תלמוד בבלי · אחרונים · לבוש מרדכי · סדר נזיקין

לבוש מרדכי בבא מציעא

רבי משה מרדכי אפשטיין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

לבוש מרדכי בבא מציעא

רבי משה מרדכי אפשטיין

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/לבוש-מרדכי-בבא-מציעא/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611160902 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמה 5
פתיחה 17
סימן א 66
סימן ב 81
סימן ג 86
סימן ד 93
סימן ה 100
סימן ו 113
סימן ז 131
סימן ח 142
סימן ט 149
סימן י 154
סימן יא 171
סימן יב 185
סימן יג 194
סימן יד 200
סימן טו 218
סימן טז 235
סימן יז 248
סימן יח 289
סימן יט 297
סימן כ 307
סימן כא 330
סימן כב 340
סימן כג 349
סימן כד 368
סימן כה 383
סימן כו 393
סימן כז 402
סימן כח 419
סימן כט 432

סימן ל 439
סימן לא 454

הקדמה

השם דרכים בארץ ובים הגדול. נתיבות במים עזים הוא שם דרכים. בים התלמוד. וצוה אותנו ללך בדרכי ה'. למצוא נתיבתי' ודרכי' של תורה דרכי נועם. הדרך אשר בה הולך האדם למעלה כל מה שהוא צולל לעמקי תורתינו הק'. הוא הולך יותר למעלה, כל מה שהוא מחשיף מצפונות החכמה הולך וגדול. התורה. הקדושה. אשר ארוכה מארץ מדה ורחבה מני ים צמצם אותה הקב"ה בספר התורה. כאשר צמצם שכינתו, בין בדי הארון ועלינו להרחיבה. בזה שנשדדה. ונגלה מטמונות. אשר בה, וגדלה את מימי' שהם מעין שאינו פוסק. וכל ימי חיי האדם. עליו ללך בדרך הזה. ואף אם אלפים שנה יחי' האדם, וכל ימי חייו לא יפסוק ממשנתו, עוד לא יגיע למקצת מן המקצת אשר בה.

אמרו רבותינו ז"ל על הפסוק אם בחוקתי תלכו. שתהיו עמלים בתורה. וזה התחלת התנאי של כל הברכות, שהבטיח ה' לעם ישראל, אם ילכו בחוקותיו. היינו שיהיו עמלים בתורה, דרשו זאת רז"ל כי החוקים שחקק ה' לעם ישראל, עליהם אין שייך לומר, הליכה עליהם שייך לומר עשי'. ושמרתם את כל חוקותי ועשיתם אותם, השמירה היא להוסיף גדרים, והעשי' היא לעשות אותם, אכל איך שייך לומר הליכה על החוקים, אכן בזה ביארו לנו רז"ל כי בהדברים האלה אם בחוקתי תלכו, הודיע לנו השם כי הצלחתינו ואשרנו, הוא אם נלך בחוקיו, ח' שם חוקות שמים וארץ. ושם חוקות התורה, ועלינו ללך בהחוקים ההליכה היא אשר האדם הולך למקום רחוק ועובר הרבה ארץ. והולך הלאה ועל האדם בתורת ה' תמיד ללך וללך. כל ימי חייו. להשיג את החוקים שחקק ה' יותר ויותר. ובזה הוא הולך תמיד למעלה למעלה, והליכתו אינינה פוסקת. כי כל אשר יעמול יותר ימצא יותר, ויראה כי רב מאד הדרך. אם אנו עמלים בתורה. בעמל הנפש. להשיג איכות ועמקות הדברים, אז ה' משפיע עלינו כל הטובות. שחפץ ה' שיהיו על עם ישראל וכזה ביארו רז"ל. קרא דהליכות עולם לו. אל תקרא הליכות אלא הלכות, לא שינו רז"ל את הפסוק מקריאתו. אם כתוב הליכות, לא נוכל לקרא הלכות, אכל רז"ל דרשו הדרשה הזאת, כי כל מעשה העולם, אין ההליכה העיקר, אלא התכלית להגיע למקום הנרצה, למקום ומחוז חפצו. ששם ישיג מבוקשו, או ששם יוכל לעשות את המוטל עליו, זה העיקר אבל מהו הדבר, שלא העיקר להשיג תכלית. ולשים קין להילוכו. אך ההליכה בעצמה היא העיקר, ואין לה גביל, ולא תכלית, אך ללך. וללך. וזאת כל תכלית העולם, המה ההלכות. היינו לימוד התורה, אבל לא לימוד התורה, כאלה אשר קראום רז"ל, שאם יורו מתוך משנתם, המה מכלים העולם, הלימוד שאינה עפ"י גמרא, היינו הפלפול והחקירה בטעמי הדברים, בהבנתם בהעמקה אם שגם זה

מצוה, אעפי"כ לימוד שאין האדם בא לעומק, אין זה תורה לשמה, לימוד שאין יכול האדם להורות מתוך זה אינינו עוד תורה אמתית ומהו תורה אמתית, אשר כל אושר ישראל, והעולם תלוי בה, לימוד שיכול להורות מתוך זה, שהולך ומכין דבר לאשורו, לישרו ובכן אמרו, אל תקרא הליכות עולם, שהעיקר והתכלית, ודבר שבלתי פוסק. הוא ההליכה אלא הלכות זהו לימוד שיוכל להביא לידי הלכות, היינו העמל בתורה, לזה יקרא הליכות עולם לו ודרשתם זאת. היא אחת עם הדרשה, על קרא, דאם בחוקותי תלכו, שתהיו עמלים בתורה, להבין אגרא דשמעתא פנימיות ועומק הדברים, אלה המה הליכות העולם ולימוד התורה לשמה.

וכאשר רבינו הרא"ש בפירושו לנדרים דף מ"ב פירש הא דאיתא ודבר בהן לשמן. כתב ז"ל כל דבורך ומשאך בדברי תורה יחי לשם התורה כגון לידע ולהבין ולהוסיף לקח ופלפול ולא לקנטר ולהתגאות, עכ"ל, הננו רואים מדברי הרא"ש אלו, שמה שאמרו תורה לשמה, אין הכונה לשם מצוה בלבד, מדלא אמרינן תורה לשמו היינו לשם השם, אלא עוד דבר גדול כיונו בזה שאמרו לשמה, הפירוש, הלימוד צריך להיות לשם התורה, להבין, ולהוסיף לקח ופלפול, הידיעה, בלי הבנה והוספת לקח ופלפול, הוא כגוף בלי נשמה, אך ע"י הפלפול בישרות והבנה, באים להבין עמקות, ומכרח הדברים. לדע את תורתינו הק'. לדע דעת עליון. בתורתו הקדושה אשר היתה גנוזה אצלו אלפים שנה קודם בריאת העולם, וכאשר ביאר זאת בספר הקדוש נפש החיים. מה גדול המרחק. מה רב החילוק. בין הלימור. לדע אך צורת הדברים, ובין הלימוד לדע עמקות וסברת הדברים. אי אפשר לשער, הנה אמרו רז"ל, במס' מגילה דף כ"ח. ההוא צורבא מרבנן. דהוי תני הלכתא ספרא וספרי ותוספתא ושכיב אתו ואמרו לרב נחמן לספדי' מר אמר היכי נספדי' הי דנא דמלא ספרי דחסר, והנה ידע רכ נחמן. את העונש הגדול. שר המתעצל בהספדו של חכם, עד שאמרו ראוי לקברו בחייו, ואמרו במס' קידושין. והוא מהתוספתא. אם אמר ע"מ שאני תלמיד, זה ששואלין אותו דבר הלכה בכל מקום. ואומרה ואפילו במס' כלה, אף שידע לומר מה שנאמר בחדשי כלה הוא תלמיד ע"מ שאני חכם, כל שאומר דבר חכמה בכל מקום ואומרה, ופרש"י מילתא דתליא בסברא. והאי בכל מקום דאיתא גבי דבר חכמה. הוא ג"כ אפילו אומר באיזה מקום, לא שיאמר בכל מקומות התורה. וכן פירש החלקת מחוקק בסימן ל"ח סעיף קטן מג' ז"ל דבר התלוי בסברא בכל מקום נראה דהכא ג"כ כאחד מן המקומות סגי כמו בע"מ שאני תלמיד, ואפשר דמי שיודע להשיב דבר התלוי בסברא במקום אחד יודע להשיב בכל המקומות עכ"ל. עכ"פ רואים אנו, שמי שיודע להשיב סברא ישרה. בלימודו, לזה יש לו דין חכם, וממילא מחויבים

לתת לו כבוד חכם, אבל מי שלמד הלכתא ספרא וספרי ותוספתא, שזהו כל הש"ס בימי רב נחמן. אם אינינו שיוכל לאמר עליו, שהוא יכול לומר מלתא דתליא בסברא לו אין מחויבים לתת כבוד חכם זה למד כל הש"ס שזה כל התורה, והי' מלא בחם ידע אותם, אבל לא הי' יודע להשיב סברא זה אינו חכם, וזה שיודע להשיב סברא, זה הוא חכם **ורב** נחמן הורה לנו בדבריו הלכתא רבתא, מי שלומד, ואינינו לומד, להבין ולהוסיף לקח ופלפול, לדע אגרא דשמעתא סברא אף שזוכר ומונח במחו אין התורה נעשית עצמותו, אך התורה מונחת בראשו ובודאי דגם זה קדושה רבה, להיות המוח מלא מתורת ה', אכל אין זה פנימיותו, אין התורה נפשו ונשמתו, רק הוא נושא את התורה, אבל מי שלומד להכין הסברא, לאמר דבר חכמה, התורה נעשית נפשו ונשמתו, והנה אם אמרה התורה לא תאכל כל דם, כי הדם הוא הנפש, ופירש הרמב"ן דע"י שהאדם אוכל דם בהמה, נפשו מתמונת עם נפש הבהמה. אשר בהדם וזה הפחיתות היותר גדול לאדם, אם הוא יורד ממדרגתו ממדרגת נשמת ה' ומערב כנשמתו, את רוח הבהמה היורדת למטה, מרובה מדה טובה, מה רמה ונשאה המעלה הר הרבה למזג ולערב בנשמת האדם, את התורה הקדושה, תורת ה', אשר אסרו רז"ל אנכי נוטריקון אנא נפשי כתיבת יהבית, עולה בזה האדם למעלה למעלה. נשמתו מתרוממת ומתקדשת ומתמזגת. עם קדושת התורה, אכן כל זה דוקא, אם לומד להבין את עמקות וסברת הדברים, שיוכל דאמר דבר חכמה, ואף אם כמקום אחד, כבר הוא בגדר חכם אך אם אינו קונה את צוף טעם, ההבנה, אם אינו מיגע לצלול לעומקא, אף שהוא בקי כל ההלכתא ספרא וספרי ותוספתא, הוא רק נושא התורה, וקדושתו רק קדושת ארון הקודש, יען במחו מונח תורתנו הקדושה, והוא צנא מלא ספרא. אבל הוא בעצמו לא נתהפך. להיות הוא ספר התורה בעצמו.

בזה אפשר לפרש, דברי רבותינו שאמרו גיטן דף ס' לא כרת הקב"ה ברית עם ישראל אלא בשביל תורה שבע"פ. שנאמר כי עפ"י הדברים האלה כרתי אתך ברית התורה הקדושה שניתנה לנו, בה גנוז, כל התורה שבעל פה, אך גנוז עמוק עמוק מי ימצאנו. ואם ילמדו תורה שבכתב בלי תורה שבעל פה אז אף תורה שבכתב אין כי הכל כספר החתום, האיש אשר למד כל התורה שבכתב, הרי מונח במחו ובראשו, התורה שבכתב שבה גנוזה כל התורה שבעל פה, אבל הברית שכרת ה' עם ישראלי שיהיו כל גופם תורה, שיהי' נשמותיהם נפשם ורוחם, קדוש לה' וזה יהי' אך אם ילמדו תורה שבע"פ שהיא המחשפת מצפוני התורה, ומשרשת אותם בפנימיות הנפש, ורק על ידי התורה שבעל פה יוכל להיות דבוק בה', וקוב"ה וישראל ואורייתא חד אכן הראשונים ה' לכם פתוח כאולם ולהם היתה המשנה התורה שבעל פה אך אחר כן גם התורה שבעל פה, היינו

דברי המשנה, היו לתורה שבכתב, גם בלימוד המשנה, עוד רחוק הוא מהבין את עמקות הדברים, עד שאמרו התנאים שאינם עוסקים בגמ', מבלי עולם, בימי חכמי המשנה, הי' להם המשנה התורה שבע"פ. אבל אחר כן, נעשית להם המשנה לתורה שבכתב והגמ' לתורה שבע"פ. אח"כ נתמעטו הלבבות והגמ' נעשית לתורה שבכתב, והגאונים והמפרשים המה התורה שבע"פ יען על ידם באו לעומק הגמ'.

אבל עתה לנו גם דברי רבותינו הראשונים והאחרונים. לנו כספר החתום ועלינו להפוך בדבריהם הפך בהם, והפך בהם, ורק ע"י עיון רכ ויגיעה הרבה ע"י פלפול ודבוק. עי"ז אנו יורדים לעומק דבריהם וע"כ עלינו לחבר ספרים. לשמור את ברית ה' שכרת עמנו, ע"י ידיעת וסברות התורה, וכל המלגלג. על עשית ספרים הוא נידון. כי לא ידע ולא יבין כי כל אשרנו כך אם נשמור את ברית ה'. לימוד התורה. רק אז ישראל עושה חיל.

אמרו רז"ל במגילה על הפסוק ויהי בהיות יהושע ביריחו וירא והנה איש עומד לנגדו וחרבו שלופה בידו, ויאמר לו הלנו אתה אם לצרינו. ויאמר לו. לא כי אני שר צבא ה' עתה באתי, ויפול יהושע על פניו, ויאמר מה אדוני מדבר אל עבדו. ויאמר של נעליך מעל רגליך. כי המקום אשר אתה עומד עליו אדמת קודש הוא, ואמרו רז"ל על זה במגילה. אמר לו המלאך אמש בטלתם תמיד של בין הערבים ועכשיו בטלתם תורה, אמר לו על איזה מהן באח. אמר לו עתה באתי, מיד וילן יהושע בתוך העמק מלמד שהלך ולן בעומקה של הלכה.

ולכאורה הדברים מפליאים. איפוא מצאו רז"ל בדברי המלאך איזה קנטור ומשא ומתן אודות בטול תורה, אכן אם נתבונן היטב הנה בלא פירוש רז"ל אי אפשר להכין המשא ומתן שהי' בין יהושע והמלאך. אשר תורתנו הק' כתבה זאת, למען נלמוד מזה תורה, הנה יהושע שאל את האיש שראה עומד לנגדו וחרבו שלופה בידו, לנו אתה אם לצרינו, והי' עליו לענות לכם, או חלילה להיפך, והוא ענה אותו, לא, כי אני שר צבא ה', מהו הפירוש. לא, מהו לא, עוד זאת יפלא, יהושע נפל על פניו, ואומר מה אדוני מדבר אל עבדו, לפי הדברים, משמע שלא שמע מה שאמר לו השר של כא הי, וא"כ הי' לו לענות, כן וכן דברתי. אבל מה ענה לו של נעליך מעל רגליך. איזה תשובה על שאלת יהושע, מה אדוני מדבר אל עבדו. אכן רפי פירוש רבותינו נבין הדברים. יהושע ראהו, שהוא עומד לנגדו. לנגדו, זהו מראה, שאין המלאך בא לסיפו, שאילו הי' לעזרם, הי' לו להיות עומד וחרבו נגד האויב, אבל הלא ה' צוה לכבוש את ארץ ישראל, ובכן נרתע יהושע צל ושואל מהמלאך. הלנו אם צלצרנו, והוא השיב לא אין אני לכם ולא לצריכם, אני שר צבא ה', אם הייתי מוצא צבא ה', אז הייתי תיכף מחזיר חרבי השלופה לעומת

האויב, אבל לא מצאתי צבא ה' ישראל הוא צבא ה', כל זמן שהוא דבוק בברית שכרת ה' עם ישראל. עם לימוד התורה בעומקה. עם למוד התורה שבעל פה, להוסיף לקח ופלפול. ללמוד התורה לשמה לשם התורה. להבין עמקותא וסברת הדברים, ובשמור ישראל את למוד התורה. כהלכתה כפי ברית ה', אז השר צבא ה', הולך לפני צבא ה', הולך לפניהם וכובש את מלחמתם, אבל אם חלילה, אינני מוצא את ישראל בתמונת צבא ה', אז לכד שאין הולך לפניהם, אז חלילה חרבו שלופה נגד, המלאך רמז ליהושע בדברו עתה באחי, ובתיבת לא, שיש ערעור וקטרוג, על שני דברים, אבל הוא בא וחרבו שלופה. על דבר אחד, הקטרוג הוא על שני דברים, אבל הוא בא וחרבו בידו, על של עתה, על שלא עסקו בתורה, אכל חלילה הוא איננו לצרי ישראל. אם תיכף יחזיקו במעוזם, כחרב וקשת של יעקב אבינו ואז נעשים צבא ה'. תיכף הכח האלקי ילך לפניהם, לעזרם החרב השלופה תהי' נטושה נגד צוררי ישראל, מיד ויפול יהושע על פניו, ויאמר מה אדוני מדבר אל עבדו, ביאור הדברים. האם אפשר לדרוש מאנשים העומדים במלחמה שעליהם לשים לבבם נפשם ורוחם, כל מחשבותיהם להמלחמה, חייהם בסכנה טרודים המה בעבודה קשה, ואיך אפשר לדרוש, כי יפנו לכם ללמוד תורה, ולא עוד אלא דוקא בעיון בעומקה מה מדבר אדוני. האפשר לדרוש זאת עתה, ובפרט בשעה שאנו עוסקים במצוה רבה וגדולה הלזו, לכבוש את הארץ, בפני עם ישראל, להושיבם במקומותיהם, המלחמת חובה הזאת, בעד העם והארץ, האפשר לדרוש, מאנשים כאלה בעת הזאת, שישבו ללמוד, ודוקא בעיון היתכן לעשות זאת, ע"ז ענהו שר צבא ה', היודע את אשר טוב לישראל, ואת הדרוש לישראל היודע מה למעלה ההנהגה שמתנהג ה' עם ישראל של נעליך מעל רגליך כי המקום אשר אתה עומד עליו אדמת קודש הוא, שלוף הגשמיות, מעל גוף ישראל אין עם ישראל, כשאר העמים, שהם אינם קודש, ואדמתם אינה קדושה, להם הברכה על חרבך תחי'. עליהם לבטוח על חרבם וקשתם עליהם העיקר בעת מלחמה, לשים כל לבבם. להטיב חרבם להשחיזה ולתת לה ברק להיותה חדה ומורטה, אכל לא כן ישראל העומד על אדמת קודש לא בחיל ולא בכח יגבר ישראל, אך ברכתו, היא הברכה הקול קול יעקב בזמן שקול התורה אז אין ידי אויביו מנצחים, לכבוש ולהושיב אדמת הקודש נחוץ להתחזק בתורה, ובכן דוקא בעת השכודה בעד העם והארץ קל ישראל להתחזק ללמוד בעומקה שא הלכה. מיד יהושע בהיותו בעי לן בעומקה של הלכה לשמור אח ברית ה' עם ישראל. ורק עי"ז על ידי לימוד התורה בעומקה של הלכה עשה ישראל חיל.

אכן אם חלילה יש התרפות מדכרי תורה. אז חלילה הדבר קשה מכל המקראות המאורעות אמרו רז"ל במדרש תנחומא על הפסוק זכור את אשר עשה לך עמלק. משל למה הדבר דומה למלך שהי' לו כרם והקיפו גדר והושיב בו המלך כלב נשכן אמר המלך כל מי שיבא ויפרוץ את הגדר ישכנו הכלב לימים בא בנו של המלך ופרץ את הגדר נשכו הכלב כל זמן שהי' המלך מבקש להזכיר חטא של בנו שפרץ הגדר אומר לו זכור אתה האיך נשכך הכלב כך כל זמן שהקב"ה מבקש להזכיר חטאן של ישראל שחטאו ברפידים שנאמר חיש ה' בקרבנו אמר להם זכור את אשר עשה לך עמלק. הנה אמרו רז"ל, כי מצות זכור את אשר עשה לך עמלק עיקרה נתן לנו ה', שנזכור אנחנו את אשר עשינו אשר בשבילה בא עמלק אך בחמלת ה' על עם ישראל ובאהבתו אותם כמה הדבר, וצוה עלינו לזכור את אשר עשה עמלק כדי שנזכור אנו על ידי זה. את אשר נכשלנו. ונשים לבבינו לזה, להזהר ממכשול הגדול, ובזה יתבאר מה שאמר הכתוב ביתרו כתוב זאת זכרן בספר ושים באזני יהושע כי מחה אמחה את זכר עמלק אפשר לבאר. כי מצינו שאמר ה' אל משה כששאל ואמרו לי מה שמו מה אמר אליהם, אמר לו ה' אהי' אשר אהי', ויאמר כה תאמר לבני ישראל אהי' שלחני אליכם. ופירשו רז"ל ברכות ט' א"ל הקב"ה למשה לך אמור להם לישראל אני הייתי עמכם בשעבור זה ואני אהי' עמכם בשעבוד מלכיות אמר לפניו רבש"ע די' לצרה בשעתה א"ל הקב"ה לך אמור להם. אהי' שלחני אליכם, (פירוש כן הי' דעתי מקודם ורק לך אמרתי הדבר), ופירש רש"י ד"ה די' ז"ל די' לצרה שיתאוננו בה בשעה שתבא עליהם למה תדאיבם עכשיו בשורה קשה, ע"כ, והנה בודאי אחר כן, כשניתן התורה, ואחר כשהיו ישראל במדבר, נעים ונדים ארבעים שנה, ובטח קראו את ספר התורה, וידעו הפירוש דברי ה' אל משה, אהי' אשר אהי' עם עם ישראל בשעבוד מלכיות, ולמה הדאיב לכם אז בבשורה הנוראה הזאת, אכן צריך לומד, דאין דומה, אם הי' משה שלוח אל ישראל לאמר להם, השם אהי' אשר אהי', שזה מורה, שהשם מוכן, להיות בשעבוד מלכיות השליחות שהי' אומר להם משה, הי' עושה עליהם רושם נורא אשר הי' מדאיב לבכם, באופן מבהיל, כי דבור הבא בשליחות ה', יורד עמוק עמוק, מה שאין כן, הדבר אשר קראו בספר התורה, שהיא ידיעה, לא בשליחות, לא עשה רושם נורא כל כך, ובאהבת ה' את עם ישראל, מנע מהם הצער היותר גדול, אילו הי' נאמר זאת בשליחות ה' להם, כן הדבר במחית עמלק, הנה מצות ח' זאת לא נמלאה, שיעשו זאת ישראל, שאול חמל על אגג, ויצאו ממנו עמלקים, גם בימי מרדכי ואסתר, לא יכלו ביום אחד לאבד את זכר עמלק, והראי' שבשושן כשניתן גם למחר לעשות עוד כן, ועוד למחר נקהלו היהודים והרגו שלש מאות מצוררי היהודים,

ואילו הי' גם בכל העולם לעשות כן. היו מוצאים הרבה יותר מהחמשה ושבעים אלף, אך הדת ניתן רק בשושן, ובכן נשארו עמלקים. והרי רואים אנו, שאין עדנה בעוח"ר הכסא שלם, אות הוא, כי לא נמחה עמלק. ואך ה' לבדו. הוא ימחה את זכר עמלק. בבא הקץ. וזאת אמר ה' למשה. אסור ליהושע ושים באזניו, היינו לא בגדר שליחות לכלל ישראל. כי מחית עמלק אעשה אנכי. אנכי אמחה את זכרו, אבל ישראל לא יעשו זאת, ואם היו אומרים זאת לישראל. הי' זאת להם לאבל, שלא יקיימו מצות ה', ויהיו בשביל זה, בגלות המר והנורא, אבל באהבת ה' את עם ישראל, לא חפץ להדאיב לבבם. וצוה רק לשים באזני יהושע, ואף שקראו זאת ישראל, אבל כיון שלא הי' הדבר שליחות אליהם, לא פעל כל כך על לבבם ובכן קורא הדורות מראש, הלא ידע כי המצוה הזאת לא תתקיים, ואיך צוה השם מצוה, שלא תתקיים, ואם מצינו שצוה לאדם אחד בגדר נסיון כמו ציווי של עץ הדעת. אבל מצוה הנוהגת לדורות, שיצוה ה' בעת שהיא איננה עתידה להתקיים. ומצות מחית עמלק היא אחת מהתרי"ג מצות ואיך צוה עלי' הקב"ה בעת, שכבר אמר שלא תתקיים, אכן אחרי שהמצוה הזאת היא ציווי. בגדר העלמה, שעיקרה שנדע את אשר עשינו אנחנו שבשביל זה בא עמלק. וא"כ היא מתקיימת חסיד, ובעת זכירת מעשה עמלק. נזכור את אשר קרה לנו, בעת שפרצנו את הגדר, והנה במדרש תנחומא, אומר. שפריצת הגדר. הי' מה שאמרו היש ה' בקרבנו, אכן המדרש תנחומא בעצמו בפרשה בשלח. אומר, שבא עמלק בשביל רפידים שרפו ידיהם מן התורה, וכן הוא בגמ' בכורות. וכן מפרש מדרש תנחומא. שם בפ' בשלח על הפסוק והי' כאשר ירים משה ידו וגבר ישראל, ז"ל כל זמן שמשה מגביה ידיו למעלה עתידין ישראל להגביר בדברי תורה שעתידין להנתן על ידי משה, דקדק המדרש תנחומא, בדברי תורה, אם מתגברין בדברי תורה, וגבר ישראל, וכו'. מזה רואים אנחנו, שהחטא שבשבילו נענשו בביאת עמלק הוא מהתרפות בדברי תורה, ואעפי"כ לא רצה הקב"ה לאמר לעם ישראל. זכרו את אשר פרצתם את הכרם, שהתרפתם מדברי תורה. שרפו ידיכם מן התורה, ובשביל זה בא הכלב ונשך אתכם. כי חם על כבוד ישראל. לבלי לבזות אותם, להזכיר להם עונם, המר, ואף כי אמר הכתוב, זכור את אשר הקצפת את ה' בחורב, המעשה הנורא, מעון העגל, ואף כי זה מהדברים, הנסתרים מנגד עינינו, ומעשה העגל, בטח איננו כפשוטה, אך טעו לעשות דמות המרכבה, אעפי"כ הרי הכתוב קורא זאת, עון העגל, ואעפי"כ לא חס השם על כבוד ישראל, וצוה בפירוש, לזכור את המכשול שנהי' בחורב, אכן המכשול הזה, לרפות הידים מן התורה, זהו עלבון יותר גדול עד שמפני ככוד ישראל, צוה את הזכירה הזאת ברמז. לזכור את אשר עשה שמלק. ועי"ז נזכור.

את אשר עשינו, שנתרפו ידים מן התורה הרי שהתרפות מדברי תורה, היינו ההתרפות מבלי לעמול בתורה הוא עון מר יותר גדול. ממעשה דחורב. באשר שם הי' טעות: אבל ההתרפות מעמל בדברי תורה, והעצלות. שמזה יוכל להיות העמי ארצות גוברת וזה מערער את כל היסוד של עם הקודש וספר הברית שכרת ה' עם ישראל והרי זה יוצא מפורש דבריהם ויתר הקב"ה על שלשה העבירות היותר חמורות, ולא ויתר על עון ביטול תורה:

אבל זה עוד מגדיל הדבר. בשביל ההתרפות ההתרפות איננה בטול. אך חוסר העמל ואעפי"כ הוא עלבון נורא, עד שחס הקב"ה ולא זכר את זה בפירוש, אף כי זכר מעשה דחורב, וכמאמרם בפתיחתא דאיכה הלואי אותי עזבו:

ואת תורתי שמרו. מתוך שהיו מתעמקין בה המאור שבה מחזירן למוטב אבל דוקא אם מתעסקין מתוך שהיו לומדין אין נאסר, אלא מתעסקין שצריכין לעסוק בדברי תורה. בשכלנו א נוכל להקיף זאת מדוע ההתרפות חוסר העמל בדברי תורה. כה גדול. אבל הבוחר בתורה, הוא ברא את עולמו. והוא יודע ער כמה מחריב הכל ואת עם הקודש חוסר העמל להשכיל ולהבין בדברי תורה. וכמה טובה והצלחה רבה מביא לבית ישראל, ההליכה בחוקות ה' העמל בדברי תורה, לדע תורתינו הק', להבין הדברים לעומקם ועל בורים.

ולא לבד ההתרפות היא המחרבת חלילה את בית ישראל, אלא אף חוסר האהבה, ג"כ הוא פורענות גדול לעם ישראל, הנה ספר התורה קדוש קדושתו האמתית, דוקא אם כתוב כהלכתו. ואם חסר ממנו אות אחת. אין לקרא בו. ואפילו אם חסר קוצו של יוד אין לקרות בו. כי כמו ששם ה' חוקות שמים וארץ, וכל עולם הגלגלים הכל חוק. כל הכחות. הם חוקים לא נדע מפני מה זה, וסוף כל עמל החוקרים הוא להגיע להחוק, אשר יסד בורא עולם, ואף אם נאמין לכח המושך שהציבו החוקרים, שבשביל זה. כל הגלגלים מתגלגלים, ומתנהג העולם כולו ואלפי אלפים הככבים. אעפי"כ אין שום מבוא בשכל, איך הוא החוק הזה:

ואם הי' חסר מאלפי אלפים הככבים, פתאום איזה ככבים כבר הי' מהפכה בכל העולם, שהי' חסר, הסידור שסדר אותם בוראם, כן שם הבורא חוקים בהנהגת עולם הרוחני בקדושות הרמות, כי דוקא אם ספר התורה, הוא שלם כהלכתו, אז נשלם קדושתו, אבל אם חסר איזה אות, כבר איננו בקדושת ספר תורה השלם, ואיזה שינוי הוא מהפכה נשגבה, בעולמות הרוחנים, שהמה למעלה משכלנו' ואעפי"כ נותן התורה:

עשה מהפכה בספר תורתו הקדושה לעם ישראל, ושינה הדברים, ונתן לנו תורה לקרות בו. שעוד צריכה להשתלם, בבא התיקון הכללי.

אמרו דז"ל במס' שבת דף קט"ו ת"ר ויהי בנסוע הארון ויאמר משה פרשה זו קשה לה הקב"ה סימניות מלמעלה ולמטה לומר שאין זה מקומה כו' רשב"ג אומר עתידה פרשה זו שתיעקר ממקומה (ופירש"י לעתיד שיהיו כל הפורעניות בטלין ולא ידאגו לפורענות ויצר הרע בטלו ולמה כתבה כאן כדי להפסיק בין פורענות ראשונה לפורענות שניי' פורענות שניי' מאי היא ויהי העם כמתאוננים פורענות ראשונה ויסעו מהר ה' ואמר ר' חמא בר חנינא שסרו מאחרי ה', ופירש בתוס' ד"ה פורענות, ז"ל פורענות ראשונה כדאמר במדרש ויסעו שנסעו מהר סיני דרך שלשת ימים כתנוק הבורח מבית הספר שבורח לו והולך לו כך היו בורחים מהר סיני דרך שלשת ימים לפי שלמדו הרבה תורה בסיני אמר הקב"ה נסמוך פורענות לפורענות, לאו. אלא נפסוק פרשת ויהי בנסוע הארון. ע"כ, הדברים מפליאים. למדו תורה הרבה והם הולכים וארון ה' נוסע לפניהם, וכלל הי' בידם במקום אשר ישכון שם הענן יחנו ואילו היו צריכים לחנות הי' שוכן הענן. וא"כ נסיעתם הי' עפ"י פקודת ה' והם הולכים אל הארץ הקדושה. אשר היו צריכים לככשה. ומה עול עשו. מה הי' עליהם לעשות, האם הי' עליהם, להפסיק מסעם, ולמרות את פי ה'. הלא על פי ה' יחנו ועל פי ה' יסעו' ומה חרי האף הגדול הזה מה היא הפורענות הגדולה שבשביל זה החליף ה' הסדר עשה שינוי בכתיבת התורה, אשר היא סמוכים לעד לעולם עשוים באמת וישר, ונתן לנו ספר תורה שצריך לסידור אחר בעת התיקון הכללי אכן לא חטאו ישראל, במעשה מוכרחים היו למסע של שלשת ימים מהר סיני כי כן צוה ה' אם נעלה הענן ונסעו אך החטא הי' באופן המסע ברעיון הרוח, כמו שמצינו שאמרו רז"ל (גמ' ע"ז ג') שבעת שיבאו אומות העולם ויאמרו לפני הקב"ה, תנה לנו מראש (את התורה) ונעשנה. אמר להן הקב"ה שוטים שבעולם מי שטרח בערב שבת יאכל בשבת כו' אלא אעפי"כ מצוה קלה יש לי וסוכה שמה לכו ועשו אותה. כו' מיד כל אחד ואחד נוטל והולך ועושה סוכה בראש גגו והקדוש ב"ה מקדיר עליהם חמה בתקופת תמוז, וכל אחד ואחד מבעט בסוכתו ויוצא כו' והאמר רבא מצטער פטור מן הסוכה נהי דפטור בעוטי מי מבעטי מיד הקב"ה יושב ומשחק עליהן:

ע"כ הקב"ה מראה לכל. את החילוק שבין עם ישראל, לאומות העולם, ושעל זה יגזור גזר דינם של אומות העולם ישראל ביציאתו מן הסוכה, יען שפטור הוא אעפי"כ הוא יוצא בהכנעה נפשו ולבבו אל מצות ה ואם מוכרח הוא לצאת, כי פטור הוא אבל יוצא בעצב, ובשברון לב אבל אומות העולם, יוצאים מן הסוכה ביד רמה, אינם מצטערים

ופורקים עול ואף שלכאורה דבר קטן הואי במעשה עצמה אין חילוק, אכל בזה רב ההבדל, שישראל לא לבד שאין מבעט, אבל יוצא בהכנעה ובעצב רוח, אבל אומות לא לבד שאין מצטערים, אלא שעוד מבעטים כמשליך מעליו העול, כן זה הדבר, שנכשלו אבותינו, לא חטאו במעשה, מסעם הי' על פי ה', ואי אפשר להם לעשות, אבל נסיעתם מהר ה' ששם למדו תורה הרבה, היתה צריכה להיות בהכנעה ועצבון רוח כי נפרדים המה מהמקום שלמדו תורה, והמה שגו בזה, חשבו אחרי שה' צוה לנסוע, והם הלא הולכים לדבר מצוה רכה וגדולה, לרשת את הארץ הקדושה ובכן הלכו לא בעצבון ולא בהכנעה שזה מראה חוסר האהבה ללימוד התורה. שהיא כנגד כל המצות, ואף כנגד ישוב הארץ. שהרי יוצאין מארץ לחוץ לארץ ללמוד תורה, ובכן זהו הפורענות הגדולה והנוראה שבשביל זה אמר הקב"ה, נסמוך פורענות לפורענות. לאו, אלא נפסוק פרשת ויהי בנסוע הארון, כשנתבונן על זה יאחזנו פלצות. עד היכן הדברים מגיעים, עד היכן מגיע עונש חוסר אהבת תורה אף בלי עשית שום מעשה או בהליכה לדבר מצוה. עפ"י ה' אף בהליכה ולמעשה של ירושת הארץ, תכלית של יסוד עם ישראל, אבל אם ברוחם, לא שלטה עצבון על ההתרחקות ממקום ליסוד התורה הוא פורענות שבשביל זה צריכים לשנות סידור התורה:

ולהיפך מדה טובה מרובה, מה גדול השכר מאהבת התורה, לפעול ולעזור לאלה הלומדים תורה, להגדיל ולהאדיר תורה בישראל. מהעלבון הגדול. על רפוי הידים. מעמל בתורה, נוכל להתבונן, גודל החיוב לעמול בתורה, להשכיל ולהבין, עמקות התורה, להוסיף לקח ופלפול בסברא.

ובכן כאשר בחסי ה' ספרי אשר הוצאתי על מס' ב"ק בשנת תר"ם, נתקבל לרצון לפני גדולי התורה ובמקומות התורה ואותו ידרשון, אות הוא כי בע"ה חידושי ובירורי הדברים, החילוקים והסברות הולכים במישור כבהבנת הדברים, ובודאי זכותו דמר אבא זצוק"ל, אשר כל ימיו מסר נפשו ללמוד תורה, מתוך דחק וטרדה ועמל רב לצרכי החיים וזכות הרכים אשר זכיתי בע"ה להגיד לפניהם השיעורים, דין גרמא שאזכה לכון הדברים לישרם, ולעמקותם, ובכן זאת יתן עוז בנפשי להוציא לאור גם חידושי על מס' בבא מציעא אשר חקותי. כי בעזר השם גם ספרי זה יתקבל לרצון. ויעלה על שולחן מלכים מאן מלכי רבנן. ומתכונתו כמתכונת ספרי על מס' בבא קמא, ועיני נשואות לה'. שיחנני ויזכני להוציא לאור יתר החירדושים שחדשתי, ביתר המסכתות שלמדנו בהישיבה הק' דסלאבאדקא. וכן החידושים אשר זכני ח' לאמר לפני הרבים, בהישיבה הק' הגדולה והמפוארה, כנסת ישראל בעיר הקודש חברון. בעניני קדשים. אשר פה

בהישיבה הק' מלבד התלתא סדרי מועד. נשים. ונזיקין. בני הישיבה הק'. שמים לימודם גם בהנך תלתא סדרי זרעים. קדשים וטהרות. בעיון רב, ומחרשים חידושים בגדלות וזכותא דארעא דישראל וזכות אבותינו, ושני מכפל מסיעתם, ובם אותי עזר ח' לע"ע שזה שנה שנתישבתי בקביעות במבחן זכיתי להגיד לפניהם חידושים בסדר קדשים, מלבד השיעורים. במסכתות מנשים ונזיקין שלומדים, יהי רעוא דאימא מלתא דתתקבל.

וברכה לראש משכיר, האלופים הקצינים, נדיבי לב. חובבי התורה. אשר מעת התיסדה הישיבה הק'. התאחדו לימדה, ואח"כ נהיו דועד עזרה ועומרים על המשמר. לתמוך את הישיבה, ואשר להם החלק וזכות בהישיבה הק' הזאת. אשר במשך זמן קצר מעת שנתיסדה. כבר היא לתלפיות, ומאפסי ארץ, ינהרו אלי'. לשמע רוח התורה והיראה הממלא כל חללה, ואשר בה הם עולים ומצליחים, ובהישיבה הק' כעת קרוב למאתים בחורי חמד שוקדים על התורה. ונתונים לה' ותורתו. הרבה מהם חזרו על כל הש"ס איזה פעמים, וגם למדו הרבה ירושלמי. וספרי הראשונים וחמה גדולי ישראל.

וראה דאינו עין בעין השגחת ה', שהי' רצון לפניו, כי עת אשר התעורר רוח קודש רוח כביר בעם הקודש, לישב ארצנו הק' ולבנות הרימותי' עליהם ביחד עם זה, וקודם זה, לרומם את בית ה', להוסיף על הישיבות הקדושות הנמצאות, עוד ישיבה קדושה. שתהא מרכז התורה לעם ישראל, ולקיים כי מציון תצא תורה ומארץ הקודש יצאו גאונים וגדולים לכל תפוצות הגולה וכמו שאמר עזרא, לרומם את בית אלקינו ולהעמיד חרבותיו ולתת לנו גדר ביהודה. אשר מזה דרשו רז"ל (שבת דף י"א) שרק ברומם בית ה'. יעשו בזה שיעמידו החרבות ושיותן לנו גדר ביהודה. ואם זה אמרו עזרא ונחמי'. בבנותם את עיר הקודש ירושלם ובהקימם ברוח קדשם את בית עמנו שמה כי אך בהתרומם בית ה'. נבנה את חרבותינו. על אחת כמה וכמה עתה שאם נרומם את בית ה', מקומו בעולמו ד' אמות של הלכה, בארצנו הקדושה ונעשה את ארצנו עליון. להוציא ממנה תורה לישראל. אז יצלח מעשה ה' בידנו. לבנות ולקומם חרבותיי.

הדבר הי' בשנת תרפ"ד. כשהיתי אני וחברי הגאונים באמריקא למען קריאת הצנטרל רליף, שהי' שולח תמיכה לכל מוסדות התורה בכל תפוצות הגולה אז בא אלי בשורה לא טובה מהישיבה הק' דסלאבאדקא כי יצא גזירה שבשבילה עומדת לחרב חלילה, וכי בהכרח, אם לא נשנה את רוח לימוד התורה שבה אי אפשר לה עמוד, ובכן אין עצה אם לא שנבקש לה מקום אחר, ומאור עינינו גאון היראה ואהבת התורה, המאיר עיני בני הישיבה במוסר מדות ואהבת תורה ויראת שמים הרב הגאון ר' נתן צבי פינקל זצוק"ל, עמוד הישיבה פנה אלי בהידיעה הזאת ושאל חות דעתי, ואנכי עניתי שלדעתי

נחוץ ליסד ישיבה באה"ק, ושיש תקוה שאחינו הנדיבים באמעריקא, יתנו ידים להמפעל הנשגב הלזה, הנוגע לכל עם הקודש, ולענין ישוב ארץ ישראל, החביבה על כל ישראל, ואחרי שגם הוא הסכים לזה נסע כבוד חתני הגאון המפורסם ר' יחזקא' מרנא שליט"א לתור איזה מקום טוב בעדינו והיתה עצתו, ליסד הישיבה הק' בעיר אבותינו עיר הקודש חברון והסכמנו לזה. ואנכי פניתי אז לכבוד הנדיבים האלופים שהמה עתה חברי הועד. **והמה** אספו אז, קרוב לעשרים אלף דולאר על הוצאות העתקת חלק גדול מהבחורים, מסלאבאדקא. לחברון עיר הקודש וכבוד חתני הגאון הנ"ל קבל עליו להיות ר"מ ומנהל בהישיבה הק' וברוחו הכביר הוא משפיע תורה ויראת שמים, יחיהו ה' עם בתי הרבנית היקרה פעשא סרים תחי' ובתם תחי' על פסח, של שנת תרפ"ה באתי לחברון ועד אלול של שנת תרפ"ה היתי בהישיבה הק', אכן באלול שנת תרפ"ה, שבתי להישיבה הק' דסלאבאדקא כי תיכף כאשר נתיסדה הישיבה הק' בחברון. רוע הגזירה עברה כמעט כי אינינה נוגעת בהישיבה הק' דסלאבאדקא והיא כאז כן עתה בלימודה ובצביונה עין בעין ראינו אז. כי הגזרה היתה אך למען שתתיסד בארץ הקדושה עוד ישיבה קדושה, ישיבה מרכזית לכל אחינו, כי רצון ה' וחביב לפניו ישיבה קדושה המפיצה תורה לכל ישראל בארצנו הק'. כי אין תורה כתורת ארץ ישראל. ובחסדי ה' השפעת הישיבה רבה, נתרומם קרן התורה, ואם אמרו רז"ל כי בני מחוזא אבירי לב דחזו יקרא דאורייתא, ולא אגיור גיורי מיניהו, רואים אנו כי לוא לא היו בני מחוזא אבירי לב מדרך הטבע בראותם, הרבה מתקבצים לחדשי כלה ללמוד תורה הדבר הזה הי' פועל עליהם להתגייר. אף שהמה אומות העולם, ועם ישראל בגולה, דלים מחופים ומטורפים, אעפי"כ בראותם אנשים שהם יודעים בנפשם, כי המה כבירי הרוח, ובראותם איך המה נתונים להתורה הקדושה, ובחדשי כלה יעזבו כל אשר להם לבא לשמוע הלכות החג בחג והלכות פסח בפסח, הדבר הזה פועל על לבבות אנשים שאינם אבירי לב לבא תחת כנפות ה', וא"כ מה גדול ההשפעה הרבה, בראות הכל יקרא דאורייתא אנשים צעירים לימים. מיטב הכשרונות בעלי רוח כביר מלאים דעת ותבונה אשר הכל יתנו להם כבוד. בראותם. אותם אנשים מרום המעלה, ועל כן. מה שהמה נתונים לה' ותורתו, דגולים ביראה זה משפיע על כל אנשי ארצנו הק' השפעה קדושה לקרב לבותי' לתורת ה'.

בקיץ תרפ"ה הופיע גם כבוד הרנצ"ף להישיבה הק', ובמשך הזמן. עד אשר נלקח אדון ה' השמימה. השפיע טל של יראת שמים, אך לא זכינו הרבה לאורו. כי בכ"ט שבט תרפ"ז עלה למעלה והישיבה הק' נקדשה במכובדי ח' במאור ישראל וקדושו הרנצ"ף זצוק"ל גם בכבוד חתני הגאון המפורסם, מלא יראת ה', מו"ה ד' משה פינקל זצ"ל, שהוא

בנו של הרנצ"ף זצוק"ל שהי' ר"מ בהישיבה הק' דסלאבאדקא. ובשנת תרפ"ה בא לפה חברון. והשפיע תורה בשיעוריו. ועלה השמימה, ביום כ' דחוה"מ תרפ"ו, יטיב ה' ולא יוסיף לדאבה, ויליצו טוב בעד הישיבה הק' ויגן זכותם על בתי הרבנית היקרה וצנועה שרה זלטא תחי' עם ילדי' היקרים שיחיו.

בהיותי בסלאבודקא בשנת תרפ"ו. נקראתי ע"י ועד העזרה של הישיבה הק', לבא לאמעריקא כי הישיבה הק' באה במצב נורא כי ההוצאה רבה והוכרחתי עוד הפעם לקבל עלי הנדוד והטלטול שהוא יתר מכפי כחתי. כי לא הי' עצה להחזיק מעמד

ונסעתי בתחלת קיץ תרפ"ו לאמעריקא, וחברי הועד, הרכה עשו למען הישיבה הק' ונסעתי בהרבה עירות. והי' עזרה להישיבה חקי. והועד התכונן ובשלהי קיץ תרפ"ז שבתי לסלאבאדקא ונסעתי לפה חברון. בחודש כסלו תרפ"ח ובפסח של תרפ"ח החלטתי להתישב בקביעות בפה ועיני נשואות לה', שיחוס על הישיבה הק' ויעזרני לכלכלה להקימה כי רחמיו מרובים.

והנני קובע ברכה לכל הנדיבים העושים ומעשים, למען טובת מקדש ה' המאיר לישראל ממרומי הררי קודש. יהיו ברוכים לה' הבוחר בתורה. ובארצנו הק'.

ביחוד הנני קובע ברכה לבני יחידי הרב הג' היקר מו"ה חיים שרגא שיחי' אשר הוא העיר אותי להדפיס את חידושי על ב"מ, ועשה הרבה אודות ההדפסה. יאמצהו ה' ויחייהו עם רעיתו היקרה מרת פועה תחי' ואני ורעיתי הרבנית חצנועה ויקרה חי' מנוחה תחי' נזכה לראות מהם דור ישרים עוסקי בתורה ומצותי'.

פתיחה

ברכות ס"ג תנו רבנן כשנכנסו רבותינו לכרם ביבנה פתחו כולם בכבוד אכסניא ודרשו, נתבונן מדוע קראו להישיבה בשם כרם, רש"י ז"ל כתב כי באשר ישבו שם שורות שורות ככרם הנטוע שורות, ע"כ קראו לישיבת יבנה בשם כרם, אך יפלא, וכי בשביל. שישבו שורות. ישנו שם ישיבה לשם כרם, אם כי הסדר הוא עיקר גדול בחיי האדם. וחז"ל הקפידו מאד על הסדר, ועל כל פעולה עשו סדרים מה להקדים ומה לאחר, עד כי אמרו רז"ל בסנהדרין (לח:) כי האדם בשעה ראשונה הוצבר עפרו שני' נעשה גולם שלישית נמתחו אבריו, דב רביעית נזרקה בו נשמה חמישית עמד על רגליו, הורו לנו רז"ל בזה, כי אף שהשם כל יכול, וברגע אחת יכול הי' לברא אדם שלם עומד על רגליו ובו נשמה, אך בורא הכל ברא את האדם בסדר. למען יעשה האדם כל. מעשיו בסדר ובמשטר, כי אז יהי' דעתו שלמה וצלולה, ולא יאבד את דעתו, ובודאי דבר גדול הוא שישבו בישיבת

יבנה שורות שורות. בסדר ובמשטר בלי ערבוביא, כי חז"ל שמרו מאד את המשטר, אך על כל זה, אין זה דבר. כללי, אשר אך בשביל זה יכנו את שם הישיבה בשם כרם, אם אין לזה עוד טעם.

אכן הורו לנו רז"ל בזה, דבר גדול, תחת השם כרם, הקיפו ידיעה ותורה שלימה מחיי ישראל, כי כאשר אצל ישראל כל ארץ בשם תקרא, כמו בבל אשור פרס יון. אך הארץ הקדושה, תקרא בשם ארץ סתם, בלי שום כינוי, וידוע כאשר יאמרו סתם ארץ הכונה הארץ של כל ישראל, מסתימת הדברים בלי שום תואר נבין, כי הוא דבר שאין צריך לסמן איזה ארץ ושל מי. סתמן כפירושן כי הכונה דבר של עם ישראל, כן תשכילו לקרא לישיבת יבנה בשם כרם, להשכיר לכל ישראל, כי כל כרם יש לו שם לווי של מי הוא אך כרם יבנה נקרא סתם בשם כרם, בלי שום סימן ותואר, כי הוא כרם של כל ישראל, לא כרם גפנים ולא כרם זית, אך כרם ישראל, כרם שבו ועל ידו יגדל כל ישראל, זהו הכרם אשר אין צריך לציינו, ולא] לבארו אך לקראתו בשם כרם סתם, כרם הכללי של כל ישראל בל יאמרו שונאינו מנדנו עת החריבו את בית קדשינו ותפארתינו, כי נצחו אותנו, לא עוד כרם ישראל חי. שתול על מים חיים מי התורה, מריח מים יפרח ישראל, בהכרם, וע"י הכרם, כי הוא כרם ה' לעולם לא ישורש.

בזה נוכל לבאר הכתוב בדברי הימים קפיטל ה', כאשר נשלם המלאכה אשר עשה שלמה בבית ה', וכל ישראל נקהלו והעלו את הארן, ויביאו הכהנים את ארון ברית ה' אל מקומו אל קודש הקדשים, אין בארון רק שני הלחות אשר נתן משה בחורב אשר כרת ה' עם בני ישראל בצאתם ממצרים, ולכאורה נפלא הדבר, למה סיפר לנו הכתוב כי בארון לא הי' דכר רק השני לוחות. וכי הינו מדמים אנחנו שהניחו שם דבר מה, למה הודיע השלילה שלא הי' בארון רק שני לוחות. הלא הי' לכתוב הידיעה החיובית כי בארון היו שני לוחות הברית. ומדוע הודיע לנו כי לא הי' יותר.

אכן נקח לנו למשל, הנה ידוע כי עת שמשלו בבל ומלכי פרס, על יותר ממאה מדינות. והרבה אנשים ומדינות שלמות גלו ממקום למקום. בעת ההיא אם יצא מאת מלך פרס או כדומה כתב הורמנא שנותן לעם אחד שגלה מקודם נותן להם רשות לשוב למקומם, ונותן להם במתנה את כל המדינה שהי' שלהם, הנה כל אושר והצלחת העם ההוא, הוא הכתב אשר בו רשום זכותם, ספר הגלוי שניתן להם, הוא כל קיומם, כאשר בעת שהעלילו צוררי ישראל, על ישראל בימי דריוש. על בנותם את מקדש ה', דריוש מלכא שם טעם ובקרו בבית ספריא, והשתכח באחמתא בבירתא די במדי מדינתא מגילה חדה, ובה הי'

כתוב הרשיון שנתן כורש המלך לבנות בית אלקינו, ואילו הי' נאבד המגלה הזאת אזי היו מבטלים, ומפסיקים בנין בית ה'. כי אז כל אושר עם כולו הי' תלוי במגלתא חדא. **והנה** נקח לנו למשל כורש מלך פרס, נתן ספר ברית לעם אחד שהגלה. אשר הוא מרשה להם לשוב לארצם, והוא נותן להם את ארצם, ובספר ההוא, רשום כל הדרכים איך ישובו למקום מולדתם, וגם רשום מפת ארצם כל מקום ומקום בדיוק. הנה העם ההוא. את הכתב ההוא ישמרו מכל משמר, כי הוא כל קיומם ומעמדם, בלתי הכתב ההוא אומללים המה. יאבדו ארצם ומולדתם אם יאבדוהו, והנה בדרך שמעו כי שונאיהם בנפש באים למלחמה עליהם הלא יכינו עצמם למלחמה, ומה עליהם לשמור. לבל יפול הכתב ההוא בידי זרים. ע"כ הם עושים סוללות וצריחות, הם מתפקדים למלחמה מכינים להם קשתות וכלי תותח, ומתחלקים ללגיונות, רגלים ורוכבים, אח הסוללה האמצעית, אשר היא מוקפת מכל יתר הסוללות, יבחרו לשום בה את התיבה אשר נתון בה, כתב זכותם ואשרם, וסביב לסוללה ההיא, כל החיל שומרי הראש, הגבורים הם יעמדו לשמור את מחמד נפשם, סגולת עמם, וכל יתר החיל יצטידו על הסוללות המקיפים, והם כולם מוכנים למלחמה, ללחם, בעד אשרם וקיומם, אצל התיבה יעמד שומרים, אשר ישמרו אח התיבה, והכתבים אשר בה לשמרם, ולנקותם, כאשר יעמידו את השומרים, כדי שידעו את האוצר הניתן בידם, יאמרו להם שרי הצבא, הראיתם, את העמל הגדול שעמלנו, הסוללות שבנינו הלא אך למען שיהיו משמר על הסוללה הזאת הסוללה הזאת האמצעית ובהסוללה האמצעית מה בה תדעו כי אין שם דבר אך ורק התיבה הזאת אשר מפקידים אנחנו בידכם כל החיל אשר הועמד מסביב, אך ורק למען הגן על הסוללה הזאת אם תתבוננו אל כל אשר בנינו והגדלנו לעשות, כי הם אך ורק למען הסוללה הזאת, ותתבננו, כי אין בה אך ורק התיבה הזאת, הלא תבינו יקרת אוצר העם כולו, אשר מפקידים אנחנו בידכם, תזכרו תמיד כי אין במקום הזה אך ורק התיבה הזאת, והיא אשר למענה נמסור נפשינו.

אכן לא יצלח לפעמים כר עמל ותחבולה, השונאים הגיעו, ויהרגו הרכה, ויבוזו הרבה, ויהרסו כל הסוללות וישלחו באש את החומות, ויגיעו עד הסוללה האמצעית ויהרסוה ויחריבוה, אך נמצאו אנשים אשר לא התרפו ביום צר, ובאמצע המלחמה האיומה והנוראה, בתוך נהרי אש בתוך מטר של חצים חרפו נפשם מנגד, וימלטו עם התיבה אשר כה אושר העם העם אחרי אשר התפזר לכל רוח כתם המלחמה, אחרי אשר האויבים הלכו להם, עיפים ויגעים מוכים ופצועים התקבצו אל מקום אחד, והגבורים אשר מלטו אותם מכליון ואבדון בהצילם את ספר הזכיות שלהם בראשם, אז החלו

להתנחם על המלחמה ההיא, באמרם, הן אמת כי נפל ממנו רב, כל עמלנו נשאר בידי האויב, הרס השונא כל המבצרים שלנו, עד המבצר התכוני הגיע, אבל הלא בהמבצר הי' אך ודק התיבה הזאת עם כתבי הזכות. וכאשר היא בידינו לא נוצחנו בשמחה רבה, יזכרו כי בהמבצר לא הי' אך ורק התיבה הזאת.

כן אצלינו עם ישראל הן ארץ ישראל יש בה עשר קדושות זו למעלה מזו. כל קדושה היא חומה בצורה לרוח ישראל. העזרה יש בה קדושות זו למעלה זו, המבצר התכוני של עם ישראל. לב ונפש ישראל. אשר למענו מסרו עצמם שמונים אלף כהנים לאש, הוא מקדש ה'. בית קדשינו ותפארתינו, היכל ה'. אשר שם יושב הכרובים נקרא עליו, החיל של עם ישראל' ג"כ מחולקים ללגיונותיהם. סביבות המבצרים, ישראל במעמדם ולוים בדוכנם, וחיל שומרי הראש הם הכהנים אשר הם יכנסו לפנים בבית מלכו של עולם כלי הנשק של עם ישראל. הם התורה שהורו לעם ישראל והקרבנות אשר הקריבו הכהנים לפני אדון כל הארץ, גם אלה אשר רחקו ברוחם מעם ישראל, גם הם ראו בחוש, כי כל זמן שישראל עוסקין בעבודה אין נמסרין וכן הודה זקן אחד בעת שלחמו הורקנוס ואריסתובלוס זה על זה והזקן ההוא שלעז בחכמת יונית, אשר רצה להדיח את ישראל, בחכמת יונית, גם הוא הודה כי כל זמן ישראל עוסקין כעבודה ואין נמסרין בידי מנצחיהן. והנה עת אשר שלמה המלך ברב עושרו וגודל חכמתו בנה את בית המקדש, וכל ישראל נקבצו אליו לראות בכבוד הבית, אז נאמר המקרא אין בארון רק שני לוחות הברית. היא הודעה לכל ישראל. ראו את כל העמל והגדולה הכבוד והתפארת. שעשו. הלא כל הקדושות הם מעלות להסוללה התיכונה של עם ישראל הוא קדשי הקדשים מקודש מכל הקדושות. ומה יש בהמבצר. הזה ארון ה' ומה יש בארון ה' אין שם יותר אך ורק שני לוחות הברית. וספר התורה זהו אושר שלנו, כתב הזכות ספר הברית שניתן לנו ממלך כל הארץ. אשר כרת עמנו בהוצאותנו ממצרים. אך למען השני לוחות האלה. נעשה כל התהלה והתפארת, כי זה כל אשרינו וקיומינו, אורך ימינו בזה ובבא, זו היא הודעה גלוי' לכל ישראל, אשר נקבצו לשם פתיחת ההיכל הודיעו אותם. כי עיקר הקדושה. אך ורק בשביל לוחות הברית, ע"כ ידעו מעתה איך להזהר. איך להוקירם. איך לשמרם מכל משמר, כבבת עינם, כי אך בשני לוחות הברית וספר התורה הצלחתינו ותקותינו.

והנה בעונינו אבדנו את מחמד עיננו טימוס הרשל ימ"ש, שלח:

באש, אח כל מבצרינו גדע כל קרן ישראל, כל גבורינו טבח הריות ישראל פלח נהרי נחלי דם נשפך, עוללינו רמסו כחומר טיט גלה ישראל מעל אדמתו. כל החיל שלנו אבדנו

בחטאינו אין לנו לא כהן בעבודתו. ולא לוי בדוכנו, ולא ישראל במעמדו על זה דוה לבנו. כי בית קודש הקדשים. מבצר התכוני שלנו, ניתן כיד האויב, וישלח ה' באש, שועלים הילכו בהמקום הקדוש הזה, מלחמה נוראה ונצחון גדול, הגדילו אויבינו לעשות. בעת הצרה הנוראה הזאת העמיד לנו ה' איש גבור חיל, גבור לא בכח ולא בחיל, אך ברוח ה' אשר בו הוא ר' יוחנן בן זכאי הוא הציל מתוך נהרי אש, את האוצר היקר. אשר למענו נעשה כל הכבוד והגדולה, כי מלט בחכמתו. את יבנה ושושולתי' את נושאי לוחות הברית, וספר התורה באמור לו אספינוס, שאל מה אתן לך, לא שאל ממנו. שישאיר לו מקום אחד, אשר יהי' לישראל שם שם מלך, למען לא יבוזו בעמים לא זהו, אושר של ישראל, ולא זהו קיומו, כתשובת חכם אחד מחכמי יון. לאלכסנדר המוקדוני, אשר שאלו, אם ברצונו, שיבנה אח עיר מולדתו, אשר החריבה בגבורתו. אכן החכם ההוא השיבו, מה תועלת אם תבנה אותה יבא אלכסנדר אחר ויחריבנה, אך גבורינו ברוח ה'. הוא בקש יבנה ושושולתי' הוא ביקש אשרינו האמתי. כתבי הזכיות של מלך מלכי המלכים הכרית שברת עמנו. בהוציאנו ממצרים, בה רשום כל זכיותינו וכל דרכינו בהצילו זאת הציל את ישראל מכליון ואבדון ועתה אף כי נתפזרנו בכל פנות, והרבה רוחות רעות סוערים לבלוע את ספינת ישראל, אך נפלאה היא הספינה הזאת. אשר תוכל לעבור את הים הנורא את הגלות המר. תוכל לעמוד נגד הסערות הסוערות בכל עוז אף כי הרוחות יטלטלוה טלטלה גבר, יעלו שמים ירדו תהמות, אך להפכה כולה לא יכלו, באשר הותיר לנו ה' מלחי' וחובלי'.

נצייר לנו, כעת אשר התחדשה על פני הארץ. חכמת הקיטור אשר ע"י כח הקיטור, יובילו מרכבות טעונות משא אשר משקלן ביחד יעלה למאות אלפים וע"י הכח הענקי הזה יעברו ארחות ימים. בספינות גדולות. אשר אלפים אנשים ימצאו בם, ולמאות אלפים משקל משאות, והנה בעת אשר עוד לא התפשטה עוד החכמה הזאת. ועוד כמעט כל הספינות שטו על הים במשוטיהם ע"י הרוח ובם תורנים חזקים ונסים מפרשים. ארוכים ואחד אשר הי' חכם בעשית המכונה, ובהנהגתה ע"י כח הקיטור בנה ספינה. ע"פ השיטה הזאת והוא הי בעצמו מנהל המכונה כי עוד לא הי' מי שיודע בחכמה הזאת הנוסעים כדרכם לא התבוננו באיזה ספינה ישבו. ויושבים ונוסעים, ולא יחשבו מאומה מי הוא מנהיגם ומנהלם ואיך תתנהג כי זה דרך כל האדם, לבלי לחשוב איך תלך הספינה הם יודעים אך ורק כי ישבו ויסעו. בעת אשר כבר עברו דרך רב אמר אחד מהנוסעים לחברו. אסיר תודה הנני להמבשל בבית המבשלות כי הוא יאכיל אותנו ולולא הוא נועגו ברעב. זה זמן רב אשר נוסעים אנחנו, ולפנינו אך שמים וים, הנוסע

השני ענה לו מדוע לא תזכור להיות מכיר טובה לבעל הספינה, אשר הוא מנהלה, והוא מוביל אותנו למקום חפצנו והוא בחכמתו ובתבונתו ינהגה באורח טוב. זכר נא הסערות הגדולות אשר שברו כל התורנים קרעו כל המפרשים מכל המפינות ועי"ז טובעו כמה ספינות, ספיניתנו עברה בשלו' ויאמר לו הנוסע רצוני שתראה לי את האיש אשר תאמר האיש אחזהו בידו ויובילו לאחד הארובות, ויאמר לו הבט נא למטה שם יושב האיש, עיניו ולכו אל המכונה ובזה ינהל את ספינתינו כי הוא יושב על האח, והאש מבער. עי"ז יוציא קיטור, אשר ינענע את המכונה והמכונה את הגלגלים, והגלגלים אח המשוטות. וכה ינהיג את הספינה, ויבט האיש עליו, והנה חשך פני המנהל משחור, ועיניו ולבו אך אל האש והמכונה לא ישמע את כל הנעשה סביביו והוא יושב וראשו כפוף ומכים פעם אל המכונה פעם אל האש. פעם אל מורה הדרך, הנוסע השני בראותו את תארו לעג לו, ויאמר אל האיש המשוגע אנכי כי תחפוץ להגיד לי דבר שקר כזה כי ע"י ההבל היוצא ממים יוכלו להנהיג ספינה טעונה כמה מאות אנשים וכי האיש הזה היושב כתחתית והוא חשך משחור, לא יצא החוצה הוא ינהיג הספינה אין זה כי אם אסיר אשר ענשו הוא כן, ראה נא אנחנו נוסעים חפשים, יש הרכה שנוסעים במחלקה השני' ובמחלקה הראשונה מתענגים בכל אות נפשינו והאיש הזה היושב בתחתית אצל התנור והכירים פניו מושחרים. הוא המנהיג את הספינה לא אאמין בכח ההבל אשר בדית מלבך, ולא כי האיש הזה הוא החכם אשר הוא מנהלינו. ועוד היאך תאמר כי הוא ינהיג איך יודע הוא הדרך הן למטה בהספינה הוא יושב, ואיך יודע הוא הדרך פן מוליכה בחזרה, על זה ענה לו השני הראית אצלו, יש מכונת קטנה כמו מורה שעות, שם תחוב מחט המגנעט. אשר סגולתו בכל אופן וצד שתטהו הוא יתנענע אך לצד צפון, ובאשר בקי הוא מנהלינו הזה בכל הדרך. יודע הוא דמקומות אשר שם הסלעים וע"כ הוא מביט על המחט, ויודע הוא איך להנהיג, ואם נטתה הספינה מן הדרך. צחוק גדול פרץ מפי הנוסע השני החכם בעיניו בשמעו הדברים האלה, ויקרא עליו הוי פתי מאמין לכל דבר, איך תאמין כי יש מחט כזה, אשר יאהב דוקא את הצד הצפוני, הן אנכי אדם ולי בינה ואם אסגור עיני לא אדע אי' צפון והמחט הדומם הזה יודע אי' מקום צפון והוא רוצה דוקא להיות לצד צפון כנראה, אינך מאנשי הדור החכם הזה אשר מאמינים רק מה שמבינים בשכלם ואתה תאמין אף דבר שאינך משיג בשכלך לא נאה לאיש כמוך להיות כן אם תבין בשכלך אז תאמין אבל כל תאמין כי יש מחט דומם בלי שום הרגש שהוא ירגיש כי הטוהו מצד צפון והוא יתהפך. השני ענהו. לא אתוכח עמך על אשר חכם הנך בעיניך משבעה משיבי מעם, ועל אמרך כי לא תחפוץ להאמין רק את אשר תשיג בשכלך, כי לא

הי' לך לזרוע כי לא תבין איך יגדל, ולא הי' לך לאבול, כי לא תבין איך יחעכל, לא אתוכח עמך על זה, כי הרבה לדבר כזה אך אבקשך אחת מדוע לא התבוננת איך תלך ותתנהג ספינתינו. הלוא ראית כל הספינות יש להם תורנים ארזי הלבנון, גם מפרשיהם גדולים וארוכים, יש להם מגדל שיעמדו עליו חוזי הככבים ואף כי יש להם כל אלה הלא ראית בעת הסערות הגדולות הרבה ספינות גדולות וחזקות טובעו ונופצו, כי נשבר תורנם לרסיסים, נקרעו מפרשיהם ובלא התורן והנם היו למשחק לגלי הים, אשר נפצו אותם אל הסלעים ואבד זכרם, וירדו במצולה הם וכל אשר בהם וראה אשר ספינתינו פרשה מהחוף זה כמה, בלי תורן ונס ואיך הלכה עד כה על פני הים הזועף וגליו הנוראים בלי שום מפרש, ועברה בין סלעים ואבני נגף ואת כולם עברה בלי פגע ומכשול, ולמרות כל הזועות היא הולכת ומפלשת נתיב בתוך גלי הים, אשר יהמו יחמרו, ואיך לא התפלאת על הפלאות האלו, כי תלך ספינה בלי שום תורן וגם ועוד תצלח בדרכה, ותקפח עוד כמה ספינות הלא אם רק חכם אתה ומתכונן על הנעשה הלא בהכרח תודה כי הספינה הזאת תלך לא בכח פשוט ככל יתר הספינות אך כח אחר כח בלתי פשוט הוא ינהיג הספינה, ואם כי עוד לא דאית ולא תבין איך יש בכח קיטור להניע ספינה טעונה כמה אנשים אבל האמת הוא כמו שאמרתי כי הספינה הזאת שטה בכח הקיטור אשר הוא יצלח להטות הספינה בלי תורן ונס ולהטותה לכל רוח, וכן הלא ראית כל הספינות ילכו אך לאור הככבים ועת אשר החושך יכסה ארץ וערפל נורא על פני הים עת הככבים לא יהלו, אבדי עצות המה כי יאבדו דרך אך הספינה הזאת לא לאור הככבים תלך. כי הלא ראית כל העת שעברנו ענני ערפל כמו הים. וספינתינו הלכה ביושר נתיבה, הלא בהכרח עליך להודות כי צדקו דברי אשר הגדתי לך כי יש מחט מגנטי אשר הוא יתנועע אך לצפון וע"כ יאיר הדרך גם באישון לילה ובעת העננה והערפל, וכאשר תתבונן כל אלה אז יבא חכמה בלבך להבין כי אך האיש היושב שמה על האח אשר חשכו פניו, הוא אשר בחכמתו ובתבונתו הרבה ינהיג ספינה טעונה אלפי אנשים, עם משקל למאות אלפים, ובין שני הסלעים יעבירנה בשלו'. למרות הגלים הסוערים והסערות הנוראים השוברים תורנים וקורעים נסים ומטביעים ספינות, והמורה שעות הקטן אשר בידו הוא מורה הדרך לנו ולו אנחנו חייבים להודות על אשר באנו עד כה, ונקוה כי הוא יובילני עד החוף ואז תראה את הכבוד והגדולה אשר ינחל הוא אף כי כל היום יושב בתחתית הספינה ואנחנו אשר כדבריך הפשים הננו, יושבי במהלקות הראשונות ומתענגים על כל טוב מי יודע מה יאמרו שם על מחורותינו אם לא יפסלוה. כן אנחנו בני ישראל מאמינים אנחנו כי הגלות הנורא, ים הזועף נעבור אך ע"י נושאי דגל התורה, יושבי בבתי כנסיות ובבתי

מדרשות ובזמן שהקול קול יעקב בבתי כנסיות ובבתי מדרשות אין ידי עשו שולטות בנו. כנסת ישראל נמשלה ליונה, מה יונה כנפי' מגינות עליו, כן ישראל מצות מגינות עליהם, זקיני' הם מגינים עליו, אך בכח התורה אשר הוא מגין ומציל אשר לא משה מקרבינו יכלנו לעבור בין צורי נגף אבני מכשול, שקמו עלינו בכל דור ודור, ע"י הדרכים שהתוו לנו חכמינו, לא אבדנו מן דרך עד אשר נקוה בעזרתה ובזכותה להגיע אל ההוף עד אשר יגאלנו צורינו, אכן יש אלה מקטני אמנה, אשר אסירי תודה המה למבשלי התפוחי אדמה, וכי נאמר אליהם, כי תלמידי החכמים יושבי באהלי התורה, הם חיל השומר לראש ישראל, הם ע"י הכל פיהם יחזיקו את כלל ישראל ינהלו את ספינתינו על-פני הים הנורא וגליו הזועפים, הדבר למשחק להם, היתכן, הם יושבי המחלקה הראשונה יתענגו על טוב החיים, יעשו מה שלבם חפץ יטעמו מצוף תאות העולם אשר יאמינו כי זאת היא חכמה ותבונה תאות החלד, ואיך יכול להיות כי אלה היושבים בבתי כנסיות ובבתי מדרשות אשר כל היום הם יושבים על מקומותיהם עיניהם ולבם אל הספרים הקדושים אשר לפניהם ולא ישגיחו על תשוקת החיים ויש אשר חשך משחור פניהם והם המנהלים את ספינת ישראל וידמו בלבבם כי חכמים המה אשר לא יחפצו להאמין הכח הרוחני החופף על עם ישראל.

אכן נשאלה את המתחכמים האלה, איך לא התפלאו כי לכל עם יש תורן מארזי הלבנון מפרשים גרולים, מלכים ושרים וחיל גדול ועכ"ז במשך חיי עם ישראל טובעו ונפוצו ואבדו מן העולם עמים גדולים ונוראים, היו בעת היותם אמרו בלבם, מי יוכל לנו, אך רוח סערה באה עליהם, שבר תורן שלהם לרסיסים, ואבדו מן העולם, ואף רוח קמעא עכרדתם, אכן אנית ישראל נתקה מן החוף זה יותר מאלף ושמונה מאות שנה, ותעבור את הים הנורא הגלות המר, פלשה נתיב בין הגלים הנוראים. צורי מכשול אבני נגף. על כל שעל ושעל, הגלים טלטלו אח הספינה טלטלה גבר, מגל לגל הודחה, כמה מכות הוכתה אל הסלעים הגדולים. עד כי נזדעזה כל אנית ישראל אך עברו הרוחות, נחו הגלים והנה האני' הקדושה, אשר אמרו בלענוה והנה היא חי' וקימה, שלימה כמקדם, והיא הולכת ומפלשת נתיב הלא כל מבין יראה בחוש, כי כח רוחני מנהיג את האני' הזאת לא כח גשמי אשר ינהיג את כל הספינות ע"י תורן ונס וע"י הככבים אשר האירו להם. אשר אם בא עננה קטנה ואבדו מני דרך או רוח סערה ישבר עזוזם. אך לא כן בכח המנהיג את עם הקודש הוא כח רוחני אשר לא יצלח, על ספינת ישראל כל כלי יוצר לא יטביעוה כל הגלים כי כח התורה כח נעלה ונשגב מבינת אנוש כוחה הרבה סבלה אנית ישראל, מהצרות והתלאות אך להפכה כולה, לא יוכלו כל הסערות, כי כח התורה אשר

בה מגין עלי' תורה, נושאי דגלה עורכי מערכת מלחי' וחובלי'. תופסי התורה הם ע"י לימוד התורה הצילוה מכלון ואבדון אף כל ענני ערפל לא יכסו אורה. כי אורה לא אור הככבים אך אור השם, ובזה שהם יושבים צפופים בזה הם מצילים אנית ישראל לבל תטבע והאומר מאי אהני לי רבנן לדידהו קרי לדירהו תני איננו מאמין בחז"ל, אין לו חלק בכלל ישראל כי אינו מאמין בספר התורה אשר כתוב מפורש הוא ונשאתי כל המקום בעבורם (כדברי הרמב"ם ז"ל) ובהתורה הקדושה רשום כל דרכינו ומוצאינו ונפלא הדבר אם נפתח הגמ' ונלמוד משנה דסוטה ונראה איך נבואת חז"ל על עתים האלו. איך כל הנבואות התקימו. אחת מהנה לא נעדרה נתפלא על גודל קדושתם וידיעתם הברורה אשר אמרו מקודם זה אלפים שנה מה שיהי' עתה. נתקיים עתה בדור הזה נערים פני זקנים ילבינו וזקנים יעמדו מפני נערים היינו שהנערים ידמו, כי המה החכמים והם ינהיגו את עם ישראל בחפצם, ועוד יותר הדבר רע כי זקנים יעמדו מפני נערים. ימצאו זקנים שיתנו צדק לפעולות ודעות הנערים ובזה ישרשו כל הקדוש. ויערערו את בסיס וקיום עם ישראל, וכזה יתעו את עם ישראל בתהוא לא דרך נתקיים בנו נבואתם פני הדור כפני כו' היינו הבורא יתברך שמו ברא חיות אשר האדם ימציא להם כל צרכם. ויעמול בעדם חלף התועלת אשר יקבל ממנו, כי רב תבואות בכח שור הוא יחרוש וישדד אדמה אדמה וממנו לחמו נמצא הפרה אשר בהרבה ארצות לא יחרשו בה. ימלא האדם כל צרכה למען החלב אשר ימציא ממנה. הסוס יביא תועלת במרוצו והנהגתו את העגלה, וע"כ צרכו ומחסורו יקבל מידי האדם חלף העבודה אשר הוא עובד את האדם החמור ירויח את מאכלו ופרנסתו, ע"י שהוא נושא את המשא בלי שום הפסק וכן הגמל וכדומה כל הבהמות הביתיות אשר יטפל בהן האדם להכין מאכלם ומשתם ומקום מנוחתם, יעשה בשביל הרוחתו מהם, יש חיות הדורסות והטורפות, אשר גם אותם יחזיק האדם בכלוב. וכל מחסורם עליו, אף כי מהם בעצמם אין לו תועלת, אך תועלתו מה שהכל יבאו להתפלא על החיות הטודפוה, כי יש להם כח גדול, או כי מבנה גוום, הוא נפלא. כמו הארי' והדוב, הפיל והשנהב, אך יש חי' אחת, אשר לחמה מידי האדם, והיא לא תביא תועלת כמו הבהמות הבייתית, גם מסוג חיות הדורסות לא תוכל להיות. כי אין לה במה להיות מחברתם מבנה גופה קטן וחלש, וכח אין לה ואעפי"כ תמצא אצל האדם כל הצטרכותה, חיה קטנה, אשר יפרנסה האדם לא בשביל תועלת כמו הבהמות הבייתית, אך בשביל שכחו בפיו. כי עז פנים הוא, וכל העובר, ינבח עליו וישכו. ובעזותו ונביחתו. ירויח פרנסתו. כן היו הימים אשר פרנסי הדור. אשר כל אנשי הדור כבדום והוקירום

יראו יראת הרוממות מפניהם, שמעו לכל הגה שיצא מאתם, כי היו גדולים ואנשי מעשה כל הדור הלך לאור תורתם וצדקתם, תועלת רב הגיע לכל הכלל מאתם ברוח ובגשם, אך הגיעו שנים אשר משלו ברוח ישראל חיות טורפות, והם היו מנהלי הדור וראשי' ההמון שמעו בקולם כדברי האורים אך אף כי היו חיות דורסות כופרים בדברי חז"ל, אין להתפלא איך נתעו המון ישראל לשמע לדבריהם באשר הי' להם במה להתעות, כי היו חכמים בכל מדע חוקרים ופלסופים העם התפלא לגודל חכמתם וידיעתם, ע"כ נתעו אחריהם והיו פני הדור אכן בסוף הימים בעקבתא דמשיחא יהיו הפני, לא אנשים ואנשי מעשה באשר כל תועלת לא יהי מהם ואף חיות הדורסות כופרים ואפיקורסים ג"כ לא יהי' להם במה כי חכמים לא יהיו, וידיעתם יהי' מועטה מאד, אך כחם יהי' בפיהם עזותם תעמוד להם, ונביחתם, שינבחו על כל אדם גדול, על כל דבר שבקדושה יתנפלו ויבזו ישחקו וילעגו, ובזה יהי' פני הדיר ומנהיגי:

ולזה יקרא חכמה והעם ילך אחריהם כבהמה בבקעה אחרי אלה אשר כל חכמתם היא שפתם אשר שתו בשמים פיהם ולשונם תהלך בארץ ועזותם תפרוץ, ובזה יחקו להם קרנים, להתאמר כי הם מורי ומאורי העם כי הם פקחו עינים. לזה יקרא פקחות עינים פריקת עול מלכות לשון ככל, נפלא הדבר איך נתקיים נבואתם בתומם התורה הקדושה. היא מורה שעות אשר יושבי בית המדרש ע"י התורה יוכלו לחת אמת מידה כמה נטתה ספינת ישראל מן הדרך, אם נקרא בעין פקוחה נראה כל אשר יקרנו עתה רשום בכתב אמת. ובתוכחה הנאמרה. זה יותר משלשת אלפי שנה. נתפזרנו מקצה הארץ ועד קצה הארץ אין שום מקום על פני כדור הארץ אשר לא נפזר שמה ישראל רוב הקיבוץ של עם ישראל במקומות אחדים אך המיעוט יתפזר על כל כדור הארץ הננו לזעוה לכל ממלכות הארץ הכל ידעו, כי בבא ישראל לאיזה מקום ישגשג המסחר ובלי שום טעם, הננו לזעוה אך יד ה' היא אשר אין לזה שום מקום בשכל, נפלא הוא הדבר איך נתקיים בנו זה שלשת אלפי שנה ובגוים ההם לא תרגיע ולא יהי' מנוח לכף רגלך, חלפו הרבה עתים נשתנו הרבה דעות צמחו דעות וחברות צער בעלי חיים אשר גב על הבעל חי ירחמו ועל המדבר לא יחפצו לרחם ונעשה תורה. וחובה לרדוף את בני שם שום שכל אנושי לא הי' יכול להכין את זאת, כאשר החלה ההשכלה לפעם שרו שירים כי יבא יום, אשר לא יהי' ניכר איש לפני רעהו בשביל מולדתו, ובאמת לפי השכל הי' הצדק אתם אך יושבי בית המדרש, הם ראו בהמורה דרך אשר בידם, בהתורה הקדושה הכתוב ובגוים ההם לא תרגיע ואמרו להם אף כי לפי השכל הצרק אתכם, אך דבר אלקינו יקום לעולם כי אם הספינה חט מני הדרך יחפצו להתקרב לעמים למצא חן מעיניהם,

ועי"ז יעברו מדברי התורה. או אז יתקיים ובגוים ההם לא תרגיע ולא יהי' מנוח, יתקיים הכתוב אשר אמרתם הי' נהי' כגוים תחפצו להדמות להם, ובזה תאמרו להשוות להם בזכויות שישכחו המה, כי מעם אחר הנכם, הי' לא תהי', ביד חזקה ובחמה שפוכה אמלוך עליכם ועתה נראה כי נבואת יושבי על התורה אשר ראו דברי נבואתם בספר התורה איך לא שונה כמלא השערה באשר ספינתינו לא תלך על פי השטה הטבעית אך ע"י שיטה רוחנית ע"י הנהגה גבוהה.

אמרו רז"ל בברכות ט"ז ר' זירא בתר דמסיים צלותי' אמר הכי יהי רצון מלפניך ה' אלקינו שלא נחטא ולא נבוש ולא נכלם מאבותינו ע"כ כמה יש לנו להתבייש מאבותינו בכלל ובפרט בהאמונה הזאת כי כל הנהגת עם ישראל הוא למעלה מדרך הטבע. ה' הוציא את אברהם. ואמר לו הבט נא השמימה. ואמרו רז"ל הגביהו למעלה מכפת השמים. אין הבט אלא מלמעלה למטה. כי כל העמים. המה תחת כפת השמים:

תחת מערכת הככבים. תחת יד הטבע. והנהגת ה' עליהם על ידי הטבע. אבל הנהגת זרע אברהם. למעלה מכפת השמים. לא ע"י הטבע ינהיג ה' את עם קדשו, אך הוא בעצמו עיניו בהם. בלי שום אמצעי ואם כי עלינו לבלי לסמוך על הנס ומצווים אנחנו לעשות תחבולות גשמיות. וה' יברכנו בכל מעשה ידינו, כי כן חובותינו לעשות. אבל עלינו לדע כי לא מעשינו. יפעלו. לא כחנו יגביר חילים, אך כאשר אנחנו עושים חובתינו ע"י הפעולות הגשמים, אז אם ככר זכינו לבנו וטוב בעיני ה' מעשה ידינו אז ישפיע ה' הטוב, ויצילנו מכל רעתינו. וכה הי' הדבר חוש לאבותינו ועפי"ז התנהגו. שממש נבהל ונשתומם על זה.

הנה בימי מרדכי ואסתר. בקום עלינו המן הרשע ימ"ש. ונגזר גזירה נוראה. שאין כמותה להשמיד ולהרוג את כל היהודים. מנער ועד זקן. טף ונשים. צרה שכמוה לא נהיתה ואחת ה' לישראל התקוה שאסתר תלך אל המלך. ותתחנן להעביר את גזרת המן בן המדתא. וכל תקות ישראל. וישועתו הי' תלוי בשליחותה אל המלך. החוק הלא הי' כי כל אשר יבא אל המלך אל החצר הפנימית. אשר לא יקרא, אחת דתו להמית מלבד אשר יושיט לו המלך את שרביט הזהב ובכן כל תקות ישראל. הי' על הרגע הזו. הרגע אשר תכנס לחצר הפנימית של המלך. אם יושיט לה המלך את שרביט הזהב, אם תמצא חן וימהר להושיט לה את שרביט הזהב בטרם ימלאו הפקידים את חובתם להמית אותה על אשר נכנסה בלתי קרואה. ובכן הצלת כל ישראל, מהגזרה הרעה ונוראה מהרג ואבדון נער וזקן, טף ונשים. תלוי אם ברגע אשר תכנס תשא חן בעיני המלך ובכן הלא כל ההשתדלות צריך להיות. שאסתר תשא חן בעיני המלך. ושיומשך לבבו. אחרי'. ובמה

תשא חן בעיני המלך בזה שיאהב אחשורש, לא צדקת נפשה. לא טהרת נשמתה. לא קדושתה יקחו לבבו. אך קלסתר פני', ימשוך את לבבו. אם תהי' יפת תואר וטובת מראה. ובכן לפי דעתינו מה הי' על אסתר לעשות בשלשת הימים שהכינה עצמה לבא אל המלך אל החצר הפנימית. הלא כל השתדלותה היתה צריכה להיות כדי לשפר גווה יפיה ומראיתה. כי הלא אך בזה תציל את כל ישראל וגם את נפשה, ורוח הקודש יספר לנו. את המדה של אחשורש. וטבעו כי בראותו את אסתר נשאה חן בעיניו, אך בשביל זה הושיט לה את שרביטו. והציל אותה ממות, לא בשביל שהיא אשת חיקו, לא בשביל שהיא המלכה שבחר מכל הנשים והבתולות. בשביל כל זה, לא הי' מושיט לה שרביט הזהב, כי ככר שכחה ודבקה נפשו באחרת. והיא אסתר המלכה לא נקראה אליו יותר משלשים יום, ובכן יספר לנו רוח הקודש כי לוא לא נשאה חן בעיניו. באותה הרגע. אז לא הי' מושיט לה שרביט הזהב, והיו הפקידים ממלאים חובתם להמיתה, ואולי בזה היו ממלאים רצון המלך אשר אם כבר דבקה נפשו באחרת כבר היתה לו לזרא כדרכם של אלה, וכידוע מאורחותיהם. וזה מראה לנו. כי כל ישראל היו תלוים ברגע הזאת, אם יפי' ותואר פני' של אסתר המלכה יהי' קסם למצא חן בעיני אחשורש, ובודאי אילו היו שואלים אותנו, מה על אסתר המלכה, לעשות באלו השלשת ימים שהיא מכינה עצמה לבא אל אחשורש, הינו א מרים כי היא מצווה לאכול ולשתות, ולהתענג בכל מנעמי החיים, ואפשר שהינו גוזרים עלי' שתאכול אף דברים האסורים. כי הלא פיקוח נפש אחת דוחה שכת. ומכש"כ שארי איסורים, ואף ספק פיקוח נפש, דוחה את השבת האיסור היותר חמור ומכש"כ פיקוח נפש. של כל ישראל. נער וזקן טף ונשים. ובכן בודאי הינו אומרים חובה עלי' להתענג בכל התענוגים שבעולם המותרים והאסורים. למען זה יפעול על תואר וקלסתר פני' עד שבקסם פני' תקח לבבו, שיושיט לה את שרביט הזהב. ואז תוכל להתחנן לפניו על עמה אכן מה נשתומם מה עשתה אסתר המלכה באלו השלשת ימים היא אמרה צומו עלי ואל תאכלו ואל תשתו שלשת ימים לילה ויום וגם אני ונערותי אצום כן. נוכל לשער בנפשינו איך נפל אור פני'. איך נשחת תארה. עת שצמה שלשת ימים לילה ויום. ובפרט מלכה האמונה על מנעמי החיים, כמה הזיק תוארה ומראה הצום שלשת ימים. וכאשר אמרו רז"ל במגילה, שבא מלאך ומשך עלי' חוט של חסד. כי לוא לא בא הנם. למשוך עלי' חוט של חן. לא היתה מוצאת חן בעיני אחשורש. ובכן אילו הינו אנחנו יודעים כי אסתר צמה שלשת ימים טרם בואה אל המלך אל החצר הפנימית, בטח הינו צועקים אוי אבדנו חלילה כולנו אבדנו. והינו קוראים. אל אחותינו את היא השופכת הדמים של כל ישראל, אם חייך אינם בעינך

כלום כאמרך ואני כאשר אבדתי, כי המלוכה על מאה ושבע ועשרים ומאה מדינה, אין נחשבים בעינך, באשר נקרעת מבית ישראל, והנך אנוסה בידי מי שאינו ישראל, והנך חושבת עצמך אבודה, אבל איך לא תחום על עם ישראל אשר הנך מאבד בידיך בזה שתצום, ומראך ותוארך יהפך למשחית, ולא תמצא חן בעיני אחשורש האוהב יופי וכזה יהרגו אותך, וכל תקות ישראל אבדה, חוסה על עוללים ויונקי שדים, בטח הינו קוראים כן, במר נפשינו, אבל אסתר המלכה ברוח קדשה ובחכמתה. צמה שלשת הימים, ומרדכי שהי' מיושבי לשכת הגזית, הסכים לדברי'. שעלי' לצום שלשת ימים ביחד עם כל בית ישראל. יען הי' בלבכם האמונה כה עד שממש הי' להם חוש האמונה והם ידעו כי הגזירה שלמטה בודאי באה מלמעלה מהנהגה העליונה, מהשגחה העליונה, וטרם שתבא בשליחותה אל המלך שלמטה עלי' ועל עם ישראל. לפנות אל המקום העליון שממנו יצאה הגזירה, ועל ידי המקום העליון שוב, ואם כי עשתה כציווי מרדכי, שעלי' לעשות התחבולות הגשמים לבא אל המלך ולהתחנן לפניו, אבל עיקר הכל התחבולות הרוחנים, להגיע בהתשובה. עד כסא הכבוד, שמשם הנהגת כל ישראל. הגזירה יצאה על שנהנו מסעודתו של אותו רשעי הכונה שאחרי שראו כי אותו רשע עושה משתה, ומזמין את כל העמים. בלי הבדל דת ולאום והשתי' כדת אין אונם, זהו דרך החפשית. חופש הדת, ושכחת שנאת הלאם וחופש האישיות ומעתה כבר סר חשכת חבערות, מעתה כל העמים יחיו בשלו' ובכן על ישראל גם כן להתקרב אל העמים, ולראות שבניהם ובנותיהם, ישוו בשפתם, ובחכמתם. ובהנהגתם. אל כל העמים ובכן הלא עתה החובה ליסד בתי ספר כאלה, שישכילו זרע ישראל בכל החכמות, שעי"ז, ישאו כבוד בלאומים, ויהי כבוד ויקר לעם ישראל, ומה להם עתה לספות להנערים. חזרה כתורא, יש ענינים יותר גדולים לעם ישראל, להשיג כבוד ותפארת, ולהשתות אל העמים, אחרי שהם מתקרבים אלינו, הלא עלינו להושיט להם ידינו, ובכן אילו היו הולכים כה לפי מחשבותיהם. הי' גלוי לפני הקב"ה. שאז הי' הלילה מיתה רוחנית על כל עם ישראל, כי אם לא יחנכו וילמדו את הנערים, תורה, הדת מאין ימצא ומאין יהי' תורה בישראל וזה הי' חטאם הנורא. שנהנו מסעודתו של אותו רשע לא אמרו שאכלו, נפשם לא התגאלה בפת בג המלך וביין משתיו אבל רוחם התגאל. וכאשר אמרו רז"ל בפסחים, על הפסוק אני חומה ושרי כמגדלות אז היתי בעיניו כמוצאות שלו', ואמרו אני חומה זו תורה ושדי כמגדלות אלו תלמידי חכמים, החומה של עם ישראל היא תורתינו הק'. שתגין ותשמור עלינו, מכל החצים, ואבני הבליסטראות שזורקים שונאינו לקרקר קיר. והשדים המה תלמידי חכמים. השדים ברא ה' להניק את הילדים, ע"י השדים, מתגדלים

כל ילדי הדור עד שיהיו לגדולים לולא השדים לא הי' דור חדש כן בישראל התלמידי חכמים הם מגדלים הדור לישראל, לולא השדים שנתן ה' לכנסת ישראל היינו התלמידי חכמים, לא הי' מתגדל דור לכנסת ישראל. אכן על עילם אמרו אחות לנו קטנה. ושדים אין לה זה עילם שזכתה ללמוד ולא זכתה ללמד, זה הי' חטא שלהם במדי בשושן אשר בעילם המדינה, שלא הי' להם שדים. לא התכוננו איך לגדל את הדור הבא, ולהניק להם מחלב התורה והדת, ובכן אם כי הם למדו אכל לא זכו ללמד, ומזה הי' מתפשט העמי ארצות, ומזה ההריסה. וע"כ הניח ה' את הגזרה על כל ישראל. ומרדכי ואסתר, ה' להם כה בחוש כי הנ גת ישראל, בכסא הכבוד ואם כי היו מחויבים לעשות פעולות אנושיות. ותחבולות גשמיות ללך דעפוטאציא אל המלך אחשורש, כי עם ישראל בסכנה נוראה שלא הי' כמותה והשליכו נפשותוהם מנגד, אכל אחרי שההנהגה הרוחנית העיקר א"כ בתחילה נחוץ ללך דעפוטאציא אל מקום ההנהגה הרוחנית לעשות תשובה שתגיע עד כסא הכבוד. תשובה זה צום ותפלה וצדקה מעבירין את רוע הגזירה מלמעלה ע"י הצום שבו כל ישראל בתשובה שלימה, כמו שנאמר ליהודים היתה אורה, ופירשו רז"ל מגילה ט"ז, אורה זו תורה. הועילה הדעפוטאציא למעלה ובכן הלכה הדעפוטאציא שלמטה, ועל כן גמרו מרדכי ואסתר בנפשם, שבשלשת הימים שהכינה עצמה אסתר לבא אל המלך אל החצר הפנימית, לצום שלשת ימים לילה ויום, דבר אשר לפי הבנתינו הי' זה מעשה נורא וסכנת כל ישראל בעת שצריך למצא חן בעיני אחשורש, ודבר זה צריך להיות ברגע אחת, שיגע ראיתה אל לבבו ובזה לפי דעתינו, תלוי הצלת כלל ישראל, אעפי"כ החליטו שצריכה אסתר לצום שלשת ימים. כדי למצא חן בעיני מלכו של עולם, ואח"כ לבא אל המלך שלמטה אבל כמה הדבר רחוק מהשגתינו, וממחשבותינו אנו, כמה רחוקים אנחנו. מחוש האמונה הזאת, להשכיל ולהבין, כי אף שעלינו לעשות פעולות בעד עצמינו ומחויבים לעשות מעשים כבירים. במסירות נפש. בעד כלל ישראל, אבל לדע כי עיקר ההנהגה היא למעלה בכסא הכבוד עפ"י הרוחנית, ובכן לכון כל פעולתינו עפ"י המדה הזאת, ואז הינו מצליחים בעזר השם.

ביהושע קפוטל ה' בעת ההיא אמר ה' אל יהושוע עשה לך חרבות צורים, ושוב מול את בני ישראל שנית. נתכונן נא למה אמר הכתוב בעת ההיא, הלא כל המעשים שנעשו בימי יהושע והכתובים בספר יהושע היתה כל מעשה בעתה ובזמנה, ומדוע אמר הכתוב פה בעת ההיא, אכן הנבואה תאמר לנו עמוד והתבונן, באיזה עת היתה המעשה, והי' לך זאת לזכרן תמיד, ותדע איך לעשות ולהתנהג, בל תשכח באיזה עת אמר ה' ליהושע עשה לך חרבות צורים, זה יהי' לך תורה שלימה, על כל המעשים והפעולות ועל כל

מחשבותיך ורעיונותיך הנה מצינו כאשר רצו בני יעקב להנקם באנשי שכם, על הנבלה שטימאו אחותם. מה יכלו לעשות המתי מעט נגד עיר שלימה, התיעצו והתחכמו ואמרו להם למול בשר ערלתם, ועל ידי זה נערים שנים, בני שנים עשר ושלשה עשר שנה חרבו עיר שלמה, כי בהיותם כואבים, לא יכלו לעמוד נגד שני נערים, רואים אנו, כי להמית למול כל העיר, זהו מעמיד בסכנה את עיר שלימה, ומכל שכן למול אומה שלימה בפעם אחד, הרי זה עמידה בסכנה את כל העם, ובפרט בעת שמוקפים מאויבים, ובפרט שהאויבים יודעים שבאים עליהם ללחום. והנה עם ישראל עבר את הירדן בעת שהי' מלא על כל גדותיו, וכל מלכי הארץ שמעו דבר זה, וידעו כי ישראל באים לרשת ארצם ואורבים היו להם, שהרי יהושע שלח שני מרגלים חרש, ואעפי"כ הוגד למלך יריחו כי אנשים מבני ישראל באו לחפור את יריחו. ובכן באותה העת שהסכנה גדולה, באותה העת אמר ה' למו' את כל האומה הישראלית שכל העם הילודים במדבר, זה ארבעים שנה היו בלתי נמולים, ואלה שהיו בצאתם ממצרים, בני עשרים שנה מתו במדבר, ובכן יותר משני שלישי ישראל היו הנימנים בין השש מאות אלף היינו יותר מארבע מאות אלף שהיו בין אלה שנמנו במנין, מלבד אלה שהיו פחותים מבני עשרים כל אלה נמולו, וכמעט כל האומה נמולו ע"י חרבות צורים, הלא נורא הדבר, איך העמידו את כל כלל ישראל, בסכנה נוראה כזאת. ולא עוד אלא שמכל הערלות עשו גבעה. ובטח ראו זאת כל האורבים והעוברים, והלא כשיודע הדבר להאויבים היו באים אז למלחמה, וחלילה היו הורגים אח כל האומה בהיותם כואבים, ואין לאל ידם להושיע את עצמם כי כואבים המה, הלא נבהל מהמעשה הזאת. אכן באשר העיקר ההשגחה העליונה, המנהגת את עם ישראל, לא בכח טבע אך בכח למעלה ממקור הרוחני. ובכן ללך לכבוש ולרשת את ארץ הקדושה, צריכים להיות מולים, להסיר את ערלת הכשר, ויחד עם זה את ערלת הלב, ורק אז יוכלו לבא לדשת את ארץ הקדושה, אשר היא קדושה לה' ועיני ה' בה, וא"כ עשותם את העיקר לבא בכח הקדושה, זה יועיל לעשות הטפל, היינו המעשים והפעולות שיעשו במלחמה, ובכן תאמר לנו הנבואה, זכר באיזה עת אמר ה' ליהושע עשה לך חרבות צורים. ומול כמעט את כל האומה הישראלית. ומזה יאירו עיניך. לדע את כל מצב בני ישראל בארץ, כי הם למעלה מכפת השמים, וממערכת הככבים. ועפי"ז תדע לך כי אף כי בתחבולות תעשה מלחמה, מלחמת החיים, ומלחמה בגוים, אבל בכל זה תדע כי עיקר ההצלחה, תלוי אך בהנהגה הרוחנית, ועליך לכון פעולתם ומעשיך עפ"י המדה הזאת.

בזה נוכל לבאר דברי הכתוב והי' במקום אשר יאמר להם לא עמי אתם יאמר להם בני א' ח'. מצאנו בכתובות ס"ו, מעשה בר' יוחנן בן זכאי שהי' רוכב על החמור והי' יוצא מירושלם והיו תלמידיו מהלכין אחריו ראה דיבה אחת שהיתה מלקטת שעורים מבין גללי בהמתן של ערביים כיון שראתה אותו נתעטפה בשערה ועמדה לפניו אמרה לו רבי פרנסני, אמר לה בתי בת מי את, אמרה לו בת נקדימון בן גוריון אני, אמר לה בתי ממון של בית אביך היכן הלך אמרה לו ר' לא כדין מתלין מתלא בירושלם, מלח ממון חסר ואמרי לה חסד, נפלאה היא צדקתם הגדולה, ואמונתם הנפלאה, בת נקדימון בן גוריון אשר אבי' הרבה כה לפעול למען ישראל, עד כי כאשר לא הי' מים לעולי רגלים, שאל שלש עשרה בורות מים, והבטיח תחתיהם שלש עשרה בורות כסף ולוא לא הי' גשם, הי' מחויב לשלם, וחמה נקדה בעבורו, ופזר תמיד לעניים, כלי מילת, אעפי"כ לא התאוננה ולאמר, אבי עוזר ישראל, דואג בעד ישראל נענש אך עוד שאלה בלשון פליאה על ר' יוחנן בן זכאי מה מתפלא על ממון אבי' שהלך. הוא לא מלח הממון כראוי לא עשה צדקה כראוי ע"כ חסר, וזאת אמרה ריבה קטנה מה גדלה צדקתם ומה חזקה אמונתם כו' אמר להן לתלמידיו זכור אני כשחתמתי על כתובתה והייתי, קורא כה אלף אלפים דינרי זהב מבית אבי' חוץ משל חמיה בכה ר' יוחנן בן זכאי ואמר אשריכם ישראל בזמן שעושין רצונו של מקום, אין כל אומה ולשון. שולטת בהם בזמן שאין עושין רצונו של מקום נמסרין ביד אומה שפלה, ולא ביד אומה שפלה אלא ביד בהמתן של אומה שפלה. **ולכאורה** יפלא הדבר על זה שישראל בזמן שעושין רצונו של מקום אין כל אומה ולשון שולטת בהם, יפה אמר ר' יוחנן בן זכאי, אשריכם ישראל, אבל מהו האושר. מה שבזמן שאין עושין רצונו של מקום, נמסרין ביד בהמתן של אומה שפלה, אכן באמת. גם זה אושר שלנו, כי לולא שהבדילנו ה' ועשה מחיצה בין ישראל לעמים, כבר הי' אבד חלילה זכר ישראל, כי אילו הי' נתן מנוחה, שיכלו לשב בשלוה, ולא רדפו אותנו מנדינו, אז היו נערי ישראל, בחום שאיפתם, עוברים לאט לאט לצידם, כאשר ראינו בעליל, במקומות, אשר נתנו לישראל, על איזה עת שווי זכיות איך הרבה שכחו צור מחצבתם, וכמאמר חז"ל על הפסוק היא ישבה בגוים לא מצאה מנוח, לוא מצאה מנוח לא שבה, ועל כן נראה. כי בעת שכרת ה' ברית עם אברהם בין הבתרים, נאמר הנה חושך ועלטה, ודרשו רז"ל כי הראה ה' לאברהם אבינו ארבע מלכיות. ולכאורה יפלא מה ענין ארבע מלכיות לברית בין הבתרים, הלא כשכורתים ברית, מבטיחים זה לזה טובות, וא"כ השם כאשר כרת ברית עם אברהם אבינו, הלא אז העת להבטיח לו טובות, ומה ענין בשורת הגליות בעת הברית:

אכן ידוע מאמר רז"ל במדרש רבה על הפסוק ותרדמה נפלה על אברם, דמיך ולא לעי באורייתא, דמיך מרמוטא ביאור הדברים. כדאיתא במ"ס (תענית דף ה') הכי אמר ר' יוחנן יעקב אבינו לא מת. א"ל וכי בכדי ספדו ספדייא וחנטו חנטייא. וקברו קברייא א"ל מקרא אני דורש שנאמר ואתה אל תירא עבדי יעקב נאם ה' ואל תחת. ישראל כי הנני מושיעך מרחוק, ואת זרעך מארץ שביים מקיש הוא לזרעו מה זרעו בחיים אף הוא בחיים, ולכאורה נהי שדורש מקרא, אבל הלא הקושיא במקומה עומדת, וכי בכדי חנטו חנטייא:

וספדו ספדייא, וקברו קברייא, אכן ביאור הדברים, כי כאשר ידברו ביניהם יעקב אבינו, יכוונו, אל גוף של יעקב אבינו אבל בעת שהוא דורש המקרא אין כונתו אל גוף של יעקב אלא לרוח אבינו יעקב רוח אבינו יעקב, שבעת, שהי' בן ששים ושלש, ואביו שלחו לשא אשה הלך לו לבית מדרש של שם ועבר ארבע עשרה שנה ללמוד, לא קנא באחיו, אשר ראה כבר חיים והי' לו מצב נכון אך אבינו יעקב כל מנעמי החיים לא נחשבו לו נגד אשרו, שישב ארבע עשרה שנה ללמוד, ע"כ בראותינו עתה, בחורי ישראל, לא ימשכו אחרי זרם העת המסיתם לאהוב, את הבטלה והוללות, תענוגי הילדים הגדולים, ויושבים מבקר ועד ערב באהלה של תורה אשר באמת ירגישו צוף דבשה, ונועם קדושתה כי מי אשר חובר אל קדושת התורה, כפי יראתו יתן ה' בלבו הרגש בדברי התורה, אשר אלה אשר רחקו ממנה, לא יבינו אותה, בחור בימי ילדותו, אשר יש לו שאיפות מלהיבות, בחום ילדותו, איך יוכל הוא, להיות רחוק משאון החלד באשר כאשר סומא מלידא לא ירגיש ולא יבין, נועם דבר יפה לעין כן העורים האלה לא ירגישו נועם וקדושת התורה. אך אלה בני התורה להם תתן התורה, צוף טעמה. וכאשר נראה זאת עתה, בני הנעורים בעלי כשרונות נעלות, עם שכלים נעלים וחריפים לא יחפצו לרעות בגנים אחרים, אשר ידעו כי שמה. יפרקו מעליהם עול תורה ומצות, ומקריבים הם חלבם ודמם מבחר ימי עלומיהם על מזבח תורתינו הקדושה, לא יקנאו במכיריהם, אשר למראית עין נדמה, כי מצבם איתן כי תורתינו הקדושה יקר בעיניהם מחיי החלד, וכל כפר לא יקחו בעדה. אז נאמר, יעקב אבינו לא מת רוח הקדושה שהשריש יעקב אבינו בבניו ע"י הנהגתו שנעשה לכח טבעי אהבת תורה שירשום מאבינו יעקב. עוד לא מת, וחי וקים בתוכינו. **אמרו** חז"ל יבא לבן ויעיד ביעקב אבינו שלא נחשד על הגזל כאשר משש לבן הארמי כל כלי יעקב. לא מצא מכל אשר לו מאומה חתן הדר בבית חמיו עשרים שנה ואפילו סכין קטן, של לכן לא נמצא אצלו, ולא עוד אף שהי' לו טענות ותביעות גדולות, על לבן אשדכה עבדו באמונה, ממש כמסירת נפש שמר צאנו כחזני מתא. הי' כיום אכלו

החורב וקרח בלילה ונדדה שנתו מעיניו, כי יעקב חשש על איסור גזל באופן נפלא, כי ירא הי' פן גוזל הוא מעתותיו אשר שכורות ללבן. והרי גזל חפץ גזל וגזל זמן גזל (מליצת מסלת ישרים) ע"כ אף כי מן הדין ה' פטור מעבודה כזו (לדברי רבה בב"מ צ"ג). אעפי"כ יעקב אבינו בצדקתו עשה לפנים משורת הדין. נשא בעול הקשה כזה. עשרים שנה שנות עמל כזו. הרבה יש שעושים לפעמים לפנים משורת הדין, אבל דק בדבר אשר הוא נקל, אך היוכלו עשרים שנה. עבוד עבודת עבד, עבודת פרך, בלי מנוחה ביום ובלילה ומפני מה, מפני לפנים משורת הדין. אכן אבינו יעקב, בזהירותו באיסור גזל הוא אשר יומם ולילה עבד עבודת פרך למען מצות לפנים משורת הדין, מפני החששא של איסור גזל, ולא עוד לבעל הבית כלבן הארמי אשר החליף משכורתו עשרת מונים, מעקודים לנקודים, ולברודים, והיו לו תביעות, אשר אילו הי' תובע את לבן לדין הי' זוכה בדין, אך לא סמך יעקב אבינו על דין עצמו בדבר שהוא נוגע, ונטה כח לסבול, עשרים שנה עבודת עבד ביום ובלילה וכה באמונה, ואף כי ידע כי לבן נתעשר ממנו, לא הי' לו הוראת התר, לומר אני אעבוד ואפעול והוא יתעשר ממני ע"כ כאשר נראה גם אצלינו אנשים הנושאים ונותנים באמונה, חוששים לאיסור גזל, עובדי באמונה אצל בעלי הבית שלהם, כמו אבא חלקי', אשר אף שלו' לא השיב בעת העבודה, נאמר יעקב אבינו לא מת ויראתו את ה'. גם בדברים שבין ארם לחבירו, אשר הנחיל לנו, חי אצלינו, לא נעשה פשרה, להחזיק במצוה זו יותר מזו, כי כולם מרועה אחד

ניתנו. **כמאמרם** ובוצע ברך נאץ ה'. זה העושה פשרה. הכונה יש אנשים העושים פשרה עם התורה ויש אשר במצות שבין אדם למקום הם זהירים בכל נפשם, ובמצות אשר בין אדם לחבירו הם מזלזלים עליהם נאמר ובוצע ברך נאץ ה', הוא עושה פשרה, אבל התעשה פשרה, עם רופא מומחה שיאמר לך שני הסמים האלו הם סמי המות, האוכל מהם ימות, התזלזל באחת. ובאחת תשמע לו כי תאמר לו, אעשה פשרה עמך, אם אך תדע כי הרופא הוא מומחה וחיים יקרים אצלך. הלא תהי' זהיר בשני הסמים, מלשתות אותם ואם תשתה סם אחד אף כי תהי' זהיר מהסם השני אות הוא כי אינך מאמין להרופא, ותהי' מן הכסלים והפתיים שעכרו ונענשו. כן רופא כל הארץ. יודע סגולות הנפש כי הוא בוראם, והוא נתן לנו את תורתו הקדושה, וצונו להזהר משס"ה ל"ת, ואמר כי כולם אדם לישראל אשר רק אם ישמר מהם, אז וחי בהם, אבל אם יעבור חלילה על אחת מהם. אז ככר מת הוא מיתה רוחנית, אשר היא קשה יותר ממיתה הגשמית, כי היא מיתה עולמית, איך תקיל בהם, ואם הנך מקל באחת מהם, אינך מאמין ככל התורה כולה, כי המאמין הוא מאמין בכל, והוא יעשה אותו וחי

בהם. **יש** אנשים ששגור על פיהם איניני צדיק כל כך, ובזה יעברו על הדברים היותר חמורים, ודרכם שאול ואבדון מתפללים המה בכל יום, אבל יפסיקו באמצע התפילה, ומדמים בנפשם, שאם מפסיקים המה, רק צדיקים אינם, אבל איך לא יבושו ויכניסו, כאשר יראו לעתיד לבא את אשר פעלו בהפסקם, הלא אם יכתבו מכתב לשר צבא, ואח"כ יראו כי שגו, וכתבו באמצע המכתב, דברים בזוים, הלא יבושו ויכלמו ויחרדו, מכעס השר צבא, ואיך לא יתביישו מפני מלך המלכים, כי הלא הם מתפללים, הלא ידעו ויאמינו, כי השם יתברך ברב חסדו, שומע תפלת כל בשר ואיך עליהם לחרד מכעסו. אשר באמצע ברכת אהבה רבה, שיאמרו להשם, וידברו לאדון כל הארץ, ויאמרו לו בלשון אתה, איך באמצע מבלבלים בדברים בזוים, על זה נאמר ובצע נאין הוא עושה פשרה, אם הוא מתפלל צריך להתפלל כדין.

לפעמים מהקלות הזה, שהוא עושה פשרה בנפשו, ומפני התירוץ שיתרץ את עצמו איניני צדיק כל כך. יעברו של דברים שחייבים עליהם סקילה, יש אשר ישמרו שכח מחללו ושומרים ידיהם מעשות רע ביום השבת, אבל הם חושבים למותר להיות צדיק כל כך. להזהר בקכלת השבת, ויכניסו שבת אחר שקיעת החמה ישכהו אלה, כי אין לעשות פשרה עם התורה כאשר אם יאחר אדם רגע צאת מסילת הברזל אזי לא יוכל עודלחטפו ולהחזירו, על אחת כמה וכמה שלא יוכל אדם לאחר את החמה ואם מקבל הוא השבת, רגע אחר שקיעת החמה. כבר הוא מחלל שבת, אם בודאי, או הוא נכנס לספק חילול שבת, אשר צריך על זה כפרה מרובה, ה' ירחם נוכל לבאר בזה דברי המדרש שאין בין גן עדן לגיהנם אלא כחוט השערה, המדלקת נרות רגע אחד קודם שקיעת החמה, הלא זה הוא אושר גדול גן עדן נצחי, שכר מכבד השבת, ורגע אחד כחוט השערה אם תאחר האשה הדלקת הנרות, הוא גיהנם שאול ואבדון. חילול שבת ששקול ככל התורה כולה.

רגילים המה המתחכמים, לקרא להאיש המזהיר על זה הצוח ככרוביא, על דברים כאלו, וכמו על לשאת בשבת אשר זה מהדברים החמורים שבתורה. מן החמורות שבחמורות כי הלא המחלל שכת בפרהסיא אף באיסור דרבנן הוא ככופר חלילה, ואף על פי כן רגילים המה, לקראהו בשם קצוני, אכן דמיונם בזה לנער אחד שנסע עם אביו על ספינה. ויראה את המלח, המגלגל את האופן המנהל את הספינה כי הוא ממשיכה בכל עוז, שמה שהי' למטה תהי' למעלה, וישאל את אביו ראה איך האיש הזה הוא קיצוני, הוא רוצה דוקא, שיד האופן אשר הי' למעלה יהי' למטה והוא עמל לזה בכל כחו, מה איכפת לו, להאיש הזה, אם יהי' כמקודם אביו ענהו, בידו יש מפת הדרך והוא יודע כי יש במקום הזה, סלע חד, אשר אף כי ראשו אינך רואה, אבל לפי המפה אשר בידו

יודע המלח כי יש כמקום הזה הסלע, אשר אם תגע בו הספינה, תנקב, ותרד למצולה, וע"כ הוא חותר בכל עוז, שתט הספינה לצד אחר, כן עלינו לענות להנער הקורא אותנו קיצוני, בעד מה שמזהירים על דברים כאלו. ספינתינו אם תגע מעט בחילול שבת תשבר לרסיסים, כל איש אשר שלח ידו בקדושת השבת, הוא נפסק ליוצא מהכלל כפי המפה אשר בידינו אנחנו מאמינים בדברי חז"ל, אשר הורו לנו מה הוא חילול שבת, והם אמרו כי הנושא ביום השבת הוא מחלל שבת בפרהסיא וע"כ עלינו להזהיר, ואתה אם אינך מאמין בדברי חז"ל ע"כ אתה קורא בשם קיצוני, לך לך. אל הקראים להחזק בשיטתם, ואם חודה האמת. כי גם בתורת משה הנך כופר, צא לך מבית ישראל המחזיקים בתורת אלקינו, ואנחנו מה, כי תקרא אותנו בשם קצונים הלא אנחנו מדברים, לכלל בית ישראל המאמין בתורתו. אשר רוח יעקב אבינו בתוכו וע"כ עלינו להודיעם הסר מדרך התורה, הוא יוצא מהכלל למען יזהרו מעתה.

לא נדבר מאלה האוילים המתחכמים. אשר בדו להם תורה חדשה, כי עיקר הכל הוא דברים שבין אדם לחבירו, והם עושים פשרה עם התורה לצד השני והם אומרים כי עיקר רוצה הקדוש ברוך הוא להשקות ולהאכיל האביון, ולגמול חסד כי זה הוא מצוה שכלית, וזה כל האדם אבל האנשים האלה יכסו כחשם בפיהם, שבאמת הם כופרים בהשגחת ה' הפרטית כי לולא האמינו כי ה' כל יכול ומשגיח על כל, אז היו מבינים כי אדרבה עוד מצות צדקה יותר חוקית ממצות תפילין, כי למצות תפילין יש מעט מבוא בשכל, הזכירה מן התפילין אבל מצות צדקה אין שום השג בשכל, אך ורק באשר כה צונו אלקינו, כי אם מאמינים אנו בהשגחת ה על כל דבר, וכי הוא פותח ירו ומשביע לכל חי והוא הזן ומפרנס מביצי כנים ועד קרני ראמים, א"כ למה לנו לפרנס את העני, הלא את אשר נחתם בעדו בראש השנה יגיע לו, גם אם אנכי לא אתן לו, ואת אשר לא נפסק בעדו בראש השנה זה לא יגיע לו ולמה לי ליתן לו, הן אשר ראוי לו ירויח בעצמו גם אם לא יתנו לו ואטו הקדוש ברוך הוא משגיח ומפרנס רק את העשיר הלא עיניו אל העני, והוא שוכן את דכא, אך אנחנו עושים המצוה באשר כה צונו ה' ובהדי כבשי דרחמנא למה לך השם יתברך צוה שאם תראה ערום וכסיתו, אף כי באמת אם אך נגזר עליו שיהי' לו כסות, יהא לו בלעדיך, עליך לכסותו כאשר תראהו ערום, והוא מצוה חוקית אך למענינו צונו בוראינו שאנחנו נעשה, כאילו הינו אנחנו הנותנים לו, ותחשב לו לצדקה וזהו אמרם יותר משבעל הבית עושה עם העני העני עושה בעל הבית, וכן מרדכי הצדיק כשאמר לאסתר ללך למלך להתחנן על עם ישראל, אמר לה כי אם תחריש, רוח והצלה יעמוד ליהודים ממקום אחר כי בודאי אילו לא היתה היא עושה

לא הי' הקב"ה מניח את ישראל בידי המן אך עם כל זה עלי' היה החובה לעשות אף במסירת נפש. כי כן מצות ה', שהעושה יעשה כאילו תלוי הדבר בו, אף שבודאי אין תלוי כלל בו, וא"כ אין לך מצוה חוקית יותר מזה וזו היתה שאלת טורנוסרפוס לר"ע אם אלקיכם אוהב עניים מפני מה אינו מפרנסן, היינו שהי' קשה לו הקושיא הזו כיון שהשגחת ה' על כל א"כ למה לתן להעני, אכן ר"ע השיבו כדי שניצול אנו מדינה של גיהנם כי אין הצדקה בשביל להחיות העני, כי להעני הי' מגיע הראוי לו גם מבלעדי הנותן, כי לא יחסר לו חוקו אשר נחתם לו בראש השנה, אך המצוה הזאת הוא למעננו מצוה היא כמו מצות תפילין וכדומה.

בזה אמרתי, על אשר לפעמים נראה בתים גדולים אשר הרבה עניים מצאו בהם חיתם, ולהרבה אביונים היו עושים צדקות וחסד, ופתאום ונשכר הבית לרסיסים, אז יתאוננו הרבה מה הי' איכפת להקדוש ברוך הוא אם הי' הבית ההוא קים, הלא ידיהם שלחו לאביון הרבה מצאו עזרתם בם, ומדוע החריב ה' בית כזה, וגם אם נאמר להם דברי הגמ' בברכות דיו לעבד שיהי' כרבו לא יספיקו בזה, כי יאמרו הלא בשביל העניים הי' להקב"ה להחזיק אותם, ואמרתי דאין להם מה להתרעם דהנה אם נראה, אחד שכר בית מבעל הבית אחד ואח"כ ישכיר הבעל הבית את ביתו לאחר, אז רואים אנו כי לא נחה רוחו מהרוחה שהי' לו כי לוא הי' טוב בעיניו מדוע השכיר לאחר אבל אם נראה בעל בית אחד, נתן במתנה לאחד לדור בביתו חנם, אם נראה אחר כן כי יניח לאחר לדור בהבית לא נאמר כי אין רוחו נוחה מהעבר, כי הלא יוכל להיות שזכה אצלו למחצה דירת הבית. על עשר שנים וכדומה ולא יותר, כן הדבר אילו היו נותני הצדקה מעשרים את העניים וטובתם להעניים שהם אהובים אל המקום בודאי שיש להקשות איך החריב ה' בית גדול שיש לו הכנסה מרובה כזה אבל יודעים אנחנו כי נותני הצדקה אין טובתם להעני לא יעשו טובה חלילה עם הקדוש ברוך הוא, כי אם יצדק איש מה יפעל לו והראוי ומגיע להעני הרוחתו והצלתו יגיע ממקום אחר. ואם איננו משיג מקום אחר, אות הוא כי גם על העני נגזר לכל ישיג הוא הדרוש לו אך האיש ההוא בעל הצדקה העשיר את עצמו בנתנו צדקה. צדקתו לו לבדו, טובתו לעצמו. ע"כ אין להתפלא אשר אף שזכה מן השמים הרבה שנים באושר כזה שיוכל להעשיר את עצמו איזה שנים מה שלא יתנו לו על יתר השנים, כי זכה באושר כזה שיוכל לפעול טוב וחסד אך על מספר שנים כזה ולא על יותר, כי כל הטובה והחסד שעשה כל ימי עשרו, הוא עשה בעד עצמו כי מצות צדקה לא שכלית, בשביל החיות נפש הפני אך חוקית, כדי שניצול מדינה של גיהנם, רק המעשה עלינו לעשות, כאילו הינו מחיים בזה נפש העני.

יכרסמנה חזיר מיער, זה עשו הרשע, ביאור דבריהם, הנה מצאנו בבראשית קפיטל ל"ו ויקח עשו את נשיו ואת בניו כו' וילך אל ארץ מפני יעקב אחיו כי הי' רכושם רב משבת יחדיו ולא יכלה ארץ מגוריהם לשאת אותם מפני מקניהם, והדבר הוא נפלא, עשו היה נרדף מפני יעקב, הוא הלך אל ארץ מפני כי לא יכלו לשבת יחדיו, ועשו הי' הנגזל, כי הוא הוצרך ללכת, הלא ידענו צדקת עשו כי לא רצה להיות נכנע לפני יעקב ומדוע לא לחץ שיעקב ילך, אכן הנה מצאנו הצלחת עשו הרשע כי הוא התחתן באלופים, כל בניו היו אלופים, ותמנע שהיתה אחות לוטן רצתה יותר להיות פלגש לבן עשו מלהיות גבירה במקום אחר, ויעקב אבינו כאשר צריך הי' לישא אשה הי' לו לעבוד בעדה, אכן בחנם אין לוקחים לב העולם עשו הרשע הי' צד בפיו, הוא התהלל כי עיקר שיטת אברהם הוא להיות טוב בין אדם לחבירו. תחת אשר יעקב, ישב תמיד באהל התורה, וע"כ הלא לא יוכל לעשות חסד, אכן עשו שם שמים לא הי' שגור על פיו, כי אמר מה חפץ לה' שיזכירו תמיד שמו ויעבדוהו, עיקר רצון שיהי' האדם זהיר במצות השכליות, ובדברים שבין אדם לחבירו. והוא התפאר כי הוא האוחז בשיטת אברהם, והוא הי' גבור ציד לוקח נפשות בגבורתו ותמיד הי' מקבץ סביביו את בנות שעיר החורי ודורש אודות מדת החסד, ומצות שבין אדם לחבירו והם התפלאו על מדברו הנפלא כי לדבר אודות מצות השכליות, זה ממשיך הלב המה ראו את הדרך ארץ אשר בעשו עד אשר כיבודו את אביו הי' באופן נפלא כי אביו יצחק כבדו עיניו מראות, והוא בעת אשר הי' נושא לו את המזון. הי' מלביש את עצמו בגדים יקרים מפני כבוד אביו הלא הוא זהירות נפלא במצות השכלות, תחת אשר יעקב אבינו שיטתו לא לא יוכלו לקבל כי הוא לא אהב להתרועע את בנות שעיר והוא הזהיר תמיד, כי הקדוש ברוך הוא שונא זנות. וכי אברהם אבינו, אשר עשה לפנים משורת הדין לא אסתכל בדידי' ומכל שכן באחרת, כאשר אמרו רז"ל כי אין שבח מה שהתפאר איוב שלא התבונן על בתולה (בעתים ההמה היו רוב הבתולות קודם שתי עשרה שנה ואף על פי כן הי' איוב זהיר בזה), כי אין זה שבח, ויעקב הכביד במוסרו, אשר שיטתו זאת לא יוכלו לקבל ע"כ בבניו לא רצו להתחתן אף שהם גם הם מזרע אברהם אבינו, אך שיטת עשו הרשע שהיא קולא גדולה לעשות הכל ככל העולה על הרוח אך לעשות מצות שבין אדם לחבירו הוא ממשיך הלב והמשיך אליו ואל כל בני ביתו את בנות שעיר החורי אשר התרועע תמיד אתם.

והורו לנו רז"ל במליצתם כי עשו הרשע נדמה בזה לחזיר כי השם יתברך צונו לאכול אך אלה ההיות שיש בהם שני סמנים של טהרה מעלה גרה ומפריסי פרסה, כן האדם צריך להיות לו שני סימני טהרה, טהרת הידים הם דברים שבין אדם לחבירו וטהרת מעלת

הגרה דברים הפנימים החובות שבין אדם למקום שני הסימנים צריכים להיות כשרים החזיר אשר מפריס פרסה הוא וגרה אינינו מעלה טמא הוא כן עשו הרשע אשר יראה כי פרסותיו סדוקות. יש לו סימן טהרה על מצות השכלית, אבל אין לו הסימן השני טמא הוא ובאמת החזיר כשהוא פושט את הרגל ומראה כי פרסותיו סדוקות, מלבד שהרגל הזאת לא תוכל להכשיר את כל הגוף הנה הרגל הזאת בעצמה היא טריפה ומאוסה. כי היא רגל חזיר כן המצות אשר החזיקו כין אדם לחבירו. גם זה אסור ומוקצה מחמת מיאוס. הכבוד והיקר, שהראה עשו ובניו לבנות שעיר החורי לא הי' מפני כי נחוץ לכבד אח מין החלש. אך בא מפאת התאוה ממקור משחת, אשר שנאוי ומשוקץ בעיני ה', וע"כ אמרו שהי' עשו צד נשים מתחת בעליהן הוא צדן באמרי פיו, כמו שצד את אביו., ואמרו רז"ל, כי גם הנפש הרג, כי זרועות השכל לא יעצרו בעד התאוה. וכמו שביארו המפרשים את דברי אברהם שאמר לאבימלך, כי אמרתי רק אין יראת השם במקום הזה, והרגוני על דבר אשתי, כי אבימלך שאל את אברהם מה ראית בנו כי עשיתה הדבר הן ראית כולנו בני תרבות בני השכלה, ואיך חשדת אותנו כי נעשה כדבר הזה אך אברהם ענה לו אחת ראיתי כי אתם עם מנומס ובעלי דרך ארץ אבל יראת ה' אין אצליכם, והכל בא מפאת חוקי דרך ארץ. על זה לא אסמוך כי אם אין יראת ה'. חוקי הדרך ארץ לא יעצרו בעד תועבות ע"כ אמרתי רק אין יראת ה' אף שיש תרבות והשכלה והרגוני על דבר אשתי, וזה הי' הבין אדם לחבירו של עשו הרשע, רצוח ונאוף, מבחוץ הי' מנומס ובעל דרך ארץ מדברו בנחת מכבד את החלש גם ציד. את החיות. גם זה הוא דבר הממשיך את הלב, חיי השעשועים אבל זה הי' אסור כחזיר אסור ומאוס.

והנה כל זמן שיעקב אבינו לא ה' עשיר, לא כבדוהו, והוקירוהו, כי הכמת המסכן בזוי' אכן כאשר בא יעקב מבית לבן. ויפרוץ לרוב ורכושו הי' רב, וראו כי צדקתו היא צדקה באמת. וכל מעשיו והנהגתו הי' מטפח על פני עשו הרשע, כי אף שמתחלה לקח נפשות, אך אחר כן לאט לאט, נתודע זדון לבו, ויעקב אבינו החל לדרוש ולהראות פסלות השיטה הזאת. ויקרא בשם ה', בכל באו, שם שמים הי' שגור בפיו, הוכיח לכל כי נחוץ להיות שלם בשני הסימנין, הן בין אדם לחבירו הן כין אדם למקום, המה ראו כי גם בין אדם לחבירו זהיר הוא אך ההולך בשיטת יעקב, ומתנהג עפ"י יראת ה'. אז הוכרח עשו ללך אל ארץ מפני יעקב ושם אשר לא הכירוהו, שם כבדוהו והוקירוהו, בדמותם כי הוא האוחז בשיטת אברהם, ע"כ כאשר נמצא אצלינו אנשים. אשר לא יפרידו בין הדבקים, ישמרו את כל תורת ה' הדברים שבין אדם לחבירו, והן הדברים שבין אדם למקום, אז נאמר יעקב אבינו לא מת, עוד חי בקרבנו רוח הקדושה שניתן לנו למורשה מאבינו יעקב

עם לבן גרתי ואחר עד עתה, גרתי ותרי"ג מצות שמרתי אמרו רז"ל בראש השנה כל באי עולם עוברין לפניו כבני מרון, וכולן נסקרין בסקירה אחת וצריך ביאור. כיון שהקב"ה סוקר את הכל ברגע איזה תועלת, מה שכל באי עולם עוברין כבני מרון. אכן נוכל לבאר מליצת חז"ל כי הנה רבים מקילים, ופוטרים את עצמם, מה שעושים נגד חוקי התורה, מפני כי העת הזאת היא עת אחרת, וכאשר רואים הם אחרים עושים, כן יעשו המה בחשבם כי אם הרבה עוברים הותר הרצועה. וע"כ בראותם הרבה שולחים עוילהם לבתי הספר, הותר גם להם, ובאמר אליהם איש, הלא יחללו שם בניך את השבת, יענה מה אעשה, הלא הכל עושים כן. אכן עליהם לדע כי תורת השם לא תשתנה, אין ביד כל באי עולם לעקור חלילה אות אחת ממנה, כי היא נצחית נאמרה מפי השם עלינו ועל בנינו ושל דורותנו ועל כל דורות זרע ישראל על הראשונים ועל האחרונים, ואפילו אם חלילה כולם יעברו על עבירה אחת יענשו הם, ואם כל עדת ישראל ישגו חלילה. ג"כ עליהם להביא פר, ואם שלא כהוראת כ"ד כל יחיד ויחיד צריך לכפרה, ובדור. המבול, נחתם הגזר דין, על כל באי עולם, ואילו הי' אחד שלא הי' ראוי לעונש בטח ה' ניצול, כמו שניצול נח ושלשת בניו, אכן כולם נתחייבו כלי' למקום, ואם הי' תירוץ לפני המקום, התירוץ מה אעשה הדור הוא כך איך נגזר על כל אנשי דור המבול למחות מן העולם, הלא כל אחד הי' יכול לפטור עצמו, מה אעשה חיי היו בדור שהי' דור המבול' הלא רואים אנו כי אין זה תירוץ כלל, כי אף אם כל העולם הוא דור המבול, על כל אחד הי' להיות כמו נח, ואם לא הי' כמו נח. נמחה ע"י המבול, אם עתה גזר השם שלא יהי' עוד מבול לשחת הארץ יש עונשים אחרים חלילה ויש הענשים הנצחים וכן בימי מרדכי ואסתר נגזר על כל הדור חלילה כלי', מפני שנהנו מסעודתו של אותו רשע, אף כי כל אחד הלא הי' יכול לפטור את עצמו. מה יעשה הוא הלא כל הדור הי' כך, רואים אנו לא יועילו התירוצים האלו.

זהו שאמרו רז"ל במליצתם כל באי עולם עוברין כבני מרון מכניסין כל אחד בפני עצמו, ופותחין ספר התורה, לראות אם קיים זה מה שכתוב בזה, ביחד לא יובילוהו לדון עם האנשים האחרים שעברו גם המה, שיוכל להראות אחריהם נמשכתי, אכן אותו לכדו, יקראו, ויקראו לפניו מה שכתוב בספר התורה, ולמדתם את בניכם לדבר בם, בשבתך בביתך ובלכתך בדרך, ושלש פעמים ביום תקרא זאת ותקבל עליך להדריך בניך בדרכי התורה, ואיך תעשה להיפך. תרחיקם מגבול ישראל. הן בניך בעצמם ביום הדין יתבעו ממך. מה עשית לנו, למה חסמת אותנו, אבינו אברהם עקד את יצחק בנו על גבי המזבח

למען עשות רצון אבינו שבשמים. ואתה עקדת אותנו לעקר כי מה הי' לנו לעשות. אחרי שהורגלנו בין מחללי שבת מנעורינו.

כה אמר ד' הנני אל הרועים ודרשתי צאני מידכם

הנה ביום הכפורים. הובאו שני שעירים. ועליהם הפילו גורלות גורל אחד לה' וגורל אחד לעזאזל, אפשר לומר טעם בזה (כבר אמרנו בפתיחתנו לב"ק כי בזה שאומרים טעם על מצוה. אין הכונה. שהמצוה היא בשביל הטעם. שלמה המלך. אמר על כל דבר של תורה. שלשת אלפים טעמים. כדאיתא בגמ' עירובין כ"א וגם לו לא נגלו כל הטעמים. וא"כ כל טעם שאומרים על מצוה הוא רק אולי גם זה הטעם הוא אחד מהטעמים, ואם הוא אחד מהטעמים הטעם הוא תורה. ומצוה והארכנו שם בזה). הנה מצאנו בתורה הקדושה שנצטוינו לעשות על הכפורת שעל ארון הקודש. בבית קדשי הקדשים שני כרובים. וא"כ השם כרובים הוא אצלנו סמל הקדושה היותר קדוש לנו. כי המקדש מקודש מכל הקדושות, וקדשי הקרשים מקודש יותר מכל הקדושות, וארון הקודש אשר בו הלוחות. לוחות הברית אשר כרת ה' ועליהם שני הכרובים, אשר שם ה' נקרא עליהם. יושב הכרובים, ובין שני הכרובים, נתן ה' אח תורתו, למשה רבינו. ודיבר אליו משם. הלא לשם כרובים יחרד לבבינו מהקדושה הנוראה אשר היו הכרובים. ואם כן יפלא מאד, כי מצאנו בתחלת התורה. וישכן מקדם לגן עדן. את הכרובים ופירשו רז"ל שזה מלאכי חבלה, נפלא הדבר סמל הטוב והקדוש. נקרא בשם כרובים, וגם סמל חורבן העולם, ג"כ בשם כרובים. אכן אפשר לומר כי תורתינו הק' תרמז לנו ענין נורא. הנה בראותינו על התחנה. עומדות שתי מכונות. על מסלות הברזל. ועומדות המה בשוה זו אצל זו ואח"כ רואים אנו, שזו פנתה למערב, וכל מהלכה ומרוצתה היא למערב. והשני' שעמדה אצלה, תגמא ארץ במרוצתה למזרח, והם מתרחקים זו מזו מן הקצה אל הקצה, מה גרם לזה. מי בדלם זו מזו מרחק רב כזה, מי הפנה אותם. שיהיו רחוקות זו מזו אכן דבר קטן גרם לזה, אך נטי' קטנה שאיש אחד. נטה את קי הפס ממכונה הזאת לצד מערב ובכן נטתה אל דרך מערב. ובכן הכח הרב כח הקיטור. מן האש והמים, יגלגל את כל הגלגלים, לצד מערב והמה יסחבו אותה לצד מערב. והמכונה שנטתה ג"כ ע"י דחיקת פס לצד מזרח. ועלתה בשביל זה. על פסי מזרח ואותה הכח הגדול סוחב ומנענע גלגלתוה הכל לצד מזרח, הכח הטמון בהמכונה, שיש בה די אונים, להוביל למאות עגלות, לצד מערב הכח הזה בעצמו, אם ימשכו אותו. ויטה לצד הכנגד, יפלס נתיב' להיפך, מכפי שהי' הולך לצד זה.

את המשל הזה נוכל לקח בכל עניני העולם, רואים אנו אנשים נפלגים בדעותיהם ממש כרחוק מזרח ממערב, ואם נתבונן. בשכלם וטבעם נמצא שכמעט הם דומים זה לזה בחריצותם, והרגשם והתלהבותם שזה המניע בכל המחשבות ומזה המעשים, אכן זה מפני איזו סבה או מפני איזו השפעה, נטה דעתו לצד זה, ובכן בכל כח רצונו ודעתו, הרגשיו. והתעוררותו, והתלהבותו, הוא עובד לרעיון זה, השכל כשיש נגיעה יוכלו להטותו, לכל צד. ולכל רעיון, יש צד החיובי וצד השלילי ובכן כשנמשך. אחר הרעיון הזה והדעה הזאת, בכל שכלו ובכל הבנתו ובכל התרגשותו, שזה הקיטור המוביל את הרעיון והדעה על פני המסלות של דרכי החיים. הוא עובד לרעיון זה והשני שהוא שוה אליו בטבעו ברצונו, בדעתו, ובמזגו אחרי שסבה או השפעה נטו אותו לצד אחר, לצד המתנגד מן הקצה אל הקצה לדעות ונטיות השני. הוא עובד בכל חום לבבו, בשכלו (כפי שידמה). בכל חריצותו. לרעיון הצד שכנגד חבירו שהי' שוה עמו מקודם טרם שפעלו הסבות אז ההשפעות. וכל אחד ידמה בנפשו. כי מאהבתו את האמת הוא עושה כל המעשים והפעולות. וכה נפרדו איש מעל רעו כרחוק מזרח ממערב אך בשביל נטי' של השכל. ואף שהיתה קטנה בראשונה נעשית גדולה, וגרמה למרחק נורא.

חז"ל אמרו שהכרובים היו פניהם פני ילדים. כ"רביא" ובכן צותה התורה, ושמת אותם על הכפורת. תושיב את הילדים בני הנעורים, במקום היותר קדוש, כי בהבל פיהם העולם עומד, הוא הבל שאין בו חטא. והיו הכרובים פורשים כנפים למעלה, הכנפים הם התרוממות הרוח של הנעורים, רצונם לרעיון ואידיאל נשגב. יעלה למעלה. אל כסא הכבוד. ובזה יהיו סוככים בכנפיהם על הכפורת, עי"ז יהי' ארון הקודש שמור ומסוכך, מכל פגעי אויבי ה', ופניהם איש אל אחיו, יהי' ביניהם אחדות ושלו', גם ירמוז, אחרי שהלוחות. צד אחד חמשת הדברות. כמעט המה בין אדם למקום. אנכי, לא יהי' לא תשא זכור. ואף מצות כבד, אמרו רז"ל. שמזה הודו, האומות. להבין כי הכבוד לה', אינינו כי חפץ ה' כבוד השני כמעט כולו בין אדם לחבירו לא תרצח לא תנאף (א"א) לא תגנוב לא תענה לא תחמוד, כולו בין אדם לחבירו, אבל באמת יתלכדו ולא יתפרדו, המצות והחוקים שבין אדם לחבירו עם המצות שבין אדם למקום. לזה אמר ופניהם איש אל אחיו, אין שום חילוק בין הכרוב העומד על לוח שעקרו בין אדם למקום. לכרוב שעל המצות שבין אדם לחבירו. כולם נתנו. מאת אדון כל הארץ, וצריכים שניהם לפנות איש אל אחיו, לבלי לחסר מאומה, מכל מצות ה' אל פני הכפורת יהיו הכרובים, היינו שכל רעיונותיהם. התעופפות שכלם, רצונם להטיב, יהיו אך מהשפעת הכפורת. לא ממקורות אחרות, שמות. בסיר דעותיהם, ורעיונותיהם אך אם הרעיון הנשגב האידעאל ממקום

קדוש יהלך. מאת בורא הטוב והרעיונות הנעלים, מספר תורתו, אז הוא טוב, אבל הרעיונות שמובאים מבורות נשברים, אינם להטיב אלא להחריב, והי' אם כה יהיו כרובי ישראל במקום הקודש. פורשי כנפים למעלה, ופניהם אל הכפורת אז ישכון שם ה'. בין הכרובים האלה. להאיר באור התורה. מכין הכרובים ולהשפיע של עם הקודש. מקודש הקדשים. כל טוב העולם. אך אם לא ישימו את הכרובים במקום הארון והכפורת. אז לא לבד שלא יהיו כאלה שה' ישפיע שכינתו מביניהם. אך אלה הכרובים ה"רביא" שהיו יכולים להיות כרובי הקודש יוכלו להיות מלאכי חבלה. היינו שגם הם מלאכים גם הם יאמרו להטיב לכל העולם להשות קטן וגדול. להציל את הנאנחים ממצוקותיהם, רעיונות נעלים, כמלאכים, אבל המה מלאכי חבלה. מלאך חבלה אחד יכול להחריב העולם. וגם' המה ברעיון רוחם, יוכלו להחריב כל העולם. ובשעה שמורידים נשמה. אומרים לה תן דעתך שלא תחריב העולם כי נשמה אחת תוכל להחריב את העולם כולו. כרוב של מלאך חבלה, כחו רב וגדול והכרוב הזה בעצמו הי' יכול להיות כרוב הקודש עומד על חכפורת, וסוכך באברתו על כל הקדוש וגורם לשכינה שתהי' בישראל, שזה כל אושר עם ישראל, אך העיקר תלוי כאלה המשימים את הכרובים באבות הבנים, באיזה מקום ישימו את הבנים, לאיזה צד הם פונים את דיעותיהם אם להקדושה ולישוב העולם או לא, ואז יהפכו למחריבי עולם, כמובן לפעמים גם אם ישימו את הכרוב במקום הקודש יושיבוהו בין ברכי התלמידי חכמים. לפעמים תבא רוח והשפעה מן הצד, והרוח הזה עוכרתם אבל הלא האבות משגיחים על בריאות בניהם במאכלים טובים, ולשמרם מצינים ופחים. ולפעמים לא יועיל הזהירות והמה מתקררים. ומתים חלילה האם בשביל זה יפסיקו האבות מלהשגיח על הילדים לשמרם מדבר נזק, ואם במאורעות העולם הזה כך מכש"כ בעניני העולם הרוחני, הן בעניני העולם הגשמי גם הילד אך כשעומד על רגליו הוא יודע להזהר ממכשול אבל בעניני העולם הרוחני אשר הילדים אינם יודעים להבין להזהר מארס רוחני מכל שכן שאין להפטר בטענת הנה אחד שמר את בנו הוליכו למקום התורה ואעפי"כ יצא לתרבות רעה בשביל זה אין להפטר. מהחיוב הגדול להוליך את הבנים בדרכי ה' ללמדם ולשנן להם. כי בלא חינוך עפ"י התורה בודאי עלולים המה להכשל, ולתעות בדרכי החיים, ולהיות חלילה לפוקה ולזעוה לכל בית ישראל, כאמור עליהם הן מעם ה' יצאו, ובאמת בני הנעורים של עם ישראל אשר רוחם ממקום הקודש, ושואפים לרעיונות נשגבים המה עלולים ביותר לשגות אחר רעיון שנראה שיש בו נשגבות. אף כי הוא מחריב אבל כחום בחרותם אינם רואים את החורבן ורואים את ברק המתעה אשר בהרעיון וכאמרם ז"ל בבבא בתרא האי גלא דמטבע לספינתא מחזי כי

ניצוצא חיורתי בראשה, הרעיון שיוכל להטביע חלילה אח ספינת ישראל אם בראשה איזה ברק של טוב והתרוממות זה יוכל להטביע שבני הנעורים יומשכו לזה, ולא יראו את האצור בהגל כי חרבן של טבעון בו ומרינן לו באלותא דחקוק עלה שם כ"ו הכונה ה' ברא את עולמו ואם הוא חקק חוקים לא לפי הרעיון כודאי מזה יש לדון שאך שטפון של עולם בהרעיון, אחרי שה' חקק חוקים נגד הרעיון.

את זה נוכל להעטיף ג"כ בכונת השני שעירים כמובן (חלילה לומר שאך בשביל זה, רק לתת גם כונה הזאת) בבא כל ישראל ביום הכפורים ועליהם לשוב הביתה. בקבלת מלכית שמים, ורואים אנו כי בהפרשיות. של קבלת מלכות שמים נאמר ולמדתם את בניכם, ושננתם לבניך זה מראה כי קבלת מלכות שמים עלינו על בנינו ודורותנו תלוי בלמוד הבנים. תורה, בזה מקבלים אנחנו מלכות שמים, ובכן הראו להם שני שעירים, שזה ילדי ובחורי ישראל, המכונים בשם שעירים כמאמרם, ורעי את גדיותיך על משכנות הרועים. שזה נאמר על צעירי ישראל, לרעותם על משכנות רועי ישראל. המה משה ואהרן. והראו להם שני שעירים דומים זה לזה בדמיהם, במראם בצביונם ובקומתם. אכן על זה עלה הגורל לשם, הגורל הזה הכניסו לבית קודש הקדשים, לפני ולפנים למקום היותר קדוש בעולם. אשר הכהן הגדול יבא אליו אך פעם אחת בשנה, מפני קדושתו. אל המקום הזה, יובא אך אם לא עלה עליו הגורל לשם, אז יש גורל אחר שהוא לעזאזל, למדבר אל ארץ גזירה, אל מקום התפתה והשחת, אל מעשה עוזא ועזאזל, מה מאד התרחקו השעירים השוים זה לזה. והעומדים זה בצד זה זה הובא אל קודש הקדשים, וזה אל מקום הצלמות, מזה למדו ישראל כי הגדיות האלה, הצעירי ישראל, אם יעלו עליהם את אח הגורל לה', ויושיבוהו במקום התורה. שהיא הקודש קדשים של בית ישראל אז יהיו קודש לה', ויהי הכהן בבית ה' ובקדושתו בקדושת התורה. שהיא כוללת כל הקדושות. אך אם לא יעלו עליו. את הגורל לה', אז גורלו לעזאזל חלילה וע"כ יזהרו בית ישראל, להוליך את בניהם לקדשי הקדשים ואם לא צועק הכתוב הנני אל הרועים ודרשתי צאני מידכם, האבות הם הרועים על בניהם שהם צאן של הקב"ה, והוא ידרוש צאנו מאת אלה האבות המנהלים למקום חיות הטורפות נשמות ישראל, והוא יתן שכר טוב, לאלה האבות אשר ינהלו את צאנו, במרעה על מבועי התורה והדת. ויתן שכר טוב. לאלה שחננם ה' בעושר וגם להם ניתן הטוב בשביל ישראל, והמה מחזיקים בידי הישיבות מקומות התורה, אשר המה למחי' לבית ישראל וע"ז אמרו רבותינו ז"ל יעקב אבינו לא מת שנאמר אל תירא עבדי יעקב נאם ה' ואל תחת ישראל, כי הנני מושיעך מארץ מרחק ואת זרעך מארץ שביים מקיש הוא לזרעו אם זרעו בחיים:

אף הוא כחיים. אם זרע ישראל חי, ברוחו בתורתו באמונתו בגלות המר והנורא. זה יותר מאלף ושמונה מאות שנה אז רואים אנחנו כו יעקב אבינו חי, הוא בהיותו בגלות בבית לבן, והי' רועה אצלו ואעפי"כ שמר תרי"ג מצות, הי' גר אצלו לא נתערב ולא נתן לבני ביתו, להתערב עם לבן והוציא מבית לבן בית של יעקב. ע"י הכח שהשריש, לבלי התבטל. לפני אלה שהוא אצלם בגלות. בזה החי' את בניו. לבל יתערבו בגוים. ואם זרעו בחיים, רוח יעקב אבינו בחיים, רוחו וקדושתו היא שעמדה לנו, לעבור את הגלות המר ולבלי להתבטל בפניהם.

הנה בפ' ויגש תודיע לנו תורתנו הק' כי יעקב בנסעו מצרים נסע הוא וכל אשר לו בארה שבע ויזבח זבחים לאלקי אביו יצחק, וכתב רש"י ז"ל חייב אדם בכבוד אביו יותר מכפי כבוד אבי אביו, משום זה הזכיר רק את יצחק ולא את אברהם. אכן הדבר עוד תמוה, דהרי מצינו שאמר יעקב בתפלתו להנצל מעשו אמר אלקי אבי אברהם ואלקי אבי יצחק הרי שהזכיר את אברהם עוד קודם שהזכיר את יצחק ומצאתי שהרמב"ן העיר זה, ואמר על זה סוד עמוק. אבל הלא התורה הקדושה, אף שיש בה סודות עמוקים ונוראים אבל בכל דבר גם לפי הפשט יתישב, ובכן למצא את דרך הפשט נראה לי, דהנה אחרי שאמר לו ה' אל תירא מרדה מצרימה כתיב ויקם יעקב וישאו בני ישראל את יעקב אביהם ואת טפם ואח נשיהם בעגלות אשר שלה פרעה לשאת אתו, ולכאורה הי' לכתוב זאת מקודם כשנסע הוא וכל אשר לו בארה שבע שם הי' לכתוב. איך שבניו נשאו אותו בעגלות אשר שלח פרעה לשאת אתו, אכן התורה הקדושה חספר לנו ותודיע לנו. את צדקת יעקב אשר הוא יותר משכל אנושי, הנה התורה תספר, כי כאשר באו אחי יוסף והודיעו לאביהם כי יוסף עוד חי וכי הוא מושל בארץ מצרים, כתיב ויפג לבו כי לא האמין להם, וידברו אליו את כל דברי יוסף אשר דבר אליהם, וירא את העגלות אשר שלח יוסף לשאת אתו, ותחי רוח יעקב אביהם, ופי' רש"י סימן מסר להם כמה הי' עוסק כשפירש ממנו בפרשת עגלה ערופה זהו שנאמר וירא את העגלות אשר שלח יוסף. לפי זה הפירוש של העגלות ענלה ערופה. והלא כתיב הדר אשר שלח יוסף לשאת אתו, אכן חז"ל ברוח קדשם ביארו את דברי התורה אשר יפלא מאד איך לא האמין יעקב לבניו שיבאו ויספרו כולם לו שקר גדול כזה, ואם לא האמין מה זה נתפעל מן העגלות, וגם למה נאמר אשר שלח יוסף. ולהלן נאמר אשר שלח פרעה, מכל זה נבין שמה שאמרו האחים ליעקב עוד יוסף חי, וכי הוא מושל בכל ארץ מצרים, בזה שאמרו שהוא חי לא כיוונו להודיע שהוא חי:

הלא אם היו אומרים יוסף מושל בכל ארץ מצרים. ממילא מובן שהוא חי, שאין שלטון ביום המות. ובפרט התורה הקדושה, למה תספר הדברים היתרים שאמרו הן התורה הקדושה מסרה הרבה גופי תורה ברמיזה למה סיפרה מה שאמרו דברים מיותרים ע"כ מזה מוכח, שמה שאמרו עור יוסף חי הכונה למה שיעקב קורא חי. יעקב אבינו בטח הי' קורא חי לאלה אשר תמיד הם חיים אף לאחר החיים אבל אלה, שאף בחייהם קרוים מתים לא יקרא יעקב חי, ובכן הבנים ידעו את רוח אביהם. כי אם יאמרו לו שבנו מושל בכל ארץ מצרים יתר דבו. כי אם שמוהו למושל בכל ארץ מצרים בטח כבר שכח ועזב את תורתו ונעשה כלא יודע את תורת אביו. כי לוא הי' שומר תורה והראה את יהדותו ואמונתו לא היו עושים איש מאומה אחרת ובן דת אחרת למושל בכל ארץ מצרים אלה המתהללים באלילים ובכן הדבר הזה ישבר לבבו יותר מהאבל שהי' מתאבל על אבדן בנו ע"י חי' טורפת, ובכן הקדימו הבנים ואמרו עוד יוסף חי הוא נקרא חי אף וכי הוא מושל היינו אף שהוא מושל בכל ארץ מצרים. עוד הוא יוסף בצדקתו כמו שהי' מקודם לא זז מאמונתו וצרקתו ועל זה ויפג לבו כי לא האמין להם. התחלחל פן אינינו חי עפ"י התורה ואף שאומרים שהוא חי אולי טעו. אולי לא דקדקו אחרי מעשיו אולי מאהבתם טעו בו, ובכן וידברו אליו את כל דברי יוסף אשר מסר להם סימן כשעזב את אביו עסקו בפרשת עגלה ערופה הכונה הנה יעקב אבינו בשלחו את בנו יוסף מעמק חברון שזה מוכיח שלוה אותו כדרך רחוקה, כדרך הודיע לו יעקב את גודל החיוב של מצות לוי' שזה למד מפרשת עגלה ערופה שהדין הוא שהשופטים צריכין להתודות, ידינו לא שפכו את הדם הזה, ועינינו לא ראו, שאמרו רז"ל וכי תעלה על דעתך שזקני ב"ד שופכי דמים, אלא לא ראינוהו ופטרנוהו בלא לוי' שאילו ראוהו ופטרוהו בלא לוי' אז לא היו יכולים לאמר ידינו לא שפכו:

וכמו שאמרו רז"ל אחרי שר' עקיבא כשבקר את החולה, וכיבד וריבץ לפניו אמר לו רבי החיתני' מזה יצא ד' עקיבא ודרש כל מי שאינו מבקר חולים כאילו שופך דמים, מזה רואים אנו שאם בידו להציל ולא הציל, הרי הוא כאילו הוא השופך את הדם, ובכן אם היו זקני בי"ד רואים איש הולך לדרך ולא ליווהו כראוי לתן לו לחם לדרך וצורכיו, וגם ללוהו שזה גורם שלא יוזק. כדברי רבותינו ז"ל וסוטה מ"ו) אם לא עשו זאת, אין יכולים לאמר ידינו לא שפכו הדם, כל זה למד ושינן יעקב אבינו לבן חביבו לבר חכים שלו, כי יעקב אבינו כל מעשיו שעשה. כל טוב וחסד שעשה. עשה באשר כן צוה ה' וגם הטוב שעשה לבנו יקירו. ג"כ הורה לבנו. איך שהחיוב הוא עפ"י דרך התורה. דרך ה'. לקיים מצות לוי' ולדאוג מה שיוכל להיות לו בדרך. ובכן כאשר שלח יוסף את העגלות, לשאת

את אביו. אמר לאחיו, כה למדני אבי עת ששלח אותי מעמק חברון. שהחובה לדאוג לכל צרכי אדם, ולחשוב איך להטיב במה שדרוש לו על הדרך. ואם לא עשה כן הלא אם יקרה חלילה אסון אז מי שהי' בידו לעשות ולא עשה הוא נענש כאילו הוא עשה. כאשר למדני אבי מפרשת עגלה ערופה. ואף כי לכאורה הי' יותר כבוד אילו הי' אומר שעושה זאת לכבוד אביו, ומאהבתו אותו, אכן יוסף שהי' ג"כ רגיל על כל מעשה לומר שהוא עושה כפי ציווי השם. לא חשש פן אין זה לכבוד לאביו שהוא אומר שגם בשביל אחר החיוב לעשות. ואמר כי אחרי שאבא הוא זקן. ופן יקשה לו הנסיעה על חמור, ובכן אם לא היתי עושה לראות שישלחו בעדו עגלות לשאת אותו. והוא הי' סובל מנסיעת הדרך' היתי חוטא. וע"כ הנני עושה את שהנני מחויב עפ"י ציווי השם יתברך. את זה סיפרו הבנים לאביהם כי יוסף מה שהוא עושה אומר שהוא עושה בשביל זה שציוה השם, בזה חי רוח יעקב אבינו. ואומר רב עוד יוסף בני הוא חי' הוא מן הצדיקים שחייהם חיים. וע"כ אלכה ואראנו, ודקדק בפירוש, שאין הוא שמח, מהכבוד והגדולה הממשלה והכח שביד בנו אך באשר הוא חי, במובן הרוחני.

ויסע יעקב וכל אשר לו בארה שבע ויזבח זבחים לאלקי אביו, יצחק. ויאמר אלקים לישראל במראות הלילה וגו' אל תירא מרדה מצרימה כי לגוי גדול אשימך שם ואנכי אעלך גם עלת ויוסף ישית ידו על עיניך. מהתשובה שהשיב לו ה'. ידענו מה הי' בלבו יעקב הי' ירא עד שהוצרך לו ה' להבטיח לו שבל ירא, מה הי' ירא הן בנו מושל בכל ארץ מצרים. שהיתה אז אדירה במלוכות. בארצו רעב נורא, ואם לא השבר היו גועים ברעב. והוא הולך אל בנו המבטיח לכלכל אותו ואת כל אשר לו. אכן מהתשובה מבינים אנחנו, את פחדו לא פחד יעקב אבינו מפני הגשמיות. מפני זה, בעת רעב בטח היותר בטוח להיות הוא וכל אשר לו במקום שיש שבר. ושבנו האהוב הוא המושל. אכן ירא יעקב מפני הרוחניות פן בארץ מצרים לא יהי' ביחו לגוי, היינו שחפצו שיהיו מצוינים שם מובדלים, מן המצרים, בכל נימוסיהם. ירא פן בארץ מצרים. יתרחקו מאמונת ה', מן מי שאומר ושיכול לומר אנכי. ופן יחפצו להשאר בארץ מצרים. ולא יחפצו לשוב לארץ הקדושה אשר שם עיקר הקדושה. אשר אוירא מחכים. אשר היא מקדש אשר שם גרו אבותיו אברהם ויצחק. והעיקר הי' ירא מי תכן את רוח בנו יוסף. אף שכנראה הוא עוד בצדקתו, אבל פן דעתו והשקפתו אחרת. מיעקב. יעקב שואף להיות גוי מצוין שישכון לבדד. ובגוים לא יתערב, ואפשר דעתו של יוסף יהי' שטוב להתקרב להמצרים, ובאהבתו את אחיו וכל אשר לחם, יחפוץ שיהיו לשרים ומושלים בארץ מצרים. ובכן נסע יעקב וכל אשר לו בארה שבע ויזבח זבחים לאלקי אביו יצחק. אולי עי"ז יתגלה

אליו ה', ויורהו אם ללך מצרימה. ואם לא ישמע התשובה ללך. אז ישאר בבאר שבע ולא יסע למצרים, ובכן חשב יעקב אמת כי אביו אברהם בעת הרעב נסע למצרים. וא"כ יכול ללמוד ממנו בעת רעב לרד למצרים אכל הלא אביו יצחק, אף בעת רעב, לא הלך למצרים, וצוה מאת ה', אל תרד מצרימה גור בארץ הזאת. ובכן גם עליו לבלי לרד למצרים ואולי מפני זה צוה ה' ליצחק, לבלי לרד מצרימה מפני שליצחק כבר היו בנים מה שאין כן אברהם לא היו לו בנים ברדתו מצרימה ובכן זבח זבחים לאלקי אביו יצחק. כאומר השם של אבי יצחק שאמרה לו אל תרד מצרימה, האם גם עלי לבלי לרד למצרים, או לא ובכן לא יקשה מה שלא זכר את אברהם, שהרי אברהם ירד למצרים בעת רעב, וע"כ זכר רק את יצחק שהוא נצטוה לבלי לרד מצרימה ועל כן אמר לו במראות הלילה ראה יעקב אבינו שבמצרים יהי' לילה יאמרו הגוים הבה נתחכמה וזה כבר הבטחה טובה, שיהיו ישראל לבדד. מצד המצרים, כי לא יתנו להם לרבות במעלות מפני החששא כי עם ישראל רב ועצום יתחכמו לרדותם, וזה יהי' ערובה בטוחה שיהיו לגוי מצוינים, ולגוי גדול ישים אותם שם גם בל תירא פן יתרחקו מאמונת אבותיהם אנכי ארד עמך מצרימה אנכי ה', יהי' עם עם ישראל במצרים בכל מקום שהולכים שכינה עמהם, מה שתירא פן לא יחפצו לשוב לארץ הקדושה ששם סגולת הארץ. שם מקור הרוח הקודש, שם המקום לתורתינו הק' גם עלה יעלו ישראל ממצרים, ומה שחנך חושש פן יוסף רוח אחרת אתו ותירא פן הוא יעשה כפי בינתו. לא יוסף ישית ידו על עיניך. מה שאתה רואה בעיניך, את העתיד ותאמר לו כי אך בדרך הזה יגדל ישראל אז ידו היינו פעולותיו יעשה כפי מה שאתה צופה את העתיד. לא לבד שהוא לא יעשה דבר נגד זה אך הוא יכון מעשה ידיו. עפ"י הדרך שהנך רואה, אז כאשר שמע יעקב את הבטחת ה' והתיר לו לרד מצרימה, אז מבאר שבע נשאוהו בניו בעגלות אשר שלח פרעה לשאת אותו. אבל עד באר שבע. שהי' לו ספק. אם ללך למצרים לא ישב בעגלות, כי הלא העגלות שלח פרעה. ופרעה הלא שלחם לשאת אותו למצרים, ואם אינינו הולך למצרים, אם יושב עליהם הלא הוא שואל שלא מדעת, ואסור לו אשב עליהם, ובכן עד באר שבע לא ישב עליהם כי לא הי' החלט בנפשו אם לרד, ואף שבמצרים, חי יוסף בנו האהוב שהתאבל עליו עשרים ושנים שנה שכבר התיאש ממנו, וחשב כי טרוף טרף יוסף והוא נשאר בצדקתו והוא מושל בכל ארץ מצרים, ובארצו רעב נורא, הוא ובניו צפוים לרעב. ובירדו מצרימה הובטח עפ"י בנו, ועפ"י מלך מצרים, כל טוב ארץ מצרים אבל מפני החששא שמא אין זה טוב לרוחנית בניו, אף שיש אופן לומר. שגם בנו יעשה כדבריו. אחרי שהוא עוד חי ונשאר בצדקתו. אעפי"כ שמא דעתו יהי' שלא כדעתו, רצה להבליג על תשוקתו לראות את בנו,

שאין לך תשוקה יותר גדולה מזו רצה להשאר בארץ אף שצפוי הוא וכל אשר לו לרעב, כי אין הנאות ותשוקות העולם הזה מאומה נגד החשש פן יסירו הכנים מאחרי תורת ה', שזה צרה נצחית, ובכן עד באר שבע לא ישב על העגלות באשר חשב שמא לא יסע למצרים ומפני חשש של שואל שלא מדעת, לא ישב. עד היכן הדברים מגיעים, יראתו וצדקתו ואך כאשר הובטח מאת ה', אז ויקם יעקב. אז הכין עצמו לנסיעה, וישב על העגלות ובניו נשאוהו למצרים, ומפני זה דקדק עתה הכתוב כי העגלות שלח פרעה אילו היו של יוסף בעצמו אולי יש לחשוב שבודאי יוסף מתרצה שאביו יושב על העגלות, אף באופן שלא ירד למצרים. וכמבואר אצלנו בספרנו, (סימן כ') שאם ודאי שהי' מתרצה, מותר לקח אף שלא מדעת, אבל באשר העגלות שלח פרעה מפני זה לא ישב על העגלות. **ואת** יהודה שלח להורות לפניו גושנה, פירש רש"י לתקן לו בית מדרש גם זה הדבר צריך ביאור. הנה יעקב הולך אל בנו האהוב אשר מושל בכל ארץ מצרים, ואשר נאמר לו מפי המלך, שיאמר לאביו ואחיו עיניכם על תחום על כליכם כי טוב כל ארץ מצרים לכם הוא. ובכן יהיו לפניהם בתים מרוחים. כיאות לאנשים שהובטח להם כל טוב. ומהו תיקון בית מדרש לקח בית מרוח ולשב שם להגות בתורת ה', ולמה שלח את יהודה לפניו. למה העמל הזה, והתורה הקדושה תספר זאת לנו. לא סיפרה לנו התורה מכל הנסיעה. איך היתה מה נקרה בדרך הליכתם. רק המאורע הזה, ששלח יהודה לפניו, זאת סיפרה התורה, בטח בזה צפון אור גדול.

אכן הנה בבא יעקב עם בניו מצרימה, אמר יוסף אעלה אעלה ואגידה לפרעה. אהי ובית אבי אשר בארץ כנען באו אלי והאנשים רועי צאן והי' כי יקרא לכם פרעה ואמר מה מעשיכם ואמרתם אנשי מקנה היו עבדיך וגו', לכאורה הי' זה שלא מן הנימוס, הנה למצרים הי' תועבה כל רועי צאן עד כי לא יכלו לאכול לחם אתם. וא"כ הי' ליוסף להגיד לפרעה עוד מקודם בואם, שמעשה בית אביו רועי צאן. פן לא יחפוץ פרעה להניח רועי צאן להתישב בארצו, וא"כ כאשר לא אמר מקודם הרי זה כאילו חפץ להסתיר מפני המלך. מפני החששא שמא לא יתן להם רשות והסתיר הדבר עד בואם ואח"כ גילה, שאז לא יאסר לשוב לארצם, והפקחות הזאת אינו מדרך המוסר ואם באמת חשש, אז אף אם הצליחה ערמתו אבל הלא ישאר בלב המלך טינא על אחיו, ובאופן זה לא הי' לו לקרא את בית אביו לבא בעת שיהי' טינא בלב המלך עליהם, הדברים מראים. שבאמת השב יוסף. כי עתה בבא בית אביו למצרים עליהם לעזוב את עבודתם ברעות מקנה שזה שנואת נפש המצרים, כי מדוע להסב שנאת העמים עליהם אדרבה יעזבו מעשות הדברים שהמה לזרא לעם הארץ ויתרועעו אתם ועזר ה' יהי' עליהם ויהיו לשרים

ולשופטים ובזה ישפיעו אמונה צדקה וישרות על כל עמי הארץ, והי' החלט ליוסף שעל בית אביו מעתה לבלי להיות רועי צאן, אך יותר טוב שיהיו רועי אנשים, בנשאם משרות ככודו, והם בצדקתם ובחכמתם, ישפטו ישפטו וינהלו בצדק ובמישרים. והשפעתם יהי' רכה, ויתקדש שם שמים, וישארו בתומתם, נאמנים לה', הלא זה הוא רואה מעצמו, איך לא סר מצדקתו, ומאמונתו, ואדרבה הוא השפיע הרבה על סביבו להאמין בה', ומה שאמר לאביו וישבת בארץ גושן והיית קרוב אלי, כתב הרמב"ן, שזה אמר רק לאביו, כי ידע שיחפוץ להתרחק מתשואות העולם. וחשב יוסף כי אביו בטח יבחר בגושן. אבל אחיו ובית אביו, לא יתישבו בארץ גושן להם יהי' טוב "ארץ מצרים", ולארץ מצרים יהי' טוב:

אם הם יהיו הפקידים. וכמו שביאר הרמב"ן כי מה שאמר אתה ובניך ובני בניך, זה קאי על למעלה על רדה אלי. אתה ובניך ובני בניך:

אכן יעקב אבינו. התירא מזה מאד. הוא ידע כי אין לשפוט מיוסף הצדיק, על כל ביתו אם יתערבו בגוים, תחת להשפיע על העמים. יהיו הם המושפעים ואז מי יודע איזה דרך יבחרו וע"כ כאשר השם הבטיחו שיוסף ישית ידו על מה שעיניו צופות, מיד שלח יהודה לפניו להורות גושנה, לאמר ליוסף, בל תדמה כי אניח את בני ביתי להתערב עם עם הארץ לשאת משרות, לא, לא, כל בני ביתי יהיו בארץ גושן. אשר שם מקנה ולא יעזבו אומנתם מקדם, להיות רועי צאן וביתי יהי' בית נאמן לה'. ועם גוים לא יתערב, ותדע שנהי' אנחנו כולנו בארץ גושן, ושם עליך לתקן בעדינו בית מדרש, אשר תיכף בבא בני יראו לפניהם, ארץ מוכנה לתורת ה', לא נעשה כאשר הי' בדעתך, שמקודם נבא אליך לעיר הבירה, שיראו בני ביתי את עיר חבירה של מצרים לא, הדבר הזה יפעל על צעירי בני ביתי להתפעל מברק החיים, ומי יודע כמה יוכל לפעול על לבותיהם הרגש הזה, עד שישכחו את החיים האמתים, ובכן שלח יהודה להורות שיבאו חיכף בבאם לגושן. ושיהי' מוכן בית מדרש, כדי שתיכף יראו מוכן בית מדרש.

ונוכל להמליץ על זה, מה שאמרו רז"ל כי אימתי נחשבת העיר למוקפת חומה. דוקא אם הוקפה ולבסוף ישבה, אבל אם ישבה ולבסוף הוקפה אין היא נחשבת לעיר מוקפת חומה, ולכאורה מה נפקא מינה, אם הוקפה ולבסוף ישבה, או ישבה ולבסוף הוקפה, אכן אם הוקפה ולבסוף ישבה הלא ידעו כל האנשים שכל קיומם היא החומה, שהרי בלא החומה לא התישבו, וא"כ כל ישובם תלוי בהחומה, אבל אם ישבו ואחר כן הקיפו את העיר, אין הישוב עיקרו תלוי בהחומה, שהרי ישובם הי' גם מקודם שנבנית החומה, והחומה להם אך לשמירה. אבל לא יחשבו שבאין החומה אין כלל ישוב עיר כזאת

לא נקראת מושב עיר חומה, שאין הישוב תלוי בהחומה, והנה החומה של עם ישראל. היא התורה, כמאמרם בפסחים, בהאשה, אני חומה זו תורה. ורצה יעקב אבינו להורות לבניו שלא לבד שהתורה היא חומה שמגנת על בית יעקב אלא שבלעדה אין נחשב כלל הישוב, בלא תורה אין ישוב ואילו היו באים ואח"כ היו מתקנים בית מדרש, היו מדמים, שהישוב גם בלא התורה נחשב ישוב ורק התורה מגנת. ובכן שלח יעקב את יהודה להורות כי בלא בית מדרש שלתורה אין ישוב כלל, ורצה שתהא התורה לחומה עוד קודם שיהי' ישוב של ביה יעקב. שיהי' ישובם בגדר הוקף ולבסוף ישב. שקודם בואם כבר יהא מתוקן בית מדרש, בבא בני ביתו לגושן ימצאו כבר מוכן מקום התורה. **ותודיע** לנו תורתנו הק', צדקת יוסף ואמונתו בחכמת אביו, וצפיתו את הנולד. כי כאשר בא יהודה והורהו בשם אביו הדברים האלה, לא שאל את אביו מפני מה דעתו בכך, לא רצה להוכיח להתוכח עמו אולי ישוב מדעתו, אך הי' באמונה שלימה, כי יעקב מבין יותר את דרכי העולם, יותר ממנו, אף שהוא בחכמתו מנהיג את כל עניני ממשלת ארץ מצרים אעפי"כ אביו יודע יותר ממנו, ותיכף בהתראתו אמר אעלה ואגידה לפרעה וגו' והאנשים רועי צאן. והי' כי יקרא אליכם פרעה, ואמר מה מעשיכם, ואמרתם רועי צאן היו עבדיך, לא הביט על שהדבר לא לכבוד לו. מה שלא אמר זאת מקודם, לא שת לבו על אשר יהי' הדבר לו לבוז, אכן הוא שת ידו, על מה שעיני אביו צופיות, כמו שאמר השם ליעקב יוסף ישית ידו עיניך מפני רמז של אביו. הפך את כל מחשבות לבבו על אודות החיים של אחיו ובית אביו, וכיון כל פעולתו לפי שיטת ותורת אביו.

בזה נוכל לבאר הכתוב, שאמר יעקב ליוסף, ועשית עמדי חסד ואמת, ופירש רש"י ז"ל, שאם אחד מבקש טובה בחייו איננו חסד של אמת, שהרי אפשר שיעשה לו טובה. אבל אם אחד עושה טובה לאחר מיתה אז הוא חסד של אמת. שהרי לא יוכל להשיב לו טובה אכן פירוש רש"י עוד קשה, שזה שייך באיש שאינו אביו אבל אם עושה הבן טובה להאב אף אם לא ישיב לו האב טובה הזה הוא חסד של אמת הנה האב גידל אח הכן והבן מחויב בכבוד אביו, ואיך יקרא זה שיעשה לאביו חסד של אמת, ואולי יעקב אמר זאת ליוסף, מדרך המוסר כאילו איננו מחויב לעשות לו כבודו, אבל לדעתי לאמר למושל, הטובה הזאת, לא אוכל להשיב לך טובה, יען שזה לאחר מיתתו, דמשמע שאילו הי' עושה לו טובה מחיים יש לקוות שישיב לו טובה. אפשר שזה יותר אינו מן הנימוס, דמשמע שכל הטוב שעשה יוסף לו עד עתה, אפשר שעוד ישיב לו טובה בשביל זה. אבל מה שיעשה אתו הטובה לאחר מיתתו בעד זה לא יוכל להשיב לו טובה אפשר שזה

אינו מן הנימוס אף לבן, שכה החי' את כל בית יעקב לאמר לו, שהטובות ההמה אינם חסד של אמת, בשביל שאפשר שיעשה לו טובה בחייו.

אכן לדעתי דבר גדול אמר יעקב לבנו באהבתו אותו גילה לו דבר גדול, שהטובות שעשה אינם חסד של אמת כי רצה שיוסף ידע זאת, הנה רז"ל אמרו בנדה ל"א על הפסוק אודך ה' כי אנפת בי ישוב אפך ותנחמני במה הכתוב מדכר בשני בני אדם שיצאו לסחורה ישב לו קוץ לאחד מהן. התחיל מחרף ומגדף לימים שמע שטבעה ספינתו של חבירו בים התחיל מודה ומשבח, לכך נאמר ישוב אפך ותנחמני, ע"כ, והנה נצייר אילו הי' אירע רופא, שתכף שישב הקוץ לו ברגלו אף שהי' הכאב ענוש עשה לו נתוח וחבש היטב. עד שעשה שהי' יכול לשב בספינה והרופא עשה כל זאת בחנם, ולפי השמועה הודאית ידע שהוא ירויח בסחורתו הון רב, הלא יהי' זה חסד גדול, חסד שעליו להודות ולברך להרופא על שגמל טוב הזה עמו, אכן אחר כן. בא שונאו בנפש, וקרע החבישה שעשה הרופא ועי"ז גדל הכאב שלא הי' יכול לנסוע על הספינה וכל שמחתו נהפך ליגון נורא שונאו בנפש, קלקל את כל הטוב והחסד שעשה עמו הרופא, אכן אחר כן כששמע שהספינה טבעה בים, הלא יהפך הדבר מן הקצה אל הקצה, אוהבו בנפש. הרופא עשה דבר, שהיתה מאבד את חייו וכל אשר לו, והי' מביא רעה עליו ועל כל אנשי ביתו, ומי הצילו אותו ואת ביתו מהאסון הנורא, שונאו בנפש, מזה רואים אנחנו. כי כל טובות שבעולם, אין אנו יכולים לגזור עליהם, שהם חסד באמת וגם:

את הרעות לא נוכל לכנות בשם רע באמת כי מי יודע אח הנעשה אחר כן, אפשר שיהפך הדבר מן הקצה אל הקצה ועל כן על כל החסדים שבעולם שעושה אדם לחבירו אף שעליו להודות למי שעושה לו טובה. ואם איננו מכיר טובה הוא כפוי טובה שזה מדה רעה, אבל עכ"פ על טובות העולם, אי אפשר לגזור אומר. שהם חסדים של אמת, אך העושה טובה בדברים הרוחניים בדברים הנצחים זאת היא טובה וחסד של אמת שאין להסתפק שמא יהפכו לרועץ החסדים במה שנוגע לרוחנית הם חסדים אמתים.

את זה גילה יעקב ליוסף הנה יוסף הצדיק עשה טוב וחסד עם בית אביו באופן שאי אפשר לשער. פדה אותו ואת כל ביתו מרעב ומחסור, וכלכלם לחם לפי הטף באין שום מחסור, משם רועה אבן ישראל נקרא תואר שאין למעלה ממנו אבל החסד הזה אף שהוא גדול מאד לחתום עליו השם חסד של אמת אי אפשר באשר הוא מהחסדים הגשמים שאין לדע הסוף אבל זה שעשה יוסף שנשא את גוף הקדוש של יעקב אבינו לחברון אשר בזה השריש בכל בית יעקב אמונה חושית בתחית המתים בחיות הנשמה, שיעקב במותו הולך לשכב את אבותיו שזה מראה על השארת הנפש. על נצחיות הנשמה שזה מראה

כי אין מצרים המקום שישארו בני ישראל וממילא אין המצרים העם שישראל יהי' עמם לגוי אחד המעשה הזה כל הכבוד והגדולה שעשו בעת שנשאו גוף הקדוש של יעקב אבינו עד שהביאוהו למערת המכפלה למקום מנוחת אבותיו אברהם ויצחק והאמהות הקדושות הרושם העז שעשה הדבר הזה פעל על נפשות בית יעקב עד שהושרשם הכל בנשמתם האמונה בהשארת הנפש הידיעה הרבה, שישובו אל ארץ אבותיהם הארץ המסוגלת לתורה ולקדושה אשר נבחרה מה' לסגולות האלה ותיכף כאשר אברהם נבחר מה' להיות הוא האב לכל המון גוים להודיעם אמונת ה' ותורתו נצטוה ללך להארץ הקדושה ובה האיר אברהם את כל הארץ מאמונת ה', כל זה נקלט בנפשותיהם עד שזה פעל שיהיו לגוי והחסד הזה הוא חסד של אמת, שאין להסתפק בטובתו, ומה הי' הסוף הן החסד הגדול שעשה יוסף עם בית אביו נהפך לרועץ כי הלא המצרים עינו אותם בחומר ולבנים בפרך באופן נורא את בניהם טבעו ביאור, ובטיט רמסום בחייהם עד שבני ישראל נאנחו ושועתם עלתה השמימה וה' זכר את ברית אברהם יצחק ויעקב ומה עמדה להם להגאל זה שחיו לגוי מצוינים, שמרו ברית שהרבה חלק בזה הי' מה שעשה יוסף שהעלה את הגוף הקדוש של יעקב אבינו לחברון זה הי' החסד של אמת שעשה יוסף עם בית יעקב ובזה גילה יעקב ליוסף. את הצפוי לבית יעקב במצרים ובטח גם אחר פטירת יעקב נהג יוסף את ביתו ואח בית אביו. עפ"י הסוד הזה שגילה יעקב ליוסף כי עיקר אשרם יהי' בזה שעיניהם יהי' להיות דבוק בתורה ואמונה. והסיבה הגורם הרב לזה שידעו כי באו למצרים אך לגור, לא להיות תושבים.

ואפשר להעמיס עוד בדברי רז"ל שאמרו בכתובות (קי"א) דברים בגו יודע הי' יעקב אבינו שצדיק גמור הוא ואם מתים שבחוץ לארץ חיים למה הטריח את בניו ארבע מאות פרסה שמא לא יזכה למחילות ע"כ. והדברים תמוהים, אם צדיק גמור הוא הלא יזכה למחילות, אכן אפשר להעמיס כזה כונה הנה מעשה האבות סימן לבנים, וע"י מעשה אבות זכו הבנים כל שעשו האבות מעשה נשרש עמוק בלבבות הבנים הצדיקים גמורים יעמדו בתחית המתים וישובו לארץ עת בא הגאולה, יען כי אמונתם חזקה בלבותיהם בלי שום ספיקות להם גלוי הגאולה ותחיית המתים וכפי אמונתם כן תהי' תחיתם בגלוי ובלי קושי אכן יש אשר אם כי במעמקי לבבם מאמינים המה אבל על אור האמונה אשר בלבבם עננה גדולה של שכחה וספיקות מרקבון הדברים והמעשים אשר העלו עפר על נוגה האמונה להם כמו שלעבור דרך רב, אם יש הר גדול במשך עשרה פרסאות ויותר עושים מחילה בההר כדי לעשות דרך. כן המליצה שיהיו צריכים לעבור דרך מחילות, כי אמונתם היתה טמונה בעפר של חשך עכור של החומר ועליהם צריכים לדאוג. פן

בהיותם בחוץ לארץ שקועים בעפר עמל החיים ותשואות ודעות הזמן עד שלא יהי' בכח אמונתם לעשות המחילה. וחלילה יאבדו ולא יקומו בתחית הנצח וחשש יעקב אבינו בעד אלה הצריכים לעשות מחילות בעפר אשר בלבבם. על הדעת של האמונה, שמא לא יזכו למחילות. וע"כ הטריח את בניו לשאת אותו על כתפיהם ארבע מאות פרסה. עמל גדול ונורא אסור הי' להם להרכיב גופו הקדוש על אתונות. אך בכתף ישאו וכל זה עשה יעקב למען שיושרש אף באלה שאינם הוגים תמיד בתורת ה' שיהי' לבם פתוח כאולם להיות האמונה גלוי' לאלה שמפני עמל החיים בהיותם בגולה בצרות ומצוקות הר גדול של עפר על דעתם ומחשבותם ואמונתם עשה דבר כזה, ועי"ז הושרש עמוק הרבה בנפשותיהם של בני האבות, מעשיהם עד כי גם אלה אשר הר גדול על דעתם יזכו למחילות כי יהי' די כח באמונתם לפתיח להם מחילות שישובו בקומם לחיים לארץ הקדושה לחיי עולם אם לא בפתח כאולם עכ"פ ע"י מחילות שהמליצו חז"ל בזה שבעמל ישובו כמו שלמצא האמונה שבלבבם הי' צריך לעמול הרבה. כן יהי' להם עמל לשוב, אבל עכ"פ ישובו, אבל להצדיקים ששיחתם והגיגם בתורת ה' להם תמיד גלוי האמונה הצרופה בגאולה ובתחית המתים, הם ישובו לתחי' בלי עמל ולהם לא הי' צריך הטורח הגדול הזה כי ע"י התורה בלבבם פנימה האמונה כי לבבם פתוח כאולם, וכאמונתם כן יהי' תחיתם בלי עמל.

על כל זה שעשה יעקב. אבינו, נאמר יעקב אבינו לא מת. אם גם בדורנו ראינו, שאבות שהוגלו ממקומותיהם. בגזרת מלכי הרשע שגלו לאלפים. מישראל ממקומות מושבותיהם, ואבות לא חסו על בניהם ונדדו ממקומותיהם. בלי שום משען לחם. ובהיותם על מקומותיהם. היו שבעים בלחם. ובכל טוב ומפני מה עשו זאת כי הי' יקר בעיניהם אמונתם, מכל החיים, וגם הרבה אשר מפני עמל החיים נשקעו, ושכחו החיוב מהרבה מצות ה' אך אם הדבר נגע לאמונתם, הקריבו נפשותיהם, ונפש בניהם ובנותיהם, ונדדו אף לחוסר ורעב. על כל זה נאמר יעקב אבינו לא מת, אם בניו נשארו בחיים ולא התמכרו לעקר, בשביל לחם, זהו פרי יעקב אבינו, שלא רצה לרד למצרים מפני פחדו. פן יבולע לרוחנית ביתו, ואף אלה שלמראית עין שכחו מלחשוב אודות האמונה, אעפי"כ בנגוע הדבר. אל העיקר. נעשה מחילה בהעפריות, בחושך החומריות, והתגברו, ונדדו ממקומתיהם גלות נורא ונדדו לארצות רחוקות, ונשארו נאמנים לתורת ה'.

וכמו שחי בקרבנו רוח יעקב אבינו. כן חי בקרבנו רוח אברהם ויצחק. ואשר מהם שאב יעקב אבינו את מעשיו דעותיו מסירת נפשו של אברהם אבינו למען האמונה, העקדה

שעקד את יצחק בנו על גבי המזבח, היא השרישה בלבות עם ישראל למסור נפשו על קדושת השם, לעקוד נפשו ולבבו ולעקוד כמה עקדות, כמו שאמרה האם של שבעת הבנים. לבנה הקטן. לך ואמור לאברהם אבינו אתה עקדת עקידה אחת ואני עקדתי שבעת המזבחות עם הקודש הולך וקורא בשם ה' זה אלפי שנים, באמונת יחיד, יען כי ירש זאת מאת אברהם אבינו שהי' הולך וקורא בשם ה' ורוחו היא החי' בנו. והנה אברהם אבינו ראה ברוח קדשו בין הבתרים כי תרדמה נפלה על אברם, ראה כי יהי' עת שרוח אברהם שהולך בין בניו, אינינה ערה, אך תרדמה נפלה על אברהם, דמיך ולא לעי באורייתא, אף מי שלומד, אין לומד בעיון אין לומד בהתעוררות ואהבה פנימית, אשר מזה חלילה תוכל התורה להשתכח, ובאין תורה יפרע עם חלילה. דמיך ולא עביד עבידתא רוח אברהם הטוב והחסד, שעשה אברהם. בהיותו כן מאה ונימול ביום שלישי למלתו. זקן וחולה ביום השלישי. בראותו אנשים, משום מצות הכנסת אורחים, שכח את זקנותו. שכח כאבו. שכח מחלתו, רץ לעשות חסד לגמול טוב, באופן מבהיל, לשחוט בקר, ולמהר לעשות והוא ראה שרוח אברהם הזה, אף שהוא בקרב ישראל, אין עם שעושה כה חסד. אין עם שמפזר כה מעות לצדקה, אבל ראה כי תרדמה נופלת. אין זה הרוה החי, בברק נורא, כמו באברהם אבינו חסרה ההתלהבות וההתרגשות. אבל עוד התנחם אברהם. הן כנסת ישראל ישנה אבל לבה ער, בלבב פנימה החפץ והרגש. לעמול בתורה ולעשות חסד, ועוד מעט ותעבור התרדמה ויקץ העם הקודש, לתורה ועבודה וגמילות חסדים, אבל ראה דמיך מרמוטא, היא מחלת השינה אשר לפעמים חדשים יישן. ונפשו מסוכנת. וגם ע"י דקירת מחטין אינינו מתעורר משנתו. ראה אבינו אברהם במראות הנבואה. שיהי עת שיבאו צרות רבות. על עם הקודש. ויתקים חלילה על מה תכו עוד תוסיפו. סרה. הרבה לישראל ללמוד מהצרות. כי יד ה' בכל אלה. וכמו שנאמר בהתוכחה והי' בך לאות ומופת ובזרעך עד עולם. בעת שישראל הם ברום המעלה. והברכה בכל אשר להם, אז זה המופת על השגחת ה'. אבל בירידת ישראל חלילה והם דווים סחופים ומטורפים. אם נתבונן היטב. שהצרות יוצאים מגדר הטבע:

שאינם לפי שכל אנושי. שאינם לפי רוח הזמן. נוכל לראות עין בעין את יד ה'. אם רואים אנו, שהתוכחה נתקימה, וכפי שמבאר הרמב"ן. שהתוכחה הראשונה. נאמרה על חורבן הבית, הראשון, והתוכחה השני' נאמרה על חורבן הבית השני וגלות המר הזה והוא הולך ומראה בחוש. כל דבריו, וא"כ הצרות הם האות והמופת על השגחת השם, והרי זה דקירת מחטין ממש. שיתעורר ישראל. אכל ראה אבינו אברהם. שנפלה תרדמה דמיך מרמוטא, הגלות הנורא, והחושך כמה ארץ. עד שאין בישראל הכח לקום

משנתו. לשוב באמת לתורה עבודה וגמילות חסדים, אף ע"י דקירת המחטין. ועל כן אימה גדולה וחשיכה נופלת עליו. מזה שראה רוחו בתרדמה, נפלה עליו. אימה גדולה, אברהם שמסר נפשו למען קדושת ה', עקד את בנו יחידו אשר אהב על מזבח ציווי ה'. אהבת ה'. יקר אצלו מכל והובטח לו כי ביצחק יקרא לו זרע, יהיו ראוים לקראתם זרע אברהם, יורשי ירושתו, התורה והאמונה. ועתה מה הוא רואה בעין נבואה, שנה לטרגיות. מחלה מסוכנה ונוראה על נפשות בניו, אימה גדולה, וחשיכה, אינינו רואה, איך תוכל להיות התחי', והנה תנור אש ולפיד עשן. הראהו הקב"ה. אל תירא אברם, הראהו הארבע מלכיות. ראה שאין ישראל נבלע בין האומות. משעבדים בו הארבע מלכיות. זה הוא המלח שמקיים את עם הקודש, ידוע תדע כי גר יהי' זרעך בארץ לא להם, בכל מקום שילכו. לא יתחשבו כתושבים אך כזרים, ידוע תדע. היינו אף במקום שלמראה עינים נחשבים כחושבים, להם כל זכיות הארץ. אעפי"כ תדע שבאמת אינם נחשבים בעיני עם הארץ. כתושבים ואחים. בימי הבינים. עשו מחיצות שהיו' נקראים געטטא. שהי' מחיצות בין ישראל לעמים, ובמקומות שלמראה עינים אין שם מחיצות המבדילות, האומרות לישראל לדור מחוץ למחיצות. אעפי"כ יהיו מחיצות ובמקום היותר חופש שבעולם אעפי"כ תראה, כי גר הוא זרעך. יש מקומות לישראל שעם ישראל, הוא שוכן בדד, ובל תחשוב. כי ישראל בוחר מקום לדור בתוך עמו. לא אדרבה. ישראל רוצה לדור בין העמים. ועוזב מקומו. וגולה הנקרא "ער מופט" למקום חדש. ששם ישכנו בני עשו. אך תיכף כשמריחים שכני ישראל באים למקום ההוא. תיכף עשו מתרחק. ובוחר לו מקום אחר, ונעשית בע"כ שכונת ישראל לבד, ושכונת יון ומדי לבד, וזה בארץ היותר מצוין בחפשיותו. כי הבטחת ה' לאברם שגר יהי' זרעך בארץ לא להם. יתקיים תמיד ובזה כרת ה' עם אברהם הברית שיעשה כלה עם כל הגוים ואת זרע אברהם לא יעשה כלה. זהו ברית ההבטחה, שבל ירא אברם, אם כי תרדמה נפלה על רוח אברם, אבל זה רק בגרר אני ישנה ולבי ער, חי זרע אברהם. אף במחלת השינה. אבל יתקיים ויחי' עד ירפא ה'. את צרותיו ואת מחלת השינה שבנשמתו הרופא כל. הוא נותן סמים. למחלת ישראל. הסמים מרים מאד, אבל אין האשם בהרופא. אך בנו. שהוצרכנו לזה כי הבאנו את המחלה, אך הסמים הם בטוחים. שאין סכנה לנשמת ישראל. ובטוחים אנו בעזר השם בגאולתינו ופדות נפש עם ישראל.

בזה נוכל לבאר מה שאמר ר' יוחנן בן זכאי אשריכם ישראל בזמן שאין אתם עושים רצונו של מקום, אתם נמסרים כיד אומה שפילה, ולא ביד אומה שפילה אלא כיד בהמתן של אומה שפילה, הכונה לזה, נצייר לנו, נער אחד, שאביו יסרו על שאינו לומד, והוכיחו

מאד, אכן הכן שהי' לו לזרא מוסר אביו. קרע את ספר לימודו בכעסו, שבר את התיבה ולקח ממנו כסף רב. לבש בגדי שבת וברח מאביו, בדרכו נפלו עליו. נערים שובבים יותר ממנו, הכוהו ופצעוהו, ולקחו מאתו את הכסף. וקרעו את בגדיו. והוא נדח ביער גדול. בדד, נעזב, באין לחם. ובאין כסף באין מורה דרך, ובלילה שמע קול חיות. והוא רואה איפוא הוא נמצא. מצבו הנורא. והסכנה הצפוי' לחייו מהחיות הדורסות, ויושב ובוכה, בתוך בכיתו, ראה אביו מתקרב אליו, ובשוט שבידו מכהו מכות נמרצות על הנבלה הגדולה שעשה ולפי הנראה מכהו אביו. בלי חמלה אבל אם כי יכאב לו המכות הגדולות שיכהו אביו על מעשיו הרעים. לקרוע ספר. לברוח מהאב, ולגנוב כסף אבל בסתר לבבו ישמח מאד, אבל הלא אביו אצלו, הלא מעתה אינינו עזוב בטוח הוא שלא יטרפוהו החיות. בטוח הוא שלא יאבד דרך. בטוח הוא שישוב אל אביו, אם אך יתחנן אליו, ויאמר כי הוא מכיר את שעשה.

כן אמר ר' יוחנן בן זכאי על עם ישראל, הרבה עוינו נגד אבינו שבשמים הפרנו בריתו סרנו מני דרך. הלכנו שובב ואמרנו הי' נהי' כגוים, והנה באו עלינו כל הצרות, קמו החיות ההולכים על שתים עלינו לכלות אותנו חלילה שלא יזכר שם ישראל, נפשנו דאבה, הצרות יעיקו עלינו עד מאד. אכל לוא לא ראינו יד ה', לוא היו הצרות כדרך הטבע אז אמרנו חלילה נגזרנו, אבל אם רואים אנחנו את הצרות והנה אינם בדרך הטבע, הם למעלה מהטבע, משונים המה הצרות על עם ישראל, שזה מראה בחוש, שיד ה' עלינו. אבינו שבשמים, עומד עלינו ומשגיח עלינו, ואף שנסבול מאד מהצרות, אשר נותנו ביר אומה שפילה וביד הבהמתם של האומה השפילה ביד הבזוי שבגוים, וביד הבזוים שבהאומה. אבל אם ה' לא עזבנו. והוא משגיח עלינו, וידו היא שעשתה לנו, בטוחים אנחנו בחיי הכלל ישראל. בטוחים אנחנו, שכעסו יעבור בטוחים אנו, שהמכות הם הסמים, לקיומינו ולנצחיותינו. מרים המה מאד, אבל גרמנו לזה, אך כל זה שוה לנו, עת אבינו שבצרתינו לו צר, הוא העומד עלינו, ומקורב אלינו, בטוחים, הננו שיבא היום, שיחננו ויחיש גאולתינו ופדות נפשינו, אשרינו שהשם מראה לנו, גם בעת שמרוחקים הננו, מהשגחה שתהי' גלוי' לכל, אבל במסתרים ההשגחה עלינו, והוא מציץ מחרכים, היינו שאף אנחנו לא נראהו, אבל הוא משגיח וחופף עלינו, ומראה לנו, שאין הצרות מיד הטבע אלא ממנו בעצמו ובכבודו, וזה נחמתינו ותקותינו.

בזה יתבאר הכתוב והי' במקום אשר יאמר להם לא עמי אתם יאמר להם בני א' חי. הכונה הנה יהודה אמר ליוסף בעת שבא להתחנן בעד בנימין, אל יחר אפך בעבדך כי כמוך כפרעה, ודרשו כי רמז בזה מה פרעה גוזר ואינו מקיים, אף אתה גוזר ואינו מקיים,

ולכאורה יפלא, אם יש טענה ליהודה על האיש אדוני הארץ, שהוא אמר ולא קיים איך רצה לנגוע בככוד פרעה, ה פרעה לא עשה לו מאומה, והלא אין זה מדרך המוסר לנגוע בכבוד המלך שלא עשה לו דבר, אכן אפשר לפרש כי אמר לו מה פרעה גוזר, אבל הוא בעצמו אינינו המקיים, אם פרעה גזר על אחד עונש, לא הי' הוא בעצמו המקיים לעשות את העונש לאיש שנענש בגזרתו, כי המלך בעצמו אף שהוא גוזר, אבל לקיים בעצמו לא הי' יכול, ובכן שאל את יוסף איך תאמר כי מי שהגביע נמצא אצלו הוא יהי' לך עבד, א"כ הנך הגוזר, ואתה בעצמך המקיים איך הוא הדבר הזה. ע"כ שדברים בגו. אכן אם נתבונן מדוע אמר יוסף הוא יהי' לי עבד כאשר הלא הוא אחיו, ואיך יתן את אחיו ביד אחר, כן הוא הדבר. הנה העת, שחלילה הננו בגדר לא עמי, שפך ה' את חמתו, הרם מקדשנו ואותנו הגלה מארצו. אבל אם נתבונן. כי הוא שגזר עלי הצרות והוא בעצמו עומד בעת הצרות כי המה למעלה מדרך הטבע ובהשגחה פרטית, מזה גופא מוכח כי אנחנו בניו. וצרותינו כביכול לו צר. והוא מצר בצרותינו, אך אבינו הוא ולא יכול לתן אותנו בידי הטבע וא"כ גם במקום אשר נאמר להנביא שיאמר חלילה לא עמי אתם, גם במקום הזה מראה ה' כי אבינו הוא, ולא נתן אותנו ביד הטבע אך הוא בעצמו עמנו בצרותינו, וכל מקום שגלו ישראל שכינה עמהם.

בזה שביארנו למעלה, שהנהגתנו הוא למעלה מן הטבע ואף כי נצטוינו לעשות מעשים ותחבולות אנוש. אך עלינו לדע כי עיקר הכל לעשות הפעולות להשיג רצון עליון, ולמצא חן בעיני מלכו של עולם, כזה נוכל לבאר הכתוב שאמר ה' למשה, שלח לך אנשים, ויתורו את ארץ כנען. שרש"י ז"ל פירש על תיבת לך שאמר השם. כי הכונה אני איני מצוך, אתה אם תרצה שלח, שלפי זה הי' לנו לבאר גם הכתוב לך לך שאמר ה' לאברהם, שג"כ הכונה אם תרצה וזה הלא אי אפשר להיות, כי הלא זה הי' מהנסיונות, שנצטוה אברהם, גם הכתוב וישלח אותם משה על פי ה' שכתב רש"י מהו הפירוש על פי ה' שלא מחה בידו, והלא בכל מקום שנאמר על פי ה' הפירוש שציווי ה' הי' לזה.

אכן הנה בעת שבאו בני גד ובני ראובן, לבקש ממשה רבינו שיותן להם עבר הירדן לאחוזה אל תעבירנו את הירדן, ומשה רבינו אמר להם כה עשו אבותיכם וגו' והנה קמתם תחת אבותיכם תרבות אנשים חטאים וגו' ויגשו אליו ויאמרו גדרות צאן נבנה למקננו ואנחנו נחלץ חשים לפני בני ישראל עד אשר אם הביאנום אל מקומם וגו' לא נשוב אל בתינו עד התנחל בני ישראל איש נחלתו) וגו', ויאמר אליהם משה אם תעשון את הדבר הזה אם תחלצו לפני ה' למלחמה ועבר לכם כל חלוץ את הירדן לפני ה'. עד הורישו את אויביו מפניו ונכבשה הארץ לפני ה', ואחר תשבו כו' והיתה הארץ הזאת לכם לאחוזה

לפני ה'. ואם לא תעשו כן הנה חטאתם לה'. ודברי משה רבינו אלה האחרונים אינם מובנים הלא הם ככר אמרו שיעברו חלוצים חושים לפני בני ישראל ולא ישובו לבתיהם. עד התנחל בני ישראל איש נחלתו, ולמה חזר ודיבר את כל הדברים שכבר קימו וקבלו על נפשם. לעשות כן. אמנם חילוק גדול יש בין מה שקבלו הם על עצמם לדברי משה רבינו שאמר להם לעשות הנה בתחילה סברו בני גד ובני ראובן. אחרי שהקב"ה כובש את הארץ לפני עם ישראל, שלא מדרך הטבע, כי עם גדול ורם בני ענקים ישבו שם וכיבוש הארץ שלא כדרך הטבע. א"כ אחת הוא אם הם יצטרפו למלחמה, או הם יהיו בעבר הירדן. וע"כ ביקשו אל תעבירנו את הירדן. אכן משה אמר להם. כי זה תרבות אנשים חטאים, מחייבים אנחנו לפעול ולעשות להושיב ולכבוש את הארץ הקדושה. ומה שלא ילכו חלילה, זה הוספה על חרון אף ה', וחטאם גדול מאד אם לא ילכו. ובכן סברו בני גד ובני ראובן, כי עתה הניח ה' בדרך הטבע לכבוש הארץ וע"כ צריכים גם המה ללך. רק שמובטח להם, שהם יכבשו, אבל יכבשוה בכח וגבורת ירם, לכן יחלצו חושים לפני בני ישראל, עד אשר יביאו את בני ישראל אל מקומם ולא ישובו עד התנחל בני ישראל. ער שדימו בנפשם, כי באמת תלוי כיבוש ארץ ישראל בכח ידם על זה אמר משה טעיתם טעות גדול, לא בכחכם תלוי כיבוש הארץ, ואין אתם הכובשים רק עליכם החובה לפעול ולעשות למען ישוב הארץ הקדושה, אבל אין הכבוש והישוב תלוי בכם. ובכן עליכם רק לעשות, משום החובה ובכן אמר להם אם תעשו הדבר הזה שתחלצו לפני ה' למלחמה, מה שתהיו חלוצים. יהי' רק לקיים מצות ה'. יעבור כל חלוץ לפני ה' עד הוריש ה' את אויביו, ונכבשה הארץ לפני ה'. הכיבוש יהי' בידי ה', לפניו תכבש הארץ. רק שהחובה עליכם לפעול ולעשות, והארץ תהי' אחוזה לה'. כי היא ארץ קדשו, ואם לא תעשון כן. היינו בין אם לא תחלצו למלחמה. בין אם תהיו חלוצים שלא לפני ה'. ותדמו כי מעשה ידיכם הכובש תדעו כי חטאתם לה'. ודעו חטאתכם אשר וגו', על זה ענו בני גד ובני ראובן. עבדיך יעשו כאשר אדני מצוה וגו' ועבדיך יעברו כל חלוץ צבא לפני ה'. נדעה שעלינו ללך למלחמה, לפעול ולעשות בכל כחנו, למען הארץ הקדושה לה'. אבל נדע, כי אך אנחנו את חובתינו ממלאים אבל כיבוש וישוב הארץ תלוי בה'. כי הוא מכבשה ומושיב את בני ישראל, וכאשר ענו כהוגן. אז אמר משה ליהושע, שאם יקיימו הנאם כפי שאמרו שיעברו כל חלוץ לפני ה', אז ונתתם להם. את ארץ הגלעד לאחזה.

את הדברים האלה אמר ה' אל משה שלח לך אנשים הכונה אף שהנך שולח אנשים לרגל את הארץ מעשים מדרך הטבע. אל תדמה שזה יהי' הגורם לכיבוש הארץ. לא כיבוש הארץ אין תלוי בשילוח האנשים. רק מה שהנך מצוה לשלוח אנשים לתור את הארץ

זהו רק לך. שהנך מחויב לעשות התחבולות והפעלים שבידך לעשות. ובזה שהנך שולח אנשים הנך אתה וכל כלל ישראל עושים לך היינו לעצמכם למלאת חובתכם. אכל לא לכבש בזה את הארץ והנה לוא היו זוכרים זאת המרגלים שאף שנשלחו לתור את הארץ, אבל הכיבוש וחישוב יהי' על פי ה' או לא היו מתפעלים, לא מבני הענק ולא מעמלק היושב על יד הירדן. אכל הם טעו בזה כי אחרי ששלחו אותם לתור, הלא עושים מעשים שעל פי דרך הטבע, ובדרך הטבע הלא אי אפשר לכבש ובכן באו ועשו מהפכה בעם ישראל, וצרה גדולה הביאו בזה, כי לא ידעו דרך השם, שהחובה עלינו לפעול ולעשות בעד ארצנו הקדושה ככל אשר תמצא ידינו, אבל עלינו לדע שצריכים להיות חלוצים לפני ה' לפעול ולעשות הכל עפ"י תורתנו הקדושה, ובעצם המלחמה בא המלאך ואמר כי אם אין מתחזקים בתורה בהמלחמה חלילה עומד שר צבא ה' לנגדנו, כי כיבוש ארץ ישראל וישובה תלוי בלימוד התורה הקדושה בעמל ובלימוד התורה בעיון הננו מתקימים הן בגולה והן בארצנו הקדושה, ובזה יצליח ישראל בכל מעשה ידיו בכלל ובישוב הארץ בפרט אם הוא שתול בכרם ה' ואז הוא צבא ה'.

בזה אפשר לבאר דברי הגמ' ע"ז י"ח כשחלה ר' יוסי בן קסמא הלך רבי חנינא בן תרדיון לבקרו אמר לו חנינא אחי אי אתה יודע שאומה זו מן השמים המליכוה שהחריבה את ביתו ושרפה את היכלו והרגה את חסידיו ואבדה את טוביו ועדיין היא קיימת ואני שמעתי עליך שאתה יושב ועוסק בתורה ומקהיל קהלות ברבים וספר תורה מונח לך בחיקך אמר לו מן השמים ירחמו אמר לו אני אומר לך דברים של טעם ואתה אומר לי מן השמים ירחמו תמה אני אם לא ישרפו אותך ואת ספר תורה באש אמר לו רבי מה אני לחיי העולם הבא אמר לו כלום מעשה בא לידך אמר לו מעות של פורים נתחלפו לי במעות של צדקה וחלקתים לעניים אמר לו אם כן מחלקך יהי חלקי ומגורלך יהי גורלי אמרו לא היו ימים מועטים עד שנפטר ר' יוסי בן קיסמא והלכו כל גדולי רומי לקברו והספידוהו הספד גדול ובחזרתן מצאו לר' חנינא בן תרדיון שהי' יושב ועוסק בתורה ומקהיל קהלות ברבים וס"ת מונח לו בחיקו וכרכוהו בס"ת והקיפוהו בחבלי זמורות והציתו בהן את האור והביאו ספוגין של צמר ושראום במים והניחום על לבו כדי שלא תצא נשמתו מהרה אמרה לו בתו אבא אראך בכך אמר לה אילמלא אני נשרפתי לבדי הי הדבר קשה לי עכשיו שאני נשרף וס"ת עמי מי שמבקש עלבונה של ס"ת הוא יבקש עלבוני אמרו לו תלמידיו רבי מה אתה רואה אמר להן גליון נשרפין ואותיות פורחות. עכ"ל הגמ', ולכאורה הדברים תמוהים. הנה ר' חנינא בן תרדיון מסר נפשו לשרוף על קידוש השם, והוא שואל את ר' יוסי בן קיסמא, מה אני לחיי העולם הבא, והוא שואל

אותו, כלום מעשה בא לידך האם המעשה הזאת, להשרף חיים על קידוש השם, לחיות מוכן למיתה ביסורים נוראים. שאין דוגמתם. בשביל אהבת התורה, האם אין די במעשה הזאת להגיע לחיי העולם הבא, והלא אמרו הרוגי מלכות אין כל ברי' יכולה לעמוד במחיצתם, ומכש"כ חברי דר"ע כמו ר' חנינא בן תרדיון, ולא עוד אלא שהוא ענה לו, שבא לידו מעשה ומה היא המעשה נתחלף לו מעות וחלקם לעניים. וע"ז ענהו, א"כ מחלקך יהי חלקי, האם התפעל ר' יוסי בן קיסמא. ממעשה הזאת מחלוקת כסף יותר ממסירת הנפש, להשרף חיים, וגם זה יפלא, ששאלו התלמידים את רבם כשהוא שורף באש. מה אתה רואה. וכבר תמה בתוס' על זה, ותירצו שנ' תירוצים. וקשה על דברי התוס', מדוע לא נזכר בגמ'. שהיו התלמידים שומעים את קול אותיות הפורחים. ואם הם שמעו. ולא ידעו מה הוא, סאין היו יודעים שהוא רואה, הי' להם לומר לרבם שומעים אנחנו קול, ואין אנו יודעים מה זה.

