל שאינו יכול לסלק עצמו אלא עד שלא באה הזכות לרשותו, שאילו כשכבר באה הזכות לרשותו כבר החפץ שלו, וחפץ שלו אינו יוצא מרשותו כ"א בהקנאה, וכמו כן בחוב שכבר זכה בשעבוד נכסים, אם ירצה להסתלק מהשעבוד נכסים שמיחשב כבר כשלו, לא מהני בזה סילוק שמחפציו אינו יכול להסתלק, ואין השעבוד נכסים יוצא מרשותו כ"א ע"י הקנאה. אבל כאן איירי כבכל מחילה, שמוחל את עיקר התביעה, והיינו שמסלק עצמו מעיקר התביעה, ובזה נראה דאף סילוק בדיני סילוק גם כן אינו צריך, שודאי נראה שישנם כמה דברים שאינם צריכים לשום דין, לדין הקנאה ולא לשום מעשה החלות, אלא שיש להם סבות שמתבטלות ממילא. כמו כאן שעיקר התחייבות החוב לא הי' אלא לתביעתו של התובע, ר"ל שזה מתחייב לסלק מה שזה רוצה בשעבוד גופו, אבל כשהלה אינו רוצה בההתחייבות, על זה לא התחייב הנתבע כלל, ואין שום אדם מתחייב על כך, ואף לא מהני על כך שום התחייבות, שאין התחייבות אלא למי שהוא רוצה בההתחייבות, אבל כשהוא מוחל בלב, ונמצא שאינו רוצה בשעבוד גופו של זה, ואינו רוצה בההתחייבות,

פקעה ההתחייבות ממילא בלא שום הקנאה ואף בלא שום סילוק כדיני הסילוק בכל מקום, והילכך אף בדבר שכבר הגיע לידו שייך דין סילוק זה, שממילא מתבטל החוב, וממילא פקע השעבוד נכסים. ואף אי נימא דבסילוק ג"כ לא מהני ע"י מחשבת הלב בלבד, זה עדיף מסילוק דעלמא, שזה תלוי רק במחשבת לבו בלבד, שאם אינו רוצה זה בההתחייבות של חבירו, אין להתחייבות במה לחול, ופקע ממילא החוב, ומשו"ה מחילה בלב מהני, ומהני אף בדבר שכבר בא לרשותו:

והנה מצינו בסוגיית הגמ' דנדרים (פ"ג) דיכול למחול תנאי הנדר כשאמר קונם אתה נהנה לי אם אי אתה נותן לבני כך וכך או אם אי אתה נוטל לבנך דיכול למחול את תנאי הנדר באמור לו הריני כאילו התקבלתי או כשיאמר זהו כבודי למאן דאית לי'. ועוד נחלקו הראשונים אם יכולים למחול גם שאר תנאים. והתם ודאי לא שייך לומר דהמחילה הוי דין קניני ולא דין סילוק, שהרי אין שם שום ענין חלות של קניני ממון דנימא שהוא מקנה קנין מחילה, או דנימא שמסלק עצמו מחלות הקנין, אלא ע"כ שאין זה אלא ענין אחר, שכיון שמגלה את דעתו ורצונו שאינו רוצה בדבר, ממילא אין על מה לחול התנאי. ונמצא ששם אין למחילה ענין של חלות, אלא שבמקום שאינו רוצה, אין מקום להתנאי לחול, וממילא מתבטל התנאי, וכמו כן הי' נראה לומר שגם במחילת ממון דמהני, אין זה ענין של קנין, ולא ענין של סילוק, אלא שכיון שהוא מגלה דעתו שאינו רוצה בדבר זה, ואף אם חושב בלבו שאינו רוצה בדבר זה, ממילא אין מקום בזה להתחייבות של חבירו לחול כיון שכל ההתחייבות אינה אלא לרצונו של זה, וכיון שאין רצונו בכך, בטלה ההתחייבות ממילא, ולפ"ז אין מחילה ענין של קנין ולא ענין של חלות כלל:

ולפ"ז ודאי דמחילה מהני אפי' בע"כ של נמחל, ובמחנה אפרים ה' זכי' מהפקר סי' י"א חקר בזה אי מהני מחילה בע"כ של לוה, ורוצה לתלות במחלוקת התוס' והריטב"א, דהתוס' קדושין (דף י"ט) ד"ה אומר אדם וכו' שאינה אלא מחילת שעבוד בעלמא ע"כ, נראה דס"ל דמחילה לא הוי הקנאה אלא סילוק בעלמא וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה הב"י בח"מ סי' קצ"ה דלפ"ז יראה דזה שמחל לו וכו' נסתלק שעבודו ואפי' שלא נתרצה הלוה אבל לפי מה שכ' הריטב"א משם רבו (קדושין ט"ו) ד"ה אמר רבא וכו' דהמחילה הויא הקנאה יע"ש א"כ כל שלא רצה הלוה במחילתו לא זכה כיון שלא רצה לזכות, ומיהו איכא למימר דכל כה"ג דהוי הקנאה דממילא אפי' בע"כ של לוה מהני והוי כאותה שאמרו כסף קבלת רבו גרמה לו. עכ"ד. ולפי דברי המ"א דבר זה במחלוקת שנוי' ולפי דברי הריטב"א לא מהני מחילה בע"כ, וממילא לפ"ז אי אפשר

דתיהני נמי מחילה בלב, וא"כ נצטרך לומר דגם הסמ"ג דס"ל דמהני מחילה בלב פליג על הריטב"א. אלא דהי' נראה לומר דאין ראי' מדברי הריטב"א למחילה דעלמא, דודאי מחילה בכל מקום נוכל לפרש דאין זה ענין של קנין כלל, אלא שאינו רוצה בהחוב, אלא שהריטב"א לא כתב דבריו רק בעבד ששם אנו נצרכים להתירו מדיני העבדות, ולהתירו מדיני האיסור שאנו צריכים דוקא לענין של חלות בגופו של עבד, ובלא זה אינו יוצא מדין עבדות לדין בן חורין, שהרי אף אי נימא דעבדות אין זאת אלא שעבוד גוף בעלמא, אבל מ"מ הלא נשתנה משאר פועל, שהרי פועל יכול לחזור אפילו בחצי היום וזה אינו יכול לחזור, ומכש"כ כשאנו סוברים עוד דעבד עברי גופו קנוי, ועוד שתלויים בו גם דיני איסור, א"כ ודאי שצריך שיתהוה איזה ענין של חלות בהעבד בדיניו, ואין זה יכול להעשות בגילוי רצונו בלבד, אלא שצריך שיצא מדין עבדות לדין בן חורין ע"י ענין של חלות, הילכך מוכרח שיהי' כאן להמחילה ענין אחר ודין אחר, לא כמחילה דעלמא, הילכך שפיר קאמר הריטב"א דמחילה הויא הקנאה, אבל במחילה דעלמא לא הוי אלא סילוק בעלמא אף לדברי הריטב"א, והסילוק היינו גילוי רצונו שאינו רוצה בהחוב, וכמו מחילת התנאים. אלא שדברי המ"א יכולים להיות נכונים אם נחקור בע"ע גופי' לפי קושיית הגמ' דתיהני מחילה, אם תהא קושיית הגמ' אף במחילה בע"כ דתיהני, או דאין הקושיא אלא במחילה מדעת העבד, ובזה הי' אפשר לומר דתלוי בזה אי נימא דמחילת ע"ע הוי סילוק בעלמא או דהוי הקנאה, אבל בעלמא ודאי אין זה ענין לדברי הריטב"א:

מיהו אם נפרש ענין המחילה כענין של ביטול רצונו בזה החוב, אין זה אפשר רק אם נסבור דמחילה אינה צריכה קנין, אבל אי נסבור דמחילה צריכה קנין ודאי ע"כ צ"ל שמחילה זו היא ענין של הקנאה או סילוק ממש, דאף בסילוק שייך קנין, כמו דאמרינן גבי דין ודברים אין לי בנכסיך דפריך בגמ' ומי מהני ומשני בשקנו מידו וכתב הרשב"ם בב"ב (מ"ג) והשתא דאיכא קנין מהני התנאי ע"כ, משמע מדבריו דמהני מדין סילוק, אלא דסילוק עם קנין עדיף טפי דמהני אף בדבר שכבר בא לרשותו, ועכ"פ שייך אף בסילוק ענין של קנין, אבל אי נימא דמחילה אינה אלא ענין של גילוי רצונו וביטול רצונו שעבר, אין זה ענין של קנין, ואף לפי מה שביאר במרדכי סנהדרין דמה דמחילה צריכה קנין, דאין זה אלא קנין לאלומי המחילה, דאי לאו הכי הא הוי קנין דברים עיי"ש, מ"מ אף קנין כזה אינו שייך אלא במה שבין איש לחבירו, אבל במה שבינו לבין עצמו, מה קנין שייך בזה, ועם מי עושה קנין, ואי נימא שמחילה היא רק גילוי רצונו או במחשבת לבו שאין רצונו בזה החוב לא הי' שייך בזה קנין, ובע"כ צ"ל שלמ"ד מחילה צריכה קנין, מחילה היא ענין קניני, ואפשר דבזה יפלגו הראשונים, דהני דסברי דאינה צריכה

קנין סברי דאין מחילה ענין קניני, והני דסברי דמחילה צריכה קנין סברי דמחילה הוי ענין קניני. אבל אי אפשר לומר כן דבזה פליגי, דהא הם סברי דבכל מקום מחילה אינה צריכה קנין אף במקום דהמחילה הויא ענין של חלות כגון בעבדות לפי דברי הריטב"א, ואף שבאמת בעבדות אין שום נפקא מינה בזה, מטעם שכתבו התוס' קדושין (ט"ז) דכיון דהעבד מוחזק בעצמו אין לך קנין גדול מזה, מ"מ תהא נפקותא בזה לגבי שאר דברים כגון זה, דאי אפשר שם לומר דהמחילה הוי שם רק אי רצונו בהחיוב, ומוכרח שם לומר דהמחילה הויא ענין של חלות, ומ"מ סברי גם שם דמחילה אינה צריכה קנין, וע"כ טעמם או דחלות כזה של מחילה אינו צריך לקנין כלל, או שהדבור של מחילה יספיק שם לקנין:

וכגון בגזל דמחוייב בהשבון, ואם ישיב החפץ ינתק הלאו, ועד שלא ישיב את החפץ יש עליו לאו דלא תגזול, ומלבד זה הוא מחוייב לחבירו ענין של ממון. והנה אם ימחול יפטר מחוב הממון, אבל אם ינתק את הלאו דלא תגזול, זה תלוי בזה שאם נאמר שהמחילה היא רק גילוי רצונו שאינו רוצה בהחוב, וממילא נפקע החיוב השבון, אבל מ"מ הלאו לא יתנתק, שכיון שתשלומין אין כאן, אין במה לנתק, שהרי לא קיים את העשה דוהשיב, אבל אם תהי' המחילה ענין של הקנאה, שעושה חלות הקנאה להפקיע בזה החוב, זה נראה פשוט דהוי כחזרה קרן לבעלים, שכיון שהבעלים מחלו לו ע"י הקנאה, הוי זה כהקנו לו את החפץ, ומה לי הוא ומה לי הקנו לאחר דהוי ודאי כחזר להם הדבר שוב בחזרה, ואין לך תשלומין גדולים מזה כשמכרו את החפץ, וא"כ ה"נ כשמחלו את החיוב הוי כקבלו את הדמים, ולהני דסברי שגם ע"י קבלת דמים מתנתק הלאו, א"כ גם ע"י מחילה כזו יתנתק הלאו ומחילה כזו לפ"ז לא תיסגי ע"י מחילה בלב, ואפשר דלא ליהני בזה גם מחילה בע"כ, ויהי' תלוי במשא ומתן של דברי המ"א:

ונראה דבגזל דפחות משוה פרוטה דאינו צריך להשיב שיש בזה הטעם משום דמחיל הנגזל, ודאי לא הוי האי מחילה כתשלומין, דהא לא מכוין להקנות לו ולעשות חלות של מחילה, אלא משום דכיון דלא איכפת לי' אם לא ישיב, ממילא נמחל החוב ואינו צריך להשיב, ולפ"ז נראה דנסתר מה שכ' בעמק יהושע סי' ה' לדון דהא דאינו לוקה בגזל פחות משוה פרוטה, היינו משום דהטעם דלא ניתן להישבון הוא משום דפחות משוה פרוטה הוי מחילה, וע"כ הוי כמאן דקיימא לעשה, דמה לי אם שילם לו ומה לי אם מחלו ע"כ פטור ממלקות, וכ"ת א"כ אמאי לוקה בחובל בחבירו פחות משוה פרוטה וכו' אלמא דהוי מחילה דמעיקרא וע"כ לא הוי כמו תשלומין שיפטר ממלקות, אלא הוי כמו דליתא לתשלומין כלל, והכא נמי בחובל בחבירו פחות משו"פ אפשר לומר כיון דלא

חייבתו התורה על היזק פחות משו"פ הוי כמו דליתא לדין נזק כלל משא"כ בגזל פחות משו"פ כיון שהי' החפץ שהוא פחות משו"פ שלו דהא אסור לגזול אלא דפטור מלהשיב א"כ הוי כמו מחילה של אח"כ, ועוד אפשר לומר דבחובל בחבירו כיון שמסתמא מוחל על הממון הוי כמו מחילה דמעיקרא וע"כ לוקה על החבלה, משא"כ בגזילה שנוטלו בחזקה ע"כ הוי כמו מחילה שאח"כ עכ"ל עיי"ש שהאריך, ומאד קשה לומר כן שבגזילה פטור ממלקות משום דהוי כמו שילם ע"י המחילה, דפחות משו"פ, כיון שאין כאן שום הקנאה ולא חזרה קרן לבעלים, אלא דלא איכפת לי' להנגזל לתבוע ממנו השבת דבר כזה, אבל הלאו במה יתנתק, ובודאי דלא נחית הנגזל להקנות להגזלן ולמחול לו את חיוב ההשבה, ואין זה אלא הפקעת החוב בעלמא. וליישב השאלה בחילוק הדברים בין גזל פחות משו"פ בין חובל בחבירו פחות משו"פ, נראה דבגזל כיון דהלאו הוא על הגזילת והפסד ממון, וכיון שהממון הוא ממון כזה שמוחלים אותו, ואף שאינו רוצה שיגזלוהו, מ"מ על אחר הגזילה הוא עומד להמחל, נמצא שאין זה הפסד של כלום ולאו מידי גזלי', שלא גזלו להפסידו ממון, א"כ אין על זה הלאו שעם בוא מעשה הגזילה כבר הדבר נמחל, ואף שלכתחילה אסור לגוזלו, היינו משום דקודם מעשה הגזילה לא נמחל עדיין, ומ"מ בעכו"ם חייב משום דבעכו"ם אין החיוב על ההפסד ממון דוקא, אלא עכו"ם נהרג אף על גזילת ממון שהממון נמחל, כיון דשם גזילה על הדבר משום הצער שציערו, וכיון שמשום הצער שציערו לישראל עדיין נקראת שם גזילה עלה חייב העכו"ם, אבל בישראל שהתורה למדתנו שהלאו מתנתק ע"י השבת החפץ. שבטל ההפסד, הוי כלא גזל, ואף שהצער שציערו לישראל לא נתקן, למדתנו התורה בזה שעיקר הגזילה בישראל היא ההפסד ממון, אבל בעכו"ם שאין בהם חדוש של ניתוק הלאו הילכך גם משום צער שציער ג"כ שם גזילה עלה. ואין ראי' מעכו"ם כמו שהביא בעמק יהושע שהמחילה היא אחר הגזילה, אלא המחילה היא ביחד עם בוא מעשה הגזילה, והילכך לא חל שם גזילת ממון על המעשה אף רגע אחד כי כבר הממון נמחל עם הגזילה ומשו"ה אינו לוקה, כי מעולם לא עבר על לאו דגזילה, אבל בחובל בחבירו כיון דעכ"פ הלא עבר אלאו דלא יוסיף, דבזה דמחיל לי' חיוב דמים דתשלומי ההכאה לא נגרע הלאו דלא יוסיף, הילכך ממילא לוקה, ג"כ מטעם זה דהמחילה לא הוי כתשלומין, דהא לא בא להקנות לו המחילה ולעשות חלות של מחילה, אלא דלא איכפת לי' אם לא ישלם לו תשלומין כאלו, והוי רק הפקעת החוב, אבל אינו נחשב כתשלומין לומר שאי אתה מחייבו שתי רשעיות:

ובלא"ה דברי הע"י מוקשים, דהא כשהחפץ הנגזל עדיין בעין, אף שהוא פחות משו"פ, מ"מ לא קנהו הגזלן, ולא הוי אז מחילה, ולא הוי מחילה כ"א כשהחפץ אינו כבר בעין, ואז הלא הוי ג"כ מחילה דמעיקרא שמעולם לא מתחייב בתשלומין, שהרי מעולם לא נתחייב לו, ומעולם לא היו מעות החיוב שלו, ומה בין זה לחובל:

סימן לא - בדין דבר שאינו מסוים

גיטין (דף ט' ע"א) ברש"י ד"ה וכגון שלא הזכיר שם הקרקע ששייר דכתב לי' חוץ מבית כור קרקע דהשתא לא קנה שום קרקע דבכל חד וחד איכא למימר היינו ההוא דשייר וכו'. ע"כ. וכתב ע"ז בתוס' וקשיא אע"ג דלא הזכיר שם קרקע מ"מ קנה כל קרקע דאית לי' אלא שיד בעל השטר על התחתונה ויקח האדון לעצמו בית כור מעידית שבנכסים כדתנן בפ' בית כור חצי שדי אני מוכר לך יניח לו חצי שדהו ויד בעל השטר על התחתונה דלוקח נוטל כחוש ע"כ. ובר"ן הקשה עוד מהא דכתובות דאמר דיקלא לברת וכו', פלוג יתמי ולא יהבי לה וכו', דיקלא גבייהו הוי ע"כ. וכן הקשה מהא דאמרינן בית בביתי אני מוכר לך מראהו נפול עבד בעבדי אני מוכר לך מראהו מת ע"כ. והנה הקו' הא' מחצי שדי אני מוכר לך תירץ הר"י הלוי ז"ל הובא בר"ן משום דסיים לו השדה במצרי' הוי מסויים, ע"כ. והדברים צריכים ביאור הא מ"מ יכול לדחותו אצל כל חצי שדה, ונראה שהדברים מבוארים שכיון שסיים לו השדה במצרי' ואמר לו חצי שדי אני מוכר לך קונה הלוקח מחצה בכל השדה ונעשה שותף בכל השדה דכל שנים שנשתתפו כל אחד יש לו זכות בכל השדה וכמו שכתב הר"ן בריש פ"ה דנדרים וכיון שקנה זכות בכל השדה א"כ הוי דבר מסויים, אלא שבזה מחולק מכל שותפות שבכל שותפות יש להם כח בשותפותן לחלוקה וכאן יד המוכר על העליונה שהוא יכול לדחוק את הלוקח לחלוק וגם יכול ליתן לו איזה שירצה והלוקח אינו יכול לדחוק את המוכר לברר גם הוא איזה שירצה, אבל מ"מ הוי דבר מסויים כיון שגם הלוקח יש לו זכות בכל השדה עד החלוקה ליטול מחצה:

ומצאתי סעד לדברים אלו בחי' הרמב"ן שהקשה על שי' הרי"ף ור"י הלוי מהא דאמרינן בב"ב תנו חלק לפלוני מנכסי נוטל רביע אף דהוי דבר שאינו מסויים אלא דאיכא למימר כיון דבכולהו נכסי קנה רביע בכל א' וא' משדותיו קנה חלקו וה"ל כאומר חצי שדה אני מוכר לך שתירצה הרב כרצונו ע"כ. נראה בעליל שעיקר תירוץ הר"י הלוי משום דהוי שותף בכל שדה. ומה שאין הרמב"ן ז"ל מסכים לתירוץ זה נראה משום דס"ל דכיון דכאן אף מן השותפות יכול הוא לדחות את המקבל, דיכול לומר לו חצי שדה זו אני נותן לך ולגבי החלק המסויים ג"כ זיל הכא קא מדחי לי' אין השותפות מועלת לעשות את הדבר

לדבר מסויים כיון שהשותפות עצמה היא ג"כ בכלל זיל הכא קא מדחי לי' וזיל הכא וכו'. ואי נימא בדבר שאינו מסויים אינו נקנה אף כאן לא הי' צריך לקנות משום דג"כ הוי דבר שאינו מסויים:

ובעיקר קושיית הר"ן מההוא דאמר דיקלא לברת דחזינן בגמרא דקנתה דקל אחד אף שאין ידוע איזו, עיקר הראי' תמוה לכאורה דע"כ לא אמרינן דדבר שאינו מסויים אינו נקנה אלא משום דכיון דמצי לדחות את הקונה הכא והכא אין כאן חלות על שום חפץ, וזהו בנותן או מוכר עצמו שהוא מוחזק, אבל גבי דיקלא לברתי שהדקלים נפלו לפני היורשים ואין להם כח מבורר בהדקלים יותר מהברת וא"כ מה דחיי' שייך כאן שהרי כמו שהם יכולים לומר לה אחר ניתן לך ולא דקל זה כמו כן יכולה היא לטעון להם קחו לכם דקל אחר ולא זה ובע"כ צריכים אנו לומר שהחלוקה תברר וא"כ בודאי הוי דבר מסויים כיון שאין בכחם יותר מכחה, ואילו היינו יכולים לומר שגבי דיקלא לברת לא נתן לה כ"א כח גבייי' הי' אפשר להבין קושייתם שלפ"ז הוי היורשים מוחזקים בעצם הנכסים והילכך יכולים הם לדחותה לברת ומפ"ז ר"ל שהוא בכלל דבר שאינו מסויים, אבל א"א לומר כן שאם אין לה כ"א כח גבייי' ודאי דלא שייך לומר שלא יחול משום דהוי דבר שאינו מסויים שהרי כל שעבוד הוא בענין זה דיכול לדחותו לאיזה שירצה ובזה גם רש"י יסבור שענין כזה חל גם על דבר שאינו מסויים משום דקנין כזה אינו חלות על חפץ מיוחד כ"א חלות כללי:

ובזה נראה ליישב ג"כ קושיית התוס' ושאר הראשונים מבית בביתי אני מוכר לך מראהו נפול עבד בעבדי אני מוכר לך משמע דהקנין חל והא הוי דבר שאינו מסויים ע"כ. ונראה לומר ע"פ דברי המהרי"ט אלגאזי בפ"ב דבכורות בשם הרבה ראשונים דאף בעכו"ם אף דס"ל דאין מעות קונות מ"מ אם קנה עכו"ם פרה מישראל בכסף חל שעבוד העכו"ם על הפרה והולד פטור מן הבכורה משום דהוי יד עכו"ם באמצע ופטור מן הבכורה ע"כ. ולפ"ז הי' נראה דאף בהקנה דבר שאינו מסויים לשי' רש"י ורי"ף שאין הדבר נקנה מ"מ חל שעבוד הלוקח או המקבל על דבר שאינו מסויים לגבותו מן המוכר ואף דמצי לדחותו ולסלק לו בכסף מ"מ אי לא מסליק לי' יגבה מהנמכר, שהרי בשעבוד חל גם על דבר שאינו מסויים שכל שעבוד כן הוא, ואפשר לומר שע"ז אמרינן שאם אמר לו בית בביתי אני מוכר לך מראהו נפול ויכול לפטור עצמו מן השעבוד שיכול לדחותו להבית הנפול או להעבד זה שמת, אבל אם הבית קיים או העבד חי אינו יכול לדחותו מפני שגובה מאיזה שבורר לו ככל שעבוד:

והנה אף מאן דסבר דעל דבר שאינו מסויים חל קנין, צריך להבין מהות הקנין שהרי אין כאן חפץ מוחלט נקנה, ולכאורה צ"ל שקנין זה הוא זכות ליטול איזה חפץ שהוא. ולפ"ז אף להסוברים דחל הקנין אין זה כ"א שעבוד, ואם נאמר שגם הסוברים שאין הקנין חל מ"מ יש כאן שעבוד וא"כ במה חולקים. אבל הדברים מבוארים, שלהסוברים שאין הקנין חל אין כאן כ"א שעבוד לגבות את הכסף הניתן ויכול לסלק לו בכסף ואינו יכול ליקח חפץ דוקא, והב' אם נתן לו הדבר שאינו מסויים במתנה אין כאן שעבוד כלל, שהרי אי כאן כסף כלל שישתעבד עבורו, אבל להסוברים שחל קנין על דבר שאינו מסויים לא יוכל לסלקו בכסף ומוכרח ליתן לו חפץ דוקא, וגם אם נתן לו הדבר במתנה כיון שחל הקנין אף שאינו מסויים נשתעבד ליתן לו איזה חפץ שהוא מכל מקום מטעם קנין:

סימן לב - בדין ירושה

א

בדברי ר"י בן ברוקה לפי חד סברא בגמ' דאמר אף אאחר במקום בת ובת במקום בן, שזה נקרא ראוי ליורשו ודבריו קיימין, וכתב הרשב"ם משום שראוי היום או מחר ליורשו אחר שתמות בתו וכו' ואם אין ראוי ליורשו אחר בתו כגון דודו ויש לו אחין דאחין קודמין לאחי אביו לא אמר כלום הואיל ואין ראוי ליורשו עד שתמות בתו ואחיו ע"כ. ואילולי דברי הרשב"ם הי' אפשר לומר דראוי ליורשו נקראים כל ישראל ללשון זה, ואין ראוי ליורשו יקראו רק גרים, אבל הרשב"ם שכתב לא כן צריך להבין כיון דמרבינן רק ראוי ליורשו בדין שאינו יורשו העומד לירש מה לי אם ראוי לירש אחר שימות יורשו האחד, או שימותו גם אחיו, שהם היורשים אחר היורש דעכשיו, מה לי חד ומה לי תרי ירושות: **ונראה** בהסבר הדברים דכמו בדין ירושה שהקרוב הרחוק קצת מתבטל לגמרי דין ירושתו לגבי הקרוב קרוב, ואין לו שם יורש רק להקרוב קרוב, הכי נמי לגבי דין ירושה שחדשה התורה מצד ביום הנחילו את בניו שהתורה נתנה לו רשות להנחיל לכל מי שירצה דזה פשוט דדינו של ר"י בן ברוקה שיכולים להנחיל לאחד ע"כ היינו דין ירושה ממש שהתורה מסרה לו כח להמוריש שדין הירושה מתהוה ומשתנה ע"פ דבור פיו, וכיון שאמר האב פלוני בני יירש, נעשה פלוני היורש כולו, ואם אמר פלוני יירש כך וכך, נעשה הבן יורש על כך וכך במקום האב, וזהו דין נוסף בדיני ירושה, שישנו דין וסדר ירושה בלא צווי המוריש, ואז יש לו סדר אחד. וישנו דין ירושה בצווי המוריש, ואז הדין באופן אחר, ומוכרח לומר כן דאלת"ה יקשה במה קנה זה שצוה המוריש עליו, נהי דע"י הפסוק מתחדש לנו דאין כאן מתנה על מה שכתוב בתורה, מפני שהתורה נתנה רשות להנחיל, אבל מ"מ הלא בעי במה לקנות, אלא ע"כ שלמדה אותנו התורה

ע"י פסוק זה שישנו דין חדש בירושה שע"י צווי המוריש מתהוה דין אחר וסדר אחר בירושה וכיון שכן משתוה דין ירושה זו עם דין ירושה דבכ"מ ובדין ירושה זו ג"כ כיון שיש קרוב הקרוב יותר ע"י הנחלה ראשונה אין לשאר יורשים הרחוקים יותר שם יורש כלל, והילכך אי אפשר להנחיל רק ליורש היותר קרוב ע"י העברה ראשונה, כמו שבלי הנחלה מיקרי יורש רק הקרוב קרוב יותר ולשאר אין להם שם יורש כלל כ"כ גם בנחלת העברה והנחלה הראשון להעברה והנחלה מיקרי יורש שיוכלו להנחילו והשאר אין להם שם יורש כלל:

ובקצוה"ח סי' רפ"א ס"ק ג' כתב שאם אמר פלוני בני יירש שדבריו קיימים כיון שהתורה נתנה לו רשות לעשות יורש בין היורשים למי שירצה ה"ל הוא היורש ואינו יכול לחזור אח"כ ולומר שלא יירש כיון שכבר נעשה יורש וכו' והוא יורש גמור ה"ל מתנה על מה שכתוב בתורה אבל אם ריבה לזה ומיעט לזה וחוזר מדבריו ומיעט לזה וריבה לזה בלשון ירושה ודאי כיון שהשני ג"כ יורש יכול לחזור ולעשות יורש זה ברבוי ע"כ ע"ש, וסובר הוא ג"כ שדין הנחלת האב היא דין ירושה ממש שהתורה נתנה כח להאב להוריש את מי שירצה, וכשהאב שותק הוו כל הבנים יורשים, וכשבוחר האב באחר ומוריש לו הוי הוא היורש אלא שהוא מוסיף בזה עוד אחת, שהיורש השני שהעביר האב נחלתו, נפקע ממנו שם יורש כל עיקר והוי עד שאינו נקרא גם ראוי ליורשו, שאם ירצה האב שוב להעביר נחלה לו בחזרה אינו יכול, משום דהוי אינו ראוי ליורשו ומתנה על מה שכתוב בתורה. ויש להשיב על זה, דלכאורה אי אפשר שיפקע ממנו שם יורש לגמרי שהרי חקרו האחרונים אי דין הנחלת המוריש היא בכל הנכסים והעלו כולם עיין נתיבות כאן ובפ"ת בשם חבל נביאים דדוקא בנכסים שבאו לעולם יכול להנחילו, אבל בנכסים שבאו לאחר מכאן אינו יכול להנחילו וכמו בכל קנין שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כמו כן בהנחלת ירושה ג"כ אינו יכול להנחילו נכסים הבאים לאחר מכאן. וא"כ בנכסים הבאים לאחר מכאן הלא שניהם יורשים בשוה, וא"כ הלא בן זה ג"כ מיקרי ראוי ליורשו, שהרי הוא יורשו עדיין בשאר נכסים, ומ"ש מריבה לזה ומיעט לזה דיכול לחזור אף לדברי קצוה"ח משום דעדיין יורשו בנכסים אחרים, א"כ גם כאן הלא עדיין יורשו בנכסים הבאים לאחר מכאן. ונראה עוד להביא ראי' לדעת כל אלו דבנכסים הבאים לאחר מכאן אינו יכול להנחילו מהא דאמר (בדף קל"א) אמר לי' רב פפא לאביי בין למ"ד יסבון ובין למ"ד ירתון הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ואפי' לר"מ דאמר אדם מקנה דשלב"ל ה"מ לדבר שישנו בעולם אבל לדבר שאינו בעולם לא ע"כ. והנה בתחילה הקשה בגמ' מדבר שלב"ל ואח"כ הקשו מלדשלב"ל, א"כ אף אי נבוא לחלק

בין דשלב"ל ולדשלב"ל מ"מ בתחילה כשהקשו בגמ' מדשלב"ל מאי קושיא אירתון כיון דהוי ירושה והנחלה אליבא דר"י בן ברוקה הא מהני בדשלב"ל, אלא ע"כ דאף הנחלה לא מהני בדבר שלא בא לעולם. ועיין בש"מ בשם הרא"ם שפי' קושיית הגמ' והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם והא כתובת בנין דכרין דשלב"ל הוא שהרי עדיין לא מתה אשתו כדי שירש הוא כתובתה ויוריש בה לבנין דכרין והא קיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל ע"כ. הנה הוא מפרש קושיית הגמ' בתחילה לא על דשלב"ל כ"א אהא דהכתובה היא דשלב"ל וא"כ מוכרח לומר שגם בדבר שלב"ל לא מהניא הנחלה, וא"כ תתחזק הקושיא שגם הבן הנשאר נקרא יורש וראוי ליורשו מצד הנכסים הבאים לאחר מכאן, ואמאי לא יוכל שוב המוריש לחזור מן הראשון ולהנחילו לו. וצ"ע. אבל לכאורה נראה להביא ראי' לדברי הקצוה"ח דאינו יכול לחזור דהא מתחילה רצה לומר בגמ' דלוקחים את הכתובת בנין דכרין מטעם דירתון תנן ובעי למימר דהוי דין ירושה ממש ומביא מכאן דאף בריא יכול להנחיל, וא"כ לכאורה קודם שרצה לחלק דתנאי ב"ד שאני, הי' צריך להיות הדין שיוכל לחזור אח"כ כשירצה מן הכתובת בנין דכרין, כיון דהשתא סבר דלא עדיפא הך הנחלה מכל ההנחלות, וזה הלא פשוט בכ"מ שכבר נעשית ההתחייבות ואין נפ"מ בזה בין מ"ד ירתון למ"ד יסבון ואנן נימא בזה כדברי קצוה"ח שאינו יכול לחזור, ועוד הי' אפשר לעיין בדבר דאפשר דכשהאב מנחיל אין ההנחלה כ"א לאחר מיתתו היא חלה, בשעה שאפשר לזכות בהנכסים, אבל בחייו של המוריש אפשר שאין ההנחלה חלה עדיין, וכיון שכן עדיין לא נעשה הלה יורש ולא נפקע עדיין דינו של האח השני, כל זמן שהמוריש חי, וכיון שכן אמאי לא יוכל לחזור בו המוריש עד שלא חלה הנחלתו. והנה בנתיבות הביא מדברי הנ"י היפך דברי הקצוה"ח ושיכול לחזור. וראיתי בדברי הרמ"ה כאן וכתב שיכול לחזור מטעם זה שלא חלה ההנחלה עדיין מחיים כ"א לאחר מיתה:

ומדבריו למדנו בעיקר הדבר אם דינו של ר' יוחנן בן ברוקה הוא דין ירושה שחדשה התורה או שהוא ענין קניני, והנה הוא כתב שכיון שאין הקנין מחיים של המוריש כ"א לאחר מיתה וכיון דלא מקני מחיים לא שייך לאצרוכי' קנין דלא אשכחן דאצריכו רבנן קנין אלא היכא דבעי לאקנויי מידי עכשיו אי לגופא אי לפירא וכו' וא"כ כיון דאמרת דאפי' בבריא כי אמר על בן בין הבנים יירש כל נכסי דבריו קיימין ולא קני מידי אלא לאחר מיתה למה לי קנין הא לא קני מידי מחיים. ע"כ. ולמדנו מזה דאין ההנחלה חלה מטעם ירושה כ"א מטעם הקנאה אלא שאין הקנאה כזו צריכה למעשה קנין לחלותה. וזה שלא כדעת הקצוה"ח דא"כ לא שייך בזה מתנה על מה שכתוב בתורה, וכן יקשה

מה שחילק הרשב"ם לפי הס"ד דגמ' בין ראוי ליורשו אחר שתמות בתו, בין ראוי ליורשו אחר שתמות בתו ואחיו:

ב

בדבר ירושת אח את אחיו יש לחקור אי הוי מכח עצמו שהוא דין ירושתו את אחיו, או שהוא בא מדין משמוש מכח אביו שיורש את בנו המת בקבר ומוריש לבנו החי. ויש להביא ראי' מדברי התוס' ויש בזה סתירה וכבר הקשה זה במהר"ם שיף ב"ב בתוס' (דף ק"ח ע"א) ד"ה ואחין מן האב הקשו אחין מן האב נמי לא ליתני דשמעינן לי' מאב את הבנים ע"י משמוש, וכן הקשו שם ע"ב על הקרא ואחין דכתב רחמנא ל"ל כיון דנחלה ממשמשת עד ראובן יכול האב בקבר להנחיל לבניו הנותרים ע"כ. ואי נימא דירושת האחים היא מדין עצמו, א"כ ה"ט דכתב רחמנא למען נדע דהיא לאו מטעם משמוש, דיש נפ"מ בין דין ירושה מצד עצמו לדין משמוש. והמהר"ם שיף תפס נפ"מ דבסוגיא (דף קנ"ט ע"א) אנא מכח אבוה דאבא קאתינא וכן יש לתפוס נפ"מ כמו דאיתא בהגהת אשר"י סוף פ"ט וז"ל והיכא שנפלו לו נכסים לאחר מיתה מאבי אמו שאחיו מן האב אינן יכולים לירש אם לא מכחו בע"ח גובה מהם אם בע"ח גובה בראוי כבמוחזק ור"י מסופק בדבר ע"כ. א"כ בדידן נמי אם הי' להאב בע"ח אי נימא דהאח בא מכח משמוש יגבה בע"ח מהן ואם מכח עצמו הוא בא לא יגבה בע"ח, א"כ הלא נפקותא גדולה בדבר ומאי קושיית תוס' אלא ע"כ דס"ל דירושת האח עכ"פ מטעם משמוש הוא. ובשו"ת רע"א סי' קל"ח דקדק להיפך מדברי תוס' שכיון שכתבו תיפוק לי' מטעם משמוש ש"מ דס"ל דהוא מטעם ירושה, אלא דתיפוק לי' מטעם משמוש, והנה ראייתו ע"כ מקושיית התוס' בע"ב דהוי אקרא שייך לדקדק, אבל בע"א דמקשה בתוס' אמתניתין לא שייך לדקדק כך. מיהו גם הוא רוצה ליישב קושיית תוס' דצריך קרא לדון מטעם ירושה משום הנפקותות. ודברי התוס' נסתרין מד"ע באותו תוס' ע"א כפי שהקשה גם במהר"ם שיף שכתבו דאחין מן האם ה"א דלירות אף דלא שייך בהו משמוש שהרי האם אינה יורשת בנה, אלא ע"כ דאחין יש להם דין עצמי והי' בדין שגם אחין יירשו אף שאין בהם דין משמוש אלא שנתמעטו מטעם משפחת אם דלא הוי משפחה, כאמן עצמה:

והנה לכאורה הי' נראה דעצם חקירה זו תליא בשני תירוצי התוס' (ק"ח ע"ב) ד"ה יכול שכתבו א"נ היכא דאיכא בן ובת ואח לא נאמר דממשמשת והולכת כיון דדריש מקרא לקמן שאין לך מעביר נחלה משבט לשבט אלא בת וכו'. ע"כ. ולפ"ז יכולים אנו לומר דאח את אחיו יורש מדין עצמו, אבל לפי תירוץ ראשון דלא משכחת שיוכלו בן ובת ואח לירש לפי הס"ד דאב קודם לבן, אלא בבן דגר ובן בנו של גר, אבל בלא"ה ס"ל

דהקרוב יותר ממשמשת לו הנחלה אף דאיכא אחר חי כיון שהוא רחוק יותר. א"כ לפ"ז לא יוכל אח בשום אופן לבוא מדין עצמו שהרי ע"כ ממשמשת להאב המת תחילה, ובע"כ האח אינו זוכה כ"א מכחו של אביו. מיהו גם מדברי תוס' אלו חזינן ג"כ דבמקום דליכא משמוש זוכה האח מדין עצמו כגון בגר. ועכ"פ מוכרחים אנו לפי תירוץ זה לומר דבמקום דאיכא אב אין האח זוכה אלא מטעם משמוש. ובשו"ת רע"א סי' קל"ח הביא מדברי הב"י סי' רנ"ג שמוכח שסובר שדין ירושת האח היא מדין עצמו ולא מדין משמוש, ויקשה טובא עליו מדברי התוס' אלו שמוכרח לפ"ד לבא מדין משמוש, שהאב המת ממשמשת לו הנחלה תחילה מלאח החי, אם לא שנימא שיסבור כתירוץ הב' שבתוס':

ונראה ליישב, בשים לב להבין יסוד ענין משמוש נחלה, דהלא זה א"א לומר דהוא ענין זכיית המת בנכסים לעצמו, ואח"כ הוא מוריש, שהרי כיון שבנכסים שהיו לו בחיים אין לו זכות כל עיקר במותו, וכ"ש שלא יזכה במותו שום זכות כל שהוא, אלא ע"כ שאין זה אלא דין ירושה להנחיל ליורשיו, ופועל כח שיזכו החיים הבאים מכחו בנכסים ונמצא שכל כחו אינו פועל אלא להנחיל. וא"כ אין דין האב מפריע לאח לירש מדין עצמו, כיון שגם כח האב אינו בא בשביל עצמו אלא לזכות בהם בנו שהוא אחיו של המת בעל הנכסים, הילכך אין מפריע כח האב בירושה, שלא יזכה האח בנכסים מצד דין עצמו. ובזה יתבארו דברי הגהת אשר"י שכתב שבע"ח של אחיו המת גובה מהנכסים ור"י מסופק בדבר, וזה יהי' ספיקו דר"י שכיון שאין דין המשמוש זכיי' ממש למת, שאין זכיי' למת, אלא שהיורשים באים מכחו, א"כ אין לבע"ח דידי' לגבות שמ"מ הלא הוא לא זכה מעולם ודעת החולק על ר"י אינה מובנת כל עיקר:

סימן לג - בדין הפקר ויאוש

בספר ברוך טעם חקר אי הפקר חוזר ביובל והביא ראיה מפסק הרמב"ם דירושת הבעל דרבנן ואפ"ה אינו חוזר ביובל משום דעשו חזוק לדבריהם כשל תורה, ואף שדין חכמים הוא מכח הפקר ב"ד, אלמא דהפקר ב"ד אינו חוזר ביובל, ובודאי דלא אלים הפקר ב"ד משאר הפקר, ועפ"ז הקשה על פי מה שפסק התרומת הדשן גבי ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי יבם, דלא מצי ספק לבא עליהם מכח ממ"נ משום דקם דינא, וכתב בת"ה טעם הדבר, משום שכיון שנפסק הדין דיבם נוטל פלגא בנכסי מיתנא כבר אסח דעתי' דספק מהך פלגא ונתיאש, והילכך קנה יבם הך פלגא על כל פנים, ויקשה אהא דאמר ר"י האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל, ופי' רש"י שמחזירין לקיים מצות יובל, ואחר היובל חוזרין ונוטלין כבתחילה כל אחד חלקו הראשון, ואם כן ודאי נתיאש

כל אחד ממה שביד חבירו, וכבר כתב רש"י דיאוש הרי הוא כהפקר, והפקר הלא אינו חוזר ביובל, ואם כן אמאי מחזירין האחין זה לזה ביובל, עכ"ד:

והנה בעצם ראייתו מהפקר ב"ד על הפקר, יש לחלק ביניהם טובא, דהנה התוס' בכורות (מ"ט ע"ב) הקשו וז"ל וא"ת אי הנך משעבדי בנכסים שקנה מאביו ניחא, אבל בנכסים שקנה הוא היכי משתעבדי לפדיונו דהא אימת דחל חיוב פדיון עצמו כשהביא שתי שערות שנעשה גדול תו לא אישתעבד נכסי שקנה אחרי כן דלא כתב לכהן דאיקני ע"כ, ודברים תמוהים הם מאד, וכי חיוב פדיון הבן חל רק כשמביא שתי שערות, והלא כל שעה ושעה של כל ימי חייו מתחייב הוא חיוב חדש לפדות את עצמו, ואף שהתוס' עצמם בתירוצם כתבו דנכסים שקנה אח"כ חל עלייהו שעבוד לענין פדיון, ואע"ג דלא כתב דאיקני דכל שעתא ושעתא רכיב עלי' חיוב פדיון וכיון דחשבינן לו כמלוה בשטר הוי כאילו נכתב לאחר שקנה הקרקעות ע"כ, מ"מ נראה דאין כונתם למה שהקשינו, דא"כ למה להו כל האריכות היתירה שמוסיפין דכיון דחשבינן לו כמלוה בשטר הוי כאילו נכתב אח"כ, הלא הדבר פשוט כיון שעיקר קושייתם היתה מכח זה שהשעבוד כבר חל, הי' להם לתרץ בפשיטות דהשעבוד חל כל שעה, וגם מה היא סברתם בקושייתם, ועכ"פ נראה שסברת דברי התוס' בתירוצם הב' הוא ג"כ לדעתם שהחוב מתהוה כשמביא שתי שערות אלא שבתירוץ זה סוברים, שמ"מ כיון שדין תשלומין רכיב עלי' כל ימיו, ודין זה כנכתב דמי, הוי כנכתב גם אח"כ וכנכתב תמיד דמי, ומ"מ דברי התוס' צריכין רבה, מהיכי תיתי לומר שנתחייב רק כשמביא שתי שערות, הא כל ימיו מתחייב הוא חיוב חדש:

וכן יש לתמוה על דברי הר"ן נדרים (כ"ח ע"א) ד"ה במוכס העומד מאליו וז"ל מיהו אין ממונה זה רשאי להכריח ישראל חבירו לפרוע לו המכס דנהי דדינא דמלכותא דינא לא יהא אלא הלואה הא קיי"ל בפרק הגוזל דהפקעת הלואתו מותרת ע"כ. והלא אפשר לחלק דאף דבכל מקום הפקעת הלואה מותרת היינו בכל הלואה דמעשה ההלואה מחייבתו לשלם, וכיון שמפקיע את מעשה ההלואה שוב אין לו שום חיוב, אבל בדינא דמלכותא אף שמפקיע, הלא הדינא דמלכותא מחייבו שוב. ומה תועיל הפקעתו כיון שמתחייב תמיד:

וכמו כן יש לומר בנדון דידן דאף דנימא דהפקר חוזר ביובל, מ"מ בהפקר ב"ד, שב"ד מוסרין לו תמיד את הקרקע אינו חוזר ביובל, דהוי כמו שמוכרין לו כל הזמן בלי הפסק. ולא מיבעיא למאן דס"ל דהמוכר בשנת היובל עצמה דמכורה ויוצאה, א"כ בהפקר ב"ד הלא נתונה היא לו, ויוצאה אין שייך לומר, שהרי ב"ד עומדין תדיר ומוכרין לו, אלא שאף

למאן דס"ל דמוכר בשנת היובל עצמה אינה מכורה כל עיקר, היינו בכל מכירה דאית לן דבשנת היובל אינה יוצאה כלל מרשות המוכר, אבל בהפקר ב"ד דיש בכלל הפקר ב"ד שני דברים, א' להוציא מרשות בעלים הראשונים, וב' להכניס לרשות השני, והנה זה פשוט שלהוציא מרשות בעלים הראשונים יכולים אף בשנת היובל, שכיון שאין מכנים לרשות מי שהוא אין זה בכלל הלאו והארץ לא תמכר לצמיתות, וכן מוכח מחקירת הברוך טעם עצמו, וא"כ שוב יכול גם השני לזכות מטעם הפקר ב"ד, שהרי בשעה שזכה לא היה בכלל חזרת יובל, וא"כ הדרינן כאן אליבא דכו"ע לדין מכורה ויוצאה, ובהפקר ב"ד, שב"ד עומדין תדיר ומוכרין הלא אינה יוצאה כלל, והילכך אינו חוזר בירושת הבעל אליבא דכו"ע, אבל בהפקר בעלים עצמם אפשר שחוזר ביובל דאינו דומה כלל להפקר ב"ד כמו שנתבאר:

מיהו יאוש ודאי דומה בזה להפקר ב"ד, שהרי ביאוש אין הרגע הראשונה של יאוש מפקרת אלא מה שהחפץ הוא במצב של יאוש הוא שמפקיר ואם כן הוא ענין תדירי ואינו צריך לצאת ביובל, וא"כ שפיר מקשה הברוך טעם. ואף דלמאן דסבר אינה מכורה כל עיקר לא יקשה משום דקיי"ל דיאוש עד דאתי לרשות זוכה לא נפיק מרשות בעלים, וא"כ שוב אי אפשר להסביר כמו גבי הפקר ב"ד, מ"מ למאן דס"ל דמכורה ויוצאה יקשה דאין לחזור ביובל, שהרי היא הקנאה תדירית. ונראה דעצם הקושיא לא תקשה דאינו מתיאש כלל גבי אחין שחלקו, דהא קיי"ל דאע"פ ששותפין פטורין ממעשר בהמה מ"מ אחין חייבין דבמקום האב עומדים, ואמרינן נמי שאם אחר שחלקו נשתתפו שוב, למאן דסבר יש ברירה, מ"מ אין נחשבין כשותפין, אלא נחשב כתפוסת הבית, ואם כן נראה דלר"י אף דסבר אין ברירה, מ"מ אם נשתתפו אחר חזרה ביובל, שוב נחשב כתפוסת הבית, דממ"נ, אם נחשוב כאילו זכה כל אחד בשלו, הלא קיי"ל דלמ"ד יש ברירה כשנשתתפו שוב הו"ל תפוסת הבית, ואם לא זכה כל אחד בשלו, הלא ביובל צריך להחזיר לתפוסת הבית, וא"כ הלא אין כאן יאוש, שאם ירצו ישתתפו שוב, ויזכה כל אחד בכולו, ועוד יותר נראה כיון דחזינן דלמ"ד יש ברירה אם משתתפין אחר חלוקה שוב נחשב כתפוסת הבית, ומוכח מזה ששני דינים יש בירושה, אחד ירושת תפוסת הבית, והשני דין ירושה לחלוק, ואין השני דינים סותרים זה את זה, שאף כשחולקים ביניהם אין דין תפוסת הבית נגרע על ידי זה, שדין זה מתקיים לעולם, וא"כ הלא אי אפשר להתיאש שבדין זה אין כל אחד יכול להתיאש, שהלא אין הוא בפני עצמו נחשב לבעלים של דבר זה, אלא כולם ביחד נחשבים כאיש אחד במקום האב ואין יאוש מועיל מחד לגבי חברי' בדבר זה שרשות אחת היא:

ועוד נראה דכאן לא שייך כלל דינו של תרומת הדשן, דהנה כבר הקשו על עצם יסוד זה שיקום הדין מחמת יאוש היכי דפסקינן דינא מחמת ספק מכמה סוגיות. ובשערי ישר הקשה מהא דקונה אילן אחד לר"מ ולרבנן בשני אילנות דמביא ואינו קורא דאם נימא דמחמת שהדין המע"ה מתיאש, ממילא נעשה לודאי שזכה המוכר והפסיד הלוקח זכותו בתורת ודאי ולמה מביא מספק, וכן מוכח מהא דכהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה דאוכלים בתרומה דמביא הש"ס בגיטין (מ"ב ע"ב) להוכיח דמעוכב גט שחרור אוכל בתרומה, ודחי כיון דאם יבא אליהו ויאמר דחד מינייהו עבד, קנין כספו קרינן בי', ואם נאמר דהיכא דמפסיד הדבר מחמת ספק איכא תורת יאוש הרי זה כעבד שנתיאשו בעליו דהוי כמפקיר עבדו דאיכא מ"ד דאינו אוכל והך סוגיא אזלא אליבא דמאן דסבר הכי אלא ודאי מוכח דליכא כה"ג דין יאוש בעלים עכ"ד. ונראה ליישב הדברים, דזה קיי"ל דלא מצינו חדוש דין יאוש בעלים כ"א בגזילה או באבידה, ומלבד זה לא מצינו חדוש דין יאוש, ולא מהני ודאי יאוש אם אין על הדבר שם גזילה או שם אבידה. והנה גבי קונה אילן אחד לר"מ או שני אילנות לרבנן, אין על הקרקע המסופק לנו בקנינה שם אבידה ולא שם גזילה, כיון שבעת קנינו היה הספק ידוע, ועל זה נשתלמו הדמים, והוי קנין כה"ג בתחילת הדבר, ועל זה הסכימו לכתחילה, א"כ אין לקרותו לא שם אבידה ולא שם גזילה, והילכך לא מהני שם יאוש, וכן בכהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה, כיון שהספק הוא מי הוא הבעלים ומי הממון, א"כ אין על זה שם אבידה, כיון שהספק בהבעלים כמו בהחפץ, אבל לגבי ספק ויבם יש לומר ולקרות על הנכסים שם אבידה, כיון שהספק הוא אם הנכסים שייכים לו אם לאו, ואם באמת הנכסים שלו, נמצא שהם אבודים ממנו, ויש על הנכסים שם אבידה, ומהני בזה יאוש. ולפי זה מתיישבת ג"כ קושיית הברוך טעם גבי אחין שחלקו, דנימא דכל אחד מתייאש מחלקו שביד אחיו, דשם ג"כ לא מהני יאוש, דאין שם אבידה על הנכסים, כיון שכל אחד חליפי החלק ושוויו בידו, ואין זה אלא ענין של משא ומתן, ולא שייך לקרות שם אבידה על הנכסים, ולא שם גזילה, והלכך אין בזה משום דין יאוש:

ועפ"ז נראה במה שהביא בקצוה"ח דעת הראב"ד למאי דס"ל דבקרקע לא מהני יאוש דעבדים נגזלים, מדחזינן דבעבדים מהני יאוש כדכתיב וישב ממנו שבי, והש"ך השיג דאף דהדברים נכונים דיאוש וגזילה תלויים זה בזה, מ"מ אין עבדים נגזלים, דוישב ממנו שבי לאו ביאוש קנו כ"א בחזקת כבוש מלחמה והקשה בקצוה"ח דלפ"ז שטרות דנמי אין נגזלין נמי לא מהני בהו יאוש, ובתוס' פ' הספינה כתבו להקשות דלמאי איצטריך למעוטי שטרות מאונאה כיון דמכירת שטרות הוא רק מדרבנן, ותירצו דאיצטריך לכגון

שאבד השטר ונתיאש ומחזירו ומוכרו לבעלים עצמם ע"כ, אלמא דשטרות נקנין ביאוש, ותירץ בקצוה"ח דאף דנתמעטו שטרות מיאוש דגזילה, מיאוש דאבידה לא נתמעטו עכ"ד. ולפי דברינו נראה, דקרקעות לא נתמעטו מיאוש כלל, ומאי דלא מהני בהו יאוש, היינו משום דלא מהני יאוש כ"א בגזילה או באבידה, וכיון דאין קרקעות נגזלים אם כן אין כאן גזילה, וכמו כן אין כאן אבידה, שהרי הקרקעות ידועים הם במקומם, והילכך לא מהני בהו יאוש, ואם כן בשטרות כיון דעדיין שם אבידה על הדבר שפיר מהני בזה יאוש, שבעיקר הדבר לא נתמעטו כלל קרקעות עבדים ושטרות מדין יאוש, אלא דבאין גזילה אין יאוש וכאן שיש שם אבידה על השטרות יש בהם דין יאוש:

ובעיקר קושיית קצוה"ח מדברי התוס' דפ' הספינה יש לומר דאף דנימא דלא מהני יאוש בשטרות, מ"מ משכחת אונאה במכירת שטרות, כגון שהיה השטר אבוד ממנו ומכל אדם, דבכה"ג מהני אף בשטרות, דאין זה מדין יאוש כמו שכתבו התוס' בב"מ שם בסוגיא דיאוש שלא מדעת ועיין בש"מ שם:

סימן לד - בדין ירושה

בגמ' דב"ב (קנ"ג) גבי הא דת"ר דבכור נוטל פי שנים בזרוע והלחיים והקיבה דפריך בגמ' היכי דמי אי דאתי לידי אבוהון פשיטא ואי דלא אתי לידי אבוהון ראוי הוא ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק ומשני הכא במכירי כהונה עסקינן וכו' ע"כ. והדברים מתמיהים מאד אי לא אתי לידי אבוהון מאי ראוי הוא הלא אין זה ממון אביהן כלל ובזכות עצמן הם נוטלים ומה צריך למעט משום ראוי, ובש"מ הקשו כל הראשונים קושיא זו, עד שיש מן הראשונים שהגיהו משום זה בגמ', ויש שכתבו כגון שהתנה לתת לאביהם, וגם זה אינו מובן, וכי מה מועיל התנאי הזה, וכי זכה האב ע"י התנאי, הלא אין בתנאו משום קנין, ואי נימא עכ"פ דזכה, א"כ מוחזק הוא, ומאי הקשה, ולפי דברי הרשב"א זו היא תשובת הגמ', דאי זכה בה אבוהון מכח מכירי כהונה הוה לי' מוחזק, ומ"מ הענין תמוה:

ונראה דבפ"ק דב"מ דבעי להביא ראי' דכשאינו עומד בצד שדהו דמהני מר"ג וזקנים, ודחי דר"ג מטלטלין אג"ק הקנה להם, ופריך ע"ז וכי לא הי' להם סודר לקנות בו, אלא ע"כ דלא מהני סודר וכן לא מהני אג"ק, ומשני הגמ' דשאני חליפין דכיון דמתנות כהונה נתינה כתיב בהו, וחליפין הוי דרך מקח וממכר, אבל אג"ק מהני שפיר:

ויש להבין שקלא וטריא זו דמאי סברא עלתה בהס"ד דלא ליהני קנינים אלו בנתינת מתנות כהונה. ויש לבאר דהנה תרומות ומעשרות תיכף אחר הפרשה הוי ממון השבט, אלא דהתורה זיכתה לו לבעל הזרע כח הנתינה, נמצא שבנתינת הבעלים נפקע כבר כח הבעלים וכן נפקע כח שאר הכהנים, שקונה הכהן המקבל את החפץ לגמרי, והנה יש

לדון דאין ביד הבעלים להפקיע כח הכהנים ע"י קנינו, ואין בידו להפקיע אלא כח עצמו בהתרומה. וזו היא סברת הס"ד בגמ', שבשלמא כשמקנה ע"י חצר או ע"י יד הכהן, נמצא שהכהן בזכיית ידו או חצירו מפקיע ממילא את כח שאר הכהנים, שהרי לזה נתנה לו התורה כח וזכות לזכות ולהפקיע כחם, שהרי במקום שאין בעלים מעכבים כלל, כגון כשאסרו הבעלים הנאתם על כל העולם, שהכהנים לוקחים בעצמם כדאיתא בנדרים (פ"ז), וכן לפי שיטת תוס' נדרים דבימות הגשמים אין לבעלים דין נתינה דכתיב והנחתם והכהנים לוקחים מעצמם, או ודאי מפקיע כח הכהנים בזכייתו, וא"כ אף כשזוכה ע"י נתינת הבעלים ג"כ מפקיע בזכייתו כח שאר כהנים, אבל כשזוכה ע"י הקנאת הבעלים, שלא עשה שום זכיי', רק הבעלים מכניסים לרשותו ע"י מעשה הקנין והקנאתם, אין הבעלים יכולים ע"י קנינם להפקיע כח הכהנים ולהכניס לרשותו מה שאינם בעלים עליו, היינו זכות הכהנים, ואין הקנין מועיל אלא כלפי כח וזכות הבעלים עצמם וטובת הנאה שיש להם בהתרומה ושיתקיים על ידי קנין זה מצות נתינתם ולא יותר, וכיון שכן, לא מהני כלל נתינה למחצה, ולא יקיים אף מצות נתינה, שכיון שלא זכה הכהן להיות שלו, שגם לשאר כהנים יש להם זכותם בתרומה זו, לא מיקרי נתינה כלל. זו היא סברת הס"ד. וע"ז חולק בגמ' לומר שאינו כן אלא קיים מצות נתינה, אף ע"י קנין בלבד בלא זכיי'. וזה יש להבין בשני אופנים, או שנאמר דהויא נתינה למחצה, שיקיים מצות נתינה, בזה שמפקיע כח עצמו, ושוב אינו יכול ליתן לכהן אחר, אף שלא הפקיע כח וזכות שאר הכהנים, דזה ג"כ מיקרי נתינה, או שנאמר שכיון שזיכתה לו התורה בתרומה דין וכח הנתינה, זיכתה לו אף שיהי' בכח להקנות לגמרי ע"י מעשה הקנין שלו ולהפקיע בזה את כח וזכות הכהנים שיש להם בתרומה. ומסתבר כסברא הראשונה שאין הנתינה אלא לגבי עצמו ולא כלפי הכהנים, דהיכן מצינו שדברה התורה אודות הקנאה בלחוד, דנימא שחדשה התורה בזה דהקנאה מהני לגמרי כזכיי':

ובזה אפשר ליישב מה שהקשה באמרי בינה הל' פדיון הבן אהא שכתב במרדכי דלמאן דאמר טובת הנאה אינה ממון אינו יכול להתנות דאינו בעלים להתנות ואם יתנה כשיתן לקטן שלא יזכה אביו, לא מהני התנאי, וע"ז הקשה בא"ב דהא אמרינן בקדושין דבתרומה מהניא מתנה ע"מ להחזיר, אלמא דמהניא תנאה. ולפי האמור מתיישב היטב דאף דטובת הנאה אינה ממון, מ"מ על עצם הנתינה הלא השליטתו התורה, ונחשב לבעלים להתנות על הנתינה, אבל כשמתנה על הזכיי', אם טובת הנאה אינה ממון, א"כ אין התרומה אלא ממון כהנים, והכהן זוכה בה משום שהיא ממונו, א"כ אין הבעלים

יכולים להתנות על הזכיי' שהיא כולה מכוחו של עצמו של הכהן, אבל על הנתינה מהני שפיר תנאי:

ובאמרי בינה רצה לתרץ קושייתו משום שכיון שעד שבא ליד כהן יכול לאיתשולי אתרומה, וכיון שבא ליד כהן שוב לא מצי לאיתשולי, שכיון שבא ליד כהן קנה לה עכ"פ, וא"כ כיון שעד שבא ליד כהן מצי לאיתשולי, הילכך נחשב עדיין לבעלים על התרומה ויש לו כח להתנות. עיי"ש שחילק שהמרדכי אירי במעשר כספים דלא שייך שם שאלה. ע"כ. ודבר זה קשה לומר כן, שאין ענין השאלה אלא ענין של איסור, שהתורה נתנה דין התרה באיסור הנדר של נדרי איסור. ותרומה וקדשים למאן דאית לי', ומחמת דין האיסור מהני שאלה, אבל אין זה ענין של זכות ממון כלל, דנימא דמשום כך מיקרי בעלים על החפץ, ויכול להתנות, וראי' לזה דהא איכא מאן דסובר דאף אכלה כולה נשאלין עליה, ושם הלא לא שייך שום ענין של בעלות כלל, שהרי החפץ איננו כבר בעולם, אלא ע"כ שאין זה אלא ענין של איסור והדרא קושיא לדוכתא. ומסוגיית הגמ' דפסחים (מ"ו) משמע לכאורה כדבריו, דאמרינן דמ"ד דחמץ של חלה עובר בבל יראה ה"ט משום דכיון דבידו לאיתשולי עלי' ממוני' הוא, חזינן דמחמת דבידו לאיתשולי עלי' הוי ממוני' והוא ענין של בעלות. אבל נראה דאין כונת הגמ' דטעם דבידו לאיתשולי עלי' עושה זה לממונו, אלא כונת הגמ' דתו הוי מצוי אצלו ועובר משום לא ימצא כחמץ של אחרים שקבל עליו אחריות דחייב משום לא ימצא כאילו הי' ממונו. אבל בעצם הדבר אין זה ענין ממוניי כלל, אלא ענין איסוריי. ובזה נראה ליישב דברי מהרי"ט אלגאזי שכתב בבאור דברי הירושלמי דקדשים שחייב באחריותם חייב על החמץ שלהם משום בל יראה היינו אליבא דר"ש דסובר דגורם לממון כממון דמי. ע"כ. והקשה מהריט"א הא אמרינן בגמ' דפסחים דבחמץ אף רבנן מודו משום דכתיב לא ימצא. ותירץ דבחמץ של הקדש שאני כיון דבידו לאיתשולי עלי' ואם ישאל יפטר מאחריות, אינו מחוייב מחמת לא ימצא כמו בחמץ של עכו"ם באחריות, והילכך לא אתיא רק אליבא דר"ש עכת"ד:

והקשה עליו בפרי יצחק, דהא אדרבא כיון דאם ישאל יהי' שלו לגמרי וכ"ש שיתחייב בבל יראה, א"כ מה טעם זה דבידו לאיתשולי עליו לפטרו, וכמו דחזינן בסוגיא דפסחים דמחמת סברא זו מתחייב יותר בבל יראה. ע"כ. ונראה ליישב בזה וצריכים אנו לומר שהברייתא המובאת בירושלמי או שתסבור כמ"ד שאף שבידו לאיתשולי עלי' אין זה מחייב בבל יראה, או שתסבור שדוקא בחלה שאין להם בעלים, שהרי אף דהוי ממון הכהנים, אבל הא אין זה ממונם ממש, משום זה מהניא סברת בידו לאיתשולי עלי' לחייבו בבל יראה, אבל הקדש שיש לו בעלים ממש והוא רשות הגבוה דהוי ממון הקדש

ממש, אף שבידו לאיתשולי עלי', מ"מ אין זה כדאי לחייב המקדיש בבל יראה, שאין זה מצוי אצלו, כיון שיש לו בעלים כבר יצא החפץ מאצלו. אלא דאנו רוצים לומר שהוא מצוי אצלו מחמת החיוב אחריות, בזה אנו אומרים שחיוב אחריות שיכול להתבטל, אין חיוב כזה עושה את החפץ מצוי אצלו, ולהיות מצוי אצלו מחמת שיכול ליכנס לרשותו, לא מהני סברא זו, ואין סברת בידו לאיתשולי מועלת כ"א להחליש החיוב, וחיוב כזה לא מיקרי מצוי אצלו, ואילו היתה טענת בידו לאיתשולי עלי' זכות ממון היו דברי מהריט"א מוקשים שזה שיש לו זכות ממון לא יגרע את האחריות מהיות מצוי אצלו, אבל שכיון שאין זה אלא ענין של איסור מהני לזה ולא מהני לזה, דאין זה מצוי מחמת זה בידו לאיתשולי, והחיוב אחריות מ"מ מיחלש מחמת טענה זו, דלא ליהוי ג"כ מצוי:

וקושיית האמרי בינה מתיישבת בזה שכ' דשניהם הם מקנים הבעלים והכהנים, ויש לכהנים זכיי' בממון. ולפ"ז אף דאמרינן דאין הבעלים יכולים להתנות, היינו דוקא על הזכיי', שאם באופן זה יזכה ובאופן זה לא יזכה, אין בדבריו כלום, שכיון שטובת הנאה אינה כלום, נמצאת כל זכייתו אינה אלא מחמת הזכות ממון שיש לו ולכל הכהנים בהתרומה, וא"כ מה להם לבעלים להתנות כיון שאינו בא בזה מכחו, אבל כשמתנה על הנתינה, שבאופן זה הוא נותן, ובאופן זה אינו נותן כלל, בזה יש לו כח להתנות, שעל זה הלא נתנה לו התורה דין בעלים, שהוא הבעלים על הנתינה, ומאי דאמרינן שמתנה ע"מ להחזיר מהניא בתרומה, היינו כשמתנה על הנתינה. וע"פ דברים אלו דנימא דע"י נתינה זוכה הכהן זכיי' גמורה וע"י הקנאת הבעלים אינו זוכה אלא זכות הבעלים, אבל זכות כל הכהנים אינו זוכה ע"י קנין גרידא כ"א ע"י הגעה לרשותו, יש לפרש גם סוגיא דידן, דמה דפריך בגמ' אי דאתי לידי' מוחזק הוא פשיטא ואי דלא אתי לידי' ראוי הוא ולא קפריך הא לאו ירושה היא בכלל, כונת הגמ' אי דלא אתי לידי' ממש היינו בזכיי' בידו או ברשותו, אלא שקנה ע"י קנין מהבעלים כגון באגב קרקע או קנין אחר שלא קנה אלא במה שנוגע להבעלים, אבל מרשות הכהנים עדיין לא הפקיע ועדיין צריך לקנות חלק הכהנים וזכותם שיש להם בתרומה, כדי שתהי' התרומה, וע"ז קפריך שאם אין לו אלא קנין כזה א"כ ראוי הוא, שהרי איננו מוחזק עדיין בהתרומה:

ומצאתי בבית הלוי ח"ג סי' מ"ה שכ' דבמציאה הרי לכל העולם יש בה זכות זה מה דרשאים ויכולים לזכות בה וכשבא האחד וזוכה בה הרי בזכייתו מפקיע לכל העולם את הזכות שהי' להם בה והרי בב"מ חשבינן מגביה מציאה לחבירו דהוא תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים מה דאחרים היו יכולים לזכות בה נמצא זה השני הרי צריך בזכייתו להפקיע מהמציאה גם הזכות הזה שיש להראשון בהמציאה והרי הראשון

לא סילק מהמציאה זה הזכות דהרי רוצה ומחזר אחרי' לקנותה ומש"ה אע"ג דסילק בנפילתו הזכיי' של הד' אמות מ"מ הרי עיקר הזכות שיש לו מקודם בה דהיינו הרשות לזכות בה הא לא סילק וא"כ במה יפקיע השני מן הראשון זה הזכות ע"י הד"א דהא עיקר הד"א הם של הראשון והרי לא עדיף מחצר השותפין דאין קונין בה זה מזה וכיון דאינו יכול להפקיע זכותו של הראשון ממנה הא לא זכה בה כלל והרי הוא הפקר לכל אדם. ע"כ. והנה סברתו עוד גדולה מזה שאף במציאה צריך להפקיע זכות כל האנשים שיכולים לזכות בהמציאה, ולפ"ז כ"ש במתנות כהונה שהן ממון השבט כולו, שצריך בזכייתו להפקיע זכות כל הכהנים ומפני זה לא מהני שאר קנין שאינו זכות רשות לקנות לגמרי דלא מהני בזה הקנאת הבעלים להפקיע כח הכהנים, כ"א להפקיע זכות של הבעלים, אלא שבמציאה קשה לומר כדבריו, שבמה זכו כל העולם זכות קנין בהחפץ, וכי בזה שפקע כח הבעלים קנו כולם זכותם בהחפץ. והי' נראה יותר שמציאה אינה קנוי' לשום איש, ומחמת שאין להחפץ בעלים יכול כל אחד ליקח את החפץ, אבל לא משום שיש לו זכות. הגע בעצמך, למאן דאמר גזל עכו"ם מותר, ולכל הפוסקים, חוץ מן היראים דסבר אף דמותר מ"מ אינו זוכה להיות שלו, משמע דכולם סברי דהגוזל זוכה אף להיות שלו, וכי נימא דאף כשהחפץ ביד העכו"ם, שיכול כל אחד לזכות בהחפץ, שיש לכל אחד זכות קנין ממש בהחפץ של עכו"ם. אלא ע"כ שההיתר ליקח את החפץ אין לו שום שייכות עם זכות וקנין ואינו אלא היתר בלבד, וא"כ במציאה נמי אינו אלא היתר ליקח לעצמו בלבד, ולא זכות בהחפץ שיוצרך הזוכה להפקיע זכות של כל האנשים. ואף אם נניח שהפקר יש זכות לכל העולם בו, אין זה שייך אלא בהפקר שהופקר ע"י הבעלים, ונאמר שחלות ההפקר היא הקנאה לכל העולם, והיינו מרויחין שיתבארו בזה דברי רש"י פ"ק דב"מ שכ' דהפקר הוי דעת אחרת מקנה, והיינו משום שהפקר הוא הקנאה לכל העולם, ולכאורה דברי רש"י ראי' לזה היסוד שבהפקר יש לכולם זכות בהחפץ. אבל מ"מ בהפקר מחמת שאין להם בעלים, כגון בנכסי הגר שמת, דהוי הפקר דממילא, איך נאמר שיש לכולם זכות בזה, וכי במה זכו וקנו את החפץ, ואיך זכוה בזכות זו בלא שום מעשה הקנין. ועוד יותר קשה אם החפץ הופקר לזכות בו מחמת יאוש בעלים, שכבר כתבו האחרונים שאין יאוש כהפקר גמור, ועדיין של בעלים הראשונים הוא, ואם כלה יאושו קודם שזכה בו אחר הוי שלו בלא קנין, שלא יצא ביאוש מרשותו, ולא הי' בזה אלא היתר לזכות, ואיך נימא בדבר שהותר מחמת יאוש, שיש לכל העולם זכות בהחפץ, עד שצריך הזוכה להפקיע זכות של כל העולם, והמשנה דראה את המציאה הלא בכל מציאות איירי דסתמא קמני, ואף בהפקר מחמת יאוש:

וגם מה שכתב, שכיון שלכולם יש להם זכות אין המציאה נקנית בחצר של שניהם משום דחצר השותפין אין קונין זה מזה, אין הדבר מובן, דלכאורה לא שייך דין דאין חצר השותפין קונה זה מזה, אלא במקום דצריך להקנאת שותפו על החפץ, אמרינן דאין זה הקנאה דלא יצאה מרשותו של המקנה, אבל במקום דאין צריך להקנאתו של השותף, אלא שבזכיית האחד נפקע ממילא כח וזכות, ואין אנו צריכים אלא לזכיית הזוכה, וכיון שאצלו ודאי רשותו ג"כ הוא החצר, למה לא יזכה גם להפקיע כח שותפו, וכיון שרק אם מיקרי זכיי' והחפץ מונח ברשותו, יש לו בזה הדין לקנות ולהפקיע, וחצר השותפין ג"כ מיקרי חצירו לגבי זה. והנה כל התמיהות הללו אינן אלא אסברתו שסובר לומר כן במציאה, אבל לגבי תרומה דקיי"ל דהוי ממון השבט, ודאי יש לכל הכהנים זכות ממש בהתרומה, עד שהזוכה צריך להפקיע זכות שאר אחיו הכהנים, דאל"כ במה הוי ממון השבט, אם אין להם זכות ממון בהתרומה אלא היתר גרידא, אלא ודאי דהוי שלהם ממש:

ובקצוה"ח בה' נחלות חקר במי שנשבע ליתן מתנה לחבירו אי בכור נוטל בה פי שנים דמספקא לי' אי הוי ראוי אי הוי מוחזק והביא ראי' ממכירי כהונה דחשיב לי' בגמ' מוחזק, אף שכתבו התוס' בסוגיא שם דטעמא דמכירי כהונה הוי משום דהוי כמתנה מועטת דאסור לחזור ואף דיכול לחזור מ"מ כל כמה דלא הדר הוי מוחזק. ע"כ. חזינן מזה דמשום דאסור לחזור בלבד אף דיכול לחזור הוי מוחזק, א"כ בנשבע נמי כיון דאסור לחזור הוי מוחזק עכ"ד. והדברים תמוהים מאד דמה שייך כאן ראוי ומוחזק, דהא ודאי אף ראוי לא הוי, כיון דלא זכה בהן אביהם מעולם, ואף זכות על להבא לא הוה גבי', ואיך יוריש להם ממון שאין בו משום זכות, וכיון שאין בזה דין ירושה, א"כ אין בזה ראוי ומוחזק:

והנה יש להתבונן עוד, דאף מצד דין איסור שבועה יש להסתפק, אם חייב ליתן להיורשים מצד השבועה, ואם יקיים השבועה אם יתן להיורשים אחר מיתת אביהם, דלכאורה יש לומר שזה דומה למחלוקת רשב"ג ורבנן בגיטין במי שאחזו גבי הרי את מגורשת ע"מ שתתני לי איצטלית ומת דמ"ס נתנה לו מגורשת ואם לאו אינה מגורשת ומ"ס נותנת לאבא או לאחיו או לאחד מן הקרובים דמ"ס לי ואפי' ליורשי ומ"ס לי ולא ליורשי, וא"כ ה"נ כאן יהא הדבר תלוי במחלקותם, דאי נימא שם לי ולא ליורשי, גם כאן לא יקיים שבועתו בנתינתו ליורשים שהרי לי קאמר, ולמ"ד לי ואפי' ליורשי, יקיים שבועתו ודאי בנתינתו ליורשים. ולא עוד שאף למ"ד שם דלי ואף ליורשי קשה דלא שייך זה בשבועה דאף אי נימא שתתן לי ולא היתה כונתו דוקא להקפיד שיתנו לו ואמדינן לדעתי' שאף ליורשיו התרצה שיתנו, מ"מ כיון דלא פירש בשפתיו ליורשיו איך תחול

שבועה ע"ז דהא בשבועה בעינן שיבטא בשפתים וחסר בשבועתו איורשיו בטוי שפתים ואף אם כוון לזה מ"מ הא לא ביטא בשפתיו ואין השבועה חלה אלא על נתינתו לו ולא אנתינתו ליורשיו, וא"כ אף אם יתן להם לא יצא ג"כ ידי שבועתו. ועוד נראה לכאורה דלא שייך לומר לי אף ליורשי אלא בחלות של תנאי, שאם אמדינן לדעתי' שכוון אף ליורשיו, נמצא שלא בא בתנאו לבטל את המעשה אף אם יתן ליורשיו, והמעשה ממילא קיים, שהמתנה הבא לבטל את המעשה צריך לפרש פרטי הבטול, אבל אופן קיום המעשה אין צריך לפרש, ודי באומדנא שיש לנו שלא בא לבטל את המעשה, אבל כשבא לעשות חלות של מעשה כ"ז שלא אמר שאף ליורשיו במה יחול החלות, שהרי דברים שבלב אינם דברים, והלא לא עשה מעשה החלות גם איורשים. ולומר שזה הוי דברים שבלבו ולב כל אדם, לא שייך לומר, דהא חזינן דיש חולקים וסוברים שלי ולא ליורשי קאמר. וא"כ בין מצד איסור שבועה ובין מצד דין ירושה אין להם לבנים כלום, וכ"ש דלא שייך כאן דין ראוי ומוחזק:

ומה שהביא ראי' ממכירי כהונה כבר פי' האחרונים דשאני התם שכיון שאסור לחזור בו בטלה טובת הנאה שלו וממילא זכה הכהן. אבל לפ"ז במתנה מועטת אין דין קנין כלל, כ"א דין איסור, ולא ילפינן מינה למכירי כהונה, אלא לדין איסור שמשתוים, וממילא הוי במכירי כהונה לקנין, ולכאורה לא משמע מדברי הראשונים לחלק. וגם שלפי דבריהם מה שכתבו בתוס' דאי הדר בי' מהני אין זה כ"א במתנה מועטת, אבל במכירי כהונה כיון שבטלה טובת הנאה שלו, לא מצי תו הדר בי', ולא משמע ג"כ בדבריהם לחלק בזה:

והי' נראה לומר בביאור הדבר זה דאסור במתנה מועטת לחזור אין זה דין איסור בלבד, אלא שהאיסור הוא זכות קנין ממוני, וכמו שמצינו במי שלוה מעות מחבירו שחייב לשלם דפריעת ב"ח מצוה ופי' רש"י בכתובות דהחיוב הוא מטעם הן שלך צדק, ומצוה זו היא משעבדת גוף הלוה וזוכה בנכסים בני חורין לגבות מהם ונמצא שהמצוה היא קנין וזכות ושעבוד, וכ"כ מה שאסור לו לחזור במתנה מועטת הוא מטעם דדברים יש בהם מחוסרי אמנה, אין זה ענין של איסור בלבד, אלא זכות שזכה הלה, ונשתעבד המבטיח שעבוד גופו ליתן לו את המתנה מועטת, שכיון שבמתנה סמכה דעתי' נשתעבד משום כך כלוה שמחמת ההן שלך צדק שחייב לקיים דבורו נשתעבד הלוה בגופו שודאי הוי ענין קניני, ואפשר דהוי שעבוד גם אחפץ כשהחפץ בעין, ומגמר דעת הזה נולד האיסור לחזור, ובמתנה מרובה דלא סמכה דעתי' ולא הוי ענין קניני אין מחמת דבריו שום איסור ונמצא שכאן האיסור נולד מחמת ענין הקניני שיש בזה, ונראה שבחיוב הלואה ג"כ הדבר כן:

ונראה שהדבר מוכח לומר כן, דאילו במכירי כהונה שלא הבטיח לו כלום אתרומה זו ליתן לו, אי נימא שכל האיסור בא מחמת החיוב לקיים דברו, במכירי כהונה כיון שלא אמר בזה דבר מה"ת שיהא בזה משום מחוסרי אמנה, אבל אי נימא להיפך שהגמר דעת פעל בזה ענין קניני שזכה בגופו של בעל המתנה עד שאסור לחזור בו אתי שפיר שאף במכירי כהונה כיון שסמכה דעתי' של הכהן זכה בזה שאסור לחזור בו:

וכעין הקושי' שקשה בדברי הקצוה"ח קשה ג"כ אסוגיית הגמ' ב"ב (קי"ט ע"א) דפריך אמאי דאמר במתני' אצלפחד ושהי' בכור נוטל שני חלקים ואמאי ראוי הוא ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק אמר ר"י אמר שמואל ביתדות אהלים וכו' אלא אמר רבה ארץ ישראל מוחזקת היא. ע"כ. והדברים תמוהים מאד כיון דסלקא דעתי' דנוקשה דא"י לאו מוחזקת היא א"כ מאי פריך והא ראוי הוא, עדיפא ה"ל למיפרך דלאו בר ירושה הוא כלל, כיון דלא זכו עדיין בארץ ישראל עד כניסתן לארץ:

ועלה בדעתי לדון בזה בדבר חדש, דלכאורה קשה איך מסקינן דא"י מוחזקת היא וכן אמרינן גם בשאר דוכתי, שאף שזכו בה ישראל ביציאתן ממצרים לפי פי' הרשב"ם, או שזכו בה עוד מימות אברהם וכמו שפי' רש"י בר"ה, מ"מ הא קיי"ל דעכו"ם קונה מישראל כדאיתא פ"ד דגיטין וכמו שכתב הרמב"ם בריש ה' תרומות מפני מה בטלה קדושה ראשונה מפני שהיתה ע"י כבוש וכיון שבטל הכבוש בטלה הקדושה, וכונתו במאי דקאמר שבטל הכבוש, היינו שזכו בה העכו"ם מכח כבוש מלחמה. וא"כ לפ"ז אילו עשו העכו"ם מלחמה עם ישראל וכבשו הארץ, היתה נכנסת לרשות העכו"ם והיו זוכין בה, א"כ עכשיו כבושין זה שהיו כובשים את הארץ תחת ידם הא לכאורה לא גרע מכבוש מלחמה, ונמצא שאף אם היתה של ישראל, הלא זכו בה עכו"ם בכבושן מיד ישראל, ואיך אמרינן דמוחזקת היא בידם של ישראל. ומוכרחים אנחנו לומר, שכיון שעד שלא נכנסו ישראל לארץ לא הי' להם בארץ שום מעשה קנין, כ"א שזכו בה ע"פ הדבור, לא מהני בזה כבוש מלחמה, ודוקא כשנכנסו כבר לארץ שאז כבר קנו את הארץ ככל הקנינים ע"פ מעשה כבושים, מאז היתה א"י ככל החפצים שמהני בהם כבוש מלחמה. וכיון שכן שזאת היתה דעת המקשה שגם הוא הי' סבור שא"י מוחזקת היא בידיהם, אלא שהוא הי' סבור שנהי דלא מהני הכבוש מלחמה של האומות להיות א"י שלהם ממש, מ"מ מהני הכבוש שלהם שתחשב הארץ כאינה ברשותם של ישראל, וסבר שאינו ברשותו מיחשב ראוי לגבי ירושה, ולזה הקשה והא ראוי הוא מצד שאינה ברשותם ומיחשב משום כך ראוי. ומאן דס"ל דהוי מוחזק י"ל או דסבירא לי' דאף דהוי אינו ברשותו מ"מ מיקרי מוחזק כיון דהוי שלו, או דס"ל דכיון דלית להו קנין לעכו"ם

בארץ ישראל מיקרי ברשותייהו דישראל. וכבר שקלו וטרו בשני הדינים אי אינו ברשותו מיקרי ראוי, וגם אי דבר שאין בו קנין לגזלן אי מיקרי אינו ברשותו דנגזל, ויש לפרש בחד מהנך סברות מחלוקת הס"ד והמסקנא:

אבל הנראה בדברי קצוה"ח דכאן בשבועה ס"ל לכו"ע דלי אף ליורשי, דודאי אם ישאל הדבר אם חייב ליתן ליורשים במקום שא"א ליתן להאב ובמקום שפטור מן האב אז ודאי לא נוכל לחייבו ליתן להיורשים, כי על זה לא התחייב ואין ראיה מתנאי, אבל כשיסופק אם עבר ולא נתן לאב ומת האב, שנמצא שעבר על שבועתו, אם יוכל עכשיו להפטר מעבירת שבועתו בנתינתו ליורשים על זה ודאי צריכים אנחנו לומר שגם זה נכלל בשבועתו שיפטר ע"י נתינה להיורשים ודבר זה ק"ו מתנאי הוא, שאף החולק לא חלק אלא בתנאי שאין עליו שום חיוב, ומסופק לנו אם נתכוין לקיים הגירושין אף על אופן זה, בזה סובר החולק דאין זה בכלל תנאו, אבל להפטר יסברו כו"ע דדעתו אף ליורשיו. כללו של דבר להתחייב ליורשים, שזהו חיוב חדש לא יוכלל זה בכלל דבריו, אבל לבאר חיובו להאב באופן כזה, שיוכל להפטר אף ע"י נתינתו ליורשים, כיון שאין זה חיוב חדש, אלא באור להקל השבועה, בזה אפשר שכו"ע מודים שהכא האומדנא היא שלו ואף ליורשי' שיפטר גם על ידם:

וצריכים אנחנו לדעת לפ"ז מה שיפטר משבועת האב ע"י נתינתו ליורשים, אם דוקא כשיתן ע"פ דיני נחלות, לכל בן כפי חלקו, או אף שיתן לבן אחד ג"כ יצא ידי חובת השבועה. ואם נאמר שצריך ליתן לכל בן כפי חלקו, אם שייך בזה לומר שיתחייב ליתן לבכור כפי בכורתו ולפשוט כפי פשיטותו. אם לאו. וכן יש לחקור ג"כ בתנאי דע"מ שתתני לי איצטלית למ"ד לי אף ליורשי, אם יקיים התנאי דוקא כשיתן כסדר הנחלות, או אף כשיתן ליורש אחד, ג"כ יתקיים התנאי:

והי' אפשר להעמיס זה בדברי קצוה"ח דחקירתו אם בנשבע ליתן להאב אם מחוייב ליתן להבכור כפי בכורתו, או שאין צריך ליתן אלא כפי חלק פשוט. וסברת הדברים דכמו כשמוחזק האב בחפץ צריך ליקח הבכור פי שנים, כמו כן בכל דין שיש ביניהם שייך לומר שהאב מוחזק הוא, כמו כאן, שבדין שבועה זו מוחזק בה האב, שכיון שקשור הוא בה להאב, זהו ג"כ ענין של מוחזק, או שנאמר להיפך, שאין דין מוחזק אלא בממון בעין, אבל לא במיני התקשרות. ואף שמלוה ראוי' היא, אף שכבר יש חיוב והתקשרות ע"י המלוה, אין הנדון דומה, דשם כיון שהוא ענין של ממון, ועיקר החיוב הוא המצאת הממון, נמצא שטרם בוא הממון לידו אינו אלא ראוי, אבל כאן שעיקר דינו אינו אלא התקשרות השבועה, ואין זה ענין לקבלת ממון. אפשר שבדין זה ג"כ שייך מוחזק,

וע"ז הביא ראי' ממכירי כהונה, שג"כ אינו אלא ענין של איסור ונקרא מוחזק, שמוחזק בהתקשרות זו. ובזה הי' אפשר ג"כ שתתבאר קושיית הגמ' והא ראוי הוא, שאע"ג דלאו ענין של ירושה הוא, מ"מ שייך בזה ענין של ראוי ומוחזק שאין דינים אלו דוקא דינים של ממון בעין גרידא:

ויש עוד לעורר בזה ע"פ מה שראיתי בשדי חמד מערכת חזקה במצות סי' ז' אות ס"א בד"ה ועוד נראה וד"ה ועל פי דירושת מינויים אינה כשאר ירושת הבנים שאם כן היו היורשים צריכים לחלוק ביניהם ולא שהאחד יורש הכל ואין ירושת מינויים אלא משום ועשית הישר והטוב כמו במצרנות שכתב הגאון חתם סופר חח"מ סי"א דלענין מצרנות בן ובת שוים ואם האב מכר ביתו לבתו וחתנו וליכא בן שרוצה לקנותו ברתא כברא לענין זה דנח לה באחוזת אביה ולענין גאולת קרובים לא מצינו חילוק בין זכר או קרוב נקבה והוא הדין לענין עשיית הטוב כך לי הבת כמו הבן ולו יהא אלא ספק יד הלוקח על העליונה אלו דברי הח"ס. וכן מוכח להדיא בשו"ת ב"ח הישנות סי' י"ז דלענין עשיית הטוב והישר במצרנות אין חילוק בין חתנו לבנו וגם בשו"ת הרמ"א נדפס תשובת הגאון מהר"ש בסופו דאין חילוק בין בנו לחתנו. ע"כ מספר שדי חמד. ולפ"ז דבמקום דאין בו משום ירושה ממש אין בהם דין סדר נחלות, שהרי אחד יורש הכל וכן בן ובת שוים, א"כ אפשר דה"נ בנידון דידן בתנאי ובשבועה אחד יורש הכל ואם נתן לא' ש"ד וכן בן ובת שוים כמו במצרנות או בירושת מינוי אף שגם אם הבן רוצה הבן קודם לבת, ודוקא כשאין הבן רוצה הבת יורשת אף שהבן קיים. וצ"ע בכ"ז:

סימן לה - בדין מתנת שכיב מרע

בשו"ת רע"א סוף סי' קמ"ו חקר בהא דאמרינן דשכ"מ שאמר יטול פירות דקל דלא מהני אם בעידן אמירתו עדיין לא גדלו הפירות ובשעת מיתתו כבר גדלו הפירות אם נימא דבעי בשעת אמירתו שיהא בעולם דאמירתו הוי כקנין בריא, או דדנים דכל שלא חזר נמשך אמירתו עד שעת מיתתו וכאלו צוה בשעת מיתתו, ובפשוטו נראה הצד הראשון דבעינן דבשעת אמירתו באו לעולם. ואולם מדברי תוס' גיטין (י"ד ע"ב) ד"ה הא בשכ"מ שכ' ואפילו לא נולדו יורשי מקבל עד מיתת הנותן, ואמאי לא נקטו בפשוט יותר דאפילו לא נולדו עד אחר אמירתו הילך מנה, משמע דזה מהני, כיון דבשעת מיתתו באו לעולם ועדיין צ"ע:

והנה בהסבר הדבר שכתב דנמשך אמירתו עד שעת מיתה, נראה דבמתנת שכ"מ הוי הקנאה בלא מעשה קנין כלל, אלא כיון שאומר שיתנו לפלוני, מטעם החשש שמא תטרף דעתו עליו, מקנים החכמים להמקבל את המתנה, אבל אין האמירה נחשבת למעשה

קנין שעל ידה נקנית לו המתנה, ואין כאן מעשה קנין כלל, והחכמים מקנים לו בשעת מיתה, וכיון שכן עיקר הדבר תלוי שיהא דבר שבא לעולם בשעת מיתה. וראיה לדבר הוה נראה דאי נימא דהאמירה היא מעשה קנין אם כן קשה להראשונים דסברי דמתנת שכיב מרע נקנית לגמרי לאחר מיתה, אם כן איך קונה בשעת מיתה, הלא אז כלתה אמירתו, ואנן קיי"ל דהיכא דכלתה קנינו אינו קונה, אלא על כרחך דאין האמירה נחשבת מעשה קנין כלל, ועיקר מתנת שכיב מרע, הויא הקנאה בלא מעשה קנין כלל:

אבל נראה ע"פ הא דאמרינן בב"ב גבי איסר גיורא דהוה לי' תריסר אלפי זוזי בי רבא היכי ניקנינהו רב מרי להנהו זוזי אי במתנת שכ"מ מתנת שכ"מ כירושה שוינהו רבנן מאן דאיתי' בירושה איתי' במתנת שכ"מ גר הואיל דליתי' בירושה ליתי' במתנת שכיב מרע. נראה מהך סוגיא דעצם קנין מתנת שכ"מ, הוא שנעשה המקבל ליורש, וממילא זכי מדין ירושה ככל היורשים, וממילא יוצאת הקרקע לרשותו מדין ירושה בשעת מיחת הנותן ואמירתו דנותן מהניא רק לאשווייה ליורש, אבל בעצם קנין החפץ אין זה מועיל מאומה, והקנין ממילא הוא שנעשה ככל ירושה דעלמא. והשתא בלא סברת רע"א, לא שייך כאן לומר דאם היה דבר שלב"ל בשעת אמירה דלא תועיל המתנת שכ"מ, דכיון דכל עיקר האמירה אינו אלא לאשווייה לי' ליורש, ואין זה ענין של קנין כענין שאר הקנינים, ורק בשעת מיתה דאז חל הקנין בעצם צריך להיות דבר שבא לעולם, דאם לא בא לעולם בשעת מיתה, הלא אין לו מה לירש, ואין זה דומה לשאר יורש שיורש אף דבר שבשעת מיתה לא בא לעולם עדיין, משום דהתם יורש עולמי הוא, ויורש כשבא לעולם מדין ירושתו שלאחר כן:

ומה שמקשים התוס' דאיך קונה העובר למאן דס"ל המזכה לעובר לא קנה, ולכאורה הלא בירושה דכולי עלמא ס"ל דהמזכה לעובר קנה, נראה דהקושיא תהא אליבא דרב ששת דמביא ראיה דהמזכה לעובר קנה מגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והוה ס"ל לרב ששת דדין קנין וירושה אחד הוא, ואם כן ס"ל לר"ש דלמ"ד דהמזכה לעובר לא קנה גם בירושה כן, ולדידיה הוא דמקשו התוס'. ובזה ניחא ותתיישב קושיית הרע"א על דברי הש"ך דס"ל דעד ארבעים יום דהוי הולד כ"א מיא בעלמא, אף מאן דס"ל המזכה לעובר קנה, ס"ל דעד ארבעים יום לא קנה, א"כ למה להו לתוס' להקשות למאן דס"ל דמזכה לעובר לא קנה, אף למאן דס"ל קנה נמי יכולים להקשות, אם היה עובר קודם לארבעים יום. אבל לפ"ז אין זה קשה כלל, דדוקא בקנין הוא דס"ל לש"ך דעד מ' יום לא קנה, אבל גבי ירושה אם רק ס"ל דקנה הירושה, קונה הוא תמיד אף קודם ארבעים יום ואף קודם קליטת הזרע, שאף אם נקלט הזרע אחר מיתת האב, לא נעשו הנכסים הפקר:

ואם באנו לדון דאין כונת הגמ' במה שאמרו מתנת שכ"מ כירושה שוויוה רבנן לומר דהוי כירושה ממש, ולא באו אלא לומר דהויא דוגמא דירושה ואין זה אלא כענין הדומה, יש להביא ראיה ברורה דהויא ממש ירושה, דהנה דברי הגמ' גבי איסר גיורא דרצה להקנות לרב מרי בנו דהוי הורתו שלא בקדושה ואמרינן במה יקנה אי בירושה לאו בר ירושה אי במתנת שכ"מ כירושה שוויוה רבנן כל היכא דאיתי' בירושה איתי' במתנת שכ"מ כל היכא דליתי' בירושה ליתי' במתנת שכ"מ ע"כ. והנה רש"י פירש דרב מרי ליתי' בירושה דלא ירית את איסר, ותוס' פירשו דאיסר ליתי' בירושה דאינו מוריש. ולשני הפירושים יקשה טובא דמאי שייך לומר דליתי' בירושה ליתי' במתנת שכ"מ, דלא שייך זה אלא במקום דלאו בר דין ירושה שאינו בתורת דין ירושה כלל שייך שפיר לומר כיון דליתי' בתורת דין זה ליתי' נמי בתורת דין מתנת שכ"מ, אבל כאן הלא בין רב מרי ובין איסר איתנייהו בתורת דין ירושה, אלא שחסר להם במציאות המוריש או היורש, ואם כן במתנת שכ"מ, ששם ישנו המקבל והנותן, מפני מה לא תועיל המתנה. ובאמת על פי' רש"י קשה טפי, דהא רב מרי יורש במציאות ג"כ. דהא יורש את אמו, וגם יורש את בניו אשר יהיו לו:

ועל כל פנים מוכרח מכל זה דבר חדש דמאי דאמרינן דמתנת שכ"מ כירושה שוויוה רבנן, היינו דרבנן שוויוה להמקבל ליורש ממש, ולא עשאוהו ליורש, כי אם במקום שיש יורשים את אביהם, עשאוהו להמקבל שיהא גם הוא יורש את הנותן וקודם לכולם, אבל במקום שאין על נכסים אלו דין ירושת האב לא תקנו גם להמקבל שיעשה יורש בנכסים אלו. והנה פי' דברים אלו לא שייך כ"א רק אם נפרש דמתנת שכ"מ שוויוהו ירושה ממש, אבל אם נפרש דמתנת שכ"מ אינה ירושה ממש, ואין זאת אלא דוגמא בעלמא, אם כן מה שייך לתלות שאם אין כאן יורש במציאות שלא יהא דין מתנת שכ"מ, כיון שהם שני דברים נפרדים:

ומצאתי כדברים אלו ביד רמ"ה לב"ב (קמ"ט) בסוגיא זו דאיסר גיורא, שפירש דמתנת שכ"מ עשאוה כירושת האב, ובא ליישב ג"כ הקושיא דהא רב מרי היה לו דין ירושה לירש את אמו, ומתוך דבריו יתבאר כדברים האלה:

אלא שיש קצת לעיין לפי מה שחקר בתשובות רע"א אם אח את אח יורש מטעם משמוש או דין ירושה מיוחד. והנה אם נימא שאח יורש את אחיו בלא דין משמוש שע"י האב, אם כן משכחת גם בישראל גמור, שלא יהא לו ירושת האב במציאות, מיהו יש לומר כיון דאם ימות האח תחזור הירושה לשאר קרובין ע"י משמוש האב, נמצא שיש לו ירושת האב, ורק שבאופן זה ירושת האח קודמת. ועדיין צ"ע:

והנה בקצוה"ח סי' רנ"ב ס"ק א' אהא דכתב בשו"ע שמוציאין לכתובת בנין דיכרין ומזון האשה והבנות מיד אלו שצוה לתת להם שהרי במיתתו נתחייבו הנכסים בכתובה ובמזונות ואלו שנתן להם לא יקנו אלא לאחר מיתה והקשה ע"ז דהא בכתובת בנין דיכרין ירתון תנן ולא יסבון וכדאיתא פרק מי שמת וא"כ ירתון אינו אלא לאחר מיתה. וכן הקשה אהא דכתב הרשב"א בתשובות ח"ג סי' קכ"ה וז"ל ע"ד שאלתם שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני לאחר שישא פלונית או לאחר שנה מי נימא בכי הא כבר זכו יורשין לכ"ד בירושתם ושוב אין לה הפסק תשובה כל כי הא לא אמרו שא"כ בטלת כל מתנת שכ"מ דלפי דעתי ירושת היורשין חלה עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ אינה אלא לאחר גמר מיתה ואם אתה אומר כן כבר קדמה הירושה ואין לה הפסק עכ"ל, ומאד יפלא בעיני לומר ירושת היורשים עם גמר מיתה דודאי ירושה אינה אלא לאחר מיתה ודבריו צע"ג עכ"ד קצוה"ח. ולכאורה דבריו מוכרחים, כיון דמתנת שכ"מ הויא ירושה ממש כמו שנתבאר, אם כן איך נחלק לומר דירושה עם גמר מיתה ומתנת שכ"מ לאחר מיתה:

אבל מ"מ נראה דיש חילוק בין ירושת מתנת שכ"מ בין כל ירושת הקרובים, דחזינן דאף דשותפין פטורין ממעשר בהמה, מ"מ יורשין שירשו את אביהם ועדיין לא חלקו חייבין במעשר בהמה, והטעם דתפוסת הבית הוי כמו שאביהם עדיין מוחזק בנכסים ובמקומו הם עומדים, ותחת אבותיך יהיו בניך וברא כרעא דאבוה, ואף בשאר קרובים במקום המוריש הם עומדים, והיורשים חייבים לפרוע חוב אביהם וגם גופם משועבד כפי מה שהסבירו האחרונים, ונמצא לפי זה שהנכסים אינם יוצאים מרשות לרשות והוי כרשות אחת הנמשכת והלכך עם גמר מיתה קנו היורשים, כיון שאין צריך לצאת מרשות לרשות, והוי כמו שנמשכת הרשות, ואין צריך שיהא כאן רגע יציאת הרשות, אבל במתנת שכיב מרע, אף שיהא ג"כ ירושה היא, מ"מ יציאה מרשות יש כאן שאין המקבל נעשה במקום הנותן, וצריך לצאת לגמרי מרשותה נותן, ואחר כן נכנס לרשות המקבל והילכך אינו קונה אלא לאחר מיתה:

מיהו בעיקר דברי הגרע"א שמפרש כונת דברי התוס' שכונתם לומר שהנותן מקנה אף להיורשין של המקבל אם לא יהא המקבל קיים, הדברים תמוהים מאד, חדא דהיכא מצינו כזאת שמי שמקנה לאיש והוא מת, שנימא שמקנה אף להיורשים, הלא אנשים אחרים הם, ואף בתנאי שמתנה המקבל שתתני לי איצטליתי נחלקו בפ"ז רשב"ג ורבנן אי אמרינן לי אף ליורשי או לי ולא ליורשי, וכל שכן כשהנותן אומר תן לפלוני שאין הכונה ליורשין, ועוד דדברי התוס' גופייהו לא משמע כן, דאי נימא כן, אם כן סוף דברי

התוס' שכתבו שמתנת שכ"מ קונה למפרע משעת אמירה או משעת מתן מעות, יהיו כחזרה מסברתם הראשונה שמקנה ליורשים ואין הלשון משמע כן:

אבל נראה בכונת דברי התוס' דס"ל דכמו בכל ירושה ישנה גם כן ירושת משמוש דהיינו שהמת יורש בקבר, ואף שמת אין לו שייכות עם קנינים ונכסים, מ"מ ירושה זו יש לו גם בקבר להוריש להיורשים האחרים הבאים מכחו, ויסברו התוס' דגם מתנת שכ"מ שיש לה דין ירושה שהמקבל נעשה יורש בשעת אמירה, וממילא בשעת מיתה הנותן זוכה בנכסים ככל יורש, אף כשמת המקבל קודם מיתת הנותן, מ"מ יורש המקבל בקבר בדין משמוש להוריש ליורשיו, כיון שכבר נעשה ליורש עוד בחייו תיכף בשעת אמירת הנותן. ובתחילה סברו שאף שנעשה דין יורש בחיים, מ"מ כל שגמר הירושה נעשה אצל היורשים יש לזה דין קניית דשלבל"ע, ולבסוף ביארו שכיון שזוכה למפרע ובא בדין משמוש לא איכפת לן אם באי כחו ויורשיו ישנם בשעת מיתת הנותן או לא:

ובזה נראה שתתיישב קושיית הקצוה"ח שהקשה על דברי התוס' והרא"ש שכתבו שמתנת שכ"מ זוכה למפרע מהא דאמרו ביש נוחלין קל"ז באומר נכסי לך ואחריך לפלוני דאם מכר ראשון מה שעשה עשוי ואין לשני אלא מה ששייר ראשון ומודה שאם נתנם במתנת שכ"מ דלא עשה כלום מ"ט מתנת שכ"מ אינה קונה אלא לאחר מיתה וכבר קדמו אחריך, ולדעת התוס' דזוכה למפרע א"כ מתנת שכ"מ קדים ע"כ יעוי"ש. ולפי דברינו יתבאר דמה שכתבו התוס' והרא"ש דזוכה למפרע אין הכונה שנעשה שלו למפרע ממש, אלא שהכונה שנעשה ליורש משעת אמירה, אבל בעצם הנכסים אינו זוכה אלא לאחר מיתה ממש דלא עדיף משאר יורשים דלא זכו מחיים, וכל עיקר דאמרינן דקנה למפרע אין זה אלא שנעשה ליורש תיכף בשעת אמירה, ואם כן שפיר אמרינן דכיון שקונה רק לאחר מיתה כבר קדמו אחריך:

ובנתיבות המשפט תירץ דברי קצוה"ח ע"פ דברי מהרי"ט וז"ל כמתנה מהיום ולאחר מיתה דשעבודו חל מהיום וזכות לאחר מיתה ומיהו כי יהיב קנה משום דאחריך דלאו מכחו קאתי אלא מכח הראשון שעבוד וזכותו קודם ע"כ. והנה גם הוא מפרש שהזכות אינה באה אלא לאחר מיתה ולמפרע לא הוי רק שעבודי, ולפי דברינו הדברים מבוררים היטב, שמשעת אמירה אין לו אלא דין יורש אבל לא קנה עד לאחר מיתה שמגעת לו הירושה:

