תלמוד בבלי · אחרונים

משפטי שמואל (רבינוביץ)
חלק ב

רבי שמואל יעקב רבינוביץ

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

משפטי שמואל (רבינוביץ) חלק ב

רבי שמואל יעקב רבינוביץ

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/משפטי-שמואל-רבינוביץ-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־21 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

שמעתתא דחצר 5
פרק א 5
פרק ב 14
פרק ג 23
פרק ד 27
פרק ה 39
פרק ו 40
פרק ז 45
פרק ח 50
פרק ט 54
פרק י 59
פרק יא 66
פרק יב 71
פרק יג 76
פרק יד 82
פרק טו 84
פרק טז 90
פרק יז 93
פרק יח 94
פרק יט 98
פרק כ 102
פרק כא 107
פרק כב 110
פרק כג 115
פרק כד 119
פרק כה 121
פרק כו 123
פרק כז 130
שמעתתא דשבועה 135
פרק א 135
פרק ב 139
פרק ג 143
פרק ד 145
פרק ה 152
פרק ו 156
פרק ז 160
פרק ח 168
פרק ט 172
פרק י 174
פרק יא 176
פרק יב 182
פרק יג 186
פרק יד 190
פרק טו 197
פרק טז 198
פרק יז 204
פרק יח 206
פרק יט 214
פרק כ 216
פרק כא 218
פרק כב 226
פרק כג 227
פרק כד 229
פרק כה 235
פרק כו 237
פרק כז 238
פרק כח 241
פרק כט 243
פרק ל 246
פרק לא 248
פרק לב 256
פרק לג 262

פרק לד 266
פרק לה 269
פרק לו 275
פרק לז 277
פרק לח 279
פרק לט 283
פרק מ 288
פרק מא 290
פרק מב 293
פרק מג 295
קרוב ונוגע באיסור והיתר 296
פרק א 296
הקדמה לקונטרס עבור השנה 317
קונטרס עבור השנה 318

שמעתתא דחצר

פרק א

א) כתב הרמב"ם פ"ו מהל' שכירות דין ה' לענין זבל שבחצר שאם הזבל הוא מבהמות של אחרים הזבל הוא של המשכיר שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים, וכן פסק בשו"ע חו"מ סימן שי"ג סעיף ג' הרי חזינן דדעת הרמב"ם והשו"ע הוא דחצר המושכר קונה למשכיר ולא לשוכר והקשו המפרשים על זה מהא דאמרינן בפ"ק דב"מ (דף י"א) בעובדא דר"ג וזקנים ומקומו מושכר לו אלמא דחצר המושכר מקרי חצרו של שוכר ולא של משכיר ואיך יקנה המשכיר דבר הפקר בחצר שאינו שלו, וכן הקשו מהא דתניא פ' הספינה (דף פ"ה) ברשות הלה המופקדים אצלו לא קנה וכו' עד שישכור ת מקומן עכ"ל הגמ' וכן הוא בחו"מ סימן קצ"ח סעיף ה' אלמא דחצר המושכר קנה השוכר ולא המשכיר עיין ש"ך סימן שי"ג ס"ק א' ובקצוה"ח שם ועיין בהשגות הראב"ד פ"ו מהל' שכירות

ב) עוד הקשו על זה דלפי דברי הרמב"ם דס"ל דחצר המושכר מקרי לענין קנין חצרו של משכיר ולא של שוכר, א"כ אם השוכר מכר דבר להמשכיר והקנה לו ע"י חצרו בודאי המשכיר קנה ולא השוכר כיון דמקרי חצרו של משכיר ובב"מ דף מ"ט אמרינן אמר רבא הכא במאי עסקינן כגון שהיתה עליה של לוקח מושכרת ביד מוכר טעמא מאי תקינו רבנן משיכה גזרה שמא יאמרו לו נשרפו חטיך בעליה הכא ברשותא דלוקח נינהו אי נפלה דליקה באונס איהו טרח ומייתי ליה עכ"ל הגמ' וכן הוא בהרמב"ם פ"ג מהל' מכירה הלכה ו' עיין בכ"מ וכן הוא בטור ושו"ע סימן קצ"ח ס"ה וע"ש בסמ"ע וש"ך, אלמא דלא קני המשכיר מן השוכר רק בקנין מעות ולא ע"י קנין חצר, ולדברי הרמב"ם דחצר המושכר מקרי חצרו של המשכיר ולא חצרו של השוכר א"כ תימה אמאי לא יקנה המשכיר מן השוכר ע"י קנין חצר ולא בקנין כסף, וכן הקשה גם הגאון רעק"א בתשובה סימן קל"ג ע"ש.

ג) ועוד יש לדקדק בב"ב דף פ"ד דחצר השותפין אינן קונין זה מזה והוא משום שלא יצא החפץ מרשות מוכר דליכא למימר שהטעם הוא משום שאין לו ללוקח קנין גמור בחצר דזה אינו דעכ"פ היה לו לקנות מחצה בחצי חצרו, שהרי אם נפל דבר הפקר או מציאה בחצר השותפין קנו שניהם כל אחד ואחד מחצה כמו שכתב הרמ"א בחו"מ סימן ר"ס סעיף ד' דהוי כמו שנים שהגביהו מציאה שכל אחד קונה מחצה כדאיתא שם סימן רס"ט סעיף ב' ובמוכר לחבירו ורוצה לקטטו ע"י חצר השותפין אינו קונה כלל, והטעם הוא כמו שכתבנו משום דבעינן בכל הקנינים שיצא החפץ מרשות מוכר כמו שכתבו התוס'

בקידושין דף כ"ה בשם ר"ח כהן שהטעם דמשו"ה מסירה אינה קונה בסימטא משום שהסימטא רשות של יחיד הוא והקודם בו זכה וסתמא דמילתא המוכר קדם והביא את בהמתו לשם קודם שבא הלוקח וא"כ הוי מקום בהמתו כחצרו ואין מסירה ולא שום קנין מהני ברשות מוכר אע"ג דמשיכה קניא שם היינו משום שעקר הדבר ממקומו הראשון עכ"ל התוס' וכן פירש"י בריש פ' הזורק במה שמקשה הגמ' חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה ופירש"י ואכתי לא נפיק גט מידיה דבעל עכ"ל וכן הוא בכמה דוכתי אלמא שאין שום קנין קונה ברשות מוכר ולא קנה עד שיצא מרשות המוכר לכן בחצר השותפין כיון שגם המוכר יש לו שותפות בחצר לכן אין קונין זה מזה, אע"פ שאין זכות וכח להמוכר יותר מהלוקח בהחצר שהרי אם נפל בה דבר של הפקר קט שניהם חלק כחלק בשוה, מ"מ כיון דעכ"פ יש להשותף המוכר חלק בשוה עם הלוקח לכן לא קנה הלוקח שהרי לא יצא החפץ מרשות המוכר.

ד) **א"כ** יש לתמוה לשיטת הרמב"ם הנ"ל דס"ל לענין דבר ההפקר שהמשכיר קונה אלמא שיש לו להמשכיר כח מרובה בחצר המשכיר א"כ תימה אמאי יכול השוכר לקנות מהמשכיר כשהמשכיר מוכר לו חפציו ומקנהו ע"י חצר המושכר, ומה גבי שני שותפים שאין חלק מרובה להמוכר יותר מהלוקח כדאמרן שהרי אם יפול שמה חפץ ההפקר קנו שניהם בשוה, ואעפ"כ אמרינן שאין אחד יכול למכור לחברו ולהקנותו ע"י חצר השותפים משום שלא יצא החפץ מרשות מוכר, א"כ מכ"ש שיש לט לומר שלא יקנה השוכר מהמשכיר שהרי חזינן שיש למשכיר כח מרובה בהחצר יותר מהשוכר שהרי אם נפל דבר הפקר קונה המשכיר לחוד לדעת הרמב"ם והשו"ע א"כ יש לנו לומר כשהשוכר רוצה לקנות מהמשכיר שלא יצא החפץ מרשות מוכר ואעפ"כ אמרינן שהשוכר יוכל לקנות מהמשכיר ויצא החפץ מרשות המוכר והוא תמוה, עוד יש להבין שהרי המשכיר אין יכול לקטת מהשוכר ע"י חצרו כמו שכתבנו לעיל מההיא דפ' הזהב דף מ"ט אע"פ שאין לו לשוכר כח מרובה בחצר כמו המשכיר שהרי אם נפל דבר הפקר קונה המשכיר ואית לן לומר שהמשכיר יוכל לקנות מהשוכר משום שיצא החפץ מרשות מוכר אבל השוכר לא יוכל לקנות מהמשכיר משום שלא יצא החפץ מרשות מוכר, וההלכה היא בהיפוך שהשוכר יכול לקנות מהמשכיר אבל המשכיר אין יכול לקנות מהשוכר והדבר צריך ביאור.

ה) **ונראה** לבאר בע"ה, דהנה לעיל כתבנו דבכל הקנינים בעינן שיצא החפץ מרשות המוכר ויש להסתפק מה נקרא חצר ורשות המוכר לענין זה לעכב את הלוקח מלקנות דיש לומר דבעינן שיהא למוכר קנין הגוף בחצר ואז מקרי חצרו של מוכר ומעכב את

הלוקח מלקטת יען שלא יצא מרשות מוכר, אבל כשאין לו קנין הגוף למוכר בחצר לא מקרי רשות מוכר, ואולי אף אם אין לו למוכר רק קנין שאלה או שכירות מקרי ג"כ רשות מוכר ומעכב את הלוקח מלקנות, ואולי עוד יותר סגי לנו אף אם אין לו למוכר גם קנין שאלה או שכירות רק שיש לו למוכר רשות להניח שם חפציו גם זה מקרי רשות מוכר ומעכב את הלוקח מלקטת משום שלא יצא החפץ מרשות מוכר.

ו) **ויש** להביא ראיה דאפילו כשאין לו למוכר שום קנין כלל רק רשות להשתמש בחצר ולהניח שם חפציו מקרי ג"כ רשות המוכר ואין הלוקח יכול לקנות ע"י חצר זה משום שלא יצא החפץ מרשות המוכר, שהרי התוס' בקידושין דף כ"ה שהבאנו לעיל כתבו בשם רבינו חיים כהן דמשו"ה מסירה אינה קונה בסימטא משום דמסתמא המוכר קדם והביא בהמתו לשם קודם שבא הלוקח והוי מקום בהמתו כחצרו ואין מסירה ולא שום קנין מהני ברשות מוכר, והרי בסימטא בודאי אין לאדם לא קנין הגוף ולא קנין שאלה ושכירות רק שיהא לו זכות להניח שם חפציו ולהשתמש שם ואעפ"כ אמרינן שלא יצא החפץ מרשות מוכר אלמא דאפילו כשאין לו למוכר שום קנין רק שיש לו זכות ורשות להניח שם חפציו למי אמרינן שלא יצא החפץ מרשות נשכר וכן כתבו הרמ"א בשו"ע חו"מ סימן קצ"ח ס"ט והסמ"ע שם ס"ק ע"ז וז"ל הרמ"א שם לענין מסירה שאינה קונה אלא בר"ה ובחצר שאינה של שניהם וכתב הרמ"א והכניסה שם שלא ברשות בעל החצר וכתב הסמ"ע שם דאל"כ הוי חצר של זה שהרשהו להכניס או של שניהם עכ"ל אלמא דבנתינת רשות לבד הוי חצרו של המוכר ומעכב את הלוקח מלקטת אפילו כשאין לו למוכר שום קנין בחצרו.

ו) **ונראה** לי להסביר בטעמא דהאי מילתא דהנה אנו רואים דבכל הקנינים בעינן שיעשה המוכר מעשה או שיאמר לאחרים שיעשו מעשה המוכיח שגמר המוכר והקנהו ללוקח בלב שלם כגון גבי קנין חזקה שהוא נעל גדר ופרץ בעינן שיאמר המוכר ללוקח לך חזק וקני, שמזה מוכח שגמר המוכר והקנה ללוקח את ביתו שאלמלא לא הקנה המוכר את ביתו ללוקח לא היה אומר לו לך ונעול ביתי ולא תניח לשום אדם ליכנס בה או לך גדור ביתי או פרוץ ביתי שאין אדם עושה כן לביתו ולשדותיו כל זמן שהוא רוצה שיהיו שלו, וכיון שנתן המוכר רשות ללוקח שינעול ויגדור ויפרוץ מוכח מזה שגמר המוכר והקנה ללוקח בלב שלם לכן הוא נותן לו רשות להיות נועל וגודר ופורץ וכן גבי קנין משיכה כשאומר ראובן לשמעון לך משוך וקני את המטלטלין האלה יש ג"כ הוכחה מזה שגמר המוכר והקנה אותם ללוקח בלב שלם כי אלמלא היה רוצה המוכר שהמטלטלין יהיו שלו ולא של הלוקח לא היה נותן רשות ללוקח למשוך את המטלטלין שלו לרשותו

של הלוקח שאין אדם עושה כן לנכסיו, אבל אם המוכר לא יגמור בדעתו למכור או אם לא יהא מעשה המוכיח מן המוכר שגמר בדעתו למכור לא יוכל הלוקח לקנות אף אם הלוקח עשה כל הקנינים שבעולם לא יוכל לקנות אם אין הוכחה בדעת המוכר שגמר ומקני.

ח) וכן גבי קנין חצר מלבד מה דבעינן שיבא החפץ לרשות הלוקח עוד בעינן ג"כ שהמוכר יעשה מעשה או שיאמר ללוקח לעשות מעשה המוכיח שגמר ומקני בלב שלם, וכשהמוכר מניח החפץ הזה לרשות הלוקח א"כ מוכח מזה שהמוכר רוצה שהחפץ הזה לא יהיה עוד שלו שהרי החפצים שהאדם רוצה בהם אינו מניח ברשות אחרים ואינו נותן רשות לאחרים שיניחו ברשותם וכיון שהמוכר מניח חפץ זה ברשות אחרים או שנותן רשות לאחרים שיניחו אותם ברשותם מוכח מזה שגמר המוכר ומקני בלב שלם.

ט) נמצא לפי זה דהוכחת המוכר לא תליא רק אם יש לו להמוכר רשות להניח שם חפציו או לא, והיינו שהחצר שאין לו למוכר רשות להניח שם חפציו אע"פ שיש לו למוכר כל זכותים וקנינים שבעולם בהחצר הזה מ"מ כיון שאין לו למוכר רשות להניח שם חפציו וכל החפצים והמטלטלין המוכר הזה רוצה שיהיו שלו אינו מניח בחצר הזה, א"כ כיון שהניח בחצר הזה את החפץ הזה שפסק למכור הוי שפיר הוכחה גמורה שהמוכר גמר ומקני בלב שלם שהרי הניח החפץ הזה במקום ששאר החפצים שלו אינו מניחם שם, ואם החפץ הזה שפסק למכור הניח במקום שיש לו למוכר רשות להניח שם חפציו, אע"פ שאין לו למוכר שום זכות וקנין בחצר הזה רק שיש לו רשות להניח שם חפציו, בכל זאת שייך לומר שלא יצא החפץ מרשות מוכר, שהרי ליכא הוכחה לומר מדהניח החפץ הזה כאן, דבודאי אין זה שום הוכחה שהרי גם חפציו שרוצה בהם מניח ג"כ במקום הזה כיון שיש לו רשות להניח כאן חפציו.

י) ובזה ניחא מה שהקשינו לעיל לענין חצר המושכר וחצר השותפים דבאמת בין לשוכר בין למשכיר מקרי שיש להם חצר לקנות שהרי השוכר יש לו קנין שכירות בחצר וזה מקרי חצר לקנות וכן המשכיר כיון שגוף החצר שלו הוא מקרי ג"כ שיש לו חצר לקנות לכן לענין דבר הפקר או מציאה קונה המשכיר לבד ולא השוכר דאע"פ שגם קנינו של השוכר קנין מקרי וחצר מקרי, מ"מ כיון שיש לו להמשכיר קנין בגוף החצר ולהשוכר אין לו קנין רק בתשמיש החצר לכן מבטל ליה קנין חצרו של המשכיר לקנין חצרו של השוכר כמו שנים שעשו קנין בבת אחת זה ברכיבה וזה בהנהגה דאמרינן בב"מ (דף ח' וט') בסוגיא דרכוב ומנהיג דמספקא לן איזה מהם עדיף דמשמע דאם אחד מהם עדיף זה הוא קונה ומבטל את קנינו של חבירו אלמא אע"ג דרכוב לחוד הוי קנין המועיל

ומנהיג לחוד הוא קנין המועיל מ"מ כי מתרמי אהדדי רכוב ומנהיג היינו ששני בני אדם עשו קנין בבהמה אחת בבת אחת זה ברכיבה וזה בהנהגה העושה הקנין הטוב זה הוא קונה ומבטל ליה לקנינו של חבירו א"כ גבי שוכר ומשכיר נמי אע"ג דקנין שכירות לחוד הוי חצר לקנות וקנין בגוף החצר לחוד הוי חצר לקנות מ"מ מתרמי אהדדי בבת אחת בחפץ אחד היינו כשנפל דבר הפקר או מציאה בחצר המושכר שהמשכיר עשה בו קנין בהחפץ הזה בגוף החצר והשוכר עושה בו קנין בתשמיש והחצר אמרינן שהמשכיר קונה שהרי המשכיר עשה קנין מעולה בהחפץ יותר מהשוכר

יא) אבל לענין מקח וממכר אמרינן נהי ששכירות החצר מקרי חצר לקנות וגוף החצר מקרי חצר לקנות מ"מ השוכר יכול לקנות מהמשכיר כההיא דר"ג וזקנים וכההיא דב"ב דף פ"ה או שוכר את מקומו וטעמו כיון שיצא החפץ מרשות מוכר שהרי הניח החפץ הזה במקום שאין לו רשות להניח שם חפציו כיון שהשכיר את ביתו לאחר אין לו למשכיר רשות להניח שם חפציו והרי יצא החפץ מרשות מוכר אבל המשכיר אין יכול לקנות מהשוכר כמו שכתבנו לעיל מההיא דב"מ דף מ"ט טעמא דאע"פ שיש לו להמשכיר קנין מעולה בהחצר לקנות שהרי גוף החצר שלו הוא, מ"מ אין המשכיר יכול לקנות מהשוכר משום שלא יצא החפץ מרשות מוכר דכיון דהמוכר הוא השוכר שיש לו רשות להניח כאן כל חפציו ליכא הוכחה דגמר ומקני ליה ללוקח כיון שכל החפצים שלו ג"כ מניח שם.

יב) וחצר השותפים אין קונים זה מזה במקח וממכר, אבל במציאה והפקר קנו שניהם, וטעמא דהאי מילתא דבמציאה והפקר קנו שניהם משום דהוי כמו שנים שהגביהו מציאה ששניהם קנו כל אחד ואחד מחצה אבל במקח וממכר לא קנו כלום אפילו מחצה נמי לא דנהי שיש לו ללוקח מחצית החצר מ"מ לא יכול לקנות מן שותפו משום שלא יצא החפץ מרשות המוכר שהרי יש גם למוכר זכות ורשות להניח שם חפציו וליכא הוכחה דגמר ואקני ליה ללוקח.

יג) ואם אחד מן השותפין קנה מקח מאינש דעלמא ולא משותפו והקנהו המוכר ע"י חצר השותפים צ"ע אם יכול לקנות כולו או מחציתו דיש מקום לומר שהוא קונה כולו דכיון שיש לו ללוקח רשות להשתמש בכל החצר הרי זה לא גרע מחצר המושכר דמקרי שהשוכר יש לו חצר לקנות וכאן יצא החפץ מרשות המוכר כיון שהמוכר הוא אינש דעלמא ואין לו חלק בחצר השותפות הרי יצא החפץ מרשות מוכר ויש מקום לומר שאינו קונה כולו רק מחציתו שהרי אין לו ללוקח קנין גמור בחצרו רק הוא שותף עם איש אחר, ואינו דומה לשוכר דהתם נהי שאין לו להשוכר קנין בגוף החצר הרי יש לו

להשוכר קנין בתשמיש החצר ולכן מקרי שיש לו להשוכר חצר לקנות כיון דתשמיש החצר כולו של השוכר הוא אבל בחצר השותפים אין לכל אחד ואחד רק מחצית ואפילו בתשמיש החצר ג"כ אין להם אלא מחצית לכן יוכל היות שאינו קונה כולו רק מחציתו כפי חלקו שיש לו בחצר השותפות קונה הוא בהחפץ הנקנה ע"י חצרו.

יד) והנה בסימן ר"ס סעיף ד' פסק מרן המחבר וז"ל ראובן הדר עם שמעון בביתו וכו' אם צבי שבור או גוזלות שלא פרחו נכנסו לתוך הבית זכו בהם שניהם דהוי כשנים השותפים בחצר אבל אם קנה אחד מהם מציאה מגנב אין לחבירו זכות בה עכ"ל עיין בתשובת הרא"ש ובסמ"ע ס"ק ט"ו דמשו"ה אין לחבירו זכות בה משום דמציאה מגנב לא הוי דבר הפקר וממה נפשך הוי או של הבעלים או של הגנב לכן לא קנה שותפו, א"כ משמע מזה דוקא שותפו השני הוא דלא קנה אבל שותף הלוקח מהגנב קנה הכל, א"כ מכ"ש בלוקח מאינש דעלמא שלא מן הגנב בודאי קנה הלוקח הכל, ומ"מ יש לדחות ולומר דשאני התם שהגנב המוכר לא ערער כלום ולא חזר בו ממכירתו מאומה רק שהשותף השני ערער ורצה לזכות במחצית מקחו ועל זה הורה הרא"ש ז"ל ופסק כן בשו"ע שהשותף השני לא יוכל לערער על מקחו ויוכל היות שאם המוכר הגנב היה בא לערער על מכירתו ולחזור בו אולי היה יכול לחזור בו ממחצית מקחו מה שלא בא ליד ולרשות הלוקח וצ"ע כעת.

טו) והנה הסמ"ע והש"ך הקשו דדברי המחבר סתרי אהדדי דבסימן שי"ג פסק כדעת הרמב"ם דחצר המושכר קונה המשכיר דבר הפקר או מציאה, ובסימן ר"ס סעיף ד' פסק כדעת רש"י והרא"ש וסייעתם דהשוכר קונה דבר ההפקר או מציאה שהרי פסק שם לענין ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר ששניהם זכו אם נפל שם מציאה או דבר הפקר, אלמא אף שהבית הוא של שמעון מ"מ כיון שהיא שכורה גם לראובן זכו שניהם בשוה, ומשמע שאם היה הבית שכורה לראובן לבד ולא היה שמעון דר בבית היה ראובן לבד זוכה בהמציאה משום שהוא השוכר אלמא שהשוכר קונה את דבר ההפקר ולא המשכיר כדעת רש"י והרא"ש וסייעתם דאלו לדעת הרמב"ם אמאי קונה גם ראובן את דבר ההפקר כיון שאין הבית שלו רק שהיא שכורה אליו אית לנו לומר שהמשכיר יזכה ולא השוכר.

טז) ונראה ליישב קצת אף שגם אחרי התירוצים לא יתיישב היטב בכל זאת נראה ליישב קצת חומר הקושיא, דהנה התוס' ב"מ דף י"א ד"ה וכי בצד שדהו וכו' הקשו וז"ל וא"ת שלהי השואל דף ק"ב גבי הזבל של בעל הבית מוקי לה בגמ' בתורי דאתא מעלמא ובחצר דמשכיר וכר"י בר חנינא והשתא והלא השוכר משתמש בחצר וא"כ הזבל משתמר לדעת

השוכר בחצר ואיך יזכה המשכיר בזבל תורי דאתא מעלמא ויש לומר שגם משכיר ביתו פתוח לאותו חצר ומקרי עומד בצד שדהו עכ"ל התוס' והש"ך סימן שי"ג ס"ק א' כתב דמשמע דס"ל כדעת הרמב"ם דהמשכיר קונה בחצר המושכר. ומיהו מדברי הרמב"ם וסמ"ג והמחבר ושאר פוסקים לא משמע דמיירי שגם משכיר ביתו פתוח לאותו חצר עכ"ל הש"ך ולדבריהם נשארה קושית התוס' אמאי יקנה המשכיר והא הוי חצר שאינה משתמרת לדעתו ע"ש מה שדחק הש"ך. וראיתי בתשובת הגאון רעק"א ז"ל סימן קל"ג שכתב מה שנתקשה הש"ך ליישב קושית התוס' לדעת הרמב"ם אישתמיטתיה דברי התוס' גיטין (דף ע"ט) דתירצו הקושיא הנ"ל באופן אחר דהשוכר הוי כמו שומר ושלוחו של משכיר הוא לכן הוי שפיר החצר משתמר לדעת המשכיר אפילו אין ביתו פתוח לחצר והנה בב"ק דף מ"ח בענין הנכנס לביתו של חבירו ברשות מחלק הגמ' בין היכא שבעל הבית מסלק את נפשו לגמרי מן הבית אז נחשב השוכר כשומר אבל אם בעל הבית אינו מסלק את נפשו לגמרי מהבית אז לא נחשב השוכר כשומר דמחלק הגמ' בין לאפות בין לטחון ע"ש.

יז) א"כ מתורצים בזה דברי המחבר דלא סתרן אהדדי שהרי בסימן שי"ג שם איירי שהשכיר את כל החצר להשוכר ובעל החצר מסלק את נפשו לגמרי מהבית ומהחצר לכן הוי השוכר כשומר של בעל החצר והוי שלוחו של המשכיר והוי חצר המשתמרת לדעת המשכיר לכן קונה המשכיר את המציאה ודבר הפקר שנפל לחצר, אבל בסימן ר"ס ס"ד שם איירי שהמשכיר והשוכר דרים ביחד בבית ובעל הבית איננו מסלק נפשו לגמרי מביתו לכן לא הוי השוכר כשומר של בעל הבית ואינו שלוחו של משכיר רק ישמור לעצמו והוי החצר משתמרת לדעת שניהם לכן קנו שניהם יחד, ונהי שאם לא היה לו לראובן השוכר קנין שכירות בביתו של שמעון היה שמעון קונה לגמרי כיון שהוא ג"כ דר בבית והוא משתמר לדעתו לא איכפת לן כלל מה שגם איש אחר יכול לשומרו, מ"מ עכשיו כיון שיש גם לראובן קנין שכירות בביתו והבית משתמר גם לדעתו לכן קנה גם ראובן השוכר חלק בשוה עם שמעון הבעל הבית אפילו לדעת הרמב"ם. ולפי זה יש לומר שגם רש"י ס"ל כדעת הרמב"ם דכח המשכיר עדיף מהשוכר לקנות חפץ ההפקר והא דפירש רש"י דבחצר דמשכיר שלא הושכר לשוכר אזי הזבל למשכיר דמשמע שאם החצר הושכר לשוכר אזי הזבל לשוכר אין הטעם משום דס"ל לרש"י דכח השוכר עדיף ואלים לקנות דבר מן ההפקר ע"י חצר המושכר, אלא הטעם שאין המשכיר קונה הוא משום דהוי חצר המשתמרת שלא לדעתו ולא משמע ליה לרש"י לאוקמיה כגון שביתו של משכיר פתוח לחצר כדעת התוס' אלא ס"ל לרש"י דלא איירי בזה אלא איירי שאין

ביתו של המשכיר פתוח לחצר כדעת הרמב"ם וסמ"ג וסייעתם כמו שהבאנו לעיל בשם הש"ך סימן שי"ג ס"ק א', וגם האי סברא שהשוכר הוא שומר של המשכיר ושלוחו ג"כ לא ס"ל לרש"י לכן הזבל הוא לשוכר משום דהוי חצר המשתמרת שלא לדעת המשכיר, אבל אם החצר משתמר לדעת המשכיר יוכל היות שגם רש"י מודה שהמשכיר קונה משום שכח המשכיר עדיף ואלים מהשוכר לקנות מההפקר.

יח) והנה לעיל כתבנו בשם הרא"ש והרמ"א סימן ר"ס ס"ד שאם נפל דבר הפקר בחצר השותפים זכו בהם שניהם בשוה ודהוי כמו שנים שהגביהו מציאה ששניהם קונין בשוה, והנה הקצוה"ח שם סימן ר"ס ס"ק א' חולק על זה וכתב וז"ל ולולי דברי הרא"ש נראה לע"ד דאפילו מציאה דאתי מעלמא נמי אין חצר השותפים קונה אלא דהמוצא זכה מהא דאמרו בירושלמי סוף פרק הבית והעליה כותל שבין שתי מחיצות ונפרץ רב ושמואל חד אמר מחצה לזה ומחצה לזה וחד אמר כולו לזה מה מפקא מביניהון מצא מציאה מאן דמר מחצה לזה ומחצה לזה מחציו והילך לזה ומחציו והילך לזה ומאן דמר כולו לזה וכולו לזה המוצא זכה עכ"ל הירושלמי וביאור הדברים נראה דמ"ד מחצה לזה ומחצה לזה א"כ לא הוי חצר השותפים כלל אלא כל אחד מכיר מקומו ומחציו והילך לזה קונה המציאה ומחציו והילך לשני קונה המציאה, אבל למ"ד כולו לזה הוה ליה חצר השותפים ולא קנו כלום דחצר אינו קונה אלא שיהיה חצרו לבדו ומשום הכי זוכה המוצא עכ"ל הקצוה"ח שם.

יט) ועיינתי בירושלמי ומפרשיו פני משה ומראה הפנים וראיתי שאין ראיה כלל מהירושלמי הזה לחלוק על דברי הרא"ש והשו"ע אשר כל בית ישראל נשען עליהם ע"ש דמפרש דלאו לענין זכיה איתמר דברי הירושלמי הלז רק לענין הא דתנן בב"מ דף כ"ו שאם מצא מציאה בכותל חדש מחציו ולחוץ שלו מחציו ולפנים של בעל הבית והוא מפני שבחצי הכותל אשר לצד רשות הרבים דרך בני ר"ה להשתמש שם ותלינן שאחד מבני ר"ה הטמין שם את החפץ לכן הרי אלו שלו, אבל בחצי הכותל אשר לצד הבית דרך בעל הבית להשתמש שם ותלינן שהבעה"ב הטמין שם לכן הרי אלו של בעל הבית ואיירי שהבעל הבית טוען שהוא שלו או שעכשיו הבית הוא של היורש וטענינן ליורש, אבל אם הודה שהם מציאה הרי אלו של מוצאה כמו"ש הרמב"ם והשו"ע סימן ר"ס ס"ג ע"ש והיינו בכותל המפסיק בין אדם יחיד לרשות הרבים, אבל בכותל המפסיק בין שני אנשים פרטיים לא הוזכר במשנה ובגמ' שם איך דינו כי יוכל היות דדוקא אם הוא סמוך לר"ה אזי אין דרך של בני אדם להשתמש במחצית הכותל של צד חוץ שהוא צד רה"ר מפני שירא אולי אחד מבני רה"ר יקח את אשר יניח, וגם אחד מן בני ר"ה לא יניח חפציו

במחצית הכותל שלצד הבית שהרי אין לו שום זכות להשתמש בכותל זה אבל שני בני אדם פרטיים יוכל היות שדרך האדם להשתמש גם במחצית כותלו הסמוך לחבירו שהרי מכירו ויודע מי הוא שותפו ומהימן ליה ולא ירא ממנו אולי יקח את אשר יניח כמו שירא מבני ר"ה וגם יש לו שותפות ושייכות בכותל לכן מניח חפציו גם במחצית הכותל שהוא לצד חבירו.

כ) ובזה נחלקו רב ושמואל כותל שבין שתי מחיצות ונפרץ פירוש שאין הכותל מפסיק בין בית היחיד לרשות הרבים רק שהכותל מפסיק בין שתי בתים או חצרות, רב ושמואל חד אמר מחצה לזה וחד אמר כולו לזה וכולו לזה מה מפקא מביניהון מצא מציאה מאן דאמר מחצה לזה ומחצה לזה מחציו והילך לזה ומחציו והילך לזה ומאן דאמר כולו לזה וכולו מזה היוצא זכה, פירוש שאם אחד מן השותפים מצא מציאה בתוך הכותל הנפרץ וטען שהוא שלו שהוא הטמינו או שהוא יורש וטענינן ליורש, חד אמר דמחציו והילך לזה ומחציו והילך לזה היינו שדינו שוה לדין המשנה דמחציו ולחוץ שלו מחציו ולפנים של בעל הבית דס"ל שאין חילוק בין כותל המפסיק לשני בני אדם פרטיים לכותל המפסיק בין רה"י לר"ה וכמו דבכותל המפסיק בין ר"ה לרה"י אמרינן דמחציו ולחוץ שלו וכו' כן הוא בכותל המפסיק בין שני ב"א פרטיים וחד אמר כולו לזה וכולו לזה והמוציא זכה, היינו שאם אחד מן השותפים בכותל מצאו את המציאה הרי היא של המוצאה אפילו מצאה לצד חבירו מפני שדרך השותפים פרטיים להשתמש בכל הכותל אפילו לצד חבירו מפני שיש לו רשות ושותפות בכותל וגם יודע מי הוא חבירו השותפו ומהימן ליה, לכן הרי היא של מוצאה ואינו דומה לכותל הסמוך לר"ה שלבני ר"ה אין זכות וחלק בכותל לכן אינו משתמש במחצית הכותל הסמוך לבעה"ב, ובעה"ב יען שאינו מכיר ויודע את בני ר"ה לכן אינו משתמש במחצית הכותל שלצד ר"ה משא"כ בשני אנשים פרטיים השותפים בכותל שדרכן להשתמש כל אחד ואחד בכל הכותל לכן כל מי מהשותפים המוצא את המציאה נאמן לומר שהוא שלו שהוא הטמינה או אם הוא יורש טענינן ליורש עיין במראה הפנים מה שדחק לחלק בין ההיא פלוגתא דירושלמי להמשנה דב"מ הנ"ל ובדברינו ניחא ע"ש, היוצא מזה דהירושלמי לא איירי מדין זכיה כלל, לכן דברי הרא"ש והרמ"א בשו"ע שרירין וקיימים.

כא) ומה שהביא הקצוה"ח שם ראיה לדבריו מדברי מוהר"ם בר"ב נראה ג"כ דלאו ראיה היא דכיון שראובן ושמעון קנו את המציאה ולוי לא היה שם א"כ הוי לגבי לוי חצר שאינה משתמרת לדעתו דלא קני כמו"ש התוס' בב"מ בסוגיא דר"ג וזקנים ע"ש.

פרק ב

א) בגיטין דף ע"ז אמרינן גיטו וידו באין כאחד לענין הנותן שטר שחרור ביר עבדו דאע"ג דיד עבד ביד רבו דמי מ"מ גיטו וידו באין כאחד וכן הזורק גט לאשתו בתוך נכסי מלוג שלה דאע"ג שקניא ליה לבעל לאכול פירות ולהשתמש מ"מ מגורשת משום דגיטה וחצרה באין כאחר, ע"ש,

ויש להסתפק בראובן השוכר בית משמעון על משך שנה ובתוך הזמן כתב ראובן שטר מתנה לשמעון על קנין השכירות שיש לו בבית וזרק השטר לתוך הבית המושכר מי אמרינן בזה שטרו ומתנתו באין כאחד או לא דהנה הריב"ש סימן תק"י כתב דבשכירות בתים לא מהני מחילה אם חזר השוכר ומחל להמשכיר בתוך הזמן ודבריו מביאין להלכה מרן הב"י בטוח"מ סימן שי"ב והסמ"ע סימן קפ"ט ושט"ו ובאר הגולה בסימן שט"ו והפ"ת שם ס"ק א' ובאר היטב והנתיבות סימן קפ"ט ובעינן שיחזור השוכר ויקנהו למשכיר באחד מדרכי הקניה, א"כ יש להסתפק אם השוכר לא נתן שטר המתנה לידו של המשכיר רק זרק לתוך בית המושכר מי אמרינן בזה שטרו ומתנתו באין כאחד כמו בגט אשה ועבד או לא אמרינן כן רק בגט אשה ועבד ולא לענין ממון.

וכן לענין נכסי מלוג של אשתו דלא מהני ג"כ מחילה רק היא צריכה קנין כדאיתא שם גיטין דף ע"ז ובשאר דוכתי יש להסתפק אם הבעל כתב שטר מתנה על נכסי מלוג לאשתו וזרק השטר בתוך בית ושדה מלוג שלה אי מהני משום דגיטו וידו באין כאחד כמו בגט אשה ועבד או לא מהני זאת רק בגט אשה ועבד ולא בממון,

ב) והנה הקצוה"ח סימן ר' ס"ק ה' כתב וז"ל נסתפקתי בראובן שנתן שטר מתנה לשמעון על ביתו ונתן השטר תוך ביתו ואמר לו הנני נותן לך הבית עם השטר מתנה שבתוכו מי נימא כהאי גונא חצירו ומתנתו באין כאחד דכהאי גונא אמרו ר"פ הזורק חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה ומסיק יד עבד כיד רבו אלא גיטו וידו באין כאחד והכא נמי חצרה וגיטה באין כאחד והרי בשעה שזרק לה הגט תוך חצרה עדיין אינה חצרה אלא על ידי הגט נעשה חצרה וכמו גבי עבד דנעשה ידו ע"י הגט שחרור והכי נמי נעשה חצרו דשמעון על ידי שטר מתנה שבחצר, ולאחר העיון נראה פשוט דכהאי גונא אינו זוכה דכיון דהחצר והשטר עדיין לא יצאו מרשותו איך יזכה בו המקבל ומאין יהיה לו למקבל זכיה בביתו ובשטרי, והא דאמרינן גבי גט גיטה וחצרה באין כאחד נראה דגט שאני דגט אשה ודעבד לא בעי זכיה שיזכה דרך זכיה כיון דגט אשה ועבד בעל כרחיך ואין זכיה בע"כ אלא ודאי דגבי אשה לא בעי רק ונתן בידה וכן בעבד וליכא תורת זכיה והקנאה בעל כרחיך ומהאי טעמא נמי נראה בהא דקי"ל כתבו על איסורי הנאה כשר וכו' וכיון

דלא בעינן בגט אשה ועבד תורת זכיה בשטר אלא ונתן בידה או בחצרה ומשום הכי כל שגיטה וידה באין כאחד סגי לה והוי ונתן בידה כיון דהחצר והיד באין עם נתינת הגט כאחד אבל במתנה דבעינן שיזכה המקבל בשטר מתנה דרך זכיה וכל זמן שלא בא השטר לידו לא זכה בשטר מתנה, ועיין לשון רש"י ר"פ הזורק גיטה וידה באין כאחד ע"י הגט באה ידה לה ע"י נתינתו עכ"ל רש"י והוא משום דלא בעינן התם זכיה אלא נתינה עכ"ל הקצוה"ח.

ג) **היוצא** מדברי הקצוה"ח הנ"ל דלא אמרינן גיטה וידה באין כאחד אלא לענין גט אשה ועבד דלא בעינן זכיה רק נתינה בעלמא אבל בממון דבעינן זכיה לא אמרינן גיטה וידה באין כאחד, א"כ בנידון ספקתנו נמי כיון שהשוכר כבר שכר את הבית מהמשכיר ולא מהני מחילת השוכר בדברים בעלמא רק בעינן שהמשכיר יקנה ממנו בקנין גמור א"כ לא אמרינן ג"כ שטרו ומתנתו באין כאחד דהרי גם בזה בעינן זכיה ולא סגי בנתינה בעלמא דהוי כמו כל הקנאות שבעולם, וכן בנכסי מלוג כיון שהיא צריכה ג"כ קנין לקנות ממנו את זכותו ובעינן בזה קנין גמור וזכיה גמורה ולא סגי בנתינה בעלמא לכן לא אמרינן בזה שטרו ומתנתו באין כאחד כמו בנידון של הקצוה"ח.

ד) **אך** דברי הקצוה"ח שמחלק בין גט למתנה דגבי גט דלא בעינן זכיה רק נתינה אמרינן גיטה וידה באין כאחד אבל גבי מתנה דבעינן זכיה לא אמרינן שטרו ומתנתו באין כאחד, תמוהין דבריו אצלי מאוד דגבי גט אשה ועבד נהי דלא בעינן שהאשה והעבד יכוונו לזכות בגיטם שהרי אפילו בעל כרחך נמי נתגרשה האשה ונשתחרר העבד אבל עכ"פ בעינן שיבוא הגט ליד האשה והעבד או ברשות האשה אבל כל זמן שלא בא הגט והשחרור ליד או לרשות האשה והעבד לא מהני מידי, א"כ איכא לאקשויי ממה נפשך אם נחשב שהגט בא לחצרה של האשה והשחרור בא לידו של העבד אף שאין להם עכשיו לא יד ולא חצר מ"מ כיון דאחר שתתגרש האשה וישתחרר העבד יהא להם חצר ויד לכן נחשב שמעתה יש להם יד וחצר והגט והשחרור בא לחצרה ולידה ואמרינן גיטה וידה באין כאחד, א"כ גבי מתנה נמי אמאי לא יזכה המקבל מתנה במתנתו כיון שבא השטר מתנה לרשותו ומה איכפת לן מה שצריך זכיה במתנה ואינה בע"כ כיון שמתכוין לזכות ובא השטר לרשותו, ואם נימא שלא נחשב שהשטר בא לרשות המקבל מתנה כיון שעכשיו אין לי להמקבל שום רשות וחצר אע"ג שאח"כ יהא לו להמקבל רשות וחצר מ"מ לא מהני ואמרינן שלא בא השטר להמקבל, א"כ גבי גט ושחרור נמי אמאי מהני ואיך נתגרשה האשה ונשתחרר העבד ע"י גט ושחרור שלא בא לרשותם, דנהי

דלא בעינן כונה לקנין ומהני אפילו בע"כ מ"מ כיון דבעינן עכ"פ שיבוא הגט והשחרור לרשות העבד והאשה אית לן לומר שלא יועיל.

ה) **ואדרבה** בב"מ דף י"ב מוכח איפכא דגבי גט משום דאיתא בע"כ ואין דעת הקונה מסייעו לקנותו צריך שיהא החצר אלים שתהא עומדת בצד ביתה ובצד חצרה, כל גבי מתנה שדעת הקונה מסייעתו סגי לן אפילו בחצר שאינו אלים כ"כ ואינו עומד בצד ביתו ובצד חצרו, ואף שאינו מועיל משום יד מועיל משום שליחות ולדברי הקצוה"ח הוא איפכא דגבי גט סגי לן בחצר גרוע היינו בחצר שאינו שלה קודם שבא הגט לחצרה רק שיהא שלה אחר שבא הגט לחצרה במתנה בעינן שיהא החצר של המקבל קודם שבא השטר לחצרו, ולא סגי לן מה שהחצר יהא של המקבל אחר שבא לחצרו.

ו) **לכן** נראה שאין שום חילוק בין מתנה לגט, ובנידן ספקתנו דאיירי שהבית הוא של המשכיר והנותן הוא השוכר שנתן את קנין השכירות שלו למשכיר בודאי בזה אמרינן שטרו ומתנתו באין כאחד לכן אף אם השוכר לא נתן השטר בידו של המשכיר רק שהניח השטר בתוך הבית השכור כיון דעיקר הבית הוא של המשכיר אמרינן שטרו ומתנתו באין כאחר, וכן לענין נכסי מלוג כיון דעיקר הבית והחצר הוא של האשה ואין לו להבעל רק קנין פירות לכן אמרינן הזה שטרו ומתנתו באין כאחד וזכתה האשה בהפירות אפילו לא בא השטר לידה רק בביתה מ"מ זכתה, ואין חלוק בין גט למתנה, אך בנידון הקצה"ח דאיירי שהנותן כתב שטר מתנה לחבירו על ביתו ונתן לתוך הבית הזה בודאי אינו מועיל אפילו בגיטין כהאי גונא כיון דעדיין אין לו להמקבל מתנה שום שייכות בהבית הנתון לו לא אמרינן בזה גיטו וידו באין כאחד דלא אמרינן גיטה וחצרה באים כאחד רק היכא שיש לו להמקבל מתנה שייכות בגוה גם קודם המתנה כמו בגיטין דף ע"ז לענין הזורק את הגט לתוך שדה נכסי מלוג שלה או בטתן את השחרור ליד עבדו דהתם גוף הקרקע מלוג שלה הם וגוף הידים של העבד שלו הם גם קודם הגט והשחרור לכן אמרינן בזה גיטו וידו באין כאחד, משא"כ בנידון הקצוה"ח שאין לו להמקבל מתנה שום שייכות בהבית הנתון קודם שיזכה בה לא אמרינן בזה גיטו וידו באים כאחד אפילו בגט ושחרור (אם היינו יכולים לצייר אופן כזה) והנני לפרש דברי בס"ד.

ז) **והנה** צריכין אנו להבין טעמא דהאי מילתא דאמרינן גיטה וחצרה באין כאחד או בעבד דאמרינן גיטו וידו באין כאחד, דהעולם מפרשים הטעם כיון דלאחר שתתגרש האשה וישתחרר העבד יהא להם חצר ויד משו"ה יכולים להתגרש ולהשתחרר גם קודם שיש להם יד וחצר, והלא הדבר תימה הוא כיון שאין האשה והעבד יכולים להתגרש ולהשתחרר עד שיבוא הגט והשחרור לרשותם, א"כ מאי מהני מה שיהא להם יד וחצר

לאחר שתתגרש האשה וישתחרר העבד, כיון דקודם הגירושין והשחרור אין להם רשות ולא יד ולא חצר, א"כ הקושיא במקומה עומדת איך תתגרש האשה וישתחרר העבד כיון שלא בא הגט והשחרור לרשות האשה והעבד.

ח) **הנה** בגיטין ד' ע"ז על מתניתין דקתני הזורק גט לאשתו והיא בתוך ביתה או בתוך חצרה הרי זו מגורשת פריך הגמ' מה שקנתה אשה קנה בעלה ומתרץ רבא אטו יד דעבד לאו כיד רבו דמיא אלא גיטו וידו באין כאחד הכא נמי גיטה וחצרה באין כאחד, והנה על הקושיא שהקשה הגמ' חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה כתב רש"י וז"ל קנה בעלה לפירות להשתמש בה ואכתי לא נפיק גט מידיה דבעל עכ"ל וכן פירש"י לקמן ע"ב ד"ה נהי דקניא ליה וז"ל מכי יהיב גיטא לידה נפיק לה גט מרשותיה, וכן כתב הר"ן שם, ולכאורא דבריהם תמוהים מה שפירשו דקושית הגמ' הוא משום שלא יצא הגט, מרשות הבעל, והלא יותר ראוי לפרש קושית הגמ' מה שהקשו מה שקנתה אשה קנה בעלה א"כ לא בא הגט לרשותה והלא זה הוא מפורש בפסוק ונתן בידה ומרבינן גם רשותה כדאיתא שם בגמ' אין לי אלא ידה גגה חצרה וקרפיפה מנין ת"ל ונתן מ"מ אלמא דלמדנו מקרא בפירוש דבעינן שיבוא הגט או לידה או לרשותה אף דממילא בעינן שיוציא את הגט מרשותו, מ"מ מה דבעינן שיבוא הגט לרשותה הוא מפורש יותר בתורה ממה שצריך שיצא הגט מרשות הבעל, א"כ היה להם לפרש קושית הגמ' דכיון דמה שקנתה אשה קנה בעלה לכן לא בא הגט לרשות האשה ולמה פירשו דקושית הגמ' הוא משום שלא יצא הגט מרשות הבעל וכן לענין קושית הגמ' שהקשה לענין עבד יד עבד כיד רבו דמיא לא פירש"י כלום ומשמע דסמיך על פירושו שפירש לענין אשה והיינו משום שלא יצא השחרור מרשות רבו כמו שפירש לענין אשה משום שלא יצא הגט מרשות הבעל, וגם זה תימה מדוע לא פירש"י יד עבד כיד רבו דמיא ולא בא השחרור ליד העבד, דבודאי אנן תרתי בעינן א) שיצא הגט והשחרור מרשות הבעל והאדון, ב) שיבואו לרשות האשה והעבד או לידם ומדוע שבקו דבר המפורש בקרא ופירשו לענין יציאת הרשות שאינו מפורש בקרא כ"כ.

ט) **ובאמת** הקושיא הזאת יש להקשות גם על הגמ' קידושין דף כ"ג דאיתא התם מחלוקת רשב"א ורבנן דרשב"א סבירא ליה דעבד כנעני יוצא בשטר דוקא ע"י אחרים ולית ליה גיטו וידו באין כאחד וקאמר שם מ"ט דרשב"א גמר לה לה מאשה מה אשה עד שיוציא גט לרשות שאינו שלו אף עבד נמי עד שיוציא גט לרשות שאינו שלו עכ"ל הגמ' א"כ יש להקשות דהכי היה לו להגמ' לומר גמר לה לה מאשה מה אשה עד שיבא הגט לרשותה דידה אף עבד נמי עד שיבוא הגט לרשות שלו היינו של העבד וכיון דלית ליה לרשב"א

גיטו וידו באין כאחד א"כ לא בא הגט לרשות העבד ומדוע שביק הגמ' את הכנסת הרשות להאשה והעבד המפורשים בקרא בפירוש ונקטו הוצאת הרשות מהבעל והאדון שאינם מפורשים בקרא כ"כ.

י) **והנה** לעיל כתבנו לדעת הרמב"ם דחצר המושכר יש לו להמשכיר רשות וכח יותר מהשוכר שהרי אם נפל שם דבר ההפקר המשכיר קונה ולא השוכר, ומ"מ לענין לקנות זה מזה השוכר עדיף שהשוכר יכול לקנות מן המשכיר אבל המשכיר אינו יכול לקנות מן השוכר דנהי שיש לו להמשכיר כח מרובה בחצר מהשוכר מ"מ אין המשכיר יכול לקנות מהשוכר משום שלא יצא החפץ מרשות המוכר שהוא השוכר כיון שיש לו להמוכר השוכר רשות להשתמש בחצר ולהניח שם את כל חפיציו א"כ ליכא הוכחה שגמר בדעתו למכור עיין לעיל שהארכנו בזה א"כ יש לומר שגם החצר מנכסי מלוג כיון שגוף הקרקע הוא שלה א"כ כחה יפה משל הבעל כמו המשכיר נגד השוכר ומקרי שפיר שבא הגט לרשותה כיון שגוף הקרקע הוא שלה ואין כאן חסרון רק מה שהבעל משתמש בהקרקע ואוכל פירות ומניח שם כל חפציו ולא יצא הגט מרשות הבעל, לכן הוכרחו רש"י והר"ן לפרש קושית הגמ' שהקשה חצרה מה שקנתה אשה קנה בעלה הוא משום שלא יצא הגט מרשות הבעל ולא היה באפשרי להם לפרש משום שלא בא הגט לרשות האשה שהרי באמת בא הגט לרשותה שהרי גוף הקרקע שלה הוא, ואלמלי יצא מרשות הבעל ולא היה עכוב מצדו היה נחשב שבא הגט לרשותה, וזהו מדוקדק בלשון רש"י שכתב וז"ל קנה בעלה לפירות להשתמש בה ואכתי לא נפיק גט מידיה דבעל עכ"ל רש"י והוא כמו שכתבנו דבכל מקום שיש לו להמוכר או להבעל רשות להשתמש מקרי שלא יצא החפץ מרשות המוכר.

יא) אע"ג דרש"י לא ס"ל כהרמב"ם לענין זבל וס"ל שהשוכר קונה הזבל ולא המשכיר אלמא דס"ל לרש"י דכח השוכר עדיף מהמשכיר אך כתבנו לעיל שיוכל היות שגם רש"י ס"ל כדעת הרמב"ם דכח המשכיר עדיף והא דשוכר קונה את הזבל הוא משום דהוי חצר המשתמרת לדעת השוכר ואינה משתמרת לדעת המשכיר עיין לעיל מה שכתבנו בזה ואפילו אי נימא שדעת רש"י הוא שכח השוכר עדיף מהמשכיר מ"מ לענין נכסי מלוג יוכל היות שגם רש"י מודה דכח האשה אלים מהמשכיר, שהרי המשכיר שהשכיר את ביתו ומת השוכר בתוך הזמן יורשיו יורשים אותו, משא"כ הבעל שמת אין היורשים יורשים אותו לכן כח הבעל גרע משוכר דעלמא עיין תוס' ב"ב דף נ"א ד"ה במתנה שכתבו סברא זאת לכן ס"ל לרש"י דאע"ג דכח השוכר עדיף מהמשכיר מ"מ כח הבעל בנכסי מלוג שלה לא עדיף משלה אדרבה כחה יפה מכחו כמו כח המשכיר שעדיף משוכר

להרמב"ם כך כח האשה עדיף מהבעל בנכסי מלוג שלה ומקרי שפיר שבא הגט לרשותה רק מפני שלא יצא הגט מרשות הבעל לכן אינה מגורשת ולא פירשו משום שלא בא הגט לרשות האשה, כיון דבאמת בא לרשות האשה אם יצא מרשות הבעל.

יב) אך לענין עבד עדיין צריך ביאור שהרי עבד כנעני גופו קנוי לרבו והרי הוא כשורו וחמורו ואין לו רשות לעצמו רק עומד ברשות רבו, א"כ תימה הוא אמאי אמרו הטעם משום שלא יצא השחרור מרשות רבו, ואמאי לא אמרו הטעם משום שלא בא השחרור לרשות העבד כמו שכתבנו לעיל, אך אין זה דבר פשוט שהרי מהרי"ק סימן צ"ד ס"ל דעבד מקרי מוחזק בעצמו ומביא ראיה לזה וז"ל והיכא דתפס מקמי הודאה ואח"כ מודה מפקינן מיניה ולא אמרינן דתפיסה דמקמי הודאה כעדים דמיא ממאי מדקאמר רבן גמליאל לר' יהושע אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות אמר ליה ר' יהושע אין בדבריך כלום שכבר הודית והא טבי תפס לפני הודאה הוה שהרי גופו אצלו היה ולא היה מחוסר גובייגא ואפילו הכי לא יצא לחירות מפני הודאה של ר"ג אלמא לאו כעדים ומפקינן מיניה עכ"ל משמע בהדיא דס"ל דאפילו עבד כנעני חשוב כמוחזק בעצמו ולא חשבינן ליה לרבו כמוחזק בו עכ"ל מהרי"ק ע"ש במהרי"ק שהביא ראיה לדבריו דהעבד מקרי מוחזק בעצמו מדברי התוס' גיטין דף י"ז ד"ה מפני מה שהקשו ואם תאמר וגט שחרור למה תיקנו בו זמן וכו' ואומר ר"י דתיקנו זמן דאי לא הוי ביה זמן פעמים שאדם מוכר עבדו ואח"כ כותב לו גט שחרור בלא זמן והיה אומר העבד לרבו שני אייתי ראיה ששטר מכר שלך קודם לשחרור שהעבד הוא מוחזק בעצמו והלוקח בא להוציא ממנו השיעבוד עכ"ל התוס' אלמא דאפילו עבד כנעני מקרי מוחזק בעצמו ע"ש במהרי"ק.

יג) וכיון דאפילו עבד כנעני מקרי שיש לו רשות לעצמו אתי שפיר ומתורץ הקושיא הנ"ל שהקשינו אמאי אמרו בגמ' קידושין דף כ"ג דמשו"ה אין העבד יוצא בשטר ע"י עצמו למ"ד דלא אמרינן גיטו וידו באין כאחד משום שלא יצא השטר שחרור מרשות רבו אמאי לא אמרו הטעם משום שלא בא השטר שחרור לרשות העבד ובזה ניחא דכיון דהעבד יש לו רשות לעצמו כמו שהמשכיר יש לו רשות בביתו כך העבד יש לו רשות לעצמו לכן מקרי שבא החפץ לרשות העבד כמו שכתבנו לעיל לענין משכיר רק כיון שהאדון יש לו רשות להשתמש בידי עבדו ולהניח שם כל חפציו כמו שמניח בתיבתו לכן מקרי שלא יצא השטר מרשות האדון לכן אמרו הטעם משום שלא יצא מרשות האדון ולא אמרו הטעם משום שלא בא לרשות העבד כי אלמלי יצא מרשות האדון היה בא לרשות העבד כיון שיש לו רשות לעצמו כמו המשכיר ביתו שיש לו עדיין רשות למשכיר בביתו המושכר לקנות חפצי הפקר כך יש לו לעבד רשות לעצמו, ונהי שאין העבד יכול

לקנות חפצי הפקר לעצמו הוא מפני הטעם דמה שקנה העבד קנה רבו ולאלתר קונה האדון חפץ ההפקר מן העבד, אבל כיון שהוא בר דעת לעצמו אינו דומה כשורו וחמורו של האדון שבכל מקום שהם עומדים ברשות בעליהם עומדים רק העבד דומה כחפץ המושכר לרבו לכל ימיו ושכירות ליומיה ממכר הוא ומשו"ה מקרי שגופו קנוי לרבו ובכל זאת נשאר גם לעצמו רשות וחצר כשאר משכיר ושוכר שהרשות נשאר למשכיר, לכן הוכרחו לומר דמשו"ה אינו מועיל בשטר ע"י עצמו משום שלא יצא השטר מרשות רבו ולא אמרו משום שלא בל לרשות העבד.

יד) היוצא מזה דהאשה בנכסי מלוג שלה וכן העבד כנעני יש להם רשות וחצר לקנות כמו שיש למשכיר רשות וחצר לקנות ע"י חצר המושכר מן ההפקר רק העבד לקנות מאדונו והאשה לקנות מבעלה ע"י נכסי מלוג שלה אינם יכולים משום שלא יצא החפץ מרשות הבעל והאדון כמו שהמשכיר אינו יכול לקנות מהשוכר ע"י חצר המושכר משום שלא יצא החפץ מרשות המוכר שהוא השוכר, והיינו כמו שכתבנו דכיון שכל החפצים אף שאינו רוצה למוכרם גם כן מניח השוכר המוכר בחצר הזה שהרי שכרו להשתמש בו א"כ ליכא הוכחה שגמר דעתו למוכרם וכן הבעל והאדון כיון שיש להם רשות להשתמש בנכסי מלוג של אשתו ולהניח שם כל חפציו שהרי אוכל פירות, וכן יש רשות להאדון להשתמש בידי עבדו כדרך שמשתמש בתיבתו ולהניח שם כל חפציו א"כ ליכא הוכחה שגמרו בדעתם לגרש ושחרר כמו שכתבנו לעיל דדוקא כשהמוכר מניח או מצוה לאחרים להניח את חפציו במקום שאין לו רשות להניח שם חפציו איכא הוכחה שגמר ומקני אבל אם המוכר מניח חפציו או מצוה לאחרים להניח חפציו במקום שיש לו למוכר רשות להניח כל חפציו ליכא הוכחה שגמר ומקני ומקרי שלא יצא החפץ מרשות המוכר.

טו) והנה ביבמות דף קט"ו לענין שני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת יכולים הם להוציא שטר חוב על אחרים דמאי ניחוש לה אי נפילה לא חיישינן ואי לפקדון כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה עכ"ל הגמ' היוצא מזה שאין דרך של האדם להפקיד שטרותיו אצל אדם שיכול להחזיק בשטרותיו ויאמר שלו הם כדאמרינן כיון דשמיה כשמיה לא מפקיד גביה ולפי זה נראה דאע"ג שיש רשות להבעל ולהאדון להשתמש בידי עבדי ובנכסי אשתו ולהניח שם כל חפציהם וליכא הוכחה שגמר בדעתו להקנות ולא יצא החפץ מרשות המקנה כמו שכתבנו, היינו דוקא בשאר החפצים, אבל אם האדון מניח את שטר השחרור בידי עבדו, או אם הבעל מניח את הגט בנכסי מלוג של אשתו בודאי איכא הוכחה גמורה שגמרו בדעתם להקנות לשחרר ולגרש כי אלמלי לא

גמרו בדעתם לשחרר ולגרש לא היו מניחים את השחרור והגט בתורת פקדון ביד העבד והאשה שהרי העבד יכול ליקח את שטר השחרור המופקד בידו ולומר משוחרר אני וכן האשה יכולה ליקח את הגט שבידה או בחצרה המשתמרת לדעתה ותאמר מגורשת אני ותפקיע את עצמה ונכסיה מבעלה, הילכך כשהבעל והאדון מניחים את השחרור והגט לרשותם איכא הוכחה מעליא שגמרו בדעתם לשחרר ולגרש.

טז) ובזה מתורץ הא דאמרינן גיטו וידו באין כאחד שהקשינו לעיל מה מועיל מה שיהא יד לעבד וחצר לאשה לאחר שתתגרש האשה וישתחרר העבד כיון דבעינן יד וחצר להאשה והעבד להתגרש ולהשתחרר ובלא יד וחצר לא יוכל העבד להשתחרר והאשה להתגרש וכיון דקודם השחרור והגירושין אין להם יד וחצר א"כ סוף סוף הדבר תימה איך תתגרש האשה וישתחרר העבד בלא יד וחצר ובזה ניחא כיון דבאמת יש להאשה והעבד רשות לעצמן כמו שיש להמשכיר בחצר המושכר כמו שכתבנו לעיל רק מפני שיש לו להאדון ולהבעל רשות להשתמש בידי עבדו ובחצר אשתו לכן מקרי שלא יצא השחרור והגט מרשות הבעל והאדון, לזה אמרינן גיטו וידו או גיטה וחצרה באין כאחד והיינו דכיון שהוא גט שחרור או גט אשה שפיר יצאו מרשות הבעל והאדון, שהטעם דבעינן שיצא החפץ מרשות מקנה הוא משום דבעינן הוכחה שגמר ומקני ולזה בעינן שיניח את חפציו במקום שאין לו להמקנה רשות להניח שם חפציו, א"כ כשמניח את השחרור והגט ליד העבד או לחצר אשתו מוכיח שפיר שגמר להקנות שאלמלא לא גמר להקנות לא היה מניח את השחרור והגט לרשותם בפקדון כיון שיכול לבוא לידי הפסד כמו שהבאנו מגמ' דיבמות הנ"ל.

יז) היוצא מזה דלא אמרינן גיטו וידו באין כאחד אלא היכא שיש לו להקונה חצר ורשות לעצמו גם קודם השחרור והגירושין כמו העבד והאשה ולא מחסרה רק שיצא השחרור והגט מרשות הבעל והאדון בזה לבד אמרינן גיטו וידו באין כאחד והיינו כי ע"י הגט והשחרור איכא הוכחה שגמר להקנות לגרש ולשחרר, אבל בנידון הקצוה"ח שהבאנו לעיל דאיירי שהנותן כתב שטר מתנה ונתן לתוך ביתו, ועדיין אין לו להמקבל שם קנין בהבית הניתן לו בזה בודאי לא אמרינן גיטו וידו באין כאחד שהרי השטר מתנה או הגט לא בא לחצר ולרשות הקונה כיון שאין לו שום קנין כלל בהבית ולא שום חצר ורשות במה יזכה הקונה בהבית, אך בנידון ספקתנו שהשוכר או הבעל כתבו שטר מתנה על קנין שלהם ונתנו את השטר להבית המושכר ולהאשה בנכסי מלוג בזה בודאי קנו האשה או המשכיר כיון שגוף הבית של המשכיר הוא או של האשה ויש להם חצר ורשות לזכות מההפקר ע"י הבית הזה, רק כי מהבעל והשוכר לא יכלו האשה והמשכיר לקנות

ע"י החצר משום שלא יצא החפץ מרשות המוכר, הילכך אמרינן דזה הוא דוקא בשאר דברים דליכא סמיכות דעת מפני שהמוכר נותן שם כל חפציו אבל כשכותב שטר מתנה למשכיר או לאשתו ונותן לתוך הבית הזה בודאי איכא הוכחה גמורה שגמר בדעתו ליתן להם דבפקדון לא יהיב אינש לגברא דמטו פסידא מיניה.

יח) עיין תוס' גיטין דף ע"ז ע"ב ד"ה מה שקנתה אשה וכו' ור"ת מפרש דאף ע"ג דבמתנה אין הבעל אוכל פירות כיון דאם מכרה ונתנה אינו קיים כדאמרינן מחזקת הבתים חשיב כאלו הוי דבעל ואינה יכולה לקנות על ידו מה שבתוכו ואין תלוי באכילת פירות, ותדע דהא שני לעיל בכותב לה דין ודברים אין לי בנכסיך ואע"ג דאכתי הבעל אוכל פירות כדאמרינן בהכותב (דף פ"ג) אלא הואיל ואם מכרה ונתנה קיים כדתנן בהכותב חשיב לה חצרה וכן כתבו התוס' בב"ב דף נ"א ע"ב ד"ה במתנה וכו' ומשמט דאפילו הבעל אוכל פירות ג"כ מיכל לקנות ע"י החצר דמקרי שילא מרשותו ויש לדחות כיון שכתב לה דין ודברים אין לי בנכסיך שיב אין לו רשות להשתמש בחצרה אע"ג שאוכל פירות לכן קנתה ע"י חצרה בלאו טעמא דגיטה וידה באין כאחד ע"ש בתוס' לדברי ר"ת, אך התוס' וכן שאר מפרשים לא ס"ל כר"ת, ובלאו הכי דברי התוס' בשם ר"ת תמוהים במה שכתבו שאם נתן הבעל מתנה לאשתו אינה יכולה למכור ואם מכרה ונתנה אינה קיים כדאמרינן בפ' חזקת הבתים עיין פני יהושע בגיטין דף ע"ז שכתב וז"ל לא מצאתי דבר זה מבואר בפ' חזקת ותליתי בחסרון ידיעתי אמנם בינותי בספרים וראיתי בחידושי הרמב"ן ז"ל בפ' חזקת שכתב בשם ר' שמואל הנורד שכתב בשם הגאונים רב שרירא ורב האי, דאם מכרה ונתנה קיים אלא שאם מתה הבעל מוציא מיד הלקוחות ולפי זה בההיא דשמעתין שמגרשה מקרי שפיר חצרה שהרי לאחר הגירושין המקח קיים לגמרי למפרע ועור שהטור כתב בשם הרמ"ה ז"ל באה"ע סימן פ"ה שהמכר קיים לגמרי אפילו אם מתה וצ"ע מהיכן יצא כן לרבינו תם מסוגיא דפ' חזקת הבתים עכ"ל הפ"י.

יט) ובדברינו שכתבנו יש לתרץ קושית התוס' בגיטין דף ע"ז ד"ה ידה גופה וכו' לענין תירוצו של ורבא הנ"ל שתירץ וז"ל אמר רבא אטו ידה מי לא קניא ליה לבטל אלא גיטה וידה באין כאחד הכא נמי גיטה וחצרה באין כאחד, ומקשה הגמ' על זה והלא יד דאשה נהי דקניא ליה למעשה ידיה ידה גופא מי קניא ליה והקשו התוס' על זה וז"ל וא"ת חצרה נמי לא קניא ליה גופיה אלא פירי עכ"ל התוס' ע"ש מה שתירצו, ובדברינו ניחא דחילוק גדול יש בין ידה לחצרה, דחצרה אף על פי שאין גוף החצר קנוי לו לבעל ולא קניא ליה אלא לפירות מ"מ קניא ליה חצרה גם להשתמש בו ולהניח בו כל חפציו כמו שפירש רש"י שם ע"ז עמוד א' קנה בעלה לפירות להשתמש בה עכ"ל רש"י וכיון שיש

רשות לבעל להניח בה כל חפציו א"כ ליכא הוכחה שגמר ומגרש כשמניח את הגט ברשות ובחצר שמניח שם כל חפציו והרי לא יצא הגט מרשות הבעל, אבל יד אשתו נהי שמעשה ידיה שלו הם, אבל ידה טפה לא קניא ואין לו רשות להניח בידיה שום חפץ, א"כ כשמניח חת בהגט בידה שפיר מוכיח שגמר ומגרש כיון שמניח את הגט במקום שאין לו רשות להניח שם שאר חפציו, ומתרץ הגמ' אלא יד דעבד קשיא ליה דעבד גופו קנוי לרבו ויכול האדון להשתמש בידיו של עבדו מעשה עץ ואבן ומעשה תיבה ויוכל האדון להניח כל חפציו בידיו של עבדו כמו שמניח בתיבתו א"כ ליכא הוכחה שגמר לשחררו כמו שכתבנו לעיל ואולי כוונו התוס' בתירוצם הראשון ע"ש.

פרק ג

א) והנה הקצוה"ח סימן רמ"א ס"ק ג' חולק על מהרי"ק הנ"ל וס"ל דעבד כנעני אין לו רשות לעצמו כלל רק לעומד ברשות רבו כשורו וחמורו, והביא הקצוה"ח שתי ראיות לזה, הראיה הראשונה היא מדלא מהני בעבד כנעני לשון מתנה כשאומר לו הרי את לעצמך הרי את קנוי לך דזה הוא לשון מתנה לא מהני דאי מהני לשון זה בע"פ למה לן שטר שחרור שהוא כותב לו ג"כ הרי את לעצמך הרי קנוי לך, דאותו לשון לכותב לו בשטר יאמר לו בע"פ כמו"ש התוס' קידושין דף ט"ז ד"ה לימא ליה וכו' אלא ודאי דלא מהני בעבד כנעני לשון מתנה בע"פ, ואם נימא שהעבד כנעני יש לו רשות לעצמו היה לו להועיל לשון מתנה בע"פ כשאומר לו הרי את נתון לך או הרי את לעצמך הרי את קנוי לך, שהרי אם ראובן יש לו חפץ בפקדון ביד שמעון ואמר לו ראובן לשמעון אני נותן לך את החפץ הזה במתנה בודאי מועיל כדאיתא בקידושין דף מ"ז שקדשני לי בפקדון שיש לי בידך וכו' ובב"ב דף פ"ה ובשאר דוכתי דתיכף קניא ליה רשותו לשמעון כיון שהחפץ מונח בידו או ברשות שמעון א"כ גבי עבד נמי יש להועיל לשון מתנה אם נימא שהעבד יש לו רשות לעצמו אלא ודאי אין לו לעבד רשות לעצמו רק הוא קני לרבו כשורו וחמורו ע"ש בקצוה"ח.

ב) עוד הביא הקצוה"ח ראיה לדבריו שהעבד אין לו רשות לעצמו, מהא דאמרו בגיטין דף ע"ז דיד עבד כיד רבו דמי ואינו יוצא בשטר אלא משום דגיטו וידו באין כאחד ובפ"ק דקידושין למאן דלית ליה גיטו וידו באין כאחד אין העבד יוצא בשטר אלא ע"י אחרים ולא ע"י עצמו ואם נימא שהעבד יש לו רשות לעצמו אמאי לא יצא העבד בשטר ע"י עצמו אפילו בלאו האי טעמא דגיטו וידו באין כאחד ע"ש בקצוה"ח, והנה ראיתו השניה כבר כתבנו מזה לעיל דאדרבה משום ראיה להיפך היינו שיש רשות וחצר לעבד כנעני שהרי אמרו הטעם בזה רק משום שלא יצא השטר מרשות רבו ולא אמרו הטעם משום

שלא בא לרשות העבד כמו שהבאנו לעיל מגמ' דקידושין דף כ"ג ומרש"י גיטין אלמא דמקרי שבא לרשות העבד והוא מפני שיש לעבד רשות וחצר לעצמו, רק דמ"מ מקרי שלא יצא השטר מרשות רבו משום דכיון שיש לרבו רשות להשתמש בידי עבדו ולהניח שם כל חפציו כמו שמניח בתיבתו לכן מקרי שלא יצא השטר שחרור מרשות רבו דהרי ליכא הוכחה שגמר ומקני כיון שכל חפציו מניח שם.

ג) **כן** ראיתו הראשונה של הקצוה"ח לאו ראיה היא לפי מ"ש לעיל שדין העבד כחצר המושכר שהרשות הוא של המשכיר ולא של השוכר וכן העבד כיון שהוא בר דעת לעצמו הרי הוא כחצר המושכר שהרשות נשאר לעצמו וגופו קנוי לרבו כי שכירות ליומיה ממכר הוא, א"כ ניחא מה שאינו מועיל לשון מתנה בעבד שהרי כתבנו לעיל בשם הריב"ש ושאר פוסקים שגם השוכר לזמן ידוע אינו יכול ליתן להמשכיר בדבור בעלמא את קנין השכירות שלו שיש לו בשדהו של המשכיר, רק צריך קנין כמו מקבל מתנה דעלמא לכן לא מהני גם בעבד כנעני כשאומר בע"פ לשון מתנה הרי אתה נתון לך כמו שאינו מועיל בשאר שוכר ומשכיר דעלמא.

ד) **ותדע** שכן הוא שהרי גם בעבד עברי לא מהני לשון מתנה כדאיתא בקידושין דף ט"ז ובתוס' שם ובעבד עברי בודאי ליכא למימר שאין לו רשות לעצמו והוא של רבו כשורו וחמורו שהרי העבד עברי בודאי עומד ברשות עצמו וקונה קנין לעצמו וקונה מרבו כללו של דבר הרי הוא כישראל גמור לכל דבריו ואפילו הכי אמרו שגופו קנוי ואינו יוצא לחירות בלשון מתנה בע"פ רק צריך גט שחרור א"כ גם בעבד כנעני מה שאינו מועיל לשון מתנה אין הטעם כמו"ש הקצוה"ח משום שאין לו רשות לעצמו שהרי עבד עברי יש לו רשות לעצמו ואפילו הכי אינו מועיל בו לשון מתנה אלא טעמא אחריני אית ביה והוא כמו שכתבנו מפני שדומה כחצר המושכר וכשם כשהשוכר כשנותן למשכיר אינו מועיל לשון מתנה בע"פ רק צריך קנין כך האדון כשנותנו במתנה ואומר לו הרי את נתון לך ג"כ אינו מועיל לשון מתנה בע"פ.

ה) **ובמשכיר** בית לחברו לזמן קצוב והשוכר הפקיר קנין השכירות שלו צ"ע אם המשכיר זכה בו או גם איש אחר מן השוק יכול לזכות בו, ואולי דינו כעבד כנעני דקי"ל ביו"ד סימן רס"ז סעיף ה' ובחו"מ סימן ער"ה גר שמת והיו לו עבדים גדולים קנו עצמם בני חורין קטנים כל המחזיק בהם זכה בהם, יעו"ש הטעם שהגדולים שיש להם יד לזכות בעצמם יכולין לזכות בעצמם לכן קנו עצמם בני תורין אבל הקטנים כיון שאין להם יד לזכות בעצמם לכן כל המחזיק בהם זכה בהם, א"כ יוכל היות שגם לענין חצר המושכר הדין כן שאם המשכיר הוא איש גדול שיש לו יד וחצר קניא ליה חצרו מן ההפקר את

קנין השכירות שלו אבל אם המשכיר הוא קטן שאין לו יד וחצר לא קניא ליה חצרו את קנין השכירות מן ההפקר רק כל הקודם בו זכה, שהרי לפי מה שכתבנו דין העבד כדין הקרקע המושכרת לאדונו לכל ימיו, א"כ כמו דבעבד כל המחזיק בו זכה בקטנים וקנו עצמן בני חורין בגדולים כך דין הקרקע המושכרת

ו) **ואין** לתמוה ולומר מ"ש דלשון מתנה לא מהני בעבד ובחצר המושכר ולשון הפקר מהני בשניהם דזה אין תימה כלל שהרי מצינו חילוק גדול בין מתנה להפקר דלשון מתנה לא מהני כלל בדיבורא בעלמא וכל זמן שהקונה לא עשה קנין המועיל עדיין לא יצא מרשות הנותן לכן נהי שיש לו להעבד ולהמשכיר רשות וחצר לקנות מ"מ לא מהני מידי כיון שלא יצאו רשות הנותן, משא"כ בהפקר כיון דבדבורא בעלמא יוצאין מרשות השוכר ומרשות האדון אף שאין הדבור מועיל להכניסו ברשות הקונה כל זמן שלא עשה שום קנין, מ"מ המשכיר והעבד כיון שיש להם חצר ורשות לקנות יכולין שפיר לקנות כיון שכבר יצאו מרשות בעליהן השוכר והאדון יכולין שפיר לקנות בהרשות והחצר שיש להם.

ז) **ואם** בא אדם מן השוק והחזיק בבית המושכר קודם שהפקיר השוכר ומשכה חזקתו גם אחר שהפקיר או אם השוכר היה גר שמת בלא יורשים ובא איש אחד מן השוק והחזיק בבית המושכר קודם מיתת השוכר הגר והמשיך חזקתו גם אחר מיתת הגר באופן שהבית לא היתה פנויה אפילו רגע אחת בלא חזקה משעת ההפקר או מיתת הגר, נראה לכאורא דזה תליא במחלוקת רש"י ותוס' בקידושין דף כ"ג בענין ר' יהודא הנדואה, דז"ל הגמ' בקידושין סוף דף כ"ב ר' יהודא הנדואה גר שאין לו יורשים הוה חלש על מר זוטרא לשיולי ביה חזייה דתקיף ליה עלמא טובא אמר ליה לעבדיה שלוף לי מסאני ואמטינהו לביתא, איכא דאמרי גדול הוה זה פירש למיתה וזה פירש לחיים וכו' ופירש איכא דאמרי גדול היה העבד ונזהר בו שלא יזכה הוא עצמו מן ההפקר לפיכך קדם לפני המיתה וזכה בו והגר פירש למיתה ומר זוטרא פירש לחיים תחתיו שלא יהא העבד בלא אדון רגע אחד עכ"ל רש"י ואיכא דאמרי קטן הוה ופירש"י ואעפ"כ הוצרך לכל זאת ודלא כאבא שאול דאמר קטנים הקודם בהם זכה אפילו לאחר זמן זכה בהם עכ"ל רש"י, אבל התוס' בשם ר"ת פירשו דאיכא דאמרי קטן הוה ס"ל דדוקא בעבד קטן מהני חזקת מר זוטרא אבל בעבד גדול לא, אבל בלישנא קמא דגדול הוה מודים גם התוס' שגם בעבד גדול מהני חזקת מר זוטרא. והיוצא מזה דלפירש"י מהני אפינו בעבד גדול חזקה דמר זוטרא כיון שלא היה אפילו רגע אחד בלא אדון וכיון שמת הגר זכה בו מר זוטרא שהחזיק בו קודם מיתת הגר ומשכה חזקתו גם אחר מיתת הגר ואין העבד

יכול לזכות את עצמו מן ההפקר כיון שלא נשאר אפילו רגע אחד בלא אדון, א"כ כאן נמי אין המשכיר יכול לזכות בשכירות הבית כיון שקדמו איש אחד מן השוק והחזיק בו ולא נשאר הבית אפילו רגע אחד בלא מחזיק, אפילו אם המשכיר הוא איש גדול שיש לו יד וזכיה מ"מ אינו יכול לזכות כמו בעבד גדול לפירש"י, אבל לפירוש התוס' שפירשו דדוקא בעבד קטן שאין לו יד התם הועילה חזקת מר זוטרא, אבל בעבד גדול לא מהני מידי ואין שום אדם יכול לזכות בו אפילו אם החזיק בו קודם מיתת הגר ומשכה חזקתו גם אחרי מיתתו רק העבד הוא זוכה בעצמו כיון שהוא עבד גדול, א"כ גם בשוכר ומשכיר אין שום אדם יכול לזכות בו אם המשכיר הוא איש גדול שיש לו יד וזכיה לעצמו.

ח) אכן נראה שיש לחלק בין עבד לשוכר ומשכיר בזה ומתחלה צריכין אנו לבאר במאי פליגי רש"י ותוס', ונראה דפליגי בזה, דהנה לעיל כתבנו כששני בני אדם עושין קנין ביחד במציאה מוכח מסוגיא דרכוב ומנהיג בב"מ דף ח' שמי מהם שעשה את הקנין היותר טוב מחברו מבטל את קנין חבירו לכן מספקא לן התם ברכוב במקום מנהיג מי הוא עדיף מחברו, וכנ"ל לענין שוכר ומשכיר ע"ש וכיון שכן יש לט להסתפק בקנין חזקה וקנין יד וחצר איזה מהם עדיף, ואם יש איזה חפץ שנקנה בקנין חזקה ובקנין חצר ובאו שני בני אדם זה החזיק בו בחזקה וזה רוצה לקנותו בקנין חצר יש להסתפק איזה מהם עדיף שיקנה ויבטל את קנין חברו והדעת נותן דקנין חצר עדיף מקנין חזקה דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משא"כ בשאר קנינים וכן בקנין חזקה בעינן דעת וכונה לקנות דקי"ל ביבמות העודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה.

ט) א"כ כאן כשמת הגר ומר זוטרא קדם והחזיק בעבדו של הגר והמשיך את חזקתו גם אחר מיתת הגר נמצא כשמת הגר שני קנינים שולטים בו, העבד בא לזכות בעצמו בקנין יד וחצר שיש לו כיון שהוא עבד גדול ומר זוטרא בא לזכות בעבדו של הגר בחזקה שעשה בו א"כ כיון שקנין חצר עדיף מקנין חזקה לכן ס"ל להתוס' שהעבד קונה את עצמו לחירות דקנין חצרו מבטל לקנין החזקה של מר זוטרא אכן דעת רש"י לכאורא תמוה כיון דקנין חצר עדיף מקנין חזקה אמאי ס"ל לרש"י שמר זוטרא קנה אפילו בעבד גדול הלא היה לנו לומר שקנין חצרו של העבד יבטל לקנין החזקה של מר זוטרא רק דקנין חצר עדיף, וצריך לומר שדעת רש"י הוא דמשום הכי זכה בו מר זוטרא דכיון שמר זוטרא אמר לו להעבד שלוף לי מסאני והעבד עשה כן הרי גילה העבד את דעתו שאין רצה לזכות בעצמו לכן קנה אותו מר זוטרא, א"כ לא שייך לומר כן אלא גבי עבד אבל בשוכר ומשכיר ובא אדם מן השוק והחזיק בבית המושכר קודם שמת הגר ומשך חזקתו עד לאחר נדחת הגר בזה גם רש"י מודה שהמשכיר זוכה בשכירות הבית שהמשכיר בא

לזכות בקנין חצר והמחזיק בא לזכות בקנין חזקה וכיון דקרן חצר עדיף ואלים מקנין חזקה בודאי המשכיר קונה דכאן לא סייע המשכיר להמחזיק מאומה כמו החם שהעבד סייע להמחזיק להחזיק בו לכן ס"ל לרש"י שהמחזיק זוכה משא"כ כאן מודה גם רש"י שהמשכיר קונה.

י) **וכל** זה בשוכר ומשכיר או בעבד, אבל במשכון כהאי גונא כגון משכונו של ישראל ביד גר ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בה דקי"ל מוציאין אותו מידו כדאיתא בב"ק דף מ"ט ובחו"מ סימן ע"ב סעיף ל"א משום דכיון שמת הגר פקע לה שעבודיה בזה אין חילוק בין שהישראל האחר החזיק במשכון אחר מיתת הגר או שהחזיק במשכון קודם מיתת הגר ומשכה חזקתו וקנינו לאחר מיתת הגר דבין כך ובין כך אין חזקתו כלום ואינו דומה לעבד ושוכר ומשכיר דהתם כמו שהאיש מן השוק צריך קנין בעבד ובלא קנין לא קני כך העבד בעצמו צריך קנין לזכות בעצמו וכן המשכיר צריך קנין לקנות בהשכירות של השוכר, א"כ היכא שבא אדם מן השוק והחזיק בעבד או בשדה המושכרת קודם מיתת הגר ומשכה חזקתו גם אחרי מיתתו דאז עשו קנין ביחד האדם מן השוק עם העבד או האדם רק השוק והמשכיר, א"כ יש מקום לדון ולהסתפק מי מהם יקנה ולכן אמרינן מי שעשה הקנין הטוב יותר הוא הוא הקונה מפר שהקנין הטוב מבטל את הקנין הגרוע ממנו כמו שכתבנו לעיל אבל כאן במשכון כיון שבעל המשכון אין צריך שום קנין רק ממילא נפקע שיעבודיה בלא שום קנין איך יוכל איש אחר לזכות במשכון שכבר זכה בו ישראל בעל המשכון ע"י מיתת הגר ונפקע שיעבודו ואינו חייב מעכשיו שום דבר להגר בודאי הישראל השר שבא לזכות במשכון לא יוכל לבטל הפקעת השיעבוד דלא שייך ביטול רק בשני קנינים אחד טוב ואחד גרוע ממנו שהקנין הטוב מבטל את הגרוע ממנו אבל קנין לענין הפקעה בלא קנין לא יוכל הקנין לבטל את ההפקעה, וזה נראה פשוט לדעתי ולא הוצרכתי לכתוב זאת רק מפני שראיתי להקצוה"ח סימן ע"ג שמדמי להדדי לכן כתבתי את הנראה לדעתי.

פרק ד

שאלה

א) **עובדא** הוה בעיר פ' בשני אנשים שהיו שותפים בחנות, אך הנה להם עוד עסקים שהתעסק כל אחד לעצמו ולא בשותפות, פעם אחת היו מהלכין יחד בשוק ורא את המציאה וירץ אחד מן השותפים הנ"ל להגביה לצורך עצמו ויהי כאשר ראה השותף השני שהוא רץ להגביה לצורך עצמו צעק אליו לחצאין לחצאין ויענהו השותף המגביה לא כן אלא לעצמי בלבד אני מגביה, ויענהו חבירו מחויב אתה להגביה את המציאה

לחצאין יען כי שותפים אנחנו בחנות וכיון שאנחנו שותפים בחנות ביחד כן הוא הדין וההלכה כי כל המציאות שמצא אחד מהשותפים הרי של שניהם בשוה, ויענהו שוחט ויאמר לו כיון שכן הוא הדין וההלכה עפ"י תוה"ק לבן הנני מגביה לחצאין לצורך שניט, ואחר כך הניח השותף המגביה את המציאה בתיבתו של חבירו העומדת ברשות חבירו, ואחר כך שמע השותף המגביה שאין הדין כן אלא אע"פ שהם שותפים בחנות מ"מ זה אין שום שייכות להמציאות שמוצאין וכל מי שתצא הרי אלו שלו וטען המגביה אלו הייתי יודע שכן היא הדין וההלכה לא הייתי מגביה לצורך חבירו כלל רק לצורך עצמו לבד א"כ יש לדון ולהסתפק הדין עם מי.

תשובה

ב) הנה בעיקר הדבר שטען השותף המגביה דאע"פ שהם שותפים בחנות מ"מ אינם שותפים בהמציאות שמוצאים בזה בודאי הדין עמו כמו"ש הש"ך בחו"מ סימן ס"ב ס"ק י"ב וסימן קע"ו ס"ק ט"ז ובפרט בנידון זה שיש להם עוד עסקים רבים שאינם בשותפות בודאי מודים כולי עלמא וגם הרמ"א יודה לזה שאין המציאות בשותפות דלא עדיפי מפועל שאמר לו בעל הבית נכש עמי היום עדור עמי היום שאין מציאתו לבעל הבית כדאיתא בב"מ דף י"ב ועיין חו"מ סימן ע"ר וכן מה שרוצה לבטל את הקנין מחמת שהיה בטעות וקנין בטעות חוזר, גם בזה דבריו נכונים כדאיתא בחו"מ סוף סימן כ"ה וכאן נמי גילה המגביה את דעתו דמשום זה הגביה גם לצורך שותפו מפני שטעה וסבור שכן הוא הדין וההלכה א"כ בודאי הוי קנין בטעות וחוזר וכן אמרינן בב"ב דף מ"א בעובדא דרב ענן דקנין בטעות חוזר וכן הוא בחו"מ סימן קמ"ב סעיף ב' ובכמה דוכתי דקנין בטעות חוזר ועיין בזה לקמן פרק י"ב.

ג) אך מה שיש לדון ולהסתפק בזה הוא, דהנה זה ידוע שהטעות אין בכחו רק לבטל מעשה או מחשבה ולעשות ממעשה ומחשבה כאלו אינם כגון קנין בטעות קי"ל דחוזר שהטעות עושה אותו כאלו אינו, אבל אין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאילו עשה וחישב כגון אם אדם רואה בהמה של הפקר ורוצה לילך למשוך אותה לקנותה ואמר לו חבירו שאין הבהמה של הפקר ושמע לו ולא משכה ולא עשה בה שום קנין בודאי אינו קונה אותה, ולא אמרינן כיון דמניעת משיכתו היתה בשביל טעות שטעה וסבר שאינה של הפקר ואלמלי היה יודע שהיא של הפקר היה מושכה א"כ נחשבת גם מניעת משיכתו כאלו משכה זה בודאי לא אמרינן כן, אלא אמרינן כיון דעכ"פ לא משכה ולא עשה שום קנין אינו קונה שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב.

ד) **ולא** זו בלבד אם לא עשה שום קנין ע"י טעותו בודאי לא קנה שאין בכח הטעות לעשות מבלי מעשה כאלו עשה אלא אפילו אם עשה קנין בנכסי הגר רק כי מחמת טעות לא נתכוין לקנות ג"כ לא קנה כמו העודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו, דאף שעשה מעשה הקנין רק שלא נתכוין לקנין מחמת שטעה וסבר שאינה של הפקר רק שהוא שלו ג"כ לא קנה שהרי אם לא טעה היה מתכוין לקנות ורק מפני שטעה עשה מעשה הקנין בלא כונה לקנין ואין בכח הטעות לעשות מבלי מחשבה וכונה כאלו חשב ונתכוין.

ה) **וכיון** שכן בנידו"ד שראובן המגביה את המציאה נתכוין לקנות מחציתה לשמעון שותפו אף כי כונתו מה שנתכוין לקנות לשמעון בטעות היה ונתבטלה כונתו כי יש בכח הטעות לעשות ממעשה ומחשבה כאלו אינם מ"מ כיון שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב ליכא כונה לקנין ובלא כונה אי אפשר לקנות מציאה דליכא דעת אחרת מקנה בקנין הגבהה שצריכה כונה לקנין לכו"ע ומחצה קנה כיון שנתכוין לקנות לעצמו אבל מחצה השניה לא קנה וקנה שמעון חבירו בשעה שנתנה ראובן לתיבתו של שמעון שקודם שבא החפץ לתיבתו הפקר היה מחציתו וזכה שמעון כשבא החפץ לתיבתו ואולי לא קנה ראובן כלל כיון דמחציתו היה הפקר א"כ הוי כמו חרש ופקח שהגביהו מציאה עיין ב"מ דף ח' ובחו"מ ועכ"פ יותר מחצי לא קנה ראובן,

ו) **וכל** זה דוקא אם לא היה כל החפץ ביד ראובן המגביה רק שאחז במקצת החפץ והגביהו, אבל אם היה כל חפץ המציאה ביד ראובן המגביה דאז אתינן עלה משום יד ולא משום קנין הגבהה עיין נתיבות סימן רס"ח ס"ק ב' וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו לכן קנה ראובן את כולו דנהי שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב מ"מ קנה כיון דלא בעינן שום כונה ודעת רק ראובן קנה מה שבידו בלא כונה כלל אך לפי מה שכתבו התוס' ב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא דציבי לא משמע כן שכתבו דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו של אדם דקי"ל שקונה לאדם שלא מדעתו וסיימו שם וז"ל דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יורע אם הוא בחצרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני עכ"ל התוס' א"כ בנידון דידן שידע ראובן המגביה שהחפץ הוא בידו ולא נתכוין לקנות לעצמו רק לשמעון שותפו, יש מקום לכאורא לומר שלא יקנה אפילו אם אחז כל החפץ בידו ואתינן עלה משום קנין יד דקנה שלא מדעתו מ"מ לא קני כהאי גונא שידע שהוא בידו ולא נתכוין לקנותה כמו"ש התוס' ב"ב הנ"ל, לכן נשאר החפץ הפקר עד שבא לתיבתו של שמעון ואז קניא ליה חצרו לשמעון.

ז) **אך** זה אינו דהטעם שכתבו התוס' דכשידע שהחפץ הוא בידו ולא נתכוין לקנותה דלא קני הוא מטעם דהוי כאומר בפירוש שאינו רוצה לקנות דאז בודאי אינו קונה בע"כ וא"כ בנידון דידן שמה שחשב בפירוש שאינו רוצה לקנות לעצמו בטעות היה מפני שחשב שכן הוא הדין וההלכה, והטעות יש בכחו לעשות ממעשה ומחשבה כאלו אינם א"כ נשאר כאילו לא חישב כלל האי מחשבה שאינו רוצה לקנות לעצמו כיון שהטעות מבטלו, ונהי שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאילו עשה וחישב מ"מ נשאר בלא שום מחשבה כלל והוי כאלו לא נתכוין לא לקנות ולא שלא לקנות וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, לכן קנה ראובן את כל החפץ כשהיה בידו, ומה שהניח בתיבתו של שמעון לאו כלום הוא.

ח) **אך** עדיין יש מקום לומר דמה שכתבו התוס' דכשהחפץ הוא בידו ואינו מתכוין לקנותו דלא קני אולי אין הטעם כמו שכתבנו משום דהוי כאומר בפירוש שאינו רוצה לקנותו אלא יוכל להיות דטעם אחר יש בזה דהנה יש להסתפק בהא דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו או ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו אם הוא מטעם דאמרינן דמסתמא ניחא ליה שחצרו יזכה לו את החפץ שנפל לתוכו כיון דזכות הוא לו והוי כאלו אמר בפירוש שניחא ליה שחצרו יזכה לו את החפץ, או דילמא הא דאמרינן חצרו וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, הוא משום דלא בעינן כלל שיחשוב שום מחשבת ניחותא רק כיון שבא החפץ לתוך חצרו של אדם קניא ליה חצרו בלא שום דעת ומחשבה כלל, **ואם** נפרש כפירוש הראשון שכתבנו דבאמת גם בחצר ויד בעינן כונה לקנין והא דאמרינן חצרו וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו הוא משום דאמרינן דמסתמא ניחא ליה כיון דזכות הוא לו זכין לאדם שלא בפניו, אם נפרש כן נוכל לומר טעם אחר בדברי התוס' הנ"ל דאיכא למימר דמשו"ה אינו קונה כשידע שיש חפץ בחצרו או בידו ולא נתכוין לקנותה משום דכאן ליכא למימר דכיון דזכות הוא לו מסתמא ניחא ליה שהרי כיון דידעינן שלא נתכוין לקנות הרי אנו רואים דלא ניחא ליה, דדוקא כשלא ידע אם יש חפץ בחצרו או בידו התם שייך לומר דמסתמא ניחא ליה כיון דזכות הוא לו אבל כיון דידעינן דעכ"פ לא ניחא ליה משו"ה לא קני, ואין הטעם כמו שכתבנו לעיל דמשו"ה לא קני משום שהיה מחשבה דלא ניחא ליה אלא הטעם משום שמחוסר כונה ומחשבה לקנין, אך אם נפרש כפירוש השני שכתבנו דבחצר ויד לא בעינן שום כונה כלל לקנות רק כיון שבא החפץ לחצרו או לידו קניא ליה אזי מוכרחים אנו לפרש דמה שכתבו התוס' דאם החפץ הוא בידו או בחצרו וידע בו ואינו מתכוין לקנות לא קנה הוא מחמת הטעם שכתבנו דהוי כאלו אמר בפירוש שאינו רוצה לקנות ואין אדם קונה בע"כ, דליכא

למימר שהטעם הוא כמו שכתבנו לפירוש הראשון משום דמחסרא כונה לקנין כיון דלא בעינן שום כונה ודעת לקנין כלל וכלל בקנין חצר ויד.

ט) ובנידון דידן כשראובן הגביה בידו לצורך שותפו מחמת טעות הנ"ל נפקא מינה גדולה יש בין שני הפירושים, דאם נימא דידו וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משום דלא בעינן כונה כלל בקנין חצר ויד, א"כ שפיר קנה ראובן המגביה דאף שהיתה כונתו בפירוש שלא לקנות לעצמו מ"מ כיון שהיתה בטעות יש בכח הטעות לעשות את מחשבתו כאלו לא חישב מעולם שאינו רוצה לקנותה, אע"ג דעדיין מחסרא כאן כונת הקנין שהרי עכ"פ לא חישב לקנות לעצמו ואין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו חשב לקנות, מ"מ לא איכפת לן מידי לפירוש הזה דידו וחצרו של אדם קונין בלא שום מחשבה ובלא שום כונה א"כ ראובן המגביה קונה את כל החפץ, אבל, אם נימא כאידך פירושא שגם בקנין חצר ויד בעינן כונה וניחותא לקנין, רק מאי דקי"ל ידו וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו משום דאמרינן דמסתמא ניחא ליה לקנות כיון דזכות הוא לו, א"כ בנידון דידן קנה שמעון מחצית החפץ כיון שהניחו בתיבתו, דכיון שראובן בשעת הגבהתו בידו חשב שגם שמעון שותפו יקנה מחצה, אע"פ דמה שחשב ששמעון יקנה ולא הוא בטעות היה ויש בכח הטעות לבטל את המחשבה הזאת שחשב לקנות לשמעון ולא לעצמו, מ"מ כיון דעכ"פ לא נתכוין ראובן לקנות לעצמו לא קני דכאן ליכא למימר דמסתמא ניחא ליה ומסתמא נתכוין לקנות דהרי אנו יודעים שנתכוין לקנות בשביל שמעון ולא לעצמו ואע"ג דבטעות היה מה שלא נתכוין לקנות לעצמו מ"מ לא קנה ראובן שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מחשבה כאלו חשב לקנות שהרי גם יד וחצר צריכין דעת וניחותא לפירוש זה.

י) ולכאורה היה נראה דזה תליא אם חצר משום יד איתרבאי או משום שליחות איתרבאי דאי אמרינן חצר משום שליחות איתרבאי בודאי בעינן דעת שיעשה שליח דהרי גמרינן שליחות מאתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם א"כ הרי בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת השליחות, אבל אי אמרינן דחצר משום יד איתרבאי לא בעינן שום מחשבה ודעת רק מטעם גזרת הכתוב חצרו קניא ליה כידו, שהרי גם בקטנה קניא ליה חצרה אי אמרינן משום יד איתרבאי כדאיתא בב"מ דף י' וי"א אע"ג דקטנה לית לה דעת כלל אלמא דבקנין יד לא בעינן דעת וכן מחלק הגמ' בהדיא בב"מ דף י"א וי"ב לענין גט דמשום דאיתא בע"כ וליכא דעתה, לכן אינה מגורשת רק ע"י חצר הדומה לידה דהיינו שהיא עומדת בצדה דאז חצרה לידה דמיא דסמיכה לה אבל ע"י חצר דאיתרבאי משליחות אינה מגורשת, כגון שאינה עומדת בצדה דאז חצרה משום שליחות הוא אינה

מגורשת משום דליכא דעתה, נמצא לפי זה הא דקי"ל חצרו וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, יש בזה שני פירושים דאי אמרינן חצרו משום יד איתרבאי ומכ"ש יד ממש לא בעינן רק שיבוא החפץ לחצרו או לידו ולא בעינן שום כונה וניחותא ולא אמרינן דמשו"ה קניא ליה משום דמסתמא ניחא ליה רק לא בעינן שום כונה לקנין כלל ביד או בחצר דאיתרבאי מתורת יד, אבל אם אמרינן חצר משום שליחות איתרבאי ובשליחות בעינן כונה ודעת לכן מוכרחים אנו לפרש דהא דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו הוא משום דאמרינן מסתמא ניחא ליה כיון דזכות הוא לו הלכך לכאורא כן הוא הפסק הלכה בנידון דידן שזכה ראובן המגביה כיון שהיה בידו קודם שהניח לתיבת חבירו דאע"ג שהיה מחשבתו שגם השני יזכה חציו מ"מ כיון שהיה בטעות הרי הטעות עוקרת את המחשבה ועושה אותה כאילו אינה אף שאין בכח הטעות לעשות כאלו חישב לקנות לעצמו כנ"ל מ"מ לא איכפת לן דהרי בידו של אדם לא בעינן דעת וכונה כלל, אך אי איתרמי כהאי מילתא בחצר דגברא כגון שראובן ראה שנפל חפץ של הפקר לתוך חצרו ונתכוין שיזכה גם שמעון שותפו מחמת הטעות הנ"ל ואח"כ נתן שמעון את החפץ לתוך תיבתו כנ"ל אז הדין עם שמעון דכיון דקי"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי ובשליחות בעינן שיחשוב בפירוש מחשבת השליחות והאי גברא כיון שלא חשב לקנות לעצמו היה החפץ הפקר כל זמן שהיה בחצר ראובן ואח"כ כשהניח שמעון את החפץ לתוך תיבתו זכתה לו חצרו לשמעון, אבל אי איתרמי כהאי מילתא גבי אשה כיון דקי"ל חצר דאתתא משום יד איתרבאי וביד לא בעינן דעת לכן זכה הראשון כמו שכתבו לענין יד, עיין חו"מ סימן רמ"ג ס' נ"ג ובש"ך שם ס"ק י"ב ובאה"ע סימן קמ"א ס"ז.

יא) אך אין זה מספיק לתרץ למ"ד חצר מטעם שליחות איתרבאי ולא סגי לן במה שנאמר דמסתמא ניחא ליה, דהנה קי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואפילו אה בעל החצר טרוד היה בעסקיו או ישן בשעה שנפל החפץ של הפקר לחצרו נמי קניא ליה חצרו, ודבר תימה הוא איך יקנה את המציאה ע"י חצרו למ"ד חצר מטעם שליחות איתרבאי דהרי בשליח בעינן שיחשב בפירוש מחשבת השליחות כדאמרינן בפ' אלו מציאות ד' כ"ב לענין היורד לשדה חבירו ותרם שלא ברשות ובא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות ונמצאו יפות מהם שגילה דעתו דניחא ליה בהפרשתו דאז הוי תרומתו תרומה ומוקי לה בגמ' דדווקא דשווייה שליח ומסיים הגמ' וז"ל הכי נמי מסתברא דאי סלקא דעתך דלא שווייה שליח מי הוה תרומתו תרומה והא אתם גם אתם אמר רחמנא לרבות שלוחכם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, אלא הכא במאי עסקינן דגון דשווייה שליח ואמר ליה זיל תרום ולא אמר ליה תרום מהני וסתמיה דבעל הבית כי

תרם מבינונית הוא תורם ואזיל איהו ותרם מיפות ובא בעל הבית ומצאו ואמר לו כלך אלל יפות אם נמצאו יפות מהם תרומתו תרומה עכ"ל הגמ' אלמא דבשליחות בעינן דעת המשלח בפירוש שיעשנו שליח משים דאמרינן מה אתם לדעתם אף שלוחכם לדעתכם ואף דאם ידע הבעל הבית שהוא תורם משלו היה ניחא ליה מ"מ אינו מועיל כיון דעכ"פ ליכא דעתו בפירוש א"כ לענין חצר נמי כיון דמשליחות איתרבאי אמאי יקנה לו חצרו כשהוא ישן או שהוא טרוד בעסקיו כיון שלא חשב בפירוש מחשבת השליחות כשנפלה המציאה לחצרו.

יב) וכי תימא דמשום הכי קניא ליה חצרו משום דאנן סהדי דאף עכשיו בשעת טרדתו אם היה יודע שנפלה לו מציאה או דבר הפקר לחצרו היה חושב בפירוש מחשבת השליחות ומה שלא חשב בפירוש מחשבת השליחות הוא מפני שאינו ודע אם נפל החפץ לחצרו או לא זה אינו, דהרי אמרינן שאינן בנח הטעות לעשות מבלתי מחשבה כאלו חשב, וכיון דעכ"פ לא חישב מחשבת השליחות אית לנו לומר שלא יקנה לו חצרו דמשום שליחות איתרבאי, [וקושיא כזאת הקשו המפרשים למאן דס"ל דזכיה היא מטעם שליחות וקנה נמי אפילו אם הוא ישן או טרוד בעסקיו בשעה שזכו בשבילו א"כ תקשה נמי אמאי יזכה כיון שלא חשב בפירוש מחשבת השליחות ובעינן דעת בפירוש בשליחות דהרי גמרינן מאתם גם אתם מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם עיין קצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק ח' ע"ש מה שתירצו] ובשמעתתא דשליחות הארכנו בזה בס"ד ע"ש פרק י"ד.

יג) וצריך לומר דמה דאמרינן דחצר משום שליחות איתרבאי אין פירושו שעושה את החצר לשליח בשעה שנפלה המציאה לחצרו אלא שעושה אדם את חצרו לשליח בשעה שקנה את החצר או בשעה שירשו או זכה מן ההפקר א"כ מתורץ בזה הקושיא הנ"ל שהקשוט איך יקנה האדם ע"י חצרו כשהוא ישן או שהוא טרוד בעסקיו כיון דבשליחות בעינן דעת המשלח וכאן ליכא דעת כיון שהוא ישן או טרוד בעסקיו, ולפי דברינו דהשתא ניחא דכיון שהחצר הוא כבר שלוחו משעה שקנהו אין אנו צריכים עוד דעת המשלח כמו בכל השליחות של גיטין וקידושין וקנינים ושאר שליחות שבתורה אין אנו צריכים שיהא המשלח ניעור שעה שהשליח עושה את שליחותו רק כיון שהמשלח עשאו שליח מדעתו אין אנו צריכין יותר, כן גבי חצר נמי כיון שכבר עשהו שליח משעה שקנהו איו אנו צריכים לדעת המשלח בשעת הקנין.

יד) וממילא נדחו בזה דברינו הנ"ל שכתבנו דלמאן דס"ל דחצר משום שליחות איתרבאי הוכרחנו לפרש דהא דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו פירושו הוא דמסתמא

ניחא ליה שיזכה החצר בעדו דליכא לפרש דמשו"ה חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משום שאין צריך כונה כלל, דזה ליכא למימר דכיון דמשום שליחות איתרבאי בודאי בעינן דעת כן פירשנו לעיל. ובדברינו דהשתא שכתבנו שהחצר נעשה שלוחו משעה שקנה את החצר ולא משעה שבא החפץ לחצרו שפיר יש לפרש דהא דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו שאין צריך שום כונה ודעת בשעה שבא החפץ לחצרו דכיון שכבר עשה להחצר שליח בשעה שקנהו תו אין צריך כונה ודעת בשעה שבא החפץ לחצרו, ואם החצר לא נעשה שלוחו משעה שקנה אותו אינו מועיל מידי מה שנאמר מסתמא ניחא ליה בשעה שבא החפץ לחצרו אם הוא ישן או טרוד בעסקיו כמו שכתבנו לעיל.

טו) ואי מתרמי הא מילתא בנידון דידן בחצר ולא ביד כגון שראובן ראה שנפל חפץ של הפקר לתוך חצרו ונתכוין שיזכה גם שמעון שותפו מחמת הטעות הנ"ל ואח"כ לקח שמעון את החפץ ונתנו לתוך רשותו ואח"כ נתודע האמת לראובן שטעה כנ"ל דלפי מה שכתבנו מעיקרא דבחצר כיון דמשום שליחות איתרבאי בעינן דעת בשעה שנפל החפץ לחצרו, א"כ זכה שמעון במחצית החפץ לאחר שבא לרשותו כיון דראובן לא קנהו מפני שחישב לקנות לשמעון ואין בכח הטעות לעשות מבלתי מחשבה כאלו חישב, אבל לפי מה שאנו מפרשים עכשיו דגבי חצר אין צריך כונה ודעת בשעה שבא החפץ לחצרו רק בשעת קנין החצר נעשה החצר שלוחו לקנות א"כ קנה ראובן את כל החפץ דאע"פ שחישב שגם שמעון שותפו יקנה מחצה וא"כ ביטל ראובן לשליחותיה דחצר ואית לן לכאורה לומר ששמעון יקנהו לאחר שבא החפץ לרשותו, אך זה אינו דכיון דמה שביטל ראובן לשליחותיה דחצר בטעות היה ויש בכח הטעות לעשות מדבור ומחשבה כאלו אינם א"כ ממילא הביטול בטל והשליחות קיים דמאי שנא ביטול השליחות מכל הקנינים שבעולם דקי"ל שאם עשאם בטעות יש בכח הטעות לבטלם ולעשותם כאלו אינם א"כ גם לענין שליחות או לענין חצר שאם ראובן עשה אותם שלוחים ואח"כ ביטל אותם ונמצא אח"כ שהביטול בטעות היה בודאי הביטול בטל והשליחות קיים א"כ קנה ראובן כל החפץ.

טז) וכן מה שכתבו לעיל דאם חצר משום יד איתרבאי וכ"ש יד ממש קונה שלא מדעתו משום דלא בעינן דעת כלל והבאנו ראיה לזה מהא דקי"ל קטנה יש לה חצר אע"ג שאין לה דעת וכן מסוגיא דב"מ דף י"ב גם זה אינו דבר פשוט דנהי שאין צריך כונה ודעת לענין יד לעשותה כידו רק דמטעם גזירת הכתוב ידו של אדם קניא ליה ואינו דומה לחצר למ"ד מטעם שליחות איתרבאי דהתם בעינן דעת וכונה לעשות את החצר לשליח

והתורה העידה על כל בן דעת שעושה לחצרו לשליח בשעת קנינו אבל חצרו של קטן אינו קונה למאן דס"ל דחצר משום שליחות איתרבאי משום שאין הקטן בר דעת ואינו בר שליחות לעשות את חצרו לשליח, אבל בחצר דאיתתא דמשום יד איתרבאי וכן יד ממש בין באשה בין באיש בין בקטן בין בקטנה קנה דאין צריך כונה ודעת לעשות את ידו לקנין היד כי ידו קני ליה מגזרת הכתוב דידו של אדם קונה לו אבל בשליחות בעינן כונה ודעת שיעשה שליח בדעת המשלח.

יז) אבל לענין כונה לקנין הדבר הוא להיפך דגבי חצר דמטעם שליחות איתרבאי לא בעינן כונה לקנין, אבל לענין יד נחלקו בה רבותינו, ודעת הרבה פסקים היא דבעינן כונה לקנין, הנה גבי חצר דמשום שליחות איתרבאי לא בעינן דעת וכונה לקנין דהרי קי"ל דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואפילו בעל החצר ישן או טרוד בעסקיו נמי קנה כמו שכתבנו לעיל, ואם נימא דבעינן כונה לקנין נהי שכבר עשה להחצר שליח כשהיה ניעור אבל כונה לקנין ליכא בשעה שעושה את מעשה הקנין, ואם נימא דגבי חצר דמשום שליחות איתרבאי בעינן כונה לקנין היה לנו לומר שנצטרך כונה לקנין בשעה שבאה המציאה לחצירו ואיך יקנה אם הוא ישן או טרוד בעסקיו בשעה שבאה המציאה לחצרו ולא נתכוין לקנות, דגבי שליחות דאדם כגון אם ראובן עושה שליח את שמעון חבירו לקדש או לגרש או לקנות ולמכור בזה בודאי אין צריך שיכוין המשלח לקדש ולגרש ולקנות ולמכור בשעה שהשליח עושה את מעשיו נמי קנה כדאיתא בפ' מי שאחזו דף ע', מ"מ אין ראיה משליח בר דעת לחצר, דאיכא למימר דהתם שאני דכיון דהשליח בר דעת הוא נחשב דעת השליח כדעת המשלח לכן לא בעינן שהמשלח יכוין לקנין, אבל גבי חצר דלאו בר דעת הוא יש מקים לומר דבעינן שבעל החצר יכוין לקנות לזאת הוצרכתי להביא ראיה מהא דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אפילו כשהוא ישן או טרוד בעסקיו אלמא שאין צריך כונה לקנין לענין חצר דמשום שליחות איתרבאי.

יח) ולענין יד אי צריך כונה לקנין או לא נחלקו רבותינו דהנה בגיטין דף ס"ד אמרינן קטן שנותנים לו צרור וזורקו אגוז ונוטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים וכו' וכתבו התוס' שם ד"ה שאני שתופי מבואות וז"ל משמע דרב יהודא ורב חסדא פליגי אי זוכה לאחרים מדאורייתא או לא ואע"ג דמציאת חרש שוטה וקטן לא הוי גזל לר' יוסי אלא מדבריהם הכא דדעת אחרת מקנה אותם שאני עכ"ל התוס' וכ"כ התוס' בפ' זה בורר דף ס"ח ד"ה קטן, וכ"כ התוס' קידושין דף י"ט ד"ה אומר אדם וכ"כ הרשב"א בגיטין דף ס"ד וז"ל צרור וזורקו אגח ונוטלו זוכה לעצמו ואין זוכה לאחרים כלומר באחרים

מקנין לו אבל בשאין דעת אחרת מקנה לו אף לעצמו אינו זוכה כדתנן לעיל בפרק הנזקין מציאת חרש שוטה וקטן יש בהם גזל מפני דרכי שלום אבל גזל גמור אין בהם אפילו מדרבנן עכ"ל הרשב"א וכ"כ הרא"ש בקידושין דף י"ט שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה או לא ע"ש שהביאו ראיה לזה דהיכא דדעת אחרת מקנה יש זכיה לקטן מדאורייתא מהא דאמרו בסוכה דף מ"ו לא ליקני אינש לוליבא לינוקא ביומא טבא קמא מאי טעמא דינוקא מיקנא קני אקנויי לא מקני ואשתכח דקא נפיק בלולב שאינו שלו, אלמא דיש זכיה לקטן מדאורייתא היכא דדעת אחרת מקנה אותו. דאי נימא שאין זכיה לקטן אלא מדרבנן אמאי לא ליקני ליה לוליבא ביום הראשון והלא כמו שיכול לקנות מדרבנן כן יוכל להקנות מדרבנן, וכן הביאו ראיה מהא שהקטנה מתגרשת בידה אלמא שיש לה יד מדאורייתא, וכל זה בדעת אחרת מקנה אבל כשאין דעת אחרת מקנה כגון במציאה הסכימו כל הפוסקים הנ"ל שאין לו לקטן זכיה מדאורייתא לכן אמרינן דמציאת חרש שוטה וקטן אין בו גזל אלא מפני דרכי שלום ע"ש וכ"כ עוד מפרשים דבמציאה אין לו זכיה לקטן מדאורייתא וכ"כ הר"ן בגיטין בפ' התקבל על הגמ' דדף מ"ד ע"ש ואם נימא דידו של אדם קונה לו בלא שום כונה ודעת דלא בעינן שום כונה לקנין יד, א"כ תימה הוא אמאי לא יקנה הקטן במציאה ובהפקר, כיון שהגיע לכלל צרור וזורקו אגוז ונוטלו ויש לו יד ולא מחסרא ליה רק כונה ודעת אמאי לא יקנה הקטן בידו במציאה ובהפקר כמו בדעת אחרת מקנה אותו, והרי בגיטין דהאשה מתגרשת בע"כ ולא בעינן דעתה מועיל אפילו בקטנה כדאיתא בגיטין ובב"מ דף י' וי"א ובשו"ע אה"ע סימן קמ"א סעיף ו' דכיון שהגיע לכלל צרור וזורקו אגוז ונוטלו מתגרשת ע"י עצמה, והוא ג"כ מהאי טעמא דכיון שהגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו יש להם יד לקטן וקטנה כדאיתא בירושלמי פ"ד דמעשר שני הלכה ד' דקודם שהגיע למדה זו המוצא בידו כמוצא באשפה דהיינו שאין לו יד כלל, אבל אחר שהגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו יש לו יד ולא מחסרא ליה רק דעת, הילכך במידי שאין צריך דעת וכונה כלל כגון בגיטין דהאשה מתגרשת בע"כ לכן מהני שפיר גירושין בקטנה כיון שיש לה יד, ואפילו בחצר דקטנה נמי מועיל מהאי טעמא משום דחצר דאיתתא משום ידה איתרבאי כדאיתא בב"מ ובשו"ע אה"ע סימן קמ"א סעיף ז', והוא ג"כ מהאי טעמא דכיון שיש להם יד יש להם גם חצר דמשום ידה איתרבאי, אף שאין לה דעת לקטנה מ"מ לא איכפת לן דגירושין לא בעינן דעת וכונה כלל דהרי אשה מתגרשת בע"כ, אלמא דבדבר דלא בעינן רק יד ולא דעת מועיל אפילו בקטנים שאין להם דעת אם רק הגיעו לצרור וזורקו אגוז ונוטלו שיהא להם יד, ואי נימא דקנין יד לא בעי כונה לקנין רק בעינן שיבוא החפץ ליד הקונה ולא יותר אמאי לא יקנה

הקטן בידו אפילו במציאה והפקר כיון שהגיע לכלל צרור וזורקו ויש לו יד ולא מחסרא ליה אלא דעת מ"ש דלענין גיטין מהני ולענין מציאה והפקר לא מהני והלא בתרווייהו לא בעינן כונה ודעת כלל רק בעינן שיבוא החפץ לידם.

אלא ודאי מוכרח הדבר לומר דגם בקנין יד בעינן דעת וכונה לקנות לכן לא קנה הקטן במציאה ובהפקר אע"פ שיש לו יד כיון שהגיע למדה זו צרור וזורקו מ"מ לא קנה משום שאין לו לקטן דעת וכונה לקנות לכן מציאת קטן אין בו גזל אלא מפני דרכי שלום ולא גזל גמור משום שאין לו לקטן קנין גמור במציאה ובהפקר משום שאין לו לקטן כונה ודעת לקנות ובלא דעת אין קונין אפילו בקנין יד.

יט) **ואין** להקשות א"כ כיון דקנין יד בעי כונה ודעת לקנין, א"כ אמאי יוכל הקטן לקנות היכא דדעת אחרת מקנה אותו, מ"ש מציאה והפקר ממתנה והלא אידי ואידי בעינן כונה לקנין, אך אין זה קושיא דבאמת היכא דדעת אחרת מקנהו לא בעינן כונה לקנין כמו שכתב הנ"י בפ' חזקת הבתים על האי עובדא דרב ענן שקיל בידקא בארעיה שם דף מ"א כתב וז"ל ושמעינן מהכא דאלו הוה ידע המזכה אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה וכו' ואע"ג דאמרינן ביבמות פרק ר"ג (דף נ"ב) שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה כיון שהזוכה גופיה לא ידע תירץ הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל אלמא דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין, וכ"כ הרשב"א בחידושיו בגיטין דף כ' בהאי עובדא דזקן שהיה מלוה לכל בני הכפר ומתרץ הגמ' דילמא זקן שאני דידע לאקנויי פירוש ומשו"ה קונה אע"פ שהקונה לא ידע כיון שהזקן ידע והקשה שם הרשב"א אמאי יקנה כיון דאינהו לא ידעי שהזקן מקנה להו אמאי קנה ומ"ש מהא דאמרינן ביבמות שהעודר בנכסי הגר וכסבור דשלו הן לא קנה ותירץ הרשב"א וז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל אלמא דס"ל ג"כ כהאי סברא דהראב"ד הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת לא בעינן כונה לקנין וכ"כ המחנה אפרים.

וכ"כ שאר אחרונים דהיכא דאיכא דעת אחרת לא בעינן כונה עיין קצוה"ח ער"ה ס"ק ד' וסימן רמ"ג ס"ק ה' וסימן קמ"ב ס"ק א' ועיין נתיבות סימן ר' ס"ק י"ד ובפ"ת שם סימן ר' ס"ק ו' וס"ק ז' וסימן רס"ח ס"ק א', ועיין קצוה"ח סימן רמ"ג ס"ק ה' שכתב כן ע"ש.

כ) **היוצא** מזה דלדעת כל הפוסקים הנ"ל בעינן דעת וכונה לקנין בידו של אדם כמו בכל הקנינים, לכן לא יוכל הקטן לקנות בידו במציאה ובהפקר, משום דמציאה והפקר כיון דליכא דעת אחרת מקנה לכן בעינן כונה לקנין וכיון דקטן לאו בר כונה ודעת הוא לכן לא יוכל לקנות בידו רק במתנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה דלא בעינן דעת וכונה לקנין לכן יוכל גם הקטן לקנות כיון שהגיע לכלל צרור וזורקו אגוז ונוטלו שיש לו יד

ולא מחסרא ליה אלא דעת, אבל קודם שהגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו לא יוכל לזכות אפילו במתנה משום שאין לו יד כלל כדאיתא בירושלמי שהבאנו לעיל דהמוצא בידו כאלו מצא באשפה,

כא) וכל זה הוא לדעת הפוסקים הנ"ל אבל לדעת הש"ך אינו כן, דהש"ך סימן רמ"ג ס"ק ו' חולק עליהם וס"ל שאין שום חילוק בין מציאה והפקר להיכא דדעת אחרת מקנה אותו וס"ל דאפילו במציאה והפקר יש לו לקטן זכיה מדאורייתא כיון שבא לידו והקטן הגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו, והא דאמרינן מציאת חרש שוטה וקטן אין בו גזל אלא מפני דרכי שלום היינו כשלא הגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו אבל כיון שהגיע למדה זו יש לו לקטן זכיה מדאורייתא, ולדברי הש"ך וסיעתו מוכרח הדבר לומר דקנין יד לא בעי שום כונה ודעת כלל, דאם נימא שצריך דעת וכונה בקנין יד אמאי יועיל בקטן כיון שאין לו יד ודעת כלל אלא ודאי צריך לומר דקנין יד לא בעי שום כונה לקנין לכן מועיל בקטן לדעת הש"ך

היוצא מזה שהוא פלוגתא דרבוותא אם בעינן בקנין יד כוונה לקנין או לא, ולשיטת הפוסקים דס"ל לענין יד דבעינן כונה לקנין ל"ל דלא אמרינן ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כדאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וס"ל דדוקא לענין חצר אמרינן כן ולא לענין יד.

כב) א"כ בנידון דידן שראובן המגביה נתכוין ששמעון שותפו יקנה בשעה שתפס החפץ בידו א"כ לא חשב ראובן לקנות לעצמו ואע"ג דטעה ראובן במחשבתו שחשב לקנות לחברו כנ"ל מ"מ הא אמרינן שאין בכח הטעות רק לעקור מחשבתו של הקנין לחברו אבל אין בכח הטעות לעשות כאלו חשב לקנות לעצמו וכיון דלדעת כל הפוסקים הנ"ל בעינן כונה וקנין בקנין יד ולא סגי במה שבא החפץ לידו רק בעינן גם כונה לקנין גבי מציאה והפקר וכיון דהאי גברא לא נתכוין לקנות לכן לא קנה הראשון כל זמן שהיה החפץ בידו רק השני קנה כשבא החפץ לתיבתו, וכל זה הוא בנידון דידן דאיירי שהראשון הגביה החפץ בידו וקנין יד בעינן כונה לקנין אבל אי איתרמי כהאי מילתא בחצר דגברא כיון דקי"ל דחצר דגברא משום שליחות איתרבאי ובשליחות לא בעינן דעת וכונה לקנין בשעה שהשליח עושה הקנין כנ"ל א"כ קנה השותף הראשון דאע"ג דעקר ליה לשליחותיה דחצר כיון שנתכוין לקנות לחבירו מ"מ כיון דעקירתו בטעות היתה נעשה עקירתו כמה שאינה וזהו איפכא ממה שהתחלט ורצינו לומר דבחצר דגברא כיון דמשום שליחות איתרבאי זכה השני ובנידון דידן דאיירינן מקנין יד קנה הראשון ראובן

המגביה ולפי דברינו דהשתא הוא איפכא דבנידון דידן דאיירינן מקנין יד זכה השני ובחצר דגברא כיון שהוא משום שליחות זכה ראובן המגביה.

פרק ה

א) ונראה לי להסביר טעמא דהא מילתא שכתבנו דבחצר דגברא כיון דמשום שליחות איתרבאי לא בעינן כונה לקנין ובקנין יד בעינן כונה לקנין, והוא ע"פ מה שכתבנו לעיל דבשליחות בעינן שיעשהו שליח בפירוש בדעתו וכונתו ומבלי דעת וכונה לא מקרי שלוחו כלל כדאמרינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם היינו דבעינן דעת בפירוש שיעשהו שליח וכן גבי חצר דגברא דאמרינן דמשום שליחות איתרבאי פירושו נמי שכל אדם עושה את חצרו לשליח בשעה שקנהו או בשעה שירשו, אבל אם לא היה דעת המשלח בפירוש אין כאן שליחות כלל לא בחצר ולא בשאר שליחות וכיון דדעת המשלח פעלה על השליח פעולה קיימת שיהא נקרא שלוחו, א"כ דברי המשלח ודעתו לעולם קיימים כל זמן שהשליח או החצר קיימים לכן לא בעינן תו דעת המשלח או דעת בעל החצר שיתכונו לקנות בשעה שהשליח או החצר עושים הקנין, דכיון דדברי המשלח ודעתו לעולם קיים כל זמן שהשליח או החצר קיימים למה נצטרך עוד דעת פעם שנית בשעת הקנין, אכן גבי ידו כיון דמה דמקרי ידו לאו משום דעת בעל היד מקרי ידו ולא משום עשייתו הוא אלא מטעם גזירת הכתוב הוא דידו של אדם קניא ליה, לכן בעינן שיתכוין לקנות בשעה שהחפץ בא לידו, כמו בכל הקנינים שבעולם כגון משיכה וחזקה וכיוצא בהם דבעינן שיתכוין לקנות בשעה שעושה מעשה הקנין כן בעינן בקנין יד ג"כ שיתכון לקנות בשעה שמונח החפץ בידו כיון שדעת ודברי בעל היד אינם קיימים בידו כמו שקיימים בשלוחו שהרי לא פעלה דעת בעל היד בידו כלל לעשותו יד לכן בעינן שיתכוין לקנות בשעה שמונח החפץ בידו.

ב) ואפילו אם קודם שבא החפץ לידו יחשוב כעל היד שרצונו שידו יקנה לו כיון שלא נתכוין לקנות בשעה שבא החפץ לידו מחשבתו הראשונה לאו כלום היא כיון דמחשבתו לא פעלה שום פעולה קיימת לכן תיכף נתבטלה מחשבתו כמו גבי חזקה ומשיכה וכיוצא בהם אם חשב אדם אלך ואחזיק שדה פלוני של נכסי הגר והלך והחזיק ובשעה שהחזיק לא נתכוין לקנות רק סבור שהוא שלו בודאי לא קנה כיון דבשעה שחשב לקנות לא עשה שים מעשה הקנין ובשעה שהחזיק לא ידע שהיא של גר ולא נתכוין לקנות לכן בודאי לא קנה כיון שלא היה שום כונה לקנות בשעה שעושה הקנין לאו כלום הוא ומחשבתו הראשונה שחשב לקנות מתחלה כבר חלף והלך לו כיון שלא פעלה מחשבתו שום פעולה קיימת לכן נתבטלה מחשבתו תיכף, כן הוא גבי קנין יד אם לא

היה מחשבה לקנין בשעה שבא החפץ לידו אף שהיה מתחלה מחשבה לקנין קודם שבא החפץ לידו מ"מ לאו כלום הוא כמו בכל שאר הקנינים דבעינן מחשבת הקנין בשעה שעושה מעשה הקנין.

ג) דוגמא לזה אמרינן בירושלמי לענין גירושין בריש פרק התקבל הגע עצמך שהיתה צווחת להתגרש אני אומר שמא חזרה בה עכ"ל הירושלמי שם פירוש לכן כשאומר הבעל לשליח התקבל גט זה לאשתי אם רצה להחזיר יחזור משום דחוב הוא לה להאשה להתגרש ולכן אפילו צווחת ואומרת שרצונה להתגרש ג"כ לאו כלום הוא ולא מקרי זכות לומר זכין לו לאדם שלא בפניו משום דחיישינן שמא חזרה בה ומשמע דאפילו ספק גירושין לא הוי ואין אנו חוששין שמא לא חזרה בה והיה לנו לומר שיהא ספק גירושין, אלא ודאי כיון דבעצם גירושין קי"ל דלא הוי זכות לאשה לכן גם צוויחתה ורצונה ג"כ לאו כלום הוא כיון שלא פעלה ברצונה שום פעולה קיימת לכן נתבטלו תיכף רצונה וצוויחתה, אבל אם האשה עשתה שליח לקבלה לקבל את גיטה מהני שפיר ולא חיישינן שמא חזרה בה והוא מפני שדברי המשלח ודעתו פעלו פעולה קיימת בשליח שהוא נקרא שליח וכל זמן שהשליח קיים עדיין דבורה ודעתה קיימים ולא נתבטלו תיכף דבורה ודעתה ולא חיישינן שמא חזרה בה.

פרק ו

א) ויש להקשות על דברינו שהוכחנו לעיל דדעת התוס' והרשב"א והר"ן והרא"ש הוא דקנין יד בעי כונה לקנין מהא שתירצו וחילקו בין דעת אחרת מקנה אותו למציאה והפקר וכתבנו הטעם דהא דבדעת אחרת מקנה יש לו לקטן זכיה מדאורייתא הוא משום דלא בעינן כונה לקנין היכא דדעת אחרת מקנה אבל במציאה והפקר דבעינן כונה לקנין לכן אין לו לקטן זכיה מדאורייתא משום שהקטן אין לו כונה ודעת, והוכחנו לעיל דאם נימא שקנין יד לא בעי כונה א"כ אמאי אין לו לקטן קנין מדאורייתא אפילו במציאה והפקר, והלא הקטן כיון שהגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו יש לו יד ולא מחסרא ליה אלא כונה ודעת, ואם נימא דקנין יד לא בעי כונה אמאי אין לו לקטן זכיה אפילו היכא דליכא דעת אחרת מקנה לכן הוכחנו שדעת התוס' והרשב"א והרא"ש והר"ן הוא דקנין יד בעי כונה לקנין, יש להקשות על זה והלא מצינו שדעת התוס' וכל המפרשים הנ"ל הוא דקנין יד לא בעי כונה לקנין

ב) דעת התוס' מה שהבאנו לעיל הוא בב"ב דף נ"ד ד"ה אדעתא דציבי שהקשו על הא דאמרינן בב"ק דף מ"ט לענין המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא מחזיק ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה

אשטרא או דלמא דעתיה נמי אשטרא וכתבו התוס' וז"ל ואין להקשות דאע"ג דאין דעתו אשטרא אמאי אין ידו קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו דחצר מתורת יד איתרבאי, דהא דחצר קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואין מתכוין לקנות לא קני עכ"ל התוס', אלמא דדעת התוס' הוא דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו של אדם שקונה לו שלא מדעתו, רק אם ידע שיש החפץ בידו ולא נתכוין לקנות רק אז לא קני משום שאינו רוצה לקנות כמו שכתבנו לעיל, אלמא דדעת התוס' הוא דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, וגדולה מזו כתבו התוס' גיטין דף ס"א ד"ה ליקט ונתן וכו' לענין עני המנקף בראש הזית דאמרינן דהוי גזל מדבריהם ואיתא שם בברייתא תנא אם ליקט ונתן ביד הרי זה גזל גמור וכתבו התוס' וז"ל ונראה דאיצטריך לאשמעינן בתלשן בידו ומפילן אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז בהם אלא להפילם עכ"ל התוס', ופירוש דבריהם הוא דאפילו לא נתכוין לקנין אלא אחז בהם להפילם לארץ אפילו הכי קני אלמא דס"ל להתוס' דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו ומשמע מדבריהם דאפילו ידע שיש חפץ בידו ולא נתכוין לקנות אפילו הכי קני, ובאמת האחרונים הקשו דדברי התוס' דכאן גיטין ס"א סתרי להו להתוס' דב"ב דף נ"ד דמשמע מדבריהם שאם ידע שיש חפץ בחצרו או בידו ולא נתכוין לקנות לא קני, עי' משנה למלך פי"ז מהל' גזילה הלכה ח' מה שכתב להשוות דעת התוס' דגיטין עם התוס' דב"ב הנ"ל, ועי' גליון הש"ס ובשאר אחרונים מה שתירצו בזה עכ"פ חזינן דדעת התוס' הוא דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו ואפילו הכי דעתם הוא דקטן אין לו זכיה מדאורייתא בהפקר ומציאה.

ג) **וכן** כתב הרשב"א בחידושיו למס' גיטין ס"ח וז"ל אם נטל ונתן ביד הרי זה גזל גמור ולאו נטל ונתן ביד במתכוין לזכות בהם קאמר דא"כ מאי למימרא, אלא במלקט ביד כדרכה קאמר ואעפ"כ זכה ויש בה משום גזל גמור עכ"ל הרשב"א שם וכן כתב הר"ן בגיטין על הגמ' דשם דד' ס"א וז"ל אם נטל ונתן ביד הרי זה גזל גמור פירוש אע"פ שלא נתכוין לזכות דאי לא מאי קמ"ל פשיטא עכ"ל הר"ן אלמא דדעת הרשב"א והר"ן הוא דקנין יד לא בעי כונה לקנין, והם בעצמם סוברים שהקטן אין לו זכיה מדאורייתא היכא דליכא דעת אחרת.

ד) **וכן** הוא דעת הרא"ש מביאו הטור סימן הע"ר לענין הבונה פלטרין בנכסי הגר דס"ל להרא"ש שאם היה הלבנים **של** הגר קנה הבונה אפילו בלא כונת קנין, עי' שם בפרישה ובשאר אחרונים שפירשו כן את דברי הרא"ש, אלמא שגם דעת הרא"ש הוא דקנין יד לא בעי כונה לקנין ואעפ"כ ס"ל להרא"ש כמו שהבאנו לעיל שהקטן אין לו זכיה מדאורייתא

במציאה והפקר ומשו"ה מציאת חרש שוטה וקטן אין בו גזל אלא מפני דרכי שלום ולא גזל גמור ולפי מה שכתבנו לעיל הטעם הוא משום דקנין יד בעי כונה לקנין.

ה) **ונראה** לתרץ אך צריכין אנו להוסיף קצת על מה שכתבנו לעיל, דהנה לעיל כתבנו דדוקא חצר דגברא דמשום שליחות איתרבאי התם לא בעינן כונה לקנין אבל בחצר דאיתתא דמשום יד איתרבאי לא כתבנו שיקנה לה שלא מדעתה, ועכשיו נראה לי להוסיף דאפילו חצר דאיתתא שהוא משום יד מ"מ עדיין דין שליחות יש לו לחצרה שתקנה שלא מדעתה, כדאיתא בב"מ דף י"ב חצר משום יד איתרבאי ולא גרע משליחות אלמא דמתחברן אהדדי מעלת היד למעלת השליחות בחצר דאיתתא הילכך יש לה לחצרה גם דין השליחות ולא בעי כונה לקנין רק קונה שלא מדעתה אע"ג דאיתרבי משום יד מ"מ כיון דאיתרבי נמי משום שליחות דינו כחצר דגברא, דלענין חצר משום שליחות איתרבאי אין חילוק בין חצר דגברא לחצר דאיתתא דאידי ואידי משום שליחות איתרבאי ואין חילוק בין חצר דגברא לחצר דאיתתא אלא לענין יד דחצר דגברא לא איתרבאי מטעם יד כלל רק מדין שליחות לחוד לכן קטן אין לו חצר ואין לו ד' אמות אע"ג שיש לו יד לקטן מ"מ כיון דשליחות אין לו לקטן לכן אין לו חצר לקטן, אבל קטנה יש לה חצר ויש לה ד' אמות דכיון שיש לה יד לקטנה לכן יש לה חצר ג"כ דחצרה משום ידה נמי איתרבאי, אבל לענין לקנות שלא בפניו דלא מהני מדין יד משום דמה ידה בסמוכה לה אף חצרה בסמוכה לה ואין החצר מועיל אלא מדין שליחות בזה איש ואשה שוין כדאיתא בב"מ דף י"א וי"ב ובחצר המשתמרת קונין האיש והאשה ע"י חצריהם מטעם דחצריהם מטעם שליחות איתרבאי, א"כ גם לענין לקנות שלא בטנה שוין ג"כ האיש והאשה וכמו דאמרינן חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו בחצר דגברא דמשום שליחות איתרבאי כן אמרינן ג"כ חצרה של האשה קונה לה שלא מדעתה דמשום שליחות נמי איתרבאי.

ו) **ולכאורה** יש להקשות על דברינו דאמרינן דגם לענין זה דלא בעי כונה לקנין אמרינן לא גרעה משליחות, דהנה בגיטין דף כ"א לענין שאם כתב גט לאשתו ונתנו בחצרו וכתב לה שטר מתנה עליו קנתהו ומתגרשת בו, והקשה הגמ' על זה מכדי חצר מהיכא איתרבי מידה מה ידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והא מתנה מדעתה איתא בע"כ ליתא מתקיף לה רב שימי בר אשי והא שליחות לקבלה דמדעתה איתא בע"כ ליתא וקא הוי שליח לקבלה, ומתרץ הגמ' אטו שליחות לקבלה מידה איתרבאי מושלח ושלחה איתרבאי והקשו שם התוס' וז"ל וא"ת דבפרק קמא דב"מ דף י"ב אמרינן דחצר משום ידה איתרבאי ולא גרע משליחות ובמציאה דזכות הוא קני אע"פ שאינו עומד בצד חצרו

ולא הוי דומיא דיד קני מטעם שליחות דזכין לאדם שלא בפניו א"כ הכא דכתב לה שטר מתנה עליו אע"ג דלא הוי דומיא דידה דמתנה ליתא בע"כ תתגרש מכח שליחות וי"ל דדוקא לענין שלא בפניו אמרינן דלא גרע משליחות לקנות במידי דזכות הוא לו אבל בשאר דברים בעינן דומיא דידה דאל"כ חצר מהלכת אמאי לא קנתה תקנה מטעם שליחות כמו שליח מהלך אע"ג דמטעם יד לא קני עכ"ל התוס', אלמא דכללא כיילי התוס' דלא אמרינן לענין חצר לא גרעה משליחות אלא לענין זה היינו לקנות שלא בפניו אבל לענין שאר דברים לא אמרינן לא גרעה משליחות א"כ לענין זה היינו לקנות שלא בכונה אמאי נימא לא גרעה משליחות ומי יאמר דלקנות שלא בכונה דמי להאי דלקנות שלא בפניו דאמרינן בזה לא גרעה משליחות אולי דמיא לחצר מהלכת או לחצר מתנה דלא אמרינן לא גרעה משליחות, ובפרט שהתוס' כללא כיילי דלענין שאר דברים בעינן דומיא דידו ולא אמרינן לא גרעה משליחות א"כ משמע דבשום דבר בעולם לא אמרינן לא גרעה משליחות רק לענין זה לחוד היינו לקנות שלא בפניו.

ז) **ונראה** דלאו קושיא היא ע"פ מה שכתבנו לעיל דטעם החילוק הוא בין חצר דגברא לקנין יד, דבחצר דגברא כיון דמשום שליחות איתרבאי, ובשליחות בעינן כונה ודעת כי מבלי כונה ודעת המשלח לא נעשה שלוחו או חצרו כשלוחו דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם, וכיון שהיה דעת המשלח בעת שהחצר או השליח נתמנו לשלוחים לכן לא בעינן עוד דעת המשלח וכונתו בעת שהשליח או החצר עושין מעשיהם, כי דברי המשלח ודעתו לעולם קיימים כל זמן שהשליח או החצר קיימים, משא"כ בקנין יד דלא בעינן דעת בעל היד בעת מיי ידו רק מטעם גזירת הכתוב הוא דידו של אדם קניא ליה לכן בעינן שיתכוין לקנות בשעה שהחפץ בא לידו, שהרי דברי בעל היד ודעתו אינם קיימים בידו כן כתבנו לעיל ע"ש, וכיון דקי"ל דאף בחצרה של האשה אמרינן לא גרעה משליחות לענין זה מיהת שתוכל לקנות מציאה ודבר הפקר בחצרה המשתמרת אפילו אם לא תעמוד בצדה, והוא אינו מועיל אלא מטעם שליחות דאי משום יד בעינן שתעמוד בצדה דמה ידה בסמוכה אף חצרה בסמוכה לה, א"כ דעת האשה בעלת החצר פעלה פעולה קימת בחצרה לעשותו שליח עכ"פ לענין זה שתקנה שלא בפניה, א"כ דבריה ודעתה לעולם קיימים בחצרה כל זמן שהחצר קיים לכן לא בעינן עוד דעת האשה בעלת החצר שתכין לקנות בשעה שהחפץ בא לחצרה לכן חצרה דאשה קניא לה שלא מדעתה כמו בחצר דגברא כי למה נצטרך עוד מחשבה וכונה לקנות בשעת שהחפץ בא לחצרה כיון שכונתה ומחשבתה עומדים קיימים בחצרה.

ח) **ובזה** ניחא דבכמה מקומות בש"ס הקשה הגמ' בפשיטות ותקנה ליה חצרו מדר' יוסי בר חנינא דאמר חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ואם נימא שיש חילוק בין חצר דגברא לחצר דאיתתא אמאי לא מוקי לה הגמרא דאיירי בחצר דאיתתא דמשום ידה איתרבאי לכן לא קניא שלא מדעתו, עי' בב"ק דף מ"ט לענין משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בה זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה את השאר והקשה הגמ' ותקנה ליה חצרו מדר"י בר חנינא דאמר חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ע"ש דדחיק הגמ' שם לתרץ בכמה אופנים דהכא במאי עסקינן אמאי לא קאמרה הגמ' הכא במאי עסקינן באשה דחצרה משום ידה איתרבאי ואינה קונה שלא מדעתה אלא ודאי דגם בחצר דאשה דאיתרבאי משום ידה אפילו הכי קניא חצרה שלא מדעתה משום דלא גרעה משליחות.

ט) **וכן** בב"מ דף ק"ב ובחולין דף קמ"א שהקשה הגמ' על הא דר"י ב"ח מהא דתנן יוני שובך ויוני עליה חייבים בשלוח ואם איתא לדר"י ב"ח אמאי חייבים בשילוח והא הוי מזומן ולתיב כי יקרא פרט למזומן ודחיק הגמ' שם הרבה לתרץ דברי ריב"ח, ואם נימא דחצר של אשה לא קני שלא מדעתה אמאי לא מוקי לה בחצר דאשה דמשום ידה איתרבאי ולא קניא שלא מדעתה כמו בחצר דגברא, לכן לא אישתמיט שום פוסק לחלק בין חצר דגברא לחצר דאיתתא אלא כתבו סתמא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו דמשמע שאין שום חילוק בין חצר דגברא בין חצר דאיתתא ובשניהם אמרינן ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

י) **ולפי** זה יוכל היות דגם ביד ממש שייך לומר לא גרעה משליחות דכמו דקי"ל שהחצר של אדם נעשה שלוחו משום דמסתמא כל אדם עושה את חצרו לשליח שיזכה עבורו, כן יש לומר שכל אדם עושה את ידו לשליח שיקנה עבורו כי מה לי ידו ממש ומה לי חצר דאשה הלא שניהם ידו מקריין וכמו דאמרינן בחצר דאשה ארכבה אתרי ריכשי היינו שיש בחצרה מעלת היד ומעלת השליחות כן אמרינן ביד ממש בין של איש בין של אשה ארכבה אתרי ריכשי ויש בה מעלת היד ומעלת השליחות, דלא גרעה ידו מחצרו. לכן ס"ל לכל הפוסקים הנ"ל התוס' והרא"ש והרשב"א והר"ן דידו של אדם קניה ליה שלא מדעתו ולאו מטעם ידו הוא אלא משום דלא גרע משליחות, והיינו דוקא אם הזוכה בידו הוא איש גדול דשייך לומר שיקנה מטעם שליחות כנידון של התוס' ושאר הפוסקים הנ"ל בב"ב ד' נ"ד ובגיטין דף ס"א ובטור סימן הע"ר דכולם איירו שהזוכה הוא איש גדול דשייך ביה שליחות לכן קניא ליה שלא מדעתו, משא"כ בקטן שאין בו שליחות דהקטן לאו בר שליחות הוא שפיר כתבו כל הפוסקים הנ"ל דבמציאה והפקר אין לו

לקטן זכיה מדאורייתא ומציאתו אינה אסורה אלא מפני דרכי שלום לבד, והטעם הוא כמו שכתבו כיון שאין לו דעת וכונה לקנות לכן לא קנה אע"פ שיש לו יד לקטן מ"מ כיון שאין לו דעת לאו כלום הוא משום דקנין יד בעי כונה לקנין, וכאן לא שייך לומר שיועיל מטעם שליחות אפילו בלא כונה כמו שמועיל ידו של אדם בכל מקום שלא בכונה, דהתם באדם גדול מועיל מטעם שליחות משא"כ בקטן דלאו בר שליחות הוא אינו מועיל כלום בלא כונה.

יא) נמצא לפי דברינו דהשתא בנידון דידן קנה הראשון המגביה כיון דידו של אדם גדול קונה לו שלא מדעתו דמשום שליחות נמי איתרבאי ומכ"ש אי איתרמי כהאי מילתא בחצר דאיתתא ומכ"ש בחצר דגברא בכולם זכה בהם הראשון דחצרו וידו של אדם קונה לו שלא מדעתו דמשום שליחות נמי איתרבאי, ואע"ג דהמגביה עקר ליה לשליחותיה דחצרו או ידו במה שנתכוין שחבירו יזכה מ"מ כיון דמחשבת עקירת שליחותו בטעות היא לכן עקירתו היא כמו שאינה שיש בכח הטעות לעשות ממחשבה ומעשה כאלו אינם ואע"ג דעדיין לא חשב לקנות לעצמו ואין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב מ"מ לא איכפת לן דקיי"ל ידו של איש גדול וחצרו קונה לו שלא מדעתו. אח"כ מצאתי להמחנה אפרים הל' משיכה סימן ה' שכתב בפשיטות בלא ראיה שיש חלוק דלמ"ד חצר מטעם שליחות איתרבאי לא בעי כונה ולמ"ד משום יד איתרבאי בעי כונה ולא כתב שום טעם וראיה לדבריו, ולפי דברינו שהוכחנו ובירורנו בס"ד אפילו יד ממש לא בעי כונה ומכ"ש חצר דאיתתא שהוא משום יד ושליחות בודאי לא בעי כונה וליתא לדברי המח"א הנ"ל.