אכן ר' יוסי בן קיסמא ר' חנינא היו מחולקים בדין. הנה מלכות רומי הרשעה כשראתה את הטעות הגדול שעשו. שנתנו לר' יוחנן בן זכאי את יבנה וחכמי' בזה שמו לאל את כל נצחונם. ר' יוחנן בן זכאי נצח את רומי, הם דימו כי כבד נצחו את עם ישראל, ומעתה לא יזכר עוד שם ישראל, ואליל שלהם יכבוש העולם, כי אמונת ישראל, המהבלת את אמונת האלילים, חלילה כבר עברה, אחרי שכה נוצח ישראל, וגלה מארצו, ואבד את כל אשר לו, הארץ והממשלה, ובאין ארץ וממשלה, הלא כל הגוים יעברו מן העולם, ובכן הלא גם ישראל יהי כן. ואם יושבים שם איזה אנשים ועוסקים בתורה, הלא אלה יתבטלו, נגד הגוי המנצח, אשר בחרבו כבש כל העולם, אכן אחר כן. ראו כי שנו. ישראל נוצח בגופו, אכל לא ברוחו כל העמים, תלוים בארצם וממשלתם, ואם אין להם ארץ וממשלה אינם כלום אכל ישראל ה' ותורתו הוא נחלתו קיומו הוא נשמתו, ארצו הוא הכרם אשר בו יגדל, ואם יש לישראל כרמו יבנה וחכמי' הישיבה הק' ותלמידי'. חי וקים עם הקודש, ורוחו עולה מעלה, ומאיר לכל העמים, ורבים מהחכמים והגדולים אשר לרומי מתגיירים, כי רואים המה בחוש את קדושת התורה, ורוח אלילים, הולך ובטל, אור התורה תגרש את חשכת העין. וערפלי הבערות מן עבודת האלילים, ותחת שחשבו שנצחו את עם ישראל, הנה ישראל לא לבד שלא נוצח, אלא שהוא הולך ומנצח ברוחו, אז ראו כי נתעו כי ר' יוחנן בן זכאי מלט את עם הקודש, בהצילו את יבנה, ובכן ראו ליקח בחזקה מה שנתנו וגזרו גזרות נוראות, שכל מי שיקהיל קהלה ברכים ללמוד תורה, (שבזה סוד קיום ישראל), ישרפוהו חיים, אז היתה לישראל צרה נוראה, שהיא עוד יותר קשה לישראל, מחורבן המקדש, כי באין תורה, ואין כרם, איך יגדל ישראל וע"כ ר' חנינא

בן תרדיון, הקהיל קהלות ברבים, ללמוד תורה, ואף כי אין אומרין יהרג ועל יעבור, אלא בשלשה עבירות היינו ע"ז וגילוי עריות ושפיכות דמים, אכל לא על בטול תורה, על זה אין צריך למסור נפשו אבל בטול תורה של כל ישראל, הלא זה גזרת שמד חלילה, ובזה הלא תלוי כל התורה כולה, כי באין ישיבה ללמוד תורה, הלא ישכחו כל התורה, וישראל בלי תורה, הם חלילה אבודים מן העולם, לזה מסר ר' חנינא בן תרדיון, את נפשו והקהיל קהלות ברבים ללמוד תורה אכן ר' יוסי בן קיסמא הי' סבור, כי אחרי שלע"ע, אין זה אלא בטול מצות עשה. אין למסור נפשו למיתה בשביל זה, ואף שהיכא שמכונים לעבור על דת. מחויבים למסור הנפש, אף בשביל כל המצות ואף בשביל ערקתא דמסאני, צריכים למסור עצמו למיתה זהו דוקא אם גוזרים לעבור בקום ועשה, אבל לא בשב ואל תעשה ועל כן אמר לו אומה זו מן השמים המליכוה. א"כ לעורר למרוד נגדם, אי אתה יכול, וע"כ הנך מוסר עצמך למיתה, על דבר שאין צריך, ועל דבר שאין צריך, אסור למסור הנפש ע"ז ענהו ר' חנינא מן השמים ירחמו. אולי יהי רחמי השם. שיצילני ממיתה, ע"ז ענהו ר' יוסי בן קיסמא אני אומר לך דברים של טעם, הזיקא שכיחא מלכות אומה זו, מן השמים ומניחים אותה לשרוף את ההיכל, ולאבד חסידים וטובים, וא"כ שכיחא הזיקא, ואתה אומר לי מן השמים ירחמו, הלא בעת ששכיח הזיקא, צוה ה' להזהר, כי אם לא יהי' נזהר, לא יושיעוהו מן השמים, חמה אני אם לא ישרפו אותך ואח ספר התורה, הנה אמר לו ר' יוסי בן קיסמא, אפשר שתחשוב שהנך מפקיד חייך. ואפשר שתסבור שבשביל קידוש השם אם אחד מוסר נפשו. להרג אין נענש, אבל הלא ישרפו הספר תורה וא"כ אתה הוא הגורם לשרפת התורה. ובעד הספר תורה יתבעו ממך במשפט העליון. איך סכנת את ספר התורה שישרף בשבילך לשמע דברים האלה נרתע ר' חנינא בן תרדיון הנה הוא מוכן להשרף על קידוש השם, ולא לבד שיהי' לו שכר, אלא יהי נדון, כשורף ספר תורה, אז שאל ר' מה אני לחיי עולם הבא מדעתי לא אשוב, כל קיומה של תורה, ושל ישראל תלוי אם יהיו קהלות ברבים שילמדו תורה מפי הגדולים ובכן בעד קיומה של תורה ושל ישראל, מחויבים למסור נפשם, ואף להעמיד בסכנה את הספר תורה, שתוכל להשרף. כי בלא קהלה ברבים ללמוד תורה, בלא ישיבה שילמדו תורה ברבים אין ישראל ואין תורה, והנני מחזיק בשיטתי, וע"כ רבי מה אני לחיי עולם הבא הלא יוכל להיות שעוד במעשי הנני מאבד את חיי לעולם הבא שידנוני שם חלילה כשורף ספר התורה.

אמר לו כלום מעשה בא לידך, בכל דבר צריך האדם, לחשוב אולי בהוראתו, הוא טועה, מטעם שיש לו איזה נגיעה, ואף הגדולים שבגדולים צריכים לחשוש שמא נגיעה חטה

שכלו, ובכן אפשר שהכבוד, שהוא מוסר נפשו על קידוש השם, זה מעורר אותו לעשות את הצעד הנורא הזה, וחזינן להצדיקים יסודי ארץ שחששו לנפשם. שמא בשביל נגיעה הם פוסקים כמו שחזינו לר' ישמעאל ב"ר יוסי שירא להיות יושב בדין, בשביל שאריסו הביא לו כנתא דפרי משל ר' ישמעאל ב"ר יוסי ביום אחד קודם שהי' רגיל, ובשביל הנגיעה הקטנה הזאת שאין בה כלום, פסל את עצמו מהיות יושב בדין. שיראו פן הנגיעה תעור עיניו וע"כ שאל גם ר' יוסי בן קיסמא תת ר' חנינא כן תרדיון, כלום מעשה בא לידך. בעת שלא הי' לך שום נגיעה אם לא היית מורה היתר לעצמך, אמר לו נתחלפו לי מעות פורים במעות של צדקה, הי' לי הרבה התירים, לקח הכסף שנתתי תמורתם, ומצות סעודת פורים. הלא גדולה. ואעפי"כ לא הורתי היתר לעצמי ואבדתי את סעודת פורים, מספק שמא אין זה הכסף שלי, ואין אני רשאי להחליפם, אמר לו א"כ רואה אני שאף בעת שאין שום איש יודע אינך מורה היתר ואין הנגיעה מטה שכלך, ובכן ההוראה שצריכים למסור הנפש. בשביל שיהי' בישראל ישיבה קהלה ברבים שתלמוד תורה מפי רבים, היא יוצאת מטוהר נפשך, א"כ מחלקך יהי' חלקי, ואח"כ כשהקדוש ר' חנינא בן תרדיון, נשרף על קידוש השם בשביל שיהי' תורה בישראל, הנה התלמידים רואים את רבם הקדוש, נשרף באש ועוד הי' חששא בלבבם, אולי עוד יתבעו ממנו, בעד שרפת הספר תורה, אולי אין הלכה כרבם בזה. אולי צדק ר' יוסי בן קיסמא, שאין לסכן את ספר התורה נורא הי' להם שרפת רבם הקדוש, ונורא הי' להם הספק הזה שהרי גם רבם חשש לזה, שהרי שאל את ר' יוסי בן קיסמא מה אני לחיי העולם הבא. ובכן כאשר שמעו שהוא עונה לבתו ששאלה בצרה הגדולה הזאת, אכא אראך בכך, צעקה גדולה ונוראה אביה קדוש עליון שורף באש, בשמוע התלמידים את תשובתו, מי שיתבע עלבון ספר התורה הוא יתבע עלבונו, מזה הבינו התלמידים שאין שום ספק בלב רבם, שמא לא הי' לסכן את ספר התורה, שתשרף בשביל הקהלה ברבים ללמוד תורה שאילו הי' שום ספק בלבו, לא הי' אומר מי שיתבע עלבון הספר תורה, שהרי אפשר שממנו ידרשו את עלבון הזה כשיטת ר' יוסי בן קסמא, מדברים האלה ידעו שעתה נתברר לו, ששפט משפט צדק. שבשביל קיום קהלה ברבים ללמוד תורה בישראל צריכים למסור הנפש למיתה משונה, ואף לסכן את ספר התורה להשרף. אמרו לו מה אתה רואה, ממה נתברר לך כן, ששפטת בצדק המשפט הגדול הזה על עצמך, ועל ספר התורה, אמר להם הראו אותי מן השמים, כי בשרפת ספר התורה, אך ספר התורה, היינו הגווילין נשרפים, אבל האותיות קדושת התורה, אין נשרפין, בזה הראו לי כי צדקתי במשפטי ובכן הנני אומר בבטחה. כי הקב"ה יתבע עלבון התורה מן הצוררים, ששרפו אותי, ולא ממני,

כי שפטתי מישרים, וממנו ילמדו כל ישראל, וידעו איך מחויבים למסור נפשותיהם, שיהיו בישראל קהלות ברבים, ישיבות קדושות שילמדו תורה ללמוד וללמד, בעמל ועיון לשמור ולעשות.

רבותינו כשנכנסו לכרם ביבנה פתחו כלם ודרשו בכבוד אכסניא, כשנכנסו אז התעוררו לדרוש בכבוד אכסניא, הנה כשחרב הכית וישראל גלה מארצו, בטל מפני זה המקור לחיי הכהנים, שהם היו המורים משפט ותורה לעם ישראל שלא הי' לו חלק ונחלה בארץ אכן ה' הוא נחלתו וכל ישראל נתנו עפ"י מצות התורה מהכנסותיהם. הבכורים והתרומה, והמעשר ראשון. והחלה. קרוב לשמונה עשר אחוזים מהכנסת השדות היו נותנים להכהנים, ומסתמא נתנו כדין, שהחובה לתן לכהן תלמיד חכם, ובטח כל אחד הי' רוצה שפרי מתנותיו יהיו קודש לה', אשר ממנו יתפרנסו, אלה הכהנים. אשר ה' הוא נחלתם. ואלה השמונה עשר פ"צ, מההכנסות הי' בשביל תורת ה' מלבד ההכנסות, מבכור והמתנות, מכל זובח הזבח, ופדיון בכור, והמורם מן הקדשים, וא"כ מי שהקדיש עצמו לח', הי' בטוח מחיתו בכבוד, אכן כאשר בעוה"ר נחרב הבית, וכמעט כל ההכנסות בטלו, כי הלא גלה ישראל מאדמתו, וע"כ אחזה אותם רעדה, איך יתקיימו הישיבות, הכרם של ישראל איך יגדל, מי יחפוץ עתה להקדיש חייו לה' ותורתו באין מחיתו בטוחה, מי יחפוץ למסור נפשו וגופו על מזבח התורה, אכן מה נשתוממו רבותינו עת שנכנסו לכרם ביבנה, ראו את כח הקדושה אשר בעם ישראל את רוח יעקב אבינו כי נפשם של צעירי ישראל, תרגיש. כי זה אושר הנצחי כי זה חיי האדם, כי זה כל קיום ישראל וכרם יבנה מלא מפה אל פה, שורות שורות יושבים והוגים בתורת ה"ג ואין חושבים כלל אודות העתיד למצב ביתם, ובכן פתחו כלם בכבוד אכסניא של תורה, לעורר את בחורי ישראל את הבנים, שיהיו הבונים את עצמם ואת כל ישראל אין נחוץ כל כך, הם קדושים נשמותיהם ממקור הקדושה, בני אברהם יצחק ויעקב ורוח האבות מתהלך בתוכם אך מה נחוץ לדרוש ולעורר את האכסניא של תורה, שהמה יתעוררו ויחזיקו את מקומות התורה הם טרודים בטרדת העולם, הם יוכלו לשכוח כי ישראל מוסר נפשו למען תורת ה', ואם הם לא יחזיקו בידי תלמיד חכם לראות להחזיק את מקומות התורה, התורה מאין תמצא וכרם ישראל איך יגדל ובכן פתחו ודרשו בכבוד אכסניא של תורה להודיע הזכות הגדול, של החזקת התורה כי אין לתאר ולשער את גודל הזכות.

ובכן גם אנחנו נאמר בפתיחתינו אם נתבונן על יקרת בני ציון המצוינים, המסתופפים בחצרות ה' בשערים המצוינים בהלכה מקומו של הקב"ה בעולמו, נשתומם על כח

הקדושה שבעם ישראל, על רוחו של יעקב אבינו החי בקרבנו בראותינו בהישיבות בחורים גדולי הכשרון ממיטב הכשרונות שבעם ישראל איך הם נתונים לה' ותורתו בכל כחות נפשם ורוחם, נאמר ברוך שומר הבטחתו לישראל שהקים לנו הבטחתו שלא תשכח מפי זרעו ושעל ידי זה, יתקיים הבטחתו לעם ישראל שאותו לא יעשה כלה, אכן עלינו לדרוש החובה של אכסניא של תורה, החוב הקדוש שעלינו להחזיק את פליטת מחמדינו, הישיבות הקדושות הנה ר' חנינא בן תרדיון הקריב את עצמו ואת הספר תורה לקרבן על מזבח אהבת התורה ומאת הנדיבים, לא ידרש מסירת נפשותיהם אבל ידרש כפר נפשם אהבה והתעוררות להשכיל ולהבין כי זה הברית אשר כרת ה' עם ישראל הלימוד בהישיבות, להיות התורה שבעל פה בישראל הנקנית ע"י יגיעה ועמל הבחורים, ועליהם לא לתן בתור נדבה אך בתור חובה לה תורתו ועמו, קרבנות כספים אם ר' חנינא בן תרדיון פסק כי אין לחוש לסכן שריפת ספר התורה בשביל שיהיו בישראל קהלות ברבים שלומדים תורה, ומן שמים הראו לו כי כדין פסק, כמה עלינו החובה:

להשתדל להקריב עבודה להיות מעשה מי שבידו להיות מעשה, וכמה החובה על אלה שבידם להקריב קרבנות כספים חובה על מזבח תורתנו הקדושה, וכמה החובה ללות את בחורי ישראל העומדים על פרשת דרכים, דרכי החיים אשר בימי הבחרות יתפרדו לאיזה דרך ילכו אם לימין או לשמאל או להיות הכרובים אשר על ארון הקודש, או חלילה להיות הכרובים מלאכי החבלה, עלינו לתת להם צדה לדרך מזון רוחני שילוה אותם בכל דרכיהם בחיים, ואם בשביל חוסר התמיכה, שאין אפשרות לקבלם תחת כנפי הישיבה הם תועים בדרכי החיים ונעשים מאלה שהכתוב קורא אותם חלל (ברכות י"ח) האם נוכל לומר ידינו לא שפכו את הדם הזה, עת שיתבעו בבי"ד של מעלה את אלה שלא ראו להספיק להם מזון רוחני על דרכיהם בעולמם כמה מאות בחורים בחירים שהיו יכולים להיות מאלה הנכנסים לקודש הקדשים של עם ישראל ונעשו מאלה שהלכו לעזאזל, למעשה עוזא ועזאל, אל ארץ גזרה מפניש אין מספיקים לחם ומזון לבני הישיבה, שאין בכח מנהלי הישיבה לקבלם, וזה גרם לאבדון קדושתם, נפשם, ורוחניותם אין לתאר גודל החובה להחזיק את מקומות התורה לפעול בגוף ובמאד, לקיים ואהבת את (לרבות תלמידי חכמים ה' בכל לבבך ובכל נפשך ובכל מאדך, וכמה רב טוב צפון לאלה המתעוררים לפעול ולעשות וה' יברכם מציון שיראו בטוב ירושלם, עת שירים ה' קרן התורה וקרן עמו.

ביחוד הנני קורא לכל אחינו, לעזור לנו להקים את ישיבתינו הקדושה, מרכז התורה בארצנו הק' אשר בה שמים וארץ נפגשו. הפרחת התורה להגדילה ולהאדירה בארץ

הקדושה אשר היא מסוגלת להגדיל התורה ואשר נבחרה מה', לסגולה הלזו, אשר ניתנה למורשה לעם ישראל בשביל זה, ואשר השפעתה של הישיבה רבה. ואשר ברוממות בית ה', נזכה להעמיד חרבות ארצנו זכו זכות יד ושם בחומת ה', וה' יברכם בברכה והצלחה בכל מעשי ידיכם באריכת ימים ושנים טובים ואני עוד תפלה לה'. שיחנני ויזכני לראות נחת על חתני הרב המאור הגדול החו"ב י"א מוהר"ר משה מקארוטא שליט"א רב ברעזיצא עם בתי היקרה הרבנית פיגא תחי' עם ילדיהם היקרים שיחיו, ועל חתני הגאון ר' יוסף זוסמנאוויץ שליט"א אב"ד סלאבאדקא עם בתי הרבנית היקרה לאה תחי' ובתם היקרה תחי' ועל בנותי הנמצאות פה היקרות צביה ורחל יחיו יהי רצון שלא תמוש התורה מפי ומפי זרעי וזרע זרעי מעתה ועד עולם. חכ"ד המדבר למען התורה המקוה לרחמי שמים, עבד לעבדי ה' **משה מרדכי** בלא"א מו"ר הרב חגאון ר' צבי חיים עפשטיין זצ"ל אב"ד ור"מ בהישיבה הק' כנסת ישראל בחברון עיה"ק מלפנים ר"מ ואב"ד בסלאבדקא.

סימן א

סוגיא דיחלוקו, ויהא מונח, ויבאר, דהיכא שהוא נתבע ומחויב לשלם, אין אומרים יהא מונח ויבאר, בתשלומין, אם צריכים דוקא להשיב ליד התובע, ודיני הפקידו בשני כריכות.

(דף ב') תוס' ד"ה ויחלוקו ז"ל התוס' תימא דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאלים גבר בפרק חזקת הבתים. וי"ל דאוחזין שאני דחשוב כאלו כל אחד יש לו בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא, וכן במנה שלישי דמדמי בגמ' לטלית חשוב ההוא שנפקד תופס בחזקת שניהם כאלו הם עצמם מוחזקים, לכך משני דהתם ודאי דחד מינייהו ואין החלוקה יכולה להיות אמת ולכך יהא מונח אבל טלית דאיכא למימר דתרווייהו יחלוקו. וכן שניהם אדוקים בשטר דמדמי לקמן למתניתין משום דשניהם אדוקים בו דחלוקה יכולה להיות אמת דאפשר שפרע לו החצי, ובמנה אין דרך שיקנה לו החצי אחרי שהוא ביד חברו עכ"ל התוס':

אכן הרא"ש כתב לתרץ קושית התוס' אמאי במנה שלישית לא אמרינן יחלוקו כיון דקי"ל דאף היכא דאיכא רמאי יחלוקו היכא שהחלוקה יכולה להיות אמת. ז"ל אע"ג דודאי איכא רמאי פלגי בשבועה בכל מידי דאיכא למימר דתרווייהו היא קודם שנודע מחלקותם בר ממנה שלישית דקודם שנודע מחלקותם ידוע לנפקד שהוא של אחד מהן, כללא דמילתא כו' בר ממנה שלישית דפקדון דאע"ג דהוי כאלו שניהם מוחזקים

בו משום דהנפקד מוחזק מכח שניהם והספק נולד ברשותו ויד הנפקד כידם, אפ"ה יהא מונח עד שיבא אלי' כי ידוע לנפקד קודם שנודע מחלקותם שאין של שניהם עכ"ל הרא"ש:

והקשה התומים (בסי' קל"ח סק"ב) לדברי הרא"ש דכל היכא דקודם שנודע מחלקותם ידוע הי' להנפקד שאינו של שניהם אז אמרינן יהא מונח עד שיבא אלי', ולא אמרינן יחלוקו אף שהחלוקה יכולה להיות אמת, א"כ איך פסקו הטור והש"ע לקמן (בסי' רכ"ב) דהיכא דהמוכר קבל כסף משניהם ואינו יודע לאיזה נתרצה, והמקח עדנה ביד המוכר דיחלוקו, והא התם ידוע הי' להמוכר קודם שנודע מחלוקתם שהמקח של אחד, שהרי לא קבל רק מאחד מדעתו. וא"כ הי' להטור לפסוק כדעת אביו הרא"ש דיהי' המקח מונח עד שיבא אלי' כמו במנה שלישי. דזה מוכרח מדברי הרא"ש דס"ל דגם במנה שלישי יכול להיות החלוקה אמת, היינו שהקנה לו החצי שביד הנפקד. דאם נימא דס"ל להרא"ש כדעת התוס' דאין דרך שיקנה החצי שביד חברו, לא הי' להרא"ש לחלק האי חלוקה משום דידוע הי' להנפקד, ע"כ דס"ל להרא"ש דדרך להקנות, ואעפ"כ כיון שידוע הי' להנפקד קודם שנודע מחלוקתם אמרינן דיהא מונח, א"כ לדברי הרא"ש גם גבי מקח היכא דקבל מחד מינייהו ולא ידע מהי מינייהו מדעתו ומסי בעל כרחו והמקח ביד המוכר, הי' לן לומר דיהא מונח. זהו תורף קושית התומים:

ונראה לי לתרץ, דהנה בחדושי רעק"א הקשה למאן דס"ל הילך חייב, ואמרינן בגמ' ותנא תונא, דהוה סבירא לי' דשבועה דמתניתין דאורייתא היא, דהא דאנן סהדי דמאי דתפיס דידי' הוא, הוה כהודאה ממש. א"כ תקשה סיפא דמתניתין בזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי זה נשבע שאין לו בה פחות משלשה חלקים וזה ישבע שאין לו בה פחות מרביע הא כיון דמודה לו בהחצי ממילא מחויב שבועה על כל כפירתו, כדין מודה מקצת, וכל כמה דלא נשבע זה שטען חצי' שלי שהוא המודה מקצת, מחויב הוא לשלם שהרי כל מודה מקצת או נשבע או משלם. וא"כ הכא אמאי צריך כלל לשבע מי שטען כולה שלי כיון דהטוען חצי שלי אין נשבע אלא על רביע, ממילא רביע השני מגיע לו מדין מודה מקצת דמחויב שבועה ואינו נשבע דמשלם. וכיון דהטוען חצי' שלי לא נשבע אלא על רביע, על רביע השני דלא נשבע הוא מחויב שבועה ולא נשבע דמשלם, והי' לו למי שאומר כולה שלי ליטול שלשה רבעים בלא שבועה, ועל רביע השני יחלוקו. זהו תוכן קושיתו:

והנה מלבד דנוכל לתרץ קושית רעק"א ע"פ דברי התוס' לקמן (דף ה') בד"ה שכנגדו שכתבו דמשו"ה בחשוד לא אמרינן דיטול שכנגדו בלא שבועה מטעם מחויב שבועה

ואין יכול לשבע, משלם, בלא שבועה משכנגדו, ז"ל דהתם אומר לו שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם, אבל הכא ברצון ישבע אם נניחנו, בכה"ג לית דין דמשואי"ל שישלם, שהרי הוא יכול לשבע שהחצי שלו, ורוצה לשבע רק שאנחנו לא נניח לו לשבע, מטעם שאף אם ישבע שהחצי שלו הרי לא יטול יותר מרביע, א"כ אין העכוב מצדו, בכה"ג לא שייך אין יכול לשבע, והדר דינא דשניהם נשבעים:

לבד זה נראה לי דגבי זה אומר כולה וזה אומר חצי' לא שייך כלל חיוב שבועה מטעם מודה מקצת, שהרי שבועת מודה מקצת באה ע"י טענה וכפירה, והודאה היינו שהוא תבעו בכולו והוא מודה במקצת מה שתבעו, דאז הוא מודה מקצת התביעה שהוא תובעו אבל אם יודה לו בדבר שלא הי' נתבע כלל, בודאי דלא שייך מודה מקצת ואם יהא מונח חפץ ברה"ר, ואחד יבא ויאמר כל החפץ שלי ואחד יאמר החצי שלי, אטו הי' הוא נתבע ממנו על כל החפץ דנימא דמקרי הודאה במקצת מה שהשני טוען רק חצי שלי הלא אין החפץ בידו שנימא שהוא נתבע ממנו על כל החפץ, ובודאי דנאמר רק שמחלוקתם הוא על החצי השני, אבל על החצי הזה לא נחלקו כמו אילו הי' שני חפצים ברה"ר ואחד אומר שני החפצים שלי ואחד בא ואמר חפץ זה שלי הא בכה"ג לית דין ולית דיין, דלא שייך כלל לומר מודה מקצת אף למאן דס"ל הילך חייב שהרי הכא לא נחלקו כלל על החפץ השני, א"כ הרי לא הי' כלל תביעה על חפץ שלא נחלקו עליו ובהאי חפץ דנחלקו הרי הוא כופר בכל, שהרי אומר כולה שלי והא דבהילך חייב שבועה היינו מטעם שהרי הי' בידו שני החפצים והי' צריך לתבעו השיב לי החפצים לידי וא"כ תביעה היתה על שני החפצים, ובמה שהודה ונתן לידו ואמר הילך, ס"ל דהילך נמי הודאה היא, וא"כ הוי מודה מקצת הטענה, שהרי הטענה היינו התביעה הי' על שני החפצים שהרי אלו הי' שותק הי' החפצים ביד הנתבע והי' צריך לתבוע השיב לי שני החפצים, אבל בשני חפצים ברה"ר הלא על חפץ השני לא צריך לתביעה של זה ולהודאתו של זה שעל החפץ שהוא מודה לא נחלקו מעולם ולא הי' נתבע וכיון דלא הי' נתבע לא שייך מודה מקצת דלחייב שבועה, וא"כ מה לי שני חפצים או חפץ אחד, היכא דזה אומר כולה וזה אומר חצי' על החצי שהודה לא הי' נתבע:

לפ"ז גם במתניתין בזה אומר כולה וזה אומר חצי' לא הוי כלל מודה מקצת, דהנה בשנים אדוקין בטלית כל זמן שלא נודע מחלקותם הרי אמרינן דהטלית חצי' של זה וחצי' של זה ומונח החצי ביד זה והחצי ביד זה, והיכא דזה אומר כולה וזה אומר חצי' שלי הרי אמרינן דדינא הוא דזה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע ואמאי לא אמרינן דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא וכיון דתפיס פלגא דידי' הוא. ע"כ משום דאמרינן כיון דעל

החצי מודה אין מחלקותם אלא על החצי השני, נמצא דהכא כשאחד אומר לחברו כולה שלי אין תובע מחברו רק חצי, דבחצי דתפיס דאנן סהדי דדידי' הוא לא צריך לתובעו כלל, שהרי אף אם הי' שותקין, ממילא היינו אומרים דפלגא דידי' ורק על חצי השני' הוא תביעה דבחצי השני' השני מוחזק אבל על החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס דידי', כל זמן שלא אמר חברו כולה שלי ולא כפר לו בהחצי, הרי היא בידו ואין צריך חברו להשיבה לידו רק אם יאמר כולה שלי ג"כ השני, אז הוא מחזיק, ואינו נותן שלו, ואז יהי' תביעה גם על החצי הזה, שהרי שכשגם השני אומר כולה שלי, הרי הוא מחזיק ואין מניח לו את כל הבגד ויש לו עליו תביעה הנח לי הבגד שלי שאתה מחזיק, אבל כל זמן שלא אמר השני כולה שלי, מה שהראשון אומר כולה שלי, על החצי דאנן סהדי דדידי' הוא ואיננו אומר רק בל תאמר כולה שלי, שאם תאמר כן אז תתפוס מה שלי, אבל כל זמן שאיננו אומר כן, החצי הזה בידו הוא, והשני איננו נתבע להשיב או לשלם: רק נתבע שלא יגזול, וא"כ היכא דהוא משיב חצי שלי, על חצי משיב אינני גוזלך כלל, והחצי האחר שהנך תובע החצי הזה שלי הוא, נמצא דהחצי שהוא תובע, והשני נתבע הוא כופר הכל ולא שייך כלל כאן מודה מקצת, והא דבגמ' אמרינן ותנא תונא והוי סבירא לן דמתניתין הוא שבועה דאורייתא למאן דאית לי' הילך מחויב, דאנן סהדי הוי כהודאה היינו בזה אומר כולה וזה אומר כולה דאז הוא מחזיק בכל הבגד, א"כ הוי תביעה מכל אחד להשני שלם לי הבגד הזה שאתה מחזיק בו וטוען כולה שלי ובזה הנך תופס בגד שלי הנה לי, ומשו"ה מה שאנן סהדי דפלגא מתביעתו הוא שלו, דזה הוי כהודאה, הוא הודאה במקצת, שטוען השב לי טלית שלי שאתה מחזיק בו ואינך מניח לי ליקח (דהרי ס"ל דהילך ג"כ הודאה היא):

וכן בזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי, על החצי שהם נחלקים זה תובע השב לי, שבזה שהנך אומר חצי שלי, הנך מחזיק בידך חצי הטלית מה שהוא שלי באמת וכיון דאנן סהדי דמחצית התביעה שלו. הוי הודאה מקצת הטענה, היינו מתביעתו את החצי השני ג"כ אבל על החצי שהשני מודה, ע"ז אין כלל תביעה, כיון שלא החזיק ולא רצה לתפוס, ולא דמי להילך בתביעת פקדון, דהתם יש תביעה מעשה השבה דאלו הי' שותק הרי הי' החפץ בידו:

ויש ליישב בכעין זה קושית הפנ"י שהקשה למאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף ואף באינו יודע אם נתחייבתי ג"כ ברי עדיף ומחויב, א"כ אמאי לא מהדרינן אבדה לעם הארץ בטביעת עינא הא הוא טוען ברי שהאבדה שמצאת שלי, והמוצא טוען שמא אינו שלך ונימא ברי עדיף ויחויב להשיב, לשטת הפוסקים דאף היכא דשמא טוב. ברי עדיף.

ולדידי נראה לי דלא קשה מידי דעד כאן לא אמרינן דברי ושמא ברי עדיף אלא היכא דהטוען שמא הוא נתבע, שלפי טענת תובע הוא ברי שהוא מחוייב כגון בטוען גזלתני, והוי תביעתו ברורה שמחויב לשלם, והנתבע משיב. שמא אינני מחויב, שמא לא גזלתי ממך, אמרינן ברי דידי' עדיף, שהרי הוא טוען גזלתני או לוית ממני ונתחייבת לשלם, אבל במוצא אבדה מה שטוען עם הארץ ברי שהמציאה שלי, אין המוצא נתבע ממנו שהרי אמרה תורה דרשהו אם אינו רמאי, הרי גם לפי תביעת עם הארץ איננו מחויב המוצא כלל, להשיב לו שהרי לא חייבה התורה להשיב אלא אם ידרשהו אם אינו רמאי. והוא על המציאה לא בעל דין אלא ב"ד, משא"כ בטוען לוית או גזלת, דאז לפי טענת התובע יאמר מאי איכפת לי ששכחת, כיון שלוית מחויב הנך לשלם, אף שספק הוא לך, אבל במציאה כיון שאינו יודע איננו מחויב להשיב:

ומה שתירץ הפנ"י בעצמו על קושיתו משום דאיכא רובא דעלמא, משו"ה אמרינן דאיננה של תובע, דרובא דעלמא מוכיח שאינו שלו, קשה לי, דא"כ איך יהבינן לתלמיד חכם הא בדין ממונות לא מהימנינן לת"ח ואיך מאמינים לת"ח שמכירה בטביעת עין הא רובא דעלמא מוכיח, דאיננה שלו אלא של אחר, ואיך הוא מחזיר דבר של אחר לתלמיד חכם, אכן לדברינו ניחא, דעיקר הטעם שאין משיב להתובע. משום דלא דרשו אם רמאי הוא. אבל בתלמיד חכם דמוחזק לן דלא משני בדבורו, הרי ידעינן דלא רמאי הוא משו"ה מחויב הוא להשיב לו, שהרי עתה תביעתו תביעה, ומשו"ה ברי דידי' עדיף, ואדרבא אף למאן דס"ל באיני יודע אם נתחייבתי דפטור, ולא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף, היינו דוקא היכא דאיכא חזקת ממון, אבל הכא במוצא דלא שייך חזקת ממון כ"ע מודו דברי של תלמיד חכם שמכירה בטביעת עין עדיף. כיון דהוא תובע, דלפי דבריו מחויב המוצא להשיב, כיון דדרשו ויודע דלאו רמאי הוא, אבל בעם הארץ אין כאן תביעה כיון דלא דרשו אם רמאי הוא לא צותה התורה להשיב לו:

וחנה בדין דמנה שלישית הובא בחו"מ (סי' ש') מחלוקת הרמב"ם והרא"ש דהרמב"ם ס"ל דדוקא היכא דהפקידו בכרך אחד זה המנה וזה המאתים אז אמרינן דנותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אלי' אבל היכא שהפקידו בשני כריכות אף שהפקידו זה בפני זה אמרינן דנותן לזה מאתים ולזה מאתים, אבל הרא"ש ס"ל דאף היכא שהפקידו בשני כריכות כיון שהפקידו זה בפני זה אמרינן נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אלי' ורק היכא שהפקידו זה שלא בפני זה, נותן לזה מאתים ולזה מאתים, אבל בהפקידו זה בפני זה, אף בשני כריכות אמרינן דנותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אלי':

ולבאר טעם מחלקותם נראה לי דהנה לקמן (דף ל"ז) אמרינן על מתניתין דאמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזה מכם, או אבא של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה הוא נותן לזה ולזה מנה, אלמא מספיקא מפקינן ממונא ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי', ורמינהו שנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים זה אומר שלי מאתים, וזה אומר שלי מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח עד שיבא אלי' והנה מדלא פריך בהאי לישנא אלמא לא אמרינן יהא מונח והרי בסיפא אמרינן יהא מונח עד שיבא אלי', מוכח דס"ל להגמ' דאם נימא מספקא מפקינן ממונא לא שייך כלל לומר יהא מונח עד שיבא אלי' שהרי הוא מחויב לשלם לכל אחד ואיך יפטור עצמו בזה שיהא מונח עד שיבא אלי' ולא שייך יהא מונח אלא היכא דממנו אין יכולין לתבוע היינו אם נימא דמספקא לא מפקינן ממונא א"כ כל אחד בפ"ע אין יכול לתבוע ורק שניהם ביחד יכולין לתובעו אז אמרינן היכא דהדין הוא ביניהם ולא עם הנפקד, יהא מונח עד שיבא אלי', אבל אם הי' הדין דמספקא מפקינן ממונא, א"כ דינם עם הנפקד, דכל אחד בפ"ע יכול לתובעו שלם לי א"כ איך יפטור עצמו בזה שיניח עד שיבא אלי':

ואף כי הנתיבות (בסי' ע"ו) מפרש דבפקדון וגזל אין צריך לשלם ליד הנגזל בעצמו, אלא אף אם מראהו במקום שאין יכול ליטלו משם ג"כ הויא השבה, כיון דמראהו. ומביא ראי' לזה מהא דאמרינן (ב"ק ד' מ"ה) בשור שיצא ליסקל דמשנגמר דינו פליגי ר' יעקב ורבנן, אי יכול לומר הרי שלך לפניך ומוקי לה התם באתפסי' ביד ב"ד, ועי"ש בתוס' דאפי' כשהוא ביד ב"ד מצי אמר הרי שלך לפניך הרי דלא בעינן השבה לידו אלא שיראהו הדבר. ולפ"ז אף בהניח ביד ב"ד עד שיבא אלי' קיים מצות השבה, והקשה הנתיבות בעצמו על דבריו מהא דאמרינן (בדף צ"ח בב"ק) גבי הדוחף מטבע של חברו לים הגדול דאם שקלי' בידי' מגזל גזלי' השבה בעי הרי דמה שמראהו מונח בים הגדול, אין זה השבה כיון דאין יכול ליטלו, ותירץ דבעי' השבה דוקא ליד ב"ד. אכן בענייי איני מבין דבריו, אטו ב"ד כתוב בקרא, ובשלמא היכא שב"ד נוטלים ע"מ להשיב לידו יש לומר דהויא השבה, וגם זה קשה דב"ד הם רק לכוף, אבל איך יפטר מחיוב של הנגזל במה שהשיב ליד ב"ד אבל זה ודאי היכא דב"ד נוטלים באופן שלא להשיב לו בודאי דלא קיים מצות השבה, כיון דאין הנגזל רוצה שיקבלו ב"ד ויזכו בעדו שהרי אם נימא דמספיקא מפקינן ממונא אם לא הי' ב"ד זוכין בעדו, הרי הי' מחויב לשלם לו מטעם ספיקא, וא"כ כיון דמה שמראהו בעלמא היכא דאין יכול ליטלו, הרי מוכח דלא הויא השבה, א"כ איך יזכו בעדו ב"ד, כיון שאין זכות מה שנוטלים בעדו, ואף אם נדחוק ונימא היכא שב"ד

לוקחים בעדו הויא השבה, אבל עיקר ראיית הנתיבות מהא דשור שיצא ליסקל, דאומר לו הרי שלך לפניך, וכפי שמבאר הנתיבות דמירי שלא החזיר אלא הראהו ביד ב"ד, א"כ הכא הרי לא נטלו ב"ד כלל כדי להשיב להבעלים, אלא לאבדו היינו לסוקלו, ואיך יקיים בזה השבה, במה שנתן לב"ד שב"ד יאבדו, ולא אדע מה דחקו לרבינו הנתיבות להוציא הגמ' מפשוטה, בודאי דגם דעת התוס' לפרש דברי הגמ' כפשטם דהחזירו שומר לבעליו מוחזר, היינו שלקחו אח"כ להחזירו לבית בעליו רק מקודם בעת גמר דין הי' תפיס ביד ב"ד דלרבנן דס"ל אין גומרין דינו של שור אלא בפניו מה שהי' תפוס ביד ב"ד זהו הזיקו, ומשום הכי לדידהו אף אם מחזירו אח"כ אין מוחזר, ולר' יעקב אם החזירו לבית בעליו אחר שנגמר דינו אומר לו הרי שלך לפניך, אבל בלאו החזירו בודאי דאין יכול לפטור עצמו בזה שמראהו ביד ב"ד, וב"ד מחזיקים לסוקלו, וכיון דע"כ הכי הפירוש בגמ', א"כ הדרינן לזה דאין מועיל כלל השבה ליד ב"ד היכא דאין משיב לידו (ורק היכא שההוצאה יתרה על הקרן משום תקנה התקינו שיועיל השבה ליד שליח ב"ד) א"כ מה שיניח עד שיבא אלי' אין יכול לפטור עצמו מתביעתו של פלוני, שהוא אומר לו החזר לי מנה שגזלת ממני, אם נימא מספיקא מפקינן ממונא:

ומה שהקשה הנתיבות ז"ל, דבב"ק דף ק"ג איתא הגוזל מחברו שוה פרוטה ונשבע לו יוליכנו אחריו אפי' למדי. נשבע אין לא נשבע לא, מני מתניתין לא ר"ט ולא ר"ע. דתנן גזל אחד מחמשה וכו' אי ר"ט אע"ג דאישתבע אי ר"ע אע"ג דלא אישתבע, לעולם ר"ע וכי אמר ר"ע אע"ג דלא אישתבע וכו' ולכאורה סוגיא זו תמוה מאד מהא דמדמי הש"ס דכיון דבגזל אחד מחמשה חייב לשלם לכ"א צריך להוליך ג"כ למדי דלכאורה דלא תליא כלל זה בזה דהא בגזל אחד מחמשה דמצריך ר"ע ליתן לכל אחד ואחד ע"כ לאו משום דבעינן השבה לידו דוקא, דהא חזינן בפקדון ומקח דודאי אין צריך להוליך אחריו למדי ואפ"ה מצריך לר"ע ליתן לכל אחד ואחד, וע"כ דס"ל דמפקינן ממונא מספיקא, ודוקא כשטוען ברי וכו' וא"כ איך מדמה הש"ס להא דגזל אחד מחמשה הא דצריך להוליכו אחריו למדי כיון דלא שייך שם הטעם דמפקינן ממונא מספק, וגם הא דמוכיח ממעשה בחסיד אחד דאע"ג דלא אישתבע שצריך להוליך אחריו למדי, קשה הא במקח ודאי א"צ להוליך אחריו למדי והאיך מדמה הש"ס הולכה למדי לגזל אחד מחמשה עכ"ל הנתיבות:

ולדידי נראה דלאו קשה מידי דהנה שם בגמ' סבר דמחלוקת ר"ט ורבנן, אי כל השבה הוי דוקא ליד הבעלים ממש או דבעי שיוציאוהו מרשות שלו, ויניח במקום שיכול ליטלו, דר"ט סבר דבעי רק הוצאה מרשות שלו ויניח במקום שיכול ליטלו, ולא בעי דוקא שישיב לידו ומשו"ה לר"ט סגי במניח גזלה ביניהם ומסתלק שהרי הוציא מרשותו

והניח במקום שיכול ליטלו ובודאי דלר"ט אין כלל החיוב להוליך אחריו למדי, אכן, ר"ע ס"ל דכל השבה אין מועיל שעושה שיכול ליטלו, דהיינו שיחזיק בידו ויודה שהוא של פלוני, דאז יכול ליטלו בזה לא קיים השבה דבעי דוקא לידו ממש ומשו"ה צריך להוליך אחריו למדי ומשו"ה אין מועיל מה שמניח גזלה ביניהם ומסתלק כיון דלא השיב לידו ממש. והנה במקח מה שאין צריך להוליך אחריו למדי אף דלא השיב לידו ממש ולר"ע הא לא הויא השבה. ובודאי דכל מה שנטל אדם לרשותו צריך לשלם, וכיון דלר"ע לא הוי תשלומין אלא עד שמשיב לידו א"כ גם במקח ופקדון כל זמן שלא השיב לידו לא שלם עדנה והוא הרי מחויב בתשלומין, אכן באמת הא דאין צריך להוליך אחריו למדי הוא משום דבמקח ופקדון, התחייבות התשלומין הוא רק משום שהתחייב עצמו והוא הרי לא התחייב עצמו להוליך אחריו למדי, משו"ה אם המוכר הלך למדי אין מחויב בתשלומין, עד שיבא ויתבע אבל היכא שהלוקח לקח במדי, והלוקח הלך אח"כ למדינה אחרת למאן דס"ל דבגזל אף בלא אישתבע צריך להוליך אחריו למדי, גם במקח ופקדון יצטרך להוליך למדי, שהרי בתשלומין נתחייב, ולמאן דס"ל דבגזל צריך להוליך למדי הרי ס"ל דחיוב תשלומין להשיב לידו ממש, והכא הרי אין משיב לידו והא דאין מחויב בהלך המוכר למדי, היינו משום דיכול לומר לא התחייבתי עצמי לשלם אלא במקום דירתי, לא שאצטרך להוליך אחריך למדי, אבל בגזל דלא שייך למימר לא התחייבתי את עצמי בתשלומין, שהרי כיון שגזל רחמנא חייבי' בתשלומין, א"כ אף אם הנגזל הלך למדי צריך להוליך אחריו למדי:

נמצא דאין חלוק בין גזל למקח לענין החיוב להוליך למדי, אלא משום דלא התחייב את עצמו להוליך אחריו למדי אלא במקומו אבל אם הוא במקומו ובא ותובע אז דין גזל ומקח שוים המה, דלמאן דס"ל דחיוב תשלומין הוא לידו ממש, א"כ אף במקח כשלקח מחמשה כל אחד תובעו, לקחת מאתי ונתחייבת לשלם לי כשאתבע, א"כ מחויב הנך לשלם לי, וא"כ איך תפטור עצמך בזה שתניח דמי המקח ותסתלק כיון דדין תשלומין הוא לידי ממש, והרי על זה בודאי התחייבת, שכשאתבע תשלם ומה איכפת לי ששכחת וכיון דמספיקא מפקינן ממונא, א"כ כל אחד יכול לתובעו ומחויב הוא לשלם לכל אחד ולא יוכל לפטור בזה שמניח ביניהם ומסתלק, וכל זה הוא דוקא אם נימא דצריך להוליך אחריו למדי, דדיני תשלומין הוא דוקא לידו ממש לא בזה שמניח ליטלו, אבל לר"ט דס"ל מניח גזלה ביניהם ומסתלק, ע"כ דס"ל דדיני תשלומין הוא לאו דוקא לידו ממש, דאל"כ איך הי' נפטר בזה שמניח גזלה ביניהם ומסתלק, ע"כ דס"ל דדיני תשלומין הוא רק שיעשה שהנגזל יכול ליטלו, משו"ה לדידי' מניח גזלה ביניהם ומסתלק א"כ הרי אין

צריך להוליך אחריו למדי שהרי כיון שהוא מודה וגומר שאם יבא הנה, יניח ליטלו זהו השבה, ואין מחויב ליתנו לידו ממש. א"כ שפיר מדמי בגמ' לקח משנים לדין דמתניתין דצריך להוליך למדי, שהרי בכה"ג שנתחייב לשלם היינו במקומו גזל ומקח שוה, ורק תלי אי הויא תשלומין מה שמראהו שיכול ליטלו, או דין תשלומין הוא דוקא לידו. ומשו"ה פריך שפיר כיון דס"ל לר"ע במעשה דחסיד שאין לו תקנה אלא עד שישיב לידו ממש, א"כ ס"ל דתשלומין הוא לידו ממש, כיון שהתחייב בתשלומין במקומו, א"כ בגזל דרחמנא חייבי' בתשלומין צריך להוליך אחריו אפילו למדי שהרי בעי השבה לידו ממש (וצריך לומר דס"ל להאי סוגיא דאין טעם דר"ט משום דמספיקא לא מפקינן ממונא:

דאם ס"ל דזה טעמי' א"כ אין ראי' דס"ל אין צריך להוליך אחריו למדי, דילמא טעמא דידי' משום דאין כל אחד יכול לתובעו שהרי הוא נפטר מכל אחד, מטעם שמא איני מחויב לך) וכל זה לסלקא דעתך. אבל למסקנא מסיק שם רבא בב"ק דדין דיוליך למדי לא תלי' כלל בדין דצריך לשלם לכל אחד, דבאמת חיוב ההשבה ליד דוקא לכו"ע ואעפ"כ אין צריך להוליך למדי, דכיון דהודה ויכול הלה ליטלו הרי הוא בידו ממש דהוי כפקדון בידו, ולפ"ז טעמא דר' עקיבא בפשטות דאין מועיל מה שיניח גזלה ביניהם ומסתלק שהרי בעי השבה דוקא לידו וכיון דאין יכול הלה ליטלו שהרי יטלו האחרים, א"כ לא הויא השבה, ולפ"ז יקשה טעמא דר"ט, אמאי סגי בזה שיניח ביניהם ומסתלק, ועכצ"ל טעמא דר"ט משום דכל אחד אין יכול לכופו לשלם שהרי מספקא לא מפקינן ממונא, א"כ כל אחד בדין אין יכול לתובעו אבל לצאת ידי שמים, היינו השבת גזלה לא קיים אלא לידו דוקא והא דמניח גזלה ביניהם הוא משום דאין יכול כל אחד לתבוע ממנו שהרי יאמר שמא לא ממך גזלתי ומספקא לא מפקינן ממונא:

והנה הרמב"ם פסק (בפ"ב מהלכות מכירה) דאם לקח מחמשה ואינו יודע מאיזה לקח מניח דמי מקח ביניהם ומסתלק וכבר הביא הש"ך (בסי' רכ"ב) קושית המפרשים דהא אמרינן בפקדון היכא דהוי לי' למידק, כגון שהפקידו זה שלא בפני זה זה מנה וזה מאתים, זה אומר שלו מאתים וזה אומר שלי, מאתים הרי אמרינן דנותן לזה מאתים ולזה מאתים. דהוה לי' למידק לדעת כיס של כל אחד של מי הוא, והביא הש"ך חד תירוץ בשם הב"ח, דהכא דלקח אחד מחמשה מיירי שהי' כולם ביחד ובפקדון נמי אינו חייב אלא כשהפקידו בשני כריכות זה שלא בפני זה אבל זה בפני זה מחויב, והקשה הש"ך דתקשי להרמב"ם דהוא פסק בפקדון דאף שהפקידו זה בפני זה, כיון דבשני כריכות חייב, והכא נמי כהפקידו זה בפני זה דמי וכתב הש"ך דאישתמיטתי' להב"ח דברי הנ"י פרק המפקיד שכתב להדיא דדוקא בפקדון חייב מטעם דהוה לי' למידק שמפקידין בידו

לזמן רב אבל במקח דלפי שעה רוצים הדמים נמצא דלא הוה לי' למידק דסבר מיד יבא המוכר אחר מעותיו עכ"ל הש"ך. אכן לדידי עדנה קשה, דכל זה לא שייך אלא במוכר דסבר דהמוכר יבא ויתבע מידי, אבל בגזל מאחד משנים דגזל ע"מ שלא להשיב, בודאי דשם שייך למימר הוי לי' למידק, שהרי הוא מחויב בהשבה, והי' לו לידע ממי הוא גוזל דבשלמא במכר דשם הוא ג"כ טובת המוכר שייך לומר דסבר מיד יבא המוכר אחר מעותיו ולא הוי פושע מה שאינו יודע אבל בגזל דגזל ע"מ שלא להשיב בודאי דהי' לו למידק לידע ממי הוא גוזל, וא"כ בגזל מאחד משנים ואינו יודע ממי גזל, מן הדין מחויב לשלם דלא גרע מפקדון דהי' ליה למידק, וא"כ מן הדין צריך לשלם לכל אחד משניהם וא"כ תקשה איך כתב הרמב"ם (בפ"ד מהלכות גזלה הלכה ט') ז"ל הגוזל אחד מחמשה, ואין יודע מי הוא הנגזל וכל אחד ואחד מהן תובעו ואומר לי גזלת כו' ומשלם גזלה לכל אחד ואחד. אף דבר זה קנס הוא שקנסוהו חכמים מפני שעבר עברה וגזל, עכ"ל הרמב"ם. הרי דסובר הרמב"ם דאין מחויב אלא מטעם דקנסוהו רבנן מפני שעשה איסור, והרי התם היכא דהוה לי' למידק אף היכא דלא עבר עבירה ג"כ מחויב (ובודאי דזה לא שייך לומר דהוה לי' למידק הוא מטעם קנסא דהרי היכא דהוי למידק משמע דגם ר"ט מודה ואילו קנסא על שעבר עברה לית לי' ודוק) ועל הנ"י לא קשה מגמ' דאמרינן גבי גזל משנים גזל דעבד איסורא קנסוהו רבנן, דנוכל לומר דהיינו דוקא לס"ד, אבל למסקנא דאף בפקדון מחויב היכא דהוה לי' למידק אף בגזל מחויב מן הדין. היינו מטעם דהוה לי' למידק אבל הרמב"ם דהביא להלכה גמ' זו דבגזל אין מחויב אלא מטעם קנסא דעבר עברה, קשה תיפוק לי' מטעם דהוה לי' למידק:

ונראה לתרץ. דהנה אמרינן שם בגמ' אמר לי' אביי לרבא מי אמר ר' עקיבא לא זו הדרך מוציאתו מידי עברה, עד שישלם גזלה לכל אחד ואחד אלמא מספיקא מפקינן ממונא, ולא אמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי' ורמינהו נפל הבית עליו ועל אמו, יורשי הבן אומרים האם מתה ראשונה ויורשי האם אומרים הבן מת ראשון כו' ואמר ר"ע מודה אני בזה שהנכסים בחזקתן, אמר לי' התם שמא ושמא, גזל אחד מחמשה ברי ושמא, וקשה טובא נהי דהמקשן לא נחת לחלק בין ברי ושמא לשמא ושמא אעפ"כ לא קשה, שהרי אמרינן רק דמחויב מטעם דהוה לי' למידק או מטעם דקנסוהו רבנן והתם בנפל הבית מה שייך הוה לי' למידק. שוב מצאתי שהקשה קושי' זו במהר"ם, ומה שתירץ דדוקא בפקדון פטור מטעם דמצי אמר אתון גופא לא קפדיתו, משא"כ בנפל הבית לא מצי אמר אתון לא קפדיתו דחוק מאד דאעפי"כ אף דהם לא הקפידו הרי לא מחלו הכסף זה לזה, וא"כ טעמא דאתון לא קפדיתו הוא רק טעם שאיננו פושע שכיון שלא חששתם אתם גם

אני לא הי' לי לחוש אבל בודאי דלא שייך לומר שהם פושעים בזה שהפקידו זה בפני זה דמאין הי' להם לידע שיתבע האחר המאתים, רק שלא נוכל לחייב אותו יותר משמרו הם עצמם כל אחד כספו, ואין זה רק טעם שהוא איננו פושע, וא"כ בנפל הבית דלא פשע כלל, בודאי דלא שייך בכאן חיוב דהוי למידק, וא"כ מאי פריך מנפל הבית, הא שם לא הוי למידק:

אכן יש לתרץ דהנה קשה מאי סברא היא זו משום דהוה לי' למידק, והי' לו לכתוב שם כל אחד, משום זה ישלם לכל אחד כיון דאמרינן דמספיקא לא מפקינן ממונא, א"כ מספק אין לו לשלם, ואטו משום שהוא פושע שאיננו יודע משום זה ישלם מספק, ולא דמי לכל פושע בפקדון דמשלם, דהתם כיון דפשע הרי הוא מזיק בפקדון כיון שנאבד אבל הכא אף שהוא פושע מה שלא כתב שם כל אחד על כים שלו:

אבל עכ"פ הא ספק הוא אם שלו מאתים, וא"כ אמאי ישלם מספק שמא לא הזיקו ששלו הוא המנה:

לכן נראה לי לדעת הרמב"ם דס"ל דאין החיוב משום דהוא פושע שהי' למידק אלא עיקר החיוב כיון דהוא ברי ושמא:

א"כ טענת התובע מה שהוא טוען ברי, הוא טענה טובה, ותשובתו שמא אין זה תשובה שהרי הי' לי' למידק, א"כ הוי שמא גרוע, משו"ה כיון שהוא ברי טוב ושמא גרוע דהוי למידק וחזקת ממון אין כאן, א"כ טענת התובע טענה טובה, ותשובתו שמא גרוע, משו"ה משלם. ואזל הרמב"ם לטעמי' דגבי דין דחנוני על פנקסו דאמרינן שניהם נשבעין ונוטלין מבעל הבית ס"ל להרמב"ם דאף החנוני מן הדין הי' לו ליטלו בלא שבועה, ורק תקנתא דרבנן הי' שישבע, דלא כהפוסקים דס"ל דמן הדין לחנוני לא הי' לשלם מטעם דלהחנוני הוא איני יודע אם נתחייבתי. והנה הש"ך בחו"מ (סי' צ"א ס"ק י"ב) כתב הטעם משום דחזקה שליח עושה שליחותו, אכן דבר זה קשה, דלא שייך חזקה שליח עושה שליחותו: אלא היכא דאין לו לחשוד את השליח בממון, אבל הכא הרי יש לן לחשוד החנוני שלא נתן להפועלים. משום שאף שלא נתן להפועלים אעפי"כ יתבע מבעל הבית וישלם לו, וא"כ הרי לא רצה ליתן להפועלים, כדי להרויח את כל הסך, וא"כ מה שייך בזה חזקה שיעשה שליחותו, אחרי שהוא רוצה לכפור ולגזול ממון, דעל זה שחשדינן לו שלא שלם להפועלים הוא בעל דין ולא שליח, והכא הרי ע"כ אחד רוצה לגזול אבל בעירוב לא חשדינן להשליח שרוצה לגזול את העירוב דמהיכי תיתי נחשדנו בגזלן אבל הכא ע"כ אחד רוצה לגזול, א"כ אטו משום דשליח הוא לא ירצה לגזול:

ולדידי נראה טעמא דהרמב"ם דהנה חד מ"ד ס"ל באינו יודע אם נתחייבתי לך משלם משום דברי ושמא ברי עדיף. ולכאורה כיון דאם הי' ספק לו הרי בודאי דהוא פטור מלשלם דקי"ל ספק גזל אין צריך לשלם וא"כ איך מחויב מפני שהתובע תובע ברי כיון שהוא נוגע בדבר אמאי מחויב להאמין לו דילמא משקר, והיכא שהוא ספק לו עד אחד לא מהימן, היכא דלא שייך שבועה כגון בקרקעות ומכש"כ דבעל דין עצמו אינו נאמן, ומאי סברא היא זו דברי ושמא ברי עדיף דילמא משקר בטענתו ובודאי דזה יסבור דאף עד אחד אין מחייב בספק ממון אם לא היכא שמחויב שבועה דאז משלם מטעם דאין יכול לישבע ומכש"כ דבעל דין בעצמו לא יהא נאמן ועוד קשה דאיתא בב"ב דבטוען מנה לאחר בידיך אז לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ולכאורה אם מהימנינן למי שטוען ברי אף שנוגע בדבר מכש"כ בטוען מנה לאחר דלא הוי נוגע שיהי' נאמן אחרי שהוא טוען ברי והנתבע טוען שמא:

עכצ"ל טעמא דמאן דס"ל ברי ושמא ברי עדיף, ס"ל כיון דאמרה התורה, מי בעל דברים יגש, א"כ אמרה התורה שכשאחד תובע לחברו מחויב השני להשיב לו תשובה. ומה שמשיב איני יודע זה אין תשובה, כיון שהלה תובעו בברי, ומשו"ה מחויב לשלם שהרי הלה תובעו, והוא אין משיב לו, והרי דין זה דומה להא דאמרינן מחויב שבועה ואין יכול לשבע, דאמרינן כיון שחייבה התורה לשבע, והוא אין נשבע משו"ה משלם, א"כ ה"נ כיון שאמרה התורה, מי בעל דברים יגש, א"כ ע"כ חייבה התורה, כשאחד תובע לחברו מחויב הוא להשיב לו טענה, דאם הי' בידו שלא להשיב לו כלל, א"כ איך יגש בעל דין דבריו הוא לא ישיב לו על טענתו, ע"כ דחייבה התורה להשיב לאחד כשתובע, וממילא אם אין משיב, מחויב לשלם, והרמב"ם ס"ל כשאומרים לאחד ברר דבריך והוא אין מברר מחויב לשלם וכמובא בטור (סי' ע"ה) דהרמב"ם ס"ל אף אם אין רמאות בדבר ג"כ אם אין מברר מחויב לשלם, דלא כהרא"ש דס"ל דמשום דאין מברר אין מחויב לשלם אלא בניכר לב"ד שיש רמאות. אבל הרמב"ם ס"ל כיון דמחויב לברר ואין מברר מחויב, דס"ל להרמב"ם כמו שבארנו, כיון שחייבה התורה להשיב להתובע על טענתו ממילא כשאין משיב מחויב לשלם, וס"ל למ"ד דברי ושמא ברי עדיף, דטענת שמא היכא דהוה לי' לידע, היינו היכא דהשמא גרוע אין זו תשובה א"כ מקרי אין משיב על תביעת הלה דטוען ברי, ומשו"ה מחויב לשלם, ומשו"ה באומר מנה לאחר דהתובע בעצמו אין יודע דלא הוי טענה משו"ה פטור בטוען שמא:

אכן מאן דס"ל ברי ושמא באינו יודע אם נתחייבתי פטור ס"ל שמא ג"כ טענה טובה ותשובה גמורה שמא אינני נתבע ממך כלל, כיון שאין ברי לי שהנני נתבע שלך, ונהי

היכא שהוא תובעו והוא אין מברר דבריו מחויב שהרי אין משיב לו על טענתו אבל אם משיב לו אין אני יודע אם הנני נתבע שלך, הרי זה טענה טובה כיון שאינו יודע אם נתחייב לו מעולם. אכן כל זה היכא שיש לומר שאיננו כלל נתבע שלו, אבל בחנוני על פנקסו, לא שייך לומר שהוא תשובה גמורה וטענה טובה, מה שאומר בעל הבית אינני יודע אם נתחייבתי, שהרי אומר לו החנוני אתה צויתני ליתן להפועל, ולא צוית ליתן בעדים, א"כ הריני תובעך מה שאתה פקדת לי ליתן להפועל, ומה איכפת לי שאינך יודע אתה בעצמך הנך הפושע מה שלא תדע שהרי לא אמרת הב לי' בסהדי, וכיון שאמרת לי ליתן הרי הנך נתבע בודאי וכי בשביל שספק לך אפסיד מעותי, והאי שמא הוא שמא גרוע לכ"ע, כיון שהוא בודאי נתבע ממנו שהרי מודה שאמר לו ליתן:

והא דאמרינן דטענת שמא הוא טענה טובה, היינו דוקא, היכא שבזה הוא מדחה אותו מתביעתו, אבל במודה שקבל ממנו פקדון ונתחייב בהשבה, רק שאינו יודע כמה, דאז בודאי הוא נתבע, מה שמשיב איני יודע כמה, היכא דהוה לי' למידק, אין זה טענה טובה כיון שהוא בודאי נתבע ממנו, וכמו שנבאר להלן, דמאן דס"ל הילך מחויב שבועה, טעמא דידי' דס"ל מה שחייבה התורה מודה מקצת הוא משום דחזינן דטענת התובע טענה טובה, שהרי מקצת טענתו אמת, זה מחייב שבועה להנתבע, ולא פטרה התורה בשבועה אלא בכופר הכל, היינו היכא שנוכל לומר שכל טענתו שקר, אבל בהודה ואומר הילך, כיון דלא הוי כופר בכל היינו שחזינן שמקצת טענתו אמת, זה מאלם טענתו שחייב שבועה על הכפירה, אכן מאן דס"ל הילך פטור ס"ל דבעינן הודאה שהוא מחויב עתה. וכיון שמה שהודה נתן לו, הרי אין כאן הודאה שמחויב עתה סבירא לי' דלא חייבה התורה שבועה למודה מקצת וכופר מקצת בברי, אלא היכא שמחויב עדנה עתה דזה הויא הודאה, אבל בזה לא פליג, היינו בעיקר הסברא, מודה הוא למ"ד הילך חייב דהיכא שהוא מודה מקצת אף שאמר הילך זה הוכחה שטענתו של התובע טובה:

נמצא היכא שהודה במקצת ונתן לו המקצת ועל השאר טוען איני יודע גם מ"ד הילך פטור משבועה מודה שמחויב היכא דהוי למידק, שהרי כיון שהודה מקצת הרי טענת התובע טענה טובה ואלים טענתו, ותשובתו איני יודע, היכא דהוי' לי' למידק אין זה תשובה, ובכה"ג מספיקא מפקינן ממונא, היכא שאין חזקת ממון, שהרי אמרה תורה מי בעל דברים יגש דבריו, ע"כ דחייבה תורה שהנתבע ישיב טענה להתובע, וממילא אם איננו משיב הוא מחויב לשלם, כדמוכח מהאי דינא דהרמב"ם, דס"ל אם אין מברר דבריו מחויב לשלם, א"כ מה שטוען על השאר איני יודע היכא דהוה לי' למידק, וטענת

התובע טענה טובה, שהרי הודה במקצת דהוא נתבע בודאי, אף מאן דס"ל הילך פטור מודה דמחויב בטוען שמא:

לפ"ז מיושבים כל הדברים אליבא דהרמב"ם, בגזל מחמשה ואינו יודע מאיזה גזל, דתשובתו שמא אינני מחויב לך כלום תשובה טובה, שהרי מסלק תביעתו, שם אף דהוי למידק, פטור, ורק מטעם קנסא, דעבר עברה, מחויב, ור"ט דלא ס"ל האי קנסא ס"ל דפטור, ובמוכר ולוקח, דשם אין כאן קנס פטור לכ"ע, אבל בפקדון, היכא שהפקיד אצלו מנה בודאי, דשם הוא בודאי נתבע ממנו, אף דהוא הילך, ולא נוכל לחייבו מטעם מחויב שבועה ואין יכול לשבע משלם, לדידן דס"ל הילך פטור, אעפ"כ מחייבינן מטעם דמספיקא מפקינן ממונא, היכא דטענת התובע היא טענה טובה בודאי, ותשובת הנתבע איננה תשובה דהי' לי' לידע, ובכה"ג גם בלוקח ומוכר יהי' הדין כן. וכן בחנוני על פנקסו, כיון דהוא נתבע בודאי. ומה שטוען אינני יודע אין זה תשובה, שהרי לא אמר לו הב לי' בסהדי:

אכן כל זה להרמב"ם דס"ל דמה שאיננו משיב על הטענה הוא חיוב, אבל הרא"ש דס"ל אף אם אין מברר דבריו לא נוכל לחייבו, ולדידי' בחנוני על פנקסו מדינא החנוני אינו נוטל משום דהוי איני יודע אם נתחייבתי, ורק מטעם תקנה נוטל, דלא ס"ל להרא"ש האי סברא דמפקינן ממונא, מטעם שהטענה טובה ותשובה גרועה, נמצא להרא"ש הא דמחייב בהוה למידק, אין הטעם כדבארנו אליבא דהרמב"ם מפני שהוא דין בטענה, אליבא דהרא"ש נצטרך לומר דזה גופא הוא חיוב מה שהוי לי' למידק.

נמצא היכא דהפקידו זה בפני זה בשני כריכות אזלי הרמב"ם והרא"ש לטעמייהו, דהיכא דהפקידו זה בפני זה לא נוכל לחייבו מטעם דהוי פושע. שהרי הוא ראה שהפקידו זה בפני זה ולא חשדו, משו"ה ס"ל להרא"ש דפטור, אכן לדברי הרמב"ם עיקר החיוב משום דמספיקא מפקינן ממונא, היכא דהוא בודאי נתבע, משו"ה דוקא בהפקידו שניהם בכרך אחד, יהא מונח עד שיבא אלי' שהרי איננו נתבע מכל אחד, שכיון שהפקידו שניהם בכרך אחד, לא נתחייב מעולם אלא לשניהם ביחד, שהרי אין לו לידע של מי הוא ועליו להחזיר לשניהם ביחד, וכיון שזה אומר שלי מאתים, וזה אומר שלי מאתים יהא המנה השלישית מונח עד שיבא אלי', אבל בהפקידו זה בכרך אחד וזה בכרך אחד, כיון דהי' יכל למידק ולידע כל כרך של מי הוא. א"כ נתחייב לכל אחד בפני עצמו. והוא בודאי נתבע מכל אחד, שאומר לו הנך מחויב להשיב לי כרך שלי והוא משיב איני יודע אם זה הכרך הנני מחויב לך, או זה הכרך. כיון דהוא נתבע בודאי מכל אחד, בכה"ג מספיקא מפקינן ממונא ומשו"ה מחויב לשלם לכל אחד מאתים, כיון דמחויב לשלם לכל אחד,

אין יכול לפטור את עצמו בזה שיהא מונח שהרי כל אחד תובעו השב לו מאתים והוא מחויב לשלם, דבכה"ג מספיקא מפקינן ממונא, ואין יכול לפטור עצמו, בזה שיניח עד שיבא אלי' ומחויב לשלם לכל אחד:

היוצא מדברינו היכא שיש תביעה על הנפקד, שמחויב לשלם לכל אחד, אין יכול לפטור עצמו בזה שיניח עד שיבא אלי'. וטעמא דהרא"ש דפוטר בהפקידו זה בפני זה בשני כריכות, משום דלגבי כל אחד הוא על מנה השלישית איני יודע אם נתחייבתי לך דס"ל מספיקא לא מפקינן ממונא, אף שאין זה טענה טובה, כיון דספק להנפקד לגבי כל אחד אם נתחייב לו המנה השלישית הוא פטור מכל אחד ורק שניהם ביחד יוכלו לתובעו, דהרי, לשניהם ביחד ודאי מחויב, א"כ הדין ביניהם משו"ה מניח לפניהם בב"ד ומסתלק, אבל היכא דהוא מחויב לכל אחד אין יכול לפטור עצמו בזה שיניח:

לפ"ז מיושב בפשטות קושית התומים, לדברי הרא"ש דס"ל, היכא דידוע להנפקד קודם שנודע מחלוקותם שהוא של אחד, אז לא אמרינן יחלוקו. רק יהא מונח עד שיבא אלי', א"כ היכא שנתנו שניהם כסף להמוכר זה מדעתו וזה בעל כרחו, והטלית והדמים ביד המוכר, נימא יהא מונח עד שיבא אלי' לפי דברינו לא שייך כאן כלל דינא דיהא מונח, שהרי הוא נתבע בודאי מכל אחד או טלית או דמים, דזה ודאי מחייב לכל אחד או להחזיר לו הדמים שנתן או הטלית, והכא בודאי מדינא מפקינן ממונא, דהרי לאו ספקא הוא, רק בודאי הוא שהוא מחויב לכל אחד, וא"כ מדינא מפקינן מהמוכר, וא"כ איך יפטר המוכר בזה שיניח עד שיבא אלי'. הרי כל אחד בפני עצמו תובעו שלם לי או הדמים שלקחת או הבגד, דבר אחד הלא בודאי הנך מחויב לשלם לי, ואיך תניח דבר שלי ביד ב"ד, וליתן לזה הדמים, ולזה הדמים ולהניח הטלית ביד ב"ד הלא לא ירצה המוכר. שהרי יפסיד, משו"ה ע"כ צריך להיות יחלוקו:

ואף שגדול אחד הקשה על מתניתין היכא שלקח מזה מדעתו ומזה בעל כרחו, יפטר המוכר מכל אחד מלשלם, מטעם טענו חטין והודה לו בשעורין לא מיבעי לדברי הראב"ד דס"ל, בטענו חטין והוא משיב איני יודע אם חטים או שעורים ג"כ פטור, א"כ יפטר כיון דהמוכר משיב לכל אחד איני יודע אם דמים או טלית. אלא אף לדברי הרמב"ם דס"ל בטוען איני יודע אם חטים או שעורים מחויב, יקשה היכא דהמוכר אומר כדברי אחד, יפטר מלשלם להשני, נראה לי לתרץ על פי מה שבארתי בספרי לבוש מרדכי ב"ק בסי' כ"ב, דהפטור בתבעו חטים והודה בשעורים, משום דגם עתה עיקר החיוב, חיוב התביעה כדסבירא לי' להרמב"ם דדמי קרקע פטור מן השבועה, ולכאורה הא התביעה היא הדמים שהוא מחויב לשלם, והדמים הא מטלטלים נינהו. ע"כ דגם עתה התביעה

חיוב תביעת הקרקע, וא"כ כשב"ד פוסקים צריכים לפסוק לשבע על חיוב בעד הקרקע ה"נ ב"ד צריכים לפסוק חיוב בעד שעורים וזה לא יוכלו לפסוק שהרי התובע הודה שאין עליו חיוב שעורים. אבל באם תבעו קניתי ממך חפץ בעד חטים, והוא משיב קנית בעד שעורים, בזה לא שייך לומר, הא הודאה יש מהתובע שלא קנאו בעד שעורים, כיון דהודאה הזאת אין נ"מ לענין התביעה שהרי עתה התביעה על החפץ. ומאי נפקא מינה אם קנאו בעד חטים או בעד שעורים, משא"כ בתבעו חטים (אף בשאלה או בגזל) דעיקר התביעה גם עתה חיוב תשלומי החטים בזה לא יוכלו לפסוק חיוב השעורים כיון שהתובע בעצמו הודה שאין עליו חיוב שעורים. נמצא הכא בטוען הלוקח נתתי לך דמים מדעתך. וא"כ נתחייבת הטלית בעד הדמים. וקניתי הטלית בזה והוא משיב, לא נתחייבתי לך חיוב בעד הדמים, רק הדמים עצמם מגיע לך, א"כ הוי חדא טענה והודאה, הכל חיוב הדמים. בכה"ג לא שייך לומר טענו חטים והודה לו בשעורים, שהרי ב"ד יוכלו לפסוק בודאי חיוב בעד הדמים. דבין לפי הטענה ובין לפי ההודאה, נתחייב בעד הדמים, דשניהם מודים שקבל ממנו דמים ומחויב הוא בעד הדמים או למסור החפץ, או שווי אחר דמה לי הן או דמיהן. א"כ בודאי כל זמן שהחפץ ביד המוכר, הוא נתבע מכל אחד על כל הדמים, א"כ איך יפטור עצמו בזה שיניח ביד ב"ד עד שיבא אלי', א"כ בדין זה לא שייך כלל יהא מונח, וא"כ ע"כ יחלוקו חצי הטלית וחצי הדמים. ולענ"ד פשוט הוא:

סימן ב

יבאר דהיכא דהגזלי אינו יודע, לא איצטריך לתקנת נגזל, ויבאר דלהרמב"ם ועוד מפרשים, אף בטוען שלקח במקום דאין דרכו להניח עשו תקנת נגזל, ויבאר דמחלוקת ר' יהודה ורבנן תלוי בסברא, אם הוא פושע על הנלוי, אם הוא פושע גם על הטמון.

ועפ"י דרכנו שבארנו דהיכא דהטענה אלימתא, והוא פושע על השמא אז כו"ע מודים דברי ושמא ברי עדיף לדברי הרמב"ם, משום דאין מברר טענתו, יש לבאר דברי הרמ"א בסימן צ' שהביא דהטור בשם הרמ"ה כתב דאם טענו דבר שאין דרך להיות מונח שם לא תקנו תקנת נגזל, והרמ"ה פירש זה על הירושלמי בשבועות על מתניתין דתקנת נגזל כיצד הרי שנכנס לביתו למשכנו. ואיתא בירושלמי לביתו אבל לא לחציר, וע"כ פירש הרמ"ה דבחצירו שאין דרך להניח שם חפצים אין הנגזל נאמן בשבועתו, וכתב על זה הרמ"א דהכי מסתברא, ולכאורה דברי הרמ"א תמוהים, דלמה לו להביא מפירוש הרמ"ה בירושלמי, הא לכאורה גמ' מפורשת בב"ק, דאיתא התם ההוא גברא דבטש בכספתא

דחברי' שדיי' בנהרה אתא מרי' ואמר הכי והכי הוה לי בגווה, יתיב רב אשי וקא מעיין בה כי האי גוונא מאי אמר לי' רבינא לרב אחא ברי' דרבא ואמרי לה רב אחא ברי' דרבא לרב אשי לאו היינו מתניתין דתנן ומודים חכמים לר' יהודה במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו שכן דרך בני אדם להניח בבתים, א"ל אי דקא טעין זוזי ה"נ הכא דטען מרגניתא מאי מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא או לא, ע"כ. והנה התוס' פירשו, דהאי בעיא, אפילו אם יש עדים שהי' בו מרגניתא מיבעי לי' דשמא לא הי' לי' לאסוקי אדעתי', אבל הש"ך בחו"מ סימן שפ"ח ס"ק ו', הביא דהמחבר, והרמב"ם והמ"מ והרשב"א והרא"ש והמרש"ל כולם סבירא להו דאם יש עדים חייב. וא"כ ע"כ לדידהו איבעית הגמ', דאם אין דרכו לא עשו תקנת נגזל, וא"כ לדידהו בודאי דקם דינא, דהיכא דאין דרכו להניח לא עשו תקנת נגזל, ואף לדברי התוס' דס"ל דאף אם יש עדים, פטור, עכ"פ בדין זה, דהיכא דאין דרך להניח, דלא עשו תקנת נגזל לא מצינו דפליגי, וא"כ הלא מוכח, דהיכא דאין דרך להניח דלא עשו תקנת נגזל, ולמה להרמ"א לתלות דין זה בדברי הרמ"ה:

והנה התוס' בב"ק ס"ב. בד"ה עשו, כתבו ז"ל ור"ת מפרש דהך בעיא (אם עשו תקנת נגזל במסור) כשהמוסר מכחיש את הנמסר דומיא דנגזל בשבועות דגזלן מכחישו, אבל אם המוסר עצמו אינו יודע כמה, ישבע הנמסר כמה הפסיד ויטול. ולר"י נראה דהך בעיא אפילו אין המוסר יודע דומיא דתקנת נגזל באשו שאין המבעיר יודע כמה הפסיד הניזק דמיבעא לי' במסור אי עשו תקנתא או לא, עכ"ד התוס'. ולתרץ דברי ר"ת נראה לי, דהנה ר"ת סובר דאף אם נימא דתקנת נגזל לא עשו במסור אבל היכא דמחויב מן הדין בלא תקנת נגזל אף דיצטרך הנגזל לשבע בודאי דמחויב והנה היכא דודאי מסרו הרי טענת הנמסר טענה אלימתא ומה שהנמסר אינו יודע אין זה טענה, שהרי הוא פושע שהכניס עצמו לאינו יודע הזה, וכיון דחנוני על פנקסו נוטל מן הדין מכש"כ נגזל דנוטל בכה"ג, ואף שצריך לשבע היינו משום דדין הוא כל היכא דהאי ידע והאי לא ידע כמו במוציא הוצאות על נכסי אשתו, דצריך לשבע אבל הנמסר הוא נוטל מן הדין, משו"ה היכא דהמוסר אינו יודע דהוי טענה של הנמסר טובה, ושמא כזה שהוא פושע, איננה תשובה בודאי דהנמסר נשבע ונוטל, ורק היכא דהמוסר טוען ברי דהוי ברי וברי, דאילו היה יכול לשבע היה פטור מן הדין אך שאינו יכול לשבע מטעם שהוא חשוד על השבועה, דרק משום תקנת נגזל יכול ליקח, בזה איבעיא לגמרא אם עשו תקנת נגזל, במסור או לא:

אכן הר"י מקשה דהרי תקנת נגזל באשו, הא ע"כ מיירי היכא דאין המבעיר יודע, דאם יודע הרי יוכל לשבע ולפטר, דהרי מזיק לא נחשד על השבועה. וא"כ ע"כ מוכח דאף

היכא דאינו יודע איצטריכא לתקנת נגזל ובלא תקנת נגזל אינו נוטל אף היכא שאינו יודע, אכן לדברינו דבעיא טענה טובה, אז מחייב בשמא היכא שהוא פשע בזה שאינו יודע, אבל היכא דהטענה אינה טובה, אף שהוא פשע כגון בגזל מחמשה אף שהוא פשע כיון דאין טענתו טובה דמי יודע אם היה לו עסק עמו, אז אין נוטל מן הדין. א"כ אם טוען ארנקי בגדיש, שזה אין דרך להניח הטענה אינה טובה אלא דתקנת נגזל עשו אף היכא שאין דרך להניח א"כ הרי במסור היכא שהמוסר יודע הוי דומיא דעשו תקנת נגזל באשו ואינו יודע, דכיון דארנקי בגדיש אין דרך להניח, בלא תקנת נגזל, לא היה נוטל, מדין דהכניס עצמו להשמא ופשע, דהרי טענתו אינה טובה ורק משום תקנת נגזל נוטל, דהתקנה הזו הוא אף היכא דאין דרך להניח. ובזה מיושב קושית התוס' דלמה אמר דעשו תקנת נגזל באשו לר' יהודה הא גם לרבנן נמי הוי מצי למימר דעשו תקנת נגזל בבירה בכל דבר ובגדיש במוריגין, אכן לרבנן לדברינו אי אפשר כלל לומר תקנת נגזל דהרי לרבנן מחויב דוקא בדבר שדרך להניח וא"כ ממ"נ אם המבעיר יודע הרי המבעיר לא נפסל לשבועה וישבע ויפטר, ואם המבעיר אינו יודע הרי הניזק נוטל מדין ברי ושמא היכא דהטענה טובה והשמא בפשיעה, כדין חנוני על פנקסו ורק לר' יהודה דס"ל אף היכא שאין דרך להניח ג"כ מחויב והוא טוען דבר שאין דרך להניח דהטענה איננה טובה מה שנשבע ונוטל באין המבעיר יודע הוא רק מדין תקנת נגזל:

והנה האלפסי כתב דמהאי בעיא דבטש בכספתא דחבריה מוכח, דאין הלכה כר' יהודה דמחייב בטמון באש וכבר תמה הרמב"ן מאי ענין דין טמון באש, לדין דבטש בכספתא דחברי' שהוא אדם המזיק. ונראה לי דהנה הש"ך בסימן שפ"ח ס"ק ו, הקשה, דלא מצא ישוב ברור לקושית התוס' אם נימא שאם יש עדים בדבר אף שאין דרכו להניח מחויב לשלם, א"כ מאי פשיט ממתניתין דמודים חכמים לר' יהודה. הא התם אפשר לפרש ביש עדים, וכמובן תרוצא דהש"ך דחוק דמנא לי' דמיירי באין עדים, לכן נראה לי דהאלפסי מפרש דמחלוקת ר' יהודה ורבנן אי מחויב טמון באש עיקר מחלקותם תליא בסברא דהרי לר' יהודה מיותר או דהשדה אלא דבגמ' ב"ק ס. אמר לר' יהודה איידי דכתב או הקמה, כתב נמי או השדה, והנה קי"ל דכל היכא דאיכא למדרש דרשינן וא"כ אמאי לא דרש ר' יהודה כמו רבנן, ע"כ דעיקר פלוגתייהו בסברא דר"י ס"ל דשני דברים המונחים זה בתוך זה כחדא נינהו ומה לי אם חטים מונחים בתוך חטים ומה שעורים או ארנק מונח בתוך חטים, הלכך אין סברא כלל לומר כיון שהוא פושע על החטים ולא על הארנקי פטור על הארנקי מטעם שהארנקי טמון, וכדבארנו בספרנו על ב"ק, דעיקר טעמא דלרבנן פטור טמון משום דעל הטמון לא הוי פושע ור"י ס"ל כיון

דהוא פושע על החבילה הזאת אף שלא ידע ששם מונח דבר יקר מהגלוי הוי כאילו חשב שהוא של כסף ונמצא של זהב דאמרינן מאי הוי לך גבי דאזיקתי', והוי רק טעות בהמחיר דבשביל זה לא אמרינן שהוא איננו פושע, ה"נ בשני דברים מונחים זה בתוך זה. וכיון דאין סברא לפטור טמון משו"ה סבירא לי' דאמרינן איידי דכתיב או הקמה, כתיב נמי או השדה אבל רבנן סבירא להו דאם מונח שני דברים זה בתוך זה, שני דברים נפרדים המה וחייבה התורה רק על הדבר הגלוי שלזה הוא פושע, אבל לא על הדבר הטמון. ואף דמזיק מחויב אף באונס (לדברי הרמב"ם), אבל באש על דבר שאיננו פושע לא חייבה התורה:

ומפרש הרב אלפס דאיבעית הגמרא בבטש בכספתא דחברי' הוא היכא דהזיק באונס, אף שהתורה חייבה את המזיק אף באונס, אבל אפשר דעל דבר שהוא אונס לא תקנו רבנן תקנת נגזל. ופריך, הא כל מה שדרכן של בני אדם להניח מחייבי רבנן, במדליק בבירה, אבל בדבר שאין דרכן להניח, לא מחייבי משום דאף דמדליק בתוך של חברו מחייבי רבנן אף בטמון. משום דעל דבר שדרכו להניח, והוי פושע, הוא מבעיר בשל חבירו:

אבל במה שאין דרכו להניח. כיון שהוא הדליק את הגדיש ואח"כ הלכה האש מעצמה על דבר שאינו פושע, הוי כמו מדליק בשלו והלכה בשל חבירו. הרי דעל דבר שדרכו להניח הוי כמו שהוא מדליק הדבר בעצמו. וא"כ בודאי דעשו תקנת נגזל שהרי מזיק בפשיעה הוא ומשני לי' דטעין מרגניתא, דהיינו דבר שאין דרכו להניח. א"כ על זה שאין דרכו להניח לא הוי פושע ואף שהוא מחויב שהרי כשבטש, הרי הוא הזיק את המרגניתא אבל כיון שאין דרך להניח, הרי הוא מזיק באונס ואפשר דבמזיק באונס לא תקנו רבנן תקנת נגזל:

ובזה יש לישב, דלכאורה קשה. מאי מיבעי לי', אם בדבר שאין דרכו להניח נא עשו תקנת נגזל, הא מוכח מר' יהודה דעשו תקנת נגזל אף בארנקי בגדיש, דאין דרך להניח, ואף שבתוס' כתבו דמרגניתא בכספתא הוא יותר אין דרך להניח, מארנקי בגדיש זהו דוחק. אכן לדברי האלפסי מיושב דר' יהודה הא ס"ל, דשני דברים המונחים זה בתוך זה, כחדא נינהו, א"כ כשהדליק הגדיש הוא פושע על כל מה שמונח בתוך הגדיש, והוי רק כלא ידע שמקצת הגדיש שוה יותר, משו"ה לדידי', בודאי דעשו תקנת נגזל אף בדבר שאין דרך להניח, כיון שהוא פושע על הגלוי, פושע אף על המונח בזה. אכן לרבנן, דאם מונח דבר אחד, בתוך דבר השני, שני דברים נינהו. א"כ על המרגניתא בכספתא, איננו פושע ומחויב מטעם מזיק באונס, לרבנן יש להסתפק אם במזיק באונס עשו תקנת נגזל. וא"כ שפיר מוכיח רב אלפס מבעיא זו דאין הלכה כר' יהודה, דלר' יהודה, בודאי דגם

במרגניתא בכספתא, עשו תקנת נגזל. כיון דמקרי פושע על כל החבילה כמו בארנקי בגדיש:

ולפי זה אזדה הקושי' שהקשינו אמאי קאמר הרמ"א דהרמ"ה הוא שחידש, שלא עשו תקנת נגזל, היכא דאין דרכו להניח, הא מוכח זה מבעיא זו, דמי מנחי מרגניתא בכספתא הא לפי דברינו הכא האיבעיא, משום שהוא מזיק באונס אם אין דרך להניח אבל היכא דהוא פושע הרי עשו תקנת נגזל כמו בארנקי בגדיש, לר' יהודה, וא"כ אדרבה מדבריהם מוכח להיפך. דהא לר"י דלדידי' הוי פושע עשו תקנת נגזל, אף באין דרך להניח אכן הרמ"ה ס"ל דאף בפשיעה, כמו בטוען נכנסת ולקחת כלים מחצרי, כיון שאין דרך להיות מונח שם. נא עשו תקנת נגזל ולדידי' עכצ"ל כפירוש התוס' דארנקי בגדיש הוי יותר דרך להניח, מחפצים בחצר, או שהוא יפרש, כהרמב"ן, דפליגי בזה ר"י ורבנן. משו"ה כתב הרמ"א, דכן פירש הרמ"ה והכי מסתברא, ולדברי הרמב"ם והאלפסי דלדידהו פירשנו דעשו תקנת נגזל אף אם טוען שלקח חפצים היכא שאין דרך להניח נראה לי שהם יפרשו דברי הירושלמי שכתב לביתו אבל לא לחצירו, דהנה הרמב"ם פסק בפ' ג' מהלכות מלוה ולוה, שהחוטף משכון מיד חבירו, שלא ברשות עבר בל"ת. וכן כתב בפ"ג מהלכות גזילה, דהחוטף משכון מיד. הלוה שלא ברשות בי"ד הרי זה גזלן. והקשה הלח"מ בפ"ג מהלכות גזילה בהלכה ד'. הא ניתוחי, היכא שלא ניכנס לביתו אין אסור אלא מדרבנן, גזירה שלא יכנס לביתו, וכונתו לדברי הגמרא בבא מציעא קי"ג. דאיתא שם ובע"ח אפילו נתוחי נמי שלא יכנס לביתו ליטול משכנו הרי דאין אסור אלא מדרבנן. וע"כ צריך לומר דסבירא לי' להרמב"ם דתליא בזה, דאיתא שם אמר שמואל שליח בי"ד מנתח נתוחי אבל משכון לא כו' ה"נ מסתברא דקתני סיפא לא יכנס לביתו ליטול משכנו מני אילימא בע"ח מרישא שמע מינה אלא לאו שליח בי"ד אי משום הא לא איריא ה"ק המלוה את חברו לא ימשכננו אלא בבי"ד מכלל דבבי"ד ממשכנין ובע"ח אפילו נתוחי נמי לא שלא יכנס לביתו ליטול משכנו. וסבירא להרמב"ם דתליא זה בזה אם נימא דשליח בי"ד מותר לכנס לביתו א"כ מה שאמרה התורה בדידי', האיסור רק לכנס לביתו, אבל לנתוח בחוץ מותר א"כ לביתו ממש. ולדידי' במתניתין הפירוש כדי שלא יכנס לביתו, ואיסור הניתוח הוא רק מדרבנן. אבל לשמואל דס"ל דלכנס לבית אף שליח בי"ד אסור, שנאמר בחוץ תעמוד א"כ לדידי' האיסור אף נתוח א"כ הפירוש לביתו לרשותו, היינו משום דכל מקום שהחפץ הוא ברשותו, משו"ה הרמב"ם דפסק כשמואל, פסק דאסור למשכן בזרוע למלוה גופא ועובר בלאו. והנה אם נימא דלא כשמואל, ואז הפירוש לביתו לביתו ממש, א"כ איסור התורה הוא רק בנכנס לבית ממש וכמו דאמרינן

גבי קובע למעשר, כיון דכתיב בית, דוקא בית קובע ולא חצר, ואף מאן דס"ל דחצר קובע, הוא משום דכתיב בשעריך. והנה בירושלמי על מתניתין דהמלוה את חבירו משמע קצת דר' סימאי מפרשי קרא דוהאיש דשליח בי"ד נכנס לביתו, ומשמע דאין מחלק בין משכון לגבי' ועיין שם, ונוכל לומר דהירושלמי סובר כהאי תנא דלית לי' דשמואל וא"כ לחטוף מידו שלא מביתו, אין איסור מדאורייתא והיכא דלא נעשה גזלן הא אין תקנת נגזל, משו"ה שנה הירושלמי דדוקא אם נכנס לביתו עשו תקנת נגזל ולא לחצירו. אבל הרמב"ם דפסק כשמואל ופסק דאף בשוק נעשה גזלן לא הביא כלל להאי ירושלמי:

סימן ג

יבאר הטעם שבדררא דממונא אמרינן יחלוקו והיכא דליכא דררא דממונא אמרינן כל דאלים גבר. ויבאר דהיכא דהוי שמא ושמא, מחלוקת הפוסקים, אי אמרינן בזה כל דאלים גבר ויבאר, דהיכא דהוי הדררא דממונא מטעם אוחזין אין חולקין אלא בשבועה, והיכא דהוי הדררא דממונא, מעצם הענין חולקין בלא שבועה:

דף ב'. תוס' ד"ה ויחלוקו, ז"ל התוס', תימא דמאי שנא מההיא דארבא, דאמר כל דאלים גבר בפרק חזקת הבתים וי"ל דאוחזין שאני, דחשוב כאלו כל יש אחד לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא עכ"ד התוס'. והקשה הקצות בסימן קנ"ז ס"ק ג', דמדברי התוס' דהכא מוכח דבשנים אוחזין בטלית לא הוי דררא דממונא, דאילו הוי דררא דממונא. לא איצטריכא לתוס' לטעם דאוחזין חשוב כאלו כל אחד יש לו בה דהא בדררא דממונא לא אמרינן כל דאלים גבר, ואילו בתוס' ריש ב"ב בד"ה לפיכך כתבו בתוס', ז"ל וא"ת מאי איריא משום דבונין הכותל בע"כ בלא"ה נמי הוי של שניהם אפילו נפל לרשותא דחד כיון דאין חזית לא לזה, ולא לזה, כדפריך גבי בקעה לא יעשו חזית לא זה ולא זה, ואי הוי דהאיך דנפל לרשותי' מאי פריך לא יעשה חזית:

הא צריך לעשות חזית שלא יפול לרשות אחד מהם ויאמר שלי הם כו', והא דלא אמר הכא כל דאלים גבר כמו בזה אומר של אבותי, התם הוא דליכא דררא דממונא אבל הכא איכא דררא דממונא עכ"ד התוס'. הרי דתוס' סברי דהוי דררא דממונא והכא בב"מ מוכח דלא הוי דררא דממונא, דדררא דממונא, היינו דבלא טענותיהם הספק לבי"ד, ובמאי הוי דררא דממונא בכותל יותר משנים אוחזין בטלית. ומסיק הקצות ז"ל והכי הוי לתוס' לחלק, גבי ארבא אין שניהם מוחזקים והכא כיון דשניהם עומדים בצד הכותל הו"ל כשנים אוחזין, וכמ"ש הרמב"ם מטוען ובטור שו"ע סימן קל"ח. בשנים יושבים בצד הערימה דיחלוקו, אבל מה שכתב לחלק מענין דררא דממונא צ"ע עכ"ד הקצות

עוד כתב שם הקצות דמשו"ה איצטריך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם משום דבונין בע"כ דאל"כ אם היה האחד טוען כולה שלי והאחד היה טוען חצי שלי היה נוטל זה שלשה חלקים וזה רביע כמו בשנים יושבין בצד ערימה, דהוי הדין כמו בשנים אוחזין, דאם זה אומר כולה שלי, וזה אומר חצי שלי, זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע, ולדברי רש"י דס"ל בזה אומר ארגתי וזה אומר ארגתי, דודאי חד מיניהו רמאי, יהא מונח, ה"נ בכותל אם זה אומר אני בניתי וזה אומר אני בניתי הכותל, הי' הדין דיהא מונח אבל כיון דבונין בע"כ משו"ה יחלוקו. עכ"ד הקצות:

אכן לפי זה יקשה קושית התוס' מאי פריך בגמ'. גבי בקעה לא יעשה חזית לא זה, ולא זה, הא אילו לא היה חזית ואחד יאמר כולה שלי והשני לא ירצה לשקר, ויאמר חצי שלי, יפסיד ויטול רק רביע, א"כ הא איצטריך שיעשו שניהם חזית. כדי שלא יפסיד, מי שאינו רוצה לשקר, ולדברי רש"י הא אם לא יעשו חזית לא זה, ולא זה, אם אחד יאמר אני בניתי, ואחד יאמר אני בניתי יהי' מונח וא"כ הרי מוכרחים לעשות חזית זה וזה, ועכצ"ל דהקצות מפרש זאת, אם נאמר דמה שלא יהי' חזית לא לזה ולא לזה. זה יהי' ראי' ששניהם עשאוהו, דאם היה עושה האחד, הי' עושה חזית, וא"כ שפיר מקשה, לא יעשה חזית לא זה ולא זה, וזה יהי' ראי' ששניהם עשאוהו. אבל התוס' הא לא ס"ל האי סברא, דהרי התוס' מפרשי דאם לא היה חזית, הי' חולקין מטעם דמעיקרא נולד הספק, כדי שלא יקשה מדינא דלחזי ברשותא דמאן קיימי, וגם מה שאיצטריכו לתוס' לפרש דהוי דררא דממונא כדי שלא יקשה מזה אומר של אבותי, ואם נימא דהתוס' ס"ל ג"כ כהרמב"ן דמה שאין חזית לזה ולזה זה ראי' ששניהם עשאוהו, א"כ לא איצטריך כלל להנך חילוקים. הרי בפשוט חלוק מגמ' דלחזי ברשות דמאן קיימי, ומזה אומר של אבותי, דהא יש לנו ראי' ששניהם בנאו הכותל, שהרי אין חזית לא לזה ולא לזה ע"כ דתוס' סברי דאם אין חזית כלל אין ראי' ששניהם עשאוהו, דאפשר שאחד בנאו ולא עשה חזית והטעם דחולקין אף אם נפל לרשותא דחד מינייהו, משום דמעיקרא נולד הספק, ואם נימא שיש לזה דין, דשניהם יושבים בצד ערימה, ה"נ בכותל שניהם עומדים בצדו, א"כ אם האחד יאמר כלה שלי, ואחד יאמר חצי שלי, שלא יחפץ לשקר, יקח אך רביע. א"כ מאי פריך גבי בקעה לא יעשו חזית לא זה ולא זה הא איצטריך שלא יפסיד מי שלא ירצה לשקר, שהרי בודאי אסור לאמר כולה שלי כדי שיקח החצי שהרי נאמר מדבר שקר תרחק, ולדברי רש"י הא יהי' מונח:

אכן מה שכתב הקצות דלדברי רש"י דס"ל היכא דחד מינייהו רמאי, יהא מונח והוא הדין גבי כותל היכא דאין מחויבין לעשות כותל, יהי' הדין דיהא מונח נראה לי דאף

לרש"י יהי' הדין דיחלוקו, דהרי תקשה לדברי רש"י דס"ל היכא דחד מינייהו רמאי, אף היכא שהחלוקה יכולה להיות אמת יהי' מונח. א"כ יקשה, גבי מחליף פרה בחמור זה אומר עד שלא מכרתי ילדה, וזה אומר משלקחתי יחלוקו הא התם מיירי אף בברי וברי, וא"כ חד מינייהו רמאי וא"כ אליבא דרש"י, היה להיות הדין שיהא מונח עד שיבא אלי', ועכצ"ל דהא דס"ל לרש"י, דאם חד מינייהו רמאי יהא מונח, זהו דוקא בשנים אוחזין בטלית דשם הדין, דצריכין לשבע, וכיון דצריכין לשבע, דוקא היכא שיש לומר דמורי שם יוכלו לשבע, אבל היכא דחד מיניהו ודאי רמאי, א"כ יבוא לידי שבועת שוא, ורש"י לא ס"ל סברת התוס', דאפשר שהקנה לו החצי אחרי שטענתם הוא על האריגה, אין לנו לומר מעצמנו, דילמא הקנה לו החצי, וכיון שאי אפשר לתן להם שבועה, בזה ס"ל לרש"י, דיהא מונח, אבל בזה אומר עד שלא מכרתי, ששמה הדין דיחלוקו. בלא שבועה, בזה גם רש"י מודה דאף שודאי חד מיניהו רמאי הדין הוא דיחלוקו א"כ גבי כותל, דהדין הוא דיחלוקו בלא שבועה, אף באופן שלא היו מחויבים לבנות את הכותל דאם הי' הדין דהיכא דאין מחויבין לבנות הכותל היכא דאין ראי' מי בנאו להכותל והי' הדין דיחלוקו דוקא בשבועה, א"כ מאי' פריך לא יעשה חזית לא זה ולא זה, יהא צריכים לעשות חזית כדי שלא יצטרכו שבועה וגם שמא ימות אחד והיורש לא יוכל לשבע, וגם מאי מקשי התוס'. למה איצטריך לפיכך בלא האי דינא היו חולקין משום שמעיקרא נולד הספק הא איצטריך לפיכך דכיון דבונין הכותל בע"כ משו"ה נוטלין בלא שבועה, דאילו לא היו מחויבין מן הדין היו מחויבים שבועה, ע"כ דאף אם אין מחויבים לבנות הכותל בע"כ כמו בבקעה ג"כ הדין דיחלוקו בלא שבועה, וא"כ אף לרש"י אף היכא דודאי חד מיניהו רמאי הדין דיחלוקו ולא שיהא מונח:

אלא דצריך לברר האי דינא גופא, אמאי בשנים אוחזין בטלית, צריכין לשבע, ובכותל אף באופן שלא היו מחויבים עפ"י דין לבנות אם היו באים לדון זה אומר אני בניתי את הכותל וזה אומר אני בניתי היו חולקין בלא שבועה:

והנה בספרנו על ב"ק ביארנו הסבר הדברים, החילוק דהיכא דאיכא דררא דממונא, אז הדין דיחלוקו, והיכא דליכא דררא דממונא, הדין דכל דאלים גבר. דבאמת היה להיות הדין דכל דאלים גבר, היינו כיון דספק לנו, ואין אנו יודעים איך לפסוק, הי' לנו להסתלק מזה, ולא לדון, וממילא יהי' כל דאלים גבר, אלא דחכמים עשו פשרה בדבר כדי להציל עשוק מיד עושקו. וכמו דאיתא בתשובת הרא"ש כלל ע"ז דהיכא דאין בי"ד יודעין איך לפסוק יש כח בידם לעשות פשרה ולא להוציא הדין חלק וזהו צדק צדק תרדוף אחד

לדין ואחד לפשרה, ולפי זה מבואר החילוק, דהיכא דאיכא דררא דממונא היינו היכא דבלא טענותיהם עלינו לחשוב אודות הדבר:

דאף בלא טענתו הספק לבי"ד שמא הוא שלו, והוא עשוק בדבר, החובה עלינו להתערב בדבר וכיון שאין אנו יודעים איך לפסוק עלינו לעשות פשרה, היינו דיחלוקו, אבל היכא דאין כאן דררא דממונא, כגון בזה אומר של אבותי, וזה אומר של אבותי, דבלא טענתו אין לנו לחשוב שהוא שלו, וכל עצם הספק הוא מפני טענותיהם, בכה"ג לא עשו חכמים תקנה. להציל עשוק מיד עושקו. אחרי שאין לנו רגלים לדבר, שהוא עשוק, אין לנו להתערב בדבר שאין אנו יודעים איך לפסוק. וממילא הוי כל דאלים גבר, כיון שאין אנו פוסקים מי שיגבר הוא יקח:

אכן הדבר הזה תליא באשלי רברבי, דהנה הרמ"א בסימן קל"ט. כתב דדבר שהפוסקים חולקים ולא תפס חד מיניהו אם הוא דבר שאי אפשר לחלוק דיינינן כל דאלים גבר, והקשה הש"ך. הא טעמא דכל דאלים גבר פירש הרא"ש הטעם דמי שהוא שלו ימסור נפשו להשיגה, וזה לא שייך הכא בספק. דמאין ידע שהדין אתו שימסור נפשו בשביל זה, אכן התומים דחה דבריו דהרי בב"ב פריך אהאי דינא דכל דאלים גבר ממחליף פרה בחמור וילדה, זה אומר עד שלא מכרתי ינדה, וזה אומר משלקחתי, יחלוקו. ואם נימא דבספק לא שייך כל דאלים גבר, אמאי לא משני דמיירי בשמא ושמא. ואם נימא דפריך למאן דאית לי' דאף בברי וברי, אומר סומכוס יחלוקו, הי' להגמ' לומר, הניחא למאן דאמר, כי אמר סומכוס, בשמא ושמא ניחא, אלא למאן דאית לי' אמר סומכוס אפילו בברי וברי מאי איכא למימר, ע"כ דאף בשמא ושמא שייך לומר כל דאלים גבר, כי מי שברי לו שיתודע האמת כדבריו הוא מוסר נפשו עכ"ד התומים:

אך התומים לא ארוח לן בתירוצו על קושית הש"ך, דאף אם יהיבנא כסברת התומים דאף בשמא ושמא, שייך לומר, מי שברי לו שיתודע שהאמת כדבריו הוא מוסר נפשו, אין זה תירוץ אלא על קושית התומים מגמ' דהמחליף פרה בחמור, דהספק הוא במעשה, מתי נולד הולד. שם אפשר לומר כדבריו, דמי שברור לו שיתודע שהמעשה הי' כדבריו הוא מוסר נפשו, אבל היכא דהספק הוא בדין, איך שייך לומר, שברור לו שיתודע שהדין כדבריו, אטו חכם הוא, שיודע לאן הדין נוטה, ואטו דין הרמ"א מיירי דוקא, בחכמים החולקין בדין הלא מיירי בכל אנשים שבעולם, וא"כ איך אפשר לומר שברור לו, שהדין הוא כהאי פוסק שפוסק לטובתו:

ובעיקר קושית התומים אמאי לא משני במחליף פרה בחמור דמיירי בשמא ושמא לדברי הש"ך דסבירא לי' דבספק לא שייך לומר כל דאלים גבר, דכיון דטעמא דכל דאלים גבר

הוא שמי שהדבר שלו הוא מוסר נפשו, וזה לא שייך בספק, נראה לי דהנה הרא"ש הכא בב"מ כתב ז"ל הילכך אין ראוי לפסוק דין חלוקה שמא נפסיד לאחד מהן שלא כדין ויותר ראוי לומר להם שכל מי שתגבר ידו בכח או בראיות שיזכה וסומכין על זה שמי שהדין עמו קרוב להביא ראיות ועוד שמי שהדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו בידו ממה שמוסר נפשו האחר לגזול, עכ"ד הרא"ש. ומה שכתב הרא"ש תיבת ועוד אין זה תירוץ שני' אלא דבתחילה נתן הרא"ש טעם כשמביא ראי'. וטעם על אם גברה ידו בכח שמי שהדין עמו מוסר נפשו, כמבואר בפלפלא חריפתא, ולכאורה קשה כיון דסברת הרא"ש שמשו"ה אמרינן כל דאלים גבר ולא חלוקה כדי שלא להפסיד לאחד מהן שלא כדין משום זה סמכינן על האי סברא, שמי שהדין שלו, הוא ימסור נפשו א"כ היכא שיש לנו דררא דממונא דבלא טענתו הספק לבי"ד, בודאי דלא היה לנו לומר יחלוקו, והי' לנו לחשוש שמפסידין אנו לאחד שלא כדין והי' לנו לומר כל דאלים גבר:

ע"כ נראה לי, דהרא"ש סובר דכיון דחוששין אנו שלא להפסיד לאחד שלא כדין, א"כ מוטב יותר לומר יחלוקו שלכל הפחות יקח חצי, ואם נאמר כל דאלים גבר יוכל להיות שיפסיד לגמרי, אלא דמשו"ה אמרינן היכא דליכא דררא דממונא כל דאלים גבר, משום דזה שמסר נפשו בכח לחטוף לי יש דררא דממונא שבזה שמסר נפשו עלינו לחשוב שהדין עמו משום זה מסר נפשו אבל השני שלא מסר נפשו לו אין דררא דממונא משו"ה לא אמרינן יחלוקו שלא להפסיד לזה שיוכל להיות לו דררא דממונא, ומה שמפסידין להשני אין אנו חוששין שהרי אין לו דררא דממונא, אבל היכא דאיכא דררא דממונא דאף אם לא ימסור נפשו עדיין ישאר לו דררא דממונא מצד עצם הענין בכה"ג עדיף לומר יחלוקו שלכל הפחות מחצה יהי' לו, מלומר כל דאלים גבר שאז יפסיד לגמרי, ואחרי שיש לו דררא דממונא עלינו לחשוש להפסדו אף אם לא ימסור נפשו, לפי זה סברת הרא"ש דטעמא דכל דאלים גבר, הוא דאין לנו להפסיד לזה שימסור נפשו, שבזה יהי' דררא דממונא לו שיהי' לנו לחשוב שהדין שלו מפני זה שמסר נפשו. הוא לבתר תירוצא דגמ' דיש חילוק בין דררא דממונא, להיכא דליכא דררא דממונא. אבל קודם שידעינן זה החילוק היינו סוברים דהשאלה מאי עדיף לפסוק, היכא שאין אנו יודעים אם כל דאלים גבר או מוטב יותר לאמר יחלוקו, וא"כ אין חולקים בין ברי וברי לשמא ושמא בתרויהו איכא למימר חלוקה, ואיכא לומר כל דאלים גבר, משו"ה פריך ממחליף פרה בחמור, בין שיהי' בברי וברי בין שיהי' בשמא ושמא אמאי אמרינן יחלוקו נימא כל דאלים גבר, אבל למסקנא שיש חילוק בין איכא דררא דממונא דעלינו לחשוש שלא להפסיד מי שהוא שלו, לליכא דררא דממונא, דאז אין עלינו לחשוש, להפסדו של מי שלא מסר

נפשו למסקנא כתב הרא"ש הטעם דאמרינן כל דאלים גבר, דמי שימסור נפשו לו יש דררא דממונא ומי שלא מסר נפשו לו אין דררא דממונא, למסקנא אפשר לומר דבאמת היכא דהוי שמא ושמא לא שייך לומר כל דאלים גבר, ואף בספק במעשה אין שייך לומר שמי שהוא מוסר נפשו בודאי דהמעשה הי' כדבריו אחרי שהוא בעצמו אומר שספק לו איך הי', וא"כ אף בליכא דררא דממונא יהי' הדין בשמא ושמא שיחלוקו. ולפי זה בודאי דקשה קושית הש"ך על רבינו הרמ"א, אמאי פסק, דבספק מחלוקת הפוסקים כל דאלים גבר היכא דאין דין חלוקה, הוי לי' לומר שבי"ד ימכרו ויחלקו הדמים שביניהם: **לכן** נראה לי דתליא בזה איך הוא מעיקר הדין, אם כסברת הרא"ש, דמעיקר הדין צריך להיות חלוקה, כדי שלא יפסיד מי שהוא שלו לגמרי וצריך טעמים על מה דאמרינן כל דאלים גבר, א"כ בשמא ושמא דשם אין שייך טעם הרא"ש שמזה שמוסר נפשו ראי' שהוא שלו שם צריך להיות חלוקה, אכן אם נימא דמעיקר הדין צריך להיות כל דאלים גבר. היינו דכיון דאין אנו יודעים איך לפסוק, אין לנו להתערב בדבר ורק היכא דאיכא דררא דממונא היינו שבלא טענתו עלינו לחשוב שהוא שלו אז עלינו להתערב ולעשות פשרה ולא להוציא הדין חלק, א"כ במקום דלא הוי דררא דממונא ומעצמנו אין לנו לחשוב שהוא שלו אף בשמא ושמא אין לנו להתערב בדבר. וממילא הוי כל דאלים גבר: **ובספרנו** על ב"ק ביארנו טעם הרמב"ם דס"ל בשנים אוחזין בטלית על מה שבידו, חיוב השבועה רק מטעם גלגול, ולא מעיקר הדין דס"ל דמעי' הדין בשנים אוחזין בטלית, למסקנא דלא הוי כאן דררא דממונא, שעלינו לחשוב שזה של שניהם, והיכא דהוי דררא דממונא תקנו רבנן שיחלוקו, משו"ה משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף תקנו שרק ע"י שבועה נועל, אבל מה שתפוס בידו, שניטל מן הדין שכל מה שבידו אדם הוא בחזקתו מה שנוטל מן הדין בלא תקנתא דרבנן, על זה לא חייבו שבועה כמו אם אחד תובע לחברו מה שתפוס בידו, דלא תקנו שבועה מטעם שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, אבל בלא התקנה הי' הדין כל דאלים גבר. וכן פסק הרמב"ם בספיקא דדינא כמו באשה שהקדישה וגאל בעלה ויצא ביובל דכל דאלים גבר עיין בפ"ד מהלכות ערכין הלכה כ"ב. אכן הראש פסק דאף מה שתפוס בידו נוטל דוקא בשבועה דס"ל דמן הדין כל היכא דמספקא לן צריך להיות חלוקה, ואעפי"כ מה שחולקין תקנו רבנן דלא יטול אלא בשבועה, שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, א"כ אף מה שבידו אף שנוטל מן הדין צריך לשבע, והא דלא תקנו בתובע לאחד מה שבידו, להראש צ"ל דזה מצוי לו לאחוז מה שחבירו אוחז. ומשו"ה אצטריך לתקוני שבועה, שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, אבל

לתקוף ולגזול מיד חבירו אי אפשר לו, ולא איצטריך לתיקוני. עכ"פ הרמב"ם סובר דמעיקר הדין היכא דאין סברות לחייב לעשות חלוקה, צריך להיות כל דאלים גבר, היינו כיון שאין עלינו חיוב להתערב בדבר אין אנו פוסקים וממילא הדין כל דאלים גבר, נמצא דהרמ"א לטעמי', שפסק בסימן קל"ח שמה שהוא בידו נוטל בלא שבועה, שהרי לא הגיה על המחבר שכתב כהרמב"ם, דמה שבידו נוטל בלא שבועה, א"כ ס"ל דמעיקר הדין היכא שאין סברות לחייב לעשות חלוקה הדין הוא כל דאלים גבר, בלא טעמים דמי שהוא שלו ימסור נפשו, אך מטעם כיון דאין יודעים איך לפסוק אין לנו להתערב, וממילא הדין דכל דאלים גבר לטעמי' פסק שפיר, דהיכא דהוי מחלוקת הפוסקים, ואין בהדבר חלוקה, שם הדין דכל דאלים גבר:

נמצא דלא קשה קושית הקצות, אמאי כתבו בתוס' הכא בשנים אוחזין בטלית דמשו"ה לא אמרינן כל דאלים גבר, משום דאוחזין הוי כאלו כל אחד יש לו בודאי החצי, ובב"ב גבי כותל כתבו הטעם דמשו"ה לא אמרינן כל דאלים גבר, משום דהוי דררא דממונא, אכן לדברינו מדייקי התוס', בדיוק נמרץ, דגבי אוחזין ג"כ כונת התוס' דמשו"ה לא אמרינן כל דאלים גבר משום דהוי דררא דממונא דמשום זה שאוחזין חשוב כאלו יש לו בודאי החצי, היינו דלכה"פ כן עלינו לחשוב, אלא כיון דכל הטעם דלא אמרינן כל דאלים גבר, משום תפיסתם, א"כ תקנו רבנן שלא יהא כל אחד הולך ותופס, שיטול אך בשבועה, נמצא דגבי כותל אילו היה הדין דדררא דממונא הוא מפני שזה עומד בצד זה, וזה עומד בצד זה, והוי כמו יושבים בצד ערימה של חטים, כמו שרצה הקצות להוכיח:

א"כ הדררא דממונא הוא מטעם התפיסה אז הי' הדין, דיטלו אך בשבועה. וממילא היה הדין, דאם אחד אומר כולה שלי ואחד אומר חצי שלי היה נוטל אך רביע. ולפי זה הי' קשה מאי קאמר לא יעשה חזית לא לזה ולא לזה. הא אם לא היו עושין חזית אם אחד לא ירצה לשקר, ויאמר חצי שלי יקח אך רביע וגם היו צריכים שבועה, משו"ה פירשו בתוס' דגבי כותל אין הדררא דממונא מטעם התפיסה שהם מוחזקים אלא הדררא דממונא משום דבעוד הכותל קים קודם שנדע מחלקותם הי' ספק מי עשה הכותל, אחרי שהוא צריך לזה ולזה, אלא שאין כופין לזה, וחל הדין דיחלוקו בלא שבועה, כמו בכל דררא דממונא, היכא דלא הוי מטעם התפיסה, וכיון דכבר קם דינא שיחלוקו בלא שבועה אם אחד יאמר חצי שלי יטול ג"כ החצי, אבל בשנים אוחזין דהדררא דממונא הוא משום התפיסה, דצריך לשבע, ולא חל עדנה הדין דיחלוקו, וגם כשזה אומר כולה וזה אומר חצי, התפיסה הוא בחצי השני' בזה אם אחד אומר כולה שלי ואחד אומר חצי שלי זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע:

סימן ד

סוגיא דזה אומר כולה זה אומר חצי' יבאר דיני מינו מממון למממון, ויבאר דיש חלוקים אם יש לו קנין לגבות בדבר התפוס, ויבאר אי שייך בקרקע תפיסה, ויהא נאמן במינו:

מתניתין זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי האומר כולה שלי ישבע שאין לו בה פחות משלשה חלקים והאומר חצי' שלי ישבע שאין לו בה פחות מרביע זה נוטל שלשה חלקים וזה נוטל רביע. והקשו בתוספ' בד"ה וזה נוטל רביע ז"ל וא"ת יהא נאמן דחצי' שלו מגו דאי בעי אמר כולה שלי כדאמרינן בגמ' האי מיגו גופא לפוטרו משבועה אי לאו משום דאיערומי קמערים ומפרש ריב"ם דמגו להוציא לא אמרינן כו'. אכן המרדכי תירץ בשם ר"ת ובשם ר' אפרים דלא אמרינן מגו מממון לממון דאף שיש לו מיגו אינו נאמן אלא באותו ממון עצמו שיש לו למיגו כגון שהי' יכול לומר להד"מ, ואמר נאנסו, דהי' יכול לפטור עצמו מאותו ממון בטענת לא היו דברים מעולם. אבל היכא דמגו על ממון אחר לא מהמנינן לו משום זה על ממון שאין לו מיגו. ומביא בהגהת מרדכי ראי' מפרק חזקת הבתים, דרבא בר שרשום הוה נפיק עלי' קלא דאכל ארעא דיתמי ומסיק דנאמן לומר אכילנא שעור זוזי, במגו דאי בעינא אמינא לקוחה היא בידי. אבל אם אמר אני תופסה בשביל מעותי שהי' אביהם חייב לי לא היינו אומרים מגו דהוה מודה, עוד הביא המרדכי ראי' מירושלמי דקדושין פרק האומר חד בר נש קם עם חברי' בשוקא, א"ל הב לי קיתונא דאית לי גבך, א"ל הב לי דינר דאית לי גבך, א"ל הב לי קיתונא וסב דינר. אתא עובדא קמי דר' מנא א"ל את אודית לי' בדינר והוא לא אודי לך בקיתונא, זיל הב לי' דינר, אלמא אע"ג דבעל הדינר הי' טוען מלוה ישנה עבור הקיתונא לא מהימן:

והקשה המרדכי על זה דהרי אמרינן גבי עיזי דאכלי חושלי, ותפס מרא דתושלי דאמרינן דנאמן לטעון כדי דמיהם במגו דהי' אומר להד"מ. כתב המרדכי ז"ל משום דהודה בעל העז דאכל קצת. וכדאמרינן בירושלמי, אמר ר' יוחנן נאמן המלוה לומר עד כדי דמיהם הלויתיך. וקשה דהתם היינו טעמא משום דבתורת משכון בא לידו, מ"ה יכול לטעון עד כדי דמיהם, אבל הכא דלאו בתורת משכון בא לידו לא. כדאמרינן בירושלמי פרק שבועת הדיינין חד בר נש קבל על חברי' בשוקא א"ל תרי דינרי אית לי בידך ומשכונך שוה תרי דינרין, א"ל חד דינר בעינא למיתן. ומשכוני טב תרי דינרין. אתא עובדא קמי דייני דנהרדעי אמר כיון דכל עמא מודו דמשכונא טבא תרי דינרין ייתון עליו סהדי וכו' ר"ל דייני דנהרדעי חייבוהו להחזיר המשכון (אף שהי' לו מיגו) והקשה בירושלמי ולא שמיעא דמר ר' יוחנן נאמן המלוה לומר עד כדי משכונו. חד בר נש קם עם חברי' בשוקא וארים סכינתי' (פירוש נטל סדינו) אמר ליה הדין סדינא נפיק מן ידי עם דתתן לי מה

דאית לי בידך. אתא לקמי' דשמואל א"ל הב לי' סכינתי' וזיל דין עמי' מה שמואל כדייני דנהרדעי (פירוש דהרי הכא הי' לו מיגו, אטו יסבור שמואל כדייני דנהרדעי ולא כר' יוחנן) אמר תמן הוחזק המשכון בידו (פירוש ר' יוחנן מיירי שהוחזק המשכון בידו הכא לא הוחזק המשכון) אלמא יש חילוק בין בא לידו בתורת משכון להיכא דלא בא לידו בתורת משכון ומצאתי בשם ראב"י דהנהו וכו' שאני התם דעיזי דאכלי חושלי דהא גופן פטמן מחושלי והוי העיזי כמו החושלי עכ"ל המרדכי:

וכמובן תירוץ המרדכי, דכיון דאכלו החושלי הוי כמו אותו ממון. תמוה מאד. דהרי קי"ל שן לאו מגופו גובה ואם קדמו בע"ח והגביהו בודאי דאין יכול לגבות הניזק מהם, ואמאי לא נימא כיון דאכלו הוי גופא דהפירות, אלא ודאי מה שאכלו הוי רק חיוב על הבעלים מעלי' וא"כ הדרא קושי' לדוכתי', הא הוי מגו מממון לממון, ואיך נאמן לטעון עד כדי דמיהן:

והנה הש"ך בסי' ק"נ סק"ד הקשה על דברי הטור בשם רבינו יונה דמשו"ה לא בא רבה בר שרשום לטעון חוב יש לי עליו, והי' נאמן במגו שהי' אומר שהקרקע שלו משום דבקרקע אף שאכל שלש שנים לא שייך תפיסה כמו במטלטלים, דנאמן לטעון עד כדי דמיהם במגו דלקוח, דכיון דמודה בקרקע דלא לקח הרי היא עומדת בחזקת הבעלים אנא שיש לי' מגו ומגו כזה לא אמרינן. והקשה על זה הש"ך ז"ל ולא נהירא נחלק בין קרקע למטלטלים, דכך לי קרקע שהחזיק בה ג' שנים כמו מטלטלין, וא"כ כיון דקי"ל בסי' ע"ב ושאר דוכתי טובי דבמטלטלים מהני תפיסה לטעון חוב יש לי עליו ממקום אחר ונאמן בשבועה עד כדי דמיהן הוא הדין בקרקע. ונ"נ לפע"ד דהר' ר' יונה ס"ל גם במטלטלין כן וס"ל כמ"ש בעל המאור ריש ב"מ, וקצת גאונים שהביא המרדכי והגהת מרדכי ריש ב"מ דאף במטלטלים לא יוכל לתפוס משום דהוי מגו מממון לממון, וז"ל הגהת מדרכי ריש ב"מ מצאתי בתשובת ר"ת דלא אמרינן מגו מממון לממון כו' (בכאן מביא הש"ך לשון המרדכי והגהות שהבאנו לעיל) הרי להדיא דפוסקים אלו לא מחלקים בין קרקע למטלטלין, וס"ל דגם במטלטלין הדין כן, מטעם דלא אמרינן מגו מממון לממון, וגם מוכח מהגהת מרדכי דאין סברא לחלק בין קרקע למטלטלין דאל"כ מאי ראי' מייתי מרבה בר שרשום דילמא שאני קרקע אלא ודאי דכך לי קרקע שהחזיק ג' שנים כמו מטלטלין וא"כ למאי דקי"ל דיכול לתפוס מטלטלי תחת חוב אחר ה"ה בקרקע שהחזיק ג' שנים עכ"ל הש"ך ועיין שם עוד שהאריך. וכן הביא בסי' פ"ג דלא קי"ל כהגהת מרדכי דס"ל לא אמרינן מגו מממון לממון אחר שהרי קי"ל בכל דוכתי דיכול לתפוס ולטעון עד כדי דמיהן:

ונראה ני נתרץ כל הקושיות בע"ה, דהנה לכאורה קשה על דייני דנהרדעי דס"ל בירושלמי שהביא המרדכי, אף שהי' לו מיגו לטעון להד"מ ואומר שהלוה על המשכון שני דינרין ושוה שני דינרין והוא אומר שלא לוה אלא דינר אחד, ופסקו דייני דנהרדעי דישיב המשכון, כיון שהודה, אף שיש לו מיגו. איך יפרנסו דייני דנהרדעי ברייתא דשבועות (דף מ') הנותן טליתו לאומן, אומן אומר שתים קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת, כל זמן שטלית ביד האומן על בעל הבית להביא ראי'. הרי דברייתא מפורשת סברה כיון דיש להאומן מגו דלקוחה או להד"מ על הבגד, נאמן לטעון חוב כזה מגיע לי עליו ואיך ס"ל דאין נאמן לומר בתרי דינרי הוא בידי במשכונתא:

במגו דלהד"מ:

לכן נראה לי דהנה לכאורה סברת המרדכי פשוטה, דלא אמרינן מגו מממון לממון. היינו למשל אם יש לו חפץ, והי' יכול לטעון על חפץ זה שלי הוא, ויבא ויאמר על חפץ שביד הבעלים שלי, האם נאמינן מטעם מגו שהי' יכול לומר על חפץ שהוא בידו שהוא שלו, בודאי דלא מאמינין משום מגו אלא על ממון זה שיש לו מגו, וא"כ אמאי סבר ר' יוחנן דהיכא דהוחזק משכון נאמן לטעון כך וכך במגו שהי' יכול לומר על המשכון שהוא שלו ואיך נאמינו בשביל זה על החוב שכך וכך מגיע סוף סוף הוי מגו מממון לממון:

ועכצ"ל דהא דסבר ר' יוחנן דהיכא דהוחזק המשכון נאמן לטעון כך וכך מגיע במגו דלהד"מ או לקוחה בידי, הנאמנות לא על החוב דזה הוי מממון לממון, אלא דהנאמנות הוא על עצם המשכון, דהנה קי"ל בע"ח קונה משכון ופסקו הפוסקים בין בשעת הלואתו בין שלא בשעת הלואתו ודעת הרבה מהראשונים דהקנין אינו אלא לענין גנבה ואבדה אבל לא לענין אונסין, והקשה הש"ך בסי' ע"ב ממ"נ אם המשכון שלו, יתחייב גם באונסין, ואם אינו שלו, גם בגנבה ואבדה לא יתחייב. ונראה לי דהא דאמרינן בע"ח קונה משכון הכונה שקנה קנין גובייגא בהמשכון ודמי המשכון שלו לגבות החוב מזה ולא נעשה שלו לגמרי אלא קנין גובייגא ונ"מ רק לענין שלא יעשה מטלטלין אצל בניו משו"ה באונסין אינו מחויב שהרי לא קנה שיהי' שלו אלא לגובייגא וגוף המשכון של הלוה אבל בגנבה ואבדה מחויב שהרי יש לו הנאה מהשמירה, שיכל לקדש אשה ולגבות החוב מזה המשכון:

לפ"ז הנאמנות במשכון היכא שיש לו מיגו אין הכונה שמאמינים לו שמגיע לו חוב כזה, מטעם שיש לו מיגו על המשכון אלא הכונה שמאמינים לו על המשכון במגו שהי' אומר שהוא שלו, משו"ה כשאומר שיש לו קנין בהמשכון לגבות ממנו, ג"כ נאמן עד כדי דמיו, דמה לי אומר שיש לו קנין בגוף הדבר או קנין בו לגובייגא כך וכך דמים, משו"ה ס"ל

לר' יוחנן דבהוחזק המשכון בידו נאמן, אכן דייני דנהרדעי סברי אין בע"ח קונה משכון, וא"כ לדידהו אין לו קנין כלל במשכון לגבות, וא"כ לדידהו אין הנאמנות על המשכון, שהרי אין לו כלל במשכון אף אם אמת הוא כדבריו שמגיע לו כך וכך, וא"כ נצטרך לומר שנאמינו על החוב שכך מגיע לו במגו שהי' אומר שהמשכון שלו, א"כ הוי מגו מממון לממון ומממון לממון אחר לא אמרינן:

לפ"ז לא קשה מה שהקשינו כיון דדייני דנהרדעי סוברים שאף אם הוחזק המשכון בידו אין נאמן אף שיש לו מגו, איך יתרצו הברייתא, גבי אומן דאמרינן כל זמן שהטלית ביד האומן, נאמן האומן לומר שתים קצצת לי, אכן לדברינו ניחא דנהי דסברי דייני דנהרדעי דאין בע"ח קונה משכון, אכן גבי אומן נוכל לומר דהברייתא סברה דאומן קונה בשבח כלי, דאמרינן כמה שמגיע לו יש לו קנין בעצם הטלית, נמצא דאין הנאמנות על זה שאמר שתים מגיע לו, אלא הנאמנות שיש לו קנין לגוביינא בהטלית שתי סלעים, ועל הטלית יש לו מגו דלקוח. וא"כ נאמן נמי שיש לו השבח שתי סלעים לגוביינא אבל בהלואה דס"ל דאין שום קנין בהמשכון לגוביינא, דס"ל אין בע"ח קונה משכון משו"ה לדידהו אינו נאמן:

בזה יש ליישב קושית הסמ"ע בחו"מ (סי' צ"ז ס"ק כ"ט) על דברי הרמב"ם (בפ"ג מהלכות מלוה הל' א') דאלמנה בין שהיא עני' בין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה שלא בשעת הלואה ואפילו שליח ב"ד ואם עבר וחבל בגד אלמנה מחזירין ממנו בעל כרחו ואם תודה תשלם ואם תכפור תשבע. והקשה שם הסמ"ע. דמשמע מדברי הרמב"ם אלו דאין נאמן על טענתו במגו דלקוח כיון שאסור לחטוף, והרי גם בכלים שעושין בהן אוכל נפש ג"כ אסור לחטוף ואעפי"כ אמרינן דנאמן לטעון יש לי עליהן עד כדי דמיהן כדאמרינן בב"מ גבי סכינתא דאשכבתא, ומה שמפרש הסמ"ע דבאמת אלו חטף בלא עדים הי' נאמן במגו אף בבגד אלמנה אף שאסור לחטוף, ומה שכתב הרמב"ם ואם תכפור תשבע מיירי שהיתה החטיפה בעדים, הקשה ע"ז הסמ"ע בעצמו א"כ דהיתה החטיפה בעדים, פשיטא ומאי קמ"ל הרמב"ם ואם שחטף בלא עדים אמאי אין נאמן. נהי שאסור לחטוף אף עפ"כ הא יש לו מגו. כמו בכלים שעושים בהן אוכל נפש:

אכן לדברינו יתיישבו הדברים בפשטות, דהנה הט"ז (בחו"מ סי' צ"ז) ביאר לדברי הרמב"ם דיש חילוק בין כלי אוכל נפש שאסור לחבול ובין בגד אלמנה שאסור לחבול דבבגד אלמנה מחייב להשיב תכף, אף שלא בשעת מלאכה אבל בכלים שעושין אוכל נפש בזה אין צריך להחזיר אלא בשעת מלאכה אבל שלא בשעת מלאכה אין צריך להחזירו וביאר שם, דעשה דהשב תשיב באלמנה זהו גוף האיסור. והנה אמרינן בתמורה

אף דרבא ס"ל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני במשכון גלי קרא דמהני מדאמר קרא השב תשיב, דקרא מיירי אף בעשה איסור שחטף שלא כדין, והנה אמרינן דב"ח קונה משכון שלא בשעת הלואה שנאמר ולך תהי' צדקה אם אינו קונה צדקה מניין, והנה האי קרא לא נאמר אלא היכא דצריך להחזיר בשעת מלאכה וליטלו אח"כ אבל היכא דמחויב להשיב אף שלא בשעת מלאכה, הרי אדרבה אמרה תורה דלא מהני נטילתו ומחויב לתקן נטילתו בזה שישיב ולא יקח כלל, לפ"ז באלמנה אם חבל בגד אלמנה לא קנה במשכון כלום, שהרי הוא מחויב להשיב אף שלא בשעת מלאכה:

אבל בחבל כלים שעושין בהן אוכל נפש הועילה נטילתו, אף שבאיסור, דשלא בשעת מלאכה אין צריך להחזיר ואף מה שחייבתו התורה להחזיר בשעת מלאכה, קראתו התורה צדקה דזה מוכיח דקונה המשכון:

מעתה מיושב בפשטות קושית הסמ"ע, אמאי כתב הרמב"ם בחבל בגד אלמנה דמחויב להחזיר לה, ואם תכפור תשבע דמשמע דאין לו נאמנות אף שיש לו מגו כיון שאסור לחטוף, והרי בכלים שעושין בהן אוכל נפש ג"כ אסור לחטוף ואעפ"כ היכא שעבר וחטף נאמן במגו, אכן לדברינו יתישב כיון דמגו מממון לממון לא אמרינן א"כ אעפ"י שעל החפץ שחטף יש לו מגו אעפי"כ אין מהימן לומר כך וכך מגיע לי, משום דאין מועיל מגו של החפץ על החוב והא דנאמן בהוחזק המשכון בידו לומר כך הלויתיך על המשכון במגו דלהד"מ, היינו משום דבע"ח קונה משכון לגבות ממנו החוב, א"כ בכלים שעושין בהן אוכל נפש ג"כ נאמן במגו, שהרי אף שאסור לחטוף אעפי"כ אמרה התורה דאי עביד מהני ואין צריך להחזיר אלא בשעת מלאכה, מדין צדקה, וקנה המשכון א"כ לא הוי מגו מממון לממון שהרי המגו על הכלי בעצמו, שיש לו קנין לגבות מזה הכלי שעושין בהן אוכל נפש, ונאמן במגו שהי' אומר הכלי שלי הוא אבל בבגד אלמנה דשם החטיפה לא מהני וא"כ אף לפי דבריו שאומר שמגיע לו אין לו קנין כלל בבגד לגבות החוב. דלא קנה המשכון כלל ומחויב להשיב אף שלא בשעת מלאכה, א"כ נצטרך להאמינו על החוב שכך וכך מגיע, במגו שהי' אומר על בגד של האלמנה שלי הוא, וזה הוי מגו מממון לממון, כיון דלא קנה המשכון ומגו מממון לממון לא אמרינן:

ולפ"ז יתיישב הקושיא, כיון דלא אמרינן מגו מממון לממון א"כ איך אמרינן בעיזי דאכלי חושלי דנאמן לטעון עד כדי דמיהן במגו דלהד"ם הא הוי מגו מממון לממון, דהנה לכאורה קשה מאי אמר גבי מעשה דארים סכינתי' (פי' נטל סדינו של חברו) ואמר דאית לי' הלואה ביד חברו, ופסק שמואל דמחויב להחזיר הסדין (אף שהי' לו מגו) ופירש

בירושלמי דשמואל מצי סבר כר' יוחנן דס"ל נאמן המלוה לטעון עד כדי דמיהן, דר' יוחנן מיירי בהוחזק המשכון בידו ומעשה דשמואל לא הוחזק המשכון בידו:

והוי מגו מממון לממון (כמו שבאר המרדכי) וקשה כיון דהיכא דהוחזק המשכון בידו נאמן לטעון עד כדי משכונו, הרי דס"ל בע"ח קונה משכון ומשו"ה לא הוי האי מגו מממון לממון, רק באותו ממון עצמו, היינו דהנאמנות על עצם המשכון, א"כ אף אם לא הוחזק למשכון בידו, והוא בעצמו נטלו בתורת משכון עד דיהיב לי' ג"כ יהא נאמן במגו, דהרי עיקר דין דבע"ח קונה ילפינן מקרא דולך תהי' צדקה, דמיירי במשכנו שלא בשעת הלואתו ואדרבה בגמ' דילן רוצה לומר דדוקא במשכנו שלא בשעת הלואתו קונה ולא בשעת הלואתו, דבשעת הלואתו אין קונה ב"ח את המשכון, רק דאנן פסקינן דאף בשעת הלואתו קונה (ובמקום אחר בארנו זה בארוכה) אבל זה בודאי דעדיף לומר דקונה המשכון שלא בשעת הלואתו מבשעת הלואתו, וא"כ קשה למאן דסבר היכא דהוחזק המשכון בידו דשם מיירי מתניתין בשעת הלואתו (דהרי אמרינן סלע הלויתני עליו דזה הוא משכנו בשעת הלואתו) וכיון דבשעת הלואתו קונה מכ"ש שלא בשעת הלואתו וא"כ האי גברא דנטל במשכון עד שישיב לו מה דאית לי' גבי', הרי קנה את המשכון בחטיפתו. אף שעבר על לאו דלא תבא, כדין דבע"ח שקונה משכון שלא בשעת הלואה, וא"כ הא לא הוי מגו מממון לממון רק על עצם הסדין דלפי דבורא דידי' יש לו קנין בהסדין לגבותו ממנו, ומאי מחלק בין הוחזק המשכון ללא הוחזק. אף שלא הוחזק קונה בנטילתו וכיון דקונה, לא מקרי המגו מממון לממון, רק על אותו ממון:

וע"כ צ"ל דהירושלמי סובר כדעת ר"י הלוי שהובא בר"ן פרק שבועת הדיינין, דאין בע"ח קונה משכון, אלא או בשעת הלואה דקני לי' מעותיו, או שלא בשעת הלואתו דקני לי' בגוביינא דבי דינאי אבל שלא בגוביינא דבי דינא אין קונה במשיכה למשכון, שאין המטלטלין נקנין במשיכה למשכון בעלמא, כדאמרינן בקדושין מנה אין כאן משכון אין כאן (עיין שם בר"ן שבאר דבריו כן). אף דאנן לא קי"ל כותי' דר"י הלוי, נראה לי דתליא בהא דאמרינן בנדרים דף מ"ח אי מועיל קני ע"מ להקנות, דפומבדיתאי אמרי קני ע"מ להקנות לא קני, דסבירא להו דקנין אינו מועיל, אלא אם קונה את גוף הדבר, אבל למשוך לקנות רק קנין בעלמא לאיזה דבר אין מועיל, אבל רב נחמן סבר מועיל קני ע"מ להקנות, דמועיל קנינים אף שאין קונה את גוף הדבר, (ועיין בקצוה"ח סי' ע"ב) ולפ"ז ניחא, דהירושלמי יסבור כפומבדיתא דקני ע"מ להקנות לא קני, דקנין אין מועיל אלא אם קונה גוף החפץ, ומשו"ה הא דבע"ח קונה משכון שלא בשעת הלואה הוא דוקא בגוביינא דבי דינא, אבל מה שתופס בעצמו, דזה הוי משיכה בעלמא, בלא כח ב"ד אין

קונה את המשכון, כיון דלא הוי קנין לקנות גוף החפץ, רק קנין לגובייא בעלמא לזה אין מועיל משיכה, וכיון דתפיסתו לא הועיל לקנות, משו"ה אף שיש לו מגו מחויב הוא להחזיר, שהרי מגו שלו רק על הבגד, אבל להאמינו שמגיע לו חוב על זה אין לו מגו, והוי מגו מממון לממון. משו"ה סבר הירושלמי דהיכא דלא הוחזק המשכון בידו מחויב להחזיר, אבל גמ' דילן סברה כרב נחמן דקני ע"מ להקנות קני, דשייך קנינים בעלמא אף היכא שלא קנה גוף הדבר, ומשו"ה סבירא לן דמשכנו שלא בשעת הלואתו קונה אף שלא בגובייא דבי דינא, היכא שנתן מעצמו, וכן היכא שתפס מעצמו, אמרינן בזה אי עביד מהני אף שאסור לחטוף. משו"ה אמרינן גבי עיזי דאכלי חושלי דנאמן לטעון עד כדי דמיהן, ולא קשה הא מגו מממון לממון לא אמרינן, דלפי מאי דסבר גמ' דילן דאם חטף הועיל תפיסתו, נמצא לפי טענת החוטף שאומר שהעיזי אכלו חושלי עד כדי דמיהן, הרי לפי דבריו קנה קנין משכון שלא בשעת הלואתו, בהעיזי, וכיון דיש לו מגו על העיזי לומר לקוחים בידי, כי אומר שיש לו בהם קנין לגובייא, נאמן. דלא הוי כלל מממון לממון, רק הנאמנות הוא על אותו ממון עצמו לדידן דס"ל בע"ח קונה משכון אף שלא בשעת הלואתו:

ומיושב בזה ג"כ דברי הטור בסי' ק"נ שכתב דבקרקע אף שאכל שלש שנים, שיש לו מגו דלקוחה היא בידי, אם אומר שיש לו חוב אינו נאמן, משום דאמרינן מאן שם לך, אבל במטלטלי נאמן בתפיסתו במגו דלקוח לומר חוב יש לי על זה, והקשה הש"ך מאי חלוק בין קרקע למטלטלי, הא גם במטלטלי אמרינן מאן שם לך, וכמו שהבאנו דבריו. אכן לדברינו החלוק פשוט, דהנה הא דאמרינן דבע"ח קונה משכון שלא בשעת הלואתו הוא דוקא במטלטלין, אבל בקרקע לא קנה, וכמבואר בתוס' ב"מ דף ס"ז ע"ב ד"ה ושביעית, ז"ל התוס' לא דמי למלוה על המשכון דאינה משמטתה דשאני מטלטלין דתפיס להו וקנה להו שלא בשעת הלואתו, כרבי יצחק ולהכי גם בשעת הלואה חשיב של אחיך בידך אבל בקרקע לא עכ"ל התוס'. הרי דבקרקע לא שייך תפיסה למשכון, וא"כ אף שיש לו מגו על הקרקע, אמרינן מאן שם לך, היינו לדבריך הקרקע אינה שלך, רק שתאמר שמגיע לך חוב, על זה אין לך מגו שיש לך חוב ומגו שיש לך על הקרקע אין מועיל להאמינך שיש לך חוב דהוי מגו מממון לממון, אבל במטלטלין דשם בע"ח קונה משכון שלא בשעת הלואתו בתפיסה בעלמא דהרי אמרינן לכולי עלמא בזה אי עביד מהני נמצא דלא הוי מממון לממון רק על אותו ממון עצמו:

נמצא באופן דמיירי הריב"א שם בהגהת מרדכי אם אחד יש לו פקדון וטוען מלוה ישנה יש לי עליו, שפיר פסק הריב"א דאף שיש לו מגו על הפקדון אינו נאמן לטעון מלוה

ישנה יש לי עליו, דאף שבחו"מ סימן ד' הובא דעת י"א דהיכא דאין צריך למשכנו כי הדבר בפקדון בידו אין איסור לתפסו, הרי הוא רק דעת י"א, אבל יש סברא לומר דאף שהוא פקדון בידו, אסור לתפוס, לפי זה אם בא אחד שיש לו פקדון ואומר שיש לו מלוה ישנה עליו:

הנה כל זמן שלא עשה קנין לתפסו בעד חובו, ולא שלח בו יד. לא קנה הדבר, דלא הוי רק חושב לשלוח יד בפקדון, ושליחות יד בעי קנין, אף שמונח ברשותו, נמצא שב"ד לא יוכלו לפסוק שיעשה עתה קנין בפקדון. לקנות בו למשכון, דהרי יעבור על איסור חטיפה, שאסור לחטוף בעצמו, וכל זמן שלא עשה קנין בו למשכון לא קנהו, א"כ אף שיש לו מגו על זה הבגד לא נוכל להאמינו שיש לו מלוה ישנה עליו, דהא הוי מגו מממון לממון. שהרי אף לפי דבריו שמגיע לו אין לו קנין משכון בהפקדון, שהרי אין אומר שתפסו ועשה בו קנין, והי' מקודם ברשותי', ושליחות יד בעי קנין:

ואמירה בעלמא הוי רק חושב לשלוח יד בפקדון דלא קנה, משו"ה הוי מגו מממון לממון דאין מועיל, משא"כ אם הי' חוטף דבר מה והי' טוען מלוה ישנה, בזה לא הוי מממון לממון, שהרי תפיסתו מועיל שיקנה למשכון והוי באותו ממון, ויתורץ קושית הרז"ה על אביי. דאם הוא תופס משום מלוה ישנה הי' לו לטעון כן והי' נאמן במגו, אכן לדברינו, היכא דלא קנה המשכון הוי מממון לממון, והכא דשניהם תופסים הרי לא הגבי' את כולה והוי כמונחת על גבי קרקע והשני הא הוי שלו ולא שייך בזה מגבי' מציאה לחברו, וא"כ לא עשה קנין למשכון והיכא דלא עשה קנין הוי מממון לממון. ולמסקנת אביי דחיישינן לספק מלוה בודאי דלא שייך כלל להקשות שיטעון כן ויהי' נאמן, דהרי לספק לא שייך מגו, ואם יטעון ודאי מלוה, הא יהא שקר ומה לי האי שקר מהאי שקר א"כ למסקנא לא קשה:

סימן ה

סוגיא דמלוה אומר חמש, ולוה אומר שלש. יבאר אי בהודה בשטר מקרי מודה מקצת, ויבאר דברי הרמב"ם בזה דלכאורה סותרים המה זה את זה ויבאר פירוש הגמ' דס"ד כדרבה, ויבאר חלוק בין שטר לכתובה. ויתרץ קושית התוס', למאן דס"ל שעבודא דאורייתא, איך מחויב שבועה הא הוי כפירת שעבוד קרקעות, ויבאר הא דבגמרא אמר דשטר הילך הוא:

(דף ד) **שטר** שכתוב בו סלעים דינרין, מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש ר"ש בן אלעזר אומר הואיל והודה מקצת הטענה ישבע, ר"ע אומר אינו אלא כמשיב אבדה ופטור, קתני

מיהת רשב"א אומר הואיל והודה מקצת ישבע, טעמא דאמר שלש הא ב' פטור, והאי שטר דקמודי בי' הילך הוא, וש"מ הילך פטור. לא, לעולם אימא לך שתים חייב כו' אלא לעולם שתים פטור והילך חייב, ושאני הכא דמסייע לי' שטרא, אי נמי משום דהוי שטר שעבוד קרקעות, ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות:

והנה הרמב"ם כתב (בפ"ד מהלכות טוען ה"ד) ז"ל מי שטען חברו מאה דינרין יש לי אצלך, חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר, אין לך בידי אלא חמשים שבשטר, אין זה מודה מקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו עכ"ל:

וכבר הקשו נושאי כליו דלמה להרמב"ם לומר הטעם, משום דהשטר לא תועיל בו כפירתו תיפוק לי' דשטר הוי שעבוד קרקעות, וא"כ הוי הודאתו שעבוד קרקעות, וכשם שאמרינן דכפירת שעבוד קרקעות אין מחייב שבועה ה"נ הודאת שעבוד קרקעות אין מחייב שבועה. כדאמרינן הודה בקרקע וכפר בכלים פטור, הרי דגם הודאת קרקע אין מחייב שבועה, הרי דבלא האי טעמא דיכול לכפור, אין מחויב שבועה ולמה להרמב"ם לומר הטעם דאין יכול לכפור:

עוד הקשו על דברי הרמב"ם, דס"ל דמה שהודה בשטר אין מחייב שבועה כיון דאין יכול לכפור, מדברי הרמב"ם בעצמו בפט"ז מהלכות אישות, שפסק הרמב"ם גבי הוא אומר אלמנה נשאתיך והיא אומרת בתולה נשאתני, שאם אין לה עדים יש לה להשביעו שבועת התורה, שהרי הודה במקצת, וקשה הא הוא בעצמו פסק דכל דאין יכול לכפור לא הוי הודאה, א"כ אמאי אמרינן דזה הוי מודה מקצת, משום שהודה שהיא אלמנה, הא זה לא הי' יכול לכפור, דהרי אנן ידעינן שהיתה אשתו, וחיוב כתובת אלמנה יש לה בודאי, א"כ הא לא הי' יכול לכפור ולא הויא הודאה, והראב"ד הקשה שם איך מחייב הרמב"ם שבועה הא הוי כפירת שעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות:

ועל שני דינים אלו, הן מה שמחייב הרמב"ם שבועה באומר אלמנה נשאתיך, והן מה איצטריכא להרמב"ם למימר הודה בשטר לאו הודאה היא משום דאין יכל לכפור, קשה הא אמרינן הכא בב"מ דשטר הילך הוא, ולא איצטריכא לטעמא דכפירת שעבוד קרעקות אלא למאן דס"ל הילך חייב, אבל למ"ד הילך פטור, א"כ פטור בהודאת שטר משום דהילך הוא א"כ איך מחייב הרמב"ם באומר אלמנה נשאתיך, הא מעשה ב"ד כמאן דנקט שטרא הוא, והילך הוא, וגם למה לי' למימר, טעמא דפטור בהודה בחמשים בשטר משום שאין יכול לכפור תיפוק לי' דהודאת השטר הילך, ואנן הא קי"ל הילך פטור:

והנה המ"מ תירץ על קושית הראב"ד איך מחייב הרמב"ם שבועה באומר אלמנה נשאתיך, משום דמודה מקצת הוא, הא הוי שעבוד קרקעות, ותירץ ע"ז המ"מ, דעכשיו

דתקנו הגאונים, דכתובה נגבית גם מן המטלטלין. א"כ עתה לאו כפירת שעבוד קרקעות הוא, אלא כפירת מטלטלין, והקשה הלח"מ על האי תירוצא, דהא בחוב אף מדינא דגמרא גובין מיני' דידי' מגלימא דעל כתפי', ואעפ"כ אמרינן דהוא שעבוד קרקעות, א"כ אף בכתובה אף שתקנו הגאונים דכתובה נגבית מן המטלטלין לא עדיף מחוב לדינא דגמ' והוי שעבוד קרקעות, וא"כ איך מחייב הרמב"ם שבועה:

ונראה לי לישב, דהנה בתוס' הכא ד"ה אין נשבעין, הקשו למאן דס"ל שעבודא דאורייתא, א"כ מודה מקצת למה נשבע, הא הוי כפירת שעבוד קרקעות. וכתבו שי"ל שמחל לו השעבוד, או שאין לו קרקע אפי' משעבדי, והנה לפי זה תקשי אנן דקי"ל שעבודא דאורייתא, א"כ לא לשתמטו הפוסקים להודיע לנו, דכל דיני שבועת מודה מקצת איירי דוקא שאין לו קרקע או מחל השעבוד ואף כי י"ל כיון דהפקיעו חכמים השעבוד ממלוה ע"פ, משום פסידא דלקוחות חשיב כאלו מחל השעבוד, כדמסקי בתוס' אליבא דר' יוחנן. אכן בתוס' בארו, דהיינו דוקא, דאין לו קרקע בני חורין, א"כ יקשה, הי' לרבותינו הפוסקים לבאר דכל שבועת מודה מקצת מיירי דאין לו קרקע בני חורין, ועוד כבר בארתי בספרי לבוש מרדכי על ב"ק בסימן י"ב. סברת רב האי גאון, דס"ל מלוה על פה מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת, מלוה ע"פ קדים, משום דס"ל מה שתקנו רבנן דמלוה ע"פ אין גובה מן הלקוחות, אין הכונה שסלקו רבנן השעבוד, כיון דמיתמי גבי ס"ל דהשעבוד עומד בתקפו רק דתקנה היתה שלא יגבה מן הלקוחות, אבל לא סלקו השעבוד, א"כ לבעל מלוה ע"פ ג"כ משועבדים הנכסים כמו לבעל מלוה בשטר, וכיון דהוא קודם לבעל השטר, ותקנתא דתקנו רבנן, שלא יגבה מן הלקוחות, לא עשו רק לגבי לקוחות ולא נגד בע"ח, משו"ה גובה בעל מלוה ע"פ, אבל היכא דאין משועבד לבעל מלוה ע"פ (כמו במזונות הבנות דלא הוי שעבוד על הנכסים, רק דין על היתומים) שם ודאי מלוה בשטר קודם לגבות, אף ששטרו מאוחר, עיין שם בדברינו, הרי דלא סלקו רבנן את השעבוד, א"כ אין משביעין מודה מקצת, הא הוי כפירת שעבוד קרקעות, אך שיש לדחוק דאף שאין השעבוד מסולק, כיון דלא יכול לגבות הוי כמחילה, אבל זה בודאי קשה דהי' להפוסקים לבאר, דאין מחייבין שבועת מודה מקצת, אלא אם אין לו קרקע בני חורין אבל אם יש לו הוי רק שבועה דרבנן:

ע"כ נראה לי לתרץ, דהנה התוס', בשבועות דף מ' ד"ה אבל, הקשו אמאי אמרינן ל"ש (דבעי שתי כסף) אלא בטענת מלוה והודאת לוה, אבל בטענת מלוה והעדאת עד אחד, אפילו לא טענו אלא בפרוטה, חייב, הרי דלא משוינן דין עד אחד למודה מקצת, והרי בכתובות (ד' פ"ז) אמרינן אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, אפילו בהעדאת עד

אחד, הרי דמשוינן עד אחד למודה מקצת. ותירצו ז"ל וי"ל דשמואל דהכא לטעמי' דמחייב לעיל בכפירת פרוטה, דכיון דמשתבע על פרוטה, מוקמי קרא, דאבל קם לשבועה, בפרוטה, אבל בקרקעות לא משכחת דמשתבע בשום מקום עכ"ל התוס':

והסבר דברי התוס' דבמודה מקצת מחייב שבועה הטענה והכפירה, כדאמרינן הצד השוה שבהן שע"י טענה וכפירה הן באין, (ועיין שם בתוס' ד"ה הצד השוה) וזה טעמא דהרמב"ם דס"ל אם תבעו חפירת שתי בורות והוא מודה באחת, דאין מחויב שבועה משום דדמי קרקע לקרקע לגבי שבועה, וכיון דהתביעה היא מקרקע משו"ה אין מחויב, וזהו דקאמרי התוס' דשמואל לטעמי', פירוש דהנה הא דאמרינן דבעי שתי כסף נוכל לומר או משום דחיוב שבועה אין על פחות משתי כסף, או דהטעם משום דבפחות משתי כסף לאו טענה היא, וכיון דשמואל סבר דמחויב אפילו לא כפר אלא בפרוטה, הרי ע"כ הא דבעינן שתי כסף, אין הטעם משום דדין הוא בשבועה דאין נשבעין על פחות משתי כסף, דהרי הכפירה אינה אלא פרוטה, וא"כ השבועה רק על פרוטה, ע"כ הא דבעינן שתי כסף הוא רק משום דדין הוא בטענה דפחות משתי כסף לאו טענה חשובה היא, ושבועת מודה מקצת מחייב הטענה, וכיון דלאו טענה חשובה היא משום הכי פטרי' רחמנא, אבל בהעדאת עד אחד, דלא בעי טענה חשובה משו"ה שפיר אמרינן דאף אם לא טענו אלא בפרוטה מחויב שבועה בהעדאת עד אחד, דלא שייך למילף ממודה מקצת, כיון דהוא דין בטענה, אבל מה שאין נשבעין על קרקעות, הא התם דין הוא בשבועה דאין נשבעין על הקרקע, דהתם אין לנו ראי' שהוא דין בטענה, כמו בשתי כסף שיש לנו ראי' שהוא דין בטענה, שהרי הכפירה רק בפרוטה, וע"כ הא דבעינן שתי כסף הוא דין בהטענה, אבל בקרקע אין לנו ראי', משו"ה שפיר אמרינן דהוא דין בשבועה שאמרה התורה דעל הקרקע אין נשבעין, וא"כ מה לי שבועת מודה מקצת, מה לי שבועת עד אחד, משו"ה אמרינן דאף בשבועת עד אחד אין נשבעין על כפירת שעבוד קרקעות, ואף דהתוס' תירצו דוקא למ"ד דמחויב בכפירת פרוטה ואנן הא פסקינן דבעי דוקא כפירה שתי כסף, ואעפי"כ פסקינן דבהעדאת עד אחד אפילו פרוטה מחויב שבועה, נראה ני דסבירא לן מסברא, דהא דבעי שתי כסף, הוא דין בתביעה, דבעינן שתביעתו עתה לחייב שבועה בעי דוקא שתי כסף, ופחות משתי כסף לאו תביעה, ובשבועת מודה מקצת מחייב התביעה ותביעה פחות משתי כסף לאו תביעה חשובה, אבל בהעדאת עד אחד, דלא בעי תביעה חשובה, שהרי מספק ג"כ מחויב, משו"ה אפילו לא תבעו אלא בפרוטה ישבע. אבל בקרקע בודאי דלא שייך לומר, דאמרה התורה דתביעת קרקע גרוע מתביעת מטלטלין, דנימא דטעם דפטור משבועה בקרקע, הוא משום התביעה בודאי

דלא שייך לומר, דתביעת קרקע תביעה גרועה היא, ע"כ דגזירת הכתוב הוא דאין שבועה על קרקע א"כ אף בהעדאת עד אחד הדין כן' אבל בשתי כסף סברא לומר דפטור הכתוב הוא משום דפחות משתי כסף לאו תביעה חשובה היא, ובמודה מקצת, עיקר מחייב השבועה, התביעה:

והנה אמרינן בכתובות (דף מ"ג) גבי אנסת ופתית את בתי דרבנן מחייבי, ור"ש פוטר. ואמרינן במאי קמיפלגי מ"ס כי קתבע קנס קא תבע, ומ"ס כי קתבע בושת ופגם קא תבע, ולכאורה כיון דתובעו המעשה דאנסת ופתית את בתי ובודאי דבמעשה הזאת יש ג"כ חיוב בושת ופגם. ואיך פוטר ר"ש מטעם כי קתבע קנס קא תבע, דלא שביק מידי דקייץ ותבע מידי דלא קייץ:

בודאי דלא היתה כונתו למחול הבושת ופגם, רק בכונתו היתה לתבע עתה רק הקנס דהוא קייץ, אבל בהמעשה הא יש גם חיוב בושת ופגם, דזה הוי ממון, וא"כ הוי כפירת ממון, אכן לדברינו ניחא, כיון שעקר מה שמחייב קרבן שבועה הוא הכפירה על התביעה, וכיון דעקר תביעתו עתה הקנס משו"ה פטור לר"ש, וזה הוא דקאמר ר' יוחנן בשבועות (דף ל"ח) דטעמא דר"ש משום דעקר קנס הוא תובע, דכיון דמחייב קרבן שבועה הכפירה על תביעתו, וכיון דעקר תביעה הוא קנס. אף שיש בכפירה הזאת גם ממון, פטור מקרבן שבועה הואיל והתביעה לא היתה ממון (ומה שדחה שם רב פפא הוא רק דברי רבא. אבל לא דברי ר' יוחנן ודוק):

ובהכי ניחא הא דאמרינן בחו"מ (סימן פ"ז) דאין משביעין אלא אם עיקר התביעה ממון, אבל אם עיקר התביעה איסור אף שנ"מ לענין ממון, כגון אם טוענת קדשתני והוא אומר לא קדשתיך, פטור משבועה, אף שנ"מ לענין ממון ועיין ש"ך שם ס"ק נ"ד שהקשה מהא דאמרינן בקדושין גבי סוטה אשכחן איסורא ממונא מנא לן, הרי אדרבה ילפינן גנגול שבועה דממונא מאיסורא. ועוד הקשה הש"ך דהא כתב הרמב"ם (פט"ו מהלכות אישות) ובכל זאת משביעה היסת שלא הפילה, או שהפילה שלם, שבטענה זו יתחייב ליתן לה כתובה כו' ועוד כתב הרמב"ם (פכ"ד מהלכות אישות) משביעה בנקיטת חפץ שלא זינתה תחתיו ואח"כ תגבה כתובתה אכן לדברינו פשוט. מה שהקשה הש"ך דהרי אדרבה ילפינן גלגול שבועה דממונא מאיסורא לא אדע מאי קשיא לי', ודאי דחיוב שבועת סוטה חייבה התורה על האסור שלא זינתה, והשבועה בשביל השקאה, אבל שבועה כזו על איסור לא מצינו רק גבי סוטה. ואם אין משקה אותה. מאיזה טעם. אין משביעה כלל דהרי השבועה לאו משום איסור שנימא אם ספק לו אם זינתה תשבע, ואף ברגלים לדבר אין משביעה, ושבועת מודה מקצת ודאי לא הוי אלא בתביעת ממון, וכן

שבועת היסת לא תקנו חכמים אנא בתביעת ממון. א"כ הכא דעיקר התביעה אינה ממון אף שיש בזה חיוב ממון, כיון דבמודה מקצת ובהיסת עיקר מחייב השבועה התביעה, וכיון דעקר התביעה אינה ממון אין משביעין אבל בגלגול שבועה שפיר ילפינן ממונא מאיסורא היינו כמו שבשבועת הסוטה שהיא בשביל השקאה אמרה התורה דמגלגלין בה כמו כן שבועת מודה מקצת שהוא בממון מגלגלין בה. אבל ודאי דלא ילפינן מסוטה להשביע על איסור. שהרי שם השבועה רק בשביל השקאה אבל לגבי גלגול שפיר ילפינן משבועת סוטה היכא דמשקין אותה. וכן מה שהקשה הש"ך מהא דמשביעה שלא הפילה או שלא זינתה נהי דלא מיירי שתובעת הכתובה, כמו שכתב הש"ך:

דדוחק לפרש כן אעפי"כ עיקר מה שתובעה הוא כדי ליפטר מן הכתובה. דהרי לגרשה יכול בעל כרחה, א"כ עיקר תביעתו שתובעה. הוא כדי להפטר מן הכתובה. א"כ תביעתו היא ממון. משו"ה משביעין אותה:

ולפי זה יתיישב שפיר קושית התוס' שהקשו למ"ד שעבודא דאורייתא אין מחויב שבועה במודה מקצת, הא הוי כפירת שעבוד קרקעות. אכן לדברינו ניחא. דהנה כשתובע אחד את חברו חוב שיש לו עליו. הנה יש בתביעה הזאת, תביעה. השעבוד שיש לי בידך. שזה הוא על הנכסים וגם יש בזה התביעה מה שהנתבע מחויב לשלם. והנה מה שהנתבע מחויב לשלם יש בזה קרקע ומטלטלין שהרי הוא מחויב לשלם בין בקרקעות בין במטלטלין ואפילו מגלימא דכל כתפי' אכן מה שתובע השעבוד זה הוא דוקא קרקע דהרי שעבוד אינו אלא על הנכסים:

מעתה מיושב שפיר דהנה כשתובע אחד לחברו חוב בעל פה. אף שיש בזה שעבוד נכסים ג"כ שהרי שעבודא דאורייתא. אעפי"כ לא נוכל לומר שתביעתו היא השעבוד. שהרי אף אם הנתבע יודה לו השעבוד לא יועיל לו מאומה. שהרי מלקוחות לא יוכל לגבות. א"כ עקר תביעתו לא השעבוד. רק הוא תובע שלם לי מה שאתה מחויב א"כ התביעה הוא רק החיוב, והחיוב לשלם בין קרקע בין מטלטלין א"כ בודאי מחויב שבועה. שהרי הוא תבעו בכלים וקרקעות והודה לו גם במקצת כלים. דמחויב שבועה אבל בתבעו שטר עקר התביעה השעבוד שיש לו בידו לגבות מן הנכסים. אף מן הלקוחות, וכיון דתביעתו השעבוד והשעבוד הוא דוקא קרקע ולא מטלטלין וזה בארנו דבמודה מקצת עקר מחייב השבועה התביעה. א"כ אף שבמעשה התביעה יש כאן ג"כ חיוב שמחויב הלוה לשלם, כיון דהתביעה השעבוד. והתביעה היא המחייבתו. משו"ה פטור מן השבועה. שהרי השעבוד הוא דוקא קרקע, לא מטלטלין שעל מטלטלין אין שעבוד, וכיון דתביעתו שעבוד קרקע משו"ה פטור, אבל במלוה על פה עקר תביעתו

החיוב וחיוב הוי מטלטלין ג"כ משו"ה מחויב שבועה אף למאן דאית לי' שעבודא דאורייתא:

ובזה יתפרשו דברי המ"מ שתירץ על קושית הראב"ד שהקשה על הרמב"ם איך מחייב שבועה באומר אלמנה נשאתיך. הא הוי שעבוד קרקעות, ותירץ המ"מ דכיון דתקנו הגאונים דנגבית מן המטלטלין. לא הוי שעבוד קרקעות, והקשה הלח"מ הא מיני' דידי' לכולי עלמא גובה אף מן המטלטלין. ואעפי"כ אמרינן דהוה שעבוד קרקעות, אכן לדברינו ניחא כיון דבארנו דעקר הטעם משום דתביעתו הוא שעבוד לא חיוב ושעבוד הוי רק קרקע ולא מטלטלין שהרי במטלטלין אין שעבוד וכל זה דינא דגמ' דאין גובין ממטלטלי דיתמי, אכן כיון דתקנו הגאונים דגובין ממטלטלי דיתמי, א"כ הרי הטילו שעבוד גם על מטלטלים א"כ כשתבע אחד מחברו שעבוד הוא תובע קרקע ומטלטלי וכשהודה הודה גם במטלטלי שיש עתה נבאר תקנת הגאונים שעבוד גם על מטלטלי. א"כ עתה גם בתביעת שטר מחויב שבועה, הרי לא הוי שעבוד קרקעות אלא שעבוד מטלטלי ג"כ, אבל קודם תקנת הגאונים נהי דמיני' דידי' גבי אפילו ממטלטלי, אבל מיתמי לא גבי מן המטלטלין. א"כ לא הי' כלל שעבוד, על מטלטלי, וכי תבע מינתא דשטרא עקר התביעה. שעבוד דהוי רק קרקע קודם תקנה הגאונים. משו"ה אמר בגמרא דהוי כפירת שעבוד קרקעות. אבל לדידן לבתר תקנת הגאונים הוי כפירת מטלטלי כיון דעל מטלטלי ג"כ יש שעבוד:

ועל הקושיא איך קאמר הרמב"ם דבכתובה אם אמר אלמנה נשאתיך מחויב שבועה הא בגמ' קאמר דשטר הילך הוא וגם למה להרמב"ם לפרש טעמא בהודה בחמשים שבשטר משום דאין יכול לכפור תיפוק לי' דהוה הילך. עיין בפ"ד מהלכות טוען שכתב הרמב"ם דמשכון לאו הילך. והקשה הראב"ד כיון דשטר הוי הילך. א"כ גם משכון הוי הילך. ולכאורה קושיא אלימתא היא' דהא חזינן לגבי שביעית דמשכון אינו משמט ושטר משמטי הרי דמשכון יותר תפוס משטר:

הנה בגמ' כי אתמר ותנא תונא אאידך דר' חייא כו' והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי דמאי דתפיס הילך הוא ופירש רש"י דהוה העדאת עדים. והקשו בתוס' א"כ הא הוי ראי' לדר' חייא קמייתא. ונראה לי דהנה בגמ' קאמר מאי ק"ו שלא תימא מודה מקצת דאיכא למימר הכי אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי. קמ"ל ק"ו. והקשו בתוס' כיון דרצה לומר דהעדאת עדים הוי חשוד. א"כ הרי לא מצינן למילף מק"ו:

ונראה לי דהא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע, פירש רש"י אמאי לא מהימנינן לי' מטעם מגו, ולכאורה למה לאמר דהקושיא מדוע לא נימא מגו

בלא מגו קשה מפני מה כופר הכל פטור משבועה ומודה מקצת חייב. וצ"ל דזה פשוט דמודה מקצת כיון שבמקצת טענתו יש חיוב ודאי, על פי הודאת פיו, זה מגלגל ומחייב שבועה על השאר ורק רבה הקשה, נימא מגו דאי בעי כפר הכל ותירץ דאין אדם מעיז פניו ולא הוי מגו, אכן עוד יש לומר, דבאמת השאלה היא מפני מה מודה מקצת מחויב וכופר הכל פטור ותירץ כיון דאין אדם מעיז ודרך בני אדם להשתמט א"כ הרי לא שמענו מפיו כפירה ממש שהרי מה שכופר יוכל להיות מפני שמשתמט, משו"ה רמי שבועה, אבל בכופר הכל שהוא כופר בודאי, אז הוא מוחזק והמוציא מחברו עליו הראי' והיכא שיודעים אנו שהמוחזק כופר לא חייבתו התורה כלום:

והנה אם נימא דחיוב מודה מקצת הוא משום שכיון שמטענתו יש חיוב ודאי, מגלגל שבועה על השאר י"ל ק"ו, מה אם החיוב הוא מטעם הודאת פיו, מיחייב שבועה, מכש"כ אם החיוב הוא משום העדאת עדים, אבל אם נימא דהחיוב במודה מקצת הוא מטעם דאין אנו שומעים כפירה בודאי, שהרי יוכל להיות אשתמוטי קמשתמיט א"כ בהעדאת עדים והוא כפר בכל הוי כפירה ודאית בכה"ג לא חייבה התורה ולא שייך כלל ק"ו, וא"כ יהי' הפירוש בגמ' שלא תימא כדרבה, שלא תימא דחיוב מודה מקצת הוא משום אישתמוטי וא"כ לא הי' שייך ק"ו קמ"ל ר' חייא דחיוב מודה מקצת, הוא משום דחיוב מקצת מגלגל על השאר, וא"כ יש לומד ק"ו וטעם אישתמוטי הוא רק לסלק המגו:

והנה מאן דס"ל הילך פטור ס"ל דכיון דעל מה שנותן לו אין כאן טענה א"כ אין כאן מה שיחייב שבועה על השאר, אכן מאן דס"ל הילך חייב, ס"ל דאף שיש סברא, דהודאת מקצת מחייב על השאר, אבל זה ג"כ אמת דהיכא דמשתמיט, וא"כ אין אנו שומעים כפירה ודאית, מחויב שבועה, וא"כ סברת אישתמוטי שייך ג"כ בהילך, וא"כ לאו כופר הכל הוא ומחויב שבועה:

ואין להקשות לפי דברינו, דר' חייא דסובר הילך חייב א"כ ע"כ ס"ל דחיוב שבועה הוא מטעם דאשתמוטי, היינו דאין אנו שומעים כפירה ודאית, א"כ איך מייתי ק"ו להעדאת עדים דילמא באמת הטעם משום דאין אנו שומעים כפירה ודאית וא"כ לא שייך כלל ק"ו, דהא בהעדאת עדים והוא כופר הכל, הרי שמענו כפירה ודאית אכן יש לומר דר' חייא ס"ל דע"כ במודה מקצת יש ג"כ הטעם דחיוב ודאי מגלגל שבועה על השאר, דהנה אם נימא הטעם, משום דלא שמענו כפירה ודאית ורמא רחמנא שבועה, עכ"פ חיובי ממון אין כאן, דילמא כופר ודאי, וא"כ היכא דאין יכול לישבע לא ישלם ורק חיובי שבועה יש כאן, אבל אם נימא דחיוב מקצת מגלגל חיוב שבועה על השאר, נוכל לומר דמגלגל חיובי ממון ורק יכול לפטור עצמו בשבועה וכיון דילפינן מקרא דשבועת ד' תהי' בין

שניהם כו' דהיכא דאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא מחויב לשלם א"כ ע"כ במודה מקצת יש גם הטעם דחיוב מקצת מגלגל על השאר:

והנה אם נימא דהילך חייב, מטעם דאישתמוטי משתמיט, ואין אנו שומעין כפירה ודאית, אם אחד יאמר לחברו מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ואעפ"כ אני נותן לך חמשים, ג"כ יתחייב (מלבד הסברא שיש לומר דהוה הודאה, שאין אדם נותן בחנם) שהרי מה שמשתמיט, דהטעם כיון דמקצת טענתו מודה, הוא משתמיט מכש"כ אם משלם, אף שאין מודה:

שהוא חייב, הוא משתמיט, וא"כ בשנים אוחזין נהי שהוא כופר הכל, אבל זהו יודע דמאי דתפיס הילך, שהרי זה יודע שכיון שהוא ג"כ תפוס, בודאי יתנו לו החצי וא"כ שייך אשתמוטי ואין אנו שומעין כפירה ודאית, משו"ה מחויב שבועה, אבל אם נימא הילך פטור, א"כ טעם מודה מקצת דחיוב ודאי מגלגל על השאר והכא בשנים אוחזין, אין כאן חיוב ודאי דלמסקנא לא הוי אנן סהדי דפלגא דידי', ורק קאמר אנן סהדי דמאי דתפיס הילך הוא, ולפ"ז לא הוי ראי' רק לאידך דר' חייא אבל לדר' חייא קמייתא, דשמענו מפיו (עוד קודם שבאו העדים) שכפר הכל, הרי לא שייך אישתמוטי, בודאי דנוכל לומר דכה"ג היכא דכופר הכל לא חייבתו התורה:

ולפ"ז יהי' ג"כ הפירוש בגמרא שטר דקמודה כהילך הוא, פירוש דאם נימא דחיוב מודה מקצת הוי:

משום דכיון דמקצת טענה יש חיוב ודאי, מגלגל חיוב על השאר, זהו דוקא אם מהטענה עצמה יש חיוב, אבל בשטר דכיון דאין יכול לכפור, וכל נכסיו משועבדים על זה לא הוי כלל טענה. וכל טענתם על השאר אין כאן מה לחייב, אבל אם נימא דהילך מחויב, א"כ טעם החיוב במודה מקצת משום אישתמוטי, ואישתמוטי שייך גם בזה, דלגבי דעת בני אדם, אם אחד יש לו בידו מאה אף שהם משני חובות, אבל כיון דמקצת מודה שייך אישתמוטי, וא"כ מאי דקאמר הרמב"ם שאין יכול לכפור זהו גופא הפירוש בגמ' דהילך. ולפ"ז לא קשה קושית הראב"ד כיון דשטר הוי הילך כש"כ משכון וכדהוספנו להקשות משביעית דאין משמט משכון ואעפ"כ משמט שטר, אכן לדברינו אין כאן קושיא, דנהי דלגבי מוחזק, חשיב משכון יותר מוחזק משטר, אבל לגבי טענות, הנה בהשטר בידו אין צריך כלל לדון עמו, שיש לו מפורש החוב, אבל במשכון הרי צריך לדין עמו כמה מגיע לו, א"כ הוי טענה אף על מה שהודה וממילא הוה הודאה ממין הטענה:

ולפי דברינו יתיישב קושית הרשב"א הובא בש"מ ב"מ ל"ז על הנך דתירצו על הקושיא בשנים שהפקידו אצל אחד זה מנה וזה מאתים דאמאי אמרינן נותן לזה מנה ולזה מנה:

והשאר יהא מונח, הא הוי מחויב שבועה ואין יכול לישבע, ותירצו משום דהילך הוא והקשה הרשב"א א"כ לפרוך ממתניתין על ר' חייא דס"ל הילך חייב שבועה, אכן לדברינו בהילך לא שייך לומר דמקצת חיוב מגלגל על השאר ורק אישתמוטי שייך, היינו משום דאין אנו שומעין כפירה ודאית, וא"כ הוי רק חיוב שבועה בהילך, אבל מתוך שאי"ל משלם לא הוי בהילך אף לדר' חייא ודו"ק כי נכון הוא:

והנה הרמ"א כתב באה"ע (סימן צ"ז) בשם המ"מ דבמקום שאין כותבין כתובה, אז אין כאן שבועת מודה מקצת שהרי לא הי' יכול לכפור, אבל במקום שכותבין ונאבדה הכתובה נשבע שבועת התורה כדין מודה מקצת שהרי הי' יכול לטעון פרעתיך והקשה הב"ש בסימן ק' הא הרמ"א בעצמו פסק להלכה שם דאף במקום שכותבין אם יש עדים שנאבדה הכתובה אין יכול לטעון פרעתי וא"כ הלא אין יכול לכפור. ואיך סתם כאן הרמ"א שאם נאבדה נשבע שבועת התורה, הי' לו לבאר דוקא שאין עדים שנאבדה ק

ובדין אם במקום שכותבין כתובה, אם יכול לטעון פרעתי הנה האלפסי הביא בכתובות פ"ח אוקימתא דשמואל דמתניתין במקום שאין כותבין כתובה והקשו עליו דהרי הוא הביא בב"מ דעת ר' יוחנן דאמר הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום ומוכח בגמ' דאף במקום שכותבין הוא מדדחי אביי ראיית ר' חייא בר אבא ממתניתין דהוציאה גט ואין עמה כחובה ודחי דילמא במקום שאין כותבין אבל במקום שכותבין אי נקיטא כתובה גביא, הרי דלר' יוחנן אף במקום שכותבין ולא נקיטא כתובה גביא ועיין שם ברא"ש מה שמביא בשם הרמב"ן דאביי מעיקרא הי' סבור דר' יוחנן איירי במקום שכותבין ואח"כ לפי הדחוי הבין אביי דר' יוחנן ג"כ לא קאי אלא במקום שאין כותבין ואין זה במשמע:

ועיין תוס' שהקשו בב"מ דף י"ז מאי קאמר אביי אלמנה מן הארוסין במאי גביא תקשי לי' מאלמנה מן הנשואין. ונראה לי דהנה טעמא דטוען על כתובה פרעתי במקום שאין כותבין, שאינו נאמן, יש לומר או מטעם דכיון דאם יהי' נאמן לומר פרעתי, א"כ הלא לעולם לא תגבה ומשו"ה הוי כמקום דלא אפשר וכתבינן שובר וממילא כיון דאין שובר בידו הוי הוכחה שלא פרע, או דהטעם משום דכיון דהחיוב הוא מעשה ב"ד החיבן בחזקתו ובעי ראי' שפרע, והנה במקום שאין כותבין כתובה לשני הטעמים יהי' מחויב ולא יוכל לטעון פרעתי ובמקום שכותבין ואין בידה כתובה לשני הטעמים יוכל לטעון פרעתי, כיון דאין כתובה בידה מוכח שפרע ונתנה לו הכתובה:

אך יהי' נ"מ בין הנך טעמים, היכא דאין הוכחה ממה שאין שובר, ואין הוכחה ממה שאין כתובה, כגון באלמנה שמת היורש, ובאה לתבוע מיורשי היורשים, הנה בזה יוכל להיות שמורישם פרע וקבל שובר וא"כ אין ראי' ממה שאין כאן שובר שלא פרע. והוא

במקום שאין כותבין כתובה א"כ אין ראי' ממה שאין כתובה בידה שפרע, שכיון שהוא במקום שאין כותבין כתובה, א"כ לא הוי לה כתובה, לפ"ז לטעמא דהחיוב בחזקתו וכל זמן שאין ראי' שפרע מחויב לשלם, גם כאן יצטרכו היורשים לפרוע, אך לטעמא דאם לא יצטרך שובר, א"כ לעולם יוכל לטעון פרעתי, וא"כ כשפורע צריך לקבל שובר, וכיון שאין שובר בידו מוכח שלא פרע, אבל הכא אין ראי' שלא פרע כי שמא מורישם הי' בידו שובר, משו"ה פטורים:

ונראה לי דבזה פליגי הרמב"ם ושארי מפרשים באם כתב לה כתובה במקום שאין כותבין דהרמב"ם ס"ל דהוי דינו כמקום שכותבין דכיון דאין כתובה בידה יכול לומר פרעתי והרא"ש ס"ל דאין יכול לטעון פרעתי ועיין בזה בהגהת האלפסי בסוף פרק הכותב, ונראה לי דכיון דהוי מקום שאין כותבין א"כ אין ראי' ממה שאין הכתובה בידה שפרע לה, דיוכל להיות דהיא לא איזדהרה בכתובתה שהרי יודעת דאף בלא כתובה הכל גובין ולא חששה להזהר אכן גם ממה שאין שובר בידו אין ראי' שיוכל להיות שפרע וקבל הכתובה והוא הי' סבור דבזה די שקרע הכתובה. והנה הרמב"ם סובר דעיקר הטעם דכיון דצריך לקבל שובר זה ראיה שלא פרע אבל בכאן אזל הראי', אמרינן דילמא פרע, אכן הרא"ש ס"ל דעקר הטעם שהחיוב בחזקתו, רק מה שאין שטר כתובה בידה ראי' שפרע וכיון דאזל הראי' משו"ה צריך לשלם. וכן באם יש עדים שנאבדה כתובתה במקום שכותבין. דאימתי הוא תקנה שיצטרך ליקח שובר במקום שאין כותבין, אבל במקום שכותבין לא הי' כלל תקנה שיקח שובר וממילא נאמן לטעון פרעתי, כמו בכל שטר שנאבד שנאמן לטעון פרעתי אבל אם הטעם משום שהחיוב בחזקתו ורק היכא שיש ריעותא שאין כתובה בידה אז נאמן לטעון פרעתי, אבל היכא שאין הריעותא, כמו בנאבדה הכתובה, אין יכול לטעון פרעתי:

והנה ר' יוחנן דאמר הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום, טעמא דידי' משום דכיון שהחיוב של מעשה ב"ד הוא חיוב ברור, וצריך ראי' שפרע א"כ אף במקום שכותבין כתובה, ולא נקיטא כתובה גביא היכא דאין ריעותא ממה שאין הכתובה בידה, כגון שיש עדים שנשרפה, ומשו"ה דחי אביי ואמר דילמא במקום שאין כותבין, אבל במקום שכותבין אי נקיטא כתובה גביא ואי לא לא גביא, פירוש אף במקום שאין ריעותא. כגון שיש עדים שנשרפה, הדר אמר אביי לאו מילתא היא דאמרי, דאל"כ אלמנה מן האירוסין במאי תגבה, פירוש בשלמא אלמנה מן הנשואין לא קשה, דאף דגבי יורשים ביארנו שאין ראי' ממה שאין שובר, דדילמא פרע אבוהון והי' בידו שובר, אבל הלא אביהן ודאי לא פרע שהרי תוך זמנו הי' והיורש לא יוכל לטעון שפרע, שהרי אין שובר בידו ובמקום

שאין כותבין הי' לו ליקח שובר ואין לומר דילמא גירשה אביו והי' כבר זמן הפרעון והי' בידו שובר, שהרי ידענו שישבה תחתיו ומשמשתו (והוא גמ' מפורשת בכתובות דף פ"ח לגבי שובר) אבל אלמנה מן האירוסין נהי דאלו ידענו שכשמת היתה ארוסתו לא היינו חוששין לפרעון מצד האב, שהרי הי' תוך זמנו, ולפריעת הבן אין חוששין, מטעם דאין שובר בידו אבל דילמא גירשה הארוס והי' בידו שובר איכא למיחש ואמאי ישלמו היורשים ע"כ דהטעם משום דהחיוב בחזקתו, וכל זמן שאין ראי' שפרע אין חוששין לפרעון (ובגרושה אף במקום שאין כותבין לס"ד דאביי צריך ראי' שלא פרע, שהרי תוכל להתרות אל תפרעני, כפירוש הרא"ש ומש"ה הי' סבר דגט היינו כתובה) ומש"ה ניחא מה דפסק האלפסי כר' יוחנן, ואעפי"כ הביא אוקמתא דבמקום שאין כותבין, דאלו במקום שכותבין הרי ריעותא לפנינו, כיון שאין הכתובה בידה מוכח שפרעה, אבל היכא שעדים מעידים שנאבדה או נשרפה. בכה"ג גובה. אכן הרמב"ם לא הביא כלל לדר' יוחנן ואזיל לטעמי', שכתב שאם כתב לה במקום שאין כותבין דינו כמקום שכותבין ובארנו דתלי בזה ודו"ק:

ולפי מה שבארנו ליישב קושית רעק"א על מתניתין דזה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי דהא הוי מודה מקצת הטענה למאן דס"ל הילך חייב ובארנו דהכא כ"ע מודו דאין כאן שבועה שהרי על החצי שהודה, אין כאן תביעה כלל, בזה יהי' ניחא מה שקשה איך כתב הרמב"ם דאם תבעו חמשים שבשטר, וחמשים שבעל פה והודה במה שבשטר אין כאן הודאה מפני שאין יכול לכפור ותקשה לחייב משום העדאת עדים. אכן לדברינו ניחא דהנה הרמב"ם כתב שני טעמים, משום שאין יכול לכפור, והרי כל נכסיו משועבדים. והקשו למה להרמב"ם השני טעמים. ע"כ נראה לי דכונת הרמב"ם דעל חמשים שבשטר אין צריך לתבעו שאין יכול לכפור, והרי נכסיו משועבדים ויכול לילך בעצמו לגבות מנכסיו וכדקיי"ל מקיימין השטר שלא בפני בע"ד. משו"ה על השטר לא הוי כלל טענה אבל בעדים הרי צריך לקבלת העדים בפניו, משו"ה בעדים הוי תביעה:

והנה לפ"ז אזלי הרמב"ם והרא"ש לטעמייהו דהרמב"ם פסק דגבי כתובה הוי כמודה מקצת דס"ל דכשתתבענו והוא יבא לב"ד ואין שובר בידו, מזה שאין שובר בידו מוכח שלא פרע, א"כ הרי צריך לתביעה שכשתתבע ולא יהי' שובר אז יהי' ראי' שלא פרע, דהרמב"ם פסק כשמואל והוי מודה מקצת הטענה, דלדידי' צריך טענה אף על המנה. אבל הרמ"א פסק כר' יוחנן, דאף אם אין כתובה בידה (היכא שאין ריעותא) החיוב בחזקתו, כל זמן שאין מביא הוכחה שפרע, א"כ אין צריך לתביעתו משו"ה פוטר הרא"ש והרמ"א משבועה:

ולפ"ז מיושב מה שכתב הרמ"א דאם יש עדים שנאבדה, אז מחויב שבועה שהרי יכול לכפור והקשו הא ביש עדים שנאבדה מחייב הרמ"א אכן לדברינו דהטעם משום שאין כאן תביעה, הנה במקום שכותבין כתובה, בלא כתובה לא תוכל לתבוע. וא"כ תצטרך להביא עדים שנאבדה הכתובה דבלא עדים הלא יוכל לכפור, וא"כ נצטרך לקבלת עדות וצריך דוקא בפניו וא"כ הוי התביעה על החיוב א"כ הוי מודה מקצת הטענה:

והנה הרא"ש הביא ירושלמי דאיתא. סלעים דינרין דאינון ונמחק וכו' בן עזאי אומר הואיל והודה ממין הטענה ישבע וחכמים אומרים אין ההודאה ממין הטענה:

הא אם הודאה ממין הטענה חייב וכא הודאה ממין הטענה כ"ע מודו שהוא חייב לה מנה והיא כתובעת מנה אחר בידו המוציא מחבירו עליו הראי' ופירש הרא"ש דחכמים אומרים אין הודאה ממין הטענה היינו שהוא שעבוד קרקעות ופריך א"כ בכתובה יהא חייב שהרי הודאה ממין הטענה ותירץ כיון דכ"ע מודים שהוא חייב מנה הוי שעבוד קרקעות, והדבר תמוה, איך הי' סבור הירושלמי מעיקרא דכתובה לא הוי שעבוד קרקעות, ושטר הוי שעבוד קרקעות, אדרבה כתובה אינה נגבית אלא מן הקרקע וחוב נגבה מן המטלטלים. גם קשה לפרש דמה שאמרו חכמים אין הודאה ממין הטענה, הכונה שעבוד קרקעות מה ענין אין הודאה ממין הטענה לשעבוד קרקעות ברישא דברי הירושלמי איתא אמר רב מודה חביבי בשטר ופירשו דמשו"ה מודה ר' חייא בשטר משום דהוי שעבוד קרקעות א"כ מה ענין זה לדברי ר' חייא, אכן כפי מה שבארנו דפירוש דברי הרמב"ם דמשו"ה אם הודה במה שכתוב בשטר אין מחויב שבועה משום דאין יכול לכפור, א"כ על זה אין טענה, יהי' פירוש דברי הירושלמי מודה חביבי בשטר אף דבעדים ס"ל דמחויב שבועה אף שג"כ אין יכול לכפור, אבל התם, דבעי קבלת עדים דוקא בפניו, הוי טענה, אבל בשטר, דמקבלין אף שלא בפניו, לא הוי טענה, ואמר ר' יוסי בר בון נשמענו מן הדא (פירוש שהוא מביא ראי' לזה) סלעים דינרין דאינון ונמחק אין פחות משתים מכאן ואילך מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש בן עזאי אומר הואיל והודה ממין הטענה ישבע וחכמים אומרים אין הודאה ממין הטענה פירוש דחכמים ס"ל כיון דהי' כתוב סלעים דינרין דאינון, בודאי שהי' שלש דאין לומר שהי' שתים, כיון דסתם סלעים שתים למה הי' לפרש וכיון דהוצרך לפרש אלא שנמחק ע"כ הוי יותר משתים א"כ שלש בודאי הי' כאן (וס"ל לחכמים דאף בלשון בני אדם לשון הדיוט דרשינן) והי סבור מעיקרא דטעמא דחכמים, דמשו"ה פטור דכיון דהוי כאלו כתוב בשטר שלש בהדיא א"כ הוי הודאתו בשטר, ותביעה בע"פ והודאה בשטר וכפירה בע"פ לא הוי ממין הטענה וסבר הירושלמי דשטר ומלוה שני מינים נינהו, כמו דאיכא מ"ד

דחיוב ע"י הלואה וחיוב ע"י פקדון ג"כ לא הוי ממין הטענה, גם סבר הירושלמי דתבעו חיטים ושעורים והודה לו באחד מהן, פטור. הא אם הודאה ממין הטענה חייב (פירוש באלמנה נשאתיך) הא הודאה ממין הטענה, ומשני הירושלמי כ"ע מודו שהוא חייב לה מנה, פירוש, דעתה מפרשי הירושלמי מה שחכמים אומרים אין הודאה ממין הטענה, הכונה כיון שעל שלש לדברי חכמים אין יכול לכפור, דלדידהו כיון דאיצטריך לפרש ע"כ הי' יותר משתים, א"כ על שלש יש לו שטר. ולא צריך כלל להודאתו לא הוי על זה טענה ועל טענתו יותר משלש, אין כאן טענה. א"כ ה"נ בכתובה, כיון דעל כתובה מנה אין יכול לכפור דס"ל להירושלמי כמ"ד הטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום והחיוב בחזקתו כמאן דנקיט שטר ואין כאן טענה כלל על זה, והיא כחובעת מנה אתר בידו והוא כופר, המוציא מחבירו עליו הראי', א"כ הרי שפיר מוכיח ר' יוסי בר בון דבשטר מודה ר' חייא:

גם ממסקנת הירושלמי והיא כתובעת וכו' מוכח כפירושנו דאם כפירוש הרא"ש, מטעם דהוי שעבוד קרקעות א"כ יתר הדברים והיא כתובעת כו' אין לזה באור, אכן לדברינו זהו עקר כונת הירושלמי, דטענתם רק במנה אחר, דעל מנה זו אין כאן טענה ורק על מנה השני' הטענה ועל זה אין כאן הודאה וסתמא דירושלמי כר' יוחנן, אכן הרמב"ם דפסק כשמואל משו"ה פסק באלמנה נשאתיך. דמחויב שבועה, כיון דבעי עדים ובעי דוקא בפניו והוי תביעה וטענה, הוי מודה מקצת:

סימן ו

סוגיא דחשיד אממונא, הרבה חלוקים בחשוד ובין עבר העברה. ויבאר לגבי צריך בדיקת סכין, דהרמב"ם ס"ל דאף במומר לשאר עברות בעי בדיקת סכין, דאף אם עבר עבירה פעם אחת בעי בדיקת סכין, ויבאר דבטוען נגנבה, כל זמן שלא נשבע, לא נפסל:

(דף ה') **ונימא** מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, לא אמרינן מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא כו' אלא לא אמרינן מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, אביי אמר חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו כו' אלא חיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. והנה הרא"ש הביא, דרב אלפס לא הביא רק תירוצא דאביי. וכתב, דמשמע, דרב אלפס ס"ל, דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, והקשה כיון דסוגית הגמ' סברה דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא היה לי' לפסוק כסתמא דגמרא. וכן הטוש"ע בסי' צ"ב כתב ז"ל וכל מי שחשוד ליקח ממון חברו, חשוד על השבועה. ודוקא שיש עדים שלקח ממון חברו, אבל בלא עדים אין נעשה חשוד. דשמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו.

וקשה עליהם קושית הרא"ש דמשמע דסבירא לי' דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. ורק מטעמא דספק מלוה ישנה יש לו עליו, משביעין אותו כיון דסתמא דגמרא מסיק דלא אמרינן מגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא הי' לו לפסוק כסתמא דגמרא. ומה שתירץ הרא"ש דאין נפקותא בין אם משביעין מטעם דאין חשוד אשבועתא או מטעם ספק מלוה ישנה. כבר כתב הר"ן דנ"מ אם מחל הנתבע כל תביעות שיש לו על התובע, דאם נימא דחשיד אממונא חשיד אשבועתא והא דמשביעין הוא משום ספק מלוה ישנה:

א"כ במחל כל תביעות, יפטר משבועה, אבל אם נימא דמשביעין. מטעם דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא. א"כ גם במחל כל תביעות, משביעים אותו' וכיון דנפקא מינה לדינא בין הני טעמים הדר קושיא לדוכתא כיון דסתמא דגמ' סברה דחשוד אממונא לא חשיד אשבועתא בלא טעמא דספק מלוה הי' לרבנו הטור לפסוק כסתמא דגמרא:

ביורה דעה סימן ב' סעיף ג' איתא. מומר לתאבון ששחט אפילו נשבע ששחט בסכין יפה: אינו נאמן והטעם משום שהוא חשוד על השבועה שהרי מושבע ועומד מהר סיני על הנבלות. והקשה הט"ז, איך אמרינן. דאין פסול לעדות. אלא בעבר עברה שיש בה מלקות. אבל בעבר עברה שאין בה מלקות לא נפסל לעדות, כיון דבעובר על השבועה הוא נפסל לעדות ואפילו אם עבר על חרם נפסל לעדות א"כ גם בעבר עברה שאין בה מלקות ליפסל לעדות מטעם השבועה שמושבע ועומד מהר סיני:

ונראה לי לתרץ דהנה בירושלמי דגטין אמרינן דמשום הכי כל גט שיש עליו עד כותי פסול חוץ מגטי נשים משום דעל הממון נחשדו אבל על העריות לא נחשדו. משו"ה בעריות עדותו עדות ולא בממון. והקשה שם הקרבן עדה כיון דנחשדו להעיד שקר בממון א"כ מה מועיל שלא נחשדו בעריות, כיון דהעידו שקר הרי הם פסולים לעדות לכל התורה כולה. ויש לתרץ קושיתו דהנה בבכורות (דף ל"ה) אמרינן אמר לי' רב פפא לאביי לר' מאיר דס"ל החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו. וקאמר ר' מאיר החשוד לדבר אחד חשוד לכל התורה כולה, כהנים ה"נ דלא דייני דינא והכתיב על פיהם יהי' כל ריב וכל נגע. אימר דאמר ר' מאיר לחששא לאחזוקינהו מי אמר. ואיתא שם בתוס' ד"ה אימר ז"ל מתוך הלשון משמע דלר"מ קאמר ולא סבירא לן כותי', אלא אפילו במוחזק עובר על דבר אחד, לא הוי חשוד לכל התורה כולה ואע"ג דבפרק זה בורר, אמר אביי מומר אוכל נבלות להכעיס פסול לעדות היינו דוקא לענין עדות דרחמנא אמר אל תשת רשע עד. ע"כ משמע מדברי התוס' דהא דפריך הכא הוא רק אליבא דר' מאיר. אבל לא לפי מאי דקי"ל. וקשה הא עכ"פ הי' יכול להקשות אף לדידן כיון דפסקינן כאביי דאם מוחזק נדבר אחד פסול לעדות, א"כ גם לדידן קשה, איך כהנים כשרים לדון ולהעיד.

כיון דחשודים לעבור עברה שיש בה מלקות ומעיקרא הוא סבר דחשוד גמור הוא א"כ יפסלו כהנים לדון ולהעיד לכל התורם ומאי פריך רק אליבא דר"מ הא גם לדידן קשה דלענין שיפסל לעדות פסקינן כר"מ:

על כרחך צריך לומר דלדידן לא קשה:

דהנה רבא ואביי נחלקו במומר אוכל נבלות להכעיס אם כשר לעדות. דרבא סבירא ני' דכשר להעיד:

משום דחשוד לדבר קל לא נחשד נדבר חמור. היינו אף שנחשד לדבר שהוא רע לשמים לא נחשד להעיד שקר. דהוי רע לשמים ולבריות ואביי סבירא ני' דפסול משום דרשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד והנה אביי לא פליג על סברת רבא דחשוד לדבר קל איננו חשוד לדבר חמור רק דאביי סבירא לי' דהתורה אמרה דמי שהוא רשע פסול לעדות:

והנה כל זה הוא רק היכא דעבר העברה דנעשה רשע גזרת הכתוב דרשע אינו נאמן לעדות אבל היכא דלא עבר העברה רק שחזינן שחשוד הוא על העבירה, נמשל אם ראינו אחד שאכל בשר והוא הי' סבר שהוא נבלה ואכל להכעיס. ואח"כ נודע שהי' בשר שחוטה. הנה לנבלות הוא חשוד. שהרי ראינו שרצה לאכול נבילה ולא חשש על האיסור אבל הא נא נחשד על עברה חמורה כדיני נפשות וא"כ למה נפסלנו לעדות, והכא לא נוכל לומר. רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד כיון שנמצא שלא עבר העברה לאו רשע הוא ורק מדין חשוד נפסלנו. בזה מודה אביי דחשוד נדבר קל לא נחשד לדבר חמור:

ולפי זה שפיר פריך בבכורות. רק אליבא דר"מ ולא לדידן. דלדידן לא קשה כלל דהנה כהנים:

אף שנחשדו שיטינו מום בבכור:

ואם הטינו מום בבכור בודאי דיפסלו לעדות שהרי עברו עבירה שיש בה מלקות ופסולין לדין ולעדות אבל מהיכא תיתי שבא זה לידם להטיל מום בבכור וכל זמן שלא בא המעשה לידם הרי לא עברו עברה ולא נעשו רשעים.:

רק חשודים המה:

שאם יבא מעשה זה לידם יטילו מום אבל נא מחזקינן שכבר עשו המעשה להטיל מום א"כ נהי שחשודים לאיסור זה להטיל מום שדבר זה קל בעיני כהנים ואם יאמרו נפל מום בהבכור אין נאמנים אחרי שלדבר זה חשודים המה. אבל לכל התורה דלא נחשדו כשרים המה נדון ולהעיד. דחשוד נדבר קל איננו חשוד לדבר חמור' כיון דנא נעשה רשע

שלא עבר העברה ולא הטיל מום בבכור עדיין. משו"ה אליבא דידן לא קשה כלל אף דפסקינן כאביי דעד זומם פסול לכל התורה היינו דוקא היכא שכבר עבר העבירה: דנעשה רשע אבל לא בכהנים דלא עברו עדנה. ורק אליבא דר' מאיר פריך דאיהו ס"ל דאף החשוד נדבר אחד חשוד לכל התורה כולה. אליבא דידי' פריך א"כ יפסלו כהנים לעדות ולדין:

בזה יש נבאר הא דאמרינן בכתובות יצא לה שם רע בילדותה אין נה קנס ולא פתוי אמר רב פפא ש"מ האי שטרא ריעא לא מגבינן בי'. היכי דמי וכו' אלא דאתו בי תרי ואמרו לדידהו תבעתינהו באיסורא דכותה הכא דאתו בי תרי ואמרו לדידהו אמר זייפו לי' בשלמא התם שכיחי פרוצים אלא הכא אם הוא הוחזק כל ישראל מי הוחזקו. ולכאורה קשה כיון דקי"ל דמי שעבר עברה שיש בה מלקות פסול לעדות א"כ אותם הפרוצים שחשדינון להו שיעשו האיסור (ולדברי הרמב"ם הוא לאו שיש בו מלקות, דלא יהי' קדש, כיון שהיא הזמינה ותבעה אותם) וא"כ אותם פרוצים בעצמם הא חשודים לזייף (ובמקום אחר בארנו שיש לחלק בין בני אדם ידועים לאינם ידועים דגבי פרוצים אמרינן שיש בעולם פרוצים אבל בשטר הא בני אדם ידועים המה וא"כ נצטרך לומר עליהם שהם זייפו שהם בחזקת כשרים) אכן כפי שבארנו ניחא דהנה יש בני אדם שפרוצים המה וחשודים שאם יזדמן להם מעשה כזה יעברו על האיסור אעפי"כ כשרים המה לעדות, כיון שבחזקת שלא בא המעשה הזאת לידם ואף שחשודים על איסור עריות דהוא כאש בנעורת אינם חשודים על איסור אחר וכן יש לפרש דברי הגמ' בסנהדרין (דף כ"ז) דהחשוד על העריות כשר לעדות דג"כ קשה כיון שעברו על איסור עריות הרי הם רשעים ופסולים. אכן לדברינו ניחא. נהי שאם עברו על עריות נעשו רשעים ופסולים לכל עדות. אבל כ"ז דלא חזינן שעברו העבירה אמרינן דלא נזדמן להם. רק שהם פרוצים. וחשודים המה שאם תבא העבירה לידם יעברו. אבל עוד לא הוחזקו ודאי שעברו וא"כ לא נעשו עדנה רשעים דנימא התורה אמרה אל תשת רשע עד רק חשודים המה לעבור וא"כ אף שנחשדו לעריות דאין אפוטרופוס לעריות נאמנים על איסור אחר ומשו"ה כשרים לעדות, וא"כ ה"נ נהי דאמרינן:

דשכיחי פרוצים שאם יבא לידם מעשה זמה יעברו אעפי"כ אינם חשודים לזייף שטרות דמנא לן לומר דאירע לידם מעשה שנחשדו עליו. ולפ"ז שפיר ניחא נמי גבי כותים דקאמר הירושלמי דכשרים לעדות עריות ולגבי עדות ממון פסולים. דהנה כותים נחשדו שאם יארע להם עדות להעיד בממון. יעידו שקר:

ואם העידו כבר שקר בודאי דפסולין לעדות אשה שהרי נעשו רשעים דעברו על לאו דלא תענה שיש בו מלקות והתורה אמרה אל תשת רשע עד. אבל מנא לן שכבר אירע להם עדות שקר להעיד וא"כ עדנה לאו רשעים הם רק חשודים. וא"כ לעדות ממון אין עדותם כלום כיון דגם שקר יעידו ממילא אין נאמנות בעדותם, אבל לגבי עדות עריות כיון דלא נחשדו על זה. נהי דחשודים לממון אינם חשודים לעריות כל זמן שלא נעשו רשעים שלא עברו העבירה משו"ה לעריות כשר עדות כותי:

ובזה יש לפרש דברי התוס' בד"ה דחשוד ז"ל נראה דהיינו טעמא משום דשבועה חמורה, כדאיתא ביומא (פ"ו) ובשבועות (ל"ט) שכל העולם נזדעזע על לא תשא. וא"ת גזלן אמאי פסול לשבועה, דאמר שכנגדו נשבע ונוטל וי"ל דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן כו' וי"מ בשם ה"ר יהודה חסיד הא דחשוד אממונא כשר לשבועה משום דשמא על ידי שבועה יפרוש מגזל, אבל בגזלן ודאי כמו שמממון אינו פורש ה"ה משבועה עכ"ל התוס'. ולכאורה אין ביאור לדברים אלו דהדרה קושיא לדוכתה למה משבעינן לי' ממ"נ אם לא יפרוש עצמו מגזל הרי גם משבועה לא יפרוש. אכן לדברינו באור הדברים כן דבודאי היכא שכבר עבר על איסור גזל ועשה קנין גזלה דאז נעשה רשע דחמס (דרשע דחמס אמרה התורה אל תשת רשע עד. אף שאין בה מלקות) בודאי דגם על שבועה אין נאמן. שהרי אמרה התורה אל תשת רשע עד להיות עד חמס הרי דאמרה התורה מי שעבר על איסור ועבירה דחמס, אל תשת עד וגלתה התורה דאין מאמינים לו שמא יעיד שקר א"כ גם על שבועה אין מאמינים לו' כמו דאין נאמן על עדות חמור דדיני נפשות ולא אמרינן אף שנחשד לדבר קל לא יהי' נחשד לדבר חמור גלתה התורה. דהיכא דעבר כבר העברה אז חשוד הוא לכל התורה ואין נאמן. אבל כל זה, רק היכא שכבר עבר העברה דנעשה רשע כבר בזה גלתה התורה דאין נאמן וחשוד אף לדברים חמורים מעבירתו אבל היכא דעדנה לא עבר העבירה רק חזינן שרוצה לגזול דרשע לא נעשה עדנה, ורק חשוד הוא לעבור העבירה, שהרי חזינן דרוצה לגזול בזה אמרינן. נהי דחשוד שרוצה לגזול כל זמן דלא גזל עדנה, משום איסור שבועה יפרוש מגזל, ומשו"ה משבעינן לי' שמא, כיון דלא נעשה עדיין רשע ולא גזל עדיין. יפרוש משום איסור שבועה אבל בגזלן ודאי. היכא שכבר עבר העברה ונעשה רשע בזה הרי גלתה התורה. דחשדינן לי' אף לדבר חמור וא"כ אמרינן דאף משבועה לא יפרוש:

ולפי זה הכא בשנים אוחזין בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי' דמשבעינן לכל אחד משום דחיישינן, שמא תפס ותקף טליתו של חבירו ואומר שלי הוא בזה שפיר אמרינן דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא. שהרי אלו נתברר לנו שהאמת כדברי

האחד והשני באמת תקף וטען שלי הוא לא הי' נפסל לעדות לכל התורה שהרי לא עבר עדיין על איסור גזל שהרי לא עשה קנין גזלה בטלית כיון שהטלית מונחת עדיין ביד חברו:

הרי לא הגביהה כולה ובהגבהה בעינן דוקא כל הבגד ובודאי דלא שייך בזה המגביה מציאה לחברו דזה שייך דוקא בתחלת הגבה דמועיל הגבהת כל אחד לקנות הבגד. אבל אם אחד מחזיק בגד ואחד בא ותקף הבגד ואחזו ביד חברו ומונחת ביד שניהם עדנה אם אח"כ נאבד לא יתחייב עדנה באונסים אף על מחצית שהרי לא עשה קנין גזלה, כיון שמונח ביד הבעלים עדנה ולא יצאה מרשותו וכמו שאין מחויב באונסים ה"נ לא עבר על איסור גזל עדיין ולא נעשה רשע, א"כ הא דמשבעינן לי' משום דחשדינן שמא תקף לא חיישינן שמא כבר נעשה רשע אלא שמא חשוד הוא דבזה לא גלתה התורה. דאין נאמן לכל התורה בזה אמרינן חשוד שרוצה לעבור על איסור גזל לא נחשד אשבועה דהוא איסור חמור דכל העולם נזדעזע דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא ומשו"ה משבעינן לי':

אולם יש להקשות לפ"ז איך בעי בגמ' למימר ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת ומשביעין לי' משום דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, כיון דחשדינן לי' שכפירתו שקרי א"כ הרי כבר גזלן הוא ועבר כבר על עברה דחמס שהרי הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן. וא"כ הרי כבר רשע הוא ורשע הרי גלתה התורה דאין נאמן לכל התורה אף לדבר חמור. שהרי אמרה התורה אל תשת וכו' להיות עד חמס. וכן מטענת גנבה דג"כ משביעים מטעם שמא שקר הוא. והא התם אם שקר הדבר הלא נעשה כופר בפקדון ונעשה עליו גזלן ונתחייב באונסים וא"כ הוי גזלן, היינו שכבר נעשה רשע דכמו שמגזל אינו פורש כן לא יפרוש משבועה שהרי גלתה התורה דרשע חשוד אף לדבר חמור:

ונראה לי דהנה יש לי קושיא עצומה על רבנו הרמב"ם שהשמיט הא דאמר רב אידי בר אבין אמר רב חסדא הכופר בפקדון פסול לעדות ואנכי לא מצאתי דין זה והרמב"ם (בפרק ב' מהלכות טוען) כתב כל החשוד על השבועה אין משביעין אותו כו' אחד הנשבע לשקר שבועת בטוי או שבועת עדות או שבועת הפקדון עכ"ל (ובב"ק דף ק"ה) אמרינן מתיב רמי בר חמא ושכנגדו חשוד על השבועה כיצד אחד שבועת העדות ואחד שבועת הפקדון ואפילו שבועת שוא ואם איתא (דהכופר בפקדון נעשה גזלן), בכפירה הוא דאיפסיל. ואמרינן הב"ע דקאי באגם דלאו כפירה הוא, דסבר אישתמיטנא לי', ע"כ.