סימן לו - בדין תופס לבעל חוב

א

בדין התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים דלא קנה, מחלוקת רש"י ותוס' דרש"י סבר דדוקא במקום שלא עשאו התופס שליח, אבל אם עשאו התופס שליח קנה ע"כ. והקשו התוס' דהא זכיה נמי מטעם שליחות היא, א"כ הלא אין חילוק בין עשאו שליח ללא עשאו שליח דהא בין כך ובין כך שלוחו הוא, עד כאן דבריהם. והנה יש לבאר החילוק בין זכיה לשליחות ע"פ מה שנאמר בשם הגר"ח ז"ל דהמחלוקת אי זכיה מטעם שליחות אי זכיה לאו מטעם שליחות, אין הבאור דזכיה הויא שליחות דודאי זכיה היא ענין אחר, אלא דקא מיפלגי אי זכיה נלמדה מפסוק זה דשליחות או מפסוק אחר, ונ"מ בזה, לפי הנראה בדינים המתמעטים בשליחות מפסוק דשליחות נתמעטו גם בזכיה, אי זכיה מטעם שליחות היא, אבל אי זכיה לאו מטעם שליחות לא נתמעטו בזכיה, אבל בענינים דלא נתמעטו בשליחות מפסוק דשליחות כ"א מטעם אחר דשייך בשליחות, מ"מ בזכיה לא מתמעט, וכן בענינים הנאמרים בזכיה דוקא בזכיה נאמרו אף דלא שייכי בשליחות, דזכיה ושליחות ב' ענינים הם:

ולהסביר הדבר בנדון דידן נראה, ששליחות של אדם כמותו, נעשה השליח כידו של משלח, והוי כידא אריכתא של המשלח, וכשהשליח עושה מעשה, הוי כאילו עשה המשלח ממש את המעשה הזה, אבל בזכיה הזוכה עושה המעשה בשביל המשלח אבל המשלח בעצמו אינו עושה כלום כ"א הזוכה עושה בין את המעשה ובין החלות. ובזה אתי שפיר החילוק, שדוקא כשנעשה התופס שליח, שנעשה השליח כמשלח, מהניא תפיסתו, שהוא בעצמו הלא יכול לתפוס, אבל בשלא עשאו שליח, דלא נעשה התופס כמשלח אלא שהוא תופס בשביל המשלח בזה לא מהניא תפיסתו, דאחר אינו יכול לתפוס כשחב לאחרים:

ובזה יובנו דברי התוס' קדושין (כ"ג ע"ב) ד"ה עבד כנעני לרשב"א מהו שיעשה שליח שמפרשים בפי' הא' דאילו מטעם זכיה ודאי דמהני כשיקבל אחר בשביל העבד ומאי דמספקא לן הוא כשהעבד עושהו שליח אי מיגרע גרע, וצריך להבין בדבריהם כיון דזכיה מטעם שליחות היא מה לי אם עושהו שליח או אם לא עושהו, סוף כל סוף שליח הוא, אבל השתא אתי שפיר דאף אם אנו אומרים דזכיה מטעם שליחות היא, אין זה שליחות אלא חלות מיוחדת הנלמדת מקרא דשליחות וכיון שהגריעותא היא מטעם דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח מצי משווי אפשר שגריעותא זו אינה אלא בשליחות ולא בזכיה ועיין במהרי"ט שעמד בצ"ע:

ובזה יתיישב גם מה שמקשה בקצוה"ח כלפי מה דאמרו בכל מקום דמהניא זכיה, והיסוד בזה דכיון דאילו הוה ידע הוה ניחא ליה, והא כיון דקיי"ל דיאוש שלא מדעת לא הוה יאוש, א"כ נהי דאילו הוה ידע הוה ניחא ליה, השתא מיהו לא ידע ואמאי מהני, אבל לפ"ד יובן שפיר, דאין זכיה מועלת מטעם דאילו הוה ידע הוה מהני מטעם שליחות מהני השתא נמי מטעם שליחות, דאין הדבר כן, אלא כשלא ידע זכיה אחרת וחלות חדשה שאינה התלות דמהניא כשיודע, וחדוש הוא שחדשה תורה חלות חדשה ואין זה דומה לכל מקום שאנו רוצים לומר דליהוי מהני כשאינו יודע מטעם דין זה בעצמו דמהני כשהוא יודע, ע"ז שפיר אמרינן דיאוש שלא מדעת לא מהני ואין אנו יכולים ליתן בשלא מדעת הדין של מדעת, אבל גבי זכיה דין אחר הוא ואין אנו נותנים דין הידיעה לכשאינו יודע, ואין זה ענין ליאוש שלא מדעת, ובזה יובן ג"כ מה שאנו אומרים דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד מטעם זכיה והתוס' מקשים איך מהניא הא זכיה מטעם שליחות היא ובאמת צ"ע מה שייך כאן שליחות, וכי ב"ד עושים כאן דבר שעליו לעשות, הלא זה דין מיוחד שמוטל על ב"ד שעליהם להיות בשעת גרות ומלבד זה אינם עושים שום דבר בשבילו א"כ מה זה דאמרינן דב"ד זוכין בשביל הקטן ומה שליחות יש כאן אי זכיה מטעם שליחות. ולפ"ז יתבאר דאין כאן ענין של שליחות כלל וזכיה הוא חלות בפני עצמה ואין זה נחשב כאילו הוא עושה אלא הדין שב"ד יכולים לעשות דבר זה, אף שדבר זה על הקטן הוא חל ואיך יכולים לעשות זה בלי דעתו, אלא שזה הוא דין זכיה שכיון שהדבר זכות הוא לו, מהני מה שעושים אף בלי דעתו ורשותו:

ובב"מ גבי מגביה מציאה לחבירו אמרינן שאני פועל דידו כיד בעה"ב, והנה לדברי רש"י דאף שליח מהני, מאי האי דאמרינן שם דשאני פועל דידו כיד בעה"ב אף בלא סברא זו תיפוק לי' דלא גרע משליח דמהני בכ"מ, וצ"ל לדעת רש"י דפועל גרע משליח דשליח עשאו לשליח והרשה לו ונתן לו כח להיות כמותו ובפועל אין לו כח זה הילכך אי מטעם מעלת שליחות לא היה מהני בפועל ומטעם זה מוכרח בגמ' לתת טעם דפועל יש לו יתרון אחר דידו כיד בעה"ב ומטעם זה אינו צריך לדין שליחות מיהו לדעת התוס' דס"ל דשליח לא מהני גבי תופס לבע"ח צריך לומר דפועל עדיף הרבה משליח, ובהסבר הדבר נראה דהתוס' יסברו דאף דשלוחו של אדם כמותו דאף דהתפיסה של השליח הוי כאילו הוא תפס מ"מ לא מהני דעיקר מה דמהני תפיסה אין זה אלא מפני שהוא תפוס ומוחזק הילכך לא מהני תפיסת השליח דמ"מ לא מיחשבא תפיסת השליח להיות הוא נחשב מוחזק שאין רשות השליח מיחשבא רשות הבעלים ולזה מהני בפועל דכיון דידו כיד בעה"ב א"כ מיחשב כאילו החפץ מונח ברשותו ומיחשב מוחזק הילכך מהניא תפיסתו:

ובזה נראה שנדחה מה שכתב בשעה"מ ע"פ דברי הפ"י שכתב בטעמא דלא מהני תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים משום דהוי שליח לדבר עבירה והילכך לא מהני אפי' עשאו שליח לדעת התוס' ולפ"ז בפועל דאמרינן דמהני תפיסתו לבעלים משמע דבפועל מהני עשיתו לדבר עבירה בשביל הבעלים ומקשה לפ"ז מאי דמקשה בגמ' ב"ק (פ"ה) בור של שני שותפין היכי משכחת לה אי דעשו שניהם שליח אין שליח לדבר עבירה ואמאי הא משכחת לה בששכרו שניהם פועל לכרות בור והוי פועל ובפועל ליכא משום אין שליח לדבר עבירה ע"כ, ולפי דברינו אין כאן קושיא דמאי דמהני בפועל אין זה מעלה כי אם גבי דין תפיסה משום דכיון דיד פועל כיד בעה"ב ממילא הלא הבעה"ב הוא תפוס וזוכה בחפץ הנתפס אבל ליעשות שליח על פעולת עבירה הלא שם אין שום מעלה מה שהוא שכור לו כי שם אין שום מעלה לדין רשות כי מה רשות שייך על פעולה ואין כאן אלא משום דין שליחות וחזר הדין דאין שלית לדבר עבירה:

וכמו כן יש לעורר במה שחקר המחנה אפרים אי יכול לברך על מעקה כשעושה על ידי פועל עכו"ם ורצה ג"כ לומר דכיון דיד פועל כיד בעה"ב מהני גם על ידי עכו"ם, אף דאין שליחות לעכו"ם, כמו דמהני גבי תופס לבע"ח אף דשליח לא מהני לדעת התוס', ולפ"ז אין ראיה מתופס לבע"ח דשם המעלה דפועל משום דהוי רשותו והוי כאלו הוא בעצמו תפוס, אבל גבי פעולה אין מעלה לפועל משליח דעלמא:

ונשאר לנו עתה ליישב קושיית תוס' על רש"י מגמ' פ"ט דכתובות גבי יימר בר חשו דאמר לו לשליח לתפוס ואעפ"כ אמרו שם דתופס לבע"ח לא מהני כשחב לאחרים ויקשה על רש"י דסבר דכשעשאו שליח מהני תפיסתו לבעל חוב אף כשחב לאחרים:

והנה תפיסה ישנה בשני אופנים. או תפיסה דלאחר הדין, או תפיסה דקודם הדין ואינה אלא תפיסה למשכון. והנה בתפיסה דאחר הדין ע"פ דין יש לו לתפוס ויכול ג"כ לעשות שליח אבל בתפיסה דקודם הדין גם הוא אינו יכול לתפוס כ"א מצד דין דעביד איניש דינא לנפשי' וכפי שביאר הגר"י ז"ל מפוניוויז דעביד איניש דינא לנפשי' היינו שנעשה דין ממש, אם כן רק הוא יכול להעשות דיין אבל שלוחו אינו נעשה דיין. או באופן אחר דבתפישה דאחר הדין שיש לו כבר זכות לגבות יכול לעשות שליח ג"כ דאין צריך השליח להיות רק שלוחו של בעל הממון, לפי דברי התוס' ב"מ דמציאה שכיון שאין שם בעלים צריך השליח להיות רק שלוחו של המשלחו, כמו כן כאן שיש לו זכות לגבות הוי כאלו אין שם בעלים אחרים וסגי במה דהוי שלוחו של המלוה אבל בתפיסה דקודם הדין שאין לו עדיין שום זכות לתפוס אלא דמהני תפיסתו אם כן עדיין הלוה בעלים דחפציו ואם כן אינו יכול לעשות שליח לתפוס כ"א בשליחותו של בעל הממון דהיינו

בשליחותו דלוה, אבל בלא שליחותו דלוה לא מהני השליחות, והגמ' דכתובות מיירי בתפיסה דקודם הדין כמו שמוכח התם מיהו במקום דאינו חב לאחרים אפשר דאיננו צריכים לזכיה ויכול כל אחד לתפוס בשביל חבירו אף בלא כל הנך מילי וצ"ע. ואפשר כיון דבמקום שאין חב לאחרים מחויב הוא הלוה לשלם את החוב למלוה זה הוי כמו שאיננו נחשב לבעלים כלל על ממונו שהדין מכריחו לשלם ואין צריך שיהא השליח שלוחו של הלוה וכמו כן לפי התירוץ הראשון יכול בכי האי לגבות ע"י שלוחו שאין צריך להעשות דיין ע"ז, אבל במקום שחב לאחרים צריך להעשות דיין ואינו יכול דוקא ע"י עצמו:

ב

במה שהקשה הגרע"א אהא דכתבו רש"י ותוס' גבי תנו גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי דלא יתנו לאחר מיתה, היינו משום שלא נטלו השליח מחיים, משמע שאם נטל השליח ומסר בחיי המשלח אע"פ שלא מסר לו מיד ליד מהני השחרור, ואמאי הא הוי טלי גיטך מעל גבי קרקע דלא מהני בגט ומסתמא גם בשחרור, דילפינן לכולהו מילי מגט וכו', וליכא למימר דנעשה רגע א' שליח של האדון, ואח"כ שליח של העבד, דהא א"כ לא חזרה שליחות אצל הבעל ע"כ. ולכאורה יש לעיין לפי דעת התוס' במה דצריכים בכל מקום להיות גם שלוחו של בעל הממון, א"כ כיון שנחשב גם לשלוחו של האדון ממילא לא מיחשב כטלי גיטך מעל גבי קרקע. והיה נראה לכאורה דהגרע"א בקושייתו אזיל לשיטתו דס"ל דהתוס' בדף זה גבי מעמד ג' חולקים על התוס' ב"מ וס"ל דלא בעינן שיהא השליח שלוחו של בעל הממון, אבל כבר דחינו שאין דברי התוס' מחולקים. והנה בעצם יסוד שלוחו של בעל הממון נאמרו בזה ב' שיטות, האחת דעת תוס' ב"מ שמפורש בדבריהם דלא בעינן שלוחו של בעה"מ כי אם במכר או במתנה אבל במציאה לא בעינן, ובדברי הר"ן פ"ב דב"מ ובדברי הש"מ שם מבואר דאף במציאה בעינן שיהא שלוחו של בעה"מ, וכיון דא"א לא מהניא שליחות גבי מציאה. והנה בדעת התוס' היה נראה שעצם השליחות של הקונה אפשר להיות בלא שליחות בעל הממון, אלא דכיון שהוא אינו מפקיר חפצו, אין יכולים לקנות בלא כחו, ואפשר אולי שלזה היה די גם רשותו של בעל הממון ואם כן אין לזה דין שליחות לבטל דין טלי גיטך מעל גבי קרקע. אלא דא"כ יש להבין במאי דאמרו בתוס' דאם בעל הממון הוא עכו"ם דלא מהני דאין שליחות לעכו"ם, ואם אינם צריכים אלא נתינת רשות, מאי שליחות לעכו"ם יש בזה. אלא דמצאנו כעין זה בריש תמורה ב' ז"ל בתוס' במאי דאמרינן בגמ' דאם רוצה להמיר בבהמת אחרים צריך הלה לומר כל הרוצה להמיר בבהמתו יבא וימיר, שבעכו"ם א"א להמיר בבהמתו

משום דאין שליחות לעכו"ם, וגם שם הלא בודאי אין באמירת העכו"ם יותר מנתינת רשות ומ"מ אמרו בזה דאין שליחות לעכו"ם, וא"כ גבי נדון דידן ג"כ דכוותה ומ"מ צ"ע: **אבל** לפי דעת הר"ן נראה דהקונה בעצמו אין לו כח כלל לעשות שליח בלי שליחות משלח, ואף במקום שאין משלח כגון במציאה ג"כ אין כח להקונה לעשות שליח, ואף שאין במציאה שום מונע, ונראית הסברא בזה דאין לאדם לעשות שליח כ"א בזה שיש לו בעלות אבל לקנות אין לו שום בעלות על זה, וכל כח שליחותו נולד רק ע"י שליחות המשלח שעושה אותו לשליח. ולפי זה היה נראה ששלוחו של בעל הממון היא שליחות גמורה ולפ"ז נראה דודאי לא הוי כטלי גיטך מע"ג קרקע:

מיהו נראה דכל עיקר דין שליחות בעה"מ, אינה אלא שליחות להקנאה אבל אין זה שליחות לנתינה, ובגט ושטר שחרור, הלא נראה דעת הראשונים דלא מהניא כ"א נתינה, אבל אם הקנה לה את הגט או השחרור ע"י קנין ולא נתן לידה ממש לא מהני, וא"כ לא מתקיים בשליחות של בעה"מ דין נתינה, וא"כ שוב הדרא קושיא לדוכתא דליהוי כטלי גיטך מע"ג קרקע:

ובעצם השאלה אי מהני קנין להחשב כנתינת הגט, הנה מדברי תוס' שכ' לפרש שגם רישא דמתניתין איירי במעמד שלשתן וקיי"ל דלא מהניא מעמד שלשתן גבי גט, ופירש בחי' רע"א, דהראיה על שאר שטרות הוא משחרור, דאילו נילף מגט, הלא יש לחלק דגבי גט כיון דחוב הוא לה לא מהניא מעמד שלשתן, אבל היכא דזכות אפשר דשפיר מהני מעמד ג', לפי מה שהשוו תוס' מעמד ג' לזכי', אבל מ"מ אף אם נילף משחרור, הלא יש לשאול, דשאני גבי שחרור דלא מהניא מעמד שלשתן משום דלא מהני קנין גבי גט ושחרור משום דבעינן נתינה ממש, אבל גבי שאר שטרות ודאי מהני אף שאר קנינים, אפשר דמהני ג"כ מעמד ג'. והיה נראה מדעת התוס' דגם גבי גט ושחרור מהני בדרכי הקנינים להחשב לנתינה:

ונראה דגם התוס' סברי דקנין לא מהני להחשב לנתינה, דקנין שבא מצד הקונה, כגון משיכה והגבהה, שנמצא שהקונה עושה את כל הקנין, לא יוכלו להחשב לנתינה, שהרי הבעל או האדון לא עשו כלום. אבל מ"מ כשהקנין בא מצד המקנה, כמו שמצאנו בכסף שנקרא קנין המקנה כמו שאמרו בקדושין (כ"ג) כסף קבלת רבו גרמה לו, כדוגמא זו מהני גם בגט ושחרור, והלכך מעמד שלשתן שהכל נעשה מצד המקנה, שאומר שיהא החפץ או השטר קנוי לזה, נמצא שהכל נעשה במאמרו, יש לזה דין נתינה אף שאין זאת אלא הקנאה, ולזה כתבו שאשמועינן מדין שחרור דאין דין מעמ"ג בשטר. וכן יש להסביר מחלוקת רש"י ותוס' ריש הזורק בהא דאמר רבא תיזול ותיחוד ותפתח להההוא

דוכתא דיתיב בי' גיטא, ופירשו התוס' ע"י קנין חצר ורש"י פירש ע"י קנין אגב. ונראה שרש"י סובר דמהני דין קנין גבי גט ותוס' סבר דלא מהני דין קנין בגט. ולפי דברינו, דרש"י יסבור דקנין אגב מיקרי קנין מצד המקנה, ועיין במחלוקת הקצות והנתיבות אי מהני קנין אגב בהפקר, ורש"י יסבור דאגב לא מהני בהפקר, דאגב אין עיקר קנינו כ"א מצד המקנה, ובהפקר הלא אין כאן מקנה, והתוס' או דיסברו דאגב מהני גם בהפקר, וא"כ מוכרח דהוי קנין מצד הקונה, או שאף אם יסברו דאגב לא מהני בהפקר, וצריך גם למקנה, מ"מ כיון דעיקר מעשה הקנין נעשה ע"י הקונה העושה פעולת הקנין, הילכך מיקרי קנין מצד הקונה, ולא יוכל להחשב למעשה נתינה:

ובמה שדחה הגרע"א תירוצו דנימא שמתחילה נעשה רגע א' שלוחו של האדון ואח"כ שלוחו של העבד, דא"כ לא הוי חזרה שליחות אצל הבעל ע"כ. והנה לפי מה שנתבאר אצלנו דגם שליחות דבעל תוכל להיות באופן שאינו נעשה שליח על מעשה הגירושין כ"א להעשות ידו כיד הבעל כמו גבי שליחות לקבלה, שאין עיקרה אלא להעשות ידו כיד האשה וה"נ בשליחות הבעל אפשר להיות באופן זה, ונראה פשוט דבאופן זה אין משום דין חזרה שליחות אצל הבעל, דדוקא במקום דבעינן שיהא השליח העושה מעשה הנתינה ונמצא שבשעה שעושה הנתינה כבר צריך להיות שליח לקבלה, ועדיין לא נגמרה מעשה שליחותו להולכה, שאף שכבר הוציא את הגט מתחת ידו בתור נתינה אבל עדיין אין הנתינה נגמרת כ"א כשמקבל השליח לקבלה, ונמצא שבשעה שנעשה שליח לקבלה עדיין לא נגמרה שליחותו להולכה וזה ענין לא חזרה שליחות אצל הבעל, אבל כשאין השליחות כי אם להיות ידו כיד הבעל ונעשית הנתינה ע"י זה שבא הגט מרשות הבעל לרשות האשה, אם כן תיכף כשנעשה שליח לקבלה כבר נגמרה שליחות הבעל, שהרי לא היה צריך רק שיהא רשות האשה אמר שהיה רשות הבעל, אבל אין צריכים נתינה ממש, מיהו בסוף פ"ב אי אפשר שיועיל ג"כ בתורת מידו לידה, משום דשם איירי בדין אמירת בפ"נ, ונאמנות אמירת בפ"נ לא ניתנה כ"א לשליח הנתינה, ואם איננו שליח לנתינה לא האמינוהו חכמים, וכיון שהוא שליח נתינה בעינן ע"כ שתחזור שליחותו אצל הבעל, ואם לאו לית ביה משום דין שליחות:

סימן לז - בדין קנין חצר

בש"מ ב"מ (ט' ע"ב) הקשה וז"ל הא דאקשינן הכא ובכמה מקומות בתלמוד חצר מהלכת היא וכו' תמיהא לי והלא חצר משום שליחות איתרבאי כדאיתא לקמן וכן פסק הריא"ף ושליח הא נייד דבשלמא חצר דאשה איתרבאי משום יד איכא למימר מה ידה דנייח אף

חצרה דנייח אבל גברא דאיתרבאי משליחות מ"ט לא, ולא עוד אלא אפי' חצר דאיתתא הוה לן למימר דקניא דלא גרע משליחות כדאיתא לקמן, הרשב"א, ע"כ:

והיה נראה לבאר בדין חצר משום שליחות דמה דילפינן משליחות הוא שדין זה חדשה התורה בשליחות דרשות אחרת יכולה להצטרף להקונה לקנות, דבלעדי חדוש זה לא הי' יכול לקנות כי אם הקונה בעצמו, ולזה חדשה התורה דגם רשות אחרת מצטרפת אל הבעלים ונעשית כמותו, ויכול השליח בהצטרפו אל המשלח לקנות כמותו, שנעשה כמותו, וזה ילפינן חצר משליחות שהחצר אע"פ שאיננו בעליו ממש מצטרף לבעליו להיות כמותו לקנות עבורו מפני שנעשה כבעליו. אבל מה הוא קנין החצר זה לא ילפינן משליחות כי אין זה מגדר השליחות, אלא שזה יוצא ממילא שכל שליח בהצטרפו להמשלח קונה בקנינים שיש להשליח. אבל במה קונה החצר בהצטרפו להמשלח, על זה מוכרחים אנו להשיב שקנין חצר הוא מטעם יד, שקנין חצר הוא תפיסה ברשותו כתפיסת יד. וכל עיקר החילוק אם חצר מיד איתרבאי או חצר משליחות איתרבאי הוא דאם חצר משום יד איתרבאי קנין החצר הוא קנין בעל החצר בלי הצטרפות רשות אחרת ואם חצר משום שליחות איתרבאי קנין החצר אינו קנין בעל החצר בעצמו כי אם בהצטרפות רשות אחרת, אבל עצם הקנין הוא סוף כל סוף קנין יד, ולפ"ז מתורצת קושיית הרשב"א דאף אם חצר משום שליחות איתרבאי דיני הקנין מוכרחים אנו ללמוד מדין יד דבעינן נייח. ולפ"ז גדרן של דברים כך הוא דבנדון השאלה אי בעינן עומד בצד חצירו או משתמר לדעתו דזה צריך להעשות הקנין לקנין הבעלים בעצמם על זה אמרינן כיון דחצר משום שליחות איתרבאי ואין אנו צריכים שיעשה הקנין לקנין הבעלים בעצמם הילכך אין אנו צריכים שיעמוד בצד חצירו ולא משתמר לדעתו. אבל ענין הלוך ונייח אין זה כדי שיעשה לקנין הבעלים רק זהו גדר בקנין דיד, הילכך אף אי חצר משום שליחות איתרבאי בעינן שיהא נייח שענין נייח הוא גדר בקנינו של קנין יד, כמו שיש גדר לקנין הגבהה ג' טפחים וכן לכל קנין:

ובזה יתבאר מה שקשה (בדף י"א) אמר רב פפא דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן חצר משתמרת ומ"מ הא חזינן דלענין חצר מהלכת לא מהני דעת אחרת מקנה ומאי שנא. והנה בש"מ ביאר בטעם הדבר דבדעת אחרת מקנה לא בעינן משתמרת וז"ל יש לומר דבמתנה מועיל אינה משתמרת משום דבמתנה אינה משתמרת כמשתמרת דמי דלעולם היא משתמרת להמקבל וכו' כיון דדעת אחרת מקנה כדאמר תלמודא הרי אין שום אדם יכול לזכות בה כי אם מדעת המקנה והוא נותנה ומקנה אותה למקבל נמצא שהמתנה משתמרת למקבל אף כי אינה משתמרת משאר בני אדם דמה בכך מ"מ

אינם יכולים לזכות בה וכו'. ומהאי טעמא ניחא מה שיש ליתן טעם מה מועיל דעת אחרת מקנה גבי מתנה למימר אף כי רץ אחריהם ואין מגיעין וכו'. ע"כ. אבל הדברים האחרונים מרץ אחריהם ואין מגיעין אין מובנים דבשלמא מלקיחת החפץ ע"י אחרים משתמר החפץ היטב בחצר שכיון ששום אדם לא יקחם ממילא ישארו בחצר ונמצא החפץ משתמר בחצר. אבל לגבי רץ אחריהם ואין מגיעין מה מועיל דעת אחרת מקנה שהרי סוף סוף לא ישארו בחצר ומה שיחזירם המקנה אח"כ אם יצאו מן החצר אין זה מחמת החצר, ואילו היינו תופסים כדברי הש"מ הי' מיושב היטב החילוק מה דמהני דעת אחרת לגבי משתמרת ולא מהני מהלכת דבמהלכת נימא שאין החסרון משום שאין משתמר וממילא אין שום מעלה במה שיש כאן דעת אחרת. אבל דברי הש"מ בלתי מובנים לכאורה:

ולפי דברינו האמורים למעלה יתבאר החילוק בין מהלכת ומשתמרת היטב, דבמשתמרת החסרון מה שאין משתמרת הוא חסרון בגדר שליחות שחצר כזה שאין משתמר אין לו שליחות שאין מצטרף למשלחו להיות שליח עבורו, והילכך דעת אחרת עושהו לגדר שליח ולזה מהני דעת אחרת וכן כשרץ אחריו ואין מגיעו הוא ג"כ שאין החצר משתמר והוי החסרון בגדר שליחות ולזה מהני דעת אחרת לעשותו שליח. אבל כשהחצר מהלך ונמצא שגם החפץ הוא באופן מהלך, זה הוי חסרון בגדר הקנין שאין זה קנינו של חצר שאינו דומה ליד ומה תיהני בזה דעת אחרת, הילכך לא קני אף במתנה ומכר. [מיהו לדברי רש"י שכתב (בדף ט' ע"ב) דחצר מהלכת לא קני משום דלא הוי משתמר עדיין יקשה טובא ואף לפי דברי הש"מ המובא למעלה יקשה ג"כ לפי פי' רש"י. ואולי י"ל לפי דברי רש"י כיון דגבי חצר מהלכת אף בעומד לא קנה משום דאילו מהלך לא קנה עומד נמי לא קנה ואף שעכשיו כשעומד משתמר הוא ולפ"ז גם מה שיש כאן לפי שעה זו דעת אחרת ג"כ לא עדיף מעומד וכיון דאילו מהלך לא קנה עומד נמי לא קני וצ"ע]. [והטעם דבמהלכת כיון שמצד עצמותו אינו משתמר לא מהני מה שבמקרה משתמר, אבל אינו משתמר אין החסרון אלא מצד מקרה וכיון שבמקרה זה הוא משתמר משום דעת אחרת לא איכפת לן מה שבאופן אחר אינו משתמר]:

וכן יתיישב בדברים האמורים למעלה מה שיש להקשות למאי דאמרינן חצר משום שליחות איתרבאי והא בעינן בכ"מ בשליח שיהא גם שלוחו של בעל הממון, והחצר איננו רק שלוחו של בעל החצר אבל לא שלוחו של בעל הממון והוא המקנה. ויש לחקור בנדון מה דאמרינן דהשליח הוי שלוחו של בעל הממון מהו גדר שליחות זו. דלכאורה אין לומר בזה דהשליח הוי שלוחו של מקנה ממש והוי כמותו כשליחות דכל התורה,

וימצא שיהא השליח המקנה והקונה, דהא קיי"ל דבעינן חזרה שליחות אצל הבעל, וכאן לא חזרה שליחות אצל הבעל, ועיין במחנה אפרים הל' שלוחין שכתב לחלק דע"כ לא שייך האי טעמא אלא בגט אשה דבעינן שיבא הגט לידה מיד הבעל או מיד שלוחו וכל שלא חזרה שליחותו לא מיקרי שלוחו של הבעל ונמצא דלא בא הגט מיד הבעל אבל בעלמא דלא בעינן שיבא המתנה מיד הנותן ממש כי נמי לא חזרה שליחות ולא הוי זה שלוחו של נותן הרי זה השליח נעשה שלוחו של המקבל וזכה לו כיון שהנותן אמר לו ליתנה לזה. ע"כ. וכן הביא משם הרא"ה וכן מצא במבי"ט. ולפי זה אין קושיא מחזרה שליחות על דין דשלוחו של בעל הממון, אבל אחר זה באותו סימן כתב המ"א וז"ל ואל תשיבני מדברי הרב מהרי"ט שכתב בח"א סי' קכ"ז דכמו שאין השליח יכול לזכות לעצמו לפי שהוא כיד הבעלים מטעם זה עצמו אינו יכול לזכות לאחרים ע"י דלא חשיב שליחות כה"ג כיון דלא חזרה שליחות אצל הבעל. דההיא איירי בשעשה שליח למכור דהשליח הוא המקנה ואי פסקה שליחותו מי יקנה לו אבל הכא בנ"ד שלא עשהו שליח להקנות אלא להוליך וכו' הרי זה השליח יכול לומר הריני שליח קבלה של אותו פלוני כדי לזכות לו עכ"ל. הרי נתברר מכל זה שגם בממון אם יהא שלוחו של מקנה אינו יכול להיות שלוחו של קונה משום דלא חזרה שליחותו, ואיך נוכל לומר שכל שליח הקונה יהא גם שליח המקנה ממש כמותו ויהא גם המקנה וגם הקונה, **(**מיהו** בתורת גיטין (ט') כתב אף במסקנא לחלק בין גט לממון:)** וגם עצם הדבר אינו מובן למה צריך להעשות שלוחו של מקנה ומה הדבר חסר אם המקנה בעצמו מקנה את החפץ ולא השליח, וכן יש להוכיח ממה שפירשו שהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ואף אם עשאו שליח משום דבמציאה ליכא בעל הממון ובעינן שלוחו של בעל הממון ועיין בבית הלוי שג"כ נסתפק בדבר, ואם נפרש הדברים כפשוטן שהדין הוא שצריך השליח להיות גם המקנה, א"כ יקשה טובא דבמציאה דלא שייך כלל מקנה למה יהא צריך השליח להיות מקנה:

ונראה מכל זה שעיקר הטעם דבעינן שלוחו של בעל ממון משום דלא שייך לעשות שליח לקבל מתנה או לקנות, כיון שאין הדבר תלוי בהמשלח, שאף הוא אין לו שום כח בזה לקבל במתנה חפץ של אחר והעיקר תלוי בבעל החפץ שבו הדבר תלוי, והילכך צריך להיות שלוחו של בעל הממון, שגם בעל הממון שולחו לקבל המתנה ולזכות מעצמו, ובעל הממון המקנה משתתף בעשיית השליח לשליח של קונה. ואין המשלח עושהו למקנה להיות שלוחו כמותו כ"א להיות כמותו דקונה. אבל בלא זה אינו יכול להעשות שלוחו דקונה. ולפי זה יש להסתפק שפיר במציאה אי אמרינן שגם שם לא יוכל להעשות

שליח מצד הקונה בלבד, מפני שאין זה הדבר של קונה, שיוכל לעשות שליח עליו, או אפשר דבמציאה כיון דהמשלח עצמו יכול לזכות בהמציאה בלי שום מפריע יכול לעשות גם שליח על זה:

ועכשיו יתיישב מה שהקשינו מחצר דהא חצר איננו שלוחו של בעל הממון, אבל לפי מה שבארנו דכל עיקר הלימוד בחצר משליחות אינו אלא שתצטרף רשות החצר לקנות כיד המשלח, ע"ז אפשר להיות דין שליח גם בלא דין שלוחו של בעל הממון, כיון שאינו רוצה לעשותו שליח לקנות בעצמו כ"א לעשות הצטרפות רשות בלחוד, משא"כ בכ"מ בשליח שעושהו לשליח שיקנה לגמרי בלא המשלח, זה אין בכחו של המשלח לעשות:

ובשו"ת רע"א סי' קצ"ד כתב להקשות אף לרבנן דקסברי דזכות הוא לעבד שיצא מתחת רבו לחירות אם העבד עושה שליח לזכות גיטו מרבו כיון דהוי אף שלוחו של האדון מטעם שלוחו של בעל הממון ואיך מהני הא אין שליח לדבר עבירה ע"כ. והנה גבי קבלת גט שחרור אין צריך קנין כ"א קבלה משום דבעינן רק נתינה א"כ כל השליחות היא להיות ידו כידו ובזה אין צריך שליחות של בעל הממון שהרי אינו עושה לשליח לזכות כ"א להיות כידו וזה הלא דבר שברשותו הוא, ואדרבה בזה לא יוכל האדון לעשותו לשליח, שאין הדבר תלוי באדון כלל ואין זה שייך להאדון כ"א בעבד שעושה ידו כידו:

וגם בר מן דין אפשר לומר שכיון שאין שליחות זו של בעל הממון שליחות להיות כמותו א"כ אינה אלא שתחול שליחות הזוכה לא שייך בשליחות כזו לומר אין שליח לדבר עבירה כיון שבשליחות הזוכה אין עבירה אף היינו אומרים שגם בשחרור צריך להיות שליח בעל הממון:

ומדברי ש"מ והר"ן (ב"מ י"ב) אנו למדין ג"כ יסוד זה בנדון שליחות בעל הממון שכתב לחלק דבמתנה מהני חצר מטעם שליחות ולא במציאה משום דבמתנה נעשה החצר שלוחו של בעל הממון אבל במציאה אין כאן שלוחו של בעל הממון. ע"כ. והדברים מתמיהים דאיך נעשה החצר שלוחו של בעל הממון הלא חצר אינו בר מנוי שימנוהו לשליחות ואינו אלא שליח של בעליו מצד עצמו שרבתה התורה שנעשה שליח, אבל שיעשה שליח של אדם אחר איך אפשר לומר כן. וגם מה שכתבו שבמציאה הוי החסרון משום שאינו שלוחו של בעל הממון ג"כ תמוה שכיון שאין שם בעל הממון מה צריך לשליחות בעל ממון. ומוכרחים אנו לומר שאין כונת הש"מ שנעשה שלוחו של מקנה כמותו, אלא הכונה שנעשה גם שלוחו של המקנה להיות שלוחו של הקונה דבלא זה לא שייך שליחות הקונה ובמציאה דליכא בעל הממון אינו יכול להעשות שליח הקונה

כמו שנתבאר. מיהו לפ"ד גם במציאה אין אנו צריכים בחצר שיהי' גם שלוחו של בעל הממון כנ"ל:

ולפי ביאור זה בענין שלוחו של בעל הממון אולי הי' אפשר לפקפק בראיתו של המ"א שהביא ראי' מדברי הטור שכתב בי"ד סי' קס"ט דאפילו לר"ת ז"ל אם ישראל השני אומר שבשליחות הראשון מקבלם אסור דשליח של ישראל הוא ע"כ, שמוכח מזה שהטור סובר דלא בעינן שלוחו של בעל הממון עכ"פ בגביית חוב. עכת"ד. ולפ"ד י"ל דהטור יסבור דבשליחות כזו שאינו נעשה שלוחו של המשלח ממש אין בזו משום שליחות לכותי, ויכול להעשות שלוחו של ישראל ע"י סיוע שליחותו של נכרי:

סימן לח - בדין אודיתא ואגב

א

בגמ' ב"ב (דף מ"ד ע"ב) בדאתי סהדי ואמרי ידעינן בי' דלא הוה לי' ארעא מעולם. והקשה הר"ר חזקי' בתוס' לפי דברי ר"ח שכותבין בשטר והקניתי לו קרקע אף דידעינן דלא הוה לי' משום דמהניא הודאתו, א"כ ניחוש גם כאן דילמא אקני ע"י הודאה ע"כ. וכן פסק בשו"ע סי' קי"ג דמקנים ומשעבדים אגב קרקע אף דלא ידעינן שיש לו קרקע משום דהודאת בע"ד כמאה עדים לחובתו הילכך משתעבד מצד הודאתו:

והנראה בישוב קושיית הר"ח דהנה הודאה מועלת משני טעמים או מטעם אודיתא אף שידעינן שהוא משקר והוא קנין דמהני מדרבנן או מטעם הודאה שאדם נאמן על עצמו דמהימנינן לי' לגבי עצמו דקושטא קאמר. וגם כאן יש לנו לחשוש משני הטעמים או שהקנה המטלטלין ושעבדן ע"י אודיתא שהודה ששעבדן אגב קרקע שהי' לו, שכיון שאין אנו יודעים לו קרקע ולא מהניא אלא מטעם דהודה שיש לו קרקע והויא הודאה אף על שעבוד המטלטלין, ונמצא שזה מטעם אודיתא שאף אם משקר מ"מ מהניא מטעם קנין דרבנן, או דנימא דניתי עלה מטעם הודאה דנחשוש דהודה שיש לו קרקע ונאמן לגבי עצמו וכשמקנה לו את הקרקע עם המטלטלין הויא הקנאתו הקנאה. והנה אם נבוא לחשוש שמא הודה וממילא נאמין לו לגבי עצמו, אין בחשש זה כלום, שהרי אם יבואו עדים ויעידו שפלוני לוה מפלוני מנה האם יש לנו לחשוש שמא יבואו מזימים או מכחישים, ודאי הדבר שכיון כפי הדברים שהם עכשיו מתברר לנו שהאמת כן הוא אין לנו לחשוש שמא יתברר באופן אחר וכמו כן אין לנו לחשוש שיתברר שלא כהעדים אף ע"י הודאתו, ואין לנו לבוא לחשוש כ"א מצד טענת אודיתא, וע"ז נראה שאין כאן חשש כלל, כי כיון שאין אנו תופסים לומר שהי' לו קרקע, אבל באמת לא הי' לו קרקע, ומ"מ אנו רוצים לדון שיחול השעבוד מטעם אודיתא, שכיון שהודה שהקנה אגב קרקע נמצא

עכ"פ שהקנה עכשיו באודיתא, א"כ הלא לא עדיף קנין אודיתא משאר קנינים, כגון אם שעבד המטלטלין ע"י כסף או קנין אחר דלא משתעבדי, משום דאין על מטלטלין דין שעבוד כלל, אלא דבקנין מטלטלין אגב קרקע, מקבלין המטלטלין דין הקרקע, ועיין ברשב"ם כאן וכן בר"י בש"מ כאן דס"ל דטעם שעבוד מטלטלין אגב קרקע הוא מטעם דהמטלטלין מקבלים דין הקרקע, אבל בל"ז אין שום דין שעבוד חל על מטלטלין, א"כ בודאי לא שייך דין שעבוד מטלטלין ע"י אודיתא, דהא לא עדיף קנין אודיתא משאר קנינים דלא מהני לשעבד מטלטלין. ומה דאיתא בדברי ר"ת וכן פסק בשו"ע דמהני קנין אגב קרקע אף דאין לו קרקע היינו משום דכבר הודה וכיון שהודה אנו מאמינים לו שאמת כדבריו, ורק לחשוש אין אנו צריכים כשיש עדים, אבל אם מודה בודאי אנו מקבלים דבריו לאמת לגבי עצמו, ואנו דנים לקנין אגב קרקע ממש, שהרי האמינו לו שיש לו קרקע וחל קנינו:

וכן מוכח בדברי ר"ת וכן להלן בדברי תוס' דמטעם אודיתא אתינן עלה שר"ת הביא ראי' ליסוד דינו מאיסור גיורא ושם מטעם אודיתא הוה וכן על קושיית הר"ר חזקי' כתבו ונראה דכולי האי לא חיישינן שמא שיקרו להודות, אלמא שאין אנו חוששין לדין הודאה שאנו מאמינים לו, וע"כ משום האי סברא שכיון שעדים מעידים להיפך אין לנו לחשוש שמא תבא הגדה אחרת ותהא נאמנות היפך נאמנות זו. שוב ראיתי גם בקצוה"ח סי' קצ"ד ס"ק ג' דהטעם דלא חיישינן שמא אקני ע"י הודאת קרקע משום דשעבוד לא מהני כ"א אגב קרקע ואודיתא לא הוי כ"א כשאר קנין, ומש"כ ר"ת דמהני אם כתב והקניתי היינו משום דבהרשאה אינו דין שעבוד כ"א דין קנין הילכך מהני, ולדבריו יקשה פסק השו"ע דאיירי בשעבוד מטלטלין אגב קרקע ומ"מ מהני הודאה. אבל לדברינו אתי שפיר, דהתם משום הודאה אתינן עלה משום שכיון שהודה אנו מאמינים לו ומחזיקים דבריו לאמת ואנו תופסים שחל השעבוד גם על הקרקע:

אבל מה שיש להתבונן דאף מחמת הודאה קשה כיון שסוף סוף אין מי שמודים לו זוכה בקרקע שהרי אין לו נמצא סוף סוף שהודאתו מהניא רק לגבי המטלטלין ולא עדיף מאודיתא שהרי אין נקנים לו אלא מטלטלין בלא קרקע. וכן נראה שיש להתבונן דלכאורה לא מהניא הודאה כ"א לגבי זה שקרקע שלו היא של חבירו אבל על עצם פעולת ההקנאה על זה לא שייך לומר הודאת בע"ד שאין דין זה על עצם דין הממון, שלפי הנראה דין הודאת בע"ד אינו אלא על עצם דין הממון אבל לא על אופן ההקנאה. וע"כ שתי הודאות יש כאן הודאה על הקרקע והודאה על המטלטלין ומצד הודאתו על המטלטלין שהקנה אגב קרקע משתעבדים, ולפי זה הי' בדין שכיון שעל אותה הקרקע

עצמה שמודה לגבי המטלטלין אין אנו תופסים הודאתו לגבי הקנין אפשר דלא פלגינן נאמנות הודאתו להאמינו לגבי המטלטלין על מעשה הקנין, ולגבי הקרקע אין זו הגדה של כלום, משום דשוב הוי מטלטלין בלא הקנאת קרקע דעל ההקנאה של הקרקע הלא לא מהימנינן לי'. וזה נראה לכל הדעות בטעם דמהני הודאת בע"ד לטעם המהריב"ל משום מתנה והתחייבות ודאי אינו רק על עצם דין הממון ולא שייך על הקנאה וכן לטעם משום כי הוא זה אינו רק על עצם דין הממון, וא"כ ע"כ הוא משום אודיתא:

והנה מה שיש להסתפק בענין השתעבדות מטלטלין אגב קרקע דמועיל אי זהו מטעם דהמטלטלין מצטרפים עם הקרקע ודין אחד להם, וממילא דוקא אם הקרקעות משתעבדות ג"כ אז חל השעבוד על המטלטלין, או דילמא זהו דין בשעבוד המטלטלין שאם נשתעבדו בשעבוד קרקעי, אם הקנאת השעבוד היתה כמו שעבוד קרקע חל שעבוד גם על מטלטלין. ואף שקרקעות לא נשתעבדו אתם. והנה אם נתפוס הצד הראשון, א"כ באודיתא שבאמת לא נשתעבדו קרקעות שהרי אין לו, גם המטלטלין לא משתעבדים, אבל אם נתפוס כצד השני שדין השעבוד הוא כך, אבל אין המטלטלין תלויין בהקרקעות, אף אם אין הקרקעות משתעבדין, מ"מ המטלטלין משתעבדין כיון שהקנאתן היתה באופן של קרקע, וא"כ באודיתא אף שבאמת אין השעבוד חל על הקרקע, כיון שלפי האודיתא הי' השעבוד על המטלטלין כמו עם קרקע חל השעבוד על המטלטלין:

ונראה להביא ראי' לפשוט חקירה זו דהא חזינן דאף אם הי' לו קרקעות בשעת השעבוד ומכר ואח"כ לקח מטלטלין חל השעבוד על המטלטלין זהו לפי' הסמ"ע בסי' קי"ג ס"ק ה', וחי' רע"א מביא דברי הרמב"ן שאף אם בשעת השעבוד לא הי' לו קרקע ולא מטלטלין ואח"כ קנה קרקע ומכר ואח"כ קנה מטלטלין חל השעבוד על המטלטלין וזהו דעתם בפי' הגמ' וליחוש דילמא דאיקני הוא. עכ"פ חזינן אף אם לא הי' לו המטלטלין בשעת מעשה משתעבדי ואיך מצטרפין באגב והלא כלתה קנינו ואיך שייך לומר שמצטרפין עם הקרקע, אלא ודאי שאין זה מטעם שדין הקרקע חל על המטלטלין, אלא כיון שהקנה מטלטלין באופן זה של הקנאת קרקע משתעבדים גם המטלטלין. ואף דחזינן דדין זה של שעבוד קיל כמו דלא בעינן צבורין אף דבקנין בעינן צבורין ופי' הגר"א דשעבוד קיל וכמו דקיל לגבי דבר שלב"ל, היינו דוקא לגבי דין קנין אבל לגבי דין זה לקבל דין קרקעות אם הי' בדין שיצטרפו עם הקרקעות הי' צריך לכה"פ שיחול על שניהם יחד:

ועיין בקצוה"ח קי"ג ס"ק א' שביאר ג"כ שאין באופן זה משום דין אגב כיון שחל שעבוד הקרקע ולא הי' לו עדיין מטלטלין אף אם לא מכר עדיין את הקרקע וכ"ש כשמכר את הקרקע ולא היו עדיין בידו המטלטלין, אלא ע"כ שאין זה דין אלא בהקנאה

בשעת מעשה, וכיון שהיתה ההקנאה באופן של קרקעות חלה. וממילא לפי זה עולה יפה קושיית הר"ר חזקי' דאף שאין הקרקעות משתעבדין מ"מ מהני האודיתא לגבי המטלטלין משום דמיקרי הקנאה באופן של שעבוד קרקעות, ולא איכפת בזה שאין הקרקעות משתעבדין:

ולכאורה הי' צריך לתלות חקירה זו במחלוקת ה"ר יונה בעליות מובא בש"מ שהקשה וליחוש דילמא אקני לי' אחר קרקע לשעה והי' לו להקנות אגב קרקע ממש ותירץ ע"ז שהקרקעות לא שייך בהם גובייגא ולא שייך בהו שעבוד שהרי עומדות להחזיר גם המטלטלין אין להם דין יותר מהקרקעות שמשתעבדות אגבן ע"כ. והנה הרשב"ם בשם הר"ח חולק על זה שהרי פירש שאמרו לא זזה ידו מתוך ידינו, וסרה בזה קושיית הר"י, והר"י ממאן בזה הפירוש, וכן הר"ר חזקי' ע"כ פליג על ה"ר יונה, דאילו לפי דברי הר"י אין מקום לקושיית ה"ר חזקי' שהרי כיון שהרי סובר שמתנה לשעה שהי' לו קרקע במציאות מ"מ כיון שלא הי' באפשריות לגבות אין השעבוד חל, כל שכן באודיתא שיש לו קרקע ואנן ידעינן שבמציאות אין לו הלא בודאי לא שייך שעבוד במציאות וא"כ בהכרח לפי דברי הר"י לא יחול שעבוד אמטלטלין ע"י אודיתא, ונמצא שפליגי בזה הדין אי בעינן שיהא שייך גובייגא ושעבוד על הקרקע. ונראה לומר שבזה פליגי שהר"י סובר שהדין אגב בשעבוד הוא כדין אגב בקנין שהמטלטלין מצטרפין לקרקע ולפי זה לא מהני בזכוי לשעה ולא מהני באודיתא, והר"ח יסבור דאין זה כ"א דין בהקנאה שתהא באופן זה ואף שאין השעבוד חל במציאות על הקרקע. ובשו"ע פסק שלא כדברי ר"י ומשו"ה פסק דמהני זכוי לשעה ומהני אודיתא:

אבל נראה דלא שייך אודיתא בקנין ושעבוד אגב קרקע, דלא מצינו חצי קנין זה משותף עם אחר וביחד הם נעשים קנין אחד, שאם מקנה באודיתא, צריך שיהא הקנין כולו באודיתא, אבל כיון שאינו מקנה באודיתא שהרי מקנה אגב קרקע לא שייך אודיתא למחצה, שחכמים לא תקנו אלא קנין שלם של אודיתא, אבל כיון שהוא רוצה לקנות אגב קרקע, נמצא שאין הקנין ע"י אודיתא, שהרי הוא מקנה בצירוף לקרקע, אין זה קנין כלל:

והנה מדברי קצוה"ח משמע שהודאה בכל מקום הצריך לקנין הוא מטעם אודיתא ולאו מטעם הודאה, ולפי הנראה אינו כן דבמקום דלא מהני מטעם הודאה מהני מטעם אודיתא, ובמקום דלא מהני מטעם אודיתא, אי יכול לחול מטעם הודאה מהני, כגון בגמ' דגיטין (מ' ע"ב) דנתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נטלתי ומשמע דיכול להיות גם ספק אלא שהדברים מוכיחין כהמוכר ע"ש בתוס', וכן עוד בעוד מקומות, וע"כ מטעם הודאה אתינן עלה, דאילו מטעם אודיתא לא שייך שם ענין ספק, ולא שייך לטעם

דהמוכר יודע יותר, כיון דהלוקח אומר לא נטלתי א"כ אינו רוצה ובטלה האודיתא דלא קני בע"כ, ובכלל מה שייך לומר סברות לראי' למוכר הלא אף אם משקר בודאי הלא חל הקנין אם אך שניהם רוצים, אלא ודאי דמטעם הודאה אתינן עלה וא"כ לפ"ז נוכל לפרש דברי ר"ת וכן פסק השו"ע בהודאה שיש לו קרקע ומהני לקנות ע"ג קרקע ולשעבד ע"ג קרקע מטעם הודאה גמורה ולא מטעם אודיתא, דאודיתא לא שייך כאן, אלא כיון שאנו מאמינים שיש לו קרקע, נמצא שמקנה לו את הקרקע שהודה לו ביחד עם המטלטלין והוי קנין גמור של מטלטלין אגב קרקע. ומה שקשה ע"ז דלא שייך הודאה כיון שסוף סוף אינו זוכה כלום, הא לא קני קרקע ואיך קונה מטלטלין אגבן, אפשר לומר כיון שאין עדים ע"ז שאין לו קרקע, א שמוחזק לנו שאין לו, מ"מ כיון שהוא מודה שיש לו ובודאי ימצא, וחשבינן לקני קרקע, ובזה יש לומר עוד טעם ליישב קושיית הר"ח שכיון שהגמ' אייריי דאמרי עדים שאין לו קרקע ופי' ר"ח ברשב"ם דאמרי לא זזה ידו מתוך ידינו, א"כ אף שהוא מודה, בכ"ז כיון דאמרי עדים אמרינן דודאי לא ימצא נמצא שאינו קונה כלום ואין כאן אג"ק. ומה שקשה דהא הודאה לא שייך כ"א על עצם דין הממון ולא על אופן ההקנאה, כדי שנאמר שאגב קנין זה חל זה, נראה דבשעבוד כיון שאין הודאתו להוציא לגמרי מרשותו כ"א לשעבוד וזה בע"כ תלוי גם בו, נמצא שההודאה על מעשה השעבוד וכן בקנין הקרקע כיון שאינו מודה על ההקנאה לחלוטין כ"א בקני ע"מ להקנות נמצא שאין ההודאה אלא על מעשה ההקנאה, ובזה האופן ע"כ הנאמנות היא על מעשה ההקנאה וממילא נקנים גם המטלטלין ע"י הקנאה זו:

והנה בספר דברי אמת הביא ראי' מדבור תוס' הלזה שהקשו לפי סברא ראשונה בתוס' שמקנה בהרשאה ד' אמות בא"י או של קבורה, דא"כ לא יוכל אדם להקנות ולחזור ולהקנות ע"כ, ותמה בד"א על דבריהם כיון שאין צריך אלא להקנאת מטלטלין אגב קרקע, הלא יכול להקנות לשעה, ובהקנאה שני' ג"כ לשעה, ורצה להוכיח מזה שהתוס' קיימי בשיטת ה"ר ירוחם שהביא הש"ך דקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה לא מהני, וקני ע"מ להקנות הוי כשאלה ע"כ, ולפי זה תפול התשובה דמשום דכאן אייריי בקני ע"מ להקנות, הילכך שייך אג"ק, דהא התוס' ע"כ סברי דבעי קנין גמור לחלוטין. אלא שקושיית הד"א יש ליישב באופן אחר והוא, דדברי התוס' תמוהין, וכי אדם יש לו זכות קבורה מחיים, וקושיא זו נמצאת בחי' הרמב"ן וכן מה שכתבו ד' אמות של א"י דקרקע אינה נגזלת גם כן תמוה הא קיי"ל דעכו"ם קונה בכבוש מלחמה כדאיתא בגיטין ל"ח מוישב ממנו שבי ועמון ומואב טיהרו בסיחון. ואם באנו ליישב דברי התוס' צריכים אנו לומר בזה האופן שאף שאין לאדם קבורה מחיים, אבל מ"מ יש לו זכות בקרקע על

זמן שלאחר מיתה ומ"מ הרמב"ן גם על זה חולק, וא"כ לפ"ד התוס' אם יתן לו מתנה לזמן נמצא שלא נתן לו כלום, שהרי כל הזכות הוא רק על להבא, וכן ד' אמות בא"י אף שעכשיו קנו העכו"ם אבל לא קנו רק על זמן זה, וא"כ יש לכל אחד חלק על להבא, ומה שכתבו התוס' שקרקע אינה נגזלת הוא דוקא לגבי א"י על להבא שהרי בשאר ארצות מהני כבוש מלחמה. וא"כ אם אינו נותן לו לחלוטין אינו נותן לו כלום שהרי על שעה זו אין גם לו כלום, ומשום זה הקשו התוס' כיון שמקנה לאחד מה יקנה לשני, שהרי הקנה לראשון לחלוטין:

ב

בדין זה שכתב הש"ך בשם הר"י שקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה לא מהני תמה הש"ך דהא מפורש בגמ' קדושין דקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה מהני ומ"ש ומה חילוק יש בין שאלה לשכירות. ובדברי אמת רצה לדמות לשאלה גם מתנה ע"מ להחזיר וכמו דשאלה לא מהני לפי דברי הר"י כן גם מתנה ע"מ להחזיר לא מהני ורצה זה לפרש בדברי התוס', והביא ראי' מהא דתוס' בערכין (ל') מדמי מתנה ע"מ להחזיר לשאלה ושכירות לגבי לקנות בחליפין. וכן מהא דמדמי הרא"ש זה לזה לגבי אתרוג לפסול מטעם לכם. ויש לשאול על דבריו, וכי מפני מה נדמה מתנה ע"מ להחזיר לשאלה, נדמהו לשכירות דמכל הני דוכתי אין ראי' כ"א דהוי או שאלה או כשכירות:

ונראה לבאר דברי הר"י משאלת הש"ך, דיש להתבונן במה דשכירות הוי קנין, דיש לומר על שני דרכים. או בפשוט דקנין השתמשות לזמן הוי קנין, או דיש לומר באופן אחר, דקנין השתמשות לזמן לא הוי קנין והקנין בשכירות הוא מה שקנה בקרקע להתחייב בתשלומין, שאין זה מחמת התחייבותו הראשונה, דאילו מחמת התחייבותו הי' מתחייב תיכף בשעת הקנין, ואנן אמרינן דשכירות ישנה מתחילה ועד סוף, או אינה אלא לבסוף, ועכ"פ לא בתחילה, וכן אינה משתלמת אלא לבסוף, נמצא שקנינו בקרקע או בחפץ אחר מחייבו בשכירות וזה מיקרי קנין מה שקנוי לו להתחייב. נמצא שלפי פי' הראשון אין חילוק בין שאלה לשכירות ששניהם קנין השתמשות, ולפי פי' השני שאלה ושכירות חלוקות ששכירות היא ענין של קנין שהרי מחייבתו, ושאלה היא ענין של נתינת רשות בלבד, וכיון שכך לא מיקנו מטלטלין אגב קרקע שאולה, שהרי גם את הקרקע לא הקנה. נמצא, דמה שקרקע בשאלה לא מיקני באגב אין זה דין באגב כ"א דין בשאלת קרקע, וא"כ אף לגבי שאר דינים אפשר דגריעה שאלה משכירות. ולפי זה שפיר משוים הראשונים אגב לפרוזבול לענין שאלה, ועיין בבאורי הגר"א סי' קי"ג הביא ראי' לאגב בקרקע שאולה מפרוזבול בגיטין (ל"ז) אפי' השאילו מקום משום דחד דינא אית להו

לכל הקנינים. והנה אף בשאלה אף שאינו קנין כשכירות, אבל אינו דומה גם לשאר נתינת רשות, שהרי בנתינת רשות או בדבר שאינו מקפיד יכול לחזור, ובשאלה כיון שמשך או עשה קנין אחר השייך בשאלה שוב אינו יכול לחזור, א"כ ע"כ הי' בזה חלות קנין. וצריך לחלק בין הדברים שבשאלה הוי ענין נתינת רשות אלא שהנתינת רשות היא ענין זכותי, ושאר אינו מקפיד, או נתינת רשות הן ענין של נתינת רשות בלבד בלתי ענין זכותי, ושכירות היא ענין של קנין והקנאה. ובזה יוכל להתיישב מה שכתב הנו"ב אה"ע סי' נ"ח אהא דר"י בר"י (ב"מ ל') דאמר לכו"ע אפקרינהו ולך לא אפקרי ופריך בגמ' מי הוי הפקר כה"ג וכו' ואם זה בהפקר ממש ק"ו דבר שאינו מפקירו בפירוש אלא שהדבר הוא מעצמו הפקר שאינו מקפיד עליו שאם מקפיד נגד שום אדם פרטי שוב הוי גזל לכל העולם. ע"כ. והא"מ סי' כ"ח ס"ק מ"ט חלק עליו דהפקר הא ליתי' בחזרה ואי נימא דבר שאינו מקפיד הוי הפקר א"כ יצטרכו הבעלים לחזור ולזכות וזה דבר זר. ע"כ. ולפ"ד יש שני מיני אינו מקפיד, הא' כשאינו מקפיד אבל אין זה ענין של זכות, אלא נתינת רשות או בלתי הקפדה. ובזה לא שייך לומר שיחזור ויזכה, כי מעולם לא יצא מרשותו. והב' אינו מקפיד, שאי הקפדתו היא ענין של זכות, ובזה יש כבר פרטי דינים, ואפשר לומר בזה שאינו מקפיד לבר מחד לא מהני, וכשאינו מקפיד לכל אפשר דהוי כהפקר לכל דבריו, וכשחוזר צריך לזכות מחדש כמו אילו הפקיר, ומה שהי' צריך ר"י בר"י לדין של הפקר גמור ולא די בזה שנותן לו רשות שלא להכשל בגזל, משום דנהי דהוא יכול ליקח את החבילה בהיתר, אבל יכול להתגלגל מזה איסור גזל כשאחר יחטוף והוא יוציא, הילכך שתהא החבילה בת קנין, צריך הפקר או אי הקפדה זכותית, הילכך פריך בגמ' שפיר ומי הוי הפקר כה"ג. ובזה יובן כמו כן החילוק בין שכירות לשאלה משום דבשאלה הוי ענין של השתמשות זכותית ובשכירות היא ענין של קנין ממש:

ובזה נבין מה שאנו רואים דברים סותרים שלגבי אגב אמר הר"י דשאלה לא מהני והקצוה"ח הביא מהרא"ש דאף לענין קנין חליפין ג"כ חלוקות שאלה משכירות, דחליפין ואגב שוים זל"ז, ולעומת זה אנו רואים לגבי פרוזבול שאפילו בשאלה שפיר דמי (בגיטין ל"ז) וכן מצינו לענין שכירות קניא (בפסחים ו') שאם נסבור שכירות קניא אף בשאלה קניא עיי"ש. והנה צריך להגדיר הדברים באיזה ענינים דומים הם זל"ז ובאיזה חלוקים. ולפ"ז אפשר לבאר דכל דבר שתלוי במעשה הקנין מהני דוקא בשכירות, אבל שאלה אינה ענין של קנין, כ"א ענין של זכות, והילכך באגב שקנין המטלטלין הוא אגב קנין הקרקע לא מהני בשאלה לדברי הר"י משום דאין כאן קנין, וכן לקנות בחליפין זה דבר נוגע למעשה הקנין הילכך לא מהני, אבל פרוזבול אין זה נוגע כ"א לזכות שיש לו, והזכות

הלא יש לו, וכן לענין שכירות קניא, שזה כבר נוגע למי הזכות בחפץ ושל מי הוא, לגבי זה שוים שאלה ושכירות, שאותו הזכות ממש שיש לשוכר בחפץ יש ג"כ לשואל, הילכך משוה להו בגמרא:

ובזה יש ליישב מה שהקשו דבגיטין גירסת הרא"ש לשיולי' לדוכתא דמנח בי' גיטא ורש"י פי' דניקני באגב, וחזינן מזה דשאלת קרקע מהני באגב. ובב"ה תירץ דרש"י באמת יגרוס ליקניי' ולא בשאלה. אבל הנראה דכיון דבגט לא מהני קנין דבגט נתינה ביד בעינן, וכבר הקשו על רש"י דאיך שייך קנין אגב בגט, אבל עכ"פ נראה דאין האגב כמו בכל מקום, דבכ"מ באגב הקנין של הקרקע מהני להיות קנין למטלטלין, אבל בגט אינו כן שאין דין קנין לגט, אלא שזכיית הקרקע מהני להיות זכיי' גם לגט, והילכך מהני אף קרקע בשאלה, דאף שאלה היא ענין של זכיי', אלא שאינה ענין של קנין הילכך בכל מקום בקנין שהקנין צריך להיות מהני בשביל המטלטלין לא מהני כשהקרקע בשאלה, אבל כשהזכיי' צריכה להיות מהני בשביל המטלטלין מהני אף בשאלה. ונמצא שלפי פי' זה גם רש"י ס"ל דקנין לא מהני בגט אלא דס"ל דזכיית אגב היא ג"כ כזכיי' ביד, ואולי מפני זה צריך שיהיו צבורין כדאמר בגמ' ליקניי' להאי דוכתא דיתיב בי' גיטא, משום דאי לאו צבורין הוי טפי קנין מזכיי' וכשצבורין הוי זכיי' וכמו שהסביר הסמ"ע דצבורין בטלין לגבי הקרקע, נמצא שזכייתו בקרקע תופסת גם במטלטלין, והוי שפיר נתינה ביד אף כשאתינן עלה מטעם אגב:

והיה נראה באופן זה לבאר מה שכתב רש"י (ב"ק קי"ח) ד"ה פרה רבוצה שאם גזל קרקע ועמה פרה רבוצה עלי' דלמאן דאמר קרקע נגזלת קונה את הפרה אגב הקרקע דמטלטלין נקנין אגב קרקע, והנה באמת לא קני להדבר הנגזל כ"א הוא ענין של חיוב להתחייב ומה שייך בזה אגב קרקע. אבל הנראה שכבר כתבו שבמטלטלין פטור הגזלן לשלם שכר המלאכה שעבד עם המטלטלין בעת היו אצלו בגזל קודם השבה, שלזה קנאם, ובודאי שאין זה קנין גמור, שלזה צריך דעת המקנה והקנאתו, אלא שיש לו לגזלן ענין של זכות פטורי, ועל זכות זה שייך ג"כ קנין אגב ומהני זכיית הקרקע אי קרקע נגזלת גם למטלטלין הנגזלים, ומשונה אגב זה מכל עניני אגב שכולם הם לקנין וזה לזכיי' בלבד, שגם על זה שייך ענין אגב. ובזה הי' אפשר לבאר מה שקשה בגמ' (סוכה ל"א) גבי סוכה גזולה דאמר מחלוקת כשתוקף את חבירו והוציאו מסוכתו דר"א סבר אין אדם יוצא בסוכתו של חבירו אי קרקע נגזלת סוכה גזולה היא ואי נמי קרקע אינה נגזלת סוכה שאולה היא ורבנן לטעמייהו דאמרי אדם יוצא בסוכתו של חבירו וקרקע אינה נגזלת וסוכה שאולה היא. ע"כ. חזינן מזה דאי קרקע נגזלת הוי סוכה גזולה ואי קרקע אינה

נגזלת לא הוי סוכה גזולה ויש לדון בזה דהא ליש דעות אף בקרקע דאינה נגזלת מ"מ עובר בלא תגזול, נמצא שסוף סוף ישב בסוכה גזולה וכי מאי נ"מ אם קנה אותה אם לאו, ואף לטעם דפסול סוכה גזולה משום מצוה הבאה בעבירה הלא גם בקרקע הוא מצוה הבאה בעבירה, ואף למי שסוברים שאף לאו אין בקרקע, מ"מ הלא זה דבר ודאי שאסור לעשות כן ולגזול קרקע מאיזה טעם שיהי', ואיך שייך לקרותה סוכה שאולה, והלא עיקר ענין שאולה הוא לפ"ד בקניית רשות. והנראה שדין פסול לכם וכן פסול מהבב"ע הוא דוקא בחפץ, אם החפץ הוא שאינו לכם, ובסוכה הוא אם החפץ גזול וכן דין מהבב"ע הוא דוקא אם החפץ עצמו בא בעבירה, אבל אם החפץ עצמו אינו בא באיסור, ורק מעשה המצוה באה באיסור או בגזל אין זה פסול לא משום לכם ולא משום מהבב"ע, הילכך אי קרקע נגזלת נמצא שהחפץ עצמו חל עליו דין גזל אז פסולה בין מטעם גזולה בין מטעם מהבב"ע, אבל אי קרקע אינה נגזלת, נמצא שכל הפסול הוא רק במעשה הישיבה וזה לא פסלה התורה. והנה לפ"ד שבגזל יש לו דין זכיי' ממש בהחפץ הנגזל יובן הדבר ביותר, שהחפץ נזכה לו, הילכך שייך יותר הפסול על החפץ, שהרי החפץ קנה לו דין גזל. והי' אפשר ליישב גם עיקר קושייתם על דברי הר"י משיטת התוס' ב"מ גבי ר"ג וזקנים, והנה משם כבר דחו דהתוס' איירי לפי הסוגיא דהתם דמטעם חצר קנו, אבל כבר הקשה בבית הלוי דבתוס' (ערכין ל') מבואר דאף מטעם אגב מהני שאלה. והנה במרדכי כתב והובאו דבריו בקצוה"ח רמ"ג דבמתנות כהונה לא שייך דעת אחרת מקנה, והטעם משום דאין זה ממון של הנותן שהרי זה ממון השבט, אלא שעליו מוטלת מצות נתינה, ומה שאמר בגמ' ב"מ דעת אחרת מקנה שאני היינו משום הקנאת החצר ע"כ. ואף שיש לתמוה על דבריו דהא מעלת דעת אחרת היא שע"י זה מיקרי משתמר. א"כ זה דוקא כשיש הקנאת דעת אחרת על החפץ עצמו, ואף בלא סברא זו מה יכול להועיל הקנאת החצר לקנין החפץ, אבל עכ"פ רואים מזה שאין במתנות כהונה משום הקנאה כ"א משום מעשה נתינה ואין זאת אלא זכיי' בעלמא, הילכך כשצריכים לאגב בשביל מטלטלים האלו שאין בהם משום הקנאה יכולים להצטרף לאגב זה אף קרקע שאולה, שאין קנין הקרקע גרע ממעלת המטלטלין, ששניהם אינם אלא זכיי' בעלמא, ודוקא כאן כתבו התוס' דמהני קרקע בשאלה לאגב, אבל בכל מקום שצריך קנין גמור אפשר שיודו גם הם דלא מהני קרקע בשאלה. ועכשיו נחזור לטענות הדברי אמת ליישב דברי התוס' (ב"ב מ"ד) שאף במתנה ע"מ להחזיר לא מהני לאגב כמו דחזינן דמדמו להו לשאר ענינים כמו לחליפין ולאתרוג לשאלה ושכירות כמו כן הכא. והתמיהה קיימת על דבריו דילמא מתנה ע"מ להחזיר דומה לשכירות ולא לשאלה ונאמר דמהני גבי אגב אף

לדברי הר"י, אבל לפ"ז אתי שפיר, דזה הלא חזינן דזכות של מתנה ע"מ להחזיר לא עדיף משאלה ושכירות, וזה ודאי לא נוכל ליתן לו זכות דשכירות, דשם הלא המעלה רק משום דקנוי לו להתחייב, וזה הלא במתנה ע"מ להחזיר לא שייך ממילא בע"כ דמי לשאלה, כמו שדומה לה בשאר עניני קנין. אלא שיש אעפ"כ לפקפק על דבריו שמתנה אף שע"מ להחזיר הלא בעצמותה היא קנין יותר אלים משאלה ושכירות, שהרי במתנה היא נתונה כולה, לא מיבעיא להראשונים שסוברים שצריכה קנין בעלים הראשונים בחזרה, בודאי הלא היא נתונה לחלוטין, ואף למאן דפליג וסבר דאינה צריכה קנין חדש, ונמצא שאינה אלא קנין לזמן, מ"מ בשעת זמן הקנין הלא נתונה כולה יותר משכירות שאינה אלא קנין תשמישים, אלא שכיון שאף מתנה ע"מ להחזיר נשתייר איזה זכות לבעלים הראשונים מדמו להו תוס' גבי דינים אלו לקנין בחליפין מפני שגם מתנה זו אינה אלא טובת הנאה, ובחליפין אינו נקנה אלא דבר של קנין גמור, וכן לגבי לכם דאתרוג יש לדמות לשכירות ושאלה, אבל לגבי קנין אגב לא שייך זה, דהלא עוד עדיף קנינו משכירות, וממילא אין ראי' לדברי הר"י מדברי התוס', ודברי התוס' יתורצו כמש"כ למעלה. ובקצוה"ח סי' ס"ו ס"ק י"ד כתב וז"ל ונ"ל לענין משועבדי כגון שהחזיק בקרקע שלא בעדים כיון דנקנה לו השטר באגב גובה ממשועבדי כיון דהוי כמטא לידי' ואיכא למידק תינח אם בא בע"ח וטרפה דהוי זביני' זביני בגוף הקרקע דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה אבל אם נמצאת שאינה שלו ואין המכר כלל בקרקע מאי אגב איכא, ואפשר כיון דניתן ליכתב אם חזר ולקחה מבעלים הראשונים כדאמרינן בפ' איזהו נשך וכדאמרינן בפ"ק דמציעא דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ה"ל קנוי קצת לענין חזר ולקחה דניחא לי' דליקו בהימנותי' ואפי' קרקע בשכירות ומטלטלין במתנה נמי מהני עכ"ד. והנה דבריו תמוהים מאד, כי מה קנין יש לו בשדה, הלא מכירת הגזלן אינה כלום, והסברא דניחא לי' דליקום בהימנותי' אינה אלא לומר דכשקונה הגזלן מן הנגזל אז ניחא לי' בשעה זו לגזלן דליקום בהימנותי' ואז קונה הלוקח, ודבר זה מוכרח בסוגיא שם, נמצא שאף קרקע בשכירות אין כאן. ולדברי הר"י אין יכולים לומר כסברתו עוד מטעם אחר, שאף שנניח שיש לו איזה זכות בקרקע ודאי לא עדיף מזכות שאלה, שהרי יכול הגזלן שלא לקנות הקרקע מיד הנגזל ולא יהי' לו כלום, א"כ ודאי לא עדיף האי קנוי קצת מזכות שאלה דלא מהני לדברי הר"י:

ועוד זאת שלישי' דקשה לי בדבריו, דהא הקנאת השטר לא היתה רק להקנאת הקרקע, וכיון שהקרקע לא נקנית כלל, א"כ גם השטר לא נקנה כלל, לא מטעם חסרון מעשה הקנין, אלא מטעם שלא ניתן השטר מכירה בזכות יותר גדול מן הקרקע עצמה, וכיון

שמכירת הקרקע לא היתה אלא הטעאה בעלמא, א"כ גם נתינת השטר אינה אלא הטעאה בעלמא, וכך הי' צריך להקשות, ולא מטעם חסרון הקנין:

סימן לט - בדין הקנאת כפל

א

בתוס' ריש המפקיד הקשו אמאי דסלקא דעתי' בגמרא דלא נחית למימר דנעשה כאומר במשיכתה פרתך קנויי' לך מעכשיו, ובודאי סברה הגמ' דמקנה לו בשעת תשלומין במעות וע"ז הקשו דהא מעות אינן קונות אלא במי שפרע. ע"כ. והנה התוס' תירצו דגם הס"ד סבר דמקנה במשיכה אלא דאיהו סבר דמקנה רק פרה לכפל, וע"ז מתרץ בגמרא דמקנה פרה עצמה. ע"כ. והנה התוס' בקושייתם סברי דהס"ד סבר דמקנה במעות כפל עצמו דלא שייך להקנות פרה לכפילא שהרי אינה ברשותו ובתירוצם נקטי דהס"ד סבר דמקנה לו פרה לכפילא ובמשיכה מעכשיו, ומסקנת הגמ' דמקנה לו פרה עצמה. והנה דעת הרמב"ם דאף במסקנא דעת הגמ' דאינו מקנה רק פרה לכפילא, עיין בחדושי אנשי שם על הרי"ף בסוגיין. ולפי זה מוכרחים אנו לומר דבהס"ד סברה הגמ' דמקנה במעות רק הכפל, דאי אפשר לומר דמקנה במשיכת הפרה הכפל, דמה ענין משיכת הפרה להכפל, וא"כ תשאר קושיית התוס' דהא מעות אינן קונות אלא במי שפרע. ועוד קשה דבאמת דברי התוס' גופם מוקשים דאף אם מעות היו קונות לגמרי מה שייך קנין מעות לקנות הכפל שאינו רק ענין חיוב וכי אפשר לקנות במעות ענין של חיוב שאינו חפץ. וביותר תקשה קושיא זו על הרמב"ם, שלדברי התוס' יכולים אנו לומר שגם זה היו יכולים להקשות אבל להרמב"ם שמפרש באמת כן דעת הס"ד יקשה טובא. ובחדושי רע"א הרגיש זה בתוך דבריו, וכתב שאף למאי דס"ל לתוס' בתחילת קושייתם הוו סברי דלא מקנה לי', אף לפי המקשה, כפל בלבד כ"א פרה לכפילא, אלא דהוו סברי דמקנה לי' פרה לכפילא בכסף, ותירצו דהמקשן הוי ס"ל דמקנה לי' פרה לכפילא במשיכה, ומסקנת הגמ' דמקנה לי' פרה עצמה. אבל לפי דברי הרמב"ם דהמסקנא היא דמקנה לי' פרה לכפילא, א"כ בהס"ד ע"כ דהוה ס"ל דמקנה לי' כפל ממש, ותשוב הקושיא, דאיך יקנה כפל בכסף, שאין כפל אלא ענין של חיוב. וכן קשה ג"כ לפי שיטת הרשב"א שסובר שלעולם אין יכולים להקנות פרה לכפילא אף למאן דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, דעד כאן לא אמרינן אדם מקנה דשלב"ל דוקא גבי פירות דקל שהפירות באות מגוף הדקל, והילכך מהני קנין הדקל לפירות אף כשלא באו לעולם, אבל בדבר שאינו בא מגוף חבירו לא מהני קנין האחד להשני, א"כ לפי שיטה זו א"א לנו לפרש בין בהמסקנא ובין בההי"א שמקנה לו במשיכת הפרה פרה לכפילא דהא לא מהני כי האי

מילתא, אף בלא גריעותא דדשלב"ל. וצריכים אנו לפרש דהה"א היתה שמקנה לו הכפל עצמו, ובע"כ צ"ל שבדמים מקנה לו, וכמו שרצו התוס' לפרש בקושייתם, ותקשה ג"כ קושיית התוס' דהא מעות אינן קונות כ"א במי שפרע, והב' קושייתנו דאיך שייך קנין מעות על כפל שאינו רק ענין של חיוב:

ונראה לומר דחזינן דהלואה אין יכולים להקנות כמו שכתבו התוס' (ב"ק ע') ד"ה אמטלטלין דכפרי', והביאו ראי' מהא דב"ב פ' מי שמת דדחיק לאשכוחי דהלואתו לפלוני איתי' בבריא ולא מצי לאשכוחי אלא הואיל ויורש יורשה א"נ במעמד שלשתן וכו' ודגוזל בתרא דר"פ הוה מסיק זוזי בי חוזאי אקנינהו לרב שמואל בר יהודה אגב אסיפא דביתי' כי אתא נפק לאפי' עד תוך ומסיק משמע לשון הלואה ויש לדחות דמיירי בעיסקא שלא ניתן להוצאה ועוד דבהזהב ובהמוכר הספינה ל"ג ומסיק וכו' עיי"ש. וטעמא דהאי מילתא דלא מהני שום קנין בזה, משום דאין זה מילתא דמיזדבין ומילתא דמישתלים, והילכך לא שייך בזה קנין, דאין קנין מועיל אלא בדבר שמציאותו הוא להמסר מאיש לאיש, וכל החפצים ענינם ודרכם להתחלף ולהשתנות מרשות לרשות, אבל הלואה היא ענין קיים אצל מי שהלוו ממנו, ואינו משתנה מצד מציאותו מאיש לאיש והילכך לא שייך בו קנין. ולפ"ז גם ענין של כפל, ודאי פשוט הוא דאינו יכול להמכר, דאינו מידי דמיזדבין, ומידי דנקח מעות בשביל זה, ומה שאנו רואים שנקנה להשומר, צריכים אנו לומר, שלגבי השומר באופן זה הוי מידי דמיזדבין, ומידי דמישתלים מעות בשביל כך, שלגבי השומר שלקח את החפץ לשמור, ומחוייב או לישבע או לשלם, שייך אצלו ענין התשלומין בעד הכפל, וממילא שייך אצלו גם ענין של פסיקה בעד הכפל, והילכך הוי מידי דמיזדבין גבי', ושייך גבי' קנין כסף, שאף כל חיוב אילו הוי מידי דמיזדבין הי' נמכר בכסף:

ונראה עוד יותר, שאף פרה לכפילא, לא מיחשב מידי דמיזדבין לגבי איש אחר, מפני שכל עיקר זכות כפל, אינו דבר שדרכו להשתנות מאיש לאיש, אלא ע"י קנין בפרה, והילכך לא שייך להקנות כפל אף ע"י הפרה, ודוקא גבי שומר הוא דמהני משום דהוי לגבי' מידי דמיזדבין ומידי דמישתלים. ואין זה דומה למוכר עבדו לקנס, דאי לאו דהוי דשלב"ל הוי מיזדבין לכל אדם, דשם הא ליכא יתרון לשומר מאיש אחר, דשם גבי שלשים של עבד, התשלומין הם בשביל ההיזק, אלא שבכל היזק צריך לשלם בעד שוויו של ההיזק וכמות חסרונו, ובעבד קצבה התורה את סכום הכסף, והילכך הוי עבד לקנס מידי דמיזדבין, שהרי ענין הקנס הוא ענין בעבד עצמו, וכמו שהעבד עצמו מיזדבין, כמו כן מיזדבין העבד לקנס, אבל בכפל, הרי אין החיוב בשביל ההיזק שהרי מחזיר לו את

הקרן, ואין זה אלא חיוב בלבד, ולא שייך בזה שימכר, ולא הוי מידי דמיזדבין, אם לא גבי שומר, שאצלו הוי זה מידי דמיזדבין, ומידי דמישתלים:

ובירושלמי שואל אמשנתינו מנן תיתי לי אם המצא תמצא בידו הגנבה, וכי אין אנו יודעין שאם ימצא הגנב ישלם שנים, ומה תלמוד לומר שנים ישלם אם אינו ענין לו תנהו לענין שלפניו רבי עאל לפירקא דר' יודן אמר קומיה א"ל אמור דבתרה נשבע ולא רצה לשלם נמצא הגנב משלם תשלומי כפל טבח ומכר משלם תשלומי דו"ה למי משלם לבעל הפקדון וישלם למי שהפקדון אצלו רבי נסה בשם ר' יונה חיים שנים ישלם למקום שהקרן מהלך שם הכפל מהלך. ע"כ. וכתב במראה הפנים וז"ל מכולה סוגיא דהכא משמע דכל האי דינא דמתני' מדרשי דקראי נפקא לן ולא נמצא כן בשיטת הבבלי, ואדרבא שיטתו דהתם מוכח דלאו מן התורה הוא אלא דחכמים אמרו כן דאי מגזירת הכתוב הוי לא הוי מקשי והא אין אדם מקנה דבר שלב"ל וכן הא דאמר רבא לקמן נעשה כאומר לו וכו' וכדפירשו דקים להו לרבנן דניחא להו לבעלים וכו' וכן לא הוה מחלקינן בדינא דשבחא כדאמר התם סתמא דמילתא וכו'. מכל הלין נראה דסוגיא דהתם לא ס"ל דהאי דינא דקניית כפל בשומרין מד"ת הוא אלא מדרבנן ע"כ. ולפ"ד נראה דאין לנו לעשות מחלוקת בין בבלי לירושלמי בדבר זה, וגם הירושלמי יודה דדבר זה של קניית כפל בשומרין תלוי באומדן דעת הבעלים, ואם יאמרו הבעלים מפורש שאין מקנים לו הכפל לשומר לא יקנה הכפל, שלא התורה קנתה לו הכפל, וכמו כן גם סוגיין דבבלי יוכל לסבור דמקראי ילפינן לה לקניית כפל בשומרין, משום שהאומדנא בלבד לא מהני בזה לקנות הכפל, משום דכפל הוי מידי דלא מזדבין ומידי דלא מישתלים בכספא, וא"כ מה מהני בזה אומדנא, כיון דהוי מידי דלא מיקני, וע"ז יליף בירושלמי דגבי שומר הוי מידי דמיזדבין, ומידי דמישתלם, וגבי שומר יש כאן פסיקת מקח ונלמד זה מן המקרא, וכיון שכן שוב מהני בזה האומדנא דבעלים להקנות לו הכפל לשומר, וצריכינן לתרווייהו בין לקרא דירושלמי ובין לאומדנא דבעלים דסוגיין דבבלי, ולא פליגי. ועכ"פ מיושב עכשיו מה שהקשינו, מה שייך לקנות כפל בכסף, דגבי שומר שייך ושייך משום דגבי' ילפינן דהוי מידי דמיקני, מידי דמיזדבין בכספא, ולכך מיקני בכסף:

ומה שהקשינו אשיטת הרמב"ם דסבר לפי המסקנא דמקנה פרה לכפילא, דמה שייך פרה לכפילא, כיון דלא אתי מגוף הפרה, וכמו שכתב הרשב"א דדוקא דקל לפירותיו מהני משום דמקני לו מקום הצמוח, כיון דאתי מגוף הדקל, אבל פרה לכפילא דלא אתי מגוף הפרה, מאי מהני. ונראה לפרש שהרמב"ם יבאר שמה שמקנה לו פרה לכפילא, אין הכונה שמקנה לו זכות בפרה לכפילא, אלא הכונה שנותן לו בעלות בפרה עצמה

כמו שהתוס' סוברים, אלא שהחילוק ביניהם הוא שהתוס' סוברים, שצריך לו להקנות הפרה לגמרי, עד שגם שמחזיר הגנב, ג"כ אינה חוזרת עוד לבעלים, והרמב"ם סובר שנותן ומקנה לו בעלות בפרה בזה השיעור, כמה שנצרך לזכיות הכפל, שיהיה הכפל שלו, ואף אם יישירו הבעלים לעצמם הדין, שאם יחזיר הגנב את הפרה, שתחזור הפרה לבעלים, ג"כ צריך הכפל להיות שייך להנפקד, מפני הבעלות שהי' להנפקד בהפרה מחמת הקנאת המפקיד, וכיון שלהקנאת הכפל די זה השיעור הילכך אינו מקנה לו יותר מזה, ומשייר דין חזרת הגוף לעצמו. והשתא מתיישב מה שהקשה בחדושי אנשי שם אשיטת הרמב"ם דהפרה חוזרת לבעלים א"כ מאי מקשה בגמ' א"ה גיזותיה וולדותיה נמי יהיו לשומר, כיון שאינו מקנה לו אלא פרה לכפילא, ולא זכה השומר בגוף הפרה, אמאי יהיו לו הגיזות והולדות, אבל כיון שנאמר שגם להרמב"ם זוכה בהפרה, עד השיעור שנצרך לו לזכיית הכפל, מקשה בגמ' שפיר שיהיו גם הגיזות והולדות שלו, ומשני דגם זה משיירים הבעלים לעצמם:

אבל מ"מ תשאר לפ"ז קושיית התוס' דלפי הס"ד יקשה הא מעות אינן קונות, וצריכים לתרץ כתי' הפ"י דבה"ג דלא שייך לומר נשרפו חטיך בעליה לא גזרו רבנן לומר דאינן קונות, וכמו שלא גזרו בעליתו של לוקח מושכרת למוכר. ובאופן אחר יש ליישב הדברים והוא דצריך להתבונן לאחר שאנו אומרים דמקני לי' פרה לכפילא לשומר, איך היא העמדה בדין, אם מחייבין את הגנב לשלם הכפל לשומר, ולשומר הוא מתחייב, או שהקנס הוא בלתי משתנה, שממי שגנב לו הוא מתחייב ומחייבים אותו לשלם לנגנב והשומר מיני' דבעלים הוא דקא זכי. ולפי פירוש הפשוט, כפי מה שמשמע מלשון מקני לי' כפילא, נראה שהיא הקנאה גמורה, ככל ההקנאות, והוי הכפל שלו מיד והוא הבעל דבר בתביעה זו של הכפל, ואין הבעלים זוכים שוב כלל בהכפל עוד:

אבל בכסף משנה פ"ח מה' שאלה ופקדון הלכה ה' נראה שאינו סובר כן שעל מה שפי' רש"י גבי בעיא דגמ' דשילם לבנים מאי דאיירי בשמתו בעלים ואח"כ נגנבה כתב וז"ל ול"נ דמשו"ה פי' רש"י בשמתו בעלים ואח"כ נגנבה משום דאי נגנבה קודם מיתת הבעלים לא שייכא הך בעיא דהא אין אדם מוריש קנס לבניו וא"ת היאך פי' רש"י גבי שלמו בנים כשנגנבה בחיי האב י"ל דשאני התם שבעל הפקדון קיים והגנב חייב לשלם לו הכפל ובני שומר מבעל הפקדון זכו דלגבי דידי' לאו קנס הוא ע"כ. ונראה מדבריו שכ', דכשמת שומר לא מיקרי מוריש קנס לבניו משום דבני שומר מבעל הפקדון קא זכו, אלמא דעיקר החיוב הוא לבעל הפקדון אלא דשומר מיני' קא זכי. ואם נרצה לדחות הראיה ונאמר, דלא אמר הכ"מ כן אלא בשלא שילם השומר בחייו, ונמצא שלא זכה עדיין

בחייו, אי אפשר לומר כן שהרי אין התשלומין אלא קיום תנאי בעלמא, וכשמתקיים התנאי לבסוף, הרי חל הקנין למפרע, ונמצא שקנוי היה לאביהם השומר, וא"כ איך מוריש קנס לבניו, וכן יקשה מרישא גופא דשילם לבנים שפי' דאיירי בשמתו הבעלים ואח"כ נגנבה, משום דאם נגנבה ואח"כ מתו הבעלים אין אדם מוריש קנס לבניו, ואמאי אי נימא דשילם לבנים הוי קיום התנאי, א"כ כבר זכה השומר למפרע משעת משיכה או משעת גניבה בכפל, והשומר הלא חי הוא, ואין כאן מוריש קנס לבניו, אלא ע"כ דאין השומר נעשה לעולם הבעלים דהכפל, אלא בעל הפקדון הוא בעל הכפל, והשומר מיני' קא זכו, וההעמדה בדין והתחייבות הכפל היא לבעל הפקדון, וכן יש לשאול כיון דקיי"ל דאין אדם מוריש קנס לבניו וטעם הדבר והסברו נראה משום דקנס הוי עונש ככל העונשים שבתורה, כמלקות ומיתה וכדומה, וזה ודאי שכל דין הנאמר במלקות תנאי הוא בעונש, ואם ישנה איזה דבר, אין זה עונש מלקות, והוי כלא לקה, כמו כן בקנס כל דין הנאמר בו, הוי תנאי בהעונש, ואם ישנה אין העונש נעשה כלום, והילכך כיון שהתורה צותה ליתן הקנס להנגנב, צריכים ליתן לאותו הגוף, וא"כ מה שייך בזה דין ירושה, שאין דין ירושה נאמר אלא לקיים דין הממון, אבל להעשות גוף הבנים כגוף האב, זה אי אפשר להיות מדין ירושה. והי' נראה לומר במחלוקת ר"ש ורבנן לפי הך לישנא דתוס' דפליגי גם לגבי להוריש קנס לבניו, ופליגי אם לאחר העמדה בדין קודם תשלומין מיקרי קנס אם לא, דבהא פליגי, שרבנן יסברו שעיקר דין עונש הקנס הוא עד העמדה בדין, וכיון שחייבוהו כבר נגמר דין העונש, ולא הוי שוב אלא דין ממון, ובדין ממון הלא מהני דין ירושה, ור"ש יסבור דאף עד אחר התשלומין הוי דין העונש, ואם יחסר תנאי של אותו האיש הנגנב יחסר דין העונש, וכיון שכן יקשה מאי שנא דמהני המכירה שמוכר ומקנה הקנס להשומר, ומאי שנא דין מכירה מדין הורשה, שלהוריש אינו יכול ולמכור לשומר יכול הוא, ועל כרחנו צריכים אנו לומר, שאינו מוכר את הכפל לגמרי, שמ"מ הבעלים דהכפל הוא בעל הפקדון, והוא הוא המעמיד את הגנב בדין, וכשב"ד מחייבים את הגנב כפל, לבעל הפקדון הוא שמחייבים, והילכך אינם חסרים כאן תנאי דין העונש, ויוצא לפ"ז שאיננו מקנה להשומר את הכפל לגמרי, ואין להשומר בהכפל אלא דין גובייגא בלבד:

והנה לפי מה שמפרש בחדושי אנשי שם בשיטת התוס' דסברי דהפרה עצמה אינה חוזרת לבעלים, נמצא שמקנה לו הפרה עצמה, ע"כ צ"ל דהשומר הוי הבעלים דהכפל, שהרי הוא בעלים דפרה, והרמב"ם אם יסבור כרש"י, דבני השומר מבעל הפקדון קא זכו, יסבור דמקנה פרה לכפילא לא להקנותו זכות כפילא כי אם לגובייגא דכפילא, לפי

פירוש הכסף משנה בדברי רש"י, ולפ"ז אין הדבר כמו שנתבאר שנותן ומקנה לו בעלות בפרה כפי זה השיעור שצריך לזכיית כפל, שאינו זוכה בהכפל לגמרי, כ"א שזוכה דין גובייגא של הכפל, וכענין זה מצינו לשיטת ר"ת ששעבוד הגוף אינו נמכר, כ"א שעבוד נכסים, נמצא שגם שם החוב הוא להמלוה המוכר, והלוקח אין לו אלא דין גובייגא, שהרי אין ללוקח זכות בעצם החוב, כיון ששעבוד הגוף לא נמכר, נמצא שזכות החוב הוא להמוכר, וכ"כ גבי כפל נמי לא נמכר אלא דין גובייגא. וא"כ לפ"ז נצטרך לומר דרש"י ורמב"ם לא יסברו כדעת הרשב"א שבמידי דלא אתי מגופא לא מהני אף דקל לפירותיו. ובפ"י משמע שמפרש בדברי הכ"מ דבנים לאו מכח אביהם קא זכו אלא מכח בעל הפקדון, משום דהוי כמתנה שאם ישלמו בנים לבסוף יזכו הם בפרה למפרע, וזה תימא רבתא, דהא הם לא משכו ובמה יזכו, ואי נימא דאביהם כשזכה זכה או בשביל עצמו או בשביל בניו, א"כ הלא הוי כאיזה מכם שיעלה ראשון לירושלים דתלי ביש ברירה ואין ברירה, ועצם הסברא קשה לומר כן, שזוכה גם בשבילם. ועוד נראה דכבר נתבאר דאין הכפל נקנה כ"א לשומר, אבל לאיש אחר שאינו שומר, אינו יכול להקנות הכפל, ואם כן הבנים הלא לא הי' להם דין שומר מעולם, ואיך יכולים לזכות בכפל אף ע"י הקנאתו, וע"כ כונת הכ"מ, שאף לאחר הקנאת הכפל לשומר, עיקר הדין עדיין הוא לבעלים:

ולפי הס"ד דגמ' נראה לומר דאין בעל החפץ מקנה הכפל להשומר כ"א מתחייב ליתן לו הכפל, וההתחייבות חלה ע"י הדמים, וכמו שכתב הר"י בש"מ בכתובות ריש אע"פ על מה שהקשו התוס' והרא"ש איך חתן מתחייב אלף זוז אע"פ שאין לו כסף ואין לו נכסים, וכתב הר"י שכיון שמקבל הסודר מתחייב בשווי הסודר כמה שפוסק ע"כ. וכן הא קיי"ל שאם אחד נותן לחבירו מעות בעד חפץ ומעות אינן קונות מ"מ מתחייב ליתן החפץ בעד הדמים כמבואר ברי"ט אלגאזי רפ"ב דבכורות. וכן הכא כיון שנותן השומר לבעל החפץ המעות, מתחייב בעל החפץ ליתן לו הכפל כשיקבל מהגנב. ונראה לי באמת שמוכרחים אנו לומר כן, דהנה דברי התוס' מוקשים עוד ביותר, דאיך נוכל לומר שבמעות מקנה לו הכפל, דהא אמר בסוגיין לקמן לא שילם שילם ממש, אלא כיון שאמר הריני משלם מקנה לי' כפילא, וא"כ איך ס"ד דגמרא לומר שמקנה לו במעות, והרי אף מעות אין כאן, שהרי לא שילם, כ"א שאמר הריני משלם. וצריכים היינו לומר, שכיון שאמר הריני משלם מיד מתחייב לשלם, וכמו שכתבו התוס' בסוגיין לקמן שכיון שאמר הריני משלם שוב אין יכול לחזור בו, ומאי דקאמר בגמרא או דילמא מיהדר קא הדר בי' היינו דרוצה לחזור אבל אינו יכול לחזור משום דהוי כלאחר גמר דין. ונראה מזה דלא מהני לומר

הריני משלם כ"א כשאמר בב"ד, וכיון שאמר כן בב"ד הוי כפסק ב"ד שישלם והילכך לא מצי תו למיהדר בי' והויא התחייבות גמורה. וכן משמע מן הראשונים דאיירי בב"ד ומשו"ה אינו חוזר, אבל עכ"פ הלא כיון שאמר הריני משלם כבר נתחייב השומר הדמים לבעל הפרה, א"כ היינו יכולים לפרש בדברי התוס' שבהתחייבות זו נקנה לו הכפל, וכמו שקונים במעות כן יכולים לקנות בהתחייבות. אבל דבר זה כבר עמדו עליו הרבה פוסקים אם יכולים לקנות בהתחייבות, ולכן היינו מוכרחים לומר דאין בעל הפרה מקנה לו הכפל כי אם מתחייב ליתן הכפל להשומר כשיקבל מהגנב. וכיון שקנה בעל הפרה ההתחייבות דהיינו שעבוד גוף השומר מתחייב בשביל זה ליתן לו הכפל. ונראה פשוט דאף אם נסבור דאין קונין חפץ בהתחייבות כדמים אבל בודאי חלה התחייבות ע"י התחייבות, כיון שהוא פוסק עמו שיתחייב לו הקרן שנגנב או שנאבד, ובשביל זה יתן לו הכפל, בודאי חלה הפסיקה. אלא שאם נפרש כן יקשה מה שמקשה בגמרא על הא דאמרינן דמקני לי' כפילא והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, ואי נימא דכונת הגמ' בהס"ד דבעל הפרה מתחייב הכפל להשומר אבל לא מקנה לו, א"כ מאי קושיא הא אדם מחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם. מיהו בנתיבות סי' ס' סעיף ו' ס"ק מ' הביא בשם כנה"ג שהחולקים בסי' קי"ב דסברי דבשעבוד דשלב"ל יכול לחזור קודם שב"ל יסברו כן גם בחיוב וכתב עוד שאם מת קודם שב"ל היורשים פטורים לשלם לכ"ע אף במחייב עצמו. והקצוה"ח רצה לסתור דברי הכנה"ג מדברי התוס' ריש אע"פ שכתבו דחתן מתחייב אע"פ שאין לו פרוטה אחת אע"ג דהוי דשלב"ל ובכתובה הלא אין יכול לחזור. וכתב הנתיבות שלא קרב זה אל זה דדוקא כשמחייב עצמו בדמים או בפירות המצויין כבידו דמי הילכך חל החיוב אגופו מיד ולא הוי רק כלא הגיע זמן הפרעון. אבל כשמתחייב ליתן שדה לכשיקחנה או פירות דקל כשיבואו לעולם, שכיון שאינן בעולם אין החיוב חל אגופו מיד כ"א לכשיבואו הילכך אם מת אין החיוב חל איורשים דודאי לא עדיף חיוב לרבנן מקנין לר"מ עכ"ד. ולפי דברי הנתיבות נוכל לפרש שזהו שמקשה בגמרא דגם כאן כיון דשייך דשלב"ל א"כ אף לר"מ כיון דאיכא כמה מי מימר אין להתחייבות לחול כלל. שוב מצאתי בס' דברי משפט שהקשה אקושיות הגמרא והא אין אדם מקנה דבר שלב"ל ומאי קושיא והא אדם יכול לחייב עצמו בדבר שלב"ל ונימא דנעשה כמו דאמרו הבעלים לשומר בשעה ששילם השומר אני מחייב את עצמי ליתן לך הכפל כשימצא הגנב ומשום הכי הכפל לשומר וכו' דאפוכי מטרתא ל"ל, אך זה ניחא אם נימא דשומר לא קנה הכפל כ"א שילם ממש אבל כיון דקיי"ל כר"י דאמר לא שילם שילם ממש אלא כיון דאמר הריני משלם חייב הגנב לשלם כפל לשומר וא"כ לא

מצינן לתרץ וכו' דהא אף דנעשה כמו שהבעלים התחייבו וכו' מ"מ אין יכול לחייב את עצמו באמירה בלחוד ע"כ. ולפי מה שנתבאר אין נ"ל כן חדא דבכה"ג אף בהתחייבו מקשה הגמרא שפיר והב' דאף באמר הריני משלם יש כאן מעשה הקנין ע"י ההתחייבות שהתחייב עצמו לשלם:

ב

בגמרא שילם מחצה מאי שאל מן השותפין ושילם לאחד מהן או שותפין ששאלו ושילם אחד מהן מאי. והקשו הרבה ראשונים בר"ן והובאו בש"מ הא קיי"ל בלוה משנים שחייב לכל אחד כולה ולא לזה מחצה ולזה מחצה ושנים שלוו נעשה כל אחד חייב בכולה א"כ היינו שילם מחצה ממה שהוא חייב. ותי' בתי' האחד ואפשר לומר דהכא אע"פ שלא שילם אלא חצי מה שעליו מ"מ מקנה לי' כפילא דאומדן דעתא הוא שהרי פרע כל מה שעליו לפרוע משלו ע"כ. ובאמת התי' תמוה דגבי שילם לשותפין א"א לומר הכי דמ"מ מקני לי' כפילא כיון שמה שהי' שייך לו שילם לו, דא"א לומר כן, דהרי שותפין שגבו גבו למחצה, וא"כ הרי שילם את חצי זו לשניהם, ונמצא שכל אחד גבה מחצה ממש מחלקו, וע"כ צ"ל דכאן איירי דלהשני נשבע ונפטר, וא"כ לא הויא תו הגבי' לשניהם. ולכאורה נעלמה הבנת קושייתם דעד כאן לא שייך לומר שהוא חייב בכולה אלא במקום שמן הדין הוא חייב. אבל כאן כשמשלם לאחד מהן ואינו רוצה לישבע, ולחבירו ע"כ נשבע ואינו משלם, וכיון שנשבע לחבירו הוי ממילא שבועה על כל החוב שהרי גם לחבירו חייב בכולה, א"כ ממילא הרי נפטר גם מזה מצד הדין, א"כ בענין כזה מה שייך לומר לוה בכולה, שהרי גם מחלק שלו כבר נפטר ע"י השבועה שנשבע לחבירו, הילכך בעי בגמרא שפיר דענין זה עדיף משילם מחצה טובא:

והיה נראה בישוב הדברים דבאמת יש להקשות עוד דהנה יש מחלוקת הראשונים ביש עדים שפשע או מקנה לי' כפילא וביש עדים שנאנסה שמצד הדין פטור מלשלם הסכימו הפוסקים דלא מקני לי' כפילא, שכיון שמצד הדין פטור, נמצא שאינו נותן לו רק מתנה בעלמא, ועל מנת כן לא הקנה לי' כפילא, וא"כ יש לעיין לרבא דאמר דהיכא דנשבע ואח"כ שילם דמקנה לי' כפילא, ומשמע אף שלא חזר משבועתו, ואמאי, הלא כיון שנשבע כבר נפטר מדין תשלומין, א"כ מה שמשלם אינו אלא מתנה בעלמא והוי כיש עדים שנאנסה ומאי שנא כאן דלא מקני לי' ומ"ש כאן בנשבע דמקני לי' כפילא, ובע"כ צריכים אנו לומר דה"ט דשאני פטור דנשבע מפטור דעדים, דפטור דעדים הוא משום שהאמינתם תורה בעדותם, ומאמינים אותם שהדבר כך הוא כמו שאומרים, (ונראה שהוא ג"כ אינו חולק עליהם להכחישם לחייב את עצמו, שאילו היה כן, היה הוא נאמן

מטעם הודאת בעל דין, ומחוייב מצד הדין) וכיון שמאמינים להעדים, נמצא שהוא פטור באמת, אלא מתנה הוא נותן, ובכי הא הוא דלא מקני לי' מעיקרא, כ"א כשמשלם חיובו, אבל מה שהוא נותן לו מתנות שאינן דין של שומר, אין מקנה לו בשביל זה, כמו שאינו מקנה לשאר הנותנים מתנות. ובנ"י כתב הטעם משום דלא אסיק אדעתי' להקנות לו מעיקרא בכי האי גוונא שיפטר, ועכשיו לא מהניא הקנאתו משום דהוי מוכר קנסו דלא עשה ולא כלום. ומדברי נ"י ראי' למה שנתבאר שאף שלדברי הרמב"ם מוכרחים לפרש שההו"א דגמ' היתה שמקנה לו הכפל בלבד ולא פרה לכפילא, מ"מ דוקא בשומר מהני בכה"ג משום שגם הגמ' שלנו סובר כדברי הירושלמי דילפינן מן הפסוק דהמצא תמצא, והילפותא היא דהוי ענין של פסיקה ומידי דמשתלם גבי שומר, אבל לגבי אדם דעלמא דליכא קרא, לא הוי מידי דמיפסיק המקח ומידי דמישתלם]. ועכ"פ גבי עדים מיפטר לגמרי מן הדין, אבל פטור דשבועה אין זה פטור, מחמת שמאמינים לו שדבריו נכונים, ובאמת אינו חייב, ואין השבועה אלא פטור, שאין ב"ד יכולים לתובעו ולחייבו, שלגבי ב"ד נפטר, אבל אין דבריו מאומתים עדיין, נמצא שבכה"ג כשמשלם אחר שבועתו, אין זאת מתנה בעלמא, כ"א שמשלם מחמת חובו, שיש עדיין דין עליו, והילכך אף כשנשבע, כיון שמשלם לו אח"כ, מקני לי' כפילא. וראיה לדבר שאין שבועה מבררת את הדבר ואין חיוב השבועה בא לברר את אמתת המעשה, ואין זה כ"א דין חיוב בעלמא כשאר החיובים, מדברי הש"ך ח"מ סי' פ"ז ס"ק ט"ו שכתב ועוד נראה דגם בשני כתי עדים המכחישים זא"ז אמרינן סלק עדותן כמאן דליתא ואי הוי חייב ש"ד בלא עדותן כגון שבועת השומרין או מודה במקצת או היסת השתא נמי משתבע הך שבועה, ע"כ. ואם נפרש הדברים כפשוטן, ששבועה היא ענין של ברור, מה מהני עוד ברור שבועתו במקום שיש עדים, וכמו שנשנה ענין זה בכמה מקומות, דבמקום תרי ותרי לא מהני עוד שום ברור, שהעדים שכנגד סותרים כל הברורים. אלא ע"כ ששבועה הוא ענין של חיוב בלבד דרמי רחמנא עלי', אף שאין מתברר ע"י שבועתו כלום, והילכך כיון שכבר נתחייב אינו נפטר בלא השבועה כשהוו תרי ותרי דאוקמינן אחזקת חיובו. וכיון שכן, ידעינן דאין מן השבועה מתברר כלום, אלא שכיון שנשבע נפטר ממילא מן התביעות בלבד, שאין יכולים לתובעו, אבל לא נתברר עדיין שאינו חייב, והילכך אין התשלומין מתנה כ"א חיוב, שהוא משלם מחמת חובו, והילכך מקני לי' כפילא אליבא דרבא:

ועכשיו מיושבת הקושיא שהקשינו, דהא כששילם לאחד מן השותפין, הלא להשני נשבע שפטור וא"כ הלא נפטר מן המחצה השנית לגבי שניהם בשבועה שנשבע לשותף השני, דזה פשוט שכשנשבע לשותף השני על מחציתו, נפטר ממחצה זו אף

כלפי השותף הראשון, וא"כ אין זה שילם מחצה, ועכשיו מתיישבים הדברים, שאף שכשנשבע אין זה ענין של פטור לגמרי, אלא שאין יכולים לתבוע אותו לאחר שנשבע, אבל דנימא שהתביעה כמאן דליתא שיהא התובע עוד מקנה לו הכפל, ודאי לא אמרינן כן, וא"כ אי נימא דשילם מחצה לא מקנה לי' כפילא, גם כששילם לשותף אחד את חלקו, צריך להיות שלא יקנה לו את כפילו, מהאי טעמא שעדיין התביעה של חלקו של השותף השני עדיין לא נתבטלה לגמרי, לכה"פ כלפי זה שהוא לא יקנה לו את כפילו, שכיון שהשבועה לא ביררה עדיין שאינו חייב לו יותר, לא הוי כשילם לו את כל חובו:

מיהו קושיית הראשונים בעצם דבריה מתיישבת, שאף שאחד שלוה משנים חייב לכל אחד לשלם לו את כולו, מ"מ החיוב הזה מתחלק לשני חיובים, שעל חלקו של כל אחד מחוייב הוא מצד לוה ושואל, ועל חלק חבירו חיוב מיוחד הוא, שאינו חיוב פשוט כחיוב אותה המחצה, שהרי באמת המחצה השנית של חבירו, וא"כ מה שהאחד יכול לתבוע חלק חבירו אין זה אלא מטעם אפוטרופסות ולא יותר, נמצא שיש כאן שתי תביעות, האחת תביעת בעלים, והשנית תביעת אפוטרופוס, וא"כ אין שייכות לשתי התביעות ביחד, והילכך כשמשלם לו מה שמחוייב לו בעד חלקו, אין תביעת החלק השני, שהוא תביעת אפוטרופוס מפרעת מלהקנות לו את כפילו בעד החלק שלו, ששתי התביעות שני ענינים נפרדים הם, ואין להם שייכות זו עם זו. וכן שותפין ששאלו ושילם אחד מהם את מחציתו, אף שכל אחד מחוייב לשלם את כולו, מ"מ שני חיובים הם, שעל המחצית האחת הוא מחוייב מטעם שואל ולוה, ועל המחצית השנית, יהא החיוב כאן מטעם ערב, ואף א"נ דהוי ערב קבלן, מ"מ שני חיובים הם, וא"כ כששילם את חלקו בשביל דינו שהוא לוה עליו, אין המחצית השנית שהוא ערב עליה מפרעת מלהקנות לו כפילו בשביל תשלומיו על חלק הערב שלו, מפני ששני חיובים נפרדים הם, וכיון שחיוב הלוה ושואל אשר עליו שילם לגמרי, מקנים לו כפילו בשביל כך, אבל בעיא דגמ' דשילם מחצה, שלא שילם ממה שהוא מחוייב חיובא דשואל לגמרי, ושילם רק מחצה, וזה הוא ענין אחר לגמרי:

ובש"מ עצמו תירץ שעל המחצה של חבירו אינו אלא ערב, וכיון שהדין שלא יפרע מן הערב אלא מן הלוה תחילה, נמצא שאין החיוב אלא על חלקו בלבד לעת עתה. ולפ"ד אין צריך לזה, אלא אף אם נחשבו לערב קבלן, שיכול לפרוע ממנו תחילה, מ"מ כיון שחיוב אחר הוא נפרד מחיוב שהוא חייב על חלקו אם משלם כל חיוב האחד, חיוב של הלואה, אין זה מיקרי משלם מחצה, כיון שחיוב זה נשתלם כולו, וחיוב מחצה השנית חיוב אחר הוא:

ויש ליישב עוד באופן אחר, דבעיא דגמ' דשאל מן השותפין או שותפין ששאלו ושילם אחד מהן, איירי כגון שגם החלק השני נשתלם, ובשאל מן השותפין שילם גם לשותף השני, אלא דאטרחיה לבי דינא, וכן בשותפין ששאלו שגם השותף השני שילם, אלא דאטרח לבי דינא, ולכן לא מקנה לי' כפילא כיון שאטרחיה לבי דינא. ובזה הי' נראה דאין זה ענין לשילם מחצה, דנהי שהוא חייב לו לשלם גם חלקו של חבירו משום שהוא אפוטרופוס על חלקו מ"מ כולי האי שיבטל האי אטרחיה על חלקו של חבירו זה אפשר דלא אמרינן, דדוקא אי חסר השלמת התשלומין, כיון שלא נשתלם ההיזק הוא דלא מקני לי' כפילא, אבל כשנשתלם ההיזק גם של חלקו גם של חבירו, אלא דאטרחיה על חלק חבירו זה אפשר דאינו מוריד. מיהו הי' נראה פשוט לפי פי' זה, דעל חלק עצמו אם שילם מחצה ברצון ומחצה ע"י הטרחה דאין בזה יתרון משילם מחצה, דאי נימא דיש בזה יתרון, הוה ליה לגמ' למיבעי גבי דידיה גופיה, ולא הו"ל למיבעי גבי שאלה משותפין. ומה שתירץ בש"מ בתי' הראשון, שאף דהכא לא שילם אלא חצי מה שעליו, מ"מ אומדן דעתא הוא דמקנה לי' כפילא, שהרי פרע כל מה שעליו לפרוע משלו ע"כ. וכן יתורץ לפ"ז גם גבי שאל מן השותפין, שכיון שקבל כל מה שהי' לו לקבל בשביל עצמו, אומדן דעתא הוא דמקנה לי' כפילא, אלולי דברי הש"מ הי' נראה לומר דאומדן דעתא לא מהני בזה כלל, שהרי נתבאר שאם תהא לנו אומדנא שרצונו להקנות את הכפל לאדם אחר שאינו שומר, דלא מהניא המכירה, דדוקא גבי שומר שגילתה התורה בהמצא תמצא, דמהניא המכירה דשייכא שם מכירה, אבל לאיש אחר שלא גילתה התורה לא תיהני המכירה, כמו שנראה בירושלמי, ולא מצינו שתלמוד שלנו חולק על הירושלמי, וכן גבי שומר עצמו, אם לא שילם לו, אינו יכול להקנות לו כפל, שנתמעט מחיים שנים ישלם, ואם כן תהא לפ"ז השאלה בגמ' בין גבי שילם מחצה, ובין גבי שותפין ששאלו, וגבי שאל מן השותפין, אם מהני תשלומין אלו, שאף אם תהא לנו אומדן דעתא שרוצה להקנות לו, מ"מ כיון דבאופן זה לא מיקרי תשלומין, הוי כלא שילם לו כלל, והוי כמקנה לאיש אחר דאינו שומר דלא מהני:

סימן מ - בדין דמים וחליפין

א

במאי דאשכחן בגמרא בכמה דוכתי בההיא הנאה קא גמר ומקני או גמר ומשתעבד, יש בזה מחלוקת רבה איזה קנין הוא זה ומשום מאי מהני. והנה יש דעות שסוברים דכל מה דבעי קנין בכל מקום, לאו משום דגזירת הכתוב היא דבלא קנין לא מהני, אלא דכל עיקר הקנין הוא גמירת דעת המקנה, ולזה הוא דצריך מעשה קנין, כדי שיהא ע"י

זה גמירת דעת, אבל במקום דהוי גמירת דעת, לא בעי שום קנין, והיינו טעמא דההיא הנאה, משום דהתם ידעינן דמשום ההיא הנאה הויא גמירת דעת גמורה והילכך מהני, ובהכי ניחא לי מה דקשה אהא דאמרינן בגמ' במכנשתא דבי דרי דאבידה מדעת היא. והקשה הקצוה"ח מדברי הרמב"ם שכתב שאם השליך כיסו לרה"ר לא הוי הפקר, וא"כ מאי שנא דבמכנשתא דבי דרי דמהני, ובלאו הכי קשה, דהא הפקר קנין כשאר קנינים הוא, דאין נפקא מינה בין קנין של הקנאה, ובין קנין של הפקר, ומהו הקנין של הפקר, וצריכים אנו לומר, שהדבור של הפקר הוא מעשה הקנין, וא"כ אף אי נימא דהשליך כיסו לרה"ר הוי הפקר, היינו משום דנוכל לומר, דמעשה ההשלכה הוי כמעשה קנין במקום דבור, אבל במכנשתא דבי דרי, דאין כאן שום מעשה של הפקר, דהרי לא עשה שום מעשה של הפקר, אלא כשהלך לו לא חזר ללקחם, א"כ היכן הוא מעשה ההפקר: **ורציתי** לומר דמה שאבידה מדעת מהני באופן כזה, הוא לאו משום שמפקיר, אלא משום שגריעותא הוא בחפץ, כיון שהחפץ נמצא במצב כזה שהוא מצד עצמו אבידה מדעת אצל כל אדם, הוי הפקר מצד חשיבות החפץ, שכל אדם לא טרח ליטלו מצד אי חשיבותו, ודוגמא לדבר, פחות משוה פרוטה, דהוי מחילה מצד עצמו, והכי נמי הכא כך הוא. אבל בדינא דהרמב"ם שהשליך כיסו לרה"ר, שמצד החפץ אין כאן שום גריעותא אלא הוא שמפקיר את החפץ, הילכך בעי הפקר בדבור, שהוא מעשה קנין של הפקר. אבל לפי הראשונים דסברי דלעולם לא בעי קנין אלא משום גמירת דעת אתי שפיר טפי מאי דמהני אבידה מדעת אף שאין כאן מעשה קנין, היינו משום דכאן יש לנו אומדנא ברורה של גמירת דעת הילכך לא בעי חום מעשה קנין של הפקר. והנה כמדומני שראיתי מכבר הימים, בשם הגר"ח ז"ל מבריסק, מה שיש להקשות, האיך מהני הפקר לאחר ל', והא כלתה דבורו, ולהנך שיטות דסברי דקנין משום גמירת דעת הוא לא קשה, דלא שייך לומר כלתה, שכיון שנראה מדבורו שיש לו גמירת דעת ממילא מהני שפיר. ולבאר הדבר יותר, דלכאורה קשה השתא, א"כ איך אמרינן בכ"מ גבי קנינים כלתה קנינו, כיון שמהקנין ידעינן שפיר דגמר בדעתו, תו לא שייך לומר כלתה, שאין לנו אלא גמירת דעת. אלא שזה פשוט, דבכל הקנינים, וכי איך ידעינן מהקנין שגמר בדעתו, אלא שזה חידוש התורה הוא, שכשהקנין נגמר, הוי כאלו גמר בדעתו, אבל אנו אין רואים את הגמר דעת, הילכך צריך לזה קנין בכל פרטי הקנין, שיהא נחשב כגמר דעת, אבל בהפקר יש לנו לחקור, אם הדבור של הפקר הוא קנין ככל הקנינים, או שהוא גילוי גמר דעתו, וזהו דאמרינן, שלהנך ראשונים שסוברים דלא בעינן רק גמר דעת, ומהני אף בלא קנין, כשיש גמר דעת ברור, א"כ נוכל לפרש, שבהפקר הדבור אינו בא בתורת קנין אלא בתורת גילוי

גמר דעת, שאילו הי' בא בתורת קנין הי' שייך בו כלתה, אבל כיון שהוא בא בתורת גילוי גמר דעת לא שייך בו לומר כלתה

ושיטות אחרות איכא דסברי דההיא הנאה בא בתורת דמים או חליפין, ונחלקו בזה מהו דמים ממש והוא קנין כסף, או אפשר דמועיל מתורת חליפין, וכתבו דלהנך ראשונים דסברי דמהני מתורת כסף, לא יועיל במטלטלין, שהרי אין כסף קונה במטלטלין. ובקדושין (דף ז') גבי הילך מנה ואקדש אני לך מקודשת באדם חשוב דבההיא הנאה דקא מקבל מתנה מינה גמרה ומקניא לי' נפשה וכן לענין ממונא כתב שם הר"ן בשם הר"ח שכתב הילך מנה ויקנה לך נכסי דבההיא הנאה דמקבל מיני' מחשבא ככלי דיהיב הקונה להמקנה וקונה בי' בתורת חליפין אותן נכסים, ולפ"ז אף במטלטלין קנה בה משום דהך הנאה דאדם חשוב חשיבא לי' כנותן דמים ובחליפין ולפיכך אשה נקנית בה מדין דמים ומטלטלין מן דין חליפין וקרקעות שהן נקנין בשניהם נקנים מדין שניהם ע"כ. והרמב"ן כתב על דברי ר"ח אלו ואיני רואה בזו השמועה זכר לכלי אלא למעות וכסף שקונין באשה ובקרקע. ע"כ. ודברי הר"ח עצמם צריכים באור, האיך הדבר הזה מתחלק, שהוא אינו אומר כלל, אם מדין חליפין אם מדין כסף, ואנן מחלקינן בלא אמירתו. שבאשה יועיל מטעם כסף ובמטלטלין מטעם חליפין, ודבר זה הלא לא נאמר בשום מקום שיהא צריך לפרש, בקדושין שהוא רוצה שתהא ההנאה מטעם כסף, ובמטלטלין שתהא ההנאה מטעם חליפין, והאיך הדבר מתחלק מעצמו. והי' נראה לפרש דבר חדש, ואולי תהי' זאת כונת הר"ח, והוא, דחזינן, דאי סבירא לן דדבר תורה מעות קונות ומה טעם אמרו משיכה קונה, גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלי', ומכל מקום חזינן דיש דמים שהן כחליפין וקונה משום דמילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן, וכבר כתבו בזה האחרונים, דשונה דין זה משאר דינים, שבכל מקום הכלל בידינו, שכיון שנתקנה תקנה, אמרינן לא פלוג רבנן בתקנתא, וכאן לא אמרינן כן. ונראה להסביר הדבר, שלא גזרו חכמים אלא בקנין תשלומין, אבל כשקונה בחליפין, או בדמי מכר, כיון שלא הי' הקנין בגדר תשלומין, כ"א באופן אחר של קנין כסף או קנין אחר, לא גזרו בזה, ולא שייך לומר בזה לא פלוג, שבדרך זה של קנין לא גזרו כלל, ואנו נאמר, ששני מיני קנין יש בקנין כסף, כסף תשלומין, וכסף שאינן של תשלומין, וחליפין ודמי מכר אינן גדר של תשלומין, ובזה לא גזרו. שכל עיקר הגזירה לא שייך אלא כשמשלם לו, דאז יניח כבר לשרוף:

והנה אם נאמר שבכל מקום דאמרינן דההיא הנאה מטעם כסף אתינן עלה, על כרחך אין זה כסף של תשלומין שהרי הנאה זו מעצמה היא באה, ואין זה ענין של תשלומין, ואין

זה דבר המשתלם, ובגדר זה לא אמרינן גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלי', ומהני אף במטלטלין, אף שהוא בא מטעם כסף ודמים. ועכשיו לא נאמר כלל, דמהני מטעם חליפין, כקושיית הרמב"ן שאין כאן כלי, וגם דקשה לומר שיתחלק מעצמו להיות כאן חליפין וכאן דמים, אלא שדמים אלו מהני בין בקדושין ובין במטלטלין. והנה אפשר הי' לשאול על דברי הסמ"ע סי' ק"צ שסובר דלא מהני כסף לקנות בו, כ"א כשנותן בתורת שווי להתחלת פרעון, אבל כשנותן לקנין שלא בתורת התחלת פרעון לא מהני, ודבר זה יקשה מאד, לפי מאי דמפרש דההיא הנאה שבכל מקום בגמרא מהני מטעם כסף, והלא שם לא שייך לומר דההיא הנאה הוי התחלת פרעון, שאין כאן פרעון ושווי כלל. ונראה באור דברי הסמ"ע שאינו בא למעט כסף שאינו של תשלומין דלא ליהני, כמו שנתבאר שגם דמי מכר אינן כסף של תשלומין, ומ"מ מהני, ולא בא למעט אלא כסף של קנין, דהיינו כשאינו קונה בכסף והנאתן, כ"א בפעולת נתינת הכסף, דזה הוא דלא מהני, דקנין כסף הוא דוקא או בגדר תשלומין או בגדר הנאה סתם, אבל לא בקנין הנתינה, דזהו ענין של חליפין, וכיון שאינו נותן בתורת חליפין הילכך לא מהני. והשתא אתי שפיר טובא, דלפי דברי הסמ"ע יקשה דשדה ואשה דין אחד להם לגבי דין כסף. ומה שייך בקדושי אשה כסף שווי, דאין אנו באים כ"א למעט קנין של פעולת נתינת הכסף, ודבר זה גם גבי קדושי אשה צריך להתמעט. ואדרבה נראה עוד יותר, שאף לפי דברי הט"ז שסובר דכסף קנין שפיר מהני, גבי קדושי אשה גם הוא יודה דלא מהני, דשם מצד הנאה ושווי הכסף הוא דמהני:

ב

קדושין (ב' ע"א) תוס' ד"ה בפרוטה וכו' וא"ת ומנלן דשוה כסף ככסף דהא לקמן מיבעי לי' קרא גבי ע"ע ישיב לרבות שוה כסף ופדיון הבן דכתיב בי' כסף וכו' ומיהו בפ"ק דשבועות דרשינן כלל ופרט וכו' אבל גבי קדושין וערכין מנלן דשוה כסף ככסף וי"ל דילפינן מע"ע וא"ת והא גבי נזיקין נמי כתב קרא כסף ישיב לבעליו ודרשינן בפ"ק דב"ק ישיב לרבות שוה כסף ככסף וכו' וי"ל דתרווייהו צריכי. ע"כ. אבל הריטב"א ועוד ראשונים תירצו וז"ל והנכון דהכא פשיטא מילתא דכיון דגלי רחמנא דאשה נקנית בכסף דומיא דשדה ה"ה לש"כ דבכל הני דאיצטריך לרבויי לש"כ בכולהו איכא טעמא, דגבי נזיקין ה"א דכיון דכתב רחמנא מיטב וכו' ה"ה שאינו יכול לסלקו בסובין בע"כ וגבי גרעון כסף דע"ע נמי ה"א כיון שהוא עדיין תוך זמנו ויוצא בע"כ של אדון דין הוא שלא יסלקהו אלא בכסף ונימא לי' ליטרח וזבין דומיא דלוה הבא לפרוע חובו עד שלא יכפנו המלוה שאינו יכול לסלקו בש"כ וכו' וגבי פדיון הבן וערכין והקדשות נמי ה"א דדברים

אלו חידוש הם ואין לנו בהם אלא חדושם וכו' אבל הכא גבי קנין דקדושי כסף כיון דמדעת שניהם ואיכא דבר חשוב מנ"ל כסף מנ"ל שוה כסף. ע"כ:

והנה בשיטת התוס' יש לחקור אם גם בקנין שדה דמועיל שוה כסף הוא משום דילפינן מע"ע כמו קנין דאשה או אפשר דגבי קנין דשדה פשוט הוא לתוס' מסברא בלא ילפותא דע"ע כמו להריטב"א ודוקא גבי קנין דאשה מיבעי להו למילף מע"ע. ולכאורה לפי דברי הפ"י לקמן (דף ח' ע"א) דאמרינן בחד לישנא דרב יוסף דמה כסף דקיץ אף שוה כסף דקיץ, ופי' שם הפ"י משום דעיקר הקדושין הן בכסף ואף מאי דאיתרבי שוה כסף הוא מטעם כסף והילכך בעינן קיץ דומיא דכסף כדי שיהא הש"כ נקרא כסף. ולפ"ז אי נימא דגם קנין דשדה ילפינן מע"ע א"כ להך לישנא היינו צריכים לומר גם בקנין דשדה שיהא הש"כ קיץ דומיא דכסף דמאי שנא מקדושין דילפינן מע"ע ובעינן שיהא הש"כ קיץ דומיא דכסף א"כ גבי קנין דשדה נמי, והלא אנו רואים שכל המשא ומתן בגמרא אם צריך שיהא קיץ אינו אלא בקדושין אבל גבי קנין דשדה לא מצינו בשום מקום שיהא קיץ. ומזה צריכים אנו לדון שקנין דשדה אנו יודעים מסברא שש"כ ככסף ולא ילפינן מעבד עברי כקדושי אשה. וצריך להבין מאי שנא קדושי אשה דלא ידעינן מסברא וצריכינן למילף מע"ע ומ"ש קנין דשדה שמספקת לנו הסברא בזה:

ולדברי הריטב"א קשה עוד יותר כיון דלפי סברתו בין קדושי אשה ובין קנין דשדה ידעינן מסברא דשוה כסף ככסף א"כ מאי שנא דבקדושי אשה אמרינן להאי לישנא דרב יוסף דבעינן שוה כסף דומיא דכסף דקיץ ומ"ש דבקנין דשדה לא בעינן שיהא קיץ:

והנה בדברי הריטב"א מבואר דמאי דבעינן רבוי לרבות ש"כ ככסף גבי ע"ע לא על דין החלות ללמדנו שגם ש"כ יכול לפעול החלות של הגרעון לקנות את עצמו הוא בא, שעל זה אין אנו צריכין לרבוי מקרא, שזה ידעינן מסברא, אלא הוא בא על דין הפרעון ללמדנו שיכולים לעשות פרעון בע"כ של אדון בש"כ כמו בכסף, וכמו גבי נזיקין שג"כ כך. אבל מדברי התוס' שכתבו שילפינן קדושין מע"ע, נראה שהם מפרשים שגבי ע"ע החדוש הוא על חלות הקנין כמו גבי קדושין, והי' נראה שגם התוס' מודים לדברי הריטב"א שגבי ע"ע החידוש הוא בדין הפרעון ולא בדין החלות והילפותא דילפינן קדושין מע"ע הוא רק כיון דחזינן בע"ע שרבתה התורה דשוה כסף ככסף אף לגבי פרעון וכיון דשוה כסף ככסף שוין בכל מקום מזה ילפינן דאף לגבי קנין דקדושין שוה כסף וכסף שוים הם, וכמו שיבואר עוד. [אלא מדמביא ראי' מכסף מקנתו לקמן בסוגיא דקיץ וס"ל דגם בע"ע בעינן קיץ א"כ משמע דגם בע"ע החדוש בהקנין. אלא דלהריטב"א א"א לומר כן ומוכרחים אנו לומר דגם בתשלומין שייך ענין דקיץ]. והנה אף שקנין דשדה וקנין

דאשה שוים הם כמו שכתב הריטב"א ונראה שאף לפי דברי התוס' כן הוא, ולפי דברי הסמ"ע שכל כסף קנין צריך שינתן לפרעון השווי, כבר כתבו האחרונים שגם בכסף קדושין צריך שינתן הכסף לפרעון השווי, מ"מ מחולקים הם הרבה בעניניהם. דהנה גבי קדושין יש לחקור, אם יקדש אשה והיא תפסוק עמו שיתן לה בעד המקח איזה סכום אם חלה ההתחייבות או לא:

ונראה לי להביא ראי' דלא שייך פסיקת המקח גבי קנין אישות מדברי רבינו יונה שתירץ על קושיית הצרפתים איך חתן מתחייב בתוספת כתובה אע"פ שאין לו פרוטה אחת והא הוי דשלב"ל ותירץ הר"י כיון שמקנה לו סודר בשעת מעשה הוי כפוסק לו סכום זה בעד מקח הסודר אע"פ שאינו שוה אלא פשוט אחד ובזה אין משום דשלב"ל. ע"כ. ויש לעיין אם נימא דגבי אישות שייך פסיקת המקח א"כ מה צריך הר"י לומר שמתחייב בפסיקת מקח הסודר יתחייב משום פסיקת הנשואין, אלא ודאי דגבי אישות לא שייך פסיקת המקח משום שאישות אינה ענין אשר יהא שייך בה ענין של שווי, משום שאינה מדברי השוויים. (וצ"ע אם יש לחלק בין נשואין לקדושין). ובאמת תמהו הרבה על דברי הסמ"ע שנראה מדבריו שגם גבי קדושין צריך שינתן הכסף לפרעון השווי, מה שייך שווי גבי אישות. ולפי דברינו יש לנו ראי' מדין פסיקת המקח דלא שייך ענין של שווי גבי אישות, ומכל אלה צריכים אנו לומר, שזהו חדוש שחדשה לנו התורה דגבי קדושין יהא ענין של פרעון ושווי ושיש לפרוע בעד האישות בפרוטה, ואף שלגבי בני אדם אין לדבר זה ענין של שווי, אבל התורה נתנה לה דין שווי ופרעון, ומשום זה לא שייך פסיקת המקח גבי קדושין, משום שפסיקת המקח אינה רק ענין של תגרין וגבי תגרין אין בקדושין שום שווי':

ובאבני מלואים סי' כ"ט גבי אמר לה התקדשי לי במנה ונתן לה דינר מקודשת וישלים כתב שם הטעם משום דהוי פסיקת המקח והביא ראי' מחלוץ לה ע"מ שתתן לך מאתים זוז שכתבו שם הראשונים דאינה חייבת ליתן לו המאתים זוז משום שכירות ופסיקה משום דהוי כבורח מבית האסורים ואמר לו טול דינר והעבירני דמצי אמר לי' משטה אני בך, אבל בלא טעם זה היתה חייבת ליתן לו המאתים זוז משום פסיקת המקח וה"נ גבי אמר לה התקדשי לי במנה ונתן לה דינר צריך להשלים משום פסיקת המקח שפסקו מקח הקדושין במנה. והקשה דא"כ בגט נמי תתחייב אם התנה כזה אם גירשה משום פסיקת המקח ובא לחלק דגבי גירושין שאני כיון שיכול לגרשה בע"כ לא שייך פסיקת המקח. ע"כ. וכבר נתבאר שמדברי רבינו יונה סתירה לזה, שבעניני אישות לא שייך

פסיקת המקח. ומה שהביא ראי' מחליצה אינה ראי' דשם ג"כ אין לחייב משום פסיקת המקח מה שעוסק בעד הקנאת עצמה דקנין אישות הוא ואין בו משום שיווי:

ועוד דהא בירושלמי יבמות פרק ארבעה אחין מחלוקת אי חליצה קנין או חליצה פטור ולמ"ד חליצה פטור אין בחליצה אף משום הקנאת עצמה ואיך נוכל לומר לדידי' דחייב בחליצה משום פסיקת המקח. אלא דבחליצה איכא טעמא אחרינא דמתחייב משום שכר פעולה שפסקה עמו סכום זה בשכר פעולת החליצה. אבל בקידושין לא שייך לומר שפוסקת עמו שיתן לה מנה בעד פעולתה, וכי מה פעולה עשתה בקידושין. ומשו"ה לא שייך נמי פסיקת המקח בגירושין ג"כ משום דלא שייך שם שכר פעולה, ושכר מקח ודאי לא שייך. ומה שכתב במהרי"ט שאף גבי קדושין אם אמר התקדשי לי ואתן לך כך וכך שמתחייב ע"כ, מזה נראה שגם דעתו כדעת הא"מ שגם בקדושין שייך פסיקת המקח. דוק בלישני' שאין דעתו כן שכתב שמתחייב אם אמר כן והן הדברים הנקנים באמירה. מזה מוכח שאינו בא לומר שמתחייב מצד פסיקת המקח כ"א שמתחייב כשאמר לה כן התחייבות בקנין ככל התחייבות דעלמא. ומהו קנין דידהו, דין קנין של דברים הנקנים באמירה, וכמו כמה אתה נותן לבנך כך וכך וכמה אתה נותן לבתך כך וכך דאמרינן בגמרא דבההיא הנאה דמיחתני אהדדי גמרי ומקני, ועל זה אמר בגמרא דהן הן הדברים הנקנים באמירה, ולזה הוסיף במהרי"ט דגבי קדושין כה"ג הויין דברים הנקנים באמירה וגבי ממון בכה"ג לא אמר כן, משום דגבי ממון כה"ג הוי מטעם פסיקת המקח, אבל גבי קדושין לא שייך פסיקת המקח ואינו מתחייב כ"א משום התחייבות בקנין מצד דברים הנקנים באמירה. ואע"פ שלפ"ז א"א לפרש בהתקדשי במנה ונתן לה דינר שחייב להשלים משום פסיקת המקח כד' הא"מ, מ"מ אפשר לפרש שישלים מצד התחייבות בקנין משום דברים הנקנים באמירה. וקשה דלפי שיטת מהרי"ט אה"נ דלא תקשה קושיית הראשונים האיך אדם יתחייב תוס' כתובה אע"פ שאין לו, שאפשר שיתחייב מצד דברים הנקנים באמירה. מיהו נראה דלא שייך זה גבי תוס':

ועכ"פ יוצא מזה דלא שייך פסיקת המקח גבי קדושין משום דאין בקדושין ענין של שווי, אלא דהתורה חדשה בקדושין ענין של שווי בקנין אבל לא בשאר דברים. והילכך לא הקשו התוס' מנלן דגבי קנין שוה כסף ככסף משום דשם פשוט הוא כיון דגבי שדה עיקר קנין כסף הוא מצד שווי הדבר, א"כ אף בשוה כסף. ועיקר שאלת תוס' הוא בקדושין דשם אין הקנין מצד שווי שהרי באישות לא שייך שווי ורק חדוש הוא שחדשה התורה, ואולי לא חדשה רק בכסף ולא בש"כ, ותירצו דילפינן מע"ע. וכיון דגבי קנינים אנו באים מצד שווי אצל בני אדם, הילכך אין יתרון לכסף על ש"כ ולא בעינן בשוה כסף שיהא

קיי"ץ להך לישנא דרב יוסף. אבל גבי קדושין שכל עיקר דין כסף הוא חדוש אלא דמרבינן מקרא עוד חדוש לרבות שוה כסף בעינן שיהא הש"כ קיי"ץ דומיא דכסף:

ובשיטת הריטב"א עדיין קשה שהוא סובר שבין בקנין ובין בקדושין ידעינן מסברא דש"כ ככסף א"כ מאי שנא בקדושין דבעינן קיי"ץ ובקנינים פשוט דלא בעינן ש"כ דקיי"ץ. ונראה בדעת הריטב"א דאית לי' דש"כ וכסף הם דבר אחד ואין לנו חילוק בין מטבע לחפץ ושניהם משמשים בין בתור כסף בין בתור שווי הילכך בין בקנינים דבעינן שווי שוים הם שוה כסף וכסף ואף בקדושין שחדשה התורה שאשה מתקדשת בכסף יכול ליתן ש"כ בתור כסף. והריטב"א לא יפרש שבקדושין גם הכסף מצד שווי ומפני זה יכול ליתן אף שוה כסף אלא שהוא יפרש שבקדושין בעינן כסף, דהא בקדושין לא שייך שווי, אלא שהתורה חדשה שמתקדשת בכסף, אלא שדעתו היא שגם שוה כסף יכול לשמש בתור כסף. ולכן הוסיף הריטב"א להסביר דאין צריך רבוי לרבות ש"כ אלא במקום שיש סברא לומר שהתורה הקפידה על מטבע של כסף דוקא, נמצא שבקנינים שוה כסף וכסף שניהם מועילים מצד מעלת השווי, והילכך ודאי לא בעינן שיהא הש"כ קיי"ץ דומיא דכסף. אבל בקדושין בעיקר הדין בעינן כסף אלא שגם שו"כ משמש בתור כסף. ועל זה אמר הך לישנא דרב יוסף דכיון דש"כ מועיל מצד דין כסף בעינן שיהא קיי"ץ דומיא דכסף:

ולפי מה שנתבאר בענף א' דאף כסף שאינן של תשלומין ג"כ מהני אף לפי דברי הסמ"ע, כמו דמהני בההיא הנאה מטעם כסף לפי דברי הנך ראשונים דסברי הכי, אף ששם לא שייך תשלומין כלל, א"כ תו אפשר להשוות כסף דקנין שדה לכסף דקדושין, ששניהם באופן אחד ממש הם ואין כאן חדוש מיוחד גבי קדושין, וא"כ שוב הי' אפשר לעיין מה בין קדושין לשאר קנינים, שישאלו מנ"ל שוה כסף ככסף דוקא גבי קדושין. ואולי מ"מ נוכל לומר, שהשאלה היא בכסף שאינו של תשלומין, אבל בכסף של תשלומין, כיון ששם נישום הכסף בשווי הדבר, אין לחקור כלל אם שוה כסף ככסף כמו שנתבאר, והלכך בקנין דשדה נהי דבכסף שאינן של תשלומין יש לשאול מנ"ל דשוה כסף ככסף אבל בכסף של תשלומין הדבר פשוט מסברא דשוה כסף ככסף, והילכך שאלו בכסף דקדושין, ששם השאלה פשוטה יותר, משום ששם אין כסף של תשלומין כלל:

ג

בבאור דברי התוס' רי"ד שכתב לחלק שאם קדשה בפרוטה בקנין חליפין מתקדשת מטעם כסף ומה דאמר בגמרא שאין מתקדשת בחליפין היינו שאמר לה התקדשי לי במנה ונתן לה סודר בכדי שלא תוכל לחזור בזה אין מתקדשת שאף שבקנין שדה בכה"ג מהני באשה לא מהני. ט"כ. ועיין במהרי"ט ובאבני מלואים שטרחו לבאר דברי התוס'

רי"ד. והנה בעצם קנין חליפין יש לעיין איך מהני חליפין בפחות משוה פרוטה, דהא חזינן בכל מקום שפחות משוה פרוטה לא מהני בשום קנין וכן אין דין השבה בפחות משו"פ ויש מי שסובר בטעם גריעות פחות מש"פ משום דלא הוי ממון והי' אפשר לפי זה לומר דבחליפין לא בעינן דין ממון, אבל יש מי שסובר שגריעות פחות מש"פ הוא משום שהוא דבר הנמחל, ומה"ט גבי עכו"ם דקיי"ל דקפדי אף אפחות מש"פ יש מי שרוצה לומר דמהני אף קנין בפחות מש"פ, וכיון שהוא דבר הנמחל א"כ אף בחליפין לא ליהני, שכיון שהוא דבר שמוחלין אותו א"כ לאו מידי יהיב לי', שהרי אף בחליפין צריך להיות קצת ממון שהרי באיסורי הנאה לא מהני, וכן יקשה לשתי הדעות, דהא חזינן בב"ק (ע' ע"ב) דמילתא דאי תבע לי' קמן בדינא לא אמרינן לי' זיל שלים, לא מהני בקנין, וחסרון זה צריך להיות לגריעותא אף בחליפין, כיון שצריך ליתן לו קצת שוויות, ומוכרחים אנו לומר בזה ע"פ דברי הרשב"א קדושין (ג' ע"א) שכתב על מה שהקשה אמאי דאמרינן אשה בפחות מש"פ לא מקניא נפשה מ"מ כששוה פרוטה ליהני ותירץ ע"ז דכיון דבחליפין צריך להחזיר החפץ א"כ ע"כ לאו בגופו של חפץ קא קני כ"א בדינו, ובדינו אין יתרון במה שזה החפץ שוה יותר כיון שבעצם הדין מועיל אף פחות מש"פ גנאי הוא לה. ע"כ. באור דברי הרשב"א שבחליפין אין הקנין בהשוויות כ"א בפעולת מסירת החפץ והוי כמו חזקה ומשיכה והגבהה שאין הקנין כ"א בהפעולה אלא שזה גזרה התורה שקנין חליפין צריכה הפעולה להעשות בחפץ שיש בו שוויות. ובזה נוכל ליישב מה שקשה לפי דברי הרשב"א בשבועות שבכלי ששוה אף פחות מפרוטה אפשר שאשה מתקדשת מפני חשיבותו א"כ לר"נ דאמר קונין רק בכלי איך אמר שאשה בפמשו"פ לא מקניא נפשה הלא בכלי אף בפחות מש"פ אשה מתקדשת. והי' אפשר ליישב ע"פ דברי הנתיבות שכתב ליישב איך קונים במאי דתפיס ג' על ג' הא לא הוי כלי ותירץ ע"פ דברי התוס' ב"מ שכתבו שמטבע שכיון שראוי לתלות בצואר בנו הוי כלי אף שעדיין אינה כלי כיון שראוי להיות כלי, ואם כן ניחא גם קושייתנו שבכגון דא כיון שאינה כלי עדיין אין לה המעלה להיות בה החשיבות כפרוטה. אבל לפי באור דברי הרשב"א בקדושין תתיישב הקושיא בפשיטות יותר שכיון שבחליפין אינו קונה רק בפעולת מסירת הסודר אבל אינו מוסר לו שוויות הסודר א"כ אין בהכלי שום מעלה שעיקר מעלת הכלי היא מפני חשיבות השתמשותו אבל בחליפין כיון שאינו מוסר לו ההשתמשות שהרי אין כאן כ"א קני על מנת להקנות והקנין הוא רק בפעולת המסירה, א"כ אין בזה רק שוויותו בעצם דהוי פחות משוה פרוטה:

ולפי זה יתבארו דברי התוס' רי"ד שכונתו שאם קונה בפרוטה יכולה להתקדש בהשווי, ואף שאומר שתקדש בקנין חליפין, מ"מ כיון שאין מתקדשת בחליפין כונתו שתתקדש בהשווי, אבל כשאומר לה התקדשי במנה ועושה קנין סודר כדי שיתחייב ורוצה לגמור הדבר שלא תוכל לחזור וע"ז מוכרח לעשות קנין חליפין, א"כ רצונו שתתקדש בהפעולה ולא בהשווי שהרי חליפין אין הקנין כ"א דוקא בהפעולה, א"כ א"א להתקדש מטעם כסף שהרי בקנין זה אין מוסר לה השווי:

מיהו בתוס' ובש"מ ב"ק (ע' ע"ב) גבי עקוץ תאנה מתאנתי משמע שגם בחליפין לא קני אלו הוה תבע לי' קמן לא אמרינן לי' זיל שלים דקבעי התם היכי מיירי אי דנתן לו בתורת דמים הלא מעות אינן קונות ואי בתורת חליפין הא קיי"ל כר"ן דפירי לא עבדי חליפין, ומשמע מדבריו דאי הוה קיי"ל כרב ששת דפירי עבדי חליפין הוה אתי שפיר מאי דאמר בגמרא אלו תבע לי' קמן לא אמרינן לי' זיל שלים אלמא דגם בחליפין לא קני כה"ג, שלא כמו שנ"ל:

סימן מא - בדין קנין דמים

א

ברמב"ם פ"ג מה' מכירה ה"א כתב אחד הבהמה ואחד שאר מטלטלין נקנין במעות דין תורה ומשנתן את המעות קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו אבל חכמים תקנו שלא יקנו המטלטלין אלא בהגבהה או במשיכת דבר שאין דרכו להגביה ע"כ. והקשה בלחם משנה וז"ל נראה דפסק כר"י דס"ל בפ' הזהב דמעות קונות דבר תורה ומשיכה אינה מדאורייתא אלא מדרבנן משום גזרה שמא יאמרו וכו' ודלא כר"ל דאמר דבר תורה משיכה קונה ושם בפ' הנזכר בגמ' מתבאר בההיא דאמרינן מתני' מנ"ל, בגמ' ובתוס' דלר"ל דרשינן לעמיתך במשיכה ולעכו"ם בכסף וכשנותן פרוטה של הקדש לספר עכו"ם מעל אע"ג דלא משך תספורת דבעכו"ם קונה כסף אבל בישראל צריך שימשוך דבישראל משיכה קונה ולר"י הוי איפכא דלעכו"ם בעינן שימשוך ולישראל לא בעינן שימשוך דדבר תורה מעות קונות כ"ז מבואר בסוגיא שם ובתוס' והוא פשוט, וא"כ אני תמה על דעת רז"ל דכאן פסק כר"י דבישראל ד"ת מעות קונות ובפ"ו מה' מעילה כתב נטל פרוטה של הקדש וכו' קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל ואם מן הישראל לא מעל וכו' וזו היא ודאי קושיא אלימתא. ע"כ:

ויש להתבונן תחילה בעצם הדין דאמרינן דלמ"ד דבר תורה מעות קונות כיון שנתן פרוטה של הקדש מיד מעל, ולמ"ד דאין קונות ד"ת לא מעל עד שימשוך, דאף למ"ד ד"ת מעות קונות מ"מ כיון שחכמים הפקיעו הקנין, כבר אין הקנין מועיל כלום, ומה לי בזה

שקודם תקנת החכמים הי' מועיל מדאורייתא למעול ע"י זה, כיון שעכשיו כבר נפקע. וכמו כן יש להתבונן בדברי רש"י (מ"ח ע"א) ד"ה קאי באבל וכו' ונפ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר"י הוו קדושין דמדאורייתא קניי' ודידי' הוא ולר"ל לא הוו קדושין ע"כ. וג"כ אינו מובן דאף לר"י כיון שהפקיעו החכמים הקנין, כבר נפקע הקנין לגמרי, ולא הוי שלו אף מדאורייתא שהפקר ב"ד הפקר, שכל עיקר שחקרו האחרונים אי קנין דרבנן מהני לדאורייתא אם לאו, היינו דוקא להכניס לרשותו, ולעשות את החפץ שלו, אבל להפקיע מרשותו בזה כו"ע לא פליגי דיש כח ביד חכמים להפקיר ולהפקיע, וזהו עיקרו של דין הפקר ב"ד. וזו היא כל הסוגיא דגיטין גבי פרוזבול ושביעית שיש כח ביד חכמים להפקיע אף לענין איסור וכמו כן מבואר ג"כ בדברי הירושלמי פאה (פ"ה ה"א) וז"ל שהפקר ב"ד הפקר דכתיב וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו ומנין שהוא פטור מן המעשרות ר' יונתן ברי' דר' יצחק בר אחא שמע לה מן הדא אין מעברין את השנה בשביעית ולא במוצאי שביעית ואם עברוה מעוברת וחדש א' שהוא מוסיף לא פטור ממעשרות הוא, אלמא דודאי מהני אף לענין איסורא, שההפקעה הויא הפקעה מדאורייתא, ואף שבמראה הפנים שם רצה לומר דלמאן דיליף בגיטין דהפקר ב"ד הפקר מקרא דאלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וכו' מה ענין ראשים אצל אבות לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו, אף ראשים מנחילים את העם כל מה שירצו, איהו לא יסבור דהפקר ב"ד ליהוי כשאר הפקר דפטור מן המעשר דהא לא הקישו הכתוב אלא לנחלה ואין נחלה פטור מן המעשר ע"כ. וכונתו ע"כ דאף לקוח לא מיקרי, דאי לאו הכי ליפטר מטעם לקוח, אלא דכיון שקראו הכתוב נחלה, הוי כיורש בכל מקום דלא מיפטר ממעשר. אבל דבריו תמוהים מאד דאיך נדמהו ליורש לגבי זה, דגם יורש הוה מיפטר מטעם לקוח, אלא משום דהוה ברא כרעי' דאבוה, הוה כלא נשתנה הרשות והוי כזרעך, אבל כשבא לידו ע"י הפקר ב"ד, איך נאמר שלא נשתנה הרשות והוי כזרעך אתמהא. ואף שבכל הפקר יש לשאול למ"ל קרא לפטור, תיפוק לי' מטעם לקוח, יש לומר שצריך הקרא דפטור הפקר, להיכא שקדם הוא עצמו וזכה, שכתבו הראשונים דמטעם לקוח לא מיפטר היכא שהוא עצמו קנה בחזרה, אבל בהפקר פטור אף בכי האי גוונא. אבל בהפקר ב"ד שמסתפקינן לגבי השני שזכוהו ב"ד, ודאי שצריך להפטר מטעם לקוח, ואולי תהא הנפ"מ כגוונא דשביעית שב"ד הפקירו ולא זיכו לשום איש מיוחד, וקדם הוא עצמו וזכה, אבל עכ"פ אף לדבריו מהני הקנין אף להך מ"ד מדאורייתא, אלא דכיון דמיקרי נחלה חייב במעשר, שהחלות שנתנה כאן תורה ע"י החכמים באה ע"י

אופן אחר, אבל שלו הוי עכ"פ, ורשותם דבעלים ראשונים ודאי נפקע. הן אמת שדברי הירושלמי הללו תמוהים הם מאד, דמה ראי' היא ממה דמהני עיבור השנה בשביעית, אף שמוסיף חדש אחד לפוטרו מן המעשרות, וכי סלקא דעתין לומר דמה דמהני עיבור השנה מטעם הפקר ב"ד הוא, והלא מהני עיבור זה אף לגבי כל מילי דאורייתא, לגבי מועדות, ולגבי קרבן פסח ואכילת מצה ועשיית מלאכה, ולדחות יוה"כ דשנה שניי', ומה שייך לגבי זה הפקר ב"ד, שאינו אלא לגבי ממון, אלא ע"כ דלגבי זה אנו באים מטעם כח חכמים הניתן להם בקביעת מועדות ועיבור השנים כמו שנאמר אלה מועדי ד' אשר תקראו אותם, ודרשינן אתם אפילו שוגגים, אתם אפילו מזידים אתם אפילו מוטעים, וצריך לומר שדין זה של אתם אפי' שוגגים ומוטעים ומזידים, לא נאמר דוקא בעיבור וקדוש החודש, כ"א אף בעיבור השנה, וא"כ אין ראיה מכאן כלל להפקר ב"ד שפטור מן המעשרות. אבל עכ"פ דבר פשוט הוא שלהפקיע מרשות מאן דהוא מהני כח חכמים אף לדאורייתא, וא"כ תמוהים הדברים מאי דמעל אף ע"י נתינת דמים בלבד, וכן תמוהים דברי רש"י, שכתב דלר' יוחנן מהני קדושין כשקידש בו את האשה, משום דמדאורייתא מעות קונות בלא משיכה:

מיהו דברי רש"י מתיישבים לפי שיטתו שכתב (בדף מ"ז ע"ב) ד"ה כך תקנו חכמים משיכה ללוקח וכו' כי מוקמת לחזרה נמי ברשות לוקח מסר נפשי' המוכר וטרח ומציל שאם יראה הלוקח דליקה באה יאמר חוזרני ולקמן אמרה רב חסדא גבי ההוא דיהבי זוזי אחמרא שמע דבעי למינסביה דבי פרזוק רופילא והדר בי' ע"כ נראית דעת רש"י שלא הפקיעו חכמים לגמרי קנין מעות כ"א נתנו לו כח לחזרה, אבל אם לא חזר בו, חל הקנין מטעם המעות. ובהגהת אשר"י כתב לדעת רש"י שדוקא קודם שנשרף יכול לחזור בו, אבל לאחר שנשרף שוב אינו יכול לחזור, שכבר חל קנין המעות. וכיון שכן, אם קידש את האשה שפיר הוו קדושין גמורים, שהרי לא נפקע דין הדאורייתא, ואף לתקנת החכמים עדיין דין התורה קיים להיות קנין המעות חל, ואין כאן רק תנאי דחזרה, ולפ"ז אתי שפיר גם מאי דאמרינן דלר' יוחנן כיון שנתן הפרוטה מעל, שהרי לא הפקיעו חכמים את הקנין כסף, ואין צריך למשיכה לקנות, אלא שלא יוכל לחזור בו, ואתי שפיר לדברי רש"י, אבל לדעת הפוסקים החולקים על רש"י, וסברי שחכמים הפקיעו את קנין כסף לגמרי, שאף בלא החזרה אין הקנין חל, אלא לגבי מי שפרע תקנו חכמים שעדיין יהא אסור לחזור בו, תעמוד הקושיא במקומה אמאי מועל הוא לר"י בנתינת המעות בלבד, כיון שלאחר התקנה ר"י ור"ל שוים דמעות אינן קונות ורק משיכה קונה:

ונראה משום כך לומר שגם לדעת החולקים על רש"י וסוברים שאין חדוש התקנה דין חזרה, אלא שחדשו חכמים לבטל הקנין לגמרי, מ"מ לא ס"ל שנתבטל הקנין לגבי כל הדברים, ועדיין נשארו דיני קנין אף בנתינת המעות, ולא נתחדשה ההלכה לומר שאין נתינת מעות מעשה הקנין כלל, אלא שאין מעשה החלות נגמר ע"י מעות בלבד, ורק משיכה מועלת לגמור את מעשה החלות, אבל מ"מ כשנותן מעות, גם מעשה נתינת המעות נחשבת לחלק ממעשה הקנין, והוי כהתחלת החלות, והמשיכה הויא גמר החלות, ונמצא שאף לדידהו יש חילוק בין דעת ר"י לדעת ר"ל, דלר"ל לא הויא נתינת מעות מעשה קנין כלל, ולר"י הויא נתינת המעות מעשה קנין, אלא שאיננו פועל לגמור את החלות, עד שתבא המשיכה עמה, ועכשיו יתבאר החילוק בין ר"י לר"ל גם בדין מעילה, דלר"ל איננו נותן המעות אלא על דעת המשיכה שאם יקנה עוד אח"כ במשיכה יהיו המעות שלו, נמצא שקודם המשיכה אינו נותן את המעות לגמרי, וכיון שכן עדיין לא מעל בזה שנתן את המעות, שהרי לא נתן עדיין נתינה גמורה, שהרי קודם המשיכה לא הקנה לו עדיין את המעות, וס"ל לגמ' שלא מוטל הנותן מעות כ"א כשקנה המקבל אותם בדין קנין, ולר"י כיון שהמעות הוויין מעשה קנין, נמצא שנותן המעות מיד נתינה גמורה וקנה מיד המקבל את המעות בדין קנין, והילכך מעל נותן המעות אליבא דר"י, שלזה נשתייר דין קנין בנתינת המעות גם אחר תקנת חכמים:

ועפ"ז נראה שיתבארו דברי הרמב"ם פרק זה הלכה ה' וז"ל בתוך דבריו ה"ז מחזיר את הדמים שהרי תקנו חכמים משיכה לפיכך אם היתה ביתו של לוקח שיש בו החפץ שנמכר מושכר למוכר לא תקנו לו חכמים משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח ומשנתן את הדמים נקנה המקח ואין א' מהן יכול לחזור בהן. ע"כ. וכתב ע"ז ה"ה ודברי רבינו צ"ע דמשמע שהוא סובר דטעמא משום דחצירו של לוקח קונה לו אע"פ שהוא מושכרת ע"כ. והכ"מ חלק עליו בפירוש דברי הרמב"ם וז"ל ואני אומר שאין נראה כן מדברי רבינו כי באור דבריו כך הוא לפיכך אם היה ביתו של לוקח וכו' לא תקנו לו משיכה שהרי המקח ברשות הלוקח כלומר ועל כרחין טרח ומציל כדי להציל ביתו הלכך משנתן הדמים נקנה המקח דין תורה ע"כ:

ובלחם משנה הקשה על פי' ה"ה דא"כ למה כתב רבינו ומשנתן הדמים נמי חצרו קונה לו וע"ק מאי לפיכך מה נפשך אי שייך הגזרה שנשרפו א"כ הוא היפך הקודם ולא נמשך ממנו ואי לא שייך למ"ל טעמא דקניית חצר בלא"ה כיון דלא שייך הגזרה אוקמוה איין תורה, ע"כ. ועפ"י הדברים האלה האמורים כאן יתבארו דברי הרמב"ם לפי הבנת ה"ה, שכיון שקנין המעות לא נתבטל לגמרי, וכשנותן מעות, הוו המעות חלק מן הקנין,

והילכך, אף כשתקנו שצריך גם למשיכה מצורף אל המעות, לא תקנו שתהא המשיכה בכל דיני המשיכה כמו המשיכה לבדה בדליכא מעות, שהמשיכה כשהיא מצורפת אל המעות, אינה צריכה אלא שתהא משיכה כזו, שלא יוכלו לומר נשרפו חטיך בעליה, ואם הרשות שנמשך המקח לשם, הי' לו גדר זה דלא שייך גבי' נשרפו חטיך בעליה, די במשיכה זו להשלים קנין המעות שכבר התחילו בקנין. ואינו רוצה לפרש הא דמהני כשעליתו של לוקח מושכרת ביד מוכר, משום דלא שייכת שם הגזירה דנשרפו חטיך בעליה. משום דקשה לומר כן, דהא בעלמא בכל הגזירות אמרינן בכ"מ דלא פלוג רבנן בתקנתא, ואף דגבי חליפין מהני וכן יש דמים שהם כחליפין דמהני, משום דלא שייכת שם הגזירה, ולא אמרינן דלא פלוג רבנן, היינו משום דשם מעשה קנין זה הוא באופן אחר מכל מעשה דמים, אבל כאן כיון שמעשה קנין הדמים הוא שוה לכל מעשה קנין דמים, לא נאמר דישתנה כאן מעל מעשה דלא פלוג רבנן בתקנתא. ועיין תוס' ריש המפקיד ד"ה כגון וכו' והלא מעות אינן קונות ע"כ. ותי' הפ"י דבמקום דלא שייך לומר דנשרף החפץ בעליה מעות קונות ע"כ. ועפ"ד יסולק תירוץ הפ"י דהקנין הוא ככל קנין מעות ולא פלוג רבנן בתקנתא. ולזאת פירש הרמב"ם דמאי דמהני כשעליתו של לוקח מושכרת ביד מוכר, היינו משום דהמשיכה שתקנו חכמים מצורפת לדמים, דזה בגדר זה, דלא שייך שם לומר שנשרפו חטיך בעליה, משיכה כזו כבר מהניא לקנות מצורף לדמים, ואינו דומה לכל קנין משיכה דעלמא, דבעינן משיכה בתנאים אחרים. וזאת היא כוונת הרמב"ם שכתב שכיון שהמקח ברשותו נקנה לו, ועכשיו ודאי הדבר נמשך למעלה, ודוקא כשנתן הדמים הוא דמהני, אבל בלא"ה לא מהניא משיכה כזו, שרשות מוכר הוא ולא קניא ללוקח, ומסולקת תמיהת הלחם משנה, ונראה לבאר עוד דברי הרמב"ם פ"ז מה' מכירה הלכה ג' שכתב וז"ל הנותן דמי מטלטלין או מקצת הדמים וחזר בו הלוקח ואמר לו המוכר בא וטול מעותיך הרי המעות אצלו כמו פקדון ואם נגנבו או נאבדו אינו חייב באחריותן אבל אם חזר בו המוכר הרי המעות ברשותו וחייב באחריותו ואע"פ שחזר בו ואמר ללוקח בא וטול את שלך עד שיקבל עליו מי שפרע ויאמר לו אח"כ בא וטול את שלך ע"כ. וכתב הראב"ד א"א אני לא ידעתי מנין לו זה ההפרש בין שחזר בו הלוקח שהוא ש"ח לחזר בו המוכר שהוא חייב בגניבה ואבידה והגאון לא הפריש בזה ומשמע בשניהם חייב באחריותה עד שיקבל עליו מי שפרע, וחיי ראשי יותר נ"ל כשהלוקח חוזר בו דהמוכר רצה המכר שיהא חייב באחריות שהרי המעות בעל כרחו יוצאות מידו וכל זמן שהלוקח קיבל מי שפרע המעות עומדות באחריותו ע"כ. ומה הוא החיוב אחריות הביא ה"ה מחלוקת בזה דלדעת ההלכות הוא אפילו מאונסין ולפי

דעת התוס' והראב"ד כאן אין זה אלא כשומר שכר דחייב בגניבה ואבידה. ונראית דעת הרמב"ם לפי מה שכתבו התוס' ב"ב (פ"ז ע"ב) ד"ה הלוקח כלי מבית האומן ע"מ לבקרו דחייב באונסים, והביאו שם דעת רש"י דחייב משום לוקח. ואם נוכל לסבור דגם דעת הרמב"ם דלוקח חייב באונסים גם בשנתן מעות כיון דמעות אף אחר התקנה קונות והוי חלק ממעשה הקנין, ונמצא שלקיחת המעות שנטל, הויא לקיחה גמורה, והוי לוקח על המעות, כמו שכל לוקח הוי לוקח על החפץ שנוטל, וחייב באונסים על המעות, כמו שלוקח חייב באונסים על החפץ, והילכך גם לאחר שחזר בו המוכר מנטילת המעות, הוי לכה"פ ככל לוקח ע"מ לבקרו שגם בחזירתו חייב בגניבה ואבידה משום שהואיל ונהנה מהנה, ולהסוברים דחייב באונסים אולי נוכל לומר משום דהוי כספסירא כיון ששוב יכול לחזור ולומר שרוצה בקנין, והילכך חייב באונסים, אבל כשחזר בו הלוקח, לא נוכל לחייבו משום דהואיל ונהנה מהנה, דחזרת הלוקח משויא לי' למעשה אחריתי, והוי כאילו כבר נגמר מעשה הלקיחה הראשונה, ואף לשעת חזרתו לא תדמה, ועכשיו הוה לי' משום כך כשומר חנם בלבד:

ודברי הרמב"ם דפ"ו דמעילה יובן באופן זה, דס"ל דאף דלר"י מעות קונות מדאורייתא, ואף לאחר שתקנו חכמים דבעינן נמי משיכה, מ"מ נתינת המעות נמי הוי מעשה הקנין, ונמצא כשנתן את המעות נתן נתינה גמורה, והי' לו למעול מיד כשנתן את הפרוטה, שהרי הוציא מיד מרשות הקדש, בזה שנתן את הפרוטה נתינה חלוטה וגמורה, ואף דבעי עוד משיכה, היינו לחלות הקנין, אבל גם נתינת המעות נתינה חלוטה היא, וכשנתן הפרוטה לעכו"ם, נהי דכסף אינו קונה בעכו"ם, משום דדרשינן לעמיתך בכסף ולעכו"ם במשיכה, מ"מ אינו דומה דין עכו"ם לר"י לדין ישראל אע"פ שלשניהם הקנין במשיכה, דלר"י בעכו"ם אע"פ שאין הקנין נעשה בכסף מ"מ כיון שנתן לעכו"ם את הפרוטה של הקדש, והעכו"ם לא יחזירה עוד, מפני שיחזיר אחרת, ובזו ודאי לנו שישתמש בה ויוציאה, מפני שלא ישגיח על הדין של שואל שלא מדעת, או מפני שאפשר שבדין של עכו"ם מותר לו להשתמש במעות כאלו, ואין זה אסור אלא לגבי ישראל, אבל לגבי עכו"ם שאסור רק בגזל, או נצטוה על הדינין, ומה הם דיניו, כבר כתבו האחרונים, ועיין באור שמח ה' מלכים, שאלו הם דינים שכליים, כנמוסי השכל, שדיני התורה לא נצטוו רק לגבי ישראל, וא"כ לפ"ז בן נח מותר לו להשתמש במעות כאלו, ועל כל פנים אם שזה אסור גם לגבי בן נח, מ"מ הוא ודאי ישתמש בהם, שלא ישגיח על זה, וכיון שכן, ה"ל כמי שהוציאה, ויסבור דלהתחייב מעילה לא בעינן שתהיה ההוצאה בדיני קנין, שתהיה הפרוטה של הקדש נקנית למי שבאה לרשותו להעשות שלו לגמרי, אלא אף שלא נקנית

בדיני קנין, כיון שבא ליד אחר, באופן שמתעכבת אצלו, והוא מחזיק בה כשלו, ולא תשוב עוד להקדש, הרי זו הוצאה לחולין. והלא גם כשמקנה את הפרוטה של הקדש באופני הקנין, ודאי שאין הקנין כלום, כי אין בכחו ויכולתו להקנות דבר שאינו שלו. אבל לר"ל בנותן הפרוטה לישראל, כל זמן שלא הקנה לו בדרכי הקנין, הוי כלא הוציא, שהישראל הלא לא יוציא את הפרוטה שלא הוקנתה לו בדרכי הקנין, והילכך לא מעל, ובעכו"ם שמעל לר"ל, לא בעינן לומר הטעם, משום דסובר דבעכו"ם כסף קונה, אלא משום דבעכו"ם אף אם היתה משיכה קונה, היה מועל, מטעם דעכו"ם יחזיק בכסף, והילכך הויא הוצאה אף בלא קנין. אבל מה נעשה בסוגיית הגמ' בב"מ שאמרו דוקא בישראל מעל לר"י, אבל בנותן פרוטה לספר עכו"ם או לבלן עכו"ם לא מעל, והי' נראה שהגמ' סוברת דדין מעילה תלוי בדין קנין, שאם היתה ההוצאה של פרוטת הקדם, שלא באופן של קנין, כ"א באופן שהוצאה באה רק במציאותן של דברים, ולא ע"י מעשה ההקנאה, אין זאת הוצאה לחולין, ומשום כך מחלק בגמ' לר' יוחנן בין נתן לישראל ובין נתן לעכו"ם, דכשנתן לישראל, שאצלו הוי נתינת המעות נתינה של קנין, ובדין הוי נתינה חלוטה, הילכך הויא הוצאה לחולין, אבל בשנתן לעכו"ם, דאינו קונה בכסף, וכשנותן הכסף אינו נותן רק על דעת משיכת הפירות, וטרם שמשך אין הנתינה עדיין חלוטה וגמורה, אף שבמציאותן של דברים כבר הויא כאן הוצאה לחולין, שהלה לא יחזיר עוד את המעות, מ"מ כיון שלא היה הדבר בדרכי הקנין אין זאת הוצאה לחולין. ונראה דחזינן שיש סוגיות חלוקות הסותרות זו את זו בדין מעילה, דסוגיא דקדושין סברה דמה דמהני שליחות במעילה הוא מטעם דמהני שליחות לדבר עבירה בדין זה, ומזה ילפינן בכל דוכתי דאין שליחות לדבר עבירה, ומשמע מזה דאי לאו דין שליחות לא היה מועל, אף שבמציאות הדברים הלא הוציא את הדבר לחולין, מ"מ כיון שאין הוצאה זו בגדרי הקנין לא היה מתחייב. ובמסכת מעילה (כ"א) תנן שלח ביד חרש שוטה וקטן אם עשו שליחותו בעה"ב מעל ופריך בגמ' והא לאו בני שליחותא נינהו אר"א עשאום כמעטן של זיתים וכו' ור' יוחנן אמר כאותה ששלינו נתנו ע"ג הקוף והוליכו או על גבי הפיל והוליכו וכו' איתעביד שליחותיה. ע"כ. לפי זה חזינן דלא בעינן גדרי הקנין, כ"א שיהא במציאות נתינה לאחר הויא הוצאה, אף שלא הקנה לו בדרכי הקנין, ולפי זה תהיה דעת הרמב"ם כסוגיא דמעילה, שהדבר תלוי במציאות ההוצאה, והילכך בישראל לא מעל ובעכו"ם מעל. אבל סוגיא דגמ' ב"מ יסבור כסוגיא דקדושין דמאי דמהני שליחות במעילה לחייב המשלח הוא מטעם דיש שליחות לדבר עבירה, ולא מטעם דאיתעביד שליחותי' ורצונו, וסובר שם בגמ' דהעיקר תלוי בהוצאה לחולין בגדרי הקנין, והילכך

אי לאו משום דין שליחות לא הי' כאן דין הקנאה, ואין כאן משום הוצאה לחולין, ומשום הכי אמרינן בגמ' בסוגיא דידן בב"מ דלר"י בישראל כיון שנתן הפרוטה מעל, ובעכו"ם לא מעל עד שימשוך, דבתר דיני הקנאה אזלינן, ולא בתר מציאות ההוצאה לחולין:

ב

ובבעה"מ הרבה לבאר דלר"י דד"ת מעות קונות, אינו יכול לחזור מן המקח כ"א קודם שנשרף, אבל לאחר שנשרף שוב אינו יכול לחזור בו, וטרח ליישב מה שקשה ע"ז מהא דאמרינן בחולין פ' אותו ואת בנו (פ"ג א') בארבעה פרקים משחיטין את הטבח וכו' לפיכך אם מת מת ללוקח אבל בשאר ימות השנה אינו כן לפיכך אם מת מת למוכר ואמר בגמ' ר"א אומר אמר ר' יוחנן בארבעה פרקים אלו העמידו חכמים דבריהם על דין תורה דאמר ר' יוחנן דבר תורה מעות קונות ומה טעם אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעליה ע"כ. אלמא דבשאר ימות השנה כיון דלאחר התקנה משיכה קונה, שוב אם מת קודם שמשך לאחר נתינת המעות, מת למוכר, והלוקח חוזר בו אף לאחר מיתה, או שאין צריך גם לחזור, דממילא בטל הקנין עיי"ש, ואקושיא זו סמכו כל החולקים עליו והקודמים לו, לומר שאף אחר שמת חוזר. והנה בשורש ומקור קנין מעות במטלטלין לר"י מהיכן הוא נלמד, איפליגו בזה הראשונים, יש שכתבו דילפינן מהקדש דכתיב ונתן הכסף וקם לו, ודנים מזה גם להדיוט, ויש שכתבו דילפינן מכסף מקנתו דע"ע, ק"ו אם גופו קונה ממונו לא כל שכן, ויש שכתבו דסברא הוא לפי שרוב הקנינים נעשים בכסף. ע"כ. וכי דייקת בכל השלש שיטות אלו יתבאר מזה, דאין כסף שקונים בו מטלטלין מדאורייתא, דין מעשה קנין בעלמא ככל מעשה הקנינים, אלא הוא ענין של תשלומי החפץ ופרעונו. ובסברא השלישית שכל עיקר הקנין הוא מטעם לפי שרוב הקנינים נעשים בכסף, הי' אפשר לפרש שהכונה היא, משום שבקרקע מהני כסף וכן בקדושי אשה וכיוצא בזה, משום כך צריכים לומר, שגם במטלטלין יועיל קנין כסף, אבל בהתבונן בדברי הרמב"ן עצמו נראה שכונתו, שלכך מועיל כסף לקנין מפני שדרך הקניי' בכך, וכיון שבמציאות דרך המסחר ומקח וממכר עיקר הקנין הוא כסף, הילכך ודאי גם חלות הדברים נעשה בכך, דז"ל אלא עיקר משמעותא דקרא בכסף הוא דכתיב או קנה ודרך קניי' בכסף. ע"כ. וכיון שקנין כסף הוא מטעם שכך קונין בדרך משא ומתן, נראה בעליל שהקנין הוא מטעם תשלומין, שמשלם בעד החפץ ובזה הוא קונה, וכן לפי הטעם דילפינן מהקדש דכתיב ונתן הכסף וקם לו, הלא זה ודאי דהקדש אינו ענין של קנין, אלא ענין של חלול, ובחלול הלא זה ענין של מחליף ומשלם זה בעד זה, ואף דקיי"ל דהקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל, היינו משום דאין אונאה להקדש,

והוי זה כמשלם כל מחירו, אבל מ"מ הוי זה גדר של תשלומין וחילוף, וכמו כן בהדיוט דגמרינן מיני', בכי האי גוונא הוא דילפינן, דנותן דמים בגדר תשלומין ומחיר וחילוף. וכן לפי הטעם האחר דילפינן מכסף מקנתו, נראה ג"כ דאין זה גדר של מעשה קנין בעלמא, כ"א גדר של דרך קניי' ומשא ומתן כדרך המוכרים לקונים, וראי' לזה מסוגיא דקדושין (י"א י"ב) ר' שמעון בן לקיש אומר טעמייהו דב"ש כדחזקיה דאמר חזקי' אמר קרא והפדה מלמד שמגרעת מפדיונה ויוצאה אי אמרת בשלמא דיהב לה דינר היינו דמגרעה ואזלה עד פרוטה, אלא אי אמרת דיהיב לה פרוטה מפרוטה מי מגרעה וכו' כל היכא דלא מצי מגרעא לא הוי זביני' זביני וקדושי אשה לב"ש נפקא להו מאמה העבריה מה אמה העבריה בפרוטה לא מיקניא אף אשה בפרוטה לא מיקדשא ע"כ. והדברים צריכים באור דהא אפשר שפיר דאמה העבריה מיקניא בפרוטה, ומה דצריכה שיוכלו לגרוע, הלא הגרעון יוכל להיות מכסף התשלומין, ולא מכסף הקנין, וכי היכן כתוב שיהא הגרעון מכסף הקנין, וע"כ נראה מזה שכסף הקנין הוא כסף התשלומין, והילכך צריך שיהא כסף הקנין יותר מפרוטה, כדי שיוכל להיות גרעון, מפני שכסף הקנין צריך שיהיה בגדר של תשלומין, מפני שמה שכסף מועיל לקנין, הוא מכח התשלומין אשר בו, זה הוא גדר הקנין באמה העבריה. וכמו כן יהיה בעבד עברי, וכיון שכן הוא בע"ע, א"כ אי ילפינן מטלטלין מכסף מקנתו, הכי נמי הוא שהקנין הוא בגדר תשלומין, בקנין מעות של מטלטלין, כמו בקנין מעות דעבד עברי ודאמה העבריה:

והראשונים הקשו על הך סברא דילפינן מעבד עברי מקל וחומר דגופיה קני ממונו לא כל שכן, דאם כן בשטר נמי יקנו מטלטלין בהאי ק"ו, ועוד הקשו ע"ז דע"ע הנמכר לעכו"ם יוכיח דמיקני בכסף, ומ"מ ממונו לא נקנה אלא במשיכה לר' יוחנן דדרשינן לעמיתך בכסף ולעכו"ם במשיכה. וכהאי גוונא פריך בגמ' בכורות אהך ק"ו גופיה דגופיה קני ממונו לא כל שכן. ויש לומר, שאין הכרח בדבר לומר שכיון שזה הקנין מהני בגופו, מוכרח הוא להועיל גם בממונו, שאין הדברים דומים כלל, ומה שמועיל כאן ואין מועיל כאן, אין זה מפני גריעותא שבקנין. אלא מפני שאין הגדרים דומים, וכל קנין יש לו גדר בפני עצמו, וכן כל דבר יש לו גדר בפני עצמו, ואפשר שפיר שיועיל קנין בגופו ולא יועיל בממונו, וכן להיפך, אפשר שיועיל קנין בממונו ולא יועיל בגופו, ואין לנו כל קושיא משטר דמועיל לגבי גופיה ואינו מועיל גבי ממונו, דלא שייך בזה קל וחומר, וכל עיקרו של הק"ו לומר דכסף קונה גבי מטלטלין מק"ו דגופו קונה ממונו לא כל שכן, הוא דוקא בכסף שקנינו הוא ענין סבריי, משום שדרך הקניי' בכך, וכך הוא דרך המשא ומתן, וענין המסחר, בענין כזה אמרינן שפיר ק"ו, שכיון שמצד דרך הקניי' נקנה גופו

בכך, כ"ש ממונו, אבל בשאר קנינים שענינם ענין דיני, הגדרים משתנים בכל דבר, ואין לומר ק"ו. ומה שהקשו דנמכר לעכו"ם יוכיח דגופו בכסף וממונו במשיכה, מתיישב ג"כ בפשיטות, דלא שייך לעשות ק"ו, אלא במקום דמספקינן על עצם הקנין, אי הוי מעשה קנין לגבי האי, אם לא הוי מעשה קנין, והילכך לגבי ישראל דמספקינן אי מהני כסף לקנות מטלטלין, הספק הוא אי הוי מעשה קנין כל עיקר ועבדינן שפיר קל וחומר, אבל בישראל מעכו"ם ואיפכא הא דלא מהני האי קנין, הוא לאו משום דלא הוי מעשה קנין, אלא משום דדין הוא ביחס דישראל לעכו"ם, דלא מהני כי האי קנין, וא"כ לא שייך לעשות ק"ו, דבדיני ישראל ועכו"ם אינו מוכרח כלל, שאפשר שבדיני הגוף הוי הדין כך ובדיני ממון הוי הדין באופן אחר, ומפני זה אין לעשות יוכיח מנמכר לעכו"ם, ובבכורות דפריך הגמ' הכי הוי פירכא הפוכה, דבעי למילף דכסף מהני בישראל מעכו"ם ואליבא דר"ל שפיר פריך דישראל מישראל יוכיח, דשם הוי הק"ו דהוי מעשה קנין לגבי דבר זה, ומוכיח דישראל מישראל מהני כסף לגבי גוף, ולא מיקרי מעשה קנין גבי מטלטלין, וא"כ אפשר דלגבי עכו"ם נמי הכי הוא:

והרמב"ן תירץ על מה שהקשה דאי יליף מקל וחומר דאי גופיה קני ממונו לא כ"ש, דאם כן שטר נמי יועיל במטלטלין ויש לומר מטלטלי כיון דלאו בני שטרא נינהו שאין אדם יכול לסיימן ואין דרך קנייתם בשטר אע"פ שסיים לא קנה עכ"ד. ונראה לומר שהסבר דברי הרמב"ן הוא, מפני שעיקר דין שטר הוא, פרטי השטר ונוסחו, ושטר מטלטלין אין לו דין שטר, שלא שייך בזה נוסח השטר, ונמצא הא דלא מהני שטר במטלטלין, אין זה חסרון וגריעותא בהק"ו, אלא מפני שאין לק"ו על מה לחול, שאין מציאות שטר במטלטלין, ששטר הנעשה במטלטלין אין לו דין שטר:

מיהו אתירוצא דהרמב"ן יקשה דאם כן מאי מקשה בגמ' ריש פ"ב דבכורות דבעי למילף לר"ל מק"ו דעבד כנעני הנמכר לישראל דמטלטלין נקנין מן העכו"ם בכסף ופריך, א"ה בשטר וחזקה נמי, ומאי קושיא משטר הא לא שייך שטר במטלטלין, שאין לסיימן, ולא מיקרי שטר כלל, ולתירוצא דידן אתי שפיר, דלפי ההוה אמינא דגמרא דיליף מעבד כנעני הנמכר לישראל, שם ודאי נקנה בפרוטה בלבד, ואין זה נקנה משום תשלומי החפץ, אלא הוי קנין ככל מעשי הקנינים, ואין לזה שייכות עם מחלוקת הט"ז והסמ"ע אם כסף הוי כסף קנין או התחלת פרעון, דאף התחלת פרעון אין זה אלא מעשה קנין, שהרי אינו משלם עוד בעד החפץ, ונמצא שבעבד כנעני אין הכסף של קנין תשלומי החפץ, ואי נעביד הק"ו שפיר אית לן למילף גם שטר וחזקה, כיון שגם בקנין עבדינן ק"ו, אבל לפי המסקנא דגמ' דילפינן מעבד עברי הנמכר לעכו"ם, ושם הכסף הוא

כסף תשלומין, הדרינן מדעתין ואית לן דדוקא בכסף תשלומין אפשר לעשות ק"ו, אבל בקנינים אין לעשות ק"ו, שאפשר שמה שמהני בגופו לא יועיל בממונו, ומה שמועיל בממונו לא יועיל בגופו, והשתא לק"מ משטר וחזקה, שהם אינם אלא קנינים בלבד. ובזה יתיישב מה שהקשו התוס' שם בבכורות דמ"ש דבד' ס"ד מקשה משטר וחזקה, ובמסקנא לא מקשה משטר וחזקה, ולפי האמור אתי שפיר, דבמסקנא ס"ל דלא שייך לעשות ק"ו אלא בכסף שהן תשלומין, אבל לא בענינים קנינים כשטר וחזקה. אבל תירוצו של הרמב"ן תמוה, דאם כן מאי מקשה בגמ' דבכורות שם אהאי ק"ו, א"כ שטר וחזקה נמי, הא לא שייך שטר במטלטלין:

וע"פ כלל זה שדין אחר לכסף הבא לתשלומין, ויתרון כח לכסף זה לקנות יותר מלסתם כסף קנין, הי' אפשר לומר בישוב דברי הרמב"ם פ"ו מה' מכירה הלכה ד' וז"ל מי שהיה לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר ה"ז כמי שנתן הדמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו ואע"פ שאין מעות המלוה מצויות בעת המכר. וכתב ע"ז הראב"ד א"א לא ידעתי זה למה שהרי הושוו הגאונים כולם מלוה להוצאה ניתנה ואינה כנתינת מעות כלל והכי אמרינן בקדושין ושוין במכר שזה קנה מלוה להוצאה ניתנה במאי קנה ואולי הטעהו הא דאמרינן מעמידין מלוה על הפירות והוא שיש לו וההיא לאו לענין קנייה מיירי אלא לאסור רבית ע"כ, וגם במגיד משנה כתב שהנכון כדברי הראב"ד והביא כן גם משם הרמב"ן ורשב"א:

והנה אם נאמר שהרמב"ם יסבור שבשני האופנים קונים בכסף, או ככל קנין דעלמא בפרוטה שהוא נותן, או בכסף שהוא לתשלומין גמורים בשביל החפץ, שבזה האופן כשהוא לתשלומין קונה מצד דין זה, שכיון שמשלם שויו של חפץ ומחירו קונה הוא בשביל כך, ואין זה מצד כסף קנין של פרוטה, ויסבור הרמב"ם, שמה שאמרינן בקדושין שמלוה אינה קונה, היינו בדין כסף דעלמא. אבל בדין כסף תשלומי מחירו ושוויו של חפץ, שהוא קנין סבריי, שתשלומי חפץ מקנים לו, דין זה מהני אף במלוה, שכיון שסוף כל סוף שילם לו בעד החפץ מקנה לו את החפץ, ובאמת שהדברים יש להם חיזוק מהא דאמרינן בכל מקום דבההיא הנאה קא מקני ליה, כגון בההיא הנאה דקא סמיך עליה ומהימן ליה, ובההיא הנאה דקא מפיק ממונא אפומיה, ובההיא הנאה דקא מיחתני אהדדי, ועוד הרבה כאלה, דאמרינן בכל דוכתי דמהני לקנות, וא"כ הכא נמי כשכבר קבל כל מחיר החפץ, אין לך כח לקנות גדול מזה, אף כשקבל המעות על ידי מלוה, וכמו כן יהא הך טעמא בסוגיא דהזהב דהחליף דמי שור בפרה, שכיון שקבל כל מחירו

של חפץ אף על ידי מלוה, קונה שפיר, ואין צריך לאוקמי שהקנה לו בהנאת מחילת מלוה, כמו שפירשו התוס' שם:

ועכשיו נבאר שיטת רש"י ובעה"מ להצילם מן הקושיא דגמ' חולין מהא דאמרינן דאם מת מת למוכר אלמא דאף אם לא חזר בו הלוקח קודם שנאנסו מ"מ ההפסד של המוכר הוא, ויש לעיין בכל קנין מעות כשמשלם הלוקח למוכר בעד החפץ, אם צריך הוא לכוין לקנות את החפץ, או שקונה הוא את החפץ בנתינת המחיר בלבד אף בלא כונת מעשה קנין. והיה נראה מן הסברא לחלק, שבקנין שאינו אלא דין קנין, כחזקה וכדומה, צריך ודאי לכוין בפעולת הקנין לשם מעשה קנין, אבל בתשלומי מחיר החפץ, כיון שהוא דרך משא ומתן, שעל ידי תשלומי מחיר החפץ משתנה החפץ מרשות לרשות, משום כך אין צריך לכוין לכונת מעשה קנין אלא ממילא הוא נקנה ללוקח בעד תשלומיו. ואולי יש להסביר בזה מה שאמרו בקדושין (כ"ג ע"א) אמר אביי לעולם שלא מדעתו וכו' רבא אמר כסף קבלת רבו גרמה לו ופי' רש"י קבלת רבו שמקבל הכסף גרמה לו להשתחרר מאליו ואין אחרים הללו חבין אלא קבלת הרב וכו' ע"כ. ויהא הסבר הדברים לפ"ד דבכסף אין נותן הכסף פועל כלום במעשה הקנין, אלא כיון שהרב מקבל מחיר החפץ ותשלומיו, ממילא נפעל הקנין, שמשא ומתן הדברים מחייב כך, שבקבל בעל החפץ את מחיר החפץ ותשלומיו משתנה המקח מרשות לרשות מאליו, ואפשר שגם בעל המקח אין לו לכוין למעשה קנין, אלא מעשה המשא ומתן ממילא הוא מקנה וקונה. ומסתברים הדברים, שעכשיו לאחר שתקנו חכמים שקנין כסף לא יהא קנין גמור, שיש האפשריות ביד המוכר והלוקח לחזור בהם ולהפקיע הקנין בכל זמן שיוכלו, ואם ירצו הקונה והמקנה לעשות גמר קנין, שלא יהא באפשריות לבטלו, צריך לעשות קנין משיכה, ואין סומכים על קנין כסף בלבד, שהרי כל עושה קנין רוצה הוא להיות סמוך ובטוח על מעשה הקנין, שלא יוכלו לחזור עוד, וקנין שאפשר לחזור עוד אחריו, אינו נחשב לסמוך עליו, הילכך אין נתינת כסף סתמא עומדת להחשב לקנין, ולהעשות בשביל קנין, ומפני זה אחר תקנת החכמים, אין די כח בנתינת הכסף בלבד, שתחשב מעשה קנין, אף בלי כונת הקונה והמקנה, שהרי דעת האדם סתמא שלא להחשיב נתינת הכסף למעשה קנין מפני הגריעותא שבו שאינו גמר קנין, ויוצא הדין שאם נתנו כסף סתמא בלי כונה לקנין, אין צריך אף לחזור, ודוקא כשחשבו שנתינת הכסף תשמש בתור קנין, אז תל הקנין, ומ"מ אפשר הוא לחזור כמו שתקנו רבנן, נמצא ששני דינים מחולקים הם, כסף לפני התקנה, ודין כסף לאחר התקנה, שלפני התקנה לא הי' צריך לחשוב לשם קנין ומעצמו הי' פועל לקנות, ואחר התקנה אינו קונה כי אם בחשוב לשם קנין כמו בכל מעשי הקנין.

ותהיה זאת כונת דברי הגמ' חולין, שבד' פרקים בשנה שהעמידו חכמים דבריהם על דין תורה, כסף קונה קנין גמור כמו קודם התקנה, והילכך אין צריך לחשוב לשם קנין, שמעצמו הוא פועל לקנות, כיון שהכסף הוי ענין של תשלומין, והילכך אם מת מת ללוקח, אבל אחר התקנה כיון שאין הקנין קנין גמור, וסתמא דמילתא אינו עומד לשם קנין, שהרי אינו גומר את הקנין שגם אחריו יכולים לחזור, אינו קונה בנתינת הכסף כ"א בחשוב לשם קנין, והילכך אם נתן סתמא את הכסף, כדרך המשלמים, אינו קונה כלל, ואם מת מת למוכר, ודין דגמ' שהכסף קונה במקצת, אלא שיכולים לחזור, כדעת רש"י ובעה"מ, היינו כשנתן לשם קנין, כדרך שאר הקנינים, ומשום כך הוא דקונה:

ג

ובדברי הרמב"ם שפסק דמלוה קונה, היפך דברי הגמ' דקדושין, יש ליישב באופן אחר, דהלא הסוגיא דקדושין איירי כשמעות המלוה הם עדיין בעין, שלא הוציאם עדיין, וע"ז הוא דקאמר דמקדש במלוה אינה מקודשת, שאף שהמעות בעין, מ"מ כיון שמלוה להוצאה ניתנה, כבר קנה הלוה את המעות ואין המלוה יכול לקדש בהם את האשה, ואמר בגמ' דגם במכר בכי האי גוונא לא קנה ומזה למדים הכל, דכשאין המעות כבר בעין, שכבר הוציאום, שכל שכן וכל שכן, שאין המכר נקנה במלוה כזו. אבל אפשר לנו לומר בהיפך זה שהעושה קנין במלוה שכבר אין המעות בעולם, ועושה הקנין בשעבוד הגוף של הלוה, ומכ"ש כשעושה הקנין בשעבוד הנכסים שהקנין חל שפיר, כמו שהיה מהני במעות עצמם, דחוב נחשב שפיר לכסף או לכה"פ לשוה כסף, וכמו באנו מוצאים שנחלקו רש"י ורשב"א, בעושה קנין בהתחייבות שמחייב עצמו הקונה, ורוצה שתשמש התחייבות זו בתור כסף, שכתב רש"י בקדושין (ה' ע"א) מה לשטר שאין פודין בו הקדשות ומע"ש אם כתב לגזבר שטר על מעות פדיון הקדש אין הקדשו פדוי דבעינן ונתן הכסף וקם לו עכ"ד וכתב ע"ז הרשב"א ואינו מחוור דבכי האי גוונא אפילו באשה אינה מקודשת דאלו האומר לאשה הרי את מקודשת לי במנה ומחייב אני עצמי לך בשטר באותה מנה אינה מקודשת דמנה אין כאן ושטר אין כאן שהרי אינו מקדשה בשטר אלא במנה ומנה אין כאן וצ"ע מההיא דכתב לכהן וכו' אלמא אפילו דבר תורה אינו פדוי עכשיו אלא לכשיתן ע"כ. והוציא מזה בבית הלוי, שחולקים רש"י ורשב"א בכל קנינים אם יכולים לקנות בהתחייבות כבכסף, שרש"י סובר שהתחייבות הוי ככסף, ורשב"א סובר שהתחייבות לא הוי ככסף לקנות בה. אבל חזינן לדעת רש"י שהתחייבות הוי ככסף שאין לנו נפ"מ בין מעות לחפץ של חיוב, ואם כן אפשר לנו לומר ג"כ שמלוה הויא כמעות, דמה לנו בין התחייבות חדשה, ובין חוב דמעיקרא, וזו היא דעת הרמב"ם אליבא

דפסק הלכה שמלוה קונה דהויא כמעות, ומאי דקאמר בגמ' שכיון שמלוה להוצאה ניתנה אין קונים בה, היינו דוקא כשהמעות בעין, שאז עוד מיגרע גרע, שאז אין לו במה לקנות, שאם בא לקנות בשעבוד הגוף שמשועבד להמלוה, זה אי אפשר, שכיון שהמעות הם עדיין בעין, אין כאן על הלוה עוד שום שעבוד לשלם את החוב שהרי יכול עוד לשלם אותן המעות עצמן, ולבטל ההלואה ולא יחשבו אז לתשלומין חדשים, וסמך וזכר לדבר, מהא שכתבו התוס' ב"מ (ל"ה ע"ב) ד"ה אגרה פ' יום בתירוץ השני ועוי"ל דאי אגרה צ' יום דהיינו כל ימי השאלה הוי כאילו נתן לו מעות לבטל השאלה וכו' וכן י"ל ברישא דאי שייליה ק' יום כימי השכירות כאלו בקש שיתבטל השכירות וכו' ע"כ, חזינן מזה דבחזרת חפצי עצמו, אין זה קנין חדש אלא התבטלות מעשה הקודם, והכי נמי בחזרת אותן המעות עצמן שלוה, אין זה קנין חדש, אלא התבטלות הלואה. ומטעם זה ס"ל לגמרא, שכל זמן שהמעות בעין אין כאן שעבוד וחוב עדיין, ועכשיו נשארת לנו רק השאלה, דמ"מ יקנה בכסף עצמו המונח עדיין בעין, וע"ז היתה התשובה דכיון דמלוה להוצאה ניתנה, כבר יצא הכסף מרשותו דמלוה, וכיון שאין הדבר ברשותו אין קונים בו, וע"ז הוא דקשקיל וטרי בגמ', אבל במקום שאין המעות בעין, ודאי כבר חל על הלוה דין שעבוד וחוב, שהרי כבר הוציא הכסף ואין לו ואינו יכול לשלם אותן המעות עצמן, בזה ודאי דאדרבה דשפיר קונה, דשעבוד וחוב נחשבים שפיר לכסף או לשוה כסף, וע"ז לא קא שו"ט בגמ' כלל והילכך כתב הרמב"ם דמלוה קונה, דהוי ככסף, דלא אשכחן סתירה לזה בגמ' כלל בכי האי גוונא. ומה שכתב הרמב"ם בלשונו בסוף דבריו דמלוה קונה ואף ע"פ שאין מעות המלוה מצויות בשעת המכר ע"כ, אפשר לומר דאין כונתו דאלו היו המעות של המלוה מצויות, היה יותר טוב לקנות בהחוב, ולפ"ד אדרבה עוד מיגרע גרע, דיש לומר בכונת הר"ם, שאלו היו המעות מצויות בשעת המכר, היה לוקח המעות ומקנה בהם ברשות הלוה, ואז נחשבים המעות כברשותו, ואפשר לקדש בהמעות דנחשבים למעות בעין:

וגם מה שהביא המ"מ ראיה לשיטת הרמב"ם דמלוה קונה במכר דמטלטלים מסוגיא דכל הנשום דמים באחר, יש לדחות דדוקא כשכבר נזקפו המעות על הלוה במלוה, שפיר אמרינן דמלוה אינו קונה, דאמרינן שכיון שאין זה אלא מלוה, וכבר כתב רש"י בכתובות גבי הא דאמר בגמ' שם דפריעת חוב מצוה מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו דכתיב הין צדק שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק ע"כ, הילכך חוב כזה שאינו אלא דין של הן צדק, אין לחוב כזה שם כסף ולאו שם שוה כסף, אבל כשהחוב בא מחמת מכר, ובשעת המכר טרם עוד נזקפו המעות במלוה, והחוב לשלם הוא בא מחמת שהוא

נוטל את חפציו ממנו, ואז הוי החוב כהחפץ שהוא קונה, ובשבילו הוא מתחייב במעות, ואם נאמר שהרמב"ם סובר דמלוה קונה בכל האופנים, לא תהא לנו ראיה מסוגיא דכל הנשום, דשם איירי בחוב שבא בשעת המכר, ובשביל המכר, וחוב מחמת מכר נחשב כמעות, אבל לא בשאר מלוה:

ובתוס' ר"י הזקן בקדושין (כ"ח ע"ב) בסוגיא דכל הנשום, כתב לחלק, ומשמע שם שהוא מפרש דברי הרמב"ם כן, בין מעות מלוה, ובין מעות הבאות מחמת מכר, אליבא דהרמב"ם. ולא הבנתי מעולם סברא זו מה היא, דכי מה חילוק יש בדבר, שמאין נתחייב, ואחר העיון בדבר, נראה שהחילוק הוא אם המעות באו מחמת מכר ובשעת המכר, ובין שאר האופנים שהוא מתחייב בהם, ששאר חיובים הם באים כשנזקף במלוה, וחיוב כזה אין נחשב למעות, אבל מלוה שבא מחמת מכר ובשעת המכר, הרי הוא כמעות, שהרי אז הוא שורש החיוב שמחייבו ענין ממוני בשעת לקיחת החפץ, ונחשב למעות או כשוה כסף:

מיהו גבי קדושין דלא מהני מלוה לקדש בה, לא מצאנו בשום מקום חילוק בין מלוה למלוה, ובכל מלוה אינה מקודשת, ולכאורה אין הדבר מובן, שהרי לשניהם לקדושין וקנין דין אחד להם, שהרי קדושי כסף ג"כ משדה הוא דילפינן, ומ"ש כאן דלא מהני מלוה, ומ"ש במכר דנחלק בדבר בין מלוה למלוה. ונראה דבקדושין טעמא אחריתא איכא, דאילו מטעם שם כסף שצריך לקדושין, הי' מספיק גם בקדושין בכסף של מלוה, כיון שגם לכסף זה שם כסף יש לו, אלא דבקדושין ידענו שיש עוד דינים למעשה בקדושין שיחול, דחזינן שבעל העטור רצה לומר שיפסול בכסף קדושין טלי קדושיך מעל גבי קרקע דילפינן מגיטין דבעינן ונתן, ואף דאנן לא ס"ל הך דינא, דלא ילפינן לגבי כסף קדושין מגיטין, מ"מ הרי פוסלים בגמ' כשעשתה היא המעשה, וגם כשרק אמרה היא לחד לישנא בגמ' פסול ודאי, ולחד לישנא פסול מספק, אלמא דבקדושין יש דין מעשה עליו, וצריך שתהא מעשה הקדושין נעשה על ידו, ובמצוה אין כאן מעשה דידי', שהרי אין כאן שום לקיחת דבר חדש, ולא שום מעשה קדושין, ומהאי טעמא הוא דנוסף פסול בקדושין, מה שאינו בשאר קנינים, דשם לא בעינן שום מעשה, שיהא נעשה מצד הקונה, הילכך שפיר נוכל לומר שתהא המלוה מועלת לקנות, אבל בקדושין שסוף כל סוף חסר לנו במלוה מעשה הקדושין, אין לנו לחלק בין מלוה למלוה, שבכולם אין מועיל לקנות מטעם חסרון מעשה קדושין:

ובאור שמח הביא ראיה לדעת הרמב"ם דמלוה קונה במכר מהך דאמרו גבי פועל בסוף הבית והעליה שאם יאמר לו טול מה שעשית בשכרך וכו' משקבל עליו אין שומעין,

ופשטו מורה אף באינם ברשותו של פועל ולא עשה אח"ז מעשה קנין בהם ובמאי נקנו, ועל כרחין שקנה אותם בכסף שמגיע לו בעד שכירותו והוי מלוה גמור דלא מטא זוזי לידו מעולם וקונה, וכיון דמחמת שכירות אתו הוי כמילתא דלא שכיחא וקונה קנין גמור, או משום דלא יעבור על לא תלין וחזקה דאין שכיר וכו' הניחו חכמים על דין תורה וכו' עכ"ד. ואני לא אבין ראי' זו, דמאן לימא לן דהאי דאין שומעין לו משקבל עליו, הוא משום דקנה את החפץ שעשה, דאפשר לומר דאין כאן אלא דין התחייבות, שמתחילה נתחייב לשלם שכר מלאכתו, ומתחייב לשלם דמים, ומ"מ היה בכלל ההתחייבות דמתחילה, שכל מה שיתנו ביניהם ליתן לו, על זה הוא מתחייב מתחלה שיהא בעה"ב מוכרח לתת לו, נמצא שעד שלא קבל עליו הפועל ליקח החפץ, הי' חייב לו דמים, אבל מכיון שקבל עליו הפועל ליקח את החפץ, שוב הוי החפץ זה שקבל עליו, בכלל התחייבות הראשונה שנתחייב בשעת שכירותו, ומחוייב הוא לתת לו את החפץ זה מחמת תנאי ההתחייבות אבל את החפץ עדיין לא קנה, וצריך עוד לקנותו במעשה קנין, והאי דאין שומעין לו לחזור, הוא משום שצריך לקיים תנאי ההתחייבות. ונראה דוגמא לדבר זה, שכמו שמתחייבים לשלם במטבע היוצא בשעת פרעון, אף שמטבע זה נולד אחר כן, מ"מ אמרינן דכך נתחייב, וזה הוא דין מדיני ההתחייבות, שחלה ההתחייבות באופן זה, כמו כן נמי מועלת ההתחייבות לחייבו לשלם לו מה שיתנו אחר כן ביניהם, איך יהא הפרעון, וכיון שקבל עליו לתת את החפץ שעשה בו את פעולתו, מועיל התנאי לחייבו בזה, ושוב אינו יכול להפטר מחובו בתשלומין אחרים, אבל לקנות את החפץ לא קנה עד שימשוך. והדבר מסתבר, שלא קבל עליו שיקנה את החפץ, וגם בעל החפץ עוד לא כוון להקנות לו מיד, ורק גמרו ביניהם מה יהא שכרו:

ד

ובהאי דחלוקות הסוגיות דקדושין ודמעילה, דמסוגיא דקדושין משמע דאי לאו משום שליחות, לא הי' מתחייב במעילה ע"י מה שהלה עושה על ידו, ובמעילה אנו רואים סוגיא דגמ' דאף אם שלח ע"י חרש שוטה וקטן וכן אם שלח ע"י קוף ג"כ מעל, אפשר לומר דלא פליגי, דאיברא סוגיא דמעילה קשה טובא לפי מה שכתבו התוס' שבועות (ג' ע"א) ד"ה ועל הזקן וכו' ועוד נראה דאפילו רב אדא מחייב היכא דניקף בר חיובא אע"ג דמקיף לאו בר חיובא ולא פטר אלא היכא דניקף לאו בר חיובא הוא מדלא קאמר איש דאמר לקטן או לנכרי אקיף לי גדול והוי נפקותא לרב אדא ע"כ, ונראה מדבריהם אלו דבדין שליחות לדבר עבירה אין חסרון שליחות לקטן ושליחות לעכו"ם שאף הם נעשים שלוחים לדבר עבירה, ואין זה ככל דיני שלוחו של אדם כמותו, ששם דוקא אין שליחות

לקטן ואין שליחות לעכו"ם, וכן משמע בשיטה מקובצת ב"מ (י' ע"ב) דפריך דלימא בגמ' דנפ"מ בין רבינא לרב סמא דישראל שאמר לעכו"ם צא וגנוב לי וכו' עיי"ש. אף שדברי הש"מ תמוהים שם שהרי עכו"ם מיקרי בר חיובא על איסור גניבה שהרי מצווה הוא על הגזל ועל הדינים, אבל מ"מ חזינן שבשליחות לדבר עבירה גם ע"י עכו"ם מחייב שולחו, וסברתם משום דדין אחר הוא בשליחות. וא"כ הלא תמוה דמאי מקשה בגמ' דמעילה אהא דשלח ביד חש"ו דחייב במעילה, והא אין שליחות לקטן, הא בשליחות דדבר עבירה לא איכפת לן אם השליח קטן הוא או גדול הוא. ובאופן פשוט יש ליישב לפי מה שהסביר הנתיבות בטעמא דבשליחות לדבר עבירה לא איכפת לן אם השליח קטן הוא, משום דשליחות לדבר עבירה ילפינן מחצר, ולא ממעטינן שליחות קטן ועכו"ם כ"א בשליחות דילפינן מאתם גם אתם. ולפ"ז יש לנו לומר דשליחות דמעילה דלא ילפינן מקרא דחצר, ויש לזה מקרא מיוחד והילכך גם בזה אין שליחות לקטן ולעכו"ם. אך מ"מ צ"ע כיון שסוף כל סוף עיקר מיעוט שליחות לעכו"ם מאתם גם אתם הוא דילפינן וא"כ במעילה ג"כ אף דמקרא אחר ילפינן מ"מ לאו מאתם גם אתם הוא דילפינן, וא"כ ג"כ הלא אין צריך למעט קטן ועכו"ם, ובנתיבות סי' קפ"ב ראיתי שמפרש תירוץ הגמ' עשאוהו כקוף, שכונת הגמ' ג"כ מטעם שליחות, וזה הלא קשה דאיך נעשה הקוף שלוחו, דבלאו אדם אין בו דין שליחות כ"א כשהוא רשותו, אבל אם אינו רשותו לא שייך בזה שליחות, וכי אם ישלח אדם קוף שאינו שלו, וכי נימא דהוי כחצירו וכאן הלא אינו כקוף שלו, ומה דמהני קטן ועכו"ם מדין חצר לפי דברי הנתיבות לא קשה, דכיון שסוף כל סוף יש לו ידיעה קצת שייך בו מנוי. וכיון שאין כאן חסרון דין שליחות לקטן, מצד המציאות מתמנה להיות שלוחו, אבל בדבר שאין בו דעת כלל, ולא שייך לומר שעושה אותו לשליח, איך נאמר שדבר שאינו רשותו נעשה שלוחו לדבר עבירה, וגם פשטות לשון הגמ' שם מורה, שכונת התירוץ לחזור מעיקר הקושיא, דלא בעינן כלל במעילה שליחות בכה"ג וסברת המקשן תמוה לפי שיטת תוס' שבועות:

ומה שנראה בזה, דלא נאמר כלל זה דאף קטן ועכו"ם נעשים שלוחים לדבר עבירה, היינו דוקא בדבר שאין העבירה כ"א מעשה בלבד, ואין בזה שום דין חלות כהקפת הראש והזקן, אבל במקום שהעבירה היא החלות, בזה אי אפשר להיות שליחות לקטן ושוטה. ולזה פריך בגמ' מעילה והא אין שליחות לקטן, דסברה הגמ' דחיוב מעילה אינו בא על פעולת מעשה ההוצאה, כי אם על ההוצאה עצמה, שאלו היה חיוב המעילה על פעולת המעילה, היה פשוט גם להמקשן, דאף ע"י חש"ו חייב שולחם, אבל כיון דהחיוב מעילה הוא על ההוצאה עצמה, סובר הוא דאין שליחות לקטן בזה, אף שהוא שליחות

לדבר עבירה, ואין כונתו בזה לומר, שהמעילה היא על ההוצאה בדין, שזה אפשר שלא בעינן הוצאה בדיני חלות ובדיני קנין, אבל מ"מ זה נמי חלות מיקרי מה שמוציא מרשות הקדש במציאות, אבל מ"מ אין החיוב על פעולת ההוצאה, כי אם על ההוצאה עצמה. ועכשיו לפי זה מה שמתרץ בגמ' שעשאוהו כקוף. תהיה הכונה על אופן אחר, דהנה השולח ביד גדול, במקום שאין דין שליחות, השליח שולל מן המשלח בין את הפעולה ובין את החלות, דגדול כיון דאדעתא דנפשיה קעביד, הוי הוא כעושה את הכל, והילכך אי לאו משום שליחות ודאי דפטור משלחו, שהרי השליח הוא שעשה את הכל, ולזה הוכרח בגמ' דקדושין לומר דהיינו טעמא דחייב משלחו, משום דבמעילה יש שליחות לדבר עבירה. אבל כשמשלח על ידי קטן, אף באופן דאין שליחות ונשללה הפעולה מן המשלח, שהוא לא עשה את הפעולה, מ"מ ההוצאה על ידי המשלח, שהרי הקטן על ידו הוא שעשה, שהרי הקטן אינו עושה כי אם על דעת הגדול, שאין לו לקטן דעתא דנפשיה, והילכך הוי הגדול המוציא, וכיון שהמעילה על ההוצאה היא חייבת ולא על פעולת ההוצאה, הילכך חייב המשלח על המעילה, אף בלא דין שליחות במעילה, וזהו שמתרץ עשאוהו כקוף, שאף בקוף ההוצאה נעשית על ידי אדם המשלח:

ועוד היה אפשר לומר, שכיון דקיי"ל גבי משיכה דבהמה, דקורא לה והיא באה, הויא משיכה, כדאיתא בפ"ק דקדושין (כ"ב ע"ב) ואמרינן שם דעבד קטן כי בהמה דמי, משום דעבד קטן נמי אדעתא דהגדול הקורא לו הוא דקאזיל. ושם במשיכה הלא העיקר הוא מעשה הקנין והפעולה, שצריכה להעשות על ידי הקונה, וכיון דמשיכה כזו מהניא, אלמא דגדול המצוה לקטן, והקטן עושה על ידו, מיקרי הגדול עושה הפעולה, א"כ אתי שפיר עוד טפי במעילה, שיהא התירוץ בגמ' עשאוהו כקוף, שהכונה שכיון שקטן הוא, לא בעינן שליחות בזה, שכל הפעולה גם כן נגמרת על ידי הגדול ואין חסרון שליחות לקטן לפ"ז, אלא במקום שצריך להעשות כמותו דגדול, ובלא זה לא מהני אף שהפעולה תעשה על ידי הגדול, כגון בגירושין, שבעינן ונתן בידה, וצריך להיות יוצא הגט מידו לידה, ואף אי נימא שעושה ע"י הקטן הוי כעושה הפעולה, מ"מ לא הוי מידו לידה והוי כטלי גיטך מע"ג קרקע דלא מהני, ומ"מ תירוץ זה נסתר מהרבה מקומות, דאי אפשר לתרץ כדאמרינן בגיטין, ומ"מ פסלינן משום דאין שליחות לקטן. וצ"ע:

סימן מב

א

בשיטת הרמב"ן גבי אמר התקדשי לי במנה והניח משכון עליה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן, דאפי' היכא דאמר לה קני משכון בשעבוד מנה והתקדשי לי

בו ומשכתו אינה מקודשת דנהי דקניא ליה משכון להאי שעבודא אינה מקודשת בכך דמנה אין כאן כלומר דעיקר שעבודא דמנה גבי לוה וכו' ואגיד גביה ע"כ. והי' נראה בפי' דברי הרמב"ן דסבר דחלה ההתחייבות ע"י משיכת המשכון, אלא דסבר דאין קונים בהתחייבות, וממילא לא קני גם במשכון, ומאי דאמר דאגיד גביה, הוא טעם למה אין קונים בהתחייבות, ומיהו במכר, נראה דקונים בהתחייבות, ואין גריעותא מאי דאגיד גביה, דאין גריעותא זו כ"א בקדושין, ומאי דאמרינן גבי אמתא נמי פרוטי אין כאן נסכא אין כאן, טעם אחר הוא בדבר, ששם לא התחייבו לשלם כלל, ולא הניחו את המשכון רק על התחייבות הדמים, שקניית החפץ מחייבת בדמי מקחו, וכיון שעדיין לא קני, אין כאן דמי מקח, ואין כאן משכון:

אבל באבני מלואים פירש דברי הרמב"ן וכתב וז"ל ולשיטת הרמב"ן והרשב"א דמפרשי משום דאגיד גביה אבל במתנה מהני אם נותן לחבירו מנה ונותן לו משכון עליהם זוכה במשכון לשעבוד מנה אע"ג דלא נתחייב גופו על המנה ע"כ. נראה דמפרש טעמא דהרמב"ן דלא מהני בקדושין משום דלא נתחייב כלל, ואין כאן התחייבות, אבל אם היתה כאן התחייבות היו הקדושין קדושין. מיהו אף לפי דבריו נראה מנסכא שגם שם הוא הדין כך, דהחסרון משום דאגיד גביה, ובלא סברא דאגיד גביה היה קונה מטעם קניית המשכון, שבאמתא חסרון אחר הוא, שלא נתן משכון על מנה שרוצה לעשות בה הקנין, כ"א נותן המשכון על כסף הפרעון שיתחייב לפרוע מטעם דמי המקח. וכיון שכך אין למשכון שייכות עם קנין כלל, ובאבני מלואים כתב קודם זה שלהרמב"ן גם במכר דאמתא הטעם משום דאגיד גבי' הוא דאינו מועיל, ולפ"ד אין הדברים כן:

ולפי הבנתו של האבני מלואים בדעת הרמב"ן הקשה עליו, שכיון שגופו לא נתחייב, איך הוא זוכה במשכון, שהרי כל עיקר דין השעבוד, הוא מטעם דנכסי דבר איניש אינהו ערבין ליה, וכיון דליכא לוה ליכא ערב. ע"כ. והנה מאי דאמרינן בכל דוכתא דכל היכא דליכא לוה ליכא ערב, היינו בעיקרא דמילתא, במקום שערב לשלם בעד חיוב הלוה, או במקום שהנכסים נשתעבדו לשלם בעד שעבוד גופו דלוה, אז אמרינן, כיון שכל עיקר הערבות היא בעד חיובו וכיון שהלוה פטור אין גם על הערב שום חיוב, אבל בעיקר חלות חיובו דערב, אפשר שיכול להתחייב אף בלא חיוב דלוה, אם ערב הוא שאם לא יתן הלה שמשלם הוא בעצמו, דמנא לן לומר, שדוקא כשהלוה חייב והוא ערב לו מתחייב הערב, ועיקר חיוב הערב, כיון שעל פיו ואמונתו נתן את הכסף, וכמו דנחית לזה גם הא"מ, ונראה שגם דעת הרא"ש שסובר בזה דכיון דלא נתחייב גופו אין יכול המשכון להשתעבד, ג"כ יודה דאין זה ענין לדליכא לוה ליכא ערב, וראיה לדבר זה ממחלוקת

הרמב"ן ועוד ראשונים בזרוק מנה לים אי מתחייב מטעם ערב, אבל אם אומר תן מנה לפלוני ואתחייב לך לכו"ע מתחייב מטעם ערב, אף דליכא כאן לוה, שהרי אותו פלוני אינו מתחייב כלום, לפי הבנת המחנה אפרים בדבריהם, ואף לפי מה שכ' פי' אחר בדבריהם, עכ"פ חזינן שיש דין ערבות בהתחייבות בלתי לוה. וכונת הרא"ש היא רק שכאן במשכון אי אפשר להיות הדין כן בלתי התחייבות לוה, שדוקא בדין ערב, שבעצם הוא דין התחייבות, אלא שיש כאן גריעותא דאסמכתא, וחדשה תורה דין מיוחד, דאין כאן דין אסמכתא, ואפשר זה אף בלתי לוה, שסוף סוף מדין התחייבות אנו באים עליו, וכך לי התחייבות עם הלוה, וכך לי התחייבות בלתי הלוה, אבל במשכון שאף שהוא בא ג"כ מדין ערבות, אבל הלא הערב אינו בר התחייבות, שאין החפץ יכול להתחייב, וא"כ עיקר הערבות באה מכח החיוב, שהחיוב גורם ההשתעבדות והילכך סובר הרא"ש שבמשכון בלתי לוה ליכא ערבות, ואפשר שגם בשעבוד קרקע ג"כ הדין כן. והחולקים על הרא"ש יסברו שמ"מ דין ערבות אחד הוא, ומועיל גם בלתי חיוב הלוה:

ומה שרצה הרשב"א לומר בערב בשביל שואל, שאם לא יחזיר עד זמן פלוני את החפץ, ישלם הוא את הדמים, אם לא ישלם השואל, דלא מהני משום שצריך לפרוע מן הערב תחילה, ואח"כ מסיק דמהני והב"ח והש"ך השיגו עליו בזה והקשו מגמ' דבכורות (מ"ח), נראה שמשא ומתן שלהם הוא בזה, ששם יש לו טענות אחרות, חדא דעד כאן דלא משגחינן בלוה, כ"א במקום שהלוה לא התחייב כלום, אבל גבי דינו דהרשב"א הלא הלוה ג"כ התחייב לשלם דמים אם לא יחזיר את החפץ עד זמן פלוני, אלא דלא מהניא התחייבותו משום דהויא אסמכתא, ובערב מהני דליכא בערבות גריעותא דאסמכתא, אבל מ"מ כיון דלא התחייב הערב, כ"א לחיובו של הלוה לקיימו, וכיון שהלוה בטל חיובו, לא יהא טפל קיים והעיקר בטל, ולזה רצה הרשב"א בהה"א והב"ח והש"ך גם לפי המסקנא דא"א להיות על הערב שום חיוב, כשאנו פוטרים את הלוה, אבל במקום שהלוה לא התחייב כלל, אין זה ענין לנדון דידן, ועוד יש טעם לפטור את הערב, דכל עיקר חיוב הערב הוא, משום שאנו מדמין, שאם הוא הלוה, היה בודאי מתחייב, אבל כאן כיון שהלוה היה נפטר, שאין שום ענין לדברים, הלא הערב ג"כ פטור, שאין הערב בא כ"א במקום הלוה, וכיון שלוה פטור, ערב נמי פטור, אבל בכ"מ מתחייב הערב אף מבלי הלוה, והרשב"א סובר במסקנתו דלא איכפת לנו בזה, שסוף כל סוף יכול לחייב את עצמו, מבלי התחשב עם הלוה:

ועוד נראה יותר דבנדון זה הלא גם הלוה מתחייב ביחד עם התחייבות הערב, שהרי מה שאין השואל מתחייב הוא משום אסמכתא, אבל לגבי חיובו לשלם להערב ששילם

עבורו, ליכא אסמכתא, ואם כן גם המשאיל יכול לגבות ממנו ע"י הערב, נמצא שגם הלוה נתחייב, וכל עיקר קושיית הרשב"א היא רק שנפרעין כאן מן הערב תחילה, ואנן קיי"ל שהנפרע לא יפרע מן הערב תחילה, שכיון שמחשבינן את הלוה למתחייב בדבר זה, אף שקודם שמשלם הערב א"א לגבות מן השואל, גם ע"ז נאמר הכלל דלא יפרע מן הערב תחילה, כיון שסוף סוף יש על הלוה דין התחייבות:

ואפשר עוד שאף לגבי המשאיל מתחייב השואל, שלכל הפחות מהני חיובו גם הוא מטעם ערב, שלכה"פ מהני חיובו כמו שהוא אומר שאם לא ישלם הערב יתחייב הוא לשלם, שהרי הוא התחייב לשלם עוד קודם לערב, אבל עכ"פ תועיל אמירתו להתחייב אם לא ישלם הערב, והוי כערב בשביל הערב, והילכך כיון שהערב הראשון התחייב בדין ערב אם לא יפרע השואל, אין לתבוע הימנו תחילה, והיא היא טענת הרשב"א בקושייתו, וסברת הש"ך והב"ח במסקנתם, אלא שהרשב"א מסיק שכיון שמצד דין לוה אין על השואל שום חיוב, יוכל להפרע מן הערב תחילה, שערבותו היתה ראשונה בלי שום חיוב מצד השואל, ועל זה הקוטב סובבת מחלקותם, אם כשהלוה מתחייב מטעם ערב, אם חוזר הוא לדין לוה:

ועל קושית הש"ך תירץ בא"מ סי' כ"ט ס"ק י' דבגמ' בכורות שאני דמתחילה היה מבורר מי הוא הלוה ומי הערב, ונמצא שהלוה נתחייב מתחילה, ועכשיו מחמת הספק נפטר, וכיון שהלוה החייב פטור, גם הערב פטור. ונראה דהש"ך יסבור, דנהי מצד ההלואה היה מבורר הלוה, מ"מ כיון שאח"כ נכתב השטר, ובשטר לא היה מבורר מי הוא הלוה ומי הערב, וע"י השטר לא יהיה מבורר לעולם דבר זה, ונמצא שהשטר עשה את ההשתעבדות, שלא באופן שנעשית ההלואה, ועל פי השטר נשתעבד הערב אף בלתי הלוה, ואם כן אף שמצד ההלואה לא נתחייב הערב כי אם לחיובו של לוה, אבל כששעבד את עצמו בשטר, הלא ידע שלא יודע הלוה לעולם, והוי כמו ששעבד עצמו בלא חיובו של לוה, ואולי נאמר עוד שאף בשעת ההלואה, כיון שידע שלאחר זמן לא יודע מי הוא הלוה, אם כן כשערב, ערב אף בלתי חיוב הלוה, ואם כן קשה אם נסבור שיכולים להעשות ערב אף בלי חיוב לוה, מאי הקשה שם בגמ' הא תנן שלא יפרע מן הערב תחילה:

אבל באמת הגמ' בכורות אינה דומה כלל לענינו של הרשב"א, שבדברי הרשב"א, שיודע הוא המלוה מי הוא הלוה, ואינו יכול לתובעו מפני שעליו לא חל החיוב כלל, הרי זה דומה כמי שתבעו ללוה ואין לו לשלם. דמה לי אם אין ללוה מה לשלם, או שאינו יכול לגבות מן הלוה, מפני שפטור הוא מחמת דין אסמכתא, על זה הלא ערב לו, שאם לא

יוכל לגבות מן הלוה, שישלם הוא, אבל בסוגיא דבכורות, הלא יש ללוה מה לשלם, אלא שאין יודע מי הוא הלוה, הרי זה דומה כמי שאינו תובע את הלוה ותובע את הערב, שאפשר שיכול הוא לגבות מן הלוה, וכל זמן שיכול לגבות מן הלוה, לא ערב לו על זה כלל:

ולהסביר הדבר יותר נראה, דעצם דין ערב, אינו חל על הערב שום חוב, והחוב אינו כי אם על הלוה, ועל הערב אינו אלא דין גוביינא שיכולים לגבות ממנו החוב שחייב הלוה, אלא שכיון שהוא בר חיובא ובר דעת, מחוייב הוא מעצמו להגבות את מה שערב, אבל עכ"פ אין זה אלא דין גוביינא, ובמקום שאין הלוה משלם יכולים לעשות גוביינא, אבל במקום שאין תובע את הלוה, אין כאן שום דין גוביינא:

ובזה יתבאר ויתיישב מה דמקשים אהא דאמרינן בגיטין ובכמה דוכתי דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין מפני תקון העולם, וכיון דדין שעבוד נכסים הוא מטעם ערבות, כדאיתא בבכורות ובעוד מקומות, תיפוק ליה דאין נפרעין מן המשועבדים, משום דלא יפרע מן הערב תחילה. ולפי האמור ניחא, דהטעם דאין נפרעין מן הערב תחילה, היינו משום דאין לעשות גוביינא כי אם במקום דאין תשלומין, אבל כאן שלא תבע את הלוה, ואפשר עוד שישלם אין לעשות גוביינא, והילכך אין להפרע מן הערב, אבל כשתבע את הלוה ואינו משלם, ואפשר לנו לעשות גוביינא מנכסי הלוה עצמו, בזה אין לנו חילוק אם לעשות גוביינא מהלוה או מהערב, כיון דסוף סוף אין הלוה משלם, ובדין גוביינא אין קדימה ללוה על הערב אלא דלא יוכלו לאחר התקנה לגבות מהערב, משום דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ושל הלוה הוו בני חורין לגבי נכסי הערב. וראיה ליסוד זה מדברי בעל התרומות הובא בב"י ח"מ סי' קכ"ט וז"ל שאפי' אין ללוה אלא זיבורית לא יפרע מן הערב דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אפי' הן זיבורית, ע"כ. ולמה ליה למימר טעמא דאין נפרעים מנכסים משועבדים וכו' תיפוק לי' משום דלא יפרע מן הערב תחילה דהא בערב עסקינן, אלא ע"כ דאין בזה משום לא יפרע מן הערב, כיון שבשניהם ע"י גוביינא אנו באים עליהם:

ודברי הא"מ שבא ליישב קושיית הש"ך מגמ' בכורות, לכאורה תמוהים, דנהי בשני יוסף בן שמעון הוברר בשעת ההלואה, אבל בעיקר ענינא דסוגיית הגמ' שם דאיירי בנולדו שני זכרים ומת האב תוך שלשים יום, דלגבייהו דבנים לא הוברר החיוב על שום אחד מהבנים מעולם, ונולדו בספק, והוה כמו דליכא לוה כלל:

הן אמת דקשה על עיקר סוגיא דהתם דהאיך נשתעבדו נכסים, דאף דנימא דגם במקום שאין לוה יש ערב, היינו במקום דערב בן דעת, או ששיעבד בן דעת את הנכסים, אבל בפדיון הבן דממילא קא משתעבדו, הלא ודאי אין משתעבדים מחמת התורה אלא כדאיכא חיוב על הגוף, ולמה להגמרא למיפרך מצד טענת דלא יפרע מן הערב תחילה, דמשמע שהנכסים נשתעבדו, אלא דאינו יכול להפרע מהן קודם שיתבע את הלוה, וצריך לומר בבאור דבר זה, דאף דפטורין הבנים מחמת הספק לשלם, אין זה אלא פטור מצד דין הממון אבל לא בעיקר דין המצוה, וכמו דמחלקינן בין מאי דקסבר הרמב"ם דספיקא דאורייתא לקולא, ומותר, ומ"מ צריך קרא להתיר ספק ממזר, משום דבכל ספק אף שמותר, מ"מ הדין איסור בעצם לא נפקע, אלא שהתורה התירה את המעשה, אבל בספק ממזר הותר הדבר לגמרי, והוי כשאר ישראל. וכמו כן הכי נמי הכא, אף שמצד ספק פטורין הם לשלם, אבל אין זה פטור בעצם הדין לגמרי. ותהא נפקותא בדבר, אם שילמו מספק, ואח"כ נתברר הדבר נפטרו בנתינה הקודמת, ואין אנו אומרים שהיו אז פטורים מן המצוה, ואין עשייתם אז כלום, אלא שהיו בדין המצוה, אלא שפטורים היו ממעשה הפרעון ואמרינן דאין השעבוד תלוי במעשה הפרעון אלא בעיקר מצות הפדיון דרמא עלייהו, ואתי שפיר סוגיית הגמ', אבל דברי האבני מלואים תמוהים, דהא מ"מ לא הוברר הלוה כאן גם מתחילה, דלא ידעינן מאן מינייהו הבכור דליחייב גופו:

ב

ואי נימא דרק בקידושין מגרע מאי דאגיד גביה ולא בקרקע, מוכרחים אנחנו לומר שאין זה חסרון בעצם הכסף, שאילו היה זה חסרון בעצם הכסף, אם כן גם בקרקע לא יקנה על ידי זה, והלשון משמע דלא הוי גריעותא כ"א בקדושין. ואפשר לבאר על פי מה שנתבאר דבכל הקנינים אמרינן דכסף קבלת רבו גרמה לו, דהיינו ששם העיקר קבלת הכסף, ובקדושין לא שייך לומר שתהא הקבלה גורמת הקנין, דא"כ מיקרי כי תקח, שהאשה המקבלת גורמת הקנין:

ואי"כ יתבאר הדבר בפשוט דבשאר קנינים כיון דהעיקר תלוי בקבלת המקנה, וכיון שהמקנה הלא סוף סוף זכה בהתחייבות חדשה, הוי אצלו כסף, ואף דאגיד גבי דקונה, מיקרי לגבי דמקנה שפיר כסף. אבל לגבי קידושין, כיון שבעיקר הדבר תלוי בהבעל הנותן, דאין קבלתה גורמת הקנין, ולגבי דידיה לא הוי כסף, כיון דאגיד גביה, ולא יצא מרשותו שום דבר:

ואם נחלק בין קדושין לקנין, יתיישב מה שמקשים מהא דפריך לקמן (דף ט"ז) גבי עבד, אי דכתב ליה שער אדמיה, היינו כסף, אלמא דהתחייבות מיחשב שפיר כסף, אבל לדידן

אתי שפיר, דדוקא גבי עבד מהני משום דהתם הלא קבלת רבו גרמה לו, וגבי קדושין דוקא הוא דלא מהני:

אבל אף בלאו הכי תתיישב הסוגיא אף אם נסבור כדעת הא"מ שאף בשאר דברים כשדה וכדומה לא מהני התחייבות כסף משום דאגיד גביה. דנראה דגרעון כסף דעבד, אין אנו באים על זה בגדר קנין והקנאה, ואין זה כי אם יציאה כיציאת שש ויובל וסימנים באמה העבריה, שאין הבעלים מקנים שום דבר, אלא ממילא הוא יוצא מרשות הבעלים, ואפקעתא דמלכא הוא, והכי נמי גרעון כסף, אם נתן העבד להאדון דמי גרעונו, יוצא ממילא מרשות האדון, וכיון שכן אין אנו צריכים בזה לגדרי הקנינים, וכיון שקבל האדון את דמיו ע"י איזה אופן שהוא יוצא העבד לחירות, ואף התחייבות מהניא בזה שהתחייבות הוא ג"כ תשלומין, אלא שדין כסף אין לה, אבל לגבי יציאה זו אין אנו צריכים לדין כסף, אלא שישולם להאדון חובו, ודיו בזה:

ואתי שפיר מה דחולקים אם יוצא בגרעון כסף מעניקים לו, דמ"ד מעניקים סבר, דהויא יציאה ככל יציאות העבד, ומאן דפליג סבר דאף דהויא יציאה בעלמא, מ"מ כיון דאין יציאה באה מאליה, אלא מדעתו של עבד ומרצונו, שעושה בידיו יציאה זו, אין להעניק לו, אבל אי הוה סברינן דגרעון כסף הוי קנין ככל הקנינים, אין מקום להענקה, שאינה אלא ביציאות גרידא, שבהן חדשה תורה דין הענקה, אבל לא בענין של מקח וממכר:

וראיה לזה דהתחייבות לא מיחשבא ככסף, שיועיל לקנות במקום דבעינן כסף, מהא דאמרינן דעבד כנעני קונה את עצמו בשטר ע"י עצמו אבל בכסף ע"י אחרים דוקא, דאין לו כסף דמה שקנה עבד קנה רבו, ואי נימא דהתחייבות מועלת כמו כסף משכחת לה כסף ע"י עצמו, שיתחייב בתשלומין, ויקנה ע"י התחייבות, ואף אם נאמר, שרחוק הוא שיסכימו הבעלים לא קחשיב לה, עדיין יקשה מהא דאמרינן בחצי עבד וחצי בן חורין שכופין את בעליו ועושה אותו בן חורין וכותב שטר על חצי דמיו, ומשמע דתרי מילי נינהו שעושה אותו בן חורין על ידי שטר, ומלבד זה כותב העבד שטר על חצי דמיו, ואמאי לא יועיל השטר על חצי הדמים ככסף לשחררו על ידי זה בלבד, אלא ודאי משמע מזה דאין התחייבות דמים מועלת להיות ככסף לשחרר, והוא הדין בכל הקנינים:

מיהו הא דגיטין יש לדחות, דאפשר לומר שהתחייבות מועלת בכל מקום ככסף, אלא דבעבד שלו, לא תצוייר התחייבות כלל, שאין עבד יכול להתחייב לגבי רבו שלו, שכיון שהוא כשורו וחמורו, ומה שקנה עבד קנה רבו, לא יוכל לחול עליו שום חוב לגבי רבו, ואין יכול להתחייב כי אם על אחר שחרורו, ומה שיתחייב לאחר השחרור, לא יכול להתחשב לכסף קודם השחרור, ומכל מקום יקשה דבגיטין הלא איירי בחצי עבד וחצי

בן חורין, ואף אי נימא דבעבד לא שייכת התחייבות לגבי האדון, מ"מ החצי בן חורין הלא יכול להתחייב לגבי האדון, שהרי הוא כשאר כל אדם, ואם כן הלא יכול החצי בן חורין להתחייב ולכתוב שטר על חצי דמיו, ויהא זה במקום כסף, ואמאי קפליג במשנה לשנים, עושה אותו בן חורין וכותב שטר על חצי דמיו, דמשמע דאחר שחרורו כותב שטר על חצי דמיו:

ואפשר לומר דכיון דההתחייבות באה ע"י שניהם צד חירות וצד עבדות, ושניהם, בין הצד חירות ובין הצד עבדות חתומים על שטר ההתחייבות, וכיון שההתחייבות של הצד עבדות בטלה היא, גם התחייבות של הצד חירות בטילה היא, דהוה ליה כקני את וחמור, דשניהם לא קנו, והכי נמי שניהם לא נתחייבו, דקנין הבן חורין בטל ע"י קנין העבדות, מטעם דהקנין של הצד עבדות נחשב כקנין החמור. אלא דא"כ יקשה היאך מהני קדושי חצי עבד וחצי בן חורין, וקדושי שפחה חציה בת חורין, ונימא ג"כ דלא מהני משום דהוי כקני את וחמור, אלא ע"כ דלא מיחשב כקני את וחמור. וטעמא בעי מפני מה:

ונראה דלא שייך לבטל קנין מטעם קני את וחמור אלא במקום דאין להדבר הקונה שום השתתפות עם החמור, וכיון שנשתתפו בקנין זה, אמרינן דליבטל זה מפני השתתפותו עם זה, כי מה ששיתף את זה במקום שלא היה לו לשתפו הוי ריעותא בהקנין, אבל במקום שהשתתפות מוכרחת להיות, שאי אפשר לפרדם ונמצא שההשתתפות מאליה היא באה, והוא לא שיתף שום דבר, ומאליהם הם משתתפים, והילכך אין כאן שום ריעותא במעשה הקנין, שהרי לא היה מצדו מעשה השתתפות, ועיקר הריעותא בקני את וחמור מה שעשה מעשה השתתפות, ולא ההשתתפות עצמה מבטלת הקנין:

ולפי זה חוזרת הראיה מעבד כנעני שהתחייבות אינה מועלת ככסף, דאי לאו הכי היה אפשר להיות שישוחרר עבד בכסף ע"י עצמו, וכן לא היה צריך בח"ע וחב"ח לשחררו ע"י ענין אחר, שאפשר לשחררו ע"י השטר על הדמים. ואפשר להסביר במה שנתבאר שמה שע"ע נקנה בכסף, היא יציאה ככל יציאותיו, בזה מחולק ע"ע מעבד כנעני, שבע"ע לא מהני קנין חליפין, שבע"ע לא מהני רק כסף מטעם יציאת פדיון, אבל חליפין שאין זה אלא קנין, לא מהני בע"ע, ששם אין שום קנין מועיל, כ"א בגדר יציאה, אבל בעבד כנעני ששם ודאי מהני בגדר קנין, ששם אדרבה דין יציאה לא נאמר כלל, שהלא שם הדין הוא דועבדו לעולם, ועיקר קניית עצמו היא בגדר קנין, הלכך מהני אף חליפין ככל הקנינים:

ונראה דהטעם דכיון דהתורה לא זיכתה בעבד עברי לאדון למכרו לאחר ולהקנותו, אף לא נתנה לו כח להקנותו דרך קנין, כי לא ניתנה לאדון דין מכירת ע"ט, ומה לי מוכרו לאחרים ומה לי מוכרו לעצמו:

ומזה יוצא לנו שאם נמכר אחד לעבד עברי אצל הקדש, שבעבד כנעני כיוצא בזה הגזברין אין להם רשות לשחררו, אלא מוכרים אותו לעצמו דרך מכירה, בעבד עברי אין להם לעשות כן, שאין להם דין מכירה בו אף לעצמו. ובזה יש ליישב קושיית התוס' שמקשים (בדף ט"ז ע"א) ד"ה לימא ליה באפי תרי זיל תימה אמאי פריך לימא ליה באפי תרי זיל אמאי לא פריך ויפקירנו שהרי אפילו עבד כנעני שגופו קנוי יצא בהפקר לשמואל דאמר המפקיר עבדו יצא לחירות וא"צ גט שחרור ואף למ"ד דצריך גט שחרור היינו משום הפקעת איסור להתירו בבת ישראל וא"כ בע"ע למה לי שטרא דבלא"ה מותר. ע"כ:

ולפ"ד נראה דאין הפקר מועיל כלל בעבד עברי, מפני שזה בא בדרך קנין והקנאה, שהפקר הוא הקנאה ובעבד עברי לא מהניא דרך הקנאה, כי אם דרך יציאה, אבל מאי דמקשה בגמ' לימא ליה באפי תרי זיל, היינו דימחול לו תביעת החוב, לפי מאי דס"ד דמהניא מחילה בע"ע, א"כ הוא מוחל את החוב, וממילא יוצא העבד מרשותו, והוי כיוצא בגרעון כסף דמהני משום יציאה:

והיה אפשר בזה ג"כ לבאר מאי דאמרינן דמשום דע"ע גופו קנוי לא מהניא מחילה, וביאר בקצוה"ח סי' רמ"א ס"ק ג' דהטעם דבדבר בעין לא שייך לשון מחילה, והשיג משום כך על מהרי"ק, ולפי האמור יש לפרש, דה"ט דלא מהני, משום דכיון דגופו קנוי, א"כ אין מחילה זו מחילת החוב בלבד, אלא הקנאת הגוף, ובעבד עברי לא מהניא שום הקנאה, ורק כד ס"ד דאין גופו קנוי הוה מהני מחילה, משום שמוחל החוב, והעבד ממילא יוצא לחירות:

וראיתי בספר חזון איש שכתב דלא ילפינן שטר שחרור בע"ע מע"כ, דא"כ יהא שטר ע"ע פסול שלא לשמה ומחובר וטלי גיטך מע"ג קרקע, אלא סברא הוא דשייך שטר בע"ע וילפינן דיני שטר משטרי מקח, וגבי חליפין כתב דאפשר דליהני חליפין בע"ע ביציאתו, משום דהוי כמוכרו לו, ולפ"ד א"א לומר כן דאין דין הקנאה ביציאת ע"ע, ומסתבר דילפינן דין שטר ביציאה מדין שטר בקנינו, דכיון דנקנית בשטר מטעם דמצאנו דמוציא בבת ישראל, אם כן כל שכן שמוציא בעבד עברי, דטפי אית לן למילף יציאתו מיציאת בת ישראל, ואולי מפני זה לא בעינן לשמה ותלוש ושאר דינים, דכיון דבקנין לא מצאנו שנקפיד בזה, א"כ יציאתו דילפינן מקנין ג"כ אין אנו מקפידים:

והתוס' שמקשים דלמ"ל שטרא, יפקירנו, דלכאורה משמע מדבריהם דפליגי על יסוד זה, יש ליישב ג"כ, דהנה הפ"י הקשה מאי שייך גביה הפקר, הלא אין הפקר עד שיפקירנו לכל, וכאן הלא אין כל אדם יכול לזכות בו. ונראה בישוב הדבר, דמאי דאמרינן דהפקר שלא לכל אינו הפקר, אינו משום דבעינן שיוכלו כל אדם לזכות בו, אלא משום שאם

לא הפקיר, אם כן עדיין שייך לעצמו, אבל בע"ע אף שאין כל אדם יכו לזכות בו, הלא אין זה משום שיד בעה"ב מעכבת, אלא משום שלזה לא היה גם לבעה"ב עצמו שום זכות מעולם, אבל כל זכות שיש לו בו הפקיר ולא שייר כלום, הילכך הוי הפקר אף דלא הוי הפקר לכל אדם, כ"א להעבד בעצמו, והשתא אתי שפיר גם דברי התוס', דס"ל דהפקר דהכא לאו מטעם הקנאה הוא, דאילו לכולי עלמא הא לא הפקיר, דלגבי זה הא לא הוה ליה מעולם, ואילו לגבי העבד עצמו ג"כ לא הויא הקנאה, שהרי עבד עברי אף שגופו קנוי לבעה"ב מ"מ לא הוי כשורו וחמורו, והוה ברשות עצמו ג"כ, ואין צריך שום קנין לזכות בעצמו שוב כבתחילה, וא"כ כל עיקר ההפקר אינו רק להוציא מרשות הבעלים, וא"כ שוב אין זה בגדר הקנאה, כ"א בגדר יציאה. אבל בקנין שטר וקנין חליפין, אין אנו יכולים לומר ג"כ כך, שאינו מוציא אלא מרשות עצמו, שלגבי עצמו לא שייך לומר שיעשה חליפין ושטר, שאין קנינים אלו אלא בין אדם לחבירו, ומטעם הקנאה אתינן עלה:

סימן מג

א

במה דיליף בגמ' דמהני תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מדין ערב, יש לעיין מאי ילפינן מערב, ויש לפרש שהכונה דילפינן דהנאה כה"ג מיחשבא כסף לקנות בו ולקדש, ולפ"ז יוצא לנו שהקנין בערב הוא ע"י שוויות ההנאה. אבל יפלא מאי מדין ערב דקאמר, דמשמע מהלשון דדין ערב הוא דיהבינן. וגם יקשה להנך ראשונים דס"ל דההיא הנאה דבכל דוכתא בגמ' אין זה כ"א חליפין וא"כ אין ראיה מהתחייבות דגבי ערבות דמהני שם חליפין, לקדושין דלא מהני בזה חליפין. ובמ"א הביא בשם הריטב"א דהילפותא היא רק דהנאה כי האי שוה פרוטה, ומיחשבא כסף. ולפ"ז אפשר הי' לכאורה לומר, דדוקא כשציית לה על מנה שוה ההנאה פרוטה, אבל כשצותה ליתן רק פרוטה, אין ההנאה דציית לה שוה פרוטה, אלא דלפ"ז גם גבי ערב, כשהלואה היא רק פרוטה, אין כאן מעשה קנין שאין הנאה דמהימן שוה פרוטה, ומשמע דאין חילוק. ובארווח לה זימנא דמפרש רש"י דמקדשה במה שהיתה נותנת פרוטה למי שהוא לפייסו שירויח לה הזמן, ודאי כשהמלוה היא פרוטה לא תתקדש, שהרי לא יתן פרוטה בעד הרוחת זמן של הלואת פרוטה, ומ"ש דגבי ערב לא ראינו שלהלואת פרוטה לא תיהני ערבות. ונראה שהחילוק פשוט דבמקום שההנאה באה מהרוחת ממון וכדומה, דבר שאדם נותן ממון בעד זה אז צריך לשום כמה ממון יתנו בעד זה, ואם אין נותנים פרוטה בעד זה, אינה מתקדשת, אבל הנאה כזו שאינה מטעם הרוחת ממון, אלא שהיא הנאה בעצמיותה,

ואין לה שומא בשוק, הנאה כזו על כל פנים מיחשבא שוה פרוטה, ואף שלא נולדה כ"א ע"י ממון של פרוטה, מ"מ הנאה בעצמה אינה מתחשבת עם זה, וכמו הנאה דמהימן ליה, והנאה דמוציא ממון על פיו, נחשבים שוה פרוטה עכ"פ, וכמו כלי להרשב"א שר"ל דכלי אף שאינה שו"פ מקדשין בה. אלא דיקשה מה שחילק הר"ן דקבלת אדם חשוב שו"פ, וקבלת שאינו חשוב ג"כ הנאה מיקרי, ולפ"ז כיון שאין לה שומא, ואינה נולדת מהרוחת ממון, מיחשב כשו"פ עכ"פ, ונראה שכונת הר"ן, שהנאה זו קלה היא כל כך, עד שאין שוויותה נחשבת כלל אצל האדם, ואין ההנאה מועלת כ"א לגבי חליפין, ששם אין אנו צריכים כ"א נתינת דבר מה, ואין אנו צריכים לחשיבות השוויות:

וביותר היה נראה לומר דהילפותא היא דדין דכסף קנין הוא דלא בעינן שיתן הקונה כסף להמקנה, ונתינת הכסף היא הקנין, אלא דהתשלומין שיש בזה הענין קונים את החפץ, ותשלומין איך שהם וממי למי שהם באים, אין לנו נפקותא, אלא כיון שהדבר משתלם, ילפינן מערבות דקונה ע"י תשלומין כאלו, ואתי שפיר לשון מדין ערב דקאמר: **והנה** נחלקו הראשונים הובאו בר"ן באומרת זרוק מנה לים ואקדש לך או תנהו לכלב ואקדש לך, וכן באומר זרוק מנה לים ואתחייב לך, אי מתקדשת או מתחייב מטעם ערב. ודעת האחרים דאין דין ערב אלא בנותן לבן דעת, ואז מתחייב, אבל כשמוציא ממון שלא לבן דעת, אין בזה דין ערב. ודעה זו נפלאה לפי הבנת המ"א בשם הריטב"א דהקנין הוא ההנאה שיש בשוויה כסף, א"כ יקשה דהלא אין מחולקים אלא בדין חיוב הערבות אם יש כשמוציא שלא לבן דעת, אבל לגבי הקנין, הלא ודאי ההנאה שוה, אי ציית להוציא וליתן לבן דעת, או שלא לבן דעת. ואי נימא דהטעם הוא משום דתשלומין כה"ג ג"כ מהני כיון שסוף סוף נשתלם, יש לעיין אם מקושר זה עם חיוב ערבות:

ולכי דייקת בהא מילתא, יש לשאול דהלא עיקר חדוש דערבות הוא מה שאינו מתחייב חיוב מוחלט, אלא שאם לא ישלם זה, ישלם הוא, אבל כשהחיוב חיוב מוחלט אין אנו באים מטעם ערבות אלא מטעם התחייבות, וא"כ אף אם ערבות אינה חלה כשאין מוציא לבן דעת, אבל התחייבות ודאי תיהני עכ"פ:

והנה נראה לדון דגם הרמב"ן החולק על האחרים וסובר דגם בזרוק מנה לים מתחייב מטעם ערב, יסבור דעצם ערב אינו אלא כשמוציא לבן דעת, אלא דיסבור דכאן הלא עצם הדין אין זה ערבות אלא התחייבות, אלא שאנו צריכין לאותו קנין שערב מתחייב בו, וזה אפשר אף שלא בבן דעת, שהקנין אין לו דין ערבות, אלא שישנו בחיוב ערבות ויכול להיות גם בחלות דהתחייבות. והאחרים סוברים שגם הקנין נולד מחדושי דין ערבות, שכמו שמיחשב כלוה ע"י דין ערבות בדין חיובו, כמו כן קנין חיובו הוא, משום שע"י

דין ערבות, מעשה הלואה מחייבתו כאילו הוא עשה מעשה ההלואה, וכיון שכן גם בהתחייבות, מ"מ הקנין הלא הוא קנין של ערבות, שע"י דין ערבות, צריך להיות נחשב כאילו עשה מעשה ההלואה, ובאינו בן דעת לא מיחשב כן, שאין בזה דין ערבות. נמצא שלפ"ז מחולקים הם בבאור הגמ' למאי ילפינן מדין ערב. דאי לאו הכי יקשה אסברייהו דאחרים כמו שהקשינו, דנהי דערבות ליכא באינו בן דעת, אבל מ"מ בהקנין הלא אין נפקותא בזה, אבל אי נימא שגם הקנין הוא מכח ערבות, אתי שפיר השתא:

ולפ"ז יתבאר, שאף שכשהחיוב מוחלט אין בזה דין ערבות, דבלא דין ערבות חל מכח התחייבות, מ"מ הקנין אינו מועיל אלא מטעם ערבות, וכן בקדושין מועיל הקנין מטעם דין ערבות, וכמו דמתחייב ע"י ערבות אף שלא קבל, כמו כן מועיל הקנין אף שלא קבל, ולא משום דהוי מיחשב כקבל, אלא דמדין ערבות מועיל לא קבל, כמו שהיה מועיל כשקבל:

והמ"א הביא מדעת תוס' ב"מ שכתבו דכשצוה הישראל להלוה ליתן רבית להנכרי הוי רבית אף שלא לקח המלוה מדין ערב עיין בתוס' ב"מ (ע"א ע"ב) ד"ה מצאו, ומזה ראיה דמדין ערב מיחשב כאילו הגיעו מעות הרבית ליד המצוה והוא המלוה, דאילו לפי דברי הריטב"א דמדין ערב לא ילפינן רק דההנאה דמהימן ליה שוה פרוטה יקשה עוד ביותר מה שכתב המרדכי דמפקינן מראובן כל מה שנתן ללוי על פיו, וזה לפי דעת התוס', ולפי דברי הריטב"א הלא לא קבל רק ההנאה דמקיים דבורו וציית ליה, ואפשר דדעת המ"א עוד בקושייתו, שכיון שהרבית היא רק ההנאה אם כן אין כאן רבית קצוצה, ואין זה כי אם אבק רבית ולא היה לנו להוציא כלל דאינו יוצא בדיינים כ"א רבית קצוצה:

אבל נראה דאין מדברי התוס' שום ראיה, דאף אם נפרש כדברי הריטב"א, מ"מ הלא מיחשב כאילו הלוה נתן לו את הכסף, אלא שהוא לא נהנה מכסף זה כ"א הנאה דציית ליה, דהא חזינן דכשציית ליה בשאר דברים, לא בנתינת כסף, לא מיחשבא ההנאה ככסף, וע"כ דמה דמחשבינן להנאה ככסף משום דאמרינן דהמעות שנתן סכום גדול, הגיעה אצלו מזה הנאה זו, והילכך כשמוציאין מהמלוה לא נחשוב את אשר הגיע לידו, כ"א מה שנתן הלוה, כי הנאה של ציית ליה שנתהוה מהמעות מחשבת את כל הנתינה לרבית והוי ג"כ שפיר רבית קצוצה:

וכ"ש אם נפרש דילפינן מדין ערב, דאיך שנשחלם מיקרי תשלומין ג"כ הוי רבית, דמאי דאנו אומרים דרבית הבאה מלוה למלוה אסרה תורה, אין הטעם משום דבעינן שיצא מיד הלוה ויבא ליד המלוה אלא דלא מיקרי רבית אלא כשהרבית משתלמת בעד ההלואה, ואם נותן לאיש אחר אין זה תשלומין, אבל אי ילפינן מערבות שכשממלא צוויו מיקרי

תשלומין, א"כ מיחשב זה שפיר לרבית אף שלא בא מיד הלוה ליד המלוה. ואף אם נפרש כפי' האחרון דמדין ערב ילפינן על הקנין שלא קבל מועיל כקבל אפשר שדעת התוס' שגם ברבית צריך להיות דין זה כמו בקנין ולא קבל מחייבו כאילו קבל, אף דלא מיחשב כאילו קבל, דמפשטות לשון המ"א משמע דס"ל דמיחשב ממש כאילו קבל, והגיעו מעות לרשותו, ולדידן אינו רק דמועיל כאילו קבל:

ובאור שמח הקשה על מה דפסק בשו"ע דאשה שנדרה הנאה מאיזה דבר וקדשה בזה דאינה מקודשת, ומשמע דהטעם משום דלא קבלה כלום, ויקשה להנך שיטות דסברי דזרוק מנה לים ג"כ מקודשת מטעם ערבות, גם כאן נחשוב כאילו זרק מנה לים, שאף שהיא לא קבלה כלום, מ"מ הוא הוציא ממון על ידה, וצריך לומר דקושייתו משום דמלשון השו"ע משמע דאינה מקודשת בשום אופן, אף כשהיא אמרה לו תחילה תן לי, דאי לאו הכי אין כאן דין ערבות, וגם כשידעה שדבר זה אסור בהנאה ואין שוה לה כלום, דאי לאו הכי יש לנו לומר שרצונה היה להתקדש בעצם החפץ ושוויותו, ולא מטעם ערבות, ומ"מ לפי דברינו אין זו קושיא, דמטעם ערב אינו מועיל רק במקום שאילו הגיע החפץ לידה היתה מתקדשת, אמרינן שאף שלא הגיע מועיל כאילו הגיע לידה, אבל כשהחפץ הוא לדידה איסורי הנאה ואף אם היה מגיע החפץ לידה לא היה מועיל כלום, אינו מועיל מטעם ערבות יותר מהגיע לידה. שאף לפי דברי הריטב"א שמטעם הנאה מתקדשת משום דציית לה שוה פרוטה, אבל הלא לא מצינו דציית לענין אחר חוץ מנתינת דמים יועיל, וע"כ הטעם משום דגם הנאה זו אינה מועלת רק משום דמחשבינן שווי החפץ אצלה בהנאה זו, ומ"מ חפץ הקדושין הוא המעות שנתן על פי צוויה, וכיון שעל ידי החפץ אינה יכולה להתקדש גם ההנאה אינה מועלת:

ובמ"א ג"כ נתחבט לבאר מאי ילפינן מערב, דלפרש כפשוטו א"א דאין דמיון קדושין לערב דבקדושין בעינן דוקא כסף דילפינן משדה עפרון, ובערב לא בעינן דוקא כסף לקנין, ולפ"ד יבואר שפיר:

ב

בר"ן ריש קדושין כתב וז"ל מיהו איכא מ"ד דאע"ג דשוה כסף ככסף לענין קדושין ה"מ מטלטלין אבל קרקעות לא דבגמרא אמרינן דמקשינן הוי' ליציאה ומהך היקשא ילפינן קדושי שטר וכיון דאקשינן מה יציאה במחובר לא שאין כותבין את הגט במחובר לקרקע כדאיתא פרק המביא תניין אף הוי' נמי במחובר לא והביאו ראי' ממה דאמרינן בפ"ק דגיטין בג' דברים שוו גיטי נשים לשחרורי עבדים דפרכינן עלה והאיכא מחובר ומשנינן מילתא דליתא בקדושין קתני מילתא דאיתא בקדושין לא קתני אלמא דמחובר

אף בקדושין פסולין וליתא דכי אמרינן התם דמחובר פסול בקדושין ה"מ בקדושי שטר שאם כתב לה על המחובר הרי את מקודשת לי ונתנו לה לא הוו קדושין דקדושי שטר הוא דמקשינן ליציאה אבל נתן לה קרקע או מחובר בתורת כסף ודאי מהני דכסף לא בעינן דומיא דיציאה. ע"כ. והנה לפי מאי דסברי דקדושי כסף פסולין משום דילפינן מגט יש לבאר דהנה פסול מחובר גבי גט יש בו שני טעמים טעם הירושלמי משום דבעינן ספר ומחובר לאו ספר הוא ומטעם זה ודאי דלא שייך לפסול גבי קדושי כסף דאין שם דין ספר, ונשאר לנו רק הטעם השני משום דבעינן ונתן בידה. ולפי זה צריכים אנו לומר דגם גבי כסף קדושין צריך להיות נתינה בידה מידו כמו גבי גט:

ותמוה דלקמן (דף ז' ע"א) אמר רבא תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב ערב לאו אע"ג דלא מטי הנאה לידי' משעביד נפשי' האי איתתא נמי אע"ג דלא מטיא הנאה לידה קא משעבדא ומקניא נפשה. ע"כ. ושם הלא לא הגיע לידה כלום ואי בעינן בקדושי כסף נתינה לידה איך מועיל מדין ערב הלא אין כאן נתינה לידה. וכן יש להקשות איך מועיל דין עבד כנעני בקדושין והלא אין כאן נתינה דידי', וכן במדין שניהם אין כאן לא נתינה מידו ולא נתינה לידה:

שוב מצאתי בעונג יו"ט שהביא דברי מהרי"ט (קדושין נ"ח) שכתב אמאי דאמרינן בקדושין אין דבור מבטל דבור ובגרושין מצינו דמהני בטול, דיש חילוק בין גירושין לקדושין, בקדושין לא בעינן שליחות ומביא ראי' מדין ערב בתן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמהני דאע"ג דלא בא בתורת שליחות מהני ע"כ. והעוי"ט עצמו הביא ג"כ ראי' מדין עבד כנעני דמהני אלמא דלא בעינן נתינה מידו לידה:

אבל מ"מ להסוברים דמחובר פסול בכסף קדושין וצריכים אנו לפרש משום דבעינן נתינה לידה יקשה טובא איך מועילים הקדושין במדין ערב ומדין עבד כנעני והלא אין כאן נתינה לידה מידו:

והאחרונים הקשו אמ"ד דטלי קדושיך מעל גבי קרקע פסול דבעינן בקדושין ונתן בידה מהא דמכשרינן כל הנאות בקדושין כגון שחוק לפני ורקוד לפני ושאר הנאות דמקודשת ע"י זה והא לא הוי נתינה מידו לידה ותירצו דזה מיקרי נתינה כמו שיתבאר עוד:

והנה במדין ערב יש פוסקים שסוברים שמקדשה לא בכל המנה כ"א בטובת הנאה שנותן על פיה, ולפי זה לא גרעי קדושין במדין ערב מקדושין ע"י שאר הנאות, כיון שגם כאן מקדשה בהנאת ערבות והוי כנתינה לידה. ועפ"ז היינו יכולים ליישב דהסוברים דמחובר פסול בקדושין יסברו כהסוברים דבערב מתקדשת בטובת הנאה שנהנית היא עצמה בנתינת הכסף שנותן על פיה. אבל במדין עבד כנעני לפי כל הדעות יקשה, שאף

שהיא קבלה כסף, אבל הוא לא ההנה אותה כלום, ובודאי לא נוכל לקרות שהיתה נתינה מידו. וכן יקשה לפי הסוברים דבמדין ערב מתקדשת בכל המנה, הא מיחסר נתינה מידו לידה:

ונראה לומר דהנה גבי נתינת גט מצינו בהזורק גבי ההוא שכיב מרע דאמר רבא דתיזול ותיחוד ותפתח ובקנין החצר תקנה הגט ותתגרש. והקשו שם בתוס' דהא בעינן ונתן בידה, ולא הוי כמו טלי גיטך מעל גבי קרקע דכיון שהגט בא מרשות הבעל לרשותה הוי כאילו נתנו לה ע"כ. חזינן מדברי התוס' שמידו לידה לא בעינן בפועל ממש, אלא שכיון שדרך נתינה הוא הוי כמו שנתן בידה, ורק אילו היתה היא עושה מעשה קנין בגט אז היתה היא הנוטלת והוי טגמג"ק, אבל כשלא עשתה מעשה קנין גט אף שקנתה את הגט בלא נתינה בפועל הוי כאילו נתן בידה כיון שדרך נתינה הוא. א"כ לפ"ז בכל ההנאות כמו שחוק לפני רקוד לפני וכן הנאת הוצאת ממון על פיה, כיון שבהנאות כך הוא דרך נתינתן והוי כאילו נתן לידה בפועל ממש:

והנה לפי הסוברים במדין ערב שמתקדשת בכל המנה יש להבין שאיך אנו יכולים ללמוד מדין ערב לקדושין שהלא בערב אין אנו צריכים לקבלת ממון כדי להתחייב אבל בקדושין שלא אמרה תורה להתקדש כי אם בכסף ושטר וביאה, איך מהני דין ערב שהרי לא קבלה ממון, ולהתקדש בלא כסף אינה יכולה, ואיך יכולים ללמוד דין קדושין מדין ערב, ובע"כ צריכים אנו לומר בשיטות אלו שדין ערב שחדשה תורה שמתחייב הערב, ושהערב מיחשב כאילו קבל את המנה בזה שנתמלא רצונו ומשתרש בהמנה על ידי קבלת הלוה. והילכך כיון שזה נחשב לקבלה ילפינן שפיר קדושין ג"כ שמתקדשת ע"י זה, וממילא לפי זה יתורץ ג"כ שזה נחשב ג"כ לנתינה בפועל כיון שמתקדשת ע"י זה שמיחשב כאילו קבלה את המנה במה שמשתרשת. וכן בעבד כנעני צריכים אנו לומר שהתורה חדשה שנתינת האחר נחשבת לנתינת העבד, דאם לא כן מה ראי' מעבד כנעני לקדושין, דשאני בעבד כנעני, דהתם לא בעינן כלל שיתן העבד, וגם אם הנותן הוא אחר שמשתחרר בזה אם כן איך נוכל לדמות לקדושין ששם צריך שיתן המקדש. ובע"כ שחדוש התורה בעבד כנעני שנתינת האחר נחשבת כנתינת העבד. ואין הגמרא יכולה לדחות הראי' מעבד כנעני ולחלק כפי שנ"ל, משום דלעולם לא מצינו בגדרי הקנינים שאחד יעשה קנין ולא יועיל לעצמו כ"א לאחר אם לא בגדר זכיי' ושליחות, ומזה יצא ההכרח לגמרא שהנותן נחשב כהעבד:

ועיין בתוס' רי"ד קדושין גבי התקדשי לי במנה וכו' סלע של שניהם מהו, שמפרש כפי' התוס' דהאיבעיא היא אי סמכה דעתה אף דאין הסלע רשותה לקנות. ומבאר שם

התוס' רי"ד דאף בשטר גירושין מהני כה"ג דסמכה דעתה הוי קבלה מעלייתא. ומכ"ש דבקידושין מטעם ערב נוכל לומר כן דהוי קבלה מעלייתא לפי הבאור שנתבאר. ולפי הצעת הדברים נראה דאף מ"ד דאין מקדשין קדושי כסף בקרקע משום מחובר היינו דוקא בהקנאת הקרקע אבל אם מניח לה להשתמש בקרקע ונותן לה ההשתמשות לא גרע משאר הנאות דמיקרי ונתן בידה דמ"ש הנאת שחוק לפני מהנאת השתמשות הקרקע ורק כשרוצה לקדשה בקנין הקרקע זה פסול משום מחובר. ולפי זה היה מקום ליישב מה שמקשה הרשב"א אשיטה זו דתניא בתוספתא דאין מקדשין בעיר הנדחת ודוקא משום דאסור הוא דאינה מקודשת אבל בשאר מחובר מקודשת דיש ליישב דשם איירי שקדשה בהשתמשות של עיר הנדחת דהוי כמו שאר הנאות דמהני משום דמיקרי שפיר ונתן בידה:

ג

ברש"י כתובות (ג' ע"א) הביא דעת רבותיו בפי' הסוגיא תינח דקדיש בכספא דקדושי דרבנן נינהו וכתב רש"י ע"ז וא"א לומר כן חדא דגז"ש היא קיחה קיחה משדה עפרון וכל הלמד מגז"ש כמו שכתוב מפורש הוא לכל דבר ועוד אי דרבנן נינהו האיך סוקלין על ידו ומביאין חולין לעזרה על שגגתן וסוף סוף כי קא משנינן שוויוהו רבנן לבעילתו בעילת זנות ע"כ צריך אתה לפרש כמו שפרשתי שהקדושין נעקרים מעיקרן ולא מכאן ולהבא ע"כ. והקושיות עצומות מאד:

ולכאורה שיטת רבותיו דרש"י היא שיטת הרמב"ם שסובר שכל הלמד באחת משלש עשרה מדות הנדרשות הוא נקרא מדברי סופרים, וכבר צווחו כל הראשונים ואחרונים ע"ז וכן מצאתי בס' דברי אמת שהשוה דעת רבותיו דרש"י ודעת הרמב"ם לדעה אחת. מיהו במרגניתא טבא כתב שאין דבריהם שוים, שהרי דברי הרמב"ם נתפרשו שמה שכתב מדברי סופרים, אין כונתו שהם מדרבנן אלא הם מדאורייתא ופירוש חכמים, אבל רבותיו של רש"י הלא כתבו בפי' שקדושי בכסף הם רק מדרבנן ומשו"ה יכולים הם להפקיע:

ומבלעדי קושיית רש"י לכאורה הלא אפשר להקשות עוד אחת, מהא דארוסה בת ישראל אוכלת מדאורייתא בתרומה משום דהוי קנין כספו, אלמא דמשום קנין כסף בלבד אוכלת בתרומה, ואי נימא דאין כסף מהני כ"א מדרבנן האיך מתירים אותה לאכול בתרומה, אלא ע"כ דמדאורייתא הוא דמהני וקושיא זו אלימתא יותר מקושיא דמקשה רש"י האיך סוקלים ע"י קדושי כסף, דע"ז כבר תירץ במרגניתא טבא, דלא מצינו דסוקלים ע"י קדושי כסף כ"א בסוגיא דקדושין דפריך דילמא עד דמקדש והדר בעיל ומשני א"כ נערה

המאורסה דבסקילה היכי משכחת לה פי' אם לא נימא דקדושי כסף מהני בלא ביאה, אלמא דכסף קונה לסקול, דמזה אין ראי' דזה לא נאמר בגמ' כ"א לפי הס"ד דלא ידע לחלק בין קדושי כסף לקדושי שטר, אבל לפי המסקנא דנחית לחלק דשאני שטר הואיל וגומר ומוציא גומר ומכניס, אפשר דאין סוקלין כ"א ע"י קדושי שטר ולא ע"י קדושי כסף, אבל קושיא זו דאמאי מאכיל בתרומה ע"י קנין כסף קושיא אלימתא היא:

ונראה דזה ודאי גם דעת רבותיו של רש"י דכסף קונה באשה מדאורייתא, אלא דאינהו סברי לחלק דאף דבקדושי שטר וביאה חלין קנין דאשה ודין איסור ביחד חלות בלתי נפרד אבל ע"י קנין כסף אינו חל מדאורייתא כ"א קנין בלבד ודין איסור אינו חל, דלא ילפינן משדה עפרון כ"א קנין כמו גבי שדה וכל דין איסור הנולד מקדושי כסף אין זה אלא מדרבנן. ונמצא מה שכתב רש"י בשם רבותיו דכסף לא מהני כ"א מדרבנן, אין זה כ"א לגבי דין איסור, אבל הקנין שחל ע"י קדושי כסף הוא מדאורייתא. והשתא לא מצי רש"י להקשות אדידהו מהא דאוכלת בתרומה, שאין זה ודאי כ"א מצד קנין בלבד, ה"נ אשה אוכלת בתרומה מצד דין קנין שחל ע"י קדושי כסף מדאורייתא, ולא קשה כלל אדידהו מאכילת תרומה:

ויש להתבונן בזה דמאי דילפינן קיחה קיחה משדה עפרון אם אין זה כ"א ילפותא בעלמא דקיחה איקרי נתינת כסף, אבל עצם הקנין לא ילפינן משדה שיהא באופן אחד ממש, או דילמא דמאי דילפינן משדה עפרון, היינו ילפינן כל הקנין ממש משדה, שהקנינים ופעולתם וחלותם אחד הוא בזה כמו זה. ונ"מ בזה דאם לא ילפינן רק פירוש הדברים, א"כ אפשר שחלות קניני אשה וחלות קניני שדה שני דברים הם, אבל אם נפרש שלמוד קנין דאשה מקנין דשדה, הוא דילפינן כמו שמהני בזה כך מהני בזה, ודאי דחלות אחת להם, וכמו שבשדה אין זה אלא קנין שלה כך הוא באשה ג"כ. והראשונים הקשו כיון דילפינן אשה משדה אמאי לא מהניא חזקה באשה כמו בשדה, והרשב"א תירץ בשם יש מתרצים דכיון שאין גופה קנוי לא שייכה בה חזקה ע"כ. ואם נפרש דכסף בקדושין דילפינן קיחה מקיחה, אין זה ממש ליתן בזה קנין של זה ונפרש שאין זה כ"א ילפותא שקיחה הכתובה כאן היא כסף, אבל עצם חלות הכסף אין זה ענין של קנין אלא ענין של איסור, ולא דמי בזה לשדה, ששם חלות הכסף הוא ענין של קנין, א"כ בחזקה נמי נימא הכי, דבשדה החזקה הוא ענין של חלות קנין ממוני, ובאשה נילף מגז"ש דקיחה היינו חזקה, אבל עצם הקנינים אינם מתדמים, דבשדה הוא ענין של קנין, ובאשה היא חלות של דיני איסור, ומדכתב הרשב"א דלא מהניא חזקה באשה, לפי ששם אין הקנין דומה לאלו של שדה ש"מ דאית לי' דע"י גזירה שוה ילפינן שיהא ממש הך קנין הנוהג בזה

נוהג גם בזה, וא"כ גבי כסף נמי דילפינן בגז"ש משדה עפרון, לא בא הכתוב להשמיענו מה זה נקרא קיחה, אלא ללמדנו הוא שקנין כסף הוא קנין ממש, ואין זה דין איסור:

וכן יש לעיין במאי דילפינן בקדושין דמהני מה שנתן לאחר על פיה מדין ערב וכן מאי דילפינן מדין עבד כנעני ומדין שניהם, מאי ענין ללמוד דין קדושין שהוא דין חלות איסור מדינים אלו שהם חלות של קנין, והיה במשמע שגם קדושין הוא ענין של קנין פשוט דיהבינן לה דין קנין דשדה וכל פרטי דין הקנין דשדה הם דיני הקנין דאשה, והלכך מהני בקדושין מדין ערב ע"כ:

ומכל זה יסברו רבותיו של רש"י דכל עיקר דין דאורייתא דקדושי כסף, אינו אלא דין קנין ודין איסור אינו אלא מדרבנן, ומדאורייתא ליכא דין איסור בקדושי כסף. ורש"י יסבור דדין איסור בקדושין בלתי נפרד מהקנין, וכיון שלימדה תורה שכסף קונה בקדושין ממילא חל גם דין איסור, כי א"א לזה בלא זה, וכמו גבי קדושי שטר וביאה:

ובדין חיוב סקילה בנערה המאורסה אם תלוי בכל קנין האישות יחד עם איסור, או שתלוי רק בדין קנין בלבד, שאם יהיו הקדושין באופן שאין בהם כ"א דין קנין בלבד בלא שום דיני איסור, אם יתחייב סקילה הבועלה, היה נראה ממה דאמרינן בסנהדרין (נ"ז ע"א) על הגזל גנב וגזל וכן יפת תואר וכן כיוצא בהן עכו"ם בעכו"ם ועכו"ם בישראל אסור ופי' רש"י על הגזל כך הן מצות בני נח גנב וגזל וכן יפת תואר דהוי נמי גזל שגוזלין את אשתו במלחמה וכן כיוצא בהן שאינן גזל ממש אלא דומין להם ע"כ ובתר הכי קאמר בגמ' כיוצא ביפת תואר מאי היא כי אתי רב דימי א"ר אלעזר א"ר חנינא בן נח שייחד שפחה לעבדו ובא עליה נהרג עליה ופי' רש"י נהרג עליה משום גזל ואע"פ שאין זו בעולת בעל דאישות אלא דזנות בעלמא כחמורו ובהמתו ע"כ:

והרמב"ם כתב בפ"ט מה' מלכים הלכה ח' בן נח שייחד שפחה לעבדו ובא עליה הרי זה נהרג עליה משום אשת חבירו ע"כ, וכתב ע"ז הרדב"ז ואיכא למידק דבגמרא משמע דמשום גזל נגעו בה ולא משום אשת חבירו דתניא וכו' ופירש"י וכו' משום גזל וכו' ע"כ:

ונראה דהרמב"ם ס"ל דמשום גזל לא נוכל לחייבו דהי' נראה דאינו חייב בבן נח אלא כשגוזל ממש שנוטל את החפץ של חבירו לעצמו, אבל שואל שלא מדעת שמשתמש בחפץ חבירו ואינו נוטלו מחבירו, דין זה לא נתחדש כי אם בישראל אבל לא בעכו"ם, ומשו"ה כשבא על אשת חבירו, אין זה כ"א נוטל להשתמש בחפץ חבירו, אבל אין זה נוטלו מחבירו, הלכך לא נוכל לחייבו מטעם גזל. ומה דמשמע בגמ' דחיובו משום גזל, היינו שזו היא מדה לדעת אם חייב משום אשת חבירו. שכיון שאילו היה נוטלה לגמרי היה חייב משום גזל, אלמא דהויא שלו, מיחייב נמי משום אשת חבירו, אבל אילו היה

נוטלה לגמרי לא היה חייב משום גזל, אף כשבא עליה אינו חייב משום אשת חבירו, שדין חיוב אשת חבירו נמדד בדין שלו, ובעכו"ם דביחוד בעלמא יש לו דין שלו מיחייב בזה משום אשת חבירו, ובישראל דאינו חייב משום גזל כ"א בקנין, מיחייב משום אשת איש ע"י קנין. זהו באורם של דברי הרמב"ם. ומזה חזינן דדין מיתה תלוי בדין שלו היינו בדין קנין. וזו היא דעת רבותיו דרש"י:

סימן מד - בדין עבדים

א

בהא דפסק הרי"ף בגוד או אגוד דדוקא כשאין יד התובע משגת לקנות אינו יכול לומר גוד או אגוד אבל לנתבע לא חיישינן אי לית לי' לנתבע וההיא דשני אחין לא מצי התובע דהיינו העני למימר איגוד הלכך לא מצי דחיק לעשיר לקנות אבל עשיר מצי למימר לעני גוד או איגוד אע"ג דל"ל לעני למיגד. עכ"ד. ובשעה"מ הקשה על פסק הרי"ף מהא דמקשה מחציו עבד וחציו בן חורין לפי פי' רש"י דנימא גוד או אגוד בלא דינא דיבטל, ומשני שאני התם דאגוד איכא גוד ליכא, אלמא דאע"ג דאין המניעה אלא מרבו דהוא הנתבע, נמי לא אמרינן בכי האי גוונא גוד או אגוד. ע"כ:

והרשב"א הקשה על מה שמפרש רש"י שקושיית הגמ' מחציו עבד וחציו בן חורין היא אמאי לא נימא שם גוד או אגוד, והקשה הא לא שייך התם גוד או אגוד כיון שאין העבד נותן לו דמים כ"א שטר אדמי, ואיך יכול לטעון לו אגוד נקיט מרגניתא ויהבינן לי' חספא, וגם התוס' הקשו כן, אלא שהרשב"א דחה מכח זה פירוש רש"י ומפרש שקושיית הגמ' הוא להביא ראי' דחלוקת ימים חלוקה היא דהא אי לאו סברא דיבטל הוו כו"ע מודו דעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד. ע"כ:

והנה עצם הדבר צריך באור במה נשתעבד החצי בן חורין לעבוד ביום של רבו וכי איזו זכות ומה זו תביעה יש לרבו עליו, שיוכל להכריחו להשתעבד בו יום אחד, והלא ודאי פשוט בסברא שהחצי בן חורין יכול למחות בו, ואינו מחוייב לעשות לו שום דבר שעבוד, ואיזה דין הוא המחייבו לעבוד את רבו יום אחד, ויש לדון בזה משום שני דברים, או דנימא דתקנת חכמים היא שיעבוד את רבו אע"פ שאינו מחוייב מצד הדין, חייבוהו חכמים מצד תקון העולם, ואלים כח ב"ד מדין הפקר ב"ד, דשייך אף במקום שאין שם הפקר חפץ או קנין חפץ, אלא אף במקום שכל עיקר הדבר הוא חיוב דרמי' אקרקפתא דגברא כגון התחייבות ושעבוד הגוף, ג"כ ישנו לדין הפקר ב"ד כמו דאשכחינן שאמרו דאלמוהו רבנן לשעבודא דאשה, והאיך אלמוהו רבנן באיזה כח, ועל כרחנו עלינו לאמר שהפירוש הוא מדין הפקר ב"ד הפקר, אף שאין לאשה על הבעל כ"א התחייבות משעבוד

הגוף שגופו משועבד לה, אלמא דאף בכי האי גוונא שייך הפקר ב"ד, וא"כ ה"נ נוכל לומר דמה שעובד את רבו יום אחד הוא מדין הפקר ב"ד. ויש עוד לומר באופן אחר דעצם החיוב אינו מתקנת חכמים, אלא מצד הדין שכיון שעובד ביום של עצמו גם בחלקו של רבו, אם כן הלא מתחייב לשלם לרבו עבור שכר מלאכה שעבד עם חלק רבו, ובשביל זה נתחייב גופו ונשתעבד גם חלק הבן חורין לעבוד ביום של רבו. ומכל מקום עדיין יכול היה לשלם חוב זה בענינים אחרים, אפשר שזה היתה תקנת חכמים שישלם לו במלאכת רבו שיעבוד ביומו אבל עיקר החיוב לפי פירוש זה אינו מתקנת חכמים, ורק אופן התשלומין זה היה מתקנת חכמים. ויוצא לנו משני פירושים אלו שמצד הדין אין לרבו בחלק החצי בן חורין שום דין טענה ותביעה, ואלמלא תקנת החכמים היה העבד יכול לומר לרבו אין לי שום עסק ודו"ד אתך ואיני מחויב ולא משועבד לך. וצ"ל שמה שאמרו בש"א תקנתם את רבו ואת עצמו לא תקנתם, הכונה לומר שכל עיקר של התקנה היא רק לתקן את רבו, כי העבד אינו צריך תקון כלל, שבלא"ה הוא מוחזק בעצמו ואין שום אדם יכול להוציא ממנו, ואינו מחויב ולא משועבד לעבוד בעד חבירו כלום:

והנה אם נסבור דעבדים כמקרקע דמי ואינם נגזלין, ודאי דחייב על שכר מלאכה מה שעובד ביומו דידי' בעבד דרבו. מיהו צ"ע לפי דעת הרי"ף דסובר דעבדי כמטלטלי דמי, ובכל מטלטלין כיון שנגזלין, הלא פטור על שכר מלאכה. מיהו כבר הקשו המפרשים כולם על הרי"ף שפוסק דעבדא כמטלטלי דמי ופוסק דתוקף עבדו של חבירו ועושה בו מלאכה, אם בשעת מלאכה שמבטלו ממלאכת רבו חייב, ושני הפסקים הם תרתי דסתרי:

והנה נראה ליישב עפ"י דברי השלטי גבורים שרצה לחלק אי נחית אדעתא דגזלנותא אי לא נחית אדעתא דגזלנותא כמו גבי ספינה. וכבר שקלו וטרו האחרונים בדבריו, דהא בספינה דחייב היינו אי נחית אדעתא דאגרא ובזה הא ליכא מאן דפליג דחייב, וצ"ע דאף שלא בשעת מלאכה היה צריך להתחייב, ונראה כדברי הש"ג אך באופן אחר קצת. דהנה גזלנותא אפשר בשני פנים, הא' כשגוזל כל הגוף, ונוטל את החפץ לגמרי, ואפשר נמי באופן שני, שלא בא ליטול רק את ההשתמשות של החפץ, ואת גוף החפץ אינו רוצה לגזול מיהו בכל החפצים הנגזלים כיון שנוטל שלא מדעת ומוציא את החפץ מרשות בעלים, נעשה ממילא גזלן על כל החפץ, וממילא נפטר גם משכר מלאכה, אבל גבי עבדים שיד עבד כיד רבו ורשות העבד כרשות האדון, אם אינו רוצה לגזול רק את ההשתמשות נמצא שגוף העבד לא נגזל כלל ולא הוציאו אותו כלל מרשות האדון, שהרי העבד עדיין מוחזק בעצמו הוא וברשות עצמו הוא עומד, וכיון שרשות העבד כרשות

האדון, נמצא שעדיין ברשות רבו הוא עומד, ולא גזל הגזלן רק את ההשתמשות, שהרי הגוף מושב ועומד ליד הבעלים תמיד, והלכך חייב לשלם שכר ההשתמשות, כי זהו מה שגזל, ואת גוף העבד לא קנה כלל קניני גזלה. ומאי דאמרינן שאם גזל עבדים והזקינו אינו אומר לו הרי שלך לפניך, היינו כשגזל וכוון לגזול את כל גוף העבד, שאז נעשה גזלן על כל העבד, וקנהו קניני גזלה ונתחייב לשלם כעין שגזל:

נמצא לפי פירוש זה, שאם לא כוון ליטול רק את ההשתמשות גבי עבד חייב לשלם שכר ההשתמשות, ואם כן בנדון דידן, שהחצי בן חורין לא רצה לגזול את החצי עבד, כי אם ליטול את ההשתמשות, ודאי דחייב לשלם לרבו שכר ההשתמשות דיומו. ועוד יותר נראה דאף אם יכוין החצי בן חורין לגזול את החצי עבד, מ"מ לא נעשה גזלן עליו, דלא שייך כלל כאן מעשה גזילה, דבמה גוזלו, דלא נוכל לומר שהחצי בן חורין מחזיק בחצי עבד, ולא נוכל לומר גם להיפך שהחצי עבד מחזיק בחצי בן חורין כיון שגוף אחד הם. ואפשר עוד דלא שייך כלל לומר שיקנה החצי בן חורין את החצי עבד. ואף אם ירצה האדון של החצי עבד למכור לו גם כן לא תהא האפשריות לו לקנות, שאין זה בגדר דבר הנקנה, כיון שגוף אחד הם, וגרע ממה שעבד יכול לקנות את עצמו בדרך קנין שלא בדרך שחרור כמבואר בגיטין, דשם עדיף, כיון שסוף כל סוף קונה את עצמו ונעשה שליט על עצמו, אבל כאן אי אפשר לנו לומר שזה החצי נעשה אדון על זה החצי:

ויוצא לנו מזה. דאליבא דכו"ע חייב העבד לשלם שכר מלאכה שעובד ביומו, ומפני זה הוא שעובד את רבו יום אחד, מחמת שעבודו לשלם את השכר מלאכה שעבד ביומו. ועכשיו מתורצת שפיר קושיית השעה"מ שבעצם הדבר אין העבד תובע כלל, אי לאו הטעם דיבטל משום פ"ו, שהרי מצד טעם המלאכה אין האדון יכול לכופו לעבוד, שהרי החצי בן חורין מונעו, שהוא אינו משועבד כלום. ונמצא שכאן בחצי עבד וחצי בן חורין אין העבד חשוב התובע, כי אם האדון הוא התובע, שאין לו כלום עכשיו, ורוצה לזכות בחלקו, והאדון הוא שאינו יכול לומר אגוד, ומשו"ה אין כאן דין גוד או אגוד, ואף שהגמ' קאמר אגוד איכא גוד ליכא, אין זה אלא לפי מאי דאמרינן שעכשיו יבטל והלא לא נברא העולם אלא לפ"ו, בזה הוא העבד התובע, והילכך קאמר בהך לישנא, אבל באמת בטענת מלאכה שזו היא טענת גוד או אגוד האדון הוא התובע:

וממילא מסולקת קושיית הראשונים מאי אגוד איכא כאן, שהרי העבד אינו נותן אלא השטר ונקיט מרגניתא ויהיב לי' חספא, דלפי מאי דפירשנו שכאן האדון הוא התובע לא שייך לומר נקיט מרגניתא ויהיב לי' חספא, דהא חזינן דמ"מ האדון תובע, אלמא

דחשוב לו הך שטר. ורק אם נפרש שהעבד הוא התובע אפשר להקשות מאי טענה היא זו, כיון שאינו נותן לו דמים, אבל לפי מה שנתפרש שהאדון הוא התובע, לא קשה:

והנה הרשב"א פירש קושיית הגמ' להביא ראי' מחצי עבד וחצי בן חורין דאמרינן דעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד, אלמא דחלוקת הימים חלוקה מיחשבא, וכיון שזו מיחשבא חלוקה, עדיפא הך חלוקה מגוד או אגוד ע"כ. ולפי מה שפירשנו דבעבד מה שעובד את רבו יום אחד, הוא מטעם שביום של עצמו אין רבו יכול לכופו, שהרי אין החצי בן חורין משועבד לו, ואחר כך ביום של רבו מתחייב לשלם בעד שכר מלאכה שעבד ביום של עצמו עם החצי עבד, ואם כן לפי זה, אין מכאן ראיה לחלוקת הימים של שאר חפצים, דלא שייך שם הך סברא, ומוכח מזה דהרשב"א מפרש דמאי דעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד, אין זה מטעם חיוב שכר מלאכה, אלא מטעם תקנת חלוקת נכסים בלבד, והלכך מפרש שפיר להביא ראיה מחצי עבד לשאר חפצים, ולפי שיטתו הקשה שפיר מנותן שטר על חצי דמיו, מה שייך גוד או אגוד:

ב

בקצוה"ח (סי' קע"א ס"ק א') חקר לפי משנה ראשונה דעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד אי הוי ביום של רבו קנין הגוף לרבו כמו בשני שותפין שכתב הר"ן ריש פ"ה דנדרים דכשהוא משתמש יש לו קנין הגוף והוי כמו נכסי לך ואחריך לפלוני, או שאין לו ביום של רבו ג"כ כ"א שעבוד בלבד בעבד. והעלה דכיון דאמרינן בגיטין אלא מעתה ביום של רבו ישא שפחה ביום של עצמו ישא בת חורין ומשני איסורא לא קאמרינן אלמא דביום של רבו ג"כ הוי חציו בן חורין וע"כ אין לרבו בו כ"א שעבוד, ושוב הקשה אמאי לא נחלק באמת את האיסור כיון דבשותפין אמרינן דיש ברירה כה"ג, ליתי' דמשום דאי נימא דביום שלו הוי בן חורין גמור א"כ אין משוחרר חוזר ומשתעבד כדאיתא בירושלמי להך כולא והובא בתוס' פרק השולח מ' דשחרור הוי קנין הגוף וכיון דחייל שעה אחת תו לא פקע. והלכך ע"כ לעולם אית בי' צד חרות וצד עבדות וא"כ הא דמשתמש הרב עם צד חרות ע"כ אינו אלא משום שעבוד. ע"כ:

ובהתבונן בדבריו הוה נראה לומר דלא שייך כאן סברת דאין משוחרר חוזר ומשתעבד, דזה נראה פשוט דמאי דאמרינן דבחצר השותפין, בשעה שהוא משתמש הוי שלו לגמרי ואין לחבירו בחצר כלום, וכשחבירו משתמש הוי של חבירו לגמרי ואין לו כלום בזה, ודאי אי בשעה זו הוי שלו לגמרי, במה זוכה בה חבירו לאח"כ, וכן בכל נכסי לך ואחריך לפלוני, דנימא דבשעה זו אין לו בה כלום, איך זוכה הוא לאחר שעה, ובע"כ צריכים אנחנו לומר שאף בשעה שהיא שלו לגמרי מ"מ נשאר לחבירו בחפץ זכות לזכות בו

אחר כן, ומה שזוכה אח"כ בחפץ בהשתמשו בו, אין זה בא כ"א מהתפשטות כח זה שהיה לו בו מתחילה. וא"כ בעבד נמי אף אם נימא דביום של עצמו לעצמו והוי בן חורין גמור, מ"מ עדיין נשאר לרבו זכות בו אף ביום שהוא בן חורין, זכות לזכות, שעל ידו יזכה בו ביום שהוא של רבו. ונמצא לפי זה שמה שמשתעבד ביום של רבו אינו שעבוד חדש לגמרי, אלא שעדיין לא נשתחרר לגמרי, ואותה הזכות היא שמתפשטת, ואין זה בכלל מה שאמרו שאין משוחרר חוזר ומשתעבד, שהרי עדיין לא נשתחרר לגמרי כולו. וראיה מוכרחת לדבר זה, שהרי הירושלמי בעצמו סבירא לי' דאמרינן דביום של רבו ישא שפחה וביום של עצמו ישא בת חורין, והא הירושלמי עצמו ס"ל דאין משוחרר חוזר ומשתעבד, אלא דאין זה בכלל נשתחרר:

ועוד נראה, דהנה לשמואל דסבר דהמפקיר עבדו יצא לחרות ויליף מהא דכתיב עבד איש, דעבד שרשות רבו עליו קרוי עבד ושאין רשות רבו עליו אינו קרוי עבד, יש לומר מצד הסברא. דאף אם יום אחד אין רשות רבו עליו, ג"כ מיקרי אין רשות רבו עליו, וא"כ איך יהיה אח"כ ביום של רבו לרבו, כיון דהיום כשהיה לעצמו, לא היה לרבו עליו שום זכות להשתעבד בו, ויש עליו לצאת לחרות ככל עבד שאין לרבו רשות עליו, אלא ע"כ דאף ביום שהוא של עצמו, עדיין נשאר לרבו זכות להשתעבד בו, וזה נקרא רשות רבו עליו, וא"כ הכא נמי אף אם דביום של רבו ישא שפחה וביום של עצמו ישא בת חורין, מ"מ אף ביום של עצמו עדיין נשאר לרבו קצת זכות בו ואין זה בכלל מה שאמרו דאין משוחרר חוזר ומשתעבד. ולא נאמר כלל זה דאין משוחרר חוזר ומשתעבד אלא בשחרור מפקיע מידי שעבוד, ששעבוד אע"פ שזה הוא ג"כ זכות שנשאר לו, מ"מ אין זו זכות המתפשטת מעצמה וממילא, ואין זאת כ"א זכות גוביינא דהיינו שע"י הגוביינא תעשה שלו, אבל אין זו זכות עצמית, זה הוי כמו שעכשיו יצא לגמרי מרשות מי שהוא, אבל כשנשארה לו זכות המתפשטת מעצמה להיות שלו למחר, בזה ודאי שעכשיו ג"כ אינו משוחרר, שהרי נשארה עדיין זכות ביד רבו:

וטעם הדבר מפני מה לא נאמר דביום של רבו ישא שפחה וביום של עצמו ישא בת חורין מטעם אחר, דמאי דביום של עצמו לא ישא בת חורין הלא פשוט הוא עכשיו, כיון שאף ביום של עצמו עדיין נשארה הזכות בו להיות שלו למחר, א"כ עדיין אינו משוחרר לגמרי ולא הותר בבת חורין כ"א בן חורין גמור, וכיון שביום של עצמו עדיין נשארה עבדות, הילכך אף ביום של רבו נשארה בו חרות, חדא דגם כאן צריך שתשאר בו זכות שע"י זה יהיה ביום של מחר לעצמו, ועוד שאם נאמר שביום של רבו אין לעצמו שום זכות, אם כן אין החלוקה שוה, דביום של עצמו נשארה לרבו זכות בו, וביום של רבו

לא נשארה זכות לעצמו, ונמצא לפ"ז דמאי דאמרינן דאין האיסור מתחלק, אין זה מטעם דאינו חוזר ומשתעבד, אלא מטעם דלעולם לא נשתחרר עדיין לגמרי, שעדיין נשארה בו תמיד זכות עבדות, וזה היפך מסברת קצוה"ח:

ולפי זה צריך לומר דמאי דסבירא לי' להירושלמי דביום של עצמו ישא בת חורין, אף דעדיין לא נשתחרר לגמרי, משום דסבר הירושלמי דמאי דעבד אסור בבת חורין אין זה משום דאין לו קדושת ישראל גמור, דאילו הוי סבר דהיתר בבת חורין תלוי בקדושת ישראל גמור, אף ביום של עצמו היה אסור בבת חורין, הרי כיון שאף ביום של עצמו עדיין יש לו לרבו זכות לזכות, הרי עדיין לא נשתחרר לגמרי ועדיין אין לו קדושת ישראל גמור, אלא סבירא לי' להירושלמי, דאיסור והיתר בבת חורין תלוי בעיקרו אם יש לרבו עדיין קנין איסור גמור, וכיון שביום של עצמו הלא פקע הקנין ממון ביחד עם הקנין איסור, ולא נשארה בו כ"א זכות לזכות, אין זה מיקרי קנין איסור, והלכך הותר בבת חורין, שמה שנשארה בו זכות לזכות אין זה כ"א נותן לו דין שלא והא מיקרי משוחרר גמור להיות ישראל גמור, שיחול עליו דין שלא יהא חוזר ומשתעבד, אבל אין זה נותן דין שיהא נקרא שיש לו עדיין קנין איסור, והלכך מותר בבת חורין, שדין זה תלוי בקנין איסור. וגמרא דידן סובר שדין היתר בבת חורין תלוי בקדושת ישראל, וכיון שעדיין אין עליו דין משוחרר גמור, ואין עליו דין קדושת ישראל בכולו, הלכך אסור בבת חורין, וכמו כן אסור בשפחה מפני שיש עליו במקצת דין ישראל, דלגבי דין קדושה יש לו שני הדינים ביחד דין עבד בחציו ודין בן חורין בחציו:

והדברים מראים כסברא הלזו, דהא התוס' דסברי דעבד בבת חורין ובן חורין בשפחה אסורים מדאורייתא מטעם לא יהיה קדש סברי ביבמות בסוף פ"ק דעכו"ם בבת ישראל או ישראל בנכרית בצנעא אין זה רק מדרבנן דב"ד של שם גזרו עליו. ואי נימא דאיסור עבד בבת ישראל ואיפכא הוא מטעם דחסר להם קדושת ישראל א"כ כ"ש עכו"ם דחסר לו קדושת ישראל, דהא עבד יש לו קצת דיני ישראל ואחיו הוא במצות, ואיך נאמר דעכו"ם מותר בישראל מדאורייתא ועבד אסור, אלא ע"כ צ"ל דטעם איסור העבד הוא מטעם דין עבדות ולא מטעם חסרון קדושה, ואם אין העבדות עליו מותר הוא בישראל, וצ"ע בדעת גמרא דידן, מ"ט חמור עבד מעכו"ם, דודאי עבד קדוש יותר:

ג

הרמב"ם פסק דעבד עברי הנמכר לגר צדק אינו עובד לא את הבן ולא את הבת, דדינו שוה בזה לע"ע הנמכר לנכרי. וכתבו הטעם בזה מפני שכתוב באותו מקרא עצמו דנמכר

לנכרי, גם דינו של נמכר לגר צדק, והילכך דין אחד להם. אלא שתמהו דא"כ גם בדין גאולת קרובים ישתוו דיניהם, ומאי שנא דבזה משווינן להו, ובזה מחלקינן בינייהו:

והיה נראה לחלק דדין מה שנמכר לנכרי אינו עובד את הבן, הוא דין בעבדות של נכרי, כי דין עבדות כזו, יש לה דין וכח רק לעבוד את הלוקח עצמו, וכיון שהוא דין בעבדות, גם לנמכר לגר צדק שנכתב גם כן באותו פסוק עצמו, משתוה דינו לדינו דמכר לנכרי הילכך גם הוא אינו עובד את הבן. אבל מה דנמכר לנכרי יוצא לחירות ע"י גאולת קרובים, אין זה דין במין עבדות זו, שנגאלת בקרובים, אלא דין זה מסתעף מדיני נכרי, שכמו שהפקעת הלואתו מותרת, וכמו למ"ד גזילו מותרת, כמו כן הכי נמי עבדו דנכרי יוצא לחירות ונגאל ע"י קרובים ורחוקים, שהרי החפץ של נכרי, לפיכך יש לגאול אותו, אבל כשנמכר לגר צדק, אין לו להשתוות בדין זה לנמכר לנכרי, ואינו נגאל ע"י קרובים ורחוקים, שהלא ישראל גמור וכשר הוא:

ומה דעביד בגמ' קל וחומר מגאולת קרובים, שיצא גם בשש, דמשמע דשניהם מדין אחד דיציאה דעבדות הם מסתעפים, נראה דכיון דלעכו"ם הוקלש כחו, שיוכל לגאול בקרובים מחמת דינו דנכרי הקונה ממילא גם דין העבדות הוקלש, כיון דאין כח להקונה להיות אדון גמור לו להעבד, הילכך עביד שפיר ק"ו להרבות ביציאות, ולפ"ז אולי אפשר ליישב קושיית תוס' שהקשו, ליעביד ק"ו דשיצא ע"ע הנמכר לישראל, ע"י גאולת קרובים מק"ו מנמכר לעכו"ם דאינו יוצא בשש ונגאל בקרובים, כ"ש נמכר לישראל שנגאל בשש, אינו דין שיגאל ע"י קרובים, ולפי האמור, אין לדון כן, שנמכר לעכו"ם שנגאל בקרובים, אין זה מטעם דין עבדותו, כ"א מטעם דיני הנכרי, ואיך נדון בזה על נמכר לישראל. וכנראה שהתוס' ס"ל שגאולת קרובים ג"כ דין מדיני עבדות:

ובמאי דס"ל לרבא (בב"ק קי"ג) דע"ע הנמכר לעכו"ם גופו קנוי קשה טובא והקשה כן בש"מ וז"ל הקשה ר' מאיר והא אמרינן בהשולח דעכו"ם לא קני לישראל לגופו אלא למעשה ידיו ותירץ דה"מ לענין דלא בעי מיניה גט שחרור דאפילו ע"ע הנמכר לישראל אין גופו קנוי לו ממש למציאותיו וילדותיו שילדה לו אשתו הישראלית ולא בעי גט שחרור והא דאמר גופו קנוי לענין דלא חשוב כאילו הוא משכון בידו בשביל מעותיו דלא ניבעי שטרא מיני' קודם שש ויובל, אלא נימא ליה באפי תרי זיל מיהו לעולם לא קני לי' אלא למעשה ידיו. ע"כ לשון הרא"ש ז"ל. והנה מה שכתב דלא בעי גט שחרור, היינו עם דיני לשמה ופסול מחובר, אבל שטר מיהא בעי כדאיתא בגמ', ועיקר דבריו צריכים באור, דאף לפי מה שכתב הוא, עכ"פ הלא קנין בגוף אית ליה לעבד, וזה הלא אין לו לנכרי בישראל, ומה באורו דקנין גוף זה דאית לו לנכרי בישראל. ונראה בכוונת

הדברים, דאילו ס"ל דאין גופו דע"ע קנוי, אין כל חוב עבודתו כי אם כחוב ממון שיש עליו משכון גופו, ואין גופו כ"א כמשכון בלבד על הדמים. אבל אי ס"ל דגופו קנוי, היינו כמי שכבר גבה את החוב, והוי העבד נגבה להחזיק על ידו את החוב ממון, והוי כחוב לאחר גוביינא, ונ"מ דשוב אין יכול למחול לו ולומר באפי בי תרי זיל, כיון שכבר נגבה החוב בפעולת העבד, והוי כחפץ בעין, וזהו הזכות שיש לו בהעבד לאסוף על ידו דמי חובת עבודתו, ואין זה קנין בגופו שהגוף שלו ממש, אלא שקנוי לו כמשכנתא דקרקע בנכייתא, קנין לגבות חובו. וזהו קנין גדול יותר ממשכון מטלטלין, שבמשכון מטלטלין העיקר הוא החוב, אלא שיש לו זכות גם לגבות, אבל במשכנתא דקרקע, וכן בע"ע נמכר לעכו"ם, העיקר אצלו החפץ שגבוהו:

ולפ"ז נראה דבע"ע הנמכר לישראל, שגם אצלו הפירוש ודין דגופו קנוי היינו, שהוא כבר לאחר הגוביינא, אבל דין הגוביינא הוא חזק וגדול יותר אצל נמכר לישראל, שכיון שישראל יכול לזכות יותר בהעבד, הגוביינא אצלו חזקה היא, וזוכה ממש בגוף העבד והוי כשלו לגבי דינים אלו, שהוא יכול לזכות בו, אבל גבי נמכר לעכו"ם, שאין לו לעכו"ם לזכות באיש ישראל, אין זה כ"א כגדר משכנתא, שיש לו לזכות לאסוף מעות, חובת עבודתו על ידו, ומ"מ אינו יכול למחול שגם זה קנין בגוף. ולפי זה אין לדמות נמכר לישראל לנמכר לעכו"ם, להיות דיניהם שוים, ואם כן גם בנמכר לגר צדק, כיון שהגר צדק יש לו כל דיני ישראל, ויכול לזכות זכייה גמורה באיש ישראל, ודאי קנין שיש לו בע"ע הנמכר לו, ודאי שהוא קנין גמור, וקנין הגוף ממש, ודאי שכל דיניו כדיני ע"ע הנמכר לישראל גמור, ורק בדין דאינו עובד את הבן, שאין זה חסרון מצד קלישותו דקנין עכו"ם, אלא גזירת הכתוב הוא, הושוו מצד הכתוב עכו"ם וגר:

ויש לשאול כיון דאמרינן דאין גופו קנוי ממש, אלא קנוי רק למעשה ידיו, א"כ לא הוי יותר קנין גדול משכירות קרקע, וכיון דקיי"ל דאין שכירות קרקע נקנה בחליפין כמו שכתבו התוס' בב"מ פ"ק (י"א ע"ב) וכן בקדושין (לקמן כ"ז), ואם כן למה לי קרא דמכסף מקנתו לומר דבכסף הוא נקנה ואינו נקנה בתבואה וכלים, הנאמר גבי נמכר לעכו"ם, בלאו הכי נמי לא עדיף משכירות קרקע דאין נקנה בחליפין:

והיה נראה לומר דקנין חליפין אם היה מהני בעבד עברי הנמכר לעכו"ם לא הוה מהני מצד דין חליפין בקנינים, כי אם מצד דין חליפין בהתחייבות, שעבד עברי הנמכר לעכו"ם, עיקרו התחייבות העבודה היא, ועל זה יש לו עוד דין גוביינא, ועל עיקר דין ההתחייבות, על זה בא מעשה החליפין וחל הקנין לעשות ההתחייבות עם דין גוביינא, אבל לא מצד דין קנין, שעל זה לא מהני קנין חליפין, דלא עדיף משכירות קרקע, דאין

נקנה בחליפין. ועם זה יש מקום ליישב מה שהקשו תוס' (בדף ג'), דאי נימא דאין קנין חליפין בעכו"ם, למה לנו קרא דמכסף מקנתו למעט דאין ע"ע הנמכר לעכו"ם נקנה בחליפין תיפוק ליה דכל הדברים נמי אינם נקנים בחליפין בעכו"ם. והנה זה פשוט דמה דאמרינן דאין קנין חליפין בעכו"ם היינו דאין עכו"ם קונה ולא מקנה בחליפין, דבמקום דהעכו"ם צריך לפעול החלות אינו יכול לפעול ע"י חליפין, אבל בהתחייבות שישראל מחייב עצמו לגבי עכו"ם, יכול לפעול ע"י חליפין, מפני שבהתחייבות עושה המתחייב את כל חלות הדברים, ואין העכו"ם שמתחייבים לו, משתתף כלל בהחלות, ואין זה דומה לקנין ששם גם הקונה וגם המקנה שניהם משתתפים בחלות הדבר, ובמעשה הקנין אין שום גריעותא בעכו"ם וגם עכו"ם יכול להשתתף במעשה קנין חליפין, ועיקר הגריעותא היא בחלות הדברים, וכיון שבהתחייבות אין העכו"ם שמתחייבים לו משתתף, שפיר מהני חליפין, ובע"ע הנמכר לעכו"ם הלא בעיקרו אין זה כי אם דין התחייבות הילכך צריך קרא דמכסף מקנתו למעוטי חליפין:

ובעיקר היה נראה ליישב קושיית הש"מ אהא דאמרינן דע"ע גופו קנוי מהא דקיי"ל דאין עכו"ם קונה ישראל לגופו, משום דיש להתבונן, אם זה חסרון בעצם כח שיש לעכו"ם, שא"א להיות ישראל קנוי לו, או שאין זה כ"א חסרון במעשה הקנין ומעשה הזכייה, שאין לעכו"ם קנין שעל ידו יזכה בגופו של ישראל, והנה מהא דחזינן בסוגיית הגמ' גיטין שעל ידי כבוש מלחמה זוכה עכו"ם בישראל ש"מ דאין החסרון כ"א במעשה הזכיה אבל אם יצוייר לנו שיזכה העכו"ם בישראל בלא שום מעשה קנין ודאי שיוכל כח העכו"ם לתפוס בו:

ואין לומר הטעם דע"י כבוש מלחמה יוצא הדבר מרשות ישראל לגמרי, וממילא יכול העכו"ם לזכות בזה, מפני שאין הדבר כבר של ישראל, ואין זה נקרא שהם קונים מכם, דליכא למימר הכי, דהתינח נכסים של ישראל שאפשר לומר כן, אבל הלא חזינן דגופו של ישראל נמי קונים ע"י כבוש מלחמה כדכתיב וישב ממנו שבי, וגופו של ישראל אינו יוצא מרשותו לעולם. אלא ע"כ דעיקר הטעם משום דאין מעשה קנין לעכו"ם לזכות בשל ישראל, אבל כבוש מלחמה אינו בגדר מעשה קנין, אלא משורש אחר ומדין אחר הוא דמהני והילכך מהני אף בשל ישראל, דמצד דיני שלו דעכו"ם יכולים להתפשט ולתפוס אף בשל ישראל. ונראה דקנינו דע"ע נמי, הקונה ע"ע אינו עושה קנין לקנות את הגוף, אלא שזה הוא קנין שהתורה מקנה לו, שכיון שהעבד נמכר לו לעבודה, והקונה עשה את מעשה הקנין לקנותו לפעולת השנים, באה התורה והקנתה לו על התנאים והדינים הללו שכתבה. נמצא שאין קנין הגוף של העבד בא בדרך מעשה הקנין, שנאמר שאין

לעכו"ם דין וכח למעשה קנין בישראל. והא דמשמע בסוגיא דגיטין (ל"ח) דקנין עכו"ם בישראל אינו אלא למעשה ידיו דאמר שם יכול לא יקנו זה את זה למעשה ידיו אמרת קל וחומר נכרי ישראל קונה נכרי בנכרי לא כל שכן וכתב שם רש"י נכרי ישראל קונה למעשה ידיו שנאמר וכי תשיג יד גר וגו' או לעקר משפחת גר. ע"כ. וא"כ נראה דקנינו דעכו"ם בישראל אינו אלא למעשה ידיו, יש לומר דמעשה קנין עכו"ם בישראל אינו אלא על עבודת השנים ופעולתם, ומזה נראה דעכו"ם קני ליה לישראל למעשה ידיו, ומה שהתורה הקנתה לו גם גופו, מזה הלא לא נוכל ללמוד כלום לנכרי בנכרי:

ד

בסוגיית הגמ' דלו ולא למוכר עצמו ור"א דריש לו ולא לבעל חובו ות"ק בעלמא נמי לא סבירא לן כר' נתן וכתבו התוס' בתי' של רבינו נתנאל דאף אי ס"ל כר"נ מ"מ דריש ת"ק לו ולא למוכר עצמו משום דבעלמא בשכירות לא ס"ל כר' נתן משום דטרח בגופו. ע"כ. והרמב"ם פסק ג"כ כר"נ וס"ל לו ולא למוכר עצמו, וכתב הש"ך דעל הרמב"ם ליכא לתרוצי הכי כרבינו נתנאל, דבשום מקום לא כתב הרמב"ם דבשכירות ליכא שעבודא דרבי נתן. ולכן תירץ הש"ך דהרמב"ם יפרש דבעלמא בצדקה לא ס"ל כר"נ, והענקה נמי צדקה היא, וכן כתב הרמב"ם דמי שהיו נושים בו מעות פטור מלשלם ממעות צדקה. ע"כ דעת הש"ך. והנה בצדקה חזינן דלא בלבד דאין הבעל חוב גובה ממעות צדקה עד שלא הגיעו מעות ליד העני, אלא אף לאחר שהגיעו המעות ליד העני שכבר נעשו מעות שלו ג"כ אינו גובה הבעל חוב מהם, וטעמא בעי, כיון שהגיעו מעות כבר לידו, מ"ש משאר מעות:

ונראה פשוט דלרבינו נתנאל הטעם דלא גבי בע"ח משכירות, הוא משום חיוב השכירות, ולדוגמא כמו שכתב ר"ת דכל הבעלי חובות יכולים להגבות להם שוה כסף לבר מפועל, משום שבשביל מעות טרח צריכים להגבות לו מעות, וכמו כן מפני הטעם שטרח בגופו, החיוב על השוכר את הפועל יותר גדול, עד שאינו נפטר מחיובו, עד שימסור המעות לידו, ואינו דומה לשאר חובות, ששם הדין רק לשלם לו, ואם בע"ח גובה המעות, ג"כ נשתלם החוב. וזו היא סברת רבינו נתנאל שבשכירות ליכא שעבודא דר"נ, אבל לאחר שהגיעו המעות ליד השכיר, בע"ח גובה מהן, דרק מחמת גודל שעבוד הבעלים לשכיר, לא היה בעל חוב יכול לגבות משכיר הפעולה:

אבל לטעם שאמרו דבצדקה ליכא שעבודא דר"נ, יש להבין איזו סברא יש לחלק ולומר שבצדקה ליכא שעבודא דר"נ, ונראה שזה מסתעף מדין דמסדרין לבעל חוב, דכי היכי דליכא לגבות מאיצטליתו היחידה, ומניחין לו מטה ושולחן, כמו כן יש לנו דין דמסדרין

לו ואין מגבין לבע"ח ממעות הניתנות לו מחמת צדקה לצרכי עניותו, וכיון שמחמת עניותו הגיעו המעות לידו להחזיק בו, מסדרין לו שלא ליקח מעות אלו שזיכתה לו התורה, והילכך אף אחר שכבר הגיעו המעות לידו ג"כ אין גובין ממנו. ויש לדון עכשיו דלא שייך דין זה אלא בצדקה, לעני שאין לו מאתים זוז, שכל אדם מחוייבים בדין צדקה, והמעות נחשבים לצדקה אצל הכל, אבל מעות הענקה, אף שנפרש שחיוב האדם להעניק לו הוא מדין צדקה, אבל הלא אין חיוב זה מוטל כי אם על האדון, אבל לגבי כולי עלמא אין עבד זה נחשב לעני, שאפשר שיש לו יותר ממאתים זוז, וכיון שכן לא שייך לגבי כו"ע לומר שמסדרין לו שלגבי כו"ע אין זה נחשב למעות עניות, והוויין כשאר מעות שלו, ואם כן לפ"ז תירוץ הש"ך דמשווי הענקה כצדקה, בענין זה לא דמי כלל:

והנה הרשב"א הקשה למה לן קרא לשעבודא דר' נתן תיפוק לי' דכל אשר ללוה משועבד למלוה וממילא גם שעבוד חוב זה דמשועבד לו ללוה ג"כ משועבד למלוה והרשב"א תירץ דשטרות לאו בני גובייגא דמילי נינהו ומילי לא משתעבדי ע"כ, והאחרונים הקשו לדעת הרא"ש והטור ושו"ע דס"ל דשטרות משתעבדי באגב, א"כ שטרות נמי בני גובייגא נינהו, תחזור הקושיא למקומה:

והש"ך תירץ דנפ"מ מדין שעבודא דר"נ, דאילו מדין שעבוד נכסי דלוה, היה המלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא אף דחב למלוה דידיה מטעם מיגו דאי בעי מחיל ליה, אבל אי מטעם שעבודא דר"נ הוי מלוה דמלוה בעל חוב דלוה, ושוב לא יכול מלוה דלוה למחול לו החיוב ע"כ. והקצוה"ח דידיה תירץ דנ"מ דאם יהא הטעם משום שעבוד נכסי דלוה, לא יהא לו זכות כ"א בשעבוד נכסיו, אבל משום שעבודא דר"נ הוי שעבוד גופו דלוה ג"כ לו, שנעשה הוא הבע"ח דידיה. ע"כ. ולפי דברי הש"ך וקצוה"ח יפלא, כיון דלדידהו גם בלא שעבודא דר"ן יכול הבע"ח לגבות חוב זה של לוה דידיה מחמת שכל אשר ללוה משועבד לו, ודינא דר' נתן אינו אלא ליתרון כח, אם כן אף אי לא סבירא לן כר' נתן, מ"מ צריך קרא למעוטי לו ולא לבעל חובו, שלא יגבה בע"ח דעבד מהענקה מחמת שכל אשר לו משועבד לבע"ח דידיה. ולשיטת רבינו נתנאל וכן פי' הש"ך בדברי הרמב"ם אתי שפיר, שגם מחמת דין זה לא יוכלו לגבות משכירות וצדקה, אבל לפי מה שפירשו התוס' בתירוץ ראשון וכפי פשטות הדברים, דבכל מקום לא ס"ל כר"ן ואין חילוק בין מלוה לשכירות, יקשה טובא, דהא אף בלא דין דר"ן, מ"מ איצטריך קרא למעוטי לבעל חובו:

וצריך לומר דבנדון זה דהענקה לא שייך כלל לומר דתהא משועבדת לבע"ח מצד שעבוד נכסי לוה, דאין זה בגדר חוב, שיש להעבד זכות שעבוד על האדון, ואין זה כ"א חוב על

האדון ליתן לו הענקה מצד דין מצות הענקה, ובזה אלים דין שעבודא דר"ן שאף בכי האי גוונא נמי איתיה לדין שעבודא דר"ן, והלכך מצד דינא דר"ן איצטריך לו למעוטי, אבל משום זכיית דין שעבוד לא, דאף דאיכא שעבוד נכסים דאדון, מ"מ אין זה בגדר שלו דליהוי משועבד למלוה דידיה:

ואיברא היה נראה לומר דבהענקה לא שייך אף שעבודא דר"ן. משום דהמצוה מתקיימת בגופו של עבד, וכמו בפדיון הבן, אף אם לא היה רק כהן אחד בעולם שבודאי יהיו החמש סלעים שלו, ומשועבדים הם רק לכהן הזה, מ"מ לא יצא מצות פדיון הבן אם יתן את החמש סלעים לבע"ח דכהן, שהמצוה מתקיימת רק בנתינה לידו של כהן ממש או לרשותו או לשלוחו, שהמצוה צריכה כהן, ובע"ח דכהן לא מיקרי כהן, ואפשר דהכי נמי בהענקה בעינן גופו של עבד, והילכך אינה מתקיימת המצוה בנתינה לידו של בעל חובו. ואולי נפרש בעלמא לא ס"ל כר' נתן דגמרא בעלמא כגון אופן זה, ויהיו מתורצים ג"כ דברי הרמב"ם, שיפרש כך כוונת הגמרא, ואין אנו צריכים לטעמא דשכירות או צדקה אלא שהעבד הוא פרט מפרטי המצוה, כמו כהן בפדיון הבן, ומעשר בלוי וכדומה:

והנה בין לטעמא דהש"ך ובין לטעמא דידן אין שום מקום לדין ירושה בזה, דהא בצדקה ג"כ לא שייך דין ירושה, בעוד דלא זכה העבד, לא שייך ליתן ליורשיו העשירים, ולטעמא דידן נמי, כיון שהמצוה היא בגופו של עבד, איך תתקיים מצות הענקה בנתינה ליד בניו, ובמחנה אפרים בה' צדקה (סי' ו') האריך בזה לברר דעת הראשונים במי שנדר מתנה לעני ומת העני אי חייב לתתו ליורשים, והביא חבל נביאים מתנבאים שלא ליתן ליורשיו, ומ"ש הכא, וצ"ל שזה נתרבה משכיר ליתן ליורשיו, ואף שאין זאת שכירות לדעת הש"ך מ"מ ילפינן בדרכי הלמוד שמ"מ נותנים ליורשי העבד:

ומצאנו בכמה מקומות, שאף שלכאורה אין שם מקום לדין ירושה, מפני שהאב בעצמו עדיין לא זכה בזכות הכסף. שעדיין לא הגיעו לידו, וגם אין לו בהם זכות גובייא, ומ"מ נאמר שם דין ירושה, כגון במתנות כהונה (בבבא בתרא קנ"ג) דקשקיל וטרי בגמ' אי בכור נוטל פי שנים אי מיקרי ראוי או מוחזק, אבל דין ירושה ודאי יש שם, והכי נמי בהענקה. כי האי גוונא:

והנה אם נבא לחקור, אימתי חל החיוב של הענקה על האדון, אם נאמר שהחיוב הוא מטעם צדקה, ודאי שהחיוב הוא משעת יציאה, שאז נתחייב בצדקה הלזו, אבל אם החיוב הוא מטעם שכירות כדברי רבינו נתנאל, לכאורה תליא אי ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או אינה לשכירות אלא לבסוף, דאי נימא דישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, החיוב מתוסף כל רגע ורגע. אבל לאחר העיון, שאף אם נסבור דישנה לשכירות

מתחילה ועד סוף, היינו דוקא כל שכירות שמתחייב בעד כל מלאכה ומלאכה, וכל פעולה ופעולה, אבל הענקה החיוב אינו מתחייב כ"א בעד כל העבדות ובמחיר ושכר כל העבדות צריך להעניק לו, אם כן לכו"ע אינה לשכירות אלא לבסוף בשעת יציאה. אבל אחר כן ראיתי שיש לומר להיפך, דבעבדות, אליבא דכו"ע חיוב השכירות תיכף בתחילת המכירה, דכיון דאית לן דעבד עברי גופו קנוי, אם כן תיכף כשקנה לו העבד, כאילו כבר מצא את די הנאתו שנעשה בעל העבד, והוי כקונה לו חפץ, שנתחייב תיכף במחיר החפץ ושכרו, ואין זה ענין למחלוקת דשכירות דבכל מקום. ובזו הסברא יש להסביר ג"כ החילוק בין קניית עבד דאם חלה שלש אינו חייב להשלים, ובין שוכר מלמד שכתבו התוס' שצריך להשלים אם חלה כל שלש, ונראה דבזה הם מחולקים, שתיכף כשקנה לו העבד, כבר קבל הנאתו על ידי זה שנעשה בעל העבד, ואף אם אין גופו קנוי, למאן דאית ליה הכי, מ"מ הלא אנו רואים שאינו דומה לפועל, שפועל יכול לחזור, והוא אינו יכול לחזור, אלמא דמ"מ מיקרי חפץ של האדון, אבל במלמד השכר הוא בעד הפעולה, והילכך אם אינו עושה צריך להשלים:

אבל העיקר בדברים האלה דמאי דאמרינן דהענקה הויא כשכירות, אין הפירוש דהענקה הויא שכר מלאכה, אלא שגם בשכירות, גם כן אין הטעם דליכא שעבודא דר' נתן משום שכירות ופסיקה, אלא משום שהתשלומין באין בשביל טירחא בגופו, והענקה נמי אף על פי שאין זאת פסיקה בעד המלאכה, אלא חיוב חדש שחייבתו תורה, ודין מיוחד הוא, מ"מ כיון שהתורה צותה להעניק בעד טירחא בגופו, ליכא שעבודא דר' נתן, דהטעם דליכא שעבודא דר' נתן בשכירות, אין זה ענין בשכירות, כ"א פרט מדיני טירחא בגופו, ובזה אין חילוק בין שכירות להענקה:

ה

במה שמקשים אהא דאמרי רבנן דבכסף ע"י אחרים דוקא משום דלית ליה לעבד כנעני כסף בלא רבו, הא משכחת לה בכסף ע"י עצמו כשהיה לו כסף מקודם שנמכר לעבד, או כסף מקנתו, ורצו להביא ראיה מזה, שאף כסף שהיה לו קודם שנמכר, או כסף מקנתו גם כן זכה הרב מן העבד, והנה עצם החקירה אם בכסף זה זכה הרב מן העבד אם לא, נראה דתליא בשתי הדעות המובאות ברשב"א (קדושין כ"ד) בסוגיא דמתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו, דחד מ"ד סבר דמה שקנה עבד קנה רבו, אין העבד זוכה כלל אלא מיד זוכה הרב, וחד מ"ד סבר, דמתחילה זוכה העבד, ואחר כן זוכה האדון ממנו. ולפי מ"ד דאית ליה דאין העבד זוכה כלל, ש"מ דאית ליה דאין להעבד שום רשות ממון וקנין מבלעדי האדון, וכיון שכן אף הכסף שהיה לו מקודם, ג"כ זוכה האדון בהם, שהרי רשות

העבד הוא רשות האדון, וכל מה שברשות העבד, בהכרח נעשה ברשותו של האדון, אבל מ"ד דמתחילה זוכה העבד ואחר כן זוכה האדון ממנו, נמצא שהעבד יש לו רשות קנין וממון גם מבלעדי האדון, אלא שכיון שנמכר לעבד, זיכה לאדון שכל מה שיזכה בהיותו ברשותו יהיה לאדונו, ולפי זה מה שהיה לעבד מקודם מכירתו או מכסף מקנתו לא זיכה לאדונו, ושייך להעבד:

מיהו הראיה בעיקרה, לפי פשט הגמרא, אין זו ראיה כלל, דאין אנו מכחישים שלא ימצא בשום אופן, שיהא להעבד כסף שלו, אלא שהמשנה נושאת ונותנת בכל עבדים שאין להם כסף, וצריכים ליקח כסף משל אחרים, איך יהא אופן הפדייה, אם טוב יותר שיפדה האחר בעצמו, או אפשר לו שיתן הכסף להעבד, והוא יפדה את עצמו, וס"ל לחד תנא שהעבד אינו יכול לקבל את הכסף, משום שמה שקנה עבד קנה רבו, ואידך תנא ס"ל שיכול הוא ליתן להעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו:

ונראה דזה פשוט, דאף אי נימא דמעות שהיו לו קודם מכירתו, וכן כסף מקנתו, אין שייכים להאדון, מכל מקום אם יקנה העבד בכסף זה איזה חפץ, יזכה האדון בחפץ זה, שכיון שיש להאדון זכות בהעבד, כל מה שבא ליד העבד בהיותו ברשות האדון, נקנה להאדון, ונמצא לפי זה שכל עיקר הזכות שיש להעבד בכסף מקנתו, אינו אלא זכות בגוף הממון עצמו, אבל זכות קניית שום דבר אין לו בהממון, שהרי החפץ הנקנה, כבר לבעליו של העבד הוא. והילכך השתא אתי שפיר, שאף אי זה הכסף שלו הוא, לא יכול להשתחרר בו, שאין לו זכות קניית שום חפץ בהם, והלכך לא משכחת שחרור בכסף כ"א כשיתנו לו כסף ע"מ שאין לרבו רשות בו, שאז אין לרבו שום רשות אף לגבי החפץ הנקנה במעות אלו, שאף בו לא יזכה הרב, ששללו הנותנים כל זכות ממנו:

ובזה יתורץ גם מה שיש להקשות קושיא זו ג"כ על הא דשכח העבד מה שאמר לו רבו ליקח לפסח אם גדי אם טלה לוקח גדי וטלה ואומר אם גדי אמר לי רבי טלה שלי וגדי שלו, ואם טלה אמר לי גדי שלי וטלה שלו, ומקשינן עבד מנליה, מה שקנה עבד קנה רבו, ויקשה ג"כ שיש לו כסף מתחילה או בכסף מקנתו, ולפ"ז אתי שפיר, שאין לו לעבד זכות רק בכסף עצמו, אבל ליקח שום חפץ אין לו זכות, ובזה אי אפשר לנו לומר תירוץ הא' שאמרנו, שכאן משמע בקושיית הגמ', דלא ימצא שום אופן שיהיה להעבד, חוץ מזה שהתנו במתנתם שלא יהיה לרבו רשות בו:

ולפי הצד השני דנימא דהאדון זוכה גם בכסף שהיה לעבד מתחילה, וגם בכסף מקנתו, מקשים דאם כן מה שייך קנין כסף, כיון שהכסף חוזר להאדון, אם כן אין להעבד כלום, ובמה מקנה את עצמו, ואף דנימא דרגע אחת, טרם חלות הקנין, זכה העבד בהמעות,

מ"מ כיון שבבת אחת עם זה חל תיכף הקנין, וחוזר הכסף להאדון, נמצא שאינו נהנה כלום מן הכסף, ואין כאן סברא, שיהא בשביל מה לגמור הדעת להקנות את עצמו, בלי הנאת מאומה:

ובגמ' גיטין (י"ב ע"ב) הקוטע יד עבדו של חבירו, נותן שבתו ורפואתו לרבו ופריך רפואתו דידיה היא דבעי איתסויי ביה ומשני לא צריכא דאמדוהו לחמשא יומי ועבדו ליה סמא חריפתא ואיתסי לתלתא יומי ע"כ. והנה כשמשלם לו כסף רפואתו לעבד, סוף כל סוף יזכה בו האדון, דהא אין לעבד רשות בלא רבו, ועוד חזינן בסוגיא דהתם קודם לזה בפלוגתא אם יכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך, או אינו יכול, דרוצה הגמ' להביא ראיה מברייתא דאמרינן רשב"ג אומר יכול העבד לומר לרבו בשני בצורת או פרנסני או הוציאני לחירות וחכמים אומרים הרשות ביד רבו מאי לאו בהא קמיפלגי דמר סבר יכול ומר סבר אינו יכול וכו' ועוד מאי שנא שני בצורת אלא הכא במאי עסקינן דאמר ליה צא מעשי ידיך למזונותיך ובשני בצורת לא ספיק רשב"ג סבר או פרנסני או הוציאני לחירות כי היכי דחזו אינשי ומרחמין עלי וחכמים סברי מאן דמרחם אבני חורין אעבדים נמי רחומי מרחים ע"כ. ונראה דאין כוונת הגמ' דוקא לפרש דסברה הברייתא דאין יכול לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך אלא אף אי סברינן יכול לומר עשה עמי ואיני זנך ג"כ תהיה נפקותא בין כל השנים ובין שני בצורת, דבשני בצורת אינו יכול לומר לו. וחזינן מזה שאף דחשבינן את העבד כשורו וחמורו, יש דברים שאינו יכול לזכות בשל העבד, ואין זה בא מצד דיני ממונות שלו בהעבד, דמצד דיני ממונות יכול לזכות אף בדמי רפואתו, דמאי שנא דמים אלו משאר דמים, (ואף שיש לומר דהטעם שאינו יכול לזכות ברפואתו, משום דאין המזיק מחויב כאן בדמים, כ"א לרפאות את העבד, מ"מ יש לעיין כיון שסוף כל סוף אמדוהו וחייבוהו בדמים, שוב יזכה האדון בהדמים, וכן ראיתי מי שרצה לומר שגם בצערא דעבד אין האדון זוכה כמו ברפואה מטעם אחד ומאי שנא), וכן מצד דיני ממונות אין שום חילוק בין שנות שבע לשני בצורת, דאם נסבור דיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך ואין להאדון שום התחייבות לגבי העבד, מפני שסובר הך מ"ד דא"א להיות להעבד התחייבות על אדונו, מפני שאין לעבד שום דין רשות, אם כן גם בשני בצורת אין להעבד שום התחייבות על אדונו, וצריך היה להיות יכול לומר לו גם בשני בצורת עשה עמי ואיני זנך. אלא דמשום דיני בין אדם לחבירו, שהרי לעבד דיני ישראל, שחייב במצות כאשה, מטעם זה אינו יכול האדון לזכות ברפואתו, ולהניחו מתנוונה והולך בחליו, וכן מה שאינו יכול לומר לו בשני בצורת עשה עמי ואיני זנך, אין זה כ"א מטעם זה, מטעם דיני בין אדם לחבירו, שאין לו רשות ליטול מעשה ידיו

ולהניחו שימות ברעב, ונמצא שדיני בין אדם לחבירו שיש כאן ממעטין מדין הממונות שיש לו עליו. ועפ"ז נראה שכסף הניתן להעבד ממי שהוא למזונותיו, אין האדון יכול לזכות בהן מטעם דיני בין אדם לחבירו, ואם כן שפיר הוי כסף מקנתו, שנותן לו האדון כסף למזונותיו, שאין האדון זוכה בהן, וקצת ראיה לדבר, שהאדון אומר לעבד עשה עמי ואיני זנך אלא חזור על הפתחים וכי יכול האדון ליקח גם את זה שיתנו לו על הפתחים, ממנו, וכן כשנותן האדון לעבד את מזונותיו שוב לא יוכל ליקח ממנו, שזכות זו יש לו לעבד מצד דיני האדם אשר לו:

ובזה יובן מה שהביא בקצוה"ח (סי' רמ"ט ס"ק א') דברי הפרישה ביו"ד הל' עבדים שאם נותן לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו לא מהני אלא דאם אומר לעבד ע"מ שתעשה בו דבר מיוחד מהני ולא זכה האדון ובט"ז השיג עליו דלא עלה על דעת שום פוסק לומר דמהני בעבד ע"מ שתעשה בו דבר מיוחד, ודוקא כשנותן לעבד ע"מ שתצא בו לחירות דאין נותנים לעבד כלום הוא דמהני ע"כ. וכתב בקצוה"ח שנעלם ממנו דברי הרמב"ם פ"ג מזכיה וז"ל נתן מתנה לאשה או לעבד ע"מ שאין לבעלה או לרבו רשות בו קנה האדון וקנה הבעל, אבל הנותן מתנה לאשה או לעבד והתנה עמהן הנותן בגופה של מתנה שתהיה לכך ולכך לא קנה האדון ולא קנה הבעל עכ"ל ועיין ש"ך יו"ד שהסכים ג"כ לדברי הפרישה ע"כ. והנה אחר כל זה צריך באור מאי שנא שאם נתן לדבר מיוחד שסובר הרמב"ם, ודעת הפרישה והש"ך שאין האדון זוכה בהן, דסוף כל סוף נימא דמה שקנה העבד קנה רבו, ולפי מאי דאמרן יתבאר הדבר, שנהי מצד דיני הממונות היה צריך האדון לזכות גם בזה, אלא דמצד דיני בין אדם לחבירו, מה שהוא חייב במצות, ממעט מדיני ממונות, שאין יכולים ליטול ממנו מה שניתן לו לצרכו, לצורך דבר מיוחד, ואין צריך לפרש ע"מ שתצא בו לחירות, שהעבד עצמו לא זכה:

והקצוה"ח הביא עוד ראיה מדברי הירושלמי שכתב בחציו עבד וחציו בן חורין מצא מציאה ביום של רבו לרבו ביום של עצמו לעצמו ולית מחר בעי יעבדה ליה למריה ע"כ, ופי' קצוה"ח שכוונת הירושלמי כיון דביום של רבו מה שקנה עבד קנה רבו אם כן גם מציאה זו שמצא ביום של עצמו תהא לרבו, וכן פירש בקרבן העדה, וא"כ נראה מדברי הירושלמי, שאף מה שהיה לו קודם עבדותו, ג"כ זוכה האדון בעבדותו. ואין מזה ראיה לכאורה דביום של רבו שנעשה עבד גמור, אף לפי דעת הירושלמי דס"ל דביום של עצמו נושא בת חורין, ונמצא שביום של עצמו הוה בן חורין גמור, מ"מ למחרתו כשנעשה עבד, אין זו עבדות חדשה, שאם כן היה צריך לעשות קנין חדש והיכן מצינו חלות בלא מעשה הקנין, אלא ע"כ עבדות ישנה הוא, וא"כ הלכך שאני הכא דמשום כך זוכה אף

במה שהיה לו ביום עצמו, משום שביום של רבו חשבינן ליה כאילו היה עבד כל העת, אבל בעבדות חדשה, אינו זוכה האדון בכסף שהיה לעבד קודם המכרו לו. מיהו בלאו הכי מפרש בפני משה את דברי הירושלמי באופן אחר וז"ל כלומר טעמא מפרש מפני מה ביום של עצמו כולו לעצמו שהרי למחר בעי לעבוד למריה ואין לו כלום הילכך ביום של עצמו כולו לעצמו. ע"כ. ולפי פירוש זה תהא הראיה להיפך שאינו זוכה ביום של מחר במה שהיה לו מקודם, דהא יהבינן ליה שיהא לעצמו, כדי שישאר לו כסף, ואי נימא שלמחר חוזר הכל להאדון, הלא שוב לא יהא לו כלום להעבד, אם כן קל וחומר לכל מקום שאין האדון זוכה במה שהיה להעבד קודם מכירתו. ויש לדחות דשאני כאן דמשום התקנה שרצו לתקן את שניהם את האדון ואת העבד, תקנו כן שלא יזכה האדון במה שהשתכר העבד ביום של עצמו, אבל מן הדין אפשר דזוכה:

1

בקדושין (ט"ז) בגמרא למ"ל שטרא לימא לי' באפי תרי זיל אמר רבא זאת אומרת ע"ע גופו קנוי והרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול והקשו הראשונים והיכן מצינו קנין מעשה ידיו שאינו יכול למחול בע"פ ותירץ הרמב"ן דכיון דשני קנינים הם בעבדות אחד קנין ממון והוא קנין דמעשה ידיו ואחד קנין איסור שהוא אסור בבת ישראל ופוטרו ממקצת מצות וקנין הגוף הזה הוא המצריכו גט חירות ואינו נפקע בדבור דומה לקנין אישות שהוא צריך גט להתירו וממנו הוא למד לפיכך אמרו שאף ע"ע יש לרבו בו קנין איסור שהרי מתירו בשפחה כנענית ואין קנין איסור נפקע בלא גט בין באישות בין בעבדות הלכך הרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול אלא ה"ל כמפקיר עבדו שצריך גט שחרור ע"כ:

והקשה ע"ז הרשב"א דא"כ מוכר עצמו שאין רבו מוסר לו שפחה כנענית א"צ שטר שחרור אלא במחילת גרעונו סגי לי' וצ"ע דהא סתמא תניא. ע"כ. ובודאי קושיית הרשב"א קושיא חזקה היא לפי שיטת רש"י דבמוכר עצמו אסור בשפחה כנענית א"כ תשאר על מוכר עצמו קושיית הגמרא למ"ל שטרא לימא לי' באפי תרי זיל. וכן יש להקשות מאמה העבריה דלא שייך בה קנין איסור למ"ל שטרא. והי' אפשר לומר באמה העברי' שגופה קנוי מצד דין יעוד שיש לו בה, אלא שקשה לומר כן שהרי כתב הרשב"א (בדף ג') דגם באשתו גמורה אין זה קנין הגוף, וא"כ לא עדיף דין יעוד מאישות גמורה, אם לא שנחלק דמה שיכול ליעדה בע"כ מיקרי טפי קנין הגוף אף מאישות גמורה:

וגם יש להבין עיקר דברי הרמב"ן שדין איסור שבו הוא הנקרא קנין הגוף דמה שייך קנין ובעלות על דין איסור בבת ישראל בעבד כנעני, דהלא זה פשוט דלא שייך קנין ובעלות

כ"א על דבר שיש להבעלים שייכות בזה או השתמשות והנאה או שאר דין אחר, אבל בדין איסור זה שהעבד אסור בבת ישראל מה שייכות יש להם להבעלים שנוכל לקרותו בעלים ע"ז:

ותו הא חזינן דהמפקיר עבדו ומת דסבר אמימר דאותו העבד אין לו תקנה מ"ט איסורא לברי' לא מורית. א"כ הא חזינן דאף דכשאין לו בעלים כלל מ"מ אסור הוא בבת ישראל, ובע"כ צ"ל שאין דין איסור תלוי בבעלים כלל ולגבי דין איסור מיקרי עבד אף כשאין לו בעלים, ואיך נוכל לומר שדין איסור הוא קנין הגוף של בעלים, הלא הוא בא מיחוס העבד, כמו שהעכו"ם יש לו כל דיניו מצד שהוא עכו"ם מצד עצמו, כן בעבד הוא מצד עצמו ולא מחמת בעליו:

ועוד יש לעיין שהרי שיטת רוב הראשונים שהרב שמחל על גרעונו אין מחול אף דין ממון כמו שמוכח מדברי התוס' (דף ט"ז ע"א). וכן נראית שיטת הרמב"ם, וכנראה שגם הרמב"ן אינו חולק ע"ז. והלא לפי דבריו כיון שכל עיקר קנין הגוף אינו אלא הדין איסור אמאי לא יהא מחול הקנין ממון בע"ע וכמו דחזינן בהמפקיר עבדו למאן דסבר שצריך גט שחרור שהקנין ממון נפקע והקנין איסור נשאר א"כ גם במוחל יהא מחול הקנין ממון בע"ע וישאר האיסור:

ומפני כל אלה הי' נראה דהנה יש חילוק בין קנין שאר חפצים לבין אדם הקנוי. דבשאר חפצים אין שייך לומר שיש לבעל החפץ השתעבדות בהחפץ כ"א החפץ קנוי בעצם לבעליו וכל גוף החפץ הוא שלו ויכול לעשות בו מה שירצה לקלקלו ולהפסידו מפני שעצם החפץ הוא שלו, אבל באדם הקנוי אינו כן, כי אין יכול לעשות בגוף האדם מה שירצה, ולכאורה אין לו להבעלים על האדם הקנוי כ"א השתעבדות ואף שיש לו כח יתר מדין פועל מ"מ אין זאת כי אם השתעבדות ולזה הי' הס"ד בסוגיית הגמרא דע"ע אין גופו קנוי ופירש"י שאין זה אלא חוב עבודת שש שנים בעלמא. וע"ז אמר רבא שע"ע גופו קנוי, שדומה קנין האדם לקנין החפץ, שגם קנין עבדות הוא קנין בגוף האדם קנין חפצי. והם דברי הרמב"ן ז"ל שכיון שקנין ממון העבדות פועל לשנות דיני גוף העבד שאף שטבל אינו יכול לבא לידי קדושת ישראל ואישתני יחוסו להיות אסור בבת חורין ומותר בשפחה, וכל זה בא מכח הקנין ממון, א"כ בודאי שהקנין הוא קנין חפצי והעבד הוא קנוי לבעליו בעצם גופו ככל חפץ שעצם גופו קנוי לבעליו, והוי שפיר קנין הגוף ככל קניני הגוף. ובע"ע נמי הכי. ולפי זה הי' נראה שאף במוכר עצמו שאינו ניתר בשפחה הוי שפיר קנין הגוף, כיון שאין הקנין איסור נחשב לקנין הגוף כ"א הקנין ממון החזק הזה, וא"כ אף במוכר עצמו שאף ששם לא נתנה התורה ההיתר בשפחה אבל הקנין ממון

הלא שוה במכרוהו ב"ד ומוכר עצמו, וכמו שבמכרוהו ב"ד הקנין ממון הוא קנין הגוף ה"נ במוכר עצמו. ומיושב בזה גם מה שסוברים הראשונים שגם הקנין ממון אינו יכול להיות נמחל, שכיון שהקנין ממון הוא הקנין הגוף הלכך אינו נמחל שבדבר שגופו קנוי אינו שייך דין מחילה, אלא שאילו הי' האיסור ניתר בדברים בעלמא לא היינו יכולים לומר שקנין ממון הוא קנין הגוף, שכיון שעצם האיסור ניתר בדברים אין זה השתנות דיני האדם לזה הוסיף הרמב"ן שהוא למד מדין אשה שאינו ניתר בדברים והוי שפיר קה"ג:

וראי' חזקה לזה היסוד נראה מהא דאמרינן ביבמות דעכו"ם הנמכר לישראל אין לו בו כ"א קנין מעשה ידיו ואמר ר"א לא שנו אלא שקנה מעכו"ם אחר אבל עכו"ם גופי' שמכר עצמו לישראל קנוי הוא קנין הגוף. והלא שם אין בו שום קנין איסור שהרי עכו"ם הי' מתחילה וגם עכשיו עדיין עכו"ם הוא שהרי לא טבל לשום עבדות ומה שייך שם קנין איסור דדוקא בע"כ שטבל לשם עבדות וכבר נתחייב במצות כאשה ומ"מ אסור בבת חורין י"ל שהוא קנין איסור אבל בזה שלא טבל לשם עבדות ופטור מן המצות ונכרי גמור הוא מה שייך קנין איסור, ומ"מ קאמר בגמרא שגופו קנוי. א"כ הא חזינן מזה שאף בלא קנין איסור יש קנין הגוף בעבד. אלא ודאי עיקר קנין הגוף הוא קנין הממון, וכיון שאנו רואים במקום אחד שנולד מזה דין איסור הוי קנין הגוף בכ"מ וא"כ אף במוכר עצמו אף שאסור בשפחה כנענית הוי שפיר קנין הגוף:

מיהו באמה העברי' יש לעיין דהריטב"א כתב מפורש שאמה העברי' אין גופה קנוי ובתוס' (דף י"ט ע"א) גבי המקדש במלוה שיש עליה משכון כתבו שאף אמה העברי' גופה קנוי. ולכאורה הי' אפשר להסביר שבאמה העברי' מוכרח לומר שאין גופה קנוי, שכיון שכל עיקר קנינו של האדון אינו בא רק מכח האב שמכרה לו, וזה ודאי שאין גוף הבת קנוי לאביה שאין אלו רק זכותים שזכתה לו תורה בה, ואיך יכול האדון לזכות בה יותר ממה שיש להאב בה, וצ"ל שגם אצל האדון אין גופה קנוי:

מיהו אחרי שובי ראיתי בספר עין יצחק שכתב לדבר פשוט שקנין אב בבתו הוא ממש קנין אדון בעבדו ושפחתו ואם ס"ל דעבד עברי גופו קנוי הכי נמי קנין אב בבתו. ולפ"ז אין לחלק בין ע"ע לאמה עברי'. ובלא דבריו נמי י"ל לפי מה שנראה מדברי הרשב"א גיטין, שאב העמידתו תורה במקום בתו והוי כבתו ממש ולפ"ז אין זה בגדר הקנינים ומ"מ ל"ק איך יוכל להקנות קנין הגוף להאדון שהרי הוא כמותה. ולפי דברים אלו מתבארים היטב דברי הרא"ש גבי צאי וקבלי קדושיך שכתב שזה מהני מטעם שליחות ואף דאין שליחות לקטן מ"מ לעצמה ולטובתה נעשית שליח. ע"כ. ולפ"ד יתבאר שכיון שגם זכות

האב שהוא כמותה וא"כ כשנעשית שליח האב הוא ג"כ להעשות כמותה ובזה גם קטן יכול להעשות כמות עצמו, ורק כמות אחר אינו יכול להעשות:

ומ"מ לפי דברי הריטב"א שאמה העברי' אין גופה קנוי לכאורה תשאר קושית הגמרא למה לי שטרא לימא לי' באפי תרי זיל, דהא כל עיקר תירוץ הגמרא הוא דע"ע גופו קנוי, אבל באמה העברי' דאין גופה קנוי לפ"ד הריטב"א תשאר קושיית הגמרא:

והי' נראה ליישב דבאמה העברי' לא נוכל להקשות קושיית הגמרא שהרי ביארו בתוס' שכל עיקר קושית הגמרא היא רק שאותו הלשון עצמו שבשטר יכול לומר בלא שטר, אבל מה שיכול לשחררו בדבור בלשון אחר זה לא יתורץ אף בתירוץ הגמרא שהרי אף אם גופו קנוי יכול להפקירו. וא"כ ניחזי אנן אם הלשון שבשטר ולשון מחילה בע"פ שוין גבי אמה עברי', דהא עיקר המחילה באמה עברי' היא לאב, דהא מעשה ידיה של אביה הן, וא"כ צריך להיות לשון המחילה לאב ואם אומר לה בלשון שמשמע שמוחל לה אפשר לומר דלא מהני כגון אם אומר לה הרי את לעצמך או לשון אחר כגון זה. אבל בשטר שחרור ששם אינו מחילת מעשי ידיה אלא הוצאה מעבדות לחרות, זה ודאי שהיא עצמה היא המשתחררת שהרי היא יוצאה מעבדות, שאף כשנכנסת לרשות האב איננה אמה עוד ונעשית בת חורין, בזה מהני אף לשון את לעצמך וכדומה. נמצא לפ"ז שכל עיקר קושיית הגמרא ולימא לי' באפי תרי זיל אינו אלא בע"ע ועל זה הוכרחו בגמ' לומר שע"ע גופו קנוי, אבל על אמה העברי' לא ק"מ וממילא נוכל לומר שאמה אין גופה קנוי:

ולעצם היסוד שכ' שקנין איסור אינו קנין של בעלות הי' נראה להביא ראי' מהא דחזינן דהמפקיר עבדו, למאן דס"ל דצריך גט שחרור, בעליו הראשון משחררו, ומ"מ כשזכה בו אחר ודאי השני נעשה בעליו לכל הענינים ואף לשחררו, והאיך פקע כח הראשון שהי' לו בעבד אף אחר ההפקר ע"י זכיית השני, והלא לא זכה רק במה שהי' כבר מופקר, וע"כ מוכרחים אנו לומר שקנין איסור אינו כלל ענין של בעלות, אלא שישנם עדיין לבעלים הראשונים הכחות אלו כשאין להעבד בעלים, אבל כשיש לו בעלים הם בעלים לכל הענינים, שאחר ההפקר לא הי' להראשון זכותים בעבד כלל:

ז

א) **במה** שפסק הרי"ף פ' הגוזל עצי' כחכמים דסברי דעבדי' נגזלים דעבדים כמטלטלין דמו הקשו כל הפוסקים דזה סותר למה שפסק תחילה כרב דהתוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה דפטור דוקא שלא בשעת מלאכה, אבל בשעת מלאכה חייב, ואי עבדים

כמטלטלין דמו אף בשעת מלאכה ליפטר דלאו ברשותא דמרי' קאי וכמו שאמרו בספינה דאי נחית אדעתא דגזלנותא, אינו משלם אלא פחתה, ואינו משלם שכר מלאכה:

ונראה לבאר תחילה מה שיש לחלק בין ספינה לעבד, דהנה בספינה מה שיש לו להתחייב שכר הדבר, אי לאו משום פטור גזלנות, היינו בשביל השתמשות החפץ, שמשתמש בחפץ של בעלים, והוי כשכירות שנעשה שוכר שלא מדעת, כיון שהוא דבר דקיימא לאגרא, וחיוב המשתמש הוא ככל שוכר דעלמא מדעת. והלכך כיון שגזל את החפץ, ואין החפץ עכשיו ברשות הבעלים פטור מלשלם שכר השתמשות החפץ, דעל חפץ גזול אין חייבים על השתמשותו. אבל בעבד, יש בחפץ זה מלבד שכר השתמשות שיש אכל חפץ עוד חיוב אחר, והוא שהעושה מלאכה בעבד שאינו שלו, יש לו התחייבות כלפי העבד עצמו, שהוא בר מצות, ואין לו לעשות עמו מלאכה, שהרי אינו קנוי לו, ונהי דמשכר השתמשות כלפי האדון נפטר, שהרי גזלו מן האדון, ואחפץ גזול אין מתחייבים שכר, אבל כלפי העבד עצמו, אין לומר שנפטר משום שקנאו קנין גזילה, שלהפטר מחיוב מלאכה שמשתעבדים באדם, אין די בקנין גזילה ומעשה גזילה, שאין זה מספיק אלא בשכר החפץ, שהוא ענין שנגזל, אבל בדין אדם כלפי עצמו, הלא ודאי שאין עבד נקנה מעצמו בקניני גזילה, כי אם בקנין גמור. נמצא שבעבד עצמו לא קנה כלל כלפי טענת העבד, והלכך יכול לתובעו העבד את שכרו שכר פועל מן הגזלן ונתחייב הגזלן שכר פועל להעבד, וכיון שנתחייב להעבד, נתחייב ממילא להאדון, מצד מה שקנה עבד קנה רבו, והילכך חייב לשלם שכר, אף אם נסבור דעבדים כמטלטלין דמו:

וראיתי בנתיבות המשפט שכתב להקשות מהא דאמרינן גזל עבדים והזקינו אומר לו הרי שלך לפניך מהא דמבואר בגיטין (י"ב) דהחובל בעבדו של חבירו נותן שבתו ורפואתו לרבו ומשמע דכל החבלות משלמין לרב ובהחובל אמרינן דמשכחת לה שבת לבדה כגון דהדקי' באנדרוניא, וא"כ אי הדקי' לעבד לאנדרוניא משלם שבת לרב, דגם זה נקרא חובל, וא"כ בגוזל עבד והדקי' דאומר הש"ל ומשמע דאינו משלם כלום דדוקא בתוקף עבדו ועשה בו מלאכה חייב אבל לא עשה מלאכה פטור ומה"ת לא ישלם שבת לרב, ותירץ דהא דחובל בעבד משלם שבת לרב לא משום בטול מלאכה של רב דעל זה פטור כמו מלאכת שורו וחמורו רק עיקר החיוב הוא לעבד והרב מעבד הוא דקא זכי דמה שקנה עבד קנה רבו, ולפ"ז אין חיוב שבת כ"א במקום שאם הי' לעבד זכי' הי' חייב לו שבת, אבל במקום שאין להתחייב לעבד לא נתחייב גם לרב, ומיירי כאן שגזלו מן הרב ולא הדקי' ולא עשה בו מלאכה, דלא נתחייב לעבד כלום ולכן גם להרב פטור כמו בשורו וחמורו. ע"כ. אנו רואים שגם הוא אחז ביסוד זה לגבי חיוב שבת לרב שעיקר החיוב

הוא לעבד והרב זוכה מטעם מה שקנה עבד קנה רבו, ואף אנו נאמר גבי תוקף עבדו של חבירו שאין החיוב מחמת תביעת הרב כ"א מחמת תביעת העבד, וממילא נתחייב לרב, דמה שקנה עבד קנה רבו, וחייב אף לפ"מ דס"ל לרי"ף עבדי כמטלטלי דמו:

ב) **אלא** דיש לחקור בענין מה שקנה עבד קנה רבו, במחלוקת בגמ' אי נתנו לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו אי מהני ועיין ברשב"א קדושין שהקשה תימא והאיך אפשר לומר כן שאם התנה עליו שלא יקנה רבו שיקנה בעל כרחו של נותן והלא כפל תנאו וכו' והראב"ד פירש דטעמא דמילתא דיד עבד כיד רבו לזכות לו לאדון אמרינן אבל לא לחוב לו והילכך ס"ל לר"מ דכיון דאמר לי' קני עבד וקני רבי' דכשנתנו לעבד כאילו נתנו לרבו ממש וכשהתנה עם העבד כאילו התנה עם אחר וכו' ורבנן סברי דמעיקרא קני העבד אלא דלכי זכי עבד זכי אדון מכח זכיית העבד ע"כ. וא"כ אי ס"ל דבכ"מ שקנה עבד קנה רבו, היינו שאין העבד זוכה כלל תחילה, אלא תחילת ועיקר הזכי' היא לאדון, א"כ כאן בגזל הלא אי אפשר להיות תחילת ועיקר החיוב תיכף לאדון, שהרי ע"י הגזילה יצא בזה מרשות האדון וקנה את זכות האדון ע"י קנין הגזילה, ולא אלים זכות זו מעיקר זכיית האדון, שאין הגזלן מתחייב לשלם לו מפני שהוציאם מרשותו. דבשלמא להך צד דהעבד זוכה תחילה ומיני' זוכה האדון אתי שפיר, דנהי במה שנוטל זכותו של האדון אינו מתחייב, אבל כלפי העבד הלא מתחייב, ובזה עדיין הלא יש לו זכות להאדון לזכות בזכיותיו של העבד, אבל להך צד צ"ע, ואשר החובה לברר בנדון זה אם למ"ד דתחילת זכי' לאדון היא, האיך הוא במקום שא"א לאדון לזכות תחילת הזכי', אם זוכה העבד בעצמו, ואח"כ זוכה מיני' האדון, או אפשר דלדידי' אין לעבד בעצמו שום זכי' כלל שלא בשביל רבו, או להיפך שיש לעבד זכי', אבל אין האדון זוכה שוב ממנו, דאין האדון זוכה כ"א כשיכול לזכות תחילת זכי', מפני שעיקר הנתינה היא לו, אבל אינו זוכה בממונו של עבד שכבר זכה בו. ויסוד החקירה הוא, דלכאורה באור שתי הדעות המובאות ברשב"א הוא דמ"ד דתחילת הזכיי' היא לעבד ורביה מיני' קא זכי ס"ל דיש זכיי' גם לעבד והעבד זוכה לעצמו, אלא שזהו דין התורה שכל נכסי עבד לאדוניו, והא דהעבד אינו זוכה מיד רבו כלום, היינו שהרב יש לו כל כך זכיי' בעבד שכל נכסיו שייכים לו והויא כרשות אחת ואין החפץ יוצא מרשות הבעלים, אבל עכ"פ יש זכיי' לעבד, אלא שדין אחר הוא שנכסי עבד לרבו, אבל מאן דס"ל דתחילת הזכיי' לאדון היא ואין העבד זוכה כלל לעצמו, אית לי' דטעם דאין העבד קונה לעצמו הוא משום דחסר לעבד הדין זכיי' שכל דין זכייתו לבעלים, וא"כ אפשר שבמקום שאין הבעלים יכולים לזכות ג"כ לא זכי שהרי אין לו דין זכיי'. מיהו זהו פשוט בסברא שאינו כן שמה שחסר לו דין זכיי'

אין זה אלא בשביל שהבעלים צריכים לזכות, אבל במקום שהם אינם זוכים, מי יעכב על ידי זכייתו, והלא חזינן שלמ"ד זה אינו זוכה כשנותנים ע"מ שאין לרבו רשות בו, רק משום שאינו מתנה עם הבעלים, אבל לולי זאת הי' זוכה, אלא דבמקום שאינם זוכים הבעלים בזה זוכה הוא לעצמו. אבל עכ"פ נשארת לנו החקירה, שאפשר שאין דעה זו סוברת דנכסי עבד לאדון כלל, ורק שחסרה לו הזכיי', אבל במקום שזוכה, אפשר דאין רבו זוכה בהם אח"כ:

והנה מחלוקת בגמ' אי יכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך, או אינו יכול לומר לו עשה עמי ואיני זנך. ונראה שסברת מחלקותם, אם יכול להיות להעבד זכיית התחייבות על הבעלים אם לאו, דמאן דאית לי' דיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך, סברתו דאין לו לעבד שום זכיית התחייבות על הבעלים וגם התחייבות מזונות אי אפשר לו להיות זכיי' בה, ואידך ס"ל דאין הבעלים רק זוכים מיד העבד, אבל ענין כזה כשהתביעה על הבעלים, דלא שייך שיזכו הבעלים את התחייבות המזונות הילכך העבד זוכה בהתחייבות, ואין הבעלים יכולים להפטר ממנה. ונמצא שלפ"ז דמאן דאית לי' שיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך אית לי', דהוו כרשות אחת, ואי אפשר להאדון להתחייב לעבד, ומאן דאית לי' דאינו יכול לומר ע"ע וא"ז אית לי' דהוו כשתי רשויות, ויכול האדון להתחייב לעבד:

סימן מה

א

אהא דאמר בגמ' דאם היתה האבידה בבית הקברות אין לו להחזיר, משום דאין עשה דוחה לא תעשה ועשה, הקשו הראשונים דבלאו הכי נמי אינו דוחה דבעידנא דמיעקר לאו עדיין לא מקיים עשה, דהעשה מתקיים בשעת השבה ובשעת נטילתה ממקומה כשמטמא עצמו לא מיקיים עשה:

והנה התוס' הקשו בכמה מקומות דקאמר בגמ' דעשה דוחה לא תעשה, דהא בעידנא דמיעקר לאו לא מקיים עשה, כגון בפסחים (דף נ"ט ע"א) גבי אתי עשה דפסח דאית בי' כרת ודחי עשה דהשלמה שאין בו כרת, ומכח זה חדשו בשם ר"י דדוקא בלא תעשה דחמיר בעינן בעידנא דמיעקר לאו דליקיים עשה אבל עשה החמור דחי עשה הקל בכל ענין אפי' לא מקיים עשה חמור בעידנא דקא עבר אעשה הקל כדמוכח בהשולח גבי ר' אליעזר ששיחרר עבדו ובשילוח הקן דהוה דחי עשה דמצורע דחמיר לעשה דשלוח הקן אי לאו דאמר רחמנא שלח תשלח אפי' לדבר מצוה ע"כ. ובגיטין (מ"א) ובב"ב (י"ג) הקשו אהא דאמרינן דמי שחציו עבד וחציו בן חורין לישא בת חורין אינו יכול ולישא

שפחה אינו יכול וז"ל וא"ת וליתי עשה דפרו ורבו ולידחי לא תעשה דלא יהי' קדש וי"ל וכו' ועוד דכי מיעקרא לאו לא מקיים עשה אלא בגמר ביאה דחזיא להתעבר ע"כ:

ובר"ה (ל"ב) שופר של ר"ה אין מעבירין עליו את התחום וכו' ואין חותכין אותו בין בדבר שהוא משום שבות ובין בדבר שהוא משום לא תעשה ואמרו בגמ' מ"ט שופר עשה הוא ואין עשה דוחה לא תעשה ועשה ע"כ. וכתב הר"ן קושטא דמילתא קאמר דיו"ט הוי עשה ולא תעשה ולא הי' צריך לזה דאפי' לא הוי אלא ל"ת גרידא לא דחי כיון דלא הוי בעידנא ע"כ. וברמב"ם הביא הטעם דגמ' משום דהוי יו"ט עשה ולא תעשה. וכן בכמה מקומות עצמו מספר השתמשו בכלל זה לדבר פשוט דבעינן דבעידנא דמיעקר לאו מיקיים עשה:

ואלולי דבריהם הקדושים הי' נראה לומר שאין הדבר כן, דלא בכל מקום בעינן דבעידנא דמיעקר לאו תיקיים עשה. דחיובי המצות נחלקים לשני אופנים, יש חיובים שהחיוב הוא על הגברא, בלי כל דין בחפצא, כגון מצות תקיעת שופר, ומצות נטילת לולב ושאר מצות עשה כעין אלו, שהחיוב הוא על הגברא, ואף אם אין לו החפץ של מצוה גם כן מחויב הוא, אלא כשאין החפץ בידו, אנוס הוא שאינו יכול לקיים המצוה, אבל מחויב הוא על כל פנים, בין יש לו החפץ ובין אין לו. ויש מצות שהחיוב הוא בחפץ ולא בגברא, שאין על האדם שום מצוה לעשותה מצד עצם חיוב האדם, אלא שהחפץ מחייבו. וכגון מצות כסוי הדם, שאין על האדם שום מצוה לכסות דם, אלא שהמצוה היא כשיש דם מגולה, אז באה מצוה על האדם מצד החפץ. ונראה לחלק בזה, דכשהמצוה באה מצד החפץ, נמצא שאין המצוה אלא בחפץ, וחוץ מן החפץ אין המצוה כלל, ונמצא שמה שאמרו בגמ' ביצה גבי כתישה שאין עשה דכסוי הדם דוחה עשה דיו"ט. מטעם דבעידנא דמיעקר לאו לא מיקיים עשה, הכוונה דבעידנא דמיעקר לאו ליכא לעשה כלל, שהרי על הגברא אין כאן עשה כלל, ומעשה הכתישה הלא אינה בהחפץ, נמצא שבמקום הכתישה שאינה בהחפץ, אין שם עשה כלל, וזהו הטעם דבעינן בעידנא, אבל במקום שהמצוה היא חיוב גברא, כגון בתקיעת שופר, שם אף אם אין לו עדיין השופר, מ"מ מחויב הוא בתקיעת שופר, והחיוב הזה הוא שדוחקהו להכין השופר ולהכשירו, נמצא שאף שעדיין לא מיקיים העשה בעקירת הלאו, אבל מ"מ החיוב גברא כבר עומד הכן, והילכך דוחה לו העשה דתקיעת שופר ללאו דיו"ט. ובכלל זה יבוררו דברים הרבה, שעליהם לא נאמר כלל זה דבעינן בעידנא מעולם, שלא נאמר כלל זה אלא בדין חפצא ולא בגברא. וגבי עבודה בצרעת דנדחית העבודה ולא דחיא עשה דעבודה ללאו דצרעת דקאמרינן בשבת (קל"ב) אמר רב אשי היכא אמרינן דאתי עשה ודחי לא תעשה כגון

מילה בצרעת אי נמי ציצית וכלאים דבעידנא דמתעקר לאו קא מוקים עשה, הכא בעידנא דמתעקר ללאו לא קא מוקים עשה ע"כ, אף דהתם בעבודה אין זה דין בחפצא, כ"א בגברא, מ"מ שם ג"כ שייך הך כללא דבעידנא, משום דהתם כשהצרעת בו, הוי פסול בגברא, והילכך ליתא לעשה כלל בההיא שעתא, הילכך שפיר קאמרינן דלא דחי עשה דעבודה ללאו דצרעת, דליכא עליו עשה דעבודה כלל, ואין למי לדחות הלאו, אבל בכל מקום כשהדין בגברא, אף דלא הוי בעידנא שפיר קא דחי, דיש עליו החיוב אף קודם המעשה דחיי', שיעשה המעשה הדוחה, והילכך קא דחי אף שלא בעידנא, כיון דהעשה הדוחה ישנו אף קודם הדחיי'. וכיון שכן לא קשה כלל מתקיעת שופר, שכיון שהיא חיוב אגברא, ואף קודם מעשה הדחיי' יש עליו חיוב לדחות, אותו החיוב המוטל עליו דוחה את הלאו, וממילא דוחה אף שלא בעידנא. וכמו כן נמי בגמ' פסחים גבי אכילת פסח, אין מצות אכילת פסח כאכילת שאר קדשים, שבשאר קדשים חיוב האכילה בא מחמת חפץ הקרבן, שכיון שיש כאן החיוב מוטל לאכלו, שהקרבן גורם חיוב האכילה, אבל גבי אכילת פסח, הוא חיוב מוטל אגברא להקריב פסח כדי לאכלו, שהחיוב הוא קודם למציאות הקרבן, שהוא ענין חיוב גברא, ולכן דוחה שפיר אף שלא בעידנא. וכמו כן נימא גם כן גבי עשה דפרו ורבו דהוא חיוב גברא, ואינו בא מחמת החפץ של האשה והילכך ליתא שם להך כללא דבעידנא. ולפי זה הי' אפשר לפקפק לכאורה על ראיית התוס' שם בפסחים שהביאו ראי' דעשה החמור דוחה עשה הקל אף שלא בעידנא, מהא דר' אליעזר ששחרר עבדו להצטרף לעשרה, וכן משלוח הקן דדחי עשה דמצורע דחמיר לעשה דשלוח הקן, דשאני התם משום דחיוב גברא הוא, ובחיוב גברא ליתא להך כללא דבעידנא, אבל אי הוא ענין חיוב שהחפץ מחייבו, דשם נאמר האי כללא דבעידנא, אפשר שנאמר גם כשעשה חמור בא לדחות עשה הקל, וכמו כן בשאר מקומות שאמרו כלל דבעידנא יש לחלק בכך:

ועכשיו נחקור בענין השבת אבידה אם הוא ענין גברא או ענין של חפצא, ונראה לכאורה במושכל הראשון, שהוא ענין חיוב חפצא, שהחפץ הוא המחייב את הגברא בהשבה, אבל נראה דאינו כן, דלא מיקרי חיוב חפצא, אלא כשהחפץ, מלבד מה שהוא מחייב את הגברא, הוא החפץ עצמו הוא גם כן חלק מן המצוה, להחשב חפצא של מצוה, כמו שופר, שהוא הוא החפצא של מצוה, וכמו אכילת קדשים, שהקדשים עצמם, הם החפצא של המצוה, אבל בהשבת אבידה, אין החפץ של המצוה, אלא פעולת ההשבה היא החפצא של מצוה, אבל אין הממון נחשב לחפצא של המצוה, והממון הוא רק אמצעי שעל ידו בא להתקיים המצוה, והילכך ענין ההשבה נחשב לחיוב גברא, שבאופן

זה נתחייב האדם להשיב, וכמו שבתקיעת שופר המצוה מתחלת ונגמרת בתקיעה כשעושה מעשה התקיעה, אבל מ"מ החיוב על האדם כבר חל עוד קודם המעשה, כמו כן בהשבת אבידה, אף שנימא שדין השבת אבידה ומצותה מתחלת להתקיים רק משעה שהגיעה האבידה לידו, ותהי' זאת כונת החולקים על הר"ן, והר"ן יסבור דקיום המצוה מתחלת משעת הראיי', שאז תיכף נכנס בקיום מצות השבה ע"י ראיי' ושמירה, אבל אליבא דכו"ע יש עליו חיוב להשיב אף עוד קודם שהגיעה לידו האבידה. ואולי הי' אפשר לומר דלפי זה אף קודם שהגיעה האבידה לידו, כיון שראה אותה, אף שאינו עובר אמצות השבת אבידה, דעבירה לא שייך לומר אלא כשכבר התחיל במצוה, ואם הניח אח"כ, נמצא שעבר בפועל, אבל קודם שהגיעה לידו שעדיין אינו עובר, אבל מ"מ מבטל העשה מיקרי, כיון שכבר חל עליו החיוב להשיב, אף קודם שהגיעה לידו אליבא דכו"ע. וא"כ אפשר שמה שכתב הרמב"ן שמי שראה אבידה ולא נטלה ביטל מצוה דהשב תשיבם, אין כונתו שעבר, כדעת הר"ן שמראיי' מתחלת מצות השבת אבידה, אלא כונתו, שמבטל המצוה אף קודם התחלתה, מ"מ מבטל החיוב שיש עליו להשיב:

ועכ"פ לפי זה לא תהי' טענת חסרון בעידנא שייכת גם במקום הזה, שגם כאן הוא ענין חיוב גברא, כמו שנתבאר, ובחיוב גברא לא נאמר כלל האי כללא דבעידנא. וראי' לדבר זה לחלק בין כסוי דם להשבת אבידה, נראה מהא דאמרינן בשבת פ"ב גבי אסור להרצות מעות לנר חנוכה וכן גבי להדליק מנר חנוכה משום בזוי מצוה, ואמרינן דאבוהון דכולהון דם, דתנינן שלא יכסנו ברגלו, ובזוי מצוה ודאי לא שייך אלא במקום דהחפץ עצמו הוא המצוה, אבל גבי השבת אבידה אין ספק שמותר להשיב אבידה אף ברגליו, דאין החפץ של האבידה חפץ של מצוה כלל:

ב

ובעצם מחלוקת הר"ן והחולקים עליו, אם מצות השבת אבידה מתחלת משעת ראי' או משעת נטילה, הי' נראה להסביר בסברת מחלקותם, משום דמצות מתחלקות לשני אופנים:

אופן האחד, מצות בעלמא, כתקיעת שופר, כנטילת לולב, כציצית וכדומה, והאופן השני מצות משפטיות, כפריעת בעל חוב, דהוי מצוה, אבל היא מצוה מטעם דיני ממונות, וכמו כן מצות והשיב את הגזילה, שהיא מצוה, אבל היא נולדת מטעם דיני ממונות, וכזה כל המצות הממוניות, שדין ממון מוליד אותם. ויש לחקור במצות השבת אבידה, אם היא מצוה בעלמא, ככל שאר המצות, או שהיא מצוה ממוניית כהשבת הגזילה וכדומה. ונראה שבזה תהי' מחלקותן של הראשונים, דדעת הר"ן תהי' שאינה אלא מצוה

בעלמא, ואין לה שייכות עם דיני ממונות, אלא שמצוה עליו להשיב אבידה של חבירו, כמו שמצוה עליו לגמול חסד עם חבירו, וכמו שמצוה לבקר חולים וכדומה מן המצות. והילכך עלינו לומר, שמיד שראה את האבידה, נתחייב להשיבה. אבל החולקים על הר"ן יסברו דמצות השבת אבידה היא מצוה ממונית, כמצות השבת הגזילה, שכמו שגוזל את חבירו מתחייב לשלם, וכמו מי שלוקח את בהמת חברו, או כלי חברו לשמור, שמתחייב לשלם אם נאנס או פשע, כמו כן מחייבת התורה את מי שנוטל את חפץ חבירו, והגיעה לידו אבידת חבירו, להשיב לו או לשלם לו מצד דיני ממונות, וכיון שהדבר מתפרש כן, אין הדבר אפשר להיות אמור כי אם בשכבר הגיעה לידו, אבל לחייבו משעת ראייה, אי אפשר מצד דיני ממונות, שהרי אין לו שייכות עם החפץ, שאין ראייה מחייבת בשום מקום בדיני ממונות:

והי' נראה לבאר ע"פ יסוד זה מה שנחלקו בו האחרונים אם צריך בחליצה כונת הקנאה או כונת מצוה והחכ"צ האריך (בסי' א') ונראה שסובר שמצות חליצה היא רק להתרת זיקה שתהא היבמה מותרת לשוק שדימה חליצה לגט, והשיג על הראנ"ח שכתב טעם למניעת האוננת מחליצה משום שהיא מצוה ואונן פטור מכל מצות האמורות בתורה. והשיג עליו שזהו דומה לגיטין וקדושין ומקח וממכר שגם זה מנאן הרמב"ם בכל המצות ודין א' להם ובכולם מעשה אוננים קיימים. ושקלו וטרו האחרונים דבתרייהו, ובעמק יהושע ובעין יצחק האריכו בזה לבאר אי חליצה הוי מצוה אם לאו. וברור הדבר בסברת הענין נראה פשוט, דהויא ודאי מצוה, אבל היא מצוה קנינית, כמו פריעת חוב וכדומה מן המצות הממוניות, כמו כן אף אי נימא דחליצה הויא מצוה, תהי' ככל המצות הקניניות, ששעבודי הזיקה מחייבים אותם לחלוץ, כדי לפטור זה את זה, שמשועבדים הם זה לזה, והשעבוד משוה את זה למצוה:

ולפ"ז נראה דאף דאונן פטור מכל המצות שבתורה, מ"מ ממצות השעבודיות והקניניות ודאי לא נפטר, וכי איך נאמר שנפטר ממצות פריעת חוב, או ממצות והשיב את הגזילה, וכן משאר מצות ממוניות, שכל זמן שהשעבוד קיים, השעבוד והקנין ממילא מחייבים אותו בהמצוה הזאת, שהרי גם אונן אינו יוצא מכלל כל המחוייבי מצות, וישנו בתורת כל המצות, אלא שנאמר שחסרים לו עכשיו התנאים, המביאים אותו לחייבו לעשות בשעה זו את מעשה המצוה הזאת, שהתורה חדשה שאונן, אין השעה הזאת שעת מעשה המצוה, אבל בדבר שהשעבוד קיים, השעבוד מחייבו גם בשעה זו. ולפ"ז חליצה דמיא למצות פריעת חוב, ולמצות והשיב את הגזילה, שכיון שהזיקה קיימת ושעבודם זה לזה קיים, קיים נמי חיוב מצות החליצה גם בשעת אנינות, אחרי שמצוה זו יוצאת ומסתעפת

היא מהזיקה והשעבוד של קנין אישות שביניהם. ולפ"ז נראה פשוט, שאף אם נאמר שכונת מצות חליצה היא לכוין למצוה, שיצטרך לכוין למצות הקנאת זיקה, שזו היא מצותו. ומה שמקשים מהא דאמרן שהכונס לשם אישות קרוב בעיני הולד להיות ממזר וכו' לא אבין הקושיא, שכונת הקנאת אישות היא כונה אחרת, וכונת הקנאת יבום היא כונה אחרת, והילכך אף אם נדמה כונת יבום וחליצה להדדי, ולא נחלק ביניהם לומר, שדוקא בכניסת יבום פסולה היא כונת אישות ולא בכונת חליצה, מ"מ אין פסול כ"א בהקנאה של אישות דעלמא, אבל כונת הקנאת זיקה, זו היא עיקר כונת חליצה:

ובנ"י גבי ההוא גברא דאשכח כופרא במעצרתא אתא לקמי' דרב אמר לי' זיל שקול לנפש וכו' אמר ר' אבא משום יאוש בעלים נגעו בה, והקשה שם וא"ת ותיקני לי' גתו לבעל הגת י"ל דקודם יאוש הי' שם ולא עדיפא חצירו מידו דכל היכא דבאיסורא אתי לידי' לא זכי בה לעולם כן כתב הרנב"ר ע"כ:

והדברים תמוהים מאד מאד דהלא דבר זה מוסכם ועיין בש"מ וברמב"ן ובשאר ראשונים ואחרונים, דמאי דאמרינן באבידה דבאיסורא אתא לידי', אין הכונה באיסור ממש, שאין כאן שום עבירה בידו, אלא הכונה שכיון שבא לידו קודם יאוש, נתחייב בהשבה, ונעשה שומר על זה החפץ והוי ידו כיד הבעלים, והוי כדבר שברשותו דלא מהני בי' יאוש. ואם כן אין זה שייך אלא כשבא לידו מדעתו, שידע שיש חפץ של אבידה בידו, והילכך נתחייב בשמירה, אבל כשהי' מונח בחצירו, והוא לא ידע מזה, אם כן ודאי הוא דלא נתחייב בהשבה, ולא נעשה שומר על האבידה, ואמאי לא יפעול היאוש בזה:

ומחמת גודל החומר שבקושיא נראה לדון בזה בדבר החדש, במה דאמרינן דמוצא אבידה הוי שומר אבידה, שלא מחמת התחייבותו, אלא שהתורה חייבתו ושעבדתו, ויש לפרש השעבוד שהטילה עליו התורה בשני אופנים, שיש לפרשו שעבוד הגוף כעין שעבוד מצוה, שמחוייב לעשות הדבר, ויש לפרש השעבוד באופן אחר, שהתורה שעבדתו כפועל דהוי ידו כיד בעלים בעל כרחו ושלא מדעתו, דהוי שעבוד ממוני, ונמצא יוצא לנו מזה, שמלבד החדוש שחדשה תורה להטיל על האדם את חיוב המצוה של השבת אבידה, עוד חדשה התורה להקנות קנין ממוני לבעל האבידה, שיהא המוצא קנוי ומשועבד לבעל האבידה, ונעשה כפועל שלו, שזה הוא הקנין ששייך באדם. ונאמר עוד בזה, שזה הדין שיש באדם קנין ממוני, זה הדין אינו בא מתולדה מטעם מצות השבת האבידה, אלא שהוא כבן לויה להמצוה, ובא ביחד עם המצוה של השבת אבידה, והוא דין בפני עצמו שנתנה התורה באבידה, ואין לזה ענין עם מצות השבת אבידה. וכיון שנאמר כן, נאמר עוד שלא בלבד את גוף האדם שעבדה התורה לעשותו כפועל, אלא

אף בחצירו של אדם נתנה התורה זכות לבעל האבידה, שיהא החצר שהאבידה מונחת בו קנוי' לו, ודין זה אין לו שייכות עם מצות השבת אבידה, הילכך סבירא לי' להר"ן שכיון שהיתה האבידה מונחת בחצר, נעשה החצר קנוי לו לבעל האבידה, ואף שהיאוש מהני, כיון שמ"מ אבוד הוא מהבעלים, מ"מ אין הבעל גת יכול לזכות ע"י גתו לעצמו, כיון שהגת קנוי לו לבעל האבידה, ושוב אין בעל גת יכול להוציא את האבידה מבעל האבידה ע"י הגת הזה המשועבד לו לבעל האבידה ע"י השתעבדות התורה. כך הי' נראה להסביר דברי הר"ן:

ג

הנה נשמע בשם הגר"ח ז"ל שחקר אם לאו דלא תוכל להתעלם הוא לאו בפ"ע איסור העלמה, ואין לו ענין עם דין השבה, או שגם זה הוא דין בהשבה, שלא תוכל להתעלם, אלא השב את האבידה ע"כ. והי' נראה להביא ראיות לברר חקירה זו ממה שחלקו הראשונים בגמ' (כ"ו ע"ב) בנטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה עובר משום השב תשיבם וכתבו התוס' וז"ל ובפ"ק דקדושין דחשיב השבת אבידה עשה שאין הזמן גרמא היינו בענין שבכאן ע"כ, וכונתם דאל"ה ליחייבו נשים בהשבה מטעם הלאו אף אי הוי פטירי מהעשה. ובעה"מ חולק דגם בגוונא דהכא איכא לאו דלא תוכל להתעלם ועיין בש"מ שנתווכח עמו הראב"ד בזה, ולדברי הבעה"מ תשאר קושיית התוס' דהיכי משכחת שתהא השבת אבידה עשה בלבד, ואי איכא גם לאו, ליחייבו נשים בהשבה מטעם הלאו, אף אי פטירי מהעשה, כקושית התוס':

ונראה פשוט דאי נימא דלאו דהעלמה אין לו ענין עם מצות השבה, ואינו רק דין איסור דהעלמה, הלא אין מקום לקושיית התוס', דהגמ' שקיל וטרי אדין דהשבה ולא אדין דהעלמה, והילכך צריכא למימר שגם בדין דהשבה מיחייבי נשים, אלא ע"כ דס"ל דהעלמה והשבה דין אחד להו, והילכך שפיר קמקשו דיחייבו משום הלאו, אף אי לאו העשה:

ולדברי הבעה"מ דסובר דעובר גם בנטל לפני יאוש ע"מ להחזירה בלאו דלא תוכל להתעלם, דתקשה לדידי' קושיית התוס', אפשר דיסבור דהעלמה והשבה שני ענינים נפרדים הם, דלאו דלא תוכל להתעלם אינו אלא איסור דהעלמה, ואין לו ענין עם השבה, הלכך לא קשה כלום דליחייבו משום הלאו דהגמ' שו"ט אדין דהשבה ולא דהעלמה:

ועוד יש לפשוט חקירה זו מדברי הראב"ד שכתב על מה שכתב בעה"מ שגם בלאו דלא תוכל להתעלם עובר אף כשנטלה לפני יאוש ע"מ להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה וכ' הראב"ד ע"ז וז"ל בש"מ, אין הדעת מורה כך שהרי לא העלים עיניו ממנה ונטלה

לקיים מצות השבה אבל כיון דסוף סוף החזיק בה לא קיים, וקרוב אני לומר שאפילו לפני יאוש נתכוין לגוזלה כיון שהכניסה לתוך ביתו ע"מ להחזירה כבר נפטר מלא תוכל להתעלם ולא אמר לאחר יאוש אלא לפוטרו מלא תגזול ולחייבו בהשב תשיבם אפילו לאחר יאוש ע"כ עיי"ש שהאריך עוד בזה. וחזינן מדבריו שלא תוכל להתעלם אינו עובר אלא בשעת נטילה, ואף שלכאורה אין דבריו מובנים, שאיך נאמר שאם אחר שנטלה ישליך אותה בחזרה החוצה, וכי לא יהא עוד הפעם עליו הלאו דלא תוכל להתעלם, ומה לי כשהאבידה עדיין בביתו ונכנסו גזלנים לגזול את החפץ, והוא יכול להטמינו שלא יגזלוהו ממנו, וכי אין זו העלמה חדשה, ומה לי שהוא עצמו הגזלן, כיון שיש כאן העלמה, צריך להיות כקודם נטילה, וצ"ל שדעת הראב"ד, שכיון שכבר חל עליו החיוב משום השבה, אין כאן דין דהעלמה, שאין דין דהעלמה במקום זה:

ועכ"פ נראה לומר מדברי הראב"ד דדין דהעלמה אין לו ענין עם השבה, דאילו היתה כונת הכתוב לא תוכל להתעלם, אלא השב, אם כן הי' צריך להיות דין דהעלמה עד שיושב ליד הבעלים ממש, וכיון שסובר דדין דלא תוכל להתעלם מיד בנטילת האבידה, א"כ ע"כ צריכים לומר, שהם שני ענינים נפרדים, העלמה והשבה, והבעה"מ דחולק על הראב"ד וסובר שאף לאחר הנטילה ואף לאחר יאוש עובר בלאו דלא תוכל להתעלם, אף שכ' שהוא יסבור ג"כ שהעלמה והשבה שני ענינים נפרדים הם, מ"מ חולק על הראב"ד, כמו שנתבאר, דלא גרע מה שגוזל את החפץ, מאילו השליך את החפץ למקום הפקר, דהויא אבידה חדשה, ושוב עובר עוד הפעם בלא תוכל להתעלם, דהויא כקודם נטילת האבידה:

ד

הקשו על הרמב"ם שכ' דמי שקנה חמץ בפסח לוקה משום בל יראה, ואמאי הא הוי לאו הניתק לעשה כמו שכ' תוספות בפ"ב. ונראה דיש לחקור בלאו דבל יראה אי הפי' דבל יראה אלא השביתוהו, ואם כן הוא ענין אחד עם המעשה, או פי' שבל יראה בעצמו הוא האיסור להראות, ואיך שהוא בזה לא דברה התורה, וא"כ יהא הלאו והעשה שני ענינים נפרדים. וזהו נראה שכשהעשה והלאו הם ענין אחד שאין זה כ"א לאו מוסיף על העשה ועשה מוסיף על הלאו, ולא שייך לאו הניתק לעשה כ"א בגזילה שהלאו הוא שלא ליקח והעשה הוא להשיב וכן בשאר דברים כשהלאו הוא שלא לעשות והעשה הוא לתקן, אבל כאן בחמץ שניהם על פעולה אחת הן באין ואין זה לאו שניתק לעשה, כ"א לאו ועשה ביחד:

ונראה דזה תלוי במחלוקת ר' יהודא ורבנן דלר"י דסבר דאין בעור חמץ אלא שריפה, א"כ אין יחס לבל יראה עם תשביתו, שבל יראה מתקיים עם איזה בעור שהוא, ותשביתו אינו מתקיים אלא דוקא ע"י שריפה, אבל לרבנן דסברי דהשבתתו בכל דבר א"כ בין בל יראה ובין תשביתו מתקיימים שניהם באיזה בעור שהוא, א"כ כונת שניהם להשבתה, הילכך לא הוי ניתק לעשה. ולפ"ז הרמב"ם דפסק כרבנן דזורה ומפרר לרוח, א"כ השבתתו בכל דבר, ומשום זה פסק דקנה חמץ בפסח לוקה, דלרבנן לא הוי ניתק לעשה. ואפשר לפ"ז שראיית התוס' ג"כ יש לדחות די"ל דאתיא כרבי יהודא דסבר דאין בעור אלא שריפה דלדידי' הוי ניתק לעשה:

אלא דלדברי השאג"א דס"ל דבל יראה אם הוציא את החמץ מרשותו שוב אינו עובר, א"כ אף לרבנן אינם משתוים שניהם הבל יראה עם התשביתו שהשבתה דוקא באבוד הדבר לגמרי מתקיימת העשה והלאו נעקר אף בלא אבוד כ"א בהוצאה מרשותו, וא"כ אף לרבנן אין זה עשה מוסיף על הלאו כ"א לאו הניתק לעשה כיון ששניהם ענינים מיוחדים הם. ועוד אף בלא דברי השאג"א יש לעיין כשאבד ע"י עכו"ם או קטן שמצד השבתה אינו יוצא בזה שהרי אינם בשליחות, ובל יראה הלא נעקר, א"כ זה מכריח לומר ששני ענינים נפרדים הם, וא"כ חוזר זה שוב להיות לאו הניתק לעשה, ויקשה שוב על הרמב"ם. ובתשובות רע"א סי' ס"ה הקשה אמאי לא חשיב בגמ' מכות דמשכחת ביטלו ולא ביטלו גבי חמץ בפסח כגון דעירבו ובטלו דמדאורייתא הלא בטל דתשביתו כבר א"א לו לקיים בו שהלא כבר מותר הוא ולא שייך השבתה בדבר מותר, וכן יקשה לר"י דאין בעור חמץ אלא שריפה א"כ משכחת שאיבדו באופן אחר דאין העשה מתקיים ע"י זה ושוב אין יכול לקיים העשה ואף לרבנן דבכל דבר מתקיימת השבתה, מ"מ משכחת שאכלו, שבזה לא יקיים מצות השבתה. ע"כ. והי' נראה בזה דבאופן כזה אם עשה שלא יוכל לקיים שוב העשה אינו לוקה, שהרי בשביל בטול העשה אין לו להתחייב מלקות, וכל עיקר חיוב המלקות אינו אלא בשביל עבירת הלאו. ויש לפרש בזה שמתחייב מלקות על הלאו ע"י בטול העשה אם זה כתנאי בעלמא, או שבטול העשה היא ממש חלק מעבירת הלאו, והנה לפי הראשונים דסברי דיכולים להתרותו בעת בטול העשה שמעינן מינייהו דודאי ס"ל דבטול העשה היא חלק מעבירת הלאו, דע"י זה שמבטל העשה נגמר יותר מעשה העבירה, כגון מי שגוזל ואח"כ שורף את הגזילה אשר ע"י זה לא יוכל שוב להשיב, א"כ הלא זו השריפה היא גזילה ביותר, שהדבר נגזל ע"י זה עוד יותר. וכן שאר דברים כעין זה. והילכך סוברים הראשונים שיכולים להתרותו גם בשעת בטול העשה. ואף לדברי רש"י שסובר שאין יכולים להתרותו בעת בטול העשה אין הטעם משום דאין

זה כ"א תנאי בעלמא, אלא משום דסובר שאף שבטול העשה הוא גמר העבירה, מ"מ לא מהני התראה כ"א בשעת עיקר העבירה, והיא בשעת עבירת הלאו. והנה בחמץ בטול העשה לא יוכל להחשב לגמר עבירת הלאו, שבטול העשה היא אדרבא עוקרת את הלאו, שהעשה הלא מתבטלת היא ע"י זה שאין יותר במה לקיים, אבל מ"מ הלא גם בל יראה אין שוב על מה לחול, שהרי כבר אין שם חמץ, וכיון שבטול העשה אינה נחשבת לגמר עבירה, א"כ הלא אין על מה ללקות שהלא על העשה אינו לוקה כ"א על גמר הלאו, וכאן אין גמר לאו:

ומזה לנו ג"כ ראיה שאין הלאו והעשה משתוים, שהרי בבטול ברוב נעקר הלאו והעשה אינו מתקיים אף לרבנן, וכן באכילת אדם בפסח הלאו הלא נעקר, והעשה אינו מתקיים לפי דברי התוס', וא"כ שוב קשה על הרמב"ם שכתב שלוקין אבל יראה:

וראיתי מקשים על דברי התוס' דאין חייבים מלקות אבל יראה, א"כ מאי נפקותא במה דחולקין ב"ש וב"ה בשיעור דחיוב חמץ אי בכזית אי בכותבת סוף סוף אין לוקין אף אשיעורא, ואיסורא הלא איתי' אף בחצי שיעור. ע"כ מקושיית ספר מעין החכמה. ונראה דלפי מה שכתבו תוס' בשבועות (דף כ"ג ע"ב) ד"ה דמוקי דאף דאין איסור חל על איסור מ"מ על חצי שיעור אף אם נסבור דחצי שיעור אסור מן התורה מ"מ חל עליו איסור אחר. ונראה בהסבר דברי התוס' משום דחצי שיעור אינו איסור עצמי שהזהירה התורה עליו, אלא שכיון שהחפצא הוא אסור הלא נמצא שאוכל חפץ אסור והילכך אסור אף החצי שיעור, וכמו שאין מאכילין את הקטן משום איסור תורה אף שלקטן עצמו אין בו אזהרה, מ"מ כיון שהחפץ עצמו אסור, אסור להאכילו, כמו כן חצי שיעור נמי אף דלא נתנה בו תורה איסור עצמי, מ"מ כיון שהחפץ עצמו אסור, אסור לאכלו. ובזה הי' אפשר לומר דבאיסורין שאין בהן אלא איסור גברא לא יהא בהן משום חצי שיעור וכ"כ לא יהא בו איסור להאכיל את הקטן. וכן משמע מדברי הריטב"א שמקשה אמאי דאמרינן בעירובין אהא דאמרינן דמערבין לגדול ביוה"כ משום דחזי לקטן והקשו הא אי אפשר לו להאכיל את הקטן משום לא תאכילום (אף דיש לדקדק דמה לנו להאכילו הלא הקטן עצמו יכול לאכול, ונראה דסובר, כיון שנעשית דירתו של הגדול משום דדעתו אמקום פיתא, זה דוקא אם הוא בעצמו יכול להשתמש בזה לו יהא ע"י האכילה לאחרים, אבל בזה שהקטן בעצמו יקח, אין נעשה בזה דירתו של הגדול). ותירץ הריטב"א משום דיוה"כ אינו אלא איסור דיומא קגרים אין בזה משום לא תאכילום, והי' אפשר להעמיס זה בכונתו, שכיון שאינו איסור חפצא, אין בו משום לא תאכילום, שיוה"כ אינו אלא איסור גברא. אבל

עכ"פ חצי שיעור אין איסורו איסור עצמי כ"א מצד החפץ, ומפני זה איסור אחר חל עליו. וא"כ נפקותא יוצאת לנו לדעת את השיעור שעליו שוב לא יחול איסור אחר:

וכמו כן תירצתי ג"כ מה שמקשים על הרמב"ם דסבר דחמץ אסור בכל שהוא משום דכתיב לא יאכל ואין לוקין עליו. והקשו נושאי כליו למה לי קרא לאסור בכל שהוא הא חצי שיעור אסור בכ"מ מן התורה, ועפ"ז יתורץ דאילו מצד חצי שיעור יחול עליו איסור אחר שהרי אינו איסור עצמי, ובחמץ חדשה התורה שיהא גם לחצי שיעור איסור עצמי, ונפ"מ שלא תחול עליו שוב איסור אחר, כיון שבחמץ גם חצי שיעור אסור ככל שאר האיסורים:

וממילא לדברי הרמב"ם שוב יקשה מאי נפ"מ במחלוקת ב"ש וב"ה שהלא להרמב"ם גם חצי שיעור בחמץ הוא איסור עצמי ואיסור אחר גם על חצי שיעור אינו חל, וללקות הלא גם שיעור גמור אינו לוקה שהרי ניתק לעשה. אבל הרמב"ם לשיטתו דסובר דחמץ לא הוי ניתק לעשה, ונפ"מ לענין מלקות. ונמצא שהרמב"ם לשיטתו מוכרח הוא לומר כן שלוקה:

סימן מו

א

פסק הרמב"ם פ"ד מה' בכורים הלכה ב' ואלו מביאין ולא קורין האשה והטומטום והאנדרוגינוס לפי שהן ספק אשה ואינן יכולין לומר אשר נתת לי ובהלכה ג' כתב הגר מביא וקורא שנאמר לאברהם אב המון גוים נתתיך הרי הוא אב כל העולם כולו שנכנסין תחת כנפי השכינה ולאברהם היתה השבועה תחלה שירשו בניו את הארץ, עד כאן דבריו. וזה דלא כרבנן במשנה פ"א דבכורים שאמרו דאין גר קורא מפני שאין יכול לומר אשר נשבעת לאבותינו לתת לנו אלא כר' יהודה דסובר שגר מביא וקורא וזהו לפי הירושלמי שפסק הלכה כר' יהודה. ובמשנה למלך הקשה על הרמב"ם וז"ל תמוה לי דאף שיכולין לומר לאבותינו מ"מ כיון שלא נטלו חלק בארץ אינם יכולים לומר אשר נתת לי דומיא דאשה וכהנים ולוים אינם קורים אלא מפני שיש להם ערי מגרש ורבינו עצמו כתב בסוף הלכות מעשר שני דגרים שאינם מתודים מפני שאין להם חלק בארץ ע"כ:

ונראה לומר דדין גר חלוק מדין אשה, דגבי גר אף על פי שלא נטל חלק בארץ ישראל בשעת חלוקת הארץ מ"מ אם תהא לו קרקע בא"י ע"י איזה אופן שהוא, יש לו זכות בקרקע זו ככל בן ישראל, אשר הארץ נתונה להם, ויכול לקרות אשר נתת לי מצד דין עכשיו שהארץ נתונה לו, שלא כתוב בתורה מן האדמה אשר נתת לי אז בשעת חלוקה

כ"א אשר נתת לי, וכיון שעכשיו נתונה לו, שפיר יכול לקרות אשר נתת לי, וגר לא אימעוט אלא מדין חלוקת הארץ, אבל לא מדין שתהא הארץ נתונה לו. ותצא לנו נפקותא בדבר שאילו היינו אומרים שגרים שקנו קרקע אין הארץ נתונה להם, אף כשקנויה להם קנין הגוף, היה נמצא שאם בימי עזרא שנתקדשה הארץ ע"י חזקה ע"י זה שנתיישבו בעריהם, ואם תתיישב איזו עיר כולה ע"י גרים, לא היה אותו המקום מתקדש, כיון שלגרים אין להם אלא קנין הגוף בעלמא, ואין להם דין נתינת הארץ, אבל אם נאמר שאף על פי שאין לגרים דין חלוקה הארץ, מ"מ הארץ הקנויה להם עכשיו נתונה להם כדין ישראל, אם כן גם המקום שנתחזק על ידי הגרים גם כן נתקדש בקדושת ארץ ישראל. ומוכח מן המשנה דגר יש לו דין זה שתהא הארץ נתונה לו ושפיר יכול לקרות אשר נתת לי, ואין מחלוקת בקריאתו רק מטעם שאינו יכול לומר נשבעת לאבותינו:

אבל גבי אשה נראה דמלבד מה דנתמעטה מדין חלוקת הארץ נתמעטה נמי מדין שתהא הארץ נתונה לה, ומה שזוכה בארץ מדין ירושה, אין זה אלא מדין ברא כרעא דאבוה ותחת אבותיך יהיו בניך, שהיא עומדת במקום האב, וחשבינן לה כאלו האב זוכה בקרקע והקרקע נתונה לו, אבל להיות לאשה דין עצמי שתהא קרקע בא"י נתונה לה מצד דין עצמה, דין זה לא ניתן לה:

ואולי יש לומר מאי דאמרינן דאשה לאו בת כבוש היא, אין זה מטעם דאינה יוצאת לכבוש ואינה הולכת למלחמה, אלא מטעם דאין לה עצם דין הכבוש, ואף כשיוצאת למלחמה אין כבושה כבוש, דאין דין כבוש הארץ ונתינתה כ"א לאנשים, והיינו טעמא דנתמעטה אשה מדין חלוקת הארץ היינו מדין נתינת הארץ וצ"ע:

ועוד יש לומר באופן אחר, דהיינו טעמא דאין פוטרים גרים מבכורים משום טעם דליתנייהו בדין חלוקת הארץ, דכיון דאמרינן דגרים קורים ג"כ אשר נתת לאבותינו, משום דאברהם אבינו הוא אב לכל הגרים משום דכתיב אב המון גוים נתתיך. אם כן באמת גם הגוים הם יורשים דאברהם אבינו, אי סבירא לן דארץ ישראל מוחזקת בידם מאבותיהם, ואם כן היה להם לגרים לירש בארץ ככל ישראל, אלא היינו טעמא דאין יורשים, משום דבני ישראל הם יורשים היותר קרובים מן הגרים, וכיון שהקרוב קרוב קודם, ירושת ישראל קודמת לירושת הגרים. וכיון שמה שאין הגר נוטל חלק בארץ, אין זה מטעם שהוא אינו בר נתינת חלק בארץ, אלא מפני שהיורש היותר קרוב זוכה כבר קודם לו, הילכך שפיר מצי למימר מן האדמה אשר נתת לי, דהארץ ניתנה לכל הני דהו בני ירושה, ואף הגרים בכלל:

אבל אשה, מה שאינה זוכה בארץ, אין זה מטעם דהבנים הם יותר קרובים מן הבנות אלא דגזירת הכתוב דבן קודם לבת, אבל באמת קורבתם שוה היא, וכבר אמרו האחרונים, דמאי דקיי"ל דעכו"ם יורש את אביו דבר תורה, כיון דלא נתחדש סדר נחלות כי אם לישראל, ובעכו"ם לא נאמר דין זה בסדר נחלות, ויהא הדין בעכו"ם דבן ובת שוים הם ושניהם יירשו כאחד, דמאי דבן יורש ולא בת, אין זה כ"א מטעם דין סדר נחלות, ובעכו"ם כיון דליכא דין זה בסדר נחלות יהיו שניהם שוים, וכיון שכן לא נוכל לומר דמאי דאשה אינה נוטלת חלק בארץ, היינו משום דיש קרוב ממנה, דהא בדין קורבה איש ואשה שניהם שוים הם ודין דסדר נחלות לא שייך כאן דהא אין זה ירושה ממש בדיני ירושה כסדר הנחלות, ועוד דעדיין לא נתחדש סדר נחלות ליוצאי מצרים, ויקשה למ"ד ליוצאי מצרים נתחלקה הארץ. וצריכים אנחנו בע"כ לומר דמאי דאשה אינה נוטלת חלק בארץ, היינו דנתמעטה מדין נתינת חלק בארץ ואינה בת חלוקה כלל, הלכך אינה יכולה ודאי לומר מן האדמה אשר נתת לי לפוטרה מהבאת בכורים:

והיינו טעמא נמי נוכל לומר, מאי דאמרינן דכהנים ולוים מביאים בכורים משום דיכולים לומר מן האדמה אשר נתת לי משום ערי מגרש, אבל בלא"ה היו פטורין משום דהם נמי הלא קורבתם שוה עם כל ישראל, ובע"כ מאי דאין נוטלים חלק בארץ היינו משום דמיעטתם התורה מדין נטילת חלק בארץ, הלכך ודאי היו פטורים, דלא היו יכולים לומר מן האדמה אשר נתת לי, ורק משום ערי מגרש שיש להם ע"י זה חלק בארץ הוא דיכולים להביא ולקרות:

שלוחין

סימן מז

א

הקשה הב"י בי"ד (סי' של"א) על הרמב"ם שכתב בפ"א מתרומות וז"ל החורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם אם בא בעל הבית ואמר לי' כלך אצל יפות אם הי' שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה ואם ליקט בעה"ב והוסיף בין כך ובין כך תרומתו תרומה עכ"ל. וכיון דקיי"ל כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לא מהני כלך אצל יפות אלא בדשוויי' שליח וע"ש שהעלה דהרמב"ם סמך עצמו על סוגיא דקידושין (דף נ"ב) וממילא אידחיא הך סוגיא דר"פ אלו מציאות דשם אמרינן האי סרסיא דקדיש בפורזמא דשיכרא אתא בעה"ב ואמר לי' אמאי לא אייתת מהאי חריפא אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות

אלא לענין תרומה בלבד ומשמע דאפי' כה"ג שליקט שלא ברשות כי אתא בעה"ב ואמר כלך אצל יפות וגלי אדעתי' דניחא לי' אע"ג דמעיקרא לא ידע מהני והטעם דמצוה שאני ומהני אפי' לא ידע מעיקרא ומשום דמסתמא ניחא מעיקרא. ע"ש. והנה הדברים בלתי מתיישבים דהא אמר בב"מ דהכי נמי מסתברא דבעינן שלוחכם לדעתכם גבי תרומה וא"כ אף דאמרינן דבודאי ניחא לי' מעיקרא הא שלוחו לדעתו לא הוי, והי' נראה לומר דכיון דגבי תרומה אם אמר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום סגי, א"כ כיון דמשום ניחותא דמצוה ידעינן שגם מעיקרא הי' רוצה הוי כמי שאמר כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום, דבשלמא אם היינו צריכין שימנה את זה לשליח א"כ אף דידעינן דניחא לי' אבל הלא את זה לא מינה, אבל כיון דסגי בכל הרוצה, וכיון דידעינן דניחא לי' שיתרמו בשבילו הוי כמאן דאמר כל הרוצה:

אבל נראה דא"א לומר כן דאף שסגי בדאמר כל הרוצה יתרום, אבל זה פשוט דהנה נחלקו הרמב"ן והר"ן בגיטין פרק התקבל אם כל הרוצה הוי מטעם גילוי דעתא או מטעם שליחות דהרמב"ן סבר דהוי רק גילוי דעתא וסגי בכך והר"ן סבר דהוי מטעם שליחות ונראה דנ"מ ביניהם אם התורם תרם אדעתא דנפשי' ולא אדעת דבריו דלפי דעת הרמב"ן כיון דסגי רק בגילוי דעתא לפ"ז אף שלא כוון התורם לתרום בשליחותו של הבעלים ג"כ מהני, אבל לפי דברי הר"ן דמטעם שליחות אתיין עלה אם לא תרם התורם משום שליחותו של הבעלים לכאורה לא מהני, וא"כ לפי דברי הר"ן כאן בתורם שלא ברשות הלא לא סמך השליח על אומדן דעתו של המשלח כי אדעתא דנפשי' עשה ואמאי מהני הלא לא בא בשליחותו:

והנה זה צריך להבין ג"כ מאי דאמרינן דניחותא דמצוה שאני, דמאי אולמא דניחותא דמצוה יותר מיאוש בדבר שאין בו סימן דברור לנו דמתייאש ואעפ"כ לא מהני משום דלא הוי יאוש באומדנא אף שברורה לנו ביותר כיון שאינה בפועל א"כ מה הוסיף לנו אומדנא דניחותא דמצוה. ולכאורה קשה עוד יותר דהא חזינן ביאוש שלא מדעת בדבר שאין בו סימן שאף שלא נודע לו כלל מ"מ הוי יאוש למ"ד דיאוש שלא מדעת הוי יאוש ובתרומה אף למ"ד הוי יאוש בעינן גילוי דעתא דבעה"ב לבסוף דזה מוכרחים אנו לומר דביאוש לאביי לא בעינן גילוי דעתא לבסוף דאל"כ תקשה מה שהקשו בגמרא לאביי תמרי דזיקא היכי אכלינן דילמא דיתמי נינהו וכתבו התוס' דלרבא ניחא כיון דלכי גדלי מייאשי השתא נמי הוי יאוש ותקשה בודאי ביתומים קטנים אפשר שלא יודע להם לעולם ואפשר שימותו ולא יבוא לעולם לכלל יאוש, אלא ע"כ דלא בעינן דיודע להם לבסוף וגבי תרומה בעינן דיודע לבסוף א"כ הלא גדולה האומדנא דיאוש יותר מאומדנא

דניחותא דמצוה דתרומה וכיון דלגבי יאוש לא מהני א"כ כ"ש גבי תרומה. ומתחילה הייתי רוצה לומר דבתרומה בעינן גילוי דעתא לבסוף כדי שיתקיים המצוה על ידו ומצאתי כסברא זו בעונג יו"ט אבל א"א לומר כן גבי הכשר:

ונראה בביאור הדבר דבאומדנא דיאוש דאף דאמרינן דבודאי הי' מתייאש וחשבינן לי' ליאוש אבל מ"מ הוי שלא מדעתו ואמרינן דיאוש כזה לא מהני אבל גבי תרומה כיון דאמדינן לי' שבודאי הי' רוצה וחשבינן לי' כאילו יש לו עכשיו רצון לזה וכיון שאמרינן שהוא רוצה לא שייך לומר שהוא שלא מדעתו דכיון דחשבינן לי' לרצון ממילא חשבינן לי' לדעת, דגבי יאוש עצמיות היאוש אין זה ענין של לדעת אלא כשהוא חושב ומתייאש בפועל הוי לדעת אבל גבי רצון עצמיות הרצון הוי לדעת וזהו שאמרו כיון דמשום ניחותא דמצוה אמרינן שרוצה בדוקא שיעשה כך ממילא הוי לדעת:

וכיון שמוכרחים אנו לומר זה היסוד נראה שיש לפקפק בדברי הקצוה"ח שהביא ראי' ליסוד דניחותא דמצוה מהא דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו משום דניחא לי' לאיניש דליעבד מצוה בממוני'. ע"ש. דהתם מטעמא אחרינא הוא. דהנה מה שכתבו התוס' דאין לאכול פירות חבירו אף אם יודע שיתרצה דקיי"ל כאביי היינו דוקא באכילת פירות חבירו שהאכילה במקרה והתרצותו במקרה א"כ כיון שלא ידע מהמקרה הוי יאוש שלא מדעת, אבל בעשיית מצוה בממונו שכלל הוא באדם דניחא לי' ליעבד, א"כ מעולם הוי אינו מקפיד לגבי זה והוי כדמעיקרא איאושי מייאש וכן כאן מעיקרא אינו מקפיד על זה דלא שייך ליאוש שלא מדעת, אבל בנדון דהרמב"ם יסוד אחר הוא דאומדנא דרצון אינה שייכת ליאוש שלא מדעת אף בענין מקרי:

ובזה נוכל ליישב גם מה שהקשו על הרמב"ם במה שכתב דהוי תרומה גם בירד לשדה חבירו וליקט פירות חבירו שיקחם לעצמו ותרם אותם והא התם בלקח לעצמו לא שייך ניחותא דמצוה דהא אין המצוה של בעל השדה. ולפ"ז יתבאר דניחותא דמצוה לאו דוקא אלא העיקר דהמקום דיש לנו אומדנא דהוא רוצה בדוקא ולא די שאינו מקפיד אלא אדרבא יש לו רצון לזה אם כן ה"נ בירד לשדה חבירו ליקחם דידעינן דבעל השדה רוצה שיקחו פירותיו ויש לו רצון לזה בזה הענין אין בזה משום יאוש שלא מדעת כמו דאמרינן בניחותא דמצוה:

ובזה תסתלק ג"כ הראיה לדעת הש"ך דר"ל דמותר לאכול פירות חבירו שלא ברשות משום דלכי יתודע לא יקפיד מהא דאמרינן דמי שנשתטה וזן את בניו ואת בנותיו ואמאי השתא מיהא לא ידע ותירץ הקצוה"ח דהתם ג"כ איכא מצוה ולפ"ד אין צריך לזה אף אי ליכא מצוה כיון דאמדינן לדעתי' דיש לו רצון לזה מהני אף אי לא ידע:

ואכתי תשאר הקושיא על הרמב"ם שכתב גם בתורם פירות חבירו ותירצו משום ניחותא דמצוה ויקשה מה מהני ניחותא דמצוה והא בעינן שלוחכם לדעתכם. והנ"ל דהנה בטעם דבעינן בתרומה שליחות דוקא ולא מהני זכי' יש לפרש לפי דעת הסוברים דלא מהני זכי' מאדם ובתרומה הוי זכין מאדם דזכין להוציא מבעל הכרי. והנה שני דיני חלות ישנם בתרומה הא' מה שיוצא מרשות בעלים והב' מה שנעשה הטבל לתרומה. והנה לפי פירוש זה שדין שליחות בתרומה הוא חלות התרומה בזה הי' מהני גם זכי' כבכל התורה כולה דבעינן שליחות ומהני זכי' והא דלא מהני זכי' הוא בדין יציאת הפירות מרשות הבעלים. והנה ביציאת הפירות מרשות הבעלים לא רבתה התורה שליחות אלא דאין יכול להוציא משום דאין יכולים להוציא מרשות הבעלים דבר שאינו שלו ואין יכולים בדבר שאינו שלו לעשות קנינים. ועל זה מהני ניחותא דמצוה דכיון שיש לו ניחותא בדוקא שיעשה זה עבורו, באופן זה לא הוי החסרון דזכין מאדם. ולא דמי לשאר זכין מאדם ששם אינו רוצה בדוקא שיזכו ממנו אף דניחא לי' בזכי', ועוד דשאר זכי' מאדם לא ניחא לי' ההוצאה במציאות אלא שמן ההוצאה מרשותו יוצאה לו זכות כגון במכירת חפציו דאין ניחא לי' הוצאת החפץ מרשותו אלא דניחא לי' בדמים הבאים מכח המכירה, אבל בתרומה ניחא לי' בהוצאה מרשות עצמה שהיא היא זכותו מצות תרומה בזה מהני האומדנא דניחותא דמצוה והילכך די באומדנא זו או בגילוי דעת ובדין חלות התרומה הלא בלא"ה הי' מהני זכי' כשליחות כבכל התורה כולה, הילכך היכא דגילה דעת לבסוף מהני התרומה ע"י ניחותא דמצוה וזו היא דעת הרמב"ן בגיטין דגילוי דעת מהני בהפרשת תרומה דאחר הגילוי דעת מהני מדין זכי':

ובזה נוכל לבאר מה שמקשה בנחל יצחק על דעת הסוברים דזכין מאדם לא מהני, מפני מה אמר רשב"ג גבי פירות המופקדים שאם היו אבודין מוכרן בב"ד מפני השבת אבידה: **והנה** זה מכבר אמרתי דשם שאני כיון דהוי שומר, נמצא שיש לו רשות לזה והוי כאילו הבעלים ציוהו והוי שלוחן של הבעלים, ואין זה מטעם זכי'. אבל ראיתי במחנה אפרים שמסתפק אם מכירת פירות אבודין היא מטעם שומר או מטעם השבת אבידה, שמלשון המשנה משמע שהיא מטעם השבת אבידה. ואי נימא דהיא מטעם השבת אבידה, הלא אינו שלוחן דהבעלים. וכמו כן מקשה דבהשבת אבידה גופה ג"כ מותר לו למוכרן כשצריך, ולפ"ד יבואר כיון דהפירות מתקלקלין א"כ אין לנו אומדנא דניחותא גדולה מזו והוי כנוחותא דמצוה כמו שנ"ל, וניחותא היא בעצם המכירה, מפני שרוצה להוציא הפירות מרשות מפני קלקולן ואבודן ובכה"ג מהני גם זכי' מאדם:

ודעת הר"ן החולק על הרמב"ן בגיטין נראה שדין שליחות בתרומה דלא מהני זכי' הוא לא מטעם זכי' מאדם, אלא שהתורה רבתה בדין חלות התרומה דבעינן שליחות דוקא מגז"ה ולא זכי' והילכך לא מהני אף גילוי דעת:

ב

ויש לשאול עוד במה שהביאו מסוגיא דקדושין לומר דהך סוגיא חולקת אסוגיא דב"מ, לפי דעת הש"ך דס"ל, דלאכול משל חבירו, דסגי כשחבירו אינו מקפיד, ולא בעי קנינו, מהני אף לאביי, ואמרינן אליבא דכו"ע, כיון דהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' וזה שלא כדברי התוס' שם בסוגיא, א"כ לפ"ז אין שום ראי' מגמ' דקדושין, לפי מה שפסק הרמב"ם דהמקדש בדבר שאין בעל החפץ מקפיד עליו הוו קדושין, א"כ לא בעי גבי קדושין שום קנין של בעל החפץ, רק אי קפידתו, ובמקום דבעינן רק אי קפידתו, הא אליבא דכו"ע מהני אף כשמעיקרא הי' שלא מדעת. ועיין באבני מלואים (סי' כ"ח ס"ק מ"ט) שכתב שאף באינו מקפיד נגד אדם אחד בלבד ג"כ הוא דמהני גבי קדושין, וא"כ גם כאן גבי סרסיא אף שאינו מקפיד רק לגבי' מ"מ מהני לפ"ז גבי קדושין, והילכך לא בעי משו"ה דלישוויי' שליח, אבל מ"מ בכל דוכתי גבי תרומה, אפשר דבעינן שפיר דלישוויי' שליח, ואי לאו לא מהני:

ולולי דברי הכסף משנה וב"י, הי' אפשר לפרש דברי הרמב"ם באופן אחר, דמה שכתב דהתורם שלא מדעת תרומתו תרומה בחצי בבא ראשונה, תהא כונתו דליהני מכאן ולהבא, וכבר ראיתי מובאים דברי הריטב"א שדן שאף שם בקדושין מהני מכאן ולהבא. ויש לדון בדבר, דזה צריך להתבונן בכונת מה שאמרו דלא אמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', ורבא חולק וס"ל דאמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', אין דעתם ודאי לפלוג באומדן דעת האדם, דאביי אומד דעתו כך, ורבא אומד את דעתו כך, אלא כונתם דאביי ס"ל דאף דיש לנו אומדנא דמדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', מ"מ לא סגי לן בזה, דנימא דמהני למפרע, כיון דמעיקרא לא הוה ידעינן הך ניחותא, ורבא ס"ל דכיון דידעינן השתא האי אומדנא, מהני שפיר למפרע, ויש לחקור הא דלא מהני לאביי, הוא חסרון בחלות הדברים, שאומדנא זו לא מהניא לחול חלות הקנין על ידה, אבל למעשה הקנין שפיר סגי באומדנא זו, ונרויח בזה, דמכאן ולהבא כשתתגלה דעתו דניחא לי' תחול חלות הקנין, או חלות ההפרשה דתרומה, כיון שמעשה הקנין, או מעשה ההפרשה, הי' מעשה גמור, או שנפרש שחסרון זה דלא ידעינן השתא מניחותא דידי', חסרון הוא גם במעשה הקנין, והילכך לפ"ז ודאי דלא מהני אף מכאן ולהבא, כיון שמעשה הקנין או מעשה ההפרשה אינו מעשה כלל. ומצאנו בכמה דברים

דלא בעי במעשה הקנין דיני חלות הקנין, וכגון במקנה דבר שלב"ל דלחול כשיבא לעולם למאן דס"ל דמהני בכה"ג, אף דבחלות הוי גריעותא מה דליתי' בעולם, ומ"מ במעשה הקנין לא מיחשב לגריעותא וכדומה עוד כאלה, והנה מדברי הריטב"א אנו רואים שסובר כן, דכל עיקרו מה דלא מהני בלא דעתו של הבעלים, הוא רק דליהוי מהני למפרע, אבל מכאן ולהבא דעתו דמהני. ונוכל לבאר בזה גם דעת הרמב"ם שהוא אומר דין זה דהתורם שלא מדעת דמהני רק מכאן ולהבא, משום דסובר, דהמעשה הוי מעשה קנין גמור או מעשה הפרשה גמורה, ע"י האומדנא בלבד, ומצד החלות מהני מה שמתגלה אח"כ דעתו ורצונו. וכעין סמוכין לדברים אלו, מה שכותב הרמב"ם דין זה ביחד עם דין דיורד לתוך שדה חבירו ליקח את הפירות לעצמו ותרם אותם, ואח"כ בא בעל הפירות, דשם הי' מסתבר יותר דלא מהני רק מכאן ולהבא, לפי פשוטן של דברים, משום שהלא עד עכשיו עדיין לא מכר לו, ובזה בא לגלות, שגם בדין ראשון, בתורם פירות חבירו, ג"כ כונתו דמהני מכאן ולהבא:

ולפ"ז גם לתרץ קושיית הגמ' דבעינן מה אתם לדעת אף שלוחכם לדעת, ג"כ נימא דאין זה חסרון כ"א בחלות התרומה, אבל לא במעשה ההפרשה, דשם סגי לן בהך אומדנא דמדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי'. וסוגיא דידן דלא מתרץ בכה"ג, משום שרוצה לפרש הברייתא אף למפרע, אבל הרמב"ם לא נחית להכי, ופוסק דינו מכאן ולהבא:

ג

בדבר מה שכתבו האחרונים דיאוש עד דאתי לרשות זוכה לא נפיק מרשות בעלים, חילק הנתיבות דבאבודה ממנו ומכל אדם נפיק מיד מרשות בעלים, וביאוש, אם מצא האובד את החפץ, כלה יאושו עוד טרם זכה בה, ושוב אין אדם יכול לזכות באבידה, ובאבודה ממנו ומכל אדם אין לו דין אחר משאר אדם, ואין הדבר יוצא מדין אבידה בלי זכיי':

ובתוס' ב"מ (כ"ב ע"ב) ד"ה איסורא דומיא דהיתירא כתבו וז"ל מה שמתיר אבודה ממנו ומכל אדם ע"כ לא איצטריך קרא בידע ומתייאש דהא אפי' במצויין אצל כל אדם מותרת ביאוש ע"כ. ולפי חילוק הנתיבות הא לא קשה לגמרי דאף בידע ומתייאש איצטריך לקרא דאבודה מכל אדם, דאילו מטעם יאוש לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, וכי חזו לה בעלים כלה יאושו, ואילו כי כתב קרא להתיר אבודה מכל אדם ישתנה דינו להיות נפיק מיד מרשות בעלים, ואין ההיתר כלה לעולם. וביותר תמוהים עוד דברי הירושלמי הובא בתוס' (כ"ז ע"א) ד"ה מה שמלה וכו' מנין ליאוש מן התורה אמר ר' יוחנן אשר תאבד ממנו מי שאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם יצא יאוש בעלים שאבד ממנו ומכל אדם ע"כ, וכי איך יליף יאוש בעלים מאבודה מכל אדם שמותר אף בלא

יאוש, ודינו שונה ג"כ דנפיק מיד מרשות בעלים. וראיתי במראה הפנים שם ד"ה מנין ליאוש וכו' שהביא דברי התוס' שהביאו הירושלמי וכתב ע"ז מדבריהם נראה דהאי לימודא דיליף הכא נוכל ליישב גם לשיטתו דתלמודא דהתם ולכאורה אין נראה כן דהתם יליף לה מהאי קרא לאבידה ששטפה נהר כדאמרינן (בדף כ"ב ע"ב) והתם לעולם מותר בין אייאש בין לא אייאש ואפי' עומד וצווח דרחמנא שרי' ונעשה כמי שצווח על ביתו שנפל וכדאמר בהדיא התם (דף כ"א) בריש שמעתא דיאוש שלא מדעת בדבר שיש בו סימן כו"ע ל"פ דלא הוי יאוש וכו' בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית בי' סימן רחמנא שרי' ואפי' בא ליד המוצא לפני יאוש וכדפי' רש"י וא"כ אין ללמוד מהתם לאבידה מחמת יאוש ע"כ. והוא עצמו כתב בהלכה ה' ד"ה מה שמלה דלהרמב"ם מהני עומד וצווח חוץ ממצא ברוב עכו"ם דלא מהני עומד וצווח ע"ש. מ"מ גם לדעתו קשה, כמו שנ"ל דהא דינו שונה לענין כלה יאושו, ולענין נפיק מרשות בעלים:

ונראה לבאר עפ"ז דדין אבודה ממנו ומכל אדם, הוא ג"כ דין מדיני היאוש, דמדרגות רבות ודינים שונים ביאוש. כמו דחזינן דנחלקו רבה ורבא בסימן העשוי לידרס אי הוי סימן אם לאו, וכונתם אי מייאש בשביל שהסימן עשוי לידרס אי לאו, וזה פשוט בסברא דאין מחלקותם באומדן דעת האדם, ומחלוקת במציאות לאמוד דעתו אי מייאש, אלא נראה דמחלקותם היא במדרגה זו של יאוש, שהאדם בא אלי' בשביל ספק זה שמא נדרס, דרבה אית לי' דספק זה ג"כ דין יאוש יש לו, ורבא אית לי' דספק זה אין לו דין יאוש, דיאוש צריך להיות יאוש גמור. ועפ"ז יבואר מה שהקשו התוס' ריש פ' א"מ וא"ת כריכות אי דרך נפילה היא א"כ אינו יודע היכן נפלו וברה"י אמאי צריך להכריז הא מתייאש שסבור שברה"ר נפול ע"כ, והקשה הגרע"א ע"ז מנא להו דמתייאש על הספק, דילמא אינו מתייאש ע"ש בדבריו. והנה כונת תוס' היא ג"כ אינה לומר שיש בכאן ספק יאוש, שאילו כן הי' אסור ליטול לעצמו, מטעם שצריכים היינו להעמיד בחזקת מרא קמא, אלא כונתם, שמדרגה זו של הספק, היא ג"כ מדרגה שיש לה דין יאוש, כיון שגם על הספק יש מקצת יאוש, ויאוש זה יש לו דין יאוש וקושיית התוס' מובנת שפיר לפי מאי דאזלי התם אליבא דמ"ד סימן העשוי לידרס לא הוי סימן, וטעמו שעל הספק הוי ג"כ יאוש שמסתפק שמא נדרס, ויש לזה דין יאוש, א"כ גם כריכות ברה"י יש שם ספק דילמא ברה"ר נפיל, וצריך להיות לו דין יאוש:

אבל עכ"פ מדרגות ודינים יש ביאוש. ונראה דאף אבודה מכל אדם ההיתר הוא מחמת דין יאוש, אלא שכל יאוש הוא מחמת האדם המתייאש, ובו הדבר תלוי, ואף כשאין בו סימן לרבא ביאוש שלא מדעת חלות היאוש, מטעם דידעינן לדעתי' שבודאי הי'

מתייאש, וס"ל לרבא דזה מהני כאילו נתייאש, אבל באבודה מכל אדם, אין ההיתר מחמת האדם, אלא שהחפץ זה יש לו הגריעותא שמוכרחים להתייאש ממנו, ואף שאין האדם מתייאש ג"כ מהני, כיון שהחפץ יש לו הגריעותא, ודוגמא לדבר פחות משוה פרוטה דהויא מחילה מצד עצמו, ואף אם הוא אינו מוחל ג"כ לאו כלום הוא, משום דהגריעותא הוא בהחפץ, הכי נמי באבודה מכל אדם, היאוש הוא מצד החפץ עצמו, ואין צריך ליאוש האדם, והתוס' ס"ל דאף אם עומד וצווח לא מהני לסתור הדין יאוש של החפץ. נמצא שהירושלמי יליף שפיר דין יאוש מאבודה מכל אדם, ואין זו סתירה לתלמודא דידן, שגם הירושלמי יודה בדרשה דתלמודא דידן:

ונראה עוד דמזה מסתעף החילוק בין יאוש סתם לבין אבודה מכל אדם, דיאוש כיון שהיאוש הוא מדעתו ותלוי בו, והילכך כל זמן שמתייאש מותר ליקח את החפץ כל מוצאו, אבל מכל מקום כשרואהו הוא בעצמו, שוב אינו מתייאש, ואסור שוב ליקחהו ואין לזכות בו עוד. שזה דינו של יאוש שאינו אלא היתר, והילכך ביאוש אין החפץ יוצא עדיין מרשות הבעלים, כיון שהיאוש אינו אלא היתר, ועדיין יכול להבטל כשיחזור וימצאהו בעצמו. אבל באבודה ממנו ומכל אדם שהיאוש מאליו הוא בא, שאפילו בלא דעתו הויא האבידה במצב של יאוש, ולחד סברא, אפי' עומד וצווח מפורש שאינו מתייאש מ"מ מותר ליטלו והוי גבי' דין יאוש מאליו, ובזה לא שייך לומר שיהא כלה יאושו, שהרי אין זה דבר שבדעתו, וכשהי' בהאבידה דין יאוש מחמת עצם האבידה הי' יאוש עולמי, וכיון שהי' יאוש כזה מוכרח הוא לצאת מרשות הבעלים, כיון שאינו עומד לחזור עוד לרשות הבעלים, ומה שהוא בשעתו היתר עולמי, דבר זה מוציאו מרשותו, וביאוש כיון שהוא בשעתו היתר שיכול לחזור לרשותו בחזרה, אין היתר זה מוציאו מרשות הבעלים. דאין הדבר כמובן הפשוט, שמה שאמרו שכלה יאושו, הוא דבר מסתעף מזה שלא יצאה האבידה עדיין מרשות הבעלים, וכיון שעדיין הדבר שלו הוא, יכול יאושו לכלות, ובאבודה מכל אדם, כיון שיצא הדבר כבר מרשות הבעלים, אין יאושו יכול לכלות. אלא שאין הדבר כן אלא מה שביאוש אינו יוצא מרשות הבעלים, מסתעף מזה שהיאוש תלוי בדעתו, ואפשר לו ליאוש לכלות, ובאבודה ממנו ומכל אדם שאין תלוי בדעתו, ואין ליאוש לכלות, הילכך יוצא מיד מרשות בעלים. והשתא אתי שפיר מה שכתבו שאין הפסוק דאבודה ממנו ומכל אדם נצרך להיכא שנתייאש, דמטעם יאוש הוא דמותר, דלא אפשר לנו לומר, דאכתי איצטריך אף להיכא דנתייאש, לומר שיוצא תיכף מרשות הבעלים, ושאין יאושו כלה, דזה לא מהמקרא אנו יודעים אותו, כי אם מהסברא, וזו הסברא אינה רק כשאנו יודעים כבר שהפסוק איירי אף בלא יאוש, אבל

אי נימא דהפסוק איירי דוקא ביאוש, לא תהי' נפ"מ בין כל היאוש, ובין יאוש דאבודה ממנו ומכל אדם, בשום דין, ושפיר הקשו תוס'. ובמחלוקת אביי ורבא ביאוש שלא מדעת אי הוי יאוש אם לא גם כן שתי מדריגות יש, דלכאורה קשה דמאי מדמי ומביא ראי' מתרומה להקשות על אביי, והא התם בתרומה כל עיקר דאמרינן הוא משום דכיון דאחר כך ניחא לי' אמרינן דמעיקרא נמי ניחא לי', וביאוש שלא מדעת ענין אחר הוא לגמרי, שאף שלא נתייאש לעולם אמרינן דהוי יאוש, וע"כ היינו טעמא דרבא דסבר דהוי יאוש, משום דאמרינן דלא בעינן שיהא היאוש בפועל, אלא כיון שעומד להתייאש נמי ניתרת האבידה, א"כ אין זה ענין לתרומה דהתם בעינן דניחא לי' לבסוף. והי' נראה, אי לאו האי סוגיא שמביא מתרומה, שאין מחלוקת אביי ורבא אלא ביאוש בלבד, אבל מדחזינן שסוגיא דגמ' מדמי לה לתרומה, ש"מ מזה דכלל הוא בכל התורה כולה ואין זה ענין של יאוש בלבד, אבל עכ"פ יקשה דאין זה דומה, כמו שהקשינו שביאוש שלא מדעת, אף אם לא יתייאש לבסוף אמרינן דהוי יאוש, ובתרומה לא מהני אלא מכח זה שמדהשתא ניחא לי', מעיקרא נמי ניחא לי', ומה דמיון הוא זה. ונראה משום זה, שמחלוקת אביי ורבא בתרתי הוא, חדא, אם לא יתייאש לבסוף, דאז סובר ג"כ רבא דהוי יאוש מטעם דעומד להתייאש, ואביי פליג על זה, דעומד להתייאש לא מהני ואיננו מספיק, אלא בעינן יאוש בפועל. והב' שחולקין, שאביי סבר שאף כשהשתא ניחא לי' לא אמרינן דמעיקרא נמי ניחא לי', ורבא פליג על זה וסובר דאף בלא הסברא דעומד להתייאש מהני היאוש מטעם דאמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', והוי כיאוש בפועל ממש, ומה דמביא בגמ' לדמות לתרומה, הוא להך צד דאביי אינו מתיר, אף כשאח"כ ניחא לי', ולא אמרינן דמעיקרא נמי ניחא לי', וע"ז הקשה שפיר בגמ' דהא גבי תרומה אמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' ומאי שנא דין יאוש מדין תרומה. ועתה לפ"ז יש לעיין בדברי הראב"ד הובאו דבריו בש"מ שמקשה דהא מחלוקת אביי ורבא היא לכאורה תליא ביש ברירה ואין ברירה וליפלגו בעלמא, אלא שיש למבין להפליגו מדין זה שאנו עסוקין בו ע"כ. ולא ביאר הראב"ד במה שיש להפליגו. ולפי הפשוט, הנ"מ היא בפשיטות דמה שמתירין כאן ביאוש הוא מטעם דלא בעינן כאן יאוש בפועל ודי לנו במה שעומד להתייאש, והילכך לא שייך כאן ברירה, דאין צריך כאן שום דבר להתברר למפרע. אבל לפי מה שנתבאר שגם בזו הסברא ג"כ פליגי אי אמרינן מדהשתא ניחא לי' מסתמא מעיקרא נמי ניחא לי' אם לאו, א"כ שוב חוזרת השאלה, דהא הוה דומיא דברירה ממש, וכמו דבברירה אמרינן דמסתמא מעיקרא נמי ניחא לי', ה"נ כאן הוא כך. וצריך עיון רב להבין לפ"ז מאי דעתו וחלוקו של הראב"ד בזה. ונראה דביאוש

בכלל אין הדבר שייך לברירה, כיון שאין הוא עושה את חלות היאוש, רצוני לומר, שאין היאוש נפעל מדעתו ורצונו, אלא מאליו הוא מתהוה, שכיון שהוא מסיח דעתו ומתייאש ממילא נפעל הדין יאוש, ובזה לא שייך ברירה, דאין ענין ברירה שייך אלא בדבר שהוא עושה את הדבר ופועלו, דאמרינן דאין אדם יכול לפעול חלות או דין שתלוי באחר זמן. ומיהו גבי תרומה אין לומר כן, דבתרומה הלא צריך כח הבעלים ופעולתו ורצונו, ומכל מקום אמרינן בגמ' דמדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי'. ובזה שוב לכאורה שייך לברירה. אלא דשם גם כן אין השאלה אצלנו על הפרשת התרומה, כי אם ע השליחות, אם רצונו שיתרום עבורו אם לאו, ואם כן לפי הסוברים דבתרומה לא בעינן שליחות ממש, אלא גילוי דעתא בלבד, א"כ שוב לא שייך זה לברירה, שאין כאן שום דין, אלא גילוי דברים בעלמא. ונוכל לומר, שגם הראב"ד סובר כדעה זו, אבל להנך שיטות דסברי דבעינן שליחות מעליא בתרומה כמו שנתבאר זה בדברי הר"ן גיטין פ' האומר, שוב יקשה גבי תרומה דהא שייך זה לברירה, מיהו על זה הא מסיק בגמ' דאיירי בדשוויי' שליח, משום דבעינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם:

ומשכבר הימים אמרתי דיש ענינים רבים דאינם שייכים לברירה כלל, כמו כל הענינים הללו שחקרו האחרונים, בעבוד עורות לספרים תפילין ומזוזות, אם יוכל לעבד עורות סתם על דעת שיברר אח"כ לאיזה שהוא רוצה, ורצו לומר שדבר זה שייך לענין ברירה עיין בתשובות רע"א ועונג יו"ט ואמרי בינה וש"א, והי' נראה דאין זה שייך לברירה, דאין זה אלא ענין של יחוד בעלמא, וכיון שאין זה דבר של חלות ל"א בזה דאין ברירה, דאין ענין של ברירה אלא בענין של חלות. וכמו כן נימא ג"כ ביאוש, שהנחתי בזה שאין זה ענין של חלות עד דאתי לרשות זוכה, ואז הוי החלות, אבל עד ההיא שעתא לא הוי אלא היתר אבידה בלבד, ואין זה דומה להפקר למ"ד דהפקר נמי לא יצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, דשם מ"מ הוי ענין של חלות תיכף בשעת ההפקר, אצא שהוא חלות כזה, שאינו יוצא מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, אבל ביאוש לא הוי חלות כלל עד דאתי לרשות זוכה. וכיון שכן דאין יאוש ענין של חלות כלל, לא שייך בזה ענין ברירה כלל. ותמכתי יתדותי בתשובת הר"ן (סי' צ"א) מובא בחדושי רע"א ביו"ד (סי' רי"ג) בקונם עיני בשינה היום אם אישן למחר וכו' לפי שיש לו לומר שכיון שהוא יכול לישן בהיתר ביום זה אע"פ שאם יישן למחרתו ג"כ איגלאי מילתא שעל שינה שביום זה עבר משום בל יחל אפילו הכי עכשיו ביום זה לא מיקרי חל הנדר ובדאורייתא לקולא אין ברירה ע"כ. והדברים מתמיהים מאד מאד דממה נפשך אי אמרינן דאין ברירה ולא הוברר הדבר למחר כשיישן שהי' אתמול אסור, א"כ לא חל הנדר לגמרי וממילא הי'

היום מותר לישן, ואם אמרינן דאסור הי' לישן היום משום שהוברר הדבר למפרע א"כ גם חל הנדר מיקרי. ואיך הדבר מתחלק שלגבי האיסור הוברר, ולגבי התרה לא הוברר, דהא ממ"נ הוא. וצ"ע רב בזה. והי' נראה מפני זה לומר, שאף דאמרינן דאין ברירה לגבי חלות האיסור, והאיסור חפצא לא חל למפרע, מ"מ הא מחלל דבורו הוא, וענין זה לא תלוי בברירה, שאין זה ענין של חלות, והלאו אין תלוי בברירה, שאף בלא החלות, מ"מ כיון שמחלל דבורו הוא אסור בזה. ומזה יוצא לנו בכמה דברים שאין בהם ענין של חלות, שאין בהם ענין של ברירה ואין ברירה:

סימן מח

א

בענין מאי דאמרינן דכהנים שלוחי דידן נינהו, הקשו הרבה קושיות ומהן שהקשו דאיך אמרינן איש איש לרבות עכו"ם שנודרים נדרים ונדבות כישראל, דכיון דכהנים שלוחי דידן נינהו הא אין שליחות לעכו"ם, וקושיית הנו"ב דמאי דאמרינן דפסולין אם עלו לא ירדו, דכיון דאסור להעלותן, נימא דאין שליח לדבר עבירה והוי כמי שלא העלה אותן הכהן כלל וירדו, (מיהו זה עדיין צריך תלמוד, אם צריכין דעת לשם הקטרה, או אף אם עלה שלא מדעת, גם כן לא ירד, וכבר נתחבטו בזה האחרונים עיין באור שמח, מקדש דוד, וא"כ אפשר דקושיית הנו"ב ל"ק כלל, דאף אם אין שליחות, מ"מ לא גרע מעלה שלא מדעת, דלא ירד). ובמנחת ברוך הקשה אהא דשנינו בבכורות (מ"ה) גבי מומין היתירין דתנן התם הנסנ והחרש והשוטה והשכור ובגמ' שם פרכינן והא שכור מחלל עבודה ובהדי מומין דמחלל עבודה ה"ל למיתני, ומשנינן בשאר המשכרין ודלא כר"י וכו', אלמא דכל הני דמשנתינו לא מחללי עבודה וגם הרמב"ם בפ"ח מה' ביאת מקדש מנה כל אלו בין הני דלא מחללי עבודה, וקשה הא חרש ושוטה לאו בני שליחות נינהו, והוה לן למימר בכהן חרש או שוטה דעבודתו פסולה, משום דנקרב בלא שליחות. וכן הקשו מהא דאמרינן דכל הזבחים שנזבחו שלא לשמן כשרים, אלא שלא עלו לבעלים לשם חובה, וכן בשוחט בשינוי בעלים ג"כ הקרבן כשר אלא שלא עלה לבעלים לשם חובה, והוה לן למימר היכא ששחט איש אחר, שלא הבעלים, שנתבטלה השליחות דהא השליח שינה משליחותו, ואין לך שינוי גדול מזה, והוה לן למימר שיהא הקרבן פסול. וכן הקשו בנדון זה עוד כמה קושיות, מכמה סוגיות דגמ' הקשות לפי זה הרבה:

ובפשטות הדברים היה נראה, לפי מה דפירשו התוס' קדושין (כ"ג ע"ב), דמאי דבעי למימר דשלוחי דרחמנא נינהו, היינו שלוחי דרחמנא בלבד, ואי נימא דשלוחי דידן, היינו שלוחי דרחמנא ושלוחי דידן ביחד, וכן הלכה דהוו שלוחי דרחמנא ושלוחי

דידן, ונראה בהסבר הדברים, דאף מאי דהוו שלוחי דידן אין זה בא בכח דידן, אלא שרחמנא עשה את הכהנים גם לשלוחי דידן, ובכח דרחמנא נעשים גם שלוחינו. ואין זה ככל שליחות דעלמא, שנעשה שליח בכח המשלח. ושליחות זו אינה נלמדת ממקרא דשליחות דכל התורה כולה, אלא דין מיוחד דשליחות שנלמד בדינים דקרבנות בפרשה זו. וכיון שכן אין להקשות קושיות אלו דנימא דאין שליחות לעכו"ם ואין שליח לדבר עבירה, דבשליחות זו לא נאמרו דינים אלו דאין שליח לדבר עבירה ואין שליחות לעכו"ם:

ומצאנו בתוס' שבועות ג' שהקשו אמאי לא קאמר בב"מ נפקא מינה בין רב סמא ורבינא גדול שאמר לקטן או לעכו"ם אקפי לי גדול עיי"ש. וקשה טובא דהא אין שליחות לעכו"ם ואין שליחות לקטן, ותירץ בנתיבות, דכיון דשליחות לדבר עבירה מפסוק אחר הוא דילפינן מהמצא תמצא ומחצר הוא דילפינן, ולא מאתם גם אתם דתרומה, ובפסוק זה לא נתמעטה שליחות דעכו"ם ודקטן והילכך אף לעכו"ם ולקטן יש שליחות כשהוא לדבר עבירה. וכמו כן נאמר גם אנחנו, שאם נאמר דאין שליחות זו כשאר שליחות, אלא שהתורה עשאה את הכהנים לשלוחים דידן, אם כן הלא נתרבתה שליחות זו מפסוק אחר בפרשה דכהנים, ובשליחות זו לא אשכחן דנתמעטה שליחות דדבר עבירה, ושליחות דעכו"ם, ולא קשה השתא נמי מה שהקשו, דהיכא דחשב שלא לשמה דניהוי שינוי בשליחות, ואדעתא דהכי לא עשאו שליח, כיון שאין הוא העושה שליח, אלא שהתורה הוא שעשאתו שליח:

ועוד נראה לומר באופן אחר דמאי דאמרינן דכהנים שלוחי דידן נינהו, אין הפירוש שכל עניני ומעשי ההקרבה נעשים בשליחות הבעלים, אלא שאין דין השליחות כי אם על עיקר גישת הכהן להקריב, שאין יכול לגשת כי אם בשליחותו, אבל עצם פעולת מעשי הקרבנות נעשים ע"י כהן, בדינו של כהן עצמו, שעליו לעשות בכח עצמו, ולא בשליחות הבעלים:

והנה בתמורה כשממיר בשל אחרים דפריך בגמ' כשבהמה של הקדש דאחרים היכי מצי מתפיס שהלא אינו שלו, ומשני כשאומר בעל הפרה, כל מי שרוצה להמיר יבוא וימיר. והתוס' כתבו (בדף ב' ע"ב) כשרוצה הגמ' להביא ראיה אם עכו"ם עושין תמורה ומביא ראיה מהא דקדשי עכו"ם עושין תמורה, ופירשו התוס', שאף אם נאמר דישראל הם הממירין את קדשי העכו"ם, מ"מ הלא אי אפשר אם לא שיאמר העכו"ם, שכל הרוצה להמיר בבהמתו יבוא וימיר, אם כן על כרחך שגם עכו"ם יכולים להמיר דאי לאו הכי היכי מצי משוי שליח, הלא כל מילתא דאיהו לא מצי עביד גם שליח לא מצי משוי. ע"כ. והנה חזינן שמפרשים שדין כל הרוצה להמיר יבוא וימיר, זה בא מדין שליחות,

אם כן הלא יקשה טובא, איך יכול ישראל להעשות שליח לעכו"ם, הלא אין שליחות לעכו"ם, וכן תמורה אסרה תורה שלא יחליפנו ולא ימיר אותו, ואין שליחות לדבר עבירה, וצריכים אנו לומר דמאי דאמרינן דתמורת בהמת אחרים בשליחות היא באה, אין זאת שליחות על עצם התמורה, שהלא אינו ממיר בשבילו, אלא בשביל עצמו, וגם כי הלא ממיר על פרת עצמו, אלא שהשליחות היא על עצם ההתפסה בבהמתו, אבל על חלות התמורה ודיני התמורה איננו שלוחו כלל, וכיון שכן הלא שליחות אחרת היא לגמרי, ובשליחות כזאת, כיון שאינה על עצם הפעולה, אין בזה דיני שליחות דבכל מקום, ואין מגרע כאן מה שהיא דבר עבירה והמשלח עכו"ם, והדבר מבואר ופשוט מאד, שאלו הדינים דאין שליחות לדבר עבירה ואין שליחות לעכו"ם, הם דינים בעצם דין השליחות, וכיון ששליחות זו איננה על עצם הפעולה, אין כאן משום גרעונות דינים אלו. אבל מאי דאמרינן בכל מקום דכל מילתא דאיהו לא מצי עביד שליח נמי לא מצי משוי, אין זה משום דינים בשליחות, אבל זהו משום דליכא כאן משלח לגמרי, שכיון דאיהו לא מצי עביד, אין זה בגדר משלח, וחסרון זה הוא בכל אופן, דכיון דבעינן שיהא משלח בדבר זה, וזה איננו משלח לגמרי:

וכמו כן נימא בנידון דכהנים שלוחי דידן נינהו, שאין זאת שליחות על עצם מעשי הקרבנות, אלא שעושהו שליח על עיקר הגישה ליקח את קרבן שלו לעשות מעשי הקרבה, אבל מעשה ההקרבה נעשית בלי שליחות בכחו של הכהן בעצמו, ובשליחות כזו אין בזה משום שליחות לדבר עבירה ואין שליחות לעכו"ם, וגם כי שינה במעשה ההקרבה לא נתבטלה השליחות, שעל עצם מעשה הקרבה הלא אינו בא מכחו, ועצם הגישה להקרבה, הלא לא נעשה בזה שום שינוי:

ב

בריש פ' האיש מקדש בעי מנלן דשלוחו של אדם כמותו וקאמרינן דמשלח ושלחה ובעי בקדושין מנלן וקא מסיק דמקשינן קדושין לגירושין מויצאה והיתה מקיש הויה ליציאה. והנה נחלקו הפוסקים הובאו הדברים בר"ן ריש מכלתין, אם ישנו פסול מחובר בקדושי כסף, דיש פוסלים משום דאתקיש הויה ליציאה, ויש מכשירים, וכן דעת רוב הפוסקים להכשיר, דרק קדושי שטר איתקשו לגירושין, ושורש קדושי שטר מגירושין הוא דילפינן, והילכך מקשינן לכל מילי, אבל קדושי כסף, אינם ענין כלל לגירושין ולא ילפינן מינייהו:

ועכשיו יש לעיין, מאי שנא לענין שליחות דילפינן קדושין מגירושין, ולא מפלגינן בין קדושי שטר לקדושי כסף, דנימא דדוקא בקדושי שטר מהני שליחות כבגירושין, אבל

לא בקדושי כסף. ולכאורה היה נראה, דעצם השאלה דמנלן דמהני שליחות אינה שייכת אלא אי ס"ל דטלי קדושיך מעל גבי קרקע לא מהני, דאי מהני טלי קדושיך מעל גבי קרקע, א"כ ודאי דמהניא שליחות, דלא גרע מנטלה היא בעצמה. ולפי זה מוכרח הוא דשאלת הגמ' היא רק על קדושי שטר, ובקדושי כסף בלא שום קרא מהניא שליחות בלא דין שליחות. אלא דאם כן יקשה על הנך ראשונים דסברי דבקדושי שטר נמי כשר טלי קדושיך מעל גבי קרקע, דאם כן מאי בעי בגמ' מנלן דמהניא שליחות בקדושין, הא לא גרעה שליחות מטלי מעל גבי קרקע, דמהניא בכל קדושין לדידהו, וצריך לומר דמ"מ מה שאומר לה ליטול, וכל העסק דקדושין שעוסק עמה בזה, כל זה מיקרי מעשה קדושין, ונמצא שמעשה הקדושין נעשה על ידו, אבל ע"י שליחות שהוא בעצמו אינו עושה כלום, אפשר לומר דלא מהניא, לזה ילפינן מגירושין. ועכשיו חוזרת הקושיא, והיכי ילפינן קדושי כסף מגירושין, מ"ש דגבי מחובר אמרינן דלגבי כסף לא איתקש הויה ליציאה:

וכן יש להקשות מהא דאמרינן פרק הזורק דקרוב לה אפילו מאה אמה ויכולה לשומרו מגורשת, וכן לענין קדושין משום דילפינן הויה מיציאה מויצאה והיתה, ואף בקדושי כסף כן שהרי לא חילקו בדבר, ומאי שנא דכאן גבי מחובר לא ילפינן בכסף:

והנה הר"ן הביא ראיה דבכסף לא מקשינן הויה ליציאה, מהא דבכסף ודאי לא בעינן שתהא המטבע טבועה לשמה. והדברים נפלאים, דלשמה, נראה, דאין זה דין בגירושין, אלא הוא דין בשטר גירושין, ואם כן ודאי דלא נוכל ללמוד מזה כ"א שטר קדושין, אבל לא נלמוד כסף משטר גירושין, אבל כשהדין הוא בגירושין עצמן, שפיר אפשר ללמוד גם כסף מגירושין. ואם כן דין מחובר, שהוא דין בעצם דין גירושין, נלמוד גם כן כסף מגירושין ולפסול גם בכסף כשאומר לה טלי קדושיך מעל גבי קרקע, ואין ראיה למחובר לשמה:

והיה אפשר ליישב דהנה הר"ן בגיטין הקשה לר"א דס"ל עדי מסירה כרתי, ולא בעי חתימה, אם חתמו עדים לפסול מטעם דהוי מחוסר כתיבה וחתימה ונתינה כמו דפסלינן מחובר מטעם דמחוסר כתיבה תלישה ונתינה. ויש לחקור בפסול דמחוסר כתיבה תלישה ונתינה, אם הוא פסול בנתינה, או דהוי פסול בכתיבה, ואם נאמר דהוי פסול בכתיבה, אין זה שייך לפסול מחמת חתימת העדים, דחתימה זו מעליותא בכתיבה, ואינה באה אלא להוסיף ולהיטיב הכתיבה, ודוקא אם נאמר דכל זה הוי פסול בנתינה, אף בחתימת העדים יש לשאול דנפסול. ויוצא לנו כשנבא ליישב קושיית הר"ן גיטין דמחוסר תלישה פסול בכתיבה הוא, ונמצא שפסול מחובר הוא ג"כ בדין השטר גירושין,

ולא בדין הגירושין עצמן, הילכך שפיר אפשר למילף מחובר מלשמה. ובלא זה היינו אומרים דתליא במחלוקת דפסול מחובר אי נלמד. מפסוק דבספר מה ספר בתלוש, אף כל בתלוש, דלפי זה הוי פסול בשטר גירושין, אבל אי נלמד מוכתב ונתן, הוי פסול בדין גירושין. אבל לפי דברינו אין חילוק בדבר, ולכל הטעמים הוי פסול רק בשטר הגירושין, ולא בגירושין עצמם:

והשתא אתי שפיר דלענין מחובר לא מקשינן הויה ליציאה, משום דמחובר פסול בשטר קדושין הוא, ולא מצינן למילף כסף מיניה. אבל לענין שליחות ולענין קרוב לה, דהוי דין בגירושין עצמן, שפיר יכולים למילף כסף מיניה, והילכך מקשינן התם אף הויה דכסף ליציאה. אלא שצריך עדיין עיון דהתינח לענין פסול מחובר עצמו, שפיר מצינן למימר דהוי פסול בשטר גירושין, אבל כשהוי תלוש, והוא אומר לה טלי גיטך מעל גבי קרקע, דזה לא הוי פסול כי אם מצד דבעינן ונתן, הלא זה ודאי, אין זה כי אם פסול מצד הנתינה, ואם כן הלא הוי תו פסול בגירושין עצמן, וחוזרת הקושיא דנקיש תו אף הויה דכסף ליציאה לפסול:

והיה נראה יותר בדברי הר"ן שאין כונתו דלא ילפינן כסף מויצאה והיתה, דאף כסף אפשר למילף מויצאה והיתה, אלא דלא צריכינן לזה, דנוכל למילף בלא זה, דעיקר כסף ידעינן מפסוק אחר דקיחה קיחה. והשתא אם מצד הילפותא דויצאה והיתה אנו באים לפסול, אנו אומרים, כיון דכסף אין אנו צריכים לפסוק דויצאה והיתה, א"כ נכשיר בכסף, כיון דעיקר הילפותא היא מפסוק אחר, ובאותו קרא ליכא שום פסול, ובמקום שמצד ויצאה והיתה נכשיר, מה שאין אנו מכשירים בלא זה, נכשיר גם בכסף, שאז נבא גם בכסף מטעם ההיקש דויצאה והיתה, שבכסף יש לנו שתי ילפותות קיחה קיחה ויצאה והיתה. ויכול להיות דין כסף מכח שני פסוקים, או מכח פסוק זה, או מכח פסוק דויצאה והיתה. והילכך לגבי לפסול מחובר אין אנו פוסלים, וכשאנו באים לדון בדין קרוב לה אנו משתמשים בפסוק דויצאה והיתה להכשיר:

ולפי זה יוצא לנו דין חדש, שאף דמכשרינן מחובר וטלי קדושיך מעל גבי קרקע בקדושי כסף, היינו דוקא כשנותן את הכסף לידה, אבל כשיהא הכסף קדושין רק קרוב לה מאה אמה, יופסל מחובר וטלי קדושיך מעל גבי קרקע, שכיון שבקרוב לה מוכרחים אנחנו לבוא מטעם פסוק דויצאה והיתה, שוב לא נוכל להכשיר מחובר, שכיון שהקדושין הללו מכח פסוק זה דויצאה והיתה הן באין, ממילא פסולים הללו חלים בהם גם כן מכח פסוק זה. וכן אילו לא היינו יודעין דין שליחות בקדושין כ"א מגירושין, היה לנו לפסול

מחובר וטלי קדושיך, כשנעשין הקדושין ע"י שליח, אלא דבלא גירושין ידעינן שליחות בקדושין, אחר שנכתב שוב בתרומה, דלא גרעי קדושין מכל התורה דמהניא שליחות:

ומה שהקשינו קושיא זו איך ידעינן שליחות בקדושין מויצאה והיתה מ"ש ממחובר דלא ילפינן, הנה קושיא זו בלבד תתיישב באופן אחר, דיש לעיין במה דמספקינן אי יש שליחות בקדושין, אם הספק הוא בדין שליחות, אם נתחדש דין שליחות רק בגירושין, אבל בשאר מילי לא נתחדש כלל דין שליחות, או שהספק הוא מחמת דיני הדברים דאיירינן בהו, שאפשר שהתורה נתנה להם דינם בגופם, וכמו דאמרינן שבמצוה שבגוף לא שייך בהם דין שליחות, כמו כן אפשר נמי, שקדושין נתנה להם דין, שיהא הדבר נעשה בגוף הבעלים, ולכאורה חקירה זו נפשטת מסוגיא זו גופה, דבעינן למיפשט דדין קדושין יגלה על כל התורה כולה דמהניא שליחות, ואם נאמר דכל הספק הוא רק בדין עצם הדבר, שאולי דבר זה שאני מצד דיניו, אם כן איך אפשר לדמות דבר לדבר, אלא על כרחך שהספק הוא מצד דיני שליחות, אם נתחדש דין שליחות רק בגירושין או גם בשאר דברים. ולפי זה יהא ההיקש של ויצאה והיתה למוד על דין שליחות, ולא על דין קדושין, אלא שנכתב בפרשה זו בסגנון זה, וכל עיקרו אינו בא אלא ללמד על דין שליחות, וכיון שכן אין לנו שום נפקותא בין דין כסף קדושין לשטר קדושין, כיון דהלמוד הוא על דין שליחות ולא על דין קדושין. אלא דאח"כ כשנכתב גם דין שליחות בתרומה, ושוב אין אנו צריכים לפסוק מיוחד לקדושין, כמו שכתבו התוס' בסוגיין, שוב אנו מפרשים קרא דויצאה והיתה, על דיני קדושין שהם כדיני הגירושין:

ובזה יפורש מה שנחלקו ר' יהודה ות"ק אי נערה המאורסה היא ואביה מקבלין את גיטה ונחלקו ר' יוחנן ור"ל אי כמחלוקת לגירושין כך מחלוקת לקדושין אי המחלוקת רק לגירושין ולא לקידושין. ומסיק בגמ' דאמור חברותא כולה כר' יוחנן וצווח ריש לקיש כי כרוכיא ויצאה והיתה וליכא דאשגח ביה. ונראה דהיינו טעמא דלא אשגחו ביה, דלפי דברי ריש לקיש בא ההיקש ללמד על דיניו דאב, שהרי מה שהיא ואביה מקבלין את גיטה או את קדושיה, אין זה דין בקדושין, כי אם דין בדיני האב, ומחלקותם היא עד היכן כח האב מגיע, ולזה נחלקו עליו, שאין ההיקש בא כ"א ללמד על דיני הקדושין מה הם, אם שוים לגיטין אם לא, אבל אין אנו יכולים להוציא מן ההיקש הזה דין מדיני זכיות האב עד היכן הם:

ובדף שאח"כ בסוגיא דאין שליח לדבר עבירה בעי בגמ' דבמעילה נמי נימא דאין שליח לדבר עבירה ומשני דמעילה יליף חטא חטא מתרומה. ויש לספק גם שם אם הספק אם יש שליחות או אין שליחות במעילה, הוא מטעם דיני מעילה, שמספקינן דבדיני

מעילה לא חייבה התורה, כי אם כשעושה הוא בעצמו את הדבר, וכן בדיני תרומה, השליחות היא דין מעלה בדיני התרומה, שפיר יש ללמוד בהיקש וגז"ש זה מזה, שיש בזה דיני זה. אבל אי נימא דספק הגמ' הוא מטעם דיני שליחות, דמספקינן אי שייך דין שליחות בדבר עבירה, לא מטעם שדיני מעילה אינם יכולים להעשות באחר אלא שאין בדין שליחות להעשות כמותו בדבר עבירה, אם כן איך נוכל למילף בגז"ש דחטא חטא מעילה מתרומה, הלא הספק הוא בדיני שליחות ולא בדיני מעילה. בשלמא אם היה הגז"ש דחטא חטא מיותרת, אפשר לנו למילף מיתורא, אבל הלא הגז"ש אינה מיותרת דילפינן מינה הרבה דברים בתרומה ומעילה, אם כן איך נוכל למילף דין שליחות. והיה נראה לכאורה מזה שהספק הוא בדיני מעילה ושאר דבר עבירה מצדם, ולא מצד הדין שליחות. וצ"ע:

ויש לעורר בדברי רש"י שכ' דה"ט דאביה של נערה מקבל גיטה, משום דכיון דמקבל את קדושיה, איתקיש יציאה להויה, ולפ"ד לדעת ר' יוחנן ודעימיה לא מקשינן בכה"ג יציאה להויה. והנה בתוס' ב"מ (י"א) נחלקו בתוס' אי כל מקום דאמרינן דאין שליח לדבר עבירה, אי רק לזה אין שליח דאין המשלח מתחייב מלקות כאילו הוא עשה העבירה, אבל המעשה חל, שלזה הוי שליח, או דאמרינן דאין שליח לכל מילי, ואף אין המעשה חל והשליחות בטלה:

ואפשר לפרש מחלקותם של שתי הלשונות, דאי נימא דהאי דאין שליח לדבר עבירה הוא מפני דין מדיני העבירה, שמדיני העבירה שאין מתחייבים עליה כי אם העושה בעצמו בגופו, אם כן אין זה מיעוט כי אם בחיוב העבירה, אבל לא בחלות הדבר, שאין זה שייכות לחיוב העבירה, ובזה אין לנו שום מיעוט, אבל אי נימא שטעם דאין שליח לדבר עבירה, הוא דין בדיני השליחות, שבמקום עבירה לא נתפשט דין השליחות, אם כן גם המעשה אין חל, כיון שלא נאמר במקום זה לגמרי דין שליחות:

ג

בענין שליח נעשה עד בקדושין הביאו התוס' (מ"ג) דברי הירושלמי הדא דתימא בשטר, אבל בכסף אין שליח נעשה עד, ופירשו בתוס' דההיא בתר דתקון רבנן שבועת היסת ע"כ, ובירושלמי ר' יוסי פליג ע"ז וסבר כיון שהאמינתו התורה אפי' קדשה בכסף אינו כנוגע בעדותו. ע"כ. וכתב הרשב"א וטעם ר' יוסי לא הבנתי ושמא להצריכה גט קאמר שהיא מקודשת דבר תורה אע"פ שהוא נוגע בעדותו מן התקנה. ע"כ. וכן בר"ן ס"ל דאין כונת ר' יוסי כ"א לספק קדושין, כדעת הרשב"א:

ומדברי הרמב"ם שסתם וכתב דשליח נעשה עד ולא חילק בין שטר לכסף, משמע דס"ל דבכל גווני הוו ודאי קדושין, ומשמע דס"ל לפרש בדברי ר' יוסי להיות ודאי קדושין, שכיון שהאמינתו התורה, אין כאן נוגע בעדותו כלל:

והקושי שבדברי ר' יוסי, וביחוד לפי דעת הרמב"ם, דאף שהאמינתו התורה, מ"מ כיון שחכמים לא האמינוהו, אם כן הלא הוי נוגע גמור על כל פנים, שהרי לא גרעה מה שנוגע לו הדבר בשבועת תקנת חכמים משאר נגיעות, והוי נוגע מדאורייתא, ואם נפרש דברי ר' יוסי דאיירי לאחר שנשבע את השבועה להלוה, שיכול להעיד עכשיו למלוה, אם כן ממ"נ אם נסבור כדעת התוס' דעד הצריך שבועה אינו עד, שוב חוזרת הקושיא למקומה, אמאי כשר להעיד, ואם נסבור שלא כדברי התוס', דאף עד הצריך שבועה כשר להעיד, אם כן אף בשבועה דאורייתא כן נאמן העד לאחר שנשבע, ואם כן מאי שנא דקאמר דלאחר שהאמינתו התורה אינו נוגע בעדותו, אפילו לא האמינתו התורה, כיון שכבר נשבע, צריך להיות נאמן:

ובשבועות ריש שבועת העדות דקאמר דשבועת העדות נוהגת אלא בראויין להעיד וקאמר בגמ' למעוטי מאי חד אמר למעוטי מלך וחד אמר למעוטי משחק בקוביא, מ"ד משחק בקוביא כ"ש מלך, ומ"ד מלך אבל משחק בקוביא לא, מ"ט מדאורייתא מיחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו. וכבר נתקשו בזה בתוס' ועיין בשו"ת רע"א (סי' קע"ט), והדבר צריך ביאור מה לי בזה דמדאורייתא חזי, כיון שסוף כל סוף רבנן פסלוהו אם כן אינו ראוי להעיד, וגם אין מפסיד כל בעדותו ואי עדותו:

ונראה ששתי הקושיות שבשתי הסוגיות תתיישבנה בסגנון אחד, שכלל הדברים הוא שפסול דרבנן אין לו שם פסול לבטל שם עדות מהעד, ואין זה אלא כי אם אריא דרכיב עליה, ואין זה דומה לפסול דאורייתא שפסול דאורייתא מבטל שם עדות מהעד לגמרי, ויוצא לנו נפ"מ לדינא, שאם יקבלו קרוב או פסול לעד, ולא ירצה להגיד וישבע שבועת העדות אין כאן קרבן שבועה, שהרי אינו עד בעצם ובעיקר, אבל אם יקבלו לעד פסול מדרבנן, ולא ירצה להגיד וישבע שאיננו יודע יתחייב קרבן שבועה, שהרי בעצם עד הוא, כיון דמדאורייתא מיחזי חזי, אלא דאריא של דין דרבנן הוא דרכיב עליה, וכיון שסוף כל סוף יכול להגיד ע"י קבלה שקבלוהו, ועד הלא מיקרי, הילכך חייב קרבן שבועה. וזו היא כונת הגמ' כיון דמדאורייתא מיחזי חזי לא פקע שם עד מיניה:

וסוגיא דשליח נעשה עד נמי אתי שפיר, דדברי ר' יוסי עסוקין לאחר שנשבע שבועה. והשתא לא הוי שוב נוגע בעדות, כיון שסוף כל סוף הלא נשבע, ומאי נפקא ליה מינה אם ישבע ללוה או למלוה, ואין לנו פסול לפוסלו כי אם מטעם עד הצריך שבועה,

ועכשיו סובר ר' יוסי, דאין לנו פסול מטעם עד הצריך שבועה, כי אם כשצריך שבועה מדאורייתא, אבל כשצריך שבועה רק מדרבנן, אין זה מגרע בדיני העד, שכל דין דרבנן אינו מגרע בעצם דין העד, וכיון שאין חסרון בלא השבועה בנאמנות העד, כי אם מדרבנן, הוי שפיר עד. אבל קודם שנשבע, ודאי אליבא דכולי עלמא פסול השליח להעיד. מטעם נוגע:

ובש"ך הקשה אהא דאמרינן דאף אם פטרו הלוה להעד השליח מן השבועה ג"כ אינו יכול להעיד, כיון שסוף כל סוף צריך סיוע בפטור זה הוי חסרון בהעד, מאי שנא מהא דאמרינן גבי עדים שמעידין על הבית שהוא של זה ואכל שני חזקה, שאם נתנו כבר דמי השכירות שהוו נוגעים בדבר ואינן נאמנים, אבל אם החזיר השכירות להם בחזרה, שוב יכולים להעיד, ומאי שנא חזרת המעות מפטור שפוטר הלוה להעד. והש"ך פירש מכח זו הקושיא שהטעם שאם פטר הלוה להעד אינו יכול להעיד, אין זה מטעם עד הצריך סיוע, אלא מכיון שפטרו מן השבועה, הלא ההנה אותו, וחוששין שבשביל הנאה זו יגיד לטובתו, להפוך בזכותו. ע"כ:

ולא אבין הדברים, דהיכן מצינו שעד יופסל מלהעיד, בשביל שהלה ההנה אותו, ואולי ידמה זה לנוטל שכר להעיד הלא כאן לא קיבל בפירוש שכר על העדות, ובכי האי גוונא לא שמענו לפסול:

וראיתי בחכמת שלמה על חו"מ (סי' ל"ו) שהביא קושיא איך אמרינן דכל עדות שנמצא אחד מהן קרוב או פסול דעדותן בטלה, והלא כיון שהלה כופר ואומר שקר הוא ולא ראה את העדים כלל, אם כן הא לחוב הוי הודאת בעל דין יותר ממאה עדים, אבל לזכות לא מהני, אם כן ממה נפשך הרי כיון שכופר טוען שלא היו הפסולים בראיה עם הכשרים אם כן לא נתבטל עדות הכשרים א"כ ממ"נ לחוב מהני הודאתו דלא ראו הפסולים עם הכשרים ולזכות ל"מ הודאתו ואזלינן בתר עדות הכשרים, ותירץ דלק"מ לפי מה שכתבו התוס' בקידושין גבי שליח נעשה עד דאף אם ישבעו דלא מהני דכל עד שאינו נאמן בעדותו לבד רק דצריך לצרף דבר אחר עמו לא מהני דהתורה אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר שיהיו נאמנים בדבורם בלבד ולא בשצריכים לסיוע מדבר אחר, אם כן ה"נ כיון דאין נאמנות להם לפי דבריהם שהרי אמרו שנצטרפו עם הפסולים ועדותן בטלה ורק מכח הודאת בעל דין יוכשרו ומצד עצמן אין להם נאמנות ועדים כאלו אין נאמנים וכו' דמה לי קרוב ופסול עצמו שנפסל מה"ת מה לי אלו שנצטרפו להפסולין כיון דהתורה פסלה אותם הם גופן פסולין לעדות זו. עיין שם שהאריך בפלפולו:

ונראה דאין זה ענין כלל לעד הצריך סיוע, דע"כ לא פסלינן עד הצריך סיוע, אלא כשהסיוע הוא בעצם ההגדה, שהסיוע בא להגיד דבר זה, שמעיד עליו בהגדת עדותו. וכגון בסוגיא דשליח נעשה עד, שהעד מעיד שנתן את הכסף להמלוה, ועל זה אינו נאמן עד שיגיד דבר זה גם בשבועה, אף שהשבועה היא לגבי הלוה, מ"מ כיון שאינו נאמן בלא סיוע, והסיוע הוא בהגדת עדות זו בעצמה פסול, שההגדה יש לה סיוע, אבל במקום שהסיוע הוא שלא בההגדה עצמה, שאין הסיוע מגיד על דבר זה שהעד מעיד, כגון בנדון זה שההודאה באה לבטל ראיית הפסולים והגדת העדים היא על עצם מעשה החיוב, זה אינו מגרע בהגדת העדים, מה שמתכשר העד ע"י דבר אחר המסייעו להתכשר, כיון שסוף כל סוף אין הסיוע בעצם ההגדה, והילכך אין כאן ענין כלל לעד הצריך שבועה, שנפסול את הגדת הכשרים ע"י זה:

ובהנחה זו תתיישב גם קושיית הש"ך, שדוקא בשהשליח נשבע, או שהלוה פוטרו משבועה שהחזיר ללוה, כיון שהשבועה או הפטור הם בענין הגדה עצמה, הילכך הוי שפיר עד הצריך שבועה, אבל בנדון זה שהמחזיק החזיר השכירות להעדים, כיון שהדין והמשא ומתן שבין המחזיק והמערער, אינו על דבר השכירות, כי אם על דבר הקרקע כולה, אם כן אין ענין השכירות ענין של כלום בדבר ההגדה עצמה, כי אם בענין אחר צדדי, הילכך אין סיוע בעצם ההגדה, ואין זה ענין לעד הצריך שבועה:

סימן מט

א

כתבו התוס' דמאי דאמר ר"ה גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד אין הגירות אלא מדרבנן והקשו מהא דאמרינן בסנהדרין איש אתה צריך לחזור עליו אם יש לו גואל, אבל קטן אי אתה צריך לחזור עליו אם יש לו גואל אלמא דמשכחת לה גר קטן מדאורייתא, משכחת לה במעוברת שנתגיירה דאמרינן ביבמות דאין בנה צריך טבילה ע"כ. והקשה בחי' רע"א התינח אי אית לן דעובר ירך אמו, אבל אם נסבור דעובר לאו ירך אמו ומאי דמהניא הטבילה, היינו משום דהיינו רביתי', א"כ צריכים אנחנו לדין זכי' ואין זכיה לעובר כמו שאין זכי' לקטן עכ"ד:

ושמעתי לתרץ בשם הגאון ר"י רבינוביץ מפוניוועז שבכל גרות ישנם שני דברים שחלים ע"י הגירות, דיני ישראל וקדושת ישראל, שנתקדש הגוף להיות בן ישראל. ומאי דצריכים אנחנו לדין זכיה, היינו משום דיני ישראל שיזכה בהן הגר, אבל גבי עובר, הלא איננו בר דינים, שאין שייך לחול עליו שום דין חיוב ישראל, ואין שם בדין הגירות כ"א להתקדש בשר גוף העובר בקדושת ישראל, ובזה אין אנו צריכים לדיני זכיה. והלכך מהני אף

למאן דס"ל עובר לאו ירך אמו, להיות גר מדאורייתא, ע"כ. אך הנה הדברים הלא לא יוכלו להאמר כ"א לדעת התוס' שהקשו ביבמות (מ"ז) דמשמע מסוגיית הגמ' דבגירות צריך להיות מילה ואח"כ טבילה, ואמאי מהני במעוברת משום דהוי רביתי', הא הויא טבילה קודם למילה, ותרצו משום דאכתי גברא לא חזי, ע"כ כונתם, שכיון שאכתי לא חזי למילה הוי כאשה, שאין גירותה כ"א בטבילה לבד. אבל הרמב"ן הביא ראי' ממעוברת שנתגיירה דאין מעכב אם תהיה הטבילה קודם למילה. ע"כ. נמצא שלפי דעת התוס' נגמרה הגירות בטבילה לבד גבי עובר, ולדעת הרמב"ן לא תגמר הגירות כ"א בהיות גם מילה, והוא לאחר שנולד, וא"כ לפי דעת הרמב"ן לא משכחת גירות בעובר כ"א לכשיולד, וא"כ הלא צריך לחול עליו גם דיני ישראל, וצריכים אנחנו לדין זכיה, ושוב יקשה דאין זכיה לקטן מן התורה ולא זכי' לעכו"ם כלל, ושוב איך משכחת גר קטן מדאורייתא. ואין לפרש הך דינא דקטן אי אתה צריך לחזור עליו בגיורת ולא בגר, שהרי דין זה נאמר על מקרא דאיש כי ישכב את שפחה חרופה אלמא דבאיש אייריגן, ותו דגמ' יליף מזה דקטן אינו מוליד לגבי בן סורר ומורה אלמא דבאיש קא אייריגן ולא באשה:

והיה נראה לתרץ דברי התוס' באופן אחר, דהנה יש להתבונן במהות ענין הגרות, דרגילים לפרש דעצם הגירות הוא רצונו להכנס בדיני ישראל ולהתקדש בקדושתם וקבלתו המצות וענין מילה וטבילה הן עניני דיני מעשה הגרות והאמצעים המביאים את הגרות. והדבר הזה קשה הוא לומר כן, דא"כ בגר קטן דמקשה בשיטה מקובצת, והא ליכא קבלת מצות, ומתרץ דהיכי דאפשר אפשר והיכא דלא אפשר לא אפשר, ובתירוץ אחר תירצו דיקבל המצות כשיגדל. ואיך יתורץ הדבר, דהיכי נימא כיון דלא אפשר לא אפשר, והלא העיקר חסר דחסר עצם ענין הגרות, דמאי דחזינן דאף בלא הרצאת דמים כשר בזמן הזה, היינו משום דאין הרצאת דמים עצם הגרות אלא מדיני מעשה וחלות הגרות, אבל קבלת מצות, אם נפרש שזה הוי עצם הגרות איך נאמר על זה כיון דלא אפשר לא אפשר, ומוכרחים אנחנו לומר דקבלת מצות ורצונו להתגייר אין זה עצם הגירות. ונראה דמילה וטבילה שהם דיני מעשה הגרות הם הם גם עצם הגירות, אף בלא רצונו, והיה אפשר הדבר שכשימול ויטבול אף בלא רצונו שיחולו עליו דיני ישראל, שדינים הללו מעצמם מקדשים את העכו"ם להיות גר, ודוגמא לדבר כמו שמצינו לבית שמאי דס"ל דהקדש טעות הוי הקדש, ואם אמר שור שחור שיצא ראשון יהא הקדש ויצא לבן הוי הקדש, ובודאי שאין זה משום רצונו, שהלא לא היה רצונו לכך, אלא שדבורו בעצם מקדש, כמו כן נימא כאן, שעצם המילה והטבילה מקדשים אותו. ומאי דבעינן רצונו וקבלת המצות, היינו כדי שיהיו המילה והטבילה לשם גירות שאין מילה וטבילה

מקדשים אלא כשהיו לשם גרות. ומלבד זה צריך גם לקבלת מצות, שגם זה אחד מדיני הגרות כמו מילה וטבילה ולא יותר:

ובזה יתיישב מה שקשה לפי מה שאמרו בפ"ד דיבמות דההוא דהוו קרו לי' בר ארמייתא ואמר בגמ' מי לא טבלה לנדותה, והקשו בתוס' הא בעינן ב"ד ותירצו בתי' א' דב"ד צריך בקבלת מצות ולא בטבילה. ע"כ. והנה מאי דצריך ב"ד ודאי דמעכב דהא מדאורייתא בעינן ב"ד בגרות משום דמשפט כתיב בי', וא"כ כיון דבגר קטן ליכא מצות, הא ליכא נמי ב"ד, דב"ד בקבלת מצות הוא דבעינן. ואיך חלה הגרות. וצריך לדעת לפ"ז דקבלת מצות יש בה שני דינים, האחת דין קבלת מצות דהוי כמילה וטבילה, ובזה ליכא יתרון בקבלת מצות יותר ממילה וטבילה, דנימא דבעינן ב"ד בקבלת מצות דמ"ש קבלת מצות ממילה וטבילה, אלא שצ"ל דמאי דבעינן ב"ד בקבלת מצות הוא משום דין הב' דאיתי' בקבלת מצות שעושה את המילה וטבילה לשם גרות. והנה בגר קטן מאי דב"ד זוכין בשבילו, נראה דזכייתם היא לעשות את המילה וטבילה לשם גרות, דאילו היה גדול היה הוא בעצמו עושה זה, ועכשיו ב"ד בזכייתם פועלים ענין זה וכיון שכן אינו חסר כאן הענין דלשם גרות, וכיון שכן שייך בזה ב"ד, שב"ד ישנם במעשה דלשם גרות. ומה שחסר כאן הוא דין קבלת מצות שהוא כמילה וטבילה וע"ז תירצו בשיטה מקובצת שפיר שכיון דלא אפשר לא אפשר:

ועכשיו יתיישבו דברי התוס' שכתבו שמשכחת גירות דאורייתא במעוברת שנתגיירה, ששם הטבילה היא לשם גרות, שכיון שהטבילה עולה גם בשביל עצמה, והיא מכונת לשם גרות, נעשית הטבילה לשם גרות גם בשבילו, דאין אנו צריכים שתהא הטבילה בשבילו לשם גרות, אלא שיהא המעשה לשם גירות, והלא המעשה נעשה לשם גרות על ידה, ואין צריך לדין זכיה לעשות המעשה לשם גרות, והלכך מהני מדאורייתא:

והנה גם על תירוץ זה יקשה לפי שיטת הרמב"ן דגם במעוברת שנתגיירה בעינן גם מילה לגירות אלא שאין הסדר מעכב, א"כ נגמרה הגרות כשנולד, וא"כ עדיין אנו צריכים לזכיה בשביל המילה ותחזור הקושיא, דהא אין זה אלא מדרבנן לפי דברי התוס' ושוב איך משכחת שיהא מדאורייתא. ונראה לדון בדבר החדש, דגרות אינה אלא טבילה לבד, ומאי דבעינן נמי מילה, היינו משום דמילה מעכבת הגרות, אבל מילה בעצם אינה מעשה הגרות, ודוגמא לדבר כמו שמילת זכריו מעכבת הפסח כן מילה דידיה מעכבת הגרות. והשתא אתי שפיר דבמילה אין אנו צריכים לדין זכיה. ואתי שפיר מה שהקשו הראשונים מאי דאמרינן בגמ' דגר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד ואין אנו אומרים שמלין אותו על דעת ב"ד, דבמילה לא בעינן דין זכיה כלל, ואין זה אלא לסלק המעכב.

וראיה ברורה לדבר מדברי הרשב"א שתירץ על קושיא זו אמאי אמרינן מטבילין אותו על דעת ב"ד ולא אמרינן מלין אותו על דעת ב"ד, ותירץ משום דבמילה פשיטא דמהני דכשיגדל עדיין יהא מהול ממילה של עכשיו ע"כ. ודבריו צריכים ביאור, דמאי מהני שיהא מהול, מ"מ מעשה מילה ליכא כאן ואיך נעשה גר בלא מעשה מילה, והנה כבר כתב בבית הלוי ח"ב דמצות מילה אינה מעשה המילה, כ"א עיקר הדין שיהא מהול, וראיתי בספר דבר אברהם שכן כתב גם ר' חיים אור זרוע דעיקר המצוה הוא שיהא מהול, ובזה מיישבים קושיית האחרונים מ"ש דמילה קודם שמונה מהני ומילה בלילה לא מהני ע"ש, מ"מ הא לא שייך זה אלא במצות מילה שמתקיימת במה שיהא מהול, אבל בגרות אי נימא שדין מילה הוא מעשה המביא את הגרות, וכאן הלא אין לנו שום מעשה אי זכיה לא מהני, ומה שהוא מהול הלא אין זה שום מעשה. אבל אי נימא דמילה אין זו מעשה גרות, אלא שהיא מצוה כשאר מצות ישראל, אלא שמצוה וו מעכבת את הגרות, א"כ כיון שסוף כל סוף יהא מהול אח"כ, ובזה תתקיים מצות מילה, שבעיקרה היא אלא שיהא מהול, והרי הוא מהול, וכיון שהמצוה מתקיימת, הלא נסתלק המעכב, וממילא שפיר חלה הגרות:

ב

ועוד נראה דמאי דבעינן בכל חלות הנעשה בשביל חבירו ע"י אחרים, לדין זכיה, מתפרד לשני אופנים. מין חלות אחד, כגון בקנין ממון שקונה בשבילו, כהגבהת מציאה לחבירו או מקח וממכר, או שאר דברים כגון אלו, התם צריכים שיהא רצון הקונה, ועל ידי הרצון של הקונה נעשה החלות, והילכך אין הקנין נעשה כי אם על ידי עצמו, או בשליחותו, או על ידי זכיה, שעל ידי זכיה נעשה גם כן כאילו היה רצונו של הקטן בזה הענין, ודין זה שייך גם בעובר, שגם בעובר אין לו דין זה להחשב כמו שיש כאן רצונו של עובר, וכיון שאין כאן רצונו, לא יוכל לחול חלות הקנין:

ומין חלות שני, כמו כאן בסוגיא דידן בגרות, אין הרצון של הגרות ענין בחלות הגרות ולא במעשה הגרות, שאין מעשה הגרות אלא מילה וטבילה והרצאת דמים בזמן הבית, אלא שאין אנו יכולים לגייר אדם בלא רצונו מפני דיני בעלות שיש לכל אדם על עצמו, דלא גרע דין בעלות של האדם על עצמו מדין ממון, ועוד עדיף מזה דאף אי גזל עכו"ם מותר, מ"מ גופו אין יכול לעשות אתו מה שלבו חפץ בע"כ, ועוד דכאן כיון שאינו בא לגזלו, אף בממון כה"ג מיקרי העכו"ם בעלים על ממונו, ולא נתחדש הדין כ"א שמותר לגזלו, אבל כל זמן שאינו גוזלו, בעלים הוא על ממונו, וכ"ש על גופו, ומה"ט הוא דבעינן רצונו בגרות אבל לא מטעם עצם דין גרות:

וקצת ראיה לזה, דבעבד כנעני דידיה יכול להטבילו לשם עבדות בעל כרחו דעבד, אף שע"י זה נתחייב במצות כאשה, והוי קצת גרות, ומ"מ יכול להטבילו בע"כ, לפי פירוש רש"י, וכן יכול אח"כ לשחררו בע"כ, אלא ע"כ דאין זה אלא בדיני בעלות שלו ולא בדיני גרות. ולפי זה יתחלק, דבעובר כיון דמצד עצם הגרות אין כאן צורך שיהא רצונו בזה, ומצד בעלות נמי, כיון דעדיין אין בו חיות, ואין שייך מצדו שום מפריע לעשות בו כשרוצים, אין צריך רצון גם מטעם בעלות, ובזה האופן מהני זכיה בעובר מדאורייתא, ודוקא בקטן אף שהוא בן יומו כיון שכבר בא לעולם וכבר הוא אדם צריך כבר לרצונו מטעם בעלות, אבל לא בעובר, ובזה שאני משאר קנינים ששם כיון דבעינן רצונו לעצם דין החלות, אף בעובר כיון שחסר עצם תנאי החלות ומעשה הקנין, לא מהניא כלום, כיון דלא תוכל להחשב מטעם זכיה, כאילו יש כאן רצונו:

ובזה יש ליישב גם מאי דמקשה הר"ן אהא דקאמרינן בקדושין פ"ב מנין שזכין לקטן שנאמר ונשיא אחד נשיא אחד למטה תשלחו ותסברא האי זכות הוא וכו' והקשה הר"ן הא זכי' מטעם שליחות הוא ואין שליחות לקטן ומוכח מהכא דזכיה לאו מטעם שליחות הוא, דהא מעיקרא אמרינן ותסברא דהא שליחות היא והא קטנים לאו בני שליחות נינהו אלא כדרבה בר רב הונא אמר רב מנין שזכין לאדם שלא בפניו כלומר ולא תפשוט מהכא שליחות דזכי' לאו מטעם שליחות הוא ומוכחינן מהכא דאע"ג דאין שליחות לקטן מ"מ אחרים זוכים בשבילו מן התורה ע"כ, עיי"ש בר"ן שהאריך ובא אח"כ לדחות הראיה לפי המסקנא:

ולפי האמור יתיישב בפשיטות, דבחלוקת הארץ, כיון דנעשה על פי הדבור ע"י אורים ותומים וגורל, ואם יבוא מי שהוא לחלוק ולומר שאינו רוצה בחלוקה זו אין בדבריו כלום, שאין זה תלוי ברצונו כלל, נמצא שאין זה תלוי ברצון, ובכי האי גונא אין דין זכיה מטעם שליחות ומהני לקטן מדאורייתא, אף דבזכי' דעלמא אין זכי' לקטן רק מדרבנן, דדוקא על דין רצון מצטרפת זכי' לשליחות להשוות דיניהם, אבל כגון דא בחלוקת הארץ אין אנו צריכים לדין שליחות:

והנה התוס' כתבו ג"כ בסוף הדבור דגר קטן לחלק, דלא הוי זכי' לקטן מדרבנן רק בזכות שאינה גמורה, אבל בזכות גמורה כגון בטבילת גר יש זכיה לקטן מדאורייתא, וצריכה רבה, מפני מה זה נחלק בין זכות גמורה לאינה גמורה, כיון שסוף כל סוף אנו צריכים לבוא מדין שליחות, ואין שליחות לקטן. ועלינו להעמיס בכונת התוס', שכל עיקר שנאמר זכיה מטעם שליחות, אין זה כי אם על דין הרצון, שעלינו לומר שמה שהזוכה רוצה, הוא כמי שהיה רוצה גם מי שזוכין בשבילו, אבל שאר הדינים שיש בזכי'

אין אנו צריכים לומר שהוא מאיזה טעם, אלא זה דין מתחדש בזכי', וזהו החילוק שבין זכי' גמורה ששם אין אנו צריכים לדעתו ורצונו של מי שזוכין בשבילו, שהענין מצד עצמו הוא רצוי שהרי אין בו שום צד חוב, ואין אנו צריכים לומר שהרי זה כאילו רצה זה ושלחו, אבל בזכי' שאינה גמורה, שכיון שאין אנו יכולים לומר שהענין מצד עצמו רצוי, אלא שאנו אומרים שכיון שהזכות מכרעת, הרי זה כאילו נאמדה דעתו של זה שהוא רוצה, והרי זה מטעם שליחות, דאמדינן כאלו רצה זה ושלחו. ומי שחולקים על דעת התוס' וסוברים שבכל מקום הויא זכיה מדין שליחות, סוברים הם שלא על הרצון בלבד אנו באים מדין שליחות, כי אם על כל דיני הזכיה אין להם יסוד זולתי יסוד דין השליחות ולכך אין חילוק בין הזכיות:

ואף אנו נאמר, שבמקום שאין צריך לרצונו מעצם החלות, מהניא זכיה אף לקטן מדאורייתא, אף בזכות אינה גמורה. ואף להחולקים על התוס' מ"מ במקום דלא בעינן לרצון כלל, אפשר דיסברו גם הם דלא אתינן עלה מטעם שליחות:

ובלאו האי תירוצא היה אפשר לכאורה לומר, כפי מה שמתרצים על הקושיא המפורסמת אהא דפרה שנגחה את השור וילדה דמשתלם חצי נזק מן הפרה ורביע נזק מן הולד, ואמאי משלם הולד הא קי"ל גבי שור האיצטדין דפטור משום דכי יגח ולא שיגיחוהו, ויש שסוברים שגם מניזקין פטור, ואם כן הך ולד נמי, הלא לא נגח ע"י כח עצמו, אלא שהגיחוהו, שהפרה הגיחתו, וליפטר, וליהוי כשור האיצטדין שפטרתו התורה. ומתרצים ע"ז דולד ופרה אף דשני גופים נינהו, למ"ד דעובר לאו ירך אמו הוא, מ"מ רצון וחפץ אחד להם, ואותו הרצון והחפץ המניע את הבהמה, מניע גם את הולד, והוי כאילו רצון עצמו הניעו והביאו ליגח, ואין זה מיקרי שיגיחוהו, אלא היינו כי יגח, וה"נ נימא שרצון וחפץ האשה הוי כרצון וחפץ הולד, ואין צריכים לזכיה לגייר את הולד דהוי כרצונו להתגייר. אבל זה טעות הוא, דלא שייך לומר שרצון האשה הוי כרצון הולד, אלא ברצון בהמי בלבד, שאין זה אלא מניע בעלמא ויש לומר שגם הולד יש לו אותו המניע עצמו, אבל כשאנו עסוקין ברצון של דעת, כגון בגירות שצריכים לדעת ורצון עשיית המצוה ודאי שלא נוכל לומר שדעת האשה הרוצה להתגייר, יקרא גם דעת של הולד, שתהא גם גירותו מדעתו, זה ודאי אינו, שאין לו שום שייכות לדעת האשה:

סימן נ

בקצוה"ח (סי' שמ"ח) הקשה אהא דאמרינן הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה ע"י, אמאי חייב השליח ב"ד גלות כיון דשלוחם של בית דין הוא, וא"כ להסוברים דבשוגג

יש שליח לדבר עבירה, ליחייבו הדיינים, שהרי הם הם המצווים להכותו בכל הכאה שאמרינן גדול שבדיינים קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו ע"כ:

והנה יש משיבים על קושיא זו דאין כאן קושיא כלל, דהשליח ב"ד כשהוא מכה ומלקה, אינו עושה זאת בשביל הב"ד, אלא מצות עצמו הוא עושה, שכמו שחייבים הם לדון את הנדון, כך מחויב השליח ב"ד לענוש את הנדון, ועלי' דידי' הוא דרמיא, ואף שהדיין אומר הכהו, היינו משום שכך הוא דינן של מלקות להעשות בב"ד, כמו שדינן בל"ט הכאות ושאר פרטי הדינים השייכים למלקות, הכי נמי הדין שלהם שיוכה בב"ד, בקריאה, ומנין, והכאה, אבל בעצם הדבר אינו עושה אלא מצות עצמו ולא בשביל הדיינים:

והנה אחר העיון בדבר אין נראה כן, דהנה בדין שליחות ישנם שני אופנים, האחד במקום שעושים חלות בדבר, ואז צריך שיעשה הדבר בשביל המשלח, שאם לא יעשה בשביל המשלח אין שום ממש בדבר, שהרי כל עיקר השליחות הוא, שהמשלח יש לו כח בדבר, ומוסר את כחו להשליח, נמצא שבזה שהשליח עושה בכחו של המשלח בשבילו נעשה הדבר כאילו עשהו המשלח בעצמו, וזה נעשה ע"י מסירת הכח וכונת השליח, אבל השליחות האחרת שמצאנו בשליחות לדבר עבירה באופן המועיל, כגון בלאו בר חיובא או כשבעל כרחה קא מותיב בה, למר כדאית לי' ולמר כדאית לי' או לשמאי דאית לי' בכל מקום יש שליח לדבר עבירה שם לא שייך לומר שצריך שיכוין השליח לעשות בשביל המשלח, דלא שייך בכלל לומר שהדבר נעשה בשביל המשלח שהרי אין כאן שום חלות שיחשב כאילו עשה, אלא שהעבירה מתחשבת בשבילו, ובדבר כזה אם אנו אומרים ששלוחו של אדם כמותו, היינו אף בלא שום כונות בשביל המשלח, אלא שכיון שנעשה על פי צוויו, ואילמלא הצווי לא הי' נעשה, מתחשבת העבירה בשבילו, אבל אין זה ענין לגדרי השליחות שבחלות:

וראי' ברורה לדבר זה מהא דאמרו בתוס' שבועות (דף ג' ע"א) וז"ל ועוד נראה דאפילו רב אדא מחייב היכא דניקף בר חיובא אע"ג דמקיף לאו בר חיובא ולא פטר אלא היכא דניקף לאו בר חיובא הוא מדלא אמר איש דאמר לקטן או לנכרי אקיף לי גדול הוי נפקותא לרב אדא ע"כ, הרי סוברים התוס' דלמאן דאמר דתלי עיקר הדבר בבר חיובא ולאו בר חיובא יש שליח לדבר עבירה בשליח קטן והא אין שליחות לקטן, ובחידושי רעק"א (בכתובות י"א) כתב דבקטן עיקר החסרון הוא משום דאין שם מנוי, וא"כ הרי זה דומה כאילו לא חשב שיחול הדבר בשבילו אלא ע"כ דלא בעינן שיחשוב השליח בשביל המשלח, ואם נפשך לומר שקטן כיון שאמרו עליו בקדושין (דף כ"ב) דעבד קטן כבהמה דמי, הוי כאילו עושה מפורש בשביל המשלח כיון שאין לו דעת אחרת, כ"א

עושה מה שצוהו, מ"מ יש להביא ראי' מהא דמקשה מהר"י אבוהב בש"מ שם בסוגיא דב"מ לימא איכא בינייהו ישראל שאמר לעכו"ם צא וגנוב כליו ע"כ, ומשמע שהעכו"ם גונב בשביל עצמו, אלא שכיון שהוא גונב בשביל עצמו ע"פ צוויו של הישראל המשלח מתייחסת מעשהו אליו, אלמא דלא בעינן שיעשה הדבר בשביל המשלח, אלא דמ"מ יש לדחות דכונת הש"מ שהישראל אמר להעכו"ם שיגנוב הכלים בשבילו. אלא דיש להביא עוד ראי' מהא דאמרינן בב"ק (דף ע"ט ע"א) נתנו לבכורות בנו לשומר חנם ולשואל ולנושא שכר ולשוכר הי' מושכו ויוצא וכתבו שם התוס' ד"ה נתנו וכו' (לא) הפי' הקונטרס נתן הגנב לבכורות בנו הוא עיקר דמתחייב הגנב במשיכת הני וא"ת ואמאי מחייב במשיכה והא אין שליח לדבר עבירה וי"ל דהנהו לא ידעי דאתי לידי' באיסורא אלא סוברין שהי' שלו וכו' ע"כ עיי"ש. והנה שם משך הכהן או הבעל חוב בשביל עצמו שיהא שייך לו, שהרי לא נתכוין לזאת בשביל הגנב, שהרי סבור הי' שכבר הוא שלו מאז מקדם, ולא נתכוין שיעשה הדבר בשביל הגנב, ובלא קנין גניבה הלא לא יתחייב הגנב בחיובו החפץ, והיכן הם קניניו, ובמה תתייחס מעשה הכהן להגנב, אלא ע"כ שבשליחות עבירה שאינה חלות אמתית, כיון שנעשה הדבר ע"פ צוויו של המשלח, הוי הדין כאילו עשה המשלח, ואף שקנין גניבה הוא לכאורה ענין של חלות, ובחלות צריך שיחשוב השליח בשביל המשלח, מ"מ ענין קנין גניבה אינו קנין באמת, אלא שהתורה העמידה ברשות הגנב כשנעשתה הגניבה בכל פרטיה, וכיון שבדבר עבירה להתייחס בשביל המשלח, אינו צריך לחשוב בשביל המשלח, ממילא גם דין קנין גניבה הוא באופן זה, וכן יש להביא ראי' מקושיית האחרונים דאמאי אמרו דאמירה לעכו"ם שבות, ליהוי איסור דאורייתא מטעם שליחות לדבר עבירה כיון שהשליח לאו בר חיובא, והנה אם היינו מחלקים ואומרים דגם בדבר עבירה לא שייך שליחות כי אם בגדרי שליחות שבחלות א"כ כשהעכו"ם עושה ע"פ ציוויו ואינו מכוין בשביל המשלח אין כאן שום קושיא שהרי אין כאן גדרי השליחות, ואף אם מכוין לטובת המשלח אינו יודע אם יוכל להחשב שמחשב את הפעולה בשביל המשלח, שאפשר שמיקרו שעושה את הפעולה ולא כפועל את הפעולה בשבילו, אלא שהוא רוצה שיהנה המשלח ע"י פעולה זו, ודוקא בגניבה בשביל המשלח שהוא מושך לרשותו של משלח ע"י שעושה את הפעולה זו בשבילו, שם אם חושב בשביל המשלח, נוכל לייחס גם הפעולה בשבילו של המשלח, אבל בפעולות פשוטות לא, אבל אי נימא דאין כאן גדרי שליחות אתי שפיר:

ולכאורה הי' אפשר לומר דהא דאמרינן בקדושין דמודה שמאי באומר לחבירו צא בעול את הערוה ואכול את החלב דאין שליח לדבר עבירה דלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב.

והי' נראה דענין זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן, הוא דכיון שהוא נהנה, ממילא משום כך עושה את הדבר להנאתו, ועושה בשביל עצמו ולא בשביל המשלח, וענין השליח כמותו אף בדבר עבירה אינו אלא כשעושה בשביל המשלח, וזה דלא כדברים האמורים לעיל, אלא דאי אפשר לומר כן בפירוש הענין, שהרי התוס' חקרו בקדושין (מ"ג ע"א) אם אמר אחד לחבירו התחמם בגיזי עולה אי אמרינן שם זה נהנה וזה מתחייב אי לא, ואי נימא דהטעם דלא אמרינן זה נהנה וזה מתחייב הוא משום דמכוין בשביל עצמו ולא בשביל המשלח, אז הלא אין שום חילוק בין אמר לו בעול את הערוה, ובין אמר לו להתחמם בגיזי עולה, אלא ע"כ דאין זה ענין ליסוד זה בשביל מי הוא עושה, אלא טעמא אחרינא איתא בזה. ונראה דבאור הדבר פשוט הוא דכיון דהתורה חייבה בערוה ובאכילת חלבים על מעשה דאית בי' הנאה, כמו באכילת חלבים דעיקר החיוב הוא על הנאת גרונו ומעיו, וגבי ערוה אמרינן בפ' המניח דרחמנא קרי להנאה מעשה, ונמצא שאם חסר תנאי ההנאה לא יתחייב העושה, וזה ודאי שלא מצינו דין שליחות כ"א על דין חלות או על דין מעשה, אבל שיפעול כח השליחות כאילו המשלח נהנה, זה לא נאמר מעולם, נמצא שאצל המשלח חסר תנאי ההנאה וממילא לא יתחייב המשלח על זה, והילכך חייב השליח, כמו שביאר הסמ"ע. שבעיקר הדין הלא צריך הי' שיתחייבו גם המשלח וגם השליח, אלא שא"א לחייב שניהם על פעולה אחת, הילכך חייב המשלח, אבל כשא"א לחייב את המשלח, חייב השליח, והילכך המשלח שחסר לו תנאי ההנאה לא יתחייב וחייב השליח. וכמו שכתב הקצוה"ח (בסי' קפ"ב) לבאר הטעם דלא מהני שליחות בתפילין וציצית, משום דכיון שצריך להיות על גופו, ועל זה לא מהני שליחות, שלא חדשה התורה בזה דין שליחות, ליחשב כאילו הגוף עצמו עשה, והכי נמי לא חדשה התורה להחשב כאילו המשלח נהנה, שזה לא חל תחת גדרי השליחות, הילכך זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן, אבל א"א לפרש להיפך שכיון שנהנה השליח מוכרח הוא להתחייב, אף שאפשר הי' לייחס ההנאה גם אל המשלח, דזה אינו דהא לדברי הסמ"ע בכל שליחות של עבירה הי' צריך השליח להתחייב, אלא שכיון שצריכים אנו לחייב גם את המשלח, א"א לנו לחייב גם את השליח, א"כ הלא אין חילוק בין עבירה שיש בה הנאה לאין בה הנאה. והשתא לפי זה אתי שפיר בעיית התוס' בהתחמם בגיזי עולה כמו שמפרשים שבגיזי עולה אפשר שהחיוב הוא לא על הנאת הגוף, כי אם על הוצאת ההנאה לחולין כמו בכל הוצאות הקדש לחולין, וזה הלא אפשר לייחס אל המשלח כמו בכל הפעולות, שמתייחסות אל המשלח ע"י דין שליחות:

והי' אפשר לחלק עוד באופן אחד, שדוקא לשמאי דסבר דמהני שליחות בכל דבר עבירה, וא"כ הא דמחייב המשלח על העבירה, הוא מצד שלוחו של אדם כמותו, שפיר קאמר בגמרא דעל ענין ההנאה לא שייך בזה ענין השליחות שיחשב כאילו נהנה, אבל לפי מאי דסבירא לן דאין שליח לדבר עבירה, אלא שהתורה ריבתה להתחייב במעילה וטביחה ומכירה, וא"כ יש לחקור שאולי אין החיוב מצד שריבתה התורה כאן דין שליחות שאין חילוק בדין שליחות בין דבר עבירה זו או אחרת, כיון שאין בדבר עבירה דין שליחות, אלא שהתורה חייבה על מעילה או טביחה ומכירה, אפילו כשעושה ע"י שליחות, אבל לא מדין שליחות, אלא מדין פעולת עצמו שגרם לזה, וא"כ לא שייך בזה לומר זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן כיון שאין זה מדין שליחות, וזהו שחקרו התוס' אי במעילה החיוב מדין שליחות הוא אם לאו:

וזה זמן אשר אמרתי ליישב קושיית קצוה"ח באופן אחר, ומצאתי אח"כ בספר פרי יצחק ח"ב, והוא שאם נאמר לחייב גלות את המשלח של ב"ד, צריכים אנו לחייב גלות את כל הב"ד שכולם הם משלחיו, וא"כ הוי כהכוהו כולם והוי כהכוהו עשרה בני אדם כאחת שכולם פטורים, וכיון שהם פטורים ממילא חייב השליח, כדברי הסמ"ע, אלא שתשאר השאלה לפי דברי הרשב"א בפרק הפרה, שרצה לומר ולחלק דדוקא הכוהו עשרה בני אדם בעשר מקלות כולם פטורים, אבל אם הכוהו במקל אחד כולם חייבים, ואם כן הוי כאן כבמקל אחד, ועדיין ליהוו כולם חייבים ולא השליח ע"כ. והנה בהקושיא מדברי הרשב"א יש להתבונן ולהבין כל עיקר החילוק שחילק הרשב"א בין עשר מקלות למקל אחד, ויש להסביר הדבר בשני אופנים, הא' שכונת הרשב"א שעד כאן לא מיקרי כל דהו נפש, אלא כשמת על ידי עשרה הכאות, והוא לא עשה אלא הכאה אחת, אבל כשמת ההרוג על ידי הכאה אחת, והוא השתתף בכל ההכאה, אף שהיו עוד מכים, מ"מ כיון שכל ההכאה באה גם ע"י כחו מיקרי כי יכה כל נפש אדם, או שכונת הרשב"א באופן אחר שאף כשהכוהו עשרה ב"א בעשר מקלות א"א לנו לומר שהכה רק כל דהו נפש, שהרי בהכותו בלבד הי' בה כדי להמית, והוא הרג את כולו, אלא ע"כ שכונת התורה לא למעט כשהרג מקצת הריגה, אלא כשהרג כל הריגה אלא שישנם עוד רוצחים, שותפיו עושים כאילו הוה כל דהו, שהרי גם בלעדיו הי' נהרג, אבל כשהרגו במקל אחד, מיחשב כאילו לא היו לו שותפים, שכיון שלא היתה אלא הריגה אחת מיקרי שהרג כל נפש ששותפות כולם משוי להו כאחד, ובזה מדוקדק לשון הרשב"א שכתב אבל במקל אחד כחד חשבינן להו ע"כ. ועתה ניחזי אנן, בשליח ב"ד שהרג בשליחות כולם, הדין שליחות שמשוי להו כאילו הרגו, הלא אין בדין זה שום השתתפות, אלא כל אחד הוי משלח

לעצמו, וכל אחד הוי כהורג ע"י דין שליחותו כשהוא לעצמו, וא"כ אפשר דלא הוו כחד, דדוקא בהכאה אחת ששתפו כוחותם כאחת הוו כהורג אחד, והוא השתתף גם בשל חבירו, אז מיקרי כל דהו נפש. אלא שיש להתבונן דעד כאן לא חקר הרשב"א אלא בהכוהו עשרה ב"א במקל אחד וכל אחד הי' בו כדי להמית, אבל כשהכוהו עשרה ב"א במקל אחד וכל אחד לא הי' בו כדי להמית, אפשר דאף במקל אחד פטור, או אפשר דשם ודאי חייב, דזה אינו יכול וזה אינו יכול, וכאן גבי שליח ב"ד צ"ע דאולי כיון שאחד בפני עצמו לא הי' אפשר לו לשלחו לשליח ב"ד, אפשר דמיקרי דזה אינו יכול וזה אינו יכול, ויש לסמוך הדבר למה שאמרו בשבת פ"י גבי שנים שעשאוה פטורין דהוי מחלוקת ר"מ ור"י ור"ש אי זה אינו יכול וזה אינו יכול פטור או כשזה יכול וזה יכול וה"נ דכותיה לכאורה, ותלי בפלוגתא דהתם וצ"ע:

ואפשר לומר דאין לזה שייכות עם הגמ' דשבת, דשם פטור התורה לא מחמת שעשה רק מקצת, אלא מטעם דבעינן אחד ולא שנים, ובזה הוא דאמרינן שחולקים הני תנאי מה נקרא נעשה ע"י שנים אם כשזה יכול וזה יכול, או כשזה אינו יכול וזה אינו יכול, אבל גבי רוצח הפטור מחמת דהוי כל דהו נפש ולא מחמת שנעשה בשנים, ואף לפי מה שנתבאר ששותפין פוטרים אותו, היינו משום דע"י זה מיקרי כל דהו נפש, וא"כ בזה אפשר שהסברות מתחלפות דאפשר אף דשם מיקרי שנים שעשאוה, וכאן מיקרי באופן הזה כל נפש אדם, או להיפך, אף דשם מיקרי נעשה ע"י אחד, וכאן מיקרי כל דהו נפש:

אבל נראה ברור דאין ענין כלל לשליח זה של ב"ד עם הכוהו עשרה ב"א בב"א, דכאן כיון שהוא שליח לכל אחד בפני עצמו, נמצא שכשהרג השליח את הנרצח, עשה בשליחותו של משלח זה והוי כמו שהמשלח עשה את מעשה זו של רציחה כולה והכה את כל הנפש, ויש לו להתחייב על זה, ואף שזה השליח עשה זאת גם בשביל עוד אחד, אין זה נוגע לגבולו של הראשון, שלגבי' הוי כאילו לא שלח השני כלל את השליח, שהרי השליח עשה את כל המעשה בשביל הראשון, וכן עשה את כל המעשה בשביל השני, וכן בשביל השלישי, והמשלחים אין להם התייחסות זה עם זה, ואין לדין שליחותם שום השתתפות זה עם זה, ולגבי כ"א הוי כאילו שלח רק הוא:

ונראה ליישב קושיית קצוה"ח בפשיטות דיש לחקור בבאור ענין שליחות אם מתחשב החלות בשביל המשלח או שמתחשבת גם הפעולה עליו כאילו ממש עשה את הפעולה הזאת, והנה המשנה למלך חקר בהא דכתב הרמב"ם דאף דמהני שליחות בטביחה ומכירה מ"מ אם אמר לשליח לטבוח בשבת דלא מהני השליחות לחייב המשלח, כיון דלגבי איסור שבת אין שליח לדבר עבירה, ובא המ"ל לחלק דדוקא כשצוה לו לשחוט

בשבת, אז אמרינן דאין שליחות כיון דלא מהני על ענין שבת לא מהני על ענין טביחה ומכירה, אבל כשלא אמר לו כ"א לשחוט והוא הלך ושחט בשבת אז אף על איסור שבת אינו חייב המשלח, אבל על איסור טביחה חייב:

והי' נראה דחילוק זה שייך שפיר אי נימא דאין מתחשבת על המשלח כ"א העבירה, כמו בקנינים החלות, אבל הפעולה עצמה מתחשבת על השליח, אז אמרינן שעבירה זו של המשלח היא, ועבירה זו של השליח היא, אבל אי נימא דהפעולה מתחשבת על המשלח, א"כ כיון שהפעולה יש בה ענין איסור של מלאכת הבת, שאי אפשר לחשבה על המשלח, א"כ לא תחחשב כלל על המשלח. וכיון שהמ"ל רוצה להחליט שבלא אמר לו לשחוט בשבת מתחשבת העבירה על המשלח, נראה שעיקר ענין שליחות הוא שהחלות בקנינים והעבירה באיסורים מתחשבים על המשלח ולא הפעולה, ועלינו עוד לבאר, א"כ מה בין שליחות לזכיי', כיון שגם בשליחות אין המשלח עושה הפעולה, אלא דמהני החלות בשביל המשלח, א"כ היינו זכיי' דמהני ג"כ החלות בשביל המשלח, והחילוק פשוט ומבואר דשליחות היא כאילו המשלח עשה את החלות, ומהני משום שהוא עשה את החלות מכחו, אבל זכיי' הכל בא מכחו של הזוכה, אלא שמהני הקנין בשביל מי שזוכים בשבילו בכוחו של הזוכה, נמצא ששליחות היא כחו של בעל הקנין, וזכיי' היא מכחו של הזוכה, וע"פ חילוק זה שבין שליחות לזכיי' הי' נראה שבשליחות אם שלח שליח לקנות ועשה השליח את הקנין באופן שאינו מועיל בשביל המשלח, לא מהני גם בשביל השליח, שהרי ענין הקנין בהחלות מתחשב כאילו פעל כל זה המשלח, ואם הוא לא קנה השליח במה יקנה, שהרי אין הקנין שלו, אבל בזכוי' אם עשה הזוכה את הזכיי' באופן שאינו מועיל בשביל מי שזוכים בשבילו, זכה הוא בעצמו, שהרי כל הזכיי' שלו הוא, אלא שהזוכה רצה שזכייתו תועיל בשביל האחר, ואם אינה מועלת בשביל האחר מועלת בשביל עצמו, ובזה יתבאר מה שהתוס' בב"ק (דף ק"ב ע"ב) גבי מי הודיע לבעל חיטין שיקנה חיטין לבעל מעות מסתפקים בזה אם כשהמשלח לא קנה, מי קנה השליח או לא, ובב"מ גבי מגביה מציאה לחבירו רצו לפרש דברי הגמ' ביצה (דף ל"ט ע"ב) מילא מים ונתן לחבירו רב ששת אמר כרגלי הממלא ור"נ אמר כרגלי מי שנתמלאו לו, ומסיק דבמגביה מציאה לחבירו פליגי דמ"ס קני ומ"ס לא קני כפירש"י דכולהו סברי דלא קני חבירו אלא רב נחמן סבר דמגביה נמי לא קני ולכך כשלקחו חבירו ממנו קנאו מן ההפקר שמתכוין לקנות ורב ששת סבר דקנה הממלא דכיון דלא קנה חבירו הוא קנה ולכך הוי כרגליו, ע"כ. ראינו שבזכוו' יש מ"ד לפי דעתם דסובר דכשלא קני מי שזוכים בשבילו, זוכה הזוכה, ובשליחות מסתפקים בזה, אבל לפי האמור פשוט

הוא דבזכיו' כיון שהוא הוא איהו הזוכה אם אינו מועיל בשביל מי שזוכים בשבילו יועיל לגבי עצמו, אבל בשליחות כיון שאינו פועל בעצמו כלום, כ"א המשלח פעל את כל החלות אם אינו מועיל לגבי המשלח שהוא פעל החלות איך יועיל לגבי השליח, אלא שלפי המ"ד דסובר דגם בזכוי' לא מהני בשביל הזוכה עצמו, יקשה דא"כ מה זה מסתפקים בשליחות, הלא ק"ו הוא, ואולי נאמר שדברי התוס' חלוקים הם זה עם זה, ומי ששנה זו לא שנה זו:

וכיון דאמרן דבשליחות אין המשלח עושה כ"א את העבירה שבפעולה ולא את הפעולה תתיישב הקושיא, שכיון שהב"ד לא ציוהו כ"א להכות ולא להרוג, נמצא שאין שליחותו כ"א על ההכאה ולא על ההריגה, וא"כ עבירת ההריגה הוא רק על השליח עצמו, ומשום הכי הוא גולה, דבשלמא אם היינו אומרים שהמשלח הוא העושה את הפעולה ממש, נמצא שהוא הרג, שהרי ע"י הכאתו נהרג, והוי הב"ד נקראים הורגים, אבל כיון שהמשלח אינו עושה את הפעולה, כ"א העבירה מתייחסת אליו, אין נחשבת לו כ"א העבירה ששלח את השליח עלי', אבל הריגת הנלקה, שלא שלח את השליח לזה, אין ההריגה נחשבת לו כ"א גרמא בעלמא למשלח, הילכך אינו חייב אלא השליח עצמו ההורג:

ועוד יש להעיר בישוב הקושיא, שיש לעורר במה דנדמה כאילו המשלח עשה את מעשה ההריגה, דלא מיחשב בשביל המשלח, כ"א מה שנוגע למעשה העבירה, אבל במה שחוץ מזה, לא מיחשב בשביל המשלח. והנה בגלות אינו חייב כ"א כשהרג דרך ירידה ולא דרך עליה, ודין זה אינו אלא גזירת הכתוב בדין חיוב גלות, אבל במעשה עבירת שוגג, הלא פשוט הוא, כי העבירה אחת היא בין דרך ירידה ובין דרך עליה, וא"כ כשמחשבינן בשביל המשלח את מעשה ההריגה, אין לנו לחשוב בשבילו כ"א מעשה ההריגה בלבד, אבל מה שהי' דרך ירידה שאין זה ענין דיני בעבירה כ"א ענין מציאותו, ואין זה מעלה ומוריד בעבירה עצמה, אין לנו לחשוב את זה כלל, ונמצא שאין לחייב את המשלח גלות, מפני שאף אחר השליחות חסר להמשלח התנאי של ירידה, שבחסרון תנאי זה פטור מגלות:

שביעית

סימן נא

א

שביעית פ"א מ"א עד אימתי חורשין בשדה האילן ערב שביעית ב"ש אומרים כל זמן שהוא יפה לפרי ובה"א עד העצרת ע"כ, ואמרינן בפ"ק דמו"ק דרבן גמליאל ובית דינו נמנו על ב' פרקים הללו וביטלום כלומר פסח ועצרת ובפ"ק דמו"ק מפרש טעמא וגז"ש דגמר שבתון שבתון משבת בראשית מה להלן היא אסורה לפניה ולאחריה מותר וכו' ע"כ. והקשו התוס' (דף ד') ד"ה מה וז"ל ואי קשיא והא מפקינן מקרא במס' יומא פרק בתרא (פ"א) דצריך לעשות תוספת גבי שבת בין בכניסתה בין ביציאתה להוסיפה מחול על הקודש איכא למימר ההוא פורתא לא קא חשיב כיון דלא הוי אלא כל שהוא וכי ההוא שעורא נמי מודה ר"ג דצריך להוסיף עכ"ד. ובקרן אורה כתב ע"ז דבריהם ז"ל אינם מובנים דמאי ענין תוס' כ"ש לשביעית דבעלמא גבי שבת ויו"ט שהיום קדוש מלעשות מלאכה ע"כ מוסיפין שעה אחת על היום בקדושה זו לאסור במלאכה אבל קדושת שביעית לא שייכא אלא בעבודת הארץ לשבות מעבודתה ולא נאסרה אלא החרישה לצורך שביעית ושיערו חכמים בזה דל' יום לפני ר"ה הוי החרישה לצורך שביעית אם כן אין ענין שעה אחת לכאן וכו' אלא ודאי נראה דר' יוחנן לית לי' תוספת כלל בשבת ויו"ט וכן כתבו התוס' להדיא בר"ה שם עכ"ל הצריך לן:

ונראה באמת דעצם הקושיא דבשבת הא אסור לפניו ולאחריו משום תוספת לא קשה כלל, דכד דייקת שני עניני התוספת, תוספת שבת ותוס' שביעית שני ענינים נפרדים הם לגמרי, דענין תוס' שביעית עיקר החידוש והיסוד הוא מה שאף בזמן שאינו מצטרף עם שביעית, אחר עצרת של שנה ששית, שאין לזמן זה שום יחס עם השנה השביעית, מכל מקום ג"כ נאסרת העבודה, כיון שהוא תקון לשביעית, ונמצא שכח של שנה שביעית אוסר אף בזמן שאינו זמנה, ובתוס' שבת ליכא הך דינא כלל, דמאי דאסרינן שעה אחת קודם השבת אין זה משום דאלים כח השבת לאסור אף בזמן שאינו זמנה, אלא היינו טעמא דאסרינן לי' משום דמצרפין ליה ליום השבת, אם כן הלא לא נוכל ללמוד מדין תוספת שבת לאסור בשביעית בזמן שאינו מצטרף לשביעית דזה דין אחר הוא לגמרי, ועוד יותר נראה להסביר שכיון שהיינו טעמא דאסרינן מלאכה בתוספת שבת, הוא משום דמצרפינן לי' ליום השבת, אם כן הלא אין זה לפניו דשבת ולא דאחריו דשבת כי אם יום השבת עצמו, ושפיר קאמר בגמ' דמה שבת לפניו ולאחריו מותר, כי אם היא עצמה אסורה, דמאי דנאסר בתוס' שבת היינו ג"כ משום דמיחשבא היא עצמה,

אבל בשביעית אף אם נרצה לאסור אחר עצרת במלאכה, מ"מ אין זמן זה נחשב השנה שביעית ואין זה מצטרף עם השנה השביעית, אם כן הלא מאי דבעינן לאסור אין זה אלא איסור לפניו, וראי' לזה דתוס' שבת נעשה השבת עצמה, הוא מהא דאית לן דמתפלל אדם של שבת בערב שבת ואומר קידוש היום מבעוד יום. וכן יש להביא ראי' מדברי הרשב"א עירובין (ל' ע"ב) דאף דאית לן דסוף היום קונה עירוב, שעה אחת קלה קודם כניסת השבת, היינו קצת קודם קבלת תוס' שבת נקנה העירוב, אלמא דהתוס' נעשה כעצם מעצם היום ומצטרף להיות נחשב כשבת עצמה:

ועוד ראי' מתוס' פסחים (צ"ט ע"ב) ד"ה עד שתחשך דמחלקים בין הא דסעודת שבת וקידוש מהני אף מבעוד יום ומצה בעינן עד שתחשך משום דמצה ומרור איתקיש לפסח ובפסח כתיב ואכלו את הבשר בלילה הזה ע"כ משמע דאי לאו קרא דבלילה הזה היו יוצאים באכילת מצה בשעת תוספת אלמא דתוס' מצטרף לעצם היום להחשב יום טוב ממש, דזה ודאי אף בלא קרא דבלילה הזה אין יוצאים באכילת מצה אלא ביום טוב ממש, וקרא דבלילה בא ללמדנו שאף שהוא יום טוב ממש כיון שאינו לילה אין יוצאים, אבל יום טוב ודאי מיחשב תוספת כעיקר:

מיהו אי לאו דברי תוס' היה נראה לומר שאף אם נאמר שתוספת יום טוב ושבת היא כעצם היום, היינו דוקא שיהא לתוספת דינו של יום טוב, אבל מכל מקום אין לו דין לפטור בו חובת היום, ודוקא קידוש וסעודה, שאינם חובת היום, אלא צריך שיהא שמם קידוש של שבת וסעודת שבת ואם יעשה דבר זה כשעדיין חול אין זה קידוש שבת ואין זאת סעודת שבת, אבל בזמן תוספת, כיון דתוספת הוא כעצם שבת מיקרי ג"כ קידוש שבת וסעודת שבת, אבל לצאת חובת מצה ומרור, כיון שחיובם הוא חיוב היום, צריך לאכלם בזמן פסח שנתנה התורה, אבל בזמן שמוסיף הוא ליום טוב, אינו יכול לפטור בזה שיפטר על ידי זה החיוב שצריך לקיים בזמן הפסח שקבעה התורה, שדין זה אינו מתפשט על זמן התוספת, הילכך בעינן במצה ומרור עד שתחשך:

הדרינן לתרוץ, דאין קושיא ממאי דבשבת צריך להוסיף מחול על הקודש, ללמוד מזה לאסור בשביעית עבודת הקרקע אחר עצרת, ומאי דאמרו בתוס' דבשביעית נמי אסרינן הך פורתא, נראה דכונתם בזה להקשות דכמו דילפינן להתיר עבודת קרקע בששית משום דילפינן משבת, כמו כן נילף להוסיף מחול על הקודש להוסיף בששית כהך דינא דתוספת שבת, ועל זה תירצו דאין הכי נמי דהך דינא איתא נמי בשביעית להוסיף פורתא מחול על הקודש כמו דמוסיפין גבי שבת ולפי זה יאסר בהך פורתא בשאר דינים כשביעית ובתוס' דמוצאי שביעית נמי יאסרו בכל הני דינים כשביעית עצמה מטעם

תוספת שביעית כתוספת שבת. ונמצא לפ"ז שבשביעית ישנם שני דינים, אחד תוס' שביעית כתוס' שבת, והב' עבודת קרקע אחר עצרת לת"ק ולר"ג ישאר רק הדין האחד תוס' שביעית פורתא כתוס' שבת:

ובאופן אחר יש עוד לומר וליישב קושיית התוס' אמאי לא ילפינן תוס' שביעית מתוס' שבת ואמאי אמרינן דבשבת היא עצמה אסורה לפניה ולאחריה מותרת והא איכא תוס' שבת, דנראה דתוס' שבת דין אחר הוא לגמרי ואין ללמוד מזה לשביעית. דהנה בגמ' (עירובין ל') גבי מחלוקת ב"ש וב"ה דב"ש אומרים אין מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה וב"ה אומרים מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה אמרו להן ב"ה לב"ש אי אתם מודים שמערבין לגדול ביוה"כ אמרו להם אבל אמרו להם כשם שמערבין לגדול ביוה"כ כן מערבין לנזיר ביין ולישראל בתרומה וב"ש התם איכא סעודה הראויה מבעוד יום הכא ליכא סעודה הראויה מבעוד יום ע"כ, וכתב הרשב"א הבאור דכיון דסוף היום קונה עירוב ואז היתה עוד סעודה הראויה והקשה הא בתוס' יוה"כ שהוא קודם סוף היום כבר נאסר ומתרץ שהעירוב קונה קצת קודם תוספת זהו תורף דבריו, ובאור הדברים שהעירוב קונה קצת קודם חלות דין תחומין בכניסת שבת וכיון שבזמן תוספת כבר חל איסור תחומין בעל כרחך קצת קודם כניסת תוס' שבת חל העירוב. ועתה יקשה טובא לפי דעת הרמב"ם דלית ליה דין תוספת בשבת ויום טוב וגם ביוה"כ ליכא לדידיה דין תוספת באיסור מלאכה ואית ליה דין תוספת בדין המיוחד ליוה"כ היינו לאיסור אכילה, ואם כן על כרחך העירוב קונה קודם סוף היום ממש דאז נאסר באיסור תחומין ואיסור אכילה הלא חל קודם קצת בכניסת התוספת ואם כן בשעת קניית העירוב לא היתה סעודה ראויה ומאי משני ב"ש. ולכאורה היא קושיא חזקה, והדבר צריך תלמוד:

ונראה לומר דדין תוספת שבת ויום טוב ותוספת יום הכפורים אין זה דין איסור מלאכה או דין איסור אכילה בזמן תוספת, אלא שזו היא מצוה בעלמא להוסיף מחול על הקודש, ואם עשה מלאכה או אכל בזמן תוספת לא עבר שום איסור, שאין כאן שום איסור אלא שחסר מצוה שלא הוסיף מחול על הקודש, שכיון שעושה מלאכה או אכל באותו זמן, הלא לא הוסיף כלל מחול על הקודש, ממילא ביטל מצוה אבל איסור לא עבר, שאין בתוספת שום ענין של איסור, וכיון שכן אף בזמן תוספת הויא עדיין סעודה הראויה שהרי לא חל על החפץ שום איסור כי אם מצוה אקרקפתא דגברא, ומה שהוא רוצה להוסיף ואינו חפץ לאכול אין זה חסרון בסעודה ומיקריא סעודה הראויה בעצם, ועדיף מספק איסור ששם הספק חל על החפץ ואוסרו אבל כאן אין על החפץ שום דין, ושפיר משני ב"ש דהויא סעודה הראויה מבעוד יום. כך אפשר לומר לדעת הרמב"ם. מיהו

הרשב"א נראה דסובר דמה שהוא חל בעצם על החפץ כיוה"כ עצמו והחפץ אינו ראוי מיקרי, והנה לדעת הרמב"ם אין זה כ"א מצוה ואפשר לומר גם לדעת הסוברים דתוס' שבת ג"כ מדאורייתא אין זאת כ"א מצוה בעלמא ואם כן אין ללמוד מזה לאסור עבודת קרקע ערב שביעית עד עצרת דשם ודאי אין זה כי אם דין איסור בעלמא ואין הדין נולד על ידי מה שהוא מוסיף, ואין כאן שום מצות תוספת, ואין זה דמיון לדין תוספת שבת. מיהו בהך פורתא שרצו התוס' לחדש איסור אף לגבי שביעית תהא ג"כ דין מצוה כמו גבי שבת:

מיהו אפשר נמי לומר דהרמב"ם והרשב"א דפליגי לפי דברינו אי בזמן תוספת יוה"כ מיקרי סעודה הראויה לטעמייהו אזלי, דהרמב"ם כיון דס"ל דבשבת ויום טוב ליכא תוספת מדאורייתא וגם ביוה"כ ליכא דין תוספת לגבי מלאכה, אם כן על כרחך אין זמן התוספת מצטרף אל יוה"כ, אם כן צריכים אנו לומר דמאי דאסור בזמן התוספת באכילה אין זה מטעם דין איסור כיון שאין התוספת נחשב כיום עצמו, ועל כרחך אין זה כי אם דין מצוה בעלמא להוסיף מחול על הקודש להתענות, אבל הרשב"א לפי מאי דסבירא ליה דתוספת שבת ויום טוב הוי דאורייתא, אם כן עלינו לומר דהתוס' מצטרף עם עצם היום, והוי התוספת כשבת עצמה, והילכך אמרינן שבזמן התוס' חל איסור מלאכה כמו בשבת עצמה וכמו"כ ביוה"כ חל איסור מלאכה ואיסור אכילה בזמן התוס' כיוה"כ עצמו, והילכך מיחשב אף בזמן התוס' המאכל דבר האסור, ומשום זה קאמר הרשב"א דאף בזמן התוס' הויא סעודה שאינה ראויה, ואם נאמר כן לא נוכל לחלק כתירוצנו השני, בין שבת לשביעית אליבא דהנך דסברי תוס' שבת דאורייתא וכל עיקר דברי התוס' הלא הם לפי מאי דס"ל דאית להו תוס' לשבת ויו"ט, ולדידהו אף גבי שבת אין זה ענין של מצוה כ"א ענין של איסור, וא"כ שוב נוכל ללמוד שביעית משבת, וצ"ל כתירוץ הראשון. ונראה שעל פי זה תתיישב ג"כ קושיית הקרן אורה ועוד אחרונים אדברי התוס' (ג' ע"ב) ד"ה יכול ילקה דמשמע מדבריהם דאי לאו דגמר ר' יוחנן משבת בראשית היו לוקין על תוספת שביעית לסברת התוס' דהתורה אמרה מהתחלת שביעית יהי' ששית א"כ למאן דמרבי תוס' שבת ויו"ט מתשבתו שבתכם נימא נמי דחייב על התוס' כמו על שבת עצמה ובכל דוכתא קיי"ל דליכא בתוס' אלא עשה לחוד ע"כ. ולפ"ד מיושב דלא אמרו התוס' ללקות אלא אתוס' דשביעית, דמאי דאסרינן בעבודת הקרקע ל' יום קודם היינו מכח השנה השביעית שמתפשטת בששית, וששית עצמה הלא לא נתקדשה להיות שמטה, וזו היא כונת תוס' באמרם שהתחלת שביעית תהא בששית, דחשבינן לה כאלו השביעית נתפשטה אבל לא שהששית נתקדשה, וכיון שזה האיסור מכח שביעית הא

חשבינן לי' כאלו עובד הקרקע בשביעית ממש, אבל גבי דין תוס' שבת שעת התוס' מצטרפת לשבת עצמה והיא עצמה מתקדשת ולא חשבינן כאלו עשה בשבת עצמה ממש, אלא שזו התוס' נעשית כשבת ודין שבת שלה שנתקדשה לו אינו אלא לדין עשה, שאף שאמרינן שהיא מצטרפת לשבת ונעשית כשבת, לא לכל הדינים נעשית כשבת, אלא לאיסור עשה בלבד, הילכך אינו לוקה:

ואם היו דברינו כנים בסברא האחרת שאמרנו דתוס' שבת ויו"ט אין זה חלות של איסור כ"א חלות מצוה, היתה מתיישבת קושיית השו"מ מהדורא רביעאה (סי' קכ"ה) אהא שכ' האחרונים אמתניתין דיש חורש תלם אחד וחייב משום שמונה לאוין וחשיב שביעית ויו"ט והקשו השאג"א ושעה"מ איך חל איסור יו"ט על איסור שביעית דקדים ותירצו דמיירי ביו"ט של ר"ה ובעשר נטיעות מיירי דמותר לחרוש בשבילו עד ר"ה וא"כ בר"ה בא איסור יו"ט ושביעית בב"א ע"כ. והקשה בשו"מ דאי נימא דתוס' יו"ט דמי לתוס' שבת וחל מדאורייתא אם כן שוב איסור יו"ט קדים ואיך חל איסור שביעית ע"כ, ולפ"ז דכיון דתוס' שבת ויו"ט אין זה חלות של איסור אלא חלות מצוה, א"כ שפיר גבי חלות איסור שניהם באים בב"א. מיהו לפי דברי תוס' מו"ק דלגבי האי פורתא תוס' דאיכא ביו"ט איכא נמי בשביעית אף בזמן שאין המקדש קיים משום דילפינן משבת, אפשר דגבי עשר נטיעות נמי יהא אז אסור, א"כ אף אם נימא דתוס' הויא חלות של איסור, א"כ יהא האיסור בין לגבי דין שביעית ובין לגבי דין יו"ט, וא"כ שוב הוו שני האיסורים בבת אחת ולק"מ:

ב

הקשה הר"ש אהא דתנן לקמן (בפ"ב מ"ו) אין נוטעין ערב שביעית פחות מל' יום לפני ר"ה משמע הא ל' יום נוטעין והשתא נטיעה בתחילה שרי חרישה אסור אלא היינו טעמא דכיון דלא מהניא לאילן נראה כמתקן שדהו לצורך שביעית ור"ת מפרש דלא החמירו בנטיעה משום דבנטיעה אין תוספת שביעית דאורייתא אלא בחרישה בפרק קמא דר"ה דרשינן לה מדכתיב בחריש ובקציר תשבות ומיהו אית תנאי דדרשי לי' מקראי אחריני ועוד לא יתכן כלל דמ"מ דאורייתא הוא כחרישה דכתיב כרמך לא תזמור וכ"ש נטיעה דהוא עיקר מלאכה טפי כדמוכח בשבת דזומר תולדה דזורע וכ"ש נוטע דדמי לזורע טפי עכ"ל. ודברי הר"ש בלתי מבוארים כלל, דמאי ראי' מייתי מקרא דבכרמך לא תזמור דאיירי בעיקר שביעית, ודברי ר"ת אינם אמורים אלא בתוס' שביעית, דשם נאמר בקרא בחריש ובקציר תשבות ומזה יליף ר"ת דתוס' שביעית דאורייתא אינה אלא בחרישה וקצירה ולא בנטיעה, והילכך לא החמירו רבנן אף בתוס' שלהם, אבל בעיקר שביעית

ודאי דאף נטיעה אסורה מן התורה וא"כ מאי ראי' מייתי הר"ש מכרמך לא תזמור דאיירי בעיקר שביעית והדבר צ"ע רב:

ובעצם דברי הר"ש דמה שכתב דנטיעה אסורה בשביעית מדאורייתא, מדברי הרמב"ם פ"א מה' שמטה ויובל ה' ג' וד' שכתב וז"ל וזמירה בכלל זריעה ובצירה בכלל קצירה ולמה פרטן הכתוב לומר לך על שתי תולדות אלו בלבד הוא חייב ועל שאר התולדות שבעבודת הארץ עם שאר האבות שלא נתפרשו בענין זה אינו לוקה עליהן אבל מכין אותו מכת מרדות כיצד החופר או החורש לצורך הקרקע או המסקל או המזבל וכיוצא בהן משאר עבודת הארץ וכן המבריך או המרכיב או הנוטע וכיוצא בהן מעבודת האילנות מכין אותו מכת מרדות מדבריהן ע"כ. נראה מזה שנוטע אינו איסור מדאורייתא ואין זה אלא איסור מדרבנן ומשו"ה לוקה מכת מרדות, דאי נימא דאסור מדאורייתא אף איסור עשה שוב לא היו החכמים אוסרים עוד מה שכבר אסרה תורה, אלא ודאי דמותר מדאורייתא, וחולק בזה על שיטת הר"ש. ובמנחת חינוך סי' שכ"ז הקשה על שיטה זו מגמ' גיטין (כ"ג ע"ב) דקאמר בגמ' מפורש גבי מאי דאמרינן דנוטע בשביעית יעקור משום דהוי איסור דאורייתא, הלא מפורש בגמ' דנטיעה בשביעית הויא איסור דאורייתא:

ובקרן אורה נתעורר במה שכלל הרמב"ם במלאכות אלו שאיסורם מדברי סופרים גם חרישה דקשה דהא בחרישה ודאי איכא איסורא דאורייתא כמש"כ הוא ז"ל בעצמו בהלכה א' קרא דבחריש ובקציר תשבות אשביעית:

והנה הרמב"ם כתב בהלכה א' וז"ל מצות עשה לשבות מעבודת הארץ ועבודת האילן בשנה שביעית שנאמר ושבתה הארץ שבת ונאמר בחריש ובקציר תשבות ע"כ, הנה לפי דבריו יש לנו שני כתובים על השביתה בשנה השביעית. ומשמע מפשטות הדברים דשני ענינים נפרדים הם דמקרא דבחריש ובקציר תשבות הוא מצות שביתת גוף האדם כמו השביתה בשבת ומקרא דושבתה הארץ הוא דין שביתה שחל על הקרקע. ונראה דתהא נפקא מינה גדולה בין שביתה שעל גופו ובין שביתה שעל הקרקע בכגון דא שאמרו בתוס' (בשבת ע"ג ומו"ק ב') גבי זומר וצריך לעצים חייב שתים וכתבו בתוס' שאף למאן דס"ל דמלאכה שאינה צריכה לגופה חייב מ"מ צריך שיהא צריך לעצים משום דבלאו הכי לא מיחשבא קצירה. ונראה שדוקא לענין מלאכת שבת בעינן שיהא צריך לעצים ששם החיוב הוא בשביל מלאכת האדם, וזומר לא חשיב שהאדם עביד מלאכת קצירה, שבעצם פעולת המלאכה שני מינים נפרדים הם זמירה וקצירה, ודוקא כשצריך לעצים, אחשיב במחשבתו לזמירה זו לקצירה, אבל לענין שביעית כיון דשם להדין הוא על

שביתת הקרקע, ולגבי הקרקע מה שנעשית הפעולה בהקרקע אף שאין צריך לעצים מ"מ בעצם קצירה היא, ורק לענין מה שדנים אם האדם עושה מעשה קצירה אמרינן שאם הוא לא חושב לקצור רק לתקן האילן, הלא לא עשה קצירה אלא זריעה, והשתא אילו לא נאמר רק מקרא דבחריש ובקציר תשבות היה לגבי שביעית ג"כ פטור באין צריך לעצים, אבל השתא דכתיב מקרא דושבתה הארץ שחל דין שביתה על הקרקע אף באינו צריך לעצים חייב שתים ובכגון זה יש לומר ג"כ בחרישה ושאר עבודות. והשתא אם כנים אנחנו בדבר זה אתי שפיר מה שחשב הרמב"ם גם חרישה בכלל חייבי מכת מרדות, משום דגם הדין דרבנן חל על חרישה, שמדאורייתא ליכא בחרישה כ"א דין חיוב שביתה על האדם, ומדרבנן איכא חיוב שביתה גם על הקרקע, ונמצא שהחורש בשביעית עובר בין על דין התורה ובין על דין דרבנן והלכך כתב הרמב"ם שלוקה מכת מרדות על החרישה משום האיסור של דרבנן:

והנה במה שלענין שבת נטיעה וזריעה חדא מלאכה הן, היינו במה דהוי מלאכה לענין שבת, דהיינו בדין שביתת גוף האדם, דחדא פעולה הן, ואין ביניהם שום חילוק, וכיון שנוטע חייב גם זורע חייב וכן להפך כשזורע חייב גם נוטע חייב. דלגבי עצם הפעולה במה שנוגע לשביתת האדם ענין אחד הם, אבל במה שנוגע לשביתת הקרקע, דהיינו במה שנפעל על ידי הפעולה בקרקע נטיעה וזריעה שני ענינים נפרדים הם, דעל ידי נטיעה נפעל ענין אחד בקרקע ועל ידי זריעה נפעל ענין אחר, והלכך בעצם האיסור ודאי כיון שזריעה אסורה מדאורייתא גם נטיעה אסורה מצד דין שביתת הגוף שאסור בשביעית בשביתת הגוף ובפעולתה הלא שוים הם, אבל בשביתת הקרקע אין דין איסור על נטיעה, מפני שאין נטיעה דומה בזה לזריעה ואת זה באו חכמים ואסרו בגזירתם גם בנטיעה לאסור שביתת הקרקע והלכך אינו לוקה מן התורה על נטיעה בשביעית מפני שהלאו דלא תזרע נאמר בפרשת שביתת קרקע וזה אינו גבי נטיעה ולוקה מכת מרדות מצד האיסור שאסרו חכמים שביתת קרקע גם בנטיעה אבל מ"מ גם נטיעה אסורה מן התורה מצד דין שביתת הגוף שנכללת בזה במלאכת זריעה ואתיא שפיר לפ"ז סוגיא דגמ' גיטין (נ"ג ע"ב) דאמרינן שם מפורש דהנוטע בשביעית עבר על איסור דאורייתא:

ועוד יש חילוק בין עשה דבחריש ובקציר תשבות לעשה דושבתה הארץ, דמצד עשה דבחריש ובקציר תשבות דהוא עשה דשביתת הגוף אינו אסור אלא שיעשה הוא בעצמו המלאכה בשביעית אבל מה שיעשה על ידי עכו"ם אינו מוזהר על זה כמו בשבת שאינו מצווה אלא על דין שביתת גופו, אבל מצד העשה דושבתה הארץ דהדין חל על שביתת הקרקע אסור אף בעבודה על ידי עכו"ם. ועיין במנחת חינוך מצוה קי"ב בזה מסוגיא

דע"ז (ט"ו) שכתב לבאר בזה דבשביעית אסור אף בעבודה על ידי עכו"ם. אבל נראה פשוט דאין זה רק מצד העשה דושבתה הארץ, ונמצא לפ"ז דבחרישה דאינו אסור אלא מצד עשה דבחריש ובקציר תשבות מותר מן התורה ע"י עכו"ם אלא דמדרבנן אסרו אף בשביתת הקרקע ונאסר ע"י עכו"ם ונמצא שכשעובד בשביעית עובר גם על איסור דרבנן של שביתת קרקע מלבד העשה דשביתת הגוף, וכן בנטיעה עובר מדאורייתא בדין שביתת גוף ומדרבנן בדין שביתת קרקע למש"נ בדעת הרמב"ם:

והנה במנחת חינוך בדיני שביעית נושא ונותן לפתור הספק דליפטרו נשים מעשה דשביעית דהויא מצות עשה שהזמן גרמא, וסוף דבריו מיישב ע"פ דעת הריטב"א שמתרץ קושיית הראשונים למה לן קרא למעט אשה ממילת בנה תיפוק לי' דהויא מצות עשה שהזמן גרמא, ומתרץ דלא אמרינן דהנשים פטורות דוקא במצוה שעל גופה, אבל במילת בנה כיון שאין זאת מצוה דגופה שהרי היא מצוה דבן אף הנשים חייבות, ובזה בא המנ"ח לפתור שאלתו גם כאן, שכיון שדין שביעית חל על הקרקע אין זאת מצוה דגופה ואף נשים חייבות. ולפי הנחת דברים דידן דבחרישה ונטיעה ליכא אלא עשה דבחריש ובקציר תשבות, דהויא רק דין שביתת הגוף צריכים להיות נשים פטורות, ואין עלייהו רק איסור דרבנן, ובדידהו אם נוטעים בשביעית צריך להיות הדין לקיים ולא לעקור, וזה לא שמענו לחלק בזה בין אנשים לנשים, ותו יקשה דלפי זה למאן דס"ל דדין תוס' שביעית ילפינן מבחריש ובקציר תשבות, ליפטרו נשים מדין תוס' שביעית, דהא להך מ"ד אין ללמוד כ"א לדין שביתת האדם ולא לדין שביתת קרקע, דהא פסוק זה בחריש ובקציר תשבות לא נאמר אלא על שביתת האדם בעצמו:

ואפשר ליישב עתה גם הקושיא הראשונה על הר"ש דמה ראי' מביא דנטיעה אסורה בתוס' שביעית מהא דנטיעה אסורה מדאורייתא מוכרמך לא תזמור, והא פסוק זה נאמר בשביעית עצמה ומה זו ראי' לתוס' שביעית, ואפשר לומר בדעת הר"ש דסבר דלא שייך לאסור לעבוד הקרקע בתוס' שביעית משום דמתקן הקרקע לשביעית, אלא אם נסבור דבשביעית חל האיסור על הקרקע, הלכך אסור לעבוד הקרקע בתוס' שביעית משום דסוף סוף מיתקנא הקרקע בשביעית עצמה, אבל אם נסבור דבשביעית האיסור חל על האדם ולא על הקרקע, מאי איכפת שהקרקע מתוקנת בשביעית סוף סוף האדם שובת בשביעית עצמה ואינו עובד כלום. וסובר הר"ש דגם חרישה אף דילפינן איסורה מבחריש ובקציר תשבות מ"מ הויא נמי בכלל פסוק זה של ושבתה הארץ וחל איסורה גם על הקרקע שלא כדעת הרמב"ם. ולזה קאמר הר"ש דאי נימא כדעת ר"ת דבנטיעה ליכא דין דתוס' שביעית, בע"כ צריכים אנחנו לומר בטעם הדבר, משום דאיסור נטיעה

בשביעית עצמה אינה על הקרקע כ"א על האדם, וממילא לא שייך לאסור בתוס' שביעית, ועל זה מביא ראי' שזמירה נאסרה מן פסוק וכרמך לא תזמור, ומקרא זה בפרשת שביתת הקרקע, וכיון שנטיעה גם כן בכלל זריעה כזמירה ודאי שאף איסור נטיעה חל על הקרקע, ויש על זה דין שביתת הקרקע, וכיון שכן ודאי שיש גם בנטיעה דין תוס' שביעית, שכיון שהאיסור הוא על הקרקע, וכשעובד עבודת הקרקע בתוס' שביעית מתוקנת הקרקע בשביעית, ודאי שיש לאסור משום תוס' שביעית כמו בחרישה. ואינו רוצה לפרש דעת ר"ת שפסוק בחריש ובקציר מיעוט הוא, שכיון שהם שוים בדינם אין למעט, אלא איכא להשוותם, שהטעם משוה אותם:

ג

במשנה ה' שלשה אילנות של שלשה אנשים הרי אלו מצטרפין וחורשין כל בית סאה בשבילו וכתב הר"ש יש מפרשים עד העצרת אבל בירושלמי קאמר בהדיא עד ראש השנה ע"כ. וכתב בפי' הרא"ש ולא ידענא טעמא מאי וכי עדיפי משאם היו לאיש אחד ע"כ. ובהרמב"ם בפי' המשנה כתב ג"כ וז"ל לפי שהם של שלשה אנשים היינו חושבים שלא יצטרפו וכל אחד מהם יחרוש סביבות אילנו כמלא אורה וסלו וחוצה לו ובא ללמדנו שיצטרפו ע"כ פי' ג"כ דהו"א דגרע משל איש אחד, קמ"ל דלא גרע, וא"כ יקשה טובא האי דירושלמי, דמהיכי תיתי דיהא מותר עד ר"ה ויהא עדיף מג' של איש אחר:

ונראה דשני דינים מצאנו בשדה הא' שדה הלבן והב' שדה האילן ושדה הלבן אינו רשאי לחרוש כ"א עד הפסח ושדה האילן מותר לחרוש יותר מזה עד העצרת. ומה שאנו דנים אם שלשה אילנות מצטרפין, היינו להוציא מדין שדה הלבן לעשותה שדה האילן, כדי שיוכלו לחרוש לזמן מאוחר, ואם אין שם אלא אילן אחד, אין זה שדה אילן וממילא חזרנו להיות שדה זו שדה לבן, ואסור לחרוש מימות הפסח, וזהו כל המשא ומתן של דין זה השנוי בפרק זה אם בכי האי גוונא מיקרי שדה אילן או שדה לבן. ונמצא שאף שהשלשה אילנות הם של שלשה אנשים, מ"מ בעצם השדה אין זה שדה לבן, שכיון ששלשה אילנות זרועים בה אינה עומדת כבר להיות שדה לבן ומותר לחרוש עד העצרת, אבל מ"מ אף שהשדה אינה שדה לבן, ואין בה איסור חרישה משום שדה לבן מ"מ אסורה היא משום שהיא שדה אילן, אבל אילו לא היתה גם לא שדה אילן, כי אז לא היה עליה שום איסור חרישה, כי אין שדה נאסרת אלא או משום שדה לבן או משום שדה אילן. והנה מה שיש בה שלשה אילנות של שלשה אנשים פועל להוציא את השדה משדה לבן, אבל עלינו לשאול אם יש עליה שם שדה אילן, שהלא אפשר שאינה לא שדה אילן ולא שדה לבן. והנה קיי"ל שהקונה אילן אחד בשדה חבירו לא קנה קרקע ובשני

אילנות מחלוקת ר"מ ורבנן ובשלשה אילנות ד"ה קנה קרקע. ועתה כיון שאלו שלשה האילנות הם של שלשה אנשים, נמצא שלכל אחד אין לו אלא אילן אחד, נמצא שלאילן הזה אין לו קרקע, ואין לו באילן כי אם העץ בלבד, ואף כשייבש לא יוכל לנטוע עוד מפני שאין לו זכות במקום יניקת השורש כדין קונה אילן אחד, ומשום זה סובר הירושלמי, שאין לשדה זו דין שדה אילן לאסור בתוס' שביעית חרישת הקרקע, כיון שכשחורש הקרקע אינו חורש דבר שיש לו התחברות עם אילן שלו, שהלא הקרקע אינה שייכת להאילן, ואין זה אלא גורם להאילן, אבל אין זו שדה אילן, שאין נקרא שדה אילן אלא כשיש לו ג' אילנות שאז קנו האילנות מקומם ומקור יניקתם, ואף שבשביעית אף בכי האי גוונא אסור לחרוש, בדבר זה מחולקים דין שביעית ודין תוס' שביעית, שבשביעית כיון שסוף כל סוף גורם להתגדל האילן ע"י חרישת הקרקע אסור, אבל בתוס' שביעית דוקא אם חורש קרקע כשהיא עצמיות האילן, אבל כששניהם ענינים נפרדים הם אין בזה משום איסור חרישה, ומה שהוא גורם להתגדל האילן ע"י חרישת הקרקע אין זה איסור בתוס' שביעית:

אך לפי פי' זה צריכים לומר דמאי דאמרינן דקונה אילן אחד לא קנה קרקע אין זה משום יסוד דין ממון, משום שכשקונה אילן אחד אין המוכר רוצה למכור לו קרקע, דאם היינו מפרשים כן, אין זה ענין למאי דאמרינן בתוס' שביעית כשאין רק אילן אחד שרי לחרוש וכשיש שלשה אילנות אסור דזה הוא ענין של איסור ואינו תלוי בדעת האדם, אלא טעמא דאילן אחד לא קנה קרקע, דמטעם עצם ענין האילן, אין לאילן התיחסות עם קרקע, אלא דוקא כשיש שלשה אילנות:

ומצאתי הדבר מבואר בחדושי הרמ"ה ב"ב (דף פ"א אות ס"ו) וז"ל ושמעינן נמי דטעמייהו דרבנן גבי הקונה שני אילנות דקתני אין לו קרקע לאו משום דסבירא להו דמוכר בעין רעה מוכר דהא בהדיא אמרינן דספוקי מספקא להו אי קנה קרקע אי לא ואי בעין רעה מוכר אמאי מספקא להו היינו דמספקא להו אי תורת שדה עליהן והוו להו אילנות עיקר וקרקע דידהו טפל ומיקני טפל אגב עיקר ואי לא תורת שדה עליהן והוה ליה קרקע עיקר ואילנות טפל ואפילו למאן דאמר מוכר בעין יפה מוכר אין העיקר נמכר בכלל הטפל ע"כ. חזינן דמפרש דמאי דאינו קונה קרקע אין הטעם משום דאינו רוצה למכור לו, אלא הטעם הוא דבאילן אחד אין הקרקע שייך להאילן ואדרבא נוכל לומר שהאילן טפל לגבי הקרקע, אבל שנאמר דהקרקע שייך אל האילן זה לא אמרינן. ובשלשה אילנות הקרקע טפל להאילן, והקרקע שייך להאילן, הילכך כשקונה את האילנות קונה את הקרקע השייך לה שהיא ענין אחד עם האילן, נמצא שאין יסוד הדין

בנוי על יסוד ענין ממוני, אלא על יסוד עצמיות האילן, אם הוא ביחד עם הקרקע ענין אחד הוא אם לא. והילכך אתי שפיר מאי דאמרינן דשלשה אילנות של שלשה אנשים חורשין עד ראש השנה, משום דשלשה אילנות של שלשה אנשים אין צירופם צירוף אלא לגבי זה שנוציאה משדה לבן, אבל לעשותה שדה אילן אין מצטרפין, שלגבי כל אחד שדה מיוחדת היא, שכל אילן ואילן בפני עצמו ענין מיוחד הוא, וכיון שכל אילן נחשב לעצמו, אין לאילן התיחסות עם הקרקע שתחתיו, ונמצא שכשחורש את הקרקע אינו חורש את הקרקע של האילנות, שהרי אין להם התיחסות, ואין זה חורש בשדה אילן, אלא חורש באילנות וגורם להתגדל להאילנות, וגורם מותר בתוספת שביעית:

ד

כתב הרמב"ם פרק י' מה' שמטה ויובל הלכה ה' אבל כל הגאונים אמרו שמסורת היא בידם איש מפי איש שלא מנו באותם השבעים שנה שבין חורבן בית ראשון ובית שני אלא שמטות בלבד בלא יובל וכן משחרב באחרונה לא מנו שנת החמשים אלא שבע שבע בלבד מתחלת שנת החורבן וכו' ע"כ. ובהשגות ז"ל א"א הגאונים שאמרו שאין מונין משנת החורבן אלא שבע אולי ג"כ קודם החורבן כי יש מפרשים דס"ל כר' יהודה דאמר שנת החמשים עולה לכאן ולכאן וכו' ע"כ. וביאר בחדושי רח"ה דהשגת הראב"ד היא דבאמת הרי מבואר בערכין (דף ל"ב) דבבית שני נהגה רק שביעית ולא יובל מ"מ מנו יובלות לקדש שמיטין וכן פסק הרמב"ם בהל"ג שם, הרי דאע"ג דאין יובל נוהג, מ"מ חשבון השנים של שביעית היה מתחיל לאחר שנת החמשים וע"כ מנו יובלות בכדי להתחיל אח"כ חשבון שנות השביעית וא"כ מ"ש דלאחר חורבן לא מנו יובלות הלא הדין של חשבון השנים לא נשתנה גם לאחר החורבן וע"כ סובר הראב"ד דמה שאמרו הגאונים דלא מנו יובלות לאחר חורבן הוא רק לר' יהודה דלדידי' גם בבית שני לא מנו יובלות מאחר שעולה לכאן ולכאן אבל הרמב"ם דפסק כרבנן דבבית שני מנו יובלות לקדש שמיטין קשה מ"ש דלאחר חורבן לא מנו יובלות. עכ"ל חדושי רח"ה:

ויש לעיין לפי מה דקיי"ל לפי דעת כמה פוסקים דשביעית בזה"ז דרבנן, נמצא דמדאורייתא ליכא עכשיו שמטה כלל, מה יהא הדין כשיחזרו ישראל על אדמתם, איך יתחיל המנין לשנות השמטה והדעת נותנת שצריך למנות שבע שבע מהשמטה האחרונה שנהגו מדין תורה ובאיזה שנה שנעמוד בשנות השמטה לפי חשבון זה כך יתחיל המנין לשנות השמטה דאורייתא. דזה ודאי דלא נוכל להכניס לחשבון זה גם את היובלות, שהרי היובלות אינם מעצם שנות חשבון השמטות, אלא שדין חלות היובל משנה את חשבון שנות השמטה, אבל כיון שאין דין יובל בזה"ז, אין חשבון השמטות

משתנה, כי אין היובל נכנס לחשבון שנות השמטות, אבל שנות השבע, שהן נכנסות אל החשבון והמנין מצד עצמותן, אף שאין בהן דין השמטה מן התורה, מ"מ מצד עצמותן נמנות לשבע שבע, ואף כשיחזרו ישראל על אדמתן ימנו השמטות לפי חשבון זה של שבע שבע משמטה אחרונה שנהגו מדין תורה:

ועכשיו לפ"ז אלו הי' אפשר לומר בדעת הרמב"ם דס"ל דשביעית בזמה"ז דרבנן, דוקא אחר חורבן הבית אבל בבית שני בימי עזרא היתה שמטה נוהגת מן התורה, הי' אפשר ליישב דעתו, דבזמן הבית כיון שהיתה שמטה מן התורה, לפיכך מנו יובלות לקדש שמיטין מדאורייתא, שכך הוא דינן של קדושת שמיטין מן התורה, ובע"כ נמנין היובלות מפני קידוש השמיטין, אב בזמן הזה כיון שאין שמטה נוהגת מן התורה מיחשב מן התורה כאין שמטה כלל, ולא נשאר לנו מן התורה כ"א המנין של שבע שבע, שנמנה עד שיחזרו ישראל על אדמתם וישוב מנין השמטה להיות מדאורייתא, הלכך בעל כרחם לא מנו היובלות, שאם ימנו היובלות, יתקלקל המנין כשתשוב השמטה להיות מדאורייתא, שאז צריך למנות משמטה האחרונה רק שבע שבע כמו שנתבאר, ומפני זה לא מנו אחר חורבן הבית את היובלות כלל כדי לשמור ולקיים את המנין הנכון כשתשוב השמטה להיות מדין תורה. מיהו לפי מה שכתב במבי"ט ח"ג (סי' מ"ו) דמוכיח דדעת הרמב"ם דשביעית בזמה"ז היא דרבנן מהא דפסק הרמב"ם פ"א דתרומות דתרומה בזמן הזה דרבנן מדכתיב כי תבואו ואף בימי עזרא ושנראה לו שה"ה במעשר ומהאי טעמא נראה שסובר שהוא הדין בשביעית ע"כ, וכן כתבו עוד פוסקים בדעת הרמב"ם א"כ שוב ליכא לתרץ הכי ותחזור הקושיא לאיתנה מ"ש לפני חורבן הבית ולאחר החורבן הלא דין א' להם. אלא דלפ"ז יקשה טובא, כיון שמדאורייתא לא נהגה שביעית גם בזמן הבית שני א"כ כשיחזרו ישראל על אדמתם לעתיד לבא ב"ב נצטרך למנות שבע שבע משמטה האחרונה בבית ראשון, אם כן איך מנו יובלות בבית שני הלא נתקלקל חשבון השמיטות האמתי שהלא את היובלות לא נוכל להכניס בחשבון שנות השמיטות כיון שאין חלות יובל כלל והלא היובל אינו מעצם שנות השמטות, אלא כשחל היובל משתנה על ידו חשבון שנות השמטות, אבל כשאין היובל חל, הלא אין לנו למנות כשתשוב השמטה של תורה אלא שבע שבע, מפני שהן נכנסות אל החשבון בעצמות מנינן, ואיך ימנו עכשיו בהתקלקל החשבון ע"י היובלות:

ואפשר לנו לומר דנסבור דלעתיד לבוא לא יתחשבו עם חשבון השמטות דהאידנא, אלא או דנימא דמבלי התחשב בחשבון שמטות דהאידנא יעשו חשבון חדש בחשוב שבע שבע משמטה האחרונה שהיתה מדין תורה, או דנימא בדרך אחרת שכמו שהתחיל

חשבון חדש לשנות השמטה בכניסת ישראל לארץ בימי יהושע, כמו כן יתחיל מנין חדש בכניסת ישראל לארץ לעתיד לבא. ונמצא שלפי דרכים אלו תהא השמטה שאנו נוהגים בה מדרבנן עכשיו בלתי נכונה ובלתי מתאימה עם שנת השמטה שתהא לעתיד לבא בכניסת ישראל לארץ, וכלפי מה שאצלנו שנה זו תרצ"ח נחשבת לשמטה תחשב אז לשנה ראשונה או שני' לשנות השמטה, ועוד כיוצא בזה. אלא שמדרבנן חייבים אנו לנהוג בה דין שמטה, אע"פ שאינה שייכת כלל לדין שמטה אלו הי' עתה חיוב דין תורה:

והנה בבית הלוי ח"ג ס"א אות ז' בדיני שביעית כתב וז"ל עוד זאת דע כי לא כל תקנות דרבנן דומים ויש בהם חילוקים, א' יש מהם מה שאסרו חכמים או מה שתיקנו בדבר שבעצמו של זה הדבר אין בו איסור דאורייתא ורק משום סייג לגדר שלא יפגעו בדאורייתא וכדומה בזה הוא דאמרו ספיקא דרבנן להקל, אמנם מה שהדבר בעצמו הוא מצוה דאורייתא והמקיימה עושה אותה מצוה ממש ורק מצד אחר אינו מחויב בה בזה"ז וכמו איסור שביעית אם נאמר דלא בטלה הקדושה גם עתה וא"כ הרי המקיימה עושה אותה מצוה דאורייתא וכו' אם הפסוק אמר עקב אשר שמע אברהם בקולי וגו' ואמרו חז"ל שקיים אברהם אבינו כל התורה עד שלא ניתנה והכתוב משבחו ע"ז א"כ ק"ו השתא שכבר ניתנה וכבר נתחייבו בה וכו' ובודאי לא גרע השתא מקודם מתן תורה ועל כגון זה בא ג"כ חיוב מדברי קבלה ע"י הנביאים הציבי לך ציונים וכו' וכתב רש"י דברי הספרי אף לאחר שתגלו תהיו מצוינים במצות עשו תפילין קבעו מזוזות עכ"ל הרי דמן התורה הוזהרו לעשות כן ובזה ניחא הא דקרי לשביעית דאורייתא עכ"ל ב"ה:

והנה בעצם דבריו תמהתי מאד, דכמו שלפי דבריו אי נימא דקדושה שני' ג"כ בטלה אינו מקיים שום מצוה דאורייתא שהרי אין כאן קדושת הארץ, ה"נ אף אי נימא דקדושת הארץ לא בטלה, מ"מ כיון דקיי"ל דאין שמטה נוהגת אלא בזמן שהיובל נוהג, ונמצא שדין היובל הוא פרט מפרטי קיום מצות שמטה, ואם ינהג שמטה בלא יובל, הלא מקיים מצות שמטה באופן אחר מפרטי דיני מצות התורה, ואיך יקיים בזה מצות שמטה דאורייתא, והלא כל מצוה דאורייתא שיש לה תנאי המצוה ואם מחסר מן התנאים המעכבים במצוה ודאי שאינו מקיים כלום, וא"כ ה"נ גבי שמטה בזה"ז כיון שחסר לנו תנאי קיום היובל. שזה מעכב במצות שמטה, אין כאן מצוה של תורה (וצ"ע בדברי התוס' סוכה ל"א ד"ה לא מצא וכו' שכתבו שאם לא מצא כשר מברך בפסול):

ונראה שדעתו הוא שאין יובל פרט מפרטי דין השמטה ואין דין יובל בא רק להיות תנאי בדין חיוב השמטה, שאם אין יובל, אז אין גם חיוב השמטה, אבל אין זה פרט מפרטי מצות שמטה הלכך סובר הוא שאע"פ שאין יובל נוהג אין זה פוטר ממנו כי אם

החיוב בלבד, אבל מ"מ המצוה נעשית בכל פרטיה ודקדוקיה כבזמן החיוב. ומשו"ה אף בזמה"ז כששומר את שנת השמטה לשבות בה, מצוה דאורייתא הוא מקיים בזה. ואין זה דומה לאלו בטלה הקדושה, שאז השביתה בשנה השביעית אינה מצוה כלל:

אבל לפי מה שכתבנו ששנה זו שאנו נוהגים בה שמטה בזמה"ז, אינה לפי חשבון הנכון ואינה מתאימה עם השנה שיעשו בה שמטה בכניסת ישראל לארץ לעתיד לבא, שאז יתחיל מנין חדש לשנות השמטה, שהרי המנין הראשון נתקלקל על ידי זה שמנו בבית שני גם יובלות, ומכיון שמדאורייתא לא נהגה שמטה, לא הי' לנו להכניס את היובלות במנין שנות השמטה, ומה שנוהגים עתה לעשות שמטה בשנה זו היא תקנת חכמים שאין בה ספק דין תורה כלל, שהלא השנה שצריך לנהוג מדין תורה היא אחרת, אם כן לא עדיפא מצות שמטה זו שהיא דרבנן משאר מצות דרבנן שאין בה ספק דאורייתא, דאמרינן בהן ספק דרבנן להקל וה"נ עלינו לומר בספק שביעית בזה"ז ספק דרבנן להקל:

ובבאור הגר"א הביא דעת הרז"ה דס"ל דשמטה נוהגת דוקא בזמן שהיובל נוהג מדרבנן שיובל ושמטה קשר שאין נפרד הוא והיו נוהגין יובל עד שבטלו ב"ד וכתב דשמטה צריך ג"כ קידוש ב"ד והוא בכלל מה שאמרו שנים אתה מקדש עכ"ל. ובהשגות הראב"ד על הרי"ף (בגיטין פ"ד) גבי השמטת כספים כתב וז"ל ונ"ל דהני כולהו מדת חסידות קא עבדי דהא קיי"ל כרבי דדריש דבר השמטה שמוט והשתא ודאי אין יובל נוהג לא בארץ ולא בחו"ל לא מן התורה ולא מדרבנן שהרי אין יושביה עליה ואין שם ב"ד תוקעים ואין עבדים משתלחים והנך מעכבי כדאיתא בר"ה ואיתא בקדושין אלא הא דכתיב בארץ ההיא בזמן שהדרור נוהג בארץ נוהג בחו"ל אין הדרור נוהג בארץ אין וכו' והא למאי איצטריך היכי ס"ד שלא יהא נוהג בארץ ויהא נוהג בחו"ל אלא ודאי ה"ק אפי' בזמן שיושביה עליה אם אינו נוהג בארץ כגון שלא תקעו ולא שלחו אינו נוהג בחו"ל אפי' יהא שם ב"ד וכ"ש השתא, עכ"ל, ודעתו ג"כ שאין שמטה נוהגת אף מדרבנן בזה"ז:

ודעת הראב"ד אינה מבוארת מהיכן פשיטא לי' דאין שמטה נוהגת אף מדרבנן, דבשלמא הא דאין יובל נוהג אף מדרבנן הוא משום דיובל צריך קידוש ב"ד, ואם לאו אין זה יובל, וחכמים הלא לא תקנו יובל חדש עם דינים אחרים אבל מה טעם אין שמטה נוהגת מדרבנן. ואפשר לומר משום דס"ל דאין יובל רק תנאי לחיוב השמטה, אלא שהיובל הוא פרט מפרטי קיום מצות השמטה, ואם אין יובל, חסר תנאי מתנאי דיני קיום המצוה, הלכך ס"ל שאף מדרבנן אינו חייב, שבאופן זה לא יתקנו שמיטה עם דינים חדשים. מיהו אפשר ג"כ לומר שדעת הראב"ד כדעת הרז"ה שגם שמיטה צריכה קידוש ב"ד,

וכיון שהיום אין ב"ד חסר עצם דין חלות השמיטה ואינה נוהגת אף מדרבנן, כמו שאין יובל נוהג בזה"ז מטעם זה עצמו:

והנה לפי דעת הרז"ה ששמטה צריכה קידוש ב"ד ובלא קידוש אינה חלה כלל, וכפי מה שנתבאר אפשר שגם דעת הראב"ד בהשגתו על הרי"ף כן היא, ע"כ כשיכנסו ישראל לארץ לעתיד לבא, ודאי שיותחל מנין חדש לשנות השמטה, שהרי עכשיו לפי דבריו, אין לנו שום מנין לשנות השמטה. וכמו כן צריכים אנחנו לומר שבאותם שבעים שנה שאחר חורבן בית ראשון בטלו השמטות לגמרי אף מדרבנן, שהרי אז בטלה קדושת הארץ לגמרי וגם לא נהגו יובלות משום דצריך קידוש ב"ד ואם כן גם השמטות בטלו מטעם זה עצמו שהיובלות בטלו שהרי לפי דבריו דין אחד ליובל ולשמטה, ואם כן לפי זה כשנכנסו אח"כ לארץ בימי עזרא ודאי שהותחל מנין חדש לשנות השמטה כבכניסתן לארץ בימי יהושע:

והדבר מפורש לכאורה בסוגיא דערכין (י"ב י"ג) דקאמר בשני' במוצאי שביעית מי משכחת לה מכדי בית שני כמה קם ארבע מאה ועשרים, ארבע מאה תמניא יובלי ארבסרי תרי שבועי פשו להו שיתא הוה לי' בשיתא בשבוע ומשני ר' יהודה ואבע"א לעולם רבנן וכי קתני וכן אשארא ורב אשי מתרץ הנך שית עד דסליק עזרא ומקדיש לא קא חשיב להו ע"כ. ואליבא דרב אשי על כרחנו צריכים אנו לומר דמנין שנות השמטה התחיל מחדש בכניסתן לארץ, דאי נימא דחשבון אחד הוא עם השנים שנמנו עד כה מאי טעמא לא חשיב הנך שית, ואיך נפסיק בנתים, אלא ודאי שהתחיל המנין להמנות מעכשיו בכניסתן כדין כניסתן לארץ בימי יהושע ושש שנים לא נמנו שלא נחשבו עדיין לכניסה עד דסליק עזרא ומקדיש. ובתירוצים הראשונים וכן לפי דעת המקשן עדיין יש להסתפק הא דחשיב בגמ' הנך שמטות דבית ב' בשמיטין ויובלות מתחלת כניסתן בימי עזרא, היינו משום דגם לדידהו התחיל המנין מחדש בכניסתן לארץ, או משום דבבבל היו שבעים שנה היינו עשר שמטות והבית הראשון הלא חרב ג"כ בשנת השמטה, ממילא נמצא שבין כך ובין כך היתה שנת כניסתן לארץ בשני' שנה ראשונה של שמטה. אבל לפי דעת רב אשי ודאי דהתחיל החשבון בכניסתן לארץ בימי עזרא מחדש שלא בהצטרף לשמטות דקודם זה:

והנה מה שאין יובל נוהג בזה"ז הוא מפני שני טעמים, הא' מפני שאין כל יושביה עליה, והב' מפני שצריך קידוש ב"ד והשתא ליכא ב"ד סמוכין כמו שמבואר בדברי הרז"ה ובדברי הראב"ד. אבל דא צריך לעיין למאי דס"ל דבבית שני נהג יובל אמאי לא נהג יובל באותם שבעים שנה שבין חורבן בית ראשון לבית שני דהא חזינן דבבית שני אף דלא

היו כל יושביה עליה מ"מ מנו יובל לקדש שמיטין, א"כ ה"נ לימנו יובל ולקדש שמיטין, ואף אי ס"ל דשמטה נמי בעיא קידוש ב"ד, ליקדשינהו, דבשלמא האידנא ליכא סמוכין אבל באותם שבעים שנה שהיו ב"ד סמוכין אמאי לא ליקדשו שמיטין ולימנו יובלות, וצריך לומר דאין ב"ד מקדשין יובלות אלא בארץ ישראל והלכך כיון שלא היו בארץ לא קדשו יובלות. אבל מכל מקום צריך עיון דהא אמרינן בערכין (י' ומגילה י"ד) ולר"נ דאמר קריתא זו היא הלולא התניא משנכנסו לארץ לא הוכשרו כל ארצות לומר שירה ומשני כיון שגלו חזרו להיתרן הראשון מ"כ. וכתבו הראשונים דמאי דאמרינן דכיון שגלו חזרו להיתרן הראשון, היינו משום דס"ל דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא ע"כ, וא"כ לאחר שגלו אין חילוק בין ארץ ישראל לחוץ לארץ וכמו שאומרים שירה על נס שבארץ ישראל כמו כן אומרים שירה על נס שבחוצה לארץ, ואם כן כיון שאין יתרון לארץ ישראל על חוץ לארץ, אמאי לא יוכלו ב"ד לקדש את השמטות ולמנות יובלות לקדש שמיטין בחוץ לארץ כמו בארץ:

והיה אפשר לומר שזה יוצא מן הגמרא דקדושין (ל"ח ע"ב) דקאמר שילוח עבדים חובת הגוף היא סד"א הואיל וכתיב וקראתם דרור בארץ באין בחוץ לארץ לא ת"ל יובל היא מכל מקום אם כן מה ת"ל בארץ בזמן שהדרור נוהג בארץ נוהג בחו"ל אין הדרור נוהג בארץ אינו נוהג בחו"ל ע"כ, ונתקשה בזה הראב"ד שהובא לעיל היכי ס"ד למימר דאין יובל נוהג בארץ ויהא נוהג בחוץ לארץ, ולפום מילי דידן אולי אפשר לומר שזו היא כונת הגמ' שאם הב"ד סמוכין הם בארץ, אז הדרור נוהג בין בארץ בין בחוץ לארץ, אבל אם אין הב"ד סמוכין בארץ שעיקר הדרור ינהג בחו"ל ויחול גם על הארץ, זה מתמעט מקרא דבארץ דעיקר קידוש הדרור יהא בארץ:

אבל יש לומר לפי מה שכתב הרמב"ם בפ"ו מה' בית הבחירה הלכה י"ד ט"ו ט"ז ששלמה קידש העזרה וירושלים לשעתן ולעתיד לבא וכו' מפני שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה והשכינה אינה בטלה והרי הוא אומר והשמותי את מקדשיכם ואמרו חכמים אף על פי ששמומין בקדושתן הן עומדין אבל חיוב הארץ בשביעית ומעשרות אינו אלא מפני שהוא כבוש רבים וכיון שנלקחה הארץ מידיהם בטל הכבוש ונפטרה מן התורה ממעשרות ושביעית שהרי אינה מארץ ישראל ע"כ. ונמצא שלפי דעת הרמב"ם אף דשבטלה קדושת הארץ, עדיין נשאר חלק מארץ ישראל שנשאר בקדושתו, והוא ירושלים והעזרה, נמצא שאף לאחר שגלו, עדיין קדושת חלק הארץ קיימת, ועדיין יש חילוק בין חו"ל לארץ ישראל, והלכך לא יכלו לקדש את היובלות בחוץ לארץ, אף בלא קרא דבארץ, ומהאי טעמא הוא דלא מנו ולא קדשו יובל באותן שבעים שנה. אלא דלפ"ז

תקשה שוב מה שאמרו בגמ' דערכין ומגילה דלאחר שגלו הוכשרו כל הארצות לומר שירה, ומשמע משום דכבר בטלה מעלת ארץ ישראל, ואמאי והא חלק מארץ ישראל עדיין נשאר במעלתו, ואין לומר שמה שכתב הרמב"ם דקדושת ירושלים קיימת, היינו שיש לה דין קדושת ירושלים, אבל דין קדושת ארץ ישראל אין בה, זהו דבר שאי אפשר לומר כן, שמעלת ירושלים היא גם כן שיש בה מעלת ארץ ישראל, אלא שיש בה עוד מעלה נוספת שיש בה קדושה יתירה, אבל אם נאמר שאין בה דין ארץ ישראל, ודאי שאי אפשר להיות בה גם מעלתה הנוספת, אלא ודאי דמאי דאמרינן שקדושתה קיימת היינו בין דין ארץ ישראל שבה ובין קדושתה היתירה, ואם כן כיון שיש עדיין חלק מארץ ישראל שקדוש, אמאי הוכשרו כל הארצות לומר שירה:

ונראה לתרץ מה שהקשינו אמאי לא ליקדשו ביובלות בחו"ל כיון שלאחר שגלו ארץ ישראל וחו"ל שוין כמו דאמרינן דלאחר שגלו הוכשרו כל הארצות לומר שירה. דנראה דמאי דאמרינן דאין אומרים שירה על נס שבחו"ל באמת הלא אין השירה על ארץ ישראל או על חו"ל, אלא השירה היא על האנשים, על צבור בני ישראל שנעשה עמהם נס, אלא שהדין הוא שכשיש בנס גרעון זה מה שנעשה בחו"ל, אין אומרים עליו שירה, בזה הוא דאמרינן דדוקא כשיש קדושה לארץ ישראל גרוע חו"ל מלומר על נס שנעשה בה שירה, אבל כשבטלה קדושת הארץ, ונעשו א"י וחו"ל שוים ליכא שום גריעותא בחו"ל והוכשרו לומר עליה שירה, וזה דוקא לגבי דין זה, שאין אנו צריכים בו למעלת א"י אלא שלא יהא בו גרעון חו"ל אבל במקום שאנו צריכים שיהא לגבי דין זה מעלת ארץ ישראל שדין זה לא ניתן אלא לארץ שיש לה מעלות אלו, א"כ ודאי אף לאחר שגלו, לא קבלה חו"ל שום מעלה, לפיכך לא יכלו לקדש בחו"ל יובל שדין קידוש יובל בא"י הוא מחמת מעלת קדושת א"י, ומעלה זו אינה עתה לא בא"י ולא בחו"ל, גם כשגלו לבבל:

ובזה נוכל לבאר מה ששאלנו דהא אף למ"ד דקדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא מ"מ הלא נשאר חלק מן הארץ שקדש אף לעתיד לבא, דלפי מה שנתבאר דמאי דגלו חזרו להיתרן הראשון, היינו משום שנסתלק הגרעון שבחו"ל, ניחא שפיר, דאי סברינן דקדושה ראשונה קדשה לעתיד לבא, נמצא שאף שגלו ישראל מעל אדמתם, מ"מ מקומם הוא בא"י, שהרי עדיין דינה וקדושתה עליה, והלכך אין אומרים שירה אלא על עיקר מקומם, אבל אם קדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבא, נמצא שכבר בטלו קדושתה ודינה של הארץ וכיון שגלו ישראל מקומם העיקרי במקום גלותם, ואין ארץ ישראל מקום שריותם, ומאי דירושלים היא קדושה, הלא אין זה מכח דין חזקת ישראל או כח כבוש ישראל, אלא מכח קדושת השכינה, אבל מצד דין כח ישראל אין הארץ בחזקתם ורק כח

קדושת השכינה מחזקת אותה לארץ ישראל, נמצא שמצד חזקת ישראל אין זה מקומם, ומשום זה כשגלו ישראל הוכשרו כל הארצות לומר שירה, שכיון שיצאה הארץ מחזקת ישראל ואין זה כבר מקום שרייתם ואין שום גרעון בחו"ל מבא"י להחשב מקום שרייתם. אבל אם נסבור דקדושה ראשונה קדשה לעתיד לבא, היינו משום דאף כשגלו עדיין הארץ בחזקת ישראל אף שגלו ממנה, מ"מ נחשבת בחזקתם ומקום שרייתם, וזה מגרע כח חו"ל שאין היא מקום שרייתם, הלכך להך מ"ד אין אומרים שירה על נס שבחוץ לארץ אף לאחר שגלו:

ה

זה כבר תמהתי במאי דאמרינן בגיטין ובשאר דוכתי אי סוריא בזה"ז חייבת במעשר ושביעית כא"י, דתלוי בפלוגתא אי כבוש יחיד שמיה כבוש או לאו שמיה כבוש, ומה הוא כבוש יחיד תלוי במחלוקת רש"י ותוס', או משום דדוד לצרכו הוא שכבשה, או משום שלא היתה עדיין כל ארץ ישראל כבושה, דזה לא שייך כ"א בזמן בית ראשון שהיתה עדיין קדושה ראשונה קיימת, אב בזמן בית שני שכבר בטלה קדושה ראשונה, לפי מה דס"ל כמ"ד דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא, ובבית שני כבר בטלה קדושה ראשונה, ובקדושה שניה הא כבר לא שייך לומר בה שני הטעמים להיות כבוש יחיד, דעולי בבל הלא הם החזיקו בכל א"י בבת אחת ולא שייך לומר סמוך לפלטורא שלך לא כבשת, וגם לא כבשו לצורך יחידים, וא"כ הלא צריכה להיות סוריא דינה ככל א"י:

ומצאתי שהקשה כעין זה בספר חנה דוד, אקדושת ירושלים למ"ד גם בקדושת ירושלים שלא קדשה לעתיד לבוא א"כ מאי בעי בגמ' יומא שתי פרוכות אמקום אמה טרקסין, משום דבבית ראשון הוי קדוש קדושה יתירה, כיון דהשתא כבר בטלה הקדושה ראשונה, ואין אנו צריכים להתחשב כי אם עם קדושה שניה שנתקדשה בבנין הבית השני:

ונראה בהקדם דברי הרמב"ם שכתב בפ"א מה' תרומות הלכה ד' שקדושה ראשונה לפי שהיתה מפני הכבוש בלבד קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא כיון שעלו בני הגולה והחזיקו במקצת הארץ קדשוה קדושה שניה העומדת לעולם לשעתה ולעתיד לבוא ע"כ, ויש להבין שהרי בקדושה ראשונה היתה שם חזקה ג"כ שהחזיקו אחר הכבוש, ומפני מה גרעה. והיה נראה בדברי הרמב"ם שאף שבטלה קדושה ראשונה לא בטלה לגמרי ולא בטלה אלא כדי שתהא כמו למאן דאמר יש קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מתרומה ומעשר, ולזה מהני מה שבטלה הקדושה, שאף שהשדה ביד ישראל, מ"מ הוי כמו ביד

עכו"ם, ואף למ"ד אין קנין לעכו"ם בא"י, מ"מ באופן זה שכבשו הארץ מהני אליבא דכו"ע, דכבוש מלחמה אלים משאר קנין, כדחזינן (בגיטין ל"ח) דעכו"ם בישראל אינו קונה וע"י כבוש מלחמה קונה, ובקדושה שניה לא מהני להפקיע אם השדה היא עכשיו ביד ישראל. אבל להבטל לגמרי קדושת הארץ זה לא אמרינן אף בקדושה ראשונה. והלכך בקדושה ראשונה הוצרכו לכבוש מלחמה, דבחזקה גרידא לא היתה מתקדשת תחילת קידוש, אבל בקדושה שניה שכבר היתה קדושה עוד מקדושה ראשונה, שעיקר הקדושה לא נתבטלה אף למ"ד לא קדשה לעתיד לבוא ורק לענין תרומות ומעשרות וכדומה נתבטלה, לזה סגי בחזקה גרידא שתתקדש לתו"מ וחזקה אינה מתבטלת שוב. ועפ"ז נראה שלא כפי מה שכתב בספר יד דוד שלמ"ד יש קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מיד מעשר, אם קנה שוב יהודי מן העכו"ם יש להשדה דין כבוש יחיד, והיינו כפי הפירוש דכבוש יחיד היינו לפי שכבש רק לצרכו, וה"נ הלא לא קנה רק לצרכו. ולכאורה משמע כדבריו מדברי הרמב"ם פ"א מה' תרומות ה' י'. אבל לפי האמור הלא קדושה ראשונה לעולם אינה מתבטלת לגמרי, וכמו כן אף אי אמרינן יש קנין לעכו"ם בא"י להפקיע, מ"מ הא לא עדיף מבטול הקדושה למ"ד קדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבוא דאין הקדושה מתבטלת לגמרי, והילכך כשקנה ישראל מיד העכו"ם, כיון שאף כשהיתה השדה ביד העכו"ם עדיין היתה עליה קדושת ארץ ישראל, לא נעשית לעולם כבוש יחיד, אלא חוזרת לדינה הראשון, שהרי מעולם לא נסתלקה לגמרי מקדושתה. ודברי הרמב"ם הנראים סותרים זה יתבארו בס"ד:

ובזה נראה ליישב מה שקשה לכאורה בגמ' ערכין ומגילה לגבי הא דאמרינן דאין אומרים שירה על נס שבחו"ל, ומשום הך טעמא אין אומרים הלל בפורים, ואיכא מאן דסבר דקריתא היינו הלולא. ולכאורה לפי מה דסברינן דקדושה ראשונה בטלה, א"כ הוי לאחר חורבן הבית דהיינו לאחר שגלו כמו קודם כניסתן לא"י, שאמרו שירה על נס שבחו"ל ג"כ, ומאי טעמא דמאן דסבר דאין אומרים הלל בפורים משום דאין אומרים הלל על נס שבחו"ל. אבל לפ"ד ניחא שאף שבטלה קדושת הארץ, מ"מ עדיין יש לא"י קדושה מיוחדת, ועדיין נשתנית בדינה מכל שאר הארצות, וכן במה דחזינן דאף למ"ד שקדושה שניה ג"כ לא קדשה לעתיד לבוא, מ"מ צריך לכוין בתפלה כנגד א"י וכנגד ירושלים וכנגד קדשי הקדשים ש"מ שלא בטלה הקדושה לגמרי. מיהו ראיה זו ממה שצריך לכוין בתפלה אפשר לדחות לפי מה שכתב הרמב"ם בספ"ו מה' בית הבחירה שהמקדש וירושלים קידש שלמה לשעתה ולעתיד לבוא וכפי שנתן שם טעם לדבר, א"כ אפשר שמה שצריך לכוין כנגד א"י, היינו משום ירושלים ומקום המקדש הנמצאים בה,

אלא שמ"מ תהא עדיין ראיה למאן דסבר שאף קדושת ירושלים לא קדשה לעתיד לבוא, ומ"מ הלא גם לדידיה הלא צריך לכוין כנגד א"י וירושלים ובית המקדש. מיהו עדיין יש לעיין דמאי דילפינן מקרא דוהתפללו אליך דרך ארצם אין זה ענין אם יש להארץ דין ארץ ישראל אם לאו, אלא דין הוא להתפלל דרך ארץ זו, בין אם קדושה היא בקדושת ארץ ישראל, ובין שאינה קדושה, וכן בירושלים דנפ"ל מקרא דוהתפללו דרך העיר אשר בחרת:

מיהו ראיה ברורה ליסוד הדברים, מהא דלא מצינו בשום מקום שיכולים לקדש שילה במקום ירושלים כמו שהיה קודם בנין ירושלים בימי דוד, ונראה מזה שכיון שנתקדשה ירושלים בראשונה שוב אין הקדושה מתבטלת לגמרי אף למאן דאית ליה דאף ירושלים לא נתקדשה לעתיד לבוא, ומוכרחים לקדשה שוב גם בשניה, ואין יכולים לקדש מקום אחר תחתיה שאין קדושתה מתבטלת עכ"פ. ועדיין הדבר צ"ע:

1

במה שכתב הרמב"ם ה' תרומות (פ' א' ה"י) עכו"ם שקנה קרקע בא"י לא הפקיעוה מן המצוות אלא הרי היא בקדושתה, לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינה ככבוש יחיד אלא מפריש תו"מ ומביא בכורים והכל מן התורה כאלו לא נמכרה לעכו"ם מעולם, ע"כ, נראים מדברי הרמב"ם שני דברים, האחד דמה שעכו"ם קונה אם יש קנין לעכו"ם להפקיע הוי חוץ לארץ, והשנית שאם ישראל קונה ממנו הוי רק כבוש יחיד. והנה במה נחשב כבוש יחיד כתב הרמב"ם שני דברים הא' שאם יחיד מישראל או משפחה או שבט שהלכו וכבשו לעצמם מקום אפילו מן הארץ שניתנה לאברהם אינו נקרא א"י ומפני זה חלק יהושע וב"ד כל א"י לשבטים אע"פ שלא נכבשה כדי שלא יהא כבוש יחיד כשיעלה כל שבט ושבט ויכבוש חלקו. ועוד כתב בה"ג ומפני מה ירדו ממעלת א"י מפני שכבש אותם קודם שיכבוש כל א"י אלא נשאר בה משבעה עממים. ואלו תפס כל ארץ כנען לגבולותיה ואח"כ כבש ארצות אחרות היה כבוש שלו כא"י לכל דבריו. ע"כ. ונתבונן בזה שקנה את הארץ מיד העכו"ם שקנה בא"י, ודאי לא שייך שם הטעם השני להחשב מפני זה ככבוש יחיד, שהרי זה מא"י עצמה ואין מקום מא"י מוקדם לו לקנות, ואין לנו לחשבו כבוש יחיד כ"א מטעם הראשון, שכבש לצורכו, וה"נ קנה לצרכו, אבל צריך עיון אם כן בבנין בית שני כשעלו עולי בבל וקדשו א"י בחזקה כמו שכתב הרמב"ם בהלכה ה', והחזקה היא ודאי שהחזיק כל אחד לעצמו, ואם כן תחשב החזקה עצמה ככבוש יחיד, שהלא כל אחד החזיק לעצמו ולא עדיף מכבוש יהושע, שאילמלא שחלק יהושע את הארץ תחילה היה נחשב כל שבט ככבוש יחיד, מפני שכל אחד כבש לעצמו,

וה"נ כל אחד החזיק לעצמו. ומוכרחים אנחנו לומר, שכיון שחלק יהושע את הארץ וכיון שעלה עזרא וצוה להחזיק את הארץ, שוב נחשב כל מה שכל יחיד קונה וכובש ככבוש רבים, כיון שכבר נגזר מטעם הנשיאים שכל אחד יקנה, וזה יחשב לא"י, אם כן גם כשקונה את השדה מן הנכרי כקנה בא"י, שוב יש להחשב ככבוש רבים, ואין זה נקרא לצורכו, כ"א לצורך א"י, וכמו שנחשב צורך רבים אחר חילוק יהושע ואחר עליית עזרא. ואם כן דברי הרמב"ם צריכים עיון במה שקרא דבר זה לכבוש יחיד:

הן אמת דע"פ הצעת דברים אלו יתיישבו דברי הגמ' המוקשים לי מאד, במה שחקרו בגמ' בכמה מקומות על סוריא אי כבוש יחיד שמי' כבוש או לא שמו כבוש, וכן פסק הרמב"ם דסוריא הוי כבוש יחיד ולא שמו כבוש, כיון דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבא ונמצא שאחר חורבן הבית הראשון בטלה הקדושה מכל ארץ ישראל, ומאי איכפת לן מה היה עם סוריא בימי דוד, והעיקר לנו לדעת מה היה בשעה שכבשו עולי בבל אם כבשו את סוריא אם לאו, אבל אין זה ענין לכבוש יחיד. ועכשיו יבואר שפיר שבין בכבוש יהושע ובין בימי עזרא הי' צריך להחשב כבוש יחיד, משום שהיה כל יחיד כובש לעצמו וכל שבט כובש לעצמו, אלא שמשום שחלק יהושע את הארץ, יצא מכלל כבוש יחיד. והנה בין אם נאמר שאף שכבוש יהושע וקדושה ראשונה בטלו, מ"מ חלוקת יהושע לא בטלה, ודבר מסתבר הוא, שבודאי אחר חלוקת יהושע אין יכולים שוב לשנות את החלוקה, ולהחליף חלקו של שבט ראובן לשבט שמעון, ובין אם נאמר שחלוקת יהושע ג"כ בטלה, מ"מ הלא זה ברור שגם בימי עזרא אף אם היתה אז חלוקה חדשה, מ"מ לא היה דין חלוקה כלל רק על אותה ארץ גופה שחלק יהושע, שכל עצם דין חלוקה הוא מחמת צווי התורה "לאלה תחלק הארץ", וזה הלא לא נאמר רק על עצם ארץ ישראל שניתנה לאברהם אבינו, אבל הארצות שנתוספו על הארץ ויצאו מכלל הגבולים שציינה התורה אין אלו בכלל של דין חלוקת הארץ, והילכך אף בימי עזרא לא נחלקה הארץ הזאת, וכיון שכן נמצא שכל ארץ ישראל לא היה עליה דין כבוש יחיד, אף שכל אחד החזיק לעצמו, אבל סוריא שלא היתה בכלל חלוקת הארץ היה עליה דין כבוש יחיד, מטעם שכל אחד מעולי בבל החזיק לעצמו, ואין זה מטעם של כבוש יחיד שבימי דוד, כ"א מטעם כבוש יחיד של עכשיו בעלייתם מבבל, והילכך תלוי זה בדין אי שמי' כבוש אי לאו:

והנה בגמ' ב"ב (קי"ט ע"א) פריך אמאי דאמרינן אצלפחד ושהיה בכור נוטל שני חלקים ואמאי ראוי הוא ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק אמר רב יהודה אמר שמואל ביתדות אהלים וכו' אלא אמר רבה א"י מוחזקת היא ע"ש כל הסוגיא. וצריך להבין

איך אפשר שתהא מוחזקת, כיון שהיתה ביד הכנענים, וקנו את הארץ בכבוש מלחמה ובודאי נעשית שלהם, שהרי כתב הרמב"ם דהטעם שבטלה קדושה ראשונה, מפני שהיתה קדושה ע"י כבוש בלבד, א"כ כל שכן שאף אם נחשוב שהיתה הארץ כבר קנויה לאבותינו מראשית, מ"מ אחר שכבשוה כנענים הלא קנו הם אז את הארץ בכבוש מלחמה דמהני גבי עכו"ם בישראל כמבואר בסוגיא דגיטין (ל"ח). וכן יש לתמוה על המקשן דלית ליה דא"י מוחזקת היא, ומשום זה הקשה אמאי נטל צלפחד שני חלקים והא ראוי הוא, עדיפא מינה היה צריך להקשות, דאף ראוי לא הוי, דכיון שהיתה כבושה אצל הכנענים הלא היתה שלהם לגמרי, והי' אפשר לדחוק ולומר, שמחמת הבטחת ד' שאמר לאברהם לזרעך נתתי את הארץ, הוי כנתונה, ומתבטל ע"י זה כבוש הכנענים, אבל יקשה דא"כ למה זה תתבטל קדושת הארץ בחורבן הבית מפני כבוש העמים, כיון שעדיין קיימת ההבטחה כי לנו נתונה הארץ, וצריך לדחוק ולחלק, שכיון שההבטחה ראשונה נאמרה כשהיו הכנענים יושבים בארץ ע"כ ע"י ההבטחה ביטלה את כבושם, אבל כבוש העתיד לבא לא נתבטל ע"י ההבטחה וצ"ע בדבר:

ובחדושי רח"ה הקשה אדברי הרמב"ם אלו שכתב דהא דהארץ נשארה בקדושתה הוא משום דאין קנין לנכרי בא"י מהא דאיתא (בגיטין מ"ז) דפריך הגמ' למ"ד אין קנין לנכרי בא"י מהא דתניא ישראל שלקח שדה מנכרי עד שלא הביאה שליש וחזר ומכרה לו משהביאה שליש חייבת במעשר שכבר נתחייבה נתחייבה בה אין לא נתחייבה לא וש"מ יש קנין לנכרי בא"י, הרי להדיא דאף למ"ד יש קנין לנכרי בא"י מ"מ פירות שגדלו ברשות ישראל בהשדה שלקח מן הנכרי חייב בתרו"מ ובע"כ דקדושת הארץ לא פקעה גם אם יש קנין לנכרי בא"י, וכן קשה דאם נימא דאם יש קני' לנכרי בא"י חשיבא קרקע עצמה חו"ל וכשלקחה ישראל ממנו נשארת רק כבוש יחיד א"כ למה לנו לקראי דדגנך ואדמתך למעוטי של נכרי כיון דבלא"ה פטורים דהא אינן נוהגות אלא בארץ, אלא ודאי דעצם קדושת הארץ אינו שייך כלל לדין קנין נכרי, וקשה על הרמב"ם עכ"ד:

ועוד קשה לי במאי דאמרינן בגמ' דאי סברינן דאין ברירה וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי לא משכחת דמייתי בכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון ע"כ והא משכחת לה שפיר גם אי קנה עכו"ם, וקנה ישראל ממנו, דקנה קנין הגוף אי כבוש יחיד שמי' כבוש, ועוד יותר יקשה דהא בבית שני לא היה צריך לומר עד יהושע בן נון, אלא עד עזרא, שקנו מידי העכו"ם:

ומכל זה היה נראה לפרש דברי הרמב"ם שאין כונתו במה שכתב לפיכך אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינה ככבוש יחיד, לומר שאילו היה הדין שיש קנין לעכו"ם בא"י להפקיע,

שאז היה להשדה דין כבוש יחיד, דלא נחית להכי, אלא כונתו, שאילו לא היה הדין שעכו"ם אינו קונה בא"י, אלא שהיתה איזו מציאות שהיא שיהיה עכו"ם קונה בא"י ע"י איזה אופן שהוא, אז היה הדין שהשדה היתה נעשית כדין כבוש יחיד, אבל באמת אין זה אפשר, שבודאי אף למ"ד יש קנין לעכו"ם ג"כ אין השדה מופקעת מקדושת א"י, ואף ע"י כבוש מלחמה ג"כ אין קדושת השדה בטילה ממנה, כמו שהוכרח ונראה בעליל מכל הנך ראיות שנתבארו, וזהו שכתב הרמב"ם לפיכך כונתו, כיון שאין לנו מציאות שתופקע הארץ מקדושתה, אם חזר ישראל ולקחה ממנו אינה ככבוש יחיד, אבל אין זה ענין שתלוי בדין יש קנין ואין קנין:

ועוד אפשר לנו לומר שדין חלוקת יהושע בטלה, ובימי עזרא נתחדשה החלוקה, אלא שלא שינוה מכמו שהיתה בימי יהושע, וכמו כן יסדו את החלוקה בימי עזרא לתת לכל שבט ושבט ולכל אחד ואחד את שלו, וכמו שבטלה קדושה ראשונה כן בטלה גם חלוקתה, וכמו שלא בטלה קדושה שניה כמו כן לא בטלה גם חלוקתה, והילכך לאחר הבית הראשון אילו קנה ישראל שדה מיד עכו"ם שקנה את השדה בכבוש מלחמה, היתה השדה נחשבת ככבוש יחיד, שהרי יצאה אז מרשות ישראל, ואפשר שאז בטל ממנה דין א"י לגמרי, אבל לאחר הבית השני, אף אם קנה ישראל מן העכו"ם שקנה את השדה בכבוש מלחמה, אינה ככבוש יחיד, שהרי לא יצאה מרשות ישראל, כיון שאין הקדושה בטילה ולא החלוקה בטילה לעולם, אחר שנתקדשה קדושה שניה:

וזהו שכתב הרמב"ם לפיכך וכו' אינה ככבוש יחיד, רצונו לומר שאילו אחר הבית הראשון, אילו קנה ישראל מן העכו"ם שקנה בכבוש מלחמה היתה ככבוש יחיד, אבל עכשיו אחר שקדושה שניה אינה בטילה, לפיכך אינה ככבוש יחיד. ועכשיו יעמדו גם הדברים שכתבנו ליישב דברי הגמ' דשקיל וטרי אם סוריא הוי כבוש יחיד, משום שבימי עזרא היתה החלוקה על האופנים שהיתה חלוקת יהושע, והמקומות שלא היו בחלוקת יהושע, לא נמנו גם בחלוקת עזרא:

ז

בברכי יוסף סי' תפ"ט הביא מחלוקת אחרונים וראשונים אם עבר הירדן נחשב ארץ ישראל אם לאו. ועיין ר"ן נדרים (כ"ב ע"א) ד"ה ההיא שעתא לא עברינן ירדנא, וכן ציין מרש"י סנהדרין (י"א) להפך והאריך בזה:

ועיין פ"ד דידים משנה ג' בו ביום אמרו עמון ומואב מה הן בשביעית ופי' הר"ש דאין זה עמון ומואב שטיהרו בסיחון דא"י היא שאפי' תימצי לומר שלא כבשום עולי בבל ע"כ שביעית נוהג בה כדתנן בפ' מקום שנהגו ג' ארצות לביעור יהודה ועבר הירדן והגליל

ועבר הירדן היא ארץ סיחון ועוג אלא בשאר ארץ עמון ומואב שלא טיהרו בסיחון עיי"ש בדבריו שהאריך בראיות. ובפי' הר"ם כתב וז"ל ונפל המחלוקת בארץ עמון ומואב והם ערי סיחון ועוג איזה מעשר יוציאו בשנת השמטה ע"כ. והנה הרמב"ם חולק וסובר דעבר הירדן אין שביעית נוהג בו, ולדעת הרמב"ם עבר הירדן כחו"ל, ומה שהקשה הר"ש מג' ארצות לביעור, הדבר מתיישב לכאורה ע"פ מה שהביא בברכי יוסף בשם כפתור ופרח, דהכונה על עבר המערבי של הירדן שהוא מא"י ממש ולא על עבר הירדן המזרחי שהוא ארץ סיחון ועוג שזה יחשב כחו"ל, ומה דקשה לי בזה דהלא דכבוש רבים אפילו אם כבשו מקום בחו"ל הוי א"י וסוריא יש בה מחלוקת אם הוי ארץ ישראל משום שהיתה כבוש יחיד, ולפ"ז יקשה דבעבר הירדן הלא הי' כבוש רבים וצריך להחשב לגמרי כארץ ישראל:

ולשיטת רש"י דמפרש דכבוש יחיד הוי במקום שלא הי' הכבוש רק לצורך יחיד ולא לצורך כל ישראל, ולפ"ז בעבר הירדן הלא הי' הכבוש לצורך כל ישראל, ויש לנו לחקור רק לשיטת התוס' דהטעם דסוריא הוי כבוש יחיד, משום דלא היתה עדיין א"י כבושה, וא"כ הי' אפשר לומר דגם בעבר הירדן כיון דלא היתה עדיין א"י כבושה יש לו דין כבוש יחיד והילכך לא נתקדש בקדושת א"י:

אבל מלשון הספרי עקב שמשם מקור דברי התוס' דגריעותא של דבר זה שלא היתה א"י כבושה, הוא משום שלא היו רשאים לכבוש חו"ל עד שלא כבשו א"י כולה, וז"ל הספרי התורה אמרו משתכבשו לארץ תהיו רשאים לכבוש חו"ל והוא לא עשה כן ע"כ משמע דעיקר המניעה הוא משום שלא היו רשאים, ולפ"ז בעבר הירדן כיון שכבשו על פי הדבור הוי כבוש רבים וא"כ תמוה על אלו הסוברים שעבר הירדן לא נתקדש הא קיי"ל דכבוש רבים מתקדש אף בחוץ לארץ ועבר הירדן הלא הי' כבוש רבים לכו"ע:

שוב הראוני שבאור החיים על התורה פ' מטות ביאר שזאת היתה טענת בני גד ובני ראובן אשר הכה ד' שמצד זה הוי כבוש רבים והוי כא"י, והוא סובר שעבר הירדן נתקדש חוץ מלבנות מקדש ולהשראת שכינה, אבל על החולקים ע"ז יקשה טובא:

והנראה בזה ליישב דכבוש רבים אף שנעשה ארץ ישראל, אבל אינו יכול להעשות א"י מצד עצמו כ"א מצטרף לא"י וא"כ לא שייך לומר שיתקדש כבוש רבים כ"א במקום שא"י כבר נתקדשה, כגון סוריא, אילו היתה כבוש רבים, היתה מצטרפת לא"י ונחשבת להצטרף על א"י להתקדש, אבל בעבר הירדן שכשכבשוהו לא כבשו עדיין מארץ ישראל כלום ולא נתקדשה עדיין ארץ ישראל כלל ולא הי' לעבר הירדן למה להצטרף, הילכך אף שהי' כבוש רבים, מ"מ לא הי' יכול להתקדש, כיון שעבר הירדן אינו בעצם מא"י, אלא

ע"י הצטרף לא"י יעשה כא"י, וכיון שלא היה למה להצטרף עדיין, משו"ה לא נתקדש להיות לו דין כבוש רבים, זו תהיה דעת הסוברים דעבר הירדן לא נתקדש:

אלא שיקשה דהא ארץ עמון ומואב הלא היתה ג"כ מעשרה עממים כמו שפירשו במדרש שקיני קניזי קדמוני היינו אדום ומואב ועמון, ואף שלא ניתן להם עוד וינתן להם לימות המשיח, אבל מ"מ מה שטיהרו בסיחון הלא כבר ניתן להם, ומעצם ארץ ישראל הוא, א"כ בלא דין כבוש רבים ובלא הצטרפות צריכה היתה להתקדש כשכבשוה ישראל, כדין א"י מצד עצמה, ולמה לה להצטרף לשאר ארץ ישראל ובמה נגרע חלקה משאר א"י:

ולפי הדברים האמורים באות הקודם יתבאר הדבר שקדושת הארץ נתקדשה ע"י יהושע בכבושו וחלוקו, וחלוקה זו אינה מתבטלת לעולם, ומהאי טעמא לא נחשבה חזקת כל אחד ואחד בימי עזרא לכבוש יחיד, מפני שכל אחד מחזיק על דעת חלוקת יהושע והוי ככבוש רבים מפני שמחזיק לצורך רבים, לצורך ארץ ישראל, אם כן זה היה רק אחר כבוש וחילוק יהושע, אבל בכבוש משה לא נתקדשה עדיין הארץ ליחלק לכל, ואילו לא נטלו בני גד ובני ראובן חלק בעבר הירדן, לא היתה הארץ מתקדשת עד שיבא יהושע ויקדשה בכבוש וחילוק, אבל עכשיו שבני גד ובני ראובן נטלו חלק בארץ, נמצא שנגמר כבר כבוש הארץ הזאת בלבד, והכבוש היה רק בשביל שני השבטים וחצי שבט מנשי, ונמצא שלא היה הכבוש בשביל כל ישראל, כ"א בשביל השבטים הללו, והלכך הוי ככבוש יחיד דהוי לצורך יחיד:

ח

א) **האחרונים** חקרו ועיין בזה במנחת חינוך במאי דכל פירות בשביעית הפקר הם, אם מעצמן הוו הפקר, או שמצוה להפקירן ע"כ. וכבר הרבו לפלפל בזה ולהביא ראיות לכאן ולכאן. ונראית ראיה ברורה לפשוט חקירה זו מדברי הירושלמי פ"ה דפאה הלכה א' דבעי ומנין דהפקר ב"ד פטור מן המעשרות רבי יונתן ברי' דר' יצחק בר אחא שמע לה מן הדא אין מעברין את השנה לא בשביעית ולא במוצאי שביעית ואם עברוה מעוברת וחדש אחד שהוא מוסיף לא פטור ממעשרות היא ע"כ, ופי' שהרי שביעית פטור מן המעשרות אלמא דהפקר ב"ד פטור מן המעשרות, ואי נימא דשביעית מצד עצמה אין הנכסים הפקר, אם כן אין כאן הפקר ב"ד כלל, אלא הוא עצמו הלא מפקיר, והוי הפקר גמור, שחכמים מצוין אותו להפקיר, והוא מקיים דבריהם ומפקיר, אלא ע"כ דכל הפירות הוו הפקר בשביעית מצד עצמן ולא מצד הפקרו, והילכך מייתי ראיה שפיר, דגם החדש שהוא מוסיף נעשה שביעית והנכסים נעשים הפקר מצד דין הפקר ב"ד הפקר. וכן מוכח מזה דאין דין שביעית פוטר מן המעשר, אלא דין הפקר פוטר מן המעשר:

אלא שדברי הירושלמי תמוהים מצד אחר, דמה שייך כאן דין הפקר ב"ד, והלא החרש שמוסיפין נעשה שביעית מדאורייתא, משום דמדאורייתא מצטרף הוא אל השנה הלזו ע"י עבור ב"ד, והלא אנו סומכים על זה גם בקביעות המועדים, ולדחות זמן יוה"כ, וע"כ משום דדרשינן אשר תקראו אתם, אתם אפילו שוגגין אתם אפילו מזידין אתם אפילו מוטעין, ודין זה נאמר גם בעבור החדש וגם בעבור השנה, וא"כ גם מה שהפירות נעשים הפקר אין זה מטעם הפקר ב"ד, אלא מטעם שביעית דאורייתא, שבא ע"י עבור ב"ד. וענין זה מבואר בספרי שבין בעבור החדש ובין בעבור השנה נאמר הכתוב דדרשינן בו אתם אפילו שוגגין אתם אפילו מזידין אתם אפילו מוטעין, ועיין בהעמק שאלה בהגהת הגאון ר' רפאל ז"ל שהאריך בזה ע"ש:

ב) **ונראה** לבאר דברי הירושלמי, דמאי דאמרינן דשביעית הוי הפקר, אין זה מפני שהבעלים מפקירים, אלא שמצד עצמו הוא הפקר, אלא שגם זה אינו מפני דרחמנא אפקרינהו, כמו שנראה מלשון סוגיית הגמ' נדרים (מ"ב), אלא שכיון שהתורה הזהירה את הבעלים מליטול את הפירות לעצמו, וגם הזהירתו מלשמור את הפירות, ונמצא שמצד דיני איסור שביעית אסור לו לנהוג בפירות שביעית מנהג בעלים, בעל כרחו מעצמו פקע ממנו גם דין בעלות, דין הממוני. ואף שאזהרות התורה בשביעית אינן אלא ענינים של איסור, מ"מ מסתעף מזה, שגם דיני ממון נפקעו ממנו, דהא בהא תליא, וכשאין לו השתמשות מחמת האיסורים אין לו גם שם ודין בעלים:

ויסוד לדבר זה מהא דכתב הר"ן בנדרים (פ"ה ע"א) ד"ה ושמעינן מהא דהאוסר הנאת פירות על עצמו יכולים אחרים ליטול אותן בעל כרחן ואינו יכול לעכב אע"פ שיכול לישאל על נדרו כיון דהשתא מיהא לא איתשיל מיהו היכא דאיתשיל חייבין לשלם דכיון דהחכם עוקר הנדר מעיקרו כיון דאיתשיל הוויין להו הנך פירי כאילו לא איתסרו מעולם וכו' הרשב"א ז"ל. ואני מסתפק בזה לפי שמשעה שאסרו על עצמו הפקירו וכל שזכה בו אחר קנה כזוכה מן ההפקר ואע"פ שאיסור שבו הלך ע"י שאלה קנין ממונו של זה אינו בטל שאינו מוצא שאלה בהפקר ומשו"ה יטלו על כרחו דאי לא ודאי כיון דנדרים לאיתשולי קיימי וכו' חיישינן דילמא מיתשיל ע"כ. והנה דעת הרשב"א ודאי דאינו מפקיר, דהא ודאי אי נימא דמפקיר מה מהני בזה שאלה, אלא ע"כ דהוא אינו מפקיר וא"כ מאי שנא דאם אסר על עצמו פירות שיכולים אחרים ליטול, אלא ע"כ צריכים אנחנו לומר, שאף שהוא אינו מפקיר, מ"מ כיון שכבר אין לו שום השתמשות ושום זכות הנאה בפירות הללו, שהרי אסר הנאתם עליו, ממילא נפקע ממנו דין בעלים והפירות הופקרו לכל מי שרוצה, וטעם הדבר, שעצם דין בעלות אין זה אלא ההשתמשות

שיש לו במציאות הדבר, אבל כיון שאינו יכול להשתמש מה שייך כאן בעלות, והילכך בע"כ מצד מציאות החפץ יוצא מרשותו. ונראה שאף הר"ן החולק יודה שמצד החפץ בעצם יוצא מרשותו, כיון שמצד דיני איסור אין לו דין השתמשות, נפקע ממנו גם דין ממון, אלא שמלבד זה גם הבעלים עצמם מפקירים את החפץ בפעולת הנדר, ואף שמה שנעשה הפקר בעצם מצד האיסור בטל, כשבטל האיסור ע"י שאלה, אבל הפקר הפה אינו בטל.

(מיהו** במחנה אפרים הלכות זכיה מהפקר סי' ד' הקשה על דברי הר"ן אלו מהא דכתב הר"ן דהא דקתני אם אסרו בחייו ובמותו לא יירשנו לאו למימרא דכיון דנכסים אלו אסורים לו בהנאה לא יזכה בהם דהא קתני ויתן לבניו או לאחיו או לוה וב"ח באים ונפרעים מהם אלא ודאי נכסים דידיה נינהו אלא שאינו רשאי ליהנות מהם ע"כ וה"ה הכא באסר נכסיו על עצמו בהנאתו יכול הוא ליתנם לבניו או לאחיו ונמצא דקנין דידיה דאית לי' בנכסים עדיין לא פקע ויקשה אדברי הר"ן עצמם ותירץ דל"ד האי דאסר נכסיו על עצמו הפקיר זכותו, אבל היכא דהוא לא אסר לא הפקיר זכותו ע"כ. ולפי דברינו שגם הר"ן מודה לדברי הרשב"א שאף בלא הופקרו הנכסים מצד עצמם, כיון שאסורים הם ואין לו בהם השתמשות, ממילא בטלה זכותו ונעשים הפקר, א"כ לא נוכל לתרץ כדברי המ"א שבודאי לפ"ז אין חילוק בין שהוא אסר בין שאחרים אסרו עליו, סוף סוף הנכסים אסורים הם ואיסורי הנאה הפקר הם. ונראה שהדבר מחולק באופן אחר, שבמקום שאביו אוסר עליו חפצו על זמן מותו, אינו יכול לאסור עליו אלא מצד החפץ שעתה שלו הוא יכול לאסור רק מה שהוא הנאת החפץ בעצם, אבל מה שהוא לוה ובע"ח באים ונפרעים, אין זאת אלא הנאה צדדית, וכן מה שבנו או אחיו נוטל את הנכסים אין זאת אלא הנאה צדדית, וזה אין האב יכול לאסור עליו שיהא אסור לאחר מותו, אבל כשהוא אוסר על עצמו יכול לאסור כל ההנאות, ואף אם אין ההנאה בעצם החפץ ג"כ נאסרת, הילכך נאסר גם אללוות, ושב"ח יבא ויפרע. והילכך היכא שהאב אסר עליו כיון שעדיין נשארה לו ההנאה ליתן לבנו או ללוות ובע"ח יפרע, עדיין מיקרי שלו, אבל היכא שהוא אסר פקע השלו, שאין לו עוד שום הנאה:)** עכ"פ חזינן מזה שדין הממוני נפקע ע"י איסור ההשתמשות, א"כ ה"נ נפרש גבי שביעית שעל ידי חלות דיני איסור לנהוג מנהג בעלות נפקע מן הבעלים גם הדין הממוני ונפקע דין בעלים ממנו, ועל ידי זה נעשו הפירות הפקר בשנה השביעית:

ג) **ויש** עוד לעיין במה שמסתפק בירושלמי אם הפקר ב"ד פטור מן המעשר מאי ספיקו, וכי למה יגרע דין זה משאר דיני הפקר, והי' נראה לומר דאין הספק משום שאפשר

שהפקר כי האי גרע וקליש כחו משאר הפקר, אלא שלהיפך, שהספק לנו הוא שאפשר שהפקר ב"ד אלים הוא מהפקר והוי כהקנאה גמורה, ובהקנאה לא פטרה התורה ממעשר. [ודניפטר מטעם לקוח כבר נאמרו בו ליישב בכל הפקר]. וביותר יתבאר הדבר לפי מה שכתב במראה הפנים בדברי הירושלמי הללו בד"ה אמר ליה ר' יוסי וכו' דבגיטין (ל"ו) יליף ר' יצחק דהפקר ב"ד הפקר מקרא דעזרא וכל אשר לא יבא לשלשת ימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו ור' אלעזר אמר מהכא אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות והנ"מ בין הני דרשי דקראי נראה דלמאן דיליף מקרא דיהושע לא שמע דהפקר ב"ד פטור ממעשר דהא לא הקישו הכתוב אלא לנחלה ואין נחלה פטור ממעשר וכו' והיינו נמי טעמיה דהרמב"ם דמביא בפ' כ"ד דסנהדרין בהלכה ו' מקרא דעזרא ללמוד מיניה דהפקר ב"ד הפקר ולא הביא כהאי מ"ד דיליף מקרא דיהושע דקדים מקרא דעזרא אלא משום דמהתם שמעינן דהפקר גמור הוא ופטור מן המעשר עכ"ד, ואף כי על עצם דבריו יש לערער שאם נלמוד מפסוק דאלה הנחלות, ונאמר שהתורה נתנה לב"ד כח להנחיל, שהוא ענין גדול יותר מהפקר, א"כ אפשר דלא כל שכן שיש להם כח להפקיר, כשיש להם צורך רק להפקיר ושלא להקנות לשום אדם, וכי איזו סברא יש כאן לומר, שב"ד יוכל לפעול את החלות הכוללת שניהם הפקעה והנחלה, ולא יוכלו לעשות הפקעה בלבד. והנ"מ בין הפסוקים הלא נתבארו היטב בדברי האחרונים להיפך שלמאן דיליף מיחרם כל רכושו אין ב"ד יכולים כ"א להפקיע ומאן דיליף מואלה הנחלות יכולים ב"ד אף להקנות. אבל מ"מ נפרש דברי מה"פ שכונתו לומר דאי ילפינן מקרא דואלה הנחלות כל מעשיהם של ב"ד הוא בגדר הנחלה, ואף להפקעה ניתן ענין וגדר הנחלה, שהפקעה זו והפקר זה אלים משאר הפקר, עד דיהבינן ליה ענין וגדר של קנין והקנאה, ומשו"ה אינו פטור מן המעשר, שדין פטור מן המעשר לא נאמר אלא בהפקר שיש לו כל גדרי הפקר בלבד. והשתא אתי שפיר שמסתפק הירושלמי דילמא אף למ"ד דיליף מיחרם כל רכושו אין זה הפקר בלבד אלא קנין והקנאה. [או אולי נימא דהירושלמי ר"ל שלא כדברי מה"פ ואף למאן דיליף מואלה הנחלות בעי למימר דהוי הפקר גמור והכי אתי שפיר טפי דאי לאו הכי יקשה אר' אלעזר מברייתא דאין מעברין את השנה בשביעית ואם עיברוה מעוברת דמביא הירושלמי ראיה ממנה], והשתא מייתי הירושלמי ראיה דכשמעברין את השנה בשביעית מתעברת השנה מקרא דאשר תקראו אתם, ובמה נעשים הם דיינים, זה נלמד מקרא דככל אשר יורוך או מאשר תקראו אתם גופיה, ואין לנו להרהר אחריהם כמעשה דרבן גמליאל ור' יהושע דאמר אין לך מועדים אלא אלו. נמצא שכשמעברים ב"ד את השנה ונפסק ע"י זה שאסורים לנהוג

מנהג כל השנים, נפקא מהבעלים דין בעלות מחמת עצם האיסורים וגם מחמת דבריהם שפסקו וחייבו בדבורם לנהוג הדין דאורייתא בשדות, וחל דין הפקר מחמת עצם האיסור ומחמת דבריהם, ונהי שמחמת ההפקר שחל מצד עצם האיסור צריך להיות פטור מן המעשר, מ"מ כיון שיש כאן גם אמירת חכמים המפקרת, שהיא באה בגדר קנין והקנאה דאלים, והוי ככל ענין של קנין שאינו פוטר מן המעשר, אם אינם שם הגדרים הפוטרים מטעם לקוח, כמו שנתבאר בדברי הראשונים והאחרונים:

ד) **ויש** לדון במה שכתב הטורי אבן (מגילה י') דהיינו טעמא דהא דקאמר בשבע שכבשו ושבע שחילקו נתחייבו בחלה ולא נתחייבו בתרומה פירש רש"י משום שתלה הכתוב המעשר במנין שני השמיטה דכתיב בשנה השלישית שנת המעשר ושביעית לא מנו אלא משכבשו וחלקו וכו' וכיון דאין שביעית נוהגת בזה"ז מדאורייתא אין נוהג נמי תרומות ומעשרות וכו' מיהו קשה לי מהא דאמרינן בפ"ה דנדה (דף מ"ו) וסבר ר' יוסי תרומה בזה"ז דרבנן והא תניא בסדר עולם אשר ירשו אבותיך וירשתה ירושה ראשונה ושניה יש להם שלישית אין להם ומשני ר' יוסי תנא לה ולא סבר לה והשתא למה ליה לדחוקי בהכי אפילו תימא דסבר דקדושת עזרא לא בטלה אפ"ה תרומה בזה"ז דרבנן משום דס"ל לר' יוסי כרבי דשביעית בזה"ז דרבנן וממילא תרומה נמי מדרבנן וכו' אלא ודאי ליתא להאי טעמא דפרישית ואכתי תקשה הא דכתובות עכ"ד יעו"ש. ובספר תורת יהונתן כתב ע"ז במ"ש דלרבי שסובר ששביעית בזה"ז דרבנן משום דאיתקש ליובל גם תרומה הוי דרבנן משום דתרומה תלוי בשביעית לא נראה כן מדברי הירושלמי בגיטין (פרק ד' הלכה ג' ושביעית פרק י' הלכה ב') דאמרינן התם על הא דתקון הלל פרוזבול אמר רב הונא, קשיתיה קומי דר' יעקב בר אחא כמאן דאמר מעשרות מן דבריהם, ברם כמ"ד מעשרות מן התורה והלל מתקן על דברי תורה וכו' תמן אמרין אפילו כמ"ד מעשרות מדברי תורה מודה בשמיטה שהיא מדבריהם וזה דבר השמיטה שמוט רבי אומר בשני שמיטין שמיטה ויובל, בשעה שהיובל נוהג השמיטה נוהגת מדברי תורה פסקו היובלות שמיטה נוהגת מדבריהן ע"כ, הרי מבואר מהירושלמי בהדיא שאף אי שביעית בזה"ז מדרבנן מ"מ תרומות ומעשרות הוו מדאורייתא עכ"ד. ולפ"ז היה אפשר להירושלמי לפשוט ספיקו אם הפקר ב"ד פטור מן המעשר מדין שביעית בזה"ז דרבנן, שהלא נתבאר שבין לפי דעת הגמ' דידן בנדה שמקשה אר' אסי וכן בין לפי דעת התלמוד ירושלמי מאן דסבר דשביעית בזה"ז דרבנן יסבור דתרומה ומעשרות בזה"ז דאורייתא, ואיך חל דין שביעית דרבנן שאינו בא אלא מכח דין דהפקר ב"ד הפקר כמבואר (בגיטין ל"ז) ואיך פוטר את הפירות מן המעשרות כדין שאר שביעית דאורייתא, אלמא שהפקר ב"ד פוטר

מן המעשרות כשאר הפקר גמור ולמה ליה לירושלמי להביא ראיה דחוקה מהא דאין מעברין את השנה בשביעית ואם עיברוה מעוברת. ואי נימא דהירושלמי רוצה להביא ראיה אליבא דכולי עלמא ואף אליבא דמאן דאית ליה דשביעית בזה"ז מדאורייתא, מ"מ לא יתיישב, שהרי אף הראיה מהא דאין מעברין את השנה בשביעית לא אתיא שפיר אליבא דמאן דאית ליה דתרומה בזה"ז דרבנן, דאליביה אין ראיה דהפקר ב"ד פטור מן המעשר דאורייתא, דהך דעיברוה אפשר דאין זה אלא בזה"ז דהמעשרות מדרבנן והם אמרו והם אמרו, אבל ממעשר דאורייתא אפשר דאינו פוטר, ואולי נאמר שמה שאמרו בירושלמי תמן אמרין אפילו כמ"ד מעשרות מדברי תורה וכו' היינו אחר שכבר נתבאר בשביעית פ"ה שהפקר ב"ד פוטר מן המעשר אבל אי לאו הכי נימא שלא התקין הלל אלא למ"ד מעשרות מדבריהם:

ט

שביעית פ"י משנה ב' השוחט את הפרה וחילקה בראש השנה אם היה החדש מעובר משמט ואם לאו אינו משמט ע"כ. וכתב הר"ש ובמס' שבת ברישׁ שואל דפליגי בהלואת יו"ט רב יוסף אמר לא ניתנה ליתבע רבה אמר ניתנה ליתבע ודייק מינה אי אמרת בשלמא ניתנה ליתבע משו"ה משמט דקרינא ביה לא יגוש אלא אי אמרת לא ניתנה ליתבע אמאי משמט ומשני שאני התם דאיגלאי מילתא למפרע דחול הוה ותימא דמשמע דלמאן דאמר ניתנה ליתבע אתיא לה מתניתין שפיר אמאי והא ע"כ לא פליגי אלא לאחר יו"ט כדמוכח התם אבל ביו"ט כולהו מודו דלא ניתנה ליתבע ולא קרינא ביה לא יגוש בשביעית דמאי דקרינא ביה לא יגוש אח"כ אין מועיל מידי דהוה אמלוה לחבירו לי' שנים בפ"ק דמכות ע"כ דברי הר"ש:

ונראה דיש לעיין במאי דאמרינן דהמלוה לחבירו לעשר שנים דאינו משמט משום דלא קרינן ביה לא יגוש, אם זה דין הוא בדין השמטה, שאינו משמט אלא כשיכולים לתבוע, אבל כשאין יכולים לתבוע, אף כשאין זה גרעון בעצם החוב, אין שביעית משמטתו, או אפשר דנימא, דמאי דאמרינן דלא קרינן ביה לא יגוש, היינו משום שזה גרעון הוא בעצם החיוב, שאין יכולים לתבוע את החוב, משום שזה חסרון הוא בהחיוב שאין יכולים לתבעו, וחיוב כזה אין שביעית משמטתו. והיינו דאמרינן שהמלוה לחבירו לעשר שנים אין שביעית משמטתו, מפני שעכשיו אין בהחיוב עדיין דין תביעה, וחסרון הוא בהחיוב: **ולפי** זה תתיישב קושיית הר"ש, דנהי דביו"ט גופיה אין יכולים לתבוע את החוב, אין זה מחמת גרעון החיוב, שהחיוב חל עליו גם ביום טוב אלא שמצד ענינים אחרים אין יכולים לתבוע, וסוברת סוגיית הגמ' דהיכא דלא קרינן ביה לא יגוש אינו משמט, היינו

דוקא כשהוא גרעון בעצם החיוב, אבל כאן כיון שבעצם החיוב אין שום גרעון שפיר משמט, אף דאין יכולים לתבוע:

סימן נב

פסחים (דף נ"א ע"ב) א"ל רב ספרא לר' אבא כגון אנן דידעינן בקביעא דירחא בישוב לא עבידנא מפני שינוי המחלוקת במדבר מאי א"ל הכי אמר ר' אמי בישוב אסור במדבר מותר. ע"כ. והנה רש"י ותוס' פירשו האיבעיא בבא מא"י לחו"ל או ממקום ששלוחי ב"ד מגיעים למקום שאין שלוחי ב"ד מגיעין ובמקום שיצא אסור לעשות מלאכה יום א' ובמקום שבא אסור ב' ימים ואסרינן לי' ב' ימים מפני שינוי המחלוקת:

והדבר צ"ע דאסר על הבא לחו"ל רק מפני שינוי המחלוקת ובמדבר דלא שייך שינוי המחלוקת מותר לגמרי, דעד כאן לא שייך זה כ"א בכל מנהגים דהמנהג בא מחמת שאנשים אלו נהגו כך והבא ביניהם צריך לנהוג כמותם, ואם אין כאן האנשים הנוהגים אין כאן מנהג והילכך במדבר מותר, אבל במנהג זה של ב' ימים טובים של גליות שאף אם יבואו בני א"י ויבנו עיר חדשה בחו"ל בודאי צריכים לנהוג ב' ימים גם הם דזה פשוט שאין הנוהג צריך לנהוג כן מפני שבני העיר נוהגים כן, אלא דזה חיוב על המקום שבחו"ל צריך לנהוג כן, ולפ"ז בן א"י הבא לחו"ל בלא שינוי המחלוקת צריך לנהוג ב' ימים מצד חיוב המקום ולפ"ז אין חילוק בין ישוב למדבר:

וע"פ הצעת דברים אלו ימצא פתח לדברי הר"ח שפירש סוגיית הגמרא בבא מחו"ל לא"י וע"ז קאמר בישוב לא עבידנא מפני שינוי המחלוקת במדבר מאי אי אסרינן במדבר מפני חומרי המקום שיצא משם או לא, וע"ז קאמר בישוב אסור במדבר מותר, ע"כ, והדברים תמוהים דזה חזינן בסוגיא דחומרי המקום שיצא דעבדינן הוא אף בלא שינוי המחלוקת ומה חילוק בין ישוב למדבר, מיהו זה ע"כ מוכרחים אנו לומר דהר"ח סובר דאף בחומרי מקום שיצא שייך שינוי מחלוקת ולזה קאמר בישוב אסור מפני שינוי המחלוקת ובמדבר מותר דלא שייך שינוי מחלוקת, אבל מ"מ הלא יקשה דחומרי המקום שיצא דעבדינן הוא אף בלא שינוי מחלוקת וליאסר אף במדבר, ועיין רש"י (נ"ב ע"א) ד"ה ולית לי' לר' יהודה. ולפ"ז דברי הר"ח תמוהים ולפ"ד יתיישב דהר"ח יסבור דבדין זה של ב' ימים טובים של גליות אין שייך ליתן עליו דין מקום שיצא דלא שייך בזה לומר שאותן האנשים נוהגים כך ואותם האנשים נוהגים כך כי אין הדבר תלוי אלא במקום ובני א"י עצמם בחו"ל צריכים לנהוג ב' ימים ובני חו"ל אינם צריכים לנהוג בא"י כי אם יום אחד נמצא שדין חומרי המקום שיצא משם לא שייך כאן, ומפני טעם זה אין לנו להסתפק כ"א בענין שינוי המחלוקת אם שייך במדבר ופשיט דבמדבר מותר.

והנראה בדעת תוס' דס"ל דכמו שמצינו מנהג העיר כן מצינו שהכל כמנהג המדינה, וזה פשוט שאם מנהג המדינה הוא כך אם יבואו ויבנו עיר חדשה כיון שהעיר היא בתוך המדינה חל גם עלי' מנהג המדינה, ולפ"ז אפשר לומר בדעת התוס' שלא חייבו חכמים את חו"ל בב' ימים כי אם חכמים הנהיגו וחייבו כל בני חו"ל במנהג וכל חו"ל החשיבו למדינה אחת וממילא מי שבא לחו"ל אפילו במקום חדש נתחייב לא מחמת חיוב חו"ל כ"א מחמת בני חו"ל והכל כמנהג המדינה ולפ"ז במי שבא ודעתו לחזור דלא חל עליו חיוב מנהג אנשי המקום אין עליו כי אם דין שינוי המחלוקת והילכך בישוב אסור ובמדבר מותר:

ואמנם מה שפסק בעל המאור דמי שבא מא"י לחו"ל ונכנס לחו"ל מ"מ עד שלא הגיע לישוב אף שאין דעתו לחזור אינו נוהג שני ימים שעדיין לא הוקבע כמותם ולפ"ד אין הדבר מובן כי דין יו"ט שני של גליות הלא חל על כל המדינה ואף אם לא הגיע לישוב כיון שנכנס לחו"ל הרי נתחייב בב' ימים או מצד חיוב המקום או מצד מנהג המדינה, מיהו להמפרשים דאף אם הגיע לישוב עכו"ם נתחייב ועד שלא הגיע לישוב כלל מפני שעדיין לא קבע מקומו אתי שפיר דלא חל עליו עדיין שם בן מדינה, אבל אם נפרש שעד שלא הגיע לישוב ישראל לא נתחייב, לפ"ז משמע שאף שכבר קבע את מקומו כיון שלא הי' עדיין במקום שנוהגים כן לא נתחייב לנהוג דין יו"ט שני ולפ"ד יקשה הדבר לומר כן. ואם נאמר כן יצא לנו גם בעיר חדשה ינהגו בני א"י רק יום א'. ונראה לומר דאותם המפרשים בדברי הבעה"מ שעד שלא הגיע לישוב ישראל לא נתחייב יסברו שעד שלא הגיע למקום שדעתו להתיישב לא נקרא לגבי זה אין דעתו לחזור ולא יצא עדיין מדיני מקום שיצא משם, ומ"מ כשהגיע למקום ישוב ישראל אף שלא הגיע עדיין למקום שדעתו להתיישב, מ"מ מחויב מצד חומרי שינוי המחלוקת אלא שאילו הי' דעתו לחזור למקום שאינו נוהג אלא יום א' הי' נוהג גם בחו"ל בצינעא יום א' ובמדבר אפילו אחר שנכנס לישוב הי' נוהג יום א' אבל כאן כיון שאין דעתו לצאת ממנהג זה שהרי דעתו להשתקע במקום שנוהגים שני ימים אף שדעתו להתיישב עוד במקום אחר אינו יוצא מדין בן חו"ל כיון שחל עליו מטעם שינוי המחלוקת שדין שינוי המחלוקת חל עליו אף בציענא כמו שכתבו לשיטת הרמב"ם באין דעתו לחזור וכיון שלשיטת התוס' וכן שיטת הבעה"מ באין דעתו לחזור חל עליו דין המקום שהלך לשם וכיון שבמקום זה מחויב בדין זה מאיזה טעם שהוא אף שהוא רק מטעם שינוי המחלוקת אף כשיוצא למדבר חייב מטעם חומרי המקום שיצא משם כיון שכבר הוקבע בב' ימים ולפ"ז יהיו דברי בעה"מ מבוארים בדברי הגמרא שהוא יפרש הסוגיא דר' אבא ורב ספרא באין

דעתו לחזור ובישוב לא עביד מפני שינוי המחלוקת היינו עד שלא הגיע למקום שצריך ובמדבר דאיבעי' לי' ופשיט דמותר היינו עד שלא הגיע לישוב כלל, דלפי' ראשון בדברי הבעה"מ א"א ליישב הסוגיא באין דעתו לחזור דא"כ אמאי לא עביד רק מפני שינוי המחלוקת מצד הדין צריך להתחייב בב' ימים כשהגיע לישוב שהרי אף כשהגיע לישוב עכו"ם חייב לדידהו בב' ימים אף דלא שייך שינוי המחלוקת:

אך שיש לערער על סברא זו לומר שאף כשנתחייב מצד שינוי המחלוקת שייך לאמר נותנים עליו חומרי המקום שיצא משם שעד כאן לא שייך זה אלא כשמצד חיובו חייב אפילו כשיוצא ממקומו כ"ז שאין מנהג להיפך, אלא כשבא למקום שיש מנהג להיפך אנו רוצים לפטרו כמנהג המקום החדש ע"ז אנו אומרים נותנים עליו חומרי המקום שיצא משם, אבל כאן כשנתחייב רק מטעם שינוי המחלוקת, נמצא לפ"ז אם יוצא ממקום שהי' שם אין צריך להתחייב מצד חיובו אף כשבא למקום שאין שם מנהג שעיקר חיובו אינו אלא למקום שהוא שם, נמצא שלפ"ז כשיוצא למדבר לא שייך לחייבו מצד חומרי המקום שיצא לפי שכל עיקר חיובו לא הי' רק למקום שהוא שם ולא יותר וצ"ע כל זה. וגם צ"ע אי במקום דחייב משום שינוי המחלוקת אינו חייב לעשות עצם הדבר כ"א חייב שלא להתראות במחלוקת ולפ"ז כשיוצא מישוב אף אם עושה אינו מתראה וצ"ע רב. נמצא שבעיקר דין זה אם החיוב של ב' ימים טובים של גליות הוא חיוב רק על המקום או הוא מנהג המדינה תלוי במחלוקת הר"ח והתוס' דלשיטת הר"ח החיוב על המקום וכיון שיצא מחו"ל אף שדעתו לחזור אינו נוהג אלא יום א' כמנהג א"י שהחיוב הוא על המקום חו"ל וכיון שיצא מחו"ל אינו נוהג אלא יום א' כמנהג א"י ומסתבר דה"ה להיפך דבן א"י שיצא לחו"ל. ושיטת התוס' דבן א"י שיצא לחו"ל אינו נוהג מצד הדין אלא יום אחד, ואם הי' הדין תלוי במקום הי' חייב לנהוג בחו"ל ב' ימים כנ"ל אלא ודאי דהוא מנהג המדינה כנ"ל:

אחרי שובי ראיתי מצאתי בדברי הפר"ח (סי' תצ"ו) שבא ליישב דברי הש"ע שפסק דבן א"י שיצא לחו"ל כיון שהגיע לישוב נתחייב בב' ימים אף כשיצא אח"כ למדבר והלא המחבר פסק כהרמב"ם שאף באין דעתו לחזור אינו חייב לנהוג כמקום שהלך לשם רק מפני שינוי המחלוקת ואם יוצא אח"כ למדבר נפטר מאותה החומרא. וע"ז כתב הפר"ח דשאני דין יו"ט שני של גליות שהחיוב על המקום ולא אקרקפתא דגברא ע"ש בדבריו. נמצא שהוא מפרש בדברי המחבר כמו שכתבנו בשיטת הר"ח בנדון זה, אלא שמדבריו אנו רואים שסובר כן רק באין דעתו לחזור, ובדברי הר"ח נראה שסובר אף בדעתו לחזור:

ובתשו' חכם צבי (סי' קס"ז) מצאתי אח"ז שהיקל להלכה להבאים בדרך עראי על יו"ט מחו"ל לא"י שאינם צריכים לנהוג כי אם יום א' יו"ט כיון שהמקום גורם ואין זה בכלל חומרי המקום שיצא משם ע"ש. ולפ"ד דבריו במחלוקת שנויים כי היא מחלוקת תוס' והרא"ש והר"ן ועוד שחולקים על יסוד זה ורק הר"ח עומד בשאלה זו. ועיין בשאילת יעב"ץ ח"א (סי' קס"ח) שגם הוא הקשה קושייתנו הראשונה ומתוך כך מפרש הסוגיא באופן אחר שלא כדברי הראשונים וסבר כאבוה בחדא ודן לומר דאף בן א"י שיצא לחו"ל דרך עראי חייב לנהוג ב' ימים, וגם הביא שם בנדון שבנו עיר חדשה במקום שלא הי' ישוב מעולם דמביא דברי הר"ם (ב"ב ק"ב) שאף במדבר א"י עושים ב' ימים וכ"ש במדבר חו"ל וע"ש:

ובהגהות הגרי"ש נאטאנזאן אחר שציין על דברי הח"ץ שבתשובות אבקת רוכל כתב להיפך וכן במג"א ופר"ח סי' תצ"ו משמע דלא כוותי' הביא מרש"י פסחים (מ"ז) ד"ה שני ימים דבזמן לה"פ לא היו שני יו"ט של גליות והדבר תמוה דאף אם הי' אז ב' יו"ט ש"ג אבל בא"י במקדש ודאי לא היו ועיין צל"ח שהניח בתימה. אמנם נראה לפמ"ש התוס' (דף י"ד) שם דבירושלים שמקובצות מכמה עיירות חייב לנהוג איסור וכן כתב בפר"ח או"ח סי' תצ"ו בהדיא וא"כ אם הי' אז ב' יו"ט שם אף בירושלים היו חייבים לנהוג איסור כיון שיש שם מקובץ מחו"ל שנוהגין ב' ימים וזה ברור ולפ"ז לשיטת הח"ץ לא שייך לנהוג יו"ט ב' בא"י כלל וע"כ דלא כהח"ץ ודוק היטב כי היא ראי' נפלאה עכ"ל. ולפ"ד א"א לומר כן חדא דעד כאן לא אמרו בתוס' שבירושלים צריך לנהוג איסור היינו במקום שהמנהג שייך גם אצלם ויכולים היו גם הם לנהוג כך, אבל גבי ב' יו"ט ש"ג הרי לגבי בני ירושלים הקבועים לא שייך כלל המנהג שהרי יודעים תמיד מקביעות החדש ע"ז לא אמרינן שנחייבם בדבר שאינו שייך אצלם, וזה פשוט. ועוד אפשר לפקפק על דבריו דכל עיקר שגזרו שינהגו ב' יו"ט ש"ג היינו דוקא במקום שאפשר שנהגו כן גם מקודם עד התקנה ובירושלים מתחילה עד שלא היו בקיאים בקביעא דירחא בודאי שהיו נוהגים יום א' שהרי אז לא היו נוהגים ב' ימים רק אותם המסופקים ואיך נגזור שעכשיו יעשו ב' ימים דבר שלא היו עושים מעולם ולא שייך ע"ז היו במנהג אבותיהם:

ועוד הדבר נראה להיפך דעד כאן לא אמרו בתוס' דבירושלים כיון שמקובצים מכל העיירות צריכים לנהוג איסור מלאכה היינו דוקא בעשיית מלאכה שאף שיש שם גם מעיירות שעושים מלאכה מ"מ אין בזה שנוהגים בעיר שלא לעשות משום שינוי מחלוקת דכמה בטלני איכא כדאמרינן בסוגיא דפרק מ"ש רבא אמר הכי קאמר אין בזה משום שינוי המחלוקת אבל גבי ב' ימים טובים בין אם לא ננהוג ב' ימים ובין שנהוג הוי

דבר של פרהסיא והוי בזה משום שינוי המחלוקת לגבי אותם שנוהגים בעירם להיפך ואמאי נדחה את אלו מפני אלו, וזה ודאי דאין לך פרהסיא גדול מעבודת המקדש ואם אינם אופים לה"פ בזמנו לא שייך לומר כמה בטלני איכא וס"ס א"א בלא מחלוקת. ועל כגון זה בודאי לא אמרו בתוס' שיהא בירושלים מנהג מיוחד שלא לפי העיר. ועוד יש להשיב דאם נימא דבירושלים צריך לנהוג ב' יו"ט ש"ג לפי דברי התוס' והלא כבר כתב במג"א סי' תס"ח ס"ק י"ב בשם המהרי"ל שאף במקומות הישיבה יש להם דין זה כיון שמקובצים תלמידים מכל המקומות א"כ לפי דברי הגרי"ש צריך בכל מקומות הישיבות בא"י לנהוג ב' ימים ונוכרח לומר שכל האחרונים שמצינו שהיו נוהגים בא"י יום א' לא היו תלמידים מכמה עיירות אצלם, וזה כמדומה נסתר מכמה מקומות:

מיהו בזה הי' אפשר לפקפק על דברי המהרי"ל בעצמם שמדמה מקומות התלמידים לירושלים ויש לחלק ביניהם טובא דשאני ירושלים דכל עיקרה היא עיר של כל ישראל ובעיקרה לכך עומדת שיהו כל ישראל באים לה תדיר ומקריבים קרבנותיהם וזהו תפקידה ועוד אנו אומרים שירושלים לא נתחלקה לשבטים אף שכל הארץ נתחלקה ולזה אנו אומרים שצריכים שיהא המנהג שוה לכל ישראל מפני שהכל תושביה אבל כל עיר שיש בה תלמידים משאר עיירות מ"מ כיון שאין כל תפקידה לכך לא נוכל לומר שאותה העיר כל ישראל משותפים בה ותוכל לנהוג כל מנהג שנוהגת והתלמידים הבאים ינהגו בדין נותנים עליו חומרי המקום שיצא משם וחומרי המקום שהלך לשם ולכאורה הדבר צריך עיון. שוב מצאתי באור שמח ה' יו"ט שהשיג אמהרי"ל ולכאורה גם על עצם הביאור בדברי הירושלמי הי' אפשר להעיר דזה תלוי בטעם האיסור שלא לעשות מלאכה בערבי פסחים דאם נפרש הטעם משום תיקון מצה וביעור חמץ ג"כ כמו שמפרש רש"י ולפ"ז אין יתרון לירושלים על שאר מקומות ומוכרחים לפרש מה שמקשה בירושלמי בפשיטות וירושלים לא מקום שנוהגים איסור היינו משום שמקובצים מכל העיירות אבל לפי מה שמפרשים הטעם של איסור מלאכה משום שחיטת הפסח בודאי צריך לומר שעיקר מנהג האיסור הוא בירושלים ששם הוא מקום שחיטת הפסח דלא שייך עיקר האיסור כ"א בירושלים אלא דמשום ירושלים נהגו גם בעוד מקומות. ולפ"ז אין לנו ראי' מירושלמי לאסור במקום שמקובצים מכמה מקומות, אלא שבתוס' קשה לפרש כן שהרי התוס' בעצמם מפרשים בריש מ"ש משום שחיטת הפסח ובירושלמי מפורש כן ואעפ"כ מפרשים בדברי הירושלמי הטעם משום שמקובצים מכמה עיירות, עכ"פ מכל הלין נראה שא"א לומר כדברי הגרי"ש ואין כאן פירכא לדברי הח"צ. אלא שדברי הח"צ שנויין במחלוקת התוס' והר"ח כנ"ל:

מיהו גם על עצם היסוד, שאם אין הדבר תלוי במנהג האנשים כ"א המקום גורם לא שייך לומר בזה שנותנים עליו חומרי המקום שהלך ושיצא משם, יש להקשות מהא דמקשה בגמרא (נ"ב ע"א) אהא דאמר ר' יהודה צא והבא לך אף אתה ולית לי' לר"י נותנים עליו חומרי המקום. והא התם לא שייך שינוי מחלוקת כיון שאומר לו צא והבא לך אף אתה, ומשום חומרי המקום הלא כאן אין האיסור משום מנהג האנשים כ"א מקום הפירות גורם ובזה לפי הסברא הנ"ל לא שייך ליתן חומרי המקום שהלך לשם, בשלמא לשיטת הרמב"ם שסובר שכל חומרי מקום שהלך אינם אלא מפני שינוי המחלוקת אין מכאן סתירה ליסוד הנ"ל, אלא שדברי הרמב"ם ג"כ תמוהים מסוגיא הנ"ל [אף שהרמב"ם יחלוק על דברי התוס' ד"ה ממקום שכלו שסוברים לחד תירוצא שכל שהאיסור תלוי בפירות לא שייך שינוי המחלוקת אלא הוא יסבור כשיטת רש"י דגם בזה שייך שינוי מחלוקת] דמאי מקשה הגמרא ולית לי' לר"י חומרי המקום, בודאי לית לי' כאן שהרי אומר לו צא והבא לך אף אתה ולא שייך בזה שינוי מחלוקת וכמו שמסיק הסוגיא בסוף ועיין רש"י ד"ה ולית, והדבר צריך תלמוד אבל עכ"פ לפי' הרמב"ם אין מכאן סתירה ליסוד הנ"ל אבל לפי' רש"י ותוס' קשה. וראיתי בפ"י בסוגיין שהקשה כן דמה מקשה דהלא סברא רבה לומר דלא שייך כאן חומרי המקום וביחוד לפי תירוצא דהתוס' דנחתי לחלק לגבי שינוי מחלוקת בסברא זו וא"כ נוכל לחלק גם גבי דינא. אלא דבאמת בלא יסוד זה יש עוד להקשות ביותר דאם נאמר דבלא הדין של חומרי המקום היו הפירות מותרים אף במקום שכלו משום שהם באים ממקום שלא כלו א"כ בודאי לאו להמוליך לבד הם מותרים כ"א לכל אדם דמאי שנא מוליך זה משאר יושבי המקום שכלו כיון שהפירות ממקום שלא כלו מותרים הם וא"כ מאי חומרי המקום שייך כאן לאסור הפירות כיון שגם יושבי המקום מותרים בהפירות ואיך נבוא בדין חומרי המקום לאסור על יושבי המקום עצמם, זו ודאי קשה מן הראשונה:

ונראה בזה דבאמת הענין צריך ביאור דחזינן דפירות שבאו ממקום שלא כלו למקום שכלו דמן הדין סומך על המקום שיצא משם וחזינן מזה דהפירות הולכים אחר מקום ששם נתגדלו ולפ"ז צריך להבין אמאי אם הלך ממקום שלא כלו למקום שלא כלו ושמע שכלו במקומו אינו חייב לבער, הלא הפירות הולכים אחר מקום שנתגדלו ומן הדין מיבעי לבער אף דלא שייך חומרי מקום שיצא, ומוכרחים אנחנו לומר שהולכים אחר שני המקומות לקולא וטעם הדברים דגבי ביעור דרשינן ולחי אשר בארצך דלא סמכינן אחי' שבארץ אחרת, ולגבי פירות אלו שיש להם שני מקומות מקום שנתגדלו ומקום שנאכלין כארץ אחת חשיבי וכ"ז שלא כלו במקום אחד קרינן בי' אשר בארצך, נמצא

שלפי שורת הדין הפירות הללו אע"פ שהם מארץ זו, מ"מ גם מקום שיצא נקרא לגבם ארצך ולפ"ז שייך שפיר ליתן חומרי המקום שהלך לשם דבמקום שהלך לא קרינן למקום שיצא אשר בארצך לגבי פירות שהם בני מקום שהלך, הילכך גם על המובאים, שגם הם נקראים בני מקום שהלך שהרי נאכלים, אם עוד לא כלו במקום זה גם עליהם נותנים חומרי המקום שלא לקרא למקום שיצא אשר בארצך וכן להיפך כשאנו באים להתיר מצד מקום שהלך נותנים חומרי מקום שיצא:

והדבר מובן קצת יותר לפי פי' רש"י כאן בסוגיא ופירוש המשניות להר"ם בפ"ט דשביעית דביהודה בהר סומכין על העמק אע"פ דאמר בירושלמי ששיערו שאין חי' שבהר גדילה על שבעמק מ"מ כיון שע"פ הסכמת בני המדינה נקראים כולם מדינה אחת סומכים על כל המדינה, חזינן מזה שהדבר תלוי בהסכמת בני המדינה ואם הם קוראים לזה מדינה אחת סומכים זה על זה ואם הם קוראים שתי מדינות אין סומכים זה על זה ושייך ליתן חומרי המקום כי הוא דבר שתלוי בהסכמה ובכגון זה יש ליתן חומרי המקום:

והנה זה מוכרח לפי שיטות הראשונים שסוברין שבאין דעתו לחזור נפקע ממנו חיוב המקום שיצא משם ומתחייב בחיובי המקום שבא לשם, נמצא שאין על האדם חיוב המקום הראשון בתמידות כ"א כ"ז שהוא במקומו נמצא לפ"ז טעם חיובי המקום שיצא משם וחיוב המקום שהלך לשם שוין שהרי בכל מקום שהוא אם נמצא במקומו חייב משום חומרי מקום שהלך וכשיוצא ממנו על דעת לחזור חייב משום חומרי מקום שיצא. ולפי הצעה זו תמוהים דברי הצל"ח פסחים שרצה לפרש בסוגיית הש"ס דבחומרי מקום שיצא חייב משום אל תטוש תורת אמך ובחומרי מקום שהלך חייב משום שינוי המחלוקת וזה א"א לומר כ"א להרמב"ם שסובר שחומרי מקום שיצא אינם נפקעים לעולם מן האדם אפילו שיוצא ואין דעתו לחזור, נמצא שזה תלוי במקום הראשון שהי' בו, ולפ"ז חומרי המקום שהלך לשם אינם אלא מפני המחלוקת אף באין דעתו לחזור מפני שהגורם הדינים על האדם הוא המקום הראשון והוא הנקרא מקום שיצא משם אבל לשאר הפוסקים שאין מקום קבוע להקרא מקום שיצא משם כ"א כל מקום שמשתקע שם לכשיוצא משם נקרא מקום שיצא משם ואם לכשיוצא משם חייב משום אל תטוש תורת אמך ע"כ גם כשהי' שם ונשתקע חייב משום אל תטוש תורת אמך שהרי לא יתחייב כשיוצא יותר משהוא שם וזה פשוט:

ולפ"ז יוצא לנו הגדר בחיוב אל תטוש שאינו דוקא בסייגים ומנהגי חומר שהרי כאן גבי שביעית לא שייך מנהג וסייג וכן מוכח ממה שכתב רש"י גבי שהביא ממקום שלא כלו

ושמע שכלו במקומו וכ' רש"י וז"ל ואע"ג דאין כאן חומרי המקום שיצא משם שבשעה שיצא עדיין לא היו נוהגים בהם חומרא ע"כ, אלמא דאי לאו הכי חייב משום חומרי מקום שיצא ומשום אל תטוש אלמא דאף בכהאי גוונא שייך אל תטוש דמשום אל תטוש מתחייב בכל הדינים ההווים בעיר ועדיין צ"ע:

ונראה לי להביא ראי' לשיטת הח"צ והש"י שדין יו"ט ש"ג אין לו שייכות עם דין חומרי המקום משיטת הרמב"ם שסובר שדין המקום שיצא משם אינו נפקע לעולם מן האדם ודין מקום שהלך לשם שנותנים עליו אינו רק מפני שינוי המחלוקת ולפ"ז יקשה מה שכתב הרמב"ם בפ"ה מה' ק"ה ה' י"ב שעיר חדשה במדבר א"י עושים שם ב' ימים, והרי הדבר צריך ביאור כיון שהאנשים שנתיישבו שם הם בני א"י שמצד דין מקום שיצא משם שהוא הדין העצמי שלהם אינם חייבים לעשות כ"א יום א' ושינוי המחלוקת הלא לא שייך כאן מצד מקום שהלך שהרי היא עיר חדשה וכל יושביה בני א"י וא"כ מפני מה צריכים לנהוג ב' ימים אלא ודאי שדין יו"ט של גליות דין אחר יש לו שכאן המקום גורם ואף דין מקום שיצא משם נפקע ממנו כשמגיע בן א"י לחו"ל או להיפך וכדברי הח"צ והש"י. ונראה שלשיטת כל הפוסקים החולקים על הח"צ וש"י וסוברים שדין יו"ט ש"ג שייך עם דין חומרי המקום יש ליישב באופן נאות שלא תהא סתירה מדברי הרמב"ם, דהנה בשו"ת חות יאיר סי' קכ"ו העלה שמה שאמרו בפ' מ"ש גבי בני בישן שכיון שאבותיהם נהגו איסור לפרוש בים בע"ש חייבים גם בניהם בזה משום אל תטוש תורת אמך, שאין הדבר תלוי באב ובן כמו שמשמע מפשטות הדברים כ"א העיקר תלוי במקום ובקהל שכיון שקהל זה נהגו איסור חייבים כל הנמנים לקהל זה גם בעתיד לנהוג באיסור זה עיי"ש. והנה יסבור הרמב"ם שלגבי דין זה של יו"ט ש"ג אין המנהג מתהוה ע"י איכות הנהגת התושבים הראשונים כ"א ע"י הדין והגדר שהעמידו רבנן לפי המקום והטעם שכיון שאין הדבר מסור לרצונם מפני הגדר שגדרו רבנן, אין המנהג מתהוה על ידם כ"א ע"פ הדין, ולפ"ז נמצא שהדורות הבאים אח"כ צריכים לנהוג ב' ימים מצד המנהג, והתושבים הראשונים שבאו לכאן מהמקומות שאינם נוהגים אלא יום א' אינם צריכים לנהוג כ"א יום א' מצד הדין, אבל כיון שמצד המקום יש לנהוג בב' ימים להבאים אח"כ צריכים גם הראשונים לנהוג כן מצד חומרי המקום שהלך לשם, ויש לצדד שאף עד שלא נולדו בניהם אחריהם יהיו חייבים במנהג זה:

וכיון דאתינן להכא אין אנו צריכים למה שנתבאר בתחילת הענין ליישב אם לא נאמר שהמקום גורם מפני מה בעיר חדשה חייבים לנהוג ב' ימים ונתבאר שהוא מטעם שחז"ל עשאו כל חו"ל כמדינה אחת לזה והכל כמנהג המדינה ע"ש ועכשיו יש לבאר בדרך

נכון יותר שהמנהג מתהוה ע"פ המקום ולא ע"פ רצון התושבים אבל לחייב היחיד מצד שהמקום גורם זה לא אמרינן וגם אין לנו עתה לומר שכל חו"ל נחשבת למדינה אחת. ויתיישב לנו בזה דברי הבעה"מ הנ"ל שעד שלא הגיע לישוב לא נתחייב אף באין דעתו לחזור, שלפי המבואר עכשיו הדבר מובן שמצד שהמקום גורם אין לנו לחייבו שאין המקום גורם לחיוב ומצד מנהג המקום ג"כ אין לחייבו שהרי עד שלא הגיע לישוב אין שם שום מנהג וגם הוא עוד לא נתיישב שם שיעשה מנהג על ידו ונתיישב כל מה שהי' תמוה לעיל בראש הדברים לפי המבואר שם וצ"ע:

סימן נג

א

בשו"ת רע"א (סי' ח') בא לחדש דמתעסק בכל עבירות הוי שגגת עבירה לבר משבת דפטור מטעם דלא הוי מלאכת מחשבת, דשם לא הוי שגגת עבירה כלל. ובא להביא ראי' לזה ממאי דאמרינן בברכות (י"ט) המוצא כלאים בבגדו פושטו ואפי' בשוק ופסקינן דאם הוא אינו יודע שיש כלאים ואחר רואהו צריך להגיד לו אפילו בשוק לפושטו, ואמאי הא כיון דא"י שבבגדו כלאים הוי מתעסק וליכא איסור דאורייתא ומותר משום כבוד הבריות, אלא ע"כ דמתעסק הוי ג"כ איסור דאורייתא אלא דלא חייבה תורה קרבן עליו ע"כ. ולפ"ד הי' נראה דלא שייך בזה הענין מתעסק כלל, דמתעסק הוא כשרוצה לעשות פעולה אחרת ועושה פעולה זו, וזהו בשני אופנים, או כשסבור שהוא תלוש ונמצא שהוא מחובר, שבשעה שרצה לעשות הפעולה, רצה לעשות פעולה של חתיכה ולא של תלישה, שחתיכת תלוש אינה אלא חתיכה, וכשנמצא שהוא מחובר, נמצא שהיא תלישה, א"כ לא זו היא הפעולה שרצה לעשות, או אפשר מתעסק באופן שני, שרצה לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר, שבודאי שלא זו היא הפעולה שרצה לעשות, אבל כשאדם רוצה לעשות פעולה זו, והוא יודע מה שהוא עושה אלא שטעה במהות הדבר, כגון כאן שרצה ללבוש בגד זה ורואה את הבגד, ואין הלבישה משתנית בעצמותה אם היא צמר או פשתן, אלא שהוא לא ידע מה הוא החוט הזה, שסבור שהוא צמר, ובאמת הוא פשתן או להיפך, אין זה ענין למתעסק כלל, ואין זה אלא שוגג בעלמא. וניחזי אנן, בטמא שנכנס למקדש שחייב בין בהעלם טומאה ובין בהעלם מקדש, ונימא ג"כ שהוא אינו אלא מתעסק, וכי מה בין העלם מקדש, שסבור שהוא בית של חול ונמצא שהוא מקדש, ובין סבור שהוא פשתן והי' צמר, אלא ודאי דכגון זה הוי שגגת עבירה ולא מתעסק. מיהו הרע"א כ' דהעלם מקדש הוי מתעסק אלא דלא פטרה התורה בחטאת שאינה קבועה. וכן מה שכתב הרמב"ם פ' י"ד מה' שגגות ה' ג' הורו ב"ד שיצא השבת לפי

שנתכסית החמה ודמו ששקעה חמה ואח"כ זרחה אין זו הוראה אלא טעות וכל שעשה מלאכה חייב ע"כ, והנה זה סבור הי' שהוא חול ונמצא שבת, ויהא פטור משום מתעסק, אלא ע"כ כיון דאין זו השתנות בהפעולה בין אם הוא שבת ובין אם הוא חול, אין זה נקרא מתעסק, כ"א שגגת עבירה, וכמו כן נימא אנן בלובש בגד וסבור שהחוט הוא של פשתן, והי' צמר. וכן נראה עוד ממה שאמרו בכריתות (ג' ע"א) וכן אתה מוצא גבי עבודה זרה דקתני שגגת עבודה זרה וזדון עבודות שגגת ע"ז היכי דמי אילימא דעמד בבית ע"ז וסבור שהוא בית הכנסת והשתחוה הרי לבו לשמים ופי' רש"י דא"נ בבית ע"ז השתחוה לשמים לאו איסורא עבד וליכא חטאת ע"כ, ומשמע מזה דאילו הוה איסור השתחואה בבית ע"ז אף כשלבו לשמים הי' מחייב חטאת גם כשסבור שהוא בית הכנסת ונמצא ע"ז והשתחוה שם ואמאי לא יפטר מטעם מתעסק, אלא ע"כ כיון דהשתחואה אחת היא בין בע"ז ובין בבהכ"נ, וכונת הלב אינו נוגע לפי ההו"א, אין זה מתעסק אלא שגגת עבירה, וכ"כ גבי סבור שהוא צמר והי' פשתן או איפכא. והנה אפשר הי' להביא ראי' ג"כ מהא דבעינן קרא דהאדם בשבועה פרט לאנוס כשלבו אנסו והי' סבור שהוא כך ואיננו כך כגון הא דשבועתא דהכי אמר רב וכדומה תיפוק לי' דהוי מתעסק, מיהו לפי מה דאמר הרע"א דבקרבן עולה ויורד לא פטרה התורה מתעסק אזדא לה הראי', אבל בלאו הכי נראה דבכגון זה דטעות בשבועה ודאי דלא הוי מתעסק אף להרע"א, כיון דאינו טועה במהות הפעולה, כ"א באיכות הדבר, שהוא מיקרי ענין צדדי לגבי הפעולה, שהוא טועה אם לאמת ואם לשקר, והיינו טעמא שאף הרע"א דסובר דהעלם מקדש הוי מתעסק, בהעלם טומאה מודה דלא הוי מתעסק, משום דאין טומאה אלא דין, ואין זה טעות כ"א באיכות הדבר, משא"כ העלם מקדש, דהוי טעות במהות גוף הדבר אם מקדש הוא, אם מקום אחר של חול. ומהאי טעמא אין להביא ראי' ג"כ משגגת שבת שסבור שהוא חול, שכיון דלא טעי בשקיעת החמה, אלא דלא ידע שהיום הוא יום שבת, אין זה טעות בגוף הפעולה, אלא טעות באיכות הדבר, שהוא ענין צדדי, אבל כשטעו בשקיעה, שפיר צריך למיחשב מתעסק לפי דברי הגרע"א, והילכך ודאי ראי' נכונה היא משם לסתור דבריו, וע"כ דבכה"ג מיקרי שגגת עבירה ולא מתעסק, כיון דכוון לאותה פעולה עצמה שעשה, אלא דלא ידע מה היא. ומה שכתבו התוס' דבשחוטי חוץ כסבור שהן חולין והוי קדשים פטור מטעם מתעסק, דלכאורה שם ג"כ הלא כוון לאותה פעולה עצמה שעשה, אין מזה סתירה ליסוד זה, דשם ג"כ שם אחר על הפעולה, דבחולין שחיטתן יש להן תנאי דינים אחרים, ובקדשים יש להם תנאי דינים אחרים, ולחד סברא בגמ' עבודה מיקרי, והוי

כוון לשחיטה ומעשה כזה ונמצא מעשה אחר, והוי כמו שכוון לפעולה אחרת דהוי מתעסק גמור:

ובמה שכתב הרע"א דהעלם קדש הוי מתעסק, אלא דלא פטרה התורה כ"א בחטאת קבועה, אבל בקרבן עולה ויורד, לא מיעטה התורה מקרבן, הדברים תמוהים, דהא מה שפטרה התורה מתעסק מקרבן, אין זה כ"א גזירת הכתוב בעלמא לפטור מקרבן, אלא דהוי מיעוט משום דהוי עוד פחות משגגה, ולא חייבה התורה קרבן כ"א בחטא שעדיין שם שוגג עליו, אבל זה שגם שוגג אין עליו, לא חייבתו התורה בכגון זה, וא"כ איך נחייב בקרבן עו"י כיון שלא מצינו חיובי התורה בחטא כזה, דבשלמא אם היינו אומרים דמתעסק דין הוא בקרבן ולא בחיוב, אפשר הי' לחלק בין קרבן זה לקרבן אחר, אבל אין הדעת נותנת לפרש כן. מיהו מצינו גבי גלות, דעיקר חיוב התורה הוא כשבא ביער לחטוב עצים ונשל הברזל, ובודאי אין לך מתעסק גדול מזה, ומ"מ חייבה התורה גלות, אלמא שישנן כפרות כאלו, שמחוייבים בהן גם כשנעשה החטא במתעסק, אלמא אין דינן של הכפרות שוות, וא"כ אפשר לחלק ג"כ ולומר דאף דפטרה התורה במתעסק מכפרת חטאת קבועה, מ"מ לא פטרה מכפרת חטאת שאינה קבועה. ואדרבא הי' נראה לי להביא מכאן ראי' דמתעסק הוי שגגת עבירה, דאי נימא דמתעסק כיון שנעשה שלא כדעתו הוי כמו שלא עשה הוא ולא הוי עבירה, א"כ מגלות ג"כ הי' לו לפטור, דהא חזינן דגבי גלות פטור יותר מקרבן, שהרי אומר מותר שחייב בחטאת ופטור מגלות, משום דהוי קרוב לאונס, א"כ כ"ש שהי' לנו לפטור מתעסק גבי גלות, אלא ע"כ דמתעסק ג"כ הוי שגגת עבירה, אלא דהוי גזה"כ לפטור מחטאת קבועה על חטא כזה, אבל גלות, אף שגזרה התורה לפטור באומר מותר, בשגגה זו דמתעסק לא גזרה התורה לפטור, אבל אי היינו אומרים שמתעסק אף שגגת עבירה לא הוי, א"א לחלק בין גלות לקרבן:

ובעיקר היסוד שבאנו לחלק שבמקום שכוון לאותה פעולה עצמה, אלא שלא ידע מה היא לא מיקרי מתעסק, לכאורה אי אפשר לומר כן כ"א אליבא דאביי דסבר דמתעסק הוי כסבור שהוא רוק ונמצא חלב, דלא איכוין לאכילה כלל, אבל לפי מה שכתבו אליבא דרבא בד"ה דסבור שומן הוא ואכלו והיינו דשגג דסבור שהוא שומן ולא מתכוין לאכול חלב וחייב ואע"פ דמתעסק הוא לרבא דהא לא מתכוין לאכילת איסור חייב דאמר שמואל המתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה ע"כ, חזינן לפ"ז דקסבר רבא דסבור שהוא שומן ואכלו ונמצא חלב דהוי מתעסק, אף שמכוין לאותה אכילה עצמה, אלא דלא ידע מה היא, וא"כ מזה סתירה לכל היסוד שהנחנו. ונראה לומר שהדבר מתיישב היטב, שכיון שחיוב חלב הוא בא על הנאת גרונו, וא"כ בהנאת הדבר הלא יש חילוק

בין הנאת שומן להנאת חלב, נמצא שלא נתכוין כלל להנאה זו של חלב, אלא נתכוין להנאת שומן, ונמצאת הנאת חלב, ובכגון זה הוי שפיר מתעסק גמור, והילכך חולקין בזה אביי ורבא, דסבר רבא דהוי מתעסק בזה:

ב

והנה בשו"ת רע"א דחה ראייתו, דכלאים דהאיסור הנאת חמום הוי כמו חלבים ועריות דמתעסק חייב. ע"כ. וראיתי שכמו כן כתב בספר עמק יהושע ליישב מה שהכריע הרמ"א (בסי' שע"ב) לענין טומאת מת כהרא"ש דאין צריך להודיעו ולא הכריע בסי' ש"ג לענין כלאים, אפשר לומר דבכלאים החמיר, משום דאע"ג דהוא אינו יודע מהכלאים וא"כ הוי מתעסק, ומתעסק שרי יותר משוגג, מ"מ כיון דבכלאים איכא הנאת לבישה אפשר דמחייב על מתעסק נמי, וכמו דאמרינן המתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, אבל בטומאת מת כיון דהוי מתעסק קיל יותר משוגג, וע"כ הכריע הרמ"א דאינו צריך להודיעו. ע"כ. והנראה, דלא שייך לומר בלבישת כלאים דמתעסק חייב שכן נהנה, דלא שייך זה אלא במקום שההנאה היא האיסור, כגון בחלבים דהחיוב הוא על הנאת גרונו, וכן בעריות אמרינן בפ"ג דב"ק דרחמנא קריי' להנאה מעשה, משמע דעיקר החיוב הוא על ההנאה, ובזה אמרינן שכיון שהעבירה היא ההנאה אין בזה משום מתעסק שכן נהנה. אבל בכלאים אף דאמרינן בגמ' ריש יבמות (י"ד) בעינן לבישה דאית בה הנאה, מ"מ לא בעינן שיהנה מן הכלאים, אלא דבעינן תנאי בלבישה, שיהנה מן הלבישה, ולפי זה אם לא נהנה מחוט הכלאים, כיון שמ"מ נהנה מן הלבישה, היינו משאר החוטים שאינן של כלאים, חייב על החוט של כלאים, כיון שמ"מ נתקיים התנאי בלבישה, נמצא שאין הנאת הכלאים עבירה, ובכגון דא אפשר דלא אמרינן שחייב שכן נהנה, ובנדון דידן אפשר ודאי דאיירי באופן שלא נהנה מן החוט יחידי של כלאים שבבגד, אלא אף במקום שנהנה אף מן הכלאים, מ"מ כיון שאין העבירה צריכה לזה, שאין ההנאה היא העבירה, ואין אנו צריכים שתהא הנאה בדבר, כ"א כדי לחשב הלבישה, בכגון זה אפשר דלא אמרינן שחייב שכן נהנה:

ובהכי נראה דאפשר ליישב מה שהקשה הרמב"ן יבמות (ד' ע"ב) ד"ה מוכרי כסות וז"ל פי' רש"י ואין מתכוין להנאת חמום ולי נראה דכל שאינו מתכוין פלוגתא דר' יהודה ור' שמעון ואביי ורבא נמי פליגי בדאפשר ולא קא מכוין. ובמסכת פסחים (כ"ו) מייתי התם נמי ברייתא דמוכרי כסות מוכרין כדרכן ובלבד שלא יתכוין בחמה מפני החמה ואוקמוה כר' שמעון ודבר שאין מתכוין לאו מהכא נפקא היתירא דידי' ועוד דאנן לר' יהודה קאמרינן אלא האי מוכרי כסות דהכא בשאינו נהנה בהן כלל כגון בימות החמה

ואינו עומד בחמה ולדברי הכל כיון שאין בי' הנאה שרי בי' ע"כ. ולפ"ד יתיישב דלא שייך לומר שיהא מותר מחמת שאינו מתכוין, אלא דוקא כשההנאה היא העבירה, נמצא שאם אינו מכוין להההנאה, אינו מכוין לעבירה, אבל בכלאים העבירה היא הלבישה, ואף אם אינו נהנה מן הכלאים ג"כ עובר, אלא שהתורה הטילה תנאי בלבישה שתהא בה הנאה, ואף אם נהנה מן החלק שאינו כלאים ג"כ שפיר דמי, בזה לא מצינו היתר שאינו מתכוין, שהרי לעצם העבירה הוא מכוין ורק לתנאי צדדי שהטילה התורה בלבישה הוא דאינו מכוין, ודבר שאינו מתכוין שבכ"מ, היינו שאינו מכוין לעצם מעשה העבירה כלל:

ומלבד זה נראה עיקר דקושיית הרמב"ן מעיקרא תמוה, דבא הגמ' למעט מן הפסוק דלא נימא דאף אם אינו מכוין להנאת לבישה ג"כ לבישה מיקרי, דהלבישה דכתיב גבי כלאים אין ענינה עם כונת הנאת לבישה, ואם מכוין ללבישה די בזה מעיקר הדין, ואם כן לפ"ז אין זה ענין עם פלוגתא דר"י ור"ש, דכאן הו"א דלא מגרע כלל בלבישה מה שאינו מכוין להנאה כיון שמכוין ללבישה, דעכ"פ לבישה בכונה מיקרי, וע"ז קאמר דקמ"ל דאינו כן דבעינן כונה להנאת לבישה, ואם לאו לא מיקריא לבישה. ומה שבפסחים מדמי לה לפלוגתא דאביי ורבא ור"י ור"ש היינו דנהי דבעינן כונת הנאת לבישה, ובמקום דאינו מתכוין מותר, ג"כ מטעם זה דלא מיקרי לבישה, מ"מ כיון דחזינן דבכל מקום שאינו מתכוין מותר לר"ש, מ"מ היכא דאפשר בלא"ה אסור, וע"כ הטעם משום כיון דאפשר להיות באופן אחר, שלא יעבור האיסור והוא עושה מיקרי מכוין, א"כ ה"נ במוכרי כסות, כיון דאפשר בלא"ה, מיקרי דמכוין להנאת לבישה, והילכך הוא דתלו לה בפלוגתא דאביי ורבא:

וראיתי בספר נר למאור שהשיג על דברי הרע"א דלא בכל הדברים ולא בכל הנאות אמרינן שמתעסק חייב שכן נהנה והביא ראי' מהא דאמרינן בפסחים (ל"ג ע"א) לא א"א בשאר מצות שלא עשה בהן שאין מתכוין כמתכוין שאם נתכוין לחתוך את התלוש וחתך את המחובר שפטור תאמר במעילה שאם נתכוין להתחמם בגיזי חולין ונתחמם בגיזי עולה שמעל, ופי' רש"י דחטאה בשגגה כתיב ולא כתב בה מיעוטא כדכתב בשבת ואס"ד דגם הנאת חמום חשיב הנאה לענין מתעסק א"כ מאי קאמר תאמר במעילה וכו' הא גם בשאר מצות חייב כה"ג כשנהנה אף במתעסק כחלבים ועריות, ומעילה ג"כ לא יתכן אלא בנהנה דקיי"ל פגם ולא נהנה לא מעל, אלא ע"כ דהנאת חמום לא חשיב הנאה לענין מתעסק ורק במעילה חייב משום דלא כתיב מיעוטא. ע"כ. ונראה לומר בזה דאין שום ראי' ממעילה, דבמעילה עיקר החיוב על הוצאת הקדש לחולין, וכבר פירשו בזה שאף בנהנה מן ההקדש שמעל, אין זה מטעם חיוב הנאה, אלא שאף בנהנה הרי הוציא

הנאה זו לחולין, וחייב משום הוצאת הנאת הקדש לחולין, והביאו ראי' מדברי התוס' פ"ב דקדושין שחקרו אי אמרינן בשליחות להתחמם בגיזי עולה זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ומאי חקירתם הכא טפי משאר דוכתי, אלא ע"כ דבמעילה אין החיוב על הנאה כ"א על הוצאה לחולין, אבל אין להנאה דין שייכות בעבירת מעילה, וכשאין ההנאה חיובית בעבירה, לא אמרינן שמתעסק חייב משום שנהנה, כיון שההנאה היא כאן ענין מקרי, ועוד גרע כאן מהנאת לבישת כלאים ששם ההנאה היא עכ"פ הכרחית, אלא דאמרינן דלא בעינן בחוטי כלאים, אלא בעצם הלבישה, אבל כאן במעילה אין ההנאה מחוייבת כלל, אלא עיקר המעילה היא ההוצאה לחולין, וכיון שכן לא מחייבינן במתעסק כזה מטעם שכן נהנה:

אלא שיש לי לעיין על טענה זו מהא שכתב הכסף משנה ליישב סתירת דברי הרמב"ם שכתב בפ"ב מה' שופר ה' ד' המתעסק בתקיעת שופר להתלמד לא יצא ידי חובתו, וכן השומע מן המתעסק לא יצא, נתכוון שומע לצאת ידי חובתו ולא נתכוין התוקע להוציאו, או שנתכוין התוקע להוציאו ולא נתכוין השומע לצאת לא יצא ידי חובתו עד שיתכוין שומע ומשמיע. ותמה הה"מ על זה שפסק הר"מ פ"ו מה' חו"מ שאם אכל מצה בלא כונה כגון שאנסוהו עכו"ם יצא. וזה נראה בגמ' שהוא כדעת מי שאומר שמצות אין צריכות כונה, והצריך כאן כונת שומע ומשמיע, והביא הכ"מ בשם הר"ן דאע"ג דבתקיעת שופר לא יצא הכא יצא שכן נהנה כדאמרינן בעלמא המתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, ובגמ' נמי עבדינן צריכותא ממצה לשופר הילכך אע"ג דשופר מידחיא דקיי"ל דצריך כונה בכפאוהו ואכל מצה נקטינן דיצא עכ"ל. והנה במצה הלא פסקינן דבלע מצה יצא, אע"ג דלא טעים טעם מצה, ונמצא לפ"ז שאין ההנאה במצה מחויבת לקיום מצות מצה, ויצא אף בבליעה, אף שאין לו הנאה בזה, וא"כ אף כשכפאוהו ואכל בלעיסה שנהנה, ג"כ לא תועיל ההנאה לחייבו במתעסק כמתכוין, כיון שאין ההנאה מחוייבת להיות בזו המצוה, ואין ההנאה אלא מקרית, ודבר זה לכאורה סתירה גדולה לדברינו:

ואפשר לומר שאף כשבלע מצה יש בזה משום הנאת מעיו, וזה מוכרח להיות, דבלא זה אפשר דלאו שמה אכילה כלל, וכיון שיש בזה משום הנאת מעיו, שוב הדרינן לכללא שאף מתעסק חייב שכן נהנה, אבל ליכא למימר שגם בבלע יש הנאה לגרונו, שהרי בכרכן בסיב דלא יצא כתבו הטעם או משום דאין זה דרך אכילה, או משום דלא הי' ממש בפיו כמו שכתב הרשב"ם שם בסוגיא דפסחים (קט"ו) ואמאי לא אמרו הטעם משום דשם ודאי לא הי' הנאת גרונו שהרי הופסק ע"י הסיב בין גרונו להמצה, אלא ע"כ דלא בעינן הנאת גרונו, ואפשר לומר שכן נהנה ע"י הנאת מעיו. אלא דתמוה לומר

כן, שתועיל הנאת מעיו שבאה אחר קיום המעשה, ומעשה המצוה כבר נגמר קודם שנהנה ע"י מעיו, שהרי כשבאה המצה למעיו, שהוא ענין דממילא, פעולת האדם כבר נגמרה, ומעשה המצוה היא רק פעולת האדם, ואיך תועיל ההנאה שבמעיו לאשוויי מעשה המצוה למתכוין למפרע, אף שהיתה במתעסק, והדעת נותנת שהנאה מחשבת רק בשעתה את הפעולה להקרא שנעשתה בכונה, אבל לא לאחר כן למפרע. והדבר תמוה מאוד. וראיתי עוד בספר אמרי בינה שחקר במצות אכילת מצה בליל פסח אם דומה לכל אכילות שבתורה דקיי"ל באכילת איסור כר' יוחנן סוף פ' גיד הנשה דהעיקר הוא אכילת גרון ואם אכל חצי זית והקיאו וחזר ואכל חייב וכן פסק הרמב"ם ה' מ"א והאריך בזה והביא שמלשון הירושלמי פ"ו דנזיר משמע דגם במצה העיקר היא הנאת גרון ושוב הביא דברי מהר"מ סופר בחדושיו הנדפסים בספר ר"י מגאש על שבועות שכתב כן בפשיטות דגבי מצה אזלינן ג"כ בתר הנאת גרון והביא ממ"ש התוס' בשם הירושלמי דתיתי עשה דמצה ולידחי ל"ת דחדש ואי ס"ד דבעשה דמצה בעי הנאת מעיו א"כ על איסור חדש כבר עבר בהנאת גרונו וידי מצה לא יצא עד שיכנס למעיו ול"ה בעידנא דומיא דכ' התוס' גבי עשה דפרי' ורבי', אלא ודאי דלענין מצה אזלינן בתר הנאת גרון. אולם בלבוש או"ח סי' תע"ה בהגה כתב שם בטעמא דבלע מצה יצא ובלע מרור לא יצא משום דאכילת מצה אע"פ שהיא זכר לגאולה וחירות מ"מ בעיקר אכילתו הוא לאכול לשובע למלא את כריסו כשהוא רעב לפיכך יוצא בה אף בבליעה דאף בבליעה מתמלא הכרס ואוכל לשובע נפשו וכו', מבואר מדבריו דבאכילת מצה בעי מילוי כריסו עכ"ד הא"ב. והנה ראיית הגאון מהר"ם סופר דחה היטב בא"ב דאף אי נימא דבמצה הנאת מעיו היא העיקר, אבל מ"מ גם הכניסה דרך גרונו היא חלק מהמצוה ואילו הכניס לתוך מעיו שלא בדרך גרונו ודאי דלא יצא דאכילה בעינן וכמו כרכן בסיב דלא יצא, ואינו דומה לפ"ו, דהתם אילו הי' אפשר גמר ביאה בלא הראה הוי מקיים ג"כ את המצוה. אלא דנראה לי שיש להביא הראי' באופן אחר לגמרי לפי מה שהביא שם דברי המ"מ והל"מ פ"ו ה"ב ממצה דאם כרכן במרור כיון דבי' איתעביד מצוה לא הוי הפסק כיון דמעין המצוה הוא אע"ג דלא יצא ידי חובת מרור ודוקא כרכן בסיב דאין הסיב ענין למצוה כלל הוי הפסק ע"כ. וא"כ מצינו שבמצה יוצא בכרכן במרור, ולגבי שאר איסורים הי' נראה כיון דליכא הנאת גרונו שהרי הופסק בין גרונו ע"י המרור, ממילא אינו עובר, וא"כ הי' אפשר להו לצאת ידי חובת מצה ע"י כריכה במרור, ולא היו עוברים איסור חדש בזה, אלא ע"כ שלא כדמשמע מדברי המ"מ, אלא דגבי מצה בעינן ג"כ הנאת גרונו. אבל אי נימא כן צ"ע איך נפרנס הא דבלע מצה יצא, וגם יקשה למה להו להראשונים

למימר בכרכן בסיב דלא יצא משום דאין דרך אכילה בכך או משום שלא הי' בפיו ממש, הלא אפשר הי' לומר בפשיטות משום דליכא הנאת גרונו. ומזה משמע כדברי הלבוש שהעיקר באכילת מצה היא הנאת מעיו. וא"כ לפ"ז תחזור הקושיא דאם בהנאת מעיו תליא איך יוצא מתעסק ע"י ההנאה למפרע:

והי' נראה מתוך כך שאפשר לומר שענין הנאת גרונו וענין טעם מצה שני ענינים נפרדים הם, והנאת גרונו, אין הכונה רק מה שהגרון טועם טעם הדבר, אלא מה שהאוכל הי' בגרונו לתאוותו ג"כ מיקרי הנאת גרונו אף שלא טעם הגרון את הטעם, וכמו כן מה דאמרינן מתעסק בחלבים ועריות חייב שכן נהנה, ג"כ אין הכונה רק מה שטעם את הטעם, אלא אף מה שעבר דרך גרונו לתאוותו מיקרי שכן נהנה, והילכך אף אם בלע מצה ואף בסיב מיקרי נהנה שהרי בלע לתאוותו, שאם הי' שלא לתאוותו כלל, היתה נקראת אכילה גסה, שאינו יוצא כלל בזה ידי חובת מצה כדאיתא ביבמות (מ' ע"א) וע"ש בתוס' דתרי אכילה גסה יש, ואכילה גסה כזו שאינו אוכלה לתיאבון כלל לא יצא כלום, וכיון שעכ"פ היה לתיאבון מיקרי נהנה ויוצא אף שמתעסק, ומיקרי על ידי זה הנאת גרונו המחוייבת להיות, ולפ"ז גם המ"מ והל"מ דסברי שאם כרך מצה במרור יצא יוכלו לסבור דבעינן הנאת גרונו, אלא דזה נמי מיקרי הנאת גרונו, שהי' בגרונו לתיאבון דידי', וגבי איסור נמי חייב כה"ג. מיהו צ"ע דגבי דין איסור לא שייך לכאורה לומר דמרור טפילה למצה, ואולי נאמר שאין שום גריעותא גבי איסורים הא דחוצץ, ועכ"פ אין מדין בלע מצה יצא ומכרך בסיב סתירה ליסוד הדברים הנאמרים דמתעסק חייב שכן נהנה, דוקא הנאה אשר היא עצמה העבירה:

ג

ובמה שכתבנו למעלה להביא ראי' דמתעסק הוי שגגת עבירה, מהא דמחייב גלות ברוצח ע"י מתעסק, דחיוב התורה הוא, כשבא ביער לחטוב עצים ונשל הברזל, ראיתי בספר עמק יהושע סי' ב' שג"כ רצה להביא ראי' דמתעסק הוי שגגת עבירה מרוצח וז"ל ונ"ל להביא ראי' מהא דאמרינן בפ"ט דסנהדרין (ע"ט) דתנא דבי חזקי' מכה אדם ומכה בהמה מה מכה בהמה לא חלקת בין שוגג למזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין לחייבו ממון אף מכה אדם לא תחלוק בו בין בשוגג בין במזיד בין מתכוין לשאינו מתכוין לחייבו ממון אלא לפוטרו מממון והא ודאי דבמכה בהמה חייב אפי' מתעסק נמי כגון שהיתה בהמה עומדת וסבר שזה בהמתו וכמו דאמרינן בספ"ב דב"ק היתה אבן מונחת לו בחיקו ולא הכיר בה ועמד ונפלה לענין נזקין חייב וכה"ג גבי הריגה פטור כגון זרק אבן וסבר ששם בהמה ונמצא אדם שזהו מתעסק כמו שכ' התוס' בפ"ז דשבת ע"ג ובפ"ז דסנהדרין ס"ב

ואפ"ה פטור מממון משום דקלב"מ, ואי מתעסק לא עביד איסורא דאורייתא א"כ אמאי פטור משום דקלב"מ ע"כ. ושוב דחה על פי שיטת רש"י פ"ג דב"ק דמקלקל בשבת והזיק ממון ג"כ אמרינן דקלב"מ, והביא ראי' לשיטת רש"י מירושלמי פ"ק דשבת, אלמא אף דמקלקל פטור לגמרי, ואף שגגת עבירה לא הוי, ומ"מ אמרינן בזה דקלב"מ. עכ"ד. ואף אם נניח שאין מכאן ראי', אבל הראי' מעיקר דין גלות שהרי מחייבינן גלות על הורג במתעסק, וכן ממה שאמרו (ב"ק ל"ג) ומצא פרט לממציא את עצמו מכאן א"ר אליעזר בן יעקב מי שיצתה אבן מתחת ידו והוציא הלה את ראשו וקיבלה פטור ואר"י בר"ח פטור מגלות ולמה לי קרא להכי הלא אין לך מתעסק גדול מזה וליפטר מגלות מטעם מתעסק אלא ע"כ חזינן דברציחה חייב אף מתעסק, וע"כ שבכל מקום הוי מתעסק שגגת עבירה אלא דבכ"מ פטרה התורה וגבי רציחה חייבה, וכן אף לדברי העמק יהושע עדיין תשאר ראייתו לפי דברי התוס' החולקים שם בב"ק על דברי רש"י במקלקל. אבל נראה ברור דאין שום ראי' לדין מתעסק בשאר עבירות שבתורה מדין רציחה, דכמו שמחייבינן חיוב ממון בנזקין אף במתעסק גמור כמו בהיתה לו אבן בחיקו ולא הכיר בה ונפלה, וע"כ הטעם כיון ששם עיקר האיסור והחיוב לא על מעשה ההיזק, כ"א על תכלית הדברים שלא יוזק ממון חבירו, וכיון שהו"ל לעיוני, הוי הוא האשם במעשיו, ובעניני היזק חייבה התורה לא על מעשה בכונה או במחשבה, כ"א על מעשה בפשיעה, וכמו כן ברציחה ג"כ הדין כן הוא שהחיוב הוא על אבוד הנפש, ולא על המעשה, וכיון שכן מחוייב הוא לא על מעשה במחשבה כ"א על מעשה בפשיעה, ויותר נכון שכל העבירות שבתורה החיוב הוא על מעשה העבירה, וברציחה ונזקין החיוב הוא על פשיעת העבירה ע"י מעשיו, והילכך בכל עבירות שבתורה כיון שמתעסק ועושה שלא מדעתו פטור, אבל ברציחה כיון שעשה ופשע חייב הוא, אלא שאינו חייב כמזיד שמחוייב מיתה אלא כשוגג ומחוייב גלות אם הי' דרך ירידה, וצריך קרא לפטור את הממציא את עצמו, ומטעם זה אם הזיק ממון בהדי הרציחה באינו מתכוין, אמרינן ג"כ דפטור על הממון מטעם דקלב"מ. וראיתי בספר אור גדול בדבריו על דברי התוס' יומא פ"ב ופסחים (כ"ה) שכתבו דרוצח בלא מעשה, היכא שרוצים לזרוק אותו על התינוק שיתמעך, דהוא קרקע עולם, פשיטא דאינו חייב למסור עצמו דאמרינן להיפך מאי חזית דדמא דחברך סומק טפי וחייך קודמין וה"נ גלוי עריות ע"כ, והביא דברי מהרב"ח דמדייק מדברי הרמב"ם וטוש"ע דלא ס"ל האי חילוקא דתוס' וכתב על זה באו"ג דסברת התוס' ע"כ מוכרח דס"ל דבכה"ג ליכא עבירת הריגת נפש ומדקדק מדברי הרבינו ירוחם בס' אדם נתיב י"ח דפוסק ג"כ בעריות ושפ"ד דבלא מעשה אינו מחוייב למסור נפשו רק בפרהסיא אם

רוצים להעבירו, וכתב שם ג"כ דאם רוצים לזרוק אותו על תינוק שיתמעך בפהרסיא וכונתם להעבירו דחייב למסור נפשו, דנראה דס"ל דאיכא בזה עבירת הריגת נפש, דנראה דאם אינם מניחים להציל חבירו בפרהסיא אף אם כונתם להעבירו וכו' כיון דהוא בסכנה ליכא עליו חיובא כלל וכו' דבפירוש גלי קרא דחייך קודמין וכו', ושוב רצה לדחות הראי', והאריך בסברא אף בלא ראי' לפרש אף בדברי התוס' דעבירת רציחה יש על כל פנים, אלא משום כיון דהוא בשב ואל תעשה, אינו מחוייב למסור עצמו. והביא ראי' לזה מלשון חידושי הר"ן הובא בשמ"ק ריש כתובות, ע"כ קיצור מאריכות דבריו. והנה זה דבר פשוט דבכל עבירות שבתורה כגון גבי שבת אם יאמרו לו הנח עצמך ועל ידך על ידי זריקתך תעשה מלאכת שבת, ודאי פטור ומותר שהרי איננו עושה כלל שום מלאכה, וע"כ גבי רציחה ענין אחר הוא לגמרי, משום דשם אין החיוב על המעשה כ"א על פשיעת מעשיו, וכיון שעכ"פ פשע שהי' יכול שלא להניח את עצמו, והילכך על ידי פשיעתו מיקרי שעבר עבירת רציחה, וכמו כן גבי מתעסק כיון שעכ"פ פשע מיקרי שעבר עבירת רציחה, אבל בכל שאר עבירות שבתורה, נוכל לומר שפיר שמתעסק לא הויא שגגת עבירה כלל, ונדחו כל הראיות ממתעסק דרציחה:

ומה שדחה בע"י ראייתו מקלב"מ לפי שיטת רש"י דמקלקל נמי אמרינן דקלב"מ, נראה מדבריו דדיינינן דקלב"מ אף דלא הוי שגגת עבירה כלל, וזה תימה גדולה דעד כאן לא אמרינן בכתובות (פ"ג) ובכ"ד רק דחייבי מיתות שוגגין פטורין מן התשלומין, אבל אם שוגג נמי לא הוה, זה לא מצאנו דיפטר, ואיך אפשר ליפטר, כיון דאין שום נדנוד עבירה. ובמנחת ברוך רצה לומר דחקירה זו אם מתעסק הוי שגגת עבירה אם לאו תלוי' במחלוקת תוס' ורש"י אי אמרינן במקלקל קלב"מ דרש"י דס"ל דבמקלקל ג"כ אמרינן דקלב"מ משום דס"ל דהוי שגגת עבירה אלמא דבמקום דלא הוי מלאכת מחשבת ג"כ הוי שגגת עבירה, דהא דמקלקל דפטור משום דל"ה מלאכת מחשבת וא"כ מתעסק אף דפטור מטעם דלא הוי מלאכת מחשבת מיקרי שגגת עבירה ותוס' דפליגי במקלקל יסברו גם במתעסק דלא הוי עבירה כלל, ע"כ. אבל לפי הנכון גם דברים אלו תמוהים דאין הדברים דומים כלל וכלל, דאף שמקלקל ומתעסק שניהם איפטרו מטעם דלא הוי מלאכת מחשבת, אבל הם שני דברים נפרדים לגמרי, דמתעסק דאימעט ממלאכת מחשבת, הכונה דאימעט כיון דבעינן מלאכת מחשבת וכאן אין שום מחשבה והוי חסרון מטעם מחשבת שהצריכה תורה, אבל מקלקל דאימעט מטעם מלאכת מחשבת, הכונה דבעינן מלאכה שיש בה מחשבת, ומקלקל היא מלאכה שאינה צריכה מחשבת, נמצא שפטור מקלקל הוא מטעם חסרון דמלאכת ופטור מתעסק הוא מטעם חסרון מחשבת,

וא"כ במקלקל ודאי אי אפשר לומר דהויא שגגת עבירה כיון שהגרעון והחסרון היא במלאכה, ושגגת עבירה לא שייכת אלא במקום דהמלאכה היא בשלמות והחסרון הוא צדדי. והילכך דברי רש"י במקלקל בלא"ה הם תמוהים, אבל להביא מזה ראי' למתעסק אין זה ענין כלל:

ולבאר דברי רש"י הי' נראה דשני מיני מקלקל יש, הא' שהוא מקלקל מצד עצם החפץ, כגון שלוקח חפץ שלם ושוברו לרסיסים ממש, שלא יתכן במלאכה זו שום תועלת ותקון, ויש עוד מין אחד של מקלקל, שמלאכה זו אפשר לה שתהי' בה גם תקון קצת, אשר זה די להתחייב משום מלאכת שבת, אלא שעכשיו נקרא מקלקל, מפני שאין מחשבתו עכשיו לתקון זה, ואילו רצה עכשיו בתועלת היוצאה ממלאכה זו, הי' נעשה מתקן במלאכתו, והנה הענין מתחלק, שודאי מקלקל גמור שאין בו שום תקון קצת, אין זה בגדר מלאכה כלל, ולא שייך בזה לומר דקלב"מ, כיון שלא עשה כלום ממלאכת שבת, אבל מקלקל כזה שיש במלאכה גם תועלת קצת לכשיצטרך, אלא שהגריעותא הוא מחמת מחשבתו, שלא חישב בעשייתו לתקון זה, מ"מ כיון שאילו ירצה נמצא שהיתה מלאכה גמורה, ממילא הוא רק מלאכה גמורה בלא מחשבה, והילכך הוי כמו כל שוגג דפוטר מן התשלומין, ואולי נאמר ג"כ שנדון זה של מקלקל גמור נלמד להתמעט ממלאכת ומקלקל זה שיש בו תקון קצת, אלא שאין מחשבתו לתקון זה נתמעט ממחשבת. ולפי זה היו צודקים גם דברי המנחת ברוך שנוכל להשוות דין מקלקל עם דין מתעסק, כיון ששניהם מחמת חסרון מחשבה הם מתמעטים לפטור, אלא שמ"מ אין הנדונים שוים לגמרי, שמתעסק הוא חסרון רק במחשבה בלבד, אבל אין במלאכה עצמה גריעותא בשביל זה, אבל במקלקל המלאכה עצמה גרועה היא מחמת חסרון המחשבה, שהרי עכשיו היא נקראת מקלקל:

ועפ"ז הי' נראה ליישב מה שמקשים לשי' רש"י דגם מקלקל פטור מטעם קלב"מ אהא דכתובות (דף ל') בזרק חץ וקרע שיראין בהליכתו פטור מטעם זריקת ד' אמות ברה"ר ומקשה בגמ' ע"ז וליפטר מטעם קורע ואף שמקלקל מ"מ הא הוי לרש"י חייבי מיתות שוגגין, ולפי הדברים האמורים יתיישב דקורע אפשר דהוי באופן כזה שאין בו במציאות שום תקון, והוי מקלקל גמור שלא מחמת חסרון מחשבתו, ובמקלקל כזה לא אמר רש"י כלל:

ולפי מה דיש סוברים שבכל מתעסק אין כאן שגגת עבירה, או אף להגרע"א דכל מתעסק הוי שגגת עבירה, אבל עכ"פ מתעסק דלא נעשה מחשבתו לדידי' נמי לא הוי עבירה כלל, א"כ בזורק חץ ולא רצה לקרוע, ולא ידע שיפגע בדרכו את השיראין לא עדיף מרצה

לחתוך מחובר זה וחתך מחובר אחר, דהוי מתעסק גמור, ולא הוי עבירה כלל אף בשוגג, והילכך לא שייך בזה לומר דקלב"מ מטעם קריעת השיראין דלא הי' במחשבתו כלל. אך נראה דכיון דיודע שאפשר לו שיפגע מה שיזדמן לו בדרך ויקרענו, אין זה מתעסק, דהוי כמאן דידע מזה החפץ שיפגענו, ואין לנו לכנותו אלא אינו מתכוין, שהרי לא נתכוין לזה שיקרע ולא רצה בקריעתו, ועדיין צ"ע:

ויש לי דבר עיון במה שכתבו התוס' (שבת ע"ג א') דשחט קדשים בחוץ וכסבור שהן חולין דפטור מטעם דהוי מתעסק ומיפטר מעבירת שחוטי חוץ ככל איסורים דמיפטר מתעסק והיינו מטעם אשר חטא בה, ולכאורה צריך לברר דאלו אם שחט קדשים בחוץ והוא מתעסק, כיון שבפנים לאו עבודה היא, אינו חייב על ענין כזה גם בחוץ. וכמו פסול ששחט דאינו חייב בחוץ, הכי נמי בששחט מתעסק, ולאו מטעם מתעסק דאיסורים אלא משום דלא עבד עבודה בחוץ דלאו עבודה היא. וראיתי במנחת חינוך (סי' קפ"ו) שכתב וז"ל ודע דאם א' מהפסולין לשחיטה שחט מקצת ואח"כ גמר הכשר בחוץ באופן דבחולין כה"ג פסולה השחיטה ה"נ אינו חייב משום שחוטי חוץ דלאו שחיטה היא אבל קטן וגעע"ג שחט תחילת הסימנים דכשר בחולין ובא גדול וגמר השחיטה חייב הגדול אף דבפנים קטן פסול לשחיטת קדשים מ"מ זה דוקא בפנים דצריך כונה אבל לא בחוץ ועוד אפ"ל בפנים אינו נעשה נבילה ושחיטתה מטהרתה רק דפסולה להקרבה בודאי חייב בחוץ ול"ש לומר כיון ששחט פורתא א"ר לבוא לפנים הא בכל ש"ח אינה ראויי' לבוא לפנים מ"מ זה אסרה תורה וחייבו וזה פשוט. ע"כ. והנה מה שדחה סברתו שבא לפטור מטעם כיון דשחט בה פורתא אסרה, דחייתו תמוה, דאף שבכל שחוטי חוץ בהכי חייב רחמנא, אף שאינה ראוי' לפנים, היינו דוקא במה שאינה ראוי' ע"י השחיטה של חוץ, אבל אם יש באותה שחיטה פורתא פסול אחר של שלא בכונה או ענין אחר על זה הא לא חייב רחמנא, ורק על פסול חוץ הוא דחדית רחמנא, וא"כ ודאי מהאי טעמא יהא פטור כשהתחיל קטן. ובהנחתו הראשונה של המ"ח דבחוץ אף שלא בכונה חייב, הנה בהעלאה בחוץ ודאי דפטור שלא בכונה, כיון דסבירא לן דהמעלה להדיוט פטור משום דכתיב לד', ואם כן הכי נמי שלא בכונה נמי פטור דהא לא הוי לד' כיון דהוא מתעסק. והי' נראה עוד יותר דאף אם ידע שהן קדשים והעלה סתמא דנמי פטור דלא שייך לומר בחוץ דסתמא לשמה קאי, וכן ראיתי במ"ח בפ' ראה שכתב כן ומדייק מלשון הרמב"ם, וא"כ ה"נ במתעסק כ"ש דפטור, ואף אי נימא כסברת יש מן האחרונים דבפנים כשר מתעסק בהעלאה, ורק בשחיטה הוא דמיעט רחמנא מתעסק מלרצונכם תזבחוהו, מ"מ בחוץ יפטר מתעסק דלא עדיף מסתמא, זהו הדין בהעלאה. ובשחיטה הי'

נראה דאף דס"ל דהשוחט להדיוט חייב, לא מיבעיא לדעת רש"י דסובר דשוחט להדיוט לשם עכו"ם, א"כ במתעסק ואינו מכוין לשם עכו"ם ודאי דפטור, אלא אף לדברי התוס' דס"ל דלהדיוט חייב אף שלא לשם עכו"ם, מ"מ אפשר היינו דוקא כששוחט לשם מי שהוא, אף שאינו מכוין לשם עכו"ם, מ"מ הוי בגדר מעשה העבודה, כיון שמכוין לשם מי שהוא, אבל כשאינו מכוין לשם מי שהוא כלל, אין זה בגדר עבודה כלל, וצריך להיות פטור אליבא דכולי עלמא. ואם היינו אומרים שהתוס' משוו לשם הדיוט עם מי שאינו מכוין כלל היו מיושבים דברי התוס' מה דצריכים לפטור שחט קדשים בחוץ וכסבור שהן חולין, מטעם מתעסק דאיסורים, ולא פטרי מטעם דלא הוי מעשה העבודה באינו מכוין, משום דסברי דבשחיטת חוץ לא בעינן כונה כיון דשוחט להדיוט פטור. ולפי זה הי' לנו לעשות מחלוקת בין רש"י ותוס' בדין זה אם אינו מכוין כלל אי חייב משום שחוטי חוץ:

מיהו ראיתי בלקוטי הלכות זבחים בסוגיא דשוחט להדיוט בזבח תודה ד"ה שהשוחט להדיוט חייב וז"ל עיין רש"י שפירש לאכילת הדיוט והנה במעלה להדיוט פירש שכונתו הי' לשם עכו"ם לאותו הדיוט וא"כ ע"כ דגם בשוחט אפילו אם כוון לשם עכו"ם לאותו איש ג"כ חייב דהא המשנה קאמר חומר בשחיטה מבעלי' ואולי דרש"י רבותא קאמר אף דלא נתכוין לשם הקרבה כלל רק לצורך אכילת אדם ג"כ חייב וכ"ז בכלל מה דריבתה תורה איש ששחט לאיש בין לעובדו בין לאכילתו וכן משמע ברמב"ם פ' י"ח ממעש"ק הלכה ט"ז שכתב אע"פ שזה הדם הי' במחשבתו כדם הנשפך לא כקרבן ה"ז חייב ע"כ. והנה דברי רש"י א"א לפרש כן, דא"כ למה הצריך שיכוין לשם עכו"ם, הלא אף אם מקריב לשם מי שהוא שלא לשם עכו"ם ושלא להקרבה הלא ג"כ יחוייב דלא גרע ממי שחושב לאכילת אדם שלא לשם הקרבה, ובל"ה עצמו ג"כ אינו אלא כמסתפק בזה. ולפי מה דמשמע מדברי הרמב"ם דאף בלא כונה כלל ג"כ חייב, תצא לנו מחלוקת בזה בין רמב"ם ורש"י, ומה שכתב רש"י לאכילת אדם ע"כ הכונה שמכוין להקרבה אלא שיאכלם אדם, אבל אם אינו מכוין כלל להקרבה יפטר לדברי רש"י, ומה שרש"י משמיענו בזה, אפשר שבא להשמיענו שבהקטרה והעלאה גם באופן זה פטור, ועכ"פ לפ"ז נוכל לומר שהתוס' שבת יסברו כדברי הרמב"ם, שמצד ההקרבה בחוץ הי' חייב אף בלא כונה, אלא שפטור מטעם מתעסק דאיסורים:

ויש לעיין בדין שביעית לפי דברי הגרע"א דמחלק בין מתעסק בכל עבירות ובין מתעסק במלאכת שבת, דבשבת לא הויא עבירה כלל, משום דלא הויא מלאכת מחשבת, איך יהא במלאכת שביעית. ולכאורה פשוט הוא דבשביעית לא בעינן מלאכת מחשבת, דמהיכי

תיתי דניבעי שם מלאכת מחשבת, דדין זה לא נאמר אלא בשבת, או אולי כיון דחד דין מלאכה הוא בעינן נמי מלאכת מחשבת:

ובסנהדרין (כ"ו ע"א) חזיוה להההוא גברא דהוה כסח בכרמי אמר להו כהן וזמר א"ל יכול לומר לעקל בית הבד אני צריך והקשו בתוס' וקשה דמ"מ מה בכך מ"מ הוה משביח הכרם דהכי אמרינן בפרק כלל גדול (ע"ג ע"ב) הזומר וצריך לעצים חייב שתים משום קוצר ומשום נוטע הכא נמי ליחייב משום עבודת נוטע וי"ל דעביד ליה באותו ענין דודאי קשה ליה דליכא לחייבו משום נוטע כדאמרינן גבי שבת דשאני גבי שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה והא איתעבידא מחשבתו אבל גבי שביעית אין לאסור רק היכא דמשביח הקרקע אבל הכא קשיא ליה וכי האי גוונא שרי כדאיתא בפרק המוכר את הספינה (דף פ' ע"ב). ע"כ. והנה מפשטות דברי התוס' נראה דרק גבי שבת בעינן מלאכת מחשבת והילכך חייב משום נוטע כיון דאיתעבידא מחשבתו, אבל גבי שביעית משמע דליכא לדין מלאכת מחשבת. מיהו אין מדברי התוס' ראיה רק שאף דהויא מלאכת מחשבת מ"מ כיון דאין הקרקע משביח אינו עובר משום שביעית, אבל אי לא הויא מלאכת מחשבת, אפשר דאף בשביעית אינו עובר, משום דבמלאכות שביעית נמי בעינן מלאכת מחשבת:

ויש לעיין בדברי התוס' דלגבי שביעית אינו עובר משום דקשיא ליה ואינו משביח הקרקע, ומ"מ לענין שבת עובר, משום דאיתעבידא מחשבתו, דהא לגבי שבת נמי בעינן שיהא מתקן, ואם לאו אין זו מלאכת מחשבת. וצריך לומר, שאף מתקן הוא קצת את הקרקע, אלא שמצד אחר קשיא ליה, והילכך לגבי שביעית בעינן תקון גמור בקרקע, ואם לאו אינו עובר, אבל לגבי שבת כיון דאיתעבידא מחשבתו והוי תקון קצת מיקריא מלאכת מחשבת וחייב שפיר. ומדברי תוס' אלו, סתירה למה שכתבנו בסימן נ"א באות ב', שאחר שיש לנו שני פסוקים בשביעית, פסוק דושבתה הארץ, ופסוק דבחריש ובקציר תשבות, שמפסוק דושבתה הארץ ידעינן איסור עבודת הקרקע ומפסוק דבחריש ובקציר תשבות ידעינן איסור אגופו של אדם, ורצינו לומר שבמקום שאין צריך לעצים שמצד הפסוק דבחריש ובקציר תשבות צריך להיות פטור, מ"מ מצד הפסוק דושבתה הארץ חייב על כל פנים, כיון דאיתעבידא מלאכה בקרקע, ואם כן הכי נמי נימא להיפך כשאינו משביח הקרקע אף דפטור מטעם הפסוק דושבתה הארץ ליאסר משום דבחריש ובקציר תשבות, דאינו תלוי במלאכת הקרקע, כי אם במלאכת גוף האדם, ובזה צריך להיות שוה לדין מלאכת שבת. וצריך לומר דהפסוק דושבתה הארץ מפרש הוא לכל דין איסור שביעית שתלוי הוא בעיקרו בדין עבודת הקרקע, ואם מצד עבודת קרקע אין כאן

איסור, אין איסור אף משום פסוק דבחריש ובקציר תשבות, שתלויים הם זה בזה. ובזה יתבאר בדרך פשוט למה לנו שני פסוקים בדין שביעית, הלא די בפסוק דבחריש ובקציר תשבות, דאילו לא נאמר רק קרא דבחריש ובקציר תשבות היינו אומרים שבמקום שאין משביח את הקרקע גם כן עובר, ועכשיו שנאמר הפסוק דושבתה הארץ, נתפרש לנו שכל האיסור תלוי בשביתת הקרקע, ואם מצד שביתת הקרקע אין כאן מלאכה משום דקשיא ליה, אינו עובר אף משום דבחריש ובקציר תשבות:

ובספר ברוך טעם בדין חילוק מלאכות ביו"ט הביא דברי הרמב"ן שכתב וז"ל ואי קשיא לך לחייב נמי משום חורש בשביעית איכא למימר דאין חילוק מלאכות בשביעית כשם שאין חילוק מלאכות ביו"ט ע"כ, ואחר זה הביא דברי הריטב"א שכתב וז"ל וביו"ט הוא דסבר יש חילוק מלאכות משום דאיתקש לשבת אבל שביעית פשיטא ליה דאין חילוק מלאכות ע"כ. והנה לפי דברי הרמב"ן כיון שמשוה להו לדין מלאכת שביעית ודין מלאכת יום טוב לענין דין חילוק מלאכות, נימא נמי דשוים הם לענין דין מלאכת מחשבת, אבל לדברי הריטב"א דמחלק ביניהם לענין דין חילוק מלאכות, ששני שרשי דינים נפרדים הם, הכי נמי יחלק ביניהם בדין מלאכת מחשבת, שלא נאמר רק גבי שבת ויו"ט. מיהו אפשר לומר שאף הרמב"ן לא השוה אותם רק לענין דין חילוק מלאכות, שזהו דין בעצם ענין המלאכות, ובזה שוים הם יום טוב ושביעית, אבל לגבי דין מלאכת מחשבת שדין זה מיוחד הוא בהלכות שבת ויום טוב, ודין הוא בעצם דיני השבת, דין זה אף לדעת הרמב"ן לא נאמר בדיני שביעית ולא בעינן שם מלאכת מחשבת:

גרגיר אחד מחדושי גיסי הג"ר אליעזר זאב קפין שליט"א מנהל ישיבת "חפץ חיים" בראדין ממה שנמצא באמתחתי.

א) **הקצוה"ח** סימן ש"ץ סעיף ה' בהגה כתב דברי התוס' בבא קמא (י"ז:) בד"ה זרק כלי וכו' שמחלקין בין זורק כלי עצמו בין זורק חץ כי בכלי עצמו אזלינן בתר מעיקרא ובזריקת חץ לא אזלינן בתר מעיקרא וסברא פשוטה היא לחלק עכ"ל. וע"ז כתב הקצוה"ח, אמנם מדברי הרא"ש נראה שאינו מחלק, וגם בזריקת חץ אזלינן בתר מעיקרא, שכתב בפרק כיצד הרגל גבי התיזה ברשות הרבים והזיקה ברשוה"י חייב, וז"ל ואע"ג דגבי דרסה על הכלי ונתגלגלה למקום אחר ונשבר אסיקנא לעיל כרבה דבתר מעיקרא אזלינן, הכא לא אזלינן בתר מעיקרא אלא אחר המקום שנעשה בו ההיזק, דגלי לן קרא בשן ורגל ובער בשדה אחר והביעור היה בחצר הניזק עכ"ל הרא"ש בקיצור, ואי נימא לחלק בין זרק חץ לזרק כלי כדברי התוס' א"כ מאי קשיא ליה מדרבה דהא

הכא התיזה ברשות הרבים וכו' אינו אלא צרורות והוה ליה זורק חץ דאזלינן ביה אליבא דכו"ע בתר סופו, אלא ודאי דהרא"ש אינו מחלק בין זורק חץ לזורק כלי עצמו, וכן הוכיח מהטור ושו"ע (סימן תי"ח סעיף י') גבי עשה אחד אש ובא אחר והוסיף אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון חייב ע"ש, ומשמע דאינו חייב רק הראשון ולא השני, ואם נימא דזרק חץ ובא השני ושברו השני חייב א"כ באש דהוי משום חציו אמאי אינו חייב השני ולכה"פ יתחייבו שניהם אלא ע"כ דגם בזה אזלינן בתר מעיקרא והשני פטור, וכן הוכיח מהנ"י בפ' כיצד הרגל גבי אשו משום חציו, ז"ל ואי קשיא איך שרינן להדליק עם חשיכה נרות בע"ש וכו' וכן בהרבה משניות משלשלין הפסח לתנור עם חשיכה וכו' הרי מבעיר בשבת, ותירץ לא קשיא שהרי חיובו משום חציו כזורק החץ שבשעה שיצא החץ מתחת ידו באותו שעה נעשה הכל ולא חשבינן ליה מעשה דמכאן ולהבא דאי חשבינן ליה הוה לן למיפטריה דאנוס הוא שאין בידו להחזירה וה"נ אילו מת קודם שהספיק להדליק הגדיש ודאי משתלם ניזק מאחריות נכסים דידיה דהא קרי כאן כי תצא אש שלם ישלם ואמאי מחייב הלא מת ומת לאו בר חיובא הוא אלא לאו שמע מינה דלא כמאן דאדליק השתא בידים חשבינן ליה אלא כמאן דאדליק מעיקרא משעת פשיעה וכן הדין לענין שבת וצ"ע ומשמע מזה דגם גבי חץ ה"ל כאילו איתעביד מעשה מעיקרא, והקשה לפי זה מאי דמוקמינן בכיצד הרגל במסכסכת כל הבירה כולה עיי"ש למה יתחייב על הסכסוך הלא משהדליק הבירה הוי כאלו נשרפת כולה דאזלינן בתר מעיקרא, ותירץ דלא אזלינן בתר מעיקרא באש רק אם מחייבינן בתורת חציו כמו שביאר הנ"י דחשבינן כאילו כבר עשה כל המעשה, אבל אם מחייבינן בתורת ממונו לא אזלינן בתר מעיקרא והרי זה דומה לחופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים דשניהם חייבין ובאוקימתא דמסכסכת אליבא מאן דאמר משום ממונו אזלינן:

אך הקשה על הטור סימן תמ"ח ז"ל גמל טעון פשתן ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך חנות וכו' בעל גמל חייב שפשע, ואם הולך הגמל ומסכסך הבירה כולה חייב בכולה נזק שלם, ואם לא סכסך כל הבירה אלא הדליק במקום אחד ומשם נתפשט בכולו חייב על מקום שהדליק נזק שלם ועל השאר חצי נזק, וקשה אם אזלינן גבי חץ בתר מעיקרא וקיל"ן אשו משום חציו הרי כל הבירה כבר כאילו נשרפה ואם בא אחר ושרפו פטור למה יתחייב בעל הגמל על הסכסוך של אחר כן נזק שלם והניח בצ"ע, עכ"ל הקצוה"ח:

והקושיא חמורה כי בודאי הטור בשיטת הרא"ש קאים כדקיימ"ל בכל דוכתא ואיך סתר כללו של הרא"ש דגבי חץ ג"כ אזלינן בתר מעיקרא, והנה ראיית הקצוה"ח מהנ"י

ג"כ קשה התינח להלכה דקיי"ל בתר מעיקרא שפיר מתירין להדליק מע"ש על שבת כמבואר בכל הני משניות דלעיל, אבל אם לא ניזול בתר מעיקרא כדמספקא ליה לרבא דלמא בתר סופו אזלינן איך מצאנו ידינו ורגלינו במשניות הנ"ל להתיר להדליק מע"ש על שבת ורבא בעצמו סבירא ליה דאשו משום חציו כמבואר בסוגיא דכיצד הרגל (דף ס"ב) קרא ומתניתא מסייע לר"י ותיהדר קושית הנ"י לדוכתא, אלא ודאי ההכרח לאמר כי אין דין זה שייך כלל לשאלת בתר מעיקרא או סופו, רק הנ"י בקושיתו רצה לדמות חיוב אש מטעם חציו דמחשבינן השריפה ששורפת אח"כ הוא מצד כחו ומעשיו, וא"כ גבי שבת נמי יהא חייב על מבעיר בשבת בכחו ומעשיו, ומחלק בתרוצו כי לא דמי חיובים של מזיק לחיוב מלאכה בשבת ומבאר כי דין החיוב של אש המזיק הוא מצד עשיית המזיק ופשיעתו והעשייה מחייבתו גם אם עוד אין כאן שום היזק דאל"כ גם אחרי כן לא הי' מחויב כי הוא אחר כן אנוס באופן כזה אשר אין ביכלתו לכבות אח"כ ואעפ"כ מחויב דהיינו באופן יותר גדול אם מת המזיק לגמרי בשעת ההיזק אעפ"כ הדין נותן שמחויב דקרינן ביה כי תצא אש על עשיית המזיק וחיובו מטעם שנחשב המזיק כחו של אדם ותולדתו כמבואר בכתוב כי תצא אש שלם ישלם, ומלשון הכתוב מוכיח הנ"י את סברתו עיי"ש, אבל לגבי שבת חיובו רק אם בפועל עושה פעולה ואי אפשר לחייבו מטעם שעל ידו נעשה הכח ההוא בשעת העשיה כי אז הלא היה חול ולא שבת, [ובאמת צריך ביאור למה לא יתרץ הנ"י בפשיטות כי אצל שבת החיוב הוא רק מטעם הפרעת המנוחה והשביתה וע"כ גם אם נאמר כי כחו של אדם וחציו פועלים בשבת ונחשב מצד הדין לפעולת האדם זה לא שייך רק גבי נזיקין אבל אצל שבת לו יצויר שיהי' האדם פועל פעולה אבל בלתי הפרעת מנוחה ושביתתה ג"כ לא יתחייב, כי ענין חיוב המלאכה בשבת הוא רק למען ינוח], ולא נחית הנ"י כלל בסברתו בתר מעיקרא או סופו לענין ההיזק רק חדוש חיוב של מזיק הוא מצד מעשה שלו ויצירת המזיק על ידו, רק אם עוד לא נעשה ההיזק אין על מה לחייבו, אבל כשנעשה ההיזק אזי חיובו למפרע על שעת העשיה, וזה ברור, וא"כ אזדא לה ראיית הקצוה"ח, ועל עצם יסודו בדברי הרא"ש ג"כ אין שום הכרח לזה כי דברי הרא"ש פשוטים גם אם יסבור סברת התוס' לחלק בין חץ לזריקת הכלי גופא, וזה ביאורו, דיש לחקור גבי זריקת חץ או צרורות דבהמה הלא מעשה המזקת נעשית אח"כ בשעה שמגיע להדבר הניזק, אם חשבינן למעשה המזיק תיכף בשעה שנזרק מידי הבעל מעשה דאזלינן בתר מעיקרא אחרי שסופו לעשות ההיזק, או אחרי סופו אם כי בודאי דבר הנזוק עוד לא ניזק כלל כי לא נעשה בו שום מעשה עדיין ובאופן כזה הלא סברא פשוטה שלא נחשוב את

הדבר הניזק לנזוק כביאור התוס' בדבריהם של הסברא פשוטה שכתבו בזה אך לגבי המזיק יש לנו שפיר לחקור אם אזלינן במעשה המזיק שלו בתר מעיקרא כי הלא נעשה בדבר המזיק מעשה בגופו בזריקת החץ והצרורות, או דאזלינן בתר בסופו בעת עשייתו בפועל ההיזק כי אין לנו שום כלל לחשוב דבר שעדיין לא נעשה לכבר עשוי, והרי זה ממש בעיא דרבא אם אזלינן בתר מעיקרא או בתר תבר מנא כי היינו הך התם נעשה מעשה בגוף הכלי והכא נעשה מעשה בגוף החץ, וממילא תלוי בזה אם התיז צרורות ברה"ר והזיק ברה"י, אם אזלינן בתר מעיקרא המזיק נעשה ברה"ר ופטור ואם בתר סופו המזיק נעשה ברה"י וחייב, וע"כ מקשה הרא"ש שפיר איך אפשר לחייב התיז ברה"ר והזיק ברה"י הלא אזלינן בתר מעיקרא כדאסיקנא לעיל דפשטינן מרבה, וע"ז מתרץ הרא"ש דהכא חידש לן קרא וגלי דאזלינן בתר המקום שנעשה בו ההיזק בפועל ולא בתר מעשה המזיק כדכתיב וביער בשדה אחר, רק שהביעור נעשה בשדה אחר גם אם המזיק נעשה ברה"ר אבל הכלי הלא נשברה ברה"י ולגבה אי אפשר לחשוב כבמעיקרא לכבר נשברה ברה"ר כסברא הפשוטה של התוס', כי לא נעשה בה שום מעשה, ויוצא לנו מזה לדון בפשיטות אם דרסה בהמה ברה"ר על הכלי עצמה ונתגלגלה לרה"י ונשברה, אם כי ההיזק בפועל נעשה ברה"י אעפ"כ בודאי תהי' פטורה כי אזלינן בתר מעיקרא ונחשב לנעשה ההיזק ברה"ר ופטור גם אחרי שגלי לן קרא ללכת אחרי הביעור וההיזק.
כי לפי הכלל דאזלינן בתר מעיקרא נחשב ההיזק לנעשה ברה"ר משא"כ גבי התיזה צרורות גם אם ניזל בתר מעיקרא זהו רק לגבי מעשה המזיק. אבל לגבי ההיזק בעל כורחין נעשה ברה"י ושייך שפיר גילוי דקרא דניזל בתר הביעור וההיזק ופשוט, ובזה מבוארים היטב דברי הט"ז שם בסימן הנ"ל, שמעתיק לשון הרא"ש הנ"ל מכיצד הרגל וכותב עליו המהרש"ל ז"ל א"כ דעתו כשהכל ברשות אז הולכין בתר מעיקרא שהוא ג"כ מקום הניזק וחייב לאפוקי ברה"ר, ולא נ"ל דא"כ צרורות היכי משכחת לה אליבי' מאחר שהכל ברשות נימא ניזול בתר מעיקרא ולא יהי' צרורות כמו דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר, אע"כ חילוקא רבה איכא ביניהם דלא אמרינן בהו ניזל בתר מעיקרא אלא כגון שדרסה על הכלי, או שזרק כלי מראש הגג שעשה מעיקרא מעשה בגוף הכלי הניזק והי' ראוי לישבר כדמסיק רבה מנא תבירא תבר אבל גבי צרורות לא שייך לאמר זיל בתר מעיקרא דבשעת התזה לא הי' עדיין ראוי להזיק עד שיגיע למקום אחר ולכן אפי' דרסה על הכלי ברה"ר והתיזה לרה"י ונשבר פטורה דבתר מעיקרא אזלינן דבתחלת דריסה הי' ראוי לשבר משא"כ לפי' הרא"ש שגם בכה"ג חייב עכ"ל מהרש"ל, נראה מדברי מהרש"ל שמפרש דברי רא"ש כפשוטן, דמה שחדשה לנו התורה דאזלינן בתר מקום

ההיזק שנעשה ברשות היחיד זה נקטינן לכלל פשוט אם ההיזק נעשה בפועל ברה"י אזי חייבה התורה ולא נחתינן לשום כללים בתר דמעיקרא או סופו גם אם עשה מעשה ההיזק בכלי עצמה, וברה"י אזלינן תמיד בתר מעיקרא גם לגבי צרורות וממילא קשה כל קושיות המהרש"ל על הרא"ש, אבל מסיק הט"ז שם וז"ל ולפע"ד דלא כן הדרך בפירוש הרא"ש דדרסה על הכלי ברה"ר והתיזה ברה"י דחייב, אלא פשיטא דפטור גם לדעת הרא"ש דכיון דאילו נשברה שם הי' פטור לא גרע בזה שנשברה ברה"י כיון שהכלי מונח שלא ברשות דבר"ה לא חייבה התורה גבי רגל וזהו עצמו הוא החילוק שחילק הרא"ש בין התיזה ברה"ר וכו' לנתגלגל ונשבר, דבהתיזה ברה"ר חייב כיון שהכלי הנשבר הוא מונח ברה"י ברשות ובזה חייבה התורה כיון שהביעור בחצר הניזק, משא"כ בדרסה בחצר הניזק על הכלי ונתגלגל למקום אחר בחצר הניזק דשם גם במקום הדריסה הוי חצר הניזק בזה אזלינן בתר מעיקרא ומשלם נזק שלם אבל בדרסה על הכלי ברה"ר והתיזה לרה"י פטור כיון דהוי הכלי במקום הפקר לגבי ההיזק וכו' ומ"ש רש"ל בזה יש לכוין גם בדעת הרא"ש, וכן משמע גם בדברי התוס' פרק כ"ה (דף י"ז) ד"ה זרק כלי וכו' וז"ל וסברא פשוטה היא לחלק בין זורק אבן לזורק כלי עכ"ל הרי מפורשין דברי הט"ז לפרש דברי הרא"ש כדברי התוס' לחלק בסברא פשוטה בין חץ וזריקת כלי גופא ומכוין דברי מהרש"ל וחלוקו בדעת הרא"ש ומבואר כל דברינו הנ"ל בביאור וסברת הרא"ש בדברי הט"ז הקצרים בסוף דבריו אחרי שהוסיף טעם בסברא לחלק בין התיז צרורות ברה"ר והזיקה ברשות היחיד בין התיז הכלי גופא מרשות הרבים לרה"י כמבואר בהנ"ל, והשתא דאתינן להכי בהחילוק שחלקנו גם אם אמרינן אצל צרורות דאזלינן בתר מעיקרא זהו רק בעצם המעשה של החץ שנחשב מעשה המזיק לדמעיקרא, אבל הדבר הניזוק בודאי עוד לא נחשב לניזוק כלל כי לא נעשה בו שום מעשה, ממילא פשוט גבי הדליק את הגדיש דחשבינן האש צרורות של חץ על השריפה שישרף אח"כ, ועדיין לא נעשה מעשה בגופה של גדיש שידלק אח"כ, כי מה שלא נשרף עדיין תיכף בשעה שמניח האש על מקום הגחלת נחשב עדיין ללא עשה בו שום מעשה כמבואר בפשיטות, וע"כ בודאי יש לחייב כל מי שידליק את הגדיש אח"כ גם כשהניח הגחלת בקצה אחד, וע"כ שפיר מחייבינן אח"כ נזק שלם על מה שמסכסך את הבירה כולה ואתי שפיר הכל:

הנה לפי המתבאר מדברינו בביאור דברי הרא"ש שסובר גם גבי חיצים שייך החקירה אם אזלינן בתר דמעיקרא או סופו לענין חיוב מעשה המזיק, תתעורר מחדש קושית הנ"י מהדלקת נרות מע"ש על שבת ולפי הנראה לא נחית הרא"ש לסברת הנ"י לחייב גבי מעשה המזיק על כל האופנים רק על שעת מעשה המזיק ויצירתו, כי לסברתו איבעיא

לן אולי ניזל בתר בסוף וחיוב מעשה המזיק יהי' בסופו, אך באמת כבר כתבנו לחלק בפשיטות מטעם אחר גבי שבת שאי אפשר לחייב בעד מלאכה שנעשית ממילא בלי שום הפרעת מנוחה ושביתה מהגוף בשבת ומה איכפת לן אם חשבינן גבי חץ בתר בסופו, אבל בודאי הלא נח ושובת גופו בשבת בלי שום מפריע ואין כאן שום חיוב על מעשה שבת:

הרמב"ם פ"ב מהלכות נזקי ממון הלכה י' התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר הי' חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו חוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק בד"א כשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהם מאליו בעל התרנגולין פטור ואם הי' לחוט בעלים ולא הי' החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל. הלכה י"א הצניע בעל החוט את החוט והתרנגולין דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא עכ"ל, וכתב עליו הראב"ד בהשגות דבר זה איני יודע מהו דהא קשרו אדם ודאי בעל התרנגול הוא והא דקאמר חצי נזק משום דס"ל כרבה דמסופק ליה דרסה על הכלי ונתגלגל למקום אחר ונשבר צרורות הוי או גופה, דחוט הקשור בו הרי הוא כשליף שעלי' מעתה כשנקשר החוט מאליו ונסתבך בו הכלי ונתגלגל ונשבר אמאי פטור מ"מ צרורות דתרנגול הוא ואפי' בחוט של הפקר חייב עכ"ל. ונראה לבאר דעת הרמב"ם וטעמו כן אחרי שהראב"ד בעצמו גלה לן טעמא של הרמב"ם למה לא מחייבינן רק חצי נזק כשנשבר ע"י הדליל כשקשרו אדם הלא דליל הוא רגל גופא ולא צרורות כשליף שעלי', ופירש מפני שמסופק להלכה אם אזלינן בתר מעיקרא או בתר תבר מנא כרבה דמספקא ליה, והכא כשנסתבך הכלי ונתגלגל ונשבר הרי זה ספק אם זה גופו או צרורות וע"כ מחייבינן רק חצי נזק, אך קושיתו של הראב"ד גם אם נקשר מאליו למה לא חשבינן לצרורות של תרנגול, נראה פשוט טעמו של הרמב"ם, שמבאר לנו סברת וטעם הדליל מפני מה חשבינן ליה כגופו ומדמינן ליה לשליף שעליה, אשר באמת יש לחלק בזה, כי כנראה מלשון הגמרא תמיד המציירת תולדה דרגל נקטה גבי כל בהמה ציור אחר באוכף שעליה ובשליף שעליה ובפרומביא שבפיה ובזוג שבצוארה וחמור במשאוי ועגלה מושכת בקרון, נראה מזה כי לא בכל דבר המדובק לגוף הבהמה נחשב לגופה ותולדה דרגל, רק דבר הרגיל בה נתבטל ונחשב לגופה (ומצאתי בע"ה בפנ"י הסברא הזאת), וא"כ סובר הרמב"ם כי דליל לרגל תרנגול אינו דבר רגיל כלל וע"כ רק כשאדם קושרו ומבטל אליו לגופו אזי מחשבינן לגופו אבל כשנקשר מאליו אינו נחשב כלל לגופו וזה מדייק הרמב"ם בלשונו בד"א כשקשרו אדם אבל לא קשרו אדם הדליל גופא לא נחשב גופו רק צרורות מכחו, וממילא הכלי שנסבך

בו ונתגלגל ונשבר מחשבינן זה לנשבר ע"י כח כחו אם ניזל בתר תבר מנא, ממילא מבואר בפשיטות טעמו של הרמב"ם דקא פטר ליה לגמרי בשעה שנקשר מאליו, דהרי הרמב"ם פסק בהלכה י"ז בהאי פרקא גבי כלב שנטל את החררה והלך אצל הגדיש וכו' ואם הי' מגרר את החררה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נ"ש ועל מקום הגחלת חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור, והראב"ד משיגו ליתא דצרורות ע"י שינוי מרביע נזק מיהא לא מיפטר, ומבאר הכסף משנה שמחלקותם תלוי בזה אם כח כחו אליבא דרבנן כדקי"ל אם הוי ככחו או לא. וידוע מחלוקת התוס' והרא"ש, כי תוס' סברי אליבא דרבנן כח כחו לאו ככחו דמי ופטור, תוס' (דף כ"ב) ד"ה ור' יוחנן בדאנחי אנוחי, והרא"ש פליג בסוגיא דבעי רב אשי כח כחו לסומכוס ככחו דמי וכו' וע"כ הרמב"ם אזיל בשיטת תוס' וממילא פטור על הגדיש לגמרי כי הלא זה כח כחו ולהראב"ד חייב דכח כחו ככחו דמי לפי זה מבואר בפשיטות מחלקותם הכא גבי דליל כי הרמב"ם וכן הראב"ד מסכים לשיטתו כי הדליל בשעה שלא קשרו אדם רק נקשר מאליו הוא רק צרורות ואינו גופו, כי ע"ז באמת אינו משיג הראב"ד על הרמב"ם על חילוקו של קשרו אדם בין נקשר מאליו, רק קושיתו אעפ"כ יתחייב מטעם צרורות דתרנגול, וא"כ אזדו לטעמייהו, הרמב"ם פוטר לגמרי בשעה שנקשר מאליו אזי הדליל בעצמו הוא רק צרורות ולא גופו כאשר ביארנו טעמו בזה וא"כ כשההיזק נעשה ע"י שנסבך בדליל ונתגלגל ונשבר הרי זה נשבר ע"י כח כחו וע"כ פטור כי כח כחו לאו ככחו דמי, אבל הראב"ד מקשה שפיר לטעמו דס"ל כח כחו ככחו דמי וא"כ למה יפטר לגמרי, וכן מבואר קושיתו בסוף ההשגה על הלכה י"א למה פטר הרמב"ם את בעל התרנגול אם לא שנוקים בדוקא בתר דנייח משום דלא שור בור, אבל בהדי דאזלי הלא צרורות דתרנגול הוא, מבואר ג"כ כי אזלי לטעמייהו כי להרמב"ם אין בזה משום צרורות כנ"ל דהוי כח כחו ופטור ולהראב"ד לשיטתו מחויב מטעם כח כחו:

והנה מה שמקשה עוד הראב"ד בהשגה זאת על מה דנקט הרמב"ם ואם הי' להחוט בעלים ולא הי' החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק, מקשה היכן מצינו לבור חיוב חצי נזק ואם בתר דנייחי אזיק על בעל החוט לשלם נזק שלם ובעל התרנגול פטור לגמרי מטעם איש בור ולא שור בור ואם ע"י גלגול נשבר בעל החוט פטור דלאו בור הוא אלא צרורות דתרנגול וכחו הוא, עכ"ל. ובאמת הי' לו להראב"ד להקשות עוד איך חייב חצי נזק מטעם בור, הלא בור פטור על הכלים, ורש"י ז"ל נשמר מקושיא זאת בסוגיין (דף י"ט:) בד"ה אבל קשרו אדם חייב ז"ל רש"י הקושר נזק שלם דהוי בור ואם נתקל בו אדם חייב בנזקו עכ"ל, דוק לפרש אם נתקל בו אדם כי כלים פטור מטעם בור, אבל

הרמב"ם נקיט להדיא ונסתבך כלי באותו החוט עיי"ש קשה כנ"ל, ונראה מזה דעתו של הרמב"ם כי בור המתגלגל בהדי דאזלי חיובו מטעם אחר מטעם אש ויתחייבו שניהם בעל התרנגול מטעם צרורות דיליה ובעל החוט מטעם אש שעל ידי רוח מצוי' הלך והזיק כמבואר בתוס' (דף ו') בד"ה לאתויי בור המתגלגל, ז"ל והמתגלגל ברגלי בהמה אם הזיק בהדי דאזלי יתחייבו שניהם בעל הבהמה ובעל התקלה, ובעל התקלה יש לחייבו מטעם אש כי חשבינן את הבהמה לרוח מצוי' כמו שכתבו התוס' בתחלתו אצל אדם עיי"ש, וא"כ הכא דאיירינן שנקשר החוט מאליו וע"כ אי אפשר לחייב את בעל התרנגול כי הוא כח כחו ופטור כנ"ל רק מחייבינן את בעל החוט שנעשה היזק אש ע"י התרנגול וחייב חצי נזק ושפיר מחייבינן גם על הכלים, ואפשר לאמר כי הרמב"ם יגרוס בהסוגיא (דף ו') בור המתגלגל ברגלי אדם ובהמה אי בהדי דאזלי היינו אש, ועיי"ש במהר"ם על הסוגיא בדברי התוס' שכתב לפי שיטת התוס' הי' ראוי לגרוס גרסא כזאת אי בהדי דאזלי היינו אש, ואתי שפיר דנקט הרמב"ם לשון בור המתגלגל הנזכר בגמרא:

והנה על שיטת התוס' יש מקום לחקור שסובר כי בהדי דאזלי הוא אש, באמת אין זה דומה למזיק האש, כי ענין מזיק של אש ההיזק עושה האש בעצמו רק הרוח מוליכו, אבל הכא אם מזיק דבר המתגלגל בהדי דאזיל אפשר שאין ההיזק נעשה מכחו של המתגלגל בלבד רק מצד הכח שהמגלגל נתן בו וזה דומה לרקתא (בבא בתרא דף כ"ו) שמחלקים התוס' שם בד"ה זיקא הוא דקא ממטי לה, שאי אפשר לחייב על הרקתא מטעם אש כי הרקתא בעצמה אין בה כח להזיק רק ע"י כח הרוח שנותן בה נעשית מזיק וא"כ הרוח עשאתו למזיק ואין זה דומה כלל לאש המזיק שהוא בעצמו המזיק רק הרוח מוליכו עיי"ש, וע"כ מהיכא תיתי נחייב בור המתגלגל בהדי דאזיל מטעם אש, אם לא שנאמר כי גם הכא מיירי בדבר המתגלגל אשר גם מצד עצמו וכובדו מזיק רק המגלגל מוליכו ממקום למקום והוי דמי לאש, ואעפ"כ מחייבינן שפיר גם המגלגל מטעם מזיק של כחו כי הוא מוליכו וזורקו, והכא במאי דאיירינן בדברי הרמב"ם גם דליל שנסתבך בו כלי ונתגלגל ונשבר, שבירת הכלי באמת לא נעשית מכח זריקת החוט כי אם הי' נעשית מצד כח הזריקה אזי הי' אפשר לדון שלא נחייב את בעל החוט מטעם אש כדאמרינן גבי רקתא כמבואר לעיל אבל כאשר הכלי רק נסתבך בהדליל ונתגלגל זה שפיר מיקרי הדליל בעצמו המזיק והוי דומיא דאש:

ועוד אפשר לאמר ביותר פשיטות ביאור לשון הרמב"ם דמחייב מטעם בור המתגלגל וחיובו הוא מטעם אש דאתי באמת ג"כ מהצד השוה של בור ואש כדאיתא בשיטה מקובצת בבא קמא (דף ו') ד"ה לאתויי בור המתגלגל וז"ל בכל הספרים כתיב אי בהדי

דאזלי קא מזקי כחו הוא והכי פריך כחו הוא ויתחייב המתגלגל מחצה ובעל התקלה מחצה וכו' כדברי התוס' ומסיק בסוף דבריו וז"ל וא"ת א"כ מאי קפריך אי בהדי דקא אזלי מזקי כחו הוא כלומר ולא אתי במה הצד, דהיינו אשו מ"מ נהי דחיוב מגלגל לא אתי במה הצד, חיוב בעל התקלה מיהא אתי במה הצד, וי"ל דודאי ה"מ למימר דאיצטריך מה הצד לענין בעל התקלה אלא ניחא למימר דהצד השוה אתי לנ"ש עכ"ל התוס' שאנץ, הרי כתב להדיא כי גם אליבא דאמת בור המתגלגל ברגלי בהמה בהדי דאזלא מחייבינן מטעם אש במה הצד, ולשיטה זאת אפשר כי נחייב כלים ג"כ בהדי דאזלי כמבואר בדברי הרא"ש בהאי סוגיא דאזלינן בתר עיקר הלימוד והתחלתו, עיי"ש היטב, ובור המתגלגל המזיק בהדי דאזלי עיקר למודו הוא מאש ובור רק תוכיח בעלמא, ואתי שפיר לשונו של הרמב"ם דמחייב שבירת הכלים ע"י שנסתבך בחוט ונתגלגל דהוא מטעם לימוד הצד השוה מבור המתגלגל ועיקר חיובו מטעם אש:

ואם יקשה לן על דברי הרמב"ם דמחייב רק חצי נזק לבעל החוט אחרי שיש לו שותף את בעל התרנגול ואם בעל התרנגול אי אפשר לתובעו כי הוי זה ספק ממון כדמפרש הראב"ד וכדפרשינן הטעם מפני שהוי ספק כח כחו ופטור, הי' לנו לחייב את בעל החוט בכל מטעם דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי, כדפסק הרמב"ם להלכה פרק י"ב מהלכות נזקי ממון הלכה י"ט כ' כ"א גבי שור ובור שהזיקו וגבי שור הדיוט ושור הקדש שהזיקו שמשלם בעל הבור הכל ובעל השור ההדיוט הכל, עיי"ש, ויש לאמר כי לא קשה כלל, כי באמת איתא בגמרא טעמא לר' נתן (בבא קמא דף י"ג) מטעם דאנא תוראי בבירך אשכחתא עיי"ש ובמקום דליכא האי טעמא לא אמרינן כל היכא דליכא לאישתלומי וכו' וכן איתא בהגהת מיימוני שם בשם מהר"מ, והא דאמרינן ג"כ גבי שור של הדיוט והקדש כל היכא דליכא לאישתלומי, מפרש מהר"מ, כי באמת יש שני אופנים של שותפות בהיזק, דהיינו אצל בור ושור אמרינן דהאי פלגא היזקא קעביד והאי פלגא היזקא קעביד ומהיכא תיתי נאמר שהשני ישלם בעד האחר מה שלא עשה היזק רק אמרינן בזה טעם אחר אנא תוראי בבירך אשכחתא ושייך לתבוע ממך, כמבואר בסוגיא שמה, אבל גבי שור ושור אמרינן דהאי כולא היזקא קעביד והאי כולא היזקא קעביד ושפיר אמרינן בזה כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי וא"כ אתי לן שפיר הכא גבי חוט ותרנגול דהוי דומיא דבור ושור דהאי פלגא היזקא קעביד והאי פלגא היזקא קעביד וטעמא דתוראי בבירך אשכחתא אינו שייך כאן כי נשבר במקום אחר לגמרי רק שניהם התרנגול והחוט גרמו, שפיר לא אמרינן בזה כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי:

ועוד כתב הגהת מיימוני בשם מהר"מ כי אמרינן הכלל דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי רק במקום שאחד מהם אינו בר חיובא כלל וע"כ אינו משלם ורמי כל החיוב על השני אבל היכא דגם השני בר חיובא רק העני ואין לו במה לשלם לא אמרינן בזה הכלל דכל היכא דליכא לאישתלומי עיי"ש, וא"כ אתי שפיר גם הכא הלא מה דבעל התרנגול פטור אין זה מטעם ודאי אינו בר חיובא רק פטורו הוי מטעם דהוי ספק כח כחו ומספיקא לא מפקינן ממונא כדמפרש הראב"ד וא"כ שפיר יאמר בעל החוט בעל התרנגול חייב לך דלמא בתר מעיקרא אזלינן והוי רק כחו, ולא תוכל לתבוע ממני מספק, ואם שאין לך אפשרות לגבות ממנו זה הוא רק כמו העני שלא אמרינן בזה הכלל דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי:

עד כאן דברי גיסי הרא"ז שליט"א.

בדבר אשר כתב (לפרש דברי הנ"י פרק כיצד הרגל, שכונתו, שבהדליק בערב שבת ודלק בשבת מכחו, לא מיחשב מלאכה בשבת אף למ"ד אשו משום חציו, משום דסוף סוף נח גופו לגמרי ושבת, אין משמעות לשון הנ"י מורה כן,) ועיין בספר חמדת ישראל שהביא דברי הירושלמי שבת פ"ב ה"א בד"ה ולא בשמן שריפה אמר ר"ח זאת אומרת שאסור להצית את האור במדורות קדשים והיא דליקה והולכת בשבת ומקשה בירושלמי והא תנינן ומאחיזין את האור במדורות בית המוקד וכו' אמר ר"י בשבת כ' לא תעשה כל מלאכה נעשית היא מאליה ברם הכא התורה אמרה אין שורפים את הקדשים ביו"ט כ"ש בשבת ע"כ. ומזה נראה כי הירושלמי יישב קושית הנ"י, משום דנעשית היא מאליה, ר"ל כי אין זאת מלאכה, משום דסוף סוף שבת האדם. אבל אפשר לפרש כונת הירושלמי כסברת המנחת חינוך בל"ט מלאכות אות י"א שכל מלאכת שבת ממלאכת המשכן ילפינן ובמשכן בישול סממנים הוא כדרך שמעמידין באור להתבשל ומתבשל ממילא וכו' אבל מכה בפטיש דהי' במשכן על ידי הכאתו בפטיש נגמרה המלאכה א"כ בשבת ג"כ צ"ל דווקא בעשייתו יהיה הגמר מלאכה ע"כ. ועפ"י דבריו אלו יישבתי מה שמקשים על שיטת הר"ם שסובר דהדחת קוליס האיספנין חייב משום מכה בפטיש וביחוד להסוברים דאף בהדחת צונן חייב ואמאי אמר בגמרא דהמבשל בחמה ובחמי חמה פטור, מפני מה לא יתחייב משום מכה בפטיש, ועפ"י האמור יתיישב דלא נגמר הבישול תיכף בעשייתו, דהיינו בהנחתו בחמה, כ"א אח"כ ממילא ואין בזה משום מכה בפטיש. ונוכל להעמיס זה בכונת הירושלמי, דגם מלאכת מבעיר שבמשכן, היא מעשה הבערת אדם ממש עם ההדלקה דממילא, אבל הדלקה דממילא בלא הבערת אדם אין זה דומיא דמלאכת המשכן, ואף שהיתה כאן גם הבערת אדם, מ"מ כיון שעל הבערת ערב

שבת הלא פטור, נמצא שאם נחייבו, אין זאת כ"א על ההדלקה דממילא ואין זה דומיא דמלאכת המשכן:

המטריצן נעשו ונגמרו ביום ב' בהעלותך י"ד סיון תרצ"ח ע"י הבחור אביגדור קרוננברג