פרק ז

א) ולעניין הקושיא שהבאנו לעיל שהקשו המפרשים דדברי התוס' סתרי אהדדי דהנה בב"ב ד' נ"ד הביאו דפ' הפרה המחזיק בשטרותיו של גר דאם נימא דדעתיה אארעא לא קני השטר וכתבו דהא דאמרינן ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו כשלא ידע אם החפץ הוא בחצרו או לא ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יידע שהחפץ הוא בחצרו ולא נתכוין לקנות לא קני, והקשו האחרונים על זה מדברי התוס' גיטין ד' ס"א שכתבו לענין עני המנקף בראש הזית דאיתא בגמ' שאם ליקט ונתן ביד הרי זה גזל גמור כתבו התוס' וז"ל נראה דאיצטריך לאשמעינן בתלשן בידו ומפילן אע"פ שלא נתעכבו בידו ולא אחז בהם אלא להפילם עכ"ל התוס' אלמא דאף שידע שיש הזית בידו ולא נתכוין לזכות בהם אלא להפילם אפילו הכי קנה כן הקשו המפרשים.

ב) ונראה לתרץ דהנה ז"ל הגמ' בפ' הפרה (ד' מט) בעי מיניה רב ייבא סבא מר"נ המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא או דילמא דעתיה נמי אשטרא א"ל עני מורי וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך א"ל לצור ולצור עכ"ל הגמ', מסגנון לשון הגמ' משמע דהכי פירוש האיבעיא דגמ' המחזיק בשטרותיו של גר מהו מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא מחזיק היינו שבדעתו עוד ליל ולהחזיק בהקרקע ואז יהא בידו השטר לראיה שהקרקע הוא של הגר וחזקתו של מחזיק חזקה היא וכיון דבארעא הא לא אחזיק היינו דאח"כ קדם אחר והחזיק בקרקע הגר או משום סיבה אחרת שלא החזיק אח"כ בקרקע הגר לכן לא קנה אף השטר כיון שאין דעתו אשטרא לצור ע"פ צלוחיתו לזאת לא קנה כלל, משום דבשעה שהגביה את השטר לא נתכוין כלל לקנותו עכשיו רק אחר שילך ויחזיק בקרקע הגר אז יקנה השטר ויהא לראיה בידו וכיון דסוף כל סוף לא החזיק בקרקע הגר לכן לא קנה השטר או דילמא דעתיה נמי אשטרא היינו שכונתו לקנות בשטר כדי לצור ע"פ צלוחיתו ואין כונתו דוקא לקנות את השטר כשיקנה את הקרקע רק דעתו לקנות את השטר מעכשיו בלא קרקע רק לצור ע"פ צלוחיתו

ג) נמצא דההסברא של צד האיבעיא דמאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק האי גברא קעסיק נמי בקנין של נכסי הגר רק שאין רצונו לקנות את השטר רק אם יקנה גם את הקרקע א"כ מקרי שפיר שאין רצונו לקנות ובע"כ אין שום אדם קונה לא בחצרו ולא בידו ולא בכל שאר הקנינים שבעולם אין אדם קונה בע"כ לכן שפיר כתבו התוס' בב"ב דף נ"ד שהבאנו לעיל, דבאופן זה דאיירי בפ' הפרה במחזיק בשטרותיו של גר לא אמרינן דידו של אדם קניא ליה שלא מדעתו משום דכיון שהשטר הוא בידו ואין רצונו לקנות אין אדם קונה בע"כ, משא"כ בההיא דגיטין דף ס"א דאיירי שם שהעני תולש הפירות בידו מהאילן ומפילם לארץ, דהעני התולש לא נתכוין כלל לשום קנין רק בעבידתיה טריד העני לתלוש הפירות מהאילן ולא נתכוין כלל בעסקי הקנין כי לא חשב בעניני הקנין כלל ולא חשב לקנות וגם לא חשב שלא לקנות רק בעבידתיה טריד בזה אמרינן שפיר דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו דקניא ליה שלא מדעתו כיון שלא חשב בפירוש שאין רצונו לקנות לכן כתבו שפיר התוס' והרשב"א והר"ן דכהאי גוונא ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

ד) וכיוצא בזה כתב המחנה אפרים בקנין משיכה סימן ה' לענין החפץ המונח ברשות ראובן והוא של גר ומת הגר אך ראובן לא ידע שמת הגר לכן לא נתכוין לקנות. וכתב המח"א דראובן קנה דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אין זה בכלל מה שכתבו

התוס' בב"ב דף נ"ד דכשידע שיש חפץ בחצרו ולא נתכוין לקנות לא קנה ת"ל אע"פ שידע שהוא בחצרו כיון שלא ידע שמת הגר חשיב כאלו לא ידע שהוא בחצרו שאם היה יודע שמת הגר היה מכוין לקנות, ותדע דהכי הוא דבפ' הפרה פריך לר"י בר חנינא מההיא דמשכונו של גר ביד ישראל ומת הגר ובא ישראל אחר והחזיק בה קנה את השאר ואמאי לא תקנה ליה חצרו למלוה ומשני דליתיה בחצרו ואם איתא לוקמא דאיירי אפילו באיתיה בחצרו ומיירי כשלא ידע המלוה במיתת הגר דלא כוון לזכות בה עכ"ל המח"א שם.

ה) **אלמא** דאפילו כשידע שיש חפץ בחצרו ולא נתכוין לקנותו ג"כ קני אם יש אמתלא לתרץ ולומר דמשו"ה לא נתכוין לקנות לא מפני שאינו רוצה לקנות רק דיוותי אחר היינו מפני שלא ידע במיתת הגר לכן לא קנה ולא דמי לדברי התוס' דב"ב דף נ"ד דלא קני כשידע שיש חפץ בחצרו ולא נתכוין לקנות מפני שאין שום אמתלא לתרץ ולומר מפני מה לא נתכוין לקנות כשידע שיש החפץ בחצרו רק מפני שלא רצה לקנות לכן לא קנה, א"כ גם בנידון דברי התוס' דגיטין יש ג"כ אמתלא טובה לתרץ דבריו ולומר דמשו"ה לא נתכוין לקנות לאו משום דלא רצה לקנות רק משום שלא נתעסק כלל בעניני קנינים ולא חשב מהם מאומה רק בעבידתיה קעסיק לתלוש הפירות מהאילן ולהפילם לארץ לכן שפיר קנה דאמרינן בכיוצא בזה חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ולא דמיא לדברי התוס' דב"ב דף נ"ד דהתם קעסיק הזוכה לקנות בנכסי הגר ואפילו הכי אינו רוצה לזכות בשטר אם לא יקנה הקרקע לכן לא קני דאין אדם קונה בע"כ ולא אמרינן בזה ידו שלא אדם קונה לו שלא מדעתו.

ו) **והנה** מרן המחבר סימן הע"ר סעי' י"א כתב המחזיק בנכסי הגר כדי לקנות הקרקע הכתובה באותו שטר לא קנה אלא השטר בלבד לצור ע"פ צלוחיתו עכ"ל והוא לשון הרמב"ם פ"א מהל' זכיה הל' ט', והקשה שם הש"ך ס"ק ג' חדא דהוא איבעיא דלא איפשטא בפרק הפרה דף מ"ט אם קנה את הנייר לצור ע"פ צלוחיתו או לא, ואמאי פסק הרמב"ם בפשיטות דקנה הנייר לצור ע"פ צלוחיתו, ועוד הקשה הש"ך דעד כאן לא איבעיא לן התם בפרק הפרה אלא במחזיק בסתם אבל במחזיק כדי לקנות הקרקע פשיטא דלא קנה הנייר ואיך פסקו הרמב"ם והמחבר המחזיק בשטר כדי לקנות הקרקע הכתובה באותו שטר ג"כ קנה הנייר, ותירץ הש"ך דהרמב"ם קשיא ליה מאי קמיבעיא ליה אי דעתיה אשטרא או לא הא אפילו לא הוי דעתיה אשטרא נמי קנה דלא גרע מחצרו של אדם דקי"ל כר' יוסי בר חנינא דקונה לו שלא מדעתו, לכן ס"ל להרמב"ם דרב ייבא סבא ור"נ לא ס"ל כר' יוסי בר חנינא אבל אנן כיון דקי"ל כר' יוסי ב"ת לא שייך כלל

איבעיא זו דאפילו לא הוי דעתיה אשטרא ג"כ ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו ולכן השמיט הרי"ף איבעיא זו דרב ייבא סבא ור"נ משום דלדידן כיון דקי"ל כר"י ב"ח לא שייך איבעיא זו ע"ש בש"ך, ועי' ש"ך סימן רס"ח ס"ק ו' דפשיטא ליה ג"כ דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו שכתב על דברי הרמ"א שם שכתב שהדבר שאינו רגיל ולא אסיק אדעתיה לא אמרינן דחצרו קניא ליה שלא מדעתו וכתב שם הש"ך ס"ק ו' וז"ל והוא הדין ידו אינו קונה לו שלא מדעתו בכהאי גונא עכ"ל, אלמא דדוקא בהאי גוונא אין ידו קונה לו שלא מדעתו כמו חצרו שאינו קונה ג"כ שלא מדעתו אבל בעלמא קניא ליה ידו שלא מדעתו כמו חצרו, ולדברי הש"ך אין אנו צריכין לומר שהוא מטעם שליחות כמו שכתבנו לעיל לדברי כל הפוסקים הנ"ל אלא הש"ך לטעמיה אזיל דס"ל שהקטן יש לו זכיה ביד כיון שהגיע לצרור וזורקו אגוז ונוטלו אלמא דס"ל דידו ממש ג"כ קניא בלא כונה ודעת שהרי הקטן ג"כ אין לו כונה ודעת כנ"ל ולפי דברי הש"ך הנ"ל אט רואים דהרי"ף והרמב"ם ומרן המחבר שדחו מהלכה את האיבעיא זאת דרב ייבא סבא לא ס"ל כהתוס' הנ"ל דב"ב דף נ"ד שתירצו דלא קשה מידי ההיא דר' יוסי ב"ח על האיבעיא דרב ייבא סבא משום שיודע שיש החפץ בחצרו ולא כיון לקנות גרע טפי כנ"ל, אך צריך ביאור איך יפלגו הרי"ף והרמב"ם על זה, והלא כיון דהאי גברא קעסיק בקנין וזכיה לקנות בנכסי הגר ולא רצה לקנות את השטר רק כשיזכה בקרקע הגר א"כ אמאי זכה בשטר כיון שלא זכה בקרקע הגר והלא אין אדם קונה בע"כ וכי יאמר אדם שיסברו הרי"ף והרמב"ם והמחבר שיקנה האדם בע"כ היינו לומר אף אם לא ירצה לקנות השטר בלא הקרקע מ"מ קני השטר בלא הקרקע לצור ע"פ צלוחיתו והלא הלכה רווחת בישראל שאין אדם קונה בע"כ וכי יפלגו הרי"ף והרמב"ם על זה.

ז) **ונראה** דהרי"ף והרמב"ם ומרן המחבר מפרשים האיבעיא דרב ייבא סבא בשינוי קצת ממה שכתבנו שהם מפרשים דקמיבעיא ליה מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק היינו שטעה בדין וסבר כי בזה שיחזיק ויקנה בשטר ע"י זה ירצה גם הקרקע של סגר וכיון שלא קנה הקרקע ע"י קניית השטר לכן גם זכייתו שזכה וקנה את השטר נתבטלה, או דלמא דעתו נמי אשטרא היינו שכונתו לקנות את השטר לצור ע"פ צלוחיתו, וזהו דלא כמו שכתבנו מתחלה בפירוש האיבעיא, דבתחלה כתבנו דפירוש האיבעיא הוא מאן דמחזיק בשטרא אדעתא דארעא הוא דמחזיק היינו שדעתו ליילך ולהחזיק את הקרקע של הגר ויצטרך זה השטר לראיה, ולאחר קניית הקרקע אז יקנה את השטר אבל עכשיו אין רצונו לקנות את השטר כלל, ולא פירשנו דמספקינן ליה בע"ה וטועה בדין שיטעה שעל ידי זה שיקנה את השטר יקנה גם הקרקע כי דעתו לקנות

את הקרקע בחזקה כדין רק עכשיו תופס את השטר בידו שלא לשם קנין מעכשיו רק יכוין לקנות את השטר לאחר שיחזיק בשדה כדין, אבל לפי פירוש השני הזה אין דעתו לילך ולהחזיק בהקרקע רק שהוא טומה בדין וסובר כי על ידי זה שזוכה עכשיו בשטר כראוי על ידי הקנין הזה יקנה את הקרקע.

ח) **ובאמת** לישנא דהש"ס והסברא מיושב יותר כפי פירוש הראשון שכתבנו אף שהוא דבר חדש כי לא ראיתי מי מהמפרשים שיפרשו כן, כי מדברי האחרונים משמע שמפרשים כפי פירוש השני אבל לישנא דהש"ס דאמר ובארעא הא לא אחזיק ושטרא נמי לא קנה משמע כפירוש הראשון דדעתו לילך ולהחזיק בהקרקע דאלו לפירוש השני היה להגמ' לומר וארעא הא לא קני ושטרא נמי לא קני דהיינו שהקרקע אינו קונה במשיכת השטר שמשך לקנות את השטר ודעתו לקנות גם הקרקע, אלא ודאי משמע שדעתו לילך ולהחזיק בהקרקע רק שאחר כך נזדמן לו שלא החזיק בהקרקע מחמת שקדם איש אחר וזכה או מחמת סיבה אחרת וכן הסברא מיושבת יותר כפי פירוש הראשון דאלו לפי פירוש השני מוכרחים אנחנו לספקו בע"ה וטועה בדין וזה אינו מיושב כ"כ להחזיק לאדם בע"ה וטועה בדין ולומר מאן דמחזיק בשטרא טועה בדין וסובר כי בזה יקנה את הקרקע ואין דעתו לצור ע"פ צלוחיתו, ובודאי יש לנו לומר כי דעתו נמי אשטרא לצור ע"פ צלוחיתו כדי שלא נצטרך לעשותו טועה בדין, בכל זאת משמע מדברי האחרונים כפירוש השני.

ט) **ונפקא** מינה בין פירוש הראשון לפירוש השני הוא בזה דלפירוש הראשון שכתבנו שייך לתרץ כתירוץ התוס' דב"ב ד' נ"ד דאע"ג דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו מ"מ בנידון זה לא קנה שהרי אינו רוצה לקנות את השטר מעכשיו כלל רק רצונו לתפוס בהשטר שלא לשם קנין עד שילך ויחזיק בקרקע הגר ואז יקנה בהשטר שיהא בידו לראיה בעלמא א"כ כיון שאין רצונו לקנות בהשטר שהרי לא החזיק אח"כ בהקרקע לכן לא קנה את השטר שאין אדם קונה בע"כ, משא"כ לפירוש השני שכתבנו לא שייך לתרץ כתירוץ התוס' דב"ב ד' נ"ד דכיון דבאמת דעתו לקנות את השטר מעכשיו רק שטועה בדין וסובר כי ע"י קניית השטר יקנה גם הקרקע אף אם נימא דאם היה יודע שלא יקנה את הקרקע ע"י קניית השטר היה חושב בפירוש שאין רצונו לקנות את השטר או לא היה מושכו כלל, מ"מ כיון דעכשיו אינו יודע מזה ואין בכח הטעות לעשות רק ממעשה ומחשבה כאלו אינם אבל אין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב לכן נהי שנתבטלה כונתו ודעתו מה שחישב לקנות השטר יען כי בטעות היה מ"מ עדיין אין בכח הטעות לעשות כאלו חשב בפירוש שלא לקנות, א"כ נשאר מבלי

כונה כלל וכיון דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו לכן קונה שפיר כשהוא בידו ולא נתכוין לקנות, לכן הוכרחו הרי"ף והרמב"ם ומרן המחבר לדחות מהלכה את האיבעיא של ר' ייבא סבא כמו"ש הש"ך דכיון דקי"ל כר' יוסי ב"ח דחצרו וידו של אדם קונים לו שלא מדעתו אין מקום להאיבעיא של ר' ייבא סבא דכאן ליכא כונה שלא לקנות רק שמחוסר כונה לקנות והוי שלא מדעתו דקי"ל חצרו וידו של אדם קונים לו שלא מדעתו.

פרק ח

א) עיין משנה למלך פי"ז מהל' גזלה הל' ח' שהביא את דברי מהרמי"ט חלק א' סימן קנ"א דס"ל ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו וסיים והכי משמע בס"פ הנזקין ע"ש והמשנה למלך דחה את דברי מהרמי"ט וס"ל דידו של אדם אינו קונה שלא מדעתו והביא ראיה מב"ב ד' נ"ד מהתוס' הנ"ל ע"ש במל"מ, ובאמת מדברי התוס' דב"ב הנ"ל שהביא המל"מ אינו תיובתא על מהרמי"ט אדרבה סיעתא הוי לדבריו כמו שכתבנו לעיל דדוקא התם שאינו רוצה לקנות אינו קונה אבל אם לא גלה דעתו שאינו רוצה לקנות היה קונה משום דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו ומה שדחה המל"מ את ראיית מהרמ"ט מגיטין ד' ס"א ע"ש שדבריו דחוקים מאוד ואף אם נרצה לקבל ולסבול את הדוחק הזה מה יעשה המל"מ ומה ישיב על דבר הרשב"א והר"ן שהבאנו לעיל שכתבו בפירוש דאפילו שלא במתכוין לקנות נמי קנו בידם אלמא דס"ל בפירוש דידו של אדם קונה אפילו שלא מדעתו ומדבריהם הוא ראיה ברורה לדברי מהרמי"ט.

ב) עוד הקשה המשנה למלך על דברי מהרמי"ט הנ"ל ה דאמרינן בב"ק ד' כ"ט לענין ההופך את הגלל ברשות הרבים והוזק בהן אחר חייב בנזקו ואמר ר"א לא שני אלא שנתכוין לזכות בהן אבל לא נתכוין לזכות בהן פטור, ואם נימא כדברי מהרמי"ט דידו של אדם קונה שלא מדעתו הר הוה ליה למימר לא שנו אלא שלא נתכוין שלא לזכות בהן אבל אם נתכוין שלא לזכות פטור ע"ש במשנה למלך ובודאי כונת המשנה למלך הוא להוכיח מדברי התוס' שם ד"ה אלא אמרת אשי דמוקי לה הגמ' דאיירי שהפכה למטה משלשה דלא סלק מעשה ראשון וכתבו התוס' וז"ל מכאן אין לדקדק דלא בעי הגבהה ג' טפחים דכי מתכוין קני בהגבהה פחות מג' דשאר הכא משום דאפילו הבטה בהפקר קני א"נ משום דהוי האי גלל בכליו וקני ליה כליו א"נ כשמגביה בידו דכיון שהוא בידו קני בפחות מג' עכ"ל אלמא דאיירי הגמ' בקנין יד וחצר, לכן הוקשה לו להמל"מ למה צריכין שיתכוין לזכות אם נימא דא של אדם קונה לו שלא מדעתו, אבל בלא דברי התוס' מפשטות דברי ר"א דמוקי לה דאיירי שנתכוין לזכות לא קשה מידי על דברי מהרמי"ט דר"א לא איירי כלל בדין יד וחצר רק מדין הגבהה איירי ובהגבהה לבד היינו כשלא

היה כל החפץ בידו רק מקצת החפץ היה בידו, והגביה בזה בודאי לא קנה שלא מדעתו כי דינו כמו שאר הקנינים דבעינן כונה לקנין דקנין יד לא מקרי לקנות שלא מדעתו רק כשתופס כל החפץ בידו כמו בקנין חצר דבעינן שיבוא כל החפץ לרשותו, רק יען כי מדברי התוס' משמע דאיירי בקנין יד וחצר לכן הקשה המל"מ על דברי מהרמי"ט למה צריך שיתכוין לזכות בהגלל כיון דקנין יד וחצר לא בעי כונה לקרן.

ג) ונראה לי לכאורה לתרץ קושית המל"מ על דברי מהרמי"ט ע"פ דברי התוס' דב"ב הנ"ל דכשידע שיש החפץ בידו או בחצרו ולא נתכוין לקנות בזה לא אמרינן ידו או חצרו קונה לו שלא מדעתו א"כ כאן נמי כיון שההופך את הגלל ידע שיש החפץ בידו או בחצרו ולא נתכוין לקנות בזה לא אמרינן ידו או חצרו קונה לו שלא מדעתו.

אך לפי מה שכתבנו לעיל בביאור התוס' דב"ב ודגיטין דף ס"א דדוקא כשהוא עסוק בעניני הקנין לקנות ואינו רוצה לקנות התם אמרינן דידו לא קניא ליה שלא מדעתו, אבל היכא דלא עסוק בקנין כלל כגון ההיא דגיטין דף ס"א שאינו עוסק רק לתלוש הפירות מהאילן ולהפילם על הארץ דבעבידתיה הוא טריד ואינו מתכוין לא לקנות ולא שלא לקנות בזה אמרינן שפיר דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו א"כ בההיא דההופך את הגלל נמי כיון דהאי גברא אינו מתעסק כלל בעניני הקנינים רק בעבידתיה הוא טרוד להפוך את הגלל ממקום למקום ולא חישב כלל לא לקנות ולא שלא לקנות א"כ יש לנו לומר ידו או חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אלא נראה לתרץ ולומר ומשו"ה בההיא דההופך את הגלל אינו קונה בלא כונה, משום דלא אמרינן ידו וחצרו קניא ליה לאדם שלא מדעתו אלא במידי דזכות הוא לו אבל במידי דחוב הוא לו לא אמרינן שיקנה שלא מדעתו דכל שלא מדעתו הוי כמו שלא בפניו ואין חבין לו לאדם שלא בפניו וכיון דזכיית הגלל חוב הוא לו שנתחייב בהזיקן משום כ"תו לכן לא אמרינן בזה ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

ד) ובאמת קושית המל"מ מההיא דההופך את הגלל אין קושיתו דוקא על מהרמי"ט שכתב דידו של ג"כ קונה לו שלא מדעתו אלא הקושיא הוא אליבא דכו"ע שהרי לפי דברי התוס' אייריי ג"כ בכליו שהוא כחצרו, ובחצר מודים כולי עלמא דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ובודאי לא יחלוק בזה המל"מ אלא ודאי צריך לתרץ ולומר דהכא שאני דחוב הוא לו ובמידי שהוא חובה לאדם לא אמרינן שיקנה שלא מדעתו דהוי כמו שלא בפניו **וכיוצא** בזה כתב הנו"ב מהדו' קמא חלק או"ח סימן י"ט ד"ה ואמנם לענין נידון דידיה שביטל את החמץ והפקירו ונשאר בחצרו שלא מדעתו, וכתב על זה הנו"ב שם ז"ל ומ"ש המ"ב דחצרו קונה לו אף שלא מדעתו אינו נראה לע"ד כלל שהרי אמרו רז"ל במס' ב"מ

דף י"ב ע"א דחצר איתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות גבי גט דחוב הוא לה ואין חבין לאדם שלא בפניו, ולפ"ז גבי חמץ דג"כ חוב הוא לו שעי"ז עובר בבל יראה ובל ימצא אינו קונה עכ"ל אלמא דבמידי דחוב הוא לאדם לא קניא ליה חצרו וידו שלא מדעתו, א"כ ז נמי כיון דזכיית הגללים חוב הוא לו שהרי נתחייב בהזיק לכן לא קניא ליה שלא מדעתו לכן בעינן שיתכוין לזכות בהם, וכן כתב הח"ס בחלק יו"ד סימן שי"ג דבמידי דחוב אינו קונה שלא בכונה ע"ש ד"ה אנן מה נענה והוא פשוט לכן בעינן כונה לזכות בהאי גללים ומתורץ ג"כ קושיית המל"מ על מהרמי"ט.

ה) אך לכאורה יש לדחות האי תירוצא דכיון דזכיית הגללים וקנייתם באמת הוא זכות לו שהרי זוכה בהגללים מההפקר רק שמסתעף חובה מזה מה שהוא מחויב בהזיקן א"כ יש מקום לומר דזה מקרי זכות ולא חובה ולא אמרינן בזה אין חבין לאדם אלא בפניו אלא אמרינן בזה זכין לאדם שלא בפניו, וראיה לזה דמקרי זכות ולא חובה מדתנן (שביעית פ"י מ"ו ומובא במס' גיטין דף ל"ז) אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע אם אין לו מזכהו בתוך שדהו כל שהוא עכ"ל המשנה, אלמא דאע"ג דבאמת חוב הוא לו מה שמזכהו את הקרקע כל שהוא שהרי אלמלא זכהו קרקע לא היה יכול לכתוב פרוזבול והיתה שביעית משמטתו ועכשיו אין שביעית משמטתו בשביל הפרוזבול ואית לן לומר דמקרי חוב ולא יועיל שלא בפניו, ואפילו כי אמרינן שיכול לזכותו קרקע כל שהוא שלא בפניו והטעם הוא דנהי שמסתעף חוב מזה שמזכה לו את הקרקע מ"מ כיון דעכ"פ תחלת נתינת הקרקע זכות הוא לכן מקרי זכות וזכין לו לאדם שלא בפניו, א"כ כאן נמי אף שבסוף מסתעף חוב מזכיית הגללים שהרי מחויב הוא בהיזיקן מ"מ כיון דתחלת זכיית הגללים זכות הוא לו לכן מקרי זכות וזכין שלא בפניו א"כ נשארה הקושיא במקומה למה צריך כונה לקנין.

מ"מ נראה דאעפ"כ האי זכיית הגללים מקרי חוב חדא דגם שם כתבו הרא"ש והר"ן שהקילו בפרוזבול אע"ג דחוב הוא לו וז"ל הרא"ש בפ' השולח סימן ט"ו מזכהו משמע ע"י אחר והקילו בפרוזבול אע"ג דחוב הוא לו עכ"ל הרא"ש אלמא שאין זה רק מקולי פרוזבול וכן דחה הר"ן שם ע"ש, ואיכא למידק מדברי הרא"ש איפכא היינו דמקרי חוב כיון שמסתעף דבר ובא חובה מזה מקרי חוב אע"פ דתחלת הדבר הוא זכות מדאיצטריך למימר שהוא מקולי פרוזבול ומקרי חובה א"כ בגללים נמי מקרי חוב

ו) ועוד מטעם אחר יש לומר דגללים מקרי חוב אפילו אם נימא דההיא דגיטין ל"ז מקרי זכות ולאו מקולי פרוזבול שנו כאן מ"מ ההיא דגללים חובה מקרי ולא זכות דהרי איתא בגמ' ב"ק דף ל' לענין זבל שכל הקודם בו זכה ואע"ג דלענין ההופך את הגלל איתא

שם דכיון שאין בו שבחא לא לא קנסו גופן משום שבחן, מ"מ יוכל היות דלאו מילתא דפסיקא היא זו שהרי יוכל היות שיהא שבח בהגלל וקנסו גופן משום שבחן וכל הקודם בו זכה, נמצא שזכיתו וקנינו שזכה ועשה קנין בהגלל לא די שיסתעף חוב מזה שהרי חייב באחריותן אף גם זאת דמתחלתו אין בו שום צד זכות שהרי זכותו לאו זכיה היא כלל כיון דכל הקודם בו זכה, ואינו דומה להההיא דגיטין הנ"ל דף ל"ז דמזכהו בתוך שדהו דמקרי זכות, דהתם שאני דנהי דאח"כ מסתעף חובה מזה מה שכותב עליו פרוזבול מ"מ תחלתו זכות הוא שהרי נותן לו קרקע במתנה וזוכה בו זכיה גמורה וזכות גמור הוא משא"כ כאן דכיון שכל הקודם בו זכה א"כ אין בו צד זכות כלל ומתחלתו ועד סופו חובה היא לכן אין חבין לאדם שלא בפניו, וידו וחצרו לא קניא ליה שלא מדעתו דכשלא בפניו דמי כיון שהוא חוב לכן אמר ר"א והוא שיתכוין לזכות דהיינו דבעי כונה לקנין אבל שלא מדעתו אינו מועיל.

ז) **ועוד** יוכל היות דאייר נמי שלא בשעת הוצאת זבלים ואיסורא קעביד בזה שנותן הזבלים לרשות הרבים שנותן מכשול לר"ה ואיסורא לא ניחא ליה לאיניש דליקני כדאיתא בקידושין דף נ"ג ובב"מ דף צ"ו ע"ב ובשאר דוכתי א"כ מקרי נמי חוב לענין זה וידו וחצרו לא קניא ליה לאדם דבר איסור שלא מדעתו לכן צריך שיתכוין לזכות בהגללים אבל שלא מדעתו לא קנה דבר איסור, וכיוצא בזה כתב הט"ז באו"ח סי' תמ"ח ס"ק ג' לענין עכו"ם המביא דורון חמץ לישראל בפסח שכתב המחבר שהישראל לא יקבלנו וסיים וז"ל וטוב שיאמר שאינו רוצה שיקנה לו רשותו, וכתב על זה הט"ז ס"ק ג' וז"ל דמצד הדין אפילו בלא אמירה שרי דאמרינן דהתירא ניחא ליה דליקני רשותא ולא איסורא עכ"ל הט"ז וכ"כ החק יעקב שם ס"ק ט' והבאר היטב שם ס"ק ו' ע"ש, אלמא דבמידי דאיסורא לא קניא ליה רשותא שלא מדעתו דחובה מקרי א"כ כאן נמי מקרי חובה דאיסורא הוא להניח תקלה ברשות הרבים שלא בשעת הוצאת זבלים לכן צריך שיתכוין לקנות אבל שלא מדעתו לא קניא ליה רשותא עי' שם בגמ' דלחד תירוצא מוקמינן למתניתין שלא בשעת הוצאת זבלים ועי' שם בתוס' ד"ה תבנו וקשו דבגללים לא התירו להוציא בחנם ע"ש.

ח) **ולכאורה** עדיין יש מקום להקשות על האי מילתא דר"א דאמר לא שנו אלא שנתכוין לזכות בהן אבל בלא כונה אינו מחויב בההיא דהופך את הגלל ל"ל כונה כיון דידו או חצרו קונה לו שלא מדעתו ולא שייך לומר היתירא ניחא ליה דליקני אבל לא איסורא דבההיא דהופך את הגלל איכא איסורא אפילו אם לא יתכוין לזכות שהרי נותן תקלה בר"ה ומה לי אם יזכה בהן ומה לי אם לא יזכה בהן סוף סוף איסורא קעביד בזה שנותן

תקלה בר"ה ולא שייך בזה לומר איסורא לא ניחא ליה דליקני כיון דהאיסור אין לו שום שייכות לקניתו, ולא דחי לחמץ בפסח כנידון הט"ז וח"י דהתם לא יעבור בב"י וב"י אם לא יזכה בו א"כ שייך לומר דאיסורא לא ניחא ליה דליקני שהרי אם לא יקנה ליכא איסורא וכן בההיא דקידושין הנ"ל ליכא איסורא אם לא יקנה שהרי לא יתחלל על ידו וכן בההיא דב"מ ליכא מעילה אם לא תזכה אבל בההיא דהופך את הגלל דאיסורא קעביד מחמת שנותן תקלה לר"ה אפילו אם לא יזכה לא שייך לומר איסורא לא ניחא ליה דליקני

ט) אך באמת אין הדבר כן דהתם בב"ק דף כ"ט מוקי לה להההיא דר"א דאירי שהפך את הגלל למטה משלשה והיינו שלא הרחיק את הגלל ממקומו הראשון ג' טפחים דחשבינן ליה דלא סילק מעשה ראשון ודמי למוצא בור פתוח ולא סתמו שהראשון חייב לכן בעינן שהשני יזכה בהם בגללים אבל אם הרחיק את הגללים ג' טפחים ממקומם הראשון אז אפילו אם השני ההופך את הגלל לא נתכוין לזכות ג"כ השני חייב כדאיתא שם בגמ' הא למה זה דומה למוצא בור מגולה וטממה (בעפר) וחזר וחפרה דאיסתלקו להו מעשה ראשון וקיימה לה ברשותו, וכיון דאירי שלא הרחיק את הגלל ממקומו הראשון ולא מחייבינן ליה מטעם נתן תקלה בר"ה רק מטעם זכיה מה שזכה בהגללים א"כ שייך שפיר לומר דהיתירא ניחא ליה דליקני איסורא לא ניחא ליה דליקני.

פרק ט

א) והנה הקצוה"ח סימן רס"ח ס"ק ב' הביא ג"כ את דברי מהרי"ט הנ"ל דס"ל דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, וכתב הקצוה"ח על זה דזה תליא במחלוקת רש"י ותוס' כתובות דף ל"א בסוגיא דאי בעי גחין ואכיל, ופירש"י וז"ל דאי בעי גחין למטה מג' טפחים ואכיל ובציר מג' לאו הגבהה היא עכ"ל, והתוס' הקשו וז"ל וקשה לר"י דמה שייך הגבהה בדבר שהוא תופס בידו או בפיו דונתן בידה אמר רחמנא וכו' עכ"ל התוס', וכיון דס"ל לרש"י דכשתופס בידו צריך הגבהה ג' טפחים אלמא דידו אינו קונה לו מתורת חצר אלא בתורת קנין הגבהה וכל קנין צריך כונה ושלא מדעתו אינו קונה ודוקא לפירוש תוס' דס"ל דידו קניא ליה בלא הגבהה דכל שבידו הוי כמו חצרו לכן לא בעינן כונה לקנין כמו חצרו דקניא ליה שלא מדעתו ע"ש בקצוה"ח, והנתיבות שם ס"ק ב' כתב וז"ל ונלפע"ד דודאי ידו לא גרע מחצרו רק דבעינן שיהיה כל החפץ מונח בחלל ידו ואז הוי כחצרו אבל אם תופס רק מקצתו בידו והשאר מונח חוץ לחלל ידו דבחצרו ג"כ כשמונח מקצת חוץ לחצרו לא קנה ואז בידו ג"כ לא קנה מטעם ידו רק מטעם הגבהה ובעינן הגבהה ג' דוקא עכ"ל הנתיבות.

ב) ולי תמוהין דברי הקצוה"ח וגם דברי הנתיבות אינם מיושבים, דברי הקצוה"ח תמוהים בעיני מה דפשיטא ליה דלרש"י בעינן הגבהה ג' טפחים אפילו כשמונח בידו או בתוך פיו והלא שם ברש"י דף ל"א ע"ב איתא בהדיא בגמ' וברש"י דלא בעינן בידו שיגביה שלשה דאיתא שם רב אשי אמר כגון שצירף ידו למטה משלשה וקיבלו כדרבא דאמר רבא ידו של אדם חשובה לו כד' על ד' ופירש"י וז"ל כגון שצירף ידו השניה לפחות משלשה סמוך לקרקע ובידו השניה גיררה ונפלה לתוך חברתה וידו קניא ליה כדרבא דאמר רבא ידו של אדם חשובה לענין הנחת שבת כמקום ד' על ד' וכי היכי דלענין שבת חשוב מקום לענין מיקנא נמי חשוב מקום למיקני כאילו הגביהה למעלה מג' עכ"ל רש"י הרי אנו רואין בהדיא דס"ל לרש"י דידו של אדם קניא ליה גם למטה משלשה, ונהי דמשמע ברש"י שם דדוקא משום טעמא דידו של אדם חשובה כד' על ד' לכן לא בעינן הגבהה ג' טפחים אבל בלאו האי טעמא משמע דבעינן גם בידו שיגביה את החפץ ג' טפחים מ"מ כיון דעכ"פ אנו רואין דידו של אדם קונה לו בלא הגבהה כלל, הרי אנו רואי דלאו מדין הגבהה קניא ליה ידו לרש"י רק מדין חצר וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ולא שייך לומר כמו"ש הקצוה"ח הנ"ל דלרש"י כיון דס"ל דידו בעי הגבהה ג' א"כ אינו קונה לו ידו בתורת חצר אלא בתורת קנין הגבהה וכל קנין צריך כונה ושלא מדעתו אינו קונה ע"ש, דכיון שאנו רואין דס"ל לרש"י דידו לא בעי הגבהה שלשה יהיה מאיזה טעם שיהיה או משום דידו של אדם חשובה כד' על ד' או משום טעם אחר מ"מ כיון דעכ"פ אנו רואין דידו קניא ליה בלא הגבהה כלל הרי אנו רואין דלאו מטעם הגבהה קניא ליה ידו רק מטעם חצר ויש לנו לומר גם לרש"י דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו"ש מהרי"ט.

ג) ובאמת הקשו התוס' שם בד"ה רב אשי על פירש"י למה לן טעמא דידו של אדם חשובה לו כד' על ד' ועוד דאין צריך שום ראיה להביא דקניא ליה ידו דפשיטא דנתן בידה אמר רחמנא עכ"ל התוס' ע"ש, והשטה מקובצת שם ד"ה רב אשי תירץ וז"ל ויש לומר דס"ל לרש"י דאע"ג דלענין גט כתיב ונתן בידה שמא היינו דוקא כשמגביהו שלשה טפחים מן הארץ וכו' אבל כשידה סמוך לארץ הוה אמינא כלבוד דמי ובטל אגב ארעא וכן פירשו המפרשים ז"ל עכ"ל הש"מ אלמא דהאי טעמא דידו של אדם חשובה כד' על ד' אינו אלא שלא נטעה לומר דהא דאמר קרא ונתן בידה דשמעינן מזה דידו של אדם קניא ליה לא נשגה לומר דהיינו דוקא אם הגביה שלשה מן הארץ אבל אם ידו הוא סמוך לארץ כלבוד דמיא ובטל אגב קרקע, לכן קמשמע לן רב אשי שאין הדבר כן רק דחה שאר בקרא דידו של אדם קונה לו הוא אפילו אם היד הוא ש לארץ גם כן ידו

קניא ליה ולא אמרינן בזה שיהא כלבוד, עכ"פ חזינן דידו של אדם קונה לו בלא הגבהה שלשה והוא ע"כ משום יד וחצר ולא משום קנין הגבהה א"כ יש לנו לומר גם לרש"י דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו לפירוש התוס' שר אין שום חלוק בין רש"י לתוס' בקנין יד דלדברי שניהם ק ידו בלא הגבהת שלשה טפחים, א"כ גם לענין זה שיקנה שלא מדעתו אין שום חלוק ביניהם ולדברי שניהם לרש"י ולתוס' קה ידו שלא מדעתו כדברי מהרי"ט, אך מההיא דאי בעי צאן ואכיל משמע כדברי הקצוה"ח דלרש"י בעינן הגבהה שלשה ם כשתופס בידו או בפיו ויבואר לקמן בס"ד.

ד) **כן** דברי הנתיבות אינם מיושבים מה שכתב וז"ל ובקצה"ח כתב דלרש"י בכתובות דס"ל דצריך הגבהה שלשה א"כ לא דמי לידו ולפענ"ד נראה דודאי ידו לא גרעה מחצרו רק דבעינן שיהא כל החפץ מונח בחלל ידו ואז הוי כחצרו אבל אם תופס רק מקצתו בידו והשאר מונח חוץ לחלל ידו דבחצר ג"כ כשמונח מקצת חוץ לחצרו לא קנה ואז בידו ג"כ לא קנה חשה ידו רק מטעם הגבהה ובעינן הגבהה ג' דוקא עכ"ל הנתיבות אינם מיושבים דבריו כלל דאיך אפשר לומר דהא שכתב רש"י בסוגיא דאי בעי גחין ואכיל דבעינן הגבהה שלשה איירי שאם תופס כל החפץ בחצרו ולכן בעינן הגבהה ג' דוקא, והלא התם איירי לענין אוכל חלב בפיו שהכניס כל החלב לתוך פיו כדרך האוכלין רק שגחין ואכיל למטה משלשה ולא הגביהה ואפילו הכי משמע דלא קני בלא הגבהה ג' אלמא דאפילו כשתופס כל הדק בידו או בפיו ג"כ בעינן הגבהה ג' דוקא דלא כהנתיבות.

ה) **ובאמת** בלא דברינו הנ"ל צריך ישוב לתרץ דברי רש"י דסתרי אהדדי דהרי בסוגיא כתובות דף צא בההיא דאי בעי גחין ואכיל משמע בפירוש רש"י דאפילו נשתה בפיו בעינן ג"כ הגבהה ג' ובדף ל"א ע"ב שהבאנו לעיל בורא של רב אשי שתירץ כגון שצירף ידו למטה משלשה וקיבלה משל דס"ל לרש"י דלא בעינן הגבהה ג' כשתופס בידו.

ונראה לתרץ דהנה במס' שבת דף ק"ב משמע שיש חילק בין ידו לפיו ע"ש בתוס' ד"ה אמר רבא והחלק ביניהם הוא בזה דידו של אדם חשובה לו כד' על ד' אפילו אי לא אחשביה לידו כגון בזרק חפץ ונח לתוך ידו של חבירו כ"כ ברש"י שכתב וז"ל שהלכה ונחה מעצמו ביד חבירו דהאי ודק לא אחשביה ליד חבירו לאנוחה בגווה דלא נתכוין לכך כלל רש"י דף ה' ע"ש אבל פיו של אדם או שאר גופו של אדם וא פי הכלב או הכבשן אינו חייב רק אם מתכוין לכך לזרוק מי האדם או בפי הכלב דמחשבתו משוי ליה מקום אם זרק וקלטו כלב או כבשן או פה אדם בלא כונת הזורק אינו חשוב כד' על ד', א"כ ניחא כיון דשם בכתובות דף ל"א ע"ב קאמר רב אשי כגון שצירף למטה מג' וסיים הגמ' כדרבא דאמר רבא ידו של אדם חשובה כד' על ד' וכיון דהא דלא בעינן

הגבהה ג כשתופס בידו הוא מטעם דידו של אדם חשובה כד' על ד' אבל בלאו האי טעמא דידו של אדם חשובה כד' על ד' משמע דבעינן הגבהה שלשה א"כ בפיו של אדם כיון דאינה חשובה כד' על ד' בלא מחשבה לכן בעינן הגבהה ג' א"כ ניחא ההיא דרה ואכיל דס"ל לרש"י שאינו קונה אם לא הגביהה שלשה והוא כה דכיון דאיירי בפיו ולא בידו לכן בעינן הגבהה ג' משא"כ ההיא דצירף ידו למטה משלשה דאיירי בידו ממש לכן לא בעינן הגבהה ג' טפחים.

ו) **ובזה** יש מקום קצת לדברי הקצוה"ח הנ"ל שכתב בדבר מהרי"ט דס"ל ידו של אדם קונה לו שלא מת תליא במחלוקת רש"י ותוס' בכתובות הנ"ל דלדברי רש"י דס"ל דידו בעינן הגבהה נ' א"כ קניא מטעם הגבהה ובעינן כונה דה לקנין ודחינו את דברי הקצוה"ח מהא דצירף ידו למטה כי דמשמע שגם רש"י ס"ל כן דידו של אדם לא בעינן הגבהה ג'. ובדברינו דהשתא יש מקום לדברי הקצוה"ח לענין פיו של הה או שאר אבריו שאינן חשובין כד' על ד' וס"ל לרש"י דבעינן בהם הגבהה ג' א"כ יש לקיים את דברי הקצוה"ח לענין זה דבעינן ג"כ כונה ודעת לקנין כשהחפץ הוא בפיו או על שאר אבריו חוץ מידו, ונהי דדברי הקצוה"ח אינם מיושבים שהרי הקצוה"ח ידו קאמר היינו שגם בידו ממש דעת רש"י הוא דבעינן כונה לקנין משום דס"ל דבעינן הגבהה ג' גם בידו ממש וכבר כתבנו דליתא לדבריו דבידו ממש לא בעינן הגבהה ג' לרש"י מ"מ לענין פיו של אדם כיון דס"ל לרש"י דבעינן הגבהה ג' בעינן ג"כ דעת וכונה לקנין.

ז) **בכל** זאת נראה דגם בזה ליתא לדברי הקצוה"ח ואפילו אם נותן החפץ לתוך פיו או על ראשו או על גבו אע"ג דס"ל לרש"י בזה דבעינן הגבהה ג' מ"מ לענין שיקנה בלא כונתו ובלא דעתו מודים כולי עלמא דידו של אדם קונה לו מטעם יד וכן פיו וראשו ושאר אבריו כולם קונים לאדם מטעם יד ולא מדין הגבהה לכן קונה לו שלא מדעתו. דהנה באמת יש להתפלא על דברי הקצוה"ח שכתב דידו אליבא דרש"י לא קניא רק מדין קנין הגבהה לחוד איך אפשר לומר כן והלא קנין יד נאמר בקרא בפירוש ונתן בידה וכן לענין גנב נאמר בקרא אם המצא תמצא בידו הגנבה אלמא דקנין יד נאמר בפירוש בקרא וקנין הגבהה לא נאמר בקרא כלל ואיך אפשר לומר דקנין יד לאו כלום הוא ולא קניא כלל בידו ובמה קנה האדם הוא בקנין ההגבהה שלא כתוב כלל אין זה אלא דברי תימה לבטל לגמרי את יד הנאמרת בקרא בפירוש ולקיים את קנין ההגבהה שאין לו שום רמז ורמיזא במקרא.

ח) **ועוד** דהרי קי"ל דחצר דאיתתא משום יד איתרבאי וכיון שתאמר דקנין יד לאו כלום היינו מה שבא החפץ לידו בזה אינו קונה כלל רק ע"י שמגביה את החפץ הוא קונה מה

שייך לומר חצר משום יד איתרבאי כיון שגם יד אינה קונה כלל בלא הגבהה לא עדיפא חצרו מידו ויש לנו לומר שגם חצרו לא יקנה בלא הגבהה, וכי יאמר אדם דחצרו בלא הגבהה דמיא לידו יחד עם ההגבהה זה בודאי לא עלה על הדעת לומר כן.

ט) ובאמת לפי מה שהבאנו לעיל דברי השטה מקובצת מיושבת כל זה שכתב וז"ל דס"ל לרש"י ז"ל דאע"ג דלענין גט כתיב ונתן בידה שמא היינו דוקא כשמגביהו שלשה טפחים מן הארץ וההיא דקלתה שאני משום דהויא הכלי שלה וקניא מדין רשות אבל כשידה סמוכה לארץ הוה אמינא כלבוד דמי ובטל אגב ארעא וכן פירשו המפרשים ז"ל עכ"ל הש"מ, פרוש לכן צריכין לטעמא דידו של אדם חשובה כד' על ד' משום דאי לא חשיבא ידו כד' על ד' אז היתה ידו בטלה אגב ארעא אם היתה סמוכה לארעא בתוך שלשה משום דחשיבה כלבוד, נמצא לפי זה דאם החפץ מונח על ראשו או על כתפו או לתוך פיו והיו סמוכים לארעא בתוך שלשה טפחים לא קנה מטעם יד וחצר דכיון דלא אמרינן ידו של אדם חשובה כד' על ד' אלא בידו ממש אבל בפיו או בשאר אבריו לא אמרינן שיהא חשוב כד' על ד' כאשר כתבנו לעיל לכן בטלין הן אגב ארעא ולא קניא כיון שהם סמוכין לארץ כלבוד דמיא, אבל אם פיו וראשו היו מוגבהין מן הארץ שלשה טפחים קנה שפיר מטעם יד וחצר ולא משום הגבהה רק מטעם יד וחצר דכיון שהם מוגבהין שלשה טפחים מן הארץ ואין בהם דין לבוד ואינן בטלין אגב ארעא הדרינן לכללן שנאמר ונתן בידה דילפינן מזה שיש קנין ליד עצמה ולא מדין הגבהה כיון שהם מוגבהים שלשה ואין בהם דין לבוד וכיון דמדין יד אתינן עלה ולא מדין הגבהה א"כ אמרינן שפיר בזה ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו ולאו דוקא בידו ממש אלא אפילו אם תופס בפיו או מונח על ראשו או שאר אבריו אע"ג דבעינן בהם הגבהה ג' טפחים מ"מ כיון דהא דבעינן הגבהה ג' אין הטעם משום שיקנו בקנין הגבהה רק כדי שיקנה בדין ולא יתחשב כלבוד הילכך כיון דעכ"פ מוגבהה ג' שפיר קנה מדין יד וחצר וקנה שלא מדעתו גם לפי רש"י ודלא כהקצוה"ח.

י) ובזה מיושב הקושיא שהקשינו לפירש"י כיון דידו בעינן שיגביהנה שלשה אמאי חצר דאיתתא קניא בלא הגבהה והלא כיון דחצר דאיתתא משום יד איתרבאי יש לנו לומר לא עדיפא חצרו מידה ולא תקנה בחצרו בלא הגבהה ג' כמו שלא קנתה בידה ובדברי הש"מ הנ"ל מיושב זה דכיון דלדברי הש"מ הטעם דבעינן הגבהה שלשה כשמונח בידו הוא משום שלא נימא שנתבטלה היד אל הרשות, א"כ מובן הדבר דלא שייך לומר כן אלא אם הקונה אוחז בידו למטה משלשה שלא בחצר הקונה אבל אם הקונה תופס בידו ברשותו ובחצרו פשוט הדבר שהוא קונה אפילו למטה משלשה ולא צריך לטעמא דידו

של אדם חשובה כד' על ד' דכיון שהקונה עומד בחצרו וברשותו מה איכפת לן אם נימא דידו היא לבודה לחצרו ובטלה אגב ארעא סוף סוף יקנה מטעם חצר אלא איירי שהקונה אינו עומד ברשותו ובחצרו לכן אי לאו טעמא דידו של אדם חשובה כד' על ד' לא היה קונה משום דהיד היא לבודה לארעא כיון שהיא למטה משלשה ובטלה אגב ארעא, א"כ מכ"ש כשהחפץ מונח בחצר הקונה יכול הקונה לקנות בחצר דאיתתא דמשום יד איתרבאי אפילו בלא הגבהה שלשה דהרי אין שום רשות אחרת שתאמר שיתבטל רשות הקונה אצלה רק יש שם רשות הקונה לבד ואמאי לא יקנה לכן קניא ליה שפיר חצרו.

יא) וכבר כתבנו לעיל דלהפוסקים דס"ל דקטן אין לו זכיה מדאורייתא במציאה ובהפקר רק כשדעת מקנה אותו יש לו זכיה לקטן, מוכרח הדבר לומר דידו של אדם לא קניא ליה שלא מדעתו רק בגדול או בגדולה דאיכא למימר דידו אע"ג דמשום יד הוא מ"מ לא גרעה משליחות וקניא ליה שלא מדעתו ביד כמו בחצר דמשום שליחות נמי איתרבאי אבל בקטן דליכא שם שליחות דקטן לאו בר שליחות הוא או בגדול במקום דלאו זכות הוא רק חוב התם לא קניא ליה ידו שלא מדעתו, עיין לעיל פ"ד מאות י"ז והלאה, ודעת רש"י לא עיינתי עדיין כעת אם דעתו כדעת התוס' וסייעתם עיין לעיל פ"ד אות י"ח או כדעת הש"ך שם אות כ"א, ואם דעת רש"י כהש"ך הוא פשוט דידו של אדם קניא ליה שלא מדעת כמו בקטן, ואם דעתו כדעת התוס' ידו של אדם קני ליה שלא מדעתו משום דלא גרעה משליחות ולא מטעם יד לכן דוקא בגדול ולא בקטן ע"ש.

פרק י

א) וראיתי במחנה אפרים הלכות משיכה סימן ה' שמביא שם עובדא כמו נידון שאלתנו הנ"ל פרק ד' **אות** א' ומשמע מדבריו דאם היה מונח בידו ולא בחצרו או למ"ד דחצר משום יד איתרבאי לא קנה אפילו בחצרו משום דבעינן דעת וכונה לקנות וידו של אדם אינו קונה שלא מדעתו ע"ש וכבר כתבנו והוכחנו לעיל שאין הדבר כן דדוקא ידו של קטן כיון שאין לו דעת וגם ליכא למימר משום שליחות איתרבאי דאין שליחות לקטן לכן לא קנה אבל ידו של אדם גדול מועילה מטעם שליחות וכן חצר אמרינן דלא גרע משליחות ואפילו למ"ד דמשום יד איתרבאי מ"מ מועיל משום שליחות דלא בעינן כונה לקנין.

ב) עוד כתב שם המח"א דהא שכתבו התוס' בב"ב דף נ"ד שאם ידע ולא נתכוין לקנות לא קנה הוא משום שהתוס' אזלי לשיטתייהו דס"ל דחצרו של אדם איתרבאי משום יד אבל למ"ש הרי"ף והרמב"ם דחצר מטעם שליחות איתרבאי וכו' רשותו של אדם קונה לו אפילו שלא בכונת קונה דזכין לאדם שלא מדעתו פירוש וקנה אע"ג שידע שיש חפץ בחצרו ולא נתכוין לקנות מ"מ קנה כיון דחצר משום שליחות איתרבאי וזכין לאדם שלא

בפניו. ולפי מה שכתבנו והוכחנו לעיל ליתא לדבריו שהטעם שכתבו התוס' דכשידע שיש חפץ בחצרו ולא נתכוין לקנות לא קנה הוא משום דאמרינן דכיון שידע שיש חפץ בחצרו או בידו ולא נתכוין לקנות א"כ חזינן דאינו רוצה לקנות וכיון שכן הוא מה לי אם משום יד איתרבאי ומה לו אם משום שליחות איתרבאי סוף סוף אין אדם קונה בע"כ ואינו קונה ועוד דבריו תמוהים דאם צריך כונה לקנין בקנין יד או בקנין חצר דמשום יד איתרבאי א"כ מאי איריא שכתבו התוס' דהיכא שידע ולא נתכוין לקנות לא קנה ומשמע אבל שלא מדעתו כלל שפיר קנה ולדבריו אפילו לא ידע כלל ג"כ אין קונה ביד שלא מדעתו משום שצריך כונה לקנין ביד או בחצר דמשום יד איתרבאי.

ג) **ע"ש** עוד במח"א שהביא בשם הירושלמי פ"ד דשביעית דקאמר מאימתי אדם זוכה בפירות שביעית ר' ירמיה אמר משיתנה לתוך כליו ר' יוסי סבר אפילו נתנם לתוך כליו לא זכה דהוא סבר דאינהו דידיה ולאו דידיה עכ"ל הירושלמי, ע"ש במח"א מ"ש על הירושלמי הזה ע"ש. ובאמת הדבר צריך ביאור כיון דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכליו נמי מטעם חצר הוא כדאיתא בכמה דוכתי א"כ אמאי לא יקנה כשנתנה לתוך כליו דנהי שהוא טעה וסבור שהפירות הם שלו ולא נתכוין לקנות מ"מ יש לנו לומר שיקנה כיון דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, עוד תימא דמשמע דדוקא כשנתנם לתוך כליו פליגי אבל כשאוחזן עדיין בידו מודים כו"ע דלא קני ואמאי לא יקנה והלא גם ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שכתבנו לעיל, ואע"ג שכתבו התוס' בב"ב דף נ"ד דכשידע שיש חפץ בחצרו או בידו לא קנה מ"מ כאן יש לנו לומר דמקרי שלא ידע שיש חפץ בחצרו ובידו כיון שטעה וסבר שהוא שלו א"כ ליכא למימר שאינו רוצה לקנות, ונראה דמשום איסורא נגעו בה והיינו שאסור לבעל השדה לבצור ולקצור פירות שביעית בתורת שהפירות הם שלו רק רשאי אדם לזכות מפירות שדהו מהפקר כמו כל אדם הזוכים מן ההפקר מפירות שדהו כך בעל השדה זוכה מן ההפקר ואינו רשאי לבצור פירות שדהו בחזקת שהם שלו כדאיתא בספרא פ' בהר סימן כ"ה על פסוק ה' ועיין רמב"ם ועיין ספר החינוך מצוה שכ"ט ואיתא בב"מ דף ק"ב והשתא דאמר רב יהודא אמר רב אסור לזכות בביצים כל זמן שהאם רובצת עליהם שנאמר שלח תשלח וכו' אפילו תימא דנפלה לחצרו כל היכא דאיהו מצי זכי ליה חצרו זכיא ליה וכל היכא דאיהו לא מצי זכי ליה חצרו נמי לא זכיא ליה עכ"ל הגמ' אלמא דאיסורא לא זכיא ליה חצרו א"כ גם כליו לא זכו לו מה שמניח בהם כיון דאיסורא קעביד שרוצה לזכות בפירות שביעית בתורת שלו ולא בתורת זכיה מן ההפקר לכן ס"ל לר' יוסי דלא קניא ליה חצרו וכליו דהירושלמי בבעל השדה מיירי ולא איירי באינש דעלמא שהרי אמר דהוא סבר

דאינהו דידיה ולאו דידיה ואי באינש דעלמא איירי בודאי לא יטעה לומר שהוא שלו וכן ממה דמסיק בירושלמי וכן מהא דמסיים בירושלמי כהדא דר' טרפון והגירסא שלפנינו מאימתי אדם זוכה בפירותיו בשביעית אלמא דאיירי בפירותיו של שדהו.

ד) **ואע"ג** דבאמת יש לחלק בין נידון זה לנידון הגמ' דב"מ דהתם באמת אסור לזכות בביצים כל זמן שהאם רובצת עליהם ואם יזכה איסורא קעביד ואם לא יזכה לא יעשה איסור לכן שפיר אמרינן שהחצר אינו זוכה לאדם מידי דאסור לזכות בו מן ההפקר, אבל כאן בנידון דידן דלזכות מן ההפקר ליכא שום איסור לא לדידיה ולא לחצרו רק להחזיק בפירות שביעית בחזקת שהם שלו איכא איסורא ואפילו אם לא יזכה בהם ג"כ יעשה האיסור הזה ולא תליא בזכיה, וא"כ יש מקום לומר דשפיר זכיא ליה חצרו כיון דבזכיה מן ההפקר ליכא איסורא לא לדידיה ולא לחצרו אמאי לא יוכל חצרו לזכות לו, ולא דמיא להההיא דב"מ דבעצם הזכיה איכא איסורא לכן לא קניא ליה חצרו מיר דאיכא איסורא בזכותו.

ה) **מ"מ** יש לומר דס"ל לר' יוסי דכיון שקנין הכלי וזכותו לומר את האיסור שהרי אם אדם נוטל פירות שביעית בחזקת שהם שלו ומניחו לתוך כליו, אם נימא שאין הכלי זוכה לו נמצא שנטילתו לאו כלום הוא שכל הרוצה ליקח מכליו יכול ליקח ולזכות בהן מן ההפקר והוי כאלו לא נטל כלל ואינו עובר שום איסור משא"כ אם נימא שהכלים זוכים לו נהי דאין שום איסור לזכות בפירות שביעית מן ההפקר מ"מ כיון דהאי גברא נטל הפירות בחזקת שהם שלו א"כ אם הכלים יזכו לו נמצא שהם גמרו את האיסור שהרי ע"י זכיית הכלים נמצא שנטילתו הוי נטילה מעליא שאין שום אדם אחר יכול לזכות בהן ומידי דאיסורא אין החצר והכלים זוכים לכן ס"ל לר' יוסי שאין הכלים קונין לו ולכן לא פליגי רק אם נתן לתוך כליו דבאמת הכלים לא בצרו הפירות האלה רק שהם יגמרו את האיסור שעשה בידיו שבצר את פירות שביעית בחזקת שהם שלו ולא נתכוין לזכות מן ההפקר אבל כל זמן שהפירות הם בידיו שעשה בהם האיסור מודים כולי עלמא שידיו אינם זוכים לו שלא מדעתו דמידי דאיסורא לא קניא ליה לא בידיו ולא בחצרו שלא מדעתו דכאן ג"כ מקרי שלא מדעתו כיון שהוא סבור שהוא שלו א"כ ליכא כונה לקנין, ונהי דידו וחצרו קנה גם בלא כונה לקנין מ"מ במקום דאיכא איסורא לא קנו ידו וחצרו שלא מדעתו ומה שנחלקו לענין כלים לא נחלקו רק יען כי בהכלים לא נעשה האיסור רק שהכלים גומרים את האיסור כנ"ל לכן ס"ל לר' ירמיה דקניא ליה כליו ור' יוסי ס"ל כיון שהאיסור נגמר ע"י הכלים אם יזכה בהם לכן לא קניא ליה כליו, אבל

בידיו כיון שעושה בהם עיקר האיסור מודה גם ר' ירמיה דלא קנה, כן נראה לי לתרץ את הירושלמי הנ"ל אך צריך עיונא בהלכות שביעית כי כעת לא עיינתי בהם.

ו) **והנה** נידון שאלתנו הנ"ל יש לומר לכאורה דתליא במחלוקת דרב ששת ורב נחמן בביצה דף ל"ט לפי פירש"י דשם דאיתא התם מילא מים ונתן לחבירו רב נחמן אמר כרגלי מי שנתמלאו לו רב ששת אמר כרגלי הממלא ומסיק הגמ' דפליגי במגביה מציאה לחבירו אי קני או לא, ע"ש בפירש"י שפירש דכולי עלמא ס"ל דחבירו לא קנה בהגבהתו של זה אלא אם קנה המגביה או לא קנה פליגי רב נחמן הבר לא קנה המגביה וכו' ורב ששת סבר קנה המגביה תחלה ומידו קבלם זה ע"ש ברש"י והוא לכאורה ממש כנידון שאלתנו דהיכא שלא קנה השותף השני יש לספק אם קנה המגביה כל זמן שהחפץ היה בידו, והוא כמו המגביה מציאה לחבירו דס"ל לרב נחמן ורב ששת דלא קנה חבירו ופליגי אם קנה המגביה או לא א"כ לרב ששת דס"ל דאע"ג שראובן הגביה בשביל שמעון מ"מ קנה ראובן והוא ע"כ מטעם שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו והוא משום שראובן מילא את המים לתוך כליו ונהי שראובן נתכוין לזכות לשמעון ולא נתכוין לקנות לעצמו מ"מ ס"ל לרב ששת שראובן קנה לעצמו לכן אם אפילו נתן ראובן את המים לשמעון מ"מ הוא כרגלי ראובן הממלא דשמעון מיניה דידיה קזכי, והוא ע"כ משום דכיון שהיו המים בכליו שהוא כחצר וקי"ל דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו לכן זוכה ראובן המגביה, א"כ בנידון שאלתנו נמי זכה ראובן המגביה מהטעם הזה דכיון שהיו המעות בידו אע"ג שנתכוין ראובן המגביה לקנות המעות בעד שמעון שותפו ולא נתכוין לזכות לעצמו מ"מ קנה ראובן המגביה דקי"ל ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ורב נחמן דפליג על זה וס"ל שגם המגביה לא קנה ונשאר הדבר הפקר עד שבאו המים ליד חבירו שהוגבה בשבילו ואז זכה חבירו במשיכתו א"כ כאן בנידון שאלתנו לא זכה המגביה אע"ג שהיו המעות בידו רק המעות הם הפקר עד שבאו לרשות חבירו השותף שלו ואז זוכה חבירו מן ההפקר אבל המגביה לא זכה כלל, וכן לפירוש ר"ת בביצה שם ובב"מ דף יו"ד ס"ל לרב נחמן ג"כ שלא קנה הממלא והוי הפקר עד שבא לרשות חבירו שנתמלאו לו ולדבריו ג"כ בנידון דידן לא זכה המגביה.

ז) **אך** נראה דמדברי רב ששת שפיר יש להביא ראיה לנדון שאלתנו שקנה השותף המגביה כמו שכתבנו לעיל דס"ל לרב ששת התם דקנה המגביה, ומדברי רב נחמן אין קושיא לדברינו שהרי כתבנו לעיל בשם התוס' וש"פ דנהי דידו או חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו דוקא היכא שלא היה לי שום כונה כלל לא לקנות ולא שלא לקנות אבל היכא שנתכוין בפירוש שלא לקנות בזה מודים כולי עלמא דלא אמרינן שיקנה

בחצרו או בידו, ומה שכתבנו בנידון שאלתנו שזכה המגביה אע"ג שחשב בפירוש שלא יקנה הוא רק שותפו היינו מפני שנתודע לנו הדבר שטעה בכונתו הזאת יען שסבר כי כן הוא הדין וההלכה דמה שהשותף האחד מגביה ומוצא מן הדין הוא של שניהם וכיון שטעה בזה אמרינן חיש בכח הטעות לבטל את מחשבתו הזאת ולעשותה כמו שאינה והוי כמו שלא חישב לא כך ולא כך כמו שהארכנו בזה לעיל שיש בכח הטעות לבטל מעשה ואין בכח הטעות לעשות מעשה א"כ בהאי נידון דרב נחמן שלא טעה המגביה כלל בשום דבר ובלא שום טעות נתכוין ראובן המגביה לזכות במים לצורך שמעון חבירו ולא לצורך עצמו א"כ במה יקנה ראובן המגביה לעצמו כיון שראובן המגביה חשב בפירוש שלא לקנות לצורך עצמו לכן לא קנה ראובן המגביה לפ"ד רב נחמן אבל בנידון דידן שנשאר הדבר סתמא בלא שום כונה כלל בזה יודה גם רב נחמן שקנה ראובן המגביה.

ח) **ובאמת** דברי רב ששת תמוהין לפירש"י במה קנה המגביה כיון שנתכוין בפירוש שיקנה חבירו ואין אדם קונה בע"כ ובאמת התוס' בביצה וכן הרשב"א שם הקשו הקושיא הזאת איך יקנה המגביה כיון שנתכוין שלא לקנות לעצמו רק לצורך חבירו, ונראה לי דס"ל לרש"י בסברת רב ששת דכיון דס"ל דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו לכן אמרינן דמסתמא לא נתכוין בשעת ההגבהה שיקנה חבירו בההגבהה הזאת רק אמרינן שנתכוין לקנות לצורך עצמו ואח"כ יתן לחבירו במתנה כי מהיכא תיתי לן לעשות את אדם כטועה ולומר שנתכוין לקנות בהגבהה זו לחבירו אשר אינו קונה לו כי המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו ואם לא יתכוין לקנות כלל לא לעצמו ולא לחבירו הרי החפץ ישאר הפקר עד שיבוא ליד חבירו ויש לחוש שמא יבוא איש אחר מן השוק ויחטוף ממנו, א"כ לא יזכה חבירו לעולם בהאי חפץ וכיון שהוא מגביה את החפץ ורצונו שיזכה בו חבירו וישתמש בו אין להמגביה עצה אחרת רק שיזכה בו המגביה תחלה ואח"כ יתן לחבירו במתנה לכן ס"ל לרב ששת שהוא כרגלי הממלא כיון דמתחלה זכה המגביה לצורך עצמו לכן הוא כרגליו, ובמגביה מציאה לחבירו ס"ל לרב ששת שאם בא אחר מן השוק וחטף ממנו מוציאין ממנו משום דמתרצינן למעשיו דמה שהגביה לחבירו אין דעתו להתכוין בההגבהה הזאת לזכות לחבירו רק שכונתו הוא שיזכה הוא היינו המגביה תחלה ואח"כ יתן לחבירו לכן זכה המגביה ומוציאין מן החוטף ורב נחמן ס"ל דלא מתרצינן דבורו ומעשיו כלל רק אמרינן בפשיטות שהגביה את המציאה לחבירו שיזכה חבירו במציאה בהגבהה זו וכיון שחבירו לא קנה הוי הפקר שגם המגביה לא קנה שהרי לא נתכוין לזכות לעצמו

ודוגמא למחלוקה כזאת מצינו במקום אחר שנחלקו אם אמרינן אין אדם מוציא דבריו לבטלה או לא עי' עירוכין ד' ה' ובשאר דוכתי ועי' שדי חמד בכללים מערכת א' סימן ש' אם יש חילוק בין דבור למעשה בזה או לא.

ט) ונראה דזהו ביאור דברי רש"י בב"מ ד' ט' במשנה שם היה רוכב על גבי בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו תנה לי נטלה ואמר אני זכיתי בה זכה בה ואם משנתנו לו אמר אני זכיתי בה תחלה לא אמר כלום ופירש"י שם וז"ל לא אמר כלום דאפילו אמרינן המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו כיון דיהביה ליה קנייה ממה נפשך אי קנייה קמא דלא נתכוין להקנות לחבירו הא יהביה ניהליה במתנה ואי לא קנייה קמא משום דלא היה מתכוין לקנות הוה ליה הפקר עד דמטי לידיה דהאי וקנייה האי במאי דעקרה מידיה דקמא לשם קנייה עכ"ל רש"י שם ומשמע מדברי רש"י שיש ספק במגביה לחבירו אם קנה הראשון המגביה או לא קנה הראשון ודבריו צריכין ביאור במה תליא ספקו עוד משמע מדברי רש"י דאם נימא שהראשון המגביה קנה משום דאמרינן שלא נתכוין לקנות לחבירו ומשמע שלצורך עצמו הגביה וגם זה צריך ביאור דכיון דאירי במגביה מציאה לחבירו כמו שהתחיל רש"י בראש דבריו רק דלא קנה חבירו משום דס"ל המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אבל המגביה עכ"פ הגביה לחבירו ואיך כתב רש"י וז"ל אי קנייה קמא דלא מתכוין להקנות לחבירו כיון דבזה אירי שהגביה את המציאה לחבירו.

י) ולדברינו ניחא והכי הוא ביאור דברי רש"י אי קנייה קמא דלא מתכוין לקנות לחבירו והוא לרב ששת בביצה דס"ל במגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו רק שהראשון המגביה קנה מטעם שכתבנו לעיל דאמרינן דכיון דהמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו א"כ מסתמא היה דעתו של המגביה לקנות מתחלה לצורך עצמו ואח"כ ליתן לחבירו במתנה לכן כתב רש"י אי קנייה קמא דלא מתכוין להקנות לחבירו הא יהביה ניהליה במתנה והוא כדברי רב ששת בביצה דס"ל כרגלי הממלא, ומה שסיים רש"י ואי לא קנייה קמא משום דלא היה מתכוין לקנות הוה ליה הפקר וכו' הוא כדברי רב נחמן בביצה דס"ל כן שהוא כרגלי מי שנתמלא לו.

יא) ובזה יש לבאר דברי הגמ' ב"מ ד' י"ב אמר שמואל מפני מה אמרו מציאת קטן לאביו שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו ואינו מאחר בידו למימרא דסבר שמואל קטן לית ליה זכיה לנפשיה מדאורייתא והתניא וכו' עכ"ל הגמ' והדבר תמוה מהיכא משמע מדברי שמואל שהקטן אין לו זכיה מדאורייתא דהרי שמואל לא קאמר מידי מזה אם יש לו זכיה מדאורייתא או לא רק שאמר הטעם דלכן מציאת קטן לאביו מפני שבשעה

שמוצאה מריצה אצל אביו ולכן כשהגביה את המציאה לצורך אביו הגביה כמו"ש רש"י שם ולכן זכה האב במציאתו של בנו הקטן אבל לעולם יש לו זכיה לקטן מדאורייתא כגון כשאומר הקטן בפירוש שמגביה את המציאה לצורך עצמו או כשאמר אביו בפירוש שאין רצונו לזכות בההגבהה הזאת שהגביה בנו או כשאין לו אב כלל יש לו לקטן זכיה מדאורייתא ומנא ליה להגמ' דס"ל לשמואל דקטן אין לו זכיה מדאורייתא.

יב) ובדברינו ניחא דהנה אם יש לו לקטן זכיה מדאורייתא או לא כתבנו לעיל פרק ד' אות י"ח דתליא אם קנין יד קונה לו לאדם שלא מדעתו או לא דזה בודאי שדעתו של הקטן ומחשבתו לאו כלום הוא רק אם נימא דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו יכול הקטן ג"כ לקנות בידו דכיון שהגיע למדה זו צרור וזורקו אגוז ונוטלו יש לו יד אבל דעת אין לו לקטן כל זמן שהוא קטן, נמצא כשהקטן מגביה בידו לצורך אביו נשאר הדבר בלא שום כונה כלל לא לקנות לעצמו ולא שלא לקנות לעצמו רק סתמא כיון שדעתו של הקטן לא מעלה ולא מוריד לכן מחשבתו שחשב בפירוש שלא לקנות לעצמו רק לצורך אביו ג"כ לא מקרי שנתכוין בפירוש שלא לקנות רק מקרי סתמא בלא שום כונה ואם אמרינן שהקטן יש לו זכיה מדאורייתא והיינו כשחשב בפירוש לקנות לעצמו קונה הוא לעצמו משום דידו של קטן קונה לו גם בלא שום דעת כלל א"כ יש לט לומר אע"ג שהגביה לצורך אביו זכי ג"כ הקטן בידו משום דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

יג) ולא מיבעיא אם עדיין לא נתן את החפץ לאביו בודאי יש לנו לומר דאע"ג שהקטן הגביה לצורך אביו מ"מ קנה הקטן ולא האב משום דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אלא אפילו אם כבר נתן הקטן לאביו ג"כ יש לנו לומר שב"ד יוציאו מידו ואינו דומה לאדם גדול שהגביה מציאה לחבירו למ"ד דלא קנה חבירו רק המגביה קני מ"מ כשנתן אח"כ למי שהוגבה בשבילו קנה כמו שפירש"י שהבאנו לעיל במשנה ואם לאחר שנתן לו אמר אני זכיתי בה תחלה לא אמר כלום וכמו דס"ל לרב ששת כרגלי מי שנתמלאו לו כנ"ל שאני התם שהמגביה הוא אדם גדול ויכול ליתן ולמכור כחפצו וממכרו ומתנתו קיימים לכן קנה השני שנתן לו אח"כ מטעם מתנה אבל הקטן אי נימא דזכייתו זכיה היא מדאורייתא משום דלא בעינן דעת ומתנתו של הקטן הא לאו כלום היא משום דלאו בר דעת הוא א"כ יש לנו לומר שמוציאין מן האב המתנה שנתן לו בנו ובפרט בקטן שאינו סמוך על שלחן אביו ודאי יש לנו לומר דאע"ג שהבן הגביה לצורך אביו מ"מ לא זכי האב אע"ג שבא אח"כ לידו, לכן דייק הגמ' שפיר דס"ל לשמואל שהקטן אין לו זכיה מדאורייתא רק מדרבנן לכן כיון שהגביה הבן לצורך אביו שפיר זכי האב ונפקע זכייתו של הבן ע"י זה שלא הגביה לצורך עצמו רק לצורך אביו דכיון דזכיית הבן אינו

אלא מדרבנן לכן תיקנו חז"ל שמה שהוא נותן לאביו או מגביה לצורך האב זכי האב ג"כ מדרבנן.

יד) ודוגמא לדבר מצינו בסוכה (דף מ"ו) לא ליקני אינש הושענא לינוקא ביומא טבא קמא מ"ט דינוקא מקני קני אקנויי לא מקני ואשתכח דקנפיק בלולב שאינו שלו עכ"ל הגמ' והתם איירי בדעת אחרת מקנה כמו"ש התוס' בגיטין ובריש פ' בן סורר ובכמה דוכתי וכן כתבו שארי ראשונים, אבל במקום שאין דעת אחרת מקנה לית ליה לקטן זכיה מדאורייתא וכשם שהקטן יכול לקנות מדרבנן כן יכול להקנות מדרבנן והוא ממש כנידון הגמ' דב"מ דאם ס"ל לשמואל שהקטן יש לו זכיה מדאורייתא אפילו במציאה דליכא דעת אחרת מקנה וכיון דינוקא קני מדאורייתא ואינו יכול להקנות מדאורייתא יש לנו לומר דלא זכי האב אלא ע"כ ס"ל לשמואל שהקטן אין לו זכיה אלא מדרבנן וכשם שהוא קונה מדרבנן כך יוכל להקנות מדרבנן א"כ שפיר דייק הגמ' דס"ל לשמואל שהקטן אין לו זכיה מדאורייתא רק מדרבנן.

פרק יא

א) איתא בב"מ ד' יוד אמר ר"ל משום אבא כהן ברדלא ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום מאי טעמא תקיט רבנן דלא ליתי לאינצויי והקשה הגמ' על זה ממתניתין דקתני ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק בה זכה בה ואי אמרת ארבע אמות של אדם קונות לו בכל מקום נקני ליה ארבע אמות דידיה ותירץ הגמ' כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דניקני בארבע אמות לא ניחא ליה דניקני ורב ששת תירץ דלא תיקנו ד' אמות רק בסימטא דלא דחקי רבים ברשות הרבים דקא דחקי רבים לא תקינו רבנן, ורב פפא תירץ אהא דמותיב ר' חייא בר יוסף פאה כי תקינו ליה רבנן ד' אמות בעלמא בשדה דבעה"ב לא תקינו ליה רבנן עכ"ד.

והנה על זה דאמרינן כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דניקני בארבע אמות לא ניחא ליה דניקני ולא קני כתב הנימוקי יוסף הטעם בזה משום דארבע אמות הוא תקנתא דרבנן וכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו ע"ש בנימוק"י וכ"כ מרן הב"י סימן רס"ח בשם הר"ן והדבר תימה דמשמע מדבריו דאם קנין הד' אמות היה מדאורייתא היה קונה אע"ג דגלי דעתיה שאינו רוצה לקנות וזהו תימה והלא קי"ל שאין אדם קונה בע"כ אף אם קנין הד' אמות היה קנין מדאורייתא ג"כ לא היה מועיל כיון דגלי דעתיה שאינו רוצה לקנות בהד' אמות, ומצאתי בתשובות הגאון רעק"א בתשובות החדשות שיצאו לאור בשנת תרמ"ט בסימן צ"ו שכתב דודאי אם לא היה רוצה לקנות כלל בודאי אינו קונה אפילו בחצר דאורייתא דאין אדם קונה בע"כ, אבל כאן כיון דבאמת רוצה הוא

את המציאה רק שהוא רוצה לקנות בנפילה שהוא קנין שאינו מועיל ואינו רוצה לקנות בד' אמות שהוא קנין המועיל לכן בחצר דאורייתא כהאי גוונא היה קונה כיון שעשה קנין המועיל וגם היתה כונתו לקנות החפץ אף שהיתה כונתו לקנות בקנין שאינו מועיל אפילו הכי קני עכ"ד אף שאין זה לשונו ממש, וכ"כ הח"ס חלק יו"ד לענין מכירת בכור ד"ה וראיתי וכ"כ הח"ס שם סימן שי"ג ד"ה ולכאורה כמו"ש הגרע"א הנ"ל בביאור דברי הנמוק"י הנ"ל

היוצא מדבריו שאם אדם עושה קנין המועיל בדאורייתא וקנין שאינו מועיל ומתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל אפילו הכי קני כיון דעכ"פ עשה קנין המועיל ונתכוין לקנות את החפץ אף דנתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל אפילו הכי קני.

ב) ויש להקשות על זה מהא דאיתא בקידושין ד' מ"ח לענין מחלוקת ר"מ ורבנן כשאמרה האשה עשה לי שירים נזמים וטבעות ואקדש אני לך דר"מ ס"ל מקודשת ורבנן ס"ל דאינה מקודשת ומוקי לה הגמ' לחד אוקימתא דאיירי כגון שהוסיף לה נופך משלו דמר סבר מלוה ופרוטה דעתיה אפרוטה ומר סבר דעתיה אמלוה וכן פליגי בזה ר' נתן ור' יהודא הנשיא דמר סבר מלוה ופרוטה דעתיה אפרוטה ומר סבר דעתיה אמלוה, אלמא אע"פ שהיתה כונת שניהם לקדשה וגם עשה קנין המועיל היינו הפרוטה מ"מ אם דעתו אמלוה אינה מקודשת לכולי עלמא דעד כאן לא פליגי אלא דמר סבר דעתיה אפרוטה ומר סבר דעתיה אמלוה אבל אם הינו יודעים בודאי שדעתו אמלוה אינה מקודשת אע"ג שיש שם ג"כ קנין המועיל היינו הפרוטה וגם נתכונו לקידושין אפילו הכי אם דעתו אמלוה אינה מקודשת אלמא שהעושה קנין המועיל וקנין שאינו מועיל וכונתו לקנות בקנין שאינו מועיל לא קני ודלא כהגאון ר' עקיבא איגר והח"ס הנ"ל שכתב בשם הנימוק"י הנ"ל

ג) וכן יש להקשות על דבריהם מהא דאיתא שם בקידושין דף מ"ח לענין האומר התקדשי לי בשטר ונמצא השטר בטל נחלקו ר"מ ורבנן דר"מ סבר שאינה מקודשת ורבנן ס"ל דשמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת ע"ש ברש"י ותוס' ושאר מפרשים דפליגי ר"מ ורבנן אם דעתו אנייר או לא היינו דאף אם הנייר שוה פרוטה מ"מ ס"ל ר"מ דאינה מקודשת משום שאין דעתה להתקדש בנייר רק דעתה להתקדש במה שכתוב בשטר ולא בנייר ורבנן ס"ל דדעתייהו נמי אנייר לכן ס"ל שאם יש בנייר שוה פרוטה מקודשת, אלמא שאם אין דעתם אנייר רק על מה שכתוב בתוך השטר אינה מקודשת אע"פ שהיה שם קנין המועיל היינו הנייר וגם נתכונו לקידושין מ"מ אם אין דעתם לקנין המועיל היינו פרוטת הנייר אינה מקודשת לכולי עלמא דעד

כאן לא קאמרי רבנן דאם יש בנייר שוה פרוטה מקודשת אלא משום דס"ל דדעתייהו נמי אנייר אבל אם היינו יודעים שאין דעתם אנייר רק במה שכתוב בשטר בודאי כולי עלמא מודים שאינה מקודשת אלמא דהעושה קנין המועיל היינו פרוטת הנייר וקנין שאינו מועיל היינו השטר הבטל ודעתו לקנות בקנין שאינו מועיל אינה מקודשת דלא כהגאון ר' עקיבא איגר והח"ס הנ"ל בשם הנימוק"י.

ד) וז"ל הטור באה"ע סימן כ"ח ואפילו החזיר לה השטר כתב הרמב"ם ז"ל שאינה מקודשת אפילו יש בה שוה פרוטה כיון דלא אדכרה בעידן קידושין לקידושיה ביה סתמא כמקדש במלוה לחודיה דמי אבל אם אמר לה התקדשי לי בשטר חוב זה ונתנו לה שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת עכ"ל הטור אלמא דדוקא אם אמר לה התקדשי בשטר חוב אז אמרינן דאם יש בהנייר שוה פרוטה מקודשת משום דלשון זה התקדשי לי בשטר חוב יש במשמעו דדעתייהו גם על הנייר אבל אם לא הזכיר השטר רק שאמר לה התקדשי לי במלוה שיש לי אצלך אינה מקודשת אפילו אם הנייר שוה פרוטה משום שאין דעתם להתקדש בקנין המועיל היינו הנייר רק בקנין שאינו מועיל היינו המלוה, וכן כתב הב"י בשם רבינו ירוחם והרמ"ה וכן הרמב"ן והרשב"א והר"ן וה"ה כולהו ס"ל כמו"ש הטור.

ה) ואפילו לפי מה שכתב הרמ"א בד"מ ובשו"ע סימן כ"ח ס"ז דאפילו אם אמר לה התקדשי לי במלוה והחזיר לה השטר מקודשת התם היינו טעמא דכיון דהנייר הוא משכון על החוב דבאמת הנייר של הלוה הוא שהרי הלוה משלם שכר הסופר כדאיתא בב"ב ד' ובשו"ע חו"מ רק דכל זמן שאין הלוה משלם לו חובו תופס המלוה את הנייר בתורת משכון וכשהלוה פורע לו חובו או אם המלוה מוחל לו חובו ממילא הנייר הוא של הלוה היינו האשה שהרי נפקע שמבודה וכשאומר לה הרי את מקודשת לי במלוה שיש לי אצלך הוי כאלו אמר לה בפירוש הרי את מקודשת לי במלוה והנייר אחזיר לך דכיון שקידשה במלוה שהיתה חייבת לו ומעתה ימחול לה המלוה בשביל הקידושין ולא תתחייב לו כלל א"כ מחויב להחזיר לה את הנייר שלה שהיה בידו בתורת משכון דכיון דפקע שיעבודיה ואינה חייבת לו מאומה הרי מחויב להחזיר לה את המשכון שהוא הנייר א"כ במלוה בשטר כשאומר לה התקדשי לי במלוה הוי כאלו אמר לה בפירוש התקדשי לי במלוה ובהחזרת המשכון שהוא הנייר לכן ס"ל דאם יש בנייר שוה פרוטה מקודשת משום דדעתייהו נמי אניירא אבל בלאו האי טעמא ובפרט אם אמרו בפירוש כדעתייהו אמלוה ולא אפרוטה מודים כולי עלמא שאינה מקודשת, אלמא דכשעושה אדם קנין המועיל וקנין שאינו מועיל ואומר שדעתו לקנות בקנין שאינו מועיל אינו קונה

אפילו אם דעתו ורצונו לקנות החפץ מ"מ כיון שנתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל אינו קונה וזהו שלא כדברי הגרע"א והח"ס הנ"ל בשם הנימוק"י.

ו) **ונראה** לפרש דברי הנימוק"י והר"ן הנ"ל דבנידון דהנימוק"י והר"ן בההיא דב"מ דנפל וגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני והיה קונה אם היינו אומרין דקנין ד' אמות הוא קנין דאורייתא דכיון שאנו רואין דנפל וניחא ליה לקנות את החפץ הרי ידעינן בודאי שהוא רוצה בהחפץ א"כ מה שנפל וניחא ליה לקנות בנפילה שהוא קנין שאינו מועיל ולא ניחא ליה לקנות בקנין ד' אמות שהוא קנין המועיל מוכרחין אנו לומר שהוא מפני שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל ובזה יקנה ובקנין ד' אמות טעה וסבר שהוא קנין שאינו מועיל ומשו"ה נפל ורצה לקנות בנפילה אף שרצה לקנות את החפץ משום שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל וד' אמות הוא קנין שאינו מועיל **והנה** כבר כתבנו כמה פעמים והוא ידוע שהטעות יש בכחו לבטל מעשה ולעשות כמו שאינו אבל אין בכח הטעות לעשות מעשה, כגון קנין בטעות חוזר שהטעות עושה את הקנין כאלו אינו, אבל אין בכח הטעות לעשות מעשה דהיינו אם לא עשה האדם שום קנין בטעות אין בכח הטעות לעשות כאלו עשה הקנין, כגון אם ראובן ראה בהמה של הפקר ורצה לילך לעשות בה קנין המועיל ואמרו לו שאין הבהמה זו של הפקר ונמנע ראובן ולא עשה שום קנין בודאי לא קנה ראובן את הבהמה הזאת אע"ג שבטעות היה מה שלא עשה ראובן בה שום קנין דהרי היתה זאת מפני שטעה וסבר שאינה של הפקר מ"מ כיון דעכ"פ לא עשה בה ראובן שום קנין אין ראובן קונה את הבהמה הזאת כי אין בכח הטעות לעשות מבלי מעשה כאלו עשה.

ואפילו אם עשה מעשה הקנין רק שלא נתכוין לקנות מחמת טעות ג"כ לא קנה לכן אמרינן ביבמות דף נ"ב דהעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה, ומשמע דאפילו אם ידעינן בודאי שאלמלי היה יודע שהנכסים של גר הם היה מתכוין לקנות מ"מ אינו קונה אותם כיון דעכ"פ עכשיו טעה וסבר שהנכסים שלו הם ולא מתכוין לקנות לכן לא קנה שאין בכח הטעות לעשות כאלו נתכוין לקנות.

ז) **והנה** בקנין חצר או בקנין ד' אמות שהוא ג"כ מדין חצר קי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, והיינו דוקא אם לא ידע שיש חפץ בחצרו או בד' אמות שלו, אבל אם ידע שיש חפץ בחצרו או בד' אמות שלו ולא נתכוין לקנות לא קני כמו"ש התוס' בב"ב דף נ"ד דהרי גלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות וזהו דוקא בקנין חצר או בקנין ד' אמות שהוא ג"כ מדין חצר, אז קי"ל דקונה לו שלא מדעתו, אבל בשאר כל הקנינים כולם כגון כסף או משיכה או חזקה בעינן כונה לקנין ולא קני שלא מדעתו.

ח) **הלכך** בחצר דאורייתא אם נפל על המציאה וגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות את המציאה ע"י חצרו רק נפילה משום טעותו שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל וחצר הוא שאינו מועיל היה קונה ע"י חצרו דאע"ג שחשב בהדיא שאין רצונו לקנות בקנין חצרו וקי"ל בקנין חצר דהיכא דידע שיש חפץ בחצרו ואינו רוצה לקנות אינו קונה מ"מ כיון דמה שחשב בפירוש שאינו רוצה לקנות בקנין חצר הוא בטעות א"כ הטעות עוקרת כונתו ומחשבתו אשר חשב בפירוש שאין רצונו לקנות בקנין חצר דהרי יש בכח הטעות לעשות ממעשה ומחשבה כאלו לא עשה וחישב ונהי שאין כאן כונה בפירוש לקנות בקנין חצר דאע"ג שאם היה יודע שהנפילה היא קנין שאינו מועיל והחצר הוא קנין המועיל בודאי היה מתכוין בפירוש לקנות בקנין חצרו מ"מ כיון דהשתא טעה ולא נתכוין לקנות בקנין חצרו לכן מקרי שאין כאן כונה לקנין חצר שהרי אין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב, מ"מ קנה בלא כונה לקנין דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היכא שלא נתכוין כלל לא לקנות ולא שלא לקנות אבל בשאר קנינים כגון במלוה ופרוטה אם ידעינן שנתכונו לקדש במלוה כיון דבעינן כונה לקנין לכן אינה מקודשת דאע"ג שאנו רואים ששניהם רוצים בקידושין א"כ מה שחשב לקדשה במלוה ולא בפרוטה ידעינן דבטעות היה מפני שטעה וסבר דמלוה הוא קנין המועיל ופרוטה הוא קנין שאינו מועיל כיון שרוצים בקידושין וידעינן כי אלו היה יודע שהמלוה הוא קנין שאינו מועיל ופרוטה הוא קנין המועיל היה מתכוין לקדשה בפרוטה מ"מ כיון דעכ"פ לא נתכוין לקדשה בפרוטה לכן אינה מקודשת שאין בכח הטעות לעשות כאלו נתכוין לקנות בפרוטה א"כ מיושבים בזה דברי הנימוק"י והר"ן הנ"ל ע"פ דברי הגרע"א והח"ס דדוקא בקנין ארבע אמות דהוי קנין דרבנן וכל האומר אי אפשר בתקנת חכמים שומעין לו התם אמרינן דכיון שנפל וגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בארבע אמות לא ניחא ליה דליקני אבל בחצר דמדאורייתא היה קונה בחצרו משום דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אבל במלוה ופרוטה כיון דבעי כונה לא אמרינן כן כנ"ל וכן ההיא דשמין את הנייר מיושב בזה כיון שאינו קונה שלא מדעתו כחצר רק הוא קנין כסף דבעינן כונה לקנין הוי כמו במלוה ופרוטה אי דעתו אמלוה שאינה מקודשת כנ"ל.

ט) **ולפי** דברי הנימוק"י והר"ן צריך לומר לפי דברינו דהאומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו אע"ג דאמירתו בטעות הוא ואלו היה יודע את האמת לא היה אומר אי אפשי בתקנת חכמים מ"מ כיון דעכ"פ אמר אי אפשי בתקנתם שומעין לו דרבנן לא תקנו תקנתם רק אם האדם אשר לצורכו ולטובתו נתקנה התקנה נתרצה בתקנתם ורוצה בהם

אבל אם האדם אשר לצורכו ולטובתו נתקנה התקנה צווח ואומר אי אפשי בתקנתה שהתקינו לטובתי נתבטלה לגביה האי תקנה אע"ג דאמירתו אי אפשי בטעות היה, דאי לא נימא הכי סוף סוף יקשה איזה חילוק יש בין חצר דאורייתא לד' אמות דרבנן, ואמאי מועילה הנפילה בקנין ד' אמות לומר בנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני כיון דבטעות היה מה שלא רצה לקנות בד' אמות מפני שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל וד' אמות לא הוי קנין המועיל א"כ אמירתו אי אפשי בתקנת חכמים בטעות היתה ומה איכפת לן מה דקנין ד' אמות אינו אלא מתקנת חכמים ולא מדאורייתא אלא ודאי כדאמרן דכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו אפילו אמר ע"י איזה טעות שטעה לכן מועיל שפיר הגילוי דעת.

פרק יב

א) ודע דקושיתו הנ"ל מהא דמלוה ופרוטה ומה דשמין את הנייר שהקשינו על דברי הנימוק"י והר"ן הקושיא הזאת בעצמה יש להקשות ג"כ על דברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרא"ה שהם השמיטו לגמרי את תירוץ הגמ' הנ"ל דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני והם פסקו כתירוצם של רב פפא ורב ששת הנ"ל שלא תיקנו ד' אמות אלא בסימטא ולא בשדה חבירו ולא ברשות הרבים עיין ב"י סימן רס"ח שכתב שכן הוא דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ועיין בביאורי הגר"א סימן רס"ח, ולדבריהם במקום שתיקנו ד' אמות כגון בסימטא קנה את המציאה אע"ג דנפל עליה וגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני מ"מ קונה הוא את המציאה בד' אמות, וצריך לומר אע"ג דקי"ל שאין אדם קונה בע"כ מ"מ כאן קנה כמו"ש הגרע"א והח"ס הנ"ל דבודאי אם לא היה רוצה לקנות לא היה קונה דאין אדם קונה בע"כ אבל כאן כיון דבאמת רוצה הוא לקנות את המציאה רק שרוצה לקנות בקנין שאינו מועיל שהוא הנפילה ואין רצונו לקנות בקנין המועיל שהוא ד' אמות, וכיון דעכ"פ נתכוין לקנות את החפץ וגם עשה קנין המועיל רק שנתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל לכן קנה אפילו בקנין דרבנן וא"כ תקשה הקושיא הנ"ל מהא דמלוה ופרוטה ומהא דשמין את הנייר דחזינן שאם דעתו אמלוה ועל החוב הכתוב בשטר אע"ג דעשה קנין המועיל וקנין שאינו מועיל וכיון שנתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל לא קנה, ובתירוצנו שתירצו לעיל על דברי הנימוק"י והר"ן יש לתרץ ג"כ אליבא דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרא"ה.

ב) אך חילוק אחד יש ביניהם דאליבא דהנימוק"י והר"ן אינו קונה אם גלי דעתיה דניחא ליה לקנות בנפילה רק בחצר דאורייתא ולא בד' אמות דרבנן משום דהאומר אי אפשי

בתקנת חכמים שומעין לו, ולדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרא"ה אפילו בד' אמות דרבנן נמי קני אפילו אם נפל וגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני אפילו הכי קני ומכ"ש בחצר דאורייתא כהאי גונא משום דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משא"כ בשאר קנינים דבעינן כונה לקנין לא קנו אם דעתו על דבר שאינו קנין כגון אם דעתו אמלוה או דעתו על מה שכתוב בשטר ואין דעתו על הנייר כמו שכתבנו לעיל.

ג) **ונראה** דבזה פליגי דלמ"ד דס"ל כיון דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני הוא משום דס"ל דהאומר אי אפשי בתקנת חכמים ע"י טעות ג"כ שומעין לו לכן נהי דמה שלא רצה לקנות בד' אמות רק בנפילה הוא מפני שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל והד' אמות הוא קנין שאינו מועיל כיון דד' אמות הוא תקנת חכמים ולא רצה בתקנת חכמים שומעין לו אע"ג שטעה מה שלא רצה בתקנת חכמים כמו שכתבנו לעיל בדעת הנימוק"י והר"ן, ודעת הרי"ף והרמב"ם וסיעתם דפסקו כרב פפא ורב ששת הוא משום דס"ל דכי היכא שהטעות מבטל את המעשה בחצר דאורייתא וע"י הטעות נעשה כמו שלא חשב מחשבתו שאינו רוצה בחצרו כן הוא בד' אמות דרבנן ג"כ כיון דאמירתו מה שלא רצה לקנות בד' אמות הוא בטעות א"כ הוי כמו שלא חישב כלל ולא אמר כלל אי אפשי בתקנת חכמים א"כ נשאר כמו חצר דעלמא דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שכתבנו לעיל לענין חצר דאורייתא לשיטת הנימוק"י והר"ן כן ס"ל להרי"ף והרמב"ם וסיעתם אפילו בד' אמות דרבנן.

ד) **עוד** יש מקום לפרש דטעמא דרב פפא ורב ששת הוא דס"ל דנפילה לא הוי גילוי דעת דלא ניחא ליה לקנות בד' אמות כי מה שנפל יוכל היות כי לאחר שקנה בד' אמות רוצה להחזיק בה שלא יחטוף שום אדם ממנו ובשביל זה נפל עליה לכן ס"ל דקנה בד' אמות אבל אם יאמר בפירוש שאין רצונו לקנות בד' אמות רק בנפילה יוכל היות דמודים גם רב פפא ורב דלא קנה בד' אמות וכן הרי"ף והרמב"ם וסיעתם דפסקו כרב פפא ורב ששת ס"ל ג"כ כך ולפי זה אין מקום לקושיתנו הנ"ל רק לשיטת הנימוק"י והר"ן אבל לשיטת הרי"ף והרמב"ם וסיעתם דפסקו כרב פפא ורב ששת אין מקום לקושיתנו מהך דמלוה ופרוטה או מהך דשמין את הנייר כיון דס"ל דבאמת לא קנה אם אמר שדעתו לקנות בנפילה ולא בד' אמות כמו במלוה ופרוטה דלא קנה אם אמר בפירוש שדעתו אמלוה ולא אפרוטה, אך האחרונים לא פירשו כן את דבריהם רק פירשו דרב פפא ורב ששת ס"ל נמי דנפילה הוי גילוי דעת דלא ניחא ליה לקנות בד' אמות ואפילו הכי קני א"כ צריך לתירוצנו הנ"ל גם לשיטת הרי"ף והרמב"ם וסייעתם וכמו שכתבנו לעיל.

ה) **ויש** עוד שיטה שלישית בזה והיא דעת הרשב"א ומביאו מרן הב"י בסימן רס"ח דס"ל להלכה דאפילו בקניות דאורייתא ג"כ אמרינן היכא דגלי דעתיה כהאי דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני ג"כ לא קנה והדבר צריך ביאור אמאי לא יקנה בחצרו שהוא ד' אמות אי ס"ל דהוי דאורייתא והלא קי"ל דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ונהי שנתכוין בפירוש שלא לקנותו בחצרו והיכא שנתכוין בפירוש שלא לקנותו לא קנה בחצרו כמ"ש התוס' ב"ב דף נ"ד מ"מ כיון שבטעות היה מה שנתכוין בפירוש שלא לקנות כי טעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל וד' אמות הוא קנין שאינו מועיל וכיון שיש בכח הטעות לבטל ולעשות ממעשה ומחשבה כאלו אינם א"כ יש לנו לומר שנתבטלה כונתו מה שחשב בפירוש שלא לקנות בד' אמות, א"כ נשאר בלא שום כונה כלל לא לקנות ולא לקנות שא"כ יש לנו לומר שיקנה דקי"ל חצרו של אדם קינה לו שלא מדעתו כמו שכתבנו לעיל ואמאי ס"ל להרשב"א דלא קנה.

ו) **ואין** ס' הרשב"א מצוי אצלי לעיין בו אך ראיתי מה שהביא מר"ן הב"י בשמו בסימן רס"ח ואם לענין קנין ד' אמות לבד אמר הרשב"א דלא קני אם גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד' אמות אפילו אם ד' אמות הוא קנין דאורייתא כמו שיש רוצים לומר דקנין ד' אמות הוא מדאורייתא דבירושלמי ב"מ פרק א הל' ד' איתא דילפינן מקרא דדוד ואני בעניי הכינותי וכו' ע"ש לא היה תימה כ"כ די"ל דכיון דנפל וגלי דעתי' דלא ניחא ליה לקנות בד"א רק בנפילה מפרשינן ליה אנן לנפילתו שאינו רוצה גם הד' אמות בעצמו א"כ אף שהיה בטעות ואלמלא ידע שד' אמות הוא קנין המועיל והנפילה הוא קנין שאינו מועיל היה רוצה שהד' אמות יהא שלו מ"מ כיון שעכשיו אין רצונו לקנות את הד' אמות בעצמם ואין לו חצר במה לקנות את המציאה והטעות הלא אין בכחו לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב לכן לא קנה, דודאי לפי מה שפירשנו מתחלה שהד' אמות בעצמן רוצה בהן לקנותם שיהא כחצרו רק דכיון שנפל אמרינן דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה לקנות את המציאה ובד' אמות אינו רוצה לקנות את המציאה אבל את הד' אמות בעצמן רוצה בהן לקנות בהן חפצים ומציאות אחרות אז שייך לומר כמו שכתבנו לעיל דכיון דמה שאינו רוצה לקנות את המציאה בד' אמות בטעות הוא יען כי טעה וסבר שהנפילה הוא קנין המועיל והד' אמות הוא קנין שאינו מועיל והטעות מבטל את מחשבתו שלא רצה לקנות בהד' אמת לכן קנה בהד' אמות דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו דהקנין ד' אמות בא לו תיכף כאשר נכנס בהד' אמות ולא תליא בהמציאה כדאיתא בגיטין ד' ע"ח דפריך הגמ' וליחזי הי מינייהו קדים ע"ש, אבל אם נפרש נפילתו דמשו"ה נפל משום שאינו רוצה שהד' אמות בעצמן יהיו

שלו א"כ נהי דבטעות היה מ"מ כיון דעכ"פ אין רצונו לקנות בהד' אמות עצמן לכן אינו קונה אפילו אם נימא שהקנין ד' אמות הוא מדאורייתא כי אין בכח הטעות לעשות מבלי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב א"כ אין לו חצר כלל לקנות בו ואיך יקנה בלא חצר לכן לא קנה להרשב"א.

ז) **אך** כל זה הוא מיושב אם נימא דהרשב"א לא קאמר אלא בקנין ד' אמות אם אפילו יהא מדאורייתא או בשאר קנינים דעלמא כגון בקנין כסף וחזקה וכיוצא בהם שהם קנינים דאורייתא ג"כ ניחא דלא קני היכא דגלי דעתיה שאין רצונו לקנות בקנין המועיל רק בקנין שאינו מועיל וכמו שכתבנו לעיל לענין מלוה ופרוטה דלא קני לכולי עלמא אם דעתו אמלוה אע"ג דקידושי כסף ודאי הוה מדאורייתא.

אבל אם נימא דדעת הרשב"א הוא דאפילו בחצר ממש שהיה קנוי לו מכבר מדאורייתא ג"כ לא קני אם גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בחצרו לא ניחא ליה דליקני בודאי יש תימה אמאי לא יקנה כיון דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ונהי שחשב בפירוש שאין רצונו לקנות בחצרו והיכא שחשב בפירוש שאין רצונו לקנות בחצרו לא קני כמו"ש התוס' ב"ב נ"ד מ"מ כיון דבטעות היה והטעות יש בכחו לבטל מעשה א"כ יש לט לומר דהוי כמו שלא חשב בפירוש שאינו רוצה לקנות וקי"ל דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו יש לנו לומר שיקנה, כיון שיש לו חצר ממש מכבר ולא שייך לומר דגלי דעתיה דלא ניחא ליה שיהא החצר שלו כיון דעכ"פ יש לו חצר א"כ תימה אמאי לא יקנה אפילו כשנפל וגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות החפץ בחצרו כיון דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

ח) **ובלא** דברינו הנ"ל פ"ד אות י"ב וי"ג היה מקום לתרץ דבריו דאע"ג דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אין הטעם משום דלא בעינן שום כונה ודעת לקנין רק בעינן שהחפץ יבא לחצרו רק הטעם הוא משום דאמרינן דמסתמא ניחא ליה כמו בזכיה במקום דזכות הוא לו דאמרינן בסתמא ניחא ליה ומה שכתבו התוס' בב"ב הנ"ל דף נ"ד דהיכא דידע שיש חפץ בחצרו ולא נתכוין לקנות לא קנה אין פירושו משום דלא ניחא ליה לקנות בחצרו לכן לא קנה רק הטעם הוא משום דליכא למימר דמסתמא ניחא ליה וכמו שכתבנו לעיל א"כ כיון דנפל וגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות בחצרו לכן לא קני אע"ג דמה דגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות בחצרו הוא בטעות שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל וחצר הוא קנין שאינו מועיל והטעות מבטל מחשבתו מ"מ כיון דכאן ליכא למימר דמסתמא ניחא ליה כיון שאין בכח הטעות לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב לכן לא קנה ומיושבים בזה דברי הרשב"א הנ"ל. אך לפי

מה שכתבנו לעיל ליכא למימר הכי כיון דבשליחות בעינן דעת בפירוש שיעשהו לשליח כדאמרינן מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם א"כ אין מועיל מה דמסתמא ניחא ליה כיון שלא היה בחצרו דעת בפירוש שעשהו שליח ולא מהני בחצר מטעם שליחות רק משום דאמרינן שכל אדם עושה את חצרו לשליח בשעה שקנהו או בשעה שירשו והוי כמו שליח דעלמא דלא בעינן תו דעת המשלח כלל ואפילו אם המשלח ישן וכן נמי בחצרו, ובנידון זה הוי כמו העושה שליח וביטל אותו אח"כ ע"י טעות בודאי אמרינן דהביטול בטל והשליחות קיים א"כ כאן נמי כיון שהחצר הוא שלוחו של המשלח רק שנפל על המציאה מחמת טעות שטעה וסבר דהחצר הוא קנין שאינו מועיל והנפילה הוא קנין המועיל לכן נפל א"כ יש לנו לומר דהביטול הזה שביטל את חצרו משליחותו הביטול הזה הוא בטל והשליחות קיים ע"י חצרו שקונה לו לאדם שלא מדעתו כלל והדרא קושיא לדוכתיה אמאי פסק הרשב"א דלא קני כהאי גונא אם נימא דהרשב"א אפילו בחצר דאורייתא נמי סבירא ליה דלא קני.

ט) עיין הגהות אשר"י בפרק איזהו נשך על הסוגיא דהתם דף ס"ו ס"ז לענין מחילה בטעות אי הוה מחילה או לא שכתב וז"ל לכך נראה לי דודאי גם רב נחמן סבר דמחילה בטעות הויא מחילה אע"ג דקנין בטעות חוזר בדין שיכול לחזור בו כיון שהממון עדיין הוא בידו יש כח בידו לחזור כיון שבטעות הקנהו, והקדש נמי לא חייל בטעות כיון דבעינן שיגמור בלבו ואין זה גמר כיון דטעה וכן ההיא דחזקת הבתים דהדר גודא בארעא דלאו דיליה דלא הוי מחילה לא דמיין כלל דהא לא מחל ולא מידי ולא הפקיר מידי אלא דסבור שאינו שלו ונמצא שלו אבל אדם שיש לו ממין ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו אע"פ שהוא בטעות זכה חבירו מידי דהוה אהפקירא בעלמא דחשוב הפקר א"כ שכנגדו קנה עכ"ל עיין בדין קנין בטעות בחו"מ סימן ר"ז סעיף י'.

י) היוצא מזה דמחילה בטעות הויא מחילה היכא שהוציא המעות מידו ונתן לחבירו ע"י טעות שטעה בדין כגון במוכר דבר שלא בא לעולם ותפס הלוקח בפני המוכר ונתרצה המוכר בתפיסת הלוקח ע"י טעות שטעה בדין וסבור שיוכל למכור דבר שלא בא לעולם הויא מחילה משום דהוי כאלו הפקיר ממונו לכשנגדו, א"כ בנידון דידן שבא דבר הפקר בחצרו של אדם ואין רצונו לקנות מחמת טעות שטעה וסבר דהחצר הוא קנין שאינו מועיל יוכל להיות ג"כ דלא קנה אע"ג דכאן לא נתן לשום אדם ושם בנידון הג"א נתן לכשנגדו, מ"מ כיון דכאן עדיין לא היה שלו מעולם ושם היה מתחלה של הנותן יוכל להיות דכ"ש הוא ומה התם יוכל הקנין בטעות להפקיע זכותו של אדם מכ"ש שיש בכח הטעות לעשותו שלא יזכה, ואע"פ דאכתי לא דמיין להדדי ויש לחלק ביניהם וגם הרבה

ראשונים לא ס"ל כהא דהג"א מ"מ כיון דעכ"פ חזינן שאין זה דבר ברור לכולי עלמא בכל מקום לומר שיש כח בטעות לבטל מעשה ולעשותו כמי שאינו שהרי מצינו כאן דאע"פ שהוא מחילה בטעות אפילו הכי קיים א"כ יש לומר דס"ל להרשב"א ג"כ לענין הטעות הזה שלא רצה לקנות בחצרו ג"כ אין בכח הטעות לבטל מחשבתו ולעשותו כאלו אינו א"כ נשארה מחשבתו קיימת מה שלא רצה לקנות בחצרו לכן ס"ל להרשב"א דלא קנה ומיושבים א"כ דברי הרשב"א בדוחק עכ"פ, עיין לקמן בדברינו לענין קנין בטעות.

פרק יג

א) הקשה לי ה' אמ"מ לפי דברי הנימוק"י והר"ן בב"מ דלענין תקנת ד' אמות יכולים לומר אי אפשי בתקנת חכמים כיון שתיקנו ד' אמות לטובתו א"כ מסתמא לענין גט ג"כ הדין כן שיכולה אשה לומר אי אפשי בתקנת ד' אמות שתיקנו רבנן לטובתה משום עיגונא א"כ אפילו אם תתרצה להתגרש בד' אמות ג"כ יש לט לומר שלא תתגרש ולא תועיל תקנת ד' אמות לעולם, דהנה בגיטין ד' כ"א איתא אמר רבא כתב לה גט ונתנו בחצרו וכתב לה שטר מתנה עליו קנתהו ומתגרשת בו והקשה אביי על זה מכדי חצר מהיכא איתרביא מידה מה ידה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ והא מתנה מדעתה איתא בעל כרחה ליתא (דאי אמרה אי אפשי לקבל מתנה ממנו לא קניא ליה להאי חצר ולא מיגרשה ביה דהא אמרה לא ניחא לי למיקני, רש"י) אלמא דס"ל לאביי שאין האשה מתגרשת ע"י חצרה רק אם יכולה להתגרש בו אפילו בע"כ אבל אם אינה יכולה להתגרש בו בע"כ אז אינה מתגרשת אפילו מדעתה א"כ בד' אמות נמי כיון שיכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים ולא תתגרש בו בע"כ א"כ גם מדעתה לא תתגרש בו כן הקשה לי הנ"ל.

ב) עוד שמעתי כי הגאון רעק"א בחידושיו לב"מ הקשה על הגמ' הנ"ל דב"מ דאיתא התם ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זכה בה ומקשה הגמ' ויקנה בד' אמות ותירץ הגמ' כיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני, והקשה על זה הגאון רעק"א א"כ אמאי צריך שיבא אחר ויחזיק בה אפילו לא החזיק בה נמי יקנה השני כיון שעומד השני בתוך הד' אמות של החפץ והוא לא גלי דעתיה שאין רצונו לקנות בהד' אמות א"כ אמאי צריך שהשני יחזיק בה יקנה בהד' אמות שלו וחידושי רעק"א אינו מצוי כעת אצלי לעיין בו מה שתירץ בזה.

ג) ונראה לתרץ קושיתם דהנה יש להבין בזה שאמרו חכמים ד' אמות של אדם קונות לו לענין גט תו מציאה מה פירושו ואיך תיקנו חז"ל מי נימא דלאלתר כיון שנכנס אדם בהד' אמות יש לו תיכף ד' אמות סביבותיו וממילא אם נפל לתוכו מציאה או גט קנה

את המציאה והאשה קנתה את הגט ומתגרשת ע"י החצר שמונח בו הגט שהוא הד' אמות שתיקנו חז"ל תיכף בכניסתם להד' אמות או אולי לא תיקנו חז"ל שיקנה תיכף בכניסתו את הד' אמות רק בשעה שנפלו המציאה או הגט אז תיקנו חז"ל שיקנו אבל קודם שבאה המציאה או שבא הגט לא קנו כלל, ונפקא מינה בזה אם קדם ראובן ונכנס לסימטא ואח"כ בא שמעון בתוך ד' אמותיו של ראובן ואח"כ נפלה איזה מציאה לתוך ד' אמותיהם אם נימא דהקנין ד' אמות בא תיכף בכניסתו לסימטא א"כ כיון דראובן קדם ובא לסימטא זכה ראובן בד' אמותיו ויזכה בהמציאה שנפלה אח"כ ושמעון לא זכה בה שהרי הד' אמות הוא של ראובן ובמה יזכה שמעון ואם נימא דהקנין ד' אמות לא בא תיכף בכניסתו לסימטא רק כאשר באה המציאה אז תיקנו חז"ל תקנת ד' אמות א"כ כיון דשמעון קדם ובא לסימטא קודם שבאה המציאה לתוכה לכן קנו שניהם בשוה את המציאה ראובן ושמעון דנהי שראובן קדם ובא לסימטא קודם שבא שמעון מ"מ כיון דבשעת כניסתו לסימטא עדיין לא זכה ראובן כלל בהד' אמות ואח"כ כשבא שמעון עדיין לא היתה המציאה בתוך ד' אמותיהם לכן אח"כ כשנפלה המציאה קנו שניהם בשוה.

ד) ויש להביא ראיה לזה מהא דאמרינן בגיטין ד' ע"ח היכי דמי מחצה על מחצה אמר רב שמואל בר רב יצחק כגון שהיו שניהם עומדים בד' אמות ופריך הגמ' וליחזי הי מינייהו קדים וכי תימא דאתו תרווייהו בהדי הדדי והא אי אפשר לצמצם עכ"ל הגמ' אלמא דהקנין ד' אמות בא תיכף שנכנס לסימטא ולא בעת שבא הגט וכן פירש"י שם וליחזי הי מינייהו קדים לבא במעמדו אם קדם הוא לבוא זכה בכל הד' אמות ואם קדמה היא לבוא זכתה בכל ד' אמות הסמוכות לה ושוב לא נכנס זכותו עכ"ל רש"י וכן הוא בשו"ע אה"ע סימן קל"ט סע' י"ד ובכל הפוסקים דתליא בכניסתם לסימטא או בצדי ר"ה אז בא קנין הד' אמות נמצא בנידון הנ"ל שראובן בא לסימטא ואח"כ בא שמעון ואח"כ נפלה המציאה זכה ראובן בכולה ושמעון לא זכה כלל.

ה) והנימוק"י והר"ן שכתבו לענין ד' אמות שיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים לענין נידון שהבאנו לעיל בגמ' דב"מ ד' יו"ד כיון שנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני ויש לחקור בזה מאי פירושא אם פירוש הגמ' הוא דבנפילה ניחא ליה לקנות את המציאה הזאת, בד' אמות לא ניחא ליה לקנות אבל הד' אמות בעצמן רוצה בהן ואם נפלה תיכף מציאה אחרת יקנה שפיר בהד' אמות האלה כיון שבד' אמות בעצמן רוצה בהם רק שאינו חפץ בהמציאה הזאת שנפל עליה וגלי דעתיה בהמציאה הזאת דלא ניחא ליה לקנות בהד' אמות לכן לא קנה אבל המציאה השניה דלא גלי אדעתיה דלא ניחא ליה בודאי קנה בהד' אמות, ואולי יש לפרש מאי

דאמרינן בנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני פירושו הוא שבד' אמות בעצמו אינו רוצה לקנות ואפילו אם תפול מציאה אחרת ג"כ לא קנה בהד' אמות כיון דגלי אדעתיה דלא ניחא ליה בהד' אמות,

ו) **ונראה** פשוט דפירושה של הגמ' בנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני היינו כפירוש הראשון דבנפילה ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת בד' אמות לא ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת אבל בהד' אמות בעצמן ניחא ליה וקונה בהן מציאות אחרות, חדא דכיון דסגי לן לתרץ נפילתו אף אם נימא דניחא ליה בהד' אמות לקנות בהן מציאות אחרות רק את המציאה הזאת אינו רוצה לקנות בהד' אמות ג"כ מתורץ נפילתו, א"כ מנין לנו להוסיף ולומר שאינו רוצה בהד' אמות כלל אף לקנות בהן מציאות אחרות, שהרי אלו לא נפל כלל בודאי היה קנה בהד' אמות אלא כיון דנפל שואלין אנו למה נפל לכן כדי לתרץ את נפילתו הזאת אמרינן דגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות בהד' אמות, וכיון שמתורץ אצלנו נפילתו אף אם נימא רק שזאת המציאה אינו חפץ לקנות בהד' אמות א"כ למה לנו לומר שיהא גילוי דעת שאינו רוצה את הד' אמות בעצמן לקנות בהן גם מציאות אחרות.

ז) **ועוד** לפי מה שכתבנו לעיל, דטעמו של הנימוק"י והר"ן הוא שאם קנין ד' אמות היה דאורייתא היה קונה אפילו אי גלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות בהד' אמות רק בנפילה, הוא משום כיון דנפילתו בטעות היה שטעה וסבר דנפילה הוא קנין המועיל וקנין ד' אמות הוא קנין שאינו מועיל וכיון שיש בכח הטעות לבטל מחשבתו שאינו רוצה לקנות בחצרו לכן קונה הוא בד' אמות אפילו בלא כונה לקנין כמו בחצר דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו כן כתבנו לעיל באריכות, א"כ לא שייך לומר כן אלא אם נאמר דלא הוי גילוי דעת רק לענין המציאה הזאת אבל הד' אמות בעצמן רוצה הוא וחצרו הוא, לכן אם קנין ד' אמות היה מדאורייתא שפיר היה קונה משום דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אבל אם נימא דהוי גילוי דעת שאינו רוצה בהד' אמות בעצמן א"כ לא שייך לומר בזה דכיון שהטעות עושה את מחשבתו שאינו רוצה בחצר כאלו אינו א"כ קונה ע"י חצרו שהוא הד' אמות דאורייתא משום דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו בודאי לא שייך לומר כן כיון שאין לו חצר כלל במה יקנה כיון שאינו רוצה בהד' אמות ואין לו חצר אין לו במה לקנות ונהי דמה שלא רצה בהד' אמות בעצמן בטעות הוא מ"מ כיון שהטעות אין בכחו לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב א"כ אין לו במה לקנות אפילו אם קנין ד"א היה מדאורייתא כיון שאין לו ד' אמות כלל וכמו שכתבנו לעיל פרק י"א אות ו' לדעת הרשב"א.

ח) **ועוד** מטעם אחר נראה דפירוש הגמ' בנפילה ניחא ליה דליקני היינו שאינו רוצה את המציאה לקנות בד' אמות, אבל הד' אמות בעצמן רוצה בהן לקנות מציאות אחרות, דכיון שהוכחנו לעיל מגמ' דגיטין דף ע"ח כי תיכף שנכנס אדם לסימטא תיכף יש לו הד' אמות אף קודם שנפלה המציאה אצלו, והגילוי דעת של הנפילה אין אנו רואים תיכף בכניסתו לסימטא שאינו רוצה בהד' אמות רק אח"כ כשנפל על המציאה, א"כ אם נימא דהגילוי דעת הוא שאינו רוצה גם בהד' אמות עצמן, א"כ ממה נפשך לא אתיא שפיר דאי נימא דמתחלה בשעת שנכנס לסימטא נתרצה בהד' אמות לקנותן רק שאח"כ בשעה שנפל על המציאה חזר בו ואמר אי אפשי בתקנת חכמים שתיקנו לי הד' אמות בודאי לאחר שקנה הד' אמות לא יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים כדאיתא בגמ' ב"ב דף ח"ס ובכתובות דף פ"ג ובשו"ע אה"ע סימן צ"ב דדוקא בכותב לה ועודה ארוסה יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים מפני שעדיין לא זכה בנכסיה אבל בכותב לה והיא נשואה אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים מפני שכבר זכו בנכסים א"כ כאן נמי כיון שכבר זכה בהד' אמות אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים ואם נימא דהנפילה שנפל עכשיו זהו גילוי מילתא שגם מעיקרא לא רצה לקנות הד' אמות בשעה שנכנס לסימטא, גם זה הוא דבר שאי אפשר לומר כן לא מיבעיא למ"ד דלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע בודאי לא שייך כאן לומר איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא ניחא ליה בקנין ד' אמות מעיקרא נמי לא ניחא ליה כיון דס"ל דלא אמרינן בכל מקום איגלאי מילתא למפרע אלא אפילו למ"ד דס"ל אמרינן איגלאי מילתא למפרע בשאר מקום אבל בכאן לא שייך לומר מדהשתא לא ניחא ליה מעיקרא נמי לא ניחא ליה כגון ביאוש דאמרינן בב"מ דף כ"א כ"ב לרבא בדבר שאין בו סימן מדהשתא מיאש מעיקרא נמי מיאש היינו דוקא בדבר שאין בו סימן דמעיקרא עומד לכך להתיאש אבל בדבר שיש בו סימן לא אמרינן מדהשתא מיאש מעיקרא נמי הוי יאוש כדאיתא בגמ' שם כיון דמתחלה לא היה עומד לכך להתיאש א"כ כאן נמי כיון דסתם בני אדם רוצים בהד' אמות שתקנו להם חכמים שיהא להם כחצר, א"כ אף אם אנו רואים עכשיו שאינו רוצה בהד' אמות אין סברא לומר איגלאי מילתא למפרע מדהשתא לא ניחא ליה מעיקרא נמי לא ניחא ליה כיון דמעיקרא לא היה עומד לכך למאן ושלא להתרצות בתקנת חכמים שתיקנו לו ד' אמות, אלא יש לנו לומר דאע"ג דעכשיו אינו רוצה בהד' אמות דוקא עכשיו אינו רוצה אבל מעיקרא רצה נמצא דהד' אמות הם שלו.

ט) **ועוד** דלא מצינו איגלאי מילתא למפרע רק על המעשה שאנו רואים עכשיו אנו אומרים דלמפרע נמי הכי הוי המעשה הזה כמו בכל הני דב"מ דף כ"א וכ"ב וביבמות

דף ל"ה לענין חליצת מעוברת וכיוצא בהם דהענין הזה שאנו רואין עכשיו חשבינן ליה דלמפרע הוא כן, וכיון דכאן לענין הד' אמות דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני בעת שנפל על המציאה ליכא למימר דגלי דעתיה שאינו רוצה עכשיו בהד' אמות כמו שכתבנו לעיל דהקנין ד' אמות בא תיכף שנכנס לסימטא וכיון שזכה בהד' אמות שוב אינו יכול לומר אח"כ אי אפשי בתקנת חכמים וכמו בכותב לה לאחר שנשאת וא"כ המיאון שלו מה שאינו רוצה עכשיו הוא דוקא על המציאה לבדה ולא על הד' אמות ואם נימא איגלאי מילתא למפרע שייך לומר דמה שאנו רואין עכשיו שאינו רוצה את המציאה תגלי מילתא למפרע מדהשתא לא ניחא ליה במציאה אבל שנאמר מדהשתא לא ניחא ליה במציאה מעיקרא נמי לא ניחא ליה בהד' אמות איגלאי מילתא למפרע כהאי לא מצינו בשום מקום לומר כיון שעושה עכשיו כך איגלאי מילתא דלמפרע עושה מעשים אחרים נוסף על המעשה הזה שאנו רואים עכשיו, וכיון שכן בודאי פירושו הוא בנפילה ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת בד' אמות לא ניחא ליה לקנות את המציאה הזאת, אבל הד' אמות הויין שלו לקנות בהן מציאות אחרות [עיין בתשובת הגרע"א בתשובות החדשות סימן צ"ו שלא כתב כן ודבריו תמוהים ע"ש].

י) **ובזה** מתורצים הקושיות הנ"ל קושית הגאון רעק"א הנ"ל שהקשה למה לן שהשני יחזיק בה אפילו לא החזיק בה ג"כ קנה השני בהד' אמות, מתורץ בזה דכיון שהנפילה לא מחשבינן גילוי דעת רק שאינו רוצה לקנות בהד' אמות את המציאה הזאת אבל בהד' אמות בעצמן רוצה בהן לקנות מציאות אחרות א"כ כבר זכה הראשון בהד' אמות ושוב לא יכול השני לזכות בהד' אמות האלה שכבר קדם הראשון וזכה בהן.

יא) **וקושיא** הנ"ל שהקשה לי ה' אמ"מ הנ"ל כיון שיכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים ואם תרצה שלא להתגרש בהד' אמות לא תתגרש א"כ אף אם אמרה שרצונה להתגרש ג"כ יש לנו לומר שלא תתגרש דהאי חצר ליתא בע"כ כנ"ל ובדברינו מתורצת זאת הקושיא דודאי אם קודם שנכנסה להד"א אמרה אי אפשי בתקנת חכמים שתקנו לי ד' אמות בודאי היתה יכולה לומר כן כיון שעדיין לא זכתה בהד' אמות אבל אחר שזכתה בהד' אמות בודאי אינה יכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים כיון שכבר קנתה הד' אמות הוי כמו בכותב לה והיא נשואה דאינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים מפני שכבר זכה בהנכסים, וכיון דלאחר שזכתה בהד' אמות אינה יכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים לכן מתגרשת שפיר ע"י ד' אמות דהוי כחצרה ממש דאיתיה בין מדעתה ובין בע"כ, ונהי דקודם שזכתה היתה יכולה לומר אי אפשי בתקנת חכמים מ"מ לא מיגרע בזה דהרי בכל חצר קודם שקנתה את החצר אם רצתה היתה אומרת אין רצוני

לקנות את החצר ואין אדם קונה בע"כ ואפילו הכי אמרינן שמתגרשת בחצרה משום דכיון דעכשיו לאחר שקנתה את חצרה אין בכחה לומר שאין רצונה להתגרש בו ומקרי עכשיו החצר דאיתיה בין מדעתיה בין בע"כ א"כ בד' אמות נמי דנהי דקודם שקנתה הד' אמות היינו קודם שנכנסה בסימטא היה בידה לומר אין רצוני בהד' אמות מ"מ כיון דעכשיו לאחר שקנתה הד' אמות אין בכחה לומר אי אפשי בהן לכן מתגרשת דמקרי איתיה בין מדעתיה בין בע"כ.

יב) וגם מזה יש הוכחה למה שכתבנו לעיל דמה שאמרו בנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני, פירושו הוא דבנפילה ניחא ליה לקנות את המציאה הזאת ובד' אמות לא ניחא ליה לקנות את המציאה הזאת אבל הד' אמות בעצמן שלו הם לקנות בהן מציאות אחרות דכיון שהוכחנו דלאחר שזכה בהד' אמות שוב אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים גם לדברי הר"ן והנימוק"י משום דהוי כמו בכותב לה לאחר שנשאה ומשום דבעינן חצרה דאיתא בין מדעתה בין בע"כ לאביי בגיטין כ"א כנ"ל א"כ יש תימה איזה חילוק יש בין אם קנין ד' אמות היה מדאורייתא דלא שייך לומר אי אפשי בתקנת חכמים ובין אם קנין ד' אמות הוא מדרבנן שכתבו הר"ן והנימוק"י הטעם משום דכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו, והלא קודם שזכה בד' אמות היינו קודם שנכנס בהד' אמות אם אין רצונו לקנות בהן בודאי יכול לומר שאין רצונו לקנות בהד' אמות שיהיו כחצרו שהרי אפילו בחצר ממש שהוא בודאי דאורייתא אם אחד רוצה ליתן חצר לחבירו במתנה בודאי יוכל לומר שאין רצונו לקנותו שאין אדם קונה בע"כ, א"כ בהד' אמות נמי קודם שזכה בהן היינו קודם שנכנס בהד' אמות בודאי יוכל לומר שאין רצונו לזכות בהן אפילו אי נימא דד' אמות הוא קנין מדאורייתא, ולאחר שכבר זכה בהד' אמות אמרינן שאין יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים משום דהוי ככותב לה לאחר שנשאת וכנ"ל.

יג) א"כ תימה אמאי כתבו הר"ן והנימוק"י דהא דאמרינן גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני הוא משום דקנין ד' אמות הוא קנין דרבנן וכל האומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו, והלא ממה נפשך אם מתחלה אינו רוצה בהד' אמות קודם שנכנס בהן יכול לומר אין רצוני לקנותם אפילו אם יהא קנין ד' אמות דאורייתא ואם לאחר שזכה בהד' אמות אין יכול לומר אי אפשי בהן אפילו אם קנין ד' אמות הוא מדרבנן, אלא ודאי מוכרחין אט לומר כמו שכתבנו לעיל דפירושו הוא בנפילה ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת אבל בד' אמות לא ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת, אבל הד' אמות בעצמן שלו הן לקנות בהן מציאות אחרות

ולענין המציאה צריך לומר כמו שכתבנו לעיל דאם קנין ד' אמות היה קנין מדאורייתא היה קונה את המציאה בד' אמות אע"ג דגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות בהד' אמות מ"מ קונה אותה משום דבטעות היה מה שלא רצה לקנות בהד' אמות והטעות יש בכחו לבטל מעשה ומחשבה וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, אבל כיון דקנין ד' אמות הוא מדרבנן, והאומר אי אפשי בתקנת חכמים שומעין לו לכן אע"ג דאמירתו אי אפשי בתקנת חכמים בטעות היה מ"מ כיון דעכ"פ אין רצונו בתקנת חכמים לכן נתבטלה אצלו תקנת חכמים ולא קנה את המציאה וכמו שכתבנו לעיל בזה.

פרק יד

א) והנה הב"ש באה"ע סימן קל"ט ס"ק כ"ג כתב דהיכא שבא איש אחר בתחלה ואח"כ באתה האשה אין לה ד' אמות ואינה מתגרשת ע"י הד' אמות שלה אע"ג שהאיש הזה אין לו שום שייכות להגט אשר זרק לה בעלה מ"מ כיון דהוא קדים ובא בתוך הד' אמות שוב אין האשה מתגרשת בד' אמות האלה, והגאון רעק"א (בתוספותיו למשניות בגיטין פ"ח מ"ב ובתשובותיו החדשות סימן צ"ו) הקשה על דבריו מהא דאיתא בגיטין דף ע"ח ד' אמות שלה זה קרוב לה ארבע אמות שלו זהו קרוב לו היכי דמי מחצה על מחצה וכו' כגון שבאו שניהם בבת אחת ופריך הגמ' והא אי אפשר לצמצם (שלא יקדים האחר, רש"י) ואם כדברי הב"ש יקשה אמאי לא אוקי הגמ' בפשיטות דבתחלה קדם איש אחר בד' אמות ובעודו שם באו האיש והאשה לשם זה אחר זה שהרי אי אפשר לצמצם ובעוד שהאיש עומד שם אין זכות להאיש והאשה בהד' אמות ואח"כ כשהלך האיש האחר משם זוכים האיש והאשה ביחד בהד' אמות ואמאי הקשה הגמ' והא אי אפשר לצמצם, אלא ע"כ צריך לומר דאף בהאי גונא יש זכיה להאיש והאשה בהד' אמות אפילו בשעה שהאחר עומד דכיון דלענין זכיית הגט אין לו שייכות להאיש האחר לכן אינו מעכב את זכייתם של האיש והאשה בהד' אמות.

ב) דדוקא לענין מציאה אמרינן דמי שבא תחלה בהדי אמות זכה בו ומעכב את הבא אחריו לזכות בהד' אמות משום שהראשון יוכל לזכות בהד' אמות ובהמציאה כמו השני, אבל לענין מקח וממכר למאן דס"ל תקנת ד' אמות במקח וממכר אם קדם ראובן ובא בהד' אמות ואח"כ בא שמעון ומכר חפץ ללוי בהד' אמות או שמעון גירש את אשתו בהד' אמות כיון שאין לו לראובן שום שייכות אל המכירה והגירושין יכול לוי שפיר לזכות בהד' אמות ולקנות חפץ ויכולה האשה להתגרש ע"י זה ולדברי הב"ש מתורץ שפיר הקושיא הנ"ל למה לן שיבוא השני ויחזיק בה ולא קנה השני בהד' אמות כיון שהראשון גלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות בהד' אמות רק בנפילה וכמו שכתבנו לעיל

ולפי דברי הב"ש י"ל דמ"מ לא קנה השני אף דהראשון שוב אין לו שייכות במציאה מ"מ השני לא קנה בהד' אמות כיון דהראשון בא מתחלה לתוך הד' אמות האלו וצריך שיחזיק בו השני.

ג) **אך** לדברי הגאון רעק"א הנ"ל יש מקום לומר דעדיין תקשה הקושיא הנ"ל אמאי צריך לומר ובא אחר והחזיק בה אפילו לא החזיק בה נמי יקנה השני בד' אמות כיון דהראשון גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני המציאה הזאת בד' אמות לא ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת, אע"ג דהד' אמות עדיין של הראשון הם לקנות בהן מציאות אחרות מ"מ לענין לקנות את המציאה הזאת מקרי שאין לה שום שייכות להראשון ויקנה השני בהד' אמות של הראשון כמו שהשני יכול לקנות במקח וממכר וכמו שהאשה יכולה להתגרש בהד' אמות של הראשון ואין הראשון מעכב בידו משום שאין לו שייכות אליו א"כ כאן נמי יכול השני לקנות המציאה בהד' אמות של הראשון כיון דנפל וגלי דעתיה דלא ניחא ליה לקנות המציאה הזאת בהד' אמות א"כ אין לו שום שייכות להארבע אמות הנ"ל ויקנה השני שפיר.

ד) **ונראה** דאע"ג דהראשון גלה דעתיה דלא ניחא ליה לקנות המציאה הזאת בד' אמות אפילו הכי מקרי שיש לו שייכות בהד' אמות והשני לא זכה בהד' אמות לא מיבעיא בזה דהראשון לא גלה דעתיה שאינו רוצה לקנות את המציאה שהרי באמת ניחא ליה דליקני את המציאה הזאת בנפילה אלא אפילו אם הראשון יאמר בפירוש שאינו רוצה לקנות כלל את המציאה הזאת אפילו הכי מקרי שיש לו שייכות בהמציאה הזאת בהד' אמות והשני לא קנה את המציאה הזאת בהד' אמות משום שכבר זכה בה הראשון בהד' אמות שבדבר שיש להם שייכות הראשון מעכב את השני מלזכות בהד' אמות

ה) **והטעם** בזה כיון שבכל רגע ורגע יש לו רשות להראשון לחזור בו ולומר שרוצה לקנות את המציאה הזאת בד' אמות כיון שעדיין לא זכה שום אדם בהמציאה, ואם אדם אחר יזכה בו בהמציאה בודאי לא יוכל עוד הראשון לחזור בו ולומר שרוצה לזכות בו] לכן מקרי שהראשון יש לו שייכות בה ומעכב את השני מלזכות, ותדע שכן הוא כדאמרינן דאם לא כן יקשה אמאי אמרינן שאם הבעל קדם בהד' אמות ואח"כ באה האשה אינה מגורשת והלא כיון דהבעל מדעתו ורצונו נותן לה הגט ולא ניחא ליה עוד בהגט שיהא שלו א"כ יש לנו לומר שאין לו להבעל שייכות בהגט ותתגרש האשה בהד' אמות אלא ודאי כדאמרן דכיון שאם לא תזכה האשה בהגט ולא תתגרש בו יש לו רשות להבעל לחזור בו בכל רגע ורגע ואם תתגרש בו שוב לא יוכל לחזור בו] לכן מיקרי מידי דשייך בגוה, והבעל מעכב בידה וכן הראשון מעכב ביד שני כנ"ל.

פרק טו

א) ובעיקר מחלוקת הב"ש והגרעק"א כשאחד עומד בד' אמות ובא חבירו ועמד אצלו אם יוכל השני לזכות במידי שאין לו שייכות להראשון כגון במקח וממכר או בגירושין, והגרעק"א הקשה על הב"ש מגמ' דגיטין דפריך והא אי אפשר לצמצם אמאי לא אוקי כגון שמתחלה עמד אדם אחר ואח"כ באו האיש והאשה בזה אחר זה ואח"כ הלך האיש לכן שנים האחרונים זכו בבת אחת שהראשון עכב זכייתם אף שאין לו שייכות עמם וכמו שכתבנו לעיל, ונראה לתרץ דברי הב"ש דיש לומר דס"ל להב"ש אע"ג שכל זמן שהראשון עומד אין שום אדם אחר יכול לזכות בהד' אמות אע"ג שאין לו שום שייכות להשני עם הראשון, מ"מ אם הלך הראשון אין אומרים דשנים האחרונים זכו בהד' אמות בבת אחת אלא אמרינן קמא קמא זכה, לכן בנידון הב"ש דאירי שעדיין הראשון עומד שפיר יש לומר שאין השני זוכה אבל בנידון הגמ' דגיטין דמיירי שהראשון הלך דאם לא הלך ליכא קנין ד' אמות, וכיון שהראשון הלך לו אכתי נשארה הקושיא במקומה והא אי אפשר לצמצם דמיד כיון שהראשון הלך לו תיכף זכו האיש או האשה והקודם זכה ואינם זוכים בבת אחת.

ב) ומצינו כהאי גונא לענין קנינים ולענין שבועה דבשעה שנשבע או עשה את הקנין בשעת מעשה לא חלה השבועה או הקנין ואח"כ חלו ראשון ראשון כדאיתא בשבועות דף כ"ז שבועה שלא אוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה שבועה שלא אוכלנה ואכלה אינו חייב אלא אחת משום שאין שבועה חלה על שבועה והשבועה הראשונה מעכבת את השניה מלחול ומסיק הגמ' חיובא הוא דליכא הא שבועה איכא דאם נשאל על הראשונה עלתה לו שניה תחתיה ונאסר הככר משום שבועה שניה ומשמע דדוקא משום שבועה שניה אבל שבועה שלישית לא חלה עדיין עד שישאל על השניה וכן הוא בשו"ע יו"ד סימן רל"ח סעי' כ"א וסימן רל"ט סעיף י"ג השניה חלה וכן כתב הרמב"ם בסוף פ"ו מהל' שבועות וז"ל ונשאל על שבועה הראשונה והותרה הרי זה חייב משום שבועה שניה וכן אם נשאל על השניה חייב משום שלישית עכ"ל וכ"כ מרן בשו"ע יו"ד סימן רכ"ח סעיף מ"ו דדוקא השניה חלה לאחר התרת הראשונה ולא השלישית ואם נאמר כדברי הגרעק"א דכיון שהראשון מעכב את השנים האחרונים מלקנות א"כ תיכף כשהלך הראשון זכו השנים האחרונים בהד' אמות אע"ג שבאו בזה אחר זה א"כ כאן לענין שבועות ג"כ יש לנו לומר כן דכיון שהשבועה הראשונה עכבה את השבועות האחרונות מלחול א"כ כשהותרה השבועה הראשונה יש לנו לומר שהשבועות האחרונות יחולו תיכף בבת אחת ויחייב על שתי השבועות האחרונות משום איסור בבת אחת דבאיסור

בבת אחת קי"ל דאיסור חל על איסור כמו שפסק הרמב"ם פ"ז מאיסורי ביאה הל' ח' וז"ל כלל גדול הוא בכל איסורים שבתורה שאין איסור חל על איסור אלא אם כן היו שני איסורין באין כאחת וכו' וכ"כ פי"ד מהל' מאכלות אסורות הלכה י"ח אלמא דבאיסור בבת אחת קי"ל איסור חל על איסור א"כ נימא דשתי השבועות האחרונות יחולו בבת אחת תיכף לאחר שהתירו השבועה הראשונה ואמאי אמרינן דשבועה השניה חלה לאחר שהלכה הראשונה ע"י ההתרה והשלישית לא חלה עדיין.

ג) **ומדאמרינן** כן שמעינן מזה דאע"ג דאין שבועה חלה על שבועה וכל זמן שהשבועה הראשונה קיימת לא חלו שתי השבועות האחרונות מ"מ יש בהשבועות האחרונות ג"כ דין קדימה ואיחור והקודמת חלה לאחר שהתירו השבועה הראשונה והמאוחרת לא חלה רק לאחר שיתירו השבועה השניה ולא קודם א"כ לענין דין ד' אמות נמי אע"ג דאין קנין השני חל על הקנין של הראשון וכל זמן שהראשון עומד שם לא זכו שני האנשים האחרונים מ"מ גם בהאנשים האחרונים יש דין קדימה ואיחור והקודם זכה לאחר שהלך הראשון והמאוחר ממנו לא זכה בבת אחת עם השני רק יזכה לאחר שילך גם השני אז יזכה השלישי א"כ ניחא קושית הגמ' שהקשה והא אי אפשר לצמצם דאף אם נימא דמיירי באופן זה דמתחלה עמד איש אחר בהד' אמות ואח"כ באו לשם האיש ואשתו ואח"כ הלך הראשון מ"מ גם בזה יש לנו לומר שהקודם מהשנים האחרונים זכה ואי אפשר לצמצם מי בא תחלה האיש או האשה.

ד) **וכן** בשאר קנינים מצינו כהאי גונא כגון האומר נכסי לראובן ואחריו לשמעון ואחריו ללוי דקי"ל בחו"מ סימן רמ"ח סעיף ג' שאם מת ראשון קנה שני ודוקא אם מת שני קנה שלישי אלמא דאע"ג דבשעה שהראשון חי עכב על השני ועל השלישי מלקנות מ"מ אם מת הראשון לא אמרינן דשנים האחרונים קנו בבת אחת אלא אמרינן דהשני קנה ולא השלישי, א"כ כאן נמי דאע"ג דבשעה שהראשון עומד בהד' אמות עכב על השנים האחרונים מלקנות הד' אמות מ"מ אם הלך הראשון לא אמרינן דשנים האחרונים זכו כאחד רק קמא קמא דקדים זכה כנ"ל א"כ מתורץ בזה קושית הגרעק"א על הב"ש וכיון שכן אין אנו יודעין לחדש האי מילתא שחידש הגרעק"א משום הקושיא הנ"ל דבמקום שאין שייכות להראשון קנה גם השני בתוך הד' אמות של הראשון לענין מקח וממכר ולענין גירושין דבודאי אין לנו לומר כן מסברא כיון דאיתא בגמ' דגיטין הנ"ל ובכל הפוסקים דכל הקודם לבוא זכה בהד' אמות בודאי יש לט לומר שאין שתי ידים זוכות כאחת והד' אמות לא יוכלו לזכות בפעם אחת בשביל שני בני אדם רק כשהלך הראשון אז זכו האחרונים וכל הקודם מהאחרונים האלה זכה בהן אבל כל זמן שהראשון עומד

לא יוכל איש אחר לזכות בהד' אמות אף שאין שום שייכות להראשון וכמו"ש הב"ש דלא כהגרעק"א הנ"ל.

ה) **אך** קושיא אחרת יש להקשות על הב"ש ועל הגרעק"א הנ"ל ומוכרח אני להעתיק בזה את דברי הרמב"ם והשו"ע אה"ע סימן קל"ט סעיף י"ג וז"ל הרמב"ם פ"ה מהל' גירושין זרקו לה גט ברשות הרבים או ברשות שאינה של שניהם קרוב לו אינה מגורשת היה הגט מחצה למחצה וממחצה עד שהיה קרוב לה הרי זו ספק מגורשת היה קרוב לה כדי שתשוח ותטלנו הרי זו פסול עד שיגיע גט לידה ואח"כ תנשא בו לכתחלה כיצד הוא קרוב לו וכו' בא הוא תחלה ועמד ואח"כ עמדה היא כנגדו וזרקו לה אם היה הגט בתוך ארבע אמות שלו אינה מגורשת אע"פ שאם תשוח תטלנו עמדה היא תחלה ובא הוא ועמד כנגדה וזרקו לה אף על פי שהוא מחצה למחצה הואיל והוא לתוך ארבע אמות שלה הרי זה גט פסול עד שיגיע גט לידה ואחר כך תנשא בו לכתחלה עד כאן לשון הרמב"ם שם וכן הוא בשו"ע אה"ע סימן קל"ט סי"ג וי"ד עיין בהרב המ' ובכ"מ מה שהאריכו בדברי הרמב"ם האלה.