הרי דהיכא דהיו עדים שהי' בידו בשעת כפירה, מכפירה הוא דאיפסל, ולא מצאתי בנושאי כלי הרמב"ם שיעירו דבר זה:

לכן נראה לי דהנה לכאורה קשה כיון דקי"ל כל היכא דנתחייב באונסין קודם שטען נגנבה, אז פטור מן הכפל כדאמרינן בב"ק (ק"ו:) דבשלח בה יד פטור מכפל, מטעם שכבר נתחייב באונסים מעת ששלח בה יד וקנה הדבר וכן כתב הרמב"ם (בפ"ד מהלכות גניבה ה"ב) ז"ל אבל אם שלח בה יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח בו יד נתחייב בו וקנהו עכ"ל הרמב"ם הרי דטעם שליחות יד דפטור משום דקנה הפקדון דנתחייב באונסים, קודם שנתחייב בכפל. א"כ לפ"ז יקשה איך מחויב בטוען טענת גנב ונשבע, הא חיוב כפל הוא בעת השבועה. אבל קודם לכן אין מחויב, וא"כ לכאורה פשוט דאף אם אחר שטען טענת גנב שלח יד בהפקדון ואח"כ נשבע הלא יפטר מכפל שהרי החיוב על השבועה ובשעה שנשבע כבר קנה הפקדון. א"כ גם אם טען טענת גניבה איך מחויב אח"כ על השבועה כפל הא כיון שטען טענת גנב כבר נעשה כופר בפקדון ונעשה עליו גזלן וחייב באונסים, וא"כ בשעת השבועה כבר קנה הגניבה. ונימא הא דחייבה התורה כפל בטוען טענת גנב ונשבע, הוא דוקא בהיתה הבהמה באגם דאז לא נעשה גזלן בכפירתו דאמרינן אישתמוטי מישתמיט. אבל בהי' הפקדון בידו יפטר מן הכפל שהרי מעת כפירתו כבר קנה הפקדון ונתחייב באונסין. ובשעת השבועה כבר פטור הי ולא מצינו בשום פוסק שיבאר כן ובודאי סתמם כפירושם דבכל גוני מחויב:

אף בהי' הפקדון בידו בשעה שטען נגנבה וא"כ קשה הא נעשה גזלן קודם חיוב כפלי ויפטר (יעיין בספרנו לבוש מרדכי" ב"ק שבארתי זה באופן אחר):

אכן נראה לי דעד כאן לא אמרינן הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסים אלא דוקא, היכא דפטרוהו כבר ב"ד ויצא מב"ד זכאי, אבל היכא שיש עליו עדיין חיובים, שאין ב"ד פוטרים אותו. לא כלתה עדיין כפירתו. וכל זמן דלא קיים עדיין כל מה שמחויב מחמת הכפירה, לא נקרא עדיין כופר בפקדון א"כ הא דאמרינן דכופר בפקדון נעשה גזלן וחייב באונסים, היינו דוקא בטוען להד"ם, או החזרתי, דשם כיון שטען כן. כבר יצא ידי בעלים בטענה זו אבל בטוען נגנבה. כיון דמחויב עדיין לישבע, א"כ כל זמן שלא נשבע, לא נעשה כופר בפקדון וא"כ שפיר מחויב בטוען טענת נגנבה ונשבע, בכפל שהרי כ"ז שלא נשבע לא נתחייב באונסין על הפקדון. ולא נעשה כופר כיון שיש עליו חיוב שבועה משום כפירתו ואימתי קנה הפקדון. בשעת השבועה משום שיצא ידי בעלים בשבועה, ובשעה ההיא נתחייב גם בכפל והא דפריך ממתניתין דאחד שבועת הפקדון לרב ששת

דס"ל הכופר בפקדון נעשה עליו גזלן. משום דאם איתא מכפירה הוא דאיפסל, ולא תירץ דמיירי במודה מקצת הטענה או בטוען נגנבה, דמחוייב עדיין שבועה, משום:
דבפרק שבועת הפקדון אמרינן. שבועת הפקדון כיצד. אמר תן לי פקדוני שיש לי בידך. שבועה שאין לך בידי כו' הרי דקרי שבועת הפקדון. היכא דטוען להד"ם. ובמודה מקצת או בטוען נגנבה, שבועת הדיינין קרי לה. והכא במתניתין אשמועינן דנפסל אף בשבועות אלו, דלאו שבועת הדיינין נינהו. והיינו בכופר הכל וטוען להד"ם או החזרתי וא"כ פריך שפיר בטענות אלו, דכיון שכפר, יצא ידי בעלים בטענתו למה למתניתין למימר דנפסל בשבועה. הא מכפירה הוא דאיפסל, כיון דנפטר תיכף בכפירתו. אבל בטענת נגנבה דלא יצא ידי בעלים. לא נעשה עליו גזלן:
ובזה יתבארו דברי הרמב"ם (בפ"ד מהלכות גניבה ה"ב) ז"ל אבל אם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח בו יד נתחייב בו וקנהו. וכן הטוען טענת אבידה בפקדון. ונשבע וחזר וטען טענת גנב ונשבע ואח"כ באו עדים פטור מן הכפל, שכבר יצא הפקדון מידי הבעלים בשבועה ראשונה. והנה הראב"ד השיג עליו על הא דפסק דאם שלח בו יד כיון שקנהו פטור מן הכפל כתב על זה הראב"ד ז"ל א"א הא דלא כהלכתא היא דהא ר"י פליג עליו בהדיא. ואמר הטוען טענת אבד ונשבע והודה וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל, משום דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה אבל לא משום דנעשה עליו גזלן והנה המ"מ תירץ על קושית הראב"ד. דס"ל להרמב"ם, דהא דשליחות יד פוטר, אין הטעם משום דנעשה עליו גזלן, אלא דגזירת הכתוב הוא אם לא שלח בו, ידו הא שלח בו ידו פטור. וכיון שכן בטוען טענת אבד ונשבע אילולי טעם דיצא ידי בעלים הי' בדין שישלם כפל, ולא הי' פטרינן משום דנעשה עליו גזלן ומשו"ה צריכי לטעמא דיצא ידי בעלים. ובגמ' אמר הכי אי משום הא לא תשמענו עכ"ל רבינו המ"מ. ובענייי לא ירדתי לכוונתו הרמה, איך נוכל לומר דטעמא דהרמב"ם בשולח יד דמשו"ה פטור מן הכפל משום דגזירת הכתוב הוא אבל לא משום דנעשה עליו גזלן, הא שפתי הרמב"ם ברור מללו שהטעם שפטור מן הכפל, היכא דשלח בו יד הוא משום דנעשה עליו גזלן שהרי כתב הרמב"ם ז"ל אבל אם שלח בו יד כו' פטור מן הכפל שכיון ששלח בו יד נתחייב בו וקנהו עכ"ל. הרי דטעם הפטור משום דנתחייב בו וקנהו:
וא"כ הרי בטוען טענת אבד נמי, הא נתחייב בו וקנהו שהרי כופר בפקדון נעשה גזלן ומכש"ב בנשבע כדאיתא שם ברש"י וכיון דנעשה גזלן בודאי דמחויב באונסין:

אבל לפי מה שבארנו. דאימתי כופר בפקדון נעשה עליו גזלן משום דיצא מן הבעלים היינו דוקא בנשבע, א"כ היינו דוקא היכא דכבר נשבע, א"כ הרי איצטריך לטעמא דיצא הפקדון מידי הבעלים בשבועה. דדוקא בשבועה יצא הפקדון מידי הבעלים היינו דנעשה גזלן על הפקדון בזה שנשבע דבלא שבועתו כיון דלא נפטר עדיין שהרי מחויב עדיין לישבע שבועה שאבדה הרי לא נעשה עדיין כופר בפקדון. וא"כ לא יצא הפקדון מרשות הבעלים. דכל זמן שאין השומר נעשה גזלן:

הפקדון עדיין ברשות הבעלים. ובשלמא בשלח יד' נעשה גזלן בזה ששלח יד וקונה הפקדון בשליחות יד (וכיון דקנה ממילא יצא מרשות הבעלים כי דא ודא אחת היא' אם הוא קונה ממילא יצא מרשות בעלים, ואם לא יצא מרשות בעלים לא קנה) אבל בכופר בפקדון כל זמן שלא נשבע, דהוי רק דבור בעלמא, ואינו אלא חושב לשלוח יד' דקי"ל חשב לשלוח יד בפקדון היינו שאמר בפני עדים אשלח יד אין נעשה גזלן:

הרי דדיבור אין מועיל בלי מעשה א"כ מה שכפר בלי מעשה, לא נעשה גזלן. ובמה נעשה גזלן בכופר. משום דנפטר כבר מן הבעלים ובזה כלתה שמירתו. וממילא נעשה גזלן. אבל בטוען טענת אבד כיון דבשעה שטוען אבד עדיין הי' מחויב שבועה. ולא נפטר עדיין מן הבעלים הוי רק חושב (דהיינו אומר) לשלוח יד בפקדון. דלא קנה, ולא יצא עדיין מידי הבעלים. משו"ה איצטריך הרמב"ם לטעמא דיצא הפקדון מידי הבעלים בשבועה. והא דבגמ' דחי דאין ראי' מזה שאמר ר' יוחנן הטוען טענת אבד ונשבע ואח"כ טען טענת גנב ונשבע ובאו עדים דפטור מן הכפל היינו דאין ראי' מזה לשלח בה יד דיפטר דדילמא משום דיצא ידי בעליה. היינו דאין ראי' דפטור דיצא ידי בעלים הוא' משום שבזה יצא הפקדון מידי הבעלים, וא"כ בשלח בה יד דג"כ יצא הפקדון מידי הבעלים יפטר מן הכפל. דילמא אין הטעם משום קנין רק דזה בעצמו הוא פטור משום דיצא ידי בעלים. היינו משום דנפטר מן הבעלים מקודם משום זה אין מחויב בכפל אבל לא משום קנין וא"כ לשלח בו יד' דלא נפטר מן הבעלים, אין ראי' ואין זה אלא לדחות הראי'. אבל באמת לא נצטרך לומר דפליגי ר' יוחנן ור"ל דבאמת הטעם דנפטר מן הכפל הוא, משום דיצא הפקדון מרשות הבעלים, ואיצטריך לטעמא דיצא ידי בעלים דבזה יצא הפקדון מרשות הבעלים בכפירה דהוי רק דבור בעלמא. משו"ה קנה הפקדון רק בזה שנפטר מן הבעלים:

ולפ"ז מיושב שפיר מאי דלא הביא הרמב"ם דין דכופר בפקדון פסול לעדות, דדין זה איננו כלל לדידן, דהנה כופר בפקדון, אפילו אם טעין להד"ם או, החזרתי מחויב עדיין שבועת היסת, וא"כ לא יצא עדיין ידי בעלים, וא"כ כל זמן דלא נשבע איננו עדיין כופר

בפקדון, ואימתי נעשה כופר בפקדון בשעה שנשבע ויצא ידי הבעלים, וכשנשבע. פסול משום שבועת שקר, ובגמ' דרב חסדא מיירי עוד קודם שנתקנה שבועת היסת, ואז אם הי' אחד טוען החזרתי או להד"ם הי' נפטר ויצא ידי בעלים בטענה זו, שפיר אמר דכופר בפקדון נעשה גזלן ופסול לשבועה משום כפירתו היינו בטוען להד"ם או החזרתי, אבל אליבא דידן דכבר נתקנה שבועת היסת, א"כ ליתא להאי דינא כלל, דממ"נ אם כבר נשבע נפסל לעדות משום שבועת שקר, ואם לא נשבע כיון דעדיין מחויב שבועה ולא פטרוהו ב"ד מידי הבעלים לא נפסל עדיין. ולא הביא הרמב"ם, דינא דכופר בפקדון אלא להא דכופר בפקדון מחויב באונסים, ומיירי היכא דכבר נפטר, או בשבועה, או בחשוד שאין יכול לישבע ואיצטריך לאשמועינן דמחויב באונסין משום כפירתו, אבל. לגבי דין דנפסל לשבועה לא מצי כלל להביא האי דינא, דאם כבר נפטר בכפירתו שנשבע או שהוא חשוד הלא בלא"ה הוא פסול ואם לא נשבע עדיין, איננו עדיין כופר בפקדון:

ויתיישב לפ"ז מאי דבגמ' הוי בעי למימר דמשו"ה משביעין בכפירה במקצת והודאה במקצת בשומרין, משום דחשוד אממונא לא נחשד על השבועה, וכיון דבארנו דזה לא שייך. אלא היכא דלא עבר העברה דלא נעשה עדיין רשע ורק חשוד הוא, שפיר אמרינן חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא. אבל היכא דכבר גזל דנעשה רשע דהתורה אמרה אל תשת רשע עד. וגלתה התורה, דכיון שנעשה רשע אף לדבר קל אינו נאמן אף לדבר חמור בודאי אף לשבועה פסול וא"כ בכופר בפקדון. דדין הוא דכופר בפקדון נעשה גזלן, איך בעי למימר דחשוד אממונא היינו לכפירת פקדון, לא יחשד לשבועה, אכן כפי שבארנו. דדין דכופר בפקדון הוא דוקא:

היכא שכבר יצא ידי בעלים, א"כ אפילו אם יתברר ששקר טען שנגנב. או מה שכפר הי' שקר אעפי"כ לא יפסל לעדות, כ"ז שלא נשבע שהרי בטענה כזו היכא דהודה מקצת לא נפטר עדיין מן הבעלים ולא הוי כופר בפקדון. כיון שהוא מחויב שבועה אם לא הוי רשע עדיין ובו לא גלתה התורה. דחשוד לדבר קל חשוד אף לדבר חמור, רק חשוד שפיר נוכל לקרותו שהרי חזינן שרוצה לכפור, בזה אמרינן חשיד אממונא לא חשיד אשבועתא. ואף אם יתברר ששקר טען לא יפסל לעדות כיון דלא נעשה עדיין רשע, משו"ה לא נחשד על השבועה (ואין להקשות משולח יד בפקדון איך משביעין לי' שלא שלח בה יד' הא ממ"נ אם שלח בה יד הוא גזלן וכבר הוא חשוד משום רשע דאז פסול לכל התורה:

משום אל תשת רשע עד, ויש לומר כמו דאמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו דמורי התירא וסובר דאין עושה איסור כיון דדמים בעד הדבר משלם. מכ"ש היכא דישיב

הדבר עצמו לבעלים דמורי התירא וסובר דאין עושה איסור בזה ששולח יד ומשתמש בשל חברו. כיון דאין מפסיד בעל הפקדון מידי ודוק):

ולפי דברינו מיושב מה שהביא הטור ש"ע טעמא דמשבעינן לאינשי החשודים ליקח ממון חברו:

משום דספק מלוה ישנה יש לו עליו ולא הביא כסתמא דגמ' דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, ונ"מ בין טעם דספק מלוה, בין טעם דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, היכא דמחל כל תביעות שיש לו עליו. וא"כ הי' להטור ש"ע להביא טעמא דסתמא דגמ'. אכן לדברינו ניחא. דהנה טעמא דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, אינו אלא היכא שאף אם שקר טענתו ג"כ לא נעשה רשע דלא לוקח ממון חברו. אבל היכא דלקח ממון חברו דנעשה גזלן ודאי דרשע הוא, ופסול הוא לשבועה, וא"כ הטור והש"ע דאינהו מיירו היכא שלקח ממון חברו. דאז הא רשע הוא דעבר על עברת גזל ובכה"ג הא גלתה התורה אל תשת רשע עד. דהיכא שכבר עבר עברה, אין נאמן אף לדבר חמור. וא"כ בזה לא יוכלו כלל להביא טעמא דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא שהרי לא חשוד הוא רק רשע גמור משו"ה הביאו הטור והש"ע סברת מלוה ישנה דכל זמן שאין עדים שלקח. לא אמרינן ממ"נ אם לקח הא גזלן ורשע הוא דפסול לכל התורה, אלא דאמרינן כל זמן שאין עדים. שמא משום ספק מלוה ישנה חטף ולא נעשה רשע, ובכה"ג היכא דחטף בודאי, היכא דמחל כל התביעות מקודם לא משבעינן לי' שהרי ממ"נ אם חטף בחנם הוא גזלן ופסול לשבועה משום אל תשת רשע עד, ורק היכא שלא מחל שפיר משבעינן לי, משום ספק מלוה ישנה יש לו עליו אבל חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא לא שייך בכאן כלל, דהכא לא חשוד הוא. אלא גזלן ודאי אם חטף:

והנה הטור (בסימן צ"ב) הביא דעת י"א דהא דחשוד על השבועה אין משביעין אותו בין שבועה דאורייתא בין שבועה דרבנן:

זהו דוקא באכלתי ולא אכלתי שבשעה שנשבע הוציא שבועת שקר מפיו. אבל אם נשבע שלא יאכל ועבר עליה ואכל:

אינו נקרא בכך חשוד על שבועת שקר להוציא שבועת שקר מפיו. והקשה הב"ח (בסימן ל"ד) מדוע לא הביא רבנו הטור סברת י"א אלו גם לגבי עדות, דאם עבר על שבועה דלהבא. היינו שנשבע שלא יאכל ועבר ואכל, אין נקרא חשוד. ואין נפסל לעדות. ומדוע בהלכות עדות הביא בסתמא דמו שעבר על השבועה פסול לעדות:

ונראה לי דהנה סברת י"א אלו דס"ל דאם נשבע שלא יאכל ועבר ואכל אין נפסל לשבועה אף דבשעה שאכל עבר על לאו דלא יחל, והיא עברה שיש בה מלקות, דהרי לכולי עלמא

שבועה שלא יאכל ואכל מלקין אותו' ע"כ דלא ס"ל מה שבארנו לעיל לדעת ר"י חסיד דמשו"ה גזלן פסול לעדות. דהיכא דעבר עברה שנעשה רשע גלתה התורה, דנעשה חשוד לכל התורה. דא"כ הרי עבר עברה שנעשה רשע וא"כ יפסל לשבועה, ע"כ דס"ל דמזה דאמרה התורה:

אל תשת רשע עד לא ילפינן אלא דאמרה התורה דמי שהוא רשע ודאי אז אמרינן דאין בו תורת נאמנות היינו שכבר אין לנו בירור מדבורו שיוכל להיות שיעיד שקר, כיון דחזינן שעבר עברה גלתה התורה דאף לדבר חמור אמרינן שמא ישקר ומשו"ה פסול לעדות. דלגבי עדות בעי דוקא מי שהוא מוחזק לנאמן אבל כיון שיכול להיות שיעיד שקר משו"ה איננו עד כלל אבל שבועה לא בעי דוקא ודאי נאמן דשבועה רק מדין בירור. היינו שמא יפרוש משום שבועה. דכל שבועה שמשביעין הוא רק משום ספק שמא יפרוש בשביל השבועה. אבל לא בתורת ודאי. א"כ אף שעבר על לאו דלא יחל אעפי"כ משביעין אותו. משום שמא חמיר עליו להוציא שבועת שקר מפיו ושמא יפרוש בשביל זה. ורק היכא שכבר נשבע לשקר שנשבע שלא אכל ובאמת אכל אז אין מוסרין לו שבועה. שהרי אין לנו ספק כלל שמא יפרוש בשביל השבועה שהרי חזינן שנשבע לשקר אבל היכא דשבועתו הוי רק להבא:

דבשעה שנשבע לא הוציא שבועה מפיו לשקר. נהי שאין לנו ודאי שיפרוש בשביל שבועת שקר. שמי שעבר על עבירה אבד נאמנותו בתורת ודאי לכל התורה כולה. אבל לא אבד ספק נאמנותו לדבר חמור ומשו"ה משביעין אותו:

ולדעת י"א אלו צ"ל הא דגזלן פסול לשבועה ואמאי נימא נהי דאבד ודאי נאמנותו:

אבל ספק נאמנותו לא אבד, ונשביענו שמא יפרוש ונצטרך לומר דס"ל לי"א אלו להלכה דחשוד אממונא חשוד אשבועתא דכיון דחזינן דעבר עברה דגזל ה"נ יעבור עברה, דישבע לשקר. דזה רע לשמים ולבריות, וזה רע לשמים ולבריות, והא דמשביעין בכל דוכתי הוא רק מטעם שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. אבל בלא האי טעמא לא היו משביעין אותו' דאמרינן דחמור לאינשי איסור גזל כמו איסור שבועה, לא יקשה לדידהו איך פסקו דלא כסתמא דגמ' רק כאביי כי אדרבה לפי סברתם סתמא דגמ' כאביי דהנה דין שלהם. דחשוד על השבועה דלהבא. אין נחשד להוציא שקר מפיו הוא מגמ' סוף שבועות דף מ"ו דשם אמרינן וליתני שבועת ביטוי ומשני כי קתני דכי קא משתבע בשקרא קא משתבע, אבל שבועת ביטוי דאיכא למימר דבקושטא משתבע לא קתני הרי דבגמ' סבר דאף שעבר על עברה שיש בה מלקות על לאו דלא יחל לא נפסל לשבועה. וא"כ אמאי גזלן פסול לשבועה עכצ"ל דס"ל חשוד אממונא חשוד אשבועתא. א"כ הא דמשביעין

בכל התורה, הטעם כיון דאין עדים, אמרינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו' או י"ל דס"ל לי"א אלו דהא דגזלן פסול לשבועה ג"כ הוא רק מדרבנן:

דמן התורה הוא נפסל רק לעדות אבל לא לשבועה וכדאיתא בתוס' שהבאנו ד"ה דחשוד. והיינו מטעם שבארנו דס"ל דגלתה התורה רק דאינו ודאי נאמן. אבל לא ודאי חשוד דאפשר שמשום שבועה יפרוש. אבל לעדות פסול משום דאינו ודאי נאמן. ועדות בעי נאמן שמוחזק לן בנאמנותו דהיינו כל אדם שמוחזקין בכשרות:

עכ"פ לא קשה כלל אמאי לא הביא הטור דעת י"א אלו דס"ל דאין נפסל בשעבר על שבועה דלהבא דהיינו בשנשבע שלא יאכל ואכל גם בהלכות עדות, דלגבי עדות, כיון דעבר על לאו שיש בו מלקות. שהרי עבר על בל יחל בודאי דנפסל לעדות, שהרי רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, היינו דנאמנותו בודאי אבד לכה"ת. רק לגבי שבועה אף דאבד חזקת נאמנותו ספקא דנאמנותו מעבירה קלה לחמורה לא אבד, משו"ה משבעינן לי' אף דחזינן דודאי חשוד לעבור על שבועה, היינו שבשעה שנשבע לא הוציא שקר מפיו. אבל להוציא שקר מפיו שמא אינו חשוד משום הכי משביעים אותו מספק שמא יפרוש אבל לעדות בודאי פסול, שיצא מחזקת נאמנות, משו"ה בהל' עדות לא הביא רבינו הטור, דעת י"א אלו. ורק לגבי שבועה הביאם דדוקא לגבי שבועה אמרו דינם ולא לגבי עדות:

ועל פי דרכנו יש לבאר דברי הרמב"ם (בפ"ד מהלכות שחיטה הלכה י"ד) ז"ל ישראל מומר לעבירה מן העברות שהי' מומחה ה"ז שוחט לכתחלה וצריך ישראל כשר לבדוק הסכין ואח"כ יתננה למומר זה לשחוט בה מפני שחזקתו שאינו טורח לבדוק, ע"כ, וכבר תמהו עליו נושאי כליו דדברי הרמב"ם תמוהים דבגמ' אמר רבא ישראל מומר אוכל נבלות לתאבון ישראל בודק סכין ונותן לו ומותר לאכול משחיטתו. הרי דכתב רבא דין דצריך בדיקת סכין דוקא באוכל נבילות ומנ"ל להרמב"ם דאף בשאר עברות דרבא לא קאמר אלא במומר אוכל נבילות. אבל לא בשאר עברות, עוד הקשה המ"מ למה הצריך הרמב"ם שיהי' מומחה שזה לא נזכר בגמ', וע"כ הובא ביורה דעה דעת הרבה פוסקים דאין צריך בדיקת סכין אלא במומר לאכול נבילות לתאבון אבל לא בשאר עברות:

ונראה לי לבאר טעמא דהרמב"ם דהנה בספרנו לבוש מרדכי על ב"ק (בסימן כ"ח) בארנו לישב קושית הפנ"י לדברי הרמב"ם דס"ל דהאיסור עצמו בעד אחד יוחזק ואם אחד אמר חלב כליות הוא. ואח"כ אכלו אחד ושנים התרו בו מלקין אותו. א"כ אמאי אמרינן דאב שאמר בתי מקודשת אין נאמן ליסקול, נימא האיסור עצמו בעד אחד יוחזק, והתם ע"כ מיירי שאמר האב קודם שזינתה, דאל"כ היכי פליג רב אסי ואמר דסוקלין וע"ד דמיירי

שאמר קודם שזינתה. וא"כ אמאי לא נימא גם הכא האיסור עצמו בעד אחד יוחזק. ובארנו שם דטעמא דהרמב"ם דס"ל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק:

הוא משום דאמרה התורה לא יקום עד אחד לכל עון ולכל חטאת, אבל באיסורין דאינו לעון ולחטאת. רק להעיד שהוא איסור בזה הוא קם כשנים ומזה אמרינן כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הוא כשנים היינו דגלתה התורה:

דרק לעון ולחטאת אינו קם (וגם לשאר מילי אינו קם דמרבינן שם בספרי מולכל) אבל לשאר מילי דלא מרבינן. קם אבל עדות האב על בתו אינו מטעם דלשאר מילי קם שהרי הוא דבר שבערוה וגם מלכל מרבינן כל שמפסידה והרי הוא מעיד שהיא מקודשת ואין בידה להנשא א"כ נאמנותו רק מאת בתי נתתי דהוה רק נאמנות, לא בגדר עדות, בזה אמרינן לאיסורא הימני' רחמנא, לקטלא לא הימני', אבל נאמנות דעד אחד באיסורין הוא דמה שאינו לעון ולחטאת ולמילי דמרבינן. שם הוא עד, והוא כשנים:

נמצא לדברי הרמב"ם נוכל לומר דגם באיסורין בעינן עדות היכא דבא להוציא איסור מחזקתו רק שבאיסורין גם עד אחד הוא עד אבל עדות בעינן גם באיסורין. והנה אביי ורבא פליגי במומר אוכל נבילות להכעיס וכן בעד זומם אם פסול לעדות דרבא ס"ל דאף שנחשד לדבר קל לא נחשד לדבר חמור ויוכל להיות עד בדבר חמור. דלא נחשד לזה. אבל אביי ס"ל דהתורה אמרה אל תשת רשע עד ומי שעבר עברה שיש בה מלקות, פסול להיות עד לכל התורה כולה, נמצא דרבא לטעמי' דס"ל דמי שעבר עברה קלה, כשר להיות עד בדבר חמור וזה ע"כ צריך לומר דנבילה הוי דבר חמור לגבי שאר איסורין דאכילת איסור טרפות ונבלות הוא חמור ממעשה איסור דאל"כ מאי טעמא דדוקא אם הוא מומר לאכול נבילות לתיאבון צריך בדיקה אבל לשאר איסורין לא ע"כ צריך לומר. דאכילת איסור חמור ממעשה איסור דהחשוד למעשה איסור לא נחשד על נבילות. א"כ רבא לטעמי' שפיר אמר דוקא מומר אוכל נבילות לתיאבון. צריך בדיקה. אבל מומר לשאר עברות אין צריך בדיקה:

ויכול להיות עד כשר בדבר זה החמור, היינו באיסור נבילות, שהיא כשרה ולא נבילה, אבל אנן הא פסקינן כאביי דס"ל דאמרה התורה אל תשת רשע עד, דמי שהוא רשע שעבר עברה שיש בה מלקות, פסול להיות עד. וא"כ אף שעבר אחת משאר עברות שבתורה, ג"כ פסול להיות עד וא"כ מי שעבר עברה של תורה שהוא פסול בשבילה לעדות, פסול אף להיות עד שהיא כשרה ולא נבילה דאין עדותו כלום:

שהרי אמרה התורה אל תשת רשע עד, וגם זה להעיד שהיא כשרה ולא נבילה, ג"כ בעי דין עדות רק דבזה אפילו עד אחד הוא עד, אבל היכא דפסול להיות עד, דרשע הוא אין נאמן ובעי דוקא בדיקת סכין:

ומשו"ה כתב הרמב"ם דבעי דוקא שיהי' מומחה, דהא דאמרינן רוב מצויין אצל שחיטה מומחין דמי שאינו מומחה לא ילך לשחוט ומאמינין לו. אבל כיון שהוא חשוד מהיכי תיתי נאמר שהוא מומחה. משו"ה ס"ל להרמב"ם דבעי דוקא שיהי' מומחה:

ומה שתפסו הראשונים בדברי הרמב"ם דס"ל חלוק בין היכא שהוא מומר לעבירה מעבירות שבתורה שאז צריך בדיקת סכין, אבל היכא שפסול לעבירה, אין צריך בדיקת סכין, ומומר היינו שעשה הרבה פעמים ופסול הוא שעשה דבר עבירה פעם אחת תמוה, דהא במחלוקת דאביי ורבא במומר אוכל נבילות להכעיס הרי איתא בגמ' לשון מומר, ואעפי"כ הדין דאף בפעם אחד נפסל, הרי דמומר אף בפעם אחת נעשה מומר, וכן מאי דאמרינן מומר לעכו"ם הדין דנפסל אף בפעם אחת הרי דמומר אף בפעם אחת נעשה מומר, ובכלל קשה מאין להרמב"ם לחלק בזה:

לכן נראה לי דאין כן כונת הרמב"ם ונעתיק לשון הרמב"ם. וז"ל הרמב"ם ישראל מומר לעברה מן העברות שבתורה שהי' מומחה, ה"ז שוחט לכתחלה, וצריך ישראל אחר לבדוק הסכין, ואח"כ יתננה למומר זה לשחוט בה, ואם הי' מומר לעבודה זרה או מחלל שבת בפרהסיא או אפיקורס, והוא הכופר בתורה ומשה רבנו כמו שביארנו בהלכות תשובה הרי הוא כעכו"ם ושחיטתו נבילה, מי שהוא פסול לעדות בעבירה מן העבירות של תורה, הרי זה שוחט בינו לבין עצמו אם הי' מומחה, שאינו מניח דבר מותר ואוכל דבר איסור שזו חזקה היא על כל ישראל, ואפילו הרשעים מהם. אלו הצדוקים והבייתוסין וכל הטועים אחריהם, שאינן מאמינין בתורה שבעל פה שחיטתן אסורה ואם שחטו בפנינו הרי זו מותרת, שאין איסור שחיטתן אלא שמא יקלקלו עכ"ל הרמב"ם. והנה מדלא הזכיר הרמב"ם בבבא דמי שהוא פסול לעדות, בדיקת סכין. מזה הוכיחו דלא בעינן היכא שהוא פסול היינו שעבר רק פעם אחת ואינו מומר, אין צריך בדיקת סכין. אכן כבר בארנו דמוכח דגם בפעם אחת נקרא מומר. לכן נראה לי כונת הרמב"ם כן. דהנה יש שלשה דינים בשחיטה אחד בדיקת סכין למי שהוא רשע, וגם שאלה אם שחיטתו כשרה, וגם אם צריך לעמוד בשעה שהוא שוחט בסכין כשר. ובתחלה כתב כלל דמומר היינו שעבר עברה צריך בדיקת סכין, וחילק דאם הוא משאר עברות שחיטתו כשרה. ואם הוא מהדברים שנחשב כעובד עבודה זרה אז שחיטתו נבילה, ואח"כ כתב מה"ה היכא שהוא מומר לשאר עבירות שאינו כעובד עבודה זרה, ששוחט ע"י בדיקת

סכין שבדקו לו אם צריך לעמוד בשעת שחיטה בזה חילק אם הוא פסול לא מחמת שאינו מאמין רק משום שהוא פסול' היינו שעבר (הן פעם אחת הן הרבה פעמים הכל אחד) לתאבון. אז מותר לשחוט בינו לבין עצמו, אבל ודאי מיירי שבדקו לו סכין שקאי על למעלה שביאר שצריך לבדוק סכין מפני שחזקתו שאינו טורח, ואין לו נאמנות, כיון שהוא רשע רק אם בדקו לו סכין. אז מותר לשחוט בינו לבין עצמו. דחזקה דלא שביק התירא ואכיל איסורא (ולפי דברי הראשונים שפירשו דלא מצריך הרמב"ם בדיקת סכין א"כ מאי כתב הרמב"ם דחזקה דלא שביק התירא דהאי דינא נאמר בחשוד על בדיקה, רק שבדקו לו סכין הי' לו להרמב"ם לכתוב שחזקה שיטרח לבדוק הסכין:

כיון שהוא רק פסול, אבל מחזקה זו שאינו מניח דבר מותר. אין ראי' שישחיז הסכין. שהרי רבא אמר האי לישנא. גבי ישראל מומר אוכל נבילות לתיאבון. דצריך בדיקת סכין. ע"כ דודאי כונת הרמב"ם היכא שבדקו לו סכין. ואשמועינן דמותר לשחוט בינו לבין עצמו) אבל אם המומר הזה המרתו הוא משום שאינו מאמין כמו הצדוקים וביתוסים אז אין מועיל לו בדיקת הסכין שזה חשוד לקלקל בזה בעי דוקא שישחוט לפנינו. אבל אם שחט לפנינו שחיטתו כשרה, שאין פסולו. אלא שמא יקלקל. אבל לא משום שהוא כעובד ע"ז. כן נלע"ד ברור בכונת הרמב"ם. וטעמא כמו שבארנו כיון שהוא פסול' אף לעברה הקלה כבר אבד חזקתו ונאמנות שלו להיות עד אף בעבירות החמורות דקי"ל כאביי ביע"ל קג"ם דעד זומם פסול לכל התורה:

ומדויק מאד הלשון שכתב הרמב"ם מי שפסול לעדות בעבירה מעבירות שבתורה. ולמה קרא אותו פה הרמב"ם בשם פסול לעדות, הי' להרמב"ם לקראתו בשם, רשע אלא כונת הרמב"ם לומר. אף שהוא פסול לעדות. וא"כ לא היה לנו להאמין אותו שישחוט יפה, אעפי"כ מותר להניח לו לשחוט בינו לבין עצמו. שאינו מניח דבר מותר ואוכל דבר איסור דלדין זה שאני דין איסורים מדיני עדות בעריות ובממון דבאיסורים. מועיל חזקה. אף היכא שבא להוציא דבר אסור מחזקתו. וכמו שכתב הרמב"ם בפ"א מהלכות עדות הלכה ז'. וכונתו שם היכא דשחט בינו לבין עצמו. שיש חזקה ששחט יפה:

ובזה יתישב דברי הרמב"ם (בפ"ז מהלכות שחיטה הלכה ח') ז"ל. אבד לו גדי או תרנגול ומצאו שחוט בבית מותר, שרוב המצויין אצל שחיטה מומחים הם עכ"ל. והתוס' בב"מ דף כ"ב הביאו תוספתא שכתוב בה אבדו או נגנבו וא"כ אמאי השמיט הרמב"ם נגנבו הי' להרמב"ם ג"כ לכתוב אבד או נגנב, אכן לדברינו יתיישב. דהנה היכא דנגנב לו תרנגול ומצאו שחוט. הרי הגנב אין נאמן להעיד על השחיטה שהתורה אמרה אל תשת רשע

עד וכדסבירא לי' להרמב"ם דנאמנות עד אחד באיסורין הוא ג"כ מדין עדות. אלא דהיינו דוקא לאביי:

אבל אליבא דרבא נהי דחשוד על גנבה על מעשה איסור, לא נחשד לאיסור אכילת נבלות, ובאיסור חמור כשר להעיד. והנה שם בסנהדרין דף כ"ז מותבינן עלי' דאביי מתוספתא אל תשת חמס עד אלו הגזלנין ומלוי ברבית:

הרי דדוקא אלו פסולין. ואמרינן תיובתא דאביי תיובתא ואמרינן שם והלכתא כותי' דאביי והא איתותב ההיא ר' יוסי והלכתא כאביי דס"ל כר"מ וסתם תנא כר"מ הרי דתוספתא ס"ל כרבא, דפסול לעדות עבירה קלה כשר לעדות עבירה חמורה. א"כ התוספתא לטעמה ס"ל דאף אם נגנבה כשר דחשוד לגנבה. אין חשוד לאכילת נבילות וכשר להעיד, אבל לדידן דפסקינן כאביי:

א"כ אם נגנב בודאי פסול' שהרי הוא פסול לעדות ולא בדקו לו סכין:

משו"ה בגמ' דידן לא הביאו נגנבה רק אבדו, דאליבא דידן בנגנבה פסולה, ולא אמרינן בזה רוב מצויין וכו' דמי בדק לו הסכין והרמב"ם דפסק כאביי משו"ה לא הביא נגנבה:

וכל זה הוא אליבא דהרמב"ם דס"ל גם באיסורין. הא דנאמן עד אחד הוא מדין עדות. אבל שאר פוסקים ס"לא דגבי איסורים אין הדין מטעם עדות רק נאמנות בעלמא אף שגלתה התורה, דרשע פסול לעדות, אבל לא לגבי נאמנות באיסורין דאין צריך דיני ונאמנות עדות, וס"ל דלרשע אין חזקת נאמנות דבעי לגבי עדות. אבל לשאר דברים רק מדין חשוד אתינן עלה, א"כ ה"ז מודה אביי דחשוד לדבר קל לא נחשד לדבר חמור:

משו"ה ס"ל דדוקא מומר אוכל נבילות לתאבון בעי בדיקת סכין. אבל לא במומר לשאר עבירות, ומשו"ה אליבא דידהו גם בנגנבה כשר:

והנה הגר"א ביו"ד סימן ב' ס"ק ט' כתב לתמוה. למה דחק הרשב"א להביא ראיות דחוקות להאי דינא דמומר לתאבון שנשבע ששחט אין נאמן הלא גמ' ערוכה בסנהדרין דמומר אוכל נבילות לתאבון לד"ה פסול ופליגי במומר אוכל נבילות להכעיס ואף בזו קי"ל כאביי עכ"ד הגר"א. ולכאורה דא"כ יקשה אמאי ס"ל להפוסקים דמומר לשאר עבירות אף לתאבון אין צריך בדיקת סכין והגר"א סובר דאף לדברי הרמב"ם בפסול לעבירה אין צריך בדיקת סכין. ועכצ"ל דדוקא לעדות פסול' אבל בדיקת סכין דלאו מדין עדות רק נאמנות בעלמא נאמן. ואף לרבא דלדידי' לא ס"ל דרשע פסול לעדות. רק מטעם דנחשד, וא"כ כיון דגנב פסול לעדות לכו"ע, וא"כ אמאי בגנב אין צריך בדיקת סכין ועכצ"ל דגם לרבא יש חילוק בין עדות דהיכא שהוא רשע לדבר כזה היינו רע לשמים ולבריות, אעפי"כ נאמנות לא אבד. וא"כ מאי מקשה הגר"א דילמא אף דלעדות פסול

אעפי"כ לשבועה אינו חשוד והרי הגר"א בעצמו בסימן א' ס"ק י"ח הביא תוספתא דאו שנגנבו הרי דגנב כשרה שחיטתו אף שלא בדקו לו סכין אף שלעדות פסול, וא"כ דילמא גם לשבועה הדין כן ואולי יש ליישב דהגר"א ס"ל, דאף דפסול לעדות ואין לו נאמנות אבל לחשוד אותו שילך וינבל בהמה לאכול על זה לא חשוד אבל היכא דמספקא לן וע"י שבועתו אנו מבררים, כיון שהוא פסול לעדות אין לו נאמנות:

אכן מה שמסיק הגר"א בס"ק יו"ד ז"ל דהוי כחשוד על השבועה לאותו דבר שהרי מושבע ועומד וכמו דאסקינן בפ"ק דב"מ דאמרינן מגו דחשיד על ממונא וכו' בענין אותו הממון אלא משום מלוה ישנה עכ"ד. לא אבין דבריו דהנה שם בב"מ הוא לאותו דבר היינו כיון שחושדין אותו' שרוצה לגזול, אז לא יפרוש גם בשביל שבועה, דאותו דבר שרוצה לעבור לא יעצרוהו מניעות מה שיצרך לישבע שהרי מרוצה הוא לזה, אף שאסור הדבר, וא"כ אמרינן מגו דנחשד לגזול' נחשד גם לישבע:

כיון שאם לא ישבע הרי לא יוכל לגזול אבל הכא מאי לאותו דבר הוא' התינח, אם לא היו מניחין לו לאכול עד שישבע, שייך שפיר. כיון שרוצה לאכול הנבילה. לא יפרוש אף שיצטרך לישבע לשקר אבל הרי לא מיירי דוקא באופן זה. ומיירי אף היכא שאין רוצה עוד לאכול וכבר אכל דהרי סתמא קאמר א"כ מה שהוא נשבע עתה ששחט בסכין יפה. היא עבירה אחרת, שבועת שקר דלא שייך כלל לדבר שנחשד, וא"כ אין ראי' כלל מהא דאמרינן חשיד לממונא חשיד לשבועתא דאותו דבר דהכא לאו אותו דבר הוא:

ולכאורה קשה על דברי הב"י בשם אהל מועד:

דמשו"ה אפילו נשבע ששחט בסכין יפה אין נאמן:

משום דכבר נחשד על השבועה דהר סיני דא"כ תקשה מאי קאמר בגמ' אי חשיד אממונא חשיד אשבועתא הא בודאי חשוד על השבועה שהרי מושבע מהר סיני, וא"כ ממ"נ אי משום שבועה יפרוש. גם בלא השבועה יפרוש. משום השבועה שמושבע מהר סיני ודוחק לומר דזה גופא מספקא להגמ':

ונראה לי דהנה קי"ל בכל דוכתי דלאו שאין בו מעשה אין לוקין. אף דעל שבועת שקר לוקין, וא"כ הרי מושבע מהר סיני. אכן הרי השבועה שנשבענו על הר סיני לא הי' שבועה דלעבר רק שבועה דלהבא. ועל שבועת שקר שמחויבין מלקות. הוא דוקא דומיא דשוא שלעבר והנה בלאו הניתק לעשה אין לוקין אף דמושבע מהר סיני ועכצ"ל דמחויב שבועה מן התורה, מהר סיני, הוא כפי חיובי התורה ואם על לאו שניתק לעשה אין לוקין גם על השבועה שמושבע מהר סיני אין עלי' חיוב מלקות, דע"י שינתק הלאו תנתק גם שבועת הלאו דשבועת הר סיני, הוא כפי חיובי התורה אכן היכא שמלקין

על הלאו יש חיוב גם בעד שבועת הר סיני. ואפשר דשבועת הר סיני יש בה, משום לא תשא. ולא משום לא יחל דברו. שהרי לא דיברנו רק השביעו אותנו והנה לגבי עדות בלאו שאין בו מעשה דאין לוקין. לא נפסל לעדות אבל, בעבירת חמס אף שאין לוקין שהרי ניתק לעשה אעפי"כ נפסל לעדות, ועיין בחו"מ סימן ל"ד בדברי התומים דהוא ס"ל דבלאו הניתק לעשה נפסל, ועיין בדברי הנתיבות דהטעם משום דלקי בבטולו, אבל בלאו דחמס, שם אף בבטולו אין מלקות ורק פסול דחמס הוא פסול אחר. והנה מיבעי להגמ' אם גם בדעת בני אדם חמיר לאו דחמס אף שאין בו מלקות, כלאו שיש בו מלקות וא"כ כיון שנחשד על ממון שהוא לאו דחמס, ממילא חשוד על השבועה, ולא יפרוש גם משבועה. או דבעיני בני אדם, חמיר לאו שיש בו מלקות יותר וא"כ אף שרוצה לגזול ולעבור על לאו דחמס, אעפי"כ לא ירצה לעבור על לאו דשבועה שיהי' לאו שיש בו מלקות. ולפ"ז לא קשה מה שהקשינו. הא כל חשיד אממונא ממילא חשוד אשבועתא שהרי מושבע ועומד מהר סיני, דהרי השבועה מהר סיני, על לאו דחמס. אין על זה מלקות ועל השבועה שישבע עתה הוא לאו שיש בו מלקות:

וכמו דאיתא בגמ' בכורות דף ל' החשוד על השביעית אינו חשוד על המעשרות. ופירשו בגמ' שביעית לא בעיא חומה מעשר כיון דבעי חומה חמור ליה, החשוד על המעשר אין חשוד על השביעית מ"ט מעשר אית לה פדיון שביעית כיון דקא מיתסרא לי' ולית לה פדיון חמור לי' הרי חזינן כיון שיש סברא לומר שעל זה שאין נחשד יש בו צד חומרא לא הוי חשוד א"כ ה"נ כיון שיש צד לומר שחמיר מלקות ויש צד לומר שחמיר שבועה יש לומר דלא נחשד מזה על זה:

ולפי"ז לא קשה קושית הט"ז מהא דלאו שאין בו מלקות שלא נפסל מדאורייתא אף שמושבע מהר סיני שהרי על שבועה של הר סיני אין לוקין ואינו חשוד אלא על לאו שאין בו מלקות. אבל במומר אוכל נבילות הרי חשוד על לאו שיש בו מלקות שהרי על נבילות יש מלקות וא"כ ממילא הוא חשוד על השבועה אלא דנימא דשבועה חמיר, ע"ז קאמר האהל מועד שהרי גם באוכל נבלות יש בזה שבועה. מהר סיני:

וא"כ הוא חשוד. על מלקות. וגם על שבועה אבל בעבר על לאו שאין בו מעשה, הא לא נחשד, על מלקות. דשבועת הר סיני, אין בה מלקות. ועדות שקר יש בה מלקות:

סימן ז

סוגיא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר, יחקור אי מתנות כהונה הדבר שייך לכהנים וביד הבעלים לברר כהן או הדבר בעצמו של הבעלים ויש עליו מצות נתינה. ויחקור

בדיני הואיל לגבי חמץ בפסח אי שייך בדבר שיש טוה"נ, ויבאר שיש נ"מ לדינא בדבר שיש בו טוה"נ בין קנין חליפין לקנין אגב מקרקעי.:

(דף ו') **אמר** לי' רב חנניה לאביי תניא דמסייעא לך, הספקות נכנסין לדיר להתעשר ואיס"ד תקפה כהן אין מוציאין אותו מידו. נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן. וכן הוא מסקנת הגמ' דמזה ראי' דתקפה כהן מוציאין אותו מידו. אכן רבנו הרמב"ם פסק תקפה כהן אין מוציאין אותו מידו. וכבר תמהו עליו' דלדידי' יקשה האי דינא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר דנמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן והרמב"ם בעצמו פסק לה. וכבר נאמרו בזה הרבה דרכים:

ונראה לי לתרץ דהנה הרמ"א בחו"מ (סימן ר"ג) כתב דטובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין והקשה הש"ך ע"ז כיון דס"ל לסתמא דגמ' בקדושין כהאי שנויא דטובת הנאה ממון לקנות על גבי קרקע שהרי מפרש סתמא דגמ' בקדושין דמעשה דר"ג וזקנים הי' בהקנאת מטלטלין אגב קרקעי ה"נ טובת הנאה ממון לקנות בחליפין. ואפשר דאף רב פפא ג"כ מודי דטובת הנאה ממון לקנות על גבי קרקע ורק ס"ל דבלא"ה לא קשה מידי דדעת אחרת מקני שאני ואפשר דאפי' טובת הנאה אינה ממון מ"מ לענין חליפין ואג"ק, הוי ממון. רק גבי מתנות כהונה דכתיב בהו נתינה אינו מועיל חליפין דהוי דרך מקח וממכר ומסיק הש"ך ז"ל וכל זה נראה לי ברור ודלא כהרב והגהות מיימוני ובעל העטור עכ"ל הש"ך:

ולייש דברי רבותינו אלה נראה לי דהנה בנדרים אמרינן (בדף פ"ג:) במתניתין כהנים לויים נהנים לו יטלו על כרחו. כהנים אלו ולויים אלו נהנים לי יטלו אחרים, ואיתא שם בגמ' (בדף פ"ד:) כהנים ולויים נהנים לי יטלו על כרחו. אלמא טובת הנאה אינה ממון אימא סיפא כהנים אלו לויים אלו נהנין לי יטלו אחרים. אבל להני לא אלמא טובת הנאה ממון. אמר רב הושעא ל"ק הא ר' הא ר' יוסי ב"ר יהודה כו'. רבא אמר שאני תרומה, דהיינו טעמא דיטלו על כרחו דתרומה לא חזיא אלא לכהנים וכיון דאתי למיסרא עלייהו שוינהו עפרא בעלמא, ופירש הר"ן דאפקרי להוא טובת הנאה שיש לו בה עכ"ד הר"ן. לפ"ז אם נימא דטובת הנאה אינה ממון גם בסיפא בכהנים ולויים אלו נהנין לי' יוכלו אלו הכהנים והלויים בעצמם ליטלם:

שהרי טובת הנאה אינה ממון, ולפ"ז לפי מאי דקי"ל דטובת הנאה אינה ממון והמקדש בתרומות ומעשרות אינה מקודשת, לדידן אף באומר כהנים אלו ולויים אלו נהנין לי, יטלו הכהנים אלו בעצמם, אכן הרמב"ם כתב (בפ"ז מהלכות נדרים) דאם אמר כהנים אלו ולויים אלו נהנין לי יטלו אחרים והוא בעצמו פסק המקדש בתרומות ומעשרות

אינה מקודשת, הרי דס"ל טובת הנאה אינה ממון ואיך פסק דיטלו אחרים אבל הם עצמם לא וכבר הביא הכ"מ שתמהו עליו בזה. ומה שכתב שם הכ"מ לתרץ דברי רבנו והרי"ף שג"כ כתב המשנה כצורתה:

דיש לחלק בין טובת הנאה דמודר הנאה לטובת הנאה דעלמא דמידי דאיסורי הנאה אפילו בטובת הנאה אסור:

שהרי אם נגע עכו"ם ביינו אסור לתתו לעכו"ם, לא אדע איך יתרץ דברי הגמ' הא חזינן בגמ' דס"ל דאם טובת הנאה אינה ממון יטלו אלו הכהנים בעצמם ואטו כל האי סוגיא קאזיל שלא אליבא דקי"ל ויתור אסור במודר הנאה, וכמובן דזה דוחק לומר דאזיל האי סוגיא שלא אליבא דר' אלעזר:

דלמה להו לדחוק לוקמי כר"א:

ונראה לי לתרץ דהנה לכאורה קשה מאי קאמר בגמ' דאם נימא טובת הנאה אינה ממון. יטלו אלו הכהנים בעצמם שאסור הנייתו עליהם:

משום דאינה ממון. דהא הא דאמרינן טובת הנאה אינה ממון היינו דוקא לגבי הנותן דלגבי ישראל אין לו ממון מהתרומה שאין לו מהתרומה רק טובת הנאה, ואינה ממון למאן דס"ל טוה"נ אינה ממון, אבל הכהן הא לדידי' הוי ממון גמור האי תרומה שהוא עושה בה כל צרכו והתרומה הם נכסי כהן והיא משנה מפורשת, וא"כ איך יוכל הישראל ליתן לכהן התרומה הא הוא נותן לו ממון גמור דזה אין לומר דהא דאסור ליתן למודר הנאה, היינו דוקא דבר שיש לו בה ממון. ויוכל למכור, אבל דבר שאין יכול למכור מותר לו ליתן אף שמהנהו, דהרי קי"ל דאסור לרחוץ עמו באמבטי, מפני שמהנהו. והתם בודאי הנאת רחיצה עמו באמבטי. הוא דבר שאין יכול למכור ואעפי"כ כיון שהוא מהנהו אסור לעשות למודר הנאה, א"כ הכא איך יתן לו הישראל התרומה, אף שטובת הנאה אינה ממון היינו לגבי הישראל אבל להכהן. הרי הוא ממון גמור ואיך יתן לו. ובאיסורי הנאה, אף דבר שאינו שלו אסור ליתן. כדמוכח מקושית הגמ' פסחים כ"ב דמקשה אי נימא דאבר מן החי אסור בהנאה למאי איצטריך דלא יושיט אבר מן החי לבני נח' ועי"ש בתוס' ד"ה ואבר:

לכן נראה לי דבגמ' סבר דאם נימא טובת הנאה אינה ממון. א"כ תרומות ומעשרות איננה של הישראל רק תיכף בשעת הרמה נעשה הדבר של הכהנים והלויים, רק רחמנא יהיב להישראל זכות שיש בידו לברר לאיזה כהן ליתן וזכתה לו התורה בהאי זכות שיהי' לו בו טובת הנאה, שהוא יתן לכל כהן שירצה ועי"ז יקבל טובת הנאה מן אבי אמו של המקבל ואם נימא דטובת הנאה אינה ממון אין להישראל שום זכות ממון בהתרומה,

ואיננה שלו כלל ואין לו בה רק זכות שיש בידו ליתנם לאיזה כהן שירצה. והנה בדבר שהוא שלו בזה אף אם מניח ליטול ואיננו נותן ג"כ הוא הנותן. שהרי כיון שהוא שלו' הרי הוא המקנה' אף שאיננו נותן רק שמניח ליטול אבל אם אין לו שום זכות ממון. רק שבידו ליתנו למי שירצה א"כ אם הוא מניח ליטול איננו הוא הנותן. רק שאין משתמש בזכות שיש לו ליתן לכל מי שירצה לפ"ז פריך שפיר דמדקתני קונם כהנים ולוים יטלו בע"כ, ע"כ דטובת הנאה אינה ממון. היינו דתרומה ומעשר בעת שמפרישים פקע קנין הבעלים ואין לו אלא הזכות שבידו ליתן לכל כהן שירצה, וכיון שהוא איננו נותן אלא הם נוטלים מעצמם. א"כ איננו הוא המקנה, ואינם נוטלים הכהנים כלל דבר של המדיר: שאם נימא טובת הנאה ממון. א"כ תרומה ומעשרות של הישראל, א"כ אף שהם נוטלים מעצמם הרי הישראל המקנה ובודאי דבמודר הנאה אסור אף ליטול מעצמו. דהא. במודר הנאה ואין לו מה יאכל, אמרינן שמניחים על האבן ואומר הרי הן מופקרים, אז מותר למודר ליטול שהרי כבר נעשה הפקר ואינו של הבעלים. אבל אם לא אמר הרי הן מופקרים. רק שמגלה דעתו שלא יקפיד, אם יטול המודר. אסור להמודר ליטול, דכיון שהוא דבר של מי שאסור למודר ליטול אף אם מניח ליטול ג"כ הוא המקנה ואסור, ומדקאמר דיטלו על כרחו, ע"כ דטובת הנאה אינה ממון היינו דממילא אין להבעלים קנין ממון. בתרומה ומעשר רק זכות ליתן לכל מי שירצה, וכשנוטלים מעצמם. איננו משתמש בהזכות א"כ פריך אימא סיפא, אמאי אמרינן כהנים אלו ולוים אלו נהנין לי יטלו אחרים אבל הם עצמם לא יטלו:

נהי דאסור לו ליתן להם בידים:

דבודאי זה אסור במודר הנאה. אבל אם הוא מניח להם ליטול:

אמאי אסור להם ליטול כיון דטוה"נ אינה ממון א"כ כשמניח לכהנים ליטול הוא איננו המקנה, והכהנים אינם נוטלים דבר שלו א"כ אמאי אסור. נהי דהכהנים נהנים בדבר שהוא להם ממון גמור אבל הא אין נהנים מהמדיר שהרי הוא לא הקנה להם והם אינם נוטלים דבר שהוא שלו' שכיון דטובת הנאה אינה ממון, א"כ התרומה והמעשר אינה שלהם וקשיא רישא לסיפא:

וע"ז משני רבא שאני תרומה הואיל ולא חזיא אלא לכהנים, כיון דאסרינהו עלייהו שוינהו עפרא בעלמא, פירוש דזה ודאי דרבא ס"ל טובת הנאה אינה ממון, שהרי רבא אמר בב"מ (דף י"א) שפיר עביד דלא קבלה, וכי לא הי' להם סודר לקנות בחליפין, אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין, הרי דרבא ס"ל טובת הנאה אינה ממון, אלא דרבא לא ס"ל כדהוה סבירא לן, דאין להישראל אלא טובת הנאה בהתרומה ומעשר,

וא"כ אם אינה ממון, אין לו כלל זכות בהדבר, ואינה שלו, אלא רבא אזיל לטעמי' דמשני שם (בדף פ"ד) דמשו"ה אם אמרה קונם שאיני נהנית לבריות, אסור לה ליטול מעשר עני במעשר עני המתחלק בתוך הבית, דכתיב בהו נתינה, פירוש כיון דאמרה התורה לתן, לא נימא, דהתורה אמרה דבשעת הפרשה יצא מידי בעלים ואין לו אלא זכות נתן למי שירצה, אלא דהמעשר עני עדיין שלו, כיון דעליו מצות נתינה לתן, רק דאמרה התורה שצריך לתן לעני, אבל המעשר עני עדיין שלו, וגוף הפירות לא יצא עדיין מקנינו היכא דכתיב בהו נתינה, משו"ה אסור לה ליקח מעשר עני, אף אם יניח לטול, שהרי הדבר שלו והוא המקנה והנותן, אף אם איננו נותן ממש ורק במעשר עני המתחלק בתוך הגרנות, דשם אמרה התורה "והנחתו", שם אמרינן דהתורה הפקיעה רשותו שתכף יצאו הפרות מרשות הבעלים, שהרי אמרה התורה ו"הנחתו" ולא אמרה מצות נתינה, אבל מעשר עני המתחלק בתוך הבית כיון דכתיב בהו נתינה עדיין הדבר של הבעלים רק דחייבה התורה לתת לעניים ה"נ משני רבא הכא דבאמת אף שטובת הנאה אינה ממון, היינו דתרומה ומעשרות, כיון דאין להבעלים לעשות בזה אלא לתנם לכהן. א"כ איננה שוה אצלו ממון אעפי"כ עצם התרומה והמעשר שלו הוא כיון דכתיב בהו נתינה. שהוא צריך לתנו לכהן ולא אמרה תורה שיניח שהכהנים יטלו בעצמם. א"כ הדבר עדיין שלו: דלא אמרינן דהפקיעה התורה ממנו עצם הפירות ונתנה לו מצות נתינה. אלא אמרינן כיון שנתנה לו מצות נתינה. שהוא מצוה לתן א"כ הדבר עדיין שלו רק כיון דע"פ מצות התורה, מחויב לתן לכהן או ללוי:

ולא יקבל בעד זה רק טובת הנאה אין הדבר אצלו ממון. אבל לגבי הכהן הא הוי ממון גמור א"כ שפיר ניחא הא דכהנים אלו ולוים אלו נהנין לי יטלו אחרים:

אבל אותם הכהנים והלוים שאסר הנאתו עליהם לא יטלו אף אם יניח להם ליטול שכיון שהדבר של הישראל אף אם יניח להם ליטול הוא המקנה להם, ואצלם הא הוא ממון גמור, משו"ה רק כיון דאין הדבר של ישראל אלא בשביל שזכתה לו תורה מצות נתינה, א"כ היכא דבטלה מצות נתינה היינו היכא דאסר הנאתו על כל הכהנים, א"כ לא יוכל עתה לתן. א"כ נעשה עפרא בעלמא ומשו"ה עתה יוכלו הכהנים לטול התרומה, שהרי עתה דאין עליו מצוה נתינה, הרי הוא דומיא דמעשר עני המתחלק בבית הגרנות דהיכא דאין מצות נתינה פקע לגמרי קנין הבעלים:

וממילא מותרים הכהנים לטול:

ולפ"ז שפיר פסק הרמב"ם כמתניתין. דאם אמר כהנים אלו ולוים אלו, יטלו אחרים, אבל הם עצמם לא אף שהוא פסק טובת הנאה אינה ממון. שהרי פסק המקדש בתרומות

ומעשרות אינה מקודשת אכן כפי שבארנו דלמסקנא דגמ' אף אם נסבור טוה"נ אינה ממון. עצם התרומה והמעשרות של הבעלים רק דאינה אצלו ממון כיון שאין לו אלא טובת הנאה וטוה"נ אינה ממון. א"כ בקדושין דבעי כסף א"כ אם נתן לה תרומה ומעשר אינה מקודשת שהרי כיון דטובת הנאה אינה שוה ממון א"כ מקדשה בדבר שאין שוה כלום:

אף שהוא שלו' כיון דאין שוה כלום. אינה מקודשת אבל גבי מודר הנאה, כיון דהדבר של הבעלים האוסר נכסיו על הכהנים ולגבי הכהנים הוא ממון גמור והתרומה נכסי כהן. א"כ אף אם יניח להם לטול מעצמם הרי הוא מקנה להם ממון גמור, משו"ה אסור. כתרוצא דרבא:

וע"פ דרכנו יש ליישב קושית השאגת ארי' שהקשה (בסימן ע"ז) דר' יהושע אדר' יהושע, דהנה בפסחים (דף מ"ו) איתא כיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט ר"א אומר לא תקרא לה שם עד שתאפה בן בתירא אומר תטול בצונן. אמר ר' יהושע לא זהו חמץ שמוזהרין עליו בבל יראה ובבל ימצא אלא מפרישתה ומניחתה עד הערב, ואם החמיצה החמיצה ואמרינן שם לימא בטובת הנאה ממון קא מפלגי דר"א סבר טוה"נ ממון ור' יהושע סבר טובת הנאה אינה ממון, לא' דכ"ע סברי דטוה"נ אינה ממון. והכא בהואיל קמפלגי דר"א סבר אמרינן הואיל ואי בעי מיתשיל עלי' ממונא הוא ור' יהושע סבר לא אמרינן הואיל ואי בעי מיתשיל עלי' ע"כ ר' יהושע בודאי סבר דטוה"נ אינה ממון בין להאי לישנא דפליגי בטוה"נ אי הוי ממון:

בין ללישנא דפליגי בהואיל דאז כ"ע סברי אינה ממון והקשה מהא דאמרינן (בב"מ י"א:) דאין חצרו של אדם קונה לו אא"כ עומד בצד שדהו ופריך בגמ' מהא דמעשה בר' יהושע וזקנים שהיו באין בספינה אמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו וכי ר"ע בצד שדהו של ר"ג הי' עומד כו' ר"ג מטלטלי אגב מקרקעי הקנה להן כו' וכי לא הי' להן סודר לקנות בחליפין. אלא טוה"נ אינה ממון לקנות בחליפין ה"נ טובת הנאה אינה ממון לקנות ע"ג קרקע ולא היא מתנות כהונה נתינה כתיב בהו:

חליפין דרך מקח וממכר, אגב מקרקעי נתינה אלימתא היא וכיון דקי"ל בקדושין כהאי שנויא דמטלטלין אגב מקרקעי הקנה א"כ ע"כ טוה"נ ממון:

ומסיק שם במתני' דר' יהושע ג"כ אמר עישור שאני עתיד למוד נתון לר"א בן עזרי' ומקומו מושכר לו' וכיון דקי"ל דבעינן עומד בצד שדהו ע"כ דטוה"נ ממון דלתירוצא דמטלטלי אגב מקרקעי הקנה להם צריך לומר דטובת הנאה ממון לקנות ע"ג קרקע ולתירוצא דדעת אחרת מקני שאני ג"כ ע"כ צ"ל דטוה"נ ממון דאל"ה לא הוי דעת אחרת

מקנה וא"כ ע"כ סבר ר' יהושע דטוה"נ ממון והא בפסחים דאמר לא זהו חמץ שמוזהרין עליו בבל יראה וימצא, ע"כ סבר דטוה"נ אינה ממון זהו תוכן קושית הש"א:

אכן לדברינו יתיישב קושיתו בפשטות, דלדברינו יהי' הפירוש בגמ' כן דהנה רבא הוא דקאמר שם שפיר עבד דלא קבלה, וכי לא הי' להם סודר לקנות בחליפין. אלא טובת הנאה אינה ממון לקנות בחליפין ה"נ טובת הנאה אינה ממון לקנות ע"ג קרקע ולא היא מתנות כהונה נתינה וכו' פירוש דרבא אמר דלפי סברתו שפיר עבד דלא קבלה, דאיהו סבר כיון דע"כ טובת הנאה אינה ממון דאל"כ אמאי לא הקנו בסודר, וא"כ דטוה"נ אינה ממון. וא"כ לפי סברתו אין התרומה והמעשר של הבעלים אלא שיש לו זכות לברר כהן אבל אין הדבר שלו:

וא"כ איך יקנה מטלטלי ע"ג קרקע כיון שאיננו שלו. אין בידו להקנות. ומסיק אח"כ רבא ולא היא מתנות כהונה נתינה כתיב בהו פירוש דאזיל רבא לשיטתו. שפירש בנדרים, דכיון דכתיב בהו נתינה, א"כ אף שטובת הנאה אינה ממון. אעפי"כ גוף התרומה והמעשר עדיין של הבעלים משו"ה לגבי חליפין שהוא דרך מקח וממכר כיון דאיננו ממון אין יכול להקנות:

דמכירה שייך דוקא בדבר שהוא ממון. וכיון דטוה"נ אינה ממון. לא שייך מכירה, אבל מטלטלין אגב קרקע נתינה אלימתא, פירוש, כיון שגוף התרומה והמעשר שלו הוא. אף שממון אינה שוה, כיון שהוא שלו יכול להקנות דרך נתינה:

ומטלטלין אגב קרקע נתינה אלימתא היא, ודבר שהוא שלו יכול ליתן אף אם אין שוה ממון (ומדויק מאד לשון אלימתא, דלכאורה מיותר דכפי שבארו דהאי ולא היא משני דטו"ה ממון, רק בחליפין אין יכול ליתנם משום דכתיב בהו נתינה א"כ הי' צריך לומר מטלטלין אגב מקרקעי נתינה היא, למאי מוסיף נתינה "אלימתא". אכן לדברינו ניחא דמסיק דנתינה אלימתא היא, דאף דבר שאין שוה ממון יכול לתן, אף שטובת הנאה אינה ממון, כיון דעצם הדבר שלו יכול לתנם) ולפ"ז באמת סובר ר' יהושע, דטוה"נ אינה ממון. רק דס"ל שעצם הדבר שלו, משו"ה לגבי מטלטלין אגב מקרקעי. מועיל להקנות, אבל בחמץ דבעי שלך שיהא בו דין ממון כדאמרינן לגבי אתרוג, דאין יוצאין באיסורי הנאה והרבה פוסקים סוברים דאיסורי הנאה שלו הוא ואעפי"כ לא מקריא לכם, כיון דאין בה דין ממון, ה"נ לגבי חמץ. דחלה שנחמצה אין מוזהרין בבל יראה כיון דטוה"נ אינה ממון. א"כ לא הוי שלך, כיון דאין בה דין ממון, משו"ה אין מוזהרין בבל יראה ובל ימצא, אבל לגבי להקנות או בדעת אחרת או במטלטלין אגב מקרקעי כיון שגוף הדבר שלו, יכול להקנות, משו"ה הקנה ר' יהושע לראב"ע **(גדול אחד הקשה על הא דאמרינן

שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאלו הן ברשותו ואלו הן חמץ משש שעות ולמעלה. והקשה א"כ איך עתה עוברים על בל יראה, הא הא דעשאו הכתוב כאלו הוא ברשותו, הוא דוקא אם זה שאינו ברשותו הוא בשביל איסור חמץ אבל אם הוא בשביל איסור אחר אינו ברשותו, לא עשאו הכתוב בשביל זה כאלו ברשותו, ובודאי אם אינו ברשותו משום כלאי הכרם לא יעבור על בל יראה, א"כ כיון דמשעה חמשית הוא מדרבנן אינו ברשותו, ומה שאינו ברשותו מדרבנן הא אינו ברשותו מדאורייתא, אבל עכ"פ לגבי איסור חמץ כאיסור אחר דמי, א"כ איך עוברים עתה מן התורה על בל יראה הא קודם שעה שביעית כבר אינו ברשותו משום איסור דרבנן, ואמרתי דלא קשה ע"פ מה שבארנו לדברי הפוסקים, דאיסורי הנאה שלו הוא, וא"כ הא דאמר ב' דברים אינם ברשותו, היינו דגבי חמץ הא בעי לך, וכיון דאסור בהנאה לא הי' לו לעבור על איסור בל יראה, שהרי אין בו דין ממון והוי אינו ברשותו, והנה דבר שאסור בהנאה, אם יפקע איסור ממנו, לא יצטרך קנין אחר, כיון שהוא שלו. א"כ אף שרבנן תקנו איסור עד שעה שביעית, עכ"פ משעה שביעית ולמעלה, מפני מה אסור בהנאה, הלא מפני איסור דאורייתא, כי איסור דרבנן אין מועיל אלא עד שעת איסור דאורייתא, אבל בשעת איסור דאורייתא, לא שייך לומר דעתה אסור מפני איסור דרבנן, נמצא דאיסור דרבנן שהטילו קודם שעה שביעית הוי כאלו כבר נפקע, וא"כ בפסח מפני מה הוא אינו ברשותו מפני איסור חמץ דאורייתא וכל שהוא מפני איסור חמץ דאורייתא, הא עשאו הכתוב כאלו ברשותן, משו"ה עוברין בבל יראה מדאורייתא ודו"ק. ולדעתי פשוט הוא.)**:

ובזה יתיישב קושית רש"י בפסחים דאיתא שם (בדף מ"ו) האופה מיום טוב לחול רב חסדא אמר לוקה רבה אמר אינו לוקה, ר"ח אמר לוקה לא אמרינן הואיל ומקלעי לי' אורחים חזו לי', רבה אמר אינו לוקה, אמרינן הואיל, ואיתא שם (בדף מ"ח) אמר רמי בר חמא הא דרב חסדא ורבה מחלוקת דר"א ור' יהושע, דר' אליעזר סבר אמרינן הואיל (פירש"י אע"ג דסופו להפריש אחת מהן לחלה, ונמצא שטרח בדבר שאין ראוי לאכילה, אפ"ה אמרינן הואיל ואי בעי לא מפריש חדא לחלה אלא בצע מכל חדא וחדא, ואיכא למימר כל חדא וחדא חזיא לי' ומותר לאפותה עכ"ל רש"י) ור' יהושע סבר לא אמרינן הואיל. אמר רב פפא ודילמא עד כאן לא אמר ר"א התם דאמרינן הואיל אלא דבעידנא דעייל לתנורא כל חדא וחדא חזיא לי' לדידי', אבל הכא לאורחין הוא דחזיא לדידי' לא חזיא אימא ה"נ דלא אמרינן הואיל. אמר רב שישא ברי' דרב אידי עד כאן לא אמר ר' יהושע התם דלא אמרינן הואיל דאיכא חדא דלא חזיא לא לדידי' ולא לאורחין. אבל הכא דחזי מיהת לאורחין, אימא הכי נמי אמרינן הואיל, והקשה רש"י ז"ל הא דאמר

ר' יהושע לא זהו חמץ שמוזהרין אלמא לית לי' הואיל ואי בעי מיתשל אפילו לחומרא, וכ"ש הואיל דהכא לקולא. לא דמי דהשתא מיהא לאו דידי' הוא. וכך שמעתי ומגמגם לבי עלהי ונראה בעיני דאין הואיל בזה בדבר שאינו שלו, דנימא הואיל ואי בעי מייתי לרשותו, דא"כ הקדש דקי"ל אבל אתה רואה של גבוה ולא פליגי ר"א הא אי בעי פריק לי' והוי דידי' ואף סוגיא דשמעתא לא מיתבא שפיר וכמדומה דפירש הכתוב ברישא דשמעתא הואיל ואי בעי מיתשיל עלי' לא גרס אלא הכי גרסינן ר' אליעזר סבר אמרינן הואיל ור' יהושע סבר לא אמרינן הואיל והכי פירושא ר"א סבר שרי לאפותה ואע"ג דסוף סוף איכא חדא דלא חזיא לי' אין כאן איסור מלאכה הואיל וכל חדא וחדא חזיא לי' דמצי למישקל מכל חדא פורתא ור' יהושע סבר לא אמרינן הואיל עכ"ל הקדוש של רש"י ז"ל:

אכן כל הראשונים הלא הי' גרסתם הואיל ואי בעי מיתשל ודוחק לשבש כל הספרים, דהרי גם רבותינו התוס' גרסי הואיל ואי בעי מיתשל. אכן לדברינו בודאי בדבר שאינו שלו לא שייך כלל הואיל ויש לו עצה לקנותה, דא"כ גם גבי הפקר נימא הואיל ואי בעי קני, ואי בעי מיתשל היכא שאינו שלו, הוי כמו אי בעי קני וכמו שהקשו בתוס' בד"ה הואיל אך באמת החלה אף שהפרישה, כיון שיש בה מצות נתינה הרי היא של הבעלים ממש, רק משו"ה ס"ל לר' יהושע דאין עוברין על בל יראה, כיון דמחויב לתתה לכהן, א"כ אין לו בה דין ממון וגבי חמץ כתיב לך שלך וכמו גבי איסור הנאה דאלו לא עשאו הכתוב כאלו הן ברשותו, לא היו עוברין על בל יראה, אף דהרבה פוסקים סוברים דאיסורי הנאה שלו הן אעפי"כ אלולי דעשאו הכתוב כאלו ברשותו לא היו עוברין מטעם דבחמץ כתיב לך שלך, ובעינן שיהא בו דין ממון ובאיסורי הנאה כיון דאין בהם דין ממון, לא הוי שלכם כמו אתרוג של איסורי הנאה דאין יוצאין מטעם זה, ה"נ משום הכי אין מוזהרין בבל יראה על חמץ של חלה, אף שהוא שלו כיון דאיננו ממון לגבי הישראל, שהרי לא יקבל רק טובת הנאה דאינה ממון. משו"ה אין מוזהרין בבל יראה, ע"ז שייך שפיר לומר הואיל ואי בעי מיתשל, כיון דהחסרון רק מטעם דאינו ראוי לקבל בעדם ממון א"כ כיון שיש לו עצה לקבל בעדם ממון, הואיל ואי בעי מיתשל, כיון דהחלה שלו הוי "לך" ויש לו דין ממון, אבל גבי הקדש והפקר בודאי דלא שייך לומר הואיל ואי בעי מיתשל, כיון דאין הדבר שלו, לא שייך הואיל ויוכל לעשות שיהי' שלו. ומיושב בזה ג"כ קושית התוס' ממעשר שני, דארינן לר"מ דס"ל מעשר שני ממון גבוה אין יוצאין ידי חובתו, נימא אי בעי מיתשל, אכן לדברינו ניחא, דהתם עצם הדבר אינו שלו:

רק ממון גבוה, והיכא שהדבר אינו שלו לא שייך הואיל ויכול לעשות שיהי' שלו. ורק בחלה דכתיב בה נתינה, דהדבר שלו רק דהחסרון מטעם אינו ראוי, בזה שייך הואיל ואי בעי מיתשל דמקרי ראוי:

וא"כ יתיישב קושית רש"י דהנה דבר זה אי מתנות כהונה היכא דכתיב בהו נתינה, אי הויא בשביל זה דבר של הבעלים, במחלוקת שנויה דלפי הס"ד בנדרים סבר דאם נימא טובת הנאה אינה ממון, כבר נפקע קנין הבעלים מהמתנות, וכן בב"מ לפי סברת ר' אבא דלא קבלה היינו משום דטוה"נ אינה ממון להקנות ע"ג קרקע, והיינו משום דס"ל דאם נימא טובת הנאה אינה ממון, אין המתנות של הבעלים, וא"כ איננו בעלים להקנות ואם נימא דהמתנות אינו שלו הלא לא שייך בהו הואיל ואי בעי מיתשיל, דכיון דאינו שלו הוי כמו אי בעי פריק, נמצא דלא קשה מה שהקשה רש"י ז"ל על רב שישא ברי' דרב אידי, איך אמר דר' יהושע מצי סבר הואיל, א"כ יעברו על החלה של חמץ בבל יראה, משום הואיל ואי בעי מיתשיל, דרב שישא ברי' דרב אידי יסבור דהחלה (אם נימא טוה"נ אינה ממון) כבר אינו של הבעלים, ובדבר שאינו שלו לא שייך הואיל ואי בעי מכניס לרשותו, דהוה כמו אי בעי קני דלא אמרינן, ובגמ' דתלי פלוגתייהו אי אמרינן הואיל היינו דסתמא דגמ' סובר כמסקנת רבא בב"מ ובנדרים דתרומה ומעשרות וחלה דכתיב בהו נתינה הדבר של הבעלים, ולדידהו בודאי ראי' מר' יהושע דלא אמרינן הואיל, אבל לסברת רב שישא ברי' דרב אידי דאינו של הבעלים אין כאן ראי' כלל:

ואפשר לומר, דרב פפא ורב שישא ברי' דרב אידי אזלי לטעמיהו, דס"ל שם בב"מ דלא כתירוצא דמטלטלין אגב מקרקע, דס"ל טוה"נ אינה ממון ואינה שלו, רק מתרצי דעת אחרת מקנה שאני, והיינו אף דטוה"נ אינה ממון. אעפי"כ לא בעי שיהי' עומד בצד שדהו, דכיון דרשות בידו לתנו לכהן שירצה, אסור לכהן אחר לטול, וא"כ הוי משתמר. והיכא דהוי משתמר, לא בעי שיהי' עומד בצד שדהו, וכמו שהוכיח הקצות, מגמ' לקמן ק"ב מצא שם מציאה הכל בדלין הימנה:

ולפ"ז מבוארים דברי רבנו הרמ"א שכתב דטובת הנאה אינה ממון ואין נקנה בחליפין, והקשה הש"ך הא כיון דאית לי' לסתמא דגמ' כהאי שנויא דמטלטלין אגב מקרקע הקנה להם, א"כ ע"כ טובת הנאה ממון. אכן לדברינו הא ברורים ומדויקים דברי רבנו דבדיני אגב מקרקעי לא הביא רבנו דטוה"נ אינה ממון לקנות ע"ג קרקע, דבודאי טוה"נ דמיירי בכל דוכתי דהיינו ביש לו מתנות כהונה. וקנין ע"ג קרקע, כיון שהדבר שלו מטלטלין אגב קרקע נתינה אלימתא היא. ורבנו הרמ"א סובר כמסקנת דולא היא דבארנו דהפירוש הוא דמתנות דכתיב בהו נתינה הדבר של הבעלים, רק כיון דאין שוה לו ממון, דמה שיש

לו זכות לקבל טובת הנאה זה אינו ממון, א"כ לא יכול להקנות בחליפין דחליפין דרך מקח וממכר הוא ודבר שאין לו ממון לא שייך למכור, משו"ה טובת הנאה בחליפין אינה נקנית אבל מטלטלין אגב מקרקעי דהוא נתינה, אף דבר שאין לו ממנה רק טוה"נ, כיון דהדבר שלו, יוכל ליתן בדרך מטלטלין אגב מקרקעי דהוא נתינה אלימתא, משו"ה כתב הרמ"א דבחליפין אין יכול להקנות דבר שאין לו בה אלא טובת הנאה, שהרי חליפין הוא מכירה, ואין לו בהדבר ממון שימכרנה, אבל בהלכות אגב, לא הביא האי דינא דהרי קי"ל כשנויא דמטלטלי אגב מקרקעי א"כ טוה"נ כמו מתנות כהונה, שגוף הדבר שלו, יכול להקנות מטלטלי אגב מקרקעי כסתמא דגמ' וכשנויא דרבא:

וא"כ מיושב ג"כ פסק הרמב"ם שפסק תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, ולא קשה מהא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר, ואם נימא תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן, אכן הא גבי מעשר לא מצינו שיהא דוקא צאן ובקר כזה שיהי' לו בו דין ממון, שהרי גבי מעשר לא כתיב אלא צאנך, וא"כ אף אם הוא ספק פדיון פטר חמור, אעפי"כ צאנך הוא, וא"כ אמאי לא יפטור עצמו בזה, ואף אלו הי' צריך שיהי' בו דין ממון, כיון דמספק הוא פטור מליתנו לכהן, והצאן בודאי שלו הוא, שהרי כל המתנות הדבר של הבעלים, א"כ הא דאין שוה ממון, הוא משום דמחויב לתת לכהן, אבל היכא דאין מחויב ליתנו לכהן אף אם יבא אלי' ויאמר שהי' פדיון פטר חמור, אעפי"כ הי' אצלו שוה ממון, כיון שאין מחויב לתת לכהן, משום ספקא והדבר הוא שלו, וא"כ לא קשה כלל מהא דהספקות נכנסין לדיר שהרי עתה הוא שלו, אף דאם יתקוף הכהן לא נוציא מידו, היינו מטעם שאז יהי' הוא המוחזק ויאמר שמא עליך מצות נתינה, וא"כ אני כופך לקיים מצות נתינה, ויזכה הכהן אז בשעת תפיסה, אבל קודם תפיסתו הוא צאן של הבעלים, אף אם איגלאי מילתא שהוא פדיון פטר חמור, משו"ה יכול לפטור עצמו בספק פדיון פטר חמור. והא דפריך בגמ' נמצא זה פוטר דאביי סבר כהני אמוראי דטובת הנאה אם אינה ממון, כבר הדבר אינו של הבעלים, א"כ פריך שפיר אם תקפו כהן אין מוציאין, ע"כ דדין דהמוציא מחברו עליו הראי', איננו פוסק לודאי, א"כ איך יפטור עצמו בספק פדיון פטר חמור, דילמא האמת שהוא פדיון פטר חמור, וא"כ בשעת פדייתו כבר נעשה של הכהן, ואיך יפטור צאנו בצאן של הכהן, ע"כ דתקפו כהן מוציאין, היינו דפסקינן משום ספיקא דהוא ודאי של הבעלים, דדין הוא בספק ממון, דנעשה ודאי של הבעלים, אבל אם נימא דאין דין זה בספק ממון שיהי' ודאי של הבעלים, רק הטעם דמספקא לא מפקינן, דמשו"ה אם תקפו אין מוציאין א"כ הוא פוטר עצמו בדבר שיכול להיות שהוא של כהן. כיון דסבירא לי' לאביי דמתנות כהונה, תכף

בשעת הפרשה פקע קנין הבעלים, אבל הרמב"ם לטעמי' דפסק בנדרים כרבא, דמתנות כהונה דכתיב בהו נתינה, עצם הדבר של הבעלים, א"כ אף אם הוא פדיון פטר חמור הוא צאן של הבעלים, משום הכי לא קשיא לדידי' כלל מהספקות נכנסין לדיר להתעשר, אף דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו:

סימן ח

יבאר דהא דקרקע בחזקת בעלי' עומדת להרא"ש הוא דק מטעם תפיסה לא בגדר בירור. ויבאר דהיכא דאין דררא דממונא. אין מועיל תפיסה אף בטוען בריא ויבאר דחזקה אינה מבררת אלא אם זה שאנו רוצין לומר הוא נגד החזקה.

הרא"ש פסק תקפו כהן מוציאין מידו וכתב הרא"ש ז"ל דתפיסה לא מהני אלא למי שטוען ברי אבל הכהן הזה, אפילו אחר שתפס אין לו עליו אלא טענת שמא הילכך מפקינן מיני' דמוקמינן בחזקת מרא קמא והכי אמר רב נחמן בפרק בית כור (דף ק"ה) גבי מרחץ ששכרו בשנים עשר זהובים לשנה, דינר לחדש ונתעברה השנה, ומספקא לן אי תפוס לשון ראשון וחדש העבור לשוכר או תפוס לשון אחרון. וחדש העבור למשכיר, וא"ר נחמן קרקע בחזקת בעלים עומדת, ואפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר ואע"ג דתפס השוכר לא מהניא תפיסתו מספיקא. עכ"ל הרא"ש:

והקשה הש"ך בספר תקפו כהן על הרא"ש, דאיך מביא ראי' מרב נחמן דס"ל אפילו בא בסוף החדש כולו למשכיר:

דתפיסה בספק לא מהני:

דהא טעמא דרב נחמן לא משום דהוה תפיסה בספק רק ס"ל דהטעם כמבואר בב"מ משום דקרקע בחזקת בעלי' עומדת. והוי המשכיר מוחזק, ואפילו בטוען ברי ולא ספק ס"ל לרב נחמן דהא בב"מ (דף ק"ו) במלוה אומר על משכנתא שלש ולוה אומר שתים אמרינן לרב נחמן זוכה הלוה, דקרקע בחזקת בעלי' עומדת, ומינה הא במטלטלין בכל דוכתי מודה רב נחמן דהוה לשוכר, אף דתפיס מספק, והיא קושיא גדולה עמדו עלי' רבנים מובהקים ואין פותר על נכון עכ"ל קיצור תקפו כהן. ועיין שם תירוץ הש"ך ובנו ועיין בתומים שהשיג עליהם:

ונראה לי לישב דהנה השב שמעתתא. הקשה בשמעתא ד' פרק ה' דמאי מקשה לדין דתקפו כהן אין מוציאין מהא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר, דאי אמרת תקפו כהן אין מוציאין מידו. נמצא זה פוטר עצמו בממונו של כהן דלמא הטעם בפטר חמור. דחזקת מרא קמא מברר שהפדיון פטר חמור הוא של הבעלים:

שהרי הי' להישראל חזקת מרא קמא בהפדיון. ונראה דאימתי שייך לומר היא מבררת היינו דוקא. אם דמה שאנו רוצים לומר הוא נגד החזקה, אז אמרינן שהחזקה מבררת, אבל אם זה שאנו רוצים לומר היינו מה דספק לנו אינו נגד החזקה, אז לא שייך לומר שחזקה תברר. ומשו"ה אם אחד תובע מחברו שמגיע ממנו ממון. לא שייך בכאן שהחזקה חזקת ממון תברר שאין מגיע לו ממון דאטו שייך חזקה שאין מגיע ממנו חוב' ומשו"ה לא שייך לומר במודה מקצת, אנן סהדי דיותר אין מגיע לו שהרי זה שאין אנו מחייבים אותו:

אין הטעם משום דחזקתו שאין מגיע לו, רק משום דלא נדע איך לפסוק, משו"ה לא נוכל לחייבו. דלהוציא ממון בעי ראי' ברורה, אבל אין הטעם משום דחזקתו מברר שאין מגיע, שהרי מה שמסופק שמא מגיע לו, איננו נגד החזקה. והקשיתי מזה על רבנו הקצות, דיהיב טעמא (בחו"מ סי' ע"ה) דמשו"ה פוסק הרמב"ם דפסק ב"ד אין מחייב שבועה, ולא הוי כמודה מקצת, וכתב הקצות משום דכי היכי שיש פסק ב"ד שמגיע ה"נ יש פסק ב"ד שפטור על השאר, וכי היכי דאנן סהדי להאי. ה"נ אנן סהדי להאי דאין מגיע, ודבריו תמוהים:

דאטו אנן סהדי דאין מגיע, הא דפוטרים על השאר אין הטעם משום דאנן ב"ד פוסקים שאין מגיע רק כיון שאין ב"ד יודעים אין פוסקים כלום דאל"כ כל מודה מקצת יפטר. שהרי אנן סהדי דאין מגיע. ע"כ דלא שייך בכאן אנו סהדי, שהרי הא דב"ד פוסקים דפטור איננו בגדר בירור שהוא פטור, רק כיון דאין יודעים. אין פוסקים לחיוב. וחזקה שאין מגיע לו לא שייך שהרי אף אם מגיע איננו נגד החזקה. אף שאם ישלם הא יהי' נגד החזקה, שהרי הי' לו על הכסף חזקת מרא קמא אכן הלא אצלנו הספק על הכסף. רק בכלל אם הוא חייב, וזה איננו נגד החזקה. שאף אם הוא חייב הכסף בחזקתו ולא דמי לשנים אוחזין בטלית. דאמרינן אנן סהדי להאי ולהאי, דהתם הספק על זה הבגד. בזה אמרינן. כיון שהוא תפוס אנן סהדי דדידי' הוא. שוב מצאתי שהנתיבות שם בס"ק ד' ג"כ הקשה כזה על הקצות ותירוץ על קושית הקצות על הרמב"ם איך אמר פסק ב"ד אין מחויב שבועה, הא ב"ד אלימא מעדים, ביארנו בספרנו "לבוש מרדכי" על ב"ק בסימן כ"ב:

עכ"פ זה סברא פשוטה, דלא שייך לומר שהחזקה תברר אלא אם זה שנולד הספק הוא נגד החזקה, וא"כ לא שייך לומר שחזקת מרא קמא יברר שאיננו פדיון בכור אחרי שאף אם הוא פדיון בכור, ג"כ הוא בחזקת מרא קמא. שהרי הישראל עדיין בעליו לא מיבעי

אם נאמר דכל המתנות לא יצאו מרשות הבעלים והם של ישראל עדיין, רק שיש עליו חיוב ומצות נתינה. בודאי דלא שייך לומר שחזקת מרא קמא תברר:
שאין עליו חיוב ומצות נתינה. דזה לא הוי נגד החזקה, רק כמו חיוב לשלם דמים דלא שייך בזה שהחזקה תברר שאיננו מחויב דמים כמו כן לא תוכל החזקה לברר שאין עליו חיוב נתינה ולברר שאיננו בכור ג"כ לא נוכל לברר:
מטעם חזקת מרא קמא שהרי אף אם הוא בכור בחזקת מארי' הוא ואינו נגד החזקה בזה לא תוכל החזקה לברר אלא אף לפי שביארנו דאביי דמקשה ס"ל, דמתנות כהונה. תכף בשעת הפרשה, פקע קנין הבעלים, אעפי"כ הבעלים מרא על הפדיון שהרי בידו ליתנו לכל כהן שירצה. ועוד אף אם נימא דהפדיון. תכף אחר ההפרשה, כיון דפקע קנין הבעלים. שייך בו חזקת מרא קמא ג"כ לא יוכל חזקתו לברר. דהנה כל דוכתי דמברר החזקה הוא דוקא אם החזקה הוא על דבר שנולד הספק, זה יוכל לברר, אבל מה שמזה יולד על דבר אחר. לא יוכל לברר כיון דעל הדבר שנולד הספק לא שייך חזקה, כמו דאמרינן מקוה שנמדד ונמצא חסר כל טהרות שנעשו על גביו בין ברה"ר בין ברה"י ספקו טמא, משום דאמרינן העמד טמא על חזקתו, והרי חסר לפניך:
ואמאי לא נימא העמד טהרות שנגע בהן הטמא על חזקתו ואמאי אמרינן דהוא טמא ודאי למפרע וכל שנגע הוי טמא. ואמאי לא נימא העמד טהרות על חזקתם:
ע"כ משום דהספק נולד על האדם וכיון שהוא טמא שהרי לו חזקת טומאה, לא תוכל חזקת הטהרות לברר עליו. (ואין להקשות א"כ נימא עיקר שנולד הספק הוא על המקוה. ונימא העמד על חזקתה, ואיך מברר חזקת טומאת האדם על המקוה, אכן במקום אחר ביארנו. דזהו דקאמר בגמ' הרי חסר לפניך, פירוש ועל המקוה לא שייך לדון. כי היא ודאי חסרה, וא"כ עיקר לידת הספק הוא על האדם) א"כ ה"נ עיקר לידת הספק הוא על הפטר חמור בעצמו. אם הוא פטר חמור או לא ובו לא תוכל חזקת מרא קמא לברר שהרי אפילו אם הוא פטר חמור הוא של הבעלים כדמסקינן בגמ' דבכורות (דף ז') דבין לר"מ. בין לר"י, פטר חמור ממונו דבעלים הוא וא"כ בשעת לידת הספק לא תוכל חזקת מרא קמא לברר שאינו פטר חמור. שהרי מה שאנו מסתפקין שמא הוא פטר חמור אינו נגד חזקת מרא קמא שהרי אף אם הוא פטר חמור בחזקת מרי' הוא וכיון דבו אין מה לברר, ממילא חזקת הפדיון לא תוכל לברר. אחרי שלידת הספק הוא על החמור ולא על הפדיון:
והנה בב"מ (דף נ"ה:) איתא בתוס' הא דאמרינן שם שכירות ליומא ממכר הוא. והקשו בתוס' ז"ל תימא דבפרק קמא דעכו"ם מוכח דשכירות לא קניא מישראל ששכר פרה

מכהן ומלא לבית דירה אמרו וי"ל דהכא גבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות. והנה לפי מאי דמוכח מתוס' דשכירות איננה קנין. א"כ בודאי. דלא שייך לומר דקרקע בחזקת בעלי' עומדת הוא בירור שאין שכור לו החדש השלשה עשר שכיון ששכירות הקרקע איננו נגד החזקה, שאף מה שאנו רוצים לומר ששכור להשוכר הירח השלשה עשר הוא ג"כ בחזקת מרא קמא, וא"כ מאי מברר קרקע בחזקת בעלי' עומדת. אלא אף לפי מה שבארנו בספרנו "לבוש מרדכי" לב"ק (סימן כ"ד) לישב קושית התוס' דבאמת שכירות ליומא ממכר הוא. אלא שאינו ממכר גוף הדבר רק קנין תשמיש בהדבר, ומשו"ה באונאה שפיר יש בה דין אונאה. שהרי מכירת שכירות ותשמיש, נמי ממכר הוא' ואטו ממכר גוף הדבר כתיב בקרא. ממכר סתמא כתיב וא"כ כיון דתשמיש הדבר הוא ממכר ממילא יש בה אונאה. אבל לגבי אכילת תרומה של הפרה:

בזה תליא אם גוף הבהמה הוא של הכהן וכיון דשכירות לא קניא היינו שאיננו קנין הגוף לזמן. רק קנין תשמיש ולא קנין הגוף:

משו"ה ישראל ששכר פרה מכהן:

מאכילה כרשיני תרומה, ומשו"ה במוכר ביתו לעכו"ם אסור, מפני שמכניס בה עכו"ם: אף שקנה העכו"ם שכירות ותשמיש הבית, כיון דגוף הבית של ישראל אסור להכניס בה עכו"ם וכן משמע מהרא"ש דס"ל דשכירות הוא קנין לפי זה נוכל לומר. דקרקע בחזקת בעלי' מברר שאין לו להשוכר קנין שכירות בהקרקע:

אכן אי אפשר לומר כן. דנחזי אנן אימתי תברר. חזקת מרא קמא הא דקרקע בחזקת בעלי', שאין להשוכר קנין שכירות בהבית על החדש השלשה עשר אם בעת תחלת השכירות נימא דקרקע בחזקת בעלי' מברר שלא קנה שכירות חדש השלשה עשר בודאי דזה א"א שהרי עתה הוא קונה בודאי קנין שכירות וחזקה איננה מבררת אלא עתה, אבל לא על להבא שלא יהי' אחר כן קנינים:

בודאי דזה לא שייך שחזקת מרא קמא תברר, שלא יקנה על להבא ע"כ דבעינן לומר, בשעה שכלו השנים עשר חדש ומתחיל חדש השלשה עשר אז נימא שעתה מברר שלא יהי' להשוכר קנין שכירות בהבית, וא"כ איך שייך בכאן בירור, הלא מה שמשכיר מוחזק בגוף השדה שהוא שלו. זה לא תוכל לברר שאין להשוכר קנין שכירות שהרי אף אם קנה קנין השכירות גוף השדה אינו שלו' וא"כ איננו נגד החזקה שגוף הבית והשדה שלו' שהרי גם אם קנה קנין שכירות, לא קנה גוף הקרקע, וכל שאינו נגד החזקה, אין החזקה מבררת, ואם באנו לברר מטעם קנין השכירות, אדרבה קנין השכירות בעת שכלו. שנים עשר החדשים, ומתחיל החדש הי"ג. השוכר הוא מרא קמא של קנין השכירות, שהרי

כל שנים עשר החדשים הי' קנוי לו קנין שכירות בהבית, וא"כ מאי מועיל קרקע בחזקת בעלי' עומדת לברר במה יבורר אם מצד קנין גוף הבית שיש להמשכיר לזה אין מנגד קנין השכירות, וא"כ לא תוכל לברר. ואם מצד קנין השכירות אדרבא. השוכר הוא מרא קמא ונהי שגם חזקת מרא קמא שלו, לא תוכל לברר וכיון שהוא רק לזמן. אבל עכ"פ המשכיר ג"כ איננו מרא קמא על קנין השכירות:

עכצ"ל הא דמועיל קרקע בחזקת בעלי' עומדת. איננה מטעם בירור אלא כיון דקרקע בחזקת בעלי' עומדת, א"כ השוכר:

בשעה שהוא דר בבית, הוא המוציא מהמשכיר שכיון שהקרקע ברשות המשכיר א"כ בשעה שהוא דר הוא המוציא ותופס מן המשכיר, ואילו לא הי' קרקע בחזקת בעלי', רק היינו אומרים. שכיון שהשכירה:

ברשות השוכר עומדת אז לא היינו אומרים שהשוכר הוא. בחדש השלשה עשר המוציא מן המשכיר שהרי כיון שהשכירה. ברשותו עומדת, אבל כיון דקרקע בחזקת בעלי' עומדת בשעה שהוא דר, הוא המוציא:

ותופס מן המשכיר, וכמו שפירשו התוס' ב"מ (דף ק"ג) ד"ה פרדיסי דמשום הכי אם שאל מרא למירפק בי' פרדיסי' רפיק כל פרדיסי דאית לי' ולא אמרינן ארעתא תרתי משמע, משום שהשואל מוחזק בהמרא ולא דמי לקרקע בחזקת בעלי' שאין יכול להצניע ונשמטו מיד בעלה. שם המשכיר מוחזק, וא"כ שפיר מביא הרא"ש ראי' דתקפו כהן היינו תפיסה. היכא דהתופס טוען ספק אינה מועלת כיון דבשעת תפיסה הוא המוציא מרשות הבעלים דאי נימא דמועיל תפיסה מספק אף בטוען שמא א"כ מאי מועיל קרקע בחזקת בעלי' עומדת, דאף אם בא בסוף החדש כולו למשכיר:

הא מטעם בירור אין כאן כדביארנו:

ומאי מועיל הא דקרקע בחזקת בעלי' הוא אך שיה' המשכיר המוחזק, ואם נימא דתקיפה מועיל, א"כ עכ"פ השוכר תקף עתה:

שהרי הוא דר כל החדש ע"כ דתפיסה מספק אינו מועיל:

ומה שהקשו על דברי הרא"ש, אם נימא דקרקע בחזקת בעלי' עומדת הוא משום תפיסה, א"כ מאי פריך בגמ' גבי משכנתא דהוה כתיב בה שנין סתמא מלוה אומר שלש, ולוה אומר שתים קדים מלוה אכלינהו לפירות, דאמר רב כהנא, פירות בחזקת אוכליהם, ופריך והא קיי"ל כותי' דרב נחמן, דאמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת ואם נימא דהטעם, משום דאין מועיל תפיסה בטוען שמא הא התם טוען המלוה ברי ובטוען ברי הא מודה

הרא"ש דמועיל תפיסה, שהרי כתב הרא"ש, דאין מועיל תפיסה אלא בטוען ברי, הרי דבטוען ברי מהני תפיסה, וא"כ מאי פריך מרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת: **נראה** לי דלא קשה מידי, דהנה התוס' (בדף ק') גבי וליחזי ברשותא דמאן קיימא הקשו ז"ל וא"ת כי נמי הולד ברשות הלוקח, אין זה הוכחה שקנאה דהא אמרינן בחזקת הבתים הגודרות אין להם חזקה כו' וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא דיש ספק בדבר בלא טענתו. וטוען הלוקח ברי, אם הוא ברשותו אין להוציא מידו עכ"ל התוס', הרי דהא דמועיל תפיסה בטוען ברי, הוא דוקא, בדבר שיש בו דררא דממונא היינו שבלא טענתו נמי הי' לנו ספק אבל אם בלא טענתו לא הי' לנו ספק, בודאי דאין מועיל מה שיתקוף ויטעון כן, רק היכא שיש לנו ספק בלא טענתו, אז מועיל תפיסה בטענת ברי:

והנה בחו"מ (סימן מ"ב) אמרינן בסעיף ה' דבכל הני דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה, אי תפיס מטלטלי לא מפקינן מיני' והיינו משום דתפיסה מועיל בטוען ברי, שהרי הרמ"א ס"ל, דתקפו כהן מוציאין מידו, כמו שפסק ביו"ד (סימן שט"ו), ואעפי"כ כתב בכאן דמועיל תפיסה, משום דטוען ברי, ואילו היכא דכתוב סלעים, מלוה אומר שלש ולוה אומר שתים כתב שם המחבר בסעיף י"ד, דאי תפיס המלוה שלש מפקינן מיני', אף שהוא טוען ברי, ובטוען ברי הוא מועיל תפיסה. אכן הכא לית כאן דררא דממונא, אין מועיל תפיסה דבלא טענתם היינו אומרים דמיעוט סלעים שתים, וכיון דליכא הכא דררא דממונא אין מועיל תפיסה, אבל אם הוא מוחזק מקודם, בודאי אף בדבר שאין בו דררא דממונא, כיון שיכול להיות הדבר כמו שהוא טוען טענתו טענה, אבל לתפוס אף שטוען ברי, אין מועיל, וא"כ שפיר פריך בגמ' גבי משכנתא, דכתיב בשטרא שנין סתמא, מלוה אומר שלש ולוה אומר שתים, וקדים מלוה ואכלינהו לפירא, דאמרינן הלכתא כותי' דרב כהנא דאמר פירא בחזקת אוכליהן ופריך והא קיי"ל כותי' דרב נחמן דאמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת, היינו כיון דכתיב בשטרא שנין סתמא, א"כ בלא טענתו לא הי' נולד לנו ספק, דסתם שנין משמע שתים, א"כ כיון דאמר קרקע בחזקת בעלי' עומדת, הרי המלוה הוא התוקף, אף שהקרקע כבר בידו, בקרקע הוא התוקף, וא"כ כיון דאין כאן דררא דממונא. הלא אף בטוען ברי לא מהני תפיסה, אבל ודאי מה שמועיל, קרקע בחזקת בעלי' עומדת, הוא רק כיון דהקרקע בחזקת בעלי' עומדת, השוכר הוא התופס א"כ דברי הרא"ש פשוטים וברורים, דמוכח מכאן דתפיסה אין מועיל אחר שנולד הספק:

אלא אדרבה יקשה על הרמב"ם, איך פסק הרמב"ם:

תקפו כהן אין מוציאין מידו, הא הרמב"ם בעצמו פסק כר"נ דאף אם בא בסוף החדש כולו למשכיר. משום דקרקע בחזקת בעלי', ובודאי דקשה קושית הרא"ש, הא קרקע בחזקת בעלי' עומדת איננה עומדת יותר מזה שכל החפץ עומד ברשות הבעלים, וא"כ כמו דאין מועיל תקיפה מרשות הבעלים, גבי קרקע, ה"נ לא יועיל תקיפה מרשות הבעלים, גבי מטלטלין, אחרי דגם בקרקע בחזקת בעלי' עומדת, הוא ג"כ מטעם תפיסה, דבירור דחזקת מרא קמא לא שייך בכאן כמו שביארנו:

ונ"ל דאזלי בזה הרמב"ם והרא"ש לשיטתייהו. דהנה הא דאמרינן כל שנולד הספק ברשותו עליו להביא ראי', פליגי הרא"ש והרמב"ם בפירושא דהאי מילתא, דהרא"ש ס"ל דפירושא כן אם החליף פרה בחמור:

ומשך בעל החמור את הפרה, ולא הספיק בעל הפרה למשוך החמור, עד שמת ולא ידעינן אם בשעת משיכה שמשך בעל החמור את הפרה הי' קיים, בעל הפרה צריך להביא ראי'. שהי' החמור מת, ואם לא הביא עדים, הדין עם בעל החמור. אכן הרמב"ם כתב, אדרבה, בעל החמור צריך להביא ראי', שהי' חמורו קיים. דהרא"ש מפרש נולד הספק ברשותו, היינו. משום שבשעה שנולד לנו הספק החזקנו שהחמור הוא של בעל הפרה, משו"ה בעל הפרה שרוצה לומר שהי' בטעות צריך הוא להביא ראי'. אכן הרמב"ם מפרש שנולד הספק ברשותי' היינו כיון שהחמור הי' ברשות בעל החמור, משו"ה הוא בחזקת בעל החמור ואם בעל החמור רוצה לומר שכבר זכה בו בעל הפרה, הוא צריך להביא ראי', אבל אם עומד באגם, אז אין הדין שבעל החמור צריך להביא ראי', דעיקר הטעם שצריך בעל החמור להביא ראי', הוא משום שהוחזק ברשותו, א"כ דין הוא דכל מה שיש ביד אדם הוא שלו. הוא בירור שהוא שלו, והרוצה להוציא מהבירור הזה, עליו להביא ראי', אכן הרא"ש ס"ל דטעמא דאמרינן חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו הוא דוקא באופן שאם איננו שלו, לא הי' צריך להיות בידו. למשל, אם הטענה שהוא גזל אבל הכא, דהכל יודעים דהחמור הי' בידו מקודם, לא שייך בזה, חזקה שהוא שלו. ורק מטעם תפיסה אין מוציאין מידו:

וזהו דוקא אם הוא לטובתו, ולא לגריעותא, ואז לא אזלינן בתר רשות שהוא עומד, אכן הרמב"ם ס"ל דרשות הוא בירור, א"כ כיון שהחמור הוא ברשות בעל החמור, הוא בירורו שהוא של בעל החמור אף שהוא לגריעותא לבעל החמור:

נמצא לדברי הרמב"ם אין ראי' מהא דקרקע בחזקת בעלי' עומדת, שלא יועיל תפיסה, דשם אין הטעם משום תפיסה, רק כיון דהקרקע עומדת ברשות הבעלים, הוא עתה בירור, שאין להשוכר קנין שכירות בהקרקע, שכיון שהיא עומדת עתה ברשות הבעלים,

אף שלא שייך חזקת מרא קמא, מה שהיא עומדת עתה ברשות הבעלים, הוא בירור שאין להשוכר קנין שכירות בהקרקע משו"ה אין מועיל תפיסה, שהרי יש חזקה המבררת, אבל בפטר חמור וכן בבכור, לא שייך בירור, שהרי מה שאנו מסתפקין, שמא הוא פטר חמור, אינו נגד החזקה, שהרי אף אם הוא פטר חמור הוא בחזקת מרא, משו"ה מועיל תפיסה, אבל הרא"ש לטעמי' דמה שהוא ברשות היכא דצריך הדבר להיות ברשותו, אין הטעם משום בירור, רק משום דאין מוציאין אלא בראי', א"כ שפיר מביא הרא"ש ראי', דדבר שהוא ברשות אחד, אין מוציאין ממנו אלא בראי' ותפיסה מספק לא מהני:

סימן ט

יבאר שיש חילוק, בין נזא קרקע, לגזל מטלטלין, אף היכא דלא עשה קנין, לענין אם הקדיש הננזל. גם יבאר הטעם שמשיכה קונה דוקא, בסמטא. לא ברה"ר, ומסירה קונה דוקא ברה"ר:

(דף ו.) **בסוגיא** דאת"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו, הקדישה אינה מקודשת, את"ל אין מוציאין הקדישה בלא תקפה מהו. ועיין תוס', דמיירי ג"כ כששתק בשעה שהקדיש. ולפ"ז האיבעיא:

אי הוי כהודאה מה ששתק בשעה שהקדיש, וא"כ במסותא ג"כ מיירי כה"ג, ולפ"ז מאי ראי' מייתי מספק בכורות, מאי שייך שם הודה הרי הכהן לא הקדיש, ועיין קושיא זו בשיטה מקובצת:

לקמן איתא מאי הוה עלה וכו' ופשטוה מהא דאמר רב נחמן, כל ממון שאין יכול להוציאו בדיינין, אין יכול להקדישו, הא יכול להוציא קדוש, והאמר ר' יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים, שניהן אין יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, מי סברת במסותא מטלטלין עסקינן, במסותא מקרקעי עסקינן כו':

והקשה הגרעק"א הא החלוק בין קרקע למטלטלין, הוא דקרקע אינה נגזלת ומטלטלין נגזלין, נמצא דהיכא דלא עשה הגזלן קנין קרקע ומטלטלין שוין וכדאיתא בב"ק ע"ש:

ונראה לי דאף היכא דלא עשה הגזלן קנין במטלטלין, ג"כ חלוק מטלטלין מקרקעי. ואדרבה ראי' מגמ' ב"ק ע"ט. דהנה שם איתא הי' מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור הוציאו מרשות הבעלים חייב:

והנה בב"ב דף ע"ו איתא דאביי ורבא דאמרי תרוייהו מסירה קונה ברה"ר ובחצר שאינה של שניהם, משיכה קונה בסמטא ובחצר שהוא של שניהם. ועיין בתוס' שם שהקשו על הרשב"ם דמפרש טעמא, דמשו"ה מסירה אינה קונה בסמטא, משום דאפשר במשיכה,

והקשו בתוס' וכי מצות הן שמבטלות זא"ז. ולפ"ז קשה באמת מ"ש מסירה דקונה ברה"ר ולא בסמטא ומשיכה קונה בסמטא:

ונראה לי, דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ט מהלכות גירושין הלכה ג') דהאומר לאשתו ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר ל' והלכה והניחתו בצדי רה"ר ונגנב או אבד לאחר שלשים, מגורשת אף אם לא אמר מעכשיו. וכבר הקשה המ"מ דהא בגמ' (כתובות דף פ"ב) איתא דכי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן, האומר לחברו, משוך בהמה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום, לאחר שלשים יום קנה ואפילו עומדת באגם כו' והא כי אתא רבין אמר ר' יוחנן. לא קנה. ל"ק, הא דאמר קני מעכשיו, הא דלא אמר קני מעכשיו, הרי דאימתי קני באומר לאחר ל' יום:

דוקא באומר מעכשיו:

א"כ האומר לאשתו ה"ז גיטך ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום והלכה והניחתו בצדי רה"ר, דוקא באומר מעכשיו, היא מגורשת. וכדאיתא בדף פ"ו דפשיט להאי דינא דהאומר לאשתו ה"ז גיטך ולא תתגרשי אלא לאחר שלשים יום:

מהא דמשוך בהמה זו ולא תקנה אלא לאחר ל'. הרי דדוקא באומר מעכשיו מגורשת, וכן איתא בתוס' שם ד"ה האומר:

דמיירי ג"כ באומר מעכשיו. וא"כ תקשה להרמב"ם איך כתב דהאומר לאשה ה"ז גיטך ולא תתגרשי אלא לאחר ל' והניחתו בצידי רה"ר דמגורשת אף בלא אמר מעכשיו:

לפי"ז נראה לי טעמא דהגדר דמשיכה קונה בסמטא ובחצר של שניהם:

הוא דכיון דהוי כחצר השותפין, כל אחד כשמשתמש. נעשה המקום של המשתמש דהרי החצר קנוי לכל אחד וממילא כל זמן שמשתמש, מתברר שהוא שלו' ואף דפליגי ראב"י ורבנן בנודר הנאה מחבירו אם מותר לכנס לחצר השותפין דלרבנן אסור היינו דס"ל דעדיין זכות חבירו על להבא ולא נתברר שאינו שלו. אבל זה גם רבנן מודו. דקנין תשמיש הוא קונה:

בהמקום שהוא משתמש, וכל זמן שלא נסתלק תשמישו הוא בעל המקום, ולפ"ז מדרבנן היכא דמשיכה קונה. גוף המקום קנוי לו לקנין. וא"כ הא דאמר ר' יוחנן. דהיכא דאמר משוך פרה זו. ולא תקנה אלא לאחר ל' אם לא אמר מעכשיו לא קנה. משום דמסתמא הבהמה אינה עומדת כל השלשים יום על המקום שמשך אותה וכיון שיצתה פעם אחת מן המקום נתבטל קנינו. שהרי קנינו הוא רק כל זמן שמשתמש ותשמישתו קיים אכן אם היתה עומדת כל השלשים יום ולא היתה זזה מן המקום, אז הי' קונה אף בלא אמר מעכשיו שהרי בכלות הל' יום שאז חל הקנין:

עומדת היא בחצירו היינו המקום שקנה ע"י התשמיש, לפ"ז באומר לאשה ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו אלא לאחר שלשים והלכה והניחתו בצידי רה"ר הרי מונח הגט כל השלשים יום במקום שהוא קנוי לה, משו"ה מתגרשת אף בלא אמר מעכשיו:

והא דמביא ראי' לדין זה דאומר לאשה ה"ז גיטך ולא תתגרשי אלא לאחר ל' והניחתו בצדי רה"ר. מדין דהאומר משוך פרה זו וקנה אותה מעכשיו ולאחר שלשים דקנה בעומדת באגם דמאי לאו היינו אגם היינו צדי רה"ר:

נראה לי דהנה כיון דאמר מעכשיו. א"כ אמאי צריך דוקא שתהא באגם בסוף שלשים. אכן התוס' בכתובות פ"ב פירשו בד"ה הא דר"י לטעמי' דס"ל דמעכשיו מתחיל הקנין וגומר בסוף שלשים. ואף לדברי הרמב"ם. שפירש (בפ"ב מהלכות מכירה) דתנאה הוא היינו אם יהי' הקנין בסוף שלשים ג"כ אבל עכ"פ עתה קנוי הוא להלוקח אלא דהתנה תנאי דוקא אם יהי' חלות הקנין גם בסוף שלשים, ואם היתה עומדת ברה"ר דאף אם היא שלו, לא קנה המקום, א"כ בסוף שלשים לא חל הקנין. ונתבטל ממילא, אי משום תנאי: אי משום דלא נגמר. אבל אם עומדת באגם כיון דכבר יש לו קנין בהפרה. א"כ כשהיתה עומדת בסוף שלשים באגם:

קנה המקום דהרי בהמה שלו עומדת שם משו"ה חל הקנין באומר מעכשיו ולאחר שלשים בין למ"ד תנאה בין למ"ד שמתחיל וגומר:

וא"כ שפיר מביא ראי' לדין דהאומר לאשה ה"ז גיטך ולא תתגרשי אלא לאחר שלשים (ולא אמר מעכשיו), והלכה והניחתו בצידי רה"ר, דמגורשת, מדין דאומר לחבירו משוך פרה זו וקני מעכשיו, ולאחר ל' דקנה:

דמאי לאו היינו אגם היינו צידי רה"ר, היינו דכמו דחזינן באומר מעכשיו ולאחר שלשים, בבהמה, דאם היתה עומדת ברה"ר, לא הי' קונה וע"כ דאגם ע"י השתמשותו, היינו שהבהמה שלו עומדת שם קנה את המקום, שעומדת הבהמה, א"כ היכא דהניחה הגט בצידי רה"ר כיון דצידי רה"ר דין אגם יש לו, א"כ הוא מקום שקונים אותו ע"י השתמשות, וא"כ כיון שהיא הניחה הגט בצידי רה"ר, קנתה המקום וא"כ כל זמן שמונח הגט:

המקום הזה קנוי לה, א"כ גם בלא אמר מעכשיו קנתה הגט ומתגרשת, שהרי הגט מונח במקום שקנוי לה ע"י השתמשות:

דכל זמן שלא נסתלק הגט מהמקום, לא נתבטל קנינה מהמקום. והא דבבהמה בלא מעכשיו לא קנה. משום דהבהמה כבר הלכה מהמקום שמשך. ובטל כבר קנינו. ולפי"ז ניחא דמסירה קונה דוקא ברה"ר ולא בסמטא. דכיון דחזינן. דאם פרתו עומדת במקום הראוי לקנות ע"י השתמשות, המקום שעומדת קנוי לבעל הפרה, דמשו"ה הוי הקנין

באומר מעכשיו ולאחר שלשים, ומסירה אינה קונה, אלא אם אינה ברשות הבעלים המוכרים, משו"ה ברה"ר, דלא קנה המקום מהני מסירה, אבל בסמטא, כיון שקודם המסירה כבר קנה המוכר המקום שעומדת, ע"י פרתו שעומדת שם, הוי כמו שעומדת ברשות המוכר, וברשות המוכר מסירה לא קנה. אכן משיכה קונה בסמטא, משום דע"י השתמשות:

הוא קונה המקום מדרבנן וקונה המטלטלין הנמשכין מטעם חצירו, אבל ברה"ר דלא קנה המקום, לא קנה המטלטלין:

והנה בכתובות ל"א ע"ב קאמר רבינא, דאם משך לרה"ר ג"כ קנה, משום דרבינא דייק רישא, דדוקא אם מת ברשות הבעלים פטור, אבל אם הוציא הגנב מרשות הבעלים אפילו לרה"ר ומת חייב, ופירשו בתוס' שם ד"ה ברה"ר, דאף רבינא מודה, דאינו קונה שיהי' שלו אלא להתחייב באונסין, הרי דגם רבינא מודה שכשמושך ברה"ר, לא קנה המקום שמונח החפץ, וא"כ אמאי חייב באונסין, ועכצ"ל דבגנב לא בעינן כלל שיכניס לרשותו דדוקא בקנינים בעינן שיכניס לרשותו:

אבל בגנב החיוב מפני שמוציא מרשות הבעלים, וכיון שמשך לרה"ר, הרי הדבר כבר אינו ברשות הבעלים, ואף דהיכא שפרתו עומדת ברה"ר יכול להקדיש הוא משום דמה שהוא בעלים עלי' ואין מוחה בידו, מלעשות עמה מה שהוא חפץ, מפני זה מקרי שהדבר ברשותו:

אף בעומדת ברה"ר, אבל אם היא באופן כזה, שהגנב לא יניח לו לעשות מה שהוא חפץ מקרי שאינה ברשותו, ובכה"ג לא יוכל להקדיש וכיון שהוציא מרשות הבעלים, ועשאה שאינה ברשות הבעלים משו"ה מחויב. ומה שהקשו שם בתוס' דהא גבי נתנה לבכורות בנו, דקתני סיפא התם לענין משיכה דקנין איירי כו'. אפשר לתרץ בבכורות כיון דהוי ממונא דכהנים ומתנות כהונה:

בעי רק שיוציא מרשות הבעלים. וכן בבע"ח:

כיון שהוציא בע"ח מרשות הבעלים נפטר. וכן בשומר ג"כ כיון דאין זה קנין ממש, רק להתחייב כיון שיוציא מרשות הבעלים קם לו ברשותו ולפ"ז דאמרינן דבגנב כיון שהגנב אין מניחו לעשות מה שהוא חפץ עושה את המטלטלין לאינו ברשותו, א"כ גם אם הי' מושך ויוצא ומת ברשות הבעלים לחייב ועכצ"ל דכל זמן שהוא מונח ברשות הבעלים אף שהגנב לא יתנהו לעשות מה שהוא חפץ בשביל זה לא נקרא שיצאו המטלטלין מרשות הבעלים וברשותא דמרא קאי ואם מת, פטור הגנב אבל כשהוציא לרה"ר דהדבר איננו ברשות הבעלים:

ורק מפני שיכול לעשות מה שהוא חפץ. מקרי שהוא ברשותי' אם הגנב לא יתנהו לעשות בזה מה שהוא חפץ. דבר זה עושה את המטלטלין לאינו ברשותו, מעתה החילוק מבואר. דבמקרקעי אף שגזל אותה, החפץ מונח עוד ברשות הבעלים:

שהרי קרקע בחזקת בעלי' עומדת וכל זמן שהדבר ברשות הבעלים יכול להקדיש אבל במטלטלין. אף שהמה מונחים באופן שלא עשה קנין היינו ברה"ר כיון דאינה ברשות הבעלים ורק מפני זה מקרי ברשותו שהוא יכול לעשות מה שהוא חפץ, אבל בזה אומר דידי וזה אומר דידי כמו במסותא אילו הוי מטלטלין כיון שהטוען לא יניחו לעשות מה שהוא חפץ. אף שיכול להוציאה בדיינין אבל לע"ע, הא אינה ברשותי', משו"ה אין יכול להקדיש והוי דומיא דהוציאה לרה"ר לרבינא:

דהגנב חייב אם מת, אבל בקרקע. כמו דאם מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים פטור וממילא יכול להקדיש. כן בקרקע דמקרי מונחת ברשות הבעלים אף שהגנב או הטוען מחזיק לאו כלום הוא ויכול להקדיש. כל זמן שיכול להוציא בדיינין, דלא הויא אבודה:

והנה הכא בתקפה אחד בפנינו בשתק ולבסוף צוח. אף אם נימא דאין מוציאין. אין הטעם. משום דכיון דשתק אודויי אודי לי'. בודאי דשלו הוא. דא"כ לא הי' מועיל ראי' ומדמועיל עדים:

ע"כ דלא הויא הודאה ודאית. רק כיון שיוכל להיות שמה ששתק הוא מטעם הודאה. ממילא לא הויא תפיסה לאחר שנולד הספק, דאימתי דין הוא דתפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני, הוא דוקא שודאי הוי חטיפה, אבל היכא שאפשר להיות שאיננה חטיפה. רק לקיחה ברשות, יוכל להיות דבכה"ג, תפיסה. אף לאחר שנולד הספק, אין מוציאין מטעם שהוא מוחזק ואין מוציאין אלא בראי' (ועיין ש"מ שג"כ מפרש דהוי רק הודאת ספק בשתק ולבסוף צוח):

והנה היכא דשניהם אדוקים בטלית אף דמעיקרא הוי סבר דאנן סהדי להאי דמאי דתפיס דידי' וסהדי להאי דמאי דתפיס דידי' דהוה סבור דשנים אוחזין בטלית וחלוקין עליו, מקרי זה אוחז בחצי וזה אוחז בחצי:

ומונח חציו ברשות זה וחצי ברשות זה, אבל למסקנא סובר, דשנים אדוקין כל אחד אוחז בכולה:

וא"כ איננה מונחת כלל ברשות אחד מהם ולפ"ז מיבעיא לי' אי האי דינא דגזל ולא נתיאשו הבעלים, שאין הבעלים יכולין להקדיש הוא דוקא במונח ברשות אחד אבל במונח ברה"ר אף באין יכול להוציאו בדיינין אם יכול לתוקפה ולא יהא מחאה מצד הגזלן אף שצריך עוד תקיפה ג"כ יכול להקדיש דדוקא אם כבר נכנסה לרשות הגזלן

אז אין יכול להקדיש, אבל אם לא נכנסה לרשותו, בזה שבידו לתקוף היכא שלא יהי' מחאה, הוי ג"כ בעלים וזהו דקאמר אליבא דמ"ד תקפה מוציאין מידו. א"כ אף אם קמי שמיא גליא שהוא שלו אעפי"כ מקריא אינו ברשותו. שהרי בלא בי"ד אין בידו כלל לקח אותה, ורק צריך ב"ד שיוציאו ויתנו לו בודאי דאין יכול להקדיש ורק אם נימא דתקפה היכא שלא ראינו מחאה:

היינו בשתק ולבסוף צוח, אין מוציאין מידו:

א"כ אי קמי שמיא גליא שהיא שלו. הרי הוא בעלים על זה שבידו לתקוף ומסתמא אם יתקוף אז לא ימחא השני ואף אם ימחא. הלא יבטל תקיפתו, מטעם שלא נניח לו, אבל מה שהוא נוטל, הוא לא מטעם שבי"ד נותנים לו שהרי אם תקף ולא הי' מחאה, נוטל, מטעם דאמרינן שהוא שלו. א"כ יכול להקדיש ולא הוי אינו ברשותו. או דילמא כיון דצריך תקיפה איננו ברשותו, היינו דאיננו בעלים לעשות מה שחפץ ובכה"ג אין יכול להקדיש:

ופשיט ממסותא, דגם שם מספקא להו ופשטו מהא דספק בכורות:

דבבכור גם המקשה ידע שאין חסרון מצד שהוא ברשות הבעלים. דכיון דהבעלים לא יעברו על הדין ויתנו, משו"ה בודאי בכור חל הקדושה, אבל בספק, הרי הבעלים לא יתנו ואיך חל קדושת הדמים בספק פטר חמור או בבכור בע"מ, הא בלא תקיפה, לא יתנו לו. ובהקושיא הוי סבר דגם קדושה הבאה מאילי' הוא חלות, ואם אינו ברשותו של הכהן, לא יחול קדושת הדמים, ע"כ דכיון שאם הכהן יתקוף אז אין מוציאין, א"כ הבעלים על הדבר הכהן שבידו לתקוף, הרי חזינן דמה שהוא יכול לתקוף ג"כ עושהו לבעלים ודחי דקדושה הבאה מאלי' שאני, ושם אף אם יהי' הדין דתקפו כהן מוציאין, ג"כ חל דלא תליא כלל אם הוא ברשות הכהן, עד דפשיט מהא דכל שאין יכול להוציא בדיינין הרי דאף אם יתקוף ולא יהי' מחאה, לא יוציאו מידו אעפי"כ לא מקרי שהוא ברשותו, כיון דכל זמן שלא יתקוף לא יניחוהו, הגזלן או הטוען על זה ליקח וא"כ אף אם נימא תקפה אחד בפנינו, אין מוציאין במסותא. כיון דבעי תקיפה, איננה ברשותו, ואף אם קמי שמיא גליא שהוא שלו לא חל ההקדש:

סימן י

יבאר מחלוקת אי מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו או לאו תלוי אם השטר הוא עצם החוב או לא. ויבאר מחלוקת הירושלמי וגמ' דילן, אם עדים בחתימתן נעשה כל נוסח

השטר, כאילו הם מנידים, או חתימתם רק על תוכן הדברים. ויבאר, דמנו של אחר, אין מועיל לפסול שטר:

(דף ז') **ת"ר** שנים אדוקין בשטר מלוה אומר שלי הוא ונפל ממני ומצאתיו ולוה אמר שלך הוא ופרעתיו לך יתקיים השטר בחותמיו דברי רבי, רשב"ג אומר יחלוקו וכו' אמר מר יתקיים השטר בחותמיו וגבי לי' מלוה כולי', ולית לי' מתניתין שנים אוחזין בטלית. אמר רבא אמר רב נחמן במקום ד"ה יחלוקו, כי פליגי בשאינו מקוים. רבי סבר מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. ואי מקיים לי' פליג, אי לא מקיים לי' לא פליג, מ"ט חספא בעלמא הוא מאן משוי לי' שטרא לוה. הא אמר דפריע ורשב"ג סבר. מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ואע"ג דלא מקיים לי' יחלוקו כו' ואיתא שם בגמ' אמר ר' אלעזר. מחלוקת בששניהם אדוקים בטופס ושניהם אדוקים בתורף אבל אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף זה נוטל טופס וזה נוטל תורף כו' אלא לדמי דאמר הכי שטר דאית בי' זמן כמה שוה ודלית בי' זמן כמה שוה דאית בי' זמן. גבי ממשעבדי. ואידך לא גבי ממשעבדי יהיב לי' האיך דביני ביני:

והנה הרי"ף והרמב"ם פסקו בסתמא להאי דינא, דאם שנים אדוקים בשטר. אם נתקיים השטר בחותמיו יחלוקו, ולא חילקו בין אם שניהם אדוקים בטופס ושניהם בתורף. בין אחד אדוק בטופס ואחד בתורף:

ומשמע דאף אם אחד אדוק בטופס ואחד בתורף נמי יחלוקו:

וכבר תמהו עליהם דהוא נגד גמ' וסוגיא מפורשת. דאם אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף זה נוטל טופס וזה נוטל תורף:

וליישב דבריהם הקדושים נראה לי דהנה בירושלמי שם איתא אמר ר' אלעזר הכל הולך אחר התפוס בעדים. ואמר רב חסדא אין שמעתינו אתיא כר' שמעון. ופירש הפני משה דהיינו דאתיא כרבי שמעון בן גמליאל אבל לרבי הכל הולך אחר קיום השטר. ולכאורה תמוהים דברי הירושלמי מאי תלי זה. אי אזלינן בתר התפוס בעדים בדינא דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, דהא פלוגתייהו רק אי בעי שיקיים השטר. דלרשב"ג, כיון שמודה שהוא כתבו אין צריך לקיימו:

ורבי סבר שצריך לקיימו:

אבל היכא שהוא מקוים. הוה לרבי כמו לרשב"ג, א"כ כמו דלרשב"ג הולך אחר התפוס בעדים אף שאינו מקוים הכא נמי לרבי, היכא דמקוים דכמו לרשב"ג עיקר השטר הוא העדים ה"נ לרבי, עיקר השטר הוא העדים רק דרשב"ג אין חושש שמא מזויף ורבי חושש

שמא מזויף וצריך שיקיימנו. לדע שהחתימות הם אמת, אבל מאי תלי אם עיקר השטר הוא העדים בדין אי צריך לקיימו. ופליאה היא שמפרשי הירושלמי לא ביארו בזה:

ונראה לי לפרש דהנה (בכתובות דף י"ט) כתבו התוס' בד"ה מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו ז"ל. וא"ת ומ"ט לא מהימן במגו דאי בעי אמר מזויף, וי"ל דשמא ירא לומר מזויף הוא פן יכחישוהו, וליכא מגו. ופירש הקונטרס במקום אחר דטעמא, משום דדבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד. ורבנן הוא דאצרכוהו קיום, עכ"ל התוס' ולכאורה אין באור לדברי התוס', דנהי הא דצריך קיום הוא רק מדרבנן, במה אזל מגו דילי', כיון שאם הי' טוען מזויף הא הי' נאמן ולא היו גובין בהשטר, אף שמה שלא היו גובין, הוא רק מדרבנן, עכ"פ אם הוא טוען כן לא היו גובין בו:

וא"כ כי טוען פרוע נהימני' במגו דאי בעי הי' טוען מזויף, והיה פוטר עצמו, ומה לי אם זה שהי' פטור בטוען מזויף, הוא מדאורייתא או מדרבנן עכ"פ הוא הי' פטור אם הי' טוען מזויף, וא"כ הרי יש לו מגו ליפטר:

לכן נראה לי דכונת התוס' לפירוש הקונטרס הוא כן, דהנה קי"ל בכל דוכתי, דמגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. לא אמרינן. ובזה ביארתי ליישב קושית התוס' גבי נסכא דר' אבא, דההוא גברא דחטף נסכא מחברי' אייתי חד סהדא דמחטף חטפה מיני': אמר אין חטפי ודידי חטפי, ואמר ר' אבא הוי מחויב שבועה ואין יכל לישבע, משלם והקשו בתוס' (ב"ב דף ל"ד) ד"ה הוי מחויב שבועה ואין יכול לשבע ז"ל וא"ת נהימני' בשבועה במאי דאמר דידי חטפי:

במגו דאי בעי אמר לא חטפי וכ"ת דלא חשיב הא מיגו דהא אם אמר לא חטפי הי' חייב שבועה דאורייתא, לא היא דהא אמר בפרק המוכר את הבית המפקיד אצל חבירו בשטר. נאמן לומר החזרתי לך בשבועה. במגו דאי בעי הוי אמר נאנסו, דהוה נאמן בשבועה ואע"ג דבנאנסו איכא שבועה דאורייתא:

אכן לפי מה שבארתי בהרבה מקומות דמגו נגד חזקה ביד אדם הוא שלו לא אמרינן יתיישב קושית התוס' דהנה דכשמאמינים לו במגו שהנסכא שלו' הוא נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו' שהרי הנסכא היתה ביד הנגזל ואמרינן חזקה שהנסכא הוא שלו. ואף דאילו לא הי' עד שחטף, והוא אומר חטפתי ודידי חטפתי בודאי הי' נאמן. ולא היינו אומרים. שלא יהי' נאמן במגו שאומר לא חטפתי, משום דהוה נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. לא קשה דהתם לא מטעם מגו אתינן עלה. אלא משום הפה שאסר הוא הפה שהתיר היינו. שכיון שלא ראינו החטיפה, הרי לא ידענו

כלל שהי' לפלוני על הנסכא חזקה כל שביד אדם הוא שלו ומי עשה לנו החזקה הזאת, החוטף והוא בעצמו אומר שהיתה שלו א"כ הרי הוא הפה שאסר הוא הפה שהתיר והוא בעצמו עשה החזקה. והוא אומר שאינו שלו. אבל כיון שיש עד אחד שחטף. והוא מחויב שבועה להכחיש את העד. וכיון דדין הוא דמחויב שבועה ואין יכול לשבע משלם, א"כ כל זמן שלא הכחיש את העד הרי הוא נאמן אצלנו כשנים, והוי כשני עדים ראו החטיפה, וא"כ החזקה להנגזל כל שיש ביד אדם הוא שלו, הוא בלא הודאת החוטף, רק שהי' יכול לישבע לבטל החזקה, זה לא הוי בגדר הפה שאסר, דהפה שאסר לא שייך, אלא היכא דבלא הודאתו לא ידענו, אבל הכא כיון שיש עד, שמחויב הוא לישבע וכל זמן שאין נשבע משלם, א"כ הרי העד. כל זמן שלא נשבע להכחישו הוא נאמן כבי תרי, דאל"כ אמאי משלם ע"כ דדין הוא בעד אחד כל זמן שלא נשבע להכחישו. הוא נאמן כבי תרי, א"כ בלא הודאתו יש לנו עד שהי' להנגזל חזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו, וא"כ אף שיש לו מגו דאי בעי הי' מכחיש העד והי' נשבע, זהו בגדר מגו, ומגו נגד חזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו, לא אמרינן

ובזה יתיישב נמי מה שהקשו איך אמרינן דאלו הי' שני עדים שחטף. דלא הי' נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי והרי ג"כ יש לו מגו דאי בעי אמר החזרתיו לך ויש שהוכיחו מזה דהגוזל את חברו בעדים צריך לפורעו בעדים, אכן אנן קי"ל דהגוזל חבירו בעדים אין צריך להחזיר בעדים:

וא"כ קשה אף ביש שנים על החטיפה והוא אומר שחטף ודידי' חטף נהימני' במגו שהי' אומר החזרתיו לך אכן לפי דברינו ניחא. דכיון שיש שני עדים על החטיפה א"כ הא יש ודאי להנגזל חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו' וא"כ אף שיש לו מגו לומר החזרתיו לך לא נוכל להאמינו שדידי' חטף דהוא נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו:

ויתישב נמי קושית התוס' שהקשו שם בד"ה הוי מחויב שבועה, דממ"נ קשה אם נימא דלא שייך בכה"ג מגו:

א"כ מ"ט דרב ושמואל דפליגי בפרק כל הנשבעין ופטרי בנסכא דר' אבא נהי דלית להו מתוך שאינו יכול לשבע משלם:

עכ"פ פשיטא דאין נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי בלא מיגו. אכן לדברינו ניחא דאליבא דרב ושמואל דלית להו מתוך שאין יכול לישבע משלם. א"כ אליבא דידהו:

לא אמרינן דעד אחד כל זמן שלא הכחישו. הרי הוא כבי תרי:

רק אינהו סברי דנאמנות דעד אחד הוא' רק שהתורה חייבה שבועה היכא שיש עד אחד. אבל לא חייבה התורה שום חיוב ממון על פי עד אחד. וכיון דהוי רק חיוב שבועה ולא

חיוב ממון. משו"ה היכא דאין יכול לשבע פטור וכיון דלדידהו אין שום נאמנות לעד אחד לגבי חיוב ממון. א"כ אף שהעיד עד אחד שחטף אין לנו חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו' להנגזל, שהרי להעד אין נאמנות, רק שבועה הוא מחייב ולא יותר וכיון דאין להנגזל החזקה. א"כ כשהחוטף אומר חטפתי ודידי חטפתי, הוא בגדר הפה שאסר שמי החזיק את הנגזל בהחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו' החוטף בהודאתו, והוא אומר דידי חטפי ונאמן במגו שהי' אומר לא חטפי והי' נשבע אבל לדידן דס"ל מתוך שאינו יכול לשבע משלם א"כ נאמנות העד כל זמן שלא הכחישו בשבועה כבי תרי:

וא"כ הרי העד החזיק את הנגזל בחזקתו. וא"כ אף שיש להחוטף מגו להכחישו אין אומרים מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו:

ובזה יתבארו דברי התוס' בשם הקונטרס' דמשו"ה אית לי' מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו:

אף שיש לו מגו דאי בעי אמר מזויף הוא משום דהאי דצריך קיום הוא רק מדרבנן. והקשינו עכ"פ מדרבנן הי' נאמן וא"כ הא יש לו מגו, אכן לדברינו ניחא. דהנה כשאחד מוחזק בשטר והלוה טוען פרוע הוא. הא הוא נגד החזקה. שהמלוה מוחזק בשטר והלוה טוען שהשטר פרוע ובטל, וא"כ לא יועיל מגו. אכן אם זה שצריך קיום הוא מן התורה אז הי' נאמן במגו דמזויף. אף שעתה שטוען פרוע הוא נגד החזקה, שהמלוה מוחזק בשטרו. אכן כיון דמן התורה כל זמן שלא נתקיים איננו שטר ולא שייך עליו חזקה, אחרי שאיננו מקוים. א"כ מי הוא העושה אותו לשטר ומחזיקו בחזקת שטר לוה דאמר שכתבו. לוה בעצמו האמר שפרעו והוי בגדר הפה שאסר הפה שהתיר דאמרינן אף נגד החזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו והי' נאמן במגו שהי' אומר מזויף. אבל כיון שמה שצריך קיום. הוא רק מדרבנן. א"כ השטר הוא שטר אף אם איננו מקוים. דמה שאמרו רבנן שצריך קיום:

לא בטלו תורת שטר מעליו. רק משום לא שבקת חיי לכל ברי' תקנו שצריך קיום היינו שאין גובין בו, ובמקום אחר ביארנו לישב קושית הש"ך (בחו"מ סימן מ"ו ס"ק ט') שכתב לסתור תשובת הר' אביגדור כהן. שכתב דהיכא דבעל דבר טוען מזויף צריך קיום מן התורה וראי' מדתקון זמן בגט. שמא יחפה על בת אחותו:

ועתה מה הועילו ואכתי יחפה בעצמו שיכתוב גט ויחתום עדים כרצונו. אלא ש"מ כל היכא דאיכא הכחשה לא איתמר דריש לקיש דאמר דבר תורה. עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד וכו'. וכתב על זה הש"ך ז"ל אבל לפע"ד אין דבריו מחוורים, וראיתו אינה ראי' דאדרבה. כיון דמדאורייתא לא בעי קיום דלא חיישינן

שמא זייף, א"כ גם רבנן לא חששו להכי שיחפה על בת אחותו ויזייף כו' וכ"כ רשב"ם דלא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים עכ"ד הש"ך:

ולכאורה קושית הש"ך כיון דמדאורייתא אין צריך קיום, משו"ה לית לן למיחש שמא זייף, לא על ה"ר אביגדור תסוב. אלא על רבותינו התוס' דאינהו סברי דהיכא שנפרע שלא בפניו טענינן מזויף. דאל"כ לא שבקת חיי לכל ברי' שיוכל כל אחד לחתום עדים ויגבה שלא בפניו ולכאורה מאי ראית התוס' משום לא שבקת חיי, כיון דמן התורה אין צריך קיום:

הרי דלא חיישינן לזיוף. וא"כ מה לנו למיחש שמא יזייף ויפרע שלא בפניו. הא לא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזויפים. אכן פשוט דלא קשה, דנהי דמן התורה אין צריך קיום:

היינו שכשאחד מביא שטר לא חיישינן שמא מזויף הוא דלא נחשדו ישראל לזייף היינו דוקא דשם ידוע לנו האיש המביא השטר. והוא איננו בחזקת חשוד כזה, שיוכל לזייף שלא נחשדו ישראל לזה, א"כ אם באנו לדון על האיש המביא השטר שמא הוא מזייף מוקמינן בסתמא לו בחזקת סתם ישראל, דאינם חשודים לזה ולא נוכל לחשוש בעד זה שמביא. אבל התוס' הקשו הא בעולם יש אנשים כאלה. שהם חשודים. שהרי יש בעולם גם הורגי נפשות וא"כ לא עשית תקנה בעד העולם שהרי אותם המעט החשודים הם יעשו זיופים ויטרפו שלא בפניו מלקוחות, ונהי כשיבא לפנינו. לא נחשוש פן הוא מן המיעוט החשודים. אף על חשש רחוק כזה עכ"פ בעולם יש כאלו. והם הלא יעשו מה שלבם חפץ בזיופים. ואנחנו נדונם. שהם מן הרוב, ע"כ כתבו התוס' דמשום תקנתא דעלמא כדי שלא יוכלו החשודים לעשות ולזייף תקנו בבא אחד ומביא שטר צריך לחשוש פן מזויף הוא אף כי אין לנו לחשוב את האיש הזה מן המיעוט החשודים על הכל אף על חציפות כזה. אבל כדי לנעול דלת בפני עושי עולה המועטים שהם יוכלו לגזול את הכל ולא שבקת חיי, צריכין לחשוש שמא מזויף הוא:

וא"כ גם ראית ה"ר אביגדור נכונה דאם נימא דאף היכא שבעל דבר טוען מזויף אינו נאמן ולא חיישינן לזיופא. א"כ הא דתקנו רבנן חששא דשמא יחפה על בת אחותו הלא לא תקינו משום האשה הזאת שבאה להתגרש פן היא זינתה דהרי אותה צריך להעמיד בחזקת כשרות וגם הא אם החשש ממנה, א"כ אם היא איננה בת אחותו. לא הי' לנו לחשוש, ע"כ הטעם דתקנת זמן לא היתה משום האשה הזאת הבאה להתגרש לפנינו רק דאם לא נתקן זמן ממילא הלא יש בעולם בת אחותו, ויש אשה מזנה. ובה יהי' הקלקול שיחפה על בת אחותו, וכדי לעשות תקנה לבת אחותו תקינו שכל גט אשה צריך להיות

בו זמן כדי לנעול דלת בפני מזנות ועושי עולה, תקינו בכל אשה. אף שאם באנו לדון על האשה הזאת, עלינו להעמידה בחזקת כשרות שלא זינתה, וא"כ שפיר פריך ה"ר אביגדור הא בפני חצופים כאלה לא הועלת שהרי הם יוכלו לזיף שנהי שרוב ישראל אינם חצופים לזייף. הא החששא משום עושי עולה. והם הלא חשודים על זיוף:

ולפי דברינו הא דתקון רבנן דבעי קיום:

אין הטעם:

משום שחששו. שמא השטר הזה שהובא לפנינו:

הוא מזויף שהאיש המוציא זייפו דבודאי צריך להעמידו בחזקת כשרות שלא יזייף השטר רק אם נעמיד כל אחד המוציא שטר לפנינו בחזקת כשרות. א"כ לא שבקת חיי לכל ברי' שהרי בעולם יש מזייפים והם הלא יזייפו ויפרעו שלא בפניו, משו"ה תקינו רבנן. שנחשוש בכל המוציא שטר לזיוף היינו קודם שקיימו, לא יגבה השטר. כדי לעשות תקנה לעלמא נמצא לפי זה. דרבנן לא אמרי כלל שאינו שטר. רק שתקנו שלא יגבה בשטר כזה:

נמצא דלא הוי מה שמודה שכתבו הפה שאסר הפה שהתיר היינו שנימא מי החזיק הוא בעצמו והוא בעצמו אומר שאינו שטר שאומר פרוע, כיון דמן התורה אין צריך קיום:

הרי דלא חיישינן. שמא השטר הוא מזויף. והוי רק תקנה דרבנן. שלא יגבו בו בלא קיום. משום דלא שבקת חיי לכל ברי'. א"כ לא הוי בגדר הפה שאסר רק בגדר מגו. ומגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו לא אמרינן משו"ה אין נאמן לטעון פרוע במגו דמזויף דהוי מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. כיון דהשטר הוא בחזקת שטר אף בלא הודאתו. דלזיוף לא חיישינן לחשוד המוציאו. וזה דיהיב רש"י הטעם משום דמדאורייתא אין צריך קיום:

דמשו"ה לא הוי בגדר הפה שאסר אלא בגדר מגו. דזה לא אמרינן נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו:

זהו סברת מאן דס"ל מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, אכן מאן דס"ל דצריך לקיימו ואם אינו מקיימו נאמן לומר פרוע במגו דמזוייף. הוא יסבור דתקנת רבנן הי' ששטר שאינו מקוים איננו שטר. וא"כ הוי הפה שאסר הוא הפה שהתיר. ועוד אפשר לומר דאימתי שייך לומר לא אמרינן מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו' הוא דוקא בחפץ דאם באנו לומר שהנסכא הוא של החוטף הוא נגד החזקה, אבל לגבי שטר. אין השטר עצם החוב שנימא כיון שהמלוה מחזיק השטר הוא ודאי שאינו פרוע' השטר הוא רק ראי' שלא פרעו, דאלו פרעו לא הי' מניח השטר בידו וכיון שיש לו מגו נגד

הראי' הזאת, נאמן. דאין השטר עצם החוב. שנימא עליו חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו וכמפורש הסברא הזאת בש"ך בסימן צ"ט דזהו דעת התוס' בכתובות דמקשי על הא דאמרינן שם האומר שטר אמנה הוא אינו נאמן ואוקמינן דקאמר מלוה וכגון שחב לאחרים והקשו בתוס' נהימני' במגו דאי בעי מחיל' והביא מזה ראי' בתשובת "אבן חיים" דמי שיש בידו מטלטלין ואמר של פלוני הוא נאמן במגו דהי' נותנם לו אף שהוא נגד החזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. ודחי הש"ך דמדברי התו' אין ראי' ז"ל. ולפענ"ד לא ראי' דדוקא התם כיון דשטר אין גופו ממון נהי דהשטר הוא תחת ידו מ"מ המעות אינו תחת ידו לענין שנאמר בו כל מה שהוא תחת ידו הוא שלו משא"כ במטלטלין. שהוא תחת ידו, דעצם החפץ בחזקה שהוא שלו. וכן מוכרח לומר לדעת המחבר והר"ב דנא תיקשי דבריהם דלעיל סימן מ"ז לכוון אהדדי עכ"ל הש"ך. וא"כ זהו סברת מאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו ונאמן במגו:

דלא שייך כאן מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד האדם הוא שלו' דהשטר אין גופו ממון. רק הוא ראי' דלא פרע ונגד ראי' מהני מגו:

ואין להקשות לפי מה שביארנו. דטעמא דמאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דס"ל דהשטר איננו עצם החוב. רק ראי' שלא פרע ולא שייך בכאן מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו:

ואנן הא פסקינן הלכה דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו א"כ ס"ל דבשטר לא שייך חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, והרי הרמב"ן והה"מ ספ"ב מהלכות מלוה ס"ל דאף בטוען נגד שטר אמנה הוא או פרוע היכא שהוא חב לאחרים אין נאמן. אף היכא דיש לו מגו. משום דהוי חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. והה"מ כתב שכן דעת הרמב"ם והש"ך (בסימן מ"ז סק"ו) הסכים לדברי הה"מ ותקשה דידהו אדידהו. דהא אנן פסקינן להלכה מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו והיינו מטעמא דבשטר לא שייך חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו:

נראה לישב דבריהם דהנה בארנו בספרנו "לבוש מרדכ"י (על ב"ק בסימן כ"ח) לישב קושית הש"ך על הא דאמרינן בסימן נ"ו דהשליש נאמן אפילו הכחישו אחד ואמר שלא עשאו שליש, אם הוא אומר שהוא שליש, נאמן דחזקה אין אדם חוטא ולא לו והקשה הש"ך מדברי הרא"ש בתשובה, דאם לוי עומד בפנינו ובידו שטר שיש לראובן על שמעון ואמר ע"מ כן נתנו שאחזירנו לשמעון. כי מחל לו ראובן וראובן אומר שקר הוא אלא ממני נפל ומצאו צריך להחזירו לראובן. ואם נימא שהשליש נאמן אף היכא שהכחישו ואומר שלא עשאו שליש יהי' נאמן:

ובארתי שם. דהנה הא דאמרינן חזקה אין אדם חוטא הוא דוקא שמפני זה הוא נאמן על עצמו. אבל היכא דבעי עדות. בזה אין מועיל חזקה אין אדם חוטא ולא לו' דאל"כ אמאי אין עד אחד נאמן להוציא ממון נימא חזקה אין אדם חוטא ולא לו, ע"כ היכא דב"ד בעי לפסוק על פיו בזה בעי דוקא עדות, וחזקה אין אדם חוטא ולא לו לאו עדות הוא ורק גבי שליש דהנאמנות על עצמו שיהי' נאמן למסור השלישות על זה שייך אין אדם חוטא ולא לו. א"כ זהו דוקא. היכא שזה פלוני, ג"כ אומר כדברי השליש אבל היכא שהוא בעצמו אינו יודע ורוצה לסמוך על דברי השליש בזה כמו שב"ד בעי דוקא עדים:

ה"נ הוא בעצמו אם רוצה לסמוך בעי דוקא עדים, נמצא דבתשובת הרא"ש מיירי דשמעון הלוה אין יודע שמחל לו השטר, וא"כ כמו שב"ד אם רוצים לפסול שטר. בעי דוקא שני עדים ועד אחד אם מעיד שהוא פרוע, אינו מעיד רק לחייב שבועה, אבל לא לפסול השטר ולא סמכינן על חזקה דאין אדם חוטא ולא לו. ה"נ הלוה בעצמו. אם בא עד אחד ואמר לו שהשטר פרוע אין לו לסמוך עליו דבעי דוקא עדות כל זה היכא דהדין בין המלוה ולוה. שהלוה אין יודע, אבל היכא שהלוה בעצמו טוען כדברי השליש, א"כ הדין בין המלוה והשליש בזה נאמן השליש על עצמו למסור השטר, דעל עצמו אינו בגדר עדות שפיר אמרינן חזקה אין אדם חוטא ולא לו ונאמן על עצמו למסור השטר:

והנה הרמב"ן פירש בכתובות (דף כ"ה) דאיתא שם:

הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואין נאמן להשיאו אשה כו' אני מאמינו להאכילו בתרומה שבידו להאכילו בתרומה ואין מאמינו להשיאו אשה, שאין בידו להשיאו אשה ופירש הרמב"ן דלהאכילו בתרומה, כיון דמועיל עד אחד הרי בעינן רק נאמנות, וא"כ כיון שבידו להאכילו בתרומה, היינו שיש לו מגו דאי בעי לא הי' אומר בני. הוא נאמן אבל להשיאו אשה הא בעי דוקא שני עדים, ואין בידו לבדו להשיאו אשה. דליוחסין בעינן שני עדים:

והיכא דבעי עדים אף שיש עמו אחר שמעיד כדבריו והוא יש לו מגו:

אין נאמן דהיכא דבעי עדים אין מועיל מגו:

דמשום מגו לא יוכל להתכשר דמגו לאו עדות הוא. לפ"ז הנה הכא באומר שטר אמנה הוא והוא חייב לאחרים יש לתרץ קושית התוס' שהקשו "נהימני' במגו דאי בעי מחיל" בפשטות, דהרי כיון שיש עליו חוב' הרי עתה השטר הזה, היינו החוב, אינו שלו. אלא של פלוני המלוה שלו א"כ הרי הוא לגבי החוב הזה כאיש אחר וא"כ מאי מועיל מגו שלו לפסול שטר של פלוני הא לפסול השטר בעי דוקא עדים:

ומגו לאו עדות הוא:

ע"י מגו לא נעשה עדים, דמגו אין מועיל אלא על עצמו לפטור. אבל לא שע"י זה יעשה כעדים:

והיכא דבעי עדים אין מועיל מגו (ואף שיש לחלק מהא דהרמב"ן. דשם פסלותו מטעם קרוב אעפי"כ סברא פשוטה היא לומר אף בעד אחד כן דמשום מגו אין נעשה עד, דהרי חזינן דמגו איננו כעד. שהרי להוציא אין מועיל ודו"ק) והא דאיצטריך הרמב"ן לטעמא דמגו במקום חזקה לא אמרינן. הוא דנהי אם באנו לומר, שהחוב של השטר הוא פרוע מפני מגו של המלוה, זה לא נוכל לומר כיון דהחוב הוא עתה של המלוה האחר בשעבודא דר' נתן א"כ המלוה השני הוא רק עד אחד, ואין מועיל אף אם יש לו מגו, אבל השטר בעצמו הא לא נעשה של המלוה הראשון, דהשטר בעצמו הוא של המלוה בעל השטר וא"כ הוא על השטר בעצמו כמו שליש, ונימא שיהי' נאמן למסור השטר בעצמו להלוה, דעל עצמו יועיל לו מגו דאי בעי מחיל, נהי דעל החוב אין לו נאמנות, כיון שהוא חייב לאחרים, והחוב הוא של הנושה בו, אבל על השטר בעצמו למסור להלוה דזהו על עצמו, יהי' נאמן במגו, ובלא השטר הא לא יוכל לגבות הנושה, ע"ז משני הרמב"ן והה"מ, דלהאמין לו על השטר בעצמו בלא החוב, הא אין מועיל מגו, דעל השטר בעצמו הוא מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו' ועל החוב אף שעל זה לא שייך חזקה, אבל החוב הא איננו שלו, וא"כ אין מועיל מגו שלו על חוב של אחר אבל במודה בשטר שכתבו, דהתם הוא לגבי עצמו, שפיר מועיל המגו שלו, על החוב שהוא פרוע, במגו שהי' אומר שהוא מזויף ולא שייך חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו שהרי אין השטר עצם החוב, רק ראי' שלא פרע. משו"ה מועיל מגו:

ובזה יש לבאר דברי הגמ' בסנהדרין דף ל"א, דאיתא ההיא אתתא דנפק שטרא מתותי ידה. אמרה לי' ידענא בהאי שטרא דפריע הוא הימנה רב נחמן. אמר לי' רבא לרב נחמן כמאן כרבי דאמר אותיות נקנות במסירה אמר לי' שאני הכא דאי בעי קלתי' איכא דאמרי לא הימנה רב נחמן אמר לי' רבא לרב נחמן והא אי בעי קלתי' כיון דאתחזיק בבי דינא אי בעי קלתי' לא אמרינן. והנה בתוס' פירשו, דהפירוש דראו השטר בבי"ד קודם שאמרה פריע הוא ומטעם דלא אמרינן מגו למפריע ולפי זה יקשה. איך הוי בעי למימר לישנא קמא דהימנה רב נחמן הא בודאי מגו למפריע לא אמרינן. ובודאי דזה אין סברא לומר דתרי לישנא פליגי איך הי' המעשה, אכן לדברינו ביאור דברי הגמ' פשוט. דאילו לא הראתה השטר בבי"ד והי' אומרת לזה שתבע אותה. תן לי השטר שבידך והיתה משיבה אין לך שטר בידי, כי השטר פרוע הוא והי' אז הדו"ד בינה ובין התובע בודאי דהי' מועיל המגו. לפטור אותה מלתן לו השטר אבל כיון שהוציאה השטר בבי"ד:

ועתה אין הטענות בינה ובין המלוה, אלא בין המלוה והלוה:
אם מגיע לו מהלוה או לא. א"כ אף שיש לה מגו דאי בעיא:
היתה קלתי ולא היתה מראה השטר אבל עתה, לפסול שטר של המלוה מפני מגו שלה, מגו שלה לא הוי כעדים ומפני מגו שלה. לא פסלינן שטר של המלוה. דלפסול שטר של המלוה בעי דוקא עדים, ולזה קאמר כיון דאתחזק השטר עתה בבי"ד, ועל בי"ד לדון בין המלוה והלוה, לא אמרינן אי בעי קלתי' לפסול ע"י מגו שלה את השטר משא"כ אם לא היתה מראה בבי"ד. אז היו הטענות בינה ובין המלוה, היתה נאמנת שאין להמלוה שטר בידה. במגו דאי בעיא קלתי':
ולפ"ז יתיישב שפיר דברי הירושלמי שפירש הא דאמר ר' אלעזר הכל הולך אחר התפוס בעדים דאתיא כרשב"ג, דאמר מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו. והקשינו מאי תלי זה בזה, אכן לדברינו ניחא, דהנה למאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, א"כ הוא ס"ל דאין השטר. החוב בעצמו רק ראי' שלא פרע, דמשו"ה מועיל מגו, ולדידי' אימת אמרינן חלוקה, היינו דוקא היכא דקיומוה בעדים דאז אין לו מגו, א"כ הא מהשטר ראי' שלא פרעו, דאם הי' פורעו לא הי' מניח השטר בידו, א"כ מ"ש האי חתיכת השטר מהאי חתיכת השטר, הא הראי' מזה שמונח בידו, וכמו שזה בלא זה אין ראי' ה"נ זה בלא זה, אלא כיון שזה מחזיק בהראי', וזה מחזיק בהראי', פוסקים ב"ד יחלוקו. וא"כ אחת היא אם תפוס בעדים או בשאר השטר, ורק אליבא דרשב"ג דלדידי' היכא שאין מקוים רק הלוה מודה שכתבו, אם באנו לדון מטעם ראי', הא אדרבה יש ראי' שפרעו, שהרי יש לו מגו שהי' אומר מזויף, אלא הטעם דאין מועיל מגו, הוא משום שהחזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, וא"כ כיון שהוא מוחזק בשטר אמרינן חזקה שהוא שלו, א"כ היינו דוקא במוחזק בעיקר השטר אבל אם אינו מוחזק רק בדבר שאינו אלא כמו גליון השטר, בזה לא שייך חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו:
משו"ה אליבא דרשב"ג הכל הולך אחר התפוס בעדים. היינו באופן שאינו מקוים אבל במקוים דלא צריך לטעמא דמוחזק, רק ראי' מה שהניחו בידו. בזה אמרינן מה לי חתיכת שטר זה או זה, הא מדהניחו בידו הוא ראי' שלא פרע ומשו"ה לרבי דמיירי ע"כ במקוים אין חילוק בין תפוס בעדים לתפוס בטופס:
והנה בתוס' תמהו במאי פליגי ירושלמי וגמרא דילן דבירושלמי אמר הכל הולך אחר התפוס בעדים ובגמרא דילן אמר דתליא מי אדוק בתורף. ונראה לי דהנה הרמב"ם כתב בפרק ד' מהלכות גירושין דעדים החותמין על הגט צריך שיהיו העדים מכירים לשון הכתב והכתיבה, ואין מועיל מה שיקראו לפניהם ויאמרו להם שכך כתוב בהגט, אכן

הטור סתר זה דאמאי לא יועיל מה שמתרגמין לפניהם וע"כ כתב הטור בסימן ק"ל דאפילו אם אינן מכירין לשון הגט שפיר דמי, והנה הב"י הביא ראי' לדברי הרמב"ם מגמ' דילן דאמר אמימר האי שטרא פרסאה דחתימי בי' סהדי ישראל כשר ופריך והא לא ידעי למקרי ומשני בדידעי ואם איתא לישני בשלא ידעו וקראו לפניהם. ועוד הביא ראי' מירושלמי דאיתא התם רב אמר הדיינין חותמין אע"פ שאין יודעין לקרות:

אבל אין העדים חותמין אלא א"כ היו יודעין לקרות, ואיתא שם בירושלמי מתניתא פליגא עלי' דרב גט שכתבו עברית ועדיו יונית כו' פתר לה בשהיו יודעין לקרות ולא היו יודעין לחתום כו' הרי דבעינן דוקא שהיו יודעין לקרות:

ועיין בכ"מ שם שכתב דגם דברי הירושלמי תמוה:

ולדידי. נראה דאדרבה מדברי הירושלמי מוכח להפך, דהנה הירושלמי פריך על דברי רב דס"ל, דאין עדים חותמין על הגט אלא א"כ קראוהו הם בעצמם. ובזה הא אנן לא פסקינן כותי' דרב, שהרי קי"ל אחרים קוראים לפניהם והם חותמים, והירושלמי הקשה על רב:

משמע דרק על רב קשה דס"ל דבעי שהם יקראוהו, והרי לדברי הרמב"ם דבעינן דוקא שיבינו לשון השטר, א"כ הלא גם בלא רב, דס"ל דבעינן שיקראוהו, ג"כ קשה, שהרי קתני גט שכתבו עברית ועדיו יונית, הרי העדים אין מבינין, והרי בתחלה לא ידע תירוצא דידעי לקרות ואין יודעין לחתום, וודאי דזה דוחק לומר דזה ידע גם המקשה שיש לומר שמבינין, רק שאין יכולין לחתום, דא"כ גם זה הי' יכול לשנות בעצמו המקשה, שיודעין לקרות ולא היו יודעין לחתום ע"כ דהירושלמי סבר בהקושיא, דעברים אין מבינים לשון יונות, א"כ מדפריך אליבא דרב ע"כ דלדידן לא קשה:

לכן נראה לי דהנה יש לספק שטר שחתמו בו עדים אם הכונה שבזה שהעדים חותמים היינו שעתה כל לשון השטר כאלו הם בעצמם היו כותבין והוי עתה בחתימתם כאלו נחקרה עדותן בב"ד שאומרים נוסח ולשון השטר, או דהם חותמים שאמת הוא הענין הכתוב בשטר. ומעידין על תוכן הדברים. אבל לא שנאמר שע"י חתימתם, כל נוסח השטר כאלו הם מעידים. והנה הירושלמי ס"ל כשעדים חותמין על השטר:

אין הכונה שעתה נוסח השטר הוא דיבורם. דעתה בחתימתם, כאלו הם מגידים נוסח השטר רק ס"ל להירושלמי, דע"י חתימתם מעידין על תוכן הדברים, נמצא דאף אם אין מבינים לשון השטר והגט, כיון דקראו לפניהם ותרגמו להם תוכן וענין השטר, יוכלו לחתום וחתימתם הוא, שתוכן הדברים אמת, וא"כ אף אם אין מבינים לשון הגט, שאין העיקר הלשון, אלא תוכן הדברים וזה יודעים, אכן גמרא דילן סבר, דעדים החותמים על

הגט בחתימתם נעשה כאלו הם אומרים לפנינו את נוסח השטר ומשו"ה ס"ל להרמב"ם דאם כתוב בשטר פלוני בן פלוני הכהן. לוה מנה מפלוני מעלין לתרומה, אף דקי"ל דליוחסין אין מעלין:

היינו משום דכיון דנוסח השטר הוא דיבורם, א"כ הוי כאלו הם אמרו לפנינו בדבור, פלוני בן פלוני הכהן ואף דליוחסין לא מסקינן היינו משום דליוחסין בעי עדים והיכא דבעי עדות. אין מועיל מסיח לפי תומו:

דהיכא דצריך עדות, בעי דוקא שיכוין להעיד וכיון דהן אין מכונים להעיד. אף בעל פה אלו היו אומרים כן. כיון דבדבור שאמרו "הכהן" לא נתכונו להעיד, אין עדותן מועיל, אבל לתרומה דלא בעי עדות, מועיל אף לפי תומו, ואדרבה לפי תומו עוד מעלה, היכא דלא בעי עדות, דאף על עצמו מועיל, אבל אם נימא דחתימת העדים הוי רק על תוכן הדברים א"כ על מה שלא העידו לא הוי כלל עדות, וא"כ לא היו מעלין אף לתרומה, ע"כ דכל נוסח השטר הוא הגדתם:

והנה דיבור נקרא, רק אם מבין מה שהוא אומר, אבל אם אחד יאמר דברים שאין מבין אותם לא הוי דבור כלל, דדבור אינו אלא הסכמה, וכשמבין מה שהוא אומר, אז הוי דבור, אבל אם אינו מבין לא הוי דבור, ומשו"ה איתא בירושלמי סוטה פרק אלו נאמרין דאם השביעה בלשון שאינה מבינה ואמרה אמן, לאו כלום הוא, וכתב הירושלמי דזה פשיטא, דאם השביעה בלשון שאינה מבינה ואמרה אמן לאו כלום הוא. ולכאורה אמאי פשיטא, נהי דאין מבינה הלשון, אבל דילמא מיירי דידעה שמשביעה. רק שהלשון אינה מבינה, ע"כ דאף בהאי גוונא שיודעת שהכהן משביעה ואמרה אמן, כיון שאין מבינה הלשון, לאו כלום הוא, דאמן הוי קבלת הדברים, כאלו היא בעצמה היתה אומרת, ולשון שאינה מבינה, אף אם היתה אומרת לאו כלום, דדבור, כשמבינים מה שאומרים, הוא דבור, אבל כשאינם מבינים לאו כלום הוא:

נמצא לפ"ז מיושב שפיר דין הרמב"ם דס"ל דבעינן דוקא שיבינו העדים לשון הכתב דכיון דלגמ' דילן, העדים בחתימתם, מקבלים נוסח השטר, שנעשה עתה, כאלו הם מעידים נוסח השטר, וזהו דין העדים החתומים על השטר א"כ לא עדיף מאלו אמרו הדברים בע"פ, ואם אינם מבינים לשון הגט, הרי אף אלו היו אומרים כל הנוסח הזה בב"ד, לא הי' כלום. שהרי דבור אינו, אלא כשמבינים אותו, ואם אינו מבין מה שאומר. לאו כלום הוא, וא"כ מה לי אם האמירה בעל פה או בכתב, דבור כזה שאינו מבין, לאו כלום, אבל להירושלמי דדין חתימת עדים הוא, עדות על תוכן הענין שאמת הוא. לא נוסח השטר, הוא הגדתם, א"כ מנוסח השטר אנו יודעים רק על איזה תוכן הם מעידים אבל עדותם

איננה נוסח השטר, א"כ אף שהם אינם מבינים ג"כ כשר, א"כ הירושלמי לטעמי' פריך ממתניתין דגט שכתבו יונית ועדיו עברית, דנהי שהי' סובר הירושלמי, דאינם מבינים, פריך רק אליבא דרב, אבל לדידן לא קשה, שהרי לא בעינן שיבינו את לשון השטר לסברת הירושלמי, אכן גמ' דילן פריך והא לא ידעי למיקרי, ולא משני בשקראו לפניהם, דגמ' דילן סובר, דעיקר הגדת העדים, הוא נוסח השטר, א"כ בעינן דוקא שיבינו לשון השטר, דאם אינם מבינים לשון השטר, לא הוי אצלם, נוסח השטר והגט, הגדה, ומשו"ה פסק הרמב"ם דבעינן דוקא שיבינו לשון הגט.

נמצא דבדין דידן אזלי הירושלמי והבבלי לשיטתם, דהנה לשיטת הירושלמי, דאין השטר, נוסח הגדת העדים, א"כ עיקר שטר הוא חתימת העדים, דחתימתם הוא עדות על מעשה הגט והשטר, רק שבהשטר רשום מה הן מעידין אבל עיקר עדותם, הוא החתימה, רק כשאנו רוצים לידע מה הם מעידים, רואים אנו את השטר וממנו אנו יודעים מה העידו, א"כ עיקר השטר, הוא חתימת העדים, משו"ה הכל הולך אחר התפוס בעדים בזה שייך החזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, אבל לגמ' דילן, דנוסח השטר הוא עדותם א"כ עיקר העדות, הוא השטר בעצמו, שזהו הגדת העדים, רק כשאנו רוצים לדע מי הם אלה האומרים לפנינו את נוסח השטר, רואים אנו החתימות, ויודעים כי אנשים האלה, הם מעידים לפנינו את נוסח השטר, א"כ לגמ' דילן עיקר השטר, הוא השטר בעצמו, וחתימת העדים, אינו אלא גילוי מילתא לידע מי המה המעידים לפנינו את נוסח השטר, משו"ה לגמ' דילן, לא תלי בתפוס בחתימת העדים, רק בהשטר בעצמו, אי בטופס אי בתורף, דבזה שייך חזקה דכל מה שיש ביד אדם הוא שלו:

והנה בתוס' פירשו דמשו"ה אמרינן דאם אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף, זה נוטל תורף וזה נוטל טופס, היינו דשיימינן שטרא דאית בי' זמן כמה שוי ודלית בי' זמן כמה שוי:

ואמאי לא נימא אם אחד אדוק בעדים נישום שטר דלית בי' עדים, משום דשטר שאין בו עדים פסול לגמרי, אבל שטר דלית בי' זמן:

השטר כשר, משו"ה שיימינן שטרא דאית בי' זמן כו' ולכאורה תמוהים דברי התוס' דאטו משום דמוחזק בדבר שבלעדו יפסל השטר יגרע כחו מאלו מוחזק בדבר שאין השטר נפסל. לכאורה אדרבה, אם הוא מוחזק בדבר שבלעדו נפסל השטר, א"כ אדרבה נימא יקח עד מקום שידו מגעת, אך באמת דברי התוס' מובנים המה, כי שותפים אם מחזיקין דבר אחד בשותפות, משועבד דבר אחד לחבירו, אם בלא שלו יופסד של השני, ומשו"ה בחצר שאין בו דין חלוקה, לא יוכל אחד לטעון שיחלוקו, ויאמר, כיון שיש לו מחצית

בהחצר ורוצה לחלוק, מה איכפת לי' שלא ישאר בהחצר כדי חלוקה לפני זה. לא יוכל לומר כך. דכיון דבלתי חלקו, אין לפני חבירו חצר כלל, שהפחות מד' אמות לאו חצר הוא, א"כ הרי אם תקח חלקך יופסד שלי לגמרי, וא"כ חלקך משועבד לי, שלא יופסד חלקי, דדבר של שני שותפים משועבד זה לזה שלא יופסד, ומשו"ה אמרינן דיחלוקו הוא לדמי, ולא יכול אחד לומר מה איכפת לי שיופסד, אני רוצה לחלוק הבגד לשנים, זה לא יכול לומר דכיון דדין הוא דשנים אוחזין בטלית, הדין אצלנו דשייך להם ביחד, א"כ לא תוכל ליקח חלק שעי"ז יופסד חלקי. שאני מוחזק בחצי טלית היינו חצי של כולו, אבל אם תחתכנו הוא נפסד, ואיננו כעת חצי של טלית כולו, משו"ה כופהו לחלוק לדמי, כיון דלדידן שנים אוחזין בטלית הדין דיחלוקו, ממילא דין חלוקתם כחלוקת השותפין, וא"כ ה"נ לא יוכל לומר האחד, אני אקח חתיכת השטר שבידי. שכיון שהאחד מוחזק בשטר, ואם יקח חתיכת השטר שבידו, הרי יופסד חתיכת השטר של השני, שהרי חתיכת השטר איננו שטר כלל, א"כ אמרינן בזה שהוא מוחזק בזה שבידו, שלא יוכל חברו להפסידו, ומשועבד חתיכת השטר שביד חבירו לחתיכת השטר שבידו, אבל היכא דאף בלא חתיכת השטר שבידו, לא נפסל ולא נפסד חצי השטר שביד חבירו, אז להשביח לא יוכל לטעון, תן לי מה שבידך, כדי שאשביח חלקי, דלזה אינו משועבד, משו"ה שיימינן שטרא דאית בי' זמן כמה שוי, דזה אין מחויב לתן לו הזמן שבידו, שהוא דבר אחר מן השטר. וראי' אחרת, דהשטר הוא שטר גם בלעדי הזמן, וא"כ אין הזמן שבידו משועבד להשני, היינו לחתיכת השטר שבידו אבל אם עי"ז שיקח החתיכה שבידו יופסד דבר שביד חבירו ויבטל שם השטר. אין מניחים לו לקח החתיכה שבידו, כיון דאנן אמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, א"כ הוא מוחזק בחתיכת השטר שבידו, בחזקת שהוא שלו, וא"כ גם חתיכת השטר שביד השני שביד השני משועבד לחתיכת השטר הזה, כדי שלא יופסד:

ועפ"י דברינו יש ליישב דברי הרמב"ם שכתב (בפרק ד' מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ד) שנים אוחזין בשטר. המלוה אומר שלי והוצאתי לפרע ממך, והלוה אומר פרעתיו וממני נפל. אם הוא השטר שיכול לקיימו, זה נשבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין, וזה ישבע שאין לו בדמים פחות מחציין, וישלם הלוה מחצה עכ"ל הרמב"ם הרי דס"ל להרמב"ם דדין הוא שישלם לו מחצה החוב, ואלו בגמרא דילן מוכח. דאין משלם לו אלא מחצית ששוה השטר, שהרי שיימינן השטר כמה הוא שוה. ואמרינן ויחלוקו נמי דאמרינן לדמי ופירשו בתוס' ז"ל ואין חולקין את החוב, כמו שכתוב בשטר אלא כמו ששוה לו למכור, מזה יפרע החצי עכ"ל התוס"י הרי דאין פורעין אלא מחצית ששוה

השטר למכור ואיך כתב הרמב"ם שישלם לו מחצה. דמשמע מחצית החוב, שהרי הרמב"ם לא הזכיר כלל לעיל מינה שוו, השטר, רק כתב "בדמים" וכתב אח"כ וישלם הלוה מחצה היינו מחצה מהדמים והא בגמ' מוכח דצריך לשלם רק מחצית שווי השטר למכור:

אכן לפי דברינו ניחא, דבגמ' שם אזיל אליבא דמ"ד מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, ומיירי בשהשטר אינו מקוים, ואם באנו לדון על החוב, היינו פוטרים לגמרי, שהרי יש לו ראי' שפרע, במגו דאי בעי אמר מזויף. רק שמפני המגו, אין אנו יכולים לפסול השטר שביד המלוה שהוא מוחזק בו מטעם:

דחזקה כל מה שאדם תופס, הוא שלו. אנו מחזקין בהשטר שבידו, א"כ אין החלוקה על החוב דעל החוב אם היינו דנין, היינו פוטרים לגמרי, אלא דהחלוקה על עצם השטר גופא שהוא מוחזק בו:

א"כ שפיר אמרינן דאין צריך לשלם רק מחצית שווי השטר למכור, דכל טענתו. הוא רק שאין אנו יכולין לפסול השטר שהוא מוחזק בו מטעם מגו, א"כ אין לו אלא מחצה משווי השטר ולא מהחוב, אבל לדידן, דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו, א"כ מיירי רק היכא דהשטר מקוים א"כ אין החלוקה על עצם השטר לבדו:

אלא על החוב גופי', שכיון שהשטר עודנו ביד המלוה, הרי הוא ראי' שלא פרע עדיין הלוה החוב א"כ כיון שגם הלוה מוחזק בו. וכללא הוא דשנים אדוקין בדבר הדין הוא דאין ב"ד צריכין להוציא הדין חלק, רק יחלוקו פסקינן, א"כ הכא דמחולקים על ראית החוב ושניהם אדוקין בו' הדין הוא שיחלוקו את החוב שחלוקין על ו. ע"י הראי' ששניהם אדוקין. דמזה שהמלוה מוחזק, ראי' הוא שלא פרעו עדיין, ומזה שהלוה מוחזק בו הוא ראי' להיפוך מש"ה משלם מחצה מן החוב. שהרי החלוקה על החוב אבל אם נימא מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו א"כ על החוב אין אנו דנין כלל, שעליו אין לנו לעשות חלוקה כלל. שהרי יש לנו ראי' שפרעו, במגו דאי בעי אמר מזויף רק שהחלוקה על עצם השטר גופי', משו"ה נוטל רק מחצית שיווי השטר למכור:

ולפי"ז מיושב בפשטות הקושיא שהקשו איך סתם הרמב"ם וכתב לה בסתמא להאי דינא, דשניהם אדוקין בשטר יחלוקו ולא פירש דהיינו דוקא היכא דשניהם אדוקין בטופס ושניהם בתורף. אבל אחד אדוק בטופס ואחד בתורף:

זה נוטל טופס וזה נוטל תורף. אכן לדברינו ניחא:

דהרי אמרינן בירושלמי, דהא דאמרינן הכל הולך אחר התפוס בעדים, היינו דוקא למאן דס"ל מודה בשטר שכתבו. אין צריך לקוימו ומיירי שהשטר אינו מקוים, דאז החלוקה

על עצם השטר מטעם חזקה כל מה שביד אדם שלו. וכדביארנו למעלה, דאלו באנו לדון על החוב בעצמו היינו פוטרים אותו במגו:

וא"כ גביתו. מטעם שהוא מוחזק בשטר שבידו. א"כ אם הלוה תפוס בעדים שהוא עיקר השטר הרי יש אדרבה להלוה חזקת שטר אבל למאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. ע"כ מיירי דין דשניהם אדוקין. בשטר מקוים, א"כ מזה שהוא מחזיק השטר בידו הוא ראי' שלא פרע א"כ מה לי אם הראי' מחתיכת שטר זה. או חתיכת שטר זה, וכמבואר למעלה דברי הירושלמי:

א"כ הא דאמרינן בגמ' מחלוקת בששניהם אדוקין בטופס ושניהן אדוקין בתורף. הוא ג"כ הפירוש כדברי הירושלמי דאימתי מיירי מחלוקותם דס"ל לרשב"ג דאף אם אין השטר מקוים נוטל מחצה, הוא רק בששניהם אדוקים בטופס ובתורף. ובזה מיירי מחלוקותם, ולא ס"ל לרמב"ם הפירוש שפירש רש"י דמחלוקת פירוש של יחלוקו. אלא ס"ל לרמב"ם, דהאי מחלוקת פי', אימת מיירי מחלוקותם דס"ל לרשב"ג יחלוקו אף בשאינו מקוים. היינו דוקא בשניהם אדוקים בטופס ובתורף אבל אחד אדוק בטופס ואחד בתורף היכא שאין השטר מקוים, דבזה מיירי מחלוקותם אז זה נוטל טופס וזה נוטל תורף לרשב"ג, דטעם החלוקה משום עצם השטר אבל היכא שהשטר מקוים. שאז החלוקה על החוב בעצמו. אז אף אם אחד אדוק בטופס ואחד בתורף חולקין החוב. שהרי אז דין החלוקה, משום ראי' על החוב בעצמו. א"כ מה לי חתיכת שטר זה מחתיכת שטר זה וכדאמר בירושלמי:

דאתיא הא דאמר הכל הולך אחר התפוס בעדים. דוקא לרשב"ג. א"כ גם הא דקאמר בגמ' דאחד אדוק בטופס ואחד בתורף:

דוקא לרשב"ג:

דקאי על דין מחלוקותם דמיירי באינו מקוים. שהרי הירושלמי וגמ' דילן לא פליגי. אלא אם עיקר השטר הוא נוסח השטר. או חתימת העדים:

אבל בדין זה, למ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו. והיכא דהשטר מקוים לא פליגי, דהחלוקה הוא על החוב' מטעם ראי', ואז אין חלוק בין חתיכת שטר זה לחתיכת שטר זה. הכל הוא ראי' שלא פרע, ומשו"ה קאמר מחלוקת, ולא קאמר לא שנו, דלכאורה קשה, כיון דלא מצי לאסיק אבל באחד הכל מודים. דלא שייך הכל מודים דהרי גם שם יהי' פלוגתא דידהו. אם אין השטר מקוים לא יגבה כלל למאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו וא"כ כיון דאין יכול לאסיק, אבל אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף הכל מודים. למה התחיל בלשון מחלוקת הי' לו לומר בלשון לא שנו:

אלא דבא להוכיח. דלא קאמר אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף. זה נוטל טופס וזה נוטל תורף. אלא באופן מחלוקותם. היינו היכא דהשטר אינו מקוים דלרשב"ג, אף שיש לו מגו דמזויף כיון שהוא מוחזק במחצית השטר. אין פוסלין מה שבידו משום מגו. משום דתלי דוקא במה שבידו:

אבל היכא דהשטר מקוים. שאז החלוקה על החוב בעצמו. שם אין חלוק אם תפוס בטופס או בתורף. נמצא דלמ"ד מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו אין שום חלוק, בין אדוקים שניהם בטופס ובתורף:

בין אחד אדוק בטופס ואחד בתורף:

דממ"נ אם אין מקוים הוא' כלל לא גבי:

ואם הוא מקוים. אז מזה שהשטר ביד המלוה הוא ראי' שלא פרע עדיין. אלא כיון דגם הלוה מוחזק ומחזקת הלוה ראי' שפרע הדין הוא דחולקין הראי' היינו שפרע מחצה החוב, וכיון דמדין ראי' הוא אין חלוק מחתיכת שטר זה לחתיכת שטר זה, כמו שמזה שמחזיק התורף ראי' הוא שפרע כן מזה שהמלוה מוחזק בטופס ראי' שלא פרע. ומשו"ה בכל גווני יחלוקו. היכא דהשטר מקוים. ומשו"ה הרמב"ם דמיירי דוקא בשטר מקוים דהרי פסק מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו משו"ה לא הביא כלל חלוק בין אדוק בטופס לאדוק בתורף כיון דהוא מדין ראי' בכל גווני הדין דיחלוקו:

סימן יא

יבאר דהרשאה הוא קנין לקבל הדבר ולא קנין בעצם הדבר, ויבאר דשליח יכול לעשות דוקא על דבר שהוא שלו, אכן הגט ושחרור השליחות אך שיהי' ידו כידה, ויבאר דבמציאה גם רש"י מודה אף אם עשאו שליח, והי' תופס לבע"ח. דאי אפשר לעשות שליח על המציאה. ובחוב השליחות על התביעה לדברי רש"י.

(דף י') **התופס** לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, הנה שטת רש"י ז"ל דאימתי אמרינן התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, דוקא בשלא עשאו שליח. אבל אם עשאו שליח:

מהני, והקשו בתוס' מהא דאמרינן בפרק הכותב (דף פ"ד) גבי עובדא דימר בר חשוי דאמר לשליח זיל תפסה ואמרינן שם דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, ועוד הקשו ממתניתין דבעי גמ' למימר, דמשו"ה אם הי' רוכב על החמור ואמר לחבירו תנה לי נטלה ואמר אני זכיתי בה זכה בה, משום דרוכב לא קנה בהגבהתו, אף אם דעתו הי' בעדו, דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, והא במתניתין עשאו שליח

לזכות אפילו הכי אין מועיל, הרי דתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה אף אם עשאו שליח:

ולבאר דברי רש"י ז"ל נראה לי, דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ג מהלכות שלוחים הלכה ז') ז"ל היתה לו מלוה ביד אחר, אינו יכול לכתוב הרשאה עליו, ואפילו הי' החוב בשטר, מפני שהמלוה להוצאה נתנה, ואין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו בעולם:

ואין לו דרך שיקנה אדם חוב בה, אלא במעמד שלשתן, והוא דבר שאין לו טעם כמו שביארנו, או בהקנית שטר החוב עצמו, בכתיבה ומסירה מפני שהוא מקנה השעבוד שבו זהו מדין שיראה לי מן הגמ', אבל הגאונים תקנו שכותבין הרשאה אף על המלוה כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו למדינה אחרת כו' וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל עד החוב ששטר, א"א אם לא מסר לו שטר חוב וכתב רבינו הכ"מ ז"ל ולא ידעתי מה חידש הראב"ד שכתב אם לא מסר שטר החוב, שהרי כתב (הרמב"ם) או בהקנית שטר החוב:

ושותא דמרן הכסף משנה לא ידענו, דכפי הנראה סובר רבנו דאין מחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד ושניהם מודים שאם מסר לו השטר חוב יוכל לכתוב הרשאה ולכאורה, הדבר פשוט, שהרמב"ם ס"ל דאין עצה לכתוב הרשאה, ואף אם ימסור השטר תוב, ג"כ אין מועיל הרשאה שהרי כתב הרמב"ם שאין יכול לכתוב הרשאה, ואלו הי' ס"ל שאם מסר השטר חוב יכול לכתוב הרשאה, לא הי' להרמב"ם לכתוב שאין יכול, ועוד למה תקנו הגאונים שיכתבו הרשאה, אף בלא מסירת השטר חוב, כדי שלא יטול כל אחד ממון מחבירו וילך למדינה אחרת, הרי היכא שיש שטר חוב יש לו עצה למסור השטר חוב, ובודאי דעיקר התקנה הי' בשביל שטר חוב, שהרי במלוה ע"פ, לא הועילו בתקנתם, שהרי במלוה על פה היכא שכפר, לא תקנו הגאונים שיכתבו הרשאה, כדמסיק שם הרמב"ם, וא"כ מה הועילו בתקנתם כדי שלא ילך למדינה אחרת, הא גם עתה יש לו עצה שיכפור ע"כ דעיקר התקנה הי' בשביל מלוה בשטר. דשם עשו הגאונים תקנה אף אם כפר, ואם נימא דס"ל להרמב"ם, דאם מסר השטר חוב, יכול לכתוב הרשאה מדינא דגמ' א"כ למה תקנו הגאונים לכתוב הרשאה, הא יש עצה גם מדינא דגמ' למסור השטר חוב ולכתוב הרשאה:

ע"כ הא דכתב הרמב"ם ז"ל או בהקנית שטר חוב עצמו בכתיבה ומסירה שהוא מקנה השעבוד, זה קאי על אופן שיכול אדם לקנות חוב והיינו במכירת שטרות:

אבל בהרשאה אין דרך לכתוב הרשאה וא"כ שפיר הקשה הראב"ד, הא יש דרך גם בהרשאה, שימסור השטר חוב' ויכתוב הרשאה, דכתיבת הרשאה יהי' במקום כתיבה, כיון דמועיל במכירת שטרות, ה"נ מועיל בכתיבת הרשאה:

ולבאר טעם מחלוקת הרמב"ם והראב"ד נראה לי' דהנה לכאורה צריך ביאור מה הוא דין הרשאה, דהנה אם לא כתב לו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. קי"ל דיכול לומר לאו בעל דברים דידי את, ואין יכול לתבוע ממנו:

אלא א"כ כתב לו המרשה, זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. והנה בגמ' שם (בב"ק דף ע') איתא אמר אמימר אי תפיס לא מפקינן מיני' רב אשי אמר כיון דכתב לי' כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, שליח שויי' ואיכא דאמר שותפא שוויי' למאי נפקא מינה למיתפס פלגא והלכתא שליח שויי' וכן כתב הרמב"ם שם (בפ"ג מהלכות שלוחין הלכה ג') ז"ל ואעפ"י שכתב לו כן אינו אלא שליח. וכל מה שיזכה בו, הרי הוא של משלחו כו' ולכאורה קשה ממ"נ אם ממאי שכתב כל דמתעני מן דינא קבילית עלי' הוא ראי' שלא עשאו אלא שליח, א"כ איך יכול המורשה להוציא הא יאמר לו הנתבע לאו בעל דברים דידי את. שהרי לא עשאך המרשה אלא שליח ולא הקנה לך שיהי' שייך לך. שהרי כתב לך כל דמתעני מן דינא הוא מקבל, א"כ אינך אלא שליח, ויכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את. אף שכתב לך זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. אעפי"כ לא עשאך אלא שליח שהרי כתב כל דמתעני ובהאי טעמא, דמפיק המרשה מן המורשה, אם תפס בהאי טענה גופא, יאמר לו הנתבע לאו בעל דברים דידי את:

ומ"ש דלגבי הנתבע שלא יאמר לו לאו בעל דברים דידי את, משגיחין על זה שכתוב בהרשאה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך. ולא משגיחין על מה שכתוב כל דמתעני מן דינא, ולגבי אם תפס המורשה משגיחין על מה שכתוב בהרשאה, כל דמתעני ולא משגיחין על מה שכתוב זיל דון וזכי ואפיק לנפשך:

והנה מצאתי בהרמב"ן במלחמות. שהוא מפרש פלוגתא דאמימר ורב אשי, דאמימר ס"ל אם תפס לא מפקינן מיני משום דס"ל הרשאה הוא לשון מתנה, ואף דמיירי בגזילה או בהלואה, דלא קני עדיין שהרי אינו ברשותי' אבל כיון שאם יתפוס יקנה. משו"ה לא מצי הנתבע לומר לו לאו בעל דברים דידי את שהרי הבעלים נתנו לו, וכשיוציא אז יקנה לנפשו. משו"ה לא מצי למימר לאו בעל דברים דידי את ורב אשי ס"ל דלשון הרשאה הוא' רק שכשיזכה בדין יוכל להשתמש באותם מעות אבל לא יקנה אותם לגמרי, שיהי' שלו דלא הקנה המרשה אותם לגמרי לו אלא שישתמש בהם. וכתב שמנוסחא דרב שרירא ורב האי גאון כתוב דפליגי בקנין ע"מ להקנות, היינו מאן דס"ל שליחא שויי' ס"ל קני ע"מ להקנות מועיל משו"ה אף אם שליחא שויי' יכול לדון על הכסף:

שהרי יזכה בהם בזה שישתמש בהם ומאן דס"ל שותפא שויי' ס"ל דקני ע"מ להקנות אין מועיל, ומשו"ה אם לא הקנה לגמרי לכל הפחות למחצה לא יוכל לדון. עכ"ד הרמב"ן:

ובעניי לא הבנתי אותם. דהנה אף דאמרינן קני ע"מ להקנות לא קני אבל כולי עלמא מודו. דמלוה להוצאה ניתנה וזכה המלוה באותם המעות וכיון שהרשה המרשה להמורשה להשתמש במעות הרי זכה להוציאם וכבר הכסף שלו. ומאי שייכא זה. בדינא דקני ע"מ להקנות ואף אם הי' כלי' דאז מה שמרשה להשתמש הוא בגדר שאלה. לא בתורת הלואה ג"כ לא שייכא בדינא דקני ע"מ להקנות, דהרי מאן דס"ל קני ע"מ להקנות לא קני' אטו יסבור דשכירות לאו קנין הוא כלל א"כ איך יכול להקנות מטלטלי אגב שכירות, אם נימא דשכירות לא הוי קנין כלל וא"כ איך הקנה ר"ג לזקנים מטלטלי אגב מקרקעי ועוד איך אמרינן דאם הי' פקח שוכר מקומן. אחרי דשכירות אין מועיל כלל הקנין:

וא"כ תקשה מכל הנך משניות על מאן דס"ל קני ע"מ להקנות לא קני' לדברי הרמב"ן. ע"כ דשכירות הוי קנין לכולי עלמא דקנין השתמשות בודאי הוא קנין. ורק בקני ע"מ להקנות פליגי, וא"כ הכא בהרשהו לילך לדון. ובעד זה הוא מרשהו להשתמש בהכלי, לכ"ע דמועיל קנין:

ועוד קשה בדברי הרמב"ן. נהי דכשיוציא אז יזכה, אבל עתה הא לא קנה עדיין (לפי דברי הרמב"ן דמיירי בגזילה) וא"כ מאי מועיל שכשיוציא יהי' בעל דברים שאז יזכה, אבל עתה הא לאו בעל דברים דידי' הוא' שהרי לא קנה עדיין ומאי מייתי הרמב"ן ראי' שם מבעל בנכסי אשתו, דאמרינן מגו דנחית לדון אפירא יכול לדון אקרנא:

התם זכה כבר הבעל בהפירות מדין תקנת חכמים וא"כ הוא בעלים כבר לתבוע הפירות אבל הכא הרי לא זכה עדיין בהשכר היינו השתמשות הדבר, או בכל הדבר למאן דס"ל אי תפיס לא מפקינן מיני'. אבל עכ"פ בבאו לדון. הרי לא נתחייב עדיין המרשה בהשכר והוא לא זכה עדיין וא"כ באיזה טענה יכול לתבוע ממנו הלא לע"ע יוכל לומר לו לאו בעל דברים דידי את:

ועוד כיון דס"ל להרמב"ן. דאף שלא זכה עדיין בהשכר כיון שכשיוציא יזכה, יוכל לתבוע, ולא יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את א"כ הא עיקר טענתו על הנתבע הוא משום שיגיע לו ריוח. משו"ה יכול לתבוע ולא יוכל לומר לאו בעל דברים דידי את, א"כ אף אם נימא קני ע"מ להקנות לא קני אמאי לא יוכל לתובעו אם איננו רק שליח הא עכ"פ כל זמן שישתמש הרי הוא ירוח ובודאי דבעד זה שישתמש לא יצטרך לשלם לו א"כ הרי יהי' לו הנאה אם יוציא ויזכה בדין. א"כ לדברי הרמב"ן דאף שעתה לא זכה, כיון שכשיזכה, יהי' לו הנאה, טענה מעליתא היא, דלא יוכל לומר לו לאו בעל דברים דידי את' א"כ אף בלא קנין:

כיון שיהי' לו רשות להשתמש כל זמן שלא יחזור הלה היינו המרשה, א"כ בשביל הנאה זו נימא שלא יוכל הנתבע לומר לאו בעל דברים דידי את. ואין לומר דיאמר לו הנתבע: לא תוכל לדון עמי דלאו בעל דברים דידי את' ומאי תאמר שאתה בעל דברים דידי כיון שיש לך רשות להשתמש כיון שאין לך קנין. שהרי קני ע"מ להקנות לא קנה, ויוכל לחזור המרשה תמיד, א"כ דילמא יחזור, ולא יהי' לך הנאה א"כ אף למאן דס"ל קני ע"מ להקנות קנה. כיון דלדברי הרמב"ן מיירי דלא קנה עדיין. א"כ יאמר לו הנתבע לאו בעל דברים דידי את. ואי משום שנתן לך רשות להשתמש דלמא חזר בו' שהרי לדברי הרמב"ן מיירי אף בגזילה ובמלוה דלא קנה ויוכל לחזור. ובודאי דדוחק לחלק בזה, בין שמא חזר בו לשמא יחזור בו' דנימא דהוי דומיא דשמא מת לשמא ימות, דהתם שייך חזקה, דמוקמינן בחזקת חיים. אבל הכא מאי חזקה שייך בכאן. אלא דנימא שארית ישראל לא יעשו עולה א"כ גם על להבא לא ניחוש לשמא יחזור. דשארית ישראל לא יעשו עולה ובפרט דיוכל לתבוע השתמשות מן הדין. שהרי התחייב זו בדמי פעולתו. ומלבד כל הנ"ל הנה כל דברי הרמב"ן הוא רק אם נימא דמועיל הרשאה. אף בגזילה או בגניבה. אבל הרמב"ם הא כתב דמדינא דגמ' אין כותבין הרשאה על גניבה או גזילה. שהרי כתב רק בפקדון, ועוד שהרי כתב דבמלוה אין כותבין מדינא דגמ', ולדברי הרמב"ן גם במלוה כותבין:

לכן נראה לי לפרש דברי רב שרירא ורב האי גאון. דהנה בנדרים אמרינן שם (בדף מ"ח:) גבי פלוגתא דקני ע"מ להקנות אי מועיל, אמר לי' רבא לרב נחמן והא מתנת בית חורון דקני ע"מ להקנות הוא ולא קני זימנין אמר לי' משום דסעודתו מוכחת עליו וזימנין אמר לי' ר' אליעזר היא דאמר אפילו ויתור אסור במודר הנאה. וכבר כתב הר"ן דלא שייך כאן דין ויתור, דנהי דס"ל ויתור אסור אעפי"כ אם נימא, קני ע"מ להקנות קני א"כ איננו שלו כלל, ונראה לי דמחלוקת אי ויתור אסור במודר הנאה תליא בזה, אם נימא מודר הנאה עיקר האיסור שאסור ליהנות מהנותן אבל אין האיסור הנאה מנכסיו אלא עיקר האיסור ממנו' משו"ה היכא דדרך בני אדם להקפיד, הרי אם יקח הוא נהנה ממנו' שהוא מניח לו ליקח. וא"כ הוא מהנהו. אבל היכא דאין דרך בני אדם להקפיד, כמו הילוך בחצר א"כ אין צריך לו שהוא ירשהו. א"כ הנאתו רק מהנכסים ולא ממנו' משום הכי מותר. אכן מאן דס"ל דאף ויתור אסור במודר הנאה, היינו אף הילוך בחצר שאין דרך בני אדם להקפיד ג"כ אסור ס"ל דבמודר הנאה אסור ליהנות אף מנכסיו. אף היכא שאין צריך לדעת בעל הבית ואין הנאתו מבעל הבית, אעפי"כ אסור שהרי הוא נהנה מנכסיו וכיון דהוא מודר הנאה אסור ליהנות מנכסיו:

והנה מאן דס"ל קני ע"מ להקנות קני' ס"ל דעצם הדבר נשאר של המקנה והקונה קנה רק את הקנין הזה' להקנות אותו. אבל עצם הדבר הוא של המקנה, נמצא אם זה שקנה הדבר ע"מ להקנות הוא מקנה לאחר, אם נחפוץ לומר דבר של מי קנה בודאי דנימא דקנה דבר של המקנה הראשון למשל אם ראובן הקנה לשמעון דבר להקנות ללוי כששמעון מקנה ללוי. למאן דס"ל קני ע"מ להקנות קנה המקנה ללוי הוא שמעון. אבל דבר של מי קנה לוי' הוא קנה דבר של ראובן שהרי החפץ עדיין של ראובן דשמעון לא קנה בו' אלא הקנין הזה להקנות ללוי:

ואיננו של שמעון. משו"ה מעיקרא דסבר דויתור מותר במודר הנאה, שפיר פריך, כיון דויתור מותר היינו כמו הילוך בחצר. אף שהוא נהנה מחצר של האוסר, אעפי"כ שרי' משום דלא בעי דעת הבעלים ובזה אין הנאה מהבעלים:

אף שנהנה מנכסיו:

שרי שפיר פריך:

דאם נימא קע"מ להקנות קני, ומי הוא המקנה זה שקנה ע"מ להקנות א"כ אמאי במתנת בית חורון אסור הא הבן הקנה לאחר כדי שהוא יקנה לאבא, א"כ אין האב נהנה עתה מהבן אלא מאותו אחר שהוא מקנה לו עתה, שהרי הוא קנה כדי להקנות לו וע"ז משני הא מני ר"א היא דאמר ויתור אסור במודר הנאה הרי דאף דלא בעינן דעתו, כיון שהוא נהנה מנכסיו, אסור להנות מנכסיו:

אף במקום דלא בעינן דעתו, א"כ לא קשה ממתנת בית חורון דלא הועיל אף אם נימא קני ע"מ להקנות הוי קנין וזה שקנה ע"מ להקנות, הוא המקנה, אבל גוף הדבר של הראשון נמצא דאף שאותו אחר זכה כדי להקנות לאביו:

והוא המקנה לאביו, אבל עצם הסעודה של הבן נמצא אף דאין האב קונה מהבן שהרי האחר הוא המקנה אבל הוא קונה דבר של הבן. נמצא למאן דס"ל ויתור אסור:

שאסור ליהנות מנכסיו אף היכא דלא בעינן דעתו, לדידי' אסור להאב ליהנות, אף שהנותן הוא אחר:

לפ"ז יהי' פירוש נוסחת רב שרירא ורב האי גאון כן, דהנה בהרשאה, בודאי אם הי' נעשה שליח, לא הי' יכול לומר לו לאו בעל דברים דידי את שהרי שלוחו כמותו, אלא דמשום הכי בגזילה, אין יכול לעשות הרשאה שהרי הוא יכול לעשות שליח על דבר שלו, אבל על דבר שאינו ברשותו, כיון דלאו בעלים הוא, אין יכול לעשות שליח:

דרק על דבר שלו וברשותו, יכול לעשות שליח, אולם בפקדון אף דהדבר שלו, הנה לעשותו שליח על התביעה אינו יכול, שהרי מילי הוא ומילי לא ממסרי לשליח, וגם

תביעת הפקדון הוי מילי, ולעשותו שליח לקח הפקדון, שליחות חל רק על דבר שיש בו פעולה, כמו קנין וקדושין, שמשליחותו יצא פעולה (ולמאן דס"ל יש שליח לדבר עברה, ס"ל דהעונש הוא פעולת הדברים) אבל אם ימכור לאחד קרקע ע"מ שילך למקום פלוני ואח"כ יעשה שליח לילך למקום פלוני, לא שייך בזה שליחות, כיון שמעצם ההליכה אין יוצא פעולה, א"כ אף אם עושה שליח לקבל הפקדון אין חל על זה שליחות משו"ה צריך קנין, היינו שמקנה לו הפקדון לקבלו, ולא קנה אותו לקנינים אחרים, אלא לזה שיקבלו, וזה הוא שכתב לו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך, היינו שהוא מקנהו הקנין לקבלו, אבל עצם הפקדון עדיין של המרשה, שהרי כתב לו כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, בזה הראה שאין מקנה לו גוף הפקדון, אלא קנין זה לקבלו, וכיון שקנוי לו הפקדון לקבלו, משו"ה לא יכול לומר הנתבע לאו בעל דברים דידי את, שהרי יש לו קנין לקבלו:

וכל זה הוא אליבא דמ"ד קני ע"מ להקנות קני, דלדידי' שייך קנינים, אף שאין החפץ שלו כלל יוכל לקנות קנין זה להקנות, וקנין זה לקבל החפץ, אבל למאן דס"ל קני ע"מ להקנות לא קני, ס"ל דלא יוכלו לקנות קנינים בחפץ, היכא דאין גוף החפץ של הקונה אלא לקנין בעלמא, משו"ה אליבא דידי' לא נוכל לומר דקנין הרשאה הוא לקבל החפץ, אחרי שאין גוף החפץ של המורשה, לא יכול לקנות, משו"ה לדידי' ע"כ הרשאה, הוא קנין בעצם החפץ, או דאם תפס לא מפקינן מיני' או דשותפא שויי' וא"כ שפיר קאמר לפי גרסת רב שרירא גאון, דאם נימא קני ע"מ להקנות קני, אז אמרינן שליחא שויי' היינו דקנין הרשאה אינו אלא, לקבל החפץ, ואין לו קנין בגוף הדבר, אבל אם נימא דקני ע"מ להקנות לא קני ע"כ דשותפא שויי', דלדידי' לא שייך כלל קנינים לקנות אם לא היכא דקנה בגוף החפץ, ומשו"ה לדידן דקי"ל קעמלה"ק קנה הרי דקי"ל שזוכים קנינים בחפץ, אף היכא דלא זכה בגוף החפץ שיהי' שלו רק קנין בעלמא, ג"כ מועיל, משו"ה קי"ל דשליח שויי', היינו דקנין הרשאה אינו קנין, אלא לקבל החפץ, אבל אין לו קנין בגוף החפץ שיהי' שלו, משו"ה אם תפס מפקינן מיני', שהרי לא קנהו בעדו, אלא לקבלו מיד הנתבע:

לפ"ז יתישב מה שהרמב"ם ס"ל דאין מועיל הרשאה מדינא דגמ' בחוב. אף בחוב בשטר, ולא קשה קושית הראב"ד, ימסור לו את השטר חוב ויכתוב לו הרשאה, דהרי זה יהי' כתיבה ומסירה, אכן לפי דברינו כיון דקנין הרשאה, אינו בעצם הדבר שיהי' שלו, ורק שהוא קונה קנין לקבל הפקדון, א"כ בפקדון שהוא מקבל הפקדון בעצמו שייך שפיר, שקונה לקבלו, אבל בחוב לא שייך כלל, שיקנה קנין לקבל החוב, דאם יעשהו שליח על הכסף שיקבל מיד הלוה הלא הכסף ההוא אינו ברשותו, ואינו שלו, ולא יכול לעשותו

שליח על זה, ומה הוא שלו, הוא החוב. והנה כשלוה פורע למלוה, איננו מחזיר לו החוב, אלא הוא משלם בעד החוב, דמה הוא חוב חיוב לשלם בעד הלואה וכדומה, וכשמשלם הלוה, אטו הוא נותן לו חיוב, אלא הוא משלם, כיון שהוא מחויב לשלם, משום זה הוא משלם. אבל איננו:

נותן לו החוב בעצמו, רק הוא משלם בעד החוב, וזהו שמדייק הרמב"ם בלשונו הזהב, ז"ל ואין דרך שיקנה אדם חוב כו' או בהקנית השטר חוב בעצמו:

שהוא מקנה השעבוד שבו פירוש דבשלמא גבי מכירת שטרות, התם שייך שפיר, שכיון שעצם החוב נקנה מתקנתא דרבנן ללוקח, א"כ מחויב עתה מדינא דרבנן הלוה לשלם ללוקח, כיון שעצם השעבוד קנוי ללוקח. אבל בהרשאה, לא שייך זה, בהרשאה עצם הדבר, לא שייך כלל להמורשה, וכיון דעצם השעבוד אינו של המורשה, לא נוכל לומר דחיוב על הלוה לשלם להמורשה, שהרי להמורשה איננו מחויב, ורק במכירת שטרות דמדרבנן השעבוד של הלוקח, א"כ הוא משועבד לשלם להלוקח, אבל בהרשאה דכותבין כל דמתעני מן דינא קבילית עלי, א"כ איננו מקנה להמורשה גוף השעבוד, שנימא מעתה משועבד הלוה להמורשה, וקנין הרשאה, אינו אלא קנין לקבל הדבר, א"כ בפקדון, דהתם נוטל הפקדון בעצמו:

שייך קנין לקח הפקדון, אבל בחוב, הרי אין נוטל המלוה החוב כלל א"כ איך יקנה המורשה קנין לקח החוב, דגבי מלוה, לא שייך אלא תשלומין בעד החוב, וא"כ לא שייך כלל בהרשאה מסירת השטר, דעצם השעבוד לא נעשה של המורשה, והחוב בעצמו אין גובין, וא"כ יצטרך להרשות על התשלומין שיקבל מהלוה, בעד החוב, וע"ז אין יכול להרשות, דהרי התשלומין אינו שלו ואין יכול להרשות:

אכן הראב"ד לטעמי' דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ו מהלכות מכירה הי"ב) ז"ל קנין השטרות בדרך הזאת מדברי סופרים, אבל מן התורה אין הראיות נקנות, אלא גוף הדבר בלבד קנוי, לפיכך המוכר שט"ח לחבירו עדיין יכול למחול, וכתב הראב"ד ע"ז ז"ל א"א לא מן השם הזה, אלא מפני שהלוה אומר ללוקח, אני לא שעבדתי לך עצמי. וכתב הקצוה"ח (בסימן ס"ו ס"ק כ"י) דטעמא דהראב"ד דמכירת שטרות אינה אלא הרשאה, שלא יוכל הלוה לומר לאו בעל דברים דידי את, תקנו רבנן שלא יוכל הלוה לומר כן, דנקנה ללוקח, היינו דהלוקח יכול לילך לגבות מן הלוה, אבל אינו אלא בגדר הרשאה, וא"כ כל עיקר תקנת רבנן במכירת שטרות, הוא רק הרשאה, א"כ שפיר פריך, דאף מדינא דגמ' יכול לכתוב הרשאה במסירת שטר חוב ויכתוב לו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך, שהרי לדידי' עיקר תקנה דמכירת שטרות, הוא גדר הרשאה, א"כ הרי תקנו רבנן הרשאה

במסירת השטר, אכן הרמב"ם לטעמי' דעיקר תקנה דמכירת שטרות, הוא קנין בעצם החוב דנתחייב מדרבנן הלוה לשלם ללוקח, א"כ בהרשאה דלא שייך שיתחייב הלוה למורשה, כיון דגבי הרשאה אינו אלא שליח, פירוש דעצם החוב לא נעשה שלו, משו"ה לא שייך הרשאה במסירת שט"ח, כיון דלא שייך ומר, שיקנה החוב, לקח החוב שהרי אין החוב שלו, ואזלי הרמב"ם והראב"ד לטעמייהו:

והנה הקצות החשן (בסימן קפ"ב ס"ק ב') הביא דברי הנו"ב שהשיב על תשובת הגאון מה"ר יצחק הלוי, שהקשה אם נימא דהיכא דאין שליח לדבר עברה, המעשה בטל א"כ איך אמרינן:

האומר תן שחרור זה לעבדי לא יחזור, כיון דקי"ל המשחרר עבדו עובר בעשה, א"כ השליחות לדבר עברה והמעשה בטל, וא"כ האיך הוא משוחרר, וכתב ע"ז הנו"ב, דדבר זה מביא לידי גיחוך, וכי שליח המשחרר הוא הלא שליח העבד הוא להיות זוכה שלא בפניו, ולגבי העבד אין כאן שליח לד"ע, וכתב ע"ז הקצות ז"ל ולי נראין דברי הרב מו"ה יצחק הלוי דכל כה"ג הוי נמי שליח של המשלח והוא הנותן לפי מה שמבואר בתוס' פרק איזהו נשך (דף ע"א:) ד"ה בשלמא סיפא לחומרא, וז"ל תימא אמאי לא הוי רבית גמור כשהעמידו אצל ישראל, אפילו מקבל הנכרי רבית, שהרי נעשה ישראל השני שלוחו של ראשון לקבל חובו מיד הנכרי, וי"ל דאפילו שיוכל לזכות לחבירו במציאה, הכא אין קבלתו מן הנכרי זוכה לישראל חבירו, דנהי, דאם הי' הנכרי מפקיר מעותיו, הי' יכול לזכות לחברו. השתא מיהא שהנכרי אין מפקירן אלא בא לזכות מעותיו ע"י זה:

אין לו כח לזכות, שא"כ הי' הישראל המקבל שלוחו של הנכרי לזכות במעותיו לישראל ואין שליחות לנכרי כו' עכ"ל. ומבואר דכל היכא דאין הנותן מפקיר הדבר שנותן הו"ל שלוחו של הנותן לזכות לחבירו, וכל היכא דליכא תורת שליחות, כגון לנכרי לא מהני זכיותיו לחבירו א"כ ה"ה בכה"ג כיון דמשחרר עבדו עובר בעשה, והו"ל שלוחו של הרב לזכות לעבד, ואין שליח לדבר עבירה, עד כאן לשון הקצוה"ח:

ונראה לי לישב קושיתו, דהנה הר"ן בגיטין על הא דאיתא שם (בדף י"ב) דהאומר תן שטר שחרור זה לעבדי, לא יחזור, ובעי בגמ' למידק מזה, דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים קנה. והקשו בתוס' אפילו אם נימא התופס לבע"ח שחב לאחרים קנה, והא הכא העבד גופי' לא הי' יכול לעכב האדון מלהחזיר, ועוד מה חייב האדון לעבד דקרי לי' בע"ח, וכתב על זה הר"ן ז"ל ולי נראין הדברים כפשטן. דממתניתין שמעינן דכל אדם יכול לעשות שליח שיעמוד במקומו, ומשו"ה כיון שאמר האדון תן שטר שחרור זה לעבדי, הרי שליח יכול לומר הנני עושה עצמי שליח לקבלה שלו:

והרי כאלו עשאו העבד שליח לכך, ומינה בעינן למילף, דתופס לבע"ח קנה, לפי שהתופס יכול לעשות עצמו כאלו עומד במקומו של בע"ח עכ"ל. ושמעתי מקשים על דברי הר"ן אלו דבשלמא אם הי' סובר הר"ן דאף שתופס לבע"ח לא קנה, אם עשאו שליח קנה, היו דבריו מבוארין, דהי' סבר דאף אם לא עשאו שליח הי' סבור מתחלה, שהוא בעצמו יכול לעשות שליח:

והוי דומיא דעשאו שליח. אבל הא הר"ן שם תוכ"ד. מביא דעת רש"י דהיכא דעשאו שליח מהני תופס לבע"ח וסתר הר"ן דברי רש"י מגמ' דהכותב א"כ ס"ל דאף אם עשאו שליח לא מהני בתופס לבע"ח וא"כ מאי ארוח לן הר"ן בזה שפירש דהי' סבור בגמ' דהוי כאלו עשאו שליח:

הא גם שליחות אין מועיל בתופס לבע"ח:

ונראה לי לבאר דברי הר"ן דהנה ודאי אם הי' חל שליחות בודאי דלא הי' שייך לומר התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה, שהרי שלוחו של אדם כמותו וא"כ כמו שהוא יכול לתפוס שלוחו נמי יכול לתפוס אלא משו"ה ס"ל להר"ן דהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים אף היכא שעשאו שליח. אין מועיל משום דכמו דבעינן בעלים להקנות:

ואם אינו בעלים אינו יכול להקנות כן אם אינו בעלים אין יכול לעשות שליח על זה, וכמוכח פשטא דגמרא בב"ק דאף קודם דסבר דבעינן זיל דון וזכי ואפיק לנפשך:

ג"כ אמרינן דבגזילה אין יכול להרשות, דכיון דאין הדבר ברשותו. לא חל שליחותו על דבר שאינו ברשותו, ומכ"ש על דבר שאינו שלו כלל אין יכול לעשות שליח על זה לזכות הדבר שאיננו בעולם, לעשות שליחות על עצם הדבר שאינו שלו. ומשו"ה התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, אין מועיל עשיית שליח משום דלא חל השליחות כלל על דבר שאינו שלו. וזהו פירוש דברי התוס' דאין יכול הישראל להיות שלוחו של שני לזכות הממון משום דהישראל השני' לא יוכל לעשותו שליח על דבר שאינו שלו' כיון שהמעות של העכו"ם, בעינן שהעכו"ם יעשהו שליח וכיון דאין שליחות לעכו"ם:

משו"ה אין מועיל שליחות שעושה הישראל הראשון לישראל השני לקבל מעותיו, כיון שהמעות עדיין של העכו"ם. אין הישראל הראשון בעלים לעשות את הישראל השני שליח לקבלם שעל דבר שאינו שלו' איננו בעלים לעשות שליח, והעכו"ם אין יכול לעשות את הישראל לשליח לקבלם, שאין שליחות לעכו"ם, א"כ גבי התופס לבע"ח. כיון דס"ל דתופס לבע"ח לא מהני, א"כ מה יועיל שעשאו שליח, על כסף של הלוה, כיון שאיננו שלו, אין בידו לעשות שליח:

אכן כל זה למסקנא דהתופס מעצמו לבע"ח לא קנה, ממילא גם לעשות שליח לא מהני, אבל מעיקרא הוי סבר, דתופס לבע"ח מהני, פירוש דהי' סבור, דלא בעי כלל שפלוני יעשהו שליח, אלא אדם מעצמו יכול לומר הרי אני במקום הלה וכמותו, דכיון דזכות הוא לא, יכול מעצמו להיות במקומו, אף היכא שבזה שהוא אומר אני במקום הלה, הוא חב לאחר, אעפי"כ הוא יכול להיות במקומו, ואף אם לא עשאו, הרי הוא מעצמו יכול להיות במקום הלה שרוצה, וא"כ גבי עבד אף שהאדון אומר תן שטר שחרור זה לעבדי. היינו דעשאו שליח להוליך, אבל אין קפידא בדבריו, שרוצה דוקא שיהי' שליח להולכה, וא"כ כיון דלהעבד גופא הי' יכול לתן, א"כ כיון שהוא במקום העבד, הרי הוא מקיים דיבורו, שהרי הוא נותן להעבד שהרי הוא עומד במקום העבד, ואם נימא כן בודאי דיועיל מה שיתפוס לבע"ח, אף במקום שחב לאחרים, שהרי הוא מעצמו יכול להיות במקומו ולא בעי שיעשהו שליח, אבל כיון דקי"ל התופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה א"כ מעצמו אין יכול להיות שליח בעדו היכא שחב לאחרים א"כ בעינן שהוא יעשהו שליח) וכיון דהדבר אינו שלו' אין יכול לעשות שליח על דבר שאינו שלו:

ובזה נראה נפרש דברי הירושלמי בגיטין פרק האומר הלכה א' ז"ל הירושלמי:

ר' זעירא בעא קומי ר' מנא אף לענין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו (ופירשו המפרשים דמיבעיא לי' אם אמר לשלוחו צא וקבל לי מתנה מפלוני ואמר הנותן הולך אי הוה כזכי) א"ל תמן התורה זיכת אותה בגיטה, והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה אית לך למימר במתנה אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו. ועוד מן הדא דאמר ר' יוסא ור' יעקב ב"ר זבדא ר' אבא בשם ר' יוחנן אמר לתן מתנה לחבירו וביקש לחזור חוזר בו וכמובן פירוש המפרשים דחוק מאד' דכיון דשאלתו דר' זעירא. אם במתנה אמרינן הולך כזכי מאי מחלק דבגט התורה זיכתה וגם מאי מייתי מר' יוחנן דס"ל דדברים אין בהם משום מחוסרי אמנה לדין דהולך אי כזכי או לאו כזכי:

ונראה לי דפירוש הירושלמי כן. דהנה לעיל הובא בירושלמי ברייתא דאשה עושה שליח לקבל גיטה מיד שליח בעלה, ובעי ר' זעירא. אם גם במתנה כן. אם שלח אחד שליח להוליך מתנה, אם יכול המשלח לעשות שליח לזכות בהמתנה בעדו ע"ז קאמר תמן התורה זיכת אותה בגיטה פירוש הא דאשה זוכה בגיטה, אין הכונה שהיא עושה קנין בגיטה, שהרי גט אפילו בע"כ מתגרשת, א"כ אין היא זוכה בהגט. אלא התורה אמרה דכשגט מגיע לידה נעשה הגט שלה. דהתורה זיכתה בגיטה ואפילו בע"כ נעשה הגט שלה. וא"כ גם מה שמועיל שליח קבלה בגט, אין הכונה שהשליח זוכה בעדה את הגט

דבשלמא אם הי' שייך בגט קנינים היינו אומרים, שהשליח עושה קנין בגט בעדה וקנתה הגט אבל באמת הא בגט אין שייך קנינים:

דקנין בגט אין מועיל. אלא דין התורה הוא שבעת שיגיע גט לידה תתגרש וא"כ כשעושה היא שליח לקבלה:

אין הכונה שעושה שליח לזכות בגט דאז הי' שליחות על דבר שאינו שלה ולא תוכל לעשות אלא מדעת, אלא כשהיא עושה שליח. הוא עושה אותו, שיהי' ידו כידה. דכשיגיע הגט ליד השליח יהי' כאלו הגט בא לידה. ובמקום אחר ביארתי דברי הרמב"ם שכתב דשליחות קבלה בעי עדים. ושליחות הולכה לא בעי עדים כמו שליח להפריש תרומה, ולכאורה מאי ראי' הא שליח לתרומה לא הוי דבר שבערוה, אבל שליח להולכה הוא דבר שבערוה א"כ גם שליחות לקבלה יהי' בלא עדים. ואמרתי דאין כונת הרמב"ם להביא ראי' משליחות תרומה להולכה, אלא הוא נתינת טעם דשליחות קבלה הוא דין חדש בערוה, שידו של השליח. הוא כידה. דאילו שליחות לקנות הגט לא הי' מועיל. דהרי בגט אין מועיל קנינים:

ובעי דוקא שיגיע הגט לידה, ע"כ הא דמועיל שליחות קבלה. הוא דין חדש בערוה דידו כידה. וכן כתב הרמב"ם (בפ"ה מהלכות גירושין הלכה א') ז"ל זה שנאמר בתורה ונתן בידה, אין ענין הכתוב אלא שיגיע הגט לה ואחד ידה או חצירה או חיקה או שלוחה שעשתה ידו כידה:

הכל אחד עכ"ל. הרי דכתב הרמב"ם דשליחות קבלה הוא מטעם דידו כידה, וזה דין חדש בערוה דבכל השלוחים דעלמא אין הכונה שנעשה גופו של השליח כהמשלח:

אלא דנעשה שליח על המעשה, וכיון דשליחות קבלה הוא גדר חדש בערוה. דידו כידה, משו"ה בעי עדים. אבל שליח הולכה איננו דין חדש' דשליחות הוא כמו שליח שעשאו להפריש תרומה שאינו שליח אלא על המעשה משו"ה לא נשתנה דינו בגט דאף בלא עדים נעשה שליח:

נמצא דשליח קבלה אינו כלל על הגט. אלא הוא נעשה שליח שיהי' ידו כידה, וכיון שהגיע גט לידו:

שהוא כידה. אז נעשה ממילא הגט שלה דהתורה זיכתה אותה בגיטה. משו"ה יכולה לעשות שליח לקבל גיטה אף מיד שליח בעלה. שהרי השליחות על דבר שלה שיהי' ידו כידה (היכא דאין מקפיד) אבל במתנה איך יוכל המקבל לעשות שליח לזכות המתנה, במתנה הא השליחות לזכות המתנה, ואיך יוכל לעשות שליח על דבר שאינו שלו. בשלמא אם הנותן בעצמו נותן ליד השליח הוא עושהו שליח אבל שלוחו הוא יכול רק

לתת ליד המקבל אבל לעשות שליח בעד המקבל אינו יכול' והמקבל בעצמו כיון שהדבר אינו שלו אין יכול לעשות שליח על דבר של אחר. ועוד מן הדא פירוש, ואם תאמר נהי שאין יכול לעשות המקבל שליח. שאין אדם יכול לעשות שליח על דבר שאינו שלו' אבל בלא שליחות המקבל, יזכה השליח מדין זכי'. ע"ז קאמר כיון דאמר ר' יוחנן אמר ליתן מתנה יכול לחזור בו א"כ בזה שיזכה בעד המקבל מתנה הוא חב להנותן. שאלו לא הי' זוכה הי' יכול לחזור בו' ועתה. כשזוכה אין יכול לחזור בו. נמצא דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים והתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה:

ולפי זה מיושב קושית הקצות שהקשה על הנו"ב, שתירץ קושית מהר"י הלוי. אם נימא דאין שליח לדבר עבירה, המעשה בטל' א"כ איך אמרינן דמועיל בשחרור שליח העבד לזכות בעדו השחרור הא שחרור הוא דבר עבירה, וע"ז תירץ הנו"ב דהשליח. הוא שליח של העבד, והעבד הא אינו עובר עבירה. בזה שנשתחרר והקשה הקצות מדברי התוס' דהא בממון בעינן דוקא. שיהי' גם שליח של הנותן דמשו"ה. אין יכול ישראל לזכות במעות של גוי בעד ישראל' אכן לדברינו לא קשה כלל דבממון הא הוא שליח, על זכית הממון וא"כ איך יכול המקבל לעשות שליח. על דבר שאינו שלו' אבל בשחרור הא ילפינן מגט ובשטר שחרור אין מועיל קנינים:

אלא בעי שיגיע לידו. כמו בגט. דבעינן שיגיע לידה. ואף בע"כ של העבד נעשה משוחרר אם זרק הרב' השטר שחרור לידו א"כ כמו דבגט. התורה זיכתה אותה בגיטה. כן בשחרור התורה זיכה אותו בשחרורו שדין התורה הוא שיגיע השטר שחרור לידו. וממילא נעשה משוחרר וא"כ גם שליח קבלה של העבד. הוא ג"כ כמו של האשה, לעשות ידו של שליח כידו. וע"ז הוא בעלים לעשות שליח שיהא ידו כידו:

וממילא כשיגיע השחרור ליד השליח נעשה משוחרר והוא עושה שליח על דבר שהוא שלו, היינו לעשות יד השליח כידו. וכדברי הירושלמי, וא"כ בשחרור לא בעינן כלל ששליח הקבלה יהי' שליח של האדון:

באנו לדין דאדם יכול לעשות שליח רק על דבר שהוא שלו, אבל על דבר שאינו שלו, אין יכול לעשות שליח, א"כ צריך ביאור דברי רש"י דס"ל היכא דעשאו שליח מהני בתופס לבע"ח, מאי מהני שליחותו, על דבר שאינו שלו לזכות, ונראה לי דמה שכתב רש"י דאם עשאו שליח לתפוס מהני בתופס לבע"ח, אין הטעם דמועיל שליחותו על הממון, אלא דרש"י ז"ל ס"ל דיכול לעשות שליח על התביעה, דכיון שהוא יכול לתבוע יכול לעשות שליח על תביעתו, וכדמוכח מדברי רש"י בב"ק (דף ע') דאמרי נהרדעי לא כתבינן אורכתא אמטלטלי, ואמר רב אשי לאמימר מאי טעמא משום דר' יוחנן, דא"ר

יוחנן גזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו, וזה לפי שאינו ברשותו, ופירש"י ז"ל, דהואיל ואינו ברשות הבעלים אינו יכול להקנותו לשליח הלכך אם אבד יכול לחזור בו:

הרי דכתב רש"י, דהטעם דאין כותבין הרשאה אין הטעם משום דאין הממון ברשותו אין יכול להרשות, דלהרשות יכול אף אם הדבר אין ברשותו, ורק כיון דאין הדבר ברשותו אין יכול להקנות, וא"כ אם ימות המרשה הלא יתבעוהו היורשים פעם שני' וכדאמרינן (בב"ק דף ק"ד) דלמא שכיב ר' אבא. אבל לעשות שליח יכול' דס"ל לרש"י דיוכל לעשותו שליח על התביעה, ואף דהתביעה הא מילי היא וכדביארנו אליבא דהרמב"ם, דמשו"ה אין יכול לעשותו שליחו על התביעה, משום דהתביעה היא מילי, אכן ידוע מחלוקת הראשונים בדין דמילי לא מימסרי לשליח. דיש מראשונים דסברי:

דהא דאמרינן מילי לא מימסרי לשליח היינו דשליח שנעשה על מילי אין יכול לעשות שליח שני אבל שליח ראשון אף על מילי יכול להיות, ויש מראשונים דסברי, דעל מילי אף שליח אחד אין יכולין לעשות, ורש"י יסבור דהא דמילי לא מימסרי לשליח היינו דשליח ראשון אין יכול לעשות שליח שני אבל הראשון יכולין לעשות אף על מילי וכן מוכח מדברי רש"י גיטין (בדף ס"ו) בד"ה מילי לא מימסרן (ובמקום אחר הארכנו בזה):

וכיון דס"ל לרש"י דיכול לעשות שליח על התביעה. משו"ה ס"ל לרש"י דהתופס לבע"ח במקום שעשאו שליח מהני, משום דנעשה שליח על התביעה ונעשה בעלים לתבוע, ועל התביעה יכול לעשות שליח וכיון דנעשה בעלים. משו"ה יכול לתפוס:

שהרי הוא עתה בעלים על התביעה, ולפ"ז לא קשה כלל, הקושיות שהקשו על רש"י מהא דבעי בגמ' למימר דמשו"ה במתנה אם הי' רוכב על החמור וראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי נטלה ואמר אני זכיתי בה זכה בה משום דבשעת הגבהה הי' תופס לבע"ח אף דלפי הס"ד היו ס"ל דעשאו שליח לזכות בעדו. אכן לפי דברינו ניחא. דבמציאה לא שייך תביעה א"כ על מה עשאו שליח, הלא על המציאה כיון דאין המציאה שלו. א"כ אין יכול לעשות שליח. דעל דבר שאינו שלו אין יכול לעשות שליח, ורק בהחוב דיכול לעשותו שליח על התביעה. שם מהני תפיסה, אבל לא במציאה דשם השליחות על הממון. שם אין מועיל שליחות, כיון דהממון אינו שלו א"כ יהני רק מטעם תופס לבע"ח. היינו שהוא מעצמו יזכה. ותופס לבע"ח היכא דלא עשאו שליח לא מהני' וא"כ במציאה. אף אם עשאו שליח. הוי כלא עשאו. כיון דלא מהני שליחות על דבר שאינו שלו:

ולפי"ז לא קשה נמי על רש"י מגמ' דהכותב. דאמר לי' רב ימר בר חשו זיל תפסה, ואעפי"כ אמרו לי' רב פפא ורב הונא ברי' דבר יהושע:

דהוי תופס לבע"ח ולא קנה:

דהנה שם הי' המעשה. דההוא גברא דהוה מסיק בי' ימר בר חשו שכיב ושביק ארבא דהוי מטלטלי דיתמי ולא משתעבדי לבע"ח, אלא דאינהו היו סוברים כר' טרפון דהיכא דתופס הבע"ח קודם שבאו לרשות היתומים מועיל תפיסתו. וא"כ לומר דעשה רב ימר בר חשו שליח לתבע לא שייך כלל דהרי את מי יתבע הלוה מת ומיתמי בודאי דלא שייך תביעה, שהרי אם היו הם תופסים לא הי' יכול לגבות מהם א"כ לא שייך כלל תביעה. הכא א"כ הכא נצטרך לומר דשלוחו של ימר בר חשו נעשה שלוחו על הארבא לתופסה בעד ימר בר חשו וכיון דאין הארבא שלו אין יכול לעשות שליח וא"כ שליחותו דימר בר חשו:

על הארבא אינו כלום, וא"כ הוי רק תופס לבע"ח. היינו שהוא מעצמו יזכה:

והתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה. אבל היכא דעשאו שליח לתבוע מן הלוה. דשם נעשה בעלים על התביעה:

שם ס"ל לרש"י דאי תפיס לא מפקינן מיני' שהרי נעשה שלוחו על התביעה ושלוחו של אדם כמותו משו"ה מועיל תפיסתו דגם התפיסה היא תביעתו:

סימן יב

יבאר דאם נימא שלוחא דרחמנא, גבי כהנים. אין הפירוש בגדר שליחות, ויחקור אי מועיל קנינים בהקדש, ויבאר דמה דחצר קונה. אין הפירוש שהחצר קונה אלא שהאדם קונה בזה שהוא מונח בחצירו:

(דף י) **ואמר** ר"ל משום אבא כהן ברדלא קטנה אין לה חצר ואין לה ארבע אמות ור' יוחנן אמר משום ר' ינאי יש לה חצר ויש נה ד' אמות כו' ואיבעית אימא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי ופירש"י רשב"ל אמר לענין מציאה ור' יוחנן לענין גט אי נמי מר אמר קטן ומר אמר קטנה ע"כ. והנה הרמב"ם כתב (בפ"ד מהלכות זכי' ומתנה הלכה ח') ז"ל. חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אעפ"י שאינו עומד שם כו' אבל הקטן אינו זוכה עד שתגיע מתנה לידו, או עד שיזכה לו אחר עכ"ל הרמב"ם:

והנה לקמן בדף י"ב איתא אלא אמר רב אשי חצר משום יד איתרבי ולא גרע משליחות, גבי גט דחוב הוא לה אין חבין לאדם אלא בפניו, גבי מתנה דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו, א"כ קשה אמאי פסק הרמב"ם במתנה דאין זוכה הקטן ע"י חצירו. נהי דאין

שליחות לקטן, אבל זכי' הא יש לו, א"כ יזכה החצר להקטן מדין זכי', דהא לגבי דין זכי' הוי הקטן כמו שלא בפניו. וא"כ כמו שזוכה החצר לגדול שלא בפניו, כן יזכה לקטן, ואף שכתבו בתוס' (בגיטין דף כ"א ד"ה אטו שליחות) דדוקא לענין שלא בפניו אמרו דלא גרע משליחות, לקנות במידי דזכות הוא לו, אבל בשאר דברים בעינן דומיא דידה, עיין שם, היינו דוקא לגבי דינים של החצר איזה חצר הוא קונה, אבל לגבי לזכות בעד הקטן, כיון דהחצר זוכה בעד הגדול שלא בפניו, אמאי לא יזכה גם בעד הקטן, דהא לגבי זכי' שוים הם, והיא השגת הראב"ד בפכ"ט מהלכות מכירה ובפ"ד מהלכות זכי' ומתנה ועיין בקצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק י"א. ולהראב"ד צ"ל הטעם דבמציאה אין זוכה החצר בעד הקטן, משום דהוי חצר של קטן חצר שאין משתמר, דשמירת הקטן לאו שמירה היא אבל בדעת אחרת מקנה, הוי משתמר, או משום הכי במציאה לא זכי החצר לקטן דהוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ומגו דאי בעי זכי לא שייך בחצר:

ונראה לי לתרץ דהנה בקצוה"ח (סי' ר') דביא דברי התוס' בבבא בתרא דף ע"ט, דלא אמרינן שיקנה חצר הקדש כמו שקונה חצר הדיוט דחצר משום יד איתרבי ואין יד להקדש וכתב על זה הקצוה"ח ז"ל. אמנם דברי התוס' נראין תמוהין כאשר עמד עליהן אא"ז בתוי"ט פ"ק דמעילה ע"ש דכתב עלה וז"ל ותמיהני דהתם מסקינן פ"ק דמציעא דאע"ג, דחצר משום יד איתרבאי, לא גרע משליחות, ולמה לא יהי' שליחות להקדש, דהא הני כהני שלוחי שמים כמ"ש במשנה ג' פ"ד מנדרים, וכשהגזבר עומד בצד כל הני, דהשתא הוי חצר המשתמרת תקני להקדש, ודוחק לומר דגזבר הוי שליח דהקדש ואין שליח עושה שליח וצ"ע עכ"ל. וראיתי בס' צאן קדשים על דברי תוי"ט הנזכר דאישתמיטתי' מיני' מ"ש תוס' (בקדושין דף כ"ג וביומא דף י"ט) דלא איפשיטא הך איבעיא דכהני שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא מהך דרב הונא ברי' דרב יהושע כו' ולפ"ז כיון דלא איפשיטא אפשר לומר דהוי נמי שלוחי דידן ולא שלוחי דרחמנא דוקא וכיון דהוי נמי שלוחי דידן, אעפ"י שהגזבר עומד בצד כל הני לא מצי לאקדושי מה שבתוכו, שלא מדעת בעלים כנ"ל ברור ונכון עכ"ל שותא דמרן לא ידענא, דנהי דכהני שלוחי דידן, אבל גזבר ודאי דשליח שמים הוא, דכהנים הוא דבעי לה בש"ס. משום דמקריבין קרבנות דבעלים, ומשו"ה מספקא להו אם שלוחי דידן נינהו, אבל גזבר ודאי שליח דרחמנא, ומ"ש בתוי"ט מהני כהני דשלוחי דרחמנא אינו אלא לראי' דאיכא שליחות לשמים. עכ"ל הקצות החשן:

ואנכי בעניי לא הבנתי צורתא דשמעתא, דקאמרי הנך תלתא אריותי דהנה כולהו בחדא מחתא מחתי, דבלא ראי' שפיר נוכל לומר דלא שייך שליח לשמים, שנימא שמה

שהשליח עושה הוא כאלו עשאו שמים. דרק באדם מצינו שרבתה התורה שלוחו של אדם כמותו אבל לא לשמים רק שהביאו ראי' דאיכא שליחות לשמים מהא דאמרינן או דרצו לומר כהני שלוחי דרחמנא נינהו. אכן אנכי לא הבנתי דבריהם הקדושים, אטו הא דאמרינן כהני שלוחי דרחמנא היינו בגדר שלוחו כמותו לענין המעשה היינו שיהי' מעשיהם כמעשי שמים איך נוכל לפרש כן. אטו על שמים להקריב הקרבן. שנימא שהכהנים מקריבים במקום שמים, בשלמא שלוחי דידן שייך לומר דהרי כשאחד הקדיש קרבן חל עליו המצוה לה להקריבו ושייך לומר שלוחי דידן. דהכהנים מקריבים במקום הבעלים ומה שהכהנים עושים כאלו עשו הבעלים, אבל שלוחי דשמיא איך נוכל לפרש כפשוטה דמה שהכהנים עושים כאלו עשה הקב"ה מדין שליחות:

אטו על שמים להקריב הקרבנות שנימא שהכהנים עושים זה במקומו ע"כ דכהני שלוחי דרחמנא:

הכונה שרחמנא צותה אותם להקריב לפניו. שהם יהיו מקריבים ומשרתים לפניו. וכמו שאנחנו עושים כל המצות. כמו נטילת לולב וציצית, כן הכהנים מקריבים הקרבן ואותם ציוה ד' במצוה זו, וא"כ מאי ראי' היא לדין חצר להקדש, שנימא שליחות לשמים:

שמה שהשליח עושה. הוא כאלו עשאו שמים. בודאי נימא דאין שליחות לשמים. דרק לגבי דידן איתרבי שליחות שיאי' מעשה השליח כמעשה המשלח. אבל לגבי שמים לא שייך זה והא דכהני שלוחי דרחמנא הכונה שהם עושים מצותם עפ"י צווי ד'. ולדעתי היא תמיהה גדולה לדבריהם הקדושים ויש שרצו לפרש כהני שלוחי דרחמנא לזכות הקרבן בעד שמים, אך גם בזה לא הועילו דהרי הא דבעינן לומר שלוחי דידן הוא על מצות הקרבה ועל זה מספקא לי' דלמא הם שלוחי דשמיא, ואם כדבריהם, הלא שני דברים הוא. לזכות הקרבן בעד רחמנא זה נוכל לומר. דהכהנים שלוחי דרחמנא. אבל זה בודאי אם נימא דצריך זכי' זה בודאי הם שלוחי דרחמנא, כי על זה לא יוכלו להיות שלוחי דידן דוקא אם נימא דצריך לזכות בעד שמים:

ועל מצות הקרבה שאנו חייבים להקריב הלא זה לא שייך שלוחי דשמיא. ומאי תלי זה בזה. אלא פשוט דהכונה שלוחי דרחמנא הוא. שהכהנים עושים במצות הבורא וא"כ אין לנו כלל ללמוד מזה שליחות לשמים:

והנה הקצוה"ח חקר עוד שם אי אחד יכול לזכות ע"י חצירו להקדש וזה אין ענין למה שבארנו למעלה דאין שליחות לשמים, וחצר אין קונה להקדש. אבל הדיוט יכול לזכות דבר מה להקדש. אך באמת נוכל לומר דדין הקדש אינו קנין כלל דמי הוא הקונה, דגבי שמיא כולי עלמא דילי'. ואיך שייך לומר זכותים וקנינים לגבי השם. ואף שמצינו

קרבנות והקדשות היינו רק דינים. כמו אם הקצה דבר לעכו"ם. בודאי דלא שייך לומר שעכו"ם זכה בדבר שהקצה, וע"כ דדין מה שנעשה מוקצה לעכו"ם אין הכונה שהעכו"ם זכתה, רק שחל עליו דין מוקצה לעכו"ם. כן להבדיל בענין קדושה, ג"כ אין הכונה שרשות הקדש קונה אלא דין הוא בהקדש, אם אמר על דבר שיהי' הקדש חל קדושה, ולא מדין קנין. ולפ"ז הקדש לא שייך אלא בהקדישו, דאז יש על זה דינים אבל קנינים לא שייך כלל בהקדש א"כ גם אם הדיוט יקח דבר ויאמר הנני זוכה להקדש ג"כ לא יחול דבעינן רק שיקדיש, ולא שיקנה דבר להקדש ורק הקדש וחילול שייך בהקדשות ולא קנינים:

אכן הקצוה"ח הביא ראי' מדברי הר"ן בנדרים דף ל"ב גבי היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה הקדש דאם נטלה לאוכלה מועלין בה, וכתב הר"ן דהי' מונח בד' אמותיו וזכה בד' אמותיו להקדש א"כ ע"כ דיש קנינים להקדש. אכן הר"א ממיץ מפרש שם דברי רבא דאמר ככר זה לכשאקחנו יהי' הקדש וכיון דאין שם אדם שיכול לזכות: משו"ה מועיל הקדשו. לפי זה אפשר דס"ל להר"א ממיץ. דאין קנין להקדש:

ואם נימא דאין יכולין לזכות להקדש, דבהקדש שייך רק הקדשות אבל לא זכותים וקנינים דלא שייך לומר שהשם זוכה קנין ממש, ובכל מקום דאיתא לשון קנין. הוא רק הכונה על הדין יתבארו דברי הירושלמי דאיתא בירושלמי (פ"ח דגיטין הלכה ג') ריש לקיש בשם אבא כהן ברדלא, אדם זוכה במציאה בתוך ארבע אמות מה טעמא הנה בעניי הכינותי לבית ד' זהב ככרים מאת אלף וכסף אלף אלפים ככרים ולנחושת ולברזל אין משקל כי לרוב הי' ועצים ואבנים הכינותי ועליהם תוסיף אמר ר' יונה אמר ר' הושעי' בעי מה אנן קימין אם בתוך ארבע אמות עשיר הוא ואם חוץ לארבע אמות יש אדם מקדיש דבר שאינו שלו קיימנא במקדיש ראשון ראשון, ופירש הקרבן עדה דסתר ר' יונה לדברי ריש לקיש דאמר דמקרא זה ראי' דאדם קונה בד' אמותיו דעל כרחך אם הוא בתוך ד' אמות עשיר הוא ואם חוץ לד' אמות הא אין אדם מקדש דבר שאינו שלו ועל כרחך במקדיש ראשון ראשון וא"כ אין ראי' מזה דאדם קונה בד' אמותיו ולפ"ז קשה מאד איך הי' סבור ריש לקיש בשם אבא כהן ברדלא להוכיח מזה דאדם קונה בד' אמותיו דילמא מיירי בקנין אחר. והפני משה שבש הגירסא וגרים אם בנתונין בתוך ידו עשיר הוא ואם בשאינן נתונין לתוך ידו יש אדם מקדיש דבר שאינו שלו ופירש דזהו גופי' הראי' דאם מיירי בקנין יד א"כ עשיר הוא ע"כ דמיירי בקנין ד' אמות וקרי עני לפי שאינן נתונין תוך ידו ממש. וזה תמוה ממ"נ אם קנין ד' אמות קונה, א"כ הוא עשיר, ואם נימא דכיון שאינן תוך ידו ממש עני הוא א"כ דילמא קנה בקנין אחר כגון בחצירו

ונימא דעני הוא כיון דלאו תוך ידו ממש הוא' ואם נימא דבחצירות. כיון דחצירו של אדם קונה א"כ עשיר הוא א"כ גם אם נתונין תוך ד' אמותיו כיון דד' אמות של אדם קונה א"כ עשיר הוא:

אכן לדברינו יתישבו דברי הירושלמי. דהנה דוד המלך חשש פן הוא עובר על מקרא דלא ירבה זהב, ומשום הכי אמר כל שאזכה, תיכף יהיה הקדש, ובזה כל שקנה נעשה תיכף לאחר קניתו הקדש וכמו שכתב הר"א ממיץ דכיון דבידו לזכות. לא הוי דבר שלא בא לעולם, והנה עני הוא שאין לו מאתים זוז ועשיר הוא שיש לו מאתים זוז, וכבר הוא כמה פעמים מאתים זוז וא"כ הי' קשה לריש לקיש בשם אבא כהן ברדלא איך אמר דוד ואני בעניי הכינותי, שאמר שנעשה הקדש אף קודם שקנה מאתים זוז משום שהקדיש כל שיבא לרשותי' אם נימא דד' אמות אין קונה לאדם, וא"כ כשהלך במלחמה במה קנה הככרים, ע"כ בהגבהה, וכיון דכל זמן שלא עקר את כל הככר עדיין לא קנה, ואימתי קנה בשעה שהגביה כל הככר ואז נעשה הקדש, הרי בעשרו הכין, שהרי ככר שוה כמה פעמים מאתים זוז, ע"כ דד' אמות של אדם קונה לו מציאה, וא"כ כשכבש דוד המלך מלחמה והלך ולקח את הזהב, הרי כשהי' הולך וככר הי' מונח הרי הככר נכנס מעט מעט לתוך ד' אמותיו:

שהרי כשאדם הולך. הרי הוא מתקרב להדבר. וכל שהוא מתקרב, ד' אמותיו מתקרבים לאט לאט, וכל שהולך ד' אמותיו הולכים לפניו. ונכנס הדבר מעט מעט בתוך ד"א שלו, וכשהוא עוקר רגליו בעת שהוא עוד רחוק ד' אמות מן הככר והוא מתחיל לילך את הד' אמות, אם הי' כל רגע מפסיק הליכתו הי' נשאר בתוך ד' אמותיו רק מקצת הככר, וכן כסדר עד שנכנס כל הככר בתוך ד' אמותיו. וא"כ שפיר אמר דוד המלך ע"ה ואני בעניי הכינותי:

שכיון שהוא אמר עוד קודם שנכנסו הככרים לתוך ד' אמותיו. שיהא הקדש שחשש לזכות הככרים ואח"כ להקדיש שמא הוא עובר על לא ירבה לו כסף וזהב:

ומפני חסידותו אמר שיהא הקדש כל שיזכה, וא"כ הרי תכף. כשנכנס קצת מן הככר לתוך ד' אמותיו ונעשה שלו. תכף נעשה הקדש נמצא דהכין בעניו היינו שלא זכה עוד מאתים זוז קודם שנעשה הקדש וזה גופא דמפרש ר' יונה:

דאיך יכול להיות שהכין דהמע"ה בעניו' אם הקדיש בשעה שכבר היו בתוך ד' אמותיו: הרי כבר עשיר הוא' שהרי ד' אמותיו זכו לו. ואם הקדיש קודם שזכה הא אין מועיל הקדשו. ע"כ שהקדיש, היינו שחל הקדשו ע"י שהקדיש ראשון ראשון היינו שאמר כל שיבא לרשותי יהי' הקדש:

ואם נפרש הירושלמי כן יהי' ראי' לדברי הר"א ממיץ דלדברי הר"ן שמפרש גבי הי' לפניו ככר של הפקר דהוא זוכה בד' אמותיו להקדש. א"כ הוא בעצמו לא זכה כלל רק עיקר זכיתו להקדש והוא בזכיתו להקדש כזוכה בעד הדיוט וא"כ תקשה מאי ראי' מקרא דואני בעניי הכינותי דאדם קונה בד' אמות. דילמא באמת זכה דוד המלך ע"ה את הככר בהגבהתו בעד הקדש. מדין זכי'. כמו שאם הי' זוכה בעד הדיוט ומשו"ה קאמר בעניי שהוא לא זכה בעדו מאומה. ובודאי אם עני יזכה בעד עשיר אלף זוז יקרא העני עני' אחרי שהוא לא זכה בעדו מאומה, והוא רק זוכה בעד העשיר וא"כ הכא נמי אם נימא דאדם יכול לזכות בעד הקדש כדין זכית הדיוט בעד הדיוט א"כ אין ראי' כלל דאדם זוכה בד' אמותיו. ע"כ כמו שביארנו. דגבי הקדש לא שייך כלל דיני זכיות. דהקדש לא מדין קנין דאין שייך לגבי הקדש קנינים כלל דלא שייך לומר שרחמנא יזכה דכולי עלמא דילי' וכל דיני הקדשות אינם אלא דינים שאמרה תורה' שיש כח ביד אדם להטיל קדושה על הדבר, והיינו דוקא בשעה שהדבר שלו. וכל זמן שאין שלו לא שייך שיעשה הקדש וא"כ ע"כ צריך הוא לזכות ואח"כ לעשות הקדש וא"כ שפיר מביא ראי'. דהא במלחמה אם זכה הככרים ע"י הגבהה הלא ככר הוא כמה פעמים מאתים זוז וא"כ הרי הכין בעשרו, ע"כ דזכה בד' אמותיו. וראשון ראשון שנכנס לד' אמותיו נעשה הקדש א"כ ראי' דאדם זוכה בד' אמותיו, אכן לדברי הר"ן דס"ל שיש קנינים להקדש יקשה. א"כ אמאי אין חצר להקדש, יזכה החצר בעד הקדש:

אכן ראיתי להמחנה אפרים (בהלכות מכירה קנין חצר סימן א') דס"ל דאף בעד הדיוט לא יוכל אדם לקנות ע"י חצירו אם נימא דחצר משום שליחות איתרבאי משום דמילי הוא. ומילי לא מימסרן לשליח. והקשה על הרא"ש דס"ל פ"ק דמציעא דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי, א"כ איך כתב דאם הי' ברשות המופקדין אצלו כיון שקבל עליו הנפקד זכה ע"י חצירו ללוקח. והא הנפקד הוא שלוחו של לוקח ואיך יכול לזכות ע"י חצירו' הא הוא מילי ומילי לא מימסרן לשליח. וכתב דזהו טעמא דהרמב"ם דס"ל דאף אם קבל עליו הנפקד לא מהני משום דאין שליח עושה שליח בדבר שהוא מילי:

והנה כפי הנראה סבר המחנה אפרים דמה דאמרינן בחצירו שהוא מטעם שליחות. הוא כפשוטה, דהחצר נעשה שליח על הזכי', והחצר הוא הזוכה בעד בעליו אכן לדידי נראה: דלא שייך כלל לומר שהחצר הוא הזוכה דאיך שייך שהקרקע תזכה בעד הבעלים אלא נראה לי דבודאי הבעלים בעצמם הם הזוכים רק איצטריך לשליחותי' דחצר לזה, דהרי לזכיית הבעלים הא בעינן שיהי' מונח בידו לזה אמרינן דחצר מדין שליחות, כמו

שאמרה התורה דאם מונח ביד השליח היכא שרוצה לזכות בעד המשלח אמרינן דזכה המשלח ה"נ במונח בחצירו זוכה הבעלים:

דמה שהוא מונח בחצר אמרה התורה שיהי' לזה דין מונח ביד השליח. דכמו שהוא מונח ביד שליח זוכה המשלח, ה"נ במונח בחצירו זוכה הבעלים. נמצא הא דאמרינן משום שליחות אין הכונה, שהחצר הוא שליח לזכות. שחצר איננו בר זכי' שנימא שהוא יזכה. אלא הכונה רק דמועיל:

אף שמונח בחצר. מדין שליחות, אבל לא כשליח שהוא הזוכה. שהוא בר זכי':

ועפ"י דברינו שכל קנין חצר הבעלים הם הזוכים יתבארו דברי הירושלמי בגיטין (פ"ד הלכה ה) דאיתא שם בחצי עבד וחצי בן חורין קידש אשה ביום של מרי' אין חוששין לקידושין ביום של עצמו חוששין לקידושין והיא תמיהה גדולה אם ביום של עצמו הוא בן חורין דמועיל קידושין. איך הוא נעשה למחר עבד הא אין בן חורין חוזר ומשתעבד. והקצוה"ח כתב דהירושלמי סבר כמאן דאמר בנדרים קדושת הגוף פקעה בכדי. אכן לדידי תמיהה לי:

דהא תינח בקדושת עולה שייך לומר פקעה בכדי, ונעשה חולין דכיון דאיננו עולה. ממילא הוא חולין וא"כ כיון שעשה את קדושת העולה רק לזמן א"כ בכלות הזמן דפקעה קדושת עולה, ממילא הוא חולין אבל הכא בח"ע וחב"ח, אם נימא דמועיל הברירה וביום שהוא של עצמו הוא בן חורין גמור. א"כ באותו יום הא פקע לגמרי העבדות שלו איך יוכל להיות למחר עבד, נהי דחירות פקעה בכדי אבל איך יחול עליו העבדות, דהרי בבן חורין אין קנינים. בשלמא בחולין לא צריך החולין לחול דממילא הוא חולין כשפקע ההקדש, אבל בעבדות אם פקע ביום של עצמו איך יחול עליו:

ונראה לי דהירושלמי קאי אלמעלה דאיתא התם בירושלמי מצא מציאה ביום של רבו לרבו. ביום של עצמו לעצמו ולית מחר בעי ועבדה לי' למארי'. קידש אשה ביום של מארי' אין חוששין לקדושין, ביום של עצמו חוששין לקידושין ולא כן אמר ר' חייה בשם ר' יוחנן מי שחציו עבד וחציו בן חורין קידש אשה אין חוששין לקדושין. דכותי' גירש אשה אין חוששין לגירושין. ונראה לי דביאור הירושלמי הוא כן דהנה הא דעובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד הא הוא מדין חלוקה, שכיון שיש להם עתה דבר של שותפות צריכים לעשות חלוקה בדבר שלהם וע"כ הם עושים חלוקה בימים. ובודאי דהחלוקה הוא רק על דבר המצוי אבל בדבר שאין מצוי, לא שייך לומר שיעשו חלוקה, היינו שעל זה גופא יעשו חלוקה דאם ימצא מציאה ביום של זה לזה וביום של זה לזה. דהרי מציאות לא אסיק אדעתי', וע"כ צריך להיות גם דין הזה של מציאה מדין החלוקה

שחלקו ביניהם שיעשה ביום זה בעד רבו וביום זה בעד עצמו. והנה אם בכל קניני חצר הי' הכונה שהחצר זוכה בעד הבעלים, א"כ גם המציאה מפעולות העבד. א"כ הוא בכלל החלוקה שחלקו ביניהם. שיעבוד ביום זה לרבו וביום זה לעצמו. אך באמת כבר ביארנו דכל קניני חצר. אין הכונה שהחצר הוא הזוכה בעד הבעלים. דחצר איננו גברא ואיננו בר זכי' שנימא שהוא יזכה בעד בעליו. רק בחצר הבעלים בעצמם הם הזוכים, והא דאמרינן משום שליחות איתרבאי הכונה מדין שליחות על מה שאינו מונח בידו ורבתה התורה מדין שליחות:

דמה שהוא מונח בחצר הבעלים זוכים. כמו שזוכה אף שמונח ביד שליח. אם רצה השליח לזכות בעדו וכיון דקנין חצר הבעלים עצמם זוכים:

א"כ אף בעבד הרי יוכלו הבעלים לזכות בקנין עבדיהם שנימא שהבעלים בעצמם זוכים המציאה שהגביה העבד אף דבעבד, בודאי שייך שהעבד יזכה. אבל כיון דבשאר חצר הבעלים בעצמם זוכים, גם בעבד הזכי' הוא שהבעלים זוכים דלא גרע מחצר. והנה הם לא עשו חלוקה, אלא על פעולת העבד. שהוא יעשה ביום זה לרבו. וביום זה יעשה חצי העבד בעד חצי הבן חורין. אבל הא אין בכלל זה שיעשה הרב בעצמו. שהוא יצטרך לזכות בעד הבן חורין וכיון דקנין מציאה הוא שהרב זוכה ע"י עבדו. א"כ איך אמרינן דמצא מציאה ביום של עצמו כולו לעצמו, הרי נצטרך לומר שהרב זוכה ע"י עבדו לחצי בן חורין, וזה אינו בכלל החלוקה, וזה הוא דפריך ולית מחר בעי ועבדה לי' למארי' פירוש הא החלוקה אינו על הגוף, שהרי מחר הוא צריך לעבוד לרבו, א"כ גם היום הוא חצי של רבו, ואיך יזכה חצי של רבו לעצמו קידש אשה ביום של מרי' אין חוששין לקדושין ביום של עצמו חוששין לקדושין, פירוש לדבריך ע"כ צ"ל דמשום הכי מצא מציאה ביום של עצמו לעצמו, משום דהחלוקה הוא על הגוף ואמרינן ברירה דביום זה הוא עבד גמור וביום זה הוא בן חורין גמור דאז יהי' ניחא מה דמצא מציאה ביום של רבו לרבו. וביום של עצמו לעצמו משום דביום של עצמו הוא בן חורין גמור ע"ז פריך א"כ תימא נמי אם קידש אשה ביום של עצמו חוששין לקדושין, משום דביום זה הוא בן חורין גמור, וזה בודאי דלא, דלא כן אמר ר' חייה בשם ר' יוחנן מי שחציו עבד וחצי בן חורין קידש אשה אין חוששין לקדושין ומדקאמר סתמא ע"כ דאף ביום של עצמו אין חוששין לקדושין וכן גירש אין חוששין לגירושין, דאין עבד נעשה שליח לגרש שאינו בר גיטין וקדושין, הרי דאף ביום של עצמו גופו עדיין חצי עבד וחצי בן חורין, דאין החלוקה על הגוף. דגבי עבד לא שייך זה, וע"כ דהחלוקה רק על הפעולה, וא"כ הדרא קושיא לדוכתה, כיון דמר בעי ועבדה לי' למרי', א"כ הרי גם היום הוא עדיין חצר הרב

א"כ איך יזכה חצר הרב, בעד חצי הבן חורין ועל זה הא לא עשה חלוקה ובכלל כל הפעולות אינו, דהרי הרב הוא הזוכה כנ"ל ביאור דברי הירושלמי:

ולפ"ז מיושב דברי הרא"ש דס"ל ברשות הנפקד כיון שקבל עליו הלה קנה, ולא קשה מה שהקשה המחנה אפרים, הא אין שליח עושה שליח לזכות דהוי מילי ומילי לא מימסרן לשליח. אכן לדברינו לא דמי כלל דבשלמא אם היינו אומרים שהחצר הוא הזוכה, שייך שפיר להקשות, איך נעשה החצר שליח לזכות בעד פלוני אבל באמת אין החצר זוכה כלל, רק הוא הבעלים זוכה ע"י חצירו, רק במה זכה הוא בעד פלוני, בזה שמונח בחצירו דרבתה התורה דמה שהוא מונח בחצירו יש לו דין כאלו מונח בידו והוא מדין שליחות, א"כ לא שייך כלל בזה לדין מילי לא מימסרן לשליח, דהרי הוא שליח על הזכי' והזכי' הוא בעצמו עושה:

ולפ"ז לא קשה להר"ן, כיון דס"ל זוכים להקדש, א"כ יזכה החצר של הקדש בעד הקדש אכן כפי דברינו, חצר לאו גברא הוא, שהוא יעשה זכיות, ורק דאדם זוכה ע"י חצירו וא"כ נצטרך לומר שההקדש זוכה ע"י חצירו וא"כ כמו דאין יד להקדש, שאין הקדש בעצמו זוכה א"כ לא יוכל לזכות ע"י חצירו:

ולפ"ז לא קשה נמי מה שהקשה הראב"ד על הרמב"ם נהי דאין שליחות לקטן. חצירו יזכה לו מדין זכי'. אכן אם הי' הפירוש דזכי היינו שהחצר הוא הזוכה הי' קשה. אבל באמת הוא בעצמו צריך להיות הזוכה והא דאמרינן חצר משום יד איתרבאי ולא גרע משליחות. גבי מתנה דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו אין הכונה דבמתנה החצר זוכה:

אלא דבמתנה, כיון דזכות הוא לו יכול להיות האי דינא. שמה שהוא מונח בחצירו כמונח בידו:

מדין שליחות, אף שלא בפניו שהרי זכות הוא לו. אבל על עצם הזכי' על זה לא שייך לומר שהחצר יזכה. וא"כ צריך הוא בעצמו לזכות ע"י חצירו מדין שליחות וכיון דקטן אין לו האי דינא לזכות ע"י שליח. משו"ה לא יוכל לזכות ע"י חצירו:

והא דאיבעיא בירושלמי, אם שליח קבלה יוכל לזכות הגט ע"י חצירו:

דלדברינו, דבחצר האדם זוכה ע"י חצירו, יקשה, א"כ אמאי לא יוכל לקבל ע"י חצירו. אכן הא מבואר אצלינו לדברי הרמב"ם:

שליח קבלה בגט אין השליח זוכה, רק נעשה ידו כידה א"כ מיבעי לי' להירושלמי דאפשר דתוכל רק לעשות ידו של שלוחה כמותה. אבל לא חצירו. של שלוחה כידה. אכן לדברי הראב"ד דלא ס"ל להאי חידושא, ולדידי' שליח קבלה ככל השלוחים:

וא"כ ראי' מירושלמי דהחצר הוא הזוכה. משו"ה מיבעי לי' אם יכול למסור שליחותו להחצר. משו"ה הראב"ד לטעמי' ס"ל דבמתנה זוכה החצר בעד הקטן:

סימן יג

יבאר דלמסקנת הגמ'. הא דאין שליח לדבר עבירה הכונה' דעל עבירה לא שייך שליחות כלל, שיהי' זה החוטא וזה המתחייב' אלא דיש עוד דין דהיכא שיש קנינים' בטלו הקנינים משום דהוי לדבר עבירה' ובזה יש חילוקים.

(דף י) **ומי** איכא למ"ד חצר משום שליחות איתרבאי והתניא ידו אין לי אלא ידו. גגו חצירו וקרפיפו מנין ת"ל אם המצא תמצא מ"מ ואס"ד חצר משום שליחות איתרבאי א"כ מצינו שליח לדבר עבירה. אמר רבינא היכא אמרינן דאין שליח לדבר עבירה, היכא דשליח בר חיובא כו' רב סמא אמר היכא אמרינן אין שליח לדבר עבירה היכא דאי בעו עביד ואי בעו לא עביד. אבל חצר דבע"כ מותיב בה מיחייב שולחו מאי בינייהו איכא בינייהו כהן דאמר לי' לישראל צא וקדש לי אשה גרושה, אי נמי איש דאמר לאשה אקפי לי קטן:

והנה רבינו הרמ"א כתב (בחו"מ סימן קפ"ב) ז"ל בכל דבר שלוחו של אדם כמותו, חוץ מלדבר עבירה, דקי"ל אין שליח לדבר עבירה. ודוקא שהשליח בר חיובא. אבל אם אינו בר חיובא, הוי שליח אפילו לדבר עבירה. וכבר הקשה הש"ך על הרמ"א מדוע פסק הרמ"א כרבינא אחרי שהרבה פוסקים פסקו כרב סמא דאף היכא דהשליח לאו בר חיובא, כיון דאי בעי עביד. אי בעי לא עביד לא הוי שליח לדבר עבירה:

וגרסת הרא"ש תרגמא רב סמא קמי' דרבינא היענו דרבינא גופי' קבלה מרב סמא ולא משכחת שליח לדבר עבירה אלא בחצר דבע"כ מותיב בה, וא"כ אמאי פסק הרמ"א כרבינא. עוד הקשה מדברי האלפסי שכתב בפ"ב דקדושין ולדבר עבירה, אין אומרין שלוחו של אדם כמותו, דקי"ל אין שליח לדבר עבירה, ולא הביא רב אלפס חילוק בין אם הוא בר חיובא או לא ע"כ דס"ל כרב סמא ולא אשכחן אלא בחצר ולא הוצרך להביא חצר דנ"מ לענין כפל ואינו נוהג בזה"ז עכ"ד הש"ך. והקשה הנתיבות הא נ"מ לענין אונסין דנוהג בזה"ז וא"כ הדרא קושיא. אמאי לא הביא הרב אלפסי חילוק אי כרבינא אי כרב סמא:

ונראה לי דהנה הפנ"י הקשה על דברי רש"י (לקמן דף ע"א) דס"ל אף דאין שליחות לנכרי. היינו לקולא, אבל לחומרא יש שליחות לעכו"ם א"כ מאי מיבעיא (לקמן בדף צ') בחסימה וסירוס אי שייך אמירה לעכו"ם כמו גבי שבת, תיפוק לי' משום שליחות,

ואי משום אין שליח לדבר עבירה, הא פסק הרמ"א כהאי מ"ד. דהיכא דהשליח לאו בר חיובא, יש שליחות אף לדבר עבירה ומשבת קשה למה איצטריכו לחדש דאמירה לעכו"ם שבות, תיפוק לי' מטעם שליחות:

והנה על הקושיא למה איצטריכו לחדש בשבת מטעם אמירה לעכו"ם תיפוק לי' מטעם שליחות, יש שתירצו. דלא הקפידה תורה בשבת אלא שגופו ינוח וכיון דגופו נח אף שעשה העכו"ם מלאכה מותר אף אם יש שליחות לעכו"ם לחומרא:

אכן לי נראה דגם בשבת הקפידה התורה. שלא יעשה ישראל מלאכה. אף שגופו נח. חדא דהרי בב"ק דף ס' אמרינן. דזורה ורוח מסיעתו בנזקין פטור:

משום דהוי גרמא בעלמא דעיקר המעשה עושה הרוח דהמלאכה הוא מה שנברר המוץ וזה עושה הרוח. ורק בשבת חייב מטעם דמלאכת מחשבת אסרה תורה הרי. אף דגופו נח. שלא עשה מלאכה ורק מעשה בעלמא. ואעפי"כ מחויב. ודוחק לומר דאם עושה מעשה שיש בה מלאכת מחשבת ג"כ מקרי לא נח:

ועוד נראה לי ראי' דהנה איתא במכלתא הובאה באלפס פרק כל כתבי ובתוס' דמשו"ה מותר להעמיד בהמה על גבי עשבים בשבת שנאמר למען ינוח. ובודאי דפירוש המכלתא, דאיסור שאסרה התורה מלאכה לבהמה בשבת. הוא משום ניחא דגופא דצותה התורה לישראל, שגם בהמתו תנוח בשבת:

ומשו"ה אסור לעשות מלאכה בבהמתו, כדי שתנוח וכיון דמה שאוכלת עשבים. אף שעושה מלאכה בשבת, מלאכת תולש כיון דאין זה אצלה חסרון מנוחה, דאדרבה זהו מנוחתה. משו"ה מותר וכיון דחזינן. דבאדם, אף בכה"ג שיש לו הנאה. הנאת הגוף ג"כ, כמו בהשתין ורק, ובבעל בתחלה בשבת אף דאין זה חסרון מנוחה, אעפי"כ חייב חטאת. הרי דבאדם אין טעם איסור מלאכה, משום חסרון מנוחה. והא דבאדם אם יתלוש בפיו ויאכל, יהי' פטור, אין הטעם משום שאין זה חסרון מנוחה, אלא משום דאין דרך תלישה בכך. שיתלוש מן האלן בפיו. אבל אילו הי' הדרך בזה לאכול בפיו מן האילן. הי' חייב אף באכל מן האילן בפיו, הרי דבאדם חיוב של עשיית מלאכה הוא גם באין חסרון מנוחה, א"כ אם עשה שליח לעכו"ם לעשות בשבת. אם נימא דלחומרא יש שליחות. למה לן חידוש דאמירה לעכו"ם שבות תיפוק לי' מטעם שליחות, כיון דעכו"ם לאו בר חיובא דבכה"ג פסק הרמ"א דהיכא דשליח לאו בר חיובא. יש שליחות אף לדבר עבירה:

ונראה לי דהא דקי"ל שלוחו של אדם כמותו אין הכונה שאמרה התורה. שאם שלח שלוחו לעשות מעשה, אז אמרינן דהמשלח הוא העושה המעשה. דהמעשה בעצמה בודאי נחשב שעושה השליח. רק דפעילת הדברים, מועיל בעד המשלח כאלו הוא הי'

העושה נמצא דשליחות לא הוי' אלא רק בעושה שליח לעשות מעשה שיש בה חלות ופעולות, כמו לגרש ולקדש אבל על דבר שאין בהדבר חלות ופעולות, רק המעשה בעצמה. ע"ז לא שייך שליחות. למשל אם אחד ימכור בית לחבירו, ע"מ שהלוקח ילך למקום פלוני ביום פלוני:

ע"ז לא שייך לומר שיעשה שליח לילך למקום פלוני (מלבד טעמא דקפידא) שהרי השליח הלך ולא הוא. והכא הוי מעשה בעצמה בלי חלות ופעולות:

והנה בקדושין (דף מ"ב) פריך מהשולח הבעירה ביד פקח הפיקח חייב, ואמאי נימא שלוחו של אדם כמותו ותירץ שאני התם דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ופריך ממעילה ושני משום דהוי מעינה וטביחה ומכירה שני כתובין הבאין כאחד ואין מלמדין ויש להסתפק, עתה דטעמא דאין שליח לדבר עבירה הוא ילפותא משני כתובים הבאים כאחד. אי עתה ג"כ טעמא משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין היינו דגלי לן שני הכתובים, דבשארי עבירות חוץ ממעילה וטביחה. שם אמרינן דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין:

או אפשר דעתה שני כתובין הבאין כאחד מלמדין. דבשארי עבירות. אין על עבירה שליחות:

ונראה להוכיח דעתה טעמא דאין שליח לדבר עבירה אינו מפני דברי הרב ודברי התלמיד דהנה בגמ' מקשה אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו גנבו לי' דלאו בני חיובא נינהו ה"נ דמחייב שולחן. ואם נימא דטעמא דאין שליח לדבר עבירה. הוא מטעם דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. א"כ אף אם נימא דאשה ועבד לאו בני חיובא נינהו. היינו דהמה אם גנבו פטורים אבל אטו אינם בלאו דלא תגנוב, ואף דאינם בני חיובא. אבל בני איסורא דלא תגנוב נינהו, וא"כ דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין (שוב מצאתי שהגרעק"א הקשה קושיא זו):

ועוד ראי' מדברי התוס' ד"ה דאמר שכתבו דישראל אע"ג דעובר משום לפני עור לא מקרי בר חיובא, ואם נימא:

דהטעם משום שלא הי' להשליח לשמוע לו א"כ גם אם עובר משום לפני עור:

ג"כ נימא הי' לך לשמוע דברי הרב' ולא לעבור על איסור לפני עור:

עכצ"ל דעתה מה שאין שליח לדבר עבירה, אין הטעם משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין (שוב מצאתי שהריטב"א בקדושין כתב ג"כ דאין הטעם משום דברי הרב ודברי התלמיד) אלא הטעם דגזיה"כ מטעם שני כתובין דאין שליח לדבר עבירה. והנה רבינא הי' סבור לומר דעבירה ג"כ נכנסת לגדר השליחות. דאף שהמעשה עושה

השליח אבל העונש והחיוב הוא פעולת הדברים, ויכול להיות על המשלח. אלא דגלתה התורה, דכל זמן שיש לחייב את השליח אין לחייב את המשלח. אבל כל זמן שאין על השליח חיוב. שהוא איננו בר חיובא, אז מחויב המשלח ומשו"ה בחצר. דאין השליח בר חיובא. חייב המשלח' ומשו"ה פריך אלא מעתה האומר לאשה ועבד צאו וגנבו לי' דלפי הס"ד הי' סבור דאינם בני חיובא יתחייב המשלח כיון דאמרינן דשני כתובים מלמדין. דהיכא שיכולין לחייב את השליח. אז לא חל פעולת הדברים:

הוא החיוב. על המשלח אבל היכא דאי אפשר לחייב את השליח. יתחייב המשלח ומש"ה הוצרך לשנות דעבד ואשה בני חיובא נינהו. אלא שאין להם במה לשלם:

אכן רב סמא תרגמא קמי' דרבינא. דשני כתובים הבאים כאחד אין מלמדין. היינו דמלמדין דבכל התורה, עבירה אין נכנסת כלל תחת גדר וסוג השליחות שיהי' זה עושה מעשה החטא, ופעולת הדברים, העונש החיוב והאיסור, יהי' על המשלח. דעבירה אין נכנסת תחת סוג זה, רק איש במעשה חטאו יענש, משו"ה אף היכא שהשליח אינו בר חיובא, ג"כ לא אמרינן. שיהי' זה עושה המעשה והחטא וזה יתחייב, וכיון דחיוב כפל אינו אלא דוקא במעשה העבירה. דמלבד קנין הגניבה, איסור העבירה מחייב הכפל ובעי דוקא שיעשה מעשה הגניבה. משו"ה היכא דאי בעי לא עביד. אף מי שאינו בר חיובא. לא חל על המשלח האיסור דכללא הוא. אין שליח לדבר עבירה דעל עבירה לא שייך שליחות, שיהי' זה עושה מעשה העבירה וזה מתחייב. משו"ה תרגמא רב סמא. דתניא באי בעי לא עביד היינו בחצר דבע"כ מותיב בה אין הכונה שהחצר הוא קונה בעדו. אלא הוא קונה ע"י חצירו. ורק מדין שליחות הוא' דמה שהוא קונה ע"י חצירו:

הוא מדין שקונה ע"י שליח, אבל המעשה הוא בעצמו עושה, א"כ דוקא בחצר שהוא בעצמו עושה ע"י חצירו:

מחויב כפל אבל במי דאי בעי לא עביד. דאז השליח בעצמו עושה, המשלח אין מחויב בכל גווני:

אלא דכל זה הוא בעברה בלבדה, ע"ז תרגם רב סמא קמי' דרבינא, והודה לו רבינא דעל עבירה לא שייך שליחות, דהא אמרינן:

דאין שליח לדבר עבירה, אין הכונה שמפני העבירה בטל השליחות, אלא הכונה דעל עבירה אין שליחות, אבל היכא שהענין קנינים. אלא שיש בהקנינים עבירה נהי שהמשלח לא יוכל להתחייב מלקות, כיון שהוא לא עבד העבירה אבל עכ"פ הקנין יחול, וצריך לומר. דיש עוד דין דמפני העבירה בטל הקנין. ושם הטעם, משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. משו"ה אם יש בדבר עבירה, בטל השליחות וכיון דהוי

משום דברי הרב ודברי התלמיד א"כ בכה"ג אף רב סמא יודה, דהיכא דהשליח לאו בר חיובא ולא שייך גבי' דברי מי שומעין בכה"ג חל השליחות, דהוא תרגם קמי' דרבינא דאף היכא דאיננו בר חיובא, כיון דאי בעי עביד. לא חל השליחות:

דוקא בעבירה, דשם מלמדין שני הכתובים, דעל עבירה, לא שייך שליחות, אבל על הקנינים:

דשם הטעם משום דברי הרב ודברי התלמיד גם רב סמא יודה דהיכא דשליח לאו בר חיובא. לא בטל הקנין:

לפי זה לא קשה קושיות הש"ך אמאי פסק הרמ"א כרבינא ולא קשה קושית הפנ"י. אם נימא לחומרא יש שליחות לעכו"ם. א"כ בשבת. בחסימה ובסירוס יהי' אסור לומר לעכו"ם שהוא אינו בר חיוב. ויש לו שליחות לחומרא אכן לדברינו לא קשה כלל דרבנו הרמ"א לא קאי לענין כפל ועונשין, דאינם בזה"ז. וקאי רק לענין קנינים, דהיכא שהוא דבר עבירה בטל הקנינים. ושם הטעם. משום דברי הרב ודברי התלמיד, ושם גם רב סמא מודה דהיכא דלאו בר חיובא לא בטל השליחות. ולפ"ז באמירה לעכו"ם, לעשות מלאכה בשבת או לחסום ולסרס. דשם עבירה בעצמה, התם הא תרגם רב סמא והודה לי' רבינא. דדוקא באי בעי עביד תליא היינו דדוקא בחצר דבע"כ מותיב בה, שם המשלח מחויב, משום דהוא עושה. ע"י החצר אבל בעכו"ם, כיון דאי בעי לא עביד לא שייך כלל שזה העכו"ם יעשה המעשה והישראל יעבור, אף אם הי' שליחות לעכו"ם. ולא קשה נמי קושית הש"ך על הרמ"א מהאלפסי דלא הביא החילוקים. ולדברינו אדרבה דינו דהרמ"א לקוח מהאלפסי, דהאלפס כתב דמשו"ה לדבר עבירה אין שליחות. מטעם דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. ולא הביא כלל החלוקים. אלא ע"כ דרב אלפסי ס"ל דכיון דאמר דהטעם, משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין:

הרי בפירוש שנה לנו. דהיכא דלא שייך. כגון דהיכא דלאו בר חיובא, בכה"ג לא בטל השליחות, משום דרב אלפסי ג"כ לא קאי לענין כפל ועונשין דאינם נוהגין בזה"ז והאלפסי קאי רק לענין קנינים ובקנינים הטעם דנתבטל הוא רק משום דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין בכה"ג יודה רב סמא לרבינא. ושם בגמ' דתרגם רב סמא קמי' דרבינא והודה רבינא. מיירי בעבירה עצמה דהתם ילפינן משני כתובים דאין על עבירה שליחות וחיובים. לחייב המשלח אבל בקנינים ביאר האלפסי, דהטעם משום דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ממילא ידעינן. דכל היכא דלא שייך זה, יש שליחות:

אכן כל זה שביארנו הוא דעת האלפסי והרמ"א, אכן שיטת התוס' אף שבארנו בספרנו על ב"ק (סימן ל') דגם דעת התוס' כן:

דעל עבירה בעצמה אין שליחות ורק היכא דשייך קנינים:
ורק מפני העבירה בטל השליחות בזה ביארו בתוס' דבשוגג יש שליח. ובזה יישבנו קושית הנו"ב מה דאמר בגמ' מודה שמאי באומר בעול את הערוה ואכול את החלב דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן ולא קאמר אליבא דידן בשוגג. ועוד קושיות יישבנו. אכן תוס' בב"ק ס"ל דהאי לישנא דאמר הטעם משום דשליח לאו בר חיובא. והאי לישנא דאי בעי עביד פליגי, גם היכא שיש קנינים. אלא דבתוס' פירשו דלמאן דס"ל דתליא באי שליח בר חיובא הטעם דאין שליח לדבר עבירה, היכא שיש קנינים דהפירוש דנתבטל השליחות. משום דברי הרב ודברי התלמיד ולדידי' הטעם, דבשוגג יש שליחות דכיון דלא ידע לאו בר חיובא מקרי' היינו דלא שייך דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין. היכא דלא ידע, ולהאי לישנא דאי בעי עביד כתבו בתוס', דכיון דלא ידע, בודאי יעבוד. והיינו דלא כרב אלפס דס"ל דהיכא שיש קנינים, כו"ע מודו:
דהטעם משום דברי הרב ודברי התלמיד:
וצריך לומר לשיטת התוס' דהיכא שיש קנין אף שבעינן גם לענין שיתחייב, את האיסור, אעפי"כ כיון דהאיסור הוא הקנין:
מחויב הוא. היכא שיש טעם לחייב. כמו בשוגג דמשו"ה הקשו שם בתוס' דמאי פריך מטובח ע"י אחר. לוקי בשוגג. והא התם מחייב בטביחה:
דוקא בצירוף האיסור דטביחה, וע"כ דתוס' סבירא להו, דלמ"ד מפני שנשתרש בחטא היינו מפני שקנה את הגניבה. א"כ כיון שקונה הגנב הגניבה ע"י טביחת השליח. א"כ כיון דבשוגג לא יתבטל השליחות. יתחייב המשלח אכן היכא דלא שייך קנינים ורק עבירה בעצמה שם דוקא. למ"ד דתליא בשליח בר חיובא שם יש לומר בשוגג יש שליח. דהרי להאי מ"ד. ס"ל דגם על עבירה יש שליחות, אבל למ"ד אי בעי עביד, על עבירה בעצמה אין שליחות כלל ומשו"ה התוס' בקדושין דף מ"ב ד"ה אמאי כשהקשו מאי פריך ממעילה, הא התם בשוגג מיירי, הקשו רק כיון דלא ידע, הא לא שייך לומר דברי מי שומעין, ואילו בב"ק שם פירשו בתוס', דלמ"ד דתליא באי שליח בר חיובא, הטעם משום דברי הרב אבל למ"ד, דתליא באי בעי עביד, משמע דאין הטעם משום דברי הרב, אלא דהתם, דקאי לענין מעילה, דהתם לגבי המשלח, אין כאן קנינים, למ"ד דתליא באי בעי עביד, לדידי' על עבירה אין שליחות כלל, רק היכא. דאין השליח, העושה רק הוא עושה, וא"כ במעילה, אף בשוגג, לא הי' לחייב את המשלח, וע"כ דהוא חידוש במעילה, דמחייבינן את המשלח על עבירות השליח, אבל למ"ד דתליא באי השליח בר חיובא, דלדידי' על עבירה בעצמה, יש שליחות, ורק באי השליח בר חיובא, אין שליחות, מטעם

דברי הרב ודברי התלמיד, אבל היכא דאינו בר חיובא, יש שליחות, א"כ פריך בתוס' מאי קושיא ממעילה הא התם השליח כיון דלא ידע, אינו בר חיובא:

ולכאורה לפי דברי התוס', דלמ"ד דתליא באי השליח בר חיובא, הטעם משום דדברי הרב ודברי התלמיד, א"כ תקשה מאי פריך אלא מעתה באומר צאו וגנבו לאשה ועבד יתחייב שולחן, משום דלאו בני חיובא נינהו, הא עכ"פ בני איסורא נינהו בלא דלא תגנוב, י"ל דתוס' מפרשי, דגם המ"ד, דתליא אי שליח בר חיובא ג"כ סובר, דעתה הא דבכל התורה אין שליח, ילפינן משני כתובים הבאין כאחד, דמלמדין דבכל התורה, משו"ה אין שליח לדבר עבירה משום דמחייבינן את השליח, משום דלא הי' לו לשמוע לדברי התלמיד, משו"ה חייבתו התורה, וכיון דחייבתו התורה, ממילא לא רמי התורה חיוב על המשלח, אבל היכא דהשליח לא ידע ואי אפשר לחייב אותו, אז לא חידשה התורה, דלא יתחייב המשלח והוי כמו בכל התורה, דיש שליחות דסבירא לי', דגם על עבירה בעצמה יש שליחות ומכ"ש היכא שיש קנינים דקונה המשלח, אכן רב סמא ס"ל, דגילתה התורה שני חידושים:

דעל עבירה בעצמה, דוקא במעילה יש שליחות, ובכל התורה, אין על עבירה שליחות, משו"ה, אף דהשליח אינו בר חיובא, לא יתחייב המשלח אם לא היכא דעביד, בע"כ כמו בחצר, דאז הוא בעצמו עושה האיסור, ע"י חצירו אכן היכא שיש קנינים, היכא דאי בעי עביד, אי בעי לא עביד, לא חלו הקנינים, אבל היכא דאין סברא דאי בעי לא עביד, כמו בשוגג, דחל הקנין, א"כ הקנין הא עושה המשלח, בכה"ג חייב, דתוס' ס"ל, דהקנין הוא מעשה העבירה, וכיון שהוא שוגג, הרי הוא המשלח, עושה הקנין ע"י השליח דכיון דלא ידע לא בטל הקנין, ואז הוי השליח כמו בקטן. העושה על דעת הגדול, אבל היכא דהשליח ידעד אז אדעתא דנפשי' קעביד. אף דאינו בר חיובא, בטל השליחות והקנין בטל:

סימן יד

יחקור בדיני אומן קונה בשבח כלי. ויבאר דקטן יש לו קנין בגוף הדבר שתיקן, ויבאר דכל היכא דהוה שינוי, כל הדבר, הוא שבח, ואם אומן קונה בשבח, הוא קונה גוף הדבר, ויבאר, דהיכא דאחד נותן לתקן בעד אחר, האחר קונה היכא שיש שינוי ויבאר דבשחרור לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו, דעדיו בחתומיו זכין, הוא מדין ששינה בעד המלוה, והוא רק מדין קנין.

(דף יב) **מצא** שטרי חוב אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר כו' לעולם כשחייב מודה והכא היינו טעמא דחיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין, אי הכי כל שטרי דאתו לקמן ניחוש להוה כי כל שטרי לא ריעי, הני ריעי אלא הא דתנן כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו לכתחלה היכי כתבינן ניחוש שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ואתו למיטרף לקוחות שלא כדין אמר רב אסי בשטרי הקנאה דהא שעביד נפשי' כו' אביי אמר עדיו בחתומיו זכין לו ואפילו שטרי דלאו הקנאה כו' עכ"ל הגמרא:

והנה בחו"מ (סימן נ"ט סעיף י"ג) כתב המחבר ז"ל כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו כו' בד"א בשטר שיש בו קנין:

שהרי משעה שקנו מידו נשתעבדו נכסיו, וכתב הרמ"א בהג"ה ז"ל או שכתב שטר בהדיא שהנכסים יהיו משועבדים לו מעכשיו והקשה ע"ז הש"ך ז"ל דין זה צ"ע כו' דכיון דלרב אסי לא אמרינן עדיו בחתומיו זכין מה בכך ששעבד לו נכסיו מעכשיו סוף סוף שטרא לא מטא לידי' עד לבסוף, וגם לא מסתבר דמעכשיו יהא עדיף ממסר לו המעות לפנינו שאינו מועיל אע"ג דמיד שמסר לו המעות נשתעבדו לו נכסיו למאי דאמרינן שעבודא דאורייתא, אלא ודאי אינו כלום עד דמטא השטר לידו עכ"ל הש"ך:

בסימן ס"ה בסעיף ז' לגבי מצא שטרות כתב המחבר והוא מדברי הרמב"ם דאם נמצא השטר ביום שנכתב ליכא למיחש לקנוניא (דהא אי בעי הוי כתב שטר אחר) וכתוב בו הנפק וחייב מודה יחזיר. וכבר תמהו למה איצטריך דכתוב בו הנפק, כיון שחייב מודה ונכתב בו ביום הא ליכא למיחש לקנוניא ולפרעון. וכתב ע"ז הקצות דחיישינן דלמא בטלו הלוה להשטר דקיי"ל אם בטלו מבוטל. אך הקצות הקשה על דברי עצמו איך אמרינן בגמ' דלמאן דס"ל עדיו בחתומיו זכין לו. יחזיר השטר. אם מצא. הא כיון שזרקו לאשפה ניחוש שמא בטלו:

כמו הכא דאמרינן כיון שנפל שמא בטלו ותירץ הקצות דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לו' א"כ כי מטא לידי' לבסוף נעשה כאלו מטא לידי' למפרע, וכיון דמטא לידי' אין אחר מסירה כלום. אבל למ"ד דלא אמרינן עדיו בחתומיו זכין לו אינו אלא כתיבה וקודם נתינה יכול לבטל, וכתב ע"ז הנתיבות ז"ל ובספר קצוה"ח כתב דלאביי דס"ל עדיו בחתומיו זכין לי' הוי כאלו מטא לידי' למפרע ולא מהני שוב בטול השליחות. לא אמר כלום עכ"ל הנתיבות. ולכאורה הדין עם הנתיבות. נהי דהיכא דמטא השטר לידי' הוי כאלו מטי לידי' למפרע, היינו היכא דמטא "שטרא" לידי' אבל חספא בעלמא לא. א"כ הכא אם בטלו קודם שמסר לידו, הרי בטל השטר קודם שהגיע לידו:

וא"כ לא הוי מטי לידי' כלל שהרי קודם שהגיע לידו ביטלו ושוב הגיע לידו חספא. לא שטרא, וא"כ לא נעשה נתינה לידו כלל:

ונראה לי לתרץ דהנה לכאורה צריך ביאור הא דאמרינן עדיו בחתומיו זכין לו. התינח אם העדים לקחו השטר בידם, אמרינן דזכו בזה שנטלו בידם לצורך המלוה, אבל הא כמה פעמים:

שחותמים העדים ואינם לוקחים השטר בידם ובמה זכו אז, הלא אין להם במה לזכות בעד המלוה, וא"כ למאן דס"ל כותבין שטר ללוה אף בלא מלוה אף בלא שטר הקנאה, דס"ל דעדיו בחתומיו זכין לו הי' להם לבאר דהיינו דוקא אם לקחו השטר בידם. אבל אם לא לקחו השטר בידם אין כותבין כי אין להם במה לזכות:

לכן נראה לי דהנה באבן העזר (סימן ק"כ סעיף ב') איתא אם גזל נייר וכתב בו גט ונתנו לה כשר אפילו קודם יאוש משום דהוי שינוי. ועיין שם בפתחי תשובה בשם ג"פ דמסתפק הא דאמרינן דאם כתב הסופר גט וגזלו ממנו ולא פרע לו וגירש בו לא הוי מגורשת, אי היינו דוקא כשכתב הסופר בקלף ודיו שלו אז אמרינן דאם גזל מהסופר וגירש בו לא הויא מגורשת, אבל אם הבעל נתן קלף ודיו לסופר ושכר לסופר שיכתוב לו הגט בסלע ולקח הגט בחזקה מיד הסופר וגזלו ממנו ולא רצה לפרוע לו מה שקצץ עמו בשכר הכתיבה צ"ע לדינא. ויראה דדין זה תלוי בפלוגתא דרבוותא אי אומן קונה בשבח כלי ולענין הלכה הוי ספיקא דדינא. ובני החכם רצה לומר דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי' היינו דוקא בשנותן האומן שום דבר אבל בכה"ג דהנייר והדיו של הבעל, מה שלוקח הסופר הוא שכירות ידו, ואין לו שום קנין בשבח הגט, וכדאמרינן גבי הנותן צמר לצבע דצבע אגר ידי' הוא דשקיל, והוא השיב לו דלא הוא דודאי הא דאמרינן דאומן קונה בשבח כלי הוא אפילו לא נתן מאומה, כדמוכח מההיא דעשה לי שיריים ונזמים ומנתן עצים לעשות שידה תיבה ומגדל כו' אלא מיהא בעינן שיעשה מעשה גדול וחשוב, אבל גבי הנותן צמר לצבע, דאינו מעשה גדול בעינן שנתן הסמנין משלו, וא"כ בנ"ד גבי מעשה הגט, דכתיבת הגט בודאי הוא מעשה גדול וחשוב, א"כ למ"ד אומן קונה יש לסופר זכי' בגט ולא קרינן ונתן ולא הויא מגורשת עכ"ד הג"פ:

אכן התורת גיטין כתב על זה (הובא ג"כ בפתחי תשובה) דאישתמיטתי' להג"פ דברי הרשב"א בשם הראב"ד שהקשה ג"כ דמאי שנא גבי צמר לצבע אמרינן דאם הצמר והסמנין דבעה"ב, דצבע אגר ידי' הוא דשקיל, ואמאי בנותן לו עצים לעשות תיבה אמרינן דאומן קונה ולא ניחא לי' לחלק כמ"ש הגט פשוט, דבעינן שיעשה מעשה גדול, רק כתב לתרץ דלגבי הצמר סמנין הוא דעבדי' השבח ואומן לא קני בה ולא מידי, אבל בעצים,

כיון דלא צריכי לסמנין, רק לאומנתו של אומן, אומנתו זה הסמנין ע"כ. וא"כ ה"נ בגט כיון דצריך לסמנין, היינו הדיו, שפיר אמרינן דהדיו עביד להשבח, והסופר אגר ידי' הוא דשקיל, כמו בסמנין דצבע. ובזה תירץ בנתיבות המשפט סימן ש"ו קושית הפני יהושע שהקשה איך כשר חרש שוטה וקטן לכתוב את הגט, הא חרש שוטה וקטן לא ידעי לאקנויי, וא"כ למ"ד אומן קונה בשבח כלי איך יכול חרש שוטה וקטן לכתוב גט, הא הם קנו את הגט, ונא ידעי לאקנויי, ונמצא מגרש בגט שאינו שלו, ותירץ בנתיבות המשפט, לפי שיטתו דכיון דצריך דיו והדיו של הבעל לא אמרינן בזה אומן קונה בשבח כלי:

אולם אנכי בעניי לא ירדתי לסוף דעתו, מה שמפרש דהיכא דבעי דבר אחר כדי לעשות השבח כמו סמנין ודיו, אז לא אמרינן אומן קונה בשבח כלי ואם השבח הוא בלא דבר אחר רק מעשה האומן לבדו. אז קונה בשבח כלי' ודבר זה תמוה דאם היא נתנה זהב ולא בעי יותר, אז יקנה האומן שבח כלי' ואם יצטרך עוד דבר כדי לעשות השיריים. לא יקנה האומן שבח הכלי, ואין זה אלא דברי נביאות, כיון דהיכא דלא בעי כלום לתקן הכלי רק אומנתו לבד:

אז קונה בשבח הכלי' הרי חזינן דאומנתו מועיל לקנות וקונה מה שהועילה אומנתו, ומה שפעל הוא בהעצים קונה השבח שעשה ע"י אומנתו, א"כ אף אם לעשות הכלי בעי עוד דבר אחר בשביל זה יאבד הוא אומנתו שפעל בהכלי:

אף שנצרך להפעולה עוד דבר אחר. אבל הלא הוא ג"כ השביח, ושבחו ופעולתו להיכן אזל כיון דדין הוא דשבח הבא ע"י פעולתו הוא קונה, והלא גם בנתן לו עצים לעשות תיבה. הלא בלא העצים לא הי' עושה הכלי ואעפי"כ אמרינן דשבח שנעשה ע"י אומנתו הוא קונה. ועוד אטו היכא דלעשות תיבה בעי עוד מסמרות נימא כיון דלעשות תיבה בעי מסמרות לא יקנה שבחא אלא ודאי דאף אם לעשות תיבה בעי כמה דברים כמו מסמרות ומנעלים, אעפי"כ הוא קונה שבחא דאשבח ע"י פעולתו, ה"נ היכא דבעי עוד לפעולתו סמנים ודיו:

יקנה הוא השבח:

עי"כ דאין כונת הרשב"א לחלק העיקר בין היכא דבעי עוד דבר מלבד פעולתו להשבח. בין היכא דלא בעי רק פעולתו לבד רק כונת הרשב"א לומר דבצבע פעולתו אין משביח כלל דעיקר מה משביח מה שנצבע ע"י הסמנין א"כ הסמנין בלבד הוא עושה הפעולה, והצובע אינו רק מקרב אבל הפעולה, היא הצביעה, באה רק ע"י הסמנין, משא"כ בעצים. השבח בא ע"י הפעולה. ומה שכתב הרשב"א בשם הראב"ד ז"ל אבל עצים כיון דלא

צריכי לסמנין. רק לאומנתו של אומן אומנתו זה הסמנין. אין כונתו לומר. דאלו הי' צריך לסמנין. אז לא הי' קונה כלל רק דאלו הי' צריך לסמנין ואומנות:

אז לא הי' קונה האומן כל השבח. דמה שנשבח ע"י סמנין. הוא דעבדי' ואלו הי' צריך לסמנין ואומנות. אז הי' קונה האומן בהשבח רק לפי אומנתו אבל כיון דלא צריך לסמנין. רק לאומנות, משו"ה הוא קונה כל השבח. ואם נשבר אין משלם כלל ובסמנין כיון דאינו אלא מקרב הסמנין לא קנה הצבע כלל ואלו הי' צריך לסמנין ואומנות הי' קונה מחצה השבח היינו מאי דאשבח ע"י פעולתו. אבל לא מה שנשבח ע"י הסמנין דהסמנין מעצמם עושים וא"כ לא דמי כלל דמיון סמנין לדיו דגבי גט דבשלמא אם הי' הדין גבי גט שאם נשפך דיו ונכתב מעצמו הגט ג"כ הוא גט כשר שפיר נוכל לומר דהסופר אינו אלא מקרב הדיו להנייר והוי דומיא דסמנין דצבע אגר ידי' הוא דשקיל אבל בגט הא בעינן וכתב. ואם נכתב מעצמו או כתבו קוף אינו גט. א"כ השבח מה שנעשה גט זה בא ע"י פעולת החרש והקטן דהם אין להם דין קוף וא"כ השבח בא ע"י פעולתם והדרה קושיא לדוכתה למ"ד אומן קונה בשבח כלי. איך כשר חרש שוטה וקטן לכתוב הגט:

והקצות החשן בסימן ש"ו כתב לתרץ קושיא זו. למ"ד אומן קונה בשבח כלי:

איך כשר חש"ו נכתוב גט הא לא ידעי לאקנויי. וכתב לתרץ לפי שטתו. דהא דאומן קונה בשבח כלי הוא רק למקצת קנינים לקדושי אשה ולהחזיקו עד שיפרע לו דמיו. אבל מכי פרע לי' דמיו אפינו בע"כ תו לית לי' בשבחא כלום. וכמו לוה למלוה במשכון דאפילו בע"כ מסלק. א"כ אפילו חרש שוטה וקטן יוכל לסלק דמי שכירות ואין צריך דעתן כיון דהוי אפילו בע"כ, וכמו שיוכל לסלק בע"כ אפילו לחרש שוטה לקטן. היכא שקנו משכון. דנראה כמו שקונין בשבחא. כן נמי אית להו דינא דבע"ח קונה משכון ואפילו הכי מלתא דפשיטא שיוכל לסלק חובם אפילו בעל כרחם וכל זה ברור עכ"ל הקצות החשן:

ולדידי לא אתבררא עדנה הא מילתא דהנה לכאורה תקשה כיון דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אם פרעו אפילו בע"כ, אין לו יותר בשבח כלום א"כ אין לו להאומן קנין בהשבח אלא קנין לגבות שכרו, כדין בע"ח קונה משכון א"כ מה ענין זה להא דא"ר אמי דאם נתן עצים נעשות שידה תבה ומגדל ושברו אח"כ פטור. משום דאומן קונה בשבח כלי, כיון דלא קנה אלא קנין גובייגא בהשבח לגבות החוב, אמאי יפטר מכל השבח, אטו בע"ח שקונה משכון לגובייגא אם שיבר או הפסיד אין משלם בעד כל המשכון ואפילו נאבד בפשיעה משלם ומכל שכן בהפסיד בידים:

וא"כ אמאי פטור מלשלם בעד השבח, בשביל שיש לו קנין לגוביינא לגבות שכרו' ע"כ דהכונה הוא כן. דזה ודאי דהשבח הוא של בעל הבית היינו דלא מצי האומן לעכבו לעצמו. אם הבעל הבית רוצה לשלם לו בעד פעולתו:

אלא דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי' הטעם דאין האומן יכול לעכבו לעצמו, משום שעשה השבח בעד בעל הבית ואדעתא דבעה"ב אשבח, שאם יתן לו פעולתו יהי' שייך לו השבח. וכיון דעשה אדעתא זו. נעשה כן הקנין. שהשבח של בעה"ב. ורק יש לו קנין לגוביינא. דמסתמא זה לא הי' כונתו להוציא קנינו, היינו קנין פעולתו בעד השבח. כיון דאלו לא הי' חושב בעד בעל הכלי לא הי' שייך השבח לבעל הכלי, ורק מפני שחשב שעושה בשביל בעה"ב. אמרינן דשייך השבח לבעה"ב א"כ אין לו אלא מה שחשב בודאי, אבל קנין דמי שכירותו יש לו בהשבח, דזה היינו דמי פעולתו לא חשב להוציאו, אבל אם אין אומן קונה בשבח כלי לא תליא כלל בדעתו, וא"כ אין לו קנין כלל בהשבח, אף לדמי פעולתו, ומשו"ה אמרינן נמי דאם שברן האומן פטור מלשלם, משום דמן הדין אלו לא הי' האומן חושב לעשות בעד בעל הבית הי' השבת שלו, ורק מפני שחשב שעושה השבח בעד בעה"ב, א"כ ע"ז אמדינן דעתו, דאף שהיתה כונתו שעושה השבח בעד בעל הבית, אדעתא דהכי לא הי' דעתו שישביח בעד בעה"ב ויהי' עליו חיוב לשלם, ובודאי אלו הי' יודע שישבר, לא הי' חושב בעד בעל הבית ואלו לא הי' חושב הא לא הי' צריך לשלם, שהרי אז הי' השבח שלו כדין אומן קונה בשבח כלי, א"כ גם עתה שחשב שיהי' השבח של בעה"ב, כיון דאדעתא דהכי שישלם בעד השבח אם ישברם קודם ששילם לו לא הי' חושב, א"כ נשאר הדין כמו אלו לא הי' חושב כלל שאז הי' כל השבח שלו, משו"ה פטור, אבל למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי, כיון דשכרו לעשות, כל השבח מעיקרו של בעל הבית, משו"ה אם שברן חייב, שהרי שיבר כלי של בעה"ב. וכן מצאתי שכן מפרש שם הרשב"א ז"ל:

ולפ"ז לא הבנתי כלל תירוצא של מרן הקצות, שכתב דמשו"ה יכול חרש שוטה וקטן לכתוב גט אף למ"ד אומן קונה בשבח כלי, משום דבעה"ב הא יכול לסלקו אף בע"כ, א"כ לא בעינן דעתם אכן לדברינו לא דמיא כלל, דנהי דאם הי' האומן גדול יכול בעל החפץ לסלקו בע"כ, היינו משום דבששעה שעשה. היתה כונתו להשביח בעד בעל הבית, והקנה ע"י פעולתו השבח לבעל הבית ושייר בעדו קנין בהשבח רק על דמי פעולתו, משו"ה אין לו בהשבח אלא דמי פעולתו, אבל כל זה הוא, רק מטעם דכונתו הי' כן, אבל במה דלא היתה כונתו הרי קנוי לו בעצמו, דמשו"ה אם שיברן פטור, א"כ בקטן דאין כונתו והקניתו כלום, הדרא קושיא לדוכתה, כיון דבלא כונה להקנות השבח להבעלים,

הוא בעצמו קונה השבח א"כ בקטן הרי קונה הוא בעצמו כל השבח, שהרי דעתו אין מועיל כלום:
וא"כ קמה הקושיא כיון דהקטן האומן קנה בשבח הכלי' איך יכול אח"כ לגרש בגט שאינו שלו:
ואפשר לתרץ קושית הפני יהושע, דאימתי קרוי שבח שאומן קונה. היינו דוקא אם נשבח בכעין זה שראוי לכולי עלמא וראוי השבח גם בעד כל העולם אז הוא קונה השבח אבל אם אין ראוי הדבר, אלא לבעל הבית ששכרו לעשות, לא קרוי שבח שיקנה האומן אחרי שאיננו שבח, שראוי לכל העולם ולגבי האומן אינו כלום, רק שכר פעולתו יכול לבקש לפי זה גבי גט דאין ראוי אלא להבעל דהוא יכול לגרש בו. אבל אחר אין יכול לגרש בו:
שהרי נכתב לשם אשה זו ולשם בעל זה וא"כ לא נעשה שבח כלל שהרי אין הגט זה ראוי לכלום לאחר וא"כ הוי רק נייר בעלמא לגבי הקטן:
משו"ה לא קני כלל דלא שבח הוא:
אלא דזה אינו תירוץ אלא אליבא דתוס' ורש"י דס"ל הא דהכל כשרין לכתוב הגט הוא הטופס והתורף ביחד, א"כ אם כבר כתב שם האיש והאשה, הלא אין ראוי לכלום, אבל הרמב"ם ס"ל דהא דהכל כשרין לכתוב הגט אפילו חרש שוטה וקטן הוא דוקא בטופס הגט, אף דלכתחלה בעי דוקא שיכתוב לשמה. אפ"ה כותב חרש שוטה וקטן, אפילו לכתחלה, אבל בדיעבד שכבר נכתב הטופס הא מותר אפילו לאחר ליקח הטופס הזה ולכתוב הגט היינו להשלים התורף, שהרי אנן קי"ל דהתירו חכמים להסופר לכתוב טופס הגט ואפילו לכתחלה. א"כ הרי אח"כ מותר ליקח טופס ולהשלים עליו התורף ובדיעבד אם לקחו טופס שכתב חרש שוטה וקטן בשביל זה. וכתבו תורף בשביל אחר הא כשר וכיון דהרמב"ם ס"ל דהא דכשר קטן לכתוב הגט הוא דוקא בשייר התורף, א"כ תקשה למ"ד אומן קונה בשבח כלי' הא קנה השבח הזה. שהרי הטופס ראוי לכתוב עליו תורף לכל העולם וא"כ איך יכול להקנות, הא קטן לא ידע לאקנויי (ויש לפרש דכיון דלגבי דידי' אם יקנה הקטן אין ראוי לכולי עלמא לכתוב משו"ה לא קנה, אך גם זה קשה, שהרי יהי' ראוי לגבי עצמו לכשיגדל. למוכרו:
ואפשר לפי דברי הנתיבות לתרץ כיון דהטופס אף אם נכתב מעצמו כשר. א"כ באופן זה רק אגר ידי' שקיל:
אכן להרמב"ם יש לפרש ברוחא דהנה הקצוה"ח שם (בסימן ש"ו סק"ב) הביא תשובת הרא"ש ז"ל שאלת הנותן טבלא לאומן לצייר בה ציורים ששוחקין עליה באסקונדרא

ואסרה על הבעלים אחר שציירה קודם שפרע לו שכרו, אם יש כח בידו לאוסרה. תשובה כיון דקי"ל אין אומן קונה בשבח הכלי' הרי אין לו בגוף כלום. אלא שכר הוא דמחייב עלה בעל הכלי' ואין לו כח לאסור הכלי ואפילו אם הי' האומן קינה בשבח הכלי, היינו היכא שיש ממשות בהשבח כגון שנותן לו עצים ותיקן כלי' אבל הכא לא עשה אומן אלא ציירה בסמנין ואין בזה ממש דאיבעיא לן פ' הגוזל קמא אם יש שבח סמנין על גבי הצמר כגון אם צבע קוף צמרו של ראובן בסמנין של שמעון. אם חייב לשלם השבח שהשביחו הצמר ולא איפשיטא האי בעיא ואין חייב לשלם:

נמצא שלא קנה הצייר בצבע כלום וכי תימא יכול לגרוד:

אם יגרדנו אין בו ממש, כדאמר התם במאי מעבר לי' בצפון, צפון עבורי מעבר. ועוד כיון דאין אומן קונה בשבח הכלי' אין יכול לגרוד כליו של בעה"ב עכ"ל תשובת הרא"ש:

וכתב ע"ז הקצות החשן ז"ל והוא תמוה מאד שהוא נגד סוגיא דהגוזל דף צ"ט דאיתא התם אמר רב אסי' לא שנו אלא שנתן לחרש שידה תיבה לנעוץ בהם מסמר ונעץ בהם מסמר ושברן. אבל נתן לחרש עצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ושברן פטור מ"ט אומן קונה בשבח כלי כו' לימא מסייע לי' הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה. נותן לו דמי צמרו דמי צמרו אין דמי צמרו ושבחו לו. לאו שהקדיחו לאחר נפילה דאיכא שבחא וש"מ אומן קונה בשבח כלי כו' ומבואר דאפילו בצבע אמרינן אומן קונה בשבח כלי.

וכבר התפלא בזה בתשובת מהר"ש הלוי חלק חו"מ סימן ז' עכ"ל הקצות החשן:

ונראה לי לתרץ דברי הרא"ש, דהנה בספרנו "לבוש מרדכי" על ב"ק סימן כ"ט כתבנו לתרץ קושית הקצות בסימן כ"ט אמאי אמרינן דמכר עובר פרה לא מכור דהוי דבר שלא בא לעולם, והא העובר מונח במעיה, והוא כאבר מאברי הפרה, וכמו שיכול למכור אברי הפרה אף הפנימים כמו הטחול והכליות:

וכמו שיכול למכור הקיבה:

כמו כן יהי' בידו למכור העובר דמ"ש חתיכה זו מכל חתיכות הבהמה. ובארנו שם דהנה בתמורה אמרינן גבי פלוגתא דאביי ורבא גבי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ופריך לרבא דס"ל אי עביד לא מהני והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים, משלם כשעת הגזילה, תיובתא דרבא' אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא והשיב את הגזילה אשר גזל כעין שגזל, ולאביי האי אשר גזל מאי עביד לי' כו':

והנה לכאורה קשה הא דפריך והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים משלם כשעת הגזילה הא אין הקושיא מדוע מועיל השינוי' הא רחמנא אמר לא תגזול, א"כ ע"י השינוי:

הוא עובר על מימרא דרחמנא ולא יועיל דזה לא הי' קושיא, דהרי התוס' פירשו בתמורה דאימתי שייך לומר אי עביד לא מהני היינו דוקא, היכא דממילא לא הי' מועיל ורק ע"י מעשיו מועיל שייך אי עביד לא מהני' אבל היכא דאף ממילא הי' מהני א"כ לא גרע ע"י מעשיו מאלו נעשה ממילא וא"כ, בשינוי, דאפילו ממילא קונה, שהרי קי"ל גנב טלה ולעשה איל נעשה שינוי בידו וקנאו. וא"כ מאי פריך דאי עביד לא יהנה השינוי הא לא גרע מנעשה השינוי ממילא. וע"כ צ"ל דקושית הגמ' הוא לא על השינוי אמאי מהני, אלא על עיקר הגזילה דאלו לא הי' מועיל הגזילה כלום:

והיתה הגזילה כאלו עומדת ברשות הרבים הרי אף אם היתה נשתנה, הרי היתה שייך להבעלים. ע"כ הא דמועיל שינוי' הוא משום דהועילה הגזילה לזה שיקנה ע"י שינוי. ופריך כיון דאמר רחמנא לא תגזול א"כ לא תועיל הגזילה כלום ולא יקנה ע"י שינוי:

לפ"ז תמוה מאי פריך אליבא דרבא משמע דלאביי ניחא ולכאורה גם לאביי קשה כיון דלא סבר דילפינן מקרא דשינוי קונה, שהרי לא ידע עדיין האי קרא דכאשר גזל כעין שגזל, ועוד הרי פריך ולאביי האי אשר גזל מאי עביד לי הרי דלאביי בנא קרא ידעינן דמועיל שינוי. ולכאורה כיון דגם אביי מודה, דאף שגזל אעפי"כ לא קנה קודם יאוש או שינוי, את עצם הגזילה. וזה מוכח מכמה משניות ומהאי מתניתין גופא דדוקא אם עשאן כלים אז משלם כשעת הגזילה. אבל אם לא עשאן כלים צריך להחזיר העצים בעצמם, א"כ לא הועילה הגזילה, וא"כ אמאי יקנה בשינוי כיון דלא סבר דילפינן מקרא:

וצריך לומר דמשו"ה לאביי ניחא אף בלא קרא דאשר גזל ידעינן דשינוי קונה, דהנה לאביי אילמלא קרא דוהשיב את הגזילה הוי אמרינן דאף דאמר רחמנא לא תגזול, אי עביד מהני, וקנה גוף הגזילה ונעשה שלו לגמרי. אלא דגלי לן קרא דאין מועיל הגזילה לקנות את גוף הדבר שהרי כתב קרא והשיב את הגזילה, שמחויב להשיב גוף הגזילה, א"כ אין לך בו אלא חדושו היינו דוקא גוף הגזילה נא קנה, אבל כבר הגזילה ברשות הגזלן וכל קניני שבח קנוי להגזלן דלזה הועילה הגזילה, דהרי סבר אי עביד מהני' ואף שחדשה התורה דאינו קונה גוף הגזילה, אבל קניני שבח, לא חידשה התורה. משו"ה אם חרש בה הגזלן. אין צריך הגזלן לשלם בעד פעולתה להנגזל, אף שגוף הבהמה של הנגזל, מטעם שהיא עומדת כבר ברשות הגזלן לשבחה, דלזה הועילה הגזילה דאי עביד מהני:

והנה זה ילפינן מקרא דהם ולא שינוי'. דכשהדבר נשתנה איננו עתה הדבר הראשון ועתה הוא דבר אחר, ומה הוא עתה, יוצא מן הדבר הראשון ושבח הדבר העבר למשל אם גזל חטים ועשאם סולת, כיון דילפינן מקרא דהם ולא שנוייהם:

דגבי אתנן דאם נתן לה חטים ועשאן סולת מותר להקריב דסלת מקרי דבר אחר היינו שעתה אין עליו דין החטים. א"כ הסלת הלא עתה שבח החטים, נמצא אם גזל חטים ועשאן סלת, לאביי, בלא קרא ידעינן דהסלת הוא של הגזלן. שהרי לזה הועילה הגזילה, דהחטים יהיו ברשות הגזלן. ולהגזלן יש עתה קנינים בהחטים שהשבח יהי' שייך לו' א"כ כשעשאן סלת, דעתה כל הסלת הוא שבח החטים, הגזלן קונה הסלת מדין שבח החטים, והוא הדין היכא דגזל עצים ועשאן כלים, כיון דאנן לא קי"ל דשינוי במקומו עומד מקרא דהם ולא שינוייהם דגבי אתנן. א"כ עתה אין כאן עצים לפנינו:

ולפנינו דבר חדש והוא השידה והתיבה והם שבח העצים וכיון דהעצים כבר היו ברשות הגזלן. וא"כ עתה דנתהוה שבח העצים היינו השידה. קנוי עתה השבח להגזלן. מטעם אין לך בו אלא חדושו' ורק לרבא פריך דסבר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, לדידי' פריך שפיר דנימא דלא הועילה הגזילה כלום:

ועומדת עתה ברשות הנגזל אף לקניני שבח וא"כ לא יועיל שינוי ומשני דגזירת הכתוב הוא' דאין לו להשיב אלא אם הוא כעין שגזל, מזה ילפינן דהועילה הגזילה, שתהי' ברשות הגזלן לקניני שבח כמו לאביי דגלי קרא דמועיל:

היוצא מדברינו דכל דבר שנשתנה, הוא עתה שבח הדבר שבא ממנו, ואם יהי' לשנים חפץ, ולזה יהי' שייך גוף הדבר, ולהשני יהי' קנינים לקנות השבח, אם אח"כ ישתנה הדבר יהי' שייך כולו לזה שקנוי לו שבח הדבר שכיון שהדבר נשתנה עתה, כל הדבר הוא רק שבח ויוצא מן הדבר הראשון, וא"כ אם תשתנה תהי' קנוי' לזה שקנוי לו השבח, ויהי' דין שינוי אף בלא דין גזילה, כמו דלאביי הי' מועיל שינוי, אף בלא קרא מצד הסברא, לפ"ז לא קשה אמאי לא יוכל אדם למכור עובר פרתו דמ"ש חתיכת בשר זו מכל החתיכות, אכן לדברינו ניחא, דהנה לאדם יש קנין בפרתו שכל מה שתשביח יהי' שלו וכיון דקי"ל עובר ירך אמו, א"כ מה שמשביח הולד אח"כ הוא שבח הפרה, וא"כ אף אם יהי' קנוי העובר עצמו, היינו חתיכת בשר העובר, להלוקח, אבל מה שתשביח הלא יהי' שייך לבעל הפרה, שהרי לא הקנה פרה לעוברה, דאז מועיל לכולי עלמא, והוא מכר רק חתיכת העובר בעצמו, א"כ נהי דחתיכת הבשר הוא של הלוקח, אבל קנין השבח שתשביח הפרה בולד זהו קנוי לבעל הפרה, שהרי פרתו המשבחת, והנה העובר כשיצא הרי הוא נשתנה, שהרי קי"ל דלידה הוי שינוי, א"כ כשיצא הולד לאויר העולם,

דאז הוא ג"כ שבח הפרה, שהיא הולידה, אז אין לפנינו חתיכת בשר העובר, רק שבח שמעובר נעשה ולד, נמצא אף דמקודם הי' שייך להלוקח. אח"כ בעת שנשתנה, היינו בעת שיצא הולד, יהי' שייך לבעל הפרה מדין שבח שכיון שנשתנה הוא עתה שבח העובר שהשביחה הפרה, וזה שייך לבעל הפרה, א"כ אם ימכור לו העובר בעצמו לא יועל שיקנה הולד ע"י לידת הפרה, מדין שבח הפרה, ע"כ צריך למכור הולד לכשיצא וזהו דשלבל"ע כיון שלידה הוא שינוי:

והנה שינוי מקרי רק אם נשתנה כל גוף הדבר ונעשה ע"י השינוי דבר אחר ושם אחר, אבל אם שם הדבר עליו, אף שנשתנה במקצת לא מקרי שינוי על כל הדבר, כמו הרקיב מקצת הפרי, וכמו קטע רגלה של פרה, דלא הוי שינוי בגוף הפרה, וכמו כלי שנפחת מקצתה ועיין בזה בספרנו לבוש מרדכי (על ב"ק סימן ל"ה). וא"כ למי שיש לו קנין שבח הדבר שלפי דברינו שאם נשתנה הדבר, כל הדבר הוא עתה שבח של הדבר הראשון וקנה, הוא דוקא אם נשתנה באופן זה שנעשה עתה חפץ אחר' היינו שאין שמו עליו, דלענין שינוי הי' קונה מטעם שינוי, אז הוא נמי מדין שבח אבל אם לא נשתנה אלא במקצת ועדיין שמו הראשון עליו, א"כ בודאי היכא דאין הקנין אלא משום שבח כיון דהדבר עוד במקומו עומד, לא הוי עתה שבח של החפץ הראשון אלא הוא החפץ הראשון ממש, מעתה יתישב היטב דברי הרא"ש שכתב הנותן טבלא לצייר בה ציורים ששוחקין עלי' באסקונדרא וציירה ואח"כ אסרה הצייר על הבעלים דלא מצי לאסור, דהרי אין אומן קונה בשבח כלי, ואפילו אם אומן קונה בשבח כלי, היינו דוקא היכא שיש ממשות בהשבח, כגון עשה כלי, אבל הכא לא עשה אלא ציירה בסמנין, ואין בזה ממש דאיבעי לן אי יש שבח סמנין על גבי הצמר והקשה הקצות הא גמ' מפורשת שם בהגוזל גבי נתן צמר לצבוע והקדיחו יורה דאמרינן בגמ', דמשו"ה אין משלם אלא דמי צמרו, דאומן קונה בשבח כלי. הרי דצבע אף שאין בו ממש אעפי"כ קונה בשבח כלי:

ולפי דברינו החלוק מבואר דהנה הקצוה"ח הביא בשם מהר"ש הלוי שחקר אי האי דאומן קונה בשבח כלי אם אינו אלא בשבחו הוא דקונה, אבל לא בגוף הכלי, או דלמא כיון דנתהפך חומר הכלי אל הצורה אשר נתן ולכן קונה בגוף הכלי, והעלה שם דקונה בגוף הכלי, וראי' מהא דכתבו התוס' והרא"ש פ' השוכר. דהנותן כסף לגוי לתקן כלי שא"צ טבילה. ואם לא הי' לו זכות אלא בשבחו ולא בגוף הכלי מהיכא תיתי דצריך טבילה, אפילו למ"ד אומן קונה, כיון דלא קנה גוף הכלי ולמה הוה צריכי התוס' לפוטרו משום שאין שמו עליו תיפוק לי' דהכלי של ישראל הוא ולעולם לא קנה העכו"ם. וכן נראה מלשון רש"י פ' האיש מקדש. ועוד דהלשון הכי מוכח אומן קונה בשבח כלי,

כלומר קנה הכלי עם השבח. ואלו הי' קונה השבח הי' לו לומר קונה שבח הכלי וע"ש שהאריך והעלה בפשיטות דהשבח והכלי הם מתהפכים, ע"כ מה שהביא הקצות בשם שו"ת מהר"ש הלוי:

וכתב ע"ז הקצות ז"ל איברא דנעלם ממנו דברי תה"ד סימן ש"ט דמבואר להדיא דאומן אינו קונה אלא בשבח ולא בגוף הכלי ע"ש ז"ל אמנם לפי זה צריך לדקדק אם השביח הצורף החגורה כל כך שיש בשבח כדי רבית שלו דבמרדכי פרק בתרא דע"ז כתב שהשיב רבינו שמחה לרבינו ברוך דאין אומן קונה אלא כפי השבח ולא בגוף הכלי, ואם הי' אומן רוצה לעכבו אין רשאי וכן משמע לשון רש"י פ' הגוזל אהא דקאמר התם דמקודשת היא כשעשה לה שירים ונזמים. ופירש"י דכי יהיב נה מקודשת בשבח דאית לי' לאומן בגוי', וכ"כ אשר"י בהאי פרקא אהא דאמר רב אסי אומן קונה בשבח כלי וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו, ומשמע דדוקא השבח שלו ולא הגוף. ונוכל לומר דאף הגאונים המצריכים טבילה לכלי שתקנו אומן גוי לישראל מטעם דאומן קונה בשבח כלי, מודים דלא קנה אומן רק כנגד השבח, ואפ"ה צריך טבילה, מטעם האי שבח ואהא פליגי שאר גאונים וכתבו דאין צריך:

שאין שם הגוי עליו משום האי שבח, דאי נימא דאומן קונה בשבח כלי לגמרי גופא ושבחא, א"כ אמאי אין שם הגוי עליו עכ"ל ומבואר להדיא דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי, אינו אלא בשבחו ולא בגוף הכלי, עכ"ל הקצות החשן:

והנה לפי דברינו שבארנו, דכל היכא שיש לו קנין מטעם שבח:

אז אם נשתנה הדבר, כל הדבר הוא עתה שבח הכלי, וא"כ הלא פשוטים דברי מהר"ש הלוי וברור טעמו, שכתב דכיון שנתהפך חומר הכלי אל הצורה, ולכן קונה בגוף הכלי, היינו משום דעתה נשתנה החומר ונעשה מהחומר כלי, א"כ מה שהוא עתה כלי הוא עתה שבח החומר, משו"ה יש לו קנין להאומן בגוף הכלי, אבל אילו לא הי' משתנה, אז לא הי' להאומן קנין בגוף הכלי, וסברא זאת מבואר ג"כ שם בתה"ד גופא שהביא הקצות. דז"ל התרומת הדשן שם ז"ל דא"צ ראובן לתת לשמעון הרבית שעלה עליו (שם הי' מעשה שראובן נתן לצורף עכו"ם חגורה לתקן והלך הצורף ומשכנה לשמעון) דעל גוף ההלואה צריך ראובן לשלם לשמעון משום תקנת השוק] אבל לא על הרבית. דלא עשו בזה תקנת השוק אלא משום דהי' נראה דדוקא בענין זה שלא תיקן הצורף החגורה "בשנוי הקונה" כגון שלא חידש בה רק שחברם על הרצועה וקבע בה מסמרים וכה"ג אבל אם שינה צורתו בענין זה דאית לי' למימר אומן קונה בשבח כלי' צריך להתישב בדבר דפלוגתא דרבותא. עכ"ל התה"ד, הרי להדיא דחילק בין עשה בהדבר שינוי, או לא

עשה שינוי, והוא כדברינו שאם עשה שינוי' שנשתנה החומר אל הצורה באופן שעשה שינוי שהי' קונה בגזל, אז גם באומן קונה בגוף הדבר:

ומה שהקשה מסוף דברי תה"ד. הנה מלבד דלא ברירא האי מילתא להתרומת הדשן שהרי כתב שם בלשון מסתפק וגם מסיק שם וז"ל וא"ת דאפילו נאמר דאומן קונה גופא ושבחא ואפ"ה הי' צריך להחזיר מטעם דינא דמלכותא כו' הרי דמספקא לי' אלא נראה דספיקותא ופשיטותא דמהר"ש אינם ענין כלל לדברי יהתה"ד. ושני ענינים מפורדים המה. דהנה הא דמספקא למהר"ש הוא דזה ודאי דאין האומן קונה את כל הכלי' שיהי' כל הכלי עתה שלו ויפקע כל קנין הבעלים. שהרי אין האומן רוצה לגזול החומר, וא"כ אף שיש לו קנין לקנות ע"י פעולתו, זהו דוקא השבח אבל מה ששוה חומר של הבעלים. בודאי לא רצה כלל לקנות, שאם יקנה הרי יתחייב דמים בעדה, וכיון דלא רצה לקנות בודאי דלא קנה, וא"כ עתה כשעשה האומן הכלי' בודאי דכמה שהי' שוה החומר, יש לבעל הכלי חלק כזה בגוף הכלי' והא דמספקא לי' למהר"ש הוא. אם הקנין שיש להאומן. הוא רק שהוא קונה שבח הכלי' היינו צורת הכלי' היינו אם הוא לקח כסף ועשה מזה כלי' הנה יש עתה לפנינו החומר והצורה, ונימא דהחומר הא הי' מקודם א"כ בהחומר עצמו לא קנה כלל, והוא קנה רק מה שהוא עשה, והוא עשה רק צורת הדבר היינו שעשה שנעשה כלי ויש לו קנין בזה שהוא כלי' היינו בהצורה אבל לא בהחומר. או כיון דנתהפך החומר אל הצורה. יש לו עתה קנין גם בחומר הכלי, אלא שגם לבעל הכלי יש קנין כמה ששוה הי' החומר שלו' שהרי זה לא הי' רוצה האומן לקנות ולהאומן יש קנין כמה ששוה השבח והם עתה שותפים בכל הכלי' בין בהחומר בין בהצורה, לבעל הכלי כמה שהי' שוה מקודם ולהאומן כפי השבח. ונפקא מינה יהי' אם יפחיתו אח"כ אנסים הצורה היינו שיתוכו הכלי ויעשוהו לכסף. אם נימא דלא הי' לאומן רק קנין בצורת הדבר שזה עשה הוא אבל לא בהחומר:

א"כ עתה שנסתלקה צורת הדבר אין לו להאומן עתה כלום בהחומר. אבל אם נימא שהיו שותפים גם בהחומר כיון שנשתנה החומר אל הצורה וא"כ הכלי עתה של שותפות, וכשנעשה אח"כ מהכל כסף. הם ג"כ עתה שותפים וזה מבאר המהר"ש הלוי' דיש לו עתה קנין גם בהחומר שהרי עתה נשתנה החומר והוא דבר אחר' אבל זה מודה המהר"ש דגם לבעל הכלי יש קנין כפי שהי' שוה חומר הכלי קודם השבח שזה בודאי לא רצה האומן לקנות:

אכן התרומת הדשן לא מיירי כלל בהך ספיקות, ודינא דתה"ד הוא. אם נימא דאומן קונה עתה כל הכלי' ונפקע גם קנין שהי' לבעל הכלי כפי שהי' שוה החומר היינו החגורה, כיון

שעשה שינוי הקונה, ועתה כל החגורה של הצורף או שלא קנה הצורף קנין בהחגורה, רק כפי שווי השבח אבל כמה שהי' שוה החגורה מקודם ע"ז יש קנין לבעל הכלי' וזה בודאי פשט התה"ד דכמה שהי' שוה החגורה מקודם, יש קנין לראובן בעל החגורה דלא כיון העכו"ם לקנות לגמרי, שהרי בשעת פעולתו לא רצה לגזול אבל קנין השבח שהשביח יודה התה"ד דקנה בגוף החגורה עצמה, כיון שעשה שינוי הקונה:

כמו שכתב התה"ד בעצמו. והם עתה שותפים בהחגורה והשבח. הצורף ובעל החגורה:

(**אכן** דברי התה"ד עדיין קשה לי דמאי דנקט בדבריו אם השביח הצורף כשיעור הרבית, אז צריך לשלם לו הרבית, משמע אף אם שכרו הוי פחות אעפי"כ כיון ששוה השבח כן צריך לשלם לו. ולכאורה כיון דכל הפוסקים הסכימו דאם ירצה לעכב אין רשאי א"כ אין לו רק אלא כדי שכרו, א"כ לא יצטרך לשלם אלא כדי שכרו ולא כפי השבח שהשביח ודוחק לומר דכונת התרומת הדשן מה שאמר השבח שהשביח כונתו דמי פעולתו אם לא דנימא דסובר התה"ד דכל זמן שלא סלקו הבעלים דמי הפעולה כל השבח הוא של האומן. ורק תנאה הוא שבאם יסלק לו שכרו:

אז יפקע קנינו. וצ"ע בזה):

המורם מדברינו דאומן שהשביח באופן שנשתנה הדבר באופן שבגזל הי' קונה, אז יש קנין להאומן גם בגוף הכלי, אבל אם לא השביח באופן שנשתנה, אז אין לו קנין רק בצורת הדבר. מעתה מבוארים בפשטות דברי תשובת הרא"ש שכתב גבי טבלא, שאם ציירה בסמנין. ואסרה, אף אם נימא דאומן קונה בשבח כלי, לא מצי לאסור:

משום דאין שבח סמנין על גבי צמר. והקשה הקצות הא גמ' מפורשת גבי נתן צמר לצבע לצבוע אדום, דקני בשבח סימנין, אכן לדברינו לא דמי כלל, דהנה בנתן צמר לצבוע נהי דאין שבח סימנין על גבי צמר, אכן הצמר גופא הרי נשתנה, וכיון דנשתנה. הרי כל הצמר הוא עתה שבח של הצמר הראשון וכדביארנו למעלה, דכל דבר שנשתנה, הוא עתה שבח של הדבר, א"כ למאן דס"ל אומן קונה בשבח הרי הוא קונה בגוף הצמר. שהרי הם עתה שבח של הצמר, כיון שנשתנה צורתם, ואנן קי"ל צביעה בכל גוני הוי שינוי כדפסקינן לא הספיק ליתנו עד שצבעו פטור, ולא מפלגינן בין קלא אילן לצבע אחר, וכן הוא מפורש בב"ק צ"ה, דלצבוע אדום וצבעו שחור הוא שינוי וכיון דהוי שינוי, א"כ הצמר גופא הוא שבח אבל בטבלא לא נשתנה עצם הטבלא בשביל שציירה, וכיון דלא נשתנה א"כ אין לו קנין בגוף הטבלא, רק בהשבח שעשה, וכיון דאין שבח סמנין על גבי הטבלא, אין לו בגוף הטבלא כלום, דסמנין אין בהן ממש והוא לדעתי פשוט וברור:

נמצא לפי זה לא קשה כלל אליבא דהרמב"ם. איך כשר קטן לכתוב הגט למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי, אכן לדברינו הוא פשוט. דהנה אימתי קנה אומן בגוף הדבר, היינו דוקא אם עשה שינוי בגוף הדבר, אבל אם עצם הדבר לא נשתנה אין קונה את עצם הדבר לפי זה נהי דאמרינן דאם גזל ניר וכתב עליו גט קונה בשינוי, היינו דוקא בכתב כל הגט דאז הוא שינוי בכל הדבר, שנשתנה שמו, שמקודם הי' ניר ועתה נעשה ספר, וכיון דנשתנה שמו, קנהו בשינוי, אבל כל זמן דלא כתב כל הגט, ולא נעשה הגט ספר, הוי רק כטבלא וצייר עלי' ציורים, דלא הוי שינוי על גוף הדבר והציורים הא יכולין לגרוד, א"כ הרי הגט כשכתב רק טופס הגט הא לא עשה שינוי כזה שישתנה עצם הדבר שהרי קטן אין כשר אלא לכתוב טופס הגט אבל לא תורף, וטופס הגט הא לא הוי שינוי, ועדיין ניר הוא. אף שכתב עליו, כיון דלא נעשה עדיין ספר, הוי רק כצייר על גבי טבלא, דקי"ל אין שבח סמנין ולא קנה לא מטעם שבח, דאין שבח סמנין. ולא מטעם שינוי, דכל זמן שלא כתב התורף, לא נשתנה שמו, דלאו ספר הוא, משו"ה קטן כשכותב הטופס, לא קנה כלל אבל כשכתב התורף דאז נשתנה שמו, הוי שינוי (ועיין תוס' ב"ק צ"ו ד"ה ועבדי. ושם מפורש הדבר.) משו"ה אם גזל ניר וכתב עליו גט כולו, קנה, דהוי שינוי:

לפ"ז מיושב מה שהקשינו. איזה קנין הוא הא דעדיו בחתומיו זכין לו כיון שלא נטלו השטר בידם, במה זכו העדים את השטר למלוה. אכן לדברינו ניחא דהנה אם אומן עשה כלי בעד אחד, הרי קנה בעה"ב שעשה בעדו השבח למ"ד אין אומן קונה, כן הוא הדין שנקנה השבח בעד בהה"ב שעשה בעדו, ולמ"ד אומן קונה, היינו דוקא שייר לו קנין לשכרו, אבל השבח בעצמו, אם ישלם לו שכרו, קנוי להבעה"ב, מטעם שהאומן עשה אדעתא דהכי ואם ראובן אומר לפועל, הילך כסף זה ועשה בשביל שמעון נקנה הכלי לשמעון. שכיון שנשתנה חומר הכסף אל הכלי, הרי שייך עתה על כל הכלי, דינא דאומן קונה בשבח כלי ואף דבכל אומנים נשאר עדיין קנין בגוף הכלי לבעה"ב היינו משום דמסתמא לא כיון האומן לקנות לגמרי וכמו שביארנו למעלה לדעת התה"ד, אבל הכא דמדעת בעה"ב הוא עושה השבח בעד שמעון ממילא נקנה כל הכלי לשמעון. שהרי זה הוא דין דאומן, דכשאומרין לו עשה בשביל פלוני פעולתו וקנינו בשביל פלוני, ועד כאן לא פריך בב"ק (דף ק"ב) אלא מי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה, אבל אם הודיעו לכ"ע נקנה הצבע לאשה כיון שצבעו בעד האשה זהו דין פעולה, שאם עושה בעד אחד קנינו ופעולתו בעד ההוא, וכמו אם שכרו ללקט מציאות. מציאתו לבעה"ב. ה"נ בשכרו להרויח שבח הפעולה, ומה לי אם שכרו ללקט מציאות בעד עצמו או ששכרו ללקט מציאות בעד אחר, יקנה האחר, ה"נ אם שכרו לעשות כלי בעד אחר. שעתה כל הכלי

הוא שבח, קנין השבח, הוא של שמעון. שראובן שכר את הפועל לעשות בעדו, ומשו"ה שייך שפיר עדיו בחתומיו:

שהרי העדים ע"י חתימתן. הם משנים את הניר, שמקודם הי' נייר, ועתה נעשה שטר, וכמו שכתב המחבר דאם גזל ניר וכתב גט, דקנה, דבמה שנעשה גט הוא שינוי, א"כ עתה כשהעדים חותמים ועושים מהניר שטר הם משנים את הניר, וזהו פעולתן, ועתה השטר הוא שבח הניר, והעדים הם הפועלים העושים את השבח הזה והלוה צוה להם שיעשו את השטר בעד המלוה, משו"ה זוכים הם ע"י חתימתם שהיא פעולתם, שעי"ז משנים ומשביחים את הניר, בזה הם זוכים בעד המלוה, וזהו דינא דעדיו בחתומיו. היינו ע"י החתימות שמשנים הם, בזה הם משביחים בעד המלוה וזוכים השטר בעד המלוה:

ובזה יתישב קושית הב"י בסימן ס"ה דכיון דהרא"ש פסק עדיו בחתומיו זכין לו:

למה איצטריך בעבדים, דכשיבא שטר שחרורו, נימא לי' אייתי ראי' אימת מטא שטרא לידך, הא קי"ל זכות הוא לעבד, אכן לפי דברינו:

האי דינא דעדיו בחתומיו:

הוא רק מדין קנין. ולא שייך כלל בשחרור, דבעי דוקא ונתן בידו. והא דבגמ' בעי למימר דלמאן דאמר עדיו בחתומיו זכין לו ניחא, התם קאי אליבא דמ"ד יש קנין לעבד בלא רבו, וא"כ אף דאין מועיל קנין של שטר שחרור, מדין שחרור, לאיסורא שבעבד מועיל מדין שטר לממונו, ככל שטר דעלמא. אבל אנן קי"ל אין קנין לעבד בלא רבו. וא"כ אף לקנין גופו אין מועיל מדין שטר, רק מדין שחרור, ובשחרור בעי דוקא בידו, דומיא דגט, ועיין בקצוה"ח סימן ר' דזהו טעמא דבעי דוקא לשמה בגט שחרור ושלא לשמה אין מועיל מדין שטר, משום דבעי שתהא בידו ויהי' גטו וידו באין כאחד. דזהו דין בגט:

ובזה יתישבו דברי הרי"ף שכתב דבשובר לא בעינן מטא לידו, דבדבר שתחת ידו זכה מעת חתימת העדים אף בלא מטא לידי' וכבר הקשה הש"ך בחו"מ סי' ל"ט דהא תני בהדיא, דאם אין האשה מודה דלא יחזיר ועוד דתנן במשנה דייתיקי מתנה ושוברין לא יחזיר שמא כתובין היו ונמלך שלא ליתנן. ולדעת הרי"ף גבי שובר כי נמלך מאי הוי. ועיין שם בקצות החשן, אכן לדברינו ניחא. דהרי ביארנו טעמא דעדיו בחתומיו זכין לו, הוא משום, שהרי לפי צווי הלוה כותבין השטר בעד המלוה והא דבעינן מטא לידי' דוקא. הוא משום שהרי הלוה צוה למסור השטר לידו דוקא, א"כ הרי הוא רוצה שלא יתנו השטר ליד המלוה. וצריך הוא עוד להשטר ללות הכסף מהמלוה, א"כ מה שצוה לכתוב השטר בעד המלוה הכונה הוא דוקא. שהשטר יהי' בעד המלוה באופן אם אשעבד עצמי עליו, היינו שאלוה מעות ואתן לו השטר, בזה אשתעבד ע"י השטר:

באופן זה הוא מצוה עתה לכתוב השטר וכפי כונתו כן נעשה הדין שנעשה השטר בעד המלוה. באופן אם הלוה ימסרנו לו וישתעבד עצמו ע"י השטר היינו דוקא אם מטא לידי' מיד הלוה. והנה כל זה לא שייך לומר אלא בשטר הלואה שע"י השטר משעבד עצמו דהרי ע"י הלואה בעצמו לא חל השעבוד שייך שפיר לומר שהיתה כונתו. שהוא מצוה לכתוב השטר בעד המלוה. באופן אם הוא ישעבד עצמו ע"י השטר הזה, אבל בשובר איך נימא שהיא מצוה לכתוב השובר בעד הבעל, באופן אם היא תמחול ע"י השובר, דהרי אם יפרע יהי' המחילה ע"י הפרעון ואם תמחול הא מחילה אינה צריכה קנין, ובין אם תפרע ובין אם תמחול, השובר אינו אלא ראי', בשלמא בשטר הלואה נוכל לומר שהי' כונת הלוה, שעושה השטר בעד המלוה. באופן אם הוא ישעבד עצמו ע"י השטר דהלואה בעצמה אינה עושה עדיין השעבוד שהרי מלוה על פה אינו גובה ממשועבדים ובעי השטר להשתעבד על ידו, שייך לומר דכונתו של הלוה הי' שיכתוב השטר בעד המלוה דוקא אם ישתעבד בו, היינו שיגיע לידו של המלוה בצווי המלוה, אכל בשובר הא לא צריך כלל למחילת השובר ע"כ דכונתה הי' בכתיבת השובר, למאן דאמר עדיו בחתומיו זכין לו, שהיא כותבת השובר. ומצוה למסור לה ולא לו. שאינה עושה השובר בעדו רק באופן אם תרצה לתן לו שהרי היא מצוה למסור לידה ולא לו, א"כ לא עשתה השובר בעדו תיכף. אלא באופן אם תרצה למסור היינו או תמחול לו או יפרע אז ממילא יהי' שלו. אף אם לא מטא לידי'. היינו דלא בעינן שהיא תמחול ע"י השובר:

דהרי בודאי לא היתה כונתה לזה שתמחול ע"י השובר שהרי אין המחילה ע"י השובר. אבל בודאי שתלתה הברירה עדיין בידה. שעתה השובר בעדו באופן אם תתרצה למסור משו"ה לא קשה כלל הנך קושיות שהקשו מהנך גווני היכא דלא נתרצה:

דבודאי אם לא תצוה למסור באופן זה לא עשתה שהרי צותה למסור השובר לידה. ומיושבים כל הקושיות דהרי הנך ברייתות מיירי באופן שהיא אינה רוצה:

וכן לא קשה קושית הקצות מעבדים אם כתב שטר שחרור' דהתם בודאי הא כונת הרב' שיכתבו השחרור בעדו' באופן אם ישחררו ע"י השטר שחרור דהרי שחרור בעי קנין דוקא ולא מהני מחילה, וא"כ הוי שחרור כמו שעבוד דבעי קנין משו"ה שם בעינן מטא לידו דוקא. ושפיר מדייק נמי הרא"ש דבמכר כה"ג, היכא שכתב לאחד ומכר בינתים לאחר' זה שמכר לו בינתים קנה. ולא שייך בזה עדיו בחתומיו זכין דהרי מכר בעי קנין, א"כ בזה דומה מכר לשעבוד דבעת כתיבת השטר. אף שצוה לכתוב השטר בעד המוכר למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו' אעפי"כ. הרי צוה למסור השטר לידו היינו שרצה דוקא באופן. אם הוא ימכור לו ע"י השטר לא שיהי' תכף השדה של הלוקח דשייר עדיין

הברירה בידו, וכיון דמכר בעי קנין א"כ כונתו הי' כמו בשעבוד. שרק אם יקנה לו ע"י השטר, הוא עושה עתה את השטר בעד המוכר דלא דמי למחילה:

דע"כ לא הי' כונתה למחול ע"י השובר. דהא מחילה לא בעי קנין, וא"כ היכא שמכר בין הכתיבה להמסירה. הרי עתה איננו מוכר לו השדה ע"י השטר. שהרי אין השדה שלו. משו"ה במכרו היכא דמכר לאחר לא שייך עדיו בחתומיו זכין לו' שהרי אין כאן מטא לידי'. וסובר הרא"ש דזה הכריח נהאלפסי. לפרש כן משום דהי' קשה לי' איך שייך בשובר מטא לידי' אם מכרה בינתים הכתובה לאחר. לאביי דס"ל דלית לן דשמואל, א"כ עתה כשמכרה הכתובה לאחר. הרי אין בידה עתה למחול ע"י השובר שהרי אין הכתובה שלו. ולא דמי לשעבוד דשעבוד על הגוף ולא על הנכסים חל וא"כ הרי הוא משעבד ע"י השטר. אבל בכתובה דמכרה כבר אינה שלה, איך יתקיים מטא לידי', היינו שהיא תמחול ע"י השובר' הא לאביי אין יכולה עתה למחול דלית לי' דשמואל דאמר מוכר יכול למחול, משו"ה פירש האלפסי דבשובר אין צריך כלל מטא לידי'. וכיון דחזינן דהאלפסי מפרש מטא לידו הכונה הקנאה או השתעבדות ע"י השטר, א"כ שפיר הוכיח הרא"ש דבמכר אם מכר בינתיים השני יזכה כיון שלא נתקיים מטא לידי' היינו הקנאה ע"י השטר דהרי כבר השדה אינה שלו:

ומיושב לפי"ז גם הקושיא שהקשה במצא שטר בו ביום והחייב מודה למה הצריך הרמב"ם הנפק ותירץ הקצות דחיישינן שמא ביטלו. כיון שנמצא באשפה:

אלא דהקשה הוא בעצמו. א"כ אף למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו אם מצאו באשפה יבטל ואמאי מקשינן שיחזירנו. ותירץ דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין. הוי כאלו מטא לידי' למפרע וכיון דהוי כמאן דמטא לידי' הוה מעשה ומעשה אין יכול לבטל. וע"ז כתב הנתיבות דלא אמר כלום. אכן לדברינו תירוצו שפיר ולא מטעמי', דלמ"ד עדיו בחתומיו זכין לי' ביארנו, דהיינו מטעם שהלוה צוה לכתוב השטר בעד המלוה. א"כ הרי השטר הוא של המלוה, וא"כ איך יכול לבטל שטר שהוא של המלוה אבל לדידן דלית לן עדיו בחתומיו זכין לי', א"כ סבירא לן דלא עשה כלל השטר בעד המלוה רק שעשה שטר שהוא רוצה לשעבד עצמו עליו. ועושה השטר בעד עצמו:

א"כ הרי כל זמן שלא מסרו למלוה הרי השטר שלו הוא וא"כ יכול לבטלו. ומשו"ה בעי הנפק דוקא. דאם לא כתוב בו הנפק, חיישינן שמא מיד הלוה נפל וכיון שהלוה זרקו ואיבדו הרי גילה בזה שמבטלו והשטר הרי הוא שלו ויכול לבטלו. משו"ה בעי דוקא הנפק. אכן למאן דס"ל עדיו בחתומיו זכין:

הרי ס"ל דנעשה השטר בעד המלוה. א"כ השטר הוא של המלוה. רק שהוא יכול לשעבד עצמו. אבל השטר הוא של המלוה:

א"כ אף אם הלוה זרקו אין יכול לבטל דין שטר שזהו של המלוה ולא שלו. דכל דבר שיש לאדם זכות, אין יכול לחזור בו. ולא לבטלו, כמו אם כתב שטר לאחד, למאן דאמר עדי חתימה כרתי הקנין בסוף היום, ויכול למכור השדה לאחר בינתים, אעפי"כ לחזור בו אין יכול ועיין בזה ברמב"ן כתובת צ"ד:

ומיושב לפ"ז ג"כ דברי הרמ"א שכתב' שאם כתב בשטר בהדיא שמשעבד נכסיו. כותבין אעפ"י שאין מלוה עמו. והקשה הש"ך מה בכך שכתב כן. הא לא קי"ל עדיו בחתומיו זכין לו. ועוד הא לא עדיף ממסר המעות בפנינו דכבר נשתעבד, אכן לדברינו מיושב בפשטות דטעמא דלא סבירא לן עדיו בחתומיו זכין לו. משום דאנן לא ס"ל, שהלוה מצוה לכתוב השטר בעד המלוה, דאנן סבירא לן דהלוה כותב השטר בעד עצמו' שילוה מהלוה ע"ז, א"כ היינו דוקא. היכא שלא כתב שמשעבד עתה ע"י השטר, אז אמרינן דכותב השטר בעד עצמו. אבל היכא שכתב בפרוש, שמשעבד ע"י השטר הרי הוא אומר בפירוש שמצוה לכתוב השטר בעד המלוה. א"כ הרי צוה לעדים שישביחו וישנו את הניר בעד המלוה:

א"כ הרי לכ"ע זכה המלוה. כדין הצבע אם אמר לו הבעל לצבוע בעד האשה, והא דלא סבירא לן עדיו בחתומיו זכין לו. הוא משום דאנן סבירא לן:

דבסתמא אין עושה בעד המלוה. אבל אם עשה בפירוש בעד המלוה לכולי עלמא עדים בחתימתם זוכין בעד המלוה. אבל היכא שכתב בסתמא דאז כתב השטר בעד עצמו. אז אף אם מסר המעות בפנינו כל זמן שלא מסר אמרינן הרי כתב בעד עצמו, ובמה יזכה המלוה, כיון שלא זכה ע"י חתימת עדים. שהם חתמו בעד הלוה לא בעד המלוה, אבל אם שעבד בפירוש מעכשיו הרי אומר בפירוש שיחתמו בעד המלוה. וזכו לכולי עלמא העדים בחתימתם בעד המלוה:

סימן טו

יחקור אם חיוב האחריות בנמצאת גזולה הוא מטעם מקח טעות או מטעם חיוב אחריות, ויבאר, דאין אדם מתחייב שלא מדעתו אף היכא שזכות הוא לו. וממילא במכר, אף בדעת אחרת מקנה בעינן כונה דקנין, ויבאר דהא דזבן אינש ארעא ליומא, הכונה שנכנס בספק שמא תשאר בידו, ויחקור אי אסיק אינש אדעתי' לחשוש, שהשדה גזולה.

(דף י"ד) **ואמר** אביי ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקן. עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה אינו יכול לחזור בו דא"ל חייתא דקטרי סברת וקבלת, מאימת הוי חזקה מכי דייש אמצרי, ואיכא דאמרי אפילו באחריות נמי דאמר ליה אחוי טירפך ואשלם לך. והנה בתוס' הקשו אי מיירי בנתן מעות, אמאי יכל לחזור בו ועוד משהחזיק בה אינו יכל לחזור בו אבל באחריות יכול לחזור, אמאי יכל לחזור כיון שנתן מעות והחזיק כמשפט וכי לעולם יכל לחזור בו, ועוד חזקה דדייש אמצרי לא אשכחן בשום מקום. ופירש ריב"א, דמיירי שקנאה בקנין חליפין ולא נתן מעות וקאמר עד שלא החזיק בה חזקה דמפרש בתר הכי דייש אמצרי שלא הלך לארכה ולרחבה ולא סמכא דעתיה יכל לחזור בו, משהחזיק בה שהלך לארכה ולרחבה אינו יכל לחזור, אבל באחריות יכל לחזור כיון שלא נתן מעות ויש עוררים הואיל וסופו לשלם מעותיו, עתה שהן בידו יעכבם, אכן הרמב"ם (בפי"ט מהלכות מכירה) כשהביא להאי דינא פירש דמיירי שנתן כסף שהרי כתב שם יחזיר המוכר הדמים, הרי דפירש בנתן הדמים ולפ"ז יקשה קושית התוס' איך בעי בגמ' למימר דאף אם החזיק בה ונתן מעות יכול לחזור בו אם מכר באחריות, אמאי יכול לחזור בו וכי לעולם יכל לחזור בו, הרי נתן מעות והחזיק:

ונראה לי לבאר דברי הגמ' אליבא דהרמב"ם דהנה בחו"מ סי' קט"ז איתא לוקח שטרפו ממנו השדה כותבין לו טירפא כו' אם היתה שוה אלף בשעה שלקחה ובשעת טירפא לא היתה שוה אלא ת"ק כותבין לו טירפא באלף, וכתב ע"ז הקצות החשן ז"ל ובש"ך כתב דאם הוזלה ועמד על ת"ק אינו משלם יותר משוי' וכ"כ ה"ה בפשיטות גבי ערבות פרק כ"ה ממלוה וז"ל ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה בע"ח, מגבינן ללוקח כפי מה שהי' שוה בשעת הטירפא ולא כפי הדמים שקנה כו' אמנם מתוס' נראה דס"ל דבהוזל משלם אחריות כפי הדמים שקנה ע"ש בפ"ק דב"ק ומציעא בראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ויצאו עליו עסיקין עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה אין יכול לחזור בו מ"ט דאמר ליה חייתא דקטרי סברית וקבלת, ודוקא שלא באחריות אבל באחריות לא וא"ד אפילו באחריות דא"ל אחוי טרפך ואשלם לך. והקשו בתוס' ונימא ליה שקול ארעיך בזוזך ותירצו בב"ק וי"ל כגון שהוזלו עיי"ש וא"כ למה חלקו בין באחריות או לא הא נהי שיוציאו מ"מ לא יצטרך לשלם בשביל אחריות אלא כשער שהוא שוה עכשיו, וא"כ הוא חייב לו יותר, דהא הלוקח צריך לשלם הדמים שהי' בשעת המכירה, והמוכר אין צריך ליתן לו בעד האחריות אלא כשעת הזול, ואם ירצה הלוקח להשלים עד הזול ולשלם כפי דמי המקח, רק שרוצה לגבות בעד האחריות הדמים שהוא

בשעת הזול בעד האחריות, א"כ בלא"ה מצי אמר שקול ארעך בזוזך, אלא ע"כ מוכרח מתוס' דס"ל אם הוזל כותבים טירפא כשעה שקנה, שלא הי' ללוקח פסידא. וא"כ כיון דהתוס' והראב"ד הרי ס"ל אין לחלוק על דבריהם, ובפרט שבדברי הה"מ הגיה מחשובת מהר"ש יונה וכתב שט"ס נפל בדברי הה"מ עכ"ל הקצות:

אכן דברי הקצות החשן תמוהים לי מאד מאי ראי' מייתי מתוס' דהתוס' פליגי על הה"מ דהא התוס' מיירו היכא שיצאו עסקין, היינו שערערו שהשדה גזולה, ואם אמת הוא שהשדה גזולה, נמצא שהי' מקח טעות, וכיון דהי' מקח טעות, א"כ מגיע לו הדמים שנתן, וא"כ אף אם אח"כ הוזלה, בודאי צריך להשיב לו הדמים שנתן שהרי לא הי' כאן מכירה ונתבטל המקח, ומגיע לו הדמים שנתן לו בטעות, שם שפיר אמרינן דאף אם הוזלה אח"כ משלם לו דמי המכירה. כיון דמיירי באופן שיהי' הטירפא, שהעוררים טוענים שגזולה היא וכן פירש"י להדיא בב"ק דף ט' דעסיקין היינו שעוררים שלנו היא, אבל הרב המגיד הא מיירי בשטרפה בעל חוב, א"כ אין כאן מקח טעות כלל ורק שהוא מקבל אחריות שלא יגיע לו ההפסד, א"כ המוכר הוא ערב בעד הטריפה, היינו שישלם לו בעד ההפסד שמגיע לו על ידו, א"כ ההפסד הוא עתה רק חמש מאות, שהרי היא עתה אינה שוה אלא חמש מאות, וא"כ שפיר אמר הה"מ, דהיכא דטרפה בעל חוב, אין משלם אלא הדמים ששוה עכשיו, דהרי קבלת האחריות הוא בעד הטריפה, כיון דאין כאן מקח טעות, משא"כ היכא דטרפוה, מחמת טענת גזולה דהוי מקח טעות, שם האחריות בעד הדמים שנתן. ופליאה על רבנו הקצות איך ערבב שני הענינים וכן הוא מפורש להדיא בתוס' (ב"מ י"ד ד"ה שעבוד דאי נגזל טרפה חוזר על הגזלן אף בלא קבלת אחריות, כיון דהוי מקח טעות וא"כ התוס' לטעמייהו ס"ל דישלם לו הגזלן כפי הדמים שלקח:

אולם בהאי דינא גופא, היכא דנמצאת שאינה שלו, נראה לי ג"כ דלאו כ"ע סבירא להו דקבלת האחריות הוא בעד הדמים שנתן, משום דהוי מקח טעות דהנה התומים הקשה על הנך פוסקים דס"ל המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אף בלא קיבל אחריות וכן הוא מפורש שם בחו"מ סי' קט"ז במחבר. והקשה התומים דהא בגמ' ב"מ (דף ע"ב) פריך בגמ' אמאי אמרינן בנמצאת שדה גזולה דגובה מנכסים משועבדים, הא לא ניתן השטר ליכתב. כיון דאפילו מוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, מה בכך שלא ניתן ליכתב דל מהכא שטרא לגבי ממשעבדי מטעם עדים. והנה התומים תירץ דקושית הגמ' הוא נמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא דלמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא לא יגבה המוכר שדהו מנכסים משועבדים, היכא דלא קיבל אחריות בפירוש. והא דפסק המחבר דאף אם נא קבל אחריות, גובה מנכסים משועבדים הא לדידן דס"ל

שעבודא דאורייתא. ודבריו תמוהים דא"כ המחבר דס"ל האי דינא הי' לו לפסוק גבי מעשה דאקני לבנו קטן ואח"כ מכר שיגבה מנכסים משועבדים, דאף שהשטר לא ניתן ליכתב, אעפי"כ יגבה מנכסים משועבדים מטעם העדים, דהרי בגמ' לא חילק, אלא משום דהשטר לא ניתן ליכתב והרי המחבר בעצמו פסק (בסימן ק"נ) להאי דינא דהיכא שנתן הממשכן לבנו קטן ואח"כ עשה שטר מכירה לבעל המשכון, שטר המכירה אינה כלום, והמעות שנתן יתר על המשכון אינם אלא כמלוה על פה ונהי דהשטר אינו כלום, יגבה ממשועבדים מטעם העדים, דהא הוי מכירה בעדים והמחבר בעצמו הא פסק דלא בעי קבלת אחריות במוכר שדהו בעדים. ומזה קשה ג"כ על הנתיבות שהוא תירץ לקושיא זו של התומים וז"ל ולענ"ד לק"מ דהש"ס מקשה בשלמא מוכר שדהו בעדים העדים מעידים בפה לפנינו, משא"כ בשטר מכר שאין העדים לפנינו וכיון דהשטר לא ניתן ליכתב הוי מפי כתבם ואין כאן עדות כלל דאימור נתן לו במתנה, דאיך כתב המחבר ז"ל והמעות שנתן אינם אלא כמלוה על פה ממ"נ אם אין העדים כאן לפנינו, אף מבני חורי' לא יגבה ומאי שייך לומר כמלוה על פה הא כלל לא גבי, שהרי אין כאן עדות דהוי מפי כתבם ואם העדים לפנינו ומעידים שמכר וקבל דמים. יגבה אף משועבדים, שהרי הוי המוכר שדהו בעדים. וכן קשה בגמ' ב"מ שם גופא דאיבעי שם זוזי כמלוה בשטר דמי וגובה מנכסים משועבדים או דלמא כמלוה ע"פ דמו ואינו גובה מנכסים משועבדים ולדברי הנתיבות ממ"נ אם חסר בירורים שמכר לו ולקח ממנו המעות אף מיני' לא גבי דהוי מפי כתבם ואם הי' עדים שמעידים על מעשה המכירה א"כ אף ממשועבדים גובים מטעם העדים והוי לי' לשאל מיני, גופא אי גובה עפ"י השטר או לא:

לכן נראה לי לתרץ דהנה בספרנו (על ב"ק סימן י"ב) כתבנו לתרץ קושית הקצות החשן בסימן קי"ט לדברי התוס' ב"ק דף י"ד דפירשו דאי נימא דשעבודא לאו דאורייתא להכי בנזקין אין גובה אף דנזקין יש לו קול, דדוקא במלוה בשטר תקנו רבנן שיגבה ממשעבדי משום נעילת דלת, דאי שעבודא דאורייתא ובמלוה ע"פ מדרבנן הוא דלא גבי משום תקנת לקוחות, א"כ בנזקין דיש קול ואין כאן תקנת לקוחות דאינהו דאפסידו אנפשייהו: יגבה נזקין מן המשועבדים. והקשה הקצות לדברי התוס' דנזקין יש להם קול, ואעפי"כ לא גבי ממשועבדים למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, משום דאין כאן תקון העולם דשלא תנעול דלת, א"כ איך אמרינן בסוף ב"ב דאף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, אם עמד בדין על הנזקין גובה ממשועבדים מה הועיל ההעמדה בדין, דהא קול הי' לנזקין אף קודם העמדה בדין אלא דלא גבי:

משום דאין כאן תקנה דנעילת דלת, א"כ מאי הועיל העמדה בדין ואמאי גבי עתה. ותירצנו דנהי דרבנן לא תקנו לגבות ממשועבדים אלא במלוה דאית לי' קלא משום נעילת דלת. אבל לא בנזקין דליכא נעילת דלת, אבל במלוה לא חילקו בין אם מגיע החוב בעד הלואת כסף מזומן או שהחוב הוא בעד חיוב אחר, כיון דעתה הוא בעל חוב ומחויב לשלם והוא בעל חוב והחוב אית לי' קלא גובין ממשובדים, אבל לא תקנו רק בדבר שהוא עתה חיוב חוב לשלם דמים, אבל נזקין כל זמן שלא עמד בדין, לא הוי עתה חיוב לשלם חוב, אלא דמוטל עליו חיוב נזקין וכל זמן דלא עמד בדין, הוי חיוב נזקין, משו"ה ס"ל להרמב"ם דדמי קרקע הוא כקרקע, משום דגם עתה הוא חיוב נזקי הקרקע, וגם עתה הוא חיוב קרקע, דנזק כל זמן שלא עמד בדין, הוי חיוב נזק, אבל משעמד בדין, עתה הוא חיוב, דמים שחייבוהו ב"ד. וכדאמרינן בגיטין י"ח שביעית אינה משמטת אלא מלוה אבל לא שכר שכיר, וקנס ואונס ופתוי (והוא הדין שארי נזקין) אבל משעת העמדה בדין כולם משמטין, משום דמשעת העמדה בדין, עתה החיוב תשלומי הדמים שחייבוהו ב"ד בדין, הרי דקודם העמדה בדין הוי חיוב תשלומי נזק ולאחר העמדה בדין הוי מלוה וזה הוא שהועיל ההעמדה בדין לגבות בנזקין ממשעבדי, אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, משום דעל ידי העמדה בדין נעשה "מלוה" שיש לה קול, ובמלוה שיש לה קול לא חילקו רבנן בתקנתם. ובכל אופן גובה ממשועבדים. אבל קודם ההעמדה בדין לא הי' מלוה, דקודם העמדה הוי נזקין, דמשו"ה שביעית אינה משמטת, ומשו"ה אינו גובה ממשועבדים, דהא בנזקין לא תקון רבנן, אבל לאחר העמדה בדין הוי מלוה וכיון שיש לו קול גובה ממשועבדים:

והנה במלוה ע"פ קי"ל דאינו גובה ממשועבדים ובודאי דלא חילקו בהלואה, אף אם תהי' הלואה בפני אלף עדים, שעתה יש קול, כיון דהויא הלואה והלואה בעצמה אלו לא היתה בפני הרבה עדים לא הי' להדבר קול, דכל הלואות אין דרך להלוות בפני הרבה שיהי' קול, משו"ה אף אם הי' המעשה בפני הרבה עדים, אין גובין ממשועבדים, ואף למאן דס"ל שעבודא דאורייתא, כיון דעשו רבנן תקנה שלא יגבה מלוה ע"פ מן הלקוחות לא חילקו בין אם נעשית בפני הרבה עדים או מעט, ורק היכא שהי' מכר, שמכר הא עושה קול הדמים שמגיע בשביל חיוב המכר, בזה אמרינן דגבי ממשועבדים שהרי חיוב מכר יש לו קול:

והנה מתחלה הי' סבר בב"מ שם (דף ע"ב) כשהקשה מהא דלשבח קרקעות כיצד הרי שגזל שדה מחבירו ומכרה לאחר והשביחה והרי היא יצאה מתחת ידו כשהוא גובה. גובה את הקרן מנכסים משועבדים נימא לא ניתן ליכתב ואיך גובה מנכסים משועבדים

את הקרן הי' סבר בגמ' כשהקשה כן דהיכא דנמצאת שדה שאינה שלו, הוי מקח טעות, נמצא דמה שמחויב הגזלן לשלם הדמים אין החיוב בשביל המכר דהחיוב משום שנטל כסף של חבירו להוציאן, ואף דהי' המעשה דרך מכר ומכר הא יש לו קול, הא כיון דנמצאת שדה שאינה שלו א"כ לא הי' כאן מכר כלל, והוי רק הלואה, שמחויב הוא לשלם הכסף אף דנעשה בפני הרבה עדים כדרך מכר הא בהלואה לא חילקו רבנן בין נעשה בפני הרבה עדים או בפני מעט עדים וא"כ אף דנימא המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, היינו דוקא, היכא דטרפוהו בשביל הבע"ח, דאז המכירה איננה בטעות, ורק שמסתמא או מפורש מקבל אחריות, אז חיוב האחריות הוא חיוב מכר, אז יהי' הדין דגובה מנכסים משועבדים, דחיוב מכר יש קול, אבל היכא דנמצאת שאינה שלו, א"כ המכירה היתה בטעות, וא"כ החיוב לשלם לאו מדין התחייבות המכר, אלא מטעם מקח טעות, א"כ הוי הלואה, אלא שנעשית שלא בצינעא, ובהלואה אף שנעשית שלא בצינעא לא חילקו רבנן, וא"כ פריך שפיר דנימא השטר לא ניתן ליכתב, ולא מיבעיא בעדים אלא אף בשטר לא יגבה מנכסים משועבדים דהויא רק הלואה, דהשטר לא ניתן לכתוב:

וע"ז משני הכי השתא התם אי למ"ד ניחא לי' דלא ליקריא גזלנא, אי למ"ד ניחא לי דליקו בהימנותי' מפייס לי' למרי' ומוקי לי' לשטרי' הכא לאברוחי' מיני' מכוון שטרא מקיים לי' פירוש דלא תימא בנמצאת שדה שאינה שלו דהוי מקח טעות, אלא כיון דניחא לי' למיקם בהימנותי' או מטעם דלא ליקריא גזלנא, א"כ עומד הי' בשעת המכירה גופא שתשאר השדה בידו, א"כ לאו מקח טעות הוא, דכמו דאמרינן עביד אינש דזבין ארעא ליומא, ובודאי אין הכונה אף אם הי' יודע שיטרפו ממנו, הי' מתרצה, דבודאי לא הי' משלם זוזי אם הי' יודע שיטרפו ממנו, רק הוא נכנס בספק, פן תשאר הקרקע בידו ולא יטרפוה ממנו, ומשו"ה סבר שמואל דבמקח וממכר לא אמרינן אחריות טעות סופר, משום דדרך בני אדם ליכנס בספק הזה, דעומד שתשאר הקרקע אצלו, א"כ אף אם נמצאת השדה שאינה שלו, ג"כ לאו מקח טעות, דבשלמא אם לא הי' עומד בשעת קניה שתשאר הקרקע בידו, בודאי שמקח טעות הוא, שהרי לא בשופטני עסקינן. שיקנה קרקע שלמחר תצא ממנו, אבל קרקע שאינה עומדת שתצא ממנו ועומד שתשאר בידו: הוא קונה אותה בשביל הספק הזה, אם ישתמש בה יום אחד, וכיון דאמרינן דסתמא אם מכר לו קרקע הגזולה יקנה הגזלן מיד הבעלים או מטעם דלא ליקריא גזלנא. או מטעם דליקו בהימנותי' א"כ בשעה שקנה הקרקע, אף שהיתה גזולה, הי' מקום ספק וקרוב

לודאי שתשאר הקרקע בידו היינו שהגזלן יקחנה מיד הנגזל בשבילו דבדעת בני אדם מה דאמרינן עביד אינש דזבן ארעא ליומא אין לו חילוק, אם הוא עתה קנין או לאו קנין: דהא הטעם דעבד דזבן ארעא ליומא היינו בספק שמא תשאר בידו:

הוא מחביבות שרוצה ליקח הקרקע, וניחא לי' אף מספק שמא תשאר בידו, א"כ היכא שלפי הענין עומד שתשאר בידו ניחא לי לקנות אותה בשביל ספק זה ומוסר הכסף לחלוטין רק שהמוכר מקבל אחריות שתעמוד בידו:

נמצא דאליבא דשמואל דס"ל במקח וממכר לא אמרינן אחריות טעות סופר הוא יסברו הנך פוסקים דס"ל דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים, אף אם לא קבל אחריות בפירוש, לדידן, דלדידהו הקושיא מגמ' ב"מ אינהו יסברו דלא כתוס' דמפרשי דהיכא דנמצאת שדה שאינה שלו, הוי מקח טעות, אלא אינהו יסברו כיון דסבירא לן שם בב"מ דמשום דניחא לי' דלא ליקריא גזלנא, או מטעם דליקו בהימנותי', עומד בשעת המכירה שהגזלן יקח השדה מיד הנגזל בשביל הלוקח. אין כאן מקח טעות דזבין אינש ארעא ליומא בשביל הספק שמא תשאר אצלו. ומשו"ה לא הוי מקח טעות, דהכסף הוא מקנה לגמרי להמוכר, והמוכר מסתמא יראה שתשאר הקרקע בידו כדי שלא יקראוהו גזלן:

והנה אף דאנן פסקינן להלכה כרבא דאחריות טעות סופר הוא, אין הטעם דלא סבירא לן עבד אינש דזבן ארעא ליומא, וא"כ יהי' מקח טעות, אלא דאף דסבירא לן עבד אינש דזבן ארעא ליומא, אעפי"כ מסתמא הוא רוצה שיקבל אחריות כיון דכן הוא דרך כל הלוקחים, דהמוכר מקבל עניו אחריות, וא"כ אף אם נמצאת שדה שאינה שלו, אין כאן מקח טעות, כיון דבשעת המכירה הי' עומד שתשאר הקרקע בידו:

מסר לו הכסף לחלוטין, רק שהוא התחייב מסתמא, שאם יטרפו ממנו באיזה אופן שיהי', יתחייב לשלם לו בעד הטריפה שטרפוהו, ולא קיים אנא אשפי, ואף דלא כתב כן, מסתמא הי' דעת הלוקח והמוכר שיכתבו כן שמקבל המוכר עליו שישפה המוכר מכל ערעור, ואם לא יעשה כן אז ישלם בעד זה שיטרפו השדה בשבילו:

לפ"ז היינו הא דמשני בגמ' דלא דמי הא דמסר השדה על שם בנו וכתב לו שטר דאין גובה ממשועבדים לדין דנמצאת שדה שאינה שלו, דגובה מהמשועבדים על פי מה שבארנו דהיכא דהוי הלואה לא חילקו בין נעשה בפני הרבה עדים לבין לעשה רק בפני שני עדים, בכל גווני אין גובה ממשועבדים, והיכא דהוי מקח טעות, דלא הי' כאן מכר, הוי רק הלואה, א"כ הכא דהממשכן מסר על שם בנו הקטן, בשעת הקני' היה כונתו להבריח השדה מן הלוקח א"כ לא הי' עומד כלל שישאר הקרקע בידו, וא"כ בודאי דלא שייך

בכה"ג עביד אינש דזבין ארעא ליומא, דזהו דוקא אם לפי הענין עומד שתשאר הקרקע בידו, אבל הכא דודאי עומד שלא תשאר הקרקע בידו, שהרי המוכר רוצה להבריח, א"כ הוי מקח ואין כאן מכר כלל, א"כ הוי רק הלואה, דהמעות הם בידו בתורת הלואה, והשטר איננו שטר כלל דלא ניתן ליכתב, משו"ה אין גובה מהמשועבדים, אף דנעשה באופן מכר, שלא נעשה בצינעא, בהלואה לא חילקו רבנן אבל בנמצאת שדה שאינה שלו, דשם בשעת המכירה לא הי' מקח טעות שעומד הי' שתשאר הקרקע בידו, או מטעם דניחא לי' דליקא בהמנותי'. או מטעם דלא לקריא גזלנא. א"כ מקח טעות לא הויא דעביד אינש דזבין ארעא ליומא היינו היכא שעומד שתשאר בידו, והחיוב דעל המוכר הוא רק מטעם קבלת אחריות שהוא דין מכר בכה"ג לא מיבעיא דגובה ממשועבדים, שהרי המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים אלא אף השטר הוא שטר' שהרי עומד ליכתב, כיון דאין בהמכירה מקח טעות וא"כ לפי המסקנא דבמכר. אף בנמצאת שאינה שלו' לא הוי מקח טעות. שפיר פירשו הפוסקים דאף במוכר בעדים ולא התנה מפורש אחריות גובה מנכסים משועבדים. דהרי החיוב הוא מדין קבלת אחריות, והא דאיצטריך לגמ' למימר' דמקיים השטר בידי, ולדברינו אף בלא שטר גובה היינו לאשמועינן רבותא.

דאף השטר הוא שטר ונפקא מינה או לטעמא דהנתיבות דלא יהי' מפי כתבם:

או אליבא דהתומים לאשמועינן אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא, אבל לענין גבי' לדידן אף בעדים גובה מנכסים משועבדים:

היכא דלא הוי מקח טעות היינו בנמצאת שאינו שלו וגבי ממשכן דהוי מקח טעות והוי רק הלואה. אף לדידן דס"ל שעבודא דאורייתא, ג"כ לא גבי, דשם הוי רק הלואה, כיון דהוי מקח טעות. ומה שהקשה התומים על דברי הרמב"ם שכתב אף בהכיר בה שהיא גזולה. גובה הקרן מנכסים משועבדים. והא בהכיר בה שהיא גזולה. לא אמרינן ניחא לי' דלא לקריא גזלנא. ולא ניחא דליקו בהימנותי' כמו שכתב הרמ"א בסימן שע"ד. דאם הכיר בה שאינה שנו ולקחה אח"כ אינו קונה:

וא"כ השטר לא ניתן ליכתב, ואמאי גובה ממשועבדים. נראה לי בפשטות כיון דשניהם ידעו שאינה מכירה א"כ השטר הוא שטר הלואה ממש וניתן ליכתב משום הלואה, שהרי ידעו ונתכונו לזה שיכתבו שהוא מקבל הכסף שהרי ידעו שאינה מכירה. ורק היכא דהלוקח הי' סובר שהוא מכירה. כמו גבי ממשכן שייך לומר לא ניתן ליכתב:

שהרי הוא רוצה בשטר מכירה ולא רצה בשטר הלואה אבל בשניהם יודעים הוי שטר הלואה ממש. ונהי שנתבטל מה שכתוב:

שמכר. אבל מה שכתוב שלקח הכסף. זה לא נתבטל והוי שטר הלואה ממש. ועדות שבטלה לא שייך בזה שהרי עדותם אמת אלא שאין מועיל מטעם אחר:

ובזה יש לבאר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד (בפט"ו מהלכות עדות הלכה ו') ז"ל הרמב"ם וכן לוקח ראשון מעיד ללוקח שני שלקח אחריו שזה השדה שלו והוא שיש למוכר שדה בן חורין כנגד דמי שדה של לוקח ראשון. שאין ללוקח ראשון הנאה בעמידת זה השדה ביד לוקח שני, שאפילו נטרף לוקח ראשון. על המוכר הוא חוזר והרי יש לו שדה אחרת שיגבה ממנה. וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל א"א דוקא בשעשאה אפותיקי ע"כ וכתב הרדב"ז דטעמא דהראב"ד. דאף שיש להמוכר שדה אחרת, אעפי"כ אין מעיד שהרי יש לו הנאה. פן יש עוד בע"ח שיטרוף השדה שביד המוכר וגם השדה שבידו. ומשו"ה מוקי לה בשעשאה אפותיקי שלא יוכל בע"ח אחר לגבות כיון שעשאה אפותיקי. ודברים אלו לא הבנתי:

דהרי כל חששא דהלוקח הוא פן יש מלוה בשטר. דמלוה ע"פ לא גבי ממשעבדי, וע"כ הא דאילו לא הי' שדה אחר למוכר לא הי' מעיד דאמרינן דחושש פן יש בע"ח בשטר הקודם והוא יטרוף ממנו' משו"ה הוא מעיד שהשדה של מוכר כדי שאם יבא הבע"ח בשטר המוקדם, ימצא ממה לגבות. ואם נימא דחושש פן יבא בע"ח כזה המוקדם שחובו כנגד שתי השדות, א"כ מאי מועיל שעשה המוכר השדה אפותיקי לו וכי בשביל זה לא יגבה בע"ח המוקדם. הא אפותיקי לא עדיף ממכירה גמורה וכיון דמלוה בשטר המוקדמת. גובה אף משדה המכורה. מכש"כ משדה דעדיין אינה רק אפותיקי, דיגבה בע"ח המוקדם שקדם שטרו לאפותיקי של זה וא"כ אם נימא דחושש לבע"ח מוקדם גם אפותיקי לא יועיל:

ונראה לי דכונת הראב"ד להקשות על הרמב"ם דס"ל (פי"ח ממלוה) דאף אם עשאו אפותיקי, אעפי"כ אם בא לגבות ויש כאן נכסים בני חורין גובה בעל האפותיקי מנכסים בני חורין. ולא מאפותיקי שכבר מכרה ע"כ כתב הראב"ד דהכא האי דינא דלוקח ראשון מעיד ללוקח שני דוקא בשיש לו להמוכר שדה אחרת ע"כ דאין הטעם דחושש פן יבא בע"ח לטרוף ממנו:

משו"ה אמרינן דנוגע בעדותו, דרוצה הוא שתשאר קרקע ביד המוכר שאם בא בע"ח יגבה מאותו קרקע שביד המוכר:

דא"כ דעיקר רצונו בעדותו, כדי שישאר בעד הבע"ח ממה לגבות א"כ בודאי יחפוץ שיהי' עוד שדות שהרי מאין הוא יודע שיעור החוב שמגיע לבעל חוב' ואם הוא מסיק על דעתו לחשוב אודות בעל חוב, ומשום זה יעיד שקר, א"כ אף אם יש שדה אחרת למוכר, ג"כ

יעיד שקר שיחשוש פן החוב כנגד השתי שדות. שלו' וזו שביד המוכר דמאי פסקא. דהוא חושש רק לחוב שכנגד שדה אחת וכמו שהקשו התוס' בב"ב מ"ו ע"ב ד"ה לוקח. וע"כ דהוא לא אסיק כלל אדעתי' לחשוש שישאר שדה בעד בע"ח, דא"כ אין לדבר סוף. אלא דאמרינן שהוא נוגע בעדות, שרוצה שתשאר האחריות שלו' היינו:

שהרי הוא לקח שדה שלו באחריות:

שאם יטרפו מידו יחזור על המוכר ע"כ רוצה שישאר שדה אחת כנגד האחריות שלו' שאם יטרפו ממנו השדה יהי' לו על מה לחזור. משו"ה רוצה שתשאר ביד לוקח השני' שבאם יטרפו ממנו השדה, יהי' לו ממה לגבות וע"ז הוא מסיק אדעתי' לחפוץ שישאר אחריותו קימת ומשו"ה הקשה הראב"ד דאיך יכול להיות הדבר שיטרפו ממנו והוא יצטרך לחזור על לוקח שני הא אם יבא הבע"ח יאמר לו הנחתי לך מקום לגבות הימנו. דהרי אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין. ע"כ דחושש שיבא בע"ח כזה שהוא יטרוף מידו ורוצה שתשאר קרקע ביד המוכר בעד אחריותו. היינו שיבא בע"ח כזה שעשה לו אפותיקי:

דאז אף אם יהי' ביד המוכר שדה בני חורין יטרוף ממנו השדה שהיא אפותיקי לבע"ח. והוא חושש משום זה, שמא שדה שלו אפותיקי ויטרפוה ממנו ורוצה הוא שתהי' השדה לגבות אחריות שלו. אף שלסתם בע"ח שירצה שישאר מקום בעד בע"ח, לגבות זה לא אסיק אדעתי', דאל"כ לא הי' לדבר סוף. וע"כ שהוא חושש בעד האחריות שלו' היינו שאם יטרפו ממנו' יהי' לו ממה לגבות, ע"כ דהחשש הוא שמא השדה שבידו אפותיקי ויטרפוה ממנו. ורוצה שיהי' קרקע בני חורין שאז יהי' אחריות שלו קיים וא"כ מזה ראי' לדין הראב"ד דאם בא בע"ח לגבות משדה אפותיקי, גובה אף במקום שיש נכסים בני חורין. דלדברי הרמב"ם קשה מאי מועיל שיש שדה ביד המוכר הא באופן זה לא שייך לומר שיהי' האחריות שלו קיים:

שהרי לדברי הרמב"ם כל זמן שיש שדה בני חורין אין גובין ממשועבדים:

א"כ אם ישאר שדה בני חורין אצל המוכר. לא שייך לומר אחריות שלו קיים. שהרי אז לא יטרוף בע"ח כלל משדה שבידו לדברי הרמב"ם כיון שיש נכסים בני חורין, אף שהוא אפותיקי, וא"כ כשהוא מסיק אדעתי' אודות אחריות שלו שיהי' קיים:

עליו לחשוב פן החוב הוא נגד השדה של בני חורין וגם כנגד השדה שלו' שהיא אפותיקו, וא"כ, אף ביש שדה בני חורין ביד המוכר. לא יעיד, כיון דזה הוא מסיק אדעתי' שיהי' האחריות שלו קיים. ע"כ מוכח כדעת הראב"ד דאם שדהו אפותיקי:

אף אם יש ביד המוכר שדה בני חורין. גובה מהאפותיקי, דלגבי אפותיקי לא אמרינן אין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין. זהו כונת הראב"ד להקשות על הרמב"ם דע"כ בשעשה אפותיקו אין גובין מבני חורין:

אך לדברי הרמב"ם בפרטות יש לתרץ, דהוא חושש פן יבא נגזל ויטרוף ממנו השדה ורוצה הוא שתשאר קרקע ביד המוכר או ביד הלוקח כדי שיעור שדה שלו כדי שיהי' אחריות שלו קיים. היינו האחריות בעד שדהו אם תמצא גזולה. והא דלא מפרש הראב"ד כן' נראה דאזלי הרמב"ם והראב"ד לשיטתייהו. דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ט מהלכות גזילה ה"ו) ז"ל גזל שדה ומכרה והשביחה הלוקח אם השבח יתר על ההוצאה נוטל הוצאה מבעל השדה והקרן נוטל עם שאר השבח מהגזלן. וכתב על זה הראב"ד ז"ל א"א בשקבל עליו אחריות וכבר תמה הכ"מ על דברי הראב"ד אלו:

דס"ל דבעינן דוקא שיקבל אחריות מפורש. דהא אסיקנא בפ"ק דב"מ הילכתא יש לו מעות ויש לו שבח אעפ"י שלא פירש לו השבח כו' ואחריות טעות סופר הוא בין בשטרי הלואה בין בשטרי מקח וממכר. לכן נראה לי דהראב"ד והרמב"ם פליגי בזה הא דקי"ל אחריות טעות סופר הוא דהרמב"ם סובר כמו שבארנו לדעת הנך פוסקים דס"ל המוכר שדהו בעדים, אף אם לא קבל אחריות גובה מנכסים משועבדים אף אם לא קבל אחריות מפורש דס"ל עבד אינש דזבן ארעא ליומא והא דמשלם לו בנמצאת שדה שאינה שלו. הא משום דמסתמא הי' בדעתם שיקבל אחריות. הרי דאדם כשמקבל אחריות אסיק אדעתי' אף אחריות דגזל דגם זה אסיק אדעתי' שמא השדה גזולה, אכן למאן דס"ל דדוקא אם קבל אחריות בפירוש דלדידי' לא קשה כלל מגמ' ב"מ הנ"ל א"כ לדידהו לא נצטרך לפרש כמו פירשנו, דמשום דלא לקריא גזלנא לא הוי מקח טעות, ואינהו יסברו דאם נמצאת שאינה שלו:

הוי מקח טעות וכמו שפרשו התוס' בב"מ י"ד ד"ה שעבוד. א"כ נוכל לומר דאדם לא אסיק כלל אדעתי' שהשדה גזולה ואף בקבלת אחריות. דעתי' רק על טריפת בע"ח והא דמחויב לשלם בנמצאת שאינה שלו הוא משום דנמצא המקח טעות וכיון דכתב שטר הוי מלוה בשטר ודוקא בכתב שטר גובה מנכסים משועבדים ולא בעדים דכיון דהוי מקח טעות הוי מלוה על פה:

א"כ הראב"ד לטעמי' שהביא הרשב"א בחידושיו לקדושין, שתירץ על הקושיא שהקשו על הא דאמרינן זכו בשדה זו לפלוני וכתבו לו השטר, חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה והקשו מאי נפקא מינה הא המוכר שדהו בעדים גובה ג"כ מנכסים משועבדים וא"כ מאי נפקא מינה בשטר. ותירץ הראב"ד דהא דאמרינן המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים

משועבדים הוא דוקא בקבל אחריות בפירוש והקשה הרשב"א הא אמרינן אחריות טעות סופר הוא. היינו משום דלא שדי אינש זוזי בכדי וכיון שכן בין בשטר בין בע"פ אחריות טעות סופר הוא. אכן לדברינו ניחא. דהראב"ד ס"ל הא דאמרינן אחריות טעות סופר דבסתמא רוצה לקבל עליו אחריות, משום דבודאי כן רוצה הלוקח ובאופן זה הוא קונה וממילא המוכר ג"כ רוצה בקבלת אחריות, היינו דוקא אחריות של טריפת בע"ח אבל אחריות של נגזל לא אסיק אינש אדעתי' דלא מסיק אינש אדעתי' שתהי' גזולה שיחפוץ אחריות בשביל זה, אלא דמשו"ה אם נמצאת שאינה שלו חוזר עליו. משום דהוי מקח טעות, דכיון דלא אסיק אינש דבר זה אדעתי' ממילא הוא מקח טעות וכפירוש התוס' הנ"ל (בדף י"ד) וכיון דהוי החיוב רק משום מקח טעות, א"כ הוי הלואה, משו"ה אם כתב לו השטר דהוי הלואה בשטר גובה ממשועבדים. אבל אם לא כתב לו השטר דהוי רק הלואה בעדים ובהלואה הא לא חילקו בין נעשה בצינעא או בפרהיא ורק בקבל אחריות בפירוש, דאז החיוב משום קבלת האחריות ובקבלת אחריות כותבין מכל ערעור וכן אם קבל בע"פ אחריות אם יטרפו ממנו בכל גווני דאז לא הוי הלואה רק חיוב אחריות דהוא חיוב מכר בכה"ג גובה ממשועבדים דהרי החיוב הזה נעשה בפרהסיא והוי חיוב מכר לא חיוב הלואה:

נמצא דהראב"ד לטעמי' שפיר השיג על הרמב"ם שכתב בסתמא דאם נמצאת שדה שאינה שלו גובה הלוקח מן המוכר אף שבח. דמאיזה טעם יגבה שבח בלא קבל אחריות, דהרי חיוב שבח בעי שיתחייב עצמו, וכיון דלא חייב עצמו. שלא קבל אחריות מהיכא תיתי יתחייב בשבח דהרי אדם לא אסיק אדעתי' ששדה גזולה היא' שיחשוב קבלת אחריות בעד גזל:

והא דאמרינן אחריות טעות סופר הוא היינו משום דממ"נ אם טרפו בע"ח ע"ז אסיק אינש אדעתי' ורצו שניהם בקבלת אחריות. ואם לקחה נגזל ממנו' הוי חיוב ממילא, כיון דלא אסיק אדעתי'. הוי מקח טעות דאליבא דהראב"ד לא ס"ל עביד אינש דזבן ארעא ליומא וממילא הוי מקח טעות וא"כ במה יתחייב השבח ומשו"ה ס"ל להראב"ד. דהא דאמר רבא שבח יש אף שלא פירש לו את השבח היינו דוקא היכא שקבל אחריות בפירוש, אז מסתמא היתה דעתו כדרך שכותבין אחריות דכותבין אף שבח. אבל היכא דלא קיבל אחריות דגזל אמרינן דלא אסיק אדעתי' דגזולה השדה דגזל לא אסיק אדעתי', וכיון דחיוב הקרן הוא משום מקח טעות. אין כאן חיוב אחריות:

שהרי הוא מקח טעות וממילא הכל מקח טעות. ואין כאן חיוב שבח אכן הרמב"ם יסבור כהנך פוסקים דס"ל אף המוכר שדהו בעדים ולא פירש אחריות. ג"כ גובה מנכסים

משועבדים. ולא חילקו בין טריפת בע"ח לגז. הרי דס"ל דאנן ס"ל עביד אינש דזבן ארעא ליומא היינו דמקח טעות לא הוי' ורק מסתמא דעתו לקבל אחריות הרי דגם אחריות בדעתם לקבל בסתמא וטעות סופר הוא. א"כ מסתמא דעתם גם על שבח שהרי בסתמא אמרינן דדעתם ככל חיובי השבח:

משו"ה פסק דאף אם לא קבל אחריות בפירוש ג"כ משלם המוכר ללוקח השבח:

ולפ"ז אזדי הרמב"ם והראב"ד לטעמייהו גם בדינא דלוקח ראשון מעיד ללוקח שני והוא דאית לי' ארעא אחריתי. דהרמב"ם מוקי דחשש נגיעת עדות הראשון לשני הוא משום דחושש הראשון שאחריותו תהי' קיים פן תמצא שדה שלו גזולה. דהרי הרמב"ם לטעמי' דס"ל דאף חשש זה פן השדה גזולה ג"כ מסיק אינש אדעתי' ובסתם לוקח. אף שלא פירש אחריות. דאמרינן אחריות טעות סופר דמסתמא הי' דעתו גם על זה לקבל אחריות, ואף שבח הוא גובה בשביל זה משו"ה סובר דנגיעתו הוא שחושש פן שדה שלו גזולה ורוצה שיהי' שדה ביד המוכר לטרוף בעד האחריות הזה אכן הראב"ד לטעמי', דס"ל סתם אחריות הוא משום טריפת בע"ח דגזולה לא אסיק אינש אדעתי' א"כ לדידי' לא מצי לאוקמי דנגיעתו משום זה, דהרי לא אסיק אינש זה אדעתי' וא"כ דנגיעתו משום חששא שמא יטרפו ממנו' והיכא שיש עוד שדה ביד המוכר איך יטרפו ממנו ע"כ דחושש פן שדה שלו אפותיקי לאחר, וא"כ מוכיח הראב"ד דע"כ היכא דעשאו אפותיקי. אף שיש נכסים בני חורין גובים מהאפותיקי המכורה. ולטעמי' פריך שפיר על הרמב"ם דאיהו ס"ל דאף באפותיקי אין גובין במקום שיש נכסים בני חורין. אכן הרמב"ם לטעמי' לא קשה כלל, דאיהו סובר דהחשש שמא היא גזולה דאסיק אינש אדעתי' אף לגזל:

נמצא לפי דברינו דהרבה פוסקים ס"ל דאף בנמצאת שדה שאינה שלו' אין החיוב משום מקח טעות רק מטעם חיוב אחריות נוכל לומר דאליבא דהה"מ דס"ל בשהיתה שוה בשעת לקיחה אלף זוז ובשעת טריפה ת"ק זוז אין כותבין טירפא אלא על ת"ק זוז אפשר דגם בנמצאת שאינה שלו:

כיון דאין כאן מקח טעות. אין החיוב אלא על הטירפא וכותבין לו טירפא רק כפי ששוה בשעת הטירפא. ולא קשה מתוס' דהתוס' לטעמייהו דס"ל דהוי מקח טעות:

משו"ה ס"ל דגובה כפי הדמים שנתן. אבל אליבא דהפוסקים דאין כאן מקח טעות, גובה רק כפי ששוה בשעת טירפא:

עוד נראה לי להביא ראי' שיש פוסקים שסוברים דלדידן אף בנמצאת שאינה שלו לא הוי מקח טעות, והכסף שנתן נתן לגמרי. דהנה הקצוה"ח בסימן ער"ה הקשה לדברי הפוסקים שפסקו היכא שמכר פרה לעכו"ם והעכו"ם הוליך הבהמה להשקותה דלא

קנה משום דלא נתכוין העכו"ם להקנותה במשיכה זו. והא הראב"ד והרשב"א כתבו דהא דאמרינן העודר בנכסי הגר וקסבר שלו הן דלא קנה, היינו בנכסי הגר דוקא. אבל היכא דדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין. ועיין שם שהקשה מדברי הראב"ד אהדדי, שהראב"ד כתב דאפילו מדד הלוקח על החמרים לא קנה, שלא נתכוין לקנות במשיכה זו. הא הראב"ד בעצמו ס"ל דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין וכתב הקצות דאולי תרי ראב"ד נינהו וצ"ע:

וכתבנו בספרנו לבוש מרדכי על ב"ק (סימן ל"ו) דאף דהראב"ד ס"ל בדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין. היינו דוקא בנותן מתנה, דאין הקונה מתחייב כלום ולקנות יכול אדם אף שלא מדעתו משו"ה מועיל אף בלא כונה של הקונה לקנות אבל במקח וממכר הא הקונה ע"י שיקנה החפץ יתחייב בדמי החפץ. ואם לא נתחייב לא יוכל לקנות וא"כ איך יוכל לקנות שלא מדעתו. הא אין אדם מתחייב שלא מדעתו דאדם קונה שלא מדעתו אבל להתחייב שלא מדעתו:

לא יתחייב, ועיין בסימן ע"ז לענין שותף שלוה לצורך השותפות. שכתב הרא"ש דלא נתחייב השותף השני אף שעשה לצורך השותפות:

משום דאין יכול להשתעבד גופו שלא מדעתו ועיין בט"ז דאף הרמב"ן דס"ל דהשותף השני נתחייב הוא בשותף סתם לכל דבר. דכל שותף הוי שליח לכל דבר. והיינו דאז הוי כאלו שלחו בפירוש, וכאלו מתחלה קבל אבל בשנים שהניחו כל אחד איזה סך להתעסק והלך אחד ולקח בהקפה שלא מדעת חבירו כתב הט"ז דבזה לכ"ע לא נתחייב השותף השני:

אעפ"י שהוא עושה לטובת השותפות. והיינו דזכין לאדם בדבר שהוא טובתו, אין מחייבין אותו שלא מדעתו אף בדבר שהוא לטובתו (והא דכתב המחבר בסימן רל"ה דאם זוכה בעד לוקח הלוקח יכול לחזור ולא המוכר, התם כיון שזוכה רצה מתחילה שיקנה הלוקח קנין זה שיהי' בידו שאם ירצה לקנות וליתן דמים יהי' שלו' וזוכה. אבל בסתם מוכר איננו רוצה שיחול הקנין שיהי' תלוי ביד הלוקח ודוק) ועפי"ז מיושב קושית הקצוה"ח בסימן קצ"ה על הרמ"א שהביא דברי מהר"י דאין קונין שלא בפני המוכר והלא בסימן רל"ה לא הגיה דברי המחבר שהביא להלכה שאם זוכה שלא בפני המוכר קנה:

אכן לדברינו ניחא דהתם לא קנה הלוקח לגמרי אלא לקנין זה שאם ירצה לקנות הרשות בידו. ויש לו זה הקנין כמו שכתב הרב שיכול אדם להקנות לאדם שדה לזה שכל זמן שארצה למכור לא אמכרנו אלא לך אבל הכא בסימן קצ"ה מיירי באופן שהמוכר חושב

שכבר קנה. וא"כ סבר שהשדה כבר ביד הלוקח ואין רשות לחזור וזה טעות, שהרי לא נתחייב שלא מדעתו משו"ה גם המוכר יכול לחזור:

וא"כ שפיר כתב הצ"צ שאם הוליך העכו"ם הפרה להשקותה לא קנה אותה, כיון שלא נתכוין לקנין. וכן שפיר כתב הראב"ד שאם מדד על החמרים לא קנה כיון שלא נתכוין לקנות:

אף דהראב"ד בעצמו ס"ל דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין. אבל במכירה לא שייך כלל שיקנה שלא מדעתו. דאין אדם מתחייב שלא מדעתו ובמכירה הא בעינן שיתחייב בסכום המכירה, משו"ה לא קנה:

אלא דכל זה הוא אם לא נתן הכסף עדיין אבל נתן הכסף לכאורה הכא לא בעי שיתחייב הלוקח. שהרי כבר נתן הכסף. וא"כ קושית הקצוה"ח על הצ"צ. היכא שכבר נתן העכו"ם הכסף יקנה העכו"ם במשיכה שמשכה להשקותה, דהרי מצד קנין בדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין:

והתחייבות הכסף ג"כ לא בעינן שכבר נתן הכסף. אכן נראה לי פשוט דיש לומר לדעת הצ"צ דאף היכא שכבר נתן הכסף לא קנה שהרי כל שלא קנה עדיין. א"כ נעשה הכסף הלואה גבי המוכר:

שהרי יש לו רשות להוציאם. וא"כ הרי בעינן שבעת שקונה החפץ ע"י המשיכה ימחול הכסף היינו ההלואה, והרי שלא מדעת אין יכול למחול, דנהי דאמרינן אדם קונה שלא מדעתו, אבל אין אדם מקנה שלא מדעתו. והא דלא בעינן ע"כ לדעת הראב"ד כונה גם מצד המקנה, הוא כמו שפירש הש"ך (בחו"מ סימן ש"ו) דלא כדברי התוס' דס"ל דגם בנותן אדם לחבירו לאכול דבר שאינו שלו אף אם ידעו הבעלים לא יקפידו, הוי יאוש שלא מדעת, אכן הש"ך פסק דלא שייך בזה יאוש שלא מדעת ומבואר אצלנו במקום אחר דעת הרמב"ם ג"כ הכי, והיינו משום דהא דאסר ליטול דבר חבירו ואסרה התורה משום לא תגזול, היינו דוקא היכא שהוא יקפיד, אבל היכא שהוא לא יקפיד, לא אסרה התורה בכה"ג. ואין כאן בזה איסור לא תגזול וממילא הוא זוכה, נמצא שפיר סובר הראב"ד דבדעת אחרת מקנה לא בעינן גם כונת המקנה, כמו שמוכיח הגרעק"א בתשובותיו (סימן ל"ז) התם היינו טעמאד כיון דאין איסור מטעם לא תגזול ממילא זוכה ע"י קנינו, דכל היכא דאין איסור דלא תגזול, יוכל לזכות, אבל אלו היינו צריכין לדעת המקנה להקנות, בודאי דלא הי' מועיל שלא מדעתו, אף דאלו הי' יודע הי' מתרצה. וכדברי התוס' דהוי יאוש שלא מדעת, א"כ היכא שנתן הכסף, הא לא שייך לומר שהמוכר זוכה הכסף, שהרי הם כבר שלו, וא"כ בעינן שהלוקח כשזוכה הדבר שקונה ימחול הכסף

שמגיע לו, ואין אדם מוחל שלא מדעתו, אף אם הי' יודע הי' רוצה, דהא הוי יאוש שלא מדעת, וא"כ שפיר אמר הצ"צ בכל גווני שמשך העכו"ם שלא בכונה לזכות הפרה לא קנה, משום דנהי דאדם קונה שלא מדעתו, אבל להקנות שלא מדעתו היכא דבעי דעתו אין מועיל, וא"כ איך יקנה הפרה שלא מדעתו, הא בעינן שימחול הכסף ואין אדם מוחל שלא מדעתו:

ואם נימא כן יהי' ראי' מדברי הרמב"ן שפירש הא דאמרינן שאם חזר הגזלן ולקחה מבעלים הראשונים קונה הלוקח, משום דהגזלן קונה בעד הלוקח, וזוכה הוא בקנייתו בעד הלוקח. ולכאורה תקשה לפי הנ"ל דאין אדם מתחייב שלא מדעתו, ובמכר אין אדם זוכה שלא מדעתו, אף היכא שכבר נתן הכסף, א"כ הכא דלקח שדה גזולה, והוא הי' סבור שהמכירה היא אמיתית, נמצא דהכסף מקח טעות והם הלואה ביד הגזלן, א"כ איך מועיל מה שקנה הגזלן לצורך הלוקח שלא מדעת הלוקח הא במכר, אין אדם קונה שלא מדעתו, משום דאין מוחל שלא מדעתו הכסף, אכן לפי מה שביארנו דאף אם נמצאת שדה גזולה ג"כ לא הוי מקח טעות, א"כ הכסף נעשה מכל וכל של הגזלן, רק שיש עניו חיוב אחריות שבאם יטרפוה מיד הלוקח יצטרך לשלם, א"כ הא הלוקח כשהוא קונה השדה, אין מתחייב מצדו ולא מוחל, שהכסף שנתן כבר המה מחולים, שהרי לאו מקח טעות הוא דעביד אינש דזבין ארעא ליומי' פירוש נכנס בספק, א"כ דאין מתחייב כלום, יכול להקנות שלא מדעתו, שהרי זכין לאדם שלא בפניו:

ולפ"ז יתיישב שפיר דברי הרמב"ם, שפירש סוגית הגמ' דמכר שדה ויצאו עלי' עסיקין, עד שלא החזיק בה יכול לחזור בו משהחזיק בה, אין יכול לחזור בו שנתן כבר המעות וקשה עליו קושית התוס', איך בעי בגמ' למימר דאם באחריות יכול לחזור בו וכי לעולם יכול לחזור בו. אכן להרמב"ם יתבארו דברי הגמ' כמין חומר. דהנה הרמב"ם פירש שיכול לחזור בו, משום דהוי מום במקח ולכאורה קשה הא המום נולד אח"כ ועכצ"ל דמיירי דגם בעת המכירה הי' עומד שיצאו העסיקין אלו, שהרי הרמב"ם התחיל דינו ז"ל. אסור למכור לחבירו קרקע או מטלטלין שיש בה עסיקין עד שיודיעו כו' המוכר קרקע לחבירו ואחר שקנה הלוקח באחד מהדרכים שקונין בהם קודם שישתמש יצאו עליו עוררין ה"ז יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה שעדיין לא נהנה בו ובאו התובעין לפיכך יבטל המקח ויחזיר המוכר את הדמים ויעשה דין עם המערערין. ואם נשתמש בה הלוקח כל שהוא ואפילו דש המצר שלה וערבו עם הארץ אינו יכול לחזור בו, אלא עושה דין עם המערערין ואם הוציאה מידו יחזור על המוכר כדין כל הנטרפין עכ"ל הרמב"ם:

הרי דסובר הרמב"ם דהטעם משום מום במקח ומפרש הרמב"ם הכי דהנה עסיקין הוא מום ומהו מום מה שיערערו עליו ויכול להיות שיוציאו ממנו, אכן הרי אמרינן עביד אינש דזבן ארעא ליומא, דפירשו דזהו שנכנס בספק, הרי דלאו מום הוא, ורוצה הוא הספק הזה, אכן זהו דוקא אם לכל הפחות דר בה חד יומא, אז אמרינן שנכנס בספק, ולא הוי מקח טעות, אבל אם לא דר בה עדנה חד יומא ותיכף לא יניחוהו להשתמש, בכה"ג אין רוצה, שהרי אמרינן דוקא עביד אינש דזבן ארעא ליומא היינו דדוקא אם דר בה חד יומא, אז עביד אינש דזבין משום האי ספק, אבל לא היכא דלא דר והנה הא דאמרינן עביד אינש דזבן ליומא אין הכונה ליומא דוקא, אלא רק אם דר בה, וכמו דאמרינן לגבי חזקת קרקעות דטוענין ללוקח וה"מ דדר בה חד יומא המוכר, ואמרינן שם דלאו דוקא חד יומא אלא כל שדר ונשתמש, ה"נ הא דאמרינן עביד אינש דזבן ארעא ליומא, והיינו אפילו לחדא שעתא ג"כ זבן, היינו אם אך נשתמש, רוצה הוא ליכנס בספק פן תשאר בידו:

והנה מתחלה הי' סבור, דאימתי אמרינן דעביד אינש דזבן ארעא ליומא, היינו דוקא שלקח שלא באחריות, דאז חזינן דרוצה הוא ליכנס בספק, אבל היכא שלקח באחריות, חזינן דהאי גברא רוצה הוא דוקא שתשאר הקרקע בידו, שהרי הוא מקבל אחריות, משו"ה אמר אם יצאו עלי' עסיקין אם לקחה שלא באחריות, דאז עביד דזבין ליומא, אז הדין כן, אם לא דייש אמצרי, דזה הוא לא דר בה חד יומא, אף שקנאה באחד מדרכי הקני' חוזר. דבכה"ג אין אדם רוצה ליכנס לקנות שדה שעוד קודם שידור בה חד יומא יצאו עסיקין, בכה"ג אין רוצה ליכנס בספק, אבל אם דייש אמצרי שכבר נשתמש בה, דהיינו דר בה חד יומא וכפי שביארנו דלאו דוקא חד יומא, ואפילו שעה אחת, עביד אינש דזבן בכה"ג ונכנס בספק, לא יכול לחזור בו, שהרי אדם הקונה נכנס לספק זה. ומדויק מאד לישנא, דאמרינן מ"ט חייתי דקטרי סברית וקבלית, דלדברי התוס' קשה למה איצטריך לטעמא אמאי לא יכול לחזור בו, אדרבה איצטריך טעמים למה יכול לחזור בו, שהרי כבר קנה. אכן לדברי הרמב"ם מדויק, אף שאין לך מום גדול מזה, שיצאו עסיקין ומיירי דעוד בעת המכירה עמד שיצאו עסיקין, ע"ז אמר חייתה דקטרי סברת וקבלת, היינו כיון שלקחת שלא באחריות, הרי רצית לכנס בספק כזה, אם תדור חד יומא. וכל זה דוקא שלא באחריות, אבל באחריות לא אמרינן דזבן ארעא ליומא, שהרי הוא רוצה דוקא באחריות, וא"כ כיון שעמד בעת המכירה שיצאו עסיקין. הוי מום המבטל מקח לעולם. ואיכא דאמרי אפילו באחריות. דלא נימא דאם לוקח באחריות, אז לא אמרינן גבי' עבד אינש דזבן ארעא ליומא, והוי מקח טעות אם נמצא שאינו

שלו, לא כן, אלא אף אם קונה באחריות, ג"כ אם נמצא שדה שאינה שלו, לא הוי מקח טעות. משום דעומד שתשאר השדה בידו, משום דניחא לי' דלא לקריא גזלנא או דליקו בהימנותי' ורוצה הוא בהספק פן תשאר בידו, ורק הוא רוצה שיקבל המוכר אחריות שבאם לא תשאר בידו, ישלם, א"כ גם במוכר באחריות, אין החיוב מטעם מקח טעות, רק אם יטרפו יצטרך לשלם, משום חיוב אחריות, משו"ה מצי אמר לו אחוי טירפך ואשלם לך דרק אם יטרפו ממך, אז אתחייב לך. אבל מה שיצאו עסיקין אין זה מום שרוצה הוא בהאי ספקא פן תשאר בידו, ורק אם לא נשתמש כלל, דאז לא הוי דר בה חד יומא, אז הוי מקח טעות, אבל היכא דנשתמש, עבד אינש דזבן ארעא ליומא, ולא הוי מקח טעות, ורק אם יטרפו ממך אצטרך לשלם, אחוי טירפך ואשלם לך:

סימן טז

יבאר שיש מוקדם כזה, שנפסל בעת החתימה, ואז אינינו שטר כלל ויש שטר מוקדם, שהחתימה בכשרות. ורק אח"כ נעשה מוקדם, היינו כתב בניסן ולא לוה עד תשרי, והרבה חילוקי דינים ביניהם ובמגו להוציא, אם בזה נכשיר השטר, מוציאין ואם א"א, להכשיר השטר, ע"י המגו, אין מוציאין.