ו) **והנה** הר"ן בגיטין על הגמ' הנ"ל דדף ע"ח כתב דשיעורא של כדי שתשוח ותטלנו הוא בציר מארבע אמות וכן כתב הכ"מ שם פרק ה' מה"ג בשמו והוכיחו, כן מהגמ' דעירובין דף מ"ח דגופו של אדם שלש אמות ואמה רביעית הוא לפישוט ידים ורגלים ע"ש וכיון שכן הקשה הב"ש אמאי פסק שאם היא עמדה תחלה ובא הוא ועמד כנגדה וזרק לה הגט לתוך ארבע אמותיה הרי זה גט פסול אמאי לא תהא ספק מגורשת כמו שכתב דדוקא אם הגט הוא בתוך השיעור של כדי שתשוח ותטלנו הוי גט פסול אבל אם הגט הוא רחוק יותר מכדי השיעור של תשות ותטלנו הויא ספק מגורשת ויותר מכדי שיעור של תשוח ותטלנו עדיין הוא בתוך ארבע אמות כיון דשיעורא דארבע אמות נפיש מתשוח ותטלנו וחילוק גדול יש בין ספק מגורשת לבין גט פסול דגט פסול אינו אלא משום חומרא בעלמא ואם נשאת לא תצא וכל מקום שכתב הרמב"ם הרי זו ספק גירושין לא תנשא ואם נשאת תצא והולד ספק ממזר כמו שכתב הרמב"ם פרק י' מהל' גירושין ועל זה תירץ הב"ש דאיירי כגון שאיש אחר בא מתחלה והיא באה אחר כך דאז אין לה ארבע אמות ופירוש דהא דכתבו הרמב"ם והשו"ע שאם הגט הוא רחוק מכדי שתשוח ותטלנו הויא ספק מגורשת איירי כגון שבא איש אחר מתחלה והיא באה אחר כך דאז אין לה ד' אמות לכן הויא ספק מגורשת ואם נשאת תצא והולד ספק ממזר אע"ג דהגט הוא בתוך ד' אמותיה מ"מ כיון דאיש אחר קדם ואין לה ד' אמות לכן היא ספק מגורשת משא"כ אם לא קדם איש אחר בתחלה אז יש לה ד' אמות והיא מגורשת בודאי

מדאורייתא רק דהגט פסול מדרבנן כדאמר ליה שמואל לר"י את לא תעביד עובדא עד דמטי גיטא לידה

ז) **א"כ** יש להקשות על הגרעק"א אם הוא חולק על הב"ש וס"ל דאפילו אם אדם אחר עמד מתחלה ואח"כ באה האשה מתגרשת ע"י הד' אמות משום שאין להם שייכות זה לזה לכן האדם הבא מתחלה אינו מעכב את האשה מלהתגרש ע"י הד' אמות א"כ מוטל על הגרעק"א לתרץ את קושית הב"ש הנ"ל כי הב"ש הכריח כן מכח הקושיא הנ"ל שהאדם הבא ראשון מעכב את האשה מלהתגרש ע"י ד' אמותיה דאל"כ תקשה אמאי הוי ספק מגורשת כשהגט הוא בתוך ד' אמותיה ורחוק מכדי שתשוח ותטלנו וכיון דהגרעק"א לא ס"ל לתירוץ הב"ש הנ"ל מוטל עליו לתרץ תירוץ אחר לקושית הב"ש ואמאי לא תירץ הגרעק"א כלום על קושית הב"ש הנ"ל.

ח) **ובאמת** גם הר"ן שם והכ"מ וב"י סימן קל"ט הקשו כקושית הב"ש רק כתבו דמשו"ה הויא ספק מגורשת כשהגט הוא רחוק מכדי שתשוח ותטלנו הוא משום דד' אמות לא קנה ברשות הרבים ע"ש שהניחו ג"כ בצ"ע דכיון דד' אמות לא קנה ברשות הרבים א"כ אמאי סיים הרמב"ם שאם היא באה תחלה מתגרשת ע"י הד' אמות כיון דאיירו נמי ברשות הרבים וקנין ד' אמות ליכא ברשות הרבים אך הב"ש שם ס"ק ב' כתב או דר"ה הוא לאו דוקא אלא סימטא כשיטת התוס' לחד תירוצא או דגיטין שאני שתיקנו ד' אמות אפילו ברשות הרבים ע"ש וסוף סוף קושיית הב"ש נשאר לדברי הגרעק"א:

ט) **וגם** על הב"ש יש לתמוה שתירץ דאיירי שאיש אחר קדם ובא לד' אמות א"כ ליכא קנין ד' אמות לכן הוי ספק מגורשת אם הגט רחוק ממנה יותר מכדי שתשוח ותטלנו א"כ יקשה אמאי הוי מגורשת בודאי אם הגט הוא בתוך השיעור של כדי שתשוח ותטלנו שכתבו הרמב"ם והשו"ע שאם הגט הוא בתוך השיעור של תשוח ותטלנו הגט פסול והיינו פסול מדרבנן ואם נשאת לא תצא כמו"ש הרמב"ם פ"י מה"ג כיון דאיירי שקדם איש אחר ובא לשם אית לנו לומר שהוא יעכב אותה מלהתגרש דהרי ס"ל להב"ש שהראשון מעכב את השני מלזכות בד' אמות אפילו אין להם שייכות זה לזה א"כ יש לנו לומר שלא תתגרש כלל אפילו אם הגט הוא בתוך השיעור של כדי שתשוח ותטלנו או יהא ספק גירושין כמו אם הגט הוא רחוק מכדי שתשוח ותטלנו כיון שאין לה קנין ד' אמות מפני שקדם איש אחר וזכה וכיון דחזינן דבתוך השיעור של כדי שתשוח ותטלנו מגורשת בודאי הרי אנו רואין דאע"ג שאדם אחר בא בתחלה ועמד שם מ"מ יכולה גם האשה להתגרש א"כ בד' אמות נמי נימא כן ותתגרש בודאי אפילו אם הגט רחוק ממנה

מכדי שתשוח ותטלנו אם הגט הוא בתוך ד' אמותיה אפילו אם קדם איש אחר ובא שם מתחלה ומה הרויח הב"ש בזה שכתב דאיירי שאיש אחד בא מתחלה.

י) **ולכאורה** יש לתרץ דברי הב"ש ע"פ מה שכתב הה"מ פ"ה מהל' גיר' הלכה י"ג וז"ל ואין דין קדימה מועלת ברשויות אלא בארבע אמות בלבד מפני שלא הזכירוה בגמ' אלא על ארבע אמות, ועוד שידוע שבעלמא אין אדם קונה יותר ואע"פ שבגיטין תלו הדבר בשמירה לענין קדימה לא נזכרה אלא ד' אמות עכ"ל הה"מ, וכיון שכן לכאורא יש לומר שגם הדין של תשוח ותטלנו אין שם דין קדימה לכן אפילו אם קדם איש אחר ובא מ"מ מגורשת בתוך השיעור של תשוח ותטלנו.

יא) **אך** אי אפשר לומר דכיון דהשיעור של תשוח ותטלנו הוא בתוך הד' אמות כמו שכתבנו בשם הר"ן והכ"מ וב"ש א"כ יש בהם דין קדימה וכל הקודם לבוא בתוך השיעור הזה של תשוח ותטלנו זכה כיון שהוא בתוך הד' אמות, ודוקא חוץ לד' אמות שם כתב הה"מ שאין שם דין קדימה כגון בההיא דר"י ס"ל קרוב לה אפילו מאה אמה מגורשת כיון שהיא יכולה לשומרה והוא אינו יכול לשמור בזה כתב הה"מ שאין שם דין קדימה ואפילו אם הוא בא תחלה מגורשת מדאורייתא אם היא לבדה יכולה לשמור וכן אם הוא לבד יכול לשמור אינה מגורשת כלל אפילו אם היא באה תחלה מפני שהדבר תליא בשמירה ולא בקדימה אבל בתוך ד' אמות ומכ"ש בתוך השיעור של תשוח ותטלנו שהוא ג"כ בתוך ד' אמות בודאי תליא בקדימה, לכך סיים הה"מ ועוד שבעלמא אין אדם קונה יותר וכו' היינו יותר מד' אמות לכן אע"פ דבגיטין קונה יותר מד' אמות משום שבגיטין תליא הדבר בשמירה אבל לענין קדימה לא נזכרה אלא ד' אמות ולא יותר מד' אמות אלמא דלא איירי הה"מ רק ביותר מד' אמות שם אין דין קדימה אבל בד' אמות ומכ"ש בתוך השיעור של תשוח ותטלנו בודאי יש שם דין קדימה ואם בא איש אחר תחלה יש לנו לומר שזכה האיש בהד' אמות והאשה לא תתגרש כלל כיון שבאה אח"כ אם נפל הגט בתוך השיעור של תשוח ותטלנו כיון שהוא בתוך הד' אמות כיון דס"ל להב"ש דאפילו אין להם שייכות זה לזה ג"כ הראשון מעכב את השני מלזכות.

יב) **ובפירוש** כתבו הרמב"ם שם פ"ה מהל' גיר' הלכה ט"ו ומרן בשו"ע סימן קל"ט ס"ע. שאם בא הוא תחלה ועמד ואח"כ עמדה היא כנגדו וזרקו לה אם היה הגט בתוך ארבע אמות שלו אינה מגורשת אע"פ שאם תשוח תטלנו עכ"ל אלמא דאפילו בתוך השיעור של תשוח ותטלנו ג"כ יש בהם דין קדימה ואם הבעל בא תחלה בתוך הד' אמות אינה מגורשת שהבעל שבא תחלה מעכב את האשה מלזכות בהד' אמות וכיון דלהב"ש אין חילוק בין אם יש לו שייכות או לא לעולם הראשון מעכב את השני מלזכות א"כ גם

בתוך השיעור של תשוח ותטלנו יעכב הראשון את האשה מלהתגרש ואמאי מגורשת בתוך השיעור של תשוח ותטלנו

יג) ולולי דמסתפינא הייתי אומר דהשיעור של כדי שתשוח ותטלנו שכתבו הרמב"ם והשו"ע דהוא פסול מדרבנן ואם הגט הוא רחוק יותר מהשיעור הזה של תשוח ותטלנו הויא מגורשת מספק איירו ביותר מד' אמות אבל אם הגט הוא בתוך ד' אמות והיא קדמה ובאה קודם שבא הבעל אינו אלא פסול מדרבנן אפילו הוא רחוק יותר מכדי השיעור של תשוח ותטלנו כיון שהגט הוא בתוך ד' אמות שלה אין אנו מקפידים על זה דתשוח ותטלנו, ובודאי נמצא השיעור הזה של תשוח ותטלנו בתוך ד' אמות וכן חוץ לד' אמות וכן רחוק משיעור הזה של תשוח ותטלנו נמצא ג"כ בתוך ד' אמות ובחוץ לד' אמות בתוך ד' אמות נמצא השיעור הזה של תשוח ותטלנו הוא פשוט שזרק לה הגט סמוך לה בתוך ד' אמות ותוכל לשוח ותטלנו, ובחוץ לד' אמות ג"כ נמצא שתשוח ותטלנו אע"ג דאמרינן בפ' מי שהוציאוהו (עירובין דף מ"ח) דגופו של אדם הוא שלש אמות מ"מ משכחת שהגט ארוך הרבה או שהוא קשור במשיחה והגט מונח חוץ לד' אמות וכשתשוח ליטלו ע"י המשיחה או ע"י גליונו הארוך הרבה אע"פ שהגט מונח בחוץ לד' אמות, וכן רחוק משיעור הזה של תשוח ותטלנו נמצא ג"כ בתוך ד' אמות כמו שכתב הר"ן כיון שגופו של אדם הוא שלש אמות א"כ אם הגט בקצה הד' אמות אי אפשר לה שתשוח ותטלנו ובחוץ לד' אמות הוא פשוט שאי אפשר לה לשוח וליטלו אם הגט מונח בחוץ לד' אמות ואין לו משיחה ארוכה או הגט אינו ארוך.

יד) וכן משמע מדברי הרא"ש שם בגיטין פרק הזורק סימן ו' שנמצא כדי שתשוח ותטלנו אפילו בחוץ לד' אמות, וכן נמצא רחוק מכדי שתשוח ותטלנו אפילו בתוך ד' אמות ע"ש וכן משמע בביאורי הגר"א בחו"מ סימן ק"ך שנמצא רחוק מכדי שתשוח ותטלנו בתוך ד' אמות וכן נמצא בתוך השיעור של תשוח ותטלנו והוא חוץ לד' אמות ע"ש.

טו) א"כ מתורץ בזה קושית הב"ש הנ"ל דהא דכתבו ברישא הרמב"ם והשו"ע סימן קל"ט דאם הגט הוא רחוק מכדי השיעור של תשוח ותטלנו הוא ספק מגורשת וכן מה שכתבו דאם הגט הוא בתוך השיעור של תשוח ותטלנו אינה אלא פסול מדרבנן איירו חוץ לד' אמות וכמו"ש הגר"א שם בחו"מ סימן ק"ך ועדיין לא איירו כלל מדין ד' אמות אלא ברחוק מד' אמות איירי לכן אם הגט הוא בתוך השיעור של תשוח ותטלנו אינו אלא פסול מדרבנן ואם הגט הוא רחוק מהשיעור של תשות ותטלנו הוי ספק מגורשת כיון שהוא חוץ לד' אמות, ואח"כ כתבו הדין של ד' אמות וכתבו שאם עמדה היא תחלה ובא הוא ועמד כנגדה שאין פסולו אלא מדרבנן אע"פ שהוא רחוק מהשיעור של תשוח

ותטלנו מ"מ כיון שהוא בתוך ד' אמות היא מגורשת מדאורייתא רק מחומרא דרבנן לא תנשא לכתחלה עד שיבוא הגט לידה.

טז) היוצא מזה דמדברי הרמב"ם והשו"ע אין הכרח לדינו של הב"ש שכתב שאם איש אחר קדם ובא לתוך ד' אמות זכה ומעכב את האחרים לזכות בהד' אמות אפילו אין לו להאיש הזה שום שייכות אל האנשים האחרים הבאים אח"כ מ"מ מעכב אותם, וכן מהגמ' דגיטין דף ע"ח דפריך וליחזי הי מינייהו קדים אין ראיה לדברי הגרעק"א שחולק על הב"ש כמו שכתבנו לעיל לכן נראה כיון שאין לנו ראיה לא כך ולא כך יש לנו לתפוס כפשטות דברי הגמ' דגיטין הנ"ל וכמו שכתבו בסתמא כל הפוסקים שכל הקודם זכה בהד' אמות ואין שום חילוק בין שיש לו שייכות להראשון עם השני או לא והוא כמו שכתב הב"ש ודלא כהגרעק"א.

יז) ועוד דלדברי הגרעק"א הקשינו לעיל אמאי אמרינן אם הבעל קדם ובא בהד' אמות ואח"כ באה האשה אינה מגורשת משום שהבעל קדם וזכה בהד' אמות, והלא כיון דהבעל מדעתו ומרצונו נותן לה הגט ולא ניחא ליה עוד שיהא הגט שלו א"כ יש לנו לומר דמקרי שאין לו להבעל שייכות הגט ותתגרש האשה בהד' אמות, ולעיל תירצנו בדוחק לדברי הגרעק"א דמשו"ה מקרי שיש לו שייכות להבעל בהד' אמית דכיון שאם לא תזכה האשה בהגט ולא תתגרש בו יכול הבעל לחזור בו בכל רגע ורגע ואם תתגרש בו שוב לא יוכל הבעל לחזור בו לכן מקרי מידי דשייך בגוה והבעל מעכב בידה כל זה הוכרחנו לתרץ לדברי הגרעק"א אבל לדברי הב"ש אין אנו צריכים לשום דוחק ומיושב שפיר כיון דס"ל דאפילו מידי שאין שום שייכות להראשון ג"כ הראשון מעכב את השני מלקנות לכן ניחא מה שהבעל מעכב את האשה מלזכות בהד' אמות כשהוא בא קודם אע"פ שאין לו שייכות לזה יען שרוצה לגרשה מ"מ כיון שאין שום חילוק בין שיש לו שייכות או לא לכן אינה מגורשת בהד' אמות אם הוא קדם ובא לשם.

פרק טז

א) והנה הגרעק"א בתשובות החדשות סימן צ"ו הקשה כיון שרצונו להקנות לה הגט בד' אמות אלו א"כ הוי כאומר לא ניחא לי דליקני לי הד' אמות ומה בכך דקדם הבעל לד"א ועכ"פ באומר כן במפורש תהא מגורשת ואינו במשמע שיהא הדין כן דסתמא אמרינן קרוב לו אינה מגורשת, ותירץ הגרעק"א דאפילו אם יאמר בפירוש שאין רצונו בהד' אמות, ואין הד' אמות קנוים לו, מ"מ בתוך הד' אמות של אדם אין קנין לאחר לצאת בזה מרשות המוכר, דהד' אמות הם שייכים לאדם ולא תקנו חז"ל שיצא החפץ מרשות המוכר מתוך ד' אמות שלו שיהיו הד' אמות קונים לאחר עכ"ד הגרעק"א.

ב) ולפי זה יש לתרץ בפשיטות הקושיא הנ"ל שהקשינו מפני מה הבעל מעכב את האשה מלהתגרש בהד' אמות כיון שרצונו לגרשה הרי אין לו שייכות בהד' אמות ובמידי שאין לו שייכות אין הראשון מעכב את השני מלזכות בהד' אמות, כן הקשינו, ובדברי הגרעק"א האלה מתורצת הקושיא הזאת דכיון דס"ל דאפילו אם גלי דעתיה הבעל דלא ניחא ליה בהד' אמות או אם אמר הבעל בפירוש דלא ניחא ליה בהדי אמות מ"מ לא יצא הגט מרשות הבעל דלענין זה שיצא החפץ מרשות המוכר או הבעל לא בעינן שיהא הרשות של המוכר או הבעל רק אם אפילו אין הרשות קנוי לו להמוכר או להבעל מ"מ לא יצא החפץ מרשות המוכר או הבעל ואין האשה יכולה להתגרש ע"י הד' אמות בזה א"כ ניחא מה שאין האשה מתגרשת בהד' אמות והבעל מעכב אותה אע"ג דאין לו להבעל שייכות בהד' אמות ובמקום שאין לו שייכות הראשון עם השני ס"ל להרעק"א דהראשון אינו מעכב את השני ויכול השני לקנות חפץ מראובן אע"ג שאיש אחר הקדימו כיון שאין לו שייכות להראשון עם השני מ"מ היינו דוקא אם הראשון שהקדימו הוא איש אחר ולא המוכר אבל אם הוא המוכר או הבעל אינו יכול למכור ע"י הד' אמות אפילו אם המוכר או הבעל לא קנו כלל את הד' אמות משום שלא יצא החפץ מרשות המוכר, לכן אם אפילו המוכר או הבעל אומרים בפירוש או גלו דעתייהו שאינם רוצים בהד' אמות ולא זכו בהן מ"מ לא יצא החפץ מרשות המוכר או הבעל ואינם יכולים למכור או לגרש ע"י הד' אמות.

ג) אך דברי הגרעק"א תמוהים בעיני דאם נימא כך דאפילו אם הבעל אומר בפירוש שאין רצונו בהד' אמות ואינו זוכה בהן כלום מ"מ מעכב הבעל את קנין האשה משום שלא יצא הגט מרשותו א"כ אם קדמה האשה בהד' אמות נמי נימא הכי ומאי פריך הגמ' וליחזי הי מינייהו קדם וכן הרמב"ם וכל הפוסקים פסקו כן שאם קדמה היא להד' אמות הרי היא מגורשת מדאורייתא, ומה בין קדמה היא לקדם הוא ואמר שאין רצונו לקנות בהד' אמות דס"ל להגרעק"א דלא זכה בהד' אמות ומ"מ אינה מגורשת משום שלא יצא הגט מרשות הבעל אע"ג דהיא זכתה בהד' אמות יען כי הוא לא זכה, א"כ אפילו אם קדמה היא נמי נימא הכי שלא תתגרש בהד' אמות מפני שלא יצא הגט מרשותו. עיין בסמוך אות ד' ואות ה' מבואר זאת יותר.

ד) ובאמת כתבנו לעיל שיש חילוק בין החצר שהלוקח צריך לקנות בו אי שהמוכר צריך לעכב על הלוקח מלקנות משום שלא יצא מרשות המוכר דלענין חצר הלוקח לקנות צריך שיהא לו איזה קנין בחצר או קנין הגוף או קנין שאלה או שכירות אזי מקרי חצרו לקנות בי אבל נתינת רשות לבד אינו מקרי חצר לקטת בו אבל החצר שהמוכר מעכב

את הלוקח מלקטת לא תליא רק אם יש לו להמוכר רשות להניח שם חפציו אזי מעכב המוכר את הלוקח מלקנות שם אפילו אין לו להמוכר שום קנין בחצרו רק את זה לבד היינו הרשות להניח שם חפציו ג"כ מעכב המוכר את הלוקח מלקטת וכן אם יש לו למוכר כל הקנינים שבעולם רק שאין לו רשות להניח שם חפציו אין המוכר מעכב על הלוקח כל זה כתבנו לעיל באריכות ע"ש.

ה) **אך** לענין ד' אמות כיון דתקינו רבנן דד' אמות של אדם קונות לו א"כ מסתמא תיקנו רבנן שיהא לו איזה קנין בהד' אמות או קנין שאלה או קנין שכירות על אותה שעה שהוא עומד בתוך הד' אמות וכן להאשה המתגרשת יש לה איזה קנין בהד' אמות וכיון דהבעל שקדם ובאי בהד' אמות אומר בפירוש או גלי דעתיה שאין רצונו כלל באותן הד' אמות לא שיהא לו איזה קנין שאלה או שכירות וגם רצונו שלא יהא לו שום זכיה כלל אפילו רשות להניח שם חפציו אם נימא שדבריו מועילים באמת ואין לו להבעל שום קנין וזכות ואפילו רשות להניח שם חפציו גם כן אין לו אם נימא כן אז האשה שבאה אח"כ באותן הד' אמות וזכתה בהן בודאי היא מגורשת כמו אם קדמה האשה דמגורשת משום דזכתה בהד' אמות כן הוא אפילו אם קדם הבעל ולא זכה כלל בהד' אמות הוי כמו שקדמה האשה ואין שום חילוק בין זה לזה כלל וכלל, לכן לא נראו לי דברי הגרעק"א בזה רק דבמקום שאין לו להמוכר או להבעל שום קנין ושום זכות ורשות בהד' אמות בודאי מתגרשת האשה וקונה הלוקח באותן הד' אמות ומקרי שיצא החפץ והגט מרשות הבעל ומרשות המוכר אפילו אם קדם המוכר או הבעל בהד' אמות.

ו) **וקושית** הגרעק"א הנ"ל שהקשה נימא דכיון שרצונו להקנות לה הגט בד' אמות א"כ הרי גלי דעתיה דלא ניחא ליה בהד' אמות והוי כאומר לא ניחא לי דליקני לי הד' אמות או אם אומר כן בפירוש תהא מגורשת ואינו במשמע שיהא הדין כן דסתמא אמרינן קרוב לו אינה מגורשת ע"ש בדברי הגרעק"א, לפי דברינו שכתבנו לעיל אין זה קושיא כלל, שהרי הוכחנו מהגמ' דגיטין דף ע"ח דהקנין ד' אמות בא תיכף כשנכנס לתוך הד' אמות אפילו אין כאן לא מציאה ולא גט מ"מ קני תיכף הד' אמות, וגם הוכחנו לעיל דלאחר שזכה בהד' אמות לא יוכל לומר אי אפשי בתקנת חכמים כמו בכותב לה לאחר שנשאת ומה דאמרינן בגמ' ב"מ דף י' דכיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני היינו בנפילה ניחא ליה לקנות את המציאה הזאת ובד' אמות לא ניחא ליה לקנות את המציאה הזאת אבל הד' אמות עכ"פ דידיה הוה לקנות בו מציאות אחרות כן הוכחנו לעיל, א"כ לענין הבעל אם קודם שנכנס להד' אמות יאמר הבעל בפירוש שאין רצונו לזכות בהד' אמות כלל וכלל אפילו רשות להניח שם חפציו

ג"כ אינו רוצה בודאי תועיל אמירתו והאשה מתגרשת ע"י הד' אמות אפילו אם באה האשה אח"כ דהוי כמו אם קדמה האשה תחלה בהד' אמות, אבל אם לאחר שנכנס הבעל לתוך הד' אמות אמר שאינו רוצה בהד' אמות או שזרק לה הגט אפילו אם נימא דזה הוי גילוי דעת דלא ניחא ליה בהד' אמות מ"מ הגילוי דעת הוא לאחר שבא בהד' אמות ולאחר שזכה בהם שוב אינו יכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים כדאמרינן בכתובות דף פ"ג דלאחר שנשא הבעל את אשתו שוב אינו יכול לומר דין ודברים אין לי בנכסיך דאי אפשי בתקנת חכמים כיון שכבר זכה בנכסיה א"כ זכה הבעל מתחלה בהד' אמות ושוב אין האשה מתגרשת על ידו

פרק יז

א) **כתב** הרמ"א בשם הטור סימן רס"ח ס"ב שנים שבאו כאחד לתוך ד' אמות או שעומדים שניהם ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהן קנו שניהם עכ"ל הרמ"א וכתב הקצוה"ח על זה וז"ל ואינו מדוקדק מה שכתב הרמ"א או שעמדים שניהם ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהן קנו שניהם דממה נפשך אם קדם אחד כבר זכה בד' אמותיו אע"ג דהמציאה נפלה אח"כ כמו גבי גט וקידושין ואי עומדים שניהם היינו שבאו בבת אחת הא אי אפשר לצמצם ואי מספיקא היינו רישא דמה לי אם המציאה היתה כבר מונחת או שנפלה המציאה אחר כך כיון דאין הספק אלא בד' אמות הי מינייהו קדם עכ"ל הקצוה"ח והנתיבות כתב דמה שכתב הרמ"א או שעומדים שניהם ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהם קנו שניהם איירי כגון שבאו זה אחר זה ואיירי כגון שבא איש אחר קודם לשניהם וזכה בהד' אמות ואחר שבאו השנים הלך הראשון וזכו שניהם בפעם אחת בהד' אמות אף שבאו זה אחר זה כמו"ש הב"ש סימן קל"ט ס"ק כ"ג עכ"ד הנתיבות ע"ש.

ב) **אך** לפי מה שכתבנו לעול והוכחנו מגמ' דגיטין דף ע"ח ליתא לדברי הנתיבות דבזה גם הב"ש מודה דכשהלך הראשון זוכים שנים האחרונים כל הקודם זכה בהד' אמות ולא ס"ל להב"ש דשנים האחרונים זכו בבת אחת בהד' אמות כשהלך הראשון ועד כאן לא קאמר הב"ש שהראשון העומד מעכב את השנים האחרונים מלזכות דוקא כל זמן שהראשון עומד שם אבל כשהלך הראשון זוכה השני וכשהלך השני זוכה השלישי כמו לענין שבועה כשנשאל על הראשונה לא חיילו שתי השבועות האחרונות בבת אחת רק השניה חלה ולאחר שנשאל על השניה חיילה השבועה השלישית וכדפריך הגמ' בגיטין דף ע"ח והא אי אפשר לצמצם ולא מוקי בכהאי גונא וכמו שכתבנו לעיל באריכות א"כ ליכא לאוקמיה לדברי הרמ"א כגון שבאו שנים האחרונים בזה אחר זה דאם כן לא היה

אומר הרמ"א שיקנו שניהם דאפילו לאחר שהלך הראשון ג"כ השני קונה הכל והשלישי לא קנה כלל.

ג) **ונראה** דהכי פירושו של הרמ"א והטור הנ"ל שנים שבאו כאחד לתוך ד' אמות היינו שעמדו השנים בתוך ד' אמות ממש וכיון שבאו שניהם כאחד ואי אפשר לצמצם הי מינייהו קדים ובא לתוך הד' אמות לכן קנו שניהם כמו"ש הקצוה"ח וסיים אח"כ הרמ"א או שעומדים שניהם ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהן קנו שניהן, פירוש שבאו זה אחר זה רק שעומדים בשמונה אמות מצומצמות והד' אמות של זה הם בקצה הד' אמות של השני ונפלה המציאה לתוך ד' אמותיהן היינו שהמציאה מונחת חציה בתוך ד' אמות של זה וחציה בתוך ד' אמותיו של זה לכן קנו שניהם דחציה מונחת בתוך חצרו של זה וחציה מונח בתוך חצרו של זה קנו שניהם דלשון רבים קאי גם על הד' אמות ולא כתבו ד' אמות שלהן כמו בכל מקים דנקט ד' אמות ואי משום קנין הרבים של שני האנשים היה לו לכתוב ד' אמות שלהן ומדכתבו ד' אמותיהן משמע דאיירי בשמונה אמות מצומצמות ולשון הרבים אמותיהן קאי גם על הד' אמות היינו שתי פעמים ד' אמות היינו שמונה אמות מצומצמות.

ד) **וכהאי** גונא מוקי לה להגמ' לענין גיטין (במס' גיטין דף ע"ח) לענין מחצה על מחצה דמגורשת ואינה מגורשת מוקי לה הגמ' בשמונה אמות מצומצמות עסקינן והגט יוצא מארבע אמות שלו לארבע אמות שלה, רק דלענין גיטין פריך הגמ' והא אגיד גביה כמו שפירש"י שם דכיון דעדיין הגט ברשותו קצת לכן לא תתגרש משום דאנן ונתן בידה בעינן עד שיהא כולו ברשותה וכן לענין שאר קנינים משמע בשבת דף צ"ב דלא קנה כל זמן שלא יצא כל החפץ מרשות הבעלים דמוקי לה בנסכא ע"ש אבל לענין מציאה והפקר אם נפל לתוך שתי חצרות חפץ של הפקר מחצית החפץ בתוך חצרו של זה ומחציתו בתוך חצרו של חבירו בודאי קט שניהם כמו שנים שהגביהו מציאה דקי"ל בחו"מ סימן רס"ח דקט שניהם א"כ בד' אמות נמי אם נפל החפץ של הפקר בשמונה אמות מצומצמות מחציתו בתוך ד' אמות של זה ומחציתו בתוך ד' אמות של זה בודאי קנו שניהם.

פרק יח

א) **כתב** הטור בסימן הע"ר בחו"מ לענין הבונה פלטרין בנכסי הגר דלא קנה וז"ל והרמ"ה כתב שם אם הלבנים היו של גר אע"פ שהגביהם ראשון לא קנאם כיון שלא כיון לקנותם דוק' בבנין ובזה לא קנאם הלכך בתרא קנה הכל, והמשנה למלך פ"ב מהל' זכיה הלכה ט' הקשה על זה מה שפסק מרן המחבר סימן רס"ח דמי שראה את המציאה ונפל לו עליה

דקנו לו ד' אמות אע"ג דגלי דעתיה דלא ניחא ליה אלא בנפילה וכו' ותירץ המל"מ וז"ל ונראה דיש לחלק דשאני התם דבשעה שיש לו ד' אמות באותה שעה כיון לקנות ואע"ג דאין דעתו לקנות בד' אמות הרי כיון לקנות באותה שעה, אבל הכא בשעה שהגביה לא היה דעתו לקנות אלא לאחר כך ע"י בנין ובשעה שהוא מכוין לקנות אין כאן הגבהה עכ"ל המל"מ.

ב) היוצא מדבריו דמשו"ה לא קנה הראשון הבונה את הפלטרין משום דבשעה שהגביה ועשה את הקנין לא נתכוין אז לקנות רק נתכוין לקנות אח"כ כשיגמור את בניניו, ומשמע מדבריו דאם בשעת ההגבהה היה מכוין לקנות היה קונה אע"פ שלא נתכוין לקנות בהגבהה רק בקנין שאינו מועיל אפילו הכי היה קונה כמו התם דבשעה שעשה קנין המועיל היינו הד' אמות נתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל דהיינו הנפילה ואפילו הכי קני כיון שנתכוין לקנות בשעה שעשה קנין המועיל אע"ג שנתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל ואפילו הכי קני) ודבריו תמוהים דא"כ תקשה מהך דמלוה ופרוטה (קידושין דף מ"ח) ומהך דשמין את הנייר (קידושין שם) דחזינן דאע"ג דבאותה שעה שקיבלה את הפרוטה נתכונו לקידושין מ"מ אינה מקודשת אם נימא דדעתם אמלוה או אם נימא דדעתם על מה שכתוב בשטר ולא על הנייר אינה מקודשת, אלמא דהעושה קנין המועיל וקנין שאינו מועיל ונתכונו לקנות בקנין שאינו מועיל אינו קונה אע"ג דבאותה שעה ובאותה רגע שעשה הקנין המועיל נתכונו לקנות בקנין שאינו מועיל ואפילו הכי לא קנה.

ג) ומוכרח הדבר לתרץ כמו שתירצנו לעיל דדוקא בקנין ד' אמות דחצרו קונה לו שלא מדעתו והטעות מבטל מעשה ועושהו כמי שלא חישב כלל אבל בשאר קנינים כגון בהגבהה או משיכה וחזקה וכיוצא בהן דבעינן מחשבה וכונה לקנין לא קנה דהטעות אין בכחו לעשות כמו שנתכוין לקנין שאין בכח הטעות רק לבטל מעשה ולא לעשות מבלתי מעשה ומחשבה כאלו עשה וחישב לכן בנידון דהרמ"ה והטור הנ"ל שלא נתכוין לקנות את הלבנים בהגבהה לא קנה אם אפילו היה חושב בשעת מעשה לקנות את הלבנים בקנין שאינו מועיל אפילו הכי לא קני משום דדמיא להך דמלוה ופרוטה ולהך דשמין את הנייר דלא קני נמי בקנין שאינו מועיל אע"ג דחשב לקנות בהך קנין שאינו מועיל באותה השעה והרגע שעשה הקנין המועיל ומ"מ לא קנה.

ד) וכן להיפך בההיא דד' אמות דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני לא תליא קנינו במה שחשב לקנות בהקנין שאינו מועיל היינו הנפילה באותה שעה שיש לו הד' אמות שהוא בקנין המועיל כמו"ש המל"מ אלא תליא בזה

דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ולכן אפילו אם קודם שנפל אמר בפירוש שעכשיו, אין רצון לקנות בהד' אמות רק אחר כך כשיגיע אל המציאה אז יפול עליה ורצונו לקנות אז בנפילה ולא עכשיו בד' אמות מ"מ קנה ואם קדם איש אחר ונטל את המציאה קודם שהגיע אליה מוציאין אותה ממנו ונותנין להראשון אשר זכה בהד' אמות שלא כדברי המל"מ הנ"ל דאי לדברי המל"מ זכה השני דהראשון לא קנה כיון דבשעה שעשה את הקנין המועיל היינו הד' אמות אמר בפירוש שאינו רוצה לקנות עכשיו רק לאח"כ כשיפול עליה אז יקנה ואח"כ כשבא לקנות בנפילה כבר קדם השני וזכה מ"מ זוכה הראשון כמו שכתבנו דאין הדבר תלוי בזה אם הקנין המועיל היתה באותה הרגע שעשה הקנין שאינו מועיל או לא רק תליא אם הוא חצר דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו או אם הוא משאר קנינים, דבחצר או בד' אמות קנה כהאי גונא ובשאר קנינים לא קנה כנ"ל עיין לעיל באריכות מזה, עיין בדברי הגרעק"א סימן ל"ז ד"ה ובאמת שכתב ג"כ דלדברי המל"מ קנה השני באופן זה ע"ש.

ה) **והנה** הרא"ש ור"י שם בטור חולקים על הרמ"ה זה וס"ל דאם הלבנים הם של הגר והגביהם קנה הבונה וצריך לומר דבסברא בעלמא פליגי דהרמ"ה ס"ל דכיון שבנה את הפלטרין לאחר שהגביה את הלבנים אמרינן דבבנין ניחא ליה דליקני בהגבהה לא ניחא ליה דליקני כמו דאמרינן לענין ד' אמות בב"מ דכיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני, והרא"ש ס"ל דמזה שבנה אין הוכחה דלא ניחא ליה לקנות בהגבהה דמה שבנה את הפלטרין הוא מפני שרוצה בפלטרין בנוין ויוכל היות שהלבנים כבר קנה בהגבהה ואח"כ בנה פלטרין ואין מזה הוכחה שאין רצונו לקנות בהגבהה, ואין זה דומה להא דנפל על המציאה דאמרינן דהוי גילוי דעת דלא ניחא ליה לקנות את המציאה בד' אמות היינו משום שהמציאה לא נתקנה ולא נשתנה למעליותא ע"י הנפילה ואם היה דעתו לקנות ע"י הד' אמות לא היה לו ליפול על המציאה לכן אמרינן דהנפילה הוי גילוי דעת דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני, משא"כ כאן שהלבנים נשתנו למעליותא שהרי בונה בהם פלטרין וליכא הוכחה למימר דאם איתא שנתכוין לקנות את הלבנים בהגבהה א"כ למה בנה את הפלטרין, לכן ס"ל להרא"ש והר"י דקנה שפיר את הלבנים בהגבהה דאמרינן שנתכוין לקנותם בהגבהה.

ו) **עוד** יש לומר דבהוכחה פליגי הרא"ש והר"י עם הרמ"ה, היינו דדעת הרמ"ה הוא דבכל הקנינים צריך הוכחה שהוא עושה לשם קנין או שיאמר בפירוש שהוא עושה זאת לשם קנין אבל אם לא אמר בפירוש שהוא עושה זאת לשם קנין וגם ליכא הוכחה

ממעשיו דלשם קנין קעביד לא קנה לכן בההיא שהגביה את הלבנים ובנה מהם פלטרין דליכא הוכחה מהגבהתו דלשם קנין הגביה שהרי יוכל היות דלשם בנין הגביה ולא לשם קנין לכן לא קנה אע"ג דליכא הוכחה איפכא לומר שלא נתכוין לקנות מ"מ כיון דליכא הוכחה דלשם קנין קעביד וגם לא אמר בפירוש דלשם קנין קעביד לכן לא קנה, וכל הקנינים שבעולם מקרי דאיכא הוכחה דלשם קנין קעביד כגון המגביה או משך או החזיק בחפץ של הפקר מקרי דאיכא הוכחה דלשם קנין משך או הגביה או החזיק כיון דליכא שם אמתלא אחרת לומר דאע"ג שלא נתכוין לשם קנין מ"מ היה לו לעשות את המעשה הזאת בשביל דבר אחר כמו כאן דאיכא אמתלא לומר דאע"ג שלא נתכוין בהגבהתו כדי לקנות, מ"מ יש לו להגביה את הלבנים משום שרוצה לבנות בבנין זהו מקרי אמתלא אבל בעלמא כשאדם עושה איזה קנין משיכה או הגבהה או חזקה אמרינן דלשם קנין קעביד דאי לאו לשם קנין למה זה הוא מושך או מגביה או מחזיק ומקרי דאיכא הוכחה דלשם קנין קעביד כיון דליכא אמתלא משא"כ כאן דאיכא אמתלא מקרי דליכא הוכחה דלשם קנין עשה משו"ה ס"ל להרמ"ה דלא קנה.

ז) **והרא"ש** והר"י ס"ל דאע"ג דליכא הוכחה דלשם קנין הגביה את הלבנים מ"מ קנה כיון דליכא הוכחה להיפך שלא רצה לקנות בהגבהה אמרינן דמסתמא רוצה לקנות בהגבהה כיון שהגביהה וליכא הוכחה שלא נתכוין לקנות בהגבהה לכן קנה את הלבנים דאמרינן דמסתמא נתכוין לקנות בהגבהה אבל זה אי אפשר לומר דס"ל להרא"ש והר"י דאפילו אם לא לא נתכוין לקנות בהגבהה ג"כ קנה זהו אי אפשר לומר לא מיבעיא אם לא נתכוין לקנות כלל בודאי לא קנה דקי"ל העודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה כדאיתא ביבמות דף נ"ב ובחו"מ סימן הע"ר סעיף כ"ה ובכל הפוסקים אלא אפילו אם נתכוין לקנות את הלבנים רק שלא נתכוין לקנות בקנין המועיל היינו בהגבהה רק נתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל ג"כ לא מהני מו שכתבנו והוכחנו לעיל מהך דמלוה ופרוטה ומהך דשמין את הנייר דהעושה קנין המועיל וקנין שאינו מועיל ונתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל לא קנה, אלא ודאי כדאמרן דס"ל להרא"ש והר"י דאמרינן שנתכוין לקנות בקנין המועיל היינו בהגבהה משו"ה קנה.

ח) **ונראה** דבסברא הזאת פליגי ג"כ הראב"ד והטור בחו"מ סימן ר' לענין שאם מדד הלוקח אם קנה או לא דהראב"ד ס"ל דלא קנה דאע"ג שהלוקח משך והגביה בשעת מדידה מ"מ לא קנה משום שלא נתכוין לקנות במשיכה זו או בהגבהה זו רק אמרינן דלמדידה בעלמא קמיכוין, והטור חולק עליו וכתב דלא מסתברא כדברי הראב"ד אך טעמו של דבר אמאי לא מסתברא כדברי הראב"ד לא ביאר הטור ויוכל היות דלטעמיה

אזיל דכפי הנראה בסימן הע"ר הסכים הטור לסברת הרא"ש שכתב דעת הרא"ש במסקנתו דהראשון קנה את הלבנים בהגבהתו שהגביה אותם אע"ג דאיכא למימר שלא נתכוין לשם קנין רק לשם בנין אפילו הכי קנה הראשון כיון שעשה מעשה הקנין וליכא הוכחה שלא נתכוין לקנות קנה אע"ג דליכא הוכחה שנתכוין לקנות דהרי איכא אמתלא דלשם בנין נתכוין אפילו הכי קני להרא"ש והטור א"כ כאן נמי אע"ג דאיכא ג"כ אמתלא לומר דלשם מדידה קמכוין אפילו הכי קני כיון דעכ"פ עשה מעשה הקנין וליכא הוכחה שלא נתכוין לקנות לכן קנה כמו בלבנים, והראב"ד ס"ל כסברת הרמ"ה דהיכא דליכא הוכחה דנתכוין לשם קנין לא קנה לכן כיון דאיכא אמתלא לומר דלשם מדידה נתכוין ולא לשם קנין לכן לא קנה כמו בלבנים לשיטת הרמ"ה, עיין באחרונים מה שפירשו בדברי הראשונים הנ"ל.

פרק יט

א) כתב ה"ה בפ"ג בהל' מכירה וכן כתב מרן הב"י בחו"מ סימן קצ"ח בשם הרשב"א שכתב בשם הר"י מיגש היתה עומדת ברשות הרבים ולא אמר לו מוכר מידי ואזיל לוקח ומשך לא קנה עד שימשכנה כדינה מרשות הרבים לסימטא אע"ג דניקנית במסירה בר"ה ומסירה אינה צריכה שימסור ללוקח מיד ליד אפילו הכי כיון שהתחיל למשוך כבר גילה בדעתו שאינו רוצה לקנותה בחזקה זו שהוא מוחזק ותפוס בה אלא במשיכה עכ"ל וכן פסק מרן בשו"ע חו"מ סימן קצ"ח סעיף י"ב, ובספר משכנות יעקב חלק חו"מ סימן נ"א הקשה ממה שבסימן קצ"ח סתמו מרן המחבר והרמ"א כהרשב"א הנ"ל דכיון דגלי דעתיה דבמשיכה ניחא ליה דליקני במסירה לא ניחא ליה דליקני לכן לא קנה ואלו בסימן רס"ח פסקו מרן והרמ"א דאף דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני ולא בד' אמות אפילו הכי קני וזה שלא כדברי הרשב"א הנ"ל והניח המ"י בצע"ג, והפתחי תשובה בחו"מ סימן קצ"ח ס"ק ט' הביא דברי המשכנות יעקב הנ"ל וכתב עליו וז"ל ותימה שלא הביא דברי המשנה למלך פ"ב מהל' זכיה הל' ט' דמבורר בדבריו ישוב לזה בטוב טעם כי יש לחלק דשאני התם דבשעה שיש לו ד' אמות באותה שעה כיון לקנות ואע"ג דאין דעתו לקנות בהד' אמות מ"מ הרי כיון לקנות באותה שעה משא"כ הכא בשעה שנמסר לידו לא היה דעתו לקנות אלא במשיכה ועדיין לא משך שמשיכה צריכה להיות מר"ה לסימטא עכ"ל הפ"ת ועיין בס' חכמת שלמה בהגהות ח"מ סימן רס"ח שכתב ג"כ שדברי הרמ"א דסימן רס"ח סותרין את מ"ש בסימן קצ"ח סעיף י"ב וסיים וז"ל ונראה שהרגיש בזה המל"מ פ"ב מהל' זכיה הלכה ט' ע"ש וכונתו ג"כ לקושית המ"י ותירוץ

הפ"ת הנ"ל ובאמת רמז המל"מ בזה וכ"כ הפ"ת שהמל"מ רמז לקושיא הזאת מסימן רס"ח לסימן קצ"ח

ב) ומדבריהם משמע שתירוץ של המל"מ הוא ג"כ על הקושיא הנ"ל מסימן קצ"ח לסימן רס"ח והפ"ת הסכים ג"כ עם המל"מ אך לפי מה שכתבנו והוכחנו לעיל מהך דמלוה ופרוטה ומההיא דשמין את הנייר משמע שלא כדבריהם רק אם אפילו חשב ונתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל היינו המשיכה שאינו קונה בר"ה באותה שעה ורגע שעשה את את הקנין המועיל היינו המסירה ג"כ לא קנה כההיא דמלוה ופרוטה וכההיא דשמין את הנייר דבאותה שעה ובאותה רגע שעשה את הקנין המועיל נתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל אפילו הכי לא קנה אם היה דעתו אמלוה או שהיה דעתו על מה שכתוב בשטר ולא על הנייר לא קנה לכולי עלמא, ומוכרחים אנו לתרץ ולחלק כמו שתירצנו לעיל דד' אמות שאני דכיון דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו לכן קנה אע"ג שחשב בפירוש שלא לקנות בהד' אמות ובמקום שיודע שיש חפץ בחצרו ואינו רוצה לקנות בו אינו קונה מ"מ כיון שהטעות מבטל מה שחשב שאינו רוצה לקנות בהד' אמות נשאר הדבר בלא כונה כלל וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו משא"כ בשאר קנינים כמו שהארכנו בזה לעיל.

ג) ונראה דאע"ג דלענין הלבנים בסימן הע"ר ולענין הגבהה בשעת מדידה בסימן ר' פליגי הפוסקים ודעת הר"י והרא"ש דקנה את הלבנים ודעת הטור לענין מדידה דקנה הלוקח מ"מ בנידון זה נראה דמודים כולי עלמא דלח קנה הלוקח במסירה, וטעם החילוק הוא דהתם אע"ג דליכא הוכחה דלשם קנין הגביה או משך דאיכא למימר דלשם בנין קמכוין ואיכא למימר דלמדידה קמכוין ולא לשם קנין מ"מ כיון דליכא הוכחה איפכא שלא כיון לשם קנין לכן ס"ל הטור וסיעתו דאמרינן דמסתמא לשם קנין קמכוין כמו שכתבנו לעיל דס"ל דלא בעינן הוכחה דלשם קנין קמכוין אלא בסתמא נמי אמרינן כן אע"ג דאיכא אמתלא, אבל כאן לענין מסירה ומשיכה דאיכא הוכחה בפירוש שלא נתכוין לקנות במסירה דאם היה כונתו לקנות במסירה א"כ למה זה משך אחרי כן וכיון דאיכא הוכחה שלא נתכוין לקנות במסירה לכן מודים כולי עלמא דלא קנה.

ד) ונראה דאפילו לדעת הר"י והרא"ש והעור הנ"ל דס"ל לענין לבנים ולענין מדידה דאמרינן דמסתמא היה כונתו לקנין אפילו בלא הוכחה לקנין כגון בלבנים דאיכא למימר דלבנין קמכוין וכן לענין מדידה דאיכא למימר דלמדידה קמכוין ואפילו הכי קנה מ"מ היינו דוקא בישראל דידע למיקנא וידע לאקנויי אבל בעכו"ם כהאי גונא יש לומר דלא קנה דאמרינן דלשם בנין קמכוין ולא לשם קנין ולמדידה קמטין ולא נתכוין לקנות, ואם

נימא הכי יש לישב בזה קושיא גדולה שהקשה המל"מ פ"ד מהל' מכירה הל' ה' שהקשה דדברי הטור סתרי אהדדי דבסימן ר' בחו"מ חולק הטור על הראב"ד וס"ל להטור שאם מדד הלוקח קנה שפיר ולא אמרינן דלמדידה בעלמא קמיכוין ואלו ביו"ד סימן קל"ב פסק הטור שאם העכו"ם הלוקח מדד את היין אם הגביהו תחלה לקנותו קנה ופירש מרן שם שאם הגביהו בשעה שהוא מודד לא קנה מפני שאותה הגבהה לא היתה לקניה אלא למדידה אלמא דהטור ס"ל כהראב"ד הנ"ל דלא קנה באותה הגבהה אשר הגביהה בשעת מדידה משום דאמרינן דלמדידה קמכוין ולא לקנין, אם כן דברי הטור סתרי אהדדי, ובדברינו שחלקנו בין ישראל לעכו"ם ניחא דדוקא בישראל דידע למיקני וידע לאקנויי התם אמרינן דקנה בהגבהה או משיכה שהגביהה או משך בשעת מדידה או בשעת בנין משום דאמרינן דמסתמא היתה כונתו גם לקנות אבל בעכו"ם דלא ידעי למיקני ולא ידעי לאקנויי כ"כ כמו ישראל לא אמרינן שנתכוין לשם קנין אלא במקום דאיכא הוכחה ברורה או שאמר בפירוש שנתכוין לקנות אבל אם לא אמר בפירוש שנתכוין לקנות וגם ממעשיו ליכא הוכחה שנתכוין דאיכא למימר דלבנין או למדידה קמטין לכן לא קנה העכו"ם אלא אם כן הגביה תחלה.

ה) **וגדולה** מזו מספקא ליה להגמ' גיטין דף כ' אם אשה ידעה לאקנויי או לא, א"כ מכ"ש שיש מקום לומר דעכו"ם לא ידע לאקנויי, ואע"ג דהתם איירי הגמ' דוקא בדבר שהוא מחזיר לה התם אמרינן דלא ידעה לאקנויי כמו"ש התוס' שם ד"ה אשה לא ידעה, אבל במתנה חלוטה כשלא החזיר לה בחזרה משמע דאשה ידעה לאקנויי מ"מ התם איירי הגמ' שאמרה בפירוש שהיא מקנה לו ואפילו הכי יש ספק אם היא מתכונת להקנות לו או לאו אבל כאן בנידון דידן עסקינן ואתינן שלא אמרו כלום הקונה והמקנה שמכוין להקנותו במדידה זו, א"כ נהי דבישראל כהאי גונא אמרינן דמסתמא כיון לקנותו אבל בעכו"ם לא אמרינן הכי כיון דעכ"פ מצינו בגיטין דף כ' שיש בני אדם דלא ידעי לאקנויי א"כ בעכו"ם נמי אמרינן דמסתמא לא ידע לאקנויי ואין לו שנה לקנין לכן ס"ל להטור דלא קנה, ובפרט דשם בסימן קל"ב ביו"ד במקח וממכר איירי ובאמת יש כמה פוסקים דס"ל שהעכו"ם אינו קונה רק בכסף ולא בהגבהה א"כ מהיכן ידע העכו"ם לקנות בהגבהה ולומר דמסתמא נתכוין לקנות כיון דהפוסקים לא ידעו ופליגי בדין זה מהיכן ידע העכו"ם.

ו) **ונראה** דזהו גם כן כונת הט"ז בחו"מ סי' ר' ס"ח בדברי הרמ"א שם שהביא לענין מדידה דעת הסוברים שאם מדד הלוקח קנה כתב הט"ז וקשה בסימן רע"ה ס"ח בדברי המחבר שכתב דחזקה לא מהני במקוה שלא נתכוין לקנות וכן מוכח ממ"ש רבינו סימן קצ"ד

ס"ה לא לשום קניה וצ"ל דרבינו כאן ס"ל דמדידה זו מקודם נתכוין לקנותה עכ"ל הט"ז ונראה דהכי פירושו דס"ל להטור דאמרינן דמסתמא נתכוין לקנות בהגבהה או במשיכה שעושה בשעת המדידה עצמה אע"ג דאיכא למימר דלשם מדידה מגביה או מושך ולא לשם קנין מ"מ אמרינן שהלוקח מכוין לקנותה במדידה זו שמושך או מגביה ולא עוד אלא שהלוקח מקדים ונותן דין קדימה לכונת קנינו מכונת מדידתו, וכמו שכתבנו לעיל דס"ל דאע"ג דליכא הוכחה דלשם קנין קעביד מ"מ ס"ל דקני דס"ל דאמרינן דמסתמא לשם קנין קעביד אפילו בלא הוכחה נמי כמו שכתבנו לעיל.

וראיתי בתשובת הגרעק"א ומביאו הפ"ת כאן ס"ק ז' שפירש את דברי הט"ז באופן אחר דדוקא בעודר בנכסי הגר וכשסבור שהוא שלו לא קנה משום שלא נתכוין כלל לקנות כיון דסבר שהוא שלו אבל במדד דעכ"פ רוצה לקנות אלא דדעתו לקנות במשיכה בזה שפיר קנה בהגבהתו את הכלי ע"ש, ולא נהירין דבריו חדא כיון דבשעת ההגבהה שמגביה את הכלי לא נתכוין לקנות כלל רק שנתכוין לקנות במשיכה שתהיה בזמן אחר בודאי לא קנה לכולי עלמא כמו שכתבנו לעיל בשם המל"מ דלענין הלבנים של נכסי הגר בסימן רע"ה ולענין מסירה ומשיכה בסימן קצ"ח סי"ב לא קנה דאע"ג שנתכוין לקנות מ"מ כיון דבשעת המסירה לא נתכוין עדיין לקנות רק בזמן שימשוך או לענין הלבנים כיון דבשעת משיכת הלבנים לא נתכוין לקנין רק בזמן שיבנה לכן לא קנה א"כ כאן נמי כיון דבשעה שהגביהה לא נתכוין לקנות רק כשימשוך לכן לא קנה לכולי עלמא, ואין זה דומה להההיא דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני משום דבשעה שעשה את הקנין המועיל היינו הד' אמות באותה שעה נתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל היינו הנפילה כמו שכתבנו לעיל בשם המל"מ.

ח) **ועוד** דכבר הוכחנו לעיל מההיא דמלוה ופרוטה ומההיא דשמין את הנייר דאפילו באופן זה לא קנה היינו אם אפילו נתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל באותה שעה ובאותה רגע שעשה את הקנין המועיל מ"מ כיון דעכ"פ נתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל הרי זה לא קנה ועוד דמשמעות לשון הט"ז לא משמע כדבריו דא"כ מה זה שכתב דמדידה זו מקודם נתכוין לקנותה, דא"כ אין זה מקודם רק אחר כך היינו בהמשיכה שימשוך אחר המדידה אלא ודאי כמו שכתבנו שמתכוין לקנותה במשיכה או בהגבהה שעושה בשעת המדידה עצמה רק שהלוקח מקדים ונותן דין קדימה ועיקר לכונת קנינו מכונת מדידתו וזה הלשון של מקודם נתן לקנותה היינו כשאנו רואין שאדם עושה איזה מעשה הקנין אמרינן ותלינן דעיקר כונתו הוא לקנין אע"ג דאיכא אמתלא לומר דכונתו למדידה מ"מ לא אמרינן כן רק אמרינן דעיקר כונתו לקנין ולא למדידה.

ט) היוצא מכל הנ"ל דבכל הקנינים צריך כונה לקנין בין הפקר או במקח ומתנה אע"ג שיש דעת אחרת מקנה אותו מ"מ לא קנה בלא כונה לקנין מלבד בקנין חצר או יד לא בעינן כונה לקנין משום דידו או חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אבל בכל שאר הקנינים כגון משיכה או הגבהה או כסף או שטר או חזקה צריך כונה לקנין ובלא כונה לא קנה, ולא זו בלבד כשלא היה שום כונה לקנין לא קנה אלא אפילו עשה קנין המועיל וקנין שאינו מועיל ונתכוין לקנות בקנין שאינו מועיל ג"כ לא קנה כההיא דמלוה ופרוטה דקי"ל דאם דעתו אמלוה אינה מקודשת אע"ג שעשה גם קנין המועיל היינו הפרוטה ומ"מ אינה מקודשת וכההיא דשמין את הנייר שהבאנו לעיל מלבד בקנין חצר כהאי גונא דקנה משום דחצרו של אדם קינה לו שלא מדעתו או בההיא דד' אמות שיש להם ג"כ דין חצר וכנ"ל.

פרק כ

א) אך הנימוק"י בשם הראב"ד בפ' חזקת ד' מ"א במילתא דרב ענן דשקל בידקא בארעיה כתב וז"ל ושמעינן מהכא דאלו ידע המזכה אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה וכו' ואע"ג דאמרינן ביבמות פרק רבן גמליאל דף נ"ב שהעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה כיון שזוכה גופיה לא ידע תירץ הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל שמעינן מזה דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין רק דוקא בנכסי הגר דליכא דעת אחרת מקנה התם בעינן שהקונה יתכוין לקנות משא"כ היכא דאיכא דעת אחרת מקנה וכן כתב הרשב"א בגיטין דף כ' לענין זקן דהגמ' מתרץ דילמא זקן שאני דידע לאקנויי כתב הרשב"א על זה וז"ל קשיא לי אשמעתין אפילו כי מקנה להו זקן ומלוה מאי הוי הא לוין לא ידעו כדעת רבא דאמר דלמא זקן שאני וכיון שכן היאך קונין ואינהו לא ידעו דזקן מקנה להו ומאי שנא מהא דאמרינן ביבמות פ' רבן גמליאל העודר בנכסי הגר וכסבור דשלו הן לא קנה ויש לומר דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה עכ"ל הרשב"א שם.

ב) וכן משמע מדברי הטור סימן קמ"ב שהביא בשם רבינו יונה שאם שמעון המסייע מודה שידע שהכניס ראובן לתוך שלו הוי חזקה אע"פ שלא ידע ראובן הבונה וקנה המקום שהכניס לתוך של שמעון מיד עכ"ל הטור, וכתב מרן הב"י סברא זו כתב הנ"י בשם המפרשים אלמא דהטור ורבינו יונה ס"ל ג"כ כסברת הרשב"א והנ"י הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן שהקונה יתכוין לקנות שהרי הם כתבו ג"כ שאע"פ שראובן הבונה לא ידע שהכניס הגדר לתוך רשותו של שמעון מ"מ קנה ראובן והוא ע"כ מטעם הנ"ל דבמקום דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן קונה לקנין, וכן פסק מרן בשו"ע

חו"מ סימן קמ"ב כסברת הר"י והטור הנ"ל דאע"פ שראובן הבונה לא ידע שהכניס לתוך של שמעון מ"מ אם שמעון ידע קנה ראובן את המקום שהכניס אלמא דס"ל ג"כ כסברת הנ"י והרשב"א הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת לא בעינן כונה לקנין.

ג) **היוצא** מזה דהרשב"א והנימוק"י והראב"ד ורבינו יונה והטור ומרן בש"ע כולהו ס"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת לא בעינן כונה לקנין ויש סיוע לדבריהם מהגמ' דב"ב הנ"ל דף מ"א ומהגמ' דגיטין דף כ' ויש להקשות על דבריהם מהא שהבאנו לעיל לענין מלוה ופרוטה קידושין דף מ"ח דחזינן שאם דעתה אמלוה אינה מקודשת וכן ההיא דשמין את הנייר שם קידושין דף מ"ח דמקודשת בנייר משום דאמרינן דדעתייהו נמי לקדשה בנייר ולא במה שכתוב בה לבד אבל אי ידעינן דדעתייהו אמה שכתוב בה לבד אינה מקודשת אע"ג שגם שם יש דעת אחרת מקנה ואפילו הרי לא קנה אע"ג שנתכונו לקנות רק שנתכונו לקנות בקנין שאינו מועיל ולא נתכונו לקנות כאן המועיל אפילו הכי לא קנה ומכ"ש היכא דליכא כונה לקנין כל בודאי לא קנה אלמא דאפילו בדעת אחרת מקנה ג"כ בעינן כונה לקנין והוא דלא כדעת הנימוק"י וסיעתו

ד) **וכן** יש להקשות על דבריהם מההיא דיבמות דף נ"ב דאמר רבי כשחולץ ליבמתו וחזר וקידשה שאם קידשה לשם אישות צריכה הימנו גט לשם יבמות אינה צריכה הימנו גט וקאמרה הגמ' שם דעשוהו כעודר בנכסי הגר ונסביר שהוא שלו דלא קנה והיינו דכיון דמשום יבום אינו יכול לקנותה משום דפקעה זיקתה כשחלצה לכן אינה מקודשת אפילו משום אישות א"ז דמשום אישות יכול לקנותה מ"מ כיון שנתכוין לקנותה לשם יבמות אינה מקודשת כלל דהוי כעודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו ע"ש בגמ', א"כ לשיטת הנימוק"י וסייעתו דס"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין א"כ תימה אמאי אמרינן כאן לענין מאמר דלא קנה משום דליכא כונה לקנין לשם אישות והלא בדעת אחרת מקנה לא בעינן כינה לקנין לשיטת הנימוק"י וסיכתו הנ"ל.

ה) **ולכאורא** יש לתרץ דבהך דמלוה ופרוטה ושמין את הנייר וכן ההיא דיבמות דקידשה לשם יבמות גרע טפי מההיא מילתא דפ' חזקת דרב ענן שקל בידקא בארעיה וכן מההיא דגיטין דזקן ידע לאקנויי דבההיא דפ' חזקת וההיא דגיטין ליכא מחשבה כלל שהרי רב ענן לא ידע כלל אם הכניס הגדר לתוך שלו או לא וכן ההיא דגיטין אם נימא שהקונים לא ידעו ולא יבינו לקנות, והרי ליכא מחשבה כלל אבל בההיא דמלוה ופרוטה אם נימא שדעתו אמלוה הרי חשב בפירוש שאין רצונו לקנות בפרוטה לכן לא קנה כיון דגלי בפירוש דלא ניחא ליה לקנות בפרוטה וכן ההיא דשמין את הנייר וכן ההיא דקידשה לשם יבמות דכיון דגלי בפירוש את דעתו שאין רצונו לקנות ע"י הנייר

רק ע"י מה שכתוב בשטר וכן גלי דעתיה בפירוש שאין רצונו לקדשה לשם אישות רק לשם יבמות לכן לא קנה כיון דפקע זיקתה ע"י חליצה.

ו) **וכן** כתבו התוס' בב"ב דף נ"ד לענין קנין יד וחצר דאע"ג דידו וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו היינו שאינו יודע אם הוא בחצרו ואם היה יודע היה רוצה לקנות אבל אם יודע ואינו מתכוין לקנות לא קני ע"ש בתוס' אלמא שיש חלוק בין שאינו יודע כלל ובין שיודע ואינו מתכוין לקנות א"כ כאן כיון דלא ניחא ליה לקנות בקנין ובאופן המועיל מיגרע גרע מאלו לא נתכוין לקנות כלל.

ז) **אך** אי אפשר לומר כן לפי מה שכתבנו לעיל דבההיא דנפל וגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני דמשו"ה קני להסכמת הפוסקים ולהנימוק"י אם היה מדאורייתא דאע"ג דגלי דעתיה דלא ניחא ליה בהד' אמות ובמקום שאומר בפירוש שאינו רוצה לקנות לא קנה, הטעם הוא דקנה משום דכיון שבאמת רוצה לקנות את החפץ א"כ מה שאינו רוצה לקנות בקנין המועיל היינו בד' אמות רק בקנין שאינו מועיל היינו בנפילה הוא משום שטעה וסבר שהנפילה הוא קנין המועיל וד' אמות הוא קנין שאינו מועיל והטעות מבטל את מחשבתו אשר חשב בפירוש שאינו רוצה לקנות בקנין המועיל היינו הד' אמות ונעשה כמו שלא חשב כלל לא לקנות ולא שלא לקנות שהטעות יש בכחו לבטל ולעשות את מחשבתו כמי שאינו, א"כ במלוה ופרוטה נמי כיון שרוצה לקדשה א"כ מה שחשב שאין רצונו לקנות בפרוטה רק במלוה הוא משום שטעה וסבר שהמלוה הוא קנין המועיל והפרוטה הוא קנין שאינו מועיל וכיון שהטעות מבטל את מחשבתו הרי נשאר כאלו לא חשב כלל לא לקנות ולא שלא לקנות ובמקום דליכא מחשבה לא כך ולא כך ס"ל להנימוק"י וסיעתו דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה קנה שפיר א"כ נשארה הקושיא הנ"ל במקומה אמאי לא קנה בהך דמלוה ופרוטה אפילו אם נימא דדעתו אמלוה.

ח) **וכן** ההיא דשמין את הנייר וכן ההיא דיבמות אע"ג שחשב בפירוש שאינו רוצה לקדשה בנייר רק במה שכתוב בשטר ובההיא דיבמות חשב שאינו רוצה לקדשה לשם אישות רק לשם יבמות מ"מ כיון דבטעות היה מפני שחשב שעדיין לא פקעה זיקתה או שטעה שהקנין שטר הוא קנין המועיל, וכיון שהטעות יש בכחו לבטל מעשה או מחשבה ולעשותה כמו שאינה לכן הוי כמו שלא חשב בפירוש המחשבה הזאת שאין רצונו לקדשה בנייר ואין רצונו לקדשה לשם אישות רק נשאר הדבר כאלו לא נתכוין לא כך ולא כך וכיון דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין לדברי הנימוק"י וסיעתו יש לנו לומר שתתקדש שפיר.

ט) והקצוה"ח סימן רע"ד סק"ד הקשה על דברי הנימוק"י והרשב"א הנ"ל דס"ל דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין מהא שכתב מרן המחבר בסימן קצ"ח סי"ב היתה עומדת בר"ה ולא אמר להם המוכר כלום והלך הלוקח ומשך לא קנה וכו' כיון שהתחיל למשוך גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות במסירה אלא במשיכה והלא בדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין ותירץ הקצוה"ח דכיון שנתכוין בפירוש שלא לקנות במסירה ודאי אינו קונה בע"כ דדוקא בלא כונה כלל קונה אבל כאן כיון דגלי דעתיה דבמשיכה ניחא ליה דליקני במסירה לא ניחא ליה לכן אינו קונה בע"כ ע"ש בקצוה"ח ובדברינו ליתא לתירוצו דכיון דחזינן שהוא רוצה לקנות את הבהמה ועושה את מעשיו לשם קנין והוא מושך אותה ברשות הרבים, הרי ידעינן שטעה וסבר דמסירה לאו קנין המועיל הוא ומשיכה ברשות הרבים הוי קנין המועיל וכיון שכן יש לט לומר שהטעות יעשה מהמחשבה הזאת כאלו אינה והוי כמי שלא חשב לא כך ולא כך היינו שלא חישב לא לקנות במסירה ולא שלא לקנות ואית לן לומר דיקנה דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין.

י) והנה מרא דהאי שמעתתא שכתב מרן בסימן קצ"ח סעי' י"ב הנ"ל הוא הרשב"א בשם הר"י מיגש ומביאו ב"י שם והה"מ מביאו פ"ג מהל' מכירה ועל הרשב"א אין להקשות הקושיא דנימא שהטעות תעשה את מחשבתו כמי שאינה דהרשב"א ס"ל דאפילו בחצר דאורייתא ג"כ אמרינן דהיכא דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני דלא קני כמו שמביאו מרן הב"י בסימן רס"ח בשמו של הרשב"א אלמא דס"ל דכיון שחשב שאינו רוצה לקנות ע"י חצרו רק ע"י נפילה לא קנה אע"ג דבטעות היה שחשב שהנפילה הוא קנין המועיל וקנין חצר הוא קנין שאינו מועיל אפילו הכי אינו קונה ע"י חצרו אע"ג דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אפילו הכי לא קנה משום שאינו רוצה לקנות ע"י חצרו אע"ג דבטעות היה מה שלא רצה לקנות ע"י חצרו אלמא דס"ל להרשב"א שאין בכח הטעות לבטל את מחשבתו ולעשותה כמי שאינה א"כ כאן נמי כיון דגלי דעתיה דבמשיכה לא ניחא ליה דליקני לא קנה אע"ג דבטעות היה מה שלא רצה לקנות במסירה מ"מ לא קנה דלהרשב"א אין בכח הטעות לעשות ממעשה ומחשבה כאלו אינה.

יא) והקושיא הנ"ל יש להקשות רק על מרן המחבר והרמ"א ולהפוסקים דאזלי בשיטתהו דהנה מרן המחבר והרמ"א בסימן קצ"ח סעיף י"ב פסקו כהרשב"א דלא קנה במסירה כיון דגלי דעתיה דבמשיכה ניחא ליה דליקני במסירה לא ניחא ליה דליקני ובסימן רס"ח פסקו מרן המחבר והרמ"א שאם נפל על המציאה קנה בד' אמות אם הוא במקום שד'

אמות קונות ולא גרע משום שנפל עליה ולא אמרינן דכיון דנפל גלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בד' אמות לא ניחא ליה דליקני, ובלא דברי הנימוק"י והראב"ד והרשב"א לא קשיא שכבר כתבו לעיל דהטעם הוא משום דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו, והטעות כיון שיש בכחו לבטל מעשה ולא לעשות מעשה נשאר סתמא בלא שום כונה לא לקנות ולא שלא לקנות ובשארי קנינים אינו מועיל רק בחצר או בד' אמות שיש לו דין חצר וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכמו שהארכנו בזה לעיל, אבל לדברי הנימוק"י והראב"ד והרשב"א הנ"ל דס"ל דבדעת אחרת מקנה אותו לא בעינן כונה לקנין, וכשאינו מתכוין לא לקנות ולא שלא לקנות רק סתמא קנה גם בשאר קנינים כמו בחצר א"כ כיון דמה שגלי דעתיה לקנות במשיכה ולא במסירה בטעות היה מפני שטעה וסבר דמשיכה הוא קנין המועיל ומסירה הוא קנין שאינו מועיל, וכיון דמה שגלי דעתיה שאינו רוצה לקנות במסירה הוא בטעות והטעות יש בכחו לבטל מעשה א"כ המחשבה הזאת הוא כמי שאינה ונשאר סתמא ויש לנו לומר שיועיל בדעת אחרת מקנה.

יב) ולכאורא יש מקום לומר מנין לנו לומר דמשו"ה לא רצה לקנות במסירה רק במשיכה מפני שטעה וסבר דמשיכה ברשות הרבים הוא קנין המועיל ומשיכה הוא קנין שאינו מועיל אולי לא טעה במאומה רק בכונה ובדעת רוצה הוא שלא לגמור את המקח תיכף ע"י המסירה רק ע"י המשיכה אשר ימשכנה מרשות הרבים לסימטא ובתוך כך רוצה להתיישב אולי כדאי הוא לו לחזור בו ולא לגמור את המקח כלל, לכן רוצה הוא שיהא לו שהות ופנאי להתיישב בזה ובשביל כך רוצה שלא למהר לקנות תיכף ע"י מסירה רק ע"י משיכה שימשכנה מרה"ר לסימטא ומנין לנו לומר שטעה כלל הא תינח במלוה ופרוטה או בההיא דשמין את הנייר וכיוצא בהם כיון דתרווייהו ברגע חדא חיילי וחדא הוא קנין המועיל וחדא הוא קנין שאינו מועיל רק שנתכונו לקנין שאינו מועיל ע"כ חזינן שטעו, אבל כאן דתרווייהו הם קנינים המועילים מסירה ומשיכה רק שהמסירה קנתה מיד בר"ה ומשיכה, לא קנתה מיד עד שימשכנה לסימטא מנין לנו שטעה אולי לא טעה כלל רק בכונה ובדעת לא רצה למהר לקנותו במסירה מיד כדי שיהא לו שהות לחזור בו.

יג) אך המעיין בדברי מרן המחבר סימן קצ"ח סי"ב ובדברי הרשב"א שמביאם הב"י פה והה"מ פ"ג מהל' מכירה יראה שאין הדבר כן וז"ל שם היתה עומדת ברשות הרבים וכו' והלך הלוקח ומשך לא קנה עד שימשכנה כדינה מר"ה לסימטא אע"פ שנקנית במסירה וכו' אפילו הכי כיון שהתחיל למשוך גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות וכו' אלא במשיכה עכ"ל, מפשטות הדברים משמע שאם משך הלוקח ברשות הרבים לבד לא

קנה אע"ג שאמר בפירוש שדעתו לקנות במשיכה זו שמושך לר"ה לבד וגם אינו מושכה לסימטא כלל אפילו הכי לא קנה משום דמשיכה אינה קונה בר"ה ובזה בודאי חזינן שטעה וסבר דמשיכה הוא קנין המועיל ומסירה הוא קנין שאינו מועיל כיון שכונתו לקנין ואומר בפירוש שרוצה לקנות החפץ ואפילו הכי אינו מושך את החפץ לסימטא רק ברשות הרבים שהוא המקום שאין המשיכה קונה בו וכיון שכן יש לומר שהטעות מבטל את מחשבתו וכונתו שלא צה לקנות במסירה ונשאר בלא כונה כלל לא לקנות ולא שלא לקנות וכיון דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין היה לן לומר שיקנה דלא כהקצוה"ח.

פרק כא

א) והנה על הקושיא הנ"ל שהקשינו מההיא דמלוה ופרוטה ומההיא דשמין את הנייר ומההיא דיבמות כשקידשה לשם יבמות ולא לשום אישות לכאורא יש לתרץ ולומר דלא חשיבה דעת אחרת מקנה ע"פ מה שכתב הר"ן בנדרים דף ל' בסוגיא דבר פדא שהאשה מכיון שהיא מסכמת לקידושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו, אלמא דחשיבה כהפקר והבעל שמכניסה לרשותו מהפקירא קזכי ואין זה דעת אחרת מקנה לכן בעינן כונה לקנין.

ב) אך זה אינו חדא דיש הרבה פוסקים דס"ל דהפקר חשיב דעת אחרת מקנה עיין רש"י בב"מ דף י"ב לענין זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר וברא"ש שם ובנימוק"י שם ועיין מל"מ פ' כ"ט מהל' מכירה הלכה י"א ועוד בשאר אחרונים שדברו מזה, וכיון דאפילו הפקר שהפקיר לכל העולם ס"ל דחשיב דעת אחרת מקנה מכ"ש הפקר דאשה שלא הפקירה עצמה אלא לבעלה לבד בודאי נחשב דעת אחרת מקנה.

ג) ועוד נראה דכונת הר"ן בנדרים אינו לומר דקידושי אשה יהא נחשב כהפקר מצדה ולא חשיבה דעת אחרת מקנה ויהא נגרע כחה משאר מקנה רק כונת הר"ן לומר דאע"ג דבקידושין בעינן דעתה כמו דבעינן דעתו ואין האשה מתקדשת בע"כ דידה כמו שאינה מתקדשת בע"כ דידיה א"כ יש מקום לומר דהאיש והאשה שניהם שוין בקנין הקידושין ושניהם ביחד עושים את קנין הקידושין היינו שהוא הקונה אותה והיא המקנה והיא מכנסת עצמה לרשותו כמו שהוא מכניסה לרשותו לכן כתב הר"ן שאין הדבר כן כיון דכתיב כי יקח איש אשה ולא כתיב כי תלקח אשה לאיש וכשאמרה האשה הריני מאורסת לך אין בדבריה ממש כדאיתא בקידושין דף ה' א"כ הרי אנו רואין שכל הקנין של הקידושין עושה הבעל והאשה אינה אלא מסכמת ומבטלת דעתה אצל הבעל והבעל מכניסה לרשותו אבל היא אינה מכנסת עצמה לרשותו, ויוכל היות שגם בשאר הקנינים

כן הוא הדבר שהנותן אומר למקבל או המוכר אומר ללוקח לך משוך וקני או לך חזק וקני והלוקח או המקבל מתנה הלכו ימשכו או החזיקו יש לומר גם כן שהמוכר או הנותן לא עשו שום קנין והם לא הכניסו את החפץ לרשות הלוקח או המקבל שהרי לא עשו מאומה לסייע את הלוקח רק שאמרו לו להלוקח והמקבל לך משוך וקני או לך חזק וקני והסכימו המוכר והנותן וביטלו דעתם אל הלוקח והמקבל ואפילו הכי מקרי דעת אחרת מקנה ואין חילוק בין הנותן חפציו בחליפין או בשטר וכסף שהנותן והמוכר סייעו בקנינם לבין הנותן והמוכר במשיכה וחזקה שהמוכר והנותן לא סייעו מאומה בקנינם בכל זאת מקרי דעת אחרת מקנה ובקידושין אע"ג שהאשה ג"כ סייעה בקנינה בקבלת הכסף או בקבלת השטר מ"מ לא מקרי שהאשה הקנתה עצמה לבעלה והכניסה עצמה לרשותו כמו קנין כסף ושטר וחליפין בשאר הקנינים דמקרי שהמוכר והנותן הקנו ג"כ את החפץ והקרקע לרשות הקונה והקונה ג"כ הכניס לרשותו ושניהם המקנה והקונה עשו את הקנין אבל בקידושין כיון דכתיב כי יקח איש אשה ולא כתיב כי תלקח אשה לאיש לכן לעולם מקרי שהאיש הוא הקונה והאשה היא המסכמת ומבטלת דעתו אליו וכמו בקנין משיכה וחזקה אבל לעולם מקרי קידושין דעת אחרת מקנה אפילו לשיטת הר"ן א"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתיה מהך דמלוה ופרוטה ומהך דשמין את הנייר ומהך דיבמות הנ"ל כשקידשה לשם יבמות אמאי צריך כונה לקנין כיון דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין.

ד) **שהרי** דברי הר"ן בנדרים קאי שם לענין מילתא דבר פדא שם כ"ח ע"ב לענין מי שאמר הרי נטיעות אלו הקדש עד שיקצצו אם פדאן חוזרות וקודשות עד שיקצצו פירושו לפי שהקדיש את הנטיעות כמה פעמים פעם אחת הקדיש את הנטיעות היום ועוד מקדיש את הנטיעות שיחול ההקדש לאחר הפדיון ופריך הגמ' לבר פדא דאמר פדאן חוזרות וקודשות תפשוט דבעי רב הושעיא הנותן שתי פרוטות לאשה ואמר לה באחת התקדשי לי היום ובאחת התקדשי לי לאחר שאגרשך הכי נמי דהוי קידושי, והשיב הגמ' הכי אמר ר"י פדאן הוא חוזרות וקודשות פדאום אחרים אין חוזרות וקודשות ואשה כפדאוה אחרים דמיא עכ"ל הגמ' והקשה הר"ן שם דף ל' וז"ל וקשה לי אדרבה אשה לפדאן הוא דמיא שכשם שנטיעות הללו לפי שאינן יוצאות מרשות הקדש או מרשותו מצי לאקדושינהו לאחר שיפדו כך אשה זו כיון שאינה יוצאה מרשות הבעל או מרשות עצמה בדין הוא שתהא יכולה להתקדש מעתה אפילו לאחר שתתגרש וניחא לי דאי מצית אשה לקדש עצמה לאיש הכי נמי דהויא היא דומיא דמקדיש נטיעות ממש אלא כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמרה כי תלקח אשה לאיש לא כל הימנה שתכניס עצמה

לרשות הבעל, ומשו"ה אמרינן בפ"ק דקידושין (דף ה') דאי אמרה היא הריני מאורסת לך אין בדבריה ממש אלא מכיון שהיא מסכמת לקידושי היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו הילכך אין אנו דנין בקידושין מצד האשה אלא מצד הבעל ולגבי בעל כפדאוה אחרים דמיא עכ"ל הר"ן.

ה) **ופירוש** דברי הר"ן שאם הקידושין היו נקראים על שם שניהם שהאיש הוא המקדש והאשה היא מכנסת עצמה לרשות הבעל והבעל מכניסה לרשותו הוי כמו שפדה המקדיש בעצמו שההקדש חל לדברי בר פדא שהרי האשה גם היא המתקדשת ומכנסת עצמה לרשות הבעל ובשנתגרשה ונפדית מיד הבעל היא נכנסת לרשות עצמה א"כ מקרי שפדה המקדיש עצמו שמהני לבר פדא שהיא היא המתקדשת ולרשותה נכנסה כשנפדית ונתגרשה אבל כיון שהקידושין נקראים על שם הבעל המקדש והאשה אינה אלא מסכמת להקידושין וכמו בשאר קניני חזקה ומשיכה שהלוקח והמקבל מתנה לבד הם עושים את הקנין והמוכר והנותן אינם עושים מאומה בהקנין רק שהם מקנים להלוקח והמקבל מתנה וכיון שהקידושין נקראים על שם הבעל וכשהאשה נתגרשה נכנסת לרשותה ולא לרשותו א"כ הוי לגבי המקדש כפדאוה אחרים ולא הוי כפרה המקדיש עצמו מפני שהמקדיש הוא הבעל ונכנסה לרשות שלה, אבל לעולם מקרי דעת אחרת מקנה כמו שכתבנו.

ו) **ונראה** לתרץ ההיא דיבמות דכשקידשה לשם יבמות ולא לשם אישות משו"ה ס"ל לרבי שאינה מקודשת אם חלצה קודם הקידושין דפקע זיקתה משום דרבי לטעמיה אזיל דס"ל ביבמות דף י"ט דמאמר יבמין איתא בע"כ, וזהו פירוש הגמ' דהוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו פירוש משום שחשבו וסברו האיש והאשה שיכול לקדשה בע"כ משום שהיא זקוקה לו והוי דבר שהוא שלו ובאמת כבר פקע זיקתו והוי דבר שאינו שלו ואינו יכול לקדשה בע"כ לכן אינה מקודשת דאפילו אם קידשה מדעתה כבע"כ דמי כיון שהיא סבורה שגם בע"כ יכול לקדשה יוכל היות שאיננה מתרצית בקידושין כלל רק יען שסבורה שיכול לקדשה בע"כ ובדעתה שאפילו אם תמחה לא תועיל מחאתה לכן מתרצית בקידושין וזה גרע ממילתא דרב ענן שלא היה שם שום כונה לקנין כלל אמרינן דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין אבל כאן נתכונו לשם קנין רק שטעו וסברו שהיא מקודשת גם בע"כ לכן גם דעתה כבע"כ דמי, והגמ' דחי דכאן כיון שנתכונו שניהם לקנין מ"מ עדיף מאלו לא נתכונו כלל דמה איכפת לן מה שיכול לקדשה בע"כ לשם יבמות כיון דעכ"פ עכשיו מדעתה קידשה ולא בע"כ לכן היא מקודשת שפיר.

פרק כב

א) **אך** ההיא דמלוה ופרוטה וההיא דשמין את הנייר עדיין אינם מיושבים לדברי הנימוק"י והרשב"א דכיון דס"ל דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין אמאי אינה מקודשת אם דעתו אמלוה או דעתם על מה שכתוב בשטר, ונראה לתרץ הקושיות הנ"ל ע"פ מה שכתבנו האחרונים עיין נתיבות סימן ר' ס"ק י"ד ובס' שדי חמד בכללים מערכת ד' סימן פ"ב שהביא כמה אחרונים דס"ל כן דלא ס"ל להנימוק"י והרשב"א דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין רק אם המקנה נתכוין להקנותו אך שהקונה לא נתכוין לקנות אז מועיל כמו ההיא דרב ענן דשקיל בידקא בארעיה שאם המקנה היה מכוין להקנותו בלא טעות היה קונה אבל אם גם המקנה לא נתכוין להקנותו באופן המועיל לא קנה, לכן בההיא דמלוה ופרוטה ובההיא דשמין את הנייר ובההיא דיבמות ששניהם כאחד טעו הקונה והמקנה ונתכונו לקנות במלוה ולא בפרוטה או שנתכונו לקנות במה שכתוב בשטר ולא בנייר או בההיא דיבמות ששניהם האיש והאשה נתכונו לשם יבמות ולא לשם אישות לכן לא קט דדעת מקנה בעינן וא"כ בעינן שיכוין להקנות בלא שום טעות ובלא שום מגרעת ואז קונה אפילו אם הקונה לא נתכוין לקנות אבל כאן כיון שגם הקונה וגם המקנה טעו ונתכונו להקנות בקנין שאינו מועיל בטעות או ברצון לכן לא קנה, כן יש לתרץ ע"פ דברי הנתיבות דסימן ר' ס"ק י"ד ושאר אחרונים.

ב) **אך** מדברי הגרע"א בסימן ל"ז לא משמע כן רק משמע שאפילו אם המקנה לא נתכוין להקנותו ג"כ קנה אפילו אם הקונה ג"כ לא נתכוין לקנות ע"ש שמביא ראיה לדבר מדברי הנימוק"י בעצמו בההיא מילתא דרב ענן שקיל בידקא בארעיה (ב"ב ד' מ"א) שאמר רב ענן לרב נחמן והא אחיל לי דאתא וסייע בגודא בהדאי והשיב לו ר"נ מחילה בטעות היא וכו' והקשה על זה הנימוק"י וז"ל ואע"ג דשמעינן ליה לרב נחמן (ב"מ ד' סו) גבי פירות דקל דמחילה בטעות שמה מחילה יש לומר דהתם ידע דפירות דידיה אכל בכהאי טנא הוי מחילה אבל הכא דהאי גברא לא ידע מידי דמיא לאונאה דאמרינן התם דמשום דלא ידע לא הוי מחילה, שמעינן מזה אלו ידע המזכה אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה היה קונה ואע"ג דאמרינן ביבמות העודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו לא קנה תירץ הראב"ד דהכא דעת אחרת מקנה אותו שאני וכו' עכ"ל הנימוק"י ע"ש א"כ משמע דדוקא התם לא קנה רב ענן משום שלא ידעו כלל הנותן והמקבל ואמרינן בזה מחילה בטעות לא הוי מחילה אבל אם ידעו הנותן והמקבל אע"ג דהזוכה והמזכה טעו וחשבו דכבר קנה המקבל כההיא דשמיט ואכיל בדבר שלא בא לעולם מ"מ קנה כיון דידע דבדידיה קא מחזיק קנה שפיר.

ג) **ולפי** זה במוכר או נותן מתנה לחבירו בקנין שטר והשטר היה בטל או בקנין חליפין והיה שלא כדין ואח"כ החזיקו בו המקבל מתנה או הלוקח בנעל גדר ופרץ ובשעה שהחזיקו בנעל גדר ופרץ עדיין לא ידעו שהשטר והחליפים בטלים הם מ"מ שפיר קנו הלוקח והמקבל מתנה לפי דברי הנימוק"י הנ"ל שכתב דדוקא במילתא דרב ענן לא קנה משום שהנותן לא ידע כלל דבשלו הוא מחזיק דטעה וסבר דשל רב ענן הוא אבל בנידון זה שהנותן והמקבל או המוכר והלוקח כולם ידעו דבשל המוכר הוא מחזיק דומה ממש להההיא דשמיט ואכיל שטעו שהקנין הראשון מהני א"כ בנידון זה נמי מהני שפיר אע"ג שלא נתכונו לקנין שהרי טעו וסברו שהקנין קיים השטר והחליפים שעשו והוי ממש כעודר בנכסי הגר וכסבור שהוא שלו ואפילו הכי קנה בדעת אחרת מקנה לשיטת הנימוק"י דאע"ג דליכא כונה לקנין לא מצד המוכר ולא מצד הלוקח ואפילו הכי קנה לשיטת הנימוק"י והוא דלא כהנתיבות הנ"ל סימן ר' ס"ק י"ד ושאר אחרונים הנ"ל.

ד) **ובאמת** נראה דלאו מדברי הנימוק"י הנ"ל לבד יש להוכיח כן אלא גם מדברי התוס' והרא"ש יש להוכיח כזאת, דהנה התוס' בב"מ דף ס"ו ובב"ב דף מ"א והרא"ש בב"מ שם דף ס"ו הביאו האי מילתא דרב ענן דבב"ב דף מ"א דאמר לו רב נחמן מחילה בטעות לא הויא מחילה והקשו מזה לפירש"י דס"ל דמחילה בטעות הוי מחילה בההיא דמוכר פירות דקל קודם שבאו לעולם ושמיט ואכיל דלא מפקינן מיניה ע"ש ולפי דברי הנתיבות והאחרונים הנ"ל אין זה קושיא כלל דבההיא מילתא דרב ענן כיון דהקרקע עדיין קיימת ורב ענן לא נתכוין לקנות ובעינן בזה כונת המקנה שהמקנה יתכוין להקנותו וכיון שגם המקנה טעה לכן אינו מועיל דאף אי נימא דמחילה בטעות הוי מחילה מ"מ קנין מיהא בעינן שהזוכה יעשה בה קנין דבלא קנין אין שום אדם קינה אפילו בקונה ומקנה דעלמא שלא טעו וכיון דכאן ליכא קנין לכן לא קנה, אבל בההיא דשמיט ואכיל כיון שכבר אכל ואין שייך להצריכו קנין במידי שכבר נאכל לכן קנה שפיר דמחילה בטעות הוי מחילה כיון שאין צריך קנין שכבר נאכל אלא ודאי משמע דכיון דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין קנה גם בלא כונה כלל ואפילו אם המקנה ג"כ לא נתכוין להקנותו אפילו הכי קנה דלא כהנתיבות והאחרונים הנ"ל.

ה) **ודע** דהקושיא הזאת שהקשו מהא דרב ענן למילתא דרב נחמן דשמיט ואכיל הקשו ג"כ הגהות אשר"י בפ' איזהו נשך ועוד ראשונים כמו שהקשו התוס' והרא"ש והנימוק"י א"כ מדברי כולם למדנו שאין שום חילוק בין אם המקנה מכוין להקנותו או לא א"כ נשארה הקושיא הנ"ל מהך דמלוה ופרוטה ומהך דשמין את הנייר ומהך דיבמות דשמעינן מכל זה דאפילו אם נתכונו לקנות רק שלא נתכונו לקנות בקנין המועיל לא

קנו ומכ"ש כשלא נתכונו לקנות כלל לא קנו ומכל הראשונים הנ"ל משמע דקנה אפילו בלא כונה כלל לא מצד הקונה ולא מצד המקנה.

ו) **ועוד** דלפי מה שהוכחנו לעיל מדברי הנימוק"י דבמוכר או נותן מתנה לחבירו בקנין שטר או בחליפין ועשה קנין חזקה בנעל גדר ופרץ ואח"כ נמצא שהשטר והחליפין בטלים ובשעה שהחזיק בנעל גדר ופרץ עדיין לא ידעו שהשטר והחליפין בטלים מ"מ קנו שפיר הלוקח או המקבל מתנה יש להקשות על זה מהא דאיתא בכתובות ד' ע"ד ובשו"ע אה"ע סימן ל"א לענין שאם קידש בפחות משוה פרוטה וכן קטן שקידש אע"פ ששלח סבלונות אח"כ אמרינן שעל דעת קידושין הראשונים שלח א"כ כאן נמי אע"ג שהחזיק בשדהו ונעל וגדר ופרץ יש לנו לומר דעל דעת קנין הראשון עושה ולא נתכונו הלוקח או המקבל מתנה לקנין רק טעו שהשטר והחליפין הראשונים קיימים ואית לט לומר שלא יקנה כמו שאין האשה מתקדשת שם ע"י הסבלנות משום שלא נתכונו לקידושין כך יש לנו לומר שלא יקנה ע"י נעל גדר ופרץ דהשתא משום שדעתו על דעת קנין הראשון השטר והחליפין.

ז) **ונידון** דידן עדיף מהא דקטן ופחות משוה פרוטה דהתם אמרינן דאם בעל בודאי לשם קידושין דחזקה אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, וכתב הרמ"א שם סימן ל"א ס"ק ט' ודוקא בכהאי גונא שכל אדם יודע דאין קידושי קטן ופחות משוה פרוטה כלים לכן בעל לשם קידושין אבל במקום למיטעי צריך קידושין אחרים עכ"ל הרמ"א אלמא דקידושי קטן ופחות משוה פרוטה לא שכיחי אינשי שיטעו בזה וידעי שאין האשה מתקדשת בהם, וא"כ יש מקום לומר אדם יודע שאין קידושי קטן ופחות משוה פרוטה כלום וגמר ושלח סבלונות לשם קידושין, ואפילו הכי לא אמרינן כן אלא אמרינן שעל דעת קידושין הראשונים גמר ושלח סבלונות, א"כ מכ"ש בנידון דידן כשאנו רואים וידעינן בודאי שטעו וסברו שהשטר והחליפין הם נעשים כדין ומועילים לקנות כההיא מילתא דרב ענן וההיא דשמיט ואכיל דידעינן שטעו, בודאי יש לנו לומר שעל דעת קנין הראשון עשה את החזקה דנעל גדר ופרץ, שהרי אפילו בבעל דאיכא חזקה אלימתא שאין אדם עושה בעילתו בעילת זנות מ"מ אמרינן אם ידעינן דטעה וסבר שקידושיו הראשונים קידושין אז אמרינן דאפילו בעילתו שבעל אח"כ על דעת קידושין הראשונים היו ולא נתכוין בבעילתו לשם קידושין ואינה מקודשת, מכ"ש בנידון דידן דליכא שום חזקה וראיה לומר שנתכוין לשם קנין בשעה שנעל גדר ופרץ א"כ בודאי יש לנו לומר שלא נתכונו לשם קנין רק דעתם על השטר והחליפין הראשונים ויש לנו לומר שלא יקנה כי מ"ש קידושין משאר קנינים.

ה) והנה בההיא דב"מ דף ס"ו במוכר דבר שלא בא לעולם איתא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה וכיון שכבר אכל אין מה לדבר ולחקור אם עשה קנין המועיל או לא כיון שכבר אכל את הפירות וכמו שכתבנו לעיל אבל על הפוסקים יש להקשות דהנה מרן השו"ע והטור סימן ר"ט ס"ד כתבו ואם קדם הלוקח ותפס את הפירות אין מוציאין, וכיון דהפירות הם עדיין בעין יש להקשות במה זכה הלוקח הפירות כיון שלא נתכונו לקנות המוכר והלוקח רק דעתם על קנין הראשון שמכר לו כההיא דקידש בפחות משוה פרוטה או קטן שקידש ושלח סבלונות דאמרינן על דעת קידושין הראשונים שלח ובגמ' דב"מ קרי לזה ג"כ מחילה בטעות אלמא דאיירו שטעו שניהם וכן הוא בכל הפוסקים דאיירו שטעו ולא נתכונו עכשיו לשם קנין רק דעתם על קנין הראשון וכיון שהפירות הם בעין ולא נתכונו לקנין לא הקונה ולא המוכר במה קנה הלוקח ואמאי לא יוציאו ממנו ומ"ש מההיא דקידושין.

ט) ונראה דאיירו הטור והמחבר שתפס ומונחים הפירות בחצרו וכיון דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו לכן לא בעינן כונה לקנין וקנה הלוקח שפיר בלא שום כונה לא המקנה ולא הקונה משא"כ בההיא דקידושין בקטן שקידש או שקידש בפחות משוה פרוטה דבשאר קנינים איירי ולא בקנין חצר לכן בעינן כונה לקנין וכיון שלא נתכונו לקידושין לכן אינה מקודשת משא"כ בתפס בחצרו דלא בעינן כונה לקנין לכן קנה שפיר.

י) היוצא מזה דמה שכתבו הנתיבות ושאר האחרונים לדברי הנימוק"י והראב"ד והרשב"א שיש חילוק בדעת אחרת מקנה בין שהמקנה נתכוין להקנותו או לא ליתא להחילוק הזה כי לדברי הנימוק"י וסיעתו קונה בדעת אחרת מקנה אפילו אם גם המקנה לא נתכוין להקנותו כמו שהוכיח הגרע"א מדברי הנימוק"י בעצמו וכמו שהוכחנו מדברי התוס' והרא"ש ושאר פוסקים שאין חילוק בזה ואפילו אם גם המקנה לא נתכוין להקנותו עכשיו בהקנין המועיל ג"כ קנה א"כ נשארה הקושיא הנ"ל מהך דמלוה ופרוטה ומהך דשמין את הנייר ומהך דקטן ופחות משוה פרוטה הנ"ל שאנו רואין בכל הני שאין אדם קונה בלא כונה, ולדברי הנימוק"י והראב"ד והרשב"א היה לנו לומר שתהא מקודשת באופן זה כיון ששניהם רוצים בקידושין אף שאינם מכונים לקנין מ"מ יש לנו לומר שתתקדש בלא כונה לקנין כיון דבדעת אחרת מקנה ס"ל דלא בעינן כונה לקנין כלל לא כונת הקונה ולא כונת המקנה.

יא) ואל תתמה אך יקנה הקונה בלא דעת מקנה והלא ממונו של המקנה הם ולא של הפקר ואיך יוכל אדם לקנות בלא דעתו דאף אם נימא דלא בעינן כונה לקנין אבל איך קונין ממונו של אדם בלא דעתו, אך אין זה תימה דבודאי אם לא דברו כלל ולא גמר

המוכר את דעתו כלל למכור בודאי אין אדם יכול לקנות ממונו של חבירו בלא דעתו אבל דברינו הוא כההיא דב"מ דף ס"ו במוכר פירות דקל לחבירו דהוי דבר שלא באו לעולם ולא קנה הלוקח בשעה שעשה את הקנין ואח"כ תפס הלוקח את הפירות בפני המוכר ולא נתכוין לקנות אז יען שטעה שכבר קנה בקנין הראשון והוי כעודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו וגם המוכר טעה בזה ולא נתכוין להקנותו אז בשעה שתפס הלוקח ובאופן זה דוקא קנה הלוקח לדברי הנימוק"י וסיעתו הואיל וכבר מכר לו הפירות והיה אז דעת המקנה להקנותו לכן קנה הלוקח אבל כשלא מכר לו המוכר מעולם בודאי אין אדם קונה ממונו של חבירו שלא מדעתו.

יב) וז"ל הה"מ פ' כ"ב מהל' מכירה הלכה ב' וכתב הרשב"א ז"ל מהא דאמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה הביא ר"ת ראיה למוכר שטר חוב בעדים אע"ג דקי"ל דאין אותיות נקנות אלא בכתיבה ומסירה אם קדם הלוקח וגבה מלוה אין המוכר יכול לחזור בו ומסתברא לי דוקא וכו' בדאמר ליה הוא וכל שיעבודא דאית ביה אבל אי לא אמר ליה הוא וכל שיעבודא דאית ביה לא קנה אלא הנייר בעלמא הלכך אפילו קדם וגבה מוציאין ממנו עכ"ל וכן הסכים הרמב"ן לדעת ר"ת ז"ל עכ"ל הה"מ שם וכן הרא"ש בב"מ דף ס"ו סימן ל"ב מביא דברי ר"ת אלה ומסיים הרא"ש וז"ל דדוקא כשידע המוכר שגבאו הלוקח ומטעם מחילה ע"ש ברא"ש.

יג) והתם ג"כ איירי דבשעה שגבה הלוקח לא נתכונו לקנין כי טעו דבאמירה לבד מה שאמר לו בפה קני לך הוא וכל שיעבודו דאית ביה קנה הלוקח, אע"ג שגם המוכר טעה בזה והוי בעודר בנכסי הגר וקסבור שהוא שלו אפילו הכי קנה הלוקח כיון שהמוכר כבר הקנהו והיה אז דעת המקנה להקנותו לכן קנה הלוקח אבל כשלא מכר לו מעולם בודאי אין אדם קונה ממונו של חבירו שלא מדעתו.

יד) לכן שפיר קשיא לן דאית לן לומר גם בההיא דמקדש בפחות משוה פרוטה ואח"כ שלח סבלונות כיון שנתרצו אז בקידושין א"כ נהי דבשעה ששלח סבלונות לא נתכונו לשם קידושין שהרי טעו וסברו דקידושין הראשונים קיימים מ"מ יש לנו לומר כיון שהיה אז דעתם לקידושין לקדש ולהתקדש לכן תהיה מקודשת וכן אם בעל אח"כ אם קידשה בקידושין דידעינן בודאי שטעו דקי"ל שאינה מקודשת משום שדעתם על קידושין הראשונים יש לנו לומר ג"כ שתתקדש שפיר כיון שאז נתכונו לשם קידושין אע"ג דעכשיו טעו מ"מ תתקדש ומכ"ש בההיא דמלוה ופרוטה וההיא דשמין את הנייר וההיא דיבמות דקידשה לשם יבמות בודאי יש לנו לומר שתתקדש שהרי בשעה שעושה

את הקנין המועיל נתכוין לקדשה רק שנתכוין לקדשה בקנין שאינו מועיל בודאי יש לנו לומר שתתקדש לדברי הנימוק"י וסיעתו.

פרק כג

א) **ובאמת** הדבר תמוה בההיא דב"מ דף ס"ו איך יכול שום אדם לקנות ממונו של חבירו בלא דעת מקנה והלא קי"ל שצריך המוכר לומר ללוקח לך משוך וקנה ומה איכפת לן אם המוכר מכר הפירות ללוקח מזמן ארוך כשנה או כשנתים מקודם ועשה אז הלוקח הקנין והלא כיין דהקנין שהלוקח עשה אז לא הועיל כלום כיון שהיה דבר שלא בא לעולם ובשעה שהלוקח עשה הקנין טעה גם המוכר וסבר שהפירות הם של הלוקח ותרווייהו טעו המוכר והלוקח והוי כעודר בנכסי הגר כסבור שהוא שלו איך יקנה הלוקח בלא דעת מקנה כיון שהמקנה אינו מכוין להקנותו עכשיו ומה איכפת לן במה שנתכוין להקנותו אז והלא צריך דעת מקנה בשעת הקנין ומה שהיה דעת המקנה לפני שנה או שנתים איך יקנה בזה עכשיו.

ב) **והנה** על הגמ' דב"מ דף ס"ו אין להקשות כיון דהגמ' איירי שהלוקח שמיט ואכיל אין מה להקשות עוד על הקנין כיון שהפירות כבר נאכלו אבל על הטור ומרן בשו"ע שכתבו אם תפס הלוקח אין מוציאין מידו כיון דאיירו שהפירות בעין בודאי יש להקשות במה קנה הלוקח כיון שהמוכר לא הקנה לו אז במה זכה הלוקח אפילו אם נימא דאיירי בקנין חצר דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו מ"מ דעת המוכר מיהא בעינן שיכוין להקנותו וכיון שלא נתכוין להקנותו איך יקנה.

ג) **וכן** על מילתא דר"ת הנ"ל לענין מכירת שטרות דס"ל דבמוכר שטר חוב לחבירו בלא כתיבה ומסירה מ"מ אם גבה הלוקח לא מפקינן מיניה יש להקשות ג"כ במה קנה הלוקח ממונו של מוכר בלא דעת המקנה, ונהי שהיה דעתו של המוכר להקנותו לפני שנה או שתים מ"מ כיון דבעת שעשה הלוקח את הקנין וגבה את מעות המוכר לא היה אז דעתו של המוכר להקנותו שהרי טעו שניהם גם המוכר גם הלוקח שקנין הראשון קיים ואיך קונין מעותיו של אדם בלא דעת המקנה.

ד) **ונראה** דהנה הנימוק"י בב"מ פ' איזהו נשך בסוגיא דשם דף ס"ו משמע דס"ל בפירוש הגמ' דשם כפירוש ר"ת בב"מ שם בתוס' ובראש"ש ובשאר מפרשים ע"ש בתוס' שחילקו בין ההיא דשמיט ואכיל דאמרינן מחילה בטעות הויא מחילה ובין שאר דוכתי דבההיא דשמיט ואכיל דאיירי שמכר לו דבר שלא בא לעולם דנהי דיכול לחזור בו משום שאין אדם מקנה דבר שלב"ע מ"מ כיון שאסור לחזור בו משום שמחויב דליקום בהימנותיה לכן אמרינן דאפילו היה יודע שיכול לחזור בו לא היה חוזר ע"ש בתוס', לכן נחשבת

שפיר כדעת מקנה דהוי אומדנא דמוכח שאין רצונו לחזור בו ודעתו להקנותו, וגדולה מזו אמרינן בב"מ דף ט"ז בלוקח מגזלן וחזר הגזלן ולקח מבעלים הראשונים קנה הלוקח משום האי טעמא דניחא ליה דליקום בהימנותיה וכן אמרינן בב"מ ד' ע"ב דמשום האי טעמא דניחא ליה לאינש למיקם בהימנותיה מקרי השטר דלוקח מגזלן ניתן ליכתב וגובין מנכסים משועבדים ע"ש וכיון דאיכא אומדנא דמוכח א"כ הוי כאלו פירש לו בהדיא שרצונו לקיים ממכרו כי היכי דליקום בהימנותיה לכן ניחא בההיא דב"מ דף ס"ו שכתבו הטור ומרן בשו"ע דאפילו תפס הפירות שישנו בעין ואפילו הכי קנה והוא דכיון דאיכא אומדנא דליקום בהימנותא הוי כאלו פירש לו בפירוש שרוצה להקנות לו הפירות א"כ איכא דעת מקנה לכן קנה, וכן ההיא דר"ת לענין מכר שטר חובו בלא כתיבה ומסירה נחשב נמי דעת מקנה משום האי טעמא דניחא ליה דליקום בהימנותיה לכן קנה הלוקח מטעמא שכתבו הנימוק"י והראב"ד דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין לכן קנה הלוקח הפירות שתפס והמעות שגבה מהלוה דכיון דאיכא דעת מקנה לא בעינן כונת הלוקח ואם אפילו נימא דלא ס"ל לר"ת והטור ומרן בשו"ע ושאר מפרשים להאי דהנימוק"י והראב"ד הנ"ל מ"מ יוכל היות שקונין הפירות שתפס והמעות שגבה בקנין חצר דקי"ל חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכיון דאיכא דעת מקנה לכן קניא ליה חצרו

ה) **ונדחה** בזה ג"כ ראיית הגרעק"א שהבאנו לעיל שהביא ראיה מדברי הנימוק"י דב"ב הנ"ל דלא בעינן דעת מקנה מדכתב שהחילוק בין מילתא דרב ענן דאמרינן מחילה בטעות לא הוי מחילה למילתא דרב נחמן בב"מ דאמר לענין שמיט ואכיל דלא מפקינן מיניה דבמילתא דרב ענן דהאי גברא לא ידע מידי דמיא לאונאה דאמרינן התם דמשום דלא ידע לא הוי מחילה, אבל בההיא דשמיט ואכיל דידע דפירות דידיה אכל בכהאי גונא הוי מחילה, ומזה דייק הגרעק"א הנ"ל דדוקא משום מחילה בטעות אבל בידע המוכר או הנותן דדידיה קמחזיק או אכיל קנה המקבל אע"ג שחשבו הזוכה והמזכה שכבר קנה המקבל כההיא דדבר שלא בא לעולם מ"מ כיון דידע דבדידיה מחזיק מהני ע"ש בתשובות הגרעק"א סימן ל"ז. ובדברינו נדחו דבריו שגם בההיא דדבר שלא בא לעולם דשמיט ואכיל איכא דעת מקנה משום דהוי אומדנא דמוכח דניחא ליה דליקום בהימנותיה לכן קנה הלוקח ובשביל האומדנא הזאת מקרי דידע המזכה דדידיה אכיל וגמר ומקנה ליה, לכן סיים הנימוק"י וז"ל ושמעינן מהכא דאילו הוה ידע המזכה אע"ג דלא ידע רב ענן שהוא הזוכה קנה עכ"ל הנימוק"י אלמא דס"ל דבעינן דעת המזכה דלא כהגרעק"א דאלו לדבריו בלא דעת המקנה נמי קנה.

ו) **וכן** משמע מדברי הנימוק"י בההיא סוגיא דשמיט ואכיל לא מפקינן מיניה דאיתא בגמ' (ב"מ ס"ו) בהלוהו על שדהו ואמר לו אם אי אתה נותן לי מכאן ועד שלש שנים הרי הוא שלי דהוי אסמכתא ולא קנה את השדה לאחר שלש שנים ואמר רב נחמן השתא דאמר רבנן אסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרא פירי (לאחר שלש אם אכלן לוקח. רש"י) והקשה הגמ' על זה למימרא דסבר רב נחמן מחילה בטעות לא הוי מחילה והאיתמר המוכר פירות דקל לחבירו וכו' ורב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיניה ומתרץ הגמ' התם זביני הכא הלואה וכתב הנימוק"י שם וז"ל כתב ר"ת ז"ל פירושו בספר הישר לפי מה שנראה לי דברי הרשב"א דזביני לא הוי מחילה בטעות והלואה מחילה בטעות וטעמא דזביני מתחלה לאו מחילה בטעות הוי שהרי דעתו למכור היה וזה נמי דעתו לקנות וכו', אבל האי שמשכן שדהו מתחלה לא עלה בדעתו למוכרו אלא למשכנו לבד והפירות שאכל המלוה לאחר שלש לא היו קטים לו אלא שהלוה טועה שהיה סבור שכיון שאמר ליה שלאחר שלש אם לא פדאו יהא שלו יצאה מתורת משכונא ונכנסה ברשות מכר ודמיא להא דאמרינן בענין אונאה (דף נ"א ודף ס"ז) דלא ידע דניתול עכ"ל הנימוק"י.

ו) **אלמא** דכתב הנימוק"י בפירוש דבההיא דשמיט ואכיל לא הוי מחילה בטעות כלל יען כי מתחלה מדעתו מכר לו לכן אמרינן שגם עכשיו מדעתו ומרצונו מניחו ליקח את הפירות בלא שום טעות כלל והוא כמ"ש התוס' בשם ר"ת דכיון דמתחלה מכר לו מדעתו לכן אע"ג שיוכל לחזור בו משום דהוי דבר שלא בא לעולם מ"מ כיון שאסור לחזור בו משום דליקום בהימנותיה אמרינן דמדעתיה הוא נותן לו גם עכשיו כמו שמכר לו מדעתיה בשעת המכירה.

ח) **וסיים** הנימוק"י אבל במשכונא דמיא לאונאה דלא ידע דאיכא אונאה, משום שלא היה בדעתו מתחלה למכור רק למשכונו בלבד אלא שהלוה טועה שהיה סבור שכיון שאמר ליה שלאחר שנים אם לא יפדהו יהא שלו יצאה מתורת משכונא ונכנסה בתורת מכר לכן דמיא להא דאמרינן בענין אונאה דלא ידע דניחול, ולדברי הגרעק"א ז"ל שכתב שגם בהאי דשמיט ואכיל לא נתכונו לקנין לא הזוכה ולא המזכה רק חשבו שהקנין הראשון קיים ואין החילוק בין מילתא דרב ענן לבין מילתא דרב נחמן דשמיט ואכיל אינו אלא בזה דבמילתא דרב ענן לא ידע המקנה כלל דדידיה לקח ודמיא לאונאה שלא ידע דאיכא אונאה כלל משא"כ בההיא דשמיט ואכיל ידע המוכר דדידיה אכיל לכן הוי מחילה, א"כ תימה דההיא דהלוהו על שדהו בודאי יש לדמותו לההיא דשמיט ואכיל ואין לדמותו לאונאה שהרי בההיא דהלוהו על שדהו ידע ג"כ דפירות שדהו הוא אוכל

רק שטועה בדין וסבר דאסמכתא קניא ועל דעת קנין הראשון הוא אוכל והוא דומה ממש להההיא דשמיט ואכיל שידע ג"כ שאוכל פירות שדהו רק שהוא טעה וסבר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם ועל דעת קנין הראשון קאכיל הפירות, ואיזה דמיון יש לה להההיא דהלוהו על שדהו להההיא דאונאה והלא בההיא דאונאה לא ידע המתאנה כלל דאיכא אונאה משא"כ בההיא דהלוהו על שדהו ידע דדידיה אכיל רק שטעה דאסמכתא קניא והוי כמו ההיא דשמיט ואכיל.

ט) אלא ודאי דמה שכתב הנימוק"י בב"ב דההיא דשמיט ואכיל מקרי דידע המוכר דדידיה אכיל וההיא דרב ענן דמיא לאונאה דלא ידע דאיכא אונאה אין פירושו כמו שפירש הגרעק"א דאפילו אם טעו הזוכה והמזכה וסברו שקנין הראשון קיים מה שמכר לו דבר שלא בא לעולם אפילו הכי קנה כיון דעכ"פ ידע המוכר דשלו אוכל משא"כ באונאה ובההיא דרב ענן שלא ידע כלל דאיכא אונאה ולא ידע שהסיג את גבולו ואהדר גודא בארעא דלאו דיליה דאם יהא הפירוש כן אם כן בההיא דהלוהו על שדהו אמאי מפקינן מיניה והלא גם שם ידע הלוה דדידיה אכל רק שטעה וסבר דאסמכתא קניא א"כ דמיא ההיא דהלוהו על שדהו להההיא דשמיט ואכיל ולא דמיא לאונאה דלא ידע כלל שנתאנה אלא ודאי דמ"ש הנימוק"י דההיא דשמיט מקרי דידע המוכר דדידיה אכיל פירושו הוא שגם עכשיו ידע המוכר דדידיה אכיל ונתרצה לזה המוכר משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה ואין כאן טעות כלל רק דאמרינן כמו שמתחלה נתרצה המוכר למוכרו מדעתו בלא שום אונס ובלא שום תנאי ובלא שום טעות כך המוכר נתרצה עכשיו למוכרו בלב שלם ואין כאן שום טעות ושום תנאי כלל ובשביל זה מקרי דידע המוכר דדידיה אכיל.

י) אבל בההיא דהלוהו על שדהו כיון דמתחלה לא עלה בדעתו למוכרו רק למשכנו בלבד רק שאמר לו שאם לא יפדהו לאחר שלש שנים יצא השדה מתורת משכונא ותכנס לרשות המלוה בתורת מכר והלוה טעה שהיה סבור שדבריו קיימים והמלוה קנה את שדהו והפירות שאכל המלוה טעה הלוה וסבר דשל המלוה הם לכן שפיר דמיא לאונאה דלא ידע דניחול, דאע"ג שהלוה רואה דשלו אוכל מ"מ כיון שמתחלה לא נתרצה הלוה למכור שדהו רק למשכנו ואמרינן כשם שמתחלה לא נתרצה למוכרו כן עכשיו אינו מתרצה למוכרו ומה שמניחו לאכול את הפירות הוא משום שטעה וסבר דאסמכתא קניא לכן דמיא למילתא דרב ענן ולמילתא דאונאה דלא ידע כלל דליחול אע"ג דבאמת לא דמיא ההיא דאונאה ודרב ענן למילתא דהלוהו על שדהו דבההיא דאונאה ודרב ענן לא ידע כלל דאיכא אונאה ולא ידע כלל שהסיג את גבולו אבל בההיא דהלוהו על שדהו

עכ"פ ידע שאוכל את הפירות שלו, מ"מ כיון דלא ידע הלוה דאסמכתא לא קניא וטעה וסבר דאסמכתא קניא הוי כאלו לא ידע כלל ודמיא לאונאה ולמילתא דרב ענן ושמעינן מזה דבההיא דשמיט ואכיל דמקרי דידע דדידיה אכל הוא משום שלא טעה כלל רק משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה מקנה ליה גם עכשיו מדעתו ומרצונו בלא שום טעות כלל ושפיר איכא דעת מקנה והוא כמו"ש הנתיבות ושאר אחרונים דדעת מקנה בעינן אפילו לדברי הנימוק"י והראב"ד דלא כהגאון רעק"א.

יא) ומתורצים בזה כל הקושיות שהקשינו מהך דמלוה ופרוטה ומהך דשמין את הנייר ומהך דיבמות דקידשה לשם אישות דכיון דבעינן דעת מקנה שיכוין להקנותו לכן בעינן שיהא כונתו בלא שום טעות וכיון דשניהם האיש והאשה נתכונו לקדש במלוה ולא בפרוטה או במה שכתוב בשטר ולא בנייר או לשם יבמות ולא לשם אישות לכן אינה מקודשת ומכ"ש בהך דקידשה בפחות משוה פרוטה או קטן שקידש ושלח סבלונות דליכא כונה לקידושין כלל לכן אינה מקודשת, ובקידושין יוכל היות דלא שייך לומר ניחא ליה דליקום בהימנותיה כמו גבי מקח וממכר ואפילו אם נימא דשייך גבי קידושין ג"כ ניחא ליה דליקום בהימנותיה כמו גבי מקח וממכר מ"מ תפיסה לא שייך שם, לכן במוכר דבר שלא בא לעולם בב"מ דף ס"ו או במוכר שטרו בלא כתיבה ומסירה ותפס הלוקח ושמט הפירות וכן אם גבה ותפס המעות מהלוה אמרינן שגם המוכר נתרצה לתפיסתו של הלוקח, משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה ומסתמא נתרצה המוכר כשתפס הלוקח אבל בקידושין כשעושה קנין שאינו מועיל כגון שקידשה בפחות משוה פרוטה וכיוצא בו ושלח סבלונות אמרינן שעל דעת קידושין הראשונים שלח ואין דעתו לקדשה בהסבלונות האלו ולא אמרינן כיון שכבר קידשה רק שלא הועילו הקידושין א"כ מסתמא מקדשה עכשיו ונתרצו בקידושין עכשיו משום דניחא להו דליקום בהימנותייהו זה לא אמרינן, חדא דיוכל היות דדוקא גבי ממון אמרינן כן ולא בקידושין ועוד דלא אמרינן כן גבי דבר שלא באו לעולם וגבי גביית שטר חוב אלא כשתפס הלוקח אבל לא תפס לא וגבי קידושין לא שייך למימר תפס לכן אינה מקודשת.

פרק כד

א) והנה הנתיבות בסימן ר' ס"ק י"ד תירץ עוד תירוץ אחר על קושיתו אשר הקשה שם ע"ש מה שהקשה, ותירץ דדברי הראב"ד והנימוק"י אינן אלא במתנה ולא במקח וממכר וכ"כ הח"ס חלק יו"ד סימן שי"ג שיש חילוק בין מתנה למקח וממכר וז"ל הנתיבות שם ועוד יש לחלק בין מתנה למכר דבשלמא במתנה שפיר אמרינן דדעת אחרת מקנה אותו שאני דהא המקבל אלו היה יודע מזה היה רצונו לקנות ואומדנא דמוכח הוי בכל דוכתי

כאלו נתרצה, משא"כ במוכר ולוקח מה בכך דהמוכר נתכוין להקנות מ"מ אימר הלוקח אין רצונו עדיין לקנות שיתחייב בדמיו ואפשר דעתו שלא יעשה קנין עדיין כדי שיהא יכול לחזור בו עדיין משו"ה בעינן כונה לשם קנין עכ"ל הנתיבות שם וז"ל הח"ס שם ע"כ לא קאמר אלא בנותן לו מתנה קונה שלא בכונה לקנות אבל במכר אם אין כונת הלוקח לקנות אטו יתחייב באחריות מקחו ע"כ אין חבין אלא בפניו וכו' ותו תינח אי דעת אחרת מקנה אותו להדיא אע"פ שאין דעת הקונה והוא הדין נמי בהיפוך אם דעת הקונה לקנות ואנן סהדי שהמקנה ניחא ליה כדי לפטור באיסורא וכו' אבל היכא שאין כאן לא דעת מקנה ולא דעת קונה ניקום אנן ונימא אנן סהדי דהמקנה ניחא ליה להקנות איסורים דיליה והקנה קונה שלא מדעתו כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו זה לא שמענו עכ"ל הח"ס.

ב) היוצא מדבריהם דתרתי בעינן לדברי הנימוק"י והראב"ד הנ"ל חדא שיהא דעת המקנה ושיכוין בפירש להקנות להקונה ועוד בעינן שיהא במתנה דוקא דזכות הוא לו אבל במקח וממכר לא מהני אע"ג שיש גם דעת המקנה בפירא וגם במתנה אינה מועיל רק אם היה דעת מקנה בפירוש בלא שום טעות אבל אם לא היה דעת מקנה אינו מועיל, ובה מתורצים ג"כ כל הקושיות הנ"ל מהך דמלוה ופרוטה ומהך דשמין את הנייר ומהך דקדשה לשם יבמות דכל הנך כמקח וממכר חשיבי כיון דקידושין הם ולאו זכות גמור הוא ולא כמתנה דמיא, וכן מההיא דקטן שקידש או שקידש בפחות משוה פרוטה ושלח סבלונות כל הני כיון דבקידושין איירי ולא הוי זכות גמור לכן אינה מקודשת ועוד דכיון דבעינן דעת מקנה אפילו במתנה ובכל הנך ליכא דעת מקנה שהרי שניהם טעו המקדש והמתקדשת לכן אינו מועיל באופן זה אפילו במתנה מכל שכן בקידושין דדמיא למקח וממכר לכן אינה מקודשת.

ג) והיא דשמיט ואכיל דב"מ ד' ס"ו אע"ג דאיירי במקח וממכר דהרי איירי במוכר דבר שלא בא לעלם ושניהם טעו ג"כ המוכר והלוקח וסברו שקונים דבר שלא בא לעולם א"כ תימה במה קנה הלוקח הפירות, אך אין זה תימה כיון שכבר אכל הפירות אין מה לחקור במה קנה כיון שכבר אכל הלוקח ולדברי הטור ומרן בשו"ע שכתבו שתפס הפירות צריך לתרץ כמו שכתבנו לעיל דאיכא אומדנא דניחא ליה דליקום בהימנותיה מקרי דאיכא דעת מקנה ודעת קונה נמי איכא מהאי טעמא, וכן צריך לומר בההוא דר"ח במוכר שטרו בלא כתיבה ומסירה וגבה הלוקח מהלוה צריך לומר ג"כ דזה נחשב כדעת בפירוש משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה ראי לאו הכי יקשה במה קנה הלוקח כיון דאיירי במקח וממכר שם בעינן דעת קונה ג"כ היינו דעת הלוקח ודעת המוכר, שם

ליכא לא דעת קונה ולא דעת המקנה שהרי שניהם טעו וסברו שקונה את השטר בלא כתיבה ומסירה, אלא ודאי כדאמרן דזהו נחשב דעת קונה ודעת מקנה משום דניחא ליה דליקום בהימנותיה.

ד) **ועוד** איכא למימר דאירי שתפס הפירות והמעות בחצר וחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכמו שכתבנו לעיל. ועוד בההיא מילתא דר"ת במוכר שטרו בלא כתיבה ומסירה וגבה הלוקח מיד הלוה התם איכא כונה גמורה לקנין דדעת הלוקח ודעת הלוה איכא שזה מכוין להקנותו והלוקח מכוין לקנות דדוקא בההיא דשמיט ואכיל שהלוקח והמוכר טעו שהקנין הראשון קיים ולפי טעותם שהקרקע כבר הוא קני להלוקח שוב אין לו ללוקח מה לקנות כי פירות שדותיו הא אוכל ולמה לו עוד לכוין לקנות, אבל במוכר שטרו בלא כתביה ומסירה אפילו לפי טעותם שהלוקח קונה בלא כתיבה ומכירה מ"מ אין הלוקח קונה רק שיעבודו בעלמא היינו שהלוה משועבד ללוקח כמו שהיה משועבד להמלוה לכן בשעה שהלוה משלם חובו להמלוה או להלוקח צריכים לקנות המעות כדי שיקנו את גוף המעות ויהא המעות שלהם לכל דבר שיכולים לקדש בו אשה ולקנות בהם ולהוציא המעות לכל צרכיהם שהמעות משתנים משיעבוד לקנין גמור שקודם שגבו לא היה להמלוה או להלוקח קנין גמור בהמעות האלה רק שיעבודא בעלמא ולאחר שגבו המלוה או הלוקח יש להם קנין גמור בהמעות האלה לכן נתכונו המלוה או הלוקח לקנות והלוה מכוין להקנותם משו"ה שפיר קנה הלוקח בהאי מילתא דר"ת שהרי איכא כאן כונה גמורה לקנין מצד הלוקח ומצד הלוה, אך לענין תפיסת הפירות אם נימא דליכא דעת קונה לא קנה רק בחצרו או בידו שקנוי לו לאדם שלא מדעתו אבל במשיכה או בהגבהה לא קנה כיון שהוא במקח וממכר ולא במתנה וגם אין שם דעת קונה רק דעת מקנה לחוד אשר אינו מועיל במקח וממכר רק במתנה לפי דעת הנתיבות והח"ס ושאר אחרונים.

פרק כה

א) **והנה** לעיל פרק י"ט אות ג' כתבנו שגם הרבינו יונה והטור ומרן בשו"ע בחו"מ סימן קמ"ב כולהו ס"ל כהרשב"א והראב"ד הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין ודברי הרשב"א והראב"ד מוכרחים מהגמ' דגיטין דף כ' ומהגמ' דב"ב דף מ"א ע"ש והנה השיטה מקובצת בב"ב דף מ"א במילתא דרב ענן הנ"ל כתב וז"ל עוד יש מקשים דאפילו כי אהדריה מרעת חבריה וכו' מאי הוי מ"מ חזקת רב ענן שלא מדעתו היתה דסבור היה רב ענן דבשלו הוא בונה והוה ליה כאותה שאמרו ביבמות פרק רבן גמליאל דף נ"ב למה הדבר דומה לעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הוא דלא קנה, ותירץ

הראב"ד ז"ל דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה, ומסתברא שלאחר שבנו ונדע לו לרב ענן החזיק בו רב ענן קודם שמיחה חבירו והלכך אלו היה מכיר בו חבירו הוי ליה כמ"ד ליה לך חזק וקנה והא אחזיק קודם שחזר בו. הרשב"א ז"ל. עכ"ל הש"מ שם.

ב) ומדבריו משמע שהרשב"א חולק על הראב"ד הנ"ל וס"ל דאפילו במתנה נמי בעינן דעת מקנה ודעת קונה ולא סגי בדעת מקנה לחוד, וא"כ תימה דדברי הרשב"א סתרי אהדדי דבגיטין דף כ' לענין זקן ידע לאקנוייי כתב הרשב"א בפירוש כדברי הראב"ד כמו שהבאנו לעיל פרק י"ט אות א' לשון הרשב"א דס"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין וכאן מיאן הרשב"א בתירוצו של הראב"ד ומשמע דס"ל דאפילו היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ג"כ בעינן כונה לקנין.

ג) ואף אם נימא שהרשב"א חזר בו או אם נימא כיון דתרי רשב"א הוי כידוע שחד היה שמו ר' שלמה בן אדרת וחד היה שמו ר' שמשון בן אברהם עיין שה"ג להרחיד"א סי' קע"ח א"כ איכא למימר כי מאן דאמר הא לא אמר הא ופליגי אהדדי אבל אכתי יש עלינו לתרץ קושית הרשב"א בגיטין דף כ' מה מועיל מה שהזקן המקנה יודע להקנות והלא כיון שהקונים אינם יודעים לקנות יש לנו לומר שלא יקנה דהוי כעודר בנכסי הגר וסבור שהוא שלו והרשב"א בגיטין שם תירץ דשאני הכא דאיכא דעת אחרת מקנה אבל כיון דהרשב"א שמביאו בשיטה מקובצת שם לא ס"ל לחלק בין דעת אחרת מקנה או לא א"כ נשארה הקושיא של הרשב"א במקומה.

ד) ונראה לתרץ ע"פ מה שכתבו לעיל בדברינו דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו לכו"ע או מטעם יד או מטעם שליחות לכן קונה אע"ג שהקונה לא נתכוין לקנות מ"מ קנה דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"ג שכתבו התוס' בב"ב דף נ"ד דהיכא דידע שיש חפץ בחצרו או בידו ולא נתכוין לקנות לא קנה מ"מ בנידון זה של הגמ' דגיטין דף כ' איכא למימר דמקרי שלא מדעתו כיון דמה שלא נתכוין לקנות בידו אינו משום שאינו רוצה לקנות את החפץ רק הוא משום שלא ידע לקנות וטעה וסבר שאינו צריך לשום קנין לכן מקרי זה שלא מדעתו, שהטעות מבטל את מחשבתו מה שחשב בפירוש שאינו רוצה לקנות בידו ונשאר סתמא בלא שום כונה כלל לא לקנות ולא שלא לקנות והוי שלא מדעתו דחצרו וידו קניא ליה שלא מדעתו, כן צריך לומר דס"ל להרשב"א שמביאו השיטה מקובצת ופליג על הרשב"א שכתב בגיטין דף כ' הנ"ל, והרשב"א דגיטין הנ"ל ס"ל דלאו דוקא בידו קנה אלא אף בהגבהה או במשיכה אפילו אינו תופס כל הנייר בידו נמי קנה משום דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין והרשב"א שמביאו הש"מ

ס"ל דגם בדעת אחרת מקנה בעינן כונה לקנין והתם בגיטין קנה בידו ולא במשיכה או בהגבהה, דאף בדעת אחרת מקנה בעינן כונה לקנין כמו באין דעת אחרת מקנה.

ה) **ולפי** זה צריך לומר דהרשב"א שמביאו הש"מ פליג נמי בזה על הרשב"א שמביאו מרן בב"י סימן רס"ח שהבאנו לעיל פרק י"א אות ה' דס"ל דאפילו בקניות דאורייתא ג"כ אמרינן היכא דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה דליקני בחצרו לא ניחא ליה דליקני לא קנה עיין לעיל פרק הנ"ל אות ט' ויוד שכתבנו שטעם הרשב"א הוא דכיון דעכ"פ לא נתכוין לקנות בחצרו אע"ג שהיה בטעות יען שסבר כי הנפילה הוא קנין המועיל וחצר הוא קנין שאינו מועיל מ"מ כיון דעכ"פ לא נתכוין לקנות בחצר לא קנה, דס"ל דבכהאי גונא אין בכח הטעות לבטל את מחשבתו מה שחשב בפירוש שאינו רוצה לקנות בחצרו, א"כ כאן נמי יש לנו לומר כן בההיא דגיטין דף כ' שלא יקנה ע"י ידו כיון שיודע שיש חפץ הנייר בידו ואינו מתכוין לקנות יש לנו לומר שלא יקנהו אע"ג דבטעות היה מה שלא נתכוין לקנות בידו יען שטעה וסבר שאין צריך לקנותו מ"מ כיון דעכ"פ לא נתכוין לקנותו בידו יש לנו לומר שלא יקנה כי להרשב"א שמביאו הב"י אין בכח הטעות לבטל מחשבתו מה שחשב בפירוש שאינו רוצה לקנות בידו ואית לן לומר שלא יקנה שלא מדעת הקונה אפילו בידו ומכ"ש בשאר קנינים אי לאו טעמא דס"ל להרשב"א בגיטין דהיכא דדעת אחרת מקנה שאני ולהרשב"א שמביאו השיטה מקובצת מוכרח הדבר לומר דס"ל בההיא דגיטין דף כ' דקנה ע"י ידו דקנה שלא מדעתו והוא משום שיש בכח הטעות לבטל מחשבתו ולעשותו כמי שאינו א"כ מוכרח הדבר לומר דפליגי גם בזה ובתרתי פליגי כנ"ל.

ו) **היוצא** מזה דמהגמ' אין הכרח לדברי הראב"ד והרשב"א והנ"י הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין ואין ראיה לזה לא מדברי הגמ' דגיטין ולא מהגמ' דב"ב דהגמ' כבר תירץ הרשב"א שמביאו הש"מ דאיירי שרב ענן החזיק בו גם לאחר שידע בו, ומהגמ' דגיטין כתבנו דאין ראיה דאיכא למימר שקנו ע"י קנין יד דידו של אדם קונה לו שלא מדעתו כנ"ל.

פרק כו

א) **ועוד** נראה לומר דמההיא מילתא דרב ענן אין ראיה לדברי הראב"ד והרשב"א הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת לא בעינן כונה לקנין דאיכא למימר דמטעם הודאה הוא דאם המסייע יודה או שידעינן ודאי שידע שרב ענן הכניס בתוך שלו הוי הודאה שנתן לו במתנה מקודם לכן אפילו אם רב ענן לא ידע מאומה ממתנתו מ"מ מהני הודאתו כדאיתא בגיטין דף מ' האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתן לי חיישינן שמא זיכה

לו ע"י אחר וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן רמ"ה סעיף ד', והיינו אע"פ שהקונה לא ידע כלום ממתנתו מ"מ קנה דתלינן שזיכה לו ע"י אחר וזכין לאדם שלא בפניו א"כ כאן נמי אע"פ שלא ידע רב ענן ממתנתו מ"מ קנה דכיון שחברו ידע שרב ענן הכניס את הגדר לתוך שלו וסייע אותו לכן אמרינן דהוי הודאה שהודה לו שנתן לו המתנה מקודם וכבר זיכה לו ע"י אחר אכן קנה רב ענן.

ב) וכן אמרינן שם בגיטין דף מ' שאם רבו השיאו אשה או הניח תפלין לעבדו הוה הודאה דשחרריה מעיקרא ויצא לחירות וכן אמרינן ב"ב דף ל"ה אי דלי ליה איהו צנא דפירי לאלתר הוי חזקה וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן קמ"ב והוא נ"כ מטעם הודאה דכיון שהמערער הגביה להמחזיק סל פירות משדה זו על כתיפיו של המחזיק להוליכם לביתו של המחזיק לעצמו לכן הוי הודאה שהודה המערער שכבר מכר להמחזיק, ואע"ג דהתם בעינן טענה היינו שיטעון המחזיק שהמערער מכר לו ואז דוקא מהני מה שהגביה לו סל הפירות אבל כשלא טען שמכר לו לא מהני ובמילתא דרב ענן וכן בההיא דגיטין דף מ' כשרבו הניח לו תפלין או כשרבו השיאו אשה אמרינן דמקרי הודאה גמורה אפילו אם רב ענן המחזיק לא טען כלום וכן העבד שרבו הניח לו תפלין לא טען ששחררו, התם שאני דהא דהגביה לו סל פירות לאו הוכחה גמורה היא שמכר לו שדהו שהרי יכול להיות שלא מכר לו אלא פירותיו ולא גוף השדה ואפילו אם המערער טוען ואומר לפירות הורדתיו נאמן ונתבטלה חזקתו של המחזיק כדאיתא שם בגמ' ובפוסקים ומכ"ש אם המחזיק הודה שלא קנה ממנו את השדה בודאי אין זה הוכחה והודאה למכירת השדה.

ג) משא"כ הכא כיון שהניח את חבירו וגם סייעו להעמיד את המחיצה בתור שלו א"כ הוי הודאה גמורה שהודה לו שכבר נתן לו במתנה וזיכה לו ע"י אחר דאי לאו דיהיב ליה במתנה גמורה מעיקרא לא היה גורם לו הוצאות והיזיקות לחבירו ולא היה מסייע לו בידים להפסידו ולגרום לו היזק שהרי אם לא יקנה לו בקנין גמור הרי יוכל לחזור בו ויצטרך להחזיר את המחיצה למקומו ויגרום לו היזק לחבירו בידים, ודמיא האי מילתא להא דגיטין הנ"ל דף מ' שאם רבו השיאו אשה בת חורין בידים אמרינן דזהו הוכחה והודאה דשחרריה מעיקרא דאי לאו דשחרריה מעיקרא לא היה עושה איסורא בידים להשיא את עבדו בת חורין א"כ כאן נמי אמרינן דזהו הוכחה והודאה גמורה שנתן לו לחבירו את הקרקע הזאת במתנה גמורה מעיקרא דאם לא כן לא היה עושה איסור לגרום היזק לחבירו בידים.

ד) והנה בירושלמי פרק חזקת הבתים הלכה י' איתא שם לענין הפותח חלון בכותלו בחצר חבירו פותח בשמאל נועל בימין הגע עצמך שהיה עומד שם יכיל מימר ליה

הוינא בעיית לעי היה מושיט לו צרורות יכיל מימר ליה מגחך הוינא בהאי גברא ע"ש פירוש שאפילו אם סייע אותו יכול לומר לו משטה הייתי בך, וכתב מרן הב"י בסימן קמ"ב בחו"מ בשם הרשב"א שהירושלמי הזה חולק עם הגמ' שלנו דס"ל בב"ב דף מ"א בעובדא דרב ענן דכיון דסייע בהדיה הויא מחילתו מחילה וסיים וז"ל ואע"ג דבירושלמי משמע איפכא דאפילו במושיט לו צרורות מצי אמר ליה מגחך הוינא בך אין לנו אלא כגמרתנו עכ"ל.

ח) **היוצא** מזה דס"ל להרשב"א שנחלקו בזה תלמודא דידן עם הירושלמי אם אחד מסייע לחבירו להחזיר את כותלו לרשותו או לפתוח חלון לחצרו כי הירושלמי ס"ל שיכול לומר לו משטה הייתי בך וידוע כי טענת משטה אני בך לא מצינו רק בהודאה ולא בקנינים כגון האומר לחבירו לך משוך וקני או לך חזק וקני והלך זה ומשך והחזיק לא מצינו בשום מקום שיוכל אח"כ לומר משטה הייתי בך דא"כ אין לדבר סוף רק בהודאה מצינו כן שיכול לומר לו משטה הייתי בך כדאיתא בסנהדרין דף כ"ט ובחו"מ סימן פ"א ואם איתא שהסיוע אשר סייעו להעמיד את המחיצה לרשותו הוי כאלו אמר לו לך חזק וקני איך שייך לומר בזה משטה הייתי בך, אלא ודאי שהסיוע אשר סייע את חבירו אין זה כאומר לך חזק וקני רק הוי כמו שהודה לו שכבר נתן לו במתנה מקודם בקנין המועיל ולזה טוען משטה הייתי בך מה שהודיתי לך, אלמא דמטעם הודאה אתינן עלה ולא מטעם דהוי כאומר לו לך חזק וקני, וכיון דמטעם הודאה הוא א"כ אין ראיה מב"ב דף מ"א מעובדא דרב ענן לדברי הראב"ד והרשב"א דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין דשאני הכא שאינו מקנה לו עכשיו מאומה רק שמודה לו שכבר הקנה לו בקנין המועיל מקודם.

ו) **והנה** הנימוק"י כתב בב"ב שם דף מ"א בעובדא דר ענן שהירושלמי אינו חולק עם תלמודא דידן, רק דתלמודא דידן איירי בכותל מחיצה שהוצאת הבנין לאמצע א ודאי לא מצי למימר ליה מחייכנא בך שאין אדם משחק בחבירו ומפסיד שלו אבל בענין אחר שאין המסייע מפסיד מידי יכול לומר לו משטה הייתי בך ובאופן זה איירי הירושלמי ע"ש בנימוק"י ועיין בטור סימן קמ"ב שתירץ באופן אחר שאין סתירה מהירושלמי לתלמודא דידן וז"ל הטור שם וכתב הרבינו יונה אבל אם שמעון המסייע מודה שידע שהכניס ראובן לתוך שלו הוי חזקה אע"פ שלא ידע ראובן הבונה וקנה המקום שהכרם לתוך של שמעון מיד אע"פ שלענין פתיחת חלונות כי האי גונא לא הוי חזקה אפילו שסייעו בפתיחה לגבי כותל הוי שפיר חזקה דכיון דראובן הסיג גבולו ונכנס בשלו והוא ידע לא היה לו לסייעו אלא ודאי גמר והקנהו לו עכ"ל הטור שם ע"ש בב"י.

וכיון דלאו בחד גונא איירו הירושלמי ותלמודא דידן לדבר הנימוק"י והטור א"כ מדברי הירושלמי שהזכיר השטאה אין ראיה כ"כ שהטעם של תלמודא דידן הוא ג"כ מדין הדאה מדכתב הירושלמי לשון השטאה, דשייך לענין הודאה ולא לענין האומר לך חזק וקני דכיון דלא איירו בחד גונא הירושלמי ותלמודא דידן ליכא לאתויי ראיה מהתם להכא.

ז) **מ"מ** גם לדברי הנימוק"י והטור ג"כ יש קצת ראיה מהירושלמי שהוא משום הודאה ולא משום קנין, שהרי לדברי הנימוק"י פירוש של הירושלמי הוא דכיון שהמסייע לא הוציא משלו כלום ולית ליה פסידא לכן לא הוי הודאה מפני שיכול לומר לו משטה אני בך א"כ ממילא שמעינן דהא דאמרינן שאם המסייע נתן ממון להכותל שקנה השני את המקום הוא משום הודאה ג"כ דכיון שיש לו להמסייע פסידא לא יוכל לומר משטה אני בך והוי שפיר הודאה וא"כ חזינן דמשום הודאה דמעיקרא הוא ולא משום קנין דעכשיו, וכן לדברי הטור צרך לומר כן דהוא משום הודאה ובחלונות ס"ל להירושלמי שיוכל לומר משטה הייתי בך ולא הוי הודאה אבל כשהסיג גבולו קנה המחזיק ולא יוכל לומר לו משטה אני בך והוי הודאה, א"כ אין ראיה מהאי מילתא דרב ענן לדברי הנימוק"י והראב"ד דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין.

ח) **ולפי** זה יש לומר שגם מדברי הרבינו יונה והטור סמן קמ"ב ומרן המחבר שם אין ראיה מדבריהם דס"ל כדברי הנימוק"י והראב"ד והרשב"א הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין דאיכא למימר דס"ל דאפילו בדעת אחרת מקנה ג"כ בעינן כונה לקנין והא דהוי חזקה כשידע המסייע שחבירו מסיג את גבולו והמחזיק לא ידע הוא משום הודאה שמודה לו שכבר הקנה לו מקודם ולא משום הקנין של עכשיו הוא.

ט) **ובכל** זאת נראה דדברי הנימוק"י והראב"ד נכונים דלאו משום הודאה דמעיקרא הוא אלא משום קנין דעכשיו הוא, והדבר מוכרח ממילתא דרב ענן דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין, דבאמת האי מילתא שמסייע לו להחזיר הכותל בקרקע שאינו שלו לא דמיא כלל להאי מילתא שהרב השיא אשה לעבדו דאמרינן שם גיטין ד' מ' דהוי הודאה דרביה שחרריה מעיקרא דהתם בודאי שייך לומר דאי לאו דשחרריה רביה מעיקרא לא הוי עביד איסורא ולא השיאו אשה לעבדו, משא"כ כאן ליכא הוכחה לומר דאי לאו שהקנה את המקום לחבירו מעיקרא לא היה מסייע לו להסיג גבולו, דבודאי זהו לאו ראיה היא כלל דאיכא למימר שלא הקנה לי מאומה מקודם רק בעת שעושים את המחיצה גמר המסייע את דעתו להקנות לו בלב שלם ושלא יערער עליו לעולם ומשום זה בונה וגודר את הכותל עם חבירו וגם נותן לו מחצית מהוצאות הכותל

והכל הוא משום שגומר בדעתו שעה עכשיו ולא משים שהודה שהקנהו מקודם, ואם נימא דאפילו בדעת אחרת מקנה ג"כ בעינן כונה לקנין אכתי יש לו לומר שיוכל לחזור בו ומה שסייע אותו לאו כלום הוא לקנות את המקום שהסיר גביל רעהו, דנהי דבשעת מעשה שגדר ובנה נתרצה לזה והקנה לו בלב שלם מ"מ כיון שהמחזיק לא עשה שום קנין יוכל המסייע לחזור בו, לכן שפיר הוכיחו מזה הנימוק"י והראב"ד דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כינה לקנין לכן מהני שפיר מה שהחזיק כיין שהמסיע גמר להקנותו בלב שלם כיון דלא ס"ל כתירוץ הרשב"א שמביאו הש"מ דאירי שרב ענן החזיק גם אחר שידע שהכניס לתוך של חבירו א"כ שפיר יש להוכיח מזה דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין.

י) **והירושלמי** דב"ב שהבאנו לעיל שכתב טעמא דמצי למימר משטה הייתי בך וכתבנו כי מזה הוא ראיה דמטעם הודאה דמעיקרא אתינן עלה ולא משום שמקנהו עכשיו דאם נימא דהוי כמו שמקנהו עכשיו ואומר לו לך חזק וקני בזה לא מצינו שיוכל אדם לומר משטה הייתי בך לאחר שהלך והחזיק דא"כ אין לדבר סוף יש לומר דס"ל להראב"ד והנימוק"י דבודאי אם אמר אדם לחבירו לך חזק או משוך וקני והלך זה והחזיק או משך בודאי אינו יכול לומר משטה אני בך דאל"כ אין לדבר סוף אך בנידון דידן דבאמת לא אמר לו כלום ראובן המסייע לשמעון המחזיק רק שמסייע לו וס"ל לגמ' דידן שהסיוע הזה הוי הוכחה שגמר להקנותו עכשיו והוי כמו שאמר לו לך חזק וקני והירושלמי ס"ל שאין זה הוכחה שגמר להקנותו רק יכול לומר לו משטה הייתי בך היינו שלא נתכוין לומר לו מעולם לך חזק וקנה רק לשחוק נתכוין ולא להקנותו.

יא) **וכן** להנימוק"י והטור שפירשו שהירושלמי אינו חולק על הגמ' שלנו הוא ג"כ מהאי טעמא דבאופן זה שהגמ' דידן איירי כגון שנתן לו המסייע הוצאות לבנין הכותל להנימוק"י ולהטור דהסגת גבול שאני דוקא באופן זה הוי כמו שאומר לו לך חזק וקנה וקנה המחזיק בחזקת שהוא עושה עכשיו, אבל אם המסייע לא נתן לו שום ממון, לדעת הנמוק"י או בפתיחת חלונות להטור בזה לא הוי כאומר לו לך חזק וקני כי יכול לומר לו משטה הייתי בך ומעולם לא גמר להקנות לו עכשיו.

יב) **וכן** מוכרח לומר דס"ל למרן המחבר והטור שהוא מטעם שמקנהו עכשיו, ולא משום הודאה דמעיקרא ואע"פ שמדברי מר"ן המחבר בשו"ע אין הכרע אם הוא מטעם הודאה דמעיקרא או משום שמקנהו עכשיו מ"מ יש הכרע מדברי מר"ן ממה שכתב בהגהת ב"י בב"ה סימן קמ"ב כי על דברי הטור בשם ר"י שהבאנו לעיל דס"ל שאם ידע המסייע הוי שפיר חזקה אע"פ שלא ידע ראובן הבונה כתב בב"ה וז"ל סברא זו כתב נימוק"י בשם

המפרשים עכ"ל אלמא דס"ל למר"ן הב"י דהטור בשם רבינו יונה חדא מילתא קאמרי עם דברי הנימוק"י בשם המפרשים והנימוק"י כתב בפירוש בשם הראב"ד שהוא מטעם קנין דעכשיו דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין ולא מטעם הודאה דמעיקרא א"כ שמעינן מזה דמה שסתם מר"ן המחבר סימן קמ"ב כהטור בשם רבינו יונה הוא ג"כ מטעם קנין דעכשיו ולא משום הודאה דמעיקרא, וכן הוא מדויק דברי הטור סימן קמ"ב דמשום קנין דעכשיו הוא ולא משום הודאה דמעיקרא שסיים בדבריו וז"ל דכיון דראובן הסיג גבולו ונכנס בשלו והוא ידע לא היה לו לסייעו אלא ודאי גמר והקנהו עכ"ל אלמא דהוא משום שמקנהו עכשיו ועל זה שייך לומר גמר והקנהו דהוי כאומר לו לך חזק וקני אבל אם נימא דהוי כהודאה שמודה לו שהקנהו מקודם לא שייך לישנא לומר גמר והקנהו.