(ד' י"ז) **שטר** שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו, אימת אילימא למחר וליומא חרא מאי אירי' שכבר נמחל שעבודו תיפוק לי' דהו"ל מוקדם ותנן שטרי חוב המוקדמים פסולין ע"כ:

והנה הש"ך בחו"מ (סימן מ"ח סק"ב הוכיח שבשטר שנמחל שעבודו אף מבני חרי לא גבי מב"ב (דף ל"ב) דההוא ערבא דאמר ללוה הב לי מאה זוזי דפרעתי למלוה עילוך והא שטרא אמר לי' לאו פרעתיך אמר לי' לאו הדרת שקלתינהו מינאי שלחה רב אידי בר אבין קמי' דאביי כי האי גונא מאי שלח לי' אביי מאי תיבעי הא איהו דאמר הילכתא כרבה בארעא והלכתא כותי' דרב יוסף בזוזי דהיכא דאוקמו זוזי לוקמו ע"כ הרי דאפי' מבני חרי לא גבי ומזה הקשה שם על הרא"ש דמשמע מדבריו בפירושו לנדרים ד' כ"ז דשטר שלוה בו ופרעו מבני חרי גבי דהרי מגמ' ב"ב מוכח דאפי' מבני חרי לא גבי, והנה (בסי' מ"ג ס"ז) בחו"מ הוא מחלוקת הראשונים אי הא דאמרינן שטרי חוב המוקדמים פסולים היינו דוקא לגבות ממשעבדי אבל מבני חרי גבי או דאפי' מבני חרי נמי לא גבי והביא הש"ך בשם הריב"ש להקשות דא"כ מאי פריך הכא מאי אירי' שכבר נמחל שעבודו תיפוק לי' דהוה לי' מוקדם ותנן שטרי חוב המוקדמים פסולים כו' ואם נימא דמוקדמין כשרין לגבות מבני חורין לא קשה כלל דמשו"ה אצטריך לר' יוחנן לומר דשטר

שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו ולא קאמר הפסול משום מוקדם דאלו משום מוקדם לא הי' הפסול לגבות אלא ממשועבדים אבל מבני חורין הי' גובה להכי קאמר ר' יוחנן דאם לוה בו ופרעו דפסול אפי' לגבות מבני חורין משום שטר שנמחל שעבודו דמשום זה שנמחל שעבודו אפי' מבני חורין לא גבי כדמוכח מגמ' הנ"ל דחזקת הבתים:

ונראה לי לתרץ דהנה הש"ך בחו"מ (סי' מ"ג סק"ב) כתב להוכיח דהא דאמרינן שטר שאין בו זמן אינו גובה ממשועבדים היינו משום דלא ידעינן אימתי נכתב אבל אם יש עדים שראו שהשטר הי' בידו קודם שקנה הלוקח השדה גובה אף בשטר שאין בו זמן מדאמרינן בפ"ק דמציעא (דף י"ט ע"א) גבי גט אשה וגט שחרור שנפל דאין טורפין מזמן הכתוב דשמא לא מטא לידו אלא לאחר זמן אלא כי אתו למיטרף אמרינן להו אייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך. הרי דזה הוי כאין בו זמן שהרי הזמן אין מועיל להם לטרוף ואפ"ה משמע דמהני לטרוף מזמן שמביא עדים שראו הגט בידה. וראיתי שהנודע ביהודה מהדורא תנינא חלק חו"מ סי' כ"ו הביא שרשם בגיליון הח"מ שלו לתמוה על הש"ך שהרי אם נכתב בניסן ולא נמצא עד תשרי למאן דלא סבר וכו' זהו מוקדם גמור ואפי' משעת מסירה אינו גובה וכמ"ש הש"ך עצמו בס"ק ט"ו וא"כ ע"כ מה שאמרו אימת מטא גיטא לידך היינו שהביא ראי' שבא לידו ביום הכתיבה ממש ולפ"ז אין ראי' משם דשם נכתב כדין וחל שעבוד משעבדי אבל בשטר שאין בו זמן כיון שמתחלה בזה הענין אי אפשר לטרוף הרי לא חל השעבוד כי אין הלקוחות נזהרין לקנות עכ"ל בגיליון והביא שם שאחד הקשה לו הא פסול דמוקדם הוא שמא יטרוף מזמן הכתוב ובגט כיון דיאמרו הא דאהדרוה כדי להנשא בו א"כ ליכא חשש מוקדם בגט ותירץ לו הנו"ב שם דלפי פסק הש"ע באבן העזר סי' קכ"ז סעי' ה' דגט שלא נמסר ביום הכתיבה אין לו תקנה אלא לשלחו ע"י שליח א"כ בגט שלא נפל ולא נמסר ע"י שליח אפי' לא נמסר בזמנו לית ליה קלא ולא מסקו לקוחות דעתייהו לומר אייתי ראי' דרק ע"י הנפילה מסקו לקוחות אדעתייהו ומעתה אם תביא ראי' שבא הגט לידה קודם הנפילה אבל לא ביום שנכתב הא ודאי שאם לא נפל היתה יכלה לטרוף הלקוחות מזמן הכתוב בו שלא כדין דאז אכתי לא נפל וא"כ הרי הוא פסול לגמרי ע"כ הפירוש אייתי ראי' שנמסר בזמנו ואפי' לדעת הפוסקים דכל גט כיון שנמסר בעדי מסירה קלא אית ליה א"כ אין ראי' דהא התם נכתב מתחלה לגבות ממשעבדי שהרי נכתב למסרו בעדי מסירה ואז יהי' קול וגובה בו תמיד עכ"ד הנו"ב שם:

אכן אנכי לא הבנתי כלל למה להנודע ביהודה לפלפל כלל אם גט מוקדם כשר דאז נוכל לפרש אייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך היינו אפי' שלא בזמן הכתוב וא"כ יהי' מזה ראי' דשטר שאין בו זמן גובה ממשעבדי אם יש עדים שלקח הלוקח אחר שבא השטר לידו דאם כפי הבנתו דעיקר ראי' הש"ך מגט א"כ אין התחלת ראי' כלל דהרי הא דפליגי הנך פוסקים בשטר שאין בו זמן אם גובה ממשועבדים אחר שראו עדים השטר בידו הוא אם שטר שאין בו זמן הוא שטר כשר לגבות וחל על ידו שעבודים והא דאין גובין בו משום דלא ידעינן אימת בא לידו אבל אם יש עדים שראוהו בידו טורף בו דשטר שאין בו זמן נמי עושה שעבודים או דשטר שאין בו זמן אינו עושה שעבודים כלל דשטר שאין בו זמן אינו שטר לעשות שעבודים וא"כ אף שראוהו בידו אין גובה מהמשועבדים אחרי שאין עושה שעבוד והנה כל זה לא שייך אלא בשטר דמקום הספק אם חל על ידו שעבודים ואם לא חל על ידו שעבוד אין גובין משום דהוי מלוה ע"פ אכן בגט דגובה האשה ממשועבדים מיירי שם בגמ' שאם מכר הבעל נכסי מלוג שלה דכל זמן שהיא אשתו יש לו פירות עד נתינת הגט והגט נכתב ונמסר לה באיזה זמן וכיון שנמסר לה הגט והוא איננו בעל שלה א"כ אין לו קנין בנכסי מלוג שלה כיון שהיא מגורשת ממנו ממילא אין לו פירות א"כ אף אם תביא ראי' שלא נמסר הגט ביום הכתיבה אעפי"כ כיון שהגיע גט לידה הרי נתגרשה וכיון שנתגרשה הרי כשהבעל מכר אחר כך נכסי מלוג מכר דבר שאינו שלו והלוקחים אכלו פירות שלה וא"כ אמאי לא תגבה מהם הרי הם ירדו לשדה שלה ואכלו פירות שלא ברשות ולא בעי כלל שהגט יעשה שעבוד רק שיעשה גרושין אבל בשטר שעבוד דבעי שהשטר יעשה שעבוד הרי נוכל לומר דשטר שאין בו זמן אינו עושה שעבודים ומאי ראי' הש"ך וע"כ דהש"ך סמך עיקר ראיתו אדברי הגמ' דלקמן דבעי בגמ' ומ"ש משטרי משטרי חוב דתנן מצא שטרי חוב אם יש בהם אחריות נכסים לא יחזיר ואוקימנא משום שמא כתב בניסן ולא נתן עד תשרי התם נמי ליהדר וכי אתי למיטרף נימא ליה אייתי ראי' אימת מטא שטרא לידך והתם יהי' ראי' הש"ך שפיר דהרי בשטר שעבוד בעינן שהשטר יעשה שעבודים ואם נימא דע"י שטר שאין בו זמן לא חל שעבודים מאי מועיל שיביא עדים שראו השטר בידו שלא בזמן הכתוב הא שטר שאין בו זמן אינו עושה שעבודים וכיון דלא נמסר ביום שנכתב שטר שאין בו זמן הוא ע"כ דשטר שאין בו זמן נמי עושה שעבוד מיום שנמסר (שוב ראיתי דהתומים הקשה מאי ראי' מגט לשטר ולדידי נראה פשוט דכונת הש"ך להקשות משטר) וא"כ הא התם יהי' קושית הנודע ביהודה חזקה הא בשטר שעבוד לכ"ע מוקדם פסול א"כ איך יוכל לפרש הש"ך דפירוש אייתי ראי' אימת מטא לידך הוא אפי' שלא בזמן הכתוב א"כ מוקדם הוא

שהרי קודם הנפילה הי' יכול לגבות בו מזמן הכתוב והוי פסול ע"כ דפירוש אייתי ראי' אימת מטא לידך הוא אם מטא לידו בזמן הכתוב וזה קושי' עצומה על רבינו הש"ך:

ונראה לתרץ דהנה הש"ך בחו"מ (סי' מ"ג ס"ק י"א) כתב אם המלוה בעצמו כתב על השטר המוקדם קודם שנראה בב"ד שהשטר לא ניתן ליטרף אלא מזמן הזה שר. והקשה התומים א"כ מאי פריך בגמ' ב"מ על הא דאמר ר' יוחנן שטר שלוה בו ופרעו אין חוזר ולוה בו שכבר נמחל שעבודו אימת אילימא למחר וליומא חרא מאי ארי' שנמחל שעבודו תיפוק ליה דהוה מוקדם ומאי פריך הא אם הפסול אינו אלא משום מוקדם אם יכתוב המלוה עליו שלא ניתן ליטרף אלא מזמן זה יהי' כשר ולהכי אשמועינן ר' יוחנן דיש פסול משום שנמחל שעבודו ולזה לא יועיל כתיבה וע"כ מדפריך בגמ' תיפוק לי' דהוה מוקדם ע"כ דאין חלוק ואף במוקדם אם יכתוב עליו אין מועיל:

אכן יש לתרץ דברי הש"ך דהנה לכאורה קשה על הש"ך איך כתב דכשר אם יכתוב עליו המלוה דלא ניתן לגבות אלא מזמן זה דהנה בחו"מ (סי' מ"ה סעי' י"ד) איתא לגבי הרחיק שתי שיטין את העדים מן הכתב פסול אבל אם מילא את השתי שיטין אף בעדים פסולים כשר ואיתא שם במחבר דאפי' אם מלאו המלוה שלא מדעת הלוה נמי כשר וי"א דוקא שמילאוהו מדעת הלוה אבל אם מלאוהו שלא מדעת הלוה פסול ובסי' ט"ו כתב המחבר ז"ל הא דמכשרינן במילאוהו קרובים אם הוא שטר שאין בו קנין דוקא שמלאוהו ביום שנכתב ונחתם אבל אם מלאוהו למחר וליומא חרא אפי' במצות הלוה פסול והנה הסמ"ע כתב דזה דכתב המחבר דדוקא במלאו אותו היום שנכתב כשר הוא לדעת הי"א דס"ל דאם נעשה שלא מדעת הלוה פסול אבל לדעה זו דס"ל דאף שלא מדעת הלוה כשר אף אם מלאוהו אחר היום שנחתם ג"כ כשר:

אכן הש"ך השיג על זה וכתב וז"ל ולא נהירא דא"כ לא הוי להמחבר לעשות מזה סעי' מיוחד אלא נראה דס"ל דכ"ע מודו בזה דנהי דיכול לעשותו שלא מדעת הלוה היינו כיון שמסר השטר לידו כאלו הרשהו לעשות אבל מ"מ אין השטר נכשר אלא משעת המלוי וכו' עכ"ל הש"ך והנה הסמ"ע ס"ל דפליגי הנך פוסקים בזה אם ע"י מלוי העדים נעשה שטר היינו מקודם שנתמלא שני שיטין לא הוי שטר ועתה במילוי הוא עשהו שטר או אף קודם שנתמלאו השני שיטין ג"כ הי' שטר רק שהי' דין דרבנן שלא יגבה בו משום חשש שמא יזייף ובזה שהוא מילא את השני שיטין איננו עושה את השטר רק מסלק החשש מעליו ומשו"ה ס"ל דאף אם נעשה שלא מדעת הלוה ג"כ כשר שהרי לסלק החשש מעליו לא צריך דעת הלוה אבל הנך פוסקים דס"ל דדוקא מדעת הלוה כשר ס"ל דכל זמן שלא נתמלא עדנה לאו שטר הוא וא"כ צריך ע"י המלוי לעשותו לשטר ובלא

דעת הלוה לא יוכל לעשותו שטר ולפ"ז שפיר כתב הסמ"ע דהא דאמרינן דאיננו כשר אלא א"כ מלאוהו באותו יום היינו דוקא להנך פוסקים דס"ל דבעינן דוקא דעת הלוה א"כ ס"ל דכל זמן שלא נתמלא לא הוי שטר משו"ה אם מלאוהו ביום אחר אין מועיל שהרי עתה הוא מוקדם אבל הנך פוסקים דס"ל דאף שלא מדעת הלוה כשר הרי דס"ל דהשטר הוא שטר רק דאין יכלין לגבות כ"ז שיש חשש ובזה שהוא ממלא השני שיטין אינו עושה שטר רק מסלק החשש א"כ אף אם יסלק החששא ביום אחר מאי איכפת לנו הא לא שייך בזה כלל דין דשטר מוקדם שהרי הי' כשר גם ביום שהי' נכתב ורק הי' עניו חשש ועכשיו שסלק החשש הוא שטר כשר ורק אם נראה בב"ד אז פסלוהו אבל לא קודם אבל הש"ך שכתב דכו"ע מודו דביום אחר פסול וגם כ"ע ס"ל דבעינן דעת הלוה רק שבזה שמסרו לידו הוי כאלו הרשהו הרי דס"ל להש"ך דעי"ז יתכשר השטר וכל זמן שלא נתמלא עדנה אין השטר כשר ובזה שהוא ממלא הוא עושה שטר משו"ה בעי דוקא ביום זה שנכתב גם בעינן דוקא שיסכים הלוה:

והנה לפי"ז תיקשי כיון דקודם שנתמלא הנך שני שיטין לא הוי שטר כשר א"כ איך מועיל המילוי הא חתימת העדים קודם שמילאוהו לא הוי כלום שהרי כיון דקודם שנתמלא הנך שיטין לא הי' שטר לא הוי חתימה ורק הגדה בשטר הוי הגדה אבל מה שחתמו על הנייר הא לא הוי כלום וא"כ מה מועיל המילוי אף מדעת הנוה הא חתימת העדים הי' בפסול וע"כ צ"ל כיון דעדי חתימה אימתי נעשה חתימתן בסוף היום א"כ כל היום לא נגמר עדנה עדותם והגדתם ואימתי נגמר הגדתם בסוף היום ואז כבר הי' שטר כשר:

לפ"ז תיקשי מה מועיל שכתב עליו המלוה שטר זה לא ניתן ליטרף אלא מזמן פלוני וזה כתב ביום אחר הא מלבד שקשה מדוע לא הזכיר הש"ך דבעינן דוקא מדעת הלוה לחד מ"ד אלא אף אם הי' מדעת הלוה ג"כ קשה הא חתימת העדים הי' בפסול וא"כ אף שאח"כ תיקנו אבל החתימה הא הי' בפסול לדברי הש"ך דס"ל דכל פסול אף משום חששא הוא פסול בעצם השטר וא"כ כבר נגמרה הגדתם בפסול ואיך יוכשר אח"כ הגדתם כיון דבשעת חתימה הי' בפסול לדברי הש"ך ועכצ"ל דלא דמי דאף שהש"ך ס"ל השטר כשיש עליו חשש הוא פסול היינו דוקא אם הפסול בעת שנעשה השטר משו"ה אם הרחיק שני שיטין מן הכתב דבשעת כתיבת השטר נעשה בפסול אז איננו שטר דכל שטר שנעשה שלא כתקון חכמים איננו שטר ושם אמרינן דע"י המלוי נעשה שטר אבל שטר כזה שבשעת הכתיבה והחתימה נעשה כתיקון חכמים אף שאח"כ נולד עליו ריעותא, השטר הוא שטר רק שיש עליו חשש אז ודאי מודה הש"ך דאיננו רק סלוק

החשש משו"ה בנכתב השטר בניסן ולא לוה עד תשרי הא בשעת כתיבה נכתב ונחתם כדין ונעשה אז שטר א"כ הכתיבה והחתימה הי' בכשרות ונעשה שטר וע"כ הני דינים דנעשה שטר הוא בשעת הכתיבה והחתימה דאם כל דין שטר הי' תלוי רק בהלואה לא הי' שייך לומר נמחל שעבודו ע"כ דבשעת כתיבה וחתימה נעשה שטר ללות ולשעבד בו וכיון שכתיבתו וחתימתו הי' כתקון חכמים הרי הוא שטר כשר שאח"כ נולד עליו חשש פסול פן יגבה מזמן ראשון היינו בזה שעבר היום ולא לוה כיון שבכתיבתו וחתימתו לא הי' פסול מודה הש"ך דאיננו רק חשש והשטר לא נפסל ובעי רק לסלק החשש משו"ה אף אם כתב ביום אחר שטר זה לא ניתן ליטרף מזמן ראשון ואף אם כתב שלא מדעת הלוה ואף אם הלוה מוחה דלדברי הש"ך היכא שהרחיק שני שיטין אם הלוה מוחה לכ"ע אין מועיל, היכא שנעשה כתיקון אף לדברי הש"ך מועיל אף אם הלוה מוחה נמצא דהא דכתב הש"ך דמועיל אם כתב עליו המלוה שטר זה לא ניתן לגבות אלא מזמן פלוני הוא דוקא במוקדם כזה שנעשה בכשרות ואח"כ נעשה מוקדם אבל מוקדם כזה דבשעת חתימתו הי' פסול כגון אם כתבו העדים בתשרי הזמן דניסן אף אם הוא בטעות השטר לא נעשה שטר כלל ואז אין מועיל אף אם יכתבו עליו שלא ניתן לגבות אלא מזמן שני ובזה מיושב מה שקשה לכאורה על דברי הש"ך שכתב דמועיל אם כתב עליו המלוה שלא ניתן לטרף אלא מזמן פלוני א"כ תיקשי מדברי המחבר שכתב שם סעי' י' ז"ל שטר מוקדם שכתוב ו מקמי חתימת סהדי שטרא דנן נכתב ביום פלן ולא נחתם עד יום פלן כשר ולדברי הש"ך קשה מאי אירי' דכתב מקמי חתימת סהדי אפי' כתוב לבתר חתימת סהדי נמי כשר דהרי עתה לא יטרפו מזמן ראשון (אם כתב באופן שלא יכול לחתוך כגון מאחורי הדף או באמצע השטר אחר שכבר חתמו העדים:

אכן לדברינו ניחא דהכא הא מיירי דחתימת העדים הי' שלא בזמן הכתוב בשטר א"כ לא נחתם כהלכתו בשטר מוקדם כזה בודאי דמודה הש"ך דלא יועיל מה שיכתבו לאחר חתימת העדים כיון דלא נעשה כהלכתו א"כ לאו שטר הוא ואיך מועיל מה שיכשירו אח"כ כיון דכבר נגמר חתימת העדים בפסול ואיננו הגדה ובמה יוכשר אח"כ (ובכה"ג אף אם כתב עליו באותו יום לא יועיל שהרי הגדתם נגמר כבר שהרי כתוב זמן בשטר ונגמר הגדתן שלוה בניסן וזה שקר וממילא לאו הגדה הוא אבל בהרחיק שני שיטין מן הכתב לא נגמר הגדתן שלוה אלא בסוף היום שכתוב בשטר שאז מוכח מן השטר משו"ה אם מילאו באותו יום מועיל ודוק) משו"ה במוקדם כזה דוקא אם כתב קודם חתימת סהדי דלא ניתן ליטרף עד יום פלן כשר אבל לבתר חתימת סהדי פסול אבל במוקדם כזה שנעשה מוקדם לאחר הכתיבה והחתימה והשטר נעשה כדינו דאז אין פסול אלא

משום חשש שמא יטרוף מזמן ראשון אז אם כתב עליו שלא ניתן ליטרף אלא מזמן שני כשר לפ"ז לא קשה כלל קושית התומים שהקשה לדברי הש"ך דס"ל שאם כתב עליו המלוה שלא ניתן ליטרוף אלא מזמן שני כשר וא"כ מאי פריך בגמ' אימת אילימא למחר וליומא חרא תיפוק לי' דהוה לי' מוקדם ומאי קשה הא איצטריך לר' יוחנן לאשמעינן פסול דנמחל שעבודו כדי שלא יועיל אף אם יכתוב עליו המלוה שלא ניתן ליטרף אלא מזמן שני:

אכן לדברינו לא קשה כלל שהרי רש"י ז"ל ד"ה תיפוק לי' כתב ז"ל דאפי' נכתב על מלוה זו אחרונה, וכתוב יום מוקדם כזה הנ"ל השטר מוקדם עכ"ל רש"י. הרי דבאי זה מוקדם אמרינן הכא במוקדם כזה שכתיבתו וחתימתו בפסול ובמוקדם כזה הא פסול אף אילו הי' כותב שלא ניתן ליטרוף אלא מזמן שני כיון דהחתימה הי' בפסול ולמה איצטריך לר' יוחנן לאשמועינן דהוי כאלו נכתב על הלואה זו הא אף אם הי' נכתב על הלואה זו לא הי' מועיל הכתיבה כיון שנעשה השטר בפסול אין בידו להכשירו כיון שנגמר הגדת העדים בפסול:

ולפי"ז לא קשה קושי' הנודע ביהודה על הש"ך היאך הביא הש"ך ראי' דשטר שאין בו זמן כשר לגבות ממשועבדים מיום שראו עדים השטר בידו מהא דאמרינן דגבי שטר נמי ומסרוהו למלוה וכי אתי למיטרף נימא לי' אייתי ראי' אימת מטא שטרא לידך ומפרש הש"ך דאפי' נמסר שלא בזמן הכתוב הא הוי מוקדם וא"כ הי' פסול משום מוקדם שהרי הו' יכול לגבות מזמן ראשון אכן לפי הנ"ל לא קשה כלל דהרי לאיזה מוקדם חיישינן הכא הרי למוקדם כזה שנכתב ביומו רק דחיישינן שמא כתב בניסן ולא לוה עד תשרי א"כ השטר נעשה כהלכתו רק שיש עליו חשש שמא יגבה מזמן ראשון ואם היו כותבין עליו שלא ניתן ליטרף אלא מזמן שני הי' כשר אף אם היו כותבין ביום אחר וא"כ כיון שנפל, דאית לי' קלא דמשו"ה פרכינן דימסרוהו למלוה ואימת שיבא למיטרף נימא לי' אייתי ראי' אימת מטא שטרא לידך וא"כ בזה שנפל הוסר החשש שמא יגבה מזמן ראשון דע"י הנפילה לא יוכל לגבות מזמן ראשון והוי כאלו כתוב עליו שטר זה לא ניתן ליטרף מזמן ראשון כיון דיצא הקול דכשר במוקדם כזה דאח"כ נולד שנעשה מוקדם ובשעת כתיבה וחתימה נעשה בכשרות ובאמת לדעתי צריך עיון אמאי לא הביא הש"ך ראי' לדינו דשטר שאין בו זמן גובין ממשועבדים מיום שראו עדים השטר בידו דאם נימא דשטר שאין בו זמן איננו שטר כלל לגבות ממשועבדים א"כ מאי פריך בגמ' (ב"מ ד' ע"ב) גבי מוקדמין אמאי פסולין נהי דלא גבי מזמן ראשון מזמן שני יגבה ותירץ ר' יוחנן, משום גזירה מא יגבה מזמן ראשון ואם נימא דשטר שאין בו זמן אין גובין ממשועבדים א"כ הא

מוקדם בלא"ה אין גובה ממשועבדים שהרי אין בו זמן ע"כ דאף שאין בו זמן יכול לגבות ממשועבדים ורק משום שמא יטרוף מזמן ראשון א"כ בשטר שאין בו זמן דלא שייך שמא יטרוף מזמן ראשון דהא בלא סהדי לא יגבה בודאי גובין על ידו ממשועבדים וזה אין לחלק משום דהכא במוקדם בעת שנכתב הי' שטר שיש בו זמן משו"ה פריך דנטרוף מזמן אבל שטר שאין בו זמן כלל אין גובין מהמשועבדים דא"כ מאי מייתי הש"ך ראי' מהא דאמרינן אימת מטא שטרא לידך הא התם בעת החתימה הי' שטר שיש בו זמן ע"כ דסבר הש"ך דאין חלוק ולא דמי להא שחלקנו בין נכתב בכשרות לנעשה אח"כ פסול דהתם בדיני שטר הוא אבל לעשות שעבוד הוא עושה בשעת הלואה ואם נימא דשטר שאין מוכח מתוכו יום הלואה אין עושה שעבוד וא"כ גם שטר מוקדם כזה שכתבוהו בניסן ולא לוה עד תשרי הא מהשטר אין מוכח יום הלואה כיון דלא לוה ביום שנכתב א"כ אין הזמן כלום משו"ה מביא הש"ך ראי' דלא בעינן שיהי' מוכח מהשטר יום הלואה דחל שעבוד אף אם אין מוכח וא"כ הרי לענ"ד ראי' ברורה מהא דפרכינן בגמ' נהי דלא גבי מזמן ראשון מזמן שני יגבה הרי דלא בעינן שיהי' מוכח מתוכו יום הלואה ורק משום גזירה אינו גובה א"כ בשטר שאין בו זמן דלא שייך האי גזירה גובה מיום שראו בידו השטר ולדעתי היא ראי' ברורה.

והנה הקצוה"ח (בסי' פ"ב סק"י) הביא קושי' נתיבות משפט על תלמידי ר"י שהקשו למה פוגמת צריכה לישבע תהי' נאמנת במגו דכופר הכל ותירצו דהוי מגו להוציא והקשה הנתיבות משפט הא במקום שטרא אמרינן מגו להוציא כמו שהוכיחו התוס' בחזקת הבתים והוכיחו זה מהא דהכותב דנאמנים לומר סטראי במגו דלא היו דברים מעולם משום זה יוכלו להוציא ע"י שטר והא מגו להוציא הוא ע"כ היכא דאיכא שטרא אמרינן מגו להוציא וא"כ מאי תירצו על קושיא דפוגמת דמשו"ה צריכה לישבע משום דלהוציא הוא הא יש לה שטר ותירץ הקצוה"ח ז"ל אבל נראה דאינו מוכרח גם במקום שטרא לפמ"ש הרמב"ן בחידושיו פ' חז"ה ז"ל ואי קשיא לך הא דאמרינן בשבועות מגו דיכל למימר להד"מ י"ל סטראי נינהו ולא איתרע שטרא וגבי לי' אלמא אמרינן מיגו לאפוקי ממונא לאו קושי' היא דאיהו נאמן לומר על מה שהוא תפוס סטראי נינהו ואין נאמנות על מנה שבשטר אלא על מה שפרעו לו שהוא אומר סטראי נינהו ואע"ג דממילא מהני לי' מגו לגבות בו מנה שבשטר עכ"ל וא"כ לפ"ז איכא למימר דאפי' בשטר ל"מ להוציא כיון דקי"ל העומד לגבות לאו כגבוי אלא טעמא דסטראי משום דהנאמנות על מה שפרעו וא"כ אין ראי' מסטראי משו"ה גבי פוגמת דנאמנות על מנה שבשטר ס"ל לתלמידי ר"י דלא מהני משום דהוי מיגו להוציא עכ"ל הקצוה"ח אכן אנכי בעניי לא

ירדתי לסוף דעתו מאי מחלק בין פוגמת דשם הנאמנות על מנה שבשטר אין מועיל מיגו ובסטראי הנאמנות על מה שפרעו לא על מנה שבשטר והרי דברים קל וחומר לדעתי דהרי מה טוען השליח שפרע בעד השטר ופרעון הי' אעפי"כ אנו מאמינים במיגו שלא הי' פרעון על השטר מכ"ש הכא בפוגמת דעל מה שטוענים לא הי' כלל פרעון לפנינו מכ"ש שנאמינהו במיגו שלא הי' פרעון ומכ"ש דנוכל לומר היכא דלא הי' פרעון לפנינו נאמינהו במיגו שלא הי' פרעון ונימא ג"כ שאין מאמינים אותה על השטר אלא שלא הי' פרעון ואם נאמר עכ"פ הבעל טוען שפרע לה ואנו צריכים למיגו שלה שלא פרע לה אין מאמינים ע"י מיגו מכ"ש הכא בסטראי שהי' פרעון ודאי ואנו צריכים למגו שלא הי' פרעון על השטר ומה מועיל שהנאמנות הוא על הממון עכ"פ מאמינים אנחנו על השטר שלא הי' עליו פרעון הרי דע"י מיגו מאמינים אנחנו על השטר שלא נפרע וא"כ מכ"ש היכא דהנאמנות שלא הי' פרעון כלל ובודאי ראית הפוסקים מוכרחת דהיכא דאיכא שטר אמרינן מיגו להוציא אמנם טעמא דהרמב"ן דאימת לא אמרינן מיגו להוציא היינו דוקא היכא שע"י המיגו באים אנחנו להוציא ממון אז לא אמרינן מיגו להוציא על ידה ממון אבל בשטר אין דנין בתחלה על הממון שבשטר אלא אנו דנים אם השטר הוא שטר כשר וע"י מיגו אנו פוסקים ששטר כשר הוא וכיון שע"י המיגו נפסק שהשטר כשר גובין אחרי כן ע"י השטר וזהו דקאמר הרמב"ן דהתם הנאמנות הוא על מה שתפוס היינו דעי"ז אנו פוסקים שלא הי' פרעון וממילא נכשר השטר וכיון נכשר השטר ממילא יכולין לגבות ע"י השטר ולא איצטריך טעמא דכל העומד לגבות כגבוי דמי שחידש הקצות דמשו"ה אמרינן מגו להוציא דזה קשה הא אנו לא סבירא לן כל העומד לגבות כגבוי דמי ומה שכתב הקצוה"ח בשם הרמב"ן בתשובה לדלגבי זה אמרינן כל העומד לגבות כגבוי דמי ומשו"ה חילק הקצות בין שטר דגובה ממשועבדים דאז הוי כגבוי לבין שטר דאין גובה מהמשועבדים דאז לא הוי כגבוי זה תמוה דהרי סוף סוף אנן קי"ל דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ואיך שייך דלגבי זה הוי כגבוי ואיננו מוציא דהרי בודאי מוציא הוא אלא גם כונת הרמב"ן שם בתשובה הוא ג"כ דהשטר הרי הוא בחזקתו ולא מגרעינן חזקת השטר אף דודאי הממון לאו כגבוי אבל השטר הוא בחזקתו להוציא על ידו וע"י המיגו מוקמינן שטרא אחזקתו ואיננו להוציא כי הוא להחזיק ולהכשיר השטר וממילא גובין ע"י השטר ויש לתרץ בזה קושית נתיבות משפט על תלמידי ר"י איך תירצו דמשו"ה בפוגמת לא מהני מיגו משום דהוי מיגו להוציא הא בשטר אמרינן מיגו להוציא אכן לפי הנ"ל ניחא דטעמא דאמרינן מיגו ע"י שטר אף להוציא משום דאין מוציאין ממון ע"י מיגו אלא מכשרינן השטר וממילא מוציאין ממון ע"י השטר דהרי ע"י שטר כשר

מוציאין ממון אבל בפוגמת איך נימא דמכשירין השטר ע"י מיגו הא פגום הוא השטר ודאי והרי רבנן אמרו דע"י שטר פגום אין מוציאין אלא בשבועה א"כ אמרו רבנן דע"י שטר פגום לא יוציאו ממון אלא בשבועה א"כ איך נוכל לומר דע"י מיגו משוינן השטר לכשר הא פגום הוא בודאי וע"י שטר פגום אין מוציאין אלא בשבועה א"כ בעי שתגבה ע"י המיגו בלא שבועה היינו בלא השטר מצד המגו לגבות ולהוציא ע"י המגו הא לא אמרינן ושפיר תירצו תלמידי ר"י דבפוגמת לא אמרינן מיגו משום דהוי מיגו להוציא:

ובזה יש לתרץ קושי' הש"ך על הרמב"ם (בסי' פ"ג סק"ט) שהקשה הש"ך על זה שכתב הרמב"ם בפי' המשנה סוף שביעית אם טען הלוה שהשטר הוא אמנה והמלוה אומר אינו אמנה אלא מוקדם נשבע הלוה היסת ונפטר ולא אמרינן שהמלוה יהי' נאמן במגו משום דמיגו להוציא לא אמרינן והקשה הא הרמב"ם בעצמו ס"ל דמוקדם גובה מבני חורין א"כ הרי הוא שטר ומיגו וגבי שטר אמרינן מיגו אף להוציא ועיי' בקצוה"ח שתירץ לשיטתו שבשטר שאין גובין ממשועבדים לא אמרינן מיגו להוציא וכל זה לשיטתו דהטעם משום דכל העומד לגבות כגבוי דמי אך כבר כתבנו דזה קשה אכן לדברינו מיושב בפשטות דהנה בארנו דיש שני גווני מוקדם יש מוקדם כזה דהשטר פסול לגמרי והיינו היכא דהשטר בעת כתיבתו הי' מוקדם שכתבו בתשרי וכתבו זמנו בניסן ויש מוקדם כזה דכתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ומוקדם כזה הא גובין על ידו אף ממשעבדי ורק משום חששא שמא יטרפו מזמן ראשון אין גובין מהמשועבדים והנה הא דסתמו הפוסקים וכתבו דמוקדם כשר לגבות מבני חורין משמע דבכל גווני מוקדם גובה מבני חורין אף במוקדם כזה שנכתב בתשרי וכתבו העדים זמנו בניסן אין הטעמים שוים דבמוקדם כזה שנכתב בניסן ולא לוה עד תשרי שם השטר הוא כשר ונהי שאין גובין ממשעבדי משום חששא פן יטרפו מזמן ראשון אבל מבני חורין דלא שייך האי חששא גובין ע"י השטר מן הדין דשטר כשר הוא לגבות מבני חורין ושטר מעלי' הוא לגבות מבני חורין אבל במוקדם כזה שנכתב בתשרי וכתבו זמנו בניסן דהשטר איננו שטר כלל הא דגובין על ידו מבני חורין אין הטעם משום שהשטר הוא שטר כשר לגבות אלא דמזה שהשטר בידו הוא ראי' שלוה ממנו דאם לא לוה איך מסר לידו השטר וא"כ הרי ראי' ברורה שלוה ממנו דבלא"ה לא הי' מוסר לו השטר והנה הרמב"ם שם בפי' המשנה מיירי שם במוקדם כזה שנכתב בתשרי וכתבו זמנו בניסן שכתב למעלה מדבריו ז"ל ועוד כשהי' עומד בניסן ונכתב זמן השטר מאדר, ומקודם זה פירש במוקדם שאם הי' לשמעון שטר אחר ואחר כן פרעו ראובן ונשאר השטר בידו ואח"כ לוה ראובן משמעון ממון שני ואומר לו ראובן אל תצריכני לכתיבת שטר אחר השטר הראשון שיהא לך עלי אחרי שסך הממון אחד

שהשטר ההוא מוקדם מפני שהי' זמן כתיבתו קודם לקיחת הממון השני ונעשה פסול לעיקר שיש אצלנו שכל מי שהוציא שטר חוב יוכל להוציא מידי הלקוחות כל קרקע שקנו מן הלוה אחר זמן כתיבת השטר והא בשטר זה אם נשים אותו השטר כשר יוציא מה שנמכר אחר זמן כתיבתו וקודם לקיחת ממון השני שלקח וראובן אחרי שלקח ממנו ממונו ואתי למיטרף לקוחות שלא כדין ואמרנו בו שהוא פסול לא יטרוף בו לעולם ולא נאמר שיטרוף בו מזמן אחרון גזרה שמא יטרוף מזמן ראשון עכ"ל הרמב"ם הרי דפירש הרמב"ם בשטר מוקדם כזה שהשטר איננו שטר כלל:

ואם כי דברי הרמב"ם תמוהים מאד דכיון דהרמב"ם מפרש האי דינא דמוקדם באופן כזה שנמחל שעבודו דא"כ אין השטר כלל שטר כשר א"כ למה איצטריך לטעמא דגזרה שמה יטרוף מזמן ראשון הא איננו שטר כלל וא"כ בו מן הדין אין גובין דהאי שטרא חספא בעלמא הוא ולמה איצטריך לטעמא דשמא יטרוף מזמן ראשון. ונראה לי דהרמב"ם מפרש דברי הגמ' כן דהנה התוס' בגיטין ד' ה' מודה הקשו מאי קאמר בגמ' דמשו"ה בעי אף לר"א דס"ל עדי מסירה כרתי בעי חתימה לשמה משום דהוי מזויף מתוכו והקשו בתוס' בשלמא בקרובים או פסולין שייך לומר מזוייף מתוכו פן יסמכו אח"כ על העדים החתומים להשיאה או להוציא ממון על פיהם ואעפ"י שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר אבל הכא שהעדים כשרים אלא שחתמו שלא לשמה מה תקלה יש בכך ועי' ברשב"א שכתב דלדברי רב אלפס ז"ל שכתב דלר"א עדי חתימה נמי כרתי אפשר לומר דאינו קשה כלל דכיון דלפעמים כרתי לשמה בעי דכי כתוב לשמה אוכתב קאי בין אכתיבת הגט בעצמו בין אחתימה אלא שיש לדקדק היכי מכשיר ר"ש בחותמיהן עכו"ם ותירץ שם הרשב"א דחתימת עכו"ם אינה חתימה כלל והקשה שם הרשב"א הא עכ"פ לר"א לא בעי מה"ת חתימה שהרי לא בעי חתימה ולדידי' בלאו חתימה נמי כשר וא"כ לא ליבעי לשמה בחתימה עיין שם בדבריו דתירץ דהוי רק מדרבנן משמע דמעיקרא הי' סובר דהפסול מדאורייתא:

לכן נראה לי דנוכל לומר לדעת האלפסי דגם עדי חתימה כרתי א"כ כי איכא עדי חתימה ועדי מסירה עושים שניהם השטר החתימה והמסירה א"כ אם יש באחד מהם פסול הוי כנמצא אחד מהם קרוב או פסול כיון דלרב אלפסי החתימה ג"כ כשר וא"כ מצורפים הם שניהם יחד ובפרט לדברי הר"ן שכתב דמשו"ה כשרים עדי חתימה דהם עדים על המסירה א"כ בודאי דשייך לומר דמצורפים המה שניהם יחד וא"כ אם נמצא פסול באחד מהם הוי כנמצא אחד מהם קרוב או פסול וא"כ חתימה דכורת הגט בעי לשמה אלא דזה תלי' באמת בפלוגתא דלקמן ד' פ' אי בעינן כל דיני הגט לשמה דר' ירמי' ס"ל דאף

בכל דיני הגט בעינן לשמה ולדידי' משני כאן דהוי מזוייף מתוכו ועיין ברמב"ם שהביא שני דעות אי הוי פסול דאורייתא או דרבנן היכא שחתמו שלא לשמה עכ"פ דהיכא דלא הוי עדים כלל כמו בעכו"ם לא שייך מזוייף מתוכו דרבנן תיקון פסול דמזוייף מתוכו רק כשהם עדים החתומים בשטר אבל לא היכא דלא הוי עדים ומכ"ש אם נימא דהפסול מדאורייתא. בודאי שיש לומר דהכא דאינם עדים כלל, לא שייך מזויף מתוכו לפ"ז יש לומר דהרמב"ם מפרש דמשו"ה איצטריך בגמ' לומר טעמא שמא יגבה מזמן ראשון משום דבמתני' סתמא קתני אלמא מסרו בפני עדים ג"כ פסול ואמאי פסול כשמסרו בפני עדים הא אנן ס"ל עדי מסירה כרתי וא"כ הא כמו שהדין שהם מצא שטר באשפה ומסר לפני עדים כשרים כשר א"כ בשעת ההלואה החדשה מסרו בפני עדים אמאי יהי' פסול נהי דמזמן ראשון לא גבי מזמן שני יגבה לזה תירץ דגזירה שמא יטרוף מזמן ראשון א"כ בשעת המסירה הוא פסול ולא נעשה שער ע"י המסירה דהרי המסירה בפסול שהרי הי' יכול לגבות מזמן ראשון וא"כ כמו שאם יש פסול בשעת חתימה לא נעשה שטר ה"נ ביש פסול בשעת מסירה וכיון דאיכא עדים מגרע גרע שהרי לא יבקשו עדי מסירה שהלקוחות יסברו שהוכשר בעדי חתימה אבל אילולי האי טעמא משום פסול דמזוייף לא היינו חוששין שהרי אינם מצורפים עתה כלל שהרי עתה שנמחל שעבודו אינם עדים כלל שהרי עתה שנמחל שעבודו אינם עדים כלל ולחוש פן יסמכו עליהם לא שייך שהרי נמחל שעבודו וידעו דא"א לסמוך לזה קאמר בגמ' דמשו"ה פסול שמא יטרוף מזמן ראשון משו"ה אף אם נמסר בעדי מסירה ג"כ פסול דבעת מסירה הי' הפסול. עכ"פ זה ביאר לנו הרמב"ם דמיירי במוקדם כזה שלא נעשה שטר כשר מעולם א"כ הא דגובין על ידו אין הטעם משום דהוא שטר כשר לגבות בו דבאמת מדרבנן לא נעשה שטר כלל מעולם א"כ הא דגובין על ידו אין הטעם משום דהוה שטר כשר לגבות בו דבאמת מדרבנן לא נעשה שטר כלל שתכף או בעת החתימה או בעת המסירה הי' פסולו עליו א"כ הא דגובין בו מבני חורין הוא משום ראי' דאיך בא השטר לידי א"כ לא קשה כלל איך כתב הרמב"ם דאין גובין אם הוא בעצמו הודה שהוא מוקדם והלוה אומר שלא לוה אף שיש לו מיגו והרי בשטר אמרינן מיגו להוציא דהרי זה בארנו דטעמא דמועיל מיגו בשטר הוא שלא באנו להוציא הממון ע"י המגו רק מכשירים השטר ומוקמינן השטר בחזקתו א"כ היינו דוקא היכא דמכשירין השטר מוציאין ע"י השטר אבל היכא דמיירי במוקדם כזה שאיננו שטר כלל א"כ הא דגובין בו הוא רק ראי' איך בא לידי השטר והגבי' מטעם ראי' וזה הוכיח הנתיבות שפיר דע"כ הכא מיירי דלא הוי ראי' איך בא

השער לידו דמיירי באופן דלפי הודאתו ג"כ מודה שהי' מונח בידו השטר אף קודם הלואה אחר פרעון הראשון:

(דאלא"ה מאי קאמר הרמב"ם דאין אומרים מיגו להוציא תיפוק לי' בלא מיגו יגבה על ידו ע"כ דאין ראי') וא"כ הכא בעי' ע"י המיגו להוציא היינו ע"י המיגו גופא להוציא ממון ומגו להוציא הא לא אמרינן דהא השטר אין אנו יכולים להכשיר דהרי מוקדם כזה דאיננו שטר כנל וראי' איך בא לידו ג"כ אין ראי' שהרי הוא מודה שהי' מונח בידו קודם אלא דנוכל לומר הא אילו רצה לשקר הי' אומר שהשטר כשר עתה שאומר שלוה ממנו יהי' נאמן א"כ היי מגו להוציא ומגו להוציא לא אמרינן:

לפ"ז לא קשה נמי על דברי הרא"ש איך כתב דשטר שנמחל שעבודו גובה מבני חרי והרי מגמ' ב"ב מוכח גבי ההוא ערבא דא"ל לאו הדרת שקלתינהו מינאי ואמרינן היכא דקיימי זוזי ליקו הרי דשטר שנמחל שעבודו אף מבני חורין לא גבי אכן לפי הנ"ל לא קשה כלל דטעמא דהרא"ש דגובה מבני חורין הוא דמזה שהשטר בידו הוא ראי' שלוה ממנו אף דשטר שנמחל שעבודו איננו שטר כלל אפ"ה אם אומר חזרת ולוית על שטר שנמחל שעבודו גובה מבני חרי שהרי יש לו ראי' שהוא כדבריו שהרי אלו לא הי' אמת איך בא עתה השטר לידו אחרי שכבר קבלו הלוה מהמלוה ע"כ דלוה ממנו עוד הפעם ומסר לו השטר אבל הא דגובין ע"י אין הטעם שהוא שטר לגבות ורק מטעם ראי' גובין ואם אין ראי' אז אף מיגו לא יועיל שאז יהי' מגו להוציא כיון דלא נוכל לומר המגו להכשיר השטר ובא להוציא ע"י מיגו. א"כ לא קשה מההוא ערבא דהתם מיירי שהערבא מודה שלא קבל הלוה השטר מידו ואומר רק שחזר ושקל ממנו אבל לא שלוה ממנו על זה השטר היינו שלא מסר השטר לידו שכבר הי' בידו השטר קודם שלקח המעות א"כ הערב בעצמו מודה שאין ראי' מזה שמונח השטר בידו שהרי אף קודם שלוה ממנו הי' מונח בידו אלא נאמינהו מטעם דאנו בעי לא הי' מודה בפרעון א"כ באנו להוציא ממון ע"י המגו והוי מגו להוציא דלא אמרינן שהרי להכשיר השטר ולהוציא על ידו אין ננו ששטר שנמחל שעבודו איננו שטר:

לפי"ז ז לא קשה נמי מה שהקשו מאי קאמר בגמ' אימת אילימא למחר וליומא חרא תיפוק לי' דהוי לי' מוקדם והרי נ"מ לענין ב"ח דמוקדם גובה מבני חורין ושטר שנמחל שעבודו אינו גובה אכן לדברינו לא קשה כלל דהרי באיזה מוקדם מיירי הכא במוקדם כזה שלא נעשה שטר כלל היינו שנכתב בניסן וכתבו העדים זמן למפרע בתשרי וכמו שפירש רש"י ז"ל ד"ה תיפוק לי' דאפי' אם נכתב על הלואה זו וכתוב בו יום מוקדם הרי דמירי במוקדם כזה שכתיבתו וחתימתו בפסול ואיננו שטר כלל לגבות ע"י מבני

חורין משא"כ במוקדם שנעשה אחר החתימה שטר מוקדם היינו כתב וחתם בניסן ולא לוה עד תשרי זהו שטר כשר לגבות מבני חורין דאף ממשועבדים היו גובין על ידו ורק מטעם גזירה אין גובין אבל השטר הוא שטר כשר ואלו היו כותבין עליו שלא ניתן ליטרף אלא מזמן שני הי' כשר לטרוף ממשועבדים אחרי שסלק החששא והא דגובין בשטר מוקדם אף כזה שנכתב בתשרי וכתבו העדים זמן מוקדם אין הגבי' מדין שטר אלא מטעם הוכחה היינו איך בא השטר לידי ומקום דאיכא הוכחה זו אף בשטר שנמחל שעבודו יגבה היכא שמסר כמו שכתב הרא"ש והיכא דאין הוכחה היינו דשניהם מודים שהי' בידו של המלוה קודם הלואה זו אף בשטר מוקדם כזה שנכתב ונחתם בפסול לא יגבה שהרי איננו שטר לגבות ע"י והטריפה מבני חורין ע"י הוא רק מטעם ראי' והוכחה והיכא דאין הוכחה לא יוכל לגבות ואף שיש לו מיגו הוי מיגו להוציא כיון שאין השטר כשר וכמו שכתב הרמב"ם עצמו שהוא סובר שטרי חוב המוקדמין גובין מבני חורין והוא כתב בפי' המשניות דהיכא דאין הוכחה היינו שהי' בידו קודם אף מגו לא יועיל שהרי אינו שטר וא"כ דין שטר שנמחל שעבודו ודין מוקדם כזה שבשעת החתימה הי' מוקדם דין אחד להם א"כ שפיר פריך מאי אירי' דשטר שנמחל שעבודו הוא תיפוק לי' דאפי' אם היינו סוברים דהוי כאלו נכתב על הלואה זו הי' פסול מדין מוקדם בעת הכתיבה שאיננו שטר כלל (ועיין בגיטין ד' כ"ו ע"ב דשם מוכח כפירש"י דהכונה שהי' נכתב על הלואה זו ודו"ק):

סימן יז

יבאר דלמסקנא. סימנין דאורייתא. אבל לא הוו כעדים. ובדבר שבערוה אין מועיל סימנים. ויבאר הרבה חילוקים בזה. שיש אופנים. שסומכים אף בדבר שבערוה. ויבאר דהיכא שבעת שבא החפץ לידו. לא נפל לנו ספק. אז יש לו לזה שהחפץ בידו חזקה כל שביד האדם הוא שלו. ויבאר, דסימנים מובהקים הוי הנך דמספקא לן אי דאורייתא א או לא, ואין יותר סימנים מובהקים.

(דף י"ח) **מצא** גיטי נשים ושחרורי עבדים דייתקי מתנה ושוברין הרי זה לא יחזיר שאני אומר כתובין היו ונמלך עליהן שלא לתנן טעמא דנמלך שלא לתנן הא אמר תנו נותנין ואפילו לזמן מרובה ורמינהו המביא גט ואבד הימנו מצא לאלתר כשר ואם לאו פסול אמר רבה לא קשיא כאן במקום שהשיירות מצויות כאן במקום שאין השיירות מצויות ואפילו במקום שהשיירות מצויות והוא שהוחזקו שני יוסף בן שמעון בעיר אחת דאי לא תימא הכי קשיא דרבה אדרבה כו' ר' זירא רמי מתניתין אברייתא ומשני תנן המביא

גט ואבד הימנו מצאו לאלתר כשר ואם לאו פסול ורמינהו מצא גט אשה בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה לא יחזיר לא לזה ולא לזה קתני מיהא בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה ואפילו לזמן מרובה ומשני כאן במקום שהשיירות מצויות כאן במקום שאין השיירות מצויות. איכא דאמרי והוא שהוחזקו לא נהדר, והיינו דרבה, איכא דאמרי אע"ג דלא הוחזקו לא נהדר ופליגא דרבה כו' ר' ירמי' אמר כגון דאמרי עדים מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוסף בן שמעון כו' רב אשי אמר נקב יש בצד אות פלונית ודוקא בצד אות פלוני אבל נקב בעלמא לא רב אשי מספקא לי' סימנים אי דאורייתא אי דרבנן עכ"ל:

והנה הרמב"ם כתב (בפי"ח מהלכות גזילה הלכה ו') ז"ל מצא גיטי נשים בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה אין הבעל מודה אם נתנה האשה סימן מובהק ינתן לה ואם לאו לא יחזיר לא לזה ולא לזה כו' וכבר הקשה הראב"ד על דברי הרמב"ם דאיך סתם הרמב"ם ולא הביא בכאן כל האי סוגיא דמוקי לה או במקום שאין השיירות מצויות ושלא הוחזקו יוסף בן שמעון או לאלתר דוקא. עוד כתב שם הרמב"ם אמר הבעל מידי נפל ונתן סימניו והאשה אומרת מידי נפל ונתנה סימניו ינתן לה והוא שתתן סימן מובהק כגון שאמרה נקב יש בצד אות פלוני. ולכאורה קשה כיון דפסק הרמב"ם סימנין דאורייתא וכמו שכתב בפרק שלשה עשר מהלכות גזילה א"כ למה הצריך דוקא נקב יש בצד אות פלוני הא אמרינן בגמ' דרב אשי מספקא לי' אי סמנין דאורייתא אבל אילו היה סבירא לי' סימנין דאורייתא אף נקב בעלמא הי' מועיל וא"כ הרמב"ם דס"ל סמנין דאורייתא למה הצריך דוקא שתאמר נקב יש בצד אות פלוני אכן קושיא כזו כבר הקשה הלחם משנה למה הצריך הרמב"ם דוקא נקב יש בצד אות פלוני אבל נקב בעלמא לא והא הרמב"ם בעצמו כתב דסימנין דאורייתא ונשאר שם הלחם משנה בצ"ע:

עוד קשה על הרמב"ם שכתב בפרק י"ג מהלכות גירושין ז"ל מצאוהו הרוג או מת אם פדחתו וחוטמו ופרצוף פניו קיימין והכירוהו בהן מעידין עליו ואם ניטל אחת מאלו אף על פי שיש שיש להן סימנין בגופו ובכליו ואפילו שומא אין מעידין עליו שמא אחר הוא, והקשה שם בכסף משנה שכתב הרמב"ם בפי"ז מהלכות נחלות שאם לא הכירו פניו אבל היו סימנין מובהקים בגופו והכירו אותם אין משיאין את אשתו משמע דבשום סימן לא מהני להשיא אשתו וא"כ מאי האי דקאמר ואפילו שומא והא שומא סימן גרוע הוא:

ועוד. הקשה הכ"מ שהרמב"ם כתב בפרק י"ג מהלכות גזילה הסימנין המובהקים סומכים עליהם בכל מקום דין תורה ואין לדחות דדוקא לענין ממון אבל לא לענין איסור א"א דהא בכל מקום קאמר ועוד שפסק בפ"ג דמחזירין גט ע"י סימן דנקב יש בצד אות

פלוני, ולכן כתב הכ"מ דיש שלשה מיני סימנים יש סימן מובהק ביותר וזה סומכין עליו אף באיסור א"א, ויש סימנין גרועין ביותר כגון ארוך וגוץ וסימן כזה אין סומכין עליו אף בדיני ממונות, ויש סימנין מובהקין קצת ובהני הוא דאיבעא לן אי דאורייתא או דרבנן והשתא מ"ש הרמב"ם שאעפ"י שיש סימנין מובהקין אין משיאין את אשתו היינו סימנין מובהקין קצת ולא הוצרך הרמב"ם לפרש דבסימן מובהק ביותר דמשיאין עליו מפני שסמך על מ"ש בפ"ג דמחזירין גט עפ"י סימן מובהק דנקב יש בצד אות פלוני עכ"ד הכ"מ, והנה לפי"ז משמע מדבריו דהא דפסק הרמב"ם סימנין דאורייתא הוא לא בהנך דאיבעא לן אי סימנין דאורייתא, דבהנהו פסק לחומרא דהוא רק דרבנן ורק סימנין מובהקין ביותר הוי דאורייתא. וקשה לי מאוד דהרי בין הסימנין המובהקים שכתב הרמב"ם בפרק י"ג מהלכות גזילה שסומכין עליהן דין תורה כתב הרמב"ם מקום והרי מקום יש מחלוקות בגמ' אי הוי סימן כלל אם סומכין עליהן אף מדרבנן הרי דלאו סימן מובהק ביותר הוא שהרי רבה ס"ל דאין סומכין עליו כלל אף שיש שארי סימנין דסומכין עליהם מדרבנן והיינו אותם שמבעא לן אי דאורייתא אי דרבנן אף עפי"כ מקום גרע ביותר אליבא דרבה דלא הוי סימן כלל וא"כ איך כתב הרמב"ם שהוא מהסימנין המובהקין ביותר מנא ני' לעשות פלוגתא רחוקה כזו דמאן דס"ל מקום לא הוי סימן חשיב מקום מהסימנין הגרועין ומאן דחשיב לי' סימן חשיב מקום מסימנין המובהקין ביותר שיהי' מדאורייתא ודאי דילמא ס"ל דהוא מסימנין המובהקין קצת וסומכין עליו בממון מדרבנן ואיך כתב הרמב"ם מקום בין הנך סימנין דסומכין מדאורייתא. ועוד קשה דלפי זה כיון שכתב הרמב"ם הסימנין מובהקין סומכין עליהם ודנין על פיהם בכל מקום דין תורה והמדה או המשקל או המנין או מקום האבידה סימנין מובהקים הם הרי דמדה חשב הרמב"ם בין אלו דהם דאורייתא, א"כ הא דמיבעא לן אי דאורייתא אי דרבנן הוא בסימנין אחרים שלא במדה ובמשקל דהרי לדברי הכ"מ הנך מובהקין ביותר שסומכין עליהן בכל מקום מן התורה ובכל מקום כתב הכ"מ הוא אפילו בא"א והא דמיבעא לן אי דאורייתא אי דרבנן הוא במובהקין קצת א"כ במדה ובמשקל לא איבעא לן אי דאורייתא דבהנך ודאי דאורייתא מפני שהם מובהקין ביותר א"כ מאי בעי למפשט בב"מ דף כ"ו מהא דאף השמלה מיוחדת שיש לה סימנין שסימנין דאורייתא דילמא מיירי בסימנין דמדה היינו מדת רחבה ומדת ארכה ומדה הא מדאורייתא הוא לכולי עלמא, א"כ מוכח דהאבעיא הוא בהנך סימנין במדה ומשקל ומקום אי הוי דאורייתא אי דרבנן, וע"כ מוכח דפסק הרמב"ם סימנין דאורייתא אף בהנך סימנין שמובהקין קצת וכתב שסומכין עליהן בכל מקום והדרא קושיא לדוכתא איך כתב הרמב"ם שאין משיאין אשה

בסימנין מובהקים הא כתב שסומכין עליהן בכל מקום דבר תורה ואף אם נפרש בסימנין מובהקין קצת כמו מדה הא הוא פסק דסימנין מובהקין קצת ג"כ דאורייתא, אכן מצאתי שהכסף משנה בפי"ג מפרש דהא דקאמר הרמב"ם והמדה והמשקל והמנין או מקום האבידה סימן מובהק הוא לא קאי על מה שכתב דהסימנין המובהקים סומכים עליהם דין תורה רק הוא דין בפני עצמו, וכונתו דהנך היינו מדה ומשקל ומנין נמי מובהקין הן וסומכין עליהן מדרבנן וגם דברי הכ"מ בפי"ג מגירושין ג"כ יש לפרש כן, אכן לפי זה תקשה ביותר דלפי זה במדה לא סמכינן באיסור אשת איש דמדה הוי רק מסימנין מובהקין קצת דמספקא לן אי הוי דאורייתא, ופסק הרמב"ם דהוי דרבנן א"כ תקשה איך כתב הרמב"ם בפי"ח מהלכות גזילה, שאם אמרה אורך מדת החוט נותנים לה הגט והרי מדה לא הוי אלא מדרבנן ואיך סומכין עליו באיסור א"א, הרי דאף בהנך דמנה הרמב"ם סומכין באיסור והדרא קושיא איך כתב דאין סומכין על סימנין מובהקין להשיא אשה על ידי זה:

לכן נראה לי דהנה בב"מ דף כ' איתא ההוא גיטא דאישתכח בי דינא דרב הונא דהוה כתב בי' בשווירי מתא דעל רכיס נהרא אמר רב הונא חיישינן לשני שווירי אמר לי' רב חסדא לרבה פוק עיין דלאורתא בעי לה רב הונא מינך נפק דק ואשכח דתנן כל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר, א"ל רב עמרם לרבה הכי פשיט מר איסורי מממונא א"ל תרדא שטרי חליצה ומיאונין תנן כו' הרי דכפי הנראה דחי לי' רבה לרב עמרם דאין חילוק בין איסור לממון והוכיח זה משטרי חליצה והנה הרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות גירושין הלכה ט' ז"ל המביא גט ואבד ממנו ומצאו אם אבד ממנו במקום שאין השיירות מצויות אפילו מצאו לאחר זמן מרובה הרי זה בחזקת שהגט שאבד ממנו הוא הגט שנמצא ותתגרש בו, אבד במקום שהשיירות מצויות אם נמצא מיד ועדיין לא שהה אדם שם מן העוברים, או שמצאו בכלי שהניחו ויש לו טביעת עין בארכו וברחבו של גט שהי' כרוך הרי הוא בחזקתו ותתגרש בו, הוחזק באותו המקום איש אחד ששמו כשמו שבגט חוששים שמא גט זה הנמצא של אותו האחר הוא, הואיל ועבר אדם שם, ואף על פי שלא שהה, ואם נתגרשה בו הרי זה ספק מגורשת. אבל אם לא עבר אדם שם הרי זה בחזקתו, אעפ"י שהוחזקו שם שנים ששמותיהן שוין. עכ"ל הרמב"ם. והשיג עליו הראב"ד, ז"ל בלבול אני רואה בכאן. למעלה אמר שאם לא שהה אדם שם זהו מיד וכאן הוא אומר שאם עבר אעפ"י שלא שהה חוששים, ואם יאמר מפני שהוחזקו שני יוסף בן שמעון, לא מצינו בגמרא הפרש כשמצאו לאלתר בין שיירות לאין מצויות, ובין הוחזקו ללא הוחזקו, עכ"ד הראב"ד ועיין במ"מ שדחק מאד:

ולענ"ד נראה דברי הרמב"ם לישב בפשטות. דהנה אמרינן דאם לא עבר אדם שם הרי זה בחזקתו ולכאורה מאי מועיל שעתה מעת שאבד הגט לא עבר אדם שם, הא לא ראה מקודם ומקודם עברו אנשים שם, וא"כ דילמא הגט הוא מקודם, וע"כ צריך לומר, דנהי דהגט הזה הי' מקודם, אבל איה הגט זה שנאבד, וכיון שיודע הוא שאבד באותו מקום, וכיון דאין כאן גט אחר א"כ מוכח דהגט הוא זה שנאבד, אבל אם עבר אדם, הא יכול להיות שבדרך הילוכו לקחו וכיון דהוחזקו הוא ספק גמור שמא נפל מאותו האיש, וכיון שעבר אדם שם הא יכול להיות שהוא לקחו, והנה כל זה דאף במקום שאין השיירות מצויות, רק כיון שיכול להיות שלקחו חיישינן, היינו דוקא היכא שהוחזקו, דאז לא בעינן כלל שיירות מצויות דאילו הי' בעינן, א"כ הא לא הי' החששא רק אם הוא דבר מצוי וכיון שראינו שלא שהה אדם מן העוברים שם א"כ אין זה מצוי שיקח זה האיש בדרך הילוכו, דרק בהוחזקו לא בעינן שיירות מצויות וחוששין אף לאין מצוית, אבל בלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון, הא התם לא חיישינן אלא במקום שהשיירות מצויות, וא"כ לא חוששין אלא לדבר המצוי וא"כ היכא דלא שהה אדם שם אף שעבר, אף שהשיירות מצויות אבל זה הא אין מצוי שיגביהו תיכף בהילוכו אף שלא שהה דהרי חזינן דחד מ"ד בגמ' ס"ל דאם לא שהה אף בהוחזקו שני יוסף בן שמעון לא חיישינן דהוי לאלתר ואף דהא אנן פסקינן דאף באין השיירות מצויות ג"כ חיישינן היכא דהוחזקו, היינו משום דאף דאין מצוי אבל אטו משום דאין מצוי אבל הלא לא דבר רחוק הוא שילך אותו האיש בפה אבל לדבר רחוק כזה שאם אחד עמד וראה איש עובר ולא שהה שם רק עבר כדרכו וזה ראהו וזה שהגביה בהילוכו לא ראה סובר דזה דבר רחוק לזה לא חיישינן משום הכי סוברים הנך יש אומרים בגיטין דף כ"ז דאם לא שהה אדם שם הוי לאלתר ונקט סתמא אף היכא דהוחזקו, דשם לפי ההלכה אף באין שיירות מצויות חיישינן ס"ל דהיכא דלא שהה אף שעבר אדם שם לא חיישינן לדבר רחוק וע"כ צ"ל כן דמאן דס"ל דאם לא שהה אף שעבר זה גרע מאין שיירות מצויות ומאן דס"ל דלא עבר אדם שם ס"ל דאף לדבר רחוק כזה שהגביה דרך הילוכו וזה שעמד וראה שלא שהה אמרינן דזה שהעובר הגביה הגט לא ראה. אף שראה שלא שהה העובר שם דזה אין לומר דמחלוקתם אי זה הוי מצוי שיגביה העובר דרך דזה סבר דהוי מצוי וזה סבר דאינו מצוי דא"כ מאי מספקא לן אי אין השיירות מצויות אי חיישינן. ולמה להגמרא להביא חידוש דרבה ורב זירא אי אין שיירות מצויות לא חיישינן. הא זה מוכח מבריתא גופא דיש חילוק בין שיירות מצויות ואין מצויות ע"כ דאם נאמר דאף אם אין שיירות מצויות ג"כ חיישינן אעפי"כ

ס"ל להאי מ"ד שלא שהה אדם שם דאף אם עבר אדם כיון שעמד אדם וראה שלא שהה או שלא הי' שהות לשהות, זה דבר רחוק שיגביה דרך הילוכו:

ואף דחיישינן אף שאין שיירות מצויות היינו דחיישינן אף לדבר שאין מצוי:

אבל לדבר רחוק לא חיישינן ומאן דס"ל אף אם עבר חיישינן ס"ל דחיישינן אף לדבר רחוק וא"כ אחרי דפסק הרמב"ם להלכה, דאף באין שיירות מצויות היכא דהוחזקו שני יוסף בן שמעון אף אם רק עבר אדם שם חיישינן דחיישין אף לדבר רחוק א"כ כל זה היכא דהוחזקו אבל היכא דלא הוחזקו הא לא חיישינן אלא אם שיירות מצויות הרי דלא חיישינן אלא לדבר מצוי אבל לדבר שאינו מצוי לא חיישינן מכל שכן לדבר שהוא רחוק וגרע מאינו מצוי דלא חיישינן. א"כ שפיר פסק הרמב"ם דהיכא דלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון דוקא שהה אדם שם חיישינן אבל אעבר אדם לא חיישינן:

ואין הטעם משום דס"ל דעבר זהו לאלתר. אלא כיון דהוא רק עבר, א"כ הא לא הוי שיירות מצויות. ואדרבה עוד הוא יותר רחוק מאינו מצוי שיירות והיכא דלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון הא לא חיישינן אלא היכא שהשיירות מצויות. וכמדומה לי שפשוט הוא סברת הרמב"ם וכן כתב הרי"ף ז"ל אבל עבר אדם שם והוחזקו שני יוסף בן שמעון חיישינן שמא ממנו נפל כו' הרי דדוקא בהוחזקו:

אבל בלא הוחזקו. הא לא הוי שיירות מצויות היכא דזה האיש רק עבר ולא שהה:

הרי חזינן דהרמב"ם פסק דהיכא דשיירות מצויות אף בלא הוחזקו יוסף בן שמעון חיישינן לשני שווירי'. ולשני יוסף בן שמעון וא"כ איך פסק הרמב"ם מתניתין דכל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר הי' לי' לפרש דדוקא אם מצא שלא בב"ד אבל אם מצא במקום שהשיירות מצויות לא יחזיר דחיישינן לשני שווירי ולשני יוסף בן שמעון, כיון שהשיירות מצויות, וזה אין לחלק בין ממון לאיסור שהרי כבר פריך רבה דהא במתניתין תני גם שטרי חליצה ומיאונין. וא"כ אם נימא דמתניתין איירי אף במקום שהשיירות מצויות א"כ גם בגט הי' לן לפסוק כן. ומדלא פסקינן הכי ע"כ דמתניתין איירי דוקא. דאשתכח אבראי במקום שאין השיירות מצויות, וע"כ הרמב"ם כשהביא האי דינא הי' לו לבאר דדוקא דאשכח במקום שאין שיירות מצויות והרמב"ם מנה לשטרי חליצה ומיאונין בהדי הנך דמחזירין. וא"כ לכאורה אין לחלק בין ממון לאיסור, וכן קשה על הטור שו"ע בסימן ס"ה שהביא ג"כ להאי מתניתין דשטרי חליצה ומיאונין וכל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר ולא העירו כלום דזה דוקא באין שיירות מצויות והרי (באבן העזר סי' קל"ב סעיף ד') פסקו דהיכא דהשיירות מצויות אף שלא הוחזקו בעינן דוקא לאלתר ולכל הפחות שלא שהה אדם. ואם יש שהות ששהה אדם חיישינן:

לשני יוסף בן שמעון אף שלא הוחזקו:
א"כ הי' להטשו"ע לבאר גם במצא שטרי חליצה ומיאונין וכל מעשה ב"ד, ופליאה היא איך העלימו נושאי כלי הרמב"ם והטשו"ע עיניהם מזה:
לכן נראה לי לבאר דהנה בספרינו לבוש מרדכי על ב"ק סי' מ"ב הבאנו דברי הקצות החושן שחקר באחד שהודה לחבירו שחייב לי' מנה. והעדים לא ראו את המודה רק הכירוהו בטביעת עינא דקלא, אי מהני או לא והביא ראי' לכאורה דמהני, מהא דבני אדם מותרין בנשותיהם בלילה בט"ע דקלא. אך הקצות החושן מביא ראי' דלא מהני ט"ע דקלא דהנה השלטי גבורים פרק זה בורר כותב וז"ל בשם הרר"מ הלוי שכתב בפרק א"מ גבי מסית שמדליקין לי' את הנר בבית הפנימי ומושיבין עדים בבית החיצון כדי שיהיו שומעין את קולו ורואין אותו מהא שמעינן דאין העדים יכולין להעיד על דבריו של אדם אא"כ ראו אותו ושומעין קולו ע"ש הרי דבעינן דוקא שיראו אותו ולא מהני שישמעו קולו. וכתב על זה הנתיבות ז"ל בספר קצות החושן כתב דט"ע דקלא לא מהני רק באיסור ולא בממון. וצריכין העדים שיראו דוקא בראית העין ולא בשמיעת קולו וליתא דהא לענין סימנין אמרינן בב"מ כ' דחמירא איסורא מממונא כדאמר התם מי קמדמית איסורא לממונא דאף דממון מהני יוסף בן שמעון לסימן אבל לענין איסור לא מהני א"כ בטביעת עינא דקלא דמהני לענין איסור כמבואר בחולין ובגיטין כש"כ דמהני לענין ממון. והא דלא מהני בטביעת עינא דקלא בדיני נפשות היינו משום דבדיני נפשות בעינן ראי' וידיעה משא"כ בדיני ממונות דמתקיים ידיעה שלא בראי' כמבואר בסימן צ' ע"ש עכ"ל הנתיבות:
אך באמת מוכח דאף בממון בעינן ראי' דוקא שהרי אמרינן בב"ב דסומא פסול אף שיכול לכוין מדת גמיו:
ומדת משקלותיו הרי דס"ל דבעינן ראה ממשל ואין מועיל מה שמרגיש באופן אחר את העדות והתם מיירי באופן שהעדות ראה אלא שאחר כן נסתמא הרי דאף שראה העדות ממש אעפי"כ כיון דעתה אין ראוי לראות בעינים:
אף שראוי להכיר ע"י הרגשים אחרים. לא יוכל להעיד. מכל שכן היכא דלא ראה כלל העדות ובזה מיושב קושית הקצות על ר"ת שכתב דקיום בשטרות ע"י דימוי הוא רק דרבנן. אבל מן התורה אין מועיל מדאמרינן הי' יודע לו בעדות קרקע ונסתמא כו' אפילו כיון במדת מצרנהא ובמדת גמיו בגלימא ומשקל בנסכא לא מהימנא דכולהו אמוראי איתותבו אלמא דעיקר העדות בט"ע ולא לדמויא מילתא למילתא. והקשה הקצות בסי' מ"ו מה הביא ר"ת ראי' דעיקר העדות בטביעת עין מדאיתותבו כולהו אמוראי, אדרבה

משם ראי' לסתור דהא לא איתותבו אלא משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות וא"כ אין הפסול אלא משום דהוא סומא וסומא פסול אף על גב דיכול להעיד מפי השמועה ששמע שהודה והכירו בטביעת עינא דקלא, הא מי שאינו סומא שפיר מעיד עפ"י משקל ומדת גמיו, דאל"כ תיפוק לי' דאינו מעיד משום שלא הגיד בט"ע, והתם לא פריך אלא מברייתא דפתוח ונסתמא עכ"ד הקצות החושן:

ולפי דברינו לא קשה כללי דהא הברייתא מיירי היכא דהוא ראה העדות ואח"כ נסתמא א"כ הרי ראה העדות בטביעת עינא, ויוכל להעיד עדותו על פי ראי' ממש משום הכי בעי טעמא דפסול, משום דסופו בפסול דבעינן שגם בעת הגדה יהי' ראוי לראות אבל הגמ' מביא ראי' מברייתא זו דהא דכתיב ראה הוא ראי' ממש דמשום הכי סומא פסול שאינו בר ראי', וא"כ הדברים קו"ח ומה היכא דראה העדות רק דעתה אין יכול לראות פסול אף שיכול לכון ע"י מדת מצרנהא או משקל או גמיו. מכ"ש היכא דלא ראה כלל העדות, ואינו יכול להעיד אלא ע"י מדת גמיו שפסול, ומתחילה הי' סובר דסומא נמי כשר ואף דכתיב ראה הי' סבר דהאי ראה איננו טביעת עין ממש דראי' לאו דוקא טביעת עין דראי' הכונה ידיעת הדבר אף דהידיעה היא ע"י חושים אחרים כמו כיון משקל וכמו דאשכחינן דדרשינן על קרא דוהוא ראה את ערותה דהיינו שיראוהו טעמא של דבר (בסנהדרין דף מ') הרי דראי' איננה ראית עין. אלא ידיעת הדבר וכן אשכחן בקרא ולבי ראה הרבה חכמה (קהלת) הרי דראי' שייך על ידיעה ומשו"ה סוברים הנך אמוראי דסומא כשר להעיד דגם הוא בר ראי' הוא היינו בר ידיעה ע"י שיכוין מדת מצרנהא או מדת גמיו או המשקל והוא הדין היכא שהוא פתוח אלא שהעדות הזו אינו יודע אלא ע"י ראי' שהיא רק ידיעה, ע"י דימוי או כיון משקל וכדומה אבל כיון דאיתותבו כולהו אמוראי א"כ הרי סבירא לן דהא דכתיב בקרא ראה הוא ראיה ממש ודוקא היכא דראה בטביעת עינא ומשו"ה פסול אף היכא דראה העדות בר' ממש ואח"כ נסתמא משום דעתה איננו בר ראי' ממש הרי דבעינן ראה בעינים ולא ע"י כיון משקל, מכש"כ היכא דלא ראה כלל העדות אלא ע"י ידיעת דימוי וכדומה, דאיננו עד אחרי דמוכח דבעינן ראה ממש ושפיר הוכיח ר"ת ראיתו מדאיתותבו כולהו אמוראי ע"כ דעדות ע"י דימוי שמועיל בקיום שטרות הוא רק דרבנן. דמדאורייתא בעינן טביעת עין ממש וא"כ בהאי שאלה דהקצות היכא דעדים שמעו והכירוהו בטביעת עינא דקלא שהודה לחבירו איך יכולים להעיד דהוי רק עדות בטביעת עינא דקלא ולא ע"י טביעת עין ובעדות בעינן דוקא ראה היינו טביעת ממש והא דמהני טביעת עין דבני אדם מותרין בנשותיהן בלילה הוא כמו שכתב הקצות החושן דבאסור שאני:

שוב מצאתי שהקצות בסימן רנ"ט העיר ג"כ שיש לתרץ דבר ר"ת דמשו"ה אתותבו הנך אמוראי משום דסימן אין מועיל וכתב דלפי זה לא יהי' פסול הגוף וא"כ אחרי דמוכח מתוס' דסומא הוא פסול הגוף א"כ לא הוי כר"ת דהטעם משום דסימנין אין מועיל. אכן לדברינו דא ודא אחת דסומא פסול הגוף שאין ראוי להעיד מטעם דדין עדות הוא ראי' ממילא הוא פסול הגוף היכא דאין יכול לראות והיכא דיכול לראות ולא ראה אז הפסול משום דלא ראה ותליא זה בזה. אי בעינן דוקא ראי' ממילא הוי סומא פסול הגוף ואילו לא היינו צריכים לראי' דוקא דפירוש ראי' הי' אף על ידי דימוי ממילא לא הוי סומא פסול הנוף שהרי הוא ראוי לראי' זו דדימוי וכדומה:

ומה שהקשה הנתיבות דהא בב"מ אמרינן דחמירא אסורא מממונא דאף שבממון מהני שני יוסף בן שמעון לסימן אבל לא לענין איסור, לא אבין קושיתו דהנה בחולין דף צ"ה אמר רבא מרישא הוי אמינא סימנא עדיף מטביעת עינא דהא מהדרינן אבידתא בסימנין ולא מהדרין בטביעת עינא, השתא דשמעינהו להני שמעתא אמינא טביעת עינא עדיפה כו' אמר רב יצחק ברי' דרב שרשיא תדע דאינו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימנא קטל נפשא לא קטלינן ני' ואילו אית ני' טביעת עינא בגווי' קטלינן לי' הרי דאף אם נימא דסימנין דאורייתא שהרי אנן פסקינן להלכה סימנין דאורייתא אף על פי כן לגבי עדות אין מועיל והיינו משום דבעדות בעינן ראי' ממש וע"י סימנין אין מועיל עדותו וכמוכח מהא דאיתותבו כולהו אמוראי דאף אם הסומא יכול להעיד על פי מדת המשקל שהוא סימן דסמכינן עליו אעפי"כ בעדות אין יכול להעיד ולדעתי הנך אמוראי סוברים דסימנין דאורייתא דאל"כ למה מספקא להו הא על סימנין אין סומכין וא"כ היאך היו רוצים לומר הנך האמוראי בב"ב דאם יכול לכוון מדת המשקל יכול על ידי זה להעיד הא על סימנין אין סומכין מן התורה, ע"כ דאינהו סברי סימנין דאורייתא ואעפי"כ איתותבו דבעדות פסול כהאי גווני ועוד ראי' ברורה לדברינו דאף למאן דס"ל סימנין דאורייתא ג"כ עד אין יכול להעיד עפ"י סימנין דהא ר' אבא סבירא לי' בחולין דף ע"ט סימנין דאורייתא (ועיין שם ברש"י) וא"כ איך שלח לר' יוסף בר' חמא דהי' יודע לי' בעדות עד שלא נסתמא ונסתמא פסול, הא יוכל לכוון ע"י משקל היינו על ידי סימנין:

ע"כ דאף דסובר סימנין דאורייתא היינו דדין תורה הוא דעל ידי ברור בסימנין סמכינן באיסור ומשום הכי אמר לי ר' אבא לשמעי', אי מעיילת לי כודנייתא בריספק עיין נהני דדמיין להדדי ועיילי לי הרי דסומכין על סימנין אף באיסור כלאים דאורייתא אבל אף על פי כי עדות לא הויא דהיכא דבעינן עדות בעינן דוקא ראיה ממש וטביעת עין ממש,

דאף דסימנין בירור הוא טביעת עין הוא בירור יותר טוב ובעדות היכא דבעינן עדות בעינן דוקא ראי' ממש:

והנה לפי זה הא דאמרינן דאינו אתו בי תרי ואמרי פלניה דהאי סימנא קטל גברא לא קטלינן לי' אין הכונה דוקא בעדות נפשות, דהרי מוכח מהא דאמרינן הי' יודע לי' בעדות עד שלא נסתמא נסתמא פסול הא מיירי בעדות ממון והא דקאמר דקטל גברא הוא משום רבותא דטביעת עינא דאף בנפשות סמכינן. וכן מוכח שם בתוס' חולין צ"ו ד"ה פלניא ז"ל וא"ת והאיך מחזירין שטר חוב בסימנון והא אי אתו סהדי ואמרו פלניא דהאי סימנא והאי סימנא לוה מפלוני לא מפקינן. וי"ל דלא דמי שטר שאין אדם מוחזק בו שיאמר שלי הוא מהדרינן שפיר אבל ממון שביד הבעלים אין להוציא ע"י סימנין דה"נ לא הוי מפקינן חפץ מיד הבעלים אי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימנא והאי דפלניא הוא עכ"ל התו', וא"כ לא קשה כלל קושית הנתיבות על הקצות, איך קאמר דטביעת עינא דקלא לא מהני בממון אף שמהני באיסור והא בב"מ אמרינן דחמירא איסור מממון, הא לכאורה זה הוא דברי התו', דהא דחמיר איסור מממון הוא לגבי להחזיר המוצא דעשו רבנן תקנה להחזיר ע"י סימנין שפיר אמרינן דבממון עשו תקנה מפני שאין אדם מוחזק בו אבל באיסור לא נסמוך אבל היכא דבעינן עדות אף בממון לא נסמוך על סימנין וכמו שהוכחנו דאף למ"ד סימנין דאורייתא ואף דבאיסור סמכינן אבל לא היכא דבעינן עדות א"כ הכא נמי טביעת עינא דקלא נמי הוי כסימנין וסומכין על זה מה"ת באיסור אבל בעדות דבעינן ראי' ממש ובעינן טביעת עיין ממש בזה שפיר נוכל לומר דאף טביעת עינא דקלא אין מועיל וכדמוכח מדברי הרמ"ה שהביא השלטי גבורים ומה שהקשה הנתיבות הא בעינן ראי' וידיעה עיין בספרנו לבו"מ על ב"ק בסימן מ"ב שם שהוכחנו דאדרבה מגמ' שבועות הנ"ל מוכח דממון ונפשות דין אחד הם והא דאמרינן בעדות המתקיימת בידיעה בלא ראיה ביארנו שם משום דנאמנות העדות הוא שהמודה אמר כן וא"כ עדותם הוי ראי' שהרי ראוהו אלא דהחיוב הא לא על הודאה אלא על המעשה דאנן פסקינן הודאת בעל דין כמאה עדים דמי א"כ התקיימות העדות הוא רק ע"י ידיעה אבל נאמנותם הוא דוקא אם על מה שמעידים ראו ג"כ ולא שהכירו בטביעת עינא דקלא:

ולפי זה יש לישב בפשטות קושית הכ"מ בפרק י"ג מהלכות גירושין למה אמר הרמב"ם בפי"ז מהלכות נחלות שאם לא הכירו פניו רק סימנים מובהקים שבגופו והכירו אותם אין משיאין את אשתו והרי הרמב"ם כתב הסימנים מובהקים סומכים עליהם בכל מקום דין תורה, אכן לדברינו לא קשה כלל דהרמב"ם סובר, דאף דבתחלה הי' סבור בגמ' בב"מ דף כ"ו דאם סימנין דאורייתא משיאין אשה על פי סימנין דפריך שם מהא דאין מעידין

אלא על פרצוף הפנים, אף שיש סימנין בגופו אין מעידין בתחילה הי' סבור דאם סימנין דאורייתא הוי עדות וסימנין הוי כעדים דסימנין אי הוו דאורייתא הוי כראי' וטביעת עין, משו"ה פריך שפיר אם נימא סימנין דאורייתא אמאי אין משיאין אשה עפ"י סימנין מובהקין הא סימנין דאורייתא וכמו דסבירא לי' להנך אמוראי שמואל ורב ששת ורב פפא דסומא יכול להעיד ע"י סימנין, וכמו שסובר רבא בחולין מקודם דסימנין עדיפא מטביעת עינא, ואח"כ אמר רבא אם תמצא לומר סימנין דאורייתא סימנין ועדים ינתן לבעל העדים, פירוש אף אם תמצא לומר סימנין דאורייתא, וכמו שפושט רבא אעפ"כ סימנין אין זה בירור כעדים רק שהתורה אמרה דסומכין אף על בירור זה דסימנין, אם הם סימנים מובהקין וס"ל להרמב"ם דיש רק שני מינים סימנין גרועים כגון ארוך וגוץ, וסימנין מובהקים דסומכים עליהם באבידה, וכדאמרינן בב"מ לקמן ולא אמר סימנין מובהקין דידה, הרי דקרינן לסימנים דסמכינן עליהם באבידה סימנין מובהקין ועל זה מסיק רבא דהני סימנין מובהקין כעדים לא הוו אלא בירור ואם יש סימנין ועדים ינתן לבעל העדים, והיכא דבעינן עדים שם לא יועיל סימנין ואזדא רבא לטעמי' דמסיק בחולין דטביעת עינא עדיפא מסימנין. א"כ כיון דכתיב קרא ראה דההוא טביעת עינא בעדות, עדים וסימנים עדיפא עדים דהנה מעידים ע"י טביעת עינא ועדיפה מזה דאנן סהדי ע"י סימנין דהוי רק בירור שאף שדין תורה שסומכים עליהן אבל עדים הא לא הוי וסובר הרמב"ם דאין אלא שני מינים סימנים גרועים ומובהקים ונקב יש בצד אות פלוני הוא ג"כ סימן מובהק כמדה ומשקל ומנין וכדומה (והא דמועיל בגט אף אם מספקא לרב אשי אי סימנין דאורייתא יבואר בדברינו להלן):

ומיושב בזה דברי הרמב"ם שכתב (בפרק י"ג מהלכות גזילה ה' ב') ז"ל לפי שאינו מחזירו עד שיתן סימנים מובהקים והשיג הראב"ד ז"ל לאפוקי חורי וסומקי קאמר וכן בהלכה ג' כתב הרמב"ם ז"ל והרמאי אעפ"י שאמר סימנין מובהקין אין מחזירין לי' עד שיביא עדים שהוא שלו כתב הראב"ד שאם הביא סימנין מובהקין לגמרי מועיל והיינו דהראב"ד מפרש כפירוש התוס' דאף על פי דמספקא לן אי סימנים דאורייתא בסימנים מובהקים לגמרי לא מספקא לן דהוי כעדים אכן הרמב"ם לטעמי' דסובר דסימנים מובהקים הוו הנך סימנים דסומכים באבידה וסימנים מובהקין יותר אין כאן ובהנך מסיק רבא דהוו דאורייתא ואעפי"כ לא הוו עדים דעדים דהוו ע"י טביעת עין עדיפי מסימנין נמצא דלמסקנא לא קשה כלל ממתניתין דקתני אין מעידים אלא על פרצוף פנים עם החוטם ואף על פי שיש סימנין בגופו ובכליו לדין זה דאורייתא דנהי דסימנין הוי בירור דאורייתא וסומכין עליהם:

היינו דוקא באיסורים דשם האמינה תורה אף עד אחד הרי דלא החמירה תורה בידיעתם דנבעי דוקא דין עדות לגמרי וכמו שאמרה התורה דע"י סימנים מובהקים יש דרישה שאינו רמאי הכא נמי סומכים עליהם באיסורים אבל בדבר שבערוה ששם מדין התורה בעי דוקא שני עדים הרי דהחמירה התורה בדין ערוה דבעי דוקא בירור דעדים א"כ סימנים אין מועיל בדבר שבערוה, דאין דבר שבערוה מתברר אלא ע"י בירור דעדים וסימנים אף דבירור נינהו. וסומכים עליהם דין תורה אבל בירור דעדים הא לא הוו משו"ה אין מועיל בדבר שבערוה ובזה מיושב מאי דקשה לכאורה על תירוץ דמשני בגמ' דהא דקתני במתניתין אף על פי שיש סימנין בגופו ובכליו דהיינו סימנים גרועים כגון ארוך וגוץ א"כ למה אשמעינן דמעידין על פרצוף עם החוטם דהוא ראי' ממש הי' לי' לחלק בין סימנין גרועין לסימנים מובהקין. ולאשמעינן רבותא יותר דאף על סימנים מובהקים מסמכינן אכן לדברינו מעיקרא הי' סבור בסוגית הגמ' בב"מ כמו שהי' רבא סובר מעיקרא דאם סימנין דאורייתא עדיפא מטביעת עינא, וא"כ כיון דאשמעינן דטביעת עינא דפרצוף פנים עדיפא שסומכין עליהן מכל שכן דעל ידי בירור דסימנים מובהקים סומכים אבל למסקנה דמסיק רבא בב"מ ובחולין. דסימנין לא הוי בירור כטביעת עינא, א"כ כיון דאשמעינן דאין מעידין אלא על ידי ראו' ממילא מוכח דעל ודי בירור דסימנין אין סומכין. דבעי דוקא בירור דעדים ובירור דעדים הוא טביעת עין:

ואף דרבנן אמרו שסומכין על עד אחד להעיד שמת להשיא אשה אין הכונה, שהם אמרו שדין בירור דמת יהי' לו דין כבירור דאיסורים שהרי חזינן דאדרבה במים שאין שאין להם סוף החמירו ואמרו דלא תנשא. הרי דבידיעת הדבר לא הקילו ואדרבה החמירו בעדות אשה, ומכל שכן דלא הקילו בזה שמן התורה כיון דצריך שני עדים. ממילא צריך ראי' דבעינן דוקא בירור כזה, דבעי עדים, והיינו טביעת עין, ורק שאמרו והקילו בהעדאה לפני ב"ד דיועיל אף עד אחד ואף עד מפי עד. אבל ידיעת העד בזה לא הקילו, ואדרבה החמירו אף בדבר שמן התורה הי' נאמן והיא גמ' מפורשת בבכורות דף מ"ו דר' יוחנן ס"ל דפדחת הוי הכרה אף בלא החוטם. ואעפי"כ בעדות אשה החמירו ואיתא התם ת"ש פדחת בלא פרצוף פנים, פרצוף פנים בלא פדחת:

אין מעידין עד שיהוא שניהם עם החוטם ואמר ר' אבא ואיתימא רב כהנא מאי קרא הכרת פניהם ענתה בם, שאני עדות אשה דהחמירו בה רבנן. ומי החמירו והא תנן הוחזקו להיות משיאין עד מפי עד מפי אשה מפי עבד מפי שפחה כי אקילו רבנן בסופה בתחלתה לא אקילו רבנן. ע"כ. הרי אף שהכרת פדחת הכרה היא בעדות אשה החמירו, א"כ בסימנין דלפי דברינו בירור זה אין מועיל בדבר שבערוה, דבעי דוקא בירור שמועיל

בעדים אין מועיל גם עתה אף שהקילו רבנן. והתירו להיות משיאים עד מפי עד ולפי זה נצטרך לומר, הא דפליגי אליעזר בן דהבאי ורבנן אם מעידין על השומא כהאי תירוצא דתריץ רבא ביבמות, דכולי עלמא סימנין דרבנן והכא בשומא סימן מובהק פליגי היינו דשומא שהי' בו, נימא דמה שמכירין השומא, כיון דשומא שתהי' עוד באדם אחר באותו מקום הוא לא שכיח, וא"כ כשהכירו השומא שבגופו הוי כהכירוהו אותו, אף דשאר סימנין הוו מדרבנן סובר אליעזר בן דהבאי. דסימן דשומא עדיף משאר סימנין ורבנן סבירא להו דאף סימן זה דשומא איננו אלא כשאר סימנין, א"כ אף לדידן אף דס"ל סימנין דאורייתא, אף על פי כן בעדות ערוה אינו מועיל, וא"כ צריך לומר דאליעזר בן דהבאי ס"ל דשומא עדיף משאר סימנין ושומא הוי כראי' ממש, ורבנן פליגי וס"ל דכל סימנין אף שומא אינו אלא כסימנין ואין מועיל בערוה, וא"כ הרמב"ם לטעמי' שפיר כתב דאף סימן דשומא אין מועיל בערוה, דלא נימא כבן דהבאי דס"ל שומא עדיף משאר סימנין קמ"ל דסבירא לן כל דלא הוי טביעת עינא אין מועיל באיסור ערוה דלדידן יש רק שני מינים סימנים, או גרועים דאין מועיל כלל אף באבידה, או מובהקין דסומכים עליהם באיסורים אבל לא היכא דבעי עדים:

ובזה מיושב נמי הקושיא שהקשינו כיון שהרמב"ם פסק דהיכא ששיירות מצויות חיישינן לשני יוסף בן שמעון אף אם לא הוחזקו. א"כ איך כתב הרמב"ם בסתמא לדינא דמתניתין דמצא שטרי חליצה ומיאונין. וכל מעשה ב"ד הרי זה יחזיר הי' לי' לבאר דהיינו דוקא היכא שאין שיירות מצויות, אבל היכא ששיירות מצויות חיישינן לשני יוסף בן שמעון כמו שמוכיח רבה ומדקתני סתמא משמע דבכל גווני לא חיישינן אכן לדברינו ניחא דזה ודאי אם נמצא בשוק שטר וכתוב בו יוסף בן שמעון הוי סימן דנאבד מזה, וזה שכתוב בשטר יוסף בן שמעון הוא סימן שזה הוא, ולא גרע מסימן מקום:

דאמרינן דהוי סימן ולא אמרינן כי היכי דלדידיה אתרמי האי מקום לחברי' נמי איתרמי האי מקום אף דאין לך הוחזק שני יוסף בן שמעון מזה שהוחזקו שני אנשים שיש להם עומרים הכי נמי לא אמרינן דאתרמי נמי יוסף בן שמעון והא דבגט חיישינן הוא משום דמיירי שהשליח אבד הגט והשליח בעצמו מצאו ואינו יודע ועתה הוא בא לגרש על ידו גט זה:

והנה אילו הי' מוצא אחר ועדים היו מכירים את הגט על ידי סימן הי' הדין שלא יגרש על ידו. אם אין השליח מכירו בטביעת עינא שהרי היכא דמספקא לן אם הוא גט כשר יש לזה דין דבר שבערוה ולא דבר איסור ועד אחד לא הי' נאמן על זה. וכדאמרינן בגיטין (דף ב') המביא גט ממדינת הים צריך שיאמר בפני נכתב ובפני נחתם:

או משום לשמה, או משום מזויף. ופריך ליבעי תרי מידי דהוי אכל עדיות שבתורה ומשני עד אחד נאמן באיסורין, ופריך אימור דאמרינן עד אחד נאמן באיסורין כגון חתיכה ספק של חלב ספק של שומן הכא איתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים. הרי דזה שבא לגרש ע"י הגט אם ספק לן אם הגט כשר יש לזה דין ערוה ולא דין איסורין וכיון דיש לזה דין דבר שבערוה, הא בעינן שני עדים:

וזה ביארנו דכל היכא דבעי דין עדים:

בעי בירור דעדים, היינו טביעת עין ממש ולא בירור שעל ידי סימנים. והנה זה הדין דבעי עדים הוא באחר שאנו צריכים להאמינו ואין נאמנים אלא שנים בדבר אבל הוא בעצמו אם מכירו נאמן הוא על ידי עצמו שהרי הוא בעצמו יודע הדבר יותר ממאה עדים, וא"כ מצאו בעצמו אין צריך הוא לעדים, שזה הגט כיון שיודע הוא בעצמו שזה הגט, אבל לדין זה דבעינן דוקא טביעת עין, לא שני הוא מעדים דכמו דבעדים בעי ידיעה דראי', ה"נ אם מצאו הוא בעצמו בדבר שבערוה בעינן דוקא טביעת עין. אבל ע"י הכרה דסימנים אין לו לסמוך ולעשות מעשה לילך לגרש דהוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות מבירור שנים דהיינו טביעת עין:

משו"ה אם מכירו בעצמו ע"י טביעת עין שזה הוא. הרי הוא בעצמו גבי עצמו כשנים אבל אם אינו מכירו אלא בסימנין אין מועיל בדבר שבערוה. וכל זה בדבר שבערוה אבל בדבר איסור אף על סימנין סומכין כמו שסומכין באיסור על הגדת עד אחד ואף סומא יהי' נאמן באיסור ע"י כוון משקלותיו:

ולפי זה לא קשה כלל אליבא דידן כיון דפסקינן להלכה דבשיירות מצויות חיישינן לשני יוסף בן שמעון איך פסקינן להלכה דמעשה ב"ד הרי זה יחזיר דבגט דהוי דבר שבערוה לא סמכינן על סימן דיוסף בן שמעון דהוי כמו סימן מקום. בגט כשבא לגרש' דהוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות מבירור דשנים היינו דוקא בטביעת עין ולא סמכינן. אבל להחזיר שטר מעשה ב"ד דאין אחר מוחזק בזה השטר שפיר סמכינן על סימנין. וכמו שכתב התוס' בחולין דף צ"ו שהבאנו למעלה, דאף אילו היו עדים אומרים:

האי חפץ דהאי סימנא דפלניא הוא לא מפקינן מיניה במציאה מהדרינן:

ולא קשה נמי משטרי חליצה דשטר חליצה נמי לאו דבר שבערוה הוא וכן משמע קצת מתוס' יבמות (ל"ו ע"ב) ד"ה הא לא שהה וכן נראה דזה הוא דעת הרשב"א שהנתיבות הביא דבריו בסימן ל"ו שהקשה הרשב"א על הא דאיתא בגמ' יבמות ק"ד מי שחלץ בינו לבינה והכשיר ר"ע ופריך בגמ' בינו לבינה מנא ידעינן. והקשה הרשב"א מאי פריך הא בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן וא"כ ה"נ יבם שאמר חלצתי, וכתב ע"ז הנתיבות

דדברי הרשב"א והנ"י מרפסן אגרי דהא בעל שאמר גירשתי לא מהני רק כשאומר גרשתי בעדים אבל אם אומר גרשתי בלא עדים לאו כלום הוא דגירושין וקידושין בלא עדים לית בהוא ממשא. והכא כיון דגוף החליצה בנא עדים להנ"י דס"ל דהוי דבר שבערוה לאו כלום הוא מה לנו ולנאמנותו. אכן באמת נוכל לומר דהרשב"א ס"ל דחליצה לאו דבר שבערוה הוא והא דאינו נאמן ביחיד הוא דס"ל אימתי עד אחד נאמן דוקא היכא דלא אחזק איסורא שם האמינתו התורה אבל היכא דאיתחזק איסורא לא האמינתו תורה אף בדבר שאינו בערוה משום הכי פריך בגמ' מנא ידעינן כיון שהיא הוחזקה לזקוקה ליבום ואסור לשוק אין נאמן לומר שהותרה ולא מיקרי הי' בידו שהרי הי' תלוי גם בה וא"כ לא הי' בידו מקודם רק עתה דשניהם מודים סובר הרשב"א דהוי בידו. אבל אם הינו יודעים היתה החליצה כשרה דחליצה לא הוי דבר שבערוה. אכן אף דאמרינן דהיכא דאיתחזק איסורה אין עד אחד נאמן אעפי"כ סימנין בירור מעליא הוא דמועיל אף היכא דאיתחזק איסורה דאל"כ איך סמכינן בבשר שנתעלם מן העין על סימנין הא איתחזק איסורה:

על בשר קודם שנשחטה ובודאי יש לזה חזקת איסור ובשלמא הא דכל אחד נאמן על בשר אף שיש חזקת איסור כתבו תוס' בגיטין שהוא משום דבידו אבל בסימנין היכא דלדידי' נמי מספקא לי' הא לא שייך בזה נאמנות שבידו וע"כ דסימנין מועיל אף היכא דאיתחזק איסורא וכן חזינן דסימנין עדיפי מעד אחד דעד אחד אין מועיל במציאה כדאמרינן עד אחד כמאן דליתי' וסימנין מועיל אף אם הלה מכחיש א"כ בשטר דחליצה כיון דלא הוי דבר שבערוה רק דבר שבאיסור מהני סימנין וסימן זה דיוסף בן שמעון לא גרע מסימן מקום. וא"כ אליבא דידן לא קשה כלל משטרי חליצה לגט דגט הוי דבר שבערוה וחליצה לא הוי דבר שבערוה (ולקמן נבאר דאף אם חליצה הוי דבר שבערוה ג"כ לא קשה):

והא דפריך לי' רבה לרב עמרם דאמר לחלק בין ממונא לאיסורא שטרי חליצה ומיאונין היינו דוקא אם נימא דמקום הוי סימן. וסימנין דאורייתא. אבל אם נימא מקום לא הוי סימן. או דנימא דסימן זה דיוסף בן שמעון עדיף מסימנא דמקום אם נימא דסימנין לאו דאורייתא הלא על סימנין לא סמכינן באיסור, א"כ אף בשטר חליצה לא סמכינן על סימן וע"כ מדסמכינן על זה. ע"כ דאין הטעם דהוי כסימן מקום רק דלא חיישינן לשני יוסף בן שמעון או לשני שווירי וכיון דלא חיישינן. הרי דאף בגט ג"כ לא ניחוש והנה רבה לטעמי' דס"ל מקום לא הוי סימן ועוד מדשני רב עמרם מי קמדמית איסורא לממונא הרי דס"ל סימנין לאו דאורייתא דאם הי' סובר סימנין דאורייתא הלא גם באיסור סמכינן על סימנין ואם דעתו לחלק בין דבר שבערוה הי' לו לומר מי קדמית דבר שבערוה. ע"כ דרב

עמרם ס"ל סימנין לאו דאורייתא. ואיהו סובר דבממונא סמכינן על סימן זה דיוסף בן שמעון א"כ פריך לי' רבה שפיר משטרי חליצה וסומכין על זה. והא באיסור לא סמכינן על סימנין וע"כ דזה לא הוי סימן אלא דאין חוששין לשני יוסף בן שמעון היכא דלא הוחזקו וכיון דהטעם משום דלא חיישינן א"כ גם בדבר שבערוה סמכינן. דדבר שהדין הוא דאין חוששין דין אחד לדבר שבערוה ולשארי איסורין וכמו הא דאמרינן דבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותם בב"ד וע"כ דילפינן מוהעד עדים: (למאן דס"ל עדי חתימה כרתי) והא התם בממון איירי קראי ודילמא בממון לא חיישינן לזיופי ובאיסורים חיישינן לזיופי ובפרט בגט ע"כ כיון דאין חוששין לזיוף אין נפקא מינה בין ממון לדבר שבערוה. הכא נמי פריך רבה לרב עמרם דס"ל סימנין לאו דאורייתא מדמחלק בין ממון לאיסור ממ"נ אם הטעם דלא חיישינן לשני יוסף בן שמעון. הוא משום דזה הוי כסימן א"כ אמאי בשטר חליצה דהוי איסור אמאי מחזירין הא באיסורים לא סמכנין על סימנים לפי מאי דסבירא סימנין לאו דאורייתא. ואם הטעם משום דלית לן למיחוש לשני יוסף בן שמעון. א"כ הטעם משום דלא חיישינן א"כ ממון ואיסור ודבר שבערוה שוין הם אבל לדידן דס"ל סימנין דאורייתא לא קשה כלל דבאמת חיישינן לשני יוסף בן שמעון. ורק דזה הוי כסימן משום הכי באיסורין דין תורה הוא שסומכין אבל בדבר שבערוה דבעו דוקא בירור דעדים אין מועיל סימנין משום הכי בעי דוקא טביעת עין:

ויתישב נמי מאי שכתב הרמב"ם בפרק ג' מהלכות גירושין הלכה י"א ז"ל הי' בגט לעדים סימן מובהק כגון שאמרו נקב יש בצד אות פלוני או שאמרו מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד שיש שמות כשמות הללו הרי זה בחזקתו ותתגרש בו. והשיג עליו הראב"ד ז"ל ואפילו לשליח עכ"ל, וזה תלוי בשני גירסות בגמ'. כדאיתא בתו"ס גיטין דף כ' אי גרסינן דקאמרי, דאז משמע שהעדים אומרים, ויש גורסים דקאמר והפירוש שהשליח אומר, אכן לכאורה מוכח כהאי גירסא דאף אם השליח אומר נאמן, שהרי רב כהנא אייתי גיטא ואמר אי סימנים אית לי' בגווי אי טביעת עינא אית לי בגווי ואהדרוהו נהלי", אמר לא ידענא אי משום סימנא, אי משום טביעת עינא, אי משום סימנא וסברי סימנים דאורייתא, הרי דאם נימא סימנים דאורייתא אף אם השליח אומר נאמן, אכן לדברינו ניחא דהנה הא ביארנו דבגט היכא דבא לגרש שם אין מועיל סימנים דאין דבר שבערוה פחות ששנים, היינו פחות מבירור דעדות, היכא דאין שייך שנים היינו כגון שהוא עצמו אין יודע, והנה הכא הא מיירי הרמב"ם היכא דאין השליח מכיר את את הגט בטביעת עין, דאלו הי' השליח מכיר את הגט בטביעת עין הא מיירי דהשליח

בעצמו מצאו. שהרי כתב הרמב"ם המביא גט ואבד הימנו ומצאו וכן הוא במתניתין ומצאו, הרי דמיירי שהוא בעצמו מצאו, ואילו הי' מכירו בטביעת עין הרי אטביעת עינא סמכינן אף בדבר שבערוה ושנים לא צריך הכא שהרי הוא לגבי עצמו יודע הדבר כשנים ומה שכתב הרמב"ם בהלכה ט' גבי לא הוחזקו שני יוסף בן שמעון ואבד במקום שהשיירות מצויות כתב הרמב"ם ז"ל או שאמרו בכלי שהניחו ויש לו טביעת עין בארכו ורחבו של גט שהי' כרוך בו, אין הכונה שהוא מכיר את הגט ממש בטביעת עין. דא"כ למה הצריך שהניחו בו, הרי על טביעת עין סמכינן והוא בעצמו מצאו ולגבי עצמו הוא כשנים. אלא כונת הרמב"ם דהגט אינו מכיר, אלא הוא מכיר את הכריכה כמו שהוא כרוך בארכו ורחבו, שכן הי' הגט ההוא כרוך והטעם משום דאין מצויי שזה שמצא הגט. שחיישינן שמא לקחו מהחפיסה, והניח זה בתוכו יניחו כרוך כמו שהי' הגט הראשון כרוך, משו"ה אם מכיר הכריכה בטביעת עין, דזה לא הוי טביעת עין ממש שהרי הוא מכיר רק שארכו ורחבו של הכריכה הוא כמו הכריכה הקודמת, משו"ה אין מועיל אלא היכא דלא הוחזקו דשם לא חיישינן אלא לדבר המצוי וזה הוי אין מצוי, אבל היכא דהוחזקו שני יוסף בן שמעון לא הביא הרמב"ם כלל, שיהי' מועיל אם מצאו בחפיסא אם מכירו דשם היכא דהוחזקו שני יוסף בן שמעון שהוא חששא גמורה דשם חיישינן אף באין שיירות מצויות, א"כ אף אם מכיר שהכריכה הזאת היא כמו הכריכה הראשונה אין מועיל כאן. דאף דהוי כסימן אין מועיל בדבר שבערוה דבעי טביעת עין, וא"כ אף סימן דנקב יש בצד אות פלוני דמוכח מדברי הרמב"ם דס"ל דסימן דנקב בצד אות פלוני לא עדיף מסימן מדה, ומפרש לדברי רב אשי הכי ודוקא נקב יש בצד אות פלוני זה הוא סימן אבל נקב בעלמא לא, פירוש נקב בעלמא אין כאן סימן כלל, (והא דקאמר רב אשי מספקא לי' אי סימנין דאורייתא, זה לא קאי כלל על הא דנקב בעלמא אלא הוא ענין אחר כמו שנפרש להלן) אבל נקב בעלמא לא הוי סימן כלל משו"ה הרמב"ם שהביא גבי גט אשה היכא שהוא אומר סימן והאשה אמרה סימנין בפי"ח מהלכות אבידה שהביא הרמב"ם סימן דמדה והביא הרמב"ם סימן דנקב בצד אות פלוני, אבל נקב בעלמא לא הביא כלל, דזה מצוי בכל הקלפים והניירות וסימן דנקב בצד אות פלוני הוא סימן כמו מידה, דיותר משני מינים סימנים לא סבירא להרמב"ם משו"ה אם השליח אין מכיר את הגט אלא בסימן דנקב יש בצד אות פלוני אין מועיל כלל. דהא בסימנין לא סמכינן בדבר שבערוה (ומה שכתב שם הכסף משנה לשיטתי' דסובר דאף אם מצאו הוא בעצמו אין נאמן, וכתב דאם מכירו בטביעת עין כשר משום דעד אחד נאמן באיסורין, תמוה לי

דהא הכא אם בא לגרש הוא דבר שבערוה כדמוכח מגיטין דף ב' דאמרינן הכא איתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה ודוק):

והא דאם העדים אמרו נקב יש בצד אות פלוני ומכשירים הגט אין הטעם משום סימן אלא דזה סברא הוא דאם העדים אמרו שבגט זה יש בו נקב בצד אות פלוני. א"כ הרי הם אומרים שבגט אחר שחתמו בו לא הי' נקב בצד האות הזה, וא"כ הוי ראי' גמורה דזהו הגט. וכמו אם אמרו מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוסף בן שמעון, דהוי עדות גמורה שזהו הגט, הכא נמי אם אמרו דחתמו עוד על גיטין, אך בגט זה יש נקב בצד אות פלוני הוי עדות גמורה שזהו הגט וזה לא חיישינן שמא גם בגט אחר הי' נקב בצד אות פלוני ולא ראו, דמסתמא אם הי' נקב היו רואים, והא דאמרינן דסימנים אינן כעדים. היינו דהרי לא ראינו עוד הטליתות שביד אחרים וא"כ שמא גם הטלית שביד אחר הוא ג"כ כמו זה, אבל אם היו לשנים שני טליתים שוים ונתחלפו ויבאו עדים ויאמרו אנחנו יודעים שזה הטלית של ראובן הי' בו סימן זה, אם העדים ראו היטב את הטלית של שמעון ג"כ א"כ הוי עדות גמורה שזה הטלית של ראובן שהרי ראו היטב את הטלית של שמעון, ואילו הי' בו ג"כ הסימן שיש בטלית של ראובן היו רואים ומדלא ראו אותו, ע"כ דאין בו א"כ כשמעידין שיש בטלית של שמעון הסימן הוא עדות גמורה שזה הטלית הוא של ראובן ע"י הסימן א"כ הכא נמי בגט אם העדים החתומים בו, אומרים שיש בגט זה נקב בצד אות פלוני א"כ בשארי הגיטין שחתמו הם הוי כעדות שאין שם נקב בצד אות פלוני, א"כ הוי עדות גמורה שזה הוא הגט שחתמו בעד האיש הזה שהרי יש בו הנקב בצד אות פלוני, דזה לא אמרינן שעל הגיטין שחתמו הי' ג"כ נקב בצד אותו האות לא ראו. (וכמדומני שכן נזכר בפוסקים שאם אין יודע הסימן שבבגד הוא ראי' שאין הבגד שלו, ולא תלינן שלא ראה הסימן) וכל זה בהעדים שאמרו נקב יש בצד אות פלונית, אבל אם השליח אומר נקב יש בצד אות פלוני, לא הוי כטביעת עין, דהא הוא לא ראה, את הגט של יוסף בן שמעון אחר, א"כ דילמא יש עוד יוסף בן שמעון, שכתב גט ובו הי' ג"כ נקב בצד אות פלוני, ואף דסימן הוי, ובאיסורים הא סומכין על זה, אבל ראי' הא לא הוי, משו"ה אם השליח אמר נקב בצד אות פלוני לא מהימן, ורק אם אמרו העדים, אז הוי כראי', דמה לי מעולם לא חתמנו אלא על גט אחד של יוסף בן שמעון, ומה לי מעולם לא חתמנו אלא על גט שיש בו נקב בצד אות פלוני, ובעדים ודאי עדות גמורה היא כיון דאמרינן אלו הי' נקב בגט האחר היו רואים. אבל אם השליח אומר הוי רק סימן וזה לא מהני בדבר שבערוה, וכל זה לדעת הרמב"ם דסבירא לי' דאין אלא שני מינים סמנים, גרועים או מובהקים, וסימנים מובהקים הוא רק סימנים, אבל הראב"ד

הא ס"ל שיש ג' מיני סימנים, וס"ל דסימן דנקב יש בצד אות פלוני, הוא כעדים דאף אם נימא סימנים לאו דאורייתא, האי סימן מועיל, וס"ל דאלו מועיל אף ברמאי, א"כ שפיר השיג ואמר דאף בשליח ג"כ הדין כן:

והא דקאמר בגמ' רב אשי מספקא לי' אי סימנין דאורייתא או דרבנן דלדברי הרמב"ם, נקב בעלמא אין מועיל כלל אף אם סימנים דאורייתא, משום דהוי דבר המצוי ומשו"ה אף אם עדים אומרים נקב יש בגט זה, לא הוי סימן ואין להקשות, כיון דאומרים נקב יש בגט זה נימא דהוי' ראי' דבגט אחר שחתמו לא הי' נקב:

דמשום דזה דבר המצוי, אמרינן דראו ג"כ הרבה נקבים בגיטים אחרים אלא שהם אינם עומדים בצד אות, רק בגליון או שאינו ניכר באיזה צד אות הוא עומד וכיון דהוי דבר המצוי, אינם זוכרים, דמילתא דלא רמיא עלי' דאינש לאו אדעתי', אבל נקב בצד אות פלוני היינו שהנקב סמוך לאיזה אות בצדו ממש, רחוק מן שארי אותיות, הוא דבר הניכר ומילתא דרמיא, וא"כ מאי האי דקאמר רב אשי מספקא לי', אי סמנין דאורייתא:

נראה לי, דהנה קשה עוד בדברי הרמב"ם איך כתב בפי"ח מהלכות אבידה דאם מצא גט אשה, יחזיר ע"י סימנים והא הוא סבירא לי', דסימנין אין מועיל בדבר שבערוה, לכן נראה לי דאזלי בזה הרמב"ם והראב"ד לטעמייהו, דהנה הרמב"ם כתב (בפי"ח מהלכות גזילה הלכה י"ד) ז"ל כל השטרות הנמצאים שדינם לא יחזיר אם החזיר הרי אלו כשרים וגובין בהם ואין מוציאין אותן מיד בעליהן, והרי הן בחזקתן ואין חוששין להם, והקשה הראב"ד ז"ל אמר אברהם דין זה אינו מחוור, אם הוחזק בבית דין, או אפילו בעדים ואין דנין בו מעשה עכ"ל, והקשו המפרשים על דברי הרמב"ם אלו דס"ל דהא דחיישינן בשטר שנפל, הוא רק קודם שבא לידו. אבל לאחר שבא לידו:

אף שלא כדין, אין חוששין, א"כ מאי קאמר בגמרא ב"מ י"ט גבי גט ליחוש שמא כתב בניסן ולא נתן לה עד תשרי, ואזל בעל זבן פרי מניסן ועד תשרי ומשני כי אתא למטרף נימא לה אייתי ראי' אימת מטא גיטא לידך ופריך ומ"ש משטרי חוב אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר ואוקימנא כשחייב מודה ומשום שמא כתב ללות בניסן ולא נתן עד תשרי וקא טריף לקוחות שלא כדין התם נמי ליהדר וכי אתא למיטרף נימא לי' אייתי ראי' אימת מטא שטר חוב לידך, הרי דאף אם יחזירו לו ויהי' השטר בידו, יאמרו לו אייתי ראי', הרי דהחששות שחששו בשטר משום דנפל, הוא אף אם בא השטר לידו, ואיך כתב הרמב"ם שאם בא השטר לידו, אף שלא כדין אין חוששין, והנה הנתיבות תירץ דהיכא דנראה פסולו בב"ד אף הרמב"ם יודה, והתם שהחזיר לה הגט, ולו השטר ע"י ב"ד, הרי נראה פסולו בב"ד קודם שהחזירו לו, התם אף לאחר שבא לידו חוששין.

אכן עוד יקשה על הרמב"ם מגמ' (דף י"ב) דאתמר התם לעולם כשחייב מודה, והכא היינו טעמא דחיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, ואתא למיטרף לקוחות שלא כדין, ופריך אי הכי כל שטרי דאתי לקמן ניחוש להו, ומאי פריך הא כל שטרי אתו לקמן כשהם ביד המלוה, והא ביד המלוה קודם שבא לב"ד וכל שהשטר בידו אין חוששין, אבל במצא שטרי חוב, דמיירי לדברי הרמב"ם דוקא בעוד לא בא ליד המלוה, דאם החזיר ליד המלוה, אין חוששין וא"כ מיירי רק בלא בא ליד המלוה ומשום הכי חוששין אבל כל שטר הא הוא ביד המלוה, וכל היכא שהוא ביד המלוה אין חוששין:

לכן נראה לי לבאר טעמא דהרמב"ם דהנה התוס' בב"ב דף ל"ד, הקשו גבי נסכא דר' אבא, דחטף ואמר אין חטפי ודידי חטפי, ואתא עד אחד דחטף ואמר ר' אבא דמחויב שבועה ואין יכול לשבע ומשלם, והקשו בתוס' יהי' נאמן לשבוע ששלו חטף במגו שהי' נשבע להכחיש העד ותירצנו על פי מה שכתבו הפוסקים בחו"מ סימן צ"ט, שאם יש לאחד תחת ידו שטרות וחפצים ובאו לגבות מהם, ואמר של אחרים הם, אף שיש לו מגו דאי בעי הי' נותנים לו אין נאמן דמגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, ובזה מיושב מה שכתבו הפוסקים הא דאמרינן הכא בב"ב לשלם ליכא תרי סהדי, הרי דאלו הי' סהדי הי' צריך לשלם ודאי והרי יש לו מגו דאי בעי אמר החזרתי, כי אמר נמי דידי חטפי יהי' נאמן, והוכיחו מזה דהגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים ואין נאמן לומר פרעתי, אך אנן קי"ל הגוזל חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים ונאמן לומר החזרתי לך וא"כ אף אם יש שני עדים שחטף נהמני' דשלו חטף. במגו דאי בעי הי' אומר החזרתי לך, אכן לפי הנ"ל ניחא דהוה מיגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, ולא אמרינן מיגו:

לפי זה לכאורה תקשי, איך אמרינן דאילו ליכא סהדי כלל, הי' נאמן לומר דידי חטפי, במגו דלא חטף, והא הוי מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, אכן באמת היכא דלא ראינו החטיפה, לא שייך לומר חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו לגבי הנגזל, דאדרבה החוטף יש לו חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, אם ראינו לאחד חפץ אף שיודעים אנחנו שהחפץ הי' מקודם של אחר וכל הכלים שיש ביד אדם הלא בודאי הי' מקודם אצל האומן או אצל החנוני' אך עתה שהוא מוחזק בם. ולא ראינו איך בא לידו, עלינו להחזיק שהחפץ שלו, א"כ היכא דלא ראינו החטיפה, אדרבה יש לו חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו ורק היכא שראינו החטיפה, דבשעת שראינו שחטף החזקנו כי מסתמא חזקה שיש בידו הוא שלו, והחזקנו שמסתמא, השני החוטף הוא גזלן א"כ גם עתה החפץ מוחזק לנו שהוא של

הנחטף, וכשהוא בא ע"י מגו להוציא מחזקתו, הוא מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, אבל היכא דאנחנו לא ראינו החטיפה, א"כ הרי יש עתה לזה החוטף חזקה שהוא שלו, וא"כ לא שייך לומר כשהוא אומר אין חטפי ודידי חטפי, אין הוא אומר נגד החזקה, שאדרבה הוא אומר כהחזקה שהוא שלו, ולנו בלא דיבורו ג"כ מוחזק שהוא שלו, משו"ה אם אומר מעצמו אין חטפי ודידי חטפי אז הוא נאמן. אבל היכא שיש עדים על החטיפה שאז הוא כשאמר אין חטפי הוא נגד החזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו. בזה אין מועיל אף אם יש לו מיגו:

ומיושב לפי זה קושית התוס', שהקשה אמאי אמרינן גבי נסכא דר' אבא דמחויב שבועה ואין יכול לשבע משלם יהי' נאמן במגו דאילו הי' רוצה הי' מכחיש העד, אכן לדברינו ניחא, דנהי שיש בידו להכחיש העד, אבל כ"ז שלא הכחיש העד, יש להעד נאמנות כבי תרי, דזה הדין הוא דמחויב שבועה ואין יכול לשבע, דהעד היכא שיש לו נאמנות כל זמן שלא הכחישוהו הוא נאמן כשנים, נמצא דכל זמן שלא נשבע להכחיש העד, מחזקנן שהחפץ הוא בחזקת אותו שחטפו ממנו, דהוה כשנים מעידים על החטיפה ונשאר החזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, להראשון, א"כ אף שיש לו מגו דאי בעי הי' מכחיש להעד, הוי מגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, ומגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו לא אמרינן (וזה מבואר אצלינו בסוגיא דשנים אדוקים בשטר:

ויש לישב באופן זה דברי הרמב"ם שכתב (בפרק ט' מהלכות טוען ונטען הלכה י') מי שלקח קרדום, ואמר הריני הולך לגזור דקלא של פלוני שמכרו לו וכרת הדקל הרי זה בחזקתו, שאין אדם מעיז פניו וכורת אילן שאינו שלו, והקשה ע"ז הראב"ד ז"ל א"א אנו מפרשים ואגדר"י לדקלא דפלניא בלקיטת הפירות, כמו הגודר בתמרים ולקט הפירות והלך לו, עכ"ל ופלוגתתם בהא דאיתא בחזקת הבתים (דף ל"ג:) אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרא פירי אם באו עדים שאכל השדה שתי שנים, והוא אומר לקחתי ממך, כיון שאין לו חזקה משו"ה הדרא ארעא והדרא פירי, אמר רב זביד אם טען ואמר לפירות ירדתי נאמן לאו מי א"ר יהודה האי מאן דנקט מגלא ותובילא ואמר אזיל ואיגדרי' לדיקלא דפלניא, דזבני' נהלי מהימן לא חציף אינש למגזר דקלא דלאו דיל"י ה"נ לא חציף אינש למיכל פירי דלאו דיל"י ע"כ וכתבו התוס' בד"ה איזיל ז"ל ונראה לר"י ולריב"ם שאם הי' בא לקצוץ הדקל עצמו לא הי' נאמן, דדוקא פירות הוא דעבדי אינש הוא דמזבני, אבל דקל אין דרך בני אדם למכור לקוץ, תדע דאמרינן בפ' החובל שורי הרגת נטיעותי קצצת, אתה אמרת לי להורגו אתה אמרת לקוצצו, פטור ופריך א"כ לא שבקת חיי לכל

ברי' משמע דאינו נאמן במגו, דאי בעי אמר אתה מכרת לי לקוצצו, ע"כ ומקושיא זאת השיג הראב"ד על הרמב"ם שהוא מפרש בקצץ אילן עצמו, ג"כ נאמן א"כ הא קשה מגמ' דב"ק דפרכינן כל כמיני' והנה הכ"מ כתב לתרץ דהכא שאני דאמר מתחילה איגדרה לדיקלא דפלניא בזה נאמן, משום דזה שאמר מתחילה מוכח שהוא כדבריו אבל בקוצץ נטיעות דב"ק מיירי שלא אמר מתחלה, אך לפי זה תקשה מאי מייתי ראי' בב"ב מזה הדין דנאמן לומר שפלוני מכר לו הדקל לקוץ לדין דנאמן לומר לפירות ירדתי הא שם לא אמר מתחלה, והיכא דלא אמר מתחילה, אף בקציצת דקל אין נאמן. והרמב"ן תירץ לקושיא זו דכיון דאכל פירות שנים מרובים, הרי זה כאילו אמר מתחלה, אך לדברי הרמב"ם אין זה תירוץ דהרמב"ם כתב בפירוש דאף אם אכל שנה אחת, ג"כ נאמן לומר לפירות ירדתי, והא התם מהו שאכל שנה הפירות, הא כל השנה לא אכל, אלא קצץ וקצר בפעם אחת כל השדה, הן פירות של שדה לבן. או של שדה אילן, ואיך נאמן הא בזה לא אמר מקודם, ואף שיש לחלק בין גזירת דקל דאין דרך למכור ובין אכילת שדה שדרך למכור, אבל עכ"פ מאי ראי' משם כיון דעיקר הטעם דנאמן בגזירת דקל, משום דאמר מתחילה, מאי ראי' לקציצת פירות, דלא אמר מתחילה, דהא בשנה אחת שאכל, קצר בפעם אחת כל האילנות, ואין לומר כיון דהם הרבה אילנות, הוי כאמר מתחלה, א"כ היכא דקצץ אילנות הרבה יהי' פטור אם אמר אתה אמרת לי לקצוץ והרי בב"ק איתא להדיא נטיעותי קצצת, דמיירי בנטיעות אחדות, ואעפי"כ פריך כל כמיני' ומה שתירץ הלח"מ לקושיא ואדרבה התפלא על הקושיא זו שהקשה המ"מ מגמ' דנטיעותי קצצת דאינו נאמן. וכתב הלח"מ ז"ל ונראה לכאורה דאין זה קושיא דמה שאינו נאמן לומר אתה אמרת לי לקוצצו במגו דאתה מכרת לי הוא משום דהוי מגו במקום אנן סהדי דאין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו שאין עומדים לקצוץ עכ"ל אין אנו מבין דבריו:

דאם אנן סהדי דאין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו א"כ כמו שאין אומר לקצוץ בעדו, ה"נ אין מוכר אותם לקצוץ דמה לי לקצוץ. בעד עצמו מה לו למכור לקצוץ וא"כ איך פטרינן לי' בטענה זו דלא חצוף, ואם טענה זו דלא חצוף אינש למיגזר דקלא דלאו דילי, מועיל אף נגד אנן סהדי דאין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו שאין עומדים לקצוץ. א"כ אף אם קצץ, ואמר אתה מכרת לי לקוצצו. נימא דנאמן שאמר לו לקצוץ שאין אדם חצוף למיגזר דקלא דלאו דילי' דבאמת אין צריך כלל למגו והמ"מ לא זכר מגו' רק קושית אמאי אין נאמן אם אמר את אמרת לי לקוצצו:

נימא לא חצוף אינש למגזר דיקלא דלאו דילי' ומסתמא ציוהו:

דטענת לא חציף אלימא. דמועיל אף היכא שאין דרכו עומד לקצוץ ממהימן אם אמר מכרת לי':

לכן נראה לי לתרץ דהנה הרמב"ם כתב (בפרק ח' מהלכות טוען ונטען הלכה ז') ז"ל מי שהי' בידו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר אעפ"י שהודה ואמר לו יודע אני שהם שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה אין מוציאין אותן מידו אפילו הביא זה עדים שהיו ידועים לו שאדם עשוי למכור כליו והשיג ע"ז הראב"ד ז"ל א"א לא ידעתי למה אם בשביל שטוענין ללוקח הלא הראשון שזה בא מכחו לא הי' יכול לטעון ועוד הלא לא טען רבא ליורש בספרי דאגתא עכ"ל ונראה דאזלי בזה הדין הרמב"ם והראב"ד לטעמייהו דהנה הרמב"ם כתב לקמן ז"ל אל תטעה בין דברים העשוין להשאיל ולהשכיר לדברים שדרכן להשאיל ולהשכיר כמו שטעו רבים וגדולים כו' אבל דברים העשוים להשאיל ולהכיר הם הכלים שבני אותה מדינה עושין אותה מתחלת עשייתן כדי להשאילן ולהשכירן ולטול שכרן והרי הן לבעליהן. כו' כגון היורות הגדולות של נחשת שמבשלין בהן בבית המשתאות כו' ראי' לדברינו שהרי רבא הוציא זוג שעושין בו הסרבל וספר הגדה בדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ולולא שנתברר לו בעדים שהן מדברים העשוין להשאיל לא הוציא מתחת ידי יתומים הא שאר הזוגות ושאר הספרים אינן בכלל זה אעפ"י שהן ראוין להשאיל ולהשכיר כו' וכתב ע"ז הראב"ד אחר כל ההתראות והאזהרות האלה אשר התרה זה המחבר ואשר שם לרבים גדולים טועים, חזר הדין לכל דבר כל אדם מקפיד עליו להשאילו או מפני בלאותו הרי הוא מדברים שאינם עשויי' להשאיל ולהשכיר עכ"ל:

ונראה דברי הרמב"ם לכאורה תמוהים מה שהביא ראי' מהא דרבא הוציא זוג שעושין בו הסרבל, וספר הגדה בדברים העשוין להשאיל ע"כ שהיו דברים שנעשו מתחילה להשאיל ולהשכיר, ומאי ראי' היא זו, דלמא נתברר לו, שאביהם לא הקפיד מלהשאילן. וממילא הם דברים העשויין להשאיל ולהשכיר, ואפשר אף דבר שאין אדם מקפיד. ג"כ המה מדברים העשויין להשאיל ולהשכיר ופירוש דברים העשויין הוא כמו שפירשו רבים שפירוש העשוין הוא דברים שדרכן להשאיל ולהשכיר ולכאורה הרמב"ם הרי הוא כמביא ראי' מדברי עצמו. דלפי שהוא סובר שדברים העשויין פירש שנעשה מתחלה פירש כן. אבל ראי' הא לא הוי' וכבר כתב המ"מ ואין הכרח בגמ' שנתברר לו בעדים אך באמת אף אם נפרש שנתברר בעדים שהם דברים העשויין להשאיל, דשמא זוג הסרבל בסתם אינם עשויים להשאיל ולכן הצריך שיהיו עדים שזה לא הקפיד, ובזה נסתר ג"כ ראית הלח"מ, ובפרט דקושית המ"מ היא גדולה מאין ההכרח שנתברר בעדים:

דמה שפירש הלח"מ. דהרמב"ם מדייק ב"דברים" ומזה יביא הרמב"ם ראי' זה דחוק מאד:
אכן נראה לי דהנה בעיקר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד דפליגי אי היכא דאין מקפיד ומשאיל לפעמים הוא להרמב"ם דברים שאין עשויים להשאיל ולהשכיר, והראב"ד הוי דברים העשויים להשאיל ולהשכיר. וממילא אם יש עדים שהכלי הי' של ראובן וראינוהו עתה ביד שמעון. להרמב"ם היא בחזקת שמעון אף שיוכל להיות שבאה לשמעון בשאלה ואין יותר מצוי שתבא לידו במכירה משאלה אעפי"כ היא בחזקת שמעון. ואין הטעם משום ספק אלא בתורת ודאי דהרי כיון דאמר הרמב"ם דזה לא הוי מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר:
ממילא חזר הדין. דכל דבר שאין עשוי להשאיל ולהשכיר. הרי הוא בחזקת מי שיש בידו עתה בתורת ודאי, אף שידענו שהיתה מקודם של אחר, וא"כ הלא יכול להיות שבא לידו בתורת שאלה וא"כ נימא אף שאין מוציאין מידו מספק אבל בתורת ודאי לא ובפרט אליבא דהרמב"ם דסבירא לי' בספק מועיל תפיסה יקשה אמאי הוי ודאי שהוא של השני, ע"כ דס"ל להרמב"ם דדין התורה, כל דבר שביד האדם, ואין לאחר על זה חזקה שהיא שלו. יש לו חזקה כל מה שביד אדם היא שלו. דכללא הוא כל דבר שנולד לנו ספק אם הוא ביד אדם זה הוא בירור גמור שהוא שלו. דרשות האדם מברר שהוא שלו אף שיש לנו ספיקות וסבירא לי' להרמב"ם דהא דאמרינן חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו אין הטעם משום דאמרינן איך בא לידו וא"כ הי' הטעם דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. הוא מטעם דאמרינן דאיך בא לידו א"כ היכא שחל ספק לנו איך בא לידו, היינו היכא שיכול להיות שבא לידו בתורת שאלה הרי אין לו חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו אכן הרמב"ם ס"ל דחזקת כל מה שביד אדם שלו' שהיא חזקה המבררת לכל דבר שהרי אם ראינו אחד שחטף אף אם אומר ששלו חטף והעדים ראו רק החטיפה, אעפי"כ הוחזק לגזלן. וכן אם קידש אשה ואחד בא עלי' אח"כ יתחייב מיתה אף שהוא יטען שהחפץ שקידשה בו. הי' שלו שגזל ממנו ואף אם טענתו ששלו הי' הי' מקודם שבא עלי' אעפי"כ יתחייב מיתה עי"ז שאמרינן אנן סהדי שהדבר של המקדש שחזקה כל מה שיש ביד אדם שלו הוא, ועל החזקה הזאת אמרה התורה שדנין כמו על ידי עדות, אין הטעם משום דאמרינן איך בא לידו. אלא הטעם דאמרה התורה, שעלינו להחזיק כיון שהיא עתה בידו. מסתמא היא שלו בתורת ודאי אף שיש לנו ספק גדול במה לחשוב שמא אין שלו' דין התורה כיון שהוא מחזיק מסתמא היא שלו ומברר הספק שהיא שלו ודאי כיון שהדבר שמסופקים אנו הא ברשותי':

וראי' לדין זה, דהא דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו' הוא מטעם שהוא מחזיק ולא. מטעם שאמרינן איך בא לידו:

שהרי גבי המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה. ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור אמרינן בגמ' כל שנולד הספק ברשותי' עליו להביא ראי':

ומי הוא שנולד הספק ברשותי', הרא"ש פירש שהוא בעל הפרה שהרי כל זמן שלא ראינו את החמור מת החזקנו שהחמור שלו. ועתה הוא רוצה להוציא מהחזקה הזאת עליו להביא ראי', אכן הרמב"ם כתב דעל בעל החמור להביא ראי' שהי' חמורו קים משום דהספק נולד ברשותי' והיינו משום דהספק נולד על החמור והחמור הי' ברשות בעל החמור, אמרינן דזהו התבררות, שהחמור הוא של בעל החמור, ומועיל חזקה זו. אף להוציא ממון מיד בעל החמור, ואילו הי' החמור עומד באגם כתב הטור, דאז על בעל הפרה להביא ראי' וזה שמדייק הרמב"ם כל שנולד הספק ברשותי', ואם נימא חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו הוא רק משום דאמרינן איך בא לידו, וכיון דפקדון ושאלה הם אינם מצוים כמכר משום הכי אוקמינן בחזקתו דבא במכר לידו, א"כ הכא בחמור, הא אין לנו ראי' מזה שבידו, שהחמור שלו שהרי יודעים אנחנו איך הוא בידו, שהי' בידו קודם המכירה וא"כ איך מוציאין ממון מבעל החמור, ע"כ דדין חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו, הוא דין דכל שהוא מוחזק, מברר שהדבר שלו, אותו הדבר שבו נולד הספק ומוציאין ממון בזה אף שאין לנו ראי' מזה שבא לידו. משו"ה סבירא לי' להרמב"ם דדברים שדרכן להשאיל אף שיוכל להיות שבא ליד השני דרך שאלה:

כיון שהוא עתה מחזיק אמרינן שהוא שלו' אף שאין לנו ראי' כיון שהשאלה והמכירה מצוים זה כזה דין הוא כשהוא מחזיק אמרינן מסתמא שהיא שלו' ורק כשעיקרן נעשו מתחלה ועומדים להשאיל ולהשכיר:

א"כ יש להבעלים חזקה בהכלי שכל שתהי' ברשות אחר לא תצא מחזקתו. שהרי עשו על זה להשאילה ולהשכירה, ואם רואים אנחנו אותה אף ביד אחר אמרינן מוקמינן אחזקתא קמייתא שעמדה לזה שמעמוד ברשות אחר ותהי' בחזקת הבעלים הראשונים. שיש שם להבעלים הראשונים חזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו. אף אם עומדת ברשות אחר' אחרי דזה עיקר דרכה להיות ברשות אחר ולהשני אין חזקה ששלו. אחרי שמוחזקת הכלי שתהי' ברשות אחר' ותהי' ברשות הבעלים, א"כ כל זמן שלא נודע לנו מחלוקותם. מחזקינן בודאי אחזקה קמייתא א"כ הכלי עומדת עדנה בחזקת הבעלים הראשונים. אבל בדברים שרק דרכן להשאיל דהמכירה והשאלה שוים. אף אם לא ידענו מחלוקותם הי'

נולד לנו ספק, אם בא בשאלה או במכירה. וממילא אין להבעלים הראשונים חזקה בה והדר הדין שהשני מוחזק ויש לו חזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו' שכל שיש ספיקות מברר החזקה שהוא מחזיק עתה לודאי שהיא שלו:

אכן הראב"ד ס"ל דחזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו הוא מטעם דאמרינן. איך בא הדבר לידו וכיון שהוא דבר כזה שאין מצוי שאלה לא תלינן בשאלה. ואמרינן מסתמא לקחו א"כ לטעמא דהראב"ד לא בעינן דוקא שיהיו הדברים עיקרם עשוים מתחלה להשאילם, אלא אף אם רק דרכם להשאיל היינו כיון שיכול להיות שבא לידו דרך שאלה א"כ אין ראי' מזה שבא לידו שהוא שלו שכיון שהוא דבר שאין מקפידין להשאיל א"כ יכול להיות שבא לידו דרך שאלה, וממילא אין לו חזקה מה שביד אדם הוא וא"כ נשאר להראשון חזקה כל מה שביד האדם הוא שלו' משו"ה מוציאין:

ולפי זה יהי' מחלוקותם היכא דהוה בידו דברים העשויים להשאיל ולהשכיר ואמר פלוני מכרם לו ובעל הכלי אומר שהוא השאיל לפלוני דהרמב"ם ס"ל דאין מוציאין מחזקתו. דהרמב"ם לטעמי' דבעינן דוקא. שיהיו הכלים להשאיל ולהשכיר היינו, שנעשו להשאיל ומטעמא דאז אף אם הם ברשות אחר הרי הם בחזקת שהם מושאלים או מושכרים ברשות הזה, ולא יצאו מחזקה הראשונה. אף לספק כ"ז שלא נדע מחלוקותם א"כ היינו היכא דלפי טענת התובע הם עתה ג"כ בהחזקה הזאת היינו שהם מושכרים או מושאלים ברשות הזה. אבל היכא דהתובע מודה שלא השאיל או השכיר להאיש הזה:

א"כ מחזקתם הראשונה כבר יצאו אף לטענת התובע, א"כ החזקה שהי' להבעלים עליהם, שאף אם יהיו ברשות אחר מושכרים אזדא לה וממילא ספק לנו. אם באו לרשות השני, ע"י מכירה גמורה, או ע"י מכירת גניבה, הוי השני מוחזק, ויש לו חזקה כל מה שיש ביד אדם שלו. אכן הראב"ד לטעמי' דס"ל לא בעינן שיהיו עשוים מתחלה להשאיל ולהשכיר, ואף אם רק דרכם להשאיל דהשאלה והמכירה שווים בם שאין זה מצוי יותר מזה, היא בחזקת בעלים הראשונים:

דאין להשני חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו:

דס"ל החזקה כל מה שביד אדם הוא שלו' הוא מטעם ראי' איך בא לידו והכא הלא יודעים אנחנו איך בא לידו, היינו כיון שיוכל להיות שבא לידו דרך שאלה ואין לו חזקה שהיא שלו. ממילא נשאר החזקה להבעלים הראשונים. א"כ הכא נמי. בהיו בידו דברים העשוים להשאיל ולהשכיר כיון שהתובע אומר שהוא השאיל לזה שמכרו לו, והוא מודה שלקחו מפלוני. א"כ הא שוה הוא שפלוני המוכר לו, או דמכרו באמת או דגנבו

ומכרו היינו שפלוני השאיל לו והוא מכרו לאחר, א"כ להשני אין לו חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. ממילא נשאר הדבר בחזקת הבעלים הראשונים:

ויתיישב בזה ג"כ הראי' שהביא הרמב"ם לדבריו דדברים העשוים להשאיל הפירוש שנעשה להשאיל לא שדרכן להשאיל מהא דאפיק רבא ספרא דאגדתא וזוג דסרבלא מיתמי. דהנה בב"ב (דף נ"ב) איתא אחד מן האחין שהי' נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אימא אמר רב עליו להביא ראי', ושמואל אמר על האחין להביא ראי', אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראי' מתקיף לה רב פפא כלום טענינן ליתמי מידי דלא טען להן אבוהון. והא רבא אפיק זוגא דסרבלא וספרא דאגדתא מיתמי בלא ראי', בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר כ"ו קשיא אכן כל הפוסקים פסקו כרב דעליו להביא ראי', ואם מת על האחין להביא ראי' אף דפסקו דדברים העשוין להשאיל ולהשכיר מוציאין מיתמי. וזהו דפריך הרמב"ם בשלמא לדידי דאמינא דדברים העשוין להשאיל פירושם דברים שנעשו מתחלה להשאיל ולהשכיר. והטעם משום שיש להבעלים חזקה שאף אם יהיו ברשות אחר יהיו שלו ובחזקתו, משו"ה מוציאין אף מיד יתומים שהרי יש להבעלים עליהם חזקה שהם שלו אף שיהיו ברשות אחר. אבל באונות ושטרות אין להאחין חזקה על כסף השטר שהם שלהם רק שאין לבעל השטר ג"כ חזקה, אחרי שיודעים אנחנו: כי ברשותו יש ממון שלהם אבל להם ג"כ אין חזקה על זה הממון משו"ה מחיים אמרינן מדלא הביא ראי מסתמא הוא של האחין ואם מת דאז אין לנו ראי' זו. אין מוציאין מידם, כיון דאין לזה חזקה יותר מלזה אין מוציאין. אבל לפי שאמרו רבים וגדולים דדברים העשוין להשאיל, הוא דברים שדרכן להשאיל וכיון שיכול להיות בשאלה. אף שיכול להיות ע"י מכירה ואין שאלה שלהם מצוי יותר ממכירה מוציאין לדידהו פריך הרמב"ם אמאי מוציאין "מיתמי" הא חזינן באונות ושטרות דהיכא דאין לזה חזקה יותר מלזה אין מוציאין מיתמי ואף אם נימא דממנו מוציאין דאילו קנה הי' להביא ראי' אבל מיתמי איך מוציאין ומדאפיק רבא מיתמי ע"כ דפירוש העשוים להשאיל שנתברר לו בעדים שנעשו מתחלה לכך, ויש להבעלים חזקה, שאף אם יהיו ברשות אחר יעמדו ברשות הבעלים הראשונים הרי הוכיחו הרמב"ם שפיר דפירוש עשוין שנעשו מתחלה לכך:

היוצא מדברינו דהרמב"ם ס"ל דכל דבר שיש לנו לומר עתה חזקה כיון שהוא מחזיק הוא שלו, אף שיש לנו עתה מקום ספק ודרא דממונא במה לתלות אעפי"כ דין הוא שאמרינן דמה שהוא מחזיק הוא ראי' שהיא שלו' בתורת ודאי, כיון דאין לאחר חזקה

כל מה שביד אדם הוא שלו' ורק אם ראינו החטיפה, דבשעה שבא לידו החזקנו בודאי שהיא בגזילה בידו:

ונשאר עדיין החזקה עליו שהיא של הראשון. שם מוציאין מידו אף שהוא מוחזק, אבל אם בעת שבא לידו, לא החזקנו שהיא בגזילה, אז אמרינן חזקה שהיא שלו מעעם שהוא עתה מוחזק א"כ לא קשה על הרמב"ם כיון שהוא מפרש שאם לקח אחד קרדום וקצץ דקלא של פלוני אמרינן לא חציף איניש למגזר דקלא דלאו דילי' א"כ אמאי אמרינן אם אמר נטיעותי קצצת והוא אומר אתה אמרת לי לקוצצו דאין נאמן ומחויב לשלם, ולא אמרינן לא חציף אינש למגזר דיקלא דלאו דילי' אכן לדברינו דבודאי ע"י הסברא דלא חציף לא נפטר אותו, דא"כ לא שבקת חיי לכל ברי', וכל המזיקים יפטרו עצמן בזה (ואין לומר כיון דלא חצוף אינש למגזר דיקלא דלאו דילי' ממילא לא שייך לומר לא שבקת חיי שהרי לא יעשו כן דאף דעל אדם זה הקוצץ אותו לא נוכל לחשוד בזה. אבל הא בעולם הא יש הרבה שחשודים על הכל וכדביארנו למעלה (בסימן י') גבי לא חציפי לזייף ואעפי"כ הקשו בתוס' לא שבקת חיי לכל ברי' עי"ש ודו"ק):

אלא הרמב"ם יפרש כונת הגמ' כן. אם אחד הולך לקצוץ דקלא שלפלוני ואומר שפלוני מכרו לו ופלוני אינו עתה, ולא נדע אם הוא ימחה או לא דאם נימא דעלינו למחות, א"כ אימתי נולד לנו הספק שהוא גזלן בשעה שחטף א"כ לא נשאר לו מעולם חזקה כל שביד אדם שלו, אם לא מחינו וקצץ שהרי הוי כראינו החטיפה, וכל היכא דראינו החטיפה, נשאר החזקה כל שביד אדם שלו להראשון. וא"כ אם נימא חזקה לא ימכור אדם אילנותיו לקצוץ, ועלינו לבלי להניח לו לקצוץ. משום דחזקה שהוא קוצץ שלא ברשות שאין אדם קוצץ אילונותיו, ולא מוכרם לקצוץ, א"כ החזקנוהו לגזלן בשעה שלקח ואין לו כלל חזקה כל שביד אדם הוא שלו' שאדרבה להראשון יש חזקה שהאילן שלו. משו"ה אמר דזה אינו דדינא הוא:

אם אחד הולך לקצוץ דקלא של פלוני' אם אומר שהוא מכרו אין עלינו למחות בידו בשעת מעשה, דאדרבה עלינו להחזיק כ"ז שלא נדע שהלוה מוחה, עלינו להחזיק מסתמא לא חצוף אינש למגזר דקלא דלאו דילי' וכל זמן שאין מוחה. אמרינן מסתמא האמת שמכרו. נמצא דאימתי נולד לנו ספק שמא מה שקצץ האילן הוא בגזילה, הוא אחר שבא האילן לידו נמצא שיש לו עתה חזקה כל מה שבידו הוא שלו:

ומשו"ה לא מצינו להוציא האילן מידו. אם לקחו בביתו מטעם חזקה כל שביד האדם הוא שלו. וזהו שכתב הרמב"ם וכיון שנכרת הרי הוא כשאר מטלטלין פירוש דלא נימא זיל בתר קרקט. והקרקע הוא בחזקת הבעלים הראשונים כיון שנולד לנו הספק בשעה

שנכרת שבשעה שקצץ הרי אמרנו לא חציף איניש למגזר דיקלא דלאו דילי' ואימתי נולד לנו הספק בשעה שכבר נעשה מטלטלין שנכרת כבר. משו"ה הוא כשאר מטלטלין וממילא מובן דדוקא אם לקחו לביתו, שהרי שאר כל המטלטלין אם היו מונחים בשדה הבעלים (והוא לא הגביהם) בודאי דהי' בחזקת הבעלים. ע"כ דהכונה דוקא בלקח האילן לביתו, או שהגביהו כבר בשעת הקציצה, ואילו הי' סובר הרמב"ם דפטרינן לי' משום דאמרינן לא חציף אינש למיגזר דקלא דלאו דילי' לא הי' צריך הרמב"ם לומר וכיון שנכרת הרי הוא כשאר כל המטלטלין:

דלדבריהם אינו מובן כלל ופליאה היא מדוע לא ביארו מפרשי הרמב"ם כונתו בזה, מוכח מזה דכונת הרמב"ם דעיקר חזקתו בהאילן הוא משום דהוא כשאר מטלטלין והיינו כדביארנו. שלא נימא קרקע בחזקת בעלי', ומועיל הא דלא חציף. שבעת הקציצה לא החזקנוהו כגזלן ונולד לנו הספק לאחר הקציצה, ואז הוא זוכה מטעם חזקה:

ולפי זה דעיקר חזקתו הוא רק מטעם חזקה כל שבידו הוא שלו. אחרי דמיירי דוקא שלקח האילן לביתו או לקחו בידו וכדומה, ולפי זה לא שייך לומר לא שבקת חיי לכל ברי' דמסתמא טרם שישאוהו לביתו או יגביהו. דהיינו דוקא בגמר הקציצה יתודע, ואם שקר הוא יבאו הבעלים וימחה ואז יצטרך לשלם אף בעד הקציצה:

דהרי אז לא יכול לפטור עצמו מטעם חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, וממילא אף על הקציצה לא יוכל לפטור עצמו היכא שהוא טוען בריא, ורק בב"ק (ד' צ"א) דשם אינו אומר שלקחו ממנו' ורק אומר שהוא שלחו לקצוץ ע"ז פריך שפיר לא שבקית חיי לכל ברי', שהרי יוכלו הגזלנים. שהם יהיו בכעס על אחד לירד ולקצוץ' וכשיבא הבעל הבית וימחה:

יאמר שהוא אומר לו לקצוץ. ואף שמסתמא תיכף יתודע, אבל עד שיבא הלא יפסיד הרבה מהדקל' שאף שלא גמר לקצוץ הפסיד הרבה, ושם בודאי מסיק, דלא יוכל לפטור עצמו בטענת אתה אמרת דלא אמרינן לא חצוף אינש לפטור עצמו מהחיוב שיפטר עצמו בטענת לא חצוף בלבד. דעתה יש כנגד זה חזקה אין אדם אומר לקצוץ, נטיעותיו, וכיון דהוא טוען בריא מחייבינן לשלומי, ורק היכא שהוא אומר שמכרו' דאף שיש חזקה אין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו, כיון שיש חזקה לא חצוף אינש למגזר דקלא דלאו דילי', והוא טוען בריא שמכרו והלה אין לפנינו שיכחישוהו' בשעת מעשה מחזקינן מפני בריא שלו שהאמת אתו והספק שנולד לנו אחר כן אחר שכבר בא האילן לידו, ונעשה כשאר כל המטלטלין, אין מזיק דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, וא"כ לא קשה כלל מדין

דנטיעותיו קצצת לדין דאם כרת דקל של חבירו. ואמר ששלו היא דשם אין חזקה שבידו לפטור או לזכות משא"כ הכא דבידו האילן מועיל חזקה שבידו:

אכן כל זה להרמב"ם דס"ל דאף אם אין שייך לומר איך בא לידו דידעינן אנחנו איך בא לידו. כיון שהוא מוחזק אמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו אכן הראב"ד ס"ל דעיקר מה שאמרינן חזקה שביד אדם הוא שלו' הא מטעם דאמרינן איך בא לידו:

אבל אם ידעינן איך בא לידו. אין שם חזקה כל מה שביד אדם ואם הספק שקול על זה שבא לידו ספק שקול הוא. איך בא לידו או באופן שהיא שלו או באופן אחר אף שהספק הוא לאחר שכבר נעשה מוחזק כיון שהספק על זה שבא לידו באיזה אופן בא אין כאן חזקה כל מה שבידו הוא שלו, כיון שנסתלקה הראי' וספק לנו על הראי' גופא:

משו"ה הראב"ד לא יוכל לפרש כמו שביארנו אליבא דהרמב"ם:

דהטעם שהספק נולד לנו אחר שכבר הוא מוחזק והוא בידו אמרינן חזקה שהיא שלו' דכיון דהספק לנו על זה שבא לידו באיזה אופן בא אם בתורת שהיא שלו' מטעם דלא חציף אינש למגזר דיקלא דלאו דילי' או הקציצה הי' בגזילה, מטעם חזקה אין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו אף שעתה היא כבר בידו כיון דאין לו חזקה שהיא שלו' שהרי הראי' איך בא לידו. שקולים הם הראי' שלו' מטעם חזקה דלא חציף והראי' שבגזילה מטעם דחזקה אין אדם אומר לקצוץ נטיעותיו וא"כ לו אין חזקה ששלו ונשאר החזקה שהיא שלו להראשון והיו מיציאים, כמו בדברים שאין אדם מקפיד להשאיל ששקולין הן המכירה והשאלה ס"ל דמוציאין. א"כ הכא בדיקלא היו מוציאין. מיד השני, ואם נימא דאין מוציאין הדקל מיד השני' ע"כ דחזקה דלא חציף אינש למיגזר. היא חזקה אלימתא וזוכין על ידה, א"כ יקשה גם אם טוען שאמר לו לקוצצו:

ולא לקח האילן לביתו יזכה על ידה, משו"ה הראב"ד לטעמי' הוצרך לפרש דמיירי בפירות. שדרך הוא למכור. שם זוכין ע"י טענת מכירה או ציווי לקצוץ מטעם לא חציף. אבל בנטיעות ודקל דאין דרך לקצוץ שם אין זוכין אף אם בא לידו' ואין מועיל מה דלא חצוף היכא דאין דרך לקצוץ:

נמצא דאזלי נמי הרמב"ם והראב"ד לטעמייהו. היכא שהחזיר שטר שלא הי' להחזירו. דהרמב"ם ס"ל שהוא בחזקתו וגובין בו. והראב"ד סבירא לי' דאין גובין בו דהרמב"ם ס"ל אף דקודם שבא לידו נולד לנו ספק שמא אינו שלו עתה שהוא בידו. מחזקינן שחזקה שהיא שלו, דכיון דס"ל דמה שהוא מחזיק עתה הוא בירור שהוא שלו, א"כ כמו בכל דבר שנולד לנו ספק, אם אחר כן יהי' בירור ע"י הבירור נברר שהוא כן. הכא נמי אף

שמקודם נולד לנו ספק, אם אחר כן יהי' בירור שיבא לידו, זה יהי' בירור שהוא שלו' שהרי אמרה תורה, כל דבר שביד האדם נחזיק שהוא שלו בתורת ודאי:
אף היכא דראינו החטיפה מוציאין מיד הגזלן שם יש להראשון חזקה שהיא שלו, כיון שראינו החטיפה החפץ כאילו היה בידו אבל היכא דלהראשון אין חזקה שהיא שלו. א"כ חזר הדין שאמרה תורה:
כל שביד אדם בירור הוא שהוא שלו בתורת ודאי. ומשו"ה אמרינן היכא דהחליף פרה בחמור:
דאם הולד עומד ברשות אחד הוא בירור שהוא שלו (ולא נצטרך לטעמא דהתוס' דטוען בריא, והרמב"ם ס"ל בהדיא דאף בטוען שמא אם עומד ברשותו הוא בירור שהוא שלו) דהרמב"ם לא ס"ל דהחזקה מטעם איך בא לידו:
אלא ס"ל כל שהוא מוחזק עלינו לומר שהיא שלו' ובאמת מוכח כדברי הרמב"ם, דאף דידעינן איך בא לידו. אעפי"כ עתה שהוא מוחזק הוא דין חדש שנפסק בתורת ודאי שהיא שלו:
מטעם דכיון שהוא מחזיק חזקה שהשטר שלו בתורת ודאי. שהרי התוס' שהבאנו למעלה בחולין צ"ה הקשה איך מחזירין שטר על ידי סימנין. ותירצו משום דאין אדם מוחזק הרי דס"ל להתוס' דע"י סימנים לא נוכל להוציאו. וא"כ תקשה אכתי מאי תירצו בתוס' דמשו"ה מחזירין משום דהשטר אין אדם מוחזק בו:
אבל עכ"פ איך נוציא אנחנו ע"י השטר ממון. הא זה השטר הוא בידו, הוא רק מדין סימנים איך נוציא אנחנו ע"י ממון. הא על ידי סימנים אין מוציאין ממון. ועל כרחך לומר נהי שזה שהחזרנו להמלוה השטר הי' רק על ידי סימנים עתה שהשטר בידו גובה בו כדין שטר ממש שיש לו דין עדים לענין זה שגובין ומוציאין על ידו. שהרי עתה שהשטר בידו יש לו חזקה כל שבידו היא שלו אף שיודעים אנחנו שבא לידו רק על ידי סימנים ולפי זה:
הא דפרכי התוס' מתחלה, איך משיאים ואם לאחר שנשאת באו עדים שזינתה קטלינן לה, ואפילו נתברר בעדים שבעלה הראשון כבר מת ופירשו בתוס' דרק מתיריץ לה להנשא, ולא נסמוך אסימנין למיקטלה, זה אינו אלא בנשאת על פי סימנין. שמת בעלה, שהכירוהו דאז תמיד אין לנו בירור אחר' אלא הסימנין, אבל אם החזירו לה הגט ע"י סימנין. אף דהגט בא לידה רק על ידי סימנין. אבל כיון שבא הגט לידה. נעשה עתה דין חדש כיון שהגט בידה. חזקה שהוא שלה, ואם תנשא לאחר, ותזנה אחר כן. אף אם

כבר מת בעלה יהרג ע"י זה שבירור זה דחזקה, כל מה שביד אדם הוא שלו. הוא בירור כעדים והבירור הוא מטעם שהוא עתה בידה אף דידעינן באיזה אופן בא לידה.

א"כ סובר נמי הרמב"ם דאף שהחזיר שטר שלא הי' לו להחזיר כיון שעתה השטר ביד המלוה חזקה כל שהשטר בידו הוא שלו כיון שהוא עתה מוחזק אף דידעינן איך בא לידו. וכיון דלהמוציא אין חזקה שהוא שלו. דמשום זה לא דמי לחטיפה, היכא שראינו החטיפה שנשאר להראשון, חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו' הכא דלהמוצא, אין חזקה גובה על ידי השטר אף שלא הי' לו להחזיר מן הדין אכן הראב"ד לטעמי' דס"ל דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. הוא רק משום דאמרינן איך בא לידו:

א"כ הכא דאין לנו הראי' איך בא לידו שהרי יודעים אנחנו:

איך בא לידו. שהמוציא החזירו שלא הי' להחזירו. משו"ה ס"ל להראב"ד דאף שהוא בידו. אם רק נתברר בעדים שהי' ביד המוצא והחזירו שלא כדין אין גובין בו' (והא דבעי רק אם נתברר בעדים דאל"כ הי' נאמן במגו:

ולפי זה שביארנו:

דטעמא דאמר הרמב"ם דאם החזיר שטר שלא הי' להחזיר הוא מטעמא דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, יתישב נמי הקושיא שהקשו המפרשים, מאי קאמר בב"מ (דף י"ט) כי אתא למיטרף נימא אייתי ראי' אימת מטא גיטא ושטרא לידך. הא החששות. הוא רק היכא שאין בידו אבל היכא שבידו לא חיישינן. דהנה הקצות החושן (בסימן מ"ו ס"ק א') הביא דברי הסמ"ע שם שכתב היכא שמוציא שטר שאינו מקוים:

וטען הלוה. אמת היא שצויתי לכותבו. אבל כתבתי ללות ולא לויתי, פירוש לא מסרתי לידו. אלא ממני נפל ומצאו זה. נאמן הלוה במגו דמזויף. והקשה הקצוה"ח. דהא כתב בטור ושו"ע אבן העזר סימן קי"ב וכן אם מוצאה גיטה מתירין לה להנשא על ידו, ואם בא הבעל ויערער ויאמר לא נתתי לה:

אלא ממני נפל אינו נאמן כיון שמודה שכתבו, והרי הוא יוצא מתחת ידה כו' הרי מבורר דאינו נאמן בטענת נפילה אע"ג דאית לי' מגו:

דמזויף. וכתב הקצוה"ח דמצא בתומים שעמד בזה, והביא בשם הרב המגיד פי"ב. מהלכות גירושין שאין דין האיסורין כדיני ממונות:

והקשה הקצוה"ח וכן התומים. הא אדרבה ממונא קיל מאיסורין שהרי אמרינן בב"מ (דף כ') גבי גיטא דאישתכח בי רב הונא היכי פשיט מר איסורא מממונא הרי דאיסורים חמירי א"כ אם בממון חיישינן לנפילה מכל שכן באיסור, ועוד הקשה הקצות:

היכי פשיט רבא בפרק כל הגט גבי קטנה הוא דלא מצי מגרש הא גדולה מצי מגרש, אמר רבא זאת אומרת שני יוסף בן שמעון הדרין בעיר אחת מוציאין שטר חוב על אחרים ופירש הא גדולה מצי מגרש וכי מפקא לי' לא חיישינן לאיסור אשת איש שמא לא לזו ניתן אלא לחבירתה. ונפל מידה ומצאתה. זו כו' מוציאין שט"ח על אחרים ואין הלוה יכול לומר לא ממך לויתי אלא מפלוני ששמו כשמך, וממנו נפל ומצאתה, וכיון דבממון חיישינן יותר לטענת נפילה, היכי פשיט רבא איסורא מממונא עכ"ד הקצות החושן:

אכן לדברינו יתישבו. דברי הרב המגיד כפשוטן. שאין דין האיסורין כדין הממונות. ולא קשה הנך קושיות:

דהנה התוס' בכתובות (דף י"ט כתבו התוס' בד"ה מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, ז"ל וא"ת אמאי לא מהימן במגו דאי בעי אמר מזויף כו' ופירוש הקונטרס במקום אחר דטעמא משום דדבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, ורבנן הוא דאצרכוהו קיום:

כי טוען מזויף אבל בשאר טענות כגון פרוע לא אצרכוהו קיום. עכ"ד התוס' ולכאורה דברי התוס' תמוהים דעכ"פ במאי אזל מגו דילי' כיון דרבנן אצרכוהו קיום ואם הי' טוען מזויף לא היו ב"ד גובין ע"י השטר אף שזה שלא היו גובין, הי' רק מדרבנן. עכ"פ הא ב"ד לא היו גובין וא"כ מה לו לשקר אילו הי' רוצה, הי' טוען מזויף ואז לא היו גובין, עתה שרבנן אצרכוהו קיום, וכתבנו לפרש, לעיל בסימן ט', עפ"י מה שביארו הפוסקים הובא בחו"מ סימן צ"ט, דאם אמר הלוה על שטרות וחפצים שהיו בידו, שהם של אחר, אין נאמן וגובה המלוה מהם, אף שיש לו מגו שהי' נותנם לפלוני משום דהוי מיגו נגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, והכא נמי היכא דלהלוה, יש מיגו נגד השער וטוען שהוא פרוע, הוי מגו נגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, שאם הוא פרוע איננו של המלוה, וכיון שהוא ביד המלוה, אמרינן חזקה שהיא שלו, אכן הא דאין אומרים מגו נגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, דוקא מגו אין אומרים אבל הפה שאסר הפה שהתיר מועיל אף נגד חזקה זו דכל מה שביד אדם הוא שלו משו"ה אילו הינו צריכים לקיום מן התורה היינו דמן התורה הי' הדין, שכל זמן שלא נתקיים השטר, הי' דין דאינו שטר, א"כ היינו אומרים, הא בלא קיום הלוה השטר איננו שטר, ומי מחזיקו לשטר הלוה, והוא בעצמו אומר שהוא פרוע, הרי אומר שאינו שטר, והפה שאסר הוא הפה שהתיר, אבל כיון דהשטר מן התורה לא בעי קיום דדבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, והא דבעי קיום הוא רק מדרבנן, וס"ל למ"ד מודה בשטר שכתבו אין צריך לקיימו, דאין הכונה, שרבנן אמרו שבלא קיום אינו שטר, רק אמרו

שלא יגבה על ידי שטר שאינו מקוים, וא"כ לא הוי הפה שאסר, רק בתורת מגו, כיון ששטר הוי אף בלא קיומו ומגו נגד חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו לא אמרינן אכן מאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקימו, ס"ל דמדרבנן כל זמן שלא נתקיים לא הוי שטר, וא"כ הוו הפה שאסר הוא הפה שהתיר, משו"ה ס"ל דמודה בשטר שכתבו צריך לקיימו (ועיין למעלה בסימן הנ"ל דשם ביארנו קצת באופן אחר למאן דס"ל מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו):

נמצא דלא קשה קושית הקצוה"ח, איך אמרינן דמשום מגו דמזויף נאמן לומר ממני נפל ומצאתיו, והרי בגט, דג"כ יש מגו דמזויף ואעפי"כ אין נאמן לומר ממני נפל, דנפילה לא חיישינן, אכן לדברנו דהא דלא חיישינן לנפילה, הוא ג"כ מטעם חזקה כל שביד אדם הוא שלו אכן כיון דמדרבנן הרי בלא קיומו, שהוא מודה שכתבו, השטר איננו שטר, שהרי מדרבנן בעי קיום א"כ הוא בעצמו אומר שכתבו ובזה מקיימו, והוא בעצמו אומר שלא מסרו אלא ממנו נפל, והפה שאסר הוא הפה שהתיר, ומועיל אף נגד חזקה כל שביד אדם הוא שלו. וכל זה הוא בממון, דשם אצרכוהו רבנן קיום, א"כ אמרו רבנן ששטר בלא קיום, איננו שטר ובעינן לקיום הלוה, אכן באיסורין היינו בגט הא אקילו רבנן ולא אצרכו לקיום, א"כ בגט לא נוכל לומר הפה שאסר, דהא גם בלא דיבורו הגט הוא גט אף בלא קיום, דבגט משום עיגונא אקילו רבנן, ולא אצרכו קיום א"כ אף שיש בידו לטעון מזויף, היינו רק דאילו הי' טוען הי' יכול לשבור הגט אבל אם אינו טוען, הגט הוא גט, אף בלא קיום, נמצא הא דיכול לטען מזויף, הוא רק מגו, ולא הפה שאסר, משו"ה אין מועיל אם טען ממני נפל דמשום חזקה כל שביד אדם הוא שלו לא חיישינן לנפילה, וזהו שכתב המ"מ שאין דין האיסורין כדין הממון, לישנא דהרמב"ם נקט. בפ' מהלכות גירושין, דבגט אנן לא טענינן מזויף, וכתב שם הרמב"ם משום דאין דין האיסורים כדין הממון, ולפי זה לא קשה כלל, מגמ' דגיטין, שמביא ראי' מהא דאמרינן גדולה הוא דלא מצי לגרש הא קטנה מצי מגרש, דשני יוסף בן שמעון מוציאין שטר חוב על אחרים ולא חיישינן לנפילה, דהא שם מיירי בשטר מקוים, ושם לא שייך מגו, כיון דהשטר מקוים, א"כ מביא ראי' מכל שכן, מה באיסורים לא חיישינן לנפילה, ואף אם יהי' מטעם חזקה כל מה שביד אדם שלו, מכל שכן, בממון דבודאי היכא דלא שייך מגו, בודאי ממון קיל מאיסורין, וכדאמרינן בב"מ מי קמדמית איסורא לממונא ורק במגו דמזויף, שם חלוק דבממון חיישינן לזיופא ואצרכוהו רבנן קיום, ואמרו שבלא קיום השטר לא הוי שטר, וא"כ יש לו הפה שאסר הוא הפה שהתיר אבל בגט הוי רק מיגו, דהא בלא טענה לא חיישינן לזיוף. וא"כ הא יכול רק ע"י טענה לשבור, דהו מגו שם לא אמרינן כיון דנפילה

לא חיישינן, מטעם דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, (ומה שנאמן בטוען על תנאי או לפקדון. כתב הלח"מ שהוא בטוען בעצם הגט, שנכתב שלא לשם גט, דשם הוי כטענת מזויף. עיין שם בלחם משנה:)

והנה הא דאמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, הוא דוקא, אי הא דבעינן למימר, הוא נגד החזקה, הזאת אבל אי הא דבעינן למימר, אינו נגד החזקה לא שייך למימר חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, ובזה יתישב קושית התוס' בב"מ (דף ק':) ד"ה הא מני גבי המחליף פרה בחמור וילדה ואין ידוע אם קודם שמכר ילדה או לאחר שמכר. דאמרינן יחלוקו:

ופריך בגמ' אמאי יחלוקו ולחזי ברשות דמאן קיימא, ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו הראי', אמר שמואל בעומדת באגם, שפחה נמי דקיימא בסימטא, ונוקמא אחזקת מרא קמא. ולהוי אידך המוציא מחבירו עליו להביא ראי' הא מני סומכוס היא דאמר ממון המוטל בספק חולקין, והקשה שם בתוס' ז"ל נראה לרבינו שמואל מדלא קאמר אלא הא מני סומכוס, משמע דלא הדר ביה ממה דאוקמוה, בעומדת באגם, ולא איירי סומכוס אלא בשאין מוחזק לא זה ולא זה, אבל היכא דמוחזק מודה סומכוס דעל אידך להביא ראי'. כו' ומיהו קשה דבשילהי המניח אמתניתין דזה אומר שורך הזיק וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה המע"ה וקאמרינן בגמ' זאת אומרת חלוקין עליו חביריו על סומכוס, דלסומכוס יחלוקו והשתא הלא סומכוס מודה כשהמוחזק טוען ברי, אכן לפי דברינו אליבא דהרמב"ם לא קשה כלל, דזה מודה סומכוס היכא דאיכא חזקת בירור המבררת שהיא שלו דאמרינן חזקה כל שביד אדם הוא שלו, ולא פליג סומכוס אהאי חזקה, וכל היכא דאיכא חזקה המבררת מודה דסמכינן אהאי בירור, ואפשר דהיכא דאיכא חזקת מרא קמא, בלבד סומכוס מודה, דאז החזקה מבררת שהיא של הראשון, רק הכא דאיכא חזקה אחרת כנגדה חזקת מעוברת כדאיתא שם בתוס' א"כ חזקת מרא אינה מטעם בירור אלא כיון דידענו שהיתה שלו אין להוציא מספק משו"ה פליג סומכוס, דס"ל היכא דאיכא דררא דממונא, אף להוציא, אמרינן היכא דליכא חזקה המבררת יחלוקו אבל היכא שעומדת ברשותו, דקי"ל חזקה כל שביד אדם הוא שלו ולדברי הרמב"ם:

אף שאין לנו ראי' מזה שבא לידו, דין הוא דכל ספיקא מברר חזקתו, שהוא מוחזק בה, א"כ הכא נמי כיון שאיכא בירור שעומדת ברשותי', זה הוא בירור שהיא שלו' ואף סומכוס מודה, אלא דאימתי אמרינן דחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו. הוא בירור היינו דוקא, היכא שספק לנו, אם הדבר שלו, או לאו כמו הכא דמספקא לן. אי הולד שלו או לא אמרינן דזה שהוא בחזקתו, הוא בירור שהוא שלו:

אבל אם הי' לנו ספק אם מגיע לו כסף או לא, לא שייך כלל לומר, שהחזקה דכל מה שביד אדם שלו תברר, דאטו אם נימא שמגיע לו כסף, אין הדבר שלו, הלא החזקה איננה כלל נגד מה שרוצים לומר, שמגיע לו ממון. וכל היכא דאין מתנגד לחזקה אין החזקה מבררת וכדביארנו למעלה (בסימן ג') והא דאין מוציאין ממון, היכא שטוען שמגיע, אין הטעם משום בירור אלא דאין להוציא מספק, בזה ס"ל לסומכוס, דיחלוקו היכא דאיכא דררא דממונא, א"כ לא קשה כלל, מגמ' דהמניח, דזה אומר שורך הזיק וזה אומר בסלע לקה, הרי לא מספקא לן אי השור שלו, אלא אם מגיע לו כסף בזה לא שייך לומר שהחזקה שבידו תברר שלא מגיע לו כסף, ושם מיירי במתניתין אפילו במועדין, דהרי קתני במתניתין, זה אומר תם וזה אומר מועד את הגדול, ואפילו הכי אומר במתניתין דהמע"ה וא"כ מתניתין ודאי דלא כסומכוס, דהרי לא שייך במועד שיברר שלא נגח מזה שמחזיק המועד ברשותי', דאטו מזה ראי', שאין מגיע לו כסף, אבל היכא דהחזקה שבידו מברר שהדבר שלו היינו שהספק הוא שמא הדבר אינו שלו, כמו בולד, שם גם סומכוס מודה שהחזקה מבררת, ואפילו בתמין, אליבא דידן, אין החזקה שבידו. מבררת אף דבתמין הא פסקינן להלכה כר"ע דאמר יוחלט השור, וא"כ הרי כשמספקין לן אם נגח הספק הוא שמא נעשה השור ע"י נגיחה, של הניזק, אכן הרמב"ם פוסק דלא נעשה יוחלט עד העמדה בדין, וכמבואר בקצוה"ח בסימן ת"ז (ויבואר דברי הקצוה"ח להלן בע"ה) וא"כ קודם העמדה בדין לא שייך שהחזקה תברר דהרי אין החזקה מתנגדת שבודאי השור עדנה של הבעלים, קודם העמדה בדין, ואף דשם הוא לרב פפא, ולרב פפא, הא ביארנו בספרנו "לבוש מרדכי" על ב"ק סימן כ"ב דלרב פפא הוחלט השור, והתם מוכח בגמ' דהשקלא והטריא, הוא על הרישא, אכן אם השור עומד באגם הלא אין כאן חזקה, אלא דקשה לתוס' מנא לי' דפליגי, רבנן על סומכוס, דילמא מיירי בעומד בביתו, אכן לדברינו הלא אף אם ידחה, מהרישא, יהי' ראי' ברורה, מסיפא, ממועד דפליגי רבנן, דהתם לא שייך שהחזקה תברר, דבמועד ודאי לא הוחלט השור וכיון דסוף סוף. יהי' ראי' משו"ה אף רישא מוקי כסתמא וכפשוטה, דאף בעומד באגם ושקיל וטרי בזה, אי מודה בברי וברי, דאם מודה בברי' הא אין ראי' לא מרישא ולא מסיפא:

והשתא דאתינן לזה דטעמא דהרמב"ם בהחזיר המוצא שטר שלא הי' לו להחזיר משו"ה גובין בו, דעתה יש חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו, דס"ל להרמב"ם דחזקה זו מועיל אף שמזה שבא לידו אין ראי', וגם ביארנו, דחזקה שבידו אין מבררת, אלא אם זו שאנו רוצים לומר הוא מתנגד לחזקה זו היינו שאנחנו רוצים לומר שאינו שלו בזה מברר החזקה שבידו, אבל לא אם אין אנו רוצים לומר שאין הדבר שלו, א"כ הא דפסק הרמב"ם

דאם החזיר שטר שלא הי' להחזיר, גובין בו. הוא דוקא למסקנת הגמ', דהחששא הוא מדנפל שמא פרע, וא"כ אמרינן עתה שהוא בידו, חזקה שלא פרעו, דאם פרעו. הא השטר אינו שלו והרי אמרה תורה דכל דבר שביד אדם בכל ספק עלינו להחזיק שהוא שלו, אבל אם הי' לנו ספק מדנפל שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, בזה לא הי' מועיל מה שהחזיר לו, דנימא כיון שבידו הוא ראי' שהשטר שלו. דאטו אם כתב בניסן ולא לוה עד תשרי, אטו אין השטר שלו, נמצא דמה שאנו חוששים שמא לוה בניסן ולא לוה עד תשרי, היינו בעת שאמר למוצא להחזיר שהי' חייב מודה, באותו עת למלוה, הלא ג"כ אם הי' באופן הזה השטר שלו, א"כ אין זה מתנגד להחזקה, בידו, וממילא לא תועיל לזה החזקה, ע"כ אילו הינו חוששים לזה בודאי דלא הי' מועיל מה שהחזירו, רק אנן סבירא לן דלא חיישינן, שהרי אין כותבים שטר ללוה עד שיהא מלוה עמו, בשטרי דלאו הקנאה ולמקרי וכתב לא חיישינן, וחיישינן רק לפרעון ולקנוניא וכן כתב הרמב"ם בפי"ח מהלכות אבידה, דמשו"ה לא יחזיר דחיישינן לפרעון, ולשמא כתב בניסן ולא לוה עד תשרי לא הביא כלל דחיישינן וכן מסיק שם הרמב"ם בהלכה י"ג ז"ל וכל שטר שאין בו צד לחשש לא לפרעון או לקנוניא, יחזיר לבעליו הרי דלא הזכיר כלל לשמא כתב ללות ולא לוה, דכיון דאין כותבין שטר ללוה אלא א"כ מלוה עמו לא חיישינן לזה, ואף דבספר התרומות הובא בהגהת מיימוני כתב דצריך שלא יהי' חשש לשמא כתב ללות. הרמב"ם לא הביא האי חששא, ועוד ראי' ברורה דלדידן לא חיישינן לשמא כתב ללות, ולא לוה, ולא חיישינן לשמא אקרי וכתב, דהרי בחו"מ סימן מ"א הביאו הסמ"ע והש"ך מחלוקות הרמב"ם והראב"ד, בשטר תוך זמנו שמצאו אי חיישינן לפרעון, או לא, ואמאי לא זכרו האי חששא שמא לא לוה בזמנו, דלזה הא לא יועיל מה שהוא תוך זמנו ע"כ דלזה לא חיישינן ומשו"ה אם החזיר שטר גובין בו, וא"כ לא קשה כלל קושית הגמ' דבגמ' פריך מגט אשה, דשם הא כותבין גט לאיש אעפ"י שאין אשה ועדיו בחתומיו לא שייך וא"כ חיישינן לשמא כתב בניסן ולא נתן עד תשרי, הא לזה, אין מועיל החזקה שבידו, כיון דאם אמת הוא שכתב בניסן ולא נתן עד תשרי, ג"כ הגט שלה, עתה, ואין מתנגד להחזקה בזה פריך שפיר דאף אם יגיע הגט לידה, כיון שנפל תצטרך ראי' להביא באיזה זמן בא לידה. וכן בשטר פריך בפירוש רק לפי מאי דהוה אמרינן דהחשש הוא לשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, והיינו לרב אסי דאיהו ס"ל דהחששא הוא לשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, ואע"ג דאין כותבין שטר ללוה אלא א"כ מלוה עמו בשטרי דלאו אקנייתא ס"ל כיון שנפל חיישינן למקרי וכתב, וא"כ לדידי' פריך שפיר ומדויק היטב, מה שמדייק דוקא, בגמ' וקאמר אלא הא דתנן כו',

ומשום שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי, הרי דהקושיא אינה אלא לאוקמיתא זו. דלאוקימתא זו דהחשש משום פרעון אין שייך להקשות יחזירו כשחייב מודה ויועיל לזה שיוכל לגבות ממנו. וכשיבא למיטרף לקוחות יאמרו לו אייתי ראי' דלא פרע כיון דאכתי לא ידע תירוצא דיאמרו לקוחות מדאדרוהו:

למגבי מלקוחות אדרוהו. אכן לדברינו יתישב, שפיר דמפרעון לא קשה כלל דאם יחזירו שוב לא ניחוש לפירעון ורק לחששא דשמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי. דאין החזקה מבררת כיון דזה דחיישינן לשמא לוה בתשרי אין מתנגד להחזקה, שם פריך שפיר להידרו' וכי אתא למיטרף נימא אייתי ראי' אימת מטא לידך. וכן הא דפריך כל שטרי ניחוש הוא נמי רק אליבא דהאוקימתא, דהחששא הוא שמא כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי:

היוצא לנו מכל אלה, דהרמב"ם ס"ל שאף שבתחלה קודם שבא הגט לידה היינו מסתפקים, אח"כ כשבא הגט לידה, אז נעשה דין דחזקה כל מה שביד. אדם הוא שלו, שסומכין על זה כעדים, וכן מוכח מתוס' דאף שהחזירו שטר משום סימנים אח"כ כשהוא בידו:

גובין אותו ככל דין שטר' אף דעל ידי סימנין אין מוציאין. א"כ לפי זה הא דאמרינן בגמ' רב אשי מספקא לי' אי סימנין דאורייתא אי דרבנן הוא דהי' קשה, כיון דרב אשי איירי בדין סימן, א"כ למה לרב אשי לומר דאמרי עדים דאז הוי כראי' ממש אף אם האשה נותנת סימן בגט, יחזירו לה על פי סימנים דבשלמא היכא שהשליח בא לגרש, שם ביארנו דכמו דב"ד אין להם. לפסוק בדבר שבערוה אלא על פי שנים, הכא נמי כשבא לעשות מעשה. דבר שבערוה, לגרש, צריך ידיעה דשנים:

שהוא ראי' ממש. ולא לסמוך על סימנין אף שהוא בירור, אבל אינו ראי'. אבל הכא דמיירי שכבר נתגרשה האשה א"כ כשמחזירין אנחנו לה הגט. אין אנו עושין בזה דבר שבערוה שהרי אין אנו מגרשין ואצלינו הוא רק איסורא, א"כ אם ס"ל לרב אשי סימנין דאורייתא. אפילו אם האשה תתן סימן ג"כ הי' לנו לתן לה הגט. ואפילו בלא סימן אחר הא מקום הוי סימן וכדביארנו, דסימן זה דיוסף בן שמעון לא גרע מסימן מקום שהרי מה שמחזירין לה הגט, הוא אצלינו איסור, שמה שגורמים אנו שתנשא הוי רק מעשה איסור ולא דבר שבערוה ונסמוך על סימנין ויחזירו לה. ואף אם אחר כן נסמוך על גט וישא אותה, הא אחר כן יהי' הדין דסומכין על הגט שבידה שכל שהוא בידה כבר נעשה, דין דכל שביד אדם שלו. וסומכין על זה כעדים. ע"כ דמספקא לי' לרב אשי אי סימנין דאורייתא ואי דרבנן ואם דרבנן אין סומכים בדיני איסורים. משו"ה פירש דאמרי עדים

נקב יש בצד אות פלוני. דכשהעדים אומרים הוי כראי' שהרי הם יודעים שבגט אחר שחתמו' לא הי' נקב בצד אות פלוני, אבל נקב בעלמא לא הוי כלל סימן (וזה לא תליא כלל בהאי דינא. אי דאורייתא או דרבנן. אלא הוא דין בפני עצמו' שנקב בעלמא לא הוי סימן כלל) אבל אילו הי' סובר סימנין דאורייתא. או דהי' משנה הברייתא דמצא גט אשה בשוק שהאשה נותנת סימן. דנקב בצד אות פלוני, או אם יסבור מקום הוי סימן היו מחזירים דזה גופא הוי סימן ודוקא היכא שאין אנו באים לגרש בזה. אבל השליח שהוא בא לגרש אין לו לסמוך על סימנין אם לא הכיר בטביעת עין:

דהוא שבא לגרש דזהו דבר שבערוה אין לו לסמוך על סימנין. והא דאין לו לסמוך על סימנין. היינו היכא שהוא בעצמו. אין מכיר הגט בטביעת עין אבל אם הוא מכיר הגט בטביעת עין, וגם יש לו סימנין אז אם נסבור סימנין דאורייתא אנחנו מחזירין לו מצד שאצלנו הוא רק איסור' והשליח מגרש שהרי הוא יודע ומכיר את הגט בטביעת עין:

ואח"כ כשיהי' הגט בידה תהי' מוחזקת בגרושה מטעם חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו' (ומה דאמרינן בגיטין דהוי דבר שבערוה ואין עד אחד נאמן ביארנו בחידושינו לגיטין. דעשית הגט לספר כריתות הוא דבר שבערוה. דעל זה יש דין דבר שבערוה שיעשה ספר כריתות ע"י שנים. ובתחילה דהי' סבור דאין עדים החתומים נעשה כמי שנחקרה עדותן א"כ ע"י ההגדה הוא נעשה ספר כריתות:

א"כ פריך שפיר דבעינן דוקא שנים. דאין דבר שבערוה נעשה בפחות משנים היינו דלקיום הדבר שיהי' גט כריתות בעינן שנים:

ושם הארכנו בזה:)

לפי זה לא קשה כלל על מה שפסק הרמב"ם כל מעשה בי"ד יחזיר. ואף שטרי חליצה יחזיר ולא כתב דבעינן דוקא אין שיירות מצויות, ולא הוחזקו שני יוסף בן שמעון כמו דחיישינן במביא גט ואבד ממנו אכן לדברינו לא קשה אף אם נימא דהתרת יבמה לשוק הוי דבר שבערוה דבגט השליח שבא עתה לגרש בגט זה הוי דבר שבערוה, ואין עליו לסמוך לא על סימן מקום ולא על סימן דיוסף בן שמעון. דבדבר שבערוה בעינן ידיעת עדים היינו שיהי' לו ראי' שהיא טביעת עין. אבל בשטר חליצה שאנו מוסרים לה רק לראי' והיא טוענת ברי שכבר הותרה בחליצה, מה שאנו מוסרים לה, אצלנו הוי רק דבר שבאיסור. ודבר שבאיסור סומכין על סימן מקום וסימן דיוסף בן שמעון, משו"ה מוסרין לה השטר חליצה, ואח"כ כשהשטר חליצה בידה, מותרת להנשא מטעם דין חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו' דהוא דין תורה כעדים. וכמו בשטר שמוסרין עפ"י סימן ואח"כ מוציאין על ידו ממון. אכן כל זה דוקא אם סימנין דאורייתא, וסומכין על סימן

מקום, אבל רב עמרם סבר דסימנין לאו דאורייתא, משו"ה אמר מאי קמדמית ממונא לאיסורא, ולא קאמר מאי קמדמית דבר שבערוה הרי דס"ל דאף באיסורין אין סומכין ורבה לטעמי' דס"ל דמקום לא הוי סימן. וא"כ אילו הי' הטעם משום סימן. דיוסף בן שמעון לא הוי סימן. וא"כ אילו הי מטעם חששא שמא אחר הוא. אף באיסור לא הי' מועיל וכמו שביארנו למעלה:

כללא דמילתא דדברנו ובזה יתישבו כל הקושיות, דהרמב"ם ס"ל להלכה דסימנין דאורייתא, היינו אותם סימנין דמספקא לן בגמר' וס"ל דאין אלא שני מינים מובהקים ואינם מובהקים:

הם אותם דבעי בגמרא ואינם מובהקים הם כמו ארוך וגוץ, וס"ל דלמסקנא בחולין ובב"מ, סימנים הוי רק בירור ומיעיל באיסור, אבל לא בדבר שבערוה, דשם בעי טביעת עין ממש, והיכא שהשליח בא לגרש, נקרא אצלו דבר שבערוה, אבל אצלינו שאנחנו מוסרים לו הגט הוא אצלינו דבר איסור, ואם השליח מכיר בטביעת עין, מוסרים לו, ואם הוא בעצמו אין מכיר בטביעת עין ממש לא יגרש בו, וכן אם הגט הוא ראי' שכבר נתגרשה האשה, מה שאנו מוסרים לה הוא אצלנו דבר שבאיסור, ומה שיהי' אח"כ מותרת להנשא, הוא דכשהגט, בידה נעשה דין חזקה כל שביד אדם שלו ודין זה כמו עדים, ונקב שלא בצד אות פלוני, ס"ל להרמב"ם דלא הוי סימן כלל, היינו שהוא סימן גרוע, כמו ארוך וגוץ ואם עדים אומרים שיש בגט נקב בצד אות פלוני הוא כמו ראיה ממש שהרי ראו הגט השני' והוי כאומרים דבגט השני לא היה בו נקב בצד אות פלוני, וכן בממון אם יהיו שני טליתים שוים. והעדים הכירו אותם וראו אותם הרבה פעמים וראו באחד והיו של שני אנשים ואחד נשרף ואיש אחד חטף השני ואומר שלך נשרף. אם עדים אומרים זה שיש בו סימן זה:

הוא של זה מוציאין על ידו ממנו אף שאין מוציאין ע"י סימנין דהוי כמעידים. שבטלית השני לא היה הסימן וזה הוי כראי', אכן הראב"ד ס"ל דיש ג' מיני סימנים גרועים ואמציעם ומובהקים ביותר דלכולי עלמא דאורייתא, וגם ס"ל להראב"ד דחזקה כל שביד אדם שלו. הוא רק אם יש הוכחה מזה שבא לידו. אבל לא מפני זה שהוא מוחזק:

ולפי זה מיושב מה שכתב הרמב"ם. בפי"ח מהלכות גזילה' מצא גיטי נשים בשוק בזמן שהבעל מודה יחזיר לאשה ולא זכר כלל דבעינן לא הוחזקו ואין שיירות מצויות. אכן הרמב"ם לטעמי' שפסק סימנים דאורייתא, וס"ל דמקום הוי סימן וביארנו דלפי זה, האי גופא דזה השם שווה ונאבד הוא סימן שהוא של זה שנפל, וכיון דסימנין דאורייתא סמכינן באיסור, והכא דאין אנו מגרשים אותה לא הוי אצלנו דבר שבערוה, רק דבר

איסור ואף שאח"כ ישאו אותה על ידי גט זה אח"כ כשיהי' הגט בידה. הא יהי' חזקה כל שבידה הוא:

שלה דסמכינן על זה כעדים, לדידי' זהו דפריך הגמ' על רב אשי. ומשני דרב אשי מספקא לי' אי סימנין דאורייתא. דהא הוא מפרש הא דקאמר אבל נקב בעלמא לא הוא דין אחר' ולא קאי על זה דאמר דמספקא לי' דס"ל נקב לא הוי כלל סימן. והא דקאמר בגמרא רב אשי מספקא לי' הוא דאילו היה ברור לו דסימנין דאורייתא. לא היה צריך לאוקים דאמרי עדים הכא על ברייתא, דמצא גיטי נשים, כיון דאין אני מגרשים אותה לא הוי דבר שבערוה, ורק דבר שבאיסור ובדבר שבאיסור אם נסבור סימנין דאורייתא מוסרין לה הגט משו"ה פסק הרמב"ם דמוסרין לה הגט, על ידי סימן זה, דזה הוא יוסף בן שמעון הכתוב בגט דהוי כסימן מקום אבל בשליח שמצא הוא בעצמו. דמירי דאין מכיר הגט בטביעת עין והוא בא לגרשה, אין לו לסמוך על סימנים דהוי דבר שבערוה, משו"ה בעי דוקא דלא הוחזקו שני יוסף בן שמעון ולא שכיחי שיירתא או דאמרי עדים נקב יש בצד אות פלוני אבל אם השליח אומר הוי רק סימן, שהרי לא ראה הגטין האחרים והיכא דבא לגרש אין לו לסמוך ומשו"ה היכא שמת, והכירוהו' רק ע"י סימנין:

דהוי דבר שבערוה לא סמכינן על סימנים. אלא דוקא על הכרה דפרצוף פנים ואף דמעיקרא הי' סבר בב"מ דאם סימנין דאורייתא סמכינן על סימנין, אף בעדות אשה להשיאה, למסקנא דב"מ ובחולין, דסימנין לא הוי כטביעת עין, לא סמכינן, ומשו"ה בפי"ח מהלכות גזילה כשהביא הסימנים שהיא נותנת, הביא דוקא נקב יש בצד אות פלוני. דס"ל הפירוש בגמרא דנקב בעלמא לא הוי כלל סימן:

אכן הראב"ד לטעמי', דס"ל חזקה כל שביד אדם שלו הוא דוקא משום דאמרינן איך בא לידו זה ראי' שהוא שלו' כדסבירא לי' גבי קציצת דקל שאין מועיל, וגבי דברים שדרכן להשכיר שמוציאין א"כ שפיר השיג בפי"ח הלכות גזילה איך מחזירים לה הגט, ולא הזכיר הרמב"ם דבעינן דוקא אין שיירות מצויות, דלדידי' הוי ממש דבר שבערוה, ואף דבא הגט לידה. איך תהי' מותרת להנשא, הא ע"י סימנין דזה הוא היוסף בן שמעון, אין מתירין להנשא, (ולדברי הראב"ד קשה לי איך יפרנס קושית התוס' בחולין, איך מחזירין שטר ע"י סימנים ואח"כ מוציאין ממון על ידו, הא על ידי סימנין אין מוציאין ולדידי' הוי רק סימנים, וע"י סימנים הא אין מוציאין ממון ואולי סובר דסוגיא דחולין סובר סימנין לאו דאורייתא ואם סימנים דאורייתא הוא כעדים ומוציאין ממון ע"י סימנים והלא סובר דיש ג' מיני סימנים היינו סימנין מובהקין ביותר דלכולי עלמא הוי דאורייתא דהוי

כעדים, כמו שהשיג על הרמב"ם, בפי"ג מהלכות גזילה גבי רמאי, א"כ לטעמי' השיג שפיר בפ"ג מהלכות גירושין:
דאם נתן השליח סימן דנקב בצד אות פלוני, דס"ל להראב"ד דזהו עדים:
דהוי סימן מובהק ביותר משו"ה מועיל אף אם השליח נתן הסימן יוכל השליח לגרש על ידי הסימן:

סימן יח

יבאר דלהלכה פסקינן דסברת אדם יודע שלא חל המכירה או הקדושין. הוא רק לבטל האומדנא. ובמכירה הכסף הוא חליפי זו תחת זו אבל בקדושין, אין הכסף חליפי האשה. ויבאר דהיכא דאומר תנו מנה ויקנה הוי שני דברים אבל אם אומר תנו לקנות חדא צוואה הוי.
דף ט"ו **הכיר** בה שאינו שלו ולקחה אמר רב מעות יש לו שבח אין לו ושמואל אמר אפילו מעות אין לו במאי קא מפלגי רב סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם פקדון כו' ושמואל סבר אדם יודע שקרקע אין לו וגמר ונתן לשם מתנה והא פליגי בי' חדא זימנא דאיתמר המקדש אחותו רב אמר מעות חוזרין ושמואל אמר מעות מתנה רב אמר מעות חוזרין אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם פקדון כו' ושמואל אמר מעות מתנה אדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה כו' צריכא אמר רבא הלכתא כו'. הכיר בה שאינו שלו ולקחה מעות יש לו ושבח אין לו כו'. והנה הרמב"ם כתב בפרק ו' מהלכות זכי' ומתנה הלכה י"ח, ז"ל המקדש את האשה אפי' קדשה באלף דינר בין שחזרה היא בין שחזר הוא בין שמת הוא בין שמתה היא אין הקדושין חוזרין לעולם, אלא הן מתנה גמורה שאין להם חזרה ואם היו קדושי טעות חוזרין המעות והמקדש אחותו המעות מתנה אדם יודע שאין קדושין תופסין בעריות ואין זה טועה אלא גמר ונתן לשם מתנה ע"כ. והקשה הלח"מ, כיון דהרמב"ם פסק בהלכות גזלה כותי' דרב, בדין דהכיר בה שאינו שלו דיש לו מעות מטעם דרבא פסק בזה כותי' דרב, דכיון דאדם יודע שאין המקח חל נתן לשם פקדון, א"כ מהאי טעמא הי' לו לפסוק, גם בדין דמקדש אחותו כותי' דרב, דמטעם אדם יודע גמר ונתן לשם פקדון, ולא לשם מתנה כשמואל:
עוד הקשה הלח"מ. דבגמרא קידושין דף מ"ו איתא בזו ובזו ובזו אם יש שוה פרוטה בכולן מקודשת ואם לאו אינה מקודשת. היתה אוכלת ראשונה ראשונה אינה מקודשת עד שיהא באחת מהן שוה פרוטה כו' אהייא אלימא אירשא כו'. אלא אסיפא ואפילו

בקמייתא הא מלוה היא רב ושמואל דאמרי תרויהו לעולם אריש כו'. ר' אמי אמר לעולם אסיפא ומאי עד שיהא באחת מהן שוה פרוטה עד שיהא באחרונה שוה פרוטה אמר רבא ש"מ מדר' אמי תלת שמע מינה המקדש במלוה אינה מקודשת ושמע מינה המקדש במלוה ופרוטה דעתה אמלוה ושמע מינה מעות בעלמא חוזרין אתמר המקדש אחותו רב אמר מעות חוזרין ושמואל אמר מעות מתנה ע"כ. ואיתא בתוס' שיש גורסין דאתמר, היינו דתליא זה בזה, והקשה בתוס' דלא שייך המחלוקת כלל דהא אפילו למ"ד באחותו מעות חוזרין היינו משום דאדם יודע וגמר ונתן לשם פקדון. אבל היכא דאינו יודע אם יחולו או לא שמא נתן לשם מתנה ועוד דאי גרסינן דאיתמר קשה דרב אדרב דלעיל פירש שלא רצה להעמידה כר' אמי משום דסבר מעות מתנה והכא קאמר דחוזרין. לכך נראה דגרסינן איתמר, וא"כ קשה על הרמב"ם, אם ס"ל כגרסת דאתמר, א"כ כיון דפסק כר' אמי דמעות חוזרין, איך פסק בדין המקדש אחותו כשמואל דאמר מעות מתנה ואם ס"ל כתוס', א"כ קשה ק"ו, אם פסק כר' אמי דמעות חוזרין, אפילו היכא דאינו יודע אם יחולו מכש"כ הי' לפסוק באחותו דיודע הוא שהמעות חוזרין, דהרי לפירוש התוס', שמואל לא מצי סבר כר' אמי:

ונראה לי דהנה לכאורה קשה מאי קאמר בגמ'. ושמע מינה מעות בעלמא חוזרין, ופירש רש"י דש"מ, דכל קידושין שאינן קדושין לא אמרינן מעות מתנה, אלא פקדון, דמשמע דחידוש הוא, דמוכח מדר' אמי שאם לא חלו הקדושין המעות חוזרין. ובתוס' מפרשי, דרב ושמואל פליגי ואינהו סבירא להו. דאף אם הקדושין לא חלו אף על פי"כ המעות מתנה. ולכאורה קשה מ"ש מכל מכירות דעלמא דקי"ל, היכא דלא חלה המכירה, היכא דהוי מקח טעות המעות חוזרין. ורב ושמואל סברי במוכר שור לחבירו ונמצא נגחן, דאם הי' ברור שקונה לרדיא. היו המעות חוזרין, וכן סבר שמואל במוכר שדהו בשנת היובל, דאינה מכירה ומעות חוזרין דכיון דלא חל המקח הרי נתינת הכסף בטעות, וחוזרין הכסף. וכלל הוא במקח טעות דמעות חוזרין, וא"כ מאי חידוש הוא מר' אמי הכא בקדושין, אם לא חל הקדושין דמעות חוזרין, ואיך סברי רב ושמואל, דאף אם לא חלו הקדושין, המעות מתנה, היכא דאין שייך לומר אדם יודע, מ"ש ממקח טעות דעלמא, דבין רב בין שמואל סברי מעות חוזרין:

אכן כפי שביארנו בחידושינו לקדושין, דדין נתינת כסף בקדושי אשה אינם כמו במכירה, דבמכירה אמרה התורה, גאולה ותמורה, ופירש הגמ' בב"מ דגאולה, זו מכירה תמורה זו חליפין, היינו דגאולה זו מכירה, היכא שמוכר דבר בשביל שלוקח הכסף שיווי החפץ, ותמורה שמחליף חפץ בחפץ. אכן באשה אין הכונה שנותן לה הכסף והיא

מחלפת עצמה בעד הכסף, או החפץ, דאין אשה נקנית בחליפין, היינו שאין אשה מקנה עצמה בתורת חליפין בעד הכסף, אלא דדין נתינת כסף באשה, הוא שנותן לה מתנה לעורר בה רצון, ובעת שהיא מקבלת המתנה ממנו, ורצונה להתקדש אז הוא מקדש, היינו שאוסר אותה אכולי עלמא כהקדש. ומשו"ה כתב הרמב"ם דמשו"ה אשה אינה מתקדשת, היכא דנתן לה ע"מ להחזיר, משום שאין לה הנאה מהכסף ובגמ' הא אמר הטעם משום שאין אשה נקנית בחליפין, וביארנו דהרמב"ם אין מפרש בפירוש התוס' דהכונה אין אשה נקנית בקנין אגב סודר, כמו שהקשה בתוס' דמה ענין זה לקנין חליפין שעל ידי סודר, אלא הרמב"ם מפרש דכונת הגמרא דבמכירה, המכירה היא חליפין או על הדמים, או על החפץ, וכיון דמתנה ע"מ להחזיר הוי נתינה, א"כ יוכל להחליף מה שמוכר, על מתנה ע"מ להחזיר דהויא נתינה, אבל בקדושין דאין האשה מחלפת עצמה בעד הכסף, אלא הכסף הוי מתנה לעורר בה רצון, ובשעה שהיא מקבלת מתנה, וגמרה להתקדש, אמרה התורה, שבעת שנתן לה מתנה כסף לשם קדושין, ונתעורר רצונה ע"י כסף, אז יוכל לאוסרה אכולי עלמא, אבל בלא מתנת כסף אף שנתרצתה להתקדש, אין יכול אז לאוסרה אכולי עלמא, דילפינן קיחה משדה עפרון, דאימתי יוכל לקדשה ולאוסרה, דוקא בעת שנותן כסף. או בעת שנותן שטר או בשעת ביאה, וכיון דמתנה ע"מ להחזיר לא יוכל לעשות רצון שהרי אין לה הנאה מזה, הוי כמקדשה בלא כסף, והתורה אמרה, דבלא שטר, וביאה, וכסף, אין יכול לקדשה, אף אם נתרצתה, ובחידושינו לקדושין, ביררנו בכמה דברים דזהו שיטת הרמב"ם, מעתה מיושב היטב, החידוש שיליף רבא מר' אמי דבקדושין הדין היכא דלא חלו המעות חוזרין ורב ושמואל סבירא להו שאף שבטלו הקדושין המעות מתנה, והקשינו מ"ש מכל מקח טעות במכירה דהמעות חוזרין, אכן לפי הנ"ל לא קשה כלל, דבמכירה, דהמעות הם חליפין זה תחת זה, או הכסף או החפץ, א"כ כשהמכירה בטלה, כמו במכר ביובל, לשמואל דס"ל אינה מכירה, או במוכר שור לרדיא ונמצא נגחן, כיון דלא קנה השדה או השור הרי אי אפשר להדמים שיהיו של המוכר, שהרי לא נתחלפו על השדה או השור, שהרי לא קנאם הלוקח, אבל בקדושין, דאין קדושי האשה חליפי הכסף. אלא שני דברים המה המתנה לעורר רצונה, והקדושין שהוא אוסרה בזה פליגי ר' אמי ורב ושמואל, ר' אמי סבר כיון דהוא נותן לה המתנה בשביל שעי"ז יתעורר רצונה, ויוכל לקדשה, אם לא קידשה מאיזה טעם בטלה המתנה משום דאדעתה דהכי לא נתן לה המתנה ורב ושמואל סברי כיון דשני דברים המה, אף שנתבטלו הקדושין המתנה לא בטלה, משא"כ במכירה, שהמה

חליפי זה תחת זה, אם לא קנה הלוקח לא נתחלפו הדמים, משו"ה היכא דהוי מקח טעות, אינה מכירה ומעות חוזרין:

בזה יש לפרש דברי הגמ' שם' דאם אמר התקדשי בזו בזו ובזו והיתה אוכלת ראשונה ראשונה לר' אמי דאמר מעות בעלמא היכא דבטלו הקדושין חוזרין המעות:

בעינן דוקא שיהא באחרונה שוה פרוטה, אז מקודשת. אבל אם בראשונה היתה שוה פרוטה ובאחרונה אין בה שוה פרוטה אינה מקודשת, משום דראשונה הוי מלוה, דהקדושין חלין בעת שאוכלת אחרונה וכבר ראשונה מלוה. אבל לרב ולשמואל דסברי דמעות אין חוזרין. אף אם נתבטלו הקדושין. אף אם יש בראשונה שוה פרוטה, ולא באחרונה מקודשת, ולכאורה צריך ביאור מאי תלי זה בזה:

הא עכ"פ לרב ושמואל ג"כ אינה מקודשת עד שתאכל את האחרונה, ואז כבר הראשונה אכלה, ואיך תתקדש עתה בעת שאוכלת האחרונה. הרי הראשונה כבר אכלה, והיא צריכה להתקדש עתה בעת שאוכלת האחרונה, והרי הטעם דאין מתקדשת במלוה משום שמלוה איננה נתינה, וא"כ אף שכבר אכלה לשם קדושין. ס"ל לר' אמי כיון דבעת שמתקדשת אין כאן נתינה. אינה מתקדשת אף שאכילתה היתה לשם קידושין. כיון דאין אכינתה בשעת הקדושין. א"כ אף לרב ושמואל דסבירא להו מעות אינם חוזרין עכ"פ הא בשעת קידושין היינו בעת שאוכלת האחרונה אין כאן עתה נתינה, וא"כ איך תתקדש:

והנראה לי דהנה הרמ"א בחו"מ סימן רנ"ג סעיף י"ב כתב ז"ל האומר תנו ק' זוז לבתי ותקנה בהן חגורה ומתה נותנין ליורשי' דהוי כאלו אמר שני צואות ואעפ"י שאי אפשר לקיים לקנות בהן חגורה מ"מ מתנה ראשונה קיימת, ע"כ, וכתב ע"ז הקצוה"ח ז"ל והוא מתשובת תה"ד סימן ש"נ ז"ל ראובן צוה מחמת מיתה שינתן מנכסיו לבת בנו עשרים ליטרא ותקנה בהם חגורה יפה ונפטר ראובן אח"כ כמו חודש ימים נפטרה גם האשה בת בנו השיב בן ראובן אבי לא צוה אלא שתקנה בהן חגורה כו' והנה נפטרה וע"כ נתבטל מחשבתו וצואתו כו' נראה לכאורה דשפיר טען וכה"ג איתא במרדכי פרק אעפ"י באחד שנדר והקצה מעות לצדקה יתומה להשיאה בהן ונפטרה היתומה קודם שהשיאה ופסק ר' חיים כהן דלא זכו בהן יורשי היתומה משום דאמדינן לדעתי' שלא הקצה אלא ע"מ לעשות בהן מצוה כו' אמנם נראה דבנ"ד ליכא אומדנא כלל כו' משא"כ בנ"ד דאמרינן פרק י"ז ופ' מי שמת דעתה של אדם קרובה אצל בניו כו' ומה שצוה שתקנה בהן חגורה יפה כדי להראות לה חבה יתירה כו' עוד הי' נראה לזכות להבעל מטעם אחר דגרסינן בפ"ב דביצה האי גברא דאמר הבו ארבע מאות זוז לפלוני ולינסוב ברתי אמר רב פפא ד' מאות זוזי שקל ברתי' אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב טעמא דאמר הבו לי' ת' זוזי ולינסוב

ברתי אבל אמר לינסוב ברתי והבו ת' זוזי אי נסיב שקיל ואי לא נסיב לא שקיל. ומוכח התם מפירוש רש"י דהטעם משום תפוס לשון ראשון כו' אמנם כל ימי תמהתי אהאי פסקא דתלמודא בשלמא הא דקאמר לעיל מינה האומר הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה איכא למימר תפוס לשון ראשון משום דיצא מפיו הרי עלי תו לא מצי למיהדר: אבל שכ"מ מצי לחזור מדבריו לגמרי אי בעי וכ"ש דמצי אח"כ להתנות כמה שירצה האיך נוכל לומר תפוס לשון ראשון ע"כ נראה דצריך לדקדק יפה אי אתינא לדמוי' להא מילתא אחריתי. אמנם הסמ"ג במצות מקח מפרש טעמא דהאי מימרא משום דקאמר הבו לי' ד' מאות זוזי ולנסוב ברתי ר"ל שתי צוואות נינהו דליתבי' ליה ד' מאות זוזי וליתבי' לי' נמי ברתי' לכך אי בעי נמי לקבל רק צוואה קמיתא ולא בתרייתא מצי למיעבד אבל כי אמר לינסוב ברתא וליתבי' ד' מאות זוזי אמרינן דחד צוואה היא ותנאי הוא דקאמר לי' אי נסיב שקיל ואי לא לא ולפי זה בנ"ד ע"כ חד צוואה היא ולא אזלינן בתר לשון ראשון ורב אלפס מייתי האי עובדא ופסקא בפ' מי שמת ומפרש נמי כמו בסמ"ג ונראה דהרוצה לידחק קצת יתיישב לו דרש"י ותוס' נמי ס"ל לפרש הכי. והעתקתי כל דברי התשובה היות נפלאתי דאיך סתם הרמ"א עפ"י תה"ד דהו"ל שתי צוואות כיון דלפנינו התשובה הו"ל דמסיק דהכא הוי חדא צוואה. עכ"ד דברי הקצות החושן:

ונראה לתרץ דרבינו הרמ"א סובר דאי אפשר לומר דדברי ההגה בתרומת הדשן. דקאמר דבנ"ד ע"כ חדא צואה היא. קאי על הא דאמר תנו עשרים לטרא ותקנה בהם חגורה, דעל זה קאמר ההגה בתה"ד, דע"כ חדא צוואה היא. דמאיך פשיטא, דבכה"ג חדא צוואה, דילמא תנו לה חדא צוואה ותקנה חגורה צוואה שני' וכמו בהבו לי' ד' מאות זוזי: ולינסוב ברתי דאמרינן דתרי צוואות נינהו. אף שיש לחלק דהתם שני ענינים נינהו, נתינת הד' מאות זוז) חד ענין ושינסוב ברתי' ענין שני' אבל הכא דחד ענין הוא, שאמר לתן העשרים לטרא שתקנה בהם החגורה נהי דאפשר לומר כן אבל מאין מוכרח לומר דחדא צוואה הוי' דילמא תרי צוואות. נינהו, ועוד הא לפי פירוש הסמ"ג, מה שפירש רש"י תפוס לשון ראשון. הכונה דשני צוואות נינהו א"כ בהרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה הא בחד ענין המה, שיצא החגיגה על ידי התודה, והתם אין הטעם משום דשני צוואות נינהו. אלא הטעם דכיון דאמר הרי עלי תודה ויצא מפיו שוב לא מצי למיהדר. אפילו תוך כדי דבור, א"כ שני טעמים נינהו ואדרבה יקשה כיון דלדברי התוס' אילו הי' אומר איפכא, ע"מ שאצא בה משום חגיגה תהי' תודה לא הי' חל וא"כ אף היכא דאמר הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה, כיון דחדא צואה נינהו:

א"כ יהי' הדין. כאלו אמר מקודם. ע"מ שאצא בה ידי חגיגה והרי ר' יוחנן בעצמו אית לי', במנחות ק"ג דאם אמר הרי עלי מנחה מן השעורין לב"ה דוקא באומר אילו הייתי יודע שאין נודרין כך לא היתי נודר כך. צריך להביא מן החטים:

אבל בסתמא נדר ופתחו עמו הוא דקי"ל כב"ה, דלא אמרינן בכה"ג תפוס לשון ראשון. א"כ אם נימא דבאומר תנו עשרים לטרא ותקנה בהן:

חגורה, כיון דבעינין אחד הוי חדא צואה. א"כ באומר הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה: הי' להיות כאומר ע"מ שאצא בה ידי חגיגה תהי' תודה ואף דין דמתנה על מה שכתוב בתורה אין כאן. שהרי הוי כאומר הרי עלי תודה לצאת בה ידי חגיגה, ואיך פשיט ר' יוחנן באומר הרי עלי תודה, ואצא בה ידי חגיגה דנדור ואין יוצא. וע"כ אף דבענין אחד הוא התחייבות התודה, ויציאת בה ידי חגיגה, כיון דאמר הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה, שני דברים המה ההתחייבות להביא תודה, ואח"כ הדבור לצאת בה כיון דשני דיבורים נינהו. בכה"ג אף ב"ה יסברו תפוס לשון ראשון דכיון דנתחייב תודה אין הדיבור השני יכול נסתור דיבור הראשון, משא"כ באומר הרי עלי מנחה מן השעורים דחדא דיבור נינהו בזה לב"ה הוי נדר ופתחו עמו, הרי חזינן דאף שבענין אחד נאמרו הדברים, אעפי"כ כיון דשני דברים נינהו:

אמרינן לכל דבור בפני עצמו, א"כ איך יאמר הגהת התה"ד דבאומר תנו עשרים לטרא לבת בני ותקנה חגורה דע"כ חדא צוואה נינהו, לכן מפרש הרמ"א דהאי הגה. קאי אדלמעלה. היינו על דברי המרדכי, שהביא בשם ר' חיים כהן דאם הקצה מעות ליתומה להשיאה בהן. ומתה, דלא זכו בהן היורשים:

וקשה עליו מגמ' ביצה מאומר תנו לו ד' מאות זוזי ולנסוב ברתי' דמפלגינן הדברים. ואמרינן דד' מאות זוזי נסיב וברתי' אי בעי נסיב ואי בעי לא נסיב. ע"ז קאמר ההגה דהתם גבי ד' מאות זוזי דאמר בלשון תנו לי' ולנסוב הוי שני צוואות כמו באומר הרי עלי תודה. ואצא בה ידי חגיגה דאמרינן דשני דברים המה. אבל בנ"ד היינו בדברי ר' חיים כהן דאמר שהמעות יתנו להשיאה דע"כ חדא צואה נינהו, שהרי אמר שנותן המעות להשיאה, שם חדא צוואה היא' ואם מתה לא זכו בה היורשין. אבל אם הי' אומר תנו לה המעות והיא תנשא בהן אז הי' הדין. דשני צוואות נינהו וזכו בהך יורשין:

ובודאי גבי הרי עלי תודה אם הי' אומר הרי עלי תודה לצאת בה ידי חגיגה, ולא הי' אומר ואצא בה רק הי' אומר לצאת בה דבודאי חד דיבור הוא שמתחייב תודה לצאת בה ידי חגיגה לב"ה דלא ס"ל בכה"ג תפוס לשון ראשון בודאי דהי' יוצא בה ידי חגיגה, ומכש"כ הוא מאילו הי' אומר. ע"מ שאצא בה ידי חגיגה הרי עלי תודה:

שפירשו התוס' שיש לזה דין כאומר לינסוב ברתי' והבו לי' ד' מאות זוזי. וראי' ברורה שזהו סברת הרמ"א, שהחילוק בין אמר ותקנה, בין אמר לקנות, שהרי בסעיף ט"ז מביא הרמ"א שאם אמר להן להשיאה ומתה לא זכו בהם היורשין, ומביא המרדכי הנ"ל. ע"כ דהרמ"א מפרש דברי הגהה שבתה"ד, שזה טעמא דר' חיים כהן שפסק שאם מתה לא זכו בהן היורשים משום שאמר בלשון להשיאה. שע"כ חדא צואה היא, ובודאי אילו הי' אומר תנו עשרים לטרא לקנות בהן חגורה אילו היתה מתה לא זכו בהן היורשין דחדא צואה היא, אבל באומר תנו לה ותקנה, הוי כאומר, הרי עלי תודה ואצא בה ידי חגיגה, ומאי דקאמר ההגהה. דבנ"ד ע"כ חדא צואה היא הכונה על דברי רבינו חיים כהן שאמר שקוצב הצדקה להיתומה להשיאה:

עכ"פ חזינן דהיכא דשני צוואות נינהו. לא תלו זה בזה, אבל דוקא אם אמר בלשון תנו לו ד' מאות זוזי ולינסוב ברתי' אבל אם הי' אומר בלשון לנסוב ברתי, ותנו לו ד' מאות זוזי, בכה"ג אף דשני צוואות נינהו, היינו אומדין לדעתי' דתלוים זה בזה, ואפשר דאילו הי' בציור, ששני הדברים הי' אומרן בב"א, ג"כ היינו אומרים דתלוים זה בזה, מעתה יש לפרש דברי הגמ' בקדושין, דתלי האי דינא אם הי' בראשונה שוה פרוטה ולא באחרונה, אם מקודשת, אם מעות בעלמא חוזרין, יהי' הפירוש כן. דהנה ביארנו דבקדושי כסף אין הכונה שהיא נתונה לו חליפי הכסף שהוא נותן לה, אלא שהוא נותן לה הכסף מתנה לעורר רצונה. וכיון שהיא מתרצה אז הוא מקדשה, היינו שאוסר אותה אכולי עלמא כהקדש ועתה יש להסתפק איך הוא דין התורה, אם התורה אמרה כשנותן לה כסף. ונתעורר רצונה אחר שרצונה נתעורר אח"כ הוא מקדשה. וא"כ התעוררות רצונה, וקידושי שלו שהוא מקדשה, שני דברים המה, וא"כ אף שהקידושין שקידשה לא חלו מאיזה טעם, הנתינה לה הכסף שהוא נותן לא בטלה, והמעות לה מתנה אף שהקדושין לא חלו. אם לא הי' מפאת שלא נתרצתה, אבל אם נימא דדין הקדושין הוא בב"א. שרצונה להתקדש. וקידושיו שהוא אוסרה אכולי עלמא צריכים להיות בב"א, א"כ אמדינן לדעתו, שאם לא חלו הקדושין המתנה שנתן לה בטל, וא"כ מעות חוזרין. והנה אם בראשונה היתה שוה פרוטה ובאחרונה אין בה שוה פרוטה והקדושין הא חלין באחרונה, אם נימא דדין הקדושין שמקודם תתרצה ע"י המתנה ואח"כ יקדשה הרי לא שייך לומר כלתה הנתינה, שהרי זה הוא הדין שמקודם יהי' הנתינה ואח"כ יהיו הקדושין. וכיון דכל אכילתה היתה לשם קידושין לא שייך כלל לומר שכבר עבר הנתינה, שהרי תמיד הקדושין. מקודם הנתינה ואח"כ הקדושין, וממילא קידושין בעלמא אינן חוזרין שאף אם הקדושין בטלו המתנה לא בטלה, דכיון דלא הוי בב"א.

ושני ענינים הוי' לא תלו זה בזה, אם היא קיימא תנאה ונתרצתה, אכן ר' אמי סבר דדין התורה שיהיו הקדושין ונתינת המתנה בב"א, רצונה ומעשה הקדושין שלו. משו"ה אם הי' בראשונה שוה פרוטה ולא באחרונה דבעת חלות הקדושין כבר עבר נתינת הראשונה והיתה מלוה אינה מקודשת, וכיון דלדידי' בב"א המה חלות הקדושין וזכיתה בהכסף אם בטלו הקדושין גם המתנה בטלה, דכיון דבב"א המה אמדינן לדעתו דתלוים זה בזה, דהוי כחדא צוואה. אכן רב ושמואל סברי דאינם צריכים להיות בב"א. משו"ה אף אם הי' בראשונה שוה פרוטה מקודשת. וממילא שני דברים נינהו ואינם תלוים זה בזה, ואף אם נתבטלו הקדושין המתנה לא בטלה:

נמצא לפי דברינו. אף דס"ל לר' אמי דבקדושין ג"כ מעות בעלמא היכא דלא חלו הקדושין חוזרין. אין הטעם דאיהו ס"ל דקדושין הוי כמו במכירה. דהוי כמו חליפין זה תחת זה אלא דגם ר' אמי מודה דאין אשה מתקדשת בתורת חליפין תחת הכסף, אלא דהכסף הוי מתנה לעורר רצונה ואז הוא מקדשה היינו שאוסרה על כל העולם אלא כיון דס"ל דשניהם חלים בב"א אמדינן לדעתי' דתלוין זה בזה משו"ה ס"ל דאם הקדושין לא חלו בטלה גם המתנה אבל זה גם ר' אמי מודה דשני דברים המה. א"כ לא קשה קושית הלח"מ כיון דפסקינן כר' אמי דמעות חוזרין. איך פסקינן המקדש. אחותו מעות מתנה, כיון לפי דברינו. הטעם דבטלה מתנת הכסף, כשלא חלו הקדושין, הוא משום אומדן דעתי', שתלאן זה בזה, כיון דלדידי' חלין בבת אחת, א"כ זה שייך לומר דוקא, היכא דלא שייך לומר אדם יודע אז שייך לומר אמדינן דעתי' אבל היכא דיודע שהקדושין לא חלו ונותן מתנה היינו כסף הקדושין לא שייך לומר אומדין דעתי' כיון דהוא יודע, אין כאן אומדנא, וממילא, אף שהקדושין לא חלו המתנה במקומה עומדת, דכיון דיודע בטלה אומדנא שתלאן זה בזה:

ולפי זה לא קשה נמי מה שהרמב"ם פסק בדין דמקדש אחותו דמעות מתנה, ואעפי"כ פסק בדין דהכיר שאינה שלו, דמעות יש לו, לפי דברינו לא קשה כלל, בקדושין דנתינת הכסף וקדושי האשה שני דברים נינהו, ואין הכסף חלופי האשה א"כ טעמא דאדם יודע, מסלק רק האומדנא, שאילולי הטעם דאדם יודע, הוי אמדינן לדעתי' שתלה נתינת הכסף לה, בחלות הקדושין כיון דחלין בב"א, בזה פסק הרמב"ם כשמואל דמשום סברת אדם יודע מבטלינן האומדנא, ואמרינן גמר ונתן לשם מתנה אבל בהכיר בה שאינו שלו, שהיתה מכירה, ומהו מכירה, חליפין זה תחת זה, א"כ הלא הוא אמר שנותן הכסף חלופי השדה וכיון דהשדה לא קנה, הרי לא נעשה כלל חלופין, וא"כ נצטרך לומר משום סברת אדם יודע, שאף שאמר שנותן חלופי השדה כונתו הי' לשם מתנה, בזה לא פסקינן

כותי' דשמואל דנימא משום סברת אדם יודע שאין שדה שלו. וגמר לתן לשם מתנה, בזה אמר רבא דהלכתא, דמשום סברת אדם יודע לא משנינן דיבורו מה שהוא אמר, דנותן חלופי השדה, לומר שכונתו הי' למתנה, משו"ה מעות יש לו אף בהכיר שאינה שלו, אבל בקדושין דהכסף הוי מתנה וסברת אדם יודע הוי שם רק לבטל האומדנא, בזה הלכה כשמואל בדיני דמשום סברת אדם יודע, מבטלינן האומדנא. ולפי זה הא דקאמר ואי אתמר בהא (בקדושין) הו"א בהא אמר שמואל אבל לא בהך, לא נצטרך לומר דהטעם משום דלאחותו נותן מתנה, אלא דהו"א דהטעם דוקא בקדושין, דנתינות הכסף הוי מתנה ולא במכירה דהוי חליפין, משו"ה אשמענן דשמואל סבר אף במכירה אבל אנן במכירה לא פסקינן כותי', דאמר רבא הלכתא מעות יש לו:

סימן יט

יבאר דמחלוקת הפוסקים אם במעמד שלשתן יכול למחול תלוי בזה איך היתה תקנת מעמד שלשתן אם זוכה המקבל בעצם החיוב דנתחייב הלוה להמקבל או רק דין לתן להמקבל ויבאר דהרמב"ן סובר דקנין דרבנן מהני לדאוריתא ויבאר דדין אם יכול המקבל לעשות שליח במעמ"ש תלוי ג"כ בדין הנ"ל אם המקבל זוכה עצם החוב:

דף י"ט מצא שובר בשוק בזמן שהאשה מודה יחזור לבעל כו' בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל, וליחוש דילמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה זבנה לכתובתה בטובת הנאה מניסן ועד תשרי, ומפיק לי' לשובר דכתוב בניסן ואתיא למטרף לקוחות שלא כדין, אמר רבא שמע מינה איתא לדשמואל דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל ע"כ. והקשה בתוס' וניחוש שמא מכרה במעמד שלשתן שאינה יכולה למחול. כדמוכח בפרק האיש מקדש גבי התקדשי לי בשטר חוב או במלוה שיש לו ביד אחרים דקאמר במלוה בשטר פליגי בדשמואל כו' ובאשה סמכה דעתה קמפלגי, ובמלוה ע"פ פליגי בדרב הונא דאמר במעמד שלשתן קנה כו' ולא מסיק ובאשה סמכה דעתה קמפלגי. עכ"ד התוס'. הרי דדעת התוס' דבמעמד שלשתן אין יכול למחול. וכן כתב המחבר בשו"ע סימן קכ"ו סעיף א' דאין יכול למחול, אכן הש"ך שם ס"ק יוד הביא הרבה דעות שאף במעמד שלשתן יכולין למחיל:

ולבאר סברות מחלקותם נראה לי, דהנה בסעיף כ' שם בסימן קכ"ו הביא המחבר דאם שלח הנותן שלוחו לנפקד לתן להמקבל נא מהני, אכן אם אמר הנותן לנפקד במעמד שליח המקבל י"א דמהני, ועיין ש"ך שתמה על זה שכתב המחבר בלשון י"א ואף שהטור כתב דהרמב"ן כתב סתמא דמעמד שלשתן ע"י שליח לא מהני, ומדברי הטור משמע

שהוכיח מזה דרמב"ן סבירא לי' דאפילו שליח של המקבל לא מהני כתב הש"ך דמזה אין ראי' דאפשר דכונת הטור דהרמב"ן לא דיבר מזה, אבל אפשר לפרש דבשליח של המקבל גם הרמב"ן מודה דמהני:

אכן לכאורה כיון דהתוס' בגיטין י"ג ד"ה במעמד כתבו דאם הנפקד או הלוה עכו"ם וישראל המפקיד או המלוה אומר לו להעכו"ם תנהו לפלוני ישראל לא קנה משום דאין זכי' לעכו"ם א"כ סבירא לי' לתוס' דגדר מעמד שלשתן הי' שתקנו חכמים שהנפקד או הלוה זוכה בהפקדון או בהחוב למקבל, וא"כ למה תקנו דוקא במעמד שלשתן דתקנו דאימתי הנפקד או הלוה זוכה, דוקא אם המקבל עומד שם אבל אם אינו עומד שם לא תקנו, אבל המקבל בזה שעומד אין עושה פעולת הקנין, רק דין הוא שאימתי תקנו חכמים שהנפקד או הלוה יזכה בעדו דוקא אם עומד, וא"כ לכאורה בודאי דלא יועיל שלוחו של המקבל, אף דקי"ל בכל מקום שלוחו של אדם כמותו, דוקא אם עושה מעשה שיש בה פעולה, היינו אם השליח מקדש או מגרש או זוכה, אבל על מעשה בעצמה לא מצינו שליחות, כמו אם אחד ימכור בית לחבירו ע"מ שילך למקום פלוני לא יוכל לעשות שליא על ההליכה שהוא ילך במקומו, דבכל מקום כששולחין שליח המעשה עושה השליח רק פעולת הדברים פועל בעד המשלח. וא"כ היכא דאין פעולה מהמעשה רק המעשה בעצמה לא שייך שליחות. וכיון דבמעמד שלשתן אין המקבל זוכה אלא רק דין הוא שדוקא אם הוא עומד אז זוכה הנפקד או הלוה בעדו, א"כ השליח הוא רק על העמידה שיחשב עמידתו כמו שהוא עומד. על זה לא מצינו שליחות וא"כ לכאורה בודאי דאין מועיל שליח של המקבל:

אלא דלפי זה יקשה מגמ' ב"ק דף ל"ו גבי ההוא גברא דתקע לחברי' כו' אמר לי' ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא ניתבי' לעניים. הדר אמר לי' ניתבי' ניהלי' איזל אברי בו נפשאי אמר לי' רב יוסף כבר זכו בי' עניים ואע"ג דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן והיינו שזכו מטעם מעמד שלשתן. ולפי דברינו דמשו"ה אין מועיל שליח של המקבל דעל עמידה בעצמה שאין יוצא פעולה מהמעשה רק גרם אי אפשר לעשות שליח א"כ מה מועיל דאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן נהי דרב יוסף הוא יד עניים לזכות בעדם אבל לעמוד במקומם במקום שהם צריכים לעמוד איך יועיל מה שהוא יד עניים. הא הכסף אינו של רב יוסף אלא שהוא גבאי צדקה וזוכה בעד עניים. וא"כ הוא עתה שליח לעמוד במקומם, וא"כ לכאורה מוכח דמועיל שליח של המקבל דצריך לומר דתקנת מעמד שלשתן היתה שהמקבל בעמידתו זוכה בהחוב או בהפקדון וא"כ יכול לעשות שליח שהוא ע"י עמידתו יזכה. וא"כ הרי מוכח דמועיל שליח של המקבל דלמאן

דס"ל לא מהני שליח של המקבל אף יד עניים לא יועיל, ואף שהש"ך כתב שם דאף למאן דס"ל שליח של המקבל אין מועיל אעפי"כ באפוטרופס מועיל ומביא ראי' מסימן ק"ה דאיתא שם דאף שאין שליח יכול לתפוס לבע"ח אעפי"כ אפוטרופס יכול לתפוס לצורך יתומים נראה לי דאין ללמד זה מזה גבי תופס לבע"ח הטעם דיכול לתפוס דכיון דהוא אפוטרופס הוא בעלים לתבוע חוב היתומים ואין צריך הרשאה ולזה הוא כמו ב"ד ואין הנתבע יכול לומר לאו בע"ד דידי את וכיון שהוא בעלים על התביעה ממילא יכול לתפוס, וכמו שביארנו דזוהי סברת רש"י גבי תופס לבע"ח אם עשאו שליח דנעשה בעלים על התביעה, אבל גבי מעמד שלשתן דתקנת רבנן היתה שדוקא אם המקבל עומד אז זוכה הנפקד או הלוה בעדו א"כ התקנה היתה מי שהכסף יהי' שלו הוא יעמוד, וא"כ אטו אפוטרופס הוא גוף של היתומים הוא רק יד שלהם לזכות בעדם ולתבוע בעדם אבל לא לעמוד במקומם.

והנה נחלקו הראשונים בדין דשעבודא דר' נתן אי מצי למחול והרמב"ן הביא ראיות דאף בשיעבודא דר' נתן יכולין למחול ראי' אחת מסוגיא זו דמשני רבא ש"מ איתא לדשמואל דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ואמאי לא ניחוש שמא לותה מאחד מניסן ועד תשרי ונתחייב הבעל לשלם להמלוה שלה מטעם שיעבודא דר' נתן ומפיק לשובר דכתוב בניסן והיא כתבה לתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ע"כ דאף אם נתחייב הבעל בשיעבודא דר' נתן ג"כ יכולה למחול והנה הש"ך תריץ על זה דאחרי דאין רגילות להלות לאשה אחרי שאין לה במה לשלם, לדבר שאינו רגיל לא חיישינן אכן הא לטעמא דרב אסי אף שאין כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו אעפי"כ חיישינן בנפל לשמא אקרי וכתב הרי דחיישינן אף לדבר שאין רגיל, ועוד הא מכירת כתובה ג"כ דבר שאינו רגיל מטעם דכל לגבי בעלה מחלה כדאמרינן בב"ק ואעפי"כ חיישינן אף שאינו מצוי ראי' שני', הביא הרמב"ן דאף בשיעבודא דר' נתן יכולין למחול, מגמ' דב"ק פ"ט דאיתא האשה שחבלה פגיעתה רעה ופריך ותזבין לכתובתה בטובת הנאה ומשני כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואפסודי להההוא זבינא בידים לא אפסדינהו וכי תימא זבנה ניהלי' לכתובתה להההוא דחבלה בי' בטובת הנאה דאי מחלה לגבי בעל לא קא מפסיד דהשתה נמי לא מידי קא יהבה לי' סוף סוף כל לגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינא, ואם נימא דשיעבודא דר' נתן אין יכול למחול איך תוכל למחול הא הבעל מחויב להנחבל מטעם שיעבודא דר' נתן, ע"כ דאף בשיעבודא דר' נתן יכול למחול, והנה הש"ך דחה ראי' זאת משום דאף שקודם שמכרה לו כתובתה לא היתה יכולה למחול לבעלה דהבעל הי' מחויב להנחבל מטעם שיעבודא דר' נתן אעפי"כ

עתה כשמכרה לו הכתובה בעד החבלה הלא היא כבר נפטרה ממנו שהיא כבר סלקה לו המגיע ממנה, ועתה כיון שאין עלי' שעבוד מטעם שהיא כבר פטורה הוא בא עתה לגבות הכתובה מהבעל לא מטעם שיעבודא דר' נתן אלא מטעם מכירת שטרות שמכרה הכתובה ובמכירת שטרות הלא יכולה למחול, וכתב הש"ך הגע בעצמך שאם הי' עליו חוב ומכר בעד החוב שטר האם יהי' הדין שאינו יכול למחול הלא בעד החוב כבר פרע ואם כן עתה גביתו מטעם שקנה שטר חוב ובמכר שטר חוב הדין דיכול למחול וכתב הש"ך שמקום הניחו לו מן השמים להתגדר, אכן בספרנו על ב"ק ביארנו כי אדרבה ע"י תירוץ הש"ך מבינים אנו קושית הראשונים דבלא תרוצו לכאורה קושיתם איננה מובנה, דהנה אם היא חבלה באחד חמשים זוז הלא אם דין הוא דשיעבודא דר' נתן אין יכולה למחול הלא כשתתאלמן או תתגרש הלא יגבה את החמשים זוז וא"כ מה לנו שתמכור לו הכתובה בטובת הנאה הלא עתה ג"כ לא יגבה קודם שתתאלמן או תתגרש ולאחר שתתאלמן או תתגרש הלא ג"כ אם לא תמכור לו יגבה חבלתו ע"כ דבאנו לכופה שתמכור לו כדי שירויח הסך היותר מחבלתו היינו אחרי שהיא מחויבת עתה לשלם לו בעד החבלה ע"כ נכופה שתמכור לו את הכתובה שחיובה מאתים בעד החמשים שמגיע לו וכשתתאלמן או תתגרש יגבה כל המאתים אחרי שהיא מחויבת לשלם לו עתה א"כ הרי מה שרוצים אנחנו שתמכור לו עתה הכתובה הוא כדי להרויח הסך מאה וחמשים הנותרים, והסך הזה היינו הסך מאה וחמשים זוז המותר על החבלה, הרי זה יגבה רק בתורת מכירה לא בתורת שיעבודא דר' נתן כי מטעם שיעבודא דר' נתן אין מגיע להנחבל רק חמשים והמותר הזה הלא יכולה למחול אף עתה וא"כ שפיר קאמר בגמ' כל לגבי בעלה ודאי מחלה פירוש וא"כ לא יטרוף יותר מדמי חבלתו ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטרחינן ודמי חבלתו בודאי יגבה שהסך הזה הלא לא תוכל למחול ולהסך דמי החבלה אין לנו לעשות תקנה שאותם יגבה אף אם לא תמכור הכתובה ומאי הקשו הראשונים, אכן בתירוצו דהש"ך באנו לעומק קושית הרמב"ן דקושיתו אם נימא דשיעבודא דר' נתן אין יכול למחול א"כ מאי קאמר בגמ' וכי תימא זבנה ניהלי' להההוא דחבלה בי' בטובת הנאה דאי מחלה לגבי' בעל לית לי' פסידא הא יהי' לו פסידא דאם לא תמכור להנחבל הכתובה אז הסך חמשים דמי החבלה כשתתאלמן או תתגרש תגבה שאותם לא תוכל למחול ולא לקבל פרעון בעדים. אבל אם תמכרם להנחבל אז הלא היא תפטור מחיוב החבלה שהרי כבר פרעה לו ונתנה לו חיוב של סך מאתים בעד החמשים ונפטרה מחיובה ועתא הלא תוכל למחול וא"כ מאי קאמר כל לגבי בעלה ודאי מחלה ולא מפסיד הא אית לי' פסידא מה שעתה תוכל למחול את כל החיוב כתובה,

ע"כ דגם בשיעבודא דר' נתן יכולה למחול ומשו"ה קאמר לית לה פסידא כיון דאף אם אינה מוכרת יכולה למחול כל הכתובה והרמב"ן לית לי' תירוצא דהתוס' שם בד"ה ואפילו שכתבו דכיון שעכשיו לא היתה נותנת כלום אפילו לא מחלה. מה שמחלה אינו כל כך הפסד כיון שלא יהי' לו כלום עכשיו ולאחר זמן נמי שמא תמות וירשנה בעלה הרמבן ס"ל דודאי הוי הפסד אם נימא דעתה אין יכולה למחול דמי החבלה ואם תמכור לו הכתובה תוכל למחול הכל שהרי משלמים טובת הנאה בעד הספק הזה אף שיכולה למחול מכ"ש באופן שאין יכולה למחול דהספק הוא שקול בודאי דמקרי הפסד ומה שמקשה בתוס' שם ז"ל והא ודאי מפסד קמפסיד דכי נא תמכור יגבה חבלתו אם תתאלמן או תתגרש וכשתמכור ותמחול לבעלה יפסיד הכל וכונת התוס' דכיון שמכרה בשביל זה תמחול זה סבירא להרמב"ן דאם בלא המכירה לא היתה מוחלת מה שמכרה לא יגרום שתמחול דניחא לאינש לאוקים בהימנותי', דהרי מטעם זה נותנים כסף בעד טובת הנאה ואין חוששים שמא תמחול ורק היכא שגם בלא המכירה היתה מוחלת אז אמרינן שהמכירה לא תמנע ממנה מלמחול לבעלה כיון שבלא"ה היתה מוחלת ועוד אם החששא שבלא המכירה לא היתה מוחלת ורק מטעם שמכרה ואין מפסדת, בשביל זה תמחול, הא לזה יש עצה למשל אם היתה כתובתה ארבע מאות זוז והיא חבלה בחמשים זוז ודרך העולם שקונים בטובת הנאה ברביע הלא יש עצה שתמכור בחבלתה להנחבל מכתובתה סך מאתים ומאתים ישארו לגבות וא"כ לא תוכל למחול את הסך מאתים האחרונים דא"כ היא תפסיד גם המאתים שלה וא"כ אם שלא בשביל המכירה לא היתה מוחלת גם עתה לא תמחול כדי שלא להפסיד את שלה וא"כ אם נימא דגם בשיעבודא דר' נתן יכולה למחול שפיר פריך אמאי תמיד אשה שחבלה פגיעתה רעה תמכור לו בטובת הנאה מכתובתה דאי מחלה ליכא פסידא דהא גם עתה תוכל למחול והמכירה לא יגרום לה למחול, אם בלא המכירה לא היתה מוחלת, שהרי עדנה נשאר בעדה. אבל אם נימא דשיעבודא דר' נתן אין יכולין למחול, א"כ אם האשה הזאת בלא המכירה ג"כ היתה מוחלת היינו שאין המכירה גורם שתמחול הא מפסיד ע"י המכירה שעתה תוכל למחול הכל כיון שכבר נפטרה מהחיוב:

והנה האבני מילואים בסימן כ"ט הביא דברי הרמב"ן שהקשה על דברי ראשונים דסבירא להו דמשו"ה המוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות דרבנן והקשה עליהם, א"כ איך מקודשת מדאורייתא במכירת שטרות הא מדאורייתא אין כאן קנין ומדקתני המקדש בשטר מקודשת ואוקימנא שקידשה בשט"ח דאחרים משמע מקודשת מדאורייתא, ותמה האבני מילואים על דברי הרמב"ן אלו דמשמע דס"ל להרמב"ן דקנין

דרבנן לא מהני לדאורייתא וגם סבירא להרמב"ן כיון דאיתא בברייתא דמקודשת מוכח דקדושין הוי מדאורייתא וא"כ איך איתא שם דמקודשת אם קידשה במלוה ע"פ ובמעמד שלשתן. הא מעמד שלשתן לכו"ע דרבנן ואיך תתקדש מדאוריתא במעמד שלשתן הא מעמד שלשתן ודאי הוא דרבנן:

אכן לדידי נראה דאין כונת הרמב"ן לומר דודאי קנין דרבנן לא מהני לדאורייתא ואדרבה הרמב"ן בעצמו סובר דקנין דרבנן נעשה קנין מדאורייתא דהפקר בי"ד הפקר וכיון דמדרבנן קני קנוי הוא לו מדאורייתא ומשו"ה אם קדשה במעמד שלשתן קנתה מדאורייתא ומקודשת מדאורייתא אך הרמב"ן הקשה על הנך דאמרי דמשו"ה יכולין למחול במכירת שטרות משום דהוי דרבנן וא"כ יקשה אם הם סוברים דקנין דרבנן מהני לדאורייתא דפירוש דהפקר בי"ד הפקר הוא דעל דיני ממונות מה שבי"ד פוסקין אף מטעם תקנה נעשה הדבר מדאורייתא שאמרה התורה שרשות בידם להקנות את של זה לזה א"כ מה הועילו שאמרו שבשביל זה יכולין למחול במכירת שטרות משום דהוי דרבנן כיון שמדרבנן קנוי השט"ח להלוקח הלא כבר הוא קנוי מדאורייתא והדרא קושי' לדוכתא איך יכולין למחול הא כיון דתקון רבנן מכירת שטרות הלא נעשה הקנין מדאורייתא, ע"כ דאינהו סברי דבמכירת שטרות לא נעשה הקנין מדאורייתא או מטעם דסברי דקנין דרבנן אין מועיל לדאורייתא. דהפקר בי"ד מועיל רק להפקיר ולא להקנות, או דאף דבכל מקום היכא דשייך קנינים מן התורה יודו דקנין דרבנן מועיל לדאורייתא אינהו יסברו דאימתי מועיל קנין דרבנן לדאורייתא היינו דוקא בדבר שמן התורה יש קנינים בהדבר ושייך בו קנינים אז קנין דרבנן ג"כ מועיל מדאורייתא אבל בדבר שמן התורה אין שייך בו כלל קנינים אז קנין דרבנן אין מועיל לדאורייתא וחוב הוא דבר שמן התורה אין שייך בו כלל קנינים משו"ה הקנין דרבנן במכירת שטרות אין מועיל מדאורייתא, וסבירא להו דמשו"ה יכולין למחול וא"כ עליהם הקשה הרמב"ן קושיא עצומה, א"כ איך מקודשת קדושין דאורייתא במכירת שטרות הא לדבריהם מן התורה אין כאן קנינים כלל ובמה תתקדש דאורייתא, ובודאי דעליהם יקשה גם ממעמד שלשתן איך מקודשת קדושין דאורייתא. כיון דלדבריהם בחוב אין מועיל קנין דרבנן שיהי' מדאורייתא אלא דלמה להרמב"ן להקשות עליהם ממעמד שלשתן הקשה ממכירת שטרות על מכירת שטרות. אכן הרמב"ן בעצמו סובר דאף בחוב קנין דרבנן מהני לדאורייתא ומשו"ה מקודשת במכירת שטרות ובמעמד שלשתן מדאורייתא ומשו"ה לדידי' אי אפשר לתרץ דמשו"ה במכירת שטרות חזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות דרבנן דאעפי"כ עתה דתקנו רבנן הוי דאורייתא:

והנה טעמא במוכר שט"ח וחזר ומחלו מחול:
פירשו בתוס' דהטעם משום שיש שני שעבודים שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים ורבנן תקנו במכירת שטרות רק קנין בשיעבוד הנכסים אבל לא בשיעבוד הגוף:
ומשו"ה אם מחל שיעבוד הגוף שזה שלו הוא של המוכר ויכול למחול וממילא נפקע גם שיעבוד נכסים דבלא שיעבוד הגוף אין שיעבוד בנכסים. אכן בשיעבודא דר' נתן דהתם הא לא מיירי דוקא בשטר ומיירי אף בע"פ ואף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ושיעבודא דר' נתן הא הוי דאורייתא וע"כ דמן התור הוא עליו שעבוד הגוף לשלם למי שנושה במלוה כדכתיב ונתן לאשר אשם לו וא"כ יקשה איך יכול למחול הא משועבד הוא מדאורייתא ועכצ"ל דהא דאמרה התורה ונתן לאשר אשם לו לדברי הרמב"ן שמוכיח דגם בשיעבודא דר' נתן יכול למחול. הוא יפרש דמה דאמרה התורה ונתן לאשר אשם לו אין הביאור שאמרה שפקע ממנו השיעבוד שהי' מחויב למלוה שלו ויתחייב החיוב למי שמלוה מחויב, אלא דאמרה התורה ונתן היינו דחייבה התורה אותו שיתן התשלומין לא למלוה שלו אלא למי שנושה בהמלוה אבל חיובא דידי' עדנה להמלוה שלו, נו הוא נתחייב וא"כ יש עליו הדין של ונתן כל זמן שיש עליו חיוב, אבל כשמחל לו המלוה פקע מצות הנתינה שחייבה אותו התורה לתן החוב למי שאשם שלו היינו הקרן דחיוב שהוא מחויב לתן החוב למי שנושה במלוה שלו הוא רק כל זמן שיש חיוב אבל כשפקע החוב ע"י מחילה או ע"י פירעון להמלוה שלו ממילא נפקע גם חיוב הנתינה שלו שהרי אין עתה חיוב:
ובזה יש לתרץ הקושי' מהירושלמי בפרק המקבל על דברי הי"א שם בחו"מ סימן קכ"ו סעיף ח' ז"ל המחבר אמר ראובן לשמעון במעמד שלשתן מנה שיש לי בידך תנהו ללוי ושמעון דוחה את לוי ולכן רוצה לוי לחזור ולתבוע מראובן אינו יכול וי"א שיכול לחזור בו כל זמן שלא פטר לוי את ראובן בפירוש והרמ"א כתב שנ"ל לפסוק כדעת י"א אלו ולכאורה יקשה מירושלמי שהביא הרי"ף פרק המקבל המחהו גבי לוי איפרסן לוי אין חייב כלום. הרי דאף שהעני לוי ואין לו ממה לגבות אעפי"כ אין יכול לחזור מכש"כ בלא העני אלא שלוי דוחהו שאין יכול לחזור בו. אכן לדברינו יתישבו הדברים דהנה דין זה אם יכול לחזור בו יהי' תלוי בזה איך היתה תקנת רבנן בדין דמעמ"ש אם היתה התקנה שאם אמר ראובן לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי נתחייב שמעון החיוב של המנה לתן ללוי א"כ כבר נפטר ראובן מהחיוב שהי' ללוי עליו וכמו שכתב הש"ך דאם הי' חייב לו ומכר שטר נפטר מחיוב משום שכבר פרע לו בזה שקנה החיוב. א"כ הרי לוי קנה בעד חובו את החיוב שהי' לראובן על שמעון וכבר נפטר ממנו. וא"כ איך יחזור

עתה, אכן אם נימא דתקנת מעמד שלשתן היתה רק שיהי' חיוב עליו לתן את מה שבידו הן פקדון הן חוב חיוב עליו לתן ליד המקבל אבל הוא אין מחויב להמקבל א"כ הרי לא קנה בעד חובו חוב אחר ורק דין על הלוה לתת לו החוב. בזה שהלוה נתחייב לתן לו. בזה לא נפטר עדנה ראובן מחוב שהוא מחויב לו:

לפי זה מחלוקת הפוסקים אם הי' חייב לו והמחהו אצל מי שמחויב לו תליא בזה, דמאן דס"ל אין יכול לחזור עליו אם הלוה מדחהו ס"ל דתקנת מעמ"ש היתה שיתחייב לו הנוה והמקבל זכה בהחוב וכיון שזכה בהחוב ונפטרו ממנו אין יכול לחזור עליו ומאן דס"ל יכול לחזור בו, ס"ל דתקנת מעמ"ש היתה שיתחייב הלוה לתן לו החוב (ומיירי באופן דמדין שיעבודא דר' נתן לא הי' מחויב כמו ביש לו נכסים דאז אין דין שיעבודא דר' נתן ואעפי"כ מחויב מדין מעמ"ש) אבל עצם החוב לא זכה. וא"כ לא נפטר עדנה משו"ה יכול לחזור בו. ומשו"ה כתב הכא דדין אם יכול לחזור עליו תלוי בדין אם יכול למחול והיינו דגם זה הדין אם יכול למחול תלוי בזה אם תקנת מעמד שלשתן היתה שהלוה חייב כבר להמקבל והמקבל זכה בעצם החוב, א"כ אין יכול למחול דדוקא במכירת שט"ח דשם הא יש שני שיעבודים שיעבוד הגוף ושיעבוד הנכסים שם יש לומר דאף שקנה עצם שעיבוד הנכסים אעפ"כ יכול למחול, משו' דשיעבוד הגוף לא קנה, אבל במעמד שלשתן דהיתה התקנה אף במלוה ע"פ דשיעבוד נכסים אי אפשר לומר שקנה אם התקנה היתה שיקנה. ע"כ שקנה שיעבוד הגוף היינו דעצם החוב כבר נקנה להמקבל דמשו"ה אין יכול לחזור בו שכבר נפטר, ממילא אין יכול למחול, אכן מאן דס"ל שיכול למחול ע"כ דסבירא ני' שנא קנה את עצם החיוב משו"ה יכול למחול, שהחיוב עליו רק לתן את החוב אבל אם נמחל שאין חוב ממילא פקע החיוב שחייבוהו לתן בתקנת מעמד שלשתן. משו"ה בכול לחזור בו ואף שהש"ך הביא דיעות דס"ל דלא תליא זה ייזה הכ"מ ס"ל דתלי זה בזה וסבירא לי' דהפוסקים דס"ל בשם ר"ת דאין יכול למחול, אינהו יסברו דר"ת ס"ל דאין יכול לחזור בו. ומאן דס"ל אליבא דר"ת דיכול לחזור בו, יסבור דדעת ר"ת דיכול למחול:

והנה בב"מ דף קי"ב איתא המחהו (להפועל) אצל חנוני או אצל שלחני אינו עובר איבעיא להו חוזר או אינו חוזר רב ששת אמר אינו חוזר ורבה אמר חוזר, והנה ר"ש דאמר אינו חוזר אי אפשר שיסבור שתקנת מעמד שלשתן היתה שהחיוב עליו לתן את החוב שבידי להמקבל. דא"כ היכא שאין חוב בידו בודאי דלא שייך תקנת מעמד שלשתן, וא"כ אמאי אינו חוזר, וע"כ דלדידי' תקנת מעמד שלשתן היתה שמתחייב להמקבל חוב חדש וס"ל דהחנוני כיון שקבל עליו נתחייב בסך המגיע מהבע"ה להפועל נתחייב להפועל וממילא נפטר הבע"ב מהפועל שכבר זכה הפועל בחוב כדמי פעולתו, והחילוק בין היכא

דמגיע ממנו ללא מגיע ממנו' כשאין מגיע ממנו כמו בהמחהו אצל חנוני דאין החנוני מחייב בעי שהחנוני יקבל עליו, והיכא דמגיע ממנו אז במעמד שלשתן חייבוהו רבנן בסך שמגיע לתן להמקבל וכיון שהוא חיוב ממש ממילא נפטר. אכן אליבא דרבה דאיהו ס"ל דחוזר איהו יוכל לסבור דתקנת מעמד שלשתן היתה רק שיהיה עליו חיוב לתן את החוב וממילא היכא דאינינו מחויב כמו בחנוני אף שקבל עליו יוכל החנוני לחזור. והפועל בודאי דיוכל לחזור, ולפי זה לא קשה כלל על הנך דסברי דאם הלוה מדחהו יכול לחזור על הממחה, מירושלמי דאמר שאף אם העני אין יכול לחזור, דהא הירושלמי סובר כרב ששת דאף הפועל אינו יכול לחזור, כמו שהביא שם גופא בהמקבל האלפסי, דהירושלמי ס"ל כרב ששת. א"כ להירושלמי תקנת מעמד שלשתן היתה שיתחייב חוב ממש להמקבל וכיון שזכה חוב ממש כבר נפטר הלוה מחיובו בודאי, וכמו שכתב הש"ך וכמו שביארנו שגם שיטת הרמב"ן דפריך מגמ' דב"ק פ"ט הוא ג"כ כן. דכיון שהקנתה חוב להנחבל בעד חבלתו כבר נפטרה מחיובא דידי' משו"ה ס"ל להירושלמי דאף אם איפרסן לוי שנהי' עני אינינו מחויב כלום אחרי שכבר זכה בעצם החיוב. אכן אנן הא פסקינן כרבה ולרבה הא אפשר לומר דתקנת מעמד שלשתן היתה רק חיוב שיתן החוב אבל בעצם החוב לא זכה וא"כ לא נפטר עדנה משו"ה יכול לחזור בו:

לפי זה אפשר לומר דמחלוקת הפוסקים אי מועיל שליח המקבל במעמד שלשתן יהי' ג"כ תלוי בזה. דמאן דס"ל דמועיל שליח המקבל איהו יסבור דתקנת מעמד שלשתן הי' שיזכה בעצם החוב שהלוה מחויב מעתה החיוב להמקבל א"כ המקבל בזה שהוא עומד זוכה בהחוב ואינהו לא ס"ל כתוס' דתקנת מעמד שלשתן היתה שהלוה זוכה בעד המקבל אך המקבל בעמידתו זוכה, וא"כ עמידתו הוא מעשה הזכי'. וממילא יוכל לשלוח שליח שהוא בעמידתו יזכה בעד המקבל, דהרי עמידתו היא הזכי', אכן מאן דסבירא לי' דאין יוכל לעשות שליח איהו ס"ל דאין המקבל זוכה כלל בהחוב א"כ עמידתו רק דין הוא שאימתי החיוב על הלוה לתן החוב דוקא אם אמר לו בשעה שהוא עומד. א"כ השליח הוא רק על העמידה ועל עמידה בעצמה אי אפשר לעשות שליח:

ולא קשה מה שהקשינו אם נימא דאין יכול לעשות שליח משום שאין בעמידתו זכי' א"כ מאי מועיל אנן יד עניים הא זה מועיל רק שיזכה בעדם אבל לא שיעמוד בעדם אכן לדברינו ניחא דהא תקנת מעמד שלשתן לסברא זו היא שיעמוד מי שהוא מחויב לתן. דהא זכות בעצם החוב לא קנה המקבל ורק חיוב על הלוה לתן החוב. א"כ היתה התקנה שיעמוד מי שלו הלוה מחויב לתן. וא"כ הצדקה הא מחויבים לתן לגבאי הצדקה היינו לרב יוסף א"כ הרי היתה התקנת מעמד שלשתן כבכל מקום דיעמוד מי שלו מחויבים

ליתן והרי נתינת הצדקה מחויבים לתן לגבאי הצדקה נמצא אף דבשאר מעמ"ש אין יכול לעשות שליח התם השליח הוא רק לעמוד דהרי הנותן אין אומר שיתנו להשליח אלא שהוא רק השליח לעמוד אבל עצם נתינתו רוצה לתן לאחר לא לשליח, וא"כ הוא רק שליח לעמוד על עמידה אין יכול לעשות שליח:

אבל בצדקה עיקר חיוב הנתינה הוא לגבאי הצדקה א"כ עומד מי שלו מחויב לתן. משו"ה מועיל יד עניים, דכל תקנת מעמד שלשתן הוא רק חיוב לתן:

ואפשר עוד לאמר דדבר זה תליא בשני תירוצי התוס' שם בב"ק ל"ו שהקשו מאי איכא דאנן יד עניים אנן, בלא"ה אין יכול לחזור בו דהא בפיך זו צדקה ותירצו חד תירוצא דכיון דהוי דבר שלא בא לעולם בלא טעמא דמעמ"ש לא הי' התחייב ויכול לחזור בו, ועוד תירצו דלא הי' רוצה לחזור אלא הי' רוצה ללות כדקי"ל כל זמן שלא בא ליד גבאי יוכל ללות והנה לתירוצא קמא דתוס' הועילה המעמד שלשתן שיתחייב לתן לעניים דאילולא דין דמעמד שלשתן מטעם דאנן יד עניים אנן לא הי' חיוב כלל לתן מטעם דהוי דבר שלבל"ע. אכן לתירוצא בתרא הא הועיל מעמד שלשתן שיקנו העניים את עצם החוב דאם נימא דתקנת מעמד שלשתן היתה רק שיתחייב הלוה לתן אבל עצם החיוב לא זכה המקבל, א"כ אף שהי' מעמד שלשתן אעפי"כ הא לא בא עדנה ליד הגבאי, דהרי החיוב לתן הא תמיד תיכף כשאמר סלע זו לצדקה נתחייב לתן לצדקה אלא דלא זכו בה עניים ורק חיוב לתן משו"ה יכול ללות, א"כ אף במעמד שלשתן אף שהלוה נתחייב לתן את החוב שהוא חייב לתן למאן דתקע לי' זה החוב הוא מחויב עתה לתן לעניים אעפי"כ הא בעצם הממון לא זכו העניים וא"כ אמאי לא יוכל גם עתה ללות, אטו נעשה ההוא גברא דתקע גבאי הצדקה הרי אמרינן בא ליד גבאי אי אפשר לשנותה אבל אם לא יבא ליד גבאי רק לאחר לא בתורת זכי' לעניים אך לתן לעניים לכאורה עדנה אפשר לשנותה. והכא אם נימא דמעמ"ש התקנה הוי רק חיוב לתן לעניים וזכי' אין כאן אפשר דיוכל עדנה לשנותה ולכאורה להאי תירוצא תקנת מעמ"ש היתה שיזכה המקבל זכי' גמורה והוי כבא ליד גבאי דאסור לשנותה:

ובדבר קושית תוס' אם נימא דמעמ"ש יכול למחול א"כ איך מקודשת במעמ"ש הא לא סמכה דעתה דסברא פן ימחול כתבנו בספרנו על ב"ק נתרץ כיון דאם ימחול יתחייב לשלם א"כ סמכא דעתה ורק היכא דרצונה להתקדש בשטר כיון שאם ימחול יהי' רק חיוב בע"פ אמרינן לא סמכה דעתה פן ימחול מטעם בחיוב בע"פ הלא יוכל לטעון פרעתי אבל היכא דרצונה להתקדש בחוב בע"פ ואינה חוששת לטענת פרעתי א"כ אף אם ימחול הא יהי' לה חוב בע"פ וממילא מקודשת בהחוב הזה דסמכא דעתא:

סימן כ

סוגיא דהתורם שלא מדעת, ויבאר אם נעשה למפרע או מכאן ולהבא ויבאר סוגיא דקדושין דמקדש בפרזומא דשכרא, ויבאר דבדבר שאינו מקפיד, אם לקחו שלא מדעתו קנה שלא מדעת בעל הכית, ויבאר דהא דאמרו מחמת כיסופא הוא דאמר היינו רק טעם דאין מברר למפרע, אבל עתה אף שנותן מחמת כיסופא הוי מתנה. דדברים שבלב אינם דברים.

(דף כ"ב) **ת"ש** כיצד אמרו התורם שלא מדעת אין תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט ותרם שלא ברשות אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה ואם לאו תרומתו תרומה ומנין הוא יודע אם חושש משום גזל אם לאו הרי שבא בעל הבית ומצאו ואמר לו כלך אצל יפות אם נמצא יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה. ליקטו הבעלים והוסיפו עליהן בין כך ובין כך תרומתו תרומה וכי נמצא יפות מהן אמאי תרומתו תרומה אמאי בעדנא דתרם הא לא הוי ידע תרגמא רבא אליבא דאביי דשוי' שליח ה"נ מסתברא דאי ס"ד דלא שוי' שליח מי הויא תרומתו תרומה והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם אלא הכא במאי עסקינן כגון דשוי' שליח וא"ל זיל תרום ולא א"ל תרום מהני וסתמי"ד בעל הבית כי תרום מבינונית תרום ואזל איהו ותרם מיפות ובא בעל הבית ומצאו וא"ל כלך אצל יפות אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה, ואם לאו אין תרומתו תרומה ע"כ סוגית הגמרא:

והנה הרמב"ם כתב בפ"ד מהלכות תרומות הלכה ג' ז"ל התורם שלא ברשות או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות אם הי' שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד ואם לא היה שם יפות אין תרומתו תרומה שלא אמר אלא על דרך מיחוי ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין שיש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה. עכ"ד הרמב"ם וכבר תמהו שם הרדב"ז והכ"מ דאמאי לא זכר דבעינן דוקא דשוי' שליח, דהרי מוכח בגמרא דאף אם נימא יאוש שלא מדעת הוי יאוש בעינן דוקא דעשאו שליח. ומכל שכן דהרמב"ם פוסק יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, וא"כ הי' לו להביא דאימתי נעשה תרומה דוקא בעשאו שליח מקודם:

עוד הקשה הט"ז ביורה דעה (סימן של"א ס"ק ט"ו) איך כתב הרמב"ם דינא דכלך אצל יפות דמהני גם בלקט פירות לעצמו כדי שיקחם, דהרי איתא בב"מ שם גבי עובדא דמרי בר איסק, וכן בקדושין דף נ"ב גבי ההוא סרסיא דקדיש בפרזומא דשיכרא, אתא ב"ה ואמר אמאי לא אייתית מהנך חריפתא אמר רבא לא אמרו כלך אצל יפות אלא גבי תרומה

אבל הכא משום כיסופא הוא, הרי דאין מועיל כלך אצל יפות אלא היכא דמצוה הוא, א"כ היכא דלקט הפירות לצורך עצמו דלאו מצוה הוא, אמאי מועיל כלך אצל יפות, נימא משום כיסופא הוא, זה הוא תורץ קושית הט"ז, ומה שהט"ז משני שם דמיירי שתרם כל הפירות שלקט לצורך עצמו ולא השאיר לעצמו כלום. אינו מובן, דהרי כיון שאותו פלוני ליקט לצורך עצמו, והוא תרם, א"כ כונתו הי' לזכות בעד עצמו, והוא יהיה התורם וא"כ לאו מצוה דידי' הוא' שהרי הוא מזכה נו הפירות והוא התורם. והרי בנדרים בעי אדרבה בגמ' דף נ"ו. דאף אם תרם מפירות של עצמו בעד חבירו. ג"כ מיבעי לן דילמא לא ניחא ליה. משום דניחא לי' דליעביד מצוה בממונו:

אף שירויח בזה שלא יצטרך לתרום אמרינן דילמא רוצה הוא לעשות מצוה ובזה שחבירו יתרום בעדו. הא לאו מצוה דידי' הוא' וא"כ איך נימא הכא דיתרצה לתן היפות לחבירו שהוא יזכה והוא יהי' התורם דהרי עתה כשהלוקט זכה הא לאו מצוה דילי' הוא. ואדרבה הוא מפסיד הרבה הן היפות והן המצוה, ונימא אדרבה בודאי דלא ניחא לי' ומשום כיסופא הוא דאמר הכי:

ונראה לי דהנה בירושלמי פרק א' דתרומות איתא בא אביו ואימן על ידו (פירוש היכא דהקטן תרם ובא אביו והסכים על ידו) למפריע נעשית תרומה או מכאן ולהבא נשמיענא מן הדא הרי שבא בעה"ב ומצאו עומד בתוך שלו ואמר לו נקוט לך מן היפים האילו. אם הי' אינו חושש משום גזל ואם לאו חושש משום גזל ואם הי' נוקט ונותן לו בין כך ובין כך אינו חושש משום גזל אית לך למימר למפריע נעשית תרומה לא מכאן ולהבא (פירוש בודאי דחייל מכאן ולהבא) ה"נ מכאן ולהבא ולכאורה קשה מנא ליה להירושלמי דנעשה מכאן ולהבא תרומה דילמא הוא כדאוקי בגמרא דמיירי דשוי' שליח:

ולכאורה צריך לומר דפליגי בזה הבבלי והירושלמי:

ונראה לי לבאר דלא קשה כלל. דהנה באבן העזר סימן כ"ח סעיף י"ו כתב המחבר והוא לשון הרמב"ם הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש אשה ובא בע"ה אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת שלא אמר דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו ה"ז גזל ואינה מקודשת ע"כ, וכתב ע"ז הב"ש ז"ל אבל אם הי' גילוי דעת דניחא לי' ולא נתאכלו המעות זכו בהו אידך מהשתא ואם יש חשש שאמר מחמת כיסופא לא הוי קידושין אפילו מהשתא ודלא כב"ח. ורש"י והר"ן כתבו בסוגיא זו דמשום כיסופא אמר דלא נכסף אבל למפריע לא ניחא ליה. וי"ל דכונתם לומר כ"ו. וכן מוכח דאיירי הסוגיא לענין קידושין אי חלו השתא דהא קי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש א"כ למה

לי הטעם משום כיסופא אמר ת"ל למפריע לא הוי קידושין. משום דלא אמרינן מדמוחל השתא מחיל למפרע כמו דלא אמרינן ביאוש שלא מדעת וכיוצא בזה כתבו תוספות שם בפ' אלו מציאות אלא ודאי הסוגיא איירי לענין הקדושין אם חלו מהשתא עכ"ד הב"ש: וכן הח"מ שם השיג על הב"ח דס"ל דהיכא דאיכא גלוי דעת דניחא לי' חלין הקדושין אף אם נתאכלו הקידושין והשיג שם דמה מהני גילוי דעת היכא דכבר נתאכלו הקידושין הרי דגם הח"מ מפרש דמיירי הסוגיא לענין אם חלו הקידושין השתא:

ולדידי צריך לעיין טובא איך נוכל לפרש דכל עיקר דינא הוא אי חלו הקדושין השתא, א"כ למה להרמב"ם ולהמחבר להביא טעמא. דכדי שלא להתבייש אמר. הא אף אם הי' אומר בלב שלם ג"כ לא הי' קדושין. שהרי הוי שתיקה דלאחר מתן מעות והרמב"ם פסק גבי ציפתא דאסא. דאף אם אמר אחר כן תתקדש בד' זוזים אינה מקודשת, ואף שיש לחלק דהתם מתחילה קידשה בציפתא דאסא. ואח"כ אמר שמקדש ב"ד זוזי' דהוי דבר אחר שלא אמר בתחילה שם פסק הרמב"ם דשתיקה דלאחר מתן מעות לאו כלום הוא. אבל הכא גם מתחילה קידשה בכלי או אוכל. זה שלקח מהבעל הבית:

ונימא דהכא אף שתיקה דלאחר מתן מעות יועיל, אך באמת נראה לי להיפך. דהכא גרע יותר. אף אם נימא שמה שאמר כלך אצל יפות הי' בלב שלם:

אעפי"כ אינה מקודשת שהרי במה זכה הוא החפץ או הכלי. הא בעת שהוא החזיק בידו. לא הי' גילוי דעת שרוצה ולדברי הב"ש גילוי דעת שאחר כן אין מועיל למפריע. שהוא יאוש שלא מדעת. וא"כ איך מועיל הגילוי דעת שאחר כן הא החפץ איננו בידו. ובמה זכה הוא החפץ, וא"כ אחרי דהחפץ לא נעשה מעולם שלו:

א"כ איך תתקדש, ובודאי דלא שייך לומר הכא מדין עבד כנעני שהרי התם מיירי אם הוא נותן לכתחילה לזה וגם בענין שיאמר התקדשי לי במה שנתן לך פלוני בעדי, והרי הרמב"ם והמחבר לא זכרו כלל מזה דאינהו מיירי דלא הי' דבור אחר אלא זה, וא"כ אם נימא דעיקר שאלה אם חלו הקדושין השתא הא לא זכה בהו שהרי אינו בידו. וא"כ למה לי טעמא דמשום כיסופא, ובודאי דזה דוחק לומר דאילולי טעמא דמשום כיסופא היינו אומרים שהיא זוכה בעדו דאטו נשי דיני גמירי:

לכן נראה לי דבאמת הא דאמרינן לא אמרו כלך אצל יפות אלא משום כיסופא. אין הכונה דאף עתה אין יכול לקנות הדבר כיון שנותן משום כיסופא. אלא דבאמת עתה אף שהוא נותן מחמת כיסופא, כיון דדיבורו הוא שהוא מקנה לה. והרי נמצא יפות, א"כ הרי הוא נותן לו' ומשום כיסופא גמר ומקנה. אבל נתינה הוי' וראי' לזה, שהרי התוספות

פירשו בחולין דף ז' דאיתא התם ישראל קדושים הם, יש שיש לו ואינו רוצה ויש שרוצה ואין לו:
והקשו בתוס' אם יש לו ואינו רוצה איזה קדוש הוא ותירצו דאף על פי כן הוא מזמין חברו מפני הבושה. ואם נימא דאם נותן מפני הבושה, אין הלה קונה הדבר. א"כ איזה קדוש הוא:
הא הוא מאכיל גזלה לישראל, ע"כ אף שהוא נותן מפני הבושה, עכ"ז קני הלה דמפני הבושה הוא מקני לגמרי א"כ ה"נ היכא דאומר לך אצל יפות ויש יפות הרי הוא מצוהו אף יפות לקח, ומכש"כ אלו שלקח. ומה לי נותן בעצמו או אומר לקח' והכא בזה שאומר כלך אצל יפות הרי הוא מצוה לקח ובזה שלקח הלה ואכל קנה הדבר, וקרא דאל תלחם אח לחם רע עין הוא רק מדת חסידות (ובזה כיונתי לדעתו הגדולה של כבוד א"א מו"ר זצ"ל הלא הוא כתובה בהתשובה שנתפדסה בספרי בס"ק מ', אלא שחידשתי זאת עוד טרם שראיתי דברי אבי מורי זצ"ל):
ובזה מיושב שפיר דברי הירושלמי שהבאנו. דמוכיח דעל כרחך אם בא אביו ואימן על ידו נעשה עתה תרומה ולא למפריע ומביא ראיה מזה דאם בא ומצא עומד בתוך שלו וא"ל לקוט לך מן היפות:
שאם נמצא יפות מהן תרומתו תרומה, והקשינו מאין מוכח דילמא כדמוקים הבבלי דשוי' שליח אכן לדברינו מיושב שפיר דדין הבבלי ודין הירושלמי הם שני דינים נפרדים. הבבלי מיירי שתרם בעד בעל הבית שם אם בא ואמר כלך אצל יפות אמרינן גלי דעתי' דליתא לי' לפי מאי דאוקי בדשוי' שליח שהרי מצוה דילי' הוא, ומשום מצוה אמרינן מסתמא ניחא. אכן הירושלמי לא מיירי כלל בלוקט לתרום לצורך הבעלים אלא בלוקט לצורך עצמו כדברי הרמב"ם שכתב וליקט פירות כדי שיקחם זה הוא דינו של הירושלמי שהרי הביא אמר לו לקוט לך מן היפות, הרי דאמר לו שילקוט בעד עצמו שאם דין הירושלמי היה בתורם בעד בעל הבית הי' לו לומר לקוט ותרום. מדקאמר לקוט לך הרי דמיירי דלקט בעד עצמו:
וא"כ הכא איך נוכל לומר כיון דהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' דהרי היכא דלאו מצוה אמרינן דמשום כיסופא הוא דאומר אבל באמת לא ניחא לי' בשלמא אם נימא דתרומה נעשה השתא וכדביארנו דאף אם אמר משום כיסופא אעפי"כ נקנה הדבר לפלוני:' אף שלא אמר אלא מחמת כיסופא אמרינן דמשום כיסופא הוא מקנה אף דלא ניחא לי'. א"כ הרי עתה נקנו הפירות להלוקט וממילא נעשה עתה תרומה שהרי הלוקט ג"כ רוצה עתה בזה שתרם וא"כ נעשה עתה תרומה. שהרי תרומה נעשית אף במחשבה

וכדאיתא ברמב"ם פ"ד הלכה י"ז הפריש תרומה במחשבתו ולא הוציא בשפתיו הוי תרומה, וא"כ הכא אם הלה קנה הדבר נעשית עתה תרומה, שהרי הוא תורם עתה במחשבה שבשעה שבא בעל הבית וגומר ומסכים ללקיטתו אז דעתו על התרומה שתהי' תרומה. או מטעם בעל הבית שהוא אומר שמסכים על התרומה הרי עתה נעשה תרומה, אבל למפריע בודאי דלא נוכל לומר מדהשתא ניחא לי' שהרי לא ניחא לי' ורק מפני הבושה הוא מסכים, משו"ה מוכיח הירושלמי דע"כ הפירוש בברייתא זאת דאיתא בה לקוט לך, דהיינו שלקט בעד עצמו בודאי דלא נעשית תרומה למפריע ואף אם יעשהו שליח ויאמר לו לקוט בעד עצמך. והוא יקח מן היפות אף אם אחר כן יאמר כלך אצל יפות לא יועיל למפריע כיון דאמרינן דלא ניחא לי':

ורק מפני הבושה הוא מסכים עתה וגמר מסכים עתה מפני הבושה:

נמצא דהא דאמרינן בקדושין דאינה מקודשת, בקדיש בפרזומא דשכרא. אף שאמר בעה"ב אמאי לא תיתב מהנך שפירתא משום דלא אמרו כלך אצל יפות אלא במצוה ע"כ אין הכונה אדהשתא. שאם היתה יכולה להתקדש עתה היתה מתקדשת, שהרי אף שהוא אומר מפני הבושה עכ"פ מפני הבושה גמר ומסכים רק עתה לא תוכל להתקדש, דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות וגם הא אין החפץ בידו ולא זכה בו ובמה תוכל עתה להתקדש ע"כ דסוגית הגמ' הוא אם תתקדש למפריע דנימא מהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', וכדברי הב"ח, על זה אמרינן כיון דזה שגמר ומסכים עתה הוא רק מפני הבושה. א"כ לא נוכל לומר מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', שהרי לא ניחא לי' כלל ורק מפני הבושה הוא מסכים. אבל כל זמן דלא היה בושה לא רצה, אבל אילו הי' גילוי דעת דניחא לי' היה מועיל למפריע והיתה מתקדשת:

ומה שהקשה הב"ש הא יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש בפשטות י"ל דהרי הש"ך כתב בחו"מ סימן שנ"ח ס"ק א', לדחות דברי התוס' שכתבו דאם אדם נותן לחבירו לאכול דבר שאינו שלו אלא של חבירו, אעפ"י שיודע שחבירו יתרצה אסור לאכלו, דהלכה כאביי דיאוש לא מדעת לא הוי יאוש וכתב ע"ז הש"ך ואילולא דמסתפינא הייתי אומר שמותר ויאוש שלא מדעת שאני שגם אחר כן אינו מייאש אלא משום שאינו יודע היכן ובע"כ הוא מייאש, א"כ אמרינן מעיקרא, באיסורא אתי לידי', דבמה יקנה, אי ביאוש הא השתא אינו מתייאש ואלו הי' יודע שהוא אצלו. לא מתייאש משא"כ הכא, כיון שידוע שיתרצה, א"כ השתא, נמי בהיתירא, אתי לידי' דמסתמא אינו מקפיד על זה, ואע"ג דבש"ס מדמה שם תרומה, וטומאה ליאוש שלא מדעת טעמא אחרינא איכא התם דלענין טומאה ותרומה, בעינן ידיעה ממש, עכ"ד הש"ך:

ולדברי הרמב"ם נראה לי ברור דס"ל כדעת הש"ך, דהנה הא דפליגי אביי ורבא, ביאוש שלא מדעת, הוא דשם הא הוא, אינו רוצה שיטול המוצא דבר שלו, אלא דאם נתייאש קיי"ל דהיאוש מתיר הדבר ליקח או דנעשה, הפקר תיכף כשנתייאש, או שיאוש הוא היתר לקח, זה תליא אי יאוש הוי כהפקר, אבל עכ"פ בעינן, שהיאוש יעשה ההיתר שם פליגי אביי ורבא, דרבא, ס"ל כיון דאילו הי' יודע הי' מתייאש, הוי כנתייאש כבר, ונעשה כבר ההיתר, וכן בכל דוכתי דבעינן שיעשה דבר כמו בטומאה דאילו הי' יודע הי' מתרצה ורצונו הי' עושה להכשר (לס"ד דגמרא) ס"ל לרבא כיון שאילו הי' יודע הי' בטח רוצה הוי עתה כאילו כבר בא רצונו, אכן אביי ס"ל כיון דבעינן שרצונו יעשה ההכשר, וכן ביאוש שהיאוש יעשה ההיתר, הא עדנה לא נתרצה ולא נתייאש, ואף דאילו הי' יודע הי' רוצה, אבל עתה לא בא עדנה הדבר בפועל, וכל היכא דבעינן שהדבר בפועל יפעול דבר מה, כ"ז שלא בא עדנה הדבר בפועל לא נעשה החלות כמו היאוש וההכשר: **והנה** בליטול דבר של חבירו אילו הי' הדין, דכ"ז שאין מצוה ורצונו שיקח הדבר הוא איסור לקח, דבעינן דוקא שיהי' רצונו שיקח, אז מותר לקח, אבל כ"ז שאין בא רצונו, שיקח הוא גזל, בודאי דהי' הדין כדברי התוס'. דאף שאם יתודע יתרצה אבל עתה הא לא נתרצה, אבל באמת אין הדבר כן, רק דהאיסור גזל הוא, שנוטל דבר של פלוני שאין הלה רוצה שיקח, היינו שרצונו של הנגזל שלא יקח, ולא יגנוב ואיסור גזל וגנבה הוא שנוטל נגד רצון הבעלים, שבודאי אינו רוצה, אבל אם אין לו רצון להיפך שלא יקח, אף שאין עדנה רצונו שיקח, לא הוי גזל, שהרי כתב הרמב"ם, דאם קידשה בדבר שאין ב"ה מקפיד, כגון תמרה או אגוז, הוי ספק קידושין, ועיין שם בל"מ ובמשנה למלך, ומוכח מדברי כולם דאילו נתברר לנו. שבודאי אין מקפיד הי' קידושין גמורים, וספיקא דהרמב"ם הוא שמא מקפיד. או דמיירי באין בו' שוה פרוטה. אבל אם ודאי לנו שאילו הי' יודע לא הי' מקפיד הי' קידושין ודאין, ואם נימא דאימתי מותר גזל' דוקא, אם יש רצונו של בעל הדבר שיקח אז מתיר, אבל אם אין רצונו שיקח אין מה שיתיר א"כ מה מועיל שאילו הי' יודע לא הי' מקפיד ע"כ בשעה שלקח לא היה רצונו לזה. ולא הי' דבר שיתיר הגזילה, ע"כ דאדרבה אימתי אמרה תורה לא תגזול, אם יש רצון של הבעלים שלא יקח הדבר אז הוא גזל ועובר על לא תגזול, או על לא תגנוב, אבל אם אין בזה רצון של בעל הבית שלא יקח אין בזה איסור גזל, היינו דעיקר. איסור גזילה וגניבה. הוא משום דהוא אינו רוצה, או דאילו הי' יודע הי' אינו רוצה, אבל אילו הי' יודע לא הי' מקפיד. לא הי' על זה איסור גזל, וכיון שאין כאן איסור דלא תגזול ממילא הוא קונה. שהרי הא דאין יכולין לזכות בדבר של אחר, הוא מטעם דאסרה התורה. באיסור לא

תגזול, אבל היכא דאין איסור לא תגזול, ומותר לו לקח ממילא הוא זוכה, ומטעם זה אם מצא אבידה אמרינן דנעשה האבידה שלו' היכא דאין לו להחזיר ולכאורה מנא לן. דזוכה בהאבידה, נימא רק דאמרה התורה שאבידה היכא שאין מחויב להשיבה, שרי לו לקח, היינו, אבידה שאינה דומיא דשאלה שאין לה סמנים, לא חייבה התורה להשיב ושרי איסור גזל, אבל מנא לן, דנעשה האבידה שלו של המוצא, ע"כ דאדרבה, כיון דאילו לא כתב קרא, דין דוהשיב, ולא תגזול, הי' זוכה בשל חבירו, א"כ היכא דאמרה התורה דאין איסור גזל, הי' זוכה, שאין דבר שיעכב קנינו, ואף דהיראים כתב בענין גזל של עכו"ם דאף למ"ד מותר מן התורה, שלו לא הוי, אבל הא הפוסקים לא פסקו כן ובאמת לדבריו קשה, מ"ש ממציאה נאחר יאוש מנא לן דשם קני, ובודאי דבמציאה גם היראים יודה שהמוצא זוכה והוי שלו, ויוכל לקדש האשה, ואם יקח אחד ממנו יעבור על לא תגזול, דהא עיקר דין דיאוש קונה ילפינן ממציאה, ולדברי היראים, קשה זה גופא, מנא לן, במציאה דיאוש קונה, ונעשה שלו של המוצא הרי הא דילפינן דיאוש באבידה קונה הוא מקרא דשמלה, דשמלה יצאת לומר לך מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנין ויש לה תובעין. אף כל מה שיש לה סימנין ולדברי היראים, דילמא שרא רק רחמנא דאין בזה איסור גזל:

היינו בדבר שאין לה סימנין ואין לה תובעין, שנתיאשו הבעלים אמרה התורה שאין מחויב להשיב אבל לא נעשה שלו שנא מרצון בעל האבידה, כמו בגזל דבר שאינו של עמיתך לדבריו, ע"כ צ"ל דמשו"ה ילפינן דיאוש קונה באבידה, דכיון דאין מחויב להשיב, ואין דבר שיעכב הקנין, שהרי אין כאן איסור גזל ממילא הוא קונה, א"כ גם בגזל למ"ד מותר מן התורה, נימא כיון שאין כאן איסור שיעכב הקנין ממילא הא זוכה, ואולי ס"ל להיראים, דכיון דאמרה התורה, לאינו עמיתך במשיכה, ולחד מ"ד דוקא בכסף א"כ הרי גלתה התורה דבעינן ג"כ קנינים, וממילא, היכא דאינו אבידה, נהי שאין איסור לחד מ"ד, אבל דיני קנינים גלתה התורה, דבעינן בדבר שאינו של אבידה, הרי גלתה התורה, דע"י גזל נא יוכל לזכות אף באינו של עמיתך:

עוד קשה לי לדברי היראים, דס"ל, דאף למ"ד גזל עכו"ם מותר. לא הוי לכם, ע"כ דס"ל דאף דאין על זה איסור התורה, אבל לקנות הדבר, בעינן שהוא יקנה, ובלא הקנאתו אף שאין איסור, אי אפשר לקנות דבר של חבירו, לפי זה יקשה בתמורה דף ו' דאיתא שם והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזלה תיובתא דרבא (דס"ל אי עביד לא מהני) אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא אשר גזל כמה שגזל ולאביי האי אשר גזל מיבעי' על גזילו שלו מוסיף חומש, על

גזילו של אביו אין מוסף חומש, ע"כ, ועיין בספרנו על ב"ק סימן כ"ט שביארנו דהקושי, היא לרבא דס"ל אי עביד לא מהני לא הועילה הגזלה, וא"כ איך יקנה בשינוי. והנה הא דלאביי מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני בודאי דאין הפירוש מפני שעבר על האיסור זה עושה שיועיל, רק הכונה, היכא דבלא איסור הי' מועיל, ס"ל לאביי דאין איסור התורה מפריע שלא יועיל אבל היכא, דגם בלא איסור התורה לא הי' מועיל בודאי דאין סברא כלל לומר דאביי יסבור, שבשביל שעבר על האיסור בשביל זה יועיל. וא"כ לדברי היראים. דלקנות דבר של חבירו אף בלא איסור התורה אי אפשר לקנות בלא דעת חבירו, א"כ בגזל דבעי לקנות דבר של חבירו הלא גם אביי יסבור דאי עביד בלא דעת חבירו לא קנה וא"כ מאי תלי דין דגזלה שיועיל. במחלוקת דאביי ורבא וקאמר דלאביי, לא איצטריך קרא דאשר גזל לאשמעינן דשינוי קונה, דמעצמנו היינו יודעים, שהועילה הגזלה, וקונה בשינוי, הא לקנות דבר של חבירו, אף בלא דין ואיסור התורה אין מועיל, וא"כ וכי בשביל שאסרה התורה בשביל זה יקנה, ע"כ מוכח דבגזלה, אילו לא הי' איסור התורה הי' קונה, וא"כ לאבי דס"ל דאין איסור התורה מפריע שלא יקנה, פריך שפיר, דהיינו, יודעים דמועיל הגזלה, ורק דאמר רחמנא והשיב את אגזלה, וא"כ היכא דנשתנה, דאז כבר אי אפשר לקיים, והשיב את הגזילה, כדילפינן מאתנן דשינוי הוי כבר דבר אחר, ממילא הוא קונה אחרי דלאביי אין איסור התורה מפריע שלא יקנה, אבל לרבא דאיסור התורה מפריע שלא יועיל, לדידי' איצטריך קרא:

עכ"פ מוכח מגמ' זו. דהיכא דאין איסור התורה, יוכל לקנות דבר של חבירו אף שלא מדעתו:

עכ"פ לדברי שאר הפוסקים בודאי דתליא זה בזה, אם אין איסור גזל:

ממילא הוא זוכה, שאין דבר שיעכב הקנין א"כ כיון שאין איסור גזל, אלא משום שהנטילה הוא נגד רצונו, או אם אין יודע האיסור מטעם שאילו הי' יודע לא הי' רוצה, א"כ היכא דאין מקפיד, הרי אין כאן איסור גזל וזוכה ממילא, וא"כ לפ"ז לא שייך כלל, להקשות איך יקחו דבר של חבירו בלי ידיעתו, אף שאילו הי' יודע הי' רוצה, דהא קיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לדברי הרמב"ם לא קשה כלל דאימתי אמרינן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש היכא דבעינן שהיאוש יעשה ההיתר אבל הכא לא בעינן שאין ההקפדה יעשה היתר, רק שלא יהי' איסור, היינו דעיקר איסור גזל הוא משום שאילו הי' יודע לא הי' רוצה והי' מקפיד. אבל אם אילו הי' יודע לא הי' מקפיד, הרי אין כאן כלל איסור. דהאיסור הוא רק אם הי' יודע הי' מקפיד:

אבל אם אלו הי' יודע לא הי' מקפיד לא אסרה התורה בכהאי גוונא, נמצא דהכא אין עושה היתר אנא שמסלק איסור היינו דעיקר האיסור הוא אילו הי' יודע הי' מקפיד, וכיון דלא הי' מקפיד, הרי אין כאן איסור גזל ומשו"ה שרי לקח דבר של חבירו, היכא שאילו הי' יודע הי' מתרצה דנהי דרצון עדנה אין כאן שהרי לא הוי מדעתו, אבל הקפדה אין כאן. והיכא דאין כאן הקפדה אין כאן איסור גזל, לדברי הרמב"ם, ומשו"ה אילו לא הינו אומרים, דמה שאמר אמאי לא תורם מהנך חריפי הוא משום כיסופא, רק היינו אומרים, שזהו גלוי דעת, שהוא רוצה, א"כ הא איגלאי מילתא למפריע שהוא אינו מקפיד, נהי דרצון, אין אנו יכולים לברר למפריע, שהרי לא הי' עדנה הרצון, וקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. אבל איסור דגזל שהוא אם הי' מקפיד, אין כאן שהרי אינו מקפיד ואם אין כאן איסור גזל, זכה, ממילא בשעת נטילתו, וא"כ היו קדושין למפרע, ומשו"ה שפיר כתב הב"ח, דאם יש גילוי דעת דניחא לי' באמת הוי קידושין למפריע, שהרי בשעת הקידושין זכה בהחפץ מטעם דהא אינו מקפיד בשעת מעשה, והרמב"ם הא ס"ל דאינו מקפיד הוא היתר גמור, וזוכה בהם, כיון שאין כאן איסור גזל:

שוב ראיתי שהנודע ביהודה באבן העזר (סימן נ"ט) תמה מאד על דברי הרמב"ם, מאין המציא הדין דאם אינו מקפיד, יש בזה קידושין דמה בכך שאינו מקפיד במה יצא החפץ או האוכל מחזקת מ"ק וחידש דאף הרמב"ם לא אמר דינו אלא היכא. דאין בעה"ב מקפיד נגד שום אדם בעולם. אבל אם מקפיד נגד שום אדם כמו שונאו וכיוצא בו, אין שום אדם יכול לזכות בו:

דלא עדיף סתמא דאינו מקפיד מדבר שהפקירו בפירוש והרי בדבר שהפקירו בפירוש אם לא הפקירו לכל אדם אינו אינו הפקר כלל ואין שום אדם יכול לזכות בו, כו' וכמבואר בב"מ (דף ל':) בעובדא דר' ישמעאל בר' יוסי דאמר לכו"ע אפקרינהו ולך לא אפקרינהו. ופריך ומי הוי הפקר כה"ג והתנן ובה"א אינו הפקר עד שיפקיר לעניים ולעשירים כשמיטה, והרי כל עצמו של הפקר שהפקיר ר' יב"י הוא כדי שלא יוכשלו בגזל, כמבואר בתוס' שם ד"ה אפקרי, והרי מוכח שאם הפקיר לכל העולם:

חוץ מאדם אחד. שוב יש בו משום גזל לכל העולם, ושוב אין אדם יוכל לזכות בו, ואם זה הוא בהפקר ממש, קו"ח שאינו מפקירו, בפירוש אלא שהדבר הוא מעצמו, שאינו מקפיד עליו אם מקפיד עליו נגד שום אדם פרטי הוה גזל לכל העולם עכ"ד ה"נודע ביהודה":

והנה מה שתמה הנודע ביהודה, מאין המציא הרמב"ם דין זה לדעתי הדבר ממקומו, מוכרח. דאחרי שהביא בגמ' דבר' רבא, דאמר דהא דאינה מקודשת היכא דאמר אמאי לא תתיב מהאי חריפא:

הוא משום כיסופא אמר, הרי דאילו לא הוה אומר משום כיסופא היתה מתקדשת, ואם נימא דדבר שאין מקפיד. אעפי"כ אין זוכין ע"כ דאיסור גזל הוא כ"ז שלא הרשה, לקח, א"כ בעי דוקא רצונו שירשה ליקח, לעשות היתר, א"כ תקשה. אף בלא טעמא דכיסופא. הא בעת הקדושין לא ידע והוי יאוש שלא מדעת וכמו שביארנו למעלה. דהרמב"ם ס"ל דאם באנו לדין עתה אם היא מקודשת, לא שייך טעמא, דמשום כיסופא, דעכ"פ משום כיסופא גמר והקנה, אלא דעתה אינה מתקדשת בכל גווני שהרי עתה הוי שתיקה דלאחר מתן מעות, וגם הא עתה אין הכסף בידו ועיקר ספיקא הוא אם אמרינן מדהשתא ניחא מעיקרא נמי ניחא. ואם נימא דאף אם אינו מקפיד, אעפי"כ אין זוכין דבר שלא מדעתו. א"כ אף אם הינו אומרים שבלב שלם אמר אמאי לא תיתב מהנך שפירתא, לא היתה מתקדשת שהרי יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש לדידן ואף דהתם רבא הוא דקאמר הכי. ואיהו הא ס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש, אכן הרי הרמב"ם בעצמו ג"כ הביא האי טעמא, הרי דס"ל דמדהביא הגמ' דברי רבא. ע"כ לדידן ג"כ צריכא להאי טעמא. דמשום כיסופא הוא דאמר הכי דאף לדידן היתה מקודשת אם היינו אומרים מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא, ע"כ דאיסור גזל הוא רק משום דהלקיחה הוא נגד רצונו וע"כ אילו היינו אומרים מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי היתה מקודשת משום דעתה אין הלקיחה נגד רצונו. אף שהיא שלא מדעתו. וא"כ שפיר הוכיח הרמב"ם דאם אינו מקפיד, דהלקיחה איננה נגד רצונו, אף שהוא שלא מדעתו מקודשת אף לדידן:

וכן מוכרחים אנחנו לומר דגם התוס' בקדושין ס"ל דמדהביא סתמא דגמ' דברי רבא: דאמר משום כיסופא, הוא דאמר הכי ע"כ דאף לדידן בלא טעמא, דמשום כיסופא היתה מתקדשת שהרי התוס' שם בקדושין (דף נ"ב:) ד"ה אם נמצא יפות כתבו ז"ל, התם בב"מ מוקי לה דשוי' שליח כו':

וא"כ צריך לומר גבי פירזומו דשוי' שליח דאי לאו הכי מאי מייתי, עכ"ד דברי התוס' והנה לכאורה דברי התוס' תמוהים מאד. דהא התם רבא הוא דקאמר הכי, ורבא הא ס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש, א"כ הא אילו הינו אומרים מדקאמר אמאי לא תיתיבי מהנך שפירתא, הוא ראי' דניחא לי' השתא מעיקרא נמי ניחא לי' א"כ אליבא דרבא הא היתה מתקדשת, דהא איהו הא ס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש, ואף דאמר רבא בב"מ ה"נ מסתברא דאי ס"ד דלא שוי' שליח מי הוה תרומה אתם גם אתם אמר רחמנא מה אתם לדעתיכם אף שלוחכם מדעתם, היינו דוקא לגבי תרומה. דאין אדם יכול לתרום שלא מדעת חבירו ובעינן שליחות ושליחות לא הוי אלא מדעת. אבל הכא בעינן רק שיזכה הפירזומא ולמה בעינן שיעשהו שליח אליבא דרבא דס"ל יאוש שלא מדעת הוי יאוש

ואדרבה מדפריך מברייתא דירד לתוך שדה חבירו וליקט, לאביי מכלל דלרבא ניחא בלא קושיא, דגבי שליחות בעינן דעת, ע"כ דלהתוס' הי' קשה, מדהביא סוגית הגמ' דברי רבא על זה הדין. משמע דגם לדידן בלא טעמא דמשום כיסופא היתה מתקדשת, ומוכח מתוס' דהשאלה אי הקדושין חלין למפרע. ומשו"ה הוצרכו התוס' לפרש דשוי' שליח וא"כ הרמב"ם דלא פירש בדשוי' שליח שהרי כשהביא האי דינא בהרמב"ם לא הזכיר כלל, שעשאו שליח משום דהרמב"ם ס"ל דהוא דוחק גדול לפרש דמיירי בשוי, דכל כהאי גוונא, הי' להגמ' לפרש איך הי' המעשה דלא דמי לברייתא דמצינו דמפרשינן לברייתא בכמה אופנים. אבל האמוראים הי' להם לפרש, א"כ שפיר הוכיח הרמב"ם. דאם אינו מקפיד. היתה מתקדשת, ורק משום דאמרינן דלא אמר אלא משום כיסופא אבל אם בודאי יש גילוי דעת דניחא לי', א"כ היתה מתקדשת, למפריע משום דלמפריע אינו מקפיד א"כ ראי' מזה דאם אינו מקפיד מתקדשת:

ומה שכתב ה"נודע ביהודה" דדברי הרמב"ם שכתב שאם אינו מקפיד אינו מתקדשת, הוא דוקא באינו מקפיד לכל העולם. שהרי אף בהפקר אם הפקיר בפירוש, בעינן דוקא, שיפקיר לכל העולם:

מכ"ש בסתמא דאינו מקפיד דבעינן שלא יקפיד לכל העולם:

אכן לדברינו הלא ראי' ברורה, דאף אם אינו מקפיד, אלא לאיש אחד ג"כ מועיל שהרי הכא דבא ואמר אמאי לא תיתיב מהנך שפירתא אין לנו ראי' אלא שהוא רוצה לגבי אריס שלו, אבל מאין לנו שגם לאחר, שהוא אינו מכירו מעולם, מנא לן דגם לגבי דידי' לא יקפיד ומדאצטריך להביא טעמא בגמ' דמשום כיסופא הוא דאמר הכי, הרי דבלא האי טעמא היתה מתקדשת. משום דאמרינן מדהשתא ניחא לי מעיקרא נמי ניחא וכדביארנו דהינו משום דאז הי' בגדר אינו מקפיד דרצונו של עתה, לא מעלה ולא מוריד:

שהרי הי' שלא מדעת ואנן הא ס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ע"כ משום דאם הי' ניחא לי' הי' בגדר אינו מקפיד. ואף דהרמב"ם מיירי סתם בחבירו, ולא באריס ג"כ ראי' דלדברי הנודע ביהודה. נהי של חבירו הוא אינו מקפיד, אבל לגבי שונאו ומי שאינו עמיתך, נימא דבודאי הי' מקפיד וא"כ איך היתה מתקדשת. אילו הי' גילוי דעת דניחא לי' דהיינו משום שבשעת הקידושין הוא בגדר אינו מקפיד. הא הוא אינו מקפיד רק לגבי דידי', ע"כ דאף אם אינו מקפיד רק לאחד ג"כ היא מתקדשת:

ומה שהקשה, הנודע ביהודה מקל וחומר:

דגבי הפקיר בפירוש, בעינן דוקא שיפקיר לכל העולם, לדברנו לא קשה כלל דשם בעינן שיעשה הדבר הפקר, דמצינו שריבתה התורה מקרא דונטשת, שיש לך נטישה

אחרת, שאדם יכול לעשות נכסיו הפקר, וכמו שיכול אדם לעשות נכסיו הקדש ויכול להקנותם ולמכרם, ה"נ יכול לעשות שיהיו הפקר ואז אף יחזור בו לא יוכל (ובקרקע לאחר שלשה ימים לא יוכל לחזור בו) זה הדין אמרה התורה רק היכא שהוא עושה הדבר כשמיטה, שעושה שמיטה על הדבר אז נעשה הדבר שמיטה, אבל היכא שאין עושה הדבר כשמיטה, שהיא לכל העולם ולאדם אחד אינו מפקיר אין הפקרו כלום באופן זה אין יכול לעשות הדבר להפקר, אבל הא דאינו מקפיד, הוא אדרבה שאמרה התורה שאם אחד גוזל שלא מדעת חבירו, הוא גזל אבל אם הוא אינו מקפיד אינו גזל. א"כ אף אם אינו מקפיד לגבי אחד ג"כ אינו גזל, שזה הוא דין בהלקיחה, לא בחלות על החפץ כמו הפקר רק דהלקיחה שהיא אנינה נגד רצונו איננה גזל, א"כ עתה דאינו מקפיד נגד אדם זה, הלקיחה הזאת מותרת, וא"כ אף אם אינו מקפיד לגבי אד אחד ג"כ מקודשת, ולא בעינן כלל שלא יקפיד לכל העולם, דאטו אם אינו מקפיד לכל העולם נעשה הדבר הפקר, דהרי שם פירשו דמיירי בפחות משוה פרוטה, ואינו מקפיד, משום שהוא פחות משוה פרוטה, וא"כ מאי מועיל שהוא אינו מקפיד לכל העולם אטו עי"ז נעשו כל אגוזיו וחמריו מופקרים משום דכל אגוז בפני עצמו. אנינו שוה פרוטה הא עכ"פ אצלו הם מצורפים, ואצלו יש הרבה אגוזים, שהם ביחד הרבה כסף, וא"כ אם באנו לדון מדין הפקר, אף אם אינו מקפיד לכל העולם:

ג"כ לא יועיל כיון שאף אם אינו מקפיד אם נוטל, ממנו אגוז או תמרה, מפני שהם פחות משוה פרוטה, לא נעשו הפקר, שהרי אצלו, מצורפים הרבה, ביחד, ואף אם אין לו אלא אגוז אחד יצטרף לעוד דבר אחר, ע"כ דהטעם משום דאם אינו מקפיד אין הלקיחה, באיסור, וא"כ מה לי אין מקפיד לכל העולם מה לי אין מקפיד לגבי דהאי גברא סוף סוף הלקיחה דהאי גברא שהוא אינו מקפיד לגבו, הלקיחה הזאת היא בהיתר:

ובודאי דזה אין לומר כלל דגם לענין דין דשרי לקח, יאמר הנודע ביהודה, שבאם אין מקפיד אלא לגבי אחד ולכל העולם יקפיד, יהיה איסור בדבר, לגבי דהאי לקח זה בודאי אי אפשר לומר, דא"כ אף אם מצוה ומרשה לאחד לקח, נאמר כ"ז שלא הקנה, לא יכול לקח, מפני שצריך דוקא שיפקיר לכל העולם והרי הר"ן בנדרים (דף ל"ד) ד"ה דאזמני' פירש דאם הזמינו וקראי אצלו, הככר מה שהוא אוכל הוא של בעל הבית. ואעפי"כ שרי לו לאכול. כיון שמרשה אותו לאכול, אף שהוא הזמינו רק אותו אבל לכל העולם לא יזמין, ומה לי אם הרשה לאכול ולא הקנה לו, ומה לי אם אינו מקפיד ועוד הרי אמרינן שותפין אהעמדה כדי לא קפדי. ומשו"ה מותר לשותפים להעמיד בהמות. והרי לגבי אחר הי' מקפיד:

הרי דזה אין ספק כלל, דאם אינו מקפיד אלא לגבי אחד, ג"כ שרי לו לקח, ובזה לא יפלוג הנודע ביהודה דבודאי הלקיחה הזאת בהיתר, וכיון דאף אם אינו מקפיד לכל העולם: כמו באגוז ובתמרה, משום דהוה פחות משוה פרוטה ג"כ לא נעשה הדבר הפקר, ורק מטעם דהלקיחה, בהיתר א"כ מה לי אם אין מקפיד לכל העולם. מה לי אם אין מקפיד לגבי אחד. ממ"נ אם אף שאינו מקפיד אינו זוכה, וא"כ אף אם אינו מקפיד לכל העולם ג"כ לא יזכה, ואף אם נפרש דבר שאינו מקפיד שהדבר הוא שוה פרוטה, רק שהאיש הזה הוא אינו מקפיד לכל העולם על דבר כזה ג"כ לא נעשה הדבר הפקר דהרי אינו מפקיר כל מה שיש לו שיוכלו לקח כל אדם מעט מעט ועתה בשעה שהוא לוקח הלא עתה אין יודע ואין יודע ואין יכול להיות עתה מפקיר שלא מדעתו. ואם נימא דבעינן דוקא שיהי' הפקר א"כ גם:

אם אינו מקפיד לכל העולם ג"כ לא יועיל, ע"כ דלא בעינן שהדבר יהי' הפקר רק שכיון שאינו מקפיד א"כ הלקיחה היא שלא באיסור, וזוכה ע"י לקיחה שאינה באיסור א"כ אף אם אינו מקפיד אלא לגבי אדם אחד ג"כ הלקיחה שלא באיסור יוכל האדם הזה, שלגבו דידי' אינו מקפיד לזכות, ע"י לקיחה כזו ול"ד כלל הדמיון שמדמה הנודע ביהודה להפקר דבעינן דוקא לכל העולם דהתם דין הוא בהחפץ, שיהי' הפקר, שם הדין, דהפקר כזה. שאינו לכל העולם לא נעשה הדבר הפקר. אבל אטו משום זה נימא מה שאינו מקפיד לגבי אחד, כיון דלגבי אחר יקפיד הוי הקפדה, לגבי דהאי שאינו מקפיד, ופליאה נשגבה, על הנודע ביהודה:

איך הרכיב הדברים:

ומה שאמר לי' ר' ישמעאל בר' יוסי לכולהו עלמא אפקרינהו ולך לא אפקרי' ופריך מי הוה הפקר ולכאורה הי' יכול לומר לכולי עלמא אינו מקפיד ולגבי דידך אני מקפיד. אכן זה יקשה אף אליבא דהנודע ביהודה:

שהרי זה גם הנודע ביהודה מודה דאם הוא אומר שמרשה לקח דלאו גזל הוא, ואף אם נימא דאם אינו מקפיד יפלוג, אבל אם מרשה לאחד לקח, אף שלאחר לא ירשה, בודאי דשרי לו לקח, וכדמוכח מהר"ן דהבאנו דאורח אינו זוכה במה שאוכל, ואעפי"כ מותר לאכול, וזה דבר שלא יפול בו ספק וא"כ הי' יכול לומר הנני מרשה לכל העולם לקח, ולך איני מרשה והרי ר' ישמעאל בר' יוסי לא חשש אלא שלא יכשלו ב"א באיסור גזל, וא"כ הרי לא הי' איסור גזל ע"כ צריך לדחוק שר"י ב"י חשש למיתה פן ימות טרם שיזכו וכיון דלא נעשה הדבר הפקר, יהי' הדבר של יורשיו, ואז לא יועיל מה שהרשה לקח, כיון דעתה אינו שלו ולא נעשה הדבר הפקר בחייו ויכשלו אז באיסור גזל, א"כ פשיטא

שמה שיאמר שאינו מקפיד לא יועיל אם ימות, משו"ה הפקיר שזה יועיל תיכף, שנעשה הדבר של הפקר ולא יזכו בזה יורשיו ויכשלי באיסור גזל:

שוב ראיתי שהנודע ביהודה במהדורא תנינא בחלק אה"ע בסימן ע"ז, כתב שרשם בגליון החו"מ שלו בסימן שנ"ט, שכתב שם המחבר דדבר שאינו מקפיד שרי ליקח, וכתב הנודע ביהודה, בגליון שלו, דאף דשרי ליקח. אבל לא נעשה הדבר שלו. וכמ"ש המג"א בסימן תרל"א בשם ספר יראים דאפילו למ"ד גזל למי שאינו עמיתך. שרי לא מקרי לכם עכ"ל בגליון ואחר כן אמר ללמוד זכות על רבינו הרמב"ם דבאמת גם הרמב"ם מודה דאפילו דבר שאינו מקפיד אף שאין בו משום גזל אינו זוכה. מ"מ אם קידש אשה מקודשת, דכיון שאין בע"ה מקפיד. לא גרע מיאוש והאשה קונה ביאוש ושינוי רשות, ואף שאין בע"ה יודע כלל אם נוטלו זה והוי יאוש שלא מדעת מהני בזה. עפ"י מה שכתב הש"ך בחו"מ סימן שנ"ח דדוקא ביאוש דאבידה דגם עתה לאחר שנודע לו אינו מתיאש מרצונו רק בע"כ, אבל בדבר שמתיאש ומותר ברצונו הטוב מועיל יאוש שלא מדעת. ועוד חידש שם דלפי זה אם לקח חפץ של האשה והחפץ הוא חפץ כזה שאין האשה מקפדת, וקידשה בו ובשעת קידושין לא ידעה כלל שזה הוא שלה אינה מקודשת דכאן לא קנה כלל החפץ ביאוש אפילו נודע להאשה קודם שקידשה, שלקח זה ונתיאשה, מ"מ כיון שהוא דבר שלה מתחילה אינה מקפדת עליו אינו בתורת השבה וא"כ אף דאיכא למ"ד יאוש כדי קני, היינו מדרבנן מפני תקנת השבים. הכא דלא שייך תקנת השבים לא קנה ביאוש. וא"כ הכא דלא מחויב להשיב דבהתירא אתי' לידי' שהרי אינה מקפדת ולא נתחייב בהשבה שהי' שרי לקח רק שלא זכה. דדבר שאינו מקפיד שרי ליקח אבל אינו זוכה, א"כ גם יאוש אין מועיל אף למ"ד בגזילה יאוש כדי מועיל מדרבנן משום תקנת השבים: מטעם דהכא לא שייך תקנת השבים את"ד הנודע ביהודה שם:

ואני העני לא ירדתי לסוף דעת הגאון הזה, דאף לפי דבריו דס"ל דדבר שאינו מקפיד שרי לקח, רק שלא זכה, אין מועיל יאוש מטעם דבהתירא אתי' לידו לא שייך תקנת השבים. תמה אקרא, דהא בב"ק איתא דטעמא דלא ילפינן גזילה מאבידה. שיקנה ביאוש הוא משום דאבידה בהתירא אתי' לידי' אבל גזילה באיסורא אתיה לידי' א"כ אילו הי' במציאות גזילה כזו דבהתירא אתי' לידי' היו קונים ביאוש לחודי' לכ"ע דילפינן ממציאה א"כ הכא דדבר שאינו מקפיד דבהתירא אתי לידי', א"כ אמאי לא קנה ביאוש לחודי' לכולי עלמא ועיין במלחמות בב"מ באלו מציאות גבי אהדרי' לבתר יאוש מתנה בעלמא הוא ביהיב לי' ועיין מה שביארנו בזה בספרנו לבוש מרדכי על (ב"ק סימן מ') דמוכח

מדברי הרמב"ן דכל היכא דאינו מחויב בהשבה קונה ביאוש אף הראשון, ומכ"ש היכא דלא עשה כלל איסור, ולדעתי היא פליאה נשגבה על דברי מאור הגולה:

ומה שכתב דאף דדבר שאין מקפיד אין זוכה, אעפ"כ אם קידש אשה מקודשת משום דאף דיאוש שלא מדעת אין מועיל היכא דהוא הי' רוצה ומותר מדעת מועיל יאוש, ורק באבידה אין מועיל יאוש שלא מדעת משום שהוא שלא מרצונו. לפ"ז לא אדע איך יתרץ קושית הש"ך דא"כ מאי מדמי גמרא רצון דטומאה ותרומה ליאוש שלא מדעת. ה התם הוא רוצה ברצון. וא"כ מאי פריך הא הכא כולי עלמא מודו. דמהני יאוש שלא מדעת ואף שהש"ך כתב שם בעינן ידיעה ממש, ממ"נ אם נימא דבעינן שם ידיעה ממש, א"כ מאי פריך דוקא לאביי ולא לרבא. הא גם לרבא יקשה, דהרי שם בעינן ידיעה ממש, ע"כ דאם נימא דמועיל יאוש שלא מדעת לא יקשה. א"כ גם לאביי לא יקשה שהרי הא סבירא לי', דהיכא דמתיאש ברצון טוב, ג"כ הוי כידיעה, דהרי הנודע ביהודה ס"ל דבלאו ידיעה לא יוכל לקנות דבר של חבירו. וא"כ הרי ס"ל דיאוש שמתיאש ברצון הוא כידיעה, וא"כ מאי פריך לאביי:

ע"כ דכונת הש"ך ממש כמו שבארנו. דגבי אבידה הא הוא אין רוצה, א"כ אין כאן היתר מטעם שאינו מקפיד שהרי הוא אינו רוצה. והלקיחה הוא נגד רצונו דאילו הי' יודע לא הי' רוצה, וא"כ הדין הוא שהיאוש עושה ההיתר, בזה אמרינן איך יעשה היאוש ההיתר שהרי לא נתיאש, עדנה, ולא הי' היתר. אבל היכא דנטל דבר שאילו הי' יודע הי' רוצה שם אין ההיתר מטעם שכיון שאילו הי' יודע הי' מתרצה גם עתה הוא כנתרצה, היינו דרצונו עושה ההיתר, אלא אדרבה, עיקר האיסור של גזל הוא. מפני שהוא גזל, היינו שהלקיחה הוא נגד רצון הבעלים:

דזהו פירוש גזל בחזקה, ואף שאינו יודע כיון דאילו הי' יודע לא הי' רוצה זהו בחזקה שנוטל שלא מדעת. אבל באופן כזה. אם נוטל דבר שאילו היו יודע הי' מתרצה ואין כאן איסור גזל, שהרי עתה אינינו גזל, כיון שאילו הי' יודע הי' רוצה, ומשו"ה זוכה דכל היכא דאין איסור זוכין הדבר, ומשו"ה פריך שפיר לאביי מטומאה ותרומה. דשם הא בעינן שרצונו יעשה תרומה, ויעשה הכשר א"כ דומה לאבידה שבעינן שיאוש שלו יעשה ההיתר וזהו כונת הש"ך שכתב שם בעינן ידיעה ממש אבל בגזל לא בעינן ידיעה רק שלא יהי' נגד רצונו:

דעיקר האיסור, הוא אם הוא נגד רצונו. אבל לדברי הנוב"ה, אין שום התחלה לתירוץ הש"ך:

ומה שכתב ללמד זכות על רבינו הרמב"ם דגם הוא ס"ל דאף שרשאי לקח דבר שאינו מקפיד, אבל אין זוכה שיהי' שלו וכמו שכתב היראים, בגזל שאינו של עמיתך למ"ד דסבירא לי' מותר מן התורה. לא אבין למה להליץ זכות כ"ז שאין חובה, דנהי דהיראים הכי ס"ל. אבל הלא משמעות הרבה פוסקים להיפך ודין היראים חדוש הוא. ומנא להנך פוסקים. באמת דזוכה שיהי' שלו, דילמא באמת כדברי היראים דרק שרי לגזול אבל אין נעשה שלו. ע"כ דסבירא להו. דהא דאין זוכין בחפץ של אחד שלא מדעתו הוא רק משום איסור גזל, וכל היכא דליכא איסור גזל, זוכין בחפץ של אחר אף שלא מדעתו א"כ אחרי דמודה הנודע ביהודה, דדבר שאין מקפיד. אין בזה איסור גזל, איזה חובה היא אם הרמב"ם יסבור, כהנך פוסקים דכל היכא דאין איסור גזל, זוכין בחפץ של חבירו אף שלא מדעתו, היינו שאין רוצה בודאי, ומכ"ש היכא דאין איסור גזל כגון דלא איכפת לי' יכול לזכות שלא מדעתו. ואטו כל דסבירא לי' שלא כהיראים שתוקי משתקינן לי', ובפרט דדברי היראים תמוהים כמו שהקשינו, לדברי היראים מנא לן כלל דיאוש קונה באבידה. דילמא גלתה התורה רק שאין מחויב להשיב, אבל מנא לן דנעשה שלכם, ע"כ כיון דאין איסור לקח, ממילא הוא זוכה. א"כ גם בגזל עכו"ם נימא כן וע"כ צריך לפרש משום דגלי קרא קנינים בעכו"ם. ע"כ דבלא קנינים אין קונין היכא שאינו רוצה. ואף כי הוא דוחק. וא"כ בדבר שאין מקפיד לכו"ע יקנה:

עכ"פ היוצא מדברנו סברת הש"ך דמותר לטול דבר של אחד שלא מדעתו היכא דיתרצה לכשידע, וגם זה ביארנו, דכל היכא דשרי לטול זוכה ג"כ אף שלא מדעת חבירו וכן נ"ל להביא ראי' לזה, דהפוסקים סוברים כש"ך בדינא דיוכל לטול דבר של חבירו אף שלא מדעתו אם רק יודע שיתרצה, ושזוכין עי"ז זכי' גמורה ונעשית שלו. שהרי כתב הרא"ש בחולין (דף ק"י) דיכול אדם לקח טלית של חבירו שלא מדעתו ולברך עליו מטעם דניחא לי' לאיניש למעבד מצוה בממוני' הרי דאף שבשעה שנוטל, אינינו יודע והוי שלא מדעת. אעפי"כ כיון דאמדינן דעתו שאילו הי' יודע הי' רוצה, דניחא לי' לאיניש למעבד מצוה בממוני' שרי לטול אף שלא מדעת חבירו, ויצא בזה. ומדיוצא בזה מצות ציצית, הרי דס"ל להרא"ש. דאף שלא מדעת חבירו יכולין לזכות בדבר שלו, היכא דידעינן שיתרצה, מאיזה טעם כיון דזה שזוכין אינינו נגד רצונו ואין כאן איסור גזל, דהרי כתב הרא"ש שמברכין על זה הטלית שנוטל שלא מדעת חבירו ומתחילה שם דעת הרא"ש יותר נוטה. שלא לברך על טלית שאולה. ומדכתב בזה שמברכין, ראי' דס"ל דיוכל לזכות שלא מדעת חבירו, היכא דלא יקפיד. ואף אם נדחוק דכונת הרא"ש זה שמברכין היכא. שנטל שלא מדעת חבירו:

הוא כדמסיק דהמברך על טלית שאולה לא הפסיד אכן הכא שנוטלין לצאת ידי מצות ציצית אם נימא כדברי הנודע ביהודה. שאף שרשאי לקח, אעפי"כ אין זוכין שלא מדעתו, א"כ איך יוצאין ע"י טלית כזה שנטלו שלא מדעתו, ידי מצות ציצית:

ע"כ דזוכין זכי' גמורה. אף שלא מדעתו. היכא דידע שיתרצה, ועיין במג"א באור"ח (סימן י"ד ס"ק ח') ובט"ז (ס"ק ה') עכ"פ זה ודאי מוכח דהר"ש, לא ס"ל כהתוס'. דאם נוטל שלא מדעתו. אף שיתרצה הוי יאוש שלח מדעת:

אכן הקצות החושן כתב לדחות ראייתו:

שהביא ראי' ג"כ לדין הש"ך בסימן שנ"ח מהא דמי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות כו' ופרש שם דאם נשתטה דשלא מדעת יצא מן העולם מסתמא ניחא לי' שיזונו בניו ובנותיו משלו, וכיון דאפילו היכא דידוע לנו שבודאי יתרצה ה"ל יאוש שלא מדעת וא"כ היכי זנין בניו ובנותיו נהי דניחא לי' השתא מיהא לא ידע ואפשר כיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביותר ממש מצוה מיהא הוי כו', וניחותא דמצוה:

שאני' אע"ג דהשתא לח ידע מהני, וכמ"ש הב"י ביורה דעה סימן של"ג עכ"ד הקצות החושן. אכן אנכי לא אבין כלל, אילו הי' טעמא דיאוש שלא מדעת דמשום הכי לא הוי יאוש, לאביי, משום דאין ברור לנו שיתיאש שפיר הי' תירוצו, דמשום ניחותא דמצוה הוא כודאי דיתרצה, אבל באמת כיון דהוי דבר שאין בו סימן הא ודאי הוא דיתיאש אעפי"כ אמרינן דלא הוי יאוש. אף דלכי יתידע מתייאש. משום דעתה אינינו יודע ועתה אין היאוש אעפ"י שברור שיבא כיון שלא הי' היאוש אין מועיל. א"כ לדברי התוס' דס"ל דאסור שלא מדעת חבירו לטול דבר, ואף שיתרצה, הוי יאוש שלא מדעת:

משום דבעינן דוקא רצונו שיתיר וירשה דבר שלו, ובלא רצון אסור לקח א"כ מה מועיל ניחותא דמצוה עכ"פ עתה אינינו יודע המצוה, ועתה אין לו ניחותא והוי יאוש שלא מדעת:

ובאמת לא אבין גם תירוצא דהב"י והט"ז שתרצו בזה דברי הרמב"ם שלא הביא כלל האי דינא דצריך להיות תרומה באומר כלך אצל יפות דוקא בשוי' שליח משום דלמסקנא דגמ' דניחותא דמצוה שאני לא בעינן דשוי שליח, ולא אבין כלל, לא על האי תירוצא דקשה הא הוי יאוש שלא מדעת, מה מועיל ניחותא דמצוה עכ"פ הא בשעת מעשה הא לא ידע והוי שלא מדעת, ולא על האי קושיא דהרי בגמ' אמרינן ה"נ מסתברא דאס"ד דלא שוי' שליח מי הוי' תרומה, פירוש אפילו אם נימא שלא מדעת הוי יאוש, איך מועיל בשליחות הא אתם גם אתם אמר רחמנא מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם היינו

דבשליחות בעינן דוקא דעת א"כ מה מועיל ניחותא דמצוה, הא עכ"פ דעת אין כאן. שהרי בשעת מעשה אינו יודע:

אכן דברי הב"י יש לפרש כדבריו בכסף משנה שם פ"ד מהלכות תרומות הלכה ג', שכתב שהרמב"ם לא גרס כלל ה"נ מסתברא רק גרס ותסברא וכדביאר הגר"א בפירושו ליו"ד סימן של"א, דלפי זה קושית הגמ' הוא כן למה בעינן כלל, שיאמר כלך אצל יפות. הא כיון שנעשה שלוחו יכול לתרום לדעתו, וא"כ הב"י ג"כ סובר כדעת הש"ך וכמו שהוכיחו מהרא"ש, שסובר דיכול לקח דבר של חבירו שלא מדעתו. כיון שיתרצה אם יודע לו, דעיקר איסור גזל, הוא רק הנטילה, שהיא שלא מרצון חבירו או אילו הי' יודע הי' שלא מרצון חבירו:

ועיקר קושית הגמ' גבי תורם שלא מדעת. לא הקשה רק שהי' סובר דנעשה שלוחו לתרום, מדנתרצה אח"כ בהרמה ואיגלאי מילתא למפריע, שהי' רוצה שנעשה שלוחו, ע"ז פריך הא יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וא"כ איך נעשה שלוחו מטעם דאיגלאי מילתא למפריע שהי' רוצה הא יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש:

ומשו"ה משני דשוי' שליח ולמסקנא דמסיק דניחותא דמצוה שאני. פירוש דהב"י סובר זכי' מטעם שליחות, וסובר דיכול אדם להיות שליח לחבירו שלא מדעתו:

אף לעשות דבר מה בעדו אף שאינינו לזכות דבר רק לעשות דבר מה בעדו ג"כ יכול לעשות בעדו בתורת שליחות. דסובר דלא בעינן דעת גבי שליחות (אחרי דגרסינן ותסברא או אף אם נגרוס ה"נ מסתברא היינו רק בתחילה דלא סבר ניחותא דמצוה ולא הוי זכות אבל למסקנא דהוי זכות משום ניחותא דמצוה זכין לאדם שלא בפניו ויכול להיות שלוחו בלא דעתו משום זכייה עיין שם בכ"מ הנ"ל) וכמו שסובר ג"כ הב"י באבן העזר בשם י"א בסימן ל"ה סעיף ד' דאפילו לא מינהו שליח בהדיא. אלא שגילה דעתו שחפץ באשה פלונית ואמר לו לקדשה והלך השדכן וקידשה לו מקודשת, ואף בלא מינוי שליחות. וכתב התרומת הדשן בסימן רל"ז דאף איש אחר ג"כ יוכל לקדשה היינו דסבירא זכי' מטעם שליחות והיכא דזכות הוא יכול להיות שלוחו שלא מדעתו:

א"כ למסקנא דהוי ניחותא דמצוה דהוי כזכות, יכול להיות שלוחו שלא מדעתו לתרום, כן יש לפרש בכונת הב"י, ולא שייך הכא כלל דין דיאוש שלא מדעת למסקנא, אבל הקצו"ח, שתירץ זה על הא דזנין ומפרנסין בניו ובנותיו. לדעת התוס' דסבירא, דאין לטול דבר של חבירו שלא מדעתו:

דסבירא להו דאין יכולין לקח דבר של אדם שלא מדעתו אף שידוע שירצה, בלא דעתו דהוי יאוש שלא מדעת אין יכולין לזכות. א"כ מה מועיל ניחותא דמצוה, עכ"פ הא בשעה

שזוכה אין כאן דעתו, ואחרי דחילוק הקצות מטעם מצוה קשה וכן נראה מדעת הרא"ש דס"ל דיוצאין מצות ציצית. בזה שנוטל טלית של חבירו, בלח דעתו דמסתמא הי' רוצה דניחא לאיניש למיעבד מצוה בממוני', ג"כ מוכח דס"ל. דמותר לקח דבר של חבירו שלא מדעתו וזוכין בזה, היכא דאילו הי' יודע הי' מתרצה:

לפי"ז שפיר פירש הב"ח דהא דאמרינן בגמ' דאמר רבא דאינה מקודשת משום דמה שבא בע"ה ואומר אמאי לא תיתב מהנך חריפתא הוא משום כיסופא דאילו לא הי' משום כיסופא היתה מתקדשת למפריע, ולא קשה קושית הבית שמואל הא הוי יאוש שלא מדעת שהרי אילו היינו אומרים מדהשתא ניחא לי' בשעת שלקח הפירזומא זכה בהם אף שלא מדעתו כיון דאין הלקיחה נגד רצונו מטעם שאילו הי' יודע הי' נתרצה מדהשתא ניחא לי'. אין כאן איסור גזל דאיסור גזל הוא משום שאילו הי' יודע הי' מקפיד אבל אם אינו מקפיד זוכין בהן זכי' גמורה, ונעשה שלו ומשו"ה אילו הי' גילוי דעת דניחא לי' היתה מתקדשת למפריע כדברי הב"ח. משום זה קאמר רבא משום כיסופא הוא:

דאמר הכי ואין כאן ראי' שמה שאומר אמאי לא תיתיב מהנך חריפתא דניחא לי' הוא, אבל אילו הי' הספק על עתה אם מתקדשת אף שמה שאומר אמאי לא תיתיב מהנך חריפתא הוא משום כיסופא, עכ"פ מפני הבושה הוא עתה גומר ומקנה. ולא איכפת לנו מה שבלבו. דאף מה שאדם נותן מפני הבושה הוא מקנה עתה לגמרי, רק כיון שהוא רק מפני הבושה, לא נוכל לומר מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' אבל עתה אף שהוא מפני הבושה, הוא גומר ומקנה ומה שאינה מתקדשת עתה הוא משום דהוי שתיקה דלאחר מתן מעות, וגם אין החפץ עתה בשעת אמירה דאמאי לא תיתב מהנך חריפתא, בשעה זו לא הי' הפירזומא בידו של המקדש ואיך תתקדש:

לפ"ז לא קשה על הרמב"ם מה שלא הביא כלל דשוי' שליח גבי מצאו שתרם ואמר כלך אצל יפות, אף דבגמ' אמרינן דמיירי דוקא דשוי' שליח. דהנה הרמב"ם הא כלל בהאי דינא גם הדין של הירושלמי, שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות כדי שיקחם היינו בלוקט לצורך עצמו וא"כ אף אם הי' עושהו שליח היינו אם הי' אומר לו לקח פירות אילו לא אמר לו מן היפות. אף שבא בע"ה ואמר כלך אצל יפות לא היינו אומרים מדהשתא ניחא לי' מעיקרה נמי ניחא לי' כיון דאין כאן מצוה הא אמרינן משום כיסופא הוא דאמר הכי, וע"כ הא דנעשה תרומה הוא לא למפריע, אלא השתא בשעת אמירתו נעשה תרומה ומשום. דאף שמה שאמר הוא מחמת כיסופא, עכ"פ מפני הבושה הוא עתה גומר ומקנה או מסכים ע"י וכיון דתרומה אף במחשבה מהני א"כ מה שהוא אומר

עתה כלך אצל יפות, הוא הסכם ע"י, הרי נעשה עתה תרומה, אף שמה שהוא אומר הוא מפני הבושה:

עכ"פ מפני הבושה גומר ומסכים, וכביארנו דזהו כונת הירושלמי. דמוכיח דהא דאמר לקוט לך מן היפות בודאי מכאן ולהבא. נעשה תרומה ולא למפריע, משום כיון דאמר לקוט לך הרי מיירי בלוקט לצורך עצמו בזה הא לא אמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' שהרי היכא דלא מצוה אמרינן משום כיסופא הוא דאמר הכי ומוכיח הירושלמי, דע"כ דנעשה עתה תרומה משום שאף שאומר מפני הבושת עתה מפני הבושה גמר ומסכים, א"כ הרמב"ם דכולל דין דלוקט לצורך עצמו, עם זה הדין דתרם בעד בע"ה ע"כ דכונת הרמב"ם דנעשה עתה תרומה א"כ לא הי' צריך כלל לבאר בעשאו שליח, דעתה נעשה תרומה בכל גווני אף שלא עשאו שליח שהרי התרומה עתה מפני אמירתו, וכל זה להרמב"ם דמיירי גם בלוקט לצורך עצמו דהכונה ע"כ שנעשה עתה תרומה, אבל ברייתא דבגמ' דמיירי רק בתורם לצורך עצמו, ושם אמרינן מדהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי', ונעשה תרומה, למפריע, משו"ה מוקים בשוי' שליח דאז נעשה תרומה למפריע:

אלא דיש להקשות נהי דלפום מאי דמוקי בשוי שליח:

יש לפרש ברייתא זו דכיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה הוא אף למפריע, אבל מעיקרא דלא ידע עדנה תירוצא דשוי' שליח:

והי' סבור דמיירי בלא שוי' שליח, מאי פריך לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דילמא אביי יסבור דאין התרומה נעשה למפריע משום דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. רק ס"ל דנעשה תרומה השתא, שהרי כיון שהוא מסכים עתה, הרי נעשית תרומה. שהרי תרומה, אף במחשבה נעשה תרומה ומאי פריך לאביי לכן נ"ל דהברייתא בודאי מיירי למפריע:

דהנה ברייתא זו היא בתוספתא פ"א דברכות ר' יהודא אומר קטן שהניחו אביו במקשה הוא תורם ואביו מקיים על ידו תרומתו תרומה, לא הוא שתרם אלא אביו שאימן על ידו: (ואף דבתוספתא הגירסא אמרו לו לא הוא שתרם, בירושלמי ליתא תיבות אלו, "אמרו לו") כיצד תורם את שאינו שלו הרי שירד לתוך שדה חבירו. ולוקט ותרם שלא ברשות אם חושש משום גזל אין תרומתו תרומה, ואם אין חושש משום גזל תרומתו תרומה כיצד ידוע אם חושש משום גזל אם לא הרי שבא בע"ה ומצאו ואמר לו כלך אצא יפות נמצאו יפות אינו חושש משום גזל, ואם לאו הרי זה חושש משום גזל כו' עכ"ל התוספתא:

והנה בירושלמי איתא על משנה א' דתרומות. דתנן חמשה לא יתרומו ואם תרמו אין תרומתן תרומה. החרש השוטה והקטן והתורם את שאינו שלו:
וקאמר בירושלמי מאן תנא קטן דלא כר' יהודא דתני' קטן שהניחו אביו במוקשה, והי' תורם ואביו מוכר על ידו:
תרומתו לא הוא שתורם אלא אביו הוא שאימן על ידו:
בא אביו ואימן על ידו למפריע נעשית תרומה, או מכאן ולהבא, אמר רבי שימי נשמעיני' מן הדא:
הרי שבא בע"ה ומצאו עומד בתוך שלו ואמר לו לקוט לך מן היפות האלו אם נמצאו יפים אינו חושש משום גזל, ואם לאו חושש משום גזל, אית לך למימר למפריע נעשית תרומה לא מכאן ולהבא, ואף הכא מכאן ולהבא נעשית תרומה עכ"ל הירושלמי:
והנה לכאורה כיון דגם רבנן מודו. שאם בא אביו ואימן ע"י שנעשית תרומה, וגם ר' יהודה שאומר דקטן שתרם תרומתו תרומה הוא משום שאביו אימן על ידו איך קאמר הירושלמי דמתניתין דלא כרבי יהודא, אכן פשוט. דאף דרבנן ג"כ מודין שאם בא אביו והסכם לתרומתו של הקטן תרומתו תרומה משום דתרומה נעשה אף במחשבה, וא"כ כשהסכים הרי הוא התורם, היינו דוקא היכא דבא אביו, ומסכים עתה ע"ז שתרם, דנעשה עתה האב התורם. ובעינן שיעמוד האב ויראה, מה שתרם הקטן ויאמר שמסכים ונעשית עתה תרומה וס"ל לרבנן כיון דקרא. כתיב "ונחשב תרומתכם" דמזה ילפינן שתרומה נטלת במחשבה ומחשבה כהרמה, אבל הא בעינן שיחשוב על תרומה זו שהיא תרומה, א"כ היינו דוקא היכא שהקטן תרם ובא אביו. ורואה מה שתרם, ומסכים לתרומתו, דזהו הרמתו של האב. עתה אבל היכא שהניחו אביו במוקשה, והי' תורם ואביו מוכר על ידו, דהאב אינו רואה מה שתרם ס"ל לרבנן דלא נעשה תרומה אף שתרומה נעשית במחשבה. היינו דוקא בחושב על הפירות דמחשבה הוי כהרמה, אבל אם אינו רואה הפירות רק שרוצה בהרמת הבן, בזה האופן אין יוכל לתרום. אכן ר' יהודה ס"ל דאף אם האב אין רואה הפירות שתורם הבן ג"כ מהני, דס"ל ד"ונחשב לכם תרומתכם" לא קאי על הפירות. שאם הוא חישב על הפירות שיהי' תרומה נעשה תרומה כמו שמפרשי רבנן. רק הוא ס"ל דזהו דין בהרמה שחידשה, תורה שאם רוצה בההרמה, נעשה ההרמה הרמה מעליא, א"כ אם הוא רוצה בהרמת בנו, יוכל בנו להיות המרים ובודאי דבכל התורה גם ר' יהודא מודה דאין הקטן יכול להיות שליח אלא דס"ל דהכא מה שהאב רוצה שיהי' הרמת בנו הרמה מועיל שנעשה הרמה, דהרי אמר קרא ונחשב לכם תרומתכם שאם רוצה בהרמה מועיל הרמה משו"ה לא קאמר אלא דלא כר'

יהודה אבל כרבנן בודאי אתיא מתניתין, שהרי לרבנן אין הקטן תורם כלל ומה שמועיל אם בא אביו ואימן ע"י, שם האב הוא התורם בעת שמסכים והרמת הבן לא מעלה ולא מוריד ומעשה שלו הוא מעשה קוף בעלמא סילוק לצד אחר, אבל לר' יהודה דס"ל אף אם האב אין רואה הפירות, אם הקטן תורם שאביו הניחו לתרום והאב מוכר על ידו, דאם האב רוצה שיהי' הרמה שלו, הרמה מועיל א"כ הקטן הוא המרים אם האב רוצה בזה שפיר פריך ואומר דמתניתין דלא כר' יהודה, דלר' יהודה מצינו שהקטן תורם. אבל לרבנן דס"ל דהאב בעת בואו הוא תורם א"כ האב הוא התורם:

לפ"ז שפיר מוכיח בגמ' דע"כ ברייתא זו דקתני כיצד אמרו התורם שלא ברשות תרומתו תרומה, כו', כדאיתא בבבלי, ואם נימא דגם כונת הברייתא כמו בירושלמי דאימתי נעשה תרומה. עתה בשעה שבא ואומר כלך אצל יפות ומשום דעתה בדיבורו שאומר כלך אצל יפות הוא עושה תרומה, א"כ אין התורם שלא ברשות המרים, רק בע"ה שבא ואומר כלך אצל יפות. ומדקתני התורם שלא ברשות תרומתו תרומה, ע"כ דהתרומה נעשית למפריע משום ליתא דהתורם, וא"כ פריך שפיר כיון דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. א"כ לא נעשה שליח ואיך יכול לתרום אבל בהירושלמי:

דלא קתני כלל התורם שלא ברשות תרומתו תרומה. רק הרי שבא, אם נמצא יפות תרומתו תרומה, שפיר פירש הירושלמי, דעתה נעשה תרומה בדיבורו:

ולפ"ז נראה לי דהברייתא כולה הוא דברי ר' יהודה דר' יהודה פליג, על שני דברים שאמרו חכמים:

דקטן שתרם אין תרומתו תרומה, והתורם את שאינו שלו אין תרומתו תרומה. וקאמר ר' יהודה בתרווייהו דתרומתו תרומה. בקטן שהניחו אביו במוקשה כו', וגם בתורם שלא ברשות ואמר שתרומתו תרומה, ומפרש כיצד אמרו. התורם שלא ברשות תרומתו תרומה. אבל לרבנן לא נעשה כלל תרומתו למפריע, אף בשוי' שליח ואמר אחרי כן כלך אצל יפות אעפי"כ לרבנן לא נעשה תרומה למפריע, כיון דאנן קיי"ל דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, א"כ מה בכך דעשאו שליח לתרום אעפי"כ כיון שדרכו של בע"ה לתרום בבינונית, א"כ נעשה שליח על הבינונית ולא על היפות, א"כ בעת שתרם מן היפות לא נעשה כלל שליח ע"ז ואין מועיל כלל מה שאמר כלך אצל יפות. אח"כ שיהי' תרומה למפריע, דבעידנא דתרם לא הי' שליח על היפות:

אכן כל זה לרבנן דאינהו סבירא להו דדין הרמה, הוא על הפירות לא על מעשה ההרמה. דקרא דונחשב לכם תרומתכם. הוא על הפירות דסבירא להו משום זה שרוצה האב בהרמת הקטן, אין זה מחשבה שיועיל תרומתו כיון דאין המחשבה על הפירות רק

על מעשה וא"כ לדידהו מה דכתיב תרימו גם אתם, שיוכל לעשות שליח לתרום, דין השליחות הוא על הפירות שנעשה שליח לתרום הפירות, לעשות הפירות תרומה. א"כ לדידהו אף אם עשאו שליח לתרום כיון דחל שליחותו על הפירות, וסתמא דבע"ה כי תרם בינונית תרם, א"כ על יפות לא נעשה כלל שליח ומשו"ה לדידהו אף אם עשאו שליח לתרום, ואח"כ כשבא ומצאו שתרם יפות אמר כלך אצל יפות לא נעשה תרומה למפריע, רק עתה נעשה תרומה ומשו"ה אמרו רבנן התורם שלא ברשות אין תרומו תרומה בכל גווני, אבל ר' יהודה סבירא לי', דדין שליחות הוא על הרמה, דהא הוא ס"ל דאף שהניחו אביו במוקשה לתרום מועיל, דסבירא דקרא דונחשב לכם תרומתכם. הוא על מעשה ההרמה, ולדידי' כשאדם עושה שליח לתרום:

אין הכונה שהפירות שהוא עושה תרומה הדין הוא כאילו הבע"ה עושה הפירות לתרומה, דהשליחות הוא רק על הפירות אלא ר' יהודה ס"ל דשליחות לתרום הוא נעשה בעלים על ההרמה, היינו דהוא נעשה בעלים על הכרי לפטור הכרי ע"י הרמת תרומה, א"כ לא שייך כלל לומר שלא נעשה שליח כלל על היפות, דהרי הוא נעשה בעלים על הכרי להיות הוא התורם במקום הבעלים רק דיוכל להיות שהוא שינוי בשליחות היינו דהוא עשאו בעלים על ההרמה שהי' סבור שיתרום בינונית והוא תרם יפות לזה אמרינן דאם אמר כלך אצל יפות אין זה שינוי בהשליחות שאין זה נגד דעתו, דלדידי' ע"י הכלך אצל יפות:

אין אנו מבררין שנעשה שליח על יפות, רק מבררין שאין זה שינוי בהשליחות משא"כ לרבנן דלדידהו השליחות הוא על הפירות צריכין אנו לברר, שליחות חדשה, דמתחילה. הא לא נעשה אלא על הבינונית דסתמא דבע"ה כי תרים בבינונית. ועתה ע"י שעתה אומר כלך אצל יפות. וניחא לי עתה ביפות, נברר שיעשה השליח על יפות, משום דכיון דהשתא ניחא לי' מעיקרא נמי ניחא לי' ואף שבדיבורו שעשאוהו בסתמא שליח' הוי ודאי רק על בינונית דהרי כיון דלא פירש יפות, וסתמא הוא בינונית, נברר ע"י דיבורו של השתא שיעשה שליח על יפות, וכיון דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. או מטעם דבעינן דוקא שלוחכם לדעתכם:

משו"ה אף אם עשאו שליח לתרום והשליח תרם יפות והוא אמר כלך אצל יפות:

לא נעשה תרומה כלל למפריע לרבנן. משו"ה רבנן תנו במתניתין סתמא דהתורם שלא ברשות לעולם אין תרומתו תרומה, בכל גווני ואף דזה גם רבנן מודו. דעתה כשבא ואמר כלך אצל יפות נעשה עתה תרומה, מה שנעשה עתה תרומה הוא משום, ליתא דבע"ה דבזה שהוא מסכים הוא התורם עתה, אבל ר' יהודה פליג על רבנן וס"ל דנעשה תרומה

למפריע דלדידי' השליחות הוא ההרמה שנעשה בעלים על הכרי לתרום. א"כ דיבורו דכלך אצל יפות מברר שמה שתרם יפות אין זה שינוי בשליחות:
והברייתא הזאת דכיצד אמרו התורם שלא ברשות תרומתו תרומה הוא סוף דברי ר' יהודה, דפליג על המשנה, וס"ל דבין בקטן בין בתורם שלא ברשות תרומתו תרומה למפריע, ומעיקרא הי' סבר בגמ' דמיירי דלא עשאו כלל שליח. פריך שפיר איך נעשה תרומה. דמדקאמר דתורם שלא ברשות תרומתו תרומה, ע"כ משום ליתא דהתורם משום דאמרינן מדרוצה השתא בשליחותו איגלאי מילתא למפריע דמעקרא נמי רוצה בשליחותו, דאילו הי' משום ליתא דבע"ה, מפני דיבורו דכלך אצל יפות, נעשה עתה תרומה. א"כ לא שייך לומר תורם שלא ברשות תרומתו תרומה, דהרי תרומתו של התורם אינינו כלל תרומה, וכמו בקטן, דאף שאם בא אביו והסכים נעשה תרומה קתני במתניתין סתמא דאין תרומתו תרומה. משום דאם הסכים האב התרומה, משום ליתא דהאב, ה"נ בתורם שלא ברשות ע"כ דפירוש הברייתא הוא למפריע, ומשו"ה פריך הא הוי יאוש שלא מדעת ולא הוי יאוש ואיך נעשה שליח. ע"כ דעשאו שליח ואז לרבי יהודא נעשה תרומה למפריע, אף שבשעת מעשה, הי' תורם שלא ברשות דסתמא הי' דעתו רק על בינונית, כיון דאמר כלך אצל יפות אין זה שינוי בשליחותו שנעשה בעלים על התרומה, אבל לרבנן בכל גווני אין מועיל למפרע, ושיהי' השתא תרומה לא בעינן כלל שיעשהו שליח:
משו"ה הרמב"ם שהוא פסק כרבנן וקתני סתמא דקטן לא יתרום וס"ל דשליחות לתרום הוא לעשות את הפירות לתרומה, א"כ לברר שליחות חדשה, שליח על יפות הא לא יועיל אף אם יעשהו שליח, ג"כ לא יהי' תרומה למפריע, ורק שיהי' תרומה השתא הא לא בעינן שיעשהו שליח, שהרי בדיבורו הוא עתה התורם, משו"ה כלל הרמב"ם דין דאם לקט לצורך עצמו:
ותורם בעד בע"ה, דבתרוייהו עתה נעשה תרומה אף בלא עשאו שליח, ולמפריע בכל גווני אין נעשה תרומה אף בעשאו שליח ודברי הרמב"ם פשוטים וברורים:

סימן כא

סוגיא דכי יותן, ויבאר אי בעינן גבי טומאה רצון, והרבה חידושים בדיני משקה לקבל טומאה, וחידוש בדין משקה שתחלתו לרצון, ויבאר שיש שני דינים בהכשר, דבעי רצון שיעשו המשקים ראוין להכשיר ויש דין שהנתינה תהי' ברצון.

(דף כ"ב) **דרב** פפא רמי כתיב כי יתן וקרינן כי יותן הא כיצד בעינן כי יותן דומיא דכי יתן מה יתן לדעת אף כי יותן לדעת, כתב הרמב"ם (בפרק חמשה עשר מהלכות טומאת אוכלין הלכה א') מים שבכלים מתטמאין בין לרצון בין שלא לרצון ומטמאין אוכלים וכלים בין שנפל עליהם ברצון בין שנפל עליהם שלא ברצון. אבל מים שבקרקעות כגון מי בורות שיחין ומערות ומי גבאים שאין בהם ארבעים סאה אין מתטמאין אלא לרצון ואין מטמאין אלא ברצון, כיצד מים שבקרקע שאין בהם ארבעים סאה בין שהיו שאובין בין שאינן שאובין שנפל לתוכן המת או שהלך בה הטמא הרי אלו טהורין אבל אם שתה מהן אדם טמא או שמילא בהן בכלי טמא, או שנפלו לתוכן משקין טמאין ברצון הרי אלו טמאין ואע"פ שהן כקרקע, שתה מהן הטהור אחר שנטמא בקרקע או שמילא בהן בכלי טהור נטמא השותה ונטמא הכלי, שהרי ברצון שתה או מילא נפל לתוכן ככר של תרומה טהור כשהי' שאין מתטמאין אלא לרצון לפיכך אם הדיח ידו להוציא הככר, נטמא הככר במים שהרי הן ברצון. עכ"ד הרמב"ם וכבר השיג הראב"ד על דברי הרמב"ם אלו ז"ל א"א הדרך הזאת שכתב רחוקה מכליות' וזרה אצלי מאד ואינו מן הסוד המופלא הצפון לישרים כי לא מצאתי קבלת טומאה ונתינת טומאה תלוי ברצון עכ"ל הראב"ד. ועי"ש איך הוא מפרש המשנה שממנה הוציא הרמב"ם דין זה, והכ"מ כתב לתרץ קושית הראב"ד וז"ל, ומ"ש לא מצאתי קבלת טומאה אם כפי פירוש רבינו במשניות בפ"ק דמקואות הוא נלמד מה צורך שנמצא כן במקום אחר עכ"ד הכ"מ אכן תמוה לי מאד דבריו דאטו קושית הראב"ד משום שלא מצא דין זה, קושיתו היא דהרי זה ודאי דטומאה הוא אפילו באונס, ואפילו אם ימות מת פתאם או שנפל שרץ בלא רצון ג"כ מטמאה, וזה פשוט בכל דוכתי, ואיך כתב כאן דבעי דוקא רצון. והא דאמרינן כי יותן דומיא דכי יתן דניחא הוא דוקא לענין הכשר אבל לא לענין קבלת טומאה והרי הרמב"ם בעצמו מודה דמים שבכלים מטמאין ומתטמאין אף שלא לרצון הרי דלא בעינן בקבלת טומאה רצון וא"כ מ"ש ואם המים בקרקע וכי בשביל זה נשתנה בהם הדין שיהי' צריך רצון לקבלת טומאה, עוד השיג הראב"ד על דברי הרמב"ם שכתב נטמא הככר במים שבידיו שהרי הן ברצון והשיג הראב"ד ז"ל ולמים שבידיו למה להו רצון והלא תלושין הן וכבר נטמא ברצון עכ"ל:

ולישב כל זה נראה דהנה הרמב"ם כתב (בפי"ב מהלכות טומאת אוכלין הלכה ב') ז"ל כל משקה שנפל על האוכלין בתחילה ברצון בעלים ואע"פ שאין סופו ברצון או שהי' סופו ברצון ואין תחלתו ברצון הכשיר והשיג הראב"ד על זה ז"ל. א"א לא תימא שנפל על האוכל תחלה ברצון אלא שאם רצה בו תחלה לשם דבר תלוש, ואעפ"י שנפל על

האוכל שלא לרצון. ואין בו רצון לא בתחילה ולא בסוף הרי הוא מכשיר עכ"ד. וכתב על זה הכ"מ ז"ל כתב הראב"ד לא תימא שנפל על האוכל וכו' משיג על רבינו שאין נראה כן מדבריו פה ויש לומר שמ"מ הוא נלמד מדין כופה קערה על הכותל שיבא בפרק זה עכ"ד הכ"מ אכן לדעתי תמוהים המה דהרי הרמב"ם בהלכה ג' כתב ז"ל היו המים שעל האדם והכלים ועל הפירות תלושין ברצון ונגעו בהן אוכלין ברצון הוכשרו, ולדברי הכ"מ דס"ל דגם הרמב"ם ס"ל דאם רצה תחילה לשם דבר תלוש. ואע"פ שנפל על האוכל שלא לרצון הוכשר א"כ למה כתב הרמב"ם ונגעו בהן אוכלין ברצון. למה הצריך שיגעו האוכלין בהן ברצון כיון שהי' המים שעל האדם ועל הפירות תלושין ברצון והי' תחלתן ברצון ומה צריך שיהי' סופן ברצון ע"כ דס"ל דגם סופן בעינן רצון וקשה עליו הא אמרינן הכופה קערה על הכותל בשביל שתודח המים שבה מכשירין משום דמחשבה לצורך תלוש, אבל אם בשביל שלא ילקה הכותל אינן בכי יותן. ואם היה הנפילה על הפירות ברצון א"כ יכשיר אף אם מתחילה חשב שלא ילקה הכותל אבל עתה כשנופלים על הפירות הא ניחא ליה, ומה איכפת לנו אם מתחילה לא חשב, הא משקה שסופן לרצון אעפ"י שאין תחילתו ברצון מכשיר ע"כ מיירי שלא נפלו על הפירות ברצון אעפי"כ אם כפיתו את הקערה על הכותל בשביל שתודח מכשיר, אף על פי שאין הנפילה על הפירות ברצון וא"כ למה הצריך הרמב"ם שנגעו בהן הפירות ברצון:

ונראה לי ברור דהרמב"ם ס"ל דיש שני דינים בהכשר לטומאה. א) שיהי' המים שמכשירין לקבל טומאה יהי' ראוין להכשיר ואימתי נעשה ראוים להכשיר דוקא אם הם תלושים מן הקרקע בכלי ושתלישתם מן הקרקע יהי' ברצון. אבל אם נתלשו מן הקרקע שלא ברצון. דינם כמחוברים ובמחוברים אף אם נתן בהם פירות ברצון לא הכשירו, וזה ילפינן בתורת כהנים (הובא ברש"י חולין דף ט"ז ד"ה לענין הכשר זרעים) אשר יבוא עליו מים יכול אפילו בבורות שיחין ומערות יהי' מכשירין ת"ל כלי אין לי אלא שמלאן בכלי לשתות מנין לגבל בהן את הטיט וכו' מהאי קרא ילפינן דבעינן דוקא שיהי' המים תלושים. דהרמב"ם פסק להלכה דמחוברים אין מכשירים כלל אף אם ניחא ליה ועוד ילפינן דאף אם נתלשו אין מכשירין אלא אם תלושין היו ברצון, ודוקא שתלישתן ברצון היה לצורך דבר התלוש, אם יש בהן כל האופנים אז נעשה משקה להכשיר ואם חסר אחד מהדברים האלו. אף אם נתן בהן הפירות ברצון אין מכשירין דכיון דתלישתן לא נחשבו לצורך דבר תלוש, לא נעשו משקה להכשיר, ועוד יש דין בהכשר בנתינת המים על הפירות, דאף אם המים נחשבו בתלישתן לצורך דבר תלוש אם נגיעתן בהפירות הי'

שלא לרצון לא הוכשרו הפירות אף שהמים המה ראוים להכשיר וזה ילפינן מכי יותן דומיא דכי יתן דבעינן רצון בנתינת המים הראוים להכשיר.

והרמב"ם ביאר בפירוש דעתו (בהלכה א') כתב לא נאמר וכי יתן מים אלא לאחר שנעקרו האוכלין וניתלשו המשקין (ובהלכה ב') כתב כל משקה שנפל על האוכל בתחילה ברצון וכו' נפל שלא ברצון אינו מכשיר אפילו בלל הוא פירותיו וכו' אין רצונו שיהי' בלולין הרי אלו לא הוכשרו, כיצד הטומן פירותיו במים מפני הגנבים או הנותן פירותיו לשיבולת הנהר להביאן עמו אינן מוכשרים עכ"ל, וזה שכתב במים כונתו אפילו במים שנתלשו כבר ברצון. דהמים ראוים המה להכשיר, אבל הנתינה על הפירות הוא שלא ברצון ואח"כ כתב משקין שנתלשו מן הקרקע שלא ברצון אינן מכשירין. לפיכך אדם או כלים או פירות שנבללו במשקין ונתלשו שלא ברצון אף על פי שנגעו אוכלין באותן משקין ברצון לא הוכשרו שהרי אותן המים שלא ברצון נתלשו וכאילו הם עדיין בקרקע שאינן מכשירין הרי שכתב בפירוש שאף על פי שנתינת הפירות לתוך המים הי' ברצון ונתקיים כאן דין דכו יותן. אבל המים שנתן בהן אינן ראוין להכשיר דהרי לא נתלשו מן הקרקע ברצון ויש להם דין מחוברין עדנה, שאין מכשירין אפילו ברצון שזהו דין איזה מים ראוים להכשיר, שהחשיבם, ונתלשו, והחשבתם הי' לצורך תלוש, וזה ילפינן מאשר ישתה שיחשבם, ומבכל כלי שיחשבם לצורך תלוש, ואח"כ כתב היו המים שעל האדם והכלי תלושין ברצון ונגעו בהן אוכלין ברצון הוכשרו, דוקא אם נתלשו ברצון שאז נעשו המים ראוים להכשיר, ונגעו בהן אוכלין ברצון שגם הנתינה ברצון, אז הוכשרו, ואח"כ כתב כיצד הכופה קערה כו' כפאה בשביל שלא ילקה הכותל המים שבה אינן כתלושין: ולפיכך אם נתן בהן אוכלין לא הוכשרו. היינו. אף שנתן שם האוכלין ברצון ונתקים קרא דכי יותן אבל כיון שכונתו הי' שלא ילקה הכותל, א"כ המים אינן מכשירין אף אם נתן בהם הפירות ברצון, וזה הדין אינו יכול להיות אלא אם נתן הפירות בהם, דבהמים לא עשה מאומה. אבל אם היה נוטל המים ליתן על האוכלין, הרי זה תלישתן לצורך דבר תלוש, והרי חשיבת המים להכשיר ונתינת המים על הפירות ברצון באין כאחד, רק הכא מיירי שנתן הפירות בהם שלא עשה מעשה בהמים, וכן הא דקאמר הרמב"ם שאם כפה הקערה על הכותל בשביל שתודח. שהמים שבה מכשירין מפני שהחשיבם לצורך דבר תלוש, כתב הרמב"ם ז"ל. ואם הניח בהם פירות הרי דדוקא אם הניחם אבל אם לא הניחם לא הוכשרו. משום שאף שהמים ראוין להכשיר הנתינה אינה מכשרת שאיננה ברצון ובאמת לא הוצרכנו להאריך. רק מפני שמרן הכסף משנה כתב, כי מדין הכופה קערה על הכותל נלמד שהרמב"ם ג"כ סבירא ליה. שאם רצה לשם דבר תלוש. אעפ"י

שנפל על האוכל שלא ברצון הוכשר, והרי ברור הוא ואדרבה נלמד ג"כ מדין הכופה קערה שהרמב"ם לא ס"ל הכי:

דהרמב"ם סובר שהם שני דינים דין איזה מים מכשירים דוקא שנתלשו ברצון לצורך דבר תלוש, ושיהי' הנגיעה ברצון. ומשו"ה פירש הרמב"ם המשנה דכל משקה שתחילתה לרצון אף על פי שאין סופן לרצון. שנפל על האוכלין ברצון. ולדברי הכסף משנה לא ירדתי:

והנה כל זה הוא בהכשר, אבל בענין קבלת טומאה הנה זה ודאי דנתינת טומאה על האוכלין שיטמא, לא בעינן רצון כלל, דהרי קרא דכי יותן מים על זרע הוא רק לענין הכשר ולא לענין טומאה. וזה פשוט בכל הש"ס דאף נגע במת, או נפל עליו על האדם ועל האוכלין טומאה באונס נמי מטמא ואף בלא ידיעה כלל אכן זה הדין דילפינן מקרא דוכל משקה אשר ישתה בכל כלי יטמא דזה אינו דין בנתינת הטומאה רק איזה מים מכשירין, דינים אלו צריך לעיין אם נשנו גם גבי טומאה. דדוקא מים אלו מקבלין טומאה "או לא" דלגבי טומאה לא בעינן דינים אלו. ובאמת מקרא זה דוכל משקה אהר ישתה בכל כלי, ילפינן גם לטומאה. ובין טומאה ובין הכשר ילפינן מהאי לדידן דסבירא לן טומאת משקין דאורייתא:

והנה מקרא דוכל משקה ילפינן דלהכשיר בעינן דוקא שיהי' משקה אבל דבר שאינו משקה אינו מכשיר ומשו"ה אין מכשירין אלא אלו השבעת משקין. מים טל שמן יין חלב דם ודבש, כתב הרמב"ם בפ"א מהלכות טומאת אוכלין הלכה ד' ז"ל אין שם משקה שמקבל טומאה אלא שבעת המשקין שמנינו בלבד אבל שאר מי פירות כדרך שאין מכשירין כך אין מקבלין טומאה עכ"ל הרמב"ם:

הרי דס"ל להרמב"ם דכמו דילפינן מהאי קרא לגבי הכשר שאין מכשיר אלא אם הוא משקה. כן אין מקבל טומאה אלא אם הוא משקה, משו"ה דוקא אלו ששבעת המשקין שקרוין משקה מקבלין טומאה, ולא מי פירות דהא מהאי קרא גופא אף טומאה ילפינן דהרמב"ם פסק טומאת משקין לטמא עצמן דאורייתא, כדכתב הרמב"ם בפ"ז מהלכות אבות הטומאה:

ז"ל דבר מפורש בתורה שהאוכלין והמשקין מתטמאין שנאמר מכל האוכל אשר יאכל אשר יבא עליו יטמא וכל משקה אשר ישתה בכל כלי יטמא הרי דמהאי קרא ילפינן לטומאת משקין גם כן ואף דילפינן מהאי קרא להכשר, ע"כ דקרא דוכל משקה אשר ישתה בכל כלי ידרש, דכל האוכל, או כל משקה אשר ישתה בכל כלי יבא עליו יטמא וגם משקה אשר ישתה בכל כלי יטמא. ועיין שם בהראב"ד שהשיג עליו:

והינו דהראב"ד ס"ל דרק גבי הכשר ילפינן דבעינן משקה, אבל לענין שיטמא לא בעינן משקה:

אכן הרמב"ם ס"ל כיון דמקרא זה ילפינן לענין טומאה ג"כ שמשקה מקבל טומאה, א"כ כמו שאינו מכשיר אלא שבעת המשקין משום דבקרא כתיב משקה ה"נ אין מקבל טומאה:

ולענין קרא דאשר ישתה נמי מצינו ברמב"ם דס"ל דכמו שנדרש לענין הכשר ה"נ מדריש לענין טומאה, שאם אינו בכי ישתה אינו מקבל טומאה, שהרי כתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות טומאת אוכלין הלכה י"ד ז"ל כל אוכל שנפסד ונסרח עד שאינו ראוי למאכל אדם אינו מקבל טומאה, וכן משקה שנסרח ונפסד ואינו ראוי לשתית אדם אינו מקבל טומאה כדרך שאינו מכשיר שנאמר אשר ישתה, הרי דס"ל להרמב"ם דכמו דדרשינן קרא דאשר ישתה לענין הכשר כן דרשינן לגבי טומאה:

אחרי דדין טומאה שמשקין מקבלין טומאה מהאי קרא ילפינן והראב"ד גם שם השיג על הרמב"ם וס"ל דלא בעינן אשר ישתה בטומאה, עיין שם בדבריו:

אכן לכאורה קשה דלפי זה כיון דקרא דוכל משקה אשר ישתה דרשינן לגבי טומאה דוקא משקה היינו שבעת המשקים ודוקא אשר ישתה היינו דראוים לשתית אדם א"כ נדרוש נמי דוקא בכל כלי, היינו דדוקא משקה שבכלים, היינו שנתלשו מן הקרקע מקבלים טומאה אבל מחוברים בקרקע לא יקבלו טומאה, וזה הא כתב הרמב"ם דמים שבקרקע מקבלים טומאה אף שכתב דדוקא ברצון אבל עכ"פ מקבלין טומאה, ואמאי לא נדרוש דדוקא בכל כלי יטמא, דוקא תלושין יקבלו טומאה ולא מחוברין כדדרשינן האי קרא לגבי הכשר, והרי הרמב"ם השוה דיניהם זה לזה. אלא הטעם דהנה בתורת כהנים איתא בכל כלי יטמא:

למד שהכלי מטמא משקין. א"כ הרי ילפינן מהאי קרא לכלי שמטמא משקין וא"כ אין לנו לימוד שדוקא תלושין יקבלו טומאה ולא מחוברין אחרי דהאי כלי מפקינן ליה לדרשא אחרינא לאפוקי כדדרשינן לגבי הכשר אין דרשא אחרת, שפיר דרשינן דדוקא בכל כלי מכשיר, אבל מחוברין אין מכשירין אבל לגבי טומאה מפקינן ליה להאי כלי, דכלי טמא מטמא משקין:

והא דבאמת דרשינן ליה להאי כלי לגבי טומאה ללמד שכלי מעמא משקין, ולא דרשינן כמו בהכשר לומר דבעינן דוקא תלושין, נראה לי דהנה איתא בתורת כהנים מנין שאם נטמאו טהרו שנאמר אך מעין ובור מקוה מים יהיה טהור, ונראה לי דכונת התורת כהנים הוא כן, מנין שאם נטמאו המים ואח"כ נעשו מהמים מקוה כגון שמתחילה לא

היה בהם ארבעים סאה ונטמאו ואח"כ נתמלא ארבעים סאה, מנין שפקע טומאה מהם, שכמו שהמקוה מטהר אחרים כן המקוה מטהר עצמה, שאע"פי שקודם שנעשית מקוה היתה טמאה, כיון שנתמלאה עד מ' סאה פקע הטומאה ממנה, ובזה נראה לבאר הא דקי"ל דמועיל השקה למים כשמשיקין במקוה, שנטהרו בזה מטומאתן ולכאורה מאיזה טעם נטהרו, ומה שכתב רש"י ז"ל דהטעם הוא משום זריעה דחוק קצת דמאי זריעה היא זו, אכן לדברינו ניחא דכיון דהשיק מים הטמאים למקוה, הרי המים האלו ג"כ מקוה הם, דהרי כל המחובר למקוה כמקוה. וכיון דנעשו המים מקוה, הרי כתב קרא דאם נעשו מקוה טהרו מטומאתן ומשום הכי ניחא דדוקא למים טמאים מועיל השקה. ולא לשאר משקין, דמקוה איננה אלא ממים, אבל שאר משקים אינם יכולים ליעשות מקוה. משו"ה למים מועיל השקה, דהמים הטמאים נעשו מקוה. אבל לשאר משקים דלא נעשו מקוה אינו מועיל השקה עכ"פ זה מוכח מהאי קרא. דיש טומאה למים אף בקרקע, קודם שנעשו מ' סאה היינו כל זמן דאין עליהם תורת מקוה שהרי כתב קרא דמקוה מים נטהרו מטומאתן, הרי דקודם שנעשו מקוה נטמאו, וסתמא דמקוה מים הוא שנקוה על ידי גשמים הרי דנטמא אף בקרקע משום הכי דרשינן גבי טומאה קרא דבכל כלי. ללמד שהכלי מטמא המשקה, אף דגבי הכשר דרשינן דדוקא תלוש מכשיר ולא מחובר:

אכן אף דהאי קרא דכלי לא דרשינן לגבי טומאה כמו לגבי הכשר אבל שאר הדרשות הא מוכח מהרמב"ם דילפינן לטומאה כמו לגבי הכשר:

א"כ הא דילפינן מאשר ישתה דאינו משקה להכשיר אם אינו מחשב עליהם, ה"נ לגבי הטומא' ילפינן מאשר ישתה, כל זמן שלא חשבם למשקה את המים לא נעשו משקה לקבל טומאה, נהי דלא בעינן שיחשוב עליהם לצורך תלוש כמו בהכשר. אבל שיחשבם למשקה בעינן שיהי' מחשבתו עליהם למשקה אז מקבל טומאה, אבל כשאינו מחשב אינו מקבל טומאה. וא"כ אם אינו מחשב עליהם אינו מקבל טומאה משום דחסר אשר ישתה דילפינן דבעי שיחשבם למשקה, וכן איתא בתוס' ב"ב צ"ז, ד"ה לא צריכא, דמי גשמים בעינן שיחשבם למשקה ומה שהקשה בתוס' מהא דהמעלה פירותיו לגג מפני הכנימה וירד עליהם הטל. דאם נתכון לכך הרי הם בכי יותן פשוט דשם חשיבת המים ונתינה על הפירות באין כאחד. דהרי חושב בשעה שבאו על הפירות שאז עקירתן:

ובזה יש לבאר דברי הרמב"ם שכתב בפ"ב מהלכות טומאת אוכלין הלכה כ"ו ז"ל מי שפיכות הרי הן בחזקת טומאה ירדו עליהן מי גשמים אם רבו עליהן הרי הן טהורים. מחצה למחצה הכל טמא בין בכלים בין בקרקעות, אימתי בזמן שקדמו מי שפיכה אבל קדמו מי גשמים וירדו עליהן כל שהוא מי שפיכות הכל טמא שמשקין טמאין שירדו

לטהורין מטמאין בכל שהוא עכ"ל הרמב"ם ותמה עליו הראב"ד ז"ל לא ידעתי טעם לזה וכו' וכן הכסף משנה כתב ז"ל לטעם רבינו קשה דאדרבה הו"ל כשנפלו מי שפיכות למי גשמים קמא קמא בטיל וכן ברישא הו"ל הכי וי"ל דהכא שאין מים אל מכונסים אלא הולכים, ונגרים הלכך המים הבאים באחרונה הם שוטפים הראשונים עכ"ל הכ"מ, ותמוה מאד שאם כדבריו שהמים האחרונים שוטפים הראשונים א"כ איך כתב הרמב"ם אם רבו עליהן או מחצה למחצה הכל טמא. אף אם יש מיעוט נמי טמא, שהרי משקין טמאין בכל שהוא, ואם אמרינן דהמים הראשונים עברו הכל, א"כ אף אם רוב ממי שפיכות יהיה טהור שכיון שקדמו המי שפיכות הרי שטפו ועברו, ואיך נוכל לומר דאם יש רוב נשאר מיעוט ואם אין רוב אף מיעוט אין כאן דודאי דזה הוא דוחק גדול, עוד תמיה גדולה שהרי בפרק ט"ו מהלכות טומאת אוכלין הלכה ב' כתב הרמב"ם בפירוש דאם רבו מי גשמים אעפ"י שלא שטפו הרי הן טהורים עכ"ל הרמב"ם הרי דאף אם לא שטפו טהורין:

אכן לדברינו יתישב בפשטות ובטוב, דהנה המים שמקבלים טומאה הא בעי דוקא שיהא אשר ישתה הינו שיחשבם למשקה אבל אם אינו מחשבם למשקה אינם מקבלים טומאה, וכיון דאינם מקבלים טומאה ה"נ אף שהי' להם טומאה, אינם מטמאין אחרים: דכמו דלקבל טומאה בעינן דוקא אשר ישתה ה"נ נטמא אחרים, היכא שירד להם טומאה אינם מטמאים אחרים דגם זה ילפינן דיטמא אחרים מקרא דיטמא דמדרבנן אמרינן דהוא לטמא אחרים. והנה הא דבעינן אשר ישתה הוא רק לטמא או לקבל טומאה אבל הטומאה לא נפקע מהם אף אם אינם בכלל אשר ישתה, וכמו שכתב הרמב"ם שם בפ"ב מהלכות טומאת אוכלין. הלכה כ"א ז"ל כל משקה שנטמא ואחר שנטמא נפסד ונסרח הרי זה בטומאתו לעולם, שאין המשקה יוצא על ידי כלב, וכדפירש שם הכסף משנה, דאם נסרח מקודם שנטמא אין טומאה עולה, והיינו מטעמא דבעינן אשר ישתה, רק אם נטמא מקודם אף שאין עתה על זה דין דאשר ישתה, אין הטומאה יוצא, עד שיהי' עפרא בעלמא. אבל לטמא אחרים אינו מטמא דגם לטמאות בעינן אשר ישתה:

לפי זה מבואר בפשטות דברי הרמב"ם גבי מי שפיכות, שכתב אם קדמו מי שפיכות וירדו עליהן גשמים, אם רבו הגשמים על מי השפיכות הכל טהור, ואם קדמו מי הגשמים למי השפיכות הכל טמא. אף מים מועטין מטמאין, דכיון דביארנו, דדין זה דאשר ישתה בעי גם בטומאה, שאם לא חשב עליהן, לא נעשו משקה לטומאה כמו שלא נעשו משקה להכשר, א"כ מי גשמים. הוא בעי דוקא שיחשב עליהן, אז מקבלין טומאה, אבל אם לא חשב עליהן אין מקבלין טומאה, נמצא אם קדמו מי השפיכות, וירדו אחרי כן הגשמים.

בשעה שירדו הגשמים הא לא אחשוב להגשמים, ולא נעשו משקה לקבל טומאה, שהי' חסר עליהם דין דאשר ישתה, א"כ אם רבו מי גשמים שהם לא נעשו משקה לקבל טומאה, בטלו בירידתן את המי שופכין כיון שרבו עליהן, אבל אם קדמו מי הגשמים ואח"כ עירה אדם:

לתוכן מי שופכין, הנה כשעירה אדם שופכין לתוך המי גשמים, אז בשעה שעירה אחשב האדם את מי גשמים וחישב עליהן, שכן דרך, ששופכין מי שפיכות למים, שבגומא, ובזה שעירה חשב אותם למשקה להחשיבם, ונעשו עליהן דין דאשר ישתה, דהרי לגבי טומאה לא בעינן שיהי' תלושין, רק שיחשוב עליהם למשקה, א"כ כשעירה אדם מי שפיכות לתוך מי גשמים:

הרי החשיב המי הגשמים למשקה, ונטמאו בשעת מעשה כל המי גשמים שהרי מים טמאים מטמאין לטהורין אף בכל שהוא.

והנה הרמב"ם כתב (בפי"ג הלכה א) ז"ל הממלא בקילון המים הנשארים בקילון הרי הם תלושין ברצון עד שלשה ימים אבל אחר שלשה ימים אינן תלושין ברצון. אלא אם נשאר שם משקה אינו מכשיר עכ"ל, ועיין שם בראב"ד שהשיג עליו וכתב ז"ל א"א כיון שנחשבו לתלוש איך יצאו מידי מחשבה לעולם עכ"ל, אכן, הרמב"ם חזינן דס"ל דאף משקין כאלו שכבר באו לתורת אשר ישתה היינו דאחשבם למשקה לצורך תלוש. אחר כן נסתלק מחשבתו. משום דמחשבתו הי' רק על שלשה ימים, א"כ כל שלשה ימים דעתו ומחשבתו עליהן, קרינן בהו אשר ישתה ומכשירין, אבל אחר שכלתה מחשבתו יצאו מתורת אשר ישתה ובעי מחשבה אחריתי.

ולפי זה מיושבים דברי הרמב"ם כמין חומר שכתב דמים שבקרקעות שאין בהן ארבעים אין מקבלין טומאה אלא ברצון, ואין מטמאין אלא ברצון, היינו דמים שבכלים אם חשב עליהם פעם אחד, ובאו לתורת אשר ישתה. נעשו משקה לקבל טומאה, ושוב לא נסתלק מהם דין אשר ישתה, אבל מים שבקרקעות אף אם חשב עליהם ונעשו משקה, כיון שהם בקרקע, תיכף שכלתה מחשבתו, בטל מהם דין דאשר ישתה, כדמוכח מהממלא מים בקילון:

שכתב הרמב"ם דלא נעשו תלושין ברצון אלא עד ג' ימים, אבל יותר דאין מחשבתו על יותר בטל מהם תורת אשר ישתה א"כ היכא דלא חשב עליהם אלא מחשבה כזו, שהיא רק עתה תיכף אחר כלות מעשה זו נסתלק מהן דין דאשר ישתה, ובעי רצון חדש להחשיבם למשקה, ואז יקבלו טומאה ואע"פ שחישב עליהם וקיבלו כבר טומאה, בעת שחישב, אם בעת שנגע בהן אוכלין טהורין לא חישב עליהם, הרי נסתלק מהם דין דאשר

ישתה, ואז כמו שאינו מקבל טומאה כך אינו מטמא, אבל זה הדין דאינו מטמא אחרים אם אין בהם אשר ישתה, הוא רק דין בטומאת אחרים, אבל מעצם המים, לא בטלו מהם הטומאה אם קבלו פעם אחת, כדאיתא ברמב"ם בפ"ג מהילכות טומאת אוכלין, הלכה כ"א וז"ל, כל משקה שנטמא לאחר שנטמא נפסד ונסרח, הרי זה בטומאתו לעולם שאין המשקה יוצא על ידי הכלב לעולם עכ"ד הרמב"ם הרי דאף שנפקו המים מתורת אשר ישתה, שהרי כתב הרמב"ם למעלה בהלכה י"ד. דמשקה שנסרח ואינו ראוי לאדם אינו מקבל טומאה, משום שנאמר אשר ישתה זהו רק בקבלת טומאה, אבל כיון שבא לטומאה אין יוצאין שוב מטומאתן אף שבטל מהם דין דאשר ישתה, ואם כן אם אח"כ שוב יהו ראוין, אף דבעת שלא היו ראוין לאדם לא היו מטמאין, וכדביארנו דאף לטמאות אחרים בעינן אשר ישתה, אבל כיון שנעשו עתה ראוים שוב מטמאין, אחרי דטומאתם לא פקע אף בעת שלא היו ראוים, א"כ אף במשקים שבקרקע אף שאחר שקבלו טומאה פקע מחשבתו, ואין יכולין לטמאות, אבל כיון דחשב אחרי כן עליהם מטמאין עתה, שהרי בזה שהוא חושב הוא מכשיר למשקה, וטומאתם לא פקעה אף בעת שלא חישב, שלא הי' אז עליהם דין דאשר ישתה.

ומעתה ברורים דברי הרמב"ם מים שבקרקע שאין בהן ארבעים סאה, בין שהיו שאובין בין שאינן שאובין (שאף שהיו שאובין. כיון שהם בקרקע בטלו לקרקע ונסתלק מהם המחשבה למשקה). שנפל לתוכן המת, או שהלך בהן הטמא הרי אילו טהורין (הטעם משום דלא היה רצון להחשיבם למשקה, ומיושב קושית הראב"ד שהקשה כיון שהלך הטמא, אין לך רצון גדול מזה, אכן לדברינו הרצון בעינן להחשיבם למשקה. ובזה שהלך בהם לא החשיבם למשקין אבל אם שתה מהן אדם טמא. או שמילא בהן בכלי טמא, או שנפלו לתוכן משקין טמאין ברצון הרי איל טמאין ואעפ"י שהן בקרקע (שהרי בזה ששתה מהן, או שמילא בכלי הרי החשיבם למשקה, ואם שפך להם מים ג"כ החשיבם בזה למשקה, כיון שדרך הוא ששופכין משקה לתוך משקה, וכמו שכתב הרמב"ם גבי מי גבאים, דאם קדמו מי גשמים אף מים מועטין ששפך לתוכן מטמאין הכל משום שבשפיכתו להם משקים החשיבם למשקה) והנה אף שנטמאו עתה בשעת ששתה הטמא וכו' אבל תיכף שכלה מלשתות הרי בטל מהם מחשבתו, ועתה אף דהמים טמאים דטומאתן לא פקע, אף בעת דאין עליהם דין דאשר ישתה אבל לטמאות אחרים הא בעי שיהי דין אשר ישתה. משו"ה מים ששתה הטהור שאז בשעת שתיתן הוא מחשיבם למשקה, הם מטמאים אותו או את הכלי אבל אם נפל לתוכן ככר של תרומה. כיון שעתה אין מחשיבם למשקה. אין מטמאין שחסר עליהם דין דאשר ישתה אבל

אם הדיח ידו והוציא פירוש בשעת שהוציא הככר, הדיח ידו הרי חישב עתה על המים שבידו, והחשיבם למשקה, משו"ה מטמאין הככר.

סימן כב

סוגיא דלכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנויה לך, ויבאר דלא הקנה נוף הפרה רק דמי הפרה, ויבאר דלהרמב"ם עסקא לא הוי הלואה רק חיוב אחריות. ויש שני תנאים בעסקא. אם יאבד כולו. ואם יאבד מקצת.

דף ל"ג **המפקיד** אצל חברו בהמה או כלים ונגנבו או שאבדו שילם ולא רצה לשבע שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא נמצא הגנב משלם תשלומי כפל כו' למי משלם למי שהפקדון אצלו כו' בגמ' מתקיף לה רמי בר חמא והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כו' מתקיף לה ר' זירא אי הכי אפילו גיזותי' וולדותי' אלמה תניא חוץ מגיזותי' וולדותי' אלא אמר ר' זירא נעשה כאמר לי' חוץ מגיזותי' וולדתי' ומאי פסקא סתמא דמילתא שבחא דאתא מעלמא עבד אינש דמקני שבחא דמגופה לא עביד אינש דמקני, ע"כ.

והנה הרמב"ם כתב בפ"ח מהלכות שאלה הלכה ג' ז"ל כל הקונה כפל קונה השבח הבא מאליו כיצר הפקיד ד' סאין אצל חברו והרי הן שוין סלע לנגנבו או אבדו ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע ואחר כן נמצאו והרי הן שוין ארבעה סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע כו' והשיג ע"ז הראב"ד ז"ל א"א דוקא שבא השבח אחר ששילם או שאמר הריני משלם עכ"ל ועיין תוס' לקמן דף ל"ה ד"ה ואותביני' שגם דעת התוס' כדעת הרמב"ם דיוקרא הוי שבחא דעלמא ולא דמי לגיזות וולדות דאותו שבח ניכר בגוף הבהמה עכ"ל התוס' וכמובן זה קשה דאף דאין ניכר עכ"פ היוקר הוא בעד גוף הדבר וא"כ הא הוי שבח שמגוף הדבר אכן הא עכ"פ מג"מ הנ"ל דכיפי הא מוכח דאם שילם שייך להשוכר השבח משו"ה חילק הראב"ד דדוקא השבח של אחר ששלם או שאמר הריני משלם שייך להנפקד אכן המ"מ הקשה על סברת הראב"ד כיון דיוקרא ששילם הוי של המפקיד איך קונה אח"כ ואם נימא דכששילם אגלאי מילתא דקנה למפריע סמוך לגנבה א"כ אם בינתים נתיקר הלא נתיקר לשומר ולומר דקונה בעת ששילם הא לא מצינו מי שאמר שיקנה אז וכונתו להקשות הא אז הוי אינו ברשותי' ואיך יקנה.

ולישב דבריהם נראה לי דהנה לקמן דף ע' איתא אין מקבלין צאן ברזל מישראל אבל מקבלין צאן ברזל מן הנכרים כו' למימרא דברשותא דמקבל קיימא ורמינהו המקבל צאן ברזל מן העכו"ם ולדות פטורין מן הבכורה אמר אביי לא קשייא הא דקביל עלי' אונסא וזולא הא דלא קביל עלי' אונסא וזולא א"ל רבא אי דקביל עלי' מרא אונסא וזולא צאן

ברזל קרית לי' כו' אלא אמר רבא אידי ואידי דלא קבל עלי' מרא אונסא וזולא וגבי בכורות היינו טעם דולדות פטורין מן הבכורה כיון דאי לא יהיב זוזי אתי נכרי ותפס לבהמה ואי לא משכח לבהמה תפס לולדות והוי לי' יד עכום באמצע וכל יד עכום באמצע פטור מן הבכורה עד כאן והקשה בתוס' ד"ה אין מקבלין ז"ל פירש בקונטרס כל אחריות הנכסים על המקבל ושם אותו במעות עליו וכל זמן שאין נותן לו מעותיו חולקין השכר ואע"ג דמשנה יתירה היא דהא תנא לי' אין מושיבין חנוני למחצית שכר כו' נקט לי' משום סופא אבל מקבלין צאן ברזל מן הנכרים ולפירושו לא הוי רבית זו אלא מדרבנן וקשה מאי פריך בגמ' מתניתן דהכא אמתני' דבכורות הא עכ' ס"ל למקשה דמתניתן דבכורות בדלא קביל מרא אונסא וזולא כדפריך רבא כו' וא"כ ע"כ הוי רבית דרבנן ואפ"ה הוי אתי לי' שפיר הא דפטירי מן הבכורה כו' וע"כ פירש ר"ת דהכא הוי רבית דאורייתא כו' וקבל עליו לתת בכל שנה דבר קצוב כו' אכן הרמב"ם כתב בפ"ח מהלכות מלוה הלכה י"ב ז"ל אין מקבלין צאן ברזל מישראל מפני שהוא אבק רבית וא"כ יקשה עליו קושית התוס' אי מתניתן מיירי ברבית דרבנן מאי הקשה המקשה למימרא דברשותא דמקבל קיימא דהא הוי רק רבית דרבנן וא"כ בלאו מתניתן דהכא צריך לפרש המשנה דבכורות מטעם דהוי יד עכום באמצע ועוד כיון דעיקר חידוש דמתניתן משום סיפא דמקבלין מן העכום מאי פריך ליפלוג בדידה.

ולבאר זאת נראה דהנה בגמ' דף ס"ח איתא ההוא שטרא דהוה כתב בי' פלגה באגר פלגה בהפסד אמר רבא רב עילית גברא רבה ואיסורא לאנשי לא הוי ספי מה נפשך אי פלגה באגר תרי תלתי בהפסד אי פלגא בהפסד תרי תלתי באגר ע"כ והנה הרמב"ם כתב בפ"ו משותפין הלכה ג' ז"ל ועוד תקנו חכמים שכל הנותן מעות לחברו להתעסק בהן ופחתו או הותירו ולא רצה לתן שכר עמלו בכל יום ולא התנו ביניהן שום תנאי שיהי שכר המתעסק באותו חצי פקדון שליש ריוח הפקדון שהוא שתות ריוח כל הממון לפיכך אם הרויחו יטול המתעסק שני שליש הרויח כו' ואם פחתו מפסיד המתעסק שליש הפחת כו' והשיג על זה זה הראב"ד ז"ל נראה לי שהוא שיבוש שכן אמרו חכמים תרי תלתי באגר פלגא בהפסד עוד כתב הרמב"ם בהלכה ד' ז"ל יש מי שטועה ואומר שהנותן עסק סתם אם יהי' שם שכר יטול המתעסק חצי ואם יהי' שם הפסד יפסיד שליש ואין הדבר כן עכ"ל הרמב"ם והנה בגמ' הא אמר אי פלגא באגר תרי תלתי בהפסד אי פלגא בהפסד תרי תלתי באגר ובודאי דאי אפשר לפרש דתליא בדעת המתעסק מה ירצה כמו שהקשו בתוס' דכי שוטה הנותן לעשות כזה למקבל ולתלות בדעתו דכשיראה הפסד יאמר אני רוצה פלגא באגר ועליך תרי תלתי בהפסד ואם יראה ריוח יאמר אני

רוצה פלגא בהפסד ושני שלישי ריוח וע"כ הפירוש בגמרא דעלינו לפרש או פלגא באגר להמתעסק ושליש בהפסד או שעלינו לפרש תרי תלתי באגר ופלגא בהפסד וא"כ מאין בירר הראב"ד שעלינו לפרש תרי תלתי באגר תילתא בהפסד דילמא איפכא פלגא באגר תילתא בהפסד ועל הרמב"ם קשה קושית התוס' וכי שוטה הנותן שיתלה בדעת המתעסק והרמב"ם פסק הכל לטובת המתעסק וטעמא בעי עוד צריך לבאר סברת היש מי שטועה מאי טעמא ביררו להם מספיקא בגמ' הפירוש פלגא באגר תילתא בהפסד דילמא איפכא וגם אמאי קרי להו הרמב"ם טועים:

עוד כתב הרמב"ם בפ"ז מהלכות שותפין ז"ל הנותן מעות לחבירו סתם להתעסק בהן או שהתנו בפירוש שיהי' השכר וההפסד ביניהם בשוה ונאבד הממון יש מי שהורה שישלם המתעסק שליש כמו שבארנו אם אבד מקצת הממון ויראה לי שהוא משלם מחצה שהוא בתורת מלוה וזה שאמרו חכמים משלם שליש בהפסד בשלא הגיע ההפסד ליטול בעל המעות פחות מחצי ממונו כיצד ראובן שנתן לשמעון מאה ועשרים דינר ונשא ונתן ופחת תשעים הרי שמעון משלם שלשים ונמצא ראובן נוטל ששים כו' לפיכך שטר עסק היוצא על היתומים שהי' אביהן מתעסק בו נשבע בעל השטר וגובה מחצה שהוא בתורת מלוה כו' ולמה אני אומר שאין פוחתין לו כנגד שכרו שנתעסק בפקדון שהרי אבד כל החצי של פקדון ולא נשאר כלל פקדון שנאמר שאם לא יטול שכרו יראה כרבית שהרי חצי המלוה בלבד הוא נוטל וכן אם התנו שיטול המתעסק רביע השכר ואבד הממון כולו משלם הרביע כולו שהוא בתורת מלוה אבל אם נשאר מהממון מעט שאם תוסף על אותו המעט שתות ההפסד שפחתו יבא הכל רביע הממון או יתר ה"ז משלם שתות בלבד מן הטעם שבארנו עכ"ל והשיג ע"ז הראב"ד ז"ל בזה לא כיון שמועותיו שהרי פרש טעמו נשבע וגובה מחצה ואין פוחתין לו כנגד שכרו שמתעסק בפקדון שהרי אבד כל החצי של הפקדון וכו' מעתה כל מה שישאר וזה מתעסק בו והעסק לשניהם ראוי הוא שיטול בו שכר עמלו לחשבון שהי' נוטל מתחלה כו' עוד כתב הרמב"ם בפ"ו משותפין הלכה ב' ז"ל תקנו חכמים שכל הנותן מעות לחבירו להתעסק בהן יהי' חצי הממון בתורת הלואה והרי המתעסק חייב באחריותו אעפ"י שאבד באונס והחצי הוא בתורת פקדון והרי הוא באחריות בעל המעות ואם נגנב או אבד החצי של הפקדון אין המתעסק חייב לשלם והקשה הראב"ד ז"ל א"א ולמה לא יהיה כשומר שכר על הפקדון והלא נוטל עליו שכר כפועל בטל.

ולתרץ כל זה נראה לי דס"ל להרמב"ם דהנה לכאורה קשה כיון דמסתמא היכא דלא התנו ס"ל להרמב"ם דאינו מפסיד אלא שליש ובאגר נוטל שני שלישים א"כ אמאי

אמרינן האי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון הא אם נלך בתר הריוח נוטל שני שלישים ואם נלך בתר ההפסד הוא סובל רק שליש ואיך קרי לה פלגה מלוה ופלגה פקדון והנה לקמן ק"ד איתא השתא דאמר רבנן פלגה מלוה אי בעי למשתי בי' שכרא שפיר דמי רבא אמר להכי קרי לה עסקא דא"ל כי יהבינא לך נאעסוקי ולא למשתי שכרא אמר רב אידי בר אבין ואם מת נעשו מטלטלין אצל בניו רבא אמר להכי קרו לי' עסקא דאם מת לא יעשה מטלטלין אצל בניו לכן סובר הרמב"ם דמאי דאמרו פלגא מלוה אין הכונה שבעד המחצה נתחייב דמים וקנה גוף הדמים או הסחורה שנותן לו בתורת הלואה למחצה דלהכי קרו לה עסקא שלא קנה זה בתורת הלואה דכל גוף הדמים או הסחורה הוא של הנותן אלא דהוי מחצה כמו שומא אצלו היינו שהמקבל קבל עליו אחריות בעד זה למחצה שבאם יאבדו או יאנסו הוא ישלם המחצה נמצא אין המקבל לוה כלל עדנה שהרי לא קנה עדנה את הדמים או הסחורה בתורת הלואה ומן התורה לא הוי הלואה כלל וממילא אין כאן רבית מן התורה רק התחייבות לשלם מחצה אם יאבדו או יגנבו אכן מדרבנן חיוב אחריות הוי כמו מלוה א"כ הרי הוא מתעסק בעד המחצה שאין עליו לא אחריות שכר אם ירויח ומדרבנן הוה רבית כיון דמדרבנן גם חיוב אחריות שאף על אונסין הוי כמו הלואה משו"ה מדרבנן אסור אם לא שיתן לו שכר עמלו או שיתנו שיהי' לו חלק בריוח או שיקח בעל המעות חלק בהפסד ולפי זה עסקא יש שני תנאים תנאי אחד שהוא מקבל אחריות שלא יחסר לו מחצה ע"ז מקבל אחריות שלא יחסר לו מחצה שעד מחצה מחייב הוא לשלם בכל אופן וזה הוא היסוד של עסקא שמפני זה עסקא פלגא מלוה הכונה בתורת מלוה היינו שהוא מקבל אחריות בעד אונסין שמחצה יהי' לו ועוד תנאי שבאם יאבד פחות ממחצה כמו שליש אף שעוד נשאר לו יותר ממחצה הוא מקבל אחריות על מחצה שיאבד כל זה אם נותן שכר עמלו אבל אם אין נותן שכר עמלו אז אם התנו שהמקבל נוטל מחצה מן הריוח אז תקנו חכמים שיהי' התנאי שבאם יפסיד פחות ממחצה לא יפסיד אך השליש ממה שנאבד ואם התנו שאף אם יפחת פחות מהמחצה ג"כ יסבול המקבל מחצה אז צריכה שתהי' לו חלק בריוח שני שלשים כדי שזה יהיה שכרו על עמלו על החלק שלא קבל אחריות אבל על זה קבל אחריות שמחצה בודאי יהי' להנותן אכן הראב"ד סובר דהאי פלגא מלוה הוא כפשוטו דמחצה קנה ונתחייב הדמים והוא ממש פלגא מלוה ופלגא פקדון דבעד מחצה כבר נתחייב דמים וחיובו אינה בתורת אחריות אלא מפני שקנה הדבר למחצה ונתחייב מחצה והוי מלוה ממש והא דאסור למשתי שכרא ולא נעשה מטלטלין אצל בניו מפני שהי' התנאי

רק שלא יעשה שום דבר אלא יחזיק בעסקא ומחצה הוי אפותקי להנותן שלא יעשה מטלטלין אצל בניו ואזל הרמב"ם והראב"ד לטעמיהו בכל הנך הדברים שהבאנו למעלה: **בדין** אם נגנב דסבירא להרמב"ם דהמקבל אין מפסיד והקשה הראב"ד הא הוי ש"ש ואמאי לא ישלם בעד גנבה הנה להרמב"ם בעסקא מה שמשלם המקבל מחצה הוא משום התנאי שהתנו שיתחייב באחריות ואחריות כולל בין אונסין בין גנבה א"כ הא מפורש התנו שיפסיד רק המחצה וא"כ אף שהוא ש"ש הא כל חיובו מטעם קבלת אחריות הא התנו שמקבל אחריות למחצה והא ודאי דש"ש יוכל להתנות שלא ישלם רק מחצה ובפרט אם יתנה ש"ש הנני מקבל אחריות על מחצה בין גנבה בין אונסין ועל מחצה השני אהי' פטור ובודאי דמתנה שומר שכר להיות כשומר חנם למחצה דהא להרמב"ם חיובו רק מפני תנאי קבלת האחריות והוא קבל רק על מחצה אכן להראב"ד הם לא דברו אודות אחריות רק עסקא פלגא קנה ונתחייב ממילא באונסין דעסקא הפירוש פלגא הנני קונה והנני מתחייב לך דמים ואם נאנס משלם לא מטעם שהתנו על חיוב אחריות אלא משום דשלו נאבד ואודות אחריות לא דברו וא"כ לדברי הראב"ד כיון שלא דברו על אודות אחריות ממילא נשאר הדין דפלגא שלא קנה אין מחויב באחריות אונסין אבל דין ש"ש עליו שהרי נוטל כפועל בטל משו"ה אם נגנב להראב"ד משלם אף מחצה דפקדון אבל להרמב"ם דדברו אודות אחריות דלדידי' מה שאמרו עסקא הכונה הנני מקבל אחריות למחצה הוי כאילו דברו בפירוש גם אודות אחריות גנבה דנא ישלם אלא מחצה דגם גנבה בכלל חיוב אחריות אכן פשיעה אינינה בכלל אחריות דפשיעה להרמב"ם מטעם מזיק משו"ה אם נאבד בפשיעה אף הרמב"ם יודה שמשלם אף בעד המחצה שבתורת פקדון וכן בהא דינא דפ"ז מהלכות שותפין שכתב הרמב"ם שאם התנו שיטול המתעסק רביע השכר כו' אם נשאר מעט מהממון שאם תוסיף על אותו המעט שתות ההפסד שפחתו יבא הכל רביע הממון או יתר ה' משלם שתות בלבד שעל זה הקשה הראב"ד שכיון שכתב הרמב"ם שהטעם שאם נאבד הכל משלם מחצה ואין פוחתין כנגד שכרו הוא משום שאבד כל החצי של הפקדון א"כ אם נשאר מעט מן הפקדון ראוי שיטול שכר עמלו לפי ערך שהי' נוטל מתחלה לפי שביארנו ג"כ לטעמיהו דלדברי הרמב"ם אין כלל מחצה של מלוה ומחצה של פקדון דהרי גוף הדבר הכל של הנותן ויש עליו רק חיוב אחריות שמחצה ישלם ולא הי' מלוה כלל ורק חיוב אחריות שמחצה ישלם ומהו הפירוש מחצה פקדון המחצה שאין עליו חיוב אחריות והנה כשנשאר מעט למשל בנתן לשמעון מאה ועשרים שכתב הרמב"ם ופחת תשעים והוא משלם שלשים הרי נאבד כל המחצה שלא קבל אחריות

שהרי הוא קבל אחריות על ששים ועתה נשאר לראובן אך ששים וכל המחצה שלא נתחייב באחריות אבד וכן בבבא היכא שהתנו שיטול רביע אם נשאר מעט ואם יוסיף שתות על אותו המעט ויהי' בין הכל רביע הרי אם התנו שיטול רביע על שלש רבעים לא קבל אחריות וא"כ אם אין לו אלא רביע הרי אבד הכל מה שנחשב כפקדון היינו מה שלא קבל אחריות ואף אם בין הכל יהי' מעט יותר אבל הא טרם שמשלם לא הי' יותר ממה שהתחייב ואין כאן כלל רבית לפי דין דרבנן אבל הראב"ד הא סובר דבכל מקצת שנשאר יש בו מחצה שקנה ונתחייב ומחצה פקדון וא"כ אם נשאר מעט נשאר פקדון וההלואה היא הלואה ממש שהרי קנה ונתחייב דמים א"כ פריך שפיר היכא דלא נאבד הכל יטול שכר עמלו בעד החלק בהמחצית הנשאר שהרי יש בזה מקצת פקדון והא דלהראב"ד לא הוי רבית מן התורה אם לא יתן שכר עמלו דהרי לדידי' הוי הלואה ממש שהרי לדידי' קנה המחצה ונתחייב דמים וא"כ הלא הוא עוסק במחצה של חברו בשביל המתנת מעות אפשר דטעם הראב"ד משום דאין ודאי שירויח וגם הא טרחתו גם לצורך עצמו אבל מדרבנן הוי רבית ממש משא"כ להרמב"ם אין כאן הלואה כלל ורק מחזי כרבית וכיון דלא יקבל הנותן אך מחצה לא מחזי כרבית משא"כ להראב"ד נשאר מחצה פקדון והוה מדרבנן רבית ממש:

והנה בחנוני או מתעסק מה שהוא מרויח אין הפירוש שהסחורה מעצמה משבחת ומרוחת מעצמה שא"כ להרמב"ם לא היה שייך כלל לומר שמחזי כרבית דהרי גוף הסחורה הרי היא של בעל המעות ואם הי' שייך לומר שהסחורה מעצמה מרוחת הרי המקבל אינינו נותן לבעל המעות אלא הוא לוקח ממנו דהרי גוף הסחורה הוי של בעל המעות דהרי להרמב"ם המקבל לא קנה בעצם גוף הסחורה ורק קבל אחריות וא"כ במאי מחזי כרבית לכן סבירא להרמב"ם דחנוני וכל מתעסק הוא המרויח ע"י טרחתו וא"כ מה שהוא נותן לבעל המעות הוא הנותן לו מזה שהרויח ע"י טרחתו ואעפי"כ לא הוי רבית מן התורה שהרי בעצם אין כאן הלואה והנה בגמ' הא אמר אי פלגא באגר תרי תלתי בהפסד אי פלגה בהפסד תרי תלתי באגר נמצא דבסתמא ספק לנו איך הי' התנאי ואם הוא ספק היכא דנפסד פחות מחצי ספק לנו אם קבל עליו המקבל בכה"ג אחריות על מחצה או קבל עליו אחריות רק על תילתא היכא דישאר לו המחצה והדין הוא דיד בעל השטר על התחתונה ומי היא על זה בעל השטר הנותן שהרי בלא קבלת אחריות אין עליו חיוב דהרי להרמב"ם לא נתחייב, המקבל דמים ממש רק חיוב אחריות עליו מעתה אם ספק לנו אם קבל עליו אחריות אמרינן יד בעל השטר על התחתונה ואין משלם בעד ההפסד רק שליש וכן אם הרויח דסובר הרמב"ם דההרוחה הוא ע"י טרחתו

א"כ ההרוחה שייך להמקבל אלא דנותן לבעל המעות חלק אם ספק לנו אם קבל לתת לו מחצה או קבל לתן לבעל המעות רק שליש אמרינן יד בעל השטר הוא הנותן על התחתונה ואינו לוקח מהרוחת המקבל ע"י טרחתו רק שליש משו"ה כתב הרמב"ם שאם הרויחו יטול המתעסק שני שלישים דמספק אין לו להמקבל לתן מטרחתו רק שליש ואם הפסיד מספק אין לו לשלם אלא שליש שמא על יותר לא קבל אבל הראב"ד הא ס"ל דהמקבל קנה המחצה וממילא כשנפסד בודאי דשלו נפסד החצי אלא דספק לנו שמא התחייב בעל המעות בעד טרחתו לנכות לו מחצה שלו שהפסיד דלדידי' גוף הסחורה מחצה של המקבל ובודאי שלו ג"כ נפסד וא"כ אם ספק לנו אם קבל עליו בעל המעות להחזיר לו איזה חלק בעד שלו שהפסיד מספק אינו מחויב אכן בדין זה שההרוחה הוא ע"י המקבל בזה סובר הראב"ד כהרמב"ם דהמקבל הוא שמרויח ואם ספק אם התנה לתן לבעל המעות מספק אין נותן ולדידי' בהפסד המקבל הוא בעל השטר שהרי הוא רוצה להוציא מאת בעל המעות בעד שלו שנפסד אכן בזה שמרויחים בזה בעל המעות הוא המוציא משו"ה כתב הראב"ד דשיבוש הוא אלא תרי תלתי באגר פלגא בהפסד אכן היש שטועים בזה סוברים כהרמב"ם שעסקא הוי רק חיוב אחריות לא הלואה ממש אכן הם סוברים בהרוחה הוא שהסחורה מעצמה משבחת וא"כ המקבל מוציא מבעל המעות ולדידהו היכא דספק אם יפסיד המקבל בזה הנותן המעות המוציא שהרי הספק בחיוב האחריות אבל אם הספק הוא בהרוחה אז המקבל הוא המוציא שכיון שהסחורה גופא עדנה של הנותן א"כ הוא המוציא ממי שהסחורה שלו משו"ה סבירא להו בהפסד דבעינן להוציא מהמקבל לחייבו באחריות אמרינן שמא לא קבל עליו יותר משליש משו"ה אם הפסיד לא ישלם אלא שליש אבל בריוח אין נוטל אלא חצי משום דילמא לא כיון הנותן לזכות אותו בריוח שישביח וירויח סחורתו רק החצי ומספק לא מפקינן מיני' ועל זה קאמר הרמב"ם דטועים המה דאין הסחורה מרויחה אלא שנותנין יותר להחנוני והמתעסק בשביל טרחתם א"כ הם המרויחים וא"כ אדרבה גם בריוח הנותן הוא המוציא:

והנה בספרנו על ב"ק ביארנו בסימן כ"א סוגיא דגמרא דיבמות דף ס"ו סוגיא דהמכנסת שום לבעלה דרב יהודא אמר הדין עמה ור' אמי אמר הדין עמו כיון דאמר מר אם מתו מתו לו ואם הותירו הותירו לו הואיל וחייב באחריותן יאכלו אמר רב ספרא מי קתני והם שלו הואיל וחייב באחריותן קתני ולעולם לאו דידי' הוא וכל היכא דחייב באחריותן אכלי בתרומה והתנן כו' כהן ששכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה ותסברא נהי דמחייב בגנבה ואבדה באונסה וכחשה ונפחת דמי' מי מחייב הא לא דמיא אלא

לסיפא כו' כהן ששם פרה מישראל יאכילנה כרשיני תרומה ע"כ ולכאורה אדרבה מזה ראי' מדכהן ששם פרה מישראל מאכילה כרשיני תרומה הא ראיה דהדין עמו בנכסי צאן ברזל שהם של המקבל שאם אין צאן ברזל ובעבדי צאן ברזל הדין עם המקבל איך מאכילין לפרה ועבד שאין הגוף שלהם של הכהן איך מאכילין אותם תרומה וביארנו שם דבצאן ברזל הגוף הוא של הנותן אלא שהמקבל מקבל עליו אחריות אונסה כחשה ונפחת דמי' א"כ הדמים של צאן הברזל הוא של המקבל אחרי שגם אונסא וזולא וכחשה עליו ובתרומה אף קנין כסף היינו דמי של הדבר ג"כ מאכיל בתרומה וכן מצינו באשה דאף דאין גופה קנוי להבעל וכמו דאיתא בגמ' גיטין דף ע"ז דאמר לי' רבינא לרב אשי רבא יד דאשה קא קשיא לי' נהי דקני לה למעשה ידי' גופה מי קנה לה ואעפי"כ אמרינן דכהן שנושא אשה אוכלת בתרומה שנאמר וכהן כי יקנה נפש קנין כספו היינו אף דגופה לא קני אבל קנין כסף שיש בבן חורין קנו לה משו"ה אוכלת ה"נ בעבדי צאן ברזל ובשם פרה אף אם נימא דהדין עמה והגוף שלה והיא יכולה לקח אותם אעפי"כ קנין הדמים שבהדבר כבר קנוי לו אחרי שהוא קבל עליו אונסה כחשה ונפחת דמי וכן להכהן ששם את הפרה:

והנה לפי זה במקבל צאן ברזל כיון דגוף הצאן עדנה של הנותן לא הוי עדנה הלואה ממש אחרי שעוד להנותן הגוף והוי רק חיוב אחריות והוי רק הלואה מדרבנן דרבנן עשאו חיוב אחריות כאילו היתה הלואה אכן הגמ' חקרה אילו לא היו מתנים על הולדות איך הי' הדין אם ילדה פרה שהדמים של אחד והגוף של אחד ומדקתני במתניתן אין מקבלין צאן ברזל משום דהנותן נוטל חלק בולדות ואם נימא דכיון דגוף הפרה עדנה של הנותן א"כ בלא תנאי הולדות שייכים לו שהרי באין מגוף הפרה א"כ בצאן ברזל אין המקבל נותן לבעל המעות אדרבה הוא לוקח בגיזות וולדות שבאו והם שייכים לגוף הפרה וא"כ המקבל אינינו נותן אלא אדרבה הוא לוקח וא"כ אמאי אין מקבלין צאן ברזל אף דאין מושיבין חנוני למחצית שכר התם הא המקבל נותן לבעל המעות כדביארנו לעיל דמה שחנוני מרויח ההרוחה הוא טרחתו שבעד טרחתו החנוני למכור קמעא נותן כל אחד ביוקר מי שקונה קמעא קמעא ואין רוצה לקח כל החבית בבת אחת א"כ אף שהרבית רק מדרבנן אחרי דהוי חיוב אחריות ואין כאן הלואה אבל עכ"פ רבית יש כאן שהרי המקבל נותן ריוח טרחתו לבעל המעות אבל הכא בצאן ברזל אם נימא דגיזות וולדות אחרי שהמה באים מגוף הפרה המה של בעל הצאן והגוף של הצאן הא המה של בעל הצאן א"כ אין כאן רבית כלל אף מדרבנן שאין המקבל נותן אלא לוקח וע"כ מדאין מקבלין צאן ברזל ע"כ דברשות דמקבל קיימא פרוש ובלא תנאי היו שייכים לו

הגיזות והוולדות משום דכיון דהדמים של הצאן שלו שייכים לו הגיזות והוולדות וא"כ הוא הנותן ע"ז הקשה אם בצאן ברזל הגיזות והולדות שייכים להמקבל א"כ קשה אמאי המקבל צאן ברזל מעכו"ם וולדות פטורין מן הבכור' הא שייכים המה להישראל מתחלת לידתם בשלמא אם נימא דברשותו דנותן קיימא היינו דבלא תנאי המה של העכו"ם ורק מפני התנאי נוטל המקבל א"כ כל זמן שלא הוחלטו ולא חלקו עדנה המה של עכום משו"ה פטורין מן הבכורה אבל אם נימא ברשותו דמקבל קיימא היינו דשייכים לו וא"כ הוא הנותן ומשו"ה אין מקבלין צאן ברזל א"כ אמאי פטורין מן הבכורה ומשני משום דהוי יד עכו"ם באמצע ולפי זה לא קשה מאי קמ"ל מתניתין דאין מקבלין צאן ברזל הא יש ללמוד זה מק"ו מדין דאין מושיבין למחצית שכר דהא גיזות וולדות דבאין מגוף הפרה הוה אמינא דשייכים לבעל הצאן וא"כ אין המקבל נותן אלא הוא לוקח ולא דמי להא דאין מושיבין דהתם הריוח בא בשביל הטרחא והיא של המקבל בודאי אשמעינן מתניתן דאף בגיזות וולדות מקרי שהמקבל מזכה לבעל הפרה בוולדות ובגיזות ואעפי"כ הוי רק רבית דרבנן אחרי דהוי רק חיוב אחריות לא הלואה ממש כיון דגוף הפרה הוי של בעל הצאן משו"ה כתב הרמב"ם שהוא רק רבית דרבנן:

והנה אף דמסיק הגמ' דברשותא דמקבל קיימא היינו דוקא אם בסתמא אבל אם התנו שאף שמקנה דמי הדבר אבל גוף הפרה אינו מקנה וא"כ יהיו שייכים לו לבעל הפרה גיזות וולדות בודאי דיוכל להתנות ואז יהיו שייכים הגיזות והולדות לבעל הצאן והנה בהאי דינא דמפקיד כששילם ששייך לו להנפקד הכפל כתב הרמב"ם שם בפ"ח מהלכות שאלה ופקדון שגוף הפרה מחזיר להבעלים ולפי זה לכאורה הא לא הקנה כלל המפקיד להנפקד את גוף הפרה וא"כ הקנין הוא רק לכפלא ולכאורה הא לג"מ דידן אי אפשר להקנות הגוף לכפלא דאל"כ נימא דמקנה גוף הפרה לכפילא וכדאיתא בתוס' ד"ה כגון דקל וא"כ מאי משני הרי פרתי קנוי לך הא גוף הפרה אין מקנה שהרי מחזיר הפרה לבעלים וא"כ איך שייך להנפקד הכפל אכן כפי שביארנו למעלה שיש אופנים כמו בשומא שדמי הפרה שייכים להמקבל וגוף הפרה של הנותן ה"נ למסקנא כיון דאמרינן שבחא דגופא מקני ה"נ ומכ"ש הא דגוף הפרה לא הקנה ומה הקנה אם שילם רק דמי הפרה והוי כמו שומא אצל השוכר בדמים וכיון דדמי הפרה קנוי להשוכר א"כ מי הפסיד בגנבת הפרה מי שדמי הדבר הוא שלו משו"ה נותן כפל להשומר שהרי כסף דמי הפרה היתה שלו ואם יגנוב גנב פרה שדמי הבהמה יהי' של אחד וגוף הפרה יהי' של אחד כיון דמי שהגוף שלו לא מפסיד עיקר הגנבה של מי שהדמים שלו דהרי מסקינן דברשותא דמקבל קיימא וכל שבח הפרה שייכים למי שהדמים שלו ומן הדין בלא תנאים היו

שייכים להשומר אף הגיזות וולדות שהרי מסקינן דברשותא דמקבל קיימא כיון שדמי הפרה כבר קנוי להשומר אלא שנעשה כמו שהתנה שהגיזות וולדות יהיו שלו ואם התנה דבריו קיימין כמו שבארנו למעלה ולפי זה מיושב היטב דברי הרמב"ם שכתב דיוקרא שייך להשוכר והקשה הראב"ד הא שבחא דגופא לא אקני והא יוקר הוי שבחא דגופא אכן לדברינו שבח יוקרא לא הוי שבח הגוף אלא שבח הדמים והם שייכים למי שהשומא שלו והיוקר הוא שבח הגוף ואילו לא הי' שייך הדמים להשומר לא הי' שייכים לו הכפל דהא פרה לכפילה אין אפשר להקנות וא"כ הא דקונה הכפל ע"כ משום דדמי הפרה הוא שלו וא"כ היוקרא הוא שלו ומן הדין היו שייכים לו הגיזות והוולדות אף שגוף הפרה לא קנה דהא מסקינן ברשותו דמקבל קיימא ורק בכה"ג מסתמא הוי כאילו התנה חוץ מגיזות וולדות אבל שבח הדמים שייכים לו:

אכן הראב"ד סבירא לי' דהקנה לו כל הפרה אלא דשייר לעצמו זכותים בשבחים הבאים מגוף הפרה ובכלל זה התנה שבאם תחזור הפרה עצמה יקנה לו הפרה והוי כאומר מעכשיו קנוי לי הפרה לכשתחזור וממילא שייר גם זכותים ביוקרא כיון דהוי בגוף הפרה ושבחא דגופא לא אקני ולפי זה לא קשה קושית המ"מ דאיך יוכל להיות דאח"כ כששלם יקנה היוקר דהראב"ד ע"כ סובר דהקנה לו כל הפרה רק דשייר לו זכותים א"כ שייר הזכות הזה רק עד שישלם או שיאמר הריני משלם אבל כשאמר הריני משלם נפקע שיורו ששייר וממילא היוקר שלאחר ששילם שייכים להשומר:

סימן כג

יבאר דהיכא דהמכירה שיווי הדבר יש הונאה והיכא דהמכירה עיקר בשביל תשמיש הדבר אין אונאה ויבאר דבפירות עיקר הדבר השווי ויבאר אי ירושה חל לפי המדה או לפי הדמים ומבאר דכופין על מדת סדום הוא רק בחלוקה או היכא שהוא משתמש בעצמו אבל אין כופין למכר אף היכא דאין לו היזיק.

(דף מ"ז) **אמר** רבה אמר רב הונא מכור לי באלו קנה ויש לו עליו אונאה כו', קנה דכי חליפין דמי ויש לו עליו אונאה דמכור לי באלו קאמר, ע"כ, כתב הרמב"ם (בפי"ג הלכה א), ז"ל המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפילו מחט בשיריים או טלה בסוס אין לו הונאה, שזה רוצה במחט יותר מן השיריים, אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קודם המכירה בין ששמו אותם אחר המכירה יש להן הונאה, עכ"ד הרמב"ם:

והשיג על זה הראב"ד. ז"ל א"א דבר זה לא ידעתי מאין לו, ואולי טעה בירושלמי דפרק הזהב תמן תנינן כל הנעשה דמים באחר כיון שזכה זה כו' אמר ר"י לא שנו אלא שור

בפרה וכו' הא צבור בצבור לא קנה, ונראה לו כמו שחילקו בין חמור לפרה, לצבור פירות בצבור פירות לענין קניה, כך חילוק לענין אונאה, ואין זה מחוור, דלענין קני' אילו בתורת חליפין נתן לא קנה דסבירא לן פירות לא עבדי חליפין, ואם בתורת מכר ומקפיד על דמהן, אפילו סוס בפרה, קנו ומחזירין אונאה דהא מכור לי קאמר. עכ"ל הראב"ד.

ונראה לי לומר דהרמב"ם למד דינו מירושלמי דקדושין, פ"א הלכה ז', דאיתא התם תמן תנינן זה הכלל כל המטלטלין קונין זה את זה ר' בא רב הונא בשם רב אפילו צבור בציבורין א"ל ר' אלעזר, לא שנינו אלא כל הנעשה דמים באחר בלבד דבר שהוא צריך לשום (ופירשו המפרשים דפלוגתייהו במחליף שני דברים השוים, אי מועיל חליפין בכהאי גווני, אי לא, דר' בא ס"ל:

דאפילו החליפו שני דברים שוים, ג"כ כיון שמשך האחד קנה השני ור' אלעזר ס"ל דדוקא, אם הם אינם שוים שצריך לשומם, אז קונין זה את זה בחליפין. אבל לא דברים השוים), אתיא דרב הונא כר' יוחנן ור' אלעזר כשיטתו דתנינן תמן האחין השותפין שחייבין בקלבון פטורין ממעשר בהמה ושחייבין במעשר בהמה פטורין מן הקלבון, אמר ר' אלעזר והן שחלקו גדיים כנגד תיישים. אבל אם חלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים. הוא חלקו משעה ראשונה (ופירשו מפרשי הירושלמי דחזינן מזה דר' יוחנן ס"ל אפילו בדבר השוה שייך חליפין ומכירה ור' אלעזר ס"ל דבדבר השוה אין שייך חליפין ומכירה) עכ"ד הירושלמי.

והנה כבר תמהתי בספרי לבוש מרדכי על ב"ק סימן ו' על דברי הירושלמי דמאי תלי הירושלמי:

פלוגתא דר' אלעזר ורב הונא אי שייך חליפין, בשני דברים השוים, בפלוגתא זו, אי אמרינן בחלקו גדיים כנגד גדיים אי אמרינן זהו חלקו משעה ראשונה דלכאורה אינם שייכים כלל זה בזה, דהרי פשוט דטעמא דר' אלעזר שמחלק בין גדיים כנגד גדיים. ובין חלקו תיישים כנגד גדיים:

הוא דס"ל לר' אלעזר ברירה, דאמרינן כשחלקו גדיים כנגד גדיים, הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה. אבל בשני מינים לא אמרינן ברירה, ור' יוחנן ס"ל דלא אמרינן ברירה זהו חלקו משעה ראשונה אף בחלקו גדיים כנגד גדיים:

דלא ס"ל ברירה, אבל מאי ענין זה לדין אם דברים. השווים קונים בחליפין, אטו הא דלקוח פטור ממעשר בהמה הוא דוקא אם הי' הקנין בחליפין אבל אם הי' המכירה בקנין אחר, אטו אין זה לקוח הרי לדין לקוח אין חילוק, באיזה קנינים קנה ואז אף אם

נימא דדברים השוים אין קונין זה את זה בחליפין, וא"כ אחים כשחולקים גדיים כנגד גדיים הי' קנינם בקנין אחר שלא בקנין חליפין, ג"כ יהי' על זה דין לקוח:
וע"כ טעמא דר' אלעזר דס"ל אמרינן דזה לקוח משעה ראשונה, הוא משום ברירה, וא"כ אף הי' סובר דברים שווים קונים זה את זה בחליפין ג"כ יוכל לסבור ברירה, וכן ר' יוחנן דס"ל לא אמרינן חלקו משעה ראשונה הוא, דלא ס"ל ברירה, יוכל לסבור דדברים שווים אין קונין זה את זה בחליפין, ואעפי"כ כיון דלא ס"ל ברירה, הוי לקוח. דחלקו ביניהם ע"י קנין אחר, ג"כ הוי לקוח ועיין שם מה שביארנו דברי הירושלמי. אכן כעת נראה בע"ד לפרש דברי הירושלמי באופן אחר.
ונראה לי דהנה בחו"מ סימן קע"א סעיף י"ג איתא דבר שאין תשמישו שוה כגון שתי שפחות שאחת יודע לאפות ולבשל, והאחת יודעת לטווות או שני כלים שאין מלאכתן שוה וכל אחד צריך לשניהם, אפילו אם דמיהם שווים אין אחד יכול לומר לחבירו טול זה ואני השני או איפכא. לפי שכל אחד צריך לשניהם, כו' אלא אם ירצה יאמר לו באחד מהם גוד או אגוד והשני ישאר בשותפות או יאמר בכל אחד זה אחר זה גוד או אגוד. ושני דברים שתשמישתן שוה ואין בשום אחד מהן כדי חלוקה הא ודאי שיכול לומר כל אחד מהם לחבירו גוד או אגוד:
דהיינו שחולקין אחד כנגד חבירו ואחד נוטל אחד והשני שני, וה"ה לאם אין דמיהם שוים, ויש מי שחולק בזה, עכ"ל המחבר.
וקשה לי לדברי הפוסקים דס"ל דגם אם אין דמי החפצים שוים, חולקים אחד נגד חבירו. א"כ תקשה הא דאמרינן בבכורות דאם חלקו גדיים עשרה כנגד תשעה אז הוי כלקוח, ופטור ממעשר בהמה. ואם חלקו עשרה כנגד עשרה אז אמרינן ברירה שזהו חלקו. משעה ראשונה והנה הא דאמרינן בעשרה כנגד עשרה, ברירה, ע"כ תליא בזה אם הדין הוא שיחלוקו, כן, דאם לא נימא כן קשה, מ"ש דבגדיים כנגד גדיים אמרינן ברירה, ובטלאים כנגד גדיים לא אמרינן ברירה. ולכאורא הא כמו דלא נוכל לומר בטלאים כנגד גדיים הוברר הדבר שמתחלה הגיע לחלקו של זה הטלה, ולחלקו של זה הגדי, שהרי הי' יכול להיות בהיפך שזה יקח, הטלה וזה הגדי:
וא"כ לא נוכל לברר, שמתחלה, הגיע כן כמו שחלקו. לזה הגדי ולזה הטלה, משום שהי' יכול להיות איפכא, א"כ גם בגדיים כנגד גדיים, וטלאים כנגד טלאים. איך נוכל לומר ברירה, שהוברר הדבר שמתחלה הגיע לחלקו של זה. הגדי הזה ולחלקו של זה הגדי הזה שהרי הי' יכול להיות איפכא, וע"כ צריך לומר דתליא בזה איך הוא הדין שיחלוקו, אם באין לב"ד להורות להם. דבחלקו טלאים כנגד טלאים. דתשמישתן שוה, דאז דין

החלוקה הוא שיחלוקו טלה כנגד טלה, וגדי כנגד גדי, א"כ נוכל לומר הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה היינו שעמד מתחלה כן אבל בחלקו טלה כנגד גדי. דלא הי' הדין כן, שיחלוקו טלה כנגד גדי:

שהרי בשני מינים:

הא אין הדין שיחלוקו מין אחד כנגד חבירו:

רק על כל מין בפני עצמו אמרינן גוד או אגוד. א"כ לא נוכל לומר הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה:

שהרי לא עמד כלל מתחילה, שיהי' זה חלקו. לא אמרינן ברירה, אלא אם עמד כן, שיחלוקו כאשר חלקו. אבל לא היכא שלא עמד שיחלוקו כן. וא"כ לפי זה קשה, אם נימא דבשני דברים שתשמשתן שוה, אף שאין דמיהן שוה, אם היו באין לחלוק) הינו מורין, שיחלקו מין אחד כנגד חבירו דאף שאין דמיהן שוה הוי כמין אחד שיחלוקו אחד כנגד חבירו, א"כ אמאי בחלקו ט' כנגד יוד, לא אמרינן זהו חלקו משעה ראשונה. הא כיון שהדין הוא שיחלוק, כן, א"כ נימא הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה, נהי שמתחילה יכול הי' להיות, שזה יקח היוד, וזה הטק, היינו איפכא, ממה שחלקו, אבל הא גם גדיים כנגד גדיים יכול הי' להיות, שזה יקח הגדי הזה. וזה הגדי הזה אמרינן כיון שחלקו כן הדבר הוברר שזהו חלקו. משעה ראשונה. ומה שחלקו כן מברר, שכן עמד מתחילה, כיון שהדין הי' שיחלוקו, כן א"כ גם בחלקו, עשרה כנגד תשעה, כיון דהדין הי' כן שיחלוקו, עשרה כנגד תשעה נימא הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה, ומדלא אמרינן בחלקו עשרה כנגד תשעה ברירה, ע"כ דהיכא דאין דמיהן שוים, דינם כשני מינים, דעל כל אחד בפני עצמו, יכולין לומר גוד או אגוד:

וקשה לדברי הפוסקים דאף דאין דמיהן שוים:

חולקים אחד כנגד חבירו.

ונראה לי לישב, דהנה הרמב"ם כתב בפי"ב מהלכות שכנים הלכה א' ז"ל האחין או השותפין. שבאו לחלוק, את השדה, וליטול כל אחד חלקו, אם היתה כולה, שוה ואין שם מקום טוב ומקום רע, אלא הכל אחד חולקין, לפי המדה בלבד, ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהא סמוך, לשדה אחר שלי, ויהי' הכל לשדה אחת, שומעין לו וכופה אותו על זה שעיכוב בדבר זה מדת סדום הוא. אבל אם הי' חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר, יותר או קרוב, לדרך ושמו אותה היפה, כנגד הרע, ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה. אין שומעין לו, אלא נוטל בגורל עכ"ל הרמב"ם וכבר תמה הכ"מ דבב"ב דף י"ב איתא. ההוא דזבן, ארעא אמיצרא דבי נשא כי פלגי אמר נהו פלוגו לי אמצראי:

אמר רבה כגון זה כופין אותו על מדת סדום, מתקיף לה רב יוסף אמרי לי' אחי מעלינן לך עלויא כנכסי דבי בר מריון, והילכתה כרב יוסף תרי ארעתא אתרי נגרי אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום, מתקיף לה רב יוסף זימנין דהאי מדויל והאי לא מדויל, והלכתא כרב יוסף. כו' והשתא מה דאמר הרמב"ם ואם אמר אחד. מהם תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהי' סמוך לשדה אחר. שלי שומעין לו. הרי הוא כדעת רבה, וקשה דהרי איפסקה בהדיא כרב יוסף וכתב הב"י והתימא מה"ה שלא הרגיש בקושיא זו כלל, וכתב שפסק כרב יוסף. והדבר ברור שאינו כן. ועיין בלח"מ שהקשה דלמה לא הביא האי גמ' דתרי נגרי זמנין דהאי מדויל, והאי לא מדויל כו'.

ע"כ נראה לתרץ. דהנה בתוס' בב"ב שם (דף י"ב) ד"ה כגון זה, הקשו לרבה דס"ל כופין על מדת סדום אמאי איצטריך קרא בבכור דיהבינן לו אחד מצרא, ואומר ר"י לפי שלא נתן הכתוב כח אלא כב' אחין ואילו הי' שני אחים רוצים להשתתף לא כפינן לשלשי, לתת להם חלק ביחד, ועוד דבכור מתנה קרי' רחמנא:

כדאמר ביש נוחלין דכתיב לתת לו פי שנים ואין לכוף את הנותן, ולכאורה תירוצא קמא דתוס' עדנה, אינו מובן. דגם בשני אחים שהיו רוצים להשתתף, אילו הי' להם נפקא מינה:

אמאי לא נכוף על מדת סדום רק דבשני אחים אולי אין שייך לכוף. כי יאמר השלשי אני אחפוץ להשתתף, אבל הכא דעכ"פ טובה הוא לו, שיחלקו, לו על מצר אחד, אמאי לא נכוף על מדת סדום. לרבה דס"ל כופין. לכן נראה לי דבאמת הא דכופין על מדת סדום. הוא דוקא בחלוקה, שכופין שיחלקו באופן זה. אבל ודאי. אילו הי' לאחד שדה, על מיצר חבירו משני רוחותיו:

לא נכוף את האמצעי שיחליף עמו השדה, דבודאי משום, כופין על מדת סדום לא נכוף לאחד למכור דבר שהוא שלו, ודינא דכופין על מדת סדום, הוא רק היכא שרוצה למחות לו להשתמש, או היכא שאחין באין לחלוק, דאמר לי' פלוג הכי, כיון שאין נ"מ לו כופין שיהי' החלוקה כן. אבל לכפות האחד למכור שלו לחבירו, כו"ע מודו דאין כופין. וכן היכא דהוי רק חלוקה, ואין שום נ"מ כולי עלמא מודו דכופין על מדת סדום ומשו"ה כיון דאין לו לבכור קודם חלוקה, קנין בהנכסים, דמשו"ה השבח אינו שלו, דדין בכורה הוא רק מתנה ואף דנפסק הלכה, בב"ב (דף קכ"ו ד"ה והילכתא) דיש לבכור קודם חלוקה היינו רק לענין זה, דהוי ראוי לתן לו, אבל קנין אין לבכור קודם חלוקה, כמפורש שם בתוס' וד"ה והילכתא, נמצא דבבכור, דאין לו קנין מה שיכופו, על מדת סדום, הוא שיתנו לו מצד זה, ולתן או למכור אין כופין דרך לענין חלוקה, דכבר הדבר שלו, אז שייך

כופין על מדת סדום, אבל לא לכוף לו למכור או לתן, ואף שהוא מחויב ליתן, היכא שהוא רוצה ליתן שדה זה, לא נוכל לכופו, לתן שדה אחר שלו משום מדת סדום ולדעתי נראה דאף בבע"ח, כשטורפין שדה שלו אם ירצה הלוה לתן שדה אחרת, והמלוה יבקש שדה ממש כזו אמיצרא דידי', יהי' רשות ביד הלוה לעכב דאף שמחויב הוא למכור לו שדה בעד החוב לא נוכל לכופו למכור שדה זה שאותה איננה רוצה ורק בחלוקה. דגם לו יש קנין בהשדה, בזה שייך כופין על מדת סדום, ומשו"ה המחבר בחו"מ סימן ק"ב כתב בסתמא ז"ל לא יוכל המלוה לומר תן לי שדה, פלונית שהיא. חביבה עלי משמע דאף שיש לו טעם שהיא חביבה עליו ג"כ אין שומעין והיינו כיון שאין הדבר שלו. ובעי שימכור לו, אין כופין לאדם:

למכור דבר שלו מפני מדת סדום.