יג) היוצא מזה שגם הרבינו יונה והטור סימן קמ"ב ומר"ן בשו"ע שם ס"ל ג"כ כמו"ש הנימוק"י בשם הראב"ד וכמו"ש הרשב"א בחידושיו לגיטין ולא ס"ל כמו"ש הרשב"א שמביאו השיטה מקובצת דמוקי מילתא דרב ענן דאירי שרב ענן החזיק אח"כ כשידע שהסיג גבול רעהו ונתכוין אז לקנות ומשמע מדבריו דדוקא באופן זה מהני ולא באופן אחר והוא משום דס"ל דאפילו היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ג"כ בעינן כונה לקנין ומדברי כל הפוסקים לא משמע כן רק משמע דבאותה חזקה בעצמה שהחזיק רב ענן אע"פ שלא ידע שהסיג גבול רעהו ולא נתכוין לקנות אפילו הכי קני משום דבדעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין.

יד) ולעיל פרק ד' אות י"ט כתבנו עוד דכל הפוסקים דס"ל לענין קטן שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה או לא היינו דבמציאה אין הקטן זוכה מדאורייתא משום דידו של אדם אינו קונה שלא מדעתו רק באדם גדול דאיכא למימר דמשום שליחות נמי איתרבאי אבל בקטן שאינו בר שליחות לא קניא ליה ידו שלא מדעתו כיון שהקטן אין לו דעת לקנות ובמתנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה קנה הקטן אפילו מדאורייתא משום דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין א"כ יש להוכיח מכל הראשונים הנ"ל דכולהו ס"ל כדברי הראב"ד והרשב"א הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין.

טו) וא"כ אף דמשמע שהתוס' ושאר ראשונים מפרשים מילתא דרב ענן באופן אחר ממה שפירשו הנימוק"י והראב"ד שהרי מדברי רב נחמן שהשיב לרב ענן מחילה בטעות הוא הוכיחו התוס' בב"מ דף ס"ו ושאר מפרשים דרב נחמן ס"ל בכל מקום דמחילה בטעות לא הוי מחילה, ואם נימא דס"ל להתוס' כדברי הראב"ד והנימוק"י שפירשו דרב

ענן לא נתכוין לקנות א"כ אין ראיה מזה דרב נחמן ס"ל בכל מקום דמחילה בטעות לא הוי מחילה דשאני התם כיון שרב ענן לא נתכוין לקנות א"כ בעינן שהקונה יתכוין להקנותו ובעינן שתהא כוונתו בלא שום טעות ובלא שום מגרעת וכמו שכתבנו לעיל פרק כ"ב דדעת מקנה בעינן לכולי עלמא שהמקנה יתכוין להקנותו עיין לעיל שם וצריך לומר שהתוס' ושאר ראשונים מפרשים מילתא דרב ענן כמו שפירש הרשב"א שמביאו השיטה מקובצת שהבאנו לעיל שרב ענן החזיק גם אחר שנתודע לו שהכניס בשל חבירו ונתכוין לקנין ואפילו הכי השיב לו רב נחמן מחילה בטעות לא הוי מחילה אלמא דס"ל לרב נחמן בכל מקום דמחילה בטעות לא הוי מחילה לכן הוכיחו מזה דרב נחמן ס"ל בכל מקום דמחילה בטעות לא הוי מחילה.

ומ"מ אף שבפירוש מילתא דרב ענן לא ס"ל להתוס' ושאר מפרשים כדברי הנימוק"י והראב"ד מ"מ לדינא מוכרח הדבר לומר דמודים התוס' לדברי הנימוק"י והראב"ד דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין שהרי התוס' בגיטין דף ס"ה ובסנהדרין דף ס"ח ובשאר דוכתי ס"ל ג"כ לענין קטן שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה אותו או לא, וכן שאר ראשונים ס"ל כן לבד מהש"ך וסיעתו עיין חו"מ סימן רמ"ג ס"ק ו'.

טז) ולפי זה נוכל לתרץ גם דברי הרשב"א שהקשינו לעיל מדברי הרשב"א סתרי אהדדי דבגיטין ד' כ' תירץ הרשב"א דאם הזקן מכוין להקנותם אף אם הקונים לא נתכוונו לקנות קנו שפיר משום דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין והרשב"א שמביאו השיטה מקובצת ב"ב ד' מ"א כתב שרב ענן החזיק אחר שנתודע לו שהסיג גבול רעהו וא"כ משמע שהחזקה הראשונה שהחזיק בשעה שלא ידע עדיין לאו כלום היא והוא ע"כ מטעם דבדעת אחרת מקנה ס"ל דג"כ בעינן כונה לקנין לכן לא הועילה לו לרב ענן החזקה הראשונה וא"כ סתרי דברי הרשב"א אהדדי כן הקשינו לעיל פרק כ"ה, ובדברינו דהשתא שכתבנו נוכל לומר דהא שכתב הרשב"א שרב ענן החזיק גם אחר כך כשנתודע לו שהכניס גדרו לרשות חבירו הוא משום דס"ל כדעת התוס' ושאר מפרשים דרב נחמן שהשיב מחילה בטעות היא ולא הוי מחילה הוא מפני שסובר רב נחמן כן בכל מקום דמחילה בטעות לא הוי מחילה ואפילו אם רב ענן החזיק גם אחר שנתודע לו שהכניס גדרו לרשות חבירו אפילו הכי אינו מועיל לכן פירש הרשב"א כן מילתא דרב ענן דאירי שרב ענן החזיק גם אחר שנתודע לו ואפילו הכי אינו מועיל משום דמחילה בטעות לא הוי מחילה ולא ניחא ליה להרשב"א לפרש מילתא דרב ענן כמו שפירשו הראב"ד והנימוק"י שרב ענן לא נתכוין לקנות דאם נפרש כן ליכא להוכיח ממילתא דרב נחמן דמחילה בטעות לא הוי מחילה בכל מקום דהכא שאני כיון דרב ענן

לא נתכוין לקנות לכן בעינן דעת מקנה בלא טעות, אבל לדינא מודה גם הרשב"א לדברי הראב"ד והנימוק"י הנ"ל דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה לקנין וכמו שכתב הרשב"א בפירוש בחידושיו לגיטין דף כ' וא"כ דברי הרשב"א לא סתרי אהדדי.

פרק כז

א) והנה כל האחרונים כתבו שדעת רש"י הוא שהפקר מקרי דעת אחרת מקנה והוא מהגמ' דב"מ דף י"ב בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא אמר ליה ר"פ לרבא וכו' לאו היינו מתניתין ראה אותן רצין אחר המציאה ואמר רבי ירמיה אמר ר"י והוא שרץ אחריהן ומגיען ובעי ר' ירמיה במתנה היאך וקבלה מיניה ר"א ב"כ במתנה אע"פ שרץ אחריהן ואין מגיען אמר ליה מתגלגל קאמרת שאני מתגלגל דכמונח דמי עכ"ל הגמ' ופירש רש"י בתחלת האיבעיא זרק ארנקי והפקירו לכל הקודם, והתוס' כתבו לא גרסינן ואפקריה דהא חשיב ליה דעת אחרת מקנה אותו דמייתי ראיה ממתנה ואי אפקריה א"כ מיד כשיצא הארנקי מידו היה הפקר ובשעת זכיה ליכא דעת אחרת מקנה אלא לא גרסינן ואפקריה ולעולם הוא שלו עד שיזכה בה אחר עכ"ל התוס' א"כ שמעינן מזה דרש"י שפירש דאירי שהפקירו לכל הקודם מוכרח הדבר לומר דס"ל דהפקר חשוב דעת אחרת מקנה וכן כתב הנימוק"י שם בפירוש וז"ל דמדמוכח ממתנה לומר דקנה ולא מוכח ממציאה איפכא דלא קנה דהא כתבנו לעיל דבעינן רץ אחריהן ומגיען שמעינן דהפקר מדעת כדעת אחרת מקנה אותם דמי ואע"פ שרץ אחריהם ואינו מגיען קנה כדאמרינן במתנה עכ"ל הנימוק"י.

ב) אך באמת נראה שאין ראיה מזה דהפקר חשוב דעת אחרת מקנה וקצת עוררני לזה ה' אש"ר דהנה רש"י פירש לעיל דף י"א על מילתא דרב פפא שתירץ דעת אחרת מקנה אותן שאני כתב רש"י וז"ל דהא דלא בעינן הכא עומד בצד השדה משום דדעת אחרת מקנה אותם שרבן גמליאל הקנה להם מטלטלין שהיו לו בחצר שלהן ולא מהפקירא קנו וניחא מתנה זו לקנות ואע"ג דאין עומד בצד השדה עכ"ל רש"י אלמא דס"ל לרש"י בהדיא דהפקר לא נחשב דעת אחרת מקנה שהרי כתב ולא מהפקירא קנה דמשמע דאם קנו מהפקירא בעינן עומד בצד שדהו או חצר המשתמרת ולא כמו מתנה שאין צריך לא חצר המשתמרת ולא עומד בצד שדהו, וכן להלן ד"ה קיבלה מיניה פירש"י וז"ל דשפיר דק שיש חילוק בין מתנה להפקר וכו' אלמא דהפקר לא מקרי דעת אחרת מקנה לפירש"י.

ג) והנה רש"י פירש הטעם דמשו"ה לא בעינן במתנה עומד בצד שדהו אפילו בחצר שאינה משתמרת משום דכיון דאיכא דעת אחרת מקנה לכן נוחה מתנה זו לקנות, והנה איבעיא דרבא דמספקא ליה בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר אם אויר שסופו

לנוח כמונח דמי או לא עיקר הספק הוא אם אויר שאין סופו לנוח מקרי חצרו של אדם ומקרי שבא החפץ לחצרו דאלו אויר שסופו לנוח בודאי מקרי חצרו של אדם ומקרי שבא החפץ לחצרו כשבא החפץ לאויר שסופו לנוח וכמו שפירש"י וכדאיתא במס' גיטין דף ע"ט היתה עומדת בראש הגג וזרק לה גט כיון שנכנס לאויר הגג הרי זו מגורשת אלמא דמקרי שבא החפץ לחצרו כשבא לאויר שסופו לנוח ומספקא ליה באויר שאין סופו לנוח אם מקרי בא לחצרו או לא, והנה בסוגיא זו שראינו שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה או לא, לא ראינו אלא בזה דבדעת אחרת מקנה הואיל ונוחה מתנה זו לקנות לכן לא בעינן שיהא עומד בצד שדהו וגם קנה כשרץ אחריהם ואינו מגיען אבל במציאה שאין דעת אחרת מקנה בעינן שיעמוד בצד שדהו וגם כשרץ אחריהם ואינו מגיען לא קנה, אבל זו לא שמענו שיהא שום חילוק בין דעת אחרת או לא דבדעת אחרת מקנה לא נצטרך שיבוא החפץ לחצרו של הקונה וכשאין דעת אחרת מקנה התם דוקא נצטרך שיבוא החפץ לחצרו בודאי אין שום חילוק ביניהם כי הן בדעת אחרת מקנה בין כשאין דעת אחרת מקנה בכולם בעינן שיבא החפץ הנקנה לחצרו של הקונה וכשלא בא החפץ לחצרו של הקונה לא קנה אפילו בדעת אחרת מקנה אותו.

ד) **וזהו** פירוש הגמ' בעי רבא זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר מהו אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי או לא, פירוש דהספק הוא אם הפקיר הארנקי לכל הקודם כפירש"י או שנתן במתנה לכל הקודם כפירוש התוס' וכפירוש הרא"ש דאיירי בין בהפקר בין במתנה ומספקא ליה להגמ' אם מקרי שבא החפץ לחצרו או לא דאם נימא דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי אז מקרי שבא החפץ לחצרו ואם נימא דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי מקרי שלא בא החפץ לחצרו אבל מה דבעינן במציאה או בהפקר שיהא רץ אחריו ומגיעו ובמתנה לא בעינן שיהא רץ אחריו ומגיעו מזה לא דבר הגמ' כעת כי באמת יוכל היות גם באויר שאין סופו לנוח שיהא רץ אחריו ומגיעו דהא דבעינן רץ אחריו ומגיעו היינו אלו היה רץ אחריו היה מגיעו כמו שכתבו הפוסקים וא"כ יוכל היות שהאיש עמד סמוך לפתח השני ויוכל לתפוס את החפץ לעכבו או האיש שהוא מהיר במרוצתו יותר מהארנקי הכבידה וכיון שאם היה רץ אחריו היה מגיעו קנה אפילו יצא בפתח אחר ולא רץ אחריו ולא הגיעו ג"כ מקרי רץ אחריו ומגיעו וקני ליה חצרו אם נימא דאויר שסופו לנוח כמונח דמי ובא החפץ לחצרו אבל אם אמרינן דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי לא קנה דנהי שאם רץ אחריו היה מגיעו מ"מ לא קנה כיון שלא בא החפץ לחצרו.

ה) **ופשיט** ליה רב פפא ואמר לו לרבא לאו היינו מתניתין ראה אותן רצין אחר המציאה ואמר ר' ירמיה אמר ר"י והוא שרץ אחריהן ומגיען ובעי ר' ירמיה במתנה היאך וקיבלה מיניה ר"א ב"כ במתנה אע"פ שרץ אחריהן ואין מגיען וכיון שרץ אחריו ואינו מגיעו הוי כאויר שאין סופו לנוח שהרי הצבי יוצא מחצרו ודחי הגמ' אמר ליה מתגלגל קאמרת שאני מתגלגל דכמונח דמי, פירוש שהגמ' לא ידע החילוק בין מתגלגל או אינו מתגלגל וס"ל דגם במתגלגל כשרץ אחריהם ואינו מגיען כיון שהצבי נכנס בפתח זה ויוצא בפתח אחר הוי כמו זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר דהוי אויר שאין סופו לנוח לכן פשיט רב פפא מזה דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי ומקרי שבא החפץ לחצרו דבשלמא אם אמרינן אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי שפיר ניחא מה דקיבלה מיניה דבמתנה אפילו רץ אחריהם ואינו מגיען קני כיון שנכנס לרשות הקונה אבל אם נימא דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי אמאי קני אם רץ אחריו ואינו מגיען דנהי דמתנה נוחה לקנות אפילו בחצר שאינו משתמרת וכשאינו עומד בצדה אבל עכ"פ בעינן שיבוא החפץ לחצרו של הקונה וכיון שלא בא החפץ לחצרו אמאי קונה דס"ל דכיון שהצבי נכנס בפתח זה ויצא בפתח אחר הוי כמו כאויר שאין סופו לנוח ואע"ג דהוי מתגלגל ס"ל להגמ' השתא דגם מתגלגל לא הוי כמונח וכיון דקנה במתנה כשהצבי נכנס בפתח זה ויצא בפתח אחר שמעינן מזה דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי וממילא יקנה גם בהפקר בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר אם הוא רץ אחריו ומגיעו כגון שעמד סמוך לפתח השני או שהוא מהיר במרוצתו ואלו רץ אחריו היה מגיעו, ודחי הגמ' מתגלגל שאני דכמונח דמי לכן מקרי בודאי שבא החפץ לחצרו כיון שהוא מתגלגל.

ו) **ומה** שהביא הגמ' מהא דקיבלה מיניה במתנה אע"פ שרץ אחריהם ואינו מגיען אין הטעם משום דהאיבעי דזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר איירי במתנה דוקא כפירוש התוס' או משום דהפקר דינו כמתנה כפירוש הנימו"י והאחרונים דהפקר נחשב כדין אחרת מקנה. רק משום דאי לאו הכי היה מקום לומר דמתניתין איירי שהצבי אינו יוצא מהחצר רק נשאר בחצר א"כ ליכא לדמותו לזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר ולא הוי אויר שאין סופו לנוח לכן מביא הגמ' מהא דקיבלה מיניה ר"א ב"כ במתנה אע"פ שרץ אחריהם ואינו מגיען א"כ איירי שהצבי מתגלגל ויוצא מן החצר ולפי הס"ד דהשתא ס"ל להגמ' דמתגלגל לאו כמונח דמי ואפילו הכי קנה אלמא דאויר שאין סופו לנוח מקרי שפיר שבא החפץ לחצרו. ולפי הס"ד דהשתא משמע דס"ל להגמ' באם הצבי רץ בפתח זה ויצא בפתח אחר לא קנה אם נימא דאיירי שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי אפילו היה רץ אחריו היה מגיעו דנהי שאם היה רץ אחריו היה מגיעו ומקרי שהצבי

הוא משתמר לדעתו מ"מ לא קנה כיון שהצבי נכנס בפתח זה ויצא בפתח אחר והוי אויר שאין סופו לנוח ומקרי שלא בא הצבי לחצרו כלל כיון דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי.

ז) **היוצא** מזה שאין שום ראי' מפירוש רש"י דהפקר מקרי דעת אחרת מקנה, ומה דפשט הגמ' ממתנה להפקר משום דבזה בודאי שוים הם מתנה והפקר דבעינן שיבוא החפץ ברשות הקונה ואם אויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי מקרי שלא בא החפץ לחצרו של הקונה ואינו קונה לא במתנה ולא בהפקר.

ח) **ובזה** ניחא מה שראיתי מקשים לשיטת האומרים דהפקר לא נחשב דעת אחרת מקנה והאיבעיא דרבא דוקא לענין מתנה ולא לענין הפקר, והלא בב"מ דף ק"ב מייתי הגמ' לענין הפקר האיבעיא דרבא אם אויר שסופו לנוח כמונח דמי או לא אלמא דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה כיון דהאיבעיא דרבא הוא לענין הפקר ואפילו הכי פשיט הגמ' בדף י"ב ממתנה להפקר אלמא דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה, ובדברינו ניחא דבאמת האיבעיא דרבא הוא לענין הפקר ג"כ כדאיתא ב"מ דף ק"ב ואפילו הכי אין ראי' דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה, והא דפשיט הגמ' הפקר ממתנה לענין אויר שאין סופו לנוח הוא משום דבין במתנה ובין בהפקר בעינן שיבוא החפץ לרשות הקונה ואם אויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי אינו מועיל אפילו במתנה משום שלא בא בחצרו ואם אויר שסופו לנוח כמונח דמי מועיל אפילו בהפקר ומה דבעינן בהפקר רץ אחריו ומגיעו היינו שאם רץ אחריו היה מגיעו זה יוכל היות גם בזרק ארנקי שיהא רץ אחריו ומגיעו כנ"ל.

ט) **ודעת** הנימוק"י והתוס' ושאר מפרשים דס"ל דאם נפרש האיבעיא דרבא באויר שאין סופו לנוח אי כמונח דמי או לא דלענין הפקר נשאלה האיבעיא דרבא יש ראי' מדברי הגמ' דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה צריך לומר דס"ל דבזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר הוי רץ אחריו ואינו מגיעו וכמו דמהני ברץ אחריו ואינו מגיעו כך מהני ג"כ בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר דהוי ג"כ רץ אחריו ואינו מגיעו א"כ מוכרח הדבר לומר שגם האיבעיא דזרק ארנקי איירי ג"כ במתנה כפירוש התוס' או דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה כפירוש הנימוק"י והאחרונים.

י) **ולפי** דברינו שכתבנו אין ראיה מדברי הגמ' הנ"ל דהפקר נחשב דעת אחרת מקנה משום דיש בכלל מאתים מנה אבל בכלל המנה אין מאתים היינו דהגמ' דס"ל דברץ אחריו ואינו מגיעו יש בו תרתי לגריעותא היינו חדא מה שהוא אויר שאין סופו לנוח ועוד מה שהוא רץ אחריו ואינו מגיעו שהוא אינו משתמר בחצרו, אבל בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר יוכל היות שלא יהא שם רק חדא לגריעותא היינו מה שהוא

אויר שאין סופו לנוח אבל הגריעותא השניה של רץ ואינו מגיעו זה יוכל היות דליכא בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח כי יוכל היות שרץ אחריו ומגיעו היינו שאם היה רץ אחריו היה מגיעו ומשתמר בחצרו ואפילו הכי מקרי זה אויר שאין סופו לנוח שהרי באמת לא נח בחצרו שהרי יצא בפתח אתר וגם בתחלה הזריקה עומדת לכך שלא תנוח הארנקי בחצרו אם שום אדם לא יעכבנה ומקרי בשביל זה אויר שאין סופו לנוח אע"פ שבעל החצר עומד סמוך לפתח השני ואם היה רץ אחריו היה מגיעו מ"מ מקרי אויר שאין סופו לנוח

יא) ופשיט הגמ' מהא דמהני רץ אחריו ואינו מגיעו במתנה אלמא דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי וממילא קנה ג"כ בהפקר בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר אם היה רץ אחריו היה מגיעו דהוי אויר שאין סופו לנוח ומשתמר בחצרו, ואולי ס"ל להתוס' ולהנימוק"י שאם רץ אחריו והיה מגיעו בזרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר כגון שבעל החצר עומד סמוך לפתח השני או שהיה קל מאוד ברגליו והארנקי היה כבר והיה מגיעו כשרץ אחריו כגון זה מקרי אויר שסופו לנוח אך לא נראה לי חדא כיון דאם לא עכבו שום אדם לא היה נח בחצרו מקרי אויר שאין סופו לנוח, ועוד אפילו אם ירוץ אחריו ויגיעו בידו סוף לא ינוח בחצר רק בידו ואויר החצר מקרי אויר שאין סופו לנוח והרי לא בא החפץ בחצרו ולא קנה אפילו אי היה רץ אחריו היה מגיעו אם נימא דאויר שאין סופו לנוח לאו כמונח דמי:

יב) ומדברי הגמ' ב"מ דף ק"ב בודאי הוא תימה גדולה על דברי התוס' כיון דס"ל דהפקר לא נחשב דעת אחרת מקנה והאיבעיא דרבא מוקי לה לענין מתנה דוקא אבל לענין הפקר כיון דרץ אחריו ואינו מגיעו אפילו מתגלגל דכמונח דמי מ"מ אינו קונה בהפקר מכ"ש שאינו מועיל בהפקר זרק ארנקי בפתח זה ויצא בפתח אחר דהוי אויר שאין סופו לנוח ודאי אינו מועיל בהפקר, א"כ תימה והלא בפ' השואל ד' ק"ב מייתי הגמ' האיבעיא דרבא גם על הפקר אם אויר שסופו לנוח קנה בהפקר או לא א"כ אנו רואין דאפילו בהפקר מספקא להו להגמ' אם מועיל אויר שאין סופו לנוח או לא וצע"ג, אך לפי דברינו ניחא כמו שכתבנו לעיל.

יג) וצריך לומר לפי דברינו דההיא דב"מ דף ק"ב דהקולט מן האויר הרי אלו שו איירי ג"כ שאם בעל החצר היה רץ אחריו היה מגיעו לכן פריך הגמ' שיקנה בעל החצר אפילו בהפקר אם נימא דאויר שאין סופו לנוח כמונח דמי דאם נימא דאיירי שאם בעל החצר היה רץ אחריו לא היה מגיעו לא היה פריך הגמ' מידי שיקנה בעל החצר בהפקר בקולט מן האויר דנהי דאויר שאין סופו לנוח מספקינן שיהא כמונח דמי מ"מ כיון דבעינן שיהא

רץ אחריו ומגיעו בהפקר וכאן הוא רץ אחריו ואינו מגיען לכן לא קנה אלא ודאי צריך לומר גם כאן בדף ק"ב איירי שבעל החצר הוא רץ אחריו ומגיעו, לכן אם אויר שאין סופו לנוח כמונח דמי היה קונה אי לאו טעמא דמיפסיק כלי כדאיתא התם.

שמעתתא דשבועה

פרק א

א) איתא בב"מ ד' ה' ההוא רעיא דהוי מסרי ליה כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי לסוף אמר להו לא היו דברים מעולם אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו אמר ר' זירא אם איתא לדר' חייא קמייתא משתבע אשארא אמר ליה אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא אמר ליה שכנגדו קאמינא עכ"ל הגמ'. וראיתי להגאון מהר"מ שיף שהקשה על זה לשיטת רש"י בב"ק ד' ק"ז דס"ל דבפקדון אפילו כופר הכל חייב א"כ אמאי קאמר הגמ' אם איתא לדר' חייא קמייתא משתבע דהיינו אם הדין הוא כר' חייא דס"ל דהעדאת עדים מחייבים שבועה דאוריתא כמו מודה במקצת אז ישבע הרועה על השאר והלא כיון דאיירי בפקדון דחייב שבועה דאורייתא אפילו בכופר הכל א"כ אם אפילו ליתא לדר' חייא והעדאת עדים אין מחייבים שבועה מ"מ יש לנו לומר שחייב שבועה דאורייתא אע"ג דמקרי כופר הכל.

ב) ונראה לתרץ דהנה יש לחקור בכלל על כל עניני השבועות מה ענינם ולמה הם באים ויש לומר בזה שני דרכים:

א) יש לומר דהשבועה באה לברר, היינו אם ראובן תובע מנה משמעון והנתבע כופר בכל ואין להתובע לא עד ולא שאר ראיה ששמעון חייב לו מנה החזיקה התורה שבודאי אין שמעון חייב לו כלום ואין הנתבע צריך לישבע אפילו לברר דבריו דקושטא קאמר דבלא שבועתו נמי החזיקה התורה דהנתבע טוען האמת כיון שהנתבע מוחזק בנכסיו ולהתובע אין שום ראיה והוכחה ששמעון הנתבע חייב לו לכן אין שמעון חייב לישבע כלל אך אם יש לתובע עד אחד שמעיד ששמעון חייב לו מנה לראובן או אם שמעון הודה במקצת אשר בזה אנו רואים שיש ממש בדברי ראובן התובע ויש ספק לומר אולי קושטא קאמר התובע בזה שתובע מנה כיון שהודה לו בחמשים או שהעידו עדים שחמשים חייב לו לכן אמרה תורה שהנתבע מחויב לישבע לברר את הספק הזה שאינו חייב לו יותר מכפי שהנתבע טוען, ונמצא לפי דרך זה שדברי העד אחד או האומדנא של במקצת והעדאת עדים לא עשו רק ספק חיוב והשבועה באה לברר את הספק.

ג) **ויש** לומר בזה דרך ב' היינו שדברי העד האחד או האומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי, היינו כיון שהעיד עד אחד שחייב לו מנה החזיקה התורה שבודאי חייב לו מנה כדברי העד או כשראובן תובע מנה משמעון והנתבע הודה בחמשים זוז החזיקה התורה שבודאי חייב לו מנה כדברי התובע והשבועה באה לפי זה להכחיש ולהזים את דברי העד או את האומדנא של מודה במקצת והעדאת עדים, היינו כמו ששני עדים כשרים יכולים להזים ולהכחיש את דברי שני העדים כך יוכלו להכחיש את דברי העד אחד על ידי זה שישבע הנתבע להכחיש את העד וכן האומדנא של מודה במקצת והעדאת עדים שהחזיקה התורה בודאי דכיון שתובע ממנו מנה ומודה בחמשים או שהעידו עדים על החמשים זו בודאי חייב לו מנה גם האומדנא הזאת מתכחשת ומתזמת ע"י שבועתו של הנתבע כמו ני עדים המכחישים ומזימים את שני עדים.

ד) **ונפקא** מינה בין שני הדרכים האלה אם הנתבע לא נשבע אחר כך להכחיש את העד או להכחיש את האומדנא של מודה במקצת והעדאת עדים כגון שאינו יכול לישבע או שנתאלם ונתחרש ואינו נשבע אזי תליא בזה דאם נימא שדברי העד אחד או האומדנא של מודה במקצת והעדאת עדים לא עשו רק ספק חיוב והשבועה באה לברר א"כ אם אף שלא נשבע הנתבע ולא בירר את הספק מ"מ עדיין נשאר בספק ואין מוציאין ממון מספק, אבל אם נאמר כמו שכתבנו בדרך השני שדברי העד אחד או האומדנא של מודה במקצת עושים חיוב ודאי על הנתבע א"כ אם אח"כ לא נשבע הנתבע ולא הכחיש ולא הזים את דברי העד אחד ואת האומדנא של מודה במקצת חייב הנתבע לשלם אע"פ שאין הנתבע יכול לישבע משום שנתחרש או שנתאלם או מחמת סיבה אחרת מ"מ כיון שעכ"פ לא נשבע להכחישם מחויב לשלם דהוי כמו שהביא התובע שני עדים ששמעון חייב לו מנה ושמעון הנתבע לא הכחיש את העדים בודאי מחויב שמעון לשלם לו א"כ גם בעד אחד או במודה במקצת והעדאת עדים כיון שלא נשבע ולא הכחישם חייב לשלם.

ה) **ונראה** דזה תליא במחלוקת אם אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם או לא דהנה בשבועות ד' מ"ז פליגי אמוראי ותנאי אם אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם או לא דלמאן דס"ל דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם מוכרחים לומר דס"ל שדברי העד או האומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי והשבועה זהו הכחשתם והזמתם של העד והאומדנא הנ"ל לכן ס"ל כשאינו יכול לישבע משלם, דאי הוה ס"ל דדברי העד והאומדנא הנ"ל אין עושים רק ספק חיוב והשבועה באה לברר את הספק א"כ בודאי לא היה לנו לומר שישלם מספק אלא ודאי כדאמרן שדברי העד והאומדנא הנ"ל עושים חיוב ודאי לכן ס"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ו) **ומאן** דס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם מוכרחים אנו לומר דס"ל דדברי העד והאומדנא הנ"ל אין עושים רק ספק חיוב ולא ודאי חיוב והשבועה באה לברר את הספק ולהוכיח שהנתבע פטור בודאי, כשאינו יכול לישבע ואינו מברר שהנתבע פטור בודאי מ"מ עדיין נשאר בספק ואין מוציאין ממון מספק לכן ס"ל שאינו משלם אע"פ שאינו יכול לישבע, דאם היה ס"ל שדברי העד או האומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי והשבועה זהו הכחשתו והזמתו של העד והאומדנא הנ"ל אמאי ס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם והלא כיון שלא הכחיש את העד ואת האומדנא יש לנו לומר שישלם אלא ודאי כדאמרן דמאן דס"ל דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ס"ל דדברי העד והאומדנא אינם עושים אלא חיוב ספק והשבועה באה לברר את הספק וכיון שאינו יכול לישבע עדיין נשאר הספק נאין מוציאין ממון מספק לכן אינו משלם כשאינו יכול לישבע.

ז) **ונראה** לי לחדש דבר מעתה דלפירוש רש"י דס"ל דבפקדון אפילו כופר הכל חייב נהי דשבועת כופר הכל בפקדון לפירש"י הוא מדאורייתא מ"מ נראה לי דלא אמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אפילו לדידן דס"ל בשבועת עד אחד ומודה במקצת והעדאת עדים דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם מ"מ בשבועת כופר הכל בפקדון לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם לפירש"י אפילו לדידן.

ח) **והטעם** בזה הוא דהנה הכי איתא בב"ק ד' ק"ז דרב חייא בר יוסף ס"ל דעירוב פרשיות כתיב כאן וכי כתיב כי הוא זה אמלוה הוא דכתיב אבל בפקדון בלא הודאה במקצת נמי מיחייב ומאי שנא מלוה כדרבה דאמר רבה וכו' אין אדם מעיז בפני זה שעושה לו טובה הילכך היכא דכפר הכל פטור משבועה דאי לאו קושטא בהדיה לא הוי מצי למיכפר ביה וכו' אבל בפקדון דאין כאן טובה מעיז ומעיז הלכך אפילו כפר בכוליה רמי רחמנא שבועה עליה כן פירש"י שם ע"ש היוצא מזה שהחלוק הוא בין כופר הכל במלוה לבין כופר הכל בפקדון הוא בזה דבמלוה כיון שעשה לו טובה יש הוכחה דקושטא קאמר הנתבע מה שכפר הכל דאי לאו דקושטא קאמר לא היה יכול להעיז פניו ולכפור הכל כיון שעשה לו טובה שהלוהו אבל בפקדון שלא עשה לו טובה אם הנפקד כפר בכל ליכא הוכחה שהנפקד קושטא קאמר דכיון שלא עשה לו טובה יכול הנפקד לכפור הכל וכיון דליכא הוכחה שהנתבע הנפקד קושטא קאמר לכן רמי רחמנא שבועה עליה עכ"פ יצא לנו מזה שכל השבועה של כופר הכל בפקדון אינו אלא לברר את הספק ע"י שבועתו של הנתבע דבמלוה אין צריך הנתבע לישבע אפילו לברר את הספק שהרי גם בלא שבועתו נתברר לנו דקושטא קאמר הנתבע משום שעשה לו טובה אינו מעיז פניו

לכפור הכל אבל בפקדון שלא עשה לו טובה יכול להעיז לכפור הכל ויוכל היות דלאו קושטא קאמר הנתבע לכן צריך לישבע אבל עכ"פ חזינן מזה שגם להתובע ליכא הוכחה דקושטא קאמר וכיון דליכא הוכחה לא להתובע ולא להנתבע ליכא למימר בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק לכתחלה צריך הנתבע להוכיח ולברר דקושטא קאמר אבל אם אינו יכול לישבע אין מוציאין ממון מספק כיון שגם התובע אין לו הוכחה דקושטא קאמר.

ט) שהרי כתבנו לעיל שהטעם של מאן דס"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם הוא משום דס"ל שדברי העד והאומדנא או מודה במקצת והעדאת עדים עושים חיוב ודאי היינו שהחזיקה התורה כיון שהעיד העד שחייב לו מאה זוז או כיון שהודה הנתבע במקצת הטענה א"כ בודאי קושטא קאמר התובע לכן מחויב לשלם כשאינו יכול לישבע אבל בפקדון לפירש"י כשכופר בכל נהי דליכא הוכחה שהנתבע קושטא קאמר מ"מ כיון שגם להתובע ליכא הוכחה דקושטא קאמר א"כ נשאר הדבר בספק וליכא למימר בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם

י) והנה התוס' בב"מ שם ד' ה' ד"ה ושכנגדו הקשו מ"ש דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כדאמר גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא לקמן ד' צ"ח ובנסכא דר' אבא (שבועות ד' מ"ז) ויש לומר הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו עכ"ל היוצא מדברי התוס' האלה דהא דאמרינן בחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל הוא לפי דקי"ל דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם ובאמת היה ראוי לומר בחשיד שכנגדו יטול בלא שבועה כלל כמו בנסכא דר' אבא וכמו בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא רק משום דאם כן לא שבקת ליה חיי תיקנו רבנן דשכנגדו לא יטול בלא שבועה אבל משמע דבמקום דלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם לא אמרינן גם כן שכנגדו נשבע ונוטל.

יא) ונמצא לפי זה דבמקום שיש הוכחה שהתובע קושטא קאמר בודאי והנתבע כשהוא נשבע הוא נשבע להכחיש ולהזים את דברי העד וההוכחה והאומדנא של התובע התם דוקא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם והתם אמרינן שאם הנתבע הוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל, אבל במקום דליכא הוכחה לא להתובע ולא להנתבע והנתבע כשהוא נשבע אינו נשבע רק להוכיח ולברר את הספק דקושטא קאמר התם לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, ואם הנתבע הוא חשוד לא אמרינן שם שכנגדו נשבע ונוטל, א"כ מתורץ בזה הקושיא הנ"ל של מהר"ם שיף דשפיר קאמר הגמ' אם איתא

לדר' חייא משתבע משום דהגמ' מסיק שכנגדו קאמינא היינו שיהא כנגדו נשבע ונוטל, א"כ דוקא אם איתא לדר' חייא דהעדאת עדים מחייבת שבועה מדאורייתא כמו מודה במקצת דאיכא אומדנא והוכחה שהתובע קושטא משתבע התם דוקא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל משום שיש הוכחה שהתובע קושטא קאמר אבל אם ליתא לדר' חייא והעדאת עדים אינה מתחייבת שבועה כמודה במקצת א"כ נהי דאפילו כופר הכל מחויב לישבע מדאורייתא לפירש"י מ"מ כיון שאין שום הוכחה להתובע דקושטא קאמר לכן לא אמרינן בזה שכנגדו נשבע ונוטל כמו דלא אמרינן בכופר בפקדון מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאינו מחויב לישבע בכופר הכל בפקדון לפרש"י רק לכתחלה לברר ולהוכיח את הספק דקושטא קאמר אבל לא אמרינן לא מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולא שכנגדו נשבע ונוטל ושפיר קאמר הגמ' אם איתא לדר' חייא ומתורץ בזה הקושיא הנ"ל לפירש"י.

פרק ב

א) ובדברינו אלה יש לתרץ עוד קושיא אחת שהקשו התוס' ב"ק ק"ז לפירש"י מהא דפ' השואל דף צ"ז וז"ל התוס' שם ב"ק דף ק"ז אבל קשה דבפ' השואל גבי הא דמוקי מתניתין דהתם כשיש עסק שבועה ביניהם ומוקי רישא בתרתי וסיפא בתלת משמע דלא מחייב שבועה אלא א"כ יש חדא דקמודה והתם כר' חייא בר יוסף וכו' עכ"ל התוס' ופירוש הדברים דהנה התם בב"מ דף צ"ז איתא השואל את הפרה שאלה חצי היום ושכרה חצי היום שאלה היום ושכרה למחר שכר אחת ושאל אחת ומתה המשאיל אומר שאולה מתה (אשאל אחת ושכר אחת קאי) ביום שהיתה שאולה מתה (קאי אשאלה היום ושכרה למחר) בשעה שהיתה שאולה מתה והלה אומר איני יודע חייב עכ"ל המשנה והקשה הגמ' על זה שמעת מינה מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב לימא תהוי תיובתא דרב נחמן ור' יוחנן דס"ל ברי ושמא לאו ברי עדיף ומוקי הגמ' כגון שיש עסק שבועה ביניהם היכי דמי עסק שבועה כדרבא דאמר רבא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע משלם משכחת לה רישא בב' וסיפא בג' והיינו דהגמ' מוקי דאירי שטענו שתי פרות או שלשה ועל הפרה האחת הודה לו במקצת ועל השלישית אמר איני יודע לכן חייב דמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וקושית התוס' הוא דלפירש"י דס"ל דבפקדון אפילו כופר הכל חייב היה לנו לומר אפילו בחדא פרה מתוך שאינו יכול לישבע משלם אם השואל טוען איני יודע אם ביום שהיתה שאולה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה ולמה לן שיודע השואל במקצת הטענה, דס"ל להתוס' דלפירש"י הוי כופר הכל בפקדון כמו מודה במקצת

במלוה וכמו דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כשאומר חמשים ידענא וחמשים לא ידענא במלוה כך כשאומר איני יודע בכל יש לנו לומר בפקדון מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולכן הקשו התוס' למה מוקי הגמ' שם כשהודה במקצת והלה אומר איני יודע גם כשכופר בכל יש לנו לאוקמיה ולומר מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ב) ובדברינו מתורץ הקושיא הזאת דלפירש"י אע"ג דס"ל שגם כופר הכל בפקדון חייב שבועה דאורייתא מ"מ לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם בכופר הכל בפקדון דנהי דבפקדון מעיז ומעיז ויוכל אדם לכפור הכל בשקר כיון שלא עשה לו טובה וליכא הוכחה דקושטא קאמר הנתבע מ"מ לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דהא דאמרינן מתוך הוא משום דס"ל דדברי העד אחד והאומדנא של מודה במקצת עושים חיוב ודאי והשבועה היא הכחשה והזמה וכיון שכופר בכל וליכא הוכחה דהתובע קושטא קאמר נהי שגם להנתבע אין לו הוכחה דקושטא קאמר נשאר הדבר בספק ומחויב הנתבע לישבע שבועה דאורייתא לברר את הספק וכשאינו יכול לישבע לא נתברר הספק ואין מוציאין ממון מספק לכן הוצרך הגמ' לאוקמיה רישא בב' פרות וסיפא בג' פרות היינו שהנתבע מודה במקצת לכן אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם משא"כ אם הנתבע היה כופר בכל לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ג) אך יתר הקושיות שהקשו התוס' לפירש"י אינו מתורץ בדברינו כגון הקושיא שהקשו התוס' מההיא דשבועות דף מ"ג המלוה את חבירו על המשכון ואבד המשכון אמר לו הלוה למלוה סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתיך עליו וסלע היה שוה פטור סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והלה אומר לא כי אלא סלע הלויתיך עליו וחמשה דינרים היה שוה חייב, אלמא דכשהמלוה כופר הכל פטור וכשהמלוה הודה במקצת חייב, והתם בפקדון הוא, ולפירש"י יקשה מ"ש אם המלוה כופר הכל או מודה במקצת כיון דס"ל לרש"י כופר הכל בפקדון חייב יש לנו לומר שיתחייב המלוה לישבע אפילו כשכופר בכל, והתם ליכא לתרץ כמו שתירצנו דהרי התם לא איירי כלל לענין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא חייב ופטור קתני שאם המלוה מודה במקצת חייב ואם כופר בכל פטור ולפירש"י תימה מ"ש מודה במקצת מכופר הכל לענין פקדון דהא ס"ל שגם כופר הכל חייב, וכן הקשו מההיא דמנורה בת עשרה ליטרין ע"ש וגם זה אינו מתורץ בדברינו.

ד) ובכל זאת מפני חומר הקושיות הנ"ל על פירש"י נ"ל שיש להקל קצת גם הקושיות הנ"ל ואף שהוא דוחק גדול לומר כן מ"מ יש ליישב קצת דברי רש"י, והיינו דהא דקתני במתניתין שאם הלוה תובע מהמלוה הסלע היתר על החוב והיינו שאומר לו סלע

הלויתני עליו ושתים היה שוה והמלוה כופר בכל ואומר לו סלע הלויתיך עליו וסלע היה שוה ואין המשכון שוה יותר על החוב המלוה פטור וכן הא דקתני דכשהמלוה הודה במקצת ואמר לו חמשה דינרים היה שוה והיינו שמודה לו בדינר אחד שהמשכון שוה יותר על החוב וכופר בשלשה דינרים המלוה חייב, האי חייב או פטור יש לפרש לפירש"י לפי דרכנו דלאו חייב לישבע המלוה קאמר כשמודה במקצת ולאו פטור המלוה קאמר כשכופר בכל דבמתניתין לא הוזכר כלל חייב לישבע או פטור מלישבע כי אין שום חילוק לדברי רש"י בין כופר הכל למודה במקצת בפקדון, אלא מה דקתני חייב או פטור אעיקר חיובא דממון קאי ולא על השבועה והיינו דלפי מה שכתבנו לדידן דקי"ל דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם הוא משום שתפסה התורה בודאי שאם ראובן תובע מנה משמעון ושמעון מודה במקצת חייב לו שמעון לראובן כל המנה בודאי בלא שום ספק דהוי כאלו שני עדים העידו ששמעון חייב לראובן מנה רק שאם נשבע שמעון להכחיש את האומדנא הזאת אז פטור שמעון מכפירתו והוי כמו שהביא שני עדים להזים או להכחיש את העדים אבל כל זמן שלא נשבע להכחיש את האומדנא יש עליו חיוב ממון בודאי ומחויב לשלם וגם אמרינן דמסתמא לא ישבע הנתבע לשקר דכיון שהאומדנא של התובע או דברי העד הם אמיתיים מסתמא לא ישבע הנתבע להכחישם ואם בתוך כך נעשה שמעון אלם או חרש או סבה אחרת אירע לו שאינו יכול לישבע הרי זה משלם כמו שהביא ראובן שני עדים א"כ שייך שפיר לומר במתניתין חייב ופירושו חייב לשלם תיכף שהודה המלוה במקצת מחויב המלוה תיכף לשלם את הסלע היתר על החוב ומסתמא לא ישבע הנתבע לשקר להכחיש את האומדנא של מודה במקצת ושייך למיתני חייב לשלם תיכף ונהי שאם נשבע המלוה והכחיש והזים את האומדנא הנ"ל נפטר המלוה מ"מ שייך לומר חייב לשלם תיכף כשהודה במקצת כמו שאם הביא ראובן שני עדים ששמעון חייב לו מנה שייך בודאי למיתני חייב תיכף אע"ג שאם יבואו עדים ויכחישו ויזימו את העדים הראשונים בודאי יפטור שמעון מלשלם מ"מ כל זמן שלא הביא עדים אחרים להכחיש ולהזים את העדים הראשונים שייך שפיר לומר חייב שהרי העדים עשו עליו חיוב ודאי ומסתמא לא ימצא עדים להכחישם ולהזימם א"כ כאן במודה במקצת ובהעדאת עד אחד שייך ג"כ לומר שחייב לשלם לו ממון תיכף דנהי שיכול להכחיש ולהזים את דברי העד אחד או האומדנא של מודה במקצת מ"מ כל כמה שלא נשבע להכחישם שייך לומר חייב לשלם, וכן כתבו המפרשים לענין נסכא דר' אבא דכיון שהעד מחייבו שבועה דאורייתא ולא נשבע להכחישו הרי הוא כשנים עיין תוס' ב"ב דף ל"ד ובשאר מפרשים.

ה) **וכן** כשהמלוה כופר הכל דקתני פטור לא פטור משבועה קאמר דבודאי מחויב המלוה לישבע לברר את הספק רק פטור מממון קאמר דכיון שהמלוה כפר בכל אין עליו חיוב ממון דאפילו אם לא ישבע המלוה ע"י שיעשה אלם או חרש או ע"י סבה אחרת אשר יארע לו למלוה ולא יוכל לישבע לברר ולהוכיח בבירור אמיתת דבריו כי קושטא קאמר מ"מ פטור המלוה מלשלם ושפיר שייך למיתני ביה פטור מלשלם ועוד דכיון שאין לנו הוכחה דהתובע קושטא קאמר כי ספק הוא אצלנו אמרי דמסתמא ישבע הנתבע ויברר דבריו אע"ג שיש עליו שבועה של בירור מ"מ שבועה מילתא אחריתי היא, ואע"ג שיש עליו חיוב שבועה לברר מ"מ שייך למיתני ביה פטור מממון שהרי בלאו הכי יש על המלוה שבועה שאינה ברשותו כדאיתא בפ' המפקיד דף ל"ד ואפילו הכי תני פטור אלמא דשבועה מילתא אחריתי היא ולא איירי בה א"כ כאן נמי אע"ג שיש על המלוה חיוב שבועה לברר את הספק מ"מ מיתני ביה שפיר פטור מממון.

ו) **ובזה** נראה לי ליישב מה שהקשו המפרשים על הרי"ף והרא"ש דהנה בגמ' דב"מ דף ל"ה יש כמה אוקימתות בהך מתניתין דשבועות הנ"ל אם איירי שהמלוה נשבע שבועה שאינה ברשותו או איירי שאינו נשבע שבועה שאינה ברשותו מחמת שהלוה מאמינו או שיש עדים שנגנבה ורב אשי מוקי התם ואמר זה נשבע וזה נשבע זה נשבע שאינה ברשותו וזה נשבע כמה היה שוה והקשה הגמ' שם א"כ כשטוען הלוה ואמר סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והלה אומר סלע הלויתיך עליו וסלע היה שוה אמאי פטור המלוה והלא מיגו דמשתבע מלוה שאינו ברשותו לישתבע נמי ע"י גילגול כמה היה שוה ומוקי לה הגמ' תהא במאמינו היינו שהלוה מאמין למלוה שאינו ברשותו, והרי"ף והרא"ש פירשו למתניתין כדברי רב אשי דזה וזה נשבע א"כ תימה הוא כיון דאיירי מתניתין שהמלוה נשבע שאינו ברשותו אמאי קתני במתניתין פטור והלא יש לנו לומר שיתחייב המלוה שבועה לישבע כמה היה שוה ע"י גילגול שנשבע שאינו ברשותו, ולדברינו ניחא דס"ל להרי"ף והרא"ש דכיון דחזינן דאביי ורב אשי ס"ל דמתניתין איירי שהמלוה נשבע שבועה שאינה ברשותו וכן רבה ורב יוסף שאמרו דאיירי שיש עדים שנשרפה או שנגנבה לא אמרו אלא אריש אבל בסיפא בטענת לוה משמע דס"ל לרבה ורב יוסף ואביי ורב אשי דאיירי שהמלוה נשבע שאינה ברשותו וממילא נשבע ג"כ כמה היה שוה ע"י גילגול מ"מ שפיר תני במתניתין פטור גבי מלוה וזהו כדאמרן דחייב ופטור דקתני בכולה מתניתין לאו לענין שבועה קתני רק לענין עיקר חיוב ממון קתני דבסיפא כיון שהמלוה הוא מודה במקצת נתחייב תיכף לשלם בחיוב ודאי כיון דהתורה החזיקה בודאי כיון שזה תובע מנה וחבירו מודה במקצת האומדנא הזה מגיד לט שהוא חייב

כל המנה ומסתמא לא ישבע ולא יכחיש את הבירור הזה וגם אם יולד לו איזה סבה שלא ישבע הנתבע ישלם ושפיר שייך למיתני חייב לשלם וברישא כשהמלוה כופר הכל אע"ג שהמלוה מחויב לישבע לפירש"י משום דכופר הכל בפקדון חייב ולדברי הרי"ף והרא"ש שפסקו כאמוראי הנ"ל מחויב המלוה לישבע שאינו ברשותו וע"י גילגול מחויב לישבע כמה היה שוה מ"מ שייך שפיר למיתני פטור מלשלם שהרי בזה אין אנו אומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם משום שהוא שבועה דרבנן ואין אנו אומרים בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמו שפסקו כל הפוסקים וכן פסק מרן המחבר סימן ע"ה סי"ד ועיין ש"ך סימן ע"ב ס"ק מ"ז וסמ"ע שם ס"ק ל"ט ושייך שפיר למיתני פטור מממון אע"פ שמחויב לישבע השבועות הנ"ל וכן עוד קושיות שהקשו התוס' על פירש"י יש ליישב בזה במקום דקתני חייב או פטור סתמא ולא קתני בפירוש חייב לישבע ופטור משבעה יש לומר דעל חיוב ממון קתני ולא על השבועה.

פרק ג

א) והנה מרן המחבר סימן ע"ה סי"ד פסק דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכן פסקו כל הפוסקים וכ"כ התוס' ב"מ דף ה' ד"ה ותקנתא לתקנתא וכ"כ התוס' שם דף ג' ד"ה ובכולי דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ והנה הקצוה"ח סימן צ"ב ס"ק י' הקשה מנא הא מילתא שפסקו כל הפוסקים דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ דבשלמא אם היה מדרבנן מה דאמרינן בשבועה דאורייתא מתוך שאיל"מ שייך לומר דבשבועה דרבנן לא תיקנו תקנתא לתקנתא כיון דהשבועה בעצמה אינה אלא תקנתא דרבנן לא תיקנו בזה תקנה לתקנה לומר מתוך שאיל"מ דבשבועה דאורייתא אינו אלא תקנתא דרבנן לומר מתוך שאינו יכול לישבע משלם אבל כיון דהא דקי"ל דבשבועה דאורייתא אמרינן מתוך שאיל"מ הוא מדאורייתא דילפינן מקרא דכתיב שבועת ד' תהיה בין שניהם כדאיתא בשבועות מ"ז א"כ גם בשבועה דרבנן יש לנו לומר מתוך שאיל"מ ואין זה תקנתא לתקנתא אלא שהם נצרכו לתקן שצריך לישבע וממילא כשאין יכול לישבע משלם כי כך הוא דינה של השבועה דמתוך שאיל"מ והיא חדא תקנה ולא תקנתא לתקנתא.

ב) ובדברינו תתורץ גם הקושיא הזאת דלפי מה שכתבנו הא דאמרינן מתוך שאיל"מ הוא מפני דס"ל שדברי העד א' או האומדנא של מודה במקצת והעדאת עדים עושים חיוב ודאי והשבועה זהו הכחשה והזמה לדברי העד א' ולהאומדנא של מודה במקצת לכן ס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ, ומאן דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ הוא משום דס"ל שדברי העד א' והאומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ספק והשבועה באה לברר את

הספק, לכן ס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ משום שעדיין נשאר בספק ואין מוציאין ממון מספק, א"כ יש לט לחקור על שבועות דרבנן מה ענינם משום מה תיקנוה רבנן או משום שחז"ל תפסו כי בודאי חייב לו והשבועה באה להכחיש ולהזים, או דילמא משום דמספקא לן שמא חייב לו או לאו והשבועה באה לברר את הספק, הרי חזינן מדאמרינן בשבועות ד' מ"א מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן בדאורייתא נחתינן לנכסיה בדרבנן לא נחתינן לנכסיה א"כ יש ראיה מזה דשבועות דרבנן לא תיקנו מטעם ודאי חיוב אלא משום דמספקא לן שמא חייב או לא והשבועה באה לברר את הספק דאם נימא דמה שתיקנו רבנן לישבע הוא משום דברירא להו שחייב בודאי והשבועה באה להכחיש ולהזים א"כ אמאי לא נחתינן לנכסיה אם לא נשבע להכחיש ולהזים אלא ודאי מוכרחים אנו לומר דמשום ספק תיקנו חז"ל לישבע לברר את הספק לכן כשלא נשבע לא נחתינן לנכסיה דעדיין ספק הוא ומספיקא לא מפקינן ממונא, א"כ ניחא מה שפסקו כל הפוסקים דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ דלא שייך לומר מתוך שאיל"מ רק כשהחיוב הוא בודאי והשבועה באה להכחיש ולהזים אבל היכא שהשבועה היא משום בירור הספק לא שייך לומר מתוך שאיל"מ וכיון דשבועת דרבנן משום בירור הספק הוא לכן פסקו כל הפוסקים דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דרבנן.

ג) **והנה** על הפוסקים הנ"ל שפסקו דשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ הקשו מהסוגיא דשבועות שם ד' מ"א דקחשיב הגמ' מאי איכא בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן והקשו על הפוסקים הנ"ל אמאי לא חשיב נמי החילוק הזה דבשבועה דאורייתא אמרינן מתוך שאיל"מ ובשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ א"כ משמע דדמיין להדדי שבועה דרבנן לשבועה דאורייתא. ובתרווייהו אמרינן מתוך שאיל"מ, ובדברינו ניחא שזה נכלל בזה דכיון דאמרינן בגמ' דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה שמעינן מזה ממילא דלא אמרינן מתוך שאיל"מ דכיון דלא נחתינן לנכסיה שמעינן מזה שהשבועה באה לברר את הספק ולא תפסו חז"ל שבודאי חייב לו רק דמספקא לן שמא חייב לו והשבועה באה לברר את הספק וכיון דמשום ספק הוא שמכינן ממילא דלא אמרינן מתוך שאיל"מ כנ"ל.

ד) **ואדרבה** זה עדיפא מזה, דהנה אפילו למאן דאמר דלא אמרינן מתוך שאיל"מ אפילו בשבועה דאורייתא היינו דוקא כשאינו יכול לישבע אזי אינו משלם אבל אם יכול לישבע ואינו רוצה לישבע בודאי נחתינן לנכסיה בשבועה דאורייתא, דנהי דס"ל שדברי העד א' או האומדנא של מודה במקצת אין עושים רק חיוב ספק ואין מוציאין ממון מספק מ"מ היינו דוקא כשאינו יכול לישבע אבל אם יכול לישבע ואינו רוצה בודאי נחתינן לנכסיה

מטעם דהוי כאלו הודה שחייב לו לחבירו או מחמת טעמים אחרים, והנה אם הגמ' היה משמיענו דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ אז היה מקום לומר דדוקא כשאינו יכול לישבע אז אינו משלם בשבועה דרבנן אבל אם יכול ואינו רוצה לישבע נחתינן שפיר לנכסיה כמו בשבועה דאורייתא למ"ד דלא אמרינן מתוך שאיל"מ דאע"ג דמשום ספק באה השבועה לברר מ"מ כשיכול ואינו רוצה לישבע נחתינן לנכסיה כן היה מקום לומר בשבועה דרבנן דנהי דלא אמרינן מתוך שאיל"מ דהשבועה משום ספק באה לברר מ"מ כשיכול לישבע ואינו רוצה נחתינן לנכסיה לכן קמ"ל הגמ' דבשבועה דרבנן לא נחתינן לנכסיה אפילו כשיכול לישבע ואינו רוצה דמזה תרתי שמעינן מינה חדא שמעינן מזה כי חז"ל כשתיקנו לישבע לא תפסו בודאי שחייב לו והשבועה באה להכחיש רק משום דמספקא להו לחז"ל שמא חייב לו או לא והשבועה באה לברר את הספק דאם לא כן הוה נחתינן לנכסיה ושמעינן מזה ממילא דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דרבנן ועוד שמעינן מזה עדיפא מיניה דאפילו כשיכול לישבע רק שאינו רוצה אפילו הכי לא נחתינן לנכסיה, ואם הגמ' היה משמיענו החידוש דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ לא שמעינן אלא חדא אבל כשיכול לישבע ואינו רוצה לא היינו יודעים, והיה מקום לומר דנחתינן לנכסיה כשיכול ואינו רוצה, ואע"ג דלענין שבועה דאורייתא הוי הדבר איפכא ולא ידעינן דאמרינן מתוך שאיל"מ מהא דאמר הגמ' דנחתינן לנכסיה כשיכול לישבע ואינו רוצה דיוכל היות דדוקא כשיכול לישבע ואינו רוצה נחתינן לנכסיה אבל כשאינו יכול לישבע יוכל היות דלא אמרינן מתוך שאיל"מ, מ"מ האי מילתא דאמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דאורייתא אין זה חידוש וכמה משניות ומימרות אמוראים איכא בזה דאמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דאורייתא ואין זה חידוש לאשמועינן דאמרינן בשבועה דאורייתא מתוך שאיל"מ לכן נקט החידוש לענין שבועה דרבנן בתרתי דשמעינן מזה דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בשבועה דרבנן ועוד שמעינן מזה דאפילו כשיכול לישבע ואינו רוצה ג"כ לא נחתינן לנכסיה.

פרק ד

א) ובזה שכתבנו יש לבאר סוגא במס' שבועות ד' מ"ז אשר היא תמוה מאוד והיא עמוקה מני ים דשם במשנה בראש הפרק איתא שכנגדו חשוד על השבועה אזי נשבע התובע ונוטל היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה דברי ר' יוסי ר' מאיר אומר יחלוקו, ושם בגמ' ד' מ"ז איתא חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר רב אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני (לשבועת הר סיני שהשביע הקב"ה את ישראל על לא תגזול וכו' אבל ב"ד אין נזקקין לא לשבועה ולא לפרעון רש"י) רבותינו שבארץ ישראל אמרו

חזרה שבועה למחויב לה (על זה שהודה במקצת וכיון שאינו יכול לישבע שהרי חשוד הוא ישלם, רש"י) אמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל רבותינו שבארץ ישראל ר' אבא רבותינו שבבבל רב ושמואל דתנן וט' אלא הכי קאמר וכן היתומים מן היתומים לא יפרעו אלא בשבועה רב ושמואל דאמרי תרווייהו לא שנו אלא שמת מלוה בחיי לוה אבל מת לוה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו, רבותינו שבארץ ישראל רבי אבא דההוא גברא דחטף נסכא מחבריה וכו' אמר ר' אבא הוה מחויב שבועה ואין יכול לישבע וכל המחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם עכ"ל הגמ'.

ב) היוצא לנו מהסוגיא הזאת דמהא דאמרי רב ושמואל דכשמת לוה בחיי מלוה ואחר כך מת המלוה נפסד המלוה ואינו גובה שטרו משום שכבר נתחייב המלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו מזה דייק הגמ' דס"ל לרב ושמואל בשניהם חשודים חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון, וגם דייק הגמ' מזה דרב ושמואל לא ס"ל הא דר' אבא דס"ל דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאיתא התם רב ושמואל האי שבועת ה' תהיה בין שניהם מאי דרשי ביה ע"ש) והטעם בזה צריך לומר כמו"ש התוס' שם ד"ה מתוך דלמאן דס"ל מתוך שאינו יכול לישבע משלם ס"ל דאפילו מת לוה בחיי מליה גם כן מחויב לשלם דכיון שאיני יכול לישבע לא זה ולא זה משלם הנתבע דלא שנא מחויב התובע שבועה ולא שכא מחויב הנתבע שבועה ואינו יכול לישבע אותו שחייב שבועה משלם הנתבע ע"ש בתוס'.

ג) והוא תמוה דכיון דבמקום שהנתבע מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם הנתבע א"כ מכ"ש שיש לנו לומר שאם התובע מחויב שבועה ואינו יכול לישבע יפסיד התובע כיון שאין התובע נשבע כפי חיובו אית לנו לומר שיפסיד התובע דאם הסברא הזאת מועלת להוציא ממון מיר הנתבע משום שאינו יכול לישבע כפי חיובו א"כ מכ"ש שיש לנו לומר שתועיל הסברא הזאת להחזיק הממון ביד הנתבע וכיון שהתובע אינו יכול לישבע יפסיד התובע ואיזה סברא הוא לומר כן שאם התובע מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ישלם לו הנתבע את מעותיו.

דא ובפרט לפי מה שכתבנו לעיל והוכחנו שהטעם מה דאמרינן מתוך שאיל"מ הוא משום שהאומדנא של מודה במקצת או דברי העד עושה חיוב ודאי והשבועה היא ההכחשה וההזמה של החיוב הזה א"כ אין שייך לומר שישלם הנתבע רק אם הנתבע מודה במקצת או שיש עד אחד שמחויב הנתבע שבועה אז שייך לומר שישלם הנתבע משום דאמרינן מתוך שאיל"מ היינו כיון שיש על הנתבע חיוב ודאי ולא הכחיש את

החיוב הזה בשבועה לכן ישלם הנתבע אבל אם התובע מחויב לישבע ואינו יכול לישבע אמאי ישלם הנתבע והלא החיוב שבועה כשם שעושה חיוב ודאי על הנתבע אם הנתבע מחויב לישבע כך עושה החיוב שבועה פטור ודאי על הנתבע אם התובע מחויב שבועה ואינו נשבע ואמאי ישלם הנתבע בשביל זה שהתובע אינו יכול לישבע

ה) וז"ל הר"ן על הסוגיא דשם ואיכא למידק טובא אשמעתין היכי מוכחינן דרבותינו שבארץ ר' אבא דהא ודאי מצי אמר במתניתין חזרה שבועה לסיני דאע"ג דאיהו ס"ל מחויב שבועה שאיל"מ הני מילי היכא דאין שכנגדו מחויב שבועה כגון בנסכא דר' אבא אי נמי בשכנגדו מחויב שבועה ויכול לישבע כעין משנתנו בשאין התובע חשוד אבל בשהתובע חשוד שפיר מצי אמר ר' אבא דמתוך שאינו יכול לישבע מפסיד אע"ג דלדידיה ליתא אלא שבועת התקנה וכו' ומהאי טעמא נמי קשיא לן מאי דאמר בשמעתין ורב ושמואל האי שבועת ה' תהיה בין שניהם מאי דרשי ביה דאלמא רב ושמואל דאמרי חזרה שבועה לסיני לא מצי דרשי שבועת ה' תהיה בין שניהם כדר' אבא ואמאי לא היה ודאי אפשר דאית להו דר' אבא דמחויב שאי"ל משלם ואפילו הכי אמר במתניתין חזרה שבועה לסיני דכיון דתובע מחויב לישבע שבועה של דבריהם ואינו יכול לישבע הפסיד כדאמר איהו גופיה במת לוה בחיי מלוה עכ"ל הר"ן שם ע"ש מה שדחק, לתרץ הקושיות הנ"ל.

וא והריטב"א על מס' שבועות שם דף מ"ז כתב וז"ל דכיון דאמרינן דרבותינו שבבבל רב ושמואל וכו' לית להו דר' אבא דנסכא וכן דאית ליה דר' אבא דנסכא לית ליה כרב ושמואל וכו' וזהו תימה דהא ר' אמי גופיה דתני כר' אבא אית ליה נמי דרב ושמואל דאיהו אמר לקמן עמד בדין ומת כבר נתחייב מלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו ואנן קי"ל נמי כרב ושמואל בההיא דמת לוה בחיי מלוה וקי"ל כר' אבא בכוליה תלמודא עכ"ל הריטב"א שם ע"ש מה שדחק מאוד לבאר את הסוגיא ועיין בתוס' וברשב"א ובר"ן ובהגהות הגר"א על מס' שבועות דף מ"ז ובשאר מפרשים מה שהקשו על הסוגיא הזאת ומה שהאריכו ודחקו מאוד ליישב את הסוגיא ואת ההלכה ע"ש בדבריהם.

ז) ונראה דהסוגיא הזאת דשבועות נבנית על היסודות האלה, דהנה כתבנו לעיל דבשבועה דאורייתא נחלקו התנאים והאמוראים מה ענינה ולמה היא באה כי מאן דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ ס"ל דדברי העד או האומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי והשבועה זהו ההכחשה והזמה לדברי העד או להאומדנא של מודה במקצת לכן ס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ, ומאן דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ הוא משום דס"ל שדברי

העד א' או האומדנא של מודה במקצת לא עשו רק חיוב ספק והשבועה באה לברר את אמתת שהנתבע קושטא קאמר בלא שום ספק לכן ס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ שהרי אם אפילו לא נשבע ולא נתברר הדבר דקושטא קאמר הנתבע מכל מקום עדיין נשאר הדבר בספק ואין מוציאין ממון מספק.

דא וזהו דוקא בשבועה דאורייתא פליגי אם אמרינן מתוך שאיל"מ או לא אבל בשבועה דרבנן כתבנו לעיל דליכא למ"ד שיסבור דשבועה דרבנן מטעם ודאי תקנה חז"ל לכן מודים כו"ע דלא אמרינן בשבועה דרבנן מתוך שאיל"מ, וגם ס"ל דלא נחתינן לנכסיה בשבועה דרבנן אפילו כשיכול לישבע ואינו רוצה, והוא משום דשבועה דרבנן לא משום ודאי חיוב תקנוה, אך את זה יש לחקור בשבועה דרבנן משום מאי נתקנה או מטעם ספק או מטעם בירור דלכתחלה, היינו שיש לומר דכל השבועות שתיקנו חז"ל לישבע לא תיקנו רק שיברר לכתחלה את אמתת דבריו ולא משום שנסתפקו חז"ל אולי קושטא קאמר התובע או הנתבע רק כיון שהתורה לא רמי שבועה עליה והחזיקה התורה דבודאי קושטא קאמר ואין עליו שום שבועה מדאורייתא לכן גם חז"ל החזיקו כן דבודאי קושטא קאמר רק דלכתחלה מחויב לברר אמיתת דבריו ע"י שבועה שתיקנו חז"ל שישבע, ויוכל היות שאין הדבר כן רק חז"ל כיון שתיקנו שמחויב לישבע מדרבנן נסתפקו באמת אם קושטא קאמר אם לאו, ושבועתו לא הוי בירור דלכתחלה רק בירור הספק הוא וכשלא נשבע נשאר הדבר בספק אם חייב לו או לא.

ט) והנה אם הנתבע מחויב שבועה דרבנן אין שום נפקא מינה בחקירתנו הנ"ל אם הוא מטעם בירור דלכתחלה או משום בירור הספק דבין כך ובין כך לכתחלה צריך הנתבע לישבע לברר אמתת דבריו מדרבנן אפילו אם נימא דשבועתו אינו אלא מטעם בירור לכתחלה מ"מ עכ"פ צריך לישבע מדרבנן לכתחלה לברר דבריו, ובדיעבד אם לא נשבע הנתבע אינו משלם אפילו אם נימא דשבועתו היא משום בירור הספק מ"מ כיון שאינו אלא ספק חיוב ולא ודאי חיוב לכן אין מוציאין ממון מספק כמו שכתבנו לעיל דמשום האי טעמא לא אמרינן בשבועה דרבנן מתוך שאיל"מ וגם לא נחתינן לנכסיה משום שאין מוציאין ממון מספק.

ו) **אך** הנפקא מינה בחקירתנו הנ"ל הוא אם התובע חייב לישבע שבועה דרבנן, כגון שהוציא שטר על חבירו וטען הלוה השבע לי שלא פרעתיך דאיכא על המלוה חיוב שבועה מדרבנן כדאיתא והתובע הוא חשוד או כשראובן תובע משמעון מנה ושמעון מודה במקצת ושניהם חשודים דמצד הדין היה ראוי להיות שראובן יטול מעותיו בלא שבועה אפילו אם התובע לא היה חשוד דכיון ששמעון הנתבע אינו יכול לישבע מפני

שהוא חשוד יש לנו לומר דהוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם רק דרבנן תיקנו שהתובע לא יטול בלא שבועה לכן אם התובע הוא חשוד גם כן היינו ששניהם חשודים דאז לא יכול התובע לישבע את השבועה שחייבוהו חכמים לישבע או בפוגם שטרו דאיכא ג"כ על המלוה התובע חיוב שבועה מדרבנן והתובע הוא חשוד על השבועה ואינו נשבע אזי תליא בזה דאם נימא דכל שבועות דרבנן אינם אלא משום בירור דלכתחלה, א"כ אם התובע הוא חשוד ואינו נשבע אפילו הכי אמרינן שהנתבע מחויב לשלם דנהי דרבנן רמו על התובע חיוב שבועה לברר לכתחלה מ"מ אין התובע נפסד בשביל זה שלא בירר אמתת דבריו ומחויב הנתבע לשלם לו, אבל אם נימא דכל שבועות שתיקנו רבנן הוא משום שנסתפקו חז"ל אם אמת בפי התובע או לא א"כ אם התובע הוא חשוד על השבועה ואינו נשבע לברר את הספק א"כ נשאר הספק במקומו ואין מוציאין ממון מספק, זהו היסוד הראשון.

יא) היסוד השני הוא כי הגמ' בסוגיא הזאת ס"ל דכל השבועות דרבנן כגון החשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל והפוגם שטרו והבא ליפרע מנכסי יתומים וכיוצא בהם כל השבועות השנוים במשנה בריש פרק כל הנשבעים כולם שוים הם או כולם מטעם בירור דלכתחלה הם או כולם מטעם בירור הספק הם כי אין סברא לומר שהשבועות השנוים במשנה אחת יהיו חלוקים זה מזה שקצת מהם יהיו משום בירור דלכתחלה וקצת מהם יהיו משום בירור הספק בודאי לא מסתבר לומר כן רק כל השבועות השנוים במשנה כולם שוים הם זהו היסוד השני.

יב) היסוד הג' הוא דס"ל לרב פפא דהספק שיש להסתפק בשבועה דרבנן אם הוא מטעם בירור דלכתחלה או אם הוא מטעם בירור הספק זהו תליא אם אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם או לא, לפי מה שכתבו לעיל דהפלוגתא אם אמרינן מתוך שאיל"מ או לא תליא אם דברי העד א' או האומדנא של מודה במקצת והעדאת עדים אם עושים חיוב ודאי או חיוב ספק דאם אמרינן שדברי העד א' והאומדנא הנ"ל עושים חיוב ודאי אמרינן מתוך שאיל"מ ואם דברי העד א' והאומדנא הנ"ל עושים חיוב ספק לא אמרינן מתוך שאיל"מ, הילכך אם אמרינן מתוך שאיל"מ דדברי העד והאומדנא הנ"ל עושים חיוב ודאי א"כ כשהנתבע הודה במקצת או שיש עד א' לחייבו והנתבע הוא חשוד על השבועה ותיקנו חז"ל שהתובע נשבע ונוטל אין סברא לומר דהשבועה של התובע באה לברר את הספק היינו דמספקא להו לרבנן אולי קושטא קאמר הנתבע או לא לכן צריך התובע לישבע לברר את הספק בדאי אין שום סברא לומר כן דכיון שהתורה חשבה את דברי העד א' והאומדנא הנ"ל לחיוב ודאי היינו שהנתבע מחויב בודאי לשלם, איך

יחשבו רבנן את דברי העד א' והאומדנא הנ"ל לחיוב ספק ולומר שהתובע מחויב לישבע לברר את הספק והלא אין כאן ספק כלל אלא ע"כ צריך לומר שהשבועה שתיקנו רבנן שהתובע ישבע ויטול ולא יטול בלא שבועה אינו אלא כדי לברר לכתחלה אבל בדיעבד אין התובע נפסד אף אם לא נשבע התובע כיון דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ, לכן היכא שהתובע הוא ג"כ חשוד היינו ששניהם חשודים ס"ל חזרה שבועה למקומה ומתוך שאיל"מ ומאן דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ והוא משום דס"ל שדברי העד והאומדנא של מודה במקצת לא עשו על הנתבע רק חיוב ספק ולא חיוב ודאי איהו סובר דמה שתיקנו רבנן דהיכא שהנתבע חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל ולא יטול בלא שבועה שבועתו היא כדי לברר את הספק אם הוא חייב או לא, א"כ אם התובע הוא ג"כ חשוד היינו ששניהם חשודים אית לנו לומר חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא תשלומין כיון שהתובע מחויב ישבע לברר את הספק ולא נשבע לברר משום שהוא חשוד לכן נשאר הדבר בספק ואין מוציאין ממון מספק, זהו היסוד השלישי.

יג) ובזה יתבאר הסוגיא בס"ד דממילתא דרב ושמואל דס"ל דכשמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה נפסדים בני מלוה דייק הגמ' מזה לענין שניהם חשודים דס"ל לרב ושמואל דחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא תשלומין, וגם דייק הגמ' מזה דרב ושמואל לא ס"ל להא דר' אבא דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם, וממילתא דר' אבא דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ דייק הגמ' מזה דר' אבא ס"ל לענין שניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, וגם דייק הגמ' דר' אבא ס"ל לענין שאם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה שהיורשים בני מלוה נשבעים שבועת יורשים ונוטלים:

יד) והטעם בזה הוא דר' אבא כיון דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ וס"ל דדברי העד אחד והאומדנא של מודה במקצת עושים חיוב ודאי א"כ מוכרח לומר דהא דקתני במשנה בריש פ' כל הנשבעים גבי חשוד שכנגדו נשבע ונוטל אינו אלא משום בירור דלכתחלה ולא משום בירור הספק, א"כ אם אינו נשבע כגון שהתובע הוא ג"כ חשוד היינו ששניהם חשודים אין התובע נפסד לכן דייק הגמ' דר' אבא דס"ל דאמרינן מתוך שאי"ל משלם ס"ל לענין שניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ, ועוד דייק הגמ' מזה דהא דקתני במשנה שם בריש פ' כל הנשבעים דהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרעו אלא בשבועה הוא ג"כ מטעם בירור דלכתחלה אבל אם אינו נשבע אינו נפסד כמו שכתבנו לעיל דס"ל לרב פפא שכל השבועות השנויים במשנה בריש פ' כל הנשבעים שוים הם א"כ אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה ס"ל לר' אבא דיורשים נשבעים

שבועת יורשים ונוטלים אע"ג שאינם יכולים לישבע השבועה שתיקנו רבנן לאביהם שישבע שלא פרעו מ"מ גובין היורשים גם בלא השבועה הזאת דכיון שכל השבועות דקתני במשנה בריש פ' כל הנשבעים אינן אלא משום בירור דלכתחלה לכן בדיעבד לא נפסדו היתומים בני המלוה נמצא דממלתא דר' אבא דס"ד דאמרינן מתוך שאיל"מ שפיר יש למידק תרתי מילי דדייק הגמ' חדא דבשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ ועוד יש למידק דהיכא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה אין היורשים נפסדים רק נשבעים שבועת יורשים ונוטלים, והכל הוא מטעם אחר דשבועות דרבנן לא תיקנו לברר שום ספק רק משום דלכתחלה תיקנוה ובדיעבד לא נפסד גם אם לא בירר.

טו) וממילתא דרב ושמואל דס"ל כשמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה נפסדים בני מלוה דייק הגמ' מזה דס"ל לרב ושמואל לענין שניהם חשודים דחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא תשלומין והוא דכיון דס"ל דכשמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה שנפסדים בני מלוה אלמא דס"ל לרב ושמואל דהשבועה דקתני במשנה בריש פרק כל הנשבעים שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה, דאם היה משום בירור דלכתחלה לא היו מפסידים בני מלוה אפילו אם לא נשבעו שבועת אביהם שתיקנו לו רבנן שישבע שלא פרעו אלא ודאי ס"ל לרב ושמואל דהשבועה דקתני במתניתין בריש פרק כל הנשבעים שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה א"כ השבועה דקתני במשנה שם בריש פ' כל הנשבעים שהחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל ואינו נוטל בלא שבועה השבועה הזאת היא ג"כ מטעם בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה כמו שכתבנו דס"ל לרב פפא שכל השבועות השטים בריש פ' כל הנשבעים דין אחד להם או כולם מטעם בירור דלכתחלה או כלם מטעם בירור הספק וכיון דחזינן דס"ל לרב ושמואל לענין הבא ליפרע מנכסי יתומים דהשבועה היא מטעם בירור הספק א"כ גם לענין חשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל הוא ג"כ מטעם בירור הספק, א"כ אם התובע ג"כ אינו יכול לישבע משום שהוא ג"כ חשוד היינו ששניהם חשודים מוכרח לומר דס"ל לרב ושמואל דחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא תשלומין כיון דמשום בירור הספק הוא א"כ אם לא נשבע נשאר הספק כמו שהיה ואין מוציאין ממון מספק.

טז) וממילא דייק הגמ' מזה דרב ושמואל לית להו דר' אבא דאמר דאמרינן מתוך שאינו יכול לישע משלם והוא כמו שכתבנו לעיל דמאן דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ ס"ל

דדברי העד א' והאומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי ולא חיוב ספק א"כ מוכרח לומר שהשבועה שתיקנו חז"ל לענין חשוד שכנגדו נשבע ונוטל אינו אלא משום בירור דלכתחלה ולא משום בירור הספק וכיון שאינו אלא משום בירור לכתחלה א"כ אם לא נשבע התובע החשוד היינו שהיו שניהם חשודים יש לנו לומר שלא יפסיד התובע רק יש לנו לומר חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ כמו דס"ל לר' אבא וכן לענין אם מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה יש לנו לומר שלא יפסידו בני מלוה כיון שאינו אלא משום בירור דלכתחלה, וכיון דרב ושמואל ס"ל לענין מת לוה בחיי מלוה דמפסדי בני מלוה וכן לענין שניהם חשודים ס"ל לרב ושמואל חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא תשלומין לכן דייק הגמ' שפיר דרב ושמואל לא ס"ל הא דר' אבא, וס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ כל זה הוא סברת רב פפא בסוגיא הנ"ל אליבא דמ"ד במתניתין בהיו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה.

פרק ה

א) והנה שם במשנה בריש פ' כל הנשבעים איתא היו שניהם חשודים חזרה שבועה למקומה דברי ר' יוסי ר' מאיר אומר יחלוקו ובגמ' שם ד' מ"ז איתא אמר ליה רבא לרב נחמן היכי תנן (ר' יוסי אומר יחלוקו או ר' מאיר אומר יחלוקו) א"ל לא ידענא הילכתא מאי א"ל לא ידענא איתמר אמר ר"י בר מניומי אמר רב נחמן ר' יוסי אומר יחלוקו וכן תני רב זביד ב"ר אושעיא ר' יוסי אומר יחלוקו איכא דאמרי וכו' עביד רב נחמן עובדא יחלוקו עכ"ל והתוס' בב"מ ובשבועות שם הקשו כיון דרב נחמן עבד עובדא דיחלוקו א"כ פליג רב נחמן על ר' אבא דס"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם דלר' אבא כיון דס"ל מחויב שבועה שאיל"מ ס"ל בשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ ורב נחמן כיון דס"ל בשניהם חשודים כר' יוסי דיחלוקו וגם עבד עובדא יחלוקו א"כ לא ס"ל כר' אבא וס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ ועל זה הקשו התוס' מרב נחמן דבפ' השואל ד' צ"ז הקשה הגמ' על רב נחמן ממתניתין דשם ומוקי לה רב נחמן בשיש עסק שבועה ביניהם ומתוך שאיל"מ אלמא דס"ל לרב נחמן הא ר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ תירצו התוס' דרב נחמן בודאי לא ס"ל הא דר' אבא כיון דעבד עובדא יחלוקו רק דמתניתין דפ' השואל מוקי רב נחמן כר' מאיר דס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ ע"ש בתוס' ולפי זה ליתי הלכתא כרב נחמן דעבד עובדא יחלוקו כיון דקי"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ וכן כמה פוסקים דחו מהלכה הך מילתא דרב נחמן דעבד עובדא כר' יוסי דיחלוקו משום דקי"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ ע"ש בתוס'

ובשאר מפרשים שדחקו מאוד בזה לקיים מילתא דר' אבא ומילתא דרב נחמן דעבד עובדא יחלוקו.

ב) ולפי מה שכתבנו אין סתירה כלל מדברי רב נחמן דעבד עובדא יחלוקו למילתא דר' אבא דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ, דלפי מה שכתבנו דהא דפליגי רב ושמואל ור' אבא אם אמרינן חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון או אמרינן חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ כתבנו לעיל דתליא בזה אם השבועות דרבנן דקתני באותה המשנה הוא מטעם בירור הספק או משום בירור דלכתחלה דאם הוא משום בירור דלכתחלה א"כ בשניהם חשודים לא נפסד התובע אע"ג שאינו נשבע לברר ואם השבועות הם משום בירור הספק א"כ נפסד התובע אם אינו נשבע לברר את הספק דאין מוציאין ממון מספק, א"כ יש להבין מאי טעמא דר' יוסי דאמר יחלוקו איך ס"ל לר' יוסי בהך תקנתא שתקנו רבנן שכנגדו נשבע ונוטל היינו שלא יטול התובע בלא שבועה וממה נפשך לא אתי שפיר דאם שבועות התובע הוא מטעם בירור לכתחלה אמאי אית ליה לר' יוסי יחלוקו היינו שהתובע נפסד מחצה הלא היה לנו לומר שהתובע לא יפסיד כלל כיון דשבועתו אינה אלא משום בירור דלכתחלה ואם נימא דשבועת התובע היא משום בירור הספק ג"כ תימה אמאי אית ליה לר' יוסי יחלוקו הלא יש לנו לומר שהתובע יפסיד הכל כיון דהשבועה באה לברר את הספק והתובע לא נשבע ונשאר הדבר בספק כמו שהיה א"כ יש לנו לומר שהתובע יפסיד הכל ואין מוציאין ממון מספק.

ג) והנה התוס' בשבועות כתבו דטעמא דר' יוסי דס"ל יחלוקו משום קנסא דקנסינן ליה לפי שהוא חשוד ע"ש, וכיון שהוא מטעם קנס אין הכרח בדברי ר' יוסי לידע מדבריו את מי קניס כי יוכל היות דר' יוסי ס"ל דהשבועות שתיקנו רבנן משום בירור דלכתחלה הוא ומדינא היה ראוי לומר בשניהם חשודים שלא יפסיד התובע כלל כיון שאינו אלא משום בירור דלכתחלה רק משום קנסא קנסו ליה להתובע בחצי לכן ס"ל לר' יוסי יחלוקו, ואיכא נמי למימר איפכא דס"ל לר' יוסי שהשבועות שתיקנו רבנן הוא משום בירור הספק ומדינא היה ראוי לומר בשניהם חשודים שלא יטול התובע כלל כיון שלא נשבע התובע ונשאר הדבר בספק לא נוציא ממון מספק רק משום קנסא קנסינן ליה לנתבע במחצה משו"ה קאמר ר' יוסי יחלוקו.

ד) וכיון דע"כ טעמא דר' יוסי דאמר יחלוקו לאו מדינא קאמר רק משום קנסא א"כ ר' אבא ורב ושמואל כולהו מצו סברי כר' יוסי דאמר יחלוקו, דדוקא בדברי ר' מאיר דלית ליה שום קנסא כלל רק מדינא קאמר חזרה שבועה למקומה ואין לנו הכרח איך לפרש את דברי ר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה אם פירושו הוא חזרה שבועה לסיני

ואין כאן לא שבועה ולא תשלומין או חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ וחזינן דרבותינו שבבבל אמרי חזרה שבועה לסיני ורבותינו שבארץ ישראל אמרי חזרה שבועה למחויב לה, שפיר קאמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל ורבותינו שבארץ ישראל ר' אבא דכיון דחזינן דרב ושמואל ס"ל ביתומים מן היתומים כשמת לוה בחיי מלוה דהיתומים בני מלוה מיפסדי משום שאינן יכולין לישבע שבועה דרבנן הרי חזינן דס"ל לרב ושמואל דשבועות דרבנן נתקנו משום בירור הספק א"כ כשאנו רואים בשניהם חשודים אליבא דר"מ דס"ל חזרה שבועה למקומה וכן הוא אליבא דדינא לר' מאיר ולית ליה לר"מ שום קנסא בשניהם חשודים א"כ בודאי מפרשים רב ושמואל למילתא דר"מ דאמר חזרה שבועה למקומה היינו לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פירעון דכיון שהתובע אינו יכול לישבע שבועה דרבנן נפסד התובע, וכיון דחזינן דר' אבא ס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ ומוכרח לומר דס"ל לר' אבא דשבועות דרבנן נתקנו משום בירור לכתחלה כמו שכתבנו לעיל א"כ בודאי מפרש ר' אבא מילתא דר' מאיר דס"ל חזרה שבועה למקומה היינו למחויב לה ומתוך שאיל"מ.

ה) **וכל** זה היינו במילתא דר' מאיר דליה שום קנסא בשניהם חשודים אבל אליבא דר' יוסי דס"ל בשניהם חשודים יחלוקו והיינו שקנסו את החשוד במחצה יוכלו שפיר רב ושמואל ור' אבא ליסבור כר' יוסי דרב ושמואל אע"ג דס"ל ביתומים מן היתומים דמיפסדי היתומים בני המלוה וגם ס"ל בשניהם חשודים דמדינא נפסד התובע הכל והוא משום דס"ל לרב ושמואל דשבועות דרבנן משום בירור הספק ניתקנו מ"מ מצי סברי כר' יוסי שקנסו חכמים לנתבע שגם הוא מפסיד החצי לכן יחלוקו, וכן ר' אבא אע"ג דסבר דאמרינן מתוך שאיל"מ וגם ס"ל בשניהם חשודים דמדינא לא מפסיד התובע משום דשבועות דרבנן משום בירור דלכתחלה ניתקנו מ"מ מצי סבר ר' אבא דקנסו חכמים להתובע במחצה לכן יחלוקו כר' יוסי

ו) **ואף** אם נימא דרב ושמואל ור' אבא הם בעצמם כיון שהם מפרשים מילתא דר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה א"כ מסתמא ס"ל כר' מאיר למר כדאית ליה חזרה שבועה לסיני ומר כדאית ליה חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ ולית להו לרב ושמואל ור' אבא הא דר' יוסי דקניס את אחד מהם במחצה דזהו שינויא דחיקא לומר אליבא דר' מאיר קאמרי ולהו לא ס"ל הא דר' מאיר ומסתמא כיון שהם מפרשים טעמו של ר' מאיר מסתמא ס"ל כותיה ולא ס"ל יחלוקו כר' יוסי מ"מ היינו דוקא הם בעצמם רב ושמואל ור' אבא דטרחו עצמם לפרש טעמא דר' מאיר מסתמא ס"ל כותיה אבל שאר אמוראים דס"ל מתוך שאיל"מ כר' אבא או ס"ל כרב ושמואל בהא כשמת לוה בחיי מלוה

דמפסדי היתומים בני המלוה נהי שיש להוכיח גם מדבריהם כמו שיש להוכיח מדברי רב ושמואל ור' אבא בפירושא דהאי מילתא דר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה אם הפירוש הוא חזרה שבועה לסיני או חזרה שבועה לנתבע מ"מ כיון דשאר האמוראים לא מצינן שיטרחו לפרש בהדיא את דברי ר' מאיר א"כ שפיר נוכל לומר דס"ל כר' יוסי שיחלוקו משום דקניס ליה לתובע או לנתבע במחצה.

ז) **ובזה** מתורץ קושית התוס' שהקשו על רב נחמן דעבד עובדא יחלוקו ובפ' השואל משמע דס"ל לרב נחמן כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ ובדבריו מתורץ הדבר שאין זה שום סתירה כלל דנהי דס"ל לרב נחמן כרבי אבא דאמרינן משאיל"מ אשר מזה יש להוכיח דהשבועות שתיקנו חכמים הוא מטעם בירור דלכתחלה כמו שכתבנו לעיל ומוכרח גם רב נחמן לפרש מילתא דר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה היינו חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון, מ"מ רב נחמן מצי סבר כר' יוסי דיחלוקו משום שקנסו חכמים להתובע במחצה, שהרי בדברי רב נחמן אין אנו רואים שום הוכחה שיסבור כר' מאיר ולא כר' יוסי שהרי רב נחמן אינו מפרש טעמא דר' מאיר כמו שמפרש ר' אבא בפירוש טעמא דר' מאיר א"כ מצי סבר רב נחמן שפיר יחלוקו כר' יוסי אע"ג דס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ.

ח) **ובזה** מיושב עוד קושיא עצומה דרבא ג"כ ס"ל כר' אבא כדאמרינן בפ' השואל דף צ"ח דאמר רבא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים והשאר איני יודע מתוך שאיל"מ, וכן בשבועות מ"ז אמר רבא כותיה דר' אבא מסתברא אלמא דס"ל לרבא כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ ובשבועות דף מ"ז איתא אמר ליה רבא לרב נחמן היכי תנן (ר' יוסי אומר יחלוקו או ר' מאיר אומר יחלוקו) אמר ליה לא ידענא הלכתא מאי אמר ליה לא ידענא עכ"ל אלמא דמספקא ליה לרבא אם יחלוקו או לא, ולדברי התוס' דס"ל דמאן דס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ לא מצי סבר כר' יוסי דיחלוקו רק מוכרח לומר חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ א"כ תימה מאי מספקא ליה לרבא אם הלכה כר' יוסי דס"ל יחלוקו או הלכה כמ"ד חזרה שבועה למקומה והלא כיון דס"ל לרבא דאמרינן מתוך שאיל"מ א"כ בודאי אין הלכה כר' יוסי דאמר יחלוקו אלא הלכה כר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה וכמו שפירש ר' אבא דהיינו שחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ אלא ודאי כדאמרן שאין זה סתירה כלל ומאן דס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ מצי סבר שפיר כר' יוסי דס"ל יחלוקו.

ט) **והנה** מרן בשו"ע סימן צ"ב ס"ז פסק שאם היו שניהם חשודים חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ ומרן הרמ"א פסק וכתב וז"ל וי"א דיחלוקו וכן נראה לי לדון דהמוציא

מחבירו עליו הראיה עכ"ל הרמ"א וכן הש"ך שם ס"ק כ"ט הכריע להלכה דיחלוקו ע"ש בש"ך ובשאר פוסקים שדחקו מאוד לקיים את שני הדברים האלה לפסוק כרב נחמן דיחלוקו ולפסוק כר' אבא דס"ל מתוך שאיל"מ כי הרי"ף והתוס' ושאר פוסקים דחו מהלכה את דברי רב נחמן דס"ל יחלוקו אע"ג דקי"ל כרב נחמן בדיני ורב נחמן עבד עובדא דיחלוקו בכל זאת דחו הרבה פוסקים את דברי רב נחמן מהלכה משום מילתא דר' אבא דקי"ל כותיה דאמרינן מתוך שאיל"מ ומשמע בגמ' דמאן דס"ל מתוך שאיל"מ ס"ל לענין שניהם חשודים חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ והש"ך ושאר ראשונים שפסקו כרב נחמן וכר' אבא דחקו מאוד ליישב את הדברים, ובדברינו מיושב הכל בס"ד בלא שום דוחק כלל וכלל.

פרק ו

א) עוד הקשו התוס' בב"מ ובשבועות וכן הקשו שאר ראשונים דאמרינן בשבועות דף מ"ח האי דיינא דעבד כרב ושמואל עביד דעבד כר' אלעזר עביד והיינו דר' אלעזר פליג על מילתא דרב ושמואל ביתומים מן היתומים, דס"ל לרב ושמואל כשמת לוה בחיי מלוה מפסדי היתומים בני המלוה משום שאינם יכולים לישבע השבועה דרמו רבנן עליה שלא פרעו ור' אלעזר פליג על זה וס"ל שהיורשים בני המלוה נשבעים שבועת היורשים ונוטלים, וכיון דהגמ' שם דף מ"ז ס"ל דרב ושמאל לא ס"ל הא דר' אבא וכיון דקי"ל הלכה כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ א"כ ממילא אין הלכה כרב ושמואל ואמאי קאמר הגמ' האי דיינא דעביד כרב ושמואל עבוד, ועוד הקשו דרב אמי סבר כר' אבא דבשבועות דף מ"ז איתא אמר רבא כותיה דר' אבא מסתברא דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ובדף מ"ח משמע דמספקא ליה לרב אמי אם הלכה כרב ושמואל או לא דאיתא התם שלחוה בי רבי אמי אמר כולי האי שלחו לי וכו' אלא אמר רב אמי עמד בדין ומת וכו' ע"ש.

ב) ונראה לתרץ ע"פ מה שכתבנו לעיל ביסוד השני דרב פפא ס"ל שכל השבועות השטים במשנתנו בפ' כל הנשבעים כולם שוים הם וכיון דחזינן דרב ושמואל ס"ל לענין היתומים מן היתומים דמפסדי היתומים בני המלוה משום שאינם יכולים לישבע שמעינן מזה דס"ל לרב ושמואל שהשבועות דפ' הנשבעים נתקנו משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחילה א"כ השבועה שתיקנו בחשוד שיהא כנגדו נשבע ונוטל ולא יטול בלא שבועה נתקן ג"כ משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה כיון שכל השבועות דפ' הנשבעים שוים הם וכיון שהשבועה של החשוד שתיקנו שכנגדו לא יטול בלא שבועה נתקנה משום בירור הספק שמעינן מזה דהאומדנא של מודה במקצת

או דברי העד א' אין עושים חיוב ודאי רק חיוב ספק לכן צריך התובע לישבע לברר את הספק וממילא לא אמרינן מתוך שאיל"מ כיון שאינו עושה עושה רק חיוב ספק כל זה כתבנו לעיל לדברי ר' מאיר דלא חזינן מדבריו שום שינוי בשבועת חשוד משאר שבועות דרבנן השנוים בפ' כל הנשבעים.

ג) **אבל** לר' יוסי כיון דחזינן אצלו מילתא חדתא בשבועות חשוד היינו מה דס"ל לר' יוסי יחלוקו וע"כ מחצה הוא מטעם קנס ואינו מבורר בדברי ר' יוסי את מי קנס אם את התובע קניס ר' יוסי במחצה או את הנתבע קניס ר' יוסי במחצה אבל כיון דעכ"פ שבועת החשוד אינו שוה לר' יוסי לשאר שבועות שהרי בשאר שבועות לא שמעינן ליה לר' יוסי שיאמר יחלוקו כשאינו יכול לישבע רק בחשוד לבד שמעינן ליה לר' יוסי שיאמר יחלוקו, וכיון שכן לר' יוסי יוכל היות שגם רב ושמואל יסברו דאמרינן מתוך שאיל"מ דאע"ג דס"ל לרב ושמואל ביתומים מן היתומים דמיפסדי היתומים בני המלוה משום שאינם יכולים לישבע א"כ משמע מזה שהשבועה שתיקנו רבנן שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה שהרי אם היה משום בירור דלכתחלה אמאי מיפסדי היתומים בני המלוה מ"מ בחשוד על השבועה שתיקנו רבנן שכנגדו נשבע ונוטל ולא יטול בלא שבועה זה יוכל היות שהוא משום בירור דלכתחלה משום שהאומדנא של מודה במקצת או דברי העד א' שחייבו שבועה את החשוד עשו חיוב ודאי ואמרינן מתוך שאיל"מ ובדין היה שכנגדו יטול בלא שבועה רק משום בירור דלכתחלה הצריכו חכמים לישבע וכשגם התובע הוא חשוד ואינו יכול לישבע היינו ששניהם חשודים היה ראוי לומר שלא יפסיד התובע כלל רק משום קנסא קניס ליה ר' יוסי במחצית דכיון דחזינן לר' יוסי דשבועת החשוד אינה שוה לשאר שבועות א"כ יוכל היות שהשבועה שתיקנו רבנן בחשוד שהתובע לא יטול בלא שבועה הוא משום בירור דלכתחלה והשבועה שתיקנו חז"ל שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא משום בירור הספק דאע"ג דאינן שוים השבועות דרבנן זה לזה שהרי תקנת שכנגדו נשבע ונוטל הוא משום בירור דלכתחלה והשבועה שתיקנו חז"ל שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא משום בירור הספק מ"מ לר' יוסי ע"כ שבועת חשוד נשתנה משאר השבועות דתני התם במשנה בריש פרק כל הנשבעים.

ד) **ונהי** דרב ושמואל בעצמם כיון שהם מפרשים מילתא דר' מאיר מסתמא כר' מאיר ס"ל מ"מ שאר אמוראים דס"ל כרב ושמואל בהאי מילתא דיתומים מן היתומים דמפסדי היתומים בני המלוה כשמת לוה בחיי מלוה ובמילתא דר' מאיר דאמר חזרה שבועה

למקומה מוכרחים גם הם לפרש כרב ושמואל דחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון, דכיון שגם הם ס"ל דיתומים מן היתומים מיפסדי היתומים בני המלוה א"כ ס"ל ע"כ דהשבועה שתיקנו חכמים לענין הבא ליפרע מנכסי יתומים משום בירור הספק הוא א"כ גם השבועה שתיקנו חז"ל בשכנגדו חשוד על השבועה שהתובע לא יטול בלא שבועה הוא גם כן מטעם בירור הספק לר' מאיר כיון דלר' מאיר כל השבועות שבמשנה בריש פ' כל הנשבעים שוים הם א"כ מוכרחים לפרש במילתא דר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה היינו חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון, מ"מ כל זה הוא בפירושא דמילתא דר' מאיר אבל כל שאר האמוראים הם בעצמם מצו סברי כר' יוסי דיחלוקו וס"ל דנשתנה שבועת החשוד משאר שבועות דרבנן לכן אע"ג דס"ל לשאר האמוראים בהא מילתא כרב ושמואל דיתומים מן היתומים מפסדי היתומים בני המלוה והוא משום דשבועת היתומים משום בירור הספק נתקנה מ"מ שבועת החשוד שתיקנו חז"ל שכנגדו נשבע ונוטל מצי סברי דמשום בירור דלכתחלה נתקנה ושפיר מצי סברי דאמרינן מתוך שאיל"מ כיון דס"ל כר' יוסי דיחלוקו וקנסו את התובע במחצה ונשתנה שבועת חשוד משאר שבועות רבנן ויוכל היות שגם רב ושמואל מודים דלר' יוסי נשתנה שבועת חשוד משאר שבועות דרבנן רק דרב ושמואל ס"ל כר' מאיר ואם אפילו נימא דאליבא דר' מאיר קאמרי רב ושמואל ולהו לא ס"ל מ"מ אליבא דר' מאיר ודאי מוכרחים לפרש כן הא דאמר ר' מאיר חזרה שבועה למקומה היינו לסיני קאמר כיון דס"ל לרב ושמואל ביתומים מן היתומים דמפסדי היתומים בני המלוה וכיון דס"ל לר' מאיר דשוים הם כל השבועות דרבנן זה לזה ולכן קאמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל דודאי רב ושמואל מוכרחים לפרש כן דברי ר' מאיר דחזרה שבועה לסיני קאמר ואין כאן לא שבועה ולא פרעון.

ה) **ובזה** מתורץ הקושיא שהקשו התוס' ושאר ראשונים אמאי קאמר הגמ' האי דיינא דעבד כרב ושמואל עבד לענין יתומים מן היתומים דמפסדי בני המלוה והלא מהגמ' מוכח דמאן דס"ל כרב ושמואל דבני מלוה נפסדים מוכרח לומר דלא ס"ל כר' אבא דמחויב שבועה שאיל"מ וכיון דקי"ל כר' אבא א"כ ליתא לדרב ושמואל ואם איתא לדרב ושמואל ליתא לדרבי אבא ובדברינו ניחא דכיון דהלכה כר' יוסי דאמר יחלוקו וס"ל דנשתנה שבועת חשוד משאר השבועות דרבנן א"כ ממילתא דרב ושמואל דאיירו לענין שבועת היתומים דנתקנה מטעם בירור הספק אין ראיה מדבריהם לענין שבועת חשוד שיהא ג"כ מטעם בירור הספק ושפיר יוכל להיות שבועת החשוד מטעם בירור דלכתחלה לר' יוסי אע"ג דשבועת היתומים מטעם בירור הספק הוא דדוקא לר' מאיר

קאמר הגמ' דכולם שוים הם אבל לר' יוסי ע"כ אינם שוים וכיון דשבועת חשוד הוא משום בירור דלכתחלה שפיר מצי סברי כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ וקנסינן להתובע בחצי לר' יוסי ובשבועת היתומים מיפסדי בני מלוה כשמת לוה בחיי מלוה משום דהשבועה של היתומים נתקנה משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה

ו) **ולכאורא** יש להקשות על דברינו דא"כ מנא ליה לרב פפא דרבותינו שבבל הם רב ושמואל, דהיינו דמפני דחזינן דס"ל לרב ושמואל ביתומים מן היתומים דמפסדי היתומים בני המלוה לכן ס"ל ג"כ בשניהם חשודים דחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון ולית להו להא דר' אבא, מנא ליה לרב פפא הא אולי ס"ל לרב ושמואל גם כן כר' יוסי דשבועת חשוד נשתנה משאר שבועות דרבנן ולכן אע"ג דס"ל לרב ושמואל ביתומים מן היתומים דמפסדי היתומים בני המלוה משום דשבועתם הוא משום בירור הספק מ"מ בשניהם חשודים ס"ל לרב ושמואל כר' יוסי דיחלוקו לפי דמשום בירור לכתחלה ניתקנה שבועת החשוד וס"ל לרב ושמואל גם כן הא דר' אבא כמו דאמרינן אליבא דשאר האמוראים דס"ל כהא דרב ושמואל ביתומים מן היתומים וס"ל בשניהם חשודים כר' יוסי דיחלוקו וס"ל כר' אבא א"כ יוכל היות שגם רב ושמואל בעצמם ס"ל ג"כ כנ"ל.

ז) **ונראה** דהא דאמרי רבותינו שבבבל חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון וכן הא דאמרי רבותינו שבארץ ישראל חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם לא איירו כלל מענין זה אם הלכה כר' מאיר או כר' יוסי רק איירו בפירושא דהאי מילתא דר' מאיר דאמר חזרה שבועה למקומה רבותינו שבבבל מפרשים דהכי היא כונת ר' מאיר היינו דחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון, ורבותינו שבא"י מפרשים דכונת ר' מאיר היא מה דאמר חזרה שבועה למקומה היינו חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ אבל אם רבותינו שבבבל ורבותינו שבא"י ס"ל כר' מאיר או לא מזה לא איירי הגמ' כלל ויוכל היות דס"ל כר"מ ויוכל היות דס"ל כר' יוסי דיחלוקו ואליבא דר' מאיר קאמרי רבותינו שבבבל חזרה שבועה לסיני אבל הם ס"ל כר' יוסי דיחלוקו וכן רבותינו שבא"י דאמרי אליבא דר"מ חזרה שבועה למחייב לה ומתוך שאיל"מ יוכל היות ג"כ דס"ל כר' מאיר ויוכל היות דס"ל כר' יוסי דיחלוקו.

ח) **לכן** רב פפא דאמר רבותינו שבבבל רב ושמואל ורבותינו שבא"י ר' אבא לא איירי ג"כ מענין ההלכה אם פסקו רבותינו שבבבל ושבא"י כר' מאיר או כר' יוסי רק בפירושא דהאי מילתא דר' מאיר איירי רב פפא דרבותינו שבבבל היינו רב ושמואל הם מפרשים מילתא דר' מאיר חזרה שבועה לסיני ורבותינו שבא"י היינו ר' אבא מפרש מילתא דר'

מאיר דחזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ, וכיון דרב פפא לא איירי מענין ההלכה כלל רק בפירושא דר' מאיר איירי א"כ שפיר קאמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל ורבותינו שבא"י ר' אבא דאף אם נימא דרב ושמואל ורבי אבא ס"ל כר' יוסי דיחלוקו היינו דקנסו במחצה את התובע או את הנתבע מ"מ בפירושא דמילתא דר' מאיר מוכרח לומר כן כדברי רב פפא דרב ושמואל כיון דס"ל ביתומים מן היתומים דמפסדי היתומים בני המלוה א"כ ע"כ ס"ל דתקנתא דרבנן שתיקנו ביתומים הוא משום בירור הספק א"כ בשניהם חשודים לר"מ ג"כ נפסד התובע כיון שלא נשבע נשאר הדבר בספק, ונהי דיוכל היות דרב ושמואל ס"ל כר' יוסי דיחלוקו ונשתנה שבועת החשוד משבועת היתומים ויוכל היות לר' יוסי כי שבועת היתומים היא מטעם בירור הספק ושבועת החשוד היא מטעם בירור לכתחלה מ"מ לר' מאיר דלא חזינן ממנו שום השתנות בשבועת היתומים משבועת החשוד א"כ לדידיה שוים הם שבועת החשוד לשבועת היתומים וכיון דרב ושמואל ס"ל דשבועת היתומים היא משום בירור הספק א"כ שבועת החשוד נמי היא משום בירור הספק לר' מאיר א"כ ס"ל לרב ושמואל דהא דאמר ר' מאיר חזרה שבועה למקומה היינו חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון וכן לר' אבא הוא איפכא אע"ג דיכול היות דר' אבא ס"ל כר' יוסי דיחלוקו מ"מ בפירושא דמתניתין אליבא דר"מ מוכרח לפרש חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ.

ט) ואם נימא דאליבא דר' מאיר קאמרי רב ושמואל ור' אבא ולדידהו לא ס"ל יוכל היות דבאמת ס"ל לרב ושמואל ור' אבא כר' יוסי דיחלוקו רק דמילתא דר' מאיר מפרשי רב ושמואל ור' אבא ויוכל היות לפי זה שגם רב ושמואל ס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ כיון דלר' יוסי אינו דומה שבועת חשוד לשאר שבועות כמו שכתבנו לשאר האמוראים דס"ל כותיה, ומאי דאמרינן רב ושמואל האי שבועת ד' תהיה בין שניהם מאי דרשי ביה היינו דלר' אבא דרשינן שבועת ד' תהיה בין שניהם דאמרינן מתוך שאיל"מ אבל לרב ושמואל דלא ס"ל האי דינא דמתוך שאיל"מ מאי דרשי ביה בהאי קרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם אם נימא שגם רב ושמואל ס"ל האי דינא דמתוך שאיל"מ צריך לומר שהקשה הגמ' לרב ושמואל אליבא דר' מאיר מאי דרשי ביה בהאי קרא דשבועת ד' תהיה בין שניהם.

פרק ז

א) עוד מילתא דתמיהה טובא איכא בהאי סוגיא דאיתא התם (דף מ"ח) לענין מילתא דרב ושמואל הנ"ל ורב אמי סבר שיש חילוק שאם עמד המלוה בדין עם יורשי הלוה ואח"כ מת המלוה אז אמרינן שכבר נתחייב המלוה לבני לוה שבועה ואין אדם מוריש

שבועה לבניו אבל אם לא עמד המלוה בדין ומת אזי נשבעים היורשים שבועת היורשים ונוטלים ורב נחמן פליג על זה ואמר שאין חילוק בין שעמד בדין או לאו רק אם איתא לדרב ושמואל איתא אי ליתא ליתא ופריך הגמ' אלמא מספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא והאמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן עבד רב נחמן עובדא יחלוקו ותירץ הגמ' לדבריו דר"מ קאמר וליה לא ס"ל ע"כ ת"ד הגמ' ע"ש.

ב) **מפשטות** דברי הגמ' אלה משמע דדברי ר' יוסי שאמר יחלוקו בשניהם חשודים אמר יחלוקו גם ביתומים מן היתומים לכן הקשה הגמ' אמאי מספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל ביתומים מן היתומים אם מפסדי היתומים בני המלוה או לא מפסדי והאמר ר"י בר מניומי עבד רב נחמן עובדא יחלוקו לענין שניהם חשודים א"כ גם לענין היתומים מן היתומים יש לנו לומר שיחלוקו וכן פירש רש"י וז"ל יחלוקו גבי שניהם חשודים דדמיא להא שאין אחד מהם יכול לישבע אלמא ליתא להא דרב ושמואל עכ"ל רש"י אלמא משמע מרש"י ג"כ דכיון דעבד ר נחמן עובדא יחלוקו בשניהם חשודים ס"ל גם ביתומים מן היתומים יחלוקו דדמיא זה לזה שאין אחד מהם יכול לישבע, והדבר תמוה חדא שהתוס' בשבועות וכן שאר ראשונים כתבו דטעמא דר' יוסי דאמר יחלוקו בשניהם חשודים הוא משום שקנסו רבנן לחשוד מפני שהוא חשוד א"כ משמע דדוקא בחשוד ס"ל לר' יוסי ולרב נחמן יחלוקו אבל ביתומים מן היתומים דלא שייך שם קנסא לא ס"ל לר' יוסי ולרב נחמן יחלוקו ועוד דשם דף מ"ח ע"ב איתא איקלע רב נחמן לסורא עול לגביה רב חסדא ורבה בר רב הונא אמרו ליה ליתי מר נעקרא להא דרב ושמואל אמר להו איכפלי ואתאי כל הני פרסי למעיקרא להא דרב ושמואל אלא הבו דלא לוסיף עלה כגון מאי דאמר רב פפא הפוגם שטרו ומת יורשים נשבעים שבועת יורשים ונוטלים עכ"ל הגמ' אלמא דביתומים מן היתומים לא ס"ל לרב נחמן יחלוקו רק ס"ל כרב ושמואל דמפסדי היתומים בני המלוה לגמרי ולא גבו כלל ובפוגם שטרו ומת ס"ל לרב נחמן דבני המלוה לא מיפסדי כלל רק גבו הכל אלמא דלא ס"ל לרב נחמן יחלוקו בשבועת היתומים רק בשניהם חשודים א"כ צריך להבין קושית הגמ' שהקשה אלמא דמספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא והא עבד רב נחמן עובדא דיחלוקו ומאי קושיא היא זו והלא רב נחמן דעביד עובדא דיחלוקו בשניהם חשודים הוא דעביד עובדא יחלוקו ומאי דמספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא היינו בשבועת היתומים מספקא ליה דליכא למ"ד דס"ל בשבועת היתומים יחלוקו

ג) **וכן** היא מסקנת הגמ' שם דף מ"ח ע"ב השתא דלא דלא איתמר הילכתא לא כרב ושמואל ולא כר' אלעזר האי דיינא דעביד כרב ושמואל עביד כר' אלעזר עביד עכ"ל הגמ'

ואי נימא דרב נחמן דעביד עובדא יחלוקו בשניהם חשודים ס"ל נמי יחלוקו ביתומים מן היתומים אמאי לא קאמרה הגמ' האי דיינא דעבד כרב נחמן עבד דיחלוקו וכן יש הרבה פוסקים שפסקו כרב נחמן בשניהם חשודים דיחלוקו וביתומים מן היתומים לא אישתמיט שום פוסק לפסוק דיחלוקו אלמא כדאמרן דרב נחמן לא ס"ל יחלוקו רק בשניהם חשודים ולא ביתומים מן היתומים א"כ תימה מה זה שהקשה הגמ' והא עבד רב נחמן עובדא יחלוקו ואמאי מספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא והלא אין להם שייכות זה לזה דרב נחמן דוקא בשניהם חשודים עבד עובדא יחלוקו וספיקא דרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא היינו ביתומים מן היתומים.

ד) **וגם** דברינו הנ"ל אינם מיושבים לפי פשטות הגמ' הזאת דהרי כתבנו לעיל שיש חילוק בין ר' מאיר לר' יוסי דלר' מאיר דלא חזינן מדבריו שום שיטי והשתנות בין שבועת החשוד לבין שבועת היתומים יש לנו לומר שכולם שוים ולמדים זה מזה אם שבועת היתומים היא משום בירור הספק א"כ גם שבועת החשוד הוא משום בירור הספק ואם שבועת היתומים היא משום בירור דלכתחלה א"כ אף שבועת החשוד הוא כן לר' מאיר אבל לר' יוסי כיון דס"ל שיש חילוק בין שבועת חשוד לשאר שבועות דרבנן שהרי ס"ל לר' יוסי דיחלוקו בשבועת החשוד אם היו שניהם חשודים היינו משום דקנים ר' יוסי את אחד מהם במחצה או את התובע או את הנתבע וכיון דחזינן מילתא חדתא במילתא דר' יוסי היינו שנשתנה שבועת החשוד משאר השבועות א"כ יוכל היות שגם בזה נשתנו דשבועת החשוד היא מטעם בירור דלכתחלה ושבועת היתומים היא משום בירור הספק כיון שאין השבועות שוים לר' יוסי אין למדים זה מזה כל זה כתבנו לעיל אבל אם נימא כפשטות הגמ' דכאן דף מ"ח דר' יוסי דאמר יחלוקו וכן רב נחמן דעבד עובדא יחלוקו לא אמר בשבועת החשוד לבד רק גם ביתומים מן היתומים ס"ל לר' יוסי יחלוקו א"כ אין אט רואים שום השתנות גם לר' יוסי בין שבועת החשוד לשאר השבועות א"כ יש לנו לומר לר' יוסי כמו לר' מאיר דכל שבועות השנוים במשנה בריש פ' כל הנשבעים כולם שוים הם ולמדים זה מזה, א"כ נסתר בזה כל דברינו הנ"ל.

ה) **עיין** בזה בר"ן פ' כל הנשבעים סוף ד"ה ומקשו קודם ד"ה במשנה החנוני על פנקסו ועיין בדברי בעל המאור שם דף מ"ח ועיין במלחמות שם ועיין בביאור הגר"א בחו"מ סימן צ"ב ס"ק מה שדחקו בביאור דברי הגמ' הזאת ועיין בשאר מפרשים מה שדברו בזה.

י) **והנה** לפי דברינו הראשונים שכתבנו אליבא דר' מאיר שכל השבועות השנוים במשנה שוים הם יש ליישב דברי הגמ' הנ"ל דהכי מקשה הגמ' דכיון דר' נחמן עבד עובדא כר' יוסי דיחלוקו א"כ מסתמא קים ליה לרב נחמן ונתברר לו טעמו של ר' יוסי מפני מה

אמר ר' יוסי יחלוקו דאי לאו דידע רב נחמן טעמו של ר' יוסי מסתמא לא הוי עבד עובדא כותיה כדאמרינן בעלמא טעמו של אחרים ושל דייני גולה לא ידעינן הלכתא כותיה עבדינן (ב"ב דף ק"ז) וכן הוא בב"ב דף קל"ו אמר ר' נחמן טעמא דר' יוסי לא ידענא הלכה איבעיא מיניה וכיון דר' נחמן כבד עובדא כר' יוסי דיחלוקו ויודע טעמו של ר' יוסי א"כ יודע רב נחמן את מי קנס ר' יוסי במחצה אם את התובע או את הנתבע ותו אין לו לרב נחמן מה להסתפק ביתומים מן היתומים אם איתא לדרב ושמואל או לא דהיינו אם נתבררה לו לרב נחמן דמשו"ה אמר ר' יוסי יחלוקו בשניהם חשודים משום שקנס את התובע במחצה והיינו דמצד הדין היה ראוי שהתובע לא יפסיד כלל משום דאית לנו לומר חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ ושבועה דרבנן שתיקנו על התובע אינו אלא משום בירור דלכתחלה ואם התובע הוא חשוד אינו נפסד כלל מצד הדין רק דרבנן קנסו את התובע שיפסיד חציו משום שהוא חשוד א"כ ביתומים מן היתומים יש לנו לומר שלא יפסידו כלל היתומים בני המלוה אע"ג שלא נשבעו כיון דשבועות דרבנן אינן אלא משום בירור דלכתחלה ולא משום בירור הספק, א"כ יודע רב נחמן דליתא לדרב ושמואל דאמרי ביתומים מן היתומים דמיפסדי היתומים בני המלוה משום שאינן יכולין לישבע משום רב ושמואל ס"ל דשבועות דרבנן משום בירור הספק הם וכיון דלרב נחמן פסיקא ליה דלר' יוסי יחלוקו משום שקנסו רבנן להתובע א"כ בודאי ליתא לדרב ושמואל א"כ אין לו לרב נחמן מה להסתפק אם איתא לדרב ושמואל או לא.

ז) **וכן** להיפך אם נתברר לו לרב נחמן דטעמא דר' יוסי דאמר יחלוקו בשניהם חשודים הוא משום שקנסו חכמים את הנתבע במחצה, והיינו דמצד הדין היה ראוי לומר בשניהם חשודים שהנתבע לא ישלם כלל משום דכיון שתיקנו חכמים בחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל היינו שבלא שבועה לא יטול התובע א"כ שבועתו הוא מטעם בירור הספק וכיון שהתובע אינו נשבע לברר את הספק משום שגם התובע הוא חשוד היינו ששניהם חשודים א"כ היה ראוי לומר שהנתבע לא ישלם כלל שהרי נשאר הדבר בספק ואין מוציאין ממון מספק רק דקנסא קנסו חכמים להנתבע במחצה שיחלוקו, אם נתברר לרב נחמן כך, א"כ ביתומים מן היתומים בודאי איתא לדרב ושמואל דמיפסדי היתומים בני המלוה דכיון דהשבועה של החשוד הוא משום בירור הספק א"כ גם השבועה שתיקנו רבנן שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה הוא ג"כ משום בירור הספק כמו שכתבנו דהשבועות דרבנן השנוים במשנה בריש פ' כל הנשבעים כולם שוים הם.

ח) לכן מקשה הגמ' שפיר כיון דעבד רב נחמן עובדא יחלוקו בשניהם חשודים כר' יוסי ונתברר לו טעמו של ר' יוסי א"כ שוב אין לו לרב נחמן מה להסתפק אם איתא לדרב ושמואל ביתומים מן היתומים או ליתא כותיהו דנהי דביתומים מן היתומים ליכא למ"ד יחלוקו כמו בשניהם חשודים מ"מ אין לו לרב נחמן מה להסתפק ביתומים מן היתומים אם איתא לדרב ושמואל או לא כיון דרב נחמן עבד עובדא יחלוקו.

ט) אך לפי מה שכתבנו לעיל במילתא דר' יוסי דכיון דחזינן דס"ל לר' יוסי שנשתנה שבועת חשוד משאר השבועות דרבנן דס"ל יחלוקו א"כ יוכל היות שנשתנה גם בזה דשבועת חשוד נתקנה משום בירור דלכתחלה ושבועות היתומים נתקנה משום בירור הספק א"כ אע"ג דעבד רב נחמן עובדא כר' יוסי דיחלוקו ונתברר לו לרב נחמן טעמו של ר' יוסי בשניהם חשודים מפני מה אמר יחלוקו אם הוא משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה מ"מ עדיין יש לו לרב נחמן להסתפק ביתומים מן היתומים אם איתא לדרב ושמואל או לא כיון שאינם שוים שבועת החשוד לשבועת היתומים אליבא דר' יוסי א"כ יוכל להיות דשבועת החשוד הוא משום בירור דלכתחלה ושבועת היתומים הוא משום בירור הספק או איפכא ועדיין נשארה התמיה הנ"ל במקומה מה זה שהקשה הגמ' דכיון דרב נחמן עבד עובדא יחלוקו שוב אין לו מה להסתפק אם איתא לדרב ושמואל או לא, והלא אע"ג דעבד רב נחמן עובדא יחלוקו אפילו הכי יש לו להסתפק אם איתא לדרב ושמואל או לא.

י) ואולי בדוחק יש להעמיס את התירוץ הזה שכתבנו בדברי הגמ' דהנה הגמ' מתרצת על הקושיא הנ"ל וז"ל לדבריו דר' מאיר קאמר וליה לא ס"ל עכ"ל הגמ' ופשטות הדברים משמע דעל רב נחמן קאי דהא דרב נחמן מספקא ליה אם איתא לדרב ושמואל או לא היינו לר' מאיר אבל ר"נ לא ס"ל כן כי רב נחמן פסק כר' יוסי דיחלוקו ובדברינו נוכל לומר דעל דברי המקשן קאי פירוש דהגמ' השיב שדברי המקשן הם אליבא דר' מאיר אבל ליה לא סבירא ליה דרב נחמן לא ס"ל כר' מאיר רק כר' יוסי דיחלוקו דלדברינו אי אפשר לן לפרש כפירוש הנ"ל דדוקא לר' מאיר מספקא ליה לרב נחמן ולא אליבא דנפשיה דרב נחמן כיון דס"ל כר' יוסי דיחלוקו בשניהם חשודים הוא שפיר יכול להסתפק ביתומים מן היתומים גם אליבא דנפשיה אם איתא לדרב ושמואל או לא כמו שכתבנו לעיל דכיון דרב נחמן ס"ל כר' יוסי דשאני שבועת חשוד משאר שבועות דיוכל היות דשבועת חשוד הוא משום בירור דלכתחלה ושבועת היתומים משום בירור הספק וכן יכול להיות איפכא דלר' יוסי אינם שוים השבועות של המשנה ואין למדים זה מזה וכיון דר' נחמן מצי סבר כר' יוסי דיחלוקו ומצי סבר ביתומים מן היתומים שיש ספק

אם איתא לדרב ושמואל או לא א"כ לא שייך לתרץ ולומר אליבא דר' מאיר קאמר וליה לא סבירא ליה היינו דהא דמספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא היינו אליבא דר' מאיר ומה דעבד רב נחמן עובדא יחלוקו היינו כר' יוסי דהרי רב נחמן גם אליבא דנפשיה יוכל לסבור כר' יוסי ויוכל להסתפק אם איתא לדרב ושמואל או לא.

יא) רק מה דקאמר הגמ' לדבריו דר' מאיר קאמר וליה לא ס"ל קאי על דברי המקשן שהקשה דדברי רב נחמן סתרי אהדדי שעבד רב נחמן עובדא כר' יוסי דיחלוקו בשניהם חשודים וא"כ אמאי מספקא ליה לרב נחמן ביתומים מן היתומים אם איתא לדרב ושמואל או לא והלא כיון דעביד רב נחמן עובדא כר' יוסי דיחלוקו א"כ מסתמא נתברר לו לרב נחמן מאי טעמא דר' יוסי את מי קניס ר' יוסי במחצה אם את התובע או את הנתבע א"כ יודע ר' נחמן בחשוד אם שבועתו היא משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה א"כ אין לו לרב נחמן מה להסתפק גם בשבועת היתומים אם שבועתו היא משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה א"כ אמאי מספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא כיון שגם זה תליא בזה שאם שבועת המשנה היא מטעם בירור הספק איתא לדרב ושמואל ואם שבועת המשנה היא מטעם בירור דלכתחלה ליתא לדרב ושמואל כן הקשה המקשן דדברי רב נחמן סתרי אהדדי ועל זה תירץ הגמ' לדבריו דר' מאיר קאמר המקשן וליה לרב נחמן לא ס"ל כן היינו דדוקא לר' מאיר דלא חזינן ממנו שום השתנות בשבועת חשוד משאר השבועות אליבא דר' מאיר יש להקשות כן לומר שכל השבועות השנוים בפ' כל הנשבעים שוות הם ושבועת חשוד ושבועת יתומים גם כן שוות ולמדים זה מזה שפיר יש להקשות כן כדברי המקשן דכיון דקים ליה לרב נחמן בשבועת חשוד למה היא באה שוב אין לו לרב נחמן מה להסתפק בשבועת יתומים אבל ליה לא ס"ל היינו דרב נחמן כיון דפסק כר' יוסי דיחלוקו וראינו לר' יוסי שיש חילוק והשתנות בין שבועת חשוד לשאר שבועות א"כ אין למדים זה מזה ויוכל רב נחמן שפיר להסתפק בשבועת יתומים אם איתא לדרב ושמואל או לא ואם שבועתם היא מטעם בירור הספק או מטעם בירור דלכתחלה אע"ג דבשבועת חשוד קים ליה לרב נחמן שבועתו משום מה היא באה ועביד עובדא יחלוקו כר' יוסי כיון דלר' יוסי אינם שוים הם ורב נחמן כר' יוסי ס"ל והמקשן אליבא דר' מאיר קאמר שמדמה את השבועות זה לזה כל זה יש להעמיס בדברי הגמ' אך דוחק הוא.

יב) עוד יש לומר דנהי דרב נחמן מצי סבר לענין שבועת חשוד שהיא משום בירור דלכתחלה וס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ ובשבועת היתומים מצי סבר שהוא משום בירור הספק ומיפסדי היתומים בני המלוה משום שלא יכלו לישבע השבועה דרמיא

עלייהו ואע"ג דלר' מאיר שוים הם שבועת החשוד ושבועת היתומים אם זהו משום בירור הספק אף זהו משום בירור הספק ואם זהו משום בירור דלכתחלה אף זהו משום בירור דלכתחלה מ"מ כיון דס"ל לרב נחמן דלר' יוסי אינן שוים שבועת החשוד ושבועת היתומים לכן מצי סבר רב נחמן כר' יוסי דחדא מהם הוא משום בירור הספק וחדא מהם הוא משום בירור דלכתחלה.

יג) אך כל זה הוא דוקא אם פשיטא ליה לרב נחמן דר' יוסי חולק בזה על ר' מאיר דלר' מאיר שוים הם השבועות הנ"ל ולר' יוסי אינם שוים וגם פשיטא ליה לרב נחמן דהלכה כר' יוסי בזה אזי יש רשות לרב נחמן לפסוק כר' יוסי ולא כר' מאיר אבל אם אט רואים לרב נחמן דמספקא ליה אם איתא לדרב ושמואל או לאו והיינו דמספקא ליה לרב נחמן בשבועת היתומים אם הוא משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה, בודאי יש להקשות עליו כיון דרב נחמן עביד עובדא כר' יוסי דיחלוקו בשבועת חשוד א"כ יודע רב נחמן דהלכה כר' יוסי גם יודע רב נחמן טעמו של ר' יוסי ואת מי קניס או את התובע במחצה משום דהשבועה היא משום בירור דלכתחלה לענין חשוד או את הנתבע קניס ר' יוסי במחצה משום דשבועת חשוד היא משום בירור הספק, וכיון דכל זה יודע רב נחמן ומה דמספקא ליה אם איתא לדרב ושמואל או לא אין הספק רק אם שוים הם שבועת החשוד ושבועת היתומים או לא וכיון דלר' מאיר בודאי שוים הם כל השבועות השנוים במשנה ולר' יוסי אין לו לרב נחמן שום הוכחה שיחלוק בזה על ר' מאיר שהרי מספקא לרב נחמן ואם איתא שיש לו לרב נחמן הוכחה דר' יוסי פליג בזה וס"ל דאינם שוים שבועת חשוד לשבועת היתומים אמאי מספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא והלא אין לו לרב נחמן מה להסתפק בזה וכיון דרב נחמן מספקא ליה אם איתא לדרב לשמואל או לא והספק הוא אם שבועת היתומים היא משום בירור דלכתחלה או משום בירור הספק א"כ שפיר מקשה הגמ' כיון דבחשוד עביד רב נחמן עובדא דיחלוקו אלמא דלא מספקא ליה לרב נחמן בחשוד אם שבועתו היא משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה א"כ אמאי מספקא ליה לרב נחמן לענין שבועת יתומים והלא אית לן למימר דשוים הם שבועת היתומים ושבועת החשוד לר' יוסי כמו דשוים הם אליבא דר' מאיר כיון שאין לו לרב נחמן שום הוכחה לר' יוסי שאינם שוים שהרי מספקא ליה לרב נחמן וכיון שאין לו לרב נחמן שום הוכחה שר' יוסי יחלוק על זה בודאי אית ליה לרב נחמן לומר דשוים הם שביעת החשוד ושבועת היתומים וכמו דפשיטא ליה לרב נחמן בשבועת החשוד משום מה היא שהרי עביד רב נחמן עובדא יחלוקו כך אין לו לרב נחמן

מה להסתפק בשבועת היתומים על מה הם באים משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה ושפיר מקשה הגמ' אמאי מספקא לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא.

יד) ומתרץ הגמ' אליבא דר' מאיר קאמר וליה לא ס"ל ולפי גירסא זו דגרסינן אליבא דר' מאיר קאמר וליה לא ס"ל הכי פירושו דהא דרב נחמן מספקא ליה אם איתא לדרב ושמואל או לא היינו אליבא דר' מאיר אבל רב נחמן בעצמו לא ס"ל כר' מאיר רק כר' יוסי ס"ל ולר' יוסי לא מספקא ליה לרב נחמן מידי, והטעם הוא דלר' יוסי כיון דעביד רב נחמן עובדא כר' יוסי דיחלוקו א"כ יודע רב נחמן בבירור טעמו של ר' יוסי ואת מי קנס את התובע או את הנתבע וא"כ יודע רב נחמן לענין חשוד אם שבועתו היא מטעם בירור הספק או מטעם בירור לכתחלה וממילא אין לו לרב נחמן מה להסתפק גם בשבועת היתומים אם הוא משום בירור לכתחלה או משום ספק דממה נפשך פשיטא ליה לרב נחמן אם שוים הם השבועות לר' יוסי כמו לר' מאיר או לא כמו שכתבנו לעיל כיון דלר' מאיר שוים הם השבועות אם יודע רב נחמן שר' יוסי חולק על זה וס"ל שאינם שוים הרי יודע רב נחמן שאינם שוים ואין לו מה להסתפק ואם אין לו הוכחה לרב נחמן שר' יוסי חולק א"כ מסתמא ס"ל לר' יוסי גם כן דשוים הם השבועות ואין לו ג"כ מה להסתפק אליבא דר' יוסי אם איתא לדרב ושמואל או לא.

טו) וספיקו של רב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא אינו אלא אליבא דר' מאיר דאע"ג דר' מאיר ס"ל שכל השבועות שוים הם מ"מ מספקא ליה לרב נחמן אליבא דר' מאיר בכל השבועות הן בשבועות החשוד הן בשבועת היתומים אם הם משום בירור הספק או משום בירור דלכתחלה דר' מאיר קאמר לענין שבועת החשוד בשניהם חשודים חזרה שבועה למקומה ומספקא ליה לרב נחמן מה ביאור דברי ר' מאיר אם פירושו כרבותיו שבבבל שחזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון והוא משום דהשבועה היא משום בירור הספק וממילא איתא לדרב ושמואל דמיפסדי היתומים או אולי פירושו של דברי ר' מאיר הוא חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ והוא משום דשבועת חשוד היא משום בירור דלכתחלה וממילא לר' מאיר ליתא לדרב ושמואל כיון דלר' מאיר כל השבועות שוים הם א"כ היורשים נשבעים שבועת יורשים ונוטלים ולא מיפסדי היתומים בני המלוה כיון דהשבועה אינה אלא משום בירור לכתחלה, א"כ דוקא אליבא דר' מאיר מספקא ליה לרב נחמן אם איתא לדרב ושמואל או לא אבל אליבא דר' יוסי לא מספקא ליה לרב נחמן מידי.

טו) עוד יש גירסא בגמ' שם לדבריו דר' אמי קאמר וליה לא ס"ל וז"ל הש"ך בסימן צ"ב ס"ק ט' ומצאתי בהלכות גדולות דף קי"ח איתא לדבריו דר' אמי קאמר ונראה שכך היה

גורס הר"ן ר' אמי ולא ר' מאיר וקאי התם אמאי דמחלק ר' אמי בין עמד בדין או לא וגירסא זו ניחא יותר מגירסת הש"ס ר' מאיר וכן הוא בבעל המאור בפירוש הר' משה ב"ר יוסף דמשני לדבריו דר' אמי קאמר וליה לא ס"ל עכ"ל הש"ך וכן הוא בגליון הש"ס בשם ס"י ובשם רש"ל דגרסינן לדבריו דר' מאיר קאמר וליה לא ס"ל, ולפי גירסא זו יש לומר דהגמרא לא רצה לתרץ דרב נחמן אליבא דר' מאיר מספקא ליה אם איתא לדרב ושמואל או לא דכיון דרב נחמן דחה מהלכה את דברי ר' מאיר ופסק הלכה כר' יוסי דיחלוקו וגם עבד עובדא דיחלוקו כר' יוסי א"כ מסתמא נתברר לו לרב נחמן בבירור גמור טעם פלוגתתם של ר' מאיר ור' יוסי וכיון דרב דרב נחמן יודע גם טעמו של ר' מאיר א"כ ליכא למימר דלדבריו דר' מאיר מספקא ליה לרב נחמן לכן הוצרך הגמ' לומר דאליבא דר' אמי קאמר רב נחמן דמספקא ליה אם איתא לדרב ושמואל או לא אבל אליבא דר' מאיר ומכ"ש אליבא דר' יוסי לא מספקא ליה לרב נחמן כלום כמו שכתבנו לעיל.

טז) היוצא מכל זה שיש לנו לפסוק ככולהו כר' אבא וכר' יוסי וכרב ושמואל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ כמו שמוכח מכמה סוגיות הש"ס דהלכתא כר' אבא וכמו שפסקו כל הפוסקים כותיה וכר' יוסי דנימוקו עמו וגם רב נחמן פסק כותיה דבשניהם חשודים יחלוקו והטעם דקנסינן להתובע במחצה דאע"ג דקי"ל דהלכתא כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ ויש לנו לומר שהנתבע ישלם הכל מ"מ קי"ל כר' יוסי דקנסינן להתובע במחצה מפני שהוא חשוד וכרב ושמואל קי"ל ביתומים מן היתומים שהתובע נפסד הכל כשמת לוה בחיי מלוה ואין המלוה יכול לישבע משום דשבועת התובע היא משום בירור הספק ולא משום בירור דלכתחלה דאע"ג דלענין חשוד קי"ל דשבועתו של שכנגדו אינו אלא משום בירור דלכתחלה ולא משום בירור הספק ורב פפא ס"ל שכל השבועות של המשנה שוים הם מ"מ היינו דוקא לר' מאיר ס"ל לרב פפא שהם שוים, אבל לר' יוסי דקי"ל כותיה אנו רואים בפירוש דס"ל שאין השבועות שוים שהרי ס"ל לענין חשוד שיחלוקו א"כ קי"ל שאין השבועות שוות לדידן ושבועת חשוד הוא מטעם בירור דלכתחלה ושבועת היתומים הוא משום בירור הספק.

פרק ח

א) והנה תוס' בב"מ ד"ה שכנגדו כתבו וז"ל וא"ת מ"ש דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאיל"מ כדאמרינן גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא לקמן דף צ"ח ובנסכא דר' אבא ויש לומר דהכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך

לא ישלם עכ"ל התוס' שם. וראיתי באחרונים שכתבו שיש חילוק בין תירוץ הראשון של התוס' להתירוץ השני דלתירוץ הראשון שכתבו התוס' דמשום דלא שבקת ליה חיי להחשוד לכן תיקנו דכשנגדו לא יטול בלא שבועה א"כ משמע דמצד הדין היה ראוי שהתובע יטול בלא שבועה כמו גבי נסכא דר' אבא וכמו גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא שהתובע נוטל בלא שבועה רק משום חששא דלא שבקת ליה חיי תיקנו חז"ל שהתובע לא יטול בלא שבועה כן הוא לתירוץ הראשון של התוס', אבל לתירוץ השני של התוס' כתבו האחרונים שהדבר הוא להיפך דכיון שהחשוד הוא רוצה לישבע אם נניחנו רק כי ב"ד אין מניחים אותו לישבע לכן היה ראוי לומר מצד הדין שהתובע לא יטול אפילו בשבועה רק דרבנן תיקנו שכנגדו ישבע ויטול כן כתבו האחרונים, וכ"כ הב"ח סימן צ"ב סוף אות י"א בענין המחלוקת של ר' ישעיה והרמ"ה על הרמב"ם בשומר שהוא חשוד וכ"כ התומים שם אות יו"ד וכ"כ בכסף הקדשים בגליון חו"מ סימן צ"ב בשם הב"ח וכ"כ הנו"ב מהדו"ת סימן ט"ז בשמו ע"ש.

ב) ולפי מה שכתבנו אין הדבר כן רק דכיון דהאומדנא דמודה במקצת או דברי העד א' עושים חיוב ודאי למאן דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ והשבועה היא ההכחשה וההזמה לדברי העד וכיון שהנתבע נעשה חשוד והרי הוא פסול להכחיש את העד או להכחיש את האומדנא של מודה במקצת לכן הוא מחויב לשלם מדאורייתא משום דהוי כמו שבאו שני עדים כשרים ונאמנים והעידו שראובן חייב לשמעון מנה וראובן הביא שני עדים גזלנים ופסולים ורוצה להכחיש בדבריהם את דברי העדים הכשרים שהביא שמעון בודאי אין בדבריהם כלום וראובן חייב לשלם א"כ כאן נמי כיון שדברי העד א' או האומדנא של מודה במקצת עשו חיוב ודאי על הנתבע רק שאם היה הנתבע אדם כשר שאינו נעשה חשוד היה בידו להכחיש את דברי העד א' או דברי האומדנא של מודה במקצת אבל כיון שהנתבע הוא חשוד לשבועה אינו יכול להכחיש בשבועתו דהוי כמו שמביא עדים פסולים וגזלנים להכחיש את העדים הכשרים דלאו כלום הוא, א"כ גם לתירוץ הב' של התוס' מחויב החשוד לשלם מדאורייתא ושבועת התובע שכנגדו אינו אלא מדרבנן.

ג) ועוד דלר' אבא דאיירו התוס' אליביה דאית ליה בנסכא דר' אבא וכן בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאמרינן מתוך שאיל"מ הוא ס"ל במס' שבועות ד' הנ"ל לענין חשוד שאם היו שניהם חשודים אמרינן חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ, ואם נימא כדברי האחרונים הנ"ל דלתירוץ השני של התוס' היה ראוי לומר בחשוד שלא יטול שכנגדו מדאורייתא אפילו בשבועה רק דרבנן תיקנו שנוטל מיהת בשבועה א"כ אם

שכנגדו גם כן הוא חשוד ואמרינן חזרה שבועה למקומה היה ראוי לומר חזרה שבועה למקומה ואין כאן לא שבועה ולא פרעון כי נשאר הדבר על פי הדין שהחשוד אינו משלם כיון שע"פ הדין אינו נוטל שכנגדו בחשוד אפילו בשבועה רק שחכמים תיקנו שכנגדו יטול בשבועה איך יעלה על הדעת ששבועה כזו לא יעכב על התובע ויטול התובע אפילו כשהוא חשוד ואינו נשבע.

ד) **אלא** ודאי כדאמרן דס"ל להתוס' גבי חשוד דמצד הדין נוטל שכנגדו בלא שבועה ושבועת התובע אינו אלא מדרבנן לכן בשניהם חשודים שייך שפיר לומר חזרה שבועה למקומה ומתוך שאיל"מ דהיינו שנשאר הדבר ע"פ הדין שהתובע שכנגדו נוטל בלא שבועה, והוא כמו שכתבנו לעיל דס"ל לר' אבא דשבועות דרבנן אינן אלא משום בירור דלכתחלה ולא משום בירור הספק.

ה) **וכיוצא** בזה כתב הסמ"ע בסימן צ"ב ס"ק כ"ו לענין שאם היה על החשוד לישבע וליטול דיש אומרים כיון ששטר מקוים בידו גובה בלא שבועה וכתב הסמ"ע על זה וז"ל אפוגם שטרו או שיש בידו שטר חוב והלוה אומר ישבע לי שלא פרעתינהו הנ"ל קאי אבל בנגזל וחנוני על פנקסו מודים דהנתבע נשבע היסת ונפטר כיון שאין להתובע זכות בממון כ"א בשבועה והרי הם חשודים ואינן יכולים לישבע וכן מבואר בטור סימן זה ובסימן פ"ב עכ"ל הסמ"ע אלמא דדוקא בפוגם שטרו או כשהלוה טוען השבע לי שלא פרעתיך דכיון דמצד הדין גובה בלא שבועה כיון ששטר מקוים בידו לכן יש אומרים שאם התובע הוא חשוד גובה בל"ש שנשאר הדבר על פי הדין אבל בנגזל ונחבל וחנוני על פנקסו דמצד הדין אינו גובה אפילו בשבועה רק דרבנן תיקנו שנשבע ונוטל א"כ אם התובע הוא חשוד מודים כו"ע שאין התובע גובה כלל, ואם נימא כדברי האחרונים הנ"ל דלתירוץ השני של התוס' אינו גובה כלל מצד הדין היכא שהנתבע הוא חשוד משום שברצונו לישבע רק שחכמים אינם מניחים לו לישבע רק שהחכמים תיקנו שכנגדו יטול אחר שישבע א"כ היכא שהתובע ג"כ הוא חשוד אמאי ס"ל לר' אבא חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ והלא יש לנו לומר כמו שכתבו הסמ"ע והטור לענין נגזל ונחבל דכיון שמצד הדין אינו גובה אפילו בשבועה רק שחכמים תיקנו שיטול בשבועה א"כ היכא שהתובע הוא חשוד ואינו נשבע יש לנו לומר שלא יגבה התובע כלל.

ו) **אלא** ודאי כדאמרן דלשני התירוצים של התוס' ס"ל גבי חשוד דמצד הדין היה ראוי לומר שיטול התובע בלא שבועה משום דאמרינן מתוך שאיל"מ רק דרבנן תיקנו שהתובע לא יטול בלא שבועה ולתירוץ הראשון הטעם שתיקנו חז"ל שהתובע לא יטול בלא שבועה הוא משום דלא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו

כל אשר לו ולתירוץ השני הטעם שתיקנו חז"ל שהתובע לא יטול בלא שבועה הוא משום שברצונו לישבע רק שב"ד אינם מניחים לו לכן תיקנו חז"ל שהתובע לא יטול בלא שבועה אבל מצד הדין מודים שני התירוצים של התוס' דבחשוד על השבועה נוטל התובע בלא שבועה משום דאמרינן מתוך שאיל"מ שלא כדברי האחרונים הנ"ל.

ז) **והנה** במשנה בריש פרק כל הנשבעים יש שם שני מיני שבועות אשר נשבעים ונוטלים א) מה שמצד הדין היה ראוי שאפילו בשבועה לא יטול רק שחכמים תיקנו שיטול בשבועה כגון הנגזל והנחבל שאין להם ראיה ברורה שגזל או שחבל בהם והיה ראוי לומר מצד הדין שלא יטול אפילו בשבועה רק חכמים תיקנו שיטול בשבועה ב) יש שבועה שמצד הדין היה ראוי שהתובע יטול בלא שבועה כגון בפוגם שטרו או הנפרע מנכסי יתומים או שלא בפניו וכיוצא בהם שתיקנו חז"ל שלא יגבו בלא שבועה דמצד הדין היה מהראוי שהתובע יגבה בלא שבועה שהרי התובע מוציא שטר מקוים אלא שחכמים תיקנו שלא יגבו בלא שבועה.

ה) **והנה** מה שכתבנו לעיל בסברת רב פפא דס"ל שכל שבועות המשנה שוים הם פירושו הוא שכל שבועות המשנה שהם מסוג אחד שוים הם שאם זה בא לברר את הספק כך זה הוא לברר הספק ואם זה הוא משום בירור דלכתחלה א"כ גם זה הוא משום בירור דלכתחלה, אבל בשבועות שהם משני סוגים שונים אין דינם להיות שוה כי השבועה שבאה על איזה ענין שמצד הדין לא היה ראוי לגבות אפילו בשבועה רק כי חכמים תיקנו שיגבה מיהת בשבועה בודאי השבועה הזאת מעכבת יותר משבועה אשר מצד הדין היה ראוי לגבות אפילו שלא בשבועה רק כי חכמים תיקנו שלא יגבה בלא שבועה כי באופן זה שמצד הדין יש לגבות בלא שבועה בודאי יש סברא לומר שאע"פ שתיקנו רבנן שלא יגבה בלא שבועה מ"מ השבועה לא באה רק משום בירור דלכתחלה אבל בדיעבד אינה מעכבת משא"כ דבר אשר מצד הדין לא היה גובה אפילו בשבועה רק כי חכמים תיקנו שיגבה בשבועה בזה יש סברא לומר שהשבועה מעכבת ואפילו בדיעבד אינו גובה בלא שבועה.

ט) **והשבועה** של שכנגדו נשבע ונוטל לענין חשוד על השבועה ס"ל לרב פפא דדמיא לשבועה של הנפרע מנכסי יתומים שלא יפרע אלא בשבועה ומסוג אחד הם שניהם הן לר' אבא הן לרב ושמואל כי לר' אבא בודאי הם מסוג א' דהרי ס"ל לר' אבא מתוך שאיל"מ משום שדברי העד אחד או האומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי וא"כ מצד הדין היה ראוי שהתובע יטול בלא שבועה והוי כמו הבא ליפרע מנכסי יתומים וכמו פוגם שטרו או שלא בפניו שהמלוה נקט שטר מקוים בידו וראוי מצד הדין שיגבה

בלא שבועה רק שחכמים תיקנו שהתובע לא יטול בלא שבועה ונמצא שהם מסוג אחד מה שתיקנו שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה בחשוד ומה שתיקנו שהבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה כי בשניהם מצד הדין נוטל בלא שבועה רק כי חכמים תיקנו שלא יטול בלא שבועה.

י) **ולרב** ושמואל דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ וא"כ יש מקום לומר דשבועת חשוד אינו מסוג אחד עם שבועה של הבא ליפרע מנכסי יתומים שהרי המלוה נקיט שטר מקוים בידו וחיובו משום ודאי הוא, ואלו בשבועת חשוד שכנגדו ישבע ונוטל ס"ל לרב ושמואל דדברי העד א' והאומדנא של מודה במקצת אין עושים רק חיוב ספק וא"כ לכאורא אינם מסוג אחד, מ"מ כיון דס"ל לרב ושמואל בבא ליפרע מנכסי יתומים וכשמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה דמיפסדי בני המלוה משום שאינם יכולים לישבע אלמא דס"ל לרב ושמואל דאע"ג דהמלוה נקוט שטר מקוים בידו מ"מ עדיין ספק הוא אם הוא חייב לו או לא והמלוה צריך לישבע לברר את הספק דאה השטר מקוים היה עושה חיוב ודאי לא היו נפסדים היתומים בני המלוה, א"כ מסוג אחד הם גם לרב ושמואל השבועה של שכנגדו נשבע ונוטל שהאומדנא של מודה במקצת ודברי העד אחד עושים חיוב ספק והתובע נשבע לברר את הספק כמו ביתומים מן היתומים דשטרו של המלוה אינו עושה אלא חיוב ספק ושבועת התובע הוא ג"כ לברר את הספק וא"כ הם מסוג אחד גם לרב ושמואל.

פרק ט

א) **ובזה** שכתבנו לעיל בסוגיא דההוא רעיא ב"מ דף ה' יש ליישב עוד קושיא אחרת בסוגיא דשם דאיתא שם ההוא רעיא דהוו מסרו ליה כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי לסוף אמר להו לא היו דברים מעולם אתו סהדי אסהידו ביה דאכל תרתי מינייהו אמר ר' זירא אם איתא לדר' חייא משתבע אשארא אמר ליה אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא אמר ליה שכנגדו קאמינא וכו' ותיפוק ליה דהוה ליה רועה ואמר רב יהודא סתם רועה פסול לא קשיא הא דידיה הא דעלמא עכ"ל הגמ' ועל קושית הגמ' שהקשה ותיפוק ליה דהוה ליה רועה פירש"י וז"ל אדאביי קמתמה דקשיא ליה והא גזלן הוא ותיפוק ליה דבלאו הך גזילה פסול לשבועה עכ"ל רש"י והוא משום דהוה ליה רועה, והקשו המפרשים על זה והלא גזלן הוא פסול מדאורייתא ורועה אין פסולו אלא מדרבנן מיין חו"מ סי' ל"ד וסי' צ"ב א"כ בודאי יותר נכון להקשות דהוי ליה גזלן משום דאכל תרי מינייהו דהוי פסולי מדאורייתא מלהקשות דהוי ליה רועה דאין פסולו אלא מדרבנן.

ב) ולדברינו הנ"ל יש לומר דהנה בודאי אביי סליק אדעתי' לומר דהא דאמר ר' זירא אם איתא לדר' חייא משתבע אשארא היינו שהוא בעצמו ישבע ולא ידע אביי מתירוצו של ר' זירא דאמר שכנגדו קאמינא ולכן הקשה אביי והא גזלן הוא לזה הקשה הגמ' אדאביי ותיפוק ליה דהוה ליה רועה והיינו שהיה לו לאביי להקשות על דברי ר' זירא דהוה ליה רועה ואז היה קושית אביי על ר' זירא בתרתי חדא דהוה ליה נפקד ונפקד חייב לישבע אפילו בכופר הכל כמו שכתבנו לעיל לפירש"י וא"כ אמאי אמר ר' זירא אם איתא לדר' חייא משתבע משום דהעדאת עדים מחייבי שבועה דאורייתא כמו בהודאה במקצת והלא כיון דהוה ליה רועה שהוא נפקד א"כ מחויב לישבע שבועה דאורייתא אפילו אם נימא דליתא דר' חייא והוי כופר הכל מ"מ חייב שבועה דאורייתא, ועוד הא הוה ליה רועה ורועה פסול לישבע מיהא מדרבנן ואמאי אמר ר' זירא אם איתא לדר' חייא משתבע והא הוה ליה רועה ורועה הוא פסול לשבועה מדרבנן מיהת, א"כ אמאי הקשה אביי והא הוה ליה גזלן שאין קושיתו אלא בחדא שהוא פסול לשבועה מפני שהוא גזלן והלא היה לו לאביי להקשות שהוא רועה ואז היה קושית אביי בתרתי כנ"ל.

ג) ומתרץ הגמ' הא דידיה הא דעלמא א"כ רועה של בהמות אחרים אינו נפסל לשבועה לכן אביי לפי הס"ד שלו דסבר שהוא בעצמו ישבע ולא ידע מתירוצו של ר' זירא שכנגדו קאמינא הקשה והא גזלן הוא וגזלן פסול לעדות ואינו מקשה והא הוה ליה רועה דהיינו דהוה ליה נפקד ונפקד חייב אפילו בכופר הכל ואמאי אמר ר' זירא אם איתא לדר' חייא משתבע משום דיותר טוב נראה לאביי להקשות והא הוה ליה גזלן ואיך ישבע בעצמו מלהקשות והא הוה רועה שהוא נפקד ונפקד חייב אפילו בכופר הכל דבקושיית אביי שהקשה והא הוה ליה גזלן בזה סותר אביי את דינו של ר' זירא שר' זירא פסק שישבע ואביי מקשה לו כי לאו שפיר דן ר' זירא כי הוא גזלן וגזלן הוא פסול לשבועה אבל אם אביי היה מקשה לו לר' זירא דהוי ליה רועה כיון דרועה של בהמות אחרים הוא כשר לשבועה הרי בזה אין אביי סותר דינו של ר' זירא כלל אם יקשה לו דהוי ליה רועה שהוא נפקד ונפקד חייב אפילו כשכופר הכל כי גם לדברי אביי חייב לישבע רק שהקושיא הוא למה לו לר' זירא לחייבו לישבע משום דאיתא לדר' חייא היה לו לר' זירא לחייבו מטעם אחר משום דהוי ליה רועה שהוא נפקד ונפקד חייב אפילו בכופר הכל, א"כ עדיפא ליה לאביי להקשות על דברי ר' זירא והא הוי ליה גזלן לסתור דינו של ר' זירא כי לאו שפיר דן, מלהקשות והא הוי ליה נפקד כי בזה אינו סותר דינו של ר' זירא ואינו קושיא כ"כ כדאמרינן חדא מתרי תלתא טעמי נקיט.

פרק י

א) ולכאורא יש להקשות על דברינו שכתבנו לפירש"י דאע"ג דס"ל דכופר הכל חייב בפיקדון מ"מ לא אמרינן מתוך שאיל"מ דהנה התוס' בב"מ דף ג' ובכתובות דף י"ח הקשו מנא לן דכופר הכל פטור משבועה ורצו התוס' לומר דילפינן מדאיצטריך למיכתב שעד א' מחייבו שבועה ואי כופר הכל חייב מאי נפקא מינה מעד אחד הא בלאו הכי חייב אפילו בכופר הכל ע"ש בתוס' ואם איתא לדברינו דאפילו במקום דמחייבינן בכופר הכל שבועה דאורייתא מ"מ לא אמרינן מתוך שאיל"מ א"כ לפי הס"ד של התוס' דכופר הכל חייב שבועה דאורייתא מסתמא לא יהא כחו יפה מכופר הכל בפקדון לפירש"י דאע"ג דחייב שבועה דאורייתא מ"מ לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ, א"כ אמאי כתבו דילפינן דכופר הכל פטור מדאיצטריך קרא לחייב בעד אחד א"כ מסתמא כופר הכל פטור דאם נימא דכופר הכל חייב מאי נפקא מינה בעד אחד הא בלאו הכי חייב, והלא חילוק גדול יש דכופר הכל בלא עד אחד לא אמרינן מתוך שאיל"מ וע"י עד אחד אמרינן מתוך שאיל"מ וא"כ יש לומר דאפילו כופר הכל חייב שבועה דאורייתא, וקרא דעד אחד איצטריך לומר מתוך שאיל"מ.

ב) ויש לתרץ דס"ל להתוס' לדוחק גדול לומר דקרא דעד אחד איצטריך לומר מתוך שאיל"מ חדא דמשמע בשבועות (דף מ"ז) דהרבה אמוראים לא ס"ל האי דינא דמתוך שאיל"מ ומה נתרץ אליבא דאמוראים הנ"ל ועוד דמאן דס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ משמע דילפינן ליה מדכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים כדאיתא בשבועות (דף מ"ז) ולא ילפינן לה משבועת עד אחד א"כ ליכא למימר דקרא דעד אחד אתיא דוקא לזה דאמרינן מתוך שאיל"מ, היוצא מזה דאיכא למימר דלפי הס"ד דהתוס' דס"ל השתא דכופר הכל חייב ג"כ מ"מ לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ כמו שכתבנו לענין כופר הכל בפיקדון לפירש"י דלא אמרינן מתוך שאיל"מ.

ג) עוד יש לומר דלפי הס"ד דהתוס' דהשתא דכופר הכל חייב ס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ כמו במודה במקצת ממש ואינו דומה לכופר הכל בפקדון לפירש"י שכתבנו דאע"ג דחייב שבועה דאורייתא מ"מ לא אמרינן מתוך שאיל"מ והחילוק בזה הוא, דהנה על התוס' דב"מ וכתובות הנ"ל שהקשו מנא לן דכופר הכל פטור הקשה לי ידידי ה' מיו. מאי הקשו התוס' מנא לן לפטור כופר הכל והלא כל זמן שאין לנו קרא לחייבו ממילא הוא פטור אף שאין לנו קרא בהדיא לפוטרו שהרי לענין מודה במקצת ועד אחד איכא קראי בהדיא לחייבו שבועה וכן לענין העדאת עדים דחיק הגמ' הרבה למצא ילפותא לחייבו אלמא כי כל זמן שלא מצינו קרא לחייבו ממילא הוא פטור א"כ בכופר הכל

כיון דליכא קרא לחייבו שבועה ממילא הוא פטור א"כ מה הקשו התוס' מנא לן דכופר הכל פטור.

ד) **ונראה** דקושית התוס' הוא על דברי רבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע פירוש יהא נאמן במיגו דאי בעי כפר הכל, על זה הקשו התוס' מנא ליה לרבה דכופר הכל פטור דאם ליכא קרא בפירוש למיפטר כופר הכל יש לנו לחייבו לפי סברת רבה דהשתא דאם כופר הכל פטור גם מודה במקצת יש לנו למיפטריה במיגו דאי בעי כופר הכל וכיון דמודה במקצת ילפינן מקרא לחייבו מזה יש ללמוד שגם כופר הכל חייב אלא ודאי איכא קרא לרבה לפטור כופר הכל לכן קאמר רבה שפיר מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע יהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל כיון דאיכא קרא בפירוש שכופר הכל פטור לכן הקשו התוס' מנא ליה לרבה דכופר הכל פטור.

ד) **ובזה** ניחא דבכל דוכתי הקשו התוס' קושיא זו מנלן דכופר הכל פטור על מימרא דרבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע והדבר תמוה אמאי לא הקשו התוס' על כמה משניות דשנינו בפירוש דכופר הכל פטור ואמאי הקשו התוס' על מימרא דרבה שלא אמר בפירוש שכופר הכל פטור רק ממשמעות מילתא דרבה שמעינן דכופר הכל פטור היינו ממה דמפרשינן מילתא דרבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע ומפרשינן לדברי רבה דכונתו הוא יהא נאמן כשמודה במקצת במיגו דאי בעי כופר הכל א"כ שמעינן מזה דכופר הכל פטור ועל זה הקשו התוס' מנא לן דכופר הכל פטור ויותר טוב היה להתוס' להקשות על משנה מפורשת בריש פ' שבועות הדיינים דאיתא שם מנה לי בידך אין לך בידי פטור מנה לי בידך אין לך בידי אלא חמשים דינר חייב עכ"ל המשנה אלמא דכופר הכל פטור ומודה במקצת חייב על זה היה להם להתוס' להקשות מנא לן דכופר הכל פטור וכן איכא עוד משניות שם בפ' שבועות הדיינים ובב"מ דף צ"ז ובשאר דוכתי דכופר הכל פטור ומודה במקצת חייב ולא הקשו שם התוס' האי קושיא מנלן דכופר הכל פטור רק על מילתא דרבה הקשו התוס' כן והוא תמוה.

ו) **ובדברינו** ניחא דבכל דוכתי אין זה קושיא כלל מנא לן דכופר הכל פטור דכיון דליכא קרא לחייב כופר הכל ממילא הוא פטור כמו שאם לא היה לנו קרא לחייב מודה במקצת ועד אחד והעדאת עדים היה פטור אע"ג דליכא קרא לפוטרם מ"מ הוא פטור משום דליכא קרא לחיוב ממילא הוא פטור א"כ גם בכופר הכל כיון דלית קרא לחייבו ממילא הוא פטור, ואין קושית התוס' רק על מילתא דרבה דאמר מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע היינו שיהא נאמן במודה במקצת במגו דאי בעי כופר הכל, וכיון

דס"ל לרבה דאיכא מיגו במודה במקצת דאי בעי כופר הכל אם אין לו לרבה קרא מפורש לפטור בכופר הכל עליו בודאי יש שפיר להקשות נילף לחייב בכופר הכל ממודה במקצת עצמו דאם אמרת דכופר הכל פטור יש לנו לפטור גם במודה במקצת במגו דאי בעי כופר הכל אלא בודאי יש לו לרבה מקרא מפורש לפטור כופר הכל לכן הקשו התוס' שפיר מנא לן דכופר הכל פטור.

ז) **היוצא** מזה דלפי הס"ד של התוס' דהשתא דס"ל דכופר הכל יתחייב הוא משום דילפינן ממודה במקצת דכיון דמודה במקצת חייב א"כ מזה ילפינן דגם כופר הכל חייב וכיון דממודה במקצת ילפינן שמעינן מזה דאמרינן מתוך שאיל"מ אפילו בכופר הכל משום דהוי דומיא דמודה במקצת דכמו דאמרינן מתוך שאיל"מ במודה במקצת כן אמרינן מתוך שאיל"מ בכופר הכל, משא"כ בכופר בפקדון לפירש"י דס"ל דבפקדון אפילו כופר הכל חייב דהטעם דמחייבינן בכופר הכל בפקדון אינו משום דילפינן ממודה במקצת רק מסברא הוא זה דכיון שלא עשה לו טובה יכול הנתבע להעיז וליכא הוכחה דקושטא קאמר הנתבע לכן מחויב לישבע משום בירור לברר דקושטא קאמר וכיון שאין לו להתובע שום הוכחה דקושטא קאמר לכן לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ כמו שכתבנו לעיל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ רק במקום שעושה מתחלה על הנתבע חיוב ודאי והשבועה היא באה להכחיש ולהזים אבל במקום שאין על הנתבע רק חיוב ספק והשבועה באה לברר לא אמרינן מתוך שאיל"מ.

פרק יא

א) **והנה** על דברי התוס' בב"מ דף ג' ד"ה מפני מה אמרה תורה וכו' שכתבו ואם תאמר ומנלן דכופר הכל פטור וליכא למימר מדאיצטריך קרא לחייב שבועה בעד א' מכלל דכופר הכל פטור דהא איצטריך במקום שהוא אינו תובע כלום ואינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו, וראיתי בהגהת מהר"ץ חיות בב"מ שם שכתב בשם הגאון ר' משולם אבד"ק פ"ב שהקשה דאיך יתבע לו בספק ע"פ העד והלא הנתבע ישלם לו תביעתו ואחר כך יחזור ויתבענו ויהא זה הנתבע דעכשיו מחויב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כיון שטוען איני יודע וכופר הכל חייב שבועה דאורייתא לפי דברי התוס' דהשתא וכהאי גונא אין עד המסייע פוטר כמו"ש הרא"ש בריש פ"ק דב"מ, ותירץ הגאון מהר"ץ דמשו"ה דקדקו התוס' וכתבו שהעד מעיד שגנב או שאביו הלוה לו דכיון דלא הו"ל למידע לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ כמו"ש התוס' ב"ק דף מ"ו ד"ה דאפילו ניזק אומר ברי וכו'.

ב) ולפי דברינו שכתבנו לעיל בתירוץ הראשון דדעת התוס' הוא דאפילו אם נאמר דכופר הכל חייב שבועה דאורייתא מ"מ לא אמרינן מתוך שאיל"מ כמו שכתבנו לדעת רש"י בכופר הכל בפקדון דאע"ג דס"ל דחייב שבועה דאורייתא מ"מ לא אמרינן מתוך שאיל"מ א"כ מתורץ ג"כ קושית ר' משולם הנ"ל דאם הנתבע ישלם לו תביעתו ויחזור אח"כ ויתבע ממנו והנתבע דעכשיו יטעון איני יודע יפטור לגמרי משבועה ומתשלומין ולא אמרינן בהאי גונא מתוך שאיל"מ כיון שהוא כופר הכל, אך לפי תירוץ השני שכתבנו לעיל דלפי ס"ד דהתוס' דהשתא דכופר הכל חייב שבועה דאורייתא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ נשאר קושית ר' משולם הנ"ל וצריכין אט לתירוצו של מהר"ץ חיות הנ"ל כיון שהעד מעיד שאביו הלוה או שגנבו ממנו כיון דלא הוה ליה למידע לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ.

ג) אך עיקר קושיתו של ר' משולם הנ"ל אינו מובן לי דמה ירויח בזה ראובן הנתבע הראשון במה שישלם לשמעון התובע אותו ויחזור ויתבענו לשמעון ויהא שמעון מחויב שבועה שאינו יכול לישבע שהרי שמעון טוען איני יודע, סוף סוף אחר שיפרע שמעון לראובן יחזור שמעון ויתבענו ע"פ העד כי כחו של העד אינו נפקע ע"י התשלומין האלה ולא יפטור ראובן משבועה שהעד מחייבו, דנהי דשמעון אינו יכול לעכב מלשלם לראובן אם נימא כדבריו דשמעון הוה מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומתוך שאיל"מ והעד המסייע אינו פוטרו מחיוב ממין וכיון שאינו פוטרו מחיוב ממון גם שבועה דאורייתא אינו יכול העד לחייב את ראובן ומדאורייתא לא יכול שמעון לומר לראובן כיון שיש לי עד אחד שאומר כדברי א"כ לא אשלם לך עד שתשבע להכחיש את העד כי העד מחייבך שבועה דאורייתא, זהו בודאי אין שמעון יכול לטעון כן דקי"ל כל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים ונשבע ונוטל ליכא בדאורייתא ואם נימא ששמעון יכול לעכב מלפרוע לראובן עד שישבע ראובן להכחיש את העד הרי מצינו נשבע ונוטל מדאורייתא ומפשטות המשנה ברישׁ פ' כל הנשבעים ומהגמ' דכתובות דף פ"ז משמע דנשבע ונוטל ליכא מדאורייתא וכן משמעות כל הפוסקים דליכא מדאורייתא נשבע ונוטל אלמא דשמעון אינו יכול לעכב מלפרוע לראובן עד שישבע לו.

ד) וכן הוא בהדיא בכתובות דף פ"ז לענין עד אחד מעידה שהיא פרועה לא תפרע אלא בשבועה סבר רמי בר חמי למימר שבועה דאורייתא דכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת וכו' אבל קם הוא לשבועה, אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים והיא נשבעת ונוטלת ועוד אין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות אלמא דכיון ששטר הכתובה בידה ומחויב לשלם לה אינו

יכול מדאורייתא לעכב את הפרעון עד שתשבע מתחלה להכחיש את העד המעיד שהיא פרועה מחמת האי כללא דנקטינן כי כל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים ואין נשבע ונוטל מן התורה ואם נימא שיכול לעכב את הפרעון עד שתשיב מתחלה להכחיש את העד המעיד שהיא פרועה הרי מצינו נשבע ונוטל בתורה, א"כ כאן נמי דאע"ג שיש לו לשמעון עד אחד המעיד כדבריו ומסייע לו לפוטרו מ"מ כיון שהוא מחויב לשלם משום דטעין איני יודע ומתוך שאיל"מ אינו יכול לעכב את הפרעון עד שישבע ראובן מתחלה להכחיש את העד דאם יעכב את הפרעון הרי מצינו נשבע ונוטל מן התורה ואנן קי"ל דכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים ואין נשבע ונוטל בתורה.

ה) **מ"מ** אע"ג דאין שמעון יכול לעכב את הפרעון ומחויב הוא לפרוע לראובן קודם שנשבע מ"מ לאחר שיפרע שמעון לראובן יכול לתבוע לו ע"פ עד אחד ומחייבו שבועה דאורייתא כדאיתא התם בכתובות דף פ"ח לענין עד אחד מעיד שהיא פרועה שאין עליה אלא שבועה דרבנן ומסיק הגמ' דאם פיקח הוא מייתי לה לידי שבועה דאורייתא דפרע לה מתחלה בלא שבועה ואח"כ תובע ממנה ע"י העד אחד ומחויבת לישבע שבועה דאורייתא להכחיש את העד א"כ כאן נמי נהי דשמעון מחויב לשלם לו לראובן בלא שבועה מ"מ אחר הפרעון יוכל שמעון לתבוע מראובן ע"פ עד אחד ומחייבו שבועה דאורייתא וחוזר חלילה עד שיעשו פשרה או עד שישבע ראובן להכחיש את העד נמצא שיש ריוח לשמעון במה שהעד אחד מחייב שבועה לראובן.

ו) **והנה** הרא"ש בריש פ"ק דב"מ סימן ג' הביא דברי ר"ת דעד המסייע פוטר מן השבועה וכתב וז"ל והביא ר"מ מרוטנבורג ראיה לדבריו מדדרשינן (שבועות דף מ') לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם לענין שבועה דלא מיעטיה קרא בין לחיוב שבועה בין ליפטר מן השבועה, ועוד קל וחומר הוא איזה כח מרובה כח המוחזק או כח שאינו מוחזק הוי אומר כח המוחזק א"כ ק"ו הוא ומה כשהעד מסייע למי שאינו מוחזק זוקק את המוחזק לישבע כשהעד מסייע למוחזק כל שכן שיפטרנו מן השבועה עכ"ל הרא"ש בשם הר"מ מרוטנבורג.

ז) **ויש** לתמוה על דבריהם דלפי מה דקי"ל דכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים ואין נשבע ונוטל בתורה הרי אנו רואין תמיד שכך הוא דרכו וכחו של העד אחד שמביא תועלת למי שאינו מוחזק אבל להמוחזק אינו מביא שום תועלת, שהרי אם ראובן תובע משמעון דברים העשוים להשאיל ולהשכיר והביא ראובן עדים שהכלים האלה שלו היו וראובן טוען השאלתים או השכרתים לשמעון דקי"ל בחו"מ שמוציאין הכלים מיד שמעון ונותנים לראובן ואפילו אם יש לו לשמעון עד אחד שקנה מראובן גם כן לאו כלום

הוא דעד אחד אינו קם לממון ואפילו לישבע שבועה דאורייתא להכחיש את העד גם כן אינו מוטל על ראובן דאם נימא שראובן ישבע שבועה דאורייתא להכחיש את העד הרי נמצא נשבע ונוטל בתורה וקי"ל שאין נשבע ונוטל בתורה וכיון שראובן נוטל את הכלים בלא שבועה דאורייתא הרי אט רואים שדברי העד לא הועיל כלום לשמעון המוחזק, ואלו לאחר שהוציאו את הכלים מיד שמעון והרי הם ביד ראובן אם בא שמעון ותובע מראובן את הכלים והביא שמעון את העד האחד בודאי מחויב ראובן לישבע שבועה דאורייתא להכחיש את העד אלמא שיש בכח עד אחד להביא תועלת לשמעון לאחר שהוציאו מידו ואינו מוחזק בהם אבל כל זמן ששמעון היה מוחזק בהכלים לא היה בכח העד אחד להביא לו שום תועלת, וכן הוא ג"כ אם הלוה טוען איני יודע אם פרעתיך ויש לו עד אחד שפרעו שמחויב לשלם למלוה ואין המלוה צריך לישבע שבועה דאורייתא וכן אם המלוה הוציא שטר אפילו נכתב בפירוש שאין שם שיעבוד קרקעות ועד אחד מעיד שהוא פרוע שאין המלוה צריך לישבע שבועה דאורייתא כדאיתא בכתובות דף פ"ח אע"פ שהלוה הוא מוחזק ואלו לאחר שפרעו להמלוה יכול הלוה לחזור ולתובעו ע"פ העד א' ומחויב המלוה לישבע שבועה דאורייתא להכחיש את העד וכן כל כיוצא בהם.

ח) א"כ אף אם נימא דעד המסייע לנתבע אינו יכול להועיל לו כלום ואינו פוטרו כלל אע"פ שהנתבע הוא מוחזק אין תימה מפני מה יש בכח העד אחד להביא תועלת להתובע אע"פ שהתובע אינו מוחזק שהרי כך אנו רואים תמיד ותדיר שכך הוא כחו של העד אחד דלהמוחזק אינו מביא שום תועלת ולמי שאינו מוחזק מביא תועלת גדולה. וא"כ יוכל היות דעד המסייע אינו פוטר את המוחזק משבועה דאורייתא ואינו מביא שום תועלת להמוחזק אע"פ דלהתובע שאינו מוחזק מביא העד אחד תועלת ומחייב את הנתבע שבועה דאורייתא, עיין חו"מ סימן ע"ב סעי' י"ח וסימן קל"ג ס"ה מדין דברים העשוים להשאיל ולהשכיר ועיין חו"מ סימן ע"ב בש"ך ס"ק נ"ט לענין עד אחד המעיד שלא כדברי הלוה שנשבע הלוה ונוטל משכונו וכתב הש"ך דנשבע שבועת המשנה מדרבנן ואם רצה המלוה מחזיר לו המשכון תחלה ומשביעו אח"כ שבועת התורה עכ"ל הש"ך אלמא כל זמן שהמלוה הוא מוחזק אינו יכול לסייעו ולחייב שבועה דאורייתא את הלוה ולאחר שהחזיר המשכון והמלוה אינו מוחזק רק הלוה הוא מוחזק אז מחויב הלוה לישבע מדאורייתא.

ט) ובאמת הדבר צריך ביאור במה נתהפך ונתחלף כאן כחו של עד אחד מבכל התורה כולה דבכל התורה קי"ל דיפה כח המוחזק מכח המוציא וכאן יפה כחו של המוציא מכח המוחזק והדבר תימה, ונראה דטעמו של דבר הוא דכיון דקי"ל דעד אחד אינו קם לממון

ואם נימא שיהא בכח העד לעכב את התשלומין נמצא שהעד קם לממון לכן מחויב הנתבע לשלם להתובע בלא שבועה דכיון שהוא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או שיש לו להמלוה שטר מקוים או שהלוה טוען איני יודע אם פרעתיך ובכל כיוצא בהם שהתובע זוכה ע"פ הדין להוציא מן הנתבע ואם יש לו לנתבע עד אחד אשר מעיד כדבריו ולזכותו אם נימא שיהא בכח העד א' לעכב את התשלומין שהנתבע לא ישלם לו בלא שבועה נמצא שעד א' קם לממון, כיון שיש לו להתובע הזכות להוציא מיד הנתבע בדין בלא דברי העד רק שהעד מעכבו מלהוציא נמצא שהעד א' קם לממון לכן מחויב הנתבע לשלם להתובע מתחלה ואינו רשאי לעכב את התשלומין בשביל דברי העד.

י) **ואין** לומר ולהקשות אכתי איזה חילוק יש בין תובע לנתבע והלא אם ישבע התובע להכחיש את העד ויטול נמצא שהעד לא הועיל לענין ממון כלל רק לענין שבועה הועיל העד שחייב את התובע לישבע ולא יטול בלא שבועה ולא מועיל דברי העד לענין ממון רק אם התובע לא ירצה לישבע להכחיש את העד ויפסיד התובע את ממונו אז מקרי שהעד הועיל לענין ממון, א"כ גבי שבועת הנתבע שנשבע הנתבע ונפטר דקי"ל בכל מקום דעד אחד קם לשבועה איכא למימר ג"כ אמאי העד א' קם לשבועה והלא אם הנתבע לא ירצה לישבע הרי יפסיד ממון ואיך קם עד אחד לממון אלא ודאי אמרינן דכיון שאם ירצה הנתבע לישבע ישבע ולא יפסיד ממון נמצא שהעד א' בא מתחלה לחייבו שבועה והעד א' קם לשבועה ומה שנסתבב אח"כ מזה שהנתבע אינו רוצה לישבע ומפסיד ממון אין זה ממעשה ומדברי העד רק הנתבע בעצמו עושה כן והעד כי קם לשבועה קם ולא לענין ממון והפסד ממון הנתבע בעצמו עושה מה שאינו רוצה לישבע, א"כ תימה דלענין התובע כשישבע ויטול נמי נימא הכי שיהא מחויב התובע לישבע מתחלה להכחיש את העד א' ואח"כ יטול ולא מקרי העד א' שקם לממון שהרי העד אינו מחייבו רק שבועה ולא ממון וכשישבע להכחיש העד לא יפסיד התובע שום ממון רק אם לא ירצה התובע לישבע אז יפסיד ממון נמצא שהתובע בעצמו הפסיד ממונו ולא העד והעד כי קם לשבועה קם ולא לענין ממון והפסד ממון התובע בעצמו עושה מה שאינו רוצה לישבע ואיזה חילוק יש בין תובע לנתבע.

יא) **ונראה** לתרץ דהנה בסנהדרין (דף ל"ג) איתא דן את הדין זיכה את החייב חייב את הזכאי וכו' מה שעשה עשוי וישלם מביתו ומקשה הגמ' מזה על מתניתין דקתני דיני ממונות מחזירין בו לזכות בין לחובה ומתרץ רב חסדא כאן שנטל ונתן ביד כאן שלא נטל ונתן ביד, ומקשה הגמ' בשלמא חייב את הזכאי כגון שנטל ונתן ביד אלא זיכה את החייב היכי משכחת לה דאמר ליה פטור אתה והא לא נטל ונתן ביד ומתרץ הגמ' כיון

דאמר ליה פטור אתה כמו שנטל ונתן ביד דמי. עכ"ד הגמ'. הרי חזינן מהגמ' הזה שיש חילוק בין תובע לנתבע דהנתבע כיון שהוא מוחזק בנכסיו א"כ אם טעה הדיין ואמר לו פטור אתה הוי תיכף כמו שנטל הדיין את הכסף בידו מיד התובע ונתן בידו לנתבע כיון שהנתבע הוא מוחזק ולא מיחסרא גובייגא לכן בזיכה את החייב כיון שאמר ליה פטור אתה הוי כמו שנשא ונתן ביד, אבל בתובע כיון שהוא אינו מוחזק בנכסים אם טעה הדיין ואמר לנתבע חייב אתה לאו כלום הוא כיון דעדיין מחסרא גובייגא ולא אמרינן מה שעשה עשוי רק אם נשא הדיין ונטל בידו מיד הנתבע ליד התובע אבל אמירתו לאו כלום היא.

יב) א"כ לענין עד אחד נמי איכא למימר הכי דאם הנתבע חייב לשלם ע"פ הדין כגון בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או שיש לו למלוה שטר מקוים או בא"י אם פרעתיך וכל כיוצא בהם אם נימא שיהא בכח העד א' לפטור את הנתבע מתשלומין עד שישבע התובע מקרי שעד א' קם לממון כיון דלא מחסרא גובייגא ותיכף נפטר הנתבע מלשלם הרי הועיל דברי העד א' לענין ממון תיכף לפוטרו ונהי שאם התובע כשבא להכחיש את העד מחויב הנתבע לשלם והרי זה נשבע ונוטל מ"מ כל זמן שלא נשבע התובע ליטול כבר גבה הנתבע משל התובע וירדנו לנכסי התובע וגבינו ממון מיד התובע ונתנו בידנו ליד הנתבע ואם נשבע התובע ונוטל חוזרים אנחנו ומוציאים מיד הנתבע ומחזירים ליד התובע כיון דהנתבע מוחזק בנכסים ולא מחסרא גובייגא נחשב תיכף כאלו כבר גבה הנתבע וכיון דקי"ל דעד אחד אינו קם לממון ואין מוציאים ממון ע"פ עד אחד לכן מוכרחים אנחנו לפסוק שהתובע נוטל בלא שבועה והממון שיש לו להתובע ביד הנתבע לא נפקע אפילו רגע אחד ע"י דברי העד אחד.

יג) משא"כ אם העיד העד א' לחייב את הנתבע שפיר מחויב הנתבע לישבע להכחיש את העד א' ולא מקרי שהעד קם לממון כיון דמחסרא גובייגא ולא מיבעיא אם אח"כ נשבע הנתבע ונפטר בודאי לא מקרי קם לממון רק קם לשבועה מקרי שהרי תיכף כשהעיד העד א' לא גבינו שום ממון מהתובע ע"פ דברי העד א' ולא ירדנו לנכסי הנתבע תיכף שהרי מחסרא גובייגא עדיין ואח"כ נשבע הנתבע ונפטר ונמצא שהעד א' בעדותו לשבועה קם ולא לענין ממון אלא אפילו אם לא רצה לישבע ושילם אח"כ להתובע ממון אין זה ממעשה ומדברי העד א' רק הנתבע בעצמו עשה כן ששילם כי לא רצה לישבע והעד כי קם לשבועה קם ולא לענין ממונא כיון דבשעה שהעיד העד א' עדיין מחוסר גובייגא להוציא מיד הנתבע וליתן ליד התובע ורגע א' לא יצא ממון ע"פ העד א' מרשות הבעלים לכן שפיר יש בכח עד א' לחייב את הנתבע שבועה ולא קם לממון רק קם לשבועה,

ועיין סנהדרין שם דף ל"ג דרבינא פליג על רב חסדא וס"ל דזיכה את החייב לא מקרי נשא ונתן ביד שיהא מה שעשה עשוי רק אם היה לו משכון והחזיר מ"מ נראה דבזה גם רבינא מודה דתיכף כשאמר לו לנתבע פטור אתה זכה הנתבע תיכף רק שלא מקרי נשא ונתן ביד וכן כתב הש"ך סימן כ"ה ס"ג ס"ק כ"ט אות ב' וז"ל כתב הטור כתב הרמ"ה דיינא דטעה ולא הספיק תובע לאפוקי ממונא דנתבע עד דאתברר דטעה ל"ש הדיוט ל"ש מומחה ל"ש טעה בדבר משנה לא שנא טעה בשקול הדעת כל כמה דלא זכי תובע בממונו הדר דיניה עכ"ל משא"כ לענין נתבע כיון שהוא מוחזק בממונו זכי תיכף ויש חילוק בין טעה בדבר משנה או בשיקול הדעת או הדיוט או מומחה ע"ש.

יד) ובזה מתורץ הקושיא הנ"ל שהקשינו על דברי הרא"ש בשם ר"מ מרוטינבורג שהם דנים ק"ו ומה עד א' מחייב שבועה את הנתבע ומסייע את התובע שאינו מוחזק מכ"ש שיש ביד עד אחד לסייע את הנתבע שהוא מוחזק ופוטרו מן השבועה, והקשינו לעיל שאין זה ק"ו שהרי כך הוא דרכו של העד א' שהוא יכול לסייע את התובע שאינו מוחזק ומחייב את הנתבע לישבע, אבל אין בכח העד א' לסייע את המוחזק ולחייב את התובע שישבע ויטול. ובדברינו דהשתא ניחא דלעולם בכל התורה ובכל מקום כח המוחזק עדיף יותר ושפיר דנו ק"ו כנ"ל ומה דחזינן דלענין נשבע ונוטל אין בכח העד לחייב שבועה את התובע אע"פ שיש בכח העד לחייב שבועה את הנתבע התם שאני דכיון דעד א' אינו קם לממון רק לשבועה אין בכח העד א' לפטור את הנתבע מממון וכמו שכתבנו לעיל, משא"כ בנידון דהרא"ש והר"מ דאידי ואידי לענין שבועה הוא ולא לענין ממונא שפיר דן ק"ו ומה שיש בכח העד לסייע את התובע שאינו מוחזק ומחייב שבועה את הנתבע המוחזק ומכ"ש שיש כח ביד העד לסייע את הנתבע המוחזק ולפוטרו כנגד התובע שאינו מוחזק דאפילו אם העד פוטר את הנתבע המוחזק עדיין לא קם לממון רק לשבועה קם שזה יש בכח העד א' דעד א' קם לשבועה. ואינו דומה לזה שהעד א' אין בכחו לפטור את הנתבע מלשלם עד שישבע התובע ויטול דהתם שאני כיון דעד א' אינו קם לממון לכן לא יוכל לפוטרו מלשלם עד שישבע כמו שכתבנו לעיל.

פרק יב

א) והנה לענין עד המסייע שכתב הרא"ש בשם הר"מ מרו"ב שפוטר מן השבועה סיים הרא"ש וז"ל ויש מקשים הבל מהא דאמר לקמן שומר שמסר לשומר חייב (ב"מ דף ל"ו) דאמר ליה את מהימנת לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה ואמאי חייב יפטרנו השומר השני בעדותו משבועתו שהוא חייב ולא קשה מידי דחיוביה דראשון בשביל דאין יכול לישבע הוא והוא אינו רוצה להאמין לשבועת השני ונתחייב הראשון ממון

ואין עד א' פוטר מחיוב ממון עכ"ל הרא"ש וכ"כ הש"ך בסימן פ"ז ס"ק נ"ט וכ"כ הש"ך בסי' ע"ב ס"ק ס"א וז"ל וא"כ מוכח מזה דמחויב שבועה ואי"ל שיש לו עד אחד מסייעו אפילו הכי אינו פוטרו משבועה וכן מוכרח לכאורא בהרא"ש פ"ק דב"מ גבי ויש מקשים הבל וכ"כ בתרומת הדשן ס"ס של"ד וכ"כ הסמ"ע שם ס"ק מ"ה, דהיכי שהוא מחויב שבועה שאינו יכול לישבע אין עד המסייע פוטרו, והקצוה"ח סימן פ"ז ס"ק ט' חולק על דברי הש"ך בזה וז"ל שם ולענ"ד נראה דזה לא הוי ממון דהא היכא דטעין איני יודע וע"א מעיד דצריך לשלם משום משאיל"מ לא אמרינן היכי קם עד אחד לממון וכן בחשוד דצריך לשלם ע"פ עד אחד ע"כ צריך לומר דעד אחד כי אתי לשבועה קאתי אלא ממילא חייב משום דאינו יכול לישבע וא"כ ה"ה להיפוך כי אתי עד מסייע לפוטרו משבועה וכי נפטר משבועה ממילא תו ליכא חיוב ממון עליה ועוד דהא עד מסייע יליף לה מוהר"ם בק"ו אם זוקק המוחזק לחייב שבועה אינו דין שיפטור את המוחזק משבועה הובא באשר"י וזה נמי מצינן למילף בהאי ק"ו אם זוקק את המוחזק לחייבו ממון בדין משאיל"מ אינו דין שיפטור אותו מדין משאיל"מ. עכ"ל הקצוה"ח.

ב) היוצא מדברי הקצוה"ח הנ"ל דס"ל דעד המסייע פוטר אפילו היכא דהיה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע כגון בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא ועד אחד מעיד שאינו חייב לו יותר מחמשים פוטר אותו העד מלשלם ממון אע"ג דקי"ל בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהוי ליה מחויב שבועה שאיל"מ וחייב לשלם ממון ועד אחד אינו קם לממון מ"מ יוכל העד א' המסייע לפוטרו מלשלם משום דאמרינן עד אחד לשבועה קאתי וממונא ממילא קהוי כמו דקי"ל כשהוא טוען איני יודע והעד אחד מעיד שהוא חייב ממון קי"ל דהוי מחויב שבועה ואיל"מ ולא מקרי שהעד קם לממון משום דאמרינן דהעד לחייבו שבועה אתא וממונא ממילא הוי א"כ לענין עד המסייע לפוטרו מממון נמי אמרינן הכי דעד א' לשבועה קאתי וממונא ממילא הוי.

ג) ולדברינו הנ"ל אין ללמוד לפטור ממון מחיוב ממון דדוקא אם העד א' מחייבו שבועה אז דוקא אמרינן דעד אחד לשבועה קם ומה שמשלם הנתבע אח"כ כשאינו יכול לישבע אפילו הכי לא מקרי שהעד קם לממון לא מיבעיא כשהנתבע טוען איני יודע והעד א' אומר שהוא חייב דלא מקרי שהעד קם לממון שהרי יוכל היות שיזכור הנתבע אח"כ וידע וישבע להכחיש את העד, וכשבא העד מתחלה לשבועה קם וממונא ממילא קאתי, אפילו בחשוד על השבועה ואפילו בשניהם חשודים אליבא דמ"ד חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ כדאיתא בשבועות דף ל"ב שהתובע נוטל בלא שבועה וא"כ לכאורא יש מקום לומר דהעד א' כי אתי מתחלה לממונא קאתי ולא לשבועה, מ"מ אכתי יש

לומר דאם יעשה הנתבע תשובה הרי אין עליו חיוב ממון רק חיוב שבועה לכן שפיר אמרינן מתוך שאיל"מ ולא מקרי קם לממון, מה תאמר כיון דסוף סוף לא נזכר הנתבע ולא עשה תשובה והרי זה משלם ממון ע"פ העד מ"מ לא איכפת לן ולא מקרי שהעד קם לממון שהרי החיוב ממון לאו ממעשה העד המה רק ממעשה הנתבע שלא נזכר ולא עשה תשובה א"כ העד לשבועה קאתי וממון ממילא קאתי ע"י מעשה הנתבע, כל זה הוא כשהעד א' בא לחייב את הנתבע שבועה.

ד) **אך** אם הנתבע טוען חמשין ידענא וחמשין לא ידענא והרי הוא מחויב לשלם חמשים להתובע, ויש לו לנתבע עד א' שמסייעו אם נימא דעד המסייע פוטר כהאי גונא את הנתבע מלשלם נמצא שהעד א' קם לממון כיון שהנתבע הוא מוחזק בנכסיו ולא מחסרא גובייא לכן כיון שהנתבע נפטר מלשלם ע"פ העד המסייעו לכן מקרי שהעד א' קם לממון וכיון דקי"ל שאין עד א' קם לממון לכן אין עד המסייעו פוטרו מחיוב ממון.

ה) **ואין** להקשות א"כ גבי עד המסייעו לפטור את הנתבע מממון נמי נימא כמו לענין עד המחייב את הנתבע ממון, דלענין עד המחייב את הנתבע ממון אמרינן דעד כי אתי לחייב שבועה אתי אם יזכור הנתבע או יעשה תשובה אזי ישבע הנתבע להכחיש את העד א"כ תימה דלענין כשטוען הנתבע חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ובא עד א' ומסייע להנתבע נמי נימא הכי דהעד כי אתי לפטור את הנתבע שבועה אתי אם יזכור ויאמר חמשין אית לך וחמשין לית ליך או אם הנתבע הוא חשוד בא העד לפטור את הנתבע משבועה אם יעשה תשובה ואמאי אמרינן לענין עד המסייע דלפטור ממון קאתי ולענין עד המחייב אמרינן דלחייב שבועה אתי וממונא ממילא קאתי.

ו) **ויש** לתרץ ע"פ מה שכתבנו לעיל שיש חילוק בין תובע לנתבע דהנתבע כיון דלא מחסרא גובייא וכיון שהיום עדיין לא נזכר הנתבע ועדיין לא עשה תשובה הנתבע ומוטל עליו חיוב תשלומין אם נאמר דהעד המסייע פוטר מתשלומין מקרי תיכף שירדנו לנכסי התובע וגבינו מנכסיו ונתנו ליד הנתבע ע"פ עד א' והרי עד א' קם לממון לכן לא אפשר לעשות כן, ונהי דיוכל היות דהיום או למחר יזכור הנתבע או יעשה תשובה ונמצא שהעד א' לא קם לממון רק לשבועה מ"מ כל זמן שלא נזכר הנתבע ולא עשה תשובה לא אפשר לנו לירד לנכסי התובע וליתן לנתבע ע"פ עד א' דקי"ל עד א' אינו קם לממון רק לשבועה.

ז) **משא"כ** בעד א' הבא לחייב ממון את הנתבע כיון דעדיין מחוסר גובייא והעד אינו בא מתחלה לחייבו ממון רק שבועה הוא בא לחייבו ואם נזכר הנתבע או עשה תשובה באמת אין עליו רק חיוב שבועה ולא ממון ובשעה שאנו מקבלים את דברי העד עדיין

אין אנו מוציאין ממון ע"פ עדותו ואין אנו יורדים תיכף לנכסי הנתבע רק אח"כ כשלא יזכור הנתבע או כשלא יעשה הנתבע תשובה אז נרד לנכסיו ונגבה מהנתבע אבל כל זמן שלא גבינו מהנתבע לא קם העד א' לממון רק לשבועה כי יוכל היות שיזכור או יעשה תשובה לכן מהני שפיר עדותו של עד א' לחייב במתוך שאיל"מ משא"כ לפטור את הנתבע מתשלומין זהו אין בכח העד א' דכיון דהנתבע הוא מוחזק בנכסיו מקרי תיכף קם לממון קודם שנזכר הנתבע וקודם שעשה תשובה וקי"ל דעד א' אין קם לממון

ח) ומה דיליף הקצוה"ח ק"ו ומה אם העד א' זוקק את המוחזק לחייבו ממון בדין משואיל"מ אינו דין שיפטור אותו מדין משואיל"מ ק"ו פריכא הוא דיוכל היות דדוקא לזקוק את המוחזק לחייבו ממון יכול העד א' משום דעדיין מחסרא גובייגא ולא מקרי שהעד קם לממון משא"כ שהעד יסייע את המוחזק לפטרו ממון אינו יכול שהרי לא מחסרא גובייגא ואם יפטור את הנתבע מלשלם מקרי קם לממון לכן אינו יכול העד א' להביא תועלת להנתבע לפוטרו מממון משום דעד א' אינו קם לממון, כי כן הוא דרכו של העד א' בכל מקום שמביא תועלת למי שאינו מוחזק שהוא התובע ומחייב שבועה את הנתבע המוחזק אבל העד א' אינו יכול לסייע את המוחזק ולפוטרו מלשלם עד שישבע התובע ויטול משום דעד א' אינו קם לממון ואם יפטור את המוחזק מלשלם נמצא שהעד א' קם לממון, א"כ כאן נמי דאע"ג שאנו אומרים מחויב שבועה שאיל"מ ומחייב את המוחזק ממון מ"מ אינו מקרי קם לממון דהעד א' אינו קם רק לשבועה ויוכל היות שיזכור התובע והחשוד יעשה תשובה ולא ישלמו ממון ואם משלם הנתבע אח"כ ממון אין זה מדברי וממעשה העד רק הוא ממעשה הנתבע שלא עשה תשובה ובשעת דברי העד עדיין לא גבינו ממנו שום ממון ולא ירדנו לנכסיו, משא"כ אם נאמר שהעד א' יסייע את הנתבע המוחזק ויפטור אותו מלשלם מדין מחויב שבועה שאיל"מ שכן תיכף מקרי גביה כיון שהנתבע הוא מוחזק ומקרי שתיכף ירדנו לנכסי התובע וגבינו ממון ע"פ עד א' ומקרי שעד א' קם לממון לכן אין העד יכול לפטור את המוחזק מממון, ונהי דאם יזכור הנתבע ואם החשוד יעשה תשובה מקרי שהעד א' קם לשבועה ולא לממון מ"מ קודם שעשה תשובה וקודם שנזכר הנתבע כבר גבינו ממון וירדנו לנכסי התובע לכן אין העד יכול לסייע את המוחזק לפוטרו מממון דעד א' אינו קם לממון.

ט) ומור"ם מרוטנברג שהביא הרא"ש שדן ק"ו הנ"ל שפיר דן כי הוא דן לענין שבועה ולא לענין ממון וכיון דליכא להקשות עד א' אינו קם לממון בודאי יפה כח המוחזק ממי שאינו מוחזק וכיון שהעד יכול לסייע את שאינו מוחזק ולחייב שבועה את המוחזק מכ"ש שיכול העד לסייע את המוחזק ולפוטרו משבועה כנגד שאינו מוחזק, משא"כ

הק"ו של הקצוה"ח בודאי יפה כחו של אינו מוחזק מכח המוחזק משום שהוא לענין ממון ועד א' אינו קם לענין ממון.

פרק יג

א) והנה בעד א' דנסכא דר' אבא עדיין יש לתמוה אמאי יכול העד א' לחייבו שבועה והלא כי אתי עד א' מתחלה לממונא קאתי ולא לענין שבועה דבשלמא כשטוען הנתבע איני יודע והעד א' מעיד שחייב לו איכא למימר דלשבועה קאתי ולא לענין ממון שהרי יוכל היות שהנתבע יזכור לישבע להכחיש את העד או אם הנתבע הוא חשוד ואפילו בשניהם חשודים למ"ד חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ מ"מ עדיין איכא למימר דהעד לשבועה אתי ולא לממון שהרי יוכל היות שהנתבע יעשה תשובה. וישבע להכחיש את העד ונמצא דלשבועה קאתי העד ולא לממון אבל בעד דנסכא דר' אבא כיון שהנתבע כבר טען אין חטפי ודידי חטפי ואין לו להנתבע שום דרך ליפטור מממון ע"י שבועה ונמצא שהעד א' כי אתי מתחלה לממונא קאתי ולא לשבועה וזה תימה והלא קי"ל דעד א' אינו קם לממון רק לשבועה.

ב) ובלא דברינו הנ"ל לא היה קשה כלל שהיה אפשר לומר דדוקא לענין ממונא לא קם עד א' אבל לשבועה קם ובנסכא דר' ארא לא מקרי קם לממון רק קם לשבועה שהרי אינו מחייבו רק שבועה להכחיש את העד ורק מפני שאינו יכול לישבע משלם נמצא דהממון שמשלם הנתבע חלף השבועה הוא ובמקום שבועה בא הממון לכן מקרי קם לשבועה ולא מקרי קם לממון אבל לפי דברינו שכתבנו דמשו"ה קי"ל שאין נשבע ונוטל בתורה משום שאם נאמר שהנתבע לא יהא מחויב לשלם עד שישבע התובע נמצא שהעד א' קם לממון שהרי מיד נפטר הנתבע ואין עד א' קם לממון ואם נימא שהעד א' של נסכא דר' אבא לא מקרי קם לממונא רק קם לשבועה אע"פ דמתחלתו לממון בא העד א' ואנו מחייבין את הנתבע ממון גמור ואנו מוציאין ממון מיד הנתבע ליד התובע אם נימא דאעפ"כ מקרי קם לשבועה ולא לענין ממונא משום דהממון שאנו מחייבים אותו הוא מפני שאינו יכול לישבע לכן ישלם וכיון דהממון חלף השבועה באה ובמקום שבועה באה ממון א"כ גם לענין נשבע ונוטל נמי נימא הכי שהתובע ישבע שבועה דאורייתא להכחיש את העד ואז יטול ובלא שבועה לא יטול מדאורייתא ואע"פ שהנתבע הוא מוחזק נכסיו ותיכף נפטר הנתבע מלשלם מ"מ לא מקרי קם לממון רק קם לשבועה מקרי כיון שהממון שנפטר הנתבע משום השבועה באה וחלף השבועה ובמקומה בא הממון עדיין לא מקרי שהעד קם לממון רק קם לשבועה, כי בודאי בזה אין שום חילוק בין בין תובע לנתבע כיון שאנו מוציאין ממון גמור ע"פ עד א' בנסכא דר' אבא כמו שאנו

מוציאים ממון ע"פ שני עדים דאע"פ דבשעת שהעידו העדים ובשעת פסק ב"ד עדיין לא יצא הממון מרשות הבעלים מ"מ מקרי ששני העדים קמו לענין ממון שהרי ב"ד מחייבין ממון ע"פ עדותם ומוציאים מיד הנתבע, א"כ בנסכא דר' אבא נמי כיון שמתחלתו של העד לחייב ממון בא העד וב"ד מחייבים ממון ע"פ עדותו והם מוציאים מיד הנתבע א"כ בודאי מקרי שהעד קם לממון כמו בשני עדים דמקרי שקמו לענין ממונא ואין החילוק בין עד א' דנסכא דר' אבא לשני עדים רק בזה דבשני עדים מתחלתו באו העדים לחייבו ממון ואין הממון במקומה של השבועה ובעד א' הממון הוא חלף השבועה ובמקומו וא"כ לענין נשבע ונוטל נמי נימא הכי כיון שהממון שהנתבע נפטר הוא חלף השבועה ובמקומה לכן שפיר יש לנו לומר שישבע ויטול ולא יטול בלא שבועה להכחיש את העד ואמאי קי"ל שאין נשבע ונוטל בתורה

ג) **והא** שחלקנו לעיל בין תובע לנתבע היינו היכא שבאמת נשבעים להכחיש את העד או שאינם נשבעים באמת להכחיש את העד מפני שהנתבע טוען איני יודע או שהנתבע הוא חשוד ומשלם הנתבע אבל עכ"פ היה אפשר להיות במציאות שישבע ולא ישלם כגון אם יזכור הנתבע והחשוד יעשה תשובה דאיכא למימר שהעד לא בא מתחלה לממון רק לשבועה, אז יש חילוק בין תובע לנתבע דהחיוב שבועה שעושה העד על הנתבע מקרי שבועה ולא ממון כיון שנשבע הנתבע או שאפשר היה לישבע, אבל החיוב שבועה שעושה העד א' על התובע ממון מקרי ולא שבועה כיון שהנתבע מוחזק בנכסיו וקודם שנשבע התובע כבר גבה הנתבע משל התובע וכבר ירדנו לנכסי התובע ומה שנשבע התובע ונוטל הוא הוצאה וגביה חדשה שאנו מוציאים מיד הנתבע ומחזירים ליד התובע אבל כל זמן שלא נשבע התובע כבר גבה הנתבע דלא מחסרא גובייא וכיון דעד א' אינו קם לממון לכן נוטל התובע בלא שבועה, ומכ"ש היכא שבאמת אין התובע נוטל כלום אפילו בשבועה ומפסידו העד א' ממון כנידון הש"ך שהעד המסייעו פוטרו מממון וכנידון הק"ו של הקצוה"ח שאז בודאי מקרי שהעד א' קם לממון כיון דלא מחסרא גובייא ותיכף ירדנו לנכסי התובע וגבינו ממון ע"פ עד א'.

ד) **אבל** בנסכא דר' אבא דמתחלתו בא העד לחייבו ממון ולא שבועה כיון שאי אפשר להנתבע בשום אופן לפטור עצמו בשבועה כיון שכבר טען הנתבע אין חטפי ודידי חטפי, ואם נרצה לומר דשבועה מקריא ולא ממון צריכים אנו לומר דמשו"ה מקרי שבועה ולא ממון משום כיון דהממון הם חליפי השבועה ובמקומו עומדים כשבועה דמיא א"כ לענין נשבע ונוטל נמי נימא הכי דאע"ג שהתובע לא יטול בלא שבועה ותיכף הוי כגבוי וכמו

שירדנו לנכסי התובע דמי מ"מ עדיין שבועה מקרי ולא ממון כיון דהממון הם חליפי השבועה כשבועה דמיא ועד א' קם לשבועה.

ה) **ואם** נרצה לומר דלעולם חליפי שבועה כממון דמי ומשו"ה זין נשבע ונוטל בתורה והא דעד א' קם לממון בנסכא דר' אבא משום שעדיין מחוסר גובייגא ותיכף בשעת עדותו לא ירדנו עדיין לנכסיו ויש חילוק בין תובע לנתבע, א"כ תימה גם כששני עדים מחייבים ממון נמי נימא דלא מקרי קמו לממון כיון דבשעת עדותן עדיין לא ירדנו לנכסי הנתבע ומה בין עד א' דנסכא דר' אבא לבין שני עדים כיון דאמרת דחליפי שבועה כממון דמי, אלא ודאי צריך לומר דאע"ג דבשעה שהעידו העדים השנים עדיין לא ירדנו לנכסי הנתבע ומחסרא גובייגא מ"מ מקרי שהעדים קמו לממון א"כ בעד א' דנסכא דר' אבא נמי נימא הכי דאע"ג דמחסרא גובייגא ועדיין לא ירדנו לנכסי הנתבע תיכף בשעת עדותו מ"מ מקרי ממון ולא שבועה כיון דחליפי שבועה כממון דמי, א"כ נשאר הקושיא אמאי מוציאין ממון בעד א' בנסכא דר' אבא והלא אין עד א' קם לממון וכאן ממון מקריא ולא שבועה, עיין קצוה"ח סימן פ"ז ס"ק ט"ז בשם תשובת מיימוני.

ו) **ונראה** לתרץ דהנה התוס' בב"ב דף ל"ד הקשו לענין נסכא דר' אבא אמאי אינו נאמן לומר דשלו חטף במגו דאי בעי אמר לא חטפתי והיה נאמן לומר לא חטפתי ונשבע להכחיש את העד א' א"כ עכשיו כשאומר אין חטפי ודידי חטפי ישבע ששלו חטף ויהא נאמן בשבועה לומר דשלו חטף במגו שלא חטף, ותירצו התוס' על זה שני תירוצים חדא תירצו שאין זה מגו שהוא ירא להכחיש את העד שהעד מכיר בשקרו וגם העד ובעל הנסכא יכולים לפוסלו לעדות וטוב לו לטעון אין חטפי ודידי חטפי שהעד אינו מכיר בשקרו ואינם יכולים לפוסלו לעדות הילכך אין לו מגו לכן אינו נאמן לומר דידי חטפי במגו דשלא חטפתי עוד תירצו בתוס' תירוץ אחר דבאמת הוי מגו ואע"ג דאית ליה מגו חייב דכיון דאיכא אחד המחייבו שבועה מן התורה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטור עכ"ל התוס' ועיין ש"ך סימן ע"ה ס"ק מ"ג שהר"ן והרמב"ן כתבו כתירוץ הראשון של התוס' וכן הוא דברי התוס' בפ' כל הנשבעים כדברי ר"י לבד שאין כאן מגו.

ז) **ולפי** תירוץ הזה של התוס' יש לתרץ גם קושיתו שהקשינו בנסכא דר' אבא איך קם עד א' לממון ובתירוץ התוס' הזה יתורץ דכיון שהעד א' אינו עושה מאומה רק שמרע ליה למיגו במה שמחייב שבועה אין להקשות והלא עד אחד אינו קם לממון שהרי מצינו דלא אמרינן מגו במקום דאיכא קול המתנגד להמגו שלו כגון שטוען טענה אחת ויש לו מגו שהיה יכול לטעון טענה אחרת והיה זוכה בהאי טענה רק דאיכא קול המתנגד

לטענתו האחרת לכן לא אמרינן מגו כדאיתא בב"ב (דף ל"ג) בעובדא דרבה בר שרשום משום דאמרינן שאין כאן מגו מפני שירא לטעון טענה השניה שיש קול כנגדה ובודאי אין להקשות שם איך מוציאין ממון ע"י קול בעלמא והרי עדים בעינן להוציא ממון כדכתיב ע"פ שנים עדים יקום דבר וכן הוא בש"ס ופוסקים והקול גרע מעד א' עיין ב"ב דף ל"ב ובכתובות דף כ"ג שהקול גרע מעד אחד ואיך מוציאין ממון ע"פ הקול ובודאי אין זה קושיא כלל שאין אנו מוציאין ממון ע"פ הקול רק שהמגו שלו נפסלת ע"י הקול וממילא מוציאין ממון מזה כיון שאין לו מגו א"כ לענין עד א' נמי בנסכא דר' אבא אין אנו מוציאין ממון ע"פ עד רק דמשום העד א' נפסל המגו שלו כי ירא לטעון טענה שיש עד א' המכחישו וליכא למימר שיהא נאמן במה שאמר דידי חטפתי במיגו דאי בעי אמר שלא חטף כלל כיון דאיכא עד א' שאמר וחטף וירא לטעון ולישבע כנגד העד ונמצא שהעד לא קם לממון כלל רק שהעד פסל את המגו שלו כמו הקול וממילא משלם ממון.

ח) **וגדולה** מזו כתבו הרא"ש בתשובה כלל ס"ו סימן ח' והכנה"ג בקיצור כללי מגו ס"ק ח"י והתומים שם דלא אמרינן מגו כנגד עדים פסולים דאע"פ שהעדים פסולים הם ואינם נאמנים מ"מ ירא לטעון טענה שיש עדים פסולים המכחישים אותו דהוי כמו קול בעלמא אלמא דאע"ג דעדים פסולים בודאי לאו כלום הם, מ"מ יש כח בידם לפסול מגו ואמרינן שאין כאן מגו לומר דאי בעי הוי טעון טענה אחרת משום שירא לטעון טענה כנגד עדים פסולים וכיון שהמגו שלו נפסדת ע"י עדים פסולים לכן מוציאין ממון ע"פ עדים פסולים, וליכא להקשות והלא עדים פסולים הם וכמאן דליתנייהו דמי, א"כ מכ"ש כשעד א' פוסל את המגו. ג"כ אין להקשות והלא מד א' אינו קם לממון ואמאי מוציאין ממון ע"פ עד א' דבהאי גונא ליפסול מגו לא בעינן עדים גמורים דהרי אפילו עדים פסולים ואפילו קול בעלמא פוסלים מגו ומוציאים ממון א"כ לא גרע עד א' מעדים פסולים.

ט) **אך** לפי התירוץ השני של התוס' שכתבו הטעם בנסכא דר' אבא משום דכיון דאיכא עד א' המחייבו שבועה מן התורה כן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו ליפטור בודאי יש להקשות קושיתנו הנ"ל איך קם עד א' לממון כיון שכבר טען הנתבע אין חטפי ודידי חטפי ותחלתו של העד לחייב את הנתבע ממון בא ולא לחייבו שבועה איך יקום עד א' לממון.

י) **ונראה** לתרץ דאע"פ שהעד בא לחייבו ממון ולא שבועה מ"מ לא מקרי קם לממון כשני עדים רק קם לשבועה מקרי, דלא מקרי קם לממון רק אם העדים אומרים כך והוא מכחישים ואומר כך ואנן מוציאים ממון מהנתבע כדברי העדים הרי העדים קמו לממון שהרי אין שומעים את דברי הנתבע ושומעים אל דברי העדים המכחישים אותו ועושים

כדבריהם, אבל בנסכא דר' אבא מה שמוציאים ממון מהנתבע ונותנים להתובע אין זה בשביל כחו של העד רק הוא משום הודאתו של הנתבע שהודה לדברי העד ואמר אין חטפי כי אלמלא הכחיש הנתבע את העד שחטף וטען לא חטפתי לא היינו שומעין לדברי העד א' נמצא כי מה שמוציאים הממון מהנתבע ונותנים ליד התובע הוא בשביל הודאתו של הנתבע ולא בשביל העד א' לכן לא מקרי שהעד קם לממון רק מקרי שהעד א' קם לשבועה וממילא משלם בשביל הודאתו של הנתבע ולא בשביל דברי העד א'.

פרק יד

א) וראיתי בתשובות מיימוני השייכות לספר משפטים סימן ס"א כתב דעד המסייע פוטר משבועה והקשה על זה משבועות דף ל"ב דאיתא התם דעד א' המעיד על החשוד שחייב לחבירו שכנגדו נשבע ונוטל וא"כ תימה אמאי ישבע ויטול נימא שיטול שכנגדו בלא שבועה משום דעד המסייע פוטר ותירץ וז"ל ויש לומר דהני מילי בעלמא אבל בחשוד על השבועה אי ה"א דכשנגדו נוטל בלא שבועה היכא שהעד מסייעו א"כ היה נפיק ממונא מיניה כל שעתא אפומא דחד סהדא דבשלמא בנסכא דר' אבא אי הוה בעי הוה טעין לא חטפי והיה נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמר דמשלם ע"פ עד אחד כיון דעיקרו לא אתא סהדא לחייב ממון קרינא ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם וכו' אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלא שבועה ע"י עד א' נמצא דכל שעתא יטול ע"י עד א' ונמצא שהיה קם עיקרו לממון שחשוד אי אפשר לו להשמט כלל מלשלם היכא דאיכא חד סהדא לכשנגדו ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו עכ"ל התשובות מיימוני.

ב) ודבריו תמוהים חדא מה דאמר דאם שכנגדו יטול בלא שבועה מקרי שהעד א' קם לממון מפני שהחשוד אי אפשר לו כלל להשמט מלשלם היכא דאיכא עד א' משו"ה מקרי שהעד קם לממון ולא לשבועה, והלא הגמ' בשבועות מסיק שם אלא כגון ששניהם חשודים דאמר מר חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ פירוש דהמשביע עד א' כששניהם חשודים ונשבע העד א' שאינו יודע שום עדות חייב העד א' קרבן שבועה מפני שמפסידו ממון גמור שהרי אם העיד העד א' היה התובע נוטל ממון בלא שבועה כיון ששניהם חשודים ואם נימא כדברי תשוב' מיימ' הנ"ל אמאי יכול העד א' לחייב ממון את הנתבע והלא עד א' אינו קם לממון וכאן הוי ממון גמור שהחשוד אי אפשר לו כלל להשמט מלשלם כיון שכנגדו נוטל בלא שבועה, ובשלמא בחשוד בעלמא לא מקרי קם לממון רק לשבועה מפני דכשעדו אינו נוטל בלא שבועה לכן לא הוי ממון

גמור אבל בשניהם חשודים כיון שהתובע נוטל בלא שבועה א"כ הוי ממון גמור ואין עד א' קם לממון.

ג) עוד תימה לדבריו דאם נניח שאם שכנגדו נוטל בלא שבועה לא היה עד א' נאמן משום דעד א' אינו קם לממון, א"כ מה הועיל ומה תיקן בזה שכתב דכשנגדו אינו נוטל בלא שבועה והלא השבועה שנשבע שכנגדו אינו אלא מדרבנן כמו"ש התוס' בב"מ כמו שהבאנו לעיל או משום דלא שבקת ליה חיי לחשוד או משום שברצונו לישבע אבל מדאורייתא נוטל שכנגדו בלא שבועה וסוף סוף יקשה אמאי עד א' קם לשבועה לענין חשוד ומחייב ליה שבועה ומתוך שאיל"מ וכשנגדו נוטל בלא שבועה והלא כיון דעד א' אינו קם לממון וכאן ממון מקרי ולא שבועה, ומה תיקן בזה שכתב דכשנגדו אינו נוטל בלא שבועה לכן לא מקרי קם לממון והלא לענין דאורייתא לא תיקן כלום דמדאורייתא ליכא שום שבועה על כנגדו וממון מקרי ואין עד א' קם לממון.

ד) ועוד תמוהים דבריו מה שכתב דבנסכא דר' אבא מקרי קם לשבועה ולא מקרי קם לממונא משום דאי הוה בעי הוה טעין לא חטפי והיה נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמר דמשלם ע"פ עד א' כיון דעיקרו לא אתא סהדא לחייב ממון קרינא ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם, והלא משמע דמתחלה טען הנתבע אין חטפי ודידי חטפי ואחר כך הביא התובע את העד א' שהעיד שחטף וכן כתב בפירוש שם בתשובות מיימוני דהגמ' דשבועות דף ל"ב איירי דוקא באופן זה דמתחלה טען הנתבע אין חטפי ודידי חטפי ואח"כ בא העד דאם לא טען הנתבע מתחלה לא היה חייב העד קרבן שבועה שיכול לומר מי יאמר שיטעון כך אין חטפי וכו' אולי יטעון לא חטפתי וליכא חיוב ממון ע"ש וכיון דאיירי שמתחלה טען הנתבע אין חטפי ודידי חטפי א"כ בודאי כי אתי העד א' לחייבו ממון בא ולא לחייבו שבועה שהרי אי אפשר לו כלל להשמט מלשלם ונמצא שעיקרו קם לממון ולא לשבועה, ומה זה שכתב דלא מקרי קם לממונא משום דאי הוה בעי הוה טעין לא חטפי והיה נשבע ולא משלם, והלא כיון שכבר טען אין חטפי ודידי חטפי שוב אי אפשר לו לטעון לא חטפתי ונמצא דעיקרו של העד א' קם לממון ולא לשבועה.

ה) ויש ליישב לכאורא את דבריו דכונת התשובות מיימ' הוא כך דבודאי אם החשוד מחויב לשלם ממון מפני שאינו יכול לישבע והתובע נוטל ואינו מחויב לישבע כגון בשניהם חשודים שהתובע נוטל ממון ע"פ עד א' בלא שבועה לא קשיא ליה דעד א' קם לממון כיון דהממון הם חליפי השבועה כשבועה דמיא או מפני כיון שיוכל היות שהחשוד יעשה תשובה וישבע ולא ישלם וכמו שכתבנו לעיל וכן בנסכא דר' אבא יוכל

היות דמקרי שבועה ולא ממון משום שהממון הם חליפי השבועה דמשום שאינו יכול לישבע משלם וחליפי שבועה כשבועה דמיא או מחמת הטעם שכתבנו לעיל דבנסכא דר' אבא לא מקרי שהעד קם לממון רק לשבועה קם. ולא קשיא ליה דמקרי קם לממון רק בחשוד על השבועה דקי"ל שכנגדו נשבע ונוטל והיינו שהתובע אינו נוטל לא שבועה ואם נימא שהעד א' יש בכחו לחייב את הנתבע שבועה שיהא כנגדו נשבע ונוטל ואח"כ יסייע העד א' את התובע ויפטור את התובע משבועה שיטול בלא שבועה נמצא שהעד א' עשה שתי פעולות א' שחייב שבועה את הנתבע ב' שפוטר את התובע בשביל זה ס"ל להתשובות מיימ' דמקרי העד א' קם לממון כמו בשני עדים, דהרי אם היו שני עדים מעידים שחייב לו היה ג"כ התובע נוטל בלא שבועה דהרי מה שהעד א' קם לשבועה כבר עשה העד א' את שלו במה שחייב שבועה את הנתבע ויהא שכנגדו נשבע ונוטל, א"כ מה שהעד א' פוטר את התובע משבועה ונוטל התובע בלא שבועה זהו מקרי קם לממון וכיון דקי"ל עד א' אינו קם לממון לא יוכל העד א' לסייע את התובע לפוטרו משבועה שיטול התובע בלא שבועה, אבל אם העד א' אינו עושה שתי פעולות רק פעולה אחת מה שמחייב את הנתבע שבועה לא מקרי קם לממון רק קם לשבועה מקרי כגון בנסכא דר' אבא או בשניהם חשודים אע"ג שהנתבע משלם אח"כ משום שאינו יכול לישבע מ"מ לא מקרי קם לממון רק קם לשבועה משום דאולי החשוד יעשה תשובה ובנסכא דר' אבא הוא מטעם הנ"ל או משום דכיון דהממון הם חליפי השבועה וכשבועה דמיא כיון שהעד א' אינו עושה רק פעולה אחת לחייב שבועה משא"כ אחר שעשה העד את שלו וקם לשבועה אם אח"כ יעשה העד עוד פעולה שניה לפטור את התובע זהו מקרי קם לממון.

ו) **וכ"כ** הש"ך בסימן צ"ב ס"ק ח' על מה שכתב מרן המחבר שם מי שנתחייב שבועה דאורייתא והוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל כתב הש"ך וז"ל משמע בין מודה במקצת או עד א' וכן הוא בתשובת הרא"ש כלל י"א להדיא דמי שכופר בכל ועד אחד מכחישו והוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל וליכא למימר דהעד יפטרנו דהוי עד מסייע דכיון דנתחייב שבועה ע"פ עד א' שוב לא יוכל העד לפוטרו וכמו שכתבתי לעיל סימן פ"ז סי"ב ס"ק ל"ה עכ"ל הש"ך ויוכל היות שהוא ג"כ מהאי טעמא שכתב התשובות מיימ' הנ"ל דכיון שהעד כבר עשה את שלו וחייבו שבועה לנתבע אם אח"כ יפטור משבועה את התובע נמצא שעד א' קם לממון וכיון דקי"ל שאין עד א' קם לממון לכן לא יוכל העד לעשות שתי פעולות.

ז) **וכ"כ** הש"ך בסימן פ"ז ס"ק ל"ה לענין היפוך שבועה שאם עד א' מעיד על השטר או על כתובתה שהיא פרועה והפך בעל השטר את השבועה על הנתבע למ"ד דס"ל דבשבועת המשנה יכולים להפך אותו העד המסייע אין פוטר משבועה דכיון דהעד יועיל לחייב שבועה ובלא העד לא נתחייב שבועה א"כ יוכל להפך אח"כ אותה שבועה עצמה ולא יועיל העד לפטור ע"ש בש"ך, ויוכל היות שהוא ג"כ מהאי טעמא דאם יועיל העד לפטור משבועה נמצא שהעד עשה שתי פעולות והעד קם לממון, דכיון שבעל השטר נקיט שטר מקוים בידו והעד א' קם לשבועה וכיון שהעד א' כבר עשה את שלו וחייב שבועה דאורייתא לרמי בר חמא או שבועה דרבנן לרבא אם אח"כ יפטור העד את הנתבע נמצא שהעד א' קם לממון ופסל העד את השטר מקוים שביד התובע וכיון דקי"ל שאין עד א' קם לממון לא יוכל העד א' לעשות שתי פעולות.

ח) **אך** אי אפשר לפרש את דברי תשובות מיימ' כמו שפירשנו דבהדיא משמע מדברי תשובות מיומ' שהעד אחד יש בכחו לעשות שתי פעולות במקום דלא שייך האי טעמא דעד א' קם לממון, דשם בריש דבריו כתב לענין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא שהתובע נשבע ונוטל דאע"ג דהוי מחויב שבועה שאיל"מ מ"מ לא שקיל התובע בלא שבועה והוא דס"ל דלא כמו שפסק בשו"ע דכל היכא דאמרינן מתוך שאיל"מ שקיל התובע בלא שבועה והקשה מהא דנסכא דר' אבא דמוכח מהגמ' דשבועות דף ל"ב שהתובע שקיל בלא שבועה ותירץ שם וז"ל היינו טעמא דנסכא דר' אבא דפטור משבועה מפני שהעד מסייע להתובע שעל ידי העד שבא ואמר חטף חשבינן ליה לאידך אינו יכול לישבע ולהכי אף שכנגדו לא ישבע כיון שהעד מסייעו ליטול יטול בלא שבועה עכ"ל התשובות מיימ' שם אלמא דס"ל שהעד יש בכחו לעשות שתי פעולות א) לחייב שבועה את הנתבע וכשאינו יכול לישבע משלם, ב) לפטור משבועה את התובע שיהא כנגדו נוטל בלא שבועה, והוא דלא כמ"ש הש"ך הנ"ל עיין קצוה"ח סימן פ"ז ס"ק ט"ז שהקשה ג"כ על הש"ך מדברי התשובות מיימ' הנ"ל וכיון שאי אפשר לפרש דברי התש"מ הנ"ל כמו שפירשנו לעיל א"כ נשארו הקושיות שהקשינו לעיל על דברי התש"מ הנ"ל.

ט) **והנה** אף שהעתקנו לעיל דברי התש"מ בכל זאת נראה להעתיק פה עוד הפעם, הנה בתשובות מיימ' בריש דבריו כתב לענין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דכשנגדו אינו נוטל בלא שבועה והקשה מנסכא דר' אבא דכשנגדו נוטל בלא שבועה כדמוכח בשבועות דף ל"ב דעד א' דנסכא דר' אבא מחויב קרבן שבועה ואי אמרת דאינו נוטל בלא שבועה נימא ליה מי יאמר דמישתבעית, ותירץ דכיון שהעד מסייע לתובע לכן נוטל בלא שבועה והקשה א"כ בעד א' המעיד על החשוד אמאי שכנגדו ישבע ויטול אמאי לא

יטול בלא שבועה מהאי טעמא דכיון שהעד מסייע לתובע יטול בלא שבועה ותירץ וז"ל ויש לומר דהני מילי בעלמא אבל בחשוד על השבועה אי הוה אמינא כשנגדו נוטל בלא שבועה היכא שהעד מסייעו א"כ היה נפיק ממונא מיניה כל שעתא אפומא דחד סהדא דבשלמא בנסכא דר' אבא אי הוה בעי הוה טעין לא חטפי והיה נשבע ולא משלם להכי כי טעין דידי חטפי ואיכא חד סהדא אמר דמשלם ע"פ עד אחד כיון דעיקרו לא אתא לח"מ קרינן ביה לכל עון ולכל חטאת אינו קם וכו' אבל בחשוד אי שכנגדו שקיל בלא שבועה ע"י עד א' נמצא דכל שעתא יטול ע"י עד אחד ונמצא שהיה קם עיקרו לממון שחשוד אי אפשר לו להשמט כלל מלשלם היכא דאיכא חד סהדא לכשנגדו ואמר רחמנא לכל עון ולכל חטאת אינו קם מעיקרו עכ"ל התש"מ שם עיין לעיל מה שהקשינו עליו.

י) **עוד** יש לדקדק בדבריו מה שכתב שתי תיבות אלו "כל שעתא" וכן כפל בסוף דבריו ג"כ וכתב דכל שעתא דמשמע מדבריו דעיקר הקפידא אינו על הפעם הזאת דוקא רק מה שיתנהג כן כל שעתא ושעתא זהו הקפידא היינו דאם אמרינן בחשוד דכשנגדו נוטל בלא שבועה משום שהעד המחייב שביעה את החשוד הוא מסייע את התובע ופוטרו משבועה א"כ נפיק מיניה ממונא כל שעתא אפומא דחד סהדא דכל שעתא ושעתא יטול ע"פ עד אחד בלא שבועה ומשום זה מקרי קם לממונא וזהו תימא לכאורא דאפילו אם פעם אחת יקום עד אחד לממון ג"כ תימה והלא עד א' אינו קם לממון ומפני מה דוקא אם כל שעתא ושעתא נפיק ממונא ע"פ עד א' אז דוקא קשיא לן והלא עד א' אינו קם לממון ובפעם אחת אם עד א' קם לממון לא קשיא לן והלא בשביל פעם א' שיקום עד א' לממון יש להקשות ג"כ והלא עד א' אינו קם לממון ולמה לן כל שעתא ושעתא.

יא) **ונראה** לתרץ את דברי התש"מ הנ"ל הנה התוס' בב"מ דף ה' ד"ה שכנגדו הקשו וז"ל וא"ת מאי שנא דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתוך שאיל"מ כדאמר גבי חמשין ידענא וחמשין לא ידענא (לקמן צ"ח ובנסכא דר' אבא) ויש לומר הכא אי אמרינן משלם לא שבקת ליה חיי דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו ועוד דהתם אמר ליה שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם עכ"ל התוס' הנ"ל והנה תשובת מיימ' הנ"ל לא ס"ל לא קושית התוס' ולא תירוצם דלדידיה באמת כל הנוטלים אינם נוטלים בלא שבועה ובחמשין ידענא וחמשין לא ידענא ג"כ שכנגדו נשבע ונוטל רק בנסכא דר' אבא ליכא שבועה לכשנגדו משום שהעד מסייע להתובע ובחשוד על השבועה אין העד המסייע פוטרו משום שעד א' אינו קם לממון א"כ לא שייך להקשות קושית תוס' הנ"ל וגם תירוצם לא שייך לדברי תשובת מיימ' דאם נימא כתירוץ התוס' דמשום לא שבקת

ליה חיי לכן תיקנו בחשוד שכנגדו ישבע ויטול א"כ בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דלא שייך התם האי טעמא דלא שבקת ליה חיי דלאו בכל יומא מתרחיש שיטעון חמשין לא ידענא ואפילו הכי ס"ל להתש"מ דכשנגדו ישבע ויטול, וכן בנסכא דר' אבא דליכא ג"כ טעמא דלא שבקת ליה חיי דלאו בכל יומא יטעון אין חטפי ודידי חטפי שהרי יכול לטעון לא חטפתי ואפילו הכי שכנגדו לא יטול בלא שבועה אם לא היה עד המסייע פוטרו משבועה וכן בחשוד למה לו לדחוק משום דאין עד א' קם לממון יאמר משום דלא שבקת ליה חיי אלא ודאי דלא ס"ל להתש"מ כדברי התוס' לא כקושיתם ולא כתירוצם.

יב) ונראה דהא שכתב בתשובת מיימ' דמשו"ה אין מועיל עד המסייע בחשוד לפטור את שכנגדו משבועה משום דעד א' אינו קם לממון אין כונתו כפשוטו דאם נאמר דכשנגדו נוטל בלא שבועה יש לנו לומר שהעד הוא פסול מדאורייתא ואינו יכול לחייב את הנתבע שבועה מדאורייתא משום דאין עד א' קם לממון דאם נימא כן יקשה אמאי אמרינן בשניהם חשודים חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ כדאיתא בשבועות דף ל"ב ודף מ"ז והלא יש לנו לומר דכיון דכשנגדו הוא חשוד ואי אפשר לו לישבע לא יטול כלל משום דעד א' אינו קם לממון, ואפילו מאן דפליג התם דף מ"ז וס"ל חזרה שבועה לסיני ואין כאן לא שבועה ולא פרעון היינו משום דס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ אבל אי הוה ס"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ מודים כו"ע דאמרינן חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאיל"מ ואמאי לא נימא כיון דעד א' אינו קם לממון יש לנו לומר שלא ישלם.

יג) ועוד דכיון דכל השבועה של שכנגדו נשבע ונוטל בחשוד אינו אלא מדרבנן דמדאורייתא לא מצינו נשבע ונוטל, א"כ משמע שאין כאן חסרון נאמנות של העד א' מדאורייתא רק מדרבנן שאם היה פסול דאורייתא בעד א' בלא שבועתו של שכנגדו לא היה מועיל תקנת שבועה שתיקנו רבנן כשנגדו נשבע ונוטל להכשיר את העד מדאורייתא ואם נימא בחשוד שאם כנגדו יטול בלא שבועה מקרי עד א' קם לממון מדאורייתא, א"כ אף אחר שתיקנו רבנן דכשנגדו נשבע ונוטל אכתי אית לן לומר שלא יועיל תקנתם להכשיר העד א' שיהא קם לממון כי איך יועיל תקנתא דרבנן להכשיר מידי דאורייתא למ"ד כי דרבנן אינו מועיל לדאורייתא וגם למה תיקנו רבנן כן להאמין עד א' דלא כהלכתא, וגם קודם התקנה נצטרך לומר דעד א' אינו קם לשבועה מדאורייתא וזה לא משמע כן בכל מקום.

יד) אלא נראה דבודאי שלא להוציא ממון ע"פ עד א' בעלמא זהו מדאורייתא, כי מדאורייתא אין עד א' קם רק לשבועה ולא לממון אבל בחשוד כיון שהעד בא באמת לחייבו שבועה ומתוך שאיל"מ אף אם נימא דכשנגדו נוטל בלא שבועה מ"מ אין פסולו

אלא מדרבנן גזירה אטו עד א' דעלמא דהיינו שיבואו להכשיר עד א' להוציא ממון על פיו בלא חיוב שבועה וכיון שאין פסולו אלא מדרבנן לכן לא גזרו רבנן אלא היכא שהוא דבר תמידי אבל דבר הבא במקרה ואינו תמידי לא גזרו רבנן דתשובות מיימ' ס"ל דכל הנוטלים אינם נוטלים בלא שבועה כגון בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא ובנסכא דר' אבא ג"כ לא היה נוטל בלא שבועה אי לאו טעמא דהעד המסייע פוטרו ובחשוד אע"ג דאיכא ג"כ עד המסייע מ"מ אינו פוטרו משום דבחשוד הוא דבר תמידי ובנסכא דר' אבא אינו אלא דבר מקרה שקרה שטען אין חטפתי ודידי חטפתי אבל לאו בכל יומא יטעון כן כי יוכל לטעון לא חטפתי לכן לא תקנו חז"ל שבועה על התובע רק יטול בלא שבועה ולא חששו מה שיוציאו הממון ע"פ עד א' ורחמנא אמר לא יקום עד א' לכל עון ולכל חטאת כיון דבאופן זה אינו אלא חשש מדרבנן לא חששו בדבר שאינו תמידי רק שקרה מקרה שטען כך, משא"כ בחשוד שאם ראובן יעשה חשוד יוציאו ממנו תמיד ממונו ע"פ עד א' וכיון דכל שעתא ושעתא יוציאו ממון ע"פ עד א' דאי אפשר לו להחשוד כלל להשמט מלשלם וכיון דעד א' אינו קם לממון מדאורייתא תיקנו חז"ל גם באופן זה שלא יוציאו ממון ע"פ עד א'.

טו) ובזה יתורצו כל הקושיות א' מה שהקשינו לעיל אמאי כפל דבריו "כל שעתא" דמשמע מדבריו דעיקר הקפידא הוא מה שיתנהג הדבר כן בתמידות כל שעתא והלא אם אפילו פעם אחת נוציא ממון ע"פ עד א' יש קפידא בזה כיון דעד א' אינו קם לממון מה לי פעם אחת ומה לי מאה פעמים, ובדברינו ניחא דבודאי להוציא ממון ע"פ עד א' בעלמא זהו פסול מדאורייתא ואין שום חילוק בין פעם אחת לבין כל שעתא ושעתא בתמידות רק באופן זה דבאמת העד א' בא לחייב שבועה ולא ממון רק כי ממילא משלם ממון דמתוך שאיל"מ בזה אין פסולו אלא מדרבנן גזירה אטו עד א' בעלמא שאם נאמר להכשיר עד א' לממון באופן זה ע"י שבועה יבאו להכשיר עד א' לממון בעלמא, וכיון שאין פסולו אלא מדרבנן לא גזרו רבנן רק בחשוד שהוא דבר תמידי וכל שעתא ושעתא נוציא ממון מהחשוד ע"פ עד א' ומחזי שעד א' קם לממון לכן תיקנו חז"ל דכשכנגדו לא יטול בלא שבועה משא"כ בנסכא דר' אבא שאין זה אלא מקרה בעלמא שקרה שטען אין חטפי ודידי חטפי ואין זה דבר תמידי לכן לא גזרו חז"ל בזה ושפיר יוכל עד המסייעו לפוטרו משבועה.

טז) וכן הקושיא שהקשינו לעיל משניהם חשודים למ"ד חזרה שבועה לנתבע ומתוך שאיל"מ ונמצא שהתובע נוטל בלא שבועה א"כ יש לתמוה והלא עד א' אינו קם לשבועה וכאן נוטל התובע בלא שבועה ע"פ עד א' ובדברינו ניחא דכיון שגם שם אינו אלא דבר

מקרה שקרה שהתובע הוא חשוד לשבועה ואין זה דבר תמידי ולאו כל שעתא ושעתא הוא לכן לא גזרו בזה אטו עד א' בעלמא ודוקא בחשוד שהוא דבר תמידי וכל שעתא ושעתא כן הוא התם גזרינן אטו עד א' בעלמא משא"כ בדבר שבא במקרה לא גזרינן וכן שאר הקושיות הנ"ל יתורצו בזה, ולפי מה שכתבנו לעיל יוכל היות דמשו"ה הוא מדרבנן ולא מדאורייתא משום דהחשוד אולי יעשה תשובה וישבע ולא ישלם וכן בנסכא דר' אבא משום דהחוטף מודה לדברי העד ואינו מכחישו לכן מדאורייתא לא מקרי שהעד קם לממון רק מדרבנן מקרי קם לממון ולא גזרו אלא בדבר דכל שעתא ושעתא יהא כן משא"כ בדבר מקרה שקרה כנ"ל.

פרק טו

א) ועל הקושיא הנ"ל שהביא מהר"ץ חיות בשם ר' משולם אבד"ק פ"ב על דברי התוס' בב"מ דף ג' שהבאנו לעיל דאיך יתבע לו בספק ע"פ עד אחד והלא הנתבע ישלם לו תביעתו ואחר כך יחזור ויתבענו ויהא זה הנתבע דעכשיו משואיל"מ כיון שטוען איני יודע וכופר הכל חייב שבועה דאורייתא לפי דברי התוס' דהשתא וכהאי גונא אין עד המסייע פוטר כמו"ש הרא"ש בפ"ק דב"מ יש לתרץ קושיתו ע"פ מה שכתב הקצוה"ח סימן פ"ז ס"ק ט"ז על הגמ' דכתובות אי פיקח הוא מייתה לה לידי שבועה דאורייתא שכתב הש"ך סימן פ"ז ס"ק ל"ה ד"ה אבל נלפענ"ד שאם יביא אותה לידי שבועה דאורייתא ע"פ העד שמעיד שפרע לה כתובתה שתי פעמים והיא לא תרצה לישבע ותשלם לא תוכל אח"כ להשביעו היסת אם נימא דעד המסייע אינו פוטר משבועה, וכן כתב מרן המחבר סימן פ"ח סעיף כ"ב לענין מודה במקצת שאינו יכול להפך השבועה על התובע ואינו יכול לעכב את הפרעון עד שישבע היסת מ"מ לאחר שפרע הנתבע לתובע יוכל לחזור ולתובעו ויוכל להשביעו היסת, והקצוה"ח שם חולק על הש"ך וכתב דדוקא במודה במקצת אמרינן כן דיכול להשביעו היסת אחר הפרעון משום דאחר הפרעון כיון שפרע לו תו ליכא דין מודה במקצת אבל בעד א' אם חייב שבועה דאורייתא ע"פ עד א' ושילם על פיו כיון דהעד עדיין קיים אינו יכול להשביעו היסת אפילו אחר הפרעון אפילו למ"ד אין עד המסייע פוטר משום דכיון שלא נשבע להכחיש את העד הרי הוא כשנים וכמו שאם שנים חייבוהו ממון ושילם על פיהם לא יוכל לחזור ולהשביעו היסת כן הוא בעד א' כל זמן שלא נשבע להכחיש אותו ושילם על פיו לא יכול הנתבע לחזור ולהשביעו היסת ע"ש בקצוה"ח שמביא ראיה לדבריו מדברי הרשב"א.

ב) א"כ בנידון הקושיא הנ"ל ג"כ איכא למימר הכי אם ראובן תובע משמעון בספק ע"פ העד ושמעון לא רצה לישבע ושילם שוב אין שמעון יכול לחזור ולתבוע מראובן

ואין ראובן חייב שום שבועה לישבע אפילו במקום דלא שייך לומר שעד המסייע פוטר ואפילו למ"ד עד המסייע אינו פוטר מ"מ כיון דהעד עדיין קיים וכל זמן שלא הכחיש שמעון את העד בשבועה הרי הוא כשנים וכשם שאם שני עדים היו מעידים ששמעון חייב מנה לראובן אין ראובן חייב לישבע לא שבועה דאורייתא ולא שבועת היסת א"כ בעד אחד נמי כל זמן ששמעון לא נשבע להכחיש את העד הרי הוא כשנים לכן ל"י שמעון שוב לחזור ולהשביע את ראובן שום שבועה א"כ מתורץ בזה קושית ר' משולם הנ"ל.

פרק טז

א) ובדברינו שכתבנו לעיל יש לבאר הסוגיא דשבועות דף מ"ה שהיא ג"כ סוגיא מתמהת ונפלאה מאוד אשר רבים וכן שלמים דחקו מאוד בביאורה, דשם במשנה איתא שכיר בזמנו נשבע ונוטל ואמרינן שם בגמ' אמר רב נחמן אמר שמואל לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכרך וכו' אמר רמי בר חמי כמה מעליא הא שמעתתא אמר ליה רבא מאי מעליותא א"כ שבועת שומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם יכול לומר לו נאנסו דאפקיד ליה בעדים מתוך שיכול לומר לו החזרתיו לך יכול לומר לו נאנסו דאפקיד ליה בשטרא עכ"ל הגמ'.

ב) ויש לתמוה על זה חדא דהרמב"ם בפי"ג מהל' מלוה הלכה ג' כתב שאין אומרים מגו לפוטרו משבועה אלא לפוטרו מממון וכן מביא הרא"ש בשבועות בפ' כל הנשבעים והר"ן וש"פ בשם הגאונים דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי ועיין חו"מ סימן צ"ג וסימן רצ"ו ובסמ"ע ובש"ך שם דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה ועיין חו"מ סי' ע"ב ס' י"ז וסכ"ג ובסמ"ע ובש"ך שם וכיון דס"ל דלא א"מ לאפטורי משבועה משבועה א"כ אמאי קאמר הגמ' שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם או החזרתי לך יכול לומר נאנסו והיינו שיפטור במיגו משבועת השומרים והלא אין מגו מועיל לפטרו משבועה עיין במפרשים שדחקו בזה.

ג) ועוד יש לתמוה על רמי בר חמי ששיבח וקילס מאוד להאי שמעתתא דרב ושמואל דאמרו לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכרך ואמר רמי בר חמא על זה כמה מעליא הא שמעתתא ואם משום שמעתתא דרב ושמואל נהיה מוכרחים לאוקמיה כשהפקיד לו בשטר ודוקא באופן זה איירי קרא דשבועת השומרים וגם כל המשניות וכל הברייתות דאיירו בשבועות השומרים נצטרך לאוקמינהו דוקא כשהפקיד לו בשטר בודאי לא מעליא האי שמעתתא דרב ושמואל ואין לו לרמי בר חמי לשבח ולקלס ולומר

כמה מעליא הא שמעתתא אם נצטרך בשביל השמעתתא הזאת ליכנס לדחוקים גדולים כאלה לומר דהקרא וכל המשניות והברייתות איירו דוקא כשהפקיד לו בשטר ומה משבח רמי בר חמי לשמעתתא דרב ושמואל ואמר כמה מעליא הא שמעתתא.

ד) **ועוד** דכל הפוסקים פסקו דשבועות השומרים הוא אפילו אם הפקיד לו בלא שטר ובלא עדים עיין בדבריהם מה שדחקו ליישב את הסוגיא הזאת לפי הפסק שלהם דמהסוגיא הזאת מוכח דשבועת השומרים ליכא רק כשהפקיד לו בשטר והם פסקו דשבועת השומרים איתא בכל אופן ועוד יש תמיהות אחרות באותה סוגיא ויתבאר לקמן בס"ד.

ה) **והנה** הרא"ש בפ' כל הנשבעים סימן ג' הביא דברי ר' יוסף הלוי שכתב ג"כ דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה אלא לאפטורי מממון והקשה הרא"ש על זה וז"ל ודבריו אינם מובנים לי כיון דמיגו דאורייתא מה לי ממון מה לי שבועה אטו שבועה לאו ממון הוא דזמנין דלא בעי אישתבועי וקיהיב ממונא עכ"ל הרא"ש עיין ריש סימן רצ"ו בסמ"ע ובש"ך מה שכתבו בטעמו של דבר החילוק בין ממון לשבועה. ונראה להסביר טעמא דהאי מילתא דס"ל להגאונים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, ע"פ מה שכתבנו לעיל דיש לחקור בכלל על כל עניני שבועות מה ענינם ולמה הם באים כי יש לומר בהם שני דרכים א) יש לומר דהשבועה באה לברר דהיינו דכיון שיש להתובע עד א' או שהנתבע הודה במקצת אמרה תורה שהנתבע מחויב לישבע לברר דבריו שטוען את האמת, דרך ב) יש לומר שדברי העד א' או האומדנא של מודה במקצת עשו חיוב ודאי ומחויב לישבע להכחיש את האומדנא או את דברי העד א' עיין לעיל פרק א'. והנה אם נימא דהשבועה באה לברר את הספק א"כ יוכל היות דאע"ג שיש לו להנתבע מגו מ"מ עדיין מחויב לישבע לברר את טענתו שטוען את האמת ואין מרמה בפיו שהרי גם בלא מגו יש לו להנתבע חזקה מעלייתא שאינו חייב לו להתובע שהרי אמרינן חזקה כל מה שביד אדם הוא שלו וכשבא התובע להוציא את החפצים מיד הנתבע יש לנו לומר דקושטא קאמר הנתבע דהחפצים שבידו שלו הם משום האי חזקה דכל מה שביד אדם הם שלו, ואפילו הכי רמי רחמנא שבועה על הנתבע שיברר כי דבריו וטענתו אמת הם א"כ אע"פ שיש לו להנתבע מגו מ"מ אין הדבר מבורר לגמרי לומר שאין צריך שום בירור אחר וכיון שאין הדבר עדיין מבורר לכן עדיין צריך הנתבע לישבע לברר דבריו וטענתו דקושטא קאמר.

ו) **וכיוצא** בזה איתא בגמ' פסחים דף ד' לענין המשכיר בית לחבירו בי"ד דמספקא להגמ' אי חזקתו בדוק או אין חזקתו בדוק ופריך הגמ' למאי נפקא מינה נשייליה היינו נשאל את פי המשכיר אם בדק אם לאו אלמא דאע"ג דחזקתו בדוק מ"מ אם איכא לברורי

מבררינן הדבר ע"י שאלה, וכן הוא בי"ד בר"ס א' לענין שחיטה דאע"ג דרוב מצויין אצל שחיטה מומחין ומוחזקין הם מ"מ אם אפשר לברר הדבר ע"י שאלה מבררין וקי"ל דרובא וחזקה רובא עדיף ומגו יוכל היות דגרע גם מחזקה שהרי מספקא לן בב"ב דף ה' אם אמרינן מגו במקום חזקה או לא ומכ"ש דמגו גרוע מרובא וא"כ כיון דאפילו במקום רובא אמרינן דאם אפשר לברר מבררינן ומכ"ש במקום דאיכא מיגו אמרינן כן שמחויב לברר הדבר ע"י שבועה כיון דאפשר לברר דבריו ע"י שבועה מחויב הנתבע לישבע לברר לכן ס"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה שכל זמן שאין שני עדים מעידים כדברי הנתבע והתובע אינו מודה לדבריו מקרי שהדבר צריך לברר ואינו מועיל שום מגו או רובא וחזקה לפטור את הנתבע משבועת הבירור רק אם עדים מעידים כדברי הנתבע או שהתובע מודה לו להנתבע אז מקרי שהדבר כבר מבורר ואין הנתבע צריך לישבע לברר אבל כל זמן דליכא עדים שמעידים כדברי הנתבע ואין התובע מודה לו צריך הנתבע לישבע לברר דבריו.

ז) **ועיין** ש"ך ביו"ד סימן ק"י ס"ק ס"ו לענין ספק ספיקא אם מחויב לברר או לא ועיין ב"ב דף קס"ט לענין הבא לידון בשטר ובחזקה ומסיק שם בגמ' דף ק"ע ואף רבי לא אמר אלא לברר ואמר ליה אנא נמי לברר קאמינא ועיין חו"מ סימן ק"ע סעיף ד' שאם ישנן לעדים לא תועיל לו חזקתו וצריך שיבואו עדים ועיין בסימן ע"ה ובכמה דוכתי בש"ס ובפוסקים שאם אפשר לברר מחויב לברר א"כ לענין שבועה נמי איכא למימר הכי דאע"ג שיש לו להנתבע מגו או רובא או חזקה מ"מ מחויב לישבע לברר לכן ס"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, ואע"ג שיוכל היות שהבירורים הנ"ל אינם אלא מדרבנן ולא מדאורייתא מ"מ לענין שבועה יוכל היות שהיא מדאורייתא שהרי מתחלתם של השבועות לא באו אלא לברר לכן אין תימא לומר שגם אי איכא מגו מ"מ מחויב מדאורייתא לישבע לברר דבריו.

ח) **ואע"פ** שכתבנו לעיל דלדידן דקי"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ סבירא לן שדברי העד א' והאומדנא של מודה במקצת עושה חיוב ודאי והשבועה זה היא ההכחשה וההזמה לדברי העד א' או להאומדנא של מודה במקצת מ"מ יש לומר גם לדידן שהשבועה באה גם לברר את אמתת דברי הנתבע ומכחיש את דברי העד א' ואת התובע ואת האומדנא של מודה במקצת את כולם מכחישם הנתבע בשבועתו ומברר כי דבריו המה אמתים וכנים וא"כ איכא בשבועתו גם בירור לדבריו וגם הכחשה לכשנגדו, וכל הכתובים דאירי בענין שבועה יש לומר דלכו"ע משום בירור הוא ותחלתו משום לברר דברי הנתבע באו רק הקרא דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם אשר מזה ילפינן דאמרינן מתוך שאיל"מ

ממקרא זה למדנו שהשבועות באים גם להכחיש ולהזים את דברי העד או האומדנא של מודה במקצת אבל כל שאר הכתובים דאירי משבועה כולם משום בירור כתיבי לברר את דברי הנתבע דקושטא קאמר לבד הכתוב הזה שבועת ה' תהיה בין שניהם דמשום הכחשה כתיבי ולא משום בירור וכיון דכל הכתובים כולם משום בירור הם לכן יש לומר דלעולם מחויב לברר מדאורייתא אפילו אי איכא מגו ומחויב לישבע לברר לכן אינו מועיל מגו לאפטורי משבועה דכל היכא דאפשר לברורי מבררינן, שוב מצאתי בט"ז ריש סימן רצ"ו שכתב בפירוש הטעם דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה משום דכל מה דאפשר לברורי מבררינן. ע"ש.

ט) ולפי זה נראה לי לחדש דבר מעתה דאפילו להרמב"ם והגאונים דס"ל דלא א"מ לאפטורי משבועה היינו במקום שהנתבע יכול לישבע אז דוקא מחויב הנתבע לישבע לברר דבריו אבל במקום שהנתבע אינו יכול לישבע אינו מחויב לשלם כיון דיש לו להנתבע מגו וקי"ל דאמרינן מגו לאפטורי ממונא הרי נפטר מחיוב ממון ע"י המגו שלו רק דלכתחלה אם אפשר לברר דבריו ע"י שבועה מחויב הנתבע לישבע לברר דבריו לכתחלה אבל היכא שאינו יכול לישבע לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ דלא אמרינן מתוך שאיל"מ אלא היכא דנעשה על הנתבע חיוב ודאי והשבועה באה להכחיש ולהזים בזה דוקא אמרינן מתוך שאיל"מ, אבל כאן בנידון דידן כיון שיש לו מגו וקי"ל דאמרינן מגו לאפטורי מממון תו אין על הנתבע שום חיוב ממון רק דלכתחלה מחויב הנתבע לישבע לברר דבריו, לכן לא אמרינן בזה מתוך שאיל"מ.

י) ולכאורא יש להקשות על דברינו דהנה בנסכא דר' אבא הקשו התוס' ושאר פוסקים אמאי לא נימא שישבע ששלו חטף ויהא נאמן במגו דאי בעי היה אומר לא חטפתי א"כ כשאומר אין חטפי ודידי חטפי נמי יהא נאמן ותירצו על זה שני תירוצים א) תירצו שאין זה מיגו שאינו יכול להעיז להכחיש את העד ולישבע להכחישו עוד תירצו תירוץ אחר משום דעד א' כשאין נשבע להכחישו הרי הוא כשני עדים, א"כ לפי התירוץ השני דאיכא כאן מגו יש להקשות אמאי אמרינן מתוך שאיל"מ בנסכא דר' אבא והלא יש לנו לומר דכיון דקי"ל דאמרינן מיגו לאפטורי מממון כבר נפטר מחיוב ממון לכו"ע ואפילו למ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה היינו שהוא מחויב לכתחלה לברר אבל כשאינו יכול לישבע לא אמרינן מתוך שאיל"מ, א"כ תימה אמאי אמרינן מתוך שאיל"מ בנסכא דר' אבא כיון שיש לו מגו.

יא) ובאמת הקושיא הזאת אינה דוקא על דברינו רק זהו קושיא כללית לכל הפוסקים דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה א"כ בנסכא דר' אבא שיש לו מגו אמאי אמרינן

מתוך שאיל"מ והלא ס"ל דאמרינן מגו הן לאפטורי מממון הן לאפטורי משבועה ואמאי מחויב לישבע ומשום שאינו יכול לישבע משלם והלא יש לנו לומר שהמגו יפטרנו הן מממון הן משבועה, ודוחק גדול לומר דכל הפוסקים הנ"ל ס"ל כתירוץ הראשון של התוס' דליכא מגו בנסכא דר' אבא דזהו דוחק גדול לומר כן.

יב) והנה הר"ן בריש פ' כל הנשבעים מביא ראיה לדברי ר"י הלוי דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה דאי לא תימא הכי יש להקשות היאך עד א' קם לשבועה והלא יש לו מגו דאי בעי אמר החזרתי וכתב הר"ן על זה וז"ל ומעד א' נמי ליכא ראיה משום דעד א' לשבועה כשנים לממון וכדאמרינן (שבועות דף מ') כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון עד א' מחייבו שבועה וכי היכא דלא אמרינן מגו במקום עדים לממון הכי נמי לא אמרינן לאפטורי משבועה עכ"ל הר"ן.

יג) היוצא לנו מדברי הר"ן הנ"ל דאפילו למ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבועה מ"מ כשראובן טוען מנה משמעון ושמעון אומר לא היו דברים מעולם וראובן יש לו עד א' שלוה שמעון מנה מיניה מחויב שמעון לישבע להכחיש את העד אע"ג שיש לו לשמעון מגו דאי בעי הוי אמר לויתי ופרעתי והיה נאמן דאפילו אם שני עדים מעידים על שמעון שלוה מנה מראובן יכול שמעון לטעון לויתי ופרעתי מכ"ש בעד א' שמעיד שלוה ואינו יודע אם פרע אם לאו שבודאי יוכל שמעון לטעון פרעתי א"כ יש לנו לומר כשטוען לא לויתי לא יצטרך שמעון לישבע להכחיש את העד משום שנאמן במגו דאי בעי אמר לויתי ופרעתי למ"ד דאמרינן מגו לאפטורי משבועה מ"מ כתב הר"ן דלכולי עלמא אינו נאמן במגו משום דעד א' לשבועה הוא כשנים לממון וכשם דלא אמרינן מיגו במקום עדים לממון הכי נמי לא אמרינן מיגו במקום עד א' לשבועה, ומה דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה לדברי הר"ן צריך לומר דהיינו בשאר שבועות כגון בשבועות השומרים החזרתי או להד"מ במגו דנאנסו וכיוצא בהם אבל בשבועת עד א' לא מהני מגו לכו"ע משום דעד א' לשבועה הוא כשנים לממון, א"כ מתורץ ג"כ הקושיא הנ"ל מנסכא דר' אבא שהקשינו אמאי לא יהא נאמן במגו דאי בעי אמר לא חטפתי ואמאי אמרינן מתוך שאיל"מ כיון דהמגו מהני לענין ממון יש לנו לומר שכבר אין שום חיוב ממון עליו ומכ"ש להפוסקים דס"ל דאמרינן מיגו גם לפוטרו משבועה בודאי יש לנו לומר שהמגו יפטרנו לגמרי הן משבועה הן מממון ואמאי אמרינן מתוך שאיל"מ בנסכא דר' אבא ובדברי הר"ן הנ"ל מתורץ כל זה שיש חילוק בין חיוב שבועה דעד א' לחיוב שבועה של שאר ענינים דבעד א' כיון שהוא כשנים אינו מועיל לו שום מגו לפוטרו לא משבועה ולא מממון ומחויב שבועה להכחיש את העד אם יכול להכחישו וכשאינו

יכול להכחישו מחויב לשלם ואמרינן מתוך שאיל"מ, משא"כ בשארי חיובי השבועות למ"ד דס"ל דאמרינן מיגו לפוטרו משבועה פטור הוא משבועה ולמ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה מחויב לישבע לברר אבל כשאינו יכול לישבע אינו מחויב לשלם כיון שיש לו מגו הפוטרו מממון.

יד) ודע דהא דאמרינן דבעד א' אינו מועיל מגו משום שהוא כשנים היינו דוקא אם הוא מכחיש את העד שאמר לוה והנתבע אומר לא לוה או אם אפילו שאינו מכחיש את העד בהטענה שהוא טוען עכשיו רק שהיה מוכרח להכחיש את העד בטענתו של המגו כגון בנסכא דר' אבא שעכשיו אינו מכחיש את העד שהרי הוא טוען כדברי העד חטפתי ודידי חטפתי רק שהמגו שלו הוא דאי בעי היה אומר לא חטפתי והיה מכחיש לדברי העד באופן זה דוקא אמרינן שהוא כשנים ואינו מועיל לו מגו אבל אם יש לו להנתבע מגו בלא הכחשת העד כגון בנסכא דר' אבא אם לא תבעו תיכף ויש לו מגו דההחזרתי למ"ד הגוזל את חברו בעדים אינו צריך להחזיר בעדים בזה נאמן הנתבע שפיר לומר אין חטפי ודידי חטפי במגו דההחזרתי כמו"ש מרן הרמ"א סי' כ"ה סעי' י"ג ועיין שם בסמ"ע ס"ק ל"ג ול"ד ובש"ך שם ס"ק מ' וס"ק מ"ג והוא פשוט דאפילו בשנים שהעידו שחטף יכול לומר אין חטפי ודידי חטפי אם יש לו מגו דההחזרתי ולא עדיף עד א' משני עדים.

טו) היוצא מזה דאפילו למ"ד דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה היינו לכתחלה מחויב לישבע לברר דבריו אבל אם אינו יכול לישבע לא אמרינן מתוך שאיל"מ ואינו מחויב לשלם שהמגו פוטר אותו מממון לבד מעד א' שאין המגו פוטרו מממון ואמרינן מתוך שאיל"מ משום דעד א' לשבועה הוא כשנים לממון כנ"ל, והנה בפרשת השומרים נאמר (שמות כ"ב) שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו וגו' ודרשינן מינה בין שניהם ולא בין היורשין (שבועות מ"ז) ודייקינן מינה דאבוה כהאי גונא מתוך שאיל"מ הרי חזינן דבפרשת השומרים איכא חיוב ממון וכשאינו יכול לישבע אמרינן ביה מתוך שאיל"מ.

טז) לזה דייק הגמ' שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר לא היו דברים מעולם יכול לומר נאנסו או מתוך שיכול לומר החזרתי יכול לומר נאנסו אין פירושו על השבועה בעצמה היכי משכחת לה שישבע והלא יש לו מיגו דאי בעי אמר להד"ם או החזרתי לך דזהו בודאי לאו קושיא היא דהרי לא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה לכן אע"פ שיש לו מיגו דלהד"ם או החזרתי מ"מ חייב לישבע שנאנסו ואין המגו פוטרתו משבועה אלא פירושו הוא שבועת השומרים דחייב רחמנא לשלם ממון כשאינו נשבע היכי משכחת לה שיצטרך הנתבע לשלם ממון משום מתוך שאיל"מ והלא

יש לו מגו לנתבע ובכל מקום שיש לו מגו לנתבע נהי דמחויב לישבע לברר דבריו ואין המגו פוטרתו אבל חיוב ממון אין עליו ואמאי אמרינן מתוך שאיל"מ בשבועת השומרים כדאמרינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ודייקינן מינה דאמרינן מתוך שאיל"מ בשבועת השומרים והלא כיון שיש לו מגו לית לן לומר מתוך שאיל"מ, ומתרץ הגמ' כגון דאפקיד לו בשטר או בעדים וליכא מיגו לנתבע לכן אמרינן מתוך שאיל"מ.

פרק יז

א) ובזה מיושבים דברי רש"י שכתב שבועת השומרים דחייב רחמנא לשומר שכר וכו' כדכתיב ונשבר או נשבה או מת שבועת ה' תהיה בין שניהם עכ"ל רש"י והקשו המפרשים אמאי שביק רש"י לפרשה ראשונה דאיירי בשומר חנם ונקיט לה לפרשה שניה דאיירי בשומר שכר, ואם נימא דלישנא דגמ' דחקיה לרש"י לפרש כן דאם נימא דמשומר חנם מקשה הגמ' שיהא נאמן במגו הכי הוה ליה להגמ' למימר מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נגנבה או אבדה ואמאי קאמר הגמ' יכול לומר נאנסו אלמא דמשומר שכר מקשה הגמ' שפטרו הוא על אונסים ולא משומר חנם שפטור על גנבה ואבדה א"כ על הגמ' בעצמה יש לתמוה אמאי שביק הגמ' לפרשה ראשונה הקודמת ונקיט לפרשה שניה המאוחרת והלא מפרשה ראשונה הקודמת יש לדבר ולהקשות, ובדברינו ניחא דקושית הגמ' אינה אלא מפרשה שניה האמורה אצל שומר שכר יען ששם נאמר שבועת ה' תהיה בין שניהם דילפינן מזה דאמרינן מתוך שאיל"מ על זה מקשה הגמ' שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה שישלם והלא יש לנו לומר שהמגו יפטור אותו מתשלומי ממון אבל משאר שומרים לא קשיא ליה מידי שיהא נאמן במיגו לפוטרו משבועה כיון דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן

ב) ובזה יש לתרץ קושית התוס' שם (שבועות דף מ"ה) ד"ה מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו כתבו התוס' וז"ל תימא לפירוש הקונטרס שפירש (בהגוזל קמא) (ב"ק דף ק"ז) דבפקדון שיכול להעיז אפילו כופר הכל חייב א"כ כי אמר נמי להד"ם חייב שבועה עכ"ל, ובדברינו ניחא לפי מה שכתבנו לעיל דלשיטת רש"י דס"ל דבפקדון אפילו כופר הכל חייב לישבע אינו חייב לישבע רק משום בירור הספק וכשאינו יכול לישבע אינו משלם דלא אמרינן בכופר הכל בפקדון מתוך שאיל"מ לכן מקשה הגמ' שפיר שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה שיחייב ממון משום מתוך שאיל"מ והלא יש לו מגו דאי בעי היה טוען להד"ם או החזרתי ואם היה טוען להד"ם או החזרתי ג"כ לא היה עליו שום חיוב ממון אפילו לרש"י, א"כ כשטוען נאנסו ג"כ יש לנו לומר

שלא נאמר מתוך שאיל"מ רק ישבע לברר במגו דאי בעי טעין להד"ם או החזרתי שאז ג"כ לא היה עליו שום חיוב ממון רק שבועה לברר.

ג) ובזה יש לתרץ קושית המפרשים שהקשו למ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה א"כ מאי מקשה רבה ואמר מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע פירוש יהא נאמן בלא שבועה במגו דאי בעי כופר הכל כמו שפירשו המפרשים והלא כיון דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה א"כ איך יפטור משבועה ע"י מיגו דאי בעי כפר בכל כיון שאין מגו מועיל לפטור משבועה, ובדברינו ניחא דקושית רבה היא על מה דקי"ל דבשביל זה שאמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע משום זה אמרינן מתוך שאיל"מ דכשאמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא קי"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ כדאיתא בשבועות דף מ"ז ובב"מ דף צ"ז ושאר דוכתי והלא כיון שיש לו מיגו יש לנו להאמינו לענין ממון ולא ישלם כשאינו יכול לישבע ורק ישבע לברר דבריו וכשאינו יכול לישבע יש לנו לומר דלא אמרינן מתוך שאיל"מ ואמאי אמרינן מתוך שאיל"מ בחמשין ידענא ובחמשין לא ידענא ומתרץ רבה חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח וכיון שכן אין לו מגו לכן אמרינן שפיר מתוך שאיל"מ בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא כיון שאין לו מגו כלל,

ד) והנה קי"ל דמגו דהעזה לאפטורי מממון אמרינן אבל לאפטורי משבועה לא אמרינן מגו דהעזה עיין ש"ך פ"ב בכללי מגו אות ו' וכדאמרינן בהני עזי דאכלי חושלא בנהרדעא ב"ב (דף ל"ו) דנאמן לטעון עד כדי דמיהן אע"ג דהוי מגו דהעזה, וממילתא דרבה שמעינן דכיון דחזקה שאין אדם מעיז פניו בפני בע"ח לכן לא אמרינן במודה במקצת מגו דאי בעי כופר הכל וכיון דלא אמרינן מגו דהעזה לאפטורי משבועה לכן מהני גם לענין ממונא ומשלם ממונא וכשכנגדו נשבע ונוטל כשהוא חשוד על השבועה, וכשאינו יכול לישבע מחמת איזה סבה או שנתאלם או נתחרש אחר טענותיו ג"כ משלם משום מתוך שאיל"מ עיין לקמן בדברינו אלמא אע"ג דמגו דהעזה מהני לענין לפוטרו מממון כמו בהני עזי דאכלי חושלא בנהרדעא (ב"ב דף ל"ו) מ"מ היינו דוקא אם תחלתו לממון בא ולא שבועה אבל כשבא מתחלתו לשבועה וחייב לישבע במודה במקצת לכן אם אינו יכול לישבע אחר כך מחייב לשלם כגון שנתחרש אחר שהודה במקצת או שהוא חשוד מחויב לשלם הנתבע רק דכשכנגדו נשבע ואינו נוטל בלא שבועה משום דלא שבקת ליה חיי לחשוד כמו שכתבו התוס' ב"מ ד' ה' ד"ה שכנגדו וכל מקום דאמרינן שכנגדו נשבע ונוטל הוא משום דאמרינן מתוך שאיל"מ אבל במקום דלא אמרינן מתוך שאיל"מ כגון בשבועה דרבנן לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל, הרי חזינן דבחשוד אמרינן מתוך

שאיל"מ אלמא אע"ג דאמרינן מיגו דהעזה לאפטורי מממון מ"מ כיון דלא אמרינן מגו דהעזה לאפטורי משבועה אינו מועיל ג"כ לענין ממון ומשלם ממון, א"כ לכאורא גם למ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה יש לומר שלא יועיל לו המגו גם לענין ממון ויש לנו לומר מתוך שאיל"מ כיון דתחלתו לשבועה באה ולא לממון וא"כ תיובתא על דברינו שכתבנו דאפילו למ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה מ"מ אין אומרים מתוך שאיל"מ, ויש להבין מ"ש מגו דהעזה דאמרינן דכיון דלא מהני לענין שבועה לא מהני גם לענין ממון בחשוד ובחרש ובאלם וצריך לשלם ממון ומ"ש מגו לאפטורי משבועה דאע"ג דלא מהני המגו לענין שבועה מ"מ מהני המגו לענין ממון ואינו מחויב לשלם ממון בחשוד ובאלם ובחרש משום שהמגו פוטרתו מממון מ"ש זה מזה.

ה) **אך** החילוק שביניהם הוא פשוט דבמגו דהעזה כיון דאמרינן במודה במקצת שאין לו מגו דאי בעי כופר הכל משום דהוי מגו דהעזה דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו כדי לפטור משבועה דדוקא כדי לפטור מממון יוכל גם להעיז פניו אבל לפטור משבועה אין אדם יכול להעיז וכיון שאין אדם יכול להעיז פניו לכן מחייב לישבע כיון שאין לו מגו שיפטרנו משבועתו וכיון שהוא מחויב לישבע ממילא מחויב לשלם כשאין יכול לישבע כגון בחשוד או באלם או חרש שנתאלם או נתחרש אחר שהודה במקצת שהרי אין לו דבר שיפטרנו משבועה וממון כיון שאין לו מגו דחזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו מבטל המגו שלו לכן משלם כשאינו יכול לישבע, משא"כ למ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה כיון דהמגו באמת מגו מעלייתא הוי ומועילה באמת לענין ממון רק דלענין היכא שיכול לישבע אמרינן שישבע לברר דבריו דכל היכא דאפשר לברורי מבררינן, אבל היכא שאי אפשר לו לישבע כגון בחשוד או חרש ואלם אמרינן שפיר שהוא פטור מלשלם שהמגו פוטרתו.

פרק יח

א) **עוד** הקשו המפרשים בסוגיא הזאת דשבועות דף מ"ה כשאמר רמי בר חמא כמה מעליא הא שמעתתא הקשה לו רבא שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה יהא נאמן במגו דלהד"ם אי החזרתי, והלא הקושיא הזאת אינו דוקא לרמי בר חמא והלא זהו קושיא לכו"ע דהא כולי עלמא מודים דנאמן אדם במגו א"כ תקשה לכו"ע שבועת השומרים דחייב רחמנא היכא משכחת לה יהא נאמן במגו דלהד"ם או החזרתי, ומה היה רצונו של רבא אם להוכיח מקושיתו דלא אמרינן מגו בשום מקום זהו אי אפשר לומר כן שהרי הלכה רווחת בישראל וכן הוא בכל הש"ס דאמרינן מגו, ורמי בר חמא לא הוסיף בזה כלום רק אמר דכשיש לו לבעל הבית מגו דלא שכרתיך מעולם נאמן לומר

שכרתיך ונתתי לך שכרך וזהו מגו לאפטורי מממון אשר כל הש"ס מלא מזה ויקשה רבא על מגו שבכל הש"ס ואין שייך להקשות לרמי בא חמי דוקא.

ב) והנה התוס' שבועות דף מ"ה בסוגיא הנ"ל ד"ה מתוך שיכול לומר לא שכרתיך כתבו וז"ל תימה מה מועיל כאן מגו דאין שייך מגו אלא לענין שלא לחושדו שמשקר במזיד אבל הכא שפיר מהימנינן ליה דודאי הוא סבור שפרע אלא שאנו תולין ששכח לפי שהוא טרוד בפועליו דאטו משום מגו יהא נזכר יותר ואין שייך כאן מגו כלל והכי מוכח בריש האשה שהלכה (יבמות קי"ד) דלא מהימנא לומר מת במלחמה במגו דאי בעי אמרה מת על מטתו משום דאמרה בדדמי וכו' ויש לומר דהכא כיון דאין טוען שמא אלא ברי ואומר ודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו כמשקר כיון דאית ליה מגו אבל כשאין לו מגו אינו נאמן דשמא שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו ומחמת שסבור שפרע טוען ברי אע"פ שמסופק עכ"ל התוס'.

ג) היוצא מזה דרמי בר חמא וכל האמוראים דס"ל דהיכא דשכרו שלא בעדים נאמן לומר לפועליו פרעתי במגו דאי בעי אמר לא שכרתיך מעולם ס"ל דאמרינן מגו בהאי גונא דאע"ג דאמרינן בעל הבית טרוד בפועליו ולא חשדינן ליה למשקר במזיד מה שטען פרעתי, וא"כ יש מקום לומר דלא שייך מגו בהאי גונא מ"מ מוכרח לומר דס"ל לכל האמוראים הנ"ל דאמרינן מגו בהאי גונא כיון דעכ"פ הוא טוען ברי ואמר פרעתי כי לא שכחתי ואינני אומר בדדמי לכן מהני ליה מגו, והנה לעיל כתבנו דאפילו למ"ד דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה היינו דלכתחלה כיון דאפשר לברורי מבררינן אבל במקום שאינו יכול לישבע אינו מחויב לשלם ולא אמרינן מתוך שאיל"מ משום שהמגו פוטרו מממון, ולכאורא יש לתמוה על דברינו שהרי לא משכחת לה שיהא מגו להנתבע וגם יהא מחויב שבועה שאינו יכול לישבע שהרי מגו לא מצינו אלא בטענת ברי, ומתוך שאיל"מ לא שייך רק כשטוען איני יודע דאז הוי מחויב שבועה שאיל"מ, אבל כשטוען טענת ברי אמאי לא יוכל לישבע, נמצא דהוי תרתי דסתרי אהדדי מגו ומתוך שאיל"מ ולא משכחת לה, וא"ת דמשכחת שפיר מגו בטענת ברי ומתוך שאיל"מ כגון מגו נגד ע"א כמו בנסכא דר' אבא וכיוצא בו דהוי מגו דאי בעי אמר לא חטפתי התם הא תירצו התוס' והר"ן דלא שייך מגו נגד ע"א משום דהוי כשנים לענין שבועה וכמו שכתבנו לעיל וע"כ אנן עסקינן במחויב שבועה שלא ע"פ ע"א וא"כ לכאורא למותר הוא החידוש שלנו שחידשנו דהיכא דאמרינן מתוך שאיל"מ ויש מגו לפוטרו משבועה אז לא אמרינן מתוך וק' על דברינו היאך משכחת לה להאי דינא.

ד) **ונראה** דמשכחת לה בחשוד על השבועה וכמו שכתבנו לעיל דהא דאמרינן בחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל הוא משום דאמרינן מדאורייתא מתוך שאיל"מ והיה ראוי שכנגדו יטול בלא שבועה רק דרבנן תיקנו שלא יטול כנגדו בלא שבועה משום דלא שבקת ליה חיי לכן תיקנו דכשנגדו אינו נוטל בלא שבועה אבל אה לא היינו אומרים בחשוד מתוך שאיל"מ אזי לא היינו אומרים גם שכנגדו נשבע ונוטל, א"כ בפקדון כשהפקיד לו שלא בשטר וטוען נאנסו ויש לו מגו דאי בעי אמר החזרתי או להד"מ מ"מ מחויב הנתבע לישבע שנאנסו משום דהוי מגו לפטורי משבועה אבל אם הנתבע הוא חשוד ואי אפשר לו לישבע אינו מחויב לשלם ולא אמרינן מתוך שאיל"מ אפילו אם המפקיד טוען ברי לי שפשעת מ"מ לא אמרינן מתוך שאיל"מ משום שהמגו פוטרו מממון ואין עליו שום חיוב ממון רק שמחויב לישבע לכתחלה משום דכל היכי דאפשר לברורי מבררינן לכן כשאינו יכול לישבע הוא פטור מלשלם, עיין מ"ש מרן המחבר סימן צ"ב ס"ח והש"ך שם ס"ק י"ב וש"ך סימן ע"ב סעי' כ"ז ס"ק קט"ו ע"ש.

ה) **עוד** משכחת לה בגוני טובי שיש לו להנתבע מגו לאפטורי משבועה ואינו יכול לישבע לא מחמת שטוען איני יודע רק שאינו יכול לישבע מחמת שהוא חשוד, עוד יוכל היות שאם נתחרש הנתבע או שנתאלם [עיין לקמן] לאחר שעמדו בדין ונתחייב שבועה דאורייתא אמרינן ג"כ מתוך שאיל"מ לפי הטעם שכתבנו לעיל דמה דאמרינן מתוך שאיל"מ הוא מפני שדברי העד א' או האומדנא של מודה במקצת עושים חיוב ודאי והשבועה זהו ההכחשה וההזמה לדברי העד א' או לדברי האומדנא א"כ מה לי אם אינו יכול לישבע מחמת שטוען איני יודע או שהוא חשוד או שנתאלם או נתחרש סוף סוף נשאר העד א' והאומדנא בלא הכחשה והרי נשאר חיוב ודאי א"כ משכחת לה שיש לו להנתבע מיגו לאפטורי משבועה ואינו יכול לישבע לא מחמת שטוען איני יודע ולא מחמת שהוא חשוד רק מחמת שהנתבע נתחרש או נתאלם אח"כ ואינו יכול לישבע ואלמלא המגו היה מחויב לשלם רק משום דהמיגו פוטרתו מממון כנ"ל.

ו) **היוצא** מזה דמגו ואיני יודע הוי תרתי מילי דסתרי אהדדי דמגו לא הוי אלא בטענת ברי ולא בטענת שמא לכן כשטוען איני יודע לא שייך מגו, וכל זה כשהוא בעצמו טוען איני יודע אבל אם הוא טוען ברי שהוא יודע רק שאנן אומרים שהוא שכח מחמת שהוא טרוד בפועליו או אומר בדדמי בזה אמרינן שפיר מגו לדברי רמי בר חמא ולכל האמוראים הנ"ל שאמרו לא שט אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך יכול לומר נתתי לך שכרך אלמא אע"ג דבעה"ב טרוד בפועליו וחשבינן ליה כאינו יודע מ"מ כיון שהוא טוען ברי לכן מהני ליה מגו כמו"ש התוס' שהבאנו לעיל.

ז) **והנה** הר"ן בפ' כל הנשבעים בסוגיא הנ"ל בענין מגו לאפטורי משבועה [ע"ש ד"ה ירושלמי ובספרי האלפסי החדשים דפוס ראם הוא דף כ"ו סוף ע"א] כתב וז"ל ועוד דכי רמי רחמנא שבועה עליה כי אמר נאנסו היינו משום דחיישינן דלמא טען בדדמי וסבור שהוא אונס ואינו אונס כדאמרינן [בפ' הפועלים דף צ"ג] ידעת ביה בבר אחתך דמצי לעבורי חדא וכיון שכן כי איכא מגו מאי הוי וכי יוציאנו מגו מידי חששא זו הלכך וכו' אין ללמוד ממנה שלא נאמר מיגו לאפטורי משבועה דהתם היינו טעמא דלאו מיגו מעליא עכ"ל הר"ן, היוצא מדבריו דבשומרים איכא חששא שמא יאמרו בדדמי ויש סברא לומר דבשביל זה רמי רחמנא שבועה על השומרים ולא משום חשדא לבד, ובאמת מצינו בפוסקים כמה פעמים שפסקו שהשומר חייב וקרוב לטעות ולומר בדדמי לפטור ולדוגמא הא דכתב הרמ"א בסימן ש"מ בהמה שנתיגעה במלאכה ונתחממה ע"ש שיש חילוק אם הרגיש בה עייפות או לא וכן הא דכתב הרמ"א סימן ש"ג ס"ג שאם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיו בבית אינו יכול לישבע שנשרפו דדלמא עכו"ם נכנסו וגנבו אותו ע"ש וכן גוני טובי דלא משמע להו לאינשי לחוש עליהם ואיכא למימר שיאמר השומר בדדמי.

ה) **ובזה** יתבאר הסוגיא הנ"ל בס"ד דאמר רמי בר חמא כמה מעליא הא שמעתתא של האמוראים הנ"ל שאמרו לא שנו אלא ששכרו בעדים אז נשבע הפועל ונוטל אבל אם שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך מעולם יכול לומר נתתי לך שכרך, לכן מקשה לו רבא ואמר מאי מעליותא היא א"כ שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה כמו שכתבנו לעיל היכי משכחת לה שישלם אם לא נשבע והא יש לו מגו דאי בעי אמר להד"מ או החזרתי לכן יהא נאמן לומר נאנסו ונהי דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה מ"מ לשלם ממון יש לנו לומר שלא ישלם, בשלמא בלא דבריך יש לומר כיון דלא אמרינן מגו רק בטוען טענת ברי ולא בטוען טענת שמא א"כ גם בשומרים נחשב לשמא כיון דלא חשדינן להו למשקרים במזיד רק משום שאומרים בדדמי א"כ ליכא מגו דמשום מגו לא יזכור יותר כמו"ש התוס' והר"ן א"כ לדידי ס"ל דליכא מגו בבעל הבית אפילו אם שכרו שלא בעדים דליכא למימר מגו דאי בעי אמר לא שכרתיך מעולם כיון דבעל הבית טרוד בפועליו ולא חשדינן ליה למשקר א"כ ליכא מגו לא בבעל הבית עם פועליו ולא בשומרים משום דלא חשדינן להו שמשקרים רק חשבינן להו כטועים ואומרים בדדמי א"כ לדידי ניחא אבל לדידך קשיא כיון דסבירא לך דבעל הבית נאמן במגו אע"ג שהוא טרוד בפועליו א"כ מוכרח לומר כתירוץ התוס' דאע"ג דחשבינן ליה כטועה ושוכח מ"מ כיון שטוען ברי נאמן במגו וא"כ בשבועת שומרים נמי נימא

הכי ואמאי ישלם השומר כשאינו יכול לישבע והלא יש לנו להאמינו במגו, ומתרץ הגמ' דאיירי כגון שהפקיד לו בשטר אז דוקא מחויב לשלם כשאינו יכול לישבע כגון שהוא חשוד או נתחרש כיון שהפקיד לו בשטר ואין לו מגו דהחזרתי אבל כשהפקיד לו שלא בשטר כיון שיש לו להשומר מגו דהחזרתי נהי דאעפ"כ מחויב השומר לישבע דקי"ל מיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן דהיכא דאפשר לברורי מבררינן מ"מ כשאינו יכול לישבע כגון שהוא חשוד או נתחרש או נתאלם אינו מחויב לשלם משום דנאמן לומר נאנסו במגו דהחזרתי אע"ג דבטענת נאנסו חיישינן דאמר בדדמי מ"מ אמרינן מגו כהאי גונא כמו בבעל הבית עם הפועלים דחיישינן ליה שאמר פרעתי משום שהוא טרוד בפועליו ואמר בדדמי מ"מ אמרינן מיגו כה"ג כיון שטוען ברי כמו"ש התוס'.

ט) ובזה יתורצו כל הקושיות בס"ד, הקושיא הראשונה שהקשינו לשיטת הרמב"ם והפוסקים דס"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה א"כ אמאי קאמר רבא שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה יהא נאמן במגו והלא לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ובדברינו ניחא שאין קושית רבא על השבועה בעצמה רק קושיתו היא אמאי מחויב לשלם בשומרים כשאינו יכול לישבע כדדרשינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים (שבועת דף מ"ז) ודרשינן מזה דכשאינו יכול לישבע משלם ועל זה מקשה הגמ' שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה שישלם כשאינו יכול לישבע אבל השבועה בעצמה מחויב לישבע אע"פ שיש לו מגו משום דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה.

י) הקושיא השניה שהקשינו מה משבח ומקלס רמי בר חמא להאי שמעתתא דאמוראי אם נצטרך לרחוק ולומר דהקרא וכל המשניות וכל הברייתות איירו דוקא שהפקיד לו בשטר א"כ בודאי לאו מעליא האי שמעתתא ולפי דברינו דהשתא יתורץ הדבר הזה דכל המשניות וכל הברייתות וכן הקרא דמחייבים שבועה לשומרים איירו בכל גונא אפילו כשלא הפקיד לו בשטר רק דיוקא דקרא דמחייב לשומר שישלם אם לא נשבע כגון שהוא חשוד או נתחרש זהו איירי דוקא כשהפקיד לו בשטר ואין שום משנה או ברייתא שידברו בפירוש בזה שהנפקד הוא חשוד או נתחרש ושום משנה או ברייתא לא צריך לאוקמי דמיירי דוקא כשהפקיד לו בשטר אלא איירי בכל גוני דהשבועה מחויב בכל אופן לישבע כנ"ל רק דיוקא דקרא לבד צריך לאוקמי בכה"ג כנ"ל.

יא) הקושיא השלישית שהקשינו דכל הפוסקים פסקו כרמי בר חמא דבשכרו שלא בעדים נאמן במגו דאי בעי אמר לא שכרתיך ואפילו הכי פסקו דשבועת השומרים איתא בכל גונא אפילו כשלא הפקיד לו בשטר ולפי הסוגיא הזאת הוא תרי מילי דסתרי אהדדי,

ולפי דברינו ניחא דגם לפי הסוגיא הזאת חייב בשבועת השומרים אפילו כשהפקיד לו שלא בשטר דאע"ג שיש לו מגו מ"מ חייב לישבע משום דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה א"כ לכל הפוסקים שפסקו שהשומרים מחויבים לישבע אפילו כשלא הפקיד בשטר אין סתירה כלל מהסוגיא הזאת.

יב) אך דברי הפוסקים דלא איירו לענין שבועה רק איירו בענין תשלומין כשהנתבע השומר הוא חשוד צריכים ביאור קצת, הנה מרן המחבר סימן צ"ב סעיף ה' כתב וז"ל היה החשוד שומר וטוען שאבד הפקדון או נגנב ושכנגדו אינו יכול לישבע וליטול שהרי אינו טוען ודאי שאכלו לפיכך אם טען בעל הפקדון ואמר בפני שלח יד בפקדוני או פשע בו הרי התובע נשבע כתקנת חכמים ונוטל עכ"ל מרן המחבר ולא חילק מרן המחבר בין שהפקיד לו בשטר או לא ולדברינו הוא תימה דבהפקיד לו בשטר כיון שאין לו להשומר מגו היה לנו לומר מתוך שאיל"מ אפילו אם המפקיד טוען שמא כתירוצו של רמי בר חמא דבהפקיד לו בשטר משכחת לה שהשומר ישלם כשהוא חשוד משום דאמרינן מתוך שאיל"מ ואמאי פסק מרן המחבר שהשומר פטור מלשלם כשהוא חשוד כיון שהמפקיד אינו טוען ודאי ומשמע דהמחבר מיירי בכל גוני אפילו כשהפקיד לו בשטר עוד יש לתמוה מה שסיים מרן המחבר שאם בעל הפקדון טוען ברי אזי מחויב לשלם וישבע ויטול ומשמע דאיירי בכל גוני אפילו אם הפקיד לו שלא בשטר וזהו תימה אמאי לא יהא נאמן במגו דאי בעי אמר להד"מ או החזרתי כקושית רבא לרמי בר חמא דכשהפקיד לו שלא בשטר נאמן לומר נאנסו במגו דהחזרתי ואין אומרים בזה מתוך שאיל"מ וכיון שלא אמרינן מתוך שאיל"מ לכן לא אמרינן ג"כ שכנגדו נשבע ונוטל דחד טעם הוא כמו"ש לעיל.

יג) והנה על הקושיא שהקשינו אמאי פסק מרן המחבר שאם בעל הפקדון טוען שמא הוא פטור מלשלם כשהוא חשוד ואפילו כשהפקיד לו בשטר יש לומר דנהי דמדאורייתא יש חילוק בין שהפקיד לו בשטר או לא דכשהפקיד לו בלא שטר ראוי לפטור את השומר כשהוא חשוד משום שיש לו מגו אבל כשהפקיד לו בשטר ראוי לחייבו מדאורייתא מפני שאין לו מגו מ"מ מדרבנן אין חילוק דאף כשהפקיד לו בשטר ואין לו מגו מ"מ אינו מחויב לשלם דכיון דתקינו רבנן בחשוד שיהא כנגדו נשבע ונוטל ולא יטול שכנגדו בלא שבועה לכן אי אפשר לחייב את השומר החשוד שישלם כשבעל הפקדון טוען שמא ואין יכול לישבע ואפילו כשאין לו מגו להשומר כגון שהפקיד לו בשטר אפילו הכי אינו מחויב לשלם כיון שבעל הפקדון אינו יכול לישבע ורמי בר חמא שהשיב לרבא דשבועת השומרים דחייב רחמנא לשלם את החשוד משכחת לה שהפקיד לו בשטר

היינו משום דרמי בר חמא ורבא אקרא קאי קודם שתיקנו רבנן בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ואז היה דינו של החשוד דכיון שאינו יכול לישבע משלם כיון שהפקיד לו בשטר ואין לו מגו אבל מרן המחבר שפסק שהשומר החשוד פטור מלשלם הוא מפני שבעל הפקדון אינו יכול לישבע כתקנת חז"ל דשכנגדו נשבע ונוטל, וכ"כ שם מרן הב"י והב"ח ושאר מפרשים דמשו"ה פטור השומר החשוד מלשלם מפני דשכנגדו אינו יכול לישבע שפשע או שלח יד.

יד) והקושיא שהקשינו מפני מה פסק מרן המחבר בשומר שהוא חשוד שאם בעל הפקדון טען ואמר טענת ברי בפני שלח יד בפקדוני או פשע בו הרי התובע נשבע ונוטל ולא חילק מרן המחבר בין אם הפקיד לו בשטר או לא ומשמע דאפילו אם הפקיד לו שלא בשטר נמי איתא להאי דינא וזה תימה אמאי אינו נאמן השומר לומר נאנסו במגו דאי בעי אמר להד"מ או החזרתי כקושית רבא לרמי בר חמא דכשהפקיד לו בלא שטר נאמן לומר נאנסו במגו דהחזרתי [אף דבלאו הכי הקשו על מרן המחבר לשיטת הש"ך דבטענת ברי ליכא שבועת השומרים עיין שם בש"ך ובקצוה"ח ובנתיבות], יש לתרץ על הקושיא הזאת דקושית רבא לרמי בר חמא אקרא קאי דאמר שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה וכיון דאקרא קאי שפיר קא קשיא ליה שיהא נאמן לומר נאנסו במגו דהחזרתי שהרי אם היה אומר החזרתי לא היה עליו שום שבועה כלל לכן שפיר הוי מגו משא"כ עכשיו דתקון רבנן שבועת היסת ואפילו אם היה אומר להד"ם או החזרתי גם כן שבועה בעי לכן לא הוי מגו, ונהי שאם היה אומר להד"ם או החזרתי לא היה עליו אלא שבועת היסת מדרבנן ועכשיו כשטוען נאנסו יש עליו חיוב שבועה דאורייתא מ"מ יוכל היות דס"ל למרן דשם שבועה אחת היא ולא הוי מיגו משבועה חמורה לשבועה קלה, והנה הרמ"ה ור' ישעיה ס"ל דהחשוד מחויב לשלם אפילו אם בעל הפקדון טוען שמא ומשמע מדבריהם אפילו כשהפקיד בלא שטר ג"כ מחויב לשלם משום דאמרינן מתוך שאיל"מ והוא תימה אמאי לא יהא נאמן במגו דהחזרתי ויש לתרץ ג"כ כדאמרינן דס"ל דלא הוי מגו כאן דאפילו בהחזרתי מחויב לישבע היסת לכן לא הוי מגו.

טו) וכן מצאתי בקיצור כללי מגו מכנה"ג שמביאם התומים סימן קט"ו שכתב וז"ל אם טענה שטען חייב עליה שבועה חמורה רק היה לו מגו שטען טענה אחרת ולא היה חייב רק היסת אף הרא"ש וסייעתו מודים דלא אמרינן מיגו לפטור משבועה וצריך שבועה חמורה עכ"ל הרי חזינן דאפילו הרא"ש דס"ל דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה היינו דוקא אם על טענה השניה לא היה שום חיוב שבועה כלל אז אמרינן מגו לאפטורי משבועה אבל אם בין כך ובין כך חייב לישבע רק שבטענה שטוען איכא שבועה חמורה

ובטענה השניה שהיה יכול לטעון אינו אלא היסת זהו לא מקרי מגו כלל, וכיון דלא מקרי מגו כלל לכן אמרינן ביה מתוך שאיל"מ ובחשוד אמרינן ביה שכנגדו נשבע ונוטל לכן מיושבים בזה דברי מרן המחבר שפסק דבטוען בעל הפקדון טענת ברי אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל, ונהי דהתומים חולק שם על הכנה"ג וס"ל דשפיר הוי מגו כהאי גונא וכן כתבנו לעיל לפירש"י דס"ל דכופר הכל בפקדון חייב שבועה רק דלא אמרינן מתוך שאיל"מ יש לו מגו כשטוען נאנסו ולא נאמר מתוך שאיל"מ מגו דאי בעי טעין החזרתי אלמא דהוי מגו אע"ג שמחויב לישבע מ"מ אין תימה כ"כ אם מרן המחבר לא ס"ל כפירש"י וס"ל כמו"ש הכנה"ג בשם הב"ח.

טז) הקושיא הרביעית שהקשו המפרשים על פירש"י אמאי שביק רש"י לפרשה ראשונה דאיירי בשומר חנם ונקיט פרשה שניה דאיירי בשומר שכר דכתיב ונשבר או נשבה או מת שבועת ה' תהיה בין שניהם ג"כ מתורצת בדברינו כמו שכתבנו לעיל פרק י"ז אות א'.

יז) הקושיא החמישית שהקשו התוס' לפירש"י דכופר הכל חייב בפקדון א"כ אמאי קאמר שיש לו מגו דאי בעי אמר להד"מ או החזרתי כיון דאפילו כופר הכל חייב ג"כ מתורצת בזה כמו שכתבנו לעיל דבטענת החזרתי נהי דחייב לישבע מ"מ כיון דלא אמרינן מתוך שאיל"מ בטענת החזרתי א"כ יש לנו לומר גם בטענת נאנסו שלא לומר מתוך שאיל"מ וזהו כסברת התומים הנ"ל ולא כסברת הכנה"ג הנ"ל.

יח) הקושיא הששית שהקשו המפרשים למאן דס"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה א"כ מאי מקשה רבה ואמר מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע והיינו שיהא נאמן במגו דאי בעי כופר הכל והלא הוי מיגו לאפטורי משבועה ובדברינו יתורץ כמו שכתבנו לעיל פרק ט"ז אות ט"ז.

יט) הקושיא השביעית שהקשו המפרשים מה מקשה רבא לרמי בר חמא א"כ שבועת השומרים היכי משכחת לה יהא נאמן במגו דלהד"ם או החזרתי והלא הלכה רווחת בישראל דאמרינן מגו וכל הש"ס מלא מזה ויקשה רבא על כל עניני מגו שבכל הש"ס ואין שייך להקשות לרמי בר חמא דוקא ובדברינו מתורץ דדוקא לרמי בר חמא יש להקשות כן דס"ל דאמרינן מגו אפילו בבעל הבית דטרוד בפועליו דמחשבינן ליה לטועה ואמר בדדמי א"כ בשבועת השומרים נמי יהא נאמן במגו אע"ג דלא חשדינן ליה למשקר רק חשדינן ליה לאומר בדדמי יהא נאמן במגו אבל בלאו מילתא דרמי בר חמא לא היה קושיא כלל דאיכא למימר דלא אמרינן מגו רק היכא דחשדינן ליה למשקר אבל היכא דחשדינן ליה שאומר בדדמי לא שייך מגו.

פרק יט

א) **עוד** קושיא הקשו באותה סוגיא אע"פ שאין לה שייכות אל דברינו אך יען שהיא באותו ענין שאנו עסוקים בו כעת לכן ראיתי לכותבה כאן, ראיתי מקשים לפי פירש"י דפירש דאשומר שכר קאי מה מקשה הגמ' שבועת השומרים דחייב רחמנא בשומר שכר היכי משכחת לה יהא נאמן במגו דאי בעי אמר להד"ם נאמן לומר נאנסו והלא אמרינן בב"מ דף נ"ח לענין שומר שכר שנאנס מידו יוכל לתבוע שכרו מבעל הבית וכן הוא בשו"ע חו"מ סימן ש"א וכ"כ הש"ך סימן ש"ג ס"ק ה' וא"כ אין זה מגו דאם היה אומר להד"ם לא היה יכול לתבוע שום שכר אבל כשטוען נאנסו רוצה הוא לתבוע שכרו מבעל הפקדון א"כ אין כאן מגו, ולכאורא היה נראה לתרץ כיון דקי"ל שאין נשבע ונוטל בתורה דכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים א"כ הא דאיתא בגמ' ובשו"ע שהשומר שכר נשבע ליטול שכרו אינו אלא מדרבנן אבל מדאורייתא אין השומר שכר נוטל שכרו אפילו נאנס ואינו נוטל אפילו בשבועה רק צריך שיביא עדים שנאנס וכיון דהקרא דמחייבו שבועה לשומר איירי שאין עדים שראו את המעשה דאם היו עדים לא היתה כאן שבועה וכיון דהקרא איירי דליכא עדים א"כ לא יטול השומר שכר את שכרו לכן קאמרה הגמ' שפיר שבועת השומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה יהא נאמן במגו דאי בעי אמר להד"מ יהא נאמן לומר נאנסו דליכא למימר שאינו רוצה ליטעון להד"מ מפני שאין רצונו להפסיד שכרו שהרי שכרו הוא מפסיד בכל אופן א"כ היה יכול לומר להד"מ כמו נאנסו כיון דבין כך ובין כך אין לו שכר.

ב) **אך** כל זה נראה לכאורא אבל האמת לא נהירא כן דודאי אם היה הדין דמדאורייתא אין השומר שכר נוטל שכר כשנאנס בידו אז היה שייך שפיר לומר דמדאורייתא יש להאמינו כשאומר נאנסו במגו דאי בעי אמר להד"ם שהרי אפילו בטענת נאנסו אין לו שכר מדאורייתא כמו בטענת להד"ם, אבל כיון דבאמת יש לו להשומר שכר שכרו כשנאנס בידו ואם היה מביא עדים היה גובה שכרו ומה שאינו גובה שכרו בלא עדים הוא משום שאינו נאמן לומר נאנסו כדי ליטול שכרו אפילו בשבועה א"כ אכתי הוי מגו לחצי טענה כמו כל הטענות והתביעות שאדם תובע מחברו בלא שום עדים ובלא ראיה שאם ראובן תובע מנה משמעון ויש לו מגו שאם היה טוען טענה אחרת היה נאמן רק שבהטענה האחרת לא יכול ראובן לתבוע משמעון רק חמשים לא מקרי מגו רק מקרי מגו לחצי טענה כיון דעכשיו תובע ראובן משמעון מנה ובטענה השניה לא היה יכול לתבוע רק חמשים מקרי עי"ז מגו לחצי טענה ואין שום חילוק אם יזכה בדין או לא רק כיון שאינו יכול לתבוע בטענה השניה סכום המעות שתובע בטענה הראשונה מקרי משום

זה מגו לחצי טענה א"כ כאן נמי כיון דבטענת נאנסו כונתו לפטור את עצמו מטענתו של בעל הפקדון וגם כונתו לתבוע ממנו שכרו ובטענת להד"ם אינו יכול רק לפטור את עצמו מתביעת בעל הפקדון אבל אינו יכול לתבוע שום שכר לכן הוי מגו לחצי טענה, שהרי מעשים בכל יום שאדם תובע מעות מחבירו שהלוהו או שהפקיד בידו או שעשה לו מלאכה אע"פ שאין לו לתובע שום עדים ושום ראיה מ"מ תובע אדם את שלו וסבור שיזכה בדין כיון שבאמת הלוה לחבירו או הפקיד אצלו או עשה מלאכה לחבירו ולפעמים יחשוב אדם שהנתבע יאמין לו או ימצא עדים או יהא נאמן בדין בדבריו אבל כיון דעכ"פ יודע הוא שיש לו ממון ביד אחרים תובע אדם את שלו אפילו אם אין לו שום עדים וראיה, א"כ כאן נמי כיון שאם בעל הפקדון יאמין לו שנאנס או אם יהא לו עדים שנאנס גובה שכרו א"כ רוצה הוא לתבוע שכרו לכן טוען נאנסו לגבות שכרו אבל אם יאמר להד"מ אין לו שכר.

ג) **וכן** הא דהקשו תוס' בב"ב דף ל"ג ד"ה ואי טעין דכשטוען המוחזק לקחתי השדה והפירות אמאי ישלם הפירות יהא נאמן במגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי ותירצו התוס' שאין זה מגו מפני שרוצה לזכות גם בקרקע לכן לא הוי מגו אלמא אע"ג דבאמת מוציאין ממנו הקרקע והפירות משום שאינו נאמן מ"מ מקרי מגו לחצי טענה מפני דעכ"פ הוא תובע הקרקע והפירות ולא הוי מגו דאי בעי אמר לפירות ירדתי דאז לא יתבע רק הפירות והוי מגו לחצי טענה, וכן ההיא דב"ב דף ל"ה בתוס' ד"ה ואי דלי ליה שכתבו וז"ל וא"ת ליהמניה במגו דאי אמר לפירות הורדתיו וי"ל וכו' דאינו רוצה לטעון לפירות הורדתיו אלא תובע הקרקע והפירות עכ"ל אלמא אע"ג דבאמת אינו נאמן לא על הקרקע ולא על הפירות כי המחזיק זוכה הכל מ"מ מקרי מגו לחצי טענה מפני שהוא תובע עכשיו הקרקע והפירות ואם יאמר לפירות הורדתיו לא יוכל לתבוע עוד הפירות משו"ה מקרי מגו לחצי טענה א"כ גם בשומר שכר הוי מגו לחצי טענה דעכשיו תובע גם שכרו ואם יטעון להד"ם לא יוכל לתבוע שכרו.

ד) **והנה** הגר"ע איגר הביא בתשובותיו סימן קע"ה בכתבים את הקושיא הנ"ל ואעתיק דבריו וז"ל, לידידי וכו' מה דהקשה מעכ"ת נ"י בהא דפרכינן שבועת שומרים דחייבה רחמנא היכי משכחת לה מיגו דיש לומר להד"מ יכול לומר נאנסה, הא י"ל דרוצה לישבע ליטול שכרו, ושמע שגם אנכי הקשיתי כן, וכיסף לשמוע מה שאמרתי בזה:

באמת עמדתי בזה לא על דרך קושיא דבפשוטו י"ל דקשיא על שאר שומרים שומר חנם ושוכר אבל אמרתי כן דרך פלפול וכו' ומסיים כל זה אמרתי דרך פלפול לחדודי לחברים בלמוד הישיבה וכו' אולם לפי דברי רש"י שהבאנו לעיל דהסוגיא מיירי בשומר שכר

א"כ ליכא למימר כדברי הגרע"א דמיירי בשומר חנם ושוכר וא"כ נשארה הקושיא הנ"ל בתקפה וקשה להלום את דברי הגמ' בדרך הפשט.

ח) **ונראה** דרבא שהקשה שבועת השומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה והא נאמן במגו דאי בעי אמר להד"ם ס"ל דע"כ קרא דשומר שכר איירי שהקדים לו שכרו ועכשיו בשעת האונסים אין לו שום תביעה על שכרו שהרי כתיב כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם ע"כ הרי משמע דשבועת ה' תהיה בין שניהם בחדא מחתא הוא לענין נשבר או נשבה או מת דעל כולם קאי מה שנאמר שבועת ה' תהיה בין שניהם ואין שום חילוק בין נשבה ובין נשבר או מת ואם נימא דקרא איירי שלא הקדים לו שכרו הרי חילוק יש בין שבועה שנשבה לשבועת נשבר או מת דבשבועת נשבר או מת כיון דהנבלה איכא ביד השומר נאמן השומר ליטול שכרו ויכול לטעון עד כדי דמיו במגו דלהד"ם או לקוח הוא בידי, ונשבה כיון דליכא שום דבר ביד השומר אינו נאמן ליטול שכרו אפילו בשבועה רק אם יש לו עדים שנשבה, נמצא דנשתנה שבועת נשבר ומת משבועת נשבה דבשבועת נשבר או מת נשבע השומר ליפטור וגם ליטול שכרו ובשבועת נשבה אינו נשבע רק ליפטר ולא ליטול שכרו והרי יש חילוק ביניהם ובקרא משמע שאין חילוק ביניהם אלא ע"כ איירי קרא כגון שהקדים לו שכרו לכן אין חילוק בין שבועת נשבר או מת לשבועת נשבה וכיון דאיירי שהקדים לו שכרו א"כ מתורץ ג"כ הקושיא הנ"ל שהקשו המפרשים דהוי מגו לחצי טענה שרוצה ליטעון נאנסו לגבות שכרו ובטענת להד"ם אינו יכול לגבות שכרו דכיון דאיירי שהקדים לו שכרו אין לו שום נפקא מינה בין טענת נאנסו לטענת להד"ם.

פרק כ

א) **ובדברינו** שכתבנו לעיל יש ליישב עוד קושיא על דברי מרן המחבר דהנה מרן המחבר בשו"ע חו"מ סימן נ"ט כתב וז"ל מלוה שהוציא שט"ח מקוים וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו עכ"ל ויש להקשות על זה דהנה בפ' הכותב לענין פוגמת כתובתה שלא תפרע אלא בשבועה איתא שם דף פ"ז הטעם משום דפרע דייק ומפרע לא דייק ומשמע התם מדברי התוס' דנחשבת כטוענת איני יודעת משום דלא דייקה דסברה שהיא טוענת אמת וטעתה ומדמי התם התוס' לאמרה בדדמי דיבמות כשאמרה מת במלחמה דסברה מת ולא מת, ולענין חשוד הפוגם שטרו בחו"מ סימן צ"ב ס"ט הביא מרן המחבר שתי דעות אם גובה בלא שבועה או אינו גובה כלל והש"ך שם ס"ק י"ד הכריע שהחשוד גובה בלא שבועה, והדבר תימא כיון דחז"ל חשבו את הפוגם

שטרו כטוען איני יודע משום דמפרע לא דייק, א"כ אמאי גובה החשוד והא הוי כטוען איני יודע שפסק מרן המחבר שאם המלוה טוען ואומר איני יודע אינו גובה בו.

ב) ובדברינו ניחא דמשו"ה גובה המלוה בפוגם שטרו והוא חשוד אע"ג דאנן חשבינן טענתו כטענת שמא מ"מ גובה שטרו משום שיש מגו דאי בעי היה אומר שלא פרעו כלל ואע"ג דלא חשדינן ליה למלוה למשקר במזיד רק לשוכח חשבינן ליה, מ"מ כיון שהוא טוען ברי שלא שכח לכן נאמן במגו כההיא דבעל הבית טרוד בפועליו וכההיא דשבועת השומרים שכתבנו לעיל דאע"ג דבלא מט חשבינן להו דאמרי בדדמי ואינם יודעים מ"מ אם שכר את פועליו שלא בעדים מגו שיכול לומר לא שכרן יכיל לומר שנתן להם שכרן אלמא אע"ג דאנן חשבינן להו כטוען איני יודע מ"מ כיון דעכ"פ טוען טענת ברי נאמן במגו א"כ כאן נמי אע"ג דבלא מגו אמרינן דחשיב כטוען איני יודע משום דמיפרע לא דייק מ"מ כיון שיש לו מגו דאי בעי אמר שלא נפרע כלל לכן נאמן במיגו.

ג) ואין להקשות א"כ אמאי תיקנו חז"ל דהפוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה יהא נאמן במגו דאי בעי אמר שלא נפרע כלל, זה אינו משום דלא מהני מגו לאפטורי משבועה דאכתי צריך לישבע לברר דבריו כמו שכתבנו לעיל דכל היכא דאיכא לברורי מבררינן, אבל בחשוד על השבועה שאינו יכול לישבע לברר דבריו אז מהני ליה המגו שלו לפוטרו מממון כמו שכתבנו לעיל דאפילו למ"ד דס"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה היינו שמחויב לברר דבריו לכתחלה אבל מתוך שאינו יכול לישבע משלם לא אמרינן דהמגו פוטרתו מממון, א"כ כאן בפוגם שטרו נמי המגו פוטר את החשוד מממון אבל לא משבועה.

ד) והנה התוס' בכתובות דף פ"ז הקשו אמאי אינו נאמן בפוגם שטרו במגו דאי בעי היה אומר שלא נפרע כלל ואמאי צריך לישבע, ותירצו דלא שייך כאן מגו משום דלא חשדינן ליה למשקר במזיד רק לטועה ושוכח משוינן ליה דלא דייק, לכן הקשו על התירוץ הזה מהסוגיא דשבועות דף מ"ה שהבאנו לעיל לענין שכיר דאע"ג דהתם ג"כ לא חשדינן ליה למשקר אלא לשוכח וטועה דבעל הבית טרוד בפועליו מ"מ כשיש לו מגו דהיכא דשכרו שלא בעדים נאמן במגו ע"ש שהניחו בקושיא, ובדברינו ניחא דהתם לענין שכיר דאיירי לענין לאפטורי מממון שפיר מהני מגו לפוטרו מממון אבל בפוגם שטרו דאיירי לענין לפוטרו משבועה לא מהניא ליה מגו לאפטורי משבועה.

ה) והנה ביבמות דף קי"ד בהחזיקה היא מלחמה בעולם ואמרה מת בעלה במלחמה מספקא ליה להגמ' אם נאמנת לומר מת בעלה במלחמה במגו דאי בעי אמרה שלום בעולם ואז בודאי נאמנת לומר מת בעלה כיון ששלום בעולם ונשאר הגמ' בספק ולא

איפשיטא האיבעיא והדבר תימה מאי שנא דלענין שכיר אמרינן שנאמן במגו דאע"ג דלא חשדינן ליה למשקר במזיד רק חשבינן ליה כטועה ושוכח מ"מ כיון שטוען ברי לי שלא שכחתי נאמן במגו ומאי שנא לענין מת בעלה במלחמה דלא חשדינן לה ג"כ למשקרת במזיד רק חשבינן לה דאמרה בדדמי, ואפילו הכי מספקא ליה להגמ' שאינה נאמנת אפילו במגו מאי שנא האי בדדמי להאי בדדמי.

ו) **וקושיא** כמעט כזאת הקשו התוס' ביבמות דף קי"ד ובשבועות דף מ"ה אך תירוצם אינו מובן לי שתירצו וז"ל [התוס' בשבועות] ויש לומר דהכא כיון דאין טוען שמא אלא ברי ואומר ודאי שלא שכח אין לנו להחזיקו כמשקר כיון דאית ליה מגו עכ"ל התוס' א"כ יש לתמוה שהרי בהחזיקה היא מלחמה ג"כ טוענת ברי שמת בעלה ואומרת ודאי שאינה אומרת בדדמי ג"כ אין לנו להחזיקה כמשקרת כיון דאית לה מגו וסוף סוף אינו מובן החילוק הזה דכאן בבע"ה מועיל מגו כיון שטוען טענת ודאי שפרע והתם באשה אינו מועיל מגו אע"ג שטוענת ג"כ ודאי שמת בעלה ויש לה מגו ואפילו הכי אינה נאמנת.

ז) **ונראה** דשאני עדות אשה כיון דאפילו בשלום דאינה אומרת בדדמי מ"מ לא היינו מתירים אותה להנשא על ידי עדות האשה שאמרה מת בעלה רק משום דאשה דייקה ומינסבא אבל בלא דיוקא דידה לא היינו מתירים שום אשה להנשא א"כ כאן כשאמרה מת במלחמה אפילו החזיקה היא מלחמה בעולם אפילו אם נאמין לה במגו מ"מ כיון דאמרה בדדמי לא דייקא ומינסבא ולא אלים המגו הזה רק לעשות דבריה במלחמה כאלו אמרה בשעת שלום שאמירתה אמירה אלימתא היא א"כ כאן נמי כיון שיש לה מגו אמירתה אמירה טובה ואלימתא היא, מ"מ יען שאמירה טובה ואלימתא לבד אינה מועילה להתיר שום אשה רק כשיש חזקה דאשה דייקא ומינסבא מצורף לאמירתה וכאן כיון דאמרה בדדמי וליכא דיוקא דידה לכן אין מתירין אותה, משא"כ בשכיר שאין אנו צריכים לשום ענין אחר לכן כיון שיש לו מגו נאמן שפיר וראיתי במהרש"א בשבועות דף מ"ה על התוס' הנ"ל שכתב וז"ל אבל התם ההוא ודאי נמי דמת במלחמה דקאמר בדדמי הוא עכ"ל ודבריו ג"כ אינם מובנים מפני מה אינה מועילה טענת ודאי שלה אפילו במגו ואמרינן דמקרי בדדמי וכאן מועיל המגו ואמרינן כיון שטוען ודאי זוכר ויודע הוא ודאי שכן הוא ואינו אומר בדדמי ובדברינו מיושב כנ"ל

פרק כא

א) **עיין** לעיל פרק ה' אות ד' שכתבנו דיוכל היות דרב ושמואל בעצמם ס"ל כר' אבא דאמרינן מתוך שאיל"מ ומה דמוכח מהגמ' דשבועות מ"ז דרב ושמואל לא ס"ל להא דר' אבא היינו אליבא דר' מאיר דס"ל בשניהם חשודים חזרה שבועה למקומה אבל רב

ושמואל בעצמם יוכל היות דס"ל כר' יוסי דיחלוקו כמו דס"ל לרב נחמן יחלוקו ולדידיה מודים גם רב ושמואל דאמרינן מתוך שאיל"מ וכן הא דמקשינן שם ורב ושמואל האי שבועת ה' תהיה בין שניהם מאי דרשי ביה הוא ג"כ פירושו רב ושמואל אליבא דר' מאיר עיין לעיל פרק ו' אות ג' ואות ט' אבל רב ושמואל בעצמם כיון דס"ל ג"ל הא דר' אבא דרשי האי שבועת ה' תהיה בין שניהם ג"כ כר' אבא בין שניהם ולא בין היורשים ולמדנו מזה דאמרינן מתוך שאיל"מ.

ב) ובזה יש לבאר הא דאמרינן בב"ק דף ק"ו דאיתא שם אמר רב הונא אמר רב מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום ונשבע ובאו עדים פטור שנאמר ולקח בעליו ולא ישלם כיון שקבלו בעלים שבועה שוב אין משלמין ממון אמר רבא מסתברא מילתא דרב במלוה להוצאה ניתנה אבל פקדון ברשותיה דמריה קאי והאלקים אמר רב אפילו בפקדון דכי כתיב קרא בפקדון כתיב עכ"ל הגמ' שם, והדבר צריך ביאור מה היה סברת רבא לומר דדוקא גבי מלוה נאמרה הך מילתא דרב ולא לענין פקדון כיון דהאי קרא גבי פקדון כתיב ע"כ מוכרחים אנו לומר דגם לענין פקדון נאמרה הך מילתא דרב, ולכאורא יש לומר דהכי קאמר רבא מסתברא מילתא דרב במלוה ולא בפקדון היינו מצד הסברא בלא קרא כלל מסתברא מילתא דרב במלוה והיינו בלא שום קרא אבל מצד הקרא מוכרח לומר דרב איירי אפילו בפקדון משום דכי כתיב קרא בפקדון כתיב.

ג) אך המעיין שם בפירוש רש"י יראה שאי אפשר לפרש כן דז"ל רש"י על הגמ' דשם מסתברא מילתא דרב במלוה דלהוציאה ניתנה, כתב רש"י וז"ל דלהוציאה ניתנה ובעיא תשלומין ואיכא למימר דבשבועה איפטר ליה מתשלומין כדכתיב ולא ישלם אבל פקדון ברשותיה דמריה קאי ואין כאן ולא ישלם דהא כל היכא דאיתא דמריה הוא עכ"ל רש"י הרי חזינן דבלאו קרא לא הוה ידעינן דשבועה קונה אפילו במלוה רק מקרא דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם מזה ילפינן דשבועה קונה במלוה דכיון דמלוה להוצאה ניתנה ולא רמיא על הלוה רק חיוב תשלומין וזה ידעינן מקרא שהשבועה יש בכחה לפטור את האדם מחויב תשלומין אבל אין בכח השבועה להוציא חפץ בעין מרשות ראובן וליתנו לשמעון לכן בפקדון כיון דכל היכא דאיתא ברשותיה דמריה קאי אין שבועה קונה משום דלא ילפינן מקרא דלקח בעליו ולא ישלם רק שהשבועה יש בכחה לסלק חיוב תשלומין מאדם ולפוטרו אבל אין בכח השבועה להוציא חפץ בעין מרשות ראובן וליתנו לשמעון לכן אין שבועה קונה בפקדון וכיון דהא דשבועה קונה אפילו במלוה לא ידעינן אלא מקרא ובלא קרא לא ידעינן מאומה א"כ מה שייך לומר מסתברא מילתא

דרב במלוה כיון דהקרא בפקדון כתיב א"כ ידעינן ממילא לפוטרו אפילו בפקדון כיון דהקרא בפקדון כתיב ואיך שייך לומר מסתברא על זה.

ד) **והנה** לכאורא יש להקשות איפכא דאע"ג דהאי קרא גבי פקדון כתיב מ"מ עדיין יש מקום לומר דדוקא במלוה שבועה קונה ולא בפקדון לפי טעם החילוק שנראה מדברי רש"י שיש חילוק בין מלוה לפקדון דבמלוה כשאדם מלוה מעות לחבירו אפילו אם המעות עדיין הם בעין ביד הלוה נמי לא אמרינן שעצם המעות שיש ביד הלוה הם של המלוה דכיון דמלוה להוצאה ניתנה כבר קנה הלוה את עצם המעות והרי הם שלו לכל דבר רק דרמיא חיובא על הלוה לשלם למלוה א"כ שייך שפיר למילף מקרא דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם דכיון שנשבע הלוה נסתלק מעליו חיוב התשלומין כדכתיב ולא ישלם דמשמע מינה שהשבועה מסלקת את חיוב התשלומין, אבל גבי פקדון אם ראובן הפקיד חפץ ביד שמעון לא שייך לומר ששמעון חייב בתשלומין אלא אמרינן שגוף החפץ שמונח ביד שמעין הוא של ראובן א"כ כשנשבע שמעון אם נימא שבועה קונה היינו ששמעון נפטר ע"י שבועתו להחזיר את החפץ לראובן, א"כ נצטרך לומר שהשבועה יש בכחה להוציא חפץ של ראובן מרשותו ולהכניסו לרשות שמעון וזה לא נוכל למילף מקרא דכתיב ולא ישלם דלא נוכל למילף משם אלא שהחיוב תשלומין שהיה על שמעון זה יש בכחה של השבועה לסלק מעליו אבל לא ידעינן מקרא שיש בכח השבועה להוציא חפץ מרשות ראובן ולהכניסו ברשות שמעון עיין ברש"י ותראה שכן מוכח מדבריו.

ה) **והנה** בקרא דשומר שכר נאמר כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ולקח בעליו ולא ישלם ע"כ הרי איירי הקרא שהבהמה כבר נשברה או נשבה או מתה לפי דברי הנפקד רק שתובע ממנו שמא מתה הבהמה בפשיעה וחייב לשלם או שמא שלח בו יד ונתחייב אפילו באונס כמו שפירש"י או שמא אכל את הפקדון כמו שפירשו התוס' א"כ בפקדון כזה אם אפילו באו עדים אח"כ שפשע או ששלח בו יד מקודם או שאכלו אין על הנפקד רק חיוב תשלומין לשלם להמפקיד, א"כ תימה מאי קאמר רבא והאלקים אמר רב אפילו בפקדון והיינו אם אפילו הפקדון הוא בעין כמו שפירש"י מ"מ יש כח ביד השבועה להוציא את החפץ מרשות ראובן וליתנו ליד שמעון משום דכי כתיב האי קרא בפקדון הוא דכתיב, והלא בקרא לא נאמר רק בפקדון שכבר נשבר או מת או אכלו שאינו בעולם ולא נשאר על הנפקד רק חיוב תשלומין ואז שפיר יש בכח השבועה לסלק מעליו את חיובו כדכתיב ולא ישלם אבל אם הפקדון

הוא בעין ביד שמעון מנין לנו שיועיל שבועת הנפקד להוציא את החפץ מרשות ראובן ולהכניסו לרשות שמעון ע"י שבועתו של שמעון שנשבע לשקר זה לא שמעינן מקרא אפילו אחרי שידעינן דקרא איירי בפקדון, ואכתי איכא למימר דדוקא במלוה שבועה קונה ולא בפקדון דאיתא בעין, שוב ראיתי בהגהות הרש"ש ב"ק דף ק' שהרגיש בקושיא זו והניח בקושיא ע"ש.

ו) **ונראה** לתרץ דהנה שם בקרא (שמות כ"ב) נאמר בזה הלשון ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ולקח בעליו ולא ישלם ע"כ ומסוף האי קרא דכתיב ולקח בעליו ולא ישלם דריש רב מזה דשבועה קונה כמו שהבאנו לעיל ומתחלת אותו פסוק בעצמו דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם מזה דרשינן בשבועות דף מ"ז בין שניהם ולא בין היורשים היכי דמי אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך ואמר ליה חמשין אית ליה וחמשין לית ליה מה לי הוא ומה לי אבוה אלא לאו דאמר ליה מנא לאבא ביד אביך אמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא עכ"ל הגמ' ע"ש דיליף הגמ' מזה דאמרינן מתוך שאיל"מ, והנה האחרונים הביאו קושיא בשם מקשין העולם (עיין חו"מ ריש סימן ל"ט) בקצוה"ח ובנתיבות והביא ג"כ בשם התומים ועיין משכנות יעקב חלק חו"מ (סימן ל"ב) שהקשו ממה נפשך היכי איירי ומה תובע מיניה אם תובע ממנו קרקע הלא קי"ל דאין נשבעים על הקרקעות וכיון דאין נשבעים על הקרקעות לא שייך כאן שום שבועה כלל ולא שייך ג"כ לומר מתוך שאיל"מ כיון דאיירי בקרקעות ואי איירי שתובע ממנו מטלטלים הלא קי"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב א"כ אם אפילו יודו היתומים שאביהם חייב מנה לפלוני ג"כ פטורים הם מלשלם משום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב א"כ לא שייך לומר גבי יתומים שישבעו או לומר מתוך שאיל"מ כיון דאפילו אם יודו ג"כ הם פטורים מלשלם.

ז) **והנה** אם נאמר דשיעבודא דאורייתא יש לתרץ בזה כמה תירוצים א) יש לומר דאיכא כמה ראשונים דס"ל דלמ"ד שיעבודא דאורייתא חייל שיעבודא מדאורייתא על המטלטלין כמו על הקרקעות ולדידהו מטלטלי דיתמי משתעבדי לבעל חוב כמו הקרקע וכ"כ הרמב"ן במלחמות בפסחים דף ל"א בסוגיא דלמפרע הוא גובה ועיין רשב"א בחידושיו לקידושין בסופו, ועוד אפילו אם נימא כשיטת הפוסקים דס"ל דאפילו אי שיעבודא דאורייתא מ"מ אין המטלטלין משועבדים מדאורייתא עיין במפרשים ובתומים דכתבו שכן הוא דעת רוב הפוסקים שאין השיעבוד חל על מטלטלין מדאורייתא.

ח) מ"מ יש לתרץ דאיירי כגון ששיעבדו בפירוש את המטלטלין ובמקום ששיעבדו בפירוש יוכל היות דחייל שיעבודא על המטלטלין אפילו אם שיעבדו המטלטלין לבד בלא קנין אגב קרקע ג"כ חייל שיעבודא על המטלטלין, עיין בגיטין דף נ' דמשמע שם שאם שיעבד לו בפירוש מהני מדאורייתא למ"ד שיעבודא דאורייתא ע"ש לענין שטר היוצא על היתומים וכתוב שם בפירוש שיגבה מן העידית ואמר רבא על זה דכיון דדיניה מדאורייתא בעידית אפילו מיתמי נמי וכתב שם רש"י וז"ל כיון דדיניה מדאורייתא בעידית שהרי שיעבדה לו ונעשה קרקע זו ערב למלוה וערב משתעבד מן התורה דכתיב אנכי אערבנו עכ"ל רש"י והתוס' כתבו שם וז"ל נראה דסבר שיעבודא דאורייתא עכ"ל התוס' ע"ש א"כ יוכל היות גם במטלטלין אם שיעבדו בפירוש ג"כ מהני שיעבודיה מדאורייתא כמו לענין קרקע דאע"ג שאם לא שיעבדיה בפירוש לא היה גובה מן העידית רק מן הזיבורית מ"מ אם שיעבדו בפירוש את העידית מועיל לגבות מן העידית א"כ לענין מטלטלין נמי איכא למימר כן דאע"ג שאם לא שיעבדו בפירוש את המטלטלין אין המטלטלין משועבדים מדאורייתא מ"מ אם שיעבד לו בפירוש את המטלטלין יוכל היות שחל עליהם השיעבוד מדאורייתא.

ט) ועוד יש לומר כמו שתירץ הר"ן מביאו הקצוה"ח ריש סימן ל"ט ס"ק א' דאיירי ששיעבד לו מטלטלין אגב קרקע דבאופן זה משתעבדי ג"כ מטלטלי דיתמי ואפילו הכי נשבעין עליהם דמטלטלין הם.

י) עוד יש לתרץ דאע"ג דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח מ"מ איכא מטלטלי טובי דגבי אפילו מיתמי כדאמרינן בכתובות דף ס"ז הני ארנקי דמחוזא אשה גובה פרנא מהם מאי טעמא אסמכתייהו עלייהו וכן כל אינך דחשיב שם בגמ' וכמו שפירש"י ותוס' שם שגובה הכתובה מהם אפילו מן היתומים משום דאסמכתייהו עלייהו אלמא דהיכא דסמיך דעתו על המטלטלין משתעבדי גם מטלטלי דיתמי ויוכל היות דמדאורייתא משועבדים מטלטלים כאלה וקרקע הם לענין לגבות מיתומים אבל לענין שבועה בודאי נשבעים עליהם.

יא) עוד יש לתרץ דלמ"ד תלוש ולבסוף חברו כתלוש הם לענין שבועה כדאיתא בחו"מ סימן צ"ה ולענין שיעבוד בודאי כמקרקעי דמי וגובים מיתומים דאפילו שכירות בתים הם כקרקע כדאיתא בב"ב דף ס"ז ובכתובות דף ס"ט וכן איצטרובלי דריחיא ג"כ הוא תלוש ולבסוף חיברו וכן הוא בשו"ע אה"ע סימן קי"ג ועיין מ"א סימן תרל"ז לענין תלוש ולבסוף חיברו ובביאור הגר"א סימן צ"ה ע"ש, א"כ יש למצוא שתובע ממנו דבר תלוש ולבסוף חיברו שנשבעים עליהם וגובים מן המטלטלין של היתומים.

יב) ואפילו אם נימא דשיעבודא דעלמא לאו דאורייתא מ"מ אם נימא דמלוה הכתובה בתורה הוא מדאורייתא יש לומר דאיירי שתובע ממנו מלוה הכתובה בתורה דחייל עליה שיעבודא מדאורייתא ואפילו על המטלטלין חייל שיעבודא כמו שכתבנו לעיל.

יג) אך אם נימא דשיעבודא לאו דאורייתא לא משכחת לה שיהיו היורשים מחויבים לשלם את חוב אביהם מדאורייתא ואפילו אם שיעבדו בפירוש ג"כ לא מהני כמו"ש התוס' בב"ב דף קע"ה ד"ה דבר תורה וז"ל שם דמ"ד לאו דאורייתא וכו' בשיעבוד לקוחות מיירי שמשועבדים אע"פ שכתב לו אחריות בהדיא לאו דאורייתא הוי האי קנין דמדאורייתא לא יוכל לשעבד בחובו את נכסיו וכו' אע"פ שיכול למוכרן עכ"ל וכ"כ הריטב"א קידושין דף י"ג וכתב הטעם משום דאין הקנאה לחצאין ע"ש פירוש דלא מצינו קנין בקרא רק קנין גמור שיהא החפץ או של ראובן לבד או של שמעון לבד אבל קנין חצאין לא אשכחן בקרא היינו שהחפץ יהא של ראובן ויהא משועבד לשמעון קנין כזה ליתא בדאורייתא הילכך למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אפילו שיעבדן בפירוש לא מהני, א"כ הדרא קושיא הנ"ל לדוכתיה מה דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין דמשמע דהיורשים פטורים משבועה אבל אם יודו מחויבים לשלם היכי משכחת לה למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא והלא היורשים פטורים מלשלם אפילו אם יודו ואיך שייך למעטן משבועה.

יד) ויש לנו הכרח לתרץ כמו שתירצו המפרשים דאיירי שתובע ממנו דבר בעין ואומר לו השתי הפרות האלה שלי הם כי אבי הפקידן ביד אביך, וזה משיב חדא ידענא דשל אביך הוא וחדא לא ידענא אם של אביך הוא או לא שמא אינן של אביך ומיירי שהפרה שהודה קטע לידה שמחויב לשלם לו מטעם מזיק את היזיקו דאי לאו הכי הוי לה הילך וכיון דלאו הילך הוא והוי מודה במקצת לכן אבוה כהאי גונא היה מחויב להחזיר את הפרה של הודאה מפני שהודה וגם הפרה השניה היה מחויב להחזיר משום דהוי מחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם, אבל היורשים אינן מחויבים רק להחזיר את הפרה שהודו אבל הפרה השניה פטורים הם מלהחזיר משום דלענין יורשים לא אמרינן מתוך שאיל"מ אבל אם היורשים היו מודים גם על הפרה השניה היו מחויבים להחזיר שתי הפרות כיון דשל הנפקד הם.

טו) היוצא מזה דלמ"ד שיעבודא דאורייתא האי קרא דכתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם וגו' ולקח בעליו ולא ישלם מוקמינן שפיר דאיירי שתובע ממנו דבר שאינו בעין ואע"ג דאיירי קרא בפקדון מ"מ יש לומר דדוקא במלוה שבועה קונה ולא בפקדון דפקדון דקרא איירי שנשבר או נשבה או מת שהחפץ אינו בעין ואין עליו אלא חיוב תשלומין אבל

בחפץ שהוא בעין אין כח בשבועה להוציאו מרשות ראובן ולהכניסו לרשות שמעון כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם אלמא שהשבועה יש בכחה לסלק חיוב תשלומין מאדם אבל בחפץ שהוא בעין לא נאמר בקרא שיהא כח להשבועה להוציאו מרשות לרשות, וכל זה הוא אם נאמר שיעבודא דאורייתא אבל אם נאמר שיעבודא לאו דאורייתא מוכרחים אנו לומר דקרא איירי שתובע ממנו דבר שהוא בעין כמו שכתבנו לעיל דאי לאו הכי ליכא חיוב תשלומין לגבי יורשים א"כ מוכרח הדבר לומר דאפילו בפקדון שהוא בעין ג"כ שבועה קונה, שהרי בקרא בפסוק אחד כתיב שבועת ה' תהיה בין שניהם וגו' ולקח בעליו ולא ישלם וכיון דרישא דקרא איירי בחפץ שהוא בעין א"כ גם סיפא דקרא איירי בזה שהחפץ הוא בעין ואפילו הכי שבועה קונה.

טז) וזה ידוע דרב ושמואל ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא כדאיתא בב"ב דף קע"ה ואפילו מלוה הכתובה בתורה משמע ג"כ דס"ל לרב ושמואל דלא חייל שיעבודא מדאורייתא שהרי בב"ב שם הקשו לרב ושמואל אמאי חייבים היורשים לשלם דמי שור לבעליו שהוא נזקים וכן בקידושין דף י"ג משמע בהדיא דשמואל ס"ל שגם מלוה הכתובה בתורה לא חייל שיעבודא מדאורייתא, ומשמע שגם רב סובר כן דרב ושמואל לא פליגי אהדדי בזה, דרב ושמואל דאמרי תרווייהו מלוה מלוה על פה אינו גובה לא מן היורשים ולא מן הלקוחות מאי טעמא שיעבודא לאו דאורייתא כן הוא לישנא דגמ' בב"ב דף קע"ה והוא ג"כ בקידושין דף י"ג אלמא דתרווייהו שוין הם רב ושמואל וכמו דשמואל סובר בפירוש גם במלוה הכתובה בתורה שיעבודא לאו דאורייתא כך ס"ל לרב ג"כ דשיעבודא לאו דאורייתא אפילו במלוה הכתובה בתורה דבזה לא פליגי רב ושמואל אהדדי עיין ש"ך ריש סימן ל"ט וע"ש בתומים.

יז) והנה רבא ס"ל שיעבודא דאורייתא כך כתבו התוס' בגיטין דף כ' ד"ה כיון דדיניה ע"ש וכן משמע בפסחים דף ל' לענין פלוגתא דאביי ורבא בבבעל חוב אי למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה דאביי ס"ל למפרע הוא גובה ואם אקדיש מלוה או זבין מלוה הוי הקדש או מכירה למפרע ורבא ס"ל מכאן ולהבא הוא גובה ולא חייל הקדשו או מכירתו של המלוה כיון דעדיין לא גבה והנה אביי דס"ל למפרע הוא גובה הוא בודאי ס"ל שיעבודא דאורייתא דאם אין שום שיעבוד למלוה על נכסי לוה קודם שיגבה איך יעלה על הדעת שיהא כח ביד המלוה להקדיש ולמכור קודם שיגבה כיון שאין לו למלוה שום שייכות אל נכסי לוה קודם שיגבה אלא ודאי ס"ל לאביי דשיעבודא דאורייתא וכיון שכן מוכח שגם רבא ס"ל, דשיעבודא דאורייתא דעד כאן לא פליג רבא עליה דאביי אלא דס"ל שהמלוה אינו יכול להקדיש ולמכור קודם שגבה מפני כי להקדיש ולמכור צריך

שיהא שלו ממש ולא סגי בקנין שיעבוד שהוא קנין חצאים אבל משמע דלא פליגי אביי ורבא בזה דס"ל לאביי שעבודא דאורייתא דאם ס"ל לרבא שיעבודא לאו דאורייתא ואין לו למלוה שום שייכות בנכסי הלוה קודם שיגבה א"כ לא שייך לומר שאין המלוה יכול להקדיש ולמכור קודם שיגבה דפשיטא הוא זה כיון שאין לו למלוה שום שייכות בנכסי הלוה קודם שיגבה מהיכא תיתי לומר שיהא ברשות המלוה להקדיש ולמכור כיון שאין לו למלוה שום שייכות ושיעבוד בנכסי הלוה אלא ודאי מוכרח הדבר לומר דס"ל לרבא ג"כ שיעבודא דאורייתא וקמ"ל רבא דאע"ג דנכסי לוה משועבדים למלוה מדאורייתא מ"מ אין המלוה יכול להקדיש ולמכור קודם שיגבה משום דבעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה וכל זמן שלא גבה המלוה אינו יכול להקדיש ולמכור דשלו ממש בעינן לענין הקדש ומכירה ולא סגי בקנין שיעבוד שהוא קנין חצאין.

יח) ובזה מתורץ הגמ' הנ"ל דב"ק ד' ק"ו מסתברא מילתא דרב במלוה דליתא בעין וליכא על הלוה רק חיוב תשלומין בזה דוקא שבועה קונה כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם וחזינן שיש בכח השבועה לסלק חיוב תשלומין מן הלוה ולא תקשי כלל דהאי קרא בפקדון כתיב כמו שכתבנו לעיל דקרא איירי בפקדון שנשבר או נשבה או מת ואין הפקדון בעין רק שתובע ממנו שפשע או נגנבה או שלח יד מקודם ויש עליו חיוב תשלומין ולא יותר לכן יש כח ביד השבועה לסלק מעליו את חיובו אבל בפקדון שהוא בעין אין כח ביד השבועה להוציא את החפץ מרשות ראובן וליתן לרשות שמעון דרבא כיון דס"ל שיעבודא דאורייתא מוקמינן לקרא דאיירי בפקדון שאינו בעין רק נשבר או מת כנ"ל, ומסיים רבא ואמר והאלקים אמר רב אפילו בפקדון כיון דרב לשיטתו ס"ל שיעבודא לאו דאורייתא א"כ תיקשי אמאי דרשינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים דכיון דשיעבודא לאו דאורייתא א"כ ליכא שיעבוד על היורשים לא במקרקעי ולא במטלטלין ולא שייך שום שבועה וחיוב ממון לגבי היורשים, וע"כ מוכרחים אט לומר דאיירי שתובע ממנו דבר שהוא עדיין בעין כמו שכתבנו לעיל, ועל זה נאמר ולקח בעליו ולא ישלם אלמא דאפילו כשתובע ממנו דבר שהוא פקדון בעין ג"כ שבועה קונה ויש כח ביד השבועה להוציא חפץ בעין מרשות ראובן ולהכניסו לרשות שמעון אליבא דרב דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא.

יט) וכל זה הוא כפי מה שכתבנו לעיל דגם רב ושמואל ס"ל האי דרשה דדרשינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים ולמדנו מזה דאמרינן מתוך שאיל"מ והא דמשמע בשבועות דף מ"ז דלא ס"ל לרב ושמואל האי דרשא דשבועת ה' תהיה בין שניהם היינו אליבא דר' מאיר אבל רב ושמואל בעצמם כר' יוסי ס"ל וכמו שכתבנו לעיל אבל אם

לא נימא הכי רק נימא כפשטות הדברים דרב ושמואל לא ס"ל האי דרשא דשבועת ה' תהיה בין שניהם נסתר כל דברינו אלה דליכא הוכחה כלל דרב ס"ל דולקח בעליו ולא ישלם איירי בפקדון דאיתא בעין משום האי דרשא דשבועת ה' תהיה בין שניהם כיון דלא ס"ל הך דרשא כלל ודברינו הוא לפי מה שכתבנו לעיל דגם רב ושמואל ס"ל האי דרשא דשבועת ה' בין שניהם.

פרק כב

א) והנה בגמ' ב"ק ד' ק"ז וב"מ ד' ו' איתא שלש שבועות משביעים אותו שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי וכן פסק הרמב"ם רפ"ד מהל' שאלה ופקדון וז"ל המפקיד אצל חבירו בחנם ונגנב או אבד הרי זה נשבע ונפטר שנאמר וגנב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ומגלגלין עליו בתוך השבועה שלא פשע אלא שמר כדרך השומרים ולא שלח בה יד ואחר נגנב שאם נגנב אחר ששלח יד בפקדון חייב באחריותו עכ"ל עיין בהרב המגיד ובש"ך סימן רצ"ו ס"ק ט' וסימן רצ"ד ס"ק ב' שפירשו את דברי הרמב"ם דהעיקר שבועה דאוריתא הוא שנגנב החפץ ואינו ברשותו והשבועה שלא פשעתי בה ושבועה שלא שלחתי בה יד אינה אלא ע"י גילגול של שבועה שאינה ברשותו, ולפי זה יש לתרץ בפשיטות הקושיא הנ"ל שהקשה הרש"ש מנא לן דאיירי בפקדון שהוא בעין דלמא איירי בפקדון שכבר נשבר או מת ואין הפקדון בעין רק שבאו עדים שפשע או שלח בו יד מקודם ועל זה נאמר ולקח בעליו ולא ישלם דשבועה קונה כהאי גונא, דאיכא למימר דס"ל לרבא אליבא דרב דמסתמא אעיקר שבועה קאי האי קרא דולקח בעליו ולא ישלם והיינו על השבועה שנשבע שאינה ברשותו ובאו עדים שהחפץ הוא ברשותו על זה קאי קרא דולקח בעליו ולא ישלם שלמדנו מזה דשבועה קונה אפילו כשהחפץ הוא בעין ולא קאי קרא על השבועה שלא פשעתי בה ושלא שלח בה יד שאינן באים אלא ע"י גילגול שבועה דשאינה ברשותו.

ב) אך אין הדבר מוסכם מכל הפוסקים דמדברי התוס' ב"מ ו' ד"ה שבועה משמע דדוקא שבועה שלא של בה יד הוא ע"י גילגול אבל השבועה שלא פשעתי בה הוא מעיקרי השבועות מדאורייתא שלא ע"י גילגול ולדברי ר"ת שפירש שבועה שלא שלחתי בה יד היינו שלא אכלה משמע שגם השבועה שלא שלח בה יד הוא ג"כ מעיקרי השבועות ושלא ע"י גילגול וכן כתב הרא"ש בפ' המפקיד סימן כ' בשם הירושלמי דשבועה שלא פשע הוא ג"כ מדאורייתא ומביאו מרן הרמ"א סימן רצ"ד ס"ב ע"ש שכתב שאם יש עדים שנגנב או נאבד ואינו ברשותו מ"מ צריך לישבע שלא פשע ומגלגלין עליו שלא שלח

בו יד אבל אם איכא עדים שלא פשע ונגנב או נאבד אינו צריך לישבע שלא שלח בו יד והיינו משום דס"ל דשבועה שלא פשעתי בה מחויב לישבע שלא ע"י גילגול רק הוא ג"כ מעיקר השבועה וכיון שכן יש לומר דולקח בעליו ולא ישלם שלמדנו דשבועה קונה קאי על השבועה שלא פשעתי בה שאין החפץ בעין ואין עליו אלא חיוב תשלומין אבל בחפץ בעין אין ללמוד דשבועה קונה, מ"מ יש לומר דס"ל לרבא אליבא דרב דולקח בעליו ולא ישלם דילפינן מזה דשבועה קונה קאי על כל השבועות האמורות בפרשה וכיון דהכל מודים דשבועה שאינה ברשותו הוא מדאורייתא ועל זה נאמר ולקח בעליו ולא ישלם יש ללמוד מזה דשבועה קונה אפילו בדבר שהוא בעין.

פרק כג

א) היוצא מזה דרב ס"ל דאפילו בפקדון שהוא בעין מ"מ מקרי תשלומין, לכן אף שלא למדנו מקרא דשבועה קונה אלא שהשבועה יש בכחה לסלק חיוב תשלומין מאדם ולא למדנו שהשבועה יש בכחה להוציא את החפץ מרשות ראובן ולהכניסו ברשות שמעון כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם מ"מ יש בכח השבועה להוציא אפילו פקדון שהוא ברשות ראובן ולהכניסו לרשות שמעון, ובאמת הדבר צריך ביאור איך נכלל חפץ בעין בחיוב תשלומין.

ב) ונראה ע"פ מה שכתבנו לעיל בשמעתתא דיאוש פרק ח' וט' דהנה הרמ"א בחו"מ סימן ל"ד ס"ז פסק דהחולק עם הגנב אינו נפסל לעדות כ"כ הרמ"א שם בשם הריב"ש וכן הבאנו שם שכן ס"ל למרן המחבר באו"ח סימן תרמ"ט ע"ש והיוצא משם שהגנב והגזלן הראשון שגנבו וגזלו מבית הבעלים דוקא הם עוברים בלא תגזול ונפסלים לעדות והוי מצוה הבאה בעבירה אם בירך על אתרוג כהאי גונא אבל אם איש אחר קנה מהם אפילו קודם יאוש הבעלים הראשונים מ"מ אין עובר בלא תגזול ואינו נפסל לעדות ולא הוי מצוה הבאה בעברה, וכתבנו שם שהטעם בזה הוא משום דכיון שהגזלן הראשון מחויב לשלם לבעלים הראשונים נמצא שהאדם הלוקח מן הגזלן ומן הגנב הוי כאלו גנב וגזל מן הבעלים חפץ לבד שאין בה שום שיווי כיון שהדמים דמי שיווי של החפץ משלם הגנב לבעלים הרי החפץ הוא לבעלים רק חפץ שאין בה שום שיוי כיון שכבר נתחייבו הגנב והגזלן לשלם את דמיו, לכן החולק עם הגנב אינו נפסל לעדות וגם אם לקח אתרוג כזה לא הוי מצוה הבאה בעבירה כיון שלא גנב מן הבעלים רק חפץ בלא שיווי דמים ובגזלה שאין שם שוה פרוטה אמרינן ג"כ דלא הוי גזלה א"כ כאן נמי כיון שאין שום שיווי בהחפץ הוי כחפץ שאין בו שוה פרוטה לכן הלוקח מהגנב אינו נפסל לעדות דהוי כמו שגזל מן הבעלים חפץ שאין בו שוה פרוטה עיין שם פ"ט אות ז' שכתבנו שמוכרח

הדבר לומר כי הגזלן תיכף שגזל את החפץ קנה תיכף את שוויו של החפץ והרי שוויו של הגזלן הוא לכן הלוקח מגזלן לא נפסל לעדות כיון דשוויו של החפץ של גזלן הוא ע"ש בשמעתתא דיאוש, ויש לומר דזהו טעמו של רב דכיון דקי"ל דכופר בפקדון נעשה עליו גזלן ומחויב באונסים כדאיתא שם ב"ק דף ק"ה ק"ו באותה סוגיא ומכ"ש היכא שנשבע לשקר דבודאי נעשה עליו גזלן ומחויב באונסים כן יש לומר דס"ל לרב דכיון שהגזלן הנפקד קונה את שוויו של החפץ תיכף בשעה שגזל ומחויב באונסים לכן כיון דשבועה קונה ומסלק את חיוב תשלומין מן האדם כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם א"כ נשאר השווי של החפץ של הגזלן והשבועה פטרה אותו מלשלם את השווי של החפץ שקנה דאם נימא דכיון שהשבועה פטרה את הגזלן מלשלם נפקע קנינו של הגזלן מהשיווי של החפץ ואין לו להגזלן הנפקד שום זכות וקנין בהחפץ א"כ לא שייך לומר שהשבועה פוטרתו מלשלם כיון שאין לו כלום אמאי ישלם אפילו אם השבועה לא יפטור אותו ג"כ אין לו לשלם כיון שלא קנה כלום אלא ודאי ס"ל שגם אחר השבועה ג"כ השיווי של החפץ הוא של הנפקד הגזלן, והשבועה פוטר אותו מלשלם דמי שויו של החפץ.

ג) **לכן** ס"ל לרב דאע"ג דגזלן דעלמא מחויב להחזיר את החפץ לבעלים כל זמן שהחפץ הוא בידו מ"מ בגזלן בזה שנעשה גזלן ע"י שבועתו ושבועה קונה אין הגזלן חייב להחזיר את החפץ אפילו כשהוא בעין, וטעם החילוק הוא דחפץ בעין לא מקרי רק כשהוא חפץ ויש בו גם שיווי זה מקרי חפץ במין ומחויב להחזיר לבעלים משא"כ חפץ אם אין בו שום שווי דמים לא מקרי חפץ בעין רק הוא כמאן דליתא כיון שאין בו שום שיווי לכן אינו חייב להחזיר לבעלים לכן בשאר גזלן דעלמא כיון שהוא מחויב בתשלומי החפץ שהרי מחויב באונסים לכן הוא מחויב להחזיר את החפץ לבעלים אם החפץ בעין שהרי יש בהחפץ גוף החפץ ושוויו של החפץ שהוא חיוב תשלומין לכן הוא מחויב להחדר את החפץ בעין דקרינן ביה והשיב את הגזלה אשר גזל שהרי יש בידו הגזלה חפץ בעין עם שוויו ומחויב להשיב לבעליו לקיים מה שנאמר והשיב את הגזלה אשר גזל.

ד) **משא"כ** במילתא דרב כיון דשבועה קונה ומסלק מהגזלן הנפקד את חיוב התשלומין שעליו נמצא שהגזלן הנפקד קנה את שוויו של החפץ בשבועתו אם אפילו נימא שיהא מחויב להחזיר את החפץ הבעין שבידו מ"מ שוויו בודאי קנה בשבועתו והמפקיד יצטרך לשלם לו דמי החפץ שכבר קנה הגזלן הנפקד בשבועתו וכיון שביד הגזלן הנפקד יש חפץ בלא שיווי מחשב החפץ כמאן דליתא ולא קרינן ביה והשיב את הגזלה אשר גזל כיון דהחפץ אינו שוה כלום לכן לא מקרי חפץ בעין ושבועה קונה דהחפץ כמאן דליתא דמי כיון שאין בו שום שיווי כלל לנגד הבעלים.

ה) **ועוד** דאי אפשר לעשות בענין אחר דאיך נעביד דאם נאמר שהנפקד הגזלן לא יקנה כלל בפקדון שהוא בעין ואפילו השיווי שבו לא יקנה זהו דבר שאי אפשר שהרי קי"ל שכל הגזלנים כיון שנתחייבו באונסים קונים את השיווי א"כ השיווי הוא של הגזלן וכיון שהשבועה מסלק חיוב תשלומין מהאדם הרי השבועה פוטרתו מלשלם דמי השיווי של החפץ, נמצא שהשיווו של החפץ הוא של הגזלן הנפקד, ואם נימא שהגזלן יקנה את השיווי של החפץ, והנגזל המפקיד יקנה את גוף החפץ, והיינו שהגזלן הנפקד יחזיר את החפץ לבעלים, והבעלים ישלמו להגזלן דמי שיווי של החפץ ונמצא שהגזלן קונה את השיווי והבעלים קונים את גוף החפץ, אך גם זה אי אפשר לומר כן שהרי לא למדנו מקרא, אלא שהשבועה מסלק את החיוב מהאדם אבל לא למדנו מקרא שיטול אדם מעות משום שבועתו, ואם נאמר שהגזלן הנפקד יחזיר את החפץ לבעלים והבעלים ישלמו לו ממון דמי החפץ א"כ מצינו שהאדם נוטל מעות ע"י שבועתו וזה לא שמענו מקרא לכן ס"ל לרב שמוכרח לומר שהחפץ הבעין נתבטל אל השיווי שלו דכיון שאין שום שיווי בהחפץ הבעין לכן נחשב החפץ הבעין כמאן דליתא וקנה הגזלן הנפקד גם את גוף החפץ.

פרק כד

א) **ובזה** שכתבנו יש לבאר הגמ' בסנהדרין דף ע"ב אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמים קננהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו אבל נוטל לא (והאלהים) אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימא הכא נמי ברשותיה קיימא ולא היא כי אוקמיה רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותא דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל עכ"ל הגמ' ופירש"י ולא היא מסקנא מילתא דרבא היא ולא היא לא מסתברא טעמא דרב בהא, א"כ משמע דאליבא דרב קאמר רבא לפי האמת כן דאפילו אם נטל ועדיין איתנהו בעין ג"כ הוא פטור מלהחזיר וראיתו של רבא דרב ס"ל כן הוא מזה מדחייב באונסין אלמא ברשותיה קאי ופטור מלהחזיר אפילו כי איתנהו בעין וכמו שאמר רבא בפירוש הטעם הזה, והדבר תימה מנא ליה לרבא לומר כן אליבא דרב שאין שום חילוק בין קנית גוף החפץ לחיוב אונסין, כיון דרבא בעצמו ס"ל שיש חילוק בין חיוב אונסים לבין לקנות גוף החפץ כמו שסיים רבא ואמר ולא היא כי אוקמיה רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לענין מיקנא ברשותיה דמרייהו קיימי אלמא ס"ל לרבא שיש חילוק בין חיוב אונסין לבין שיקנה את גוף החפץ, א"כ מנא ליה לרבא שרב לא ס"ל כן אולי גם רב ס"ל כן שיש חילוק בין חיוב

אונסין לבין קניית גוף החפץ, ומהיכן פשיטא ליה לרבא שרב אינו מחלק בין קניית גוף החפץ לחיוב אונסים.

ב) ועוד תימה כי נחלקו הראשונים בזה שדעת הרמב"ן במלחמות הוא דדוקא אם שיבר בעודו במחתרת הוא כטור מפני שעדיין יש עליו חיוב מיתה אבל אם הוציא את הכלים ממחתרת ושיברן אח"כ הוא חייב לשלם כמו דאמרינן ב"מ דף מ"ג וב"ק דף ס"ה האי מאן דגזל חביתא דחמרא מחבריה מעיקרא שויא זוזי ולבסוף שויא ד' ותבריה או שתייה משלם ד' משום דכיון דאי איתיה הדרא למרא בעיניה ההיא שעתא דקא שתי או דקא תבר קגזל מיניה, א"כ כאן נמי כיון שהוציא את הכלים ממחתרת ונפטר מחיוב מיתה יש לנו לחייבו בתשלומין על האי שעתא ששיברן אלא ודאי איירי ששיברן במחתרת כיון שהיה אז חיוב מיתה נפטר מתשלומין אבל אם שיברן אחר שיצא ממחתרת חייב בתשלומין, אבל דעת רש"י ותוס' והמאור הוא דאפילו אם שיברן אחר שיצא ממחתרת ג"כ הוא פטור ומדברי ה"ה משמע שכן הוא ג"כ דעת הרמב"ם כדעת רש"י דאפילו שיברן אח"כ הוא פטור, והדבר תימה מ"ש הך מילתא ממילתא דרבה ב"מ דף מ"ג דמחייבינן ליה בתברה או שתיה אע"ג דבשעה שגזל לא היה שוה אלא זוז א' מ"מ מחייבינן ליה ד' משום הגזלה של אחר כך דתבריה או שתיה א"כ כאן נמי יש לומר כן דאע"ג דבשעת שגזל היה במחתרת והיה עליו חיוב מיתה מ"מ יש לנו לחייבו בתשלומין משום השבירה של אחר כך דזהו מקרי ג"כ גזלה חדשה כמו במילתא דרבה.

ג) והבעל המאור כתב דאינו אלא חומרא בעלמא והיינו דמצד הדין אינו מחויב להחזיר אפילו אי איתנהו בעיניהו רק דרבנן החמירו כי איתנהו בעינייהו אבל אם שיברן לא החמירו רבנן ונשאר כפי הדין שהוא פטור לכן אפילו אם שברן אח"כ ג"כ פטור הוא דלא החמירו רבנן עלייהו רק כי איתנהו בעינייהו.

ד) אך הרמב"ן במלחמות כתב על זה וז"ל ומה שאמר בעל המאור ז"ל דבדמים קנינהו וכי איתנייהו דהדרי חומרא דרבנן הוא דברי הבאי הם שהרי מפורש בגמ' דכי אוקמינהו רחמנא ברשותיה הני מילי לענין אונסין אלמא מדינא דאורייתא הוא והרי דמוהו בפירוש לשואל עכ"ל הרמב"ן ובודאי קושיא עצומה היא זו על דברי הבעל המאור שכתב דמדינא מודה גם רבא דאפילו איתנהו בעינייהו קנה הגנב ורק משום חומרא דרבנן בעלמא קאמר רבא דהדרי דא"כ אמאי קאמר דכי אוקמינהו רחמנא ברשותיה הני מילי לענין אונסים וכו' מדקאמר רחמנא מכלל דמדאורייתא קאמר ולא משום חומרא בעלמא ועוד מדסיים מידי דהוה אשואל ובודאי בשואל מחויב להחזיר מדאורייתא אם החפץ הוא בעין א"כ משמע שגם בגנב במחתרת מחויב להחזיר מדאורייתא, וגם כולי מילתא דרבא

ודרב לא שייך אלא על הדין ולא על החומרא בעלמא חדא דאמר מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא מסתברא מילתא דרב לפוטרו ואם נימא דמדינא מודה גם רבא דפטור מלהחזיר אפילו נטל ואיתנהו בעין א"כ לא שייך לומר דמסתברא מילתא דרב דוקא כששיבר אבל נטל לא אדרבה הרי הסברא הוא דאפילו נטל ואיתנהו בעין ג"כ הוא פטור מלהחזיר רק דס"ל לרבא דרבנן החמירו כשנטל ואיתנהו בעין שחייב להחזיר אבל הסברא הוא לפוטרו גם אליבא דרבא אפילו אם איתנהו בעין, ועוד דמסיים (והאלהים) אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי ואם נימא דמשום חומרא בעלמא קאמר א"כ אפילו לפי מה דס"ל לרבא השתא אליבא דרב דמחויב באונסים יש ראיה שקונה קנין גמור מ"מ אינו ראיה רק אם נימא שנשאר הדבר כפי הדין ורבנן לא החמירו בזה כלל אבל אם נימא דרבנן החמירו עליו שיחזיר את החפצים אם הם בעין אין ראיה כלל לומר דכיון שחייב באונסים א"כ קונה קנין גמור ורבנן לא החמירו עליו דיוכל היות דאע"פ דמדינא קונה הבא במחתרת אפילו אם החפצים הם בעין מ"מ החמירו רבנן עליו שיחזיר החפצים לבעלים אלא ודאי דמילתא דרב ודרבא לא נאמרו משום חומרא בעלמא רק מדינא נאמרו מתחלתו ועד סופו א"כ נשארה הקושיא הנ"ל לשיטת רש"י ותוס' ובעל המאור וסיעתם דס"ל דאפילו אם שיברן אח"כ הוא פטור מ"ש מתברא או שתיה דמחייבינן ליה לשלם ד' משום השבירה ששיבר אח"כ אמאי לא חייב ג"כ כאן לשלם משום השבירה ששיבר לאחר שיצא במחתרת דנהי דעל הגנבה הראשונה הוא פטור משום דקי"ל בדרבה מיניה נתחייבו לשלם משום השבירה ששיבר לאחר שיצא ממחתרת שאין עליו חיוב מיתה כמו בתברה או שתיה דאע"ג דעל הגנבה הראשונה אינו חייב אלא זוז אחד מ"מ מחויב לשלם ד' משום השבירה של אח"כ ששוה ד' א"כ כאן נמי נחייב לשלם משום השבירה ששיבר אחר שיצא ממחתרת.

ה) **ונראה** לתרץ דהנה הטעם דפטרינן גבי בא במחתרת מתשלומין הוא משום דכיון שהוא חייב מיתה לכן פטור הוא מתשלומין כדילפינן מקראי או מכדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות או מקרא דכתיב ולא יהיה אסון ענוש יענש דמשמע שאם יהיה אסון לא יענש או מפסוק' אחרים וכדאיתא בכתובות (דף ל"ז) ובשאר דוכתי ולא ילפינן מקראי רק שהחיוב מיתה או החיוב מלקות יש בכחם לפטור את האדם מחיוב ממון אבל לא ילפינן מקראי שיהא בכחן של המיתה או של המלקות לקנות חפץ בעין של חבירו היינו לומר דכיון שהוא חייב מיתה אי מלקות לכן יכול להוציא חפץ בעין מרשות הבעלים ולקנותם כי זה בודאי לא אמרינן,

דבודאי אין בכח המיתה או המלקות רק לסלק מן האדם את חיוב התשלומין אבל לא לקנות את החפץ בעין.

ו) **וממילתא** דרב בב"ק דף ק"ו שהבאנו לעיל לענין שבועה קונה שמעינן מילתא חדתא דכיון דהגזלן מחויב באונסי הגזלה שגזל לכן קונה הגזלן תיכף את השיווי של החפץ כיון שהגזלן מחויב לשלם את השיווי שלה לכן נשאר החפץ נגד הבעלים כחפץ בלא שיווי וכיון דשבועה פוטר מחיוב תשלומין כדכתיב ולקח בעליו ולא ישלם אף שלא ידעינן מקרא שהשבועה יש בכחה להוציא את החפץ מרשות לרשות מ"מ קונה הגזלן הנפקד את החפץ הבעין משום דהחפץ הבעין כמאן דליתא דמי כיון שאין בו שום שיווי ועוד משום דאי אפשר באופן אחר כמו שכתבנו לעיל כיון דע"כ קונה הגזלן את השיווי של החפץ ואם נימא שלא יקנה הגזלן את החפץ בעין נצטרך לומר שהבעלים ישלמו להגזלן את השיווי של החפץ והרי נמצא שהשבועה מחייבת את הבעלים לשלם וזה לא למדנו מקרא אלא שהשבועה מסלקת את החיוב מהאדם אבל לא למדנו מקרא שהשבועה מחייבת את הבעלים לשלם.

ו) **א"כ** לענין בא במחתרת שמעינן ג"כ דס"ל לרב כן דכיון דסתם גנב או גזלן נתחייבו באונסי הגנבה והגזלה א"כ קט תיכף את השיווי של החפץ וכיון שהוא בא במחתרת ונתחייב מיתה והחיוב מיתה מסלק מן האדם את החיוב תשלומין ממילא קנה הגזלן את השיווי של החפץ ופטור מלשלם דמי השיווי משום דהחיוב מיתה פוטרתן. ומשו"ה קנה הגזלן גם את גוף החפץ אפילו החפצים שהם בעין מ"מ קנה הגנב הבא במחתרת משום דגוף החפץ הוא כמאן דליתא כיון שאין בו שיווי ונתבטל גוף החפץ אל השווי, ועוד דאם נימא שהגנב הבא במחתרת יחזיר לבעלים את החפץ הבעין משום דלא מצינו שהחיוב מיתה קונה את החפץ הבעין, א"כ נצטרך לומר שהבעלים מחויבים לשלם להגנב את דמי שיוויו של החפץ כיון שהגנב כבר קנה את השיווי של החפץ והחיוב מיתה פוטרתו מלשלם דמיו וזה אי אפשר לומר כן דאם כן נמצא שהחיוב מיתה מחייב את הבעלים לשלם ממון וזה לא למדנו מקרא כי לא למדנו רק שהחיוב מיתה פוטר מתשלומי ממון את האדם המחויב מיתה אבל לא למדנו שהחיוב מיתה יחייב לשלם ממון את אחרים, לכן לפי מה דס"ל לרב בב"ק דף ק"ו שהבאנו לעיל מוכרח הדבר לומר דאפילו אם החפצים הם בעין מ"מ פטור הבא במחתרת מלהחזיר לבעלים כי החפץ הבעין נתבטל אל השיווי והחפץ הוא כמאן דליתא.

ח) **אך** רבא לא ס"ל כן רק ס"ל לרבא דכיון דלא שמענו מקרא שהחיוב מיתה יש בכחה רק לסלק חיוב תשלומין מאדם אבל לא שמענו מקרא שהחיוב מיתה יש בכחה להוציא

את החפץ מרשות הבעלים ולהקנותו להעושה החיוב מיתה לכן ס"ל לרבא שהגנב מחויב להחזיר לבעלים את החפץ בעין, דס"ל שהחפץ בעין לא נתבטל אל השיווי של החפץ לכן אע"ג שהגנב קונה את השיווי ופטור מתשלומין שהחיוב מיתה פוטרתו מן התשלומין מ"מ ס"ל לרבא שהגנב מחויב להחזיר לבעלים את החפץ הבעין שאין החיוב מיתה מקנה חפץ בעין דס"ל שהחפץ בעין לא נתבטל אל השיווי, ואף דמים דמי החפץ אין הבעלים מחויבים לשלם לגנב הבא במחתרת, אע"פ שכבר קנה הגנב דמי השיווי של החפץ והיה ראוי לומר דנהי שהחפץ הבעין לא קנה הגנב מ"מ כיון שהיא קונה את השיווי של החפץ א"כ ראוי לומר שהבעלים ישלמו לו דמיו דמי השיווי של החפץ מ"מ ס"ל לרבא שהבעלים אינם חייבים לשלם להגנב כלל והטעם הוא כמו שכתבנו לעיל דכיון שלא למדנו מקרא רק דחיוב מיתה פוטר מתשלומין או שהשבועה פוטרת מתשלומין אבל לא למדנו מקרא שהחיוב מיתה יחייב את אחרים לשלם או שהשבועה תחייב את אחרים לשלם ואם נימא שהבעלים ישלמו להגנב הבא במחתרת או להנפקד הנשבע הרי נצטרך לומר שהחיוב מיתה יחייב את אחרים לשלם או השבועה תחייב את האחרים לשלם וזה לא למדו מקרא, לכן ס"ל לרבא כיון שהחפץ בעין לא נתבטל אצל השיווי ומחויבים להחזיר לבעלים את החפץ בעין לכן אין על הבעלים לשלם כלום דאם יתחייבו לשלם נמצא שהחיוב מיתה עושה חיוב על אחרים לשלם או שהשבועה עושה חיוב תשלומין על אחרים וזהו לא למדנו מקרא לכן ס"ל לרבא שהבא במחתרת וכן הנפקד הנשבע מחויבים להחזיר החפץ הבעין לבעלים ואין הבעלים משלמין להם כלום.

ט) היוצא מזה דרב ורבא תרווייהו ס"ל שהגזלן והגנב דעלמא קונין תיכף את השיווי של החפץ כיון שנתחייבו באונסי החפץ, אך בגנב הבא במחתרת או בגזלן שהפקידו אצלו וכפר ונשבע בזה נחלקו רב ורבא דרב ס"ל שגוף החפץ נתבטל אצל השיווי וגוף החפץ כמאן דליתא דמי, לכן ס"ל לרב שהגנב הבא במחתרת והנפקד הגזלן קונין גם את גוף החפץ אפילו אם הוא בעין משום דהחיוב מיתה או השבועה פוטרתו מלשלם דמי השיווי של החפץ לכן קונים הם את השיווי ונתבטל גוף החפץ אל השיווי, אבל רבא ס"ל שגוף החפץ לא נתבטל אל השיווי לכן כיון דלא למדנו מקרא שהחיוב מיתה יש בכחה רק לסלק חיוב תשלומין מאדם אבל אין בכח החיוב מיתה לקנות חפץ בעין לכן ס"ל לרבא לענין גנב הבא במחתרת שאם החפצים הם בעין מחויב הוא להחזיר את החפץ לבעלים כי אין בכח החיוב מיתה לקנות חפץ בעין וכן הנפקד הגזלן שנשבע ס"ל לרבא שאין השבועה פוטרתו רק כשאין הפקדון בעין כגון שנשבר או נשבה או מת אבל אם החפץ בעין אין השבועה פוטרתו כי אין בכח השבועה לקנות חפץ בעין ואפילו

השיווי של החפץ ג"כ אין הבעלים מחויבים לשלם משום ששבועה או החיוב מיתה אין בכחם רק לפטור ואין בכחם לחייב את הבעלים לשלם ואם הבעלים יצטרכו לשלם נמצא שיהא בכח השבועה ובכח החיוב מיתה לחייב את הבעלים לשלם, לכן נוטלים הבעלים החפץ בחנם ואינן צריכים לשלם כלום.

י) **ובזה** מיושבים דברי הגמ' דסנהדרין הנ"ל ד' ע"ב אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מאי טעמא בדמים קנינהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא (והאלהים) אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי ולא היא כי אוקמיה רחמנא ברשותיה לענין אונסין אבל לעני מקנא ברשותא דמרייהו קיימי מידי דהוה אשואל לענין הגמ'.

יא) **והנה** לעיל הקשינו מנ"ל לרבא שרב אינו מחלק בין חיוב אונסים לבין לקנות גוף החפץ והלא כיון דרבא בעצמו מחלק בין חיוב אונסים לבין לקנות גוף החפץ אולי גם רב ס"ל כן דאע"ג שהגנב חייב באונסים מ"מ אינו קונה קנין גמור, ובדברינו ניחא דהכי קאמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו בעין אבל נטל ואיתנהו בעין חייב להחזיר דהחיוב מיתה אינו מסלק רק חיוב תשלומין לשיטת רבא ואין בכח החיוב מיתה לקנות חפץ בעין לכן אע"ג שהבא במחתרת קונה את השיווי מ"מ גוף החפץ לא נתבטל אל השיווי וחייב להחזיר לבעלים ומסיים רבא ואמר (והאלקים) אמר רב אפילו נטל דאיתנהו בעין ג"כ אינו חייב להחזיר מפני דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותיה קיימי הכא נמי ברשותיה קיימי פירוש דהא אליבא דרב שמעינן בב"ק דף ק"ו שהחפץ בעין נתבטל אצל השיווי דכיון שהוא חייב באונסין קנה את השיווי של החפץ תיכף והחפץ בעין נתבטל אל השיווי לענין גזלן שקונה בשבועה א"כ גם לענין גנב הבא במחתרת ג"כ כיון שהגנב חייב באונסין קונה תיכף את השיווי של החפץ והחפץ בעין נתבטל אל השיווי לכן אינו חייב להחזיר לו אפילו אם החפץ בעין, ומסיים רבא ולא היא לא מסתברא טעמא דרב בהא דכי אוקמיה רחמנא ברשותיה לענין אונסים אבל לענין מיקנא ברשותיה דמרא קיימי מידי דהוה אשואל, וכן הוא שיטת רבא גם בב"ק דף ק"ו דנהי שהוא חייב באונסין וקנה את השיווי של החפץ מ"מ מחויב להחזיר את החפץ הבעין לבעלים משום דהחפץ הבעין לא נתבטל אל השיווי ונמצא דרב ורבא תרווייהו לטעמייהו אזלי כאן בסנהדרין כפי מה דס"ל בב"ק דף ק"ו, דתרווייהו חדא מילתא היא הפטור שהחיוב מיתה פוטר מתשלומין הוא כמו שהחיוב שבועה פוטר מתשלומין וכמו דס"ל התם כן ס"ל ג"כ הכא.

יב) ובזה יתורץ הקושיא שהקשינו לעיל לשיטת רש"י ותוס' ובעל המאור דס"ל דאפילו אם שברן לאחר שיצא ממחתרת ג"כ הוא פטור מלשלם מאי שנא מתברא או שתיה דקי"ל דמשלם ד' זוז אלמא אע"ג דבשעה שגזל לא היה שוה אלא זוז א' מ"מ מחויב הוא לשלם ד' משום הגזלה ששבר אחר כך דהרי אם איתא הדרי בעיניה א"כ כאן נמי נימא הכי דנהי דבשעה שגזל היה במחתרת והחיוב מיתה פטר אותו מתשלומין מ"מ יש לנו לחייבו על השבירה של אחר שיצא ממחתרת שהרי אם איתא הדרא בעיניה כי התם. ובדברינו ניחא דכיון דגם רבא ס"ל שהחיוב אונסים שחייב הגנב לשלם קונה הגנב בזה את השיווי של החפץ והחיוב מיתה מסלק את החיוב תשלומין שעליו ונמצא שהבא במחתרת כבר קנה את שיוויו של החפץ ואינו חייב לשלם דמים מפני שהחיוב מיתה פוטרתו, א"כ נהי דס"ל לרבא דכל זמן שהחפץ הוא בעין מחויב הגנב להחזיר לבעלים והוא מפני שהחיוב מיתה אין בכחו רק לסלק תשלומין מאדם ואין בכחו לקנות חפץ בעין, מ"מ היינו דוקא כל זמן שהחפץ הוא בעין אז מחויב הגנב להחזיר לבעלים אבל אם שיברן הגנב אפילו אם שיברן לאחר שיצא ממחתרת מ"מ פטור הגנב מלשלם ששיבר חפץ שאין בה שום שיווי כיון שהבא במחתרת כבר קנה את השיווי של החפץ א"כ אמאי ישלם ואין זה דומה למילתא דרבה דבתברא או שתיה משלם ד' דשאני התם שהרי שבר חפץ שיש בו גוף בעין וגם שווי לכן מחויב לשלם ד' השיווי של עכשיו משא"כ כששיבר לאחר שיצא ממחתרת שאין בהחפץ שום שיווי לכן כל זמן שהוא בעין הוא מחויב להחזיר לבעלים שהרי החפץ הוא של הבעלים שהגנב לא קנאו בחיוב מיתה אבל אם שבר את החפץ הוא פטור מלשלם כיון שהוא חפץ שאין בו לבעלים שום שיווי אמאי ישלם להם.

פרק כה

א) ובזה שכתבנו יש ליישב דברי התוס' ב"ק ד' י"א ד"ה אין שמין לא לגנב ולא לגזלן שכתבו וז"ל והיינו טעמא דגנב וגזלן קנו מיד כשהוציאו מרשות בעלים אבל מזיק לא נתחייב אלא כמה שהזיק והיינו טעמא דמ"ד אף לשואל שמין כיון דחייב באונסים נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן עכ"ל ודבריהם תמוהים מה שכתבו דהגנב והגזלן קנו מיד כשהוציא מרשות הבעלים, ומשמע דתיכף כשהוציאו מרשות הבעלים שגנבו או גזלו קנו תיכף וזהו בודאי ליתא דכל זמן שהחפץ בעין מודים כו"ע שמחויב להחזיר לבעלים, וע"כ לא פליגי תנאים ואמוראים אלא אי יאוש קונה או לא ואם שינוי קונה או לא כדאיתא בפ' מרובה ובפ' הגוזל קמא והגוזל

בתרא אבל בלא יאוש ובלא שינוי מודים כו"ע שהגזלן מחויב להחזיר את הגזלה אם היא בעיניה ואיך כתבו התוס' שהגזלן והגנב קנו מיד כשהוציאו מרשות הבעלים.

ב) ויותר תמוהים הם דברי התוס' הנ"ל מה שכתבו לענין שואל דכיון דחייב באונסים נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן, והלא השואל אין לו שום קנין בהחפץ השאול והרי הוא ברשות הבעלים לענין להקדישו ולמוכרו כדאיתא בריש פ' המפקיד שהגנב חפץ השאול מוד השואל מחויב לשלם כפל לבעלים ונקרא וגנב מבית האיש אבל אם לא היה ביד הבעלים להקדישו ולמוכרו לא היה משלם כפל לבעלים כדאיתא בב"ק ד' ס"ט ר' יוחנן סתמא אחריני אשכח וכ"כ התוס' שם ד' ע' ד"ה לא כתבינן, וכן לענין יוקרא וזולא ג"כ החפץ השאול עומד ברשות הבעלים ולא ברשות השואל, ואיך כתבו בהיפוך שהחפץ השאול קונה השואל מיד משעה שהוציאו מרשות הבעלים כיון שנתחייב באונסים והלא אין לו להשואל שום קנין בהחפץ השאול ועומד ברשות הבעלים להקדישו ולמוכרו ולענין יוקרא וזולא, דהגזלן והגנב נהי שאין להם קנין בהחפץ ואם הוא בעין מחויב הוא להחזיר לבעלים מ"מ יצא קצת החפץ מרשות הבעלים לענין שאין בידם להקדיש ולמכור וגם הגזלן יכול לקנותו ביאוש ושינוי רשות ושינוי מעשה אבל השואל אין לו שום קנין כלל ולא יצא החפץ לענין שום דבר מרשות הבעלים ואיך כתבו התוס' שהשואל קנאו תיכף משעה שהוציאו מרשות הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו גנב וגזלן.

ג) ובדברינו ניחא דלאו לענין גוף החפץ קאמרי התוס' רק לענין השיווי קאמרי התוס' דזהו קונים תיכף הגנב והגזלן והשואל דכיון שהם חייבים באונסי החפץ לכן הם קונים תיכף את השיווי של החפץ לכן כשנשבר צריך לשלם דמי החפץ ואין שמין את השברים לבעלים מפני כי השיווי של החפץ כבר היה של הגנב והגזלן והשואל ושלהם נשבר ולא של הבעלים לכן אין שמין אבל כל זמן שהחפץ הוא בעין בודאי מחויבים להחזיר לבעלים ואין להם שום קנין להגנב והגזלן והשואל בחפץ הבעין.

ד) **ומאן** דס"ל אליבא דרב דדוקא לגנב ולגזלן אין שמין אבל לשואל שמין צריך לומר דס"ל דאע"ג דהשואל נתחייב באונסין כמו גנב וגזלן מ"מ שאני שואל מגנב וגזלן שהרי בגנב וגזלן מלבד מה שנתחייבו הגנב והגזלן באונסין עוד יצא החפץ מרשות הבעלים לענין שאינו יכול להקדיש ולמכור ואם יתיאשו הבעלים יקנה הגזלן ביאוש או ביאוש ושינוי רשות או בשינוי מעשה לכן קונה הגזלן את השיווי שלו תיכף בשעה שגזל ובפרט אחר שנשבר החפץ ואיכא שינוי מעשה בודאי קונה הגזלן את השברים לכן אין שמין לגנב ולגזלן, משא"כ בשואל דאע"ג שחייב באונסים מ"מ כיון שאין להשואל בהם שום

קנין אחר רק מה שהשואל נתחייב באונסים אבל קנין אחר אין לו להשואל שהרי עדיין ביד הבעלים להקדיש ולמכור ולהפקיר ולא מהני יאוש ושינוי רשות לענין שואל לכן לא קנה השואל גם השיווי של החפץ לכן שפיר שמין לשואל, ותדע שהרי בד' צ"ד בב"ק משמע מהגמ' דהא דשמין לגנב ולגזלן או אין שמין תליא אם שינוי קונה או לא קנה ע"ש ולא שייך שינוי קונה רק בגנב וגזלן ולא בשואל.

פרק כו

א) והבא במחתרת ונטל כלים ועשה בהם שינוי מעשה ולא שיברן לגמרי נראה שדינו כשיברן דכיון דקי"ל שהגנב והגזלן קונים בשינוי מעשה והגזלה הנשתנית היא של הגזלן ורק דמים בעלמא חייב לשלם א"כ כיון שהמחתרת פטרה אותו מחיוב תשלומין א"כ הרי הוא נפטר לגמרי, ונפטר מלהחזיר את הגזלה הנשתנית דכבר הוא שלו דקנאה בשינוי מעשה וכדאמרינן כאן אין שמין לא לגנב ולא לגזלן מפני שכבר קנה אותם ונפטר מלשלם דמים שהחיוב מיתה פוטרתו שהחיוב מיתה פוטר מחיוב תשלומין וכן לענין שבועה קונה אפילו לסברת רבא דס"ל דהיכא שהחפץ הוא בעין אין השבועה פוטרתו מ"מ אם השומר לאחר שנשבע לשקר עשה בו שינוי מעשה שבועה קונה באופן זה אפילו אליבא דרבא משום דהחפץ הנשתנה כמאן דליתא דמי ולא נשאר עליו רק חיוב בעלמא והשבועה פוטרתו אפילו אליבא דרבא מחיוב תשלומין.

ב) וראיה לזה מהא דאמר רב פפא (בכתובות דף ל"ד ובב"ק דף קי"ב) היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת חייב שכבר נתחייב בגנבה קודם שיבוא לידי איסור שבת, היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור ע"ש ברש"י דלא גרסינן שאם אין גנבה אין טביחה ואין מכירה דבלאו הכי ליכא כפל בשומרים רק בטוען טענת גנב ונשבע ובשואל לא שייך כפל בטוען טענת גנב שהרי חייב לשלם את הקרן, אלא אקרן קאי שאם היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור מלשלם את הקרן משום דקים ליה בדרבה מיניה ומשמע שם דעל כל הפרה קאי שהוא פטור מלשלם, ואם נימא דשינוי מעשה נחשב לענין זה כמו שהחפץ הוא בעין א"כ אמאי אינו חייב להחזיר לבעלים את הפרה כמו שהיא שחוטה שהרי עדיין הבשר והעור בעין הם ואמאי יפטר מלהחזיר לבעלים את הפרה כמו שהיא שחוטה אלא ודאי דבשינוי מעשה נחשב שהחפץ אינו בעין ומשו"ה הוא פטור מלהחזיר לבעלים את הפרה השחוטה, וגם ממילתא דרבא ודרב בסנהדרין דף ע"ב משמע ג"כ דכששיבר פטור מלהחזיר לבעלים את השברים אפילו אליבא דרבא, שהרי רב אמר הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור, ורב איירי שהכלים הם בעין ואפילו הכי פטור הוא וא"כ בודאי פטור הוא מכלום ואינו מחזיר לבעלים מאומה כיון שהכלים הם בעין והוא פטור

מלהחזיר א"כ אינו מחזיר לבעלים מאומה, ורבא פליג עליה דרב כשהכלים הם בעין ומודה לרב כששבר את הכלים ומשמע דכששיבר את הכלים פוטר רבא לגמרי מלהחזיר לבעלים אפילו השברים אינו חייב להחזיר כמו שפוטר רב כשהכלים הם בעין שאינו מחויב להחזיר מאומה לבעלים כן ס"ל לרבא כששיברן שאינו מחויב להחזיר לבעלים מאומה אפילו השברים ג"כ אינו מחויב להחזיר והיא משום דקנה בשינוי מעשה, אלמא דשינוי מעשה נחשב כאלו אין החפץ בעין וכיון שנשברו הכלים ונשתנו מכמו שהיו לכן אין הגנב צריך להחזיר אפילו השברים לבעלים ולדעתי הדבר פשוט כמו שכתבתי ולא הוצרכתי לכתוב אלא מפני שראיתי בנה"מ שלא כתב כך בסימן שנ"א ע"ש.

פרק כז

א) **איתא** בב"מ דף ל"ה השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר אמר ר' יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזיר פרה לבעלים עכ"ל המשנה ובגמ' שם איתא אמר ליה רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קנה להאי פרה בשבועה ונימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא משתעינא דינא בהדי שואל אמר ליה מי סברת שוכר בשבועה הוא דקא קני לה משעת מיתה הוא דקני ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית עכ"ל הגמ' והדבר צריך ביאור למה לן שום קנין שיקנה השוכר או משעת שבועה או משעת מיתה תיפוק ליה דאפילו אם לא קנה השוכר כלל לא משעת מיתה ולא בשבועה ג"כ איתא להך דינא דמתניתין כמו שפירש"י במתניתין דכיון דהשוכר אינו חייב באונסין הרי נפטר השוכר מהמשכיר אבל השואל כיון שהוא חייב באונסין מחויב הוא לשלם לשוכר ולמה לן שום קנין כלל.

ב) **ונראה** ע"פ מה ששמעתי שהעולם מסתפקים אם ראובן הכניס את ביתו של שמעון בטטראכאוואיע אבשצעסטווא שיקבלו עליהם אחריות משרפה, וראובן בעצמו משלם להם בעד האחריות שהם מקבלים עליהם שאם ישרף ביתו של שמעון תשלם הסטראכאוואיע אבשצעסטווא, ואח"כ נשרף ביתו של שמעון שמעתי שהעולם מסתפקים למי שייך הכסף שהסטראכאוואיע אבשצעסטווא משלמין יש מקום לומר שהכסף שייך לראובן שהרי ע"י מעשיו וע"י השתדלותו הכניס את הבית הזה להסטראכאוואיע אבשצעסטווא שהם יקבלו עליהם את אחריות השרפה כי שמעון מצדו לא הכניס את ביתו להם שהם יקבלו עליהם אחריות השריפה וגם ראובן מכיסו משלם להסטראכאוואיע אבשצעסטווא בעד האחריות שהם מקבלים עליהם כשישרף הבית לכן יש לומר שהכסף שהם משלמין לאחר השרפה שייך לראובן, ויש מקום לומר

שהכסף שמשלמין הסטראכאוויע אבשצעסטווא שייך לשמעון כיון שהבית הוא של שמעון, והסטראחאוויע אבשצעסטווא כשהם משלמין בעד הבית הנשרף משלמין ולא בעד כסף האחריות, שהרי אם לא ישרף הבית לא ישלמו כלל אף שראובן משלם להם כסף האחריות, וכיון שהם משלמין בעד הבית הנשרף לכן שייך הכסף שהם משלמין לשמעון כי בעד הבית הוא עיקר תשלומיהם של הסטראחאוואיע אבשצעסטווא, ותשלומי ראובן שהוא משלם להסטראחאוויע אבשצעסטווא אינו אלא סבה וגרמא בעלמא דמשו"ה משלמין הסטראחאוויע אבשעצסטווא משום שראובן משלם להם, אבל הם משלמין בשביל ביתו של שמעון שנשרף לכן יוכל היות שהכסף שהם משלמין שייך לשמעון.

ג) **ומדברי** הגמ' הזאת יש להוכיח שהכסף שמשלמין הסטראחאווריע אבשצעסטווא שייך לשמעון, שהרי גם כאן הכניס השוכר פרתו של המשכיר כמו בסטראחאוואיע אבשצעסטווא במה שהשאיל השוכר את הפרה לאחר והשואל חייב כשמתה כדרכה והשוכר משלם לשואל מכיסו דמי האחריות שהרי השוכר כבר שילם למשכיר בעד המאה יום אשר שכר מהמשכיר ואותם המאה יום כולם או מקצתן נותן השוכר להשואל ובשביל זה מקבל השואל עליו חיוב אחריות של פרתו נמצא שהשוכר הכניס פרתו של המשכיר אצל השואל כמו בסטראכאוואיע אבשצעסטווא שיקבל עליו השואל האחריות של מיתה כדרכה ע"י מלאך המות וגם השוכר משלם מכיסו להשואל, ואפילו הכי חזינן דס"ל להגמ' דדוקא אם השוכר קנה לה להאי פרה או בשבועה או משעת מיתה דוקא משום זה השואל משלם לו לשוכר משום דכיון שהפרה היא של השוכר לכן השואל משלם ליה לשוכר משום שמשלם לו בעד פרתו של עצמו של השוכר אבל אם השוכר לא קני לה להאי פרה ואין הפרה בעצמה של השוכר אין השואל משלם לשוכר דנהי שהשוכר השתדל שהשואל יקבל עליו אחריות של מיתה כדרכה וגם השוכר מכיסו משלם להשואל שיקבל עליו אחריות מ"מ כיון דעכ"פ השואל משלם בעד פרתו של המשכיר לכן שייך הכסף להמשכיר כמו שכתבנו לעיל כיון שהסטראכאוואיע אבשצעסטווע משלמין בעד ביתו של שמעון לכן שייך הכסף לשמעון א"כ כאן נמי כיון שהשואל משלם בעד פרתו של המשכיר לכן שייך הכסף להמשכיר לזאת הוכרח הגמ' לומר שהשוכר קנה לה להאי פרה או משעת מיתה או בשבועה וכיון דהפרה של השוכר היא לכן השואל משלם לשוכר, אבל מה שהשוכר גרם שהשואל קבל עליו אחריות של מיתה כדרכה שאין זה אלא גרמא וסיבה שבשביל זה ישלם השואל ועיקר התשלומין בעד הפרה הוא או בעד הבית הנשרף והדבר תליא של מי היא הפרה של השוכר או

של המשכיר ושל מי הוא הבית של ראובן או של שמעון, ושם שהבית הוא של שמעון ואין לו לראובן שום קנין בהבית לכן שייך הכסף לשמעון וכאן שהשוכר קונה את הפרה שייך הכסף להשוכר כן יש להוכיח ממילתא דרבנן ובנידון דידן לענין בית בודאי אין לו לראובן שום קנין בביתו של שמעון דדוקא שוכר ששכר את הפרה ומשך אותה לקנין שכירות וכיון שהשוכר פטור ממיתה כדרכה ומשאר אונסים נמצא שבמשיכתו קונה אותה תיכף שאם תמות או תאנס תהיה כשלו ויפטור מתשלומיה לכן יש לו קנין להשוכר בהפרה משא"כ בבית שלא עשה ראובן שום קנין בביתו של שמעון לכן בודאי אינו קונה אותה ושייך הכסף לשמעון בעל הבית ולא לראובן.

ד) **וכן** ממילתא דר' יוסי יש להוכיח כן לכל הפירושים דהתוס' שם ד"ה תחזיר כתבו דמשו"ה ס"ל לר' יוסי תחזיר פרה לבעלים הראשונים משום דס"ל דשוכר לא קני אלא בשבועה ומשכיר אומר לו דל אנת ודל שבועתך ומשתעינא דינא בהדי שואל ע"ש בתוס' אלמא דס"ל לר' יוסי ג"כ דמשום זה שהשוכר גורם שהשואל ישלם כשמתה כדרכה משום זה עדיין לא זכי השוכר בדמי האחריות שמשלם השואל אע"ג שהשוכר עושה כל האחריות הזה של השואל שהרי במעשיו ובהשתדלותו גורם השוכר לזה שהשואל ישלם בעד הפרה כשמתה כדרכה וגם מכיסו משלם השוכר לשואל בעד קבלת האחריות מ"מ הכסף אינו שייך להשוכר לר' יוסי משום דס"ל דלא קנה השוכר קודם השבועה לכן אומר לו המשכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך אלמא שכל זמן שלא קנה השוכר את הפרה אינו מגיע לו דמי האחריות א"כ התם נמי אע"פ שראובן משלם להסטראכאוואיע אבשצעסטווא את השכר שיקבלו עליהם אחריות על אותו של שמעון מ"מ כיון שהבית בעצמו הוא של שמעון לכן מגיע כסף האחריות לשמעון שהוא בעל הבית ולא לראובן המשלם להסטראחאוואיע אבשצעסטווא שיקבלו עליהם האחריות.

ה) **וכן** ממה שכתבו הרא"ש ושאר פוסקים דטעמא דר' יוסי הוא משום דחשיב השוכר כאלו השאילו בשליחות המשכיר הלכך דין המשכיר עם השואל ע"ש ברא"ש גם מדבריהם יש להוכיח כמו שכתבנו דמה שהשוכר משלם לשואל ומשתדל שהשואל יקבל עליו אחריות של מיתה כדרכה לאו כלום היא ואין השואל מחויב לשלם בשביל זה לשוכר רק לבעל הפרה שהוא המשכיר א"כ גם בנידון ספיקתנו שראובן הכניס ביתו של שמעון בסטראחאוואיע אבשצעסטווא שיקבלו עליהם אחריות משרפה וראובן משלם להם שכר האחריות שהם מקבלים עליהם מ"מ כשנשרף הבית שייך הכסף לשמעון הבעל הבית ולא לראובן המשלם להסטראחאוואיע אבשצעסטווא את שכרם דאם נימא דהכסף ישלמו לראובן ולא לשמעון הבעל הבית משום שראובן עושה ומשלם

שכר האחריות לסטר' אב' א"כ כאן נמי אמאי לא ישלם השואל השכר לשוכר, נהי דחשיבי כאלו השאילו בשליחות המשכיר אבל מ"מ כיון דעכ"פ השוכר משלם להשואל ומשתדל שיקבל עליו השואל אחריות של מיתה כדרכה א"כ יש לנו לומר שהשכר ינתן לשוכר כמו ששייך השכר לראובן כשנשרף ביתו של שמעון משום שכרו שמשלם לסטראכאוואיע אבשצ' כן יש לנו לומר שהשכר שהשואל משלם כשמתה פרתו של המשכיר הוא שייך להשוכר בשביל שהוא משלם להשואל את שכרו שיקבל עליו אחריות על פרתו של המשכיר.

ו) **אלא** ודאי מוכרחין אט לומר דכסף תשלומי האחריות משרפה או ממיתה כדרכה זהו שייך להבעלים לבעל הבית שנשרף ביתו ולהמשכיר שהוא בעל הפרה ולא להמשלם להשואל ולהסטר' אבשצעס' שיקבלו עליהם את האחריות, וצריך לומר דס"ל להרא"ש וסיעתו דכיון דנחשב כאלו השוכר השאילו בשליחות המשכיר לכן לא קנה השוכר כלל לא משעת מיתה ולא בשבועה שהרי השואל קם במקום השוכר ונחשב השוכר כמאן דליתא ולא קנה השוכר כלל לא משעת מיתה ולא בשבועה לכן השואל משלם למשכיר דכיון דמה שהשוכר משלם להשואל ועושהו שיקבל אחריות זהו לאו כלום הוא כמו שכתבנו לעיל שאין הדבר תלוי רק אם השוכר קונה את הפרה או לא וכיון דנחשב דהשוכר משאילו בשליחות המשכיר ולא קנה השוכר את הפרה לכן השואל משלם למשכיר ולא לשוכר.

פרק כח

א) **עוד** כתב הרא"ש דהיכא דהמשכיר אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה להפרה ויהא דינך עם השואל ויהא דיני עמך כאלו לא יצאה מרשותך בזה מודה גם ר' יוסי שהשואל משלם לשוכר ולא לבעלים, וכן פסקו הטור ומרן המחבר בחו"מ סימן ש"ז ס"ה ע"ש וצריך לומר דס"ל להרא"ש והטור והשו"ע דכיון שאמר לו המשכיר לשוכר בפירוש אם תרצה תשאילנה ויהא דיני עמך ויהא דינך עם השואל אז קנה תיכף השוכר משעת מיתה ולא ס"ל להרא"ש כמו"ש התוס' דס"ל לר' יוסי דמשעת מיתה לא קנה ורק בשבועה קנה דאם נימא דס"ל להרא"ש כן דבשבועה דוקא קנה א"כ עדיין יכול המשכיר לומר להשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא אשתעינא דינא בהדי שואל אלא ודאי דס"ל להרא"ש דבאופן זה קנה השוכר משעת מיתה, ואולי כיון שאמר לו המשכיר בפירוש שיהא דינך עם השואל ויהא דיני עמך לכן לא יוכל לומר לו המשכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא אשתעינא דינא בהדי שואל כיון שאמר לו בפירוש שיהא דינו עם השוכר ולא עם השואל ויוכל להיות לפי זה שגם הרא"ש ס"ל כדברי התוס' לענין זה דר' יוסי ס"ל

דבשבועה הוא דקני לה ולא משעת מיתה והיינו באופן זה שפירש לו כנ"ל אבל בעלמא ס"ל להרא"ש דלא קנה כלל השוכר לא משעת מיתה ולא בשבועה וכמו שכתבנו לעיל.

ב) ומ"מ מסתברא דאפילו אם אמר ליה המשכיר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהא דינך עם השואל ויהא דיני עמך מ"מ אם הוה ס"ל להרא"ש דבשבועה דוקא קנה השוכר ולא משעת מיתה עדיין יכול המשכיר לומר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא אשתעינא דינא בהדי שואל דמה שאמר לו המשכיר לשוכר שיהא דיני עמך ודינך יהא עם השואל לא אמר לו רק שלא נאמר שהשואל עומד במקום השוכר והשוכר כמאן דליתא דמי וכמו דס"ל לר' יוסי באמת דהשואל עומד במקום השוכר לכן ס"ל לר' יוסי תחזיר פרה לבעלים לזאת פירש לו המשכיר בפירוש שהשואל לא יעמוד במקום השוכר רק שיהא דיני עמך ויהא דינך עם השואל היינו שהשוכר לא יהא כמאן דליתיה רק יהא דינו של משכיר עם השוכר והשואל עם השוכר כמו לרבנן דס"ל שהשואל אינו עומד במקום השוכר רק ס"ל שדינו של המשכיר עם השוכר ודינו של השוכר עם השואל ומ"מ פריך הגמ' לרבנן דאם נימא דאינו קונה משעת מיתה רק בשבועה קנה נימא ליה משכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ואנא אישתעינא דינא בהדי שואל ומוכרח הגמ' לומר דס"ל לרבנן דמשעת מיתה קנה, א"כ לר' יוסי נמי היכא דפירש ואמר לו המשכיר לשוכר יהא דיני עמך ודינך עם השואל יוכל היות שכונתו הוא שהשואל לא יעמוד במקום השוכר רק יהא דינו של משכיר עם השוכר כמו לרבנן וא"כ מוכרח לומר דס"ל להרא"ש דמשעת מיתה הוא דקנה ולא בשבועה לכן לא יכול המשכיר לומר לשוכר דל אנת ודל שבועתך אבל אי הוה ס"ל להרא"ש דבשבועה קנה יכול המשכיר לומר לשוכר דל אנת ודל שבועתך אפילו היכא דפירש ואמר המשכיר לשוכר יהא דיני עמך משום דהוה כמו לרבנן כנ"ל.

ג) היוצא לנו מדברינו דאפילו לדידן דקי"ל כר' יוסי דאמר תחזור פרה לבעלים הראשונים מ"מ איכא גונא ואופן דאפילו לדידן יהא דינו של המשכיר עם השוכר והשואל משלם לו לשוכר, והיינו לדברי הרא"ש והטור והמחבר היכא שפירש המשכיר לשוכר ואמר לו יהא דיני עמך ויהא דינו של השואל עמך, ולדברי התוס' דס"ל דטעמא דר' יוסי דאמר תחזיר פרה לבעלים הראשונים הוא משום דס"ל דבשבועה קנה ולא משעת מיתה ויכול המשכיר לומר לשוכר דל אנת ודל שבועתך ולכן כתבו התוס' שם דף ל"ה ד"ה תחזור פרה דהיכא שהמשכיר היה שם ויודע שמתה כדרכה והשוכר אינו צריך לישבע ואינו צריך להביא עדים שמתה כדרכה כיון שהמשכיר היה שם ואינו יכול לומר המשכיר לשוכר דל אנת ודל שבועתך וגם אינו יכול לומר דל עדים מכאן כיון שהמשכיר היה שם לכן מודה גם ר' יוסי שהשואל משלם לו לשוכר.

פרק כט

א) ונראה לי לחדש דבר מעתה דדוקא אם הבהמה מתה כדרכה אז ס"ל לרבנן והרא"ש והתוס' אליבא דר' יוסי שהשואל משלם לו לשוכר משום שאין הפרה בעין שהרי מתה ושייך לומר שהשוכר יקנה אותה וכיון שהפרה היא עכשיו של השוכר נמצא שהשואל כשמשלם להשוכר בשביל פרתו של שוכר משלם לו, אבל אם לסטים מזוין באו ונטלו את הפרה מיד השואל נהי דהוה אונס והשוכר פטור מלשלם להמשכיר והשואל חייב באונסין מ"מ בזה מודים כו"ע שהשואל משלם המשכיר משום דכיון שהפרה עדיין בעין ביד הליסטים מזוין וכל זמן שהפרה היא בעין לא שייך לומר שהשוכר יקנה אותה כמו שכתבנו לענין שבועה קונה ולענין מחתרת שכל זמן שהחפץ הוא בעין אין שום אדם יכול לקנות חפצי חברו שלא ברצון חבירו לכן הגנב והגזלן והנשבע לשקר והבא במחתרת אינם יכולים לקנות חפצי חבירו כל זמן שהם בעין וכיון שהשוכר אינו קונה את גוף הפרה לכן משלם השואל להמשכיר כמו שכתבנו לעיל לענין אם ראובן משלם לסטראחאוואיע אבשצעסטווא בעד ביתו של שמעון שיקבלו עליהם אחריות השרפה שייך כסף האחריות לשמעון בעל הבית ולא לראובן המשלם להם שכר האחריות כיון שראובן אינו קונה ביתו של שמעון בזה שמשלם האחריות בעדו לכן שייך כסף האחריות לשמעון א"כ כאן נמי כיון שהשוכר לא קנה פרתו של המשכיר לכן כסף האחריות שהשואל משלם שייך לבעל הפרה שהוא המשכיר ולא להשוכר שאינו קונה דבר שהוא בעין

ב) וכן בשומר חנם שמסר לשומר שכר ועייל בעידנא דעיילי אינשי ובא זאב וטרף ארי ודרס דקי"ל דשומר חנם פטור ושומר שכר חייב כדאיתא בחו"מ סימן רצ"א סעיף י"ב ובסימן ש"ג היינו שאם היה שם היה יכול להציל אז השומר שכר חייב ואפילו הכי השומר חנם פטור ע"ש באופן כזה נראה לי דס"ל לרבנן שהשומר חנם נשבע ונפטר והשומר שכר משלם לשומר חנם וכן אם היה כנידון התוס' שהבעלים יודעים דעל בעידנא דעיילי אינשי והזאב והארי טרפוה כנ"ל או אם היה כנידון דהרא"ש שהבעלים אמרו להשומר חנם דיני עמך ודינך עם השומר שכר מודה גם ר' יוסי שהשומר שכר משלם להשומר חנם והשומר חנם מרויח כיון שאין הפרה בעין ושייך לומר שהשומר חנם יקנה אותה במיתתה לכן שייך הכסף להשומר חנם אבל אם נגנבה הפרה או נאבדה כיון שהפרה היא בעין ביד הגנבים או במקום שהיא אבודה שמה ולא שייך לומר שהשומר חנם יקנה אותה כמו שכתבנו לעיל דבדבר שהוא בעין לא יוכלו לקנות חפצי חבירו שלא מדעתו לכן השומר שכר משלם להבעלים ולא להשומר חנם.

ג) **ונראה** דהיינו דוקא באופן שכתבנו שבא זאב וטרף ובא ארי ודרס אבל באו גנבים וגנבוה מבית השומר שכר או שבאו ליסטים מזוין ונטלו מן השואל אפילו אם מתה הבהמה אח"כ בידי הגנבים או שמתה הבהמה בידי הליסטים מזוין אשר אנסוה מיד השואל מ"מ מחזירים הכסף לבעלים ולא שייך הכסף לשומר חנם או לשוכר, דכיון דבעת שנטלוה הגנבים או הליסטים מזוין על האי שעתא בא החיוב תשלומין על השומר שכר או על השואל ובההיא שעתא עדיין הפרה היא בעין ביד הגנב וביד הליסטים מזוין ועדיין לא יכלו לקנותה השומר חנם או השוכר כיון שהפרה היא בעין ביד הגנב כמו שכתבנו לעיל דבדבר שהוא בעין אין אדם יכול לקנות החפצים של חבירו שלא מדעתו וכיון דבשעת חיובם של השומר שכר והשואל עדיין הפרה היא בעין והשומר חנם והשוכר לא קנאו אז את הפרה לכן שייך התשלומין לבעלים הראשונים לכו"ע כמו שכתבנו לעי דכיון שאין להם קנין להשוכר או להשומר חנם בגוף הפרה אי חיוב התשלומין שייך להם.

ד) **ונהי** דאח"כ מתה הבהמה ביד הגנב או ביד הליסטים מזוין מ"מ המיתה הזאת אינה מעלה ומורדת כי אין המיתה הזאת גורמת שום חיוב או פטור על השומר שכר או על השואל וכדאמרינן בב"מ (דף ל"ו) דאי שבקה מלאך המות בביתא דגנבא הוי קיימא אלמא אע"ג דאילו מתה הבהמה קודם שגנבה הגנב היה פטור השומר משום דמלאך המות מה לי הכא ומה לי התם מ"מ אם הבהמה נגנבה ואח"כ מתה חייב השומר לשלם משום דהחיוב כבר בא על השומר משעת הגנבה דאמרינן אי שבקה מלאך המות בביתא דגנבא הוה קיימא ולא משגחינן על המיתה שמתה הבהמה אח"כ א"כ כאן נמי כיון שהחיוב בא על השומר שכר והשואל משעת הגנבה ובההוא שעתא עדיין הפרה היא בעין ולא קט אותה השומר חנם והשוכר נמצא שהתשלומין שמשלמין השואל ושומר שכר משלמין הם בעד הפרה של הבעלים ולא בעד הפרה של השומרים הנ"ל לכן שייך התשלומין לבעלים, ומה איכפת לן מה שמתה הבהמה אח"כ ביד הגנב והלא התשלומין לאו על שעת מיתת הבהמה באים ולא חליפי מיתתה הם כי המיתה איננה מעלה ומורידה כלל והתשלומין הם באים על שעת הגנבה ואותה שעה הבהמה של הבעלים הם והתשלומין הם חליפי פרתם של הבעלים לכן שייך הכסף לבעלים ולא לשומר חנם ולשוכר.

ה) **וראיתי** בס' פני יהושע שנסתפק בזה בשומר חנם שמסר לשומר שכר ונגנבה או בשוכר שמסר לשואל ונטלוה לסטים מזוין אם מודי רבנן דלא אמרינן בזה השואל משלם לשוכר או השומר שכר ישלם לשומר חנם, ונפקא מינה לדידן לשיטת התוס' כשיודעים

הבעלים או כשהתנה כדברי הרא"ש ע"ש בפ"י שהניח הדבר בצ"ע לדינא וטעם ספיקו כתב שם וז"ל ומיהו איכא למימר דדוקא במתה שאינה בעולם וכו' משא"כ בננבה דאע"ג דשומר חנם פטור מגנבה מ"מ עדיין שם בעלים הראשונים עליה כל היכא דאיתה ביד הגנב שאם יוכר הגנב תחזיר הפרה לבעלים ואם כן השתא נמי שמשלם השומר שכר חליפי הפרה שהיא ביד הגנב נקנית הפרה לשומר שכר ואם כן המעות חוזרים לבעלים הראשונים ולא לנפקד עכ"ל הפ"י וכונתו ע"פ מה דאיתא בריש פרק המפקיד שאם שילם השומר לבעלים אם אח"כ נמצא הגנב משלם הגנב הקרן והכפל לשומר לכן מספקא ליה להפנ"י לומר שדמי תשלומי חליפי הפרה שמשלם השומר שכר שייך לבעלים ולא להשומר חנם שהרי אלמלא לא שילם השומר שכר ונמצא הגנב תחזיר הפרה לבעלים, ועכשיו ששילם השומר שכר שייך הפרה ונקנית לשומר שכר ע"י דמיו שמשלם השומר שכר לכן שייכים מעות התשלומין לבעלים שהתשלומין הם חליפי פרתו של הבעלים שהרי השומר שכר קונה ע"י התשלומין האלה את פרתו של הבעלים לכן התשלומין של הבעלים הם שהתשלומין הם חליפי פרתו של הבעלים ע"ש בס' פ"י

ו) **ודבריו** תמוהים דלא אמרינן בריש פ' המפקיד כשנמצא הגנב משלם תשלומי הקרן והכפל לשומר רק אם השומר שילם לבעלים אז שייך הקרן והכפל לנפקד משום דנעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמיני הרי פרתי קנויה לך מעכשיו או סמוך לגנבתי כדאיתא התם אבל אם השומר לא שילם לבעלים הראשונים כלום רק השומר שכר שילם לשומר חנם והשומר נשבע לבעלים ונפטר בודאי באופן כזה אם יוכר הגנב לא אמרינן שתהא הפרה לשומר שכר אלא בודאי תחזיר הפרה לבעלים הראשונים כיון שלא שילמו הקרן לבעלים וכיון שהשומר שכר לא קנה כלל את הפרה בתשלומיו והרי הפרה ברשות הבעלים כמו קודם התשלומין א"כ שפיר יש לנו לומר שהשומר שכר משלם לשומר חנם כמו שהשואל משלם לשוכר לרבנן או כשהתנה כדברי הרא"ש או שהיה יודע כדברי התוס' שהשואל משלם לשוכר אף כאן יש לנו לומר כן שהשומר שכר ישלם להשומר חנם כיון שלא קנה השומר שכר את פרתו של הבעלים וכן בשואל ונטלוה ליסטים מזוין ג"כ השואל ישלם לשוכר כיון שהשואל לא קנה כלל כנ"ל.

ז) **ועוד** דברי הפנ"י תמוהים איך נפקיע ממונו של השומר חנם והשוכר משום שמא ישתכח הגנב, והלא עכשיו עדיין לא נשתכח הגנב ושייך הכסף לשומר חנם ולא להבעלים, ואם ישתכח הגנב נוציא הכסף מהשומר חנם ונחזירם למקומם היינו להשומר שכר והגנב ישלם לבעלים או ישלם הגנב לדברי הפ"י להשומר שכר והשומר חנם ישלם

לבעלים אז כאשר נמצא הגנב אבל כל זמן שלא נמצא הגנב מדוע יופקע זכותו של השומר חנם.

ח) **ולדברינו** אין שום ספק בזה כמו שכתבנו דכיון שהחפץ הוא בעין בשעת הגנבה אין השומר חנם והשוכר יכולים לקנותו שלא ברצון הבעלים בשעת הגנבה וכשמשלמים השומר שכר והשואל בעד פרתו של הבעלים משלמים ולא בעד פרתו של השומר חנם והשוכר משלמים והוה כמו שהסטראכאוואיע הבשצעסטיוא משלמין בעד ביתו של שמעון שנשרף שכתבנו לעיל שהכסף שייך לשמעון מפני שהבית הוא שלו ולא שייך הכסף לראובן ששילם לסטראכאוואיע אבשצעסטווא בעד שמעון א"כ כאן נמי כיון שהפרה היא להבעלים ולא להשומר חנם ולהשוכר לכן שייך התשלומין לבעלים ולא להשוכר ולשומר חנם ואין שום ספק בדבר.

פרק ל

א) **והתוס'** בב"ק דף י"א ד"ה לא מיבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר כתבו וז"ל פירוש דפטור אם גנבה או נאבדה ומיהו שומר שכר כי משלם משלם לבעלים דאמרינן בהמפקיד (ב"מ ל"ו) דהלכה כר' יוסי דאמר איך הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו עכ"ל התוס' ומפשטות דברי התוס' האלה משמע שאם נגנבה או נאבדה מבית השומר שכר תליא במחלוקת דר' יוסי ורבנן ומשום דקי"ל כר' יוסי לכן משלם השומר שכר לבעלים ומשמע דלרבנן דפליגי עליה דר' יוסי השומר שכר משלם לשומר חנם אפילו בנגנבה או נאבדה שהפרה היא בעין ביד הגנבים או במקום שהיא אבודה שמה מ"מ השומר שכר משלם להשומר חנם לרבנן וזהו תיובתא לדברינו שכתבנו דהיכא דהפרה היא בעין ע"י גנבה ואבדה מודים גם רבנן לר' יוסי דאמרינן תחזור פרה לבעלים הראשונים ואפילו הבהמה מתה אח"כ מ"מ כיון דבשעת הגנבה היה החפץ בעין לכן אמרינן גם לרבנן תחזור פרה לבעלים הראשונים וכאן משמע מדברי התוס' דדוקא משום דקי"ל כר' יוסי לכן תחזור פרה לבעלים הראשונים אבל לרבנן משמע שהשומר שכר ישלם להשומר חנם אפילו בגנבה ואבדה שהבהמה היא בעין.

ב) **ויש** לומר דאיכא למימר בגנבה ואבדה שכתבו התוס' נכלל בזה גנבה ואבדה ממש שהחפץ הוא בעין וגם נכלל בזה ענינים אחרים שאין החפץ בעין רק דינם כגנבה ואבדה שהשומר שכר חייב והשומר תנם פטור כגון האי דאיתא בב"מ דף צ"ג שהבאנו לעיל לענין רועה שהניח עדרו ובא לעיר ונכנס בשעה דעיילי אינשי ובא זאב וטרף ארי ודרס שהשומר שכר חייב והשומר חנם פטור כדאיתא בחו"מ סימן רצ"א סעיף י"ב וסימן ש"ג סעי' י' או כגון שדחפה חדא לחברתה לנהר דמצי אמר ליה להכי יהבי לך אגרא לנטורי

לי נטירותא יתירתא או כגון כיוצא בזה שדינו כגנבה ואבדה דשומר חנם פטור ושומר שכר חייב ואין החפץ בעין לכן כתבו התוס' ברישא לענין שומר חנם שמסר לשומר שכר פטור אם נגנבה או נאבדה היינו בכל עניני גנבה ואבדה בין שהחפץ הוא בעין בין שהחפץ אינו בעין בכולם השומר חנם פטור וסיימו דשומר שכר כי משלם משלם לבעלים וכו' דהלכה כר' יוסי שתחזור פרה לבעלים הראשונים וכיון דקי"ל כר' יוסי לכן בכל עניני גנבה ואבדה בין שהוא בעין או שאינו בעין בכולם השומר שכר משלם לבעלים אבל לרבנן נהי שאם החפץ הוא בעין ג"כ תחזור לבעלים הראשונים אבל בגנבה ואבדה באופן כשאין החפץ בעין ס"ל לרבנן שהשומר שכר משלם לשומר חנם, והתוס' מילתא דפסיקא נקטו דמשום דקי"ל כר' יוסי לכן השומר שכר משלם לבעלים בכל אופן אפילו אם היה באופן שאין החפץ בעין אבל לרבנן יש חילוק בין שאם היה גניבה ואבידה ממש שהחפץ הוא בעין או שאם היה באופן שאין החפץ בעין רק שדינו כדין גנבה ואבדה שהשומר שכר חייב והשומר חנם פטור

ג) **עוד** יש לומר דמשו"ה נקטו התוס' לענין גניבה ואבדה דמשום דהלכה כר' יוסי לכן משלם השומר שכר לבעלים הראשונים דמשמע מזה דלרבנן לא יחזיר לבעלים הראשונים אע"ג שהחפץ הוא בעין והוא משום דאליבא דרבנן לא פסיקא להו להתוס' שישלם השומר שכר לבעלים הראשונים אפילו בגנבה ואבדה אע"פ שהחפץ הוא בעין משום דאליבא דרב דס"ל לענין שבועה קונה ולענין מחתרת דאע"פ שהחפץ הוא בעין מ"מ קונה אותו בשבועה ובחיוב מיתה של מחתרת ויוכל היות כי אליבא דרב יכול השומר חנם לקנות את הפרה משעת הגנבה ואבדה כמו משעת מיתה כיון דס"ל שיש קנין אפילו בחפץ בעין שלא מדעת הבעלים לכן כתבו התוס' מילתא דפסיקא משום דקי"ל כר' יוסי לכן תחזור הפרה לבעלים הראשונים אפילו אליבא דרב דס"ל דאפילו בדבר הבעין ג"כ שייך קנין דאם היה הלכה כרבנן אז היה אליבא דרב השומר שכר משלם לשומר חנם, ודברינו הוא אליבא דידן דקי"ל כרבא דלענין שבועה קונה ולענין מחתרת ליכא קנין בדבר הבעין שלא מדעת הבעלים לכן כתבנו דבגנבה ואבדה שהחפץ הוא בעין כו"ע מודים שתחזיר פרה לבעלים הראשונים אבל התוס' מילתא דפסיקא נקטו לכו"ע.

ד) **עוד** יש לומר דהא שכתבו התוס' דהלכה כר' יוסי אין כונתם דדוקא לר' יוסי משלם השומר שכר לבעלים הראשונים אבל לרבנן ישלם השומר שכר לשומר חנם דזה אינו לדברינו כיון דכאן איירו התוס' בדבר שהוא בעין בגנבה ואבדה ובדבר שהוא בעין מודים גם רבנן שתחזור הפרה לבעלים הראשונים ומה שכתבו התוס' דהלכה כר' יוסי קושטא

דמילתא קאמרי התוס' שהרי כן פסק הגמ' בב"מ דהלכה כר' יוסי, ורבותא קאמרי התוס' דכיון דקי"ל לקושטא דמילתא דהלכה כר' יוסי שתחזור פרה לבעלים הראשונים אפילו היכא שמתה הבהמה ואינה בעין מכ"ש כאן בגנבה ואבדה שהחפץ הוא בעין בודאי קי"ל לדידן שתחזור פרה לבעלים הראשונים, וא"כ השומר שכר משלם לבעלים הראשונים לדידן, ועיין פ"ת סימן ש"ז ס"ק א' בחו"מ מ"ש בשם השבו"י ע"ש.

פרק לא

א) כתב הרמב"ם בפ"ד מטוען הל' ד' וז"ל אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו כיצד מי שטען חברו ואמר ק' דינרים יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר אין לך בידי אלא חמשים שבשטר אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים בו ואפילו כפר בו היה חייב לשלם לפיכך נשבע היסת על החמשים עכ"ל וכתבו המפרשים שדעת הרמב"ם הוא דמשוה שאינו יכול לכפור הוי כמו הילך אע"ג דלא הוי שיעבוד קרקעות כגון שיש בו לו גם מטלטלין כמו שכתב הה"מ פט"ז מהל' אישות הל' כ"ה דכיון שתיקנו הגאונים שהכתובה נגבית מן המטלטלין חזרה כתובה שאינה כפירת שיעבוד קרקעות בלבד, דהיינו דס"ל להרמב"ם דשיעבוד קרקעות לא מקרי רק כשאינו גובה אלא מן הקרקע לבד אבל כשגובה מן המטלטלים ומן הקרקע לא מקרי שיעבוד קרקעות לכן דקדק הרמב"ם וכתב והרי כל נכסיו משועבדים בו היינו שגם המטלטלים משועבדים בו ולא הוי שיעבוד קרקעות ולא נפטר רק משום דכיון שאינו יכול לכפור הוי כהילך עיין מל"מ פ"ד מטוען הל' ד' מה שכתב בזה.

ב) והנימוק"י כתב בפ"ק דב"מ בסוגיא דהילך ד' ד' וז"ל אבל הרמב"ם כתב בפ"ד מטוען ונטען שאין מודה מקצת חייב עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו ולפי דבריו ז"ל הא דאיצטריך הכא לטעמא דשיעבוד קרקעות לר' חייא דאמר הילך חייב הוא דמצרכינן להכי ולדידיה דבר שאינו יכול לכפור בו כהילך הוא וחייב אבל לרב ששת דקי"ל כותיה דאמר הילך פטור ה"ה לכל דבר שאינו יכול לכפור בו דכהילך דמי ופטור ולא צריכי לטעמא דשיעבוד קרקעות עכ"ל וכ"כ הלח"מ שם בפ"ד מטוען וכ"כ שאר מפרשים וכן הרא"ש בפ"ק דב"מ סימן ו' כתב ג"כ לענין שטר שכתוב שם סלעים דינרים שאם הלוה אומר שתים ומלוה אומר חמש הלוה פטור משבועה משום דהוה ליה הילך דשטרא דקמודי ביה כהילך דמי או משום דהוי ליה כפירת שיעבוד קרקעות ע"ש וכ"כ הרא"ש בריש פ"ב דכתובות סימן א' דכל מקום שאינו יכול לכפור הוי כהילך ע"ש שכתב דאפילו לאחר שתיקנו הגאונים לגבות כתובה ממטלטלין ולא הוי שיעבוד קרקעות מ"מ אינו

נשבע משום שאינו יכול לכפור והוי כהילך ופטור משבועה ע"ש, ועיין ש"ך סימן פ"ח סעי' כ"ט ס"ק נ"א שהביא בשם כמה פוסקים דס"ל כן דכל מקום שאינו יכול לכפור כגון כתב יד שכתוב בו נאמנות הוי הילך ופטור משבועה.

ג) **והדבר** צריך ביאור אמאי נחשב שטר כהילך והלא קי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי כדאיתא בסוטה ד' כ"ה ובגיטין דף ל"ז ובשאר דוכתי בשלמא לב"ש דס"ל דשטר העומד לגבות כגבוי דמי יש מקום לומר דשטרא דקמודי ביה הילך הוא כיון דכגבוי דמי אבל כיון דאנן קי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לא הוי כגבוי אמאי נחשב כהילך כיון דעדיין מחוסר גוביינא לאו הילך הוא רק הוי כשאר חוב דעלמא דלאו הילך הוא.

ד) **ועוד** דאפילו לב"ש דס"ל שטר העומד לגבות כגבוי דמי משמע דלא אמרו אלא בשטר גמור שגובין בו מנכסים משועבדים ואי אפשר לו ללוה להבריח את נכסיו מהמלוה שלא יגבה אותם אבל כתב ידו של הלוה אפילו אם יש בו נאמנות ג"כ אין גובין ממשועבדים שטר כזה ס"ל גם לב"ש דלא הוי כגבוי כיון שהלוה יוכל להבריחם מן המלוה א"כ לא הוי כגבוי א"כ אמאי נחשב כהילך כתב ידו בנאמנות לדברי הרבה ראשונים עיין ש"ך סימן פ"ח ס"ק נ"א וגדולה מזו כתב הה"מ בפ"ד מהל' טוען ד"ה בשם רב האי גאון דאפילו אם החמשים שהודה יש עליו עדים ג"כ אין הודאתו כלום לחייב עליו שבועה ובעדים בלא שטר בודאי לא הוי כגבוי לכו"ע א"כ בודאי תימה אמאי נחשב כהילך.

ה) **וראיתי** למרן הב"י בחו"מ סימן פ"ז שהביא מתחלה את דברי הרא"ש בפ"ב דכתובות שהבאנו לעיל דהיכא דתבעו מאתים והודה במנה והוא בענין שלא היה יכול לכפור באותה מנה כגון שאם היה כופר היה טוען אחר מב"ד ופטורמשבועה משום דההוא מנה דמודי ביה הוה ליה הילך כיון דאין לו טענה לפטור ממנו ואאידך מנה הוה ליה כופר בכל ופטור משבועה עכ"ל הב"י וכתב על זה בס' ב"ה וז"ל ויש גמגום בזה לפי מה שפסקנו כדברי האומרים דלא מקרי הילך אלא כשנותנו לו מיד אבל אם אומר לו הרי הוא בביתי ואתננו לך אין זה הילך מכ"ש דבנידון זה לא הוי הילך אבל מטעם אחר יש לקיים דין זה דלא מקרי מודה במקצת אלא כשמודה בדבר שהוא יכול לכפור אבל בדבר שלא היה יכול לכפור בו לא מקרי מודה עכ"ל ב"ה, מדבריו אלה שכתב בב"ה משמע דלאו מטעם הילך פטרינן ליה כשמודה בענין שאינו יכול לכפור רק הטעם הוא דכיון שאינו יכול לכפור לא מקרי הודאה דהודאה לא מקרי רק כשיכול לכפור אבל כשאינו יכול לכפור לא מקרי הודאה ולאו משום הילך פטרינן ליה, ודבריו תמוהים שהרי מדברי כל הפוסקים שהבאנו לעיל הנמוק"י ולח"מ והרא"ש ושאר פוסקים משמע

בפירוש דמטעם הילך פטרינן ליה כשמודה בדבר שכתוב בשטר שאינו יכול לכפור ולא כמו שכתב מרן הב"י בב"ה שאין זה מטעם הילך אלא דכיון שאינו יכול לכפור לא הוי הודאה, וכן מסוגיא דב"מ (דף ד') בסוגיא דהילך משמע ג"כ דכשמודה במה שכתוב בשטר הוי הילך רק דלמ"ד הילך חייב מתרץ הגמ' דמשו"ה הוא פטור כשמודה במה שכתוב בשטר משום דהוי שיעבוד קרקעות אבל למ"ד הילך פטור משמע שנשאר הטעם דמשו"ה הוא פטור כשמודה במה שכתוב בשטר משום דהוי הילך וכמו שפירשו הנימוק"י ולח"מ והרא"ש ושאר פוסקים הוא מוכרח בגמ' לפרש כן אלמא דמשום הילך פטרינן ליה כשמודה במה שכתוב בשטר והדרא לדוכתיה קושית הב"ה הנ"ל כיון דבהילך קי"ל שצריך ליתן לו מיד א"כ יש לנו לומר דהשטר לא חשוב הילך, וגם קושייתנו נשארה עדיין כיון דקי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי א"כ אמאי נחשב השטר כהילך כיון דעדיין מחוסר גובינא, עיין קצוה"ח

ו) **ונראה** לומר בביאור הדברים דהנה לענין מודה במקצת והעדאת עדים דקי"ל שמחייבים שבועה את הנתבע יש לחקור מי הוא העושה את החיוב הזה אם הפה של הלוה והפה של העדים הם המחייבים שבועה על השאר או פעולת פיהם היינו ממונו של הנתבע מחייבתו לישבע על השאר דכיון שהנתבע מחויב לשלם את החמשים שהודה הממון הזה זוקק אותו לישבע על השאר דהיינו פעולת הפה ולא הפה בעצמו או דלמא הפה בעצמו של העדים ושל מודה במקצת מחייב אותו שבועה ולא פעולת הפה היינו הממון שהנתבע משלם.

ז) **ונפקא** מינה לענין אלם שאינו יכול לדבר והודה ברמיזה ואחר כך נתרפא וכפר דאם נימא דהפה של המודה במקצת זהו המחייבתו שבועה א"כ כאן שלא הודה בפיו ממש רק ברמיזה לא מקרי מודה במקצת ואינו חייב שבועה מדאורייתא אפילו אם נתרפא ויכול לישבע דהרי כתיב אשר יאמר כי הוא זה ואמירה הוא דוקא בפה כמו שכתבו התוס' בגיטין דף ע"א לענין חליצה ד"ה והא יכול לדבר שכתבו וז"ל אע"ג דממעט חרש וחרשת מחליצה לפי שאינם באמר ואמרה אמירה ודאי לא הוי אלא בפה עכ"ל התוס' וכיון דלא הודה אלא ברמיזא לכן לא מקרי מודה במקצת ואינו חייב שבועה דאורייתא על השאר אפילו אם יתרפא ויכול לישבע ונהי שהחמשים שהודה בודאי מחויב הוא לשלם אע"פ שכפר לאחר שנתרפא והודאתו לא היה אלא ברמיזה כדאיתא שם גיטין דף ע"א כשם שבודקין אותו לגיטין כך בודקין אותו למשאות ולמתנות ולירושות וכן הוא בחו"מ סימן רל"ה מ"מ אינו מחויב לישבע על השאר משום שצריך דוקא הודאה בפה וכיון שלא הודה אלא ברמיזה לכן לא מקרי מודה במקצת ואינו מחויב לישבע

שבועה דאורייתא על השאר וכל זה הוא דוקא אם נימא שהפה של הנתבע מחייב שבועה על השאר.

ח) **אבל** אם נימא דהממון של הנתבע הם המחייבים שבועה על השאר היינו דכיון שהנתבע מחויב לשלם את החמשים שהודה הממון הזה זוקק אותו לישבע על השאר דהיינו פעולת הפה ולא הפה בעצמו א"כ כאן כשהודה ברמיזה לאחר שיתרפא מחויב לישבע שבועת התורה על השאר כיון דממון מיהת צריך לשלם לכן הממון הזה זוקק שבועה על השאר לכן אם אפילו הוא כופר בכל לאחר שיתרפא מ"מ מחויב הוא לישבע שבועת התורה ויוכל היות דאפילו אם לא נתרפא כלל אחר שהודה במקצת ע"י רמיזה מ"מ אם נימא שנתחייב האלם שבועת התורה יצטרך לשלם לדידן דקי"ל דאמרינן מתוך שאיל"מ כמו שכתבנו לעיל דכל שאינו יכול לישבע משום איזה סבה שתהיה אמרינן מתוך שאיל"מ א"כ כאן באלם נמי כיון שאינו יכול לישבע מפני שהוא אלם לכן ישלם אם נימא שנתחייב שבועת התורה.

ט) **ואע"ג** דאמרינן לעיל דכל אמירה הוא בפה דוקא וא"כ לכאורה אין מה להסתפק שתועיל הודאה ע"י רמיזה באלם שהרי נאמר אשר יאמר כי הוא זה וכיון דאמירה היא בפה א"כ ממילא איתמעט אלם שאינו יכול לדבר בפיו א"כ אין מה להסתפק באלם ע"י רמיזה שתהא הודאתו הודאה ואיך אפשר לומר דממונו של הנתבע יחייב שבועה על השאר ויהא גם האלם חייב כיון שאמירה נאמר בקרא אשר יאמר כי הוא זה ואמירה הוא דוקא בפה הרי ממילא נתמעט האלם, בכל זאת אם נמצא ראיות מהגמ' דממונו של הנתבע מחייב שבועה על השאר והאלם חייב שבועה ע"י הודאתו ברמיזה נצטרך לומר ע"כ שיש איזה דרשא לרבות דממונו של הנתבע מחייב שבועה על השאר ולא פיו של הנתבע לכן גם האלם ברמיזה חייב שבועה על השאר ומתוך שאינו יכול לישבע משלם או אם יתרפא ויכול לישבע ישבע,

י) **וכן** לענין העדאת עדים נמי יש חילוק בין אם נימא דפיהן של העדים הוא המחייבתו שבועה על השאר או אם נימא דפעולת פיהם היא המחייבתו שבועה דהיינו החמשים זוז שהנתבע משלם על ידם זהו זוקק אותו לישבע על השאר כגון אם קבל עדים קרובים או פסולים דקי"ל בחו"מ סימן כ"ב שמחויב לשלם ממון כפי שיעידו א"כ אם ראובן תובע משמעון מנה ושמעון כפר בכל וראובן הביא עדים שהעידו שחייב לו חמשים זוז והעדים הם קרובים או פסולים רק כי שמעון קבל עליו את הפסולים האלה אזי יש חילוק דאם נימא דפיהם של העדים הם מחייבים לישבע על השאר א"כ רק עדים כשרים הנקראים עדים בתורה דוקא פיהם של אלה הם מחייבים שבועה על השאר אבל עדים

הפסולים מדאורייתא לא מקריין עדים ופיהם של אלו אין בהם כח לחייב שבועה על השאר דנהי שהחמשים שהעידו העדים מחויב לשלם משום קבלתו שהקנה לחבירו ממון שאינו חייב בהם אבל לישבע על השאר שלא קבל הנתבע עליו אין בכח העדים לחייבו שבועה על השאר כיון דבאמת העדים הם קרובים או פסולים ודברי פיהם כמאן דליתא דמי, אבל אם נימא דממון הנתבע מחייב שבועה על השאר א"כ כאן נמי כיון דעכ"פ מחויב הוא לשלם החמשים זוז שהעידו העדים א"כ החמשים זוז האלה זוקקים לישבע על השאר אע"ג דהעדים הם קרובים או פסולים ואין כחם בפה מ"מ כיון דעכ"פ מחויב לשלם החמשים זוז שהעדים העידו א"כ החמשים זוז האלה זוקקים לישבע על השאר כיון דממונו של הנתבע הוא המחייב שבועה על השאר ולא פיהם של העדים לכן לא איכפת לן כלל אם העדים הם כשרים או פסולים רק כיון דעכ"פ משלם החמשים מחויב לישבע על השאר.

יא) ונראה לומר דזה תליא אם הילך חייב או לא דלמ"ד הילך חייב משמע דחייב אפילו אם נתן לו תיכף ומיד בב"ד דהודאת הנתבע לא פעלה שום פעולה כיון שנותן לו תיכף ומיד בב"ד את החמשים שהודה א"כ הודאת פיו של הנתבע כמאן דליתא דמי דבשלמא גבי הודאה דלאו הילך מהני הודאתו לעשות חיוב על עצמו, אבל כיון שאומר לו הילך ומחזיר לו מיד החמשים שהודה נמצא שההודאה לא עשתה שום חיוב על הנתבע כיון שמחזיר לו מיד מה שהודה ומוציא מרשותו הרי לא פעלה ההודאה על הנתבע שום פעולה ובלאו הודאתו נמי היה יכול להחזיר מה שהחזיר ולומר לא היו דברים מעולם על השאר שהתובע תובע ממנו וכיון שאין תועלת בהודאתו שלא עשתה שום חיוב עליו א"כ הודאתו כמאן דליתא דמי, ואעפ"כ ס"ל דהילך חייב א"כ צריך לומר דס"ל שפיו של הנתבע אינו גורם את החיוב שבועה על השאר רק פעולת ההודאה גורמת את החיוב שבועה על השאר והיינו ממונו של הנתבע זהו גורם את החיוב שבועה וכיון שמשלם לו החמשים שאמר לו הילך לכן ס"ל שחייב לישבע על השאר.

יב) עיין חו"מ סימן פ"ז ס"א שפסק וז"ל ואינו נקרא הילך אלא א"כ יהא המקצת שהוא מודה לו מוכן בידו בפני ב"ד ליתן לו מיד אבל אם אמר הרי הוא בביתי ואתננו לך לא עכ"ל א"כ חזינן דלדידן דקי"ל הילך פטור אינו אלא כשהוא מוכן בידו בפני ב"ד ליתן מיד המקצת שהוא מודה א"כ שמעינן ממילא דלמ"ד הילך חייב אייר ג"כ באופן זה דאע"ג שהוא מוכן בידו ונותנו תיכף בפני ב"ד ואפילו הכי ס"ל דמקרי מודה במקצת אע"פ שלא בא שום חיוב בהודאת פיו של הנתבע אלא ודאי צריך לומר דס"ל דפעולת

ההודאה היינו ממונו של הנתבע זהו הגורם חיוב שבועה על השאר וכיון דעכ"פ מחויב הנתבע לשלם החמשים שאמר לו הילך לכן מחויב לישבע על השאר.

יג) ואין לומר דלעולם ס"ל דהודאת פיו של הנתבע זהו המחייבו שבועה על השאר ולא ממונו של הנתבע ואפילו הכי ס"ל דהילך חייב והוא משום דס"ל דאע"ג דהודאת פיו לא עשתה שום חיוב על הנתבע משום שאמר לו הילך אפילו הכי חייב לישבע על השאר משום דס"ל שגם ההודאה שלא עשתה שום חיוב מקרי ג"כ הודאה לחייב את הנתבע שבועה על השאר, כי מהיכא פשיטא לן האי מילתא לומר שכל הודאה שלא עשתה חיוב על הנתבע לא מקרי הודאה אשר בשביל זאת נהיה מוכרחים לומר דממונו של הנתבע זהו הוא הזוקק לו לישבע על השאר והלא אפשר לנו לומר דהודאה מקרי שפיר הודאה אע"פ שלא עשתה שום חיוב על הנתבע ולעולם הודאת פיו של הנתבע זהו המחייבו שבועה על השאר ולא ממונו של הנתבע.

יד) אך אי אפשר לומר כן שהדעת נותנת כיון שההודאה לא עשתה שום חיוב על הנתבע לא מקרי הודאה כלל ולאו הודאה שמה רק מילי בעלמא והיה לנו לומר שהודאה כזו לא תחייב שבועה על השאר, וכיוצא בזה כתבו הנימוק"י (בפרק חזקת הבתים על הסוגיא דשם דף נ"ז) בשם הריטב"א וכ"כ הש"ך בחו"מ סימן מ"ו ס"ק ל"ח לענין שנים החתומים על השטר ומת אחד מהם דקי"ל דאין עד החי יכול להצטרף עם אחר שבשוק להעיד על חתימת יד המת משום דנפיק נכי רבעא דממונא אפומיה דחד סהדא לכן צריך ששנים אחרים יעידו על חתימת המת או יעידו שנים מן השוק על חתימת החי כדאיתא בפ"ב דכתובות וכתבו הנימוק"י והריטב"א והש"ך שאם מתחלה העיד העד החי על חתימת עצמו שוב לא מהני אם תתקיים חתימת החי ע"י עדים אחרים משום דכל יתר כנטול הוא ע"ש, אלמא דאע"ג שאם מתחלה העידו השנים מן השוק על חתימת העד החי היה יכול אח"כ העד החי להעיד הוא ואחר על חתימת המת ולא נחשב נפיק נכי רבעא דממונא אפומיה דחד סהדא כדאיתא התם מ"מ כשהעיד החי מתחלה על חתימת עצמו ואח"כ באו עדים אחרים להעיד ג"כ על חתימתו כדי שהחי יעיד על חתימת המת זהו אינן יכולים כיון שכבר העיד החי על חתימתו נחשבה עדות האחרים שמעידים על חתימתו כדבר שאין בו צורך כלל וכל יתר כנטול דמי ולא מיחשבה עדות כלל רק מילי בעלמא הוא א"כ כאן נמי לענין הילך כיון דהודאת פיו לא עשתה שום חיוב על הנתבע יש לנו לומר שלא תחשב הודאה כלל ולא תחייב את הנתבע שבועה על השאר שאין זה רק מילי בעלמא וכל יתר כנטול דמי כמו"ש הריטב"א והנימוק"י והש"ך אלא ודאי צריך

לומר דלמ"ד הילך חייב ס"ל דממונו של הנתבע הוא המחייבו שבועה על השאר וכיון דעכ"פ מחויב הוא לשלם החמשים שאמר לו הילך לכן ישבע על השאר.

טו) וכל זה הוא למ"ד הילך חייב אבל למ"ד הילך פטור יש לומר דמשום הכי ס"ל דהילך פטור משום דס"ל דפיו של הנתבע עושים את החיוב שבועה על השאר וכאן כיון דהודאת פיו של הנתבע לא עשתה שום חיוב על הנתבע כיון שאמר לו הילך אע"ג דאיכא ממון הנתבע מ"מ ס"ל דלאו כלום הוא לכן הוא פטור.

טז) והנה לענין פקדון כתבו הפוסקים דמקרי הילך אפילו אינו מוכן בידו ליתן לו מיד בב"ד רק כשמודה לו ואומר הנה הפקדון בביתי או באגם בוא ואתן לך ג"כ מקרי הילך עיין ש"ך סימן פ"ז ס"ק ג' שכתב כן בשם הפוסקים וכן הוא מוכרח מהגמ' דב"מ (דף ה' ודף ק.) דדוקא היכא דקטעיה לידיה או מתה בפשיעה לא מקרי הילך אבל אם לא מתה הבהמה ולא קטעה לידה והיא שלימה רק שאינה מוכנת בידו בב"ד רק שאומר לו היא עומדת בביתי או באגם בוא ואתן לך זה ג"כ מקרי הילך בפקדון ודוקא במלוה בעינן שהמקצת שהודה יהא מוכן בידו בב"ד ולא בפקדון, א"כ לכאורא תימא לדברינו דאמרינן דלמ"ד הילך פטור הוא משום דס"ל דהודאת פיו של הנתבע עושה חיוב שבועה על השאר וכשאמר לו הילך כיון דפיו של הנתבע לא עשה שום חיוב עליו משום זה לא מקרי מודה במקצת, והלא כיון דאייריי שאין הפקדון מוכן בידו בב"ד א"כ יש תועלת בהודאתו שהרי אלמלא לא הודה לו שהפרה העומדת באגם או בביתו היא של התובע היה בידו לכפור בו ושלא ליתן לו את הפרה וע"י הודאתו שהודה בב"ד שהפרה היא שלו שוב אינו יכול לכפור בו ומחויב הוא ליתן לו הפרה שהודה לו א"כ יש לנו לומר שיהא נקרא הודאה שהרי יש תועלת גדולה בהודאתו

יז) מ"מ יש לומר דמשו"ה לא מקרי מודה במקצת כשאמר לו הילך בפקדון בעומדת באגם או בביתו משום כיון דהודאת הנתבע לא עשתה שום חיוב על עצמו לא מקרי הודאה כלל, שהרי כל זמן שהפרה קיימת ליכא שום חיוב גוף על הנתבע נמצא שלא חייב עצמו במאומה ונהי דאם מיגנב או מיתביד נתחייב הנתבע הנפקד לשלם מ"מ כל זמן שהפרה לא נגנבה ולא נאבדה רק קיימת היא בביתו או באגם אין שום חיוב על הנתבע לכן ס"ל דלא מקרי הודאה, והא למה זה דומה לראובן שתובע פרה משמעון והודה שמעון על הפרה שכבר החזירה לראובן והיא עומדת ברשות ראובן או שהיא עומדת ברשות הרבים ושמעון אינו עליה שום נפקד כלל והודה שמעון שהפרה זו היא של ראובן שיטלנה בודאי לא מקרי הודאה שהרי שמעון לא חייב עצמו כלום בהודאתו כן ס"ל אפילו בפקדון דכיון דכל זמן שהבהמה קיימת ליכא על הנתבע שום חיוב דמים

לכן לא חייב הנתבע עצמו במאומה ולא מקרי הודאה באופן זה רק כשנתחייב הנתבע ע"י הודאתו מקרי הודאה דכיון דס"ל דממונו של הנתבע אינו עושה חיוב שבועה על הנתבע רק הודאת פיו של הנתבע זהו העושה חיוב שבועה עליו וכיון שאמר לו הילך א"כ הודאתו לאו כלום היא לכן הוא פטור למ"ד הילך פטור ולמ"ד הילך חייב הוא משום דס"ל דממונו של הנתבע זהו העושה חיוב עליו ולא הודאת פיו לכן חייב דכיון דעכ"פ משלם הנתבע הרי איכא ממונו וזהו זוקק לשבועה.

יח) היוצא מזה לענין אלם שהודה במקצת ברמיזא תליא אם הילך חייב או לא דלמ"ד הילך חייב דס"ל דממונו של הנתבע זוקקו לישבע על השאר ולא פיו של הנתבע א"כ חייב האלם לישבע ואם יתרפא ישבע ויפטר ואם לא יתרפא ישלם משום דאמרינן בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולמד הילך פטור דס"ל דהודאת פיו של הנתבע זוקקו לישבע ולא ממונו של הנתבע א"כ פטור האלם לישבע שבועה דאורייתא כיון דליכא הודאת פיו וכן בהעדאת עדים אם קבל עליו עדים קרובים או פסולים והעידו עליו שחייב מקצת תביעתו של התובע ג"כ תליא בהילך חייב או לא דאם הילך חייב משום דממונו של הנתבע עושה חיוב עליו א"כ כיון דעכ"פ מחויב לשלם המקצת שהעידו העדים הפסולים שקיבלם עליו לכן הממון הזה זוקקו לישבע על השאר אבל למ"ד הילך פטור א"כ שמעינן מזה דפיהם של העדים זוקקו לישבע על השאר א"כ בעינן עדים כשרים אז פיהם זוקקו לישבע אבל עדים פסולים לא יכלו לחייבו שבועה על השאר דפיהם של הפסולים כמאן דליתא דמי.

יט) והנה במודה במקצת בדבר שאינו יכול לכפור כגון שיש לו כתב ידו בנאמנות או במודה בדבר שהוא ומעשה ב"ד או כיוצא בו בדבר שאינו יכול לכפור הוי הודאתו ג"כ מילתא שאינה צריכה שהרי גם בלא הודאתו היה חייב וכל דבר יתר שאינו צריך הוי כמאן דליתא והוי כמו שלא הודה כלל, וכל זה הוא דוקא אם נימא דפיו של הנתבע והודאתו הוא זוקק ומחייב שבועה על השאר אז שייך לומר דכיון דהודאת פיו כמאן דליתא דמי כיון שאינו יכול לכפור לכן לא מקרי מודה במקצת אבל אם נימא דממונו של הנתבע זוקקו ומחייבו שבועה על השאר א"כ גם במודה בדבר שאינו יכול לכפור ג"כ חייב שבועה על השאר דנהי דהודאת פיו הוי דבר יתר ושאין בו צורך וכמאן דליתא דמי משום שאינו יכול לכפור מ"מ כיון דעכ"פ מחויב לשלם החמשים שהודה לכן החמשים זוז האלה זוקקים אותו לישבע על השאר דלא גרע מאלם שהודה ברמיזא שאין כאן הודאת פיו כלל ואפילו הכי חייב לישבע על השאר משום דממונו של נתבע זוקקו לישבע על השאר וכן בקבל עליו עדים קרובים או פסולים ג"כ מחויב לישבע על השאר

משום דממונו של נתבע מחייבו שבועה אע"פ דפיהם של העדים כמאן דליתא הוא מ"מ ממונו של הנתבע זוקקו לישבע על השאר א"כ במודה בדבר שאינו יכול לכפור נמי נהי דהודאת פיו כמאן דליתא דמי מ"מ חייב לישבע על השאר דממונו של נתבע זוקקו על השאר.

כ) ובזה תתורץ הקושיא הנ"ל שהקשינו איך תליא מודה בדבר שאינו יכול לכפור בהילך אי חייב או לא והלא קי"ל שטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי וא"כ לא הוי הילך ומרן הב"י בב"ה הקשה כיון דקי"ל לענין הילך דבעינן שיהא מוכן בידו ליתן לו מיד בב"ד אבל כשמודה במקצת ואומר לו כי הוא בביתי ואתנהו לך לא הוי הילך א"כ מכ"ש במודה בדבר שאינו יכול לכפור שיש לנו לומר דלא הוי הילך שהרי אינו נותן לו מיד, ובדברינו תתורץ קושיתנו וקושית הב"ה דמשום זה תליא מודה בדבר שאינו יכול לכפור בהילך אם חייב או לא דתרווייהו היינו הילך ומודה בדבר שאינו יכול לכפור הודאות פיהם לאו כלום הם ואין בהם צורך ותועלת וכל דבר יתר שאין לישבע צורך הוי כמאן דליתא רק שיש מקום לומר דאעפ"כ מקרי מודה במקצת משום דממונו של הנתבע יכול לזקוק אותו לשבועה אפילו בלא הודאת פיו א"כ תליא בזה דאם נימא דהילך חייב א"כ ע"כ ס"ל דממונו של הנתבע זוקק אותו לשבועה ואין צריך לפיו של הנתבע א"כ גם במודה בדבר שאינו יכול לכפור ג"כ הוא חייב דנהי דהודאתו של הנתבע כמאן דליתא דמי מ"מ ממונו של הנתבע זוקקו לישבע על השאר, ואם נימא דהילך פטור א"כ ע"כ ס"ל דהודאת פיו של הנתבע מחייב אותו לישבע על השאר א"כ גם במודה בדבר שאינו יכול לכפור ג"כ הוא פטור דכיון דהודאת פיו כמאן דליתא דמי לכן הוא פטור דממון הנתבע אינו זוקקו לשבועה רק הודאת פיו וכיון דהודאת פיו ליכא כאן לכן הוא פטור.

פרק לב

א) והנה הקצוה"ח סימן פ"ז ס"ק ה' הקשה וז"ל אך אכתי תקשה לפי דברי הב"י דלאו הילך הוא אלא דלא חשיב מודה כיון דאינו יכול לכפור אין צריך להודאתו א"כ דל הודאתו מהכא ויתחייב ע"פ העדאת עדים מדר' חייא ונראה דכיון דהודאת פיו אינו מחייבו בדבר שאינו יכול לכפור אזי ממילא גם העדאת עדים מדר' חייא אין לחייב דאינו אלא משום דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו וכל דפיו אינו מחייבו בדבר שחיובו ברור גם העדאת עדים אינו מחייבו בדבר שחיובו ברור והא דהעדאת עדים מחייבו היינו כמו"ש הריטב"א פ"ק דב"מ דהיינו באומר להד"ם ועדים מעידים שלוה חמשים דאין זה חייב ברור דאפשר פרע עכ"ל הקצוה"ח שם.

ב) והנה מה שחידש הקצוה"ח דבדבר שאינו יכול לכפור כמו דפיו אינו מחייבו שבועה כך העדאת עדים אינה מחייבה שבועה בדבר שאינו יכול לכפור, ומה שחייב שבועה בהעדאת עדים היינו כמו"ש הריטב"א בפ"ק דב"מ דהיינו באומר להד"ם ועדים מעידים שלוה חמשים זוז דאין זה חיוב ברור דאפשר פרע, יש להשיב על דבריו כמה תשובות א) יש להשיב על דבריו מדברי הריטב"א בעצמו בפ"ק דב"מ שכתב בפירוש וז"ל דהשתא דתיקון רבנן דמלוה ע"פ לא גביא ממשעבדי בכל ענין הוא ואפילו בשמעידים שעדיין חייב לו וכדפרישית ע"ש בריטב"א שרצה לפרש דמילתא דר' חייא לא נאמרה כשמעידים העדים שלא זזה ידם מתוך ידו ועדיין חייב לו משום דקי"ל שיעבודא דאורייתא ואפילו מלוה ע"פ גובה מנכסים משועבדים א"כ הוי שיעבוד קרקעות אלא איירי כגון שאמר להד"ם והעדים מעידים שלוה וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואינו גובה ממשעבדי לכן לא מקרי הודאה בקרקעות רק במטלטלין, וסיים דהשתא דתקון רבנן דמלוה על פה לא גביא ממשעבדי איירי מילתא דר' חייא בכל ענין אפילו כשמעידים בו שעדיין חייב לו שלא זזה ידם מתוך ידו אפילו הכי חייב לישבע שבועה אורייתא על השאר ולא הוי שיעבד קרקעות אלמא דהעדאת עדים שמחייבים אותו שבועה איירי אפילו כשהעידו בדבר שחיובו ברור ואינו יכול לכפור דלא כהקצוה"ח.

ג) עוד יש להקשות על דבריו מהא שכתב הסמ"ע סימן פ"ז ס"ק י"ג דהעדאת עדים מדר' חייא קמייתא הוא דוקא באופן זה שאמרו העדים לוה ועדיין חייב לו החמשים דומיא דהודאת פיו ואפילו להש"ך שם ס"ק י"ב שחולק עליו וס"ל דאפילו אם אמרו העדים שלוה ואינם יודעים אם פרע לו ג"כ מקרי העדאת עדים כיון שהנתבע טען להד"מ וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי מ"מ מודה הש"ך שגם באופן זה שאמרו העדים שבודאי עדיין חייב לו ג"כ מקרי העדאת עדים ע"ש בש"ך שהאריך בזה.

ד) עוד יש להקשות על דבריו מהא שהכריע הש"ך בסימן ע"ה ס"ק י"ב לענין שטר או קנין בהעדאת עדים דחייב דאע"ג דחשוב כהילך ופטור לענין העדאת פיו כשהודה במה שכתוב בשטר כיון שאינו יכול לכפור לא חשיב מודה במקצת מ"מ אם כפר הנתבע ויש לו לתובע שטר על המקצת ובאופן שאינו חשוב שיעבוד קרקעות חייב הנתבע לישבע על השאר משום דחשוב כהעדאת עדים דחייב אפילו כשאינו יכול לכפור ע"ש בש"ך שהכריע כסברת היש מי שחולק שהוא סברת מרן הב"י אשר לדידיה חידש הקצוה"ח סברתו דלעיל דהעדאת עדים אינו חייב בדבר שחיובו ברור ואינו יכול לכפור והלא מרן הב"י בעצמו סימן ע"ה כתב בפירוש ההיפוך מדבריו וכמו שהכריע הש"ך בסימן ע"ה

ס"ק י"ב להלכה כדברי הב"י דאפילו בשטר ועדי קנין דכשטר דמו ואפילו הכי חייב בהעדאת עדים כשהלוה כפר והעדים העידו דלא כהקצוה"ח.

ה) **עוד** תשאר הקושיא שהקשה הקצוה"ח על עצמו מסימן ל"א מלוה שיש לו על לוה אחד שני שטרות א' במנה וא' במאתים וכפר הלוה בשני השטרות וכת א' מאלו (משני כתי עדים המכחישות זו את זו) חתומה בשטר זה וכת שניה חתומה בשטר אחר אם הוציאן כאחד לא ישלם אלא מנה וישבע על השאר בנקיטת חפץ עכ"ל וכתבו הסמ"ע והש"ך שם דמשו"ה נשבע בנקיטת חפץ משום דהוי כמו מודה במקצת דהיינו המנה שמשלם ע"פ השטר הא' דלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים והקשה שם הש"ך ס"ק ב' בשם הכ"מ דהא מ"מ אינו יכול לכפור במנה והרמב"ם בפ"ד מטוען כתב דכל שאינו יכול לכפור אינו חייב במודה במקצת ותירץ הש"ך שם וז"ל ונראה לי דלא קשה מידי דדוקא במודה פטור מטעם דהוה ליה הילך משא"כ בשאינו מודה על מה שבשטר וכמו שחלקתי בסימן ע"ה ס"ד ע"ש עכ"ל הש"ך, והיינו בהעדאת עדים שהלוה סופר והעדים מעידים חייב לישבע אפילו אם העידו העדים בדבר שלא היה יכול לכפור ג"כ מקרי העדאת עדים וחייב שבועה ולדברי הקצוה"ח שלא כ"כ אלא גם בהעדאת עדים פטור כשלא היה יכול לכפור א"כ נשארה במקומה קושית הכ"מ וכמו שהקשה זאת הקצוה"ח בעצמו.

ו) **גם** הסברא אינה נותנת כדברי הקצוה"ח שכתב דכיון דהעדאת עדים שמחייבתו שבועה הוא משום שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו וכל דפיו אינו מחייבו בדבר שאינו יכול לכפור בו גם העדאת עדים אינה מחייבתו בדבר שאינו יכול לכפור בו, ובודאי אין הסברא כדברי הקצוה"ח דבשלמא אם היה זה גזרת הכתוב דבמודה בדבר שאינו יכול לכפור בו הוא פטור מקרא אז שייך שפיר לומר דלא מצינו למילף חיוב שבועה בהעדאת עדים יותר ממה שמצינו בהודאת פיו כיון דמפיו ילפינן אמרינן דיו לבא מן הדין להיות כנדון ומה פיו אינו חייב כשמודה בדבר שלא יכול לכפור בו אף העדאת עדים כן. אבל השתא דמאי דפטרינן בפיו לענין כשמודה בדבר שאינו יכול לכפור בו לאו מגזרת הכתוב אתינן עלה רק מסברא ידעינן דכיון דבעינן שיודה בפיו לכן בעינן שהודאתו יעשה תועלת לחייב את הנתבע ואם לא יוכל לכפור נמצא שהודאתו לא הביאה שום תועלת וכאלו לא הודה דמי והרי הוא כאלו שתק ולא הודה כלל, א"כ ממילא שמעינן לענין העדאת עדים כיון שהנתבע כפר ולא הודה במאומה ואלמלא העידו העדים היה פטור מלשלם כלל והעדים שהעידו עליו שחייב חמשים זוז הרי הועילו באמירתן הרבה לכן הוי עדותן עדות מעלייתא ויכולים לחייב שפיר שבועה

על השאר, ולא שייך כאן לומר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים וכיון שפיו אינו מחייבו שבועה אף העדאת עדים כן והלא הטעם הוא שהודאת פיו אינו מחייבו שבועה במודה בדבר שאינו יכול לכפור הוא מפני שאין כאן הודאת פיו ואלמלא היה כאן הודאת פיו היה מחייבו שבועה אפילו במודה בדבר שאינו יכול לכפור בו, וא"כ שמעינן ממילא לענין העדאת עדים כיון דאיכא העדאת עדים אפילו בדבר שאינו יכול לכפור וחיובו ברור בודאי הדעת נותנת שיכול לחייבו שבועה על השאר דלא כהקצוה"ח.

ז) **וכיון** דתירוצו של הקצוה"ח ליתא א"כ נשאר קושיתו במודה בדבר שאינו יכול לכפור אמאי אינו חייב לישבע מטעם העדאת עדים מדר' חייא ולבאר בס"ד טעמו של הש"ך לענין הילך בהעדאת עדים דחייב וכן המוציא שטר שאינו יכול לכפור חייב מטעם העדאת עדים כמו"ש הש"ך (סימן ל"א ס"ק ב' וסימן ע"ה ס"ק י"ב) ונראה לתרץ דהנה כשמודה בדבר שאינו יכול לכפר בו כגון שיש לו להתובע שטר חתימת ידו בנאמנות או שיש לו להתובע עדים שיודעים שעדיין חייב לו כגון שהעדים ראו שלוה ממנו מנה ולא זזה ידם מתוך ידם ויודעים שעדיין לא פרע לו או שהוא בתוך זמנו, מ"מ אין הנתבע מחויב עדיין לשלם להתובע את מעותיו כל זמן שלא הגידו העדים עדותן בב"ד, ולענין שטר נמי כל זמן שלא הביא התובע את השטר בב"ד אין הנתבע מחויב לשלם ואפילו אם העידו העדים בב"ד והביא השטר בב"ד מ"מ כל זמן שלא נחקרו היטב העדות והשטר בב"ד אין הנתבע מחויב עדיין לשלם להתובע את מעותיו שאם ימותו העדים או נתקרע השטר קודם שנתברר בב"ד את חיובם הרי נפטר הנתבע מלשלם להתובע את מעותיו, מ"מ אם לא מתו העדים ולא נתקרע השטר מהני שפיר שטר חתימת ידו בנאמנות וגם העדים מהנו שעל ידי העדים והשטר עושה את הודאת הנתבע הודאה שאינה צריכה ולא חשיבה הודאה במקצת הטענה לחייב את הנתבע שבועה דאורייתא כיון דלא מתו העדים ולא נתקרע השטר הרי אין אנו צריכים להודאת הנתבע ונחשבה הודאתו כמאן דליתא, כיון דס"ל דממונו של הנתבע אינו זוקק לשבועה רק הודאת פיו של הנתבע מחייבו שבועה וכאן נחשב הודאת פיו כמאן דליתא כיון דסוף סוף לא מתו העדים ולא נתקרע השטר.

ח) **ואם** הודה הנתבע קודם שבאו לב"ד העדים והשטר וקודם שנחקרו העדים והשטר בב"ד, ואחר שהודה הנתבע במקצת באו עדים והעידו שחייב לו את המקצת שהודה או שהביא לב"ד את השטר אחר הודאתו של הנתבע בודאי אין זה נחשב העדאת עדים לחייב את הנתבע שבועה על השאר דכיון שכבר הודה הנתבע א"כ לא פעלו שום פעולה דברי העדים והשטר וכמאן דליתא דמי דכיון דבהעדאת עדים פיהם של העדים עושה

חיוב שבועה על הנתבע ולא ממונו של הנתבע וכאן נחשב פיהם של העדים כמאן דליתא כיון שכבר הודה הנתבע קודם שבאו העדים וקודם שנתקיים השטר א"כ העדים והשטר לא עשו שום פעולה וכמאן דליתנייהו דמי.

ט) והדברים ק"ו ומה כשיש עדים או שטר אשר בשטר ובידיעת העדים לבד לא נתחייב עדיין הנתבע לתובע ובאמת יש תועלת קצת מהודאת הנתבע שהודה במקצת שהרי בהודאתו נתחייב מיד כשהודה וע"י השטר והעדים לא יתחייב רק כשיבאו השטר והעדים לב"ד ויכונו עדותם, ושמא ימותו העדים ושמא יתקרע השטר ושמא לא יכונו את עדותם, ובכל זאת אמרינן דלא מקרי הודאה כיון שאינו יכול לכפור והטעם בזה הוא דלא מקרי מודה במקצת שיתחייב שבועה על השאר רק כשההודאה עשתה חיוב גמור על הנתבע שאלמלא לא הודה היה פטור וע"י הודאתו נתחייב זה מקרי הודאה אבל אם היה חייב בלא הודאתו רק שלא יתחייב מיד רק לאחר שעה זהו לא מקרי מודה במקצת לחייב שבועה על השאר, א"כ מכ"ש כשכבר הודה הנתבע וכבר נתחייב בה בודאי יש לנו לומר שדברי העדים שהעידו אחרי הודאתו של זה כמאן דליתא דמי וכן השטר שחתם בו ידו בנאמנות כמאן דליתא דמי שהוא מילתא שאינה צריכה כיון שכבר נתחייב הנתבע ע"י הודאתו.

י) וכל זה דוקא אם הודה הנתבע במקצת ואחר כך באו עדים על זה אמרינן דדברי העדים כמאן דליתא דמי משום שכבר נתחייב הנתבע בהודאתו והוו דברי העדים מילתא שאינה צריכה ואינה נחשבת להעדאת עדים לחייב שבועה על השאר, אבל אם הנתבע כפר ואח"כ באו עדים או שהוציא כתב ידו בנאמנות שחייב לו מקצת באופן זה בודאי נחשב להעדאת עדים וחייב שבועה על השאר שהרי פעולה גדולה פעלו דברי העדים לחייב את הנתבע שכפר לכן דברי פיהם של העדים מחייבים שבועה על השאר.

יא) היוצא מזה דכשמוציא התובע על הנתבע שטר שאינו יכול לכפור או עדים שאינו יכול לכפור שכתבו הפוסקים דהוי הילך ופטור כשהודה הנתבע במקצת מ"מ לענין העדאת עדים היינו כשכפר הנתבע והשטר והעדים העידו עליו שחייב במקצת נחשב שפיר כהעדאת עדים ומחייב את הנתבע שבועה על השאר וכן לענין הילך גמור ג"כ חייב בהעדאת עדים אע"פ דהילך גמור פטור במודה במקצת מ"מ בהעדאת עדים הילך חייב כמו"ש הש"ך (סימן ע"ה ס"ק י"ב) וטעם החילוק הוא כמו שכתבנו דכשראובן אומר לשמעון מנה לי בידך ושמעון אומר לו חמשים יש בידי והילך כיון שלא הועילה כלום הודאת פיו של הנתבע שהרי הנתבע לא חייב את עצמו כלום בהודאתו והרי לא הועילו דברי פיו של הנתבע לכן לא מקרי מודה במקצת ופטור, וכן כשיש לו להתובע

שטר שאינו יכול לכפור בו ג"כ כהילך דמי ופטור וכל זה הוא לענין מודה במקצת אבל לענין העדאת עדים כשראובן תובע משמעון שתי פרות של פקדון ושמעון כפר בכל ויש לו לראובן עדים שהעידו שהפרה זו היא שלו אע"ג דהוי הילך שהרי מיד שהעידו העדים שהפרה זו היא של ראובן מיד לוקחים אותה ב"ד ונותנים אותה לראובן והוי הילך גמור מ"מ בהעדאת עדים חייב שבועה על השאר שהרי עכ"פ הועילו דברי העדים לחייב את הנתבע להחזיר את הפרה לראובן א"כ שייך שפיר לומר שדברי העדים זוקקים שבועה על השאר, שהרי בלא דברי פיהם של העדים לא היה אפשר להוציא הפרה הזאת מהנתבע להתובע והועילו דברי העדים, ואין זה דומה לכשהנתבע בעצמו אומר הילך דשאני התם שדבורו של הנתבע דבר יתר הוא שהרי היה יכול ליתן תיכף להתובע מה שאמר לו הילך ועל השאר שכפר יאמר לו להד"מ נמצא שהודאתו דבר יתר הוא שלא לצורך לכן לא מקרי הודאה במקצת אבל בהעדאת עדים שהעדים מוכרחים להעיד כי הנתבע כפר בכל ובלא העדאתן לפני ב"ד אין בכחם ליקח ממון הנתבע ליתן ליד התובע רק ע"י עדותם של העדים מוציאין מיד הנתבע ליד התובע א"כ עדותם של העדים לאו דבר יתר הוא הילכך אפילו אם אמרו העדים הילך מקרי ג"כ העדאת עדים וחייב לישבע על השאר

יב) וכן במודה בדבר שאינו יכול לכפור שדינו כהילך ופטור במודה במקצת מ"מ בהעדאת עדים חייב דכיון שהנתבע כפר יש תועלת בעדותם ופיהם של העדים יכול שפיר לחייב שבועה על השאר כמו שכתבנו לעיל, ודלא כהקצוה"ח סימן פ"ז ס"ק ה' דפשיטא ליה דדוקא הילך גמור חייב בהעדאת עדים אבל בדבר שאינו יכול לכפור פטור אפילו בהעדאת עדים כשהנתבע כפר, ובדברינו ליתא לדברי הקצוה"ח.

יג) ובזה תתורץ קושית הקצוה"ח הנ"ל שהקשה במודה בדבר שאינו יכול לכפור אמאי לא יתחייב משום העדאת עדים מדר' חייא וכדברינו ניחא דכיון שכבר הודה הנתבע א"כ לא הועילו כלל דברי העדים וכתב ידו בנאמנות וכיון שלא הועילו כלום לכן כמאן דליתא דמי העדים וכתב ידו ואין כאן העדאת עדים משו"ה אינו חייב שבועה על השאר, משא"כ בנידון שכתבו מרן המחבר (בסימן ל"א) בשם הרמב"ם והש"ך שם כשהוציא המלוה שני שטרות והלוה כפר בשניהם ושטר אחד נפסל ושטר אחד נשאר בכשרותו מחויב הנתבע לישבע משום העדאת עדים מדר' חייא דהתם כיון דאיירי שהנתבע כפר בשניהם והשטר והעדים הועילו לחייב את הנתבע א"כ דברי השטר והעדים לא מקרי דבר יתר כי הועילו הרבה לחייב את הנתבע לכן מחויב הוא לישבע על השאר.

פרק לג

א) ובזה שכתבנו מתורץ ג"כ קושיא אחרת מה דקשיא לי מהא דאמרינן בב"ק דף ק"ו וק"ח ובשאר דוכתי לענין שבועת הפקדון דכשכפר ונשבע לשקר ואח"כ הודה משלם קרן וחומש ואשם ומשמע התם דאפילו איכא עדים שיודעים שגנב הוא עצמו את הפקדון ועדיין הוא ברשותו ואפילו הכי הוי הודאה ומיחייב קרבן שבועה, והדבר תמוה מ"ש דלענין מודה במקצת ס"ל להרמב"ם וסיעתו דלא מקרי הודאה משום שאינו יכול לכפור ומ"ש דלענין הודאה דקרבן שבועה דמקרי הודאה וחייב קרבן שבועה אפילו במודה בדבר שאינו יכול לכפור כמו התם דאיירי דאיכא עדים שיודעים שגנב או גזל ואפילו הכי מקרי הודאה לחייבו חומש ואשם ומ"ש הודאה דמודה במקצת דלא מקרי הודאה כשמודה בדבר שאינו יכול לכפור ומ"ש הודאה דחומש ואשם דמקרי הודאה אפילו כשמודה בדבר שאינו יכול לכפור.

ב) וכן שמעתי מקשים מההיא דשבועות דף ל"ז דאמר ר' יוחנן הכופר בממון שיש עליו עדים חייב (קרבן שבועה) בשטר פטור ומסיק הגמ' הטעם בזה משום דהוה שטר שיעבוד קרקעות ואין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות לכן אינו חייב קרבן שבועה, א"כ משמע דכופר בדבר שאינו יכול לכפור מקרי שפיר כפירה וחייב עליה קרבן שבועה אפילו בכופר בדבר שיש לו שטר עליו דבודאי אינו יכול לכפור אפילו הכי מקרי כפירה אי לאו טעמא דהוי שטר שיעבוד קרקעות, והדבר תימה מ"ש דלענין מודה במקצת אמרינן דכופר בדבר שאינו יכול לכפור לא מקרי הודאה ומ"ש דלענין כפירה לחייבו קרבן שבועה אמרינן דהוי כפירה אפילו בדבר שאינו יכול לכפור והלא יש לנו לומר דכמו דלא מקרי הודאה כשמודה בדבר שאינו יכול לכפור כך לא מקרי כפירה כשכופר בדבר שאינו יכול לכפור ואית לנו לומר שאינה נחשבת כפירה כלל דמה תועיל לו כפירתו כיון דאיכא שטר או עדים המעידים על חיובו א"כ כפירתו כמאן דליתא דמי כמו דאמרינן דהודאתו כמאן דליתא דמי כיון דאיכא שטר או עדים המעידים על חיובו א"כ גם כפירתו כמאן דליתא דמי כיון דאיכא עדים או שטר המעידים על חיובו.

ג) ובדברינו ניחא דהכל תליא בהילך אי חייב או לא והיינו לפי דברינו תליא בזה אם פיו של הנתבע גורם את החיוב או ממונו של הנתבע גורם את החיוב דאם הילך חייב יש ראיה דממונו של הנתבע גורם את החיוב ואז חייב בכופר או במודה בדבר שאינו יכול לכפור ואם הילך פטור יש ראיה דפיו של הנתבע גורם את החיוב לכן בכופר או במודה בדבר שאינו יכול לכפור הוא פטור, הלכך לענין קרבן שבועה דבודאי הילך חייב קרבן שבועה היינו דלאחר שנשבע לשקר אם הודה הנתבע ואמר הילך בודאי הוא

חייב קרבן שהרי עיקר קרא דחיוב ק"ש בהילך כתיב שהרי נאמר (ויקרא ה') והיה כי יחטא ואשם והשיב את הגזלה אשר גזל או את העושק אשר עשק או את הפקדון אשר הפקד אתו או את האבדה אשר מצא ופקדון כשהודה תיכף הוי ליה הילך כמו שכתבנו לעיל בשם הפוסקים ואפילו הכי חייב קרבן שבועה כשהודה ואמר לו הילך א"כ חזינן דממונו של הנתבע גורם לו החיוב של קרבן שבועה ולא פיו של הנתבע, דאם פיו של הנתבע היה גורם החיוב של הקרבן שבועה א"כ כשהודה שנשבע לשקר ואמר הילך היה פטור מקרבן שבועה שהרי הודאת פיו כמאן דליתא דמי כיון שאמר לו הילך אלא ודאי דממונו של הנתבע גורם לו חיוב שבועה לכן כשאומר לו הילך שפיר חייב קרבן שבועה דנהי דפיו כמאן דליתא דמי מ"מ כיון דעכ"פ משלם הנתבע הממון שהודה לכן חייב קרבן שבועה.

ד) **ולפי** זה בנשבע על שקר ואח"כ נעשה אלם והודה ברמיזא ג"כ חייב קרבן שבועה דנהי דליכא הודאת פיו מ"מ כיון דעכ"פ חייב לשלם הממון שהודה ברמיזה לכן חייב לשלם קרן וחומש ואשם, לכן כשמודה בדבר שאינו יכול לכפור שנשבע לשקר ג"כ חייב קרבן שבועה דנהי דהודאת פיו כמאן דליתא דמי כיון שאינו יכול לכפור מ"מ חייב קרבן שבועה דממונו מחייבו שבועה, וכיון דחזינן בקרבן שבועה לענין הודאה שהילך חייב והאלם ברמיזא חייב ומודה בדבר שאינו יכול לכפור ג"כ חייב והוא מפני שממונו של הנתבע עושה החיוב של הקרבן שבועה ולא פיו של הנתבע לכן אמרינן לענין הכפירה של חיוב קרבן שבועה נמי כן שהכופר בדבר שאינו יכול לכפור כגון שיש שטר או עדים לתובע אשר באמת כפירת פיו כמאן דליתא דמי שהרי כפירתו אינה עושה לו שום פטור כיון דאיכא שטר או עדים לחייבו מ"מ כיון דעכ"פ אינו משלם כעת לפי שעה שום ממון כיון שכפר כעת ונשבע לכן הממון הזה שנדחה היום מלשלם מחייבים אותו קרבן שבועה כי מה לי ההודאה ומה לי הכפירה כיון דשניהם ענין קרבן שבועה הם וכיון דהילך חייב לענין קרבן שבועה לכן חזינן דממונו של הנתבע גורם את החיוב לכן במודה שנשבע לשקר וכן בכופר בשניהם חייב במודה או בכופר בדבר שאינו יכול לכפור משא"כ במודה במקצת דקי"ל הילך פטור א"כ מוכרח הדבר לומר דפיו של הנתבע עושה את החיוב ולא ממונו של הנתבע לכן גם במודה בדבר שאינו יכול לכפור ג"כ לא מקרי הודאה ופטור.

ה) **והנה** בשבועות דף ל"א איתא לענין שבועת העדות היו שתי כתי עדים כפרה הראשונה ואח"כ כפרה השניה שתיהן חייבות ופריך הגמ' (שם סוף דף ל"ב) ראשונה אמאי חייב הא קיימא שניה ומתרץ הגמ' כגון שהיו קרובים בנשותיהם ונשותיהם

גוססות ע"ש א"כ משמע משם דלענין שבועת העדות אין דינו כשבועת הפקדון דקי"ל כר' יוחנן דאע"ג דאיכא עדים שחייב לשלם ולא הועילה כפירתו שכפר בפקדון מ"מ חייב קרבן שבועה וכאן לענין שבועת העדות משמע היכא דאיכא עדים אחרים שיודעים את העדות לא מיחייבי העדים משום שבועת העדות משום שלא הועילו כלום בכפירתן כיון דאיכא עדים אחרים ע"ש בתוס' דף ל"ג שהקשו קושיא כזאת וחילקו בין היכא דקיימי עדים לקמן ובין היכא דלא קיימי עדים לקמן, אך מדברי הרמב"ם לא משמע כן עיין רמב"ם פ"ח מהל' שבועות הל' י"ד שכתב וז"ל היתה עליו מלוה בעדים בלבד וכפר ונשבע חייב בשבועת הפקדון שהרי פטר עצמו בכפירתו מלשלם עתה ואע"פ שכשיבואו העדים יתחייב לשלם ונמצא שלא הועילה לו כפירתו, הרי הועילה בעתה ושמא לא יבואו העדים או יבואו ולא תתקיים עדותן או יפסלו ולפיכך חייב עכ"ל שם, ולענין שבועת העדות כתב הרמב"ם בפ"י מהל' שבועות הל' ט"ו וז"ל השביע שתי כתי עדים ושתיהן ראויות להעיד וכפרה כת ראשונה ואח"כ כפרה כת שניה הראשונה פטורה משבועת העדות מפני שהן סמוכים על עדות שניה ואפשר להוציא הממון בעדות הכת האחרת ונמצא זה הנתבע אינו חייב לשלם בעדות אלו שכפרו לבדה היתה הכת השניה קרובים לתובע או לנתבע בנשותיהם והרי הן גוססות אף הראשונה חייבת עכ"ל. הרי אנו רואים שיש חילוק בין שבועת העדות לשבועת הפקדון דלענין שבועת הפקדון אמרינן דאע"ג דאיכא עדים ולא הועילה כפירתו כלום מ"מ חייב קרבן שבועה משום שהועילה קצת לשעה ושמא לא יבואו העדים ושמא יפסלו העדים לכן חייב קרבן שבועה ולענין שבועת העדות אמרינן דכיון דאיכא עדים אחרים ואפשר להוציא הממון בעדותם של העדים האחרים לכן פטורים הם מקרבן שבועה מפני שלא הועילו כלל בכפירתן ומשמע בהרמב"ם שאין שום חילוק אם קיימי העדים לקמן או לא והדבר תימה מ"ש בין שבועת העדות לשבועת הפקדון דבכפירת שבועת הפקדון חייב אע"ג דקיימי עדים ובכפירת שבועת העדות פטורים משום דקיימי עדים אחרים ולא הועילו בכפירתו

ו) **ובדברינו** הנ"ל יתורץ גם זה דהיוצא מדברינו הנ"ל הוא כך דכל מקום דהודאת פיו מחייבו קרבן או שבועה או אם כפירת פיו מחייבו קרבן או שבועה אזי בעינן הודאה גמורה או כפירה גמורה, הודאה גמורה מקרי דוקא אם לא הודה היה פטור וע"י הודאתו נתחייב לשלם זהו מקרי הודאה גמורה ולאפוקי אם הודה בדבר שאינו יכול לכפור לא מקרי הודאה, וכפירה גמורה מקרי דוקא אם ע"י כפירתו נפטר לגמרי מלשלם זהו מקרי כפירה גמורה ולאפוקי אם כפר בדבר שאינו יכול לכפור כגון שיש עדים או שטר חתימת ידו בנאמנות לא מקרי כפירה שהרי כשיבואו העדים או יביא את השטר לב"ד יתחייב

לשלם ונמצא שלא הועיל בכפירתו כלום לכן לא מקרי כפירה, וכל זה הוא אם אמרינן דהודאת פיו או כפירת פיו מחייבו קרבן או שבועה אבל אם אמרינן דנתינת הממון מנתבע לתובע זהו מקרי הודאה וכן אם נימא דעכוב הממון ביד הנתבע זהו מקרי כפירה א"כ לא איכפת לן עוד לא על הודאת פיו ולא על כפירת פיו כלל לכן במודה מקרי הודאה אפילו במודה בדבר שאינו יכול לכפור בו דנהי דהודאת פיו לאו כלום היא כיון שאינו יכול לכפור מ"מ כיון דעכ"פ נותן מעות הנתבע להתובע לכן מקרי שפיר הודאה וכן לענין כפירה מקרי כפירה אפילו בכופר בדבר שאינו יכול לכפור כגון דאיכא שטר חתימת ידו בנאמנות או עדים שיעידו תיכף על חיובו ולא תועיל כפירתו מ"מ מקרי כפירה דנהי דכפירת פיו לאו כלום היא שהרי אינו יכול לכפור מ"מ כיון דעכ"פ הנתבע מעכב את המעות לפי שעה ואינו נותן לו תיכף את המעות וגם הנתבע מעכב את חיובו לפי שעה שהרי הנתבע נפטר לפי שעה קודם שיביא התובע את השטר או העדים זהו מקרי כפירה וזה תליא בהילך אי חייב או לא לכן לענין מודה במקצת דהילך פטור לא מקרי מודה כשהודה בדבר שאינו יכול לכפור ולענין קרבן שבועה דמקרי הודאה לחייב קרבן שבועה אפילו כשאומר לו הילך לכן מקרי הודאה וכפירה לענין קרבן שבועה אף כשהודה או כפר בדבר שאינו יכול לכפור דנהי דכפירת פיו לא הועילה לו לפוטרו לגמרי שהרי איכא עדים או שטר שמחייבים אותו ואינו יכול לכפור מ"מ כיון דעכ"פ הנתבע מעכב את המעות ואת חיובו לפי שעה שהרי לפי שעה נפטר הנתבע קודם שיביא השטר או העדים לכן מקרי כפירה וחייב קרבן שבועה.

ז) **נמצא** דמשו"ה חייב הנתבע קרבן שבועה כשכופר בדבר שאינו יכול לכפור משום דעכ"פ נתעכב אצלו לפי שעה ממונו של התובע ונפטר לפי שעה לכן מקרי כפירה, א"כ לא שייך לומר כן אלא גבי התובע עם הנתבע דעכ"פ לפי שעה נתעכב ממון התובע ביד הנתבע ונפטר הנתבע מחיובו רגע אחד עד שיביא התובע את השטר או את העדים לכן מקרי כפירת ממון וחייב קרבן שבועת הפקדון ולא מקרי זה כפירת דברים בעלמא שלא יתחייב אלא משום שבועת ביטוי דכיון שיש כאן עכוב ממון לפי שעה מקרי כפירת ממון ולא כפירת דברים אבל בשבועת העדות דכיון דאיכא שתי כתי עדים ולא נתעכב כלל ממונו של התובע ביד הנתבע בשביל כפירתן של הכת הראשונה דכיון שיש כתה אחרת עדים כשרים והתובע הולך תיכף ומיד אצל הכתה השניה שיעידו עדותן ולא נפטר הנתבע אפילו רגע אחד ע"י כפירתן של הכת הראשונה לכן לא מקרי כפירת ממון כלל, ואינו דומה כפירת העדים לכפירת הנתבע שכפירת הנתבע הועילה מיהת רגע

אחד עד שיביא שטר או עדים אבל כפירת העדים לא עשתה שום פטור להנתבע אפילו על רגע אחד.

ח) **ולכאורא** יש להקשות על זה דהא הגמ' בשבועות דף ל"ז מדמי להו להדדי שבועות העדות ושבועות הפקדון דהרי על מילתא דרבה שם דאיירי בכופר בפקדון בממון שיש עליו עדים פטור מקרבן שבועה מקשה הגמ' מהא דתנן לענין שבועת העדות היו שתי כתי עדים כפרה הראשונה ואח"כ כפרה השניה שתיהן חייבות אלמא דמיין להדדי שבועת העדות ושבועת הפקדון א"כ הויא לכאורא תימה על דברינו שחלקנו ביניהם, אך אין זה תימה כלל דהגמ' מקשה שם על מילתא דרבה דס"ל לענין שבועת הפקדון דהכופר בממון שיש עליו עדים פטור דס"ל לרבה דכיון שיש עליו עדים לא הועילה כפירתו והויא כפירת דברים בעלמא דאע"ג דהועילה כפירתו לעכב את הממון רגע אחד ביד הנתבע ולפוטרו לפי שעה עד שיביא עדים מ"מ ס"ל לרבה שאין זה כפירת ממון רק כפירת דברים בעלמא, א"כ מכ"ש לענין שבועת העדות כשהיו שתי כתי עדים וכפרה הראשונה בודאי יש לנו לומר שהראשונה תפטר מקרבן שבועת העדות דכיון דאיכא כאן כת שניה והתובע יכול לילך תיכף אצל כת השניה שתעיד עדותם ונמצא שהנתבע לא נפטר אפילו רגע אחד א"כ בודאי יש לנו לומר דכפירתן של כת הראשונה לא מקרי כפירת ממון רק כפירת דברים בעלמא היא, ונמצא דקושית הגמ' היא מכח כ"ש ומיושב גם לדברינו.

פרק לד

א) **והנה** בקצוה"ח סימן ל"ד ס"ק ד' מביא בשם תשובת מהרי"ן ל"ב בתשובותיו דף נ' ע"ב לענין הודאה וכתב שם דאתינן עלה מתורת חיוב חדש ומתורת מתנה דכיון דיכול אדם לחייב עצמו כשאינו חייב וזה שמודה שחייב הוי כאלו חייב עכשיו את עצמו בחיוב חדש במתנה ע"ש, והקצוה"ח הקשה עליו א"כ מודה במקצת אמאי חייב שבועה על השאר, ואלו כפר בכל בפני ב"ד ואומר אע"פ שלא לויתי מעולם ממנו כלום מ"מ הנני מחייב את עצמי בחיוב במתנה בחמשים זוז בודאי לא היה עליו חיוב שטעה על השאר דעיקר חיוב שבועה במודה במקצת הוא משום דהודה במקצת תביעתו ומשו"ה חייב שבועה על השאר, אבל אם אינו נאמן בהודאתו כלל רק מתורת חיוב חדש אתינן עלה אין בזה דין מודה במקצת, והקצוה"ח שם חולק על זה וכתב דהודאה היא מטעם בירור כמו"ש רש"י בקידושין דף ס"ה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכתב רש"י דכתיב אשר יאמר כי הוא זה הרי שסמך על מקצת הודאתו וכמו שהאמינה התורה שני עדים על אחרים כן האמינה התורה לכל אדם על עצמו אע"פ שהוא קרוב לעצמו ואפילו עבד

ושפחה וגזלן ואשה הפסולים לעדות על אחרים מ"מ על עצמם האמינתם התורה מקרא דכתיב כי הוא זה ע"ש בקצוה"ח.

ב) היוצא מזה שנחלקו מהרי"ן לב והקצוה"ח אם הודאה היא מטעם בירור או מטעם קנין חדש, ונראה לתרץ קושית הקצוה"ח דהנה ע"כ זהו הכל מודים דמקרא דכתיב כי הוא זה שמעינן דהמקצת שמודה מחויב הוא לשלם וצריך לישבע על השאר א"כ אין להקשות אמאי חייב שבועה במודה במקצת אם נימא דהודאה היא מטעם חיוב חדש כיון דכתב בקרא בפירוש שחייב שבועה במודה במקצת יהיה מאיזה טעם שיהיה ויועיל הודאתו מאיזה טעם שיהיה מטעם קנין חדש או מטעם בירור מ"מ כיון דעכ"פ כתיב בקרא בפירוש דמודה במקצת חייב שבועה תו אין להקשות כלל אמאי חייב שבועה במודה במקצת.

ג) ואם נרצה להקשות על מהרי"ן לב הנ"ל יש להקשות כך כיון דס"ל דהודאה היא מטעם קנין חדש א"כ כשראובן תובע משמעון מנה ושמעון כפר בכל ואמר להד"מ רק אני מחייב את עצמי בחמשים זוז לראובן בחיוב חדש ג"כ נימא שיתחייב שבועה על השאר כיון דס"ל דכל הודאת פיו אינה מועילה לברר שבאמת חייב לו החמשים שמודה לו רק מטעם חיוב חדש מועילה הודאתו א"כ יש לנו לומר שיתחייב לישבע על השאר אפילו באופן זה שכופר בכל ומחייב עצמו בחמשים זוז, ומפשטות הגמ' והפוסקים משמע דבאופן זה אינו חייב לישבע על השאר כיון שכופר בכל ומחייב עצמו בחמשים זוז ואמאי לא יתחייב לישבע על השאר מ"ש זה מכל מודה במקצת שג"כ אינו אלא מטעם חיוב חדש ואפילו הכי חייב לישבע על השאר זאת יש להקשות על דברי מהרי"ן לב.

ד) והקושיא הזאת יש לתרץ בפשיטות שאם שמעון הודה במקצת טענתו של ראובן היינו שראובן תבעו מנה ושמעון הודה לו שלוה ממנו חמשים זוז ולא פרעו נהי דאנן אמרינן דהאי חמשים זוז שהודה שמעון שלוה ממנו ולא פרעו לאו קושטא קאמר דמעולם לא לוה שמעון מראובן כלום והאי חמשים שהודה לו מה שנתחייב שמעון לשלם הוא משום קנין חדש, מ"מ כיון ששמעון לא כפר בכל רק הודה לו שלוה חמשים מראובן ולא פרעו א"כ הני זוזי דמודה לו הרי הודה לו במקצת טענתו ונגרע תביעת ראובן ע"י הודאתו של שמעון בחמשים זוז שהרי מתחלה תבע ממנו מנה ומעכשיו אחר שהודה לו בחמשים זוז אין לו תביעה עליו רק על חמשים לכן נשבע על השאר שהרי הודה לו במקצת טענתו, משא"כ אם שמעון כפר בכל רק שמחייב עצמו מעכשיו בחמשים זוז בקנין חדש כיון שלא הודה שמעון על מקצת תביעת ראובן ותביעתו של ראובן לא נגרע בזה שהקנה לו חמשים זוז בחיוב חדש שהרי התובע יכול לתבוע ממנו כל המאה זוז

כמו מעיקרא אע"פ שהתחייב עצמו בחמשים בקנין חדש לכן לא מקרי מודה במקצת הטענה, וגרע זה מטענו חטים והודה לו בשעורים דלא מקרי מודה במקצת משום שלא הודה לו במקצת טענתו שטען ותבע ממנו וילפינן לה מקרא דכתיב כי הוא זה כדאיתא בב"מ דף ה' דבעינן שיודה לו ממין שתובע ממנו א"כ מכ"ש כאן שלא הודה לו כלל במקצת טענתו ותביעת התובע נשאר בשלמותו כמו מעיקרא א"כ בודאי אין זה מקרי מודה במקצת הטענה ואין לחייבו שבועה על השאר וכן משמע מדברי התוס' כתובות דף י"ח ד"ה מפני מה שכתבו וז"ל דגזרת הכתוב הוא דכי הוא זה משמע דבעינן כפירה והודאה עכ"ל היינו דבעינן שיודה במקצת ממה שתבעו ע"ש.

ה) **עוד** יש לומר טעם אחר לחלק בין כשהודה במקצת שחייב לישבע על השאר אפילו אם נימא דהודאתו מהני מטעם חיוב וקנין חדש ובין כשכופר בכל רק שמחייב עצמו בחמשים זוז בחיוב חדש מעכשיו שפטור משבועה דטעם החילוק בין מודה במקצת לכופר הכל יש לומר שהוא כך דבכופר הכל דכיון שאין לו להתובע לא שטר ולא עדים ולא שאר ראיה שהנתבע חייב לו אמרינן דבודאי אינו חייב לו מאומה דחזקה דכל מה שביד אדם הוא שלו אבל כשהודה במקצת כיון דחזינן שיש ממש בדברי התובע שהרי תובעו מנה ומודה לו בחמשים והרי חזינן שיש לו להתובע שייכות להנתבע ויש ממש בדברי התובע לכן מחויב הנתבע לישבע על השאר כשהודה במקצת אבל בכופר הכל שנסתלק ממנו לגמרי לכן פטור הוא מלישבע על השאר עיין תוס' דכתובות דף י"ח ד"ה מפני מה בסוף דבריהם שכתבו וז"ל ועוד מודה מקצת יש להשביעו שחייב לו ממון שהודה וע"י כך מגלגל עליו שבועה כעין גלגול אבל כופר הכל נסתלק לגמרי ממנו עכ"ל ע"ש והוא קרוב לדברינו דבמודה במקצת כיון שיש לו שייכות להנתבע אל התובע א"כ חזינן שיש ממש בדברי התובע לכן מחויב לישבע אבל בכופר הכל כיון שנסתלק ממנו לגמרי ואין לו שום שייכות אל הנתבע ואין אנו רואין שיש ממש בדברי התובע לכן הוא פטור לישבע על השאר.

ו) **וכיון** שכן נמצא כשהודה במקצת הטענה אם נימא שהודאה מועילה מטעם קנין חדש א"כ כשהודה לו במקצת הטענה הרי הקנה לו בהודאתו שני דברים א) הקנה לו בקנין חדש ע"י הודאתו את החמשים זוז שהודה לו ב) הקנה לו כחו וזכותו שיש לו לכל שאר נתבע שבעולם כשהוא כופר הכל יש לו זכות לפטור משבועה שאין לו להתובע שום שייכות אל הנתבע ונסתלק ממנו לגמרי וחזקה כל מה שביד אדם הוא שלו ונפטר הנתבע כשהוא כופר בכל א"כ כשהודה לו במקצת ואמר חמשים לויתי ולא פרעתי אשר בזה עושה הנתבע שיש לו שייכות אל התובע ויש ממש בדברי התובע לכן נהי דאנן

אמרינן דמעולם לא לוה הנתבע שום מעות מהתובע רק שמקנהו בקנין חדש החמשים שהודה לו, מ"מ כיון שהנתבע אינו אומר שמקנהו בקנין חדש רק שאומר שלוה מעות חמשים זוז ולא פרען, ואם באמת לוה ממנו חמשים זוז ולא פרעו הרי עושה בזה שיש ממש בדברי התובע ואיתרע חזקת הנתבע בזה ומחויב שבועה א"כ כשהודה הנתבע שלוה ממנו חמשים זוז ולא פרעו הרי מקנה את התובע הזכות והחזקה שיש לו להנתבע בהאי מעות לכן מחויב הנתבע לישבע על השאר.

ז) **והא** למה זה דומה לשמעון שיש לו זכותים לזכות בדין כגון שיש לו עדים או מגו ורובא וחזקה ושמעון הקנה את הכל לראובן בעל דינו בקנין המועיל ע"פ ד"ת בודאי לא יוכל עוד שמעון לזכות ע"י העדים והזכותים האלה כיון שכבר הקנהו לראובן שכנגדו א"כ כאן נמי כיון שהודה שמעון שחמשים זוז לוה מראובן ולא פרעו ואם באמת לוה ממנו החמשים ולא פרעו איתרע חזקתו ומחויב לישבע, א"כ אף אם נימא שהודאה מטעם קנין חדש הוא ולאו קושטא קאמר ומעולם לא לוה מ"מ איתרע חזקתו דבקנין חדש הקנהו החמשים זוז וגם הקנהו זכותו של חזקתו ואיתרע חזקת הנתבע ע"י קנין חדש כמו אם לוה ממנו באמת, משא"כ אם כופר בכל רק שמקנהו חמשים זוז במתנה בודאי הוא פטור מלישבע על השאר דהרי לא הקנה לו רק דבר אחד דהיינו החמשים זוז שהקנה לו אבל חזקתו של הנתבע לא הקנה לו ונשארה חזקתו בתקפה וגבורתה שהרי אין לו שום שייכות להתובע אל הנתבע ואין ממש בדברי התובע ככל שאר כופר הכל דעלמא לכן אין משביעין אותו.

פרק לה

א) **ונראה** דבהאי מילתא אם הודאה היא מטעם בירור או מטעם קנין חדש נחלקו בזה אמוראים בכמה דוכתי בגמ', הראשון בשבועות דף מ"א לענין ההוא דאמר ליה לחבריה הב לי מאה זוזי דאוזיפתך אמר ליה לא היו דברים מעולם אזל אייתי סהדי דאוזפיה ופרעיה אמר אביי מאי נעביד אינהו אמרי אוזפיה אינהו אמרי פרעיה רבא אמר כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי עכ"ל הגמ', א"כ מדברי רבא יש להוכיח דס"ל דהודאה הוא מטעם בירור היינו דאמרינן דכיון שהודה נתברר לנו הדבר שכן הוא וא"כ כיון שאמר להד"מ הרי הודה שלא פרע ונתברר לנו שלא פרע ובמה שאמר שלא לוה הרי יש עדים שמכחישים אותו ואומרים שלוה לכן ס"ל לרבא שחייב לשלם אבל אם נימא דס"ל לרבא דהודאה הוא מטעם קנין חדש א"כ יקשה לנו אמאי יתחייב לשלם והלא עומד וצווח להד"ם והיינו שאינו רוצה להתחייב עצמו במאומה ואם בירור ליכא הרי גם קנין חדש ליכא ואמאי חייב לשלם אלא ודאי מוכרח הדבר לומר דס"ל לרבא

דהודאה הוא מטעם בירור לכן אע"ג דקנין חדש ליכא כאן שהרי עומד וצווח שאינו רוצה להקנות מאומה מ"מ חייב לשלם משום בירור היינו שנתברר לנו ע"י העדים שלוה ונתברר לנו ע"י הודאתו שלא פרע לכן חייב לשלם ואביי דס"ל שהוא פטור הוא משום דס"ל דהודאה הוא מטעם קנין חדש אבל בירור לא ס"ל בהודאה וכיון שלא נתברר לנו שלא פרע לכן אם היה מודה ואומר לויתי ולא פרעתי אז היה חייב מטעם קנין חדש אבל עכשיו שעומד וצווח להד"ם ואינו רוצה להקנות מאומה לכן ס"ל לאביי שהוא פטור מפני שבירור אין כאן וחיוב חדש ג"כ אין כאן.

ב) ובב"מ דף פ"א איתא ההוא גברא דאוגר ליה חמרא לחבריה אמר ליה חזי לא תיזול באורחא דנהר פקוד דאיכא מיא זיל באורחא דנרש דליכא מיא אזיל באורחא דנהר פקוד ומית חמרא כי אתא אמר ליה אין באורחא דנהר פקוד אזלי ומיהו ליכא מיא אמר רבה מה לי לשקר אי בעי אמר ליה אלא באורחא דנרש אזלי אמר ליה אביי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן עכ"ל הגמ' וכן נחלקו רב חסדא ואביי ורבא בב"ב דף ל"ג אם אמרינן מגו במקום עדים או לא דרב חסדא ס"ל דאמרינן מגו במקום עדים ואביי ורבא ס"ל דלא אמרינן מגו במקום עדים וכן הוא בשאר דוכתי בגמ' ופשטות הדברים משמע שנחלקו אם מגו עדיף או עדים עדיפי והדבר תימה איך יעלה על הדעת שיהא מגו אלים מעדים והלא עדים נאמנים לכל דבר לדיני ממונות ודיני נפשות ומכות ועונשים, ולענין מגו קי"ל דמגו להוציא לא אמרינן אלמא דמגו גרע טפי ועוד דמספקא לן בב"ב דף ה' אם אמרינן מגו במקום חזקה או לא אלמא שיש סברא לומר דמגו גרע אפילו מחזקה ומכ"ש דמגו גרע מרובא דקי"ל רובא וחזקה רובא עדיף ועדים עדיפי מתרווייהו ונאמנים העדים להכחיש אפילו כמה חזקות וכמה רובות וא"כ מכ"ש שיש כח ביד העדים להכחיש את המגו שהיא גרועה מחזקה ומרובא ואיך יעלה על הדעת שהמגו יהא עדיף מעדים.

ג) עוד הקשו למ"ד דס"ל דאמרינן מגו במקום עדים מהא דתנן בשבועות דף ל"ח מנה לי בידך אמר לו הן למחר אמר לו תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב עכ"ל המשנה ובב"ב דף ו' מפרש הגמ' דהא דאמר אין לך בידי היינו שאמר לא היו דברים מעולם היינו שלא לוה מעולם לכן חייב שהרי הודה בפני עדים שלוה ואם נימא דאמרינן מגו במקום עדים א"כ יהא נאמן במה שאמר להד"ם במגו דאי בעי אמר פרעתי היה נאמן א"כ כשאומר להד"מ נמי יהא נאמן דאע"ג דאיכא סהדי דמכחשי ליה ואומרים שהודה מ"מ לאו כלום הוא כיון שיש לו מגו ומגו אלים מעדים א"כ יש לנו להאמינו במינו דאי בעי אמר פרעתי דמגו אלים מעדים.

ד) **לכן** נראה דליכא למ"ד שיהא מגו אלים מעדים רק פליגי בזה אם הודאה הוא מטעם קנין חדש או מטעם בירור הלכך בהאי עובדא דב"מ בנהר פקוד ונרש דאמר אנא באורחא דנהר פקוד אזלי וליכא מיא ורבה ס"ל שנאמן ופטור אין הטעם מפני שנאמן לומר דליכא מיא דזהו בודאי ליכא למימר דכיון דאיכא עדים שיש מים בנהר פקוד בודאי אינו נאמן להכחיש את העדים ולומר דליכא מיא אע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר באורחא דנרש אזלי מ"מ לאו כלום הוא והמגו אינו מועיל להכחיש את העדים הבירור הגדול שבכל המבררים אלא הטעם דס"ל לרבה שהוא פטור מפני שאין אנו מאמינים לו דאזיל באורחא דנהר פקוד דס"ל דהודאה לא הוי בירור כלל רק מטעם קנין חדש אתינן עלה, ואם היה בא ואמר אין באורחא דנהר פקוד אזלי ואיכא מיא אז היינו אומרים דאע"ג שדבריו לאו אמת הם ומעולם לא הלך באורחא דנהר פקוד מ"מ היה חייב לשלם מטעם חיוב וקנין חדש שהרי חייב את עצמו לשלם כיון שאומר שהלך באורחא דנהר פקוד ואיכא מיא אבל כיון שעומד וצווח באורחא דנהר פקוד אזלי וליכא מיא הרי לא חייב את עצמו במאומה לכן ס"ל לרבה שהוא פטור מפני שבירור אין כאן וחיוב אין כאן ואביי דס"ל שהוא חייב כי מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן הוא מפני דס"ל לאביי דהודאה הוא מטעם בירור וכיון שנתברר לנו כדבריו שהודה שהלך באורחא דנהר פקוד לכן חייב שהרי איכא עדים דאיכא מיא ואינו נאמן להכחיש עדים במגו ונתברר חיובו שהלך באורחא דנהר פקוד ואיכא מיא לכן אע"ג דחיוב חדש ליכא כאן שהרי עומד וצווח דליכא מיא ואינו מחייב את עצמו במאומה מ"מ חייב משום דהודאה היא מטעם בירור ולא מטעם קנין חדש, עיין לקמן אות ח'.

ה) **ובזה** יש לבאר הגמ' בב"ב דף ל"ג קריביה דרב אידי בר אבין שכיב ושביק דיקלא רב אידי בר אבין אמר אנא קריבנא טפי וההוא גברא אמר אנא קריבנא טפי לסוף אודי ליה דאיהו קריב טפי אוקמה רב חסדא בידיה אמר ליה ליהדר לי פירי דאכל מההוא יומא עד השתא אמר זהו שאומרים עליו אדם גדול הוא אמאן קסמיך מר אהאי הא קאמר דאנא מקרבנא טפי אביי ורבא לא ס"ל להא דרב חסדא כיון דאודי אדי עכ"ל הגמ' והנה סברת אביי ורבא היא פשוטה ומובנה דכיון שהודה ההוא גברא שרב אידי בר אבין הוא קרוב טפי א"כ מחויב הוא להחזיר לו כל הפירות שאכל ההוא גברא מיום שמת קרובו עד היום שהחזיר לו את הדקל, אבל סברת רב חסדא היא בלתי מובנה כלל דהשיב לו לרב אידי בר אבין אמאן קסמיך מר אהאי הא קאמר דאנא מקרבנא טפי היינו שעד היום טען ואמר ההוא גברא שהוא קרוב יותר, אבל עכשיו הא הודה לו לר' אידי בר אבין שהוא קרוב יותר וראוי לירש את המת, א"כ תימה אמאי לא יהא מחויב להחזיר לרב

אידי בר אבין כל הפירות שאכל עד היום יעו"ש ברשב"ם ובתוס' ובשאר פרשים שדחקו מאוד לבאר סברת רב חסדא דס"ל שאינו חייב להחזיר לו הפירות.

ו) **ובדברינו** ניחא דרב חסדא לטעמיה אזיל דס"ל דאמרינן מגו במקום עדים והוא משום דס"ל דהודאה היא מטעם חיוב חדש ולא מטעם בירור לכן ס"ל שאינו מחויב להחזיר הפירות שאכל עד היום, והיינו דאם נימא דהודאה הוא מטעם בירור א"כ כשהודה ההוא גברא דרב אידי בר אבין הוא קרוב יותר ממנו הרי נתברר לנו האי מילתא שפיר שרב אידי בר אבין הוא היורש את המת לכן מחויב ההוא גברא להחזיר לרב אידי בר אבין את הדקל וגם הפירות שאכל עד היום אבל אם ס"ל דהודאה אין בו משום בירור כלל רק חיוב חדש יש בו א"כ אם ההוא גברא היה מודה ואמר לו שאתה קרוב יותר ואני רוצה להחזיר לך גם הדקל וגם הפירות היינו אומרים דאע"ג דלאו קושטא קאמר ההוא גברא ובאמת רב אידי בר אבין אינו קרובו מ"מ מחויב היה להחזיר גם הפירות מטעם חיוב חדש אבל עכשיו דאע"פ שהודה שרב אידי בר אבין הוא קרוב יותר מ"מ צועק ואומר שאין רצונו ליתן הפירות לרב אידי בר אבין הרי אומר בפירוש שאינו רוצה להקנות לו לרב אידי בר אבין את הפירות בקנין חדש ורק הקרקע לבד רוצה להקנותו בקנין חדש ע"י ההודאה לכן ס"ל לרב חסדא שרב אידי בר אבין אינו זוכה בהפירות רק בהדקל לבד הוא זוכה מפני שהדקל הקנה לו בקנין חדש והפירות לא הקנה לו בקנין חדש, ואביי ורבא ג"כ לטעמייהו אזלי דס"ל דלא אמרינן מגו במקום עדים והוא משום דס"ל דהודאה הוא מטעם בירור ולא מטעם קנין חדש לכן ס"ל לאביי ורבא דרב אידי בר אבין זוכה גם בהפירות דכיון שהודה לו ההוא גברא דרב אידי בר אבין הוא קרוב טפי וראוי ליורשו הרי נתברר לנו האי מילתא שרב אידי בר אבין הוא קרוב יותר לכן זוכה גם בהפירות.

ז) **וכן** משמע קצת מסמיכות הענינים דתיכף בתר עובדא הנ"ל דקריביה דרב אידי בר אבין שכיב ושבק דיקלא דפסק רב חסדא שרב אידי בר אבין אינו זוכה בהפירות מסיים הגמ' אביי ורבא לא ס"ל הא דרב חסדא כיון דאודי אודי ותיכף לזה מיד מייתי הגמ' לענין זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דפסיק רב חסדא דאמרינן מה לי לשקר במקום עדים מסיים הגמ' ג"כ בלשון הנ"ל אביי ורבא לא ס"ל הא דרב חסדא מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן א"כ מסמיכות הענינים ומלישנא דגמ' משמע ג"כ קצת דחד טעם הוא מגו במקום עדים ומילתא דרב אידי בר אבין לענין פירות והוא כנ"ל.

ח) **אך** יש להקשות על דברינו דלפי זה יהא דברי אביי סתרי אהדדי דהרי אמרינן לאביי בשבועות דף מ"א כשאומר להד"ם והעדים מעידים שלוה ופרע דמשו"ה ס"ל לאביי שהוא פטור משום דס"ל דהודאה הוא מטעם חיוב חדש ולא מטעם בירור ובב"מ דף

פ"א ובב"ב דף ל"ג ס"ל לאביי ורבא דלא אמרינן מיגו במקום עדים ואמרינן שהטעם הוא משום דס"ל לאביי ורבא דהודאה הוא מטעם בירור א"כ יהיו דברי אביי סתרי אהדדי, ונראה דדוקא בכגון האי מילתא דשבועות הנ"ל התם ס"ל לאביי דהודאה הוא מטעם קנין חדש אבל בעלמא מודה אביי לרבא דהודאה הוא מטעם בירור, וטעם החילוק הוא דבשבועות דף מ"א ס"ל לאביי דליכא למימר דהודאת פיו שהודה שלא פרע יעשה בירור גמור כי באמת לא פרע דכיון דאיכא עדים דאמרי שפרע ליכא למימר שדבור פיו יברר להכחיש את העדים דאמרי שפרע ואם היה אומר לויתי ולא פרעתי והעדים מכחישים אותו ואומרים לא לוה או לוה ופרע אז היה מחויב לשלם גם לאביי ולא מטעם בירור דכיון דאיכא עדים דמכחשי ליה אין בכחו לברר להכחיש את העדים, רק היה מחויב לשלם מטעם קנין חדש אבל כיון שאומר להד"ם היינו לא לויתי ולא פרעתי הרי אנו רואין שאינו רוצה לחייב את עצמו מאומה א"כ אין כאן לא בירור ולא חיוב חדש לכן ס"ל לאביי דפטור אבל אם אינו מכחיש את העדים כגון ההיא דב"מ דף פ"א שאמר שהלך באורחא דנהר פקוד התם ס"ל לאביי דהודאתו עושה בירור דאדם נאמן על עצמו וכיון שנתברר לט הדבר שהלך באורחא דנהר פקוד ואנן סהדי דאיכא מיא התם לכן חייב לשלם, ופליג על רבה דס"ל שההודאה אינו עושה שום בירור וא"כ אינו נאמן לומר שהלך באורחא דנהר פקוד וגם חיוב חדש ליכא כאן שהרי רוצה לפטור עצמו שהרי טוען דליכא מיא לכן ס"ל לרבה דפטור אבל אביי ס"ל דחייב בכהאי גונא דכיון דליכא עדים המכחישים אותו אדם נאמן על עצמו כמו שהעדים נאמנים על אחרים, ורבא ס"ל דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ואפילו אם העדים מכחישים אותו ג"כ ס"ל לרבא דהודאה עושה בירור לעצמו לחייב את עצמו אפילו להכחיש את העדים לכן ס"ל לרבא בההיא דשבועות דף מ"א דאע"ג שהעדים אמרו לוה ופרע וחיוב חדש ליכא שהרי הוא טען ואמר להד"מ מ"מ חייב לשלם משום שנתברר לט ע"פ דברי העדים שלוה וע"פ דברי הנתבע נתברר לנו שלא פרע לכן ס"ל לרבא שהוא חייב לשלם והחילוק הזה בין איכא עדים לבין ליכא עדים כתבו ג"כ התוס' בשבועות שם לתרץ קושיא אחרת ע"ש.

ט) ונראה שאם בא ואמר אין באורחא דנהר פקוד הלכתי וליכא מיא ועדים מעידים שלא הלך באורחא דנהר פקוד כלל רק באורחא דנרש הלך תליא ג"כ במחלוקת דאביי ורבא בשבועות דף מ"א דלדברי אביי פטור הוא מלשלם דכיון דאיכא עדים שלא הלך באורחא דנהר פקוד הרי נתברר לנו שכן היה שלא הלך באורחא דנהר פקוד רק אם היה אומר הלכתי באורחא דנהר פקוד ואיכא מיא היה חייב לשלם מטעם חיוב חדש אע"ג דמשקר והלך באורחא דנרש אבל כיון שאומר הלכתי באורחא דנהר פקוד וליכא מיא

א"כ ליכא כאן לא חיוב חדש ולא בירור לכן פטור הוא לאביי אבל לרבא חייב לשלם דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ואע"פ שהעדים מעידים שלא הלך באורחא דנהר פקוד מ"מ כיון שהוא בעצמו הודה שהלך באורחא דנהר פקוד ואיכא סהדי דאיכא מיא לכן הוא חייב לשלם לרבא ואע"ג דחיוב חדש ליכא כאן כיון שהוא עומד וצווח דליכא מיא ואינו מחייב את עצמו במאומה מ"מ חייב לשלם דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים לרבא.

י) ונמצא דשלש מחלוקות בדבר, רבה ורב חסדא, ואביי, ורבא, דרבה ורב חסדא ס"ל דהודאת פיו של הנתבע אינו עושה שום בירור כלל והא דילפינן מקרא דכי הוא זה דהודאת הנתבע עושה חיוב עליו אינו אלא מטעם חיוב חדש ולא מטעם בירור כלל ואפילו אם ליכא עדים דמכחשי ליה ג"כ אין כחו בפיו לברר את חיובו ורק משום חיוב חדש אתינן עלה, ורבא ס"ל דאפילו אם איכא עדים המכחישים אותו ג"כ הודאת פיו עושה בירור לחייב את עצמו ולהכחיש את העדים דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים, ואביי ס"ל דאם ליכא עדים המכחישים אותו אזי ההודאה עושה בירור לברר ונאמן הנתבע בדבור פיו לברר אבל אם יש עדים המכחישים אותו אזי אין בכח הנתבע להכחיש ולעשות בירור כנגד העדים ואין כח בהודאת פיו רק לעשות חיוב חדש ולא בירור כההיא דשבועות דף מ"א הנ"ל.

יא) ועדיין לא תרצנו הקושיא הנ"ל שהקשינו מהא דתנן מנה לי בידך אמר לו הן למחר אמר לו תנהו לי נתתיו לך פטור אין לך בידי חייב ולדברינו נהי שאין להקשות שיהא נאמן במה שאמר להד"ם במגו דנתתיו לך משום דלכו"ע עדים עדיפי ממגו מ"מ זה יש להקשות גם לדברינו לרבה ורב חסדא דכיון דס"ל דהודאה היא מטעם קנין חדש ולא מטעם בירור א"כ לא יהא נאמן במה שאמר לא פרעתי דכיון שאמר לא לויתי הוי כמו שאמר לא פרעתי כדאיתא בב"ב דף ו' דכיון דס"ל שאין בירור בהודאת פיו א"כ מהיכן ידעינן שלא פרעו ונהי שאם היה מודה ואומר לויתי ולא פרעתי היה חייב לשלם מטעם חיוב חדש דאע"ג דלאו קושטא קאמר במה שהודה שלוה ולא פרע מ"מ חיוב חדש יש בו וחייב לשלם אבל עכשיו שטוען לא לויתי ולא פרעתי נהי שאינו נאמן להכחיש את העדים שאמרו שלוה מ"מ יפטור מלשלם משום שאינו נאמן לומר שלא פרע כמו התם בעובדא דנהר פקוד ונרש דאע"פ שאינו נאמן להכחיש את העדים ולומר שלא היו מים בנהר פקוד מ"מ הוא פטור מפני שאינו נאמן על עצמו לומר שהלך באורחא דנהר פקוד א"כ כאן נמי יש לומר כן דאע"פ שאינו נאמן להכחיש את העדים ולומר לא לויתי

מ"מ יש לפוטרו מפני שאינו נאמן על עצמו לומר שלא פרע א"כ נשארה הקושיא הנ"ל מהמשנה דשבועות לרבה ורב חסדא גם לדברינו.

יב) ונראה דאפילו אם אמרינן דהודאה הוא מטעם חיוב חדש ואין בירור ע"י הודאתו מ"מ אינו מבורר אצלנו גם ההיפוך מזה ונשאר הדבר בלא בירור כלל והוי כדבר מסופק הלכך כיון שאנו יודעים בודאי ע"פ עדים שלוה ועל הפרעון שאמר לא פרעתי נחשוב שאינו מבורר ע"פ הודאתו א"כ הוי אצלנו כמו איני יודע אם פרעתיך שהחיוב הוא בודאי והפרעון הוא ספק לכן כשהודה מתחלה בפני עדים ואמר הן ולמחר כשתבע ממנו השיב לו ואמר להד"ם חייב לשלם אפילו לרבה ורב חסדא דס"ל שההודאה אינו מבררת רק עושה חיוב חדש ואע"פ דכאן לא שייך חיוב חדש מפני שאינו רוצה לחייב את עצמו כלל שהרי טען להד"מ מ"מ חייב לשלם דכיון שנתברר ע"פ עדים שלוה ועל הפרעון שטען לא פרעתי ליכא בירור כלל והוי כמו איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם.

פרק לו

א) ובההיא דבב"ב דף ל"ג ג"כ צריך ביאור דאיתא התם זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה הוא ועד יום מותם ומעולם לא מכרו לאבותיו של זה השני, רשב"ם] והא אייתי סהדי דאכל שני חזקה אמר רב חסדא מה לו לשקר אי בעי אמר ליה מינך זבינתיה ואכלתיה שני חזקה אבייי ורבא לא ס"ל להא דרב חסדא מה לי לשקר במקום עדים לא אמרינן, ולפי דברינו הנ"ל שכתבנו דבזה ט"ע מודים דעדים עדיפי ממגו נצטרך לומר דטעמו של רב חסדא דס"ל שהמוחזק זכה אינו מפני שנאמן בטענתו שטען של אבותי הוא דזהו בודאי אי אפשר לומר כן שהרי יש עדים שמכחישים אותו ואומרים שלא היה של אבותיו מעולם אלא הטעם שהמחזיק זכה לרב חסדא הוא מפני שאינו נאמן לומר שלא לקח בעצמו מהמערער דכיון שהודאה אינו עושה בירור לרב חסדא אינו נאמן לומר שלא לקחה, א"כ יש לתמוה הא תינח בעובדא דנהר פקוד ונרש יש לומר שפיר שאינו נאמן על עצמו לומר שהלך באורחא דנהר פקוד לכן הוא פטור אבל בחזקה כיון דקי"ל דכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, א"כ דל הודאתו מכאן יען כי אין בכח ההודאה להעיד לברר על עצמו מ"מ הרי מחוסר טענה שצריך לטעון ממך לקחתי ואכלתי שני חזקה וכיון דעכ"פ לא טען ממך לקחתי איך יזכה המוחזק כי טענתו שטען של אבותי לאו כלום היא שהרי העדים מכחישים אותו והעדים עדיפים ממגו, דבשלמא אם היה הדין דחזקה אינה צריכה טענה וחזקה בלא טענה ג"כ חזקה מעלייתא היא וכאן כל החסרון הוא רק יען שהודה ואמר שלא לקח ממנו בזה שפיר יש לומר דכיון דס"ל לרב חסדא דהודאה היא מטעם חיוב חדש ואין

שום בירור בהודאת פיו לכן הודאתו שהודה שלא לקח לאו כלום הוא לכן זכה המוחזק, אבל כיון דקי"ל דחזקה שאין עמה טענה אינה חזקה, א"כ אם אפילו נימא שאין כח בהודאתו לברר שלא לקח מ"מ כיון דעכ"פ לא טען לקחתי ממך א"כ הרי מחסרא טענה וכל חזקה שאין עמה טענה לא הוי חזקה.

ב) ונראה דהא דאמרינן כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ג"כ מטעם הודאה אתינן עלה משום דכשבא המערער אצל המחזיק ואמר לו מה אתה עושה בתוך שלי והמחזיק השיב לו שלא אמר לי אדם דבר מעולם הרי הודה לו שלא קנה ממנו לכן לא הוי חזקה מפני שהודה המחזיק שלא קנה אבל מה שלא טען המחזיק קניתי בזה לא נפסדה חזקתו דהרי קי"ל בחו"מ סימן קמ"ו ס"י טוענין ליורש וטוענין ללוקח היינו דכיון דהחזיק שלש שנים מחזקינן דהקרקע שהוא מוחזק בו מסתמא קנה מהמערער רק אם לא בא מכח ירושה או לקיחה דקי"ל דלא הוי חזקה הוא מפני שהודה שלא קנה לכן אם נימא דהודאה לא הוי בירור כלל אז גם חזקה שאין עמה טענה ג"כ הוי חזקה מפני שלא נתברר אצלנו שלא קנה, לכן ס"ל לרב חסדא בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי דהוי חזקה אע"ג דעדים הכחישו אותו ואמרו שלא היה של אבותיו מעולם מ"מ הוי חזקה משום שאינו נאמן לומר קנה מהמערער כיון דההודאה אינה עושה שום בירור רק משום חיוב חדש אתינן עלה וכאן לא שייך קנין חדש כיון שהוא עומד וצווח שהוא של אבותי ואינו מקנהו כלל.

ג) ולכאורא יש להקשות לפי זה דא"כ בההיא דשבועות דף ל"ח דמנה לי בידך ואמר לו הן למחר אמר לו תנהו לי אין לך בידי חייב נתתיו לך פטור, אמאי חייב כשאמר לו אין לך בידי נימא שלא יהא נאמן לומר שלא יהא פרעו כיון דרבה ורב חסדא ס"ל שההודאה אין בו משום בירור א"כ אע"פ שמודה לו שלא פרעו מ"מ לא יהא נאמן כיון דגם שם קי"ל דטענינן ליתמי פרוע וכן ללקוחות ג"כ טענינן פרוע כיון שהוא מלוה על פה אין גובים מיתומים ולקוחות וטענינן פרעתו כדאיתא בחו"מ סימן קי"ח וסימן קי"א א"כ כשמודה שלא פרע לא אתינן עלה אלא משום הודאה וכיון דהודאה אין בו משום בירור הרי לא ידעינן שלא פרע ולא יהא חייב לשלם וכמו דלענין חזקה אמרינן דכיון דקי"ל טוענין ליורש וטוענין ללוקח א"כ חזינן דלא צריך טענה אלא דאם לא טען שקנה הרי הודה שלא קנה ומשום הודאה אתינן עלה א"כ גם כאן כיון דטוענין פרוע ליורש וללוקח א"כ כשלא טען פרוע לא אתינן עלה אלא משום הודאה וכיון דהודאה אין בו משום בירור לרבה ולרב סדא אמאי יהא חייב לשלם, ומ"ש ההודאה שלא פרע שנתברר אצלנו

ע"פ הודאתו וחייב לשלם גם לרבה ורב חסדא ומ"ש ההודאה שלא קנה שאינה מועילה הודאתו לברר שלא קנה ופטור המחזיק להחזיר השדה להמערער גם לרבה ורב חסדא.
ד) **ונראה** דהחילוק בין זה לזה הוא דכל אחד ואחד מעמידים אותו על חזקתו כמו שהוא כיון שההודאה אינה עושה שום בירור לרבה ורב חסדא ונשאר הדבר על חזקתו לכן בההיא דשבועות דף ל"ח כיון שיש עדים שהודה שחייב לו והוא הודה שלא פרע כיון שאומר לא לויתי מעולם וכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי לכן נשאר הדבר בחיוב כמו שהיה חייב ונהי שהודאתו שלא פרע אינו מברר חיובו מ"מ חייב הוא לשלם גם לרבה ורב חסדא משום חזקת חיוב שהיה עד היום, ובההיא דב"ב בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי ג"כ מוקמינן ליה בחזקתיה כיון שהמחזיק עומד בשדהו נשאר השדה בידו אע"פ שהודה שלא קנה מ"מ אחרי שההודאה אינה מבררת לרבה ור"ח וכיון שנשאר הדבר בלא בירור לכן נשאר השדה בחזקת המוחזק שהוא עומד בו עתה לרבה ורב חסדא.

פרק לז

א) **ונראה** דאפילו לרבא דס"ל דאמרינן אדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ואפילו היכא דמכחשי ליה ג"כ מהימן מטעם בירור היינו דוקא אם מעיד על עצמו לחובתו התם הוא דנאמן מטעם בירור אבל אם האדם מעיד על אחרים שהם פסולים נהי דג"כ נאמן ואינו יכול להוציא ממון ע"י דבריהם כיון שראובן אמר על שמעון ולוי שהם פסולים שוב אינו יכול ראובן להוציא ממון ע"י עדותם של שמעון ולוי מ"מ אין זה רק מטעם קנין חדש ולא מטעם בירור דדוקא על עצמו אדם נאמן יותר ממאה עדים אבל לפסול את אחרים לא האמינתו התורה ומטעם חיוב חדש לבד מהני דבריו ולא מטעם בירור.
ב) **ובזה** תתורץ הקושיא שראיתי בס' שער המשפט סימן צ"ב ס"ק ח' שהקשה על ההיא דשבועות הנ"ל דף מ"א דהמלוה תובע מהלוה שלוה ולא פרעו והלוה טוען להד"ם והעדים מעידים שלוה ופרע ואמר רבא על זה שהלוה חייב לשלם משום שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והקשה על זה בס' שער המשפט דמאחר שהמלוה אומר שהעדים הם שקרנים שהעידו שקר בפקדון א"כ העדים הם פסולים ולמה יגבה ע"פ העדים מאחר שלפי טענתו הם פסולים וכן ראיתי קושיא זאת בס' נטעי נעמנים בחלק אה"ע סימן ב' בשם הגאון ר' אבלי פאסווועלער ע"ש מה שדחקו בזה לתרץ, ובדברינו ניחא דכיון שהודאת המלוה הוא על אחרים היינו על העדים הודה המלוה שהם פסולים לכן הודאתו אינה מועילה מטעם בירור שהרי באמת נשארים העדים בכשרותם לכל עדיות שבתורה ורק על המלוה בעצמו נאמן לפוסלן מטעם חיוב חדש, א"כ כאן לא שייך

חיוב חדש שהרי המלוה עומד וצווח שהלוה לוה ממנו ולא פרע לו א"כ המלוה אינו מקנה שום דבר להלוה לכן חייב הלוה לשלם.

ג) ע"ש בס' שער המשפט שמכח קושיא הנ"ל דחה את דברי התוס' והרא"ש והר"ן בכתובות פרק נערה דף מ"ד ענין שני שטרות היוצאים ביום א' ביטל שני את הראשון ואמרינן שם מאי טעמיה רפרם אמר אודויי אודי ליה רב אחא אמר אימר אחולי אחליה לשיעבודיה מאי בינייהו איכא בינייהו אורועי סהדי ולשלומי פירי ולטסקא עכ"ל הגמ' ופירש"י אורועי סהדי החתומים בראשון לרפרם פסולים וכתבו התוס' וז"ל תימה גדולה הוא מה שפירש בקונטרס לפסול העדים דאין יכול לפסול העדים בענין זה ונראה לר"י דאם יש לזה המקבל מתנה שום שטר אחר שהעדים אלו חתומים בו מרעין ליה לשטרא הואיל והוא מודה שהן פסולים וכ"כ הרא"ש והר"ן והרשב"א והשער המשפט דחה דבריהם בשביל הקושיא הנ"ל כיון שהודאת המקבל מתנה מועילה לפסול את העדים לגבי עצמו א"כ שם בשבועות דף מ"א נמי נימא הכי שתועיל הודאת המלוה לפסול את העדים שלא יגבה ע"י עדותם כיון שהמלוה הודה שהעדים הם פסולים שהרי העדים אמרו פרע והמלוה טוען שלא פרע א"כ לדבריו העדים הם פסולים ואמאי יכול המלוה לגבות בהם.

ד) ובדברינו תתורץ הקושיא הזאת דכיון דהודאת המלוה והמקבל מתנה לפסול אחרים היא והודאתם מועילה מטעם חיוב חדש ולא מטעם בירור א"כ שם בשבועות שאנו רואים את המלוה אע"פ שהודה שהעדים הם פסולים מ"מ עומד וצווח שהלוה לוה ממנו מעות ולא פרעו הרי אנו רואים שלא הקנה המלוה שום דבר להלוה בחיוב חדש לכן חייב הלוה לשלם, משא"כ לענין שאר שטרות אם יש לו להמלוה הזה שאר שטרות שהעדים הללו חתומים עליו בודאי אין המלוה יכול לגבות בהשטרות האלה שחתמו העדים אחר שהעידו שקר שפרעו דכיון דבשעה שהודה המלוה שהעדים הם פסולים לא אמר אז שאינו מקנה לו את הזכיות שיש לו בהעדים האלה לענין שאר שטרות רק בסתמא הודה המלוה שהעדים האלה הם פסולים לכן אינה מועילה שוב עדותם לענין שאר שטרות מטעם קנין חדש רק על התביעה הזאת שתבע המלוה מהלוה באותן העדים ועומד וצווח שאינו מקנהו בקנין חדש לכן חייב הלוה אבל בשאר שטרות שלא אמר בפירוש שאינו מקנהו בודאי נפסלים השטרות מטעם קנין חדש, א"כ בההיא דכתובות דף מ"ד נמי ניחא מה שהשטרות שהעדים האלה חתומים עליהם נפסלים והוא מטעם קנין חדש דכיון שהודה המקבל המתנה שהעדים האלה פסולים ולא פירש בפירוש

שאינו מקנה לו את הזכיות שיש לו באותן השטרות להו נפסלים כל השטרות האלה מטעם קנין חדש, ועיין קצוה"ח סימן ל' ס"ק ה' וס"ק ו' ובנתיבות שם ס"ק ו' ע"ש.

פרק לח

א) ובזה שכתבנו יש לבאר הסוגיא בב"ב דף קכ"ח המוציא שטר חוב על חבירו מלוה אומר לא נפרעתי כלום ולוה אומר פרעתי מחצה והעדים מעידים שפרע כולו הרי זה נשבע וגובה מחצה מנכסים בני חורין אבל ממשועבדים לא דאמרי אנן אעדים סמכינן עכ"ל הגמ' וכן הוא בחו"מ סימן פ"ב סי"ג היוצא מזה דהלוה מחויב לשלם המחצה שהודה וגם מחויב הלוה לישבע שבועה דאורייתא על חציה השני שהלוה כופר כשאר מודה במקצת שחייבים לישבע שבועה דאורייתא עיין בר"ן ר"פ שבועת הדיינים שכתב וז"ל ואיכא למידק כיון דאיכא עדים שמעידים שפרע כולו הם המעידים כדבריו דיש בכלל מאתים מנה ולמה צריך לישבע יש לומר דשאני הכא שהוא פסלם שמכחיש דבריהם ואומר שלא פרע אלא מחצה ולגבי עצמו נאמן ומיהו לאו למימרא דפסלינהו לגמרי דא"כ אפילו בשבועה לא מהימן דהא איכא שטרא אלא לאו הכחשה היא לגמרי דאפשר שאינו זכור אלא מן המקצת והעדים זכורים יותר וכיון דהכחשה ולא הכחשה היא אין סומכין על עדותן לגמרי ולא על השטר לגמרי אלא עדותן מהני לבטולי שטרא בלחוד והוה ליה תביעתו של מלוה כתביעה על פה שאין עליה עדים שכל שהנתבע מודה מקצת נשבע עכ"ל הר"ן שם וכ"כ הנ"י בפרק יש נוחלין.

ב) והדבר תימה ממה נפשך אם אמרינן דכיון שהלוה פסל את העדים לכן לא יוכלו העדים להועיל להלוה דאדם נאמן על עצמו משו"ה מחויב הלוה לישבע דאע"ג שהעדים העידו שפרע כולו וא"כ יש בכלל מאתים מנה דהיינו שהחצי הוא בודאי פרוע לדברי העדים א"כ יסייעו העדים לדבריו שחציה פרוע ויפטור משבועה מ"מ אין העדים פוטרין אותו משבועה שהלוה אומר שהעדים שקרנים הם כי הלוה אומר פרע מחצה והעדים אומרים פרע כולו א"כ עדי שקר הם, אם נאמר כך יש לתמוה שיש לנו לומר שהלוה ישלם כולו כיון דהמלוה יש לו שטר יש לו לשלם כולו אע"ג דהעדים מעידים שפרע כולו מ"מ העדים כמאן דליתנהו דמי שהלוה פסל אותם ואם נימא דלא הוי הכחשה ולא פסל את העדים א"כ יש לנו לומר שהלה יפטר מלישבע שהרי העדים מסייעים אותו לפוטרו משבועה שהרי אומרים פרע כולו ויש בכלל מאתים מנה והדברים שכתבו הר"ן והנימוק"י הכחשה ולאו הכחשה אינם מובנים כלל ואם הוא ספק איך מחייבינן ליה לישבע מספק עיין ש"ך סימן פ"ב ס"ק ל"ז והקצוה"ח ס"ק י"ט מה שכתבו בזה.

ג) **והתוס'** בב"ב שם ד' קכ"ח ד"ה נשבע כתבו וז"ל נראה לר"י דלהכי נאמן בשבועה משום דחשיבא כמלוה על פה שהרי עדים מעידים שהשטר פרוע ואע"ג דלדבריו העדים פסולים שהרי מכחישם ואומר שחייב מחצה מכל מקום שטר אינו מתקיים אלא ע"י הודאתו והא קאמר דפרע מחצה עכ"ל התוס' שם וכדברים האלה כתב ג"כ השיטה מקובצת בשם הרא"ש בתוספותיו ע"ש וגם דברי התוס' והש"מ הנ"ל בלתי מובנים הם כיון דעכ"פ הלוה פוסל את העדים ואומר שהם שקרנים יש לנו לומר שישאר השטר בתקפו וגבורתו ויהא חייב הלוה לשלם הכל.

ד) **ובדברינו** ניחא דכיון שהלוה אינו מעיד על עצמו רק מעיד על עדים אחרים לפוסלן ובמקום שהוא מעיד על אחרים אמרינן שהודאתו אינה מועילה רק מטעם קנין חדש ולא מטעם בירור לכן אם הלוה היה מודה בסתם שהעדים האלה שאמר שהשטר שעליו הוא פרוע גזלנים הם ופסולים לעדות אז היינו אומרים דאע"פ שבהודאתו אין בו משום בירור מ"מ חייב לשלם שטרו משום חיוב חדש דכיון שהודה שהעדים הם פסולים א"כ נשאר השטר בתקפו וגבורתו, אבל כאן דכיון דבשעה שהודה שהעדים הם פסולים באותה שעה טען פרעתי מחצה הרי אומר בפירוש שאין רצונו להקנות בקנין חדש רק מחצה ולא יותר לכן אינו חייב לשלם רק מחצה וזהו שכתבו התוס' והש"מ דהשטר אינו מתקיים אלא ע"י הודאתו והא קאמר דפרע מחצה והיינו דהשטר אינו מתקיים רק ע"י הקנין חדש שהודה הנתבע לכן אינו מועיל רק על מחצה שרצה הלוה להקנות למלוה ולא על יותר.

ה) **ולכאורא** יש להקשות א"כ לענין שבועה נמי נימא הכי דכיון שלא הקנה לו בקנין חדש רק המחצה שהודה לו ולא יותר א"כ אמאי ישבע הלוה שפרע לו המחצה השניה והלא יש לנו לומר שהעדים יסייעו אותו לפוטרו משבועה שהם אומרים פרע כולו ויש בכלל מאתים מנה, ונהי שהלוה פוסל את העדים מ"מ כיון שאין פסולו מועיל רק מטעם קנין חדש א"כ האי מחצה שהקנה לו בקנין חדש ישלם אבל במחצה השניה שכפר יפטר לגמרי אפילו משבועה ואמאי ישבע.

ו) **ונראה** דבהאי עובדא דב"ב דף קכ"ח הנ"ל אם בשעה שהודה על המחצה והודה אז שהעדים הם פסולים אם היה הנתבע אומר אז חמשים אית לך וחמשים לית לך ואין רצוני לישבע על החמשים של הכפירה יוכל היות דאין הכי נמי שהנתבע פטור מלישבע כמו שפטור מלשלם את החמשים שכפר מפני שאמר בפירוש שאינו מקנה לו רק חמשים זוז ולא יותר כן יש לומר לענין שבועה כיון שבפירוש אמר הנתבע שאינו רוצה לישבע הרי לא הקנה לו מאומה בהחמשים שכפר והרי יש לו להנתבע עדים כשרים שמעידים

שהוא פטור משבועה ומלשלם את החמשים שכפר וקנין חדש אין כאן כיון שהנתבע עומד וצווח שאינו מקנה לו מאומה לא בשבועה ולא בממון א"כ כמו שאינו מחויב לשלם את החמשים שכפר כך אינו מחויב לישבע כיון שאומר בפירוש שאינו רוצה לו לישבע ולא לשלם ומה שמחויב לישבע על החמשים שכפר הוא מפני שלא פירש בפירוש שאינו רוצה לישבע וכיון שהלוה פוסל את העדות מהני פסולו מטעם קנין חדש וצריך לישבע וכן לענין תשלומין אם הלוה היה פוסל את העדים בסתם בגזלנותא ולא פירש שאין רצונו לשלם רק מחצה היה הלוה מחויב לשלם כולו מטעם קנין חדש ורק מפני שפירש שפרע מחצה ורוצה לפטור ממחצה לכן הוא פטור מתשלומין במחצה וכן לענין שבועה היה פטור מלישבע אם היה מפרש שרוצה ליפטר משבועה.

ז) **עוד** יש לומר דאפילו אם הנתבע פירש בפירוש בשעה שהודה על החמשים שאין רצונו לישבע על החמשים השניים מ"מ יוכל היות דאעפ"כ מחויב לישבע על החמשים שכפר כשאר מודה במקצת דעלמא, והטעם בזה כמו שכתבנו לעיל לרבה ורב חסדא דס"ל הודאה מטעם קנין חדש היכא דאיכא עדים דמכחשי ליה וא"כ אם הודה במקצת ואמר שהוא מודה במקצת ואינו רוצה לישבע בודאי אינו מועיל אפילו לרבה ורב חסדא דאע"ג דחמשים שהודה הוא מטעם קנין חדש א"כ לכאורא יש מקום לומר דאע"ג דבשאר מודה במקצת חייב לישבע משום שהקנה לו שני דברים א) החמשים זוז שהודה, ב) החזקה שכל מה ביד אדם הוא שלו אשר מזה הטעם כל כופר הכל פטור משבועה וזה שהודה לו במקצת ואנו רואים שיש ממש בדברי התובע משו"ה חייב לישבע אע"ג שהוא מדין קנין חדש א"כ יש מקום לומר דאם פירש בפירוש ואומר שאינו רוצה לישבע לא ישבע ויפטר משבועת מודה במקצת כיון שלא הקנה לו שני דברים רק דבר אחד הקנה לו היינו החמשים זוז ולא החזקה, מ"מ חייב לישבע במודה במקצת דעלמא אפילו אמר בפירוש בשעת ההודאה שאין רצונו לישבע אלמא דכיון דעכ"פ הודה לו בחמשים ואמר לו בלשון הודאה ולא בלשון קנין חדש רק הודה לו מקצת טענתו שתבע ממנו התובע תפסה התורה שיש ממש בדברי התובע ומחויב לישבע על השאר וזהו בכל שאר מודה במקצת דעלמא.

ח) **וכן** אם אפילו איכא עדים דמכחשי ליה ואמרו לו החמשים שהודית שלוית באחד בשבת ולא פרעת אנחנו ראינו שפרעת לו בשני בשבת או אנחנו יודעים ברור שלא לוית שום ממון מראובן שלא זזה ידך מתוך ידנו אפילו הכי חייב לישבע על החמשים השניים שכפר אפילו לאביי אע"פ שפירש ואמר בשעת הודאתו שאין רצונו לישבע אפילו הכי חייב לישבע אפילו לאביי דס"ל דהודאה כזה שהעדים מכחישים אותו מדין קנין חדש

אתינן עלה ולא מטעם בירור והטעם הוא ג"כ כמו שכתבנו לעיל כיון דעכ"פ הודה לו בלשון הודאה ולא בלשון קנין חדש לכן תפסה התורה שיש ממש בדברי התובע וחייב לישבע על השאר ואינו מקנה לו רק החמשים שהודה לו

ט) א"כ כאן נמי בנידון דב"ב דף קכ"ח הנ"ל כיון שהודה במקצת הטענה ואמר שפרע מחצה וחייב מחצה א"כ דינו כשאר מודה במקצת וחייב לישבע דאע"ג שהעדים אמרו שפרע כולו ויש בכלל מאתים מנה והודאתו שהודה שחייב לו חמשים זוז אינו אלא מטעם קנין חדש וגם מה שהלוה פוסל את העדים ג"כ אינו אלא מטעם קנין חדש והלוה אומר שאינו רוצה לישבע ואינו מקנה לו רק דבר אחד היינו החמשים זוז ולא יותר ולא שום חזקה ולא שום עדים מ"מ כיון דעכ"פ מודה לו במקצת בלשון הודאה ולא בלשון חיוב חדש הרי אנו רואים שיש ממש בדברי התובע כיון שהודה לו מקצת טענתו לכן מחויב הנתבע לישבע על השאר כשאר מודה במקצת אע"פ שאמר הנתבע שאין רצונו לישבע אפילו הכי חייב לישבע על השאר.

י) עוד תירוץ נכון מצאתי בשיטה מקובצת בשם הר"י בעליות וז"ל וא"ת כיון שפסל הלוה עדותן של עדים אלו לפיכך אין מועילים לו משבועה יגבה המלוה כל השטר כדין כל תובע בשטר ולמה פוסלין אותו בשבועת הלוה ואין לומר שהלוה נאמן במיגו דמצי טעין פרעתיו כולו כיון דאיכא סהדי דמסהדי הכי דהא אמרת דכיון דאיכא שטרא אירתותי מירתת אלמא ליכא מיגו לפי שאינו יודע עדיין שהעדים מעידים כן, יש לומר אע"ג דאמרינן כיון דאיכא שטרא ארתותי מירתת לא מפקינן ליה מהאי טעמא אלא מתורת משיב אבדה שאין לפוטרו משבועה וכו' ומ"מ איכא מיגו לפוטרו מממון שאם הוא חפץ בממון היה יכול לכפור על בטחון עדות העדות שאומרים שפרע וכן הא דאמרינן בעלמא חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח לאו למימרא שאם היינו מחייבים אותו וכו' בתשלומין לא היה מעיז וכו' אלא הכי קאמר חזקה לא יעיז כדי להפטר משבועה, תדע דאמרינן בהני עיזי דאכלי חושלא בנהרדעא יכול לטעון עד כדי דמיהם מתוך שיכול לטעון לקוחים הם בידי ולא אמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו וכו' כיון שחברו יודע שהוא משקר וכו' דהא ודאי אדם מעיז פניו כדי להרויח ממון עכ"ל הש"מ סוף דבר דכאן יש לו מיגו דאי בעי אמר פרעתי כולו רק כיון דאיכא עדים לא ידע מה שיאמרו העדים אירתותי מירתת והוי כמו מיגו דהעזה ולענין לאפטורי מממון אמרינן מגו דהעזה ולענין לאפטורי משבועה לא אמרינן מגו דהעזה לכן נשבע וגובה מחצה, עיין חו"מ סימן ל' סעיף א' וסעיף ב' ובטור שם ובקצוה"ח שם ס"ק ג' וס"ק ה' וס"ק ו' ובנתיבות שם לענין

הכחשת עדים זה אומר מנה וזה אומר מאתים ולענין אם הבעל דין מכחישם ואינו ובע שניהם ע"ש.

יא) היוצא לנו מכל הנ"ל דלדידן דקי"ל כרבא דלא אמרינן מגו במקום עדים קי"ל בענין הודאה דשני דברים יש בהם א) יש בהם משום בירור דהתורה האמינתו על עצמו יותר ממאה עדים ואפילו אם העדים מכחשי ליה ג"כ נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ובמקום דלא שייך בירור כגון שהתובע או הנתבע פוסלין את העדים דלא שייך בירור כיון שמעידים על אחרים לפוסלן מהני ההודאה מטעם קנין חדש, ב) ונכלל בזה דלענין מילי דאיסורא ג"כ מהני קנין הודאה כמו"ש התוס' בב"מ דף מ"ו לענין היה עומד בגורן דמהני ליה קנין הודאה לפוטרו מן החומש אע"פ שהוא ידע דשקורי משקר אעפ"כ נפטר מן החומש והטעם דהודאה מהני ג"כ מטעם קנין חדש וכן קנין הודאה דב"ב דף קמ"ט בעובדא דאיסור גיורא ג"כ מהני מדין קנין חדש דאי לא תימא הכי הרי גוזלים איסור ורב מרי מרבא אלא ודאי שיש בהודאה גם קנין חדש וגם בירור וכל היכא דאיכא למימר בירור שההודאה מבררת כי כן הוא האמת כמו שהודה מהני ההודאה מטעם בירור וכל היכא דליכא למימר כן מהני הודאתו מטעם קנין חדש ותרתי מילי שמעינן מהודאה בירור וקנין חדש לדידן דקי"ל כרבא

פרק לט

א) הנה בב"מ דף ג' איתא תני ר' חייא מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז נותן לו חמשים זוז וישבע על השאר שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו ותנא תונא שנים אוחזים בטלית זה אומר אני מצאתיה וכו' והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא וקתני ישבע וכו' ושם ד' ד' הקשה הגמ' על ר' חייא דקאמר ותנא תונא מי דמי התם למלוה אית ליה סהדי ללוה לית ליה סהדי דלא מסיק ביה ולא מידי דאי הוה ליה סהדי ללוה דלא מסיק ביה ולא מידי לא בעי ר' חייא לאשתבועי הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי ואפילו הכי משתבע וכו' עכ"ל הגמ' שם. והנה לפי פשטות הגמ' וכפי מה שהעולם מפרשים משמע דאם היו העדים מעידים דחמישים חייב לו וחמשים אנחנו יודעים שאינו חייב לו היה הנתבע פטור משבועה על החמשים השניים משום שהעדים מסייעים להנתבע על החמשים השניים דכיון שהעדים אומרים שאינו חייב לו יותר מחמשים כי רק חמשים חייב לו ולא יותר לכן החמשים שהעדים מעידים שחייב לו הוא משלם ואידך חמשים שהעדים מעידים שבודאי לא חייב לו הוא פטור משבועה ומלשלם כן משמע פשטות דברי הגמ' וכן מפרשים העולם, ויש להקשות על

זה אמאי יפטור הנתבע משבועה בשביל העדים המסייעים אותו והלא הנתבע פוסל את העדים שהרי הנתבע טוען אין לך בידי כלום והעדים מעידים שחמשים חייב לו וחמשים בודאי אינו חייב לו א"כ הנתבע פוסל את העדים ודמיא ממש להההיא דב"ב דף קכ"ח שהבאנו דאע"פ שהעדים מסייעים לו להנתבע שפרעו שהרי הם אומרים שפרעו כולו ויש בכלל מאתים מנה א"כ יש להאמינו שפרע מחצה והיה לט לומר שהנתבע יפטר משבועה ואעפ"כ חייב הנתבע לישבע מפני שהוא פוסל את העדים שהם אומרים פרע כולו והוא אומר פרע מחצה ולדבריו העדים פסולים הם ומשו"ה אין העדים יכולים להועילו לפוטרו משבועה לכן נשבע א"כ כאן נמי כיון שהנתבע פוסל את העדים שהוא אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים שיש לו בידו חמשים זוז א"כ אע"פ שהעדים אומרים שהם יודעים שאינו חייב לו יותר מחמשים זוז מ"מ יש לנו לומר שישבע על השאר ואין העדים יכולים להועילו לפוטרו משבועה דלדבריו העדים פסולים הם ויש לנו לומר שישבע על השאר.

ב) ולכל התירוצים הנ"ל יש להקשות הקושיא הזאת דלתירוץ הר"ן והנ"י הנ"ל שתירצו דמשו"ה חייב לישבע בההיא דב"ב משום דהוי הכחשה ולאו הכחשה והיינו דהוי ספק הכחשה ומשו"ה מחויב לישבע לברר ופטור מממון דמספקא לא מפקינן ממונא עיין קצוה"ח סימן ל' ס"ק ה' וס"ק ו' א"כ גם כאן יש לומר כך דהוי ספק הכחשה וישבע לברר דבריו וכן לתירוץ הש"מ בשם הר"י בעליות שתירץ דהוי כמו מגו דהעזה דמועיל לענין ממון ואינו מועיל לענין שבועה יש להקשות ג"כ כאן מכ"ש שיהא מחויב לישבע דכאן ליכא מגו כלל שהרי הוא טוען אין לך בידי כלום א"כ בודאי יש לנו לומר דישבע דהתם שטוען פרעתי מחצה ויש לו מגו דאי בעי אמר פרעתי הכל ויש לנו לומר שיפטר משבועה אע"פ דמשום דברי העדים אין לפוטרו משבועה שהרי הנתבע פוסל אותם מ"מ יש לנו לפוטרו משבועה משום מגו ואפילו הכי אינו פטור משבועה משום דהוי כמו מגו דהעזה א"כ מכ"ש כאן שגם מגו אין לו שהרי טוען פרעתי הכל והוא פוסל את העדים בודאי יש לנו לומר שישבע.

ג) וכן לפי מה שכתבנו בביאור דברי התוס' דב"ב דף קכ"ח ודברי הש"מ בשם תוספת הרא"ש שהטעם שהוא פטור מלשלם הוא מפני שהודאה כזה לפסול עדים מטעם קנין חדש אתינן עלה ולא מטעם בירור וכיון שאין רצונו לשלם ולא מקנהו יותר מחציו לכן אינו חייב לשלם יותר ממחצה משא"כ לענין שבועה כמו שכתבנו לעיל ע"ש א"כ ישאר ג"כ הקושיא דלעיל אמאי יפטר משבועה ע"י העדים שמסיימים אותו כיון שהנתבע פוסל את העדים.

ד) **והנה** גם סיום קושיית הש"ס צריך ביאור דמסיים הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי ואפילו הכי משתבעי והיינו במתניתין דקתני שנים אוחזים בטלית דיחלוקו על זה קאמרה הגמ' דכי היכי דאנן סהדי להאי שיש לו החצי כך אנן סהדי להאי שיש לו החצי, והנה מה דאמרינן אנן סהדי להאי שיש לו החצי ואנן סהדי להאי שיש לו החצי בודאי אין פירוש הגמ' דאנן ב"ד ידעינן בבירור דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה לכן ידעינן בודאי שיש לכל אחד המחצה, כי זה בודאי אי אפשר לפרש כן חדא מהיכן ידעו ב"ד ברור כי תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה הלא לא ראו בעיניהם ולא שמעו מעדים אשר יעידו לפניהם שתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה א"כ מהיכן ידעו בבירור שכן היה ועוד מדאמרינן שם דף ב' אפילו תימא בן ננס התם ודאי איכא שבועת שוא הכא איכא למימר דליכא שבועת שוא וכן אמרינן שם דף ג' אפילו תימא ר' יוסי התם ודאי איכא רמאי הכא מי יימר דאיכא רמאי אימר תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה אלמא שהדבר מסופק אצלנו אולי אחד בלבד הגביה או שמא תרווייהו בהדי הדדי אגבהוה ואין הדבר ברור אצלנו שהטלית הוא של שניהם וכן משמע מכל הסוגיא שם דף ב' ודף ג' ע"ש שהדבר מסופק אצלנו אם הטלית הוא של שניהם או של אחד מהם.

ה) **ולפי** זה צריך לומר דהא דאמרינן שם אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא אע"ג שאין אנו יודעים ברור ששניהם ביחד אגבהוה ושמא באמת אחד מהם הגביה מ"מ מדתנן במתניתין שנים אוחזים בטלית יחלוקו דכיון ששניהם תפסי נחשב כאלו כל אחד יש לו החצי בודאי כמו"ש התוס' שם ד' ב' ד"ה ויחלוקו וא"כ כששנים באים ואוחזים טלית לפנינו וסוף הדבר נפסוק להם יחלוקו לזה החצי ולזה החצי משום שהם אוחזים ותפסי בה א"כ מיד אנן סהדי שיש לכל אחד ואחד החצי אע"פ שלא נתברר לנו אם הפסק שלנו הוא אמת לאמתו או לא מ"מ כיון דעכ"פ אנן פסקינן הכי משו"ה מקרי אנן סהדי להאי ואנן סהדי להאי משום הפסק שלנו אשר אנחנו פוסקים להם יחלוקו לכן מקרי אנן סהדי.

ו) **והנה** פשטות דברי הגמ' הנ"ל וכפי שהעולם מפרשים משמע דהכי פירושו דהגמ' מקשה על ר' חייא דאמר דהעדאת עדים מחייבה שבועה ומייתי ראיה ממתניתין דשנים אוחזים בטלית ומקשה הגמ' מי דמי התם למלוה אית ליה סהדי דמסיק ביה חמשים ללוה לית ליה סהדי באינך חמשים שאינו חייב לו עליה הכא כי היכי דאנן סהדי להאי דחציה שלו אנן סהדי להאי דחציה שלו ולמה צריך לישבע והלא יש לו לנתבע אנן סהדי דמסייעים לו וכמו שאם היו סהדי ללוה שאינו חייב לו החמשים השניים היה פטור מלישבע כן היה לנו לפטור משבועה את הנתבעים דמתניתין דשנים אוחזין בטלית.

ז) **היוצא** לנו מזה שאם ראובן תובע משמעון מנה ושמעון יש לו אנן סהדי המסייעים לו פטור שמעון משבועה אע"פ שב"ד אינם יודעים אם הפסק שלהם הוא אמת או לא מ"מ כיון דע"כ מוכרחים ב"ד לפסוק כן לכן פטור הנתבע משבועה ואין הנתבע צריך לישבע לחזק את הפסק ב"ד, והדבר תמוה מאוד א"כ אמאי צריך שבועה כלל בכל מקום כגון במודה במקצת ובהעדאת עדים וכל כיוצא בהם והלא בכל השבועות דאורייתא הנתבע מוחזק בנכסיו כדקי"ל בכל מקום שכל הנשבעים שבתורה נשבעים ולא משלמים והלא אם העידו העדים או שהודה הנתבע על חמשים שחייב לו ועל החמשים השניים לא הודה הנתבע ולא העידו העדים, א"כ מיד אנן סהדי שאינו חייב לו יותר מחמשים ולמה צריך הנתבע לישבע על השאר, אלא ע"כ צריך לומר דאע"פ שנהיה מוכרחים לפסוק כן משום שהנתבע הוא מוחזק בנכסיו מ"מ כיון שהפסק שלנו אינו מבורר לנו אם הוא אמת או שקר לכן צריך לישבע לחזק את הפסק א"כ במתניתין נמי אע"ג דפסקינן הכי יחלוקו מ"מ כיון דאינו מבורר לנו אם הפסק שלנו הוא אמת או לא לכן חייבים שבועה לחזק את הפסק שהרי ס"ל להגמ' השתא דאנן סהדי מחייב שבועה מדאורייתא כמו בהעדאת עדים ומודה במקצת דעלמא ולא אתינן עליה לפוטרו משבועה רק משום דכיון דאנן סהדי מסייע ליה להנתבע לכן אינו צריך לישבע כמו שאם עדים היו מעידים שחמשים חייב לו וחמשים אינו חייב לו היה פטור משום שהעדים מסייעים לו להנתבע א"כ בהעדאת עדים ובמודה במקצת דעלמא נמי נימא הכי שהנתבע יפטר משבועה משום דאנן סהדי מסייעים לו לפוטרו שהרי כאן במתניתין נמי העדאת עדים איכא כמו שאר העדאת עדים ומודה במקצת.

ח) **ומה** שהגמ' מדמה האי דאנן סהדי להאי ולהאי דמתניתין הוא דומה כאלו היו עדים מעידים שחמשים חייב לו וחמשים אינו חייב לו בודאי אינו דומה כלל, דהתם כיון שהעדים העידו שחמשים חייב לו וחמשים יודעים הם ברור שאינו חייב לו בודאי הדין נותן שהנתבע יפטר משבועה כיון שנתברר לנו ע"פ עדים כשרים שאינו חייב לו החמשים השניים א"כ למה ישבע עוד, אבל האי אנן סהדי כיון דאין אנחנו יודעים באמת אם תרווייהו בהדי הדדי אגבהו אותה או שמא אחד לבד הגביהה רק אנו מוכרחים לפסוק כן משום ששניהם אוחזים א"כ בודאי יש לנו לומר שישבעו לחזק את הפסק כמו בכל העדאת עדים ומודה במקצת דעלמא שהרי גם כאן נחשב להעדאת עדים משום דאנן סהדי.

ט) **ונראה** לתרץ דמה שהקשה הגמ' מי דמי התם למלוה אית ליה סהדי ללוה לית ליה סהדי דלא מסיק ביה ולא מידי דאי הוה ליה סהדי ללוה דלא מסיק ביה ולא מידי לא בעי

ר' חייא לאשתבועי הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי אין פירושו דמשום דאיכא אנן סהדי דמסייעי ליה להנתבע משו"ה אינו מחויב לישבע דזהו בודאי ליתא לא מיבעיא היכא דליכא עדים ברורים המסייעים לו להנתבע רק אנן סהדי דב"ד לבד בזהו בודאי אין כח לפוטרו משבועה שהרי גם במודה במקצת ובהעדאת עדים ובכל השבועות איכא ג"כ אנן סהדי לפוטרו משבועה אלא אפילו היכא דאיכא עדים ברורים דאמרי חמשים אנחנו יודעים ברור שחייב לו וחמשים אנחנו יודעים ברור שאינו חייב לו מ"מ אין כח ביד העדים לפוטרו משבועה משום דכיון שהנתבע טוען להד"מ הרי הוא פוסל את העדים כמו ההיא דב"ב דף קכ"ח וכמו שכתבנו לעיל

י) **אלא** נראה דהכי פירושו דאי הוה ליה סהדי לא בעי ר' חייא לאשתבועי היינו אי הוה אמרי העדים דחמשים אנחנו יודעים שחייב לו וחמשים אנחנו יודעים ברור' שאינו חייב לו היה פטור משבועה דממה נפשך אי מחזקינן להני סהדי דקושטא קאמרי אינו צריך לישבע שהרי אמרי סהדי שאינו חייב לו יותר מחמשים א"כ למה ישבע ואם מחזקינן להו לסהדי דמשקרי ג"כ ליכא שבועה שהרי הוא כופר בכל, וכופר הכל פטור משבועה ולא אתינן עליה לחייבו רק מכח העדים שמעידים שחייב לו חמשים והעדאת עדים מחייב שבועה כמו מודה במקצת ואם מחזקינן להני סהדי דמשקרי הרי ליכא העדאת עדים והוה כופר הכל ומי יזקוק אותו לשבועה וכן במתניתין נמי כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי וממה נפשך אינו צריך לישבע אם מחזקינן דהפסק שלנו אמת לאמתו הוא שהחציה הוא של זה והחציה הוא של זה א"כ אין צריך לישבע במתניתין דשנים אוחזים בטלית שהרי אנן סהדי שאינו חייב לו יותר מחציה א"כ למה ישבע ואם הפסק שלנו לאו אמת הוא ג"כ אינו צריך לישבע דהרי ליכא העדאת עדים ומי יזקוק אותו לשבועה והלא נשאר כופר הכל ופטור מן השבועה.

יא) **ואין** זה דומה לנידון דב"ב דף קכ"ח דאמרינן דכיון דהנתבע פוסל את העדים לכן חייב לישבע שהרי העדים אינם יכולים לסייעו לפטור משבועה התם שאני שהרי הודה במקצת שטוען פרעתי מחצה א"כ אם אפילו העדים נפסלו לסייע את הנתבע מ"מ עדיין חייב לישבע שהרי הודה במקצת ולאו מכח העדאת עדים אתינן עליה לחייבו שבועה רק מכח הודאה במקצת אתינן עליה א"כ שפיר יש לחייבו שבועה אם הנתבע פוסל את העדים משא"כ כאן שהנתבע הוא כופר הכל ולא אתינן עליה לחייבו רק מכח העדאת עדים לכן אם העדים אומרים חמשים חייב לו וחמשים בודאי אינו חייב איכא למימר דממה נפשך אם העדים אומרים אמת או שקר ליכא שבועה.

יב) וכן במודה במקצת והעדאת עדים דעלמא אע"ג דאיכא אנן סהדי דמסייע ליה להנתבע מ"מ מחויב לישבע משום דהזוקק הוא מבורר הודאת מקצת או העדאת עדים והחציה השניה אינו מבורר כ"כ לכן מחויב הוא לישבע על חציה השניה וליכא לאקשויי ממה נפשך, אבל הכא הזוקק והחציה השניה אשר עליה נשבעים שניהם שוים הם דכי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי א"כ איכא לאקשויי ממה נפשך ליכא שבועה דאם האנן סהדי הוא אמת הרי נתברר לנו ולמה ישבע ואם הוא שקר א"כ הוי כופר הכל וליכא שבועה כמו שכתבנו.

פרק מ

א) ומשני הגמ' אלא כי איתמר ותנא תונא אאידך דר' חייא לענין הילך דחייב והתוס' ושאר מפרשים הקשו והלא הקושיא הראשונה במקומה עומדת כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי ומה תירץ הגמ' בזה שאמר דדברי ר' חייא ותנא תונא איתמר לענין הילך דחייב סוף סוף יקשה כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, ולפי דברי התוס' שכתבו דס"ל להגמ' עכשיו דאנן סהדי עדיף מהעדאת עדים והוי כמודה במקצת יקשה נמי כי היכי דהאי מודה להאי האי מודה להאי ואפילו הכי משתבע ע"ש בתוס' בשאר מפרשים מה שדחקו בזה.

ב) ונראה לתרץ דהנה לעיל כתבנו שיש להסתפק לענין מודה במקצת והעדאת עדים מי הוא המחייב שבועה או פיו של המודה במקצת או ממון הנתבע מחייב שבועה על השאר ונפקא מינה לענין אלם וכן בהעדאת עדים נמי יש להסתפק מי הוא המחייב שבועה או דברי פיהם של העדים או ממון הנתבע דהיינו כיון שחייב לשלם חמשים זוז הממון הזה זוקק לישבע על השאר ונפקא מינה אם קבל עליו קרוב או פסול, וכתבנו לעיל דזה תליא אם הילך חייב או לא דבהילך נחשב הודאת פיו של הנתבע כמאן דליתא לכן אם נימא דהילך חייב ע"כ הוא משום דס"ל דממון הנתבע זוקק לישבע ולא דברי פיו וכיון דעכ"פ משלם החמשים שהודה לכן חייב לישבע על השאר כל זה כתבנו לעיל ע"ש, ולפי מה שפירשנו לעיל דקושית הגמ' כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי הוא מכח ממה נפשך דאם הפסק שלנו אמת הוא אין צריך לישבע שהרי אנן סהדי שאינו חייב לו יותר ואם הפסק שלנו לאו אמת הוא הרי זה כופר הכל דליכא העדאת עדים ומי יזקוק אותו לשבועה א"כ ליכא לאקשויי הקושיא הזאת רק אם נימא דהילך פטור דאז פיו של המודה במקצת או פיהם של העדאת עדים מחייב שבועה ולא ממונו של הנתבע אזי יש להקשות גבי אנן סהדי דמתניתין נמי אם הפסק של דיינים באמת דברו בפיהם או לא ממה נפשך ליכא שבועה כנ"ל, אבל אם נימא דהילך חייב ואז ממון

הנתבע מחייב שבועה על השאר א"כ לא איכפת לן מאומה על דברי הדיינים אם קושטא קאמרי או לא דכיון דעכ"פ מוציאין המקצת מיד הנתבע ליד התובע משום הפסק דין של הדיינים הרי זה המקצת זוקק לישבע על השאר אפילו אם הפסק שלהם אינו אמת לאמתו דלא גרע מאלו לא היו עדים כשרים כלל רק שקיבל עליו קרובים או פסולים מ"מ כיון דעכ"פ מוציאים ממון מיד הנתבע לכן צריך לישבע על השאר משום שהממון זוקק לשבועה א"כ כאן נמי אם נימא דממון הנתבע זוקק לישבע ליכא לאקשויי ממה נפשך דאפילו אם הדיינים לאו קושטא קאמרי מ"מ מחויב לישבע על השאר.

ג) וזהו דקאמר הגמ' אלא כי איתמר ותנא תונא אאידך דר' חייא דקסבר הילך חייב וכיון דהילך חייב ע"כ צריך לומר דממון הנתבע זוקק לשבועה ולא פיהם של המודה במקצת והעדאת עדים וכן לא דברי פיהם של הדיינים מחייבים לישבע רק ממונו של הנתבע זוקק לשבועה לכן ליכא לאקשויי ממה נפשך כדלעיל דכיון דע"כ מוציאין ממון ע"פ האנן סהדי של הדיינים לכן מחויב לישבע על השאר, ורב ששת משום דס"ל הילך פטור לכן מוכרח לומר דמתניתין תקנת חכמים היא כמו שפירש"י משום קושיא דלעיל כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, דכיון דס"ל לרב ששת דהילך פטור והוא משום דס"ל דפיו של המודה במקצת והעדאת עדים ודברי פיהם של הדיינים מחייבים שבועה ולא ממונו של הנתבע א"כ שפיר יש להקשות ממה נפשך דאם הפסק שלנו אמת או לא ליכא שבועה, ומשו"ה קאמר אמר לך רב ששת מתניתין תקנת חכמים היא ומדקאמר אמר לך משמע שיש לומר דלאו תקנת חכמים היא אלא השבועה מדאורייתא היא והייינו דאיכא למימר הילך חייב וממון הנתבע מחייב שבועה וליכא לאקשויי ממה נפשך כנ"ל, רק דרב ששת לא ס"ל הכי רק ס"ל דהילך פטור וא"כ איכא לאקשויי ממה נפשך כנ"ל.

ד) ומה שהגמ' מסיים ואידך אין תקנת חכמים היא וא"כ משמע דלר' חייא הוי השבועה מדרבנן מתקנת חכמים ולא מדאורייתא א"כ לכאורא הוי תיובתא לדברינו שכתבנו דלר' חייא השבועה היא מדאורייתא כמו שכתבנו אף כי יש להקשות על ר' חייא מנא ליה להוכיח ממתניתין דהילך חייב וא"כ השבועה היא מדאורייתא אולי הילך פטור והשבועה אינה אלא מדרבנן מתקנת חכמים, לכן אומר דאפילו אם נימא דהשבועה דמתניתין היא מדרבנן מ"מ יש להוכיח ג"כ דהילך חייב דאי אמרת בשלמא הילך חייב מתקני רבנן שבועה כעין דאורייתא אלא אי אמרת דהילך פטור מתקני רבנן שבועה דליתא כותה בדאורייתא לכן מוכרח לומר דהילך חייב, וכיון דהילך חייב א"כ מוכרח לומר דהשבועה דמתניתין היא דאורייתא דליכא לאקשויי ממה נפשך כנ"ל.

פרק מא

א) והנה רש"י פירש בהא דמסיק הגמ' אלא כי איתמר ותנא תונא אאידך דר' חייא וז"ל וקס"ד לדר' חייא טעמא דמתניתין משום דאנן סהדי דמאי דתפיס דיליה הוא והוי כמנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים וכי אידך דר' חייא דמחייב ליה שבועה דאורייתא עכ"ל רש"י והתוס' הקשו על זה וז"ל וקשה כיון דלא מצי לאוכוחי הך ברייתא דהילך אלא מכח קמייתא לימא ותנא תונא אקמייתא לכן יש לומר דאנן סהדי לאו דוקא דמאי דתפיס מחשבינן ליה השתא טפי מהעדאת עדים וחשיב ליה כאלו מודה ליה דדידיה הוא עכ"ל התוס'.

ב) ולדברינו יש לישב פירש"י דמה דקאמר אלא כי איתמר ותנא תונא אאידך דר' חייא לענין הילך חייב אין פירושו שהגמ' חוזר בו ממה שאמר בתחלה ותנא תונא לענין העדאת עדים שמחייבים שבועה דבודאי מזה אין הגמ' חוזר בו גם עכשיו רק החזרה היא מזה דהרי הגמ' שהקשה מתחלה כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי הוא מכח ממה נפשך כמו שכתבנו לעיל והוא משום דס"ל להגמ' דפיו של העדים מחייב שבועה ולא ממון הנתבע משום שהיה דבר פשוט להגמ' דהילך פטור לכן קאמר הגמ' אלא כי איתמר ותנא תונא דהילך חייב לא כמו שהיה ס"ד מתחלה דלענין העדאת עדים לבד איתמר ותנא תונא שהעדאת עדים מחייב שבועה דבודאי כל זמן שאין לנו ראיה לומר דהילך חייב בודאי יש לנו לומר דהילך פטור ויש להקשות ממה נפשך אך יען כי איתמר ותנא תונא דהילך חייב א"כ יש לנו שפיר להביא ראיה ממתניתין גם לענין שהעדאת עדים מחייבה שבועה וליכא לאקשויי ממה נפשך כיון דהילך חייב וממון הנתבע מחייב שבועה כנ"ל, ומ"ש רש"י קס"ד ומשמע דלפי המסקנא אינו כן הוא מפני דלפי המסקנא עיקר ראיית ר' חייא ממתניתין דהילך חייב אינו אלא משום זה הטעם דאי אמרת בשלמא הילך חייב מתקני רבנן שבועה כעין דאורייתא אלא אי אמרת הילך פטור מתקני רבנן שבועה דליתא כותה בדאורייתא משום דאי לאו הראיה הזאת יש לדחות דמתניתין תקנת חכמים היא והילך פטור אבל זה נשאר גם לפי המסקנא באמת דבשבועה דמתניתין היא מדאורייתא מטעם העדאת עדים מדר' חייא קמייתא.

ג) אך לדברי התוס' עדיין אינו מיושב שהרי כתבו דאנן סהדי נחשב כהודאה וא"כ בודאי ישאר הקושיא כי היכי דהאי מודה להאי האי מודה להאי ואמאי צריכים לישבע, כי לענין הודאה לא הועיל לנו מידי מה דאמרינן הילך חייב וממון הנתבע מחייב שבועה ולא הודאת פיו של הנתבע, דדוקא לענין עדים או לענין אנן סהדי דבאמת מה שהעדים או האנן סהדי מסייעים להנתבע אינו פוטרתו כמו שכתבנו לעיל משום שהנתבע פוסל

את העדים ומשום שהאנן סהדי אינו דבר ברור אמת לאמתו לכן אין בכח העדים והאנן סהדי לפטור את הנתבע ולא אתינן עלה לפוטרו אלא מכח ממה נפשך כמו שכתבנו לעיל וא"כ אי ס"ל הילך חייב וליכא לאקשויי ממה נפשך א"כ ליכא לאקשויי כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי, אבל לפי סברת התוס' דאנן סהדי חשבינן כהודאת עצמו והיכא דהאי מודה להאי והאי מודה להאי לא אתינן עליה לפוטרו משבועה מכח ממה נפשך כנ"ל רק פטרינן ליה משבועה דכיון שהתובע מודה לנתבע בודאי יפטר משבועה בלאו טעמא דממה נפשך א"כ אף אם נימא דהילך חייב ישאר ג"כ הקושיא אמאי יהיו מחויבים לישבע דכי היכי דהאי מודה להאי האי מודה להאי ואמאי יהיו מחויבים לישבע במתניתין.

ד) **עוד** יש לתמוה על דברי התוס' שכתבו דאנן סהדי חשיב כאלו מודה ליה דדידיה הוא, והלא כיון שזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי והם מכחישים זה את זה איך יעלה על הדעת לומר שנחשב כאילו הודו זה לזה בשלמא אם נימא דנחשב כהעדאת עדים שפיר יש לומר דאע"פ שהם מכחישים זה את זה מ"מ אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא שיש לכל אחר החצי אבל איך אפשר לומר דהוי הודאה והאי מודה להאי והאי מודה להאי כיון דבאמת מכחישים זה את זה והאי אומר כולה שלי והאי אומר כולה שלי.

ה) **ונראה** דמה שכתבו התוס' דמאי דתפיס מחשבינן ליה השתא טפי מהעדאת עדים וחשיב כאלו מודה ליה דדידיה הוא אין פירושו דחשיב כאלו כל אחד הודה לחבירו שיש לו החצי דזהו בודאי ליתא כיון שכל אחד ואחד עומד וצועק כולה שלי איך נחשב כאלו הודה לו אלא הכי פירושו לענין העדאת עדים קאמר דאף אם נימא דהעדאת עדים דעלמא אינן מחייבים שבועה מ"מ האי העדאת עדים של אנן סהדי יוכל שפיר לחייב שבועה א"כ ליכא למימר ותנא תונא אדר' חייא קמייתא לענין העדאת עדים שמחייבים שבועה כיון דהאנן סהדי עדיף ואלים מהעדאת עדים דעלמא

ו) **והטעם** בזה נראה דמשו"ה פשיטא ליה להגמ' דהעדאת עדים של האנן סהדי מחייבים שבועה בודאי אע"פ דהעדאת עדים דעלמא אינם מחייבים שבועה, דבריש הסוגיא איתא במילתא דר' חייא דס"ל דהעדאת עדים מחייבה שבועה סיים ר' חייא כן שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו ומפרש הגמ' שלא תאמר הודאת פיו הוא דרמיא רחמנא שבועה עליה כדרבה וכו' פירוש דבהודאת פיו איכא למימר אישתמוטי קמישתמיט אבל העדאת עדים דליכא למימר הכי כל כך מישתמיט כיון שכפר הכל אימא כיון דחשוד הוא לגזול חשוד נמי אשבועתא קמ"ל ק"ו ע"ש אלמא שכל הסברא

הוא לומר שתהא העדאת עדים גריעה מהודאת פיו אינה אלא משום זה הטעם דבהודאת פיו שייך אישתמוטי אבל בהעדאת עדים כיון שכפר בכל לא שייך אישתמוטי ואמרינן כיון שחשוד לכפור בכל חשוד נמי אשבועתא, א"כ לא שייך לומר כן רק במלוה או פקדון בעלמא אבל במשנתנו דאיירי במציאה ובמקח וממכר דאיכא הני טעמי דאיתא בגמ' בריש המסכת שלא נחזיק אותו לחשוד בשביל שכפר בכל כדאיתא שם דף ג' דאי תנא מציאה הוה אמינא מציאה הוא דרמו רבנן שבועה עליה משום דמורי ואמר חבראי לאו מידי חסר בה וכו' וכן במקח וממכר איכא ג"כ מורי היתירא דאמר חבראי דמי קיהיב ואנא דמי קיהיבנא וכו' וכיון דאיכא מורי היתירא במציאה ומקח וממכר לומר שאינו נחשב לחשוד וגזלן במה שהוא כופר בכל א"כ לא גרע העדאת עדים מהודאת פיו ובודאי מחויב לישבע שבועה דאורייתא בהאי אנן סהדי דמתניתין אפילו אם נימא דהעדאת עדים דעלמא כגון במלוה ופקדון אינם יכולים לחייב שבועה מדאורייתא.

ז) **וכיון** דהודאה שכתבו התוס' לאו דוקא הודאה קאמרי אלא באמת עדים הוי דאנן סהדי להאי ואנן סהדי להאי רק שיש להם דין מודה בעצמו לענין זה דאף אם נימא דהעדאת עדים אינן מחייבים שבועה מ"מ עדים כזה מחייבים שבועה לכו"ע וכיון שבאמת לא הוי מודה במקצת רק אנן סהדי לכן שייך לפטור את הנתבע משום דאנן סהדי מסייעים להנתבע כמו שכתבנו לעיל דכיון דהב"ד אינם יודעים ברור אם הפסק שלהם אמת או לא לכן צריך שבועה רק מכח ממה נפשך יש לומר שלא יצטרך לישבע וכיון דמכח ממה נפשך אתינן עלה שייך שפיר לומר דכיון דהילך חייב וממונו של נתבע זוקק לישבע לא שייך לומר ממה נפשך כמו שכתבנו דכיון דעכ"פ מחויב לשלם מחויב לישבע שבועה דאורייתא על השאר א"כ מיושבים דברינו גם לפי מ"ש התוס' דאנן סהדי חשיב כאלו מודה ליה דדידיה הוא.

ח) **עוד** יש לומר ביאור אחר בדברי התוס' שכתבו דמאי דתפיס מחשבינן ליה השתא טפי מהעדאת עדים וחשיב כאלו מודה ליה דדידיה הוא דאע"ג שכל אחד ואחד טוען כולה שלי ואין אחד מודה לחבירו מ"מ כיון שבאו שניהם לב"ד בשעה שתפסו שניהם וכל אחד יודע דכיון שיראו ב"ד שגם חבירו תופס בה יחזיקו ב"ד את החפץ שהוא של שניהם ומה דתפיס האי דידיה הוא ומאי דתפיס האי דידיה הוא ואפילו הכי הביא כל אחד ואחד גם את חבירו לב"ד משו"ה נחשב כאלו מודים כל אחד ואחד שיש לחבירו ג"כ מחצית החפץ, והא למה זה דומה לראובן שתובע מנה משמעון ושמעון כופר בכל וראובן אינו יודע מי הם עדיו שיעידו בדבר הלך שמעון אצל עדים ושאל להם אם הם יודעים להעיד איזה דבר בזה והשיבו לו העדים שהם יודעים ששמעון חייב לו לראובן חמשים

זוז, והלך שמעון והביא אותם העדים מפני שטעה שב"ד יאמינו לו שכפר בכל יותר מהעדים שאמרו שחייב לו חמשים א"כ אע"פ ששמעון עומד וצווח שאינו חייב לו כלום מ"מ יש מקום לומר שנחשב זה להודאה על החמשים מפני שהוא יודע בעצמו שהעדים יעידו שחייב לו חמשים ואפילו הכי מביאם שמעון בעצמו א"כ נחשב זה להודאה מה שהוא בעצמו מביא עדים לחובתו א"כ כאן נמי כיון שמוליכים ומושכים הטלית לב"ד והם יראו וידעו שהטלית היא של שניהם לכן הוי כמו שזה מודה לזה וזה מודה לזה וכן מצינו בכהאי גונא הודאה שבאה מכח כפירה כגון שהנתבע טוען להד"ם ועדים מעידים שלוה אע"פ שאינם יודעים אם פרע או לאו מ"מ חייב לשלם משום שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי אלמא אע"פ שכפר ואמר להד"מ מ"מ חייב לשלם משום דמקרי הודאה שלא פרע א"כ כאן נמי דומה קצת לזה דאע"פ שכל אחד ואחד טוען כולה שלי מ"מ מקרי הודאה במה שבאו לב"ד ביחד והראו לב"ד את הטלית כדתפיסו להו תרווייהו לכן מקרי הודאה קצת, וכונת התוס' היא דאפילו אם נימא דהעדאת עדים דעלמא אינם מחייבים שבועה מ"מ העדאת עדים כזה שמעורב בו ג"כ מודה בעצמו לכו"ע יכול לחייב שבועה, וכיון דסוף סוף אתינן עליה לחייבו מטעם העדאת עדים היינו האנן סהדי ולא משום מודה בעצמו לכן לא שייך לפטור את הנתבע משום שהאנן סהדי מסייע לו כמו שכתבנו לעיל רק מכח ממה נפשך אתינן עלה לכן כיון דס"ל הילך חייב ליכא לאקשויי ממה נפשך דממון הנתבע זוקק לישבע וליכא לאקשויי ממה נפשך.

פרק מב

א) והנה השער המשפט סימן קל"ח ס"ק ד' על מתניתין ריש ב"מ דקתני בזמן שהם מודים או שיש להם עדים חולקים בלא שבועה ומשמע דאם יש להם עדים דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה אף שהם אינם מודים זה לזה אלא שכל א' אומר כולה שלי חולקים בלא שבועה והקשה על זה אמאי יחלוקו בלא שבועה והלא כיון שכל אחד טוען כולה שלי א"כ הרי מודה שהעדים עדי שקר הם דהא הם אומרים רק דהחצי שלו ואמאי יהיו חולקים בלא שבועה עכ"ל ע"ש מה שתירץ בדוחק, והנה לדידן לפי האמת דס"ל דשבועה זו של מתניתין תקנת חכמים היא שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי הוא יש לתרץ דכיון דאנן מחזיקים את העדים לכשרים לכל עדיות שבעולם רק הבעל דין נאמן על עצמו לפוסלן ויחויב לישבע כההיא דב"ב דף קכ"ח הנ"ל א"כ לא שייך לומר כן אלא היכא דמחויב לישבע מצד הדין כההיא דב"ב הנ"ל שהנתבע הודה במקצת ואמר פרעתי מחצה לכן כיון שהנתבע פוסל את העדות מחויב לישבע אבל כאן כיון שמצד הדין פטורים הם לישבע רק מצד התקנה מחויבים הם לישבע

שלא יהא כל אחד הולך ותוקף בטליתו של חבירו ואומר שלי היא וכיון דאיכא עדים דתרווייהו אגבהוה וליכא למיחש לזה שלא יהא כל אחד ואחד וכו' ולכן חולקים בלא שבועה כיון דהעדים כשרים לדידן תו ליכא למיחש לתקון העולם שלא יהא כל אחד ואחד וכו'

ב) ונראה דה"ה לדידן לענין שבועת היסת היכא שראובן תובע משמעון מנה ושמעון אומר להד"מ ועדים אומרים חמשים חייב לו וחמשים אינו חייב לו היינו שיודעים בבירור שאינו חייב לו יותר מחמשים זוז וכתבנו על זה דנהי שהעדים שאומרים שאינו חייב לו יותר מחמשים זוז אינם יכולים לפוטרו משבועה משום שהנתבע פוסל את העדות מ"מ פטור מלישבע שבועה דאורייתא משום ממה נפשך דאי קושטא קאמרי ליכא שבועה ואי לאו קושטא קאמרי העדים ג"כ ליכא שבועה דהרי ליכא העדאת עדים לחייבו וא"כ נשאר כופר הכל כן כתבנו לעיל א"כ יש מקום לומר דנהי דשבועה דאורייתא אין כאן משום דליכא העדאת עדים לחייבו אבל היסת מיהו לחייבו לדידן דאפילו אם נחשבו ככופר הכל ג"כ חייב לישבע היסת כשהעדים אומרים שחמשים חייב לו ויותר מחמשים אנחנו יודעים שאינו חייב לו, מ"מ יוכל היות שגם שבועת היסת אינו חייב לישבע דכיון דהשבועה אינה אלא מתקנת חכמים יכולים עדים כאלה לפוטרו משבועה כיון דבאמת העדים כשרים הם לדידן לכל עדיות שבתורה רק שהנתבע נאמן לפוסלן על עצמו א"כ אינו שייך רק אם השבועה היא מדאורייתא אבל בשבועה דרבנן לא שייך לומר כן וכמו בשבועת המשנה דריש ב"מ שהוא מצד התקנה שלא יהא כל אחד ואחד וכו' ואמרינן שעדים כאלה מהני לפוטרם משבועה דרבנן כדקתני בזמן שיש להם עדים חולקים בלא שבועה אע"פ שהם פוסלים את העדים מ"מ מהני עדותם לפטור משבועה דרבנן כנ"ל א"כ לענין היסת מועילה ג"כ עדותן של העדים כאלה לפטור משבועה דרבנן, אע"פ שהנתבע פוסל אותם ואומר להד"מ. כל זה יש לתרץ קושיית השער המשפט לדידן דקי"ל הילך פטור ושבועה זו של משנתנו תקנת חכמים היא.

ג) אבל לדברי ר' חייא ישאר קושית השער המשפט לפי דברינו שכתבנו דס"ל לר' חייא דשבועה זו של משנתנו היא מדאורייתא משום דאנן סהדי עדיף מהעדאת עדים והוי כמודה בעצמו וכיון דס"ל הילך חייב א"כ ליכא לאקשויי ממה נפשך א"כ גם בהאי גונא כשהעדים אומרים חמשים חייב ויותר מחמשים אינו חייב ג"כ מחויב הוא לישבע שבועה דאורייתא כמו במתניתין דריש ב"מ וליכא לאקשויי ממה נפשך א"כ ישאר הקושיא הנ"ל של השער המשפט כשיש להם עדים אמאי יחלוקו בלא שבועה דנהי דמסייעים להם להנתבעים מ"מ כיון דהנתבעים כל אחד ואחד פוסל את העדים שהרי

כל אחד ואחד טוען כולה שלי והעדים מעידים שהם יודעים ברור שאין לכל אחד יותר מחציה א"כ הנתבעים פוסלים את העדים לכן לא יוכלו העדים לסייע אותם לפוטרם משבועה כמו ההיא דב"ב דף קכ"ח וממה נפשך דלעיל לא שייך אליבא דר' חייא דס"ל הילך חייב וממון הנתבע מחייב שבועה א"כ אע"פ שיש עדים שאומרים דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה מ"מ יש לנו לומר שיתחייבו לישבע שבועה דאורייתא ואמאי קתני במתניתין שאם יש להם עדים יחלוקו בלא שבועה.

ד) **ונראה** לתרץ דמה דאמרינן שאם יש להם עדים חולקים בלא שבועה לדברי ר' חייא יש לומר שאין פירושו שאותן העדים אמרו דתרווייהו בהדי הדדי אגבהוה דא"כ היו הנתבעים פוסלים את העדים רק יש לומר שכל אחד ואחד מהאוחזים יש להם שני עדים שאומרים שראו שהוא הגביה צד אחד של הבגד מעל גבי קרקע ועל הצד השני של הבגד לא ראו מי הגביה לכן כיון שיש לו לכל אחד ואחד עדים המסייעים לו לכן פטורים הם מלישבע וכל אחד ואחד אינו פוסל את העדים המסייעים לו דדוקא אם אותם העדים אומרים שניהם הגביהו אז שייך לומר כיון שכל אחד ואחד טוען כולה שלי והעדים אומרים שיש לכל אחד החצי לכן מקרי שהם פוסלים את העדים ולא יוכלו העדים לסייע אותם לפטור אותם משבועה אבל כיון שכל כת אינה מעידה רק על אחד מהם שהוא הגביה ועל השני אינם יודעים לכן שפיר יוכלו העדים לסייע אותם לפוטרם משבועה.

ה) **ואולי** גם במכחישים זה לזה יש לאוקמא כגון שראובן התופס וטוען כולו שלי מביא שני עדים שמעידים כדבריו שהוא לבדו הגביה כולו ושמעון שטוען כולו שלי מביא ג"כ שני עדים שמעידים כדבריו שהוא לבדו הגביה כולו לכן פטורים מלישבע כמו דמהני שני כתי עדים המכחישות זו לזו לענין ממון ופטור הנתבע מלשלם כן הוא הדין שפטורים משבועה כשמכחישות זו את זו

פרק מג

א) **והנה** הש"ך סימן ע"ה ס"ק י"ב וסימן ל"א ס"ק ב' כתב דבהעדאת עדים אפילו הילך חייב דדוקא במודה מעצמו פטור בהילך אבל לא בהעדאת עדים א"כ יש להקשות איך מייתי ר' חייא ראיה דהילך חייב ממתניתין דמה דתפיס האי הילך הוא ואפילו הכי חייב מטעם העדאת עדים מדר' חייא קמייתא כמו שפירש"י והלא בהעדאת עדים אפילו הילך חייב ואיך מביא ראיה מהעדאת עדים למודה במקצת לדברי הש"ך דס"ל דהילך בהעדאת עדים חייב ובמודה במקצת פטור, ואפילו לפירוש התוס' דס"ל דאנן סהדי עדיף מעדים והוי כאלו הודה במקצת מ"מ לפי מה שכתבנו לעיל שגם לדברי התוס' לא הוי מודה ממש רק מטעם עדים אתינן עלה רק דלענין לחייב שבועה חשיבי טפי

מעדים דאפילו אם נימא דהעדאת עדים דעלמא אינו חייב שבועה מ"מ בהעדאת עדים דאנן סהדי דמתניתין חייב שבועה אבל עכ"פ לא הוי הודאה ממש רק מהעדאת עדים הוא וכיון דהילך חייב בהעדאת עדים בעלמא ובמודה במקצת פטור לדברי הש"ך א"כ אין ראיה מהעדאת עדים דחייב בהילך שיתחייב ג"כ הילך במודה במקצת כיון שיש חילוק ביניהם לדברי הש"ך שם.

ב) ונראה לתרץ ע"פ מה שכתבנו לעיל דהטעם דהילך פטור במודה במקצת משום דס"ל דפיו של הנתבע מחייב שבועה וכיון דהודאת פיו כמאן דליתא היא שלא הביאה שום חיוב על הנתבע לכן הילך פטור במודה במקצת אבל בהעדאת עדים אפילו הניח הנתבע את החפצים לפני ב"ד וטען שלי הם והעדים העידו על המקצת שהם של התובע אע"פ דהוי הילך כיון שהחפצים שהעידו מונחים לפניהם ותיכף נוטלם התובע והוי הילך מ"מ חייב שהרי כאן ליכא למימר שדברי פיהם של העדים לא הועילו כלום דבודאי הועילו העדים הרבה בהעדאתן כיון שהנתבע כפר בכל וכל החיוב לא בא רק ע"י העדים שהעידו לכן מקרי העדאת עדים אע"פ דהוי הילך, א"כ לא שייך לומר כן רק בעלמא שהנתבע הוא המוחזק והתובע אינו אוחז בה לכן איכא למימר שדברי העדים הועילו להוציא את המקצת מיד המוחזק לכן אע"ג דהוי הילך מ"מ חייב, אבל במתניתין ששניהם כאחד מוחזקים בו ותופסים בו ואין כאן מוציא מיד מוחזק לכן גם האנן סהדי לא הועיל כלום דבלא האנן סהדי ג"כ כל אחד ואחד מוחזק בחצי ותפוס בה ואם נימא דהילך פטור יש לנו לומר שיפטור משבועה על השאר.

קרוב ונוגע באיסור והיתר

פרק א

א) יש להסתפק בנוגע וקרוב אם מותר להורות להם בדיני איסור והיתר או לא מי נימא דכמו שנוגע וקרוב פסולין לדון דיני ממונות ונפשות ומלקות כך פסולים הם מגע וקרוב להורות בעניני איסור והיתר או אולי יש חילוק ביניהם.

ב) ויש להביא על זה כמה ראיות לאסור ולהתיר. יש להביא ראיה להכשיר נוגע מהא דאיתא בעירובין דף ס"ג צורבא מרבנן חזי לנפשיה, עכ"ל הגמ' ע"ש ברש"י, וז"ל הרא"ש שם בריש פ' הדר, ואם בני ביתו של הת"ח הוצרכו להוראה ושאלו לו איכא לספוקי אי שרי (במקום רבו) מידי דהוה אהא דאמר וצורבא מרבנן חזי לנפשיה, או דילמא הני מילי בדיקת סכין שאינו אלא לכבודו של חכם וכי האי מחיל ליקריה שלא להטריח צורבא מרבנן לבוא אליו, אבל דבר איסור והיתר אפילו לעצמו אסור להורות במקום רבו,

והדעת נוטה לאסור עכ"ל הרא"ש שם, אלמא דדוקא במקום רבו מספקא ליה להרא"ש אי שרי ליה לת"ח להורות לעצמו או לבני ביתו הקרובים אליו, אבל שלא במקום רבו משמע דפשיטא ליה להרא"ש דשרי לת"ח להורות הוראות איסור והיתר לבני ביתו, ואפילו לעצמו נמי שרי, ואין כאן חשש חשדא שמא יבא להקל לעצמו שלא כהלכה מחמת נגיעתו והנאתו.

ג) וכן כתב מרן בשו"ע יו"ד סימן רמ"ב סי"ב וז"ל: ואם בני ביתו של ת"ח הוצרכו להוראה ושאלו לו לא יורה להם במקום רבו עכ"ל, אלמא חזינן ג"כ דכשר להורות לבני ביתו שלא במקום רבו, והמה קרובים אליו, ואולי נוגע ג"כ לעצמו, אלמא דקרוב ונוגע כשרים להורות דיני איסור והיתר.

ד) וכן כתבו התוס' נדה דף כ"ה כל יומא הוה מטהר וכו' וז"ל אבל אין לומר דאסור להורות דמי אשתו דהא במס' נגעים תנן כל הנגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו ר"מ אומר אף לא נגעי קרוביו כל הנדרים אדם מתיר חוץ מנדרי עצמו, ר' יהושע אומר אף לא נדרי אשתו, ואלו כל הדמים אדם רואה חוץ מדמי אשתו לא קתני עכ"ל התוס' שם אלמא דס"ל להתוס' דשרי להורות דמי אשתו, אע"ג שהוא קרוב ונוגע, מ"מ שרי ואפילו חשדא ליכא, ואפילו משום מכוער הדבר ליכא, דאי איכא בזה משום חשדא או משום כיעור לא היתה קושית התוס' כלל, אמאי לא היתה רגילה להראות דמה לר' נחמן בעלה ע"ש בתוס' נדה הנ"ל ועיין חולין דף מ"ד תוס' ד"ה וכן העדים וכן הר"ן בחדושיו למס' נדה דף כ' כתב ג"כ כדברי התוס' במס' נדה הנ"ל.

ה) וז"ל הגר"א בפ"ב דנגעים משנה ה' כל ההלכות שבתורה אדם מורה לעצמו חוץ משלשה אלו:

נגעים, נדרים ובכורות שתלוין במאמר פה, נגעים שיאמר הכהן טמא או טהור, נדרים שיאמר החכם מותר ובכורות שיאמר היחיד מומחה או ג' הדיוטות כשר עכ"ל, מדכתב לישנא כל ההוראות שבתורה אדם מורה לעצמו, משמע דלכתחלה קאמר דליכא לא משום חשדא ולא משום כעור, דאי בדיעבד קאמר, הוה ליה למימר כל ההוראות שבתורה אם הורה לעצמו הוה הוראה, חוץ משלשה אלו, אלמא דלכתחלה קאמר הגר"א ז"ל שיכול להורות לעצמו בכל ההוראות שבתורה.

ו) וכן לענין התרת חרמים מצינו בבני יעקב שהתירו בעצמם את החרם של מכירת יוסף, וז"ל מרן הב"י סוף סימן כ"ח ד"ה ומ"ש ויש להם התרה, שהרי מצינו שהשבטים התירו עצמם מחרם של מכירת יוסף בלא שאלה כמו"ש בהגדה (תנחומא פ' וישב) וכשמצאו יוסף חי התירו את החרם, וכן פסק מרן בשו"ע יו"ד סימן רכ"ח סי' כ"ה לענין חרמי

צבור שמתירין הם בעצמם ואע"ג דכולם נוגעים בהתרתו וגם איכא קרובים זה לזה מ"מ מועיל ההתרה ואפילו לענין נדרים דקי"ל שאין אדם מתיר נדרי עצמו מ"מ כשר בקרובים כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח ס"ג ע"ש.

ז) **עוד** יש להביא ראי' דאפילו גזלנים ומלוי בריבית כשרים להורות בדיני איסור והיתר מהא דאיתא בסנהדרין דף פ"ט בכולהו כתיב בהו וכל העם וכל ישראל בעדים זוממין כתיב והנשארים ישמעו ויראו דלאו כולי עלמא חזו לסהדותא, ופירש"י וז"ל בעדים זוממים כתיב והנשארים ישמעו ויראו משום דלא שייך למכתב וכל העם דלאו כולי עלמא חזו לסהדותא שיש גזלנים ומלוי בריבית ומועלים בשביעית שהן פסולין לעדות עכ"ז רש"י ע"ש בגמ' דקאי לענין זקן ממרא דכתיב וכל העם ומשמע שגם הגזלנים ומלוי בריבית וכו' ראוים להורות ולהיות זקן ממרא והוא מפני שהם כשרים להורות דיני איסור והיתר שהרי לענין לדון דיני ממונות ונפשות גזלן פסול לדון ואם נימא שגם לענין איסור והיתר פסול הגזלן להורות אמאי כתיב שם וכל העם דמשמע שכל העם ראויים להיות זקן ממרא אפילו הגזלנים וכיון דגזלן כשר מסתמא גם קרוב ונוגע כשר, עיין יבמות דף כ"ה דמשמע דגזלן גרע מקרוב ונוגע שהרי לעדות אשה כשר נוגע וקרוב וגזלן פסול ע"ש ועיין בכורות דף ל' ודף ל"ה בסוגיא דהחשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו ע"ש.

ח) **אך** צ"ע הא דאיתא בסוף פ' עד כמה (בכורות דף ל"א) ונשאל על טהרותיו דהא חזי ליה בימי טומאתו עכ"ל הגמ', ופירש"י וז"ל:

ונשאל על טהרותיו הוא עצמו אם בקי בהלכות נשאל לעצמו על טהרותיו אם אירע בהם ספק, ואינו צריך לילך אצל חכם אחר ושם בסוף הפרק פירש"י ונשאל על טהרותיו אינו חשוד לומר על טמא טהור דאם טמאות הן מה יפסיד הא חזיא ליה בימי טומאה ובחולין קמיירי דתרומה טמאה לא חזיא ליה אפילו בימי טומאתו עכ"ל רש"י ע"ש א"כ משמע דדוקא משום האי טעמא לא חשדינן ליה משום דחזיא ליה בימי טומאתו, אבל אי ליכא האי טעמא משמע דאסור להורות לעצמו משום חששא שמא יתיר את האיסור מחמת הנאתו ונגיעתו א"כ סותר זה לכל הראיות אשר הבאנו לעיל דבהוראות איסור והיתר לא מיפסל נוגע וקרוב אפילו לעצמו ג"כ יכול להורות ואין בהם אפילו משום מכוער הדבר.

ט) **ובאמת** התוס' שם בפ' עד כמה ד"ה דהא חזו ליה הקשו אותה קושיא בעצמה, והניחו בתימא, וז"ל תימא ותרומה טמאה דלא חזיא ליה וכי לא יהיה נאמן, וכן בשאר כל איסור והיתר ובהדיא אמרינן בריש הדר דף ס"ג האי צורבא מרבנן חזי ליה לנפשיה עכ"ל התוס' שם, אלמא דפשיטא להו להתוס' דבכל דיני איסור והיתר כל צורבא מרבנן

יכול להורות לעצמו ומשו"ה מתמה התוס' על הגמרא דשם דמשמע דדוקא משום האי טעמא דחזיא ליה בימי טומאתו מכשרינן ליה להורות אבל בשאר איסור והיתר לא.

י) וכן הר"ש סוף פ"ב דנגעים הקשה ג"כ הקושיא הזאת של התוס' דההיא סוגיא דפ' עד כמה סותרת לסוגית הגמ' דפ' הדר ע"ש, ותירוץ הר"ש יבואר לקמן בס"ד (מאות ט"ז עד כ"ו) ע"ש בדברינו.

יא) והנה מרן בשו"ע יו"ד סימן רכ"ח ס"ה כתב, אסר על עצמו הנאת בני העיר אסור לשאול על נדרו לחכם מבני אותה העיר ואם נשאל והתיר לו הרי נדרו מותר עכ"ל שם.

יב) וכן כתבו הרמב"ם והטור שם, ומקורו בירושלמי בנדרים ושם בירושלמי מפרש הטעם דהוי כמתיר נדרי עצמו ובתורה נאמרה לא יחל דברו והש"ך שם מפרש הטעם משום דהוי נוגע בדבר וחיישינן לחשדא וכ"כ הט"ז שם דמשום חשדא קאתינן עלה.

יג) אך מרן הב"י והד"מ לא ס"ל האי טעמא ע"ש, א"כ משמע דאיכא פלוגתא דרבוותאה בזה לענין נדרים, דאע"ג דקי"ל דמתירין נדרים בקרובים, ולא חיישינן לחשדא, מ"מ היכא שהוא בעצמו נוגע בדבר נחלקו בזה רבוותאה, דלשיטת הש"ך והט"ז וסייעתם חיישינן לחשדא לכתחלה אע"ג דבדיעבד היתירו היתר מ"מ לכתחלה חיישינן לחשדא, ולשיטת מרן הב"י והד"מ לא חיישינן לחשדא אפילו לכתחלה בנדרים כמו דלא חיישינן לחשדא בשאר הוראות איסור והיתר.

יד) וכן איתא ביבמות דף כ"ה החכם שאסר את האשה בנדר על בעלה הרי זה לא ישאנה מיאנה או שחלצה בפניו ישאנה מפני שהוא ב"ד, אלמא דחיישינן ג"כ לחשדא בהוראת החכם ומיאונין וחליצות, וחיישינן דילמא הורה שלא כדין משום נגיעתו שרוצה לישא אותה, מדקאמר טעמא מפני שהוא ב"ד לא חשדינן להם, משמע הא בחד חשדינן ליה שמא הורה שלא כדין מפני נגיעתו.

טו) ושם (ביבמות כ"ה) איתא דלא אסרינן ליה אלא לכתחלה אבל אם עבר ונשאה לא מפקינן מיניה ושם (דף כ"ו) איתא וכולן מותרות לבניהם או לאחיהם, והיינו דלא אסרינן משום חשדא לכתחלה ולא בדיעבד, כמו לענין נדרים בי"ד סימן רכ"ח ס"ה שכתבו הש"ך והט"ז וסיעתם שהטעם הוא משום חשדא, ואפילו הכי פסקו שם שאם נשאל והתירו לו, הרי נדרו מותר, וכן קי"ל לענין נדרים דשריא בקרובים כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח ס"ג כמו כאן דקי"ל (ביבמות כ"ה) וכולן מותרות לבניהם או לאחיהם, דלא חשדינן ליה שמא יעות המשפט ויורה שלא כהלכה אלא משום נגיעתו והנאתו של עצמו, ולא משום הנאת בניו ואחיו ושאר קרובים, ועכ"פ הדבר צריך באור לתרץ ולהשוות כל הקושיות האלה.

טז) והנה הר"ש בסוף פ"ב דנגעים כשהקשה הקושיא הנ"ל שהבאנו לעיל (אות יוד) דההיא דפ' הדר דף ס"ג דאמרינן צורבא מרבנן חזי לנפשיה, סתרא לה להההיא דפ' עד כמה (דף ל"א) דאמרינן ונשאל על טהרותיו משום דחזי ליה בימי טומאתו, דמשמע אבל בעלמא אסור להורות לעצמו, תירץ על זה הר"ש שם וז"ל ושמא יש לחלק בין היכא דאיתחזק איסורא להיכא דלא איתחזק איסורא, כדאשכחן בריש האשה רבה דף פ"ח דמחלק גבי עד אחד נאמן באיסורים, דצורבא מרבנן חזי לנפשיה היכא דלא אתחזיק איסורא, אבל היכא דאיתחזק איסורא לא עכ"ל הר"ש שם.

יז) וראיתי לאמבוהא דרבנן בתראי שנמשכו כולם אחר דברי הר"ש לחלק בין היכא דאיתחזק איסורא להיכא דלא איתחזק, עיין ט"ז יו"ד סימן י"ח ס"ק ט"ו וסימן שי"ב סק"ד, וכ"כ התבואת שור סימן י"ח ס"ק כ"ב, שאם אירע לו הוראה בשחיטה אסור אפילו מדינא להורות לעצמו כיון דבחי' בחזקת איסור עומדת אין להוציאה מחזקתה כ"א בלא פקפוק עכ"ל ע"ש.

יח) וכן כתב בס' מנחת יוסף ובלק"י שם סוף סימן י"ח ועוד הרבה אחרונים עיין כל מפרשי השו"ע ביו"ד סימן ח"י ס"כ בדפוס ראם, ועיין דרכי תשובה סימן י"ח מס"ק קע"ז עד ס"ק ק"ץ שהביא ג"כ הרבה אחרונים שהסכימו לזה החלוק בין היכא דאיתחזק איסורא להיכא דלא איתחזק.

יט) ובאמת לפלא היא בעיני דברי כולם, דא"כ צריך לומר דההיא דפ' עד כמה (דף ל"א) איירי דאיתחזק איסורא, וזהו תימא, והלא איירי ע"כ באוכלין ומשקין ולא באדם וכלים, מדאמר הטעם שנאמן להורות משום דחזי ליה בימי טומאתו, ואי איירי באדם וכלים שיש להם טהרה במקוה ובהזאת מי חטאת, א"כ למה ליה למימר הטעם דמשו"ה נאמן דחזי ליה בימי טומאתו תיפוק ליה שנאמן משום שבידו לטבול ולהזות כמו שאמר הטעם על קדשיו ומעשרותיו, דאי בעי מיתשיל עלייהו, או דאי בעי שדי מומא בכולא עדריה כן הוי ליה למימר לענין ונשאל על טהרותיו משום דאי בעי טביל ליה, או דאי בעי מזי עליהם ועוד, דהאי טעמא שייך ג"כ אפילו לענין אם ירצה להשתמש תרומה וקדשים בהכלים או אם ירצה לאכול תרומה וקדשים מ"מ נאמן משום דבידו לטבול ולהזות, משא"כ האי טעמא דאיתמר בגמ' משום דחזי ליה בימי טומאתו לא שייך אלא לענין חולין ולא לענין תרומה וקדשים.

כ) וכיון דהגמ' איירי לענין טומאת אוכלין ומשקין שאין להם טהרה במקוה או בהזאה, א"כ לא מצי להולד להם שום ספק אחר רק אם נטמאו או לא, דאם בודאי נטמאו תו אין עליהם עוד ספק אם נטהרו או לאו כיון שאין להם טהרה במקוה, וכיון דהספק הוא אם

נטמאו או לאו א"כ אין להם חזקת טומאה, ואמאי צריך לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, לשיטת הר"ש דס"ל דבמקום דלא איתחזק איסורא יכול להורות לעצמו כל הוראות.

כא) ודוחק גדול לומר דלעולם איירי בספק טומאה באדם וכלים שיש להם טהרה במקוה, ומה שלא אמר הטעם משום דאי בעי טביל או דאי בעי מזי עלייהו משום דאיירי שאין לו מקוה לטבול או שאין לו מי חטאת להזות דזה דוחק הוא, ועוד דא"כ מאי פסקה לומר דמשו"ה נשאל על מעשרותיו משום דאי בעי מיתשיל עלייהו, והלא יוכל היות ג"כ דלאו בידיה הוא, דמי יאמר דמזדקקי ליה בי תלתא או יחיד מומחה ומאי פסקה דמקוה ומי חטאת אינן שכיחים לאוכלי טהרות, ותלתא דמזדקקי למקדיש קדשיו שכיחים הם זהו תימה, אלא ודאי כל מילתא דאית ליה תקנתא חשיב ליה בידיה, כי מסתמא מתרמי ליה לתקנו, א"כ מדלא חשיב בידיה לנשאל על טהרותיו, א"כ איירי באוכלין ומשקין שאין להם טהרה במקוה, א"כ ליכא חזקת טומאה ותימה על הר"ש, ועוד אם נימא דאיירי באדם וכלים שודאי נטמאו ויש להם טהרה או במקוה או בהזאה, רק שאין לו מקוה ומי חטאת, משו"ה לא הוי בידיה, א"כ למה בא לשאול לחכם לטהרו, כיון שאין לו מקוה או מי חטאת במאי יטהרנו כיון דודאי נטמאו ויש לדחות דאיכא למימר שבא לשאול על המקוה אם כשירה היא או לאו וכן על המי חטאת אם כשרים הם או לאו ואין לו מקוה אחרת וכן אין לו מי חטאת אחרים.

כב) ומצאתי בס' בכור שור בחדושיו למס' בכורות שהרגיש בזה, ותירץ וז"ל דאיירי בטמאים ודאי והם זרעים ויש להם טהרה כשנזרעו והשרשו בקרקע, אי נמי מים טמאים ועביד להו השקה עכ"ל, וגם בדבריו אינו מיושב מלבד הדוחק הגדול לאוקמי דוקא בזרעים או במים ולא בשאר אוכלין ומשקין, מלבד זה לא הועיל בדבריו, דאכתי סימא למה לן לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, תיפוק ליה דמשו"ה נאמן משום שבידו להשיקו או להזריע כיון דאיירי בדברים שיש להם טהרה בהשקה או בזריעה אלא ודאי איירי בשאר אוכלין ומשקין דלא שייכה בהן השקה וזריעה והספק הוא אם נטמא או לא, וא"כ ליכא חזקת טומאה.

כג) וליכא למימר דאיירי שאין לו מקום להזריעו או להשיקו, א"כ למאי יבוא לשאול על טהרותיו כיון דטמאים הם ודאי אין להם תקנה רק בהשקה או בזריעה וזה אין לו מקום להשקו או להזריעו, א"כ איך יטהרם מטומאתם, ועוד דא"כ קדשים נמי משכחת לה דלאו בידיה הוא למיתשל עלייהו כי אין לו שלשה הדיוטות או יחיד מומחה שיזרק לו, ועוד א"כ איכא לאוקמי גם באדם וכלים וכגון שאין לו מקוה או מי חטאת לטהרם מטומאתם וצ"ע.

כד) **ואולי** יש לומר, כיון דאי מזריעו או משיקו מקלקל ליה לא מקרי בידו, אך לא נראה כן, חדא דלענין השקה מאי פסקה דמשיקו במים הרעים הלא יוכל להשיקו במים היפים, ועוד דמאי דמוכרח לאכול טהרותיו במי טומאתו ג"כ איכא פסידא ואפילו הכי מקרי בידו, וכן אי שדי מומא בכולא עדריה ג"כ מקלקל להם, ואפילו הכי מקרי בידו.
כה) **ועוד** תימא דלפי תירוץ הר"ש צריך לומר דההיא דפ' הדר דף ס"ג דאמרינן דצורבא מרבנן חזי לנפשיה איירי דלא איתחזק איסורא, והוא ג"כ תימה, דהתם בשחיטה קמיירי וקי"ל בהמה בחייה בחזקת איסור עומדת עד שיודע לך במה נשחטה, א"כ אין לך חזקת איסור גדול מזה, ואמאי לא פסלינן ליה להורות משום נגיעתו והנאתו.
כו) **ומה** שתירצו האחרונים בזה משום דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם, גם זה אינו מיושב, דכיון דחשדינן ליה שיבוא להקל משום הפסד ממונו, א"כ מה מועיל לנו המחאתו וכי המחאתו יסלק החשדא שלו, ועוד שגם ההיא דפ' עד כמה דנשאל על טהרתו מסתמא איירי ג"כ במומחה להוראה וגמיר וסביר, דאי לאו הכי אסור לו לדון ולהורות אפילו לאחרים, או דאמרינן ג"כ רוב המצוין אצל הוראה מומחין הן כמו אצל שחיטה וכמו שכתב מרן הרמ"א ביו"ד סימן ס"ה סי"ג לענין ניקור, ואפילו הכי אסור לו להורות בתרומה דלא חזי ליה בימי טומאתו, דחשדינן ליה שיטהר ויורה להקל משום הנאתו ונגיעתו, אלמא דאפילו למומחה ג"כ חשדינן ליה במקום דאיכא חזקת טומאה, א"כ בשחיטה נמי אע"ג דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הם, מ"מ אית לנו למחשדיה משום חזקת האיסור, כיון דאיתחזק איסורא וצ"ע.
כז) **ומדברי** רבינו הגדול הגר"א ז"ל בפ"ב דנגעים משנה ה' למדתי דבר חדש בענין זה שכתב על המשנה דשם, כל הנגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו וכו', כל הנדרים אדם מתיר חוץ מנדרי עצמו וכו', כל הבכורות אדם מתיר חוץ מבכורות עצמו וכו', כתב וז"ל: כל ההלכות שבתורה אדם מורה לעצמו, חוץ משלשה אלו, נגעים, נדרים ובכורות שתלוין במאמר פה, נגעים שיאמר הכהן טמא או טהור, נדרים שיאמר החכם מותר, ובכורות שיאמר היחיד מומחה או ג' הדיוטות כשר עכ"ל הגר"א ז"ל. הרי למדנו מדבריו דפליג על הר"ש וכל האחרונים דס"ל דבמקום דאיתחזק איסורא אין אדם מורה לעצמו ומדבריו משמע דלא ס"ל כן, שהרי בבכורות ובנדרים איכא ג"כ חזקת איסור, וטעמא משום דתלוין במאמר פה הוא דאינו מורה לעצמו, הא בכל ההוראות שבתורה דומיא דבכורות ונדרים דאיתחזק איסורא מורה לעצמו, אם אינן תלוין במאמר פה, וזהו שלא כדברי הר"ש והאחרונים הנ"ל.

כח) **ובדבריו** יש ליישב הקושיא הנ"ל שהקשינו מיו"ד סימן רכ"ח ס"ה שהסכימו הפוסקים דאסור לשאול היתר מחכם שבעירו כשאוסר הנאת בני העיר משום חשדא, ומ"ש מההיא דפ' הדר (עירובין ס"ג) דצורבא מרבנן חזיא לנפשיה, וכן כתבו הרא"ש שם והתוס' נדה כ' ד"ה כל יומא. ובדברי רבינו הגדול הגר"א ז"ל ניחא, דשאני נדרים מכל ההלכות שבתורה משום דתלוין במאמר פה, ולעצמו בודאי אינו יכול להתיר, משו"ה גזרו רבנן ג"כ בנוגע משים דרא דהתרת עצמו, וזהו פירושה דחשדא שכתבו הפוסקים. ואין הפירוש דחשדינן ליה שמא יתיר שלא כדין, כי זהו בודאי לא חיישינן בנדרים, כמו בכל ההוראות שבתורה, רק דהחשדא הוא שמא התיר כדין, מחמת הנאתו ונגיעתו, ומחזי כמתיר נדרי עצמו.

כט) **ומדברי** הרא"ש בפ"ב דנגעים משמע דס"ל ג"כ כדברי הגר"א ז"ל ולא כדברי הר"ש, שכתב וז"ל כל הנגעים, פירוש חוץ מנגעי עצמו דכתיב וראהו, אשר בו הנגע מראה לכהן, אבל לא שיראה הכהן לעצמו, ובתוספתא קתני נאמן הכהן לומר נגע זה פשה, נגע זה לא פשה, בהרת קדמה לשער לבן או שער לבן לבהרת. פירוש שיאמר הוא לכהן עם הארץ, נגע זה טהור ויטהרנו הכהן עם הארץ, אבל הוא לא יטהר עצמו עכ"ל הרא"ש שם. ודברי הרא"ש הם כדברי הגר"א ז"ל, שהרי הרא"ש נתן הטעם מה שאינו רואה נגעי עצמו הוא מגזרת הכתוב דכתיב וראהו, והתוספתא פירשה הרא"ש דלא כפשטיה, כי פשיטות הלשון התוספתא דקתני נאמן הכהן לומר נגע זה פשה, נגע זה לא פשה וכו' משמע דלענין עדות קמיירי, ולא איירי כלל לענין הוראה מה שהכהן החכם מורה לעם הארץ, רק איירי בפשוטו שהכהן החכם בא לראות נגעי כהן אחר, ואינו יודע אם פשה או לא או אם בהרת קדמה או לא, על זה קתני שהכהן נאמן בעדותו להעיד איך היה המעשה, אע"ג שהוא בעל הנגע בעצמו, מ"מ לא מיפסיל לעדות, אבל אם הכהן הרואה את הנגע הוא עם הארץ ואינו יודע את ההלכה אם הנגע הוא טהור או טמא, מזה לא איירי התוספתא כלל לאשמעינן אם יוכל הכהן הרואה לסמוך על הוראת בעל הנגע, ויוכל היות דבאמת אינו יכול לסמוך על הוראתו דחשדינן ליה שמא יטהר שלא כדין, ובפרט אם כבר נזקק לטומאה, ועכשיו בא הכהן עם הארץ לראות אם לטהרו או לאו בודאי אינו יכול לסמוך על הוראת הכהן החכם בעל הנגע, דכיון דאיכא חזקת טומאה בודאי חשדינן ליה כדברי הר"ש וכל האחרונים הנ"ל וכן משמעות התוספתא לולי דברי הרא"ש.

ל) **אבל** הרא"ש הוציא התוספתא מפשוטה ופירש לן דלענין הוראה קמיירי, ונאמן החכם בעל הנגע לראות נגעי עצמו ולעיין בדינו אם היא טהור או לאו ולאחר שיסכים בחכמתו שהוא טהור יאמר לכהן עם הארץ שיטהרנו, והכהן עם הארץ יאמר תבת טהור,

אלמא דס"ל להרא"ש כדעת הגר"א ז"ל, דהא דאינו מורה לעצמו בנגעים היינו לומר תיבת טהור אינו רשאי, אבל להורות לעצמו מותר אפילו בנגעים דגלי קרא וראהו, רק שלא יאמר תיבת טהור או טמא והוא ממש כדעת הגר"א ז"ל דדברים התלוין במאמר פה אינו מורה לעצמו, אבל מה שאינו תלוי במאמר פה, מורה אפילו בנגעים, א"כ שמעינן מכ"ש דמורה לעצמו בכל ההוראות שבתורה כיון שאינן תלוין במאמר פה, ואפילו באיתחזק איסורא ג"כ שמעינן מדברי הרא"ש דיכול להורות לעצמו בכל ההוראות שבתורה אם אינן תליין במאמר פה, דהרי בנגעים איכא ג"כ תרי גוונא, חדא קודם שנזקק לטומאה דאיכא חזקת טהרה, וחדא לאחר שנזקק לטומאה דאיכא חזקת טומאה, ומשמע דעל כל דיני נגעים כתב הרא"ש שיכול להורות לעצמו ולעיין בדינו אם הוא טהור או טמא רק שלא יאמר בעל הנגע תבת טהור, רק יאמר לכהן עם האר אמור טהור, א"כ משמע מזה דאפילו לאחר שנזקק לטומאה דאיכא חזקת טומאה, מ"מ יכול להורות לעצמו ולא חשדינן ליה שיבוא להקל מחמת נגיעתו, א"כ יצא לנו דגם הרא"ש פליג על הר"ש והאחרונים הנ"ל.

לא) ומדברי התוס' נדה (דף כ') ד"ה כל יומא משמע ג"כ דלא ס"ל כדעת הר"ש וסייעתו רק ס"ל כדעת הרא"ש והגר"א שכתבו שם וז"ל:

אבל אין לומר דאסור לראות דמי אשתו, דהא במס' נגעים תנן, כל הנגעים אדם רואה חוץ מנגעי עצמו, ר"מ אומר אף לא נגעי קרוביו, כל הנדרים אדם מתיר חוץ מנדרי עצמו, ר' יהושע אומר אף לא נדרי אשתו, ואלו כל הדמים אדם רואה חוץ מדמי אשתו לא קתני, עכ"ל התוס'. הרי חזינן דס"ל להתוס' דכל ההוראות שבתורה אדם מורה לעצמו חוץ משלשה אלה נגעים, נדרים ובכורות כדעת הגר"א והרא"ש, ולא שייר מידי במתניתין מכל ההוראות חוץ מאלה השלשה דקתני במתניתין, אדם מורה לעצמו, דאם נימא דס"ל להתוס' כדעת הר"ש וסייעתו, דבכל מקום דאיתחזק איסורא אסור להורות לעצמו, א"כ ע"כ איכא מילי דאין אדם מורה לעצמו ולא קתני במתניתין, היינו כל דבר דאיתחזק איסורא, ואכתי הוי ליה למיתני במתניתין כל ספיקי שחיטות אדם רואה חוץ משל עצמו. וכיוצא בהן מן הדברים דאיתחזק איסורא, שאין אדם רואה לעצמו ולא קתני במתניתין, ואם נימא דתנא ושייר, א"כ יוכל היות דגם דמי אשתו אינו מורה ושייר במתניתין, אלא ודאי הוא כדאמרן, דהתוס' לא ס"ל כהתירוץ הר"ש, וכן משמע בתוס' פ' עד כמה (דף ל"א) ד"ה דהא חזי ליה, מדלא תירץ כתירוץ הר"ש, וס"ל להתוס' כדעת הרא"ש והגר"א דכל ההוראות שבתורה חוץ משלשה אלה אדם מורה לעצמו, ולא שייר מידי

במתניתין, משו"ה דייקי התוס' שפיר, דאם איתא דאין אדם רואה דמי אשתו הוי ליה למיתני במתניתין.

לב) וכן יש לדייק מדברי הר"ן בחדושיו למס' נדה דף כ' ד"ה ילתא אתאי דמא דלא ס"ל ג"כ כסברת הר"ש וסייעתו רק כדעת הרא"ש וסייעתו, דדייק נמי מהמשנה דנגעים הנ"ל דאדם רואה דמי אשתו, וז"ל וכיון דלא מני בהדייהו שאינו רואה דמי אשתו אלמא יכול הוא לראות בהן עכ"ל, אלמא דס"ל כדעת התוס' שהיא כדעת הרא"ש והגר"א, וכן יש לדקדק מדברי הרמב"ם דס"ל כדעת הרא"ש והגר"א דלא כדעת הר"ש ויבואר דבר זה לקמן בס"ד (באות מ"ז ומ"ח).

לג) היוצא מכל זה דדברי הר"ש שחלק בין היכא דאיתחזק איסורא ובין היכא דלא איתחזק איסורא, אע"ג שכל האחרונים הנ"ל נמשכים אחריו ומשמע לכאורה מדבריהם שהחלוק הזה הוא מוסכם בלא שום חולק, ומדברינו יצא לנו שהרבה ראשונים חולקין עליו, והם הרא"ש, התוס' הר"ן והרמב"ם וכן הגדול שבאחרונים הגר"א ז"ל, וכולם ס"ל שאין חילוק בין איתחזק איסורא ובין היכא דלא איתחזק איסורא.

לד) והנה לעיל הקשינו מההיא דיבמות (דף כ"ה) דתנן החכם שאסר את האשה בנדר על בעלה הרי זה לא ישאנה (משום חשד) מיאנה או שחלצה בפניו ישאנה מפני שהוא ב"ד (ותלתא לא חשידי) אלמא דחיישינן לחשדא גבי חכם המורה ואיך יורה לעצמו, הלא איכא למחשדיה דמחמת הנאתו יבוא להקל שלא כדין ושלא כהלכה, הקושיא הזאת עדיין במקומה עומדת ואינה מתורצת, הן לשיטת הרא"ש, הגר"א, התוס', הר"ן והרמב"ם, הן לשיטת הר"ש וסייעתו, כי לשיטת הר"ש וסייעתו שמחלק בין היכא דאיתחזק איסורא ובין היכא דלא איתחזק איסורא, תקשי לדידיה כיון דבמקום דלא איתחזק איסורא יכול החכם להורות לעצמו ולא חיישינן לחשדא, א"כ תימה אמאי חיישינן לחשדא בחכם שאסר את האשה בנדר שלא מצא פתח או חרטה להתירה, והלא כיון שאוסר אותה ולא מפיק לה מחזקתה, ואדרבא חזקת הנדר מסייע לאוסרה, א"כ אמאי חיישינן לחשדא, דבשלמא כשמתיר את הנדר איכא חזקת איסור ושייך שפיר חשדא, אבל כשאוסרה אמאי חיישינן לחשדא, וכן לשיטת הרא"ש והגר"א ג"כ יקשה אמאי חיישינן לחשדא כשאוסרה בנדר, מאי שנא מכל ההלכות שבתורה שאדם מורה לעצמו ולא חיישינן לחשדא, וכאן לא תליא במאמר פה החכם, דדוקא ההיתר תליא במאמר פה החכם שיתיר את הנדר ויאמר מותר, אבל האיסור הרי זה כמו שאר איסור והיתר התלוין בשקול דעת המורה ולא במאמר פה, א"כ אמאי חיישינן לחשדא.

לה) ונראה דחששא דחשדא (ביבמות כ"ה) אין פירושו דחשדינן ליה דמשום הנאתו ונגיעתו שרוצה לישא אותה, משום הכי לא דן כהלכה, דהרי אפילו לעצמו ג"כ מותר להורות לכולי עלמא במילתא דלא איתחזק איסורא, ואינה תלויה במאמר פה, ואין לך נוגע גדול מאדם המורה לעצמו ואפילו הכי לא חשדינן ליה שמא יורה שלא כהלכה, אלא חשדא (דיבמות כ"ה) טעמא אחריני אית ביה, משום דמחזי כנוטל שכר לדון שדיניו בטלים אף כאן חיישינן דמשום שכרו נשאת לו ויתבטל הדין מעיקרו

לו) וכן כתב רש"י בהדיא בחולין דף מ"ד גבי עובדא דרבה בב"ח דאכשרה ואח"כ זבן מינה, ופריך הגמ' על זה ותיפוק ליה משום חשדא, ופירש"י וז"ל: משום חשדא דלא לימרו משום דשריא נהליה מוזיל גביה ונראה כנוטל שכר על הוראתו עכ"ל רש"י שם, אלמא דלא כתב רש"י שהחשדא הוא שמא משום דמוזיל גביה משו"ה אכשריה שלא כדין, רק כתב שהחשד הוא משום שנראה כנוטל שכר על הוראתו וזהו ממש כדברינו בההיא דיבמות (דף כ"ה), וכיון דהטעם הוא משום דמחזי כנוטל שכר לדון שדיניו בטלין אין תימה מעתה, מ"ש דחיישינן כאן לחשדא ומ"ש דלעצמו יכול להורות דהתם נתבטלו דיניו והוראתו משום מה אני בחנם אף אתם בחנם כדאיתא בבכורות כ"ט, אבל כשמורה לעצמו או לקרוביו לא עבר אמימרא דרחמנא דמה אני בחנם וכו' משו"ה דיניו והוראותיו קיימין.

לז) וכן משמעות דברי רגמ"ה (בחולין דף מ"ד בדפוס ראם בש"ס החדש) וז"ל דבשומא מזדבן ודאי לא יקח משום חשדא דבני אדם שיאמרו בשכר שהתיר נותן לו יותר מאחרים עכ"ל ואם נימא דהחשד הוא משום עוות הדין, היינו שהתיר לו שלא כדין משום שכרו היה לו לרגמ"ה לומר איפכא שיאמרו דבשכר שנתן לו יותר מאחרים משו"ה התיר לו, וזהו עוות המשפט ומדקאמר דהחשדא הוא שיאמרו בשכר שהתיר נותן לו יותר מאחרים, א"כ החשדא הוא משום דרא דנוטל שכר לדון ולא משום עוות הדין קאתינן עלה. אך מדברי רש"י שם ד"ה הרחק מן הכיעור, לכאורה לא משמע כן דז"ל שם:

הרחק מן הכיעור שלא יאמרו בשביל כך זכהו לזה שיתנהו בזול עכ"ל רש"י. ודקדק רש"י וכתב בשביל כך זכהו לזה שיתנהו בזול, א"כ משמע דהחשדא הוא דמשום שנתן לו בזול משו"ה זכה דוקא לזה ולא להשני והוא שלא כדין, כי כן משמעות תיבת "לזה" שכתב רש"י, וא"כ לכאורה סתרי דבריו אהדדי, וכבר הרגישו בזה מהרש"א ומהר"ם ושאר אחרונים ע"ש מה שתירצו.

לח) ולי נראה שאין זה קושיא כלל, ואדרבה סיוע הוא לדברינו דבהוראות איסור והיתר ליכא חשדא דעוות משפט אפילו בנוגע, דלכאורה יש להבין דברי רש"י שכתב בשביל

כך זכהו לזה שיתנהו בזול, והיינו דקאי על דן את הדין שהוא דיני ממונות והתם איכא פסולי טובא כגון קרוב ואוהב ושונא וכיוצא בהם, והיה לו לרש"י לאשמעינן פירושו על טהר וטמא ואסר והתיר, דאפילו התם איכא ג"כ חשדא דעיות המשפט, אע"ג דליכא התם לא פסול קרוב ואוהב ושונא, ואפילו הכי פסול נוגע איכא התם, ומ"ש דפירוש רש"י פירושו על דן את הדין שאין זה רבותא למיפסל נוגע לעצמו, כיון דאפילו קרוב ואוהב ושונא הוא פסול, אלא ודאי כדאמרן דבהוראות איסור והיתר דקי"ל אדם מורה לעצמו הרי חזינן שאין שם פסול נוגע, לכן לא פירש רש"י פירושו דנוגע לענין טמא וטהר אסר והתיר, רק לענין דיני ממונות דקי"ל שם למיפסל גם קרוב ואוהב ושונא משו"ה גם נוגע מיפסל שם, ולענין לפרש הפסול דטהר וטמא אסר והתיר סמך רש"י על פירושו דלעיל שפירש לענין הוראת הטרפות שהחשדא הוא משום דררא דנוטל שכר להורות ולדון שדינו והוראותיו בטלין

לט) אך מדברי הטור באה"ע סימן י"ב ומדברי מרן שם בשו"ע לא משמע כדברינו, שכתבו לענין חכם שאסר את האשה בנדר וז"ל: לא ישאנה שמא יאמרו אסרה כדי שישאנה עכ"ל, א"כ משמע דחשדינן ליה שהוא עות הדין ואסרה כדי שישאנה, וזהו תימא גדולה איך חשדינן שיורה שלא כהלכה משום נגיעתו והנאתו, והלא אין לך נוגע ונהנה יותר מזה שמורה לעצמו ואפילו הכי לא חשדינן ליה לכולי עלמא הן שיטת הרא"ש והגר"א, הן לשיטת הר"ש, כיון דכאן לא איתחזק איסורא ולא תליא במאמר פה כמו שבארנו לעיל, א"כ תימה גדולה היא אמאי חשדינן ליה כאן לדעת הטור ולדעת מרן בשו"ע אה"ע. ואולי יש לומר כמו שכתבו התוס' בחולין דף מ"ד ד"ה וכן העדים, וז"ל ושמא חיישינן התם טפי שמא עיניו נתן בה עכ"ל התוס' שם, ולפי זה פליגי הטור ומרן על רש"י ורגמ"ה.

מ) ויותר נראה לי להשוות דעת רבותינו דלא פליגי אהדדי, וכולי עלמא ס"ל דלא חשדינן ליה שמא הורה שלא כהלכה משום הנאתו, והא דכתבו הטור ומרן לא ישאנה שמא יאמרו אסרה כדי שישאנה, אין כונתם לומר שיחשדו אותו שמא אסרה שלא כדין משום הנשואין שישאנה דזה בודאי לא חשדינן ליה, אלא כונתם שיאמרו שאסרה כדין כדי שישאנה, היינו שיחשדו אותו כי קודם הוראתו לאסור האשה דברו אז שיהא זה שכר הוראתו מה שתנשא לו והוא הורה אדעתא דאגרא שהוא אדעתא דנשואין והוי כנוטל שכר לדון ולהורות שנתבטלו דיניו והוראתו, והוצרכו לפרש כן משום דס"ל דהא דקי"ל הנוטל שכר לדון דיניו בטלים הוא דוקא באופן זה שקצבו לו שכר קודם ההוראה והוא הורה ודן משום שכרו, התם דוקא נתבטלו כל הוראותיו ודיניו, אבל אם בשעת ההוראה

לא הורה אדעתא דאגרא רק אח"כ נתנו לו מתנה לא נתבטלו דיניו שהרי לא עבר אמימרא דרחמנא דמה אני בחנם, ונהי דאעפ"כ אינו רשאי לקבל כמו"ש הרא"ש בפ' זה בורר סימן י"ז והרמ"א בחו"מ סימן ל"ד סעי' י"ח, מ"מ לא נתבטלו בדיעבד דיניו והוראותיו אלא אם כן הורה מתחלה אדעתא דאגרא משו"ה בההיא חשדא דחשדינן ליה להחכם שאסר שהוא ג"כ מהאי טעמא דנוטל שכר לדון הוצרכו לפרש ג"כ דחיישינן שמא בעת שאסר היתה דעתו אאגרא שהוא הנשואין, אבל לחשוד איתו שמא יורה שלא כהלכה משום הנאתו זהו בודאי לא חשדינן ליה.

מא) ונראה דפירוש רש"י ורגמ"ה בסוגיא דחולין דף מ"ד מוכרח הוא מתוך הסוגיא לפרש כן, דטעם החשדא דשם אינו אלא משום דרא דנוטל שכר לדון ולהורות, ואינו משום דחשדינן ליה שהורה שלא כהלכה, דאמרינן שם, רבה שרא טריפתא וזבין מיניה בישרא, אמרה ליה בת ר' חסדא אבא שרי בוכרא ולא זבן מיניה בשרא וכו', ואם נימא דטעם החשדא הוא שיחשדו שהורה להקל משום הנאתו, א"כ מאי מקשה בת ר' חסדא לרבה מבכור על טריפות והלא חלוק יש ביניהם לפי שיטת הר"ש שמחלק בין איתחזק איסורא בין לא איתחזק איסורא, דבאיתחזק איסורא אסור להורות לעצמו משום חשדא ובלא איתחזק איסורא שרי להורות לעצמו וליכא חשדא שמא יורה שלא כהלכה, א"כ בבכור דאיכא חזקת איסור בודאי אסור לי ליקח דחיישינן לחשדא, אבל בטריפות דקיימא בחזקת היתר דקי"ל נשחטה הותרה משו"ה שרי ליה למיזבן מיניה כמו דשרי לכל אדם להורות לעצמו בכל ההוראות שבתורה כשלא איתחזק איסורא ולא חשדינן ליה מידי.

מב) ואפילו לפי דעת הרא"ש והגר"א דס"ל שאין חילוק בין איתחזק איסורא ללא איתחזק איסורא, מ"מ אין להקשות מבכור על טרפות ועדיין לא דמיין אהדדי, דשאני בכור כיון דתליא במאמר פה ולעצמו אסור להורות, משו"ה גזרו רבנן גם בנוגע משום דרא דלעצמו, אם נימא דמשום שכרו שנוטל אח"כ נחשב לנוגע ונהנה אפילו בשעת ההוראה, שהרי לענין נדרים אמרינן ג"כ דכיון דתליא במאמר פה ולעצמו אסור להתיר, משו"ה גזרו רבנן גם בנוגע משום דרא דעצמו כדאיתא ביו"ד סימן רכ"ח ס"ה וכמו שבארנו לעיל, א"כ מאי ראיה היא זו מבכור לטרפות, ובפרט שרב חסדא כהן היה וקי"ל דכהנים חשודים על הבכור א"כ מאי ראיה היא זו מבכור לטרפות, אלא ודאי צריך לומר שכל אלה הדברים כיון שהם נעשים אחר ההוראה, כגון לקיחת הבשר אשר לקח רבה אחר ההוראה לקח, וכן בההיא דיבמות (דף כ"ה) שהחכם נושא את האשה שאסרה אחר ההוראה היתה, משו"ה ליכא חשדא שמא יתירו שלא כהלכה, אפילו בבכורות ונדרים

דאיתחזק איסורא, ואסרינן נוגע משום שתלויין במאמר פה, אפילו הכי זה שלוקח או נושא אחר ההוראה לא מקרי נוגע ואפילו בכהנים דקי"ל דחשידי אבכורות, מ"מ כהאי גונא לא חשדינן ליה שמא הורה שלא כדין, וכל החשד הזה אינו אלא משום נוטל שכר לדון ולהורות דקי"ל שנתבטלו דיניו והוראתו, ובזה שוין בכורות וטרפות ושאר כל ההוראות שבתורה שעל כלן נאמרה מה אני בחנם אף אתם בחנם, משו"ה מקשה מבכורות על טרפות.

מג) אך מדברי רש"י שם ד"ה הרחק מן הכיעור משמע דאפילו משום הלקיחה של אחר ההוראה חיישינן ג"כ לעוות הדין והמשפט ואולי דיני ממונות שאני הואיל דחמירי למיפסל בקרובים ואוהב ושונא משו"ה איכא חשדא אפילו כשמקבל שכר אחר ההוראה, משא"כ באיסור והיתר אפילו כהן בבכורות דכשר בקרובים ואוהב ושונא ליכא חשדא של עוות הדין רק כשמקבל שכר קודם ההוראה, אבל אחר ההוראה ליכא חשדא אחריני רק משום דררא דנטל שכר לדון ולהורות ודברי הטור ומרן בשו"ע אה"ע סימן ב' אולי יש ליישב ג"כ לפי זה וצ"ע.

מד) ועדיין עלינו לבאר לשיטת הרא"ש והגר"א שכתבו לחלק בין דברים התלויין במאמר פה או לא, א"כ תשאר קושית התוספות והר"ש שהקשו מההיא דפ' עד כמה (דף ל"א) על ההיא דפ' הדר (דף ס"ג) ועוד יקשה לדבריהם מההיא דפ' עד כמה על כל ההלכות שבתורה, כיון דס"ל דבכל ההלכות שבתורה שאינן תלויין במאמר פה אדם מורה לעצמו, א"כ למה לן (בפ' עד כמה) לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, והלא שאלת הטהרות הרי היא כמו שאר הוראות איסור והיתר ואינן תלויין במאמר פה, א"כ בודאי שרי להורות לעצמו בלאו האי טעמא דחזי ליה בימי טומאתו כגון בתרומה וקדשים דלא חזי ליה בימי טומאתו כמו שאר ההוראות שאינן תליין במאמר פה.

מה) ועוד איתא התם פ' עד כמה (דף ל"א) ורואה את קדשיו דאי בעי מיתשיל עלייהו, ורואה מעשרותיו דאי בעי שדי ביה מומא בכולא עדריה, ולכאורה יש להקשות גם על זה למה לן טעמא דאי בעי מיתשיל עלייהו או דאי בעי שדי ביה מומא, תיפוק ליה דבכל ההוראות שבתורה שאינן תלויין במאמר פה אדם מורה לעצמו, אך זה אין תימא דיוכל היות דבאמת תלויין במאמר פה, דמומי הקדש ומעשר אפשר דדמיין למומי בכור, דקי"ל השוחט את הבכור קודם התרתו הרי זה יקבר, אפילו אי חזינן ביה מום גלוי כמו נשברו רגליו, מ"מ כיון שלא התירוהו קודם שחיטתו הרי זה אסור בהנאה, אלמא דהתרתו תליא במאמר פה, כן יוכל היות שגם מומי הקדש ומעשר תלויין ג"כ במאמר פה, משו"ה צריכין לטעמא דאי בעי מיתשיל או דאי בעי שדי ביה מומא, אבל ההוראות

איסור והיתר וטהרות וטמאות כולן אחד הם שאינן תלויין במאמר פה. א"כ למה לנו לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, מ"ש מכל ההלכות שבתורה שאדם מורה לעצמו ולא חשדינן ליה שמא יורה שלא כהלכה משום הנאתו.

מו) ואפשר לומר דהא דצריך לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, לאו לסלוקי חששא דחשדא הוא דבעינן להאי טעמא, דהרי בכל התורה יכול להורות לעצמו ולא חשדינן ליה שמא יורה להקל שלא כהלכה, אע"ג דליכא טעמא דחזי ליה בימי טומאתו. והא דצריך לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו לאשמעינן אתא דהוראתו בפיו מקרי הוראה גמורה לכל דבר כמו הוראת שאר חכמים שאינם נוגעים בדבר, ונפקא מינה לענין כמה דברים כגון בהא דקי"ל חכם שאסר אין חברו רשאי להתיר דכיון דחלה הוראת פיו משו"ה אין חברו רשאי להתיר, וכן לענין שני שבילין אחד טמא ואחד טהור והחכם הלך באחת מהן ונגע בטהרות ואחר הלך בשביל השני ונגע בטהרות שאם נשאל מתחלה על הליכתו בעצמו וטהר עצמו וטהרותיו, יכול אח"כ להורות גם להשני שהוא טהור, ואם קודם שהורה לעצמו שהוא טהור בא השני לשאול עליו ועל טהרותיו שהלך בשביל השני, הוי כמי באו לשאול בבת אחת ושניהם טמאים, דלענין הדברים דבעינן דיקא שיורה בפה שם צריכין אנו לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו כיון שתלויין במאמר פה, אבל לסלק חששא דחשדא אין אנו צריכין לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו כמו בכל ההלכות שבתורה שאדם מורה לעצמו.

מז) ונראה דבזה יש ליישב דברי הרמב"ם דלכאורה תמוהים הם, דבפ"ו מהל' בכורות הל' ט' כתב וז"ל ורואה אדם מומי מעשר שלו ומתירו אם היה מומחה שאם ירצה יטיל מום בכל עדרו ואחר כך יעשר ונמצא המעשר בעל מום מתחלתו עכ"ל והוא כדברי הגמ' דפ' עד כמה דף ל"א אשר הבאנו לעיל (אות מ"ה) ובפ' עשירי מהל' משכב ומושב ה"ו כתב הרמב"ם וז"ל ונשאל החבר על טהרותיו ומורה בהן טהרה לעצמו ואין חושדין אותו בכך עכ"ל, א"כ תימא אמאי לא סיים הרמב"ם הטעם האמור בגמ' דחזי ליה בימי טומאתו שהרי לפי הטעם האמור בגמ' אינו יכול להורות רק בחולין ולא בתרומה דלא חזי ליה בימי טומאתו כמו"ש רש"י ותוס' שם בפ' עד כמה (דף ל"א) ומסתימת דברי הרמב"ם משמע דאפילו בתרומה נאמן, ומ"ש דלענין מומי מעשר סיים הרמב"ם הטעם האמור בגמ' הואיל דאי בעי שדי מומא בכוליה עדריה ומ"ש דלענין טהרות לא כתב הטעם האמור בגמ', ובדברינו ניחא, דכיון דלענין לסלק החשדא ממנו אין אנו צריכין לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, רק לענין דברים התלויין במאמר פה כמו שכתבנו, וכיון דסיים הרמב"ם ומורה בהן טהרה לעצמו ואין חושדין אותו בכך הרי גלה דעתו בפירוש שלא

בא לאשמעינן ענינים אחרים רק האי מילתא לחוד לאשמעינן אתא שאין חושדין אותו לעוות משפט משום הנאתו, וכיון שלא בא הרמב"ם רק לסלק ממנו החשדא, משו"ה אין צריך לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו דהאי טעמא לא נאמר רק לענין הדברים התלויין במאמר פה.

מד) ועוד אפשר לומר דהגמ' דפ' עד כמה (דף ל"א) לא איירי בחבר שקבל עליו דברי חבירות רק איירי בתלמיד חכם סתם שעדיין לא קבל עליו דברי חבירות, שהחמירו על עצמן שלא להאמין על הטהרות עד שיקבל עליו דברי חבירות בפירוש כדאיתא שם בגמ' וברמב"ם פ"י מהל' משכב ומושב, משו"ה צריכין אנו לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, משא"כ בשאר ההוראות בודאי הת"ח נאמן, הן לעצמו הן לאחרים, אבל הרמב"ם כתב ונשאל החבר, וכיון דבחבר איירי משו"ה אין צריך לטעמא דחזי ליה בימי טומאתו, ומדברי הרמב"ם האלה פ"י מהל' משכב ומושב, שמעינן ג"כ דלא ס"ל כדעת הר"ש וסייעתו לחלק בין היכא דאיתחזק איסורא בין היכא דלא איתחזק איסורא, מדסתם וכתב שנאמן להורות על טהרותיו ואין חושדין אותו ולא גלה לנו שום חילוק בין היכא דאיתחזק איסורא ובין לא איתחזק איסורא, א"כ משמע דבכל ענין יכול להורות לעצמו ואין חושדין אותו אפילו איתחזק איסורא, וזהו דלא כהר"ש רק הוא כשיטת הרא"ש והגר"א והתוס' והר"ן דס"ל דאפילו באיתחזק איסורא אדם מורה לעצמו.

מט ועדיין לא יצאנו ידי חובת באור, הנה ביבמות (דף ע"ז ודף צ"ח) וכן איתא בקידושין (דף ע') ובבכורות (דף ל"ח) איתא כל תלמיד חכם שמורה הלכה ובא אם קודם מעשה אמרה שומעין לו ואם לאו אין שומעין לו, וכתבו התוס' (ביבמות דף ע"ז) וז"ל:

אומר ר"ת דהיינו דוקא היכא דהוא עצמו נוגע בדבר כגון יתרא שהוא צריך לאותה הוראה, שהרי בת ישי נשא, כדכתיב אשר בא אל אביגיל בת נחש, ואמרינן בפ"ק דב"ב בת מי שמת בעטיו של נחש, וכן בפ' נושאין על האנוסה (דף צ"ח) גבי גר שהעיד על אשתו ושבעה בנים, ובפ' עשרה יוחסין (קדושין דף ע') גבי עובדא דרב יהודה בכל דוכתי דמייתי לה היו הן צריכין לאותה הוראה, אבל אם אין צריכין לאותה הוראה שומעין לו אע"פ שלא אמרה עד שעת מעשה עכ"ל התוס' שם. וכן כתב מרן הרמ"א ביו"ד סימן רמ"ב ס"ל וז"ל ותלמיד חכם שאמר דבר הלכה בדבר השייך לדידיה אם אמרה קודם שומעין לו ואם לאו אין שומעין לו עכ"ל

ג) וזהו תימה גדולה הן לשיטת הר"ש והאחרונים הנמשכים אחריו, הן לשיטת הרא"ש והגר"א והתוס' והרמב"ם והר"ן דפליגי על הר"ש וס"ל דאפילו באיתחזק איסורא ג"כ אדם מורה לעצמו, וכשהוא מורה לעצמו ודאי הוא נוגע בדבר ושייך לדידיה, ואפילו

הכי שומעין לו ולא בעינן שיאמרה קודם מעשה ולמד כן לתלמידיו קודם ההוראה, כמו שפירש"י בכל מקום שאין שומעין לו אלא א"כ למד לתלמידיו קודם שבא המעשה לידו, א"כ תימא מכל הסוגיות האלה דמשמע דכיון שהוא נוגע בדבר ושייך לדידיה אין שומעין לו אלא אם כן למד לתלמידיו קודם מעשה. ואפילו לשיטת הר"ש והאחרונים הנמשכים אחריו דס"ל דבאיתחזק איסורא אינו מורה לעצמו אם הוא נוגע בדבר, ג"כ יקשה כי כל הסוגיות האלה דיבמות צ"ח וע"ז וקדושין ע' כולהו איירי בדלא איתחזק איסורא ואפילו הכי אינו מורה לעצמו אם הוא נוגע בדבר אלא אם כן למד לתלמידיו קודם שבאה ההוראה לפניו, וזהו באמת תימה גדולה על כל הפוסקים מכל הסוגיות האלה, ויוכל היות כי משום זה השמיטו הרמב"ם והטור ומרן בשו"ע, בכל זאת צריך באור דעת מרן הרמ"א והתוס' ושאר פוסקים אשר מן משמעות דבריהם למדנו שהסוגיות האלה אליבא דהלכתא נינהו.

נא) ונראה דהאי נוגע בדבר ושייך לדידיה שכתבו התוס' ושאר פוסקים, שאין שומעין לו אלא אם כן למד כן לתלמידיו קודם מעשה, לא מיקרי נוגע בדבר ושייך לדידיה לענין זה, רק אם הוא נוגע גדול באופן דאיירי כל הני סוגיות דיבמות ע"ז וצ"ח וקדושין דף ע' דאיירי שהחכם כבר עשה עובדא בנפשיה מקודם ההוראה שלו, ועדיין לא שמענו החדוש הזה מפיו רק אחר שעשה כששואלין אותו מפני מה עבר על דברי תורה על עשה או ל"ת או גזרה דרבנן, אז אמרה להלכה החדשה שלא שמענו מעולם לכן אין שומעין לו, כי שמא מחמת בושתו שלעזו עליו שעבר על דברי תורה, משום זה אמר הכי לכן אין שומעין לו אלא אם כן למד לתלמידיו קודם לכן. אבל מה שהחכם מורה בממונו או בדמי אשתו לטהרה אליו או לא, קים להו לרבנן שכל אלו הדברים אינן נחשבים אליו להטות את לבבו ח"ו מן המשפט האמת משום הפסד ממונו וכיוצא בזה, רק אם הוא נוגע באופן כזה כמו כל הני עובדי הנ"ל שהחכם בעצמו עבר על ד"ת והוא בא לנקות את עצמו מן הדבה והלעז, שקלו רבנן בפלס ומאזנים כי דברים כאלה יכולים להטות את לבבו ולעור עיני חכמים ולסלף דברי צדק ומשפט.

נב) ובזה איירו כל הני עובדא, דיבמות דף ע"ז איירי שיתרא נשא את בת ישי מקודם הוראתו שהורה עמוני ולא עמונית מואבי ולא מואבית, רק אח"כ שעבר זמן משנשא את בת ישי אמר יתרא, כך מקובלני מבית דינו של שמואל הרמתי עמוני ולא עמונית מואבי ולא מואבית, א"כ בודאי נוגע גדול היה יתרא בזה דאי לאו הכי הרי עבר על ל"ת שבתורה שעמון ומואב אסורין לבוא בקהל, משו"ה אין שומעין לו אם לא אמרה קודם מעשה. וכן עובדא דיבמות (דף צ"ח) איירי ג"כ באופן זה שהגר נשא מתחלה את אשת

אחיו מאמו, רק כששאל לו מי הרשך, השיב שכבר קבל מר' עקיבא וכיון שהוא דבר חדש לכן אין שומעין לו אם לא אמרה קודם מעשה כיון שהוא נוגע גדול בזה שהרי איסורא קעביד אי לאו האי דבר חדש, והוא צריך לחדש האי מילתא להוציא את עצמו מן הדבה והלעז שיצא עליו שעביד איסורא, לכן אין שומעין לו אם לא אמרה קודם מעשה. וכן עובדא דרב יהודה (קדושין דף ע') אייתי ג"כ כהאי גונא דר' יהודה הכריז על האי גברא שהוא עבד, ותבעו לדין לקמיה דר' נחמן, ואח"כ חדש ר' יהודה האי מילתא משמיה דשמואל דכל האומר דאתי מבית חשמונאי עבדא הוא, משו"ה אין שומעין לו דנוגע גמור הוא בכדי לנקות עצמו מהבעל דין ותביעתו הוא דקאמר הכי, אבל אם עדיין לא עשה החכם שום מעשה בעצמו שפיר יוכל להורות לעצמו, כי כן שערו חז"ל בעומק חכמתם ותבונתם את תוונא דלבא של אדם, כי נגיעת הפסד ממון לא יעור עיני החכם ולא יורה החכם שלא כהלכה משום הפסד ממונו, או משום טהרת אשתו וכיוצא בו לא יוציא משפט מעוקל רק משום נגיעות גדולות כמו הני עובדי, שכבר עשה החכם שלא כדין, והוא בא לתרץ מעשיו ולנקות עצמו כי כתורה עשה, משו"ה אין שומעין לו אם אמר מילתא חדתא אשר לא אמרה קודם מעשה.

נג) אך עדיין אינו מיושב לשיטת הרא"ש והגר"א והתוס'. והרמב"ם והר"ן, האי עובדא דבכורות דף ל"ח דמקשה שם ג"כ האי קושיא על עובדא דר"ש בן יוסי לקוניא, דאמר ליה לר"י בן אליעזר שב בני שב חלזון זה מום קבוע לשחוט עליו, וזהו נחש שאמרו חכמים, ואע"פ שאמרו אין אדם רואה מומין לעצמו אבל מורה הלכה לתלמידים ותלמידים מורים לו, ומקשה הגמ' על זה והאמר ר"א וכו' כל תלמיד חכם שמורה הלכה ובא אם קודם מעשה אמרה שומעין לו, ואם לאו אין שומעין לו עכ"ל הגמרא. ולפי דברינו לאו קושיא היא כלל, דהא בהאי דר"ש בן יוסי עדיין לא עשה שום מעשה לעצמו רק שהוא בא עכשיו להורות להתיר את הבכור משום טעמא דחלזין מום קבוע הוא לשחוט עליו, והרי זה כמו שאר כל ההלכות שבתורה שאדם מורה לעצמו, ולא חשדינן ליה שמא יורה שלא כהלכה, ואפילו לא אמרה קודם מעשה ג"כ שומעין לו, ומ"ש כאן דבעינן דוקא שיאמרה קודם מעשה ואי לאו אין שומעין לו. ואע"ג דבכורות שאני משאר הוראות שבתורה, שהרי אין אדם רואה בכורות לעצמו, ושאר ההוראות שבתורה אדם מורה לעצמו, היינו דוקא להורות לעצמו וזה אפילו אמרה קודם מעשה ג"כ אינו מורה לעצמו, כדמוכח שם בסוגיא דבכורות (דף ל"ח) והטעם הוא כמו"ש הגר"א ז"ל דכאן תליא במאמר פיו, ומשו"ה אינו מורה לעצמו, אפילו אמרה קודם מעשה, אבל להורות הלכה לתלמידיו ותלמידיו יורו דליכא כאן טעמא דתליא במאמר פה, ואי אמרה קודם מעשה שומעין לו,

א"כ הא שאין שומעין לו אם לא אמרה קודם מעשה, הוא מטעם חשדא דחשדינן ליה שמא לא יורה כהלכה משום הנאתו ונגיעתו, א"כ מ"ש מכל ההוראות שבתורה שאדם מורה לעצמו ולא חשדינן ליה.

נד) וזה דומה ממש לדברי הרא"ש בפ"ב דנגעים מ"ה שהבאנו לעיל דאע"ג דאינו רואה נגעי עצמו, מ"מ יכול בעל הנגע בעצמו לעיין את הדין ולהכריע את ההלכה שהוא טהור, רק לומר תיבת "טהור" זה אינו רשאי, לכן יאמר בעל הנגע לכהן עם הארץ אמור "טהור" והוא אומר, ושומעין לו אפילו לא אמרה קודם מעשה, א"כ לענין בכורות נמי תימה לשיטת הרא"ש והגר"א וסייעתם אמאי לא יוכל להורות לתלמידיו שזהו מום קבוע, והם אומרים תיבת "כשר". הא ניחא לשיטת הר"ש וסייעתו דס"ל דבכל מקום דאיתחזק איסורא אינו מורה לעצמו משום חשדא, מקשה הגמ' שפיר אמאי שומעין לו לר"ש בן יוסי להורות כאן דאיתחזק כאן איסורא דבכור, אבל לשיטת הרא"ש והגר"א וסייעתם דס"ל דאפילו היכא דאיתחזק איסורא ג"כ אדם מורה לעצמו אפילו לא אמרה קודם מעשה, א"כ תימה אמאי בעינן כאן שיאמר דוקא קודם מעשה.

נה) ונראה דקושיית הגמ' דבכורות הוא משום דר"ש בן יוסי כהן היה וקי"ל דכהנים חשודים על הבכורות ואפילו זקן ויושב בישיבה כדאיתא בבכורות דף ל"ו בעובדא דר' צדוק וכן הוא בשו"ע יו"ד (סימן שי"ד) משו"ה בעינן דוקא שיאמר קודם מעשה ואי לאו הכי אין שומעין לו כיון שהוא חשוד על הבכורות. ולולי סוגיא דבכורות הנ"ל (דף ל"ח) היה נראה לפרש פירוש אחר במימרא דר"א וכו' שאמר כל ת"ח שהורה ובא אם קודם מעשה אמרה שומעין לו ואם לאו אין שומעין לו. ופירש"י בכל מקום דקודם מעשה מקרי קודם שבאה ההוראה לידו אמרה ושנאה לתלמידיו בבית המדרש שומעין לו, ומשמע מדברי רש"י דאפילו אם אמרה קודם שעשה בעצמו את המעשה הזאת רק שלא שנאה לתלמידיו קודם שבא המעשה לפניו אין שומעין לו והוא לכאורה תיובתא לדברינו, דלפי דברינו כל זמן שהחכם בעצמו לא עשה המעשה שומעין לו, אפילו אם לא שנאה מקודם לכן לתלמידיו.

נו) לכן היה נראה לפרש דקודם מעשה דשומעין לו, פירושו הוא קודם שהחכם בעצמו עשה המעשה, אז שומעין לו, ולא בעינן דוקא שהחכם ילמד לתלמידיו קודם שבא המעשה לפניו, אפילו הכי שומעין לו כיון שהוא בעצמו לא עשה המעשה לא מקרי נוגע כמו שבארנו לעיל הן לשיטת הר"ש וסעייתו, הן לשיטת הרא"ש והגר"א וסעייתם ולאחר מעשה דאמרינן שאין שומעין לו, פירושו הוא לאחר שעשה החכם המעשה בעצמו, אין שומעין לו דמקרי נוגע גדול וכמו שבארנו לעיל. ובזה מתפרשות שפיר כל הסוגיות

האלה. היינו סוגיא דיבמות דף ע"ז וצ"ח וסוגיא דקדושין דף ע' ובזה היו דברי ר"ת מפורשים בתוך הגמ' ואין צורך להוסיף ולחדש החלוק הזה שכתב ר"ת מדעת עצמו, שהרי ר"ת חדש זאת מדעתו דדוקא במקום שהוא נוגע בדבר אז אין שומעין לו אם אמרה קודם מעשה, ולפי מה שכתבנו לא מקרי נוגע בהני עובדא אלא משום שכבר עשה החכם המעשה בעצמו, א"כ טוב יותר לפרש, קודם מעשה ואחר מעשה שבגמ', היינו קודם שעשה המעשה ואחר שעשה המעשה, ולא נצטרך לחדש דברי ר"ת מסברא בעלמא כיון דלפי פירושנו מפורש כן בגמ' בהדיא כדברי ר"ת.

נז) אך מחמת סוגיא דבכורות לא נראה לפרש כן, שהרי גם שם לא עשה רשב"י עדיין שום מעשה, ואפילו הכי אין שומעין לו אם אמרה לאחר שבאה ההוראה לפניו, אפילו אמרה קודם שעשה החכם המעשה בעצמו. אלא על כרחך מוכח דמילתא דר"א דחמר כל ת"ח שהורה וכו' לא איירי דוקא באופן זה דבאה הנגיעה מחמת המעשה שעשה בעצמו דאיסורא קעביד אי לאו החדוש הזה, אלא כללא כייל ר"א שכל הנגיעות במקום שאין הת"ח נאמן לומר כך וכך קבלתי מרבותי אם הוא דבר חדש שלא שמענו מעולם אם אמרה לאחר שבאה ההוראה לפניו אין שומעין לו, אבל אם שנאה כן לתלמידיו קודם שבאה ההוראה לפניו שומעין לו, א"כ גם לדברינו אין תיובתא מפירש"י שפירש דבעינן דוקא שישנה לתלמידיו קודם מעשה, אבל בלאו הכי אין שומעין לו, אפילו הורה כן קודם שעשה בעצמו ג"כ אין שומעין לו, ולפי דברינו דוקא כשעשה בעצמו התם אין שומעין לו אבל בלאו הכי שומעין לו אפילו לא שנאה כן לתלמידיו מקודם רק שהורה כן קודם שעשה בעצמו, ולפי זה ניחא, דרש"י פירש כן על עיקר מילתא דר"א דאיירי במקום שהת"ח הוא נחשד בעצם כגון בההיא דבכורות שהכהנים חשודים על הבכורות, או בדיני ממונות וכיוצא בהם שהנוגע נפסל שם אמר ר"א כל ת"ח שהורה ובא אם קודם מעשה אמרה, היינו קודם שבאה ההוראה לפניו אם שנאה לתלמידיו שומעין לו, ואם לא שנאה לתלמידיו מקודם, אין שומעין לו אע"ג שהורה קודם שעשה המעשה בעצמו. וממילתא דר"א מקשה הגמ' על שאר דוכתי, כגון בדיני איסור והיתר אע"ג דקי"ל שהת"ח לא נחשד שם, מ"מ מקשה הגמ' על מקום דקים להו לחז"ל שהת"ח נחשד גם בדיני איסור והיתר, כגון בההיא דיבמות וקדושין שהת"ח כבר עשה המעשה, וא"כ בודאי נחשד הוא, א"כ אין ראוי להאמינו אם אמרה לאחר מעשה.

נח) היוצא לנו מכל הנ"ל דדיני איסור והיתר אינו שוה לדיני ממונות ונפשות ומכות ועונשים דקי"ל לפסול בהו נוגע וקרוב, ומכ"ש לדון לעצמו בודאי אינו יכול בדיני ממונות ונפשות ומכות ועונשים, משא"כ בדיני איסור והיתר כשר הם קרוב לכל דבר

לכולי עלמא, ואפילו בהני תלת בכורות ונדרים ונגעים דקי"ל שאין אדם רואה נגעי עצמו ובכורותיו ונדריו, מ"מ לענין קרוב קי"ל דכשר בהני תלת כמו בשאר איסור והיתר, ואפילו חשדא נמי ליכא כדקי"ל ביבמות דף כ"ו וכולם מותרים לבניהם או לאחיהם אלמא דלא חשדינן ליה שמא יבוא להקל בשביל בניו ואחיו, ולהורות לעצמו בדבר דלא איתחזק איסורא ולא תליא במאמר פה, כשר לכולי עלמא להורות, ואפילו חשדא ליכא, כאשר בארנו לעיל דבר זה באריכות, הן לשיטת הרא"ש והגר"א וסייעתם, הן לשיטת הר"ש וסייעתו, ואפילו משום כיעור ליכא כמו שבארנו לעיל

נט) **ובדבר** דאיתחזק איסורא ולא תליא במאמר פה, נחלקו בזה הפוסקים, דלשיטת הרא"ש והגר"א והרמב"ם והתוס' והר"ן שרי להורות לעצמו, אע"ג דאיתחזק איסורא, ולשיטת הר"ש והאחרונים הנמשכים אחריו אסור להורות לעצמו, משום שאנו חוששין לחשדא, ובדיעבד משמע דדינו דין, כדאיתא ביבמות דף כ"ה דמשום חשדא לא אסרינן, רק לכתחלה ולא בדיעבד, וכן הוא ביו"ד סימן רכ"ח ס"ה לענין התרת נדרים דאסרינן בנוגע בדבר, מ"מ שריא בדיעבד, אע"ג דאיתחזק איסורא, רק בנדרים ובכורות ונגעים אסור להתיר ולהכשיר ולטהר או לטמא לעצמו, ואפילו בדיעבד ג"כ לאו כלום הוא, כשמתיר או כשיטהר או יטמא לעצמו. ודוקא לומר תיבת מותר בנדרים או לומר תיבת טהור או טמא בנגעים או תיבת כשר בבכורות, זהו אסור גם בדיעבד לכולי עלמא, אבל אם הנודר או בעל הבכור או בעל הנגע מורים לתלמידיהם, והם מתירין או מטהרין או מטמאין זהו תליא במחלוקת הפוסקים דלשיטת הרא"ש והגר"א והרמב"ם והתוס' והר"ן דס"ל דאפילו באיתחזק איסורא ג"כ אדם מורה לעצמו יוכלו גם בזה להורות לעצמו, ולשיטת הר"ש והאחרונים, גם בזה אינו יכול להורות לעצמו אם איתחזק איסורא.

ס) **וכל** זה הוא אם בעל הבכור ישראל הוא שנפל לו בירושה מאבי אמו כהן, אבל אם בעל הבכור כהן הוא דקי"ל שהכהנים חשודים הם על הבכורות אפילו ת"ח, וכן בשאר חשדות אשר הסכימו חז"ל בחכמתם אשר גם הת"ח חשוד הוא שמא יורה שלא כהלכה משום הנגיעה שיש לו בההוראה הזאת, כגון שהת"ח עבר עבירה ובאו לנקות עצמו או בדיני ממונות וכיוצא בזה מן הנגיעות, אין שומעין להת"ח רק אם אמרה קודם מעשה, ואם לאו אין שומעין לו, ומשמע דאפילו בדיעבד ג"כ אין שומעין לו. ועוד יצא לנו דבנדרים כיון דלהתיר לעצמו אינו יכול, משו"ה גזרו חז"ל שלא להתיר אפילו לאחרים אם הוא נוגע בדבר, דהוי כמו לעצמו, ומחזי כמו מתיר נדרי עצמו, עוד יצא לנו דבמקום דשרי להורות לעצמו ואין בהם חשדא, משמע דאפילו משום מכוער הדבר ג"כ ליכא, דאי איכא חששא דכיעור לא היה קשה כלל קושיית התוס' בנדה דף כ', אמאי לא אחזה

ילתא דמא לר' נחמן בעלה וכן הוא פשטא דתלמודא בעירובין דף ס"ג דצורבא מרבנן חזי לנפשיה, משמע ג"כ דשרי אפילו לכתחלה וליכא חששא דכיעור, וכן משאר ההוכחות שהבאנו לעיל דשרי להורות לעצמו, משמע ג"כ דשרי אפילו לכתחלה, ואפילו חששא דכיעור ליכא.

סא) וכל זה הוא דוקא במורה לעצמו אבל במורה לאחרים אסור לקחת ממנו שום דבר אח"כ במתנה, ואפילו בתורת מקח וממכר ג"כ אסור שמא יוזיל גביה, כדאיתא בחולין דף מ"ד משום דמכוער הדבר, וכן הוא ביבמות דף כ"ה וכו' לענין חכם שאסר את האשה שלא ישאנה משום דמחזי כמו נוטל שכר לדון שדיניו בטלים, וע"ש בר"ן דבההיא דיבמות כ"ה דאירי ביחידי איכא חשדא וסוגיא דחולין מ"ד איירי בשנים, משו"ה ליכא חשדא רק משום כיעור איכא ע"ש. אבל במורה לעצמו ליכא לא חשדא ולא כיעור ומותר לגמרי להורות לעצמו ואפילו לכתחלה שרי ומותר.

הקדמה לקונטרס עבור השנה

הקונטרס הזה כתבתי בשנת תרס"א יען כי לפי לוח העברונות שבטור יהיה שנת תרס"ב סימנה ז"ש היינו שר"ה יהיה ביום ז' והשנה שלמה כי חשון וכסליו שניהם מלאים ופסח יהיה ביום ה' ושנת תרס"ג סימנה ז"ח כי ר"ה ביום ז' וחשון וכסליו חסרים, ולדעת הפר"ח שנת תרס"ב סימנה זח"ג היינו שר"ה יהיה ביום ז' והשנה חסרה כי חשון וכסליו שניהם חסרים ופסח יהיה ביום ב' ושנת תרס"ג סימנה הש"א ויהיה ר"ה ביום ה' והשנה שלמה ופסח ביום א' ומסדרי הלוחות כולם סידרו כדעת הפרזה, ושמעתי שיש מערערים על זה וצועקים בקול שאין לסמוך על מסדרי הלוחות לדחות את דברי הטור כי נפקא מינה גדולה יש בזה לענין חמין בפסח שאיסורו בכרת וכן לענין יום הכפורים ושאר המועדות ואיך נסמוך בזה על מסדרי הלוחות, לכן כתבתי בשנת תרס"א את הקונטרס הזה וסדרתי אותו והכנתי אותו אך לא הדפסתיו אז רק עמדת מרחוק לדעה מה יעשה ומה יהיה הסוף מהערעור שלהם ואם יתאמצו המערערים ויחזיקו במעוז דברי הטור אז חשבתי להדפיסו ולהראות גלוי לכל כי נכונים המה מאוד דברי מסדרי הלוחות שסידרו כדעת הפר"ח דלא כהטור, אך אם אראה שנשתקע הערעור מעל מסדרי הלוחות, וכל העולם שותקים ועושים בלי גימגום ופיקפוק כמו שסידרו מסדרי הלוחות אמרתי כי אז טוב לשתוק גם לי כמוהם כי בדברים כאלה טוב למעט הדיבור כדי שלא להניא את לב ישראל לאמר כי מועדי תרס"ב ותרס"ג ספקות הם ואתי לזלזולי בחמץ בפסח ובשאר המועדות. וכאשר ראיתי אח"כ כי באמת נשתקע הערעור מעל מהדרי הלוחות לכן לא הדפסתי אז

את הקונטרס הזה כדי שלא לפרסם הדבר שהיה איזה ערעור והרהור בעניני המועדות דלא ליתי לזלזולי בהמועדות דשנת תרס"ב ותרס"ג, ובכל זאת הראיתי הקונטרס הנוכחי לגדולי ישראל ובתוכם להרב הגאון ר' ליב ליפקין אב"ד דק"ק קראטינגען וק"ק וועקשנא בעה"ט ס' אור היום שהיה לו ידיעה גדולה בחכמת העיבור ומאוד הסכימו עמדי. אך עכשיו שכבר עברו השנים הנ"ל ואין עכשיו שום חשש של זילזול המועדות לכן אמרתי להדפיסו בס"ד ולהוציאו לאור עולם להראות גלוי כי דברי הפר"ח נכונים המה מאוד בלא שום פקפוק וגמגום כלל וכלל.

קונטרס עבור השנה

א) ראיתי בהפסגה קובץ ז' צד 74 בשם הרב הגאון דב' שכתב וז"ל והנה מסדרי הלוחות סדרו לנו שנת תרס"ב לשנה חסרה ועי"ז נקבע ר"ח שבט ביום ה' והוא מולד זקן כי המולד ביום ה' בשעה ה' בערב ועיינתי בטור בלוח העברונות והנה לפי חשבונו שנת תרס"ב היא שלמה ויגיע ר"ח שבט יום ז' ובפר"ח על או"ח חלק על הטור בזה ומפני כבודו של הטור כתב שט"ס הוא בטור, וטעם הפר"ח הוא כמבואר בס' העברונות כי יען שהמולד דתשרי דשנת תרס"ג הוא ביום ה' קודם חצות ואין בו אחד מד' דחיות המבוארות שם ע"כ מוכרח להיות ר"ה בו ביום עי"ז צריכה להיות חסרה, ור"ח שבט צריך להיות ביום ה' מולד זקן, והנה אשאל שאלת תם מה זאת כי לפי דעתי דברי הטור נכונים, דהנה בגמ' דר"ה (כ"א) בסוגיא דמאיימין על העדים פסק הרמב"ם כלישנא קמא דהוא סתמא דגמ' דאין מאיימין על העדים רק לעברו ולא לקדשו ואף לפי תירוצו של אבייי הא בניסן ותשרי הא בשאר ירחי ופירשו התוס' דיש מפרשים איפכא דבשאר ירחי מקדשין היינו דוקא לצורך וכמו"ש רש"י כדי שלא יהיו יותר משלשה מעוברות, והכא לא שייך זה, וכאשר נעיין היטב במתקני הקביעות שלנו נראה בעליל כי המה סוברים כלישנא קמא כי נזהרו ממולד זקן שכאשר נזדמן להם מולד זקן בימים שלפני אד"ו ד"מ ביום ג' אחר חצות הם דוחים ר"ה מיום הראוי ע"פ המולד למחרתו כדי שלא יהיה מולד זקן, ועתה פליאה דעת ממני לא אוכל להבין מדוע לא נדחה ר"ה דשנת תרס"ג מיום המולד הראוי עבור מולד זקן דר"ח שבט, את שאלתי זאת אמרתי להציע בהפסגה למען יבואו חכמי זמננו להשיב תשובתם הברורה בזה, עכ"ל.

ב) בהפלס חוברת ה' צד 291 כתב בשם רב אחד דחתים שמיה "רב אשי" וז"ל, הערה נחוצה לכל קהל עדת ישראל מהראוי לעורר את גאוני זמננו הבקיאים היטב בקידוש החדש ובכל הלכותיו כי יבררו בדבר מחלוקת הפר"ח והטור שלדעת הטור שנת תרס"ב

הבע"ל יהיה סימנה ז"ש" כלומר ר"ה ביום ז' וחשון וכסליו יהיו שלמים ופסח יהיה ביום ה' ושנת תרס"ג סימנו אזח" ר"ה ביום ז' וחשון וכסליו שניהם חסרים ולדעת הפר"ח שנת תרס"ב סימנו זח"ג ויהיו איפה חשון וכסליו שניהם חסרים ופסח ביום ג' ושנת תרס"ג סימנו "השא"' ויהיה ר"ה ביום ה' ופסח ביום א' ואם כן הלא במחלוקת זו נפקא מינה גדולה לענין חמץ בפסח שאיסורו בכרת שלזה מותר ביום ההוא ולזה אסור וכן ביום הכפורים ובכל המועדים, ומדוע שותקים רבננו להי"ו לבלתי ברר את האמת לפני כל עם מי הצדק, ומהראוי ברר הדבר בהפלס אחרי שיעיינו היטב ויבארו טעמם ונימוקם. לעיני כל למען ידעו אחב"י איך לעשות שלא יהי' ח"ו כשתי תורות ועל מדפיסי הלוחות העושים מעשה קוף בעלמא מבלתי דעת בין ימין לשמאל הלא בודאי אין לסמוך בדבר חמור כזה, רב אשי, עכ"ל שם בהפלס.

ג) **והנני** לברר בס"ד כי דברי הפר"ח ברורים כשמש בצהרים ואין זה נכנס בסוג מחלוקת כלל, ואין שום גימגום וספק על מסדרי הלוחות שסידרו כדעת הפר"ח לכן שנת תרס"ב סימנה זח"ג, היינו שר"ה יהא בשבת והשנה היא חסרה ופסח יהיה ביום ג' ושנת תרס"ג סימנה "השא" היינו שר"ה יהיה ביום ה' והיא שלמה ופסח יהיה ביום א' דלא כהטור.

ד) **והטעם** בזה הוא פשוט כיון דמולד תשרי דשנת תרס"ג הוא שצ"ד חלקים על השעה הששית מהתחלת היום שהוא תרפ"ו חלקים קודם חצות היום ביום ה' (ועל המורה שעות שלנו הוא אחד ועשרים מינוט ושש עשרה חלקים על השעה השתים עשרה קודם חצות היום ביום ה') א"כ למאי נדחה מלקבוע ר"ה ביום ההוא, דהרי קי"ל ד' דחיות הן היינו משום ד' דברים האלה אין קובעין ר"ה ביום המולד, א' מולד זקן, היינו כשחל המולד בחצות היום ומחצות והלאה, שהוא י"ח שעות מתחלת הלילה אין קובעין ר"ה ביום הולדו אבל כשחל המולד אפילו חלק אחד קודם חצות היום וסימנו י"ז תתרע"ט קובעין בו ר"ה.

ה) **ב** לא אד"ו ראש היינו כשחל מולד תשרי באחד מימי אד"ו היינו באחד בשבת או ברביעי בשבת או בששי בשבת אין קובעין בו ר"ה ונדחה ליום המחרת, ואם חל המולד ביום שלפני אד"ו והוא מולד זקן כגון בשבת נדחה מיום הולדו משום מולד זקן ומיום המחרת נדחה משום אד"ו ונקבע ר"ה ביום ב' וכן כל כיוצא בזה. וטעם דחיית אד"ו הוא כדי שלא יחול יום הכפורים בששי בשבת או באחד בשבת וכן כדי שלא יחול יום הערבה בשבת.

ו) **דחיה** ג' הוא כשחל המולד ביום ג' בשבת ט' שעות מתחלת הלילה ר"ד חלקים וסימנה גטר"ד וממנה ולמעלה כגון בגטר"ה וכיוצא בו והיא שנה פשוטה אזי נדחה ר"ה מיום ג'

משום גטר"ד ומיום ד' משום אד"ו ונקבע ר"ה ביום ה' בשבת, אבל בשנה מעוברת אינה נדחית משום גטר"ד וכן אפילו בשנה פשוטה כשחל המולד חלק אחד קודם גטר"ד כגון בגטר"ג נקבע ר"ה ביום ג', והטעם לדחיה זו דכשתתן ד' ימים ח' שעות תתע"ו חלקים שהוא המותר משנה פשוטה על גטר"ד יהא מולד תשרי הבא בשבת י"ח שעות ביום ולא יוקבע ר"ה בשבת משום מולד זקן וגם לא יוקבע באחד בשבת משום אד"ו ונקבע ר"ה ליום ב' ואם נקבע ר"ה בשנה הזאת בג' נמצא שיש חמשה ימים בין ר"ה זה שהוא ביום ג' לשנה הבאה שהוא ביום ב' וקי"ל שאין בין ר"ה לר"ה בשנה פשוטה יותר מארבעה ימים ולא פחות משני ימים ובשנה מעוברת אין פחות מארבעה ימים ולא יותר על ששה ימים, לכן דחינן האי שתא מקביעתו משום גטר"ד ונקבע ר"ה ביום ה' ונמצא שיש ג' ימים ביניהם והוי השנה כסדרן.

ז) **דחיה** ד' ב' ט"ו תקפ"ט בשנה שלאחר מעוברת היינו כשחל המולד דתשרי בשני בשבת ט"ו שעות מתחלת הלילה היינו ג' שעות ביום ותקפ"ט חלקים וממנה ולמעלה והיא שנה שלאחר מעוברת נדחה ר"ה מלקבוע בו ביום ונקבע ביום המחרת היינו ביום ג' והטעם לדחיה זו כשתסיר ה' ימים כ"א שעות תקפ"ט חלקים שהוא המותר משנה מעוברת מב' ט"ו תקפ"ט נמצא שהיה מולד תשרי בשנה העברה ביום ג' ח"י שעות ביום ונדחה אז מלקבוע ר"ה ביום ג' משום מולד זקן ומיום ד' משום אד"ו ונקבע ר"ה ביום ה' ואם נקבע עכשיו ביום ב' בשבת נמצא שאין בין ר"ה זה לר"ה זה אלא ג' ימים ואנן קי"ל דבשנה מעוברת אין פחות מד' ימים בין ר"ה לר"ה משו"ה אנו דוחין את ב' ט"ו תקפ"ט מלקבוע ר"ה בו ביום ונקבע ר"ה ביום ג' ונמצא שיש ביניהם ד' ימים והוי השנה חסרה בשנה מעוברת, כן כתב הרמב"ם בהל' קידוש החדש והטור סימן תכ"ח וכן כתבו כל בעלי העברונות בספריהם, וכיון דבר"ה דשנת תרס"ג אין בו אחד מד' דחיות האלה א"כ מאיזה טעם נדחה את ר"ה מלקבוע ביום המולד שהוא ביום ה'.

ח) **ומה** שטען הגאון הנ"ל לדחות ר"ה דשנת תרס"ג מיום ה' שהוא יום הולדו משום מולד זקן דירח שבט דשנת תרס"ב זה אינו דא"כ נמצא דיהיו לנו חמשה דחיות ואנן ד' דחיות קבלנו מרבותינו ולא חמשה, ואין לומר דזה נכלל בכלל מולד זקן דכיון דקי"ל שר"ה נדחה מיום המולד משום מולד זקן דתשרי א"כ נדחה נמי משום מולד זקן של שאר ראשי חדשים כי מה לי ר"ח תשרי ומה לי שאר ראשי חדשים, אך גם זה אינו חדא דהפוסקים וכל בעלי העברונות לא הזכירו דחיית מולד זקן רק בר"ח תשרי שהוא ר"ה, ולא אישתמיט שום פוסק ומעבר שנה להזכיר דחיית מולד זקן בשאר ראשי חדשים ש"מ שאין ר"ה נדחה כשיש מולד זקן דשאר ראשי חדשים,

ט) וז"ל הטור סימן תכ"ח ועל כן הרוצה לידע קביעות ר"ה יחשוב מולד תשרי באיזה יום ובאיזה שעה ובאיזה חלק יבוא ויום שהיה בו המולד הוא יום הקביעות אם לא שימנענו אחד מהדברים שהזכרנו שלא יהיה באד"ו ולא היה מולד זקן ולא יהיה בגטר"ד בשנה פשוטה ולא בב' ט"ו תקפ"ט של אחר העיבור וכיון שיודע קביעות ר"ה ורוצה לידע קביעות חדשיה אם שנה זו שלמה או חסרה או כסדרה יחשוב באיזה יום יקבע ר"ה שלאחריו ויחשוב מנין הימים שביניהם חוץ מיום הקביעות של שנה זו ושל שנה הבאה אם יש ביניהן ד' ימים יהיו מרחשון וכסליו שלמים ואם הם ג' יהיו כסדרן מרחשן חסר וכסליו מלא ואם הם ב' יהיו חסרין וכו' אבל אם היא מעוברת אז אם יש בין הקביעות ז' ימים היא שלמה ואם הם ו' הם כסדרן ואם הם ה' היא חסרה עכ"ל הטור וכיוצא בזה כתבו ג"כ שאר בעלי העברונות שיעיינו וישגיחו על שתי ראשי השנים היינו על ר"ה הזה ור"ה הבא ומזה יודע הקביעות של כל השנה, מה שכתב הטור דבשנה מעוברת אם יש בין הקביעות ז' ימים היא שלמה ואם ה' היא חסרה ואם ו' היא כסדרה, ושאר בעלי העברונות כתבו כשיש ו' היא שלמה ואם ה' היא כסדרה ואם ד' היא חסרה לא פליגי אהדדי כאשר יראה מי שמעיין בדבריהם רק מר קחשיב יום קביעות ר"ה בהדייהו ומר חשיב חוץ מיום שחל ר"ה.

י) ואם נימא דכשם שר"ה נדחה משום מולד זקן דר"ת תשרי כן נדחה ר"ה משום מולד זקן של שאר ראשי חדשי השנה, א"כ לאחר שקבעו כל ראשי חדשי השנה יש עכשיו לחזור ולעיין על כל ראשי חדשי השנה אם יש בהם באחד מהם מולד זקן או לא, ואם נמצא מולד זקן באחד מראשי חדשי השנה יש לסתור כל הקביעות של כל השנה הזאת ויש לדחות את ר"ה הבא מקביעותו משום מולד זקן זה שנמצא באחד מראשי חדשי השנה כי בתחלה כאשר שמו עין עיונם על הקביעות של ר"ה הבא לא ידעו עדיין אם לקובעו או לדחותו רק משום ד' דחיות דידיה אבל משום מולד זקן של שאר חדשי השנה לא ידענו עדיין לדחותו, כי עדיין לא ידענו מתי יוקבעו כל שאר ראשי חדשי השנה, לכן לאחר שקבע כל ראשי חדשי השנה יש לנו לחזור ולעיין אם נמצא מולד זקן באחד מראשי חדשיה אזי ידחו כל קביעות השנה וגם ר"ה הבא ידחוהו מקביעותו כדי שלא יהיה מולד זקן, אלא ודאי כדאמרן שאין השנה נדחית מפני מולד זקן של שאר כל חדשי השנה רק משום מולד זקן דר"ח תשרי נדחה ר"ה מקביעותו, לזאת הטור ושאר כל בעלי העברונות לא הצריכו לחזור ולעיין פרוטרוט על כל ראשי חדשי השנים אם יש בו מולד זקן או לא.

יא) עוד יש להביא ראיה ברורה שאין השנה נדחית משום מולד הזקן של כל שאר ראשי חדשי השנה, ממה שכתבו הטור ושאר בעלי העברונות הכללים לידע בהן קביעות החדשים בלא חשבון וז"ל הטור אכתוב כללים לידע בהן קביעות החדשים בלא חשבון וכו' (ע"ש כי דלגתי עליהם ולא העתקתי פה אלא הקביעות של שנה מעוברת יען שהוא נוגע לענינינו) ובשנה מעוברת שהיא שנת גו"ח י"א י"ד י"ז י"ט כלל שלה א"כ תצ"א ב"ש, בי"ח ג"כ גי"ח ה"ח, די"א תרצ"ה ה"ש, הי"ח ז"ח, ו"ך תצ"א ז"ש, זי"ח ב"ח, ביאור דבריו בשנה מעוברת שהיא שנה ג' למחזור קטן או שנה ששית או שמינית או י"א או י"ד או י"ז או י"ט למחזור קטן, והסימן שלהם גו"ח י"א י"ד י"ז י"ט, כלל שלה א"כ תצ"א ב"ש היינו כשחל מולד תשרי ביום א' בשבת כ' שעות ביום תצ"א חלקים משעה הכ"א וממנה ולמעלה עד הסימן הסמוך לה בי"ח ולא עד בכלל אז הסימן ב"ש, היינו שיהיה ר"ה ביום ב' בשבת והשנה היא שלמה כי חשוון וכסלו שניהם מלאים, וכדי לבאר לך טעמו של דבר צריך להקדים שני דברים, הראשון כי המותר משנה פשוטה הוא ד' ח' תתע"ו היינו ארבעה ימים ח' שעות תתע"ו חלקים כי י"ב פעמים כ"ט י"ב תשצ"ג הוא שנ"ד ימים ח' שעות תתע"ו חלקים חלק אותם ז' ז' והשלך אותם כי אין לך צורך רק לידע באיזה יום יגיע ישארו בידך ד' ח' תתע"ו, והמותר משנה מעוברת הוא ה' כ"א תקפ"ט היינו ה' ימים כ"א שעות תקפ"ט חלקים שהשנה מעוברת היא י"ג פעמים כ"ט י"ב תשצ"ג וכשתשליך הז' ז' שבהם ישארו בידך ה' כ"א תקפ"ט, שנית כי בשנה פשוטה כשיש הפסק שני ימים בין ר"ה זה לר"ה הבא חוץ מיום הקביעות של שני ר"ה כגון שהיה ר"ה של שנה זו בשבת ור"ה של שנה הבא ביום ג' שנמצא ביניהם הפסק ב' ימים היינו יום א' ויום ב' מקרי השנה חסרה, וכשיהיה ג' ימים ביניהם על דרך זה מקרי השנה כסדרה וכשיהיה ד' ימים ביניהם על דרך זה מקרי השנה שלמה, וכל זה הוא בפשוטה אבל בשנה מעוברת כשיהיה ד' ימים ביניהם מקרי חסרה כגון שחל ר"ה של שנה זו בשבת ור"ה הבא ביום ה' שיש ביניהם ד' ימים חוץ מיום קביעות שני ר"ה היינו יום א' וב' וג' וד' מקרי חסרה וכשיהיה ה' ימים ביניהם מקרי כסדרה, וכשיהיו ו' ימים ביניהם מקרי שלמה כגון שחל ר"ה של השנה זו בשבת ור"ה של שנה הבאה חל ג"כ בשבת דאיכא ו' ימים ביניהם יום א' וב' וג' וד' וה' ויום ו' מקרי שלמה.

יב) אחרי ההקדמות האלה נבוא לבאר דברי בעלי העברונות והטור, מה שכתבו א"כ תצ"א ביש, לפי דכשתתן ה' כ"א תקפ"ט שהוא המותר משנה מעוברת על א"ך תצ"א יצא לך מולד תשרי דשנה הבאה בשבת בי"ח שעות ביום ונדחה מלקבוע ר"ה בו ביום משום מולד זקן ומיום א' משום אד"ו ונקבע ר"ה ביום ב' והרי יש ששה ימים ביניהם כי

ר"ה דהאי שתא הוא ג"כ ביום ב' ויהיה השנה שלמה, וכן הוא משם ולמעלה עד הסימן הסמוך בי"ח ולא עד בכלל, ואמר עד הטור בי"ח ג"כ, פירוש שאם חל מולד תשרי ביום ב' בשבת י"ח שעות וממנה ולמעלה עד הסימן הסמוך לה היינו גי"ח ולא עד בכלל אז יהיה הסימן ג"כ היינו שר"ה יהיה ביום ג' והשנה כסדרן וטעם הדבר כי כשחל המולד ב' בשבת י"ח שעות נדחה מלקבוע ר"ה בו ביום משום מולד זקן ונקבע ליום המחרת שהיא יום ג' והטעם שהוא כסדרן דכשתתן ה' כ"א תקפ"ט שהוא המותר משנה מעוברת על בי"ח נמצא שהמולד של השנה הבאה חל ביום א' ט"ו שעות ותקפ"ט חלקים ונדחה ליום ב' משום אד"ו ונמצא שיש חמשה ימים ביניהם ומשו"ה הוי השנה כסדרן, וכן הוא הסימן ג"כ עד גי"ח ולא עד בכלל, כי כשחל המולד גי"ח נדחה ר"ה מיום ג' משום מולד זקן, וזהו שאמר הטור גי"ח ה"ח פירוש כשחל מולד תשרי ביום ג' בשבת י"ח שעות אז הוא ר"ה ביום ה' והשנה היא חסרה, והטעם שר"ה הוא ביום ה' הוא מפני שנדחה מיום ג' משום מולד זקן ומיום ד' משום אד"ו לכן נקבע ר"ה ביום ה', והטעם שהיא חסרה דכשתתן ה' כ"א תקפ"ט על גי"ח יבא המולד של שנה הבאה ביום ב' וט"ו שעות ותקפ"ט חלקים ונדחה ליום ג' כדין שנה שיש עיבור לפניה שהיא אחת מד' דחיות ונמצאת השנה חסרה שהרי יש בין ר"ה לר"ה ד' ימים וכן הוא הסדר עד די"א תרצ"ה ולא עד בכלל אבל כשגיע לזמן הזה היינו כשחל מולד תשרי יום ד' בשבת י"א שעות ביום תרצ"ה חלקים או הסימן ה"ש, והטעם כשתתן ה' כ"א תקפ"ט שהוא המותר מגיל מעוברת על די"א תרצ"ה יצא לך מולד תשרי של שנה הבאה גטר"ד ונדחה מלקבוע ר"ה בו ביום משום גטר"ד ונדחה מיום המחרת משום אד"ו ונקבע ר"ה ביום ה' ור"ה דהאי שתא היה ג"כ ביום ה' ונמצא שיש ששה ימים ביניהם ומשו"ה הסימן הוא ה"ש.

יג) וזה הסדר נמשך עד הי"ח ולא עד בכלל אבל כשחל המולד הי"ח היינו בחמישי בשבת י"ח שעות ביום אז הסימן ז"ח היינו שר"ה הוא בשבת והשנה היא חסרה, והטעם שר"ה הוא בשבת משום שנדחה מלקבוע ר"ה ביום ה' משום מולד זקן ונדחה מלקבוע ר"ה ביום ו' משום אד"ו לכן נקבע ר"ה בשבת, והטעם שהיא חסרה דכשתוסיף ה' כ"א תקפ"ט שהוא המותר משנה מעוברת על הי"ח יבוא מולד תשרי של שנה הבאה ביום ד' בשבת ט"ו שעות ותקפ"ט חלקים ונדחה ליום ה' משום אד"ו ונמצא שיש ביניהם ד' ימים שהיא חסרה בשנה מעוברת לכן סימנו ז"ח וזה הסדר ונמשך עד ו"ך תצ"א ולא עד בכלל אבל כשחל מולד תשרי ביום ו' בשבת כ' שעות תצ"א חלקים אז סימנו ז"ש, והיינו שחל ר"ה בשבת והשנה היא שלמה, והטעם דכשתוסיף ה' כ"א תקפ"ט על ו"ך תצ"א יבוא מולד תשרי של שנה הבאה ביום ה' י"ח שעות ביום ונדחה ר"ה מבו ביום

ומיום המחרת משום מולד זקן ומשום אד"ו ונקבע ר"ה בשבת ור"ה דהאי שתא היה גם כן בשבת ונמצא שיש ביניהם ששה ימים לכן סימנו ז"ש שהיא שלמה בשנה מעוברת וזה נמשך עד זי"ח ולא עד בכלל אבל כשחל מולד תשרי זי"ח היינו בשבת י"ח שעות ביום אזי סימנו ב"ח, היינו שר"ה יהיה ביום ב' והיא חסרה, והטעם שהרי נדחה ר"ה מלקבוע בשבת משום מולד זקן ומיום א' משום אד"ו לכן חל ר"ה ביום ב', והטעם שהיא חסרה דכשתוסיף ה' כ"א תקפ"ט על זי"ח יבוא המולד של שנה הבאה ביום ו' בשבת ט"ו שעות ותקפ"ט חלקים ונדחה ר"ה מיום ו' ונקבע בשבת ור"ה דהאי שתא היה ביום ב' נמצא שיש ביניהם ד' ימים לכן היא חסרה וסימנו ב"ח, וזה נמשך עד א"כ תצ"א ולא עד בכלל אבל כשחל המולד א"כ תצ"א אז סימנו ב"ש כמו שבארנו לעיל, כל זה הארכנו בדברי הטור ושאר בעלי העברונות בענין שנה מעוברת הנוגע לענייננו.

יד) א"כ מדבריהם למדנו דדחיית מולד זקן לא נאמרה אלא בר"ח תשרי שהוא ר"ה ולא בשאר חדשי השנה, שהרי כתבו הטור ושאר בעלי העברונות בי"ח ג"כ גי"ח ה"ח והיינו בשנה מעוברת כשחל מולד תשרי מיום ב' בשבת י"ח שעות ביום עד הסימן הסמוך לה היינו גי"ח ולא עד בכלל (שהוא יום ג' בשבת י"ח שעות ולא עד בכלל) אז יהיה ר"ה ביום ג' והשנה כסדרה, נמצא שאפילו חל המולד ביום ג' חלק א' פחות מי"ח דהיינו גי"ז תתרע"ט עדיין נכלל בכלל הקודם וסימן השנה ג"כ, וכשתדקדק בחשבון זה תמצא כי לפעמים יחולו שני ראשי חדשים שהיא מולד זקן בשנה אחת ע"פ הסדר הזה של בי"ח ג"כ עד גי ח והיינו ר"ח כסלו ור"ח שבט הא כיצד כשחל מולד תשרי ביום ב' בשבת י"ח שעות ביום עד יום ג' י"ז שעות תתרע"ט חלקים שהוא חלק א' פחות מגי"ת, ואנו קובעין ר"ה ביום ג' והשנה כסדרן נמצא שר"ח מרחשוון הוא ביום ד' וביום ה' כי תשרי לעולם מלא, ור"ח כסלו יהיה ביום ו' לפי שמרחשון חסר בכסדרן ור"ח טבת יהיה ביום שבת וביום א' ור"ח שבט יהיה ביום ב', ועכשיו נחקור על המולדות שלהן הנה ידוע כי כל מולד מתרחק מחבירו יום א' וי"ב שעות ותשצ"ג חלקים וסימנם אי"ב תשצ"ג, א"כ כשחל מולד תשרי ביום ג' י"ז שעות תתרע"ט חלקים שהוא חלק א' קודם גי"ח חל מולד מרחשון ביום ה' ששה שעות תשצ"ב חלקים ומולד כסלו יהיה ביום ו' י"ט שעות ותק"ה חלקים ומולד טבת יהיה ביום א' ח' שעות וריי"ח חלקים ומולד שבט יהיה ביום ב' כ' שעות ותתרי"א חלקים נמצא אם כן כי ר"ח כסלו ור"ח שבט היו במולד זקן כי ר"ח כסלו היה ביום ו' והמולד היה ביום ו' י"ט שעות תק"ה חלקים והוא מולד זקן, כן ר"ח שבט יהיה ביום ב' בשבת והמולד הוא ביום ב' כ' שעות ותרי"א חלקים, הרי חזינן דלא חיישינן למולד זקן בשאר חדשי השנה אפילו לדעת הטור.

טו) וכן ממה שכתבו הטור ושאר בעלי העברונות הי"ח ז"ח ו"ך תצ"א ז"ש, יש להוכיח ג"כ דלא איכפת לן במולד זקן בשאר חדשי השנה, והוא ממש הנידון שלפנינו היינו ר"ח שבט דשנת תרס"ב, דביאורו הוא מיום ה' בשבת י"ח שעות ביום עד יום ו' כ' שעות ביום תצ"א חלקים ולא עד בכלל סימנו ז"ח היינו שיהיה ר"ה בשבת והשנה חסרה כמו שכתבנו לעיל, והנה אם יחול המולד ביום ו' בשבת כ' שעות ות"ל חלקים עדיין אנו קובעין ר"ה בשבת והשנה חסרה היינו כי מרחשוון וכסלו שניהם חסרים ואם יהיה ר"ה בשבת והשנה חסרה נמצא כי ר"ח מרחשוון יהיה ביום א' וביום ב' כי תשרי לעולם מלא, ור"ח כסליו יהיה ביום ג' ור"ח טבת יהיה ביום ד' שהרי השנה חסרה, ור"ח שבט יהיה ביום ה' כי טבת לעולם חסר, ועתה נחקור זמן המולדות כשחל מולד תשרי ביום ו' כ' שעות ות"צ חלקים אם נוסיף עליהם אי"ב תשצ"ג יבואו מולד מרחשוון ביום א' ט' שעות ביום כ"ג חלקים ויבואו מולד כסלו ביום ב' בשבת כ"א שעות תתקצ"ו חלקים ויהיה מולד טבת ביום ד' עשר שעות ותש"ט חלקים ויהיה מולד שבט ביום ה' בשבת כ"ג שעות ותכ"ב חלקים וכבר כתבנו כי ר"ח שבט יהיה ביום ה' והמולד יהיה קרוב לסוף היום כמו חצי שעה בקירוב אלמא דליכא חששא דמולד זקן בשאר ראשי חדשי השנה אפילו לדעת הטור, לכן אין שום טעם לדחות ר"ה דשנת תרס"ג משום מולד זקן דשנת תרס"ב.

טז) וכן יש להוכיח דליכא חששא דמולד זקן בשאר ראשי חדשי השנה ממה שכתב הטור זי"ח ב"ח, והיינו כשחל מולד תשרי בשבת י"ח שעות ביום עד ח"כ תצ"א ולא עד בכלל, יהיה ר"ה ביום ב' והשנה חסרה כי כשחל א"כ תצ"א אז הסימן ב"ש כמו שכתב הטור בראש דבריו שהעתקנו לעיל, ונמצא כשחל המולד קודם א"כ תצ"א היינו א"כ ת"צ הרי הוא בכלל הסימן ב"ח, וידוע דכשחל ר"ה ביום ב' והשנה היא חסרה חל ר"ח מרחשוון ביום ג' וביום ד' ור"ח כסלו ביום ה' ור"ח טבת ביום ו' ור"ח שבט ביום השבת, וכשחל מולד תשרי ביום א' כ' שעות ביום ת"צ חלקים שהסימן הוא א"כ ת"צ יהיה מולד מרחשוון ביום ג' בשבת ט' שעות ביום ר"ג חלקים ויבא מולד כסלו ביום ד' כ"א שעות תתקצ"ו חלקים ויבא מולד טבת ביום ו' בשבת עשר שעות ביום תש"ט חלקים ויבא מולד שבט בשבת כ"ג שעות ביום תכ"ב חלקים וכבר כתבו כי ר"ח שבט יהיה בשבת והמולד יהיה בו ביום אלמא דליכא חששא דמולד זקן בשאר חדשי השנה חוץ מתשרי.

יז) עוד יש להביא ראיה ברורה לדברינו דליכא חששא דמולד זקן בשאר חדשי השנה חוץ מתשרי, מהא שכתב הרמב"ם פ"ח מהלכות קידוש החדש יש שם סימנין שתסמוך עליהם כדי שלא תטעה בחשבון סידור חדשי השנה וכו' כל שנה שיהיה ראש השנה

בשלישי תהיה לעולם כסדרן לפי חשבון זה בין פשוטה בין מעוברת עכ"ל וטעמו בפשוטה שהדבר מוכרח שתהיה השנה כסדרן ולא חסרה ולא שלמה, דבפשוטה מקרי חסרה כשיש הפסק ביניהם ב' ימים וזה אי אפשר כשחל ר"ה ביום ג' דא"כ יבא ר"ה ביום ו' וקי"ל לא אד"ו ראש, כן אי אפשר שיופסק ד' ימים דמקרי חסרה במעוברת ושלמה בשנה פשוטה דא"כ יבוא ר"ה של שנה הבאה ביום א' ולא אד"ו ראש, אבל זה לכאורה תמוה אמאי אי אפשר לחול ר"ה הבא ביום ג' ותהיה השנה שלמה דמעוברת מקרי שלמה בהפסקת ששה ימים וכשחל ר"ה דהאי שתא ביום ג' ויחול ר"ה של שנה הבאה ג"כ ביום ג' תהיה השנה שלמה:

יח) **וכתבו** המפרשים דזהו טעמו של הרמב"ם דהרי אי אפשר להיות במעוברת ר"ה ביום ג' רק כשחל מולד תשרי מיום ב' י"ח שעות ביום עד יום ג' חלק אחד קודם חצות דהיינו גי"ז תתרע"ט וכשתצרף עם ה' כ"א תקפ"ט שהוא המותר משנה מעוברת יבא המולד של תשרי הבא מיום א' ט"ו שעות תקפ"ט חלקים עד יום ב' ט"ו שעות תקפ"ח חלקים, ובין כך ובין כך תהיה הקביעה ביום ב' ונמצא שיש חמשה ימים בין ר"ה זה לר"ה הבא ומשו"ה הוי השנה כסדרן, ובדרך זה הלך כמו כן הטור סימן תכ"ב גם בלוח של הטור הסימן ג"כ הן בפשוטה הן במעוברת, וכן כתבו כל בעלי העברונות דכשחל ר"ה ביום ג' אז השנה כסדרן הן בפשוטה הן במעוברת, ולא מצינו סימן ג"ש בשום לוח או בספר של מעבר שנה.

יט) **ואם** נימא דגם משום מולד זקן של שאר ראשי חדשי השנה נדחה ר"ה מיום הולדו היה להם לומר דכשחל ר"ה ביום ג' במעוברת פעמים שהיא כסדרן וסימנה ג"כ ופעמים שהיא שלמה וסימנה ג"ש הא כיצד כשחל מולד תשרי מיום ב' בשבת י"ח שעות עד יום ג' בשבת ט"ו שעות ס"ז חלקים אז השנה כסדרן וסימנה ג"כ, אבל אם חל מולד תשרי מגט"ו ס"ז עד גי"ח פחות חלק אחד אז השנה שלמה וסימנה ג"ש, כי ר"ה נדחית משום מולד זקן דר"ח שבט, וטעם החילוק בין עד ג' ט"ו ס"ז בין ממנו ולמעלה הוא. כי כשהשנה כסדרן ור"ה חל ביום ג' בשבת יבוא ר"ח שבט ביום ב' כמו שכתבנו לעיל וכשתתן ד' פעמים אי"ב תשצ"ג שהוא המותר מד' החדשים מתשרי עד שבט על גט"ו ס"ז יבא מולד שבט ביום ב' קודם חצות היום חלק אחד, וסימנה בי"ז תתרע"ט ולא יהיה מולד זקן בר"ח שבט אבל אם חל מולד תשרי בשנה מעוברת גט"ו ס"ח וממנו ולמעלה אז יהיה ר"ח שבט ביום ב' בחצות היום ונצטרך לדחות ר"ה הבא ליום ג' ולעשותה שלמה כדי לעשות ר"ח שבט ביום ג' שלא יהא מולד זקן אלא ודאי שאין שום חששא דמולד זקן בשאר ראשי חדשי השנה.

כ) היוצא לנו מכל הנ"ל כי דברי הפר"ח ברורים כשמש בצהרים כי שנת תרס"ב סימנו זח"ג ושנת תרס"ג סימנו הש"א כי אין שום טעם לדחות ר"ה דשנת תרס"ג מיום ה', יען שאין בה שום דחיה מד' דחיות שקבלנו מרבותינו ומשום מולד זקן דר"ח שבט דשנת תרס"ב גם כן אין לדחות ר"ה מקביעותו כאשר הוכחנו ביררנו דמולד זקן לא הוי דחיה אלא בר"ח תשרי שהוא ר"ה ולא בשאר ר"ח והלוח שבטור מלבד שיש בו כמה שבושים מחמת הדפוס עוד יש בו דבר הניכר וגלוי לכל שאינו מדוקדק לסמוך עליו על כל פרטיו וענפיו רק בדרך הקירוב והכלל, שהרי עיקרו בנוי אשר בכל י"ג מחזורים חוזרות הקביעות להיות חלות כבראשונה וכמוהו נהגו גם קצת מעברים שסידרו לוחות של י"ג מחזורים, וכבר הזהירו האחרונים באזהרות רבות שאין לסמוך עליהם, שהרי נראה וגלוי לכל שאין זה בדקדוק רק בדרך הקירוב, כי תתתק"ה חלקים יש ביניהם כי בכל י"ג מחזורים יקדים תתק"ה חלקים מי"ג מחזורים שלפניהם, וידוע כי הקביעות במולד תליא ואם המולד של י"ג מחזורים האלה יקדימו תתק"ה חלקים מי"ג מחזורים שלפניהן ישתנה הקביעות והמועדים כלם כי אפילו משום חלק אחד תשתנה הקביעות והמועדים מכ"ש ע"י תתק"ה חלקים, והחשבון של תתק"ה חלקים הוא כי ידוע שכל מחזור מתרחק מחבירו בי"ו תקצ"ה היינו ב' ימים ט"ז שעות תקצ"ה חלקים, לך וחשוב י"ג פעמים בי"ו תקצ"ה תמצא לד' ימים כ"ג שעות קע"ה חלקים תשליך הז' ז' אשר בהם וישאר בידך ו' ימים כ"ג שעות קע"ה חלקים, הרי חסר השבוע תתק"ה חלקים שאלמלא היה המותר מי"ג מחזורים עד שהגיע שבוע שלמה, באמת היתה הקביעות חוזרת כבראשונה, אבל עכשיו שחסרה תתק"ה חלקים נמצא כי בכל י"ג מחזורים יקדים המולד תתק"ה חלקים מי"ג מחזורים שלפניה

כא) ודע כי תתק"ה חלקים הוא חמשים מינוט וחמשה חלקים ובשנת תרס"ג יהיה מולד תשרי כ"א מינוט ט"ז חלקים על השעה הי"ב קודם חצות היום (שהוא ל"ח מינוט ב' חלקים קודם חצות היום) והנה הטור שכתב שבשנת תרס"ג שהוא ראשית מחזור רצ"ט יהיה סימנו ז"ח לא כתב זה על תרס"ג לבד רק השוה עמהם שנת קס"ט לאלף הששי שהוא ראש מחזור רע"ג ושנת תי"ו שהוא ראש מחזור רפ"ו ושנת תרס"ג ראש מחזור רצ"ט ושנת תתק"י שהוא ראש מחזור שי"ב, ובשנת קס"ט ובשנת תי"ו היה מולד תשרי ביום ה' אחר חצות היום ובאמת נדחה ליום ז' משום מולד זקן אבל בשנת תרס"ג יהיה מולד תשרי ביום ה' קודם חצות היום ואין שום טעם לדחותו מיום ה' ליום ז', כן בשנת תתק"י, שהיא ראש מחזור שי"ב יהיה גם כן מולד תשרי ביום ה' קודם חצות היום ואין טעם לדחותו ליום ז'.

כב) ואין לומר דנהי דמשום מולד זקן לא ידחו שאר ראשי חדשים חוץ מר"ח תשרי, מ"מ ראוי לדחות ר"ח שבט דשנת תרס"ב משום טעם אחר כיון שהמולד שבט יהיה ביום ה' תתי"ו חלקים שהוא מ"ה מינוט וז' חלקים על שעה החמישית של אחר חצות היום, וידוע כי בשבט בשעה הזאת כבר יצאו ככבים וכבר עבר כל יום ר"ח קודם המולד ואנן בעינן שיקדים המולד לר"ח עיין שלטי הגבורים על הרי"ף בסוף פ"ק דר"ה שכתב בשם רי"ז וז"ל וכן כל החדשים כולן אין קובעין ר"ח למנות ממנו ימי החדש קודם חידוש הלבנה וכך אנו נוהגין בזמן הזה שנאמר החדש הזה לכם ראש חדשים מלמד שהראה הקב"ה למשה הלבנה בחידושה ואמר לו כזה ראה וקדש וע"כ נקרא חדש ע"ש חידוש הלבנה עכ"ל הש"ג שם בשם רי"ז אך גם זה אינו מכמה טעמים, הראשון כי דרכי החשבון של המולדות בנויין על עיר ירושלים כמו שכתב הרמב"ם פי"א מהל' קידוש החדש הל' י"ז ופ' י"ח הל' ט"ז וידוע כי עיר ירושלים שוכנת במעלה ל"ב לצד צפון, וכשהחמה נכנסת לתחלת מזל גדי אז אורך היום בירושלים ט' שעות וחמשים מינוט ובשנת תרס"ב נכנסת החמה בתחלת מזל גדי לחשבון תקופת רב אדא ביום ה' ט"ז טבת נמצא כי בר"ח שבט כבר עברו י"ד ימים מתחלת מזל גדי ונתארך היום כעשרה מינוט נמצא כי עדיין לא יצאו הככבים ביום ה' בזמן המולד שהוא כחמשה מינוט קודם גמר שעה החמישית, וקרוב הדבר כי גם החמה לא תשקע אז ביום ה' בזמן המולד יען כי החמה תשקע בתחלת שעה הששית והמולד יהיה כמו חמשה מינוט קודם סוף השעה החמישית, א"כ יבוא המולד ביום ר"ח קודם שקיעת החמה לכן אין ראוי לדחות ר"ח מיום המולד, ועוד שהטור השוה עמהם שנת תתק"י לאלף הששי שהוא ראש מחזור שי"ב ואז יוקדם המולד תתק"ה חלקים ובודאי לא תשקע החמה בירושלים א"כ אין טעם לדחות ר"ה מיום ה' משום ר"ח שבט כיון שהמולד בא ביום ר"ח שהוא יום ה' ואין כאן אלא מולד זקן וכבר הוכחנו דליכא חששא דמולד זקן בשאר ר"ח חוץ מתשרי וע"כ טעות דמוכח הוא בלוח הטור.

כג) ועוד כי מן הראיות שהבאנו לעיל שאין לחוש למולד זקן של שאר חדשי השנה מזה בעצמו יש להוכיח גם כן שאין לחוש מלקבוע ר"ח ביום המולד אף שהמולד יהיה לאחר שקיעת החמה אפילו בירושלים, שהרי בקביעת ז"ח שהבאנו לעיל אות ט"ו שר"ח שבט יוקבע ביום ה' יבוא המולד כ"ג שעות ביום ותכ"ב חלקים על שעה הכ"ד, וכן בקביעות ב"ח שהבאנו לעיל אות ט"ז יבוא מולד שבט בשבת כ"ג שעות ותכ"ב חלקים על שעה הכ"ד ובודאי כבר שקעה החמה אפילו בירושלים ואולי גם הככבים כבר יצאו אז ומ"מ

נקבע ר"ח בו ביום ומכ"ש בשנת תרס"ב שמולד שבט יבוא כ"ב שעות ותתי"ז חלקים על שעה הכ"ג בודאי אין ראוי לדחות ר"ה מיום ה' שהוא יום המולד.

כד) ועוד שהרי קבלנו מפי כל בעלי העברונות שהיום נחשב לי"ב שעות וכן הלילה נחשבת לי"ב שעות הן בתקופת תמוז הן בתקופת טבת אף שבאמת אין היום והלילה שוין, ותחלת הלילה חושבים לעולם משש שעות אחר הצהרים שהיא שעת שש לעת ערב אפילו בתקופת תמוז שעוד היום גדול והחמה זורחת על פני הארץ אעפ"כ אלו השעות הבאים לאחר שש ללילה יחשבו, וכן להיפך בתקופת טבת שהימים קצרים ותשקע השמש בשעה ד' או ה' אחר חצות היום אעפ"כ עוד ליום יחשב עד שיגיע סוף השעה הששית ואף שלשאר דיני התורה כגון לשבתות וכיוצא בהם אין הדין רק ללילה נחשב העת מזמן צאת הככבים והיום מעלות השחר, אמנם לענין המולדות והתקופות הסכימו כל חכמינו לחשוב באופן זה שכתבנו ואין חילוק בין שהימים ארוכים מאד או קצרים מאוד נחשב הכל כנ"ל.

כה) ולפי זה בנידון שלפנינו שחל מולד שבט ביום ה' בשבת ד' שעות תתי"ז חלקים על שעה החמישית אחר חצות היום נחשב שבא המולד ביום ה' ויוכל להיות ר"ח ביום ה', ואפילו אם יהיה מולד ביום ה' ה' שעות ותתרע"ט חלקים על שעה ששית שאחר חצות היום, כיון שהוא פחות חלק א' מסוף היום עדיין נחשב שבא המולד ביום ה' ויוקבע ר"ח בו ביום ה', אפילו בתקופת טבת שכבר יצאו הכוכבים בכל זאת מקרי יום לענין המולדות וכל זה הוא נכלל במה שכתב הש"ג שצריך שלא יקדים יום ר"ח מיום המולד כיון שנחשב שבא המולד בו ביום שהוא ר"ח, ולהיפך אם חל המולד חלק א' אחר שעה ששית אחר חצות היום נקרא שבא המולד ביום המחרת אפילו בתקופת תמוז שבאמת עדיין יום הוא והשמש זורחת על פני הארץ בכל זאת נחשב שבא המולד ביום המחרת ואין ראוי לקבוע ר"ח בו ביום כיון שבא המולד בששה שעות וחלק אחד על השעה השביעית אחר חצות היום וזה נכלל במה שכתב הש"ג וכן כל החדשים כולן אין קובעין ר"ח למנות ממנו ימי החדש קודם חידוש הלבנה אף שבאמת בא המולד בו ביום ממש לענין חשבון המולדות ליום המחרת יחשב.

כו) ודע שהכלל הזה מוכרח הוא לקביעת ר"ה וכל המועדים, ואם יבוא אדם לגמגם ולפקפק על הכלל הזה, ימצא מכשולים הרבה וגימגומין לאין מספר על כל צעד וצעד בענין קביעת המועדות, דזה ידוע דכשהחמה נכנסת לראש מזל מאזנים שהוא ראש תקופת תשרי אז היום והלילה שוין, ובר"ח תשרי שהוא ר"ה ע"פ חשבון הלבנה, ברוב השנים לא הגיעה החמה עדיין לתחלת מזל מאזנים, והחמה עומדת עדיין בסוף מזל

בתולה ואין היום והלילה שוין אז בירושלים, רק היום ארוך מעט מהלילה איזה מינוטין לפי ערך רוב הימים שהחמה עומדת עדיין במזל בתולה, וכשיבא המולד דרך משל ביום ה' י"ח שעות ביום, אז דוחין מלקבוע ר"ה ביום ה' משום מולד זקן ומיום ו' משום אד"ו, ונקבע ר"ה ביום השבת, ואם לא יהיה שעה ורגע מבוררת לידע מתי יתחילו הי"ח שעות, הלא יפלו בזה ספיקות אולי שקעה החמה חלק אחד או הרבה חלקים אחר שעה הששית שאחר הצהרים ביום ד' ונמצא כי המולד לא נתאחר לבוא ביום ה' י"ח שעות שלימות רק פחות חלק אחד או חלקים הרבה כפי מה שנתאחרה החמה לשקוע ביום ד' דבודאי לא נחשבו הי"ח שעות של יום ה' רק מהתחלת יום ה' וכיון שלא נדע בבירור מתי יתחיל יום ה' לא נדע בבירור מתי יוגמרו הי"ח שעות של יום ה'.

כז) **אבל** עכשיו קבעו לט חז"ל שעה מבוררת להתחלת היום, שש שעות אחר חצות היום ואין לנו להשגיח על התחלת היום האמיתי רק כיון שמולד תשרי נתאחר עד י"ח שעות ביום מן ההתחלה שקבעו לנו חז"ל, אנו דוחין קביעותו מיום הולדו, ונמצא שהחשבון שלט הוא בלי שום גימגום ופקפוק כלל משא"כ אם היינו אומרים שכל זמן שלא יתחיל היום ה' באמת עדיין נחשב ליום ד' אפילו בשעה השביעית שאחרי הצהרים ואין אנו מתחילין למנות הי"ח שעות של יום ה' רק כשיתחיל יום ה' באמת א"כ נצטרך לידע בדקדוק עצום מאד מתי יתחיל יום ה' ושלא יהיה לנו שום ספק וגימגום של רגע אחת כי אפילו ע"י חלק אחד מתתר"ף בשעה ישתנו קביעת ר"ה וכל המועדים כולם:

כח) **וזה** דבר קשה מאוד לכוין את השעה והרגע של תחלת היום כי צריך לזה ידיעות רבות, א) צריך לידע להכריע בין תקופות שמואל לתקופת רב אדא, כי בתקופת שמואל בכל י"ט שנים שהוא מחזור קטן נשאר שעה א' ותפ"ה חלקים שהילוך החמה יתירה על הלבנה ובזמנינו יש חילוק ביניהם יותר מעשרה ימים שהחמה מתאחרת לבא לתחלת מזל מאזנים לחשבון שמואל מחשבון רב אדא וא"כ יש חילוק ביניהם בחשבון אורך היום בר"ח תשרי שהוא ר"ה. ב) אי אפשר לנו לכוין את השעה והרגע של התחלת היום מחמת שאין אנו בקיאים בשיעור בין השמשות, כמו שידענו שיש מחלוקת תנאים ואמוראים ופוסקים בשיעורו של בין השמשות. ג) צריך לידע בדקדוק עצום יש ישתנה אורך היום מדי יום ביומו כשהחמה עומדת במזל בא יה שהוא המזל שחל בו ר"ה ברוב השנים. ד) נחוץ הדבר לידע בדקדוק עצום באיזה מעלה שוכנת עיר ירושלים במר הרוחב שהוא לצד צפון ומעלת האורך לצד מערב, ואע"פ שכתב הרמב"ם בזה בפ' י"א מהל' קדה"ח הל' י"ז מ"מ לא כתב בדקדוק רק בכמו והיינו ע"פ דרך הקירוב ומשמע מדבריו שאין זה בדקדוק עצום שלא יהא ספק אפילו ברגע אחד.

כט) ולא בענין דחיית מולד זקן לבד ימצא מכשולים ופקפוקים מי שירצה לגמגם על האי כללא שקבלנו דתחלת הלילה נחשב לעולם מתחילת שעה שביעית אחר הצהרים אף גם זאת כי גם בשאר דחיות וקביעות ימצאו מכשולים רבים וגימגומים, דקי"ל בט"ו תקפ"ט בשנה שהיתה מעוברת לפניה נדחה מיום הולדו, וממילא פחות מבט"ו תקפ"ט כגון בט"ו תקפ"ח ותקפ"ז אינו נדחה וכן הא דקי"ל נטר"ד בשנה פשוטה נדחה, וממילא בפחות מגטר"ד כגון גטר"ג וגטר"ב אינו נדחה, ואם לא נדע רגע ושעה מבוררת מתי נתחיל למנות הלילה, לא נדע אם היא בט"ו תקפ"ט לדחותה או בט"ו תקפ"ח ולקובעה וכן לא נדע אם הוא גטר"ד לדחותה או גטר"ג ולקובעה, לכן נחוץ שתהא שעה ורגע מבוררת להתחלת היום ומעתה אין שום פקפוק וגמגום בקביעת השנים והמועדות וחלילה לגמגם ולפקפק על האי כללא שקבלנו מרבותינו, וז"ל הרמב"ם פ"ה מהל' קדה"ח הל' א' וב' כל שאמרנו וכו' אבל בזמן שאין שם סנהדרין בארץ ישראל אין קובעין חדשים ואין מעברין שנים אלא בחשבון שאנו מחשבין היום, ודבר זה הלכה למשה מסיני הוא שבזמן שיש סנהדרין קובעין ע"פ הראיה ובזמן שאין שם סנהדרין קובעין ע"פ חשבון זה שאנו מחשבון היום ואין נזקקין לראיה אלא פעמים שיהיה היום שקובעין בו בחשבון זה הוא יום הראיה או קודם לו ביום או אחריו ביום עכ"ל אלמא דדעת הרמב"ם הוא דכל החשבון שלנו שאנו נוהגין היום הוא הלכה למשה מסיני א"כ אין לפקפק ואין לגמגם על החשבון אשר אנו נוהגין היום.

ל) והנה מדברי הרמב"ם האלה משמע דפליג על הש"ג בשם רי"ז שהבאנו לעיל שהרי הרמב"ם כתב ובזמן שאין שם סנהדרין קובעין ע"פ החשבון זה שאנו מחשבין היום ואין נזקקין לראיה אלא פעמים שיהיה יום שקובעין בו בחשבון זה הוא יום הראיה או קודם לו ביום או אחריו ביום עכ"ל אלמא דס"ל להרמב"ם דהלכה למשה מסיני הוא כן דבזמן שאין סנהדרין אין אנו מקפידים כלל שיוקדם הראיה לר"ח, ואלו הש"ג שהבאנו לעיל ס"ל דאפילו בזמן הזה אין קובעין ר"ח קודם חידוש הלבנה, ובאמת יש להשוות דבריהם ולומר דלא פליגי אהדדי, דיש לומר דחידוש וראיה תרי מילי נינהו, היינו שהש"ג שכתב שאין קובעין ר"ח קודם חידוש הלבנה קאי על זמן המולד שהוא הקבוע האמצעי ולא קאי על ראיית הירח האמתי, ומשו"ה קרי ליה הש"ג לשון חידוש ולא לשון ראייה דעדיין לאו שעת ראיה הוא עד הקבוע האמתי והרמב"ם שהזכיר בלשונו לשון ראיה קאי על הקבוע האמתי שהוא ראית הירח ממש, ולפי זה יוכל היות דלענין מולד האמצעי מודה הרמב"ם לדברי הש"ג שאין קובעים ר"ח קודם המולד.

לא) **ובכל** זאת נראה יותר דהרמב"ם ס"ל דאפילו קודם המולד האמצעי ג"כ יש לקבוע ר"ח מדלא התנה הרמב"ם התנאי הזה ובלבד שלא יוקדם ר"ח למולד האמצעי, ש"מ דבזמן הזה שאין אנו מקדשין ע"פ הראיה ולא בעינן שיתקיים המקרא דדרשינן מיניה כזה ראה וקדש, דהרי המקרא הזה נאמר על ראית הירח ממש שהוא הקבוץ האמתי ואפילו הכי לא בעינן שיתקיים בזמן הזה כי כן קבלנו הלכה למשה מסיני, מכ"ש הקיבוץ האמצעי שהוא המולד בודאי לא בעינן בזמן הזה דאפילו בזמן הסנהדרין לא דקדקנו עליו כידוע דפעמים יוקדם הקיבוץ האמתי להאמצעי ופעמים יוקדם הקבוץ האמצעי להאמתי ופעמים באים שניהם כאחד, א"כ מהיכי תיתי לדקדק במולד האמצעי בזמן הזה.

לב) **ואולי** זהו הטעם מה שיש כח ביד ביד לקבוע רגע וזמן להתחלת היום משעה שש אחר הצהרים לענין כל הקביעות והדחיות של המועדים, אשר באמת תימה גדולה היא זו ולא מצינו לה חבר בכל התורה, שיתחיל יום המחרת קודם שקיעת החמה של היום כנ"ל, וגם אחר שכבר יצאו הכוכבים של לילה עדיין נחשב ליום הקודם כיון שלא בא שש שעות אחר הצהרים כאשר ביארנו לעיל אות כ"ד באריכות שאין הדבר תלוי אלא בשש שעות שאחר הצהרים ואין אנו משגיחין כלל לא על השמש ולא על הככבים אשר באמת פליאה נשגבה היא מאוד, ובדברי הרמב"ם האלה יש לתרץ, שכן קבלנו הלכה למשה מסיני דבזמן הזה אין אנו משגיחין לא על הראיה של הירח ולא על המולד של שאר חדשי השנה רק על החשבון של קביעת ר"ה וארבע דחיות על זה אנו סומכין ונוכל לקבוע ר"ח ביום שלא יבא בו המולד כלל ומשו"ה לא איכפת לן אם יהיה המולד לאחר שיצאו הכוכבים קודם שעה שש.

לג) **היוצא** לנו מזה דכשבא המולד קודם שעה שש יש לקבוע ר"ח בו ביום לכולי עלמא הן לדעת הרמב"ם הן לדעת הש"ג ואין לפקפק ולגמגם על החשבון שלנו כלל, לכן אין לפקפק ולגמגם ג"כ על ר"ח שבט דשנת תרס"ב דבודאי ראוי לקבוע ר"ח בו ביום ומי שירצה לפקפק ולגמגם על ר"ח שבט דשנת תרס"ב לדחותו מיום ה' שהוא יום המולד יש לו לפקפק ולגמגם כמו כן על הרבה קביעות ודחיות כיוצא בו, ויאמר אולי הקביעה שקבענו ר"ה לאו קביעות היא כי אולי היה מולד זקן ויאמר ג"כ אולי הדחיה של מולד זקן לאו דחיה היא, ואולי הקביעה של בט"ו תקפ"ח ושל גטר"ג לאו קביעה היא, ואולי הדחיה של בט"ו תקפ"ט ושל גטר"ד לאו דחיה היא וכשם שאין לפקפק ולגמגם על כל הדחיות והקביעות שנהגו ישראל מימי קדם עד היום כך אין לפקפק ולגמגם על

קביעות ר"ח שבט דשנת תרס"ב א"כ דברי הפר"ח המה נכונים וברורים בלי שום גימגום ופקפוק כלל.

לד) והנני להראות באצבע השנים אשר קרה כזאת שיהיה ר"ח שבט מולד זקן ומהם נמצא כמו כן שהיה מולד שבט אחר צאת הכוכבים מאוחר ממולד שבט דשנת תרס"ב, כל זה חקרתי ודרשתי ע"פ הלוח שבטור המתחיל משנת נ"ה לאלף הששי שהוא ראש למחזור רס"ז עד סוף מחזור שי"ח מ"ה נ"ב מחזורים בלוח הטור פעם אחת קרה כזאת בשנה הששית למחזור רס"ח והוא בשנת ע"ט לאלף הששי, כי בלוח הטור נרשם ב"ח, ומולד תשרי היה אז ביום א' בשבת י"ז שעות פ"ב חלקים וסימנו א' י"ז פ"ב ור"ח שבט היה בשבת ומולד שבט היה אז יותר משתי שעות אחר חצות היום, וכן היה מולד זקן בשנה הששית למחזיר רפ"א שהיא שנת שכ"ו לאלף הששי וכן היה מולד זקן מעט אחר חצות היום בשנה הששית למחזור רצ"ד שהיא שנת תקע"ג לאלף הששי, ודע כי כל זה לא יוכל להיות רק בשנה מעוברת אבל בשנה פשוטה לא קרה כזאת מעולם שיהא מולד זקן באחד מחדשיו ולא יהיה זאת לעולם.

לה) ושנת י"ז למחזור רפ"א שהיא שנת של"ז לאלף הששי נרשם בלוח הטור ז"ח ומולד תשרי היה אז ביום ו' בשבת כ' שעות ביום ק"ה חלקים והיה מולד שבט ביום ה' בשעה הששית בערב והוא מאוחר ממולד שבט דשנת תרס"ב, ובכל מאת היה ר"ח שבט ביום ה', כן בשנת י"ז למחזור רצ"ד שהיא שנת תקפ"ד לאלף הששי היה כמו כן מולד שבט סמוך לערב ביום ה' והיה ר"ח שבט בו ביום המולד, ובשנת י"ז למחזור ש"ז שהיא שנת תתל"א לאלף הששי לפי הלוח שבטור יהיה מולד שבט ביום ה' בערב מוקדם תתק"ה חלקים ממחזור רצ"ד כמו שכתבנו כי תתק"ה חלקים מתרחקת להקדים בכל י"ג מחזורים מי"ג מחזורים שלפניו גם פה נראה לעין וגלוי לכל כי הלוח שבטור אינו מדוקדק מה שמשוה כל י"ג מחזורים לי"ג שלפניו כי לפי הלוח שבטור גם בשנת י"ז למחזור רס"ח גם כן סימנו ז"ח ובאמת נראה וגלוי לכל שסימנו ז"ש שהרי מולד תשרי היה ביום ו' בשבת כ' שעות תתר"י חלקים וידוע דכשיבוא מולד תשרי ביום ו' בשבת כ' שעות תצ"א חלקים וממנו ולמעלה אז השנה היא שלימה וסימנה ז"ש, כמו שכתבנו לעיל אות י"ג.

לו) וכן היה מולד זקן בר"ח שבט ע"פ לוח הטור בשנת י"א למחזור רע"א שהיא שנת קמ"א לאלף הששי שנרשם בלוח הטור ז"ח ומולד תשרי היה אז ביום ו' ט"ז שעות ביום רע"ג חלקים ור"ח שבט היה ביום ה' והמולד היה אחר חצות היום יותר משעה, וכן היה בשנת י"א למחזור רפ"ד שהיא שנת שפ"ח לאלף הששי מולד שבט לאחר ח"י שעות

ביום והוא מולד זקן, וכן היה מולד זקן בר"ח שבט בשנת ח' למחזור רע"ב והוא בשנת קנ"ז לאלף הששי שנרשם בלוח הטור ב"ח ומולד תשרי היה אז א' בשבת י"ז שעות תרפ"ז חלקים ור"ח שבט הי' בשבת והמולד הי' בו ביום השבת יותר משתי שעות אחר חצות היום, וכן היה מולד זקן בשנה השמינית למחזור רפ"ה שהיא שנת ת"ד לאלף הששי, וכן היה מולד זקן בשנת ח' למחזור רצ"ח שהיא שנת תרנ"א לאלף הששי, כן היה מולד זקן בשנת י"ד למחזור רע"ו שהיא שנת רל"ט לאלף הששי שנרשם בלוח הטור ז"ח ומולד תשרי היה אז ביום ו' בשבת י"ח שעות קפ"ט חלקים וסימנו וי"ח קפ"ט ור"ח שבט היה ביום ה' בשבת, ומולד שבט היה בו ביום ה' יותר מג' שעות אחר חצות היום וכן היה בשנת י"ד למחזור רפ"ט שהוא שנת תפ"ו לאלף הששי כן הוא בלוח הטור על שנת י"ד למחזור ש"ב שהוא שנת תשל"ג לאלף הששי, וכן הוא בלוח הטור על שנת י"ד למחזור שט"ו שהוא תתק"ף לאלף הששי.

לז) וכן היה מולד זקן בר"ח שבט בשנת י"ז למחזור רע"ב והיא שנת קס"ו לאלף הששי שהיה מולד תשרי יום ג' בשבת ט"ו שעות ק"ו חלקים סימנו גט"ו ק"ן ונרשם בלוח הטור ג"כ ונמצא ר"ח שבט ביום ב' בשבת והמולד של שבט היה בו ביום ב' אחר חצות היום כן היה מולד זקן בר"ח שבט בשנת י"ט למחזור רע"ו שהיא שנת רמ"ד לאלף הששי שנרשם בלוח הטור סימנו ג"כ ומולד תשרי היה ביום ג' בשבת ט"ו שעות ביום תשנ"ה חלקים ור"ח שבט היה ביום ב' והמולד היה בו ביום אחר חצות היום.

לה) ומה שהביא הרב הגאון הנ"ל סעד לדבריו לדחות את ר"ח שבט מיום הולדו מגמ' דר"ה ד' כ' מסוגיא דמאיימין על העדים דפסק הרמב"ם כלישנא קמא דאין מאיימין על העדים רק לעברו ולא לקדשו, הנה אם אפילו היה ראיה מכרחת באותה סוגיא דמולד זקן אין קובעין ר"ח בו ביום, מ"מ אין משם ראיה לנידון דידן, כי הסוגיא דשם לא איירי כלל בענין קביעת המועדים ע"פ החשבון אשר אנחנו נוהגין היום ע"פ הקבלה שקבלנו מרבותינו, רק הסוגיא דשם איירי בענין קביעת המועדים שנהגו בזמן הסנהדרין לקדש ע"פ הראיה שהרי בסוגיא דשם הוזכרו עדים, ובזמן הזה לא שייך עדים כי ע"פ החשבון עבדינן הכל, וכיון דהסוגיא דשם לא איירי כלל מענין קביעת המועדים ע"פ החשבון רק מענין הקביעות ע"פ הראיה לכן אם אפילו היה ראיה מכרחת מאותה סוגיא דבזמן הסנהדרין שקדשו ע"פ הראיה לא קבעו ר"ח במולד זקן, מ"מ יוכל היות דבזמן הזה שקובעים המועדים ע"פ החשבון יוכלו לקבוע ר"ח ביום המולד זקן, ואין ללמוד זה מזה כי כמה וכמה חילוקים ודינים יש בין הקביעות שאנו נוהגין היום בין הקביעות שנהגו בזמן הסנהדרין, כמבואר ברמב"ם בהל' קידוש החדש וכן הרמב"ם שפסק כהסוגיא

דשם הביאו בפ"ג מה' קדה"ח ושם איירי כמו כן מענין הקידוש ע"פ הראיה שנהגו בזמן הסנהדרין כאשר יראה המעיין בדבריו ומפ"ה והלאה התחיל הרמב"ם להזכיר מענין הקביעות ע"פ החשבון אשר אנו קובעין היום.

לט) **והא** דקי"ל דמולד זקן נדחה מיום הולדו מקורו הוא מהא דתניא בסוד העיבור המובא בר"ה (ד' הי ע"ב) כדאיתא שם מחשבין את תולדתו נולד קודם חצות בידוע שנראה סמוך לשקיעת החמה לא נולד קודם חצות בידוע שלא נראה סמוך לשקיעת החמה יעו"ש וכמו שכתבו העברוטת כי מקור דחיית מולד זקן הוא מאותה סוגיא דשם ואלמלא קבלת רבותינו לא ידענו דחיית מולד זקן מאוחר א יען כי הסוגיא הזאת עמוקה מאוד ויש בה הב וביאורים והעיקר אנו סומכין על קבלת **מ**) **ועוד** כי לפירוש הרמב"ם אין שום ראיה מאותה סוגיא דמאיימין שהביא הרב הגאון הנ"ל לדחיית מולד זקן אפילו בזמן הסנהדרין וז"ל הרמב"ם פי"ח מהל' קדה"ח הל' ח' הקבלה שהיה ביד החכמים איש מפי איש מפי משה רבינו כך היא שבזמן שלא יראה הירח בתחלת החדשים חדש אחר חדש ב"ד קובעין חדש מעובר משלשים יום וחדש חסר מכ"ט יום וכן מחשבין וקובעין חדש מעובר וחדש חסר בקביעה לא בקידוש שאין מקדשין אלא על הראיה ופעמים עושים מלא אחר מלא או חסר אחר חסר כמו שיראה להם עכ"ל הרמב"ם שם ומדבריו למדנו דבר חדש דאפילו בזמן הסנהדרין שקדשו ע"פ הראיה מ"מ אם לא נראה הירח ביום שלשים וב"ד רוצים לקבוע ר"ח בו ביום היינו שיהיו ימי החדש כ"ט יום, יש כח ביד ב"ד לעשות אפילו לעשות חסר אחר חסר ג"כ יש כח בידם לעשות ואינן צריכין לשכור עדי שקר שיאמרו שראו את הירח היום, ולפי זה יש להקשות על הרמב"ם מהסוגיא הנ"ל ד' כ' שנחלקו אי מאיימין על העדים לקדשו או לא, והיינו שיעידו שקר ואע"פ שלא ראו יאמרו ראינו כדאיתא שם בסוגיא, והוא כמב"ר רואין שיש צורך לקדש היום, ולדברי הרמב"ם תימה היא כיון שיש כח ביד ב"ד לחסר את החדש ולקבוע ר"ח בו ביום בלא עדי שקר א"כ מה צריך לומר שקר.

מא) **אך** המעיין בדברי הרמב"ם סוף פ"ג מהל' קדה"ח יראה דהרמב"ם מפרש פירוש אחר בסוגיא דמאיימין על העדים דלא כפירש"י וכמו שכתב שם הלח"מ בהלכה ט"ו דהרמב"ם מפרש דאיירי שכבר קידשו ב"ד את החדש ביום שלשים מפני שבאו עדים או שכבר עיברו ב"ד את החדש וקבעו ר"ח ליום ל"א מפני שלא באו עדים, ואח"כ באו עדים לסתור את הקידוש ע"י הכחשה או הזמה, או לסתור את העיבור ע"י ראית הירח בזמנו על זה נחלקו אי מאיימין עליהם כדי שלא לסתור מעשה ב"ד ואיכא גנאי או מפני שכבר יצא שמו מעובר או שלא לאיים עליהם יעו"ש בלח"מ, אך אין זה שום שייכות לנידון

דידן ולנידון הקושיא שהקשינו, כי באמת יש כח ביד ב"ד לקבוע ר"ח ביום שלשים כשיראו צורך בדבר ואין צריכין לשום עדים שיעידו שקר שראו את הירח ביום שלשים, כן לא ראינו באותה סוגיא שיהא שום חילוק בין שהיה המולד קודם חצות היום דלא מקרו מולד זקן, בין שהיה המולד לאחר חצות היום דהוי מולד זקן, כי הסוגיא דשם במילתא אחריתי קמיירי אי חיישינן לזה מה שיצא שם החדש מעובר או לא חיישינן, ואי חיישינן לגנאי ב"ד מה שקדשו את החדש בזמנו או לא חיישינן, אבל נידון כנידון דידן שחל ר"ח שבט במולד זקן יוכלו ב"ד לקבוע ר"ח בו ביום ואין הסוגיא דשם מעכב בידם כלל וכלל.

מב) **היוצא** לנו מכל הנ"ל כי דברי הפר"ח נכונים וברורים המה כשמש בצהרים והוא כמו שסידרו לנו מסדרי הלוחות ואין לפקפק עליהם כלל וכלל, לכן שנת תרס"ב סימנו זח"ג היינו שר"ה חל בשבת והיא חסרה ופסח חל ביום ג' בשבת ושנת תרס"ג סימנו הש"א היינו ר"ה חל ביום ה' והיא שלמה ופסח חל ביום א' ואין לחוש כלל להלוח שבטור ואין זה נכנס כלל בסוג מחלוקת רק טעות דמוכח הוא בלוח הטור שהרי ביררנו שכל המעברים שוים ואין מחלוקת ביניהם כלל וגם הטור סובר כמו כל בעלי העברונות בכל הדברים כמו שהארכנו וביררנו את דברי הטור שאינו חולק בשום דבר על יתר בעלי העברונות, וטעות הוא בטור ואין זה נכנס בסוג מחלוקת כלל וכלל וכל זה הוא פשוט וברור מאוד

מג) **ובכל** זאת יען כי יצא קול עירעור על שנת תרס"ב ותרס"ג וכבר הניחו את לבב העם לאמר כי מועדי תרס"ב ותרס"ג ספיקות הם, לזאת מהראוי כי חכמי ירושלים יודיעו במכ"ע ומאספים את הקביעות מהשנים האלה, כי הכל על פי חכמי ירושלים נעשה ונקבע כי מציון תצא תורה, וז"ל הרמב"ם פ"ה מהל' קדה"ח הל' י"ג זה שאנו מחשבין בזמן הזה כל אחד ואחד בעירו ואומרין שר"ח ביום פלוני ויו"ט ביום פלוני לא בחשבון שלנו אנו קובעין ולא עליו אנו סומכין שאין מעברין שנים וקובעין חדשים בחוצה לארץ ואין אנו סומכין אלא על חשבון בני ארץ ישראל וקביעתם וזה שאנו מחשבין לגלות הדבר בלבד הוא כיון שאנו יודעין שעל חשבון זה הם סומכין אנו מחשבין לידע יום שקבעו בו בני א"י איזה יום הוא וקביעת בני א"י אותו הוא שיהיה ר"ח או י"וט לא מפני חשבון שאנו מחשבין עכ"ל וז"ל המפרש שם זה שאנו מחשבין וכו' זכר אותו בספר מצות והוסיף עליו ואומר והנני מוסיף לך ביאור ונאמר שאם ח"ו יאבדו בני ישראל מא"י וכו' וכן אם לא נמצא ב"ד בא"י וכו' היה זה החשבון שאנו מחשבין אותו בחו"ל לא יועיל לנו כלום שאין מעברין שנים וקובעין חדשים אלא בא"י שנאמר כי מציון תצא

תורה ודבר ד' מירושלים עכ"ל המפרש שם, לזאת מההודעה אשר תצא מציון וירושלים יחזקו ידים רפות אשר השמועה פעלה בלבבם, ולא יעשו ח"ו כשתי תורות, ורב שלום על ישראל.