והנה רבה ורב יוסף פליגי אי ירושת השותפין חל לפי הדמים או לפי המדה, היינו היכא שיש שדה, שחצי השדה גרועה וחצי השדה טובה:

רבה ס"ל דכל יורש, חלק שיווי בהקרקע, למשל אם הקרקע שוה אלף זוז, יורש כל אחד חלק לפי השיווי נמצא כשחולקין השדה לפי שווי, ג"כ לא הוי מכירה, אלא, חלוקה, דנוטל כל אחד חלק, שיווי חצי הקרקע וכיון דלא הוי מכירה. רק חלוקה:

משו"ה ס"ל לרבה דכופין על מדת סדום. אכן רב יוסף ס"ל דכל אחד יורש לפי המדה, וכשחולקין אחר כן לפי הדמים, אז הוא מכירה, שהוא ירש חצי הטובה וחצי הרעה, אלא שאחר כן הוא מוכר כל אחד לחבירו, זכותו שלו מפני מה שלוקח כנגדו, היינו שהוא נוטל פחות מחצי המדה, בשביל זה שהוא נותן לחבירו הגרוע, וכיון דלא הוי החלוקה כפי שירשו, דהם ירשו כל אחד חצי המדה, ועתה חולקים לפי הדמים א"כ הויא עתה מכירה שמוכר חלק שיש לו בהטוב בשביל היותר שהוא נוטל, לפי הדמים וכיון דהיכא דאין חולקים כפי הירושה הויא מכירה, א"כ ס"ל לרב יוסף דמצי אמר מעלינן לך כנכסי דבי בר מריון פירוש, היכא דאין צריך לשום, אז הוי רק חלוקה שפיר שייך לומר כופין על מדת סדום, כמו שאמר רב יוסף בעצמו. לקמן בתרי ארעתא אחד נגרא אבל היכא שצריך לשום, זה כנגד זה, היכא שאינם שוים, אז היכא שצריך אני למכור דבר שלי, אז יכולין האחין לומר למכור לך דבר שלנו בלי גורל אין אנו רוצים למכור. דאצלי דבר שלי שוה כנכסי דבי בר מריון ואין אני רוצה למכור שדה זו. דהרי היכא דאינם שוים צריך אני למכור זכות שלי, וזכות שלי לא אחפוץ למכור במחיר, דלכוף למכור לא שייך כופין על מדת סדום. ואח"כ אמר תרי ארעתא אתרי נגרי, אמר רבה כגון זה כופין על מדת סדום אמר רב יוסף זמנין דהאי מדויל והאי לא מדויל והנה רש"י פירש היינו זמנין

שהמעין הזה יבש וזה לא יהי' יבש, אכן הרמב"ם הלא הוא מפרש נגרא דרך, וא"כ לדידי' ע"כ הכי פירושא דרב יוסף הקשה איך אמר רבה בסתם דבשני שדות ששוים בדמים. אם הם על שני דרכים כופין על מדת סדום זמנין דהאי מדויל, פירוש הדרך הזה יש לו מעין. והאי לא מדויל פירוש הדרך הזה אין לו מעין וא"כ הרי יוכל לטעון. טובה זו שיש מעין שוה אצלי יותר כי הזכות הזה של המעין איני חפץ למכור:

ולפי זה הרמב"ם נקיט כסדר דינא דגמרא ולא השמיט שום גמרא וכתב דאם היתה השדה שוה, ואין שם מקום טוב ורע, א"כ הוי רק חלוקה בזה גם רב יוסף מודה דכופין על מדת סדום. אבל אם הי' חלק אחד ממנה טוב, (זהו דין דמעלינא כנכסי דבי בר מריון היינו היכא דצריך שומא) או קרוב לנהר יותר, (זהו דין דתרי נגרי דלפירוש הרמב"ם הוא שני דרכים, וקאמר רב יוסף זמנין דהאי מדויל פירוש יש לו מעין. והא לא מדויל, זה אין לו נהר או מעין) או קרוב לדרך, (זה למד הרמב"ם מדבעי דוקא אתרי נגרי דהיינו שני דרכים:

או חד נגרא פירוש לדרך אחד, מכלל דגם בדרך איכא קפידא) ואמר תנו לי בצד זה בשומא אין שומעין לו דכיון דצריך לשום זכות או מדה, הרי הויא מכר, ובמכר אין כופין על מדת סדום, דיכול לומר דבר שלי למכור הנני מעלה כנכסי דבי בר מריון. ואיני רוצה למכור אלא בדמים מרובים:

והנה הרמב"ם כתב (בפרק א' מהלכות שכנים הלכה ב') ז"ל לפיכך שני אחין אחד עני ואחד עשיר שהניח להם אביהם מרחץ ובית הבד, אם עשאן האב לשכר השכר לאמצע כ"ז שירצו לעמוד בשותפות, כו' ואם אינו עשוי לשכר אם חצר הוא שוכנין בה שנה שנה, שאי אפשר שישכנו שניהם כאחת מפני ההיזק ראי', עכ"ד הרמב"ם, והקשה על זה ה"משנה למלך" ז"ל לרבינו ז"ל שסובר דעבדינן חלוקת ימים קשה הא דהקשו בפ' השותפין למאן דלית לי' דינא דגוד או אגוד. בבכור ופשוט. שיש להם עבד לדידי' נמי דאית לי' גוד או אגוד היכא דלא בעי לא למכור ולא לקנות היכי עבדינן מאי אית לך למימר חלוקת ימים, ה"נ עבדינן ליה עכ"ד הלח"מ:

ונראה לתרץ דהנה מחלוקת הנך אמוראי בגוד או אגוד, דמאן דס"ל לא אמרינן גוד או אגוד ס"ל אף דאין לחלוק, באופן שיהי' לכל אחד חלק בהדבר, אעפי"כ אין יכול האחד, לכוף את חבירו. לא שימכור לו את חלקו, ולא שיקנה הוא חלקו ואף אם יתן לו הברירה ס"ל דיוכל לומר איני רוצה. לא למכור לך חלקי, ולא לקנות חלקך, ונעמוד בשותפות:

אכן מאן דס"ל אית דינא דגוד או אגוד, ס"ל כיון דאין אופן איך לחלוק, שיהי' לכל אחד. ס"ל דיוכל לכוף, או שימכור לו חלקו:

או שיקנה הוא חלקו שלו, והנה רבא, דפריך לרב נחמן:
לדידך דאמרת, לית דינא דגוד או איגוד בכור ופשוט:
שהניח להן אביהן. עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין. הי' סבור דחלוקת ימים נמי מכר הוא. שמוכר תשמיש יום זה, בעד יום השני ומוכר הזכות שיש לו בתשמיש יום הזה, בעד זה שהוא יתן לו תשמיש יום השני, ומשו"ה פריך לרב נחמן לדידך דלית לך גוד או אגוד היינו דסבירא לך שאין שותף יכול לכוף שותף חבירו, למכור לו, איך יעשו בעבד ובהמה טמאה, היינו דהפשוט יעכב שיקח הבכור שני ימים כיון שירויח בזה שיעשה שני ימים זה אחר זה והבכור לא יוכל לכופו, שימכור לו זכות שיש לו בהשני ימים תשמיש, בשביל תשמיש יום אחד, ולפי זה אליבא דרב יהודה, לא קשה כלל דאף אם נימא דחלוקת ימים נמי מכירה ג"כ לא קשה דהלא יוכל כל אחד לכוף את חבירו בתורת גוד או איגוד, וא"כ אף אם יהי' הגוד או אגוד על הימים, ג"כ ודאי דיכול לכופו. ורק לרב נחמן פריך דלית ליה גוד או אגוד, איך יעשו, ולזה משני רב נחמן. דעובד לזה יום אחד ולזה שני ימים דס"ל חלוקת ימים נמי חלוקה היא. וכיון שיש חלוקה בימים, אף שאין החלוקה בגוף הדבר:
ג"כ הויא חלוקה, א"כ הרי ודאי דלחלוק, יוכל שותף לכוף חבירו, דאף דלמכור אין יכול אבל לחלוק יכול, וא"כ לא קשה מה שהבכור ירויח יותר דהרי יש לו שני ימים:
ונוכל לומר לדברינו שיתיישב בטוב קושית התוס' שהקשו מאי פריך רבא דוקא בכור ופשוט שהניח להן אביהם בכור ובהמה טמאה. כיצד עושין, לפרוך גם בפשוט ופשוט, כן לדברינו, ניחא, דרבא הוי ס"ל דחלוקת ימים לא הויא חלוקה כל זמן שנא חלקו הגוף, א"כ קושיתו הוא כן, בכור ופשוט. שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין, דבשלמא פשוט ופשוט, א"כ כשהאחד ישתמש יום אחד הלא מחויב הוא לחבירו לשלם שכר התשמיש, וא"כ לא קשה איך יעשו, דאף אם ישתמש האחד יום אחד הלא יוכל השני להשתמש אח"כ, בעד שכר המגיע לו. שישתמש יום זה בעבד שלו, אבל בבכור דאין לבכור קודם חלוקה, א"כ יום זה שהשתמש, כ"ז שלא הי' חלוקה, השכירות הוא רק שבח הדבר, ואין לבכור בשבח ששבחו נכסים. א"כ בכור ופשוט, שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, דזהו דבר שאי אפשר לחלוק, גוף הדבר, ולדידך דסבירא לך, דאין יכול לכופו למכור, א"כ יפסיד הבכור לעולם, שהרי כל זמן שלא חלקו לא יטול הבכור בשבח. א"כ תשמיש הדבר היינו פעולת העבד יחנוקו בשוה, ויפסיד לעולם הבכור שנא יטול אלא כפשוט א"ל שאני אומר עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים דסבירא לי דחלוקת ימים נמי הויא חלוקה, וא"כ נוטל הבכור שני חלקים בחלוקת הימים. ולפי זה בודאי

דלא קשה מתחילה. למאן דאית לי' גוד או אגוד דבודאי כיון שאם לא יאמר גוד או אגוד, יפסיד הבכור חלקו לסברת רבא דסבירא לי' חלוקת ימים לא הויא חלוקה כ"ז שאין חולקין גוף הדבר בודאי דלא קשה שהבכור בודאי יאמר גוד או אגוד. כדי שלא יפסיד חלקו, וכ"ז שלא אמר כן בודאי דיפסיד ככל בכור, שאם השביחו נכסים. קודם שחלקו אין נוטל בשבח וקושית רבא הוא רק למאן דלית לי' גוד או אגוד, כיצד יעשו דהבכור יפסיד לעולם שוב מצאתי שכוונתי בזה לדעת הרשב"א הובא בש"מ עיין שם ותמצא מבואר כדברינו:

ועל פי זה מיושב קושיתנו שהקשינו למאן דס"ל דבשני דברים שתשמישתן שוה, אף שאין דמיהן שוה, הויא כחד מין וחולקין אחד כנגד חברו:

א"כ אמאי בחלקו ט' כנגד יוד' לא אמרינן ברירה, הוברר הדבר שזהו חלקו:

משעה ראשונה, ומ"ש דבחלקו. עשרה כנגד עשרה אמרינן ברירא הוברר לדברינו, ניחא דכיון דביארנו דרב יוסף שנפסק הלכה כמותו ס"ל דאחין יורשין לפי המדה ואח"כ כשחולקין היפה כנגד הרע הוא מכירה דמשום זה אין כופין. היכא דצריך לשום, דכל היכי דבעי שימכור אין כופין על מדת סדום, א"כ הא דס"ל להנך הפוסקים דשני דברים שתשמישתן שוה אף שאין דמיהן שוה, חולקין אחד. נגד חבירו:

אין הטעם, דזה הוא החלוקה, דהרי כיון שאין דמיהן א"כ הויא מכירה, דמוכרין כל אחד לחבירו. א"כ הא דכופין שיחלוקו אחד נגד חבירו:

ולא אמרינן על כל אחד בפני עצמו גוד או אגוד, היינו דכיון דיש לחלוק באופן זה, שיהי' לכל אחד חלק בתשמיש הדברים. א"כ למה נכוף שיהי' הגוד או אגוד על כל אחד. ואז יפסיד אחד כל הזכות בהתשמיש אם יתן חבירו מעט יותר, הלא יאמר נעשה הגוד או אגוד באופן זה, שיהי' גם לי תשמיש הדבר, היינו שהגוד או אגוד, שכופין את השותף למכור היכא שאין עצה לחלוק, יהי' באופן שתשמיש הדבר ישאר ביד שניהם רק שהגוד או אגוד יהי' בענין הטוב והרע היינו או שאתה תטול הרע ותמכור לי היפה, או איפכא אבל לא לומר על כל גוד או אגוד:

שלא ישאר לי כלום תשמיש הדבר, דבשלמא היכא שאין תשמישתן שוה:

א"כ כל אחד הוא תשמיש אחר, שם אמרינן הגוד או אגוד על כל אחד אבל בתשמישתן שוה יאמר אדפלגת באופן שלא ישאר תשמיש עשה המכירה באופן זה שישאר תשמיש לי דזה אין טענה אני רוצה תשמיש הדבר הטוב בפני עצמו, או הרע הפני עצמו כיון דהתשמיש אחד אין לו טענה:

נמצא לפי זה. הא דחולקין אחד כנגד חבירו בין בדמיהן שוה בין אין דמיהן שוה:

אין הטעמים שוים, דהיכא דדמיהן דמיהן שוים, דחולקין לפי המדה בלבד ואין כאן מכירה רק חלוקה, מה שחולקין זה כנגד זה, הוא מדין חלוקה אבל מה שחולקין זה כנגד זה היכא דאין דמיהן שוה אין הטעם מדין חלוקה דכיון דאין דמיהן שוה, מכירה היא לפי מה דקי"ל הירושה חל לפי המדה, רק אי"ל להלכה, דאף למכור יכולין לכוף. דאית לן גוד או אגוד. א"כ מה שחולקין זה כנגד זה:

הוא מדין גוד או אגוד, ולפי זה זה לא קשה כלל, מ"ש דבחלקו ט' כנגד יוד לא אמרינן ברירה:

ובחלקו עשרה כנגד עשרה. אמרינן ברירה, דברירה, שנימא הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה לא שייך:

אלא אם מה שחולקין הוא מדין חלוקה, וכפי שנפל לפניהם הירושה אבל אם נפל לפניהם הירושה באופן אחר. רק שדין הוא שמוכרין זה לזה, כיון שאין עצה איך לחלוק, א"כ איך נימא הוברר הדבר משעה ראשונה, דהרי המכירה, מה שמכרו עתה זה לזה, זה ודאי לא הי' בשעה ראשונה. כהחלוקה שהרי לא ירשו אלא מחצה, ואין שייך לומר זה חלקו משעה ראשונה, דמה שמוכרין זה לזה המכירה הוא עתה, ואיך נוכל לבררה למפריע נמצא דבחלקו ט' כנגד יוד, דשם החלוקה הוא מכירה, שהרי הירושה חל לפי המדה, וכיון שאין הגדיים שוים ואי אפשר לחלוק חלקו זה כנגד זה, רק בתורת מכירה לא שייך לומר הוברר הדבר משעה ראשונה, דהרי משעה ראשונה חלקו הי' לפי המדה והמכירה נעשית עתה, אבל בחלקו עשרה כנגד עשרה דשם לא הויא מכירה רק סילוק שכל אחד מסלק זכותו כיון שמקבל חלקו, מה שירש, דהיכא דדמיהם שוים, לא הוי בתורת מכירה:

רק בתורת חלוקה, שם אמרינן הוברר הדבר שזהו חלקו משעה ראשונה:

והנה בקדושין, (דף י"ז) הקשה הרשב"א על הא דאיתא, התם גר את אביו אינו יורש אלא מדברי סופרים, דתנן גר עובד כוכבים ומזלות שירשו את אביהם יכול לומר טול אתה ע"ז ואני מעות, טול אתה יין נסך ואני פירות משבאו לרשות גר אסור, ואי סלקא דעתך דאורייתא כי לא באו לרשותו נמי כי שקיל חילופי ע"ז הוא דקא שקיל, אלא מדרבנן גזירה הוא דעבוד, שמא יחזור לסורו. והקשה הרשב"א ז"ל ואיכא למידק והא אמרינן חבר ועם הארץ. שירשו את אביהם ע"ה והניח פירות מעושרין ושאינן מעושרין יכול חבר לאמר לע"ה טול אתה פירות שבמקום פלוני, ודעתו על המעושרין ואע"ג דירושה דאורייתא, וי"ל דהתם במין אחד ומשום ברירה אבל בב' מינין כי הכא אין ברירה, וכדאמרינן התם בהדיא, אבל לא יאמר טול אתה חיטים ואני שעורים, והלכך בירושה

דאורייתא אסור דכי קא שקיל דמי ע"ז קא שקיל דבתרי מינין אין ברירה, ואכתי לא ניחא לי דהא תנינן בתמורה, בפ' כל האסורין לגבי מזבח, וכן שני שותפין שחלקו אחד נטל עשרה ואחד נטל ט' וכלב אחד את שכנגד הכלב אסורין שעם הכלב מותרין ואקשינן עלה בגמרא, ואמאי אסירי נשקול חד בהדי כלב ונתסר כלומר משום ברירה, וט' אחריני נשתרו ופרקי' רב אשי וכגון דשוי עשרה אמרי כל חד וחד ארבע זוזי ופלגא חמשא וכלבא שוה חמשה זוזי דזוזא יתירי דכלבא משוך בכולהו, אלמא אי לאו הכי ט' אחריני שרו, דאלמא אף בשני מינין יש ברירה, ושמא רבא סבור דבשני מינין אין ברירה והיא מתניתין כפשטא מפרש לה אפילו לא שוי כלבא טפי מד' זוזי דאמרי עד כאן לשון הרשב"א ז"ל:

והנה לכאורה דברי הרשב"א מרפסן אגרי', איך מביא הרשב"א ראי' דגם בשני מינין אמרינן ברירה, מהא דפריך בגמ' נשקול חד להדי כלבא ונתסר משום ברירה, דאטו התם מה דעבדינן הברירה הוא בחלוקת הכלב כנגד השה הלא הוא שמבררין זה שנוטל עשרה, שיש בין העשרה טלאים, אחד שהוא מחיר הכלב, ומבררינן בין העשרה טלאים, אחד שהוא יהי' מחיר הכלב, והט' הנשארים יהיו מותרים א"כ הלא הברירה הוא במין אחד, היינו בהעשרה טלאים, מבררינן מי הוא כנגד הכלב בין אותם העשרה טלאים, ואדרבה משם מוכח דבשני מינים לא אמרינן ברירה, דאילו היינו אומרים ברירה, גם בשני מינים, א"כ היו העשרה כולם מותרים. שהרי כיון שאנו אומרין הוברר הדבר שזה חלקו משעה ראשונה, א"כ זה שנטל עשרה, זהו חלקו משעה ראשונה, וזה שנטל הט' והכלב, ג"כ זה חלקו משעה ראשונה, וא"כ לא הי' כלל מחיר כלב, ע"כ דבשני מינים אמרינן ברירה אף למאן דאית לי' ברירה משו"ה חד מן העשרה בודאי אסור, דלא נוכל לברר, כלב וגדי שיהי' חלקו של זה הכלב למפריע וחלקו של זה השה למפריע, משום דבשני מינים אין ברירה, וא"כ אדרבה מוכח מהכא דבשני מינים אין ברירה, וכן מוכח בבכורות דף נ"ו דשם אמר דבחלקות גדיים נגד טלאים, לדברי הכל אין ברירה, ובחלקו טלאים כנגד טלאים וגדיים כנגד גדיים, אית לי' לרב ענן ברירה, ע"כ דרב ענן אית לי' דבשני מינים אין ברירה, ופריך שם בגמרא מהאי מתניתין דוכן השותפין שחלקו אחד נטל עשרה, ואחד נטל ט' וכלב, ואי אמרת יש ברירה לברור חד מנייהו לבהדי כלב ואינך לישתרו, ומאי פריך לרב ענן לדברי הרשב"א הא רב ענן אמר בפירוש דבשני מינים אין ברירה, דהרי בחלקו טלאים כנגד טלאים ס"ל דפטור ממעשר בהמה, ומדפריך לר"ע ע"כ דהברירה דמבררינן חד לגבי כלבא, אין זה שני מינים אלא מין אחד היינו בין העשרה טלאים מבררינן חד מנייהו, משו"ה פריך לרב ענן, דחזינן דאפילו במין אחד אין ברירה,

וא"כ פליאה גדולה על הרשב"א, איך הוכיח הוא מקושית הגמ', דבשני מינין ג"כ יש ברירה, דהוי התם מין אחד הוא:

ונראה לבאר דברי הרשב"א, דהנה החילוק שבין שני מינים למין אחד, הא ביארנו דתליא בזה הדין, איך הוא הדין, כשבאין לחלוק דבשני מינים, הא הדין הוא שיחלוקו בכל מין שיהי' לכל אחד, חלק ועל כל מין אומרים גוד או אגוד, א"כ מתחילה לא הי' ראוי שיטול מין אחד נגד חבירו, שהרי על כל אחד, אומרים גוד או אגוד משום דאמר לדידי תרויהו אצטרכו, אבל במין אחד אז הוא הדין, שיחלקו ביניהם שזה יטול מקצת המין וזה יטול מקצת, ואם הי' שותף או אח אחד בא לחלוק שלא מדעת חבירו בפני ב"ד ג"כ הי' ב"ד חולקים כן, נמצא דעמד מתחילה בודאי שיהי' לאחד מקצת בזה אמרינן ברירה הוברר שזהו חלקו משעה ראשונה:

והנה הא דשייך לומר לדידי תרוייהו איצטריכא, היינו דוקא היכא שיש חשיבות בתשמיש הדבר, החשיבות הזה שייך רק היכא שמשתמשין בהדבר כמו כלי ובעלי חיים וכמו דדין הוא לענין מודה מקצת, דהיכא דתבעו כסף בעינן דוקא שתי כסף אבל בכלי דחשוב, יותר מפרוטה לא בעי לדברי הכל, היינו משום דכלים, מלבד תביעת הכסף חשוב הוא תביעת תשמיש הדבר שם שייך לומר איצטריך לי' תשמיש הדבר, אבל בכספים אם יהי' מטבעות כסף וזהב בודאי דלא שייך לומר, לדידי איצטריך מטבע כסף ומטבע הזהב, דשם אין החשיבות מצד תשמיש הדבר, אלא שיווי הדבר, א"כ מה לי כסף זה דעיקר הדבר הוא השיווי לא שייך כלל לומר, איצטריכא לי תרוייהו, ושני מינין כסף הוי כחד מין והנה בפירות ג"כ אין עיקר הדבר תשמיש הדבר בפירות דצריכים לאכלם, אין חשיבות שלהם המין אלא שווים, דמשו"ה במודה מקצת, אם תבעו פירות כמו חטים ושעורים:

בעי דוקא שתי כסף, משום דשם אין החשיבות המין אלא שיווים, והנה אם שותף אחד יבא לחלוק בפני ב"ד שלא בפני חבירו אם יהי' שני כלים שתשמישתין שוה, בודאי יחלוקו ב"ד אחד כנגד אחד. אבל אם אין תשמישתן שוה בודאי דלא יחלוקו ב"ד לאחד שלא בפני חבירו, שהרי שמא כשיבא חבירו ושמא יתבע תשמיש כל אחד כיון דתשמיש הוי קפידא לא יחפוץ שיקח האחד את כל החפץ, רק יחפוץ שיהא בשותפת כדי שאם חבירו לא יחפוץ בשותפות, יאמר לו גוד או אגוד וישאר אצלו שני הכלים, ומשו"ה אין לב"ד להפסיד לו זכות תשמישו דכלי הוי קפידא. הכלי בעצמו, אבל אם יש שני מיני חטים ושעורין כשיבא אחד לחלוקו יחלוקו ב"ד בשומא מין אחד נגד חבירו:

דבזה היינו בפירות לא שייך קפידא דפירות עיקר הדבר שיווי של הדבר, וב"ד יראו רק שהשיווי של החלוקה יהי' אמתי אבל זה לא יקפידו שיהי' לזה חלק בחטים, ולזה חלק בשעורים כמו שאם נשאר גדיים וטלאים, שבודאי היו מקפידים שיהי' לזה חלק בטלאים ובגדיים בחטים ושעורים לא יקפדו ב"ד ע"ז, וכן אם יהי' השותפות חבית של יין, וחבית של שמן. יחלוקו ב"ד שלא מדעת חבירו:

חבית יין כנגד חבית השמן דבפירות לא שייך קפידא המין:

ולפי זה מספקא להרשב"א בתרי מינים דפירות דבזה לא הוי קפידא המין אם בזה אמרינן ברירה או לא היינו אם נימא דהטעם דאמרינן בחד מין ברירה הוא דוקא, דודאי הוא שיחפצו לחלוק שיהי' לשניהם חלק, וודאי הוא דיחלקו באופן שיהי' לכל אחד חלק, א"כ הברירה צריך טעם דמשום הכי מבררינן שזהו חלקו משעה ראשונה, משום דודאי הוא שיחלוקו באופן זה, א"כ מקום דאין לנו הוכחה שמעיקרא עמד שיחלוקו באופן זה, היינו בפירות בשני מינים. נהי דאין קפידא, בזה שנימא שודאי עמד שלא יחלוקו. ולא דמי לגדיים כנגד טלאים, דודאי עמד מתחלה, שלא יחלקו באופן זה שחלקו עתה דמסתמא שותפים רוצים שיהי' לכל אחד חלק בכל מין ומה שחלקו עתה גדיים כנגד טלאים הוא עתה רצון חדש שלא עמד לזה, בפירות לא שייך זה, דמש"ה מין זה חטים ושעורים הכל הוא כסף ומה לי כסף זה או זה אעפי"כ אף דאין לנו קפידא, אבל הלא אין לנו הוכחה שודאי עמד שיחלוקו חטים כנגד שעורים וא"כ לא דמי לגדיים, דבודאי עמד שיחלוקו או דנימא אדרבה, דסתמא כל היכא שאין לנו הוכחה שעמד מתחלה שיהי' החלוקה באופן זה אמרינן ברירה, ורק בגדיים כנגד טלאים. שם ודאי עמד שיחלוקו גדיים בפני עצמם וטלאים בפני עצמם, לא טלאים כנגד גדיים:

כמו שחלקו עתה, דמסתמא כל אחד יחפוץ שיהי' לו חלק בכל מין שירש, אחרי שבדברים כאלו התשמיש הוא חשיבות, וא"כ בשני מינים דאין חשיבות התשמיש רק שוויהן. הוא העיקרי בכהא"ג, אף אם חלקו מין אחד כנגד חבירו יהי' ברירה, דאין לנו הוכחה וראי' לסתור, שלא עמד מתחילה, שיחלוקו באופן זה:

וזה שמדייק הרשב"א וכתב ז"ל אבל ב"ב מינין כי הכא, כונתו אפילו ב' מינין כאלו היינו עכו"ם ומעות דאין חשיבות המין. אלא משום שוויהן, ג"כ אמרינן אין ברירה, אף דאין לנו הוכחה לסתור היינו ראי' שלא עמד מתחלה שיחלוקו כזה, הרי דאדרבה בעינן ראי' והוכחת על הברירה, דבלא ראי' אין הוכחה שזהו חלקו מתחילה, ומשו"ה אף בשני מינים של פירות נמי אין ברירה, וא"כ הקשה הרשב"א שפיר אם נימא דבעי טעמא והוכחה על הברירה א"כ בדבר דלא שייך טעם והוכחה לא נימא ברירה ורק בחד

מין דבודאי עמד שיחלוקו באופן כזה בזה אמרינן ברירה א"כ איך אמרינן דלברור חד מנייהו. דלשקול חד בהדי כלב ואיהו נתסר והאחריני ישתרו הא בעת שחלקו לא ביררו, וא"כ באיזה הוכחה מבררינן אנן אחר החלוקה שזה הטלה הוא נגד הכלב, והאחריני הם נגד הטלאים. באיזה הוכחה מבררינן עתה אחר החלוקה דבר שלא ביררו בשעת חלוקה ע"כ דלמאן דאית לי' ברירה. אין צריך טעם על הברירה, אלא אדרבה צריך טעם על מה שאין אומרים ברירה, א"כ לפ"ז בשני מינין כמו פירות דאין קפידא בהמין ומתחלה ג"כ הי' יכול להיות שיחלוקו מין אחד נגד חבירו א"כ יהי' ברירה למפריע, אם חלקו מין אחד נגד חבירו אמרינן הוברר הדבר למפריע, וכן בזה שלקח עשרה טלאים מבררינן שזה הטלה הוא נגד הכלב, והאחריני הם טלאים כנגד טלאים, אף שאין טעם מה לברר דאדרבה בעינן טעם מה שלא לברר:

והנה לקמן בדף מ"ו ד"ה ולרב נחמן הקשו בתוס' בד"ה ולרב נחמן דאמר פירי לא עבדי חליפין מאי כיצד, ז"ל וא"ת ולפר"ת לאוקמו בחליפין שוה בשוה גם לר"ל אמאי ע"כ כרב ששת סבירא לי' ולוקמא בפרי שוה בשוה עיי"ש בתוס' והנה מה דהכריח לר"ת לפרש דשוה בשוה הוא דין אחר לא חליפין. הוא משום דקשה להנך פוסקים דס"ל דשור ופרה הוי פרי לענין לקנות בחליפין דאין קונין בהם ואנן קי"ל דפרי לא עבדי חליפין. א"כ קשה מברייתא דפרתך בכמה בכך וכך, חמורך בכמה בכך וכך משך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור, כו' דמוקי בגמ' משום דאמר לי' חמור בפרה וטלה, ולא משך עדנה את הטלה אז לא קנה עדנה את החמור, אבל אם משך את הפרה והטלה קנה החמיר, והא פירי נינהו ואנן קי"ל פירי לא עבדי חליפין, משו"ה מפרש ר"ת דשוה בשוה הוי דין חדש שמועיל אף לר"ל, ועוד תירץ אחר הובא בתוס' דבע"ח מקרי כלי:

אכן לרש"י ז"ל אין אנו יכולין לתרץ הנך תירוצים. שהרי רש"י ז"ל פירש דשור ופרה נמי פרי נינהו ולומר דרש"י ז"ל יסבור כר"ת ג"כ לא נוכל שהרי ר"ת יליף דיני מהאי קרא דעל הגאולה, ועל התמורה. לקיים כל דבר דפירש ר"ת דגאולה הוא מכר, שקוננן לר' יוחנן בכסף ולר"ל במשיכה תמורה זו היא חליפין שקונין לכולי עלמא היינו שוה בשוה, ולקיים כל דבר זהו קנין סודר, א"כ אשמעינן האי קרא דתמורה היינו שוה בשוה הוא קנין, וכתב קרא שיש שלשה קנינים, אכן רש"י ז"ל מפרש דהאי שלף נעל קאי על כל הגאולה ומכירה. שהרי כתב רש"י בד"ה גאולה זו מכירה ז"ל שמכר לו מכירה גמורה בדמים ולא קיבל מעות ובאין לקיים דברי מכירתן, הרי לדברי רש"י הפירוש כן הוא בין אם רוצה לעשות מכירה, בין אם רוצה לעשות תמורה קונין כל דבר בהנך גווני

מכירות, היינו בין אופן דגאולה בין אופן דתמורה, קונין ע"י סודר, א"כ לא כתב קרא כלל דתמורה הוא קנין בפני עצמו, רק הוא אופן מכירה' אבל קנין שיהי' תמורה קנין, לא כתב קרא לדברי רש"י ז"ל א"כ מנא לן. דשוה בשוה הוא קנין, בלא קנין סודר וא"כ הדר קושיא לדוכתא. כיון דלא ס"ל דפירי עבדי חליפין. איך מועיל משיכת הפרה וטלה לקנות החמור לדברי רש"י דפירי נינהו:

לכן נראה לי דהנה לר' יוחנן דסבירא לי' דבר תורה מעות קונות' א"כ הרי שוה כסף ככסף:

נמצא דכשאחד נותן לחבירו חליפין שוה בשוה. הוא ממש מכירה היינו קנין כסף. כדקי"ל בקדושין. דאף דילפינן מקרא דכתיב כסף אעפי"כ הוא שוה כסף ככסף. ואף דבתוס' הקשו מנא לן דשוה כסף ככסף הא איצטריך קרא לרבות בנזקין דשוה כסף ככסף אכן פשוט יש לחלק, דבנזקין שהוא שלא מדעתו, איצטריך קרא לרבות, דיוכל לפרוע שלא מדעתו שוה כסף, אבל היכא דמדעתו בודאי דשוה כסף ככסף, וא"כ כמו דאם נתן כסף הוי מכירה שהרי הוא מוכר בעד הכסף. א"כ גם אם נותן לו שוה כסף ג"כ קונה לר' יוחנן מדאורייתא דהרי הוא ממש כסף. והא דאיצטריך לימוד חדש בקנין סודר היינו משום דקנין סודר הוא שלא בשוה פרוטה:

שהרי הוא מקנה הסודר ע"מ להקנות, ואיניני מקנה לו הסודר לגמרי וקנין כסף הוא תשלומים ואיזו תשלומים הוא. בזה שמקנה לו הסודר ע"מ להקנות משו"ה הוי קנין סודר. לא בגדר כסף. משום דהוי פחות משוה פרוטה ואף אם הסודר בעצמו הוא שוה פרוטה, אבל הקנין ע"מ להקנות הא הוא אינינו שוה פרוטה. א"כ לא מדין כסף הוא. וכמו שמפורש בקדושין דף ג' דמשו"ה אין מועיל באשה, (עיין שם בתוס') משו"ה יאצטריך למוד חדש בחליפין:

נמצא לפי זה הא דקי"ל אין קונין בפירות הוא דוקא בקנין סודר היינו באופן שקונין, שהוא רק קני עמ' להקנות, דאמרה התורה אף שאינו בגדר כסף, עושין קנין בזה גלתה התורה דאין עושין הקנין הזה בפירות, אבל היכא שהוא מקנה לו הפירות לגמרי, בודאי דעושין קנין חליפין אף בפירות שהרי אז הוא כסף ממש, ומשו"ה שוה בשוה קונין אף בפירות, ונוכל לפי זה לפרשי גמ' דהחליף דמי שור בפרה, היינו שנתן לו בעד דמי השור נתן לו הפרה, ואשמעינן דאף דרבנן תקנו דמעות לא יקנו היינו דוקא בנתן כסף, אבל בהחליף מטלטלין במטלטלין. אף פירות, בפירות ששם הקנין הוא מתורת כסף אעפי"כ כיון דלא שכיח שיעשו כן, בזה לא תקנו רבנן ואוקמוה אדין דאורייתא:

דכיון שהוא מוכר בעד זה, זהו הקניין, דזהו ממכר שאמרה תורה, שמוכר דבר בעד חבירו (ובאמת נוכל לומר, הא דהקשו הראשונים מנא לי' לר' יוחנן דמעות קונות, אפשר לומר דסבירא ני' לר' יוחנן, דכיון דאמרה תורה וכי תמכרו ממכר לעמיתך. אמרה תורה דזהו גופא הקנין הממכר בעצמו, היינו כיון שהוא קונה הדבר שקונין בעדו, משו"ה סבירא לי', דמועיל כסף. כיון שהוא מוכר בעד הכסף וא"כ בודאי דשוה בשוה. מועיל שהרי זהו הממכר, מה שמוכרין בעדו, וזהו הקנין מה שקנה הממכר) וכל זה הוא לר' יוחנן דסבירא לי' מעות קונות, אבל לריש לקיש' דסבירא לי' מעות אין קונות, א"כ גם שוה בשוה לא יועיל משו"ה לריש נקיש שפיר פריך. אם סבירא לריש לקיש פירי לא עבדי חליפין איך יתרץ הוא המשנה ולריש לקיש ע"כ דסבירא לי' דפירי נמי עבדי חליפין. אבל לר' יוחנן לא קשה כלל, אף דסבירא לי' פירות לא עבדי חליפין היינו מקנין סודר שהוא קני ע"מ להקנות אבל היכא שהוא מקנה לגמרי, זהו ממש קנין כסף וממכר שאמרה תורה שמועיל.

והנה לפי זה דגם כשמחליפין שוה בשוה, הוא ג"כ מכירה קשה מאי טעמא דר' אבא אמר רב הונא דפליג על רבה אמר רב הונא ור' אבא ס"ל בשם רב הונא דמכור לי באלו קנה ואין לו עליו אונאה. בשלימא אם נימא דהיכא שמחליף דבר בחבירו, איננו הקנין הכתוב התורה נוכל לומר דכתב קרא אונאה, רק בזה האופן דמיירי קרא. ולא בחליפין שוה בשוה:

שהוא דין אחר, אבל לפי דברנו, דגם חליפין שוה בשוה זהו דין ממכר האמור בתורה, א"כ אמאי אין בו הונאה, וע"כ צריך לומר. דאמרה התורה דין אונאה, רק אם האונאה הוא בממכר, היינו אם מכירת הדבר, הוא שוויו, דזה מוכר מפני שרוצה בעד החפץ מאתים ושם שהחפץ שוה מאתים. וטעה בשומה, שם אמרינן האונאה הוא בממכר, שהוא מכר בשביל מאתים, ובאמת הוא שוה יותר, אבל היכא שהממכר הוא לא מפני השיווי, רק מפני שהוא צריך למין האחר, בזה אין האונאה בהממכר, שהרי הוא צריך באמת למין השני, ומוכח זה מדברי הרמב"ם. שכתב שם בפרק י"ג הלכה א' המחליף כלים בכלים כו' אין לו אונאה שזה רוצה במחט יותר מן השריים, הרי דלא פירש כדמשמע לכאורה מדברי רש"י בדף מ"ז ד"ה דמכור לי קאמר ז"ל לשון ממכר ולא לשון חליפין ע"כ משמע מדברי רש"י, דעיקר החילוק שבחליפין אין אונאה, וכן הובא בשיטה מקובצת, בשם יש מביאין ראי', ונוכל לומר. לכאורה, מטעם דדוקא גבי מכר אמרה התורה ולא לגבי חליפין, אכן הרמב"ם מדייק, דהטעם מפני שזה רוצה במחט. הרי דהטעם הוא מפני שלא נתאנה בעיקר הדבר וגם דברי רש"י צריך לפרש כן אחרי

שביארנו לדעת רש"י דחליפין שוה בשוה, הוא ג"כ מדין ממכר, ע"כ צריך לפרש דכונת רש"י הוא כן. דמדקאמר לשון מכור, הרי הוא אינו מכוון, שכונתו להחליף מין בחבירו, אלא עיקר הוא המכירה, היינו שיווי הדבר, וא"כ יש כאן קליה בהממכר וכן יש מביאין שמביא השטה פירשו ג"כ טעמם, דמשום הכי אין אונאה בחליפין, כי אולי הוא רוצה באותו חפץ ואעפי"כ שאין שוה כמו שלו, אבל לא דנימא, דגזירת הכתוב הוא, אונאה בממכר ולא בחליפין. דגם חליפין הוא ממכר, רק עיקר תלוי אם המכירה הוא בשביל השיווי:

או בשביל חשיבות המין.

והנה לפי זה יתישבו דברי הירושלמי שהבאנו דקאמר שם ר' בא בשם רב הונא בשם רב אפילו צבור בצבורין, א"ל ר' אלעזר לא שנינו אלא כל הנעשה דמים באחר בלבד דבר שהוא צריך לשום פירש דר' אבא בשם רב הונא אזל לטמי' שבבבלי, שאמר דהיכא דהחליף שני דברים אין בהן הונאה, אמר ג"כ בירושלמי. דאפילו החליף צבור בצבורין, היינו צבור אחד של תבואה בהרבה צבורין ג"כ הקנין חל, אף שהוא אונאה יתר משתות צריך להיות ביטול מקח, דכיון דהחליף מין זה בחבירו, א"כ לא הי' הממכר השיווי, רק מה שהוא צריך המין א"כ אין כאן הונאה, שלפעמים הוא. רוצה במין זה יותר ממין השני, וס"ל לר' בא דירושלמי, שהוא ר' אבא דבבלי. שזהו כל המטלטלין קונין זה את זה, אף היכא שיש כאן הונאה, א"ל ר' אלעזר ל"ש אלא כל הנעשה דמים באחר פירוש דהנה לעיל ביארנו דאימתי אמרינן שיש חשיבות בהמין הוא דוקא בגדיים וטלאים, או בכלים, שהחשיבות הוא השתמשות הדבר, שזה צריך השתמשות הזה וזה צריך השתמשות הזה לשם היינו בגדיים וטלאים, אם בא אחד לחלוק שלא בפני חבירו על ב"ד לעשות החלוקה באופן שיהי' שוים, היינו שיהי' לכל אחד חלק בהשתמשות ובהשתמשות זה, כי כלים ובעלי חיים המין הוא קפידא, וחשוב שמסתמא בני אדם מקפידין, אבל בתבואה עיקר הדבר הוא שיווי הדבר שם אין קפידא חולקין, מין אחד נגד חבירו כמו שאם יש שנו מיני כספים דמה לו מטבע זו או זו. כן בפירות אין קפידא בהמין ומשו"ה סבירא לי' לר' אלעזר דמה שאמרו אין בחליפין אונאה לא נאמר על משנה זו דכל המטלטלין. דאותה משנה מיירי אף בפירות, ובפירות אם החליפו זו בזו אין החשיבות המין רק השיווי א"כ אם יש אונאה במקח, בודאי יש בזה דין אונאה. ורק על מתניתין דכל הנעשה דמים דשם מיירי דהחליף דמי חמור בפרה היינו בהחליף בעלי חיים ובבעלי חיים הא יש חשיבות בהמין, שם אמרו שאם החליף:

אין בהן אונאה, מפני שזה רוצה בשור יותר מפרה, או יותר בחמור מבשור, אבל צבור בצבורין שהוא תבואה. א"כ הממכר הוא שיווי הדבר יש בזה הונאה:

ומה שמסיק דבר שהוא צריך לישום. הפירוש הוא כן. היינו שמפרש דמתנתין דכל הנעשה דמים באחר. אין הכונה מטבע, כמו שרצה בגמ' לפרש מתחלה, דא"כ הא מיירי מתניתין אף היכא דהחליפין הי' שלא בכלים, וא"כ איך יוכל לפרש דשם נאמר דאין הונאה בחליפין. לזה מפרשי דפירוש כל הנעשה דמים, הוא דבר הנישום, ומסיק שם החליף שור בפרה, על משנה זו דמיירי בהחליף שור בפרה שם נאמר, דאין בזה הונאה:

ואמר הירושלמי אתיא דרב הונא כר' יוחנן ור' אלעזר כשיטתי', דתנין תמן האחין השותפין שחייבין בקלבון פטורין ממעש' בהמה ושחייבין במעש' בהמה פטורין מן הקלבון אמר ר' אלעזר והן שחלקו גדיי' כנגד תיישים ותיישי' כנגד גדיים אבל אם חלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים הוא חלקו משעה ראשונה. אמר ר' יוחנן ואפילו חלקו גדיים כנגד תיישים ותיישים כנגד תיישים, כלקוחות הן, פירוש דהנה לעיל הבאנו מחלוקת הפוסקים במין אחד. רע ויפה, אי הויא כשני מינים:

דיכול לומר על כל אחד בפני עצמו גוד או אגוד, או דחולקין מין אחר נגד חבירו דהוי כמין אחד, והקשינו אם מין אחד, א"כ אמאי בחלקו ט' כנגד יוד, לא אמרינן זהו חלקו משעה ראשונה אף למאן דאית לי' ברירה, וביארנו דפסקינן כרב יוסף דירושת השותפין חל לפי המדה, א"כ מה שחולקין אחר כן הוא מכירה, זה כנגד זה, אבל בשווין הוי רק חלוקה. אבל אם נסבור כרבה, דירושת השותפין, חל לפי השיווי, א"כ אם נימא בחלקו ט' כנגד י' לא אמרינן הוברר הדבר משעה ראשונה, ע"כ נצטרך לומר אף שתשמישתם שוה כיון דזה רע וזה יפה, הוי חילוק כיון דהדמים של זה, אין שוים לזה, הוי כמין אחר. ואם נימא דבחלקו ט' כנגד יוד, ג"כ אמרינן חלקו משעה ראשונה. ע"כ דאין קפידא רק אם הוא תשמיש אחר שם הוא חשיבות, אבל אם החילוק הוא רק בדמים, לא שייך לומר שהוא מין דמה שהוא רק חילוק בדמים הוי כמין אחד. ולא שייך לומר קפידא שזה רוצה במין דמים זה, וזה רוצה במין דמים זה:

והירושלמי ס"ל כרבה דירושת השותפין חל לפי המדה, אם כן פירוש דברי הירושלמי הוא כן, דהירושלמי ס"ל דמדאמר ר' אלעזר בחלקו גדיים כנגד גדיים ותיישים כנגד תיישים:

אמרינן זהו חלקו משעה ראשונה ולא חילק ר' אלעזר בין חלקו עשרה כנגד עשרה, או חלקו ט' כנגד יוד, ע"כ דסבירא לי' אף בחלקו ט' כנגד יוד, נמי אמרינן ברירה:

ואם נימא דרע ויפה כיון שחילוק הוא בשיווי הדבר הוי כשני מינים. דגם בזה יש קפידא במין דמים, א"כ הוי כחלקו שני מינים ובשני מינים הא גם ר' אלעזר מודה דלא אמרינן ברירה. ע"כ דסבירא לי' דאימתי הוי שני מינין. דוקא היכא. שיש קפידא בתשמיש הדבר: אבל היכא שבתשמיש הדבר אין קפידא רק דמי הדבר שם הוי כחד מין, דלא שייך לומר זה רוצה במין דמים הזה, וא"כ אף בפירות חטים ושעורים יהי' דינם כחד מין, כיון דאין חשיבותם אלא מטעם הדמים לא שייך לומר קפידה שזה רוצה במין דמים הזה, משו"ה ר' אלעזר לטעמי' ס"ל אם החליף צבור פירות בציבורין. בטל המקח ששם היינו בפירות ממכר שלהם לא מפני שרוצה המין רק שיווי שלהם, לא שייך לומר שזה רוצה במין הזה. ושווים עיקר, משו"ה אם הי' אונאה. יש בזה דין אונאה שהרי הוי אונאה בממכר ורק בהחליף שור בפרה וחמור בשור דשם יש חשיבות לתשמיש הדבר, והחליפין הוא תשמיש זה בתשמיש זה שם אין אונאה, מפני שזה רוצה בתשמיש חמור, וזה בתשמיש שור, אבל רב הונא יסבור כר' יוחנן דאף בחלקו גדיים כנגד גדיים ג"כ לא אמרינן זהו חלקו. היינו לא מטעמי' דר' יוחנן דלא ס"ל ברירה, אלא הוא יסבור דאף למאן דאית לי' ברירה ג"כ יסבור בחלקו גדיים כנגד גדיים לא אמרינן זהו חלקו משעה ראשונה, דס"ל היכא דחלקו ט' כנגד יוד, אף בחד מין, טוב ורע דהוי חילוק בשווי הם ג"כ הוי כשני מינין, אף דבתשמיש הדבר אין קפידא, יש קפידא במין דמים שזה רוצה מין זה, וזה רוצה מין זה. משו"ה אף אם מכר צבור בצבורין היינו פירות בפירות ג"כ אין להם האונאה, שזה רוצה במין זה וזה רוצה במין זה:

ומיושב לפי זה מאי דקשה לכאורה איך קאמר הירושלמי דרב הונא דאמר אפילו צבור בציבורין קנה יסבור כר' יוחנן בחלקו גדיים כנגד גדיים, לא אמרינן הוברר הבדר משעה ראשונה, והרי ר' יוחנן בעצמו ס"ל בירושלמי פרק ד' דמציעא, הלכה א' דאפילו צבור בציבורין לא קנה. אכן לדברינו ר' יוחנן ס"ל בחלקו גדיים כנגד גדיים מטעם אחר, דלא אמרינן הוברר הדבר משעה ראשונה דס"ל אין ברירה, וא"כ אין משם ראי' כלל לדין זה, ורק הירושלמי בקדושין, מפרש דרב הונא לא מצי סבר כר' אלעזר בחלקו גדיים כנגד גדיים בכל גווני היינו אף בחלקו ט' כנגד יוד, זהו חלקו משעה ראשונה, דא"כ הי' קשה דידי' אדידי', דסבר אף צבור בצבורין, קנה דאין הונאה, הרי דגם היכא דעיקר החילוק הדמים אמרינן אדם רוצה שמין זה יותר מחבירו, וא"כ רע ויפה דחלוקים בדמים יהיו כשני מינים, ע"כ דהוא סובר לדינא בחלקו גדיים כנגד גדיים ברע ויפה, דלא אמרינן הוברר:

נמצא לפי זה דדינו של הרמב"ם שכתב המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפילו מחט בשיריים, וטלה בסוס, הוא ממש דינא דירושלמי הכא בקדושין, כר' אלעזר דסובר דהיכא שיש קפידא בהמין שם אין להם אונאה, והיינו בעלי חיים כמתניתן דכל הנעשה דמים באחר, ומחט בשריים שזהו פירוש אמכרו קלון באמכרו קנון בירושלמי מציעא שם, אבל פירות בפירות יש להן הונאה, דכיון דאין חשיבות שלהם אלא הדמים, לא שייך לומר זה רוצה במין זה יותר מחבירו והממכר שלהם היא הדמים, בכה"ג יש אונאה:

סימן כד

סוגיא דערבון, ויבאר דאם נקנה הדבר, והתנאי הוא על הביטול לא שייך אסמכתא, ויבאר שיש שני מיני ערבונות, ויבאר דערבות באסמכתא אין מועיל, ומה דאמרו בההוא הנאה דמהימן גמר ומשעבד, הכונה שמתחייב מעתה, ויבאר דמה דמחויב באם אוביר ולא אעיבד, הוא משום שזה השכירות.

(דף מ"ח) **הנותן** ערבון לחברו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך נתקיימו התנאים דברי ר' יוסי רבי יוסי לטעמיה דאמר אסמכתא קניא ר' יהודה אומר דיו שיקנה כנגד ערבונו אמר רשב"ג בד"א בזמן שאמר ערבוני יקון אבל מכר לו בית או שדה באלף זוז ופרע לו מהם חמש מאות זוז קנה ומחזיר את השאר אפי' לאחר כמה שנים וכו':

והנה הרמב"ם (בפי"א מהלכות מכירה הל' ד') כתב ז"ל לפיכך הנותן ערבון ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר ואם אני חוזר בי אכפול לך ערבונך אם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהרי הוא תחת ידו ואם חזר בו המוכר אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא עכ"ד הרמב"ם. וכבר תמה עליו בכ"מ דכפי הנראה מדברי הרמב"ם סובר דאימתי אמר ר' יהודה דאסמכתא לא קניא היינו אם אין הדבר תחת ידו אבל אם הדבר תחת ידו מודה ר' יהודה דאסמכתא קניא משו"ה קאמר דאם חזר הלוקח קנה המוכר הערבון שתחת ידו והרי באיזהו נשך במתניתין דהלוהו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלו דאוקמא בגמ' דוקא דאמר לו מעכשיו הא לא"ה לא קנה משום דאסמכתא לא קניא הרי דאף שהשדה תחת ידו אסמכתא לא קניא:

וכן הקשה מהא דתנן פרע מקצת חובו והשליש שטרו ואמר לו אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני תן לו שטרו הגיע זמן ולא נתן ר' יוסי אומר יתן ר' יהודה אומר לא יתן והתם ודאי ליכא לפרושי תן לו שטרו שאני רוצה להתחייב בדמי כל השטר אע"פ שפרע

מקצתו דא"כ מה יתן דא"ר יוסי והאיך הוא גובה בשטר זה והרי נמחל שעבוד מקצתו אלא ודאי הכי קאמר לא יהא מעות אלו אלא מתנה וישאר שעבוד החוב כמו שהיה מתחלה ופליג ר' יהודה ואמר לא יתן. אלמא דבמחילה נמי שייך אסמכתא. עוד הקשה מתוספתא מפורשת דתניא הנותן ערבון לחברו על הבית ועל השדה ואמר לו אם לא נתתי לך עד יום פלוני אין לי בידך כלל והלה כותב אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך הגיע זמן ולא נתן יתקיים התנאי דברי ר' יוסי ר' יהודה אומר האיך זה זוכה בדבר שאינו שלו אלא נותן לו ערבון שלו ומדקתני הגיע זמן ולא נתן אלמא דאלוקח קאז שנותן ערבון וא"ר יהודה היך זכה זוכה בדבר שאינו שלו כלומר המוכר אלא נותן לו מוכר ללוקח ערבון שלו אלמא דאפילו במחילה איכא משום אסמכתא. עוד הקשה הרשב"א מתוספתא דמציעא, דאיתא התם משכן לו בית משכן לו שדה ואמר לו אם לא נתתי לך מכאן ועד יום פלוני אין לי בידך כלום הגיע זמן ולא נתן יתקיים התנאי דברי ר' יוסי, ר' יהודה אומר האיך זה זוכה בדבר שאינו שלו אלא ינתחנו מדקתני אין לי בידך כלום וכן נמי מדקאמר ר' יהודה ינתחנו ע"כ כשהי' נתון בידו משמע ואפ"ה לר"י אסמכתא הוי ולא קנה עכ"ל הרשב"א ועי"ש עוד בכ"מ:

ונראה לי לתרץ דהנה הרמב"ם כתב (בפכ"ד מהל' מלוה ולוה הלכה ג) ז"ל המלוה את חברו ע"י ערב אע"פ שהערב משתעבד למלוה לא יתבע את הערב תחילה אלא תובע את הלוה תחלה אם לא נתן לו חוזר אצל הערב ונפרע ממנו, בד"א שאין נכסים ללוה אבל אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב כלל אלא מן הלוה כו', התנה המלוה על הערב ואמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב, אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחלה או שהי' קבלן ה"ז יתבע את הערב הזה או הקבלן תחלה ויפרע מהם אע"פ שיש נכסים ללוה והשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א שיבוש הוא שאע"פ שאמר לו ע"מ שאפרע ממי שארצה תחלה אם יש נכסים ללוה לא יפרע מן הערב עכ"ל וכתב המ"מ דטעמא דהרמב"ם דמועיל משום דכל תנאי שבממון קיים, אכן טעמא דהראב"ד דאינו אלא פטומי מילי בעלמא:

ולכאורה תמוה מ"ש תנאי זה מכל תנאי שבממון ואמאי לא נימא דכיון שהלוה על פיו מעות להתחייב שיכול לתבוע ממנו תחלה. ובפרט שהשיג על הרמב"ם וכתב ששיבוש הוא ואיזה שיבוש הוא אם הרמב"ם לא ס"ל דפטומי מילי הוא ומאין הוכיח הראב"ד שפטומי מילי הוא להשיג על הרמב"ם לומר ששבוש הוא. אכן נראה לי דאזלי הרמב"ם והראב"ד בזה לטעמייהו, דהנה הרמב"ם כתב בפרק הנזכר הלכה י"ד ז"ל מי שאמר לחברו הלוהו ואני ערב לגופו של לוה זה לא ערב לעצמו של ממון אלא כל זמן שתרצה

אביאנו לך וכו' ויש מי שהורה שאפי' אם התנה ואמר אם לא אביאנו או שמת או שברח אהי' חייב לשלם ה"ז אסמכתא ולא נשתעבד ולזה דעתי נוטה עכ"ד הרמב"ם וכתב על זה הראב"ד ז"ל א"א דל אסמכתא מהכא שהרי סלקו אותה בגמ' אלא אם אמר בשעת מתן מעות הלוהו ואני ערב לך להביא בידך את גופו ואם לא אוכל להשיב אשלם לית דין ולית דיין שהוא חייב לשלם עכ"ד הראב"ד. והיינו דבגמרא ב"ב (דף קע"ג) סבר אמימר למימר דערב אי משתעבד תלי' אי אסמכתא קניא דהרי כל ערבות הוא דאי אי לא ישלם וכל דאי אסמכתא הוא ואמר רב אשי לאמימר והא מעשים בכל יום דאסמכתא לא קניא וערב משתעבד אלא אמר רב אשי בההוא הנאה דקא מהימן לי' גמר ומשעבד נפשו ע"כ הרי דכל ערבות אסמכתא הוא רק מטעם ההוא הנאה דקמהימן לי' מסלק אסמכתא א"כ הכא נמי שאמר אי לא אביאנו אשלם אף שהוא דאי, מטעם דמהימן, גמר ומשעבד נפשי'. וכן השיג הראב"ד על הרמב"ם שכתב שם בהלכה ז' ראובן שמכר לשמעון שדה ובא לוי וקבל אחריות עליו לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא, והקשה הראב"ד ז"ל שיבוש הוא זה שאם אמר בשעת מתן מעות משתעבד ואין בערבות משום אסמכתא עכ"ד והיינו נמי מגמ' הנ"ל דאמרינן דאין בערבות משום אסמכתא משום דבההוא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי':

ולישב דברי הרמב"ם נראה לי דהנה כתב (בפי"א מהל' מכירה הלכה א') ז"ל המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאין שאפשר לקיימן בין שהתנה המקנה, בין שהתנה הקונה אם נתקיימו התנאים נקנה הדבר שהוקנה ואם לא נתקיים התנאי לא קנה וכו' במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהם והרי יש עליו לקיים את התנאי אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים התנאי זה יקנה ואם לאו לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה שזו אסמכתא היא שהרי סמך קניתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו כיצד המוכר בית לחברו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשהלך עמו לירושלים באותו היום ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו אסמכתא היא וכן כל כיוצא בזה עכ"ד הרמב"ם:

והנה בארו המ"מ והכסף משנה דברי הרמב"ם דמשו"ה אם מכר או נתן לו בית על מנת שילך עמו לירושלים והחזיק בבית קנה כשילך עמו לירושלים משום דהחזיק בשדה והרי השדה תחת ידו והרמב"ם לטעמי' דס"ל דאין אסמכתא בדבר שהוא מוחזק דדין

אסמכתא הוא רק באתן ולפי דבריהם דקדק הרמב"ם דדוקא אם החזיק בשדה אז אין בזה משום אסמכתא אבל בקנין חליפין או שטר אין מועיל שהרי אין השדה בידו וא"כ הוי אסמכתא והקשו הם בעצמם על דבריהם ממתני' דהמלוה על שדהו ואמר לו אם אין אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים דאיתא בגמ' דאם לא אמר מעכשיו הוי אסמכתא והתם מוכר אוכל פירות עיין שם בכסף משנה שתירץ לחלק בין קרקע למטלטלין אלא שהקשה הא הרמב"ם כתב בפרוש בין קרקע בין מטלטלין ותירץ דהלוה על שדהו מיירי בדלא החזיק עדנה והא דאוקמה בגמ' בדא"ל מעכשיו הוי מצי לאוקמי בדלא אמר מעכשיו והחזיק בה אלא דעדיף לאוקמי בדאמר מעכשיו אף שלא שלא החזיק והקשה הכסף משנה דלמה להרמב"ם לומר דהחזיק בה הא ע"מ כאומר מעכשיו דמי ובמעכשיו סובר הרמב"ם דלא בעינן שיחזיק אלא אשגירת לישנא הוא. אכן לדידי תמוה איך נוכל לומר דכונת הרמב"ם לומר דוקא החזיק ולא קנין אחר הא הרמב"ם כתב בפרוש והחזיק בהדרכים שקונין בהם הרי דהוא הדין בכל הדרכים והרמב"ם חדא מינייהו נקט אלא דכונת הרמב"ם הוא כן, דהנה הא דאמרינן בב"מ ס"ו דהיכא דאמר מעכשיו דאז אין בזה משום אסמכתא אין הטעם דדבור דמעכשיו מבטל אסמכתא, אלא הכונה הוא דדין דמעכשיו מבטל האסמכתא היינו דתליא אם האסמכתא בקיום הדבר או בביטול הדבר דאם אמר מעכשיו אז הדבר נקנה תכף והתנאי שמתנה הוא בבטול הדבר שבאם לא יקיים הדבר אז יתבטל הקנין למפריע נמצא דהתנאי "והדאי" הוא על ביטול הדבר בזה לא שייך אסמכתא שנימא שלא יועיל התנאי ולא יתבטל הדבר משום דבבטול לא שייך אסמכתא ונתבטל הדבר בכל גווני ועל הקנין אין אנו צריכים לאסמכתא שהרי נעשה הקנין תיכף אבל אם לא אמר מעכשיו רק אם נא אתן לך לזמן פלוני אז תקנה השדה הרי האסמכתא הוא על הקנין שהקנין הוא דאי שאם לא יתן יקנה אז השדה, וקנין באסמכתא אין מועיל אבל אם אמר מעכשיו אז הוא מקנה השדה לו עתה רק שמתנה שבאם ישלם לו עד זמן פלוני אז יתבטל הקנין א"כ "הדאי" הוא על הביטול וגבי ביטול לא שייך אסמכתא, אבל זה ודאי שאף אם אמר מעכשיו דוקא אם הקנהו באופן שעשה קנינים עתה ועשה הקנין אז שייך למימר שאם אמר מעכשיו אין בו משום אסמכתא היינו משום דקנה כבר הדבר והאסמכתא הוא על ביטול הדבר אבל אם מכרו באופן שלא יעשה קנינים עתה א"כ הרי לא יקנה אלא כשיתקיים התנאי א"כ הדאי הוא על הקנין אז לא יקנה דהרי המעכשיו לא כלום הוא כיון שלא קנה:

וא"כ זהו שמפרש הרמב"ם המקנה בין קרקע בין מטלטלין אם נתקיימו התנאים נקנה הדבר שהוקנה וכו' במה דברים אמורים בשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש

עליו לקיים התנאי כו' (פירוש דבריו כיון שקנה הדבר א"כ הקנין הוא מעכשיו והתנאי הוא רק על הבטול בכה"ג מועיל התנאי) אבל אם קנה עתה והתנה עמו שאם יתקיים התנאי זה יקנה ואם לא נתקיים התנאי זה לא יקנה, אע"פ שנתקיים התנאי לא יקנה (פירוש כיון דאמר שאם יתקיים התנאי אז יקנה וכל אם להבא משמע כדאמרינן בגיטין א"כ הקנין הוא בלשון אם והאסמכתא הוא על הקנין וקנין באסמכתא אין מועיל) כיצד המוכר בית לחברו או נתנו לו במתנה על מנת שילך עמו לירושלים ביום פלוני והחזיק זה בבית הרי זה קנה כשהלך עמו לירושלים באותו היום (פירוש דכיון דעל מנת כאומר מעכשיו דמי א"כ כשהחזיק בבית הרי קנה תכף את הבית והיא עתה שלו והתנאי דילך לירושלים הוא שאם לא ילך יתבטל הקנין נמצא דהקנין הוא עתה והאסמכתא הוא בבבטול הדבר בזה לא שייך אסמכתא וחל המכירה על תנאי) אבל אם התנה ואמר לו אם תלך עמי לירושלם ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק אחר שנתקיים התנאי לא קנה (פירוש כיון דאמר תנאו בלשון אם דלהבא משמע היינו שאם יעשה הדבר היינו שילך או שיביא אז יקנה א"כ הקנין הוא באסמכתא וקנין באסמכתא אין מועיל) והא שכתב הרמב"ם והחזיק אין כונתו דוקא קנין חזקה אז לא הוי אסמכתא היכא דאמר על מנת משום דעל מנת כאומר מעכשיו דמי דאפי' קנינים אחרים ג"כ מועיל אלא הרמב"ם לרבותא נקט דאפי' הקנין שלו הוא חזקה, דבעת שיתקיים התנאי כבר כלתה קנינו שאין קנינו בשעה שיתקיים התנאי היינו בשעה שילך אעפ"כ קנה משום דעל מנת כאומר מעכשיו דמי' ומכ"ש קנין שטר דיש לו השטר בשעה שמקיים התנאי והא דלא נקיט הרמב"ם קנין סודר דאז הי' ג"כ הרבותא דאף שבשעה שיתקיים התנאי הדר סודר למארי' אעפ"כ קונה. אכן קנין סודר לא מצי הרמב"ם למיתני דהנה הרמב"ם צריך לפרש דאם אמר בלשון אם תלך תקנה אז לא קנה משום דהוי אסמכתא ואם לא עשה חזקה אחר שנתקיים התנאי היכא שאמר אם גם בלא טעמא דאסמכתא לא קנה שהרי אף הי' אם אסמכתא קונה ג"כ לא הי' מועיל מטעם שהרי אימת קונה כשיתקיים התנאי ואז כבר כלתה קנינו משו"ה נקט הרמב"ם שעשה חזקה אחר שנתקיים התנאי אעפי"כ לא קנה משום דהא אמר אם תעשה תקנה:

ואם להבא משמע כשתעשה אז תקנה וא"כ הוי הקנין באסמכתא וקנין באסמכתא אינו קונה משו"ה לא מצי הרמב"ם למינקט קנין סודר דאילו לא עשה קנין אחר אחר גמר התנאי שהלך עמו לירושלים או הביא לו הדבר הרי אף אילו הי' הדין דאסמכתא קניא לא הי' קונה, מטעם שבעת שחל הקנין היינו בעת שהלך עמו כבר הדר סודרא למארי' וא"כ

כשהרמב"ם הי' צריך להשמיענו דאין קונה משום אסמכתא הי' צריך לפרש שהקנה לו אחר שנתקיים התנאי הקנה לו הנותן בקנין סודר ואז לא שייך כלל אסמכתא שהרי בעת שמקנה לו הנותן אז כבר נתקיים התנאי וא"כ הנותן הוא מקנה עתה לגמרי וא"כ בקנין סודר אי אפשר לפרש הדין משו"ה פירש הרמב"ם בקנין חזקה שאילו הי' הדין דאסמכתא קנין אז הי' עושה הלוקח קנין חזקה אחר שנתקיים התנאי אף בלא דעת הנותן הי' קונה שהרי בעת שאמר לו אם תלך עמי לירושלים אמר לו שיקנה אז והוי כאומר אחר שלשים תלך ותחזיק שאין צריך דעת הנותן בעת שמחזיק, אבל כיון דאסמכתא לא קניא משו"ה מה שהחזיק בלא דעת הנותן אחר שנתקיים התנאי מה שאמר אם תלך עמי תקנה, כיון דהוי אסמכתא לא גמר אז והקנה לו שיקנה אחר שילך עמו לירושלים משום דאסמכתא לא קניא, אבל ודאי דהוא הדין קנין שטר שאם אמר ע"מ שתלך א"כ קנין של השדה הוא תכף והתנאי הוא בבטול הדבר אז קונה דעל ביטול לא שייך אסמכתא אבל אם אמר אם תלך שאז הכונה שאם יתקיים הדבר אז תקנה הוי אסמכתא, זהו כונת הרמב"ם (שוב מצאתי שכונתי בזה לדעת רבינו הגדול הגר"א זצ"ל בבאוריו לחו"מ סימן ר"ז ס"ק ה') וברוך שהנחני בדרך אמת.

והנה עפי"ז נוכל ליישב ג"כ קושית הראב"ד שהקשה איך כתב הרמב"ם בערבות שאם אמר אם לא אביאנו אז אשלם הוי אסמכתא דהא אין בערבות משום אסמכתא דהא אמרינן בההוא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' אכן לדברינו יפרש הרמב"ם פירוש נכון בדברי הגמ' דהנה לכאורה קשה מאי אמרינן דמשום ההוא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי' אף דהיא אסמכתא א"כ ק"ו ומה אם ההנאה משום שמלוה לאחרים ומהימן לי' גמר משום זה ומשעבד נפשי' א"כ מכ"ש אם מלוה לי' בעצמו נימא משום ההיא הנאה דמהימן לי' גמר ומקנה השדה וא"כ במלוה על שדהו ואמר לו אם לא אפרע לך עד יום פלוני יהי' שלך נימא בההיא הנאה דמהימן לי' גמר ומקנה לו ומה לי משעבד נפשי' אם מקנה השדה נימא משום ההיא הנאה דמהימן לי' גומר ומקנה, ועוד בכל מקום שמקבל עליו איזה דבר באסמכתא יש לו הנאה א"כ נימא בההוא הנאה גמר ומקנה ומשעבד נפשי' ומאי פריך לרב אשי בגמ' (ב"מ דף ע"ג:) דאמר גבי מאן דיהיב זוזי לחברי' למזבן חמרא ופשע ולא זבן דפטור מלשלם משום דהוי אם אסמכתא. מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא. ומאי קושיא נימא משום ההנאה שנותן לו השדה שירויח מזה גמר ומשעבד נפשי' ואם נימא דמעשה דיהיב זוזי מיירי בשקצב לו שכר יקשה באמת על רב אשי נימא בההיא דיהיב לי' להרויח גמר ומשעבד נפשי' ומ"ש הנאה זו דמהימן לי דאמרינן דבשבילה גמר ומשעבד אף באסמכתא.

לכן נראה לי דהרמב"ם מפרש דברי הגמ' כן דבתחלה דהי' סבר דערב הוי אסמכתא הי' סובר דמשו"ה נתחייב הערב מה שלוה לפלוני על פיו הוא משום דהפסיד על ידו והתחייבות הערב הוא כשיתבע את הלוה ולא ימצא לו נכסים שאז יתברר שהפסיד ממון על פיו משום זה מתחייב הערב והערב אומר למלוה אני ערב היינו שאם יתברר שהפסדת ממונך על פי אז אשלם לך וכל זמן שלא תבע המלוה את הלוה ולא נתברר שהפסיד ממון על ידו אין לו בעד מה להתחייב וא"כ ה"ז אסמכתא שבאם יתברר שהפסדת ממון על ידי אז אשלם ועל זה משני בההיא הנאה דמהימן לי' גמר ומשעבד נפשי', פירוש לא כמו דהוה סבר דההתחייבות הוא משום דהפסיד ממון על פיו א"כ הוי "דאי" אם יהי' לך הפסד ממון. לא כן אלא הוא משעבד בעד הוצאת הממון על פיו ובההוא הנאה שהוא מהימן לי' למלוה לפלוני על פיו הוא מתחייב עתה לשלם וכיון דהחיוב הוא עתה לא שייך כלל אסמכתא דאימתי שייך אסמכתא אם ההתחייבות הוא באסמכתא אבל הכא ההתחייבות הוא מעכשיו וכל מעכשיו לא שייך אסמכתא רק שהוא כמו תנאי שבאם הלוה ישלם אז אפטר מלשלם לך נמצא דהאסמכתא הוא על ביטול הדבר לא על קיום הדבר היינו דההתחייבות הוא מעתה בעד הוצאת ממון על פיו ומהימן לי' הוא משעבד נפשי' בשביל זה לשלם הכל אלא שהתנה תנאי שתצטרך לתבוע תחלה את הלוה פן ישלם הוא לך אז אפטר מהחיוב אבל אם הוא לא ישלם אז ישאר חיוב הערב שנתחייב לשלם בעד ההלואה וא"כ לפי מסקנת הגמ' לא שייך כאן כלל אסמכתא דהרי החיוב מעכשיו הוא:

ולפ"ז שפיר כתב הרמב"ם שאם אמר, שערב להביא הלוה ובאם לא יביא אז יצטרך לשלם א"כ הרי אמר מפורש שאין מתחייב מעתה לשלם רק שהוא מתחייב להביא את הלוה ובאם לא יביא את הלוה אז יתחייב נמצא דהחיוב הוא באסמכתא היינו דאם לא יביא את הלוה, וחיוב באסמכתא אינו מועיל אף שיש לו הנאה דמהימן לי' משום זה לא אמרינן דנתחייב וכן משו"ה אם מכר ראובן שדה לשמעון וקבל לוי אחריות ס"ל להרמב"ם דהוי אסמכתא היינו ג"כ משום דהחיוב הוא דאי והכא במעכשיו לא נתחייב כלל, אבל הראב"ד ס"ל כמו שהכל פירשו בפי' הגמ' דערבות הוי אסמכתא אף לפי המסקנא רק משום דבההוא הנאה וכו' מסלק אסמכתא דגמר ומשעבד נפשי' א"כ שפיר השיג על הרמב"ם וכתב דאין בערבות משום אסמכתא:

ולפ"ז אזלי נמי במחלקותם בדין אם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחלה דס"ל להרמב"ם דהתנאי קיים וגובה ממי שירצה אף אה יש נכסים ללוה והראב"ד ס"ל דאם יש נכסים ללוה גובה מן הלוה ולדברינו אזלי לטעמייהו דהנה זה בארנו דבתחלה הי'

סבור בגמ' דערב מתחייב רק מפני הפסד ממון שהפסיד מלוה על פיו והיינו כשתובע את הלוה ואיננו משלם אז יתברר שהפסיד המלוה ואז יש להערב בעד מה להתחייב משו"ה הי' סבור דערבות הוי אסמכתא דהא דאי הוא רק דהרמב"ם ס"ל דלמסקנת הגמ' התחייבות הערב הוא תיכף. בשעת הוצאת ממון והוי התחייבות מעכשיו רק שהוא תנאי שבאם יפרע הלוה אז יפטר שהוא מחויב לתבוע תחלה הלוה כן הוא בסתם ערבות אבל אם אמר בפרוש כונתו שמכון להתחייב מעתה בלי תנאי שיתבע תחלה את הלוה שפיר חל התנאי כיון דהתחייבותו הוא משום הוצאת ממון:

אכן הראב"ד לטעמי' דס"ל דאף למסקנא דגמ' ג"כ ערבות הוי אסמכתא ורק בההוא הנאה דמהימן לי' הוא משעבד נפשי' אף באסמכתא א"כ אף למסקנת הגמ' עיקר החיוב של הערב הוא רק משום הפסד ממון שבאם יתבע את הלוה ואין לו נכסים אז נתחייב שהרי על פיו הפסיד ממון אבל קודם שנתברר שאין נכסים ללוה לא חל החיוב עלי' דערב כלל שהרי אין לו בעד מה שיתחייב, ועיין בש"ך (חו"מ סי' קכ"ט ס"ק כ"ג) שכתב דיש לו זמן להערב לשלם שלשים יום מיום שתבע את הלוה ונתחייב הערב לשלם ואף אם יש לו מעות הדין כן משום דנתחייב עכשיו והו"ל כאילו הלוהו עתה והשיג בזה על המ"מ וב"ח שכתבו דאם יש לו מעות מחוייב תיכף לשלם אכן לדברינו הב"ח והמ"מ אליבא דהרמב"ם שפיר פירשו שהרי להרמב"ם חל החיוב על הערב מיום הלואה, אכן לדברי הראב"ד דס"ל דגם למסקנא דגמ' חיוב הערבות הוא רק משום הפסד ממון א"כ כל זמן שלא נתברר ההפסד לא חל חיוב כלל א"כ שפיר אמר הראב"ד דאף אם אמר ע"מ שאפרע ממי שארצה תחלה אם יש נכסים ללוה יתבע את הלוה שהרי כיון שיש נכסים ללוה א"כ הא לא הפסידו א"כ אין כאן במה שיתחייב הערב דהרי הוא לא אמר תן לו ואני אתחייב רק רוצה להתחייב מדין ערבות ודין ערבות הוא רק אם הפסיד ממון על פיו משו"ה לא חל התנאי דאפרע ממי שארצה כיון דאין כאן הפסד ממון אין כאן בעד מה להתחייב, ומיושב ג"כ מ"ש הרמב"ם דהנותן ערבון לחברו ואמר לו אם אני חוזר בי ערבוני מחול לך והלה אומר אם אני חוזר בו אכפול לך ערבונך דאם חזר בו הלוקח זכה זה הערבון שהוא תחת ידו וקשה עליו כל הנך קושיות שהביא הכ"מ דמוכח דאף דבר שבידו יש בו משום אסמכתא ומתוספתא מפורשת דאיתא אלא מחזיר לו ערבונו. אכן לדברינו שפיר ניחא דהנה מהו ערבון פירש"י דיש שני מיני ערבון יש מין ערבון שהוא למשכון לקנוס החוזר ויש מין ערבון שהוא תחלת פרעון שקנה בית באלף זוז ופרע מקצת דזהו תחלת פרעון, והנה הרמב"ם מפרש דהאי ברייתא שהובאה בגמ' ע"כ מיירי בערבון כזה שהוא תחלת פרעון, היינו שקנה ממנו שדה בעד אלף זוז ואומר

מקצת הנני נותן לך וקונה כנגדו בהשדה ואם אחזור בי ולא אתן לך בעד המותר אז יהי' מחול לך הכסף שהנני נותן לך לקנות מקצת השדה ויה' קניני שהנני קונה בהשדה בטל והמוכר אמר אם אני אחזור בו ולא אחפוץ למכור לך המותר אז מלבד שקנית אכפול לך עוד כזה דאם נימא דברייתא זאת מיירי בערבון כזה שלא ניתן אלא בתורת משכון וא"כ הניח אצל המוכר בגדר משכון ואמר אם אחזור בי ולא אחפוץ לקנות השדה אז הנני מוחל לך הדמים והמוכר אמר אם אני לא אחפוץ למכור לך הקרקע אשלם כפליים כפי הדמים שהנך נותן בידי למשכון א"כ איך אמר ר' יהודה דיו שיקנה כנגד ערבונו כיון דהקנין לא עשה כלל עדנה בהשדה ומה שאמר המוכר אם אחזור בו אכפול לך ערבונך הוא אסמכתא א"כ אף כנגד ערבונו לא יקנה נהי דדבר דלא הוי גוזמא לא הוי אסמכתא היינו אם כל התנאי איננו גוזמא אבל אם התנאי הוא גוזמא אז אף מה שאינו גוזמא לא נתחייב, וכן כתב הרא"ש בפרק המקבל (דף ק"ד) גבי מעשה דההוא גברא דקבל ארעא ואמר אי מובירנא לי' יהיבנא אלפא זוזי ואוביר תלתא ופסק רבא דהוי אסמכתא וכתב שם הרא"ש להשיג על הרי"ף שכתב דמאי דאמר רבא דהוי אסמכתא ולא משלם הוא רק היתר על מה שראוי לעשות אבל הראוי לעשות גמר ומשעבד נפשי' והשיג שם הרא"ש ז"ל אבל הכא דאמר יהיבנא לך אלפא זוזי לא כיון אלא להגזים ולא שעבד עצמו לכלום דאי אפשר לחלק דבריו ולומר דעל מה דגזים לא שעבד עצמו ועל השאר שעבד אלא כל דבריו כמאן דליתנייהו דמי ואין כאן שיעבוד של כלום עכ"ל הרא"ש. הרי דאם אמר תנאי שהוא גוזמא אז אף מה שאינו גוזמא לא מחלקים את דבריו דכיון כבטל מקצת בטל כולה א"כ אף אם נפרש שכונת המוכר מה שאמר אכפול לך ערבונך כונתו הי' בקרקע שיתן לו קרקע כפליים כנגד הערבון כיון דהוי על היתר אסמכתא א"כ כל דבריו יבטלו א"כ אף כנגד ערבונו ג"כ לא יקנה רק המוכר יחזור לו ערבונו אם נפרש דהאי ערבון דהכא הפירוש שלא קנה עדנה רק נתן הערבון למשכון, ועוד אם נימא דמיירי דלא קנה עדיין בהשדה רק נתן הערבון למשכון לקנוס החוזר בו א"כ אמאי נפרש בדברי המוכר שאמר אכפול לך ערבונך היינו כונתו שיתן קרקע דילמא כונתו שאמר אם אחזור בי אשלם לך כפליים כערבון שלך אבל דמים ולא קרקע וא"כ אמאי קנה כנגד ערבונו אף כנגד ערבונו לא יקנה כיון שחזר בו המוכר:

ואפילו לדברי הרי"ף דמה דלא הוי גוזמא אע"פ שהתנאי הי' גוזמא מה שאינו גוזמא משלם אעפ"כ בכה"ג יודה הרי"ף דאף כנגד ערבונו לא קנה, דהנה הרא"ש הקשה על הרי"ף שכתב ז"ל ומסתברא דמחייב ליתן מאי דאוביר בשוה דלא אמר רבא דהוי אסמכתא אלא מאי דגזים אבל שעור מאי דאוביר לא הוי אסמכתא ויהיב לי' דתנן שמין

אותה כמה היתה ראוי' לעשות ונותן לו דשעור מאי דאוביר בשוה הוא דיהיב שעבודי שעבד נפשי' כו' ואשכחן לרבא גופא כה"ג לקמן בענין ההוא שתלא דאמר אי מפסדינא מסתליקנא בלא שבחא ואמר רבא אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא ואקשינן מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומשנינן התם מאי דאפסיד משלם הכא מאי דאפסיד מנכי לי' ואידך יהבינן לי' והאי נמי דאלפא זוזי דכותה היא מאי דאפסיד והוא מאי דאוביר משלם ואידך לא עכ"ד האלפס:

והקשה על זה הרא"ש ז"ל ולא הבנתי ראי' וכמו הא דאייתי ראי' ממתני' ליתא דבמתניתין כתב לי' אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ואי לא כתב לי' לא מיחייב מידי מדתלי טעמא שכן כתב לי' אבל הכא דאמר יהיבנא אלפא זוזי לא כיון אלא להגזים ולא שעבד עצמו לכלום דאי אפשר לחלק דבריו ולומר על מאי דגזים לא שעבוד עצמו על השאר שעבוד עצמו אלא כל דבריו כמאן דליתנייהו דמי והעמיד על דינו כאלו לא אמר כלום ומשלם מה שהפסיד אבל הכא כשתסלק דבריו לא מיחייב מידי עכ"ד הרא"ש:

ונראה לתרץ דברי הרי"ף דהנה לכאורה הא קשה מאי קאמר משום דלא גזים משו"ה מתחייב אף שהוא דאי הא כל אסמכתות מיירי באופן דלא גזים ואעפ"כ כל דאי אסמכתא הוא כמו אם תלך עמי לירושלים תקנה הבית במכר הא אין כאן גוזמא וכן גבי המלוה על שדהו ואמר אם לא אפרע לך עד זמן פלוני הרי היא שלך ג"כ מיירי באופן דלא גזים דאף אם הדמים שהלוה הוא כמחיר השדה אעפ"כ הוי אסמכתא א"כ אמאי מתחייב הכא גבי אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא הא דאי הוא, אכן מצאתי בנ"י שמפרש שהיא תקנה מדרבנן אך מלבד שהוא דוחק נראה לי דקשה לפ"ז איך סברי נהרדעי גבי ההוא גברא דקבל ארעא מחברי' אמר אי מובירנא לה יהיבנא לך אלפא זוזי אוביר תילתא ואמרו נהרדעי דינא הוא דיהיב לי' תלת מאה ותלתין ותלתא רבא אמר אסמכתא היא ואסמכתא לא קני' ופריך ולרבא מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומשני התם לא גזים הכא כיון דאמר מילתא יתרתא גוזמא בעלמא הוא דגזים. ולדברי הנ"י דס"ל דגם אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא הוא גוזמא ורק דתקנתא דרבנן היא משום פסידא וא"כ אטו אם תקינו רבנן שישלם כמה שהוביר משום שהפסיד וכי בשביל זה יתקנו שישלם אף היתר על הפסידא והא היתר על הפסידא הוא ככל אסמכתא הרי תקנת רבנן לא הי' אלא כדי שלא יפסיד, וגם כשהקשה לרבא ותירץ הכא כיון דאמר מילתא יתרתא גוזמא בעלמא הוא דגזים למה איצטריך לומר שהוא כונתו להגזים דאף אם לא הי' כונתו להגזים אלא להתחייב כמו שמתחייב באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא אעפ"כ אינו מחויב כיון דהוי אסמכתא כמו כל דאי אסמכתא

הוא וכיון דהוי החיוב גוזמא בכה"ג לא תקינו רבנן ומדתריץ בגמ' גוזמא בעלמא הוא דגזים הרי דעיקר החיוב הוא מן הדין אם רוצה להתחייב אבל לא כמו שמפרש הנ"י שהוא משום שהחיוב הוא משום תקנה משום פסידא והלא בגמ' מפורש דעיקר התירוץ משום שהוא לא התחייב אבל אם הי' מתחייב הי' מחויב אף היכא דלא שייך תקנה:

לכן נראה לי דהטעם שמשלם באם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא הוא משום שכירות השדה שהרי על כרחך עשו קנינים כשקבל השדה דאם לא עשו קנינים הלא גם בלא אסמכתא לא נתחייב ע"כ דעשו קנינים:

והנה אם אחד ישכור בית ויתחייב לשלם כור חטים לשנה ואח"כ לא ידור השוכר בהבית אטו לא יתחייב השוכר בהחטים הלא כיון שקנה קנין שכירות הבית ונתחייב לשלם מאי איכפת להמשכיר אם לא ידור והוי כמו אם יקנה דבר בחליפין ואח"כ לא ישתמש שצריך לשלם כמו שהתחייב ואם לא יהי' בידו חטים יתחייב ליתן דמי כור חטים דמה לי הן מה לי דמיהן והנה אם אחד קבל שדה מחברו ועשו קנינים הלא אם ירצה הנותן לחזור בו לא יוכל לחזור בו א"כ קנה כבר המקבל קנין בהשדה קנין קבלנות שיהי' שלו והוא האריס בהשדה והוא יזרענה והוי שלו לזריעה כמו שוכר וכיון דכבר קנה הרי נתחייב בשכירות השדה ומהו הכא תשלומי השכירות הוא שיתעסק ויהי' להנותן חצי, זהו השכירות, נמצא דאם אינו זורעה הרי אינו משלם להנותן השכירות היינו הפעולה וא"כ צריך לשלם דמי השכירות והיינו כמה שראוי השדה להיות בה פירות ע"י פעולתו וצריך לשלם דמיהן דמה לי הם מה לי דמיהן ובאמת הי' לו להתחייב אף אם לא התנה אם אוביר ולא אעביד כמו בשוכר אלא דמשו"ה אם לא התנה לא דמי לשוכר, דאם לא אמר אם אוביר ולא אעביד אז אמרינן שהוא לא התחייב תשלומין בעד הקנין שהוא לא התחייב לזורעה ולא דמי לשוכר שהתחייב לשלם בעד הדירה אבל בקבלנות לא התחייב כלל לזורעה אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא אז קבלנותו בגדר התחייבות וא"כ הוי כאלו אומר הקנה לו השדה לזורעה ובעד זה הנני מתחייב לך לזורעה כדי שיהי' לך חצי פירות א"כ זהו השכירות שלו ואם לא זרעה הרי לא שלם השכירות בעד קנין שקנה השדה לזורעה וא"כ צריך לשלם שווי השכירות כיון שהוא כבר קנה ואילו הי' רוצה בעל השדה לחזור בו לא הי' יכול, א"כ נתחייב לשלם דמי השכירות היינו שווי מה שהוא ראוי לעשות שזהו השכירות שלו:

לפ"ז לא הוי כלל אסמכתא דאלו הי' הכונה שבאם אוביר אז יצטרך לשלם בעד מה שהפסיד אז בודאי שייך בזה אסמכתא שהרי הוא התחייבות אם אוביר וכל דאי אסמכתא הוא אף אם לא גזים אבל הכא ההתחייבות איננה כלל בעד מה שיוביר

רק דההתחייבות הוא עתה לשלם בעד קנין קבלנות שכעל השדה לא יוכל לחזור בו התחייב בעד זה לשלם, שכירות שיזרענה וההתחייבות הוא עתה ככל שכירות דעלמא שמחויב לשלם כסף ה"נ מתחייב לזורעה ולקצרה ולהעמיד כרי ומה שאמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא איננה התחייבות חדשה אלא כאומר אם לא אשלם לך חטים אז תגבה ממני כסף בעד החטים ודבור דאם אוביר הוא רק לגלוי מילתא שהקבלנות הוא בגדר התחייבות שמחויב לזורעה דאלו לא אמר זה בפרוש אז אמרינן דהמקבל לא נתחייב שכירות בגדר התחייבות בקנין רק עשו שותפות שאם יזרע יחלקו ביניהם והקנין הוא שלא יוכל הנותן לחזור בו וכן המקבל כשיזרע ויגדל לא יוכל לחזור בו ולא ליתן להנותן חצי אבל לא התחייב לזורעה אבל אחר שהקנה ואמר אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא גלי דעתו' דקבל השדה באופן זה שנתחייב לשלם שכירות השדה ומהו תשלומין שלו מה שיזרע ויעמיד כרי וממילא אם הוביר משלם דמי השכירות. וכן בההוא דיהיב זוזי לחברי' למיזבן לי' חמרא ופשע ולא זבן לי' דאמר רב חמא משלם כדאזיל אפרוותא דזולשפט בב"מ (דף ע"ג) ורב אשי אמר אפי' סתם יין נמי לא, אסמכתא היא ואסמכתא לא קניא, ופריך שם בגמ' ולרב אשי מ"ש מהא דתנן אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ותירץ התם בידו הכא לאו בידו נראה לי דשם מיירי ג"כ היכא דהשליח הי' לו הנאה מזה היינו שהוא לקח שכר או שהי' לו רשות להוציא המעות והוא התחייב בעד המעות להביא יין והוי דומיא דמתניתין דפוסק כשער הזול או שלקח למחצית שכר וג"כ לפי סברת רב חמא הוא התחייב להביא ממקום הזול היינו שנתן לו דמים ונתחייב יין כשער הזול משו"ה לא הוי כלל אסמכתא ורב אשי ס"ל דהוי אסמכתא דהתחייבותו איננה לקנות יין אלא שהתחייב שבאם לא יקנה אז ישלם והוי אסמכתא, משו"ה פריך מ"ש מהא דתנן אם אוביר אשלם במיטבא, פירוש אמאי מפרשינן שם דכונתו שהוא מתחייב לזורעה ואם לא יזרע ישלם בעד הזריעה אמאי הכא מפרש רב אשי דהתחייבותו הוא אם לא יקנה אז יתחייב, ומתרץ התם בידו וכיון שהוא בידו אמרינן שהוא מתחייב לזרוע השדה וממילא נעשה התחייבות הזאת השכירות שהוא לזורעה ואם לא יזרע ישלם במיטבא היינו כמו שהיתה ראוי' לגדל אבל הכא לא שייך לפרש שהוא מתחייב לקנות יין שהרי לאו בידו ולא שייך התחייבות על דבר שאינו בידו דאיך יתחייב לקנות שמא לא ימצא משו"ה אמרינן שההתחייבות הוא רק שבאם לא יקנה אז יתחייב וזהו אסמכתא: **ובזה** מיושב קושית ר"ת על רש"י שם בד"ה הכא דאיך פרש"י בסנהדרין (דף כ"ד) דאסמכתא על דבר שאינו בידו לא הוי אסמכתא דכיון דלאו בידו לא סמיך על מידי וגמר ומקני והכא משמע דזהו סברא הפוכה, אכן לדברינו לא קשה דרש"י יוכל לסבור להלכה

כרב חמא דאף מידי דלאו בידו לא הוי אסמכתא והכא הא דאמר החלוק בין בידו לאינו בידו לא הוי כלל חלוקים באסמכתא דבאסמכתא אילו היינו מחלקים היתה הסברא להפך רק באמת באסמכתא אין חלוק דבכל גווני הוי אסמכתא והכא הלא הוא פירוש אחר דכיון דלאו בידו היא, סברא היא דאף בגווני שיש לו הנאה לא נתחייב לקנות יין דזה לאו בידו הוא רק הוא התחייבות שאם לא יקנה יין אז ישלם וא"כ הוי אסמכתא דרב אשי ס"ל דאף דבר שאינו בידו הוי אסמכתא:

ולפ"ז פליגי נמי נהרדעי ורבא באם אמר אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי היינו דנהרדעי ס"ל דהוא נתחייב בעד שכירות השדה או לזורעה ולהעמיד כרי וליתן מחצית הפירות ואם לא יתן מחצית הפירות התחייב שכירות השדה אלף זוז ומשום אונאה אין כאן שהרי הוא קרקע וגם הא הוא יודע המחיר וא"כ גם האלף זוז הוא ג"כ התחייב מעתה ע"ז פליג רבא ואמר הכא כיון דאמר מילתא יתרתא גוזמא בעלמא הוא דאמר וע"כ דאין הכונה שהוא לא כיון להתחייב כלל דא"כ למה לי' לרבא למימר אסמכתא הוא דטעמא הוי רק משום אסמכתא אבל אילו הי' אסמכתא קונה הי' מחויב הא הוא לא כיון אלא לגוזמא בעלמא ע"כ דהכי פירושו דמה שאמר אם אוביר אשלם אלפא זוזא כיון דהוי גוזמא ע"כ דאין הכונה שהוא מתחייב מעתה שכירות אלף זוז אלא הוא רק התחייבות אם לא יזרענה ומשו"ה מתחייב אף גוזמא מפני שסומך בדעתו שודאי יזרענה וכונתו היא לא התחייבות מעתה אלא אם אוביר אז אשלם והוא התחייבות אם אוביר וא"כ הוי אסמכתא דהא כל דאי אסמכתא הוא ולפי"ז מיושב שפיר דברי הרי"ף שכתב שאף אם אמר אם אוביר אשלם אלפא זוזי, אם הוביר משלם כמה שראוי לעשות והביא ראי' מאם אוביר ולא אעביד היינו דכמו דאם אמר אם אוביר ולא אעביד אשלם דהטעם דנתחייב לשלם הוא דכיון דחזינן דהתחייב לשלם הרי קבלנותו הוי בגדר התחייבות והוי קבלנות כמו שכירות ואז הוי קבלנות כמו חכירות כמו דשם נתחייב נשלם הכורים, הכא נתחייב לזרוע ולהעמיד כרי א"כ גם אם אמר אם אובירנה אשלם אלפא זוזא הרי חזינן דקבל השדה באופן שמחויב לזרוע א"כ אף שמה שאמר שישלם בעד שלא שלם השכירות היינו שלא יזרע שדה דשכירות ואמר שישלם אלפא זוזי הוי אסמכתא כיון דהוי גוזמא אבל כמה שצריך לשלם דמי השכירות היינו שיווי מה שיעלה ממה שיזרענה זה מחויב לשלם והוא ממש כמו שתלא:

נמצא לפ"ז היכא דהוי אסמכתא גמורה היינו קנין להבא גם הרי"ף מודה דאף דמה דלא גזים לא קנה א"כ הכא אף אם נפרש דברי המוכר אתן לך קרקע הוי ככל דאי דלא קנה ולא יקנה אף כנגד ערבונו ואמאי קתני בברייתא דיו שיקנה כנגד ערבונו ע"כ ס"ל

להרמב"ם דהכא מיירי בערבון שנתן לקנין לקנות השדה ומה שאמר רשב"ג בד"א בזמן שאומר ערבוני יקון דרש"י ותוס' דחקו בפירושו להרמב"ם בפשטות, היינו כיון שמיירי שנתן הערבון בתורת תחלת פרעון א"כ דוקא שאמר ערבוני יקון פירוש שדיברו בפרוש שהוא עושה קנין בהקרקע רק כנגד הערבון רק שהתנו עוד תנאים שאמר הלוקח אם אני אחזור בי ערבוני מחול לך פירוש הקנין שעשיתי על הערבון שיקנה מחול לך והלה אומר אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך ומיושב קושית התוס' שהקשו אם נפרש יקון כנגד ערבונו לבד יקנה מן המקח א"כ לר' יוסי אמאי יכפול לו, אכן לדברינו הם שני דברים זהו שאמר ערבוני יקון הוא על הקנין שעושה עתה בזה שנותן תחלת הערבון זה, יקנה בהשדה כנגד ערבונו והתנאי מלבד זה שקנה כנגד ערבונו, התנו התנאים שאם יחזור בו הלוקח יהי ערבונו מחול ואז לא יקנה אף כנגד הערבון ואם המוכר יחזור יכפול ערבונו וכיון שמיירי שנתן הערבון בתורת תחלת פרעון וקנה עתה כנגד הערבון משו"ה אף אם אסמכתא לא קניא קונה כנגד הערבון שהרי זה קנה בודאי כל זמן שלא חזר בו הלקח:

לפ"ז נתגלה לנו טעמו של הרמב"ם שכתב שאם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהוא תחת ידו אין הטעם משום דדבר שהוא תחת ידו אין בו משום אסמכתא אלא הטעם כיון שערבון הוא בתורת תחלת פרעון א"כ הרי הכסף שנתן הלוקח להמוכר נתן לו שיהא שלו והתנאי שהוא מתנה אינו על הכסף רק דהתנאי הוא על הקנין דהקנין שקנה הלוקח כנגד המעות אם יחזור בו יתבטל הקנין נמצא דהאסמכתא איננה בקיום הדבר אלא בבטול ובבטול הא לא שייך אסמכתא וא"כ שפיר אמר הרמב"ם דאם חזר בו הלוקח קנה זה הערבון שהוא תחת ידו. פירוש שהרי הם שלו כבר מעת הנתינה והוי כמו מעכשיו שלא שייך אסמכתא כיון שהוא כבר קנה הדבר והתנאי הוא בבטול הדבר ה"נ התנאי הוא בבטול הקנין שקנה כנגד המעות נעשה עכשיו שלו, וזה אין צריך לפרש דברי' שבאם יקנה השדה אז יהי' הכסף בתורת קנין ואם לא יקנה אז יהי' הכסף בתורת מתנה זה אין צריך לפרש כלל דהרי בארנו לעיל דאימתי יש באיסור גזלה הוא דוקא בנטל חפץ שאלו הי' יודע לא הי' רוצה, והנטילה הוא שלא ברצונו או אם הוא מתחייב בעד הכסף אבל אם אינו מתחייב וגם אין הנטילה שלא לרצונו לא בעי דוקא שיתנו לו בתורת מתנה רק ממילא כיון דאין בעד מה להתחייב שאין כאן איסור גזל דאיננה שלא מדעתו וגם לא התחייב בעדם, ממילא הכסף שלו א"כ הכא הרי שפיר אמר הרמב"ם דבהכסף אין כאן שינוי כלל היינו אף אם יתבטל הקנין שקנה בהקרקע כנגדם תבטל מצד תנאם שבאם יחזור הלוקח יתבטל הקנין שקנה בעד מעותיו לא יתחייב המוכר בעד הכסף

כיון שלא נתנם לו באופן שיתחייב בעדם א"כ התנאים הן רק בבטול קנין הקרקע אבל הכסף בכל גווני הוי של המוכר משום דהוי כמעכשיו דלא שייך אסמכתא כל זה הוא בערבון שנתן בתורת תחלת פרעון אכן התוספתא שהביא הכ"מ גבי ערבון מיירי שנתן ערבון לקנוס החוזר בו מדקתני שם אמר ר' יהודה היאך זה זוכה בדבר שאינו שלו אלא נותן לו ערבון שלו ואם הי' מיירי התוספתא בערבון שהוא לתחלת פרעון א"כ איך אמר ר' יהודה נותן לו ערבון שלו משמע דמחזיר לו הערבון עצמו ואם מיירי בתחלת פרעון הי' צריך לומר אלא זוכה בשדה כנגד ערבונו כדקתני בברייתא בגמ' דזוכה בשדה כנגד ערבונו ע"כ דמיירי בתוספתא בערבון שהוא לקנוס החוזר א"כ שפיר אמרה התוספתא בכה"ג דנותן נו ערבון שלו אף אם חזר בו הלוקח שהרי הכא הדאי הוא בקנין הערבון שאמר הלוקח אם אחזור בי אז תקנה הערבון וא"כ הקנין באסמכתא וקנין באסמכתא אינו מועיל אף היכא שבידו כל זמן שלא קנה מעכשיו:

ולא קשה נמי כל הנך קושיות מהמלוה על שדהו דהא שם ג"כ התנאי הוא בעצם קנין השדה אם לא אשלם אז תקנה וכל אם להבא משמע שאז תקנה וקנין באסמכתא אין מועיל אף שהוא בידו, וכן לא קשה נמי מפרע לו מקצת חובו שהקשו אמאי קאמר ר' יהודה דהוי אסמכתא הא ע"כ הכונה שבאם לא ישלם לזמן פלוני אז יהיו המעות מחולים דזה אין לומר אז אתחייב דא"כ איך אמר ר' יוסי יחזיר שטרו הא הוי שטר שנמחל שעבודו ושטר שנמחל שעבודו אין גובין בו:

ע"כ דהפירוש אם לא אפרע אז יהא מחולים והא הרמב"ם סובר דבדבר שבידו לא שייך אסמכתא אכן לדברינו ניחא דהנה כשמגיע לאחד חוב והלוה נותן למלוה כסף אם לא נתנו לפרעון לא נסתלק החיוב רק מגיע לזה וזה מגיע לזה שהרי קי"ל בכתובות שנים שהוציאו שטרות זה על זה זה גובה וזה גובה ואף מאן דס"ל התם אפוכי מטרתא למה לי היינו היכא דאין נפ"מ לדינא א"כ אפוכי מטרתא למה לי אבל אלו הי' נפ"מ הי' מודה דזה גובה וזה גובה:

הרי דאם יש לאחד חוב על חברו לא נפקע החוב בשביל שהלוה הלוה למלוה רק זה חייב לזה וזה חייב לזה, נמצא דאם פרע מקצת שטרו ואמר אם לא אתן לזמן פלוני תן לו שטרו לא הקנה לו הכסף בתורת שיהי' שלו רק אמר אם לא אפרע לך לזמן פלוני אז יהי' מחול לך החוב שיש לי אצלך בעד המקצת שאני, פורע עתה החוב שזה יהי' מחול לך ואם אפרע השאר אז יהי' החוב פרעון נמצא דהוי המחילה באסמכתא דאי לא אפרע אז יהי' מחילה, וא"כ הוי המחילה באסמכתא ומחילה באסמכתא אין מועיל דמה לי מחילה באסמכתא או קנין באסמכתא כיון דהוי המחילה דאי אי לא אפרע אז יהי' מחול וכיון

דהוי אסמכתא אין מועיל אבל גבי ערבון אין הכונה אחזור אז יהי' מחול דהכסף הוא נותן לו עתה בודאי רק הוא מתנה בהקנין שהוא קונה כנגד מעותיו שבאם יחזור אז יתבטל ובבטול לא שייך אסמכתא. וזה אין להקשות א"כ גבי שטר שפרע מקצת חובו ג"כ לימא שהוא נותן לו המקצת בתורת פרעון שיהי' שלו רק הוא מתנה שבאם לא יפרע השאר לזמן פלוני אז יתבטל הפרעון זה אין שייך לומר כלל דכיון שהוא פרעון הרי נתבטל החוב ונפקע לגמרי א"כ איך שייך לומר יתבטל הפרעון אבל יהי' החוב דדוקא גבי קיום שנעשה דבר אז שייך למימר שמתנה תנאים שבאם יהי' כך אז יתבטל קיום הדבר כיון שנעשה הקיום בתנאי וזה שייך רק בדבר שנעשה אבל לא בדבר שנתבטל ואיננו אין שייך כלל לומר שיהי' מחדש והכא כיון שפרע הרי נפקע החוב היינו מקצת החוב וא"כ איך שייך לומר שבאם לא יפרע אז לא יתבטל החוב כיון שאינו כבר וא"כ צריך הוא לבאר אם לא אפרע אז הנני עושה התחיבות וזהו אסמכתא דזה אסמכתא בקיום הדבר וכן נראה לי דזה טעמא דלא ילפינן הפרה לומר דנשאלין על ההיפר כמו דנשאלין על ההיקם אכן לדברינו ניחא דבשלמא הוקם דהוא קיום הדבר שייך שפיר לומר דנשאלין ומבטלין קיום הדבר אבל בהפר כיון דנתבטל הנדר ע"י ההפרה נהי שאמרה התורה שיוכל עתה לבטל ההפרה אבל במה יתקיים הנדר כיון שכבר בעת השאלה בטל הנדר דמה שאמרה תורה דמבטלין ע"י שאלה לא אמרה התורה שעתה הוא כמי שלא הי' בעולם כלל רק שאמרה התורה שיוכל אח"כ לבטל הדבר שהחכם עתה מבטל הדבר למפריע אבל הי' בעולם א"כ בעת שהי' הפרה כבר נתבטל הנדר וא"כ איך יוכל אח"כ החכם לבטל ההפרה אחרי שכבר הנדר אינו בעולם (ועיין בר"ן נדרים דף פ"ז ד"ה וחזר המקיים) וא"כ הכא לא שייך כלל לומר שאח"כ יתבטל הפרעון אחרי שכבר הי' הפרעון ואין החוב עתה בעולם לא יוכל הפרעון להתבטל משו"ה ע"כ גבי פרעון התנאי שהוא נותן עתה בתורת חוב זה על זה ובאם לא יפרע אז יהי' מחול, א"כ הוי קנין באסמכתא, היינו מחילה באסמכתא ומחילה באסמכתא אין מועיל אבל בערבון התנאי על בטול ולא על הקיום משום דהקנין נגמר עכשיו רק התנאי הוא אם יחזור אז יתבטל הקנין בכה"ג מועיל דהוי מעכשיו ודו"ק:

סימן כה

סוגיא דמתנה מועטת אין יכול לחזור בו, ויבאר דמה שבידו לזכות, אין מועיל רק שיהי' כבא לעולם, אבל כל זמן שלא זכה אין יכול לעשות חו"מ, ויבאר דהיכא דאסור לחזור,

בתרומות ומעשרות הבעלים בעצמם זוכים בעד הכהן ויבאר שיש רשות לבעה"ב, לעשות שליח לעשות תרומת מעשר, כמו דהוא בעצמו יכול לתרום.

דף מ"ט **ומי** אמר ר' יוחנן הכי והאמר רבה בר בר חנה אמר ר' יוחנן האומר לחבירו מתנה אני נותן לך יכול לחזור בו, יכול פשיטא, אלא מותר לחזור בו אמר רב פפא ומודה ר' יוחנן במתנה מועטת דסמכא דעתיהו הכי נמי מסתברא דאמר ר' אבוהו אמר ר' יוחנן ישראל שאמר לבן לוי כור מעשר יש לך בידי בן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר אי אמרת בשלמא לא מצי למיהדר בי' משו"ה רשאי אלא אי אמרת מצי למיהדר בי' אמאי רשאי אישתכח דקא אכיל טבלים ע"כ:

וכתב על זה הקצות החושן בסימן ר"ד ס"ק ג' ז"ל וקשה נהי שמובטח לו שבודאי יתננו לו אכתי במאי קנה לעשותו תרומת מעשר על מקום אחר כיון דעכשיו אינו שלו ולא זכה בו וראיתי בשיטה מקובצת שהרגיש בזה וכתב ז"ל רשאי בן לוי לעשות כתב ר"מ אע"פ שלא קנאו בן לוי לא במשיכה ולא בהגבהה איירי במכירי לוי' דחשוב כאלו בא לידו כדאיתא בפ' כל הגט "א"נ" (כן הגרסא בשמ' א"נ לא כמו שהגרסא בקצות א"כ, דבאמת שני תירוצים נינהו) לא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרום מפריו על תבואה שלו הרא"ש ז"ל עכ"ל ואכתי לא אתברר דמה שכתב דאיירי במכירי לוי' קשה ממ"נ אי נימא דמכירי כהונה חשוב כמו קנין ממש א"כ היכי מוכח מיני' מתנה מועטת כיון דמכירי כהונה חשוב כמו קנין ממש וא"כ היכי מוכח מיני' מתנה מועטת כיון דמכירי כהונה חשוב קנין ממש והוי זכי' גמורה ואי נימא שמכירי כהונה אינו קנין ממש אלא דמכירי כהונה הו"ל כמתנה מועטת דאסור לחזור בו וכמבואר בתוס' פ' י"נ דף קכ"ג ד"ה הכא במכיר כהונה ע"ש שכתבו טעמא דמכירי כהונה משום מתנה מועטת דאסור לחזור בו ואע"פ שאם רצה לחזור בו יכול לחזור בו מ"מ כל כמה דלא הדר בי' הוי מוחזק ע"ש ועמ"ש בסי' ער"ח ס"ק י"א, א"כ אכתי אינו אלא כמו מתנה מועטת דאינו קנין ואינו שלו והאיך יכול לעשות תרומת מעשר ונהי דגבי בכור חשוב מוחזק אבל קנין אינו ומ"ש עוד דלא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרום מפריו על תבואה שלו נמי קשה לי דהא מעשר אינו שלו ואין לו בו אלא טובת הנאה וא"כ היכי מצי לתן רשות תרום משל אחרים כו' ובעיקר הקושיא נראה לפמ"ש הרא"ש בנדרים (דף ל"ד) בשם הר"א ממיץ דהיכא דהי' לפניו ככר של הפקר ואין אדם סמוך לו אלא הוא שיכול לזכות בו יכול להקדישו כיון דבידו לזכות בו כדאמר בפרק אעפ"י גבי שדה שמשכנתי לך יהי' הקדש משום דבידו לפדותו ע"ש וה"נ כיון דודאי לא יחזור בו משום דשארית ישראל לא יעשה עולה הו"ל כבידו לזכות בו דודאי יתננו לו ולא יחזור ובידו מהני לכל הדברים לתרומה ומעשרות

כדאיתא פ' האומר גבי בידו לתלוש ע"ש וה"נ ודאי יתננו לו אלא שמחוסר קנין כו', עכ"ד הקצות:

ובעיני הדברים תמוהים מה שכתב הקצות לדמוי' הא דבן לוי רשאי נעשות תרומת מעשר, להא דר"א ממיץ דאמר גבי ככר של הפקש המונח לפניו לא דמי זה לזה דבודאי אין כונת הר"א ממיץ לומר, דמפני שהוא יכול לזכות, הוי כזכי כבר, ואם אמר יהי' הככר הקדש נעשה תיכף הקדש, דאטו משום דיכול לזכות, הוי כזכה, הרי עכ"פ עתה אינו שלו, ואיך יקדיש דבר שאינו שלו משום מיגו דיכול לזכות, אלא פשוט דכונת הר"א ממיץ, דאם הוא אומר יהי' הקדש לכשאזכה בהככר דיש לומר, דאף בשעה שזכה לא חל הקדש, משום דהא הוי דבר שלא בא לעולם, על זה קאמר הר"א ממיץ, דדבר שבידו לא מקרי דבר שלא בא לעולם, כדאיתא בגמ' קדושין ס"ב, וכן הא דקאמר שדה זו שמשכנתי לך לכשאפדנה ממך תקדש, היינו נמי, דלא אמר שעתה יהיו הקדש, אלא שאמר שיהי' הקדש לכשאפדנה דלא הוי דבר שלא בא לעולם משום דבידו לפדותה, אבל כל זמן שנא פדה לא חל ההקדש, ולא אמרינן כיון דבידו לפדותה, הוי כפדוי ויכול להקדישה עכשיו. וכן כתבו בתוס' כתובת דף נ"ט ד"ה שדה זו דבעודה ממושכנת אין יכול להקדיש, וכן הר"א ממיץ מדייק דאמר לכשאזכה יהי' הקדש. הרי דההקדש חל רק לכשיזכה או יפדה, וא"כ מאי ענין זה להא דבן לוי רשאי לעשותו תרומת מעשר, דהתם הא הבן לוי עושה עתה תרומת מעשר, ואוכל על סמך זה, את הטבל, וכדאמר בגמרא אישתכח דקא אכיל טבלים, ואם נימא דאימת חל התרומת מעשר כשיבא לידו, הא כשבא לידו, יכול לעשות תרומת מעשר, אף אם יהי' הדין דיכול לחזור בו, ואף אם אין אומר עתה, הוי כמחשבה, וגם איזה תועלת יש לו, בזה שיכול לעשותו תרומת מעשר, אם עדנה אסור לאכול על סמך זה שעשה את המעשר לתרומת מעשר, וברור שהכונה שיוכל לעשות תרומת מעשר, ואוכל הטבל שלו על סמך ההפרשה שהפריש ועשה את הכור מעשר שביד הישראל לתרומת מעשר, והדר קושי' לדוכתא. כיון דלא זכה עדנה את המעשר איך יכול לעשותו עתה תרומת מעשר הא עדנה אינה שלו ובשביל שיכול לזכות לא נעשה עדנה שלו:

אכן מה שהקשה הקצות על דברי השיטה מקובצת שאמר דלא גרע מנותן רשות לחבירו שיתרום מפריו על תבואה שלו. וע"ז הקשה הקצות דהא מעשר אינו שלו (של הישראל) ואין לו בו אלא טובת הנאה וא"כ היכי מצי לתן רשות לתרום משל אחרים לדעתי בפשוט יש לישב. דהא קי"ל כאבא אלעזר בן גמלא דאמר כשם שיש רשות לבעה"ב רשות לתרום תרומה גדולה. כן יש לו רשות לתרום תרומת מעשר. א"כ כמו שיש לו רשות לתרום

כן יש לו רשות, לתן רשות לאחר לעשותו תרומת מעשר על כריו. ואולי סברת הקצות דאף דאמרה התורה שיש לו רשות לתרום תרומת מעשר אבל אינו בגדר בעלים על זה לתן רשות לאחר לתרום, אבל מנא לי' להקצות סברא זו להקשות על הראשונים כיון דאמרה התורה ונחשב לכם תרומתכם דאקיש רחמנא תרומת מעשר לתרומה גדולה לדיני שתורמין באומד ומחשבה ושיש רשות לבעל הבית לתרום. ה"נ אקיש רחמנא שיש לו רשות לבעה"ב לעשות שליח לתרום תרומת מעשר. והרי למ"ד מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמין, הא אין לו בהתרומה אנא טובת הנאה ואעפי"כ על ההרמה הוא הבעלים. יש רשות לשלוח שליח לתרום. ולהרשות לאחר שיעשה זה תרומה על כריו, ה"נ יש לו רשות להרשות את הבן לוי לעשותו תרומת מעשר. אחרי שהוא יכול לעשותו תרומת מעשר. שוב מצאתי שכן מפורש בירושלמי תרומות הלכה א', ז"ל הירושלמי ר' יוחנן בשם ר' ינאי ישראל שאמר ללוי כור מעשר יש לך בידי והלך אותו בן לוי ועשאן תרומת מעשר על מקום אחר והלך ישראל ונותנן לבן לוי אחר אין לו עליו אלא תערומת הדא דתימא בשנתנו זה עד שלא עשאו זה אבל אם עשאו זה עד שלא נתנו זה:

לא כהדא מתני' ביטל אם עד שלא תרם ביטל אין תרומתו תרומה ואם משתרם ביטל תרומתו תרומה וכולה מיני' מכיון שאמר כור מעשר יש לך בידי נעשה שלוחו נמצא כתורם ברשות ישראל פתר לה כר' יוסי דאמר בעה"ב שתרם את המעשרות מה שעשה עשוי עכ"ד הירושלמי הרי מפורש הירושלמי כהשיטה מקובצת, והאי דאמר הירושלמי כר' יוסי הכונה ר' יוסי בר' יהודה דאיתא בבכורות (נ"ח) דסבירא לי' כאבא אלעזר בן גמלא והא דתלי בגמ' אם רשאי לחזור הוא דאם נימא דרשאי עוד לחזור לא הוי כנתינת רשות, אבל כיון דאין רשאי לחזור הוי כנתן לו רשות לתרום:

ומה שכתב השיטה מקובצת דמיירי במכירי נ"ל דצריך לגרוס דהוי כמכירי לוי' דחשוב כאילו בא לידו פירוש כמו מכירי לו"י חשוב כאלו בא לידו מטעם דכיון דסמכא דעתא הוי כאלו בא לידו. ה"נ במתנה מועטת לר"י דאסור לחזור בו. הוי כאלו בא לידו:

וא"כ לתירוץ הראשון הוי כאלו בא לידו ולכאורה קשה במה קנה. ואיך נחשב כאילו בא לידו, אחרי שהוכחנו דלא כהקצות, דהאי סברא משום שבידו אינו עושה כאילו כבר בא לידו. ואינו מועיל אלא שלא יהי' דבר שלא בא לעולם אבל לא שיהי' בעלים להקדיש עתה, וא"כ צריך ביאור מה דאמר השיטה בשם הר"מ והרא"ש, דהוי כאילו בא לידו:

ובשלמא במכירי כהונה פרש"י בגיטין דף ל'. ד"ה במכרי כהונה דכיון דרגיל לתן מתנותיו אלא לכהן זה הלכך כיון דמילתא דפשיטא היא דלדידהו יהיב להו אסחו להו שאר כהני דעתייהו והוה כמאן דמטו לידייהו דהני עכ"ל רש"י, וא"כ אין זה תירוץ

אלא במכרי כהונה, דגלוי לכל כהנים שבאותה העיר שאין נותן מתנותיו אלא לכהן זה, וכהנים דבעיר אחרת מסחי דעתייהו דסברי לכהנים שבאותה העיר יהיב להו וכדאיתא בגמ' ב"מ דף כ"א, לגבי עניים, אבל באמר לבן לוי כור מעשר לך בידי, דאם נימא דאין מיירי במכירי כהונה:

יקשה הא אין זה ידוע ולא מסחי לוים דעתייהו וא"כ איך נעשה הדבר שלו ואם נגרוס בדברי השיטה דמיירי במכרי כהונה, יקשה איך מביא ראי' דמתנה מועטת אסור לחזור. הא הטעם משום דכהנים אסחו דעתייהו. וא"כ אף אם מתנה מועטת יכול לחזור עכ"פ כהני ולוי מסחי דעתייהו:

אחרי שהוא רגיל לתת ללוי זה ובודאי דזה דחוק לומר דאם נימא דמותר לחזור אז לוים לא מסחי דעתייהו דסברי פן יחזור בו, ולא יתן ללוי שהוא רגיל בודאי דחוק לאמר, דכיון שרואים שהוא נותן תמיד ללוי זה, איך יחשבו שיחזור בו. ואם יש לאמר דאף שרואים שתמיד הוא נותן אעפי"כ חושבים שיחזור אם כן יש לחשוב פן חזר קודם שבא חיוב התבואה למעשר דבודאי אף במכרי כהונה ולוי' אם רוצה לחזור קודם שבא חיוב התבואה למעשר יוכל ומותר לחזור ולתן ללוי אחר. והא דהתוס' בב"ב מפרשי דמכרי כהונה הוי הטעם משום דהוי כמתנה מועטת דאסור לחזור לכאורה, אין זה סברא אלא אם נימא דמה שאסור לחזור פועל שיהי' מוחזק, אבל אם נימא דהטעם משום דכהני ולויים אסחו דעתייהו, לכאורה לא שייך כלל בדין דאסור לחזור בו, דכיון דרואין שתמיד הוא נותן ללוי זה מסחי דעתייהו. אף אם יהי' הדין דמותר לחזור בו:

והנראה לי דהנה בירושלמי סוף שביעית איתא ר' אבהו בשם ר' יוחנן אמר ליתן מתנה לחבירו ובקש לחזור בו חוזר בו כו' רב פליג דרב אמר כד אנא אמר לבני ביתי לתן מתנה לבר נש לינה חוזר בו מתניתא פליגא על רב אימתי אמרו המטלטלין נקנין במשיכה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם ברשות הלוקח כיון שקבל עליו ברשות המוכר לא קנה עד שיגביה או עד שימשוך הכל מרשות הבעלים ברשות זה שהיו מופקדים אצלו לא קנה עד שיזכינו בהן או עד שישכיר לו את מקומן מה עבד לו רב כאן שהעמידו אצלו כאן כשלא העמידו. והנה מפרשי הירושלמי פירשו דקושית הירושלמי היא איך אמר רב דאם אמר ליתן אסור לחזור, דא"כ איך אמר דלא קנה באם המה ברשות המוכר עד שיגביה או עד שימשוך ויוציא הכל מרשות הבעלים מה במכירה לא קנה בדבור בעלמא במתנה נא כל שכן דלא קנה בדבור בעלמא ופירושם תמוה מאד, מה ענין מה שאסור לחזור בו לדיני קנינים. והלא כמה משנות ובריייתות נשנו, דאף שאסור

לחזור בו. ומקבל מי שפרע אעפי"כ לא קנה והאי ברייתא הא איירי בדיני קנינים, לא בדינים שאסור לחזור:

ורב אמר רק שאם אמר לתן אסור לחזור בו. אבל לא אמר דבדבורא בעלמא קונין, ובודאי דבעי קנינים. גם מה שפירשו הא דאמר כאן שהעמידו כאן שלא העמידו. דאם בשעת המכירה העמיד את הלוקח אצל המטלטלין אז קונה בדבור בעלמא הדברים תמוהים דהרי משך חמריו ופועליו:

בגמ' ב"ב דף פ"ד מיירי שהיו עומדים שניהם אצל המטלטלין. ואעפי"כ לא קנה וכן לקמן בדברי הירושלמי דאיתא רב פליג דרב אמר כד אנא אמר לבני ביתי לתן מתנה לבר נש לינה חוזר בי תדע לך דחד בר נש אפקיד ערבון על מלחא ויקרת אתא לגבי רב א"ל או יתן לו כל ערבונו או ימסור לו למי שפרע מחלפא שיטתי' דרב תמן הוא אמר כד אנא אמר לבני ביתי' לתן מתנה לבר נש לינה חוזר בי וכאן הוא אמר הכין תמן למדת הדין ומה דרב נהג למדת חסידות, ופירשו דהקושי' מרב על רב, כיון דס"ל דבדבור בעלמא קנה. איך הוא סובר, דיכול לחזור בו. והדבר תמוה דאם יכול לחזור ולקבל מי שפרע מפורש במתניתין, ואף קודם שידע להא דרב הי' יכול להקשות על רב ממתניתין ועוד כיון שכבר חילק בין העמיד ללא העמיד, א"כ יתרץ דהברייתא מיירי בשלא העמיד את הלוקח אצל המטלטלין, ובשלא העמיד, הא מודה רב דלא קנה בדבור בעלמא. וגם קשה מה שפירשו דהא דאמר רב לינה חוזר בי, מיירי שהעמיד:

את מקבל המתנה אצל המטלטלין. הא פשטות שאמר לבני הבית לתן, ולא העמיד את המקבל אצל המטלטלין:

ונראה לי דהנה בחו"מ סימן רנ"ב כתב הרמ"א ז"ל כל דבר שנקנה במתנת שכיב מרע אם קדמו היורשין ומכרו המקבל יכול להוציאו מן הלוקח אבל דבר שלא ניתן במתנת שכיב מרע רק שמצוה לקיים דברי המת אם קדמו היור' ומכרו מה שעשו עשו. ע"כ הנה פסק הרמ"א דמצוה לקיים דברי המת לא הוי קנין. רק מצוה לקיים. ולכאורה קשה דהנה בגיטין דף י"ד איתא הולך מנה לפלוני והלך ובקשו ולא מצאו תני חדא יחזרו למשלח ותניא אידך ליורשי מי שנשתלחו לימא בהא קמפלגי דמר סבר הולך כזכי ומר סבר הולך לאו כזכי כי רב פפא אמר הא והא בברי הא דמית מקבל בחיי נותן הא דמית נותן בחיי מקבל, והנה ע"כ סברינן דלו ולא ליורשיו דאם נימא דמה שאמר לו אף ליורשיו קאמר. א"כ אף שמת המקבל בחיי הנותן עכ"פ כיון דמצוה לקיים דברי המת, יתן ליורשי מי שנשתלחו לו כדי לקיים דברי המת, ע"כ דלו ולא ליורשיו. משו"ה אם מת מקבל ואי אפשר עוד לקיים דבריו, מה ששלח לו שהרי כבר מת המקבל, משו"ה יחזירו ליורשי

המשלח. וא"כ אף אם מת הנותן בחיי המקבל, אם מה דמצוה לקיים דברי המת הוי מצוה בעלמא ולא קנין. א"כ הכסף עדנה של היורשים רק שאמרו רבנן שמצוה לקיים דברי המת, א"כ זה אינו אלא כל זמן. שאפשר לקיים דברי המת. אבל כשמת המקבל קודם שהגיע לידו המתנה. א"כ עתה הא אי אפשר עוד לקיים דברי המת. שהרי המת אמר רק למקבל ולא ליורשיו:

וא"כ אף אם מת נותן בחיי מקבל הי' להיות הדין שיחזירו ליורשי משלח. ע"כ דמצוה לקיים דברי המת עושה קנינים, ומשו"ה אם מת נותן בחיי מקבל כבר זכה המקבל ונעשה שלו. ומשו"ה אף אם מת המקבל קודם שהגיע נידו המתנה זכו היורשים. מטעם דכבר זכה אביהם בהממון משום מצוה לקיים דברי המת, הרי דמצוה לקיים דברי המת עושה קנינים, וקשה על רבינו הרמ"א, דאמר דהוי רק מצוה, ולא קנין, ואם קדמו היורשין ומכרו מה שעשו עשוי:

והנראה לי דהנה בגיטין דף י"א איתא האומר תן גט זה לאשתי ושטר שחרור זה לעבדי אם רוצה לחזור בשניהן יחזור, וחכ"א בגיטי נשים אבל לא בשחרורי עבדים ובגמ' הוה בעי למימר משום דהתופס לבע"ח קנה ועיין בדברינו למעלה בסימן י"א, דביארנו בזה דברי הר"ן, דהוה סבר דכל אדם יכול לאמר שהנני עומד במקום הלה, והנני כמו פלוני, ומסיק בגמ' דבמקום שחב לאחרים לא קנה והכא משום דהאומר תנו כאומר זכו, ובמקום שאינו חב לאחרים בלא האי טעמא, יכול לזכות, אכן עדנה קשה בין להס"ד בין להמסקנא:

דאיך קאמר בסתמא דאין יכול לחזור בו בשחרורי עבדים מטעם דזכות הוא להעבד. התינח אם אמר השליח שהוא זוכה בעדו אז אין יכול לחזור, שהועילה זכיתו, להס"ד משום דעומד במקום הלה או משום דאמר תן כזכי:

אבל כל זמן שלא אמר שרוצה לזכות בעד העבד מנא לן שהי' רוצה לזכות בעד העבד, ואם לא אמר השליח שהוא רצה לזכות אמאי אין יוכל לחזור בו, ולמסקנא אפשר לומר דכל האומר תנו כאומר זכו א"כ גם השליח מסתמא לקח לשם זה לזכות בעד העבד, אבל לפי הס"ד דאין האומר תנו כאומר זכו איך אמר בסתמא דאין יכול לחזור משמע אף אם לא אמר שרוצה לזכות, ועכצ"ל דבסתמא אם אחד לוקח דבר בעד חברו, מסתמא הוא לוקח לזכות כל זמן שאין מניעה שלא יזכה, ואמרינן בסתמא שזכה בעדו, כיון שאוחז בעדו, דכן הוא דעת בני אדם, והיכא דאין חב לאחרים אף לפי המסקנה יהי' הדין כן, ולפי זה היכא דהמשלח יהי' אסור לחזור בו דאז השליח ע"י זכיתו איננו חב לאחרים:

דמסתמא לא יעבור המשלח על איסור וממילא הדין דהשליח זוכה בעדו, ולפי זה אפשר לומר דבאמת האי דינא דמצוה לקיים דברי המת אינו אלא מצוה ולא קנין ואעפי"כ אם אמר הולך לפלוני, ומת המשלח ונעשה הדין מצוה לקיים דברי המת ואסור להיורשים לעבור על דבריו תיכף זוכה השליח זכי' גמורה בעד המקבל כיון שאינו חב לאחרים:

אחרי שאסור להיורשים למכור או לחזור וכיון דהשליח זכה כבר בעד המקבל זכי' גמורה ואף אם מת אחר כן קודם שהגיע לידו המתנה יורשים חת המתנה יורשיו של המקבל משום דאביהם כבר בחייו זכה מטעם דהשליח אין חב בזכיתו לאחרים דהאי דינא דאסור לחזור עושה לאין חב בזכיתו, ולא הוי תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים. אבל אם לא הי' בעת שמת הנותן החפץ ביד השליח, דאין יכול לזכות בעד המקבל, כיון דלא הוי רק מצוה אם אחר כן יעברו היורשים, ולא יחפצו לקיים דברי המת וימכרו תהא מכירתם מכירה, ובזה מיירי הרמ"א והגהת מרדכי היכא דלא זכה השליח לאחר שמת הנותן כגון שלא הי' בידו, ויש עוד להסתפק אי האי דינא דמוכח שהשליח זוכה היכא שאסור להנותן לחזור הוא דוקא היכא דידע השליח שמת המקבל או אף בסתמא הדין כן. כיון שהוא מחזיק בידו למסור להמקבל ממילא הוא זוכה בעד המקבל כיון שהוא אוחז לתן, זוכה זכי' הזאת לתן עכ"פ היכא דידע בודאי דזוכה אף שלא אמר בפירוש שזוכה בעדו כמו שמוכח:

מהא דבשחרורי עבדים אין יכול לחזור בו:

ועפי"ז אפשר לפרש דברי הירושלמי בסוף שביעית כן, דרב אמר אין אנא אמר לבני ביתי לתן מתנה לבר נש לינה חוזר בי הוא מן הדין, דרב סובר דגם מתנה מועטת אסור לחזור בו, ולא משום מדת חסידות אלא מן הדין, ואפשר דאמר רב דמין הדין אין יכול לחזור בו, דכיון דאמר לבני ביתי, והוא אסור לחזור בו, מטעם הקרא הן צדק, אם הדבר ביד בני ביתו, היינו ביד בנו ובתו הגדולים או אפילו ביד אשתו הא חכמים סברי דיש קנין לאשה בלא בעלה, וא"כ יוכל לזכות ע"י אשתו משלו לאחר. וכמו שנפסק הדין לגבי עירוב. בפ"א מהלכות עירוב הלכה כ', שמזכה ע"י אשתו, וכן בשו"ע בסימן שס"ו, הביא דעת אלו, שמזכין ע"י אשתו, בסתמא, ודעת החולקין דאין מזכין ע"י אשתו בשם י"א, וסובר הירושלמי דהא דאמר רב בנדרים פ"ז דדוקא אם אמר מה שאת נושאת ונותנת בפיך אבל אם אמר מה שתרצי עשי קני יתהון בעל דלפי זה אמרינן שם דאין קנין לאשה בלא בעלה ואי אפשר לזכות לאחר ע"י אשתו היינו דרב מפרש למתניתין כן משום דסתם מתניתין ר' מאיר ולר"מ אין קנין לאשה בלא בעלה, אבל רב מצי סבר כחכמים, ואפשר לזכות לאחר ע"י אשתו, וא"כ אם הי' המתנה מועטת ביד מי שהוא

מבני ביתו, בנו או בתו הגדולים, או אשתו ואמר לתן לבר נש. אסור לו לחזור, וכיון דאסור לחזור, לא הוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, וזכו תיכף בעד המקבל כיון שעתה אוחזים בעד המקבל, ושוב מן הדין נקנה להההוא בר נש המתנה ומן הדין אין יכול לחזור בו, וסבירא להירושלמי, דרב דינא קאמר, לא שרצה לספר ממדותיו, רק רב אמר דינא, דאין בידו לחזור וע"ז מקשי הירושלמי מברייתא דקתני ברשות זה שהיו מופקדים אצלו לא קנה עד שיזכנו בהן או עד שישכיר לו את מקומן, ובתחלה בהיו ברשות הלוקח אמרה הברייתא דכיון שקבל עליו קנה, אבל ברשות המופקדין, צריך שיזכנו בהן, הרי דבסתמא אף שאמר המוכר לנפקד שיתן להלוקח, לא קנה עדנה, וא"כ פריך לרב, כיון דמכירה הוי כמתנה מועטת, דהאי חששא פן יתיקר לא שכיח, וא"כ הרי אף בלא מעות אסור לחזור בו, וא"כ תיכף כשאמר המוכר, להנפקד לתן, כיון שאסור להמוכר לחזור בו, א"כ הנפקד איננו תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, שאינו חב כיון שאסור לחזור בו, וא"כ למה צריך שיזכנו, היינו שיקנה המוכר ע"י סודר או שיקנה את המקום מהנפקד ע"י שכירות, הא כיון שאמר המוכר להנפקד לתן להלוקח זכה תיכף בעדו, כיון דלא הוי חב לאחרים בתפיסתו, וע"ז משני הירושלמי, כאן שהעמידו אצלו כאן שלא העמידו אצלו פירוש אם הי' מעמיד את הלוקח אצל הנפקד, אז בודאי הי' קונה מדין שהוא זוכה בעדו, ולזה אין צריך לתקנת מעמד שלשתן, ועיין עוד באלפסי פרק המקבל, הביא סברת איכא מרבותא, דתקנת מעמד שלשתן לא היתה אלא במתנה, ולא בשארי דברים ואף דהרי"ף דחה דבריהם ומביא ראי' מהנהו גנאי, דאמרו יהבינהו נהלי' למרי ארעא בטסקא, הנה בגמ' שלנו, אין הגרסא בטסקא, רק הב"ח הגיה, ואפשר דאף האיכא מרבותא מודו בפרעון חוב, כיון דנקנה הדבר בלי התחייבות מעתה על המקבל, אבל במכירה כיון דע"י שיקנה יתחייב מי שזוכה, בכה"ג סברי הנך איכא מרבותא, דלא עשו תקנת מעמד שלשתן, במכירה, ועיין ש"ך סימן קכ"ו ס"ק ה', הביא דבעל העטור ג"כ סובר, דדוקא במתנה תקנו מעמד שלשתן, ובשו"ע הובא רק במתנה ובפרעון חוב, וע"כ אפשר דבמכירה כו"ע סברי דלא תקנו מעמד שלשתן, וא"כ צריך רק לעיין מדינא בלא תקנת מעמד שלשתן, וע"ז קאמר אם העמידו זכה ממילא כיון דאמר לו שיתנו לו, הרי אסור לחזור בו, דמכירה הוי כמתנה מועטת, וכן כתבו תוס' בד"ה מודה דיוקר הוי כמתנה מועטת, וא"כ הא לא הוי כתופס במקום שחב, וזוכה הלוקח תיכף בעת שאמר לו, אבל בשלא העמידו, דאין יודע להנפקד אם צריך שיתן לו אין אוחז בשבילו ולא זכה, ובעינן דוקא שישכיר לו מקום הפירות, שזה אפשר לו לעשות, אף אם אין יודע דעת המפקיד:

וע"ז קאמר הירושלמי תדע לך, פירוש דאינו כמו שסבר דרב פליג, (ואפשר דלא גרסינן כלל תדע לך ועיין בגר"א שמוחק כל הדברים (דחד בר נש אפקיד ערבון על מלחא ויקרת אתא לגבי רב א"ל או יתן כל ערבונו או ימסור למי שפרע מחלפא שיטתי' דרב תמן הוא אמר כד אנא אמר לבני ביתי לתן לבר נש מידי לינה חוזר בי:

פירוש דקשה להירושלמי, דרב אמר אם יתן לו כנגד ערבונו והמותר לא יתן, לא יעבור כלום, ואם נימא דאף במתנה מועטת אסור לחזור בו, א"כ אף היתר על דמי ערבונו אסור לחזור, ואמאי לא אמר לו רב דאסור לחזור אף היתר על דמי ערבונו, מטעם הן שלך צדק, ומשני הירושלמי, דמה דאמר רב לינה חוזר בי הוא רק למידת חסידות אבל רב בעצמו סובר דאף מתנה מועטת מותר לחזור בו דדברים אין בהן משום מחוסרי אמנה, וכדאיתא בש"ס דילן, ומשו"ה היתר על דמי ערבונו אין איסור כלל לחזור, דדברים וליכא בהדייהו מעות מותר לחזור, ומה דאמר לינה חוזר בי, הוא רק ממדת חסידות:

נמצא לפי דברינו אם אחד מחזיק בידו בעד אחד דבר מה, ואין חב לאחרים ע"י תפסתו, ממילא הוא זוכה, אכן כל זה דוקא. דבר של אחר, אבל דבר שהוא שלו, הא אין אדם זוכה בשלו לאחר, וא"כ אף שאסור לחזור בו, כיון דהדבר שלו, אין זוכה שלו לאחר, אבל אם נפקע זכותו, אז יכול אף בשלו לזכות לאחר, והנה הגמ' בנדרים. אמר אם אסר הנאתו על כל הכהנים, שוינהו עפרא בעלמא, ויוכלו כהנים לטול על כרחו, וביארנו למעלה, בסימן ז', דרבא דאמר שוינהו עפרא בעלמא, סבירא לי' דטובת הנאה אינה ממון, ואעפי"כ התרומה והמעשר של הבעלים, דכיון דאמרה התורה ונתת, אמרה התורה שהתרומה והמעשר של הבעלים והוא נותן לכהן וללוי דבר שהוא שלו, אבל היכא דפקע מצות הנתינה הדבר כעפרא בעלמא לגבי' והוי כמעשר עני המתחלק בבית הגרנות, דאין בהם שום זכי', מעתה היכא דאסור לו מן התורה לתן לאחר, הרי פקע שוב ממנו מצות הנתינה לאחר, ויכול הוא בעצמו לזכות בעד הכהן או הלוי, ואף מסתמא, מעתה מיושבים דברי השיטה מקובצת בשם הרא"ש, דהוי במתנה מועטת כמו במכירי לויה, ובשניהם הטעם כיון דאסור לחזור מקרא דהן צדק, והוי איסור דאורייתא לחזור, נפקע מבעה"ב שוב מצות הנתינה לאחר, והוא בעצמו זוכה בעד הלוי ע"י חצירו, וממילא חשיב כאלו בא לידו והיינו נמי טעמא דבכור נוטל פי שנים, דכבר זכה בהן אביו מחיים, אכן כל זה אם נימא דטובת הנאה אינה ממון וזה שהוי שלו של הבעלים רק בשביל מצות נתינה, כיון דפקע מצות נתינה הוי עפרא בעלמא לגבי' אבל אם נימא טובת הנאה הוי ממון ממש, וגוף התרומה והמעשר הוי שלו ממש, אז אף אם אסור לו לחזור, אעפי"כ לא נפקע ממונו, ולא יוכל לזכות בשלו לאחר אף היכא דאסור לו לחזור, וא"כ הא דמועיל מכרי

כהונה, נצטרך לומר, דהטעם משום אסחי דעתיהו, ובפרט לרב דס"ל מתנה מועטת יכול לחזור בו:

בודאי דצריך לומר, דהטעם משום דאסחי כהנים דעתיהו, דמשום הכי רש"י בגיטין, דשם אמר רב להא מילתא דמתניתין מיירי במכרי כהונה ולוי' לדידי' מדייק רש"י ומפרש הטעם, משום דאסחי דעתיהו, משום דרגיל לתן לו, דהא הוא סבירא לי' דאף במתנה מועטת יכול לחזור בו וע"כ הטעם משום דאסחי דעתיהו, ואם נימא דטובת הנאה ממון, והוי שלו ממש, לכו"ע בעינן הטעם דאסחי דעתיהו, וזה לא שייך, באמר לתן לו, דאף דאסור לחזור, אבל הא לא ידעי הכהנים מזה, משו"ה אמר בירושלמי, דהטעם משום דכיון דאסור לחזור, הוי כנתן לו רשות לתרום, ואתיא כר' יוסי דאמר שיש רשות לבעה"ב לתרום, אבל לדידן דפסקינן כרבא דטובת הנאה אינה ממון, והיכא דאין עליו מצות נתינה:

הוי כעפרא בעלמא היכא דאסור לחזור הוא בעצמו זוכה בעד הכהן או הלוי והוי כאילו בא לידו, בין במכרי כהונה ולוי, בין באמר לתן לו, וכדברי השיטה מקובצת, דלדידן שני הטעמים יש, או משום דהוי כאילו בא לידו, או מטעם דהוי כנתן רשות:

סימן כו

סוגיא דמכר לו בית או שדה, ואמר הלוקח כשיהיו לך מעות אחזיר לך, יבאר, שאף אם התנאי קיים, ואם מחזיר המעות חזרה השדה למוכר הוי מכירה, רק שיש לזה קנין להמוכר, ויבאר דאסמכתא של משחק בקוביא לא קנה אעפי"כ הפסול דוקא אם אין עוסק בישובו של עולם ואוכל מן הגזל.

דף מ"ה **מכר** לו בית מכר לו שדה ואמר לו לכשיהיו לי מעות החזירם לי אסור לכשיהיו לך מעות אחזירם לך מותר מאן תנא אמר רב הונא ברי' יהושע דלא כר' יהודה דאי ר' יהודה האמר צד אחד ברבית מותר, מאי שנא רישא ומ"ש סיפא אמר רבא סיפא דאמר לו מדעתי' ע"כ, והנה הרמב"ם כתב בפ"ו מהלכות מלוה הלכה ה', ז"ל המוכר בית או שדה ואמר לו המוכר ללוקח כשיהיו לי מעות תחזור לי קרקעי לא קנה וכל הפירות שאכל רבית קצוצה ומוציאין בדינין אבל אם אמר הלוקח מדעתו כשיהיו לך מעות אני אחזיר לך קרקע זה מותר והלוקח אוכל פירות ע"כ והקשה על זה הטור בחו"מ סימן כ"ז ז"ל ואיני מבין דבריו כיון שמחשב אותו תנאי וצריך הלוקח לקיימו א"כ האיך יאכל הפירות אלא ודאי אין כאן תנאי כלל, עיין בסמ"ע חו"מ סימן ר"ז ס"ק י"ג שכתב בשם הב"י ישוב דמיירי שאחר שכבר נגמר המקח התנה הלוקח וקנו מידו על תנאי זה, ובכ"מ

תירץ דכיון שמיאש המוכר נפשו מלהתנות אלא שהלוקח התנה והבטיח על כך כדי שלא יצטער המוכר אין שם הלואה ברבית תדע שהרי ידו על העליונה שאם יתייקר יביא המוכר מעותיו ויקחהו ואם יוזל יניחנו ביד הלוקח משו"ה מותר לאכול פירותי' עכ"ד הסמ"ע, אכן לא ביאר לנו הסמ"ע איזה חילוק יש בין שהתנה המוכר בין שהתנה הלוקח, בין לתרוצא קמא דמרן הב"י, דמיירי שאחר שנגמר המקח הי' התנאי וקנו מידו דא"כ אף אם המוכר התנה לאחר שכבר נגמר המקח מדוע יהי' אסור ובין לתירוצא דמרן בכ"מ, כיון דהברירה ביד המוכר בכל גווני בין שהתנה המוכר בין שהתנה הלוקח הברירה בידו של המוכר אם הוזלה להניחה ביד הלוקח, וא"כ אמאי כשהתנה המוכר אסור. ואם התנה הלוקח מותר וגם יקשה הא בגמ' מוכח דאם הי' התנאי קיים. אף בהתנה הלוקח ג"כ אסור שהרי פריך מ"ש רישא ומ"ש סיפא ומשני דאמר לו מדעתי'. ואף לפי המסקנא הא משני דנעשה כמן דא"ל מדעתי. הרי דמשו"ה מותר, דכיון דמוכר בעי לאתנוי' ולוקח הוא דמתני', נעשה כאילו אמר אם ארצה, ורק מדעתו יחזור לו, וא"כ היכא דמחויב להחזיר:

משמע דבכל גווני אסור, וא"כ הרמב"ם שכתב דמחויב להחזיר, והתנאי קיים:

איך כתב דאם התנה המוכר מותר, ובשלמא לפירוש מרן בב"י, מבאר שם:

דמיירי לאחר גמר המקח. ומפרש להא דאמר מדעתי, היינו דאחר גמר המקח. מסתמא אז הלוקח אומר מדעתי' אבל לפי פירושו בכ"מ, דמיירי קודם גמר המקח קשה איך יפרש הא דקאמר דדוקא משום שנעשה כמאן דא"ל מדעתי, והרמב"ם משמע דמיירי קודם גמר המקח:

עוד הקשה הלח"מ, דהכא כתב הרמב"ם דאם התנה המוכר כשיהיו לו מעות תחזיר לי. לא קנה וכל הפירות שאכל רבית קצוצה. ואילו בפי"א מהלכות מכירה כתב הרמב"ם וכן המוכר או הלוקח שהתנו שיחזיר לו המקח בזמן פלוני או כשיתן לו המעות הרי המכר קים ויחזיר "כשהתנה", הרי דהמכר קיים והוא מכר גמור אלא שצריך לקיים תנאי. ובהלכות מכירה ביאר הלח"מ, דנ"מ שאם מת שלא יפדנו בנו, ותירץ הלח"מ דהתם בהלכות מכירה מיירי במטלטלין דליכא פירות ואין שם רבית ומשו"ה המכר קיים:

והכא בהלכות מלוה מיירי בקרקע, דאיכא פירות, עכ"ד הלח"מ והדברים תמוהים אטו במטלטלין אין כאן פירות הלא תשמישי הכלים. והבהמות, המה פירות ומה לו קרקע, או תשמיש מטלטלין. בכולהו יש שכירות, ותשמישים ועוד קשה, אטו משום דהוי רבית בשביל זה המקח בטל, אדרבה משום דהמקח בטל והוי הלואה, משו"ה הוי רבית

קצוצה ואם המקח קיים, אין כאן הלואה. ולא הוי רבית קצוצה, וא"כ קשה אם המקח קיים הלא אין כאן הלואה, ואם אמרינן דהוי הלואה:
הלא מוכח דאין המקח קיים, והלח"מ, היפך הדברים, דמשום דהוי רבית אין המקח קיים.
והנראה לי דהנה לעיל בדף ס"ג איתא הרי שהי' נושה בחבירו מנה ועשה לו שדהו מכר בזמן שהמוכר אוכל פירות מותר לוקח אוכל פירות אסור ר' יהודה אומר אף בזמן שהלוקח אוכל פירות מותר כו' מאי בינייהו אמר אביי צד אחד ברבית איכא בינייהו רבא אמר רבית ע"מ להחזיר איכא בינייהו, והקשה בתוס' ד"ה רבית ז"ל ואם תאמר דתנן בערכין (דף ל"א) המוכר בית בבתי ערי חומה גואל מיד וגואל עד שנים עשר חודש הרי זו כמין רבית ואינו רבית ופריך בגמ' והתניא הרי זו רבית גמורה אלא שהתורה התירה ומשני הא ר' יהודה הא רבנן. והשתא לרבא דלכולי עלמא צד אחד ברבית אסור היכי משני כ"ו, עוד הקשה בתוס' ז"ל וא"ת בפרק בתרא דמגילה תנא אין מוכרין ביהכ"נ אלא על תנאי אימתי שירצה יחזור דברי ר' מאיר ופריך בגמ' ולר' מאיר היכי דיירי בה הא הוי לי' רבית ומשני סבר לה כר' יהודה דאמר צד אחד ברבית מותר ואיך יפרש רבא דלדידי' לכו"ע אסור:
ונראה לי לתרץ דהנה בדף ס"ו איתא הדר אמר רב נחמן אפילו בשעת מתן מעות לא קנה ולא כלום איתבי' רבא לרב נחמן אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי הרי היא שלו אמר לו אני אומר אסמכתא קניא ומניומי אמר אסמכתא לא קניא וכתבו בתוס' ד"ה ומניומי ז"ל כלומר החזרנו מדברי כדפירש בקונטרס וא"ת בלא רב מניומי נמי קבלה רב נחמן בפרק גט פשוט מרבה בר אבוה אמר רב אין הלכה כר' יוסי, כו' כדמוכח בפרק ארבעה נדרים דאיתא ואמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה אמר רב אין הלכה כר' יוסי, ועוד קשה מאי פריך שם (בנדרים) מרב הונא אדרב נחמן והא רב הונא פליג עליו הכא ואמר בשעת מתן מעות קונה הכל ואית לי' דאסמכתא קניא כו' ומפרש רמי טעם שוה לשניהם דהכא קני טפי בעלמא שבתחלת המשכנתא הוי קצת כעין מקח וממכר שמקנה לו כל הקרקע להשתעבד לו בתורת משכון וגם עשה לו טובה בהלואה כו', ועיין בתוס' ב"ב דף קס"ח דעל זה הטעם שעשה לו טובה הקשו. הא גם בהא דרב נחמן (בהשליש שטרו) ג"כ עשה לו טובה (מקודם) שהלוהו, לכן פירשו שם בתוס' ז"ל ועוד י"ל לרב הונא שכל אסמכתא שאין דעת כל אחד ואחד אלא שתהי' האסמכתא ואין אומרים כלל אלא להסמיך חביריו על דברי אבל התם אין זה להסמיכו על דבריו אלא לגמרי הלוהו ע"מ שתשקע בידו אם לא יפרעהו עד שלש שנים ומהאי טעמא נמי

אתי שפיר לרב נחמן. עכ"ד התוס' ונראה ביאור דברי התוס' שיש שני מיני אסמכתא יש אסמכתא שאין כונתו כלל להקנות או להתחייב. ואומר מפני שסמכה דעתי, שיהי' כך ומסמיך את חבירו על דבריו ויש אסמכתא שיודע שאפשר שלא יהי' כך, ובדעתו להקנות או להתחייב אלא שהתחייבותו או הקנאתו. אינינו בלב שלם שספק הוא לו' ואינינו גומר בלב שלם וחושב אולי לא יהי' כן. והנה במתפיס זכיותיו, הוי אסמכתא גמורה, שחשב שבודאי יבא לזמן המוגבל, ומסמיך גם את חבירו שודאי יבא. וכן בפרע מקצת חובו. שבודאי לא היתה כונתו. לאבוד את המקצת שפרע, והי' לו ברור, שלזמן פלוני יהי' היכולת בידו לפרוע השאר דאין דרך בני אדם להפסיד ורצה להסמיך את חבירו שיבא ואמר אם לא אבא יהי' המקצת פרעון שלי מחול לך, ובואי אילו הי' יודע שלא יוכל לשלם לזמן פלוני לא הי' אומר, ולא היתה כונתו להתחייב, ורק שסמך בדעתי' שבודאי לזמן פלוני יוכל לשלם, וכן בההוא גברא דאתפיס זכיותיו, בודאי אין אדם חושב לאבוד זכיותיו:

אלא ששער בנפשו שבודאי יבא לזמן פלוני, ואילו הי' יודע שלא יוכל לבא. לא הי' אומר אי לא אתינא לבטלן זכותי', ובכה"ג, דלא הי' בדעתי' לזה, בזה אומר רב נחמן בשם רבה בר אבוה, דאין הלכה כר' יוסי דאמר דאף בכה"ג אסמכתא קניא' וכן רב הונא יסבור דאסמכתא כזו לא קניא. אכן היכא דלוה על שדהו ובתחלת ההלואה הוא מוכר השדה. גומר בנפשו שאפשר שלא יוכל לתן המעות לשלש שנים והי' מוכר עתה השדה, אלא שהמוכר עושה לו טובה, שעד השלש שנים יהי' בידו הברירה:

בזה הוא מקנה לו השדה, אם לא ישלם עד שלש שנים בזה הי' סובר רב נחמן ורב הונא דבאופן זה קנה, אף שאינינו בלב שלם שהרי הי' לו ספק, שמא יהי' לו במשך השלש שנים לפרוע, אעפי"כ אסמכתא כזו היינו דאינו גומר בלב שלם, הי' סבר רב נחמן דקונה אכן מניומי החזירו לרב נחמן ואמר לו כיון דהקנאתו בגדר ספק ואינו בלב שלם שהי' לו ספק שמא יהי' לו היכולת לשלם ג"כ לא קנה:

והנה בסנהדרין דף, כ"ד איתא ואלו הפסולין המשחק בקוביא, ופריך בגמ' משחק בקוביא מאי קאעביד אמר רמי בר חמא משום דהוי אסמכתא ואסמכתא לא קניא רב ששת אמר כל כי האי גוונא לאו אסמכתא אלא לפי שאין עוסק בישובו של עולם מאי בינייהו דגמר אומנתא אחרינא תנן א"ר יהודה אימתי בזמן שאין להם אומנות אלא הוא אבל יש להם אומנות שלא הוא כשרים אלמא טעמא דמתניתין משום ישובו של עולם הוא קשיא לרמי בר חמא וכי תימא פליגי רבנן עלי' דר' יהודה והא א"ר יהושע בן לוי כל מקום שאמר ר' יהודה אימתי ובמה אינו אלא לפרש דברי חכמים ר' יוחנן אימתי

לפרש ובמה לחלוק ודכולי עלמא אימתי לפרש גברא אגברא קרמית מר סבר פליגי ומר סבר לא פליגי והתניא בין שיש לו אומנות שלא הוא בין שאין לו אומנות אלא הוא הרי זה פסול ההיא ר' יהודה משום ר' טרפון דתניא ר' יהודה אומר משום ר' טרפון לעולם אין אחד מהם נזיר שלא ניתנה נזירות אלא להפלאה, ע"כ.

אכן הרמב"ם כתב בפ"י מהלכות עדות ז"ל וכן משחק בקוביא (פסול לעדות מדרבנן) והוא שלא תהי' לו אומנות אלא הוא הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם הרי זה בחזקת שאוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל עכ"ל וכבר הקשה הכ"מ, איך פסק הרמב"ם דבזמן שיש לו אומנות שלא הוא כשר, הרי דפסק כרב ששת דכל כי האי גווני לא הוי אסמכתא והא הרמב"ם בעצמו פסק בפ"ו מהלכות גזילה שאסור לשחק בקוביא משום גזל, וע"כ כתב, הכ"מ דמיירי במשחק עם העכו"ם. וגם וזה דחוק שהרי לא נזכר ברמב"ם במשחק עם העכו"ם:

הכ"מ הקשה דאי במשחק עם עכו"ם אין כאן גזל, והרי הרמב"ם כתב שאסור משום שאוכל גזל ועיין בדברי הלח"מ שכתב שפסק כרב ששת, והא ג"כ תמוה, דהא רב ששת אמר דלא הוי אסמכתא.

והנראה לי, דהנה רמי בר חמא, ורב ששת פליגי באסמכתא כזו דלאו בידו, דהכא אי אפשר לומר שמשום הכי אמר מפני שסמך, שהרי אין בידו, וא"כ הרי גמר ומקנה, אלא שהקנה בספק, והו דומיא דמלוה על שדהו, וכמו שפירש רש"י בד"ה כל כי האי גווני שם ומה שהקשה בתוס' ד"ה כל דבפ' איזהו נשך דף ע"ד הסברא איפכא דאמר התם משום דבידו לא הוי אסמכתא, ביארנו בסימן כ"ג, דהתם הכונה, כיון שבידו אמרינן שהוא מתחייב לקנות היין, וכן התחייב לזרוע את השדה ואם לא קנה או לא זרע משלם הדמים דמה לי הן ומה לי דמיהן דזה שכירותו בעד השדה והתחייבותו בעד הדמים:

אבל הכא גבי משחק בקוביא היכא דבידו והי' סבור שיוכל לבא לזמן המוגבל, או לפרוע לזמן המוגבל אמר רק שסמך שיבא לזמן, או שיפרע, בזה אמר ר' יהודה דלא קני אבל במשחק בקוביא דלא סמך אמידי דהא לא ידע אי נצח או לא נצח ואפ"ה אתני, בזה פליגי רמי בר חמא ורב ששת רמי בר חמא סבר, דפליגי ר' יהודה וחכמים:

לחכמים הוי אסמכתא אף שמספיקא גמר ומקני כיון דאין מקנה בלב שלם, ורק מספיקא שחשב שמא הוא ינצח. לרבנן הוי אסמכתא, ולר' יהודה אף שאין מקנה בלב שלם לא הוי אסמכתא כיון דעכ"פ מספיקא גמר ומקני ונמצא לרבנן הוי גזלן ולר' יהודה לא הוי גזלן. אכן רב ששת סבירא לי', דלא פליגי ר' יהודה וחכמים. דר' יהודה בא לפרש דברי חכמים דכה"ג לא הוי כלל אסמכתא, כיון דלאו בידו והפסול דמשחק בקוביא הוא רק

מפני שאין עוסק בישובו של עולם. ולרב ששת, פסול דמשחק בקוביא איננו כלל משום גזל דרבנן. אלא פסול שאינו עוסק בישובו של עולם, אכן הרמב"ם לא פסק לא כרמי בר חמא, ולא כרב ששת, כרב ששת לא פסק, דהרי בגמ' דר"ה כ"ב על מתניתין דאלו הפסולין משחק בקוביא אמר רב אשי זאת אומרת גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה, הרי דקרי למשחק בקוביא גזלן דדבריהם. וגם הא הרמב"ם פסק במלוה על שדהו, דלא קנה הרי דפסק בזה כרמי בר חמא. דהוי אסמכתא אף שמספיקא גמר ומקנה כיון דלא הוי בלב שלם:

הוי אסמכתא ונא קניא והא דפסק דהפסול דוקא אם אין לו אלא אומנות אלא הוא, דהרי בדף כ"ו א"ר אבהו א"ר אלעזר הלכה כר' יהודה. וטעמא דהא מילתא, דפסקינן כר' יהודה:

אף דלהלכה פסקינן. דגם היכא דגמר ומקני בספיקא אעפי"כ לא קנה, כיון דהקנאתו אינו בלב שלם:

אלא מספק הוא דבודאי אילו היו באין לדין. אותן ששחקו בקוביא, אם יטול הלה, בודאי היינו פוסקין. שאסור לו לקח ואם לקח בחזקה הי' גזלן דאורייתא. אלא הא לא באו לדין. והמנוצח הניח לו לקח, וא"כ אין כאן גזל כלל, כי הא דאמר רב נחמן גבי המוכר פירות דקל, בדף ס"ו, בב"מ, דאי שמיט ואכיל לא מפקינא מיני' והא דהדר ארעא והדרא פירי: גבי המלוה על שדהו משום דכיון דמדינא לא קנה והוי זוזי הלואה. הוי רבית ורבית הדרא, אף אם נתן מדעתו:

וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ו מהלכות מלוה ולוה הלכה ד' דהוי רבית קצוצה, ועיין רש"י, דכתב דהוי אבק רבית, והקשה בתוס' ד"ה התם ממשכנתא בלא נכייתא, אכן הרמב"ם שם בפ"ו הלכה ז', תירץ זאת דהנה במשכנתא, מה שאוכל איננו אוכל משל הלוה. שהרי כבר קנה השדה במשכנתא ומה שאוכל משל קנינו הוא אוכל וא"כ עלינו לדון על קנינו שקנה:

בשביל המתנת המעות על קנין המשכנתא, זה אינו רבית קצוצה. כמו שכתב הרמב"ם שהרי אין בשדה פירות מצויין בעת ההלואה. ואפשר שירויח ויהיו שם פירות ואפשר שיפסיד בזריעתה ועבודתה וא"כ הקנין אינו רבית, והוי רק אבק רבית. אבל במכר שדהו באסמכתא דאין לו קנין בהשדה, כל הפירות שאכל אף שמדעתו הוא הוי רבית דאורייתא ואין מועיל דעתו ומה שנתרצה אבל במשחק בקוביא אם הניח לו לטול ולא בא לדין, הרי לרב נחמן הוי מחילה ואין כאן גזל, וא"כ רמי בר חמא דתלי הטעם מאסמכתא משום דלא קניא פליגי על רב נחמן וסבירא לי' דמחילה בטעות לא הוי מחילה ור' יהודה

ורבנן פליגי, אי הוי אסמכתא באופן זה או לא. אבל הרמב"ם פסק כרב נחמן והא דאסרו רבנן. הוא דכיון דמה שהוא מניח לטול איננו בלב שלם. הוי כגזל מדרבנן. וכן כתב בפ"ו מהלכות גזלה הלכה ט' ז"ל המשחק בקוביא כיצד אלו שמשחקים בעצים או בצרורות או בעצמות וכיוצא בהן העושים תנאי ביניהם שכל הנוצח את חבירו באותו שחוק יקח ממנו כך וכך הרי זה גזל מדבריהם כו' אעפ"י שברצון הבעלים לקח הואיל ולקח ממון חבירו בחנם דרך שחוק והתול הרי זה גזל מדבריהם עכ"ד הרמב"ם, הרי בפירוש כתב הרמב"ם דהטעם שלקח מדעת חבירו, ולפי זה אם אין אוכל מן הגזל, שיש לו אומנות שלא הוא לא נפסל. אף שעבר על גזל דדבריהם. אעפי"כ לא נפסל, אף מדבריהם אף דבכל גזל מדרבנן נפסל מדרבנן היינו דוקא. היכא שהוא גזל כזה שאילו הי' מדאורייתא. הי' גזל ממש, היינו שפורס נשבין דתופס ולוקח יונין של חבירו:

אף שאין בהן גזל אלא מפני דרכי שלום. אבל אילו הי' קנין היונים מדאורייתא הי' זה גזל גמור, שהרי לוקח שלא מדעת. אבל במשחק בקוביא, אף אם הי' האיסור מדאורייתא, לא הי' בזה דין גזל, אחרי שהוא מדעת המנוצח והוי רק איסור בעלמא. משו"ה לא מפסיל מדרבנן לר"י אלא דוקא באופן. אם אין לו אומנות אלא הוא שאז אוכל מן הגזל, אבל אם יש לו אומנות שנא הוא כשר, והלכה בזה כר' יהודה, דר' אבוה אמר ר' אלעזר, פסק הלכה כר' יהודה ומקרי גזלן דרבנן. שאסרו רבנן לקח דמי הקוביא אף שחבירו מניח לטול:

עכ"פ לרמי בר חמא פליגי ר' יהודה ורבנן. היכא דאין מקנה בלב שלם. אף דגמר ומקנה, אבל מספק אי הוי אסמכתא דר' יהודה סובר דלא הוי אסמכתא. ורבנן לרמי בר חמא סבירא להו דהוי אסמכתא. והנה לכאורה. יש להקשות אמאי אמר בגמ' דבבתי ערי חומה הוי רבית, דילמא אמרה התורה שהלוקח קנה נגמרי, אלא דהקנתה התורה הבית להמוכר שבמשך שנה אם יביא כסף יקנה את הבית חזרה, וכמו דאיתא בחו"מ סימן ר"ו, דאם הקנה מעכשיו לו את השדה כשאמכרנה אמכרנה לך במאה ומכרה לאחר קנה הראשון. דכבר קנוי לו השדה שבעת שימכרנה תהי' שלו:

וא"כ דילמא אמרה התורה שמוכר בית בבתי ערי חומה, יש קנין להמוכר שבמשך שנה מעת המכירה, יוכל לקנותה, בסך המחיר שנתן הלוקח להמוכר, וצריך לומר. נהי שאפשר לפרש, כן בדין התורה. אבל עתה, שיש דין התורה:

הלא כל מוכר בית בערי חומה יודע הוא שכן דין התורה. וממילא הוי כמוכר לו. ואמר לו כשיהיו לי מעות במשך שנה, אז תחזיר לו את הבית, וכמו דאמרינן לגבי מוכר שדהו בשעת היובל, דביובל ראשון, המכירה מכירה חלוטה ואיננו אך לפירות, אך היא מכירה

לגוף, אבל ביובל שני דכבר סמכא דעתיהו, של המוכרים שיוחזר להם הויא מכירה אך עד היובל והמכירה היא מכירה לפירות, כן במוכר בית בבתי ערי חומה, אף אם דין התורה הוא כן, שלהמוכר קנין מעכשיו לקנות הבית במשך שנה ולע"ע, היא מכירה לגמרי וא"כ לא הוי רבית כלל, אעפי"כ כיון דסמכא דעתיהו הוי כאילו פירש המוכר, אם יהי' לי מעות תחזיר לי, וכיון דהתירה התורה למכור בית בבתי ערי חומה, הרי התירה בזה, את האיסור רבית:

אכן גם בהתנה המוכר ע"מ שאם יהיו לי מעות תחזור לי אפשר ג"כ לפרש הדברים, שהקנה לו מכירה חלוטה, אלא דהתנה תנאי דע"מ שהוא כאומר מעכשיו. שיש קנין להמוכר שבאם יהי' לו דמים, אז יהי' לו הזכות. לקנות השדה ולפי זה גם אם התנה המוכר אפשר שלא יהי' רבית וצריך לומר נהי דהקנה לו לגמרי, אם לא יהיו לו מעות, והויא מכירה גמורה דהרי אף לאביי הוי רק צד אחד ברבית הרי דאם לא יהיו לו מעות, לכו"ע המכירה מכירה ממש, דאם נימא דלא מכר כלל א"כ הוי רבית ממש, ע"כ דאם לא יהיו לו מעות מכר מכירה גמורה אבל בצד השני אם יהיו לו המעות ויחזיר לו אז אף אם אומר שכונתו להקנות, אמרינן דלא גמר והקנה, ואם יהיו לו מעות אז בטלה המכירה למפריע והכסף הוי הלואה. אכן אם נימא דמה שאין גומר ומקנה איננו סותר להמכירה. א"כ הוי מכירה בכל גוני ולהמוכר קנין זה דמעכשיו קנוי להמוכר, שבאם יהי' לו מעות יקנה בחזרה ואז לא הוי רבית:

ולפי זה אפשר לפרש הא דאמר רבא רבית ע"מ להחזיר איכא בינייהו, הפירוש דרבא אמר דר' יהודה ורבנן, תרויהו סברי:

דצד אחד ברבית אסור. אלא הכא ר' יהודה ורבנן פליגי במכירה דע"מ להחזיר, דרבנן סברי, נהי דאם לא יהיו לו מעות הוי מכירה אבל אם יהיו מעות ויחזור לו כפי התנאי: הלא אז תבטל המכירה למפריע ולא אמרינן דהמכירה מכירה אלא שיש להמוכר קנין, דבכה"ג אם יהי' לו מעות:

לא גמר ומקני ובטלה המכירה, שבאם יהי' לו מעות לא הקנה והוי הלואה, וא"כ יהי' רבית דאורייתא משו"ה אסרו רבנן:

תיכף ובטלו המכירה ואין מותר, אלא אם מוכר אוכל פירות, אכן ר' יהודה סבירא לי', דאף אם איננו בלב שלם ג"כ הוי מכירה, אף אם התנה ע"מ להחזיר, ואף אם יהיו לו מעות המכירה היא מכירה. רק שיש קנין להמוכר, שבאם יהיו לו מעות יקנה השדה בחזרה, וא"כ לא הוי רבית כלל, ולפי זה לא קשה לרבא, מהא דבבתי ערי חומה, דאיתא ה"ז כמין רבית ואינו רבית, דהרי לר' יהודה, אף אם מכר ע"מ שאם יהיו לו מעות,

יחזור לו ג"כ לא הוי רבית, וכן ר"מ דאמר שאין מוכרין ביהכ"נ אלא על תנאי שאם ירצו יחזירוהו הוא ג"כ באופן זה דהוי קנין:

מעכשיו, שאם יהיו מעות יקנו את הביהכ"נ שוב מצאתי בשיטה מקובצת, בשם הריטב"א שהוא ג"כ מפרש להא דרבא דפליגי ר' יהודה ורבנן. במכירה ע"מ להחזיר: אי הוי מכירה, אף באופן שיחזיר או דהוי הלואה דירדה תורה לסוף דעת המוכר. דהיתה כונתו בתורת הלואה ברוך שכונתי:

ולפי זה מבואר החילוק שבדברי הרמב"ם בין התנה המוכר להתנה הלוקח דבהתנה המוכר. הרי אם יהיו לו מעות, אמרינן דלא גמר והקנה ואם יש לו מעות, והחזיר בטל המכירה והוי הכסף הלואה, וא"כ הוי רבית, ומשו"ה אסרו רבנן המכירה הזו, ואמרו דלא תהא מכירה כלל כדי שלא יבואו לידי רבית, כיון דהתנאי קיים ואם יהי' לו מעות יחזור וא"כ יבא לידי רבית אבל בהתנה הלוקח דהמוכר לא התנה, לא אמרינן. כיון דהלוקח התנה. ממילא לא הקנה המוכר אלא באופן זה רק אמרינן, דהמוכר מצדו הא הוא הקנה מכירה גמורה ומה דהלוקח התנה היתה רק כונתו שיהי' קנין להמוכר, לקנות בחזרה, אבל לא שתבטל המכירה, משו"ה אם הלוקח התנה המכירה קימת והתנאי קיים:

ולפי זה מיושב נמי קושית הלח"מ, מהא דאמר הרמב"ם בפי"א בהלכות מכירה: דאף אם התנה המוכר התנאי קיים:

ובפ"ו ממלוה אומר הרמב"ם. דלא קנה. אכן אי אפשר לומר דכונת הרמב"ם. דאם התנה המוכר בכל גווני, המכר בטל מדינא, דא"כ איך קאמר בגמ' דפלוגתיהו בצד אחד ברבית, הא אין זה צד אחד ברבית, אלא רבית ודאי שהרי הכסף הלואה, ע"כ צריך לומר דאם לא יהיו לו מעות המכירה היא מכירה גמורה וא"כ מה דאמר הרמב"ם דלא קנה. היינו דבטלו רבנן המכירה ואמרו שלא יקנה כדי שלא יבא לידי איסור רבית, ומפני מה בטלו דוקא מפני שעפ"י דין התנאי קים א"כ בהלכות מכירה שם הורה דיני מכירה. שהמכירה קימת והתנאי קיים מדינא אבל בהלכות רבות כתב הרמב"ם דרבנן בטלו המכירה, ודוקא מפני שהתנאי קיים ונ"מ מה שכתב הרמב"ם דהמכירה קימת, והתנאי קיים דאם יהי' באופן. שאין כאן רבית, דהיינו אם יתנו שישלם בעד הפירות אם יהיו לו מעות, במשך זמן וכדומה, אז לא יבטל המכירה והתנאי קיים:

ומה דאיתא בגמ' ההוא גברא דזבין לי' ארעא לחברי' שלא באחריות חזי' דהוה קא עציב אמר לי' אמאי עציבת אי טרפו לה מינך מגבינא לך שופרא שבחא ופרי אמר אמימר פטומי מילי בעלמא הוא אמר לי' רב אשי לאמימר טעמא מאי כיון דלוקח בעי לאתנוי' והכא מוכר קא מתני אמרת פטומי מילי בעלמא הוא, אלא מתניתא דקתני לכשיהיו לך

מעות אחזור לך מותר דמוכר בעי לאתנוי מוכר לא אתני ולוקח הוא דאתני ואמרינן מ"ש רישא ומ"ש סיפא ואמר רבא סיפא דאמר לו מדעתי', הא לא אמר מדעתי', לא אמרינן פטומי מילי בעלמא הוא, א"ל נעשה כמאן דאמר לו מדעתי' דרש"י פירש, דהכונה אם ארצה, ואם התנה המוכר אין התנאי קים. נראה לי דהרמב"ם מפרש פירוש אחר. דהנה האי דזבין שלא באחריות כיון דאחריות טעות סופר. ע"כ מיירי דפירש בהדיא שמוכר שלא באחריות וע"כ אין להסתפק דילמא המוכר קבל עליו בזה שאמר אי מגבי מינך מגבינא לך, בזה קבל עליו אחריות דהרי כתב בשטר בפרוש שאין מקבל אחריות:

רק דהספק נהי דהמוכר לא קיבל אחריות, אבל הוא סמך שיעשה המוכר כדבריו: וא"כ סמך על זה, ונתן הכסף רק באופן זה, וא"כ הוי מקח טעות, ע"ז אמר אמימר פטומי מילי בעלמא, פירוש, ולא אמרינן דהמוכר סמך על זה, והנה בגמ' הי' סבור דמה דאמר רבא, סיפא דאמר לו מדעתו, הפירוש שאמר הלוקח להמוכר מה שאני אומר לכשיהי' לך מעות אחזור לך, זה אני אומר מדעת עצמי, והנני מתחייב עצמי בהתנאי זה מעצמי, אבל לא שיהי' בגדר זה, שאתה נותן הכסף דוקא באופן זה, אבל אם לא אמר הלוקח להמוכר דמה שאני אומר לכשיהיו לך מעות אחזור לך הוא מדעת עצמי אז המוכר סמך על זה ונתן הכסף רק על דעת זה, והוי כאילו התנה המוכר ואם לא אמר הלוקח בפירוש שאני אומר זאת מדעתי, א"כ כשהמוכר אמר אי טרפו לך מנאי מגבינא שבחא שופרא כו'. גם הלוקח נתן הכסף רק על סמך זה. וא"כ יהי' זה מקח טעות. וע"ז אמר נעשה כאומר מדעתו, פירוש כיון דמוכר בעי אתנוי, ומוכר לא התנה רק הלוקח התנה, הוי כאלו אמר בפירוש דמה שאני מתנה התנאי הזה, שאם יהיו לך מעות אחזיר לך זה שאני עושה מדעתי לא שיהי' נתינת הכסף שלך על דעת זה, וא"כ המכירה מכירה גמורה, כיון דהוי כאלו התנה שלא יהיה מצד המוכר, וא"כ הקנה לו רק קנין שיהי' בידו לקנות מידו, אבל לא שהמכירה תהי' דוקא על אופן זה, שבאם יחזיר המעות תבטל המכירה, משו"ה אף אם החזיר המעות המכירה לא בטלה, ולא הוי רבית כלל אם התנה הלוקח:

סימן כז

סוגיא דשטר שיש בו רבית, יבאר דלאו דלא תשימון, אם לא בא לידי גובינא אין עוברין אף העדים ויבאר דלהרמב"ם היכא דאסרה התורה הספק התראת ספק שמה התראה ויבאר דלמ"ד בטלו ולא בטלו, בלאו הניתק לעשה העבירה הלאו בצירוף העשה, ויבאר דאם חטף משכון שלא ברשות מחויב באונסין והחיוב בשעת הוצאה מן העולם.

דף עב **שטר** שכתוב בו רבית קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית דברי ר"מ, וחכמים אומרים גובה את הקרן ואין גובה את הרבית ואיתא בתוס' ד"ה שטר ז"ל, פירש ריב"ם דאין גובה ממשעבדי. אבל מבני חרי גבי עפ"י אותו השטר. דעדים אינם פסולים דאינם עדי חמס דאין מרויחים כלום בדבר כו' ותימא דאמאי אין העדים פסולים כיון שעוברין על לאו דלא תשימון אעפ"י שאין מרויחים. יש להם לפסול מידי דהוי אעברין אוכל נבילות להכעיס דקי"ל כאביי דפסול עכ"ד התוס':

ונראה לי לתרץ דברי ריב"ם, דהנה בדף ס"ב, איתא על פלוגתא דר' יוחנן ור"א, אי רבית קצוצה יוצאה בדינין איתא מיתבי, הגזלנין ומלוי ברבית אעפ"י שגבו מחזירין, גזלנין מאי אעפ"י שגבו איכא, אי גזול גזול, אי לא גזול גזלנין קרית להוא אלא הגזלנין ומאי ניהו מלוי ברבית, אעפ"י שגבו מחזירין. תנאי היא דתניא ר' נחמי' ור' אליעזר בן יעקב פוטרין את המלוה ואת הערב מפני שיש בהם קום עשה, מאי קום עשה לאו דאמרינן להו קומו אהדורו, מכלל דתנא קמא סבר לאו בני אהדורי נינהו לא מאי קום עשה לקרוע שטרא, מאי קסבר אי קסבר שטר העומד לגבות כגבוי והא עבדו איסורייהו. ואי לאו כגבו' דמי הא לא עביד ולא כלום לעולם קסבר שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי והא קמשמע לן דשומא מילתא היא, ע"כ ופרש"י ד"ה לא לעולם אימא לך אם גבה דברי הכל אינו מתוקן בחזרה מן המלקות דאין כאן ניתק לעשה, והאי דקתני פטורין בשלא גבו דהתם לא הווי אלא שומא בעלמא ששמו עליו נשך ע"י תנאי ואתי ר' נחמי' ור' אליעזר למימר דלא תשימון עליו נשך דקאמר רחמנא לאו אשומא גרידתא קפיד אלא אשומא הבא לידי גיבוי, ע"כ. והקשה בתוספ' ד"ה לא דלפרש"י כולהו תנאי כר' יוחנן (דרבית אין יוצאה בדינין)(והקשה דמעיקרא פריך אר' יוחנן ומשני תנאי היא ופלוגתייהו בר' יוחנן ודחי דכולהו סבירא להו כותי' כש"כ דאמר לי שפיר טפי, וי"ל דמעיקרא ודאי סבר דפליגי בלאו דאל תקח מאתו נשך ותרבית ופליגי בדר' יוחנן ור' אלעזר ומסיק דכולהו אית להו דר' אלעזר ולא לקו אלאו דאל תקח משום דניתק לעשה הוא בהשבה אבל פליגי בלאו דלא תשימון והיכא דלא גבה עדיין הרבית. דת"ק סבר מיד כשנכתב נגמר השומא והוי כאלו גבה כבר ואין עוד תקנה לתקן הלאו דלא תשימון. ור' נחמי' ור' אליעזר בן יעקב סברי לאו דשומא מתלא תלא וקאי, שאם יקרע השטר קודם שיגבה פטור, ע"כ דברי התוס' ואפשר דזהו גם דעת רש"י אבל עכ"פ היכא שבא לידי גבי' אף לר"א לוקין על לאו דלא תשימון שהרי בא לידי שימת נשך. אכן הרמב"ם כתב בפ"ד מהלכות מלוה ולוה ה"ג. דהמלוה והלוה. אף שעוברין על כל אלו אין לוקין אלא מפני שניתן להשבון ולכאורה אמאי אין לוקה המלוה על לאו דלא תשימון אם בא לידי גבי' ומשמע מדברי

הרמב"ם דאף העדים אין לוקין במאי דכתב דאין לוקין על לאוין אלו, דהיינו הלאווין האלו, אין עליהם מלקות וא"כ גם. על לאו דלא תשימון אין לוקין וכן בפי"ט מהלכות סנהדרין, כשמנה הרמב"ם כל הל"ת שלוקין עליהן לא מנה הרמב"ם ביניהם, עדי רבית, שילקו על לאו דלא תשימון הרי דס"ל דגם העדים אין לוקין על לאו דלא תשימון. וצריך טעמא ואפשר לומר דפסק הרמב"ם כר' נחמי' וראב"י דאית להו דלאו דלא תשימון הוא דוקא בבא לידי גובייגא, וא"כ בשעת מעשה הוי התראת ספק שמא לא יבא לידי גובינא והתראת ספק לא שמה התראה.

אכן אי אפשר לומר כן דהנה הרמב"ם כתב בפ"ה מהלכות שבועות ז"ל וכל מי שנשבע על אחרים. שיעשו כך וכך או לא יעשו אפילו היו בניו או אשתו אינו חייב משום שבועת בטוי שהרי אין בידו לא לקיים ולא לבטל ומכין אתו מכת מרדות שהרי אין בידו לקיים שבועה זו, ונמצא גורם לשבועת שוא ולמה אינו לוקה משום שבועת שוא שהרי אפשר לאותן אחרים שישמעו ממנו ותתקיים שבועתו ונמצא כשמתרין אותו בעת שנשבע התראת ספק שאין לוקין עליה אא"כ הי' לאו שבו מפורש בתורה כמו שיתבאר בהלכות סנהדרין עכ"ד, וכבר תמה הכ"מ מנין להרמב"ם חילוק זה, והלח"מ תמה מה נקרא לאו מפורש ומה נקרא לאו שאינו מפורש הא לאו דשבועת שוא מפורש בתורה, וע"כ מפרש הלח"מ דכונת הרמב"ם דמספקא להרמב"ם בכה"ג אי לקי משום שוא או משום שקר, וכיון שספק לנו על איזה דבר ילקו אותו אם משום שוא דאף אם יעשו אחרים כיון שלא הי' בידו לקיים. בשעה שיצאה שבועה מפיו הוי תיכף שבועת שוא. או משום שקר שאם שמעו אחרים ועשו לא הוי שוא, ורק אם לא עשו אז עבר משום שבועת שקר, וכיון דספק לנו אם ילקה על שוא או על שקר הוי התראת ספק, אכן פירושו תמוה מאד, דא"כ לא הי' להרמב"ם לתלות מפני שאין הלאו מפורש בתורה אלא הי' לו לתלות הספק שאין אנחנו יודעים:

ולמה תלה זה שאין הלאו מפורש בתורה. הרי אם הדין כרש"י מפורש בתורת איסור דשבועת שוא ואם הלכה דאם אחרים קיימו דבריו לא עבר א"כ אם אם אחר כן לא עשו הרי איסור שבועת שקר מפורש בתורה:

ונראה לי כונת הרמב"ם כן דהנה בב"ק דף מ"ד, איתא וארב לו פרט לזורק אבן לגו, היכא דמי אי דאיכא תשע עכו"ם ואחד ישראל ביניהם תיפוק לי' דרובה מצרים נינהו. אי נמי פלגא ופלגא ספק נפשות להקל, ל"צ דאיכא תשעה ישראל ואחד עכו"ם דאע"ג דרובה ישראל נינהו, כיון דאיכא חדא מצרי הוי לי' קבוע וכל קבוע כמחצה על מחצה דמי והקשה בתוס' ד"ה הוי לי' פלגא ז"ל תימא למ"ד התראת ספק לא שמי' התראה.

בלא טעמא דספק נפשות להקל פטרינן לי' מהאי טעמא דנא שמי' התראה אפילו ס"ל ספק נפשות לחומרא, ואי אליבא דמ"ד שמה התראה היכי פטרינן לי' מהאי טעמא הכא אם נמצא שישראל הרג הי' מחייבינן לי' בהכה את זה וחזר והכה את זה אע"ג דספק הוא ובנותר שאמר לי' אל תותיר, וי"ל דשאני התם דיודע בבירור דיבא לידי איסור ודאי אם יותיר או אם יכה את שניהם משו"ה שמה התראה אבל הכא כשזורק אבן לגו אין ידוע שיבא לידי איסור שאין יודע את מי יכה, ע"כ:

ולכאורה דברי התוס' תמוהים דבקושיתם הקשו שתי קושיות למ"ד התראת ספק לא שמה התראה למה לן טעמא דספק נפשות להקל ולמ"ד התראת ספק שמה התראה מאי מועיל ספק נפשות להקל כיון דהרג ישראל הרי בכה"ג הוי התראה, ותירצו רק למ"ד שמה התראה דבכה"ג הוי הספק בשעת מעשה אם יבוא לידי איסור אבל למ"ד לא שמה התראה לא תירצו, דלמה לן טעמא דספק נפשות להקל, וצריך לומר דכיון דמתורץ דאליבא דמ"ד שמה התראה. דאיצטריך לטעמא דספק נפשות להקל, ממילא יש לתרץ דמשו"ה נקיט האי טעמא, דספק נפשות להקל כדי שאף למ"ד שמה התראה יהי' ניחא, אבל למ"ד לא שמה התראה. באמת לא איצטריך להאי דספק נפשות להקל דאף אם יהי' ספק נפשות לחומרא יהי' פטור מטעם התראת ספק, אך קשה באמת מאי שייך הכא האי דין דספק נפשות להקל דלכאורה היינו דוקא היכא שספק לנו אם הרג ישראל, אז פטור. אבל הכא הא הרג בודאי ישראל, ועכצ"ל דפטורו משום דבכה"ג לכו"ע התראת ספק שכזאת שבשעת מעשה אין ידוע אם יבא לידי איסור. לא הוי התראה והפטור משום דלא הוי האיסור ברור בשעת מעשה, א"כ למה איצטריך לטעמא דספק נפשות להקל, לימא הטעם משום, דהוי התראת ספק, ועכצ"ל דהא בהא תליא, אם הי' מחויב היכא דספק אם הרג ישראל, אם הרג כותי הי' אז הדין דמחויב מיתה, אז בודאי לא שייך כלל לומר התראת ספק דהרי על ספק הורגין, א"כ התראת ודאי הוא. אל תעשה הספק הזה, שעל ספק מחויב מיתה, אבל כיון דהדין דספק לקולא, היינו דבספק אין הורגין, א"כ התראה למיתה בעינן דוקא שיאמרו לו אתה עושה מעשה שמחויבין עליו מיתה, א"כ דוקא מעשה שהוא ודאי רציחה הוי התראת ודאי, שבודאי עובר על דבר שמחויבין מיתה, אבל אם עושה דבר שספק אם יעבור על רציחה, אף שספק אסור, אבל חיוב מיתה אין על מעשה שהוא ספק, אחרי שדין הוא דספק נפשות להקל, ולאו דוקא ספק נפשות, אלא ספק מלקות ג"כ להקל, משו"ה גם במלקות ספק לא הוי התראה, דהא דינא דהתראת ספק לא שמה התראה תלוי ג"כ בדין דספק עונש מיתה או מלקות להקל, דכיון דספק אין חייבין עליו, א"כ חייבה התורה מיתה או מלקות, דוקא על הודאי, לא

על מעשה ספק, ומשו"ה קאמר ספק נפשות להקל, ולא אמר משום התראת ספק, לומר דאף למ"ד התראת ספק שמה התראה, אין טעמו משום דאיהו ס"ל דאם התרו בו עתה עושה מעשה, שספק שמא יש בה חיוב מיתה, הוי התראה דהרי ספק נפשות, (והוא הדין, ספק מלקות) להקל א"כ חייבה התורה על ודאי ולא על ספק אלא דהוא סבירא לי' דהיכא שמתרין בו אם תכה את זה וגם תכה את זה, או שאם לא תאכל עתה וגם לאח"כ לא תאכל תבוא לידי חיוב מיתה או מלקות בודאי, ולדידי' התראת ספק כזה, הוי כאילו אומרים לו. אם תעשה זה, תבוא לידי ודאי איסור אבל היכא שאומרים לו המעשה הזה הוא ספק אם יש בו איסור וחיוב מיתה כיון דמספק פטור. א"כ לא הוי התראת ודאי:

והנה הרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות מלוה ולוה הלכה ד', ז"ל עבר ב"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכן בידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין, וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל א"א שיבוש הוא זה אלא מפני שנתחייב באחריותו כדכתיבנא לעיל. וכתב ע"ז הכ"מ ז"ל ואף דעת רבינו שחייב באונסין כמו שכתב ומחשב דמי המשכן לבעליו והר"א מדמה לאו זה ללאו דלא תגזול כו' ואפילו אין הגזילה בעין כיון שהוא חייב באונסין ה"ז לאו שניתן לתשלומי ממון כו', ודעת רבינו שאין זה לאו הניתן לתשלומין שהרי לא אסרה תורה זה מחמת הפקעת ממון חבירו שהרי נוטלו בחובו:

אלא גזירת הכתוב הוא שלא לעשות כל אדם דין לעצמו ואין זה לאו הניתן לתשלומין שהרי הלוה והמלוה אין חלוקין עכשיו בממון כו', וא"ת האיך לוקה ומשלם וכבר נתבאר בפרק שלישי מגניבה שאין אדם לוקה ומשלם בפ"א, נראה לי שדעתו ז"ל הוא שהלאו בשעת נטילת המשכון, ובאותה שעה לא היה מכון לגוזלו אלא לטלו במשכון בחובו וכשנאבד נפקע חובו בכדי שוויו שהרי לכך נטלו כל זה הי' נראה לדעת רבינו אבל הסוגיא שבאלו הן הלוקין לפי גרסת ספרנו מורה בבאור כדברי הר"א ז"ל ומשוה לאו זה ולאו דגזילה עכ"ד הכ"מ, ולכאורה קושית הראב"ד חזקה מסוגית הגמ' דף ט"ז שם דפריך והא גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה משכון דרחמנא לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו השב תשיב לו את העבוט כבא השמש ומשכחת לה בקימו ולא קימו וביטלו ולא ביטלו התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם ומה שכתב הכ"מ במסקנא דאפשר שהרמב"ם הי' לו גירסא אחרת צריך לומר דלא גריס והרי משכון, אעפי"כ יקשה דאיך אמר ר' יוחנן אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת יקשה ממשכון ונראה דגם קושית הראב"ד שם בהלכה ג', שכתב הרמב"ם וכן אם חבל צמד בקר החורש לוקה

שתים וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל, זה אינו, וכתב המ"מ שדעת הר"א ז"ל שכונת רבינו היתה לומר שהצמד לא הי' אלא כלי אחת ומתוך שמזוג שתי פרות חייב שתים ומתוך כך פרט אותו בביאור או שהיתה כונתו לחייב על גוף הפרות אם חלבן, וכל זה אינו ולא ידעתי מי הביא לר"א ז"ל בזה ולשונו סתום וצ"ע, עכ"ל המ"מ. ולדעתי דבריו של המ"מ תמוהים דכונתו של הראב"ד להקשות על הרמב"ם איך כתב לוקה שתים, כיון דניתק לעשה ואיתא בתשלומין הוי לאו הניתן לתשלומין ואין לוקין עליו:

וכדפריך בהלכה ד' והראי' שהרי בהשגתו בהלכה ד' כתב הראב"ד ז"ל כדכתיבנא לעיל והא לעיל לא הזכיר מזה, לפי פירוש המ"מ בדבריו, ע"כ דגם בהלכה ג', היתה קושיתו על דברי הרמב"ם שאמר לוקה דהראב"ד ס"ל דהמשנה לא אמרה אלא דחייב שני איסורים אבל מלקות אין כאן שהרי הלאו ניתן לתשלומין:

ונראה לי לתרץ דברי הרמב"ם דהנה הרמב"ם כתב בפט"ז, מהלכות סנהדרין הלכה ד', ז"ל עבר על לאו שניתק לעשה והתרו בו ואמרו אל תעשה דבר זה שאם תעשנו ולא תקיים עשה שבו תלקה ועבר ולא קיים העשה ה"ז לוקה אף עפ"י שהתראת ספק היא שאם יקיים יפטר התראת ספק התראה היא. והנה במכות דף ט"ו. איתא תני תנא קמי' דר' יוחנן כל מצות ל"ת שיש בה קום עשה קיים עשה שבה פטור ביטל עשה שבה חייב, א"ל מאי קאמרת קיים פטור לא קיים חייב ביטל חייב לא ביטל פטור תני בטלו ולא ביטלו וריש לקיש אמר קיימו ולא קיימו במאי קמפלגי בהתראת ספק מפלגי ופרש"י ותוספות. דר"י לטעמי' דאמר התראת ספק שמה התראה משו"ה אית לי' בטלו ולא בטלו דאז דבשעה שעבר ספק הוא שמא לא יבטל התראת ספק שמה התראה, אכן ר"ל דס"ל התראת ספק לאו שמה התראה, אי אפשר לו לומר בטלו ולא בטלו שא"כ איך יתחייב בכל ל"ת שניתק לעשה שמא לא יבטל והוי התראת ספק, משו"ה אית לי' קיימו ולא קיימו, והיינו כיון דעתה עובר על הלאו אף שבאם יקיים ינתק את הלאו, עכ"פ עתה עבר בודאי, אכן הרמב"ם הא פסק קיימו ולא קיימו:

וכתב שזה התראת ספק, ואעפי"כ לוקה שהתראת ספק שמה התראה, והיינו דהרמב"ם גרס בגמ' איפכא שר' יוחנן אמר קיימו ולא קיימו ור"ל אמר בטלו ולא בטלו וכן הוא גרסת האלפס והרמב"ן ובעל המאור, אלא שלא ביארו, לפי זה אין תלי' זה בדין התראת ספק אי שמה התראה:

וצריך לומר דלדידהו הכי הפירוש דר' יוחנן דאמר קיימו, א"כ העברה הלאו, ועליו הוא מתרין ואם נימא דצריך להיות ההתראה בשעת העברה ודאי וכיון דאם יקיים העשה, ינתק הלאו הא אין ההתראה ודאי שמא יקיים ואז יעקר העברה, וע"כ דר"י לטעמי' דאית

לי' התראת ספק שמה התראה אכן ר"ל דאית לי' התראת ספק לא שמה התראה הוא סובר בטלו דאיהו סבר דהיכא שיש בהדבר לאו ועשה, העברה הלאו והעשה שמבטל והמלקות על שניהם ביחד, ואם קיים העשה אין הפטור משום שניתק את הלאו, דהלאו נשאר אלא דאיסורו הוא בהצטרפות, שעובר על הלאו ועובר על זה שמבטל העשה וא"כ איננו כלל התראת ספק דהרי אף אם יקיים העשה או שאינו מבטל, איננו עוקר איסור הלאו. רק שאם לא בטל העשה עוד לא נגמר האיסור למלקות. ומה שעובר על הלאו הוא התחלת האיסור. ובטולו את העשה זה גמר האיסור ובהצטרפות עברת הלאו עם ביטול העשה לוקה ומה שמתחיל האיסור אעפי"כ שבאם לא יגמור לא ילקה, ע"ז לא שייך כלל לומר התראת ספק פן לא יגמור, דא"כ היכא שהתרו בו לא תאכל אלו שני החצאי זיתי חלב. והא אכל חצי זית ושהה ואכל השני בכדי אכילת פרס, האם נימא שחצי זית הראשון הוא התראת ספק, שמא לא יאכל השני ומן חצי זית הראשון עד השני לא התרו בו בודאי דלא שייך כלל לומר כן. שהרי התרו בו בהתחלת עשית האיסור שבאם יעבור האיסור כלו ילקה הוי התראת ודאי שהרי בחצי זית הראשון התחיל האיסור ובחצי זית השני גמר ה"נ לר"ל ס"ל דחייבה התורה על עברת הלאו ביחד אם בטול העשה א"כ לא הוי התראת ספק. משא"כ אם נימא קיימו ולא קיימו, אי אפשר לחייבו שהרי אם יקיים העשה הוא עוקר את האיסור, א"כ אף אם יעבור, על הלאו יש ספק, שמא יעקור שלא יהי' איסור בזה שיקיים העשה, שהרי אם נימא קיימו ולא קיימו, העבירה הלאו, ואף אם בטול העשה בא ע"י אונס ג"כ לוקה א"כ אין ביטול העשה צירוף להלאו. אלא באם מקיים הוא מנתק איסור הלאו. א"כ הוי התראת ספק, ור"ל ס"ל התראת ספק לא שמה התראה, משו"ה הוצרך ר"ל לומר בטלו ולאו בטלו. דהמלקות הוא על הלאו עם ביטל העשה, ואם קיים אינו לוקה, לח מפני שעקר, אלא משום שלא עבר אלא על מחצית העבירה אבל עבירת הלאו עבר, א"כ הוי התראת ודאי אם תעבור על הלאו ותבטל העשה:

וכן צריך לפרש הא דאיתא שם אמר לי' רב פפא לרבא והא לא דמי לאו זה (בל"ת שקדמו עשה) ללאו דחסימה, אמר לי' משום דכתב רחמנא עשה יתירא מגרע גרע אי"ה לאו שניתק לעשה נמי לימא משום דכתב רחמנא עשה יתירא מגרע גרע א"ל ההוא לנתוקי לאו הוא דאתא ולפי גרסתינו בגמ' איתא היניחא למאן דאמר בטלו ולא בטלו אלא למאן דאמר קיימו ולא קיימו מאי איכא למימר. מידי הוא טעמא אלא לר' יוחנן האמר לי' ר' יוחנן לתנא תני בטלו חייב לא בטלו פטור, אכן גרסת האלפס והרמב"ן והרז"ה בהיפוך

היינו היניחא למ"ד קיימו ולא קיימו אלא למ"ד בטלו ולא בטלו מאי איכא למימר. מידי הוא טעמא אלא לר' יוחנן האמר קיימו ולא קיימו:

פירוש דלר"י. דאמר קיימו א"כ העשה לנתק הלאו. משו"ה דוקא אם העשה כתובה אחר הלאו. או באונס שאף שקדם העשה כיון דהפירוש כל ימיו בעמוד והחזר קאי א"כ העשה לנתק הלאו. אבל ל"ת בעלמא שקדמו עשה כיון שהעשה קדם לא בא לנתק הלאו (וכן כתב שם הרמב"ן במלחמות דכיון שנכתב העשה קודם לא בא לנתק הלאו), לוקין עליו. אבל למ"ד בטלו ולא בטלו. לדידי' אין העשה לנתק הלאו אלא דאמרינן דהאיסור עבירת הלאו, ביחד עם ביטול העשה. א"כ גם אם קדם העשה ללאו, נימא דהאיסור עבירת הלאו. ביחד עם ביטול העשה, א"כ גם אם קדם העשה ללאו:

נימא דהאיסור עבירת הלאו עם בטול העשה וא"כ אף ל"ת שקדמו עשה לא ילקה עליו ומשני מידי הוא טעמא אלא לר' יוחנן הא אית לי' קיימו ולא קיימו אבל לר"ל אף ל"ת שקדמו עשה אין לוקין אליו אם לא ביטל העשה:

ומה שהקשה בעל המאור לר"ל איך יפרנס הא דהבא אל המקדש טמא לוקה הא עשה קדים דוישלחו מן המחנה, נראה דלר"ל, דס"ל היכא דכתיב עשה. בין שקדמו לל"ת, בין לאחר הל"ת, אין העשה ניתוק להלאו, אלא בהצטרפות העשה העברה ודוקא אם בטל העשה הוא חייב הוא יסבור דעבירת וישלחו מן המחנה הוא עובר בכל רגע שכיון שמצות שילוח מן המקדש. שלא יטמא מקדש ה', א"כ לא דמי לעשה דשילוח האם דהחיוב עליו רק פעם אחד ולא יותר דהא דאמרינן שלח אפילו מאה פעמים היינו קודם שנטל הבנים, אבל בנטל הבנים אמרינן דאין מחייב אלא כדי שתצא מתחת ידו ואם אח"כ נטלה מותר א"כ מצות שלח הוא כדי לקיים מצות שילוח וא"כ אף אם לא שלח לא ביטל מצות השילוח שהרי יכול אח"כ לשלח:

אבל בבא אל המקדש טמא, שם מצות שילוח בכל רגע, ואם יצא ואח"כ נכנס ג"כ חיוב עליו לצאת מן המקדש א"כ כל רגע ששוהה הוא מבטל מצות שילוח, א"כ הבא אל המקדש טמא לר"ל לוקה שהרי בכניסתו בטל בין הלאו. בין העשה. שהרי בזה שנכנס בטל מצות שילוח, שאסור לו להיות במקדש ה', משו"ה לוקה לר"ל דלדידי', אין העשה לנתק הלאו. א"כ כל רגע הוא מבטל מצות עשה דוישלחו משא"כ לר"י אילו הי' הפירוש דוישלחו מן המחנה, כמו ל"ת שניתק לעשה, היתה אז מצות שילוח לנתק איסור דלא יטמאו, אז אף אם שוהה במקדש לא הי' מבטל מצות שילוח, דכל זמן שיצא הוא מנתק איסור דלא יטמאו, משו"ה לר"י הטעם דלוקין משום דקדם העשה, ואין העשה לנתק, אלא עשה מפני עצמה, אלא דלפי זה קשה לי לשון הרמב"ן שכתב במלחמות דהטעם אף

לר"ל דהוי מצוה בפני עצמה ואם נימא דהוי מצוה בפני עצמה אין זה שייך למחלוקת ר"י ור"ל בקיימו וביטלו אכן לדברינו לר"ל הוי ל"ת שקדמו עשה, כמו אם העשה אח"כ אלא דתליא. אם הוא מבטל, הל"ת והעשה:

והנה על מתניתין דהנוטל האם על הבנים אמר שם ר' יוחנן אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת, וכתב בעל המאור דר"י, ס"ל דהיכא דאינו בבטלו אינו בלא קיימו, משו"ה כל מקום שאי אפשר ללקות בבטלו אף אם לא קיימו אין לוקה, משו"ה קאמר ר' יוחנן דאנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת ועוד אפשר דר' יוחנן אמר דזאת ועוד אחרת לוקין בין בבטלו בין בלא קיימו, משא"כ אונס אין לוקה בבטלו אבל בלא קיימו משכחת לה, והרמב"ן דחה דברי הרז"ה בתירוץ הראשון דר"י, אית לי' דאם אין לוקה בבטלו אין לוקה בלא קיימו. וא"כ עכצ"ל דהרמב"ן ס"ל כתירוץ השני, דהא דאמר ר' יוחנן אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת, הוא דבבטלו לא משכחת לה, אבל בלא קיימו ודאי משכחת לה, אחרי דר"י סבר דתלי בלא קיימו. ואפשר עוד לומר לפי זה דהא דאמר ר' יוחנן לתנא מאי קאמרת קיים פטור, ולא קיים חייב, בטלו חייב, לא בטלו פטור, תני קיימו, ולא קיימו היינו דר"י מפרש דהברייתא דתני תנא קמי', תנאי היא:

דתנא דרישא אית לי' לא קיימו חייב, ותנא דסיפא אית לי' דוקא בטלו חייב, תני קיימו פירוש ואנא סבירא לי, כמ"ד דתלי בקיימו ולא קיימו וא"כ אמר ר' יוחנן דאנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת שיש לפרש, בין למ"ד בטלו ולא בטלו, בין למ"ד קיימו, ולא קיימו אבל שארי ל"ת שניתק לעשה כמו אונס (למסקנא) אי אפשר ללקות למ"ד דדוקא בבטלו חייב, אבל למ"ד לא קיימו חייב משכחת לה:

והנה בגמ' אמר, והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזלה, משכון דרחמנא אמר לא תביא אל ביתו לעבוט עבוטו השב תשיב לו את העבוט כבא השמש, ומשכחת לה בקיימו ולא קיימו, ובטלו ולא בטלו, התם כיון דחייב בתשלומין, אין לוקה ומשלם, והקשה בתוס' הא אדרבה קיי"ל כל היכא דאיכא ממון ומלקות מלקי לקי ממונא לא משלם, ע"כ פירשו בתוס' דכיון דמחויב בתשלומין, א"כ התשלומין, כשמקיים מנתק העשה, א"כ למ"ד בטלו לא משכת לה, והנה הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות גזלה ז"ל אין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל זו מצות עשה ואפילו שרף את הגזלה אינו לוקה שהרי הוא חייב דמי' וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו ולכאורה קשה למה להרמב"ם להביא ב' הטעמים אם כלל הוא דלאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו, למה לן טעמא דל"ת שניתק לעשה הוא וצ"ל דאילולא טעמא דניתק לעשה, לא הי' שייך כלל לומר לאו שניתן

לתשלומין דאדרבה הי' אז הדין דאם גזל לוקה ואינו משלם, והיכא מחויב בתשלומין דוקא בשוגג, דהרי כל היכא דאיכא ממון ומלקות מלקי לקי ממונא לא משלם, וא"כ אם גזל, והתרו בו, יהי' לאו שלא ניתן לתשלומין. אבל כיון דגזלה הוא לאו הניתק לעשה, א"כ מחויב תיכף כשגזל, תשלומין ואין חיוב המלקות פוטרתו שהרי ניתק לעשה וכיון שנתחייב תיכף בגזלתו, התשלומין וכדבארנו בכמה דוכתי דחיוב תשלומי הגזלה מתחייב תיכף, והא דאם השיב את הגזלה, היכא דאינה שוה כלום כמו בחמץ ועבר עליו הפסח פטור הוא מטעם דאם מקיים והשיב מנתק חיובו) וכאן שכבר נתחייב בתשלומין אף אם אח"כ בטל העשה לא ילקה דהיכא אמרינן לוקה ואינו משלם, היכא דבשעת מעשה לא מתחייב ממון, אבל היכא דכבר נתחייב שם אמרינן משלם ואינו לוקה:

והנה במשכון לפי דעת הרמב"ם, למ"ד קיימו ולא קיימו, עיקר המלקות, בעד שנטל המשכון שלא כדין אבל לא מטעם גזל, שהרי נוטלם בחובו א"כ לא שייך כאן דין דנתחייב בתשלומין מטעם גזלה שהרי בנטילתו לא הי' כונתו לגזול א"כ לא נתחייב בשעת הנטילה דמים, ואף דהש"ך בסימן ע"ב, הוכיח דלדברי הרמב"ם מי שלקח משכון שלא בשעת הלואה בזרוע מחויב אף באונסין. שהרי כתב הרמב"ם בהלכה הנ"ל שאם נשרף המשכון מחשב דמי המשכון ותובע השאר בדין הרי דכמה ששוה המשכון מפסיד, ובודאי דנשרף משמע אף באונס. נראה לי דטעם הרמב"ם, דהרי אמרינן בב"מ דף ל"ו דאמר ר' יוחנן שומר שמסר לשומר חייב, ועיין שם בתוס', משום דשינה מדעת בעלים הוי כאלו פשע, וכל אונס שאילו היתה בבית הבעלים, לא הי' בו מחייב מטעם פשיעתו, שהרי אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר, א"כ היכא דנטל המשכון מרשות הבעלים:

שלא מדעתו אין לך פשיעה יותר מזו שאין רצונו שיהי' חפצו ביד זה, א"כ אם נשרף, שאם היתה ברשות הבעלים לא היתה נשרפת מחויב, אף באונס, אבל אין החיוב. אלא בשעת האונס, היינו בשעת הוצאה מן העולם לא כגזלה דמשלם כשעת הגזלה, ואפשר לישב בזה הקושי' שהביא הרמב"ן במלחמות בשבועות על הנך דסברי דמחויב באונסין במשכנו שלא בשעת הלואתו, מגמ' ב"ק דף ל"ו דאמר רבא כגון שתפסו ניזק דנעשה ש"ש לנזקין. דמקשה הרמב"ן דלא הי' לו לתפוס לשון שקר, והי' לו לומר כגון שתפסו ניזק לגבות ונתחייב בנזקין, אלא ש"מ דש"ש הוי. לדברינו לא קשה דלדעתי אף דאסור לבע"ח למשכן שלא בשעת הלואתו, זהו דוקא בכל בע"ח דעלמא שאין דינו על הדבר, ורק זוזי הוא דמסיק בי', אבל בשור תם שהתורה עשאתו אפותקי, ואף לר' ישמעאל מכרו מזיק גובה הימנו:

ואמרינן האי תורא דאזיק מיני משתלמנא בודאי דאין איסור לתפסו, והוי כמו תפס ברשות. והיכא דתפס ברשות בי"ד, לא הוי אלא ש"ש כיון דלא הוי פשיעה, ואין מחויב באונס ואינו אלא ש"ש. אלא דראית הרמב"ן יהי' ראי' נכונה היכא דתפס ברשות:

לפי זה היכא שנטל המשכון שלא ברשות:

ונשרף אח"כ למ"ד קיימו ולא קיימו לדידי' החיוב של מלקות:

הוא על הנטילה, ועל מה שנשרף הוא מחויב, בשעה שנשרף, ומה שנשרף אין על זה חיוב המלקות דחיוב המלקות כבר נתחייב משעת נטילת המשכון, ורק כל זמן שלא נשרף הי' בידו לנתק המלקות, ואין שריפת המשכון מביא לידי מלקות אלא מסלק האפשרות לנתק, לדידי' לקי אם נשרף, אכן למ"ד בטלו ולא בטלו לדידי' חיוב המלקות על הנטילה ביחד עם מה ששורף ומבטל מצות עשה, לדידי' קאמר בגמ' כיון דאיתא בתשלומין אף שחיוב המלקות בא ג"כ על זה ששורף המשכון. אבל הא לא על זה בלבד, אלא בהצטרפות עברת הנטילה, וס"ל להגמ' דאימתי אמרינן מלקי לקי ממונא לא משלם היכא דכל חיוב המלקות בעד הדבר שנתחייב ממון בזה אמרינן מלקי לקי ממונא לא משלם אבל היכא דכל חיוב הממון הוא בעד דבר זה וחיוב המלקות אינו בעד דבר זה, אלא בהצטרפות עבירת נטילת הלאו, אז אמרינן ממונא משלם, וממילא שרפת המשכון ששרף, אין מחייבו מלקות ולדידי' הא אין מחויב על הלאו. אלא בהצטרפות מעשה של שרפת המשכן ועל מעשה שרפת המשכון ששרף בידים אין לצרף לחיוב מלקות שבעדה מתחייב ממון. משו"ה למ"ד בטלו דאליבי' קאמר ר' יוחנן. אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת:

כמו שהבאנו דברי הרז"ה והרמב"ן לדידי' במשכון אי אפשר לדין שילקה אכן למ"ד קיימו ולא קיימו לדידי' אם נשרף המשכון שאי אפשר עוד לקיימו מחויב מלקות, ומה שכתב הש"ך שם בסימן ע"ב, דמה דמשני הרמב"ן דגמ' דאמר דבמשכון פטור ממלקות ואי אפשר למצוא גווני דמחייב הוא דוקא אליבא דמ"ד בטלו ולא בטלו. אבל למ"ד קיימו ולא קיימו. מחויב במלקות, שהרי במשכון שלא בשעת הלואתו אין מחויב באונסין הוא דוחק תמוה מאד דהרי עכצ"ל כן. כמו שביאר הרמב"ן במכות דהרי למ"ד קיימו ולא קיימו. באונס מחויב אם מתה האשה, למ"ד קיימו ולא קיימו ע"כ דאמר זאת ר' יוחנן דוקא למ"ד בטלו, ואף לדברי הרז"ה בתירוץ הראשון ג"כ הטעם משום שאי אפשר למצוא איוב בבטלו ולדברי הרז"ה אם אי אפשר בבטלו אז אין מחויב אם לא קיימו וא"כ אף לדידי' לא קשה מגמ' זו, למ"ד דמשכנו שלא בשעת הלואתו. אין מחויב באונסין א"כ אמאי לא משכחת במשכון שילקה על הנטילה דהטעם משום דאי אפשר בבטלו

משו"ה אין לוקה אף בלא קיימו (ולדברי הרז"ה צריך לומר דכיון דבזה שעושה מעשה הוא מבטל העשה ומביא לידי חיוב המלקות ג"כ אמרינן אין לוקה ומשלם אף שאילו הי' נשרף מעצמו. או שהיתה מתה האשה הי' מתחייב למ"ד קיימו ולא קיימו:

בלא טעמא דאי אפשר למצא בבטלו, הי' מתחייב אעפי"כ אם ע"י מעשה שלו הוא מתחייב ממון אין לוקה אף שהמעשה שלו הוא רק גרם, וכן אם ע"י מעשה שלו הוא מתחייב. מיתה כמו כמו בקטלה, נפטר ממלקות אף למ"ד קיימו ולא קיימו, וכיון דאי אפשר לאשכותי בבטלו אף בלא קיימו פטור, אכן לדברי הרמב"ן אפשר לומר כיון דאם מתה האשה מעצמה. או נשרף המשכון הי' מתחייב גם אם עשה מעשה מחויב שהרי אין המעשה מחייב, אלא מסלק אפשרותו לנתק הלאו):

ואפשר שגם הרמב"ן סובר כן כהרמב"ם:

דאם לקח המשכון שלא ברשות ונשרף אצלו מחויב מטעם דהוי תחלתו בפשיעה, שלקחו מחויב באונסין, שבא מחמת הלקיחה, אלא דמה שהוא מחויב מחמת נטילתו שלא ברשות. חיובו הוא רק בשעת האונס ובשעת הוצאה מן העולם. משא"כ אילו הי' הדין:

דמשכנו שלא בשעת הלואתו מתחייב באונסין מטעם שקנאוהו, א"כ הי' מחויב תיכף בשעת הנטילה בכל אונסין. דהוי כמו קנהו ונתחייב דמיו, א"כ אף בלקח שלא ברשות כיון דקי"ל או עבד מהני' הי' הדין שתיכף בשעת נטילה הוא מתחייב הדמים כמו בגזל, א"כ הי' הדין במשכון כמו בגזל דניתן לתשלומין היינו דאין מתחייב, על הנטילה מלקות כיון שנתחייב בדמים, והלאו הוא ניתק לעשה דהשב תשיב והי' אז הדין דגם למ"ד קיימו ולא קיימו פטור:

כמו בגזלה משו"ה הוצרך הרמב"ן לתרץ לפי סברתו, דבע"ח מה שקונה משכון שלא בשעת הלואתו. אינה לאונסין אלא לקדש האשה וכדומה, אבל באונסין אין מחויב מטעם קנינו וא"כ אף שמתחייב באונסין שבאו מחמת נטילתו, זה אין מתחייב:

בשעת הנטילה וא"כ למ"ד קיימו ולא קיימו אם נשרף מחויב:

ולפי זה בפשטות מיושב דברי הרמב"ם שכתב בפ"ג מהלכות מלוה ולוה שאם חטף המשכון בזרוע אם נשרף המשכון לוקה והקשה הראב"ד מסוגיא זו:

והכ"מ נשאר בצ"ע, אכן לפי הנ"ל לא קשה כלל, דהא האי סוגיא הוא אליבא דמ"ד בטלו ולא בטלו, והרמב"ם הא פסק קיימו ולא קיימו והרי הרמב"ן בפירוש מפרש. דלמ"ד קיימו ולא קיימו מחויב אם נשרף עכ"פ הרמב"ם סובר קיימו ולא קיימו ופוסק התראת ספק שמה התראה:

והנה בפירוש קיימו ולא קיימו הביא הר"ן בחולין שני פירושים:
פירוש אחד דאם התרו בו בי"ד ולא קיים תיכף נתחייב מלקות ופירוש שני דכל זמן שאפשר עוד לקיים העשה לא לקי משום דלא דמי לאו ללאו דחסימה, אכן מדברי הרמב"ם משמע דסבירא לי' דוקא אם נתבטל שאי אפשר עוד לקיים, במשכון אם נשרף ובאונס ובמוציא שם רע אם מתה או נתקדשה משום דכל זמן שלא נתבטל העשה עדנה לא דמי לאוו ללאו דחסימה. ולפי זה לכאורה תירוץ התוס', דמחלק דמשו"ה בזורק אבן לגוו פטור אף אם נימא התראת ספק שמה התראה, ובאל יותיר אם שמה התראה חייב משום דהתם הוי התראת ודאי אם לא יאכל, או אם יכה שניהם, אבל בזורק אבן לגאו בשעה שזורק שעושה המעשה ספק אם יהרג ישראל ע"י זריקתו, דא"כ ה"נ באונס הא ספק בשעת מעשה שעובר, ומגרשה, ספק שמא לא תמות האשה וכל זמן שלא מתה או לא נתקדשה עדנה לא דמי לאו ללאו דחסימה ואעפי"כ אמרינן התראת ספק שמה התראה והכא בזורק אבן לגוו, אמרינן דהוי ספק איסור, ופטור משום דספק נפשות להקל והרי בהנך כמו באונס ספק בשעת מעשה. אם מחויב הוא שהרי פן לא תתקדש ולא תמות ואם נימא דמתרינן בי' שבאם תמות:
אז תלקה, ג"כ בזורק אבן לגו נוכל להתרות בו אם תהרוג ישראל, אז תתחייב מיתה וע"כ כיון דאפשר שמא לא יהרוג ישראל הוי מעשה ספק, וספק חיוב לקולא, א"כ בשעת מעשה הוי, התראת ספק כמו שביארנו:
א"כ גם באונס נימא. הרי ספק בשעת גירושין שמא לא תתקדש ואעפי"כ אמרינן התראת ספק שמה התראה, ואין לחלק דהתם בזורק אבן לגו, בשעת מעשה הוי ספק אם עובר הוא על לא תרצח ישראל דהרי אפשר שיהרוג עכו"ם, משו"ה הוי בשעת מעשה ספק רציחה, אבל הכא באונס, הא הוא עבר בודאי על לאו דלא יוכל לשלחה, אלא דהספק הוא שמא יוכל לתקן אבל כל זמן שלא תיקן, הרי עבר בודאי, אלא דדין הוא כל זמן שיוכל לתקן אין לוקין, אבל האיסור עבר בודאי, משא"כ בזורק אבן לגוו, האיסור עצמו בספק פן עי"ז יהרוג עכו"ם ולא ישראל, דאם נימא דכל טעמא דגבי ל"ת הניתק לעשה אית לי' לר' יוחנן. דמשו"ה התראת ספק שמה התראה, משום דהאיסור עבר בודאי עתה, והספק הוא רק שמא יתקן דא"כ מאי אמרינן דמדסבירא לי לר"ל שבועה שאוכל ככר זה היום:
ועבר היום ולא אכלה, פטור משום דהתראת ספק לאו שמה התראה, משו"ה אי אפשר לי' לסבור קיימו ולא קיימו מי דמי התם בשעה שמתרין בו לאכול, ואינינו אוכל ספק הוא אם עבר כלל, דהרי אם אח"כ יאכל לא עבר כלום אבל הכא בשעה שעבר על הל"ת,

הא עבר בודאי, דהספק הוא רק שמא יתקן, וכן מאי דמדמי לה לנותר אם התרו בי' אל תותיר, התם הא אם אח"כ יאכל לא עבר כלל, וא"כ הוי ספק אם עושה איסור, ועכצ"ל דסבירא להגמ', כיון דאם יתקן לא יעבור לגבי התראת ספק, הוי ספק בשעת מעשה אם יבא לידי איסור, ולא מקרי התראה, רק אם נימא לא שמה התראה, אבל אם שמה התראה אף דספק בשעת מעשה מחויב, וא"כ גם גבי זורק אבן לגו, הא נוכל להתרות בו, אם תהרוג ישראל תתחייב על רציחה, ואף שיש עוד לחלק, אכן הרמב"ם ביאר לנו בדבריו חילוק גדול, דהעיקר תלוי בלאו הכתוב בתורה, אם נאמר על הודאי או על הספק, אם הספק מפורש בתורה אז מחויבין בהתראת ספק, ואם הלאו נאמר בודאי אז החיוב דוקא בודאי לא בספק, ולפי זה בנותר משום טעמא דהתראת ספק היו מחויבין, שהרי כשאמרה התורה לא תותירו. וחייבה התורה אותו לאכל, הרי צותה התורה שיאכל פן יותיר, א"כ בכה"ג הרי אסרה התורה את הספק וכן בכל ל"ת שניתק לעשה, הרי אסרה התורה אף שיוכל להיות שיתקן הלאו:

וא"כ הוי התראת הספק, התראה שאסרה התורה את הספק שמא יבא לידי ודאי האיסור, אבל בזורק אבן לגו אילו הי' כתוב בתורה לא תזרוק אבן לגו, פן תהרוג ישראל בודאי דכה"ג הוי התראת ספק התראה אבל בתורה נאמר לא תרצח דהיינו ודאי, א"כ בספק אם יהרוג ישראל אין הנאו מפורש בתורה, אף דודאי בספק שמא יהרוג ישראל בודאי דאסור, ודאי דכה"ג לא אמרינן ספק לקולא:

אבל אין איסור של הספק מפורש בתורה:

א"כ התראת ספק לא שמה התראה, כיון דספק נפשות להקל א"כ לא חייבה התורה על הספק, משו"ה בזורק אבן לגו פטור אבל בכל ל"ת שניתק לעשה וכן בנותר הרי אסרה התורה בפירוש את הספק הזה ולאו של הספק מפורש בכה"ג התראת ספק שמה התראה:

והנה בשבועות דף ב' איתא. כי אתא רב דימי אמר ר' יוחנן אוכל ולא אוכל שקר ואזהרתי' מהכא לא תשבעו בשמי לשקר, אכלתי ולא אכלתי שוא ואזהרתי' מהכא לא תשא את שם וכו'. קונמות עובר בלא יחל דברו כ"ו. כי אתא רבין אמר ר' ירמי' א"ר אבוה א"ר יוחנן אכלתי ולא אכלתי שקר ואזהרתי' מלא תשבעו בשמי לשקר. אוכל ולא אוכל עובר בלא יחל דברו. ואיזו שבועת שוא. נשבע לשנות את הידוע לאדם. והנה הרמב"ם כתב בפי"ו מהלכות שבועות הלכה ג', ז"ל נשבע אחת מד' מחלוקת אלו והחליף כגון שנשבע שלא יאכל ואכל או שיאכל ולא אכל או שאכלתי והוא לא אכל או שלא אכלתי ואכל הרי זו שבועת שקר ועל זה וכיוצא בו נאמר לא תשבעו בשמי לשקר עכ"ל, וכבר הקשה

הלח"מ על דברי הרמב"ם אלו דפסק דלא כמאן כרב דימי לא פסק שהרי אמר אכלתי ולא אכלתי שקר, דלא כותי' וכרבין נמי לא פסק שהרי רבין אמר אוכל ולא אוכל אזהרתו בלא יחל דברו כו', וצ"ע עכ"ד:

הלח"מ:

והנראה לתרץ דברי הרמב"ם:

דאיתא שם אמר רב פפא הא דר' אבהו לאו בפירוש איתמר אלא מכללא, כו' כל ל"ת שבתורה לאו שיש בו מעשה לוקין עליו ושאין בו מעשה אין לוקין עליו:

חוץ מנשבע וכו', נשבע מנא לן אמר ר"י אמר רשב"י אמר קרא לא תשא כו' כי לא ינקה ה' ה' דאין הוא מנקה אבל בי"ד של מטה מלקין אותו ומנקין אותו אשכחן שבועת שוא שבועת שקר מנא לן ר' יוחנן דידי' אמר לשוא לשוא שתי פעמים אם אינו ענין לשבועת שוא תנהו ענין לשבועת שקר והוי בה ר' אבהו האי שבועת שקר ה"ד אלימא שבועה שלא אוכל ואכל לאו שיש בו מעשה ואלא דאמר שבועה שאוכל ולא אכל האי מי לוקה וכו' ואמר ר' אבהו תהא באכלתי ולא אכלתי ומ"ש אמר רבא בפירוש רבתה תורה שבועת שקר דומיא לשוא מה שוא לשעבר אף שקר לשעבר ע"כ וסבירא לי' להרמב"ם דמדפריך הגמ' ומ"ש, ולכאורה אין זה קושיא כלל מ"ש דהרי רבין אמר בשם רב אבהו דאכלתי ולא אכלתי שקר:

שהרי בשעה שנשבע היתה שבועת שקר ועל שבועה בשקר רבתה התורה למלקות, אבל באוכל ולא אוכל הרי לא נשבע כלל לשקר. אלא שאחר כך עובר על לא יחל דברו. א"כ אין זה נשבע לשקר:

ולא נושא לשוא. אלא שעבר על לא יחל והתורה רבתה למלקות בלאו שאין בו מעשה. רק בשבועת שקר ומאי פריך ומ"ש לכן מפרש הרמב"ם דהאי ומ"ש סתר לכללא. וכמו בכל מקום בגמ' דאמר לאו בפירוש אתמר אלא מכללא וקאמר ואי מכללא מאי, הרי דכל מקום שאומר אחד דלאו בפירוש אתמר אלא מכללא כונתו לסתור ההוכחה, והנה ר' אבהו בתחלה הוי בשבועה שלא אוכל, הרי דר' אבהו הי' סבר דגם בשבועה שלא אוכל ואכל הוי שבועת שקר ע"כ דר' אבהו בהויתו הי' סבר דקרא דלא תשבעו בשמי לשקר. שאסרה התורה לשבע פן יבא לידי שקר אם אח"כ לא יקיים שבועתו, וכמו שכתב רש"י בדף כ' בד"ה ואזהרתו ז"ל וה"ק לא תשבעו בשמי כדי לשקר בשבועתכם לאחר זמן והמתרה בו צריך להתרות בו שהוא עובר באזהרת לא תשבעו בשמי לשקר עכ"ל הרי דאם נימא דאוכל ולא אוכל שקר הפירוש בקרא לא תשבעו בשמי פן יבא אח"כ לשקר ור' אבהו בתחלה בודאי דהי' סבור כן:

ואח"כ אמר חדא, הא דאמר ר' יוחנן דנשבע לוקה אף בלאו שאין בו מעשה הוא באכלתי ולא אכלתי:

ולמסקנא מוכח דאכלתי ולא אכלתי הוא ג"כ משום שבועת שקר (ולא משום שוא) ופריך ומ"ש היינו כיון דאמר ר' אבהו דוקא באכלתי ולא אכלתי לוקה בלאו שאין בו מעשה, אבל באוכל ונא אכל לא לקי כיון דגם זה יש בה משום שבועת שקר דהרי רב פפא אמר דמכללא אתמר אבל באמת אינו כן. וא"כ אמאי בשבועה אוכל ולא אכל שג"כ עבר משום לא תשבעו בשמי לשקר כמו שהי' סבר ר' אבהו בהויתו, אמאי לא לקי, ומשני דבפירוש רבתה תורה שקר דומיא דלשוא פירוש מה דרבתה תורה ללקות על שבועת שקר אף שאין בה מעשה. לא רבתה אלא בשבועת שקר שהיא דומיא לשוא, אבל בשבועה שעבר על לא תשבעו בשמי לשקר שאינה דומיא דשוא, כגון באוכל ולא אכל בשבועת שקר בזו לא רבתה התורה אבל גם אוכל ולא אכל עבר על לא תשבעו בשמי לשקר משו"ה פסק הרמב"ם דבין אכלתי ולא אכלתי ובין אוכל ולא אכל אזהרתי' מלא תשבעו בשמי לשקר, ובזה מיושב מה דאמר ר' יוחנן דשבועה שאוכל ולא אכל דוקא משום טעמא דלאו שאין בו מעשה אין לוקין ולא מטעמא דהתראת ספק, דאילו הי' סובר כרבנן באוכל ולא אכל דאין איסורו משום שקר, אלא משום לא יחל דברו א"כ הרי איסורו מפורש בתורה בודאי ולא בספק, וא"כ גם לר' יוחנן הי' פטור מטעם התראת ספק שהרי בעת שמתרין בו:

ספק שמא יאכל אח"כ, אבל כיון דלמסקנא גם באוכל ולא אכל עבר על לא תשבעו בשמי לשקר. א"כ הרי הלאו מפורש בתורה על הספק, שהרי אמרה התורה, לא תשבעו בשמי פן יבא לשקר א"כ אסרה התורה את הספק בכה"ג סבירא לי' יוחנן דהתראת ספק שמה התראה:

נמצא לפי דברינו בשבועת ביטוי, התראת ספק שמה התראה. שהרי הספק מפורש בתורה. לא תשבעו בשמי פן יבא לשקר, אבל בשבועת שוא הלאו המפורש בתורה הוא בודאי. מעתה דברי הרמב"ם בפ"ה מהלכות שבועות מאירים מי שנשבע על אחרים שיעשו כך או לא יעשו, אילו הי' אפשר לחייבו משום שבועת בטוי, היינו מחייבים אותו אף בהתראת ספק, שהרי בשבועת ביטוי הלאו דספק בשעת מעשה מפורש בתורה שהרי אמרה התורה לא תשבעו בשמי לשקר דהכונה באוכל ולא אוכל לא תשבעו פן יבא לשקר, הרי דאסרה התורה, לשבע פן יבא לשקר, וא"כ כשמתרים אותו אל תשבע שיעשה פלוני כך פן יהי' לשקר, התראת ספק זה שמה התראה משו"ה אמר הרמב"ם

הטעם שהרי אין בידו לקיים ולא לבטל, ושבועת ביטוי דלהבא אסרה התורה, בלהרע או להטיב שזה דבר שבידו אבל בדבר שאין בידו:

בלהבא, לא חייבה התורה משום שבועת ביטוי ואח"כ אמ' הרמב"ם ולמה אינו לוקה משום שבועת שוא. דשבועת שוא הוא אף בדבר שאינו בידו על זה אמר הרמב"ם דמשו"ה אין לוקה משום שוא כיון שאפשר שתתקיים שבועתו א"כ בשעה שנשבע הוי התראת ספק, והלאו דשבועת שוא הנאמר בתורה. הא נאמר בודאי, וא"כ אם בשעת מעשה הי' ספק אין לאו דשבועת שוא מפורש בתורה היכא שבשעת מעשה הוי ספק וכל היכא דהוי ספק בשעת מעשה, ואין הלאו מפורש על ספק בזה התראת ספק לא שמה התראה. דהוי ממש כזורק אבן לגו, דבשעת מעשה הוי ספק ופטור בזורק אבן לגו, אף אם התרו בו אל תזרוק פן תהרוג ישראל, משום דהלאו דלא תרצח. נאמר בודאי ואין הלאו של הספק מפורש בתורה, וספק עונש דמלקות וקטלא לקולא וכמו שביארנו למעלה, אבל שבועת ביטוי דילפינן מלא תשבעו לשקר שהכונה לא תשבעו פן יבא לשקר. א"כ לאו של הספק מפורש בתורה, אבל משום שבועת ביטוי אינו מחויב בנשבע שיעשה פלוני כך דשבועת בטוי החיוב דוקא בשיש בידו והכא אין בידו:

לפי זה אי אפשר לפרש דמשו"ה ס"ל להרמב"ם דהמלוה והעדים אין לוקין על לאו דלא תשימון משום דהחיוב דוקא בבא לידי גוביינא כמו שפירש התוס' אליבא דר' נחמי' ור' אליעזר בן יעקב, וא"כ הוי התראת ספק דהא הכא הלאו דלא תשימון נאמר על הספק דלא תשימון שומת נשך פן יבא לידי מעשה א"כ היכא דבא לידי גובינא מחויב אף בהתראת ספק כדפסק הרמב"ם דהתראת ספק בכה"ג שמה התראה, היכא דאסרה התורה בפירוש את הספק והדר קושי' לדוכתא אמאי סבירא להרמב"ם דהעדים וכן המלוה אינם לוקין על לאו דלא תשימון עליו נשך:

וצ"ל דהרמב"ם ס"ל דלר' נחמי' וראב"י דסבירא להו דלאו דלא תשימון. הוא דוקא בבא לידי גבי' לדידהו כיון דתלי התורה לאו דהשימה בלקיחת הנשך, א"כ אם החזיר ותיקן את הלאו דלקיחת הנשך, תיקן בזה לאו דלא תשימון דכיון דאסור שומא תלוי אם יבא לידי גבי', כמו דאמרה התורה דגבית הנשך יתוקן ע"י חזרת הנשך, ויהי' כמו שלא הי' כן יתוקן הלאו דלא תשימון ויהי' כלא בא לידי גבי' ואמרה התורה וחי אחיך עמך דהחיוב להדר ובזה יתוקן הלאו דלא תקח ויתקן הלאו דלא תשימון וא"כ גם הלאו דלא תשימון ניתק לעשה וכיון שהוא לאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו. דלא נתבטל העשה ולהרמב"ם סבירא לי' דאימתי חייב בלאו הניתק לעשה דוקא בנתבטל ואי אפשר נקיים אבל לאו הניתן לתשלומין אין לוקין עליו:

והנה עדים נפסלו דוקא אם עברו עברה שיש בה מלקות, אבל בלאו הניתק לעשה, כל זמן שלא נתחייבו מלקות לא נפסלו והא דבגזל נפסלו, היינו מטעם רשע דחמס אבל לאו הניתק לעשה היכא דאינו חמס לא נפסל לעדות, והא דקי"ל כאביי דמומר אוכל נבלות להכעיס פסול לכל התורה היינו כיון דמחויב מלקות, רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, אבל היכא דאינו מחויב איננו רשע אלא בלאו שניתק לעשה, היכא שהוא חמס פסלתו התורה אף שאינו מחויב ורשע הוא מטעם החמס, א"כ המלוה שלוה ברבית ועבר על לאוין דנתקו לעשה הוי רשע דחמס פסול לעדות אף שאינו מחויב מלקות, כרשעות דגזלה, אבל העדים שאינם מרויחים אין רשע שלהם דחמס וכיון דאינם מחויבים מלקות, משו"ה נא נפסלו, לעדות ואף אם נימא דאם עברו על לאו שניתק לעשה, יופסלו לעדות מדרבנן כמי בעבר עבירה שאין בה מלקות דפסול מדרבנן כדאיתא ברמ"א חו"מ סימן לד, אבל כיון דלאו דלא תשימון לא נגמר עדנה עד שיבא לידי גובינא אף מדרבנן לא מפסיל, ולפי זה שפיר אמר הריב"ם בעדים שחתמו על שטר רבית כיון שאצלם לא הוי לאו דחמס וגם הוי עברה שאין בה מלקות משו"ה השטר כשר לגבות מבני חרי:

סימן כח

סוגיא דגובה הקרן ואינו גובה את הרבית. יבאר דברבית אי עביד מהני וחל החיוב. ויבאר דאם סבירא לן בטלו ולא בטלו אפשר לומר דאם מחל לא מהני. אבל לגירסא דר' יוחנן סבירא לי' קיימו ולא קיימו ע"כ דאם מחל מהני. ויבאר שיש שני מיני רבית יש אנר נטר, שמתחייב בכל עת בעד השתמשות הכסף ויש רבית שמתחייב מעתה לשלם לאחר זמן הקרן והרבית. ובאופן כזה אף אם החייב מודה פטור מלשלם אף את הקרן.
דף ע"ב **וחכמים** אומרים גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית כתב המחבר בחו"מ סימן נ"ב ז"ל שטר שיש בו רבית מפורש אינו גובה בו את הרבית אבל גובה את הקרן אפילו ממשעבדי אבל אם כלל הקרן עם הרבית פסול מפני שיבא לגבות בו את הרבית. וכתב ע"ז הרמ"א ז"ל מיהו אם החייב מודה צריך לשלם לו הקרן וי"א דפטור דקנסינן למלוה וא"צ לשלם לו, שם בשם מרדכי וכ"כ התוס', ע"כ:
והקשה על זה הש"ך. דליכא למ"ד הכי, דהתוספות לא כתבו אלא לר' מאיר דקנים היתרא אטו איסורא אבל לרבנן דקי"ל כותיהו משמע שם להדיא מדבריהם דדמי לשטר מוקדם דלא נפסל רק השטר אבל גוף ההלואה אינו מפסיד, ומה שמסיים בסמ"ע דמדר"מ נשמע לרבנן לא נראה כלל דרבנן לא קנסי כלל התירא אטו איסורא רק דפסלי השטר היכא

דיש לחוש שמא יגבה הרבית משום גזירה אבל קנסא היכא דלא שייך גזירה לא שמעינן לרבנן כלל ועיין שם בש"ך שהאריך בזה:

והנראה לי לבאר דבריהם. דהנה המרדכי כתב דמקח הנעשה באיסור לא חיל, והקשה הב"י בטוחו"מ, סימן ר"ח דהא בדף ס"ה איתא האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריבתא בחברי' ויהב לי' גלימא בגווייהו כי מפקינן מיני' ארבעה מפקינן מיני' גלימא לא מפקינן מיני' רבא אמר גלימא מפקינן מיני' מ"ט כי היכי דלא לימרו גלימא דמכסי גלימא דריבתא, הרי דכו"ע מודו, דקנה הגלימא אף דקנין הגלימא הי' בחיסור ועיין בסמ"ע שתירץ דמכירת הגלימא אינו באיסור, רק הדמים הוא האיסור וכיון שמחזיר הדמים המכירה אינו באיסור:

אכן לדידי תמוה מאד קושיתם, דהנה המרדכי כתב הטעם דמקח הנעשה באיסור לא חייל. מטעם דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, ומשו"ה בנשבע שלא ימכור ועבר ומכר לא חל המכירה, וס"ל להמרדכי דאף באיסור שבדה הוא מלבו. ג"כ אמרינן כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני דלא כדברי התוספות שם בתמורה, והנה בתמורה שם, מעיקרא אמר דאביי ורבא דפליגי בהא דכל מילתא דאמר רחמנא אי מהני או לא פליגי ברבית קצוצה אי יוצאה בדיינין או לא ופריך אטו התם בסברא פליגי בקראי פליגי דא"ר יצחק מ"ט דר' יוחנן אמר קרא בנשך נתן ותרבית לקח וחי לא יחי' לחיים ניתן ולא להשבון כו' ואמר רב נחמן ב"ר יצחק מ"ט דר' אלעזר דאמר קרא וחי אחיך עמך אהדר לי', והנה רבא דס"ל רבית קצוצה יוצאה בדיינין. דהא אמר גלימא מפקינן ואיהו ס"ל אי עביד לא מהני, לכאורה לדידי' הטעם דיוצאה בדיינין הוא דאזיל לטעמי' דס"ל אי עביד לא מהני, אכן אי אפשר לומר כן דהרי בב"ק קי"ב איתא הניח להן אביהן מעות של רבית אעפ"י שיודעין שהן של רבית אין חייבין להחזיר אמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי רבא אמר לעולם אימא לך רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ושאני הכא דאמר קרא אל תקח מאתו נשך ותרבית אהדר לי' כי היכי דנחי בהדך לדידי' אזהר רחמנא לברי' לא אזהר רחמנא, ע"כ. ואם נימא דטעמא דס"ל לרבא. רבית קצוצה יוצאה בדיינין משום דאי עביד לא מהני, א"כ לא קנה המעות והם בגזלה בידו, וא"כ איך קנו היורשים, נהי דקרא דוחי אחיך עמך אזהר לדידי', עכ"פ לא קנה ואם רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי איך יקנו היורשים, דבר שאינו של אביהם, ע"כ אף דבכל התורה ס"ל לרבא אי עביד לא מהני בריבית ס"ל דאי עביד מהני וקנה הרבית שלקח, אלא שרמא עלי' התורה חיוב להשיב, והיתומים אין עליהם חיוב להשיב אבל אביהם קנה הרבית כשלקח והכא אי עביד מהני, אע"ג דבכל התורה לא

מהני, וצ"ל דרבא, דריש שני הפסוקים, למיתה ניתן, ולא להשבון הדבר בעצמו, דהוא קנה הרבית שלקח, אלא שיש עליו חיוב, להשיב לו דמים, משו"ה אמר רבא, דטעמא דגלימא מפקינן הוא כדי דלא לימרו גלימא דמיכסא דריבתא היא, דאילו הי' הטעם דאי עבד לא מהני, לא הי' קונה הגלימא והיו מוציאים הגלימא, אבל כיון דכתיב ימות למיתה ניתן ולא להשבון גלי קרא. דקונה הגלימא אלא דמחויב להשיב דמים:

מקרא דוחי אחיך עמך. וזה החיוב הוא רק דמים:

לא החפץ עצמו ועוד אפשר דמהאי קרא דוחי אחיך עמך. דריש רבא דאהנו מעשיו מדגלי קרא דמחויב הוא להשיב מטעם כדי שיחי' אחיו עמו הרי דאמרה התורה דאם לא בשביל מצות וחי לא הי' מחויב להשיב. ואם לא היו מועיל המעשה, הרי הוא מחויב להשיב מטעם שזה שלקח אינו שלו. ע"כ דאהנו מעשיו והוא שלו, אלא שחייבה התורה אותו להשיב כדי שיחי' אחיו עמו. עכ"פ חזינן. דאף דס"ל רבית קציצה יוצאה בדיינין אמרה התורה ברבית דאי עביד מהני ובכן תמוה מאד. מאי הקשו הראשונים על דברי המרדכי דאמר דמקח הנעשה באיסור היכא דהוי הדין אי עביד לא מהני מהא דאמר גלימא מפקינן. כי היכי דלא לימרו גלימא דמיכסא דריבתא הוא אבל בלא זה הי' קונה, דהא ברבית גלי קרא דאי עביד מהני. משא"כ בנשבע שלא למכור, דלא גלי קרא אמרינן אי עביד לא מהני:

אכן אפשר דאלה שהקשו על המרדכי סבירא להו כתוס' דהנה התוס' בב"מ דף ס"א ע"ב ד"ה רבא כתבו דרבא מדקאמר מגופי' דקרא שמעינן לי' מות יומת דמיו בו יהי' הוקשו מלוי רבית לשופכי דמים מה שופכי דמים לא ניתנו להשבון אף מלוי רבית לא ניתנו להשבון. איהו ס"ל כר' יוחנן אע"ג דרבא משני ריש הגוזל בתרא אפינו תימא רשות יורש לאו כרשות לוקח ושאני הכא דכתיב וחי אחיך עמך לאו משום דס"ל כר' אלעזר דהא הכא דריש כר' יוחנן אלא לא בא אלא ליישב הברייתא דהתם למ"ד לאו כרשות לוקח עכ"ד התוס' ועיין בגליון הש"ס דף ס"ה שמקשה על דברי תוס' אלו. מהא דאמר רבא חמשה מפקינן מיני' הרי דס"ל יוצאה בדיינין:

אכן דברי תוס' אלו קשים מאד דהא בגמ' לקמן דף ס"ב איתא מיתבי הניח להם אביהם מעות של רבית, אעפ"י שיודעין שהן של רבית אינן חייבין להחזיר:

הא אביהן חייב להחזיר (פירוש וקשה על מ"ד רבית אין יוצאה בדיינין) ומשני בדין הוא דאביהן נמי אין מחויב להחזיר ואיידי דבעי למיתני סיפא הניח להן אביהן פרה וטלית וכל דבר המסויים חייבין להחזיר מפני כבוד אביהן תני נמי רישא בדידהו, וא"כ לרבא דס"ל רבית קצוצה אין יוצאה בדיינין. אף אביהן אין חייב להחזיר, וא"כ מאי

קשה, לדידי' אליבא דמ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח. מהאי ברייתא כיון דעיקר ברייתא לאשמעינן:

דמשום כבוד אביהם חייבין להחזיר אבל מעיקר הדין הן ואביהן פטורין להחזיר, ע"כ דרבא ס"ל יוצאה בדיינין. משו"ה הוכרח לתרץ דקרא דוחי אחיך עמך לדידי' אזהר' לברי' לא אזהר אבל לדברי התוס' דרבא בעצמו ס"ל אין יוצאה בדיינין לא איצטריך כלל לתרץ למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח דהא לדידי', הן ואביהן פטורין מלהחזיר. מטעם דלא ניתן להשבון. שוב מצאתי שמהרש"א הקשה זאת. ותירץ דרבא אמר התם לפי סברתו של רמי בר חמא דאית לי', כר"א דרבית קצוצה יוצאה בדיינין. אבל זה דוחק, דא"כ הי' לתוס' לבאר. דרבא אמר התם אם נאמר רבית קצוצה יוצאה בדיינין, והתוס' כתבו דבא לתרץ למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח ולא כתבו דבא לתרץ. אם נימא רבית קצוצה יוצאה בדיינין.

לכן נראה דס"ל לתוס', דאף דרבא מפרש אליבא דר' יוחנן דמגופא דקרא שמיעא לי' דרבית הוקש לשופכי דמים, היינו כמו דשפיכת דמים. אין תיקון כן לרבית אין תיקון. דרבית לא ניתן להשבון. אכן לרבא לא יקנה המעות, מטעם דכל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני ויוציאו ממנו מה שלקח. לא מטעם דרבית יוצאה, דניתן להשבון. דאיסורא דרבית דעבד עבד:

אלא דיוציאנו ממנו. מטעם דאי עבד לא מהני ונ"מ לענין מלקות דאילו הי' רבית ניתן להשבון. מקרא דוחי אחיך עמך לא היו לוקין. ככל לאו הניתק לעשה. אבל כיון דרבית לא נאמר להשבון אף דמחויב להשיב, מטעם דאי עביד לא מהני, לקי משום דעבר אמימרא דרחמנא:

ועוד יהי' נ"מ אם מחל דהנה הרמב"ם כתב בפ"ג מהלכות מלוה ולוה הלכה י"ג, ז"ל הורו מקצת גאונים שהלוה שמחל למלוה ברבית שלקח ממנו או שעתיד ליקח אעפ"י שקנו מידו שמחל או נתן מתנה אינו מועיל כלום שכל רבית בעולם מחילה היא אבל התורה לא מחלה כו' יראה לי שאין הוראה זאת נכונה אלא מאחר שאומרים למלוה להחזיר לו וידע הלוה שדבר איסור עשה ויש לו לטול ממנו אם רצה למחול מוחל כדרך שמוחל הגזל, ובפירוש אמרו חכמים הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהן מכלל שהמחילה מועלת. ע"כ, והנה הגהת מימוני הביא דבעל ספר התרומות סתר ראית הרמב"ם, דשם הפקיעו רבנן מעות הלוה משום תקנת השבין. אכן הגר"א בחו"מ סימן ק"ס ס"ק ז' כתב ז"ל ומ"מ דברי הרמב"ם נכונים מש"ש וכי מאחר שאין מקבלין לצאת

י"ש אלמא יוצא י"ש במה שנותן ואינו מקבל וע"כ מחמת המחילה, ע"כ דברי קדשו של הגר"א:

והנראה לי דאזלי בזה הרמב"ם ושארי פוסקים לטעמייהו, דהנה בגמ' ב"ק דף צ"ד איתא. הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו אין מקבלין מהן והמקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו. אמר ר' יוחנן בימי רבי נשנית משנה זו כ"ו ת"ש הגזלנין ומלוי בריבית אעפ"י שגבו מחזירין גזלנין מאי שגבו איכא כו' אלא אימא הגזלנין ומאי ניהו מלוי רביות אעפ"י שגבו מחזירין אמרי מחזירין ואין מקבלין מהן אלא למה מחזירין לצאת ידי שמים ואיתא בתוס' ד"ה בימי רבי' דר"ת ס"ל דלא לפניו ולא לאחריו אלא לדורו תיקן דהא מעשים בכל יום שמקבלין מן הגזלנין ודנין אותן כו' ור"י אומר דלא תקן רבי אלא מאותן שרוב עסקם ומחיתם בכך. כו' אבל אין לפרש דרבי לא תיקן אלא באותם שעשו תשובה. דהא ההיא דגזלנים ומלוי רבית לא משמע דאיירי דעבדי תשובה ועוד שכל אדם יכול להערים שיעשה תשובה ויחזור מעצמו ולא יקבלו ממנו:

עכ"ד התוס' אכן הרמב"ם הא הביא להאי דינא בפ"ד ממלוה הלכה ה' שכתב הגזלנין ומלוה ברבית שהחזירו אין מקבלין כדי לפתוח להן דרך לתשובה וכל המקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו הרי דסובר הרמב"ם דרבי תיקן לדרי עלמא. ואם הי' סובר הרמב"ם דמיירי דוקא בעסקן ומחיתן מהן הי' לו לבאר, ע"כ דסובר הרמב"ם כמו האי טעמא דדחו התוס' היינו דתקנת רבי הי' במי שעושה תשובה ומחזיר בעצמו. שלא יקבלו ממנו ומה שמקשה בתוס' דהא ההיא דגזלנין ומלוי רביות מחזירין. לא משמע דאיירי בדעבדי תשובה, הרמב"ם יסבור דכיון דקתני מחזירין. הא קאי, עלייהו איך הוא הדין. מה שעליהם לעשות, א"כ לא מיירי בביי"ד נוטלין מהן דהא לא קתני חייבין. אלא מחזירין. היינו דשונה הברייתא, מה שעליהם לעשות. וא"כ הרי מיירי שמחזירין מעצמם וזהו תשובתם מה שמחזירין, ופריך למה יחזירו אחרי שלא יקבלו מהם, ומשני מחזירין לצאת ידי שמים היינו שזהו תקנת חכמים שאם הם מחזירין לצאת ידי שמים שרוצים לעשות תשובה אז לא יקבלו מהם:. אבל אם הם אין מחזירין וביי"ד באים לגבות מהם גובים מהם ודנין:

דינו גזלות ורבית ומה שמקשה בתוס' דא"כ כל אדם יכול להערים, פשוט יש לישב שמי שאין רוצה באמת להחזיר לא יחזיר מעצמו. דהרי רבי תיקן רק. שאם מקבל אין רוח חכמים נוחה הימנו:

אבל אם קבל. אין מחייבין אותו לחזור א"כ מי שאין רוצה להחזיר, בודאי לא יחזיר. שירא פן יקבל הלוה ממנו. וא"כ אם הוא מחזיר הלא גמר בלבו, שאם יקבל ממנו ישיב לו וא"כ זהו תשובתו:

והנה בסימן שלמעלה ביארנו דלמ"ד קיימו ולא קיימו עבר איסור הלאו. בנטילתו: ורק אם מקיים העשה אז הוא עוקר את הלאו, ומתירו. אכן למ"ד בטלו ולא בטלו היכא דניתק לעשה, אין הכונה שעל ידי העשה הוא עוקר את הלאו. אלא דחיוב המלקות: הוא בעד איסור הלאו:

בצירוף ביטול העשה, ועל שני האיסורים ביחד. על עברת הלאו. ועל איסור ביטול מצות העשה לקי ולדידי' אין העשה עוקר את הלאו, אלא דאם קיים העשה ממילא אין עליו מלקות. שהרי לא עבר על העשה ולא בטלה, לפי זה הרמב"ם דאיהו גריס בגמ' דר' יוחנן סבירא לי' קיימו ולא קיימו וכן פסק הרמב"ם, א"כ העשה עוקרת הלאו ותועלת העשה הוא לעקור את הלאו. ולפי זה מוכיח שפיר הרמב"ם מדאיתא בגמ', דאם החזיר ולא קבלו ממנו. יצא ידי שמים, ומה יציאת ידי שמים על ידי העשה, היינו לעקור את הלאו דלקיחת רבית, ע"כ דמועיל מחילה ברבית, דמחילה הוי כמו מעשה נתינה בפועל, ויצא ידי שמים וצריך לומר, דס"ל להרמב"ם דכל דבר שהוא לטובת הנותן הוי כאילו נתקיים הדבר בפועל אם זהו רצונו. וכהא דאמרינן בנדרים דף כ"ד ובגיטין דף ע"ד קונם שאת נהני לי. אם אי אתה נותן לבני כור של חטין כו' הרי זה יכול להתיר נדרו שלא עפ"י חכם שיכול לומר הריני כאלו התקבלתי, והנה זה יש לפרש בשני אופנים:

א) כיון דאמר לטובתו. כל מה שדעתו לכך על דעת זה נדר, או דמחילה הוי כנעשה הדבר בפועל, והגה מדאיתא ביורה דעה סימן רכ"ח סעיף ל"ט הנשבע לפרוע לחבירו ליום פלוני יכול להתירו שלא עפ"י חכם שיאמר הריני כאלו התקבלתי אבל להאריכו ושיעמוד בחיובו לאו כל כמיני' אם נימא דהטעם דאמדינן לדעתי' שנשבע שיעשה כמו שירצה פלוני, א"כ אף אם האריך הזמן. אמאי לא יצא שבועתו. ע"כ צ"ל דהטעם משום דאם הוא מחל לו החוב הוי כאילו קיים הדבר בפועל אבל היכא דהאריך הזמן ולא מחל הא לא קיים שבועתו. ועיין שם בגר"א דג"כ כתב ז"ל ול"ד לרישא שם כאילו נתקיים בפועל.

עכ"פ סובר הרמב"ם, דאם מחל הוי כמו נתינה ועקר אח הלאו. ויצא ידי שמים ע"י מחילתו. דאם לא הי' מועיל מחילה, ורק הטעם דרבנן הפקיעו ממנו, ופטרוהו מלתן משו"ה אין מקבלין. אבל הוא הא לא יצא ידי שמים שהרי לא עקר הלאו. ועוד אם מצינו שרבנן אמרו שב ואל תעשה, במצת עשה. אבל היכא שאם יבטל המצות עשה,

ישאר עליו איסור הלאו, בודאי דלא יתקנו רבנן ואף שמצינו בשבת הדביק פת בתנור, מיבעאי לגמ', או התירו לרדותה התם רדית הפת, נגזרה מקודם, ומיבעיא, אי התירו לו בשביל כדי שלא יבא לידי איסור שבת, ופשיט שם דהתירו כדי שלא יבא לידי איסור סקילה, (ואף אם בשוגג ג"כ הדין כן), ובודאי דלא יתקנו לכתחילה, שלא לקח ממנו וישאר באיסור הלאו, ע"כ כיון דתקנו רבנן שהוא ימחול, הוי כאלו נתן ויצא ידי שמים, ועקר הלאו, אכן הנך גאונים סברי, דהגרסא בגמ', דר' יוחנן סבר בטלו ולא בטלו, א"כ, אין עוקר כלל הלאו, רק דחיוב המלקות, בא על שני הדברים ביחד, על עברת הלאו, ועל בטול המצות עשה שחייבה אותו התורה, א"כ כשלקח רבית, והוא בא להחזיר איננו בא עתה לעקור הלאו דאיסורא דעבד, עבד, והוא בא לקיים המצוה שצותה אותו התורה, להשיב הרבית, וא"כ עתה הוי מצות עשה, וא"כ אין כלל ראי' דמחילה מועיל ברבית, דבאמת אפשר להיות כיון דכל רבית הוי מחילה, והתורה בטלה מחילתו א"כ אין מועיל בזה מחילתו, ורק כשבא להחזיר עתה ולצאת ידי שמים, מצות השבה שחייבה אותו התורה, הוי עתה מצות עשה, ומצות עשה קי"ל דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בשב ועל תעשה, וא"כ אם הוא עושה תשובה ורוצה להשיב ונקיים מצות עשה, של השבת רבית, אם רבנן פוטרים אותו יש כח בידם לעקור המצות עשה, בזה שאמרו אין מקבלין ממנו, ויצא ידי שמים, היינו מצות הנתינה שזה מוטל עליו, משא"כ להרמב"ם עיקר ההשבה לעקור הלאו דאל תקח, ע"ז אם מחילה אין מועיל, לא הי' מועיל גם מה שרבנן פוטרים אותו, עכ"פ לא יצא ידי שמים, שלא עקר הלאו, דלהרמב"ם יציאת ידי שמים, הוא לעקור את הלאו, אחרי שפסק קיימו ולא קיימו, משו"ה להרמב"ם מוכח, דמחילה עוקר הלאו, משא"כ להנך פוסקים מצות עשה דהשבה הוא ענין בפני עצמו, לא לתקן הלאו, ובמצות עשה קי"ל יש כח ביד חכמים לעקור, ואם הוא מחזיר יצא ידי שמים, מצות השבת הרבית:

עכ"פ להנך פוסקים, והתוס' אשלהו, יוכלו לסבור דאין מועיל מחילה, מעתה אף דרבא סובר ברבית אי עביד לא מהני, אעפי"כ אמר מגופא דקרא שמיע לי', דרבית לא ניתן להשבון, ויהי' נ"מ למחילה, דמועיל דאילו הי' סובר רבא כר"א דרבית קציצה יוצא בדיינין, מטעם מצות רבית לא הי' מועיל מחילה, וא"כ אפשר דהנך דמקשי, על המרדכי אינהו סברי כתוס', דלרבא אף דמדין רבית, אין גובין מן המלוה גובין מדין אי עביד לא מהני, ואעפי"כ אמר רבא דטעמא דגלימא מפקינן מיני', כי היכי דלא לימא גלימא דמכסי דריבתא הוא, הרי דמקח הנעשה באיסור, מועיל אף היכא דאי עביד לא מהני, וכמובן לפי זה מתורץ קושית הגרעק"א, על התוס' דס"ל דלרבא אין גובין רבית, והכא

אמר דמפקינן, דלפי זה לא קשה, דהא רבא סובר דאי עביד לא מהני, ומפקינן מיני' מדין אי עביד לא מהני, והא דאמר רבא, בב"ק מקרא דוחי אחיך עמך, הוא לתרץ אליבא למ"ד רשות יורש לאו כרשות לוקח, וא"כ קשה מהא דאם יודעין שהן של רבית אין חייבין להחזיר, ואמאי אין חייבין, הא אם עבד לא מהני והוי גזלה בידו. דהא דמתרץ בגמ' ב"מ, דגם אבוהן אין חייב להחזיר:

הוא אם נימא אי עביד מהני אבל אם נימא דלא מהני והוי גזלה בידייהו, אמאי לא יחזירו אם נימא רשות יורש לאו כרשות לוקח משו"ה משני רבא דהך ברייתא, אתיא כמ"ד. דרבית קצוצה יוצאה בדיינין רא דוחי אחיך עמך, דהרי בגמ' אמרינן תנאי הוא, ומאן דס"ל דרבית קצוצה יוצאה בדיינין, איהו דריש אהדר כי היכי דניחי לדידי' אי עביד מהני ברבית, כמו שביארתי למעלה ורק חיוב מצות השבה עליו, ולדידי' אזהר רחמנא לברי' לא אזהר, כן אפשר לישב קושית הראשונים, על המרדכי דאינהו סברי דרבא בעצמו, סובר דגם ברבית אי עביד לא מהני:

אכן המרדכי בעצמו סובר כהרא"ש דאיהו מפרש דרבא דאמר מגופי' דקרא, הוא רק אליבא דר' יוחנן והוא בעצמו סובר דרבית קצוצה יוצאה בדיינין, מקרא דוחי אחיך עמך, א"כ הרי גלי קרא ברבית דאי עביד מהני. וא"כ לא קשה מהא דאיצטריך לטעמא דמפקינן לגלימא, מטעם דלא לימא גלימא דמכסי דריבתא הוא, דהרי ברבית גלתה התורה דאי עביד מהני משא"כ בנשבע שלא למכור, דלא גלתה התורה, אין מועיל המכירה:

היוצא מדברינו דברבית שלקח אי עביד מהני וקנה, אכן כל זמן, שלא לקח עדנה, יש להסתפק, אם נימא דכיון דאסרה התורה לקח, אין חל חיובים, או דחיובים חלו, ורק שאסרה התורה זאת, אבל גם בהחיוב יש דין אי עביד מהני, שחל חיוב ושעבוד אלא שאסרה התורה להוציא הדבר לפועל:

והנראה לי דהנה בקדושין דף ו' איתא אמר אביי המקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית, האי הנאת מלוה ה"ד אלימא דאזקפה דאמר לה ארבע בחמישה האי רבית מעליתא ופרש"י ז"ל ואמאי קרי לה הערמת רבית, ע"כ, ואם נימא דמה שמתחייבין ברבית, אין חל כלל החיוב, א"כ למה להקשות אמאי קרי לה הערמת רבית, דזה קשיא רק על הלשון הו"ל להקשות, אף אם נימא המקדש במלוה מקודשת היינו דוקא מלוה המחויבת, שאם היא מחויבת לו, ומקדשה במה שפטרה, מקודשת, אבל אם אינה מחויבת כלל, איך תתקדש, וכיון דהוי רבית:

ולא חל חיוב עלי' הא אין כאן כסף כלל, ואיך תתקדש, במלוה שאינה מחויבת, ע"כ כמו דאמרינן אי עביד מהני, שאם לקח כסף רבית, חל הקנין, כן אם התחייב ברבית, חל

חיוב, ומהני, רק שאסרה התורה להוציא החיוב לפעולות, ובזה מיושב קושית התוס' ב"ק דף ל' בד"ה דמשעת כתיבה עבד לי' שומא, ז"ל תימא לר"י מה שומא יש כאן ומה מזקת עדותן ללוה והלא לא יגבו ב"ד הרבית, ע"י שטר זה כיון שמכר הרבית:

אכן לדברינו לא קשה דברבית כללא הוא דאי עביד מהני, ועושה השטר שעבוד, ואם תפס הוא, קודם לבע"ח מקרקע של הלוה, קנה ואם מת היורשים פטורים דהשטר עושה שומא ושעבוד:

ובזה יש לבאר דברי הראב"ד שהשיג על הרמב"ם שכתב בפ"י מהלכות מלוה ולוה הלכה ד' ז"ל המלוה את חבירו על השדה ואמר לו אם לא תחזיר לי מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלי, הרי זה לא קנה מפני שזה אסמכתא ואסמכתא לא קניא לפיכך מחזיר כל הפירות שאכל מפני שהוא רבית שנ תורה, עכ"ד הרמב"ם והשיג ע"ז הראב"ד ז"ל א"א אין הדעת מקבלת שיהא זה רבית קצוצה אלא כי אמר רב נחמן הדרא ארעא והדרי פירי דינא קאמר כו', ורבינא דחשיב ואפיק לא משום רבית אלא משום גזנה כו' והנה הכ"מ כתב שהם דברים זרים, ובאמת קשה על הראב"ד מדוע לא יהי' זה רבית קצוצה:

לכן נראה לי דהראב"ד סובר, דאימתי הוי רבית קצוצה דוקא היכא שחל חיוב, ואז משעת הלואה, נקצץ הרבית וזה אסרה התורה, אבל היכא דגם בלא איסור שאסרה התורה, לא הי' חל התחייבות, אז אין כאן רבית קצוצה, שהרי לא נקצץ. אחרי שלא חלה הקציצה רק מה שהוא מעצמו נותן בנא התחייבות, זהו רבית מאוחרת ובזה יתבאר מה דאמרינן בגמ' דף ס"ב אמר רב ספרא כל שאילו בדינהם מוציאין מלוה למלוה בדיננו מחזירין ממלוה ללוה כל שאילו בדינהם אין מוציאין מלוה למלוה בדיננו אין מחזירין ממלוה ללוה א"ל אביי לר' יוסף וכללא הוא והרי סאה בסאה כו', אלא כל שאילו בדינהם מוציאין מלוה למלוה בדיננו מחזירין ממלוה ללוה ומאי ניהו רבית קצוצה וכדר"א, כל שאילו בדינהם אין מוציאין מלוה למלוה בדיננו אין מחזרין, רבית מוקדמת ורבית מאוחרת ע"כ, ולכאורה הדברים תמוהים, אם בא להשמיענו דיני רבית, הוא תולה דיני תורתנו הק'. בדיני אומות העולם אכן לדברינו, רב ספרא דין חדש בא להשמיענו, דאימתי הוי רבית קצוצה, דוקא היכא שאילו לא הי' איסור התורה של רבית, הי' הדין שמוציאין מן הלוה שחל עליו חיוב לתן, אז הוי רבית קצוצה, ומביא למשל מדיני אוה"ע, שאצלם אין איסור רבית היו מוציאין עפ"י הדין, מן הלוה למלוה, אז הוי רבית קצוצה, שהרי משעת הלואה הוקצץ, אבל באופן שאף בלא איסור רבית לא היו מוציאין דאף בדינהם, שאין אצלם איסור רבית לא היו מוציאים, א"כ לא חלה הקציצה, מן הדין בלא איסור הרבית, מה שהוא נותן אחר כך הוי רבית מאוחרת, אין מחזירין מן המלוה ללוה,

דרבית קצוצה הוא דוקא היכא שיש התחייבות לתן, והנה היכא דהלוה על שדהו, ואמר אם לא אתן לזמן פלוני יהי' השדה שלך. כמו דהוי אסמכתא לענין קנית השדה, דלא קנה, מטעם דאסמכתא לא קניא, ה"נ לענין אכילת הפירות, אף בלא איסור רבית לא הי' מחויב כלל לתן לו פירות השדה, דאסמכתא הוא מה שאמר שיאכל הפירות, נמצא דאף בלא איסור רבית, אין כאן התחייבות. והיכא דלא התחייבות הוי רק רבית מאוחרת, ואין מחזירן ממלוה ללוה, משו"ה השיג הראב"ד, וס"ל דמה דאפיק רבינא לא מדין רבית אחרי שמטעם אסמכתא לא נתחייב לתת לאכול הפירות הוי רק רבית מאוחרת אלא מה דהוציא הוא מטעם גזלה דהוי מקח טעות:

והנה ביורה דעה סימן קע"א איתא עכו"ם שלוה מישראל ברבית וזקף עליו את הרבית במלוה אעפ"י שזקפן עליו אחר שנתגייר גובה את הקרן ואת הרבית, שלא יאמרו בשביל מעותיו נתגייר זה וגובה ישראל ממנו אחר שנתגייר כל מעות הרבית, שנתחייב בהם כשהי' עכו"ם, וכתב הרא"ש באיזהו נשך סימן נ"ז אף דהוי רבית דאורייתא התירו רבנן, (וצ"ל דפקיעו ממונו ולא הוי קום ועשה), דאל"כ הא אין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה ולכאורה קשה על הרא"ש דס"ל דהוי רבית דאורייתא, דהא איתא בחו"מ סימן ע"ב בש"ך ס"ק קס"ב בשם תשובת הרשב"א, שאם הי' משכון של עכו"ם ביד ישראל ברבית, והעכו"ם מחוייב לישראל אחר אין הישראל יכול לומר להישראל אתן לך הקרן והרבית:

שעולה עד עתה ואגבה מהמותר קרן שלי מטעם שהנך מחויב לי בשיעבודא דר' נתן. ופסק הרשב"א דאין בדבריו כלום והוא זכה בהמשכון לכל הזמן שקצב אף ברבית "שיעלה" אחר כן אף שהעכו"ם יכול לפדותו וכתב הש"ך דגם הד"מ והב"ח מודים לזה, הרי דאף הרבית שיעלה אחר כן מקרי כבר נתחייב. וא"כ אם היתה הלואה לזמן הא כבר נתחייב. בעודו עכו"ם. ואמאי הוי רבית דאורייתא. ואפשר דהרא"ש מיירי דוקא היכא שלא היתה ההלואה לזמן קצוב, וכדברי הש"ך דהיכא דלא הוי לזמן קצוב גם הרשב"א יודה, שיוכל השני לסלקו, אכן בדברי הרא"ש שכתב סתמא לא משמע לחלק וצריך לומר, אף דהעכו"ם זכה את הכסף לכל הזמן וזכה הישראל בהמשכון לכל הזמן. אעפי"כ כיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. א"כ כל חיוב הרבית הוא עולה בכל יום אגר נטר:

שהוא משתמש בכספו ועתה הא העכו"ם נתגייר א"כ משלם הוא רבית, בכל יום בעד זה שמשתמש שזהו אגר נטר, והרבית הא רבית קצוצה, שהרי היתה קצוצה בעת ההלואה, אף דהקצוצה היתה בעת שהי' עכו"ם אבל התורה אסרה רבית מישראל אם היתה רבית

כזו. שהיתה הקציצה בעת ההלואה. אף שהקציצה היתה בהיתר שהי' אז עכו"ם עתה שהוא ישראל הוא רבית דאורייתא דחיוב הרבית. חל עתה מפני שבעת ההלואה קצץ והוא מחויב, ואף שהקשו על זה מגמ' ערכין. דף כ"ד, דאיתא אמר רב יהודה אמר רב אסי אין נזקקין לנכסי יתומים אלא א"כ רבית אוכלת בהן ופריך מהא דאין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזבוריות במאי עסקינן אלימא בבע"ח עכו"ם מי צאית ואי בישראל אי אכיל ריבתא מי שבקינן לי', כו' ומשני לעולם בבע"ח עכו"ם, שקבל עליו לדון בדיני ישראל ופריך אי הכי רבית נמי לא לשקול:

ואם נימא כדברינו דרבית יש חיוב, מטעם השתמשות. א"כ מאי פריך:

אטו קבל עליו העכו"ם לשמור מצות ישראל:

שאם שאסרה התורה לקח רבית לישראל, הוא קבל עליו רק לשמור דינים. אבל לא מצוות שצותה התורה את ישראל ע"כ דרבית אינינו כלל חיובים דאין חיובים בעד השתמשות הכסף, אכן באמת לא קשה, דבודאי בלא איסור רבית, אם קצץ מעיקרא שיתחייב בעד השתמשות הכסף הוא מחויב, אלא דהחיוב הוא רק מקציצתו, א"כ רק הוא מתחייב אבל בניו אינם מחויבים לשלם:

ומדין התורה אם ישראל התחייב עצמו רבית לעכו"ם, יורשיו אין צריכים לשלם:

הרבית שעולה אחר כן ולא דמי נאם השכיר כלי' דבודאי היורשים יצטרכו לשלם:

דהתם אם היורשין משתמשין בהכלי, הלא ממילא מחויבים לשלם השכירות דאל"כ אסור להם להשתמש. אבל בההלואה כיון שמת מורישם, עליהם רק חיוב לשלם הקרן והרבית שעד עתה ומעתה אינם מחויבים לשלם רבית:

ואם הי' שומע העכו"ם לדיני ישראל, אין נקח רבית מהיורשים מה שעולה לאחר מיתת מורישם. וכן הא דאיתא בב"מ דף ס"א אל תקח מאתו נשך ותרבית, אבל אתה נעשה לו ערב ערב למאן אנימא לישראל והא תנא אלו עוברין בלא תעשה המלוה והלוה והערב אנא לנכרי וכיון דדינו דנכרי דאזל בתר ערבא איהו ניהו דשקיל מיני ריבתא אמר רב ששת שקיבל עליו לדון בדיני ישראל ופריך אי קיבל עליו לדון בדיני ישראל רבית נמי נא לשקול ג"כ אפשר לפרש דמדיני ישראל, הערב אין חייב אלא על שעת מתן מעות א"כ הערב אין חייב אלא על הקרן. אבל על הרבית שאינינו מתן מעות אין מתחייב. ופריך אי קבל לדון בדיני ישראל רבית נמי לא לשקול מהערב ומשני שקיבל לזו ולא לזו, ועוד אפשר לומר דטעמא דאין נפרעין מנכסי יתומים מן הזבורית הוא מטעם דדינא דבע"ח מה"ת בזיבורית, דאמר קרא לא תכנס אל ביתו והוא יוציא אליך, וזהו הדין שאמרה התורה שרשות בידו להוציא הפחות, אבל בעכו"ם דאין עליו מצות לא תכנס אל ביתו

מדין התורה, העכו"ם גובה חובו. מן היפות, שהרי הוא הלוה כסף שהוא מיטב, וא"כ פריך שפיר, אם העכו"ם קבל עליו לדון בדיני ישראל, אף שעפ"י דיני ישראל הוא גובה חובו. מן היפות קבל שיהי' כישראל לזה, והוא מותר דינו, א"כ קבל עליו שיהי' כישראל, וגם רבית לא יקח ומשני שקבל לזו ולא לזו. וכן בב"מ פריך, כיון דסתם עכו"ם דאזיל בתר ערבא, א"כ מן הדין הוא אזל בתר ערבא דהוי כאילו התנה בישראל שתחלה יתבע מן הערב, והוי כאלו נשא ונתן ביד. אלא שהוא קיבל שידון בזה, כאילו הוא ישראל, א"כ גם על זה קיבל שלא יקח רבית:

עכ"פ חזינן מדברי הרא"ש, דרבית עולה בכל יום ולא שהתחייב מקודם לכל הרבית שיעלה, א"כ יקשה האי דינא דתחלת סימן קע"א דישראל שלוה מעות מהעכו"ם ברבית וזקפו עניו במלוה ונתגייר, דאם עד שלא נתגייר זקפן במלוה גובה קרן ורבית, ופירש הסמ"ע דאפילו רבית שעלה משנתגייר דמשעה שזקפו במלוה הו"ל כולי קרן והא מוכח מהרא"ש דרבית שעולה אח"כ כל יום הוא מתחייב, ועכצ"ל שיש שני מיני רבית:

יש רבית שמשלם אגר נטר בעד ההלואה, וכל יום או חודש כפי שקצבו הוי התחייבות הרבית ואז הרבית הוא תשמיש הכסף והחיוב הוי בסוף ככל דיני שכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף. ויש רבית כזה. הוא מתחייב לשלם אחר כן. סך כזה היינו אם לוה מאה לשלם בעוד שנה מאה וחמשים ניתחייב מאה וחמשים. וזמן הפרעון. הוא בסוף השנה משו"ה אם זקף במלוה הרבית, נתחייב כבר הרבית וכיון דהתחייבות הזאת נתחייב בעודו עכו"ם מותר להישראל לקח ממנו:

שחיובו בא כבר מקודם, אבל אם לא זקף במלוה, אז כל יומו חיובי אגר נטר:

משו"ה אם הי' עכו"ם והתחייב, ואח"כ נתגייר. כל יום. הוא משלם אגר נטר והוי רבית דאורייתא:

ובזה ניחא לי מה דלכאורה קשה מאי דפריך בקידושין, על הא דאמר אביי. בהנאת מלוה מקודשת ואסור מפני הערמת רבית ופריך האי הנאת מלוה ה"ד, אי דאזקפה ארבע בחמשה רבית מעליתא הוא, ועוד היינו מלוה, ולכאורה עדיפא הוי להקשות, אפילו אם נימא דהמקדש במלוה מקודשת, אעפי"כ היינו דוקא במלוה כזו שבידו לתבוע אותה, ומקודשת בההיא הנאה דנפטרה מלשלם אבל מלוה כזו שאין בידו לתבוע אותה, לא תתקדש ואף שבארנו דאי עביד מהני וחל חיובים, עכ"פ לתבוע הא אין יכול, אכן לדברינו לא קשה כלל דאם הלוה לה ארבעה זוז, והיא התחייבה לשלם בעוד חודש חמשה זוז, היא עתה מחויבת לשלם חמשה זוז. אלא שאם יקח ממנה חמשה זוז, אז מלבד שעבר, על כספך לא תתן בנשך. יעבור על לא תקח מאתו. ואם יקח ממנה רק

ארבע זוז לא יעבור, אבל חיובה עתה חמשה זוז, ואם אמר אחר כך התקדשי לי בזוז אחד. וארבעה תתן לי בעוד ירח ימים באופן כזה לא שייך כלל לומר שהזוז הוא הרבית, הזוז הוא תחלת הפרעון על החיוב, והרבית יהי' בזוז האחרון. שיקח נוסף על הארבעה זוז, אבל הזוז שמקדשה בו אינינו הרבית אף שאומר שעוד ארבעה היא מחויבת, משו"ה אם הי' הדין. דבמלוה מקודשת, היתה מתקדשת באופן כזה דמתחלה אמר הנני מלוה לך ארבעה בחמשה שתשלם לי בסוף חודש וא"כ אמר לה התקדשי בזוז מן החמשה, אלא דפריך אמאי קרי הערמת רבית. הא רבית מעליתא הוא, ועוד איך מקודשת הא הוי מלוה, שוב מצאתי ברמב"ן ויקרא כ"ה שכתב ז"ל נראה בעיני כי הנשך הוא שילונו מנה לתן לו ברביתו חמשת שקלים בכל שנה ויקרא כן בעבור כי באחריתו כנחש ישך שמבצק ועולה, התרבית הוא שילונו עד זמן פלוני ואז יפרענו ויתן לו רבית חמשה שקלים. כו' ואף דבגמ' אמר זה נשך זה רבית. ולא חלקו הכתוב אלא לעבור בשני לאווין, היינו דבודאי הוי ילפינן מהדדי':

היוצא מדברינו:

שיש שני מיני רבית, יש שהחיוב הוא בעד השתמשות שזה מתחייב בסוף ככל שכירות דאינה משתלמת אלא לבסוף. ויש רבית שכבר נתחייב מעתה. כל הרבית, והנה בב"ק איתא. אמר רב בין בגופן בין בשבחן. (אמרינן כל הקודם זכה) זעירי אמר בשבחן אבל לא בגופן. במאי קמפלגי רב סובר קנסו גופן משום שבחן. וזעירי אמר לא קנסו גופן משום שבחן וקאמר לימא כתנאי שטר שכתוב בו רבית קונסין אותו ואינו גובה לא את הקרן ולא את הרבית דברי ר"מ וחכמים אומרים גובה את הקרן ואינו גובה את הרבית לימא רב דאמר כר"מ וזעירי דאמר כרבנן. אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן עד לא קאמרי רבנן אלא קרן דבהתורה אבל הכא קרן גופא מזיק, והנה בגמ' אמר לימא כהני תנאי המוציא תבנו וקשו' לרה"ר לזבלים. והוזק בהן אחר חייב בנזקו וכל הקודם בהן זכה ואסורין משום גזל רשב"ג אומר כל המקלקלין ברה"ר והזיקו חייבין לשלם:

וכל הקודם בהן זכה ומותרין משום גזל הא גופא קשיא אמרת כל הקודם בהן זכה והדר אמר אסורין משום גזל אלא לאו הכי קאמר וכל הקודם בהן זכה בשבחן ואסורין משום גזל אגופן, ואתא רשב"ג למימר אפילו גופן נמי כל הקודם בהן זכה לזעירי ודאי תנאי היא לרב מי לימא תנאי היא אמר לך רב דכולי עלמא קנסו גופן משום שבחן. והכא בהלכה ואין מורין כן קמפלגי דאתמר רב הונא אמר רב הלכה ואין מורין כן, רב אדא בר אהבה אמר הלכיה ומורין כן ופסק הרמב"ם דהלכה ומורין כן:

מעתה לפי שביארנו דברבית אי עביד מהני וחל החיוב וביארנו. דאם הלוה עתה מאה לשלם מאה ועשרים חל עתה החיוב מאה ועשרים:

והקרן עם הרבית חדא נינהו, וגם הוכחנו, דהיכא דזקף הקרן עם הרבית התחייבות הוא עתה, בעת הזקיפה, מעתה מבואר היטב דברי המרדכי שכתב שאם כלל הקרן עם הרבית, אפילו החייב מודה אין צריך לשלם, וכתב הרמ"א גם בשם התוס' כן והקשה הש"כ. הא תוס' רק אליבא דר"מ אבל רבנן הא לא קנסו אכן לדברינו הדברים מבוארים היכא דלא כלל הקרן עם הרבית, א"כ הקרן לבדו:

והרבית לבדן. וקרן שהוא בהתירא לא קנסו משום שבחן, וחיוב הרבית הוא בעד ההשתמשות בכה"ג גובה את הקרן, אבל אם כלל הקרן, עם הרבית דשם קרן גופא באיסורא שממאה נעשה חיוב, של מאה ועשרים הא לרב דהלכה כמותו, גם רבנן מודו דקנסו גופן משום שבחן, א"כ כמו לר"מ דס"ל דקנסו. אף אם החייב מודה פטור מלשלם, ה"ג לרבנן היכא דכלל הקרן עם הרבית ששם הקרן מזיק, שעושה חיוב של הרבית אף אם החייב מודה, ג"כ פטור, דהיכא דקרן מזיק, גם רבנן מודו דקנסו גופו משום שבחן ואף דהרמ"א חו"מ סימן תי"ג, כתב די"א דהלכה ואין מורין, היינו ללך לכתחילה לטול, אבל היכא דהוי בידו אין אומרין לתן, ומה שהקשה הש"ך הא משמע מדברי התוס' דדמי לשטר מוקדם, דלא פסלו רק את השטר אבל גוף ההלואה אינו מפסיד התם הא ההלואה לא הוי באיסור, ורק השטר הוא באיסור, משו"ה פסלו את השטר והראי' דהיכא דהוי מוקדם אין גובה ע"י השטר אפילו מבני חורין אף דבני חורין הא יש חיוב בעצמו:

ע"כ כיון דבשטר יש החיוב ביחד קנסו את השטר אף לגבות מבני חורין. ה"נ היכא דזקף הקרן עם הרבית דהוי הקרן והרבית יחד, וקרן קא מזיק בכה"ג קנסו גופן משום שבחן ואף אם החייב מודה, ג"כ פטור מלשלם:

סימן כט

סוגיא דפועל יכול לחזור יבאר דבשכירות כלי או קרקע ההתחייבות בכלות הזמן ובפועל ההתחייבות בעד כל פעולה, ויבאר חילוק בשכירות אם הקדים השכר בעת השכירות או שנתן בתוך הזמן, וכן בפועל.

דף ע"ז **והאמר** רב פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום:

הנה הש"ך בחו"מ סימן של"ג ס"ק י"ט הקשה על דברי הטור שכתב שאם שכר את הפועל בח' דינרים ועשה חצי היום וחזר בו והוזלה ואין שוה אלא ב' דינרין צריך לתן לו הבע"ב ששה דינרין ואין מעכב בידו אלא הב' דינרין והקשה הש"ך דלא נמצא כן

בשום פוסק וגם לא נהירא דנהי דיכול לחזור בו אבל שישלם לו הבע"ה יותר ממה ששכר עמו ד' דינרין לחצי יום אין סברא כלל לומר כן. וכתב ע"ז הקצוה"ח בס"ק ח' ז"ל ולענ"ד נראה דברי הטור נכונים לפי מ"ש בתשובת מיימוני לס' קנין סימן ל"א ז"ל והא פועל יש לו דין עבד עברי דמה"ט אמרינן פועל יכול לחזור בו בחצי היום דילפינן לה מע"ע דיוצא בגרעון כסף דכל קולי דע"ע יהבינן לפועל מק"ו השתא ע"ע דעבד איסורא ועבר על כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים וגופו קנוי מקילינן ביי כ"ש פועל כדפירישית בפ"ק עכ"ל וכיון דהוא מדין ע"א דיוצא בגרעון כסף ובע"ע קי"ל דמחשבין להקל כמבואר ספ"ק דקדושין וכ"כ הרמב"ם פ"ב מהלכות עבדים ז"ל כיצד הרי שנמכר במאה והרי הוא עתה שוה מאתים אינו מחשב עם אדוניו אלא לפי מאה נמכר במאתים והרי הוא שוה מאה מחשב עמו עפ"י שנים הנותרות ע"ש והוא מש"ס קדושין שם דף כ', וא"כ ה"ה בפועל אם הוקר ושוה עכשיו יותר יכול לחזור בחצי יום ומחשב עם בעה"ב לפי דמים ששכרו ואם הוזל מחשב עפ"י שנים הנותרות וזה נכון:

ומסיק הקצות דנראה עיקר כדברי הטור:

אכן לדידי נראה לי דאף לפי דברי התשובת מיימוני דברי הטור תמוהים דהנה שם בתשובת מיימוני הקשה על מאי דמשמע בפרק האומנין דאין נותן לו אלא שכרו של חצי היום ולא כל שכרו דכולי יומא אפילו באניס, ע"ז הקשה הא פועל דין ע"ע יש לו דמה"ט פועל יכול לחזור בו כו' וכל קולי דע"ע יהבינן לי' (וכולי כמו שהביא הקצות דבריו הנ"ל). והא ע"ע היכא דחלה שלש אין חייב להשלים וי"ל שאני התם כבר קיבל העבד הכסף אבל הכא עדיין לא נתן לו בעה"ב שכר הילכך אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן אלא שכר פעולתו עכ"ד התשובת מיימוני הנ"ל שהביא הקצות עם תחלת דבריו, ועיין ש"ך ס"ק כ"ה שכתב על דברי התשובת מיימוני אלו ז"ל החילוקים שכתב הר"ב בין חזר הבעה"ב וקבלן ובין הקדים לו שכרו הוא מדברי הרא"ש שכתב כן לתרץ הא דמוכח בש"ס פ' האומנים דא"צ לשלם להם כל שכרם ובפ"ק דקדושין דף י"ז אמרינן גבי עבד עברי חלה שלש ועבד שלש אינו חייב להשלים וגם הביא כן בשם מהר"ם לתרץ בין הקדים שכרו או לא וכן הוא בתשובת מיימוני בשם מהר"ם שהגיד לו בעל החלום ולפענ"ד דברי חלומות לא מעלין ולא מורידין כו' דלא מסתבר כלל לחלק בין הקדים לו שכרו או לא דמה בכך שהקדים לו שכרו הרי לא נתנו לו, אלא על דעת שיעשה מלאכה כדי הזמן ששכר עמו עכ"ד הש"ך:

ונראה לי דהנה בחו"מ סימן שי"ב סעיף י"ז איתא דאם השכיר לו בית ונפל מחשב לו מה שנשתמש ומחזיר לו שאר השכירות וכתב הרמ"א דנשרף הבית דינו כנפל נשרף

כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא עכ"ד הרמ"א ותמה ע"ז הסמ"ע דמאי אירא בנשרף כל העיר מנכה לו משכירותו מה שלא דר הא נשרף דינו כנפל, ובנפל הלא כתב המחבר דמחשב לו מה שלא נשתמש ומחזיר לו שאר השכירות הרי דמיירי ג"כ בהקדים לו שכרו ואעפי"כ אף בלא מכת מדינה מנכה מה שלא דר:

אכן נראה לי דהנה בספרנו על ב"ק סימן מ"א הקשינו על דברי הרמ"א באה"ע סימן כ"ח שכתב שאם עשה מלאכה אצל אחר ונתחייב לו פרוטה (אף שלא גמר עבודתו) יכול לקדש בזה אשה והוא מדברי המרדכי שכתב באיזה נשך דאף דקי"ל שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף היינו דוקא לענין שלא ישלם לו הבעה"ב שכרו. עד שיגמור ויעשה הכל, מיהו ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף לענין דמיד שעשה קצת המלאכה ועולה שכרו עד כדי פרוטה יכול לקדש אשה, והנה במה יכולין לקדש אשה בחוב ע"כ דיקדש אותה במעמד שלשתן והקשינו מדברי המחבר בחו"מ סימן קכ"ו סעיף י"ח ז"ל ראובן השכיר חפץ לשמעון בסך ידוע לזמן שיצטרך לו. וראובן הי' חייב ללוי מאה זהובים והמחהו אצל שמעון במעמד שלשתן:

אינו חייב ללוי אפילו דמי השכירות שנשתמש באותו חפץ עד אותו היום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף כשיחזיר החפץ ע"כ הרי דמטעם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אין יכול להקנות במעמד שלשתן בתוך הזמן. וא"כ איך תתקדש אשה במה שהפועל עשה קצת המלאכה:

אכן יש לישב דהנה הש"ך הרבה להקשות על דין זה דאמר המחבר דבשכירות קודם חזרה לא שייך דין דמעמד שלשתן ע"ז הקשה הש"ך דמה בכך הא עכ"פ קי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף א"כ הרי ההלואה חיילא אלא דאין הזמן עדנה לשלם א"כ הוי כחוב שלא הגיע הזמן ובחוב שלא הגיע הזמן הא מהני מעמד שלשתן:

וכתבנו לתרץ דהנה בב"מ אמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא. ומה שהקשה בתוס' הא בע"ז אמרינן שכירות לא קניא שם קאי לענין גוף הדבר. בודאי דאם שכר לא קנה גוף הדבר. וגוף הדבר שייך להמשכיר:

אבל תשמיש הדבר כששכר ועשה קנין בכל דבר בקנינו הראוי לו קנה תשמיש הדבר לזמן שהשכיר לו, וא"כ לענין אונאה אמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא דמכירת תשמיש הדבר ג"כ ממכר הוא ושכירות תשמיש ליומא ג"כ ממכר הוא אבל בע"ז דשם קאי לענין הא דכהן ששכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה, ולענין איסור להשכיר בית לעכו"ם משום דכתיב לא תביא תועבה אל ביתך:

שם אמרינן כיון דגוף הפרה הוי של ישראל אף שהכהן קנה תשמיש הפרה אבל גוף הפרה היא של ישראל, אסור להאכילה כרשיני תרומה, וכן אסור להשכיר הבית לעכו"ם, דהרי כיון דגוף הבית של הישראל הוי ביתו:

וכן לענין שבת מקריא בהמתך של ישראל אף שהשכירה לעכו"ם ומחויב עלי' בשבת משום שביתת בהמתו והנה כיון דשוכר קונה קנין תשמיש בלא קרא הוי אמינא דתיכף נתחייב השוכר לשלם:

שהרי מה שישתמש אח"כ בשלו משתמש שהרי קנה תשמיש השדה, אכן גלי קרא דכשכיר שנה בשנה דשכירות שנה זו אינה משתלמת אלא לבסוף דכיון דלא הוי הקנין לגוף הדבר אלא לתשמיש אימתי יתחייב לשלם. כשיגמור הקנין אבל לא באמצע הקנין. והתורה לא קאי לענין זמני הפרעון. אלא לענין החיוב א"כ גלי קרא דכשכיר שנה בשנה דגבי שכירות החיוב הוא בכלות הקנין וכל זמן שלא נגמר הקנין לא חל כלל החיוב ובנפל נגמר זמן הקנין ממה שנשתמש ועיין תוס' ב"מ דף ס"ה ד"ה שכירות כל זה בשוכר כלי דהחיוב בעד הקנין אבל בפועל אילו הי' הדין דפועל גופו קנוי א"כ לא היה מתחייב בעד הפעולה שהרי בשלו הוא משתמש, וא"כ היה ג"כ הדין דאין מחויב אלא בכלות זמן הקנין דכולי חדא קנין הוא כל זמן שלא הפסיק אבל הא קי"ל דאין קנין בבן חורין בגוף מדין כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים ורק היכא שגלתה התורה קנינים בעבד הנמכר גלתה התורה דגופו קנוי אבל פועל אין גופו קנוי, ואף דאמרינן התחיל במלאכה הוי קנין אין הכונה קנין בגוף הפועל, אלא קנין שעבוד והתחייבות לעשות וכמו דאמרינן בעלים באמירה ופירשו תוס' בתחלת השואל דהיינו מעת שהכין עצמו למלאכה אז מקרי שהוא שאול להבעלים, היינו התחייבות לעשות אבל אין קנין בגופו של פועל וכמו דאיתא בתשובת מיימוני הנ"ל דפועל אין גופו קנוי, א"כ אין התשלומין של הפועל בעד הקנין אלא בעד פעולתו א"כ כל פעולה ופעולה וכל מכוש ומכוש שעושה הפועל הוא התחייבות על בעה"ב לשלם א"כ בפועל מה שאין משתלמת שכר פעולתו אלא בסוף הוא רק דין בזמן הפרעון. שאין מגיע זמן הפרעון עד לבסוף והוי כמלוה שלא הגיע הזמן. דשם יש דין מעמד שלשתן משו"ה בעשה מלאכה ונתחייב לו פרטה יכול לקדש אשה. אבל בשוכר כלי. שם דין דשכירות אינה משתלמת אנא לבסוף. הוא דין בעצם החיוב דכל זמן שלא נשלם קנין השכירות לא חל עדנה החיוב שם אית לי' להמחבר. דאין כאן דין דמעמד שלשתן:

אכן חידוש שחידשה התורה שאף שקנה קנין תשמיש השדה אעפי"כ חיוב התשלומין חל כשיגמור הקנין היינו דוקא היכא דלא גלי דעתו שהוא משלם בעת ששכר את השדה

או הבית אבל אם גלי דעתו שקונה לגמרי ומשלם תיכף אז הקנין של התשמיש שלו לגמרי ולא שייך כלל לומר שלא חל החיוב, שהרי הוא שילם לגמרי אכן אם שכר בסתמא ובעת ששכר לא שלם אף שבאמצע בתוך הזמן נתן לו. הוי כמו שאחד לוה מחבירו, כסף בעוד שלא הגיע זמן חובו שחבירו מחויב לו, דאמרינן זה גובה וזה גובה. ואף מאן דסבירא לי' בכתובות דלא אמרינן זה גובה וזה גובה, היינו דוקא משום שאין נפקא מינה בדין. אמרינן הפוכי מטרתא למה לי, אבל אילו הי' נ"מ בדין הכל מודים דאמרינן זה גובה וזה גובה:

מעתה מיושבים דברי הרמ"א דהנה בשכר אחד בית לזמן ששכירות ליומא ממכר הוא בלא קרא דשכיר שנה הי' הדין דאם נפל צריך לשלם כל שכרו שהרי קנין תשמיש שלו נפל אלא דמקרא דכשכיר שנה ידעינן דכל זמן שלא נגמר הקנין לא חל חיוב, וא"כ בנפל באמצע בעד מה שהשתמש שעתה נגמר הקנין צריך לשלם. אבל מה שלא נשתמש אין צריך לשלם. שהרי לא חל החיוב עדנה, ואף אם באמצע הזמן שלם לו כל השכירות לא היתה כונתו לשנות דין השכירות ועיקר החיוב רק הי' ע"ז דין דזה גובה וזה גובה משו"ה אף אם בתוך הזמן שילם לו כל השכירות ונפל הבית או נשרף:

צריך לחשוב מה שדר והמותר צריך להחזיר, כל זה, אם לא הקדים השכירות בעת ששכר אבל אם הקדים ושילם כל השכירות בעת ששכרו אז ודאי אם נפל אין מחזיר לו מה שבידו, דהרי קנין תשמיש שהי' לו בהבית קנין לגמרי נפל או נשרף. ושניהם הפסידו המשכיר את גוף הבית. והשוכר את קנין שכירותו, ועל זה חידש הרמ"א דוקא בנשרף רק בית שלו אז הדין דדוקא אם לא הקדים השכר בעת ששכר. אמרינן דמחזיר מה שבידו בעד מה שלא דר אבל אם הקדים השכר אז אין צריך להחזיר מה שבידו דקנין של השוכר נפל או נשרף אבל בנשרף כל העיר דהוי כמכת מדינה. ומום במקח, אז אף אם הקדים שכרו ג"כ מנכה לו מן שכירותו מה שלא דר ומחזיר לו כדין בחכירות דאם היתה מכת מדינה. אין צריך לשלם לו:

ועתה נבא לדברי התשובת מיימוני שחילק בין הקדים שכרו ללא הקדים לענין אם חלה בינתים, דהנה לפי הבנת הקצות בדברי התשובת מיימוני דמשו"ה פועל יכול לחזור בו בחצי היום משום דזה מקרי יוצא בגרעון כסף:

א"כ יקשה מאי קאמר בגמ' בדף יוד דכי הדר בי' משו"ה יכול למיהדר בי' משום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים הא אף בעבד לעבדים, היינו בעבד עברי ג"כ הדין דיוצא בגרעון כסף כדכתיב והפדה אכן פשוט דמה שיוצא עבד עברי בגרעון כסף הוא דוקא בנתן כסף שבזה הוא קונה עצמו מיד הרב, וכמו דהאדון קנה אותו בכסף

מקנתו, כן הוא קונה עצמו מיד האדון בכסף שהוא נותן להאדון אבל אם יחפוץ לצאת ע"י שיחשוב מה שהאדון חייב לו בזה לא יוצא שהרי הוי מלוה. וכמו שאין מקדשין במלוה כן אין יוצא העבד מן הרב ע"י מלוה, נמצא דבפועל אילו היה הדין דפועל גופו קנוי לא הי' יכול לצאת בחזרה, שהרי אין עושה קנינים לקנות עצמו ורק חוזר בו, ועוד, אף מלוה אין כאן. שהרי אם פועל הי' גופו קנוי, אעפי"כ הי' לו דין שכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף. ולא חל עדנה חיוב על בעה"ב לשלם לו, וא"כ במה פקע קנין שלו בהפועל, משו"ה בלא קרא דלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים לא הוי פועל יכול לחזור בו:

כיון שאין עושה קנינים רק חוזר בו, משו"ה קאמר דפועל יכול לחזור בו מקרא דכי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים דמזה שמעינן דפועל אין גופו קנוי, משו"ה יכול לחזור בו. אכן אף שאין גופו קנוי עכ"פ הלא הוא התחייב עצמו ושעבד עצמו לעשות כדאמרינן בעלים באמירה, וא"כ מנא לן שיוכל לחזור בו מההתחייבות והשעבוד ע"ז כתב התשובת מיימוני דזה ילפינן מעבד עברי אף שעבר על איסור וגופו קנוי אעפי"כ יכול לחזור בו. והתירה לו התורה לצאת בגרעון כסף והרי הוא חוזר מהתחייבותו לעבוד לו, ואמרינן מק"ו דפועל שאין גופו קנוי לו בודאי דיכול לחזור בו, ופועל אין צריך קנינים שהרי אין גופו קנוי. מקרא דכי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים:. והקשה התשובת מיימוני מדוע בחלה לא יהבינן לי' קולא דעבד עברי דאין משלם בחלה שלש וע"ז תירץ התשובת מיימוני דהתם בהקדים שכרו פירוש דהתם בעבד עברי הא גופו קנוי לגמרי לתשמישין, והאדון הקדים לו כל השכר ואף אם לא הקדים, התחייב לשלם כל שכרו. שהרי גופו קנוי לגמרי, וא"כ מה דחלה העבד פסידא דהאדון. שגוף שהוא קנוי לו לתשמיש חלה, והא דאם חלה ארבע צריך להשלים:

הוא דחד קרא אמר שש שנים יעבוד. א"כ יציאתו מן האדון הוא בזה שיעבוד שש וכל זמן שלא עבד שש הרי אין לו עדנה יציאה לחירות, וחד קרא אמר ובשביעית יצא הרי דיציאתו. הוא בזה שהשנה שביעית לקניתו מסברא אמרינן דאם חלה ארבע גלי קרא דשש שנים יעבוד דאם לא עבד שש חסר לו יציאה ומקרא דבשביעית ילפינן. שאם לא חלה רק שלש יציאתו הוא שזה השנה השביעית לקניתו, ואף שהוא קנה אותו שיעבוד שש שנים, כיון דגופו קנוי לו הרי גוף שלו נפסד כל זה הדין בעבד עברי דגופו קנוי אבל בפועל הא לא הקדים לו שכרו. וא"כ מה דהתחייב הבעה"ב לשלם, איננו לא בשביל קנינו, שהרי פועל אין גופו קנוי, ואף לא בעד התחייבות הפועל לעשות, שהרי לא הקדים שכרו וא"כ חיוב שעל בעל הבית לשלם:

הוא בעד פעולתו. מה שיעשה, וכל פעולה מחייב את הבעה"ב לשלם בעד כל מכוש נמצא כשלא עשה. אף שהוא אנוס. אין על בעל הבית לשלם להפועל בעד מה שלא עשה ובעה"ב נתחייב רק לתן להפועל לפעול דכמו דהפועל נתחייב לפעול, כן הבעה"ב נתחייב לתן לו לפעול, אבל חיוב התשלומין הוא בעד כל מכוש ומכוש משו"ה אם חלה הפועל אין משלם לו. אלא בעד מה שעשה וחידש התשובת מיימוני, דאם הקדים הבעה"ב שכרו להפועל בעת ששכרו. אז אמרינן. דהוא שלם לו בעד התחייבותו לעשות היינו בעד ההשתעבדות והפועל מחויב לפעול והשתעבד עצמו, ובזה סבירא להתשו' מיימוני, דאמרי' כיון דהקדים לו שכרו אמרינן דהתשלומין בעד ההשתעבדות לעבוד, ובזה יהי' הדין דאם חלה לא יצטרך להשלים דהבעה"ב הפסיד השתעבדות שלו:

עכ"פ למדין אנו מדברי התשובת מיימוני דפועל אין גופו קנוי, ואם לא הקדים שכרו. חיוב התשלומין הוא בעד פעולתו:

וישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וא"כ דברי הטור שלא מיירי בהקדים לו שכרו שהרי כתב הטור שאם חזר בו בחצי היום. והוזלה ואין שוה אלא ב' דינרין צריך לתן לו הבעה"ב ששה דינרים ואין מעכב בידו אלא ב' דינרין:

הרי דמיירי בלא הקדים שכרו שפיר הקשה הש"ך אמאי ישלם לו ששה הא אין מחויב לו אלא בעד מה שעשה, והוא עשה רק חצי היום וכפי שכירותו אין מגיע לו אלא ד' דינרין אמאי יתן לו יותר מכפי ששכרו. ופליאה היא על הקצוה"ח שהביא מדברי התשובת מיימוני ראי' לדין הטור. ואדרבה מדברי התשובת מיימוני מוכח שלא כדברי הטור. שהרי כתב דמשו"ה אם חלה הפועל צריך להשלים משום דאין גופו קנוי והתשלומין בעד מה שעשה וכמו דלא יהבינן בשביל זה לפועל קולא דעבד עברי לענין דין דחלה, מכש"כ דלא יהבינן לו קולא זו בחוזר בו, ולא עוד אלא דהקצות עצמו בס"ק יוד מסכים להש"ך דאף אם הקדים שכרו ג"כ אם חלה מחזיר לו. משום דסבירא לי' דאין סברא לומר דשילם לו בעד התחייבותו כיון דפועל אין גופו קנוי וא"כ איך מסיק כאן דדברי הטור נכונים דהרי הא בהא תליא אם חלה פסידא דפועל הרי דהתשלומין בעד הפעולה וא"כ אם חזר איך ישלם לו יותר ממה שעשה, ולא דמי כלל לגרעון כסף דכבר נתחייב האדון להעבד כל הדמים ועתה הוא קונה עצמו מיד האדון במחיר ששוה עתה, אבל בפועל הא הבעה"ב לא נתחייב קודם שעשה:

סימן ל

סוגיא דהלוהו על המשכון יבאר שיש קנינים לקנות דמי החפץ. ובמשכון יש פוסקים דסברי שהוא ג"כ קנין דמי החפץ הרמב"ם והר"י מיגש סבירא להו דמשכון הוי רק קנין לגבות. ויבאר דלמאן דס"ל דבע"ח קונה משכון אף שלא בשעת הלואתו טעמו דקנין למשכון הוא רק בגוביינא דבי דינא וא"כ לאחר לא יוכל להקנות. ויבאר דלר' יוסי בר' יהודה אם מיעדה מעות הראשונות להלואה. ואם אין מיעדה הוי למכירה.

דף פא **הלוהו** על המשכון שומר שכר לימא מתניתין דלא כר' אליעזר דתניא המלוה על המשכון ואבד המשכון ישבע ויטול מעותיו. דברי ר"א, ר' עקיבא אומר יכול לומר כלום הלותני אלא על המשכון אבד המשכון אבדו מעותיך כו' והכא בדשוי משכון שיעור זוזי וקא מפלגי בדר' יצחק דאמר ר' יצחק מנין לבעל חוב שקונה משכון שנאמר ולך תהי' צדקה אם אינו קונה משכון צדקה מנין. מכאן לבע"ח שקונה משכון ותסברא אימר דא"ר יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו אבל בשעת הלואתו מי אמר כו':

והנה הרמב"ן. והרשב"א, פסקו להלכה דאף בשעת הלואתו בע"ח קונה משכון. והא דאמרינן אימר דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר לא ע"ד בירור קאמר אלא על הספק דאל"כ קשיא הך דהשולח ופרק כל שעה. והך דפ"ק דקדושין. אכן הש"ך בסימן ע"ב ס"ק ט' דחה ראיות הרמב"ן מה שכתב הרמב"ן ראיה מפ"ק דקדושין דאמרינן קדשה במשכון מקודשת התם במשכון דאחרים וכד"ר יצחק הרי שפיר נוכל לומר דהיינו שקידשה במשכון דאחרים שלא בשע' הלואתו גם הראי' שהביא הרמב"ן מהא דאמרינן קדושין (דף י"ט) קדשה במלוה שיש עלי' משכון מקודשת מדר' יוסי בר' יהודה אינו ראי' כלל לפי מה שפירשו התוס' ושארי מפרשים בפרק קמא דקדושין. דמיירי במשכון דידה ואין מחזיר לה המשכון אלא מוחל המלוה ואדרבה להרמב"ן והרשב"א קשיא דמאי קאמר מקודשת מדר' יוסי בר' יהודה הו"ל מקודשת מדר' יצחק ומה שהביאו ראיי' מהא דפרק כל שעה דישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו דמוקי לה בהרהינו אצלו, ומטעם דר' יצחק דקנה משכון. שהוכיחו דמיירי בשעת הלואתו דהרי מוכיח בב"מ דהלוהו על המשכון ש"ש מיירי בשעת הלואתו, ה"נ הלוהו על חמצו. הא מיירי בשעת הלואתו דחה זאת הש"ך. דהא מעיקרא הוי סבר דלא מיירי בהרהינו אצלו דהוה ס"ד שלא השכינו אצלו בביתו אף דקתני הלוה לעכו"ם על חמצו. והוה סבר דמיירי ששעבד לו חמצו:

וא"כ נהי דמשני שהרהינו אצלו. מ"מ שפיר נוכל לומר דמיירי שהרהינו אצלו לאחר הלואה שהלוה לו מתחילה על החמץ שהי' לו בביתו ששעבדו לו ואח"כ הרהינו אצלו,

וכתב הש"ך על זה ז"ל וזה לפענ"ד ברור ותמהני על בעלי התוס' ושאר גדולים שהרעישו העולם בזה הלא הדברים פשיטים ומוכרחים כמו שכתבתי:

ולישב קושית הש"ך ודחיותיו את דברי הרמב"ן והרשב"א נראה לי' דהנה לעיל בסימן ד' ביארנו דהא דאמרינן בע"ח קונה משכון. הקנין אינו אלא לגניבה ואבידה אבל לא נענין אונסין, והקשה הש"ך ממ"נ אם הוא שלו יתחייב באונסין ואם אינו שלו, אפילו בגניבה ואבידה לא יתחייב, וביארנו. דהא דאמרינן בע"ח קונה משכון. הכונה שקונה את המשכון לגבות ממנו החוב ולא נעשה החפץ שלו. אלא למשכון שקונה קנין בהחפץ לגבות ממנו חוב שלו דמשו"ה לא נעשה מטלטלין אצל בניו:

משו"ה באונסין אינו מחויב שהרי לא נפטר עדנה מחובו. ולא קנה את החפץ שיהי' שלו, אבל בגניבה ואבידה מחויב דכיון דקנה קנין לגוביינא בהחפץ הרי יוכל לקדש בזה את האשה שהרי הקנין שיש לו בהחפץ לגבות יוכל להקנות להאשה שיהי' לה הקנין לגבות ממנו ויש לו הנאה מזה החפץ שיוכל לגבות ממנו משו"ה מחויב בשמירה:

בזה נראה לי לבאר הר"י מיגש הובא בנימוקי יוסף ב"מ ריש פרק שנים אוחזין. שכתב דאם מודה מקצת, ונותן משכון על מה שמודה לא הויא הולך והביא ראי' מדאמר פ"ק דקדושין אמר רבא אמר רב נחמן התקדשי לי במנה והניח לה משכון על זה אינה מקודשת מנה אין כאן משכון אין כאן ודחו דבריו דהא הכא הטעם משום שאין מחויב לה וביאר הנ"י דברי הרב ר' יוסף דכונתו כיון דחזינן מגמ' זו דבלא מעות אין קונין משכון א"כ מה שהניח המשכון לא קנתה דהרי המעות הלואה היא ומלוה אינה קונה ומה שקונה משכון שלא בשעת הלואתו הוא מגובינא דבי דינא וגזירת הכתוב הוא או בשעת הלואתו דמעות קונות אבל משיכה למשכון לא מהני והכא שנותן לו המשכון שלא בשעת מתן המעות לא קנה המשכון דהא מלוה אינה קונה ע"כ לפי פירוש זה של הנמוקי יוסף בדברי הר"י מיגש, למאן דס"ל מלוה קונה במכר יהי' הדין דאם נתן משכון הוי הילך, ובפרט הכא דהוי המשכון בידו משעת הלואה הוי המשכון הילך אכן הרמב"ם הא פסק בפ"ד מהלכות טוען ונטען הלכה ו' דאף אם הי' המשכון בידו מזמן ההלואה לאו הילך הוא וכתב המ"מ דכן כתב הר"י:

מיגש בשם רב אלפסי ז"ל דמשכון לאו הילך הוא, ולפי פירוש הנמוקי יוסף בדברי הר"י מיגש, הא אדרבה מוכח מדבריו דהיכא דקנה משכון הוי הילך שהרי הביא ראי' מהא דמנה אין כאן משכון אין כאן דלא קנתה את המשכון בכה"ג לאו הילך דמשיכה למשכון אין קונה, אבל היכא דהיא מקודשת היינו היכא דקנתה אז הוי הילך:

לכן נראה לי לבאר דברי הרב ר' יוסף כן, דהנה הר"ן בפרק כל הנשבעין הביא דברי הרמב"ן ז"ל, שתירץ על דברי הגאונים דס"ל דאם נאמן המשכון לטעון בכדי דמיו, וכן בעזי דאכלי חושלא. צריך התופס, לשבע בנק"ח כעין של תורה, והקשו מהא דכל זמן שהטלית ביד האומן אומן אומר שתים קצצת לי, והלה אומר לא קצצת אלא אחת כל זמן שהטלית ביד האומן הממע"ה, דמשמע דאין מחויב שבועה ונאמן האומן במגו, וכתב ע"ז הרמב"ן ז"ל דלא דמי משכון דשכירות לשאר הטענות ולא מיבעיא למאן דאמר אומן קונה בשבח כלי דכטוען על גופו של משכון דמי אלא אפילו למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי כיון דודאי אית לי' עלי' אגרא ואאגרי' תפיס לי' כטוען על גופו של כלי דמי דמקנה קני' לי כלי עד דיהיב לי' אגרי' ושקיל לי', ואיהו גופי' הימוני' הימוני לי' לאומן אאגרי' כי מסר לי' כלי שאם לא תאמר כן לא הנחת חיים לאומנין עכ"ד הרמב"ן, וכתב על זה הר"ן ז"ל ולא נתבררו אצלי דאפילו למ"ד אומן קונה בשבח כלי אמאי יהי' עדיף אומן ממלוה על המשכון דאיהו נמי קני' לו מד"ר יצחק אפילו במשכנו בשעת הלואתו כמו שכתבנו במקומות אחרים עיין שם בדבריו:

והנראה לי דעת הרמב"ן דהנה בחו"מ סימן רמ"א, איתא דאף אם יש משכון בידו יכול למחול בדברים בעלמא ועיין בקצוה"ח שהביא דעות בזה, ונראה לי דתליא בזה, דהנה במשכון בודאי אם ישלם הלוה החוב, מחויב להחזיר המשכון. והנה בגמ' גיטין איתא בדף ס"ה גניבא יוצא בקולר הוי כי קא נפיק אמר הבו ארבע מאה זוזי לר' אבינא מחמרא דנהר פניא כו' אלא ר' אבא הכי קא קשיא לי' חמרא לא קאמר דמי חמרא לא קאמר. והקשה בתוס' ד"ה דמי ז"ל דמי חמרא לא אמר וא"ת כי אמר נמי דמי חמרא הוי דבר שלא בא לעולם כדאמרינן פרק האומר משקלי כו' וי"ל דהתם משום דאמר לכשיבא אבל אמר דמי שור זה עלי עולה משמע דלא חשוב זה דבר שלא בא לעולם אלא הוי כמו דקל לפירותיו דבעי למימר יקדש השור לדמיו וה"נ כי אמר דמי חמרא בעי למימר שיהי' היין קנוי לו לדמיו ע"כ, והנה לפי דברי התוס' אם אמר דמי חמרא. הגוף הוא של הנותן והמקבל קנה דמי הדבר כפי הסך שאמר והנה אם נימא דמשכון הוא שדמי הדבר קנוי להמלוה שקנה המשכון. הרי עתה הם שותפים בהדבר להלוה שייך גוף המשכון ולהמלוה שייך דמי המשכון כפי הסך שמגיע לו אכן אם נימא דאין להמלוה קנין דמי המשכון רק קנין לגבות החוב. אינם שותפים, ורק שיש להמלוה קנין לגבות החוב מהמשכון מעתה מאן דס"ל דבמשכון אין מועיל מחילה הוא יסבור דקנין משכון. הוא שהמלוה קונה קנין דמי חמרא, היינו קנין דמי' המשכון. א"כ קנוי לו גוף דמי המשכון, ומה שהלוה יכול לסלק להמלוה. הוא משום דכיון דאין לו קנין בהגוף רק

בהדמים. הרי זה הוא חלוקתם שהלוה משלם לו הדמים ונשאר הגוף שלו וכיון שיש להמלוה קנין בעצם הדמים משו"ה אין מועיל מחילה) דעל דבר בעין אין מועיל מחילה. אכן מאן דסבר דמועיל ומחילה הוא סובר דמשכון הקנין לגבות את החוב וכיון דמוחל החוב ממילא נפקע הקנין שהרי אין מה לגבות דקנינו הי' רק לגבות החוב, וחיוב אין כאן ואפשר. דבזה פליגי רש"י ושארי פוסקים:

דרש"י ס"ל דבע"ח קונה משכון אף לאונסין ס"ל דקנין משכון. הוא דמי החפץ, וא"כ הרי דבר שלו נאנס, אבל אנן סב"ל דהקנין הוא רק לגבות החוב. א"כ לא סלק לו עדנה, משו"ה דוקא בגנבה ואבידה מחויב מטעם שיש לו הנאה, ומשו"ה כתב הרמ"א, דאף במשכון מועיל מחילה,

ומעתה מבוארים דברי הרמב"ן דהגאונים ס"ל דכל היכא שבא לטול דבר של חבירו אף שהוא נאמן, אין נוטל אלא בשבועה בנק"ח כמו המוציא הוצאה, וכל שבועות בשטר, אלא דזה דוקא היכא בבא לטול את של חבירו, אבל בשותף שבא לטול את שלו. אין צריך שבועה בנק"ח. משו"ה באומן אם הוא קונה בשבח כלי:

יש לו קנין בדמי הדבר, א"כ אינינו בא לטול את של חבירו, נמצא כשהוא אומר שתים קצצת לי, הוא אומר יש לי בגוף דמי הדבר שתים והוא נוטל את שלו. בכה"ג אין צריך לשבועה בנק"ח אבל במשכון, נהי שהוא נאמן שיש לו קנין בהמשכון לגבות את החוב: אבל הוא בא לטול דבר של חבירו:

וכלל הוא הבא ליטול לא יטול אלא בשבועה:

ובזה מיושב קושית הקצוה"ח בסימן קל"ג ס"ק ג' שכתב על דברי המחבר שכתב שאם ראו עדים החפץ ביד המחזיק קודם שתבעו המערער לדין אפילו אמר בפניהם קודם שהראהו דעו כי הוא ממושכן בידי בכדי דמיו קרינן בו שפיר עדים וראה ויתרה בו בפני אותם עדים שלא יחזירוהו אלא בפני פלוני ופלוני כדי שלא יוכל לטעון החזרתי וכתב ע"ז הקצוה"ח ז"ל בט"ז כתב ז"ל מ"ש הסמ"ע הטעם משום שמקבלין מה שהוא לחובתו לא ידענא טעמא אטו מי שאמר חוץ לב"ד לויתי ופרעתי מקבלין מה שהוא לחובתו: אלא עיקר הטעם דצריך שיהי' לו מגו בשעה שבא לפני ב"ד שפוסקין לו שבועה:

כ"ו וכן דעת הש"ך דהיינו דוקא בשבועת משכון דצריך נק"ח הוא דלא מהני משא"כ בטענת לקוח, ואכתי לא אתברר דמה לי היסת או נק"ח והא בש"ך סימן פ"ז העלה בספיקא דדינא דגם היסת צריך נק"ח וכיון דחדא טכסיסא נינהו אין לחלק עכ"ד הקצוה"ח, אכן לדברינו הדברים מבוארים, דבודאי חוץ לבי"ד לא שייך מגו, אעפי"כ אם יאמר חוץ לב"ד לויתי ופרעתי, הרי אין כאן הודאה:

שהרי הוא אומר. שאין חייב כלום ולאו הודאה היא, וכן אם אמר שלא בב"ד לקוחה היא בידי ג"כ אין כאן הודאה שהרי אומר ששלו הוא, ובמה יחייבו אותו בבאו לפני ב"ד עפ"י הודאתו, הא הוא לא הודה שהרי אמר ששלו השדה, מה לי אם אמר שהיתה שלו, או שלקחה, כיון שאומר שלקחה, הרי לא הודה שהיא של פלוני אבל אם אומר, הדבר ממושכן בידי הרי הודה שהחפץ של פלוני, אלא שאמר שיש לו קנין לגבות החוב, א"כ עלינו לפסוק שיש לו הרשות ללך לטול דבר של פלוני, וכיון דדינא הוא שאם אומר שמושכן בידי, הרי דין הוא שבעי שבועת המשנה בנק"ח, וכל זמן שלא נשבע אין לו הרשות לגבות מהמשכון, א"כ לפי הודאתו, אין עוד החפץ שלו שהרי צריך עוד שבועה בבי"ד בנק"ח, נמצא דהעדים יודעים:

רק שהחפץ של פלוני, אבל אם מגיע לו היינו אם יש לו קנין לגבות מחפץ של פלוני לא יודעים, ובבאו לפני ב"ד, הא עתה אין כאן מגו שהרי כבר ראו עדים החפץ בידו, והוא התרה שלא יחזיר, וזהו דוקא מזה שרואים אנו שאם הוא טוען ממושכן הוא בידו. חייב שבועה בנקיטת חפץ ושבועה בנק"ח היינו שבועת המשנה דין הוא שבלא השבועה אינו נוטל, א"כ כשאמר ממושכן הוא בידי צריך עוד לפסק בי"ד אבל אילו הי' הדין שאם טוען ממושכן עד כדי דמיו אין צריך אלא שבועת היסת הא שבועת היסת לא נחתון לנכסי, והיינו אם הי' הדין שמשכון קונה דמי הדבר, א"כ כשהוא טוען יש לי על זה חוב והוא ממושכן בידי הוא טוען שדמי הדבר שלו ואין בא לטול משל חבירו ואין צריך שבועת המשנה א"כ אם הי' אומר בפני עדים החפץ של פלוני הוא אבל הוא ממושכן בידי הוי כאילו הי' אומר גוף החפץ של פלוני אבל הדמים הוא שלי היינו דמי החפץ הוא שלי א"כ על הדמים אין כאן הודאה והוי כאלו טוען לקוח הוא בידי למחצה דאף אם הי' אומר בפני עדים וראה הי' נאמן ומה לי אם טוען נקוח מחצה ומה לי אם טוען לקוח הדמים משו"ה דקדקו הט"ז והש"ך. והוא מדברי הרא"ש דהטעם דהוי עדים וראה דהרי בעי שבועה בנק"ח דהטעם משום דמשכון אינינו קנין בדמי הדבר אלא קנין לגוביינא ובא לטול משל חבירו והבא לטול משל חבירו אינו נוטל אלא בשבועה בנק"ח א"כ הודאתו שהחפץ של פלוני הוא הודאה גמורה וטענתו שממושכן כל זמן שלא נשבע בנק"ח אינינו עוד שלו ובעו בי"ד לפסוק ע"י השבועה ובבאו לפני בי"ד הא אין לו אז מגו משא"כ אם הי' חייב רק שבועת היסת ובשבועת היסת הא לא נחתינן לנכסי' אז הי' הדין שהדמים שלו. ורק שבועה בעלמא מחויב, אבל הדמים שלו ומה שהקשה הקצות הא הש"ך מסתפק דאף שבועת היסת בעי שבועה בנק"ח עכ"פ שבועת המשנה איננה

ואינינה שייכא לממון שהרי לא נחתינן לנכסי', והגאונים סוברים דהטוען משכון הוא בידי בעי דוקא שבועת המשנה:

וזהו שכתב הרמב"ן. דמשכון דשכירות לא דמי. לשאר משכון דלמ"ד אומן קונה בשבח כלי יש לו קנין בדמי הכלי ומה שכתב דאף למ"ד אין אומן קונה בשבח כלי אם תפוס אאגרי' הוא קונה בעצם הכלי, דאל"כ לא שבקת חייו לכל ברי' היינו ג"כ דאם יהי' הדין שהוא קונה רק ככל משכון דעלמא א"כ יהי' עליו חיוב לשבע ובלא שבועה לא יטול כדין הבא לטול א"כ אם יאמר בעה"ב פחות לא יוכל לטול אלא בשבועה בנק"ח ואם הוא איש כזה שאין רוצה לשבע שבועה בנק"ח או שהוא חשוד, נא יטול ויפסיד משו"ה אומן כשתופס על אגרי' הוא קונה דמי הדבר ואין צריך לשבע שבועה בנק"ח וממילא אף אם הוא חשוד יטול דשבועת היסת אין שייכא לממון הדבר, ומה שהקשה הר"ן על דברי הרמב"ן שכתב הר"ן ז"ל ומה שכתב עוד שאם לא תאמר כן לא הנחת חיים לאומנין לא ידעתי למה לפי שאני סובר שאפילו הגאונים ז"ל לא אמרו אלא בבא לגבות חובו מן המשכון שכיון שבא לטול צריך לשבע כשאר הנשבעין ונוטלין הא אילו רצה לשתוק ולהחזיק במשכונו עד שיתן לו מעותיו והלה תובע משכונו אינו נשבע אלא היסת לפי שאין זה נשבע ונוטל ודי לנו במה שחידשו הגאונים בדין זה שלא בראי' והבו דלא להוסיף עלה ומעתה כשירצה בעה"ב טליתו יפרע שכרו. ע"כ פשוט דהרמב"ן לא סבירא לי' כן. והוא סבירא לי' כיון דהחפץ הוא של הבעלים והוא מחוייב להשיב לו, אלא שיש לו טענה שיש לו קנין לגבות הרי הוא אומר לו קיים חובך ובא וגובה וכיון שאין נשבע מחויב להשיב לו. וא"כ באומן אם לא ירצה לשבע יהי' מחויב להשיב:

ועפי"ז יתבארו ג"כ דברי הרב ר' יהוסף הלוי שכתב שאם הודה מקצת ונתן משכון על זה לא הוי הילך ומביא ראי' מהא דאמרינן מנה אין כאן משכון אין כאן והקשו עליו, מאי ראי' היא זו התם הטעם משום דאין כאן חוב, ופירשו הנ"י והר"ן דראיתו דמשיכה אין קונה למשכון ובעי דוקא מעות ושלא בשעת הלואה הוי מלוה ואין המעות קונות והקשינו א"כ אם המשכון מבשעת הלואתו דאז הוא קונה לפי פירוש זה הא מוכח דהוי הילך דהא עיקר הטעם משום שלא קנה והא המ"מ הביא דברי הר"י מיגש דס"ל דאף אם הי' המשכון בשעת הלואתו לא הוי הילך:

וכן הוא דעת הרמב"ם אכן לדברינו יהי' פירוש דברי הר"י מיגש דזהו שחקר הר"י מיגש מהו דין משכון אם משכון הוא קונה דמי הדבר כמו בדמי חמרא או משכון הוא קנין לגבות החוב, אם נימא דמשכון הוא קנין דמי הדבר כמו דמי חמרא א"כ אם הוא נותן לו משכון נתן לו קנין דמים בהחפץ בודאי דמשכון הוא הילך דמה לי אם הוא נותן לו

שותפות בהחפץ או דנותן לו קנין בדמי החפץ אבל אם נימא דמשכון אינו אלא קנין לגבות החוב א"כ לא נתן לו החוב אלא קנין לגבות החוב א"כ משכון לאו הילך הוא אף אם קנה קנין בהמשכון לגבות חובו כיון דצריך עדנה לגבות לאו הילך הוא ומביא הר"י מיגש ראי' דע"כ משכון הוא רק קנין לגבות החוב אבל לא קנין בדמי הדבר דאם נימא דמשכון הוא קנין בדמי הדבר כמו דמי חמרא א"כ איך אמרינן דאם אמר התקדשי לי במנה והילך משכון על זה אינה מקודשת משום דמנה אין כאן. אם פירוש משכון הוא קנין בדמי הדבר א"כ אף אם אין חוב אם יאמר קני דמי המשכון בסך מנה הא קונה וכמו שמוכח מגמ' דגיטין דאם אמר דמי חמרא הוא קונה החמרא לדמיו ה"נ אם אמר הילך משכון על המנה היינו קני דמי המשכון על מנה ואמאי אינה מקודשת ע"כ דמשכון איננו קנין דמי הדבר אלא קנין לגובייא לגבות החוב וכיון דאין כאן חוב אין מה לגבות א"כ אם מודה מקצת, והניח משכון הרי לא נתן עדנה תשלומין שהרי דמי הדבר לא הקנה אלא הקנה קנין לגבות החוב וחסר עדנה גבי' א"כ לאו הילך הוא אף שקנה המשכון אבל הא הקנין אינו על דמי הדבר אלא לגבות מהמשכון א"כ לאו הילך הוא ומשו"ה פסק הרמב"ם דמשכון אף היכא שהי' מקודם בידו וקנה קנין משכון לאו הילך הוא.

והנה הא דאמר בגמ' ותסברא אימר דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו בשעת הלואתו מי אמר לכאורה איזה סברא היא דשלא בשעת הלואתו ובשעת הלואתו לא יקנה, והנה הש"ך שם בחו"מ סימן ע"ב כתב ז"ל מ"מ מה טעם יש לחלק בין שלא בשעת הלואתו לבשעת הלואתו כו' אלא ודאי הכי אמרינן אימור דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו שאין לזה לשלם וממשכנו עפ"י בי"ד לפרוע מחובו א"כ קני לי' משכון דהא לית לי' שאר נכסים לאשתלומי מיני' וא"כ משכון זה נקנה לו בחובו כאלו מכרו לו בחובו אבל משכנו בשעת הלואתו ואית לי' שאר נכסי דשיעבודי רמי על נכסי' מי אמר שיהא משכון זה קנוי לו. עכ"ד הש"ך. ולדעתי הם תמוהים מאין לנו דמשכנו שלא בשעת הלואתו מיירי דאין לו שאר נכסים:

אדרבה מוכח שיש לו שאר נכסים שהרי אמר עולא דבר תורה בע"ח בזיבורית שנאמר והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה מה דרכו של אדם להוציא פחות שבכלים הרי אמרו רז"ל שיש לו עוד נכסים ואעפי"כ קונה העבוט ואף דכתיב קרא בעני ושכב בשלמתו דאין לו אלא שלמה אחת אבל שאר נכסים יש לו ואיך אמר ר' יצחק דבע"ח קונה משכון הוי לי' למימר דוקא בעני שאין לו נכסים אלא המשכון הזה אז הוא קונה המשכון אבל בעשיר אין קונה המשכון:

אכן פשוט דאם נימא דאין בע"ח קונה משכון אלא שלא בשעת הלואתו הוא דוקא אם הגבו לו בי"ד וכמו שכתבו הנמוקי יוסף והר"ן ז"ל על דברי הר"י מיגש במשכנו שלא בשעת הלואתו קני לי' משום דבגובינא דבי דינא אתא לידי' וגזרת הכתוב הוא דקני לי' כדר' יצחק, היינו אם נימא דדוקא שלא בשעת הלואתו הוא קונה משכון אבל בשעת הלואתו אין קונה את המשכון אף שהלוה שהוא הבעלים על המשכון נותן לו לקנות אעפי"כ אין קונה ע"כ דהאי קנין לגובינא לגבות חוב אי אפשר כלל להקנות, וכמו דאית מאן דאמר דקני ע"מ להקנות לא קני דס"ל דקנין לא שייך אלא אם נעשה הדבר שלו כן קנין משכון אי אפשר לקנות דקנין לא שייך אלא אם הדבר שלו, ואף מאן דס"ל קני ע"מ להקנות קני, היינו דהוא קונה הדבר להקנות אבל קנין לגבות לא הוי קנין. ורק לבי"ד נתנה התורה כח שהם יוכלו לגבות משכון שיהי' עליו קנין, לגבות החוב, וכן הביא הקצות בסימן ע"ב ס"ק ב' ז"ל במשנה למלך פ"ו משכירות ז"ל עיין בתשובת מוהריט"ץ סימן י"ב ואחר המחילה טעה בזה שהוא סובר דכל משכון שבא אחר ההלואה מקרי משכנו שלא בשעת הלואה להתחייב באונסין לפי אותן הסוברין דשלא בשעת הלואה חייב באונסין וזה אינו אלא במשכנו לבסוף ע"י בי"ד ששם הוזהר המלוה להחזיר כסות יום ביום ושם הוא דאמר ר' יצחק בע"ח קונה משכון ולדעת רש"י ועמי' היינו להתחייב באונסין אבל במשכון הבא ליד המלוה ברצונו כך הוא שעת הלואה או אחר ימים לכו"ע אין בו אלא ש"ש ואלו דברים ברורים הם כו' והיינו דאם נימא דאין קונה אלא שלא בשעת הלואה ע"כ דשעת הלואה שהוא מעצמו אי אפשר לו להקנות קנין זה, וממילא מכש"כ לאחר הלואה אין יכול להקנות, קנין לגבות, ורק לבי"ד נתנה התורה הכח מגזרת הכתוב דיוכלו להקנות קנין לגובייא:

ומה שהקשה הקצות עליו ע"ז ז"ל ונוראות נפלאתי הלא הדבר מבואר להדי' בפ"ו ממלוה דאפילו מדעת הלוה צריך להחזיר כסות יום ביום כל שמשכנו שלא בשעת הלואה ז"ל א' הממשכן את חבירו בב"ד או שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא כו' מחזיר את הכר בלילה ואת המחרישה ביום בד"א במשכנו שלא בשעת הלואה אבל אם משכנו בשעת הלואה אינו חייב להחזיר כלל וכ"כ בש"ע סימן ס"ז וכיון שמבואר הדבר דצריך להחזיר הרי אית לי' דינא דמשכנו שלא בשעת הלואה ועליו נאמר ולך תהי' צדקה ודר"י אם אינו קונה משכון צדקה מנין וא"כ לדעת רש"י ודעמי' חייב באונסין ודברי מוהריט"ץ ברור, עכ"ד דברי הקצוה"ח, ובעיני יפלאו מאד, נהי דכתב הרמב"ם דמחויב הוא להחזיר אף אם לקחו מדעת הלוה, ולא בגובייא דבי דינא, אטו מזה מוכח דקנה המשכון, כמו שלא בשעת הלואה בגובייא דבי דינא אטו אמר ר' יצחק דדוקא אם

קונה המשכון אז מחויב להשיב. ואם לא קנה אין מחויב להשיב, אדרבה אם בעת שהוא קנה המשכון נאמר לא תשכב בעבוטו מכל שכן אם לא קנה בודאי דמחויב להשיב כסות יום ביום וכסות לילה בלילה. ר' יצחק אמר רק דכתיב בקרא ולך תהי' צדקה אם אינו קונה מה שמחויב להשיב איננו צדקה דצדקה מקרי אם הוא נותן דבר שהוא שלו או שיש לו בזה קנין. אבל אם נימא דמשכון אין לו קנין בהמשכון לגבות ורק להחזיק א"כ על מה שמחויב להחזיר כסות יום ביום וכסות לילה בלילה אין לו קנין להחזיק, וא"כ מה שהוא מחזיר כדין אין זה צדקה דהרי על העת שצריך להלוה אין לו קנין להחזיק ע"כ דבע"ח קונה את המשכון ויש לו קנין בהמשכון לרש"י לאונסין דקני דמי ולשארי פוסקים קנין לגוביינא, א"כ כשהוא מחזיר הוא מחזיר דבר שיש לו בו קנין משום זה קראתו התורה צדקה ואם נימא דמהפסוק אין ראי' דקונה אלא בגווני דמיירי קרא היינו שלקח ע"י שליח בי"ד דקנה בגובייני דבי דינא אז הוא קונה קנין המשכון אבל לא בלקח מרצונו יהי' הדין שאם לקח מרצון הלוה או בזרוע אף שלא בשעת הלואתו מה שמחזיר איננו צדקה שהרי קנינו אך להחזיר וכיון שמחויב להחזיר אין זה צדקה אבל להחזיר בודאי מחויב אף אם לא קנה מקל וחומר אם לקח על ידי גובייא דבי דינא שקנה מחויב להחזיר מכש"כ אם לקח מרצונו של הלוה או בזרוע שלא קנה בודאי דמחויב הוא להחזיר ואם לא החזיר עובר על לא תשכב בעבוטו ומה שכתב המ"ל ז"ל אינו אלא במשכנו לבסוף ע"י בי"ד ששם הוזהר כונתו דקרא מיירי בשלקח שליח ב"ד. ועוד מעיקרא דדינא פרכא הא המשנה למלך קאי אם נימא שיש חילוק בין משכנו שלא בשעת הלואתו למשכנו בשעת הלואתו לדידהו כתב המשנה למלך דלמאן דס"ל דלא אמר ר' יצחק אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו אז הוא קונה. אבל אם בשעת הלואתו לא קנה המשכון וצריך טעמא מ"ש בשעת הלואתו דלא קנה הלא הלוה הוא מקנה ולדידהו צריך לומר דמעצמו אי אפשר לקנות קנין לגובייא ורק לבי"ד נתנה התורה הכח לעשות קנין לגובייא, ולרש"י לאונסין, אבל מעצמו אין יכול להקנות הקנין הזה א"כ אם הלוה נתן לו מרצונו לאחר ההלואה ג"כ לא קנה ואדרבה ק"ו הוא אם בשעת מתן מעות אין יכול להקנות ולא לקנות מכש"כ לאחר ההלואה ובזרוע בודאי דלא יהי' עדיף מאם נתן לו מרצונו להכי אמר המשנה למלך דמאן דמחלקי בין שעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו ע"כ הטעם דשלא בשעת הלואתו קנה משום דהוה בגובייני דבי דינא וגזרת הכתוב הוא בגובייני דבי דינא מועיל לקנות קנין משכון, אבל אליבא הנך דסברי דאין חילוק בין משכנו שלא בשעת הלואתו בין משכנו בשעת הלואתו בכולהן אמר ר' יצחק דבעל חוב קונה משכון בודאי דאף אם נתן הלואה מרצונו לאחר ההלואה גם כן

קונה ואם כן מאי הקשה הקצוה"ח מהרמב"ם הא הרמב"ם הוא מהסוברים דלענין קנית המשכון שוה משכנו בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו בכולהו הוי שומר שכר כמו שכתב בפ"י מהלכות שכירות ורק לענין החזרת המשכון הדין הוא דאם משכנו בשעת הלואתו אין מחויב להחזיר אבל אם שלא בשעת הלואתו מחויב להחזיר בכל גווני בין ששליח בי"ד לקח בין שנתן מרצונו בין שלקח בזרוע דכיון שהי' המשכון שלא בשעת הלואה מחויב להחזיר ודברי המ"ל פשוטים וברורים:

לפי זה דלמ"ד דר' יצחק אמר דוקא שלא בשעת הלואתו אז הוא קונה היינו דאינהו סברי דדוקא בי"ד יכולים להקנות קנין לגובינא אבל הלוה מרצונו אין יכול להקנות, א"כ אף אם אחד קנה ע"י גובייני דבי דינא קנין משכון היינו קנין לגבות ממנו לא יוכל להקנות הקנין הזה לאחר דלא עדיף הוא מהלוה שכל החפץ שלו ואעפי"כ אין יוכל להקנות קנין לגובייני שהקנין הזה רק לבי"ד נתנה התורה הכח לעשות הקנין הזה אבל המלוה מעצמו אין יכול לקנות הקנין הזה אף שהלוה מרשהו א"כ אף שהוא קנה הקנין הזה מגזרת הכתוב אבל לאחר לא יוכל להקנות לפי זה קמה ונצבה ראית הרמב"ן דלדינא אין הדבר כן דאף בשעת הלואתו קונה בע"ח משכון שכיון שחזינן שאמרה התורה שיש קניני משכון יוכל הקנות ולקנות אף מדעתו מדאיתא בקדושין קדשה במשכון דאחרים מקודשת ודחה הש"ך דילמא מיירי שהוא הי' לו משכון שלא בשעת הלואתו אכן לדברינו אם נימא דדוקא שלא בשעת הלואתו קנה היינו דוקא בגובייני דבי דינא א"כ נהי שהוא קנה בגובייני דבי דינא אבל איך תקנה היא את הקנין לגובייני שאין קונין אותו אלא ע"י בי"ד ע"כ מוכח דאף שלא ע"י בי"ד יכולין להקנות קנין משכון. א"כ ע"כ מוכח דאף בשעת הלואתו קונה שהרי הלוה מוסר להמלוה לקנות וקונין קנין משכון אף שלא בגובייני דבי דינא:

עוד הביא הרמב"ן ראי' דבע"ח קונה משכון אף בשעת הלואה מהא דאמרינן קדושין י"ט קדשה במלוה שיש עלי' משכון מקודשת מדר' יוסי בר' יהודה מעות הראשונות לאו לקדושין ניתנו האי הלואה היא והיא גופה משכון הוא וכי משייר בה שוה פרוטה ומקדש הוי קידושין ה"נ ל"ש והא התם הוי משכון בשעת הלואתו ודחה זה הש"ך דאינו ראי' לפי מה שפירשו התוס' ושארי מפרשים בפרק קמא דקדושין דמיירי במשכון דידה ואין מחזיר לה המשכון אלא מוחל המלוה ומקודשת בהנאת מחילת מלוה ואדרבה להרמב"ן והרשב"א קשה דאמאי קאמר מקודשת מדר' יוסי בר' יהודה הו"ל מקודשת מדר' יצחק, נראה לי דהנה התוס' שם בד"ה מלוה שיש עלי' משכון כתבו ז"ל ונ"ל לדקדק דקסבר ר' יוסי בר' יהודה דעבד עברי אין גופו קנוי דאי גופו קנוי מה ענין זה אצל מלוה

שיש עלי' משכון אין כאן מלוה כלל אלא מקדשה בהקנאת גופה לעצמה ומיהו י"ל דע"כ לא בהקנאת גופה שהיא קנוי' לו מקדשה דאם כן איך תתקדש בלאו שטר שחרור ובלא הפקר ע"כ. ולכאורה משמע דמסיק התוס' דאפשר להיות דס"ל לר' יוסי בר' יהודה גופה קנוי דהא רצה לדחות הוכחתו דסבר ר' יוסי בר' יהודה דאין גופה קנוי, ולכאורה אדרבה הא אם סבר ר' יוסי בר' יהודה קנוי איך היא מתקדשת בלא שחרור ובלא הפקר ע"כ דסובר אין גופה קנוי, לכן נראה לי דסברי התוס' אף אם נימא גופה קנוי ג"כ מתקדשת דכמו דלרבנן דסברי מעות הראשונות לקדושין נתנו היינו דוקא אם מקדשה אז אגלאי מילתא למפריע דהוי לקדושין. אבל אם אין מיעדה אז הכסף למכירה לקנות גופה כן לר' יוסי בר' יהודה אם אין מיעדה אז מעות הראשונות למכירה ניתנו ואם מיעדה אז מעות הראשונות להלואה נתנו והיא גופא משכון בנכיתא ומוכיח רבא בשם רב נחמן דע"כ לר' יוסי בר' יהודה אם מיעדה מעות הראשונות להלואה נתנו (אף אם סובר גופא קנוי אם אין מיעדה) דאם מקדשה בהקנאת גופא איך מתקדשת בלא שחרור ובלא הפקר ע"כ לריבי' אם מיעדה מעות הראשונות להלואה נתנו:

והנה הרמב"ן לא סבר כותי' דהתוס' דהמקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת היינו דמקדשה בהנאת מחילת מלוה:

כמו שמקשי התוס' בעצמם דבהנאת מחילת מלוה הוא בלא משכון מקודשת ומה שמתרצי התוס' דקמ"ל דמקודשת אף שאין מחזיר לה המשכון. הא מקשי התוספות בעצמם א"כ מאי ראי' מדריבי"י הלא ביעוד מחזיר לה הגוף, ומה שמתרצי התוס' דפשיטא לי' דעיקר היעוד מפני מחילת השעבוד קשה עכ"פ איך מביא ראי' למקדש במחילת מלוה שיש עלי' משכון. והנה המהרש"א תירץ כיון דמיירי בקטנה ואין לה דעת לא שייך בהחזיר לה גופא ע"י יעוד דלא סמכא דעתה, אכן זה קשה מאד כיון דזה עיקר התירוץ הי' לתוס' לומר כן דהכא לא סמכא דעתה דקטנה היא ומאי קאמרי דפשיטא לי' דעיקר יעוד במחילת מלוה ועוד הא עיקר סמיכת הדעת בענין הקדושין הוא של האב ורק מוכיח דיש לה יד לקבל הקדושין:

ועוד בכלל אם אין לה דעת לא שייך לא סמכא דעתה, ועכצ"ל דכונת התוס' דעיקר ראית רב נחמן מדר' יוסי בר' יהודה הוא רק להוכיח דמחילת מלוה מועיל, דזה מוכיח מדר' יוסי בר' יהודה, והא דקאמר במלוה שיש עלי' משכון הוא סברת עצמו להשמיענו דאין זה חסרון וכן מצאנו כן כמה פעמים בגמרא גיטין דף נ"ה, אמר רבא מעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא אמר לעדים ראו גט זה שאני נותן לה וחזר ואמר לה כנסי שטר חוב זה מקודשת מי לא אמר ר' יוחנן בן גודגדא לא בעינן דעתה ה"נ לא בעינן דעתה פשיטא מהו

דתימא כיון דאמר כנסי שטר חוב זה בטולי' בטלי' קמ"ל אם איתא דבטלי' לעדים הוה אמר להו והאי דקאמר לה הכי משום כיסופא והתם הא ג"כ תקשה כיון דעיקר חידושא דרבא דלא נימא בטולי' בטלי' הא זה אין מוכח כלל מעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא ואיך אמר דזה נשמע מעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא ע"כ דעיקר אמר רבא דמעדותו של ר' יוחנן בן גודגדא שמעינן דלא בעי דעתה. וזה החידוש דלא נימא בטולי בטלי' זה אמר רבא מעצמו, ה"נ צריך לומר לדעת התוס' דעיקר שמענו מדר' יוסי בר' יהודה דהנאת מחילת מלוה מועיל, אלא דרבא אמר רב נחמן הוסיף עוד דאף במלוה שיש עליו משכון ולא החזיר המשכון מקודשת:

אכן זה דוחק מאד כיון דעיקר לימוד מד"ר יוסי ב"ר יהודה הוא דמחילת מלוה מועיל וזה לא נזכר כלום בדברי רבא אמר רב נחמן וגם לפי זה בקדושי יעוד יהי' צריך לומר לה שמקדשה לא במלוה אלא בהנאת מחילת המלוה וזה לא מצינו, דהרי בברייתא איתא כיצד מצות יעוד אומר לה הרי את מיועדת וחידוש זה לא נזכר שצריך שיאמר לה בהנאת מחילת המלוה משו"ה מפרש הרמב"ן הגמ' כפשוטה דאף דהמקדש במלוה אינה מקודשת התם אין מגיע לה ע"י הקדושין דבר חדש משא"כ במקדש במלוה שיש עלי' כיון דבע"ח קונה משכון א"כ ע"י הקדושין בא לה דבר חדש שמה שהי' לו קנין בהמשכון לגבות עתה נעשה המשכון כולה שלה ומה שמקשה הש"ך דאמאי אינו מביא הא ד"ר יצחק להא דהמקדש במלוה שיש עלי' משכון מקודשת ואמאי לא מביא להא דקדשה במשכון מקודשת מד"ר יוסי ב"ר יהודה דבאמת שני ענינים המה הא דקידשה במשכון מיירי שמקדשה בעצם המשכון היינו שהוא קנה המשכון והוא מקנה לה שהיא תקנה הקנין שקנה בהמשכון והא דמקדש במלוה שיש עלי' משכון אינה מקדשה בעצם המשכון שהרי אין מקנה לה המשכון דהאי קנין שיש לו במשכון דידה הקנין לגבות החוב זה לא יוכל להקנות לה לעצמה דאיך שייך לומר שהיא תקנה בהמשכון שלה לגבות החוב שיש עלי' והוי רק סילוק שע"י הקדושין מסתלק הקנין, שהי' לו בהמשכון ולפי זה הכא במקדש במלוה שיש עליו משכון אי אפשר להביא הא דר' יצחק דאף דהמלוה קונה קנין בהמשכון מדר' יצחק אעפי"כ לה אין יכול להקנות הקנין הזה דאין אדם קונה על עצמו לגבות חוב שלו, וא"כ הוי אמינא כמו במלוה שאף שיוכל לקדשה במלוה דאחרים אעפי"כ לקדש אותה במלוה שיש לו עליו אין יכול ה"נ במלוה שיש לו עלי' משכון אף שהוא קנה מדר' יצחק אעפי"כ לא תתקדש משום דהוי רק סילוק לא הקנאה להכי איצטריך מדר' יוסי בר' יהודה דאעפי"כ כיון שע"י שהוא מוחל המלוה לה בא לה דבר חדש בהמשכון משו"ה מקודשת כמו ביעוד דמקודשת במה שמסלק

המלוה ובא לה דבר חדש גופא שהי' מקודם משכון לו ועתה נסתלק וכן למעלה בקידשה במשכון אי אפשר להביא מדר' יוסי בר' יהודה דדילמא בע"ח אין קונה:

משכון, וא"כ אם מקדשה במשכון דאחרים אינה מקודשת שהרי לדידי' ג"כ אין קנוי המשכון והא דמקודשת ביעוד לר' יוסי בר יהודה נצטרך לומר דמקדש במלוה דידה מקודשת אף בלא משכון משו"ה איצטריך להביא מדר' יצחק, דבע"ח קונה משכון א"כ אם נותן לה המשכון הוא מקדשה בדבר שיש לו קנין, לפי זה שפיר מביא הרמב"ן ראי' לפי פירושו המוכרחת בדברי הגמ' דמשכון קונה אף בשעת הלואה דהרי הכא מיירי בהי' המשכון בשעת ההלואה ואעפי"כ מקודשת, ע"כ דגם בשטת ההלואה קונה המשכון:

וכן מה שמביא הרמב"ן ראי' מהא דפרק כל שעה דישראל. שהלוה לעכו"ם על חמצו עובר עליו דמוקי לה בשהרהינו אצלו והקשה ע"ז הש"ך הא ע"כ מעיקרא הוי סבר דמיירי בלא הרהינו אצלו אף דקתני הלוהו על חמצו דהוה ס"ד שלא השכינו אצלו בביתו והאי דקתני הלוהו על חמצו הפירוש ששיעבד לו ה"נ למסקנא אפשר לפרש דמעיקרא שיעבד לו ואח"כ הרהינו אצלו שלא בשעת ההלואה שעל זה כתב הש"ך שזה פשוט ושתמוה על הגדולים שהרעישו עולם בזה, אכן לדידי נראה דראית הרמב"ן נכונה. דהנה לפי מה שביארנו, אם נימא שיש חילוק בין משכנו בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו, ור' יצחק לא אמר אלא שלא בשעת הלואתו ע"כ דהיינו דוקא בגוביינא דבי דינא, אבל לא מרצון הלוה דסבירא לו דאין האפשרות להקנות הקנין לגוביינא ורק לבי דינא נתנה:

התורה הכח להקנות הקנין הזה, וא"כ הכא דאיתא הרהינו אצלו הא מיירי מדעת הלוה ואם נימא דדוקא שלא בשעת הלואתו אמר ר' יצחק איך מביא להא דר' יצחק על הרהינו אצלו, הא נעשה שלא בגוביינא, דבי דינא, ע"כ דמועיל אף שלא בגוביינא דבי דינא שלא בשעת הלואתו ומכש"כ שיועיל בשעת הלואתו מדעת הלוה אחרי דלא בעינא לכה בי"ד:

ועוד אפילו לדברי הש"ך ראית הרמב"ן מוכרחת דהכא מיירי בשעת הלואתו הרהינו אצלו מדקתני הלוהו על חמצו, ואף דמעיקרא הוי סבר דלא הרהינו אצלו ואעפי"כ הי' ניחא לי' לישנא דהלוהו על חמצו, אין זה פרכא כלל דמעיקרא הי' סבר דהטעם דעובר הוא משום דבע"ח למפריע הוא גובה היינו משעה ששיעבד לו א"כ קתני במתניתין הלוה על חמצו היינו ששיעבד לו החמץ בשעת ההלואה משו"ה הישראל עובר עליו אם אח"כ לא שילם לו העכו"ם משום דלמפריע הוא גובה משעה שהלוהו על חמצו א"כ הטעם דעובר עליו משום שהלוהו על חמצו, אבל למסקנא דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה ואין ההלואה ששיעבד לו מועיל לענין איסור החמץ ומה גורם איסור החמץ מה

שהרהינו אצלו אם הפירוש שהלוהו על חמצו רק ששיעבד אבל לא משכנו אז ורק לאחר זמן משכון את החמץ לו, למאי נקט כלל במתניתין ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו הרי אפילו לא הלוה על החמץ רק לאח"כ הרהינו אצלו קודם הפסח ג"כ עובר עליו, ע"כ דלמאי דמסקינן בהרהינו אצלו קודם הפסח ג"כ עובר עליו. ע"כ דלמאי דמסקינן בהרהינו אצלו הכונה במתניתין ישראל שהלוה לעכו"ם על חמצו הכונה שהרהינו אצלו בשעת ההלואה ואשמעינן דאף בשעת ההלואה בע"ח קונה משכון מדר' יצחק א"כ הרי ראית הרמב"ן ברורה דאף בשעת הלואתו אמר ר' יצחק דבע"ח קונה משכון:

וכיון שביארנו דלמאן דס"ל שיש חילוק בין משכנו בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו, אין תלוי באם אין לו שאר נכסים אלא בגובייני דבי דינא ממילא ראית הרמב"ן מהא דהשולח דהמלוה על המשכון אינו משמט, היא ג"כ ראי' גדולה דהמלוה על המשכון הא הוי משכנו בשעת הלואתו ואעפי"כ קאמר דאינו משמט מטעם דקני לי' מדר' יצחק הרי דאף בשעת הלואתו קונה מדר' יצחק:

וכיון דהרמב"ן סובר דאין חילוק בין שעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו, ממילא מוכיח שפיר הרמב"ן דהא דאמרינן בע"ח קונה משכון אינו אלא לענין גניבה ואבידה אבל לא לענין אונסין מהא דאמרינן בב"ק בדף ל"ו כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונעשה עליו ש"ש ולא קאמר סתם כגון שתפסו ניזק לגבות ממנו ונתחייב בנזקיו שלא להוציא דבר שקר מפיו ע"כ דהא דקונה משכון אינו אלא לגניבה ואבידה ולא לאונסין והוי רק ש"ש והיינו אף דהתם התפיסה היתה שלא ע"י בי"ד אבל כיון דהרמב"ן סובר דבע"ח קונה משכון אף בשעת הלואה א"כ אף אם תפס מעצמו שלא בשעת הלואה ג"כ קונה ואם נימא דקנין שקונה הבע"ח במשכון מדר' יצחק הוא לאונסין אף בתופס מעצמו הי' מחויב באונסין ומה שדחה הש"ך דהתם בשור תם א"כ לא נתחייב לו זה עד שעת העמדה בדין דקי"ל פלגא נזקא קנסא כו' ואפילו למ"ד פלגא נזקא ממונא נמי ניחא כיון דעדיין לא נתברר בבי"ד מה שנתחייב לו לא קני כו' ועוד דהתם מוקי לה כר' ישמעאל דאמר בעלי חובות נינהו כו' וא"כ יכול המזיק לסלקו בזוזי, ע"כ. והנה מה שדחה הש"ך משום דהוי שור תם והוי קנסא וקנס אין אדם זוכה עד שעת העמדה בדין, הנה לפי שיטת תוספות בב"ק דף ל"ג בנגיחה זוכה משעת הנזק אח"כ כשפוסקים בי"ד, א"כ אם אח"כ בי"ד פוסקים הוא זוכה למפרע ומה שדחה דאף למ"ד פלגא נזקא ממונא כיון דעדיין לא נתברר לבי"ד, מה שנתחייב לו לא קני' ועוד דהא התם מוקי לה כר' ישמעאל דאמר בע"ח הוא וזוזי הוא דמסיק וא"כ לא קני. לכאורה דבריו אינם מובנים הא כל משכון יכול לסלקו בזוזי, ואעפי"כ סובר רש"י דקני לאונסין. וגם הא מיירי קודם שבררו בי"ד

כמה מחויב ואולי כונת הש"ך דהיכא דתופס מעצמו לא קני בכל משכון וחוב דעלמא אכן הא בתמורה וכן בב"מ איתא השב תשב אין לי אלא ברשות שלא ברשות מנין ת"ל השב תשיב מ"מ, וע"ז נאמר ולך תהי' צדקה, א"כ גלתה התורה דאף דאסור לתפוס אם תפס מהני וקונה את המשכון ככל הא דא"ר יצחק דבע"ח קונה משכון, וכן כתב הרמב"ם שאף אם תפס בזרוע נעשה ש"ש לדידי' דס"ל הא דבע"ח קונה משכון הוא לגניבה ואבידה נמצא דלמאן דסובר לאונסין קונה משכון גלתה התורה דאף בעבר ותפס אי עביד מהני וקנה קנין המשכון כאלו הי' מדעת הלוה, וא"כ בודאי דלמ"ד פלגא נזקא ממונא אף לר' ישמעאל דאמר דיוכל לסלקו בזוזי אם תפס נעשה בעלים אף לאונסין, דהרי כל תופס למשכון יכול לסלקו בזוזי ולא נתברר בבי"ד ומדאמר רבא נעשה עליו ש"ש, ע"כ דדין דבע"ח קונה משכון הוא רק לגניבה ואבידה ולא לאונסין:

והא דאמר בגמ', ותסברא אימר דאמר ר' יצחק במשכנו שלא בשעת הלואתו במשכנו בשעת הלואתו מי אמר נראה לי דאפשר לפרש כן, דהנה לעיל בדף מ"ח איתא לימא כתנאי המלוה את חברו על המשכון ונכנסה השמיטה אעפ"י שאינו שוה אלא פלג אינו משמט דברי רשב"ג ר' יהודה הנשיא אומר אם הי' משכון כנגד הלואתו אינו משמט ואם לאו משמט, מאי אינו משמט דקאמר רשב"ג אילימא כנגדו מכלל דר' יהודה הנשיא סבר להך פלגא נמי משמט אלא משכון דנקט למה לי' אלא לאו שמע מינה מאי אינו משמט דקאמר רשב"ג אינו משמט בכולו ומאי משמט דקאמר ר' יהודה הנשיא להך פלגא דלא נקיט עליו משכון ובהא קמפלגי דרשב"ג סבר כנגד כולו הוא קונה ור' יהודה הנשיא סבר כנגדו הוא קונה לא מאי אינו משמט דקאמר רשב"ג להך פלגא דנקט עליו משכון מכלל דר' יהודה סבר להך פלגא דנקיט עלי' משכון נמי משמט אלא משכון דנקט למה לזכרון דברים בעלמא, ע"כ והנה הא דקאמר אלא דמשכון דנקט למה מאי הקשה, הלא השאלה הוא בדין אם משמט או לא ואטו ראי' ממנו, הדין איך הוא, אם משמט או לא, ופשוט דכונת הגמ', דכיון דאמר ר' יהודה הנשיא, דאם הי' חובו כנגד המשכון אינו משמט, ע"כ דבע"ח קונה משכון, וא"כ מאי טעמא דאם לא הי' חובו כנגד המשכון אינו משמט כלל דכיון דחזינן דהאמין לו, שהרי המשכון שלקח לא שוה ככל החוב. א"כ לא רצה המלוה לקנות את המשכון, משו"ה אם לא הי' חובו כנגד משכנו משמע, דאמרינן לא כיון המלוה לקנות את המשכון א"כ למה לקחו, וכיון דלקחו הרי רצה המלוה לקנות המשכון, ואמאי משמט אף כנגד המשכון, וע"ז תירץ דכיון דהמשכון אינו שוה כנגד החוב אמרינן דלא כיון לקנותו, שאם הי' חושב דוקא שיהי' לו משכון שיהיה לו קנין

ממה לגבות החוב הי' לוקח משכון כזה ששוה כל החוב, ומה דקשה אם לא כיון לקנות המשכון לגבות ממנו. למה לקחו, ע"ז אמר דלקחו לזכרון דברים:

חזינן דאפשר שלא לקח המלוה המשכון אלא לזכרון דברים אכן האי סברא דלוקח לזכרון דברים, לא שייך, אלא בשעת הלואתו, אבל אם לוקח שלא בשעת הלואתו, לא שייך לומר שבשעת ההלואה לא לקח לזכרון, ועתה לאחר ההלואה לקח לזכרון. אם לוקח משכון אחר ההלואה בודאי דלוקח עתה לגבות החוב, והנה אם נסבור שומר אבידה כשומר חנם דמי, א"כ אם אין קונה המשכון, אין מתחייב באונסי גנבה ואבידה, וע"י שקונה המשכון ויש לו קנין לגובינא נתחייב באונסי המשכון, לרש"י לאונסין ולשארי פוסקים לגנבה ואבידה, מעתה יהי' הפירוש בגמ' אימר דאמר ר' יצחק דבע"ח קונה משכון, אם לקח שלא בשעת הלואתו דבודאי הוא לוקח לגובינא וקונה את המשכון לגובינא, אבל אם לקחו בשעת הלואתו, מהיכא תיתי דרצה המלוה לקנותו ולהתחייב בגנבה ואבידה דילמא לא כיון לקנותו ולקחו רק לזכרון דברים בעלמא וכל זה הוא אם נימא דשומר אבידה כשומר חנם דמי, א"כ ע"י קניתו את המשכון הוא מפסיד, שיתחייב בגנבה ואבידה, א"כ אף שירויח שלא יהי' משמע, ושלא יעשה מטלטלין אצל בניו, אעפי"כ כיון שמצוי גניבה ואבידה אמרינן דלא כיון המלוה לקנותו כדי שלא יתחייב בגנבה ואבידה, ולקחו רק לזכרון דברים, אבל כיון דלהלכה פסק הרמב"ם והרבה פוסקים כרב יוסף דשומר אבידה כשומר שכר, א"כ אף אם לא יקנה המשכון יתחייב בגנבה ואבידה משום פרוטה דרב יוסף. א"כ לא מפסיד המלוה בקניתו, בודאי דירצה המלוה לקנותו, כדי שלא יהי' מטלטלין אצל בני הלוה ושיוכל לקדש אשה, ושלא ישמט, בודאי דרוצה המלוה לקנותו, ואם רוצה לקנות הרי הוא קונה מדר' יצחק, דלענין קנית המשכון אם המלוה רוצה, אין חילוק בין שעת הלואה, לשלא בשעת הלואה, כדמוכח מכל הראיות הנ"ל של הרמב"ן משו"ה לדידן בע"ח קונה משכון בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה, אם אם תפס בזרוע, כדילפינן מקרא דהשב תשיב, דאף אם תפס משכון שלא ברשות היינו באיסור דלא תבא לביתו אי עביד מהני וקנה המשכון.

סימן לא

יבאר דבשכיר הוי שתי תקנות תקנה ראשונה היתה שנשבע בעה"ב, ואח"כ תקנו שישבע שכיר ויטול. ויש מחלוקת, אם כשתקנו שכיר בזמנו נוטל אם עקרו עתה התקנה הראשונה או דשני' היתה הוספה על הראשונה. ויבאר דבשכירות קרקע יש ג"כ התקנה הראשונה דישבע הנתבע בנק"ח ויחקור בדברי המרדכי היכא דהתובע טוען שמא אם

אמרינן ג"כ חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו. ויבאר שיש שני סברות במגו או מטעם דהוי בירור שאם הי' רוצה לשקר הי' טוען הטענה השני' או מטעם כיון שהי' לו אופן להיות לו נאמנות לא אבד נאמנותו בטוענו הטענה האחרת ויבאר דמנו דהעזה אינינה בגדר בירור רק מדין נאמנות משו"ה לאפטורי משבועה לא אמרינן מנו דהעזה וכיון שיכול לברר צריך לברר:

דף קי"ב **שכיר** בזמנו נשבע ונוטל שכיר אמאי תקינו לי' רבנן למשתבע ושקיל אמר רב יהודה אמר שמואל הלכות גדולות שנו כאן הני הלכתי הני תקנות נינהו אלא אמר רב יהודה אמר שמואל תקנות קבועות שנו כאן שבועה דבעה"ב היא ועקרוה רבנן מבעה"ב ושדיוה אשכיר כו' אלא בעה"ב טרוד בפועליו ע"כ והנה בשבועות דף מ"ה איתא אמר רב נחמן אמר שמואל לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך כו' אמר רב מנשיא בר זביד אמר רב לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר שכרתיך ונתתי לך שכרך אמר רמי בר חמא כמה מעליא הא שמעתא אמר לי רבא מאי מעליותא א"כ שבועת השומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים יכול לומר נאנסו דאפקיד לי' בעדים מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר לו נאנסו דאפקיד לי' בשטרא, ע"כ אכן כל הפוסקים פסקו דלא כגמ' זו, היינו דחיוב השומרים בשבועת נאנסו אף דלא אפקיד בעדים, וע"כ דמחלקי בין ממון דאמרינן מגו אף דהעזה, כמו בעזי דאכלי חושלי אף דהוי מגו דהעזה אעפי"כ נאמן אבל בשומרין לענין שבועה אית לן דמגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן, וא"כ פליאה מאי הקשה רבא א"כ שבועת השומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה, ואין לומר דרבא סבירא לי' דאף בשבועה אמרינן מגו דהעזה א"כ מאי פריך לרמי בר חמא, אטו רבא לא ידע, דיש מגו בעולם, ואין לתרץ דרבא סבירא לי' דאף בממון לא אמרינן מגו דהעזה, והכא הוי מגו דהעזה כמו שפירשו בתוס' שס ד"ה מתוך, ז"ל התוס' דנוח לו לומר טפי נתתי לך שכרך שלא יחשדוהו השכיר כמשקר במזיד לפי שהוא טרוד בפועליו, והשתא ניחא דפריך אדשמואל טפי ולא פריך אמאי דאמרינן מגו בכל התורה, עכ"ד התוס', דא"כ לרבא קשה מעזי דאכלי חושלי דאמרינן מגו, אף דהוי מגו דהעזה, והרי חזינן דבדף קט"ז פריך ואביי לית לה האי סברא מ"ש מעזי דאכלי חושלי כו' הרי דמהאי מעשה דאבוה דשמואל דפסק יכול לטעון עד כדי דמיהן פריך לאביי, משמע דאין סברא דאביי יפלוג על אבוה דשמואל, וגם משמע שהי' ידוע פסק דאבוה דשמואל לכולם, והנה הר"ן כתב בשבועות בשם הר' ר' יהוסף הלוי ז"ל דאין ודאי דרבא

אית לי' מגו אלא דסבירא לי' דלא אמרינן מגו אלא לאפטורי מממון אבל לא לאפטורי משבועתא ומשו"ה פריך ואמר מאי מעליותא דנהי משום מגו אית לן למימר שלא ישבע שכיר ויטול מ"מ ישבע בעה"ב, ע"כ ולכאורה קשה מנא לן דלא ישבע, רב ושמואל אמרי רק, דאז אין שכיר נשבע ונוטל אבל אין הכי נמי שבעה"ב צריך לשבע ומאי פריך רבא: **והנראה** לי דהנה בגמ' ב"מ איתא (דף ק"ב) בעי מיני' מר' ינאי שוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי על מי להביא ראי' אימת אי בתוך זמנו תנינא אי לאחר זמנו תנינא דתנן מת האב בתוך שלשים יום בחזקת שלא נפדה עד שיביא ראי' שנפדה לאחר שלשים יום בחזקת שנפדה עד שיאמרו לו שלא נפדה לא צריכא ביומא דמשלם זמני' מי עביד אינש דפרע ביומא דמשלם זמני' או לא אמר ר' יוחנן תניתוהו שכיר בזמנו נשבע ונוטל שכיר הוא דרמי רבנן שבועה עלי' משום דטרוד בפועליו אבל הכא שוכר מהימן בשבועה וכתב רש"י ד"ה אבל בעלמא אפילו ביום דמשלם זמנו נאמן לומר פרעתיך כבר ובשבועת היסת שהטילו חכמים על מי שאינו מודה מקצת עכ"ד רש"י, והוא תמוה לפי מאי דקי"ל דשבועת היסת נתקנה רק בימי רב נחמן, א"כ בימי ר' יוחנן לא נתקנה עדנה שבועת היסת ואיך אמר ר' יוחנן שישבע שבועת היסת:

אכן נראה לי דהא דאמר הכא תקנות קבועות שנו כאן שבועה גבי בעה"ב ועקרוה מבעה"ב חזינן דשתי תקנות הן מעיקרא תקנו רבנן, בשכירות פועל, כיון דחזינן דאתמר רחמנא בשכירות פועל דעובר על בל תלין, החמירו רבנן ג"כ בזה שאם הבעה"ב כופר הכל, ישבע שבועת המשנה בנקיטת חפץ ואף דכל כופר הכל פטור לגמרי מדין המשנה אבל היכא דההחמירה תורה וחייבו לשלם בזמן ועובר בל תלין, חייבו רבנן שבועת המשנה, שהיא שבועה בנק"ח, ואח"כ כיון שראו שבעה"ב טרוד בפועליו עקרו רבנן השבועה מבעה"ב ושדיוה על השכיר, וכן כתב הרב ר' יהוסף הלוי שהובא בר"ן הנ"ל דפריך ישבע בעה"ב ולא ישלם שהרי שבועה של תקנה מוטלת עליו וכדאמר לעיל עקרוה רבנן שבועה מבעה"ב ושדיוה אשכיר משום דטרוד בפועליו עכ"ד הר"ן בשם הרב ר' יהוסף הלוי, הרי דעוד קודם התקנה דשכיר בזמנו נשבע ונוטל כבר היתה תקנה שבעה"ב ישבע שבועה בנק"ח, וכן כתב הרמב"ם בפי"א מהלכות שכירות הלכה ז', ז"ל בעה"ב אומר שתים קצצתי לך והשכיר אומר שלש קצצת לי לא תקנו חכמים שישבע השכיר כאן אלא המוציא מחבירו עליו הראי' ואם לא הביא ראי' אעפ"י שכבר נתן לו שתים או שיאמר לו הילך הרי בעה"ב נשבע בנקיטת חפץ ודבר זה תקנת חכמים הוא כדי שלא ילך השכיר בפחי נפש, עכ"ד הרמב"ם, ולכאורה איפוא יש התקנה הזאת, שישבע בנק"ח, הלא הוא כופר הכל, וכופר הכל הוא בעי רק היסת מזה חזינן דגם הרמב"ם

מפרש דמעיקרא היתה התקנה בכופר הכל שישבע בעה"ב בנק"ח ואח"כ עקרוה רבנן מבעה"ב מטעם דטרוד בפועליו ושדיוה אשכיר, אבל קציצה הא מדכר דכירי, ואין בזה התקנה דשכיר בזמנו ישבע ויטול אבל התקנה הראשונה נשארה, דהרי בתקנה הראשונה שבעה"ב ישבע בנק"ח לא הי' חילוק בין אם מחלקותם בקציצה או כמה פרע, משו"ה כתב הרמב"ם שישבע בנק"ח, דבר זה תקנת חכמים הוא היינו התקנה הראשונה, שישבע בעה"ב, ובזה קשה על הש"ך שדחה דברי הרמב"ם והרא"ש והר"י הלוי וס"ל דבקציצה אין צריך לשבע בעה"ב אלא שבועת היסת, וכתב ז"ל ולענין מה שדחקו להר"י הלוי וסיעתו הא דפרכינן התם איני והא תני רבה בר שמואל כו' והיכא הוה ס"ד מעיקרא למימר דבמודה מקצת יפטר משבועה כבר האריכו הרמב"ן בס' המלחמות פ' כל הנשבעין והר"ן שם לישב זה, עכ"ד, אכן לפי דברינו זה לא דחק כלל להר"י הלוי, אכן טעמו פשוט כמו דמבואר בדבריו למעלה שהביא הר"ן לענין הקושיא דפריך רבא, א"כ שבועת השומרים, כו' דאף דאין תקנת שכיר בזה, אבל תקנה הראשונה הא היתה, שבעה"ב ישבע, וא"כ אף שעקרוה, אבל בקציצה דשם לא שייך בעה"ב טרוד בפועליו, היכא דמחלקותם בקציצה, שם סובר הר"י הלוי, דיש תקנה הראשונה דישבע בעה"ב, ומה דאמר שמואל, בזו (היכא דבעה"ב אומר לא קצצתי לך אלא אחת בזו ישבע בעה"ב, לא מיירי במודה מקצת דמיירי דאמר הילך או שכבר פרע, דאם מיירי במודה מקצת למה לשמואל לומר ישבע בעה"ב, פשיטא דישבע, ע"כ דחידוש דשמואל דישבע הוא אף שאין מודה מקצת, והיינו מטעם תקנה הראשונה, וע"ז פריך מברייתא דקתני רבה בר שמואל קצץ הממע"ה, ואי לא מייתי פקע, הרי דעל קציצה לא היתה כלל תקנה, ודחי דאי לא מייתי ראיה ישבע דגם על קציצה היתה תקנה ואין לדחות דברינו, מה שביארנו דפשיטא לי' לגמ' דהא דאמר שמואל בזו ישבע בעה"ב לא מיירי במודה מקצת, דא"כ למה איצטריך לשמואל לומר ישבע פשיטא כל מודה מקצת ישבע, אין לדחות זה מטעם שכתב הר"ן שם ז"ל וא"ת דבמודה מקצת עסקינן היכי ס"ד דנפקע כו' ויותר נכון כמו שכתב המאור דקא ס"ד שלא חייבה התורה מודה מקצת בשכירות אלא במלוה ופקדון דכתב בהו כי הוא זה כו' ואעפ"י שהרמב"ן השיב על זה שכיון שהשלים פעולתו נעשה שכירות מלוה ואין ראי' שיוגרע כחו מפני שהי' עיקרו שכירות, אין אני רואה בזה קושיא שלא נוכל לומר כן וכ"ש למאי דקס"ד מעיקרא שהרי דעת רוב המפרשים שכל תביעה הנמשכת מקרקע אעפ"י שעכשיו נעשית חוב דינה כקרקע ומוכחי לה מדאמר בפ"ק דמציעא דף ב' דלמ"ד הילך פטור דאיצטריך קרא למעוטי משבועה בשחפר בורות שיתן ומערות עכ"ל, לענ"ד אין דומה שכירות פועל לקרקע דאילו ה' הדין דפעולה של

פועל הוא בעד קנין בגופו, אפשר הי' לומר דהוי קרקע, אבל הא אין קנין בבן חורין, וכמו שביארנו למעלה בסימן כ"ז דשכירות פועל הוא בעד כל מכוש, א"כ אי אפשר כלל לומר דהוי קרקע, והרי חזינן דחייבה התורה קרבן שבועה על כפירת עושק היינו שכירות פועל, והרי בשבועות ל"ז אמר ר' יוחנן דאין מביאין קרבן על כפירת שיעבוד קרקעות, וא"כ איך חייבה תורה קרבן על כפירת עושק, ע"כ דעושק פעולת שכיר אין זה קרקע, וא"כ פשוט לגמ', דשמואל אמר דבעה"ב ישבע, אף בכופר הכל היינו דפרע כבר הסלע האחת או אומר הילך ועוד מהא דמייתי הר"ן ראי' אדרבה מזה מוכח, דמחויב מודה מקצת בכל חיובים דאם נימא דמודה מקצת אין מחויב אלא במלוה ופקדון, א"כ במזיק ג"כ אין מחויב מודה מקצת, וא"כ למה איצטריך קרא למעוטי קרקע מטעם דקרקע פטור על השבועה, תיפוק דהחיוב על זה שחפר הוא מדין מזיק, ומזיק אינינו מלוה, ולא פקדון, ע"כ דכל חיובים הוי מלוה וא"כ מה הקשה לשמואל, ע"כ דלא מיירי כלל במודה מקצת וכדברי הרב ר' יוסף הלוי, והיינו דהחיוב בקציצה מטעם שבועה הראשונה:

והנה הראשונים נחלקו בשכירות קרקע:

הובא דיעותיהם בחו"מ סימן של"ט, ונראה לי קצת ראי' דגם בשכירות קרקע יש איסור דבל תלין, דהנה (בחו"מ סימן ע"ח בש"ך ס"ק א') הביא דברי המרדכי שמסתפק אם התובע טוען שמא אי אמרינן ג"כ הך חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו (כגון שמת המלוה בתוך זמנו, והיורשים באים לתבוע), וכתב על זה הנתיבות ז"ל ולענ"ד נראה דבשמא ושמא לא אמרינן חזקה, דהא חזקת הגוף אלים טובא כמ"ש הרמב"ן ואפי"ה לא אמרינן חזקת הגוף בטענת שמא כמבואר (בכתובות ע"ו) גבי מנה לאבא בידך ובכמה דוכתי ומכ"ש בחזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהיא חזקה בינונית דלא מהני בטענת שמא, עכ"ד והמה תמוהים מאד, איך סובר הנתיבות דחזקה דאין אדם פורע תוך קילא מחזקת הגוף, א"כ יקשה הא חזקת הגוף אין מועיל אלא בטוען הנתבע שמא, אבל בברי וברי אין מועיל וכדאיתא כתובות ט"ז עד כאן לא קאמר ר"ג התם אלא בברי ושמא אבל הכא בברי וברי לא אמר ודקארי לה מאי קארי לה, ואילו חזקת אין אדם פורע בתוך זמנו אלים דאף בברי וברי הדין דגובין, וע"כ הא דאמר הרמב"ן, דחזקת הגוף אלים מכל חזקות, היינו אלו החזקות שדין הוא שמעמידין על החזקה כמו חזקת מרא קמא, וחזקת מעוברת, וחזקת כשרות מינייהו אלים חזקת הגוף אבל הא דאין אדם פורע בתוך זמן דאין הפירוש מטעם דמעמידין על חזקתו אלא כיון שאין דרך לפרוע בתוך זמנו ברור לנו שלא פרע, החזקה הזאת אלימא דאף בברי וברי מוציאין ועוד כיון דחזינן דאף בברי וברי מוציאין מכש"כ בשמא ושמא, דבודאי ברי וברי אלים משמא ושמא, דהרי יש מ"ד דסומכוס לא

אמר דממון המוטל בספק חולקין אלא בשמא ושמא אבל לא בברי וברי וכן סבר רב אף דאית לי' הולכין בממון אחר הרוב היכא דטוען ברי, אין מוציאין ואף אם נימא דדברי הנתיבות קאי היכא דריעא טענת המלוה, שהוא טוען שמא אעפי"כ הראי' שהביא מהא דמנה לאבא בידך, הא התם לא ריעא הטענה והטעם דע"י חזקת הגוף אין מוציאין בשמא ושמא, כמו דאין מוציאין בברי וברי, אבל חזקת דאין אדם פורע כיון דמועיל אף בברי וברי, אפשר דמועיל אף היכא דאיכא ריעותא, כגון שהמלוה טוען שמא, ואף אם נימא מסברא כיון דריעא חזקתו, אף דריעא גם טענת הלוה שהוא הא ג"כ טוען שמא אין מוציאין, אבל הגמ' הנ"ל שהביא הנתיבות אין שום ראי', ודבריו תמוהים מאד:

אכן בעיקר הדין, היכא דהוי שמא ושמא ואין ריעותא כגון שמת המלוה והלוה תוך הזמן, הא בבכור בתוך שלשים, הוי שמא ושמא. דכמו שאין הבכור יודע אם פדאו אביו. כן אין הכהן יכול לדעת אם פדאו אביו דאולי פדה אותו ע"י כהן אחר, ואטו מיירי מתניתין דוקא, בהיה תמיד רגיל לתן מתנותיו לכהן אחד, הלא מיירי בכל בכור, וא"כ מאין יודע הכהן שלא פדאו אביו וא"כ הוי שמא ושמא, ואעפי"כ מחייב לפדות עצמו, ואף דהתוס' בב"ב, דף ה' מחלקי בין חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו, להא דבכור בתוך שלשים משום דחייש שמא ימות, משמע מתוס' דלא אמר חילוק זה, אלא למאן דס"ל דלא אמרינן חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו, אבל למ"ד אין אדם פורע בתוך זמנו אין צריך לחלוק בין מלוה, בתוך זמנו, לפדות בכור, ואם נימא דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו, אין מועיל לשמא ושמא, א"כ גם למ"ד חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו, צריך לחלק והנה מהאי דינא אין ראי' אלא לדין דשמא ושמא, אבל בטוען התובע שמא היכא דאין ריעותא אין ראי' מכאן, אכן לדעתי דיש להביא ראי' אף לדין המרדכי היינו בטוען המלוה שמא ולא ריעא טענתו, היינו בבאו היורשים לתבוע, דהנה לכאורא קשה, מאי קאמר אימתי בתוך זמנו, (כשאומר השוכר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי) תנינא בתוך שלשים בחזקת שלא נפדה, מאי ראי' הא התם הוי שמא ושמא, אבל הכא בשוכר אמר נתתי אף שהשכיר אמר לא נטלתי הא הוי בריא ובריא, ובודאי דיותר יש לומר דאין להוציא מן המוחזק בטענת בריא ובריא מטענת שמא ושמא, וכמו שיש מ"ד דהא דאמר סומכוס דממון המוטל בספק חולקין הוא דוקא בשמא ושמא, אבל בברי וברי גם סומכוס מודה דאין מוציאין מיד המוחזק, הרי דאין לדמות שמא ושמא לברי וברי לענין להוציא מיד המוחזק, דאפשר דאף דחזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו הוא טענה טובה וסומכין עליו, ומחייב הוא בשביל זה מי שספק לו לפרועי אבל אם טוען ברי כמו שע"י רוב אמרינן דאין מוציאין ממין, וכפי דברי התוס' בתחלת המניח גם רב מודה בקים לי' בנפשי' דאין

מוציאין ע"י טענת רוב נגד בריא, א"כ אפשר דגם בסברא דאין אדם פורע בתוך זמנו אין מוציאין היכא דטוען ברי, ועכצ"ל דראי' הגמ' היא כיון דאיתא במתניתין לשון בחזקת שלא נפדה משמע דהוא בתורת ודאי, לא בתורת שאנו צריכין לחשוב, אלא ודאי שלא נפדה, ולענין ודאי אין חילוק בין טענת שמא לטענת ברי, ולפי זה הרי חזינן, דהוי ודאי שלא פרע וא"כ אף בטענת שמא וברי, אף דהיורשים טוענין שמא לא פרע, והנתבע טוען ברי, דאם הינו עושים חילוקים הלא גם בין שמא ושמא לברי וברי אפשר לחלק, ע"כ כיון דאמרה המשנה בחזקת הוא בתורת ודאי, וכיון דהוי ודאי אין לחלוק איך הטענות, אם אין ריעותא במה שטוען שמא כגון יורשים, וא"כ אף בטוען בריא ושמא, ואפשר דהמרדכי סובר, דאף למאן דאית ליה אין אדם פורע בתוך זמנו, יש חילוקים בין הלואה לזמן, לדין שכירות ופדיון בכור, כמו שמחלקים בתוספות, משום הכי מספקא לי':

עכ"פ זה מוכח דעיקר ראית הגמ' הוא מדקתני הלשון בחזקת הוא בתורת ודאי לפי זה יקשה איך איתא במתניתין לאחר שלשים בחזקת שנפדה אטו ודאי הוא שלאחר הזמן פורעין הדין הוא רק דלאחר זמן אם טוען פרע, אז המוציא מחבירו עליו הראי' כיון שאפשר שפרע אבל איננו ודאי שפרע ועכצ"ל דכיון שיש מצוה לפדות את הבן לאחר שלשים שהרי מצוה לא משהי ובודאי שפרע, ואף מדת חסידות אין כאן שיפדה את עצמו מטעם דילמא לא פדאו האב, דבודאי פדאו בזמנו. ומשו"ה קתני דלאחר שלשים בחזקת שנתן. ולפי זה יקשה א"כ איך מביא ראי' דלאחר זמנו בחזקת שנתן גם בשכירות, מאי ראי' היא מבכור דהתם הא הוא בתורת ודאי, דשהוי' מצוה לא משהינן. אבל בשכירות הא אין שייך לומר זאת. אכן אם נימא דגם בשכירות קרקע עובר בבל תלין. א"כ שפיר מדמי הגמ' דין שכירות לאחר זמנו לדין בכור דחזקה דאין עובר בל תלין. וכונת הגמרא לומר דאחר זמנו הוא ודאי ואפשר דאם תבע חוב השכירות ביחד עם חוב אחר, ועל חוב אחר הודה ועל חוב השכירות כפר למאן דס"ל, דמי קרקע אינה כקרקע:

אעפי"כ לא יתחייב שבועה. מטעם דהשכירות הוי ודאי דאין עובר בל תלין. ועל זה קאמר אי לאחר זמנו תנינא דאם לדע שיש לומר פרעתי לא הוצרך לומר אי לאחר זמנו תנינא פשיטא מ"ש מכל חוב שנאמן לומר פרעתי, וכמו דפריך בב"ב דף ה' או לאחר זמנו פשיטא דבחזקת שפרע הרי דלאחר זמנו, אין צריך מתניתין להשמיענו וא"כ מה דאמר אי לאחר זמנו. תנינא לאחר שלשים בחזקת שנפדה. הוא דשכירות לאחר זמן. יש חזקה דאין עובר בל תלין. אם על זה הוא טוען שפרע כולו (ולא דמי להא שכתבנו למעלה דהר"י הלוי סובר הפירוש בגמ' דסובר דהא דאמר שמואל גבי אומן אומר שתים קצצת לי, והלה אומר לא קצצתי אלא אחת, דבזה ישבע בעה"ב דלא מיירי בטענת מודה

מקצת דמאי קמ"ל, ולא אמרינן דקמ"ל דלא תימא דאין כאן מודה מקצת, דחזקה דאין עובר בל תלין:

דהא התם מיירי בזמנו. היינו שלא עבר הזמן. ולאחר זמנו ממ"נ הא חזינן שעבר בלא תלין שהרי נא שילם מקצתן):

עכ"פ משמע מזה דגם בשכירות קרקע עובר בבל תלין וכן הוכיח הקצוה"ח באופן אחר מסוגיא זו דשכירות קרקע עובר בבל תלין לפי זה שפיר אמר ר' יוחנן:

דשוכר נאמן בשבועה:

דהרי טעמא דתקנה ראשונה דישבע בעה"ב הוא משום דכיון דהחמירה התורה, וחייבה בבל תלין:

החמירו חכמים. ורמי שבועה בנק"ח על הכופר הכל אם תבעו בזמנו, א"כ גם בשוכר אומר נתתי ומשכיר אמר לא נטלתי דמיירי דתבעו ביום דמישלם זמנו. יש כאן תקנה הראשונה, דחייבו חכמים את בעה"ב לשבע ואף דאין כאן תקנה דשכיר בזמנו נשבע ונוטל דלא שייך כאן בעה"ב טרוד בפועליו, אבל תקנת שבועה הראשונה יש כאן משו"ה קאמר ר' יוחנן שוכר נאמן בשבועה היינו שבועת המשנה בנק"ח דכיון דהתביעה היא בזמנו דאין כאן חזקה דאין עובר בל תלין, מחויב שבועת המשנה שהיתה קודם התקנה דשכיר בזמנו נשבע ונוטל:

לפי זה אפשר לומר דהא דפריך רבא א"כ שבועת המשנה דחייב רחמנא הוא כן. דהנה הא דאמר רב ושמואל דאם שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לאמר שכרתיך ונתתי לך שכרך אין לומר דמאמינים לו לפטור מממון, שהוא מחויב אם אם ישבע השכיר, דע"ז אין שייך כלל מגו, כמו שהקשו בתוס' דהא כיון דהטעם הוא משום שטרוד בפועליו. תלינן ששכח וסובר שפרע, א"כ מאי שייך בזה לומר מגו דמגו לא שייך רק אם השאלה שנאמין לו, אבל הכא דהטעם הוא משום דתלינן דטרוד בפועליו ושכח מאי שייך בזה מגו:

וע"כ דטעם רב ושמואל, דאמרי דאם יש לו מגו פטרינן אותו הוא דכיון דהתקנה השני' דאמרו שכיר בזמנו נשבע ונוטל היתה על התקנה הראשונה. א"כ אימתי אמרו התקנה השני' דוקא היכא שלפי התקנה הראשו' הי' הבעה"ב מחויב שבועה אז חלה התקנה השני' ועקרו שבועה מבעה"ב ושדי' אשכיר אבל אם גם לפי התקנה הראשונה הי' פטור משבועה, אז גם התקנה השני' אין כאן וכיון דאם שכרו שלא בעדים הי' לפי התקנה הראשונה פטור משבועה משום מגו דאי בעי הי' אומר לא שכרתיך. שעל זה לא תקנו רבנן שבועה. ואם שכרו שלא בעדים לפי התקנה הראשונה הי' פטור משבועה, ממילא

גם התקנה השני' אין כאן דאימתי תקנו התקנה השני', דוקא אם לפי הדברים, הי' מחויב משום תקנה הראשונה לפי זה שפיר פריך רבא, א"כ בע"כ דרב ושמואל סברי מגו דהעזה לאפטורי משבועה, דאם היו סוברים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, הלא לפי התקנה הראשונה הי' מחויב שבועה. ועל תקנה של עתה אי אפשר לפוטרו ע"י מגו. דהא עתה אמרינן דטרוד בפועליו. ולא שייך מגו. וע"כ דרב ושמואל סברי דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי משבועה, וא"כ עליהם הקשה רבא א"כ שבועת השומרין דחייב רחמנא היכא משכחת לה אבל רבא בעצמו סובר דלא אמרינן מגו דהעזה לאפטורי משבועה, וא"כ אף לפי התקנה הראשונה הי' מחויב שבועה אף שיש לו מגו שהיא העזה וכמו שפירשו בתוס' דמגו דהי' אומר לא שכרתיך הוי מגו דהעזה, ובמגו הלזו לפטור מתקנה השני' אי אפשר. דהא עתה אנו תולין שטרוד בפועליו ולא שייך מגו:

אכן לפי זה יקשה על הרמב"ם כיון דהוא ס"ל ככל הפוסקים דשבועת השומרין מחויב אף בלא הפקיד בעדים, וע"כ דס"ל מגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן. וא"כ איך פסק להאי דינא דרב ושמואל דאם שכרו שלא בעדים בעה"ב נשבע ונפטר. הוא ע"כ מוכח בגמ' דעל שבועה האחרונה אי אפשר להפטר במגו דהא מגו לא שייך הכא דתלינן דטרוד בפועליו. ומתקנה הראשונה הא אין לפוטרו. מטעם מגו דהא מגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן והנראה לי דהנה הרמב"ם כתב בפ"ב מהלכות טוען דכל הנשבעין ונוטלין אם הי' חשוד שכנגדו נשבע ונפטר, מזה הוכיחו דס"ל דאם הי' השכיר חשוד בעה"ב נשבע ונפטר וכבר העיר הש"ך דאיתא בירושלמי פרק כל הנשבעין הי' חשוד וכי בי"ד מוסרין שבועה לחשוד היו שניהם חשודין בפלוגתא דר' מאיר ור' יוסי דר"מ יחלוקו ור' יוסי אמר חזרה שבועה למקומה הרי דלכל הפחות חזרה שבועה למקומה וא"כ ישבע בעה"ב שבועה בנקיטת חפץ:

והנה איתא שם בירושלמי א"ר אבין בעה"ב מתוך שעסקיו מרובין תקנו בשכיר לשבע ולטול ודכותי' תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול תני ר' חייא אם יש עדים שתבעו בזמני' אפילו לאחר שנה נשבע ונוטל א"ר יוסי אין לו אלא אותו היום והנה דברי הירושלמי לכאורה תמוה, כיון דהתקנה היתה רק שכיר בזמנו נשבע ונוטל, אבל לאחר זמנו לא היתה תקנה, הלא ממילא הדין דאם עבר זמנו לא ישבע ויטול, וא"כ למה לתקן לבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע הא ממילא הדין דלא היתה התקנה אלא בזמנו, ונראה לי דהנה פריך בגמרא, אי הכי לשקול בלא שבועה ומשני כדי להפיס דעתו של בעה"ב לפי זה השכיר נוטל מדין בעה"ב טרוד בפועליו. והשבועה הוא רק כדי להפיס, אכן מתוס' בשבועות דף מ"ו על הא דקאמר בגמ' אמר רבא בהא קמפלגי ר'

יהודה סבר (דס"ל דשכיר נשבע ונוטל דוקא כשיש מודה במקצת) בדאוריתא עבדו רבנן תקנתא לשכיר בדרבנן הואי תקנתא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ורבנן סברי בדרבנן נמי עבדינן תקנתא לשכיר, וכתב בתוס' ד"ה דרבנן ז"ל לא דמי להא דאמרינן בפרק שבועת הדיינין גבי שכנגדו חשוד על השבועה דברבנן לא מפכינן שבועה דתקנתא לתקנתא נא עבדינן דהתם בתחילה נתקנה על החשוד ולא רצו לעוקרה אבל הכא מעיקרא מתקנינן לה על השכיר, עכ"ד דברי התוס' הרי דסבירא להו לתוס', דעיקר תקנת שכיר בזמנו לא היתה בשביל השבועה הראשונה שהיתה על בעה"ב, דא"כ הא הוי תקנתא לתקנתא אלא דעתה כשתקנו שכיר בזמנו נשבע ונוטל היא תקנה חדשה ששכיר בזמנו נשבע ונוטל ואיננה שייכה לתקנה ראשונה וא"כ הא דאמרינן כדי להפיס דעתו הוא רק טעם דמשו"ה היתה התקנה כן:

אבל עתה היא תקנה חדשה. דשכיר נוטל ע"י שבועה, וכן מצינו בעד אחד מעיד שהוא פרוע דג"כ אמרו (בכתובות פ"ח) שהשבועה כדי להפיס דעתו של בעה"ב ואעפי"כ היכא דאין יכול לשבע אין נוטל:

אכן בלא דברי תוס' אפשר לאמר דהתקנה השני' היא על התקנה הראשונה, ואעפי"כ לא קשיא מהא דתקנתא לתקנתא לא עבדינן. דהנה התומים הקשה על דברי הרמב"ם דס"ל דעדות שבשטר הוי רק דרבנן דמה"ת בעינן מפיהם ולא מפי כתבם. ורק מדרבנן חותכין עפ"י עדות שבשטר והקשה התומים, א"כ עד בשטר, הוי רק מדרבנן וא"כ איך אמר הרמב"ם שאם הי' שטר בע"א וטוען פרעתי הוי מחויב שבועה ואין יכול לשבע ומשלם: והא כיון דהעד הוי רק דרבנן. א"כ השבועה דרבנן ובשבועה דרבנן הא לא אמרינן מתוך שאי"ל משלם. ומזה רצה התומים להוכיח דהיכא דהעדים חיים, אף להרמב"ם הוי עדות שבשטר דאורייתא, אכן כל הפוס' פירשו דאף אם העדים חיים ג"כ עדות שבשטר הוא דרבנן, ונראה לתרץ דהנה לכאורה כיון דקי"ל דדוקא בשבוע' דאורייתא אמרינן מתוך שאי"ל משלם אבל לא בשבועה מדרבנן, א"כ בשבועות דאמר מאי איכא בין שבועה דרבנן לשבועה דאורייתא אמאי לא אמר החילוק הזה, ועכצ"ל דהאי דינא דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחויב שבועה ואי"ל משלם כדאמרינן בשבועה דאורייתא, תלוי בזה דבדאורייתא כיון דנחתינן לנכסי' אם לא ישבע:

ממילא אף אם אין יכול לשבע משלם שזהו דנחתינן לנכסי' היינו דחיוב השבועה הוא חיוב ממון אם לא ישבע אבל בדרבנן לא נחתינן לנכסי':

א"כ חיוב השבועה הוא רק חיוב ומצוה לשבע, אבל השבועה לא הוי בגדר חיוב ממון כיון דלא נחתינן לנכסי' משו"ה אף אם אין יכול לשבע אינו משלם דשבועה זו שבועת היסת איננה בגדר חיוב ממון:

והא דפריך ולר' יוסי דאמר בדרבנן נמי נחתינן לנכסי' כיון דחזינן דלר"י אף אם אמרו רק גזל מפני דרכי שלום, דיינין בזה דין דנחתינן לנכסי' א"כ אף בשבועת היסת אם אין נשבע יהי' בזה הדין שנחתינן לנכסי' כיון שאין עושה כתקנת חכמים אבל עכ"פ לדידן בשבועת היסת הוי רק חיוב שבועה ולא תקנוה רבנן לענין חיובא דממון, נמצא דהאי דינא דבשבועה דרבנן לא אמרינן מחויב שבועה ואי"ל משלם הוא תלוי בדין דנחתינן לנכסי':

וכיון דכבר מנה בין דברים שבין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן נחתינן לנכסי' תו לא איצטריך לחשוב האי חילוקא דבשבועה דאוריית' אמרינן מחויב שבועה ואי"ל משלם ובדרבנן לא אמרינן דזה הוא בכלל מה שאמרו דבדאורייתא נחתינן לנכסי' ובדרבנן לא נחתינן לנכסי':

והנה הא דאמרו דבדרבנן לא נחתינן לנכסי' אין הכלל על כל דרבנן לא נחתינן לנכסי' דהרי בכל חיובא דרבנן כמו קנס דהיזק שאינו נכר ודינא דגרמי, וכדומה הא נחתינן לנכסיו אלא הכונה דבשבועת היסת אותה לא תקנו רבנן בגדר חיוב ממון שיהי' הדין דנחתינן לנכסי' אבל היכא דרמי רבנן חיובי ממון אף בדרבנן נחתינן לנכסי'. מעתה לא קשה קושית התומים להרמב"ם דס"ל הא דחותכין עפ"י עדות שבשטר הוא מדרבנן א"כ עד בשטר אמאי הוי להרמב"ם מחויב שבועה ואין יכול לשבע, הא השבועה רק דרבנן אכן עד שבשטר הא הוא חיוב דרבנן דנחתינן לנכסי':

שהרי עפ"י שני עדים, גובין מן הלוה:

א"כ על ידי עד שבשטר רמו רבנן חיוב ממון, ונחתינן לנכסי', דיהבי על זה דין עדות דאורייתא, א"כ כמו ששני עדים שבשטר מחייבין מדרבנן ממון גמור, ה"נ עד אחד שבשטר רמו מדרבנן חיוב שבועה דנחתין לנכסי' היינו שאם לא ישבע ישלם, וממילא אם אין יכול לשבע משלם ולפי זה היכא דרבנן אמרו שמחויב שבועת המשנה היינו שבועה בנק"ח רמי רבנן על זה דין חיוב ממון. וא"כ אם אין יכול לשבע, ממילא מחויב לשלם ולא הוי כלל תקנתא לתקנתא. בכה"ג אפשר לומר דמה שאמרו בשכיר מתוך שאין יכול לשבע משלם התקנה הזאת היא על התקנה הראשונה, והאי דאמרינן בב"מ תקנתא היא ותקנתא לתקנתא לא עבדינן. הוא בשבועת היסת דאותה לא עשאוה רבנן בגדר חיוב ממון דלא נחתינן לנכסי') אבל שבועת המשנה שהיא בנקיטת חפץ ונתנו

לה רבנן חומר שבועה דאורייתא תקנוה כעין דאורייתא וממילא אפשר לעשות התקנה השני' לפי התקנה הראשונה דכיון דבעל הבית טרוד בפועליו עקרו השבועה מבעה"ב שנתנו לה חומר שבועה דאורייתא ושדיוה אשכיר:

ולפי זה אפשר לומר דזהו הפירוש, בעה"ב מתוך שעסקיו מרובין תקנו בשכיר לשבע ולטול ודכותה תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול תני ר' חייא אם יש עדים שתבעו בזמנו אפילו לאחר שנה ישבע ויטול אמר ר' יוסי אין לו אלא אותו היום, והקשינו הא כיון דתקנת שכיר לא היתה אלא בזמנו:

א"כ לאחר זמנו אין צריך לתקן שלא ישבע וממילא הוא מתוקן אחרי שלא תקנו לאחר זמנו אכן לדברינו שיש לפרש בתרי גווני אם השבועה השני' היתה הוספה על הראשונה או כשתקנו התקנה השניה דשכיר בזמנו נשבע ונוטל עקרו התקנה הראשונה זהו הפירוש בדברי הירושלמי דהנה התקנה הראשונה כשהיתה שמפני שהחמירה התורה בפעולת שכיר שיהי' לזה דין דבל תלין. החמירו רבנן בכפירת בעה"ב שצריך לשבע הבעה"ב בנקיטת חפץ:

זאת התקנה היתה תמיד שכל עת שבא, והשכיר תובעו ובעה"ב משיב נתתי, צריך לשבע דאטו משום דעבר הזמן. בטל חומרת דמי פעולתו, אלא דאם אין עדים שתבעו כל זמנו אמרינן בחזקת שנתן בזמנו, דאין בעה"ב עובר בל תלין ואז אין צריך לשבע, אבל אם יש עדים שתבעו כל זמנו ולא נתן א"כ אין כאן חזקת דאין בעה"ב עובר בבל תלין, ממילא אפילו לאחר שנה נשבע בעה"ב בנקיטת חפץ. ממילא כשתקנו משום דבע"ה עסקיו מרובין תקנו שהשכיר נשבע ונוטל. ממילא אפילו לאחר שנה השכיר נשבע ונוטל אם יש עדים שתבעו כל זמנו ולא נתן. אכן אם נימא דכשתקנו רבנן התקנה השני' עקרו רבנן התקנה הראשונה לגמרי ותקנו תקנה חדשה דשכיר בזמנו נשבע ונוטל, אותה תקלה לא היתה רק דשכיר בזמנו, אבל שלא בזמן לא תקנו ורק אם יש עדים שתבעו כל זמנו נתנו לו זמן אחד שיהי' לזה ג"כ דין בזמנו אבל שלא בזמנו אין הדין דישבע השכיר, וכיון דהיכא דהשכיר אומר לא נטלתי עקרו רבנן תקלה הראשונה, ממילא הי' בזה שתי תקנות שבזמנו ישבע השכיר ויטול, ועוד תקנה היתה ממילא בזה, שאם עבר הזמן שלא ישבע הבעה"ב שבועתו וממילא אם עבר הזמן לא ישבע השכיר, וזה דקאמר ר' אבין בעה"ב מתוך שעסקיו מרובין. תקנו שהשכיר ישבע ויטול ובשביל זאת התקנה עקרו לגמרי תקנה הראשונה, היכא דטענתם אם פרע (לאפוקי היכא דטענתם בהקציצה לא עקרו) ועקרו השבועה מבעה"ב שלא יהי' עליו חיוב שבועה, ממילא הרי תקנו שאם עבר הזמן שלא ישבע ויטול ובזה פליגי ר' חייא ור' יוסי ר' חייא סבר דלא עקרו התקנה

הראשונה רק שהוסיפו התקנה השני' על הראשונה ממילא אם יש עדים שתבעו כל זמנו דאין כאן עתה חזקת שנתן שלא יעבור על בל תלין. אף אם עבר הזמן ישבע השכיר ויטול, אכן ר' יוסי סבר כר' אבין דעתה עקרו התקנה הראשונה והתקנה השני' היתה רק ששכיר בזמנו נשבע ונוטל וממילא אף אם יש עדים שתבעו כל זמנו נתנו לו רבנן רק עוד זמן כפי הזמן שתבע אבל יותר לא. וא"כ הרמב"ם שפסק דאין לו אלא אותו היום של התביעה, וכסתמא דגמרא דידן דאמר רב חמי בר עוקבא דאין לו אלא אותו היום של התביעה הא הוא פסק כר' יוסי וכר' אבין, דאם מחלקותם בפריעה לא בהקציצה עקרו רבנן התקנה הראשונה. א"כ אם עבר הזמן אף אם יש עדים שעבר בעה"ב על בל תלין שתבעו כל זמנו. אעפי"כ עתה אין על בעה"ב חיוב שבועת תקנה הראשונה דאותה עקרוה לגמרי אם המחלוקת בפרעון, משו"ה סבירא לי' להרמב"ם דאם עבר הזמן נשבע רק היסת:

ולפי זה אי אפשר לפרש הא דקאמר הירושלמי הי' השכיר חשוד, וכי מוסרין שבועה לחשוד, היו שניהם חשודין בפלוגתא דר"מ אמר יחלוקו, ור' יוסי אמר תחזור שבועה למקומה) דלר' יוסי (כפי גירסת הירושל' ר' יוסי הוא דאמר חזרה שבועה למקומה) הי' הדין דחזרה שבועה למקומה דהא ר' יוסי הא אית לי' דעקרו שבועה, והתקנה הראשונה בטלו עתה לגמרי, ועתה תקנה חדשה שהשכיר ישבע, ע"כ מפרש הרמב"ם דברי הירושלמי להיפך, דהאי דינא אם עתה עקרו השבועה הראשונה, או דעשאו התקנה השני' הוספה על הראשונה, תלוי בזה, דהנה בספרנו על ב"ק, סימן מ"ד ביארנו דברי התוס' (ב"מ דף ה') ד"ה חשוד שהקשו אמאי לא אמרינן בחשוד כיון שאין יכול לשבע למה ישבע זה שכנגדו. יטול בלא שבועה כדין מחייב שבועה ואין יכול לשבע שנוטל בלא שבועה ותרצו בתוס' שני תירוצים. א' משום דלא שבקת חיי לחשוד שכל אחד יתבענו ויחייבו שבועה ויגבה ממנו, ועוד תרצו דלא דמי לאין יכול דהרי ברצון הי' נשבע אלא שאין מניחין לו. וביארנו שם דהנה התורה אמרה ולקח בעליו ולא ישלם מזה ידעינן. דלא ישלם אלא אם לקח בעליו השביעה, אבל אם לא נשבע משלם, אכן יש להסתפק אם אמרה התורה היכא דחייבה שבועה. שהחיוב הוא ממון. אלא שהוא חיוב כזה שיוכל לפטור עצמו מהחיוב הזה על ידי שבועה, אבל כל זמן שלא פטר עצמו החיוב ממון. או דהחיוב הוא שבועה רק דאמרה התורה דנחתינן לנכסי' אם אין נשבע משלם, וביארנו דבזה פליגי הרמב"ם והראב"ד דהרמב"ם ס"ל דהחיוב הוא ממון. רק היכא שנשבע נפטר אבל כל היכא דלא נשבע, אף שאין לחייבו על זה שלא נשבע כגון היכא דלא הוי לי' למידע אעפי"כ מחויב שהרי עכ"פ לא פטר עצמו, אכן הראב"ד סבירא לי' דהחיוב הוא

שבועה. רק דאמרה התורה שמחויב ממון על שלא נשבע אבל היכא דאין עליו חיוב על מה שלא נשבע כגון היכא דלא הוי לי' למידע פטור, ובזה מחולקים שני תירוצי התוס' התירוץ הא' סבירא לי' דהחיוב הוא ממון. אלא דאמרה התורה, שאם נשבע נפטר א"כ פטרתו התורה רק היכא דנשבע שבועה שמאמינים לו, אבל חשוד שלא יוכל לשבע שבועה שנאמין אותו יש לו דין מחויב שבועה ואי"ל שמשלם, והא דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל הוא תקנה לחשוד דלא שבקת חיי לחשוד אבל לתירוץ הב' עיקר החיוב שבועה, ורק חייבה התורה ממון על שאינו נשבע, וחשוד הא רוצה לשבע אלא שאנחנו אין מאמינים אותו אין כאן דין מתוך שאין יכול לשבע ורק תקנתא דרבנן הוא שכנגדו ישבע ויטול וביארנו שם לתרץ קושית התוס', איך קאמר שם דרב ושמואל פליגי על דין דנסכא דר' אבא, דלית להו מתוך שאין יכול לשבע משלם הא בכתובות מוכח דשמואל ס"ל מתוך שאין יכול לשבע משלם, וכן רב נחמן אף שסבר כרב ושמואל ס"ל בב"מ מתוך שאין יכול לשבע משלם, וביארנו דזה גם רב ושמואל סברי מתוך שאי"ל משלם, רק דאינהו סבירא להו. דהחיוב שבועה. רק שחייבה התורה אם לא ישבע, א"כ בדין דנסכא דר' אבא דביארנו למעלה, דמשו"ה אין מאמינים לו במגו דלא חטפתי שישבע ויאמר אין חטפתי ודידי חטפתי משום דכל זמן שאין נשבע להכחיש את העד יש להעד דין שני עדים והוי כראינו החטיפה, ואז יש לזה שחטפו ממנו חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו ומגו נגד חזקה שיש ביד אדם הוא שלו לא אמרינן וזה הדין שיש להעד כל זמן שלא נשבע להכחישו דין כשני עדים הוא דוקא אם אמרינן דחיוב שחייבה התורה בעד אחד. הוא חיוב ממון, אבל אם נימא דהחיוב רק שבועה. לא עשאה התורה את העד אחד כשנים, שהרי לא חייבה ממון:

והנה יש לעיין הא דאמרו רבנן בעה"ב מתוך שטרוד בפועליו עקרו רבנן שבועה מבעה"ב ויהבוה אשכיר אם הכונה, דראו רבנן דמצוי הוא הרבה, שבעה"ב מפני שטרוד בפועליו יטעה, וא"כ זה הבא לפנינו הבעה"ב עליו אמרינן, שזהו שהוא טרוד ושכח וטעה וסבור שפרע ובאמת לא פרע, או דבאמת אין זה מצוי שיטעה, וזה הבא לפנינו הוא כיון דהוא טוען בריא שפרע, לא מחזקינן ששכח רק כיון שלפעמים בעה"ב טרוד בפועליו וא"כ יוכל לבא לידי שבועת שוא משום תקנת העולם תקנו שישבע השכיר ויטול, אבל זה הבא לפנינו אינינו בכלל שבודאי הוא שכח ואין יודע, והנה אם נימא דחשוד מן הדין הי' לכשנגדו לטול בלא שבועה. שהרי מחויב שבועה ואין יכול לשבע משלם והא דקתני בחשוד שישבע שכנגדו. משום דלא שבקת חיי לכל ברי' בכה"ג לא שייך, שהרי לא כולי עלמא אגרי פועלים נינהו, וגם הא הוא יכול לתן בפני עדים או זה בפני זה, וא"כ אם

הי' לנו באמת חשש שהוא חשוד ששכח, וטועה. סובר שפרע ולא פרע, הי' לנו מן הדין שיטול השכיר בלא שבועה שהרי שבועה הראשונה היתה חמורה כעין דאורייתא ויהבו רבנן על זה דין דנחתינן לנכסיו:

אחרי שחייבו שבועה בנקיטת חפץ. וא"כ כשתקנו מפני שבעה"ב טרוד בפועליו, ע"כ דלא הוי חשש אמתי, ואם הי' נשאר עליו חיוב השבועה הראשונה, הרי למאן דס"ל דהחיוב הוא ממון וכל זמן שהוא אין פוטר עצמו בשבועה מחויב לשלם אף אם הוא רוצה לשבע ואנחנו אין מניחים, הי' הדין דנוטל השכיר בלא שבועה, וא"כ כשרבנן הוצרכו, מפני תקנות העולם, לתקן שיהא השכיר נשבע ויטול בשבועה הוצרכו לעקור תקנת חיוב השבועה הראשונה ועקרוה לגמרי, וכמו שכתבו התוס' דעיקר התקנה הי' על השכיר שישבע ויטול וא"כ אין התקנה השני' הוספה על הראשונה שהיא סותרת הראשונה, דאם יש חיוב שבועה על בעה"ב אם אין נשבע השכיר נוטל בלא שבועה, ע"כ דעתה היא תקנה חדשה ובטלו לתקנה הראשונה, אכן אם נימא דשבועה דאורייתא, עיקר החיוב שבועה:

ורק אם אין נשבע צריך לשלם ובחשוד כיון שהוא רוצה לשבע, רק שאנחנו אין מאמינים לו, אין כאן דין מחויב שבועה ואין יכול לשבע, א"כ אפשר בפשטות לומר:

שזה הבעה"ב הבא לפנינו חשוד הוא ששכח, ואעפי"כ אין עליו הדין מחויב שבועה ואי"ל אחרי שהוא טוען ברי:

ואף שלנו ספק שמא שכח.. אטו משום שאצלנו ספק. שמא שכח נחייבו ממון. הרי הוא טוען ברי שזוכר שפרע, וא"כ השבועה הראשונה במקומה רק הוסיפו עוד תקנה, על התקנה ההיא ואמרו כמו בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל כן בבעה"ב חשוד לנו שמא שכח ישבע השכיר ויטול אבל התקנה השני' היא הוספה על הראשונה דגם לפי התקנה הראשונה, אין מחויב ממון, כיון שהוא רוצה לשבע והספק הוא רק אצלנו. מעתה פירוש הירושלמי כך הי' השכיר חשוד, וכי מוסרין שבועה לחשוד ועתה הם שניהם חשודין. אתיא בפלוגתא דר"מ דסבירא לי' אם היו שניהם חשודין יחלוקו. היתה התקנה היכא דשניהם חשודים יחלוקו, ואפשר גם בשכיר יהי' הדין דיחלוקו אבל לר' יוסי דלפי גרסת הירושלמי, הוא סובר חזרה שבועה למקומה, (דלא כגרסת גמ' דילן דלמסקנא דר' יוסי הוא דסובר יחלוקו). א"כ ר' יוסי דסבירא לי' בדין דשניהם חשודין חזרה שבועה למקומה ומתוך שאי"ל משלם ע"כ דהוא סבירא ני' דבחשוד מן הדין הי' שכנגדו נוטל בלא שבועה דכיון דאין נשבע אף שאין המניעה מצדו שהוא רוצה לשבע אעפי"כ מן הדין כל זמן שאין פוטר עצמו בשבועה מחויב לשלם. דהחיוב הוא ממון:

ומשו"ה בשניהן חשודין. שאי אפשר לקיים התקנה שישבע שכנגדו, חזר הדין דחשוד מתוך שאין פוטר עצמו בשבועה משלם, א"כ ע"כ בשכיר כשתקנו דשכיר בזמנו נשבע ונוטל אין הטעם משום דזה הבא לפנינו מחזקינן שהוא חשוד:

אלא משום תקנת העולם כדי שלא יבא אחד לידי שבועת שוא, עקרו רבנן תקנה הראשונה, ונעשה כאילו בעה"ב אין מחויב שבועה. אלא דמעיקרא התקנה שהשכיר ישבע ויטול, ואם הוא חשוד. הבעה"ב פטור לגמרי. שהשבועה הראשונה עקרו, והשכיר אין מוסרין לו שבועה, ואזל ר' יוסי לטעמי' כפי שביארנו דהוא סבירא לי' כר' אבין, דכותה תקנו בבעה"ב שאם עבר זמנו שלא ישבע ויטול וכפי שביארנו, דהיינו דעקרו התקנה הראשונה, וממילא היתה תקנה דאם עבר זמנו שלא ישבע, אף הבעה"ב:

נמצא לפי מאי שפסק הרמב"ם בעלמא בשניהן חשודין חזרה שבועה למקומה, ומחויב שבועה, ומשלם, א"כ ע"כ בשכיר אין הבעה"ב הבא מוחזק שטועה ושוכח, ועתה יש תקנה חדשה שהשכיר נשבע, שבועה הראשונה עקרו היכא דמחלקותם בפרעון, א"כ אפשר לומר שפיר מגו דאי בעי אמר לא שכרתיך אף שהיא מגו דהעזה, שהרי היא מגו לאפטורי מממון. שהרי לדידן אין הבעה"ב הבא לפנינו חשוד ששכח וטועה ורק משום תקנת עלמא תקנו שישבע השכיר, אבל אם יש לו מגו פוטר עצמו מחיוב, ממון שהטילו עליו ע"י שבועת השכיר מחיוב הזה פוטר אותו המגו, דהרי מגו אף דהעזה פוטר מממון אכן רב ושמואל הא סברי דחיוב דמתוך שאין יכול לשבע משלם, הוא דוקא בהסבה מצדו דלדידהו חיוב שבועה אינינה חיוב ממון רק דאם אינינו נשבע חייבתו התורה ממון אבל בחשוד שהוא רוצה לשבע אין כאן חיוב ממון. לדידהו אין צריך לעקור שבועה הראשונה דאף שיש חיוב שבועה הראשונה ואנן סבירא לן:

שהוא טרוד בפועליו ואין מאמינים לו אעפי"כ אי אפשר לחייבו ממון. דהרי הוא רוצה לשבע וטוען שברי לו שפרע, רק שאנן חשדינן לי' שטעה ושכח, וא"כ אפשר להיות שבועה השני' על הראשונה ולדידהו אפשר לפרש כפשוטה שזה הבעה"ב הבא לפנינו חשוד אצלנו בזה שהוא טועה וסבר שפרע ולא יפרע וא"כ לדידהו אי אפשר לפרש דהמגו פוטרו את זה הבא לפנינו דמאי שייך מגו. כיון דסברינן שהוא טועה, ע"כ האי מגו היא לפוטרו משבועה הראשונה, שהיתה עליו קודם התקנה, וא"כ לדידהו שפיר פריך רבא דהרי שמועה זו דלא שנו אלא ששכרה בעדים רב אמרה וגם שמואל אמרה:

וא"כ בע"כ דאינהו סברי מגו דהעזה לאפטורי משבועה, לדידהו פריך רבא א"כ שבועת השומרין דחייב רחמנא היכי משכח לה, אבל לדידן דס"ל דעקרו התקנה הראשונה, והאי דאתו לקמן אינינו במוחזק ששכח מטרדת פועליו וטעה א"כ לא קשה כלל דהאי

מגו קאי על חיוב של עתה ששבועת השכיר היתה מחייבו, והוי מגו לאפטורי מממון. דאמרינן אף מגו דהעזה אבל בשבועת השומרין דהוי לאפטורי משבועה, בזה לא אמרינן מגו דהעזה.

וטעמא דמילתא דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון ולא לאפטורי משבועה נראה לי, דהנה מגו יש לומר בה שני טעמים. או שהיא ראי' שאומר אמת שאילו הי' חפץ לשקר הי' אומר הטענה השני' וזה מוכח שהוא טוען אמת, או כיון שהי' לו עצה שנאמין אותו ובידו לטעון טענה שהי' נאמן אף שטוען טענה אחרת לא אבד הנאמנות שהי' בידו עפ"י הטענה שהי' יכול לטעון. והנה מגו דהעזה, אין זה ראי' שהרי אפשר שמשום הכי לא טען הטענה ההיא משום דלא רצה להעיז, וטוען טענה שאין בה העזה, א"כ הראי' אזלה, ורק משום נאמנות נגעו בה כיון שהי' בידו לטעון טענה שהי' נאמן לא אבד נאמנותו בשביל שטוען טענה אחרת ומשו"ה לאפטורי משבועה, כיון דהחיוב לברר, וע"י מגו דהעזה אין לנו עדנה בירור שטוען אמת שאפשר שמשום העזה לא חפץ לטעון אותה הטענה משום הכי צריך לשבע, אבל אם יש לו מיגו שאינינה העזה. הרי יש לנו בירור שטוען אמת מדלא טען הטענה השני' משום הכי אין צריך לשבע, אם יש לו מגו דאינינה העזה, אבל לאפטורי מממון אף מגו דהעזה פוטרת, אף דאין לנו בירור שטוען אמת, אבל נאמנותו לא אבד, משו"ה נאמן אף במגו דהעזה:

אבל לאפטורי משבועה כיון שהחיוב עליו לברר במגו דהעזה אין פוטר עצמו כיון שלא בירר עדנה:

בזה נראה לישב דברי התוס' בב"ב דף ה' דאיתא אמר ריש לקיש הקובע זמן לחבירו ובא בזמנו ואמר לו פרעתיך בתוך זמני אינו נאמן ולואי שיפרע אדם בזמנו והקשה בתוס' ד"ה ובא ז"ל, וא"ת נפשוט מהכא דלא אמרינן מגו דאי בעי אמר פרעתיך עתה ואומר ר"י דהא לא חשוב מגו כיון דמיירי דקאי ביום אחרון של זמן ואע"ג דמסקינן בשילהי השואל ב"מ (דף ק"ב) דעביד אינש דפרע ביום דמשלם זמני' מ"מ אין זה מיגו דלא חציף אינש למימר פרעתיך היום אבל רגיל הוא לומר פרעתיך אתמול ושכחת עכ"ד התוס'. והקשה ע"ז הקצות החושן בסימן ע"ח ס"ק הי' דהא קי"ל דלאפטורי מממון אמרינן אף מגו דהעזה. ואין לומר דהכא הוי העזה גדולה, דאף בממון אין מועיל מגו כהאי, דהא היכא דטוען ממושכן הוא בידי היכא דלא ראינו עתה. אף שראינו מקודם באותה שעה אמרינן מגו דהחזרתי הרי דלפטור מממון אמרינן אפי' מגו דהעזה כי האי אכן לדברינו קושיתו מיושבת, דהנה התוס' שם בב"ב בד"ה מי אמרינן במקום חזקה מה לי לשקר הקשו ז"ל ומיהו קשה מדתנן ביבמות בפרק בית שמאי (דף קי"א) יבמה שאמרה בתוך שלשים

יום לא נבעלתי כופין אותו אחר שלשים מבקשים הימנו ומפרש התם דעד שלשים יום מוקי אינש אנפשי' טפי לא מוקי ולכך אחר שלשים יום אין כופין דלא מהימנא אף על גב. דאית לה מגו דאי בעיא אמרה אינו יכול לבא עלי דנאמנת כדמוכח בסוף נדרים (דף צ"א) אכן לדברינו לא קשה דלכאורה קשה מאי מספקא לי' אי אמרינן מה לו לשקר במקום חזקה היינו:

אי מגו אלים מחזקה דאין אדם פורע או דחזקה דאין אדם פורע עדיפא ממגו שהרי מגו להוציא לא אמרינן וחזקה דאין אדם פורע הא מועיל אף להוציא, ועכצ"ל דזה ודאי פשיטא להגמ' דחזקה עדיפא ממגו רק דמספקא לי' כיון שיש נגד החזקה דאין אדם פורע שהוא בירור שלא פרע, נגד זה יש בירור שפרע דאי בעי אמר שפרע לאחר זמן, וא"כ יש לנו בירור שפרע היינו המגו, וא"כ איתרע ראיית החזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו. וא"כ אפשר דבחזקה שאין אדם פורע, דאיתרע הבירור, אין מוציאין על ידה ממון. אף דעדנה נשארה החזקה דהרי החזקה עדיפא ממגו אעפי"כ איתרעא, ואין מוציאין בחזקה כזו ממון, ולפי זה לא קשה מיבמה שאמרה לא נבעלתי אחר שלשים דהתם לא לבד שאין מוציאים ע"י חזקה זו, אדרבה הוא רוצה לכופו לתת חליצה, בזה אמרינן אף שיש לה מגו כיון דחזקה אלימא ממגו ויש לנו חזקה דעד שלשים לא מוקי אנפשי', אין לכופו לתת לה חליצה, דהרי חזקה אילימא ממגו והא דמספקא לי' אי אמרינן מגו במקום חזקה. התם באין ע"י החזקה להוציא ממון. מספקא לן דילמא כיון דאתרע חזקתה אין מוציאין ממון על ידי חזקה. דאף שהיא מבררת, אבל הא יש בירור להיפוך, וא"כ איתרע הבירור: **לפי** זה לא קשה קושית הקצות, מאי תרצו בתוס' דלא אמרינן מגו דאי בעי אמר שפרע עתה, דלא חציף אינש, והא לאפטורי ממון אמרינן מגו דהעזה אכן לדברינו לא קשה. דכיון דמג' דהעזה אין זה בירור א"כ לא איתרע חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו, וע"י חזקה דאין אדם פורע, היכא דלא אתרע מוציאין ממון. ואין מועיל נגדה נאמנות ורק במגו טוב ששם יש לנו בירור, בזה מספקא להגמ' דילמה אין גובין ע"י חזקה דאתרע ברור שלה אבל מגו דהעזה דאינה בתורת ראי' ובירור, רק נאמנות. נגד חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו אין מועיל נאמנות: