שו״ת · אחרונים · שות עטרת חכמים

שות עטרת חכמים חלק ב

רבי ברוך תאומים-פרנקל

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

שות עטרת חכמים חלק ב

רבי ברוך תאומים-פרנקל

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/שות-עטרת-חכמים-חלק-ב/
הקובץ נוצר ב־17 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

חדושי מסכת שבת 5
בסוגיא דכבתה זקוק לה [דף כא ע"א] 5
חדושי מסכת פסחים 13
בסוגיא דהאוכל תרומת חמץ בפסח [דף לא ע"ב] 13
בסוגיא דכיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט [דף מו ודף מח ע"א] 40
בסוגיא דהאופה מיו"ט לחול [דף מז] . . . 49
בסוגיא נטמא הקהל [דף עט ע"א] 64
בסוגיא דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ [פסחי' ד' צ' ע"ב] 71
חדושי מסכת ביצה 79
[מסכת ביצה דף י"ב] 79
בסוגיא דטבילת כלים [דף י"ז ע"ב] 86
חדושי מסכת ר"ה 90
בסוגיא מימות עזרא ואילך לא מצינו אלול מעובר [דף י"ט ע"ב] 90
בסוגיא יו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת [דף כט ע"ב] 97
בסוגיא דאוונכרי [סוכה דף למ"ד] 111
חדושי מסכת כתובות 126
בסוגיא דר' נחוניא בן הקנה הי' עושה את יוה"כ כשבת לתשלומין [דף למ"ד ע"ב] . 126
בסוגיא דהאב זכאי בבתו [דף מ"ו ע"ב] . 138
חדושי מסכת קידושין 146
בסוגיא דהענקה [דף טו ע"א] 146
בסוגיא דשליחות [דף מ"ב ע"א] 152
בסוגיא דהן שלוחיו הן עדיו [דף מג] ... 163
בסוגיא הנ"ל 170
סוגיא דקידשה בגזל [דף נ"ב] 173
עוד בסוגיא הנ"ל 178
עוד בסוגיא הנ"ל 185
עוד בסוגיא הנ"ל 187
עוד באותו סוגיא הנ"ל 191
בסוגיא דטובת הנאה [דף נח ע"ב] 200
עוד בסוגיא הנ"ל 209
[רמב"ם הלכות סוטה ד"ג] 213
חדושי מסכת בבא קמא 216
בסוגיא דכופרא כפרה [דף מ"א ע"ב] . . 216
בסוגיא דיאוש [דף ס"ו] 224
עוד בסוגיא הנ"ל [שם דף ס"ו ע"ב] 239
בסוגיא דיאוש לקרקע 250
בסוגיא דמיפך והזמה: [דף ע"ג] 255
סוגיא דתקנות אושא [דף פ"ח ופ"ט] . . 260
עוד בסוגיא הנ"ל 265
חדושי מסכת בבא מציעא 268
בסוגיא דתקפו כהן [דף ו' ע"א] 268
בסוגיא מעשה דר"ג וזקנים [דף י"א וקידושין דף כ"ז] 279
עוד בסוגיא הנ"ל 287
עוד בסוגיא הנ"ל 295
עוד בסוגיא הנ"ל 296
בסוגיא דמצא שט"ח [דף י"ג] 298
עוד בסוגיא הנ"ל 307
עוד בסוגיא הנ"ל 309
בסוגיא דשבח [דף י"ד ע"ב] 312
בסוגיא דמצא שובר [דף י"ט ע"ב ודף כ' ע"א] 326
עוד בסוגיא הנ"ל [דף כ' ע"א] 330
בסוגיא דבני העיר ששלחו את שקליהן (דף נ"ח ע"א] 334
חדושי מסכת בבא בתרא 341

בסוגיא דש"מ שהקדיש כל נכסיו [דף קע"ד
ודף קע"ה] 341
חדושי מסכת סנהדרין 345
בסוגיא דאין מעברין את השנה מפני
הטומאה [דף י"ב ע"א] 345
בסוגיא דבא במחתרת [דף ע"ב ע"א] . . 350
חדושי מסכת שבועות 365
בסוגיא דמשביע ע"א [דף ל"ב ע"א
וע"ב] 365
עוד בסוגיא הנ"ל 378
עוד בסוגיא הנ"ל 382
בסוגיא דקציצה [דף מ"ד ע"ב] 399
עוד בסוגיא הנ"ל 406
עוד בסוגיא הנ"ל 409
עוד בסוגיא הנ"ל 414
עוד בסוגיא הנ"ל [דף מה] 415
בסוגיא דהמפקיד אצל חבירו בשטר (דף
מ"ה ע"ב] 444
עוד בסוגיא הנ"ל 454
עוד בסוגיא הנ"ל 455
חדושי מסכת חולין 467
[דף ט' ע"ב] 467
בסוגיא דאזלינן בתר רובא [דף י"א] . . . 469
בסוגיא דהשוחט בשבת [דף י"ד] 474
עוד בסוגיא הנ"ל 485

חדושי מסכת שבת

בסוגיא דכבתה זקוק לה [דף כא ע"א]

אמר רב הונא כו' ורב חסדא אמר כו' א"ר ירמיה מ"ט דרב. אמרוהו רבנן קמיה דאביי משמיה דר' ירמיה ולא קבלה כו' ופרש"י שלא חשבו לסמוך על דבריו ולכאורה תמוה לי דהא מוכח כדברי ר' ירמיה דאל"כ אמאי מתיר רב להדליק בהן בשבת ועוד קשה לפי שיטת הטור או"ח סי' תרע"ג דאי הו"א דכבתה זקוק לה חיישינן שמא כשתכבה בשבת ישכח ויחזור וידליקנה א"כ גם אי אסור להשתמש לאורה יש לחוש בשמנים הפסולים שיבוא לידי חילול שבת מצד שכבתה זקוק לה א"כ נשאר קושי' התוס' ד"ה ומותר להשתמש שמקשי' דילמא סובר ר"ה אסור להשתמש ומתרצים מדקאמר בין בשבת ע"כ להורות דבשבת יש עוד חשש שיחלל שבת כנ"ל (ונ"מ באין שמן אחר אסור להדליק בשבת חנוכה בשמנים הפסולים) ולפי שיטת הטור קשה דאכתי לא נדע דר"ה סבר דמותר להשתמש דהלא אף מטעם כז"ל לבד יש חשש חילול שבת שמא ישכח וידליק כנ"ל וכדי ליישב זה אקדים מה שקשה לכאורה לפי שיטות המרדכי דהיכא שיש נר אחד יפה אף באחד מהחדרים אף במרתף מותר להדליק בשמנים הפסולים בשאר מקומו' שבחצר יעוין לשונו והגהות תוס' ישינים שבגמ דפוס חדש א"כ אמאי אוסר ר"ה להדליק בשבת חנוכה בשמן פסול ר"ל כיון שנר של שבת קודם ונר של שבת צריך להיות משמן יפה וכיון דיש א' נר יפה באחד ממקומות תו ליכא חשש הטי' בשאר נרות וכעין קושי' זו מקשה בשו"ת שבות יעקב וא"ל דר"ה מיירי באין לו כלל שמן יפה ואין לו נר של שבת דזה א"א לומר דכיון דאמר אין מדליקין בחול מטעם כבתה זקוק לה ע"כ מיירי כשיש למצוא שמנים טובים כמבואר בפנ"י וצ"ל דלעולם מיירי שיש לו שמנים טובים ובאמת יש לו נר של שבת רק כיון שסובר כבתה זקוק לה ע"כ מצריך שיעור להדלקת נר חנוכה ונר של שבת אין לו שיעור רק לצורכן בזמן הסעודה ויכול להיות שנר של חנוכה ידלק בלילה יותר מנר של שבת ואז כשלא יהיה עוד אור מנר של שבת יטעה ויטה הנר של חנוכה שהוא משמנים פסולין אבל לכאורה בשיטת רב שסובר כבתה א זקוק לה י"ל שאינו מצריך שיעור לנ"ח וממילא יכול לצמצם שלא ידליק נ"ח יותר מנ"ש ולא יבוא לידי הטיה ומנ"ל שרב סובר אסור להשתמש ובלא זה קשה דהא רב סובר בהדיא לקמן דף כ"ה הדלקת נר בשבת חובה ומבואר ברמב"ם פ"ה מהלכות שבת כלומר שאינו מצוה שאין צריך לרדף אחרי' רק חובה וצריך לחזור על הפתחים כדי שיהיה לו נר יפה לשבת ע"ש וממילא מילתא דל"ש שיהיה אדם בלא נר של שבת ודלמא לא מצריך שיעור לנ"ח לכן אין איסור להדליק בשמן פסול נ"ח דמצד נר של שבת לא יטה כנ"ל ומנ"ל

שסובר רב שאסור להשתמש לאורה ונראה לכאורה יש בלא"ה הוכחה שרב סובר אסור להשתמש לאורה בהקדים ליישב קושי' התוס' ד"ה מותר להשתמש כו' וא"ת מנלן לרבא דסבר ר"ה דמותר להשתמש לאורה וכו' ע"ש ונ"ל ע"פ מ"ש התוס' לקמן דף כ"ג ע"ב ד"ה גזירה דאביי ורבא סוברים דלא גזרי' תרומה אטו קדשים ע"כ כטעמא של רבה מתוך שמצוה עליו לבערו גזירה שמא יטה וקשה קושי' הפ"י הא לשיטת רבה גם שמן שריפה בכלל שמנים הפסולים שאמרו חכמים אין מדליקין בהן בחנוכה בין בחול בין בשבת מ"ט יש לאסור הדלקת נ"ח בחול בשמן שריפה וביותר קשה קושי' הפ"י לפי הגירסא בגמ' אמר רבה מ"ט דר"ה אמנם בפשיטות י"ל שלכך אסור להדליק נ"ח בשמן שריפה דנ"ח צריך להדליק כשיעור ובפרט לר"ה שסובר כבתה זקוק לה מש"ה לא ידליק בשמן שריפה מצד שמצוה עליו לבערה וודאי יטה שידליק מהר [וכסברת רש"י לקמן דף כ"ג ד"ה שמא יטה] ולא ידליק זמן הדלקה לצורך נ"ח אמנם ברמב"ם הלכות תרומה פ' י"א הלכה י"ב איתא בזה"ל פת תרומה שנטמאת וכן שמן תרומה שנטמא נותנו בכלי מאוס עד שידליק כדי שלא יהיה תקלה לאחרים ויאכלוהו ע"כ מדוקדק לשונו שמכ' לאחרים נראה שחשש תקלה אינו אלא לאחרים שלא ידעו שהיא מתרומה שנטמאת מעתה י"ל בפשיטות דילמא מה דאמר שבנ"ח אסור להשתמש לאורה הוא משום דהוקצה למצותו וא"כ אף אם הוא משמן שריפה אין למהר בהדלקתה מחשש תקלה דאף מי שלא ידע שהוא שמן שריפה עכ"פ בעין יראה שהוא מנ"ח ויפרוש מלהסתפק ממנה אף לאחר זמן שיעור הדלקה לפי הכרעת הפוסקים כדברי הפסיקתא שאסור אף לאחר שדלק כשיעור וליכא חשש תקלה וטוב יותר מהגדר שיש בנתינתו בכלי מאוס ולמה ימהר עוד בהדלקתה:

היוצא מזה דאי אסור להשתמש לאורה הי' צד להתיר להדליק בשמן שריפה בחנוכה ומדסתם ר"ה לאסור בכל השמנים מוכח שסובר שמותר להשתמש לאורה ושפיר יש לחוש לתקלה שיסתפק אדם ממנה אחר זמן השיעור ולגדור מפני התקלה יטה בעל השמן כדי למהר בהדלקתה ולכך אסור להדליק בשמן שריפה ומיושב קושי' התוס' הנ"ל:

והנה סוגי' הש"ס שראוי להשוות תמיד ולהעמיד שיטת רב ורבה בחדא שיטה כדאיתא לקמן שאמר אביי דמר עביד כרב [דהיינו רבה] אם לא היכא שמבואר דפליגי אהדדי א"כ איש מה שאמר ר"י בטעמא של רב דסובר אסור להשתמש לאורה האף דממה שמותר להדליק משמנים שאינם נמשכים לנ"ח בשבת ליכא הוכחה כנ"ל משום שיש לו נר יפה של שבת אמנם אכתי בלא"ה מוכח שסובר אסור להשתמש לאורה דאי מותר להשתמש

למה סתם ואמר פתילות ושמנים והוי בכלל השמנים גם שמן שריפה ולמה מותר בשמן שריפה בשבת ניחוש שמא יטה א"ו שסובר אסור להשתמש לאורה וליכא חשש תקלה וא"צ למהר בביעורה ולא שייך שמא יטה וא"ש דברי ר' ירמי' לכאורה ז"א דהא בלא"ה יש ראיה מפורשת שרב אינו

סובר כרבה דהטעם איסור בש"ש משום שמא יטה דהא רב בעצמו אמר לקמן דף כ"ה כשם שמצוה לשרוף קדשים טמאים כך מצוה לשרוף תרומה טמאה ואמרה תורה בשעת ביעורה תהנה ממנה כו' ומפרשים שם שכוונת רב הוא שלא תקשה כיון דתרומה מותרת בהנאה בשעת ביעורה למה אינו מדליקין בב"ש ביו"ט ע"כ הקדים לומר כשם שמצוה כו' וכיון שמצוה בשריפתן גזרינן תרומה אטו קדשים שיטעו העולם שמחמת המצוה שבביעורה ניתנה הדלקתה ביו"ט כך ידליקו בשמן קודש או שכוונת רב שמצוה דאורייתא בשריפת תרומה ואסורה מדאורייתא שיו"ט כפי שיטות הריב"א שם דדמי לנדרים ונדבות מבואר שרב לא קם כשיטות רבה שאיסור הדלקה בש"ש הוא משום שמא יטה. ונראה ליישב התכת דברי רב הנ"ל באופן אחר ויתיישב גם מה שקשה על ר"י אחר שמצינו כמה פעמים בש"ס שממלת לך שמעינן היפר הנאה. למה הוצרך ר"י ללמוד היתר הנאה בתרומה טמאה מתיבת ממנו ונראה דמלך לא נשמע היתר הנאה רק למ"ד שסובר תרומה טמאה מצותו בשריפה מדאורייתא אבל למ"ד שאינו מדאורייתא י"ל שאסורה בהנאה אף בשעת ביעורה:

ולברר הדברים אציע סוגי' דסוכה דף ל"א של אשירה ושל עיר הנדחת פסול ופריך הגמ' של אשירה פסול והא אמר רבא לולב של ע"ג לא יטול ואם נטל כשר ומשני באשרה דמשה עסקינן דכתית מכתת שיעורי' והקשו בתוס' הא אף בע"ג של עכו"ם מדאגביה קני' ונעשית של ישראל ומתרץ הראב"ד ז"ל שלעולם מיירי ביו"ט ראשון רק שהלולב אינו ממש ע"ג והישראל לא זכה רק בלולב של המשמשין וגוף ע"ג הוא ביד עכו"ם וכשנכרי מבטל ע"ג בטל משמשין שביד ישראל הרי יש צד היתר הנאה לאותו לולב של משמשי ע"ג ומיקרי לכם וגם לא מכתת שיעורי' דכל דבר שיש לו מציאות היתר שיופקע איסורו לכם קרינן ביה ביד הבעלים ול"ד לשארי איסורי הנאה שאין להם היתר ואין לשום אדם בהן זכות מפאת איסורו ולכך לא מיקרי לכם. והנה לכאורה קשה לשיטת התוס' והפוסקים ומכללם גם הרשב"א וריטב"א בחולין בסוגי' דזרוע בשלה שלא הכריעו בהחלט, כדעת הראב"ד דמדאורי' אין מבטלין איסורין ואם נימא דמדאורייתא מותר לבטל לכתחילה כל איסור א"כ נימא שגם בלולב של ע"ג של ישראל יוצאין מדאורייתא ולכך קרינן בי' לכם כיון שיכול להפקיע איסורו ע"י ביטול בתערובות דמדאורייתא גם

ע"ג בטלה. יעוין בשו"ת שער אפרים סימן ל"ח שכתותי מכתת שיעורי' לא שיך רק בדבר העומד לשריפה מדאורייתא ואף שנ"ל דדבריו אינם רק היכא שכל עיקר מצות שריפה אינו רק מדרבנן משא"כ בע"ג שמצותן מדאורייתא בשריפה רק שיש תקנה מדאורייתא בביטול אך כיון שתקנו חז"ל שאסור לבטל וגם תקנו שאפי' באלף אין ע"ג בטילה. הרי כמנוע תקנת הפקעת האיסור על ידי ביטול ונשארת עומדת לשריפה כמצוה מן התורה שע"ג בעינא טעינה שריפה ושייך גם בזה כתותי מכתת שיעורי' אכתי קשה איך יליף ריה"ג דחמץ בפסח מותר בהנאה מדכתי' לך הא אף באסורי הנאה לכם קרינן בי' מדאורייתא מפאת זכות שיש לבעלים בהן שבידם לבטל בתערובות וישוב איסור להיות היתר ואף הגוזל דבר איסור הנאה קודם ביטול בתערובות בודאי שם גזלן עליו וחייב בהשבה לבעלים כיון שיש ביד הבעלים להפקיע האיסור ע"י ביטול בתערובות אשר ע"כ נ"ל דמחלוקת הפוסקים אי מבטלין מדאורייתא איסורים או לא אינו רק באיסורים שלא אמרה תורה בהן מצות ביעור אבל בע"ג וחמץ בפסח שאמרה תורה שמחויב לבערן בוודאי אין לבטל בתערובות ולהפקיע בזה מצות הביעור מן העולם והסברא זו מתקבלת על הדעת. וא"ש גם בזה מה שאמר ר"א בפסחים דף ו' ט"ב ב' דברים אינן ברשותו של אדם מעתה מתורץ קושי' הנ"ל על ר"י דבקידושין דף נ"ז איתא גופא כל צפור תאכלו לרבות את המשולחת וזה אשר לא תאכלו מהם לרבות את השחוטה ואיפוך אנא אמר ר"י משום ר"ש בן יוחאי לא מצינו בעלי חיים שאסורין כו' רבא אמר לא אמרה תורה שלח לתקלה ומדלא נחית ר"י לסברת רבא צ"ל דר"י סובר שמותר לבטל איסורים מדאורייתא ונהפך האיסור להיות היתר ולא שייך לומר שלח לתקלה כאשר האריכו בזה בפוסקים להבין דברי רבא לשיטת הסוברים שיכולין לבטל איסור מדאורייתא וי"ל שר"י סובר ג"כ שאין מצוה מדאורייתא לשרוף תרומה טמאה בתערובות ע"כ אף אי אסורה בהנאה בעינא שפיר קרינן בי' לכם ולכך הוצרך ר"י ללמוד היתר הנאה מתיבת ממנו. ורב לשיטתו שסובר כשם שמצוה כו' כך מצוה לשרוף תרומה טמאה וכיון שמצוה לבערו אין יכולין לבטל בתערובות ולהפקיע מצות ביעור ולמה כתי' לך אלא וודאי שמותר להנות בשעת ביעורה וא"ש התכת דברי רב והקדמת דבריו כשם שמצוה כו' שזה לחיזוק ראייתו שמביא לשריות דהיתר הנאה בשעת ביעור תרומה טמאה מתיבת לך: אבל לא נחית לפרש טעמא דמתניתין דאין מדליקין בש"ש [יעוין בהגהות משנת רב על משניות במס' סוכה פ"ג משנה ה' מה שהאריך בענין זה הגאון המחבר ז"ל] היוצא מזה דלפ"ד אלה אף שמוכח שרב סובר דיש מצוה דאורייתא בשריפת תרומה מ"מ איכא למימר שבטעם דאין מדליקין בש"ש בע"ש סובר כרבה משום שמא יטה. ונכונים דברי

הראשונים שההוכחה מדברי רב שסובר אסור להשתמש לאורה אינו רק משום דמן הסתם מוקמינן שרב ורבה בחדא שיטה קיימין:

אמנם נראה מה שהקשיתי לתרץ דלכאורה לפי שיטות ריב"א שבתוס' דף כ"ה ע"ב ד"ה לפי שאין שורפין שמדמה ביעור תרומה לנדרים ונדבות נשאר קושי' התוס' בדף כ"ג ע"ב ד"ה גזירה דתירוץ הראשון שבתוס' שם אין לו התחלה לפי שיטת הריב"א דאף אם אביי סובר שאין מצוה מדאורייתא בשריפת תרומה מ"מ למה הקשה לרבה אלא מעתה. דלמא סובר רבה כרב שאמר בהדי' כשם שמצוה לשרוף קדשים כך מצוה לשרוף תרומה טמאה וגם תירוצו של הרשב"א לא א"ש לשיטת ריב"א דבחידושי רשב"א מביא בשם הירושלמי שלמ"ד שסובר דביעור קדשים אסור ביו"ט אף כשהדליק מעי"ט ודולק והולך ביו"ט יעו"ש גם לפי מה שהשיב רבה גזירה יו"ט אטו שבת ואסור גם מעי"ט הרי שיכולין לפרש דברי המתני' דאין מדליקין בש"ש. ביו"ט דר"ל אף מעיו"ט אין מדליקין רק שלמ"ד בנדלק בעיו"ט אין איסור ע"כ מתפרשים דברי המשנה דאין מדליקין בש"ש ביו"ט עצמו ולא מעיו"ט אבל בוודאי יותר מתפרשת יפה שיהי' הכוונה אף מעיו"ט כמו אין מדליקין שבשבת שמיירי מע"ש ולפי"ז קשה לכאורה להבין תירוץ הרשב"א שבתוס' הנ"ל ד"ה גזירה דמאי פריך אביי אלא מעתה ביו"ט לישתרי דלמא שם הטעם משום דאין שורפין קדשים ביו"ט רק אי מטעם זה לבד הי' מותר להדליק מעיו"ט ומשום חששא שמא יטה אסור להדליק אפי' מעיו"ט דמתוך שמצוה עליו לבערו יטה ביו"ט למהר הדלקתה ויהי' מבעיר בהטיה זו קדשים ביו"ט שזה אסור הרי גם שמא יטה שייך ביו"ט כמו גבי שבת ושייך שפיר למיתני הכא יו"ט דחד טעמא לאסור מעיו"ט כמו בע"ש משום שמה יטה וצ"ל שרשב"א לא אזיל בשיטת ריב"א וסובר דמדאורייתא מותר הבערת תרומה ורק משום גזירה אטו קדשים אסורה הבערתה ביו"ט ולאסור גם מעיו"ט הוי גזירה לגזירה עוד י"ל דהרשב"א בעל התוס' לא ס"ל כן ואיזה מבעלי תוס' רוצים לדחוק כן ליישב שם קושי' בשם הרשב"א גם א"ל דבלא"ה אין לגזור ולאסור הבערת שמן של תרומה שנטמאת אף מעיו"ט אטו שריפת קדשים מעיו"ט דשמן פסול בקדשים דהיינו שמן של מנחות לא שכיחי דכהנים זריזים הם וכל עיקר שריפת קדשים הוא בבשר נותר ובזה לא שייך שמא יטה כמו דלא שייך בעיסת חלה כמבואר מדברי תוס' הנ"ל ד"ה גזירה יו"ט דכל הרואה בשר או עיסה בין העצים ידע שהוא מן הפסולים ולא אתי לידי תקלה וכדאיתא בפסחים דף זורקו בין העצים וחשש הטיה שלא יבא לידי תקלה לא שייך רק בשמן שדרכו להדליק ולא מינכר שהוא מש"ש מתרומה שנטמאת ואטו שמן ודש פסול דלא שכיח ליכא למיגזר וא"ש דברי הרשב"א אמנם כ"ז שיטת התוס' דאזלי בשיטת ר"י

שחולק על הריב"א אבל לדברי ריב"א דשריפת תרומה טמאה אסורה כמו נדרים ונדבות. אף כשמדליק בעיו"ט יש לחוש שמא יטה ביו"ט ויכשל בהטי' זו באיסור הבערת תרומה ביו"ט ונשאר קושי' התוס' מאי פריך אביי לרבה אלא מעתה ביו"ט לישתרי דילמא סובר רבה דשריפת תרומה טמאה אסורה ביו"ט מדאורייתא והא דמתני לה במתניתין הוא משום דתנא דמתני' אוסר בהדלקת ש"ש גם בעיו"ט מחשש שלא יבא לידי הטי' ביו"ט וכמו שאוסר מע"ש מטעם זה לפי דברי רבה. הרי לדברי ריב"א נסתרת השני תרוצים שבתוס' ונשאר לשיטתו קושי' התוס' ונ"ל דלדעת ריב"א א"ש דבלא"ה י"ל קושי' התוס' והקדם לזה דברי הירושלמי גמליאל זוגא שאל לרב אסי מהו להוסיף לתוכו שמן חולין ומדליק א"ל לא תני ר' הושעיה אלא אין מחייבין אותו למצותו אמר ר' אבוהו שנה לי ר' יהונתן בן עכמאי בת כהן שהיתה עומדת ע"ש עם חשיכה ובידה נר ובתוכה ש"ש הרי זו מוספת לתוכו שמן חול כ"ש ומדלקת כו' ע"כ ולכאורה תמוה מה תועלת בהוספת שמן חול כל שהוא ונ"ל שמזה ראי' לשיטת ריב"א דבביצה דף כ"א ע"א איתא בעי מיני' רב אויא מרב הונא בהמה חצי' של נכרי וחצי' של ישראל מהו לשוחטה ביו"ט. א"ל מותר לשחטה כו' וכי מה בין זה לנדרים ונדבות כו' כהנים משולחן גבוה קא זכי וכתב שם רש"י דגם הבעלים זוכין משולחן גבוה נמצאת כל השחיטה לשם גבוה וכן בביצה דף י"ז ע"א איתא באמת אמרו ממלא אשה כל קדירה בשר אע"פ שאינה צריכה אלא לחתיכה אחת כתב רש"י שטעם ההיתר משום דבחד טרחא סגי (ויעוין בטור א"ח ובב"י שם מבואר דעת הרשב"א בזה):

היוצא מזה דלשון רש"י אם הי"ל בנונ"ד צד חלק להדיוט שאין משולחן גבוה זכי הי' מותרת שחיטתו ולא לבד שחיטתו שא"א למפלג אלא אף בדבר שאפשר למפלג אם המלאכה נעשית בחד טרחא מותר כמו במילוי קדירה בשר דאפשר בלא המילוי ואין איסור לרש"י בכה"ג רק שיש הוספת טרחה כמו בעיסה חצי' של נכרי וחצי' של ישראל שנלשת כולה ואפייתן בא בטורח יתירה מכפי הטורח אם הי' לש ואופה רק חלק ישראל מעתה נקל להבין טעמו של ר' יונתן שמתיר להדליק בהוספת שמן של חול דהוא סובר כרב חסדא דמתני' מיירי ביו"ט שחל להיות בע"ש וכמבואר בהדי' שם בירושלמי בדף הקודם והאיסור הוא משום שאין שורפין תרומה דתרומה וקדשים טמאים חד דין להם שאסורה הבערתן מדאורייתא ביו"ט כיון דשריפתו לגבוה וכסברת הריב"א ע"כ אם מוסיף שמן חול כ"ש הרי יש בהבערה זו חלק גבוה וחלק הדיוט ותו לא דמי לנונ"ד שכולן לגבוה ומותר בזה מלאכת הבערה כמו מלאכת שחיטה שמותרת הבהמה חצי' ש"נ וחצי' ש"י כיון דבחד טרחה היא ויש בהבערה זו צורך יו"ט שאין הנאתן שמן של

חול נאסרת בתערובות דהא משמן של תרומה עצמה ג"כ מותר להנות בשעת הבערה רק ששם גבוה עליו ודמי לנונ"ד אבל על שמן של חול שבתערובות אין שם גבוה ומיושב שפיר דעת ר' יהונתן הנ"ל

והנה בר"ן לאלפסי מוכיח דשמן מהותך שמוזכר בגמ' שמותר בהוספת שמן כ"ש אינו שמן מבושל שבמשנה דהא תני לה בין שארי שמנים ובוודאי חד דינא להם בשארי שמנים אין מועיל כשנותן לתוכה שמן אחר כמו שהשיב רבה לאביי לעיל דף כ"א ע"א מ"ט לפי שאין מדליקין וקשה לכאורה לפי שיטת ר' יהונתן שמתיר בש"ש בהוספת שמן אחר כ"ש למה תני במתני' בין שארי שמנים. וצ"ל שסובר ר' יהונתן שגם בשארי שמנים פסולים מועיל בהוספת שמן כ"ש אבל רבה לשיטתו סובר שבשאר שמנים אינו מועיל הוספת שמן כ"ש ע"כ גם בש"ש אינו מועיל וע"כ צ"ל שאינו סובר שהטעם באיסור הדלקה בש"ש משום דאין שורפין ת"ט ביו"ט כמו שאין ש"ק וכסברת הריב"א דדמי לנונ"ד ועוד גרע מיני' דאי משום זה הלא יכול להדליק בהוספת שמן של חול וא"ל דגזרינן אטו לא הוסיף הא אף בלא הוספה אינה אסורה מעיו"ט רק משום שמא יטה וכנ"ל דיבא ע"י הטיה זו מלאכת הבערת תרומה ביו"ט והאי גזירה הוסיף מעיו"ט אטו לא הוסיף ולא הוסיף משום שמא יטה ומקשה אביי שפיר אלא מעתה ביו"ט לישתרי. דא"ל משום שאין שורפין תרומה מאי שמא הכא וא"ל דבא התנא להוסיף לאיסור הדלקה מעיו"ט ומשום יטה ביו"ט דאי משום זה יהי' מותר להדליק בהוסיף שמן של חול כ"ש ולרבה לשיטתו שאוסר בכל השמנים הפסולים הוספת שמן אחר נשמע שגם בש"ש אינו מועיל הוספת שמן וכעין הוכחת הר"ן הנ"ל מדתני להו יחד במתניתין וא"ל דמתניתין מיירי ביו"ט עצמו ושפיר אוסר גם בהוספת שמן כ"ש אטו לא הוסיף ולכך תני דיני יו"ט הכא משום דדמי לזה לשבת דכמו שאסרו בשבת בשמנים הפסולים אף בהוספת שמן טוב מטעם גזירה אטו לא הוסיף כ"כ אסור בש"ש ביו"ט דהוסיף אטו לא הוסיף זה א"א לומר כן דמיד שנאמר שרבה סובר שאסור מדאורייתא לבער ת"ט ביו"ט דהיינו שנטמאת ביו"ט ולדבריו שסובר שבע"ש אסור משום שמא יטה כ"כ אסור בשמן גם מעיו"ט שמא יטה ביו"ט ויבא לידי איסור הבערה ביו"ט דהא רבה בעצמו סובר ביבמות מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת א"כ בכלל דברי התנא אין מדליקין בש"ש ביו"ט הוא גם איסור הדלקה מעיו"ט ומעיו"ט אין לאסור רק בעינה בלא הוספת שמן של חול דבהוסיף ליכא לאסור דהוי גזירה לגזירה כנ"ל ורק ביו"ט אסור אף בהוספה דגזרינן הוסיף אטו לא הוסיף ואיך סתם התנא במשנה אין מדליקין בש"ש [וכללו בין שארי שמנים הפסולים] הלא בשארי שמנים הפסולים אסורים מעיו"ט אף בהוספת שמן טוב ושל ש"ש מעיו"ט

מותר ע"י הוספת שמן של חול. גם בלא"ה לא יתכן לחלק דבר אחד לצדדים שבדין אין מדליקין בש"ש ביו"ט כלל האיסור ביו"ט עצמו וגם מעיו"ט ואינם שוים דביו"ט אסורים אף בהוספת שמן של חול דגזרינן הוסיף אטו לא הוסיף ועיו"ט מותר בהוסיף דאין לגזור אטו לא הוסיף דהוי גזירה לגזירה ומובן מה שאמר אלא מעתה ביו"ט לישתרי ולולא הסברא שחידש רבה שמתוך שמצוה עליו לבערו גזירה שמא יטה היינו יכולים לומר דלכך אין מדליקין בש"ש ביו"ט משום דאין שורפין תרומה ביו"ט דדמי לנונ"ד ואסור כמו ש"ק ביו"ט ואף בנתן לתוכו שמן כ"ש אסור משום דגזרינן אטו לא נתן בה שמן ולכך תני להו במתניתין הכא גבי דיני שבת משום דיש השתוות לדין זה עם השמנים הפסולים לשבת. דכמו שבשמנים הפסולים מחמת שאינם נמשכים כו' אסור בהוסיף בה שמן אטו לא הוסיף כ"כ בש"ש ביו"ט אסור בהוסיף אטו לא הוסיף אבל עתה שחידש רבה דמתוך שמצוה עליו לבערו חיישינן שמא יטה ממילא אי סבר דש"ת אסור ביו"ט כמו נונ"ד אסור להדליק גם מעיו"ט דחיישינן שמא יטה ביו"ט ויהי' מבעיר ש"ש ביו"ט. א"כ הנאמר במשנה אין מדליקין בש"ש ביו"ט פירושו שגם מעיו"ט אין מדליקין דדלמא יטה ביו"ט אבל ז"א אסור רק בעינא בלא שום הוספת שמן של חול דבהוספת שמן ש"ח א לאסור מעיו"ט דהא אף אם יטה ביו"ט לא יעשה עבירה דהאיש גם חלק הדיוט בזה ול"ד לנונ"ד ולגזור הוסיף אטו לא הוסיף ליכא למימר כיון דאף בעינא בלא תערובות לא אסור מעיו"ט רק משום גזירה שמא יטה ביו"ט ובהוסיף. כ"ש דהוי גזירה לגזירה וצ"ל דמתני' מיירי בלא הוספת שמן ש"ח אבל בהוסיף מותר א"כ ליכא למיתני לש"ש בהדי שארי שמנים הפסולים הנזכרים במשנה לענין שבת שפסולין לרבה אף בהוסיף שמן כ"ש דשם לא הוי גזירה לגזירה כמ"ש התוס' בדף כ"ד ע"א ומקשה אביי שפיר לרבה לשיטתו:

היוצא מזה לסברת אביי שסובר שמצוה דאורייתא לשרוף ת"ט ע"כ אינו סובר כטעמו של רבה דאין שורפין בשבת משום שמא יטה דא"כ למה תני דיני יו"ט הכא וכקושייתו אלא מעתה וממילא נשמע שרב שאמר כשם שמצוה לשרוף חולק על רבה וקאי בשיטת ר"ח וליכא כלל איסור הדלקה בש"ש רק ביו"ט שחל להיות בע"ש ואין ש"ש שבכלל שמנים הפסולים לשבת ולא קשה כלל על רב למה מתיר בש"ש בחנוכה בשבת דהא אף בשארי שבתות כשאין יו"ט ע"ש מותר בהדלקה בש"ש וכיון שסרה קושי' זו תו ליכא הוכחה שרב סובר אסור להשתמש לאורה דדילמא ס"ל שמותר להשתמש והא דמותר בשמני' הפסולים לנ"ח בשבת ולא חש לשמא יטה משום דרב לשיטתו דנר בשבת חובה

וע"כ יש לכאורה נר יפה של שבת ולא שייך עוד שמא יטה כדעת המרדכי הנ"ל לכך לא רצה אביי לקבל דברי ר' ירמיה ודוק היטב:

חדושי מסכת פסחים

בסוגיא דהאוכל תרומת חמץ בפסח [דף לא ע"ב]

הרמב"ם בפי' המשניות כתב בזה"ל עוד אבאר לך במסכת מכות כי כל אוכל חמץ בפסח לוקה והעיקר אין אדם לוקה ומשלם לפיכך פטור מן התשלומין ומדמי עצים שיעורו אפילו דמי עצים אינו משלם כו' לפי שהוא אסור בהנאה כו' עכ"ל כוונת הרמב"ם דתנא דמתניתין סובר לפי מדה משלם וא"כ אף שהחמץ אסור בהנאה ואין לתרומה זו דמים מ"מ הי' חייב לשלם לולי שפטור מצד חיוב מלקות על אכילת חמץ ומזיד דתנא במתניתין פירושו שהוא מזיד על החמץ וחייב מלקות ולפירוש זה בדברי הרמב"ם נתכוונו כמה מחברים אבל עדיין קשה על הרמב"ם שמפרש מזיד דמתניתין דהיינו בהתראה שיש בו מלקות דאי בלא התראה הא פסקינן חייבי מלקות שוגגין או מזיד בלא התראה לא מיפטר מתשלומין אלא וודאי דמיירי במזיד בהתראה וא"כ קשה למה אוקמא בגמרא באיקומתא דלפי דמים משלם וכריה"ג וסיפא דמתניתין כר' נחוניא בן הקנה דכרת פטור מן התשלומין הא אף לדידן דלא סבירא לן כרנב"ה יש למיפטר מצד חיוב מלקות עוד קשה למה הוצרך הרמב"ם לומר דלכך פטור מן התשלומין שהוא דמי עצים משום שאסור בהנאה תיפוק ליה דמלקות דאכילה פוטרתו גם מדמי עצים:

ולענ"ד נראה ליישב דאיתא במסכת מכות דף ט"ז ע"א והאיכא גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה ומשני התם כיון דחייב בתשלומין אין לוקה ומשלם כתבו התוס' בזה"ל ויש ספרים דגרסי אינו לוקה ומשלם כלומר הכא ע"כ אינו לוקה הואיל ומיפטר בתשלומין אבל ליכא לפרושי הכא דתרתי לא עבדינן ליה מלקות וממון משום כדי רשעתו והלכך משלם ואינו לוקה דזה אינו. דא"כ אדרבה יש לנו לומר דלוקה ולא ישלם וכו' ועוד כו' יעו"ש בחידושי הריטב"א שכתב בשם רבינו מאיר הלוי ז"ל דלא כדברי התוס' ודעתו דעשה והשיב את הגזילה אינו אלא כשמחזיר את הגזילה עצמו אבל כשנשרף הגזילה ומשלם דמיו לא קיים מ"ע דהשבה מ"מ פטור ממלקות משום דאינו לוקה ומשלם דאף דכ"מ דאיכא ממון ומלקות אמרינן דמילקי לקי ממונא לא משלם שאני גזל שהכתוב ניתקו לעשה דתשלומין כו' יעו"ש כוונתו דבגזל גלי קרא שיהיה חייב באחריות מה שגזלו ולשלם כשנשרף או נאבד הגזילה היוצא מדברי הרמ"ה הנ"ל דבגזל גלי קרא דמשלם ואינו לוקה וכן מבואר להדיא בדברי הרמב"ם ריש הלכות

גזילה שכתב בזה"ל כל הגוזל את חבירו שוה פרוטה עובר בל"ת שנאמר לא תגזול ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב ניתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל. זו מ"ע ואפילו שרף את הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמים וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו ע"כ ביאר דבריו דהיכא דמחזיר הגזילה עצמו דאין לפוטרו ממלקות מצד דאינו לוקה ומשלם דהחזרת הגזילה עצמו לא מיקרי תשלומין וכמבואר בסנהדרין דף ע"ב ע"א בסוגיא דמחתרת יעו"ש ברש"י ד"ה אבל נטל לא כו' דהוי רק כפקדון גבי גנב או הגזלן כ"ז שהגזילה קיימת ולכן הוצרך הרמב"ם לומר דלכך אינו לוקה משום שניתק לעשה דהא בהחזרת הגזילה מקיים עשה דוהשיב את הגזילה אמנם כשנשרף הגזילה תו ליכא קיום עשה יש טעם אחר לפוטרו ממלקות כיון דאין הגזילה בעין דמחויב הוא לשלם דמיו וכיון שיש תשלומין אינו לוקה כפי הכלל דאין לוקה ומשלם אף דבכ"מ לוקה ואינו משלם להיפך הוא בגזל דמשלם ואינו לוקה וכדברי הריטב"א הנ"ל בשם הרמ"ה וכיון שכן נ"ל דאף היכא שיש בגזל עוד מלקות מצד איסור אחר ג"כ הדין משלם ואינו לוקה דכיון דגלי קרא דמלקות דגזל ענצו אינו פוטר מתשלומין ומשלם ואינו לוקה כן גם מלקות מאיסור אחר אינו פוטר מחיוב תשלומי גזל. ויסוד לסברא זו מבואר מדברי תוס' כתובות דף ל' ע"ב ד"ה זר שאכל כו' דאמרינן בכה"ג כיון דגלי גלי. עוד נשמע שם מדברי התוס' וביותר מדברי האס"ז שם דעכ"פ לא שייך כיון דגלי גלי אלא ממיתה בידי שמים לח"כ כיון דגלי קרא דמיתה בי"ש אינו פוטר מתשלומי אכילת תרומה או הקדש כן אין לפטור אף דנוסף עוד חיוב כרת מצד איסור אחר דהיינו איסור חמץ וכדומה אבל אי לא גלי קרא רק דמלקות אין פוטר מתשלומין אכתי אין ללמוד מיני' היכא שיש חיוב כרת לרנב"ה דסבירא ליה דכרת פוטר מתשלומין כמיתה יעו"ש. והשתא לפ"ז י"ל דלפי המבואר בשא"ר סי' פ"א דמשמע (הן אמת שלדעתי ליכא ראיה משם כמובן להמעיין גם מדברי הרמב"ן ריש הלכות גניבה נראה דלאו דגניבה אינו ניתק לעשה ועכ"ז עכ"פ גלי ביה קרא שיהי' בחיוב תשלומין ולבסוף הקונטרס אבאר בזה עוד אי"ה) בחולין דף קמ"א דגם גניבה הוא ניתק לעשה כמו גזילה הרי דין שניהם שוין. וגם בגונב ושרף הגניבה אינו חייב מלקות רק בתשלומין הרי דאמרי' דדין גניבה וגזילה אחד הוא להיות משלם ואינו לוקה אף היכא דלא מצי לקיים מ"ע דהשבה שהיא רק שמחזיר כבר הגניבה וכיון שכן מהראוי לחייב לשלם דמי הגניבה אף היכא שעשה עוד איסור במעשה הגניבה שיש בו חיוב מלקות דגם בגונב חמץ ואכלו דאף שיש לחייב מלקות על אכילת חמץ מ"מ חייב בתשלומי דמי הגניבה דהא גלי קרא כנ"ל גבי גניבה וגזילה שיהא חיוב תשלומין ולא מלקות אמנם כל זה אינו

אלא לדידן דלא ס"ל כרנב"ה דכרת פוטרת מתשלומין כמיתה אבל לרנב"ה י"ל דאף דגלי קרא גבי גניבה כנ"ל לא גלי אלא דמלקות אינו פוטר אבל כרת פוטר מתשלומין והרי לפ"ד תוס' לחד תירוצא גם ממיתה בידי שמים דגלי בי' קרא אין ללמוד היכא שיש כרת ובזה א"ש שהוצרך הגמרא לומר לפי האוקמתא דלפי דמים משלם ומתני' כריה"ג הוא דחמץ בפסח בר דמים הוא דלכך פטור במזיד מן התשלומין משום דחייב כרת על אכילת חמץ (או מיתה בי"ש על אכילת תרומה לפי' רש"י) וכרנב"ה דאי מצד מלקות על אכילת חמץ ליכא למיפטר מתשלומין דהא כיון דחמץ בר דמים הוא והיכא דכבר בא התרומה ביד כהן הוי ישראל האוכלו גנב או גזלן דאמרינן בהו משלם ואינו לוקה אבל הרמב"ם בפי' המשניות מפרש המשנה לפי האוקמתא דלפי מדה משלם דחמץ אסור בהנאה לאו בר דמים הוא כלל וכיון דלאו בר דמים הוא אין על האוכלה שלא מרצון הכהן שם גניבה או גזילה דהא כבר פקע שם בעלים כשנתחמץ וחיוב התשלומין אינו רק מגזה"כ על כל האוכל תרומה בשגגה שהרי אף האוכל תרומה שעדיין לא בא ליד כהן ג"כ מחויב קרן וחומש כמבואר פ' ז' דתרומות משנה ב' וגם בשאר מקומות וכיון שאין בכלל שם גניבה או גזילה יש לדון ביה כפי הכלל בכ"מ דהיכא דאיכא ממון ומלקות מילקי לקי ממונא לא משלם לכך אף היכא ששגג בתרומה מ"מ כיון שהזיד בחמץ מחייב מלקות מצד איסור חמץ ופטור מתשלומי התרומה אמנם אי הוה סברינן דחמץ בפסח מותר בהנאה והיתה התרומת חמץ בר דמים כשיעור שווי' להסקה כעצים וממילא היה לענין זה דין גניבה או גזילה דהא אף שנתחמץ ביד כהן היה בעל התרומה יכול להנות בה בהסקה ומחויב תשלומי דמי הגניבה והיה אפשר למיפטר מחמת מלקות דאכילת חמץ כנ"ל ולכך הוצרך הרמב"ם לבאר שלכך פטור מדמי עצים משום שאסור בהנאה ומיושב הקושיות הנ"ל שהקשיתי בדברי הרמב"ם בפי' המשניות הנ"ל.

ועפ"ז יש ליישב מה שקשה לכאורה בסוגיא דזר האוכל תרומה כתובות דף למ"ד עמוד ב' ובדברי הרמב"ם הל' גניבה ובהלכות תרומות ואקדים לשון הגמ' שם בכתובות מאי איכא בין רבא לאביי איכא בינייהו זר שאכל תרומה לאביי פטור ולרבא חייב לאביי פטור והאמר רב חסדא מודה רנבה"ק בגונב חלבו של חבירו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שבא לידי איסור חלב אלמא דמעידנא דאגבי' קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכלו הכא נמי בעידנא דאגביה קני' מתחייב בנפשו לא הוה עד דאכיל ליה עכ"ל וקשה לכאורה למה הוצרך רב חסדא לומר דמודה רנבה"ק הלא היה יכול לומר סברתו הנ"ל דמעידנא דאגביה קני' גם לפי ההלכתא דלא כרנבה"ק מ"מ היכא דאכל חלב והתרו בו למלקות המלקות פוטרו מתשלומין משום דכבר נתחייב בגניבה

מעידנא דאגביה כנ"ל אבל לפי מה שכתבתי לעיל דבגניבה אין מלקות פוטרת מחיוב התשלומין כ"א כרת אליבא דרנבה"ק א"ש שהוצרך ר"ח להעמיד דבריו אליבא דרנבה"ק דוקא ומיושב בזה גם מה שקשה לכאורה בדברי הרמב"ם הלכות גניבה פ' ב' דין ד' שכתב בזה"ל הגונב טבלו של חבירו ואכלו משלם לו דמי טבלו וכן אם גנב חלבו ואכלו משלם דמי חלבו ע"כ למה לא הזכיר כלל שהוא מטעם כיון דאגביה קני' כדי להשמיע שאם לא קנה הגניבה קודם אכילה כגון דגחין ואכלו או נתחב לו בבית הבליעה שפטור מתשלומין ובפ' ג' דין ב' גבי הגונב כיס בשבת ביאר להדי' החילוק בין אם היתה הגבהות הגניבה קודם שעשה איסור שבת או לא אבל לפי דברי הנ"ל הכל ישר ופשוט דר"ח לא הוצרך לסברתו משום דמעידנא דאגבייהו קני' רק אליבא דרנבה"ק דכרת פוטרת מתשלומין ויש לפטור גם בגניבה וגזילה דלא מצינן דגלי בי' קרא לשלם דמי הגניבה וגזילה רק אי ליכא כ"א מלקות אז אמרה פורה שישלם ולא ילקה על לאו דגזילה וגניבה וכיון דגלי דנין כן גם כשיש לחייב מלקות מצד איסור אחר שהי' במעשה הגניבה משא"כ כשיש כרת ולדעת רנב"ה דכרת כמיתה אבל לדידן וכשיטות הרמב"ם דפסקינן כרבנן דפליגי על רנב"ה ואין לפטור כלל מצד הכרת רק מצד מלקות בזה אף בלא טעמא של ר"ח הנ"ל יש לחייב בתשלומין הגנב והגזלן דגלי בהו קרא שאין המלקות פוטרת מתשלומין לכך השמיט הרמב"ם טעמו של ר"ח בדין גונב טבל או חלב ואכלו רק בגונב כיס בשבת דשם הוא חייב מיתה יש חילוק גם בגניבה בין אם כבר נתחייב בגניבה קודם שבא לידי איסור סקילה או לא והשתא דאתינן להכי י"ל גם מה שמקשה בס' הפלאה על הגמרא הנ"ל לימא מעידנא דאגביה קני' כו' הא י"ל שמיירי בתרומה שעדיין לא בא לידי כהן דכיון שעדיין ברשותו לא שייך לומר מדאגבי' קני' כסברת הראב"ד בפ"י מהלכות מעילה דכל אדם שהקדש שלו תחת ידו הרי הוא כגזבר ולא מעל אע"ג דנתכוון לגזול עד שיוציאו מתחת ידו כו' יעו"ש הן אמת שיש לדחות קושייתו דלפי סברת התוס' בחגיגה דף י"א ד"ה בגזבר כו' יעו"ש י"ל דסברת הראב"ד אינו רק לגבי הקדש דשייך בי' כל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא משא"כ בתרומה ויעוין באס"ז שמפלפל קצת בזה אבל לפי דברי הנ"ל בלא"ה א"ש דלכאורה קשה למה אמר בגמ' סתם זר שאכל תרומה לרבא חייב הא גם לרבא יש למיפטר היכא דאכל במזיד ובהתראה מצד המלקות שיש באכילת תרומה אף אם סובר רבא דחייבי מלקות שוגגין פטורין מן תשלומין ועם כל זה יש חיוב תשלומין בכל אוכל תרומה בשוגג א לנו ללמוד מזה רק דחייבי מלקות שוגגין אין פוטרן בתרומה כשאוכל בשגגה משא"כ במזיד דלא אמרינן כיון דגלי בשוגג ה"ה במזיד ובפרט לפי האמת דמסקי התוס' דתשלומים בתרומה בשוגג הוא לכפרה דז"א

אלא בשוגג גמור שיש בו קרן וחומש וכן מפורש מדברי התוס' ד"ה זר שאכל תרומה וביש"ש יבמות פ"י אבל לפי דברי הראשונים באמת יש חיוב בתשלומי גניבה אף היכא שיש חיובא מלקות ואין לפטור רק היכא שיש כרת ולדברי רנב"ה ולאביי דמיתה בידי שמים פוטר לרנב"ה כמו כרת פטור זר שאכל תרומה במזיד אבל לרבא דמיתה בידי שמים אינו פוטרת לרנב"ה שפיר יש לחייב זר האוכל תרומת כהן דרך גניבה או גזילה מתשלומי דמים אף שאוכל במזיד ובהתראה דחיוב מלקות אינו פוטר מתשלומי גניבה כנ"ל:

אמנם כל זה אינו רק היכא שהתרומה כבר בא ליד כהן ובא זר ואכלה דרך גניבה או גזילה אבל כשעדיין לא בא ליד כהן דאין על האכילה שם גניבה דהא ממון שאין לו תובעים היא שעדיין לא זכה בה כהן ומה שחייב בתשלומין הוא מטעם שאבאר אח"כ ולא דמי לדין גניבה וממילא בכה"ג יש לפטור מחיוב תשלומין היכא שיש לחייב מלקות דלא מצינו דגלי קרא לחייב תשלומין אלא בגניבה או גזילה וא"כ האוכל במזיד ובהתראה תרומה ועדיין לא בא ליד כהן גם לרבא מיפטר מתשלומין דמלקות פוטרת ואפשר לצדד עוד לפי שיטת האומרים דרבא סובר חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין דגם באוכל תרומה במזיד בלא התראה פטור מתשלומין כי לא גלי קרא בתרומה חיוב תשלומין כ"א בשוגג גמור שניתן לכפרה משא"כ במזיד בלא התראה וא"כ ליכא נפקותא בין אביי ורבא כ"א בזר האוכל תרומה שכבר בא ליד כהן וישראל אכלו בדרך גניבה או גזילה דבכה"ג אין חיוב המלקות פוטר מתשלומין וליכא למיפטר כ"א לרנב"ה מצד חיוב מיתה בידי שמים אי לרנבה"ק גם מיתה בידי שמים פוטר כמו כרת. וכיון שמוכח שהנפקא מינה בין אביי ורבא אינו אלא בזר שאכל תרומה שכבר בא ליד כהן א"ש קושי' הגמרא מדברי ר"ח בגונב חלבו ה"נ נימא מעידנא דאגבי' קני' ודע שברמב"ם הלכות תרומות פרק ששי דין וי"ו כתב בזה"ל זר שאכל תרומה בזדון בין שאכל תרומה טמאה ובין שאכל תרומה טהורה חייב מיתה בידי שמים שנאמר ומתו בו כי יחללוהו ואינו משלם דמי מה שאכל שאינו לוקה ומשלם כו' וכתב ע"ז המל"מ תמהני בדין זה מהא דאמרינן ר"פ אלו נערות דף ל"א מאי איכא בין רבא לאביי איכא בינייהו זר שאכל תרומה ומוכח התם דלא מיפטר מתשלומין אלא כשתחב לו בבית הבליעה כו' עכ"ל והנה לפי דברי הנ"ל לפי שיטת הרמב"ם אין מלקות פוטרת מתשצומין בגניבה וגזילה מוכרח לומר שמה שכתב הרמב"ם זר שאכל תרומה בזדון פטור מן התשלומין מיירי בתרומה שעדיין לא הגיע ליד כהן שאינו בכלל גניבה ובתרומה כזו לא שייך מדאגבי' קני' ולכך סתם הרמב"ם שפטור מתשלומין ומיושב קושי' המל"מ הנ"ל:

והנה מש"כ דבאוכל תרומה במזיד אף כשעדיין לא הגיע ליד כהן יש חיוב תשלומי' מצאתי מבואר באס"ז בסוגיא הנ"ל ובפ"י כאן בפסחים נמי מוכח כן אבל בס' הצל"ח והפלאה השיגו עליו ודעתם קודם שהגיע ליד כהן ליכא חיוב ממון על הזר שאכלו במזיד משום דממון שאין לו תובעים הוא ומקור דין זה הוא מדברי הגמ' דחולין דף ק"ל ע"ב יעו"ש ולכאורה י"ל דאתי שפיר דברי האס"ז והפ"י הנ"ל בשיטת הרמב"ם בהקדם ל' הר"ן לאלפסי שם בחולין התחלת פרק הזרוע והלחיים שפי' על תי' הגמ' ואב"א משום דהוה לי' ממון שאין לו תובעים ותמהני א"כ מאי ארי' מזיק אפילו כי איתנייהו בעינייהו נמי אין להם תובעים ומשמע לי דה"ק כיון דמתנות כהונה ממון שאין לו תובעים הוא נהי דכי איתניהו בעינייהו מחייב משום מצוה כי ליתנייהו בעינייהו אין כאן מצוה ולא דין ממון הלכך פטור עכ"ל ויעוין בהרמב"ם פ"י מהלכות תרומות דין י"ח שמבואר מדבריו שם דקרא דונתן לכהן את הקודש קאי גם על האוכל תרומה במזיד שצריך האוכל ליתן חולין מתוקנים ויעו"ש במל"מ שהאריך בזה ולפי מסקנת דבריו בשיטת הרמב"ם ליכא חילוק בין אוכל תרומה בשוגג למזיד כ"א בדינים המפורשים היינו דבאכילת שוגג יש חומש ואין הכהן יכול למחול והתשלומין נעשין תרומה משא"כ במזיד עכ"פ דעת הרמב"ם דונתן לכהן את הקודש קאי גם על האוכל תרומה במזיד וממילא יש לומר דכמו שיש חיוב התשלומין באכילת תרומה בשוגג אף כשעדיין לא הגיע ליד כהן כמו שמפורש במשנה ב' פ"ו דתרומות כמו כן יש חיוב תשלומין באכילה כזו גם באכילה מזיד בלא התראה דליכא מלקות לפוטרו מתשלומין ואף דאין לו תובעים מכ"מ רמי' התורה חיוב תשלומין על האוכל ליתן לכהן פירות מתוקנים כפי הקודש שאכל ודין ממון שאין לו תובעים לא נאמר רק במזיק שאר מתנות כהונה אבל לא בתרומה דחיוב תשלומין גבה שיתן לכהן הוא כעין חיוב נתינות התרומה עצמה כשהוא בעינא דהיכא שיש מצות נתינה לא שייך סברא דממון שאין לו תובעים כמו שכתב הר"ן שהבאתי לעיל:

ולכאורה יש להקשות לפי דברי הנ"ל דבתרומה שלא בא ליד כהן אף שיש בו חיוב תשלומין גם במזיד לשיטת הרמב"ם הנ"ל מכ"מ כיון דאין שם גניבה או גזילה עליו יש ליפטר מתשלומין אם יש חיוב מלקות וא"כ למה הוצרך הגמרא לומר דמתניתין כרנב"ה לוקמא מתניתין בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן ובמזיד פטור משום מלקות דחמץ וכדברי פי' המשניות לרמב"ם וצ"ל כפי שכתב הפ"י ביישוב קושייתו על דברי הגמ' חמץ בפסח בר דמים הוא דדלמא מיירי מתניתין שעדיין לא בא ליד כהן ומתניתין כר' יהושיע ס"ל בפ' אלו עוברין דף מ"ו גבי חלה דבכה"ג אמר לא זהו חמץ שמוזהרין

עליו כו' יעו"ש שמתרץ דניחא לי' לאוקמא מתניתין במילתא דפסיקא דאפילו בתרומה שבא ליד כהן איירי:

גם י"ל כיון דמתניתין סתמא קתני במזיד פטור משמע אף בלא התראה ולפי ההלכתא כר' יוחנן אין חייבי מלקות פטורין מתשלומין כ"א במזיד והתראה ולכך מוקי הגמ' דריה"ג כרנב"ה ס"ג דחייבי כריתות פוטרין מתשלומין ועל דרך זה נ"ל לחדש דבר בהקדם דברי תוס' בד"ה ולאביי שכתבו ה"נ הוי מצי לאקשויי אמתניתין דכל שעה דקתני פטור מן תשלומין לפי מה דמוקמינן לי' כרנב"ה ע"כ ואני החזקתי קושי' התוס' שהתירוצים על הקושי' מעידנא דאגבי' קני שמתרץ הגמ' כאן בכתובות ל"א שייכים שם בסוגיא דפסחים דתני במתניתין במזיד פטור מן התשלומין ומדמי עצים א"כ ע"כ לא איירי במשקין ונדח' תירוץ של ר"פ וגם תירוץ הראשון בתחב לו חבירו כ' לפי המסקנא דמיירי בתחב לו בבית הבליעה דלא מצי לאהדורי כ"א ע"י הדחק דא"נ אהדרה מימאסה לא שייך לענין דמי עצים וכמבואר ומפורש ביומא דף פ"א ע"א אמר ר' שיזבי אמר ר' יוחנן זר שבלע שיזפין של תרומה והקיאן ואכלן אחר ראשון משלם קרן וחומש שני אין משלם לראשון אלא דמי עצים בלבד ומפרש רש"י משום שאינן ראויות עוד אלא להסקה הרי אף דנמאס בבליעה מכ"מ ראויות להסקה א"כ גם בתחב לו חבירו עד מקום דלא יכול לאהדורה כ"א ע"י הדחק יכולין לחייבו בדמי עצים אם יש בו ש"פ ומאי דקאמר הגמ' בכתובות דלאביי פטור ע"כ מיירי דלית בתרומה זו ש"פ לצורך הסקה ולכך ליכא דמי עצים כ"א הנאת גרונו ומעיו ומזה מיפטר מחמת עונש המיתה בידי שמים שיש באכילת תרומה אבל במשנה דפסחים תני בה להדיא פטור מדמי עצים ע"כ מיירי אף בגוונא היכא ששו' התרומה ממון לצורך הסקה וא"כ קשה למה פטור מזה דהא מיד בשעת התחיבה לפיו במקום שהיה יכול לאהדורה ע"י הדחק דאף דאימאיס מאכילה מכ"מ נשאר עדיין ראוי להסקה ובאותו עת עדיין לא היה חיוב מיתה דתרומה וחיוב כרת שאין באין רק בעת הבליעה במקום דלא מצי לאהדורה וכמבואר בסוגיא דכתובות הנ"ל וביותר מובן הכל מתוך דברי אס"ז שם וא"כ נשאר קשה לפי האמת על האוקמתא דריה"ג כרנב"ה ס"ל דאמאי פטור מדמי עצים נימא דכבר נתחייב בזה קודם שבא לידי איסור תרומה וחמץ ולתרץ הקושי' זו אקדים קושי' אשר רמזתי כבר לעיל דלפי שיטו' האומרי' דלרבא שס"ל דף ל"ה דאתי' מכה מכה גם חייבי מלקות שוגגין פטורין ויעוין שכ' כן גם הקצות החושן בסי' ל"ח קשה האיך אמר בגמרא איכא בינייהו זר שאכל תרומה לרבא חייב אמאי חייב האוכל תרומה במזיד אף דלרבא גם לרנב"ה אין מיתה בידי שמים פוטרת מ"מ לפטור מתשלומין מצד מלקות שיש בזר האוכל תרומה במזיד

כדאיתא ברמב"ם פ' י"ט מהלכות סנהדרין גם בהלכות תרומות [יעוין בסנהדרין דף פ"ג ע"ב] ואף שלא התרו בו למלקות ליפטר מטעם חייבי מלקות שוגגין ומהא דחייב' התורה קרן וחומש בזר האוכל תרומה בשגגה ליכא למילף דחייבי מלקות שוגגין לא פטרי' מחיוב תשלומי תרומה די"ל כמו שכתב התוס' שם בכתובות בד"ה זר שאכל תרומה דתשלומי קרן וחומש באכילת תרומה בשוגג משום כפרה ולא ממון כו' יעו"ש ממילא פשוט לומר היכא שאכל תרומה במזיד אף בלא התראה פטור מהתשלומין דחייבי מלקות שוגגין פטורים מהתשלומין שאינם לכפרה וא"כ מאי איכא בין רבא לאביי ויעוין בירושלמי רפ"ד דתרומות שמקשה שם לר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין אמאי חייב זר האוכל תרומה במזיד ולחד שנוי' מוקמי מתניתין דזר שאכל תרומה במזיד כר' מאיר שסובר לוקה ומשלם גם קשה קושיית המפרשים דאמאי פריך הגמ' ה"נ מעידנא דאגבי' קני' דלמא מיירי בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן ויעוין באס"ז שמביא להדיא בשם רבינו אפרים בריש פרק ז' דתרומות האוכל תרומה מזיד משלם קרן מיירי בתרומה שלא בא ליד כהן וכן מוכח מדברי הרמב"ם בפי' המשניות שם על דברי המשנה אם רצה הכהן למחול מוחל וכ' הרמב"ם בזה"ל לפי שמזיד היפך השוגג בכל הדינים וזכה בו אחר מן הכהנים ונותנים לו כי מותר לו כו' כוונתו דמיירי בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן וכשרוצה הישראל להיפטר מהתשלומין ע"י מחילה מהכהן צריך הישראל תחילה לזכות לכהן התשלומין ואח"כ נותנם לו לכהן דכ"ז שלא זכה הכהן בתשלומין האיך יכול ליתנם לישראל דהא אין לו חוב אצל הישראל אחרי שהתרומה שאכל הישראל לא בא מעולם לידו ומי מהכהנים יהי' כבעל דבר להיות נוגש לומר אני מוחל לכך מצריך הרמב"ם שישראל יזכה תחילה לאחד מהכהנים תשלומי התרומה שאכל ואח"כ ביד הכהן ליתנם לישראל עכ"פ נראה להדיא דגם בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן אם אכלו ישראל במזיד יש חיוב תשלומין ושפיר י"ל דזר שאכל תרומה מיירי בתרומה שלא הגיע ליד כהן דשם גניבה וגזילה לא שייך בה וליכא לחיובא מעידנא דאגבי' וא"כ מאי מקשה הגמ' ה"נ מעידנא דאגביי' קני':

וכדי לישב שלשה קושי' הנ"ל אקדים מה שכתוב בתוס' ישנים במס' יומא הנ"ל תימא לר' דהכא משמע כשהקיאן ביטלן ולא חזי למיכל כלל אלא כמו עצים בעלמא הוי ואלו בחולין אמרינן דאכל חצי זית והקיאו וחזר ובלעו דחייב ותי' הר"ר חיים כהן דהכא מיירי בתרומה שנתחללה באכילת הראשון ונפקא לי' מתורת תרומה כדאמרינן פרק קמא דכריתות כהן שסך שמן של תרומה בן בתו ישראל מתעגל בו דכתיב ומתו בו כי יחללוהו פרט לזו שמחוללת כו' ע"כ והנה בכל אכילה יש הנאת גרון והנאת מעיו דהיינו

מילוי כרס כפי' רש"י בחולין דף ק"ג ע"ב ויעו"ש שר"י סובר דחייבים על הנאת גרון אמנם י"ל דר"מ מודה דגם באכילת מעיו יש איסור אכילה ובכל אכילת איסור העונש שעליו הוא על הנאת גרון וגם על הנאת מעיו ולכך פוטר עונש זה מחיוב ממון בעד הנאת הגרון ובעד הנאות המעיים ודמי למדליק גדיש בשבת שפטור מן התשלומין ומקשה בירושלמי כתובות פ"ג דנימא דעל שבולת הראשון נתחייב כבר מיתה ועל שאר שבולת שנשרפו ע"י יחיוב בתשלומין ומתרץ הירושלמי דעל כל שבולת ושבולת יש חיוב מיתה ולכך פטור מהתשלומין כמו כן י"ל גבי אכילת איסור שאף לר' יוחנן יש חיוב מיתה או מלקות בבליעה מצד הנאות הגרון מכ"מ אין לחייב בעד הנאת המעיים משום דגם במילוי הכרס והנאת המעיים חייב ג"כ עונש זה אמנם כל זה בכל איסורין אבל בתרומה שהוא מחוללת באכילתה וע"י הבליעה נעשית כחולין גמורין וממילא אי אפשר לומר שיהי' שם עונש איסור תרומה על מילוי כרס ממנה דכשבאה לכרס פקע ממנה קדושת תרומה ונעשה חולין א"כ קשה דאף לאבי אליבא דרנב"ה דמיתה בי"ש פוטר מתשלומין ולכך אינו חייב זר האוכל תרומה במזיד הא תינח הנאות הגרון שהוא בעת הבליעה בעוד לא נתחללה התרומה אבל אכתי יהי' מחויב לשלם הנאות מעיו מן אותה התרומה שנתחללה ונפקע ממנה איסור התרומה וליכא שום עונש על הנאות מעיו שהוא אחר שכבר נתחללה התרומה. וא"ל כיון שכבר היתה התרומה בלועה בעומק הגרון ולא מצי לאהדורה אף ע"י הדחק הוה כאבודה ולכך אי אפשר לחייב על הנאות המעיים הבא אחר זה וכדברי הפוס' בד"ה ואי לא מצי לאהדורה ז"א דסברת התוס' אינו אלא היכא שתחב לו חבירו במקום דלא אפשר למיהדר הרי לא נעשית הגזילה רק ע"י חבירו ובגמר הבליעה לא הזיק כלל כי כבר היה האוכל כאבוד מן העולם ע"י הגזלן שעשה מעשה התחיבה ולכך אין לחייב את השני כלום אעפ"י שנהנה בגמר הבליעה אבל היכא שהתחיבה לא היה רק במקום דהי' יכול לאהדורה ע"י הדחק והוי כחסר קצת במה דלא אהדרה אז ובהצטרף לזה הנאה הבא אח"כ יש לחייב על הנאה דהוא בעצמו נחשב כגזלן או מזיק מה דלא אהדרי' ולא הוה בכלל זה נהנה וזה לא חסר כדברי התוס' בד"ה ולא צריכא כו' יעו"ש וא"כ אף דהנאת הגרון כאלו אינו מצד עונש מיתה הפוטרת מ"מ יש לחייב על הנאות מעיו שאין בו איסור תרומה כנ"ל הן אמת שיש לדחות ולומר שאף שהוא גזלה במאי דלא אהדרה תחילה והוא אבדה מן העולם בגמר בליעתה. מ"מ כיון שעל אותה הבליעה בעומק גרונו מחויב מיתה שאין לחייבו על הנאות מעיו הבא אח"כ בעת שכבר היתה אבודה ע"י מעשה שחייב עליו מיתה בי"ש אבל אכתי לא ברירא לי להחליט הסברא כך ובלא"ה יש עכ"פ מקום לדברי הנ"ל הראשונים לשיטת רש"י שלא

נחס לסברא הר"י שבתוס' דהיכא שהוא כבר כאבודה ליכא חיוב תשלומין שיעור מה שנהנה אמנם לפי דברי הש"ך בח"מ סי' שנ"א סק"א שעל דברי המחבר שם יש גנב שפטור מלשלם כגון הגונב כיס בשבת כו' אבל אם אבדו אח"כ חייב כו' כתב הש"ך בזה"ל צ"ע מנ"ל הא ובטור ליתא כן אלא גבי מחתרת משום דמיד שיוצא ממחסרת תו לא מחייב מיתה אבל הכא י"ל כיון דעדיין עומד בחיוב, מיתה דשבת פטור כשאבדו אח"כ ע"כ וכדברי הש"ך הוא בדרישה סי' הנ"ל לדעת רבינו ישעי' שמובא בטור שם וזה לשון הדרישה והר"ר ישעי' כתב דאינו נפטר כו' ובההוא שעתא לא חיוב מיתה איכא מדקאמר דבההיא שעתא כו' נראה להוכיח דווקא הכא מחויב משום דמיד שיוצא מן המחתרת מיד אזלה לחיוב מיתה דאסור להרגו כ"א בעודו במחתרת ולא שייך קים לי' בדרבה מיני' אבל לעיל גבי גונב כים בשבת ג"כ מודה דפטור דשם חיוב מיתה של איסור שבת לא אזיל לי' א"כ אף שאבדם אח"כ משבאו לרשותו פטור מלשלם דקלב"מ ולהכי לא כתב רבינו לדברי רבינו ישעי' לעיל גבי כיס עכ"ל וידוע דמה שמחתרת פוטר הגנב מתשלומין אף דלא אתי' לכלל מיתה הוא משום דהוה חייבי מיתות שוגגין כמ"ש רש"י בסנדרין דף ע"ב מעתה לפי דברי הש"ך והדרישה הנ"ל בשיטת רבינו ישעי' אף דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין כמו חייבי מיתות גמורין מ"מ יש חילוק ביניהם דהיכי דמתחייב מיתה במעשה הגניבה פטור מלשלם אף שמאבד אח"כ בידים כיון שעדיין עונש המיתה עליו פטור כשאבדו משא"כ בחייבי מיתות שוגגין דלא מיפטר על מה שעשה אח"כ באותו גניבה לרנב"ה דמחויבי מיתות בידי שמים פוטרת כמו מיתת ב"ד כשיש חיוב מיתה בי"ש בתחילת הגניבה פטור גם על מה שעשה אח"כ באותו הגניבה דהא עודנו עומד הוא בחיוב מיתה בי"ש וכיון שכן א"ש דלאביי אליבא דרנב"ה זר האוכל תרומה במזיד שיש עליו חיוב מיתה בי"ש פטור אף מהנאות מעיו דהא גם באותו שעה עליו חיוב מיתה שנתחייב על הנאות הגרון אבל לרבא אליבא דרנב"ה דאין מיתה בי"ש פוטרת אף אי איכא למיפטר זר האוכל תרומה במזיד בלא התראה מדין חיוב מלקות שוגגין מ"מ כיון שבאמת אין עליו עונש מלקות דהא לא הותרה יש לחייבו על ההנאה הבאה אח"כ דהיינו הנאות מעיים כנ"ל דאז פקע כבר איסור תרומה ממנו ושפיר איכא בינייהו בין אביי לרבא דלרבא חייב לשלם הנאת מעיו אמנם אף דמבואר מדברי הרמב"ם הנ"ל דיש חיוב תשלומין באכילת תרומה במזיד שעדיין לא בא ליד כהן ושאני מזה דין תרומה מדין שאר מתנות כהונה דמשאכלם או הזיקן פטור מלשלם משום דהוי ממון שאין לו תובעים ונ"ל לסברא פשוטה דאם התרומה שעדיין לא בא ליד כהן שאכלה והקיאה ששוה להיות כחולין ואם אכלם אדם או הזיקן ואיבדם שאין

לו על זה חיוב תשלומין דהא ממון שאין לו תובעים הוא ושם תרומה אין עליו א"כ לא משכחת שיהי' לרבא חיוב תשלומין על הנאות מעיו כ"א תרומה שכבר בא ליד כהן ואף כשנתחללה ודינה כחולין הוא של כהן והנהנה בה חייב לשלם דמי הנאתו לכהן וממון שיש לו תובעים הוא וכיון שהוכחנו שהנ"מ בין אביי לרבא אינו אלא באכילת תרומה שכבר זכה בה הכהן א"ש קושי' הגמרא ה"נ לימא מעידנא דאגבי' קני' ומיושב קושי' הגמרא הנ"ל של המפרשים וממילא מיושב גם קושי' הראשונה של האוקמתא דר"י הגלילי כרנב"ה א"ל דאמאי פטור לימא מדאגבי' קני' כו' כנ"ל די"ל דמיירי שם בפסחים בתרומה שלא בא ליד כהן ובמזיד בלא התרו בו ליכא לאפטורי מצד מלקות ותו דחייבי מלקות שוגגין חייבין ולכך הוצרך הגמרא לומר דריה"ג כרנב"ה ס"ל דכרת או מיתה בי"ש פוטר מהנאות גרונו ואצ"ל דפוטר גם מהנאות מעיו שמלבד המיתה בי"ש שעדיין עליו אז בשעת הנאת מעיו בלא"ה ליכא לחייבו כיון דכבר נתחללה התרומה ושוה לחולין דינה כדין כל ממון שאין לו תובעים נוסף לזה דאם הזיד בחמץ יש חיוב כרת דחמץ גם על הנאות מעיו:

אמנם לשיטת הרמב"ן ושאר פוסקים בסוגיא דמחתרת שסוברים דאף בחייבי מיתות ב"ד דהיינו בגונב כיס בשבת אם מאבד הגניבה בידים אח"כ מחויב לשלם אף שעדיין עליו חיוב מיתות ב"ד שנתחייב בשעת הגניבה ודלא כדעת ר' ישעי' הנ"ל אין מקום לדברי הנ"ל ויש להתחזק הקושי' שהקשיתי דבזר האוכל תרומה שיהיה חיוב על הנאות מעיו דאף דנתחייב מיתה בעת הנאות הגרון מ"מ לא קנה לאותה תרומה שתהי' כשלו וכדברי רבא בסוגיא דמחתרת דלא אמרינן דבדמים קוניהו ואפשר לומר כיון דבשעת הבליעה במקום דלא מצי לאהדורה דאז חיוב המיתה (כאשר ביאר באריכות בס' אסיפת זקנים) נעשה מיואש אצל הבעלים וקנה אותו האוכל ביאוש לכך פטור מלשלם דמי הנאות מעיו ואף שנגזל אינו מתייאש אלא מגופו ולא מדמי' מ"מ אי אפשר לחייב הכא בדמים דהא היאוש הוא בעת שאוכל מתחייב מיתה דקלב"מ וליכא אז חיוב דמים דהתרומה נקנית לי' אז ביאוש ותו ליכא לחיובא על הנאות מעיו דהא כבר נעשה שלו דקנאה ביאוש ז"א דהא נראה מסוגיא דיאוש בב"ק דף ס"ו וס"ז דאביי ורבא ס"ל דיאוש לא קני בגזילה לגבי גזלן דהיכא דתחב לו חבירו במקום דהי' יכול לאהדורה ע"י הדחק הוה השני כגזלן ואינו קונה ביאוש אם לא שנאמר דיאוש כי האי שאבודה מן הנגזל ומן כל העולם קני' אף בגזילה ואם נאמר דמדאגבי' קני' שייכא אף בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן היה אפשר לומר דנ"מ דכאן בזר האוכל תרומה מיירי בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן וליכא לחייב בי' מצד הנאות מעיו משום דכבר נתחללה כחולין וממון שאין לו

תובעים היא והנ"מ בין אביי ורבא אינו אלא לענין חיוב הנאות גרונו אמנם לפ"ז צריכין לומר דרבא סובר חייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין ודלא כמ"ש קצות החושן הנ"ל ולקחן אוסיף ידי בעזה"י עוד בענין זה:

והנה אם נאמר דלר' יוחנן שסובר באיסורי מאכלות החיוב משום הנאות גרון ליכא חיוב על הנאות מעיו כ"א על הנאות גרון שזה עיקר הנאות אכילה לדעתו לכך בעירוב דבר מר עם איסור אין שום חיוב על אכילתו אף בשיש הנאות מעיו במילוי הכרס מ"מ כיון שלא נהנה גרונו לא מחייב כמפו' ברמב"ם בהל' יסה"ת ומאכלות אסורות פ' י"ד היה מקום ליישב דברי הרמב"ם פי' המשניות על משנה דתרומת חמץ שהבאתי לעיל באופן אחר שאף שהקדים הרמב"ם שפטור מתשלומי התרומה מצד חיוב מלקות על אכילת החמץ מ"מ היה אפשר לומר דאכתי נתחייב אדמי עצים דהא לפי דברי הגמ' ביומא שהבאתי לעיל בדין בלע שיזפין והקיאן שמחויב השני לשלם דמי עצים דאף אחר שכבר נאכל מיקרי חזי להסקה כמו כן י"ל באוכל תרומת חמץ דמיפטר על הנאות גרונו מצד חיוב מלקות מ"מ יהיה חיוב דמי עצים כי בא לתוך מעיו שאז ליכא חיוב על אכילת חמץ וליכא מלקות לפוטרו מדמי שוי' של התרומה אז ואף דלא מצי לאהדורה כיון שהוא הגזלן יש לחייבו כנ"ל גם בכה"ג לכך הוצרך הרמב"ם לומר דהפטור מדמי עצים הוא משום דחמץ אסור בהנאה ולא הי' לו דמים כלל ביד הנגזל אבל לפי אוקמתא בגמרא כריה"ג דחמץ בפסח מותר בהנאה לא הוה לפוטרו מדמי עצים לכך הוצרך הגמ' לומר כריה"ג וכרנב"ה ס"ל דכרת או מיתה בי"ש פוטרת מתשלומין כמו מיתות ב"ד ושייך בי' בדמים קוניהו לענין זה שיהיה פטור אף אם מאבדו בידים אחר שנתחייב מיתה על אותו גניבה כמבואר בבעל המאור בסוגיא דמחתרת ולכך במגרר ויוצא באיסור סקילה דשבת אף דשדי בעצמו הכיס לנהר רחוק ממקום הוצאה מ"מ פטור וכן דעת רש"י שם בסנהדרין ודעת התוס' בד"ה מסתברא כו' ולפי דברי המ"מ בפרק ג' מהלכות גניבה דין ב' גם דעת הרמב"ם כן דאף לדברי רבא שחולק שם על רב מ"מ אמרינן דלענין זה קני החפץ בדמי נפשו שאם ישברנו או יאבדנו אח"כ שיהיה פטור ממילא כמו כן גם לרנב"ה בח"כ או מיתה בידי שמים שהוא כמיתת ב"ד ושייך בי' בדמים קוניהו משא"כ בחייבי מלקות ולכאורה יש להוכיח לשיטת הרמב"ם דעל אכילת מעיו ליכא חיוב אכילה דלפי ההלכתא כר' יוחנן דמיחייב על הנאות גרון דאל"כ קשה בכל איסורי מאכלות יהי' האוכל חייב שתי מלקות אחד משום הנאות גרון ואחד משום הנאות מעיו הן אמת שלפי דברי רש"י במכות דף כ' ע"ב ובתוס' ד"ה לא צריכא כו' א"א לחייב שתי מלקות על התראה ראשונה כשאין גופין מחולקין ויעו"ש בחידושי הריטב"א דשתיה אחת אפילו

כל היום בלא הפסק הוי כגוף אחד ואין לחייב אלא מלקות אחת ה"ה כאן באכילה אחת שיש בה תחלה הנאות גרונו ומיד אח"כ הנאות מעיו:

אמנם לפי דעת הרמב"ם שם במכות בפי' המשניות שכתב בשם הירושלמי וכשהתרו לו גם כן ואמרו לו זה שאתה שותה שיעורו כך וכך ועל כל שיעורו כך ממנו אתה חייב מלקות לוקה כפי השיעורין ע"כ ה"נ גבי אכילת איסור יכולין להתרות בו תחילת אכילה על אזהרת אכילה שיעבור בהנאות גרון ואח"כ בהנאות מעיו אלא ודאי כנ"ל דליכא חיוב על הנאות מעיו והשתא דאתינן להכי י"ל גם ראי' לשיטת הרמב"ם שסובר דאף דעל בשר בחלב דאיכא על איסור הנאה לאו מיוחד דג' לא תבשל כתוב ומהם אחד לאיסור אכילה ואחד לאיסור הנאה מ"מ ליכא מלקות על הנאות ותמהו האחרונים מנ"ל הא יש שרצו להביא ראי' מברייתא דהמבשל גיד הנשה ביו"ט בחלב ואכלו שלוקה חמש ואחד מהן על אכילת בשר בחלב ואם הי' חייב מלקות גם על ההנאה מהראוי שיהיה חייב שתים משום ב"ב משום אכילה ומשום הנאה והרבה מאחרונים דחו ראי' זו. וי"ל דאף דלוקין על הנאה מ"מ היכא שאוכל ב"ב דמילקי לקי על אותו אכילה תו אין לחייב עוד משום הנאת אותה אכילה משום איסור הנאה יעוין במל"מ ובשער המלך בהלכות יסודי התורה אמנם לדעתי אכתי קשה דלילקי תרתי חדא משום אכילה שהוא על הנאות הגרון ושנית על הנאות מעיו שהוא אחר אכילה הנ"ל ואין בה משום איסור אכילה רק משום איסור הנאה לחודי' דאף לפי שבארנו דלר' יוחנן ליכא חיוב איסור אכילה בהנאות מעיו מ"מ בוודאי הנאה חשיבא במילוי הכרס ושביעה אשר לו בזה ולשיטת הרמב"ם פי' המשניות הנ"ל יכולין להתרות בו בתחילת אכילה על אזהרת אכילה ועל אזהרת הנאה שיהיה עובר באותו אכילה כנ"ל דהיינו בבליעה בתוך הגרון עובר על איסור אכילה וכשיורד לתוך מעיו עובר על אזהרת הנאה ואף שהכל נעשה בלא הפסק מ"מ גורמת התראה זו חיוב ב' מלקות לדעת הרמב"ם דאף על שתים אחת בלא הפסק לקי מצד התראה אחת על כל שיעור ושיעור. אם התרו כן בפירוש וא"ל דשאני התם דהוי לאו אחד משא"כ הכא דצריך שתהי' ההתראה משום שני לאוין נפרדים לאו דאכילה ולאו דאה"נ ותכ"ד של התראה אינו מתחיל לעבור רק על לאו דאכילה זה אין סברא לחלק וראיה לזה מדברי הריטב"א יעו"ש מ"ש וכן במי שהיה לפניו איסורין הרבה והותרו עליו על כולם ואכלם כולם חייב על כל אחת ואחת כיון שהתחיל באחד מהם תוך כדי דיבור של התראה כו' יעו"ש ראייתו מקדושין על זה רק שמחלק בין גופין מחולקין ובין דבר שאין בו גופין מחולקין כמו שחי' אחת בלא הפסק וממילא לשיטת הרמב"ם שלא נחית לחלק כנ"ל ומחויב מלקות אף על שתי' אחת בלא הפסק על כל שיעור ושיעור אם

התרו כן בפירוש קודם התחלת שתי' מכ"ש שיש לחייב היכא שמתרין קודם התחלת אכילה על שני לאוין שיעבור באותו אכילה אחד בתחילתו כשיבלע בגרון והשני בסוף אכילה כשיבוא המאכל בתוך מעיו ומדלא מני בברייתא הנ"ל דהמבשל ג"ה בחלב כו' רק מלקות אחת על אכילת בשר בחלב היה להרמב"ם הוכחה מבוארת לשיטתו דעל איסור הנאה ליכא מלקות אף בב"ח ודו"ק:

ואין לחלק דשאני גבי שתי' שעושה מעשה בכל שיעור ושיעור ששותה משא"כ לענין הנאות מעיו דלפי המבואר באס"ז לכתובות בסוגיא הנ"ל דזר שאכל תרומה החיוב על אכילת איסור אינו נגמר אלא בבליעה במקום דלא יכול לאהדורה וכיון שכן מה שיורד אח"כ לתוך מעיו א"א להחשיב למעשה דהא לא יכול לאהדורה ואם נאמר דילקי ע"ז יצטרף להחשיב למעשה בהתחלת אכילה והוי רק מעשה אחת שגרמה עבירת אכילה בהנאת הגרון ועבירת הנאה בירידה להכרס והנחה בתוך מעיו ז"א דמה בכך דליכא רק מעשה אחת ולמה גרע מכל איסורין שחלין זה על זה באיסור כולל או מוסיף דלקי על כל חדא וחדא אף שבכללן לא הי' רק מעשה אחת ואכילה אחת:

ודע דבפסחים דף כ"ט בסוגיא דהאוכל חמץ של הקדש כתב הצל"ח דכמו גבי זר האוכל תרומה שהוצרך הגמרא לאוקמי כגון שתחב לו חבירו כו' כמו כן הוצרך לומר כאן גבי האוכל הקדש דאל"כ קשה הא מדאגבי' קני' ונתחייב בקרן אבל קשה דנימא דעל ידי הגבהת הראשון שמעל יצא ל כתב הצל"ח הנ"ל דמיירי שהיה התוחב לתוך פיו מזיד ושוב מסיק די"ל שהאוכל בעצמו הגביהו ובאמת נתחייב בקרן אבל בחומש לא נתחייב שעדיין לא יצא מרשות הקדש עד דאוכל ואז מתחייב בנפשו בכרת ופטור מחומש וכיון דליכא חומש ליכא קרבן כן תורף דברי הצל"ח ולכאורה קשה לאוקמתא דר' יוסף דפליגי בדבר הגורם לממון כו' ולמ"ד כממון דמי מעל משום שהי' אפשר להניח החמץ עד אחר הפסח הא כיון דאגבי' קני' להתחייב באחריותו ונעשה החמץ בזה כחמצו של ישראל שאסור בהנאה אף אחר הפסח ותו נא הוה חזיא כלל להקדש ולמה מעל באכילתו דהא כבר קודם שבא לידי אכילה נעשית כשלו לענין זה שיהיה אסור בהנאה גם לאחר הפסח כמבואר במ"א סי' ת"מ דחמץ של נכרי שקיבל עליו ישראל אחריות אם החזיר הישראל החמץ בפסח נשאר החמץ אסור בהנאה לעולם אמנם בדין זה יש פלוגתא בירושלמי כאשר מבואר בחק יעקב סימן הנ"ל זה לשון הירושלמי בפ' כל שעה דין ב' נכרי שהפקיד חמצו אצל ישראל ר' יונה מתיר ר' יוסי אוסר אמר ר' יונה חמצו של נכרי הוא ישראל שעבר עלי' ע"כ מעתה י"ל דלישנא אליבא דר' יוסף דפליגי בדבר הגורם לממון כו' סובר ר' יוסף כר' יונה הנ"ל דאין חמצו של נכרי שהיה באחריות ישראל אסור בהנאה

לאחר פסח כמו כן אין לאסור בהנאה חמץ של הקדש שהיה באחריות ישראל אף שעבר הישראל בב"י מ"מ לא קנסינן שיהיה מחמתו נאסר חמץ של הקדש אבל עדיין קשה לפי מה דאסיק בשאגת ארי' בסי' ע"ח דבחמץ של. אחרים שקיבל ישראל אחריות כשם דאיתרבי מלא ימצא שיהיה הישראל עובר עליו בלאו כמו כן ישנו בכלל חיוב מצות עשה דתשביתו ולא מהני להישראל כשמחזירו ומוציאו מרשותו כ"א שלא יעבור מאז והלאה בלאו דב"י אבל אכתי עליו חיוב השבתה מן העולם שכבר נתחייב בה כי הי' באחריות וא"כ לפי זה ג"כ בחמץ של החדש מיד דמדאגביהו וקנאה להתחייב בכל אחריותו כדין גזלן או גנב נעשית כשלו לעבור עליו בב"י ושיהיה מחויב בהשבתה מן העולם א"כ אין בידו להחזיר כלל לרשות הקדש שיושאר עד לאחה"פ דאף דבאותו השבה יתקן שלא יעבור מאז והלאה בב"י כי יצא מרשותו ושב לרשות הקדש מ"מ לא קיים מ"ע דהשבתה שכבר חלה עליו ואינה נפקעת ממנו אף בהוצאה מרשותו וא"כ מצד זה מונע מלהחזיר להקדש והוא מחויב ועומד לבער אותו חמץ בפסח וכיון דעל פי דין ליתא בחזרה למה חייב קרבן מעילה על אכילת אותו חמץ דהא אף אם לא היה אכלו לא היה בו דמים להקדש כי היה עומד חמץ זה להתבער מן העולם מיד אחר שהגביהו וקם ברשותו ונעשית כחמץ של ישראל כנ"ל ומפאת ק"ו זה צריכין לומר דלא כדברי השא"ר הנ"ל רק אף דילפינן מלא ימצא דיש אזהרת לאו דב"י גם בחמץ של אחרים שקבל עליו הישראל אחריות מ"מ מ"ע דהשבתה ליכא בחמץ כזה וכן נראה מסברא דאיך יהיה חיוב תורה להשבית חמץ של נכרי בע"כ של נכרי ולהפסיד ממונו של הנכרי מחמת שהישראל הגביהו לגזלו ונתחייב באחריות ומודינא דכל זמן שהוא ביד הישראל עובר עליו בב"י וגם עליו חיוב להשביתו כיון דכדידיה דמי מצד אחריות הוא בכלל תשביתו ואף דרבוי דלא ימצא לא נאמרה רק לענין הלאו מ"מ חל עליו חיוב ההשבתה ממילא כדי שלא יעבור בכל רגע ורגע על לאו בל יראה.

אמנם כשמחזיר להנכרי שמאז והלאה אין עליו עוד איסור דבל יראה ממילא אינו בחיוב השבתה וראוי שיהיה ביד הנכרי לכופו בדין ישראל שיחזיר לו חמץ שלו שבא ליד ישראל דרך גניבה וגזילה ומה"ת יהיה ביד ישראל להשבית מן העולם בע"כ דנכרי חמצו שהוא בעין וישנו בהשבה כדין כל גזל דניתק לעשה דהשבה כל זמן שהוא בעין ואין ביד הגזלן לסלק בדמים וראי' לדברינו אלה מדברי המ"א בסי' ת"מ סק"א שכתב בזה"ל ואפשר דאפי' בא הנכרי בפסח מותר להניח ליטלו דאומרין באיסורי הנאה הרי שלך לפניך כו' יעו"ש וקש' דהא מוטל על ישראל לבערו מן העולם כדין השבתה ואיך מותר לו להחזיר בתוך הפסח להנכרי אלא ודאי כדברי הנ"ל דחיוב הביעור שעל ישראל

בחמץ שאחריותו עליו אינו רק כל זמן שהוא ברשותו ועובר עליו בכל רגע בב"י אבל כשמחזירו לבעליו הנכרי מופקע מאו והלאה מאיסור דב"י ואין עליו עוד חיוב השבתה מעת שנפטר מהאחריות כי שב החמץ ליד בעליו הנכרי וא"כ גם בחמץ של הקדש כן ולכך למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי מעל האוכל דהפסיד באכילתו להקדש דאף מעידנא דאגבי' נעשית כחמצו לענין ב"י מ"מ היה בידו להחזיר להקדש וכשהיה נשאר עד לאחר פסח היה החמץ מותר דאף דר' שמעון קנסא קניס דכל חמץ של ישראל שעבר עליו הפסח יהיה אסור בהנאה מ"מ בכה"ג אינו אסור בהנאה וכדעת ר' יונה שבירושלמי הנ"ל שסובר דלא קנסינן לאסור חמצו של עכו"ם מחמת שהישראל עבר עליו בב"י כמו כן אין לאסור חמץ של הקדש מצד שהישראל שהגביהו עבר עליו בבל יראה.

אמנם לסברת ר' יונה אינה רק היכא דלא באו לאסור החמץ כ"א מדין קנס כה"ג הוא דאמרינן לקנוס את הנכרי מחמת עבירה שעשה הישראל וכן בהקדש כנ"ל אבל אם הי' מקום לומר שמחמת שנתחייב הישראל באחריות ונקרא שעה אחת תוך הפסח חמצו של ישראל יש בו איסור תורה לעולם דהיינו לר' יהודא שסובר דחמץ של ישראל אסור לעולם אף אם יהי' דעת ר' יוחנן דחמץ של נכרי אינו אסור מ"מ היכא שנעשה החמץ של נכרי לענין איסור כחמצו של ישראל בתוך הפסח מצד אחריות ורבצה עליו איסור חמץ של ישראל מהראוי שיושאר החמץ באיסור זה אף כשהוחזר תוך הפסח ליד העכו"ם ודינו ככל חמץ של ישראל שבא ליד נכרי וא"כ יש להקשות דמנ"ל להגמרא דהדר בי' ר' אחא בר יעקב מדבריו שאליבא דר' יהודא חמץ של הקדש ושל נכרי מותר בפסח הא אף אם נאמר דלא הדר בי' ראב"י מ"מ א"ש אוקמתא דילי' דפליגי בפלוגתא דר"י ור"ש דמ"ד מעל סובר כר"ש דחמץ לאחר פסח מותר מדאורייתא ואינו אסור רק מצד קנס ולכך אף אם הי' החמץ של הקדש באחריותו של האוכל מעידנא דאגבי'. מ"מ באם לא הי' אכלו והי' מחזירו להקדש תוך הפסח והי' נשאר תחת רשות ההקדש הי' מותר לאחר הפסח דאף שכבר נקרא על חמץ זה איסור חמץ של ישראל מצד אחריות שהי' על הישראל בחמץ זה מעידנא דאגבי' עד שהחזירה לרשות הקדש מכ"מ כיון שהקדש יכול להחזיק אותו חמץ כל ימי פסח ואין על הגזבר חיוב לבערו מן העולם ממילא חוזר אותו חמץ להיתר אכילה מיד כשעובר הפסח. דהא לר"ש כל חמץ שעבר עליו הפסח מותר מה"ת וקנס לא שייך בזה לכך מעל האוכל דהא הפסיד את ההקדש במה שאכל אותו החמץ ולא החזירו לרשות הקדש אבל לר"י דסובר חמץ ש"י שעבר עליו הפסח אסור מה"ת גם חמץ זה של הקדש הי' אסור אם הי' מחזירו להקדש אחרי שכבר נתחייב זה הישראל באחריותו מעידנא דאגבי' שמחמת זה חל על אותו חמץ איסור חמץ של ישראל ולא הי'

יוצא מאיסורו אף אם הי' מחזירו להקדש תוך פסח וממילא הי' באיסור עולם כדין כל חמץ של ישראל שאסור לעולם מה"ת לדעת ר"י ותו לא הפסיד את ההקדש במה שאכלו ולכך לא מעל באכילתו:

וכדי ליישב קושי' הנ"ל י"ל דאין צריכין כלל לדברי הצל"ח הנ"ל ושפיר משכחת אכילת חמץ של הקדש שלא הי' בו קני' ומשום חיוב בהגבהה כגון שסבר שהוא שלו ובכה"ג ליכא עליו שם גנב אי גזלן בשעת הגבהה וכעין זה כתב הפ"י לכתובות בסוגיא הנ"ל דזר שאכל תרומה על תוס' ד"ה לאביי פטור שכתבו ה"נ הוי מצי לאקשוי' אמתניתין דכל שעה עכ"ל וכתב הפ"י בזה"ל ולענ"ד י"ל דאמתניתין לא מצי לאקשוי' כיון דמתניתין איירי בשוגג א"כ איכא לאוקמי דמיירי שהוא שוגג בתרומה וכסבור שהוא חולין שלו וא"כ לא שייך לומר דקני' בהגבהתו כו' דהא לאו גזלן הוא כיון שהוא שוגג כו' משא"כ לאביי' דמיירי במזיד מקשה שפיר עכ"ל א"כ הכא במעילה דמיירי בשוגג לא קשה קושי' הצל"ח ואגב אכתוב לך שיש לפלפל בדברי הפ"י הנ"ל דלכאורה גם באוכל תרומה במזיד י"ל גוונא דלא שייך בי' כיון דאגבי' קני' דאף מזיד כי ידע שהוא תרומה מכ"מ יכול להיות שסובר שהוא תרומה שלו שיש מאבי אתו כהן או שקנה מכהן א"כ קשה דאמאי דחיק הגמ' שם בכתובות לאוקמי כגון שתחב לו חבירו לבית הבליעה במקום דלא יכול לאהדורי כ"א ע"י הדחק לוקמי היכא שסבר הזר שהתרומה הוא שלו דלא שייך בכה"ג חיוב משעת הגבהה דאין עליו שם גנב או גזלן כמו שמוכיח הפ"י הנ"ל וכן מוכח עוד בסוף פרק מרובה אבל לפי מה שהעליתי בתחלת הקונטרס דגניבה וגזילה גלי קרא דמשלם י"ל הכל דקשה האיך אמרו דנ"מ בין אביי לרבא בזר שאכל תרומה הא לפי דברי הגמ' בכתובות דף ל"ה דאביי יליף דחייבי מלקות כחייבי מיתות מגז"ש דרשע רשע ורבא מגז"ש דמכה מכה נראה שסוברים כר"ל דגם חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין ולא מצינן לחייב באכילת תרומה כ"א בשוגג גמור שאז התשלומין קרן וחומש לכפרה ולא שייך קלבד"מ משא"כ במזיד אף בלא התרומה כיון בו תשלומין לכפרה יש לפוטרו מדין חייבי מלקות שפטורין מתשלומין כנ"ל וא"כ אף בלא דברי רנב"ה יש לפטור זר האוכל תרומה היכא דלא היה דרך גניבה או גזילה דלא גלי בהו קרא לתשלומין וצריך לומר דבאמת הנפקותא בין אביי לרבא בזר האוכל תרומה היינו כשאכל גניבה או גזילה דבכ"הג ליכא למפטר מצד חייבי מלקות דהא בגניבה או גזילה גלי קרא דמשלם אמנם לרנב"ה דחייבי כריתות פוטרת גם בגניבה פוטרת והגונב ביוה"כ וחילל יוה"כ בגניבתו פטור מתשלומין כמו כן בחייבי מיתות בידי שמים לפי דברי אביי בשיטות רנב"ה דח"כ וחייבי מיתות בי"ש שוין לענין זה וא"ש הנ"מ שבין אביי לרבא

והרי מוכח דמיירי שזר אכל תרומה דרך גניבה או גזילה ומקשה הגמ' שפיר ה"נ מדאגבי' קני' ול"ק קושי' הפ"י הנ"ל ודוק דאי מיירי שסבר שהתרומה שלו שאין לו דין גניבה או גזילה רק הכא יש לו דין מזיק שחייב גם בשוגג א"כ יש לפוטרו לאביי ורבא מצד חייבי מלקות שוגגין דגבי מזיק לא גלי קרא לתשלומין היכא שיש חיוב מלקות וראי' לזה דהא כבר הוכחתי מכמה מקומות ברמב"ם שסובר שיש חיוב תשלומין בגניבה או גזילה אף בחייבי מלקות ועם כל זה פוסק להדיא בפרק שלישי מהל' גניבה בקצץ אילן חבירו ביו"ט והותרו בו פטור מן התשלומין כו' והיינו כיון שזה הוא מזיק ולא חיוב גניבה או גזילה וכעין זה צריכין לומר גבי חוסם פי פרה ודש בה שזה לא גניבה או גזילה יעוין ב"מ דף צ"ח ומהא דאיתא בכתובות דף ל"ה ע"ב אמר לי' רב מתנא לאביי לריש לקיש דאמר בפירוש רבתה תורה חייבי מלקות כחייבי מיתות מאן תנא דפליג עלי' דרנב"ה או ר' מאיר או ר' יצחק ע"כ ליכא להקשות דלפי דברי הנ"ל משכחת פלוגתא דחכמים ורנב"ה בגניבה או בגזילה עם מעשה עבירת כרת דלרבנן שסוברים דחייבי כריתות אינם פוטרין מתשלומין כ"א חייבי מלקות וחייב לשלם הגניבה או הגזילה אשר גזל באיסור כרת דהא בגניבה או גזילה גלי קרא דלא ליפטר מצד דין חייבי מלקות אבל לרנב"ה הכרת פוטר אף בגזילה או גניבה כמו חייבי מיתות. זה לק"מ דהא בלאו הכי יש גוונא כנ"ל כגון בחובל ביוה"כ דמצד מלקות ליכא למיפטר דהא גלי קרא בחובלים דממונא משלם מילקי לא לקי אמנם דברי רב מתנא הנ"ל המה על החכמים דרנב"ה דמחייבים המדליק גדיש ביוה"כ כמפורשים במשנה דשבועות דף ל"ג וכן פי' רש"י להדיא בד"ה מאן תנא וכו' וכבר ביארתי דבמזיק לא גלי קרא דמי לגניבה או גזילה ולכך הוצרך לומר או ר' מאיר או ר' יצחק ויעוין שם באס"ז שמאריך לפרש דברי ר' מתנא מאן האי תנא כו' כלומר כיון דתנא רנב"ה הי' עושה יוה"כ כשבת לתשלומין מכלל דאיכא חכמים דפליגי עלי' ודלא כפי' רש"י שמפרש דקאי אמתניתין דאלו נערות ומתניתין דשבועות אבל לפי דברי הנ"ל מוכרח כפי' רש"י דאי לא מתניתין דהכא ודשבועות הוי אפשר לומר דפלוגתא דחכמים ורנב"ה הוא בגניבה וחבלה באיסור כרת ביוה"כ ומצד מלקות לחודי' ליכא למיפטר דגלי בהו קרא דאיתנייהו בתשלומין:

ולפי הנ"ל מיושב גם קושי' התוס' הנ"ל בד"ה ולאביי דגבי תרומת חמץ ליכא לאקשוי' מדאגבי' קני די"ל דמיירי שהי' סבור שהם חולין שלו ובאמת לשיטת הסוברים דגם חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין אין צריכין לומר דריה"ג כרנב"ה ס"ל די"ל שסובר שחייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין ולכך אין לחייב בזר האוכל תרומה רק כשאכל בשוגג דתשלומין קרן וחומש המה לכפרה אבל כשאכל התרומה במזיד ואף

דלא הותרו בו פטור מתשלומין מטעם חייבי מלקות שוגגין ומדאגבי' קני' לא שייך דהא סבר שהתרומה שלו והא דקאמר בגמ' דריה"ג כרנב"ה ס"ל הוא לתרץ המתני' גם לשיטת ר' יוחנן שסובר דחייבי מלקות שוגגין אין פטורין מתשלומין ע"כ במזיד בלא הותרו בו ליכא למיפטר רק מחמת מיתה בי"ש או הכרת שפוטרו כרנב"ה וגם לאוקמתא זו דמיירי שם המתניתין שסבר הזר שהתרומה הוא שלו ולא שייכא לחייב על הגבהה:

נחזור לדברי הקודמים. והנה דברי הפ"י הנ"ל המה מקוש' הבנה דמה שכתב דאמתניתין דכל שעה ליכא לאקשוי' כיון דמיירי ששגג בתרומה וקסבר שהוא שלו כו' דהא קושי' תוס' הוא על סיפא דמתניתין במזיד פטור מתשלומין ומדמי עצים דמיירי שהזיד בתרומה דאי לא הזיד אלא בחמץ ושגג בתרומה ליכא למיפטר אף לרנב"ה לשיטת התוס' שכתבו דתשלומי תרומה בשוגג כפרה ולכך לא שייך בי' קלב"מ ודע שהפ"י בדף ה' ע"ב בגמ' לא קשי' כו' כתב בזה"ל ולכאורה הי' אפשר לומר מסוגיא דשמעתין דבאחריות פשיעה פטור לבער דהא במקדיש מסתמא מוסרו מיד לגזבר שלא יעבור בבל תאחר ושלא ליתי לידי תקלה וגזבר חייב בפשיעה לשיטת רש"י כמו שכתב הש"ך בחו"מ סי' ס"ו ס"ק קכ"ו א"כ חייב לבער לכך הוצרך רש"י לפרש הא דממעטין של גבוה מיירי במקדיש גופי' דמשכחת לי' שפיר שהקדישו ע"מ שלא יתחייב באחריות כלל כנ"ל יעוי"ש והנה ידוע לשיטת ר"ת בשמעתין דייחד לו בית פסחים דף ו' דמקבל אחריות על חמצו של נכרי בביתו של נכרי אין עובר בב"י וכתב הר"ן דהא אף חמצו של ישראל שהוא ברשות נכרי אין עובר עליו הישראל כדאיתא במכילתא רק מדרבנן מחוייבים לבער בכה"ג וגבי חמצו של נכרי בביתו של נכרי אף בקיבל עליו הישראל אחריות לא החמירו חכמים ואוקמוהו אדינא דאורייתא ולפ"ז נראה שגם בחמץ של הקדש הדין כן כשמונח ברשות הקדש או כשייחד הגזבר מקום אף שהגזבר חייב באחריות פשיעה מכ"מ אינו מחויב לבערו דלא גרע מחמצו של ישראל שאינו ברשותו כדדריש במכילתא מפסוק תשביתו שאור מבתיכם דווקא ברשותכם. וליכא בב"י על הגזבר בחמץ של הקדש אף שחייב באחריות פשיעה כ"א כשמונח החמץ ברשותו ולא ייחד לו מקום לפ"ז קשה מנ"ל להגמ' דר' אחא בר יעקב הדר בי' הא י"ל דלא הדר בי' כלל וסובר דחמץ של הקדש שאינו בב"י אינו גם באיסור אכילה אמנם בהקדש שיש על הגזבר או על המקדיש חיוב אחריות דישנו בב"י שצריך להוציאו מביתו כמו חמץ של עצמו הוא גם באיסור אכילה והנאה דדין זה מצד קבלת אחריות כדין חמץ של ישראל היכא שכולו שלו שאסור באכילה ובהנאה וישנו בב"י אם לא הוציאו מביתו לרשות אחר וההוצאה מרשותו אינו מועיל רק לענין ב"י וחיוב השבתה אבל לא לענין איסור אכילה והנאה אף

לפי ס"ד דר' אחב"י דחמץ של נכרי מותר בהנאה מ"מ בכה"ג שהחמץ הוא של ישראל רק שהוציאו מביתו ונתקיים בזה תשביתו שאור מבתיכם לא פקע בזה מאיסור אכילה והנאה שיש בחמצו של ישראל דהא מה שאינו עובר עליו בב"י אינו רק מצד שאינו ברשותו והתורה לא הקפידה כ"א על מציאת חמץ ברשות הישראל משא"כ לענין איסור אכילה והנאת חמץ שאינו תלוי באיזה מקום שהוא דהא בכל מקום שישנו אותו החמץ שם בעליו ישראל עלי' וא"כ גם בחמץ של הקדש שהוא באחריות הגזבר אף שאינו בב"י מצד שמונח ברשות הקדש או כשייחד הגזבר מקום דהוה ג"כ כאילו מונח ברשות הקדש ומועיל שלא יהי' הגזבר מחויב לבערו מ"מ כיון שמצד האחריות שעל הגזבר על אותו החמץ של הקדש מיקרי חמץ זה כשלו אף שאינו מחויב בביעורו כיון שאינו ברשותו מ"מ אסור באכילה ובהנאה כדין כל חמץ ישראל ולא משכחת אף לס"ד דראב"י שיהא חמץ של הקדש או של נכרי מותר בהנא' בפסח כ"א כשאינו באחריו' שום אדם מישראל וכן מבו' מדברי התו' פסחים דף כ"ט ע"א ד"ה בדין כו' יעו"ש להיות סתם חמץ של הוא באחריות הגזבר כדברי הפ"י הנ"ל אסור הוא באכילה ובהנאה אף לס"ד דראחב"י בכל ימות הפסח אליבא דר' שמעון שסובר דחמץ של ישראל אסור בזמנו ומותר לאחר הפסח אבל לר' יהודא שסובר חמצו של ישראל אסור גם לאחר הפסח גם חמץ של הקדש כנ"ל שהי' באחריות הגזבר אסור לעולם דדינו כדין כל חמצי ישראל רק שלא נתחייב לבערו מן העולם כי די לענין חיוב ביעור במה שייחד לו בית או הניחו ברשות הקדש וא"כ א"ש האוקמתא דראב"י דמ"ד לא מעל כר' יהודא ומ"ד מעל כר"ש דהברייתא מיירי בחמץ של הקדש שבא ליד גזבר שאחריותו עליו או אף שעדיין לא בא ליד גזבר רק שמי שהקדיש אותו החמץ לא התנה בשעת הקדישו שיהי' פטור גם מאחריות פשיעה וממילא יש עליו אחריות פשיעה כמו שכתב הפ"י הנ"ל יעוין בדבריו וכדי שלא יחויב בביעורו ייחד לי מקום ואם מיירי בבא ליד גזבר שייחד לו מקום שמונת חמץ ברשות הקדש דב"א משני פנים האלו פטור המקדיש או הגזבר מלבערו ועכ"ז בכל ימי פסח איסור חמץ עליו גם לענין הנאה מצד שהוא באחריות ישראל המקדישו או הגזבר דמחמת האחריות דינו כדין חמץ של ישראל אבל לאחר הפסח מותר אותו החמץ אליבא דר"ש דלדידי' כל חמץ של ישראל מותר מן התורה לאחר הפסח דרק מדרבנן אסור בכה"ג שגוף החמץ של הקדש מותר לאחר הפסח אף מדרבנן כדין חמץ של עכו"ם ברשות עכו"ם או ברשות ישראל כשייחד לו מקום ולכך מעל האוכל אותו חמץ של הקדש דהא גורם לממון כממון דמי. ואותו החמץ הי' בר דמים להקדש אחר הפסח אבל לר"י שסובר שחמץ של ישראל אסור לעולם וכמו כן חמץ של שהי' אף שעה אחת אחר זמן האיסור באחריות אדם מישראל

אף שהניחו ברשות הקדש שאין עליו חיוב לבערו מ"מ רבע עליו איסור אכילה והנאה כמו כל חמץ של ישראל המונח ברשות אחר שאינו בחיוב ביעור מדאורייתא דתשביתו שאור מבתיכם כתיב והא זה אינו בביתו אבל איסור אכילה והנאה יש עליו כנ"ל וא"כ מנ"ל דהדר בי' ראב"י:

וכדי ליישב קושי' זו נ"ל לכאורה דאף שלפי דברי הפ"י הנ"ל יש בהקדש חיוב אחריות פשיעה בשמירתו על כל אדם שההקדש ברשותו מ"מ אין זה כ"א היכא שחיוב אחריות הוא לטובת ההקדש אבל לא היכא שמצד אחריות יש הפסד להקדש וא"כ י"ל שבחמץ של הקדש אליבא דר' יהודא ליכא אחריות על הגזבר מזמן איסור החמץ עד אחר הפסח דהא אחריות פשיעה בשמירת הקדש אינו מצד קבלה או תנאי משום בעל דבר רק דממילא יש לחייב בזה הגזבר שעליו שמירת הקדש והרי מזמן איסור חמץ ואילך יותר טוב להקדש שלא יהי' החמץ באחריות הגזבר דאם ישאר באחריות יחול עליו איסור חמץ ולא יופקע מאיסור זה לעולם לדברי ר' יהודא שסובר שחמץ של ישראל או כשהי' באחריות ישראל בשעה אחת מזמן איסור אסור לעולם אף לאחר הפסח ולכאורה יש קצת ראי' לדברי הנ"ל דלפי דברי הפ"י דהא דממעטינן מלך של גבוה אינו רק כשהתנה המקדיש בפירוש שלא יהי' עליו אף אחריות פשיעה יש לדקדק דכמו דפתח בברייתא בתרתי אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה הו"ל למינקט גם בסיפא דיכול יטמין ויקבל פקדונות מן הנכרים גם דין גבוה היכא שיש אחריות שמירה על בעל המקדישו כגון שלא הותנה בפירוש על פטור אותו אחריות אמנם לפי דברי הנ"ל אסי שפיר דגבי הקדש ליכא חיוב אחריות מזמן האיסור גם אף כשהתנה הגזבר בפי' על חיוב אחריות אין בתנאי כלום דדין גזבר אינו אלא כדין שליח לתקוני של הקדש ולא לעוות וחיוב אחריות גורם הפסד להקדש כ"ז שלא בא לרשות הקדש אבל כשבא לרשות הקדש אם הוא באחריות שמירה על הגזבר אין עליו חיוב ביעור משום דהוא כדין מקבל אחריות על חמצו של אחרים ברשות אחרים ודוק בה היטב:

(מחמת שדברי המחבר במס' מכות דף כ"א הוא מענין הסוגיא של האוכל תרומת חמץ בפסח ע"כ הצגתיו כאן).

מכות דף כ"א ודף כ"ב.

ואם איתא משום הבערה לא מחייב כו' מדקדק הריטב"א כיון דמן הסתם מלאכת הבערה קדומה למלאכת הבישול ה"ל לגמרא להקשות אבישול לא לחייב דהא אחייב ליה משום הבערה עוד מובא בריטב"א גי' ישינה ואם איתא אהבערה לא לחייב דהא חזי' ליה לצורכו וכ' הריטב"א ולשון מיותר הוא כיון דקושיאן הכא משום דאין חילוק מלאכות

ביו"ט אפילו לא חזי כלל ול"ל שום מתוך אית לן למיפטרי הכא כו' וכ' עוד הריטב"א בזה"ל ורמ"ה פי' דה"ק אהבערה לא לחייב דהא חזי לי' לצורכו ואי בעית לחייבו משום דהוי איסורא וחשבת ליה שלא לצורך הא חייבתי' משום מבשל ואין חילוק מלאכות ליו"ט עכ"ל ובאמת עדיין לא עלתה ארוכה לקושי' הנ"ל למה לא הקשה בפשיטות הא אין חילוק מלאכות:

ולכאורה נ"ל ליישב דלפי המבואר בתוס' לעיל דך כ' ע"ב ד"ה לא צריכא ומקור דבריהם מדברי הש"ס בכמה מקומות שיש לחלק לענין חיובי מלקות על כאו"א בין גופי' מחולקים לאינם מחולקים וכמו כן יש חילוק בין איסורי' מחולקים בשמות ובין היכא שהכל משם א' יעו"ש בחידושי ריטב"א (ויעוין כריתות דף ט"ו ע"א בדלית המודלית ע"ג תאנה דהוי גופי' מחולקים פרי התאנה וזמורת חידושי ריטב"א לשבת דף צ"ד ד"ה ש"מ] לפי"ז הי' אפשר לומר לכאורה דע"כ לא אמר רבא דאין חילוק מלאכות ליו"ט כ"א בחורש ומחפה דשני המלאכות נעשו בב"א וע"י גוף א' של מעשה החרישה. ובכה"ג הוא דאין חילוק מלאכות משא"כ בהבערה ובישול שיש גופי' מחולקים שמלאכת הבערה הוא בעצים ומלאכת הבישול הוא בגיד שבקערה אמנם נראה דגופי' מחולקים לא הוי רק כשהבעיר תחילה העצים ואח"כ העמיד אצלם הקדירה שבעצים עשה מלאכת הבערה ובהעמדת הקדירה עשה מלאכת בישול והוי שפיר גופי' מחולקים. אבל כשהבעיר עצים תחת הקדירה שהחיוב על הבישול הוא לא באה מצד העמדת הקדירה כ"א מצד הבערת העצים שגרם בהבערה זו שיבושל מה שבקדירה בכה"ג דמי ממש לחורש ומחפה שמלאכת החרישה היא הגומא שנעשה בארץ ומלאכת הזריעה במה שנפל עפר החרישה על מקום הזרע ומ"מ לא מיקרי גופי' מחולקים משום שבחרישה עשה ב' המלאכות וא"א לחלק בין חורש ומחפה בין הבערה לבישול כ"א היכא שנעשי' הבערה בעצים קודם בהיו סמוכין להקדירה וכנ"ל אמנם בכה"ג בלא"ה אין לחייב כלל ביו"ט על הבערה דהא אותה הבערה היתה חזי לצורך דהא בידו להעמיד לאותן עצים המבוערים תבשיל כשר להתבשל אצלם. ובפרט לפי הגי' שלפנינו כאן דרבא הוא מרא דשמעתא אין חילוק מלאכות והרי רבא סובר בחולין דף פ"א דהתראת ספק לא שמי' התראה ובכה"ג הוי התראת ספק דדלמא ישתמש בהבערה זו לצורך. ע"כ א"א למשכח חיוב על הבערה ביו"ט כ"א כשמבעיר עצים תחת הקדירה עם בישול איסור שנעשית הבערה מיד רק לצורך איסור' וה"ז דומה ממש לחורש ומחפה ומעתה א"ש הגי' הנ"ל דלא הי' יכול להקשות בפשיטות הא אין חיוב מלאכות ליו"ט דהוי אפשר לתרץ שמיירי שהיתה הבערת העצים בפ"ע ואח"כ העמיד אצלם הקדירה לזה הקדים להקשות אהבערה לא

לחייב דהא חזי לצורכי' וע"כ א"א לומר דמיירי בכה"ג כשמבער עצים או גחלים תחת הקדירה שבה האיסור וא"כ קשה הא בכה"ג דדמי לחורש ומחפה אין חילוק מלאכות ליו"ט ולהסביר דברי הנ"ל ביתר שאת יעוין במס' ביצה דף ל"ד ע"א מביא את האור כו' ובכ"מ הנ"ל שבת פ"ט דין יו"ד:

אמנם מ"ש מצד התראת ספק אינו רק לפי גירסא שלפנינו דגרסינן אמר רבא יש חילוק מלאכות כו' אבל מדברי רש"י בפסחים דף מח ע"א ד"ה והא את הוא דאמרת כו' מבואר שגרס הכא אמר רבה בהא אמנם בדרך פלפול יש לקיים הגי' הנ"ל לשיטת רש"י כאשר אבאר:

ואקדים לשון הריטב"א בד"ה אמר רבא יש חילוק מלאכות שכ' בזה"ל פי' אין חילוק מלאכות ליו"ט בין שעשה מלאכה א' שיש בה איסורים חלוקין כגון זה של חורש ומחפה ואפי' בשתי התראות בין שעשה הרבה מלאכות בזא"ז בהתראה אחת וכדמוכח ממתניתא דאותיב אביי בסמוך דהני תרתי חדא דינא אית להו עכ"ל כוונתו דאם יש מקום לחלק מאי מקשה אביי דלמא בהבערה ובישול מיירי שעשאן זא"ז בחד התראה ובכה"ג יש חילוק מלאכות ורבא לא אמר דאין חילוק מלאכות ליו"ט רק בעושה מלאכה אחת שיש בה איסורים חלוקים כגון זה של חורש ומחפה א"ו דאין חילוק בין הנך תרתי גוונא ופשוט מש"כ הריטב"א באופן שני שעשה מלאכות הרבה בזא"ז בהתראה א' נאמר בדיוק דבשני התראות בלא"ה יש לחייב אף על מלאכה א' כשעושה זא"ז כמו באל תשתה ואל תשתה. וא"א לאוקמי הך ברייתא דמבשל גה"נ שהי' ב' התראות על ב' מעשים של הבערה ושל הבישול ושעשאם זא"ז דא"כ גם בהבערה לחודא או במלאכת בישול לחודא משכחת רבוי מלקות לפי מספר מעשיו בזה והתראה על כאו"א והמגיס הקדירה כמה פעמים חייב על כל הגסה והגסה משום מבשל: ע"כ א"א לומר דהברייתא מיירי בהתראה על כל מעשה הבערה והבישול (והפ"י בחידושיו למס' פסחים דף מ"ח ע"א לא נחית לזה יעו"ש) וא"כ עיקר דיוקו של הריטב"א דאין לומר דב' מעשים זא"ז בהתראה א' חמור יותר לענין חילוק מלאכות מהעושה מלאכה א' שיש בה איסורים חלוקים דא"כ מה הקשה אביי לרבא מברייתא דהמבשל גה"נ שאני התם דמיירי שהבערת העצים והבישול נעשים בזא"ז. ואשמעי' בברייתא דאף שלא הי' רק התראה א' מ"מ חייב שתים כיון שהם איסורים נפרדים אמנם לפי שיטת רש"י לעיל בדף כ' ע"ב שמובא שם בתוס' ד"ה ל"צ דאף בגופין מחולקים אין לחייב משום התראה שנעשה בהתחלת העבירה כ"א על עבירה הראשונה דהתראה צריכה שתהי' תכ"ד של כל מעשה ומעשה ואם לאו יכול לומר אישתלי יעו"ש וא"כ אף אם הי' סברא לחלק ולומר דחמור לענין חילוק מלאכות

בעושה בזא"ז עכ"ז א"א למשכח לחייב בכה"ג בהתראה א' דהא מעשה שני' הי' לאחר כ"ד של התראה שהיתה בהתחלת מעשה הראשונה ויכול לומר אישתלי ושפיר הקשה אביי לרבא מברייתא דהמבשל גה"נ כו' ולכאורה אפשר להביא ראי' לסברת רש"י הנ"ל דהתראה הראשונה כאלו אינה לגבי מעשה השני' שנעשית אחר כ"ד של אותה הראשונה אף שכבר התחיל בעבירה הראשונה תכ"ד של התראה:

ואקדים לזה דברי הטורי אבן בקונטרס אבני מילואים למס' מגילה בסופו אחרי שהקדים שם תחילה דבמאכלות אסורים משכחת שלא כדרך אכילה אף לאחר בישול כגון שאכלו חם או שעירב בו דבר מר וכיוצא בו שפי' הרמב"ם בפ"ה מהלכות יסודי התורה (יעוין גם בפי' י"ד מהלכות מאכלות אסורות) כ' הט"א הנ"ל בזה"ל ולמאי דפי' ניחא האי דפ"ק דביצה דף י"ב גבי מבשל גה"נ כו' ואמר ר"י הא דלא כב"ה דא"ל מתוך והקשו בתוס' מה צורך איכא שיכול לאכלו שלא כדרך אכילתן והנאתן כו' יעו"ש ובאמת לא ירדתי לסוף דעתו דמה בכך שיכול לאכלו שלא כדרך הנאת אכילה הא הוא אכלו בדרך אכילה ולפ"ד התוס' לא שייך מתוך אלא היכא שבעשייתו של זה הי' לו צ"ק אמנם לפי האמת יקשה איך מחייבים משום הבערה ובישול הא בשעת הבישול והבערה שייך הואיל וחזי לצורכו בדבר היתר וצ"ל דהאי תנא סובר דבב"ח אסור שלא כדרך אכילה:

אמנם המדקדק היטב בלשון הרמב"ם יראה כוונה אחרת ואציע לשון הרמב"ם בפ"ה מהל' יסודי התורה שכ' בזה"ל בד"א שאין מתרפאין בשאר איסורי' אלא במקום סכנה בזמן שהוא דרך הנאתן כגון שמאכילין את החולה שקצים ורמשים כו' אבל שלא כדרך הנאתן כגון שעושין לו רטי' או מלוגמא מחמץ או מערלה או שמשקין אותו דברים שיש בהם מר מעורב עם איסורי מאכל שהרי אין בהם הנאה לחיך ה"ז מותר ואפי' שלא במקום הסכנה חוץ מכלאים ובב"ק שהן אסורים אפילו שלא כדרך הנאתן לפיכך אין מתרפאין אפי' שלא דרך הנאתן אלא במקום סכנה עכ"ל ממה שמדייק גבי השקאה מר מעורב עם איסורי מאכל והוסיף עוד במ"ש שהרי אין בהם הנאה לחיך נ"ל שכוונתו שבאמת אף שמעורב דבר מר מ"מ יש הנאה גמורה במלוי הכרס וכמבואר מדברי הגמ' חולין דף ק"ג ע"ב פלוגתא דר"י ור"ל אי אזלינן בתר הנאת מעיו או בתר הנאת גרונו לענין חיוב אכילת איסור ע"כ פשוט שחמץ או ערלה שהמה אסורי' גם בהנאה איך היתר באכילה מעורב עם דבר מר דאף שאיסור אכילה ליכא דהא הלכה כר' יוחנן דבאכילה בעינן הנאת גרונו ובזה אין הנאת אכילה לחיך מ"מ איסור הנאה יש שנהנה בהנאת מעיו במילוי כריסו ולכך לא כ' הרמב"ם ג"כ גבי חמץ וערלה דין שלא כדה"נ כ"א בשנעשה ממנו רטי' או מלוגמא אבל כשאוכלו חם או בתערובת דבר מר אסור מה"ת מצד הנאת

מעיו ולא משכחת שיהא בכה"ג מותר מה"ת כ"א באיסורי מאכלות שלא אסרם התורה בהנאה והיכא שאין באכילתן הנאת החיך לא מיקרי אכילה לכך דייק הרמב"ם וכ' שיש בהם מר מעורב עם איסורי מאכל כלומר שאסורים באכילה ולא בהנאה אבל באיסורי הנאה אף בכה"ג יש איסור מצד הנאת מעיו ואין סתירה לזה מדברי הרמב"ם בפי"ד מהל' מ"א דין י"א שכ' בעירוב דבר מר לתוך יי"נ כו' ה"ז פטור ואם עירב דבר מר בתוך קדירה של בב"ח או ביין כלאי הכרם ואכלו חייב ע"כ דשם דבריו לענין חיוב מלקות והרמב"ם לשיטתי' שסובר שאף באיסורי הנאה ליכא מלקות על הנאה כ"א על אכילה ולכך כשעירב דבר מר א"א לחייב מלקות אף באיסורי הנאה דלאו שמיה אכילה כיון שלא היה הנאת הגרון. ועל הנאת מעיו שהוא רק הנאה ולא אכילה לפי ההלכה כר' יוחנן הנ"ל בלא"ה ליכא מלקות דאין לוקין על ההנאה וא"ש ומדויק היטב כל דברי הרמב"ם הנ"ל:

וראיה לזה מדברי ר"ע במשנה ביצה דף כ"ד אפי' יכול לאכול כזית חי מבית טביחתה וקשה לכאורה הא סתם אכילת בשר חי הוי שלא כדרך אכילה והנאה כמבואר מדברי המרדכי בפרק כ"ש ובפלתי סי' צ"ב ס"ג וכן משמע בטורי אבן שהבאתי לעיל כמבואר להמעיין בדבריו במ"ש ואע"ג דאמרינן התם למעוטי אוכל חלב חי כו' וכן מבואר מדבריו בשא"ר סי' ע"ו ומנ"ל לר"ע שהותרה מלאכות י"ט לצורך אכילה שלא כדרך אכילה אבל לפי הנ"ל ניחא דאף דאכילת בשר חי לא מקרי אכילה כי אין הנאה לחיך בבליעת דבר חי מ"מ הנאה יש במילוי הכרס ולצורך הנאת הגוף מותר לעשות מלאכה בי"ט ולפי דברי הנ"ל נסתרי' דברי הט"א דאף למ"ד דבב"ח ליכא לאו באכיל' כשאוכל שלא כדרך אכילה מ"מ אסור הוא מצד הנאה שבמעיו. ואקדים לזה מ"ש בהגהות מל"מ הלכות יסודי התורה וראיתי להרמב"ן בהשגותיו שכ' בשורש ב' וז"ל וכן אוכל בב"ח והנהנה ממנו לוקין כו' ודע שאף לדעת הרמב"ן שהנהנה מבב"ח לוקה אין לומר שאוכל בב"ח ילקה שתים אחת משום אוכל וא' משום נהנה וראיה לדבר מהא דאמרו במכות דף כ"א במבשל גה"נ בחלב ביו"ט ואכלו לוקה חמש ואם איתא ילקה גם משום הנאה ואע"ג דבכל האיסורים אם נצטרף בדבר א' שני לאוין לוקה שתים כו' יעו"ש ותורף הסברא לחלק כיון שלוקין על האכילה א"א לחייב עוד משום הנאה שבאותה אכילה שהא כבר חייבנו עלי' ואי"ה לקמן אבאר יותר אמנם לפי מה שהעליתי כנ"ל בשיטת הרמב"ם דאיסור אכילה אינו רק בגרון. ואף אם הקיאו חייב משום אכילה וכשבא למעיו אין עליו אז עוד שם אכילה כ"א הנאה לחודא א"כ שפיר יש להקשות דאם איתא שיש באיסור הנאת בב"ח חיוב מלקות נחייב האוכל בב"ח שתים אם הותרה על איסור אכילה ועל

איסור הנאה והיינו על תחילת בליעתו עד סמוך למעיו יחויב משום אכילה ועל ההנחה במעיו שאין בו לתא איסור דאכילה יהיה בחיוב מלקות משום הנאה וא"כ יש לכאורה מכאן ראיה לשיטת הרמב"ם דליכא מלקות על הנאת בב"ח:

אמנם אכתי קשה לאביי שמדבריו בפ' כ"ש דף נראה (וכאשר האריכו בזה במל"מ ושאר מחברים) שסובר שלוקין על הנאה. וכדי ליישב קושי' זו צ"ל שהברייתא דמבשל גיד סובר כמ"ד בב"ח מותר בהנאה (יעוין בס' שעה"מ שפלפל בזה) אמנם לסברת רש"י הנ"ל במעשים נפרדים צ"ל התראה תכ"ד של כל מעשה בלא"ה א"א לחייב באכילת בב"ח על הנאת מעיו דהא איסור אכילה הוא כשמגיע המאכל במקום דלא מצי לאהדורי כמבואר בכתובות דף ל"א ויעו"ש באס"ז וא"כ א"א להתרותו אז על גמר הבליעה לתוך המעיים דהא אין בידו לאהדורי ואם מתרין אותו קודם הבליעה בגרון א"א לחייב מצד ההתראה זו על איסור שעושה בהנאתו בגמר בליעתו לתוך המעיים מי יעיד שהיה הכל תכ"ד של התראה זו וכיון דאתינן להכי יש ליישב גי' ישינה הנ"ל דבפשיטות לא היה יכול אביי להקשות דלא נחייב על הבערה ובישול דהא אין חילוק מלאכות ליו"ט דאפשר היה לדחות קושייתו דבעושה ענינים נפרדים בהתראה אח' לוקה שתים ומשכחת שפיר לחייב על הבערה ובישול כשנעשו זא"ז ובהתראה אחת: וע"כ הקדים אביי להקשות אהבערה לא ליחייב דהא חזי לצורכו דהא מה"ת אפשר לאכול בהיתר דהיינו שלא כדרך אכילה וכדברי השא"ר הנ"ל בספרו טורי אבן (ולשיטת המרדכי בפ' כ"ש אף מדרבנן מותר ומובא גם בטא"ח סי' תרי"ב לענין יוה"כ דאפילו איסורא ליכא בדבר שא"ר לאכילה) והרי רבה סובר היכא דשייך הואיל ליכא מלקות בפרט בהואיל כזה שבידו לעשותו וכדי ליישב קושיא זו צ"ל דהאי תנא סובר דבב"ח אסור בהנאה ע"כ לא משכחת היתר באכילה אף כשאוכלו חם או מעורב בדבר מר וכדומה דאף דליכא כאן אכילה מ"מ אסור משום הנאת מעיו וכמ"ש לעיל והשתא דאתינא להכי קשה ליחייב שתים אחת משום אכילת בב"ח שהוא בהנאת הגרון ואחת משום הנאה גרידא בהנאת מעיו דאז תו ליכא שם איסור אכילה רק הנאה וכנ"ל. וצ"ל כסברתי הנ"ל בשיטת רש"י דא"א בהתראה והיינו שאין לחייב משום ההתראה הראשונה על המעשה שנעשה אח"כ אחר כדי דיבור של התראה וא"כ ממילא כשהיה הבערה ובישול זא"ז א"א לחייב משום התראה הראשונה ולא משכחת לחייב שתים בהבערה ובישול רק כשנעשו בב"א וא"כ קשה הא בכה"ג אין חילוק מלאכות ליו"ט כמו בחורש ומחפה ומדויק היטב ישוב הגירסא שמביא הריטב"א:

ובדברי הנ"ל מיושב מה שקשה לפי מה שהעלה בס' קצה"ח סי' ל"ח בישוב קושי' בסוגיא דעד זומם משלם לפי חלקו דרבא סובר חייבי מלקות שוגגין פטורין מתשלומין וסמוכין לזה. מדנחית רבא (כדאיתא בכתובות דף ל"ה) לפרש טעמא דר"ל שסובר כנ"ל דאתי' ליה מג"ש דמכה מכה א"כ איך אמרו בכתובות דף ל"א. מאי איכא בין רבא לאביי זר שאכל תרומה כו' לאביי פטור ולרבא חייב הא גם לרבא פטור במזיד בלא התראה מדין חייבי מלקות שוגגין ושאני שוגג גמור באכילת תרומה שתשלומי' לכפרה וכסברת התוס' שם. אמנם לפי הנ"ל ניחא לפי האמת שנתחב לו במקום שהיה יכול לאהדורי' ע"י הדחק ולא אהדרי' מחייבין אותו על ההנאה שאח"כ דאף דחמ"ש פטורים מ"מ יש לחייב לרבא באכילת תרומה על הנאת מעיו. דבזה ליכא איסור תרומה דהא תרומה לזר אינו מאיסור הנאה רק מאיסורי מאכל לבד אבל לרנב"ה פטור אף על הנאת מעיו כיון שכבר נתחייב בכרת בעת אכילה והנאת הגרון ועדיין הכרת עליו ומיפטר בזה על מה שעושה אח"כ וכסברת רבינו ישעיה בטוח"מ סי' שנ"א לפי פירושו של הדרישה יעו"ש (וכעין זה כתב בש"ך שם על ש"ע) דרק גבי מחתרת שמיד שיוצא מהמחתרת אין עליו חיוב מיתה ואף בהיותו במחתרת לא היה לו כ"א מדין חייבי מיתות שוגגין ע"כ מחויב לשלם אם מאבד הגניבה אח"כ משא"כ בגונב כיס בשבת שחיוב מיתות ב"ד עליו תמיד מיפטר אף במאבדו אח"כ וחייבי מלקות שוגגין או במזיד שלא בהתראה דמי בדין הנ"ל לדין מחתרת. דהא אף בשעת העבירה לא היה עליו חיוב מלקות ולא היה רק כחייבי מלקות שוגגין ובזה יש ליישב קושית המפורשים מאי שמקשין על דברי הגמרא שם בכתובות מדאגבי' קני' דלמא מיירי בתרומה שעדיין לא בא ליד כהן דאין שם קני' לגבי הישראל להתחייב באונסין מצד ההגבהה אבל לפי דברי הנ"ל א"ש דהא עיקר הנפקותא בין אביי לרבא אינו רק לענין חיוב הנאת מעיו לפי סברת התוס' ישינים בשם רבינו חיים כהן במס' יומא דף פ"ב ע"א שמוכיח מדברי ר"י שם בזר שבלע שיזפין של תרומה והקיאן דרק בשאר איסורים יש חיוב בהקיאה וחזר ואכלו אבל תרומה נתחללה באכילה ודינה כחולין וכיון שר"י שם אמר סתם זר שבלע כו' והקיאן משמע אף שעדיין לא ירדו למעיו דהא לר"י לשיטתיה הנאת הגרון לבדה היא דמיקרי אכילה ע"כ צ"ל היכא שעדיין לא באה ליד כהן אין לחייב את הישראל על תרומה כזו שדינה כחולין גמורים ואינה בחיוב נתינה לכהן יש לפוטרו אף היכא דמשתרשי ליה שנהנה ממנה במעיו דאין בזה כנהנה מתרומה דהא כבר פקע שם תרומה מצד הבליעה בעומק הגרון שבאכילה נתחללה והרי הוא כבר כנתאכלה:

ומעתה מיושב גם קושי' התוס' שם בכתובות שמקשים למה לא הקשה הגמ' קושיא זו דמדאגבי' קני' על משנה דהאוכל תרומת חמץ ואני הוספתי להקשות עוד דשם לא שייך התירוצים שנאמרו שם בכתובות דף הנ"ל על הקושי' דמדאגבי' קני' דהא תני שם במתני' ופטור מדמי עצים הרי דלא מיירי במשקין כ"א באוכלין של תרומה ונסתר תרוצו של ר"פ דמיירי דתחב לו עד בית הבליעה דלא מצי לאהדורה כ"א ע"י הדחק לא א"ש שם דמה בכך דנמאס מאכילה באותו תחיבה הרי מ"מ ראויה היא לעצים כדאיתא ביומא דף הנ"ל בזר שבלע שיזפין וא"כ אכתי לחייב בדמי עצים שנתחייב מעת דהוי מצי לאהדורה אבל לפי מ"ש י"ל דמתני' דהאוכל תרומת חמץ מיירי בתרומה שעדיין לא הגיע ליד כהן ולא שייך כלל מדאגבי' קניא וליכא כלל התחלות חיוב רק על האכילה היינו כשנהנה גרונו שהוא במקום דלא יכול למיהדר כלל כי התשלומין בתרומה שלא באה ליד כהן שהוא ממון שאין לו תובעין אינו מגזה"כ כ"א על האוכלו משא"כ כשמפסידו או מאבדו אף בידים:

והשתא א"ש גם הפי' המשניות להרמב"ם שם בפסחים שמפרש שמצד חיוב המלקות פטור מתשלומי התרומה דהיינו לפי המידה ששייך גם כשנאסרו בהנאה ולבסוף מסיים דפטור מדמי עצים כיון שחמץ אסור בהנאה ואין לו דמים כלל ותמהו עליו המפורשים דאף אם היה מותר בהנאה ג"כ היה מיפטר מתשלומי דמי עצים מצד המלקות שבאכילת חמץ שפוטרו כדברי הרמב"ם בעצמו בטעם פטור תשלומי התרומה לפי מידה אבל לפ"ד הנ"ל ניחא ודו"ק:

בסוגיא דכיצד מפרישין חלה בטומאה ביו"ט [דף מו ודף מח ע"א]

הנה הפני יהושע מקשה דלפי מה דאיתא סוף פ"ב דקידושין דרבי סובר טובת הנאה אינו ממון. למה פסק רבי כאן כר"א דלא תקרא לה שם עד שתאפה וכן מקשה בשאגת ארי' סי' ס"ג על שיטת רש"י דלא אמרינן הואיל אי בעי מיתשיל לענין בל יראה רק מצד טה"נ ממון יעו"ש:

ונראה לי ליישב ויתיישב ג"כ קושי' הרשב"א שבתוס' שמקשה כיון דאם יבצע מכחו"ח יהי' מותר בלא הואיל למה שרי רבנן למעבד ע"י הואיל כיון דאפשר בלא הואיל עוד קשה לי שמלשון רש"י שכתב בזה"ל וכל היכא דאפשר למיעבד שפיר בלא הואיל ניחא למיעבד עכ"ל נראה שסובר רש"י דבאפי' דמתניתין לא צריכין לשום הואיל והרי כשמפריש חלה אחת על כולן יסוד ההיתר הוא מטעמא דהואיל כנראה בסוגי' גם קשה קושי' התוס' למה שרי ר"א לאפות משום הואיל הא אפשר לעשות בלא הואיל והיינו בהטלה לצונן:

ולייישב כ"ז אקדים לשון רש"י במתני' ר"א אומר כו' עד שתאפה תחילה דאכתי כחו"ח חזי לי' שמפריש מכל חו"ח פורתא. ולאחר אפי' אם רצה יפריש חלה שלימה על כולן הרי מבואר דבשעת אפי' ליכא איסור משום דכחו"ח חזיא בהפרשת פורתא רק כשמפרש אח"כ חלה על כולן הוא שצריכין לטעם הואיל וקשה אף בלא הואיל ליכא איסורא בכה"ג כיון דלא ייחד בשעת אפי' איזה תהי' לחלה ודמי לדין המבואר בש"ע א"ח סי' תקי"ב דישראל האופה בתנור של נכרי וצריך לתת לו פת אחד לא ייחד לנכרי אחד קודם אפי' דאז אופה של נכרי אלא יאפה סתם ויתן לו אח"כ אחד עכ"ל ואין לדחות דשאני התם דאם לא יתן להנכרי פת א' לא ירשהו לאפות בתנורו והוי זה לצורך ישראל דסברא זו אינו רק לסניף בעלמא אבל עיקר ההיתר הוא משום דלא נתייחד בשעת אפי' חלק של נכרי כמבואר הכל להמעיין בטור ש"ע סי' הנ"ל ויעויין בל"מ פ"א מהל' י"ט הל' י"ד שמביא דברי המ"מ שכ' דלכך לא הוצרך הרמב"ם גבי עיסת כלבים שיהי' לו נבילה שאפשר לפייסן בה משום דסובר הרמב"ם דאמרינן הואיל לכך מותר אף כשאין לו נבילה ומקשה הלח"מ הא אפי' למאן דאית לי' הואיל מ"מ אסורא מיהא איכא דלא אהני טעמא דהואיל אלא לאפטורי ממלקות כו' וי"ל כו' כיון דהך עיסה מעורבת של הרועים ושל כלבים אינו ראוי לומר שיהי' אסורא כ"כ וכאלו היתה של כלבים ומשום האי טעמא דהא אפשר למפלגי' כו' א"כ כשמבשל הכל לכלבים אמרינן התם הואיל ואינו לוקה אלא שאסור והכא דמעורבת עם עיסת הרועים מעלינן לי' דרגא ואמרי' דמותר לגמרי כו' עכ"ל ולכאורה לפי דבריו אלה אינו מובן מה זה שאמר ר' יהושע לר"א לדבריך ה"ה עובר משום ל"ת כל מלאכה הא אף לר"י דל"ל הואיל מ"מ ליכא בזה איסור דאוריית' דהא הך עיסה מעורבת מעיקרא הוא לאכילת בעלים רק א' מהלחמים יפרש אחר האפי' לחלה וגם בלא דברי הלח"מ הנ"ל קשה דהא בביצה דף כ"א ע"א מבואר דאף לר' חסדא שסובר דלא אמרינן הואיל מכ"מ מותר לאפות עיסת כלבים היכא שיש לו נבילה שאפשר לפייסן בה אף שדעתו מתחילה להאכיל הפת לכלבים ולא לפייסן בנבילה מכ"מ כיון שיש בידו נבילה דוודאי אפשר לפייסן בה מותר ול"ד להואיל דאי מקלעי אורחים שאין בידו הדבר כן צריכין לפרש כוונת הגמ' שם וא"כ קשה איך תלי כאן בסוגי' דכיצד מפרישין כו' פלוגתת ר"א ור"י בפלוגתא דרבה ור"ח דהא בהואיל דהכא דא"ב בצע מכל חו"ח פורתא גם ר"ח מודה דכיון דבידו הוא לעשות כן לבצוע מכחו"ח מותר לו גם להפריש א' על כולן:

ולתרץ כל הנ"ל אקדים מה שיש לכאורה להקשות דמאי מקשה הגמ' שם במס' ביצה על ר"ח שאוסר לאפות עיסה חצי' של נכרי וחצי' של ישראל ממשנה דעיסת כלבים הא

יש לומר דר"ח סובר דשאני עיסת כלבים משום שמעורב אשר יאכלו הכלבים עם של הרועים ואין מיוחד מה יהי' מאפי' זו לאכילת כלבים לבד אבל גבי עיסה המשותפת עם נכרי דאף שבשעת אפי' אינו מבורר חלקו של נכרי מכ"מ כיון שיהי' חלוקה בין הנכרי לבין הישראל אחר אפי' יוברר למפרע מה הי' של נכרי והוי למפרע כייחד חלקו של נכרי בשעת אפיה ור"ח לשיטתי' שסובר ברירה אף בדאורייתא ולקולא כמש"כ השא"ר בסי' פ"ט דהא דאי' בסנהדרין דף קי"ב עיסה חצי' של עהנ"ד וחצי' של עיר אחרות מותרת מ"ט כו' עיסה כמאן דפליגי דמי ע"כ הוא משום דסובר רב חסדא דאמרי' ברירה בדאורייתא ומבורר לוודאי למפרע ע"י חלוקה חלק של עיר אחרת לכך מותרת גם הפר"ח בהל' עכו"ם כתב כן וא"כ א"ש דברי ר"ח בעיסה חצי' של נכרי וחצי' ש"י משא"כ גבי עיסת כלבים דבזה לא שייך כלל לומר ברירה למפרע ונראה לי ליישב דהחילוק בין מעורב בשעת אפיה או לא אינו רק בשני לחמי' בכה"ג כשאחד מלחמים הוא מיוחד בשעת אפיה שהוא של נכרי אסור לאפותו ביו"ט משא"כ כשאינו מיוחד אבל בלחם א' של נכרי וישראל אף כשמיוחד קצתו של הלחם שיהי' זה של נכרי ליכא איסור באפיות אותו לחם כיון דחד טרחא הוא רק שר"ח סובר דאף דחד טרחא הוא מכ"מ יש לאסור מדרבנן כיון דאפשר למיפלגי בלישה ולענין איסור זה אין לחלק בין ייחד ללא ייחד ובדברי ר"ח שאמר עיסה חצי' של נכרי וחצי' ש"י אסור לאפותה ביו"ט נשמע שגם פת א' שיש בו חלק ישראל וחלק הנכרי [דומי' דבהמה חצי' של נכרי וחצי' ש"י שהזכיר רב חסדא באותו מימרא] או באפיות כמה לחמי' והחלוקה תהי' בכל לחם בפ"ע ג"כ אסור לאפות בי"ט משום דאפשר למפלגי' בלישה אף דחד טרחא הוא ובכה"ג ליכא לחלק בין ייחד ולא ייחד א"כ אין טעמא של ר"ח משום ברירה לכך מקשה הגמ' שפיר על ר"ח ממשנה דעיסת כלבים. וסעד לדברי אלה מדברי תוס' בסוגי' דידן ד"ה הואיל שכתבו בזה"ל ור"י מקשה דהא כי נמי בצע מכל חו"ח אסור לאפות כדמוכח בפ"ב דביצה דף כ"א דאמר עיסה של נכרי ושל ישראל אסור לאפות ביו"ט דאפשר למפלגי בלישה. ונראה לרשב"א לחלק דדווקא בע"נ אסרו רבנן אבל גבי חלה לא אסרו משום תיקון חלה ע"כ תורף כוונתם דבעיסה חצי' ש"נ היכא שיש רק לתם א' או הרבה לחמים רק החלוקה הוא שנוטל הנכרי חלקו מכל לחם ולחם שזה הוא הדין של בציעה מכ"ח שמצד הדין מותר לגמרי רק מחומרא דרבנן אסר ר"ת בע"נ אבל בחלה קם דינא דבכה"ג ליכא איסור כיון דחד טרחא הוא מעתה א"ש קושי' הגמ' על ר"ח ממשנה דעיסת כלבים:

והנה המעיין בשו"ת מהרי"ו סי' מ"ח ובט"ז י"ד סי' שכ"ד ס"ק ט"ו יראה מבואר שדעתם דגבי הפרשת חלה שייך דין ברירה אף כשלא היה אמירה תחילה מכאן אני אפריש

חלה ומהרי"ו הנ"ל ביאר להדיא שהטעם שמותר בחלת חוצה לארץ להיות הולך ואוכל ואח"כ מפריש הוא משום דבדרבנן אמרי' ברירה ואמרינן שהוברר הדבר למפרע שזו הוא החלה ומה שאכל הי' חולין מתוקנים וצ"ל שסברת מהרי"ו דדין טבל הוא כשותפות שאף קודם הרמה פתיכי בה חלקו של כהן וה"ז לשון התוס' במס' סוכה דף ל"ה ע"א ד"ה אתיא לחם לחם כו' דהא דאין לצאת באתרוג של טבל דהוי כמו אתרוג דשותפין שיש לכהן וללוי בו חלק ודמי לאחין שקנו אתרוג בתפיסת הבית כו' עכ"ל וכשם שבאחין שחלקו אי נימא דהוי כלקוחות או כיורשים מתלי תלי בפלוגתא דברירה אף שלא היה תנאי תחילה כמו כן גבי חל' הנפרשת דלמ"ד לא אמרינן ברירה בספיקא הוא למפרע אבל למ"ד דאמרינן ברירה אמרי' דאיגלאי מילתא למיפרע שזו החלה שהופרשה עתה היתה למפרע שייכא לחלק כהן ומה שיש לפלפל בזה עוד אבאר בסוף הקונטרס. ולפי"ז יש לומר דהיכא שאופין לחמי טבל טבול לחלה בי"ט אף שבשעת אפיה מעורב מכ"מ כיון שמפריש אח"כ החלה איגלאי מילתא למפרע למ"ד שסובר ברירה שהוא היתה חלה בשעת אפיה והוי כדין ייחד בפירוש קודם אפיה זו תהי' לחלה ומעתה א"ש מה שאמר ר' יהושע לדבריך ה"ה עובר משום ל"ת כל מלאכה דר' יהושע לשיטתי' אזיל שהוא סובר דאמרינן ברירה בדאורייתא כמבואר מדברי הריטב"א בתוס' הרי"ד לקידושין דף כ"ו ע"ב אף דהתם מיירי בהתנה תחילה שאמר ר' יהושע תרומת מעשר שאני עתיד למוד נתון לר"א בן עזריה אכתי א"ש לפי הסוגות שאינם מחלקים בין היכא שמברר הדברים ומתנה בפירוש ואומר שאני עתיד להפריש ובין דין דאחין שחלקו שאינו מברר כלום [ויעוין בתוס' גיטין דף כ"ה ע"ב ד"ה דברי ר"מ] ואף שלענין היתר אכילה מהטבל בעינן קריאת שם תחילה מכ"מ לענין בירור חלקו של כהן כשמגיע להפרישה אמרי' ברירה למ"ד שסובר גבי אחין שחלקו דאמרי' ברירה ומעתה מיושבין כל הקושי' שהקשיתי לעיל, מסוגי' דעיסת כלבים דשאני עיסת כלבים דלא שייך בה שם ברירה על למפרע ע"כ כיון שמעורב בשעת אפיה ליכא אלא איסורא בעלמא כמש"כ הלח"מ מעלינן דרגא כשיש לו נבילה שאפשר לפייסן בה מותר לגמרי אפייתה משא"כ כאן גבי עיסה טמאה דכשמפרישין חלה אח"כ מבורר למפרע שהוא היתה חלה בשעת אפי' והרי אפה בי"ט שלא לצורך שאסור מה"ת רק ר"א לשיטתי' שסובר הואיל ואמרי' הואיל אי בעי בצע מכחו"ח פורתא דבכה"ג אף דאמרי' ברירה והוברר שאותו חלק הנבצע להפרשת חלה הוא היתה לחלה גם בשעת אפיה מכ"מ לא נעשה איסור באפי' זו כיון דחד טרחא הוא ובכל פת הי' חלק המותר לאכול וייחד אין אסור רק בפת או בקדירה המיוחדת וכיון דבבצע מכל חדא ליכא איסור יש הואיל להתיר להפריש חלה א' על כולך ואף למ"ד

דלא אמרי' ברירה להקל בדאורייתא מ"מ מידי ספיקא לא נפקא ואם לא הי' שייך הואיל הי' אסור להפריש אחד על כולו מספק ברירה לכך מסיק בגמ' דטעמא של ר"א משום שסובר הואיל מעתה י"ל דאף דכל היכא דשייך הואיל מ"מ איכא איסורא דרבנן מ"מ הכא גבי חלה אפי' איסורא דרבנן ליכא דמיד שסר חשש איסור דאורייתא מטעם דהואיל תו א"א למזסר מדרבנן דנגד איסורא דרבנן יש קולא אחרת דכשם שבדרבנן אמרינן ברירה להקל כמו כן היכא שהקולא הוא מצד השני דהיינו בגוונא שדינו כשלא נאמר ברירה יהי' מותר אמרינן בדרבנן דאין ברירה ומותר וכיון שכן יכולין להקל כאן ולומר דאין ברירה למפרע וכיון שהי' מעורב בעת אפי' והיה שייך בי' הואיל דאי בעי בצע מכ"ח ליכא כלל אפילו איסורא דרבנן דדמי ממש לעיסת הכלבים שמותר היכא דאפשר לפייסן בנבילה וליכא אפי' איסורא דרבנן משום דהוי מעורב ואיכא הואיל וא"כ א"ש מה שכ' רש"י וכל כמה דאפשר למיעבד שפיר בלא שום הואיל ניחא למיעבד כוונתו כיון דשריותא בהואיל אינה מועלת רק להסיר איסור דאורייתא ומ"מ נשאר איסור דרבנן ולכך אף בחלה שהצרכנו להקל לשיטת ר"א מ"מ כיון שאפשר למיעבד בהיתר גמור שלא יהי' מהצורך לעבור אף על איסור דרבנן הכי ניחא למיעבד ע"כ לא התיר ר"א לקרות שם קודם אפי' דבהואיל דהכא יושאר אכתי איסור דרבנן אבל כשאינו קורא שם ליכא כלל איסורי דאיסור דאורייתא מופקע בטעם דהואיל והאיסור דרבנן מוסר מטעם ספק דברירה דבדרבנן אמרינן להקל דאין ברירה ודינו כמעורב ואיכא גם הואיל וכיון דאף כשמפריש חלה אחת על כולן ליכא שום איסור ע"כ לא הוצרך ר"א לבצוע מכחו"ח ומיושב קושי' התוס':

אמנם תירוץ זה לא א"ש רק לשיטת רבינו תם וסייעתו שסוברי' להלכ' דברירה הוא ספק ואזלי' בספיקא דאוריית' לחומרא ובדרבנן לקולא אמנם לשיטת רבינו יצחק בעל התוס' שסובר להלכה דאמרי' ברירה מדאורייתא אף להקל דאין ברירה ספק. כ"א ודאי א"כ היכא שע"י ברירה אין דינו כמעורב ואיכא איסור דרבנן דאין בזה דין ספק ודאי ממילא בחלה אף היכא דשייך הואיל שמועיל להסר איסור דאורייתא מ"מ נשאר איסור דרבנן כיון שע"י הפרשת החלה מבורר למפרע שהיתה חלה בשעת אפיי' והואיל דאי בעי בצע מכ"ח פורתא אינו מועיל רק שלא יהיה איסור דאורייתא ולכך מקשה הר"י שבתוס' לשיטתי' שפיר דכיון דהיכא שיכול לעשות בלא הואיל אין לנו לעשות ע"י הואיל א"כ אמאי שרי ר"א לאפות משום הואיל כ"ח כו' הא יכול לעשות על ידי הטלה לצונן ויהיה היתר בלא הואיל אבל לשיטת רש"י הנ"ל לק"מ:

היוצא מזה לשיטת הר"י בעל תוס' דיש ברירה הוי באפיית העיסה קודם הפרשה איסור דרבנן דכיון דליכא להתיר כ"א מטעם הואיל נשאר איסור דרבנן כמו באפייה מי"ט לחול דאף דשייך הואיל מ"מ אסור מדרבנן ועם כ"ז התיר ר"א לאפות קודם קריאת שם כדי שלא יבוא לאיסור ב"י. דר"א סובר טה"נ ממון ואיכא ב"י דאל"כ לא הי' לו להתיר לעבור על איסורא דרבנן אבל לשיטת רש"י י"ל דסובר כר"ת דפסקינן חין ברירה ולפי מה שהעליתי לעיל כיון דהואיל גורם שלא יהיה איסור דאורייתא באותו אפי' ממילא גם איסור דרבנן ליכא משום דספק ברירה לקולא בדרבנן שפיר יש למישרי אפיית העיסה קודם קריאת שם אף אי ליכא חשש איסור ב"י והא דהוצרך הגמ' לומר דר"א אית ליה טה"נ ממון הוא מדאמר בעצמו לר' יהושע לדבריך הרי הוא עובר משום בל יראה וכן כתב השא"ר בסימן ס"ג יעו"ש ואם כן מיושב קושית הפנ"י הנ"ל והשא"ר שמקשים לשיטת רש"י דלא אמרינן הואיל ואב"מ לענין ב"י א"כ למה פסק רבי כר"א הא רבי סובר לפי האוקמתא במס' קידושין פ"ב דטה"נ אינו ממון וליכא כאן בחלה ב"י ולדברי הנ"ל א"ש דאף דליכא ב"י מ"מ אין לאסור האפייה לשיטת רבי שסובר להדיא דאמרי' אין ברירה כמבואר בניטין דף מ"ז ישראל ועכו"ם שלקחו שדה בשותפות טבל וחולין מעורבין זה בזה דברי רבי ודמי זה לעיסת כלבים שמותר לאפות משום דבידו לפייסן בנבילה כמו כן הכא שבידו לבצוע מכחו"ח ואין לומר דלמא הוברר למפרע ואין דינו כמעורב בשעת אפי' דמה בכך דהא עכ"פ ליכא איסור דאורייתא דהא איכא הואיל ומספיקא ליכא לאסור מדרבנן דספיקא דרבנן להקל אבל אם לא היינו אומרים הואיל דרבה הוה בזה ספיקא דאורייתא ולכך הי' קשה לר' זירא וחביריו (טרם דאסקי טעמא דהואיל) על ר' אליעזר למה מתיר לאפות בלא קריאת שם ועובר עכ"פ על ספק איסור דאורייתא במלאכת אפייה ביו"ט ואין לומר שדחינן ספק איסור זה משום ודאי איסור דבל יראה ז"א דגם באיסור ב"י איכא רק ספק דהא אפשר בהטלה לצונן וליכא רק ספק שמא עם כ"ז תבוא לידי חימוץ וטפי עדיף לעבור על ספק איסור בשב ואל תעשה מלעבור על ספק מלאכת יו"ט במעשה בידים:

ובזה יש לחבר פירש"י בדף מ"ח ע"א בד"ה מילתא דקשיא לן כו' מה שכ' ומותר לעבור אבל יראה מאליו כו' עם פי' המהרש"א שם שכ' דעובר על ל"ת כל מלאכה מוטב לו שתטביל בצונן כו' יעו"ש שצדקו יחדיו שני פירושים אלו ויתחברו ולא יתפרדו דהנה על פירש"י לחודא יש להקשות כנ"ל דילמא סובר ר"א אין ברירה כפי ההלכתא דליכא באפייה אלא ספק איסור משא"כ כשמניחה להחמיץ יהיה איסור ב"י איסור ודאי אבל לפי פי' מהרש"א שייך תקנה גם נגד איסור ב"י בהטלה לצונן ואף שאעפ"כ אפשר

שתחמיץ מ"מ אין לפנינו תחלה רק ספק איסור דב"י בשב ואל תעשה ואין לעבור מפני ספק זה במעשה בידים על ספק דמלאכת יו"ט ומה שאמר ר"י לר"א לדבריך ה"ה עובר על ל"ת כל מלאכה שמשמעותו שעובר בודאי על לאו דל"ת כל מלאכה גם כן איש כמ"ש לעיל דר"י לשיטתיה שסובר גם בדאורייתא אף לקולא ברירה דברירה הוא ודאי גמור ואין להקשות כיון דלפי שיטת רבי ליכא ב"י גבי חלה אף לפי מה שהעליתי שליכא איסור באפי' מ"מ גם כשנקרא שם תחלה יתחמץ ע"כ לא יהיה איסור א"כ מהראוי שיהיה ביד בעל העיסה לעשות כחפצו ומדברי רבי שאמר הלכה כר"א נראה שמצריך דוקא שלא יקרא לה שם תחלה זה לק"מ דהיכא שאפשר להציל שלא תבוא החלה לידי חימוץ ותהי' ראוי' שתנתן לכהן להיות בשריפתה עדיף טפי מלהשאירה בעודה עיסה שתאמיץ ותאסר בהנאה לכהן ולא יהיה אפשר לקיים בה מצות נתינה וכן צריכין לומר בלא"ה בשיטת רש"י. דסובר דמצד הואיל וא"ב מיי ליכא ב"י דלפי האוקמתא בדף מ"ו. לא דכ"ע סברי טה"נ אינו ממון והכא בהואיל קמיפלגי דמה שאמר ר"א לא תקרא שם כו' הוא כדי שיהיה אפשר לקיים מצות נתינה וכדי שלא יפסיד הכהן זכות הנאה בחלה שראויה להסקה ומיושב בזה גם מה שמקשה עוד בפי' בד"ה בגמ' לא דכ"ע כו' דא"כ לא שייך עיקר מילתא דר"א בהפרשת חלה לענין פסח טפי מבשאר יו"ט כו' יעו"ש דבשאר יו"ט אין להצריך דוקא שלא יקרא לה שם קודם. דהא כשתשאר כן עד הלילה תהיה ראוי' שתנתן לכהן משא"כ בפסח אבל לפי האמת דשמעו מברייתא שר"א בעצמו אמר לר"י לדבריך היה עובר משום ב"י. צריכין לומר שסובר טה"נ ממון אבל מהיתר אפיי' לחודה לא היה נשמע שסובר ר"א עה"נ ממון וכמ"ש לעיל בשיטת רבי:

וכ"ז א"ש בשיטת רשיי כנ"ל אבל לשיטת הר"י שבתוס' דאף דאמרינן הואיל איכא גם כאן בחלה איסורא דרבנן י"ל דמשום מניעת הפסד מועט זה שיהיה לכהן אף איסור דרבנן לא התירו. ור"א לא התיר רק משום חשש ב"י דהוא אוחז הגי' שלפנינו דכ"ע טה"נ א"מ ובהואיל ואב"מ קמיפלגי דלר"א שסובר הואיל זה יש איסור ב"י גבי חלה ומטעם זה פסק גם רבי כר"א:

ובסגנון זה י"ל בפשיטות יותר בהקדם דלפי שיטת רש"י בגיטין מ"ז צריכין לומר שיש שלושה פלוגתות בדין ברירה איכא דסברי דברירה כודאי גמור ולכך אף בדאורייתא אמרינן ברירה ולפי הפסק הלכה בביצה דף ל"ט דלא אמרינן ברירה בדאורייתא רק בדרבנן מחזקינן דין ברירה לספק וסד"א לחומרא ודרבנן לקולא ורבי שסובר שם בגיטין דטבל וחולין מעורבין זה בזה ומפרש רש"י אין לך כל חטה וחטה שאין חצי' טבל וחצי' חולין כו' יעו"ש. ע"כ סובר דלא אמרינן כלל ברירה ואף ספק לא הוי על למפרע דכל

שותפין בדבר אחד חלקם שוה בכל חתיכה וחתיכה או חטה וחטה ומעת החלוקה ואילך זוכה כ"א בדרך חליפין בחצי' של חבירו שהי' לו באותו חלק שנופל בגורלו וכבר כתבתי לעיל בשם הריטב"א והרי"ד דר"י אית לי' ברירה כוודאי ורבי ל"ל כלל ברירה אבל לר"א ע"כ צריכין לומר דלית לי' כרבי דהא סובר להדיא במס' ביצה דף ל' עומד אדם על המוקצה וכו' ואומר מכאן אני אוכל למחר וכתב רש"י וסגי בהכי דיש ברירה (ויעוין שם במס' ביצה דף י') רק שיש לומר שמחזיק ברירה לספק ולא ודאי גמור למפרע וגבי מוקצה שהוא מדרבנן אזיל בספיקו לקולא ולכך לא מצריך שירשים. ומעתה נכון הכל דלר"י לשיטתי' שסובר דברירה כודאי וגם סובר דלא אמרינן הואיל שפיר אמר לדבריך ה"ה עובר על ל"ת כל מלאכה דהא ע"י הפרשות החלה יתגלה למפרע ברירה שהיא היתה החלה בשעת אפייה ולר"א דספיקא הוא אי אפשר להתיר כ"א בצירוף מטעם דהואיל ולרבי דל"ל ברירה כלל ואף ספיקא לא הוי דינו ממש כעיסת כלבים דעיקר ההיתר מחמת שמעורב בשעת אפיי' כמ"ש בלח"מ:

וסמך לדברי מהרי"ו הנ"ל דבהפרשות חלה אף שלא היה אמירה תחלה שייך דין ברירה, יש לכאורה מדברי תוס' ב"ק דף צ"ד ע"א ד"ה מירחו מעשר ונותן לו שכתבו שם ואפי' למאן דאית ליה ברירה וכו' יעו"ש וביותר מבואר בדברי רש"י שם שכתב בזה"ל אבל עכשיו שנתמרח ביד בעל הבית נתחייב במעשר והכי אמרי' במס' ברכות דף מ' לקט שכחה ופאה שעשאן בגורן הוקבעו עכ"ל ומבואר שם ברש"י דדין זה לקט שכחה כו' הוקבעו אינו אלא מדרבנן א"כ ע"כ כוונת רש"י שגם כאן אינו אלא מדרבנן וצ"ל שטעמו של רש"י דפטור מדאוריית' משום דאמרינן ברירה ולא ס"ל לרש"י כתירוץ התוס' ועכ"ז צ"ע למה החליט רש"י דתנא דהך ברייתא סובר ברירה כודאי. עכ"פ נשמע מדברי התוס' ורש"י הנ"ל דגבי הפרשת פאה שייך ברירה אלמפרע וא"כ אין כ"כ מהזרות דברי הט"ז דגבי הפרשת חלה שייך ברירה.

הן אמת שלכאורה יש לומר דשאני פאה שתיכף בעת קצירה יש חלק עניים בתבואת השדה כפי שיעור חיוב הפאה משא"כ במתנות כהונה דהא אי' בחולין דף ק"ל ע"ב מנין לבעל הבית שאכל פירותיו טבלין וכן לוי שאכל מעשרותיו טבלים מנין שפטור מן התשלומין ת"ל לא יחללו את קדשי בני ישראל אשר ירימו אין ק בהן אלא משעת הרמה ואילך עכ"ל הרי שקודם הרמה אין לכהן בטבל כלום ואינו כשותף עם הישראל ול"ד לדין ברירה באחין שחלקו אמנם כבר הבאתי לעיל דברי התוס' בסוכה שמבואר מדבריהם להדיא שטבל חשוב כשותפות משום חלק הכהן והלוי שבה וצ"ל שסוברים התוס' דמה דתני בברייתא הנ"ל דאין לכהן אלא משעת הרמה אינו אלא לענין חיוב התשלומין דכ"ז

דלא אתי לידו בטיבלא לזכות במתנות מדין מתנות שלא הורמו כמו שהורמו כמבואר שם בחולין דין המתנות אף אחר הפרשה כדין ממון שאין לו תובעים ומכ"ש כשעדיין לא נפרשו ועכ"ז י"ל דבכל טבל אף קודם הפרשה חלק כהן ולוי בה והמעיין בתוס' רי"ד סוף פ"ב דקידושין יראה מבואר דלפי גירסתו שם בחד אוקמתא ופירושו שטעמו של רבי שמחייב בגונב טבל של חבירו ואכלו לשלם דמי כולה הוא משום שסובר מתנות שלא הורמו לאו כמי שהורמו דמי ואין לכהן בה עדיין זכות ור' יוסי שסובר שם דאינו משלם אלא לפי חולין שבה סובר דאף קודם שהורמו כמי שהורמו והוי חלקו של כהן באותו טבל אף קודם הרמה לכך אין הגנב צריך לשלם דמי כולה וע"ש דברי תוס' הרי"ד הללו המה להיפך מדברי רש"י שם בקידושין שלפי פירש"י מיירי בטבלים שנפלו מאבי אמו כהן ורבי סובר דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו כו' יעו"ש (ויעוין בנדרים דף פ"ה ע"א) שמדברי הר"ן שם נראה כפי תוס' הרי"ד והרא"ש שם אחז פי' רש"י שבקידושין ומתוס' במסכ' ב"ב דף קכ"ג ע"ב ד"ה וקסבר שכתבו שם שבסוף פ"ב דקידושין אית ליה לרבי דלאו כמו שהורמו יעו"ש מבואר שאחזו בגי' תוס' הרי"ד ופרושו ולא היה לפניהם כגי' רש"י דמיירי בטבלים שנפלו לו מאבי אמו כהן היוצא מכ"ז דלפי האמת אנן פסקינן דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו ולפי דברי תוס' רי"ד הנ"ל דכמו שהורמו הכוונה שבכל טבל אף שהוא ביד ישראל מיקרי שיש לכהן חלק בה מצד דין זה דכמי שהורמו דמי א"ש דברי תוס' בסוכה במתני' דאתרוג של טבל מיקרי אתרוג של שותפים מצד חלק כהן ולוי ודמי' לאחין שקנו בתפיסת הבית אבל לפי פי' רש"י בקדושין לא נאמר דין מתנות שלא הורמו כמי שהורמו רק בטבלים שהמה ביד כהן כיון שהמתנות שלו ואינו מחוסר רק הפרשה ולהחזיק לעצמו אמרי' שזוכה במתנות שבהם בעודן בטבלן אבל בכל טבל שביד ישראל לא אמרי' כן ואין שם שתוף להכהן בטבל שביד ישראל והתוס' במסכת סוכה הנ"ל לשיטתייהו אזלי כמו שמבואר מדבריהם במס' ב"ב שהבאתי לעיל.

אמנם א"כ לכאורה נסתר כל דברי הנ"ל במה שכתבתי בשיטות רש"י דגבי חלה שייך ברירה למפרע למאן דא"ל ברירה. והרי לפי דברי האחרונים לדעת רש"י אין לכהן שום חלק בטבל קודם הפרשה. וכדי ליישב גם זה אקדים לתרץ קושי' התוס' במס' סוכה הנ"ל שמקשין דל"ל למעט דאין יוצאין במצה של טבל תיפוק לי' דממועט מדכתיב מצתכם וטבל אינו כולו של ישראל דהכהן משותף בה כדמוכח מדאין יוצאין באתרוג של טבל ונ"ל דאפשר לומר דבטבל מיתלי תלי עד הפרשה דכשבא לידי הפרשה אמרי' דאיגלאי שהיה לכהן בה חלק אבל כשאינו בא כלל לידי הפרשה לעולם הוי כלא היה לכהן בה חלק וכעין זה מצינו לדברי אביי שסובר למפרע הוא גובה וחשוב של מלוה

מתחילתו דאין זה רק אם בא לידי גביי בסוף אבל אם לא בא לידי גביי הוי כאילו לא הוה להמלוה שום זכות ונשארת המכירה שמכר הלוה אף בגוונא שהמלוה אינו בא לידי גביות מעותיו והראיות ע"ז אבאר אי"ה לקמן כמו כן לענין הפרשת מתנות וא"ש מה דאין יוצאין באתרוג של טבל דחשוב כאתרוג השותפים כיון שלבסוף יבוא לידי הפרשה ויוברר למפרע שהיה לכהן חלק באתרוג משא"כ במצה של טבל כשהיא נאכלת בטבלה ולא תבוא לידי הפרשה ומיושב קושי' התוס' הנ"ל וא"ש שיטת רש"י ויש ליישב בזה גם קושי' התוס' בחולין דף ק"ל ע"ב ד"ה מה שמקשין דהא אשר ירימו משמע להבא כו' יעו"ש והמבין יבין:

ודע שגם מדברי התוס' בגיטין דף כ"ה ע"א ד"ה שני לוגין כו' מבואר שבכל ימשום דהוא ממון שאין לו תובעים או משום דעדיין לא הופרש אינו דומה להו גזל כו' יעו"ש ולפי דברי הנ"ל בשיטת רש"י בלא"ה א"ש דהיכא דלא אתי לבסוף לידי הפרשה הוי כלא היה בה חלק כהן ואינו בכלל גזל:

בסוגיא דהאופה מיו"ט לחול [דף מז]

זה לשון הרמב"ם בפ"א מהלכות המבשל ביו"ט לנכרי או לבהמה או להניח לחול אינו לוקה שאלו באו לו אורחים הי' אותו תבשיל ראוי להן ע"כ וכ' הלח"מ ד"ה עיסת הכלבים דאף היכא דשייך הואיל איסורא איכא ולא מהני טעמא דהואיל אלא לאפטורי ממלקות כמו שנראה ברור מדברי הרמב"ם הנ"ל כו'. יעו"ש כוונתו מדכלל דין המבשל לחול עם דין המבשל לנכרי או לבהמה. ובדין י"ג כ' הרמב"ם להדיא דאין אופין ומבשלין ביו"ט כדי להאכיל לנכרים וכו' שנאמר הוא לבדו יעשה לכם לכם ולא לנכרים וכו' אמנם א"כ הרי מוכח דבאופה מיו"ט לחול יש איסור דאורייתא מדכלל דין זה עם דין מבשל לנכרי ולבהמה ומסוגיא דהואיל מוכח להדיא דלדברי רבה דאית ליה הואיל ליכא אלא איסור דרבנן דאל"כ אמאי שרינן לאפות מיו"ט לשבת ע"י עירוב תבשילין וכי משום ע"ת שרינן איסור דאורייתא. אמנם לפי לשון הרמב"ם בפ"ו מהי"ט שכ' יו"ט שחל להיות ע"ש אין אופין ומבשלין ביו"ט מה שהוא אוכל למחר בשבת ואיסור זה מד"ס כדי שלא יבוא לבשל מיו"ט לחול כו' וכ' הב"י בסי' תקכ"ז שהרמב"ם סובר דצרכי שבת נעשין ביו"ט מדאורייתא ולכך מהני ע"ת ומסיים הב"י ואע"ג דלמ"ד דל"ל הואיל אמרינן התם. הכי משמע דמאן דאית לי' הואיל נמי סובר הכי כו' יעוי"ש וכבר השיג בישש"ש על דברי הב"י בזה שמסוגיא הנ"ל מבואר להדיא שלא כדברי הב"י. גם ממ"ש הרמב"ם גבי שתי לחם הטעם דלכם משמע שסובר דמצד הדין צרכי שבת נעשין ביו"ט וכן מלשון הרמב"ם בדין שחיטות בהמה מסוכנת (פ"א דין י"ב) שכ' בזה"ל מי שהי' לו בהמה מסוכנת לא

ישחוט אותה ביו"ט אא"כ יודע שיכול לאכול ממנה כזית צלי מבע"י כדי שלא ישחוט ביו"ט מה שיאכל בחול ע"כ נראה דס"ל כר"ח שצריך דוקא לאכול כזית מבעוד יום וכן כ' בב"י סימן תצ"ח בכוונת הרמב"ם ודלא כהמ"מ א"כ מוכח מזה שדעת הרמב"ם דאף היכא דשייך הואיל איכא איסורא דאורייתא ומשום הפסד ממון א"א להתיר איסור דאורייתא א"כ דברי הרמב"ם דלא כרבה ולא כר"ח דלרבה אף איסורא דאורייתא ליכא היכא דשייך הואיל ולרב חסדא יש גם חיוב מלקות והרמב"ם עשה הכרעה שאסור מדאורייתא ופוטר ממלקות ונ"ל לכאורה למצוא ראי' להלכה כדברי הרמב"ם דלכאורה יש להקשות לפ"ד התוס' בד"ה נאכל דהיכא שבאו עדים ביום ה' ונתקדש אותו היום נפדה הלחה"פ שנאפה וביום ו' נאפה לחה"פ למצות הערכה א"כ לא הי' למפרע איסור באפיי' הלחה"פ כשהי' נאפה ביום ה' ואין למנוע אפי' לחה"פ ביום ה' רק מספק שמא לא יבואו עדים בו ביום ויהי' יום ו' יו"ט דאורייתא ויושארו למצות לחה"פ הלחמים שנאפו ביום ה' ויש איסור דרבנן כיון שהתקינו שיהי' נוהגין אותו היום קודש והרי הוי ככל ספיקא דרבנן דאזלינן לקולא א"כ אמאי לא התירו לאפות לחה"פ ביום ה' מטעם ספיקא דרבנן דהא אם יבואו עדים קודם מנחה יהי' שהות לפדות לחה"פ ולאכלן ואף אם לא יאכל רק כזית א' מכל לחם די שלא יהי' למפרע איסור מלאכה ביו"ט וצ"ל דאף שהתירו שבות במקדש מ"מ לא התירו רק שבות לצורך מקדש ועבודה כדאי' במס' ביצה דף י"א ע"ב ובמס' עירובין וכיון דפדיון קודש הוא שבות כמו פדיון בכור אדם והיא מכלל לא מעריכין ולא מקדישין שאסור משום מו"מ לא יהי' אפשר בפדיון לחה"פ ביום ה' והא דכתבו התוס' בד"ה ולרשב"ג דטעמא של רשב"ג הוא משום הואיל ויכול לפדותו י"ל שכוונתם כיון דמה"ת מותר בפדיון שייך הואיל וליכא אלא איסור דרבנן וכעין זה כ' רש"י לקמן ד"ה כלאחר יד ע"י שינוי דשבות בעלמא הוא וכיון דמדאורייתא שרי פקע לי' מלקות ע"כ. הרי אף שמנוע מצד איסור דרבנן מ"מ כיון דשייך מדאורייתא הואיל פקע מלקות וממילא גם איסור דאורייתא ליכא וא"ש מה שהתיר רשב"ג לאפות ביו"ט דאף שגם היכא דשייך הואיל יש איסור דרבנן מ"מ יש להתיר איסור דרבנן זה במקדש דהי' צורך גבוה למצות להח"פ דהא אותן להח"פ יהי' לחמי הערכה והו' ההיתר איסור דרבנן לצורך גבוה משא"כ כשיהי' הלחה"פ נאפות ביום ה' באם יבואו העדים קודם מנחה ויתקדש אותו יום יהי' מהצורך לאפות ביום ו' למצות להח"פ ואיגלאי שיעשה איסור דרבנן באפיית לחה"פ ביום ה' שאינם למצות הערכה ולא יהי' אפשר לפדותן מחמת שבות דלא מקדישין כו' ואף שיש הואיל מדאורייתא מ"מ יושאר איסור דרבנן ושלא לצורך מקדש לא התירו איסור זה וכן אם לא יבואו עדים יהי' איסור דרבנן כי התקינו

שיהי' אותו היום קודש ואיסור זה לא התירו אף לצורך גבוה והי' אסור לאפות לחה"פ ממנחה ומעלה כשלא באו עדים קודם מנחה אף דבכה"ג ליכא אלא יו"ט מדרבנן דעשו חז"ל יום זה לקודש כמו יו"ט וכמ"ש בס' הצל"ח בד"ה שני ימים טובים דכיון שעשו רבנן אותו היום קודש אף במקדש לא התירו בו במה שאסור ביו"ט דלא התירו במקדש אלא שבות או איסור הואיל ולא מה שאינו אלא מצד היום דחכמים עשו קדושי יום של יו"ט דדבריהם כקדושת יו"ט דאורייתא שיהי' הן בגבולין הן במקדש,. וא"כ יהי' באפיי' לחה"פ איסור דרבנן הן אם יבואו העדים או לא ומיושבת קושית הנ"ל:

אמנם לכאורה עדיין קשה דהא עכ"פ מוכח דאיסור דרבנן שיש במלאכה מחמת דשייך הואיל יש להתיר לצורך לחה פ כשיהי' נשארו למצוותן וכמו שמבואר מדברי רשב"ג שמתיר מטעם זה א"כ לפ"ז היכא שאין העדים ביום ה' ונשארו הלחה"פ שנאפו אז למצוותן יש היתר על מלאכת אפיי' שנעשה דהא בעת האפיי' הי' שייך הואיל להפקיע איסור דאורייתא אה ביו"ט גמור כאשר אבאר והאיסור דרבנן שנשאר מותר במקדש לצורך עבודה בכה"ג שהלחה"פ נשארי' למצוות הערכה ומ"ש דבעת אפיי' קודם שבאו העדים שייך לומר הואיל היא פשוט דהא אמרינן הואיל אי מקלעי ליה אף שבאמת לא על דעת שיבואו ולא יבואו עאכו"כ שיהי' שייך לומר הואיל כזה הואיל אם יבואו עדים ואף דאיגלאי אח"כ שלא באו מ"מ בזמן אפיות לחה"פ הי' שייך הואיל וכיון שכן אף שלא יבואו יהי' אותו היום קודש מתקנ"ח ונחזיקו כחומר יו"ט דאורייתא מ"מ הרי אפיי' ביו"ט דאורייתא כה"ג ליכא למפרע איסור דאורייתא באפיות לחה"פ שנאפו קודם שנודע אם יבואו עדים או לא כיון שהי' שייך אז בעת האפיי' הואיל וליכא אלא מלאכה דרבנן כמו בכ"מ ששייך הואיל ומלאכה כזו מותרת במקדש לצורך גבוה ועתה שלא באו העדים ביום ה' יושארו הלחה"פ שנאפו היום לחמי המערכה ולמצוותן דוחין האיסור דרבנן במלאכה דשייך הואיל ולא יהי' איסור כלל דהאיסור מדרבנן שהוא במלאכה עצמה היכא דשייך הואיל הוא מותר במקדש לצורך גבוה כדמוכח מרשב"ג ואין מקום לאסור האפוי ביום ה' רק מחשש דילמא יבואו העדים ויהי' אותו היום קודש מדאורייתא והלחה"פ שנאפה בו ביום יושארו לפדיון ולמצות הערכה נצרך לאפות לחמים אחרים ביום ו' וכיון שלא הי' באפי' ביום ה' צורך גבוה יהי' איסור דרבנן באפייתן שלא לצורך גבוה א"כ אכתי קשה כיון דליכא אלא חד צד לאיסור דרבנן אמאי לא נימא בחשש איסור דרבנן זה דספיקא לקולא דהא יכול להיות שלא יבואו עדים ולא יהי' כלל שום איסור דרבנן ולמה הוצרכו לאפות הלחה"פ ביום ד' הלא גם ביום ה' לאפות כיון שיש ספק דילמא לא יבואו עדים ולתרץ קושי' זו י"ל לכאורה בפשיטות דבכה"ג לא הוי ספיקא

דרבנן דהא שכיח יותר שיבואו עדים ביום ה' והוי רוב לאיסורא. וגדולה מזה מבואר ברש"י במס' ר"ה דף י"ח ע"א ד"ה ועל אלול מפני ר"ה שכ' בזה"ל מודיעים מתי התחיל אלול ועושים ר"ה ביום שלשים של אלול בגולה דרוב שנים אין אלול מעובר ואע"פ שספק הוא בידם כו' א"א להן לדעת ע"כ הולכין אחר רוב שנים כו' יעו"ש אמנם עדיין צ"ע אריכות לשון רש"י ואע"פ שספק כו' ע"כ הולכין כו' ונ"ל שהי' קשה לרש"י דהא סתם מתניתין ר"מ ור"מ חייש למעוטא ברובא דליתא קמן והך רובא הוי ג"כ רובא דליתא קמן וצ"ל דהא אסיקו בחולין דף י"א דאף לר"מ דחייש למעוטא מ"מ היכא דלא אפשר שאני ולזה כ' רש"י ואע"פ שספק היא כו' א"א להן לדעת ע"כ הולכין אחר רוב שנים.

אמנם לכאורה קשה דהא איתא במס' בכורות דף כ' הלוקח בהמה מן הנכרי ואינו יודע אם ביכרה אם לא ביכרה ר' ישמעאל אומר עז בת שנתה ודאי לכהן מכאן ואילך ספק ומקשה הגמ' מכאן ואילך ספק הלך אחר רוב בהמות ורוב בהמות מתעברות ויולדת בתוך שנתן כו' לימא ר' ישמעאל כר"מ ס"ל דחייש למעוטא כו' אלא אמר רבא מחוורתא ר' ישמעאל כר"מ ס"ל רבינא אמר אפילו תימא רבנן כי אזלו רבנן בתר רובא ברובא דלא תלי במעשה אבל רובא דתלי במעשה לא ומצינו בפוסקים קדמונים ברמב"ן וריטב"א במס' קידושין בסוגיא דסבלונות ובשארי פוסקים דהלכה כרבינא דלא אזלינן בתר רובא דתלוי במעשה רק אחר רוב שהוא בטבע וחיוב א"כ אמאי סמכו בגולה לעשות ר"ה יום אחד על סמך רוב הנ"ל דהא תלי במעשה. אף שבירושלמי פ"ק דר"ה איתא חזקה על הב"ד שאין מתעצלין מ"מ ליכא חזקה זו על העדים שרואין את החידוש ותלי במעשה אם יבואו או לא יבואו ולתרץ קושי' זו נקדים עוד מה שהקשה בטורי אבן על מס' ר"ה דף הנ"ל דרש"י סותר דברי עצמו שבמס' פסחים דף נ"ד תניא אין בין יוה"כ לת"ב אלא שזה ספיקא אסור וזה ספיקא מותר ומפרש הגמ' מאי ספיקא מותר לקביעי דירחא פי' רש"י לעשות ב' ימים כי מספקא לן אי עיברו הב"ד חודש שעבר או לא והשתא קשה מ"ש ר"ה סמכינן על הרוב וביוה"כ לא כו' כל בדאורייתא מה לי איסור לאו מה לי איסור כרת כדאיתא ביבמות דף קי"ט (יעוין לקמן תירוץ פשוט על קושי' זו) ואמרתי דרך פלפול לתרץ קושי' זו דבמס' חולין דף י"א אי' מנ"ל דאזלינן בתר רובא כו' רבה בר רב שילא אמר אתיא מפרה אדומה דאמר רחמנא ושחט ושרף ומקשה בתוס' וא"ת כיון דפרה בת שתי שנים דילמא היינו משום דאוקמא אחזקה שאינה טרפה למ"ד טרפה אינו חי' כו' ולענ"ד יש לתרץ קושי' התוס' לפי שיטות רש"י כפירוש הרשב"א ביבמות דף ל"א דמחזיקין מאיסור לאיסור וע"כ אסור בספק בשחיטה כיון שהוחזק מחיים איסור אמ"ה ושוב נולד ספק בשחיטה מחזיקין מאיסור לאיסור והוי כספק איסור במקום חזקה. והא

דלא אמרינן להחמיר מטעם זה גם בספק טרפה הטעם משום דנגד ספק טרפה יש רוב דרוב בהמות אינם טרפות ורובא עדיף מחזקה וכ"ז למסקנא דאזלינן בתר רובא אבל אי לא הוי אמרינן דאזלינן בתר רובא הוי אמרינן גם בספק טרפה דהוי ספק במקום חזקת איסור דמחזיקין מאיסור לאיסור ועד"ז מיישב בספר טורי אבן באבני מלואים למס' חגיגה דף ד' מה שמקשה הרשב"א מסוגי' הנ"ל על הרמב"ם דס"ל סד"א לקולא מדאורייתא א"כ א"ש הוכחת הגמ' מפרה אדומה דאין לדחות משום דאוקמי' אחזקה דהא אי לא אזלינן בתר רובא יש לפרה חזקה מנגדת ולאיסור דהיינו שמאיסור אמ"ה מחזיקינן לספק איסור טריפות והוי כתרי חזקות סותרת ושב לספק שקול:

ודע דבחדושי רשב"א לחולין דף י"ב איתא בזה"ל אבל ברובא דתלי במעשה ומיעוטא דלא תלי במעשה שבקינן רובא דתלי במעשה כדתנן בכורות דף כ"א ובחידושיו ז"ל לחולין נראה דסובר דהא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה אינו אלא היכא שיש חזקה מתנגדת ולפי"ז מבואר דמה שאמר רבינא אבל רובא דתלי במעשה כו' אינו אלא לומר דאף שסוברים רבנן דרובא עדיף מחזקה מ"מ ז"א אלא ברובא דלא תלי במעשה אבל בתלי במעשה אין הרוב כמו חזקה ע"כ כשיש חזקה מנגדת להרוב דתלי במעשה הוי כספק שקול:

ועפי"ז יש לתרץ דברי הרמב"ם דבהלכות איסורי ביאה פ"א נמשך אחרי דברי הירושלמי סוף קידושין דממכה אביו ילפינן דסוקלין על חזקה דשאר בשר ומקשה הב"ש בסי' י"ט על הרמב"ם שהרי בסוגי' דחולין הנ"ל יליף רב מרי ממכה אביו דאזלינן בתר רוב וממילא ליכא להוכיח דמצד שהוא מוחזק שהוא בנו ממיתין דהא איכא רובא היכא דידעינן שזה האב נשא האשה שהיא אמו ואז רוב הבעילות אחר הבעל ולפי הנ"ל ניחא דהא הרמב"ם סובר ג"כ דההלכה כרבינא דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה דהא פוסק כדברי ר' ישמעאל דהלוקח בהמה מן הנכרי מכאן ואילך ספק וכיון שכן ליכא רוב גבי מכה אביו. דהא הרוב הוא דרוב בעילות אחר הבעל וזה הוי רובא דתלי במעשה ולרב מרי שיליף ממכה אביו צ"ל שסובר כבר פלוגתא דרבינא שאין חילוק בין רובא דתלי במעשה או לא משא"כ לדידן דפסקינן כרבינא וכעין זה כתבו התוס' במס' יבמות דף קי"ט ע"א ד"ה ר"מ היא על קושי' הגמ' שם אמאי הלך אחר רוב נשים ורוב נשים מתעברות ויולדת וא"ת ואמאי לא מוקי לה נמי כרבנן וכי אזלו רבנן בתר רובא היינו בדלא תלי במעשה כו' וי"ל דהכא כרבה דל"ל האי שנויא כו' ע"כ נראה שהי' לפניהם הגירסא בבכורות רבה ולא רבא. וא"ש שיטות הרמב"ם כשיטות הירושלמי דממכה אביו ילפינן שפיר חזקה דסוקלין עלי' דאין לומר שהוא מטעם רוב דהא לא הוי כרוב גמור כיון דתלי במעשה

ורובא כזה לא עדיף מחזקה דעלמא ואמאי אמרה תורה דמכה אביו יומת אף שמן הסתם מצוי הבעל עם אשתו מ"מ אין זה רק כרובא דתלי במעשה לפ"ד התוס' דיבמות א"ו דסוקלין על חזקה שהוא אביו וכן כל מי שהוחזק בשאר בשר:

וידוע שיטות הפוסקים שסוברים שאין חיוב תוספת מלפניו ולאחריו אלא ביוה"כ ולא ביו"ט מעתה י"ל דס' יוה"כ הוי כס' במקום חזקה ע"ד משל כשמסופקין אי יום א' הוא יוה"כ או יום ב' דאי לא הי' אלול מעובר חל יוה"כ להיות ביום א' ואם נתעבר אלול חל יוה"כ להיות ביום ב' יש לנו להחזיק את יום א' ליוה"כ עפ"י רוב שאין אלול מעובר ואף שחוב זה תלוי במעשה מ"מ כיון דליכא חזקה מתנגדת אזלינן בתרה כמו בתר חזקה דעלמא וצריכין להוסיף ג"כ קצת מן הלילה של יום ב' ובזמן ההוספה יש ודאי גמור ממ"נ יש אז איסור יוה"כ אם מחמס הוספת יום א' או מחמת יום ב' וכשדנין באותו זמן ההוספה דהתחלת ליל ב' בספק של יום ב' דשמא שעה זו היא יוה"כ מחמת שיום שני הוא עצמו של יוה"כ הוי כנולד הספק בעת שיש חזקת איסור עכ"פ ודמי לנולד ספק נגע קודם שנטהר מנגע הראשון דכתבו בתוס' מס' כתובות דף ע"ה ע"ב ד"ה ספק דהוי חזקת טומאה דהא אז בהתחלת ליל ב' יש בודאי איסור יוה"כ אי מחמת יום שלפניו או מיומו ואי נאמר דהא גוונא מחזיקין מאיסור לאיסור הוי הספק על יום הב' כספק עם חזקה דמחזיקין מאיסור לאיסור ומנגדת חזקה זו נגד הרוב דתלי במעשה דהיינו דעפ"י רוב חודש אלול חסר שרוב זה תלוי במעשה בראיית עדים ורוב זה אינו דוחה חזקה והוי רק כחזקה מול חזקה ויושאר ספק שקול לכך הוצרכנו לעשות ב' יוה"כ מספק משא"כ בר"ה שא"צ הוספה לאחריו ואין התחלת ספק ביום ב' בעת חזקת איסור שמיד בשקיעת חמה של יום א' תו לא אסרינן בספק דאזלינן בתר רובא ומחזיקין יום א' לבדו עד שקיעתו לר"ה ורוב זה דוחה מלהחל שם ספק על יום ב' דבמקום שאין חזקה מתנגדת אזלינן בתר רוב זה אף דתלי במעשה. אבל ביוה"כ נולד ס' איסור של יום ב' בעת שהוחזק באיסור ודאי ואף מאיסור קל לחמור ממנו אמרינן ג"כ מחזיקין מאיסור לאיסור כ"נ לכאורה מדמחזיקין מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה אף דאמ"ה קיל שיש היתר לאיסורו ובחלקו מבחוץ פטור גם בין נגע לנגע יש חילוקי דינין ובחד צד יש סברא לומר באיסור משם אחד כמו בכה"ג דדנין על איסור יוה"כ דהוי חזקה בקל מדמחזיקין מאיסור לאיסור בב' שמות כמו מאיסור אמ"ה לאיסור טריפה ויש קצת סמוכין לדברי אלה מדברי המ"א בסימן שפ"ז ס"ק י"ז ובריש הל' תענית סי' תקס"ב דסוף התענית מספיקא לא נפקא קדושתה ועדיין צ"ע:

היוצא מזה דרובא דתלי במעשה אין דינו אלא כדין חזקה. לפי"ז נראה פשוט לומר דלדעת הרמב"ם כמבואר באריכות בפר"ח בסי' ק"י בכללי הספיקות אמרינן דספיקא דרבנן לקולא אף בשיש חזקת איסור ואף בדבר שיש לו עיקר בדאורייתא כמו כן יש להקל בספיקא דרבנן אף שיש לצד האיסור רובא דתלי במעשה דהא רוב כזה אינו אלא כחזקה וא"כ יושאר קושיא הנ"ל למה לא התירו לאפות לחה"פ ביום ה' מטעם ספק דרבנן דלמא לא יבואו העדים וכו' ואין לתרץ כמ"ש לעיל דלא הוי ס' שקול כיון דעפ"י הרוב באים העדים ביום ה' וכנ"ל דהא העליתי דלשיטת הרמב"ם אף היכא שיש רוב כה"ג מ"מ מותר דספיקא דרבנן א"ו צ"ל דאף היכא דשייך הואיל יש איסור דאורייתא והוי ספיקא דאורייתא הרי הוכחה לשיטת הרמב"ם ולרבה שסובר דהיכא ששייך הואיל שאינו אסור אלא מדרבנן צ"ל שסובר שאין חילוק כלל בין רובא דתלי במעשה או לא והרי הראיתי לעיל בתוס' ביבמות שהי' לפניהם הגירסא בבכורות רבה א"כ מפורש שרבה הוא בר פלוגתא דרבינא שם ודברי הרמב"ם המה להלכה דפסקינן כרבינא:

ודע דבס' ראש יוסף לחולין בסוגיא דלעיל מנ"ל דאזלינן בתר רובא מסופק מה דלא אזלינן בתר רובא דתלי במעשה היא מדאורייתא או מדרבנן ולפי דברי הנ"ל בשיטת הרמב"ם אף מדאוריי' לא הוי לרוב כזה דין רוב רק כדין חזקה עוד אבאר לפי דעת הרשב"א לחולין שהבאתי לעיל הא דאין הולכין אחר רובא דתלי במעשה אינו אלא היכא שהמיעוט מתנגדת אינו תלוי במעשה משא"כ כששניהם המיעוט והרוב תלוי במעשה ולפי"ז א"ש דעת הסוברים דחשבינן ס"ם כרוב להתיר אף במקום חזקה מתנגדת אמנם לפ"ד הרמב"ן במלחמות בסוגיא דסבלונות שמסביר שאין לילך בתר רוב רק מה שהוא מחויב בטבע כעין רוב ב"א אינם סריסים ורוב נקיבות אינן איילונית א"כ לסברת הרשב"א הנ"ל יש לומר דבאמת ס"ס לא אלים מחזקה ודינה כדין רובא דתלי במעשה שאינו דוחה חזקה כיון שאין רובו מצד חיוב בטבע ולפי"ז עלתה לי לומר שאף לפי דעת השער המלך בהלכות מקואות פ"י כלל ה' שמוכיח שהרמב"ם מתיר ספיקא דרבנן אף היכא דאיכא ס"ס לחומרא לאיסורא מ"מ י"ל דהרמב"ם מודה להפוסקים שאומרים דס"ס חשוב כרוב כיון שיש ב' צדדים לאיסור או להיתר וחד צד להיפך ועכ"ז כיון שאינו מחויב בטבע אינו אלא כדין חזקה:. ובאיסור דרבנן שספיקא מותר אפילו נגד חזקה יש להתיר ספיקא אף היכא שיש ס"ס לאיסורא דאף שיש רוב צדדים אין רוב זה שהוא שלא מחויב בטבע אלא כדין חזקה וא"כ יש לתרץ דברי הרמב"ם שלפ"ד המל"מ פ"ח מהלכות שאה"ט שדעת הרמב"ם שבדרבנן היכא דאיכא ס"ס לאיסור אסרינן והוכחתו מדכ' בפ"י מהלכות מקוואות דין ו' שנסתפק לו אם טבל או לא טבל או שנמצא המקוה

חסר לאח"ז משמע דאם הי' שני ספיקות יחד דהיינו שנסתפק אם טבל ואף אם טבל יש ספק כה"ג הוי לחומרא אף בטומאה דרבנן ובשעה"מ מביא הוכחה להיפך מדברי המ"מ פ' כ"ו מהלכות שבת ה"ג בשם הרמב"ם שהליכה בנהרות ויש ספק אם הוא למעלה מיו"ד מותר מטעם ספיקא דרבנן לקולא והרי התם איכא ס"ס לאיסורא דלמא יש תחומין למעלה מעשרה וספק אם היא למעלה מעשרה יעו"ש א"כ יש סתירה בדברי הרמב"ם אבל לפמ"ש י"ל דשאני גבי ס' טבל דמלבד הס"ס איכא חזקת טומאה. א"כ אע"ג אף אם הס"ס אינו אלא כדין חזקה הוי מם חזקת טומאה ב' חזקות ובתשובות הריב"ש סי' שע"ט מבואר דב' חזקות דוחים אפילו רוב גמור דתלוי בטבע כמו בגוסס אף דרוב גוססין למיתה אסרינן מחמת חזקות א"א וחזקת חי עיי"ש ובפ"י לכתובות מביא ראי' לסברת הריב"ש מסוגיא דעירובין דף ל"ו ויעוין בנב"י חלק אה"ע סימן מ"ז שמדחה דברי הריב"ש דאי כדבריו האיך נטהר הטמא באפר הפרה נצטרף ב' חזקות חזקת טומאה וחזקת שאינו זבוח שלגבי הפרה וניחוש דלמא במקום נקב שחט ולענ"ד יש לדחות דבריו דשאני בפרה שאין החזקות בב"א מיד שנשחטה הפרה בטלנו חזקת שאינו זבוח ברובא וכיון שכבר נדחית החזקה תו לא מצינו לצרפה אח"כ כשבא טמא ליטהר באפר הפרה וגדולה מזו דעת ר"י בר ברוך הובא בתוס' כתובות דף כ"ו ע"ב ד"ה אנן דבתרי ותרי היכא שהשנים הראשונים העידו תחלה יצא מחזקתו ע"י עדותן ותו לא אמרינן אוקמא אחזקה יעו"ש:

היוצא מזה לפי הנחה הנ"ל דמה שמחולקין הפוסקים בדין ס"ס במקום חזקה יש לתלות בטעם גריעת רוב דתלוי במעשה דלסברת הרשב"א שזה אינו אלא כשהמיעוט הוא בלא מעשה לא שייך לגרוע כח הס"ס דאין עלוי להמיעוט על הרוב גבי ס"ס אבל לפ"ד הרמב"ן שצריך שיהי' הרוב מחויב בטבע. מה"ט יכולין לגרוע גם כח הס"ס ששני הספיקות להחמיר או להקל אינם מחויבים בטבע אמנם בחידושי הריטב"א לקידושין מבואר להדיא דמה שאין הולכין אחר רובא דתלוי במעשה אינו אלא חומרא דרבנן ולפ"ד יש ליישב בפשיטות קושי' הט"א הנ"ל מה שמקשה על רש"י דאמאי חילקו בין ר"ה ליוה"כ דנ"ל דגם רש"י ס"ל כדברי הרשב"א דרובא דתלי במעשה הוי כחזקה רק דלא הוי כרוב העדיף מחזקה ולכך סמכו שפיר לעשות ר"ה רק יום א' משא"כ יוה"כ דהיא ס' איסור כרת ובספק כזה מצינו שהחמירו חז"ל אף במקום חזקה כמבואר מדברי רש"י לחולין דף קל"ד ע"א יעו"ש ומה לי איסור לאו ומה לי איסור כרת אינו רק היכא דמספיקא יש לאסור מה"ת כמבואר מדברי רש"י שם ביבמות דף קי"ט ודוק היטב.

[דף עא ע"א] **מתיב** ר' יוסף כו' אמר ר' אשי ה"נ מסתברא כו' והרמב"ם בה' חגיגה פ"ב דין י"ג כתב בזה"ל לא יביא אדם תודה ביום י"ד מפני החמץ שבה שאין מביאים קדשים לבית הפסול ואם הביא יוצא בה י"ח שמחה כמו שביארנו עכ"ל ומתמיהי' עליו נושאי כליו הא תודה אינה נאכלת רק ליום ולילה וא"כ נפסלה בלינה כקושית הגמ' ומלשונו משמע שנשחט ביום י"ד:

ונלענ"ד לתרץ בהקדם ליישב מה שעמד בו הלח"מ רב יוסף היכי ס"ד שנשחט מעיו"ט הא איפסיל לי' בלינה גם לפי סוגות הש"ס כ"מ שאמרו ה"נ מסתברא אין ראי' מוכרחת ויש צד לדחות אינו מובן כאן מה דנקיט רב אשי בלשונו ה"נ מסתברא הא ראייתו הוא כעמוד ברזל ונ"ל ליישב הכל דיש לדחות הראי' כאשר אבאר ור' אשי לשיטתי' הוא דאמר ה"נ מסתברא ולרב יוסף לשטתי' ל"צ לאוקמי בעיכב ושחטי' רק לר' אלעזר:

בהקדם לתרץ דבקידושין דף ל"ד אי' דהא דנשים פטורים ממ"ע שהזז"ג ילפינן מתפילין ותפילין גמר לה מת"ת ומקשה שם בגמ' אדילפינן מתפילין לפטורא ניליף משמחה לחיובא אמר אביי אשה בעלה משמחה (ומפרש ר"ת שהבעל משמחה בשלמי שמחה שלו יעו"ש] ונילף מהקהל משום דהוה מצה והקהל ב"כ הבאים כא' וכו'. ולר' יהודא דאמר מלמדין יעו"ש כו' משום דהוה מצה שמחה והקהל ג"כ הבאים כא' ומקשים בתוס' דלאביי דאמר אשה בעלה משמחה א"כ ליכא אלא ב"כ ומאי מתרץ לר' יהודא דאמר ב"כ הבאים כא' מלמדין יעו"ש ונ"ל לתרץ הכל בפשיטות דר' יהודא לשיטתי' שפיר הוה עם שמחה ג' כתובים דבמס' ר"ה דף וא"ו אי' בעי ר' זירא אשה מה היא בבל תאחר מי אמרינן הא לא מחייבי בראי' או דלמא הא איתא בשמחה א"ל אביי ותיפוק לי' הא איתא בשמחה ומי אמר אביי הכי והאמר אביי אשה בעלה משמחה לדבריו דר"ז קאמר עכ"ל הגמ' והרמב"ם בפי"ד מהל' מעה"ק פוסק דאשה חייבת בבל תאחר ומקשים למה פסק כר' זירא נגד אביי. והמעיין הטיב יראה שהרכיב הרמב"ם יחד דעת ר"ז ואביי שבהל' חגיגה פ"א כתב בזה"ל והשמחה האמורה ברגלים הוא שיקרב שלמים יתר על שלמי חגיגה ואלו הם הנקראים שלמי שמחת חגיגה שנ' וזבחת שלמים וגו' ונשים חייבות במצוה זו הרי כר' זירא שנשים חייבות בשמחה ובפי"י מהל' יו"ט דין י"ז כתב בזה"ל שבעת ימי הפסח ושמונת ימי החג עם שאר יו"ט אסורים בהספד ותענית וחייב אדם להיות בהם שמח וטוב לבב הוא ובניו ואשתו שנ' ושמחת בחגיך אעפ"י שהשמחה האמורה כאן היא קרבן שלמים כו' יעו"ש יש בכלל אותה שמחה לשמוח הוא ובניו כו' כיצד הנשים קונה להם בגדים ותכשיטים נאים כפי ממונו והאנשים אוכלים בשר ושותין יין שאין שמחה אלא בבשר כו' עכ"ל וביותר מדויקים דבריו במנין המצות מצוה

נ"ד שכ' שם בזה"ל וצונו לשמוח ברגלים כו' וענין הראשון הרמוז אצלינו בצווי זה היא שנקריב שלמים על כל פנים ואלו השלמים מוספים על שלמי החגיגה כו' ובהקרבת שלמים אלו יאמרו הנשים חייבות בשמחה ובכלל אמרו ושמחת בחגיך מה שאמרו ג"כ לשמוח בם במיני שמחה ומזה לאכול בשר ולשתות יין וללבוש בגדים חדשים ולחלק מיני פירות ומיני מתיקה לקטנים ולנשים ע"כ הרי שסובר דחיוב הנשים אינו רק במצות שלמים אבל בשארי שמחות החיוב על בעלה לשמחה והרי זה כהכרעה לתפוס דברי ר' זירא ואביי כאחד ונ"ל דבאמת צריכין להבין מנ"ל ללמוד מושמחת בחגיך ב' מיני שמחות ובאמת דעת ר' אלעזר בפסחים דף דשמחת יו"ט רשות ובתוס' מ"ק דף י"ד ע"ב כתבו מיהו י"ל דשמחת הרגל דרבנן ושמחת היינו בשלמי שמחה כדאי' בחגיגה ע"כ:

ונ"ל דדבר זה תלוי בפלוגתא אחרת דבחגיגה דף ח' ע"א אי' תיר ושמחת בחגיך לרבות כל מיני שמחות לשמחה מכאן אמרו חכמים ישראל יוצאים י"ח בנו"נ וכו' יכול אף בעופות ומנחות ת"ל ושמחת בחגיך מי שחגיגה באה מהם יצאו אלו שאין חגיגה באה מהם. רב אשי מושמחת נפקא יצאו אלו שאין בהם שמחה ור' אשי האי בחגיך מאי עביד לי האי לכדר' דניאל אמר רב וכו' מנין שאין נושאים נשים במועד שנ' ושמחת בחגיך ולא באשתך. ולכאורה ק"ל על הרמב"ם שבפ"י מהל' אישות כ' הטעם על אין נושאים נשים בחוה"מ לפי שאין מערבין שמחה בשמחה ועל הדין דאין יוצאין בעופות כ' בהל' חגיגה פ"ב דין יו"ד משום דאינו בשר המשמח וקשה עליו האי בחגיך מאי עביד לי' ונ"ל לתרץ בפשיטות עפ"י דברי הסמ"ג עשין רכ"ז ובס' היריאים מצוה שכתבו מדכתיב שלש רגלים תחוג לי בשנה למדנו מצות חגיגה בחג המצות ומדכתיב ושמחת בחגיך יש ללמוד שבכ"מ שיש חגיגה יש שמחה ומזה אתי' חיוב שמחה בחג המצות הרי דאיצטריך בחגיך לרבות מצות שמחה בחג המצות אמנם התוס' בחגיגה דף ח' ע"א ד"ה ושמחת כתבו שמצא ר' אלחנן בספרי דמעצרת דרשינן לה דכתיב וזכרת כי עבד היית בארץ מצרים לימד כל מה שנוהג בעצרת נוהג בפסח וחג יעו"ש וצריך לומר דאי מעצרת לא הוי ידעינן רק שמחה בשלמים דמקרא מלא הוא בפ' ראה] גבי עצרת ושמחת אתה ובנך ובתך וגו' לפני ה' אלקיך במקו' אשר יבחר והאי שמחה שנאמר' בחג הסוכו' כוללת גם שארי שמחות ולכך כתיב בחגיך לרבות פסח ועצרת גם לחיוב שארי שמחות הרי יש הוכחה מבוארת דיש חיוב גם בשארי שמחות ודברי הפוס' מ"ק ד' י"ד שכתבו דשאר שמחות אינם אלא מדרבנן לא א"ש רק למ"ד שדרש ושמחת לרבות נו"נ ובחגיך למעט עופות או למעט דאין נושאין נשים במועד והרמב"ם תפס להלכתא בחגיך אתי לרבויא כל ימים טובים לחיוב שאר שמחות כדברי הברייתא בפסחים דף ק"ט ת"ר חייב אדם

לשמח בניו ובני ביתו ברגל שנ' ושמחת בחגיך במה משמחה ביין ר' יהודא אומר אנשים בראוין להם ונשים בראוין להם כו' ונשים במאי תנא ר' יוסף בבבל בבגדי צבעונים בא"י בבגדי' מגוהצים ע"כ הרי שר' יהודא למד מפסוק הנ"ל חיוב שאר שמחות וכן ר' יוסף קם בשטתי' וע"כ סוברים דעופות ממועט משמחה מסברא דאין שמחה בעופות והטעם דאין נושאים נשים במועד היא משום דאין מערבין שמחה בשמחה וקרא בחגיך איצטרך כדי שנדע חיוב שארי שמחות בחג המצות ועצרת וידוע מדברי המפורשים דהא דאמר אביי אשה בעלה משמחה היינו משו' דסברינן יש אם למסורת והמסורת היא ושמחת בחירק ובתוס' סנהדרין דף ד' מסקי דאף למ"ד יש אם למקרא או למ"ד יש אם למסורת היכא דאפשר לקיים שניהם המקרא והמסורת דרשינן תרווייהו וע"כ א"ש מה שתפס הרמב"ם שניהם היינו דרש המקרא ושמחת בקמץ לחייב נשים בשלמי שמחה והמסורת ושמחת בחירק שלא יהי' עליה חיוב רק על בעלה שישמחנה וזה קאי על חיוב שאר שמחות הנכלל בציווי זו דושמחת בחגיך ומדויק לשון הרמב"ם במנין המצות הנ"ל וא"ש גם ר' יהודא לשיטתי' דהיא סובר בפסחים כנ"ל דמושמחת ילפינן גם שארי שמחות ויכולין לדרוש המקרא והמסורת ומחויבות הנשים בשמחת קרבן שלמים מצד המקרא ושמחת בקמץ ושפיר הוה לדידי' מצה והקהל ושמחה שלשה כתובים אבל לאביי לשטתי' שאחז במס' מ"ק דף ח' דברי רב ושמחת בחגיך ולא באשתך וליכא הוכחה לדידי' שכלול בשמחת בחגיך גם שאר שמחות וסובר בשמחת יו"ט בשאר שמחת אינו מדאורייתא וכדברי התוס' במס' מ"ק שהבאתי לעיל וליכא בכלל ושמחת רק שמחת שלמים וכיון שהמסורת בחירק וסברינן יש אם למסורת ממילא אין על הנשים שום חיוב שמחה רק החיוב על הבעל לשמחה ואמר שפיר דמשמחה ליכא למילף לענין מ"ע שהזי"ג משום דאשה בעלה משמחה ואין עלי' שום חיוב שמחה:

היוצא לנו מזה דלמ"ד שסובר שלא צריכין מיעוט לעופות ודאין נושאין נשים במועד הוא משום דאין מערבין כו' יש לימוד דחייבת כיו"ט גם בשאר שמחות ובזה א"ש מה שקשה לכאורה דהמהרש"א מקשה בסוגי' דפסחים דף ע"א על הגמ' התם כדקתני טעמא וכו' לר"א דבעינן זביחה בשעת שמחה ל"ל טעם זה דאין שמחה לפניו ת"ל דאין לו במה לשמוח אמנם לדברי הרמב"ם דגם שאר שמחות חיובם מדאורייתא י"ל שהברייתא ממעטת מאך שבליל א' א"צ לשמוח כלל וגם חיוב שאר שמחות ליכא באותו לילה וזה לא ידעינן מצד הטעם דאין לו במה ישמח רק לענין שמחת בשר שלמי'. וא"ש בזה מה שהשמיט הרמב"ם דלילה הראשונה אינה בשמחה דלשיטתי' שפוסק דלא בעינן זביחה בשעת שמחה צריכים אך למעט לילה הראשונה משמחת בשר שלמים ושפיר נוכל לומר

דחיוב שאר שמחת ישנם גם בלילה הראשונה אולם אכתי נשאר קושי' מהרש"א הנ"ל לשיטת התוס' מ"ק דליכא כלל חיוב שאר שמחת מדאורייתא. ולדברי הנ"ל א"ש דלר' אלעזר לשטתי' בודאי כלול בציווי דושמחת גם שאר שמחות דלדידי' ל"צ בחגיך למעט עופות כיון שסובר דבעינן זביחה בשעת שמחה והיינו מדיליף מוזבחת דכתיב גבי הר עיבל גם משם ידעינן למעט עופות וכמ"ש שם בתוס' בשם הירושלמי ולמעט דאין נושאין נשים במועד ג"כ ל"צ אליבא דר' אלעזר לשטתי' שסובר במ"ק דף ח' שהטעם משום דאין מערבין כו' וע"כ צ"ל לדידי' דאך שמח קאי למעט ליל א' גם משאר שמחות דמשלמים ל"צ למעוטי לדידי' דליכא זביחה בשעת שמחה ולכך הוצרכה הברייתא להטעם משום דאין שמחה לפניו ולפי הנ"ל לכאורה קשה מאי מקשה הגמ' ולרב אשי האי בחגיך מאי עביד לי' דילמא אתי לדידי' לרבוי שאר יו"ט לשמחה וכנ"ל דאי מעצרת לא הוי ידעינן רק חיוב שלמי שמחה אמנם נראה בפשיטות דמוכח מדברי רב אשי דלא סובר כן. דאל"כ אמאי אמר רב אשי ה"נ מסתברא דאלת"ה הא מתניתא מאן קתני לה בן תימא בן תימא הא פסלה לה בלינה מאי בכך דילמא הכוונה שיוצא בה ידי שמחה בליל א' של פסח וא"ל הא ליל א' ממועט מאך שמח ומה לי ליל א' של סוכות או של פסח די"ל שנא ושנא דהא מושמחת בחגיך ילפינן כ"מ שיש חגיגה יש שמחה. ובליל א' של סוכות דליכא מציאות שם חגיגה דהחגיגה באה ביום א' של חג ליכא שמחה משא"כ בליל א' דפסח לבן תימא שסובר דחגיגת י"ד מדאורייתא הרי יש גם בליל א' מצות חגיגה שפיר איכא לרבוי' חיוב שלמי שמחה מושמחת בחגך וא"ש מה שאמר ויוצא בו משום שמחה ול"צ לאוקמי בעיכב ושחטי' רק לר' אלעזר א"ו צ"ל דרב אשי לא דריש בחגיך ע"ש חגיגה ולכך מקשה הגמ' שפיר ולר"א האי בחגך מאי עביד לי' וצריך הגמ' לתרוצי דמבעי' לי' בחגך ולא באשתך אבל רב יוסף לשטתי' דסובר בערבי פסחים כנ"ל דמושמחת בחגך ילפינן חיוב שאר שמחות ממילא י"ל אליבי' דאף שממועט ליל א' דסוכות משמחה. מ"מ ליל א' של פסח ישנה בחיוב שמחה כיון שישנה בחגיגה ואהא קאמר בברייתא דיוצא בה י"ח שמחה היינו בליל א' של פסח ול"ק לדידי' קושי' רב אשי ומיושב קושי' הלח"מ הנ"ל:

ותיתי לי שמצאתי סמוכין לדברי מדברי הירושלמי בפ' לולב וערבה ר' זעירה עילא בר ר' ישמעאל בשם ר' אלעזר שלמי חגיגה ששחטן מערב הרגל אינו יוצא בו י"ח ברגל התיב ר' בא והתני חגיגת ארבעה עשר יוצאים בה משום שמחה ואין יוצאין בה משום שלמים אמר ר' זעירה תיפתר בששחטה ברגל אמר ר' בא אם בששחטה ברגל אין זה חגיגת ארבעה עשר מאי כדין אמר רב זעירה עד דאנן תמן שמעתיה וכו' והיית

אך שמח לרבות לילי יו"ט האחרון כו' ר' חיים בשם ר' אלעזר ושמחת בחגך משאת מתחייב בחגיגה את מתחייב בשמחה. וכתב הק"ע בזה"ל בא לתרץ למה לא אמרינן ליל יו"ט הראשון וממעטינן מאך ליל יו"ט האחרון וקאמר דכתיב ושמחת בחגיך משאתה מתחייב בחגיגה אתה מתחייב לשחוט שלמי שמחה ועיו"ט עדיין לא נתחייב בחגיגה עכ"ל וקשה לפי דבריו אכתי נשארה קושי' הראשונה איך קתני בברייתא חגיגת ארבעה עשר יוצאין בה משום שמחה אבל לדברי הנ"ל א"ש דהך ברייתא בן תימא הוא דתני לה ולדידי' יש מה"ת חגיגת ארבעה עשר וממילא יש בליל יו"ט א' דפסח חיוב שלמי שמחה ולא ממעטינן מאך רק ליל יום א' דסוכות שאז אין חגיגה והא דמקשה רב יוסף על רבי אלעזר מברייתא דבן תימא א"ש לפי סוגיא דבבלי שאמרו משום ר' אלעזר דהטעם דאין יוצאין משום דאין זביחה אלא בשעת שמחה א"כ גם לבן תימא ליכא שמחה בליל א' דפסח אבל לפי סוגי' דהירושלמי שלא אמר ר' אלעזר דבעינן זביחה בשעת שמחה רק ממלת בחגיך מכריעין דהמיעוט דאך שמח קאי אשלמי שמחה בליל א' משום דאז אין חגיגה נוהגת שפיר י"ל לבן תימא דסובר חגיגת י"ד דאורייתא דלא ממעטינן ליל א' דפסח משמחת שלמים ושפיר אמר דיוצאין בו משום שמחה:

ולכאורה פקפקתי בדברי עצמי שאפשר לא שייך לתרוצי' בשלא עיכב ושחטה מיוצאין משום שמחה קאי אשמחה של לילה דאכתי לא א"ש ואין יוצאין בה משום חגיגה דהיינו משום חגיגת ט"ו ואינה נאכלת אלא בלילה וא"כ מהכ"ת ס"ד לצאת בה משום חגיגת ט"ו אבל מצאתי בשא"ר סי' שהקשה כעין קושייתי הנ"ל דילמא קאי אלילה ואף שדבריו שם אינם מובנים להמעיין עכ"פ יש ראי' מדבריו דנוכל לומר שקאי אליל ט"ו ומ"מ הוצרך לאשמעינן שאין יוצאין בה משום חגיגת ט"ו ואינו רחוק כ"כ בהס"ד שמקוים בזה מצות חגיגה וכיון שהביא בי"ד ואכלה בלילה תו אינו מחויב להקריב עוד חגיגה ביום ט"ו דאטו יום ט"ו כתיב בקרא וחגותם אותו שבעת ימים תחוגו כתיב והאוכל בצילה שפיר וחגותם אותו קרינן בו בלילה ויום א' הוא לכך הוצרך בן תימא לאשמועינן דאין יוצאין בו משום חגיגת ט"ו וא"כ אין לסתור דברי הנ"ל:

ולכאורה אף אם אין בליל יו"ט א' רק חיוב שאר שמחות דעיקרו היינו בשר אף מחולין וכמ"ש הר"ן ר"פ לולב וערבה והרמב"ם בהל' יו"ט ובמנין המצות תפס ג"כ בלשונו בכלל שאר השמחות משפט הקדימה לבשר ויין ויעוין לשון התוס' בחגיגה דף ח' עדיין י"ל דבן תימא אתי לאשמועינן שיוצאין בבשר חגיגה חיוב שמחת בשר בליל א' וא"ל כיון דבליל א' ליכא חיוב שלמים רק מכלל חיוב שאר שמחות מחוייבים בחיוב שמחת בשר חולין מהכ"ת ס"ד שלא לצאת באכילת בשר חגיגת י"ד דכל דבר שבחובה אינו בא

אלא מן החולין לא מצינו שנאמר רק על חיובי קדשים אבל לא היכא שעיקר החיוב הוא דבר של חול ז"א דגם בזה צורך גדול לאשמעינן דהרי האלפסי והרא"ש ריש מס' מגילה, והובא בטא"ח הל' ר"ח סי' תי"ט תפסי לדינא דברי הירושלמי שם דר"ח שחל להיות בשבת צריכין לאחר סעודת ר"ח ליום א' ואין יוצאים בסעודה שאוכלים בשבת דלא מינכר בזה סעודת ר"ח וכל חיוב סעודת ר"ח אתי משום דאיתקיש למועד מדכתיב וביום שמחתכם ובמועדיכם ובראשי חדשיכם וכו' א"כ לא לזר יחשב אם נאמר דס"ד שאף משום חיוב שמחת בשר חולין אין יוצאין בחגיגה שבאה לחובה עם הפסח לבן תימא והוצרך לאשמעינן דיוצאין בה משום שמחה וכטעם שנלמד מדברי הרמב"ם בפ"ד מהל' חגיגה שכתב שם דלכך יוצאין בנו"נ והכהנים בחזה ושוק שמצוה הוא לשמוח באכילת בשר וכו' והרי אכלו (ובאמת לא הביא הרמב"ם דינו של הירושלמי לענין סעודת ר"ח)ולפי"ז קשה לכאורה מה הקשה לר' יוסף ולרב אשי מברייתא דבן תימא אבל באמת ז"א דקושית ר"י א"ש לר' אלעזר דסובר דבעינן זביחה בשעת שמחה ומדלא קאמרי בברייתא הטעם משום דאין לו במה ישמח מוכח כנ"ל והברייתא מיעטה ליל ראשון גם משאר שמחות וליכא כלל חיוב שמחה בלילה הראשונה ור' אשי מקשה ג"כ שפיר אף לדידן דרב אשי לשטתי' דדרש בחגך ולא באשתך ולדידיה ליכא ביו"ט מדאורייתא שום חיוב שמחה רק בשלמי שמחה וכיון דאימעט לילה הראשונה אין שום חיוב שמחה בליל יום א' ושפיר קאמר ר' אשי ה"נ מסתברא דאלת"ה כו' הא איפסלי לה בלינה אבל לשיטת הרמב"ם שסובר דלא בעינן זביחה בשעת שמחה וסובר ג"כ שיש חיוב אכילת בשר חולין מצד שמחה היכא דליכא בשר שלמים ומבואר מדבריו דגם ליל יום א' חייב בשמחה זו ולא מיעטה התורה ליל א' רק שלא יצטרך לזבוח מעיו"ט שלמי שמחה לצורך הלילה משכחת לדידי' שיהי' תועלת באכילת בשר תודה בליל יום א' לצאת בו י"ח שמחת בשר שיש גם בליל א'. וסמוכין לדברי עוד מדברי הירושלמי מס' חגיגה ריב"ל אמר ושמחת אפילו ממקולין אמר ר' לעזר נאמר כאן שמחה ונאמר להלן שמחה מה שמחה האמורה להלן שלמים אף כאן שלמים וקשה לריב"ל שסובר שא"צ שלמים איך שנינו במתני' חגיגה ישראל יוצאים בנו"נ והכהנים בחטאת ואשם כו' א"ו כדברי הנ"ל דאף שיוצאין בבשר חולין מ"מ ס"ד שלא לצאת בבשר הנאכל לחובת מצוה אחרת וא"ל דמודה ריב"ל שיום א' של חג צריך שלמי שמחה כדמוכח מקרא דכתיב בעצרת ושמחת לפני ה' אלהיך במקום אשר יבחר דאכתי לא א"ש דהא אשם א"א להקריב ביום יו"ט עצמו גם בלא"ה ע"כ צ"ל לריב"ל שיש חיוב הבאת קרבן פעם א' לשם שלמי שמחה והשמחה סתם האמורה ונלמדה מפסוק ושמחת בחגיך לא קאי

כלל על הקרבת קרבן רק על שמחה בבשר חולין ואעפי"כ הוצרך תנא דמתני' לאשמעינן שיוצאים הכהנים מצות אכילת בשר ושמחה בחטאת ואשם ודע שלפי דברי הרמב"ם הנ"ל דגם בזמן בית המקדש הי' חיוב ב' שמחות אכילת בשר שלמים ולשמח בניו וב"ב ואשתו בשאר שמחות ל"צ למ"ש התוס' פסחים דף ק"ט ע"א ד"ה במה משמחו דקאי רק בזמן הזה ולדברי הרמב"ם מיירי גם בזמן הבית דתרווייהו איתנייהו שמחת בשר שלמים וגם שארי שמחות:

ולפי דברי הראשונים יש ליישב קושית המהרש"א שמקשה בד"ה לאו משום דלפי דברי התוס' בד"ה לאו משום וכו' די"ל דהיכא דלא אפשר לא בעינן זביחה בשעת שמחה א"כ מאי מקשה הגמ' מהלל והשמחה שמונה דלמא היכא דחל יום א' בשבת דלא אפשר שוחטין מעי"ט וי"ל בפשיטות דבאמת אף שיש לומר סברא הנ"ל מ"מ היכא דאיכא מיעוט ורבוי ואיכא לאוקמי הרבוי דשמח אליל יו"ט האחרון יותר מוקמינן לי' לכך והמיעוט אליל יו"ט ראשון משניקום הרבוי אליל יו"ט א' והמיעוט אליל יו"ט אחרון וכמבואר מדברי הגמ' עצמו דקאמר מאי לאו משום דאין לו במה ישמח הרי שעכ"פ מכריעין בזה כשיש רבוי וגם מיעוט דנוח למעט יותר ליל יו"ט הראשון כיון דיש סברא דבעינן זביחה בשעת שמחה אבל אי לא הי' מיעוט כלל רק רבוי שפיר הוי ס"ד לרבות ליל יום א' וה"א דגילתה התורה דהיכא דלא אפשר לא בעינן זביחה בשעת שמחה וגם יש סברא דל"ל כלל מיעוט אליל יו"ט א' משום דבלא"ה ידעינן למעט מצד דבעינן זביחה בשעת שמחה וכבר העליתי שכדי ליישב אליבא דר' אליעזר למה הוצרך הברייתא לטעמא דאין שמחה לפניו ולא אמר משום דבעינן זביחה בשעת שמחה דלהכרעה כשיש רבוי ומיעוט בוודאי מכריעין בסברא זו דע"כ צ"ל דהברייתא ממעטת אף משאר שמחות כי הברייתא סובר דלמעט ליל א' משלמי שמחה בלא"ה ידעינן משום דבעינן זביחה בשעת שמחה ולא ס"ל להברייתא כסברת התוס' דבמקום שא"א בענין אחר לא בעינן זביחה כו' ומקשה הגמ' שפיר מהלל ושמחה שמונה וא"ל ל דלמא כיון דלא אפשר וכו' דא"כ מנ"ל להברייתא למעט ליל א' אף משאר שמחות דלמא לא אתי למעוטי רק משלמי שמחה דלולי המיעוט ה"א דהרבוי קאי אליל ראשון וא"ל שהברייתא באמת לא ממעטת רק משמחת שלמי שמחה דא"כ למה אמר בברייתא משום דאין שמחה לפניו תיפוק לי' משום דאין זביחה בשעת שמחה מכריעין כשיש רבוי ומיעוט לאוקמי המיעוט אליל ראשון והרבוי אליל אחרון ודו"ק:

בסוגיא נטמא הקהל [דף עט ע"א]

במשנה נטמא קהל או רובו או שהיה הכהנים טמאים והקהל טהורים יעשו בטומאה גמ' ת"ר הרי שהיו כו'. ואפילו ישראל וכהנים וכלי שרת טמאין יעשו בטומאה שאין קרבן צבור חלוק אמר רב חסדא ל"ש אלא שנטמאת הסכין בטמא מת כו' וקא מטמא לגברא דמעיקרא כי מתעביד בטומאת הגוף דכרת קא מתעביד אבל נטמא הסכין בטומאת שרץ דבשר הוא דמטמי' ליה ברא לא מטמיא ליה טהורין עביד טמאין לא עביד מוטב יאכל בטומאת בשר בלאו ואל יאכל בשר בטומאת הגוף שהוא בכרת אלמא קסבר ר"ח טומאה דחוי' הוא בצבור וכו' ורבא אמר אפי' טמאין נמי עבדי מ"ט דכתיב והבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל באש ישרף והבשר כל טהור יאכל בשר כל היכא דלא קרינן בי' הבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל לא קרינן ביה והבשר כל טהור יאכל בשר כל היכא דקרינן ביה והבשר אשר יגע בכל טמא לא יאכל קרינן ביה והבשר כל טהור יאכל בשר עכ"ל הגמרא יעו"ש בפירש"י ותוספות:

והנה בספר אור חדש מקשה למה לא תני במתני' או שהיו כלי שרת טמאים ומתרץ דלעיל דף ע"ח מוקי רב דתנא דמתניתין סובר כר' נתן דאכילת פסחים לא מעכב ויכולין כל ישראל לצאת בפסח א' ממילא אף כשהכלי שרת טמאין אפשר לעשותן בטהרה שישחט פסח אחד בסכין ארוכה כקושי' התוס' ד"ה בטומאת ומה שתירצו התוס' דאין פנאי לכל הפסחים כו' לא שייך למשנתינו כיון דאכילה לא מעכבא ודי בפסח אחד ומדחה הצל"ח מי לא עסקינן שהמזרקות שמקבלים בהם הדם טמאים ומטמאין את הכהן ובזה לא שייך קושי' התוס' שהרי הכהן צריך להיות מבפנים כו' יעו"ש ולכאורה דבריו צ"ע דהא אף במזרקות טמאין דליכא תקנה בעמידה מבחוץ אכתי יש להביא כלים טהורים מבחוץ ולהקדיש אותן לכלי שרת לקבל בהם הדם וצ"ל כדברי התוס' לענין הסכינים שמיירי שאין פנאי להביא סכינים לכל הפסחים כמו כן לענין המזרקות שאין פנאי להביא מזרקות לכל הפסחים אבל עכ"פ כשדי במזרק א' כנ"ל אין סברא לומר ש פנאי להבאת כלי א' שיהיה טוב למזרק ובזה דחוי' גם דברי האיר חדש במה שמסיים בזה"ל אך כ"ז ניחא לר"ח אבל לרבא דאמר כל היכא דאישתרי טומאת בשר כו' קשיא אמאי לא פני במתני' דכ"ש טמאים כו' יעו"ש ולפי דברי הנ"ל באם נתפוס סברת האור חדש במ"ש דלמ"ד אין אכילת פסחים מעכב אין עושין בטומאה היכא דאפשר לעשות פסחים מועטים בטהרה ממילא גם לרבא היכא דהכ"ש טמאים הסכינים או המזרקות מביאין כלי טהור א' מבחוץ ולא צריכין כלל לדחות טומאה אמנם לכאורה מדברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות ביאות מקדש שמביא דין דכ"ש טמאים גם לענין שארי

קרבנות צבור שקרבים בטומאה אף שאין קרב מהם רק בהמה אחת. נראה דמיירי שאין במציאות להביא אף כלי א' טהור ואפשר לומר דהרמב"ם לשיטתו שכתב בפ"א מהלכות בית הבחירה דין כ' בזה"ל אין עושין כל הכלים מתחילתן אלא לשם הקדש ואם נעשית מתחלה להדיוט אין עושין אותו לגבוה כו' יעו"ש. א"כ שפיר משכחת שאין בנמצא כלי שנעשה לשם הקדש אבל מדברי התוס' שבכאן במ"ש ואף להביא סכינים אחרים אין פנאי לכאורה נראה שלא כדברי הרמב"ם הנ"ל לפי שיטת התוס' בזבחים דף מ"ז ע"א דגם שחיטה בעי כ"ש וכן נראה מסוגיא דכאן דמוקי ר"ח או שהיו כ"ש טמאים דקאי על הסכינים ואף לשיטת הרמב"ם י"ל שמודה דסכיני הפשט א"צ להיות כ"ש שיעשו מתחלה להקדש ויכולין להקדיש סכין של הדיוט ובפרט אם הוא חדש אבל בלא"ה דברי האור חדש אינם ישרים לדעתי לפי דברי רבא במסכת יומא דף ו' דסתם מתני' דשם סובר טומאה הותרה ומלבד זה אף דאכילת פסחים אינו מעכב מ"מ מצוה לאוכלו ומפורש לעיל דף ע"ו במשנה הפסח כו' נאכל בטומאה שתחלתו לא בא אלא לאכילה והדרה קושי' הא"ח לדוכתי'.

ונ"ל ליישב קושיא הנ"ל אליבא דרב חסדא ואליבא דרבא למה לא תני במתניתין שנטמאו הכלי שרת דהתוס' מקשים ת"ל אם הכ"ש טמאין ממילא גם הכהנים טמאים לדברי רב חסדא דמיירי בסכין שנטמא באב הטומאה. ונ"ל דבאמת כשהסכינים של שחיטה טמאים ליכא רבותא ור"ח לא תפס דין סכין רק להורות דינו היכא שהוא טמא שרץ אף שמטמא הבשר מ"מ אסור לטמאים לאכול בטומאת הגוף אבל הברייתא דתפס דין טומאת כ"ש עיקרו לא בא להשמיענו רק בשנטמאו סכיני ההפשט בכה"ג יש חידוש דין ויתורץ בזה לשון הברייתא שאין קרבן צבור חלוק שלכאורה אין טעם זה מחובר לדין כ"ש טמאים דבכה"ג בלא"ה כולם צריכין לעשות בטומאה בהקדם דברי הגמ' במס' יומא דף מ"ו שרב חסדא סובר תמיד תחלתו דוחה טומאה וסופו אינו דוחה. ומפרש רש"י שם דר"ח סובר דקרבנות הבאים בטומאה אינו מותר רק הזריקה בטומאה אבל האימורין אינם נקטרים בטומאה ולפ"ז נשאר קשה לכאורה קושי' התוס' בסוגיא דכאן כשהכהנים טמאים אמאי עושים בטומאה יזהרו שלא יגעו בבשר ותרוצם כיון שמותר הקטרת אימורין בטומאה לא שייך אליבא דרב חסדא דהא לדידי' באמת אין האימורין נקטרים בטומאה וצ"ל שמודה ר"ח דפסח הבא בטומאה גם האימורין נקטרים בטומאה דהא איתא במשנה לעיל דף ע"ו פ"ב חמשה דברים באין בטומאה ואין נאכלין בטומאה ס' הפסח שבא בטומאה נאכל בטומאה שלא בא מתחלתו אלא לאכילה וכיון לאכול הבשר מוצרכים להקטיר האימורין אף בטומאה דכל כמה דלא מקטרי האימורין לא

מתאכל בשר ואין לומר הא בנטמאו האימורין או שנאבדו מתאכל הבשר ז"א לסברת התוס' במנחות דף מ"ח וביומא דלא אמרין בנטמאו האימורין דמתאכל הבשר רק היכא שהיו ראוי' להקטרה ואח"כ נטמאו: אבל היכא דלא איחזי כלל מעיקרא לא מתאכל הבשר ואם נאמר בפסח הבא בטומאה שאסור להקטיר האימורין בטומאה הרי היו כלא איחזי כלל להקטרה ותו לא מתאכל הבשר לכך צריכין להתיר גם הקטרת האימורין בטומאה אמנם כ"ז כשנטמאו הכהנים אבל כשנטמאו סכיני ההפשט או המזרקות והעוסקים בהם נטמאו בנגיעתם. ומי שלא יגע בהם יושאר בטהרתו אם כן עכ"פ יש באפשריות שיושארו טהורים ובפרט אם נאמר דיכולין להביא איזו סכיני הפשט טהורים מבחוץ ולהקדישן עתה לצורך ההפשט וכמ"ש לעיל ומיד שיש אף רק סכין א' של הפשט יכולין לומר בכל פסח דאיחזי להקטרה בטהרה דהא יש סכין טהור וכהנים טהורים שיכולין להקטיר עכ"פ אימורי איזו פסחים ובכל פסח ופסח יכולין לומר הוא הוא דאיחזי להקטרה בטהרה וכיון דאיחזי מותר הבשר לאכלו אפילו בלא הקטרה ותו לא צריכין להקטיר בטומאה דאף אם לא יקטירו הוי כנטמאו או שנאבדו אחרי דאיחזי להקטרה וכיון שאינה צריכה שתהיה הקטרה בטומאה גם הבשר אינו מותר בטומאה וצ"ל כיון דלא אפשר שיהיה כולם בטהרה דהא לא יהיה כ"כ סכינים טסורים להפשיט כל הפסחים בטהרה גם המספר מועט שאפשר לעשות בכהנים טהורים אין לעשות בטהרה דאין קרבן צבור חלוק וממילא הוי כאילו כל הפסחים כולם אין ראוי' להיות אף א' מהם להקטר אימורין בטהרה וכיון דלא איחזי להקטרה א"א לאכול הבשר עד שיוקטרו האימורין בטהרה וכיון דאישתרי הקטרת האימורין מותר גם אכילת הבשר בטומאה וא"ש גם לרב חסדא והוא מה דחידש בברייתא דין דכ"ש טמאים כדאיתא שם ביומא שטעמו של ר"ח מה שסובר אין סופו דוחה טומאה דטומאה דחויה הוא יעו"ש לאשמעינן דין הנ"ל אמנם כל זה לדברי האומר טומאה דחויה דלדידיה אליבא דרב חסדא אין האימורין של קרבנות הבאים בציבור נקטרים בטומאה רק גבי פסח מצד האכילה ושפיר הוי ס"ד לומר כיון דבכל פסח ופסח נוכל לומר דאיחזי להקטרה לא יוקטרו האימורין בטומאה וממילא יהיה צורך להזהיר מלטמאות הבשר לכך איצטריך הכא בברייתא לאשמעינן דין דהיו כ"ש טמאים מעתה תו ל"ק קושיא הנ"ל למה לא תני במתני' דין דכ"ש טמאים די"ל דתנא סובר טומאה הותרה וכיון דאישתרי זריקה בטומאה גם ההקטרה הוא בטומאה וממילא ליכא רבותא גבי כ"ש טמאים ושוה לדין נטמא רוב הקהל: וכן א"ש ביומא דף ו' ע"ב ועד שאתה מפרישו מטומאת ביתו הפרישוהו מטומאת

המת אמר רב תחליפא אבוה דרב הונא משמיה דרבא זאת אומרת טומאת המת הותרה היא בציבור מעתה מסתמא גם הסתם משנה דהכא קאי בהאי שיטה וא"ש כנ"ל:

והשתא דאתינא להכי יתורץ גם לרבא הא דלא תני במתני' דין דכ"ש טמאים. בהקדם לתרץ דברי ר"ח מוטב יאכל בטומאת בשר בלאו כו' דאינו מובן לכאורה דלשון מוטב שייך היכא שיש לבחור בדבר א' זה או זה אמרינן מוטב לעשות זה מלעשות זה. אבל בגוונא דהכא דאם נדחה טומאת הגוף נשאר גם דחוית טומאת בשר ונדחים שניהם ודעת ר"ח דלא נדחה רק טומאת בשר לבד לא א"ש לשון מוטב ונ"ל דלכאורה קשה על הרמב"ם דפוסק כאן כר"ח ולא כרבא ונראה לכאורה שאינו סובר הקישא דרבא דכל היכא דלא קרינן כו' ובזבחים דף ל"ד קאמר רבא ג"כ הך הקישא אליבא דר' יוחנן דסובר דהאוכל בשר בטומאת בשר קודם זריקה פטור משום כל היכא דלא קרינן כל טהור כו' יעו"ש ופוסק הרמב"ם שם כר' יוחנן הרי דסבירא ליה הך הקישא ולמה פוסק כאן דלא כרבא ונ"ל בפשיטות לפמ"ש התוס' לעיל בפ' אלו עוברין דף מ"ג ע"ב ד"ה ס"ד דאורתא דקרא דסיפא מפרש לרישא יעו"ש לפ"ז י"ל דלכך פוסק הרמב"ם שם כר' יוחנן מצד הקישא הנ"ל דסיפא דקרא דמיירי בטהרה הוא מפרש לרישא דקרא דאיירי בטומאת בשר כל היכא דלא קרינן כל טהור וגו' המוזכרת בסיפא לא קרינן להבשר אשר יגע שבריישא דקרא אבל להיפך לא אמרינן הך הקישא שיהיה גם ריישא דקרא מפרש לסיפא. והקישא דרבא בסוגיא דידן הוא מריישא דקרא לסיפא דקרא דכל היכא דלא קרינן ריישא דקרא והבשר אשר יגע וגו' לא קרינן כל טהור בזה אין הלכה כרבא היוצא מזה דאמרינן הקישא הנ"ל מסיפא לריישא דכל היכא דלא קרינן כל טהור וגו' לא קרינן והבשר אשר יגע לפ"ז אם הי' הדין נותן שיודחה טומאת הגוף ממילא לא היה כלל מקום לאסור טומאת בשר דכל היכא דלא קרינן כל טהור וגו' לא קרינן והבשר אשר יגע ולא הו"ל צורך גבי טומאת בשר לבוא לידי דחי' כלל כי מתחלה לא נאמר איסורא דטומאת בשר רק היכא שיש איסורא דטהור לפ"ז אם היה הדין לדחות בזה טומאת הגוף היה מופקע ממילא איסור טומאת בשר ולא היה צורך לדחי' משא"כ כשלא נדחה טומאת הגוף שאין להפקיע איסור טומאת בשר רק מצד דחיי' שעשיי' הפסח דוחתו ובזה שייך שפיר לשון מוטב כלומר טוב יותר שלא לדחות טומאת הגוף ויהיה טומאת בשר מותר מצד דחיי' משנאמר שנדחה טומאת הגוף ולא יחול כלל איסור טומאת בשר ולא יצטרך לטעם דחי' וא"ש. אמנם לפי"ז לרבא דסובר הקישא מריישא לסיפא וכיון שנדחה טומאת בשר ממילא ליכא התחלות איסור דטומאת הגוף ולא צריכין לענין טוה"ג לטעם דחי' הרי בפסח כזה ליכא דחיות כרת בטוה"ג דבכה"ג שנדחה טומאת בשר לא נאמרה כלל

אזהרה דטה"ג והוי כתנאי בלאו כעין דברי רש"י בברכות דף כ' ע"א ד"ה שוא"ת שאני יעו"ש ובפנ"י שם והארכתי בזה בסוגי' דאין מעברין מפני הטומאה בסנהדרין דף י"ב] א"כ קשה אמאי מותר לטמאים לכנוס בעזרה בטוה"ג דבכרת וא"ל הואיל דדחיי' טוה"ג דבכרת לענין אכילה כמו כן דחיי' טוה"ג דכניסה בטומאה הא לפי דברי הנ"ל ליכא דחי' כלל בטוה"ג דאכיל' דהוי כתנאי בלאו דהיכא שליכא איסור טומאת בשר לא אמרה דין דטוה"ג דאכילה משא"כ טוה"ג דכניסה דאין לו ענין להך הקישא ועלה על דעתי לומר לכאורה דבתוס' יומא דף ו' מקשים דלפי דברי רבא שם דאמר זאת אומרת טומאה הותרה משמע דסובר כן כסתם מתני' והוא בעצמו סובר בזבחים דף למ"ד דטומאה דחוי' אמנם לפי דברי התוס' במנחות דף ט"ו ע"א שיש לחלק בין הקרבה לאכילה דאף דאמרינן הותרה מ"מ לענין אכילה אמרינן דחוי' ל"ק קושי' התוס' הנ"ל. לפי"ז י"ל דרבא לשיטתו שסובר שטומאה הותרה לכך מסיר הכניסה בטומאה ולא נצרך להך הקישא רק להתיר באכילה דבזה לא הוסרה רק דחוי' אמנם אם כן הוא נשאר קושי' התוס' על המשנה אמאי יעשו בטומאה יזהרו הכהנים שלא יגעו בבשר ותרוצם כיון דליכא טומאת אימורין ליכא טומאת בשר לא שייך אליבא דרבא דהא אף אם באימורין הותרה בבשר אינו אלא דחי' ואינו דמיון כלל לדברי רבא לקמן דף צ"ו שמביאין התוס' דהתם הוא להיפך היכא דליכא טומאת בשר ליכא טומאת אימורין וכיון שכן אי אפשר לומר כמו שכתבתי ונשאר קשה קושי' הנ"ל. ע"כ נ"ל שבאמת סובר רבא דבכה"ג היכא שנטמאו הכלי שרת בטומאת שרץ אסורי' הטמאים ליכנס לעזרה דהכניסה בטה"ג לא הותרה ולא דחוי' רק הפסח נקרב עליהם בעזרה והמה מותרים לאכול ממנו בטוה"ג מצד הקישא שלו דכל היכא דלא קרינן והבשר אשר יגע כו' אבל איסור הכניסה בטה"ג במקומה עומדת ולפי"ז לפיכך גירסת רש"י וברטנורא דגרסי במתני' יעשו בטומאה כגי' הירושלמי כמבואר בתוי"ט והכוונה על הטמאים י"ל דלכך לא תני במתני' דין דכלי שרת טמאים דבמשנה לא תני' רק הך גוונא שגם הטמאים מותרים ליכנס בעזרה משא"כ בנטמאו הכלי שרת אבל בברייתא תני יעשה שהכוונה על הפסח ולא על הטמאים עצמם אם רק הכלי שרת טמאים יכולין לעשות הפסח בטומאה והטמאים ל יכנסו לעזרה וא"ש:

ובדרך פלפול י"ל עוד באופן אחר די"ל זה אין סברא רק לשיטת הסוברים דשוחטין וזורקין על טבול יום דמת אף שאסור לו הכניסה יכולין לשחוט עליו מצד שמותר לו לאכול בלילה כמו כן מותר לשחוט על טמא מת תוך שבעה היכא שיכול לאכול הפסח בטומאה דהיינו היכא שדחוי' טומאת בשר ממילא ליכא טה"ג דאכילה לשיטת רבא מהקישא דכל טהור וגו' אבל למ"ד דאין שוחטין וזורקין אף על טבול יום דמת אף דמותר

לאכול בלילה מ"מ מחמת טומאתו אשר עליו בשעת עשיות הפסח המונעתו מכניסה לעזרה מונעתו מהקרבה ולא הותר בטמאי מת רק היכא שיכול לכנוס בעצמו לעזרה בשעת העבודה בטומאתו ממילא היכא דכ"ש טמאים בטמא שרץ דלא אפשר להתיר להטמאים הכניסה בעזרה א"א שיעשה עליהם הפסח וי"ל דתנא דמתני' סובר כשיטות הרמב"ם דאף על טבול יום דמת אין שוחטין וזורקין ולכך אינו מותר כשנטמאו הכלי שרת בטומאת שרץ ותנא דברייתא דמתיר בנטמאו הכלי שרת בטומאת שרץ סובר דשוחטין וזורקין על טבול יום דמת:

אמנם לכאורה דברים אלה מופרכים ולברר דבר אציע דהראב"ד מקשה דמשמעות הסוגי' בדף צ' ע"ב בדברי רב שם ששו"ז על טבול יום דמת וכמו כן מקשי' מדברי ר"ע בפסחים דף ס"ט שמבואר מדבריו להדי' דטמא מת שחל שביעי שלו בע"פ שחל בשבת אם הי' מותר לו הזאה היינו יכולים לשחוט עליו ונ"ל לתרץ בהקדם עוד מה שקשה על הרמב"ם שפוסק בפ"ו מהלכות קרבן פסח דאין שו"ז על טמא שרץ ואעפי"כ פוסק דאין ציבור עושין בטומאת שרץ. ולפי הסוגי' דזקני דרום בזבחים דף כ"ב ע"ב מבואר דאם הי' סוברין דאין שו"ז על ט"ש הי' מותר לציבור לעשות בט"ש מצד הכלל דכל שביחיד נדחה ציבור עושין בטומאה אך יש לתרץ ומצאתי אח"כ קצת בספר טה"ק] דדברי הגמ' שם נשנית לפי שיטות זקני דרום שסוברים טומאה הותרה בציבור (כאשר אבאר אח"ז) ממילא שפיר י"ל כיון דיחיד א"א לעשות בט"ש ציבור עושים בט"ש אף שבידם לטבול ולא יהי' רק טבול יום דשרץ לא מצרכינן להו טבילה דטומאה הותרה בציבור אף היכא דאפשר למעבד בטהרה כדאיתא ביומא דף הנ"ל אבל לשיטת הרמב"ם שסובר טומאה דחוי' בציבור אין להתיר לציבור לעשות בט"ש כיון שיכולין לטבול ולהיות טבול יום וכל היכא דאפשר למעבד בלי דחוי' טומאה לא דחינן. לפי"ז לכאורה ראי' מבוררת לדברי הרמב"ם במה שפוסק דאין שו"ז על טבול יום דמת דהא פסקינן שם בדף צ"א מי לא עסקינן שחל ז' שלו בע"פ הרי דלפי האמת קאי הקרא דאיש איש כי יהי' טמא גם על הטמא בטומאת מת שחל ז' שלו בע"פ והקבלה ללמוד מאיש איש איש נדחה ואין ציבור נידחי'. הרי דאם הציבור טמא מת בז' שלהם אינם נדחי' ועושין בטומאה וקשה למה עושין בטומאה הא אפשר להם לטבול ולא יהיו אלא טבולי יום דמת א"ו דאין שו"ז על ע"י דמת אמנם הוכחה זו אינה רק לשיטת הרמב"ם שפוסק כמ"ד טומאה דחוי' הוא אבל למ"ד טומאה הותרה י"ל דאף דשוחטין וזורקין על ט"י דמת מ"מ אם הציבור המה טמאי מת שחל ז' שלהם בע"פ יכולין לעשות בטומאה קודם טבילה וא"צ לטבול שיהי' רק טבול יום דטומאה הותרה והשתא תו ל"ק קושי' הראב"ד מפשטא סוגי' דגמ' דף

צ"א דשם אזלא אליבא דרב והוא סובר דטומאה הותרה כמבואר מדבריו בסוף עירובין דאיתא התם איבעי להו טמא ובעל מום איזו מהם נכנס (להיכל להוציא טומאה) רב חייא בר אשי אמר רב טמא נכנס דהא אישתראי בעבודת ציבור ר' אליעזר אומר בעל מום נכנס דהא אישתראי באכילת קדשים והכ"מ פ"ז מהלכות בית הבחירה כתב דלכך פוסק הרמב"ם כר"א משום דסובר טומאה דחוי' היא בציבור ורב סובר טומאה הותרה לכך אמר טמא נכנס דהא אישתרי כו' יעו"ש הרי שסובר רב דטומאה הותרה לכך לשיטתם שוחטין וזורקין על ט"י דמת ועכ"ז מותר לטמאי מת בז' שלהם בע"פ לעשות בציבור בטומאה וא"צ לטבול להיות רק ט"י משום דהותרה בציבור היוצא מזה דלמ"ד טומאה הותרה שו"ז על ט"י דמת וממילא יכולין לשחוט על הטמאים כשהסכין ט"ש ולא יכנס לעזרה משא"כ למ"ד טומאה דחוי' והוא להיפך מדברי הראשונים אשר ע"כ נ"ל להיפך ויתורץ בזה מה שיש להקשות עוד דלפי דברי הגמ' בכאן דקאמר קסבר ר"ח טומאה דחוי' מבואר דכיון דדחוי' הוא לא אמרינן הואיל ואישתרי טומאת בשר אישתרי טומאת הגוף ורבא שחולק עליו אינו מטעם הואיל דאישתרי רק דיליף לי' מהקישא דכל דלא קרינן כו' אבל אם היינו אומרים טומאה הותרה לא היינו צריכין להקישא דרבא דרב חסדא בעצמו מודה דלמאן דאמר הותרה גם בנטמא הסכין בטומאת שרץ אמרינן הואיל ואישתרי טומאת בשר שבלאו אישתרי טה"ג דבכרת. והרי רבא בעצמו סובר בזבחים דף ל"ב ע"ב דהסברא להיפך דאי טומאה אישתרי אמרינן להא אישתרי ולהא לא אישתרי ואי דחוי' הוא אמרינן מה לי חד דחיי' ומה לי שתי דחיו' וצריך לומר דממ"נ אנו אמרינן מדאידחי טומאת בשר שהוא בלאו יודחה גם טה"ג שבכרת והשתא דאתינן להכי י"ל אף שסובר רבא דתנא דברייתא סובר דטומאה הותרה ואף שהותרה לא הי' אפשר להתיר טוה"ג מצד הואיל דאישתרי כו' דהא לסברתו בזבחים כנ"ל אמרינן להא אישתרי ולהא לא אישתרי לכך הוצרך להקישא דידי' דכל היכא דלא קרינן והבשר וגו' וכיון שהתנא דברייתא. סובר הותרה ע"כ אתי שפיר מה שמתיר בנטמאו הסכינים בטומאת שרץ לעשות על הטמאים ושלא יכנסו לעזרה כמו שהדין בטמא מת דלמ"ד הותרה שוחטין וזורקין על טבול יום דמת כנ"ל ותנא דמתני' דהכא סובר טומאה דחוי' ומיושב בזה קושי' התוס' ביומא דף ו' הנ"ל שמקשי' דרבא אמר זאת אומרת טומאה הותרה ולמה סובר הוא טומאה דחוי' ולפי"ז א"ש דאשכח סתמא אחריתא דמשנה דכאן דהשמיט דין דכ"ש טמאים מוכח שטומאה דחוי' דאי ס"ל טומאה הותרה ממילא סובר דשו"ז על טבול יום דמת וכיון שכן אף בנטמאו הסכינים בט"ש מהראוי לשחוט על הטמאים ואף שמנוע מהם הכניסה לעזרה מה בכך הא גם על ע"י דמת שוחטין ואין איסור בטומאת

מת רק היכי שלפי טומאתם כעת בלי תיקון מעשה לא יהי' בידם לאכול בלילה ובכה"ג שכלי' טמאים טומאת שרץ דמותר טומאת בשר ממילא ליכא איסור טומאת הגוף ויהי' מותרין לאכול בלילה בטה"ג דאין התחלות איסור דטה"ג היכא דדחוי' איסור דטומאת בשר כנ"ל אבל תנא דברייתא דתנא דין נטמאו הכ"ש א"א לרבא לפרש דמיירי שנטמאו בטומאת מת דא"כ תיפוק לי' שהכהנים המה טמאים כקושי' התוס' דא"ל כתרוצם הנ"ל דאשמעינן אף כשנטמאו המזרקות דבכה"ג ס"ד דצריכין להזהר מנגיעה בבשר דהא דאסור ל האימורין בטומאה כנ"ל זה אין שום ה"א אליבא דרבא דהוא פליג ביומא דף מ"ו על רב חסדא דסובר דאף בקרבן תמיד שאינו לאכילה גם הקטרת אימורין דוחה טומאה. א"ו דתנא דברייתא מיירי בנטמאו הכ"ש בטומאת שרץ ואשמעינן הוא גופא דמפירין טה"ג דבכרת כילפותא דידי' מהקישא דכל היכא דלא קרינן כו' אבל תנא דמתני' סובר טומאה דחוי' ואין שו"ז על טבול יום דמת כ"כ אין שוחטין על טמא מת שיהי' מותר לו לאכול בלילה:

בסוגיא דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ [פסחי' ד' צ' ע"ב]

אמר רב יהודה אמר רב שוחטין וזורקין על טבול יום ומחוסר כפורים ואין שוחטין וזורקין על טמא שרץ ועולא אמר אף שוחטין וזורקין על טמא שרץ ומסיק הגמ' אלא לרב מדאורייתא נמי לא חזי דכתיב איש איש כי יהי' טמא לנפש מי לא אסקינן שחל שביעי שלו להיות בע"פ דהיינו טומאת שרץ ואמר רחמנא נידחי. וכ"ת ממאי דהכי. סבר לה כר' יצחק דאמר טמאי מת מצוה היו שחל שביעי שלהן להיות בע"פ שנ' ולא יכלו לעשות הפסח ביום ההוא. ביום ההוא הוא דאינן יכולין לעשות הפסח אבל למחר יכולין לעשות ואמר רחמנא נידחי עכ"ל הגמ' ובמס' סוכה דף כ"ה ע"ב בתוס' ד"ה שחל שביעי מביאין גירסא ישינה בכאן רב סבר לה כר"ע דאמר מישאל ואלצפן היו שהיו עוסקין בנדב ואביהו ולכאורה קשה לפי גירסא זו למה אמרי' רב סבר לה כר"ע הלא גם כר' יצחק מצי רב סבר בשלמא לפי גי' זו רב סבר לה כר' יצחק י"ל דלכך לא מצי סבר כר"ע משום קושי' ר' יצחק עליו במס' סוכה דף הנ"ל. היו יכולין לטהר אבל לפי גירסא ישינה דרב סבר כר"ע ואף שמוכרחים לומר דיש איזה מקום לתרץ קושי' ר' יצחק עליו מ"מ כר' יצחק ג"כ מצי סבר דטמאי מת מצוה הי' שחל שביעי שלהן בע"פ:

ונ"ל ליישב בהקדם דברי הרמב"ם פ"ו מהלכות קרבן פסח הלכה ב'. וז"ל טמא מת שחל שביעי שלו להיות בי"ד אע"פ שטבל והוזה עליו והרי הוא ראוי לאכול קדשים לערב אין שוחטין עליו אלא נדחה לפסח שני שנ' ויהי אנשים וגו' ביום ההוא מפי השמועה למדו ששביעי שלהן הי' וע"ז שאלו אם ישחט עליהן והם יאכלו לערב. ופירש להן שאין

שוחטין עליהן בד"א בשנטמא בטומאות מן המת שהנזיר מגלח עליהן אבל אם הי' טמא בשאר טומאות מן המת שאין הנזיר מגלח עליהן שוחטין עליו בשביעי שלו אחר שיטביל ויזה עליו. וכשיערוב שמשו אוכל פסחו עכ"ל הרמב"ם וכתב ע"ז הראב"ד. א"א אין דרך הלכה הולכת כן שהרי רב שאמר אין שוחטין וזורקין על טמא שרץ מכאן למד ואיהו ס"ל שו"ז על טבול יום וא"כ זהו טבול יום ורחמנא דחי' אלא האי קרא בשלא טבל ולא הזה דהיינו טמא שרץ ומעשה כי הוה הכי הוה ששחטו וזרקו עליהם קודם טבילה והזיי' וסברו שיעלו ולא שאלו אלא אחר זמן שחיטה ונדחו והכתיב מעיד כן שאמרו אנחנו טמאים לנפש אדם ואם לאחר טבילה והזיי' מאי טומאה הוי בהו עכ"ל הראב"ד ונ"ל להוכיח כדברי הרמב"ם במה שמחלק בין טבול יום דמת שהנזיר מגלח עליו בין ע"י שאין הנזיר מגלח עליו ממס' סוכה דף הנ"ל דאיתא שם אותם אנשים מי היו נושאי ארונו של יוסף דברי ריה"ג ר"ע אומר מישאל ואלצפן שהי' עוסקין בנו"א ר' יצחק אומר אם נושאי ארונו של יוסף היו כבר היו יכולין לטהר אם מישאל ואלצפן היו יכולין לטהר. אלא עוסקין במת מצוה היו שחל ז' שלהן להיות בע"פ כו' יעו"ש ויש לדקדק מה דאמר ר"י אם נושאי ארונו כו' כבר היו יכולין לטהר ואם מישאל ואלצפן היו יכולין לטהר למה אמר אם ארונו של יוסף כבר היו כו'. ואם מישאל ואלצפן לא אמר כבר רק היו יכולין לטהר וי"ל דר"י אזיל בשיטת המכילתא שבח' בניסן מתו נו"א והי' היום הז' בע"פ. ומה שמקשה ר"י היו יכולין לטהר א"ש לשיטת הרמב"ם הנ"ל שפוסק שבטומאת מת שהנזיר מגלח עליו אין שו"ז אף על טבול יום ובט"מ שאין הנזיר מגלח עליו שו"ז על טבול יום ולפי דבריו בשיטת ר"י אותן הטמאי מתים שחל שביעי שלהן בע"פ באמת כבר טבלו ועכ"ז נדחו דאין שו"ז על טבול יום דמת וסבר ר' יצחק דזה א"ש אי אמרי' שהי' מת מצוה אבל אי אמרינן מישאל ואלצפן לא א"ש דסבר ר"י כמ"ד במס' סנהדרין דף נ"ב שהי' שריפת נשמה והגוף. וקשה קושי' הפוס' בסוכה דף הנ"ל ד"ה מישאל ובילקוט פ' שמיני דא"כ אמאי נטמאו וצ"ל כתרוצם משום דשלדן היתה קיימת וקשה הא שריפתם הי' בבית קדשי קדשים ולא הי' רשאים מישאל ואלצפן ליכנס לשם רק להוציאם בכלים וע"י ההוצאה נתהרם שלדן וצ"ל דאי' בספרי שהוציאו אותן בחניתות של ברזל ונטמאו בנגימתן בחניתות בעת שנגעו בנו"א בעוד הי' שלדן קיימת היוצא מזה שלא היו טומאתן רק מצד טומאת חרב הרי הוא כחלל וזה הוא שאין הנזיר מגלח עליו ומקשה ר' יצחק שפיר היו יכולין לטהר ר"ל בו ביום היו יכולין לסבול והיו בידם לעשות הפסח דשו"ז על ט"י דמת שאין הנזיר מגלח עליו ומוכח דר"י סובר כשיטת הרמב"ם ולכאורה עלה בדעתי לפי"ז ליישב דברי ר"ע שלא יוקשה עניו קושי' ר"י די"ל

דר"ע סובר כמ"ד שלא הי' רק שריפת נשמה וגוף קיים והי' הטומאה שהנזיר מגלח עליו לכך אע"פ שטבלו לא יכלו לעשות הפסח דאין שו"ז על ט"י דמת שהנזיר מגלח עליו שוב התבוננתי שא"א לומר דר"ע סובר שלא נשרפו גופם של נו"א דאי' בילקוט פ' שמיני ויקרא משה אל מישאל ואלצפן. מכאן אמרו אין הכהנים מטמאין למתים שהרי אלעזר ואיתמר הכהנים לא נטמאו להם ע"כ יעוין בקרבן אהרן וזית רענן שהאריכו בזה הלא אלעזר ואיתמר היו כהנים הדיוטים וכהן הדיוט מחויב לטמא לשבעה מתים אמנם למ"ד שנשרפו גם גופם לק"מ דאי' בנזיר דף מ"ג לאביו כשהוא שלם ולא כשהוא חסר ואין חסר גדול מזה שנשרפו כולם ולא הי' רק שלדן קיימת ובעת ההוצאה גם שלדן נתפזר. ולמ"ד שסובר שלא נשרפו כולם צ"ל שסובר כמ"ד לה יטמא רשות ממילא מוכח דר"ע לשיטתי' שסובר בסוטה דף ג' לה יטמא חובה שהי' גם שריפת גופם:

ונ"ל להוכיח עוד כדברי הרמב"ם ולא כשיטת הראב"ד דבספרי זוטא הובא בילקוט בהעלותך איתא או בדרך רחוקה לכם יכול יוצאי מצרים. מנין אף לדורות אמרת לדורותיכם אף לדורות וקשה לא לכתוב לכם ולא לדורותיכם גם צ"ב דיוק לשון הספרי יוצאי מצרים למה לא אער יכול במדבר ונ"ל שיש סברא חיצונה לחלק בין יוצאי מצרים לשארי דורות ויתורץ עוד ספרי פרשה הנ"ל ויאמרו האנשים ההמה אליו מגיד שהיו ב"א כשרים וצדיקים וחרדים על המצות. רבי אומר א"צ הרי הוא אומר למה נגרע לבלתי הקריב נשמע שהיו חרדים על המצות אמנם לכאורה אין מזה כ"כ הכרע ובפרט לפי דעת הספרי בתוך בני ישראל לא שנהי' כמנודים הרי אפשר לומר שחששו לעלבון שיוחשבו למנודים וליכא עוד להוכיח שהיו חרדים על המצות עוד צריכין להבין במאי פליגי גם צ"ב לדברי הת"ק שדרש מיתורא דקרא שהיו חרדים על המצות וקשה לצורך מה הודיע הכתוב שהיו חרדים על המצות מאי נפקא מזה לדינא ע"כ נ"ל ליישב דאיתא בחולין דף ב' האי טמא דאיטמא במאי כו' אלא דאיטמי בשרץ א"נ דבדק קרומית של קנה וכתבו התוס' בזבחים דף מ"ט שלמ"ד דאין עושין כ"ש של עץ ולשחיט' בעינן כ"ש א"א לאוקמי בבדק קרומית של קנה ותירוץ זה אינו רק לריב"ח שסובר שעושין כ"ש של עץ יעו"ש ובתוס' חולין. ובקידושין דף כ"ג אי' אמר רב כהנא הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו דאי ס"ד שלוחי דידן נינהו מי איכא מידי דאנן לא מצינן למיעבד ואינהו מצי עבדי וכ' שם הרשב"א ז"ל דלשחיטה כיון שכשרה בזר שפיר אמרינן שלוחי דידן ובקידושין ריש פ"ב יליף הגמ' דין שליחות מפסוק ושחטו אותו וגו' הרי מבואר שמצות שחיטת הפסח בבעלים לפי"ז לכאורה קשה על הראב"ד שמדמה טמא מת ביום ז' קודם טבילה לטמא שרץ ולעולא שסובר דשו"ז על טמא שרץ שו"ז גם על טמא מת קודם טבילה

הא לא דמי דטמא שרץ יכול לשחוט בעצמו ע"י סכין ארוכה וכיון דמצי למיעבד יכול לעשות שליח משא"כ טמא מת שאינו יכול לשחוט בעצמו אף ע"י סכין ארוכה דמטמא לסכין בשלמא לשיטת הרמב"ם דהגמ' לא מיירי רק בטבול יום דמת ל"ק דט"י אינו אלא כראשון ולא מטמא הסכין אבל לשיטת הראב"ד קשה וצ"ל אף שמצות השחיטה על הבעלים מ"מ אינו מעכב דלא שינה הכתוב עליו לעכב. עכ"פ מי שחרד על המצות צריך לטהר א"ע קודם הקרבת הפסח כדי שיהי' רק טבול יום ויהי' בידו למיעבד בעצמו השחיטה בסכין ארוכה וכיון שהוא בכלל מצי למיעבד מצי לשווי' שליח ויהי' כאלו שחט בעצמו ויקיים מ"ע דשחיטה ככתוב ושחטו אותו וגו' א"כ לפי דברי הספרי הנ"ל שנלמד מקרא שהיו חרדים על המצות מוכח שלא כדעת הראב"ד דלשטתי' קשה אף ששגגו וסברו ששוחטין וזורקין על טמא מת בשביעי קודם טבילה מ"מ היו להם לטהר א"ע מקודם כדי שיקרא על שמם קיום מ"ע דשחיטה ולמה לא חרדו על קיום מצוה זו א"ו כדעת הרמב"ם שבאמת טבלו א"ע ועכ"ז נדחו דאין שוחטין וזורקין על טבול יום דמת הרי נפקותא לדינא במה שהשמיענו הקרא שהיו חרדי' על המצות:

אמנם יש לכאורה לסתור דברי הנ"ל. די"ל אף שהיו חרדים לא נצטרכו לטבול מקודם כי לא הי' תועלת בדבר לפי מה דאיתא בספרי זוטא פרשה הנ"ל אי אפשר לומר היו מקריבין שהרי כבר נאמר הזבחים ומנחה הגשתם לי במדבר מלמד שלא הי' מקריבין וא"א לומר שלא הי' מקריבין שהרי כבר נאמר ויעשו ככל אשר צוה ה'. הא מה הדבר מלמד שהיו שבטו של לוי מקריב משלו כל קרבנות ציבור ארבעים שנה שהי' ישראל במדבר וכשירי ישראל סמוכין ע"כ והכוונה מחמת שהי' חשודים בשטיפת זתמס ע"ז ממצרים לא הי' רשאין להביא קרבן דילמא הוא ממוקצה או נעבד ואצ"ל שלא הורשה להם לשחוט ע"כ הביאו בני לוי משלהן וכשירי ישראל סמוכין לו הכוונה כדאיתא בתענית דף כ"ו אפשר קרבנו של אדם קרב והוא אינו עומד עליו ובקרבן פסח שצריך להיות משל בעלים צ"ל שהקנו הלוים משלהם לצורך כל הנמנים על הפסחים ולא הי' להנמנים רשות לשחוט פן יחשבו א"כ בלא"ה לא הי' דין שליחות בשחיטת פסח במדבר וי"ל שמשום כך לא הקדימו א"ע אותן טמאים לטבול קודם שחיטה דאף אם היו טובלים לא הי' נחשב כאלו שחטו בעצמם. אמנם כ"ז אם נאמר שהטמאים היו שלא משבט לוי אבל לשיטת ר"ע שהיו מישאל ואלצפן שהמה הי' לוים כדכתיב מבני עוזיאל דוד אהרן וללוים הותרה השחיטה והי' יכולים למשווי שליח וקשה למה לא טבלו וצ"ל כדברי הרמב"ם שבאמת טבלו א"ע ועכ"ז נדחו דאין שוחטין וזורקין על טבול יום דמת שדינו שוה לטמא שרץ ומזה הוכיח רב שפיר שאין שו"ז על ט"ש וא"ש הגירסא ישינה הנ"ל

סבר לה כר"ע דאמר מישאל ואלצפן דלר' יצחק שסובר טמאי מת מצוה היו אין הכרע דאין שו"ז על טמא שרץ די"ל דשוחטין וזורקין והא דנדחי משום שהי' טמאי מת וקודם טבילה שחמור מטמא שרץ כדברי הרמב"ם הנ"ל שאף למ"ד דשו"ז על טמא שרץ אין שו"ז על טמא מס קודם הטבילה. ול"ק למה לא טבלו א"ע י"ל כתירוץ הראב"ד שכבר לא הי' שהות להקריב עליהם הפסח ואין ל דאף לפי שגגתם שסברו ששוחטין וזורקין על טמא מת מ"מ היו להם לטבול כדי שיהי' להם דין שליחות ויקוים מ"ע דשחיטה בבעלים מדין שלוחו של אדם כמותו די"ל שלא היו לויה ובלא"ה לא מצי לשחוט כנ"ל לכך קאמר הגמ' סבר לה כר"ע ומיושב שפיר הגירסא ישינה הנ"ל היוצא מזה שממה שהשמיענו הכתוב שהיו חרדים על המצות נשמע הדין הנ"ל כהרמב"ם. אמנם הכ"מ דחה בלא"ה דעת הראב"ד דמפשטא דכתיב למה נגרע לבלתי הקריב משמעותו שעדיין לא הקריבו כלל. ומעתה יובן התכת דברי הספרא שהת"ק יליף מפסוק שהי' חרדים על המצות והיוצא מזה לדינא לסתור פירוש הראב"ד ופ"ז אמר רבי א"צ דבלא"ה נשמע מפשטא דקרא הרי הוא אומר למה נגרע לבלתי הקריב שמזה מוכח שלא לפרש כפי' הראב"ד הנ"ל היוצא מזה שמחמת שהיו חשודים על ע"ז לא הי' באפשרם לקיים מצות שחיטה מעתה י"ל שהי' סברא לחלק בדין דרך רחוקה בין יוצאי מצרים לשארי דורות. דאיתא במפורשים הטעם על צורך עמידת הבעלים בעת הקרבה משא"כ בכל שארי מצות שיכולין לעשות אף לכתחלה ע"י שליח משום דכהנים שלוחי דרחמנא ולא שלוחי דידן א"כ אין שום מעשה הקרבה על הבעלים ולכך צותה התורה שיהי' הבעלים בעת ההקרבה וזכיון בזה במעמדן על הקרבן כאלו עשאו בעצמן ממילא הי' מצד סברא חיצונה אפשר לומר דלכך דין א רחוקה כשאין הבעלים יכולין להיות בעזרה בשעת שחיטה כדעת עולא בפסחים דף צ"ג הוא מטעם זה כיון שיוצאי מצרים לא היו יכולין לשחוט בעצמן א"כ גם השחיטה אינו נקראת ע"ש מעשי הבעלים לכך היו צריכין להיות סמוכין בעת השחיטה וכמובן מלשון הספרי הנ"ל הלוים הי' מקריבין וכשירי בנ"י היו סמוכין להם שהכוונה גם בשעת שחיטה. דא"ל דקאי על הזריקה והקטרה הא אלו עבודות לא נעשו ע"י לוים רק בכהנים ולכך הי' מקום טעות שדוקא ליוצאי מצרים נאמר דין דדרך רחוקה שכוונתו לכמה מ"ד וכדאי' בספרי חוץ ממקום הכשרו היינו חוץ לעזרה בשעת שחיטה כדברי עולא הנ"ל אבל לדורות שיהי' הכשר שחיטה בזרים ובכל ישראל ה"א דאין דא אם הבעלים בשעת שחיטה או לא דשלוחו של אדם כמותו. כך כתיב לדורותיכם וכיון שהוצרך לכתוב לדורותיכם ממילא הוצרך לומר ג"כ לכם כדי

שלא יובן ממלת לדורותיכם מיעוט על המדבר. ומיושב דברי הספרי מה שאמר יכול יוצאי מצרים. גם מה שנכתב לכם וגם לדורותיכם:

ודע שמ"ש הכ"מ לסתור דברי הראב"ד מפשטא דקרא למה נגרע לבלתי הקריב וכ' שזה ראי' שאין עלי' תשובה יש לדחות לכאורה בפשיטות עפ"י דעת הרמב"ן עה"ת בפרשת בא בד"ה בין הערבים ומובא בשא"ר סי' י"ז דמושחטו אותו כל וגו' בין הערבים למידין ששחיטת הפסח צריך להיות קודם תחלת שקיעת החמה דעד אז נקרא בין ערבים אבל הזריקה יכולה שתהי' עד צאת הכוכבים אין ראי' מפסוק הנ"ל וא"ש דברי הספרי שמפרש למה נגרע שטענו יזרוק הדם עלינו בטהורים וגם מזה מביא הכ"מ לסתור דברי הראב"ד ולפי הנ"ל ל"ק מידי די"ל דהמעשה הי' שנשחט עליהן הפסח בזמנו דהיינו קודם תחלת שקיעה ובעוד שלא טבלו ואח"כ בהתחלת השקיעה רצו לטבול כי זמן הטבילה כל היום ושיהי' זריקת הדם עליהם ולזה טענו למה נגרע לבלתי הקריב דההקרבה קאי בכ"מ על הזריקה וכדברי הגמ' חולין דף כ"ז וכן אמרו בזבחים דף ל"ב והקריבו הכהנים מקבלה ואילך מצות כהונה ונדחו מזריקת דם מצד שהשחיטה היתה בעוד שלא טבלו ואין שוחטין על טמא מת קודם טבילה אמנם ז"א רק לשיטת רש"י שמפרש הא דאיתא בזבחים דף נ"ו מנין לדם שנפסל בשקיעת החמה היינו סוף שקיעה דס"ד שיעלה וילין הדם על המזבח אבל התוס' ילפי שם דקאי אתחילת שקיעה א"כ בלא"ה כבר עבר זמן זריקה מן התחלת השקיעה ודבר זה תלוי בפלוגתא בזבחים דף פ"ז אי לינה מועלת בראש המזבח דלמ"ד לינה מועלת נוכל לפרש כפי' רש"י וי"ל שפלוגתא הת"ק ורבי בספרי הנ"ל תלי בפלוגתא הנ"ל דת"ק סובר דדם אינו נפסל בתחלת שקיעה רק שחיטת הפסח צריך להיות קודם שקיעה וליכא הוכחה מפשטא דקרא לסתור פירוש הראב"ד לכן דריש מפסוק ויאמרו האנשים וגו' שהיו חרדים על המצות דנ"מ להורות כפי' הרמב"ם שכבר טבלו קודם השחיטה ואעפי"כ נדחו דאין שוחטין וזורקין על טבול יום דמת ורבי סובר דדם נפסל בתחלת שקיעה ומוכח ממילא מפשטא דקרא לבלתי הקריב שלא כדברי הראב"ד וכפי מ"ש הכ"מ הנ"ל ובסגנון זה י"ל בדרך פשטות שמתוך שהשמיענו הכתוב שהיו חרדים על המצות נשמע דלא כפי' הראב"ד דכיון שהיו חרדים בודאי הי' להם לשאול ממשה רבינו קודם שעבר זמן שחיטה וכקושי' הכ"מ וכי בתר דעבדין מתמלכין] ובדברי הנ"ל יש לומר עוד באופן אחר ויתורץ הגירסא הישינה בספרי הנ"ל שהוא בילקוט בזה"ל רבי אומר א"צ הרי הוא אומר ויאמרו האנשים ההמה אליו שאין ת"ל ההמה מגיד שאין נשאלין אלא לבעל המעשה. ומפרש בזית רענן שאין משיבין אא"כ בא הבעל דבר בעצמו לכך נאמר ההמה לפי גירסא זו אין פותר לבאר מה שאמר

רבי א"צ לדברי הת"ק שיליף מפסוק ויאמרו האנשים וגו' שהיו חרדים על המצות וע"כ מגי' הזית רענן כנ"ל בלשון הספרי אמנם קשה לשבש הגירסא ישינה ולפי הנ"ל יש פתחון פה בדרך דרוש שמדכתיב ההמה להורות שאין נשאלין אלא לבעל המעשה מוכח שלא כדברי הראב"ד דא"ל כדבריו קשה למה כתיב לבלתי הקריב לשון להבא כקושי' הכ"מ וא"ל כתרוצי הנ"ל שכבר שחטו קודם שקיעת החמה ושאלתם הי' על אודות הזריקה דא"כ הי' צריך התשובה ג"כ דנוגעת גם לכהנים אהרן ואלעזר ואיתמר שהמה שלוחי דרחמנא לזריקה והוצרכו לידע אם יזרוק הדם או לא ואף אם הטמאים בעצמם לא היו באים למשה הי' צריך לומר הדין לאהרן ולבניו ולמה נאמר ההמה שנשמע מזה שאם לא הי' הטמאים בעצמם לשאול לא הי' משה נזקק לומר הדין א"ו מיירי שעדיין לא שחטו כלל וכ"פ הרמב"ם ע"כ לא היתה שאלתם של הטמאיה בזה נוגעת רק להם וכיון שמוכח מזה שלא כהראב"ד א"ש דברי רבי א"צ:

ובדרך דרוש יש לומר דרבי לשיטתיה דבלא"ה א"א לומר כדברי הראב"ד דאיתא בירושלמי ר"פ מי שהיה טמא לנפש: אין לי אלא טמא לנפש יעשה פסח שני אנוסים או שוגגים מנין. ת"ל איש איש דברי ר"ע ואי כפי' הראב"ד ממילא מוכח דאנוסים או שוגגים עושים פסח שני דהאי הטמאים לנפש שבאו למשה היו יכולין לטהר רק ששגגו וסברו שיכולין לשחוט קודם הטבילה ושגגת הוראה נמי דין שוגג או אונס הוי ואפ"ה היה להם תשובת משרע"ה שיעשו פסח שני דלהם נאמרה התשובה איש איש אמנם בספרי דרש מאיש איש למעט גר וקטן שלא יעשו פ"ש ומפרש בזית רענן היינו שנתגדל בין פסח ראשון לשני ורבי לשיטתיה שסובר בר"פ מי שהיה טמא דגר שנתגייר וקטן שנתגדל חייב לעשו' פ"ש א"כ בלא"ה מוכח דשגג או נאנס עושה פסח שני ואיש איש ל"ל וא"ש רבי לשיטתי' כנ"ל. והת"ק שבספרי לשיטתיה דהוא הסתם תנא שבספרי הנ"ל דדריש מאיש איש למעט גר שנתגייר וקטן שהגדיל וליכא הוכחה לדחות פירוש הראב"ד לכך הוצרך הכתוב שהיו חרדים על המצות וממילא נשמע מזה שלא כהראב"ד.

וע"פ דברי הירושלמי הנ"ל יש לתרץ דברי רש"י בפסחים דף ס"ז פ"א דאיתא בגמרא והתניא יכול לא יהיה עושין פסח שני אלא טמאי מתים ושהיו בדרך רחוקה זבין ומצורעין ובועלי נדות מנין ת"ל איש איש וכתב רש"י דממלת טמא ילפינן דמשמע כל טומאה אמת שכן הוא בירושלמי ר"פ מי שהיה טמא אבל מי דחקו לרש"י להוציא לשון הגמ' שמשמעות הגמרא דילפינן מאיש איש. ונ"ל דבלאו הכי קשה על רש"י כיון דממלת טמא ילפינן נימא דטמא כלל ולנפש פרט ואין בכלל אלא מה שבפרט והדומה לפרט דהיינו טמא שרץ שדומה לטמא מת שהטומאה לא בא רק ע"י נגיעה דטמא שרץ

לא אתי' בבנין אב מטמא מת דמה לטמא מת שאינו מטמא אלא בכזית וטומאת שרץ בכעדשה וכדאיתא לקמן בסוגיא הנ"ל כעין פירכא זו ולא ידעינן זב ומצורע דעושים פסח שני ונ"ל בפשיטות דבירושלמי הנ"ל איתא תני ר' ישמעאל לא טמא לנפש כהרי דרך רחוקה ולא דרך רחוקה כהרי טמא לנפש הצד השוה שבהן שלא עשה את הראשון יעשה את השני. אף אני ארבה אנוסים או שוגגים שלא עשו את הראשון יעשו את השני עכ"ל. והנה הדבר פשוט דהילפותא דר' ישמעאל מבינייהו אינו רק לפי האמת דידעינן דכל הטמאים אף זב ומצורע עושין פסח שני אבל לס"ד דטמא זב ומצורע אין עושין פ"ש תו ליכא למילף אונס או שוגג מבינייהו דמאי חזית לדמותו לטמא נפש נדמייהו לזב ומצורע וצריכין לרבויי אונס או שוגג מאיש איש כדברי ר"ע דיליף אונס או שוגג מאיש איש ותו לית לימוד על זב ומצורע לכך הוצרך רש"י לפרש דהרבוי על זב ומצורע אתי ממלת טמא מעתה מתורץ קושייתם הנ"ל דנדונו בכלל ובפרט ונרבי רק לטמא שרץ דומיא דהפרט שבא הטומאה על נגיעה כנ"ל. דא"א לומר כן דא"כ דמרבינן טמא שרץ ממילא מוכח דאונס או שוגג ואף גם מזיד יכול לעשות פ"ש דאל"כ אמאי עושה טמא שרץ פ"ש הא היה בידו לעשות פסח ראשון כשהיה טובל א"פ דטבול יום דשרץ ליכא למ"ד שלא יעשה קרבן פסח בראשון א"כ איש איש ל"ל וע"כ אתי איש איש לרבות זב ומצורע ממילא מוכח ממ"נ דזב ומצורע עושה פ"ש או מרבוי וממלת טמא כדברי רש"י נשמע לרבות זב ומצורע לפסח שני ובזה יש ליישב מה שקשה על ר"ע דלמה לא יליף שגג או נאנס מטמא ודרך רחוקה מבינייהו כדברי ר' ישמעאל ולפי דברי הנ"ל י"ל דר"ע לשיטתי' שסובר אין שוחטין וזורקין על טמא שרץ כדאיתא בדף ס"ט ולשיטתיה י"ל דטמא אתי לרבות טמא שרץ שיעשה פסח שני לכך אי לא הוי כתיב איש איש לרבות שגג או נאנס לא הוי ידעינן דזב ומצורע עושין פסח שני והוי ס"ד דמלת טמא לא קאי רק לרבות טמא שרץ דאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ ומרבוי קראי שיעשה פסח שני ולא ידעינן עוד דזב ומצורע יעשו פ"ש דליכא שום רבוי עליהם ולכך כתיב איש איש לרבות שגג או נאנס ותו ליכא למימר עוד דמלת טמא קאי על טמא שרץ דא"כ ל"ל לימוד על שגג או נאנס הא ממילא ידעינן מטמא שרץ שהיה יכולת בידו לעשות פסח ראשון כשהיה טובל א"ע דעל טבול יום דשרץ בודאי גם ר"ע ס"ל דשי"ז עכ"ז אמרה התורה שיעשה פסח שני ה"ה לכל מזיד ובפרט שוגג או אונס אלא ודאי מדהוצרכה התורה לרבות שגג או נאנס ע"כ צ"ל דמלת טמא מרבי זב ומצורע שהם לא יכלו לעשות הפסח בראשון ולא אתי מנייהו שגג או נאנס כשהיה יכול לעשות פסח ראשון ולא עשאוהו ולכך איצטרך איש איש לרבות שגג או נאנס וכיון דמרבה שגג או נאנס מאיש איש ע"כ מרבה ממלת

טמא זב ומצורע ומיושב שפיר דלכך לא מצי ר"ע להוכיח שגג או נאנס מבנייהו כדברי ר' ישמעאל דאם לא בא איש לרבות שגג או נאנס הייתי סבור דממלת טמא לרבות בא על טמא שרץ ולא הוי ידעינן זב ומצורע שעושין פסח שני כנ"ל ולר' ישמעאל י"ל שסובר כעולא דשוחטין וזורקין על טמא שרץ וממילא ע"כ בא לרבות זב ומצורע דטמא שרץ אין עושה כלל פסח שני רק פסח ראשון ואליבא דר' ישמעאל אתי איש איש למעט גר שנתגייר וקטן שהגדיל כנ"ל ודו"ק:

חדושי מסכת ביצה

[מסכת ביצה דף י"ב]

מקשים בתוס' למה לא אמר רב יצחק בר אבדימי ה"מ ר"ע היא שאינו סובר מתוך עוד קשה על הרמב"ם לפי מה שהעלה הפר"ח בשטתו שסובר דלא אמרינן מתוך רק בהבערה ובישול ולכך מחייב בבונה ביו"ט ואינו פוטר משום מתוך שהוסרה במגבן למה כ' בפ"ח מהלכות יו"ט הלכה א' בזה"ל אע"פ שהותרה הבערה ביו"ט שלא לצורך אסור לכבות האש כו' שהכבוי מלאכה שאין בו צורך אכילה כלל כו' ואם כבה לוקה כמו שארג או בנה:

ונלענ"ד ליישב בהקדים דברי הפוס' במס' פסחים דף מ"ז ע"ב ד"ה אהבערה לא לחייב שכתבו בזה"ל מכאן מוכיח ריב"א דרבה דאמר הואיל היינו אפילו לב"ש אמרינן ומפרש הפנ"י שכוונתו דהא בלא"ה מצד הקושי' דמתוך צריכין לומר דאותה ברייתא ב"ש הוא יעו"ש וקשה דא"כ מאי הועיל רבה בתירוצו אפיק הבערה ועייל עצי מוקצה דחיובו בא מצד הכנה הא ב"ש ל"ל הכנה וצריכין לאוקמא הך ברייתא כב"ה ונשאר הקושי' דלא לחייב אבישול גיד ביו"ט דנימא מתוך וכמ"ש ר' יוחנן הבערה ובישול אינה משנה וא"ל די"ל דהברייתא אתי' כר"פ דל"ל מתוך ובהכנה י"ל שסובר כב"ה ז"א דהא תוס' מקשים למה לא תני בהך ברייתא ג"ה של נבלה ומתרצים המפורשים דהאי תנא ל"ל כולל ור"ע ס"ל בחולין איסור כולל ונ"ל דלכאורה אינו מובן הוכחת הריב"א דהא אליבא דרבה קיימינן והוא בעצמו אמר בסוגיא דידן דילמא בעירוב והוצאה קא מפלגי ומסיק בשיטה מקובצת דרבה לא חזר מדבריו וחולק אדין מתוך הרי שי"ל בפשיטות דרבה לשיטתו דל"ל מתוך ונ"ל דהנה בספר שער המלך ושארי מפרשים מקשים איך עלה על דעת רבה לומר דב"ה ל"ל מתוך הא לפ"ד הר"ן על מתניתין דלקמן דף כ"א. טעמא דב"ה שמתירין להחם מים לרחיצה ולעשות מדורה הוא משום מתוך. רק שלפי שיטות הרמב"ם בפ' ראשון דין ט"ז דרחיצה הוי כשתי' וכאוכל נפש ממש אין ראי' מרישא דמתני' מדין

רחיצה עכ"פ ראי' דב"ה סוברים מתוך ממה שמתירים עשיות מדורה להחם שזה לא מחשיב הרמב"ם כאו"נ וצריכין לטעמו של הר"ן גם מקשה השעה"מ כיון דאמרינן מתוך אמאי אמרו במס' פסחים דף מ"ו כתישה ביו"ט מי שרי הא לדעת הרמב"ם מותר מדאורייתא טחינת אוכלין ושייך גם בטחינה מתוך. וכמו כן קשה מסוגי' דדקר נעוץ:

ונלע"ד ליישב הכל דאי' במנחות דף מ"ח ע"ב אמר רב מתנא אמר שמואל תכלת אין בה משום כלאים ואפילו בטלית פטורה. וכתבו שם בתוס' בשם ר"ת דאשמעינן דאף בלילה אין משום כלאים בכסות יום והא דגזרינן לעיל משום כסות לילה היינו כסות שאינו מיוחד רק ללילה כו' יעו"ש והעלו כן גם לענין בגדי כהונה שבאותן שהם מיוחדים לעבודה אומרים הואיל ואישתרי כו' ומביא השאיר בסי' למ"ד שהראב"ד משיג ע"ז דא"כ גם נו"ן ליקרבו ביו"ט מטעם הואיל ואישתרי לתמידין ומוספין א"ו דל"א בכה"ג הואיל ואשתרי כו' ולכך השוחט עולת נדבה ביו"ט לוקה ומדחה השא"ר דשאני כסות יום דבאותו כסות עצמו יש היתר אבל נו"ן כיון שהקדישן לזה דמי לכסות לילה שאסור בהן כלאים דלא אמרינן הואיל ואישתרי מדבר לדבר כ"א כשמשכחת היתר באותו דבר עצמו כפי מה שהוא מעתה נוכל לומר דרבה מודה שב"ה אית להו הואיל אמנם רק כגוונא דעשיות מדורה להתחמם בהם דאותן עצים שעושה בהם המדורה יש היתר הבערה לצורך דהא יכולים לבשל בהם וכיון שהותרה באותן העצים הבערה לצורך הותרה בהם גם שלא לצורך דומי' דכסות יום בלילה שמתירים בו כלאים מטעם הואיל ואשתרי באותו בגד עצמו ביום משא"כ בנו"ן שבאותו בהמה שהוקדשה לנו"ן ליכא עוד גוונא דשריותא ביו"ט ולא משכחת בהו לצורך ע"כ לא אמרינן מתוך אמנם מהא דמתירין ב"ה גם הוצאת תינוק ולולב אם נאמר דטעמייהו מצד מתוך יש הוכחה שסוברים דביו"ט אמרינן מתוך אף היכא שבאותו דבר לא שייך כלל היתר דלצורך אוכל נפש. ע"כ רב יצחק ב"א לפי שיטתו דסובר דטעמייהו דב"ה בהיתר הוצאת התינוק והס"ת משום מתוך שפיר אמר דהברייתא דהשוחט עולת נדבה לח אתי' כב"ה. אבל רבה הדחוהו דדילמא בעירוב והוצאה פליגי. כלומר ואין ראי' דב"ה סוברים מתוך כזה היכא שאין באותו דבר עצמו היתר לצורך אוכל נפש ומה שמתירים מדורה להתחמם אין ראי' רק שסוברים מתוך היכא שבאותו דבר עצמו משכחת שריותא דלצורך וממילא י"ל דגם ברייתא דהשוחט עולת נדבה דליכא באותו דבר עצמו גוונא דשריותא דלצורך לא שייך כלל מתוך וא"ש אף כב"ה מעתה מיושב דברי הריב"א הנ"ל דקודם דאסיק רבה דהברייתא דהמבשיל גה"נ ביו"ט כו' מיירי בעצי מוקצה הי' שייך אליבא דב"ה גם בעצים מתוך שהותרה לצורך אוכל נפש ולא הי' אפשר לאוקמא הך ברייתא כ"א כב"ש

שאוסרים גם במדורה וסוברים דאף כשיש באותו דבר עצמו היתר לצורך אוכל נפש מ"מ לא אמרינן מתוך להתיר לעשות בו שלא לצורך וא"ש הוכחת ריב"א דאף לב"ש אמרינן הואיל אבל לפי מה דאסיק רבה אסיק הבערה ועייל עצי מוקצה דמיירי בעצים שבהם עצמם לא משכחת שריותא דלצורך דבכה"ג לשיטת רבה גם לב"ה ל"ל מתוך תו לקמ וי"ל דאפי' כב"ה ול"ק מבישול גיד דהא בגיד ליכא גוונא דשריותא ולא צריכין עוד לאוקמא כב"ש ומיושב קושי' הנ"ל דהא ב"ש ל"ל הכנה דהא לפי המסקנא באמת לא אתי' הברייתא כב"ש רק כב"ה ור' יוחנן דאמר דהך ברייתא לא אתי' כב"ה אזיל לשטתו דהוא סובר דב"ה סוברים מתוך גם בהוצאת תינוק הרי שסוברים מתוך אף מדבר א' לדבר אחר ולפי"ז י"ל דלפי האמת יש להרמב"ם הוכחה מסוגי' דדקר נעוץ דבכתישת אבנים לא אמרינן מתוך דלא אמרינן רק היכא שיש שריותא דלצורך באותו דבר עצמו ולכך קאמר הגמ' בפסחים דף מ"ו כתישה ביו"ט מי שרי מזה מוכח דלפי האמת לא אמרינן בשאר מלאכות מתוך רק כשמשכחת באותו דבר עצמו שריותא דלצורך ולכך יש חיוב בבונה ולא אמרינן מתוך מדבר לדבר רק בהוצאה והבערה שיש מיעוטא דביום השבת וכמ"ש המ"מ והיכא שמשכחת באותו דבר עצמו שריותא דלצורך אמרינן גם בשאר מלאכות מתוך ולכך הוצרך הרמב"ם לומר שמכבה חייב שהכבוי הוא מלאכה שאין בו צורך אכילה:

והשתא דאתינן להכי י"ל קושי' התוס' דלמה לא אמר ה"מ ריע היא דלכאורה עדיין קשה קושי' ראשונה לרבה דהא ב"ה סוברים מתוך במדורה. גם בשוחט עולת נדבה יופטר ממלקות במתוך וא"ל כנ"ל דמדבר לדבר לא שייך מתוך דאכתי קשה דהנה הטורי אבן למס' חגיגה מקשה למה לא אמרינן בנו"נ מתוך הואיל ואי בעי מיתשל ומתרץ דא"כ ישוב להיות' חולין בעזרה ויהי' ג"כ חילול ו"ט דחשב"ע אסור אמנם לכאורה אכתי קשה לפי שטות הישש"ש בחולין פ"ב דין וא"ו שמחליט להלכה דבשחיטת קדשים בחוץ אינו חייב כ"א בשוחטו כולו בחוץ דאין לשחיטה אלא לבסוף וכמו שסובר רבא במס' זבחים דף למ"ד ע"א א"כ מכ"ש שהדין כן בשחיטת חולין בעזרה א"כ לרבה דאית לי' הואיל נשאר הקושי' דנימא הואיל ואי בעי מיתשל וסמוך לגמר השחיטה ג"כ בידו למיתשל ולגמור השחיטה בחוץ א"כ משכחת שתהא גמר השחיטה לצורך אוכל נפש ונאמר מתוך שהותרה באותה בהמה לצורך ונ"ל דהפנ"י מקשה מאי קאמר רב יצחק בר אבדימי דאי כב"ה הא אמרינן מתוך דילמא החיוב בשוחט עולת נדבה ביו"ט משום מפרק דם שצריך לצורך זריקה ולענין זה לא שייך מתוך דלגבי דם ליכא בחולין שריותא דלצורך דהוי בחולין מלאכה שא"צ לגופה ומדחה שיש מלאכת מפרק גם בחולין בחולב לפי

שטות הסוברים דחולב חייב משום מפרק אמנם אכתי אינו מיושב לפי שיטת הר"ח שמובא בתוס' שבת דף קמ"ד ע"ב דאף שיש דין מפרק בבהמה דזשיבא ג"כ כגדולי קרקע מ"מ בחולב ביו"ט ליכא דין מפרק כיון שבהמה עומדת לאכילה הוי החליבה כאוכלא דאפרת. ול"ד לדישת תבואה מהקשין יעו"ש ויעוין שבת דף ק"ה ודף צ"ה ובחי' רשב"א שם וביבמות דף קי"ד ע"א ונ"ל לתרץ דבט"א במס' חגיגה כתב דלכך נקרבים שלמי שמחה ביו"ט אף דשלמי נדבה שיש בהם גם צורך הדיוט אסור משום דשאני שלמי נדבה דעיקר הקרבתן הוא רק לגבוה ובעלים משלחן גבוה קא זכו משא"כ בשלמי שמחה שכל עיקר חיוב הבאתן שצוותה התורה אינו רק משום שיהי' לצורך הדיוט לשמחת יו"ט היוצא מזה שהיתר הקרבת שלמי שמחה הוא משום צורך ההדיוט שבהם וא"כ הרי הותרה מלאכת דישת הדם שיש בשחיטת שלמי שמחה לצורך הזריקה והתירה אינה רק משום צורך ההדיוט דבלא הזריקה אינה מותרת לאכילה וא"כ יש גם במלאכת פירוק דישת הדם גם היתר דלצורך אוכל נפש ונוכל לומר גם בזה מתוך ול"ק קושי' הפנ"י מעתה מיושב מה שהקשיתי לרבה לא יהי' חיוב מלקות בשוחט עולת נדבה מטעם הואיל ומתוך דהא לרבה לפמ"ש ל"ל לב"ה רק כשמשכחת באותו דבר עצמו שריותא דמתוך ממילא איכא לחייב בשוחט עולת נדבה משום מפרק דאף שהותרה מלאכת פירוק גבי שלמי שמחה אכתי אין להתיר משום זה גבי עולת נדבה דמדבר לדבר לא אמרינן ותו א"ל הואיל ואי בעי מיתשל דמה בכך דהא אי יתשל וישוב להיות חולין ג"כ לא יהי' בו בעצמו היתר במלכת דישה דבשחיטת חולין ליכא דישה לצורך דהוי מלאכה שא"צ לגופה ויתחייב על מלאכת הפירוק שעשה קודם דאיתשל והיו קדשים והי' מלאכה שצריכה לגופה ולא מיפטר מזה במה שמשיבו לחולין וא"צ עוד לגופה דהא מחשבתו הי' לגופה ודין זה מבואר מדברי התוס' בשבת דף ק"ו ע"א אבל רב יצחק בר אבדימי לשיטתי' שסובר שב"ה סוברים גם מדבר לדבר אחר אמרינן מתוך שייך גם לענין דישה מתוך דהא הותרה מלאכת דישה בשלמי שמחה.

מעתה תו ל"ק שיאמר דאתי' כר"ע דהא מר"ע לא מוכח שאינו סובר מתוך רק כגוונא דשריפת חמץ דבאותו דבר עצמו לא הוי גוונא דשריותא דלצורך וי"ל שמודה ר"ע היכא שיש בדבר הזה עצמו גוונא דשריותא דלצורך אמרינן מתוך לפי"ז י"ל שפוטר ר"ע בשוחט עולת נדבה ממלקות דאי משום מלאכת השחיטה י"ל הואיל ואי בעי מיתשל ותהי' השחיטה מותרת באותה בהמה עצמה שיגמור שחיטתה בחוץ ולא תהיה אסורה משום חולין בעזרה וא"ל דאכתי איכא איסור מפרק דם שבזה לא שייך מתוך רק מטע' שהותר בשלמי שמח' והוי מדבר לדבר ז"א דהא ר"ע שסובר לכם ואפי' לכלבים (כדאיתא

במס' ביצה דף כ"א] א"כ מותר לדידי' פירוק דם בחולין לצורך כלבים, ושייך לשיטתי' היתר מלאכת פירוק בכל בהמת חולין וכששייך מתוך באותו דבר עצמו י"ל שמודה ר"ע דאמרינן מתוך אבל ב"ה לשיטתיהו שסוברים לקמן דף כ' לכם ולא לכלבים וכן ההילכתא לא שייך בחולין לגבי מלאכת פירוק שריותא דלצורך ושפיר יש לחייב מלקות בשוחט עולת נדבה משום מפרק לדעת רבה בשיטת ב"ה דלא אמרו מתוך רק היכא שבאותו דבר עצמו משכחת היתר דלצורך ודישת דם אינה מותרת רק בשלמי שמחה והוי מדבר לדבר משא"כ לרב יצחק בר אבדימי בשיטת ב"ה שסוברים מתוך אף מדבר לדבר כמו בהוצאת תינוק וס"ת. ולהכי אוקמי כב"ש דלדידהו לא אמרינן כלל מתוך דהא אסרו גם במדורה אף שמשכחת היתר דלצורך באותן עצים עצמם ומלבד זה הא לב"ש ליתא שאלה בהקדש ולא שייך הואיל ואי בעי מיתשל ולכך לא הוצרך רב יצחק לאתוי' פלוגתא דב"ש גבי מדורה להוכיח שאינם סוברי' כלל מתוך. דאף אי לא פליגי רק אמתוך מדבר לדבר אחר די לחייב בשוחט עולת נדבה כיון דלדידהו ליתא בשאלה יש לחייב משום מלאכת השחיטה ומשום מפרק.

ובהמשך דברים הנ"ל יש ליישב בביצה דף י"ט ע"ב אמר אביי כי פליגי למיקם עלי' בבל תאחר ומקשה הח"צ בסי' דהא אף לר"ש דבעי ג' רגלים כסדרן מ"מ מחויב להקריב בחה"ס הראשון לשיטת רבא שסובר בר"ה דברגל א' עובר בבל תאחר וגם לרבנן קשה דלמ"ל להקדים שאין תודה באה בחוה"מ כו' אשר ע"כ מחויב כשהקדיש קודם חה"ס להביא בסוכות הראשון כי לא יהי' בידו להקריב בחוה"מ ובעצרת ת"ל דבלא"ה מחויב מצד עשה דובאת שמה להקריב ברגל ראשון שיכול ואף שאין הכרח דאביי מודה בזה לרבא: וי"ל דאביי ל"ל דובאת שמה קאי לעשה וכמו שרוצה הפנ"י בחידושיו לר"ה להכריח דר"ש ל"ל דובאת שמה קאי לעשה וכן מורה לשון רש"י בחומש סוף פ' פינחס עכ"ז אכתי קשה האיך מתרץ רבא לשטתי' הברייתא דאין מביאין תודה כו' דקשה עלה קושי' ר' זירא השתא סלותא מסלתינן. וא"א לתרץ הברייתא רק כשנוי' דאביי ולשיטת רבא דגם גל א' עוברים בבל תאחר א"א לפרש כדברי אביי כקושי' הח"צ הנ"ל:

ולכאורה י"ל דהתוס' מקשים מנ"ל דר"ש סובר דנו"נ אין קריבין בחוה"מ דילמא לא אמר ר"ש דבריו רק גבי תודה. [ובמג"ש מסביר עוד שי"ל שגזה"כ הוא דלא נייתי קרבן חמץ ברגלים כדאשכחן נמי דכל המנחות באות מצה ולא תלי מידי במלאכה] ומתרצי' התוס' דהגי' בברייתא כל שאינו בא בפסח ובעצרת. והכוונה בזה דתודה אינה באה בפסח משום חמץ שבה ובעצרת קאי על כל נו"נ שאינם קרבין ביו"ט יעוין בדבריהם

ותורף כוונתם בזה כיון דההיקשא דר"ש גם לעצרת ע"כ קאי אכל נו"נ דבעצרת ליכא חילוק בין קרבן תודה לשארי נו"נ דכולם א"א להקריב בעצרת מפני שהוא יו"ט:

אמנם לכאורה עדיין י"ל דהקישא דר"ש לא קאי רק אתודה. בהקדים מה שמקשים בתוס' חגיגה דף ז' ע"ב דאמאי אין קריבין נו"נ ביו"ט ת"ל הא יכולין לצאת בהם שלמי שמחה. ומתרץ הר"י דז"א רק כשהקריבן משום שלמי שמחה ע"ש ומתפלאים כל המפורשים דא"כ משכחת שיהי' נו"נ קריבין ביו"ט דהיינו כשמקריבן לשלמי שמחה א"כ אמאי קאמר הת"ק בברייתא דילן שיקריב התודה בחה"ס כדי שלא יבוא לבל תאחר דא"א לו להקריבו בפסח מפני החמץ שבו ובעצרת מפני שהוא יו"ט הא אפשר להקריב בעצרת לצורך שלמי שמחה ומה שמתרץ הפנ"י כיון דתודה אינה נאכלת אלא ליום ולילה א"א להקריבה לשלמי שמחה תמוה דהא אי' שם במשנה דחגיגה דכהנים יוצאים בחטאת כו' יעו"ש ויותר אפשר לשחוט תודה לשם שלמי שמחה דהא אי' בזבחים דף ד' ע"א דתודה ששחטה לשם שלמים כשרה ולית בי' כלל משום שינוי שם דתודה מיקרי שלמים אשר ע"כ הנכון כמו שמתרץ הט"א שם בחגיגה קושי' התוס' הנ"ל וכעין סברא זו מבואר במהרש"א חגיג' דף י"ז דאף שיוצאים משום שמחה בנו"נ מ"מ אסור להקריב נו"נ דכיון דחייבים להביאם לגבוה ובעלים משלחן גבוה קא זכי הוי כל הקרבתן רק לגבוה וחלק ההדיוט בטל לגבי חלק גבוה וכמשמעות דברי הגמ' ביצה דף כ"א ע"א ויעוין תוס' ביצה דף כ"ז ע"ב ובשבת דף כ"ד ע"ב. והא דהתירה התורה הקרבת שלמי שמחה הוא משום דכל עיקר מצות הבאת שלמי שמחה הוא כדי שיאכל הבשר ויהי' בזה שמחת יו"ט. הרי עיקר הבאתו רק לצורך הדיוט וממילא יש בו גם צורך גבוה משא"כ בנו"נ שעיקרן רק לגבוה והבעלים משלחן גבוה קא זכו כן תורף דברי הט"א:

אמנם עדיין יש לעיין דהט"א שם בחגיגה מקשה דלמה אסור להקריב נו"נ ביו"ט נימא הואיל ואי בעי מיתשל וישובו לחולין ומתרץ דלמ"ד חשב"ע דאורייתא אי מיתשל יהי' אסורים משום חשב"ע אבל אכתי לא א"ש למ"ד חשב"ע לאו דאורייתא אמנם לפי דברי הריטב"א בחדושיו למכות דגם בקרבנות כשבאו לעזרה תו ליתנייהו בשאלה ל"ק קושי' הט"א הנ"ל ומה שבאמת ליתא בשאלה אחרי שבאו לעזרה יסודו מדין הקדש קדושת דמים כשבאו ליד גזבר ליתנייהו בשאלה ואי' בש"ך חוה"מ סי' רנ"ה שהטעם דדין שאלה הוא משום דאתי דיבור ומבטל דיבור דהקדש אבל כשכבר אתי ליד גזבר שיש קנין משיכה לא אתי דבור דשאלה ומבטל קנין המעשה שהי' ע"י המשיכה. וכ"כ היכא שכבר בא להעזרה. אמנם לפי"ז נ"ל היכא שהקדיש אדם בהמה לקרבן נדבה. ואח"כ בעת שהביאו לעזרה הי' הבאתו להקריבו לשלמי שמחה יש בידו למיתשל אדבריו הראשונים

אשר הקדישו לשם קרבן נדבה וישוב להיות שלמי שמחה דא"ל בכה"ג כיון שבא לעזרה לא אתי דבור דשאלה ומבטל המעשה דהבאה דהא אף בשאלתו על דבריו הראשונים אינו מפקיעו מרשות ההקדש דהא כשיסור ע"י השאלה למפרע הקדש הנדר יחול עליו למפרע מעת שמסרו והביאי לעזרה קדושת השלמים לשם שלמי שמחה דאף אי לא אמר בפיו רק חישב בלבו בעת ההבאה לצורך שלמי שמחה חל עליו אותה קדושה משום דכל נדיב לב עולי' דמיני' למידין דאף במחשבה חל קדושת קרבן כדאי' במס' שבועות דף כ"ו וברמב"ם בהלכות מעה"ק וכיון שכן אכתי משכחת שיקרבו נו"ן ביו"ט דהא יכולים לצאת בהם שלמי שמחה. דאף לפי דברי התוס' הנ"ל בתירוצם אכתי משכחת שיקרבו כשיבואן לשם שלמי שמחה וכמ"ש התוס' הנ"ל בעצמם וא"ל כתירוץ הט"א הנ"ל דנו"ן כיון שעיקרן לגבוה. אף שמקריבן לשלמי שמחה אסור להקריבן ביו"ט משום דבטל חלק ההדיוט לחלק גבוה ז"א דבכה"ג שמביאים לשלמי שמחה אין מניעה בהקרבתן מצד שהם נו"ן דהא שייך בהם הואיל ואי בעי מיתשל והיינו שבידו למיתשל על מה שהקדישם תחלה לקרבן נדר או נדבה וישיבו להיות רק שלמי שמחה ולא ישיבו להיות חולין בעזרה כי כבר קדם עליהם בעת הבאה לעזרה הקדש שלמי שמחה וע"ז אינו מיתשל כלל רק על ההקדש הראשון שהקדישו לקרבן שלמי נדבה או נדר ובא תחתיו הקדש שלמי שמחה ואינו מפקיעם מרשות ההקדש וקנין המשיכה בההבאה לעזרה נשאר בכל תקפו ולא נפקע מצד מה שמיתשל על ההקדש הראשון. וא"כ מה"ת לא יקרבו באופן זה נו"ן ביו"ט אמנם כל זה א"ש גבי נו"ן שאינם קרבן תודה אבל בקרבן תודה שבא עמו לחמי תודה שתופס עליהם קדושה בשחיטת הזבח כדאי' במנחות פ' התודה ולחם בלי תודה א"א להקדיש כלל וכיון שלחמי תודה המה בעזרה והוי גבייהו כקנין משיכה שא"א למיתשל עליהם ממילא א"א עוד למיתשל גם על הקרבן עצמו דאם יצא הקרבן ע"י השאלה משום תודה וישוב להיות קרבן שלמי שמחה בטל קדושת הלחמים שאינם קדושים רק בשחיטת התודה ומיתלי תלי זה בזה ומפאת קדושת הלחמים שנקנו לזה בעזרה א"א עוד למיתשל על הקרבן תודה וכיון דלא שייך בי' הואיל אף כשמביאו לצאת בו גם משום שלמי שמחה א"א להקריבו ביו"ט כסברת הט"א הנ"ל

היוצא מזה דלענין הקרבה ביו"ט יש לחלק בין נו"ן לקרבן תודה דנו"ן אפשר להקריבן לשם שלמי שמחה ומותר להקריבן גם ביו"ט מדין הואיל כנ"ל משא"כ בתודה וא"כ גם לפי גי' התוס' כל שאינו בא בחוה"מ ובעצרת י"ל דדברי ר' שמעון אינם רק לענין קרבן תודה וגזה"כ היא שתודה לא יקריב בחהמ"ס וכמו שמסביר המג"ש כנ"ל אבל נו"ן א"א למעט מהקש זה דהא נו"ן באמת אפשר להקריב גם בעצרת היינו שיקריבן לשם שלמי

שמחה כנ"ל ונשאר קושי' התוס' מאי מקשה ר"ז השתא סלותא מסלתינן דילמא לא אמר ר"ש דבריו רק לגבי תודה ושאר נו"נ קרבים דא"א למעטינהו מהיקשא הנ"ל וא"ל דאכתי אפשר למעוטי מהקישא זה דעולת נו"נ אין קריבין בחוה"מ ז"א לפי המפורש בפנ"י שהקושיא דהשתא סליתא מסלתינן אינו רק לענין נו"נ של שלמים שנאכלים אבל חטאת שאינו בא בנדבה או עולות שכולם כליל אף שבאים בנדבה יש סברא שלא יקרבו בחוה"מ אף שמותר בו לסלות לצורך המועד וליישב זה צ"ל דר' זירא שמקשה קושי' זו השתא סליתא וכו' לשטתי' אזיל דל"ל כלל דין הואיל כמבואר בפסחים דף מ"ב ע"א ולדידי' א"א לומר כנ"ל אבל רבא לשטתי' דסובר דאמרינן הואיל כמו שמוכיח המלחמות במס' פסחים פ"ב יעו"ש ולדידי' יש ליישב הברייתא כאקומתא קמייתא ול"צ כלל לשנוי דאביי

או י"ל בסגנון הנ"ל דשלמי נו"נ יכולים להקריב ביו"ט כשמביאים לצאת בהם מצות אכילת שלמי שמחה ואף שעיקרן לגבוה וכסברת הט"א הנ"ל י"ל דמ"מ מותר משום הואיל ואי בעי מיתשל וחולין בעזרה לא יהי' דהא כשיופקע למפרע שם שלמי נדבה יחול עליהם שם שלמי שמחה כנ"ל. ובכה"ג י"ל דאף לאחר שנשחטו ונזרקו דמן כהלכתן איתנייהו בשאלה כיון דאין השאלה מפקיע משם קרבן. וע"י הואיל יש להתיר גם ההקטרת האימורים דגם בשעת הקטרה יכול למיתשל לבטל נדרו ושיהי' רק שלמי שמחה אבל בתודה שצריכה תנופת הלחם קודם הקטרה ואחר התנופה א"א למיתשל כי אף שיושאר שם קרבן על הבהמה מ"מ הלחם שהוקדש בשחיטת התודה ישיבו להיות חולין גמורים והרי עבר בהקרבתן למזבח בתנופה. כי אף לשיטת הסוברים שמותר להכניס חולין לעזרה מ"מ מעשה התנופה הוי כהקרבת חב"ע כמבואר מתוך פלפולו של המל"מ בהלכות שחיטה וכיון שלא שייך בהקטרת אימורים של תודה הואיל ואי בעי מיתשל תו א"א לשחוט ביו"ט קרבן תודה אף שמביאם לצאת בהם אכילת שלמי שמחה דהא רבא סובר דאין מעלין ומלינין אימורים ע"ג המזבח כמבואר בזבחים דף פ"ז ובליל מוצאי יו"ט אסור להקטירם משום עשה דעלי' השלם וקודם הקרבת התמיד של בין הערבים אסורה הקרבת האימורים משום דלא שייך הואיל כו' משא"כ בשאר נדרים ונדבות ודוק היטב:

בסוגיא דטבילת כלים [דף י"ז ע"ב]

משנה חל להיות אחר השבת בש"א מטבילין את הכל מלפני השבת וב"ה אומרים כלים מלפני השבת ואדם בשבת. גמ' דכ"ע מיהת כלי בשבת לא מ"ט אמר רבה גזירה שמא יטלנו בידו ויעבירנו ד' אמות בר"ה. א"ל אביי יש לו בור בחצירו מא"ל. א"ל גזירה בור

בחצירו אטו בור בר"ה התינח שבת יו"ט מא"ל גזרו יו"ט אטו שבת וכו' איתביה כלי שנטמא באב הטומאה אין מטבילין אותו ביו"ט בולד הטומאה מטבילין אותו ביו"ט ואם איתא נגזור הא אטו הא ולד הטומאה היכא משכחת גבי כהנים כהנים זריזין הם [ויעוין בפרש"י שני הפרושים] רב יוסף אמר גזירה משום סחיטה כו'. רב ביבי אמר גזירה שמא ישהה ופרש"י דמשהו להו עד יו"ט שהוא פנוי ואתי בתוך כך לידי תקלה להשתמש בהן תרומה רבא אמר מפני שנראה כמתקן כלי:

וזה לשון הרא"ש דכ"ע כלים בשבת לא מ"ט והביא רב אלפסי טעמא דרב יוסף דאמר משום סחיטה וטעמא דר' ביבי דאמר גזיר' שמא ישהה ושביק טעמא דרבה כו' וטעמו דרבא משום דנראה כמתקן ותמהני למה האריך לפרש משנה זו מאי שייך טבילת כלים האידנא. ועוד לפי הטעמים שכתב מותר להטביל כלים חדשים ביו"ט הילכך נראה דטעמו דרבה עיקר כו' וכן מצינו זה הטעם בשופר ומגלה וכן רבא בתראי הוא ומאלו שני הטעמים אסור להטביל כלים חדשים ביו"ט עכ"ל הרא"ש וכוונת הרא"ש דלכך לטעמא דרב יוסף מותר להטביל כלים חדשים משום דטבילת כלים חדשים אינו רק בכלי מתכות וזכוכית ולא במין בגד א"כ ליכא חשש סחיטה בשום גוונא וגם שמא ישהה לא שייך דהטעם שאסור להשהות כדי שלא יבוא לידי תקלה כפרש"י שמתוך כך אתי לידי תקלה שמשתמש בהם תרומה והא לכך מותר להטביל כלי שנטמא בולד הטומאה ולא חיישינן שמה ישהה כמו כן כלים חדשים הנקחים מן העכו"ם דליכא חשש תקלת עון תרומה כן ביארו המפורשים כוונת הרא"ש ויעוין בספר קרבן נתנאל על הרא"ש (ויש מפרשים שסובר הרא"ש דטבילת כלים חדשים מדרבנן ולכך לא שייך תקלה מ"מ לטעמא דרבא אסור להטביל דהוי כמתקן גמור כסברת המ"מ דחמיר בזה מולד הטומאה דלא חשיב מתקן) אמנם כבר התפלאו המפורשים על הרא"ש מה שכתב דהלכה כרבה דמצנו טעם זה בשופר ולולב ומגלה דהא לא דמי לשם דמיירי בשבת אבל בטבילת כלים שאסור גם ביו"ט שלפי טעמו של רבה צריכין לומר שגזרו בזה כמה גזירות יו"ט אטו שבת ויש לו בור בחצירו אטו אין לו בור וכדומה כמבואר מתוך הסוגי' ובלא"ה כיון שמפרש בגמ' תניא כוותי' דרב ביבי מהראוי להחזיק טעמו להלכה ולא נשאר קושי' על האלפסי כ"א קושי' הראשונה של הרא"ש כיון שלפי סברתו בשיטת האלפסי דליכא איסור טבילת כלים חדשים לא הי' לאלפסי להביא כלל פירוש המשנה שאין נ"מ בזה"ז לדינא לענין טומאה וטהרה גם קשה כיון דת"כ דרב ביבי לא הי' לאלפסי להביא כלל טעמו של ר' יוסף רק טעמו של רב ביבי לבד.

ונלע"ד לתרץ דבאמ' האלפסי אוסר טבילות כלי' חדשי' כאשר אבאר בשיטתו ויש לו הוכחה שגם טעמו של רב יוסף אמת ומכח זה נצמח הראי' דטבילת כלים חדשים אסור ביו"ט. ועתה אבאר הנה קיימתי מסברא דנפשי ומצאתי גם במפורשים שלפי מאי דמסקינין טעמו של של רב ביבי משום שמא ישהה הוא רק על טבילת כלים בי"ט דבשבת אף אם ישהה כל ימי החול על השבת ליכא חשש תקלה דאף שהי' כ"א יום גבי תרנגולת ספק טריפה חשבינן לזמן מועט כדאיתא ביו"ד סי' נ"ז וע"כ צ"ל דלכך בשבת אסורה הטבילה כדי שלא יהי' שבת קיל מיו"ט וכדברי רבא מי איכא מידי דבשבת שרי וביוה"כ אסור או דרב ביבי מודה ג"כ לטעמו דרבה שאסורה הטבילה בשבת משום שמא יעבירנו אבל לית לי' סברת רבה דגזרינן יו"ט אטו שבת ולכך הוצרך לטעמא דשמא ישהה דשייך ביו"ט דהשהי' עד יו"ט הוא זמן ארוך:

אמנם דברי אלה לא יתכן בשיטת הרי"ף שכתב בזה"ל דכ"ע מיהת כלי בשבת לא מ"ט אמר רב יוסף כו' רב ביבי אמר גזירה שמא ישהה ת"כ דרב ביבי כו' עכ"ל משמעות דבריו שדברי רב ביבי קאי על מניעת הטבילה בשבת דלא הזכיר כלל האלפסי מיו"ט רק על הקושי' דכ"ע מיהת כלים בשבת לא כו' מביא טעמו דרב ביבי וצ"ל דהאלפסי סובר שלפי האמת דת"כ דרב ביבי סובר דהפי' משום חשש תקלה כשיטות היש מפרשים שהביא רש"י ותוס' דגם ולד הטומאה שנטמא מערב יו"ט אסור לטבול ביו"ט דהא גם בולד הטומאה שייך טעמא דשמא ישהה ונמצא ישהה מלאכתו בשבת ומועד וכיון שסובר כשיטת היש מפורשים ע"כ צ"ל שאסור לטבול אב הטומאה אף כשנטמא ביו"ט דבנטמא מעיו"ט אף בולד הטומאה אסור לטבול ואין מקום לחלק בברייתא בין נטמא בולד הטומאה או באב הטומאה רק כשנטמאו ביו"ט וקשה דהא לטעמו של רב ביבי ליכא סברא לאסור הטבילה בכלי שלא נטמא עד יו"ט ולא ניחא לאלפסי כטעם היש מפורשים דהוי שלא לצורך יו"ט מפאת סתירת רש"י ותוס' דהא חזי לאכול בו ביום חולין שאין צריכין הערב שמש מזה הוכיח האלפסי דאף רב ביבי מודה שמלבד טעמא דשמא ישהה יש עוד טעם לאסור טבילת כלים ומשום טעם זה אסור לטבול כלי שנטמא באב הטומאה ביו"ט. אך קשה כיון שיש לו טעם אחר ל"ל טעמו של רב ביבי וצ"ל דטעמא דרב ביבי צריכין להוסיף איסור גם על טבילת כלים חדשים הנקחים מן העכו"ם ושמא ישהה ויהי' מכוון מלאכתו במועד או בשבת וטעם זה שייך גם על טבילת כלים חדשים וכנ"ל א"כ ממילא מוכח שטעם האחר מלבד טעמו של רב ביבי הוא כדברי ר' יוסף משום סחיטה שטעם זה לא שייך גבי טבילת כלים חדשים ולכך הוצרכו חכמים לגזור גם משום שמא ישהה כדי לאסור עי"ז גם טבילת כלים חדשים אבל אם נאמר דהטעם

האחר הוא טעמו של רבה משום שמא יעבירנו או משום מתקן כדברי רבא יושאר קושי' הנ"ל ל"ל טעמו של רב ביבי וא"ל כנ"ל דהוצרך לטעם דשמא ישהה כדי לאסור גם טבילת כלים חדשים הנקחים מן העכו"ם דהא גם לטעמו דרבה ורבא אסור טבילת כלים חדשים דאף אם טבילת כלים חדשים רק מדרבנן הוי מתקן גמור כסברת הרא"ש הנ"ל לפי הכוונה בדבריו עפ"י שיטת המ"מ וגם א"ל דרב ביבי סובר דמשום טעמו דרבה לא היינו אוסרין הטבילה ביו"ט דלא גזרינן יו"ט אטו שבת. דהא שמא ישהה לא שייך בכלי שנטמא ביו"ט כנ"ל אלא וודאי צ"ל שהטעם השני הוא טעמו של ר' יוסף וא"ש צורך שני הטעמים דאי משום שמא ישהה לבד הי' מותר לטבול כלי שנטמא ביו"ט באב הטומאה. ואי משום טעמו דרב יוסף הי' מותר להטביל כלים חדשים הרי מוכח ההוכחה הנ"ל שאסקינן שני הטעמים הנ"ל מוכח ומבואר שאסור גם טבילת כלים חדשים וא"ש דברי האלפסי ומה שאסור לטבול כלים שנטמאו ביו"ט באב הטומאה הוא מטעם דשמא יסחוט אבל בנטמא בולד הטומאה ביו"ט לא שייך טעמא דסחיטה:

ולפי שיטת מהר"ם שיף בבגדים שיש בהם דין סחיטה לא משכחת ולד הטומאה י"ל בפשיטות נכון יותר דרב ביבי מיאן בסברת ר' יוסף דגזרינן כ"כ גזירות ולד בכלים דלאו בני סחיטה אטו אב הטומאה בכלים דלאו בני סחיטה ואב בכלים אלו אטו כלים דבני סחיטה שאסורים משום גזירה דשמא יסחוט ע"כ חידש גזירה דשמא ישהה ששייך גם בולד הטומאה דיהי' כמכוון מלאכתו בשבת ומועד. ואי משום דרב ביבי לבד הי' מותר להטביל כלים אב הטומאה שנטמא ביו"ט אבל משום טעמא דרב יוסף אסור משום גזירה אטו כלים דבני סחיטה אבל בולד הטומאה שנטמאו ביו"ט לא שייך טעמו דרב ביבי ולא טעמו דרב יוסף לפי סברת רב ביבי דלא גזרינן כ"כ גזירות וא"ש דברי האלפסי הנ"ל כיון דת"כ כרב ביבי בודאי הלכה כדבריו ואסור לטבול גם ולד הטומאה שנטמאו קודם יו"ט וממילא אסור לטבול גם כלים הנקחים מן העכו"ם ושלא תקשה דא"כ ע"כ צ"ל דכלי שנטמא באב הטומאה ביו"ט אין מטבילין דאל"כ איך יפרש הברייתי' שמחלק בין טומאת אב הטומאה לולד הטומאה וטעמו של רב ביבי לא שייך בנטמא ביו"ט ע"כ העלה האלפסי שרב ביבי סובר גם טעמו דרב יוסף ואינו חולק עליו רק במה שסובר שגזרינן ולד הטומאה מעיו"ט אטו אב הטומאה וכיון שמחמיר כ"כ גזירות קשה עליו כל תיובתא דאביי וצריכין לשנוי' כל הני שנוי' אליבא דרב יוסף וסובר דבאמת לא גזרינן כ"כ גזירות ומה שולד הטומאה מעיו"ט אסור לטבול ביו"ט הוא משום שמא ישהה ומה שאין מטבילין באב הטומאה שנטמא ביו"ט הוא משום טעמו דרב יוסף אבל אין לומר דרב ביבי סובר גם טעמו דרבה או טעמו דרבא דא"כ אמאי אסור להטביל כלי שנטמא

באב הטומאה ביו"ט דמשום מתקן ליכא כיון דהוי כמכשירין שא"א לעשותן מעיו"ט. ומשום שמא יעבירנו לא שייך ביו"ט לפי דעת רב ביבי שאינו סובר דגזרינן כ"כ גזירות ולא גזרינן גם יום טוב אטו שבת.

והרוחתי בזה לתרץ מה שקשה לי לכאורה בסוגי' דלקמן כלי שנטמא מעיו"ט אין מטבילין אותו ביה"ש ר' שמעון שזורי אומר אף בחול אסור מפני שצריך הערב שמש דילמא לכך אמר הת"ק דינו לענין ביה"ש של יו"ט כדי לכלול באיסור לטבול אף כלי שנטמא בולד הטומאה שא"צ הערב שמש ולפי הנ"ל יש לתרץ דכבר האריכו הקדמונים לפי מאי דפסקינן שנא גזרו על שבות ביה"ש למה אסור טבילת כלים ביה"ש. וי"ל לפי סברת הברטנורא עירובין פ"ג משנה ג' היכא שיש ב' שבותים גזרו ביה"ש ולפי דברי הנ"ל שבאיסור טבילת כלים יש ב' שבותים משום שמא ישהה ומשום סחיטה: אמנם כ"זמסכת בכלי שנטמא באב הטומא' אבל כלי שנטמא בולד הטומא' שלא שייך לשיטת רב ביבי טעמו דרב יוסף רק שמא ישהה וליכא אלא שבות א' ומותר הטבלת ביה"ש וכיון שהת"ק אוסר הטבילה בה"ש צ"ל שמיירי רק בכלי שנטמא באב הטומאה וא"ש ע"ז דברי ר"ש שזורי אף בחול אסור מפני שצריך הערב שמש וא"ש גם מה שמדקדקים עוד. אמאי קתני בברייתא כלי שנטמא בערב יו"ט אין מטבילין אותו בה"ש הא אף כלי שנטמא ביה"ש אין מטבילין ביה"ש לפי שיטות היש מפורשים ולפי דברי נכון דבנטמא ביה"ש לא שייך טעמא דשמא ישהה כמו בכלי שנטמא ביו"ט דליכא רק טעמא דרב יוסף ותו ליכא רק משום שבות א' ושרי בביה"ש לכך קתני שנטמא מעיו"ט דאיכא גם שמא ישהה והוי ב' שבותים ולכך אסור לטבול בה"ש ודו"ק:

חדושי מסכת ר"ה

בסוגיא מימות עזרא ואילך לא מצינו אלול מעובר [דף י"ט ע"ב]

בגמ' כיון דנפקו להו אאלול אתשרי למה להו וכ"ת דלמא עברוהו לאכול והאמר רבי חיננא בר כהנא אמר רבי מימות עזרא ואילך לא מצינו אלול מעובר וכתבו שם בתוס' משמע דבימי עזרא הי' מעובר וסמך קצת לדבר כו' וכתיב נמי ביום כ"ד לחודש נאספו כל ישראל בצום ובשקים משמע לפי שאז הי' מוצאי סוכות נאספו כו' יעו"ש ומביא בפני יהושע שם ובריש פ"ב דמס' ביצה קושי' בשם גאון (והוא הח"צ) שהקשה דהא איתא במס' ביצה ריש פ"ב מאי ושלחו מנות לאין נכון לו אמר רב חסדא למי שלא הניח ע"ת. הרי שהי' אז ר"ה בע"ש וחל הכ"ג לחדש בשבת ולכך לא היו יכולין להתענות אז ומנ"ל שהי' אלול מעובר ומתרץ הפנ"י דדברי ר"ח הנ"ל אינם לפרש הקרא שבנחמי'

דברי עזרא להעם. די"ל שעזרא עשה ע"ת והותנה שיצאו כולם רק שר"ח הי' מפרש כוונת ר' אליעזר במה שאמר לתלמידיו ושלחו מנות וגו' ויעו"ש שמאריך בזה. כן תורף דברי הפ"י אמנם אף אם נימא כדבריו מ"מ קשה על תוס' הנ"ל דאף אם אין הוכחה מבוארת בהי' אז ר"ה בע"ש עכ"פ כיון שאין הוכחה להיפך תו א"א להוכיח שהי' אז אלול מעובר דיכולין לומר דלא הי' מעובר והי' ר"ה רק יום א' וחל בע"ש והי' הכ"ג לחדש בשבת ולכך לא התענו אז עוד קשה דא"א לומר דמעשה דר"א שהי' דורש כל היום הי' ביו"ט שחל בע"ש דהא אסור לקבוע סעודה בע"ש אחר זמן מנחה ולשיטת מהרי"ל האיסור מזמן מנחה גדולה ואף להסוברים דאין איסור רק בזמן מנחה קטנה לא א"ש מה שכעס על התלמידים שהקדימו לצאת ומה שאמר לתלמידים אחרונים לכו אכלו משמנים וגו' דהא מלשון הגמ' שהי' דורש כל היום כולו נראה דדרש גם בזמן מנחה ואז א"א לקבוע סעודה וגם על התלמידים שהקדימו כבר לצאת לא הי' לו לכעוס והו"ל לדונם לזכות שהולכין להכין על שבת שהוא מצוה להקדים ולעשות בעצמו כמבואר בגמ' ובש"ע או"ח גם מלשון רש"י שם במס' ביצה ד"ה אכלו משמנים שכתב בזה"ל מקרא הוא בספר עזרא עד כי חדות ה' הוא מעוזכם ע"כ נראה שהי' קשה לרש"י למה אמר ר"א לתלמידיו ושלחו מנות לאין נכון לו שהכוונה על ע"ת והרי מעשה דר"א ע"כ לא הי' בע"ש כנ"ל לכן כתב רש"י שמקרא עד חדות ה' הוא מעוזכם. ואחרי שהוצרך ר"א לומר לתלמידיו רישא דקרא וסופו כי חדות ה'הוא מעוזכם שנדרש ממנו לוו עלי ואני פורע לא רצה למפסק הקרא ע"כ לא השמיט אמצע הפסוק ושלחו מנות לאין נכון לו כן נ"ל פשוט בכוונת רש"י הנ"ל. גם מתשובת רב שר שלם שמובא בהרא"ש סוף ר"ה מבואר שדרש רב חסדא הנ"ל הוא על פסוק שבנחמי' ולא על דברי ר"א:

ונ"ל לתרץ קושי' הח"צ הנ"ל דיש הוכחה לפי פסק הלכה שאז לא הי' ר"ה בע"ש ורק רב חסדא לשיטתי' הי' יכול לומר דרש הנ"ל מאי לאין נכון לו למי שלא הניח ע"ת ואקדים לשון הרא"ש הנ"ל אבל בתשו' רב שר שלם כתב בר"ה הי' אומרים בשתי ישיבות וכו' מועדים לשמחה חגים וזמנים לששון את יום הזכרון הזה וכו' ומנין שנקרא שמחה שנאמר וביום שמחתכם ובמועדיכם ובראשי חדשיכם ואמר מר חדשיכם כיצד זה ר"ה [יעוין סוכה דף כ"ה ע"א] וגם בספר עזרא מצינו כו' ואמר להם עזרא כו' ואמר אכלו משמנים ושתו ממתקים כו' ושלחו מנות לאין נכון לו ודרשו רבותינו ז"ל למי שלא הניח ע"ת ופשטן של מקרא למי שהי' בדעתו להתענות מאתמול ולא הכין לו מאכל מכאן שאין מתענין בר"ה כו' עכ"ל היוצא מדבריו אלה דאף לפי דרש חז"ל מ"מ אין מקרא יוצא מידי פשוטו והכוונה בו שהיו אנשים שקבלו להתענות כי סברו שרשות או מצוה

להתפנות בר"ה ולא הכינו לעצמן מאכל וצוה עזרא שלא יתענו ויושלח להם מנות והנה מדברי ש"ע או"ח סימן תקכ"ח סעיף כ' ומג"א ס"ק כ"ב מבואר דמי שהתענה ביו"ט אסור נו לאפות ולבשל לצורך שום אדם. וכיון דלא שייך בי' הואיל ואי מיקלעי אורחים אם מתענה ביו"ט שחל בע"ש אף שעשה ע"ת אסור לאפות ולבישל לצורך עצמו על שבת כיון דלא שייך בי' הואיל דע"ת לבד אינו מועיל להתיר איסור מלאכה דאורייתא רק שמצד הואיל ואי מיקלעי אורחים ליכא בלא"ה איסור דאורייתא רק דרבנן ולכך מועיל ע"ת אבל לגבי המתענה דלא שייך בי' הואיל רבוע עליו איסור דאורייתא ונא מועיל נגבי' ע"ת כן תורף דברי המג"א והנה מבואר שם בביצה מנה"מ אמר שמואל דאמר קרא זכור את יום השבת לקדשו זכריהו מאחר שבא להשכיחו כו' רב אשי אמר כדי שיאמרו אין אופין מיו"ט לשבת ק"ו לחול ומקשים המפורשים דהא לרבה דאי"ל הואיל ליכא איסור באופה מיו"ט לחול רק מדרבנן ולמה תקנו ע"ת לגדר איסור דרבנן ומתרצים דע"ת לגדר שלא יאפה אדם מיו"ט לחול סמוך לחשיכה בגוונא דלא שייך הואיל. ויעוין בפנ"י שלא נח דעתו בתירוץ זה אבל גם דבריו שם לא מחוורין ומה שמקשה על תירוץ הנ"ל תרצתי במקום אחר על נכון. ואחרי הודיע כל זה. נלע"ד דשפיר י"נ דלפי פסק לנכה דפסקינן לרבה דאמרינן הואיל ואין צורכי שבת נעשין ביו"ט רק מטעם הואיל ויוצא מזה דהמתענה ביו"ט שחל בע"ש אסור נו לעשות מלאכת יו"ט באפיי' ובישול כנ"ל. אי אפשר לומר שהי' בימי עזרא ר"ה בע"ש דא"כ לא א"ש פשטא דקרא ושלחו מנות לאין נכון לו שהכוונה בו כנ"ל למי שקבל תענית מאתמול דהא אם חל ר"ה בע"ש לא היו המתענים בו יכולין להכין בו על שבת וע"כ בודאי הכינו ביום ה' כל צורכי סעודת שבת וא"כ כשהורה להם עזרא שלא יתענו לא הי' צריכין להמנות משל אחרים בקבלות מנות דהא הי' אפשר להם בזמן סעודת ר"ה לאכול ממה שהכינו על שבת וכמו שמותר לאכול ביו"ט אחר גמר הכנה לשבת מן הע"ת שנעשה תחלה לשבת ולהניח כזית או כביצה כדין גבי עירוב תבשילין. ואחר הסעודה הי' בידם לאפות ולבשל לצורך שבת וא"ל שהיו מנועים מפאת שלא עשו ע"ת ז"א דהא כל עצמות הע"ת הוא רק כדי שיזכור את השבת מאחר שבא להשכיחו והרי עשו זכירה לשבת כי הכינו כל צורכי שבת ביום ה' יו"ט וגם לטעם כדי שיאמרו אין אופין מיו"ט לשבת ק"ו מיו"ט לחול יצאו במה שהכינו ביום ה' כמו בעשיות ע"ת. דהא אי הי' מותר לאפות מיו"ט לחול אף סמוך לחשיכה היכא דלא שייך הואיל לא היו אף המתענים בר"ה צריכין להכין ביום ה' על שבת ובמה שהכינו ביום ה' על שבת הראו לעין כל דהיכא דלא שייך הואיל אסור מדאורייתא לעשות ביו"ט לשבת ק"ו מיו"ט לחול וא"כ למה הוצרך עזרא לצוות לשלוח להם מנות א"ו שלא הי'

חל אז ר"ה בע"ש וא"ש דברי רבי שנשמע מדבריו דבימי עזרא הי' אלול מעובר אבל רב חסדא לשטתי' שהוא סובר דלא אמרין הואיל וצרכי שבת נעשין ביו"ט בלא טעם דהואיל ולדידי' אף המתענה ביו"ט יכול לאפות ולבשל ביו"ט לשבת וא"ש לדידי' הדרש על פסוק לאין נכון לו דקאי על ע"ת כי הי' אז יו"ט בע"ש וא"כ א"ש לדידי' גם פשטא דקרא שצוה לשלוח מנות לאותן שחשבו להתענות ולא הכינו אף לשבת:

ודע דבמרדכי פ"ב דביצה איתא בזה"ל פ"א שכח רבינו שמואל מבומבארג ולא עירב בעיו"ט ולא נזכר אלא ביו"ט שני בודאי אין מועיל תנאי וכו' והורה וכו' ועוד הורה לעשות עכשיו ע"ת ביו"ט שני ופוסק בדברי סופרים הלך אחר המיקל והילכתא כרבא דאמר כדי שיברור מנה יפה לשבת כו' ופריך אפי' ביו"ט ב' נמי ומשני שמא יפשע משמע הא לאו הכי יכול להניח ע"ת אפילו ביו"ט עצמו וכיון ששכח דאין כאן פשיעה יניח ביו"ט עצמו עכ"ל וק"ל מהא דאמרינן בשמעתין מאי נאין נכון לו אמר ר"ח למי שלא הניח ע"ת איכא דאמרי למי שלא הי' לו להניח ומפרש רש"י כגון שאבדה לו אבידה כו'. והרי בנחמי ו' פסוק ויקרא בו וגו' מן האור עד מחצית היום ומפרש רש"י מן האור של תחילת היום ואח"כ כתיב ויאמר להם לכו אכלו משמנים וגו'. הרי שאמירה זו היתה קודם סעודה. א"כ למה הוצרך לשלוח מנות לאין נכון למי שלא הניח ע"ת מצד אונס והרי בכה"ג הי' אפשר לעשות ע"פ בו ביום קודם הסעודה ואם נאמר דהך איכא דאמרי אזלו בשיטת רב אשי שסובר הטעם כדי שלא יאמרו כו' דלדידי. אף באונס א"א לערב ע"ת ביו"ט עצמו קשה למה פסק רבינו שמואל הנ"ל להקל כדעת רבא ומטעם דבדברי סופרים הלך אחר המיקל הא כלל זה אינו אלא היכא דליכא פלוגתא אלא בין יחיד ליחיד או בין רבים לרבים אבל ברבים נגד יחיד אזלינן לחומרא אף בד"ס (וכן פסקינן בחו"מ סי' כ"ה) ואחרי שלפ"ד הנ"ל הא"ד קיימו בשיטת ר"א הוו אינהו רובא לגבי רבא וצריכין להחמיר כדבריהם אף בד"ס ואף אם נאמר כנראה מלשון רש"י ד"ה אמר רבא דרבא ושמואל בחד שיטה קיימו מ"מ דעת ר"א וא"ד הוו עכ"פ כשלשה נגד תרי ולפ"ד הר"ן לאלפסי טעמו של ר"א קאי גם אליבא דשמואל יעו"ש וא"כ ליכא בזה מיקיל רק רבא לבדו וקמה קושי' הנ"ל:

שוב ראיתי בלבוש סי' תקכ"ז סעיף זיי"ן שכ' בזה"ל מצוה על כל אחד ואחד כו' ומצוה ג"כ על כל גדול הדור כשיערב לעצמו שיערב על כל בני עירו שאם באולי יהי' א' מבני עירו טרוד ולא יערב מחמת שאין לו פנאי או ישכח ולא יערב או נאנס או שהניח עירוב ונאבד שיצא בערובו ואסמכוהו אקרא דכתיב ושלחו מנות לאין נכון לו. מאי לאין נכון לו למי שנא הי' יכול להניח ע"ת כלומר שהי' טרוד או נאנס או שכח אז יוצא בערובו של

גדול הדור כו' עכ"ל נראה שהי' מפרש דמנות היינו חתיכות בשר ודגים חיים והמקבלו יהי' בידו לבשנם בעצמו כיון שנאנס או שכח מלהניח ע"ת ויכול לסמוך על ע"ת של גדול הדור אבל למי שפשע במניעות עשיות ע"ת שהי' אסור לו לבשל בעצמו לא הי' אפשר לשלוח דברים חיים ועד"ז יש ג"כ לפרש לפי שיטת מהר"ש מבומבארג הנ"ל דמי שנאנס מלערב הי' בידו לערב עוד ביו"ט עצמו ממילא הי' יכול לבשל כל המנות חיים שנשלח לו:

עוד יש לתרץ דלכאורה אינו מובן דברי המרדכי הנ"ל שכתב שהר"ש הורה שיבשלו בהשכמה ליו"ט הרבה ויותירו לשבת. ועוד הורה לעשות ע"ת עכשיו ביו"ט שני כו' יעו"ש שלכאורה הוראות אלו סופרים זא"ז ונ"ל דמדברי רש"י לקמן בדף י"ז כד"ה דלמקני שביתה בשבת נראה דבהנחת ע"ת ביו"ט יש מקום לאסור מצד דהוי כמתקן והפ"י שם מאריך בכוונת רש"י ונחית לומר שסובר רש"י שהי' לאסור מצד הכנה וכתב ע"ז בזה"ל נלע"ד מוכרח דלא שייך הכנה בע"ת מדמקשה הש"ס לעיל בפשיטות בר"פ לרבא מאי ארי' בעיו"ט אפי' ביו"ט נמי כו' יעו"ש שמסיק בטעמו של רש"י משום דמחוי כמתקן ומשום כבוד שבת התירו כיון שהוא לצורך אפיי' ובישול דהיינו אוכל נפש עצמו ודבריו דחוקים דאכתי מאי מקשה הגמ' לרבא אפי' ביו"ט נמי דלמא אסור ביו"ט משום דמחזי כמתקן והוי רק כמכשירין שאפשר לעשותן מעיו"ט דהא יכולין להניח ע"ת מעיו"ט ונ"נ דאין להחשיב ע"ת כמתקן רק לפי האמת דמי שלא הניח ע"ת מעיו"ט אסור לבשל ביו"ט והוי הנחת ע"ת תיקון איסור אבל אי הי' הדין שיהי' מותר לכתחלה הנחת ע"ת ביו"ט עצמו דעיקרו למען יהי' נזכר עי"ז לברור מנה יפה לשבת לא הי' שם מתקן על הנחת ע"ת כי אינו בא להתיר האיסור רק למצוה לזכור לברור מנה יפה ובפרט לפמ"ש בפ"י בעצמו ברפ"ב דיו"ט ד"ה מנה"מ דלרבא האסמכתא על פסוק זכור את יום השבת לקדשו אינו רק למצוה שיזכור לברור מנה יפה אבל לא שייך לאסור בדיעבד אשר ע"כ דעתו דרבא סובר ג"כ טעמו של רב אשי אבל א"צ לזה דלפי האמת דמתרץ הגמ' שמא יפשע י"ל דמשום חשש זה עשו חכמים איסור על הדיעבד. וכמ"ש הר"ן ואסרו בדיעבד משום דמוטב נחלל שבת א' משיחלל שבתות הרבה. וכ"ז לפי האמת אבל לס"ד דגמ' שפיר הקשו לרבא אפי' ביו"ט נמי. ואין לומר דהוי כמתקן דכיון שיהי' שרי לעשות עירוב ביו"ט קודם הסעודה למען יברור מנה יפה לא יהי' הנחת עירוב אז כמתקן איסור רק עשיות מצוה כי עדיין לא הוחל איסור והוא על דרך הטעם המ"ד שמתיר לקמן עשיות ערובי חצירות ביו"ט לצורך שבת דאין אתה אוסרו בדבר המותר לו שהכוונה לדעתי כעין הנ"ל כיון דעתה בשעת הנחת העירוב ליכא שום איסור הוצאה מצד יו"ט וערובי

חצירות אינו מתקן עתה רק שלא יהי' התחלות איסור הוצאה בשבת שיהי' אח"כ וכה"ג לא מחזי כמתקן דמתקן אינו אלא בדבר שכבר הוחל עליו האיסור. וע"י התיקון הותר האיסור משא"כ כשעשיות הדבר אינו רק למנוע שלא יבוא לכלל איסור וכן בעירוב תבשילין אם הי' הדין שמותר להניחו ביו"ט עצמו קודם הסעודה לא הי' עליו שם תיקון איסור רק למצוה לברור מנה יפה וא"ש קושי' הגמ' לרבא אפי' ביו"ט נמי:

אמנם א"כ קשה לרבינו שמואל שהותר בשכח מלעשות ע"ת לערב ביו"ט עצמו משום דבד"ס הלך אחר המיקל והלכה כרבא: הא י"ל דלפי האמת שגזרו חכמים שמא יפשע גם לרבא אסור לערב ביו"ט עצמו משום דמחזי כמתקן ואפשר לומר שדעת הר"ש כיון שמותר לבשל בהשכמה הרבה ליו"ט שיהי' המותר לשבת תו לא מיקרי הנחת ע"ת מתקן כיון דגם בלא ע"ת בידו לבשל כ"צ לשבת כנ"ל ומעתה צמודים וצדקו יחדיו ב' הוראות של מהר"ש מבומבארג שמצד שהורה שיוכל לבשל בהשכמה הרבה ליו"ט שיהי' המותר לשבת הי' בידו נהורות שמותר גם הנחת ע"ת ביו"ט עצמו ולפי"ז י"ל דאף לדעת הר"ש אין היתר בשכח נעשות ע"ת ביו"ט אלא כשעדיין לא הכין ליו"ט שאז בידו לבשל הרבה לצורך יו"ט שיהי' מותיר לשבת [יעוין בטוש"ע סי' תק"ג] משא"כ היכא שכבר הוכן הכל לצורך יו"ט אף שעדיין לא סעד וממילא אסור אז להניח ע"ת משום דמחזי כמתקן. ומיושב קושייתי הנ"ל מפסוק שלחו מנות לאין נכין לו דשם כבר הוכן הכל לצורך יו"ט והגיע זמן הסעודה ככתוב לכו אכלו משמנים ע"כ לא הי' אפשר עוד להניח ע"ת משום דמחזי כמתקן ויעוין ברוקח הלכות יו"ט שמובא בב"י שכתב שכח ולא עירב ביו"ט ונזכר ביו"ט בלילה אין להניחו ואם הניח עשוי דדמי להא דאמרינן ואם תקנו מתוקן עכ"ל מבואר מדבריו שסובר דאיסור הנחת עירוב ביו"ט הוא רק משום תיקון ואם עבר ותיקן מתוקן כמו בהגבהות תרומות ומעשרות הרי שסובר בחדא כדעת רבינו שמואל דמועיל הנחת ע"ת ביו"ט עצמו. ופליג עליו בחדא דלכתחלה אסור להניח ביו"ט ולפי דברי בכוונת דברי ריש צ"ל שסובר כדעת הפוסקים דמותר גם לאפות הרבה אף בתנורים שלנו שיהי' המותר לשבת ולכך לא הוי להע"ת שם תיקון אף נענין אפיי' ויעוין בטוש"ע א"ח סי' תק"ז ובמג"א שם ס"ק י"ד. ובסי' תק"ג ס"ק ב' מביא בשם המרדכי שהתיר רבינו יואל לאפות ג' תנורים מפני צורך פת א' מכל תנור ודע שי"ל שמ"ש לעיל בשיטת רבינו שמואל דכיון שיש בידו לבשל הרבה ולהותיר לשבת ע"כ לא מחזי כמתקן ז"א רק לדעת הפוסקים שסוברים דאפילו אמירה בפירוש שרוצה אותה לצורך מחר ג"כ מותר א"כ גם בלא ע"ת בידו קודם הבישול לברור ולומר זה ליו"ט וזה לשבת ולבשלן בב"א בלא ע"ת ע"כ אין על הנחת ע"ת שם מתקן לפי"ז י"ל דהרוקח לשיטתי' שסובר דאין לומר אלו

לצורך יו"ט ונא אלו כו' [יעוין לשונו המובא בב"י סי' תק"ג] וטעמו שצריכין שלא תהא ניכר ההערמה ויהי' מיחזי כמבשל רק ליו"ט ע"כ לדעתו מחזי כתיקון הנחת ע"ת:

בדרך אחר נ"ל בהקדם ליישב מה שקשה עוד בדברי הר"ש הנ"ל שכ' המרדכי בזה"ל ועוד הורה לעשות ע"ת עכשיו ביו"ט שני ופוסק בדברי סופרים הלך אחר המיקל והילכתא כרבא דאמר כדי שיברור מנה יפה נשבת כו' ופריך אפי' ביו"ט שני נמי כו' עכ"ל. ראשית דבריו ובפרט מה שמסיים ופריך אפי' ביו"ט שני נמי מורים להדי' שהי' דעת הר"ש הנ"ל לחלק לרבא בין יו"ט ראשון לשני לכך הוצרך לפרש קושי' הגמ' לרבא אפי' ביו"ט נמי נא דהכוונה על יו"ט שני ולכאורה אינו מובן למה נחלק בזה בין יו"ט ראשון לשני. ויעוין בצל"ח שהעיר ע"ז ודחק א"ע וגם לא שת לבו שהר"ש כ' להדי' שקושי' הגמ' לרבא הוא מיו"ט שני] ונ"ל דלקמן דף ט"ז כתב הפנ"י בד"ה בפי' רש"י בד"ה לא ערובי חצירות בזה"ל ואכתי יל"ד במ"ש רש"י כאן דאיסורא דערובי חצירות היינו משום מתקן ואסקינן בסמוך דהילכתא דאסור וא"כ משמע דמיקרי מתקן ובפ' במה מדליקין דף ל"ד דמחלק הש"ס בין ערובי תבשילין לע"ח פי' רש"י שם להדי' דע"ח דליכא שום אסמכתא מקראי לא מיקרי מתקן אלא די"ל דדוקא לענין ספק חשיכה כ' כן שכן נראה מלשונו שם שכ' דלא הוי תיקון מעלי' כמו תחומין אבל מ"מ מיקרי מתקן לאסור ביו"ט כדאמרינן נמי לענין דמאי דהוי כמתקן אע"ג דליכא אסמכתא דמה"ט שרי ביה"ש ואפ"ה אסור בשבת ויו"ט ה"נ דכוותי' וכבר הארכתי במ"א עכ"ל הפנ"י היוצא מדבריו אלו וממ"ש רש"י שם בפ' במה מדליקין דאף דמחזי כמתקן מ"מ אי לא הוי להך איסורא דרבנן אסמכתא בקרא יש להתיר בספק חשיכה כיון שאינו אלא ספק לפי"ז לכאורה צ"ע בדברי המרדכי פ' במה מדליקין דין ר"ן שכתב בזה"ל אוקימנא מתני' דס' חשיכה מערבין בערובי חצירות וכן פסק ר"ח וכן פי' להדי' בירושלמי וה"ה ע"ת ספק חשיכה מערבין עכ"ל וקשה דילמא שאני ע"ת דאסמכו אקרא דזכור את יום השבת ונ"ל דלרבא שסובר הטעם כדי שיזכור לברור מנה יפה אין אסמכתא על הקרא רק לענין מצות ברירות מנה יפה אבל למה שאסרו חכמים בדיעבד כשלא עירב ע"ת שיהי' אסור לבשל בשבת משום גזירה דשמא יפשע אין אסמכתא מקרא ושפיר מדמה המרדכי ע"ת לע"ח לענין היתר בבה"ש. דהמרדכי לשיטתו שפוסק להקל כרבא שהטעם כדי שיברור מעתה י"ל דלרב אשי שסובר הטעם כדי שיאמרו אין אופין מיו"ט לשבת כו' ולפי פירוש הר"ן דדברי ר"א קאי ג"כ על אסמכתא דשמואל בקרא דזכור את יום השבת. כלומר שיזכור לעשות ע"ת דאם לא יעשנה יהי' אסור לבשל לשבת הוי לאיסור בישול מיו"ט לשבת בלא ע"ת מאסמכתא דקרא וי"ל דחמירי מע"ח. דע"ח אין לו אסמכתא מקרא

וא"כ צ"ע למה פסק הרמ"א בסי' תקכ"ז ס"א דמותר להניח עירוב זה אפי' ס' חשיכה שהוא כדעת המרדכי והרי הוא בעצמו כתב תחלה לענין העירוב כו' ונמצא שלא התחיל מלאכה ביו"ט כו' דברים אלו מורים שתפס לטעם ע"ת כדברי ר"א כדי שיאמרו כו' ולפי טעם זה יש לאיסור בישול ביו"ט לצורך שבת בלא ע"ת מאסמכתא דקרא ואין ללמוד להקל בספק חשיכה מדין ערובי חצירות שאין לה אסמכתא מקרא וצ"ע ועפמ"ש כנ"ל בשיטות המרדכי והר"ש מבומבארג י"ל דלכך לא הותר ר"ש מבומבארג להניח עירוב עכשיו ביו"ט כ"א ביו"ט שני שהוא ספק ודמי לספק חשיכה. אבל ביו"ט ראשון האידנא דבקיאין בקביעי דירחא אין להתיר הנחת עירוב משום דהוי כמתקן ואף דאין לה אסמכתא מקרא מ"מ אין היתר רק בספק ולא בודאי כדברי הפנ"י הנ"ל לפי"ז יש ליישב הקושי' שהקשיתי על שיטות הר"ש הנ"ל מפסוק ושלחו מנות לאין נכון לו דהא בעזרא כתיב לכו אכלו וגו' כי קדוש היום לאדונינו וצ"ל כיון דברוב השנים אין אלול מעובר כ"ז שלא ידעו שלא יביאו עדים ויצטרכו לעשות אלול מעובר הוצרכו להחזיק יום זה כיו"ט גמור ולא מספק לבד רק מצד רוב וכמבואר להדי' במש"כ רש"י במס' ר"ה דה י"ח במשנה על ששה חדשים דבגולה עשו תמיד ר"ה ביום שלשים של אלול שהלכו אחר הרוב א"כ הוי כיו"ט ראשון לדידן דבקיאין בקביעי דירחא ובכה"ג אף לרבא אסור להניח עירוב ביו"ט עצמו לכך צוה עזרא לשלוח מנות וביותר נכון לפי מה שבארתי במקום אחר שהי' אז ר"ה ביום ה' וביום ו'. וביום ו' נתאספו כל הקהל ואז אמר להם עזרא לכו אכלו משמנים וגו' כי קדוש היום:

בסוגיא יו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת [דף כט ע"ב]

במשנה יו"ט של ר"ה שחל להיות בשבת במקדש היו תוקעין אבל לא במדינה גמ' מנה"מ א"ר לוי בר לחמא כתוב א' אומר שבתון זכרון תרועה וכתוב א' אומר יום תרועה כאן כו'. אמר רבא אי מדאורייתא היא במקדש היכא תקעינן ועוד הא לאו מלאכה היא דאיצטרך קרא למעוטא כו' כדרבה כו' גזירה שמא יטלנו בידו וילך אצל הבקי ללמוד ויעבירנו ארבע אמות בר"ה וה"ט דלולב וה"ט דמגילה והנה בסוגיא זו יש כמה קושיות:

א אינו מובן לשון הגמרא הא לאו מלאכה היא דאיצטרך קרא:

ב קשה על רבי לוי למה לא נחית לתירוצו של רבא דהא מטעם גזירה שמא יעבירנו גזרו חכמים גם בלולב ובמגלה וכן בהזאה:

ג קושי' בעהמ"ח טורי אבן דלב"ש שסוברים יש עירוב והוצאה גם ליו"ט גם ביו"ט לא נתקע ומה שמתרץ המחבר ע"א שלא רצו לעקור כל המצוה לא א"ש לפ"ד המג"א בסי'

תקפ"ח בשם מהרמ"פ דאף שיש שבות בתקיעה לא אסרו מטעם זה בשבת כדי שלא לחלק בין שבת ליו"ט אבל שמא יעבירנו לא שייך ביום טוב ואם כן נשאר קושיא הנ"ל:

ד **קשה** לי דבפסחים דף ס"ז מקשה הגמ' לר"א דאוסר הזאה בשבת משום שמא יעבירנו והא ר"א סובר דמכשירי פסח דוחה שבת. ומתרץ הגמ' דשאני הזאה דאכתי גברא לאו בר חיובא וא"כ קשה לר"א אמאי אסרו תקיעת שופר בשבת:

ה גם יש לדקדק דברש"י מס' סוכה ר"פ לולב וערבה נחית לתרץ דלמה לא אמרו גזירה דשמא יוציא מרה"י לר"ה וכן במס' מגלה דף ד' כתב רש"י בקיצור תירוץ ע"ז ובסוגיא דכאן לא העיר כלל:

ו ברמב"ם מהלכות שופר איתא שגזרו משום מעביר ומשום מוציא מרשות לרשות שיוליכנו למי שיתקע לו וקשה למה הוסיף מה שלא אמרו בגמ' דכאן:

ונ"ל לתרץ בהקדם דבתוס' מס' שבת דף ק"ל מקשים למה מותר אליבא דר"א להוליך האיזמל להתינוק דאמר אם לא הביא כלי מע"ש מביאו בשבת מגולה הא אפשר להוליך התינוק דחי נושא א"ע ומתרץ הרשב"א דהותר לדחות שבת אף במקום דאפשר בלא דחי' מטעם משום דבלא"ה נאיחי' שבת במלאכת המילה יעו"ש לפ"ז מתורץ קושיא ד' הנ"ל דהא בכל מעביר ד' אמות ברה"ר אפשר לעשות בלי דחי' דהיינו לישא פחות פחות מד"א וכיון דאפשר בלא דחי' אסור להעביר ד' אמות מצד מכשירין רק בדבר שיש בו בלא"ה דחיות שבת וזה לא שייך בתקיעת שופר דהא תק"ש אינה מלאכה:

ולפ"ז מתורץ גם הקושי' החמישי דכאן ל"ק כלל דלמא שמא יוציאנו מרה"י לרה"ר די"ל דרבא אמר טעם שיהיה נכון אליבא דכ"ע ומשום שמא יוציאנו לא שייך אליבא דר"א דלדידיה מכשירין של שופר דוחה שבת ומותר להוציא להוליך אצל בקי כי א"א בענין אחר משא"כ במעביר שיש תקנה לילך פחות פחות מד"א כנ"ל לכך לא נחית רש"י לתרץ קושיא זו רק גבי לולב דשם יוצא בנטילה בעלמא וא"צ כלל להוציא הלולב לצורך החיוב דאורייתא ומה שחששו שילך אצל בקי הוא ללמוד הנענועים והברכה כמ"ש רש"י שם ואצ"ל של"ק קושיא זו גבי מגלה:

מעתה יש ליישב גם קושיא ג' ע"פ המבואר באחרונים דאף דלב"ש יש איסור הוצאה ביו"ט דילפינן משבת מהקישא כעין דברי הרמב"ן בתה"א דיו"ט ושבת איתקשו להדדי מ"מ איסור מעביר שאינו בשבת רק מהלמ"מ אינו ביו"ט דאין למידין דין מהלכה בהקישא. וכיון שר"א הוא מתלמידי ב"ש והוא סובר דמכשירי שופר דוחה שבת ליכא למגזר משום הוצאה מרה"י לרה"ר כ"א שמא יעבירנו ד' אמות ואיסור זה ליתא ביו"ט והשתא דאתינן להכי מיושב קושיא השניה דר' לוי לשיטתיה שהוא סובר דתק"ש

מלאכה היא הוצרך ללמוד מקראי דאי מטעם שמא יעבירנו כו' הי' נשאר קשה אליבא דר"א דהא מכשירי שופר דוחה ואם יעביר ד"א לא ישא עון דאף שאפשר לעשות בהיתר בפחות פחות מד"א כנ"ל יכולין לדחות בידים בהעברה ד' אמות כיון דבלא"ה יש דחיות שבת במצוה זו במלאכת התקיעה ודמי למילה וכסברת הרשב"א הנ"ל מעתה י"ל שזה כוונת רבא במה שהקשה על ר' לוי ועוד הא לאו מלאכה היא דאיצטריך קרא למעוטי כלומר כיון דלאו מלאכה היא שפיר י"ל גם אליבא דר"א חשש שמא יעבירנו וא"כ ל"ל ללמוד מקרא הא י"ל מטעם גזירה כמו שצריכין לומר גבי לולב ומגלה ולפ"ז מיושב גם הקושיא וא"ו על דברי הרמב"ם הנ"ל. דלדידן שאין מכשירין דוחה שבת יש לומר דגזרו גם משום הוצאה מרשות לרשות עוד למדתי מדברי לשון הרמב"ם שהיה גירסתו בגמ' שמא יטלנו וכו' וילך אצל בקי [ולא כגי' שלפנינו ללמוד] והיינו שיוליך לבקי שיתקע לו. **ובדרך** פלפול נ"ל לפרש דברי הגמ' הא לאו מלאכה היא דאינו מובן ויתורץ בזה כמה קושי' מה שקשה לי וגם קושי' המפורשים בסוגיא זו. דאיתא ברש"י על התורה פרשת בהר מובא בברייתא דת"כ בזה"ל ביום הכפורים בעשור לחדש תעבירו שופר בכל ארצכם ממשמע שנא' ביוה"כ איני יודע שהוא בעשור לחדש: ולמה נאמר בעשור לחדש לומר לך תקיעות בעשור לחודש דוחה שבת בכל ארצכם ואין תקיעת ר"ה דוחה בכל ארצכם אלא בב"ד בלבד. ומשיג הרמב"ן על הרש"י דהוא נגד מסקנת הגמ' בר"פ יו"ט של ר"ה שמסיק רבא דמדאורייתא משרי שרי וכדרבה הרי דתק"ש שאסור בשבת אינו אלא מדרבנן א"ו דדברי הספרא הנ"ל הוא רק לאסמכתא בעלמא ונ"ל ליישב דברי רש"י ולהוכיח דדברי הספרא אינו על דרך אסמכתא רק ללימוד גמור וכן איתא בירושלמי בהקדם לפרש דברי הגמ' ועוד הא לאו מלאכה היא דאיצטריך קרא גם מ"ש התו"ס ד"ה הא לאו מלאכה היא צריכין למעט דלא נטעה לומר דיום תרועה מרבי שבת תמוה היא לכאורה דהא כלל מונח היכא דאפשר לומר דיום אתי למעט לילה אין מוציאין אותו מפשטא למעוטי לילה ולא דרשינן מיניה ביום ואפי' בשבת כן מבואר בתוספו' מס' מגילה ובפ' לולב הגזול ובמס' שבת ג' עוד מקשה במ"א דבשבת דף קל"א איתא דר"ל בס"ל דמכשירי שופר דותה שבת אמר קרא יום תרועה יהיה לכם ביום ואפי' בשבת ולמאי אי לתקיעה הא תנא דבי ר' ישמעאל כל מלאכת עבודה לא תעשו יצאת ת"ש ורדיית הפת שהוא חכמה ואינו מלאכה אלא למכשירין כו' וקשה לר' לוי בר לחמא שסובר דת"ש מלאכה היא הרי צריכין ביום על ת"ש עצמה ומנ"ל לר"א דמכשירין דוחה ולי קשה עוד על ר' לוי מגמ' דשבת הנ"א דאיתא שם ולכתוב רחמנא בשופר וליתי הנך ולגמרי' מיניה ומתרץ הגמ' מת"ש דר"ה ליכא למיגמר שכן מכנסת זכרונות

לאביהם שבשמים והנה הא דאמרינן דת"ש מכנסת זכרונות של ישראל הוא מדכתיב זכרון תרועה וכמ"ש הרמב"ן עה"ת ומשיג שם על רש"י שכתב שזכרון תרועה קאי על הזכרות פסוקי שופרות שבתורה ולפ"ז קשה דר' לוי שסובר דזכרון תרועה קאי על הזכרות פסוקי שופרות ובפרט דפסוקי שופרות שבתורה אינם רק הפסוקים של שופר וקולות דמתן תורה ובמ"א כתבתי ראיה לפירוש רש"י בחומש מדברי הגמ' לעיל דף ט"ז א תוקעין רחמנא אמר תקעו ועל זכרונות הפסוקים אמרין שם אמרו לפני זכרונות כדי שיעלה זכרוניכם לפני לטובה ומה שמסיים שם בגמ' ובמה בשופר איתא בספרי בשופר של חירות דכתיב בשופר גדול יתקע יעו"ש] נשאר קושי' הגמ' הנ"ל אליבא דר"א וליכתוב רחמנא בשופר וליתי הנך ולגמרי מיני' (ואף שלר' לוי אין ת"ש דוחה שבת רק במקדש) שמכשירין דוחה שבת ונ"ל ליישב ואתרץ תחלה בדרך פשוט דברי הגמ' הא לאו מלאכה היא וכו' דבכפות תמרים מקשה האיך ס"ד דת"ש מלאכה היא הא אינו במנין הל"ט מלאכות גם לא היתה במשכן ע"כ מסיק דאיסור ת"ש נלמד מביום השביעי תשבות. יעויין דברי הרמב"ם בפ' כ"א מהלכות שבת ביום השביעי תשבות אפי' מדברים שאינה מלאכה חייב לשבות והנה מה שמקשה הכפ"ת הא לא היה במשכן יש לדחות דזה לשון הגמר' במס' שבת דף כ"ט תוס' כמ"ד כנגד עבודת המשכן דתניא אין חייבין אלא על מלאכה שכיוצא בהן היפה במשכן וי"ל דלענין חיוב הוא דממעטינן מלאכה שלא היתה במשכן אבל לענין איסור מלאכה יכול להיות שיהיה אסור משום מלאכה אף כשאינה חשובה שלא היתה במשכן ויש להוסיף עוד לומר דהיה אפשר לומר אליביה דלוי שסובר ארבעים מלאכות כנגד ארבעים מלאכה ומלאכתו שבתורה כי סובר שהמלאכה היתה דים וגם ויבא לעשות מלאכתו הוא מן המנין והרי מספר ארבעים אבל לחיוב כרת ומיתה ליכא אלא ל"ט שהיו במשכן והרי מצינו במסכ' שבת דף ו' שאמר רב שמצא במגלת סתרים דאיסי בן יהודה אומר ל"ט מלאכות ואינו חייב על אחת מהן יעו"ש ובמ"א בארתי דאיסי סובר שהמלאכה היתה דים ויבא יוסף שניהם אינם מן המנין ולכך סבר שאין חייבין רק על ל"ח מלאכות א"כ אין מהזרות לומר שיש מלאכה יתירה על הל"ט מלאכות שאסורה ואין עליו חיוב מיתה וכרת והיה אפשר לומר אליביה דר' לוי דת"ש מלאכה הוא רק שאין חייבים עליו ולכך אינה מנויה בין אבות מלאכות דשבת ולפ"ז יובן דברי הגמ' הא לאו מלאכה היא דביבמות דף ה' מפלפל הגמ' למעט דאין עשה דוחה ל"ת שיש בה מיתה או כרת ואיתא שם אלא איצטרך סד"א תיתי מכבוד אב ואם דתני יכול יהיה כבוד או"א דוחה שבת ת"ל איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי תשמורו כולכם חייבים בכבודי מאי לאו דא"ל שחוט לי בשל לי דהוי אב מלאכ'

שחייבין עלי' כרת וטעמא דכ' רחמנא את שבתותי תשמורו הא לאו הכי דחי לא לאו דמחמר כו' וכ' הרשב"א והריטב"א שם בשם רבינו יונה דעל לאו דמחמר כיון שאין בו חיוב מיתה וכרת ליתי גם בעשה דשבת דאל"כ קשה מה"ת לידחי הא הוי עשה ול"ת או מאי אולמא דהאי עשה ויעו"ש בתוס' היוצא מזה די"ל דעל מלאכה בשבת שאין בו חיוב מיתה וכרת גם עשה ליתא ביה והוי רק ל"ת והשתא א"ש דאי ת"ש היתה מלאכה רק שאין עליה חיוב מיתה וכרת שפיר ס"ד דדחי מפני מ"ע דשופר כמו בכל התורה כולה שעשה דוחה ל"ת ובפרט לשיטת הסוברים דיו"ט הוא ג"כ עשה ול"ת א"כ אף אם בשבת איכא עשה גם על מלאכות שאין עליהם חיוב מיתה מ"מ ליכא בזה חומר בשבת מביו"ט וכשם שת"ש דוחה יו"ט ס"ד דתידחי שבת ומה שיש לפלפל עוד בזה אבאר אי"ה בסוף הסוגי' באריכות]:

אמנם אם באמת אינה מלאכה ואין מקום לאסרה רק מביום השביעי תשבות שהוא עשה ושייך מאי אולמא דהאי עשה כו' וליתא בדחי' ל"צ קרא למעוטי ומיו"ט ליכא למילף דביו"ט ליכא עשה על ת"ש ואף תקיעות רשות מותר דכל מה שאינו אסור בשבת רק באיסור עשה מותר ביו"ט וזה שאמר רבא הא לאו מלאכה היא דאיצטריך קרא למעוטי כלומר כיון דלאו מלאכה הוא ע"כ צריך אתה לומר דאיסור התקיעה בשבת הוא דמביום השביעי תשבות ולא צריכין קרא למעט ת"ש בשבת ואין לדחות דכאן לא שייך מאי אולמא כו' דאלים מ"ע דתקיעת שופר שכן מכנסת זכרוניהם של ישראל לאביהם שבשמים ז"א דהא הקושיא הוא לר' לוי והרי לשטתיה לא קאי זכרון תרועה כ"א על הזכרת פסוקי שופרות שבתורה שנאמרו במתן תורה ואין לנו מקרא דת"ש הוא להכניס זכרונות של ישראל ומעתה י"ל דרבא לשיטתי' שסובר דיו"ט אינו אלא ל"ת דשבתון לאו עשה הוא ומוקמינן לדידיה ביום השביעי תשבות שיהיה שבת גם בעשה ולא אתי לאסור או י"ל דסובר רבא שביום השביעי תשבות לא קאי לאיסור ת"ש רק על המנוחה מעסקיו כפי' רמב"ן עה"ת והרמב"ם בפרק כ"א מהלכות שבת יעו"ש במ"מ ולח"מ אמנם כ"ז לשיטות ר' לוי אבל ר' אליעזר סובר דזכרון תרועה קאי על ת"ש עצמה ואלימא בזה שמכנסת זכרונות ישראל וא"כ לא שייך אליביה מאי אולמי דהאי עשה כו' והוינן ידעינן לשיטתיה גם בלא יתורא דקרא דת"ש דוחה עשה דביום השביעי תשבות ע"כ סובר דביום תרועה אתי לרבות מכשירין ומיושב קושי' הטורי אבן הנ"ל על ר' לוי אליבא דר' אלעזר:

ולפי הנ"ל מיושבים שארי הקושי' שמקשה הט"א על ר' לוי מסוגי' דחולין דף כ"ו יו"ט שחל להיות בע"ש תוקעין לבטל העם ממלאכה ומסוגיא דחולין דף פ"ד גבי ת"ש דר"ה

שספיקו דוחה יו"ט. יעו"ש דהא לפי מה שכתבתי גם לר' לוי ליכא מלאכה בתקיעות. ורק איסור עשה יש בה הנלמד מביום השביעי תשבות וז"א אלא בשבת ולא ביו"ט כמ"ש הרמב"ן דשביתת בהמתו אינו אסור ביו"ט וכיון שאין איסורו בשבת רק בעשה דאין למידין יו"ט משבת רק בדבר דאסור משום מלאכה וכעין דברי הריב"א בפסחים דף ה' ע"ב ד"ה לחלק שמפרש רש"י דאי אין על הבערה שם מלאכה מותר ביום טוב יעויין שם. **ודע** דבתוס' מס' יבמות דף ה' ע"ב בד"ה כולה כו' מקשים וא"ת והיכא ילפינן בעלמא מהכא שאני כלאים דהותרו מכללן אצל בגדי כהונה ואור"י דהתם נמי משום דאתי עשה דבגדי כהונה ודחי לאו דכלאים וכו' ועוד דצורך עבודה שאני ע"כ והנה לשיטות ר' לוי דבמקדש דוחה ע"כ אית לי' לימוד ע"ז וכדאיתא בירושלמי דדרש מסמיכות ממילא אליבי' איסור הת"ש בשבת מקרי הותרה מכללה כיון שעכ"פ הותרה במקדש ומדין דחי' לא שייך אליבי' דר"ל דהא אין עשה דוחה עשה גם צורך עבודה לא שייך בתקיעות שופר שבמקדש למצות תקיעות ר"ה שאינם צורך עבודה והוי שפיר הותרה מכללה לכן ס"ד שתדחה אף בגבולין דלא שייך לשטתי' מאי א אולמא דהאי עשה מהאי עשה דשפיר אלימי דהא איסור עשה דתק"ש בשבת הותרה מכללה ולכך א"ש אליבא דלוי שהוצרך לשיטתי' לקרא למעט תק"ש בגבולין ביו"ט של ר"ה בשבת ורבא דאקשי ועוד הא לאו מלאכה הוא הוא לשטתי' אקשי' כי לא נחית לדברי הירושלמי שיש הוכחה להתיר במקדש ולא הוי לדידי' תקיעות שופר הותרה מכללה ונשארת הסברא דמאי אולמא כו' לכך הקשה שפיר למה צריך קרא למעוטי [ובסוף הקונטרס אכתוב עוד באופן אחר ועתה יתורץ מה שקשה עוד לכאורה לשיטות ר' לוי שלמד מקרא כתיב יום תרועה וכתיב זכרון תרועה כאן בחל בחול כאן בחל בשבת האיך יתורץ אליבא דר' אליעזר שסובר דיום תרוע' קאי על ר"ה שחל להיות בשבת ולהתיר אף מכשירין א"כ למה בטלו לדידי' תקיעות שופר בגבולין:

ונ"ל בהקדם עוד קושי' השעה"מ ושא"ר לרבה שסובר שמא יעבירנו קשה קושי' מהר"מ מפאדווי. דת"ל דהשמעת קול אסור משום תיקון כלי שיר וצ"ל דאי מטעם זה הי' צורך לאסור גם ביו"ט א"כ מה יענה רבה לשיטות ב"ש ור"ע דלית להו מתוך ולדידהו גם מעביר אסור ביו"ט. א"כ מאי חילוק יש לטעם דשמא יעבירנו בין בחל בשבת או ביו"ט ואף אם נדחוק לומר כתירוץ המפורשים דלרבה אליבא דב"ש ור"ע צ"ל שמה שסוברים דלא גזרו רק בשבת משום דיש חשש איסור כרת משא"כ ביו"ט דאינו אלא לאו מלבד שזה דחוק לשיטות רבה שסובר בעצמו כדאיתא ביבמות דף קי"ט מה לי איסור לאו מה

לי איסור כרת והרי מטעם זה לא אמר רבה טעמא דשמא יתקן כלי שיר ומשום דלפי טעם זה הי' מהצורך לאסור גם ביו"ט:

עוד יש לפלפל כאשר אציע דלכאורה יש להקשות דלפ"ד התוס' במס' שבת דף צ"ה ע"א ד"ה והרודה. דבונה ביו"ט לצורך קצת מותר מדאורייתא ביו"ט ואינו אסור אלא מדרבנן ומצורף לזה דברי הרשב"א בחידושיו לשבת דף ק"ד דלמד מדין מגבן שחייבים עלי' בשבת דיש בנין וסתירה בכלים דבעשיות כלים החיוב משום בונה. הרי נראה דבתיקון כלי שיר כשחיובו משום בונה ליכא ביו"ט אלא איסור דרבנן ואם התיקון שמקשה או מחפה באש דהוי מלאכת בישול שייך ג"כ מתוך ושארי מלאכות דלא אמרינן בהו מתוך לא שייכא כלל גבי תיקון שופר אלא על דרך רחוק ומילתא דלא שכיחא לא חששו לגדור וא"כ נשאר קשה קושי' מהר"מ מפאדווי על רבא ורבה למה איצטרכו להו לטעמא דשמא יעבירנו תיפוק לי' דבת"ש יש איסור משום מתקן כלי שיר וא"ל כתרוצו דאי משום טעם זה אין לחלק בין שבת ליו"ט ז"א דאף לטעם זה מקום יש לחלק דבשבת אי יתקן השופר יבוא לידי מלאכת איסור דאורייתא אבל ביו"ט אף אם יתקן לא יכשול רק באיסור דרבנן ומשום חשש איסור דרבנן לא גדרו לבשל מצות שופר וא"ל דרבה הוצרך לטעם דשמא יעבירנו כדי לתרץ אף אליבא דב"ש ור"ע דל"ל מתוך ולדידהו יש בתיקון כלי שיר שחיובו משום בונה איסור דאורייתא גם ביו"ט אף במקום צורך קצת ז"א דהא לב"ש ור"ע גם לטעם הגזירה דשמא יעבירנו ליכא לחלק בין שבת ליו"ט ולכאורה יש ליישב לפי שיטת הסוברים דמצוה הנעשית ע"י עבירה דרבנן ג"כ אינו מצוה י"ל כיון שעכ"פ יש בתיקון כלי ביו"ט איסור דרבנן כדברי התוס' שאמרו שמדרבנן אסור לעשות ביו"ט אף לצורך קצת א"כ העובר ע"ז ומתקן שופר ביו"ט לצורך תקיעה כשתוקע בו אינו יוצא ידי חובת התקיעה משום דהוי מצוה הבאה בעבירה שעבר אדרבנן בתי השופר וכיון שאינו יוצא בתקיעה בשופר זה ממילא הי' התיקון שלא לצורך כלל ועשה איסור דאורייתא א"כ לטעם דילמא יתקן היו צריכין לאסור גם בר"ה שחל להיות בחול דהא אם יתקן יבוא לידי איסור מלאכה דאורייתא כיון דתקונו ישוב להיות שלא לצורך כלל דהא הנצרך קצת בתיקון השופר לצורך התקיעה אינו רק מחמת מצות התקיעה שתוקע בו והרי כיון שעכ"פ יש איסור דרבנן בתיקון כלי ביו"ט מיקרי עבירה וא"א לצאת ידי חובת תקיעה בשופר זה וכנ"ל ושב עשיות התיקון שלא לצורך כלל. אמנם אכתי צ"ע לפי מה שכתבו התוס' בסוכה דף ל"א ע"א תוס' ד"ה מתוך שיוצא בשאול כו' דרבא לא חייש למצוה הבאה בעבירה במצוה דרבנן א"כ אף כשעשה עבירה בתיקון השופר מ"מ הי' בידו לצאת עכ"פ תקיעות דרבנן וזה הוי ג"כ צורך קצת כמו שכתבו התוס' בכתובות

דף זיי"ן ד"ה מתוך וא"כ לא יהיו עליו מכשול איסור דאורייתא ואף כי יתקן השופר דהא יהי' לו בדיעבד צורך קצת בתיקון לצאת בשופר התקיעות דרבנן א"כ אכתי קשה כנ"ל דל"ל טעמא דשמא יעבירנו ת"ל שאסור משום תיקון כלי שיר וא"ל דאי מטעם שמא יתקן הי' צריכין לאסור גם ביו"ט של ר"ה שחל בחול ז"א דאי אמרינן מתוך ליכא בתיקון כלי שיר ביו"ט רק איסור דרבנן וכנ"ל ומשום איסור דרבנן לא גזרו ולמ"ד דל"ל מתוך גם לפי הטעם דשמא יעבירנו ליכא לחלק בין שבת ליו"ט הן אמת שיש לדחות יסוד דברי הנ"ל. לפי מה שהעליתי במקום אחר להוכיח דבמלאכת מכה בפטיש לא שייך דין מתוך ויעוין בספר יראים שהאריך בכמה מקומות בהל' שבת לשיטתי' שסובר דאין בנין וסתירה בכלים ומסיק דמ"מ יש בהם חיובא דמכה בפטיש יעו"ש א"כ שייך בתיקון כלי חשש מלאכת מכה בפטיש אבל עדיין לא ברירא לי דין זה. כי בירושלמי שבת פ' כלל גדול מבואר בהנפת תבואה כתושה חייב בשבת בגמר מלאכה משום מכה בפטיש גם באיסור הדחת איספלנית בשבת דעת הגהות מיימוני שהוא משום גמר מלאכה ויעוין בא"ח סי' שי"ח ובא"ר שם: וכיון שמותר לעשות אף מלאכת דאורייתא לצורך יו"ט יהי' גם מלאכת מכה בפטיש הותרה לצורך אוכל נפש ושייך מתוך להתיר מלאכה זו או לצורך מצוה אף אם נאמר דבשופר יש חשש שמא יתקן בחיתוך קצת ממנו ע"ד שיהי' בזה מלאכת מחתך הלא במלאכת מחתך הותרה ביו"ט לצורך כגון בסלות סילתי אם קפיד אמשחתא לצורכו בהסקת התנור לחמם גופי' דהוי מחתך כדאיתא בשבת דף ע"ד ומותר ביו"ט משום דהוי כצורך אוכל נפש כמ"ש הר"ן למס' ביצה ושייך גם במלאכה זו מתוך שהותרה מלאכת מחתך לצורך כו' הותרה גם לצורך קצת:

וביותר יש לחזק קושי' הנ"ל לשיטת הסוברים דההלכה שאין כלל דין בנין וסתירה בכלים וליכא איסור בדאורייתא במתק כלי רק אי עביד באותו תיקון איזה מלאכה אחרת ולפי הנראה כ המלאכות העשוין להיות נעשין בתיקון שופר שייך בהו ביו"ט דין מתוך: וליישב קושי' השעה"מ והשא"ר הנ"ל נ"ל פשוט דבתוס' מס' מגלה דף ד' מקשי' למה תוקעין במוצאי יוה"כ. הא קודם הבדלה אסורי' כל המלאכות ואיכא למגזר משום שמא יעבירנו ומתרצים כיון שאיסור זה אינו אלא מדרבנן לא גזרו ובשבת דף ל"ו אי' שמותר לטלטל בשבת שופר משום דחזי לגמע בו מים לתינוק הרי דעל השופר שם כלי עליו דחזי לשתות ולפ"ד התוס' במס' פסחים דף מ"ז אף דב"ש לית להו מתוך מ"מ בהואיל מודים דאמרינן בכל מלאכת יו"ט הואיל דאי מיקלעי לי' אורחי' וחזי לי' וממילא כמו כן בהוצאה והעברת ד' אמות ברה"ר ליכא בשופר איסור דאורייתא דאף שאינה מוציא אותו לצורך שתיות תינוק עכ"פ שייך הואיל וחזי לצורך שתי' וליכא אלא איסור דרבנן

משום חשש איסור דרבנן לא גזרו וא"ש דטעמא דרבה שמא יעבירנו שייך גם לב"ש בשבת ולא ביו"ט:

מעתה מתורץ מה שהקשיתי אליבא דר' לוי מה טעם יש לר"א לחלק בת"ש בין כשחל בחול או בשבת דהנה כבר הקשיתי לרבה שסובר הטעם דשמא יעבירנו מסוגי' דפסחים דף ס"ז שמקשה שם הגמ' לרבה דלר"א שסובר מכשירי פסח דוחה שבת למה אסור הזאה משום גזירה דשמא יעבירנו ונעברי' דהא מכשירין דוחה ומשני בגמ' שאני הזאה דגברא לא חזי כיון שעדיין טמא לא חל עליו מצות פסח ולא הותרו מכשירין והקשיתי דא"כ קשה לר"א אמאי אין תקיעות שופר בשבת של ר"ה ואי משום שמא יעבירנו הא לדידי' גם מכשירי שופר דוחה שבת וגברא בר חיובא הוא בתקיעות שופר ונ"ל לתרץ לפי שיטות הבעל המאור בסוכה פרק לולב וערבה שכתב דמה שהחמירו בגזירה בשופר יותר מבלולב הטעם משום דבשופר יש גם תרועות דרבנן לפי"ז פשוט לומר שגזרו מחשש דשמא יעבירנו ד' אמות ברה"ר בשבת לצורך תקיעות דרבנן דלזה אין היתר לחלל שבת ובסגנון זה לכאורה י"ל גם אליבא דב"ש לחלק בין יו"ט לשבת אמנם מדסוברים ב"ש דאין מוציאין לולב לרה"ר נראה שהוא חולק על ר"א בדין מכשירי מצוה אבל ביו"ט דאמרינן בי' הואיל אף כשיעבור לצורך תקיעה דרבנן לא יחלל יו"ט דהא שייך הואיל אי מיקלעי אדם שיהי' לו צורך בהוצאת שופר גם לצאת בי' תקיעות שופר דאורייתא ולפי"ז י"ל אליבא דר' לוי אף שלא נחית לטעמא דרבה שמא יעבירנו עכ"פ ידע דת"ש משום שמא יתקן כלי שיר רק שא"א לומר שמשום זה אסרו ת"ש בשבת דא"כ אף ביו"ט ליתסר אמנם ז"א אלא לדידן דסברינן דמכשירי שופר אינם דוחים שבת ויו"ט אבל לר"א שסובר דמכשירי שופר דוחים שפיר י"ל דגזרו על תק"ש בשבת משום שמא יתקן כלי שיר כלומר שיתקן לצורך תקיעה דרבנן ויבוא לידי חילול שבת אבל ביו"ט ליכא למגזר דהא אף אם יתקן השופר לצורך תקיעה דרבנן לא יבוא לידי חילול יו"ט דאורייתא דהא שייך הואיל ואי מיקלעי לי' איש שצריך לתקון זה לצאת בשופר חובת תקיעה דאורייתא

אמנם אכתי קשה לר"ע דלית לי' מתוך והוא בר פלוגתא דר"א וסובר דאין מכשירי מצוה דוחה שבת וגם הוא ל"ל הואיל כמו שמוכח מדברי התוס' פסחים דף ה' ע"ב ד"ה ואומר שהקשו שם הא יכול להנות מן הגחלים ומתרצים דסברא הוא דקרא דתשבות מיירי בכל ענין אפי' א"צ לגחלתו ומקשי' המפורשים הלא אכתי יהי' מותר מטעם הואיל ואי מיקלעי לי' שיהי' לו צורך בגחלים וכדי ליישב קושי' זו העלו דר"ע ל"ל הואיל. א"כ קשה לדידי' אליבא דרבה מאי חילוק יש בתקיעות בין ר"ה שחל בחול לחל בשבת דהוי

הוצאה שלא לצורך אסור גם ביו"ט לדידי' דל"ל מתוך ואף דמעביר בשבת אינו אלא הלכה ואין למדין מהלכה הלא כבר ביאר הגאון מו"ה אלי' מווילנא זצ"ל בפי' משניות מ"ס ידים פ"ג דר' יהושע ור' עקיבא חולקי' על ר"א וסובריה דלמדין מהלכה יעו"ש וצ"ל דר"ע לשיטתי' דסובר דשבתון עשה הוא כדאי' בר"ה דף ל"ב ע"א שבתון קדשהו בעשיות מלאכה ומיותר לדידי' בשבת העשה דביום השביעי תשבות דהא גם בשבת כתיב כמה פעמים שבת שבתון וי"ל דסובר כדברי הכפ"ת הנ"ל דלמדין איסור תק"ש מביום השביעי תשבות ואין איסור זה רק בשבת ולא ביו"ט וממילא י"ל כדרש הספרא שסתמא אליבא דר"ע דרשינן מקרא ביוה"כ בעשור לחדש תעבירו שופר בכל ארצכם דאין דחיות תקיעות ר"ה דוחה שבת בכל ארצכם רק בב"ד אבל ביו"ט ליכא איסורא כלל אבל רבא לשיטתי' שסובר בפסחים דף פ"ד דיו"ט אינו אלא ל"ת לפי מסקנת התוס' במס' ביצה דף ח' אליבא דרבה הרי שסובר דשבתון אינו עשה והוי ביום השביעי לעשה בשבת ולכך סובר רבא דתק"ש מדאורייתא משרי שרי ואינו אסור אלא משום גזירה דרבה. וכיון דהלכה כרב אשי שם בפסחים דשבתון עשה שפיר י"ל דתק"ש אסור בשבת מדאורייתא וא"ש דברי רש"י על התורה שתפס שם דברי הת"כ הנ"ל:

ועתה אבוא לבאר מה שהערותי לעיל שיש לפקפק על דברי וזהו מה שכתבתי לעיל דאי ליכא במלאכה זו דתק"ש לא חיוב מיתה ולא כרת אף אי הוי עשה ול"ת מ"מ ס"ד דלידחי כמו שדוחה תק"ש ל"ת ועשה דיו"ט אין לדחות דשאני לאוי שבת דחמירי וסברא זו אמורה ביבמות דף ו' יעו"ש דהא רש"י מפרש שם דהחומר היא דכל המחלל שבת הוא כעובד ע"ג ובמקום אחר בארתי שלסברא זו כוונו בתוס' מס' פסחים דף מ"ז ע"ב ד"ה כתישה ביו"ט כו' במה שכתבו שם הא אין יו"ט נדחה מפני עשה כו' יעו"ש ודחיתי בזה פלפולו של הקרבן עדה על הירושלמי במס' שבת פ"ד ד"ה דריש הוא יעו"ש. ויעוין כריתות דף י"ד ע"ב אפי' בשבת אמר רפרם זאת אומרת אין עירוב והוצאה ליוה"כ דאי הוי עירוב והוצאה כשם שדוחה יוה"כ כך דוחה שבת הרי אף בשבת החמירו דיש בו חיוב מיתות ב"ד מ"מ למדין לענין יוה"כ והדחי' שם שאני יוה"כ דהכשירו בכך מפרש רש"י דומיא דתמידין שקריבין בשבת וסברא זו לא שייכא רק בקרבנות ולא לענין תק"ש כמובן ומלבד זה הא גוף סברא זו דהכשירו בכך אינה מוכרחת. והרי ביומא דף ס"ו לא דחי' הגמ' ראיות רפרם בהך סברא דהכשירו בכך ועכ"פ לא הי' ביד רבא להקשות על ר' לוי לכך הוצרך רבא לחזק קושייתו בהקדמתו להחליט ראשונה דלאו מלאכה הוא רק עשה וליכא מקום כלל לומר דאיצטריך קרא למעוטי דמה"ת יהי' ס"ד למשרי בשבת וכמו שכתבתי לעיל

עוד יש להרחיב דבורי בביאור דברי רבינו יונה שכתבו בשמו הרשב"א והריטב"א הנ"ל דהעשה דביום השביעי תשבות לא קאי רק על מלאכות שיש עליהן חיוב מיתה ואתי' לי' מדכתיב גבי בחריש ובקציר תשבות ולכאורה צ"ע דהא לפי הלכה כרב אשי דשבתון דיו"ט עשה הוא. כלומר שבות מסתמא כמו כן שבתון דכתיב כמה פעמים גבי שבת ג"כ עשה היא וכשם שעשה זו גבי יו"ט שהוא על מלאכת יו"ט שאין בהם חיוב מיתה כן בעשות הנ"ל דכתיב גבי שבת. ולכאורה צ"ל דבאמת לרב אשי קאי העשה דשבתון בשבת גם על מלאכות שאין עליהם חיוב מיתה וכרת כמו ביו"ט. וכוונת רבינו יונה הנ"ל בישוב דברי הגמ' ביבמות הוא שמה שס"ד דגמ' בדחי' דמחמר הי' רק לשיטת רבא דשבתון לאו עשה היא ואין בשבת רק מפסוק דביום השביעי תשבות וכיון דכתיב שם בחריש ובקציר תשבות אמרינן דלא נאמרה העשה רק על מלאכות שחייבין עליהן מיתה ואם כן הוא כוונת רבינו יונה ביותר א"ש דברי בפירוש הגמ' הא לאו מלאכה הוא דאי הוי מלאכה רק שאין עלי' חיוב מיתה וכרת לא הי' מקום מצד הסברא החיצונה לחלק בין יו"ט לשבת בדין תקיעת שופר דממ"נ אם העשה דשבת הוא גם על מלאכה שאין עלי' חיוב מיתה הרי ע"כ צ"ל דלמדין העשה ממלת שבתון דהא מחשבות א"א ללמוד שיהי' עשה רק על מלאכות שחייבין עליו מיתה דומי' דבחריש ובקציר תשבות. וכיון דשבתון עשה הוא שוה יו"ט לשבת שבשניהם יש עשה ובשניהם ליכא חיוב מיתה ולא נאסר שבת בתקיעה ואם נאמר דשבתון לאו עשה וליכא גבי שבת עשה רק מקרא דביום השביעי תשבות אז מצינן לומר כסברת רבינו יונה שאין העשה רק על מלאכות שחייבין עליהן מיתה ולא קאי העשה על איסור מלאכה דתקיעת שופר ולא חמורי בזה שבת מיו"ט לכך איצטרך קרא למעוטי אבל כיון שבאמת לאו מלאכה היא כלל וע"כ צ"ל שדעת ר' לוי דעשה דשבת ידעינן משבתון ומיתורא דהך קרא דתשבות לאיסור דברים שאינם מלאכה וכדברי הרמב"ם הנ"ל א"כ ליכא ביו"ט כלל איסור בתקיעה רק בשבת ומה"ת ס"ד למישרי בשבת לכן מקשה רבא שפיר הא לאו מלאכה היא דאיצטרך קרא: שי' רבא הא לאו מלאכה היא דאיצטרך קרא למעוטי.

ובישוב קושי' רבא י"ל עוד באופן אחר שר' לוי סובר באמת אינו אסור רק בשבת ובעשה ומ"מ ס"ד דתדחי מפני תקיעת שופר דס"ד דאלימי מצות תק"ש שהוא מצוה דרבים שאחד מוציא רבים ידי חובתן בתקיעה לפניהם וכמו שכתב בשבולי לקט בשם הר"ת המובא במג"א ריש סי' תמ"ו אבל לשיטת רבא מוכח בלא"ה לומר דלית לי' הך סברא כמבואר מתוך הסוגי' סוף ר"ה על המשנה דאין מפקחין עליו את הגל שמפורש שם בגמ' דהטעם דיו"ט עשה ול"ת היא ומקשים המפורשים דאליבא דרבא שסובר דיו"ט

אינו אלא ל"ת יושאר קושי' הגמ' ומתרצים כמו שכ' הר"ן שם די"ל דבלא"ה ליתא בדחי' משום דאינו בעידנא כמבואר מדברי הגמ' בגיטין דף ל"ה בר' אליעזר ששיחרר עבדו ויעוין בפוס' מס' פסחים דף נ"ט ע"א בד"ה אתי עשה] א"ו צ"ל אליבא דרבא שסובר דתק"ש לא מיקרי עשה דרבים לענין דחיות איסור השוה בכל הזכרים עכ"פ ומדברי הגמ' במס' מ"ק דף י"ד ע"ב ליכא סתירה דשאני התם דאיסור אבילות אינו רק על האב ולא על אחרים וכן מדויקים ברש"י במ"ש דכתיב ואבל יחיד עשי לך. ומצות שמחת יו"ט שבאה לדחות אבילות הוא מצוה חל על כל ישראל: ויעוין שם בהרא"ש משא"כ היכא שהאיסור שבאין לדחות הוא ג"כ איסור לכל כמו העשה שבאה לדחותו כמו באיסור הקריעה שאסורה משום מצות עשה דשבות ואף אי אין איסור זה רק בזכרים דהוי מצות עשה שהזמן גרמא הרי גם מצות התקיעה אינו אלא בזכרים ושייך מאי אולמי כו' ובלא"ה יש מקום עיון אם להחליט דמצות תק"ש יהי' נקרא עשה דרבים דעל סברת המג"א שכ' דאף דחמץ לא מיקרי עשה דרבים שאני מצות שופר דהיחיד מוציא רבים ידי חובתן יש לפקפק קצת דהא עיקר מצות תק"ש הוא שמיעות התקיעה אף שאינו תוקע לרבים מ"מ כל אחד ואחד מקיים בעצמו המצוה במה ששומע התקיעה דהא באפס שמיעות אוזן כל אחד אי אפשר להוציא כלל אחרים א"כ כל אחד עושה בעצמו המצוה בשמיעתו שהיא עיקר המצוה ולכן אין הברכה רק על השמיעה לשמוע קול שופר ויעוין בתוס' יומא דף ו' ע"ב ד"ה אמר רב תחליפא כו' שכתבו בשיטות רבא שסובר שאף דטומאה הותרה בציבור מ"מ שאני קרבן פסח כיון דלאו כל ישראל מייתי חד פסח בשותפות קרבן יחיד מיקרי וגבי ר' אליעזר ששיחרר עבדו להשלים לעשרה כבר ביאר הר"ן שעיקר הטעם הוא משום דאיסור שחרור אינו אלא משום לתא דלא תחנם.

ודע דלכאורה דברי הר"ן הנ"ל תמוה כאשר העיר בזה המג"א בסי' צ' ס"ק למ"ד ובשו"ת יד אליהו סי' ז' ובטורי אבן ריש מס' חגיגה: שהוא נגד הגמ' במס' ברכות דף מ"ז ע"ב דמקשה הגמ' והא מצוה הבאה בעבירה הוא ומתרץ הגמ' מצוה דרבים שאני ולדברי הר"ן הנ"ל בלא"ה ליכא איסור כלל ונלע"ד לתרץ ומיושב בזה דברי רש"י במס' ב"ק דף ד' ע"ב והמנסך שמפרש רש"י ומנסך את היין ליכא למימר שניסכו ביי"נ שזרק בו דלא קא מחסי' ולא מידי דהא מזבין לי' בר מדמי יי"נ שבו עכ"ל ומקשים כל המפורשים לשמואל דמפרש בגיטין דף נ"ג מנסך מערב הא הוא בעצמו סובר דמותר לזבן בר מדמי יי"נ שבו כדאי' במס' ע"ז דף ע"ד ע"א דהנה ברשב"א בחידושיו לגיטין אי' דאף אם אינו מתכווין לחנינה לעבד שייך לא תחנם ובכו"פ סי' ק"י אי' בזה"ל אף דרשב"א נתן טעם דאסור לשחרר משום מתנת חנם אעפ"י שמתכוין שיהי' לו עשרה להתפלל מ"מ שאר

מחברים לא פירשו כרשב"א יעו"ש ונ"ל דתלוי בפלוגתא אי דבר שאינו מתכוין אסור בשבת או כשאר איסורים דמי להדדי כמבואר בגמ' ובפוסקים כמה פעמים ואף דדבר שאינו מתכוין מותר מדאורייתא אסור מדרבנן בפסיק רישא דלא ניחא לי' יעוין כתובות דף וא"ו תוס' ד"ה האי מסוכרייתא לפי"ז י"ל דהר"ן מודה לדעת הרשב"א דמ"מ אסור מדרבנן כיון דעכ"פ יצמח בפעולתו חנינה לעבד רק כיון דאינו אלא מדרבנן נדחה משום מצות תפילה ומקשה הגמ' שפיר והא מהב"ע ומשני מצוה דרבים שאני ודחי האיסור דרבנן. ומעתה נחזי א במוכר איסורי הנאה המעורב בהיתר חוץ מדמי האיסור לכאורה יש לאסור משום לא תחנם אמנם שמואל לשיטתו דסובר בכתובות דף ו' דבר שאינו מתכוין מותר ובמקום פסידא התירו בפסיק רישא דלא ניחא לי' והמשנה דהמטמא ומדמע אתי' כר' יהודא יעו"ש בגיטין דף נ"ג ע"ב תוס' ד"ה בדאורייתא ולשיטתי' דדבר שאינו מתכוין אסור וגם סובר דלא תחנם קאי אמתנות חנם כדאי' בע"ז דף כ' א"כ א"א להתיר לדידי' למכור חוץ מדמי איסור דהא העכו"ם נהנה מאיסור ואיכא לגבי ישראל לאו דלא תחנם אף שאינו מתכוין לחנן העכו"ם ואף אם נאמר דהוי כמו לא אפשר ולא קא מכוין דלשיטת אבייי ורבא בפסחים דף כ"ה מותר אף אליבא דר' יהודא יתכנו דברי הנ"ל אליבא דר' ירמי' בשבת דף כ"ט דסובר דר"י אוסר אף בלא אפשר ולא קא מכוין גם אין להתיר אליבא דר' יהודא דיוליך הנאה לים המלח כדאי' בע"ז דף מ"ט ע"ב דז"א רק היכא דנתבטל בביטול המועיל מדאורייתא כמבואר בפוסקים ויעוין ביבמות דף פ"א תוס' ד"ה כולן ידלקו ולשיטת ר"י דסובר מב"מ לא בטל ולא יועיל הלכת הנאה דאעפ"כ נהנה במכירות איסור שבתוך התערובות. והרי זה דומה למאבד בידים מעות ונגד זה רוצה להנות במכירות איסור הנאה. אך לכאורה יקשה דהא בברייתא המובא שם בסוגיא דגיטין פליג ר' מאיר עם ר"י במטמא ומדמע ומנסך ור"מ סובר בע"ז דף כ' דלא תחנם קאי אחני' בקרקע ודע דאף דלר' יהודא מותר ליתן מתנה לעכו"ם המכירו היינו משום דרכי שלום והוי כמוכרו משא"כ במוכר חוץ מדמי איסור דלכמה שיטות הפוסקים צריך להעלים הדבר מעכו"ם ויעוין בתה"א מה שמביא בשם הרמב"ן:

עוד י"ל לכאורה לא שייך איסור לא תחנם בשחרור עבד כיון דמיד בעת השחרור נעשה ישראל ואין זה כנותן לעכו"ם ודוגמא לזה מצינו בכתובות דף י"א תוס' ד"ה מטבילין. א"נ כיון דבהך זכי' נעשה ישראל הוי לי' כישראל גמור לענין זכי' עכ"ל] וא"ל כיון דמשוחרר בעי טבילה להחשב כישראל א"כ השחרור שקודם הטבילה הוי כנותן לעכ"ם הן אמת שבתוס' יבמות דף מ"ז ע"ב ד"ה שם גר ועבד כו' אי' דהטבילה יכולה להיות קודם השחרור ומביאין ראי' מלשון הברייתא ומטבילה לשם שחרור ומשחררה ויעוין

ברש"י ד"ה ומשחררה כו' והבן אמנם י"ל לדעת כמה מהקדמונים והובא שם בנ"י פ' החולץ דלגבי גר צ"ל דוקא המילה קודם הטבילה ואם לאו הוי כטובל ושרץ בידו ה"ה לגבי עבד המשוחרר לכאורה לא יועיל הטבילה קודם השחרור רק צ"ל אח"כ א"כ בעת השחרור עדיין אינו בכלל ישראל ומעתה י"ל דר' אליעזר לשיטתי' דסובר גר שמל ולא טבל גר מעלי' הוא [ויעוין בקידושין ס"ב ע"ב תוס' ד"ה אלא מעתה. דמסיימי וטבילה דלאחר שחרור היינו טבילות גר כו' יעו"ש הרי נראה דלר"א דגר א"צ טבילה גם בעבד א"צ טבילה ויעוין ברשב"א יבמות ובמרדכי הובא בשם חכמי הצרפתים בטבילות עבד לשחרור אינו אלא מדרבנן ויעוין בטיו"ד הלכות עבדים] יעוין יבמות דף ע"א א"כ לדידי' ע"כ אין טעם האיסור לשחרר משום לא תחנם ומקשה הגמ' שפיר לשיטתי' והא מהב"ע הוא והוצרך הגמ' לשנוי' מצוה דרבים שאני משא"כ לדידן י"ל דטעם איסור שחרור משום לא תחנם וכשמשחרר האדון לטובת עצמו משום מצוה אף שאינה דרבים לא שייך לא תחנם כסברת הר"ן ויתורץ בזה דברי הטיו"ד ומחבר בסי' רס"ג דהביאו בסתמא דמותר לשחרר משום מצוה ולא ביארו דוקא מצוה דרבים:

ובענין הנזכר עלה בלבי לפום רהיטא לתרץ דרך פלפול בברכות דף מ"ז ע"ב ואמר ריב"ל תשעה ועבד מצטרפין מיתיבי מעשה בר"א שנכנס לבה"כ כו' לא תרי אצטריכו שחרר חד ונפיק בחד והיכי עביד הכי והאמר רב רב יהודה המשחרר עבדו כו'. מדקדקים המפרשים האיך תלוי הקושי' היכי עביד לסוגיא דהכא דמתרץ בתחלה תרי איצטרכו ונ"ל דשם בתוס' ד"ה מצוה דרבים שאני אי' מכאן קשה לבה"ג דפי' דמי שמת לו מת כו' ולא אתי יו"ט האחרון דרבנן ודחי האבילות דאורייתא כו' דהכא חזינן דאתי תפלה דרבנן ודחי קרא דלעולם בהם תעבודו כו' וברא"ש שם מסיים בזה"ל דלא מסתבר לי דמיירי בעשרה דאורייתא כגון לקרות פ' זכור שהוא מה"ת כו'. והנה אף אם נאמר דבה"ג מפרש כן דהי' לצורך קריאות פ' זכור ע"כ צ"ל דהי' עכ"פ בשבת דהוא זמן קריאה המוגבל עפ"י חז"ל דמדאורייתא אין זמן לקריאה ההוא רק פעם א' בשנה די כמבואר בפוסקים. ויל"ד לכאורה דהא בודאי כמו דאסור ליתן מתנה בשבת כמו כן אסור לשחרר עבד בשבת וכמו הקדש דאסור בשבת כיון שמוציאו מרשותו הוי בכלל לתא דאיסור מו"מ ואם כי לצורך מצוה מותר [יעוין באו"ח סי' ש"ו] עכ"פ היכא דאפשר לעשות באופן המותר אין להתיר במתנה וידוע דמותר להפקיר בשבת יעוין בשבת דף קל"א ובמג"א סי' י"ג ס"ק ה' ובשו"ת מהר"ם מלובלין סי' ע"ב] א"כ קשה למה שחרר ר"א עבדו הי' לו להפקירו וא"ל דהי' עבד קטן דאינו קונה א"ע בהפקר ולעשר' נצטרף דתשעה וקטן מצטרפין ז"א דהא הי' בלא"ה עוד עבד שלא נשתחרר והוי עבד וקטן דלא מצטרפו לעשרה לפי"ז י"ל דקודם

דאסיק הגמ' פרי אצטרכו היינו יכולין לומר דלכך הותר לשחרר משום דהי' לצורך פ' זכור וא"ל א"כ דהי' בשבת הי' לו להפקיר היינו אומרים דהי' עבד קטן. ועתה דאסיק תרי אצטרכו מקשה הגמ' שפיר היכי עביד הכי דע"כ לא הי' בשבת ושארי דברים שבקדושה הוא רק דרבנן שיהי' בעשרה שאינו דוחה העשה לעולם בהם תעבודו ומתרץ מצוה דרבים שאני שאף מצוה דרבנן של רבים דחי לדאורייתא וכדעת התוס' והרא"ש וק"ל:

בסוגיא דאוונכרי [סוכה דף למ"ד]

אמר להו רב הונא להנהו אוונכרי כי זבינתו אסא מכותים לא תגזזו אתון אלא לגזזהו אינהו ויהבי לכו מ"ט סתם כותים גזלי ארעתא נינהו [ופרש"י ושמא אותו קרקע מישראל הוי] וקרקע אינה נגזלת [ופרש"י כלומר אינה קנוי' לגזלן בשום יאוש דלעולם בחזקת בעלי' קיימי כו' והתולשו הוא גוזלו הילכך לגזזוה הן מהמחובר ויהי' הן הגזלנין ואתם לוקחין מהם והבעלים נתייאשו כבר מהפירות והוי יאוש אצלם ואח"כ משתנה מרשותו לרשותכם וקסבר יאוש גרידא לא קני וא"נ קני מהב"ע אם תחתכו אתם תהי' אתם גוזלים] הילכך לגזזוה אינהו דלהוי יאוש בידיהו ושינוי רשות בידייכו ס"ס כי גזזו אוונכרי להוי יאוש בידיהו ושינוי רשות בידן ל"צ בהושענא דאוונכרי גופייהו וליקני בשינוי מעשה כו' שינוי החוזר לברייתו הוא והקשה המהרש"א ע"ד רש"י מ"ש וא"נ קני מהב"ע א"כ מאי פריך הגמרא וליקני בשינוי מעשה הא י"ל דהוי מהב"ע:

ונ"ל לתרץ ובהקדם לפרש דברי רש"י הנ"ל. דהא היכא נוכל לומר דר"ה ס"ל דיאוש קני הא קאמר הגמ' בפירוש דלהוי יאוש בידיהו וש"ר בידכם ואי יאוש קני למה הוצרך כלל שינוי רשות דהא נקנה להכותים ביאוש לבד אלא ע"כ הפשט ברש"י וקסבר יאוש לא קני דר"ה ס"ל יאוש ל"ק כנשמע מדברי הגמ' הנ"ל ומ"ש רש"י וא"נ קני אינו בשיטות ר"ה רק אפי' למ"ד דיאוש קני ג"כ מהצורך לעשות כר"ה שלא לגזזו בעצמם כדי שלא יהי' מהב"ע ולפי"ז מיושב קושי' מהרש"א הנ"ל דהא לכאורה צ"ב לשון הגמ' לעיל דגזול ביו"ט שני פסול אמר ר"י משום רשב"י דהו"ל מהב"ע שנ' והבאתם גזול וגו' מה פסח ל"ל תקנה אף גזול ל"ל תקנתא ל"ש לפני יאוש ול"ש לאחר יאוש בשלמא לפני יאוש מכם אמר רחמנא ולאו דידי' אלא לאחר יאוש הא קני' יאוש אלא לאו משום דהו"ל מהב"ע ופרש"י בד"ה אף גזול ואע"ג דלעניין מקני אמרי' בב"ק דקני' ביאוש והו"ל דידי' כו' לשון זה מורה להדי' שדעת רש"י בשיטת ר"י בשם רשב"י דיאוש כדי קני ולא נחית לפי' התוס' שהקנייי' להקדש הוי ביאוש וש"ר וא"כ לכאורה אינו מדוקדק לשון הגמ' דכשהתחיל לומר אלא לאחר יאוש ע"כ כבר אסיק אדעתי' דיאוש כדי קני דאל"כ מה לי לפני יאוש או אח"כ דאם יאוש ל"ק קשה קושי' ראשונה מכם אמר רחמנא ולאו דידי'

כשאמר הגמ' אלא לאחר יאוש כבר אסיק דיאוש כדי קני ולמה האריך הגמ' שוב לומר הא קני ביאוש וכבר העיר ע"ז הפנ"י ובפרט ל"ל לרש"י להוסיף כדאמרי' בב"ק. הא ע"כ הוי אסיק אדעתי' דיאוש כדי קני כנ"ל אך נ"ל דהנה דין מהב"ע מצינו בשתי פנים אחד כשהמצוה והעבירה באים כאחד דהיינו בגזל והקדיש למ"ד יאוש כדי ל"ק דאין חלות הקניי' רק מחמת שינוי רשות דהקדש וכמ"ש התוס' בד"ה הא קני' ב' יש גוונא לומר דמהב"ע הוי אף כשהקני' באה קודם המצוה מ"מ הוי מהב"ע וי"ל דתלי' בפלוגתא אי יאוש קני או לא. דלמ"ד יאוש קני ועכ"ז גזול פסול דומי' דפסח אף לאחר יאוש ומטעם מהב"ע נשמע דאף שהקני' בא מקודם הוי מהב"ע ולמ"ד יאוש כדי לא קני י"ל דגזול דומי' דפסח או מקרבנו אף שעתה כשהקדיש יש שינוי רשות עכ"ז לא הוי קרבנו כיון דההקדש גורם הקני' אבל כשנקנה לו על ידי קנין אחר מקודם י"ל דלא הוי מהב"ע וא"כ א"ש דלכך אמר ר"י משום רשב"י אלא לאחר יאוש הא קני' ביאוש פירוש שהוא רוצה להוכיח דמהב"ע הוא אף שנקנה להגזלן מקודם ההקדש ולדין זה ליכא הוכחה רק אי סברינן דיאוש כדי קני וא"כ כבר קדמה הקני' להקדש לזה אמר הא קני' ביאוש כלומר הא באמת יאוש כדי קני ואעפ"כ נקרא מהב"ע מזה מוכח דאף היכא שקדמה הקני' להמצוה ג"כ מהב"ע הוא ולכך פסול לולב הגזול משום מהב"ע אף היכא שקנה הגזלן הלולב קודם עשיות המצוה אבל למ"ד יאוש כדי ל"ק י"ל דהיכא שקדמה הקני' ע"י יאוש וש"ר או שינוי מעשה קודם עשיות המצוה לא מיקרי מהב"ע דהא מדכתיב והבאת' וגו' דמיירי דמיירי אף לאחר יאוש לא נשמע דלהוי מהב"ע רק היכא דהיאוש והמצוה באים כאחד כעין גזל בהמה והקדישה דהא יאוש כדי ל"ק וצריכין לשינוי רשות דהקדש א"כ הקני' והמצוה באים כא' א"כ ר"ה שאמר להדי' כי היכא דלהוי ש"ר בידייכו דנשמע מדבריו שסובר יאוש כדי ל"ק וא"כ ליכא למילף מקרא דוהבאתם וגו' דמיקרי מהב"ע רק היכא שהקני' בעבירה עם המצוה באים כאחד לכך מקשה הגמ' שפיר לשיטתי' וליקנייהו בשינוי מעשה ומשום מהב"ע ליכא קפידא דהקי' יהי' קודם הנטילת לולב ביו"ט לשם מצוה ומ"ש רש"י דגם בכה"ג היכא שקדמה הקני' מיקרי מהב"ע הוא למ"ד יאוש כדי קני דלשיטה זו יש הוכחה מקרא דוהבאתם דגם בכה"ג מקרי מהב"ע ולז"כ רש"י וא"נ קני מהב"ע הוא כלומר אם נמי נתפוס שיטות הסובר דיאוש כדי קני מ"מ צריכין לעשות כדברי ר"ה דהא לפי שיטה זו דיאוש כדי קני גם בכה"ג מיקרי מהב"ע אבל לר"ה לשיטתי' שסובר דיאוש כדי ל"ק באמת לא הוי בבה"ג מהב"ע אבל לפי דברי הנ"ל יושאר לכאורה קושי' רשב"א על רש"י בגיטין דף נ"ה ע"א ד"ה שלא יהי' כהנים עצבים כו' שב ואל תעשה שאני ומקשה הרשב"א דאכתי קשה שיהי' כהנים עצבים

שאכלו חולין בעזרה ועברו בקום ועשה יעו"ש שמסיק שהטעם משום דהפקר ב"ד הפקר וליכא כלל עבירה ועלה על דעתי לתרץ שגם רש"י סובר טעמו של רשב"א משום הפקר ב"ד ואעפי"כ הוי מהב"ע כמו שמוכח מדברי התוס' שם שכתבו דהוי כשירי דמטללתא דעבדו בה רבנן תקנתא מפני השבים לא הוי מהב"ע משום שהקני' באה קודם המצוה הרי לולי סברא זו הי' נחשב מהב"ע אף שיש כאן דין הפקר ב"ד אין זה מוציאו מידי עבירה ולפי שיטת רש"י כאן בסוגי' דאף אי יאוש כדי קני שקדמה הקני' למצוה הוי ג"כ מהב"ע נשאר קושי' התו' מכשורי דמטללתא וצ"ל כתירוץ המובא בחדושי הריטב"א כאן דמהב"ע לא שייך אלא בדברים הבאים לרצות דהיינו קרבן ולולב משא"כ בסוכה שאינו לרצות ולפי"ז י"ל היכא שאין ריעותא בקרבן רק מצד מהב"ע אין הקרבן פסול לגמרי רק שאין עולה לבעלים לרצון [יעוין לשון רש"י בב"ק דף ס"ו ע"ב בד"ה ולא הגזול ובד"ה דגזל קרבן] ומעתה דברי רש"י הנ"ל א"ש דמקרבנו ולא הגזול נלמד דקרבן גזול אינו תופס קדושה כלל ומחמת תקנת חכמים שלא יהי' כהנים עצבים שאכלו חולין בעזרה ובכח הפקר ב"ד תפסה הקדושה והוי קרבן כשר ועכ"ז אינו עונה לבעלים לרצון כיון שהוא מהב"ע ובזה אין תועלת התקנה וההפקר ב"ד כנ"ל לשיטת רש"י דאף אם הקני' באה קודם המצוה הוי מהב"ע ולא עדיף דין קני' שע"י הפקר ב"ד מדין קניות יאוש למ"ד יאוש גרידא קני וכיון שכן עדיין נשאר הגזלן בחיוב קרבן שלו כי לא עלה לו לשם חובה וזה הוא קושי' רש"י האיך התנו הב"ד לעקור דבר מה"ת ולפטור את זה מחטאת שהוא חייב והוצרך לתרוצו ע"ז דשב ואל תעשה שאני ומיושב קושי' רשב"א הנ"ל דלענין עצבות הכהנים מצד אכילת חולין בעזרה שפיר מועיל הפקר ב"ד ורש"י לא נחית לתרוצו דשוא"ת רק לענין פטור הגזלן מקרבן חטאת כנ"ל:

אמנם לפי דברי הראשונים דסברת רש"י בסוכה דאף אם הקני' באה קודם המצוה הוי מהב"ע אינו רק למ"ד יאוש כדי קני אבל למ"ד יאוש כדי נ"ק לא מוכח מקרא דין מהב"ע רק היכא שהמצו' גורמת הקני' כמו בהקדיש קרבן גזול שלא נגמר הקני' מצד היאוש רק בשינוי רשות דהקדש א"כ לעולא שסובר דיאוש כדי ל"ק גם לשיטות רש"י לא מחשיב מהב"ע היכא שהקני' באה קודם. א"כ אי הפקר ב"ד הפקר לא הוי מהב"ע ולמה הוצרך רש"י לתרץ שוא"ת שאני דאף שסובר עולא דבכל מקום יאוש כדי קני מ"מ לפי דברי רש"י בד"ה לא קני שכ' בזה"ל לענין הקרבה ואפי' שמעינן שנתייאשו הבעלים לא קרינן בי' קרבנו ע"כ מבואר שקנין היאוש לחודא אינו רק להדיוט אבל בהקדש אין קניות יאוש מוכח מקרא ואף אם רש"י סובר כשיטות ר"ת שם דמ"מ הוי בהקדש דין קני' מצד יאוש ושינוי רשות. רק פסולו משום מהב"ע אין הוכחה לדין מהב"ע רק היכא שההקדש

גרמה הקני' וכנ"ל וצ"ל דרש"י סובר דאף אם הפקר ב"ד הפקר מ"מ כיון דלפי דברי רבא דמסיק שם מסתברא משעת הקדישה הוי ג"כ גמר הקני' רק מצד ההקדש דהא לא קם ברשותו רק משעת ההקדש ומיקרי מהב"ע ובזה א"ש האיבעי' דרבא שהי' מסופק כי אוקמה רבנן ברשותי' משעת גניבה או משעת הקדישה כו'. שלכאורה אינו מובן מה"ת ס"ד דאוקמה ברשותי' אף מקודם שהקדישה וכבר העיר ע"ז הרשב"א בחידושיו ומתרץ בדוחק דס"ד שהי' מן הדין לומר שלא יעמידוה ברשותי' לחצאין ע"ש ותירוץ זה אינו רק לשיטת הסוברים דלעולא העמידוהו ברשותי' אף בלא יאוש כלל אמנם לפי דעת רוב המפרשים דלעולא ג"כ לא הי' תקנת חכמים רק אחר יאוש לא שייך הסברא דלא העמידוהו ברשותי' לחצאין דהא איכא סברא פשוטה לומר שלא העמדוהו ברשותי' רק משעת הקדש דאז איכא יאוש ושינוי רשות אבל ביאוש לחודא לא העמדיהו ברשותי' אבל לפי דברי הנ"ל ניחא דלפי האמת שלא העמדיהו ברשותי' רק משעת הקדש הוי מהב"ע שההקדש גורם הקני' בכח הפקר ב"ד ואין לפטור את הגזלן מקרבן חטאת רק בעקירת דבר תורה בשוא"ת אבל אם הי' קם ברשותי' למפרע כבר משעת הגניבה לא הוי מהב"ע דהוי כקדמה הקני' להקדש ולזה הי' רבא מסופק דלמא לא רצו לעקור ד"ת אף בשוא"ת ולכך העמדיהו ברשותי' משעת הגניבה ובכח הפקר ב"ד ואין כאן מהב"ע כי איגלאי למפרע שקדמה הקני' להקדש ואין צריכין לעקור ד"ת אח"כ הדר אמר מסתברא כו' שלא יהי' חוטא נשכר ומשום זה לא רצו להעמיד ברשותי' משעת גניבה רק משעת ההקדש ופטורו מהקרבן והוא מדין עקירה בשוא"ת כמש"כ רש"י הנ"ל א"כ שפיר יש לפרש דברי רש"י בסוכה הנ"ל כמ"ש לעיל ומיושב קושי' מהרש"א כנ"ל:

אך מלשון רש"י וא"נ בוא"ו וכו' וגם ממ"ש אח"ז בזה"ל אם אתם תחתכוהו מן המחובר כו' מבואר שכוונת רש"י כאלו דברים אלו המה לפרש דברי רב הונא. לכן נ"ל להוסיף עוד בביאור כוונתו דהנה הרמב"ן ובס' יראים ובסמ"ג מפרשים דר"ה לא חשש רק על גזל נכרי ומפרשים סתם כותים גזלי ארעתא נינהו היינו שדות של עכו"ם שכיניהם דלא שייך מהב"ע ואין החשש רק משום דלא הוי לכם דאף דגזל עכו"ם מותר מ"מ לא הוי של הנגזל אמנם מלשון רש"י ד"ה מ"ט סתם כו' נראה שהיה לפניו הגי' סתם כותים גזלי ארעתא מישראל נינהו והיה קשה לרש"י למה הוצרך ר"ה לומר שגזלי ארעתא דישראל הא אפילו לא חשידי רק אגזל מנכרי ג"כ מהצורך שהגזיזה תהיה ע"י כותים המוכרים כדי שיהיה יאוש ושינוי רשות דאל"כ לא מיקרי לכם. וצ"ל דר"ה אמר כן לרווחא דמילתא דאף אם האוונכרי לא יודו לדבריו בדין צורך יאוש וש"ר ויתפסו שיטות הסוברים דיאוש כדי קני מ"מ לא יהיה רשאין לקצץ בעצמם מחשש מהב"ע וממ"נ יהיו עליהם לעשות

כדברי ר"ה. אם סוברים כמ"ד יאוש כדי קני הרי צריכין לסבור דמהב"ע שייך אף היכא שהקני' נגמרת קודם עשיות המצוה ואם יודו לדעתו דבעינן יאוש וש"ר ולשיטה זו י"ל דלא שייך דין מהב"ע היכא שהקני' קודם עשיות המצוה מ"מ הרי מוכרחים שתהא הגזיזה על ידי הכותים כדי שיהיה אח"כ שימי רשות ביד האוונכרי. ומעתה מיושב היטב לשון רש"י במ"ש וא"נ כו' אם אתם תחתכו שזה הכל לפרש דברי ר"ה לישב מה שהוסיף בדבריו ואמר גזלני ארעתא דישראל שהיה כוונתו להכריחם בדרך ממ"נ שיעשו כאשר צוה עליהם אבל לר"ה לשיטתיה שסובר דיאוש כדי ל"ק לא הוי מהב"ע בכה"ג שהקניה קודם המצוה ולכך מקשה הגמ' שפיר לשיטתיה וליקני' בשנוי מעשה כו'

אמנם עדיין קשה דילמא אף דלשיטתיה ליכא הוכחה מקרא דבגוונא כזה שייך ג"כ מהב"ע מ"מ אפשר סובר דין מהב"ע מדרבנן ולכך צוה שיחתכו הכותים אמנם יש לדחות בפשיטות דאף דסתם כותים גזלי ארעתא מ"מ אין ודאי שהשדה זו שלוקחין ממנה האסא הוא גזולה וכן מבואר בדברי הקדמונים א"כ אי מהב"ע אינו רק מדרבנן לא היה לחוש בספיקא כדין ספיקא דרבנן:

ולפום רהיטא עלה עוד בלבי דרך פלפול עד לעיון ליישב קושי' מהרש"א הנ"ל מה שמקשה על קושי' הגמ' וליקניהו בשינוי מעשה דהא מ"מ לא יצאו משום דהוי מהב"ע ומיושב בזה גם קושי' התוס' על תירוץ הגמ' דהא אף שינוי דהדרא קונה מדרבנן דהנה אי' בתוס' מס' יבמות דף ס"ח ד"ה רישא מקשים ספק בן ט' האיך פוסל בביאתו דנוקמי' אחזקה קמייתא דהוי פחות מבן ט' כו' ומתרצים בזה"ל וי"ל דהכא כגון דהשתא דאתי קמן הוי וודאי בן תשעה אעפ"י שהי' ספק כשבא עלי' לא מוקמינן לי' אחזקה קמייתא אלא אזלינן בפר השתא שהוא ודאי בן ט' דחזקה קמייתא איתרע לי' עכ"ל: מבואר מדבריהם שאף בגוונא שהחזקה דהשתא בא מחמת דבר חדש: דהא מה שהוא עתה בודאי בן ט' נתחדש מחמת הוספת זמן מ"מ דנין בחזקה דהשתא אלמפרע שאף בעת הספק הי' כבר בן ט' שנים. ובאמת דברי התוס' צע"ג כי לא מצינן אלא בחזקה דמעיקרא שמחזקינן מאיסור לאיסור והיכא שהספק נולד בעוד הי' חזקת איסור הראשון ויעוין בתוס' כתובות דף ע"ה ע"ב ד"ה ספק טמא. עוד קשה הא בכ"מ אזלינן בתר חזקה קמייתא וכבר האריכו בזה הפנ"י בסוגיא דנכתב ביום כו' על דברי התוס' שם ובט"ז יו"ד ונקה"כ סי' וכבה האריך מהרי"ט בח"א סי' מ"א ונ"א לפלפל על דברי התוס' הנ"ל ביבמות אכ"מ] עכ"פ יש מקום לומר לפ"ד התוס' הנ"ל דהיכא שקונה אדם דבר ויש ספק בשעת קני' אם קנה או לא וטרם בואו לפנינו עשה קנין אחר המועיל בודאי דנין עפ"י חזקה דהשתא אלמפרע שהי' כבר שלו בקני' הראשונה ועכ"פ י"ל כן היכא שהספק

הראשון לא הצמיח לשעתו לא איסור ולא היתר ולא הי' אז צד נפקותא באותו ספק רק בזמן שכבר נתחדש עכ"פ הקני' השני' יש נפקותא בספק זה כמו הכא גבי אסא דמספקינן לענין מהב"ע אם יכולין לצאת י"ח באסא בחג הסוכות שלא הי' שום נפקותא כלל בספק זה קודם החג וא"כ כשמתחדש עוד קני' גמורה קודם החג ובעת שבאין לדון על הספק דהיינו בחג עצמו כבר מבורר לפנינו שעכ"פ עתה קנוי' לו האסא יש להחזיק מצד חזקה דהשתא לומר דמחזקינן למפרע שכבר קנה האסא מעת שבא לידו מיד המוכר וא"כ א"ש קושי' הגמ' וליקניהו בשינוי מעשה וכיון דכי אתי לקמן ידעינן בבירור חזקה דהשתא שהאסא קנוי' לו נוכל להחזיק מצד חזקה דהשתא שכבר הי' קנוי לו מתחילת לקיחתו מן הנכרי ודוחין בזה ספק חשש מהב"ע וע"ז מתרץ הגמ' שפיר דהוי שינוי דהדרא ותו ל"ק קושי' התוס' דהא אף בזה יש קנין דרבנן די"ל דמחזקה דהשתא שאינו אלא מצד קנין דרבנן א"א לומר חזקה למפרע לומר שכבר הי' קנוי לזה בקנין דאורייתא ונשאר הספק דלמא נגזל מישראל:

ובדרך מרווח יותר נ"ל לתרץ קושי' התוס' מה שהקשו דהא אף שינוי דהדרא קונה מדרבנן וגם מ"ש מההוא סבתא דמשמע לקמן גבי סוכה דנפיק אע"ג דלא קני אלא מטעם מריש יעו"ש ונ"ל לתרץ בהקדם מה שיש להקשות עוד לפי דברי רש"י במס' תמורה דף ו' ע"ב ד"ה ושינוי קונה דלפי האמת למ"ד כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני אין שינוי קונה בגזילה מדאורייתא וצ"ל דבכ"מ דמצינו דשינוי קונ אינו אלא מדרבנן למאן דסבר כל מילתא כו' לא מהני א"כ מאי מקשה הגמ' כאן וליקני' בשינוי מעשה הא י"ל דר"ה סובר כרבא דכל מילתא דא"ר לא תעביד אי עביד לא מהני ואין שינוי קונה רק מדרבנן וכיון דמדאורייתא לא קני לא נפיק הכא. ונ"ל לתרץ דהנה ידוע שיש מבוכה בכ"מ שאינו קנוי' אלא מדרבנן אי מחשיב כדאורייתא יעוין במל"מ פ"ז מהלכות תרומות ובמק"א הרחבתי דברים בזה לישב כמה סתירות שיש בענין זה דלפעמים מצינו שמחמת הקנין דרבנן חשיב כדאורייתא ובכמה מקומות נראה להיפך וכנראה גם כאן מדברי התוס' הנ"ל והעליתי דהיכא שעשו הרבנן תקנתם בכח הפקר ב"ד הפקר הוי כדאורייתא ממש וכן מבואר מדברי חדושי הריטב"א במס' ב"מ דף מ"ח ע"א שמשיג על דברי רש"י שם ד"ה קאי באבל שכ' אבל מעות לא קני מדאורייתא ונ"מ לענין איסורא כגון אם קידש בו את האשה לר"י הוי קידושין דמדאורייתא קני ודידי' הוא לר"ל לא הוי קדושין ע"כ וכ' הריטב"א דאף לר"י לא הוי קדושין דהפקר ב"ד הפקר והוי כדאורייתא ובכוונת דברי רש"י שם העליתי דרש"י סובר שלא נעשית תקנה זו מצד הפקר ב"ד וסמוכין לזה מדברי רש"י בגיטין דף ל"ז ל"ו ע"ב ד"ה רבא אמר מ"ש דבדבר

שבממון אין כאן עקירות דבר מה"ת במקום סייג וגדר דהפקר ב"ד בממון הפקר ע"כ הרי שסברת רש"י דהפקר ב"ד אינו רק היכא שעושין כן לסייג וגדר לדאורייתא משא"כ בתקנה דמעות אינו קונה משום גזירה שמא יאמרו נשרפו חיטך בעליה דאין זה מצד סייג וגדר לדאורייתא רק דרך תקנה לטובת הלוקחים ובענין הנ"ל יש אריכות פלפול בא"ע סי' כ"ט יעו"ש בב"ש ס"ק ו' דלמ"ד יאוש אינו קונה אלא מדרבנן אי הוי קדושי מדאורייתא מחמת הפקר ב"ד או לא ודעת הרבינו ירוחם דבמעמד שלשתן כיון שקנין מעמ"ש אינו אלא מדרבנן ליכא אלא קדושי דרבנן וגבי קניות ארבע אמות של אדם מבואר מדברי הר"ן דהוי קדושי דאורייתא מטעם דהפקר ב"ד והוי הד' אמות שהאשה עומדת אצלם כחצירה מדאורייתא לענין קדושין וגירושין ונ"ל לחלק בפשיטות דרק בקנין ד' אמות י"ל דהוי החצר שלה מדאורייתא בכח הפקר ב"ד דבידם להפקיר זכות של כל אחד מבאי עולם ולהקנות להאשה דלהוי לשעתה כחצירה וממילא מתקדשת בקדושי דאורייתא וכן מתגרשת מדאורייתא בכסף קדושין או בגט שבאו בתוך הד' אמות שהמה כחצירה מדאורייתא אבל במעמ"ש א"א לומר שישיב לדאורייתא מצד הפקר ב"ד דהא אי זכייתה בדמי החוב לא יהי' רק מצד הפקר ב"ד שהב"ד מפקירין המעות ומקנין לה הרי הוא כאלו לא קבלה כלל כסף קדושין מיד המקדש רק מן ההפקר ודמי לרואה דבר הפקר מונח ואין ביד האשה לזכות בההפקר בלתי השתדלותו ואומר לה התקדשי לי בזה ואפעול שתזכה באותו דבר של ההפקר דאינה מקודשת היכא דלא אמר בההיא הנאה רק קידשה בעצמות ההפקר כיון שאין דמי הקדושין שלו רק שבמציעותו זוכתה בחפץ המופקר ע"כ א"ש דברי הרבינו ירוחם מה שפסק דבמעמ"ש לא הוי אלא קדושי דרבנן:

שוב מצאתי בס' מקור חיים סי' תמ"ח דף ל"ב שנחית למקצת מדברי אלה ולא לכולם [יעוין בחדושי רשב"א לקידושין דף מ"ב ע"א ד"ה מהא דאמרי' כו' וק"ל כו' גבי חצי עבד וחב"ח וברמב"ם פ"ה מהלכות לולב ד"י ויעו"ש בכ"מ מה שמביא שם בשם הר"ן לסוכה ויעוין בר"ן לאלפסי בגיטין פ' התקבל בשמעתא דשלש מדות בקטן מש"כ בד"ה צרור וזרקו ובהרא"ש לקידושין דף י"ט ועוד בהרבה מקומו' אשר לא יכילם היריע' כי אבחר דברי לפורטם] סוף דבר נשמע דהיכא דשייך בתקנתא דרבנן הפקר ב"ד הוי כדאורייתא והיכא שלא עשו תקנתם מצד הפקר ב"ד לא הוי כדאורייתא ופשוט לומר דהיכא שתקנתם אינו רק בשוא"ת או כדבר הדומה לדאורייתא דבכה"ג בכח רבנן לעשות תקנה נגד דאורייתא כמבואר ביבמות דף צ' לא הצריכו בתקנתם שיהי' בכח הפקר ב"ד כי אף בלא הפקר ב"ד יכולים הם לתקן תקנתם ואינם כעוקרים דבר מה"ת וכיון שכן

שלא הוצרכו לתקנת הללו להפקיר הממון י"ל דאינו שב להיות כדאורייתא ובזה א"ש שיטת הסוברים דלמ"ד יאוש אינו קונה אלא מדרבנן המקדש בגזל אחר יאוש דאינה מקודשת אלא מדרבנן דהא דיאוש קונה אינו כעקירות דבר מה"ת דהוי כדבר הדומה בדאורייתא דהא יש קנין בדאורייתא דגבי אבידה גם ביאוש דגזילה איכא לתא דהפקר רק דאינו הפקר גמור כמ"ש התוס' בב"ק דף ס"ו ע"א ד"ה כיון דעכ"פ הוי כדבר הדומה בדאורייתא דהא הפקר גמור קונה אף מדאורייתא ולא הוצרכו חז"ל לתקנה זו לעשותה בהפקר ב"ד רק דרך תקנה שמועיל היאוש כמו יאוש והפקר שקונה מדאורייתא עוד י"ל אף אי לא הי' מיקרי דבר הדומה בדאורייתא מ"מ הי' ביד חז"ל לעשות תקנה זו בלא הפקר ב"ד לשיטות הסוברים דמ"ע והשיב את הגזילה מתקיימת אף כשאינו משיב את עצמות הגזילה רק דמים (כאשר כן הוא דעת התוס' במכות דף ט"ז ע"א ד"ה התם) דליכא בתקנה זו שתקנו שהגזלן יקנה ביאוש ולא יצטרך רק לשלם דמיו עקירות דבר מה"ת כ"א בשוא"ת ובשוא"ת הכח ביד חכמים לתקן נגד דאורייתא וא"צ להפקר ב"ד ולכך אינה שבה תקנה זו להיות כדאורייתא כי לא הפקירו בהפקר ב"ד:

אמנם לפ"ד הרמ"ה שמובא שם בריטב"א למכות שמבואר שדעתו שמ"ע דוהשיב את הגזילה הוא רק בהחזרת הגזילה עצמה שגזל ואינו יוצא קיום חיוב מ"ע זו כשאינו משיב גוף הגזילה רק דמים נראה פשוט לומר בתקנת קנין יאוש בגזילה הוי כעקירות דבר מה"ת בקום ועשה דכיון שאינו משיב את הגזילה וזוכה בה לעצמו ואינו משלם רק דמים הוי מדאורייתא כלא קיים מצות השבה ועדיין רבוע עליו דלא תגזול שבאה ע"י מעשה דאינה נעקרת רק בקיום העשה דהשבה מעלי' בהשבת גוף הגזילה בעינה ולא בתשלום דמים וכשזוכה בקנין יאוש מדרבנן בגוף הגזילה ואינו מחזיר רק דמים ולא ניתק ממנו מדאורייתא הלאו שעבר והוי תק"ח בזה עקירת דבר מה"ת בקום ועשה ואין לדחות דעתה שכבר גזול אין במניעות השבתה רק שוא"ת ז"א דמ"מ מיקרי ביטול בקום ועשה כיון שבאה הגזילה במעשה ובידו לנתק הלאו מעיקרו בקיום העשה כדת של תורה רק מצד תק"ח מחזיק בדבר הגזול ואינו מקיים העשה ואינו משלם רק דמים ותשלומי הדמים לא מיקרי השבה לנתק הלאו מעיקרו וגדולה מזה למידין מדברי התוס' ביבמות דף צ' ע"ב ד"ה כולהו נמי שכתבו דבלבישת כלאים דמניעת הפשוטה מעליו מיקרי כביטול בקום ועשה כיון שהאיסור בא מעת הלבישה דהוי מעשה יעו"ש מכ"ש הכא שהגזילה בא ע"י מעשה ואם הי' משיב גוף הגזילה הי' מנוקה למפרע מעבירות הלאו והוא אינו משיב רק משלם דמים הוי כעקירה במעשה אמנם עכ"ז א"צ לומר דקנין יאוש מדרבנן נעשית בהפקר ב"ד דהא כבר הקדמנו דקנין יאוש מקרי דבר הדומה

לדאורייתא ובדבר הדומה בדאורייתא יש כח ביד חכמים לתקן אף בעקירה בקום ועשה ובלי הפקר ב"ד:

ועתה אציעה עוד לשון הרמב"ם ברפ"א דגזילה שכ' בזה"ל כל הגוזל את חבירו ש"פ עובר בל"ת שנ' לא תגזול ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב נתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנ' והשיב וגו' אשר גזל זהו מצות עשה ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמים וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו עכ"ל ולכאורה אינו מובן למה הרכיב הרמב"ם ב' טעמים מצד ניתק לעשה ומחמת שאינו לוקה ומשלם ולהבין כוונתו אקדים המבואר ברש"י סנהדרין דף ע"ב ע"א ד"ה אבל נטל לא דהיכא שהגניבה בעין וכל היכי דאיתא דמרייהו נינהו לא מיקרי תשלומין דפקדון בעלמא נינהו ואף דקיים לי' בדרבה מיני' מ"מ חייב להחזיר דלא מיקרי מת ומשלם רק היכא שאין הגניבה בעין ואין לחייבו בתשלומין משא"כ כשאין שם תשלומין רק החזרת חפץ שגנבו כל היכא דאיתא הוא של בעלים דבכה"ג לא מיקרי מת ומשלם ולפי"ז י"ל דהרמב"ם סובר ג"כ כשיטת הרמ"ה הנ"ל דאין הלאו דגזילה מנותק רק כשמקיים העשה דהשבת גוף הגזילה בעינה כדכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל ואם אין הגזילה בעין רק משלם דמים אינו מקיים העשה ולא ניתק ממנו הלאו רק דעכ"ז אי אפשר לחייבו אף בכה"ג מלקות על לאו דגזילה שאף שאינו מקיים העשה ואין הלאו מנותק מ"מ הרי חייב בתשלומין ואין אדם לוקה ומשלם א"כ לפי"ז מיפטר ממלקות ממ"נ אם משיב הגזילה בעינא אף דלא מיקרי תשלומין רק כהשבת פקדון ולא שייך בזה דין אין אדם לוקה ומשלם אין לחייבו מלקות דהא מנתק הלאו בקיום העשה דוהשיב וגו' אשר גזל ואם אין הגזילה בעין דא"א לקיים העשה ואין הלאו מנותק עכ"פ נפטר ממלקות מדין אין אדם לוקה ומשלם ובזה מדוקדקים ומזוקקים דברי הרמב"ם מרישא לסיפא מתחלה כ' ואין לוקין על לאו זה שהרי הכתוב ניתקו לעשה שאם גזל חייב להחזיר שנ' והשיב את הגזילה אשר גזל דין זה הוא במשיב גוף הגזילה שבזה מנתק הלאו ואח"כ כ' ואפילו שרף הגזילה אינו לוקה כלומר אף כששרף ותו אינו בקיום השבה והלאו אינו מנותק ואין לפוטרו מטעם ניתק לעשה מ"מ אינו לוקה שהרי הוא חייב לשלם דמים וכל לאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו הרי בררנו שדעת הרמב"ם כדעת הרמ"ה הנ"ל ולפי שיטה זו בכל תק"ח שתקנו שיה' להגזלן קני' דרבנן בגזילה שגזל ולא יצטרך רק לשלם דמים הוי כעקירת דבר מה"ת בקום ועשה דמצד מניעת השבת הגזילה עצמה נשאר בעבירה שעבר על או דגזילה במעשה רק שאעפ"כ בלא הפקר ב"ד הי' ביד חז"ל לעשות תקנה כזו בדבר הדומה לדאורייתא דהיינו בקנין יאוש בגזילה שיש דומה לו בדאורייתא

כנ"ל וכן בקנין שינוי בגזילה למ"ד דשינוי דלא הדרא הוא קנין דאורייתא הי' ביד חכמים לתקן דאף שינוי דהדרא יקנה ולא יצטרך להשיב את גוף הגזילה דכאן דיש צד קנין שינוי דאורייתא דהיינו בשינוי דלא הדרא ממילא הוי תקנת קנין דרבנן בשינוי דהדרא בדבר הדומה בדאורייתא. ובכה"ג הי' ביד חכמים לתקן אף בלא הפקר ב"ד וכיון שכן בכה"ג אף שקונה מדרבנן אינו שבה הקני' להיות כקנין דאורייתא דבאפס הפקר ב"ד לא ישוב קנין דרבנן להיות קנין מדאורייתא וא"ש תירוץ הגמ' שינוי החוזר לברייתו לא שמי' שינוי וכפירוש התוס' דאף שקונה מדרבנן כיון דמדאורייתא לא קני לא נפיק חיוב מצות אסא דאורייתא אבל גבי תקנת מריש דליכא שום שינוי ולא שום דבר שיהי' נקרא דבר הדומה מדאורייתא ומצד מניעות החזרת המריש עצמו אלא דמי' הוי כעקירת דבר מה"ת בקום ועשה ע"כ הוצרכו חז"ל לעשות תקנה זו בכח הפקר ב"ד הפקר וכיון שכן הוי הקנין דרבנן שע"י תקנה זו כקנין דאורייתא ממש ויוצאים על ידה אף מצוה דאורייתא ומיושב קושי' תוס' הנ"ל דשאני תקנת מריש שיסודה ע"כ לא הי' רק מכח הפקר ב"ד ע"כ שבה כדאורייתא משא"כ תקנת הקנין דרבנן בשינוי דהדרא לברייתו שלא נצרכה להיות נעשה בהפקר ב"ד רק מחמת שיש בזה דבר הדומה בדאורייתא דהיינו שינוי דלא הדרא ע"כ הי' הכח לחז"ל לעשות תקנת קנין בשינוי דהדרא אמנם זה לא א"ש רק למ"ד שסובר דשינוי דלא הדרא הוי קנין דאורייתא אבל אם נאמר דליכא כלל מדאורייתא שום קנין שינוי בגזילה וכל עיקרה אינו אלא מדרבנן דא"כ דאין בקנין שינוי דבר הדומה מדאורייתא קשה האיך הי' כח ביד חז"ל לעשות תקנה לעקור דבר מה"ת בקום ועשה וע"כ נצרך לומר שעשו תקנה זו בהפקר ב"ד הפקר וא"כ הרי שבה להיות כדאורייתא ויכולין לצאת אף מצוה דאורייתא ולמה אמר ר"ה להנהו אוונכרי דליגזזו אינהו כו' הא אף אם יגזזו בעצמו ויקנו רק בתק"ח בדין שינוי יצאו ג"כ ידי חובת מצות אסא גם מדאורייתא כיון שתקנה זו ג"כ בכח הפקר ב"ד הפקר והוי כדאורייתא ומיושב מה שהקשיתי לעיל דדלמא ר"ה סובר כמ"ד כל מלתא דא"ר כו' אי עביד לא מהני ואין קנין שינוי כלל מדאורייתא דאדרבא אם אין כלל שם קנין שינוי בגזילה מדאורייתא רק מדרבנן שהם המציאו ותקנו קנין זה באפס הדומה לו מדאורייתא ובכח הפקר ב"ד הרי הוא כדאורייתא ומקשה הגמ' שפיר ולקני' בשינוי מעשה וע"ז מתרץ הגמ' שינוי החוזר לברייתו לא שמי' שינוי וא"ש גם למ"ד דמ"מ קונה מדרבנן דכיון דבאינו חוזר לברייתו יש קנין דאורייתא הוי תק"ח בשינוי החוזר לברייתו ככל תק"ח בדבר הדומה מדאורייתא והי' כח בידם לעשות תקנה כזו אף בעקירת דבר מה"ת בקום ועשה ובלא הפקר ב"ד וכיון שלא הפקירו הי' רק קנין דרבנן ואינו שב להיות כדאורייתא ולא הי'

יוצאין י"ח מצות אסא דמדאוריית' משא"כ בתקנת מריש שלא הי' מציאות תקנה זו כ"א בהפקר ב"ד ולכך הוי כדאורייתא:

ובדברי הנ"ל ישבתי דברי רש"י בעירובין דף ס"ב ע"א ד"ה לא ניתן להשבון שכ' בזה"ל דגבי ישראל כתיב והשיב אבל בעכו"ם לא כתיב השבה הלכך ב"נ כיון שעבר נהרג ואינו משלם עכ"ל ומקשים בתוס' בזה"ל ועוד דאפילו בישראל אי הוי בעין חייב להחזיר ולא אמרינן קלב"מ כדמוכח בפ' בן סורר דף ע"ב גבי בא במחתרת כו' יעו"ש ומלבד זה דברי רש"י הנ"ל צריכין ביאור דהתחלת דבריו מורים דלכך ב"נ פטור משום דלא כתיב בי' השבה ובסיום דבריו כ' משום דנהרג אינו משלם אמנם לפי דברי הקדומים י"ל שסובר רש"י דאף דלא כתיב השבה גבי ב"נ והי' אפשר לומר דב"נ שגזל דאי עביד מהני דז"א רק לפוטרו מהשבת הדבר שגזל אבל עכ"ז אין סברא לפוטרו אף מדמי הגזילה וסמך לזה מסוגיא דתמורה דף וא"ו דמקשה והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגוזל עצים ועשאן כלים כו' משלם כשעת הגזילה תיובתא דרבא אבל לאביי א"ש משום דסובר אי עביד מהני וקשה דא"כ דמהני ליפטר נמי מחיוב דמים א"ו צ"ל דאף אי עביד מהני ואינו בחיוב מצות השבה מ"מ אין סברא שיופטר אף מלשלם דמים ודי שיהני לזכות בדבר הגזול אם נעשה בו שינוי שלא יצטרך רק לשלם דמי' וכשאינו משנה החיוב להשיב הגזילה עצמה מדכתיב והשיב את הגזילה לפי"ז י"ל דאף בב"נ דלא כתיב גבי' והשיב לא ממעטינן אותו רק מחיוב השבת גוף הגזילה ועכ"ז י"ל שמ"מ מחויב ועומד בתשלומי דמי הגזילה כמו בגזלן ישראל היכא שקנאה בשינוי אף שאינו בחיוב השבה עליו לשלם דמי הגזילה אמנם לפ"ד רש"י דשייך בב"נ דין קלב"מ גם בתשלומין א"א לחייבו דאין אדם מת ומשלם משא"כ בישראל דנאמר גבי מצות השבה דאם הגניבה בעין אף בבא במחתרת דהוי כחייבי מיתות מ"מ לא מיפטר משום קלב"מ דבהחזרת הגניבה בעין לא מיקרי תשלומין רק השבה וגם לאו דגניבה מיקרי ניתק לעשה כנ"ל והשתא מדוקדקים דברי רש"י הנ"ל אבל בעכו"ם לא כתיב השבה ר"ל הרי אין עליו חיוב השבת הגזילה בעינה ואין לדון רק בתשלומין דמים ומזה יש לפוטרו בדין קלב"מ לכן מסיים רש"י הלכך כיון שעבר נהרג ואינו משלם כלומר כיון שעכ"פ ליתא בחיוב השבה ממילא אין בתשלומי דמים דקלב"מ פוטר מחיוב תשלומין ותו ל"ק מסוגיא דמחתרת דמיירי בגנב ישראל שמחויב בהשבת גוף החפץ שגנב דלא מיקרי תשלומין רק השבה דלא שייך בה פטור דקלב"מ כסברת רש"י שם בסוגיא דמחתרת:

(מחמת שדברי המחבר כאן הוא מענין סוגי' דאוונכרי ע"כ הצגתיו כאן)

(חולין דף קל"ד)

כי אתי רב דימי אמר רמי לי' ר"ל לר' יוחנן תנן ספק פטור כו' ורמינהו חורי] הנמלים כו' א"ל תקניטני שבלשון יחיד אני שונה ונ"ל ליישב הלשון אל תקניטני כו' וכאשר אבאר דר"ל ידע לתרץ רומי' דידי' ורק לר' יוחנן לשיטתו אין מקום לתרץ ע"כ הקשה קושי' זו לר' יוחנן וכיון שהבין ר' יוחנן כן השיבו אל תקניטנו ועתה אבאר דבמס' חגיגה דף ד' אי' זכורך להוציא טמטום ואנדרוגינוס כו' בשלמא אנדרוגינוס איצטרך קרא אלא טמטום ספיקא הוא איצטרך קרא למעוטי ספיקא ומקשים בתוס' שם דאף ספיקא איצטריך למעוטי דס"ד דמספיקא יעלה לרגל ואי משום קרבן ראי' הרי יכול להביא על תנאי שאם תהי' נקבה תהי' עולת נדבה ומה שמתרצים שם בתוס' דלא יהי' בידו לעשות סמיכה מספק לא א"ש למ"ד דגם בעוף יוצאין לעולת ראי' וכן פסק הרמב"ם ובעוף ליכא סמיכה ויעוין בחדושי הר"ן לחולין דף כ"ב ע"ב ד"ה אלא אי אמרת שכ' בזה"ל ובהאי פירושא א"ש נמי מאי דאמרינן בריש חגיגה כו' אלא טומטום ספיקא הוא איצטרך קרא למעוטי ספיקא כלומר דלא פשיטא לן וודאי לא מייתינן עולת ראי' שמא יביא חולין בעזרה וכ"ת יתנדב ויבא על ספק לאו קושי' הוא שאין חיוב להתנדב בספק ראי' עכ"ל נראה מדבריו שכוונתו דלא אמרינן ספיקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא אלא בספיקא דאיסורין אבל בספק במ"ע שיש בו דרא דממונא ספיקא לקולא ולא מחייבינן בספק:

לפי"ז קשה מאי רומי' דר"ל מספק לקט לקט על מתני' ספק עד שלא נתגייר הא במתני' הוי רק ספק מ"ע אם חייב בנתינ' לכהן או לא אבל ספק איסורא ליכא משא"כ גבי לקט דאיכא ספק איסור לאו דאם בעל השדה מחזיק לעצמו לקט השייך לעניים עובר על לאו דלקט קצירך לא תלקט ועל כל חטה וחטה רבוע ספיקא דאיסורא דלא תלקט ובספק צריכים להחמיר:

וליישב קושי' זו אקדים ליישב עוד קושי' התוס' בר"פ לולב הגזול דלר' יוחנן דס"ל מהב"ע דאורייתא למה צריכים למעט אתרוג הגזול מלכם ת"ל דהו"ל מהב"ע ונראה דיש נ"מ גדולה במאי דממעטינן גזול מלכם ואציע לשון הגמ' שם אמר להו ר"ה להנהו אוונכרי כי זבניתו אסא מכותים לא תגזוזו אתון אלא לגזוהו אינהו ויהבי לכו מ"ט סתם כותים גזלי ארעתא נינהו כו' ומקשים הרבה מגדולים כיון דאיכא חשש איסור גזל למה הזהיר ר"ה דוקא בקניות אסא הרי צריכים ליזהר בכל זמן בלקיחות פירות מכותי שלא יגזוהו הלוקחים הישראלים ולמה לא הזהיר ר"ה אלא להנך דזבני אסא. ולחומר קושי' העלו כמה מחברים בספריהם דאף דסתם עכו"ם גזלי ארעתא נינהו לא הוי אלא מיעוט ורוב השדות שביד עכו"ם אינם גזולים ע"כ אין צריכים ליזהר אלא משום חביבותא דמצוה דאסא נחית ר"ה להחמיר כן תורף דבריהם והמה דחוקים ונ"ל לתרץ דבספר

הכריתות מבואר דכל קבוע שאינו ניכר מיבטל מדאורייתא ברוב אף בקבוע דשדה וע"כ מותר לזרוע בכל העולם אף דמסתמא יש במקום א' נחל איתן שנערף עגלה ערופה דקאי בלאו דלא יזרע יעו"ש אות קצ"ט היוצא מדבריו דלענין איסור היכא דלא ניכר בפ"ע שייך ביטול ברוב גם בקרקעות שמיעוט הקרקעות האיסורים נפקעו מאיסורייהו מצד ביטולם ברוב השדות של היתר והנה אי' בביצה דף ל"ח כי סליק ר"א אשכחי' לר' יוחנן כו' דיתבו וקאמרו אמאי ליבטל מים ומלח לגבי עיסה א"ל ר"א הרי שנתערב לו קב חטין בעשרה קבין של חבירו כו' א"ל מי קא מדמית איסורא לממונא איסורא בטל ממונא לא בטל ומפרש רש"י בזה"ל מי קא מדמית איסורא לאפסודי ממונא איסורא אמור רבנן לבטול ברובא אבל ממונא לא בטל מועט ברוב להיות קנוי ממון המועט לבעליו של מרובה ומתני' נמי לא קאמרינן דליפקע רוב ממונא אצל חברתה להפסיד אלא איסור תחומין שיש לה בה הוא דקשיא לן דליבטיל ע"כ הרי אף דלענין איסור אמרינן כיון דרובא דהיתירא מיבטל בטל האיסור מ"מ לענין ממון עצמו להפקיע שם בעלים הראשונים ממנו לא שייך ביטול ברוב דכל היכא דאיכא של בעלים הראשונים הוא:

לפי"ז י"ל דכן הוא הדין גם לענין איסור גזל בגוונא דלעיל דרוב שדות של עכו"ם המה אינם גזולים ומעוטם נגזלים דאם באנו לדון אם מותר לגזוז מאחד מהשדות דלמא גזילה הוא ועוברים על איסורא דלא תגזול הרי לענין איסור שייך ביטול ברוב אבל עכ"ז אין מועיל אותו ביטול שיהא נפקע שם בעלים הראשונים כדברי הגמ' הנ"ל הרי שנתערב קב חטים בעשרה קבים של חבירו וא"כ א"ש דבכל דבר הרשות שקונים מהנכרי משדות שברשותם אין לאסור שיגזז הקונה הישראל בעצמו מחשש דלמא פגע באיסור גזל דהא לפנין איסורא מועיל ביטול ברוב אבל בקניות אסא למצוה דבעינן שיהי' לכם ואם פוגעים באסא משדה הגזולה מישראל לא נעשית ביד הקונה שלו דהא לענין ממון עצמו לא שייך ביטול וכל היכי דל"ש ביטול דינו כקבוע והוי כמחצה על מחצה וליכא רובא כלל כן יש להוציא מדברי התוס' מהקדמונים בדיני קבוע אשר ע"כ תערובת דבר חשוב או חה"ל שאינו בטל מיקרי קבוע דרבנן והיכא דלא ניכר האיסור בפ"ע דלא מקרי קבוע הטעם כיון דלא ניכר מתבטל וממילא ליכא כלל קביעות איסור ובכל מקום שהוא של בעלים הראשונים לכך לא הזהיר ר"ה רק בקניות אסא לפי"ז מיושב קושי' התוס' הנ"ל דאף לר' יוחנן שסובר מהב"ע דאורייתא יש נ"מ במאי דממעטינן גזילה מלכם והיינו בגוונא הנ"ל היכי דיש רוב דליכא בי' איסור גזל שמופקע ע"י אותו הרוב איסורא דגזל גם מהמיעוט שנתערב בו וכנ"ל ולא הוי עבירה כלל וס"ד שמותר לצאת בו מצות נטילה

אבל מדאימעוט מלכם דבעינן דוקא שלכם גם בכה"ג אין יוצאין דלענין שיהי' שלו לא מהני ביטול דהוי כקבוע כנ"ל ולא שייך בו לכם:

והנה במרדכי פ' הזרוע דין תשל"ז אי' בזה"ל לענין שאלתות דשאלינא קדמך אמאי לא אזלינן ב"ר גבי חורי נמלים י"ל חדא כדמסיק הר"מ טעמא דכתיב עני ורש הצדיקו כו' ע"כ ולכאורה אינו מובן דמנ"ל ללמוד מעני ורש הצדיקו שאף ב"ר לא ניזיל דלמא לא אתי קרא אלא להצדיק את העני בספק השקול דאף דבכל ספק דממונא אמרינן קולא לנתבע גלי קרא דבספק מת"ע לזכות עניים. אבל מה"ת להמציא עוד דאף במקום רובא נזכה את העניים דבכה"ת אפילו באיסורים חמורים אזלינן ב"ר שוב מצאתי בס' ט"א באבני מלואים למס' ר"ה דף י"א שמתמה על דברי המרדכי מש"כ דמה"ת לא יועיל רוב ומחזיק דבריו בראי' דבמקום רובא לא אמרינן הך דינא דבספיקא לעניים ואפשר לומר דהמרדכי סובר כדברי הרא"ש שבאס"ז ב"מ דף ו' בסוגיא דקפץ א' לתוך המנוים דכל דפריש מרובא מקרי ספק רק התורה התירה ס' זה ולפי"ז א"ש לומר דכיון דגבי מת"ע גלי קרא להצדיק את העני בספק יש להצדיקו גם היכא דשייך לומר כל דפריש מרובא קא פריש ומקרי ספק ואף אם המרדכי לא נתכוין לזה כנראה למעיין בדבריו מ"מ הדברים בעצמם נכונים אמנם אכתי קשה לפי משמעות דברי רבינו ברוך בראשית תשובתו שם לרבינו משלם לדחות מה שהשיב לר"מ לעצמו דר"מ לשיטתו דחייש למיעוטא דחאו ר"ב דאף ר"מ מודה בביטול ברוב כו' יעו"ש נראה מזה דגם גבי ספק לקט שייך לומר כיון דרוב הקמה של בעה"ב י"ל דמיעוטא דלקט נתבטל ברובא של בעה"ב וא"כ קשה למה ספק לקט לקט אבל לפמ"ש א"ש דכיון שצריכים לזכות את העני הוי כמו שנתערב ממונו בממון בעלים דלא שייך ביטול ברוב לענין ממון דלא מיבטל ובכל חטה וחטה יש ספק דילמא של העני הוא והוי ספק לקט לכך שייך הכל לעניים. וכ"ז לענין הספק דררא דממונא דלא שייך בהו ביטול אבל לענין איסור לאו דלא תלקט בודאי שייך ביטול ברוב כמו בכל האיסורים וא"כ מיושב מה שהקשיתי לעיל ושפיר הקשה ר"ל לר"י לשיטתי' תנן ספק פטור ורמינהו כו' ואין לדחות דלמא שאני קמה דאית בי' ספק איסורא ז"א דאיסורא בודאי ליכא כלל דהא רובן של הזרעים שלקחו הנמלים הם של בעה"ב והרי מובטלים בהם מיעוט הזרעים של העניים לענין זה שלא יהי' שייך גבייהו איסור דלא תלקט ודמי לכל תערובת איסור יבש ביבש ברוב דמיבטל ומטעם דתלינן בכל חדא וחדא שהוא מרובא דהיתירא כמ"ש התוס' בבכורות דף כ"ג ע"א ד"ה נבלה בטלה בשחוטה כ' בזה"ל דלענין אכילה כל משהו ומשהו שנכנס בתוך בית הבליעה קמא קמא בטל ברוב היתר כו' יעו"ש וה"ה הכא דאם הי' הבעה"ב לוקח החיטים לעצמו לא הי' פוגע

בספק איסור דלא תלקט דבכל חטה וחטה שלוקח י"ל דבטל ברוב ומופקע מאיסורא דלא תלקט ואין מקום לזכות לעני רק מצד דרא דממונא דבממון לא שייך ביטול והוי רק ספק השקול וספק לקט לקט א"כ ה"ה גבי ספק מתנות כהונה והקשה ר"ל שפיר לר"י ולשיטתי' דוקא דלדידי' מוכרח לומר סברא זו וכמו שכתבתי:

וסמך לדברי הנ"ל מדברי התוס' מעילה דף כ"א ע"ב ד"ה פרוטה של הקדש שמבואר מדבריהם דהיכא שנפל פרוטה של הקדש בתוך רוב פרוטות של חולין פטור מקרבן ספק מעילות שאיסור מעילה נפקע ע"י ביטול ברובא דחולין אף דהתם איכא תערובות ממון הרי דאף דאין הביטול מועיל בממון מ"מ איסור שבו בטל וממילא יוצא ההקדש לחולין ע"י ביטול ברוב והסברא נותנת דאיסור גזל בממון דהדיוט שוה לאיסור מעילה בממון דהקדש וכשם שלענין איסור מעילה שייך ביטול ברוב כ"כ לענין איסור לאו דלא תגזול והיכא שנתערב ממונו של א' ברובא דממון של אחר אף דלא נפקעו שם הבעלים של מועט הממון מחמת תערובתו ברוב מ"מ בכל חד וחד ליכא ספק איסורא דגזל ודרך כלל יש זכות לכ"א בתערובות לפי חלקו. הא דבספק לקט שייך הכל לעניים מבואר מתוך דברי הירושלמי סוף פ"ד דפיאה דמיתורא דקרא ילפינן בין מדידך בין מדידי' הב לי' ע"כ יעו"ש ויעוין בשו"ת מהרי"ט ח"א סי' ה' בסוף התשובה ובמל"מ ש דמעילה ה"ו ויעוין בפליתי סי' ק' ס"ק א':

ודע דמ"ש לעיל דבתערובת מועט ממון של א' ברובא דממון של אחר כיון דלא שייך בזה ביטול הוי כספק השקול ודינו כקבוע דלא אזלינן בי' ב"ר [יעויין ברשב"א חולין דף צ' סד"ה ובנמצא הלך אחר הרוב] תלי בענין גדול במחלוקת הקדמונים בכגון זה מקור הדברים בשו"ת מהרי"ל סי' ק"צ מובא בש"כ חו"מ סי' רצ"ב ס"ק כ"ח על דברי הרמ"א שם ובשו"ת תשב"ץ ח"ב סי' רע"ב מ"ש בסוף דיבור והדרך השני כו' בשם הרמב"ן והנ"י ר"פ הבית והעלי' ובתוי"ט ובשו"ת הר"ן סי' יו"ד אמנם אף לדעת הסוברים דגם בתערובת ממון של ב' בני אדם שייך כל דפריש מרובא פריש מ"מ היכא דפריש לפנינו ובפרט ע"י ישראל כ"ע מודים דלא שייך כל דפריש וכמו שכן הדין בתערובות איסורים וא"כ היכא שהישראל הלוקח אסא מעכו"ם אף דרובן שדות עכו"ם אינם גזולי' כיון דמיעוטן גזולים אף דלענין איסור גזילה העליתי דאין לחוש לפ"ד הספר הכריתות דאף בשדה היכא דלא ניכר האיסור בפ"ע ברוב מ"מ לענין לצאת ידי חובת מצוה בנטילת אסא דהספק הוא דאם אותו השדה גזולה הוא לא מיקרי לכם הוי כספק השקול ולכ"ע לא שייך כל דפריש בגוונא דהפרישה לפנינו ובפרט היכא שהישראל בעצמו הוא הגוזז ויעוין בקצה"ח סימן

הנ"ל א"כ נכון הוא מש"כ לעיל בישוב קושי' התוס' דלר"י ל"ל למעט מלכם ת"ל דהוי מהב"ע דשייך להיכא דשייך ביטול דלא הוי מהב"ע עכ"ז ממועט מלכם כנ"ל:

חדושי מסכת כתובות

בסוגיא דר' נחוניא בן הקנה הי' עושה את יוה"כ כשבת לתשלומין [דף למ"ד ע"ב]

תוס' ד"ה ולאביי כו' ה"נ הוי מצי לאקשוי' אמתניתין דכ"ש דף ל"א דקתני פטור מן התשלומין לפי מאי דמוקי לה כרנב"ה. ולכאורה קשה לי הא גם לפי האמת נשאר קושי' הגמ' על המשנה שם דהתרוצים בסוגי' דכאן לא יכונו לתרץ בהם המשנה דתרומת חמץ דתני בה פטור מן התשלומין ומדמי עצים הרי לא מיירי במשקה. ודחוי תרוצו דר"פ דמוקי כאן במשקין של תרומה וכדאקומתא דתחב לו חבירו עד דלא מצי לאהדורי כ"א ע"י הדחק דאימאס מלאכול א"א לתרץ שם דאף דאימאס מאכילה מ"מ אמאי פטור מדמי עצים שאם הוי מהדר הי' ראוי להסקה כדאי' ביומא דף פ"א זר שבלע שיזופין של תרומה והקיאן ואכלן אחר כו' שני אינו משלם אלא דמי עצים לראשון. הרי אף שכבר בלע בליעה גמורה והקיא עדיין חזי להסקה ואעפי"כ שייך מדלעסי' קני' דהא אף שנראה שבדבר שאינו עומד אלא לשרפה אין הלעיסה שינוי מ"מ הקני' מצד שמונח בפיו דהוי כהגבהה וכן מפורש באס"ז והנה הפ"י כתב לתרץ קושי' התוס' הנ"ל בזה"ל דאמתניתין לא מצי לאקשוי' כיון דמתניתין איירי בשוגג דתרומה א"כ איכא לאוקמי דאיירי שהוא שוגג וקסבר שהם של חולין שלו וא"כ לא שייך לומר דקני' בהגבהתו כיון שהוא שוגג ולא נתכוון לקנותו כו' ולא שייך לומר נמי כיון דגזלי' ע"כ קאי ברשותו לענין אחריות שאם תשרף יתחייב באחריותו דמה"ת הא לאו גזלן הוא כיון שהוא שוגג. ובהדי' אמרי' לקמן דף ל"ד כסבורים של אביהן הוא וטבחה אין משלמין אלא דמי בשר בזול וה"נ דכוותי' משא"כ כאן לאביי דאיירי במזיד מקשה שפיר עכ"ל:

אמנם לכאורה יש לדחות תרוצו דאכתי קשה למה נחית הגמרא לתרץ דמיירי בתחב לו עד בית הבליעה שהוא דוחק וכמ"ש רש"י בעצמו ד"ה משקים של תרומה כו' וכי לא משכחת גם במזיד בתרומה שהי' סבור שהוא תרומה שלו שקנה מכהן או ירש מאבי אמו כהן וכדומה. עוד קשה דהא לפ"ד התוס' ד"ה זר בשוגג דבתרומה דתשלומי' כפרה לא שייך קלב"מ וחייב אף כשהזיד על החמץ והא דכתיב התם במזיד ע"כ כשהי' מזיד על התרומה עוד ק"ל דבלא"ה ג"כ משכחת על סגנון גוונא הנ"ל דבתה"ד סי' שי"ז והובא בחו"מ סי' רמ"ו אי' דבאומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם כיון שלא אמר והפטר ומקשה

שם הש"ך דהא לפ"ד הגמ' בב"ק דף צ"ג ע"א ומובא בחוה"מ סי' ש"פ באומר לחבירו קרע שיראין שלי והפטר דפטור אף בדאתי לידי' בתורת שמירה אבל בלא אתי לידי' בתורת שמירה רק לקרוע אף כשלא אמר לי' והפטר פטור הקורע א"כ גם באכול עמי מהראוי שיופטר מתשלומין אף כשלא אמר לי' והפטר דהא לא אתי תחילה לידי' בתורת שמירה ומתרץ בקצה"ח דשאני הכא באכילה שהאוכל נהנה ולא גרע מהיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות שמחייב בעל השדה לשלם רק שידו על העליונה וכוונתו דבאומר אכול אף שהאוכל עושה הכל ברשות של בעל האוכל הרי גרם לו בעל האוכל הנאת האכילה ויש לו לתבוע בעד אותו ההנאה כאלו גרם לו הנאה אחרת במעותיו וכי גרע מאלו הוציא לטובתו שלא בידיעתו שצריך להחזיר שיעור הנאתו ושבחו אם הי' פחותה משיעור הוצאה היוצא מזה שבאומר לחבירו אכול עמי ולא אמר והפטר אין על האוכל חיוב רק דמי הנאתו הנגרם לו בממון חבירו שנתן לו מאכל משלו לפי"ז קשה דאכתי מה מקשה הגמ' מדאגבי' קני' דהא איכא נ"מ בין אביי ורבא היכא שכהן אמר לחבירו אכול עמי והוא הי' זר ואכל תרומה במזיד שבכה"ג שאכל ברשות חבירו אין לחייבו רק על הנאת האכילה וכנ"ל וכיון דקלב"מ מצד חיוב מיתה דתרומה מיפטר גם על ההנאה אבל מדאגבי' קני' לא שייך בכה"ג כיון דלא אגבי' דרך גניבה וגזילה וכל עשייתו בזה הי' ברצון חבירו וא"א לחייבו כלל רק על ההנאה דהיינו הנאת בליעה ואז בא גם חיוב המיתה אמנם לכאורה אינו די בתרוצו של קצה"ח הנ"ל דלפי דבריו לא הי' צריך לשלם רק בזול כפי כל תשלומי דמי הנאה ומדברי הש"ע ומתה"ד הנ"ל מבואר שצריך לשלם דמי כולן שמביא ראיה משבור את כדי וקרע את כסותי דחייב אע"פ שמותר לו לשבור עכ"ל התה"ד הרי שמדמי לקרע כסותי ועיקר ראייתו מזה. ויעוין בקצה"ח מה שדחק א"ע בזה:

ונ"ל מה שהחליט הפ"י הנ"ל דאם סובר שהוא שלו ליכא חיוב אונסין מיתלי תלי בפלוגתא שבין הקדמונים ואציע דברי חדושי רשב"א המובא באס"ז לקמן דף ל"ד ע"ב ד"ה משתמשי' בה כו' בזה"ל והראב"ד פירש מתה אינו חייבין באונסין דוקא בעומדת באגם ולא נשתמשו בה ולכך אין חייבין באונסין אבל היכא דרצו להשתמש בה כל ימי שאלתה והחזיקו בה כו' ומתה חייבים באונסין ומדחה הרשב"א דברי הראב"ד יעו"ש וכתב שם עוד בזה"ל ועוד דא"כ טבחוה ואכלוה אמאי משלמין דמי בשר בזול לשלמי דמי כולה דמי גרע אכלוה מנשתמשו בה ומתה לפי דברי הרב כו' עכ"ל ותורף דברי הרשב"א שם ושארי קדמונים דלכך פטורין היורשים מאונסין אף בנשתמשו בה דלא הוי לגבי בעל הפרה כשואלים דזכו בזכות השתמשות בירושה מאביהם ולא מכחו ולולא

סברא זו הי' לחייבם מדין שואל אף בלא שימוש רק כשטבחוה ואכלוה דזה הוי ג"כ שימוש: הרי מבואר מדברי הרשב"א דאף בסבורים שהוא של אביהן מ"מ הי' להיות עליהם דין חיוב שואל לולא שמפני טעם הנ"ל אין לחייבם כלל מדין שאלה ממילא מוכח מזה כשאדם משמש בדבר של אחר אף בסובר שהוא שלו שאין עלי' דין גזלן מ"מ דין שואל עליו ממילא אף שלא הי' על דעתו להיות שואל כי סבר שהוא של עצמו מ"מ הנאת השימוש מחייבו כן דעת הרשב"א ממילא א"ש דברי התה"ד במה שמדמי לקרע כסותי כו' דמצריך לשלם דמי כולו משום דהוי כאתי לידי' בתורת שמירה דאף אם לא נחייבו רק בדמי הנאתו לבד ג"כ דין שואל עליו מעת שבא לידו וסמוכין לדברי מדברי הר"י שבתוס' ב"ק דף צ"ג ע"א ד"ה ורמינהו והנה בש"ך חו"מ סי' שמ"א ס"ק וא"ו איתא דלכך פוסק הרמב"ם והרי"ף וסמ"ג כלישנא קמא דרבא חולק אר' פפא וסובר שהחיוב בשואל משעת משיכה דהי' להם הוכחה לסתור לישנא בתרא דלפי לישנא בתרא צריכין לומר לפי פי' התוס' והקדמונים דלכך חייבין היתומים באכלוה היכא דהניח להם אביהם אחריות נכסים משום דאביהם פשע במה שלא הודיעם שאינו שלו והרי בב"ב דף ע' פוסק רבא בעצמו בשטר כיס שיצא על היתומים דאין גובין מהם אלא מחצה וטענינן פרוע על פלגא מלוה והא דלא אמר אביהם אימא מלאך המות הוא דאנסי' ממילא גם כאן אין להחשיב לפשיעה היוצא מזה דלישנא קמא עיקר דרבא סובר דשואל מחייב באונסין משעת שאלה וידוע שבחדושי רשב"א בסוגי' דידן סותר דברי רש"י לקמן בד"ה וקורע שיראין במ"ש וס"ל לרב אשי מיתה לזה וממון לזה פטור כו' דהא דברי רב אשי לאשכוחי נפקותא בין אביי ורבא ולרבא לשיטתי' שסובר דמיתה לזה ותשלומין לזה חייב ליכא נפקותא בזה גם המהרש"ל העיר בזה ובמהרש"א מיישב דגם לרבא יש נפקותא דרב אשי והיינו באכל תרומה של חבירו וקרע שיראין של האיש ההוא דהוי מיתה ותשלומין לאחד יעו"ש מעתה י"ל דל"ק קושי' הפנ"י הנ"ל דלמא מיירי בסבר שהוא שלו וכמו כן ל"ק קושי' שהקשיתי דילמא מיירי בהרשוהו לאכול משלו ולא אמר והפטר דבאמת בכה"ג אף דאין עליו חיוב מצד גניבה או גזילה מ"מ מתחייב באונסין מדין שואל והרי לרבא לפי דבריו במס' וסנהדרין דף ע"ב כל חיובו של גזלן באחריות ג"כ אינו רק משום דלא גרע משואל ויעו"ש במהרש"א ומיד כשלועס הוי השתמשות לצורך הנאתו ורמי' עלי' חיובא דאונסין מדין שואל אף אם סבר שהוא שלו ומקשה הגמ' שפיר מדאגבי' כו' ומדלעסה כו' אמנם כ"ז לשיטת רבא שסובר דשואל חייב משעת משיכה אבל שם בפסחים בסוגי' דתרומת חמץ שהאקומתא כרנב"ה הוא לאביי שסובר לפי דמים משלם ולדידי' י"ל שסובר כרב פפא דחיובו דשואל אינו אלא משעת אונסין

ומיפטר שם מצד קלב"מ בשעת בליעה ושפיר י"ל דמיירי שם בסבר שהוא שלו ולכך לא קשה שם הקושי' מדאגבי' קני' די"ל כתירוץ הפנ"י או כתרוצי הנ"ל והלעיסה אינה חשובה אונס אף לריה"ג שסובר שמותר בהנאה תרומת חמץ אינו עומד אלא לשריפה ולזה ראוי גם אחר הלעיסה כמו שמבואר מדברי הגמ' ביומא הנ"ל בלע שיזופין משא"כ בסוגי' דהכא דנחית לנפקותא אליבא דרבא:

והנה בדעת הראב"ד הנ"ל י"ל שגם הוא סובר כדברי הרשב"א דגם בסבר שהוא שלו דין שואל עליו מעת התחלות השתמשות ועכ"ז לא חש לקושי' הרשב"א מה שהקשה עליו מטבחוהו ואכלוהו דלחייבו מדין שואל די"ל דסובר כיון שאין דין שואל רק מצד שכל הנאה שלו ע"כ אינו אלא היכא שיש להשואל רווח בהנאת חנם אבל היכא שיהי' מוטל עליו לשלם הנאתו באכילה אין לזה דין שואל על ההשתמשות לצורך האכילה ולכך בטבחוהו ואכלוה א"א לחייבם מדין שואל דהא עליהם חיוב תשלום הנאת האכילה וכ"מ שמצינו דין שואל אינו רק כשיש לו הנאת חנם גם הגזלן וגנב שמחויב לפי דברי רבא בסנהדרין מדין שואל ג"כ הטעם משום דגזלן א"צ לשלם דמי השתמשות בגזילה כ"ז שהוא תחת ידו כמבואר בחו"מ סי' שס"ג סעיף ה' וכן נראה מדברי רש"י בב"מ דף מ"ג ע"א ד"ה ואי שואל כו' על שסמך עליהן להחליפן ולהשתכר כו' יעו"ש וא"כ יהי' ראי' מכאן לשיטות הרז"ה במאור בסנהדרין על סוגי' דמשנה דבא במחתרת אשר העלה דלכך אף בשיברן אחר שיצא ממחתרת פטור דכי אתי לידי' קונהו בדמים מהאי שעתא ולכי תבר להו ואע"ג דאי איתנייהו הדרי בעינייהו חומרא הוא דרמי רבנן עלי' דליהדר ממונא למרי' כיון דאיתא בעינא: והיינו דאמר רבא אבל נטל לא כו' יעו"ש מה שתמה עליו הרמב"ן במלחמות דהנה לפ"ד רבא שם דחיוב הגזלן אינו רק משום דלא גרע משואל צ"ל דאף לישנא בתרא דרבא מודה לרב פפא דאין חיובא דשואל רק משעת אונסין ומ"מ בגנב וגזלן החיוב בשעת הגניבה וכדמוכח בפירוש ממשנה דמגרר שהטעם דהא גם בשואל היכא שפשע מתחיל חיוב האונסין משעה שפשע בפשיעה הגורמת האונס והגניבה או הגזילה הוא הפשיעה לכך חיובו מדין שואל משעת הפשיעה במה שהגבי' לגנוב או לגזול ולכאורה זה נכון בגזילות חפיצים וכל דבר שעומד לשימוש או להשתכר בו אבל במגבי' דבר מאכל של חבירו ע"ד לאוכלו מיד כגוונא דרב חסדא דאשמעינן באוכל חלבו של חבירו דלא אמרי' הגבהה צורך אכילה וכשמחייבין אותו בתשלומין דמים על אכילתו הרי אין לו הנאת חנם ואיגלאי מילתא דמעיקרא לא הי' עליו שם שואל בהגבהתו ולמה אמרינן דמדאגבי' קני' דהכוונה כנ"ל לדעת רבא לענין חיוב אונסין משום דלא גרע משואל הא הוי כתרי הפכים בנושא א' דעי"ז שמחייבין

אותו לשלם דמי אכילתו איגלאי דלמפרע לא הי' בזה כשואל ולא נתחייב באונסין משעת הגבהה וממילא איכא לפטורי מחיוב האכילה משום קלב"מ וצ"ל או כדברי הרז"ה הנ"ל או דבאמת הלכה כרב נגד רבא וכל חיובו של גזלן וגנב משעת הגבהה אינו מדין שואל רק מצד קני' שיש לו משעת הגבהה בדבר שגנב וכן נ"ל מבואר שאחז רש"י שיטה זו בכמה מקומות שיש לגזלן דין קני' בגזילה בסוגי' דרבוצה חולין דף מ"ם ע"א ד"ה רבוצה יעו"ש בתוס' ובמס' ע"ז דף ע"ב ע"א ד"ה אמאי נהרג [וצע"ג בדבריו בב"ק דף ע' ע"ב בד"ה בדינא שכ' בזה"ל לומר החזיר שלקטת או תן לי מה שמכרת לי בדמיהן עכ"ל משמע מזה שסובר רש"י דאף התאני' שלקט ועודם בעין אינו מחויב להחזיר וז"א רק לשיטת רב ושם בסוגי' מוזכר רבא] ולכאורה נ"ל עוד ראי' לשיטות בעה"מ לפי מה שמפרש שם בסוגיא כדברי רש"י ותוס' דרבא בעצמו מודה דבשיברן אף שהיתה השבירה אחר שיצא ממחתרת פטור ויתיישב האלפסי שהשמיט כל הסוגי' שלא הביא דינו של רב ולא של רבא ואקדים קושי' אשר נבוכו בה רבים מהאחרונים דלפ"ד ר' יוחנן בפסחים דף כ"ח בסוגי' דאוכל חמץ של הקדש מעל וי"א לא מעל דאמר ר"י מאן יש אומרים רנב"ה. ולפי פי' רש"י ותו' שם דכיון דמפטר מקרן מטעם קלב"מ מיפטר מחומש ואשם א"כ איך מיושב המשנה דכריתות דף י"ג יש אוכל אכילה א' וחייב עלי' ארבעה חטאת ואשם א' ר"מ אומר אף אם היתה שבת והוציאה בפיו הא ר"מ ג"כ סובר דחייבי מיתות שוגגים פטורין מן התשלומין ופטור מצד חיוב מיתה משוגג דבשבת על קרן דהקדש ומיפטר גם מקרבן אשם מעילות הצל"ח על פסחים רוצה לתרץ דבכריתות מירי בדלעסי' ולעיסה הוי שינוי ומתחייב מיד בלעיסה בקרן וחומש ואשם מלבד שיש לעיין דבנותר שאינו עומד אלא לשריפה לא מיקרי שינוי בלעיסה ובלא"ה לדעתי דבריו צע"ג דהא לר' יוחנן אליבא דר"מ בקידושין דף י"ג וכדאי' גם בדף נ"ד אין הקדש יוצא מרשות הקדש אף במכירה בשוגג ודין מעילה אינו אלא באכילה שיכלה מן העולם אבל בעוד לא כלה אמרינן כל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא הוא [ובמזיד אף שמתחלל לד"מ ליכא קרבן מעילה כמפורש בירושלמי דקידושין ובפי'] א"כ ליכא לחייב אליבא דר"מ מצד הלעיסה ותירוצו השני שכתב דכיון דקלב"מ יש לפי דברי רבא בב"מ דף צ"א חיוב לצאת י"ש יש לחייב קרבן מעילה דלא שייך אם אין קרן אין קרבן דהא גם קרן חייב לצאת י"ש ומוציא עוד לומר דרנב"ה דפוטר מקרבן מעילה לשיטתי' שסובר שגם ח"כ פטורים מתשלומין הרי אף שעונש הכרת אינו רק בידי שמים מ"מ פוטר כ"כ מיפטר מלשלם אף לצאת י"ש משא"כ לדידן דסברינן דכרת אינו פוטר מפרשינן קרא דכדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו דקאי רק על הב"ד שאין להב"ד לחייב בב' רשעות אבל כשעונש א' בב"ד

ועונש א' בידי שמים לא מיפטר לכן בכל קלב"מ לא מפטר מהממון לצאת י"ש כן תורף דברי הצל"ח דפח"ח. אבל לא שת לבו לתרץ דהא רבא מוכיח דין זה דקלב"מ חייב לצאת י"ש מדין אתנן דאתנן אסרה תורה אפילו בבא על אמו ואם ר"י סובר כן ע"כ דאתי' לידי' ג"כ מאתנן קשה אליבא דר"י איך יתרץ רנב"ה מה שאסרה תורה אתנן אפי' בבא על אמו ולרנב"ה עוד יותר אלימא ההוכחה מאתנן דזונה מחייבי כריתות הוא ובא על אמו שהוא חייב מיתות ב"ד אינו מוכרח כ"כ שנאמר עליו דין אתנן וזה טעם של האמוראים שם בב"מ דלא נחתו לדברי רבא אבל לרנב"ה לכאורה יש הוכחה ברורה דחייבין בקלב"מ לצאת י"ש ונהפוך הוא לכאורה מדברי הצל"ח גם קשה לשיטות הפוסקים המובא באס"ז לב"מ דף צ"א ובחדושי הר"ן לסנהדרין דף ע"ב דליכא חיוב לצאת י"ש רק באתנן שחייב א"ע וכן בחוסם פרה אבל לא בגניבה וכדומה ועוד אדמה לחזק קושי' הנ"ל ואקדים סוגי' דגמ' מכות דף ט"ז ע"א אמר ר' יוחנן אין לנו אלא זאת ועוד אחרת לפי המסקנא שם בגמ' היינו שלוח הקן ופיאה [לאו הניתק לעשה שיהי' המלקות שלו תלוי בביטלו ולא בטלו] ומקשה הגמ' והאיכא גזל דרחמנא אמר לא תגזול והשיב את הגזילה וכו' ומשכחת לה בבטלו ולא בטלו כלומר כגון ששרף את הגזילה ומתרץ הגמ' התם כיון דחייב בתשלומין ואין לוקה ומשלם. והנה לכאורה צריכין להבין דהא משכחת גם בגזילה חיוב מלקות כגון באכל חלבו של חבירו במזיד ובהתראה שחייב מלקות כדין חייבי כריתות וגוונא דלא שייך מדאגבי' קני' דאין בזה דין תשלומין ורבצה בו גם חיוב מלקות אלאו דלא תגזול דלדידן אין ח"כ פוטר מתשלומין וכמו כן ממלקות ובמה יופטר ממלקות על עברו לאו דגזילה דאף כשרוצה לשלם כיון שאינו מחויב הוי כמתנה בעלמא וכדאי' בב"מ דף כ"ו ע"ב ואמר רבא ראה סלע שנפלה ונטלה לפני יאוש ע"מ לגוזלה עובר בכולן כו' ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב לי'. ומקשים בתוס' הא לאו דלא תגזול ניתק לעשה כו' ומתרצים דלא קאי אלא אלאו דלא תוכל להתעלם שעבר שלא החזיר קודם יאוש ומבואר כוונת' באס"ז שם בשם חדושי ריטב"א ושארי קדמונים דעשה דהשב תשיב גבי אבידה אינו מתקיים כשנוטלין אדעתי' שלא להחזיר כ"א כשמחזיר אח"כ קודם יאוש דעוד שם אבידה עליו משא"כ כשהמתין עד אחר היאוש דתו לא מיקרי אבדתו אבל לגבי גזל אינו מועיל היאוש דאף למ"ד יאוש כדי קני מתחייב בדמים ומקיים בזה העשה דוהשיב וכו' הרי היכא דליכא חיוב השבה אף שמחזיר לא מקיים העשה א"כ שפיר משכחת גם בגזילה שנתחייב מלקות אלאו דגזל וצ"ל דלא מני ר' יוחנן רק שלוח הקן ופיאה שבהם משכחת שיהי' המלקות בהם תלוי בבטלו ולא בטלו משא"כ בגזילה דעכ"פ דין בטלו ולא בטלו לא משכחת גבי' דאי בגוונא הנ"ל החיוב מלקות

עליו מיד ואין התחלות תקנה בקיום מה דאף אם נשלם מתנה בעלמא הוא אמנם לפי דברי רבא בסנהדרין דבקלב"מ כשהוא בעינא מחויב להחזיר וכשמשבר אח"כ פטור דחיוב העונש שעליו בשעת הגניבה פוטרו על השבורה אח"כ רק כשהוא בעין מחויב להחזיר קשה דא"כ אכתי משכחת גם בגזילה בטלו ולא בטלו וכגון שעבר בעת הגזילה על א' מח"כ בהתראה או חייבי לאווין כגון במגרר ויוצא ביוה"כ וכדומה דכ"ז שהגזילה בעינא יכול לקיים מצות השבה ומשכחת בטלו כגון ששרף אח"כ הגזילה או דשדינהו בנהרא דאין כאן רק דין תשלומין ומזה נפשר בקלב"מ שמשעת הגזילה וכיון דליכא עליו חיוב דמים אף אם משלם הוי כמתנה בעלמא ואינו מקיים בזה עשה דוהשיב ונשאר בחיוב המלקות אשר עליו מלאו דלא תגזול ואף אם נאמר דדין זה דשיברן אח"כ פטור מטעם דבדמים קננהו אינו רק בחייבי מיתות ולא בחייבי מלקות [יעוין בלשון הרז"ה שם בסנהדרין במ"ש דשאני דין רודף מדין גזלן] מ"מ אכתי משכחת בטלו ה באופן הנ"ל ושיהי' איבוד הגזילה באיסור חיוב מיתה כגון ששרפו בשבת וכדומה דאין כאן התחלות חיוב תשלומין מצד התחלות הגזילה לא הי' חיוב תשלומין דהא בעת הגזילה עבר אלאו אחר שיש בו מלקות שפטרו מחיוב ממון מכיסו ולא נשאר עליו אלא חיוב החזרת הדבר בעינא ובשריפתו אח"כ א"א לחייבו בתשלומי דמיו מדין מזיק דמיפטר מדין קלב"מ מצד עונש מיתה שיתחייב במעשה איבוד הגזילה בחילול שבת וכדומה ואמאי אמר ר"י אנו אין לנו אלא זאת ועוד אחרת והרי זה דומה לגוונא דבטלו בפיאה לרבנן דהוא כגון שטחנה ואפאה שמחויב המלקות ואין בידו להפקיע א"ע בתשלומין כיון דקנאה בשינוי ואין עליו עוד חיוב תשלומין אף כשנותן דמים לאו מידי עביד ורבצה עליו חיוב המלקות ואין לומר כיון דאף בקלב"מ חייב לצאת י"ש כדברי רבא הנ"ל בב"מ דף צ"א א"כ כשמשלם לא הוי כמתנה ומנתק בזה הלאו דאכתי קשה לשיטות הפוסקים הנ"ל המובאים באס"ז לב"מ דף הנ"ל דאין חוב לצאת י"ש רק דומי' דאתנן שהוא קבל על עצמו החיוב ואמרינן זיל הב לה מאי כו' משא"כ בגניבה ולפי דבריהם מיושבים בזה קושי' התוס' בסנהדרין דף ע"ה ע"א ד"ה לא קבלינהו דבכה"ג אף חיוב לצאת י"ש ליכא אמנם לכאורה צריכין להבין לשיטות רבא שסובר בתמורה דף ד' דכל מלתא דאמר רחמנא אי עביד לא מהני ומקשה שם בגמ' מגזל עצים ועשאן כלים דקנה ומשני דגלי קרא דכתיב אשם גזל כעין שגזל לפי"ז קשה לשיטות רב דבדמים קננהו וגם לרבא שסובר שיש לענין זה קני' ולהפטר כמשברן אח"כ מה"ת יהי' צד קנין ע"י איסור ולכאורה הי' אפשר לומר כיון דמדין חיוב אונסין שיש בגניבה כשיש לו דמים אתי' לה שיש להגנב צד קני' הוי גלי קרא אמנם לפי שיטות מהרי"ט בח"א סי' ס"ט והוכחה לזה

גם מב"ק דבאומר זרוק גניבתך לחצירי בשבת דקנה לי' חצירו אף שהי' המקח באיסור שבת ומובא גם בשעה"מ הלכות גירושין דכלל זה דכל מלתא דא"ר ל"ת לא מהני אינו אלא היכא דבמה דאמרינן לא מהני הוא תקנה שלא נעשית המעשה שהזהירה התורה אבל היכא דאף אם נאמר לא מהני לא פלטינן לה מאיסורא ואיסורא כדקאי קאי ולא פקע מיני' כמו בשוחט בשבת דאף אם נימא דאין השחיטה מתרת מ"מ נשאר חילול שבת דגם בנוחר יש חילול שבת ובכה"ג אמרינן אי עביד מהני ולשיטתם צריכין לומר הא דמקשה הגמ' מגזל עצים אף דהתם גם כשמהני אכתי השינוי בידו לנתק הלאו בתשלומי הדמים דעכ"ז עיקר חיוב השבה שתהי' בהחזרת גוף הגזילה וכדכתיב אשר גזל והי' מהראוי למ"ד לא מהני שלא יהי' כלל קני' בשינוי כדי שיקוים קרא דכתיב דאף שמחזיר הדמים לא מתקן האיסור שעשה במעשה השינוי שעי"ז קנאו והוצאה לגמרי מרשות הבעלים לפי"ז אין ראי' מהקני' שיש להגנב היכא שיש לו דמים דבקני' זו הן אם היא קני' או לא לא מיתלי כלל איסור הגניבה דאף שקונה קצת מ"מ עליו חיוב ההשבה ויכול בזה לנתק הלאו ואף אם לא יהי' לו כלל קני' כבר עבר על הלאו בלקיחתו דשם גניבה וגזילה הוא רק מצד הלקיחה אף שאינו קונה בו כלל כמ"ש התוס' בע"ז דף ע"א ע"ב ד"ה ואי ס"ד וכיון שאין עצמות האיסור תלוי בזה שפיר י"ל דאי עביד מהני אבל בבא במחתרת אליבא דרב שסובר בדמים קננהו וממילא נשאר באיסור הגניבה וליכא עוד תקנה בהשבה משא"כ כשהיינו אומרים שלית לי' בזה קני' הי' תקנה בהשבה להפקיע האיסור בכה"ג מהראוי לכאורה לומר דאי עביד לא מהני וכמו כן לרבא היכא דשברן אח"כ דאמרינן שהי' לו קני' מעיקרא לכשישברן יופטר מתשלומין קשה כנ"ל ומקום יש לומר דלמ"ד קיימו ולא קיימו ובפרט לשיטות רש"י במכות דף ט"ו ע"ב דצריך לקיים העשה תוך כדי דבור שהעבירה נגמרת ביד בעת העשי' י"ל בגוונא דלעיל דאי עביד מהני דאף אי לא מהני כלל כבר עבר על הלאו דגניבה ובפרט לפי הנשמע מדברי רש"י שם בד"ה הניחא דלמ"ד קיימו כו' אין העשה רק לפוטרן ממלקות אבל הלאו שעבר עבר וכן לשון רש"י בד"ה דהעשה ניתן תחת המלקות וא"ש דברי רב בבא במחתרת ונטלן כלים ויצא כיון שכבר עבר ומה שעשה עשוי ע"כ מהני ובלא"ה א"ש לפי מה דנראה מוכח לכאורה דרב סובר מב"מ לא בטל דאתי' מדם הפר ודם השעיר ע"כ סובר אי עביד מהני [ובסוף הקונטרס אבאר] אבל לשיטות ר' יוחנן שסובר בטלו ולא בטלו ואין גמר העבירה רק בעת שמבטל העשה ואם נאמר בגוונא דלעיל דלא מהני עדיין העבירה תלוי דיכול להשיב ומחמת שדנין שקנה בדמים לרב אף בעודם בעין ולרבא לכשישברן ולמפרע נגמר עבירות הלאו מהראוי לומר דלא להני יעוין בחולין דף קמ"א ע"א למ"ד

בטלו ולא בטלו כמה דלא שחטה לא עברי' ללאו ולמ"ד קיימו עברי' ללאו ואין לומר דשאני גזילה וגניבה דגלי קרא אשר גזל כמין שגזל דאי עביד מהני שלא יצטרך להשיב גוף הגזילה רק דמים ואף דגלוי זה אינו אלא בשינוי מעשה אפשר לומר דלמידין מזה דרך כלל דבגזילה וגניבה לא אמרינן דלא מהני וכסברא זו ראיתי באחרונים שהמציאו בסמך מדברי רשב"א בחידושיו לקידושין דף ס"ז ע"ב ד"ה מאי לומר דכיון דגלי קרא גבי קדושי אלמנה לכ"ג דאי עביד מהני אמרינן בכל מילי דקידושין אף שנעשו באיסורין אחרים דמהני והוא הטעם שאמרינן קדושין תופסין בחייבי לאוין כ"כ הי' אפשר לומר לענין דין גזל אבל גם זה יש לדחות לפי מה שפרשתי דברי הגמ' שם בתמורה דאיכא בינייהו בין אביי ורבא שינוי קונה דדברי הגמ' שם בתמורה בזה סתומים דאם נפרש כמבואר ברש"י דלרבא דסובר לא מהני אין שינוי קונה. קשה חדא דהא אין קני' דשינוי מוכח מקרא דאשר גזל שנית דהא רבא בעצמו סובר בב"ק דף צ"ג ע"ב דשינוי קונה וע"כ כתבו שאין זה מדברי רש"י רק מתלמיד טועה ואמרתי דהכוונה להיפך דבב"ק דף ס"ח ע"א כתבו התוס' שם בד"ה מה טביחה שדעת ר' אליעזר דשינוי הבא מאלי' אינה קונה רק השנוי שעושה הגזלן בידים ובארתי דלפמ"ש התוס' בתמורה דף ע"ב ד"ה רבא דלכך לא שייך בצורם אוזן בכור לומר דאי עביד לא מהני משום דמועיל מום בבכור אף כשיעשה מאליו ולא גרע הצורם מאלו נפל מום בעצמו דלפי"ז י"ל שלרבא דאף שנוי הבא מאלי' קונה דלשטתי' שסובר כל מלתא כו' לא מהני ומקרא דאשר גזל נשמע דשנוי קונה ומהכלל גדול בתורה דכל עוד שנוכל לומר בא' מדינים שאינו גזה"כ עלינו להחזיק כן ע"כ דעת רבא דגם שנוי הבא מאלי' קונה ותו לא הוי גזה"כ הדין שנוי שקונה שנלמד מאשר גזל דאף שעשה הגזלן בידים השנוי לא גרע מאלו נעשית מאלי' ואין זה נגד הדין דכל מלתא דאמר רחמנא ל"ת אי עביד לא מהני משא"כ כשנאמר דשנוי מאליו לא קנה רק כשעשה הגזלן בידים הרי גזה"כ דאי עביד יהני כאן אף שבשארי מצות רובם ככולם מלבד איזו דגלי בהו קרא והרי זה גזה"כ ולהיפך מהסברא דמה שעושה הגזלן בידים גרוע לענין קני' מאלו נעשית מאליו אבל לאביי שסובר דאי עביד מהני ואין גזה"כ בהקני' שיש בהגזילה ע"י שינוי י"ל דאין שינוי קונה אלא כשעשה הגזלן בעצמו השנוי אבל בנעשית מאליו ליכא קנין ושפיר יש נ"מ בין רבא לאביי בדין שנוי קונה והיינו בשנוי הבא מאליו דלרבא קונה ולאביי לא קנה

היוצא מדברי אלה כיון דלפי האמת הדין דאף שנוי הבא מאליו יקנה לא מצינו דגלי קרא בגזילה דין דאי עביד מהני דמשינוי ליכא ראי' דהא אף בנעשית מאליו גורמת הקני' וכנ"ל וא"כ נשאר קושייתי הנ"ל וצ"ל דרבא לשטתי' שסובר כמ"ד קיימו ולא

קיימו דהא מ"ד בטלו ולא בטלו ע"כ סובר דהתראת ספק שמי' התראה כדאיתא שם במכות ורבא סובר דלא שמי' התראה כדאיתא בחולין דף פ"א ע"א וכן פוסק הרמב"ם להלכה ולשיטה זו אף בליכא קני כבר עבר על הלאו וכן צ"ל בדברי רב או צ"ל כנ"ל דרב לשטתי' כמו שהוכחתי לעיל שסובר אי עביד מהני מעתה לפי"ז י"ל דבאמת לר"י לשטתי' שסובר בטלו ולא בטלו ולפי מה דאסיק הגמ' בתמורה דף ו' ע"ב שסובר ר"י כרבא דאי עביד לא מהני רק ברבית קצוצה גלי קרא יעו"ש ליכא למימר שיהי' לגנב וגזלן קני' אף בקלב"מ להיות פטור כשישברן משום דאי עביד לא מהני דאם יהי' קנוי לו לזה הרי גמר הלאו בשבירה באין תקנה עוד דאף שישלם הוי כמתנה בעלמא משא"כ כשאומרים דלא מהני וחייב בתשלומין דמועיל תשלומי הדמים ומיתלי תלי עבירות הלאו בגזילה ואף לשטות הרז"ה דמעיקר הדין הוא כרב דבדמים קננהו י"ל כנ"ל דלר' יוחנן לשטתי' מנוע הקני' מצד כל מלתא דא"ר כו' אי עביד לא מהני דאי הוי מהני הי' הלאו נגמר עי"ז באין תקנה עוד דאף לצאת י"ש אינו חייב לסברת הר"ן בחי' לסנהדרין סוגי' דמחתרת בשם רבינו דוד דלרב שסובר בדמים קננהו הוי שלו ממש וא"צ למחילות הבע"ד ואף אם משיב לו הוי כמתנה בעלמא. וי"ל דמטעם זה סובר ר"י דלא כרב ודלא כרבא ונוכל להמציא בזה דכ"ז הוא בגזילות דעלמא דלא מצינו בהם דגלי קרא שיהי' מהני אבל בהקדש דמיד שמעל בהקדש אף בעודו בעין דינו שיצא לחולין הרי גלי קרא דבהקדש אי עביד מהני ממילא י"ל היכא שמעל בהקדש והוא גם קלב"מ כמו באוכל חמץ הקדש אליבא דרנב"ה דאמרי בדמים קננהו מצד כרת דחמץ ומיפטר אף מתשלומי' הדמים מטעם כדי רשעתו ואף לצאת י"ש אינו חייב כסברת הר"ד הנ"ל ולכך א"א לחייבו עוד קרבן דאם אין קרן אין קרבן ולפי"ז תו ל"ק ממשנה דכריתות הנ"ל ר"מ אומר אף אם היתה שבת וכו' דר"מ לשטתי' שסובר כדאי' בקידושין דף נ"ה דהקדש במזיד מתחלל ובשוגג לא מתחלל ומחלק בסברא דלא מהני לאפקועי לחולין רק היכא דאכוון לאפקועי כדאי' שם בקידושין התם לא קא מכוון לאפקועי לחולין כו' יעו"ש הרי שסובר דמעילה בהקדש בשוגג ליכא הפקעה ולא מהני מעשיו אשר ע"כ לא שייך לדידי' דין קרבן מעילה רק באוכל הקדש וכדומה היכא שיכלה מן העולם אבל מצד מעשיו לא מהני לאפקועי ממילא א"א לומר לשטתי' שיהי' צד קני' בהקדש אף כשהוא קלב"מ ואף דעכ"ז מיפטר מתשלומי הקרן מדין כדי רשעתו מ"מ נשאר עליו חיוב לצאת י"ש ומקיים בזה דין תשלום הקרן. לכך מביא קרבן אשם מעילות וא"ש דברי ר"מ הנ"ל [ויעוין בתוס' תמורה דף ו' ע"ב ד"ה שאני התם שמחלקים לאביי בדין אי עביד בין היכא דמתכוון

לעבור וכעין החילוק הנ"ל אליבא דרמ בין שוגג למזיד דלא אמרינן אי עביד מהני רק כשמתכוון לעבור יעו"ש:

ועתה באתי לבאר מה שהערותי לעיל לבאר בסוף הקונטרס. דמתמורה דף ה' ע"ב והרי בכור דאמר רחמנא לא תפדה ותנן יש להם פדיון כו' חוץ מן הבכור ומן המעשר אלמא לא מהני אמר לך שאני התם דכתיב קדשיהם הם בהווייתן יהי' ולרבא האי הם ל"ל כו' לימד על בכור ומעשר שנתערב דמן בכל העולין שקריבין ע"ג המזבח ואביי האי סברא מנ"ל מולקח מדם הפר והלא דם הפר מרובה כו' ורבא התם מזה בפ"ע ומזה בפ"ע יעו"ש ור"י שסובר מב"מ לא בטיל יליף מדם הפר ותו ל"ל לימד על בכור ומעשר וע"כ הם אתי להורות שיהי' בהווייתן דהא אי עביד מהני ורבא לשיטתי' שסובר מב"מ בטל כפי שיטת התוס' בפסחים דף למ"ד ע"א. ובדברי הנ"ל י"ל לפי מאי דמשמע בב"מ דף צ"א דאביי מתרץ ה"מ ר"מ היא ורבא מתרץ בבא לצאת י"ש אתנן אסרה תורה כו' דאביי חולק בזה ארבא במה שסובר דבקלב"מ חייבים לצאת י"ש י"ל דאביי ורבא אזלו כ"א לשיטתי' דלרבא שסובר אי עביד לא מהני אין הפטור ממון בקלב"מ רק מצד שא"א להב"ד לעשות באדם ב' עונשין כדכתיב כדי רשעתו וגו' אבל אין צד קני' ופטור מצד הוספת האיסור שעשה לכך נשאר בחיובו לצאת י"ש אבל לאביי שסובר אי עביד מהני י"ל דחיוב דקלב"מ פוטרו לגמרי וקנה בזה ולכך אף לצאת י"ש ליכא. לכן צריך לאוקמי ברייתא דחוסם פי פרה ודש בה כר"מ דס"ל לוקה ומשלם אבל לדידן כיון דאיכא מלקות קנינהו ולפי הנ"ל דלדידן דפסקינן כר' יוחנן דבטלו ולא בטלו וכמ"ש הריטב"א למכות. דכך הלכה דהא פסקינן דהתראת ס' שמי' התראה. וגם פסקינן כרבא נגד אביי דאי עביד לא מהני א"א לומר שיהי' לגנב קני' למפטר ע"י כשמשברן אחר שיצא ממחתרת ולא מיפטר רק בשובר תוך המחתרת וזה נשמע כבר מדין הרודף ששובר כלים וכמ"ש המלחמות בסגנון תרוצי על האלפסי שפוסק כרבא: אמנם אכתי ליישב בזה שיטות האלפסי שמדבריו במכות שהי' לפניו הגמ' דר"י סובר קיימו ולא קיימי וכן הלכה בארתי הדברים במקום אחר:

[דף ל"ד ע"א] **תוספות** ד"ה מ"ט דרבנן לא בעי למימר דלא רשו או ותחת לרבות את השליח דלא ניחא לי' למימר דפליגי בשליח ע"כ ומקשים המפורשים דאיך אפשר לומר דטעמייהו דרבנן משום דלא ס"ל דין שליחות בטביחה ומכירה א"כ מאי ארי' בשוחט בשבת ולע"ג הא אף בחול פטור בטובח ע"י שליח. עוד יל"ד בלשון התוס' מש"כ דלא דרשו או ותחת למה הכחידו לשונם הדרש וטבחו ומכרו מה מכירה כו':

ונלע"ד בהקדם שבאלפסי פ"ב דקידושין אי' מנין ששלוחו של אדם כמותו דכתיב ושחטו אותו כל קהל כו' [וכן אי' ברבינו יונה ברכות סוף פ"ה] והקשה הר"ן הא אסוקי בגמ' דאין ללמוד מקדשים וילפי לה מקדשים וגירושין ונ"ל דבמהרי"ט לקידושין מפלפל גבי טביחה ומכירה אי מחייב גם בטבח ע"י קטן כיון דעכ"פ ע"י רצונו נעשית הטביחה או דאין לחייבו רק בטבח ע"י גדול ששייך בו דין שליחות יען"ש והנה יל"ד בלשון הגמ' רפ"ב דקידושין בתחלה בעי שליחות מנ"ל ואח"כ קאמר מנין ששלוחו ש"א כמותו וי"ל דמתרומה לא ידעינן רק שמועיל אף כשנעשה ע"י אחר מרצונו אבל שיהי' הטעם משום דשלוחו ש"א כמותו אין ראי' מתרומה די"ל דאינו כמותו ומ"מ מועיל הפרשת תרומה ע"י אחר כיון שנעשית ברצונו שהוא צוה לאחר לתרום עבורו אבל מושחטו שפיר ילפינן דשלוחו ש"א כמותו כיון דכתיב ושחטו אף שבאמת לא שחט בעצמו א"ו דשלוחו כמותו והוי כאלו הוא בעצמו שחטו ולכך כתיב אותו כל קהל עדת כו' וא"ש דברי האלפס דלענין שיהי' שלוחו של אדם כמותו צריכין למילף מקדשים אבל עיקר השליחות שפיר ילפינן מגירושין ותרומה רק שיהי' נדון כאלו עשה בעצמו ילפינן מקדשים ותו ליכא למיפרך מה לקדשים שכן רוב מעשיהם ע"י שליח דהא באמת גם בכה"ת ידעינן בלא"ה דין שליחות ואין אנו באין למילף מקדשים רק לענין כמותו והרי גם בפסח אינו כן אלא בשחיטת הקרבנות אבל לא בזריקה והקטרה וא"כ ליכא פירכא הנ"ל שכן רוב מעשיהן:

ודע שהמל"מ פ"ג מהלכות גניבה דין ו' מביא בשם הטור חו"מ סי' ש"ן שכ' בשם הרמב"ם עשה שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת כתב הרמב"ם שהוא חייב כו' עכ"ל ומשיג ע"ז המל"מ שמלשון הרמב"ם בהלכות גניבה במ"ש עשה לו שליח שישחוט לו בשבת ושחט לו השליח בשבת כו' נראה דאינו חייב בטביחה ע"י שליח כ"א היכא שלא נצטרף עמו איסור אחר בשליחות זה והיינו היכא דלא עשאו שליח כ"א להטביחה אבל היכא דעשאו שליח שישחוט בשבת דמלבד איסור הטביחה איכא איסור שבת ולגבי איסור שבת פשיטא דאין שלד"ע ה"נ לענין הטביחה לא נעשית השליחות כו' יעו"ש אמנם מדברי הרמב"ם לב"ק פרק מרובה שכ' להדי' בזה"ל כשיתן לזולתו שישחוט לו ביוה"כ כו' מבואר להדי' כדברי הטור בשם הרמב"ם ולא כדברי המל"מ אמנם י"ל דדין זה היכא שנתערב איסור אחר באותו שליחות אם יש חיוב דו"ה או לא מיתלי תלי בעיקר מוצא הדין בחיוב טביחה ומכירה ע"י אחר שלמ"ד דיליף מוטבחו ומכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר. נשמע מדרש זה דהחיוב בטביחה ע"י אחר משום דשלוחו של אדם כמותו דהא אף על טביחה ע"י אחר אמר קרא וטבחו שמשמעותו שהוא בעצמו טבחו א"ו משום דהוי שלוחו כמותו לכך נקרא וטבחו הרי דהחיוב הוא מחמת שנידן

כאלו שחטו בעצמו ממילא י"ל דז"א רק כשלא נתערב איסור אחר אבל כשנתערב איסור אחר ואין שליח לד"ע א"א למיחשב דהוי כאלו שחט בעצמו ויפטור מדו"ה דבכה"ג לא מיקרי וטבחו אבל למ"ד דחיוב טביחה ע"י אחר נפיק מאו כו' י"ל כסברת מהרי"ט הנ"ל שמחויב מצד שנשחט ע"י רצונו אבל לא משום דהוי כאלו הוא בעצמו עשה מעשה השחיטה דלא משום דשלוחו כמותו חייבו התורה בדו"ה רק משום שנשחט לרצונו ואף שנשחט ע"י קטן חייב הגנב בדו"ה א"כ אף כשנתערב איסור אחר מחויב הגנב דו"ה על הטביחה שנעשית לרצונו ע"י אחר וא"ש דברי הרמב"ם בפי' המשניות הנ"ל דביאר שם להדי' דהחיוב בדו"ה בשחיטה ע"י אחר נפיק ממלת או ולפי דרש זה אין הטעם משום דהוי כמותו ולכך אין לחלק בין אם נתערב איסור אחר או לא. מעתה מקום יש לקושי' התוס' הנ"ל די"ל דר"מ ורבנן פליגי בטובח ע"י אחר בשבת והיינו שאמר הגנב להשליח שישחוט לו בשבת והרי נתערב איסור שבת במעשה הטביחה וסובר ר"מ דאף בכה"ג חייב הגנב בדו"ה וע"כ סובר דיליף דחיוב בטביחה ע"י אחר מאו או מותחת. ורבנן דפטרו סוברים דהחיוב שטביחה ע"י אחר ילפינן מוטבחו או מכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר. הרי שהחיוב הוא משום דשלוחו של אדם כמותו ומיקרי וטבחו שהוא טבחו וזה אינו אלא כשלא נתערב עמו איסור אחר דהא אם יש איסור אחר ליכא למחייבו כאלו הוא בעצמו טבחו דהא בשאר איסורין לא שייך דין שליחות דאין שלד"ע ולכך פטרו רבנן מדו"ה בטובח ע"י אחר בשבת דהיינו כשאמר הגנב להשליח שישחוט בשבת ובזה מדיוק לשון התוס' במה שכתבו דלא בעי למימר דלא דרשו או ותחת כלומר אבל הדרש וטבחו או מכרו מה מכירה כו' סבירו להו ומודים שהטובח ע"י אחר בחול חייב דשלוחו של אדם כמותו בזה והוי וטבחו משא"כ כשנתערב איסור אחר ולכך פוטרם בטובח ע"י אחר בשבת ודיק:

בסוגיא דהאב זכאי בבתו [דף מ"ו ע"ב]

משנה האב זכאי בבתו בקדושי' בכסף כו' ובמעשה ידי' כו' גמ' בכסף מנלן אר"י א"ק ויצאה חנם כו'. ואימא לדידה השתא אביה מקבל קדושין דכתיב את בתי נתתי לאיש הזה ואימא ה"מ קטנה דלית לה יד ופי' רש"י אע"ג דגבי מוציא ש"ר מיירי בנערה. ה"ק את בתי נתתי בקטנותה ועתה נערה] כו' אלא מסתברא כו' במעשה ידי' מנלן מסתברא דאביה הוי דאי ס"ד לאו דאביה אלא הא דזכי רחמנא לאב למימרא לחופה היכא מצי מסר לה הא קמבטל לה ממעשה ידי' [פי' רש"י ד"ה הא דזכי רחמנא כדכתיב את בתי נתתי כל נתינות שבה במשמע] והקשה בתוס' ד"ה ואימא ה"מ קטנה הא לקטנה לא איצטרך קרא השתא זביני מזבין לה לה כסף קידושין מבעי' ומתרץ בתוס' דגבי מעשה

ידי' קאמר שפיר דכיון שיש לו כח למכור מעשה ידי' לאחר פשיטא שהם שלו אבל מה ענין קידושין אצל מכירה אע"ג דיכול אדון לייעדה בכסף קנייתה היינו משום דגזה"כ וכו' ועוד י"ל דאת בתי נתתי אינו מיותר ואיצטרך אפי' לקטנה דאב נאמן לאסור את בתו. עכ"ל התוס' אבל תירוץ הראשון לא א"ש לשיטת הרמב"ם דסובר מעות הראשונים לקדושין ניתנו גם תיחוץ האחרון דאיצטרך לאשמעינן דאב נאמן לאסור את בתו צ"ע דלפי דברי תוס' ישינים בדף כ"ב ע"א ד"ה מנין לאב כו' יעו"ש היינו צריכין לומר דגזה"כ הוא שיהי' האב נאמן על נערה שקידשה כבר כשהיתה קטנה אף שאין בידו לקדשה עתה והסוגי' בכ"מ דטפי עדיף לאוקמא קראי על דינים שאין בהם גזה"כ וא"כ יותר מסתבר לומר דהפסוק קאי גם על נערה ויהי' נאמן בלא גזה"כ:

גם הפנ"י לקידושין דף ג' מתפלא על קושי' הגמ' הנ"ל ואימא ה"מ קטנה דמה"ת לדחוקי הכי בקרא גם מתפלא הא מצד השכל אין לחלק לכאורה בדין מוציא ש"ר שהיא עתה נערה אימת אי בקטנותה ע"י אבי' או בנערותה ע"י עצמה לפי ס"ד דהשתא א"כ קשה איך אפשר לומר שכוונת הקרא שאב אומר שקידשה כשהיא קטנה. דהא באמת מוציא ש"ר שייך אף כשקידשה היא עצמה ולמה תפס הקרא דין במש"ר באומר האב נתתי את בתי כשהיתה קטנה ועוד קשה להבין דברי הרמב"ם פ"ג מהלכות אישות דיליף קדושי כסף כשהיא נערה שייך לאביו מאת בתי נתתי הא הגמ' מדחה זה דלא מצינו למילף מפסוק זה גם בתוס' ד"ה דזכי לי' רחמנא לאב מקשו על פי' רש"י דיליף מאת בתי נתתי. הא מפורש בגמ' דהקרא קאי על קטנה ולא על נערה:

ונלע"ד לתרץ הכל בפשיטות דבגמ' דף מ"ו ע"א אי' פלוגתא דראב"י ורבנן דרבנן סברו דדין מש"ר שייך בין בעל ובין לא בעל. וראב"י סובר דוקא כשבעל (ופוסק הרמב"ם כראב"י וכ' המ"מ הטעם דמשנת ראב"י קב ונקי ועוד דשני כתובי' אתי כוותי' יעו"ש מ"ש עוד) ומקשה שם בגמ' בשלמא לראב"י היינו דכתיב ופרשו השמלה וכ' בתוס' שם תימא דע"כ כשיש עדים שזינתה איירי דאי משום שלא ימצאו על השמלה דם בתולים אין להורגה א"כ מה תועלת יש בפרישות השמלה דלא מתכחשי עדים בשביל כך כשימצא דם על השמלה דיש לתלות שהנואף הטה. יעו"ש שמתרצים בדוחק ובאס"ז מביא בשם הרמב"ן שזהו משפט התור' דמוציא ש"ר צריך להיות שבדברי הבעל לבד יהי' הוצאת ש"ר. כי באמרו לא מצאתי לה בתולים בא לאוסרה ולהפסידה כתובתה וגם שיביא עדים לחייבה מיתה ובדבריו מיושב קושי' התוס' הנ"ל שפרישות השמלה הוא לברר שהוא הוציא ש"ר בחנם דלולא השמלה אף שמביא האב עדים להכחיש עידי הבעל מה שהעידו על זנותה עכ"ז יכול להיות שהאמת אתו שלא מצא לה בתולים ואין

פסול בהוצאת שיר זה רק במה שהביא עדים שקרני' לכך צריכין פרישת השמלה שיהי' מבורר שגם הוצאת ש"ר שלו יהיה שקר גם אי' ברמב"ן עה"ת פרשת תצא ובמורה ח"ג שקנס מאה כסף שהטילה התורה על מוציא ש"ר הוא עונש כפל בעד הכתובה שרוצה להפסידה ויעוין תוס' כתובות דף ל"ב ד"ה דאין לוקה מה שכתבו דמש"ר הוי חידוש יותר מעדים זוממין משום דלא איתעביד מעשה בדבורו אלא ע"י עדים ולפי דברי הרמב"ן גם בדבורו לבד איתעביד להפסידה כתובתה וכ' הרמב"ן דאף למ"ד כתובה דרבנן. מ"מ הי' המנהג ליתן כתובתה וכדכתיב בקרא כמוהר הבתולות והוא בא להפסידה:

והנה במכות דף ד' איתא מתני' מעידין אנו באיש פלוני שחייב לחבירו מאתים זוז ונמצאו זוממין לוקין ומשלמין ממון כו' דברי ר' מאיר וחכמים אומרים כל המשלם אינו לוקה שם גמ'. בשלמא לרבנן כדי רשעתו כתיב משום רשעה אחת כו' אלא לר"מ מ"ט אמר עולא גמר ממוציא ש"ר מה למוציא ש"ר שכן קנס. סבר לה כר"ע דאמר עדים זוממין קנס היא ע"כ ויעו"ש בתוס'. ובתוס' כתובות דף ל"ב ד"ה דאין לוקה כתבו בפירוש דלר"מ משו' בנין אב דמוציא ש"ר מוקי כדי רשעתו במיתה ומלקות ומפיק לקרא ממשמעותיו והיוצא מדבריהם דסובר ר"מ שאף באמת מפשטי' דקרא דכדי רשעתו הי' למעט גם ממון ומלקות מ"מ מדמצינו במש"ר דחייבה התורה בקנס ומלקות ממילא גם בעדים זוממין כן וכיון דכדי רשעתו בעדים זוממין ע"כ לא אתי על ממון ומלקות לכך אף במקום שאין קנס רק ממון גמור אמרינן ג"כ דלוקה ומשלם וכדי רשעתו לא אתי רק על מיתה ומלקות ורבנן סוברים כפשטי' דקרא. ומוציא ש"ר חידוש הוא דלוקה ומשלם ואין למידין ממנו היוצא מזה דלדידן צ"ל מש"ר חידוש הוא ולר"מ צריכין לאפוקי כדי רשעתו ממשמעותיו וע"כ שבקא לקרא דהוא דחיק ומוקי אנפשי' אבל בודאי אם הי' סברא לומר דכדי רשעתו הוא מורה בפשיטתו למעט גם ממון ומלקות ושלא יהי' מש"ר חידוש במה דלוקה ומשלם כי כן יהי' שורת הדין במש"ר אז בודאי לא דחיק אנפשי' לאוקמא הקרא במיתה ומלקות והי' מוקי בפשיטות על ממון ומלקות. כי לא דמי עדים זוממין למש"ר. ודאי נכון יותר להעמיד כן:

מעתה נלע"ד דלאותו ה"א דנערה תקדש נפשה יתכן לומר כן דדוקא במש"ר לוקה ומשלם ואעפי"כ לא הוי חידוש. דבסנהדרין דף ט' ע"ב אי' אמר רב יוסף הביא הבעל עדים שזינתה והביא האב עדים והזימם לעידי הבעל עידי הבעל נהרגין ואין משלמין ממון ובדף יו"ד ע"א שם ואמר רבא פ' בא על נערה המאורסה בתו של פ' והוזמו נהרגין ומשלמין ממון לזה ונפשות לזה. ומפרש רש"י שבאו להפסידה כתובתה מן האירוסין כו' ולא פליגי דרבא אדרב יוסף דאמר לעיל עידי הבעל נהרגין ואין משלמין

ממון דהתם כיון דניסת הנך תשלומי דכתובה דידה בעי מיהוי וכיון דעלה מיקטלי לא משלמין לה ממון אבל היכא דלא ניסת הנך תשלומי דממון דאב נינהו דכל שבח נעורים לאבי' והוי לי' ממון לזה לאב ונפשות לזה משום דבועל ונערה מיקטלי עכ"ל רש"י והא דבאמת כתובת נשואה שייך לה ולא לאבי' הוא משום דנשואין מפקה מרשות אב וכדאי' בפירוש המשנה בכתובות דף מ"ד דר"י סובר דכתובת נשואה לאביו דאזיל בתר כתובה. ור"מ ורבנן פליגי עליו ואי' שם במשנה אמרו לו אם משהשיאה אין לאביו רשות בה ובתוס' כתובות דף ל"ט ע"א ד"ה הואיל ונשואין מוציאין מרשות אב כתבו בזה"ל פי' הקונטרס דילפינן מהפרת נדרים ואע"ג דקי"ל דממון מאיסור' לא ילפינן הנ"מ כו' וריב"א פירוש כיון דגלי קרא דלאוקמא ברשות אב איסורא וממונא שוין ה"ה לאפוקי עכ"ל ולפי תירוץ הריב"א נראה לומר דלאותו ה"א דאין ביד האב לקדש נערה. והרי אין ממון ואיסור שוין דבהפרת נדרים יכול להפר כשהיא נערה ואין יכול האב לקדש כשהיא נערה לפי הה"א ממילא לא ילפינן עוד מנדרים דנשואין מפקי מרשות אב והכתובה כשיקדש אותה כשהיא קטנה שייך לאב והנשואין אינו מפקיע את הכתובה מרשות אב ואף שגדלה אח"כ מ"מ נשארה. תמיד הכתובה שייכה לאב וכאשר אבאר לקמן ול"ד לכתובת ארוסה דבבגרה שייך לה שאני כתובת ארוסה שאינה אלא מדרבנן לכ"ע דמוהר הבתולות כתיב [וכן מפורש בספר הפלאה והפנ"י שגג בזה. ויעוין בדבריהם על הסוגי' דף מ"ג] והי' כך תקנת חכמים שלא יהי' לאבי' כ"א כשיגרשה או נתאלמנה בנערותה אבל בכתובת נשואה אם הי' הדין ששייכה לאב לא היתה נפקעה ממנו אף כשתלבין ראשה דעיקר אחר התחלות החיוב והמעיין בכל הסוגי' ימצא כדברי. ועוד אנופף ידי בזה אי"ה] וכיון שכן לאותו ס"ד דנערה תקדש איהי נפשה ובקטנה אין נשואין מפקיעין מרשות אב והי' הדין שהכתובה מנשואין שייך לאב והוי במש"ר ממון לאב ומלקות לה. כי זמם להמיתה וליכא עוד חידוש כי יענש על שקרו בממון ומלקות וכדברי רבא ולפי שיטת הרמב"ן הנ"ל דעיקר קנס של מאה כסף הוא על עונש שרצה להפסיד הכתובה מעתה היינו נוכל לומר לאותו ה"א שהתורה לא חידשה כלל במש"ר כי באמת לא חייבה התורה את הבעל בעונש השתי רשעות כ"א דוקא כשנישאת כשהיא קטנה שהכתובה שייך לאב אבל כשנישאת כשהיא נערה שהכתובה שייך לה לפי אותו ה"א דתקדש איהי נפשה באמת לא חייבה התורה המש"ר בממון ומלקות משום עונש שתי רשעות לאחת דהיינו לה ולכך א"ש לפרש את בתי נתתי כשהיא קטנה דהאב הבא לבד בתביעתו לעשות משפט כתוב בבעל קנס ומלקות וצריך לבאר טענתו שהוא נתנה להאיש הזה והיינו כשהיתה קטנה [דנערה לא הי' הוא הנותן לפי ההו"א] לכך חלה עליו העונש של

מש"ר בקנס ומלקות ואין כאן יתור לשון במה שאמר האב את בתי נתתי דהא עיקרו של עונש מש"ר תלוי בזה ומיושב שפיר קושי' התוס' הנ"ל בד"ה ואימא ה"מ קטנה שהקשו הא על קטנה לא צריך הקרא דאת בתי נתתי ולפי הנ"ל ניחא דעיקר חיוב של מש"ר הוא עי"ז וסרה גם השני קושי' של הפ"י הנ"ל ודו"ק:

אמנם אחר דאסיקנא דיציאה דכוותי' קא ממעט ומוכח דגם קדושי נערה שייך לאבי' וא"כ לפי ה"א זו דמעשה ידי' דנערה שייך לה ולא לאב ולא דמי להפרת נדרים ממילא גם כתובת של קדושי נערה שייך לאבי' דהא הנשואין לא מפקע מרשות האב דלא שייך תירוץ הריב"א הנ"ל כיון דלפי הו"א זו אין איסור וממונא שוין ונוח יותר לומר דכתובה מקידושין ילפינן דהוי ממון מממון כשם שכסף קידושין בנערותה שייך לאב כ"כ הכתובה וא"כ א"ש דברי הגמ' דזכי לי' רחמנא לאב למימסרה לחופה הנלמד מאת בתי נתתי. דליכא למימר דילמא את בתי נתתי הכוונה שנתנה בקטנות ז"א דכיון שדין מש"ר שייך לפי אותו הו"א גם כשנכנסה לחופה בנערותה ואפי' ע"י עצמה דאף דאבי' לא יכול לכופה על הכניסה לחופה משום דמבמלה ממעשה ידי' מ"מ כשמכנסת א"ע לחופה שייך הכתובה לאבי' משום דאין נשואין מפקיעין מרשות אב לאותו ס"ד דמעשה ידי' דנערותה לעצמה ואין דמיון שוה עם הפרת נדרים. כ"כ אין ללמוד דנשואי נערה מפקיעין וליכא סברא לחלק לענין דין מש"ר בין קטנה לנערה ותו א"א לומר דאת בתי קאי על קטנה דלמה לי' להאב מר שהוא מסרה לחופה הא אף אם היא עצמה מסרה א"ע לחופה ג"כ הכתובה לאבי' והוי ממון לזה ומלקות לזה וישנו הבעל בעונש הוצאת ש"ר. אלא ש"מ מאת בתי נתתי דמעשה ידי' שלו ובידו למסרה לחופה אף שמבטל אותה ממעשה ידי':

ומעתה מיושב גם קושי' התוס' מאי שמקשי' למה לא ילפינן קידושין מחופה דאי לא הוי לן לימוד דקדושי נערה שייך לאבי' גם חופה לא הוי ידעינן דבאותו ה"א היינו יכולין לומר דאת בתי נתתי הכוונה שגם לחופה מסרה כשהיא קטנה והאב צריך לומר כן דבנערותה שייך לה הכתובה כמו הקידושין והוי ממון ומלקות לאחד:

ודע דהפנ"י כתב דאם אין לארוסה כתובה רק שהבעל בעצמו נתן לה מדעתו הוי כמתנה ומציאה שאין לאביה רשות בה וא"כ מיושב גם הקושא על הרמב"ם דיליף שפיר מאת בתי נתתי שהאב זוכה בקידושין ולהכניסה לחופה דא"ל ואימא ה"מ קטנה ונתתי הכוונה שנתנה לאיש הזה בקטנות דיקשה כנ"ל ל"ל בתי נתתי וגם למה אומר כן האב הא בדין מש"ר אין סברא לחלק ביך נכנסה לחופה בקטנות או בנערות דהא הרמב"ם פוסק דכתובה לאו דאורייתא ממילא אף אם קבל הבעל ע"ע לחייב כתובה הוי כמתנה

ולא שייך לאב א"כ גם בנישאת בקטנותה שייך לה הכתובה והוי ממון ומלקות לאחד וצ"ע דחידוש חדשה תורה במש"ר לחייב משום שתי רשעות או דכדי רשעתו לא קאי רק אמיתה וממון. א"כ תו ליכא סברא לחלק בין נשאת כשהיא קטנה או נערה ולמה אמרה התורה שהאב אומר שנתן את בתו כשהיא קטנה אבל הקושיא בגמ' קאי אליבא דר"מ דסתם משנה ר"מ ור"מ סובר כתובה דאורייתא ושפיר הי' סברא לחלק לדידי' בדין מש"ר בין נישאת כשהיא קטנה דאז הוי ממון לאב ומלקות מחמת, אשר זמם לבתו ובין כשנשאת כשהיא נערה דהוי ממון ומלקות רק עבורה וכנ"ל:

ויעוין ברא"ש על כתובות דף י' דין י"ט שמוכיח מסוגיא דיתומה שנתארסה שרב סובר כתובה דאורייתא ממה דפוסק שם כריה"ג ויש לי אריכות דברים ליישב לשיטת הרמב"ם שפוסק כתובה דרבנן וביתומה שנתארסה פוסק כר"ע והרא"ש רוצה להוכיח דמ"ד שפוסק כריה"ג שם דקאי בשיטת ר"ע. ע"כ סובר כתובה דאורייתא. והעליתי בפלפול רב שרק בשיטתו של רב קשה הוכחתו שם וא"כ בלא"ה א"ש קושי' הגמרא כאן ואימא ה"מ קטנה דהקושי' הוא לרב לשיסתי' ולשיטת הרמב"ם אליבא דהילכתא ל"ק ואימא ה"מ קטנה. ולכן מביא הרמב"ם ראיה מפסוק דאת בתי נתתי:

אמנם לכאורה אין מקום לדברי הנ"ל רק אם נאמר תירוץ של הרמב"ן הנ"ל בהוצאת ש"ר הוא להפסיד כתובתה אבל אם נאמר בהוצאת ש"ר הוא לאוסרה לכאורה אין לחלק בין כשקדשה כשהיא קטנה או בנערותה אמנם בדרך פלפול אמינא שגם אם בא לאוסרה יש סברא לחלק ולומר שאינו בכלל מש"ר להעניש על הוצאת ש"ר רק כשנישאת כשהיא קטנה. דהנה מה שנאדו התוס' מתירוץ הרמב"ן הנ"ל נראה פשוט דתרוצו שזמם בהוצאת ש"ר להפסידה כתובתה אינו לפי הילכתא דכתובה לאו דאורייתא ולא ניחא להו סברת הרמב"ן דמ"מ היה המנהג ליתן דהא קרא סתמא כתיב ומשפט שוה לכל מש"ר ומאי פסקא דנהג בה מנהג זה [ויעוין ברמב"ן עה"ת פלפול דבריו בזה דע"כ מיירי שנתן לה כתובה ובא להפסידה בהוצאת ש"ר דאל"כ למה הוציא ש"ר היה לו לגרשה בע"כ אבל בקל יש לדחות דבריו אלו] והרי הוא בעצמו כ' שהוצאת ש"ר היה לאוסרה או להפסידה כתובתה ומ"ש באס"ז בשם הרמב"ן שזמם בהוצאת ש"ר לאוסרה. לכאורה אינו מובן דהא הדין בפ"פ מצאתי דאינו נאמן לאוסרה רק בקידשה פחותה מבת שלש או באשת כהן ולפי האמת את בתי נתתי פרושו הן בקטנות והן בנערות ובאשת ישראל דהא כתיב במש"ר ולו תהיה לאשה דדרשינן מיניה בעמוד והחזיר קאי ואף לס"ד דגמרא דמקשה ואימא ה"מ קטנה לא יעלה על הדעת לומר שס"ד שכוונת האב שקידשה פחותה מבת ג' דזה אין בכלל דבריו דממאמרו את בתי נתתי לא נודע רק שקידשה כשהיא קטנה ולא

בנערותה (שאז אין הקידושין מסורין בידו) אבל אימת היה בקטנותה קודם ג' או אחר ג' שנים לא נשמע מזה שאומר את בתי נתתי. וממילא מייתרא בקרא האי דאת בתי נתתי: **אמנם** עדיין יש מקום לומר דאף אם באמת נתקדשה אף ביותר משלש שנים היה יכול הבעל לאוסרה אם נתקדשה לו בקטנותה. משא"כ אם נתקדשה לו בנערותה דביבמות דף מ"א קאמר הגמ' משמיה דרבא דפיתוי קטנה אונס ורמב"ם פוסק דפיתוי קטנה רצון וכתב המ"מ דאתיא ליה מסוגיא דפ"פ דקשה ליה הא אף בפחותה מבת ג' יש ס"ס ספק אונס ספק רצון ואת"ל רצון דילמא כשהיא קטנה ותירץ התוס' דשם אונס חד לא ס"ל להרמב"ם אמנם לדעתי אפשר לומר דגם הרמב"ם מודה לסברת התוס' דשם אונס חד ועכ"ז יש לו הוכחה מסוגיא דפ"פ דפיתוי קטנה רצון דבאס"ז בסוגיא הנ"ל מקשה בשם הרמב"ן והרשב"א דאף בקידשה בקטנותה יותר מבת שלש ליתסר דהא ליכא כיון דבספק אינו תחתיו צ"ל דזינתה בקטנותה והוי אונס א"כ שני הספיקות דאינה תחתיו ותחתיו באונס שם חד הוא ומתרצים דכיון דבספק אינה תחתיו לא צריכין לשריותא מחמת פיתוי קטנה אונס דהא אף זנות רצון ואינה תחתיו אינה אסורה הוי כאילו לא נזכר כלל עדיין ספק אונס וע"כ נוכל לומר אח"כ עוד ספק שני ספק אונס והנה תרוצם זה א"ש אם לא בעינן ס"ס המתהפך אבל לשיטת הסוברים דבעינן ס"ס המתהפכת הקושי' במקומה עומדת דבכו"פ מקשה לסברת התוס' דשם אונס חד לא חשיב ס"ס אמאי נחשוב בספק דרוסה לס"ס ספק על ספק לא על. ואת"ל על שמא לא דרס הא שני ספיקות המה שמא לא דרס וכדומה לזה כמה ס"ס שהם כזה ונחשוב לס"ס אמנם הדבר פשוט שאין מקום לקושיא זו דעיקר סברת התוס' כך הוא דמיד דאמרינן ספק אונס כלול בזה כל מיני אונסין מה לי אם היא אונס מחמת פחד הריגה או פיתוי קטנה אי אונס הוי או אם היא מוטעת וכדומה. וכשמתחילין לומר ספק רצון מדחינן כל מיני אונסין וחושבים דשמא לא היה שום אונס רק רצון וכיון שכבר דחינו בפן זה כל מיני אונס תו אי אפשר לומר דילמא כשהיתה קטנה זינתה דהא זנות קטנה מיקרי אונס וזה היה כבר בכלל ספק הראשון שאמרנו ספק אונס אבל בספק לא על ואת"ל על שמא לא דרס לא שייך לומר כן כמובן (יעוין בפנ"י בקונטרס הספיקות ס"ק כ"ט):

אמנם לפ"ז בנתקדשה בקטנותה יותר מג' שנים תאסר דאף דיש ס"ס ספק אינה תחתיו ואת"ל תחתיו שמא באונס מ"מ להתהפך א"א דאם נתחיל לומר ספק אונס כלול בזה כל מיני אונסין וכשאומרים ספק רצון שוללים אנו כל האונסין והאיך אפשר לומר ספק אינה תחתיו דהא זה אינה רצון דאינה תחתיו היתה קטנה ופיתוי' אונס ואנחנו עומדים

כעת בספק רצון א"ו צ"ל דבאמת פיתוי קטנה רצון והוי שפיר ס"ס המתהפכת ומוכח כדעת הרמב"ם

היוצא מזה דלרבא שסובר ביבמות דפיתוי קטנה אונס גם בנתקדשה יותר מג' שנים ליכא ס"ס כיון דאינה מהתהפכת וכנ"ל ואסורה לבעלה ולשיטה זו שפיר י"ל דאת בתי נתתי קאי אנתינה כשהיתה קטנה וזהו מטענת האב את בתי נתתי לאיש הזה וכיון דהנתינה היתה על ידו ממילא נשמע שהיתה קטנה בקידושי' לפי הס"ד דנערה אין ביד האב לקדשה והוי מש"ר גמור שבהוצאת הש"ר עלי' זמם לאוסרה עליו כיון דליכא ס"ס המתהפכת אבל אם לא הי' קידושין ע"י האב כ"א על ידה בנערותה לא היה על הבעל דין משיר במה שאמר לא מצאתי לה בתולים דהא אף אם לא מצא לה בתולים לא נאסרה עליו כיון דאיכא ס"ס המתהפכת מכל צד שאנו רוצין להתחיל ומקשה הגמ' שפיר ואימא ה"מ קטנה ואת בתי נתתי לא מייתרא. י"ל דאין על הבעל שם מש"ר מחמת אמרו לא מצאתי לה בתולים רק כשהיה קדושי' לו בקטנותה דאז אם היה מאמינים לדבריו היתה אסורה לו משא"כ כשהיה הקידושין לו בנערותה דאף לפי דברי הבעל לא היתה נאסרת עליו אין בדבריו שום הוצאת ש"ר ואזלא קושית הגמ' למ"ד דפיתוי קטנה אונס דלשיטתם יוקשה על סתמא דאתני' דהאב זכאי כו' בכסף מנלן:

אמנם כ"ז לענין הקידושין דרש נפקותא בין אם היתה בקטנותה או בנערותה אבל בחופה ליכא נפקותא דאם אף רק הקידושין הי' בקטנותה תו ליכא ס"ס כו' וכיון דאת בתי נתתי לאיש הזה לאשה משמע גם חופה כפי' רש"י דהנתינה קאי על כל הנתינות. או כפי' הפנ"י דלשון לאשה משמע חופה בודאי כוונה גם אם היתה חופה בנערותה ע"י אביה דליכא למימר דוקא קטנה דהא ליכא נפקותא מזה לענין דין מש"ר דמיד שהיה הקידושין בקטנותה אף אם הים החופה בנערותה ולא מצא לה בתולים ג"כ נאסרת עליו ולמה אחז הקרא לישנא דאת בתי נתתי דהחופה היה ע"י אביה ובקטנותה א"ו דאת בתי נתתי מיירי בכל גוונא הן שהיה החופה בקטנותה או בנערותה והרי מוכח דאב יכול למסור בתו לחופה אף בנערותה.

אמנם לשיטת הרמב"ם דסובר פיתוי קטנה רצון דהוי ס"ס המתהפך ואף בנתקדשה כשהיתה קטנה יותר מבת ג' אינה אסורה על בעלה ל"ק ואימא ה"מ קטנה אף לענין הקידושין כיון דאין נפקותא בדין מש"ר בין אם נתקדשה פ"י אביה כשהיתה קטנה או בנתקדשה ע"י עצמה בנערותה וקשה את בתי נתתי למה לי' אלא ש"מ דאת בתי נתתי אשר הוא מיותר בא להורות שאב יכול לקדש את בתו כשהיא נערה וא"כ צדקו

דברי הרמב"ם דמוכיח דכסף קידושין בנערה שייך לאבי' מיתורא דקרא את בתי נתתי ודו"ק היטב:

חדושי מסכת קידושין

בסוגיא דהענקה [דף טו ע"א]

הרמב"ם פסק מדכתיב גבי מכרוהו ב"ד הענק תעניק לו. לו ולא למוכר עצמו ופסק דהענקה אינה משתלמת לבע"ח. אע"ג דבעלמא ס"ל כר' נתן דאמר מוציאין מזה ונותנין לזה הכא קי"ל דלא כוותיה והמעיין בסוגיא דקידושין דף ט"ו יראה לעינים שהיא תמוה גדולה כיון דאיצטרך לו ולא למוכר עצמו מה"ת נימא דלא כר' נתן כיון דלית לן מיעוטא:

ונלע"ד לתרץ דהנה לכאורה קשה קושי' עצומה. דהא מצינו שהכתוב בא לרצות את האדון ולא יקשה בעיניך בשלחך אותו כי משנה שכר שכיר עבדך א"כ כל עיקר הענקה הוא משום משנה שכר שכיר וא"כ בודאי אי אפשר לומר שיהיה הענקה מרובה משכר עבודתו דאם יהיה הענקה מרובה משכר עבודתו א"כ ישלם האדון יותר ממשנה שכר שכיר ולמשל אם שכרו בעד שלשים זוז והתורה אמרה משנה שכר שכיר עבדך וא"כ לכל היותר יתן לו הענקה ג"כ שלשים זוז ומשלם לו מה שעבדו משנה ש"ש אבל אם יתן לו יותר משלשים הענקה תהיה יותר ממשנה ש"ש והנה אמרו בגמרא ונמכר בגניבתו ולא בכפילו וכת' הרמב"ם והכפל יושאר חוב ולפ"ז יהיה כל גנב שנמכר בגניבתו עדיין נשאר חוב על הכפל וא"כ למה איצטרכי בגמ' לו ולא לבע"ח דהא גם בלא זה א"א לומר שהענקה משתלמת לבע"ח דהא כל גנב נשאר כל כך בע"ח לבעל הגניבה כמו המעות שנמכר בכך והענקה אינה לעולם יותר ממשנה שכר שכיר כנ"ל וא"כ האיך שייך שיקבל העבד הענקה דהא לעולם צריך האדון ליתן ההענקה לבע"ח היינו לבעל הגניבה עבור הכפל שנתחייב לו. והאיך אמרה תורה ולא תשלחנו ריקם דהא העבד אינו מקבל כלום: אלא בעל הגניבה עבור הכפל כמובן וע"כ צ"ל דאינו משלם לבע"ח הענקה וא"כ למה איצטרך לגבי הענקה לו ולא לבע"ח דהא בלא"ה הוי ידעינן דאינו נותן לבע"ח מדכתיב ולא תשלחנו ריקם. ם

אמנם לכאורה היה אפשר לומר דלעולם הו"א דהענקה משתלמת לבע"ח ואין להקשות כנ"ל דהאיך מצינו שיהיה ההענקה לעבד דהא לעולם צריך לשלם ההענקה לבע"ח היינו לבעל הגניבה עבור הכפל כנ"ל ז"א דאפשר היכא שהודה העבד מפי עצמו שגנב. וא"כ נפטר מהכפל דהוי ליה מודה בקנס ופטור וא"כ אינו נתחייב לבעל הגניבה כלום וא"כ שפיר שייך הענקה לעבד גם זה אינו: דאמרי' בגמ' דכתובות דף ע"ב משמשתו נדה אין

לה כתובה ופריך שם הגמ' מנא ידעינן כו' יעו"ש והקשה הראב"ד שם מאי פריך הגמ' מנא ידעינן דהא אפשר שהיא הודה מפי עצמה ששימשה נדה ותירץ דאינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע. והקשה הרשב"א דהא הכא לא שייך אין אדם מע"ר כיון דע"י כך היא אובדת כתובתה נאמנת לעולם אע"ג שעשתה עצמה רשיעה. דאל"כ אם א' אומר גנבתי או גזלתי האיך נאמן הא אין אדם מע"ר וצ"ל כיון דע"י כך צריך לשלם נאמן ואמאי היא אינה נאמנת והניח בצ"ע: אמנם לענ"ד נראה לתרץ קושית הראב"ד הנ"ל דהנה ידוע הכלל הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ופירשו המפרשים מב' טעמים או מטעם מיגו שיכול לומר אני נותן לו המעות במתנה ומי יעכבנו מליתן לו המעות הזה במתנה או שהוא מגזה"כ דהו"ל כמאה עדים מדכתיב אשר יאמר כי הוא זה והנפקותא בין הני תרי טעמים אפשר לומר ע"פ מ"ש בהג"א הודה מפי עצמו ואח"כ אומר טעיתי אינו נאמן כיון דלגבי עדים אם העידו פעם א' שוב אינם יכולים לחזור שכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ה"נ הדין כך גבי הודאת עצמו וא"כ מצינו שהשווה דין הודאת עצמו לדין העדאת עדים. וא"כ גם אנו יכולים לומר כי היכא דגבי עדים אם אמרו למשל אנוסים היינו מחמת ממון אין נאמנים משום דאין אדם מע"ר גם בהודאת עצמו כן היכא שמשים עצמו רשע אינו נאמן אמנם כ"ז אם הטעם מצד גזה"כ דהוי כעדים. אבל אי אמרינן הטעם מצד מיגו וא"כ למשל אם אומר גנבתי נאמן דאע"ג דאינו נאמן לגמרי שגנב מטעם דאין אדם מע"ר מ"מ צריך לשלם מצד מיגו שיכול לומר אני נותן לו המעות במתנה והמפורשים הקשו האיך אמרינן משמשתו נדה אין לה כתובה הל"ל שצריך להוציאה דהא אסור לשהות את אשתו בלא כתובה ותירץ דכיון שהטעם אינו אלא כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והאי כיון דעוברת על דת מצוה להוציאה אמנם כ"ז אם ידעינן כבר שהיא משמשתו נדה מותר לשהות אותה בלא כתובה. אבל אי לא ידעינן עדיין שהיא שמשתו נדה אלא היא באה ומודה בעצמה בודאי אינה נאמנת לפטור מכתובתה מטעם מיגו שתוכל לומר אינני רוצה בכתובתי. ז"א דהא גם זאת אינה יכולה לומר שאינה רוצה בכתובתה דא"כ אסורה לשהות עם בעלה ובודאי אינה לאמנת מטעם מיגו דהא לא שייך התם מיגו כנ"ל וא"ל מצד עדות תהי' נאמנת דהו"ל גזה"כ ז"א דהא מצד עדות בודאי אינה נאמנת משום דאין אדם מע"ר וא"כ שפיר כ' הראב"ד דממ"נ אינה נאמנת אבל אם בא א' ואומר גנבתי או גזלתי אע"ג דאינו נאמן לגמרי מטעם דאין אדם מע"ר. עכ"פ מחויב לשלם משום מיגו וכנ"ל וא"כ נחזור לענינינו. היכא שאומר גנבתי אינו נאמן להחזיקו בגנב אבל משלם הוא מטעם מיגו וא"כ כיון דאינו נאמן אלא מטעם מיגו אין אנו יכולים למוכרו דלא הוי ונמכר בגניבתו ואינו אלא כחוב בעלמא מה שנתחייב מחמת

הודאתו וא"כ הדרא קושי' הראשונה האיך יכולין לומר שהענקה משתלמת לבע"ח הא בכל פעם נתחייב העבד לבעל הגניבה הכפל והענקה לכולם אינה מרובה מכפל וא"כ צריך לשלם ההענקה לבעל הגניבה והאיך שייך ולא תשלחנו ריקם וא"ל דאפשר ע"י הודאת עצמו ז"א כיון דהודאה מעצמו אינו נאמן להחזיקו בגנב או בגזלן אלא שמשלם מטעם מיגו. וזה לא הוי אלא כחוב בעלמא וא"כ לא שייך ונמכר בגניבתו וגם מכירה ליכא וא"ל דאפשר שהודה מעצמו וא"כ נתחייב לשלם ונפטר מהכפל. ואח"כ באו עדים שגנב וא"כ מחזיקין אותו לגנב העדאת עדים ונמכר ע"י כך וכפל ליכא דהא פוטר עצמו בהודאתו וא"כ שייך הענקה שפיר לעבד גם ז"א. דהנה בספר המקנה הקשה לפי מאי דאמרינן ונמכר בגניבתו ולא בזממו האיך יהיה עדים נאמנים שגנב הא הוי עדות שאי אתה יכול להזימה אמנם נראה לתרץ דודאי העדים לא באו לחייבו אלא ממון כיון דאם יש לו מה לשלם אינו נמכר אלא דאם אין לו מה נשלם מה יעשה הבעל גניבה מחזיר על תשלומי גניבתו וצריכין למכרו. אבל כל עיקר עדותם לא היה אלא לחייבו ממון ומזה שייך שפיר יכול להזימה כיון דאף הם אם יש להם לשלם צריכין לשלם ויעוין בתוס' כתובות דף ל"ג ע"א ד"ה אלא אפשר וא"כ באופן היכא שכבר נתחייב ממון דהיינו שהודה מעצמו ונתחייב לשלם מטעם מיגו ואח"כ באו עדים שגנב דכל עדותם אינו אלא לחייבו מכירה וא"כ בודאי אין עדותם כלום משום דהוי עדות שאי אי"ל ואינו נמכר כלל ע"י עדותם. וא"כ לא שייך מכירה בשום אופן כ"א כשבאו עדים קודם שהודה. ונתחייב גם בכפל וא"כ אם נאמר שהענקה משתלמת לבע"ח א"כ צריך לשלם הענקה לבעל הגניבה. וא"כ לא שייך שיהיה הענקה לעבד וצ"ל שאינה משתלמת לבע"ח וא"כ למה לי לו למעוטי בע"ח.

אמנם נ"ל דהנה איזה פוסקים כתבו דהא דא"ר נתן שראובן שלוה לשמעון ושמעון לוה ללוי שמוציאין מלוי ומתנין לראובן: היינו דוקא אם לוי לוה כבר משמעון ואח"כ לוה לשמעון מראובן. וא"כ בשעה שלוה שמעון מראובן כבר נשתעבד החוב שיש לשמעון אצל לוי לראובן בזה אמרינן שמוציאין מלוי ונותנין לראובן אבל אם שמעון לוה מראובן מקודם ואח"כ לוה שמעון ללוי לא אמרינן שמוציאין מלוי ונותנין לראובן כיון דבשעה שהלוה ראובן לשמעון לא הי' לשמעון חוב כלל אצל לוי וא"כ לפ"ז לא היה מקום לקושייתי הנ"ל דלעולם אפשר לומר שהענקה משתלמת לבע"ח וא"ל לפ"ז האיך מצינו שיהי' הענקה לעבד דהא צריך לשלם הענקה לבעל הגניבה ז"א דהא העבד נתחייב הכפל לבעל הגניבה מיד בשעת הגניבה והענקה לא בא לעבד עד אחר מכירתו וא"כ בשעת הגניבה עדיין לא הי' ההענקה משועבדת לבעל הגניבה ולא אמרי'

מוציאין כו' כנ"ל ושפיר שייך הענקה לעבד אמנם דבר זה אי אמרי' דוקא דבעינן שיהא משועבדת בשעת הגניבה תלי בפלוגתא דאמוראי דהנה הר"ן והרשב"א מקשים אי אמרי' שיעבודא דאורייתא מאי נ"מ בשיעבודא דר"נ הא בלא"ה משועבד החוב שיש לשמעון אצל לוי לראובן מטעם שיעבודא דאורייתא ותירץ בספר קצה"ח סי' פ"ו דמצד שיעבודא דאורייתא לא היה מוציאין מלוי ונותנין לראובן רק היכא שבשעה שהלוה ראובן לשמעון הי' כבר לשמעון חוב אצל לוי אבל אם לא נתחייב לוי לשמעון אלא עד אחר שהלוה ראובן לשמעון לא היה מוציאין מלוי ונותנין לראובן וע"ז בא שיעבודא דר"נ דאף אם הלוואת ראובן לשמעון היה קודם הלוואת שמעון ללוי אפ"ה מוציאין מלוי ונותנין לראובן וא"כ לפ"ז הקושיא במקומה עומדת למה לי לו למעוטי בע"ח תיפוק ליה דאינה משתלמת לבע"ח דאל"כ האיך שייך שיהיה להעבד ההענקה דהא צריך לשלם הענקה לבעל הגניבה (וא"ל כיון דנתחייב הכפל מיד משעת הגניבה וההענקה אינה באה אלא אחר מכירה ואם כן לא נשתעבדא לבעל הגניבה ז"א דהא כיון דאמרינן שיעבודא דאורייתא א"כ הוי שעבודא דר"נ אף אם לא נשתעבד בשעת הלואה כמ"ש הקצה"ח וא"כ שייכי ההענקה לבעל הגניבה אף אם לא נשתעבדה בשעת הגניבה) וצ"ל למאן דא"ל שיעבודא דאורייתא באמת לא איצטריך לו למעוטי אלא משום דכל הסוגיא אליבא דאביי דס"ל שיעבודא לאו דאורייתא וא"כ לדידי' גם שיעבודא דר"נ ליכא אלא אם נשתעבד החוב מיד בשעת הלואה וא"כ לא שייך הענקה לבעל הגניבה כיון דהכפל נתחייב מיד בשעת הגניבה וההענקה אינה באה עד אחר המכירה ואם כן אפשר לומר היכא דנתחייב העבד באיזה חוב אחר הענקה דאז הוי שיעבודא דאורייתא וא"כ מוכח בלא"ה דאינה משתעבדת לבע"ח ולא בעי לו למעוטי בע"ח אלא למוכר עצמו ע"כ ודו"ק:

(דף י"ז ע"ב) **אמר** רבא ד"ת עכו"ם יורש את אביו כו' גר את העכו"ם אינו אלא מדרבנן כו' תוס' ד"ה חלופי ע"ג ואיל דהטעם משום ברירה כו' דא"כ אפי' באו לרשותו נמי יהי' מותר מה"ט ע"כ שם בתוס' ישינים אלא מדרבן והשתא לא הוי חלופי ע"ג דהם אמרו והם אמרו ומקשה בט"א שתוס' סופרים דברי עצמן שבתוס' חגיגה דף כ"ה ע"ב ד"ה חבר כתבו בשם רש"י שמפרש טעם משנה זו משום ברירה עוד קשה דזה הוא נגד הסוגי' דכאן דמוכיח דירושת הגר לאו דאורייתא כו' דאי ס"ל דאורייתא כי לא באו לרשותו נמי מותר ולא משום ברירה גם בדברי תוס' במס' חגיגה יש סתירה מורגשת שכ' שרש"י מפרש טעם של משנה זו ברישא מטעם ברירה אבל בסיפא דהוי בשני מינין לא אמרי' ברירה ומיד אח"ז כתבו שכן פרש"י עצמו משנה אחרת גר ונכרי שהטעם משום ברירה

ותמוהין הדברים דהא גם כאן יש שני מיני' שהעכו"ם לוקח ע"ג והגר נוטל המעות יעוין היטב בגמרא דכאן ובחגיגה ובתוס':

ונלע"ד לתרץ הכל בפשיטות ויתרץ ג"כ הפשט במסקנת הגמ': ולא כדברי התוס' ישינים בסוגי' דכאן ד"ה אלא דהנה על סברא לחלק בין מין אחד לב' מינים מקשה הרשב"א בחידושיו כאן שהוא נגד הסוגי' דתמורה דף למ"ד ע"א דמקשה שם ניפוק חדא להדי כלבא כו והא התם הוי ב' מינים כלב וטלאים וכל עיקר קושי' הגמ' שם אינו רק מצד דין ברירה ונלע"ד בפשיטות דהא דמחלק רש"י בדין ברירה בין מין אחד לב' מינים אינו רק באיסור דאורייתא אבל בדרבנן שאף למ"ד אין ברירה מודה דבדרבנן אמרי' ברירה. ומינה נמי דבדרבנן ליכא חילוק בין מין א' לב' מיני' ובכל גוונא אמרי' ברירה בדרבנן ומדויק בזה מה שפי' רש"י בחגיגה. דדין חבר וע"ה מיירי לענין הכשר טומאה דלכאורה תמוה למה לא מפרש כדברי שארי מפרשים דמיירי לענין איסור דמאי דמשנה זו בדמאי שנוי' אבל לפי הנ"ל ניחא דאי מיירי לענין דמאי קשה מ"ט דסיפא: אבל לא יאמר טול אתה לח כו'. דהא בדרבנן אף בב' מיני' אמרי' ברירה כנ"ל אבל לפי פי' רש"י דמיירי לענין הכשר טומאה א"ש. דרש"י לשיטתו לפי דבריו בפירושו במס' ע"ז דף נ"ו ע"א ד"ה אין בוצרין בטבל לתרומה איסור הטומאה מדאורייתא ולכך לא אמרי' לענין זה ברירה בב' מינים וממילא מיושב קושי' הרשב"א הנ"ל מסוגי' דתמורה דהתם ליכא איסור דאו' דמדאורייתא איסור מחיר הכלב בטל ברובא דהתירא. רק מצד דבעלי חיים לא בטילי מדרבנן יש איסור מחיר הכלב בעשרה טלאים שכנגד הכלב וע"ז מקשה הגמ' שפיר וניפוק חדא כו' דלענין איסור דרבנן גם בב' מינים אמרי' ברירה.

השתא דאתינא להכי אין לדברי רש"י שהביא תוס' בחגיגה סתירה מסוגי' דכאן די"ל דרש"י לא מפרש מסקנא דכאן כדברי התוס' ישינים והי' קשה לרש"י מה בכך דירושת הגר מדרבנן אכתי ליתסר מדרבנן כיון שממילא כבר זכה הגר גם בע"ג מצד ירושה דרבנן לכן מפרש רש"י דהטעם משום ברירה ואף דבב' מינים לא אמרינן ברירה שאני הכא כיון דאינו אלא איסור דרבנן. דהא מדאו' אין לו זכות כלל בירושה בנכסי העכו"ם ואזדא לה גם קושי' התוס' ד"ה חלופי כו' דשפיר מוכיח בגמ' דע"כ אין ירושת הגר מדאו' דאי מדאורייתא כי לא באו לרשותו נמי ואין לומר דהטעם משום ברירה דהא בדאו' עכ"פ לא אמרי' בב' מיני' ברירה ורש"י מפרש בחגיגה אליבא דמסקנא דכאן דירושת הגר הוא מדרבנן ע"כ מפרש דהטעם משום ברירה ומיושב בזה קושי' התוס' ד"ה אלא.

והשתא דאתינן להכי נ"ל לחדש עוד דאף אם נחזיק מה שנראה מדברי התוס' הנ"ל ד"ה חלופי כו' דמשבאו לרשותו הכוונה שלא זכה בה מדין חלוקה ושייך עוד דין ברירה א"כ

אכתי יוקשה אף לפי האמת לפי פרש"י הנ"ל דגם לפי המסקנא הטעם משום ברירה. אכתי אמאי אסור משבאו לרשותו ונ"ל בהקדים מה דאיתא בב"ש אה"ע סי' כ"ח ס"ק ל"ה דבקידושין במעמד שלשתן פסק רי"ו דלא הוי אלא קדושי דרבנן והב"י כ' דהיא מקודשת מדאורייתא וסיים בב"ש וכן משמע בר"ן דף תקפ"ד ואמרתי דמדברי הר"ן אין ראי' דידוע מה שמסופק המל"מ בפ"י מהלכות תרומות אי אמרי' דמחמת דרבנן נעשה דאורייתא והאריך בזה גם אני הרחבתי בזה דברים והעליתי להשוות כמה סוגי' הנראים סותרים זה לזה בסברא: ותורף הדבר דהיכא דשייך הפקר ב"ד שב הדרבנן לדאורייתא כיון שהתורה נתנה הרשות לכל ב"ד גדול לשלוט בגדרותם ותקנתם להפקיר ממונו של אדם כחם בזה כמו הבעל הממון בעצמו והפקירם הפקר גמור כאלו הופקר מבעלים.

אמנם לפ"ד רבא שיליף בגיטין דף ל"ו ע"ב דהפקר ב"ד הפקר מדכתיב אשר לא יבוא לשלשת הימים יוחרם רכושו לא נשמע מזה רק שיש להם כח להפקיר אבל לא שיהי' קנוי' לאתר בלי שום דרכי קני' דלא עדיף מהפקר גמור שמפקיר בעל הממון בעצמו ע"ד שנזכה בו אחר וממילא אותו אחר אינו זוכה בו כ"א כשעושה דרך קני' פ"כ אף שחז"ל תקנו שיהי' קנוי' לאחר אין שם קנין דאו' לזה כיון דאין זה מצד הפקר ב"ד בכח שניתנה להם ואינו רק מצד תק"ח ובכה"ג לא ישוב לדאורייתא דהא מדאורייתא ליכא זכות קני' בלי דרכי קני' [מלבד ירושה דאתי ממילא] ולכן במעמ"ש אינה מקודשת מדאורייתא דאף שכח ביד חכמים להפקיר זכות המלוה שהי' לו על הלוה והפקירן הפקר דאורייתא מ"מ שיהי' קנוי' להשלישי שעדיין לא הגיע לרשותו א"א שיהי' מדאורייתא דמדרבנן לא ישוב לדאורייתא רק לענין ההפקר עצמו וכנ"ל אבל בזורק גט לתוך ד' אמות של האשה שפיר נוכל לומר שהיא מגורשת מדאו' והטעם לפי המבואר בדברי הקדמונים בכ"מ שהוא רשות הרבים הוי כקנוי' יחד לכ"א מבאי עולם ע"ד דכתיב והארץ נתן לבני אדם ומיחשב כל רה"ר כחצר שותפין. וד"א של אדם שתקנו חז"ל לאדם שבא תחלה לקנות בה כאדם בחצירו הוא מצד שהופקע לאותו רגע זכות העולם אשר להם גם כן באותן ד' אמות ורק הוא נשאר בזכותו והרי כחצירו וממילא קוני' מציאה הבאה לתוך אותן ד' אמות ובגט הוי הגט מדאורייתא דכיון דעפ"י הפקר ב"ד סר מד' אמות הללו זכות כל העולם נשאר העומד בזכותו באותן ד' אמות וקונה באותן ד' אמות כל הבא לתוכן קניות חצר משא"כ במעמ"ש דאף שיש הפקר ב"ד לענין שלא יהיה החוב שאצל הלוה שייך להמלוה. כי הופקר זכותו והוי כהפקר דאו' אין כאן דרך קניות לענין שיזכה השלישי באותו חוב דההפקר אינו מועיל לעשות הקני' ואין הקנין רק מצד תקנת דרבנן שגם זה מתקנתם שיהי' שייך להשלישי ע"י המעמ"ש מ"מ א"א למחשבי כדאורייתא:

מעתה נכון דלפי האמת דגר אין יורש אביו ד"ת רק מדרבנן אף שבידם להפקיר זכות הנכרי היורש מצד הפקר מ"מ לענין שיהי' קנוי' להגר אף קודם שבאו לרשותו ולא נעשה דרך קני' כלל א"א להיות רק מדרבנן. וכיון דאין בהפקר גמור א"א לזכות בה בלא דרכי קני' ע"כ אף שמדרבנן קניי' להגר חלק ירושה א"א לומר שמחמת זה שב לדאורייתא וכיון דאינו של הגר רק מדרבנן. אמרינן לענין החלוקה טול אתה ע"א כו' ברירה כמו בכל דרבנן אבל כשבא כבר לרשות הגר תו א"א לומר ברירה דכיון דמחמת הפקר ב"ד נסתלק זכות הנכרי ושב לדאורייתא זכה בה הגר ממילא מצד קנין חצירו כי באה הירושה לרשותו וכה"ג שב הדרבנן לדאורייתא פא ודו"ק:

בסוגיא דשליחות [דף מ"ב ע"א]

תוס' ד"ה ודילמא כו' וא"ת אמאי לא דחי לעיל נמי דההיא דר' יהושע ב"ק מיירי דאי"ל שותפות בגווה כדאמר הכא:

וליישב קושי' זו אקדים לשון הירושלמי. מנין ששלוחו של אדם כמותו **אמר** ר' לעזר ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל וכי כולם שוחטין אותו והלא אחד הוא ששוחט ע"י כולם אלא מכאן ששלוחו של אדם כמותו ויידא אמר דא ויקחו להם איש שה לבית אבות שה לבית וכי כולם הי' לוקחין והלא אחד שהוא לוקח ע"י כולם. אלא מכאן ששלוחו של אדם כמותו אמר ר' יוסי שנייא היא שאדם שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו אין תומר אדם מפריש פסחו של חבירו שלא מדעת לית יכול דאמר ר' זעירא בשם ר' לעזר אדם שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו אבל אינו מפרישו שלא מדעתו עכ"ל הירושלמי ומפרש הק"ע ויידא אמר דא לאיזה צורך אמר דא יעו"ש ואין שחר לדבריו אף בחילוף הגירסא שהוא גורס דלפירושו מסקנת הירושלמי דמושחטו לא ילפינן שליחות אלא מויקחו והאיך מיושב דברי ר' לעזר שהוא יליף מושחטו והוא בעצמו סובר דשוחט אדם פסח שלא מדעת של חבירו ונלע"ד להיפך דלשיטת ר' לעזר דשוחט אדם פסח חבירו שלא מדעתו מוכח שליחות מושחטו ולא מויקחו דלכאורה צריך הבנה לפי מה דאסיק ר"ה ברי' דר"י לעיל דף כ"ג דגבי קרבנות כהני שלוחי דרחמנא נינהו האיך ילפינן שליחות בקדשים מושחטו. הא ליכא על הבעלים כלל שום מצוה על השחיטה הן אמת לפמ"ש הרשב"א בחידושיו שם בשם יש מפרשים אף לר"ה ברי' דר"י י"ל דרק בזריקה והקטרה אמרי' שלוחא דרחמנא אבל בשחיטה כיון דהבעלים בעצמם יכולים לשחוט דשחיטה כשרה בזר י"ל דכל שוחט קרבן שליח הבעלים הוא אבל אף לדברי היש מפרשי' האלו אינו מוחלט דגבי שחיטה שלוחא דידן נינהו. רק היא בעי' דלא איפשיטא במס' נדרים דף ל"ה: ילפינן שליחות מושחטו וצ"ל: דאף אם גם בשחיטה

שלוחי דרחמנא נינהו וליכא על הבעלים כלל מצות שחיטה מ"מ כיון דכתיב ושחטו אותו כל קהל עדת ישראל והרי שקרא הקרא מעשה השחיטה ע"ש כל הקהל אף דבאמת לא שחטו אלא אחד נשמע דמה שעשה השליח נקרא ע"ש בעלים דשלוחו כמותו לכל דבר וכן מוכח לשון הר"ן לאלפסי שם בזה"ל. תני ריב"ק אומר מנין ששלוחו של אדם כמותו כו' והלא אינו שוחט אלא א' ונפקא לך מדכתיב תזבח שלא יהי' שנים שוחטין זבח א' כדאי' בחולין בפרק השוחט ואפ"ה אמר רחמנא ושחטו דמשמע שכולם שוחטין:

אמנם א"כ מאי מקשה הגמ' דילמא שאני התם דאי"ל שותפות בגווה דלכאורה נראה דעיקר הסברא לחלק בין שותפות או לא. הוא משום דהיכא דאי"ל שותפות שייך לומר דכמו דזכי לנפשי' לקיים מצות שחיטה המוטלת עליו זכי נמי לחברי' וכעין שכ' רש"י במס' ב"מ דף ח' ע"א גבי שותפים שגנבו שאחד הוציאו מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו דאף דאין שלד"ע מ"מ מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' ופשוט דזכי לנפשי' לא שייך אלא אי אמרינן שמצות השחיטה מוטלת על בעל הקרבן אבל אם נאמר דבכל מעשה הקרבן הכהנים שלוחי דרחמנא ואין צריכין כלל דעת בעלים ויכולים אחרים לשחוט שלא מדעת הבעלים וכמו שנראה מדברי התוס' במס' יומא דף י"ט ע"ב ד"ה מי איכא מידי דאי אמרי' דאין הכהנים שלוחי דידן יכול כהן שבאותו משמר להקריב אף אם אמר בעל הקרבן לא בעינא דלקרבא כהן שבאותו משמר א"כ אף כששחט אחד מהשותפי' אינו זוכה בעצמו כלל באותו שחיטה דהא אין עליו כלל מצות שחיט' וממילא לא שייך לגבי השחיטה לומר כיון דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' וליכא לחלק בין כשהשחיטה ע"י אחד מהשותפים או ע"י אחר ומאי מקשה הגמ' דילמא שאני הכא דאי"ל שותפת בגווה:

אמנם דין זה אי מצות שחיטה על הבעלים או לא י"ל שתלוי בפלוגתא ואקדים דברי הגמ' במנחות דף י"ט ע"א אלא מעתה דכתיב ושחט את בן הבקר והקריבו בני אהרן הכהנים את הדם וזרקו את הדם מקבלה ואילך מצות כהונה כו' ה"נ בזר תהי' פסולה שאני התם דא"ק וסמך ושחט מה סמיכה בזרים אף שחיטה בזרים אי מה סמיכה בבעלים אף שחיטה בבעלים האי לא מצית אמרת מק"ו מזריקה מה זריקה דעיקר כפרה לא בעי בעלים שחיטה דלאו עיקר כפרה לא כ"ש וכ"ת אין דנין אפשר משא"א גלי רחמנא ביוה"כ ושחט את פר החטאת אשר לו מכלל דשחיטה בעלמא לא בעינן בעלים ע"כ והנה פשוט דאי לא ידעינן רק מדכתיב ושחט את פר החטאת. י"ל דלא ממעטינן אלא דשחיטה לא בעינן בעלים: כלומר שאין הבעלים צריכין לשחוט בעצמם דוקא כמו בסמיכה אבל מ"מ י"ל דמצות שחיטה על הבעלים והיינו או שישחטו בעצמם או ע"י

שלוחם ולולי מיעוטא דושחט את פר החטאת ה"א דא"א לשחוט ע"י שליח וצריך להיות דוקא בבעלים בעצמם כמו סמיכה דדרשינן וסמך ידו ולא יד שלוחו כדאי' במנחות דף צ"ג ע"ב אמנם אי אמרינן דדנין אפשר משא"א יש ללמוד שחיטה מזריקה ולמידין דליכא כלל מצות שחיטה על הבעלים כמו זריקה. דבזריקה לא שייך כלל שם שליחות כדברי ר"ה ברי' דר"י מי איכא מידי דאיהו לא מצי למיעבד מצי שווי' שליח:

היוצא מזה דאף לשיטת היש מפרשים הנ"ל דבשחיטה נשאר באיבעי' דלא איפשטא אי שלוחי דידן או שלוחי דרחמנא י"ל דמתלי תלי בהך פלוגתא אי דנין אפשר משא"א או לא ולמ"ד דנין אפשר משא"א למידין שחיטה מזריקה דכמו דבזריקה ליכא שום מצוה על הבעלים והכהן הזורק אינו שלוחו של בעל הקרבן כ"כ אין צריכין שליחות בשחיטת קדשים מהבעלים וי"ל דלכך סובר ר"א דאדם שוחט את פסחו של חבירו שלא מדעתו מעתה א"ש דברי הירושלמי הנ"ל דר"א לשיטתי' הוצרך לילף שליחות מושחטו דמויקחו להם איש שה הקדום בפרשה לא הוי מצי למילף דהוינן מצינן למידחי דילמא שאני התם דאי"ל שותפת בגווה דהא על הלקיחה נצטוו הבעלים ושייך לגבי כ"א מהשותפים מגו דזכי לנפשי' בלקיחה זכה נמי לחברי' וליכא למילף בשליחות דעלמא דשלוחו של אדם כמותו אבל מושחטו אותו כו' שפיר נשמע דין שליחות דהא חזינן דקרי הקרא השחיטה ע"ש כולם אע"פ שאין שוחט אלא א' דליכא למידחי דילמא שאני התם דאי"ל שותפות דהא לענין עצמות השחיטה א עילוי יותר לשותפות מאדם דעלמא דהא אין כלל שם חיוב שחיטה ע הבעלים ור"א לשיטתי' שהוא תלמיד ר' יוחנן וסתם דבריו הי' ממה ששמע מר"י כדאי' ביבמות דף צ"ו ע"ב ור' יוחנן סובר בפירוש דדנין אפשר משא"א כמפורש בירושלמי פ"ב דתרומות הלכה א' ומובא בר"ש: אין תורמין מן הטהור כו' ר' יוחנן משום ר' ינאי ונחשב לכם תרומתכם כדגן מן הגורן וכמלאה מן היקב. מה גורן ויקב אפשר שיהי' מקצתו טמא ומקצתו טהור פי' בלשון בתמי' וכי אפשר לחטה א' או יקב א' מקצתו טמא ומקצתו טהור וזה אף על פי שאפשר ובחיטה א' לא אפשר ש"מ דס"ל לר' יוחנן דלמידין אפשר משא"א ונמצא ר"א דקאי בשיטת דלמידין אפשר משא"א יש לימוד שחיטה מזריקה. ואין שום מצוה על הבעלים בשחיטת קדשים. ע"כ מותר אדם לשחוט פסחו של חבירו שלא מדעתו ושפיר יליף ר"א מושחטו אותו כל קהל עדת ישראל כיון דקרי הקרא השחיטה על כל הקהל ואינו שוחט אלא אחד ש"מ דשלוחו של אדם כמותו ולא מצי להקשות ש"ה דאי"ל שותפות בגווה כיון דלא שייך לומר מגו דזכי לנפשי' במצוה המוטלת עליו. דאין שום מצוה על הבעלים יותר מאיש אחר אבל מויקחו לא מצי למילף דמצי לומר שאני דאי"ל שותפות כיון דהלקיחה הוא מצוה על

הבעלים ושייך לומר מגו דזכי לנפשי' במצוה המוטלת עליו זכה נמי לחברי' וע"כ אין אדם מפריש פסחו של חבירו שלא מדעתו כיון דמצות הלקיחה על הבעלים. וא"ש דברי הירושלמי אבל בפי' הרמב"ם והברטנורא אי' טעם אחר על המשנה אין מן הטהור על הטמא ובדין אין תורמין מן הטמא על הטהור מבואר דרש"י ותו' יבמות פ"ט מנחות כ"ה שנחתו למצוא טעמים שונים ולא הזכירו מדברי ר' יוחנן הנ"ל שבירושלמי הנ"ל דגם מטמא על הטהור יש למעט מפסוק כדגן מן הגורן כשם שממעט מן הטהור על הטמא מפסוק הנ"ל. וצ"ל שסוברים להלכה שאין דנין אפשר משא"א ויעוין בספר כריתות בלשון למודים שער ג' ק"ט שמסופק לדינא אם הלכה כר' אליעזר שסובר ביבמות דף מ"ו שלמידין אפשר משא"א או הלכה כר' עקיבא שסובר שם אין דנין אפשר משא"א ובחדושי הריטב"א ביבמות שם אי' בשם מצא כתוב שיש לומר דרק לענין פסח דורות שאינו בא אלא מן החולין אמר ר"א שלמידין מפסח מצרים אף דהוי לא אפשר דנין אפשר משא"א מטעם כיון דעיקר פסח היה במצרים והוא הי' אב לכל הפסחים ודאי שפיר גמרינן מינ' לשאר פסחים. וכן נמי לענין טבילת גרים שפיר גמרינן מטבילת אמהות שהיתה ראשונה לכל הגרים הנכנסים תחת כנפי השכינה הא בעלמא אפשר לומר שאין למידין אפשר משא"א עכ"ל.

היוצא מזה שאין בזה החלט אי סברינן דלמידין אפשר משא"א או לא. רק ר' יוחנן שסובר להדי' כנ"ל דלמידין אפשר משא"א ולפמ"ש הרמב"ם בפי' המשניות על אין תורמין כו' טעם אחר נראה שסובר דאין למידין אפשר משא"א ולדידי' י"ל דשחיטת קדשים ופסח הוא מצוה וחוב על הבעלים לעשות בעצמן או ע"י שליח ולא ילפינן מזריקה דאין דנין אפשר משא"א וא"ש בזה המבואר ברמב"ם פי"א מהלכות ברכות דין י"ב שחט פסחו וחגיגתו מברך לשחוט והוא מדברי הגמ' פסחים דף ז' פסח וקדשים מאי איכא למימר אין ה"נ ומזה הטעם השמיט הרמב"ם ולא הביא דינו של ר"א המבואר בירושלמי הנ"ל אדם שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו ויעוין מ"מ בפי"ד מהלכות מעה"ק דין יו"ד ובערכין דף כ"א ע"א וע"ב] אמנם מדברי התוס' בערכין דף כ"א ע"ב ד"ה מאי דפלפולו רק מצד מצות סמיכה ולא הזכיר מצות שחיטה נראה שסוברים שאין בקדשים מצות שחיטה בבעלים וכן מחליט הפנ"י בסוגי' דידן. אבל לא שפ לבו לכל מ"ש לעיל גם לא הזכיר מדברי הגמ' בפסחים דף ז' הנ"ל אבל בשו"ת מהרי"ל סי' י"ח מובא בשם רבינו יוסף בן פלטא פי' אחר בדברי הגמ' פסח וקדשים מא"ל ה"נ וז"ל ה"נ דגבי חולין אמרין לה דסגי דלאו איהו שחיט ה"נ אמרי' לך גבי פסח וקדשים דלאו בעלים שוחטים כו' יעו"ש שיש קצת טעות הדפוס וכוונתו מבוארת שמתרץ הגמ' דלא בעינן בשחיטת

פסח שיהי' ע"י בעלים בעצמם וכיון שסגי ע"י שליח מברכינן בעל ופשוט שלפי סגנון פירושו יש להוסיף ולומר דאף שליחות בעלים לא בעינן בשחיטת פסח וקדשים ותירץ הגמ' ה"נ פרושו שאף בשחיטת פסח וקדשים לא בעינן בעלים ולא שלוחיהם כמו דלא בעינן בשחיטת חולין וביד כל אדם לשחוט אף שלא מדעת הבעלים וכדברי ר"א הנ"ל שוחט אדם פסחו של חבירו שלא מדעתו וא"כ ליכא מדברי הגמ' הנ"ל ראי' לסתור דברי הפנ"י הנ"ל.

ולפי ההנחה הנ"ל י"ל דרך פלפול דלר' יונתן שסובר אכילת פסחים לא מעכבא. ע"כ צ"ל דאין דנין אפשר משא"א. דבמס' נדרים דף ל"ו איתא אלא מעתה יביא אדם פסח על חבירו כו' שכן מביא אדם על בניו ובנותיו הקטנים. אלמה אמר ר' אליעזר הפריש פסח על חבירו לא עשה כלום אמר ר' זירא שה לבית לאו דאורייתא ומפרשים הרא"ש והר"ן דקושי' הגמ' דכיון דאמר ר"א הפריש חטאת על חבירו לא עשה כלום וכן בהפריש פסח על חבירו לא עשה כלום. ע"כ צריכין לומר דאין דנין אפשר משא"א ומתרץ ר' זירא דלעולם דנין אפשר משא"א ושה לבית לאו דאורייתא וידוע שדינו של ר"א הנ"ל שאין אדם מביא פסחו של חבירו שלא מדעתו הוא ברייתא מפורשת ואיתא בפסחים דף פ"ח תנו רבנן שה לבית מלמד כו'. אבל אינו שוחט ע"י בנו ובתו הגדולים וע"י עבדו כו' אלא מדעתו וכן משמע מדברי המשנה שם. האשה בזמן שהיא בבית בעלה כו' הרי דהלכה פסוקה היא וז"ל הילקוט בפרשת בא בשם פסוק ויקחו להם שה לבית אבות כו' לבית אבות אינו בית אבות אלא משפחותם שנאמר משפחותם לבית אבותם הרי שהי' עשר משפחות לבית אב אחד שומע אני שה א' לכולם ס"ל שה לבית ומפרש בזה נחמיני שהכוונה שאם המשפחות מרובים ואינו כדי שיעור אכילה לכל אחד צריכין שה לבית דאכילת פסחים מעכב דבר אחר שה לבית מלמד שאדם מביא ושוחט ע"י בנו ובתו הקטנים וע"י עבדו ושפחותיו הכנענים בין מדעתן ובין שלא מדעתן ע"כ והנה נראה פשוט דמאן דאמר שה לבית לאו דאורייתא ע"כ סובר דאכילת פסחים מעכב ואתי' קרא דשה לבית להורות שאם המשפחות מרובות ואין שיעור אכילה לכל א' צריכין שה לבית אבל למ"ד אכילת פסחים לא מעכב צ"ל שה לבית אתי לרבות קטנים ומדאורייתא חייבין קטנים בפסח ומיושב בזה מה שקשה לכאורה בהתוס' בסוגי' דידן ד"ה אינו זוכה כתבו בזה"ל וא"ת ל"ל הא קי"ל דאין יד לקטן וי"ל דגבי פסח איצטרך ס"ד הואיל וחייב באכילת פסחו דכתיב שה לבית כו' ובתוס' מס' גיטין דף ס"ד ביארו יותר בהדי' משום דשה לבית דאורייתא ולכאורה תמוה דהא פסקינן בפסחים דף פ"ח ובנדרים דף ל"ו בשם ר' זירא דשה לבית לאו דאורייתא אמנם לפמ"ש ניחא דכאן אזלי הסוגי' אליבא

דר' יונתן שסובר דאכילת פסחים לא מעכב ולדידי' ע"כ שה לבית לרבות קטנים והוי דאורייתא דאל"כ שה לבית למה לי:

היוצא מזה שאם נתפוס שיטת ר' יונתן צ"ל שה לבית דאורייתא וקשה א"כ אמאי אסור לשחוט ע"י בנו ובתו הגדולים ואשתו שלא מדעתן וכקושי' הגמ' בנדרים נימא כשם שיכולין לשחוט על בניו הקטנים שלא מדעתן כך מותר לשחוט פסח של חבירו שלא וצ"ל דסבירא לן דלא דנין אפשר משא"א הרי הוכחה מבוארת דאליבא דר' יונתן אמרי' דאין דנין אפשר משא"א. א"כ י"ל אליבי' דשחיטת קדשים צריכין להיות עכ"פ ע"י שלוחי הבעלים דמושחט פר החטאת לא נשמע למעט אלא שא"צ שחיטה שתהי' בבעלים בעצמם דוקא אבל משליחות מנ"ל למעט ומזריקה א"א למילף דאין דנין אפשר משא"א וכדברי הגמ' במנחות דף י"ט שהבאתי לעיל:

והשתא דאתינא להכי דלשיטת ר' יונתן יש מצות שחיטה על הבעלים לשחוט בעצמם או ע"י שלוחם ממילא י"ל דכששוחש אחד מהשותפים להקרבן שייך מגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' דהא באותו השחיטה ששחט אחד מהשותפין זכה לנפשי' לצאת ידי מצות שחיטה המוטלת עליו וזוכה גם לחבירו המשתף עמו ומקשה הגמ' שפיר אליבא דר' יונתן דילמא ש"ה דאי"ל שותפות בגווה אבל לר' יהושע ב"ק שסובר דאכילת פסחים מעכבא. ולדידי' צריכין שה לבית אבות לדרש הראשון שאם הי' משפחות מרובות צריך לשחוט שה לבית ולא קאי שה לבית לרבות קטנים וכדברי ר' זירא שה לבית לאו דאורייתא ולא צריכין למימר דלא דנין אפשר משא"א וכיון דאיכא למימר שדנין אפשר משא"א. י"ל דילפינן שחיטה מזריקה דליכא כלל מצות שחיטה על הבעלים וכמ"ש הפנ"י ולא שייך גבי שחיטת פסח ע"י א' מהשותפין מגו דזכה לנפשי' וליכא לחלק בין שותף השוחט לשחיטת אינש דעלמא ושפיר מוכרח דין שליחות מדכתיב ושחטו וכפי' הר"ן שהבאתי לעיל דכיון דנקראת השחיטה ע"ש כל הקהל כאלו שחטו בעצמו נשמע דשליחות של אדם כמותו וא"ש מה דלא מקשה הגמ' דילמא ש"ה דאי"ל שותפות רק אליבא דר' יונתן:

ועפי"ז יש ליישב מה שקשה בדברי הגמ' והא דתנן חבורה שאבד פסחו כו' מנלן מאי קושי' דילמא שאני התם דאי"ל שותפות אבל לפי מ"ש א"ש דהתחלות הסוגי' אזלינן לדידן דשה לבית לאו דאורייתי' ודנין אפשר משא"א וליתא כלל מצות שחיטה על הבעלים מהקרבן. ודי בלקיחת הקרבן אמנם לגבי בני חבורה שלקחו לעצמן פסח אחר כבר נתבטל מנוי שלהן שנמנו על הפסח הראשון שנאבד מהם ואין חלות מנוי שלהם על הפסח שנשחט ע"י א' שהלך ומצאו כ"א מצד השחיטה והיינו כיון ששחט עליהם

בשליחותם. ז"א אלא כי אמרינן דשלוחו של אדם כמותו אבל אי לא אמרינן שליחות הוי כלא אימנו כלל וכעין זה כתב הפנ"י ומקשה הגמ' שפיר ותו ליכא למידחי דילמא ש"ה דאי"ל שותפות דהא בשחיטת אותו הפסח לא זכה השליח לנפשי' כלום דהא כבר זכה בפסח משמצא וכבר יצא מצות לקיחת הפסח ומצות שחיטה ליתא בבעלים של הפסח. ולא שייך בעת השחיטה הואיל וזכי לנפשי' דזכותו באותו הפסח כבר זכה קודם השחיטה ולא הוסיף לעצמו זכות בשחיטת הפסח ואיך זכה לבני החבורה שיהי' כאלו אמנו על אותו הפסח אם לא בדין שליחות:

ועפי"ז יש ליישב גם קושי' המהרש"א שמקשה למה לא הקשה הגמ' תיכף ממשנה דעבד שאמר לו רבו והוא קדומה ממשנה דבני חבורה ואקדים קושי' המפרשים שמקשים מאי ראי' מעבד שאמר לו רבו דילמא שאני התם דיד עבד כיד רבו כדאי' בב"מ דאף ע"י שליח לא מיקרי שאילה בבעלים מ"מ בשאול עבדו הוי כשאילה בבעלים דיד עבד כיד רבו דמי ולכאורה יש ליישב דאי' בכתובות דף ע"ד דחליצה ע"י תנאי אינה מבוטלת כיון שהמעשה א"א לקיים ע"י שליח וכן הלכה פסוקה דכל דבר שא"א לקיים ע"י שליח אין התנאי מבטל המעשה ומבואר במל"מ פ"ו מהלכות אישות הלכה א' דאף בתנאי של עבר כגון אם עשית דבר זה או לא עשית דבר זה. אף שתיכף נתברר הדבר אם נתקיים המעשה או לא מ"מ צריכין בזה כל משפטי התנאים ומביא ראי' לזה מסוגי' דפ' האומר דפריך לר"מ דבעי פנאי כפול מקראי דסוטה דליכא התם כפילת התנאי ומשני דאיכא התם כפילת התנאי והתוס' שם הקשו דאכתי הוי לאו קודם להן ונדחקו בתירוץ קושי' זו יעו"ש. מוכח מזה דאף בתנאי דלשעבר בענין משפטי תנאים. דהא תנאי בסוטה תנאי דלעבר היא זה תורף דברי המל"מ ואף שראיות המל"מ מדברי הגמ' הנ"ל נדחים בפשיטות עפ"י דברי חדושי הר"ן לגיטין פ' השולח בסוגי' והוא שאמר לה משום שם רע שכ' להדי' בתנאי דלעבר לא בעינן דיני התנאי רק תנאי כפול בעינן אליבא דר"מ דל"ל מכלל לאו אתה שומע הן אבל מדברי התוס' שמביא המל"מ מוכח שדעתם דגם בתנאי שלעבר בעינן כל משפטי התנאים ולפי"ז מיושב קושי' המפרשים הנ"ל דאם נאמר דאין מועיל שליחות בשחיטת פסח א"א לשחוט פסח על תנאי והרי שם במשנה גבי עבד מבואר דבשכח מה שאמר לו רבו מתנה אם גדי אומר לי רבי עלה שלי כו' אן יכול לשחוט פסחו על תנאי הא כל דבר שא"א לעשות ע"י שליח. א"א להתנות בו תנאי אף תנאי שלעבר העומד להתברר ודע דבתוס' מס' נזיר דף י"א ובחדושי הרמב"ן ב"ב דף קכ"ו מביא קושי' למה מועיל תנאי בנזירות הא א"א לקיים ע"י שליח ומובא בהגמ"ר פ' הכותב דין ר"צ בשם תוס' בזה"ל איכא למימר דודאי מעשה הנעשה בידים

כגון קנין וגט וקידושין וחליצה וכיוצא בו שאין המעשה יכול להיות ע"י שליח כ"א ע"י אדם עצמו אלים המעשה טפי כו' אבל במעשה שאינו אלא בדבור בעלמא כגון נדר לא אלים המעשה כולי האי שמקיים אם לא מקיים התנאי [וגם בספר הפלאה דף ע"ד נחית לסברא זו ויעוין מ"ש בדף נ"ו ע"א] וכן אי' להדי' באס"ז במס' נזיר בישוב קושי' תוס' הנ"ל ולפי"ז י"ל דדוקא אי ס"ד שמעשה השחיטה צ"ל בבעלים אז הי' מקום לקושי' הנ"ל דא"כ אמאי יכול העבד להתנות בפסחו בתנאי וז"א אלא לשיטת ר' יונתן כמו שבארתי לעיל אבל לריב"ק ולדידן וכדברי הפנ"י דהשחיטה אינה כלל מצוה על הבעלי' כמו הזריקה והקטרה ואין הקושי' ממשנה דבני חבורה רק מצד המינוי שמנוי' של בני החבורה על הפסח שמצא א' מהם הוא ע"י שליח וידוע דלמנוי על הפסח א"צ למעשה כלל ורק באמירה נמנין ומושכין וכיון שמועיל להתמנות באמירה בעלמא אף אי לא הוי מצינן למעבד המנוי ע"י שליח הי' אפשר לתלות בו תנאי ולכך לא מקשה הגמ' בתחלת הסוגי' ממשנה דעבד שאמר לו רבו דהומ"ל דשאני עבד דידו כיד רבו אבל שליחות דעלמא אינו מועיל במינוי ומהא דיכול עפבד לעשות תנאי בפסחו לא קשה דדבר שיכול להגמר באמירה לחודא יכולים להטיל בו תנאי אף כשא"א לעשות ע"י שליח. ע"כ לא הי' מקום לקושי' הגמ' ממשנה דעבד שאמר לו רבו כ"א לשיטת ר' יונתן דלדידי' אי לא הוי דין שליחות היתה מעשה שחיטת הפסח צ"ל ע"י הבעלים ולא הי' אפשר להטיל תנאי במעשה השחיטה דכל שא"א לעשות ע"י שליח א"א להטיל בו תנאי והרי מיושב קושי' המהרש"א:

ויעוין במס' זבחים דף ע"ו ובמנחות דף ק"ה מבואר בברייתא דספק נזיר טהור או טמא וכן בספק מצורע שמביא קרבן על תנאי והתנאי דהתם אינו עומד להתברר וי"ל דבכה"ג גם הר"ן מודה דבעינן משפטי התנאים וא"כ ממילא מוכח משם דמועיל שליחות דאל"כ האיך יכול להתנות דדבר דליתא בשליחות אין להטיל בו תנאי:

ובסגנון הנ"ל נ"ל ליישב לשון הגמ' במנחות דף י"ט שהבאתי לעיל אי מה סמיכה בבעלים אף שחיטה בבעלים ההוא לא מצית אמרת מק"ו מה זריקה דעיקר כפרה לא בעינן בעלים שחיטה דלאו עיקר כפרה לא כ"ש וכ"ת אין דנין אפשר משא"א גלי רחמנא ביוה"כ ושחט את פר החטאת אשר לו כו' ולכאורה אינו מובן דהתחלות לשון הגמ' ההוא לא מצית אמרת מורה שמוחלט שא"א לומר כן ובתוך כדי דבור מדחה הגמ' ואמר וכ"ת כו' גם קשה כיון דיש ללמוד מדגלי קרא למה שקלי וטרי' אי דנין אפשר משא"א או לא ונ"ל דבמהרש"א במכילתין בקידושין ד"ה תוס' בד"ה נפקא לי כ' בזה"ל דליכא למילף במה מצינו שאר קדשים דלבעי בעלים מפרו של אהרן דא"כ לא איצטרך

קרא כלל דמה"ת ו דלא בעי בעלים דשליחות מנלן וק"ל עכ"ל ולכאורה קשה דבתוס' מנחות הנ"ל ד"ה גלי רחמנא אי' בזה"ל משמע הכא דלר"ש שחיטת פרו בזר פסולה כו' ע"כ ויעוין במס' יומא דף מ"ב דמ"ד שסובר ששחיטת פרו פסולה בזר יליף לה מחוקה הנאמר באותו פרשה שסובר דחוקה קאי גם על שחיטת הפר נשמע מזה דלולא הלימוד מחוקה גם בפרו של אהרן לא הוי ידעינן לעכובא א"כ נשאר קושי' המהרש"א דנימא דגלי קרא דפרו של אהרן לעכובא ונלמד מיני' לכל הקדשים וצ"ל דגם לעכובא לא הי' צריכים קרא לפי ס"ד להקיש סמיכה לשחיטה דכל שחיטת קדשים צריכה להיות בבעלים ולא ע"י אחר ממילא הי' דין שחיטת קדשים בבעלים ככל מצות שבגופו ובכל מצות שבגופו אם נעשית ע"י אחר הוי כאלו לא נעשה כלל והי' הדין נותן שבכל שחיטת קדשים שיופסלו אם נשחטו שלא ע"י בעליהן בעצמן. ולא הי' צריך ררא דושחט אם פר החטאת כיון דלעכובא ע"כ ממילא ידעינן מהקישא דסמיכה לשחיטה דכשם אם סמך אחר הוי כאלו לא נעשה כלל סמיכה כ"כ בשחיטה אם נעשית ע"י אחר הני כאלו לא נשחט כלל וממילא פסול ומה שאין סמיכה מעכבת כדאי' במס' יומא דף ז' הוא משום דכל עצמות הסמיכה אינה מעכבת ואין כשרות הקרבן תלי בסמיכה משא"כ בשחיטה שהכשר הקרבן הוא בשחיטה ואם ס"ד דשחיטה צריכה להיות בבעלים וכך מצותה. ממילא הוי ידעינן דמיפסל אם נעשה השחיטה ע"י אחר כיון דהוי כאלו לא נשחט הזבח כלל ואין קרבן בלא שחיטה וגדולה מזו נשמע מדברי הרשב"א למס' נדרים דף ל"ו ד"ה וא"א שלוחי דידן אף שדבריו צ"ע כאשר אבאר לקמן עכ"פ אין לפקפק בדברי אלה שאם הי' בדין דשחיטת קדשים צריכה להיות בבעלים דוקא לא היתה שחיטת אחר חשובה שחיטה והי' כאלו לא נשחט וא"ש דברי הגמ' כיון דגלי רחמנא בפרו של אהרן ושחט כו' מכלל דשחיטה בעלמא לא בעינן בעלים:

אמנם לכאורה קשה הא התוס' במס' מ"ק דף ט"ו ובמס' גיטין דף כ"ט ובמס' מנחות דף ס"ד מקשים דאמאי ערל וטמא כו' הני דאין ראוין לסמוך שולחין קרבנותיהן ניהו דסמיכה לא מעכבא: נימא כל שראוי לבילה אין בילה מעכבת בו ומתרצים דאתי' ממקרא דטמא מת משלח קרבנותיו יעו"ש ועד"ז היו מקום ללמוד ג"כ דליכא עיכובא בשחיטת בעלים [ויעוין בספר המקנה בסוגי' דידן ד"ה מנין ששלוחו כו' שמקשה כעין קושי' זו משחיטת קרבנות של מחוסרי כפרה רק שזה יש לדחות דהא אי' בנדרים דף ל"ה דבמחוסר כפורים לא בעינן דעת בעלים יעו"ש] ולפי"ז שפיר איצטרך קרא ושחט את פר החטאת להורות לעיכובא דאי לא גלי קרא הוי ילפינן מטמא ששולח קרבנותיו שאינו לעיכובא וכיון שכן הדרא קושי' הנ"ל לדוכתי' דנילוף כל הקרבנות מפרו של

אהרן אמנם למ"ד דאין דנין אפשר משא"א אף אי לא הוי כתיב לעיכובא גבי פרו של אהרן הוי מחזקינן לעיכובא וכנ"ל ואף דטמא משלח קרבנותיו אין ללמוד ממנו לשארי קרבנות דהא אין דנין אפשר משא"א ושאני טמא שא"א לו לשחוט אבל במי שאפשר לו לשחוט בעצמו קרבנו אינם יכולים לעשות ע"י אחר ואם שחט אחר הוי כאלו לא נשחט כלל:

היוצא מזה הא דשמעינן מדגלי קרא ושחט את פר החטאת דבעלמא לא בעינן בעלים אינו אלא אי אמרת דאין דנין אפשר משא"א דלשיטה זו אי ס"ד דשחיטה בבעלים בעינן הי' הקרבן כשלא נשחט בבעלים ומיותר קרא דושחט פר החטאת וגו': א"ו מדגלי קרא ושחט את פר החטאת שמעינן דבעלמא לא בעינן בעלים אבל למ"ד דדנין אפשר משא"א אף אי הוי מחליטין דשחיטה בעי בעלים מ"מ לא היינו מצינו למפסל הקרבן כשלא נשחט בבעלים דהוינן דנין כל קרבנות מקרבן טמאים שכשר אף שאין השחיטה בבעלים ותו לא מייתרא קרא דושחט את פר החטאת להורות עיכוב וי"ל דמיני' ילפינן לכל הקרבנות דבעינן שתהי' השחיטה בבעלים ועכובא הוי ושאני טמא דא"א ועתה א"ש דברי הגמ' הנאמר ע"ד ממ"נ דאי דנין אפשר משא"א ילפינן שחיטה מזריקה. ואם נאמר דאין דנין אפשר משא"א יש הוכחה מדגלי קרא ושחט פר החטאת וגו'. דבעלמא לא בעינן בעלים:

היוצא מזה דאי ילפינן אפשר משא"א. ילפינן שחיטה מזריקה מק"ו וכמו בזריקה הכהנים שלוחי דרחמנא כן בשחיטה ואין למידין מפרו של אהרן אף דלהך סברא דדנין אפשר משא"א איצטרך קרא בפרו של אהרן מ"מ דחינן המה מצינו שיש ללמוד מפרו של אהרן מפני הק"ו שיש בלימוד שחיטה מזריקה וק"ו עדיף ממה מצינו. ובפרט די"ל דשאני בפרו של אהרן דשם גם הזריקה בבעלים דהא כל עשייתו רק ע"י כהנים משא"כ בשארי הקרבנות שעכ"פ אין הזריקה בבעלים ויש קיו אם הזריקה שהוא עיקר הכפרה א"צ להיות בבעלים ק"ו לשחיטה וכיון שיש ק"ו גם בפסח אף דכתיב גבי ושחטו אותו וגו': אמרי' דאינו למצוה על הבעלים וזה טעמו של ר"א שסובר דשוחט אדם פסחו של חבירו שלא מדעתו:

באופן אחר יש ליישב דברי הירושלמי הנ"ל דלפ"ד המהרש"א על פוס' ד"ה נפקא לי' מדרבנן יש סברא דהיכא שהדבר תלי ברצון הבע"ד ואין כופין אותו שלא מדעתו יכול לעשות שליח משא"כ היכא שיכולים לכוף אותו ומדברי הגמ' דקאמר מה לגירושין שכן ישנו בע"כ נשמע שיש סברא להיפך דהא בגירושין יש לנו לימוד שגם הוא עושה שליח לקבלות הגט וקשה דנילוף מינה דין שליחות א"ו די"ל דכיון שמתגרשת בע"כ יכולה

היא שתעשה שליח לקבל גט עבורה הרי לפי פירש מהרש"א צ"ל דיש סברא לכאן ולכאן וכ"כ בספר המקנה ולפי"ז יש לומר דלר"א לשיטתי' שסובר אדם שוחט פסחו של חבירו שלא מדעתו ואין אדם מפריש פסח על חבירו צריכין ב' למודין על שליחות בקדשים דמושחטו אותו ילפינן לשחיטה ומויקחו ילפינן להפרשה. ואי לא הוי כתיב אלא ויקחו הוי ס"ד דרק בלקיחה שאינה בע"כ מצי' שווי' שליח כסברת המהרש"א ואי לא הוו כתיב אלא ושחטו ה"א להיפך דרק בשחיטה שנעשה אפי' שלא מדעתו יכול לעשות שליח ובזה מובן היטב דברי היושלמי דמתחלה מביא שלמד ר"א שליחות מושחטו ומקשה בירושלמי ע"ז וייבא אמר דא ויקחו כו'. הרי שלמד שליחות מויקחו ומתרץ ע"ז ר' יוסי שנייא דא שכן אדם שוחט פסח של חבירו שלא מדעתו ואין אדם מפריש פסח על חבירו שלא מדעתו ומצד אותו השינוי שבין הנושאים צריכין ב' קראי לדין שליחות ונשמע מתרזוייהו ששלוחו של אדם כמותו בכל דבר הך כשהמעשה תלי רק לרצונו והן כשיכולים לכופו בע"כ:

אמנם מאד קשה פי' המהרש"א הנ"ל שלדבריו צריכין לשבש הגמ' בדברי התוס' וגם צריכין לדחוק כנ"ל ולומר שיש סברא לכאן ולכאן ולכאורה הי' נ"ל לומר בישוב הגי' שלפנינו שאין כוונת התוס' דבחטאת יכולים לכוף על הפרשה דהא משנה שלימה היא חייבי חטאת אין ממשכנין. רק כוונת התוס' דבחטאת משכוני הוא דלא ממשכינן אבל אם כבר הפריש החטאת והקרבן עומד וקאי אינו רוצה להקריבו מקריבין בע"כ וילפינן מזה מדכתיב בחטאת [ויקרא ד' פסוק כ"ד] ושחט אותו ומ"ש התוס' בזה"ל וה"ט כיון דבחש אה כתיב אותו אפי' בע"כ הילכך כיון דאי' לקמן מקריבין אותו בע"כ דין הוא שיעשה שליח הכוונה במ"ש דאי אי' לקמן היינו אם הקרבן שהופרש הוא לפנינו דכיון שהופרש מדעת הבעלים מקריבין אותו בע"כ ואף שמסוגי' דערכין דף כ"א ע"ב נראה דלא כדברי הנ"ל מק"ו יש לחלק ולומר דרק היכא שהפריש אחר הוא דצריכין דפת הבעלים גם בשעת הקרבה אבל לא כשבעל הקרבן הפריש משלו קרבן לחטאתו שבכה"ג אפשר לכ"ע מקריבין בע"כ וסמוכין לסברא זו מלשון הרמב"ם בפי"ד מהלכות מעה"ק דין יו"ד שכ' דין הנ"ל היכא שהפריש אחר עבורו ורצה בשעת הפרשה וחזר בו ולא רצה בשעת הקרבה:

אמנם אף שיש לומר כן מ"מ נראה מבואר דפת שמואל דבעולה ושלמים מקריבין בע"כ אף היכא שהפריש אחר עבורו. ק"ו היכא שהפריש בעצמו קרבנות לעולה או שלמים ואף לעולא עדיפי שלמים ועולה מחטאת דלחטאת בעינן דעת בהפרשה ובשעת הכפרה ובעולה ושלמים לא צריך בשעת הפרשה אלא בשעת הקרבה וא"כ א"א לפרש בדברי

התוס' מה שכתבו דרק בחטאת מקריבין בע"כ ולא בשארי קרבנות [ויעוין יומא דף י"ט שציינתי לעיל וצ"ע] ודוק היטב:

בסוגיא דהן שלוחיו הן עדיו [דף מג]

ז"ל **הירושלמי** א"ר אבין בר חייא נראים הדברים בקידשה בשטר אבל אם קידשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו התורה אפילו קידשה בכסף אינו כנוגע בעדותו והקשה הר"ן הא כיון דנוגע פסול מדאורייתא היאך שייך לומר כיון שהאמינתו התורה הא ע"ז אנו דנין אם להאמינו או לא גם צריך להבין סברת הפלוגתא שבין ר' אבין בר חייא ובין רבי יוסי:

וליישב זה אקדים מה שכתב הרא"ש בשם רבינו יהונתן הכהן בקדושי כסף היכא דליכא כפירת ממון כגון שהאשה אומרת לפקדון נתנוהו לי והם אומרים לקידושין אמרינן הן הן שלוחין הן הן עדים אבל היכא דאיכא כפירת ממון כו' ע"כ. ובר"ן איתא בזה"ל ודברי ר' יוסי שבירושלמי תמוהים כו' ולא מבעיא כשהיא מכחישן אלא אפי' כשהיא מודה שקבלתן אינה מקודשת ודאי כיון שאינם נאמנים מצד עצמו אלא מצד הודאתה הוי כמקדש שלא בעדים דאפילו שניהם מודים אינה מקודשת כו' ע"כ ומובא בא"ע סי' ל"ה ס"ב ולענ"ד נראה שי"ל דהוי שפיר גמקדש לפני עדים דהנה לכאורה נראה פשוט דאף למאי דפסקינן שאין השלוחים נאמנים מ"מ אם מעירימין השלוחים ואינם מזכירים בהגדתן עדותן לפני הב"ד שהמה היה שלוחי הבעל רק אומרים שמעידין שבעיניהם ראו שהאשה קבלה כסף קידושין משלוחי הבעל ובכה"ג מועיל עדותן להחזיקה בא"א כי עידי קידושין אין צריכין דו"ח ולא בדיקות ואין על הב"ד לדרוש מהם מי היה השלוחין והו' בהגדתן כה"ג עדות מעלי' שהאשה ההיא נתקדשה בקבלת כסף קידושין מיד שלוחי הבעל ואף שהשלוחים בעצמם יודעים שהמה היה השלוחים יכולים להעיד כה"ג וגדולה מזו נשמע מדברי הפוס' במס' מכות דף וא"ו ע"א ד"ה נרבע יציל במה שהקשו שם דגם על הנרבע שם עד אף שהנרבע יודע בעצמו שנרבע ברצונו והוא רשע מ"מ כיון שאין רשעתו ידוע להב"ד ומתקבל עדות הוי עליו שם עד עאכו"כ בגוונא הנ"ל דמה שאין מאמינים להשלוחים אינו רק משום שאומרים לב"ד שהמה הי' השליחי' ונחשבום לנוגעים. משא"כ כשמסתירים חשש הנגיעה ומעידין בסתם שראו שנתקדשה האשה בפניהם כנ"ל וכיון שמשכחת שמועיל עדותן שפיר הוי כמקדש בפני עדים לכך כשהאשה מודה שקיבלה הקידושין היא לפי דברי' בעצמה א"א גמורה כמו בכל אשה שאומרה שנתקדשה בפני עדים ואין העדים בפנינו דנאמנת דשווי' אנפשה חתיכה דאיסורא: וא"ל דשאני הכא דכיון דהשלוחים נוגעים אין כאן עדים רק ע"פ הודאתה

ז"א דגם בשעת קידושין שם עדים עלייהו כיון שהיה בידם להעיד על קידושין בפני ב"ד להסתיר נגיעתם. ולפ"ז קשה דאף אם היא מכחשת אותם ליהמנו במיגו דאי בעי הי' מסתירים את נגיעתם והיה אומרים שהמה ראו איך האשה נתקדשה את עצמה ע"י שלוחי הבעל בפניהם דבכה"ג היו נאמנים. וכעין זה מובא בש"ך חו"מ סי' קכ"א בשם הג"ת דהיכא דהלוה אמר דראוהו שפרעו נאמנים השלוחי' במיגו דאי בעי הוי אמרו שהלוה פרע והמה ראו ובאמת יש לפקפק על מיגו דהתם דאפשר לומר דהעדים יראים לומר כן שאם יאמרו שהלוה פרע יהיה ביד הלוה לתבוע אותם בעצמו להחזיר לו המעות ששלח ע"י לפרוע להמלוה ואם יאמרו שהחזירו להלוה המעות יהיה צריכים לישבע בשקר אבל על מיגו דהכא גבי שלוחי קידושין אין מקום לחשש נגיעה כזו כי אין להבעל לתבוע מהם חזרת הכסף קידושין. אחרי שהעידו באמת שנתקדשה האשה ע"י קבלת כסף מיד שלוחי הבעל וכוונתם היו על עצמם רק שלפני הב"ד לא יאמרו בפירוש שהמה השלוחין כדי שלא יבוטל עדותן מחשש נגיעה וקשה כנ"ל. ובשלמא בממון אין להם מיגו שראו ששליח הלוה פרע החוב למלוה בפניהם כיון שבממון בהכרחם לגלות לפני הב"ד מי ומי היו השלוחים אבל בקידושין שא"צ דו"ח כלל קשה כנ"ל:

הן אמת שלפמ"ש הריטב"א בחידושיו וז"ל ואע"ג דאמרי' בעלמא שכל עד שאינו נאמן מתוך עדותו אינו נאמן במיגו התם הוא כשאינו נאמן מתוך פסול עדות אחר אבל הכא כשר לעדות הוא אלא שאתה אומר שנוגע הוא בעדותו בהא אמרי' דלאו נוגע בעדות הוא דהא אי בעי אמר אהדרינהו ללוה עכ"ל י"ל דמש"ה לא מהני המיגו הנ"ל כיון דעכ"פ יצטרכו להעיד ואי אפשר להעדים לסלק נגיעתם אם לא בדרך עדות ומיגו בעדים לא מהני רק היכא שהמיגו הוא שהיה בידם לפטור א"ע בלא העדאת עדים ובכה"ג אין המיגו להחזיק עדותן רק להסיר החשש נגיעה משא"כ כשא"א לפטור את עצמם כ"א בהגדה דרך עדות:

אבל לפי דברי הריטב"א הנ"ל אין מקום לדברי הג"ת והש"ך הנ"ל בדין הנ"ל היכא שהלוה אומר שראה נתינת המעות על ידי השלוחים להמלוה דמאמינים להשלוחים במיגו שהיה בידם להעיד שהלוה בעצמם פרע בפניהם. והרי בכה"ג לא הוי מיגו לשיטת הריטב"א כיון דעכ"פ יצטרכו להעיד ואין מקום לדברי הג"ת הנ"ל כ"א בשיטת התוס' כאן בד"ה השתא ובכתובות דף י"ח בד"ה הרי אלו נאמנים שנראה מדבריהם שמועיל מיגו בעדים להאמינם במיגו שהיה בידם להעיד בסגנון אחר על אופן שהיה עדותן מועיל כמו שמקשו התוס' שיועיל עדותן באנוסים היינו מחמת ממון במיגו שאנוסים היינו מחמת נפשות ואף שעכ"פ צריכין להעיד. וא"כ נשאר קושייתי הראשונה הנ"ל. דאף אם

היא מכחשת אותן ליהמנו במיגו שהיה בידם להסתיר את נגיעתם ולומר שהמה ראו איך שהאשה נתקדשה א"ע לשלוחי הבעל בפניהם דבכה"ג היה בפניהם:

אמנם לכאורה דברי התוס' סותרים א"ע למ"ש התוס' בכתובות דף כ"ה ע"ב ד"ה זה בני וכהן הוא דלכך אינו נאמן במיגו דאי בעי לא היה אומר שהוא אביו. מ"מ כיון שלפי דבריו בעצמו הוא אביו ואין עדות לאב כו' יעו"ש מבואר דעד הפסול אף שיש לו מיגו אינו נאמן ובאנוסים היינו מחמת ממון עלה בדעת התוס' שיהיה נאמנים במיגו דאנוסים היינו מחמת נפשות:

אך דעת לנבון נקל לחלק בין הנושאים ואקדים דברי הריטב"א בשם הרמב"ן המובאים באס"ז לכתובות שכ' בזה"ל ואינו מאמינו ליוחסין לפי שאינו בידו להשיאו אשה לבדו כלומר דלענין יוחסין כיון דבעינן שני עדים עדות גמורה בעינן ואין תורת עדות משום מיגו וכדאמרי' בב"ב אטו משה ואהרן משום דלא מהימני אלא גזה"כ הילכך אף בצירוף אחר עמו אינו נאמן אע"ג דאיכא להאי מיגו דרחמנא פסלי' אבל לענין תרומה כו' עכ"ל **הן** אמת שלפי דברי הריטב"א בחידושיו בכתובות דף י"ח שמדחה קושית התוס' הנ"ל וכתב בזה"ל וא"ת ויהיה נאמנים בזה מתוך שיכולים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות או כיוצא בו וי"ל שאין עד נאמן במיגו כשיש בעדותו חשד מחמת גוף עדותן ומה ששנינו כו' עכ"ל נראה דכללא כייל דכל עד שאינו נאמן מצד שום פסול לא מהני מיגו לקיים עדותו ואין חילוק בין אם הפסול מצד קורבה או פסול אחר וכן כוונתו במ"ש בחידושיו לקידושין דכל עד שאינו נאמן מתוך עדותו אלא משום מיגו אינו עד אבל בדעת התוס' י"ל שסוברים לחלק דהיכא דהפסול הוא מצד קורבה כמו באומר זה בני הוא דלא מהני מינו דהא פסול קורבה גזה"כ הוא כדאמרי' בב"ב אטו משה ואהרן כו' וכיון דכל מיגו הוא תועלת שיצא לבירור שהדברים מה שאומר השתא הם אמת אבל בקרוב אף כשאין לפקפק על אמיתית דברי עדותו אם מוחזק לו שבודאי דברים אמיתיים מ"מ אין עליו שם עד בגזה"כ כמו משה ואהרן אבל בשאר פסולי עדות כגון היכא דמשווי נפשייהו רשעים שי"ל שאין גזה"כ רק שלא האמינו אותו התורה בכה"ג שפיר מצינן למימר דאם יש לו מיגו נאמן בעדותו וכעין זה מצינו בש"ך חו"מ שעלה על דעתו לומר דתחילתו בפסלות לא שייך אלא בקרוב ונתרחק ולא ברשע שעשה תשובה.

ובמקום אחר הארכתי בזה ובגליון דגול מרבבה סי' ל"ה סק"ז במה שמצדד לחלק בין בעל עבירה שעשה תשובה ובין כותי שנתגייר כתבתי בזה"ל החילוק פשוט דכותי פסולו מיקרי פסול הגוף שהתורה לא הכשיר כותי לעד ואם נתגייר הוי כקטן שנולד וכ"כ העובר על דבר שיש בו חיוב מלקות שפסולו מקרא דאל תשת רשע עד. אבל בעובר

מא' מדברים שאין בו חיוב מלקות רק שיש בו משום חימוד ממון הוא שפסול לעדות י"ל שאין זה בכלל פסול הגוף רק שמצד שעובר עבירה של חימוד חושדין אותו שיעיד בשקר ולכך אפשר לומר שכשתחזר בתשובה יכול להעיד אף עלמה שראה כשהיה בעל עבירה ודמי לפסול מחמת נגיעת ממון דלא דיינינן בי' דין תחלתו בפסול ולשיטת הפוסקים שמחלקים בין פסול הגוף לפסול מחמת נגיעת ממון ונכון שפיר להבין מבואר יותר לפי דברי רש"י בסנהדרין דף כ"ז ע"א ד"ה ומלוי ברבית כו' שכ' ומיהו לתיאבון כגזלנין ומלוי ברבית דמי דמשום ממון קא עביד הילכך חשוד למשקל שוחדא ואסהודי שקרא ע"כ ופסול מטעם זה הוי כפסול מחשש נגיעת ממון מעתה אף לדידן דפסקינן כאביי דנא בעינן רשע דחמס הפסול ברשע הוא לא מחשש של חשד לקחת שוחד להעיד שקר רק כיון שהוא רשע פסלה התורה אותו. וממילא י"ל דמיקרי פסול הגוף מ"מ ז"א רק בפסול מחמת עבירה שיש עליו מלקות דקרוי רשע כדכתיב והיה אם בן הכות הרשע וגו' אבל בעבירה שאין בה חיוב מלקות שפסול מדאורייתא אינו רק כשעבר להנאת ממון וחימוד שפיר י"ל דדמי פסולין כה"ג לפסול מחמת שנוגע בעדותו דאינו נקרא פסול הגוף גם בתוס' סנהדרין דף ט' ע"ב ד"ה לרצונו איתא אליבא דרבא דרשע דחמס פסולו משום שחשוד שבשביל הנאת ממון יעיד שקר יעו"ש וכן הוא בנ"י פ' ז"ב ובחדושי רשב"א יבמות דף כ"ה ובדברי הנ"ל י"ל שזה כוונת מהרא"י בפסקיו סי' רכ"א במ"ש א"נ לגבי רשע במזיד ברציחה כה"ג בעי' תחילתו וסופו בכשרות והאי מעיד מה שחזא בעת שהיה רשע גמור ויעוין סמ"ג ל"ת סי' רי"ד שמבואר מדבריו דרשע בעבירה שיש עליו מלקות פסולו מפסוק דאל תשת ידך עם רשע ורשע דחמס נלמד פסולו מפסוק כי יקום עד חמס באיש וגו' וכן כתב הרמב"ם. ובזה ישבתי מה שמקשה הב"ח חו"מ סי' ל"ד שהסמ"ג סותר א"ע שבמצות ל"ת הנ"ל כתב דאסור לצרף א"ע להעיד עם רשע נלמד מדכתיב אל תשת ידך עם רשע ובמצות עשה סי' ק"ז כתב מדרש רבותינו מדבר שקר תרחק ולפי דברי א"ש דמאל תשת ידך למידין איסור הצירוף עם רשע בעבירה שיש עליו מלקות. ודין רבותינו שמביא הסמ"ג במ"ע הנ"ל הוא ביודע בחבירו שהוא גזלן כמבואר כן להדיא וה"ז אינו אלא רשע דחמס עכ"ל הגליון:

מעתה מיושב סתירת דברי התוס' שבאומר זה בני וכהן אינו נאמן במיגו ובאנוסי' היינו מחמת ממון עלה בדעת התוס' להאמינו במיגו דאנוסים מחמת נפשות כי באומר זה בני וכהן וא"כ אף אם מאמיני' פסולו מגזה"כ כמו משה ואהרן ומה מועיל המיגו לאמת את דבריו. לו יהי' שהאמת אתו פסולו מגזה"כ אבל באנוסי' מחמת ממון שאין בו חיוב מלקות וי"ל כנ"ל שאין פסולו מגזה"כ רק שהתורה לא רצה להאמינו והוי דינו

כנוגע שאין פסולו פסול הגוף ע"כ מהני מיגו לאמת את דבריו ומיגו דאורייתא הוא ולפי זה מה שהקשיתי דיהי' העדים נאמנים בקידושין במגו שהי' בידם להסתיר שהמה לא הי' השלוחים רק שראו שנתקדשה האשה משלוחי הבעל. מיתלי תלי במחלוקת שבין הלבוש והסמ"ע חו"מ סי' ל"ז והיא מחלוקת קדמונים שבין הרמב"ן והנמוקי יוסף בפ' חז"ה דף מ"ב בהטעם של פסול נוגע הרמב"ן סובר דפסול נוגע מחמת שמשקר מחמת נגיעתו ולפי"ז היכא שיש לו מיגו דאזיל הטעם דמשקר מחמת נגיעה ממילא הדין דכשר להעיד והנ"י סובר דהטעם דכשהוא נוגע נעשה תיכף בע"ד והתורה פסלה לעדות בע"ד מצד גזה"כ אף אם נודע לנו בבירור שאמת כדבריו והוי כקרוב המעיד שאין מועיל לו המגו נמצא לפי שיטת הנ"י ל"ק קושייתי דליהמנו העדים במגו שהי' בידם להסתיר את נגיעתם. דהא כיון דנוגע פסולו לשיטתו מטעם בע"ד אינו מועיל לו המיגו דהוי כקרוב שפסולו מגזה"כ כמו משה ואהרן ויותר יש לומר שלפי שיטת הנמוקי יוסף הנ"ל אין ביד העדים שיעידו ולהסתיר את דבריהם שהמה לא היו השלוחים דבחוות יאיר מסופק באדם שיודע בעצמו שהוא רשע ואין עדים על רשעתו אם מותר להעיד. ולענ"ד יש לחלק בין רשע בעבירה ובין פסול דחמס דרשע בעבירה שיש עלי' מלקות הוי כפסול הגוף ובכה"ג י"ל שאסור לו להעיד ודמי לקרוב שבודאי אסור' לו להסתיר את קורבתו ולהעיד אבל מי שאינו פסול רק מחמת חימוד ממון שאין פסול הגוף רק שחשוד הוא להעיד שקר מצד לקיחת שוחד וכיון שהוא יודע בעצמו שמעיד באמת יכול להעיד וסמוכין לספיקו של החוות יאיר יש לי ממה שנהגו בסדר הגט לומר לעדים שיהרהרו בתשובה וקשה הא בפסול ידוע לא מהני להכשיר ע"י הרהורים בלב ולא בחזרת דברים בלבד ובפסול שאינו ידוע אין עליו שם עד פסול. א"ו כה"ג דבעבירה שאין ידוע להב"ד אם יודעים בעצמם שעברו על חייבי מלקות אסור להיות להן עדים עד שיהרהרו בתשובה וידעו בנפשם שנקיים המה לשמים מפסול הגוף ואף שלפני הב"ד אין הכשר מצד הרהור התשובה ל"ל בה. דהא גם פסולו לא נודע לב"ד ומה שאין מכשירים בעלי עבירה בחזרה לפני ב"ד רק בהליכה למקום שאין מכירין ויאמר חשוד אני וכדומה וכמבואר בחו"מ סי' ל"ה אינו רק משום דכיון דהפסול ידוע להב"ד ועל התשובה בחזרה לפני ב"ד יש לפקפק דילמא תשובה של רמי' הוא משא"כ כשאין הפסול ידוע להב"ד ועליו בעצמו יש לסלק מן העדות כיון שהוא יודע שיש לו פסול הגוף מצד רשעת בחייבי מלקות די לו ע"ז להסתרת פסולו בינו לבין עצמו בהרהור תשובה בלבו וא"כ לפי שיטת הנמוקי יוסף דנוגע פסול מצד בע"ד וא"כ אסור לו להסתיר עדותו כמו קרוב שאסור להסתיר את קרבתו וא"כ לשיטת הנמוקי יוסף ל"ק כלל קושייתי הנ"ל. כי הוכחתי לעיל שבפסול מצד בע"ד לא

מהני המיגו להכשירו ונוסף שאסור להם להסתיר את נגיעתם כפי שבארתי לשיטת החוות יאיר הנ"ל וי"ל דזה היא פלוגתת ר' אבין ב"ר חייא עם ר' יוסי בהירושלמי הנ"ל דר' אבין ב"ר חייא סובר דפסול נוגע היא משום בע"ד ולא משום חשד דילמא משקר ע"כ אף היכא דאי"ל מיגו אין בעדותו ממש ואדרבא שאסור לו להעיד בהעלמת נגיעתו לכן אמר הדא דתימא בשטר אבל בכסף לא דנעשה כנוגע בעדותו ור' יוסי סובר שלא פסלה התורה נוגע מצד בע"ד רק משום חשש דילמא משקר וממילא היכא דאי"ל מיגו עדותו מתקיימת הרי בקדושי כסף יש להשלוחים מיגו כמו שכתבתי לעיל שבידם להסתיר נגיעתם ולהעיד שראו שהאשה קיבלה כסף קידושין משלוחי הבעל וזה כוונת ר' יוסי כיון שהאמינתו התורה פי' שאין פסולו מצד פסול התורה מצד גזה"כ אפי' קידשה בכסף אינו כנוגע בעדותו מטעם מיגו כנ"ל ודו"ק:

ובסגנון הנ"ל נלע"ד ליישב קושי' הש"ך בחו"מ סי' נ"ח על דברי הרמ"א בשם הרמב"ן שפסק בלוה שפרע למלוה בפני עדים ואח"כ אמר המלוה סטראי נינהו אינו נאמן דהא אין לו מיגו דהוי מיגו במקום עדים אבל אם פרע בפני ע"א שייך שפיר מיגו והקשה הש"ך האיך כ' הרמ"א דין זה בפשיטות הא מדברי התוס' בכתובות דף פ"ה ומרמב"ן בעצמו בפ' חז"ה לא משמע כן וז"ל הגמ' בכתובות דף פ"ה אבימי ברי' דרבה בר אבוהו הוי מסקי זוזי בי חוזאי אזיל פרעינהו ביד חמא ברי' דרבה בר אבוהו כו' לענין שלומי שליח מאי כו' הב זוזי ושקול שטרא לא משלם כו' והקשה בתוס' האיך פסק ר' אבוהו שבי חוזאי נאמנים במיגו הלא השליח יכול להיות עד וא"כ אי אמרו להד"מ יצטרכו לישבע נגד העד וכפי טענתם עתה אינם מכחישים את העד רק שאומרים סטראי נינהו: וא"כ הוי מתושאיל"מ דומי' דנסכא דר"א ותרצו דהכא מיירי אחרי שנתקנה שבועת היסת שהשליח נוגע בעדות מחמת השבועה ולא הוי עד ולכך נאמנים שפיר במגו והרמב"ן בב"ב מקשה ג"כ כקושי' התוס' ומתרץ כתרוצם הנ"ל. א"כ מוכח דאף בע"א לא יכול לטעון סטראי נינהו דאל"כ מאי דוחקא לשנוי' דמיירי לאחר שנתקנה שבועת היסת הא אפילו קודם שנתקנה ש"ה ויש ע"א גמור יכול לטעון סטראי. כן תורף דברי הש"ך בס"ק כ"ג ונלע"ד ליישב בהקדים דברי הריטב"א שמקשה ג"כ כעין קושי' התוס' ובהוספת דברים. וז"ל ובשלמא אי אמרינן שהשליח חייב לשלם ל"ק מידי דהשליח נוגע בעדות הוא ובע"ד הוא ואינו נעשה עד אבל אם נאמר שהשליח אינו חייב לשלם א"כ אינו נוגע בעדות ושפיר יכול להיות עד א"כ קשה הא הוי מיגו במקום עד ור' אבוהו עדיין לא ידע אם הי' המעשה באופן שחייב לשלם או לא א"כ אמאי פסק בפשיטות דנאמנים במגו דילמא הי' באופן שהשליח אינו חייב לשלם ויכול להיות עד ותו לא הוי מגו ותירץ דדין

מתושאיל"מ לא שייך רק בשבועה דאורייתא היינו נשבע ונפטר כמו בנסכא דר"א אבל בנשבע ונוטל דהוי רק שבועה דרבנן כמו הכא דהמלוה מחויב שבועה וליטול וא"כ לא שייך דין מתושאיל"מ וזה תירוץ נכון הוא עכ"ל ולכאורה קשה למה לא תירצו התוס' והרמב"ן כתירוץ הריטב"א דמתרץ אליבא דדינא ולמה הוכרחו לאוקמי אחר שנתקנה שבועת היסת אך לפי מה שבארתי לעיל דהרמב"ן והנמוקי יוסף מחולקים בטעם פסול נוגע: הרמב"ן סובר דמטעם נוגע פסול וא"כ במקום דאי"ל מיגו לאמת את דבריו נאמן כאשר הוכחתי לעיל והני"י סובר דמטעם בע"ד הוא וגזה"כ הוא וא"כ לא מהני שום מיגו. כי לו יהי' שאמת כדבריו עכ"ז פסול מצד בע"ד וקרוב כמו משה ואהרן מצד גזה"כ והנה הריטב"א סובר כשיטת הנמוקי יוסף שמטעם בע"ד הוא פסול כי איתא בכתובו' דף פ"ד ההוא בקרא דתפסי תורא מיני' וטוען הבע"ח שתפסו מחיים ולא הי' עדיין מטלטלי דיתמי ומועיל תפיסתו והבקרא טוען שלאחר מיתה תפסו ופסקינן דאין אנו מאמינים אותו לגבי הבע"ח שיצטרך להחזיר מה שתפס. אבל מ"מ אנו מאמינים אותו לגבי' דידי' שכדבריו כן הוא שהבע"ח תפס לאחר מיתה נמצא פשע וחייב הבקרא לשלם אבל לגבי הבע"ח אין אנו מאמינים אותו משום דיש להבע"ח מגו דלהד"מ וכ' הריטב"א ואע"ג דהבקרא טוען שתפסו לאחר מיתה וא"כ אמאי לא יהי' מהימן כע"א וא"כ אין להב"ח מיגו מ"מ כיון דאינו נפשה עד. עד שיוגמר בעדותו ולא הוי עד עכ"ל ואף על גב דהתם ודאי לא שייך טעמא דמשקר דמה לו לשקר כיון דלפטור עצמו מתשלומין הי' יכול להודות לדברי בע"ח דתפס מחיים ואדרבא הי' לו טענת הבע"ח לסייע וא"כ טעמו כיון דכשאם אין אנו מאמינים אותו לגבי הבע"ח ולגבי דידי' נאמן הוי בע"ד ואינו נעשה עד. הרי לעינים שהריטב"א סובר דנוגע פסול מטעם בע"ד ומטעם גזה"כ וממילא אף כשיש לו מיגו כיון שהתורה פסלתו הוי קרוב המעיד ואינו נאמן בשום אופן:

והנה בנידן דידן יש לתפוס טענת הלוה נגד המלוה בשני פנים: הצד הא' שהלוה אינו בא לתבוע שום דבר מהמלוה רק שבא לפטור א"ע ששוב לא יתחייב לו כדבריו והמלוה רוצה ממנו באמרו שהמעות שלקח ממנו הי' על הלואה אחרת והצד הב' שהלוה רוצה ליטול מהמלוה המעות בהחזרה. והמלוה בא ליפטר ונוכל להבחין כוונת טענת הלוה ע"י כך שאם השליח לא פשע בשליחתו א"כ גם הלוה מודה שהמעות בא ליד המלוה עפ"י דבורו ובשליחותו ושוב אינו יכול לתבוע בחזרה כיון שגם לפ"ד הממון בא בכשרות ליד המלוה וע"כ טענתו היא רק שיפטור מיהו בזה התשלומין והמלוה טוען סטראי ונמצא שרוצה ליטול וכשישבע להכחיש את העד יהי' נשבע ונוטל. אבל אם השליח פשע א"כ הלוה תובע המעות בהחזרה שטוען שבא מעות ליד המלוה שלא עפ"י דבורו

והוי כמו שהי' מעותיו נפקד ביד השליח והוא תופסו בעד חובו וא"כ הלוה רוצה ליטול והמלוה לפטור ולפי"ז מתיישב שפיר כל הנך קושי' דלעיל דהריטב"א לשיטתי' דסובר דנוגע פסול מטעם בע"ד והוי גזה"כ ואינו נאמן אף במיגו ולכך מדייק שפיר דבשלמא אי אמרת דשליח מחייב לשלומי א"ש דנוגע בעדות הוא ובע"ד הוא ואינו נעשה עד פירוש אף שיש להשליח מיגו דאהדרינהו ללוה דהא בקודם שנתקנה ש"ה איירי מ"מ כיון דסובר דהוי בע"ד א"כ מאי מועיל לו המיגו. כיון דלטענתו השתא אם לא נאמינהו יהי' חייב לשלם א"כ הוי בע"ד וגזה"כ הוא דפסול רק דהקושי' אם נאמר שאינו חייב לשלם פי' היכא דלא פשע וע"ז קשה קושי' התוס' הנ"ל וכיון דקושייתו הוא בלא פשע א"כ הלוה א יכול לתבוע המעות בהחזרה כנ"ל ובודאי הוא בא רק לפטור א"ע והמלוה רוצה ליטול עוד ממנו וע"ז מתרץ הריטב"א שפיר כיון דהמלוה ישבע ונוטל א"כ הוי רק שבועה דרבנן ולא שייך מתושאיל"מ והשתא מתורץ ממ"נ קושייתו דבפשע לא התחיל להקשות משום דסובר דהוי בע"ד ובדלא פשע ג"כ ל"ק מידי משום דהוי רק שבועה דרבנן כנ"ל אבל הרמב"ן ותוס' לשיטתם לא יוכלו לתרץ כתירוץ הריטב"א דהא הם סוברים דטעם פסול נוגע הוא רק משום דאמרי' דילמא משום נגיעתו הוא משקר אבל היכא דיש לו מיגו דאזיל מיני' טעם הנ"ל בודאי הוא כשר לעדות ובנ"ד יש להשליח מגו דאהדרינהו ללוה דהא ס"ד דקודם שנתקנה ש"ה איירי א"כ לשיטתם קשה גם היכא דפשע שיהי' נאמן בתורת עדות דלא שייך טעם דמצד נגיעתו משקר דהא יש לו מיגו וע"ז לא שייך תירוץ הריטב"א דהוי בזה ש"ד דהא: בפשע תובע הלוה המעות בהחזרה והמלוה רוצה להחזיקו וא"כ המלוה נשבע ונפטר ואמאי לא יהי' דינו כנסכא דר"א ע"כ מוכרחים לתרץ תירוץ אחר משום דאחר שנתקנה ש"ה איירי ולפי"ז מתורץ נמי קושי' הש"ך הנ"ל דהנה הרמ"א מיירי שהלוה בעצמו פרע המעות למלוה ובודאי לא יכול הלוה לתבוע המעות בהחזרה דהא הוא בעצמו נתן לו המעות א"כ שפיר קאמר הרמב"ן דבע"א לא איתרע שטרא דהא יש להמלוה מגו ולא קשה דהוי מיגו במקום עד ונימא משואיל"מ ז"א דכיון דלא משכחת לה בשום אופן שהלוה יכול לתבוע המעות בהחזרה. ובודאי הוא בא רק לפטור א"ע והמלוה רוצה ליטול וא"כ שייך תירוץ הריטב"א דבשבועה דרבנן לא אמרינן מתושאיל"מ. וגם דברי הרמב"ן אינם סותרים אהדדי ודוק היטב:

בסוגיא הנ"ל

גמ' מאי קסבר אי קסבר המלוה את חבירו בעדים צריך לפורעו בעדים הני נוגעין בעדותן נינהו דאי אמרי לא פרענו אמר להו פרעוני ולכאורה קשה הא לא שייך לשון פרעון על החזרת המעות מיד השלוחים להלוה וכדמוכח מלשון הגמ' לקמן דאמרי' מיגו דאי בעי

יכולים לומר אהדרינהו ללוה ואמאי נקיט הגמ' לשון פרעוני הול"ל הדרוני. גם דברי רש"י קשה להולמן אמאי שינה מלשון הגמ' דבגמ' אמרי' דאי אמרי לא פרענו מפרש רש"י דאי לא שאם לא יאמרו מעידין אנו שקבלם המלוה כו' גם מלת מעידין אנו ברש"י לכאורה שפת יתר:

ונלע"ד ליישב דהנה בתוס' ד"ה והשתא כו' הקשו מ"מ למה לא יהי' העדים נאמנים לאחר שנשבעו לומר פרענו להמלוה שהרי שוב אינם נוגעים בעדות כו' ע"כ פשטות לשון התוס' מורה שלא הי' קושייתם שיגידו עדותן בשבועה אלא שבתחלה ישבעו לפטור את עצמן מהלוה ואח"כ יגידו עדותן לפטור את הלוה נגד המלוה ולכאורה אינו מובן למה יועיל ההגדה אחר השבועה הא צריכין להחזיק דבריהם הראשונים שבזה נפטרו מהלוה וגם כבר נשבעו ע"ז אך י"ל דלא שייך חשש דלאחזוקי דבריהם הראשונים מעידים דהא בידם להשמיט את עצמן שלא לבוא כלל בפני ב"ד להעיד שאין על הב"ד לקרוא את העדים שיבואו להעיד אם אינם באו מעצמן אינם נזמנים לב"ד ועד"ז מצינו כמה פעמים בש"ס דאמרי' גבי עדים מגו דאי בעי שתקי והיינו שלא יאמרו כלל וישתקו. ואף אם משביען הבע"ד והם אינם משיבים לו דבר ליכא עלייהו חיוב מחמת שבועת עדות (יעוין שבועות דף ל"א ע"ב במשנה שם) ולדברי התוספות ישיני' במס' כריתות דף י"ב ע"ב בד"ה דאי בעי אמר כו' היכא דלא נתכוונו בשעת ראי' להעיד לאו בר הגדה המה. ובקל יכולים העדים להשמיט א"ע מהבע"ד על כבישת עדותן ואמתלא שלא כוונו להעיד ולדברי הש"ך חו"מ סי' דאף לדידן דלא בעינן בעדות ממון עדות שאתה יכול להזימה ז"א אלא שלא בעינן לדרוש ולחקור אבל אם אמרו להדי' שאינם זוכרים הזמן היום והשבוע וכדומה לא מקבלינן עדותן וא"כ יכולים השלוחים לומר שאינם זוכרים הזמן והמקום ולכך אינם מעידין ע"כ היכא שבאו להעיד אף לאחר שנשבעו מהראוי שיקבל עדותן ומקשו התוס' שפיר דאי משום דלאחזוקי דבריהם ליכא למחשד אותן דהא הי' בידם להשמיט א"ע שלא יהי' צריכין להעיד כלל וכנ"ל:

אך לפי כל זה קשה מאי קאמר הגמ' דאם המלוה את חבירו בעדי' צריך לפורעו בעדים אין להם מיגו הא יש להם מיגו דאי בעי הי' פוטרים את עצמן מהלוה בטענה שקיימו את שליחתן ופרעו להמלוה כי לא הי' אגודים לפרוע בעדים רק להלוה ומטעם דכיון שהוא לא האמינם לא הי' להם להאמין לו אבל בפרעון להמלוה לא אסקו אדעתיהו לחוש שיהי' דוקא בעדים ויכולים לומר שסברו דמן הסתם המלוה בחזקת כל אדם כשר ואין צריכין ליתן לו בפני עדים וא"כ יש להם מיגו דמן הסתם המה אומרים אמת בתורת עדות שנתנו להמלוה דאל"כ רק שהוא שקר וברצונם לפטור את עצמן למה יעידו כן

בתורת עדות ויכשלו בהגדת עדות שקר הי' להם לומר דרך הגדה ולא בתורת עדות שנתנו להמלוה ובזה יפטרו מהלוה וצ"ל דבש"ך חוה"מ סי' קכ"א ס"ק מ"ה מביא בשם הראב"ן ז"ל דוקא שנים דלא מצי אמר להו לתקוני שדרתי יתכון ולא הוי לכו למיתב למלוה בלא סהדי דלא לכפור משום דמצי אמרי אנן הוי סברינן דלהכי בררת תרי דנהוי אנן סהדי ואת מטעיתנא. דתרי שלוחים מילתא דלא שכיח הוא ולא דמי לדאבימי. דלא הוי רק חד שליח דלא מצי מסהיד ולא הו"ל למטעי עכ"ל הרי לפי דברי הראב"ן כשאמרו שפרעו להמלוה אינם פטורי' מהלוה רק כשרוצים להיות עדים אבל אם ישמטו את עצמן מלהעיד יבוא המלוה עליהם בטענה לתקוני שדרתי יתכון ולא לעוות ומקשה הגמ' שפיר מאי קסבר:

ובזה מדויק היטב לשון רש"י שגרס דאי לא ומפרש רש"י שאם לא יאמרו מעידין אנו שקיבלם המלוה כלומר שאם לא יאמרו בדרך עדות רק שיאמרו דרך הגדה בעלמא שפרעו להמלוה וכנ"ל יטעון הלוה נגדם אף אם כדבריכם כן הוא שפרעתם להמלוה כיון שאינכם מעידין ע"ז אין לכם התנצלות על העיוות שעוותתם במה שנתתם להמלוה בלא עדים. ומחויבים אתם לפרוע לי מה שהפסדתם אותי בפשיעתכם. ולזה מדייק הגמ' אמר להו פרעוני דבכה"ג שלפי דברי השלוחים כבר נתנו הממון להמלוה לא שייך בחיוב תשלומין שלהם להלוה שם החזרה רק פרעון ואתה הטעתני לא היכי שהמה אינם רוצים לומר השתא בתורת עדות אף האמתלא ששכחו הזמן ג"כ לא מועיל כיון דע"כ הי' לפי טעותם לכון להעיד ולהיותם רמי' עלייהו למדכר הכל כל הצורך לעדות. וכמבואר בכמה מקומות שעד שנתכוון להעיד לא יכול למפטר א"ע מקרבן שבועת העדות בטענת שכחתי ובמקום אחר הארכתי בזה ובארתי שי"ל שזה כוונת הגמ' שם בכריתות דף י"ב דאי בעי אמר לא נתכוונתי לעדות כלומר שיכול לטעון שכחתי רק בנתכוון להעיד הוי מילתא דרמי' עלי' ולא מועיל טענת שכחתי אבל כשאומר שלא נתכוון להעיד שפיר מצי לומר שכחתי:

וע"ד הנ"ל משכחת עוד שיהי' אפשריות להשלוחים להשמיט א"ע מלהעיד בטענה דלא נתכוונו להעיד אבל לדידן דלא פסקינן כדברי התוס' הנ"ל במס' כריתות דמקבלין עדות מעדים אף שלא נתכוונו בשעת ראי' להעיד מ"מ יש גוונא שאם לא נתכוון אין בעדותן ממש והיינו כגון שהי' גם קרובים ופסולים באותו מעמד שמצד מציאות קרוב או פסול בין הרואים א"א להכשיר עדות רק אותן שנתכוונו להעיד וכמפורש בתוס' ובריטב"א מס' מכות ובחו"מ סי' ל"ג דראיית עדים הקרובים פסולים שלא נתכוונו להעיד מבטל

מדין עדות הרחוקי' שלא נתכוונו להעיד ועד"ז מיושב דקדוק הנ"ל בגמ' ובלשון רש"י בסגנון הנ"ל ודו"ק:

סוגיא דקידשה בגזל [דף נ"ב]

אמר רב ש"מ ממתני' ארבע כו' הכי קאמרי מי אמר רב כוותי לכאורה קשה דקארי לה והוא לא אמר הכי מאי קארי לה הא מוכח ממתני' כרב. גם קשה מאי מקשה והא"ר יוחנן גזל ולא נתייאשו כו' הא י"ל דלכך לא קיבל ר"י דינו של רב משום דסבר דחיישינן בקידושין שמא אייאש או דסובר סתם גזילה יאוש בעלים. ומאי שאמר ר"י שאין הגזלן יכול להקדיש מיירי בידוע שלא נתייאשו הבעלים. ואף אם יש הוכחה ממקום אחר דר"י סובר סתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא עכ"פ ממימרא זו דר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים ליכא הוכחה. גם על תירוץ התוס' דמשוי איסור א"א להקדש קשה דהא בהקדש אזלינן בתר רובא בכמה מקומות ובא"א מחמירין אף במיעוטא בכמה מקומות [ויעוין בסוגי' דסבלונות ובדברי הקדמונים שם] גם נכון לתרץ הבדיחותא של ר' יוחנן מי אמר רב כוותי למה נחשוב לו לזר שרב יאמר כוותי':

ונ"ל בהקדם דברי הירושלמי א"ר חייא בר בא ש"מ מקדשין בגזילה וש"מ מקדשין בפירות עבירה דברי הירושלמי האלו נעולים: גם אין פותר מה זה פירות עבירה [יעוין בירושלמי פ"ו דשביעית שם קרי פירות עבירה פירות שביעית שנעבדה בהן עבירה שנהג בהן שלא כדין שביעית] וסתם פירות שביעית מה"ת יהי' נקראים פירות עבירה ונ"ל דהנה בחידושי הריטב"א בסוגי' זו ד"ה ממאי כו' כתב בזה"ל קשיא לי דילמא ה"ה בשאר שני שבוע והא דקתני ושל שביעית היתה לאשמעינן אידך דאמרן דמקדש בפירות שביעית מקודשת. סד"א לאכילה אמר רחמנא ולא לסחורה קמ"ל ואיכא למימר דדייק לה רב מדקתני ושלהן היתה וכיון דשביעית היא דהכל הפקר מאי שלהן איכא ומה לי שלהן היתה או של אחרים או שלו דהא ליכא בעלים לפירות שביעית א"ו הא קמ"ל דהא דמקדשה בשלהן היינו משום דשל שביעית היתה הא בשאר שני שבוע לא משום גזל כנ"ל עכ"ל אמנם דבר זה שמחליט הריטב"א בפירות שביעית שייך הלשון שלהן מיתלי תלי בפלוגתת הקדמונים דבעדיות פ"ה משנה א' אי' אוכלין פירות שביעית בטובה ושלא בטובה כדברי ב"ש. וב"ה אומרים אין אוכלין אלא בטובה ומפרש הרמב"ם בזה"ל ופירוש בטובה בטובותיו כאלו עשה לו צורכו או עשה לו עמו חסד ומניח אותו לאכול מפירות ארצו עכ"ל וכן פסק להלכה בפ"ו מהלכות שמיטה ויובל דין ט"ו] אבל הראב"ד בפרושו כ' בזה"ל ונראה דטעמייהו דב"ה משום דגזרו שביעית אטו שאר שני שבוע כדי שלא יהי' אדם רגיל לכנוס בשדה חבירו ובגינתו ובפרדיסו שלא מדעתו אבל

מן הדין ודאי מותר דכתיב ובשנה השביעית תשמטנה ותניא במכילתא מגיד שהוא פורץ בה פרצות כו' עכ"ל ומדברי הראב"ד אלו נראה שהי' מפרש דברי המכילתא שרשות לכל אדם בשביעית לפרוץ פרצות בשדות וגנות דאפקעתא דמלכא הוא ואין להם בעלים אבל מדברי הכ"מ פ"ד מהלכות שמיטה ויובל דין כ"ד נראה שהבין כוונת המכילתא הנ"ל שמן המצוה שבעל הגינה או השדה לפרוץ פרצות בגדר בכדי לברר הפקירו לעין כל וכדבריו מוכח לומר בשיטות הרמב"ם כי ז"ל הרמב"ם שם מצות עשה להשמיט כל מה שתוצא הארץ בשביעית שנ' והשביעית תשמטנה ונטשתה וכל הנועל כרמו או סג שדהו בשביעית בטל מצות עשה וכן אם אסף כל פרותיו לתוך ביתו אלא יפקיר הכל כו' עכ"ל יעו"ש. דבריו אלו מורין להדי' שהוא סובר דאין הפירות שביעית הפקר באפקעתא דמלכא רק המצוה הוא על הבעלים שהמה יפקירוהו ואם לא יפקירו יושאר שלהם אלא שביטלו מ"ע ודלא כדברי הראב"ד והריטב"א הנ"ל ודלא כדברי הר"ש בפ"ד דשביעית משנה ב' יעו"ש:

והנה לשיטת הרמב"ם יש לספוקי הגוזל פירות שביעית מהבעלים טרם שהפקירוהו מה דינו ולפשוט ספק זה אציע דברי רש"י בחולין דף ד' ע"ב על הא דאי' שם חמצן של עוברי עבירה לאחר הפסח מותר מפני שהן מחליפין וכ' שם רש"י בד"ה שהן מחליפין בזה"ל וי"א שאף לעצמו מותר וטעות הוא בידם דא"כ מצינו דמים לחמץ בפסח כו' שאם רצה מוכרו לנכרי ותנן האוכל תרומת חמץ בפסח פטור מן התשלומין ומדמי עצים כו' עכ"ל יעו"ש ומקשה שם התוס' ד"ה מותר בזה"ל ואין זה דיוקא דאפילו יהי' הדמים מותרין כשמכרן מ"מ כיון דלכתחלה אסור למוכרו לאו בר דמים הוא עכ"ל. ובחידושי הריטב"א לחולין שם ד"ה תניא כ' בזה"ל ומיהו מה שאומר רבינו ז"ל דאי אמרינן דלדידי' שרי הרי מצינן דמים לחמץ בפסח כו' זו אין ראי' כו' ומיהו כיון שאסור למוכרו ולהחליפו מה"ת נמי הרי חשיב באין לו דמים ואין לו תשלומין שאין לנו להחזיקו שהי' עובר על התורה למוכרו ולהחליפו עכ"ל יעו"ש ולכאורה הריטב"א סותר א"ע דבחידושיו לקידושין דף נ"ח ע"ב גבי הגונב טבלו של חבירו דמוקי שם הגמ' בחד אוקומתא פלוגתת רבי ור' יוסי בר"י דפליגי בדשמואל אי חטה א' פוטרת כל הכרי כ' בזה"ל ראיתי מקשים והא תתן לו כתיב ובעינן כדי נתינה כו' ונראה לתרץ דבודאי מצוה ליתן דבר חשוב כו' אבל מיהו אע"פ שמצותו בכך אם אינו רוצה לקיים מצוה זו ותרם חטה א' מכל הכרי ניתקן ויצא מידי טבלו אלא שלא קיים מצות נתינה כו' עכ"ל וקשה דלפי סברת הריטב"א בחולין דף הנ"ל קשה אמאי מחייב רבי בגונב טבלו של חבירו לשלם לו דמי כולו ולא אמרינן דודאי לא חשיד הבעל הטבל שיעבור על מצות עשה שבתורה ואם

לא הי' נגנב ממנו הי' מקיים המצוה בשיעור נתינה ואין מפסידו הגנב דמי כולו וצ"ל דלא דמי דבשלמא גבי חמץ ושארי איסורי הנאה כיון שיש איסור תורה שלא לעבור אין להבעלים עליהם עוד דין ממון ומה"ת יעברו על מ"ש בתורה אבל בהפרשת תרומה אף שיש על הבעלים מצות נתינה מ"מ כ"ז שאינם נותנים לכהן ממונם הוא כי להפקיע האיסור טבל די בחטה א' ואין עוד עליהם רק שיעשו בממונם מצות נתינה וכל הגוזל או הגונב מהם קודם שעושה המצוה גוזל ממונם ממש כי מצד חיוב המצות נתינה לא יצא מרשותם עד שיתנו בעצמם לכהן ויקיימו המצוה בממונם ולכך מחויב הגנב לשלם דמי כולו. מעתה י"ל שגם בשביעית כן הדין לשיטת הרמב"ם דאם גזל אדם פירות מגינה או שדה טרם שהפקירוהו הבעלים דין גזלן גמור הוא וחייב בתשלומין או השבה שיהי' ממונם וינהגו בו דין שביעית. לפי"ז א"ש דברי הירושלמי הנ"ל דר"ח בר בא מפרש המשנה בפשטות הכוונה במלת ושלהן היתה כלומר שעדיין לא הפקירוהו הנשים אותן הפירות שהי' בגינות שלהם ובא זה ולקט בדרך גזילה וקדש אותן בהן ופסקוהו המתני' דהנכריות מקודשת ונשמע מזה השני דינים דמקדש בגזילה מקודשת ומקדשין בפירות עבירה ושפיר נקראין פירות עבירה כיון דלא נעשה בהן דין מצות שביעית שהוא גזלם קודם שהפקירוהו הנשים וקדשם בהן שיחזיקו בהן בתורת קידושין ולא יחול עליהם שם הפקר אשר הי' צריך להיות בפירות שביעית:

אמנם לכאורה א"א לומר כן עפ"י דאי' ביבמות דף קכ"ב בתוס' ד"ה של עזיקה פי' בקונטרס מפרדס מעוזק ומשומר ושביעית הוא וקשה לו אי משומר קודם הביעור לעולם מותר ואין נראה לר"ת דהא בהדי' תני' בת"כ ואת ענבי נזירך לא תבצור מן המשומר אי אתה בוצר כו' עכ"ל ונראה דלר"ת ס"ל דאסורין אף בהנאה כיון דאיסורייהו נלמד מלא תבצור נשמע שאין הבצירה מועלת לכלום [ולמ"ד דיליף מאותו אתה משליך לכלב ואי אתה משליך לכלב כל איסורין שבתורה בלא"ה יש איסור הנאה בכל איסור אכילה שאין היתר הנאה מפורש] ושלא כדה"נ אף פירות של הפקר בשביעית אסור כדין שביעית ולא ניתן אלא לאכילות והנאות כדרך הנאתן א"כ קשה דלפי פרושי בירושלמי הנ"ל לא הופקרו הפרות האלו ודינם כמשומר שאסורי' בהנאה כנ"ל ואמאי נכריות מקודשת הא מקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת וליישב זה צריך להקדי' דברי רש"י בגיטין דף ל"ח ע"א ד"ה בחזקה וד"ה עמון ומואב דכ' רש"י שם שנכרי ששבה עבד זכה ביאוש שנתיאשו הבעלי' ומטעם הפקר ומקשה הפ"י הא אנן קי"ל דיאוש כדי לא קני גם דברי רש"י הנ"ל סותרים דברי התוס' בב"ק דף ס"ו ע"א ד"ה כיון דבאיסורא כו' שכ' שם בזה"ל מכאן משמע דיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אפילו בתר דאתי לידי' באיסורא יוכל לקנות

מן ההפקר כו' עכ"ל ולייישב כ"ז נראה לי דהא דבאמת אין יאוש הפקר גמור מבואר מתוך דברי התוס' בב"ק דף ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו שכ' דלכך אין יאוש חשוב כהפקר לפוטרו מן המעשר משום דנהי דנגזל אין יכול לתבוע מן המחזיק בה אחר יאוש כו' מ"מ כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן לפטור בהן מן הנגזל ואם כבר זכה בה אחר לכל הפחות חייב לשלם דמים לגזלן כו' לא חשיב כהפקר כו' עכ"ל ומינה היכא שאין על הגזלן חיוב תשלומין ואינו יכול לעכב על אחר לזכות בה תחלה והוי יאוש הפקר גמור מעתה מיושבים קושי' הנ"ל דבערובין דף ס"ב אי' ב"נ נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להשבון ומפרש רש"י הטעם דבעכו"ם לא כתיב והשיב. והפוס' חולקים שם על רש"י ועכ"ז אסקו דאם אין הגזילה בעין אין העכו"ם מחויב לשלם דמים מטעם דקלב"מ מעתה י"ל אמת יאוש הוי תמיד הפקר ומ"מ יאוש כדי ל"ק מטעם דלא הוי הפקר לכל דאף שהנגזל מפקיר לכל מ"מ לא יוכל אחר חוץ מהגזלן לזכות בו משום דהגזלן חייב לשלם דמים אבל כשהגזלן עכו"ם שאין על הגזלן חיוב תשלומין אם אינו בעין לכל הדיעות ממילא גם אחר הי' יכול לזכות בעבד אם הי' מקדים א"ע קודם שיזכה בו העכו"ם הגזלן ולא הי' ביד הגזלן לעכב על ידו כי אין על הגזלן העכו"ם חיוב תשלומין והוי שפיר הפקר לכל ויכול גם העכו"ם הגזלן בעצמו לזכות בה מטעם הפקר שבא מן היאוש ומיושב בזה קושי' הפ"י הנ"ל על רש"י ודוק:

והנה בכפות תמרים פרק לולב הגזול דף מ"ו כ' דאף לר"ת דפירות משומרים אסורים מ"מ אם הבעלים מפקירם אח"כ חוזרים להתירם מעת ההפקר ואילך מעתה י"ל בפשיטות דבגוזל פירות שביעית קודם שהפקירום הבעלים אם מתייאשים הבעלים מהן מועיל אותו היאוש לחודא בהפקר להתיר הפירות מעת היאוש ואילך דהא דכל סתם יאוש אינו כהפקר הוא מטעם הנ"ל שאין אחר יכול לזכות בה מצד שהגזלן חייב בתשלומין אבל לשיטת ר"ת בפירות שביעית דמשומרים אסורים בהנאה ואין תקנה רק בהפקר אין לבעל הפירות בהם דין ממון דהן אם יפקירום כדת של תורה או יעברו ולא יפקירו לא יהי' זכות בפירות אלו דאם יפקירום הרי לא הי' הם בעליהם: ואם לא יפקירום ישארם באיסור הנאה וא"כ אין מקום לחיוב תשלומין על הגזלן רק אם הפירות בעין מחויב להחזירם לבעליהם כדי שיקיימו בהם מצות הפקר אבל חיוב תשלומין ממון ליכא בשום אופן וממילא יכול גם אחר לזכות באותן הפירות אחר יאוש בעלים ואין הגזלן יכול למחות על ידו כיון שאין הגזלן בר חיוב תשלומין כשלא יהיו הפירות בעינם ושב היאוש כהפקר לכל וע"י ההפקר מופקע האיסור של המשומר כדברי הכפות תמרים הנ"ל וגם הגזלן בעצמו יכול לזכות בהן מכח ההפקר שע"י היאוש ומותרין לו

הפירות ויכול לקדש בהם אשה כי אין עוד איסור על הפירות וא"ש דברי הירושלמי הנ"ל שהירושלמי מפרש המשנה ושלהן היתה היינו שעדיין לא הפקירו וכשגזלם זה נתייאשו הנשים מהן ואותו היאוש הוי כהפקר ומותרין הפירות ואף אם בעלמא יאוש כדי לא קני מ"מ הכא כיון שהוא הפקר לכל גם יאוש כדי קני. לכך חל קידושי הנכריות אף דכאן ליכא רק יאוש לבד בלא שינוי רשות כיון דהוי גזל דידה מ"מ נגמר הקני' ביאוש לחוד מטעם הפקר כנ"ל. ומינה נשמע דסתם גזילה יאוש בעלים הוא וממילא מוכח דמקדש בגזילה מקודשת דבגזל דאחרים הוי יאוש ושינוי רשות וגם פירות עבירה מקרי כיון שהי' משומרים ולא הופקרו עד אחר שגזלם זה:

מעתה מתורץ קושי' הנ"ל מה שהקשיתי בתחלת הדבור אמאי לא פריך הגמ' בפשיטות והוא לא אמר הכי והא ממתני' דידן מוכח כוותי' דרב דבאמת לפי הנ"ל ליכא סיוע דאדרבא נוכל לומר להיפך דנשמע ממתני' דמקדשין בגזילה וכדברי ר"ח בר בא שבירושלמי אמנם באמת לשיטת ר"י בלא"ה א"א לפרש המתני' כדברי הירושלמי. דהפ"י בגיטין דף הנ"ל כתב לדחות דברי התוס' בב"ק הנ"ל דבאמת יאוש מטעם הפקר והא דיאוש כדי לא קני הוא דלדעת ר' יוחנן שסובר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולין להקדישו וגם הנגזל אין יכול להקדישו לפי שאינו ברשותו וכשם שאין יכול להקדיש כך אין יכול להפקיר דחד דינא להו כמבואר בסוגי' דצנועין בב"ק דף ס"ט ולכך אין ההפקר מועיל א"כ לשיטת ר' יוחנן נסתר כל הבנין הנ"ל וע"כ צ"ל דר"ח בר בא שבירושלמי סובר כצנועין דנגזל יכול להפקיר הדבר שביד הגזלן ושפיר איכא למימר דמיירי מתני' שהנשים לא הפקירו אותן הפירות והיתר איסור הפירות משומרים בא ע"י היאוש שהוי כהפקר כנ"ל אבל לר' יוחנן אין שם הפקר אחר שכבר בא ליד הגזלן ובמה יופקע איסור המשומר ואם באמת לא נפקע הוי מקדש באיסורי הנאה א"כ ע"כ צ"ל לשיטת ר' יוחנן שאין הפירוש במשנה כדעת הירושלמי ושלהן היתה לא אתי רק לאורוי' דיוקא דלולא שהי' בשביעית לא הי' קידושין מחמת דשלהן היתה ומקדש בגזל אינה מקודשת והרי לר"י הוכחה מבוררת כדינו של רב מסתמא דמתני' וכפי הוכחת רב וז"כ הגמ' והוא לא אמר הכי כלומר איך ס"ד דר"י ל"ל הך דינא דרב הלא מוכח ממתני' כוותי' וא"ל דר"י הולך בשיטת ר"ח בר בא שבירושלמי והאמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולין להקדישו וכשם שאין יכול להקדיש כך אין יכול להפקיר וליכא לאוקמי כלל בפירות משומרים ונשארה קמה וגם נצבה הוכחת רב מסתם מתני' דהמקדש בגזל אינה מקודשת:

אמנם עדיין יש לפקפק לשיטת רב בעצמו שסובר בב"ק סוגי' הנ"ל דיאוש כדי קני שלכאורה טעמו שסובר שיאוש מטעם הפקר ויכולין להפקיר דבר שאינו ברשותו ובפרט לפי מה שמסיק הגמ' בב"ק ס"ח אליבא דר"ל דסובר יאוש כדי קני מוכח מברייתא דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כסוגי' דצנועין ויכולין להקדיש דבר שאינו ברשותו ולפי"ז י"ל שפיר כפי' הירושלמי ונסתר הוכחת רב וזה הוא שאמר ר' יוחנן ומי אמר רב כוותי כלומר לדידי שפיר יש להוכיח ממשנה זו דמקדש בגזילה אינה מקודשת אבל לשיטת רב ליכא הוכחה ודוק היטב:

עוד בסוגיא הנ"ל

אופן שני נ"ל לתרץ על מה שתמוה לרבים מה"ת יהיה ס"ד דלא כרב הא רב אתיא ליה דין זה בהוכחה מבוארת דהנה יש שני פרושים במה דהוצרך ר"י ורב לאשמעינן שאין הגזלן יכול להקדיש. ושלא לקדש בגזילה התוס' מפרשים דלא נימא דוקא בממונא הוא דלא קנה אלא ביאוש לחייבוהו ב"ד לשלם אבל לחומרא אע"ג דלא נתייאש אמרינן שאם קידש אשה מקודשת להצריכה גט כו' יעו"ש. והריטב"א מפרש דס"ד לחוש מספק דילמא כבר נתייאש הנגזל יעו"ש באריכות דברים בזה. ומדתני במתני' ושלהן היתה ושל שביעית מוכח לכאורה תרווייהו דלא החמירו רבנן בקידושין שיהיה ביד הגזלן לקדש אשה קודם יאוש וגם לא חשו לספק שמא נתייאשו

אמנם א"כ לשיטת ר"י שסובר דבעינן יאוש ושינוי רשות ליכא לאוכוחי ממתני' אלא דלא החמירו בקידושין שיהיה ביד הגזלן לקדש קודם יאוש ועדיין י"ל דמחמת חומרא דא"א אפשר חיישינן לספיקא דילמא נתייאשו הבעלים וספק זה לא שייך רק במקדש בגזל דאחרים דאי הוי יאוש נקנה הגזילה להאשה ביאוש ושינוי רשות. אבל מתני' דמיירי בגזל דידה לו יהיה דנתיאשה מה בכך הא שינוי רשות ליכא דהדרה הגזילה ליד הנגזלת ויאוש כדי לא קנה אבל לרב לשיטתיה שסובר יאוש כדי קנה מוכח ממתני' דגם לספיקא לא חיישינן:

מעתה אציע לשון הרמב"ם המובא בש"ע אה"ע סי' כ"ח שכ' בזה"ל המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס. אם נתייאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת. וכתב בחמ"ח בזה"ל לפי פשוטו משמעות לשונו דסתם גזילה לא הוי יאוש ע"כ כתב ונודע שקנה אותו כלומר שיש עדים שנתייאשו הבעלים מן הגזילה והגזלן קנה הגזילה ביאוש אבל אם בשעת קידושין עדיין לא נודע אם נתייאשו אף שאח"כ נודע שכבר היה יאוש קודם הקידושין. הוי כיאוש שלא מדעת ע"כ אמנם לדעתי יש לחלק דשם מיירי שבעל האבידה לא ידע שנאבד ממנו ואלו הוי ידע הוי מייאש בזה פסקינן

כאביי כיין דלא ידע ולא אייאש לא הוי שם יאוש משא"כ הכא דהנגזל ידע ונתייאש רק שהלוקח לא ידע ומלבד אשר אמרתי בזה באופנים שונים נ"ל לחדש דבר מעתה דמה דמועיל יאוש ושינוי רשות שיהיה קנוי להלוקח ומחמת קנייתו יהיה ג"כ כקנויה להגזלן ע"ד שכ' המ"מ והריטב"א לקידושין וביש"ש ב"ק פ' מרובה דין ז' עיקר הטעם כמו שמבואר מדברי התוס' בסוגי' דאוונכרי דכיון דהוי כבר יאוש בהתירא אתי לידי' ביד הלוקח ולכך מהני שינוי רשות לגבי לוקח ויש להסביר דשורת הדין הוא שיועיל יאוש לחודא כמו באבידה רק דגבי גזלן לא מהני יאוש משום דבאסורא אתי לידיה. אבל גבי אחרים שלא עשו שום איסור בגזילה זו נחשב הדבר הגזול שביד הגזלן לאחר יאוש כאבודה מן הנגזל אחר יאוש וע"כ מי שלוקח אותו דבר בשינוי רשות שלו הוא בהתירא יש לו בו זכי' כיון שלא בא לידו אלא לאחר יאוש בעלים כמבואר בשו"ת רשב"א תתקס"ח לפ"ז י"ל היכא דהשינוי רשות באיסורא הוא אינו קנוי להלוקח וכבר הוכחתי מסוגיא דאוונכרי ר"פ לולב הגזול דלמ"ד יאוש כדי לא קני לגזלן גם בספק גזילה לא מהני יאוש גבי גזלן ולכך אמר ר"ה לאוונכרי ליגזזו אינהו דלהוי יאוש בידייהו ושינוי הרשות בידכן. דאם הי' בעצמם גוזזם לא הי' מהני יאוש כמו שפי' רש"י דיאוש כדי ל"ק. והרי התם ליכא אלא ספק גזילה דאף דסתם עכו"ם גזלי ארעתא נינהו מ"מ יכול להיות שאותו קרקע לא נגזלת מעולם ואם נאמר דספק גזל לא מיקרי באיסורא אתי לידי' אמאי לא הועיל יאוש לחודא א"ו גם גבי ספק גזל מיקרי באיסורא אתי לידי' וע"כ לא מהני יאוש כדי. וכיון שכן פשוט לומר דאף דיאוש ושינוי רשות קונה כיון דעיקר הטעם משום דבהתירא אתי לידי' לא מהני הקני' בשינוי רשות אלא היכא שהי' ידוע להלוקח דבשעה שנטלה לרשותו שכבר נתייאשו הבעלים ובהיתר גמור לקח כמו לקיחת אבידה אחר יאוש אבל באין יודע הלוקח שכבר נתייאשו הבעלים הוי ספק איסור דאורייתא בלקיחתו אותו דבר דאם לא נתייאשו הבעלים הוי גם הוא כגזלן במה שנטלה להחזיק לעצמו ותו לא מיקרי בהתירא אתי לידי' וע"כ לא מהני השינוי רשות דמה לי אם הספק איסור הוא אצל הגזלן הראשון או כשהספק הוא בשינוי רשות ולא משכחת שיועיל היאוש כשלא נודע להלוקח בשעת לקיחתו אלא היכא שהלוקח בעת הלקיחה לא ידע כלל שהוא גזולה ביד המוכר ולא הי' לו להעלות על הדעת שמכניס עצמו בספק איסור ע"כ אם כבר נתייאשו הבעלים קודם לקיחתו אלא שלא נודע עד אחר לקיחתו מהני דהא השינוי רשות שלו הי' בהיתר גמור: לפי"ז בקדושי אשה בגזל או בגניבה שלפ"ד הב"ש שם בסי' כ"ח אם לא הודיע המקדש להאשה שהוא דבר הגנוב או גזול יכולה היא שתאמר אין רצוני להתקדש בגניבה יעו"ש ע"כ מיירי שמודיע לה שהוא גניבה או גזילה

ובכה"ג אם אינה יודעת אז שכבר נתייאשו הבעלים מיקרי באיסורא אתי לידי' ובפרט דכ"ז שלא נתברר עפ"י עדים שנתייאשו יש חזקה מסייעת דלא נתייאשו הבעלים וחמור יותר מספק איסור שאין בו חזקה לאיסורא וא"כ א"ש מ"ש הרמב"ם והש"ע גבי קדושי אשה דבעינן דוקא שנודע בשעת הקידושין שכבר נתייאשו הבעלים

ויש להוסיף עוד דלפי שיטת הרמב"ם דשינוי רשות ואח"כ יאוש ג"כ מועיל ע"כ הטעם דאמרי' אף דלא אהני שינוי רשות שמקודם מ"מ יש זכי' להלוקח במה שהחפץ תח"י גם אחר היאוש דאמרי' דל שינוי רשות דקודם יאוש ונחשב כאלו הי' פקדון מן הגזלן ביד הלוקח עד זמן שנתייאשו הבעלים ומשעת היאוש ואילך זוכה בה הלוקח מאז והלאה בשינוי רשות שבידו אבל גבי קידושי אשה א"א לומר כן דאם לא חלו הקידושין בשעה שנתן לה המקדש בעוד לא נודע שנתייאשו הבעלים ונחשב השינוי רשות באיסורא ולא מהני כנ"ל תו לא חיילי הקידושין אף כשנודע אח"כ מן היאוש ומתרצית אח"כ שתהי' מאז והלאה מקודשת להמקדש דגרע הרבה מדין שתיקה דלאחר מתן מעות שלא מהני גבי קידושין ולכך בעינן בקידושין שנודע היאוש קודם הקידושין לפי"ז לר' יוחנן שסובר דבעינן יאוש ושינוי רשות אין מקום לחוש משום חומרא דא"א להחמיר מספק דדילמא כבר נתייאש הנגזל דהא אף אם כן הוא שנתייאשו הבעלים כיון שלא נודע בבירור הוי ספק איסור שיש עמה חזקה ותו א"א לומר דשינוי רשות דידה יועיל דהא היכא דהשינוי רשות הוא באיסורא לא מהני כנ"ל אמנם לרב שסובר דיאוש כדי קני אף לגזלן שבודאי באיסורא אתי לידי' שפיר המ"ל דמשום חומרא דא"א אפשר חיישינן דילמא כבר נתייאשו הבעלים והוי של הגזלן וחלו הקדושי אשה מספק:

ולפי מה שהעליתי במק"א דלמה שלא נחתו התוס' לומר כפי' הריטב"א דה"א דמשום חומרא דקידושין ניחוש דילמא כבר נתייאשו הבעלים. דא"כ מה קאמר הגמרא והוא לא אמר הכי והאמר ר"י גזל ולא נתייאשו כו' והוצרך הריטב"א לפרש דכשם שגבי הקדש לא חש ר"י לספיקא שמא נתייאש כך אין לחוש גבי קדושי אשה ופי' זה לא יתכן לפי שיטת התוס' בקידושין דף נו"ן ע"ב ד"ה ה"ג שכתבו בזה"ל והשתא ניחא דחיישינן למיעוט משום חומר דא"א דאשכחן דחיישינן למיעוטא משום חומר דא"א גבי מים שאין להם סוף ע"כ. וכן כתבו גם במס' בכורות דף כ' ע"ב ד"ה חלב פוטר ובהקדש מצינו בכמה מקומות דאזלינן בתר רובא וא"כ אין ראי' ממאי דאר"י גבי גזל לענין הקדש לדין קדושי אשה ע"כ הוצרכו התוס' לפרושם דהוצרך לאשמעינן דלא נימא דדוקא גבי ממון הוא דלא קני אלא ביאוש אבל לחומרא אע"ג דלא נתייאשו אמרינן דאם קידש אשה מקודשת להצריכה גט כו' והשתא ניחא שפיר דמתמה הגמ' אמילתא דר"י כלומר וכי

ר"י לא אמר כן והא איהו דאמר אינו יכול להקדיש ואפילו איסורא דרבנן לית בי' כמו כן בקידושין נמי לא נחמיר להצריכה גט ע"כ כוונתם אף דמצינו כמה פעמים שהחמירו בקידושין יותר מבהקדש ז"א אלא היכא דהחומרא הוא מחמת ספק חשש איסור דלגבי א"א חיישינן אף למיעוטא וגבי הקדש אוקמוהו אדינא אבל היכא דליכא שום חשש איסור רק שרצו רבנן להחמיר מטעם גזירה וכדומה אין סברא לחלק בין איסור א"א או הקדש דג"כ אלימא איסורא וגדרו בו רבנן בכמה מקומות יותר מבשארי איסורים:.

ויעוין בחידושי הריטב"א בסוגי' דסבלונות דלא נחית כלל לדברי התוס' שם שהבאתי לעיל ופשוט שדעתו דאין סברא כלל להחמיר מצד איסור א"א יותר מבכל איסורין וכשם שמועיל רוב גמר בכל איסורים כמו כן מועיל באיסור א"א. ושאני גבי סבלונות דאין הרוב בטבע וכמו שביאר שם הריטב"א ומה שהחמירו חז"ל במשאל"ס אין ראי' לפמ"ש בשו"ת הריב"ש דהחמירו משום דאיכא ב' חזקות לאיסורא חזקת א"א וחזקת חי יעו"ש וכיון דגם היכא שיש חשש ספק איסור אין לחלק בין איסור א"א לשארי איסורים שפיר מדמה הגמ' קדושי אשה בגזילה לדין גזלן המקדיש וא"ש קושי' הגמ' והוא לא אמר הכי:

ועתה נחזור לראשונות לפי מה שבארתי בשיטת התוס' אין להביא ראי' מדברי ר"י אלא דליכא למימר שהחמירו חכמים שיהי' ביד הגזלן לקדש אשה בגזילה אף קודם יאוש דאם הי' חומרא כמו גבי קדושי אשה הי' לר"י להחמיר כמו כן גבי גזלן שהקדיש דלענין חומרא שהוא רק לגדר אין לחלק בין קדושי אשה אבל אם הי' סברא לומר דגבי קדושין יש לחוש לספיקא דאף דסתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא מ"מ כיון דעכ"פ יש מיעוט שמתייאשין משום חומר דא"א חיישינן אף למיעוטא אין לדמות לזה דין הקדש כנ"ל דהא בהקדש אזלין בכ"מ בתר רובא ובא"א מצינו כמה פעמים שהחמירו לחוש אף למיעוטא אף היכא דליכא חזקה כגון גבי סבלונות ואמאי מקשה הגמ' והוא לא אמר כו' אמנם לפמ"ש לעיל דלר"י לשיטתי' שסובר יאוש כדי ל"ק רק גבי שינוי רשות דבהתירא אתי לידי' אין מקום לחוש גבי קידושי אשה בגזל דילמא כבר אייאש דלו הי' כן עכ"ז כיון שאינו יודע שנתייאש הוי אז ספק איסורא ותו לא מיקרי השינוי רשות מה שהגיע ליד האשה דבהתירא אתי לידה אלא באיסורא ולא מהני וע"כ אף אם נתברר אח"כ שנתייאש כבר הנגזל אין ממש באותו קידושין ואין מקום לומר בשיטת ר"י שסובר במקדש אשה בגזילה שתהא מקודשת אם לא מדין גדר וחומרא דרבנן ואם כן הי' דעת ר"י למה היקל בהקדש ואמר שאין הגזלן יכול להקדיש ואף איסור דרבנן לית בו וא"ש דברי הגמ' והוא לא אמר כו' דהא לדינא מודה גם ר"י דהמקדש בגזל אף בגזל דאחרים דאיכא גבי' שינוי רשות אינה מקודשת: לפי"ז י"ל דמאי דמתרץ הגמ' הכי קאמר לי' מי

אמר רב כוותי הכוונה דר"י סובר שיש מקום לומר שראוי להחמיר בקידושי אשה לחוש דילמא נתייאשו הבעלים דלשיטתי' דיאוש כדי לא מהני אלא עם שינוי רשות בגוונא דבהתירא אתי לידי' ליכא כלל ספק בקידושין כנ"ל ולכך מודה ר"י בעצמו דהמקדש בגזל אינה מקודשת כלל לא משום חומרא ולא משום חשש דשמא נתייאש דהא אף אם נתייאש מ"מ כיון דלא נודע דאתייאש באיסורא אתי לידי' וליכא שינוי רשות אבל רב לשיטתי' דסובר דיאוש כדי קני מהראוי להחמיר בקידש בגזילה מספק דילמא כבר נתייאש דהא אם באמת דכבר נתייאש תפסו הקידושין דהא יאוש מהני אף לגבי גזלן שבודאי בא לידי' באיסורא מכ"ש דהוי רק כספק איסור ולכך הי' לפלא בעיני ר"י על רב דלשיטתי' הי' לו להחמיר:

וכדי שלא יושאר עדיין קשה למה התפלא ר"י על רב אמאי לא החמיר מספק הא רב הוכיח דין זה מהמשנה דתני ושלהן היתה ושל שביעית היתה דהא לרב לשיטתי' שסובר דיאוש לחודא קני ולא בעינן שינוי רשות אם הי' הדין לחוש בקידושין שמא כבר נתייאש גם בגזל דידה יש ספק קידושין ולמה תני במתני' ושל שביעית היתה. אבאר דממתני' ליכא להביא ראי' דאין חוששין לספק שמא נתייאש. ואקדים דלכאורה יש להבין לפי שיטת הרמב"ם דספיקא דאורייתא לקולא מה"ת אמאי סובר רבא דבקידש אחת מב' אחיות שאין ממש בקידושין הטעם דהוי קידושין שאין מסורים לביאה מספק איסור אחות אשה הא מדאורייתא ראוין לביאה דספק דאורייתא לקולא וצ"ל דשאני בזה דהוי כחתיכה אחת מב' חתיכות דאי הוי קידושין הרי אחת מהאחיות בודאי מקודשת והשני' היא אחות אשה והוי כנתערב חתיכה של חלב עם חתיכה של שומן אמנם התינח לרבא לשיטתו דאמר במס' כריתות דף י"ט ע"ב דטעמו דרב הוא דמחלק בין חתיכה אחת לב' חתיכות דכתיב ועשה אחת מכל מצות ה' בשגגה עד שישגוג בשתים וכמו כן א"ש לפי טעמו של ר"נ שם אליבא דרב משום דאיקבע איסורא. אבל עדיין קשה לר"ז דאמר התם אליבא דרב הטעם משום דאפשר לברר איסורי' והיכא דליכא לברורי ליכא חיוב והרי הכא במקדש אחת משתי אחיות אף אם חל הקידושין על אחת מהן אין שום מציאות בעולם לברר האיסור ולפי שיטת הרמב"ם דכל היכא דליכא חיוב אשם תלוי ספיקא לקולא שורת הדין שתהי' כל אחת מהאחיות מסורות לביאה מדאורייתא ולמה הי' מסופק רב במעשה דב' אחיות אי כאביי אי כרבא דהא לפמש"כ רק לרבא לשיטתו הוי בכה"ג אין מסורים לביאה אבל לא לרב לשיטתי' לפי טעמו של ר"ז אליבי'

אמנם פשוט דל"ק מידי דאם באמת בכה"ג לר"ז אליבא דרב מדאורייתא ספיקא לקולא לענין ספק איסור ביאה כמו כן גם איסור א"א ליכא איסור מדאורייתא מצד הקידושין

ומותרת כל אחת מהאחיות לעלמא כפנוי' דהא גם בספק א"א היכא דלא אפשר לברר איסורו ספיקא לקולא גם בספק איסור א"א א"כ ממ"נ אי אזלינן בתר דאורייתא אין שום אחת מהאחיות אסורה לעלמא ואי אזלינן בתר דרבנן דהחמירו בכל ספק איסור דאורייתא כמו כן אין מסורת לביאה להמקדש מצד ספק איסור אחות אשה דספיקו אסור עכ"פ מדרבנן:

לפי"ז קשה אמאי קאמר רב ש"מ ממתני' המקדש בגזילה אינה מקודשת מדתני אין האחיות מקודשת אבל נכריות מקודשת ודוקא משום דשביעית היתה אבל אם לא הי' שביעית אף הנכריות לא היו מקודשת כיון דשלהן היתה וי"ל להיפך שסובר מתני' דמקדש בגזילה מקודשת מספק דילמא כבר אתייאש ויאוש כדי קני והא דתני במתני' ושלהן היתה ושל שביעית היתה הוא רק לענין הדין המוזכר במשנה להדי' מה שאמרו חכמים אין האחיות מקודשת ואי לא הוי שביעית רק שלהן הי' שורת הדין לומר שתחול קדושי האחיות מספק דלמא כבר נתייאשו וחלו הקידושין באחת מהאחיות וקידושין שאינם מסורים לביאה לא שייך בכה"ג דאף דלעלמא כל אחת בספק קידושין מ"מ לגבי המקדש יש היתר לבעול איזה מהם שירצה מדין ספק ספיקא ספק דילמא חלו הקידושין והרי היא אשתו גמורה וא"צ לקדש אותה מחדש ואת"ל שלא חלו בה הקידושין דילמא גם באחותה לא חלו הקידושין דדילמא לא נתייאשה מגזל דידה ושם אונס חד הוא לא הוי בכה"ג דהא הספק הראשון מתיר יותר מן האחרון דלספק הראשון שכבר נתקדשה לו א"צ לקדשה שנית ולפי ספק השני דלא הוי כלל קידושין בשתיהם מנוע הוא מלבעול אותה עד שיקדש אותה שנית ומשום זה שאסור לבעול אותה עד שיקדש שנית אינה בגדר אין מסורין לביאה כיון דעכ"פ מסורות לביאה כשיקדשה לצאת ידי הספק ולא גרע מכל ספק קידושין דלא אמרי' בהו אליבא דרבא דהוי כאין מסורות לביאה מפני שצריך לקדשה שנית שלא תהי' כספק פנוי' והדברים מבוארים יותר לפמ"ש התוס' בד"ה קידושין דלא מיקרי קידושין שאינם מסורים לביאה אלא היכא שהקידושין גורמים איסור הביאה וכיון דמסורות לביאה כנ"ל יש קידושין באחת מהן שתהי' אסורות שתיהן לעלמא משום ספק איסור א"א דלעלמא ליכא להתיר שום אחת מהאחיות משום ס"ס דדילמא לא נתקדשה היא להמקדש רק אחותה ואת"ל שנתקדשה היא להמקדשה בגזל דילמא לא נתייאשה מגזילתה וע"כ לא הוי קידושין דהא ס"ס כזו הוי שם אונס חד דהן מצד ספק הראשון והן מצד ספק השני עיקר ספיקא שלא חלו בה קידושין מה לי אם לא נתקדשה כלל או נתקדשה בדבר הגזול דלא הוי יאוש שאין עליו שם קידושין וכיון שאין בספק א' שום צד היתר יותר מבחבירו לא מיקרי ס"ס והוי קידושי ספק בכל אחת לעלמא

ולגבי המקדש מותרת כל אחת מהם כשיחזור ויקדשה והרי מסורות לביאה ע"כ אם הי' שלהן ולא של שביעית הי' לאחיות שם קידושי ספק ע"כ דייק במתני' ושל שביעית היתה ולא של גזל ואי הוי אמרי' דתפסו הקידושין בהאחיות ולא הי' מסורות לביאה מצד ספק אחות אשה וס"ס ליכא דהא לא קדשה בגזל רק בשלו מה שזכה מהפקירא דשביעות ע"כ אמרו חכמים אין האחיות מקודשת והאיך הוכיח רב מהכא דהמקדש בגזילה אינה מקודשת הא יש מקום לומר כנ"ל דהמשנה סובר דמקדש בגזילה מקודשת.
א"ו צ"ל שרב בעצמו קיים מסברא דנפשי' שאף בקידושין אין לחוש כלל לספק דשמא נתייאש דסתם גזילה לאו יאוש בעלים וכדברי רבא דאמר לית דחש להא דר"ש ולא הוצרך רב להוכיח ממשנה רק לאפוקי דלא נימא דילמא בקדושי א"א החמירו חז"ל שיחולו הקידושין בגזילה אף קודם יאוש ולא משום ספיקא וזה שפיר מוכח ממשנה וכיון שכן א"ש מ"ש לעיל שר"י הי' כמתמי' על רב למה לא החמיר בקידש בגזילה שמא נתייאש דאי ממתני' ליכא למשמע דלא חיישינן מספיקא ואי הוי סברא לומר דיש לחוש לספיקא הי' מקום לפרש המתני' דשלהן היתה ושל שביעית היתה כנ"ל דמפני שהי' כך אמרו חכמים שאין האחיות מקודשת משום דקידושין שאין מסורים לביאה לא הוי קידושין אבל אם לא הי' של שביעית רק שלהן הי' גם על האחיות ספק קידושין כיון דמסורו' לביאה מטעם ס"ס דלגבי עלמא ליכא אלא חד ספיקא ספק איסור א"א דב' ספיקות שהן משם אחד לא הוי אלא כספיקא חדא וכנ"ל משא"כ לענין ספק איסור ביאה דלאו שם חדא הוא וכנ"ל

ואין לומר דהוי כספק א' בגופו וספק אחד בתערובות דהא אחת מהאחיות הוא ספק איסור אחות אשה רק שאינו ידוע איזה מהן הוא בספק אחות אשה וספק זה מיקרי ספק בתערובות והספק דילמא לא הי' יאוש ולא חלו כלל הקידושין בשום אחד מהם הוי ספק בגופו ז"א לא מבעי' לדעת המ"ב שמובא בב"י והמ"ב בתשובה סי' ל"ז מובא בש"ך בדיני ס"ס אות א' דהיכא דשני הספיקות באים כאחת מהני אף אם ספק א' הוא בגופו וס' אחד בתערובות ה"נ באים כאחת דהא כל גזילה מחזקינן בסתמא דלא הוי יאוש ואין חוששין לספיקא על יאוש. אלא כשמקדש באותה הגזילה א"כ כל עצמות הספק אינו אלא לענין קידושין ובעת שמקדש בדבר הגזול ואז מיד יש בכל אחת מהם לענין איסור אחות אשה גם ספק השני שמא היא נתקדשה באותן הקידושין והשני' היא אחות אשה אלא אפילו לדעת הד"מ שסובר דגם דלא נודע עד אחר התערובות ובאים הספיקות בב"א ג"כ לא מהני מ"מ ז"א אלא כשהספק אחד שבגופו כבר הי' קודם התערובו' רק שלא נודע לנו עד אחר התערובות ובגוונא שכ' שם בביצים שנתערבו ואח"כ נמצאת תרנגולת

אחת טריפה דבזה אם הי' נודע כבר קודם התערובות הב' הי' צריכין לאסור את הביצים מספק טריפה ע"כ אף שלא נודע עד אח"כ דינו כאלו נודע כבר הספק הראשון שבגופו ונאסר משא"כ הכא דלא הי' מציאות לספק הראשון בלעדי הספק השני דהא גם הספק הראשון לא נתהווה אלא מצד הקידושין כנ"ל ועוד דבספק א' בגופו כו' מהני אינו אלא היכא שהספק הראשון הי' אסור מדאורייתא והכא גבי קידשה בגזל אף אם הי' מחמירין לענין קידושין לחוש למיעוטא דילמא נתייאשו אינו אלא מדרבנן שהחמירו בקידושין למחשיב לספק אף דאיכא רובא וחזקה להתירא ובכה"ג כ"ע מודים שאם יש עוד ספק מצד תערובות מותר:

עוד בסוגיא הנ"ל

אופן שלישי לתרץ למה הי' מתמה ר' יוחנן כל כך ארב דקאמר נמי כוותי. מה"ת לא יאמר כוותי' נלע"ד לתרץ דהנה בב"ק דף ס"ח כ' הרא"ש דהמקדש בגזל דאחרים אחר יאוש מקודשת רק מדרבנן והקשו המפורשים דאמאי לא תהי' מקודשת מדאורייתא כאן דכי בא לידה הוי יאוש ושינוי רשות ולכ"ע קני ותירצו דע"כ ס"ל להרא"ש דכיון שעכ"פ בעת שהוא נותנו לה לאו שלו הוא דהא כ"ז שהגזילה בידו לא הי' עדיין שינוי רשות. רק יאוש וביאוש כדי לא קני לכן אינה מקודשת האף שבעת הגעת הגזילה לידה קנתה דהא בידה הוי גם שינוי רשות מ"מ צריך להיות שהמקדש יתן הפרוטה מכיסו והרי לא נתן לה משלו מיהו לקמן גבי המקדש בערלה כו' כ' הר"ן דהמקדש בגזל ולאחר יאוש מקודשת מדאורייתא ונותן טעם דאין מן הצורך שיהי' המעות של המקדש רק בתר דידה אזלינן ובהאי דקא ממציא לה האי חפץ שעל ידו קנתה היא החפץ גמרה ומקנה נפשה ונוכל להסביר הסברא דהא יכול לומר כיון שבידו תלוי מסירת החפץ למי שירצה ואם היתה האשה רוצה להשיג החפץ היתה צריכה עכ"פ ליתן פרוטה לאדם שיהי' סרסור להשתדלות השגתו מן הגזלן והרי כמקדש אותה בזה הפרוטה אף שגוף החפץ אינו שלו ע"ש וגבי מקדש בפחות מש"פ אמרי' לעיל דמקודשת מספק שמא הוא ש"פ במדי לשיטת הרמב"ם בהלכות אישות צ"ל שיהי' להאשה הנאה מקידושי' ש"פ לכך הוא מפרש האי דאמרי' שמא ש"פ במדי שהרי היא יכולה להנות ממנו ש"פ אם תלך למדי ולכן אם קידשה בדבר מאכל דאין באפשרה להגיע עד למדי פסק הרמב"ם דאינה מקודשת דהא לא יהי' לה הנאה ש"פ. ושארי הפוסקים חולקים עליו וסוברים דאף אם קידשה בדבר מאכל ג"כ מקודשת מספק ומפרשים דחשש שמא ש"פ במדי היא דכיון שיכול להיות ששוה פרוטה במדי אף במקום שאינה יכולה להנות בש"פ מ"מ שם נתינת כסף ע"ז ומקודשת מספק דשמא הי' נתינת כסף ואף היכא שאינה יכולה להנות

ממנה ש"פ כיון שהבעל נתן לה פרוטה מקודשת והוי כמתנה ע"מ להחזיר שג"כ אין להאשה הנאת פרוטה מ"מ ה"ז שם נתינה ומקודשת הרי דמצינו קידושין בתרי גוונא באופן אחד כגון שהי' נתינה מיד הבעל ואף שלא הי' הקידושין הנאה לגבי אשה כנ"ל ובאופן השני להיפך שיש הנאה לגבי האשה אף דלא הי' נתינה מיד הבעל וכסברת הר"ן הנ"ל:

והנה הריטב"א כאן מקשה מה רבותא דמקדש בגזל דאינה מקודשת מה"ת נימא שתהי' מקודשת ותירץ דה"א דאף דפסקינן סתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא ה"מ לגבי ממונא אבל גבי קידושין נימא דאזלינן לחומרא ותהא מקודשת ע"כ ולפי"ז א"ש דברי הגמ' דבשלמא לר"י דאמר בב"ק דיאוש כדי לא קני א"כ אין כאן אף ספק קידושין בשום אופן דהא אין כאן לא נתינה מיד הבעל ולא הנאה לגבי האשה ואף אם נימא דאזלינן לחומרא גבי חומר דקידושין כיון דעכ"פ לענין ממונא אמרי' בהחלט דסתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא ולפי"ז אם יבוא הנגזל להאשה להחזיר גזילתו בודאי תהי' מחויבת להחזיר החפץ דהא גבי ממונא אמרי' בודאי דסתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא וכיון שתהא צריכה להחזיר הרי לא הי' לה הנאה כלל וא"כ מה"ת שתהי' מקודשת וא"ל שתהא מקודשת מטעם שהי' עכ"פ נתינה מיד הבעל ואף שאין הנאה לגבי האשה מ"מ תהי' מקודשת מטעם שהי' עכ"פ נתינה לחודא כדלעיל דאשכחן קידושין בכה"ג ז"א דהא ר' יוחנן לשיטתי' שסובר דיאוש כדי לא קני א"כ אף שניחוש שהי' יאוש מ"מ לא זכה הגזלן בהחפץ דהא יאוש לא קני' ונמצא דלא הי' לא קדושין מצד נתינה מיד הבעל ולא מצד הנאה לגבי האשה לכן שפיר אינה מקודשת אף מספק דהא אין מקום שיחולו הקידושין בשום צד כנ"ל אבל רב לשיטתי' שסובר דיאוש כדי קני א"כ קשה אמאי לא תהיה מקודשת עכ"פ מספק דהא יש לנו לחוש דילמא כבר הי' יאוש וניהו דלגבי ממונא אמרי' דסתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא וממילא תהי' צריכה להחזיר החפץ להגזלן ולא יהי' לה שום הנאה ממנו מ"מ תהי' מקודשת מספק מצד נתינה דהא אם נאמר שהי' יאוש ורב סובר דיאוש כדי קני א"כ הוי שלו ואף שהיא צריכה להחזירו מצד דלגבי ממונא אמרי' בודאי דסתם גזילה לאו יאוש בעלים הוא מ"מ הי' לה להיות מקודשת מספק מצד נתינה כדלעיל והוי כמתנה ע"מ להחזיר דמקודשת מצד נתינה מהבעל לכן מתמה ר' יוחנן שפיר מי אמר רב כוותי פירוש דרב לשיטתי' דסובר דיאוש כדי קני הי' לו לומר דמקודשת עכ"פ מספק ודוק:

עוד בסוגיא הנ"ל

אופן רביעי לתרץ מה מתמה ר"י מי אמר רב כוותי' מהכ"ת נימא שרב סובר דלא כוותי' גם לתרץ למה הוצרך הגמ' להביא ראי' מהא דאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים הכי ס"ד שיהי' ביד גזלן לקדש בגזל שלא נתייאשו הבעלים שוודאי אינו שלו לשום דבר שע"כ כ' שם התו' שר"י לא הוצרך כלל לאשמעינן שגזלן אינו יכול להקדישו יעו"ש ומש"כ הריטב"א לתרץ דס"ד דלחומר קידושין והקדש הו"א לחוש שמא נתייאש לא א"ש לפי שיטות החמ"ח בסי' כ"ח ס"ק א' דיאוש שאינו ידוע לא מהני כלל והוי כיאוש שלא מדעת (אף לפמש"כ במק"א דבהקדש שלא מדעת הוי כהדיוט מדעת א"ש רק דברי ר"י שאמר לענין הקדש אבל כאן לענין קידושין לא הוצרך כלל להביא הא דאר"י דפשיטא הוא) עוד קשה קושי' התוס' שמה מתמה הגמ' דילמא לא אמר ר"י רק בגזל דאחרים אבל בגזל דידה ס"ל לר"י דמקודשת ויש לומר דר"י סבר שאין לחלק בין שידך ללא שידך:

לתרץ כל הנ"ל אקדים מה דאיתא בתשובת מהרי"ל סי' ע"ח במעשה שאשה חטפה מטבע מאיש א' ואמר לה הרי את מקודשת ני במטבע זו והיא שותקת והשיב מהרי"ל באריכות לבטל עידי קידושין יעו"ש ובתוך התשובה כ' בזה"ל ועוד נראה דאין כאן קידושין כו' כיון דהיא לקחה הוי גזל בידה ואין בידו להקדיש לפי שאינו ברשותו כו' ול"ד לפקדון דבידו להקדיש אף שאינו ברשותו אבל גזל דידי' שבידה לאו ברשותו כדר"י כו' וקידשה בגזל דידה הוי קידושין משום דמחלה לי' וממילא הוי דידי' כו' יעו"ש [ויעוין בב"ש סי' כ"ח ס"ק ט"ז שאשתמטי מיני' התשו' מהרי"ל הנ"ל ומש"כ הב"ש שם דבריצוי שניהם יכול להקדיש הגזילה יעו"ש יעוין במלחמות לב"ק פ"ד בסוגיא דהתוקע לחבירו שמבואר דאף בריצוי שניהם לא מועיל ההקדש וצריכין ע"כ נסברת מהרי"ל דבגזל דידה הטעם דהוי כמחלה לי' ויש לומר דמחילה מועלת אף לדבר שאינו ברשותו כמו שמהני מחילה לדשלבל"ע כדאיתא בחו"מ סי' סמ"ך ס"ו] אמנם לכאורה צ"ע תירוצו של מהרי"ל לפ"ד מהרי"ק בשורש צ"ד ענף ג' (מביאו המל"מ פ"ג מזכי' הב') דמחילה אינו מועיל רק בחוב ושיעבוד נא על חפץ מבורר יעו"ש ויעוין בחדושי הר"ן לגיטין נ"ע ח"ב שכתב ג"כ דמחילה אינו מועיל גבי גזילה רק שי"ל דשאני התם דמיירי בגזל קרקע אבל לדעת מהרי"ק שבמבורר לא מהני מחילה אפי' במטלטלים גם בגזילה אפי' במטלטלין לא מהני מחילה א"כ לכאורה א"א לומר כתירוצו של מהרי"ל

אמנם עדיין יש מקום להחזיק תירוצו של מהרי"ל דהב"ש בסי' כ"ח ס"ק ג' כתב על הדין שבאם קדשה בגזל דידה ולא שידך אינה מקודשת דיכולה לומר דידי שקלתי ומיהו מש"ס משמע דאפי'

במעות יכולה לומר דידי שקלתי דתניא בחטף סלע מידה וקידשה בו מקודשת ואוקמה בדשדיך אבל בלא שדיך א"מ די"ל דידי שקלתי עכ"ל דעת לנבון נקל שאכתי י"ל דבגזל מעות כיון דכל טבעי חד הוא לא הוי אלא כחוב ממון ועכ"ז מהכ"ת לא יהי' ביד הנגזל לומר דידי שקנתי אם מגיע לידו המטבע שגזל ממנו וכי הוכרח להשאיר אותו מטבע ביד הגזלן שלא ליקח אותו רק מטבע אחרת כמותו וכן מדוקדק מלשון הב"ש שאין הוכחתו מהגמ' רק שגם במטבע אף שאין קפידא בינו ובין אחרת עכ"ז י"ל דידי שקלתי אבל כשהתובע הנגזל מהגזלן להשיב גזילתו כיון שביד הגזלן נקיים השבה במטבע אחרת כמותו לא הוי כתביעות חפן מבורר רק כתביעות חוב ושפיר מועיל כשמוחל הנגזל להגזלן ובהא גם המהרי"ק מודה וא"ש דברי הברייתא קדשה בגזל בחמס ובגניבה או שחטף סלע מידה וקדשה מקודשת שמסיק הגמ' שפירושי קמפרש קדשה בגזל כיצד כגון שחטף סלע וקידשה בו וי"ל דבדיוק תני בברייתא כגון שחטף סלע מידה דבכה"ג שהוא רק גזילת מעות והוי רק כחוב על הגזלן ומועיל מחילה ע"כ בדשדיך מקודשת דאמרינן מדקבלה אחולי אחלי':

אמנם לכאורה קשה דא"כ מאי מקשה הגמ' על רב מהך ברייתא דילמא לא אמר רב דיני' דאף בגזל דידה א"מ רק דומיא דמעשה דכלכלה ששם הי' גזילת חפץ ובחפץ לא מהני מחילה רק מכירה ומתנה ומכירה ומתנה לא מהני בגזילה כיון שאינו ברשותו ע"כ סובר רב דא"מ אבל ברייתא דמיירי בחטף סלע מידה דמהני מחילתה דהוי רק כתביעות חוב ע"כ מקודשת וי"ל דקושי' הגמ' א"ש לשיטתו דרב שהוא סובר בב"ק דף ס"ז ע"ב דיאוש כדי קני וקשה אליבא מה שהקשה ר"י לר"ל מברייתא דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר וצ"ל גם אליבא דרב כמו דמתרץ הגמ' אליבא דר"ל שהקדישוהו בעלים ביד גנב וסבר כצנועים שביד הנגזל להקדיש אף שאינו ברשותו וממילא גם במתנה יכול הנגזל ליתן להגזלן ולשיטה זו אין חילוק בגזל דידה בין חפץ מבורר לגזילת מעות ושפיר מקשה הגמ' אליבא דרב דלדידי' שסובר כצנועין אמאי א"מ בגזל דידה נימא כיון דקבלתי' לשם קידושין מסתמא נתנה החפץ למתנה להגזלן וזכה בה בעודו בידו והוי קידשה בשלו ולכך הוצרך הגמ' לחלק בין שדיך ללא שדיך ולפי"ז א"ש ג"כ הא דמייתי הגמרא הא דאר"י גזל ולא נתייאשו שניהם אינם יכולים להקדישו דבלא"ה הוי אפשר לומר דהא דאר"י מי אמר רב הכי כוונתי דגבי גזל דידה שורת הדין שתהא מקודשת אף בגזל ממנה חפץ שלא שייך מחילה עכ"ז מקודשת בכלכלה שתלינן שנתנה לו במתנה כנ"ל והיינו יכולים לומר שר"י לא נחית לחלק בין שדיך ללא שדיך ע"כ הי' מתמה שרב יאמר הכי לכך הגמ' הא אר"י שגם הנגזל אינו יכול להקדיש דאינו ברשותו כ"כ אינו יכול ליתן

במתנה ולכך שורת הדין בכלכלה שלא מהני מחילה שהוי חפץ מבורר ומתנה אינה יכולה ליתנו דאינה ברשותו אינה מקודשת ומשני הגמ' ה"ק מי סבר רב כוותי כלומר דלר"י לשיטתי' בודאי א"מ בגזל חפץ ממנה רק מתמה לרב שסובר כצנועין ובידה ליתנו במתנה א"כ אמאי אינה מקודשת ולא נחית עדיין לחלק בשדיך ללא שדיך:

ועפי"ז א"ש ג"כ מה דמתמה הגמ' והא מתני' דגזל דידה וקאמר רב א"מ דלכאורה קשה למה מזכיר רב בקושי' זו דהא ממתני' עצמה הוכחת רב דבגזל דידה א"מ ולפי הנ"ל א"ש דממתני' ליכא לאקשוי דהוי מצינו לחלק בין גזילת חפץ לגזילת מטבע אבל לרב שסובר יאוש קנה וע"כ סובר כצנועין ויכולה ליתנו במתנה אף חפץ שגזל ממנה ע"כ קשה שפיר וא"ש הכל וק"ל (ואין לומר שרב לא ס"ל כצנועין והברייתא דגנב והקדיש מתרץ כמו שבארתי בסוגיא דיאוש אליבא דרבה די"ל שמיירי בסתם שאינו ידוע אם נתייאשו או לא, וחייב בדו"ה שכיון שלא נודע לא מהני כמ"ש החמ"ח ובהקדש שהוי כמדעת פטור שיכול לומר דילמא כבר נתייאשת. ז"א דרב ס"ל הולכין בממון אחר הרוב והרוב אינם מייאשים וחייב בדו"ה אף שהוקדש אע"כ דס"ל כצנועין כנ"ל) ובסגנון הנ"ל י"ל עוד באופן אחר דבר"ן לאלפסי בסוגיא הנ"ל איתא דבשדיך כיון דקיבלתה לגזל דידה לשם קידושין קבלתיה משום דאחולי אחלתי' כך כ' רש"י ולפי"ז נראה שנתקבלה קדושיה ונתקבלה גזלתה אבל בירושלמי אמרו רוצה היא מקודשת ויהא חייב לה סלע עכ"ל ונ"ל דדין זה תלוי במחלוקת אם יאוש קנה או לא דלכאורה פשוט דכל גזלן כ"ז שהגזילה תחת ידו ועליו חיוב השבת הגזילה עצמה כדכתיב והשיב את הגזילה ליכא רק חיוב זה ולא דמי הגזילה ממילא כשמוחל לו הנגזל על גזילתו וחלה המחילה על ההשבת הגזילה אין לחייבו בדמי הגזילה דהא מעולם לא קם בחיוב הדמים רק בהשבה ועל השבה זו מחל לו הנגזל אבל אם הנגזל לא מחל כלל רק שנתייאש מגזילתו ועי"ז קנה הגזלן את הגזילה למ"ד יאוש כדי קנה שפיר מתחייב הגזלן לשלם דמי הגזילה כדאמרינן נהי דמגופה מייאש מדמי מי מייאש ובמקדש אשה בגזל דידה י"ל באחת משני פנים דמדקיבלתה אחילתה והיינו שמחלה לו חיוב ההשבה ממילא פטור גם מדמי הגזילה כנ"ל או י"ל דמדקיבלתה לשם קידושין גילתה דעתה שכבר נתייאשה מאותו הגזילה וזכה הגזלן בו מדין יאוש: ולפי"ז שפיר מצית לתבוע מהגזלן דמי הגזילה וא"כ י"ל שהירושלמי סובר דיאוש כדי קנה ליכא ראי' דמדקיבלתה אחילתה דיכולה היא שתאמר לא מחלתי רק נתייאשתי מהגזילה לכן סובר הירושלמי שמחויב הגזלן לשלם דמי הגזילה ודעת הר"ן שפטור אף מדמי הגזילה א"ש לפי מה שפסק דיאוש לחוד לא קנה כ"א עם שנוי רשות ובגזל דידה בהחזרה לידה ליכא שינוי רשות ואף אם נתייאשה לא הי' אפשר שתתקדש

בו ומדקיבלה לשם קידושין יש ראי' דאחילתה ע"כ פטור הגזלן אף מדמי הגזילה לפי"ז אף אם נאמר דרב סובר כר"י שאין ביד הנגזל ליתן במתנה את הגזילה להגזלן כ"ז שלא שבה הגזילה ליד הנגזל וכמ"ש לעיל בשם הרמב"ן במלחמות ותשובת מהרי"ל מ"מ אם מתייאשים מן הגזילה שפיר קנה הגזלן בהיאוש דהא יאוש לחודא קונה: וע"כ הטעם דאף שאין הנגזל בעצמו יכול להקנות מפני שאינו ברשותו שאני קנין יאוש שאין קני' זו באה מצד דעת הנגזל ודין תורה היא שהגזלן יקנה ביאוש כמו באבידה אף דליכא דעת בעלים להקנותו למי שמצאו וכיון שכן לשיטת רב אין לחלק גבי קדשה בגזל דידה בין קדשה בחפץ הגזול או במטבע הגזולה דאף דבמקדש בחפץ הגזול לא שייך מחילה כמ"ש לעיל מ"מ אמרי' דמדקיבלתה יש ראי' שכבר נתייאשה מאותו הגזילה וקנה הגזלן ביאוש ומקשה הגמ' שפיר והא מתני' דגזל דידה וקאמר רב אינה מקודשת דרק לרב לשיטתו ליכא לחלק בין גזילת כלכלה דהוי כחפץ מבורר ובין גזילת מטבע אבל לר' יוחנן הוי מצינן למדחי דרק גבי מטבע מקודשת מטעם מדקיבלתה אחילתה. אבל בכלכלה דלא שייך מחילה ולא קנין מתנה כנ"ל וגם יאוש לחודא ליכא קנין לר"י שסובר יאוש כדי לא קנה אינה מקודשת ועפ"י דברי אלה י"ל פירוש דברי הירושלמי ספ"ב הלכה א' ז"ל חטף הסלע מידה ונתנו לה ובשעת מתנה אמר לה הרי את מקודשת לי הרי זו מקודשת במה קידשה ר' חגי בשם ר' פדת רוצה היא שתהי' מקודשת לו ויהיה חייב לה סלע א"ר יוסי אלו אתמר כלי יאות סלע דרכה להתחלף ע"כ. כבר נבוכו בפי' דברי ר' יוסי מפרשי הירושלמי ה"ה בעל פני משה וק"ע ודוחק פירושם ואשר יש להשיב על דבריהם מובן למעיין וביותר מופלאים דברי הפ"מ שלפי פירושו סובר ר' יוסי דבחטף סלע וקידשה אינה מקודשת וקשה האיך יחלוק ר' יוסי שבירושלמי שהוא אמורא על ברייתא ערוכה מובא בתלמודא דידן דבחטף סלע מקודשת ומש"כ המראה הפנים שהירושלמי מיירי בלא שדיך ג"כ אינו מובן דאי בלא שדיך אף המקדש בכלי בגזל דידה אינה מקודשת אמנם לפי דברי הנ"ל י"ל שסובר ר' יוסי שבגזילת סלע שהוא מטבע והוי כחוב על הגזלן כיון דאמרינן מדקיבלתה אחלתה פטור מכל וכל דהוי כמחילות מלוה דאין לומר דאחלתה שלא יצטרך ליתן לה סלע זה להשבת גזילתה אלא סלע אחר דבלא מחילתה כיון שדרך המטבעות להתחלף ביד הגזלן להחזיר איזה סלע שירצה המזדמן לו וכיון שהאשה קיבלה הסלע בסתם קידושין ולא התנתה עמו שתמורת הגזילה יהי' מחויב ליתן לה סלע אחר דנין בסתם למחילה ויצא ידי השבה ונתקבלו גם קדושי' אבל בגזל כלי דידה וקדשה בו דלא שייך מחילה אלא הקנאה כנ"ל אמרינן מדקיבלתה בסתם לשם

קידושין יש הודאה שכבר נתייאשה מאותו הכלי וכיון שלא זכה הגזלן באותו כלי רק מדין יאוש מחויב ליתן דמיו וכנ"ל נהי דמגופא מייאש מדמי מי מייאש וא"ש:

והנה בק"ע בתוספותיו אי' בזה"ל כ' באה"ע סי' כ"ח ס"ב גזל את האשה כו' ה"ז מקודשת וכ' הרמ"א וצריך לשלם לה גזילותיה ותימא הרי דעת רש"י והרמב"ם שנתקבלה פרעונה ונתקבלה קדושי' כמ"ש הרשב"א בחדושיו במכילתין דף י"ג ולמה לא כ' בלשון וי"א וע"ק למה לא כתב גם בסעיף ג' גבי אם החזיר לה החוב שצריך לשלם לה חובה שלדעת הרשב"א והר"ן גם בחוב הדין כן וצ"ע עכ"ל. ולפמ"ש י"ל לפי מה דפסקינן לגבי קידושין דאף ביאוש לחוד בלא שינוי רשות מקודשת מדרבנן (יעוין באה"ע סי' כ"ח ס"א בחמ"ח ס"ק ד' וב"ש שם) מצינן למימר דבכל קדושי אשה בגזל דידה בכלי לא תלינן דאחילתה אלא כהודאה שכבר נתייאשה מאותה הגזילה וע"כ מחויב הגזלן לשלם דמי הגזילה וא"ש פסק הרמ"א ולדעת הרשב"א דהלכה יאוש לא קנה אפי' מדרבנן עכצ"ל דאף בגזילת כלי מועיל מחילה של הנגזל וכדעת הב"ש שהבאתי כבר דאל"כ אמאי מקודשת בגזל דידה דאף אי הוי כהודאה שנתייאשה הרי גבי דידה ליכא שינוי רשות ויאוש כדי לא קנה אלא ודאי דאמרינן מסתמא אחילתה דרך מתנה ממילא שורת הדין שלא יצטרך לשלם דמיו וע"כ השמיט הרמ"א דיעה זו דהא לדינא פסקינן דגם יאוש לחוד מועיל שיהי' קידושין דרבנן אבל גבי מקדש בחוב דלא שייך כלל יאוש אלא מחילה וכיון שקיבלה בסתם לשם קידושין אמרינן דמחלה שורת הדין שיהיה פטור המקדש מתשלומי החוב שכבר מחלה לו וכעין שכתבתי לעיל גבי חטיפת סלע וקידשה בו שסובר ר' יוסי שא"צ המקדש ליתן לה עוד דמי הסלע כיון שכבר מחלה לו וק"ל:

עוד באותו סוגיא הנ"ל

מיתיבי קידשה בגזל ובחמס ובגניב' או שחטף סלע מידה מקודשת. הסוגי' תמוה דמאי מקשה הש"ס אליבא דרב דפסק דיאוש כדי קני. הא לק"מ דהא יכול לאוקמי האי דקידשה בגזל בלאחר יאוש דשפיר קנה את החפץ ביאוש והוי שלו ולהכי מקודשת אבל בעלמא דקודם יאוש לעולם אימא לך דהמקדש בגזל אינה מקודשת:

ונלענ"ד לתרץ דהנה התוס' מקשי' בב"ב דף ל"ד גבי נסכא דר' אבא האיך נוכל ליתן להחוטף שבועה דלא חטף כיון שאנו מחזיקין אותו בחזקת שחטף מאת חבירו שלא כדין ומחזיקין אותו בחזק' גזלן וכיון שכן פסול הוא לשבועה. נוכל להשביעו ותירצו דיכול להיות שחטף ממנו מחמת שיש לו עליו ספק מלוה ישינה וכיון דממון איתא בהחזרה אל שאם יזכור לעצמו אח"כ שאין חבירו חייב לו כלום יוכל להחזירו לא פרשי אינשי מיני' אבל ספק שבועה דליתא בהחזרה פרשי אינשי מיני' ע"כ. והנה במס' ב"ק

דף ס"ח מקשה הש"ס מהא דאמרי' בפסחים שחמצו של ישראל ביד ישראל חבירו יוכל לומר לו אחר הפסח הש"ל ואמאי נימא כיון שבא עת האיסור כבר נתייאשו הבעלים מיני וכיון שנתייאשו מיני' כבר ק אותו הישראל הגזלן ולא שייך בזה הש"ל דהא כבר קנה אותו הגזלן ביאוש ותירץ הש"ס דזה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות יעו"ש הרי דלא אמרינן דכיון דהנגזל מייאש מהחפץ ממילא בהכרח קנה הגזלן אותו החפץ דק דתלוי בדעת הגזלן אם רוצה לקנות אם לאו ולפי"ז קשה לכאורה ניהו אם אנו נאמר שהנגזל כבר נתייאש מאותו החפץ מ"מ נימא שבודאי אין הגזלן רוצה שהיאוש יקנה לו אותו החפץ דהא אנן קי"ל כיון שהגזלן כבר קנה אותו החפץ לא שייך בי' מצות והשיב את הגזילה דהא לא הוי עוד של הנגזל מכיון שהגזלן כבר קנה אותו חפץ א"כ קשה דנימא כסברת התוס' בב"ב הנ"ל דשמא לקחו מצד ספק מלוה ישינה שיש לו עליו וגומר בדעתו שאם יזכור א"ע אח"כ שאינה חייבת לי כלום יחזיר לה אותו החפץ ויקיים מצות השבה כראוי ולכך לא ניחא לי' דליקני לי' האי יאוש שאילו ע"י ייאוש יקנה אותו החפץ א"כ אף אם יזכור א"ע אח"כ שאינה חייבת לו כלום שוב לא יוכל לקיים מצות השבה דהא כבר הוא שלו ואינו עוד של הנגזל אך די"ל כאן כיון שאנו רואין שקידש בזה החפץ את האשה הרי גילה דעתו דאינו רוצה עוד להחזיר הגזילה דהא הוא נותן אותו לאחרים וממילא ניחא לי' דליקני האי יאוש למהוי כדילי' אך דכ"ז לא שייך רק גבי קידשה בגזל או בחמס או בגניבה שמיירי בגזל דאחרים שפיר אמרי' דמדאנן רואין שהוא נותן הגזילה אשר גזל לאשה זו ומקדש אותה בו הרי גילה דעתו דבלא זה אין בדעתו לקיים מצוה השבה אבל גבי דין דחטף סלע מידה וקידשה דהוי גזל דידה אכתי קשה דנימא דלא ניחא לי' דליקני על ידי היאוש דשמא הוא גזל אותה מצד ספק מלוה ישינה שיש לו עלי' וסבור אם יזכור א"ע אח"כ יקיים מצות השבה לכך לא ניחא לי' דליקני לי' היאוש וא"ל דגלי דעתי' דאין רוצה לקיים מצות השבה כיון דקידש בו את האשה. ז"א דהא כיון שבגזל דידה מיירי שפיר יכול להיות שגזלה מצד ספק מלוה ישינה ובמכוון מקדש אותה בהחפץ וממ"נ לא יעשה עבירה דאם יזכור אח"כ שאינו שלו כגון שיזכור שאינה חייבת לו] א"כ ממילא קיים מצות השבה דהא החזיר לה החפץ וא"כ שוב אין הוכחה שגילה דעתו דאינו רוצה לקיים מצות השבה א"כ קשה קושי' הנ"ל דנימא דמסתמא לא ניחא לי' דליקני האי חפץ ביאוש בכדי שיהי' בידו לקיים מצות השבה דשמא הוא לא גזל את החפץ רק מצד ספק מלוה ישינה כנ"ל. א"כ מה מקודשת דקאמר הכא דמשמע ודאי הא גבי חטף סלע מידה לא הי' להיות רק ספק קידושין. דשמא אינו רוצה לקנות החפץ ביאוש כנ"ל וממילא לא תהי' מקודשת ולפי"ז מתורץ קושי' המפרשים הנ"ל דלא מצית לאוקמא הברייתא שם

אליבא דרב בלאחר יאוש ולכך מקודשת דהוי כשלו דהא מ"מ קשה כנ"ל דנימא שמא לא ניחא לי' דליקני החפץ ביאוש כנ"ל בכדי שנוכל לקיים מצות השבה וניהו דגבי גזל או חמס דמיירי בגזל דאחרים ל"ק דהא אנן חזינן דאין ב עתו לקיים מצות השבה מ"מ אחטף סלע מידה וקידשה קשה לכאורה דאמאי תהא מקודשת ודאי דילמא לא ניחא לי' דליקני ביאוש בכדי שנוכל לקיים מצות השבה וא"ל דגלי דעתי' דאינו רוצה לקיים עוד מצות השבה דהא קידש אותה בהחפץ ז"א כנ"ל דאדרבא מטעם ממ"נ עשה כן. וע"כ היינו מוכרחים לומר דהאי מקודשת ודאי וזה אין סברא לומר דבחד תיבת מקודשת יהי' ב' פרושים היינו בגזל דאחרים מקודשת ודאי ובגזל דידה מקודשת מספק ע"כ צריכין אנו לומר ע"כ דהטעם דמקודשת הוא משום דאמרינן מדקיבלתה אחילתה וכפי' רש"י ולכך מקשה הש"ס שפיר אף לרב:

דף נב ע"ב **ההוא** גברא דחטף זוזא מחברי' ושדי לה כו' אמר רבא לית דחש להא דר"ש דאמר סתם גזילה יאוש בעלים וכ' בש"ך חו"מ סי' שס"ח ס"ק ב' שמכאן סתירה מבוארת לדברי הטור שסובר דרבנן לא פליגי אר"ש אלא בגזלן נכרי אבל בגזלן ישראל גם רבנן מודו דסתם גזילה הוי יאוש בעלים:

ונלע"ד לתרץ דלפי דברי רש"י במס' ב"ק דף קי"ב ע"א ד"ה אמרי מימר כו' בזה"ל ל"א דאמרי לנגזל מי יימר כדקאמרת הביא עדים שגנבו ממך ע"כ ויעוין בש"ע חו"מ סי' הנ"ל שתפס המחבר כלישנא בתרא וכן כ' הסמ"ע שם. נראה פשוט דאם נעשית הגזילה לפני עדים. מסתמא אין הנגזל מייאש דהא יכול להעמיד אם הגזלן לב"ד ולתבוע ממנו עפ"י העדים שוב מצאתי כן להדי' בשו"ת מהר"י הלוי סי' ד' אחיו של הט"ז ונ"ל די"ל שכ"ז לרבנן דפליגי עלי' דר"ש וסברו דסתם גניבה ע"י עכו"ם הוי יאוש וסתם גזילה לא הוי יאוש והטעם כיון שיודע הנגזל העכו"ם שגזלו ממנו יכול להעמידו בערכאות והם יוציאו ממנו הגזילה אף באומד הדעת: אבל סתם גניבה הוי יאוש דאינו יודע מי גנבו ובגזלן ישראל שאינו יכול להעמידו אלא בדין ישראל אם אין לו עדים מייאש וכשיש עדים על הגזילה לא מייאש אבל לר"ש שסובר דסתם גניבה ע"י עכו"ם לא הוי יאוש וטעמו דאם יהי' לו אומד דעת מי הגנב יהי' בידו להכריחו ע"פ ערכאות שיחזור לו גניבתו ועכ"ז סובר ר"ש כשהגזילה על ידי עכו"ם מייאש וקשה אמאי דהא יותר בקל להעמיד את הגזלן נכרי בערכאות דהא יודע אותו שהוא גזלו וכיון שהעכו"ם דנין באומד הדעת אין לחלק בגזלן נכרי בין אם הי' עדים בשעת הגזילה או לא א"ו צ"ל שסובר ר"ש כמו שמסביר רש"י בב"ק בד"ה חילוף הדברים בזה"ל גזלן כיון דשקלי מיני' בהדי' ולא מצי קאי באפי' מייאש כו' ע"כ ולפי סברא זו בכל גזלן אפי' כשהגזילה בפני עדים

אמרי' דמסתמא אייאוש מייאש דאי הוי דעת ר"ש לחלק בגזילה בין איכא עדים או לא. לא הי' לו להחשיב סתם גזילה ע"י עכו"ם ליאוש בעלים דהא בעכו"ם גובים אף שלא בעדים והוי תמיד כאילו איכא עדים וכיון שכן מיושב קושי' הש"ך הנ"ל דהכא בקידושין שחטף זוזא מחברי' ושדי לה ואמר לה מקודשת לי דבודאי הי' עדים בשעת מעשה דבלא עדים לא הוי קידושין וכשם שראו העדים הקדושין מסתמא ראו גם החטיפה דהא ההשלכה לה בתורת קידושין הי' מיד כשחטף וכיון שהי' ההשלכה והחטיפה תכופים זל"ז מסתמא כשם שראו עדי' ההשלכה כ"כ ראו החטיפה. ועוד דאי לא הי' החטיפה לפני עדים האיך היה אפשר לבטל הקידושין דילמא לא גזל כלל בשלמא בגזילת חפץ משכחת כשהנגזל מביא אח"כ עדים שהי' שלו וכיון שראו העדים אותו הכלי בידו בשעת הקידושין מחזקינן שהכלי הוא של התובע אבל בסלע לא שייך דין זה א"ו מיירי שהעדים של הקידושין ראו החטיפה ובגזילה לפני עדים גם הטור מודה דלא אמרינן סתם גזילה יאוש בעלים לפי מה דפסקינן כרבנן אבל לר"ש לפי מ"ש בשיטתו דאינו מחלק בין היכא דאיכא עדים או לא גם בגזלן ישראל ולפני עדים הוי ג"כ לדידי' בסתמא יאוש בעלים כנ"ל ולכך הוצרך רבא לומר לית דחש להא דר"ש:

אמנם לכאורה יש להקשות מסוגי' דנסכא במס' ב"ב דף ל"ג ע"ב ההוא גברא דחטף נסכא מחברא כו' מתוך שאינו יכול לישבע משלם והרשב"ם שם ורש"י במס' שבועות מפרשים דלכך לא מועיל מיגו שלא יהי' מחויב בדין מתושאיל"מ משום דהא אין זה שבועה שחייבתו התורה ע"כ אם אין יכול לישבע להכחיש את העד חייב לשלם אף דאית לי' מיגו לפטור א"ע בטענה שלא יהי' בשבועתו להכחיש את העד ובחידושי הרמב"ן שם מקשה עוד דלהימן במיגו דהחזרתי ולא יצטרך לישבע שבועה דאורייתא לפי שיטות הסוברים דהגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר בעדים ומתרץ דמיירי שיש עדים שראו הנסכא בידו בפני הב"ד ואי"ל לטעון החזרתי וקשה לפי שיטת הטור והרא"ש שסוברים להלכה יאוש כדי קונה מדרבנן קנין ודאי כמו שמבואר באריכות ביש"ש ב"ק פ"ד סי' ז' אמאי דנין מתושאיל"מ נימא מיד שחטף הנסכא דרך גזילה מסתמא הוי יאוש בעלים לפי שיטת הטור דבכל גזילה ע"י גזלן ישראל אמרי' מסתמא הוי יאוש בעלים וכדמוכח מדברי רבא הנ"ל לית דחש להא דר"ש דמיד בשעת חטיפה הוי כגזילה לענין דין יאוש אליבא דר"ש וממילא כמו כן גם לדידן היכא דליכא עדים בשעת חטיפה לפי שיטת הטור הנ"ל ואף למה שכתבתי דהיכא דאיכא עדים לא הוי יאוש ז"א אלא היכא דאיכא ב' עדים אבל הכא בנסכא שלא הי' אלא ע"א שראה החטיפה נתייאש הנגזל דא"ל שהי' בטוח שיזכה נגדו כשיעמידו לב"ד מדין מתושאיל"מ דהא הי' לו לחוש שמא יכחיש

החוטף את העד ויאמר לא חטפתי כלל וא"ל דלכך לא מייאש מיני' הנגזל משום שיהא בידו להשביע את החוטף להכחיש את העד ומסתמא לא ישבע לשקר דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועה דא"כ אמאי סובר הטור דסתם גזילה ע"י ישראל הוי יאוש הא אף היכא דליכא עדים מ"מ אם יתבענו לב"ד יצטרך לישבע עכ"פ שבועת היסת לפי מה דפסקינן בש"ע חו"מ סי' ע"ה ס"ח דהטוען על חבירו גזלתני. והוא אומר לא גזלתיך נשבע היסת איו אף דמצי להשביעו מ"מ מייאש גוף החפץ רק מדמי לא מייאש וכיון שכן גבי נסכא אין תביעה לבעל הנסכא על החוטף אלא דמי הנסכא ועל דמי הנסכא ביד החוטף לטעון פרעתי ולא מהני מה שרואי' הנסכא בידו עתה לפני ב"ד לבטל טענות פרעון דמי הנסכא וכיון שכן הרי יש להחוטף מיגו טובה לפטור נפשו בטענות פרעון דמי הנסכא ואמאי נדון במתוך שאינו יכול לישבע משלם:

אמנם כיון דאתינן להכי יש ליישב כל מה שמקשה הש"ך על הטור ואמינא דבר חדש דהיכא דביד הנגזל להעמיד את הגזלן בב"ד ולהשביעו גם הטור מודה דמסתמא לא הוי יאוש דכיון דחשוד אממונא לא חשוד אשבועתא יש תוחלת נראה להנגזל שהגזלן לא ישבע לשקר דרוב בני אדם אינם נשבעין לשקר כדאיתא במס' שבועות דף ל"ב ע"א הכל מודים במשביע ע"א כו' יעו"ש ברש"י וסמוכין לזה מהא דאיתא במס' ב"מ דף כ"ו ע"ב אמר רבא ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר מ"ט ההוא דנפל מיני' לא מייאש מימר אמר אינש אחרינא לא הוי בהדאי אלא הוא נקטינא לי' ואמינא לי' אנת הוא דשקלית ומפרש רש"י משבענא לי' שבועת היסת ע"כ הרי להדיא היכא דיכול להשביע את שכנגדו אף שלפי דעתו גנב זה ממנו הסלע מ"מ לא מייאש שוב מצאתי להדי' במרדכי שמוכיח מדין זה דבאומר לחבירו גנבתני והוא כופר נשבע היסת ומובא בש"ך חו"מ סי' ע"ה. וכ"כ י"ל גם בגזילה היכא שביד הנגזל להשביע את הגזלן עכ"פ שבועת היסת אינו מייאש אמנם אם כבר הוחזק זה לגזלן בגזילות אחרות דאי אפשר להשביע בב"ד דגזלן פסול לשבועה הוי מסתמא יאוש ולזה מדייק הטור בלשונו וכ' בזה"ל לפי"ז בליסטים כו' אבל מדברי א"א הרא"ש ז"ל יראה דבליסטים ישראל סתמא הוי יאוש ובליסטים נכרי כו' הכוונה דדוקא בליסטים אמרי' דמסתמא הוי יאוש כיון שהוא מוחזק מכבר לליסטים. אי אפשר לחייבו שבועת היסת. וכשיכפור יפטור ע"כ הוי יאוש וא"כ ל"ק מנסכא דר"א דהתם בנסכא אם הי' טוען לא חטפתי יהי' מחויב שבועה להכחיש את העד דהא לא הוחזק מכבר לגזלן ובלא"ה היכא דאיכא שבועה דאורייתא והוא מוחזק לגזלן הדין שכנגדו נשבע ונוטל וע"כ מסתמא לא הוי יאוש:

ולפי"ז מה שהקשו עוד על הטור הנ"ל מהא דאיתא בפ' לולב הגזול דף למ"ד רבא אמר לעולם ביו"ט ראשון ולא מבעי' אמר לא מבעי' שאול דלאו דידי' הוא אבל גזלן אימא סתם גזילה יאוש בעלים הוא וכדידי' דמי קמ"ל ע"כ הרי דאף כשהגזלן ישראל לא אמרינן סתם גזילה יאוש בעלים יש ליישב לפי מה דאיתא במרדכי פ' האיש מקדש מובא בש"ך חו"מ סי' פ"ו ס"ק ל"ד שכ' בשם רבותיו דשבועת היסת נתקנה בימי התנאים. וכ"נ דעת רש"י במס' שבועות דף מ"ה רק שהת"ח שם בדף מ"ח רוצה לומר בדעת רש"י שלא בכל הכפירות הי' שבועת היסת בזמן המשנה וכ' הש"ך שמדברי המרדכי לא נראה כן א"כ אף לשיטת הטור דבליסטים הוי מסתמא יאוש. והטעם כמ"ש דבליסטים המוחזק גזלן מכבר ליכא חיוב שבועה. משא"כ בגוזל באקראי לולב מחבירו שאינו מוחזק לגזלן מכבר שפיר הי' עליו חיוב שבועת היסת אף בזמן המשנה וע"כ לא הוי בסתמא יאוש:

ובהנחה זו יש ליישב גם מה שמקשה הש"ך דאי כדעת הטור מאי מקשה הגמ' מרישא דמתני' נטל מוכסין כו'. מני אי רבנן קשי' גזלן כו' יעו"ש ואקדים לזה דברי הש"ע בסי' ע"ה ס"ח מנה לי בידך שגזלתני והוא אומר להד"מ משביעין אותו היסת: ואם הודה מקצתו או שע"א מעיד שגזלו משביעין אותו שבועת התור' וכ' הסמ"ע ס"ק כ"א בזה"ל ואע"ג דזה חושדו בגזלן וגם העיד עליו ע"א שגזל כדמסיק לא מיפסל בע"א דאמרי' משום ס' מלוה ישינה שיש לו עליו גזל ממנו ובאם יודע לו אחר שיעיין בחשבונו שאינו חייב לו יחזיר לו מה שגזל ממנו ולכך רמי רבנן שבועה עלי' דודאי לא ישבע מספק כו' ודלא כמ"ש בע"ש הטעם כאן ובסי' פ"ז ס"א משום דחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא. כו' יעו"ש כו' עכ"ל. היוצא מדברי הסמ"ע הנ"ל דמה דמשביעין היסת על טענת גזילה הוא משום דיש לתלות בספק מלוה ישינה דפסקינן כאביי דאמר הטעם בכל שבועות שהוא משום שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו וממילא נשמע דלרבה דלא סבר כאביי כדמוכח מסוגי' דב"מ דף ג' בהא דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה מקצת הטענה ישבע וכן כ' הפנ"י שם בפשיטות דרבה ודאי לא סבר כאביי דהא לאביי ל"ק כלל דלהמן מב"מ במגו דכופר הכל דאיכא למימר שמא אין לו ספק מלוה ישינה אלא כשיעור מה שכופר ולכך מודה על המותר שאין לו בו שום ספק יעו"ש:

לפי"ז מה שהעליתי כנ"ל בשיטת הטור שיש לחלק בין גזלן שאינו מוחזק מכבר לגזלן וליסטים שהוא גזלן מפורסם ואמרי' דאף דגבי עורות עבדן סוברים רבנן דר"ש דסתם גזלן ישראל לא הוי יאוש: ז"א אלא בגזלן שלא הוחזק מכבר לגזלן ואינו פסול לשבועה ע"כ לא מייאש הנגזל מגזילתו דהא יהי' בידו להעמידו בב"ד ולתבוע בברי גזלתני ויטול שבועה עליו ומשבוע' פרשי אינשי משא"כ בגזלן מפורסם וכמו כן מוכסן דכל מוכסן

פסול לשבועה שאין תוחלת כלל להנגזל להוציא גזילתו מזה דאם יעמידנו בב"ד יכפור בכל ויהי' פטור וא"כ ל"ק מרישא דמתני' מני לא ר"ש ולא רבנן דשפיר מצי אתי' כרבנן ול"ק לדידהו גזלן דהיינו מוכסן. דהא בגזלן כזה שהוא פסול לשבועה גם רבנן מודים דאמרי' מסתמא אייאושי מייאש וכ"ז לדידן דסברינן כאביי דאמרי' שמא ס' מלוה ישינה יש לו עליו וע"כ הדין בטוען גזלתני והלה כופר יש חיוב שבועה אבל לרבה שחולק ע"ז ליכא שבועה בכה"ג ואף בגזלן שאינו מפורסם והוא נתבע מאדם א' שגזלו והלה כופר לא רמינן עליו שבועה כלל ממילא לשיטתי' ליכא סברא לחלק בין גזלן מפורסם או לא וכיון דרבנן פליגי על ר"ש גבי עבדן וסברו דסתם גזילה לא הוי יאוש ע"כ לאו טעמייהו משום שיש בידו להשביעו דהא לדברי רבה כנ"ל ליכא כלל שבועה בטענת גזלתני א"ו טעמייהו דרבנן דכל שידוע לו מי גזלו יש לו תוחלת להוציא ממנו באיזה תחבולה או שסובר שהגזלן לא יוכל להעיז ולכפור בפניו ובעצמו יודה בב"ד ויצטרך להחזיר וא"כ גם במוכסן שהוא פסול לשבועה ג"כ אין הבעלים מתייאשים דהא אף על גזלן סתם ליכא חיוב שבועה כנ"ל. וא"ש קושי' הגמ' אלא לרבה דאמר בידוע נמי מחלוקת מתני' מני לא רבנן ולא ר"ש:

היוצא מזה דמה דהוצרך הגמ' להעמיד המתני' בידוע שנתייאש או כר' שסובר דבגנב וגזלן הוי יאוש ז"א רק אי לא אמרי' שמא ס' מלוה ישינה אבל לדידן ל"צ לשום א' מהאוקמתות הנ"ל וכיון שהרא"ש מביא המתני' בסתמא ולא הזכיר א' מהאוקמתות הנ"ל נשמע מזה להטור שדעת הרא"ש דגם בליסטים ישראל שהוא גזלן מפורסם וליכא לחייבו שבועה מתייאש הנגזל מגזילתו. באשר אין לו תוחלת תקוה להוציא גזילתו כנ"ל וסרו בזה כל הקושי' שמקשה בש"ך על הטור דוק ותשכח ומיושב בזה גם דברי הרבינו מאיר שבמרדכי פ' הגוזל בתרא המובא בש"ך שם דמוקי התוספסא מי שהי' הולך בדרך ובא אנס כנגדו באנס ישראל דמסתמא הוי יאוש וא"צ למה שמתרץ הש"ך בדוחק דהתוספתא אזלי אליבא דר"ש דגם לרבנן אנס בדרך שהוא גזלן מפורסם מסתמא הוי יאוש ודוק:

[דף נג] **והתני** הצנועין מושכין ידיהם והגרגרים חולקים מאי חולקים חוטפין כדקתני סיפא מעשה שחטף חלקו וחלק חבירו והי' קוראין אותו בן חמצן עד יום מותו אמר רבה בר שילא מאי קראה (תלים ע"א) פלטני מיד רשע מכף מעול וחומץ רבא אמר מהכא (ישעי' א') למדו היטב דרשו משפט אשרו חמון ע"כ ברש"י מאי קרא דחמצן לשון חמסן כו' ולא אשרו חומץ לא גרסינן הכא אלא בב"ק ([דף מ"ו] גבי מנין שנזקקין לתובע תחלה ע"כ:

ולכאורה י"ל דאפש' לקיים הגי' דלכאורה יש לדקדק מאי קאמר הגמ' כדקתני סיפא דמשמע שיש סיוע מזה דלשון חולקין שברישא הוא דוקא בחטיפה וצ"ב מנין זה וכי בשביל שהברייתא מייתי בסיפא מעשה שהי' שא' מהגרגרים חטף ע"כ גם ברישא הכוונה על חטיפה גם יל"ד מאי קא מדייק בברייתא עד יום מותו. לכן נ"ל דלכאורה יפלא דהא גזל ניתק לעשה ומדוע לא השיב החוטף דמי שווי' של דבר מועט אשר גזל חלק חבירו ובודאי לא היה נקרא עוד בשם חמצן וצ"ל כיון דקדשים אין בהם דין חלוקה ואין ליתנם בדרך מכירה או מתנה מיד שגזל ואכלו אין בזה עוד תקנת השבה. וכאשר הארכתי במ"א בטעם דברי הרמב"ם שפוסק בבן לוי שנטל חלק בביזה לוקה ואינו משלם שהוא ג"כ מעין טעם הנ"ל כיון שהוא ממון שאין לו תובעין ולכך קראו אותו עד יום מותו בן חמצן א"כ מוכח שפיר מסיפא דברייתא הנ"ל מדקראו אותו בן חמצן עד יום מותו דאין בקדשים דין חלוקה והנה ידוע דחמסן משתמע גזלן גמור או כשיהיב דמי א"כ יש לכאורה לדחות הראיי' הנ"ל מהברייתא די"ל דאף שיש בו דין חלוקה וניתן להשבון לא פקע ממנו שם חמסן לאשר לא החזיר גוף דבר הגזול וכדאי' בב"ק דף ס"ב דדריש מקרא חבול ישיב רשע גזילה ישלם אע"פ שגזילה משלם רשע מיקרי' אמנם מדדרש מקרא דאשרו חמוץ ולא חומץ דאין נזקקין אלא לתובע תחלה מוכח דלשון חמצן הוא גזלן גמור דלא יהיב דמי ע"פ פי' הש"ך בחו"מ סי' שכ' דהנ"מ במה שנזקקין להתובע תחלה דלא יקדים הנתבע תשובתו על תביעת התובע בטרם יגיד התובע תביעתו בב"ד שעי"ז אף אם יודה במקצת לא יחויב שד"א אחרי שקדמה הודאה לתביעה א"כ מזה מוכח דחומץ הוא גזלן גמור דאף דמיירי בחמסן ויהיב דמי דא"כ ליכא דין תביעה רק על החזרת החפץ וע"ד משל שתובע ממנו ב' כלים שלקח ממנו ואינו רוצה למוכרם לו ומשיב הנתבע בכפירה מעל אחד שטוען שאחד מכר לו ואחד מודה ורוצה להשיב ובגוונא כזה ליכא ש"ד דהילך הוא ואף שאינו מוסר לאלתך בב"ד אחרי שלא בא ליד הנתבע כ"א בדרך פקדון או חטיפה וכמבואר כן מפורש בחו"מ סי' א"כ ליכא נ"מ בזה במה שנזקקין לתובע תחלה א"ו דמיירי בתביעת גזל ממון או שכבר אינו בעין דבר הגזול ותובע דמים והנתבע מודה במקצת הרי מוכח דחומץ הוא לשון גזלן גמור ולא מלשון חמסן ובדיהיב דמי ואחרי שקראו להחוטף בן חמצן מוכח דלא ניתן להשבון וכנ"ל כיון דאין בקדשים דין חלוקה ושם מכר או מתנה:

[דף נ"ד ע"ב] **איתא** ברמב"ם פ"י מהלכות כלאים דין ל"ב כהנים שלבשו בגדי כהונה שלא בשעת עבודה אפי' במקדש לוקין מפני האבנט שהוא כלאים ולא הותרו בו אלא בשעת עבודה שהוא מ"ע בציצית ומשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א טעה בזה שהרי אמרו

ביומא פ' בא לו כה"ג במקדש אפי' שלא בשעת עבודה מותר ומאי דקאמר מפני האבנט שהוא כלאים אינו דאטו חושן ואפוד מי לית בהו כלאים עכ"ל יעו"ש. והקשה עליו הכ"מ בזה"ל וי"ל שמה שהקשה מדאמרינן בפ' בא לו בבגדי כהונה במקדש בין בשעת עבודה ובין שלא בשעת עבודה מותר י"ל דהתם לאו משום כלאים קאמר אלא משום משתמש בבגדי כהונה כו' אבל הבגד של כהונה שיש בו כלאים שלא בשעת עבודה במקדש אע"ג דלית בהו משום משתמש בבגדי כהונה משום כלאים מיהו אית בי' ומ"ש עוד ומאי דקאמר מפני האבנט שהוא כלאים אינו דאטו חושן ואפוד מי לית בהו כלאים איני יודע איך כ' כלשון הזה דאטו משום דהוי חושן כלאים אפוד אינו כלאים. והכי הול"ל אטו ליכא כלאים אלא אבנט הא חושן נמי כלאים לא עכ"ל יעו"ש:

ונלענ"ד לתרץ קושי' הכ"מ על הראב"ד דהנה בקידושין דף הנ"ל ע"א אי' אמר רב חזרנו על כל צדדים כו' ומשנתינו בכתנות כהונה שלא בלו שלא ניתנה תורה למלאכי שרת שתיכף בגמר עבודה יפשיטם ולא ישהם עליהם כהרף עין יעו"ש ולולי פרש"י הי' נ"ל לפרש בענין אחר דלא ניתנה תורה למלאכי השרת הוא לענין הפשטה עצמה דאין אדם יכול להפשיט איזה בגדים בבת אחת רק בזא"ז ונהי דזה ודאי לא חשיב מעילה במה שמשהה הבגד הראשון שלמעלה על עצמו לאחר עבודה כשפושטן עכ"פ כהרף עין [והיינו] מתחילת הפשטה עד סוף ההפשטה דהא הוא עוסק בה כדי להעביר מעליו ומה לו עוד לעשות אך מ"מ הבגדים האחרים אשר עדיין אינו עוסק בהם להפשיטם מעליו א"כ באלו שייך דין מעילה דהא הוא משהא אותם על עצמו לאחר עבודה והבגדי כהונה הי' שמנה בגדים ואין אדם יכול להפשיטם בב"א רק זא"ז (ובאהרן הוא שהי' דרך נס מה שאי' שהפשיטו בגדיו ממנו לאחר מותו כולן בב"א) נמצא אי אמרינן דשייך בבגדי כהונה דין מעילה א"א בשום אופן שלא ימעלו בהן באותן בגדים אחרים שעדיין אינו עוסק בהפשיטן כנ"ל איו דבבגדי כהונה פטרה התורה במעילה ולא שייך בהו כלל דין מעילה אבל היכא שיש רק בגד א' לא שייך לא ניתנה תורה כו' דהא בפשיטות אותו בגד אף שמשהה אותו עליו עוד כהרף עין מ"מ לא עשה שום עבירה כיון שהוא עוסק בפשיטתו גופא לאחר פשיטות אותו הבגד שוב אין עליו שום איסור כלל לכן לא שייך שוב לא ניתנה תורה כו' וא"כ השתא א"ש דנוכל לומר דהראב"ד הבין בדברי הרמב"ם שפירש דלא כפי' רש"י. רק כפרושי הנ"ל דלא נתנה תורה כו' פרושו משום דא"א להפשיטן כל הבגדים בב"א כיון שיש עליו איזה מיני בגדים לכן אמרי' דניתנה להנות בהן ולא שייך בהו מעילה כיון שא"א בל"ז אבל גבי כלאים שסובר הרמב"ם דרק האבנט הוא כלאים אבל לא שארי הבגדים א"כ כיון שהאיסור הוא רק על בגד א' ובבגד

א' לא עביד בי' איסור בפשיטתו כיון שהוא עוסק בה להפשיטו ותו לא הוי עליו איסור כלל ולכן לא שייך בי' הואיל ולא ניתנה תורה למלאכי השרת כנ"ל כיין שאין עליו בגד איסור רק א' ובבגד א' לא עביד שום איסור ע"כ פסק הרמב"ם דלוקין ומקשה עליו הראב"ד שפיר דמ"מ יפטר דהא בפ' בא לו אי' דבכל היום מותר ללבשן. ומאי דקאמר מפני האבנט שהוא כלאים [פי' שדחקו קושי' הכ"מ דדילמא שאני התם משום דלענין מעילה וכנ"ל דהוי לענין מעילה כל הבגדים בחזקת איסור עליו כיון דאין באפשרי שלא ימעול בהן בהבגדים הנשארים עוד עליו אשר עדיין עליו אשר איננו עוסק בפשיטתם עדיין לכך אמרי' דהתורה פטרה אבל לענין כלאים דהוי רק האבנט כלאים ובחד בגד לא שייך התורה התירה וכנ"ל] אינו דאטו חושן ואפוד לית בהו כלאים פי' והוי נמי דומי' דמעילה דלגבי איסור כלאים יש ג"כ איזה בגדים וא"כ עבר על הבגדים שעדיין אינו מפשיטן וג"כ אנו מוכרחים לומר דהתורה התירה ואמאי לוקין על לבישתם כיון דע"כ אנו מוכרחים ג"כ לומר דהתורה התירה כמו גבי מעילה.

וא"ל דיש חילוק דגבי מעילה שייך לב ב"ד מתנה עליהם ובאיסור כלאים לא שייך זה דאי' בתוס' ישינים ביומא דף ס"ט ע"ב דלא שייך גם גבי מעילה דלב ב"ד מתנה משום דאין הקדש לחצאין וא"כ שפיר מדוקדק סמיכות לשון הראב"ד ובטוב טעם ודעת. ודו"ק היטב:

בסוגיא דטובת הנאה [דף נח ע"ב]

נימא כתנאי הגונב טבלו של חבירו משלם לו דמי טבלו של חבירו דברי רבי ר' יוסי בר' יהודא אומר אינו משלם אלא דמי חולין שבו כו' ואב"א דכ"ע כמי שהורמו דמיין וטוה"נ אינה ממון והכא בדשמואל קמפלגי דאמר שמואל חטה אחת פוטרת כל הכרי. רבי אית לי' דשמואל כו' ופרש"י בד"ה ואב"א כו' בזה"ל וכי פליג רבי עלה דר"י בר' יהודא בתרומה לחודא פליג אבל במעשר מודה דלאו בע"ד דידי' הוא כו' עכ"ל פירוש דקשה לרש"י והלא במעשר סכומו קצוב ולא שייך בזה פלוגתתם, בדשמואל לכן פי' רש"י דפלוגתתם רק בתרומה ובד"ה לר' יוסי כ' רש"י בזה"ל וה"ה דמצי לאוקמי נמי בטבלים שנפלו לו ודכ"ע כמי שלא הורמו דמיין וטוה"נ אינה ממון וקמפלגי בדשמואל אלא כי אוקמת הכי מתניתין דלא כתרווייהו כו' ולכאורה יפלא בעיני למה לי' לרש"י לומר ה"ה דמצי לאוקמי בטבלים שנפלו כו' ודכ"ע לאו כמשה"ד וקמפלגי בדשמואל הא כיון דפלוגתתם בדשמואל אין שום שייכות לומר ולאוקמי בטבלים שנפלו הא אף בטבל דידי' שייך שפיר הפלוגתא בדשמואל ואין שום שייכות פלוגתא בדשמואל לאוקמתא בטבלים שנפלו.

ונלענ"ד ליישב דכוונת רש"י בזה ליישב מה שפירש לעיל לפי הפלוגתא בדשמואל פלוגתת רבי ור"י בר יהודה רק בתרומה ולא במעשר כאשר האריכו בזה המפרשים הא מלשון רבי דאמר דמשלם לו דמי טבלו של חבירו משמע כל הטבל ולא לנכות לעצמו הגנב דמי המעשר. ע"כ רוצה רש"י לפרש כפי' הגירסא ישינה דכ"ע לאו כמשה"ד ופלוגתתם בטבלים שנפלו ויהי' פלוגתת רבי ור"י בר יהודא בלי שום דוחק דהנה הרמב"ם פסק בפ"א מהלכות תרומות דין י"א בזה"ל פירות העכו"ם שהגדילו בארץ ישראל כו' ואם לקחן ישראל אחר שנתלשו קודם שנגמר מלאכתן כו' ומפריש תרומה גדולה לכהן ומעשר ראשון הוא שלו מפני שהוא אומר ללוי במעשר אני בא. מכח איש שאין אתם יכולין ליטול ממנו כלום כו' יעו"ש והקשה בשו"ת מהרי"ט תשובה פ"ה דלפי שיטת הרמב"ם הנ"ל למה להגמרא לתרץ אליבא דעולא דמתני' מיירי בטבלים שנפלו מבית א"א כהן וקא סבר מתנות שלא הורמו כמשה"ד. הלא לשיטת הרמב"ם אף אם נאמר דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד עכ"ז בטבלים שנפלו מא"א כהן פטור מליתן המתנות באומרו שבאתי מא"א כהן שהי' פטור מליתן ושפיר יכול לקדש את האשה אך נוכל לתרץ קושי' מהרי"ט בפשיטות דמתני' מיירי גם במחדש בתרומה ובתרומה אינו מועיל לו הטענה שבאתי מאיש אשר פטור מליתן כמפורש ברמב"ם הנ"ל לכן שפיר מוכרח הגמ' לומר דקא סבר מתנות שלא הורמו כמשה"ד ולפי"ז נוכל לומר דלכך רצה רש"י לפרש כפי הגירסא ישינה דכ"ע סוברים דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד ומיירי בטבלים שנפלו מא"א כהן ולכך אמר רבי דמשלם לו דמי טבלו פי' הן דמי התרומה והן דמי המעשר כי ממעשר פטור הנגנב מליתן מחמת שבא מכח א"א כהן כדברי מהרי"ט הנ"ל. ומתרומה פטור הנגנב כיון דחטה א' פוטרת כל הכרי ולכך צריך הגנב לשלם לו דמי טבלו כולו ור' יוסי בר יהודא דאמר אינו משלם לו אלא דמי חולין שבו כוונתו דגם דמי המעשר צריך הגנב לשלם כיון דהמעשר הי' שייך להנגנב בטבלים שנפלו כסברת מהרי"ט הנ"ל. רק שהגנב ינכה מלשלם דמי תרומה כי הוא אינו סובר כשמואל דחטה א' כו'. ובתרומה לא יכול לפטור עצמו הנגנב כסברת הרמב"ם הנ"ל ומעשר ראשון הוי ג"כ בכלל חולין כדאיתא ברמב"ם פ"א מהלכות מעשר דין ב' דמעשר הוא חולין גמור לכל מילי שמותר לזרים ולאוכלן בטומאה כו' יעו"ש ולפי גירסא זו דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד שפיר נוכל לאוקמי דברי רבי גם במעשר וא"צ לדחוק דכוונת רבי דמשלם לו דמי טבלו שהמעשר יהי' שייך להגנב וא"צ לשלם בעד דמי המעשר אבל לפי הגירסא שבגמ' דכ"ע מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין לא נוכל לאוקמי כנ"ל דהא כיון דמתנות שלא הורמו כמשה"ד מ"ט דר"י בר' יהודא דפוטר מלשלם דמי תרומה אף שאינו

סובר כשמואל מ"מ התרומה שייך להנגנב כיון דמתנות שלא הורמו כמשה"ד ולכך רצה רש"י לפרש כפי' הגירסא ישינה אבל רש"י מדחה הגירסא זו דא"כ מתני' דלא כתרווייהו:

אמנם לפי דברי הנ"ל נשאר קשה קושי' מהרש"א על רש"י הא נוכל לאוקמא המתני' כשמואל דחטה א' פוטרת כל הכרי ולכך המקדש בתרומה מקודשת ומה שמתרץ המהרש"א דמתני' מפורש גם המקדש במעשר ובמעשר לא שייך סברת שמואל הא לפי הנ"ל נוקמי המתניתין בטבלים שנפלו לו מא"א כהן והמעשר הוא שלו כסברת מהרי"ט אליבא שיטת הרמב"ם ולכך מקודשת ובתרומה מקודשת כי המתני' אזלי אליבא דשמואל דחטה א' פוטרת אך נוכל לתרץ קושי' מהרש"א הנ"ל כפי שמתרץ הפני יהושע דמתני' מיירי במקדש בתרומה שכבר הפריש ולא שייך בזה דינו דשמואל דחטה א' פוטרת כיון שכבר הפריש מחויב ליתן מה שהפריש:

אמנם לענ"ד יש לקיים הגירסא ישינה דכ"ע סובר דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד. ורש"י דמדחה הגירסא ישינה לשיטתי' אזיל בהקדם דברי השאילתות פרשת קרח אי' בזה"ל ברם צ"ל אלו היכא דקא יהיב לה תרומה לכהנת וא"ל איקדשי לי בגווה א"כ לכהן וא"ל איקדשי לי ברתך מי הוי קדושי או לא מי אמרינן כיון דממונא דכהן הוא ולא ממונא דידי' הוא לא הוי קדושין או דילמא כיון דאית לי' טוה"נ בגווה דאי בעי למר יהיב לה ואי בעי למר יהיב לה כממון דידי' והוי קידושין ת"ש דתנן (נדרים פ"ג) קונם כהנים כו'. אלמא טוה"נ ממון הו"ל ממון דידי' ומצי אסר לי' עלייהו כו' יעו"ש. ולכאורה צריכין להבין למה אמר דוקא במקדש כהנת הא לפי הדין דטוה"נ ממון מהראוי שיהי' יכול לקדש אף ישראלית דיהי' לה בו טוה"נ וכמפורש כן בפרש"י וצ"ל דסובר דהא דטוה"נ ממון אינו רק שע"י שבידו לשלוט בו ליתן למי שירצה הוי כממונא דידי' אבל לענין שווי' שלו אינו רק כפי שיעור הטוה"נ דהיינו כמה יכולים ניקח מישראל בעד מה שיותן לבן בתו כהן ואחרי שאשה לא מקני' נפשה בפחות מש"פ ולפי' רש"י בקידושין דף ג' ע"ב דגנאי הוא לה מהראוי שלא תתקדש בתרומה אף שיהיה לה טוה"נ ליתן למי שתרצה. כ"א באופן אם הטוה"נ שוה פרוטה אבל במקדש כהנת דתרומה ראוי לה שתאכל בעצמה (ומה שקשה הא ארוסה בת כהן לישראל אסורה מלאכול בתרומה יעוין בספר המקנה שמתרץ ע"ז ויש לי אריכות דברים בזה] אף שכל התרומה אינו שוה רק פרוטה מקודשת כיון דממונא הוא לאשר יש לו טוה"נ בשליטתו ליתן למי שירצה והיא תתהנה בשיעור פרוטה וסמוכין לזה מהא דאי' לעיל דף וא"ו ע"ב לענין מתנה ע"מ להחזיר אלא אמר רב אשי בכולהו קני לבר מאשה לפי שאין אשה נקנית בחליפין ומפרשים שם בתוס' דרבנן הפקיעו הקידושין אבל ברמב"ם בפ"ה מהלכות אישות דין

כ"ד אי' בזה"ל האומר לאשה כו' ע"מ שתחזירהו לי אינה מקודשת כו' ואם החזירתו הרי לא נהנית ולא הגיע לידה כלום עכ"ל נראה מדבריו שמפרש דברי הגמ' לפי שאין אשה נקנית בחליפין ר"ל דהא הטעם דאין חליפין בקדושי אשה משום דחליפין איתנייהו בפחות מש"פ ואשה בפחות מש"פ לא מקני נפשה כדאי' לעיל דף ג' הרי דעיקר תלי במה שתהנה האשה בפרוטה. ומינה במתנה ע"מ להחזיר אף דבכ"מ חשיב נתינה עכ"ז אין לה הנאה בזה וקדושין צריכין להיות בהנאת פרוטה כמו כן י"ל בטוה"נ אף שהוי ממון מ"מ כשאין בהנאה ש"פ מהראוי שלא תתקדש אמנם בחידושי ריטב"א כאן מבואר דיש קידושין אף כשאין בשיעור טוה"נ ש"פ שכ' בזה"ל א"נ דלמ"ד טוהנ"מ הוא כאלו שלו לגמרי משום האי טוה"נ דאית לי' בגווה וכדתנן המקדש בתרומות ומעשרות ומשמע דומי' דכהן דמקדש בתרומה ממש ולא בטוה"נ שיש לו בה וכן עיקר עכ"ל הרי לדבריו דברי המתני' ואפי' ישראל הוא בחד גוונא דומיא דקדושי כהן בתרומה שלו ושווים המה בדינם א"כ אף שאין שיעור הטוה"נ ש"פ מקודשת כיון דתרומה עצמה ש"פ ובאמת הריטב"א לשיטתי' דמפרש בחידושיו לעיל דף וא"ו דמדרבנן הוא דאינו מועיל מתנה ע"מ להחזיר בקדושי אשה גזירה אטו חליפין אבל מדאורייתא מועיל הרי דחולק אסברת הרמב"ם וסובר דא"צ שתהנה בפרוטה רק שתקבל דבר שיש בו דין ממון פרוטה. והגאון אפשר קאי בשיטת הרמב"ם ולכך מצריך שתהא הוא כהנת ואין להקשות לשיטת הגאון שמיירי במקדש כהנת. למה הקשה הגמ' לעולא דסובר טוה"נ אינה ממון הא מ"מ יש לה ממון כיון דהיא כהנת וצ"ל דסובר הגאון שמעות הקידושין צריך שיהי' שלו וע"כ אי טוה"נ א"מ אינה מקודשת כיון דלא הוי ממונו של המקדש והוא מוכרח להוציא מרשותו וליכא חסרון לשום אדם ולא שייך לדמותו למ"ש בדף ז' הילך מנה והתקדשי לפלוני דמקודשת מדין עבד כנעני דאע"ג דלא חסר מידי דשם עכ"פ יש נתינה וחסרון מהנותן לצורך הקידושין [יעוין לעיל דף נ"ב ע"ב בתוס' ד"ה המקדש בחלקו כו' ובפני יהושע שם] ולכאורה יש להקשות דאף דטוה"נ אינה ממון מהראוי שיוחשב ממונו מטעם הואיל כיון דפסקינן כר"א בסוגיא פסחים דף מ"ה דכיצד מפרישין חלה דלא יקרא שם עד שתאפה והיינו ע"כ מטעם הואיל כיון דאי בעי מיתשל כדידי' דמי ומקרי ממוני' דל"ל מטעם טוה"נ כיון דטוה"נ אינה ממון [ובמקדש ישראלית לא קשה קושי' הנ"ל מטעם הואיל כיון דאין בידה לשאול על התרומה אבל לפי דברי השאילתות במקדש כהנת קשה] אך ז"א דלא שייך הואיל כאן לענין שיהי' נחשב מה שנותן שהוא נותן ממונו דאף אי מתשיל ויהדר לטבלי' יצטרך עכ"פ להפריש ממקום אחר ואיך שייך לומר גבי קידושין הואיל שיהי' זה ממונו ממש הא יצטרך ליתן אחר עבורו ואין זה

נקרא ממונו אבל ז"א רק לפי ס"ד דגמ' שאין חטה אחת פוטרת את כל הכרי וא"כ לא שייך לומר הואיל כנ"ל אבל אליבא דשמואל דסובר דחטה אחת פוטרת את כל הכרי שייך שפיר לומר הואיל ואי מיתשל יהי' נחשב ממונו ממש ויפריש ממקום אחר רק חטה אחת ולפי"ז סרה תירוץ הפני יהושע על קושי' מהרש"א הנ"ל. שמתרץ דמתני' מיירי במקדש בתרומה ממש וע"ז לא שייך לומר חטה אחת הא אף בתרומה ממש ולפי דברי שמואל דחטה אחת שייך שפיר לומר הואיל דאי בעי מיתשל ויהי' נחשב ממונו ממש כיון דלפטור מתרומה יכול לפטור א"ע בחטה אחת. וצדקו דברי הגירסא ישינה דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד וטוה"נ אינה ממון ול"ק קושי' רש"י מתני' כמאן די"ל כפי התירוץ של המהרש"א לכך המקדש בתרומה מקודשת כיון דחטה אחת פוטרת ואין לדחות כסברת מהרש"א דמתני' מפורש גם במעשר ובמעשר לא שייך לומר חטה א' פוטרת. י"ל דמיירי בטבלים שנפלו מא"א כהן וכסברת מהרי"ט לפי' הרמב"ם דפטור ממעשר בטענה שבאתי מאיש הפטור ליתן מעשר ואין לדחות כתירוץ הפנ"י דמתני' מיירי בתרומה ממש ולאחר הפרשה לא שייך לומר חטה א' פוטרת. הא לפי דברי השאילתות דמיירי במקדש כהנת ובדידי' שייך לומר הואיל כיון דאי בעי מיתשל לפי האקומתא דשמואל דחטה א' פוטרת והוי ממונו גמור (שוב ראיתי במל"מ בפ"ה מהלכות אישות הלכה א' שכ' בזה"ל וכ"ת כו' דאף דשמא בתר דידי' נמי אזלינן מ"מ חשוב ממון מה שנותן לה משום דאי בעי מיתשל והותר לו הא ליתא שטעם זה דאי בעי מיתשל אינו מעלה ומוריד כלל בענין קידושין וכמ"ש הרשב"א בתשו' עכ"ל אמנם המעיין בשו"ת הרשב"א שהיא בסי' תר"כ יראה שסברותיו שם אינם רק אם היא אסרה על עצמה נכסי המקדש אינה מקודשת מחמת הואיל ואי בעי תשאל על נדרה והיינו כיון דמעולם לא הי' שלה גם עתה אין לה זכי' כיון דבאותה שעה אינה יכולה להנות ממנו ואף שתשאל אח"כ לא יהי' הזכי' למפרע יעו"ש. אבל לגבי המקדש שאסר ע"ע דבר שהוא שלו שייך לומר דאכתי לא נפקע מרשותי' ועדיין ממונו הוא מטעם הואיל כמו בהפרשת חלה הנ"ל) אך רש"י דמדחה הגירסא ישינה לשיטתי' אזיל דבמס' פסחים דף מ"ח שמוחק הגי' דפליגי בהואיל דאי בעי מיתשל מטעם דאין הואיל בדבר שאינו שלו יעו"ש. וא"כ לפי"ז קמה וגם נצבה תירוץ של הפנ"י הנ"ל על קושי' מהרש"א הנ"ל לכך אמר רש"י מתני' כמאן ודוק:

אמנם לכאורה קשה לשיטת רש"י למה נא מתרץ הגמ' דמקשה לעולא דסובר טוה"נ אינה ממון ממתני' ומתרץ הגמרא דמתני' מיירי בטבלים שנפלו מא"א כהן. הא לפי דברי השאילתות דמיירי במקדש כהנת הי' להגמ' לתרץ אליבא דעולא דמתני' מיירי במקדש

כהנת ואין לדחות. אי טוה"נ אינה ממון אין הבעל נותן לה כלום כאשר תרצתי לעיל לשיטות השאילתות הא לפי המבואר במל"מ בפ"ה מהלכות אישות הלכה א' באריכות דרש"י סובר דלא אזלינן בתר המקדש רק בתר דידה ואם הוי ממון אצלה אף דלדידי' לא הוי ממון מקודשת ומוכיח כן מדברי רש"י בע"ז דף נ"ד דסובר דדמי ערלה וכלאי הכרם אסורין מדרבנן להבעל ומ"מ מתקדשת האשה בדמי' של ערלה כיון דהיא שרי' לאתהוני מנייהו ומסיים במל"מ בזה"ל וא"כ יש להוכיח מדברי רשיי אלו דכל היכא דלדידה שוה פרוטה אף דלגבי דידי' נמצא שלא נתן לה כלום הוי מקודשת דהא חליפי אסורי' בהנאה להמקדש ונמצא שלא נתן לה כלום ואפ"ה הוי מקודשת כו' וכ"כ הר"ן ז"ל אע"פ שהי' הדמים אסורים להמקדש משום דכיון שהיא מותרת להנות בהן וקנאתן מחמתו דומי' דהמקדש בגזל דאחרים כו' דאע"ג דיאוש כדי לא קני כ"ז שהוא בידו כו' אפ"ה כיון שקנאתו היא בנתינתו מקודשת. וה"נ הנאה הבאה לה מחמתו הוא עכ"ל א"כ במקדש כהנת בתרומה או ע"י אבי' מהראוי שיחולו הקידושין אף למ"ד טוה"נ אינה ממון. כיון דלגבי דידה ממון גמור ואף דלגבי דידיה לא הוי ממון כנ"ל ואפשר לומר לכאורה דלמ"ד טוה"נ אינה ממון לא הוי כקני' הבא מחמתו דאין בידו למנוע מכל הבא ליטול אבל ז"א דהא עולא סובר טוה"נ אינה ממון והוא סובר במס' ב"מ דף י"א ע"א דאין חצר קונה אא"כ עומד בצד שדהו. ולדידי' צ"ל כתירוץ הגמ' שם על מעשה דר"ג וזקנים או דהקנה להם מטלטלין אג"ק או כתירוץ רב פפא דעת אחרת מקנה אותן שאני. הרי אף דטוה"נ א"מ מחשיב זכות הכהו שבאה מכח הבעלים הנותנים ולכך מדייק רש"י בהך סוגי' בד"ה אינה ממון לקדש בו האשה דר"ל בזה דלא לכל מילי סובר עולא אינה ממון דאל"כ קשה מדידי' אדידי' כנ"ל א"ו דמ"מ בצד מה הוי ממון דאין הכהנים יכולים ליקח מעצמם. וכן מורה לשון הרמב"ם בפ' י"ב מהלכות תרומות דין ט"ו שכ' בזה"ל ולא יטלם אחר שהורמו אלא מדעת בעליו שהרי הם בעליו ליתנם לכל כהן שירצו שנא' ואיש את קדשיו לו יהי' ואם לקח שלא מדעת בעלים זכה בהם שאין לבעלים בהן אלא טוה"נ וטוה"נ אינה ממון עכ"ל הן אמת שעדיין יכולים לומר דשאני באיסורי הנאה או בגזל הקני' שקונה בהן האשה בא מחמתו של המקדש משא"כ בתרומה שגוף הקני' שקונה בהם הכהן הנוטלים אינו בא מחמתו של הבעלים כי מתת אלקים הוא לכהנים שבא לידם רק להבעל הי' זכות המסירה למי שירצה ולכך אפשר דקדק הר"ן בדבריו במ"ש וקנאתן מחמתו אבל מדברי הגמ' בב"מ הנ"ל משמע דגם בתרומה הוי הקני' כבא מחמתו של הבעלים ולכך מועיל אג"ק וחשוב דעת אחרת מקנה ובלא"ה יש מקום עיון

אמאי יהי' באיסורי הנאה הקני' באה מחמתו של המקדש דלכאורה מיד שאסור בהנאה הוי כהפקר כדמוכח בנדרים דף פ"ה. ויש במקום אחר אריכות דברים בזה]:

ואין לומר דעדיפא מיני' משני עולא בטבלים שנפלו כו' דמיירי המתני' גם במקדש לישראלית אכתי יקשה על רש"י שמקיים הגירסא ואבע"א דכ"ע מתנות שלא הורמו כמשה"ד כו' ומיאן בגירסא הישינה שמובא בתוס' רי"ד דכ"ע לאו כמי שהורמו דא"כ מתני' כמאן דלפי הנ"ל יש לקיים הגירסא הנ"ל ולומר דבאמת להך אבעיא מתרצינן המתני' ואפי' הוא ישראל דמיירי במקדש כהנת:

ולכאורה יש לומר דע"כ לא מיירי המתני' במקדש כהנת דאי' בבכורות דף יו"ד ע"ב איכא דמתני כו'. המקדש בפטר חמור אינה מקודשת כו' מני אי ר"ש תקדש בכולה פי' דריש סובר דפטר חמור מותר בהנאה ואי ר' יהודא דאוסר בהנאה תקדש בהך דביני ביני פירוש דיכולה לפדות בשה אף שאינו שוה כשיעור החמור. אמר רבה ב"א אמר רב לעולם ר' יהודא וכגון שאינו שוה אלא שקל וסבר לה כו' אין פדי' פחותה משקל ע"כ וא"כ אי איירי המתני' במקדש כהנת ולסברא הנ"ל דלא אזלינן בתר דידי' רק בתר דידה ולשיטת הפוסקים דפטר חמור יכולים ליתן לכהנת כמו לכהן ודלא כהרמב"ם [יעוין בריש הלכות בכורות ובמל"מ שם] או כשמקדש ע"י אבי' הכהן מהראוי שתקדש בפטר חמור ואף אם אינו שוה יותר משקל דהא הכהן יכול לפדות בשה ולהחזיק השה לעצמו ויש לו הנאת כל השקל. ומדברי הגמ' בבכורות דף י"א ומדברי הרמב"ם בפ' י"ב מהלכות בכורים דין ד' וש"ע סי' שכ"א מבואר דאף לכתחלה יכולים ליתן הפ"ח לכהן והוא יפדנו ואין בזה לגבי הישראל ביטול מצות פדי" או עריפה א"כ ע"כ לא מיירי המתני' המקדש בפ"ח במקדש כהנת וכמו כן המקדש בתרומה דמקודשת מיירי במקדש ישראלית והשאילתות לשיטתי' דסובר דבעינן שיהי' ממון אצל המקדש לכך אינו יכול לקדש בפ"ח כיון דאסור לדידי' בהנאה ואינו שוה יותר משקל דאף ע"י פדי' לא ירויח לכן אף כשהיא כהנת אינה מקודשת גם צ"ל דבדבר האסור בהנאה לא שייך דין טוה"נ ובאמת לא מצאתי בביאור דין טוה"נ לגבי פטר חמור רק בבכור כ' הרמב"ם בהלכות בכורות פל"א דין ט"ו בזה"ל ויראה לי שהבכור נותן לכל כהן שירצה עכ"ל וכ' הכ"מ נראה דהיינו לומר דטוה"נ לבעלים ע"כ. וע"כ צ"ל דליכא למשמע מדברי המתני' פ"ד דחלה משנה ט' ואלו ניתנין לכל כהן החרמים ובכורים ופדיון הבן ופטר חמור וכו' דהתם הכוונה בין לכהן חבר בין לכהן ע"ה כפי' הרמב"ם (ובמ"א אבאר באריכות) ובלא"ה לא מוזכר שם רק פדיון פ"ח אבל בנתינת פ"ח גופא לכהן בודאי אין טוה"נ אף למ"ד טוה"נ ממון כיון דאסור בהנאה:

אמנם לכאורה יש מקום עיון דהנה בתו' רי"ד כ' בזה"ל ובפ"ח פי' אע"פ שהאשה יכולה לפדותו בשה ולהיות מותרת בו אפ"ה כל זמן שלא פדאתו הוי אסורי הנאה ונמצא שלא נתן לה כלום. וה"ה בהקדש כו' יעו"ש והקשה בספר בית מאיר בסי' כ"ח אמאי לא מביא תירוץ הגמ' בבכורות כגון שאינו שוה אלא שקל כו' ואדרבא משם מוכח דלא אזלינן בתר השתא ותוכל להתקדש אם יש עודף בשווי' של הפ"ח משקל וכדאמר גם עולא במס' בכורות דף ט' ע"ב בפ"ח נמי מקדשא כדר"א כו' אשה יודע דפטר חמור איסורא אית בי' ופרקי לי' בשה ומקדשה בהך דביני וביני ונלע"ד דדין זה תלי בפלוגתא אחרת ואקדים דברי הרשב"א ז"ל בחידושיו בד"ה ע"ב מתני' המקדש בערלה כו' וא"ת עוד והא ערלה וכלאי הכרם בשריפה ותנן שלהי תמורה כל הנשרפין אפרן מותר כו' ומסתברא דלעולם אינה מקודשת אפי' בסאה של פירות ערלה משום דהשתא מיהו לית בה דמים דאסור למכרן ואי משום אפרן הא אינו בעולם ולכי קלי לי' הוי ליה כגופא אחרינא ולאו זה מה שקידשה בו הילכך אינה מקודשת ואע"ג דאסיקנא בפ' האומר לקמן דף ס"ב גבי הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי התם הוא דאין הגוף נשתנה אבל כאן שהגוף נשתנה לגמרי לא ועוד דהתם נמי דוקא כשאמר לכשיהי' אבל בלא"ה לא וכדתני' התם אמר פירות ערוגה זו כו' אבל אמר לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין כנ"ל עכ"ל מעתה נחזי אנן לסברא הראשונה אמרי' כל שבידו לאו כמחוסר מעשה. ואמנם דוקא בדבר שלא ישתנה א"כ ממילא מטעם זה מהראוי שיהי' קדושין בפטר חמור בהך דביני ביני כיון דיכולי' לפדותו ויהי' אותו החמור בעצמו כפי שהוא מותר בהנאה. וכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ובאמת הרשב"א בעצמו בדף נ"ז ע"ב בד"ה נימא מתניתין חק קן דפ"ח כאוקמתא הנ"ל במס' בכורות דמיירי באינו שוה אלא שקל אבל אם החמור שוה יותר מקודשת בהך דביני וביני ובשאילתו' פרשה הנ"ל אי' בזה"ל מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי עכ"ל א"כ מינה למ"ד מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד ע"כ סובר דהוי כמחוסר מעשה אף בדבר שהוא בידו א"כ מהראוי שלא תתקדש האשה בהך דביני וביני כיון דעתה אינו שוה. ועולא לשיטתי' דסובר בסוגי' דידן דמתנות שלא הורמו כמשה"ד וכמו כן רבה בר אבוה לשיטתי' דסובר בהדי' בבכורות דף י"א דמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין לענין טבלים שנפלו כו' וכ"כ לענין פ"ח שנפלו לו מאבי אמו כהן שנפל לו מאבי אמו ישראל ומחזיקינן כאלו כבר פדאם אבי אמו בשה והיינו מטעם שבשאילתות הנ"ל דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה לכך סוברים דפ"ח מקדשי' בהך דביני וביני ודברי תוס' רי"ד יתכנו למ"ד דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד ואפשר סובר הרי"ד להלכה כן וכן

נראה מהאלפסי שהשמיט בכ"מ הדינים התלוים בדין מתנות שלא הורמו כמו שהורמו ומשמיט כל המשנה דהמקדש בתרומות:

לפי"ז יש לקיים הגירסא ואבע"א מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד וטוה"נ א"מ ומ"מ א"ש המתני' די"ל ואפי' ישראל קאי במקדש כהנת דלא אזלינן רק בתר דידה וא"ל דא"כ גם בפ"ח כה"ג תתקדש י"ל דשאני התם כיון דהשתא קודם הפדי' לא שוה מידי ליכא קידושין. דהא להך אוקמתא דמתנות כו' לכשה"ד אמרינן אף בדבר שהוא בידו כמחוסר מעשה דמי אבל לשיטת עולא דסובר כמשה"ד. דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ולכך סובר דמקדשי' בהך דביני וביני ומתני' דפ"ח מיירי באינו שוה רק שקל כנ"ל א"א לאוקמי המתני' בכהנת כנ"ל לכך הוצרך לתרץ בטבלים כו':

והמעיין בתוס' רי"ד בדף ס"ב ובפ"י שם שמבאר דברי הרי"ד באריכות יראה מבואר דהתוס' רי"ד מחליטין להלכה דלא כר' יוחנן דסובר דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי דלדידי' טעמא דראב"י בברייתא שם אין תורמין כו' אבל כשאמר לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין (דברי ראב"י כן גרס בתוס' רי"ד) יתר על כן אראב"י אפי' אמר כו' לכשיביאו שליש כו' דבריו קיימין ע"כ. הכל משום דכל שבידו כו' דאף שעדיין לא הביא שליש מיקרי כל שבידו כיון דממילא אתי וע"ז חולק אביי התם ואמר דטעמא דראב"י בכל הברייתא משום דאדם מקני דבר שלא בא לעולם ולא משום דכל שבידו כו' ואין הלכה כראב"י דדין דשלבל"ע שיטה הוא כדברי אביי שם ראב"י ור"מ ורבי כולהו ס"ל כו' ואסיק בתוס' רי"ד שם דהלכה כאביי ולא כר' יוחנן הרי דסובר לפי האמת דכל שבידו הוי כמחוסר מעשה ולכך נכונים דבריו דבפ"ח ליכא קידושין כיון דעתה אינה ממון. והרשב"א לשיטתי' דאינו גורס התם ברישא דברייתא דברי ראב"י. ומוקי דרישא דברייתא רבנן אמרו לה ומטעמי' דר' יוחנן דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי וראב"י להוסיף בא אף כשלא הביא שליש ומטעם דשלבל"ע וליכא פלוגתא בין ר"י ואביי ובפי' כ' שם הרשב"א בחדושיו דנראה לו דהלכה כר' יוחנן דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי לכך תפס הרשב"א גבי פ"ח תירוץ הגמ' בבכורות שאינו שוה אלא שקל וכנ"ל ומדברי הרי"ף שהשמיט שם כל הסוגי' כאשר העיר ע"ז שם ברשב"א נראה דסובר דאין הלכה כר' יוחנן ולשיטתי' אזיל דפוסק פירות שלא הורמו לאו כמו שהורמו דמיין וע"כ שגרם כגירסא הישינה ואבע"א מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד. והחליט להלכה כאבע"א ודוק היטב:

עוד בסוגיא הנ"ל

באופן אחר נלע"ד לקיים הגירסא ישינה דלעיל ברש"י בד"ה כמו שהורמו כו' איתא וה"ה נמי דמצי לאוקמא בתרומה שנפלו לו מבית א"א כהן אלא הא קשיי לי' א"כ מאי קמ"ל מתני' פשיטא דמקודשת והנה לכאורה שפיר קמ"ל מתני' דיכולים לקדש בתרומת אף דאיקרי קודש ושלא נטעה לומר דאינו ממונו של כהן לקדש בו אשה ורק משלחן גבוה קא זכי וצ"ל דכוונת רש"י דעכ"פ אין רבותא בסיפא דמתני' אפילו ישראל (וכן מבואר מדברי הרמב"ם בפ"ה מהלכות אישות דין ה' ו') והנה לכאורה יש לדקדק דאכתי אף בתרומה גמורה שנפלה כו' רבותא ע"ד שאיתא לעיל דף נ"ב בפוס' ד"ה המקדש בפירות שביעית דאשמעינן דאע"ג דאסור לקנות בו חפץ כדכתיב לאכלה ולא לסחורה הנ"מ לכתחלה אבל בדיעבד המקח קיים וכן גבי אשה בדיעבד מקודשת כמו כן יש צד רבותא בקדושי תרומה דאי' במס' שביעית שאין עושין סחורה בפירות שביעית ולא בבכורים ולא בתרומות כו' ולא בנבלות כו' ואי' ברמב"ם הלכות תרומות פ' י"ב דין כ"א וכן אסור נעשות סחורה בתרומות אע"פ שהוא לוקח מכהן ומוכר לכהן עכ"ל הרי דיש איסור לישראל לקנות תרומה מכהן אדעתא למכרו. כ"כ מהראוי שלא תתקדש א"ע אשה לישראל בתרומה דתצטרך למכרו דאין ראוי לה לכלום רק למכרו לכהן והוי כקונה ומוכר ואף שלישראל המקדש ליכא איסורא דהוא מותר למכור כמו כל איסורים שנזדמנו שמותר למכרן ולדידי' הוי נזדמנו היכא דנפלו לו בירושה מ"מ אין היתר לישראל לקנות ממנו ולמכור כדעת הב"ח ביו"ד סי' קי"ז ובפר"ח שם ס"ק ח' לענין מכירת דברים אסורים שכתבו דדוקא אותו שנזדמנו לו יכול למכרו לעכו"ם מפני הפסד ממונו אבל ישראל אחר אסור לקנות מחבירו הנבילה וטריפה שנזדמן לו למכור לעכו"ם (ויעו"ש בט"ז) ומדברי התוי"ט במשנה הנ"ל נראה דאף במתנה אסור לקבל דברים אסורים מישראל שנזדמנו לו מדמקשה שם על שיטת הסוברים דיש איסור דאורייתא בסחורות דברים אסורים בזה"ל ומיהו קשה לי סוגי' דפ"ק דבכורות דף ו' דאחריצי חלב דדוד קאמרינן דילמא לסחורה וכלומר אבל חלב אסור משום אמ"ה משמע דאפ"ה לסחורה קשרי עכ"ל וקשה מאי מקשה הא שם הוי נזדמנו גם אמאי לא העיר בתוי"ט להקשות ממה שמוזכר מקודם בגמ' על הראי' מפסוק ודי חלב עזים ללחמיך וגו' ודילמא לסחורה לכך צ"ל דעלה בדעת התוי"ט דיש לדחות דשאני התם דהוי נזדמנו משא"כ גבי חריצי חלב דדוד שהוליך לשר האלף דלגבי שר האלף לא הוי נזדמנו (ויעוין בפר"ח סי' הנ"ל ס"ק א') מעתה מבואר דעתו דאף במתנה אסור לקבל מכ"ש לאשה שלא תקדש עצמה בתרומה אף שאינה מתכוונה להרויח בדברים האסורים כ"א כשמתקדשת

לכהן כיון דארוסה בת ישראל לכהן אוכלה מדאורייתא בתרומה כדאי' בכתובות דף נ"ז ע"ב ובקידושין דף ה' י"ב ואין עלה רק איסור דרבנן באכילת התרומה ובדברים האסורים מדרבנן מותר לסחור מלבד איסור סתם יינם אבל כשמקדשת א"ע לישראל אסורה בתרומה מעת הקידושין אף כשהיא כהנת וחל עלי' איסור סחורה בתרומה כמו לישראל ואם כן שפיר הוי רבותא ואפי' ישראל ונשאר קושי' רש"י אמאי לא אוקי עולא מתני' בתרומה שנפלה כו' וצ"ל דל"ל כן דהא אשמעינן כבר במקדש בפירות שביעית דמקודשת ואתי' במכש"כ דמה התם המקדש עושה האיסור ויש בקידושין עצמן איסור מכירת שביעית הוי הקידושין בדיעבד מכש"כ במקדש בתרומה דליכא גבי המקדש שום איסור דלדידי' הוי נזדמנו:

אמנם אכתי יש לדחות לפי המבואר בפנ"י בסוגי' בשביעית דלמ"ד שביעית בזמן בית שני דרבנן מסתמא מיירי המתניתין בשביעית דרבנן וי"ל דאשמעינן המתני' דאף דלא הוי הפקר רק מדרבנן יכולים לקדש בה אשה דהפקר ב"ד הפקר וא"כ לא אתי' דין קדושי תרומה מדין שביעית דהתם דרבנן והכא איסור דאורייתא וצ"ל דעולא נד מלאוקמא כזה. דסובר דלדינא פסקינן כרבנן דפליגי ארבי וכמבואר ברמב"ם בהלכות שמטה ויובל פ"ד דין כ"ה דשביעית נוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית [יעו"ש בכ"מ ומל"מ] אמנם לשיטת רבי דסובר דשביעית בבית שני לא הי' רק מדרבנן לפי פירוש רש"י בגיטין דף ל"ו בדברי רבי וזה דבר השמיטה שמוט בשתי שמיטות הכתוב מדבר. אחת שמיטת קרקע ואחת שמיטת כספים יעו"ש. שפיר אתי מתני' דהמקדש בשביעית בשביעית דרבנן ויש שפיר רבותא גבי תרומה אה בתרומה שנפל לישראל מא"א ולא צריך לאוקמתא דעולא בטבלים. וי"ל כגי' הישינה דרבי סובר מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד וטוה"נ א"מ ומתני' איירי בתרומה שנפל לישראל מאבי אמו ודו"ק:

חידושי הלכות סוטה

[ברמב"ם פ"א מהלכות סוטה דין י"ד] **כתב** בזה"ל האשה שקנא לה בעלה ונסתרה אחר: הקנוי עמו בעדים והרי היא עומדת לשתות ובא ע"א והעיד שנבעלה בפניו עם זה שקינא לה עמו הרי זו אסורה לבעלה לעולם ואינה שותה ויוצאת בלא כתובה ואפי' הי' עד טומאה זה אחד מעידי הסתירה שנ' ועד אין בה והרי כאן עד עכ"ל וכתב בכ"מ ומ"ש ואפי' הי' עד טומאה זה כו' איני יודע מה מלמדינו רבינו בזה דמהיכא תיסק אדעתין שיגרע מפני שהוא א' מעידי הסתירה עכ"ל.

ונ"ל לכאורה דאי' במס' כתובות דף י"ט ע"ב אמר ר"נ עדי' שאמרו אמנה היו דברינו אין נאמנים מודעא היו דברינו אין נאמנין מר בר רב אשי אמר אמנה ה"ד א"נ מודעא

ה"ד נאמנין מ"ט האי ניתן לכתוב והאי לא ניתן לכתוב ע"כ ומקשי' בתוס' דהא ע"כ מיירי באין כת"י יוצא ממק"א דאי כת"י יוצא ממק"א פשיטא דהכי פריך לעיל ועוד דמר בר"א קאמר דאין נאמנין משום דלא ניתן לכתוב ואי בכ"י יוצא ממק"א אפי' ניתן לכתוב פשיטא דאין נאמנין וא"כ קשה לר"נ כיון דאין כ"י כו' אמאי אין נאמנין במודעא דהא ר"נ גופא אי"ל מגו לפסול השטר במודה בשטר שכתבו כו' יעו"ש מה שתירצו וכתב באס"ז בשם תלמידי רבינו יונה דר"נ מיירי באין כ"י כו' והכוונה במודעא היו שהמוכר מסר מודעא תחלה בפניהם כו' דכי אמרינן תלוי' וזבין זביני זבינא ה"מ כשלא מסר מודעא הילכך אם אומרים שמסר מודעא אינם נאמנים ואע"ג שבהיתר חתמו השטר הראשון כדי להציל אנוס כו' אפ"ה לא אמרינן הפה שאסר משום דהוי להו חוזרים ומגידין ולא דמי לקטנים היינו ואנוסים מחמת נפשות דהתם אינם חוזרים ומגידין אלא עוקרים העדות מעיקרא ואומרים כי מתחלה לא הי' הדבר כלום ונאמין אותם בהפה שאסר כו' אבל במודעא אינן עוקרין העדות אלא חוזרין ומגידין שמודים הם בעדות הראשון דאמת הי' ובהיתר נעשה אלא שמוסיפים עכשיו ואומרים שהי' מודעא והוי להו חוזרין ומגידין כן תורף דברי האס"ז שם היוצא מזה דסברת ר"נ אף שאומרים העדים דבר שהי' ראוי להם לעשות וקצת רגלים לדבר כגון היכא שידוע שבא הלוקח עליו בעקיפין שימכור לו השדה ואנסו ע"ז ואין בדברי העדים במה שאומרי' מודעא רק כגילוי מילתא בעלמא שלא גמר המוכר והקנה אגב זוזי ואונסי' כי מסר לפניהם המודעא מ"מ כך גזה"כ דאין עדים נאמנים אף להוסיף למה שאמרו כיון דע"י הוספה זו ישתנה הדין מכפי שהי' לפי דבריהם הראשונים אף דבהוספה זו אינם מבטלין דבריהם ראשונים אבל עדים אחרים נאמנים לומר דשטר זה שחתומים עליו עדים נגמר באונס ועפ"י מודעא שהי' לפניהם מעתה יש עיון לכאורה דאפשר לרב נחמן אין עד הסתירה נאמן להעיד אח"כ שנטמאה באותה הסתירה דאף דבתכ"ד בודאי בכה"ג נאמן דהוי כעדות אחת שנסתרה ונטמאה אז ואינו בגדר חוזר ומגיד דהא הסתירה הי' מסתמא לצורך טומאה אבל כשהעד העיד בתחלה עם חבירו בסתם על הסתירה [ומיד כשמכידין על הסתירה אנו מחזיקינן אותה בספק נטמאה וצריכה לשתות (ולא זכר מהטומאה שלפי הגדה זו הוחלט שעומדת לשתות וכשאומר אחר כך שבאותה הסתירה הי' הטומאה לעיניו כשנאמינייהו לא תהי' ראוי לשתות הרי הוא סותר. דבריו הראשונים והוי כחוזר ומגיד אחרי שמשתנה הדין לפי הגדה זו מכפי הדין שהי' לפי הגדה הראשונה. ועכ"פ להפוסקים ומכללם הרמב"ם דלא ס"ל כר"נ לא הוי בכה"ג חוזר ומגיד ואף לאחר כדי דבור דאף דבמודעא עכ"פ לאחר כ"ד אינם נאמנים משום דמבטלין עדותם כיון דבאמירתם הראשונה בקיום השטר

נתחזק השטר ולא עלה בדעתינו לבטלו מחשש מודעא ועתה מבטלין השטר הוי שפיר חוזר ומגיד [ובאמת יש כמה פוסקים דס"ל דבמודעא נאמנים אף לאחכ"ד] אבל כאן בעדות טומאה הוי הוספה לדברי העדו' הראשונה ולזה מדייק הרמב"ם במ"ש בתחלה והרי היא עומדת לשתות כו' ואפי' הי' עד טומאה זה כו' להורות דאף שע"פ עדותו הראשונה בסתם עם העד השני היתה עומדת לשתות יכול לחזור ולהעיד שנטמאה אז ולא הוי חוזר ומגיד אף שע"י דבריו אלו מבטל דין השתי' שהיתה עומדת מחמת דבריו הראשונים ומקום הרבותא הוא היכא דאומר העד דהטומאה הי' בעת הסתירה שהעיד בתחלה וכאשר כן הוא דעת רש"י המובא במל"מ פרק הנ"ל דין י"ד דאין ע"א על טומאה נאמן רק כשאומר שהטומאה הי' באותו סתירה שמעידין עידי הסתירה. ולפי הנראה מדעת הב"י שמביא המל"מ גם הרמב"ם סובר כן וסתמא כפרושו אבל לדברי המל"מ שם דלהרמב"ם אף כשהעד אומר שנטמאה בזמן אחר נאמן אחרי שכבר עברה ונסתרה בפעם אחרת אחר הקנוי לא יתכנו דברי הנ"ל דבודאי בכה"ג לא יעלה על דעת שיהי' בגדר חוזר ומגיד דהוי כמו עידי השטר שמעידין על פרעון ואין חדוש בדין רק כשאומר העד שהי' הטומאה בעת הסתירה שהעיד בתחלה ולא הי' להרמב"ם לסתום דבריו רק לפרש אף שמעיד העד על הטומאה באותו הסתירה דבכה"ג לבד יש הרבותא:

ובדרך אחר יש לפרש דברי הרמב"ם הנ"ל דבב"ק דף כ"ד אי' העידוהו שנים בראשונה ושנים בשני' ושנים בשלישית הרי כאן ג' עדות והן עדות אחת להזמה נמצאת כת ראשונה זוממת הרי כאן ב' עדות והוא והן פטורין נמצאת כת שלישית זוממת כולן חייבין וע"ז נאמר ועשיתם לו כאשר זמם ולפי המבואר מדברי הרמב"ם אין זה כ"א כשהעידו יחד בב"ד וכדאוקי בגמ' דקמרמזי רמוזי רב אשי אמר כשבאו רצופין אבל כשלא העידו בב"א ונמצאו רק האחרוני' זוממין כשידעו שבעדותן נעשה מועד מחויבים לשלם הכל הרי מבואר דמחמת שהי' עדותן במעמד א' אין בהם ש הזמה כ"א כשניזומו כולן וכולם לחיוב תשלומין ומדברי הרמב"ם הנ"ל מבואר שע"א על טומאה בסוטה כשמוזם מחויב לשלם כאשר זמם וכשעידי הסתירה עם עד הטומאה העידו במעמד א' אין תורת הזמה על העד הטומאה כ"א כשניזומו גם על הסתרה ובב"ק דף ע"ג אי' פלוגתא דאביי סובר עד זומם למפרע הוא נפסל ורבא סובר מכאן ולהבא הוא נפסל ואי' שם תנן גנב ע"פ שנים וטבח ומכר על פיהם ונמצאו זוממין משלמין את הכל מאי לאו שהעידו על הגניבה וחזר והעידו על הטביחה והוזמו על הטביחה ואי ס"ד למפרע הוא נפסל הני כיון דאיתזמי על הגניבה איגלאי מילתא למפרע דכי אסהדי אטביחה פסולין הוי אמאי משלמין אטביחה אמרי הב"ע כגון שהוזמו על הטביחה תחלה אמרי סוף סוף כי הדרי איתזמי אגניבה

איגלאי מלתא דכי אסהידו אטביחה פסול הוי אמאי משלמין אטביחה והילכתא שהעידו בב"א והוזמו מעתה אם נאמר דע"א דטומאה אינו נאמן כ"א כשיש בו דין פורת הזמה הי' עד מעידי הסתירה פסול לעדות הטומאה אחר כ"ד [דלא משכחת בי' הזמה היכא שבמעמד א' מעיד על שניהם] שהעיד על הסתירה ואחר כ"ד העיד על הטומאה א"כ כשרוצין לקיים בו הזמה א"א רק כשניזום גם על מה שהעיד על הסתירה וכשמזימין אותו גם על זה מתברר למפרע שהי' פסול בעת שהעיד על הטומאה ולית בי' דין הזמה אך דבאמת נראה דגבי עד טומאה ל"צ שיהי' בו דין הזמה כיון דגם עד מפי עד ועבד ושפחה נאמנין ולכן שפיר אשמעינן הרמב"ם ז"ל רבותא:

[רמב"ם הלכות סוטה ד"ג]

במל"מ בפ"ג דין כ"ג מדקדק למאי תני במתני' ר"פ ארוסה בכלל אלו דלא שותות שבאו לה עדים שהיא טמאה דהא פשיטא דזונה היא. והרמב"ם השמיט בבא זו:

לכאורה יש לעיין לפי המבואר ברמב"ם ריש הלכות נערה ובתולה. כל נבעלת בשדה בחזקת אנוסה ודנין אותה בדין אנוסה עד שיעידו העדים שברצונה נבעלה וכל הנבעלת בעיר כו' והראב"ד שם חולק וסובר דליכא חילוק בין עיר לשדה ובכל זנות יש הספק אם הי' באונס או ברצון. ובנ"י בפ"ב דיבמות בסוגי' יבמות דף כ"ד] הנטען מא"א כו' כתב שם [על דברי האלפסי שמפרש שבעידי כעור אין מוציאין מהנטען כשיש לה בנים ממנו כ"א כשיש עדים שנטמאה אסורה על הנטען ומוציאין אותו ממנו אפי' יש לה בנים מהנטען] בזה"ל הקשו ז"ל פשיטא דאיסורא דאורייתא לא שרינן משום חשש לעז בנים ותירצו דאע"ג דעדים אלו אינם יודעים אם הי' באונס או ברצון אשמעינן דתצא ולא אמרינן אולי אנוסה היתה וספיקא לקולא משום בנים דאוקי איתתא אחזקת כשרות קמ"ל דאדרבא סתם מזנה בחזקת רצון והכי מוכח בהדי' פ"ק דכתובות (דף ט'] גבי הא דאמר ר"א האומר פ"פ כו' משום דפ"פ כעדים דמי וכל היכא דאיכא עידי בעילה קרי להו עידי טומאה משום דהכי הוי דין ביאתו מסתמא כו' עכ"ל אמנם בתוס' בסוגי' דפ"פ מבואר דלכך בס' א' של אונס אין להתיר בחזקת היתר משום דרובא רצון דאונס קלא אית לי' וכתבו עוד שם דלא הוי רובא מדאורייתא רק מדרבנן לפי"ז לשיטת הרמב"ם דבשדה מסתמא מחזיקינן לאונס גם א"א שבא עלי' עדים שנטמאה בשדה מותרת לבעלה ישראל וליכא חשש איסור אפילו מדרבנן ובלא"ה נראה דסברת התוס' דאונס קלא אי"ל לא שייך רק היכא דלא נודע כלל מהזנות עד שנזדקקה לבעלה ומצאה פ"פ אבל באשה שמזנת ואומרת מיד אחר הזנות שנאנסה לזה ליכא שום סברא להכחיש דבריו רק כשמזנת בעיר אינה נאמנת לשיטות הרמב"ם. שהיה באונס דסתם זנות בעיר בחזקה

שהי' ברצון ובר"ן בסוגי' דפ"פ מפורש דבפ"פ באשת ישראל פחותה מבת ג' היכא שהיא מודית שזינתה רק אומרת שהי' באונס מותרת לבעלה וכן דעת רש"י כמבואר באה"ע סי' ס"ח סעיף ז' בהגה"ה וכ' שם הב"ש שכן דעת הרבה מהקדמונים וצ"ע שהב"ש בסי' י"א ס"ק ד' מביא דברי הנ"י הנ"ל. ולא ביאר שהקדמונים חולקים עליו בזה אבל לאחר קנוי וסתירה אסורה לכ"ע אף היכא שיש ספק אונס א"כ לפי הנ"ל י"ל דאשמעינן במתני' דהיכא שבאו עדים שנטמאה אף שאינם יודעים אם הי' ברצון מ"מ אסורה ולא שותת דהקנוי והסתירה מרצונה מורים דהזנות שהי' אח"כ הי' מסתמא ברצון וראי' לזה מדברי המרדכי פ"ב דכתובות הובא באה"ע סי' קע"ח אשה שנתייחדה עם אנשים בדרך ובא ואמרה נתייחדתי ונאנסתי י"א דנאמנת במגו דאמרה לא נבעלתי וי"א דאבדה מגו שלה הואיל ונתייחדה שלא כדין עכ"ל הרי דבזנות אחר היחוד מרצונה לכ"ע אינה נאמנת לומר שהי' הזנות באונס היכא דליכא מגו ואף היכא דאיכא מגו אסורה לדעה השני' הנ"ל לפי"ז כשעדים מעידים שראו שנסתרה מרצונה ונטמאה אף שאינם יודעים שהי' הזנות ברצון אסורה אף היכא דלא הי' קנוי בתחלה וכשהי' קנוי בתחלה ס"ד כיון דיש תקנה בשתי' נימא כיון דעכ"פ אין בירור גמור שהי' ברצון דאולי אף שנתייחדה מרצונה לא נבעלה מרצונה לכך אשמעינן במתני' היכא שבאו לה עדים שנטמאה אף שאינם מעידין על הרצון אינה שותת אבל בפ"ק דף ו' ע"א על המתני' ואלו אסורי' מלאכול בתרומה כו' ושבאו עדים שהיא טמאה כו' מקשה הגמ' שפיר דאתי עדים אימתי אי נימא מקמי דתשתי זונה היא דא"ל כנ"ל דאשמעינן אף שאינם מעידין שהי' ברצון דז"א הא לגבי איסור אכילת תרומה ליכא נ"מ בזה דאף אנוסה נפסלת מלאכול בתרומה אבל לפי"ז קשה מאי מקשה הגמ' אלא לבתר דשתאי אא"ב אין המים בודקין אותה שפיר א"אא מים בודקין אותה תיגלי מלתא למפרע דסהדי שקרא נינהו דילמא מיירי במעידים סתם שראו אותה שזינתה ואינם יודעים אם באונס או ברצון ואף דבסתם זנות שהי' אחר הסתירה אמרינן שהוא ברצון מ"מ כאן כיון דשתתה המים ולא בדקו המים ועדים מעידים על הזנות אמרינן שהי' בודאי באונס והוי כמו עדים שמעידין בפירוש שראו שזינתה באונס בעת שנסתרה מרצונה שבודאי נאמנים:

גם יש עיון אף שמעידין בפירוש שהי' ברצון כיון דעדות רצון שקר מוחלט ואין בזה התחלות עדות כיון שכבר נתברר ע"י השתי' שלא זינתה ברצון אין זה בגדר עדות כלל וגרע מאומר פלוני רבעני דאמרינן פלגינן דבורא דמה שאומר על עצמו אינו בגדר עדות ולא שייך בזה עדות שבטלה מקצתה כמבואר באריכות בדברי הרא"ש בפ"ק דמכות אף דהתם יכול להיות הוא שהוא נרבע מ"מ כיון דאין לו נאמנות ע"ז מטעם היותו קרוב

לעצמו הוי כאלו לא העיד ע"ז לכך אמרינן פלגינן דבורא מכ"ש הכא דמיד אחר השתי' נתברר שלא זינתה ברצון ואין התחלות עדות במה שאומרים שהי' ברצון ומהראוי לומר פלגינן דבורא להאמינם שזינתה אבל לא מה שאומרים שהי' ברצון דלא שייך בכה"ג עדות שבטלה מקצתה כיון שאינו כלל בגדר עדות. אבל זה יש לדחות די"ל היכא שמעידים מיד אחר השתי' אין השקר מתברר תיכף דאולי זכות תולה לה ואף דרב ששת סובר דמתנוונה. לפי' רש"י הכוונה מכחשת והולכת ואפשר אין יכולין להכיר הדבר מיד לכך מדייק רב ששת תיגלי מלתא למפרע. ר"ל אחרי שיעבור משך זמן ותהי' בריא אולם אז יתגלה למפרע שהעידו בשקר א"כ כיון שיש מקום לעדות על הזנות ברצון כ"ז שלא נתברר שאינה מתנוונת הוי בגדר עדות וכשנתברר שקרם אמרינן עדות שבטלה מקצתה או דהוי כהוכחשו למקצת עדותן ומלבד זה יש לומר דלא אמרי' בכה"ג פלגינן דבורא למ"ד דבחד גופא לא אמרינן פ"ד [יעוין בתוס' בסוגי' דהעדי' שאמרו כ"י] ועכ"פ קשה כנ"ל דילמא מיירי שמעידין על הזנות בסתם ואינם אומרים שיודעים שהי' ברצון וכמו שמפרש הנ"י בברייתא דנטען. אם יש עדים כנ"ל:

גם ק"ל לשטות הראב"ד דבכל זנות בסתם יש ס' אונס מהא דאיתא בסנהדרין דף מ"א אלא באשה חבירה דקי"ל דמיקטלא אליבא דריב"י היכא משכחת לה כשזינתה וחזרה וזינתה והא יכולין לומר לאוסרה על בועלה שני באנו. דהא לדעת הראב"ד אף באשה חבירה אין יכולין לדונה במיתה רק כשהעדים מעידין בפירוש שיודעים שהי' הזנות ברצונה דאל"כ אף דבכל זנות סתם אם אינה טוענת בעצמה שהי' באונס או במכחשת הזנות אסרינן אותה לבעלה וכמפורש בפוסקים הנ"ל ובחידושי ריטב"א והרא"ה בסוגי' דפ"פ ומובא דבריה' באריכות בספר אס"ז. מ"מ לענין חיוב מיתה כיון דאין מועיל לזה הודאת בע"ד לא דיינינן אותה לזונה ברצון מחמת שתיקתה רק העדים צריכין להעיד כן בפירוש. א"כ לשטות הטור מובא בב"ש סי' י"א דאף בזנות באונס נאסרה לבועל כיון דהוא טמאה ברצונו א"כ באשה חבירה כשהעדים מעידי' עלי' שזינתה ושהי' מרצונה אין להם אמתלא שלאוסרה על הבועל באו דא"כ למה העידו שהי' הזנות ברצונה ולדעת הרמב"ם דבכל זנות בעיר מחזיקינן לרצון אפשר גם לענין חיוב מיתה מחזיקינן כן וממיתין על חזקה זו א"כ כשהעדים מעידין באיזה עקום שהי' הזנות ואותו מקום הי' בעיר לה משפט מות. והמה יכולין לומר שלאוסרה לבועל באו ומה שאמרו באיזה מקום הי' הזנות לא הי' לכוונת חיוב מיתה [יעוין באה"ע סי' י"א סעיף ד'] כי גם לאסור אשה לבועל אפשר צריכין חקירות ובדיקות וא' מהם באיזה מקום. ואף דעכ"פ משכחת כשאמרו בפירוש שיודעים שזינתה ברצון. ל"ק על הגמ' הנ"ל דאמאי לא מוקי

בכה"ג דבלא"ה מדחי הגמ' שפיר. ומלבד זה הי' הגמ' יכול להמציא כמה גווני שלא שייך לומר לאוסרה לבועל באנו כמפורש שם בתוס' ובדף ט' ע"ב ד"ה עידי האב אבל לשיטת הראב"ד הנ"ל בכל עדים על אשה חבירה אין מקום לומר לאוסרה על בועלה באנו אחרי שע"כ צריכין לבאר בעדותם שזינתה ברצון ולאסור לבועל אין נ"מ בין אונס לרצון לשיטת הטור

וא"ל לפי המבואר בב"ש סי' הנ"ל דין זה אם באונס אסורה לבועל תלוי בשני התרוצים שמתרץ בסוגי' דפ"פ מעשה שהיו מ"ט לא אסרוה התם אונס הוי ואבע"א כו' גט כריתות כו' דל ראשון בזנות באונס מותרת לבועל ולא בע"א אף בזנות באונס אסורה לבועל ופוסק הטור כאבע"א ועתה י"ל דהגמ' בסנהדרין מהדר למצוא גווני אף ללישנא קמא דבזנות באונס מותרת לבועל והרווחנו בזה לחזק מה שמקשים בשו"ת שבות יעקב ובק"א לשו"ת שער אפרים ובהגהות מיימוני הלכות סוטה על מהר"א ששון סי' קצ"ו שמביא שנפל ספק בין החכמים באשה שזינתה וחזרה וזינתה אם נאסרת לבועל השני כיון שכבר נאסרה לבעלה מחמת זנות הראשון א"כ לא גרמה בועל השני לאוסרה לבעל ובכה"ג לא שייך כשם שאסורה לבעל ותמהו הגאונים הנ"ל דהא גמ' ערוכה הוא דבכה"ג אסורה לבועל שני דקאמר בגמ' ה"ל כשזינתה וחזרה וזינתה והא יכולין לומר לאוסרה לבועל שני באנו ועלה בדעתי לומר דבודאי לשטות הטור דפסק כאבע"א הנ"ל דאסורה לבועל אף שבא עלי' באונס והיא אשת ישראל ע"כ אין איסור של הבועל תלוי כלל באיסור שעל הבעל דאף במקום שמותרת לבעל אסורה לבועל ולא הי' מקום לספיקות החכמים הנ"ל רק לשיטת הפוסקים כלישנא קמא דבאונס מותרת לבועל כיון דלא נאסרה עי"ז להבעל. א"כ גם בזינתה וחזרה וזינתה שייך סברא זו שלא לאוסרה לבועל שני ואין ראי' מסוגי' דסנהדרין די"ל דמהדר הגמ' שם לתרץ אף להאבע"א דבזנות באונס ג"כ אסורה לבועל דלשיטם זו מכ"ש דאסורה לבועל שני אבל לפ"ד הנ"ל קשה ממ"נ דאי אזלי הסוגי' לשטה זו דאף באונס אסורה לבועל בלא"ה לא מקשה הגמ' והא יכולין לומר לאוסרה לבועל שני דא"כ למה אמרו בעדותם שזינתה ברצון:

חדושי מסכת בבא קמא

בסוגיא דכופרא כפרה [דף מ"א ע"ב]

בתוס' ד"ה עפ"י ע"א כ' ותימא לר"י וכו' ובפ"ק דסנהדרין כו'. לכאורה י"ל דחיוב מיתת השור יכולה שתהי' מב' פנים. אחד מצד עונש השור עצמו כיון שהרג את האדם ציותה התורה לעונש בסקילה והוא בכלל ובערת הרע וגו' דגם הריגת שור הוא מכלל

זה כדאיתא סוף חולין [ודלא כדברי הכ"מ בפ"י מהלכות נזקי ממון דין ז'] לפסק הלכה כת"ק דר' יהודה לקמן דף מ"ד ע"ב במשנה דגם שור המדבר והפקר שהרג אדם חייב מיתה. והרי בזה אין העונש כ"א על השור דהא אין לו בעלים גם מקום יש לחייב השור בסקילה שיהי' לעונש קנס על בעליו שלא שמרוהו מזה והנה אם דנין על חיוב השור מצד עצמו ולא מחמת קנס לבעליו אין לחייבו מחמת עדות בעליו ואף שהי' לו ב' בעלים או בעליו וע"א דהא אדם קרוב אצל ממונו ואין קרוב עד אמנם אי מודה בקנס הי' חייב הי' אפשר לחייב השור מיתה מחמת הודאות בעליו ולא מדין עדות רק מחמת הודאת בע"ד שמועיל בממון ולזה אמר רש"י שאף משום זה א"א לחייב השור במיתה דהא באמת מודה בקנס פטור וכיון שכן א"א לדון על החיוב כ"א מדין עדות כמו עדות על שור ההפקר ונגד זה ישנו הטעם שבגמ' סנהדרין דף יו"ד דאדם קרוב אצל ממונו ואין עליו שם עד הרי צריכין לטעמו של רש"י ולדברי הגמ' שם בסנהדרין והיכא שהבעל אומר פלוני רבע שורי דלא אמרי' פלגינן דבורא ויש גם על הבעל שם עד אי אפשר לפטור השור מסקילה מצד מודה בקנס דאמרינן דל חיוב קנס מהכא אכתי חייב השור בסקילה מצד עצמותו דהא יש עליו עדים ואדם קרוב אצל ממונו לא שייך בכה"ג כיון שהבעל מעיד גם על האדם הרובע ובכה"ג לא אמרי' אדם קרוב אצל ממונו דלא פלגינן דבורא וחשוב גם הוא עד ומצטרף עם העד השני והרי שני עדים לחייב השור בסקילה:

שוב מצאתי בתומים סי' ל"ז ס"ק כ"א שנחית קצת לדברי הנ"ל. אבל לא ביאר כל הצורך ולא העיר במ"ש מדין שור הפקר. ונראה שלא נתכוון לכל מה שכתבתי.

ודע דבתוס' זבחים דף ע"א ע"א ד"ה עפ"י ע"א דחו טעמו של רש"י ולא כתבו כמ"ש כאן שהטעם משום דאדם קרוב אצל ממונו רק הא דאינו נהרג עפ"י בעלים מוכח מדאיצטרך בפ' כל האיסורין דף כ"ח מן הבהמה להוציא רובע ונרבע ואי הי' אסור גם להדיוט ל"ל למעטינהו לגבוה כוונתם דהיכא שדינו למיתה אסור להדיוט יעו"ש וצ"ע למה לא כתבו הטעם כמ"ש כאן דאדם קרוב אצל ממונו: עוד קשה דהא לפי דאסקו שם בפ' כל האסורין א"א למילף רובע בק"ו מבעל מום דמה לבע"מ שמומו ניכר וכיון שכן אף בנרבע לפני עדים ושחטו קודם שנגמר דינו דאז עדיין לא נאסר להדיוט לא הוי ידעינן שנפסל אם הקריבו כן לגבוה ולכך איצטרך מן הבהמה וכן מבואר שם מדברי התוס' ד"ה טול אתה כו' יעו"ש ואכתי קשה מנ"ל שאינו נהרג עפ"י בעלים דלעולם אימא לך שנהרג ומן הבהמה איצטרך למעוטי דקודם שנגמר דינו אסור לגבוה:

וליישב קושי' הראשונה צ"ל דבעל התוס' שם שהוא רבינו ברוך סובר מאי דאסיק הגמ' בסנהדרין דף יו"ד ע"ב ואין אדם קרוב אצל ממונו אין הפי' כדברי רש"י שם והר"י בתוס'

כאן שהכוונה משום דלא פלגינן דבורא רק שגבי ממונו מחשיב עד אף בעל הממון ובאמת מצטרף עם ע"א להרוג השור ורק עפ"י בעלים לבד אין השור נהרג וכן מדויק מלשון התוס' שם בזבחים שכתבו ונ"ל טעמו דאינו נהרג עפ"י בעלים אם אין ע"א עמו כו' הרי שסברתם שם שהשור נהרג עפ"י בעלים וע"א ולא הזכירו כלל שמיירי היכא שהעידו לחייבו גם האדם הרובעו ומחייבין השור מיתה משום דנאמן על האדם ולא פלגינן כו' רק כיון שאין אדם קרוב אצל ממונו מחשיב בעל השור לעד גמור על השור לחייבו מיתה עם עוד ע"א אבל עפ"י בעלים לבדו לא כהוכחת התוס' מדאיצטרך מן הבהמה והאיבעי' של רבא פלוני רבע שורי קאי לענין הריגת השור ואפשטי' דאדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן ומועיל עדותו על השור.

שוב התבוננתי בלשון רש"י בזבחים דף ע"א ע"א שכ' בזה"ל שהמית את האדם עפ"י ע"א או עפ"י הבעלים דשור שהמית עפ"י בעלים איפטר לי' מסקילה דמודה בקנס פטור וכן רובע ונרבע עפ"י ע"א או עפ"י הבעלים כו' ע"כ לשון זה מורה דהטעם דמודה בקנס קאי רק על שור הנסקל וי"ל שדוקא בשה"נ דחיובא דבעלים הוא מפני שלא שמרו אבל במיתות שור הרובע או הנרבע שהוא משום תקלה וקלון כדאי' בסנהדרין דף נ"ד ליכא טעם דמודה בקנס וי"ל עוד הא דבאמת אין הרובע והנרבע נסקל עפ"י בעלים הטעם כדאי' בסנהדרין דף יו"ד דאדם קרוב אצל ממונו והוי כמעיד על קרובו וטעם זה א"א לומר גבי שה"נ דבישו"ש ב"ק פ"ד סי' כ"א מקשה אדברי הגמ' הנ"ל דאדם קרוב אצל ממונו הא בממון הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכמו שמשלם נזקין וכופר עפ"י עצמו ולדעתי נראה פשוט דכאן שבאים הבעלים לחייב השור בסקילה וחיוב זה אינו מחמתם של הבעלים לא שייך הודאת בע"ד כי לא מצינו הודאת בע"ד כ"א לענין חיוב שמחייב האדם את עצמו כי נלמד מכי הוא זה כדאי' ברש"י קידושין ושם מיירי שמחייב א"ע ולכך מועיל הודאת בעלים לענין חיוב נזקין וכופר דחיובי דבעלים הוא משא"כ במיתות השור מצד הרביעה שאין משם חיוב על הבעלים כי אין מיתות השור רק מצד עצם השור והבעלים לא פעלו און ומינה דבשה"נ דחיובא דשור מצד הבעלים שפשעו בשמירתו שייך שפיר הודאת בע"ד וא"א לבטל הודאת הבעלים מטעם דאדם קרוב אצל ממונו ולזה הוצרך רש"י לומר בשה"נ טעם אחר דלכך לא שייך הודאת בע"ד דמודה בקנס פטור הרי דלענין עונש קנס לא אמרי' הודאת בע"ד כמאה עדים וא"ש דברי רש"י ומיושב קושי' התוס' הנ"ל בד"ה עפ"י ע"א שמקשים על רש"י מסנהדרין הנ"ל דלפ"ד אמאי בפלוני רבע שורי הוא ואחר מצטרפין להורגו משום דאין אדם קרוב אצל ממונו מה בכך מ"מ ליפטור מטעם מודה בקנס כו' יעו"ש. ולפמ"ש גבי רביעת שור לא שייך כלל מודה בקנס

[ויעוין בחי' הר"ן לסנהדרין דף יו"ד בד"ה מ"ד וכו ופשיט שיש ליישב גם קושי' הישׁ"ש הנ"ל במ"ש הר"ן שם דלעשות דין בממונו שהוא ענין חשוב לעצמו יותר מהפסד כו' יעו"ש] משא"כ בשה"נ דאף שמטעם אדם קרוב אצל ממונו היינו יכולין לבטל חיובא דשור מצד עצמו אכתי הי' להיות נסקל משום חיובא דבעליו דלגבי זה שייך הודאת בע"ד ולזה הוצרך רש"י לסברתו דמודה בקנס פטור:

ודע שבתוס' בזבחים דף ע' ע"א ד"ה ברובע ונרבע כו' מסיימו וא"ת ומנ"ל הא כי כתיב קרא בנוגח כתיב ולא ילפי מהדדי כדאמרינן בפ' שור שנגח דו"ה שיש בנוגח שאין ברובע ויש ברובע שאין בנוגח ושמא איכא שום דרש ע"כ. ובאמת בתוס' כריתות דף כ"ד ע"א מביאים בשם רבינו אפרים שסובר דרובע ונרבע אינם אסורים בהנאה דאה"נ ליתא רק בשה"נ ויעו"ש שמקשי' על רבינו אפרים מתוספתא מפורשת ומדברי הגמ' בקידושין דף נ"ז התוספתא הוא בתוס' ב"ק פ"ד] והנה לכאורה י"ל שדבר זה תלוי בפלוגתא דתנאי דהא דלא ילפינן רובע מנוגח משום דנוגח חייב בכופר משא"כ ברובע הוא דברי ר' שמעון בתמורה דף כ"ח ע"ב יעו"ש ופירכא זו מה לנוגח שכן חייב בכופר משא"כ ברובע שאינו חייב בכופר לכאורה אינו מובן דמה שייכות כופר יש ברובע ומה מקום יש לחייב בעל השור על כופר נפש הרובע שבשאט נפשו עשה הזימה והביא א"ע לחיוב מיתה אמנם למ"ד דנין אפשר משאי אפשר גם בכה"ג פרכינן אף דא"א להיות בלמד ודבר זה אי דנין אפשר משאי אפשר הוא פלוגתא דתנאי ביבמות דף מ"ו ע"ב ובמס' מנחות דף פ"ב ור"ע סובר אין דנין אפשר משאי אפשר. ור' אלעזר סובר דנין לפי"ז י"ל דלר"ע אין דנין א"א לעשות פירכא משאי אפשר ושפיר יש למילף איסור הנאה ברובע ונרבע משה"נ. דא"ל מה לשה"נ שכן חייב בכופר משא"כ ברובע הא א"א להיות כופר ברובע ונרבע אבל למ"ד דנין ועושין גם פירכא מדבר שאי אפשר א"א למילף רובע ונרבע משה"נ דיש למיפרך כנ"ל. ויעויין בריטב"א למכות דף ה' ע"א שמפלפל שם בדברי אביי ורבא אי ס"ל אין דנין אפשר משאי אפשר ולחד שיטה מוכח שם מדברי אביי שסובר דנין וכ"נ מדברי תוס' יבמות דף הנ"ל ד"ה א"ל ובמנחות ד"ה והשתא מעתה יכולין לומר שרבינו אפרים תופס כן להלכה דדנין אפשר משא"א ויכולין לעשות גם פירכא משאי אפשר וא"א למילף רובע מנוגח וכן סובר רבינו אפרים דרובע מותר בהנאה ול"ק עליו מהתוספתא מפורשת די"ל שהתוספתא הוא אליבי' דר"ע שסובר אין דנין וליכא פירכא מדבר שא"א ויכולין ליליף איסור הנאה ברובע ונרבע משור הנסקל

אמנם אכתי נראה קושי' על רבינו אפרים מסוגי' דקידושין דף נ"ז ע"ב דקושי' ר' ירמי' שם הרי רובע ונרבע בעדים דבע"ח נינהו ואיסורי קאי אליבי' דר' שמעון שם והרי ר"ש

בעצמו סובר בתמורה כנ"ל דא"א למילף רובע מנוגח. אבל לפמ"ש התוס' שם בקידושין בד"ה הרי רובע ליישב שיטות הר"ת שסובר ששה"נ ורובע אינם אסורים מחיים גם לשיטת רבינו אפרים לא קשה ולא הי' עומד לנגדו רק מדברי התוספתא מפורשת ולפי דברי הנ"ל אתי שפיר:

אבל לכאורה כל דברי הנ"ל הראשונים המה נגד גמ' מפורשת בב"ר דף מ"ם ע"ב ה"ד אי לימא דרבעה וקטלה כו' אלא ברבעה ולא קטלה האי דלא משלם כופר משום דלא קטלה היא אמר אביי כו' מ"ד כמאן דקטלה דמי קמ"ל רבא אמר כו' יעו"ש אמנם המדקדק היטב בדברי הגמ' במה שאמר אביי מ"ד כו' קמ"ל דלכאורה אינו מובן דלמה אמר מ"ד קמ"ל הי"ל לומר בפשיטות דמשכחת קטלה ברביעה ואעפי"כ לא יש חיוב כופר ע"כ נ"ל דעל הפירכא שאמר ר"ש דרובע לא ילפינן מנוגח דמה לנוגח שכן חייב כופר ל"ק קושי' הגמ' היכי דמי דאף דלא משכחת כלל אמרינן פירכא אף מדבר דלא אפשר ועיקר קושי' הגמ' ה"ד אינו רק על התחלות דברי ר"ש שהקדים לומר יש בנוגח מה שאינו ברובע רובע אינו משלם את הכופר דמשמעותו שיש שייכות כופר רק שהתורה לא חייבה לשלם וע"ז מקשה הגמ' ה"ד דהא ליכא שייכות כופר ולא יתכנו דבריו שאמר אינו משלם את הכופר ולזה מתרץ אביי דהוצרך ר"ש לאשמעינן דלא נטעה לומר דיש לחייב כופר ברובע היכא דאתי' לבי דינא וכו' מ"ד כו' קמ"ל ועל כוונה זה הוא גם תרוצו של רבא דהשמיענו ר"ש דליכא חיוב כופר היכא דרבעה וקטלה כיון דלהנאת עצמו הי':

היוצא מזה דתרוצם אינם רק ליישב לשון ריש שאמר רובע אינו משלם את הכופר ועדיין אינו מתורץ דלפי האמת שאין לחייב כופר ברובע מטעם של אביי בגוונא דידי' ומטעם של רבא בגוונא דידי' א"כ ממילא הוי כלא אפשר מציאות חיוב כופר ברביעה ואיך עשה ר"ש מזה פירכא וצ"ל כמו שכתבתי שר"ש סובר דנין אפשר משא"א וגם פירכא עושין משא"א. וסברא הנ"ל שכתבתי שאין לעשות פירכא מדבר שא"א מחולקים הקדמונים וקצת מזה הוא נשמע מדי הפוס' בב"ק דף פ"ח ע"א מה לאשה שכן אינה ראוי למילה וכתבו שם בתוס' אע"ג דלא שייכא במילה פירכא הוא וי"מ דאין מצוה למול את בנה וליתא דא"כ אמאי קאמר קטן יוכיח עכ"ל אמנם באס"ז שם מחזק דברי הי"מ וכתב בשם רבינו ישעי' ז"ל בזה"ל אע"ג דלא אפשר הוא י"ל שלא ציוה הכתוב להטיף ממנה דם ברית עכ"ל הרי שסובר רבינו ישעי' שאין לעשות פירכא משאי אפשר וי"ל שגם רבינו אפרים סובר כן וכמו שכתבתי ודוק:

ודע שיש צ"ע בדברי הרמב"ם בפ' י"ב מהלכות עדות שבדין ב' הביא תחלה הדינים דפלגינן דבורא ומסיים וכן כל כיוצא בזה. ואח"ז כ' בזה"ל פלוני רבע את שורי הוא ואחר

מצטרפין להורגו שאין אדם קרוב אצל ממונו עכ"ל וכתב הכ"מ שהרמב"ם מפרש כפי' רש"י בסנהדרין דף יו"ד ע"א כיון דאין אדם קרוב אצל ממונו לא פלגינן דבורא והשור יסקל ע"כ אמנם לע"ד נראה שמ"ש הרמב"ם מצטרפין להורגו קאי על הריגת אדם הרובע ולא על השור דאי הי' כוונתו גם על השור הי' לו לבאר שמצטרף להרוג את הרובע ואת השור ולהבין כוונת הרמב"ם אקדים מ"ש שם בסנהדרין דף ט' ע"ב בתוס' ד"ה דאין. פלגינן דבורא גבי פלוני רבעני אין הכוונה דאמרינן שלא הי' לרצונו כ"א לאונסו דבכה"ג לא פלגינן דבורא דהוי בחד גופא רק דפלגינן דבורא ואמרי' דלא הי' רבע אותו כלל כ"א אחר ומסיימו שם בתוס' בזה"ל וכן מוכח מפ' רבע שורי דאי הוי אמרי' אדם קרוב אצל ממונו ה"א כו' בין אונס לרצון עכ"ל ולכאורה אינו מובן דמנ"ל להתוס' דלפי הה"א דאדם קרוב אצל ממונו הי' נאמן הרובע דהא אפשר לומר דמאי דמבעי' לקמן אי אין אדם קרוב אצל ממונו לא קאי לענין מיתות השור לחודא כפי' רש"י לקמן אלא גם לענין הרובע. והכי מבעי' לי' מי אמרי' אדם קרוב אצל ממונו ולא מהימנין לי' להרוג את השור וכיון דלא מהימנינן לזה לא מהימן גם להרוג את הרובע דאי אפשר להאמין דיבור לחציו ופלגינן דבורא א"א לומר כאן דבשור אין חלוק בין נרבע באונס או ברצון וליפלוג דבריו ולומר שרבע שור אחר א"א לומר כלל דאין אומרים פלגינן כי האי לחדש דבר ודלא כדברי התוס' דשפיר הוכיח התוס' דאמרי' פלגינן כי האי שהתוס' ס"ל כמ"ש רש"י לקמן בד"ה הדר פשטה. דאף לפי האמת אמרינן דאדם קרוב אצל ממונו ולכך אין השור נהרג עפ"י בעלים ורק בכה"ג שמעיד בעל השור גם על הרובע הוא דאמרינן אין אדם קרוב אצל ממונו כלומר לענין פלגינן דבורא דכיון שעכ"פ נהרג הרובע עפ"י עדות של בעל השור הורגין גם השור וא"כ לפי"ז מוכח דהאיבעי' לא הי' רק לענין הריגת השור דא"ל כמ"ש לעיל שלה"א דאדם קרוב אצל ממונו הי' גם הרובע פטור א"כ אמאי הדר ופשטה אין אדם קרוב אצל ממונו כו' והורגים הרובע והשור. הא נהפוך הוא כיון דלא היה אפשר למקטלי' השור עפ"י עדות בעליו דהא קרוב הוא אצל ממונו וממילא גם הרובע פטור ואיך אפשר להפוך הדין ולומר שהרובע נהרג ומחמת שהוא נהרג גם השור נהרג הא ע"ז אנו דנין בתחלה שלא יהרג הרובע כלל דלא אמרי' פלגינן דבורא ולהמציא שרבע שור אחר. וא"כ שפיר הוכיחו התוס' דאמרינן פלגינן כי האי וא"כ אף אי לא הי' דנין השור להריגה על עדות בעליו מ"מ הי' הרובע נהרג ואין דינינו כ"א אם להרוג את השור או לאו וע"ז שפיר פשטה דכיון שעכ"פ הורגין בעדות זו את הרובע דנין גם את השור להריגה דאף דאדם רוב אצל ממונו בכה"ג שיהי' מהצורך למיפלג דבורא לא אמרינן ודם קרוב אצל ממונו וא"ש הוכחת התוס' הנ"ל אמנם לפי שיטת התוס' בזבחים דף ע"א בתוס'

ד"ה עפ"י ע"א דלפי האמת לא אמרינן כלל בשום מקום אדם קרוב אצל ממונו ואף היכא דליכא עדים על הרובע נהרג השור עפ"י בעליו בצירוף ע"א נוכל לסתור הוכחת התוס' הנ"ל ואציע מקודם מ"ש שם ברש"י דלכך אין השור נסקל עפ"י בעליו משום דמודה בקנס פטור ומקשי' התוס' בזה"ל וגבי פ' רבע שורי בפ"ק דסנהדרין מפרש משום דאדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן ונהרג שורו ולא פלגינן דבורא אלא הרובע והשור נהרגין ואי קנס מיקרי כי נמי אמת הוא שרבע שורו אמאי נהרג שור על פיו והא מודה בקנס פטור עכ"ל אבל לפי דברי הראשונים י"ל שבאמת אין השור נהרג כלל משום דמודה בקנס פטור והאיבעי' דגמ' לא הי' רק לענין דין הרובע. והכי קא מבעי' מי אמרינן אדם קרוב אצל ממונו ולא מהימנינן כלל לענין השור כמו כן א"א להאמין על הרובע דלא פלגינן דבורא ולמיפלג ולומר שרבע שור אחר בלא"ה לא אמרינן דלא אמרינן פלגינן רק למיפלג מהדברים שאומר העד אבל לא להוסיף דבר חדש או דילמא אדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן ומהימן בעל השור גם על שורו והא דאין נהרג השור עפ"י בעליו אינו משום דלא מהימן רק משום מודה בקנס וכיון דלא נתבטל נאמנותו בדבריו על השור א"א נתבטל עדותו שמעיד על הרובע דהא פטור השור אינו רק מטעם מודה בקנס ולא מצד חסרון הנאמנות וע"ז הדר פשטה דאין אדם קרוב אצל ממונו והי' להאמין בעל השור בעדותו על שורו אף כשלא הי' מעיד על הרובע ומה שאין השור נידון על פיו אינו רק משום דפוטרו בהודאתו כדין מודה בקנס וממילא קם עדותו בצירוף אחר על הרובע ודנין אותו על פיהם והשור אינו בסקילה מחמת שבעל השור פטרו בהודאתו כדין מודה בקנס ומסולק קושי' התוס' בזבחים מעל פרש"י שם. דלשיטת רש"י שם דעל פי בעלים הפטור משום מודה בקנס יש לפרש הסוגי' דכאן בסנהדרין דהאיבעי' אי אדם קרוב אצל ממונו או לא לא הי' רק אי יהי' דין הרובע להריגה עפ"י עדות בעל השור ולא מבטלינן לעדותו מצד שאין השור נהרג דאי אדם קרוב לממונו מבטלינן העדות נגד הרובע ואי אין אדם קרוב אצל ממונו קם העדות על הרובע והשור יפטר משום מודה בקנס מעתה י"ל שכן הי' הרמב"ם מפרש הסוגי' וסובר דלפי האמת ג"כ אין השור בסקילה ורק הרובע נהרג ואף דלא שייך כאן פלגינן דבורא דהא על שור אחר לא אמרינן ובאותו שור ליכא למפלג דהא לגבי השור ליכא חילוק בין אונס לרצון מ"מ אין לבטל עדותו של בעל השור נגד הרובע דהא באמת מהימנינן לדבריו גם על שורו ולא מפטר רק משום מודה בקנס דאין אדם קרוב אצל ממונו וא"ש דברי הרמב"ם שמ"ש הוא ואחר מצטרפין להורגו קאי על הריגת הרובע וכדי שלא יוקשה דאמאי הורגין הרובע נימא דכשם שאינו נאמן לגבי

השור כך מבוטלים דבריו נגד הרובע ע"ז מסיים לפי שאין אדם קרוב אצל ממונו והוא באמת נאמן גם על שורו רק דמיפטר השור משום הודאת בעליו שנקרא מודה בקנס: עוד בסוניא הנ"ל

רש"י ד"ה מודה בקנס כו' וה"ה דהוי מצי למיפרך אעד. אחד פשיטא ע"כ. ובד"ה כופרא כפרה כ' רש"י לפיכך אי לא מעטי' ה"א לחייב בין בע"א בין עפ"י עצמו כי היכא שתהוי לי' כפרה ע"כ משמע בזה דגבי מועד שיש חיוב כופר הוי כע"א מעיד שפלוני חייב קרבן וכן ביאר להדיא באס"ז בשם הראב"ד גם בשם הרא"ש ובשם המאירי הביא ג"כ כן בדף מ"ם. ויעוין תוס' ב"ק דף ט"ו. ועפי"ז יש לכאורה להבין דברי הריטב"א בחידושיו למכות דף ב' פ"ב דאיתא שם ארבעה דברים נאמרו בעדים זוממין כו' ואין משלמין את הכופר כו' קסברו כופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו ומקשה הריטב"א דאכתי למה יהי' פטורין מלשלם הכופר שהיו מחייבין אותו לקיים בהם כאשר זמם כו' ומתרץ כיון דכופרא כפרה אלו לא רצה לתת כופר לא היו כופין אותו ואם הי' יודע בעצמו שלא הי' כמו שהעידו לא הי' נותן וכיון שכן אין כאן דין הזמה כו' נ"ל עכ"ל:

ולכאורה אינו מובן דאכתי לתחייבו מדין הזמה היכא שבעל השור לא ידע אם משקרים בעדותן אבל לפי הנ"ל ניחא דבכה"ג שאין בעל השור יודע מתחייב בכופר אפי' רק ע"פ ע"א והיכא שהחיוב יש גם בע"א אף אם העידו שנים אינם בדין הזמה דדין הזמה לא נאמר רק היכא שנאמנות העדים היו מצד שני עדים

אמנם ז"א לפ"ד הריטב"א שכ' שם במכות דגם ר"ע סובר כופרא כפרה כדמוכח שם במכות והא דאמר ר"ע לר"א והלא הוא עצמו אין משתלם מגופו כו' ולא נחית ל דר"א שדינו בהמית ע"פ ע"א או ע"פ בעלים משום שסובר ר"ע כרבה שאמר דאם אין השור בסקילה אין חיוב כופר א"כ לא משכחת כלל לר"ע מציאות חיוב כופר ע"פ ע"א כשאין הבעלים מכחישי' דהא אינו בסקילה אמנם באס"ז לב"ק ד"ה אין דינו כתב בשם רבינו ישעיה דאפשר לומר שסובר ר"ע דאף כשאין השור בסקילה חייב כופר גבי מועד דהתורה רבתה מאם כופר לרבות שלא בכוונה כמו בכוונה אבל בתם דלא משכחת חיובא היכא שחייב סקילה משום דאומר הביאו לב"ד כו' ליכא עוד לחייבו היכא שאינו בסקילה ולכך, חולק ר"ע על ר"א יעו"ש וא"כ א"ש דברי הראשונים:

וע"פ הנ"ל יש ליישב הרמב"ם שפוסק פ"י מהלכות נ"מ דעל כופר ממשכנין בעל כרחו ובב"ק דף מ"ם היא בעי' דלא איפשטא דהרמב"ם לשיטתי' שכ' בפ"כ מהלכות עדות דין ח' שכ' מאי שאין העדים משלמין כופר היא מפי קבלה יעו"ש וק"ל להרמב"ם למה הי' צורך להקבלה בזה ת"ל דהעדים יכולים לומר אם ידעת ששקר העדנו לך הי' בידך שלא

ליתן הכופר דאין ממשכנין וא"ל דהקבלה נאמרה היכא שלא ידע דהא ביארתי דבדלא ידע גם ע"א נאמן ולא שייך כלל דין הזמה א"ו צ"ל דחייבי כופר ממשכנין אמנם זה דוקא לדידן לפי פסק הרמב"ם (דלא כרבה) שסובר בדף מ"ג דאם אין השור בסקילה אין הבעלים חייבין כופר דאף אם אין השור בסקילה בעלים חייבין כופר אבל למ"ד שסובר כרבה א"א לחייב כופר ע"פ ע"א דהא אין השור בסקילה ושפיר יכולין לומר דלעולם חייבי כופר אין ממשכנין ועכ"ז צריכין להקבלה דאין עדים זוממין משלמין כופר דס"ד לחייבם כופר היכא שבעל השור לא ידע ששקר העידו והי' הוא נותן הכופר מצד עדותן דהא דאין ממשכנין בכופר הוא מטעם זה כיון דכפרה היא כחטאת ואשם דמי חמיר עילוי' ודחיית הנ"ל דהיכא דלא ידע גם ע"א נאמן ליתא לשיטת רבה דסובר דבע"א ליכא כופר כיון שאין השור בסקילה לפי"ז י"ל דר"נ ששאל איבעי' זו אי ממשכנין אי לא אזיל בשיטת רבה דכשאין השור בסקילה אין הבעלים משלמין כופר:

ויעוין בתוס' שם בב"ק דף מ' ד"ה שור של שני שותפין שכ' בשני שוורים של שנים לא מצי למבעי כו' ואי בבת אחת כולן פטורין ממיתה וכיון דפטורין ממיתה פטורין מכופר למ"ד לקמן אין השור בסקילה אין הבעלים משלמין כופר עכ"ל מזה סמך קצת לדברי הנ"ל דר' נחמן בעל אותו האיבעי' הלך בשטה זו:

וע"ד יש לפרש בדרך צחות דברי ר' אחא בר יעקב במה שאמר אסתגר בקמייתא כלומר שהי' ביד ר' אחא למפשיט בעי' שני' אי ממשכנין מדהוצרך לקבלה לפטור עדים זוממין מכופר אבל מתוך איבעי' ראשונה של ר"נ שתפס האבעי' שלו בשור של שני שותפין ולא שאל בשני שוורים של שנים נודע לו שסבר כרבה דאם אין השור בסקילה אין הבעלים משלמין כופר וכיון שכן לא הי' לו עוד מקום לפשוט האיבעי' שני' אי ממשכנין ודוק:

בסוגיא דיאוש [דף ס"ו]

מוצא אבידה לאו כיון דמייאש מרה מינה מקמי דתיתי' לידו קני לה האי נמי כיון דמייאש מרה קני לה כו' יעוין בתוס' ד"ה ה"נ שכתבו אע"פ שאין יאוש מועיל באבידה בתר דאתי לידי כדקאמר כו' מ"מ בעי למיליף שפיר דיאוש קני בגזל בתר דאתי לידי' דבמציאה נמי נהי שלא הי' קונה לענין זה שלא יצטרך להשיב ולהפטר לגמרי. הואיל וכבר נתחייב בהשבה מ"מ הי' קונה לענין זה שלא יצטרך לשלם כ"א דמים כמו לגבי גזל עכ"ל:

לכאורה תמוה מאד למה מדייק הגמ' ואמר לאו כו' מקמי דתיתי' לידי' כו' דהא לפי' התוס' אין ללמוד מזה לענין גזילה דהיאוש הוא לאחר דאתי לידי והכי הול"ל אבידה לאו כיון דמייאש קני כו' והי' נכלל במה דגם אי לאו מתייאש אלא אחר שמצאו יש קני'

להמוצא וא"צ אלא לשלם דמים להבעל אבידה. וה"ה לענין גזל שיהי' קני' לגזלן ע"י יאוש שלא יצטרך להשיב גוף הגזילה ויופטר בתשלום דמיהם להנגזל:

עוד יש תמוה בדברי רש"י בד"ה מוצא אבידה שמפרש דהא דמועיל יאוש באביד' אתי לן מפסוק אשר תאבד ממנו ומצאתה כו' ודלא כתוס' בד"ה מוצא אבידה שכתבו דיאוש באבידה שקנה נפקא משמלה: דדרשינן מה שמלה מיוחדת שיש לה סימנים כו' ובפ' אלו מציאות דף כ"ד ע"א מפרש רש"י להדי' במתני' בד"ה אף כל שיש לה תובעים למעוטא מידי דידעינן בי' דמייאש והיינו כפי' התוס' כאן. ושם בב"מ דלא כירושלמי שמובא שם בתוס' דיליף קני' יאוש באבידה מאשר תאבד ממנו וכפי' רש"י כאן:

ולייישב כל זה אקדים דברי הפנ"י במס' גיטין דף ל"ח רש"י ד"ה חזקה שהוכיח דיאוש אינו מטעם הפקר. דהא אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כדקי"ל בפרק מרובה כר"י דאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו ומשמע שם להדי' דה"ה שאינו יכול להפקיר כו' יעו"ש שמחליט מה"ט דיאוש אינו מטעם הפקר.

והנה לכאורה נראה פשוט דכשם שבגזל ולא נתייאשו הבעלים אין ביד הבעלים להקדיש ולמכור או להפקיר דילפינן מאיש כי יקדיש את ביתו מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו כ"כ באבידה ששטפה נהר שאין ביד הבעלים למכור אבידתו או להקדישו דאין לך אינו ברשותו גדול מזה שאינו מצוי לו ולא לשום אדם שוב מצאתי כן להדי' בירושלמי מס' מעשר שמוכיח דבשחרית אמרו כל שילקטו דכל שלקטו לא מהני דכיון דאינו ברשותו לא מצי מפקיר ומסיים ע"ז בירושלמי אלו ראה ככר מתגלגל בנהר ואמר ה"ז הקדש לאו כלום הוא ע"כ. הרי דאבידה בנהר מיקרי אינו ברשותו דמה לי אם אינו ברשותו מחמת שהוא ביד הגזלן ואינו יכול להוציאה ממנו או שנאבד לו בנהר שאינו מצוי כלל וא"כ לפי פי' רש"י דיאוש אינו מטעם ההפקר דהא בכה"ג דאבודה ממנו בנהר אין ביד בעל האבידה להקדיש או למכור וה"ה להפקיר א"ו דיאוש קנין בפ"ע הוא ולא מטעם הפקר:

והנה ידוע דרק בגזל ולא נתייאשו הבעלים הוא דאמרי' שאין ביד הבעלים להקדישו אבל פקדון ביד אחרים ביד המפקיד למכור ולהקדיש או להפקיר דהוי כאלו ברשותו כיון שהנפקד מחויב ועומד להחזירו לבעליו וידו כיד הבעלים א"כ י"ל דאף אם במוצא מציאה ואח"כ נתייאש הבעל אבידה דלשיטות התוס' הי' מועיל היאוש כה"ג שיהי' גוף אבידה קנוי' להמוצאו ולא יצטרך לשלם אלא דמים לא אפשר ללמוד מזה שיועיל יאוש כה"ג גבי גזילה דהוי מצינן למימר דהיאוש באבידה אינו מועיל אלא מטעם דיאוש הוי הפקר וכיון שכבר באה האבידה ליד המוצא הוי כפקדון דשפיר מצי בעל האבידה

למכור או להקדיש דכל היכא דאיתא ברשותי' קאי דהא אין על דעת המוצא לגוזלו משא"כ בגזילה דכיון שמחזיק בגזילה מופקע בזה מרשות הבעלים ע"כ אין ביד הבעל ים להפקיר וא"א למיליף שיועיל בגזילה יאוש אלא אם יש הוכחה דיאוש אינו מטעם הפקר שפיר יש להשוות גזילה לאבידה לענין קני' ע"י יאוש אי לאו סברא שי"ל דשאני גזילה דבאיסורא אתי לידי' ולפמ"ש לעיל שפיר יש להוכיח דגם גבי אבידה אין היאוש מטעם הפקר מדמועיל יאוש באבידה ששטפה נהר דיאושי מייאש מרה מינה מקמי דאתי לידי' המוצא ובעוד הי' האבידה בנהר הי' מיקרי לגבי בעל האבידה דבר שאינו ברשותו כנ"ל ועכ"ז מועיל יאוש כדמוכח מקרא אשר תאבד ממנו וגו' יש ראי' דיאוש אינו מטעם הפקר ממילא יש סברא דגם גבי גזילה מועיל יאוש בידו להפקיר הא גם באבידה מועיל יאוש גם בגוונא שאינו יכול להפקיר ולזה דייקו הגמ' שפיר לאו כו' מקמא דאתי לידי' כו' דעיקר הוכחה דיאוש אינו מטעם הפקר הוא מיאוש דאבידה מקמי דאתי לידי'

והשתא מיושב קושי' הסתירה שברש"י כאן לב"מ כנ"ל דמדהא דילפינן משמלה שמועיל יאוש באבידה לא הוי מצינן להוכיח דיאוש אינו מטעם הפקר דהמ"ל דקרא אתי ללמוד שמועיל יאוש באבידה אחר שהגיע ליד המוצא דאז מועיל הפקר וכיון שדבר שאין בו סימן מתייאשי' הבעלים ממנו תמיד אף שלא הועיל יאוש שהי' קודם מציאתו של המוצא מצד שהי' לגבי בעל האבידה בדבר שאינו ברשותו שאין בידו להפקיר מ"מ אחר שבא ליד המוצא מועיל היאוש שלאח"כ ומדין הפקר דוקא ולא הוי מצינן ללמוד מיני' לענין גזל דהא בגזילה כ"ז שהיא ביד הגזלן מיקרי לגבי הנגזל אינו ברשותו ולא מצי מפקיר ועוד י"ל דאבידה שלא נפלה בנהר הוי בכל מקום שהוא של בעל האבידה ובכה"ג לא מיקרי דבר שאינו ברשותו ושפיר ביד בעל האבידה להפקירו בכל מקום שהוא. לכך הוצרך רש"י לפרש כאן שמדייק הגמ' דהיאוש מועיל מקמי דאתי לידי' דאתי' מאשר תאבד ממנו וגו' ויש ראי' מזה דיאוש אינו מטעם הפקר דהא קרא זה למדין באבידה ששטפה נהר שמקרי אינו מצוי לכל אדם ועאכו"כ דלא הוי כדבר שהוא ברשותו של אדם וגרע מגזל ולא נתייאשו הבעלים שאין ביד הנגזל להפקיר כיון שאינו ברשותו וע"כ שפיר יש למיליף מיני' לגזילה. וא"ש דברי רבה דמספקא ליה אי ילפינן גזילה מאבידה לענין קני' יאוש:

אמנם לכאורה יש לסתור דברי הנ"ל דהא מסוגי' דלקמן דף ס"ח ע"א דאקשי' ר"י לר"ל ממתניתין דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כו' אימת אלימא לפני יאוש מי קדיש כו' אלא פשיטא לאחר יאוש וטעמא דהקדיש כו' א"ל הב"ע כגון שהקדישו בעלים ביד גנב

כו' ומי קדיש והאר"י גזל ולא נתייאשו הבעלים כו' ומסיק הגמרא הוא דאמר כצנועין הרי להדי' דלמ"ד דיאוש כדי קני ע"כ צ"ל כצנועין דאף בגזל ולא נתייאשו הבעלים יכול הנגזל להקדיש וה"ה להפקיר וא"כ למה הוצרך רבה לדייק דאפי' גזילה מיאוש דאבידה היכא שהי' היאוש מקמי דאתי ליד המוצא הא אף מיאוש לאחר שאתי ליד המוצא ג"כ אי לאו הסברא לחלק דשאני גזל דבאיסורא אתי לידי' מצינן למיליף שיועיל בגזל יאוש כמו באבידה ואין לדחות כנ"ל דשמא יאוש הוא מטעם הפקר וע"כ מועיל באבידה וגזל דלא אתי מיני' דבגזל אין ביד הנגזל להפקיר הא ז"א לשיטת ר"י אבל לרבה דע"כ סובר כצנועין גם בגזל ולא נתייאשו הבעלים ביד הנגזל להקדיש ולהפקיר וע"כ י"ל כן דאל"כ קשה על הפוס' שכתבו דאי יאוש הוי הפקר גמור אמאי לא מועיל בגזילה דאף דבאיסורא אסי לידי' מ"מ כיון שהפקר הפקיר וקשה על התוס' דהא בגזל שביד הגזלן אין הנגזל יכול להפקיר א"ו צ"ל דכוונת התוס' הוא דלרבה שסובר שמועיל יאוש ע"כ צ"ל דסובר כצנועין ויכולים להפקיר אף דבר שאין ברשותו:

ולתרץ זה אקדים דברי הרמב"ם המובא באה"ע סי' כ"ח סעיף א' המקדש את האשה בגזל או בגניבה או בחמס ונתייאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת כו' וכ' הח"מ בס"ק א' ונודע כו' דהוא לשון הרמב"ם כו' אבל אם בשעת קידושין עדיין לא נודע אם נתייאשו. אף שאח"כ נודע שכבר הי' יאוש קודם קידושין הוי כיאוש שלא מדעת ע"כ כוונת הח"מ היאוש אינו מועיל למי שרוצה לקנות אלא כשיודע בשעה שבא לקנות שנתייאשו הבעלים. וזה דין מחודש ויש אריכות פלפולים בקונטרס אחרון בתשובות ב"ח החדשות ובמ"א הבאתי סעד לדברי הח"מ מדברי הראב"ד המובא באס"ז לב"מ דף נ"ב ע"ב ד"ה וז"ל הראב"ד וכן יש משמעות מדברי הש"כ חוה"מ סי' שי"ג ס"ק ד' שכ' אם ידוע שנתייאשו קודם ולכאורה נ"ל ראי' גמורה לסברת הח"מ הנ"ל בכוונת הרמב"ם דהא פשוט דאף למ"ד סתם גניבה לאו יאוש בעלים הוא מ"מ אינו מוחלט לוודאי גמור שלא נתייאשו אלא שדנין ע"פ רוב שבסתמא ליכא יאוש בעלים וכן יש משמעות מדברי הב"ח שמובא בב"ש סי' הנ"ל ס"ק א' שמקשה למה מצריך הרמב"ם גבי גניבה וגזילה ונודע שנתייאשו. דהא בחוה"מ סי' שס"ח פוסק המחבר דסתם גניבה אפי' מעכו"ם ובגזילה כשגזל ישראל הוי יאוש ומתרץ הב"ח דכאן לענין קדושי דאורייתא לא אמרינן דסתם גניבה או גזילה יאוש אלא דוקא כשנודע כו' יעיש. ע"כ כוונתו אף דמחזקינן דמסתמא כך הוא. מ"מ אינו ברור לוודאי וכיון דאיכא צד ספק הוי כלא נודע לענין קדושי דאורייתא וכשם שסברת הב"ח כן הוא למ"ד סתם גניבה הוי יאוש בעלים כמו כן הסברא להיפך למ"ד סתם גניבה לא הוי יאוש בעלים דהיינו ע"פ רוב אינו יאוש

מ"מ יש ספק דלמא הי' יאוש וכיון שכן קשה למ"ד יאוש כדי קונה אמאי מתחייב כל סתם גנב כשטבח ומכר אחר הגניבה דהא לענין חיוב ממון אין הולכין אחר הרוב ומצינן למטען לזכות הגנב לפוטרו מד' וה' דדלמא הי' הנגנב מייאש את גניבתו. ונעשה קנוי' לגנב ותו ליכא למחייבי' על הטביחה או מכירה דשלו טבח ואף שטוען הנגנב בברי שלא נתייאש הוי כברי ושמא שא"י אם נתחייבתי ואי אפשר לחייב הגנב בתשלומי ד' וה' ובכה"ג שהברי גרוע והשמא טוב אף לר' יהודא ור"ה פטור הנתבע כדאי' בכתובות דף י"ב ע"ב יעו"ש א"ו כדעת הח"מ הנ"ל דאף אם נתייאשו הבעלים אם לא נודע להגנב או להגזלן לא קנה אבל למ"ד סתם גניבה יאוש בעלים מיקרי נודע לפי"ז לכאורה יש להקשות על ר"י שהקשה לר"ל ממתני' דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כו' אלא פשיטא לאחר יאוש וטעמא דהקדיש כו'. הא לעיל בדף כ' ע"ב אי' דשמואל רצה להוכיח דהדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר ממתני' דנטל אבן או קורה של הקדש בנאו בתוך ביתו אם דר תחתיו ש"פ מעל ואי' שם יתיב ר' אבוהו קמי' דר"י וקאמר משמי' דשמואל זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר שתק לי' איהו סבר מדשתיק מודה לי' ולא היא אשגוחי לא אשגח בי' כדרבה דאמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי ומפרש רש"י דבהקדש ליכא למימר שלא מדעת דדעת שכינה איכא והילכך כהדיוט מדעת דמי לפי"ז פשוט ללמוד מזה גם גבי יאוש דהיכא שנתייאשו הבעלים רק שלא נודע אף דבכה"ג אין הגנב יכול לקנות ע"י יאוש דגבי הקדש הוי מדעת א"כ מצינן למימר דמתני' דגנב ואח"כ הקדיש מיירי בסתם גניבה דלא ידעינן אם נתייאש הנגנב או לא ואף דסתם גניבה לא הוי יאוש בעלים מ"מ מצד ספיקא איכא שמא נתייאשו הבעלים. ועכ"ז ליכא למפטר את הגנב מתשלומי דו"ה מספק דילמא נתייאשו הבעלים דהא אף אם באמת הי' יאוש בעלים מ"מ הרי לא נודע היאוש ובכה"ג לא מצי הגנב לקנות דבדידי' הוי יאוש שלא מדעת אבל בגנב והקדיש אין לחייב הגנב בתשלומי דו"ה דשמא נתייאש הנגנב ולגבי הקדש הי' מועיל יאוש זה דהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת הוא. וא"כ הוא שזכה ההקדש ביאוש תו ליכא לחייב הגנב בתשלומי דו"ה וא"ש דברי המשנה דדוקא בגנב והקדיש ואח"כ טפח ומכר הוא דפטור משא"כ בלא הקדיש ומה מקשה ר' יוחנן מהך מתני':

לתרץ קושי' זו אקדים דברי הגמ' במס' נדרים דף ל"ד ע"ב: אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זה הקדש נטלה לאכלה מעל לפי כולה ומפרש הרשב"א שם דמיירי שכבר מונח בפוך ד' אמותיו שקונה אותם מדין חצר ולכך יכול להקדיש אבל דבר שאינו קונה והככר עדיין הפקר אין הקדושה נתפסת דכי יקדיש את ביתו בעינן

אבל הר"ן חולק עליו וכ' דמה דיכול להקדיש ככר של הפקר אף שלא הי' על דעתו לזכות בו לעצמו הוא מדין המגבי' מציאה לחבירו דכיון שהי' בידו לזכות לעצמו מצי זכי גם להקדש היוצא מזה דכשם שאין ביד האדם להקדיש דבר שאינו שלו כך אין בידו להקדיש דבר של הפקר אם לא היכי דמצי זכי לעצמו מצי זכי גם להקדש לפי"ז י"ל היכא דהגנב אינו יודע מהיאוש שנתייאש הנגנב דבכה"ג לא הוי מצי זכי לעצמו כיון דלדידי' הוי יאוש שלא מדעת. כ"כ אינו יכול להתפיס עליו שם קדושה אם לא היכי דהוי מצי זכי לנפשי' ובזה מיושב עוד מה שיש לדקדק ל"ל להגמ' להביא האי קרא דאיש כי יקדיש את ביתו דמהכ"ת יהי' ס"ד להקדיש דבר שאינו שלו. ולכך לעיל בדף ס"ו ע"ב מקשה רבא בפשיטות אילימא לפני יאוש ל"ל קרא פשיטא וממילא א"ש מה שהקשה ר"י לר"ל ממתני' דגנב והקדיש דאי אינו ידוע אם נתייאשו הבעלים ליכא למיפטר את הגנב מספק דילמא נתייאשו הבעלים דהא אף אם נתייאשו כיון שלא נודע לא הי' מצי הגנב לזכות לעצמו וממילא לא הי' בידו להקדיש והוי כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ור' יוחנן לשיטתי' שסובר להדי' כדאי' במס' ב"מ דף יו"ד בתוס' ד"ה אמר ר"י דרק המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו מטעם דאי בעי זכי לנפשי' אבל תופס לא קנה ולכך הוצרך ר"ל לתרץ דהך מתני' דגנב והקדיש מיירי שהקדישו בעלים ביד גנב א"כ מה שהקשיתי לעיל אליבא דרבה ל"ק מידי די"ל דרבה סובר כמ"ד התופ' לבע"ת ג"כ קנה חבירו וה"ה שביד אדם להקדיש דבר של הפקר אף היכא דלא מצי זכי לנפשי' ולא צריכין לומר דרבה סובר כצנועין די"ל דגם רבה סובר כר"י דגזל ולא נתייאשו הבעלים אין ביד הנגזל להקדיש כיון שאינו ברשותו ואף שרבה סובר דיאוש כדי קנה מ"מ לא קשה אליבי' ממתני' דגנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר דיש לתרץ כמ"ש לעיל דמיירי בסתם גניבה דאיכא ספיקא דילמא נתייאש הגנב וחל ההקדש דלגבי הקדש הוי כיאוש מדעת וע"כ פטור מספיקא מחיוב דו"ה דהוי כא"י אם נתחייבתי:

אך לכאורה י"ל דבלא"ה אי אפשר לומר כנ"ל דמיירי שנתייאשו הבעלים והגנב לא ידע. שלא יקנה לו מצד יאוש שלא מדעת אבל הקדש חל דגבי הקדש הוי מדעת דא"כ קשה קושי' הגמ' דלקמן דף ע"ו אהקדש לחייב מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים. ותירוץ הגמ' שם מעיקרא תורא דראובן והשתא תורא דראובן אינו אלא אי יאוש כדי ל"ק והקדש בא מצד היאוש ושינוי רשות והוי כמכירה להדיוט שאף שקודם שמכר הגנב לא הי' שלו מ"מ מצד מכירתו לאחר שקנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות קרוי לגבי גנב ומכרו משום דבאותו הקני' שקונה הלוקח נחשב ג"כ לו לקני' והוי כבאים כאחד קנייתו וקניות הלוקח כמ"ש היש"ש בפ זיין סי' ז' וע"כ הוי כקרבנו והוי תורא דראובן אבל

למ"ד יאוש כדי קני רק מצד שלא נודע לא נקנה להגנב ולהקדש לבד נקנה משום דלגבי הקדש הוי יאוש מדעת כנ"ל ממילא אף בעת שנקנה להקדש אין זכות קני' להגנב לומר שקנייתו וקנין הקדש באים כאחד דהא לו א"א כלל צד קני' מחמת היאוש כיון שאין נודע לו ואינו חשוב קרבן שלו כלל וביותר יש להסביר דביש"ש הנ"ל מקשה למ"ד דאין חיוב דו"ה רק היכא דאהני מעשיו כגון במכר לאחר יאוש שקנה הלוקח ביאוש ושינו רשות מה בכך דאהני מעשיו מ"מ איך שייך הלשון ומכרו הנאמר בתורה דהא הגזלן לא קנה כלל דלגבי דידי' לא הי' רק יאוש לחוד ומצד קושי' זו מוכיח היש"ש שבאותו העת שקונה הלוקח הגזילה קנה ג"כ המוכר ולכך גם בקידושין כשמקדש הגזלן לאחר יאוש שקונה האשה החפץ מצד יאוש וש"ר מקודשת היא לגזלן דהוי כמקדש בשלו משום שבאותו העת שקנתה היא קונה גם הגזלן כן תורף דבריו ומביא ראי' לזה מדברי המ"מ פ"ה מאישות ה"ז שכ' בזה"ל הא דמקדש אשה אחר יאוש מקודשת אעפ"י דקי"ל יאוש בלבד אינו קונה הכא שהוא ביד האשה הרי יש כאן יאוש וש"ר כשהוא בידה וכיון דקנתה היא אף הוא קונה אותה עכ"ל המ"מ ובאמת מדברי המ"מ הנ"ל אין ראי' להיש"ש שלשון המ"מ מורה כיון שהיא קנתה הגזל שניתן לה לקידושין קנה הבעל האשה וכן הוא ברשב"א שכוונתם דבהאי הנאה שהמציא לידה אותה דבר שנקנה לה קידשה א"ע לו וכדברי הר"ן לקידושין בסוגיא דמכרן וקידש בדמיהן שכ' שם בזה"ל כיון שקנתה היא בנתינתו מקודשת ה"נ הנאה הבאה מחמתו הוא ע"כ אבל אין ראי' מדבריהם למש"כ היש"ש שקני' הגזלן בדבר הגזול בא בעת שהלוקח או האשה קונה הגזל אמנם בלשון הרמב"ם המובא באה"ע סי' כ"ח וז"ל המקדש את האשה בגזילה או בגניבה או בחמס ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת ע"כ הרי שסובר שגם לגזלן יש קני' ולכאורה אינו מובן מש"כ ונודע שקנה אותו דבר ביאוש הא ביאוש לחודא לא קני ואם סברתו כדברי היש"ש הנ"ל אין קניות הגזילה בא מצד יאוש לחוד רק מחמת שינוי רשות כשבא ליד האשה לכן נ"ל דלפ"ד התוס' בדף ס"ז ע"ב סד"ה רבא אמר נראה דאף דיאוש לא קני מ"מ הוי כקצת קני' להגזלן במה שיכול למוכרה ולהקדישה מעתה י"ל שבא הרמב"ם להסב הטעם דקידשה בגזל מקודשת שלכאורה קשה אמאי מקודשת הא אף שהיא קונה ביאוש וש"ר מ"מ לא הי' של הגזלן כלל דלגבי דידי' לא הוי רק יאוש וכקושי' היש"ש לענין ומכרו שהתירוץ ע"ז שאף שיאוש כדי לא קני קנין גמור מ"מ לזה מועיל היאוש שיהי' זכות קני' להגזלן שאם ימכור או יקדיש יהי' מכירתו מכירה והקדשו הקדש וכיון שכן כשמקדש אשה בגזל אחר יאוש הוי כמקדיש בשלו דהא יש לו קני' שיהי' בידו להקנותו לאחר זה כוונת הרמב"ם במש"כ ונודע שקנה אותו דבר ביאוש כלומר שהי'

לו זכות זה ע"י היאוש שיהי' בידו לקדש בו אשה ולזה מטין דברי הרשב"א בחדושיו לגיטין דף נ"ה שכ' בזה"ל לפי שלא קנאו הגזלן לגמרי קודם שהקדיש כו' יעו"ש מתיבת לגמרי נראה שקצת קנין יש לגזלן אף ביאוש לחוד והיינו כנ"ל.

היוצא מזה דגם ביאוש לחוד יש לגזלן דין קני' להקנות לאחר וכמו קונה ע"מ להקנות ובזה א"ש גם דברי הרמב"ם פ"ה מהלכות אסורי מזבח שמדבריו שם מבואר דבגזל והקריב קרבן כשנתייאשו הבעלים כשר הקרבן מה"ת ועולה לרצון להגזלן שלכאורה אינו מובן דהא הרמב"ם פוסק דיאוש כדי ל"ק ואף שחל ההקדש מצד יאוש וש"ר מ"מ לא חשיב קרבנו של הגזלן וכאשר כן סברת הרמב"ן במלחמות פ' הגוזל אבל לפי מה שכתבתי דכוונת הרמב"ם לענין קדושי אשה בגזל אחר יאוש כמו כן בהקדיש קרבן שחשיב קרבנו של הגזלן מצד שזכה אחר היאוש שיהי' בידו להקדישו כנ"ל אמנם כ"ז אם נודע מהיאוש כמ"ש הרמב"ם להדיא ונודע כו' וכמפרש החמ"ח בלשון הרמב"ם והש"ע ממילא היכא שלא נודע מהיאוש לא הי' להגזלן בו שום זכות ואף אם ההקדש חל מצד דלגבי הקדש הוי כיאוש מדעת מ"מ כיון שלהגזלן לא הי' בו אפי' מקצת קני' כיון שלא נודע מהיאוש שוב אינו כמקדיש משלו ולא מקרי קרבנו ולא מקרי כלל תורא דידי' ויש לחייב בגנב בכה"ג דו"ה על ההקדש עצמה כקושי' הגמ' כנ"ל מה לי מכרה להדיוט מה לי מכרה לשמים וא"ל דלפי סברא הנ"ל לא מקרי ומכרו רק היכא שהי' לו קצת קני' דקניות הלוקח בא מחמתו אבל כשלא נודע מהיאוש דלא בא הקני' מחמתו לא מקרי ומכרו כלל ז"א דהא הדין דאף המוכר לפני יאוש דלא הועילו מעשיו כלל חייב דו"ה וכן בהקדש לבדק הבית כמש"כ התוס' בדף ע"ט ע"א ד"ה גנב והקדישו: מכ"ש בכה"ג שהועילו מעשיו שחל ההקדש ור"ל בעצמו שסובר יאוש כדי קני אין חיוב דו"ה כ"א קודם יאוש דלא אהני מעשיו כלל ולפי"ז א"ש קושי' ר"י לר"ל ממתני' דגנב והקדיש דא"ל דמיירי שלא ידע מהיאוש דא"כ לחייב דו"ה על ההקדש עצמה כנ"ל:

והשתא דאתינן להכי נ"ל ליישב מה שקשה לכאורה מה מתרץ ר"ל כגון שהקדישו בעלים ביד גנב דהא במתני' הנ"ל בדף ע' תני גנב וטבח ואח"כ הקדיש חייב וכ' שם הרא"ש בזה אין חידוש שהרי כבר נתחייב קודם שהקדיש אלא אגב פטורא דסיפא תני והיינו הך מתני' דלעיל דגנב והקדיש ואח"כ טבח שהיא הסיפא וא"כ לפי האוקמתא דר"ל דהך סיפא מיירי שהקדישו בעלים ביד גנב ע"כ גם הרישא דגנב וטבח ואח"כ הקדיש מיירי בהכי וקשה דהא הגנב קונה בטבחה מצד שינוי ושוב אין ביד הבעלים להקדיש אה לדברי הצנועין שסוברים שיכול הגזלן להפקיר ולהקדיש שביד גזלן אין זה כ"א כ"ז שלא קנאו הגזלן. ואף אם נאמר דר"ל מוקי רישא כשהקדיש הגנב ולדיוקא

אסי דדוקא שהקדיש אחר טביחה חייב דו"ה ולא בהקדיש קודם יוקשה מהך רישא עצמה אי לפני יאוש היכא משכחת שיהי' הקדש ע"י הגנב קודם טביחה ואי לאחר יאוש אף שלא הקדישה רק אחר הטביחה לפטור מדו"ה אהטביחה שהיתה אחר יאוש וכבר קנאה ביאוש וי"ל דאי' בירושלמי ומובא במלחמות בב"ק רב יוסטא בר מתון שאיל הפודה כלכלה מן הגזבר מהו שתטבל למעשרות התיב ר"ש בן לקיש והא תנינן גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כמה דתימר תמן הקדש אינו כמכר ודכוותי' הפודה אינו כלוקח ע"כ. ומזה הוכיח הרמב"ן והאלפסי דגם בקדשי בה"ב לא הוי כמכירה ופטור מדו"ה כשהקדישו לבה"ב והתוס' בדף ע"ט והבעה"מ ס"ל דבהקדש בה"ב הוי כמכירה ולא דמי לקדשי מזבח דהוי כתורא דראובן משום דנקרב ע"ש בעלים ויש לומר עוד שבקדשי בה"ב פטור מדו"ה מטעם כיון שבידו לפדותו ולא הוי כמכירה וי"ל שז"כ ר"ל שבירושלמי הנ"ל שסובר דגנב והקדיש ואח"כ טבח מיירי בין בקדשי מזבח בין בקדשי בה"ב. ובקדשי מזבח פטור מדו"ה דהרי עדין תורא דראובן והי' קשה לו למה פטור בקדשי בה"ב מדו"ה א"ו הטעם כיון שיש לו פדיון ולא הוי כמכירה ולכך פשט מזה ר"ל שהפודה כלכלה מהגזבר אינו כלוקח מעתה י"ל דלפי האוקמתא דר"ל בגמ' דידן דסיפא דמתני' גנב והקדיש ואח"כ טבח מיירי שהקדישו בעלים מוקמינן רישא דמתני' טבח ואח"כ הקדיש כפשטא שהגנב הקדיש ולדיוקא אתי דבהקדיש קודם טביחה פטור: ואין להקשות ה"ד אי קודם יאוש לא קדיש כלל ואי לאחר יאוש פטור מדו"ה אף בלא הקדש שי"ל דמשכחת שנתייאשו הבעלים ולא נודע שלא קנה הגנב וההקדש חל דלגבי הקדש הוי כמדעת. וא"ל דא"כ קשה לחייב מצד ההקדש דו"ה ז"א דהא הרישא דטבח ואח"כ הקדיש מיירי רק בקדושת דמים ובזה לא הוי כלל שם מכירה כיון שיש לו פדיון ודברי הראשונים אינם רק על קושי' ר"י לר"ל מסיפא דמתני' דגנב והקדיש ואח"כ טבח שמיירי בקדשי מזבח כדמוכח נמי מדתני עלה בברייתא בחוץ כה"ג ענש כרת אבל רישא דמתני' דלא מיירי רק מקדושה לבה"ב אין חיוב בדו"ה שכיון שאית לי' פדיון לא הוי כמכירה:

באופן אחר ובסגנון הנ"ל י"ל עוד בקיצור דלר"ל שסובר יאוש כדי קני ע"כ לא דריש מקרבנו למעט גזל חולין והקדישו. דהא לפני יאוש פשיטא ולאחר יאוש הא קני ביאוש וע"כ סובר דאתי למעט גזל קרבן דחברי' וגם הדרש דהבאתם גזול וגו' לית לי' וע"כ אין לו לימוד על מהב"ע שאינו מצוה א"כ כשר הקרבן ורצוי להגזלן כשקנה ביאוש. וכן לשיטת הסוברים דיאוש לא קני רק לא ס"ל דין דמהב"ע וקרבן הגזול הנקרב אחר יאוש כשר מה"ת שההקדש חל מצד יאוש וש"ר ועולה לרצון לשם הגזלן שמיקרי בעליו שמצד הקני' להקדש ע"י יאוש וש"ר זוכה גם אז להמקדיש כמש"ש היש"ש הנ"ל וברמב"ם

פ"ה מאסורי מזבח אבל ז"א רק כשנודע מהיאוש אבל כשלא נודע אף שלענין הקדש מועיל דהוי כמדעת ויתפוס הקדושה מ"מ הגזלן לא זכה בעת קניות ההקדש ואף שכשר להקרבה מ"מ אינו נקרב ע"ש הגזלן בהוא אינו בעליו ואפשר שפסול להקרבה ג"כ כיון שאין לו בעלים והרמב"ן פ' לולב הגזול כתב דאף דלא נקנה להגזלן ולא נקרא בעליו [לשיטתי' אף בנודע ולהיש"ש בלא נודע] עכ"ז כשר להקרבה כמו קרבן שנקרב שלא לשם בעלים יעו"ש ובמלחמות פ' הגוזל נבוך בכזה ויעוין בתוס' דף ע"ט ובהרא"ש שלכך אין חיוב דו"ה על ההקדש עצמה משום דעומד ליקרב ע"ש הגזלן ממילא בגוונא הנ"ל יש לחייב דו"ה וא"ש קושי' ר"י לר"ל ממתני' דגנב וטבח דא"ל דמיירי ביאוש שלא ידע הגזלן דבכה"ג חייב דו"ה על ההקדש עצמה דלא נקרב ע"ש הגזלן ואחר שתפסו בו קדושת מזבח דליתא בפדיון הוי כמכירה שחייב בדו"ה ולזה הוצרך ר"ל לתרץ שמיירי כשהקדישו הבעלים. אבל ברישא דמתני' שמיירי בקדושת דמים ולפי שיטת ר"ל שבירושלמי דקדושת דמים לא הוי כמכירה כיון שיש לו פדיון שפיר מצינו לתרוצי שנתייאשו הבעלים ולא נודע ואם הי' מקדיש קודם טביחה לבב"ה פטור על הטביחה דלאו דידי' קא טבח שהוי ברשות ההקדש ועל ההקדש גופא אין לחייבו דלא הוי כמכירה כיון שאינו רק קדושת דמים ואפשר לומר עוד שמש"כ הרמב"ם ונודע שנתייאש לענין קדושי אשה ולא ביאר זה גבי גזלן המוכר לאחר יאוש. די"ל דמה שמצריך הרמב"ם ונודע אינו רק לענין קניות הגזלן לעצמו ע"י היאוש בצירוף ש"ר עת שקונה הלוקח אבל לענין קניות הלוקח שבהתירא אתי לידי סובר דאף בלא נודע נקנה לו מצד אותו יאוש וש"ר לכך אין נ"מ רק בקידושין שצ"ל בכסף המקדש וא"א שיגמור הקידושין בלתי זכות קניות המקדש בכסף הנ"ל ולכך מצריך ונודע דבלא נודע לא הוי כמקדש בשלו ולפי"ז אף בלא סברא הנ"ל דגבי הקדש הוי כמדעת מועיל היאוש לגבי הקדש כמו שמועיל בכל לוקח שקונה ביאוש וש"ר אף היכא שלא נודע מהיאוש בעת הקני'

ועפ"י כל הנ"ל א"ש מה דמותיב רבא בגיטין דף נ"ה למ"ד דיאוש לא קני מהא דגנב ואח"כ הקדיש שתני' עלה בחוץ כה"ג ענש כרת. ולא משני דאתי' כצנועים ומיירי בהקדישו בעלים ביד גנב כמו שמתרץ ר"ל דרבא לשיטתו אזיל שסובר יאוש שלא מדעת הוי יאוש ואין לחלק לדידי' ביאוש אם נודע או לא כנ"ל וא"כ אם נפרש דגנב והקדיש ואח"כ טבח דמיירי בהקדישו בעלים ביד גנב יוקשה מרישא דמתני' גנב וטבח ואח"כ הקדיש דלאקומתא דר"ל א"א לתרץ הך רישא דמתני' כ"א כמש"כ בגוונא דהי' יאוש ולא נודע שלא קנ' הגזלן ולרבא אף בכה"ג קנה וכיון שעיקר קושי' רבא הוא רק לשיטתו דס"ל דיאוש שלא מדעת הוי יאוש יש לתרץ מה שמקשה שם התוס' בגיטין ע"ד רבא

ואי יאוש לא קני כו' דהא אף אי יאוש קונה קשה מהך מתני' כמו שהקשה ר"י לר"ל דהנה הרשב"א בחדושיו מביא דעת קדמונים דלעולא אין חילוק בחטאת גזולה בין אם הי' ע"י היאוש או לא שאף בלא יאוש תקנו חכמים שתהי' מכפרת ורב יהודא סובר שלא הי' התקנות חכמים על הכשר הקרבן כי אם להיפוך בשנודע לרבים לא תהא מכפרת ובלא נודע קם אדינא שהקרבן כשר כשיש יאוש ויאוש כדי קני וי"ל שלולי דברי עולא שאמר להדיא דיאוש לא קני הי' יכולים לתפוס דבריו במה שאמר שהתקנה הי' להכשיר הקרבן והיינו שמצד הדין אינו כשר רק אחר יאוש וכדי שלא יהא כהנים עצבים תקנו חכמים שאף בלא יאוש תהי' מכפרת ותופסת הקדושה מדרבנן וממילא מיד כשמקדיש הגזלן הבהמה וחל עליו אסור הקדש מדרבנן הבעלים מתייאשים ממנו שאינה עומדת עוד להחזיר לידם ואף. כשעדיין לא נודע לבעלים מן ההקדש דין יאוש בו לרבא דסובר דאף בשלא מדעת הוי יאוש ואם יאוש כדי קני אותו היאוש שבא ע"י איסור דרבנן גורם קני' מדאורייתא והוי ראוי לפתח אוהל מועד גם מדאורייתא אף שצמיתו' היאוש בא ע"י תק"ח מ"מ סוף סוף דין יאוש לו שקני מדאורייתא וא"כ לא קשה כלל ממתני' דגנב והקדיש ואח"כ טבח שי"ל שמיירי בלא יאוש לכך אם הי' טובח קודם שהקדיש הי' חייב בדו"ה אבל אחרי שהקדיש תחלה וחל ההקדש מדרבנן ומחמת זה הוי כמיאש מבעלים ואף שאינם יודעים שהוקדש הא יאוש שלא מדעת ג"כ הוי יאוש אליבא דרבא וע"י אותו היאוש קנה ההקדש אותה הבהמה מדאורייתא וראוי הוא לפתח אוהל מועד. ולכך בשחטה בחוץ חייב אבל לעולא שסובר יאוש כדי ל"ק מקשה רבא שפיר דאף כשיש יאוש אינו ראוי מדאורייתא לבא לפתח אוהל מועד:

אך מסתימת דברי ר' יוחנן גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש משמע דשום קדושה לא חלה ע"י הגזלן אף במקדיש לקרבן חטאת. מזה מבואר שתק"ח להכשיר חטאת לא הי' רק אחר יאוש ולא כדברי איזה מהקדמונים שמביא הרשב"א הנ"ל ולפי"ז יש לפרש דברי הגמ' בקידושין נ"ב ע"א והוא לא אמר הכי והאר"י כו' ה"ק מי אמר רב כוותי' כו' יעו"ש ולכאורה אינו מובן למה הי' זר בעיני ר"י שרב יאמר כוותי' ולפמ"ש א"ש דהתוס' והרשב"א כתבו שם דהא דהוצרך ר' יוחנן לאשמעינן שאין ביד הגזלן להקדיש דה"א משו' דלחומרא חל איסור הקדש מדרבנן כ"כ בקידושין ה"א שאם קידש אשה בגזל שאין בו יאוש צריכה גט מדרבנן ורב סובר בב"ק יאוש כדי קני וקשה לדידי' כקושי' ר"י לר"ל מגנב והקדיש אמנם אם נאמר דאף בלא יאוש כשמקדש הגזלן אסור מדרבנן יכולין לתרץ הך משנה דמיירי בשלא נתייאשו הבעלים וע"י ההקדש של הגנב שחל מדרבנן להיות יאוש דאורייתא כנ"ל ואפשר לתרץ בזה המשנה אליבא

דרב כשנאמר שהוא סובר כרבא דיאוש של"מ מהני או דמוקי למתני' שידעו הבעלי' כשהקדיש הגנב אבל אי ס"ל כר"י שלא חל ההקדש אף מדרבנן קשה המתני' הנ"ל עכ"פ לכאורה לא מתורצת לדעת ר' יוחנן הך מתני' דגנב והקדיש לשיטות רב דיאוש כדי קני אם לא שנאמר דאף קודם יאוש יכול הגנב להקדיש הקדש מדרבנן ולזה הי' מתמה מי אמר רב כוותי' אבל לפי האמת צ"ל דרב מתרץ המשנה הנ"ל כמו ר"ל בשהקדישו בעלים ביד גנב רק ר"י שלא נחית לזה דאינו סובר כצנועין שפיר הי' מתמה כנ"ל:

באופן אחר יש ליישב הדקדוק שדקדקתי לעיל דר' יוחנן מביא הפסוק איש כי יקדיש את ביתו למעט שאין ביד הגזלן להקדיש ואביי ורבא אמרו בסתם ואי לפני יאוש למה לי קרא שנשמע מדבריהם שכך סברא חיצונה לכאורה י"ל דסברא חיצונה אינו רק שלא יכשר הקרבן עבור הגזלן כיון שעדין לא נתייאשו הבעלים מה"ת יהי' בידו להקריב לצורך עצמו דבר שאינו שלו אבל איסור הקדש ה"א שיחול לולא מיעוטא דביתו ולכך בפלפול אביי ורבא על הברייתא דקרבנו ולא הגזול אילימא לפני יאוש למה לי קרא פשיטא דאף אם הי' מקום שיחול איסור הקדש ע"י הגזלן מ"מ פשיטא שאין להקריב עבורו כנ"ל אבל ר' יוחנן דאקשי לר"ל ממתני' דגנב והקדיש דשם אף אי לא חזי להקרבה עבור הגנב מ"מ אם הי' איסור הקדש תופס בו הי' מיפטר מדו"ה על הטביחה ומכירה שאחר ההקדש ולכך הוצרך ר"י בקושייתו מזה לר"ל להביא הדרש דביתו דמזה מוכח דאף להקדיש אין ביד הגנב והגזלן קודם יאוש. אמנם לפ"ד התוס' בדף ע"ט דבקדשי בדה"ב יש חיוב דו"ה על ההקדש עצמה דמה לי מכרו להדיוט ומה לי מכרו לשמים וכדברי הברייתא שם דגנב והקדיש חייב ובהך מתני' דגנב והקדיש ואח"כ טבח דפטור מדו"ה מיירי בקדושת מזבח כיון דנקרב ע"ש גזלן שמו עליו ולא הוי כמכירה וא"כ מוכח דהך מתני' מיירי בקדשי מזבח ושהמה כשרים להקרבה עבור הגזלן וע"ז הי' ר"י להקשות אי לפני יאוש פשיטא ועוד לפי מה שבארתי אליבא דרבא שסובר יאוש שלא מדעת הוי יאוש היכא שחל איסור הקדש ממילא הוי כיאוש מבעלים וא"כ אי ה"א שיש ביד הגזלן להקדיש בהמת גזילה שיותפס בה איסור הקדש ממילא ע"י תפיסת איסור זה מיואש מבעלים ויש גם יאוש ולמה אמר רבא אילימא לפני יאוש ל"ל קרא א"ו שסברא חיצונה הוא שגם איסור הקדש אי אפשר להיות מחמת הקדש של הגזלן קודם יאוש.

וכדי ליישב זה הדקדוק אקדים דאיתא בחולין דף מ"ם ע"א אמר ר"ה היתה בהמת חבירו רבוצה לפני ע"ג כו' כ' רש"י שם ד"ה רבוצה לא מבעי' עומדת דכשהגביה והרביצה קנאה בהגבהה ונעשה שלו וכ' שם בתוס' ד"ה רבוצה בזה"ל פי' בקונטרס כו' ואין נראה דכי הגביה נמי לא קני לה לענין שתחשוב שלו אם אין אדם אוסר דבר שאינו שלו דהא גזל

ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו כו' ע"כ יעו"ש והנה לכאורה מחלוקת רש"י ותוס' מבואר בגמ' דע"ז דף ט"ו ע"א שאמרו שם בגמ' על מתני' ובכל מקום אין מוכרים בהמה גסה מ"ט כו' שמא יעבד בה מלאכה בשבת ומקשה הגמ' ונעבד כיון דזבני קני' ומשני גזירה משום שאלה ומשום שכירות מקשה הגמ' שאלה קני ואגרה קני ומפרש רש"י שם שאלה קני לימי שאילתה דכיון דחייב באונסין הרי הוא שלו אלא אמר רמי ברי' דרב ייבא כו' מתקיף לה רב שישא ברי' דרב אידא שכירות מי קני כו' והא תנן אף במקום שאמרו להשכיר כו' שאני ע"ג והא תנן ישראל ששכר פרה מכהן וכהן ששכר פרה מישראל אעפ"י שמזונותי' עליו לא יאכילנה כרשיני תרומה ואי ס"ד שכירות קני' אמאי לא יאכילנה פרה דידי' הוא אלא ש"מ שכירות לא קניא ע"כ היוצא מסוגיא זו דסברת רמי ברי' דרב ייבא דשאלה הוי כשלו כיון שחייב באונסין והוי כפרתו של עכו"ם השואל ואין על ישראל בעל הבהמה איסור שכירות בהמתו ורב שישא פליג עלה ולכאורה הוא ממש כעין מחלוקת רש"י ותוס' הנ"ל וקשה על רש"י מסוגיא דהא להלכתא מסקינן שם דשכירות לא קני' ואף בשאלה דחייב באונסין לא מקרי בהמתו של השואל וי"ל דהנה לכאורה קשה מה מקשה ר"ש שם ממתני' כהן ששכר פרה דהא בודאי אף אי הוי אמרינן דשכירות ליומא ממכר מ"מ לא הוי קנין הגוף גמור כ"א קנין פירות דהרי אף המוכר שדהו ביובל שהוי מכירה גמורה מ"מ כיון שחוזר ביובל לא מיקרי רק קנין פירות וכן כ' הר"ן לנדרים דף כ"ט ע"א שלכך א"א להיות קדושי אשה על שלשים יום דקנין באשה ע"י קידושין צ"ל קנין הגוף שאינו רק כשהוא קנין עולמות דכל קנין שאינו עולמות ק"פ בלחוד מיקרי כדמוכח בסוף פרק השולח יעו"ש ובתוס' יבמות דף ס"ו ע"א ד"ה אלמנה כתבו בהדיא דלכך בעבדי מלוג אינם אוכלים בתרומה משום דאף למ"ד ק"פ כקה"ג מ"מ לענין תרומה אין להאכיל בתרומה רק כשיש קה"ג דמצד ק"פ לא חשיב קנין כספו ומביאים עוד ראי' דבריש פרק בתרא דכריתות דף כ"ד איתא דמעוכב גט שחרור אוכל בתרומה אעפ"י שאין לרב פירות ואפילו למ"ד ק"פ כקה"ג ע"כ וא"כ לכאורה לא קשה מהך דכרשיני תרומה אף דבכ"מ שכירות ליומא ממכר מ"מ אינו אלא ק"פ ובתרומה גלי קרא דבעינן קה"ג ולכך אסור להאכיל הכהן כרשיני תרומ' הבהמ' המושכר לו דהא אין לו בה רק קנין פירות וצ"ל דאף לסברת התוס' שק"פ אינו מועיל בתרומה מ"מ נא בעינן לענין האכלת תרומה קה"ג ממש דהיינו קנין עולמי דהא עבדי צאן ברזל אוכלים בתרומה ולשיטת רב יהודה ביבמות דף ס"ו ע"א המכנסת שום לבעלה והיא אומרת כלי אני נוטל הדין עמה משום שבח בית אביה ומסיק שם הגמ' אליבי' דלכך עבדי צ"ב אוכלי' בתרומה אף שאינ' שלו מ"מ כיון שהמה באחריותו של הבעל אף

לענין כחשה ונפחת דמי' ואעפ"י שחוזרת בעיני' אם לא יפחתו מ"מ כל כמה דלא הדר דידי' הוא יעו"ש הרי שמועיל בתרומה שם קנין אף שאינו קנין עולם דהא הדר לדידה וגם בחיי' אינו רשאי הבעל למכור מנכסי צ"ב לפ"ד י"א באה"ע סי' צ' אם מכר המכר בעל ע"ש וכיון דהלכתא כרב יהודא הנ"ל שפיר מקשה רב שישא הנ"ל דאי שכירות ליומא ממכר אמאי כהן השוכר פרה אינו רשאי להאכיל כרשיני תרומה ומעתה י"ל הא דלא נחית רמי בר ייבא לאתקפתא הנ"ל שאפשר סובר הוא כרב אמי שחולק ארב יהודא הנ"ל וסובר שהדין עמו ולדידי' יכולין לומר שלענין האכלת תרומה בעינן ק"ג ממש ולכך כהן השוכר פרה אינו מאכיל כרשיני תרומה דאף ששכירות ניומא ממכר מ"מ ממכר כזה שאינו עולמי' לא מקרי ק"ג ממש ומעבדי צ"ב לא קשה דהתם הוי ממש לשיטת רב אמי שהדין עם הבעל:

ובפשיטות יותר אפשר לומר לכאורה לפמ"ש בשו"ת מהרי"ט סי' מ"ד בפלפולו שם בדין מציאה בבית המושכר אם שייך המציאה לשוכר או למשכיר כ' בזה"ל וצ"ע גם אם שייך זה בפלוגתא דק"פ כקה"ג ומדברי תשובת רבינו אביגדור מבואר שהוי ק"פ ואף שפסקינן שק"פ אינו כקה"ג מ"מ שייך המציאה להשוכר שגם זה מכלל הפירות כן נ"ל בכוונת דבריו יעו"ש ולפי"ז י"ל דמה שאין ק"פ מועיל להאכיל בתרומה למ"ד ק"פ כקה"ג נלמד מקרא פ' אמור וכהן כי יקנה נפש קנין כספו וגו' ובכלל קנין אינו רק אם הוא במכירה אבל לא בשכירות דשכירות ליומא לאו קני ואינו מקרי קנין וכיון דמומעט שכירות ממילא נשמע דק"פ לאו כקה"ג לענין תרומה דאל"כ אמאי אין שכירות מאכיל הא יש בו ק"פ. וכ"ז לפי האמת דשכירות ליומא לאו ממכר ואינו בכלל קנין כספו אבל לדברי רמי שסובר שכירות ליומא ממכר ונוכל לומר שגם שכירות בכלל הקרא דקנין כספו אין לנו מיעוט דק"פ לא יאכיל בתרומה למ"ד ק"פ כקה"ג ושפיר מקשי מתרומה. אבל צ"ע דלכאורה מוכח מפשטא דקרא תושב כהן ושכיר לא יאכל שקאי על נרצע ועל הקנוי קנין שנים וכ' רש"י בחומש בא הכתוב ולימדך כאן שאין גופו קנוי לאדוניו לאכול בתרומתו ואי ס"ד דגם ק"פ יאכל מה בכך שאין גופו קנוי הא יש לו בעבד זה ק"פ והנה למ"ד דעבד עברי אין גופו קנוי י"ל כיון שבעברי ליכא כלל קנין גוף בשום אופן אין לומר ק"פ כקה"ג אבל לרבא שסובר בקידושין דף ט"ז דע"ע גופן קנוי הרי שיש קנין הגוף בעבד ואחרי שעכ"ז אסור לאכול בתרומה הרי דגלי קרא דבעינן לענין אכילת תרומה קנין גוף עולמי וא"כ איך אפשר לומר כיון ששכירות ליומא ממכר תהי' הבהמה אוכלת בתרומה וכי עדיפ' מעבד שגופו קנוי עד היובל ואינו אוכל ומה מקשי מכהן

ששכר פרה מישראל וכמו כן קשה לרב יהודא הנ"ל שסובר הדין עמה ואין להבעל קנין עולמי בעבדי אמאי אוכלים בתרומה כשהיא חללה וצ"ע:

נחזור לענין ראשון שלפ"ד הר"ן בנדרים קנין שאינו עולמי לא חשיב רק ק"פ וא"כ א"א לקדש אשה רק על שלשים יום משום דבאשה צ"ל קה"ג וכשמקדשה רק על זמן לא מיקרי קה"ג יעו"ש. כמו כן י"ל לכאורה שאף אם חיוב אונסים מחשב שיהי' כשל הגזלן מ"מ כיון שבעמוד והחזיר לבעלים קאי ואז יופקע חיובו של הגזלן באונסים הרי אין הקני' מצד אונסים רק לזמן דהיינו בעת שהוא תחת יד הגזלן ולמה יהי' עדיף זה מקנין ממש כשאינו אלא לזמן דלא מיקרי רק ק"פ וממילא למ"ד ק"פ לאו כקה"ג א"א לומר שיהי' חשיב כשל הגזלן מצד חיוב אונסים אבל ר' יוחנן לשיטתו שסובר בגיטין דף מ"ח ק"פ כקה"ג י"ל דחיוב אונסים לשעתה מחשב שיהי' כשל הגזלן וא"ש בזה דברי רש"י בסוגיא דרבוצה אליבי' דר' יוחנן דלשיטתו כשהגביה והרביצה שנעשה גזלן עלי' ונתחייב באונסים נעשה כשלו ויכול לאוסרה ומיושב בזה קושי' התוס' מה דפריך שם על רש"י מהא דמקשה הגמ' למ"ד אא"א דשא"ש מהמנסך אף דגם התם בהגבהה קני די"ל שסוגי' דהתם הוא אליבא דהילכתא דפסקינן ק"פ לאו כקה"ג וממילא כל קנין שאין עולמי לא מחשב קנין ע"כ א"א להחשיב לגזלן כשלו מצד חיוב אונסין משא"כ לר"י לשיטתו. ומעתה מיושב גם מה שמקשה בתוס' מדברי ר' יוחנן בעצמו שאמר גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אין יכולים להקדישו זה לפי שאינו שלו דכמו שמצינו לענין תרומה דגלי קרא דבעינן קה"ג ממש מדכתיב כספו כמו כן בעבד בדין יום או יומים כדאי' בפ"ק דף צ"א מדכתיב עבדו כך אפשר משמע לי' לר' יוחנן גבי הקדש דכתיב ביתו דהיינו דוקא קה"ג גמור ולכך שפיר ממעט מזה שאין ביד הגזלן להקדיש דשא"ש דאי משום חיוב אונסים הא זה אינו אלא לשעתא ואינו ק"ג ממש ממועט מביתו שהוא קנינו של עולם קנין עולם ולכך ר' יוחנן לשיטתו הוצרך להביא הך קרא ביתו דנשמע מיני' שאין ביד הגזלן להקדיש אף שלשאר דברים מחשב כשלו מצד חיוב אונסים אבל רבא לשיטתו שסובר ק"פ לאו כקה"ג אף בלא מיעוטא דביתו ידעינן שאין ביד הגזלן להקדיש דשא"ש דאי משום חיוב אונסים הא ז"א רק לשעתא ולא עדיפא מקנין לשעתא שאינו קה"ג ממש ואין בידו להקדיש רק זכות הפירות אבל לא הגוף שאין קה"ג נגרר אחר זכות הפירות וממילא אין להגזלן להקדיש כלום ולכך אמר רבא אי לפני יאוש ל"ל קרא פשיטא והיכא שיש לאדם ק"פ יכול להקדיש לפי שיעור זכות הפירות ולא הגוף וכדברי המשנה סוף פ"ז דערכין שדה מקנה אינו יוצאה לכהנים ביובל שאין אדם מקדיש דשא"ש ע"כ:

וסמוכין לדברי הנ"ל מדברי הגמ' בערכין דף כ"א ע"א הקדישו הדר בה היכי מצי מקדיש לה איש כי יקדיש את ביתו שמפרש התוס' שם שקאי אם השוכר הקדישו יותר מזכותו והרי מבואר דלולי קרא דכי יקדיש הי' אפשר לומר שביד השוכר להקדיש כולו וקשה מהיכי תיתי לומר כן א"ו כנ"ל דלמ"ד ק"פ כקה"ג אי לאו מיעוטא דביתו ס"ד שיכול השוכר להקדיש כולו וכאשר באמת לפי שיטת רש"י בסוגי' דרבוצה בדברי ר' יוחנן יכול הגזלן לאסור בהמת הגזילה דמחשב כשלו כנ"ל וראי' לדברי הנ"ל מדברי הרמב"ם פ"י דערכין הכ"א והוא ממשנה דערכין דף כ"ח] שכ' בזה"ל אין אדם מקדיש כו' כגון שהחרים בנו ובתו ועבדו ושפחתו העברי או שדה מקנתו שאין אדם מקדיש דבר שאין גופו שלו ע"כ הרי שמדייק שאין גופו שלו ודוק:

עוד בסוגיא הנ"ל [שם דף ס"ו ע"ב]

תוס' ד"ה דגזל קרבן דחברי' תימא ל"ל קרא כו' דהא המוכר עולתו לא עשה ולא כלום: והי' נראה לאוקמא בפסח שיכול למנות אחרים עמו על פסח כדמוכח בפסחים בפ"ט ע"כ והנה לכאורה קשה דלפי דברי רש"י בפסחי' דף צ' ע"א בד"ה דלא משייר דאביי שסובר דרבי סובר אף מדמי מקח שבקדושת גוף הבהמה לא שייר רק במעות משייר אינשי והממנה אחרים כו' מתנה בעלמא הוא דיהיב להו והנך יהבי לי' ממעות חולין מתנה יעו"ש וא"כ גם בפסח לא משכחת שום מכירה. א"כ קשה האיך קיבל אביי תשובתו דקרבנו אתי למעט גזל קרבן דחברי'. דהא אליבא דאביי ואליבא דרבנן שחולקים על ריה"ג שסובר קדשים קלים ממון בעלים לא משכחת קרבן דחברי' רק בפסח כמ"ש התוס' הנ"ל: ולשיטת אביי בטעמו של רבי אף שסובר שיכול למנות על פסחו ס"ל דלא הוי בפסח שיור וליכא גבי' מכירה וא"ל דאתי' כריה"ג דא"כ לא הי' צריכים התוס' לתרוצם. א"ו שכוונת' התוס' הוא דאכתי קשה לרבנן דריה"ג א"כ קשה כנ"ל:

וי"ל דהנה עיקר קושי' התוס' יש מקום עיון בהקדים לשון הרמב"ם פ"ד מהלכות מעילה הלכה ח' שכ' בזה"ל המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום. ודין תורה שיחזרו המעות חולין כמו שהיו כו' ואין כאן מעילה לא מד"ת ולא מד"ס ע"כ ובפ"ו הלכה י"א מהלכות ערכין כ' בזה"ל מחרים אדם בין קדשי קדשים ובין קדשים קלים בין חרמי כהנים בין חרמי בדה"ב כו' הי' נדבה והחרימן כיצד פודין אותן אומדים כמה אדם רוצה ליתן בבהמה זו להעלותה עולה שאינו חייב בה וכל הנותן אותו שיעור יקריב בהמה זו נדבה כמו שהיתה ע"כ מבואר מזה שקרבן עולה נדבה נקרב עבור איש שנתן כפי אומד הנ"ל והוא סותר לכאורה דברי הגמ' הנ"ל ודברי הרמב"ם בעצמו בהלכות מעילה הנ"ל דאין

מכירה בעולה ורש"י על הך משנה דערכין דף כ"ח ע"ב כ' בזה"ל אומדים אותו כו' ובאותן דמים יתן זה כו' הרי שדקדקו יתן זה שנשאר הקרבן לעולה עבור בעליו שעליו מוטל ליתן להקדש כשיעור טובת הנאה אבל על הרמב"ם שמבאר להדי' שגם אחר הנותן דמי אותו טוה"נ מקריב בהמה זו לנדבה דהיינו לנדבת עצמו כאלו העולה שלו קשה כנ"ל דהא המוכר עולתו לא עשה ולא כלום וצ"ל לכאורה שהרמב"ם סובר שאין הטעם במניעות במכירות עולה ושלמים משום שצריכות נקרבת לשם בעלים הראשונים דא"כ אף לריה"ג שסובר קדשים קלים ממון בעלי' מהראוי שלא יועיל המכירה והרי שם בפסחים דף צ' מבואר בדברי אביי דלריה"ג מוכר אדם שלמיו והא אף לריה"ג לאחר שחיטת הקרבנות אף בקדשים קלים אמרינן משלחן גבוה קא זכי ואין תועלת במכירת שלמים מצד ממון בעלים רק שיהי' נקרב על שם השני דאל"כ למאי מכור דאי לאכילת הבשר הא בעת שיגיע היתר אכילה אין שם בעליו עליו ואף שמכירה היא מחיים אם אינה רק על אכילה הוי כמכר ממון גבוה א"ו שמכירה היא שתהי' נקראת שלמים של הקונה ונקרבת על שמו' וכיון שנשמע מזה דבכה"ג לא נקרא שינוי בעלים כיון שבשעת הקרבה שייכא להלוקח והוא בעליו כ"כ אם לא הי' איסור אחר במכירו' עולה לא הי' מנוע מצד שינוי בעלים א"ו שטעם הברייתא דמוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום הוא כיון שכבר הקדישו והוא ממון גבוה אין לבעלים בו זכות מכירה אבל לריה"ג דקדשים קלים ממון בעלים יש לו זכות מכירה מעתה י"ל בדוקא מכירה אסורה אבל במקדיש לבדה"ב אין שם מכירה ואינו בכלל מוכר והטוה"נ שייך להקדש עולתו ולכך ביד הנותן הטוה"נ להקדש להקריב העולה לנדבת עצמו ומיושב דברי הרמב"ם הנ"ל:

אבל לפי"ז נשאר על הרמב"ם קושי' המל"מ בהלכות מעילה דלמה פסק דהמוכר שלמיו לא עשה ולא כלום הא הוא סובר כריה"ג דקדשים קלים ממון בעלים הוא ולולא דברי הנ"ל הי' אפשר לומר כתירוץ הצל"ח בפסחים דאביי סובר למימר כך דלריה"ג יכול למכור שלמיו אבל מדברי רב אושעי' דמוקי בממנה זונה על פסחו. ולא מוקי כריה"ג מוכח דלא כסברת אביי רק שאף לריה"ג המוכר שלמיו לא עשה ולא כלום משום שינוי בעלים כן תורף כוונת הצל"ח וקיימתי כן בהשקפה הראשונה מסברא דנפשי אבל לפי דברי הנ"ל נסתר תירוץ זה והוכחה גלוי' מדברי הרמב"ם. בהלכות ערכין דבכה"ג לא מיקרי שינוי בעלים ומה שאמרו בהמוכר עולתו ושלמיו אינו רק מטעם שאין מכירה בהקדש קדושת מזבח וכמו שאין לכהני' זכות מכירה בחלקם שזוכין משלחן גבוה הנלמד מקרא כדאי' בקידושין דף נ"כ ונ"ג ע"ש שלמ"ד קדשים קלים ממון גבוה לא ידעי איסור מכירתו רק מקרא האמור גבי חלק כהנים. וצ"ל דסברא פשוטה היא שאין

לחלק ביניהם כמו כן אף מחיים בקדשים קלים למ"ד שממון גבוה הם משעת הקדש אין בו לבעלים זכות מכירה. רק שאין מחזיקים טובה זה לזה מחמת אותו כיבוד כמ"ש התוס' בחולין דף ק' ע"א ד"ה שאני דלכך לא מיקרי חתיכות חטאת ראוי' להתכבד משום דאין מחזיקין טובה זל"ז דלכל בני אהרן תהי' איש כאחיו כתיב וכוונתו דלדברי הגמרא בקידושין דף נ"ג שנלמד מפסוק זה שאין מכירה בחלק הכהנים בקדשים יעו"ש עכ"פ מבואר מזה דאף שמכירה אסורה מ"מ במתנה בלי החזקת טובה מותר ומדברי רש"י בפסחים דף צ' שכ' מתנה בעלמא הוא דיהיב להו והנך יהיבא לי' מעות קלי מתנה כו' מבואר דאף בהחזקת טובה גלוי מותר ליתן במתנה ואף למ"ד שסובר קדשי' קלים ממון גבוה דהא דברי רש"י הנ"ל המה אליבא דרבי דאתי' הברייתא הממנה אחרים עמו על פסחו וסיפא דהך ברייתא המוכר עולתו ושלמיו כו' כוותי' הרי אף שסובר שאין מכירה בשלמים מ"מ מותר למנות אחרים על פסחו היכא שנותן להם חלק בפסחו דרך מתנה ואף שכנגד זה נותנים ממעותיהם מתנה לו ומתנה זו גבי פסח הוי הקנאה מחיים וגופא של הבהמה להממנים עמו דאל"כ לא מיקרי פסח שלהם ויקחו להם כתיב הרי שאף מתנה אינו בכלל מוכר עולתו ושלמיו וכ"ש היכא שהזכי' באה מצד יאוש בעלים וא"כ אינו מובן קושי' התוס' הנ"ל די"ל אף דמוכר עולתו לא עשה כלום מ"מ אי לאו קרבנו ה"א שזכה הגזלן ביאוש ונקרב הקרבן לעצמו גם על תירוץ התוס' חוץ מה שכבר הערותי כנ"ל קשה לי עוד דהא תירוץ דרבא דקרבנו אתי למעט גזל קרבן דחבירו הוא אליבא דרבה ולגירסת איזה מהקדמונים השיב רבה בעצמו תשובה זו לאביי ובסוגי' הנ"ל בפסחים פליגי רבה ור' זירא חד אמר כו' כי פליגי במצה ומרור דרבי סובר כיון דהכשרו דפסח כפסח דמי כו' יעו"ש וכיון שאמרו חד אמר הרי לא ברור מי אמר ויכול להיות שרבה הוא שאמר כן ולפי"ז גם לרבי אף בפסח לא התירה התורה למכור רק לצורך מכשירי פסח דחשוב כגופא דפסח וא"כ אכתי לא צריכין קרבנו למעט ק"פ דחברי' דהא בגזילה אין להנגזל תוטלת להכשירו של פסחו במה שיש להגזלן זכות להקריב לעצמו הפסח שנגזל ממנו ובשארי קדשים קלים אף לצורך הקרבן אין לרבי היתר מכירה כדמוכח מברייתא הממנה אחרים כו' דאתי כוותי' דרבי וסיפא ברייתא המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום גם לשון רש"י שם בב"ק בל"א בגזל קרבן דחברי' הלכך אפי' לאחר יאוש לא קניא דקרבן אינו נגזלת דכל היכא דאיתא ביה גזא דרחמנא איתא ע"כ אינו מובן לכאורה בשלמא אם היינו דנין על ההקדש עצמה שאין הבהמה יוצאת מקדושתה מצד הגזל היה שפיר דברי רש"י דכל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא ומטעם זה אמרו בגמ' חולין קל"ט דקדשים שמרדו אינם יוצאים מקדושתן אבל הכא שהגזלן מביאה לקרבן

ולא נפקא מקדושתה ואין לדין רק מדין זכות הנגזל באותו קרבן אם נפקא ע"י יאוש או לא וא"כ אף שכל היכי דאיתא בי' גזא דרחמנא איתא עכ"ז יוכל להיות שסר זכות הנגזל שהי' לו באותו קרבן מקום בחזקת הגזלן שקנהו ביאוש והי' הקרבן קרב עבורו ואף שקרבן אינו נגזלת מ"מ זכות הבעלים אשר להם בקרבן למה לא יהי' נגזל וצ"ל שסובר רש"י טעמא גופא משום דכל היכא דאיתא כו' הוי משעת ההקדש כולו ממון גבוה ולאו דבעלים ולכך אין ביאושם כלום אבל לשיטות התוס' שמפרשים דקרא דקרבנו קאי על פסח שיש להבעלים בו זכות ממון שיכול למנות אחרים עמו לקחת מהם ממון לעצמו וזה הוי דין ממון גמור בודאי קשה כנ"ל למה לא יועיל היאוש שיזכה הגזלן כאלו הי' קונה בדמים ולמה נאמר לענין זה דקרבן אינו נגזלת והרי לר' שמעון שסובר דהגל"מ כממון דמי הגונב קדשים שחייב באחריותן משלם כפל דקרינן בי' וגונב מבית האיש כדאי' בב"ק ע"ו ע"א ואף שקדשים עצמן כל היכא דאיתא בי' גזא דרחמנא מ"מ מיקרי מבית האיש מצד גניבת זכות הבעלים אשר להם באותן הקדשים מטעם גל"מ מכ"ש שיהי' שם גזילה בפסח מצד גניבת זכות הבעלים אשר להם למכור לאחרים וצ"ל דלפי התוס' דקאי על פסח אין הטעם כדברי רש"י אלא הטעם פשוט משום דהוי לגבי גזלן מהב"ע דהא דלא מקרי מהב"ע בגזל חולין והקדישו אחר יאוש הוא משום דקני ביאוש קודם שבאה המצוה אבל הכא בגוזל ק"פ שהגזלן רוצה לזכות מצד היאוש שיהיה נקרב על שמו והוי קנין היאוש והמצוה באים כאחד ע"כ אף שסר זכות הנגזל מה שהי' לו בק"פ מצד יאושו וקם בחזקת הגזלן למהוי הוא כבעל הקרבן משעת היאוש ואילך הוי מהב"ע ולכך מיעטו קרא דקרבנו אבל רש"י לא נחית לזה ולכך הוצרך רש"י לטעמא דאין קרבן נגזלת וממילא מוכח שרש"י לא מפרש כפי' התוס' דקרבנו קאי באם אין ענין כו' על ק"פ דהא גבי ק"פ לא שייך טעמא של רש"י הנ"ל וכדי שלא יושאר על רש"י קושית התוס' צ"ל כנ"ל דאף דליכא מכירה בעולה מ"מ כשהקני' ע"י היאוש אינו בכלל מכירה ועדיפא ממתנה דשרי לרבי בק"פ אף לדברי אביי שסובר רבי דפסח לא משייר אינשי מותר למנות אחרים על פסחו דרך מתנה וצ"ע על התוס' שלא נחתי לתרץ כן דרק מכירה ליכא בקרבנות אבל מתנה אין בכלל זה כדמוכח מדברי אביי שם בפסחים דאי אין לחלק בין מכירה למתנה א"כ לרבי דממנה אחרים על פסחו ונוטל דמים הוא אף דרך מכירה א"כ משכחת גם באתנן זונה בממנה זונה על פסחו ולמה אמר אביי אי לאו דרב אושעי' הוי מוקמי כריה"ג כו' בפסח לא משייר אינשי דכוונת דברים אלו מורים להדי' כפירש"י כלומר דאי לאו דר"א לא הי' אביי מוקי בממנ' זונה כו' דזה הוי כמכירה

ועל דעתו אליבא דרבי גם בפסח לא התיר רק במתנה הרי שיש חילוק בין מכירה למתנה וה"נ בגזילה שבא ע"י יאוש אין שם מכירה עלי' וצ"ע:

אך י"ל דהחילוק בין מכירה למתנה תלוי במקור הדין מהיכא ילפותא מניעת מכירה בקדשים דלפ"ד הגמ' בקידושין דילפינן מפסוק וזה יהי' וגו' מן האש מה אש לאכילה אף הוא נמי לאכילה. ואף דזה לא נאמר רק בקדשי קדשים גם שארי קדשים וחלק הבעלים ילפינן מינה כמבואר שם במפורשים דלמ"ד קדשים קלים לאו ממון בעלים הוא אפי' במה מצינו בחלק הכהנים בקדשי קדשים וכיון שהלימוד הוא מאש מה אש לאכילה כו' גם מתנה אסורה דלא ניתן זכות בחלק הגבוה הן לכהני' הן לבעלי' רק לאכיל' ולא זכות מכירה או מתנה אבל לפ"ד אביי שם דנלמד מפסוק שאין חולקים דמים יעו"ש י"ל דרק מכירה אסור ודע שבירושלמי שם בקידושין אי' שלכך המקדש בחלקו אינו מקורשת דאתי' לי' ממעשר בהמה מה מפשר בהמה איך מקדשין בו את האשה אף כל הקדשים אין מקדשין בו האשה עכ"ל ויעוין במעשר שני פ"א משנה ב' דאי' מעשר בהמה אין מוכרין אותו תמים חי ס' ואי' בבכורות דף ל"ב ע"א ואינו במכר מנה"מ כו' אמר ר' יוחנן כאמר לא יגאל במעשר ונאמר לא יגאל בחרמים מה להלן מכירה עמו אף כאן מכירה עמו כו' רב אשי אמר לא יגאל דמעשר לא ימכר הוא כו' יעו"ש מעתה י"ל ע"פ דאיתא בבכורות דף נ"ב ע"ב דהיכא דכתיב מכירה אין מתנה בכלל רק אי איכא רבוי גם על מתנה וכן אי' במשנה בערכין אחד הלוקח ואחד הנותן לו במתנה שנאמר לצמיתות גם במע"ש פ"א מ"א אין מוכרין אותו כו' אבל נותנים זה לזה מתנת חנם ואמרינן שם בירושלמי מתני' כר"מ דאמר אין מתנה כמכר אמר ר' יוסי דברי הכל הוא כו' דלמ"ד מתנה אינו כמכר מותר אפי' במתנה גמורה ולמ"ד מתנה כמכר אין מותר במתנה כלל רק להזמין זל"ז מותר והנה מה שתולה הירושלמי דין מתנה כמכר בפלוגת' דר"מ ורבנן נראה שהכוונה על פלוגתת ר"מ ורבנן בבכורות הנ"ל דלר"מ מתנה אין חוזרת ביובל דמכר הוא דאמר רחמנא ליהדר מתנה לא ולרבנן שגם מתנה חוזרת נראה שס"ל דמתנה כמכר אמנם לפי תלמוד בבלי נראה דלא פליגי רבנן על ר"מ מצד דמתנה כמכר רק מרבוי אתיא להו כדאמרינן שם בגמ' מ"ט דרבנן תשובו לרבות מתנה וכן בערכין יליף מצמיתות:

היוצא מזה לפי סוגי' הבבלי היכא דלא גלי קרא בהדיא אין מכר כמתנה לכ"ע ודלא כהירושלמי הנ"ל אמנם מדברי הגמ' בקידושין נ"ד ע"ב שמקשה אילימא ר"מ הוא מי מצי יהיב לי' במתנה דאמר מעשר ממון גבוה מבואר דאף לר"מ שסובר דמתנה אינו כמכר מ"מ כיון דממון גבוה הוא לא מצי יהיב לי' דהוי כאלו אינו שלו וכן לשון הרמב"ם

פ"ג מהלכות מע"ש מעשר שני ממון גבוה שנאמר לה' הוא לפיכך אינו נקנה במתנה והנה דברי הברטנורה בפ"א דמע"ש מ"א שכ' בזה"ל אבל נותנים זל"ז מתנת חנם כגון שמזמינו לאכול עמו וד"ה הוא אבל לתת לו במתנה ממש לדברי האומר מתנה כמכר אסור עכ"ל צ"ע בתרתי חדא שנמשך אחר דברי הירושלמי שתלי בפלוגתא אי מתנה כמכר והרי לפי סוגית הבבלי ס"ל לכ"ע אין מתנה כמכר רק היכא דגלי קרא שנית דלפ"ד הגמ' בקידושין נ"ד אף לדברי ר' מאיר דמתנה אינו כמכר מ"מ ליתא מעשר במתנה ולקושי' השני י"ל דמה שאי' בקידושין דליתא במתנה אף לר"מ הוא רק לענין דין קני' דכיון דממון גבוה הוא אין הניתן לו קונה אותו שיהי' כשלו ויצטרך להוסיף חומש בפדיונו אבל עכ"ז ליכא איסורא בנתינת מעשר במתנה דרק מכירה אסורה בקדשים ומתנה אינו כמכר אבל למ"ד מתנה כמכר אף איסורא איכא וזה היא שכ' הברטנורא דלמ"ד מתנה כמכר אסור אבל למ"ד דאינו כמכר אף שעכ"ז אין בו דין קני' דממון גבוה הוא מ"מ לא עביד איסורא לפי"ז צ"ע דברי רש"י הנ"ל בפסחים מה שמפרש אליבא דאביי שהתיר בממנה על פסחו הוא אליבא דרבי מצד מתנה הא בפסח צריך שיהי' לכל המנוים חלק בגוף הבהמה מחיים שנאמר ויקחו להם איש שה וא"כ היכא שהקדיש אדם תחלה בהמה לפסחו ונעשה ממון גבוה משעת הקדש דהא רבי לא ס"ל כריה"ג דקדשי' קלים ממון בעלים דהא תני בהך ברייתא דהממנה המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום וא"כ אף אם אין איסור נתינת מתנה בקדשים כ"א מכירה מ"מ הא מבואר שם מהיות משה כו' רבי אומר אף מכדי מקח מבואר דמקרא יליף רבי דמותר מדמי מקח וצ"ל דאי לאו קרא הי' לאסור אף במתנה שהוא בחזקת טובה ממנו שכנגדו מה שנותך לחבירו חלק בפסחו נותן לו חבירו במתנה מדמיו וגלי קרא דבפסח מותר כה"ג כן צריכין לפרש אליבא דאביי בשיטות רבי וא"כ י"ל עוד דאי לאו דגלי קרא לא הוי ידעינן כלל שמועיל מתנה בחלק הפסח דמסברא חיצונה הוא דאף דאינו כמכר מ"מ אין זכות קני' להנותן לו במתנה דממון גבוה הוא כנ"ל וסובר אביי דאף דגלי קרא דיש קני' בפסח עכ"ז דרך מכירה אסור כמו בכל הקדשים שאסורים במכירה כדברי הירושלמי שנלמד ממעשר בהמה וקרא דפסח לא אתי רק להורות דבפסח יש קני' ויכול במתנה בהחזקות טובה וכיון דאתינן להכא א"ש דברי התוס' בב"ק ויפה הקשו כיון דמוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום והיינו משום דאין צד קני' בממון גבוה א"כ אף ביאוש אי אפשר לגזלן להיות לו זכות קני' בקרבן ול"ל קרא דקרבנו. ולזה מתרצים שפיר דקאי באם אין ענין על ק"פ דבי' גלי קרא שים קני' להממנים עליו ואף שלדברי אביי בשיטות רבי גם בפסח ליכא מכירה כ"א במתנה עכ"פ כיון שיש קני' ע"י מתנה כמו כן ה"א שיש לגזלן קני' ע"י

היאוש ובזה י"ל ג"כ מה שהקשתי דאם רבה סובר דפליגו במצה ומרור ואף רבי אינו מתיר בפסח למכור כ"א לצורך מצה ומרור דהוי כגופא דפסח א"כ נשאר קושי' התוס' ל"ל קרבנו דהא גם בפסח ליכא מכירה די"ל דרק לענין עצם המכירה שאסורה בכל הקדשי' ואישתרי גבי פסח הוא דאמרינן דלא אישתרי רק לצורך הפסח אבל במתנה דליכא איסור רק שבכל הקדשים אין תועלת במתנה שאין להנותן זכות קני' משא"כ גבי ק"פ דגלי בי' קרא שיש קני' ע"י מכירה ולענין זכות הקני' מה לי מכירה או מתנה מעתה א"ש תירוץ התוס' דקאי הקרא על ק"פ אף לרבנן דפליגי עלי' דרבי וסוברים מכדי אכילה ולא מכדי מקח דכל זה רק לענין איסור מכירה אבל במתנה גם לרבנן מותר בק"פ שהמתנה אין בכלל איסור מכירה אף בשארי קדשים רק שאינו מועלת ובפסח שמצינן בי' קני' לאחרים אין מניעה בהקנאה ע"י המתנה כמו כן ה"א שהגזלן קונה ע"י היאוש ולכך הוצרך קרבנו למעט:

ודע דלפי דברי התוס' הנ"ל דלא משכחת מכירה בקרבן כ"א בקרבן פסח יש לי מקום עיון. דהנה אי' בגיטין דף נ"ה ע"ב גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר כו' כרת מדבריהם מי איכא כו' כרת שע"י דבריהם כו' אוקמוה רבנן ברשותי' כו' ופרש"י אוקמוהו רבנן כו' כי היכא דאוקמה ברשותי' לענין כפרה וקשה לכאורה דלעולא לא הי' התקנה להכשיר הקרבן כ"א מהקרבנות שהכהנים אוכלין מהן. וממילא בק"פ שאינו נאכל אלא למנוייו לא היתה התקנה ולפי דברי התוס' הנ"ל דלא משכחת מכירה בקרבן כ"א בקרבן פסח ומדנקט בהך משנה טבח ומכר ע"כ גם בפסח מיירי והא בפסח גזולה לא היתה התקנה ואסורה להקרבה ולפי דברי רש"י לעיל בעמוד א' נראה לפי האמת היכא דאינו קדוש מצד התקנה הוי חולין גמורה לכאורה י"ל דלסוברים דאף במוכר לפני יאוש דלא אהני מעשיו כלל חייבי ד' וה' על המכירה כמו כן במקדיש לפני יאוש כמ"ש התוס' בב"ק דף ע"ט אף דלא חל ההקדש כלל י"ל דהך ומכר קאי אף על שארי הקרבנות החטאת ושלמים ואיצטריך לאשמעינן דפטור מדו"ה משום דלאו דידי' קא טבח ולולי טעם זה הי' חייב דו"ה אף דמכירה אינה מכירה כלל כדין המוכר שלמיו לא עשה ולא כלום מ"מ אף בלא הועילו מעשיו חייבו התורה דו"ה אבל אי קשי' הא קשי' לרב ששת דסובר בב"ק דף ס"ח ע"א דלא מחייב דו"ה על מכירה כ"א היכא דאהני מעשיו כגון לאחר יאוש והוא סובר ג"כ שיאוש לא קני ולדידי' לא מתפרש מתני' דחטאת גזולה אלא כעולא דלרב יהודה צ"ל דיאוש כדי קני ואין לומר דרב ששת מוקי הך גנב והקדיש כשהקדישו בעלים ביד גנב. וע"כ צ"ל שסובר כצנועין שיכולין להפקיר ולהקדיש דבר שאינו ברשותו ויקשה לפי"ז לפי מ"ש הפנ"י בגיטין דלכך אין מועיל יאוש כדי מטעם הפקר משום דאין הנגזל

יכול להפקיר כשהוא ביד הגנב וכיון שרב ששת סובר דיאוש כדי לא קני. ע"כ סובר דאין יכולים להפקיר דבר שאינו ברשותו וא"כ לא משכחת אליבי' הקדש בעלים ביד גנב ואוקמתא זו הוא רק לשיטתי' דסובר יאוש כדי קני ושפיר מצי סבר כצנועין אבל לרב ששת א"א לומר כן וצריכין לומר לכאורה דרב ששת ל"ל מהב"ע ולא דריש קרבנו למעט גזל חולין והקדישו והיכא דגזל והקדיש דהוי יאוש ושינוי רשות כשר לקרבן ולא היתה התקנה בחטאת גזולה רק כשנודעה לרבים ולא תהא מכפרת כדברי רב יהודה ובלא נודע קם אדינא דאורייתא שהוא קרבן כשר וכן בהקדיש בהמה גזולה לקרבן פסח מתכשר להקרבה. וא"ש דברי המשנה דגנב והקדיש ואח"כ מכר ואף דבחטאת ופסח המקדיש חייב באחריות ולא מיקרי שינוי רשות מ"מ נגמר ההקדש ביאוש ושינוי השם מעיקרא חולין והשתא הקדש כדברי הגמ' בב"ק דף ס"ז ע"א ובתוס' שם דמעיקרא חולין אמנם א"כ קשה לרב ששת למאי אתי מיעוטא דקרבנו וא"ל כדמתרץ רבא בב"ק דף ס"ו ע"ב דגזל קרבן דחברי' דהא לישנא אחרינא ברש"י שם וכן מסקנת התוס' הכוונה בזה לאשמועינן התורה במיעוטא דקרבנו ולא הגזול דהיכא דגזל קרבן דחברי' שאינו מתכשר להגזלן דה"א היכא שנתייאשו הבעלים עולה לרצון לגזלן שקנאה ביאוש וקמ"ל דלא מהני יאוש בקרבן וכל היכא דאיתא ביה גזא דרחמנא איתא וזה א"ש למ"ד יאוש כדי קני שאליבי' דרבה שסובר כן הוא שהוצרך רבא לשנוי' הנ"ל בגזל קרבן דחברי' אבל לרב ששת שסובר יאוש כדי לא קני למה לן מיעוטא על גזל קרבן דחברי' דהא אף אי ס"ד שמועיל יאוש בעלים בקרבן שלהם מ"מ נשאר בו הקדושה דקדושת מזבח אינה מפקעת בשום אופן ותו לא משכחת שינוי השם ע"י הגזלן. דגם בלעדו מעיקרא הי' הבהמה קדושה ובמה יקנה הבהמה כיון דיאוש כדי ל"ק וכיון שא"א לומר דקרבנו ממעט גזל קרבן דחברי' וע"כ למיעוטא אתי גזל בהמת חולין והקדישו וחטאת הגזולה שמכפרת ולא נודעה אינה קריבה ומכפרת רק מצד תקנת חכמים וכדברי עולא. וא"כ נשאר קושי' הנ"ל וכדי ליישב קושי' זו אקדים מה שנלע"ד לפלפל בסוגי' דב"ק דף ס"ה וס"ו שכתבו שם התוס' בד"ה דגזל קרבן דחברי' דהא אמרינן לקמן דף ע"ו גבי גנב שאם שחט תמימים לשם בעלים יחזירו קרן לבעלים כו' ולכאורה אינו מובן קושי' התוס' דהא אף לפי פרש"י אי לאו מיעוט דקרבנו על גזל דחברי' הי' באמת מתכשר הקרבן ורצוי לבעלים הראשונים וא"כ לר' יוחנן דס"ל יאוש ל"ק ואיצטרך קרבנו למעט גזל בהמת חולין והקדישו אחר יאוש ואליבי' ליכא מיעוט על גזל קרבן דחברי' לכך מקשה הגמ' שפיר אליבא דר' יוחנן דהא חזרה קרן לבעלים משא"כ למ"ד יאוש כדי קני וע"כ ממועט מקרבנו גזל קרבן דחברי' שאינו רצוי לבעלים הראשונים אמנם לכאורה עדיין יש מקום

לקושי' התוס' אליבא דר"ל דדחיק לקמן דף ע"ו ומוקי בשחט בעלי מומין בחוץ והיינו משום דהוי קשה לי' דאי בשוחט תמימים בפנים הרי חזרה קרן לבעלים והא ר"ל סובר דיאוש כדי קני וע"כ אתי קרבנו למעט גזל קרבן דחברי' שאינו רצוי לבעלים הראשונים וא"כ לא חזרו קרן לבעלים והקרבן כשר רק שאינו עולה לרצון וא"כ הוי שחיטה ראוי ולא חזרו קרן לבעלים דהא הבעלים צריכין להביא קרבן אחר:

ולכאורה י"ל עפ"י מה דאי' בנדרים דף ל"ב אמר רבא היתה לפניו ככר של הפקר ואמר ככר זו הקדש נטלו לאכלו מעל ומפרש הר"ן דמיירי שהי' מונח תוך ארבע אמות שלו ומגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי להקדש וכיון שלא היתה שלו מעולם ולא זכי בה כלל לעצמו אינו כגזבר עלה לכך אם נטלו לאכלו מעל ע"ש ולפי"ז קשה מאי מקשה הגמ' אי לאחר יאוש הא קני' ביאוש הא אף דיאוש כדי קני מ"מ אם הגזלן אינו רוצה לקנות לא קני כדאי' בסוגיא זו האי זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות א"כ איצטריך קרבנו למעט בגוזל בהמת חולין מחבירו וכשנתייאש הנגזל לא רצה הגזלן לקנותה לעצמו רק זכוהו להקדש וקני ההקדש וכיון שלא זכה לעצמו קודם שהקדישו שפיר ממועט מקרבנו ומאי מקשה הגמ' וצ"ל דא"כ למה תני בהך ברייתא קרבנו ולא הגזול דהא אף בהפקר משכחת כה"ג כשמוצא אדם בהמת הפקר ואינו זוכה לעצמו רק מקדישו ממועט מקרבנו אמנם לפי המבואר שם בר"ן דלכך חל ההקדש משום דדמי לדין מציאה המגביה לחבירו דקני חבירו כ"כ יכול להקדישו אף שאינו זוכה תחלה לעצמו ממילא נשמע דלמ"ד המגבי' מציאה לחבירו לא קני חבירו משום דחב לאחריני גם להקדיש דבר הפקר אינו יכול ועכ"ז נוכל לומר דדוקא בדבר הפקר הוא דאינו יכול להקדיש משום דחב לאחרים שהי' יכול אחר לזכות בו אבל בגזל ונתייאשו הבעלים אף שאין הגזלן רוצה לקנות לעצמו שפיר יכול להקדישו במגו דאי בעי זכי לנפשי' וחב לאחרים ליכא כאן. דהא אף אי לא הקדישו לא הי' אפשריות בעולם לזכות בו באותה בהמה מצד הפסד הגזלן שחייב בהשבתו ובתשלומי דמיה. וכדאי' להדי' בתוס' דף ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו וא"כ תו ל"ק ברייתא דקרבנו ולא הגזול די"ל דמיירי בגוונא דלעיל ומה שהקשיתי דא"כ למה תפס בברייתא ולא הגזול הא אף בהפקר שייך כן לק"מ דבהפקר אין בידו להקדיש משום חב לאחרים משא"כ בגזל דאינו חב לאחרים כלל א"כ א"ש קושי' הגמ' לשיטת רבא והסוברים כוותי' וכפי ההלכה דהמגבי' מציאה לחבירו קני חבירו וכמו שיכול הגזלן להקדיש כך כל מוצא הפקר יכול להקדיש כדברי רבא בנדרים הנ"ל אבל למ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו משום דחב לאחרים שפיר יש חילוק בין דבר הפקר לגזל ולפי"ז י"ל אליבא דר"ל שסובר כמ"ד המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו א"כ

הברייתא דקרבנו ולא הגזול יכול לאוקמא בגוונא דלעיל דלדידי' יש חילוק בין הפקר לגזילה ולא צריך לאוקמתא דגזל קרבן דחברי' דלאוקמתא זו ל"צ רק למ"ד המגביה מציאה לחבירו קנה חבירו א"כ לר"ל השוחט בהמה גזולה בפנים עולה לרצון לבעלים לכך צ"ל לדידי' בשוחט בע"מ בחוץ ומיושב קושי' התוס':

ובזה יש ליישב ג"כ הקושי' דלעיל על רב ששת דלפי שיטת רש"י בביצה ל"ט ע"ב סובר ר"ש המגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו דחב לאחריני וי"ל דקרבנו אתי למעט בגזל בהמות חולין ונתייאשו הבעלים ואף שיאוש ל"ק הי' בידו להקדישו דהוי יאוש ושינוי רשות או שינוי השם והוי בזה זוכה גם לנפשי' כמ"ש הישיש ב"ק פ"ז כמו שבארתי לעיל באריכות וכיון דאי בעי זכה לנפשי' יכול להקדישה אף כשאין בדעתו להיות לו בה זכי' בעת קניית ההקדש וחב לאחריני ליכא כאן שאין אדם אחר יכול לזכות בו והרי הבהמה קדושה קדושת מזבח רק שאין לה בעלים כי לא הי' דעת הגזלן לזכות בה כלל אף בעת קניית ההקדש ומומעט הקרא דקרבנו דבכה"ג אין הקרבן קרב כיון שאין לה בעלים ובבהמת הפקר לא משכחת כה"ג דהוי חב לאחריני ול"ק לשיטת רב ששת גם י"ל ששייך לומר הואיל ובעי זכי לנפשי' לגמרי ע"י שינוי ואף שינוי שאינו גמורה מועיל אחר יאוש אבל אין לומר דלרב ששת אתי קרבנו למעט גזל קרבן דחברי' וכפירוש ראשון של רש"י שאין עולה אף לבעלים הראשונים דהא דין זה אינו רק גזירת הכתוב דמצד הסברא ראוי שיעלה לבעלים הראשונים כמו שמקשה הגמרא אליבא דר' יוחנן הרי חזרה קרן לבעלים רק למ"ד יאוש קני דאי אפשר לומר דקרבנו אתי למעט גזל בהמת חולין ע"כ צ"ל שממעט גזל קרבן שלא יעלה לרצון ע"ש הבעלים אבל לר"ש שסובר יאוש ל"ק למה ליה לאוקמי בגזל קרבן דחברי' שיהי' גזה"כ נגד סברא חיצונה שלא יעלה לרצון לבעלים הראשונים מצד שהובא הקרבן להקרבה ע"י הגזלן טפי הו"ל לאוקמי למעט גזל חולין שיש בזה סברא שפסלה התורה משום דמהב"ע אינו מצוה: אך כ"ז א"ש רק לשיטת רש"י בביצה אבל לשיטת הקדמונים שם בביצה דרב ששת ס"ל המגביה מציאה לחבירו קני חבירו קושייתי הנ"ל וי"ל דהנה לכאורה אפשר לומר דמש"כ רש"י דלולי תק"ח הוי חולין בעזרה הוא רק אליבא דעולא דלשיטתו יוכל לומר כן אבל לרב ששת הוכרח לומר שסובר דלולי תק"ח הי' ג"כ קדוש רק שאינו כשר להקרבה כמ"ש רש"י בד"ה כרת כו' דאי"ל כו' ולא לענין הקדש כו' וא"כ לא קשה קושיתי הנ"ל לר"ש דאף בפסח לא הי' תק"ח להכשירו דהא לא שייך בי' שלא יהא כהנים עצבים מ"מ קדוש הוא ושייך עלה לישנא דמתני' גנב והקדיש ואח"כ מכר אמנם אחר העיון א"א לומר כן דהנה הרשב"א כתב דלכך לא הי' קשה להגמ' מדו"ה די"ל דמיירי בפ"מ לבדה"ב ומסיים

ע"ז כ"כ רש"י ז"ל וז"ל דבשלמא לענין דו"ה לא קשה לן דכי אמרינן דיאוש ל"ק לענין הקרבה ולא לענין הקדש כו' ע"כ מלשון זה של הרשב"א מורה או שמפרש בכוונת רש"י כדבריו בהקדיש בע"מ לבדה"ב או אפשר לומר שסובר הרשב"א שהכל אחת הן בהקדיש לבדה"ב או בהקדיש למזבח יש בה תפיסת קדושה. ולכאורה קשה לפ"ד התוס' בב"ק דף ע"ט ע"א דבהקדש לבדה"ב חייב דו"ה כדברי הברייתא שם והמתני' דגנב והקדיש מיירי בקדושת מזבח כיון שמכפר על בעלי' וצ"ל נשחט לשמו הוי כדידי' ולכך לא הוי כמכירה וליכא חיובא דו"ה על ההקדש ולפי"ז נשאר קושי' רש"י והרשב"א למה לא אותיב רבא ממאי דפוטר במתני' דגנב והקדיש מדו"ה וא"ל כתירוצו של הרשב"א דמיירי שהוקדש בע"מ לבדה"ב דא"כ קשה לחייב דו"ה על ההקדש עצמה כדפריך הגמ' בדף ע"ז ותירוץ הגמ' ל"ש בקדשי בדה"ב כמש"כ לעיל אך מקום יש לתירוצו של הרשב"א הנ"ל לשיטת האלפסי ורמב"ם שמביא הרשב"א בב"ק לדף ע"ט שאף בקדשי בדה"ב ליכא חיוב דו"ה ודחינן הברייתא דשם מקמי' מתני' דגנב והקדיש אבל לפי לשון שני שם ברשב"א להחזיק הסוברים כהתוס' דהברייתא לא פליגי אמתני' דהברייתא מיירי בקדשי בדה"ב שבהם יש חיוב דו"ה ומתני' דפטור מיירי בקדושת מזבח. א"כ א"א לומר כתירוץ הרשב"א וגם לא כתירוצו של רש"י אף אם כוונת רש"י שמיירי בקדושת מזבח ואינו קנוי להקרבה מ"מ קדשי' דקשה כנ"ל כיון דאין ראוי להקרבה אין שם בעלים עליו מהראוי שיחייב בדו"ה כמו בקדשי בדה"ב וצ"ל דאף קודם דאסיק כרת מדבריה' שמטעם הפקר ב"ד קנוי' להגזלן בקנוי שיהי' כדאורייתא: נודע ממתני' דקנין דרבנן יש להגזלן רק שקושי' רבא כיון דמדאורייתא לא ראוי להקרבה לא קרינן בי' אל פתח אוהל מועד וקושי' רש"י מדו"ה ג"כ הכוונה כנ"ל כיון דמדאוריית' אינו קדוש אף שמדרבנן קדוש מ"מ לחייב דו"ה דקרינן בי' וטבחו דהא דמרא קא טבח וע"ז מתרץ רש"י דאיכא למימר כו' אבל לא לענין הקדש וכיון דקדיש מדאורייתא לאו דמרא טבח אבל על ההקדש אף שאינו ראוי להקרבה אין לחייבו דהוי כמכירה להדיוט דהא מצד תק"ח כשר להקרבה ונקרב ע"ש הגזלן ומיקרי תורא דידי' דלא גרע ממכר ושייר לעצמו זכות מה דלא הוי כמכירה לענין דו"ה והרי בהקדש זה יש לו זכות גמור ונקרא ע"ש הגזלן ולא הוי כמכירה גמורה וכמבואר במלחמות פ' הגוזל דלא נקרא ומכרו רק כשלא נשתייר עליו שמו וזכותו כלל והרי כאן אף שאינו רק מדרבנן זכות מיקרי וי"ל דלכך כ' רש"י כרשב"א דבקדשי בדה"ב מיירי דרש"י סובר כהתוס' דבקדשי בדה"ב חייב דו"ה מצד ההקדש דהוי המכירה משא"כ בהקדיש למזבח כיון שמדרבנן חזי נקרא שמו עליו ואין לו שום מכירה גמורה ודברי הרשב"א לא א"ש רק לשיטת האלפסי ורמב"ם דבקדשי בדה"ב

ג"כ פטור מדו"ה היוצא מזה לשיטת הפוס' ולפמש"כ שגם רש"י ס"ל כן היכא שבהמה קדושה ופסולה אף מדרבנן להקרבה יש חיוב דו"ה מצד ההקדש כמו בהקדיש לבדה"ב וא"כ בהקדיש לק"פ שלא שייך בו שלא יהא כהנים עצבים דליכא תק"ח להכשיר הקרבן ואין בו רק קדושה יש חיוב דו"ה מצד ההקדש עצמה ע"כ א"א לתרץ אליבא דר"ש כנ"ל וע"כ צ"ל כמ"ש לעיל דקרבנו אתי היכא שלא רצה הגזלן לזכות בו והקדיש כשיטת רש"י דס"ל ר"ש דהמגביה מציאה לחבירו ל"ק חבירו אבל לשיטת הקדמונים שסוברים שר"ש סובר דקני חבירו יש לתרץ דברי רב ששת אליבא שיטות האלפסי ורמב"ם דגם בקדושת בדה"ב אין חייב דו"ה מצד ההקדש ול"ק על רש די"ל שסובר דקרבנו אינו ממעט רק מהקרבה אבל מיקדש קדשי ולכך פטור מדו"ה ועל ההקדש עצמה פטור דלא גרע מהקדיש לבדה"ב ודוק:

בסוגיא דיאוש לקרקע

הנה הטור חו"מ בסי' ל"ז כ' אם מכר ראובן שדה הגזולה ליהודה ובא לוי לערער עם יהודה אין שמעון יכול להעיד לו להעמידה בידו מטעם דהראשון נוח לו והשני קשה שכשם שמוציאה מיד הגזלן כך מוציאה מיד הלוקח אפי' נתייאש קודם שמכרה ובסי' רל"ו כ' ואם יש שופטים בארץ והי' אפשר להוציאה מיד עכו"ם בדין ולא עשה אז ודאי נתייאש ותשאר ביד הלוקח ולא יתן לבעלים כלום ולזה הסכים הרא"ש ז"ל וכבר העיר ע"ז הדרישה ושארי קדמונים המוזכר בכפות חמרים בסוגיא דאוונכרי שבסי' ל"ז כ' דלא מהני יאוש בקרקע ובסי' רל"ו פסק דמהני יאוש בקרקע:

ונראה לי לתרץ בהקדם שהתוס' ב"ב דף מ"ד ע"א מקשה ע"ד רשב"ם שם שמפרש אין שמעון יכול להעיד שמיירי אף בנתייאש שאין יאוש מועיל בקרקע ומקשה ר"י הלא בירושלמי פ"ז דכלאים אי' דמהני יאוש בקרקע וגבי עבד משמע ג"כ דמהני יאוש אף דאיתקש לקרקע ובשמעתין דסיקריקון אור"י דמוכח נמי כן אע"כ דמהני יאוש בקרקע רק בקרקע אין הדרך להתייאש ולכאורה קשה על התוס' דהא מסוגיא דאוונכרי מבואר דלא מהני יאוש בקרקע יעו"ש בתוס' בסוגיא דאוונכרי. ונ"ל ליישב דהנה המל"מ פ"ג מגזילה מקשה על הרמב"ם שפסק דבכופר ונשבע בחמץ אחר שנאסרה בהנאה חייב קרן וחומש ואשם והוא בב"ק דף ק"ה יעו"ש בהשגות הראב"ד. דהא אי' בירושלמי ב"ק פ' הגוזל קמא ה"ג חילפי אמר נשבע לו קודם הפסח אחר הפסח משלם לו חמץ יפה כו' אין אית בר נש פליג על חילפי שאין משלם חמץ יפה הכל מודים בחמץ שמשלם חמץ יפה ולפ"ד הרמב"ם למה תפס הירושלמי בנשבע קודם הפסח הא אף בנשבע אחה"פ שכבר אסור בהנאה נמי שייך דין זה וי"ל דהנה בב"ק דף ס"ו אי' איתיבי ר"י לרבה גזל חמץ

ועבר עליו הפסח א"ל הש"ל והאי כי מטי זמן איסורא ודאי מייאש ואי ס"ל יאוש קנה אמאי א"ל הש"ל דמי מעלי' בעי שלומי א"ל כו' זה מתייאש וזה אינו רוצה לקנות ובדף ק"ג אי' הגוזל את חבירו ש"פ ונשבע לו יוליכנו אחריו למדי וכ' ברמב"ם בפ"ז דגזילה ד"ט שכבר נתייאשו הבעלים מאחר שנשבע ואינו בא עוד לתובעו הרי מבואר דכשנשבע הגזלן מייאש הנגזל ומ"מ חייב לשלם אף למ"ד דיאוש כדי קני דהקני' אינו רק לענין החפץ הגזול אבל הדמים בעד הגזילה נשאר לחוב על הגזלן ולא מיפטר ביאוש וכדברי הח"צ בתשובה דיאוש אינו פוטר מחוב מעתה א"ש דברי הירושלמי שסובר יאוש כדי קני גוף הגזילה ע"כ מיד כשנשבע הגזלן על החמץ בעודו היתר היינו קודם פסח אייאש הנגזל והגזלן קני דקודם שנאסר החמץ הי' חפץ לקנותו ויצא מכל וכל גוף החמץ מן הנגזל ולא שייך עוד הש"ל לכך חייב לשלם חמץ יפה משא"כ כשלא נשבע עד אחה"פ שכבר נאסר החמץ דאין הגזלן רוצה לקנותו ע"כ אף כשנתייאש כשנשבע מ"מ כיון שלא זכה בו הגזלן יכול לומר הש"ל ופטור מהקרן ואין עליו מחמת השבועה רק חיוב אשם אבל הרמב"ם לשישתו שסובר דיאוש אינו קונה אף כשנתייאש כשנשבע מ"מ לא זכה הגזלן וע"כ יכול לומר הש"ל ולכך השמיט הרמב"ם דין הירושלמי הנ"ל נמצא לפי"ז דדעת הירושלמי דכ"ע ס"ל יאוש כדי קנה ממילא אין ראי' מהירושלמי לסתור דעת הרשב"ם די"ל דהרשב"ם סובר דיאוש כדי לא קני ובקרקע כיון דאינה נגזלת דכל היכ' דאיתא ברשותי' דמרא קאי לא שייך שינוי רשות אבל הירושלמי לשיטתו דיאוש לחודא קני לכך מועיל גם בקרקע וכבר נתעורר ע"ז התוס' בסוכה דף למ"ד ע"ב ד"ה וקרקע שכ' בזה"ל ויש לדקדק מהא דתניא בפ' חז"ה מכר לו את הבית כו' דבקרקע לא מהני יאוש וכ"ת משום דקא סבר יאוש כדי לא קני וש"ר לא שייך בקרקע הא טעמא דיאוש ל"ק דבאיסורא אתי לידי' והכא גבי קרקע הרי נתייאש קודם שהחזיק בה הלוקח ע"כ ודברי התוס' אלו צ"ע דהא בב"ק דף קי"ד אי' נטלו מוכסין חמורו ונתנו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתייאשין מהן כו' תנא אם נטל מחזיר לבעלים הראשונים קסבר יאוש ל"ק ומעיקרא באיסורא אתי לידי' כו' יעו"ש ומפרשים דהתנא דברייתא סובר כיון דלא לקח חמור זה מדעתו לא הוי ש"ר ויאוש לחודא ל"ק גם גבי הנוטל שבאיסורא אתי לידי' ותנא דמתני' סובר שגם זה מיחשב ש"ר (יעוין דברי התוס' בב"ק ס"ז ע"ב שנחתו לסברא הנ"ל עוד יש כמה שיטות בביאור הסוגי' הנ"ל) עכ"פ מבואר מלשון הגמ' הנ"ל דאף לאחר יאוש מיחשב באיסורא אתי ליד הנוטלו אם אין הנטילתו שם ש"ר ממילא לא קשה מהירושלמי ע"ד הרשב"ם ואין הכרח לפירוש התוס' דיאוש קנה בקרקע:

אמנם י"ל דעכ"ז לכאורה יהי' הכרח לפי' התוס' לפי שיטות רש"י בכמה מקומות דיאוש מטעם הפקר והתוס' בב"ק ס"ו ד"ה כיון דבאיסורא שכתב שיאוש אינו כהפקר גמור דאל"כ אפי' בתר דאתי לידי' באיסורא יכול לקנות מההפקר יעו"ש ומדחה הפנ"י קושי' הפוס' והעלה מתוך סוגיא דצנועין דכשם שאין ביד הנגזל להקדיש דבר הגזול בעודנו ביד הגזלן כ"כ אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו ולכך אינו מועיל בגזילה יאוש מטעם הפקר והנה בב"מ דף ע"ב אי' מאי הוי עלה דמסותא כו' ת"ש דאר"נ ממון שאין יכול להוציאו בדיינים הקדישו אינו קדוש (ומפרש רש"י והאי נמי דחזינן לי' דאינו יכול להוציאו בדיינים שאין לו ראי' בדבר אין הקדישו קדיש) ומקשה הגמ' הא יכול להוציאו בדייני' הקדישו ואע"ג דלא אפקי והאר"י שניהם אינם יכולי' להקדישו ומשני מי סברת דמסותא מטלטלין עסקינן במסותא מקרקע עסקי' דכי יכול להוציאה בדיינים ברשותי' קיימי ע"כ הרי דבקרקע כשיש לו עדים שיכול להוציאה בדיינים יכול הנגזל להקדיש ממילא יכול להפקיר וא"כ קשה הא בסוגיא דב"ב מכר לו בית כו' מיירי שיש לו עדים ובפרט לפי לשון הטור חו"מ בסי' ל"ז שכתב אבל ר"י פירש דמשום חששא שנתרעם עליו בב"ד שגזלה ממנו אין לפוסלו לעדות אא"כ ידוע לנו שיש לו עדים שיכול לזכות בדין ובכה"ג מהראוי שיועיל יאוש כדי בקרקע ומטעם הפקר ולפי"ז א"ש שיטת הר"י שבתוס' ב"ב ול"ק מסוגיא דאוונכרי דשם מסתמא אין יכולים להוציאה מיד העכו"ם הגוזלים דמדקאמר שם בגמ' סתם עכו"ם גזלי ארעתא מישראל נינהו ע"כ מיירי דליכא שופטים בארץ שיוכל להוציאה ממנם ואין מועיל ממילא שבא ביאוש הנגזל משא"כ הכא כנ"ל:

ולפי"ז א"ש מה שקשה לכאורה ע"ד הר"י שמייתי ראי' מירושלמי דיאוש קונה בקרקע הא אדרבא בירושלמי מבואר דביאוש גרידא ולא נשתקע ליכא גבי כלאים רק איסור דרבנן ולפ"ד הנ"ל א"ש דז"ל הירושלמי נשתקע הבעלים ולא נתייאשו אסורים מדברי תורה נתייאשו ולא נשתקע אסורים מדברי סופרים ויש קרקע נגזלת אמר ר' לוי אעפי"כ יש יאוש לקרקע עכ"ל ולכאורה מלת יש אין מובן בקושי' ותירוצו של לוי גם אינו מובן דע"כ המקשן שהקשה ויש קרקע נגזלת כוונתו גם היכא שיש יאוש דבלא יאוש גם מטלטלין אינו נקנו להאנס. וא"כ לא א"ש שינוי' דר' לוי ואין זה כדרך קושי' ופרוקי רק כפלוגתא. גם קשה הא הקדים תחלה שאינו אסור רק מד"ס והתוס' בסוכה נחית לתירוץ זה יעו"ש. לכן נ"ל דבאמת לא עלה בדעת הירושלמי שלכך אסור מצד הכלאים שזרע האנס דא"כ אף מדאורייתא ליתסר והרי הירושלמי ביאר מקודם שאינו אסור רק מד"ס אמנם סברת הירושלמי שאין לגזור ביאוש ולא נשתקע אטו נשתקע בלא יאוש כי

אינם מסוג א' רק אם יש גוונא שקרקע נגזלת שפיר י"ל שאף בגוונא דאינה נגזלת אסור מד"ס אטו גוונא שקרקע נגזלת ולזה מקשה ויש קרקע נגזלת כלומר הא ליכא שום גוונא שקרקע נגזלת דאף שינוי מעשה וכדומה אין מועיל בקרקע וכיון דליכא שום גוונא לא שייך למגזר ולאסור מד"ס ולזה מתרץ ר' לוי אעפי"כ דאף דמשום קני' הגזילה ליכא גוונא בקרקע שתהי' קנוי' לגזלן מ"מ יש יאוש לקרקע ומצד הפקר כלומר שיש גוונא בקרקע שמועיל יאוש מטעם הפקר ויכול מחזיק השדה לאסור בזריעת כלאים דהיינו כשיכול להוציאה בדיינים דבכה"ג מועיל מטעם הפקר ומשם גזרו ואסרו מד"ס אף באנס שאין יכול להוציא ממנו בדיינים וכן סוגיא דסיקריקון המובא בתוס' דהיינו דין דסוף הסוגיא שהוא בגיטין דף נ"ח וכן מציין בהרא"ש יעו"ש שמשם מקור הדין שבסי' רל"ז דמיירי דיש שופטים בארץ ויכולין להוציאה בדיינים וכדאי' שם בגמ' אין אנפרות בבבל מ"ט כיון דאיכא בי דואר כו' יעו"ש ובכה"ג יכול הנגזל להפקיר קרקע אף כשעדיין ביד הגזלן ולכך מועיל יאוש גרידא ותו לא קשה ע"ד התוס' וע"ד הטור בסי' רל"ו מסוגיא דאוונכרי כנ"ל:

ודברי הטור בסי' ל"ז שפסק דאין יאוש בקרקע ובסי' רל"ז פסק דמהני יאוש נ"ל ג"כ ליישב דהנה לכאורה יש להקשות בסוגיא דב"ב הנ"ל דאי' שם בדף מ"ד ע"א ועוד קשיא לי' לאביי מפני שאחריותו עליו כו' מפני שהוא חוזרת מבעי לי' וקשה דהנה זה פשוט דאף היכא דיאוש קונה צריך הגזלן לשלם דמים ומצד הסברא גם בגזילות קרקע וביאוש היכא שמהני עכ"ז צריך לשלם דמים שדין קרקע אינה נגזלת אינו רק לענין שיכול לומר הש"ל בנתקלקלה מאלי' ובמכת המדינה אבל בנטלוהו מסיקין או המלך מחמתו של הגזלן כיון שאינו יכול להחזיר ולומר להנגזל הש"ל מחויב לשלם דמי' ומבואר כן להמעיין ברמב"ם פ"ט דגזילה ובאס"ז לב"ק ובב"ב דף מ"ב ע"ב איתא דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים ובמלוה בעדים גובה מבנ"ח דמאן דיזיף בצינעה יזיף אבל מאן דזבין ארעא בפרהסיא זבין ומפרש הרשב"ם הלכך אפסדו לקוחות אנפשייהו שאם חקרו הדבר הי' שומעין שמכר מוכר זה כבר קרקע באחריות מעתה י"ל לכאורה דבגזילה בעדים מהראוי לגבות הנגזל דמי גזילתו מהמשועבדים לשיטת הסוברים דהגוזל בעדים צריך להחזיר בעדים או בגוונא שהתרה הנגזל שלא יחזיר רק בעדים וע"כ צ"ל כן בסוגיא זו דחוששין גם לזה דאל"כ מה מקשה הגמ' ניהו דמגופא מייאש מדמי מי מייאש וא"כ הנגזל נוגע בעדותו שרוצה לתבוע הדמים מהגזלן ומשני הגמרא דמית גזלן וכתבו הפוסקים דמיירי שלא נשאר אחריות נכסים דאל"כ אכתי נוגע הוא שרוצה לתבוע מהיורשים למ"ד מלוה ע"פ גובה מהיורשים. ואי הי' הגזלן יכול

לטעון פרעתי בלא"ה א"א לגבות מהיורשים א"ו כדברי הנ"ל וא"כ קשה מה מקשה הגמ' חוזר מבעי' לי' הא אפשר לאוקמי שמירי שכבר נתייאש וכיון שיש לו עדים ויכול להוציאו בדיינים מועיל היאוש מטעם הפקר בקרקע אבל נגד דמי הגזילה אין מועיל כלל היאוש אף ביכול להוציאם בדיינים שהוי כמטלטלין וכיון שהיה הגזילה בעדים נשתעבדה קרקע הגזולה שזכתה הגזלן ביאוש על אותו החוב דלא גרע מאלו הי' גזלן שארי קרקעות שהי' הדין שמשועבדים כל חוב זה דבגזילה בעדים יוצא הקול ואף אם יאמר שבמוכר שדהו בעדים אין הדין לגבות ממשעבדי רק ביחוד עדים וכמו כן בגזילה לא מהני רק ביחוד עדים ומצאתי סמך לסברא זו מדברי הש"ע חו"מ סי' רמ"ו ס"ה גבי עידי מחאה על קרקע שגזלה ממנו יעו"ש עכ"ז איתא בחידושי הרמב"ן אפילו משום חששא בעלמא דלא מקבלין עדות בע"ד עד שיתברר א"כ יש לחוש שמא באמת יחד עדים במחאתו על הגזילה ואפקו לקלא ויהי' בידו לגבות דמי הקרקע ממשועבדים ע"כ הוי כנוגע בעדות והי' אפשר לומר דז"כ הגמ' מפני שאחריותו עליו שהאחריות מדמי הגזילה על הקרקע והמשועבדים כנ"ל והנה לכאורה עלה בדעתי לומר שאביי לשיטתו מקשה שפיר דבפסחים דף למ"ד אי' בע"ח אביי אמר למפרע הוא גובה ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה ופליגי דזבין מלוה וקדיש מלוה אביי אמר למה"ג כיון דמטי זמני' ולא פרעי איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ברשותי' קאי ורבא אמר מכאן ולהבא הוא גובה כיון דאילו הוי לי' זוזי הוי מסלק לי' אשתכח דהשתא קא קני הרי מפשטות לשון הגמ' כיון דמטי זמני' ולא פרעי קם למפרע בחזקת המלוה כמו כן י"ל בגזילה כשהוא משועבדת להנגזל על הדמים בחזקת הנגזל קאי וביד הנגזל להפקיר גם השיעבוד ומועיל היאוש גם לזה והא דאין מועיל לדידן יאוש מטעם הפקר בחוב הגזילה א"ש לפי ההילכתא דמכאן ולהבא ה"ג והוי החוב כמטלטלין שביד הגזלן שאין ביד הנגזל להקדישו אבל לאביי דלמה"ג גם השיעבוד יכול להפקיר דמצד השיעבוד גוף הקרקע בחזקתו:

אמנם ז"א לפי המבואר באס"ז בשם הראב"ד דאף לאביי שסובר למה"ג ז"א רק אם בא לידי גבי' אמרינן דהוי כהוברר שהי' למפרע שלו אבל כ"ז שלא בא לידי גבי' אף שכבר עבר זמן הפרעון אין הקרקע בחזקת המלוה ואין בהקדישו ומכירתו כלום וכן משמע ברש"י פסחים בד"ה אביי אמר יעו"ש א"כ נדחים דברי הנ"ל דאף שמייאש והוי כהפקר אין הלוקח יכול לזכות בו דאכתי לא אתי ליד הנגזל ולא שייך למה"ג אא"כ בא לידי גבי' ומיד דאמרינן הפקירו הפקר נשאר הקרקע בחזקת הלוקח ואין הנגזל יכול לתובעו וממילא לא בא לידי גבי' וכיון שלא בא לידי גבי' לא הי' ממש בהפקירו ויכול לתבוע

מעותיו ונשאר קושייתי הנ"ל מה מקשה אביי חוזרת ואינו חוזרת מבעי לי' דילמא מיירי ביאוש ואין להנגזל רק שיעבוד:

אמנם המעיין בתוס' ב"ק ס"ט ע"א ד"ה כל שלקטו ובאס"ז שם יראה שיש עוד סברא שלא יועיל יאוש מטעם הפקר דאין דין הפקר רק בהפקיר לכל והיכא שהגזלן חייב לשלם דמים להנגזל אין אחר יכול לזכות בו מפני שהוא צריכה להגזלן לפטור בו מהנגזל. וטעם זה שייך גם בקרקעות ובמקום שיכול להוציא בדיינים ולכך א"ש מה שפסק הטור בסי' ל"ז דיאוש אינו מועיל בקרקע אף שיש עדים ויכול להוציא בדיינים עכ"ז נשמע מהגמ' שמקשה אביי חוזרת כו' מבע"ל שיאוש אינו מועיל מטעם הפקר שי"ל דלא הוי כהפקר לכל. אבל בסי' רל"ו פסק שפיר ששם מיירי בעכו"ם שגזל קרקע ולפ"ד הגמ' ורש"י בעירובין ס"ב ב"נ אינו מחויב לשלם אף דמי הגזילה וממילא הוי הפקר לכל ע"כ מהני יאוש מטעם הפקר דלא שייך טעם הפנ"י דאינו ברשותו דהא קרקע ויכול להוציאה בדיינים מצי להקדיש ולהפקיר ושם מיירי כשיש שופטים בארץ וא"ש פסקי הטור שלא יסתרו זא"ז:

אמנם כל זה א"ש לפ"ד הפנ"י בפ' כל שעה ובריש הנזקין דאביי סובר שיעבודא דאורייתא ע"כ יוקשה דלמא מיירי כשנתייאש והוי נוגע לענין גביות דמי הגזילה ממשועבדים וע"כ צ"ל כנ"ל אבל לפירוש התוס' בריש הנזקין דאביי סובר שיעבודא לאו דאורייתא יש לומר כיון דבגזילה לא שייך נעילת דלת אף מתקנת חכמים לא צריך להיות בו דין שיעבוד לולי שהוא בכלל לא פלוג והוי כמו דיני הלואה שעשאו חכמים גבייהו שיעבוד וממילא אין לומר דבגזילה בעדים יהי' שיעבוד דהא בהלואה ג"כ לא הוי שיעבוד ומהכ"ת תהי' עדיף שיעבוד גזילה דאין להשיעבוד בו רק מחמת לא פלוג ויעוין באס"ז ב"ק ריש פ' הגוזל קמא דיש פוסקים דאף למ"ד מלוה ע"פ גובה מן היורשים מ"מ מודה בגזילה דלא גבי מיורשים דלא שייך נעילת דלת] א"כ כשמתייאש מהקרקע יהי' מהני מטעם הפקר דיכול להוציאה בדיינים ולא מיחשב כלל לנוגע מחמת חוב דמי הגזילה דהא חוב הנ"ל א"א לגבות מהמשועבדים אע"כ מיירי בלא יאוש ומטעם הראשון נוח לו ומקשה אביי שפיר חוזרת ואינו חוזרת מבעי' לי' לשיטת התוס' כנ"ל ודו"ק:

בסוגיא דמיפך והזמה: [דף ע"ג]

גמרא אמר רבא כו' יעוין כל הסוגי' תוס' ד"ה א"ל אביי ידוע לכל מעיין שדחוק מאד תירוץ התוס' שבני הישיבה אמרו כן גם לפי' ר"י קשה עוד קושי' מהרש"א למה לא מוקי אביי גם הסיפא בשלש כתות ומיירי שהאמצעים הפכוהו והזימו הראשונים שאמרו אינו והדר שינו גם אתקפתא דר"ז בסוף הסוגי' לא שייך הכא להמשך סוגי' זו וטפי הי' לו

להקשות על הברייתא בגיטין דף מ"ב ע"ב גם בספר אס"ז עמד ע"ז שלפי סוגי' הש"ס לא שייך לשון מתקיף רק כשהקושי' הוא על אמורא ולא כשהקושי' הוא על משנה או ברייתא:

ונלענ"ד ליישב הכל בהקדם לשון המאור שכ' בזה"ל ומעיקרא הוי סבר למימר ששן בכלל עין לא אמרינן וקמ"ל השתא כיון דסוף סוף תשלומין הוא דמחייב אמרינן יש בכלל מאתים מנה כו' עכ"ל והנה תורף כוונתו הוא שמלשון הגמ' מי קא מתכחשי מציעאי כו' דדינא כוותיהו פסקינן דיש בכלל מאתים מנה מבואר דלולא זה שמחייבין עפ"י אותן מציעאי תשלומי שן אינם בגדר עדים ואף שעכ"פ פעלו בעדותן לפטור את האדון מתשלומי עין מ"מ אינם מחמת זה שם עדים. כ"א עדים מוכחשין. לכך הוצרך הגמ' לבאר שיש בכלל מאתים מנה ונחשבין לעדים שמחייבין על פיהם תשלומי שן וכן מורה לשון רש"י ע"כ העלה הבעה"מ שמעיקרא ס"ד דשן בכלל עין לא אמרינן. א"כ לא מחייבין אף דמי שן ושם מוכחשים עליהם ע"כ סברו להוכיח מרישא דהכחשה תחילת הזמה:

ולפי"ז קשה לי דאיתא בפרק המניח דף ל"ה הי' הנזקין שנים אחד גדול ואחד קטן ומזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן. הניזק אומר גדול הזיק כו' המע"ה כו' גמ' שם הא לא מייתי ראי' שקיל כדאמר מזיק אמאי חטים ושעורים נינהו כו' ראוי ליטול ואין לו כו' יעו"ש והעלו יש מהפוסקים שדין טענו בחטים כו' אינו רק בתובע החטים ממש והוא מודה לו בשעורין אבל כשתובע דמי חטים והנתבע מודה בדמי שעורים כיון דתרוויהו דמי נינהו הוי ממין הטענה וחייב במה שהודה ומביאים ראי' מב"מ דף ק' הי' לו שני עבדים א' גדול וא' קטן כו' המוכר אומר קטן מכרתי והלה אומר כו' זה אומר גדול וזה אומר קטן ישבע המוכר שקטן מכר ומקשים שם בגמ' אמאי ישבע מה שטענו לא הודה לו כו' אמר רב בטוענו דמי כבד גדול דמי עבד קטן. הרי היכא שהתביעה וההודאה בדמים לא אזלינן בתר מעיקרא:

אמנם האחרונים הכריעו כדעת החולקים וסוברים דאזלינן בתר מעיקרא ממה צמיחת התביעה ומסוגי' דעבד גדול ליכא ראי' לסתור דהתם מיירי שעדיין לא נקנה להלוקח העבד בדין קני' וכפי שפירשו שם בתוס' [אצ"ל לפי' רש"י שם] ותובע התובע בחזרת הדמים שנתן אבל היכא שאין לו תביעה על הדמים רק מחמת דבר אחר אזלינן בתר מעיקרא ואינו ממין הטענה ושייך בי' דין טענו חטים והודה לו בשעורין וקשה לפי"ז גם הכא שתובע העבד דמי העין באמרו שסימא אותו רבו אחרי שכבר הפיל שינו שיוצא בו לחירות ומחויב ליתן לו דמי עין ובאו עדים ואומרים עינו והדר שינו פטור הרב מלשלם

אף דמי שן. דלא שייך כאן שיש בכלל מאתים כיון שחיוב הדמים נצמח מכח הנזק שעשה לו. וכשאזלינן בתר העיקר. אין ההודאה ממין הטענה שזה תובע דמי עין והוא הודה לו בדמי שן והוי ממש כטענו חטים כו' שפטור אף מדמי שעורין אף כשיש לו עדים על השעורין:

ונ"ל לתרץ דבריש אלו נערות בתוס' ד"ה ועל אשת הביאו בשם הירושלמי דקנס אין יכולין למחול וכתבו שם דמשמעתין לקמן לא משמע הכי. דשם מוקי הגמ' משנה דאלו הן הלוקין ביתומה ומפותה שהקנס שלה ויכולה למחול ע"כ פטור במפותה והרמב"ן ושארי הקדמונים העלו דתלמודא דידן סובר שביתומה ומפותה הפטור מקנס לא מטעם מחילה רק מטעם דהוי כאומר קרע שיראין שלי והפטר או דהוי כמסלק זכותו קודם התחלות הדבר כדאי' בריש הכותב ונלמד מדבריהם שכן נכון לפסוק שבקנס היכא שכבר עשה הדבר שעומד להיות חייב עליו הקנס אין מועיל המחילה מן שכנגדו דהוי מוחל דבר שלא בא לעולם וכשם שאין יכולין להקנות דשלבל"ע כך אין יכולין למחול דשלבל"ע והנה מסוגי' דקידושין שאין מסורין לביאה בקידושין דף נ"א מבואר שרהיטת הסוגי' שם מורה דרבא ואביי סוברי' בקני את וחמור אמרי' מתוך שלא קנה זה לא קנה זה [ויעו"ש בחי' הריטב"א מ"ש שם בשם הראב"ד] ועכ"פ יבואר מדברי הגהות מרדכי לב"ב בפרק מ"ש בטעם הפוסקים היכא שהקנה אדם לחבירו דשבל"ע עם דשלבל"ע שלא קנה כלום דשאני בקני את וחמור שהקנין הי' לגופים נפרדים לכך סובר ר"נ שקנה מחצה משא"כ כשהקנין לאדם א' אמרי' מתוך שבטלה מקצתה כו' [ויעוין מ"ש בקצה"ח שגבי כולכם הוי ג"כ כעין זה] והנה דעת הרמב"ם דבחמשה דברים שחייב החובל: בג' היינו רפוי שבת בושת המה ממון אבל צער וננזק המה קנס. והנה הטעם דטענו חטים כו' שפטור אף משעורין אף כשמביא עדים דליכא למפטר מטעם השטאה] הוא מטעם מחילה וי"ל שדין זה לא שייך בקנס דאין יכולין למחול [ומסוגי' דאחד תם וא' מועד כו' ל"ק דבלא"ה הפוסקים שם שהסוגי' שם הולכת למ"ד פלגא נזקא ממונא. דאל"כ כי ליכא עדים פטור המזיק מדין מודה בקנס יעוין בספריהם ובמ"מ פ"ט מהלכות נזקי ממון ובלח"מ שם] א"כ מתורץ קושי' הנ"ל דשפיר מקשה הגמ' דיוקא דרבא מהיכא דדינא כוותייהו פסקינן וא"ל כנ"ל דפטור האדון מדמי שן מטעם טענו חטים דזה לא שייך לענין קנס נזק וצער שאין יכולין למחול ומתוך שלא קנה האדון במחילתו את חיוב הנזק וצער לא נפטר גם מתשלומי שבת רפוי בושת ומחייבים אותו הב"ד לשלם דמי שן ולזה מדייק הגמ' מציעאי לא איתכחשו מידי:

אמנם לכאורה סתורים דברים הנ"ל מעיקרם דהא ממקור הדין הנ"ל שקנס אין יכולין למחול הנלמד מדברי הירושלמי בפרק אלו נערות משם נלמד ומבואר היכא שכבר עמד בדין על הקנס הוי כממון ויכולין למחול. א"כ אכתי מאי מקשה הגמ' דילמא לעולם דיוקא דרבא מרישא דסובר שהרישא דומי' דסיפא כמו שהסיפא מיירי בעמד בדין כמו כן הרישא וכיון דעמד בדין לפי דברי הכת השני הי' ביד העבד למחול ופטור האדון גם מדמי השן. ואין שם עדים על האמצעים ומוכח דהכחשה תחילת הזמה ונ"ל ליישב דברש"י ד"ה ואי לא העמידו כו' מפרש דאכתי גברא לא מחייב דאי הוי בעי הוי אתי לבי' דינא ויודה ויפטר דמודה בקנס פטור וחירות דשן ועין קנס היא ע"כ ומקשה באס"ז הא מסקינן לקמן דף ע"ה אמר רב המנונא מסתברא מילתא דרב באומר גנבתי ובאו עדים שגנב שהרי חייב עצמו בקרן אבל אם אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב וחזר ואמר טבחתי ומכרתי ובאו עדים כו' שהרי פטר עצמו מכלום והכא גבי עבד הוי פוטר עצמו מכלום כיון שיושאר עבדו לא יחויב כלום אמנם לשיטת רש"י לקמן ל"ק דרש"י מפרש וגריס לקמן אמר רבא קפחתי (או קפחתינהו) לסבי דבי רב דהא ר"ג פוטר עצמו מכלום שהכוונה שיש תשובה על דברי ר' המנונא מפלפול רב חסדא ור"ה מדאיתיבי ר"ח לר"ה ממעשה דר"ג מוכח שסוברים שרב פוטר במודה בקנס אף בפוטר את עצמו מכלום וי"ל שקושי' הגמ' קאי הכא אליבא דרבא דאביי הוא שהשיב לו לרבא מדסיפא במיפך והזמה כו'.

אמנם לקמן בתוס' בשם ר"ת ובאס"ז גם בשם ר"י בעל התוס' מחליטו לפרש לקמן דברי רבא קפחתי פרושו שנצח רב המנונא בזה את רב חסדא ור"ה שהמה סבי דבי רב שלא ידעו לחלק כמוך א"כ גם רבא מודה לדברי רב המנונא ולכל פשיטות הלכה כן כמבואר מסוגיא הנ"ל איתמר נמי כו' ולשיטה זו לכאורה לא א"ש פירש"י ונ"ל פשוט דאף לגי' ופי' הנ"ל דרבא מודה לדרב המנונא א"ש סוגיא דידן וכפי' רש"י שהקושיא הוא דאי לא נימא שכבר עמד בדין הי' בידו לפטור א"ע דהנה במ"מ פ"ג מהלכות גניבה וביש"ש מקשו דלפי סוגי' הנ"ל היכא דאין מחייב א"ע בכלום לא מיפטר מחמת הודאתו בקנס. ובשבועות פרק שבועות העדות על האיבעי' משביע עידי קנס מהו כו' מקשה הגמ' ממתני' שתבואו ותעידונו שיש לי אצל פ' נזק וחצי נזק כו' ומאי מקשה הגמ' הא שם לא הי' צד חיוב בהודאתו ולא מיפטר מחמת הודאתו ע"כ שפיר יש לחייב שבועות העדות וביותר קשה על הרמב"ם שבהלכות גניבה מסיק הלכה כדברי רב המנונא ובהל' שבועות כ' שהמשביע עידי קנס פטורין מטעם שהי' בידו לפטור א"ע ומתרץ היש"ש שדברי רב המנונא אינם רק בגוונא דטבח ומכר היכא שלא הודה מתחלה על הגניבה

ובאו עדים ואח"כ הוא שהודה על הטביחה דלא מפטר בהודאה זו שכבר הי' בידו לחייב א"ע בהודאה מן התביעה הראשונה על הגניבה ולא רצה להודות ע"כ אינה חשובה עוד הודאתו על הטביחה אבל בדבר שאין צד מקום לחייב א"ע בהודאה והנתבע מודה מיד מה שעליו להודות אף שאינו מחייב א"ע בכלום מיפטר בהודאתו ומסיק הישׁ"ש בסוף דבריו בזה שבאמת רבא לא ס"ל לחלק בזה ולכך אמר לרב המנונא קפחתי לסבי דבי רב אבל לפי הסברא הנ"ל המוכחת מסוגי' דמשביע עידי קנס אין פלוגתא בין רב המנונא ובין ר"ח ור"ה שגם ר"ח ורב הונא מודים לסברת רב המנונא ומ"מ שפיר הקשה ר"ח ממעשה דר"ג דבגוונא דשם שלא הי' לר"ג מקום לחייב א"ע הי' לפטרו מצד הודאתו אף אם הי' באו עדים אח"כ כן תורף סיום דברי הישׁ"ש ומסיק דהלכה הוא כרב המנונא וכנ"ל ודלא כרבא וא"ש דברי הרמב"ם:

מעתה סרה קושי' האס"ז דשפיר מקשה הגמ' ואי דלא עמד בדין כו' דאכתי גברא לא מחייב וכפי' רש"י דהא בידו להודות ולפטור דאף דלא מחייב א"ע בכלום הי' פטור ע"י הודאתו כיון דליכא כאן שום מקו' לחייב א"ע:

ולפי"ז אין מקום לקושי' הגמ' דאכתי גברא לאו בר חיובא הוא רק לפי מה שפסקינן כחלוקו של הישׁ"ש הנ"ל אבל לשיטת רבא שסובר שדברי רב המנונא נסתרים ונצחו ר"ח ור"ה ולא ס"ל לחלק כנ"ל אלא כל מודה בקנס היכא שאין מחייב א"ע בכלום אם באו עדים חייב לשלם ל"ק קושי' הגמ' ול"צ לאוקמי בעמד בדין ומקשה הגמ' שפיר על רבא דיוקא דידי' מהיכא דא"ל מרישא דינא כוותייהו פסקינן דא"ל דלא פסקו כוותייהו מטעם טענו חטים דזה לא שייך הכא דקנס אין יכולין למחול וא"ל כיון שעמד בדין הוי ממון ז"א דרבא לשיטתי' אינו מוכרח לאוקמי בעמד בדין אבל לאביי נכון לומר שהוא סובר כהילכתא לחלק כנ"ל וצ"ל אליבי' בעמד בדין וא"כ לשיטתי' מוכח גם מרישא דהכחשה תחלת הזמה ולכך הוצרך לאוקמי במיפך והזמה ומיושב גם קושי' מהרש"א הנ"ל דאם הוי אביי מוקי' הסיפא בשלש כתות והאמצעי הפכו והזימו הראשונים. ואח"כ נזומו האמצעים לא הי' צורך עוד לאוקמא הסיפא בעמד א ולא הוצרך לאוקמא הרישא במיפך והזמה הי' שוב חילוק בין רישא לסיפא לענין מיפך והזמה דרישא לא מיירי במיפך והזמה והסיפא מיירי במיפך והזמה ע"כ הוטב לאביי לאוקמי הסיפא בב' כתות ומיירי בעמד בדין וכ"כ הרישא והסיפא במיפך והזמה:..

והשתא יתורץ המשך הגמ' מתקיף לה ר' זירא ותסור דקדוקו של אס"ז הנ"ל דבתוס' פרק המניח דף ל"ג ד"ה א"ב כו', מקשו דלפי דברי ר"ע שם אמרי' בקנס חצי נזק שהניזק יכול להקדיש השור וע"כ משום דזכה בו הניזק תיכף משעת הנזק ובפ' נערה דף מ"א

תנן לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה ואמאי הא בשעת פיתוי זכה בה האב וכן במרובה דף ע"ד משמע דאי לא כתיב תחת עינו דמשמע ולא תחת שינו ועינו הוי אמרינן דסימא עינו והפיל שינו דיוצא בעינו ושינו אלמא לא זכה עד שיעמוד בדין ומתרצי' דלעניין נזק שור גלי קרא (לשיטת ר"ע) ומכרו את השור החי וחצו את כספו שיהא ביד הניזק להקדיש וגבי עבד גלי קרא למאן דאית לי' שיצא בא' מהם וישלם בעד הב' ומבואר בשם התוס' עוד באריכות יותר בס' אס"ז שהקושי' ראשונה מפ' נערה מתרצים דשאני דין קנס השור ויציאת העבד כיון שהזכות בגופם וא"צ להוציא ממון מן הניזק ולכך אמרי' שזוכים הניזקין מיד וכן העבד זוכה בגופו: משא"כ גבי קנס דנערה שנתפתתה ומקשי' התוס' שוב דהא מצינו גבי עבד גופא שדינן כאלו לא זכה בעצמו מיד דאל"כ למה הוצרך בגמ' לאוקמא בעמד בדין וע"ז מתרצים דבאמת אין העבד זוכה תיכף בעצמו ולכך צריך לאוקמא בעמד בדין ומה שישלם האדון דמי השן או העין גלי קרא תחת עינו וגו' ובפלגא נזקא ג"כ גלי קרא אליבא דר"ע יעו"ש:

מעתה נכון דבל"ז לא הי' מקום לקושי' ר"ז אימא סימא עינו והפיל שינו ניפוק בעינו ושינו דהיינו יכולין לתרץ שהעבד זוכה בעצמו מיד כמו דגלי קרא בפלגא נזקא ול"ק מנערה שנתפתתה דעם ליכא זכות בגוף וכנ"ל אבל אחרי שאסיק אביי דרישא מיירי במיפך והזמה וסיפא בשני כתות שקשה עליו קושי' התוס' וקושיא המהרש"א שלא צריך לאוקמא הרישא במיפך והזמה דבלא"ה לא מוכח דלא מתכחשי מידי וגם קושי' המהרש"א לוקי גם הסיפא בג' כחות וצ"ל כחרוצי הנ"ל כיון דהכרח לאוקמי בעמד בדין הוי כטענו חטים דתו אינו קנס רק ממון ויכולין למחול ופטור האדון גם מדמי שן ולא הוי שם עדים על האמצעים שאמרו עינו והדר שינו וכנ"ל. ומדהוצרך לאוקמתא בעמד בדין ע"כ סובר שאין העבד זוכה בעצמו מיד בעת הפלת שן או סימא את עינו דאל"כ ל"צ לאוקמי בעמד בדין ולא מתכחשי אמצעי דמתחייב האדון בדמי שן מחמתם ולא הוי כטענו חטים כו' דקנס אין יכולין למחול וצער ונזק הוי קנס ובהם בודאי הדין במו בנערה שנתפתתה שכ"ז שלא הי' עמידת הדין הוי כדבר שלבל"ע ואין יכולין למחול ולכך מקשה לי' ר"ז שפיר לסברתך סימא עינו והפיל שינו כו' ושני לי' אביי עליך אמר קרא ורצה לומר דלעניין זה גלי קרא ודוק היטב:

סוגיא דתקנות אושא [דף פ"ח ופ"ט]

גמרא אף אנן נמי תנינא מעידים אנו כו' דע דהרמב"ם לא הזכיר דין זה רק דינא דמתניתין דמכות דף ג' ולכאורה י"ל כיון שיכול להיות שלא הפסידו העדים אותה כלום דהא אם תמות בחיי בעלה יתגלה שלא הפסידה כלום ע"י העדות שהעידו שכבר קבלה כתובתה

ע"כ א מקום לחייב את העדים רק ההפסד הברור והיא טה"נ שהיתה יכולה שתמכור כתובתה ואף דטה"נ מילי נינהו מ"מ הוי כממון כיון דמזדבני בדינר כדברי הגמרא לקמן לענין שיעבודי מעתה י"ל דז"א רק למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי וחשיב גורם כדבר שהוא בעצמותו ממון אבל למ"ד דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי י"ל כאן דלא הוי כממון ממילא לא הוי כאילו הפסידו העדים אותה ממון ודמי קצת למ"ש הריטב"א ריש מכות דאין העדים זוממין חייבין לשלם מה שזממו בעדותם על אדם שהוא בן גרושה וחלוצה שיהי' מנוע מליקח מתנות כהונה דזה לא הוי רק גורם בעלמא ובפרט הכא דהא יכול להיות שלא היתה מוכרת כתובתה לאחרים וסברא זו כתב ברש"י במכות דף הנ"ל בד"ה וא"כ לא ברי הזיקא אמנם אי גורם לממון כממון דמי הוי ברי הזיקא כי לולא עדותם הי' לו חוב כתובה שהי' שוה מצד הטוה"נ והי' נחשב שיש לה ממון כ"כ ובעדותם הפסידו ומעתה צ"ל דתנא דהך ברייתא מעידין אנו כו' סובר דדבר הגל"מ כממון דמי ולכך מחייב את העדים בדין הזמה אבל לשיטות הרמב"ם שפוסק דדהגל"מ לאו כממון דמי אין לחייב את העדים בכה"ג משא"כ בדינא דמתניתין דמכות שהעידו שהבעל גירש את אשתו וחייב בכתובתה הרי רצו לחייב אותו במה שאינו חייב ולכך המה מחויבים בדין הזמה לשלם מה שזממו להפסידו רק שמנוכה מה שהי' הבעל מרוויח טה"נ דאף דטה"נ לא מיקרי אלא גורם לממון וגורם לאו כממון דמי מ"מ כיון שהי' הבעל נותן בעד ספק זה כפי שומת טה"נ מהראוי שינוכה מחיוב הזמה דהא כפי שיעור זה הי' רוצים ליתן בלא עדותם:

והא דמקשה הגמרא לקמן ותזבין כתובתה בטה"נ כו' ולא מדחה דהאי תנא סובר דבר הגורם לממון לאו כממון דמי ל"ק דהא בלא"ה לפי דעת הרשב"א בחדושיו כאן ובתשובותיו אין דין גבי' בשטרות וצ"ל לשיטתי' שאף שאין דין גבי' מצד שעבוד מ"מ כאן שעל האשה שחבלה יש חיוב תשלומין ויכולין לכופה לתשלומין כמו שכופין ללוה כדאיתא בכתובות דף פ"ו ע"א לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה כו' כופין עד שתצא נפשו וכתבו שם בשם הרמב"ן דההורדה לנכסי הלוה הוא מדין כפי' דעד שיכופו בהכאות כופין בנטילת נכסי' כמו כן לנו לכופה על התשלומין ותמכור היא מרצונה הטה"נ של כתובתה ויסתלק בדמי המכירה וכעין זה כתב בתומים סוף סי' ק"ד בשטות מהרי"ח שאין בע"ח ונזקין נוטלין בראוי יעו"ש:

ולכאורה עלה על דעתי דאף מדין שיעבוד א"ש קושית הגמ' ותזבין לכתובתה דהא סתם מתניתין ר"מ והרי ר"מ סובר דבר הגורם לממון כממון דמי כדאיתא לעיל בדף ע"ב עיי"ש אמנם דרך פלפול הי' מקום לפקפק לפ"ד התוס' שם ד"ה וסבר לה כר"ש כו' שכ'

וי"ל דאיכא נמי סברא למימר איפכא דע"כ לא מחייב ר"מ אלא בדינא דגרמי כו' שראוי השטר לכל העולם למכור ולגבות בו כו' עיי"ש א"כ י"ל דא"כ קשה קצת בדברי הגמרא וכ"ת זבינה ניהלי להאי דחבלה בי' בטוה"נ הא י"ל דאף דר"מ סובר דבר הגורם לממון כממון דמי וגם סובר דיני דגרמי היינו דוקא שיש חדא למעליותא דהיינו דבר הגורם לממון בדבר שעיקרו ממון כמו בשה"נ או בשטר אף שאין עיקרו ממון מ"מ הרי שוה לכל העולם אבל כאן בטוה"נ של הכתובה דמנה ומאתים דליכא כלל למעליותא דהא אין עיקרה ממון וגם אינה ראוי' למכור לכל העולם כ"א לנחבל עצמו ובכה"ג אפשר מודה ר"מ דלא הוי כממון. ואף שיש לדחות בקל דברי אלה דהא באמת ראוי למכור לכל העולם כשנשבעת שלא תמחול מ"מ יש להקשות לפי שיטות הסוברים דדינא גרמי אינו אלא מדרבנן וא"כ לא מצינו אליבא דר"מ בדין גורם לממון כממון דמי רק מהא דמחייב בטובח שור הנסקל ואכתי י"ל דרק בגוונא דהתם סובר דכממון דמי משום דעיקרו הי' ממון וכדברי רב הונא ברי' דר"י לקמן צ"ח אימר דשמעת לי' לר"ש דבר הגל"מ כמ"ד בדבר שעיקרו ממון ומפרש רש"י כלומר בתחלתו ממון הוי ושה"נ חשיב עיקרו ממון כמו שמבואר מדברי התוס' שציינתי לעיל ד"ה וסבר לה כר"ש יעו"ש אבל הכא במכירות חוב כתובה של מנה ומאתים דלא הי' מעולם עיקרו ממון רק חוב על תנאי ובכה"ג אפשר גם ר"מ מודה דטוה"נ דידי' לאו כממון דמי ואין שעבוד נזיקין חל עליו אלא ע"כ כמו שכתבתי לעיל דאין הקושי' רק שנכוף אותה לפרעון דמי ההיזק ותמכור מרצונה הטה"נ:

והנה לכאורה קשה דבב"מ דף כ' איתא אביי אמר אפי' תימא ליתא לדשמואל כו' ונראה מזה דאביי לא החליט לפסוק כשמואל דהמוכר שט"ח לחבירו ומחלו מחול והרי משנה דכאן דהאשה שחבלה מוכח להדיא כשמואל דאל"כ קשה קושית הגמרא ותזבין כתובתה בטוה"נ ונ"ל דברש"י בכתובות דף פ"ו ד"ה פריעת בע"ח מצוה כ' בזה"ל מצוה עלי' לפרוע חוב ולאמת דבריו דכתיב הין צדק שיהי' הן שלך צדק ולאו שלך צדק ב"מ דף מ"ט ע"כ והקדמונים חולקים על דברי רש"י וכתבו שהמצוה הוא מפסוק והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה והנה לכאורה יל"ד בשלמא לשיטות הקדמונים איש שיורדים לנכסי' גם לתשלומי חבלות וכדומה דהכל בכלל נושה ובהאי קרא כתיב כי תשה ברעך משאת מאומה שמשמעותו כל מיני חובות אבל לשיטות רש"י דהמצוה נלמדת מפסוק הין צדק היכא אתי מזה דיני חבלות ואף לפי דברי הרא"ה בחדושיו שם שבנזקין ילפינן העשה ממיטב שדהו ישלם אכתי יש לפקפק גבי חבלות אי איכא עשה שכל דיניו נאמרו על הב"ד שהמה ידונו בדיני חבלות כדכתיב וכן מורה לשון הרמב"ם במנין המ"ע ואפשר לומר לשיטות רש"י שסובר דבאמת ליכא על החובל עשה

בפריעת דמי חבלות. רק על הב"ד מוטל לחייבו וקצת טעם לחלק בזה בין דין ניזקין לדין חבלות כי דיני חבלות אינו נוהג בב"ד סמוכים הרי כל עיקר חיוב מצד הב"ד שמחייבין אותה ע"כ יש סברא לומר שעל החובל עצמו ליכא חיוב עשה ואף לר"פ שסובר שיעבודא לאו דאורייתא והירידה לנכסי לוה אינו רק המצוה שכופין את הלוה לאמת הן שלו מ"מ א"ש הא דיורדין לנכסי החובל דאה דליכא מצוה גבי החובל מ"מ כיון דמלוה הכתובה בתורה הוא ואיכא בזה שיעבודא דאורייתא לכך יורדין לנכסי החובל אבל בהלואה דלא מיקרי כתובה בתורה וליכא לר"פ גבי שעבודא דאורייתא לא נחתינן לנכסי' רק מדין כפיי' לקיים המצוה וא"כ לפ"ז יש ליישב קושית הגמרא ותזבין כתובתה כו' די"ל כיון דמילי נינהו ליכא גבייהו דין שעבוד וכדברי הרשב"א דבשטרות ליכא דין גבי' ושעבוד ואף לר"נ שסובר מוציאין מזה ונותנין לזה ז"א רק בהגיע זמן פרעון וגם לכמה שיטות לא שייך דין דר"נ גבי כתובה ואף דנכוף אותה שתזבין כדי לקיים מצות התשלומין דהא לפי דברי הנ"ל לפי פי' רש"י ליכא עשה על החובל בתשלומי החבלה. אמנם י"ל דז"א רק לרב פפא שסובר שעבודא לאו דאורייתא ולדידי צ"ל דוהאיש אשר אתה נושה בו קאי אמשכנו שלא בשעת הלואתו וכמ"ש הרשב"ם סוף ב"ב יעו"ש א"כ ליכא למשמע חיוב מצוה מפסוק זה כ"א מהן צדק וממילא נשמע שעל תשלומי דמי חבלה ליכא עשה על החובל אבל למ"ד שעבודא דאורייתא ויליף לה מפסוק והאיש אשר אתה נושה בו י"ל דילפינן מיני' העשה גם על תשלומי דמי חבלה ודו"ק:

ובהנחה הנ"ל יש ליישב פי' רש"י במתניתין האשה ועבד בד"ה חייבים לשלם כו' שכ' שנכסי מלוג של אשה משועבדין לבעל לפירות ולירושה ותמי' לרבים הא מסקנת הגמרא דמיירי בלית לה נכסי מלוג דאם אי"ל תזבין בטוה"נ ויעוין בהגהות הרא"ש ולפי מ"ש י"ל דקושית הגמרא ולטעמיך נהי נמי דאיתא לתקנת אושא כו' תזבין לנ"מ בטוה"נ לא קשה לשיטתו דר"פ דהא הוא סובר שעבודא לאו דאורייתא ומוקי הפסוק האיש אשר אתה נושה בו במשכנו שלא בשעת הלוואה וליכא למשמע מזה מ"ע דפרעון חוב ע"כ מפרש רש"י מה שאמר ר"פ פריעות בע"ח מצוה דאתיא לי' מדכתיב הין צדק וע"כ חולק ר"פ על אביי דמוקי בב"מ דף מ"ט הן צדק לא קאי אלא שלא ידבר א' בפה וא' בלב ויש להסביר עוד דרש"י סובר כדברי הפ"י במסכת פסחים בסוגיא דנכרי שהלוה דאביי ס"ל שעבודא דאורייתא ולכך אמר בע"ח למפרע הוא גובה (ודלא כדעת התוס' ר"פ הנזקין] וא"כ לדידי' שפיר י"ל דהן צדק לא קאי רק שלא ידבר א' בפה וא' בלב והמצוה דפרעון חוב אתי מפסוק והאיש אשר אתה נושה בו אבל לר"פ שסובר שעבודא לאו דאורייתא וליכא למילף מצוה דפריעת חוב מפסוק והאיש אשר אתה נושה בו. לכן

הוצרך רש"י לומר דלר"פ אתי העשה מהן צדק וממילא ליכא גבי חובל מ"ע רק מדין שעבוד כנ"ל דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי' אבל בטה"נ של נ"מ שאינו אלא מילי דמזדבני בדינרי לא שייך שעבוד וא"כ אין לכוף את האשה החובלת זכות נ"מ שלה בטה"נ לצורך תשלומי דמי חבלה אבל קושית הגמרא ולטעמיך י"ל דקאי לר"ה ברי' דר"י שהזכיר לעיל מיני' דהא ר"ה ברי' דר"י סובר שעבודא דאורייתא כפי מה שמבואר ברשב"א ורמב"ן ומובא בש"ך חוה"מ סי' ל"ט ולשיטתי' גם בחבלה איכא מ"ע והיינו מפסוק והאיש אשר אתה נושה בו. ומקשה הגמרא שפיר וצריכין לאוקמי המתניתין בדלית לה נ"מ ולפ"ז לא קשה על פי' רש"י במתני' דאפשר סובר רש"י להלכה שעבודא לאו דאורייתא ובפרט לפי דברי הפ"י דפלוגתת אביי ורבא למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא הוא גובה תלוי בזה אי שעבודא דאורייתא או לא וכיון דהלכה כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה לא למפרע שמעינן להלכה ג"כ שעבודא לאו דאורייתא ולא אתי המצוה דפרעון רק מדרש דהן צדק וזה לא שייך גבי חבלה. ע"כ אף היכא דאיתא נה להאשה נ"מ אן לכופה שתזבין בטה"נ לצורך פרעון דמי החבלה:

אמנם א"כ נתחזקה יותר הקושיא שהתחלתי בה למה אמר אביי אפי' תימא ליתא לדשמואל דמשמע שאינו מוחלט אצלו לפסוק כשמואל והא לשיטתו שסובר שעבודא דאורייתא מוכח דינא דשמואל ממתניתין דהכא דאל"כ נשאר קושית הגמרא תזבין כתובתה בטוה"נ. ובדרך פלפול בעלמא יש לדחות דאביי לא אמר דבריו אלא לרבא לשיטתי' דרבא אמר שם ב"מ דף כ' ש"מ איתא לדשמואל השיב לו אביי אפי' תימא ליתא לדשמואל דהיינו רבא לשיטתי' דליכא הוכחה ממתני' דהכא דהא הוא סובר שעבודא לאו דאורייתא וע"כ אתי להוכיח דינא דשמואל ממתני' דמצא שובר ולזה אמר לו אביי אפילו תימא ליתא לדשמואל דהא לשיטתו דליכא למשמע דינו דשמואל אלא מהך מתני' דמצא שובר וגם זה אינו הוכחה כדדחי שם אביי הב"ע כששטר כתובה יוצא מת"י ועכ"פ מיושב מה שהי' לדקדק גם על רבא למה הוצרך להביא ראי' לשמואל מברייתא דמצא שובר הא יש להוכיח ממתני' דהכא כשמואל אבל לפי הנ"ל א"ש דרבא לשיטתי' שסובר שיעבודא לאו דאורייתא ליכא הוכחה מכאן ואף אם נאמר דרבא סובר שיעבודא דאורייתא כדעת התוס' ר"פ הנזקין ג"כ י"ל כפי המבואר בפוסקים דאיכא דסברו דפלוגתא דתנאי הוא בשעבודא דאורייתא ממילא איכא למדחי דמתני' דהכא אתי' כמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ודוק:

עוד בסוגיא הנ"ל

תוס' ד"ה אמר רב אידי בר אבין כו' תימא לר"י דשביק מתניתין דמס' מכות דף ג' ומייתי ברייתא דתנן מעידין אנו את איש פלוני כו' וי"ל דההיא אמנה ומאתים קאמר דפשיטא בהנהו דאפילו מכרה אין הלקוחות גובין מנה ומאתים מבעל מאחר שמתה בחיי בעלה כו' י"ל דהתוס' לשיטתייהו אזלי דמסקו במס' כתובות דף נ"ג ע"א ד"ה שאין דדרשינן מדרש כתובה לכשתנשא לאחר תטלי מ"ש ליכי וכיון שמתה בחיי בעלה א"צ הבעל לזכות בכתובת' מדין ירושה רק שאמרינן כיון שלא הגיע זמן שתהא ראוי' שתנשא לאחר לא נתחייב לה המנה או מאתים אמנם לשיטות רש"י שם וכמבואר באריכות באס"ז לכתובות גם במנה ומאתי' היכא שלא הי' תנאי מפורש לכשתנשא לאחר וכו' מחויב הוא בכתובה אף במנה ומאתים רק שמדין ירושה זוכה בה הבעל כשמתה היא בחייו וא"כ יש לדחות תירוץ התוס' דאם ליתא לתקנות אושא משכחת גם בכתובה של מנה ומאתים שלא יירשנה:

ונ"ל ליישב קושי' התוס' דהמפורשים מקשים הא אף אי ליתא לתקנות אושא ע"כ אם מתה האשה בחיי הבעל אף שמכרה כתובתה יכול הבעל לפטור א"ע מן הלקוחות לשיטת הרמב"ם דיורש יכול למחול לעצמו וא"כ יכול הבעל לומר כיון שאני היורש של אשתי מוחל אני לעצמי חוב הכתובה ולשיטת הראב"ד כשמוחל לעצמו א"צ לשלם מדיני דגרמי כיון דאין כוונתו להזיק לחבירו רק לטובת עצמו ולכאורה י"ל דלפי טעם הפוסקים דלכך במוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול משום דמכירת שטרות דרבנן י"ל דאין ביד היורש למחול אלא היכא שהוא יורש מדאורייתא אבל בעל לשיטות הסוברים דירושת הבעל דרבנן לא אלימי רבנן להפקיע כח שיש להלוקח שקנה השטר ואף שאינו זוכה אלא מדרבנן הלא כל זכותו של הבעל לירושה בנכסי אשתו ג"כ אינו אלא מדרבנן וכשנדקדק בלשון הברייתא נראה דתנא דהך ברייתא סובר דירושת הבעל אינו רק מדרבנן דלכאורה אינו מובן לישנא יתירא שבהך ברייתא והרי היא תחתיו ומשמשתו הא משכחת שאינה משמשתו וגם היא אינה תחתיו ומ"מ עדיין לא נתגרשה ממנו בגט אמנם נ"ל דלפי המבואר באה"ע סי' צ' סעיף ה' בהג"ה מורד על האשה או מדירה ואינו נוהג עתה עמה מנהג אישות יש אומרים דאם מתה אינו יורשה והוא מהגהות מרדכי פ' אע"פ. וכתב שם בד"מ דזהו לסברת הרשב"ם דס"ל דמשנתן עיניו לגרשה אינו יורשה יעוין בפ' מי שמת דף קמ"ו ע"ב מעתה י"ל דבכה"ג שהבעל מביא עדי' שגירשה אף שהוזמו עידיו עכ"פ לא גרע מנותן עיניו לגרשה ואם פסק גם מלהיות עמה אבד זכות ירושתה וא"כ הי' בידה למכור כתובתה דהיינו נדונייתה שאף אם תמות

בחייו יזכה הלוקח ובריית תני שאומדין המכירה בטוה"נ שאם מתה ירשנה בעלה לכן תני בברייתא והרי היא תחתיו ומשמשתו דבכה"ג אף שנתן עיניו לגרשה לא מפסיד זכות ירושה אמנם נראה פשוט דדעת הרשב"ם והמרדכי הנ"ל שהבעל מפסיד זכות הירושה משנתן עיניו לגרשה ופסק מלנהוג עמה אישות. לא יתכן רק למ"ד ירושת הבעל מדרבנן אבל למ"ד ירושת הבעל מדאורייתא בודאי אין סברא להפקיע זכות ירושתו מחמת שרוצה לגרשה ופורש ממנה ויסוד דברי הרשב"ם בב"ב ממס' גיטין דף י"ח בסוגי' דנכתב ביום. דמרא דשמעתא שם רב והוא סובר בכתובות דירושת הבעל דרבנן גם ממה שמדמה הרשב"ם שם לדין הפירות שיש להבעל נראה ג"כ שאין ללמוד מזה רק אי ירושת הבעל דרבנן כמו פירות שהוא להבעל רק מתקנת חכמים וי"ל שלא תקנו בכה"ג שנתן עיניו לגרשה ופורש עצמה ממנה מתוך איבה משא"כ למ"ד דירושת הבעל מדאורייתא וא"כ לפמ"ש בכוונת הברייתא והרי היא תחתיו מבואר שסובר האי תנא דירושת הבעל דרבנן דאל"כ אף שאינה תחתיו ופורש ממנה אדעתא לגרשה מ"מ לא הפסיד זכות ירושתו אותה וכיון שכן מוכיח שפיר הגמ' מהך ברייתא דאיתא לתקנות אושא. דאי ליתא לתקנות אושא אמאי יירשנה בעלה תזבין כתובת' לגמרי ואין לומר כקושי' המפורשים הנ"ל דהבעל ימחול לעצמו כדין יורש מוחל ז"א דכיון דירושת הבעל ג"כ אינו אלא מדרבנן אין בכחו לבטל מכירת השטר כתובתה דמאי אולמא כחו מכח הלוקח וא"ש הוכחת הגמ' אבל ממתניתין דמס' מכות מעידין אנו כו' א"א להוכיח דאיתא לתקנות אושא די"ל דתנא דמתניתין סובר ירושת הבעל מדאורייתא ובפרט לפי הכלל דסתם מתני' ר"מ והוא סובר להדי' כדאיתא בבכורות דף נ"ב דירושת הבעל דאורייתא ולדידי' אף אי ליתא לתקנות אושא כשמוכרת והיא מתה בחיי הבעל מוחל הבעל לעצמו ומיפטר מן הלקוחות:

ויעוין בהפלאה על אה"ע סי' צ"ג שמפרש דברי הברייתא והרי היא יושבת תחתיו כלומר שחזר ונשאה ויש לה גם עתה כתובה רק שבגירושין קודם שנשאת שני' קבלה הנדוניא שלה ואין לה עליו עתה כ"א חוב כתובה דאורייתא ולא נדוניא יעו"ש ודבריו צ"ע דהא כיון שנתגרשה אין לה עוד עתה כ"א כתובה מנה ככל גרושה שנשאת הן לאחרים או לבעליהן הראשונים:

עוד יש לתרץ קושי' המפורשים הנ"ל לשיטת הסוברים דמכירות שטרות דאורייתא מ"מ יכול למחול כי לפי שיטה זו אנו צריכין לטעמו של ר"ת דשני שיעבודים יש שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסי והנכסים אינם אלא ערבים על שעבוד הגוף. ושעה"ג ליתא במכירה ע"כ ביד המוכר שט"ח למחול ועי"ז ממילא פקע שעבוד נכסים כן תורף דברי

ר"ת ומבואר בהסברת דברים בריטב"א קידושין מ"ז ע"ב שלכך אין המלוה יכול למכור שעה"ג שאפילו עבד עברי אין גופו קנוי לגמרי כ"ש זה כו' ובמתנת ש"מ שהוא כירושה זוכה ומקבל בשעה"ג דומי' דיורש כו' יעו"ש היוצא מדבריו דלכך אין ביד המוכר שט"ח למכור שעה"ג שיש לו על הלוה משום דאין בשעבוד זה שם קנין דהא אין גופו של הלוה קנוי להמלוה בעד החוב רק שרבוע עליו שיעבוד חיוב תשלומין וכשם שא"א למכור חוב בע"פ כך אף בשטר ליתא במכירה רק שיעבוד הנכסים ולא שיעבוד החיוב תשלומין דזה הוא נקרא שעה"ג מצד החיוב לשלם אשר אינו קנוי' כלל להמלוה ע"כ אין בידו להקנות לאחרים כ"א יורשיו אחריו זוכים גם בשעה"ג לפי"ז נ"ל פשוט אף דכל יורש קם תחת מורישו לזכות גם בשעה"ג שהי' למורישו על הלוה מ"מ גבי בעל שאינו יורש אלא במוחזק ולא בראוי גם שעה"ג שהי' לאשתו על הלוה כיון שלא הי' לה בשיעבוד זה תפיסת קנין דינו כראוי ודינו ממש למלוה שיש לאשתו על אחרים דהוי ראוי לענין ירושת הבעל וכיון שכן אף דמצינו דהמוכר שט"ח לחבירו גם היורש יכול למחול ז"א רק ביורש גמור שהוא יכול לזכות בכח משפט ירושתו גם בראוי וקם שעה"ג שהי' לאביו על הלוה בחזקת יורשיו אחריו וכמ"ש הריטב"א שהבאתי לעיל גבי מתנת שכ"מ אבל מצד ירושת הבעל א"א שיזכה הבעל בשעה"ג שהי' לאשתו על הלוה וכיון שכן אין ביד הבעל למחול השטר שמכרה האשה לאחר וסרה קושי' המפורשים הנ"ל:

ואין להקשות כיון דעיקר קושי' הגמ' אינו אלא מחמת דאין ירושת הבעל בראוי למה לא מקשה הגמ' בפשיטות אם ליתא לתקנות אושא אמאי תני בברייתא אם מתה יירשנה בעלה היכא מצי לירש חוב נכסי צאן הברזל שלא היתה אשתו מוחזקת בו ואינו אלא ראוי ז"א דמהא לא פסיקא מלתא להקשות ואקדים לזה מה דאי' בב"ב קכ"ה ע"ב אמר ר' פפא הילכתא אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נופל בראוי כבמוחזק ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה כו' ובמלוה שעמו פלגי' ומפרש רשב"ם דהו"ל ממון המוטל בספק וחולקין דאין ידוע אם חשוב מוחזק לאביו שהרי הבכור רוצה הוא לשעבד נכסיו לאביו לגמרי ובעין יפה גמר ומקני נכסיו לאביו כדי שיהא אביו מוחזק בהך מלוה ויטול בה אותן פי שנים כו' יעו"ש ופשוט דאי ס"ד דליתא לתקנת אושא הי' קשה למה הבעל יורש כתובת אשתו הא כל חוב מקרי ראוי והיינו צ"ל דמלוה שעמו לא מקרי ראוי דגמר ומקני שעבוד נכסיו לאשתו בעין יפה כדי שיירש אותה וסברא זו לא שייכא רק לענין שעבוד נכסים אבל שעה"ג דלא שייך כלל בו שם הקנאה מה תועלת ברצונו של הבעל להקנות בעין יפה אם אין שם תפיסת קני' בזה ונשאר זכות זה בשם ראוי ביד האשה. ובמותה אין הבעל יורש זכות שעה"ג כיון שאינו יורש בראוי וכיון שאין בידו למחול

שעה"ג נשאר משועבד להלקוחות שקמים תחת האשה שמכר' להם הנכסי צ"ב וכמ"ש הריטב"א הנ"ל בטעם גר שמת והניח שטרות שמוכרין בחייו יעו"ש דכ"ז שאין שעה"ג מופקע ע"י מחילה שייך השיעבוד להלוקח השטר אף אחר מיתת המוכר אם אין לו יורשים ם כלל כמו גר. או אף כשיש יורשים כ"ז שהיורשים בעצמם אינם מוכרים כן מבואר לכל מעיין בצדק בדברי הריטב"א שם המובא בש"כ חו"מ סימן ס"ו ס"ק קי"ז:

חדושי מסכת בבא מציעא

בסוגיא דתקפו כהן [דף ו' ע"א]

הרמב"ם בפ"ב מהלכות בכורות גם בפ"ה פוסק דת"כ אין מוציאין אותו מידו ובשו"ת הרשב"א סי' שי"א איתא שנשאל על מה שפסק הרמב"ם דת"כ אין מוציאין אותו מידו שהוא נגד הסוגי' דשמעתא כאן דקמה לי' מילתא דרבה דת"כ מוציאין אותו מידו. ומאריך הרשב"א בתרוצו. ותורף דבריו שרבה בעצמו אית לי' דאין מוציאין ומאי דקאמר לעולם אימא לך ת"כ מוציאין כו' דחי' בעלמא היא דיקא נמי דקאמר לעולם אימא לך ולא קאמר התם ת"כ מוציאין כו' ומברייתא דספיקות ליכא הוכחה דיש לחלק בין ספק בכור שהולד מיום שנולד לא הי' לבעל הפרה בו חזקה גמורה דאם הוא בכור לא קם ברשותו מעת לידתו משא"כ בפדיון פ"ח דבשה שפדה בה הספק פ"ח הי' לבעלים חזקת ממון קודם הפדי' ויעו"ש:

ובאמת לכאורה הדברי' דחוקים דהא גם בספק בכור יש להבעלי' חזקת ממון שהוחזק בהולד קודם שנולד גם קשה דאם הסברא נותנת לחלק בין ס' בכור לספק פ"ח אמאי לא נחתו ר"ח ואביי לחלק כן ועל מה הוטבעו אדני סייעתם מהברייתא דספיקות. עוד קשה שלפי דברי הרשב"א הנ"ל הורה רבה בדבריו במה שאמר הלשון לעולם אימא לך שסובר ת"כ אין מוציאין איך אמר לי' ר"ח תניא דמסייע לך כו' ואי ס"ד דתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו כו' הרי הוא כמביא ראי' לסתור דברי רבה:

והנה הש"ך בספרו ת"כ דרך בדרך אחר וכעין דברי הרשב"א הנ"ל וחידש לומר שלכך הביאו ר"ח ואביי סייעתא מהברייתא דספיקות לפי שסברו בהה"א שהברייתא מיירי בספיקות בכורות בהמות טהורות אבל לפי מסקנת רבינא דהברייתא מיירי בספיקות פטרי חמורים נדחה ראייתם כן תוכן דבריו ולפי סברת הש"ך דס"ד הי' דהברייתא מיירי בספיקות בכורות בהמות טהורות. נלע"ד ליישב קושי' הכ"מ וכמה מפורשים שהקשו על דברי הגמ' דקאמר ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין ספיקות אמאי נכנסין לדיר נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן כו' מאי בכך הא כ"ז שלא תפסו הכהן הוא של הבעלים

ונ"ל בפשיטות לפי המבואר בחדושי רשב"א למס' שבועות דף ל"א ע"א דמ"ד דסובר למעוטי מלך אבל משחק בקובי' חייב קרבן שבועות עדות אף דאין תועלת בעדותו כלל כיון דפסול מדרבנן היינו משום שסובר שבפסולי מדרבנן מועיל תפיסה והוי גורס לממון היוצא מדבריו דבכ"מ שמועיל תפיסה מיקרי גול"מ וממילא למ"ד דגול"מ כממון דמי יש להאיש ההוא דין ממון גמור באותו דבר וא"כ בס' בכור אי ת"כ אין מוציאין מידו ודבר הגורם לממון כממון דמי הוי הכהן כמו שותף בזכותו בהספק בכור עם הבעלים. לזה זכות שמוחזק בו ולזה זכות תפיסה אבל אי גול"מ לאו כמ"ד אין להכהן דין ממון בהספק בכור קודם שתפסו והנה אי' במס' סוכה דף ל"ה ע"א נראה מבואר דדבר האסור בהנאה לא מיקרי דין ממון ויעוין בר"ן לנדרים דף פ"ה ובפסחים דף כ"ט פלפל הגמ' באוכל חמץ של הקדש דמוקי רב יוסף פלוגתייהו בדבר הגורם לממון כו' דלמ"ד דהגול"מ לאו כמ"ד לא מעל אף דמותר לאחר הפסח ויכולין להשהותו דהא אתה רואה ספק שהוא אסור בגיזה ועבודה ואין לו שום היתר ולא תקנה בהקרבה כמבואר מדברי הרמב"ם הלכות בכורות פרק ה' דין ג' מאי דין ממון יש בו להבעלים אי לאו משום דגול"מ כמ"ד שיש לו היתר כשיפול בו מום מאליו א"כ לס"ד דספיקות נכנסין לדיר מיירי בספק בכור ע"כ היינו צ"ל דאתי' כמ"ד גול"מ כמ"ד דאל"כ אמאי חייב במעשר דהא בודאי אין חיוב על הבעלים לעשר רק בהמות שיש להם בהם דין ממון דהא אי' בבכורות דף נ"ו על מתני' האחין והשותפין שחייבין בקלבון פטורין ממעשר ת"ר יהי' לך ולא של שותפות [מפרש רש"י בד"ה ולא של שותפין דמשמע המיוחד לך] ואם אינו ענין לבכור כו' תנהו ענין למעשר בהמה. והנה גבי חמץ מה דממעטינן של אחרים ושל גבוה אתי ג"כ מתיבת לך ואמרו בפסחים דף ו' ע"ב שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הוא ברשותו לא הי' נקרא לך [ויעוין בסוגי' דבעירו חמירא דבני חילא בפסחים דף ה'] והיינו משום דהלכה פסקינן דהגול"מ לאו כמ"ד [ויעוין מ"ש בזה בשא"ר הלכות חמץ ומצה] א"כ לס"ד דגמ' דספיקות היינו ספק בכור ועכ"ז נכנס לדיר להתעשר משום דגול"מ כמ"ד שפיר הי' סיוע לדברי רבה דת"כ מוציאין מידו דאי אין מוציאין הא פטר נפשי' בממונו של כהן האף דעדיין לא תפסו כיון שיש לו זכות תפיסה יש לו בו דין ממון למ"ד גול"מ כמ"ד כמו דין ממון שיש להבעלים שהוא ג"כ רק משום גורם לממון דהא כעת עדיין אסור בגיזה ועבודה: ואין להקשות הוי לי' להגמ' להקשות בפשיטות דהוי שותפות לבעלים עם הכהן ושותפות פטורים ממעשר ז"א דהא מבואר ברמב"ם בהלכות בכורות פרק וא"ו דין יו"ד דאם הי' השותפות מתחלת הלידה חייבין במעשר:

אמנם לכאורה י"ל דיש בספק בכור דין ממון גמור אף בטרם יפול בו מום כיון דיכולין למכרו לאחר מי שירצה לקנות להחזיקו עד שיפול בו מום וכמבואר בתמורה דף ח' ע"ב ולא דמי לחמץ של הקדש בפסח אף שמותר להשהותו ויהי' לו היתר אחר הפסח עכ"פ בפסח אסור למכרו וליכא באותו העת שום דין ממון משא"כ כאן דמחמת שיש לו היתר כשיפול בו מום יש בו דין ממון עתה אף שעדיין לא נפל בו מום כיון דיכולין למכרו:

אך מדברי השואל שבשו"ת הרשב"א הנ"ל סי' ש"י מבואר החלטת דעתו דלא הוי דין ממון וז"ל שם דל"ד לספק פ"ח בכל צד שאין לדין דבר אלא לפי מקומו ושעתו וס' פ"ח ממונו של ישראל הוא עכשיו כשתופסו הכהן ולכך מוציאין מידו אבל ספק בכור אינו ראוי לישראל עכשיו כשתופסו הכהן ומפני שאפשר שיהי' ראוי לו לאחר זמן אתה מוציאו מידו עכ"ל

ולדברי השואל הנ"ל הי' מקום להסביר קושי' הגמ' נמצא פוטר ממונו כו' עפ"י המבואר בחידושי ריטב"א למס' סוכה דף ל"ד שכ' בד"ה של ערלה כו' בזה"ל משום שאין בהם דין ממון שאינו רשאי למכרם ונקיט הראב"ד כפשטן כיון דלית בי' היתר אכילה ודין ממון והו"ל איסורי הנאה לא קרינן בי' לכם דהא לית בהו מידי ומאן דגזל להו לא הוי גזלן ולא נהירא וב' תשובות בדבר חדא כו' דכל שהוא שלו ואין בו לאחרים רשות וזכות לכם קרינן בי' כו' יעו"ש: הרי דמדייק הריטב"א בלשונו כיון דאין בו לאחרים רשות וזכות לכם קרינן בי' ר"ל אף שאין לו בה דין ממון מ"מ כיון שאין לאחרים זכות בו קרינן לכם ומינה גם בספק בכור אף לסברת השואל הנ"ל דדנין לפי מקומו ושעתו י"ל דשפיר מיקרי לך לגבי בעל הבכור וכ"ז דוקא אם תקפו כהן מוציאין א"כ אין לאחרים רשות וזכות אבל אם תקפו אין מוציאין מה מקום לומר שיהי' נקרא לך לגבי הבעלים הא אין להם בו דין ממון וגם רשות לאחרים לתופסו ומקשה הגמ' שפיר ויש ליישב בזה מה שקשה לכאורה למה הוצרך הגמ' להקשות נמצא פוטר ממונו כו' דהקושי' אינו רק אם הספק בכור יוצא בעשירי הו"ל להקשות בפשיטות איך ימנה הספק בין המנוין למעשר כיון שאינו שלו דהוי ממונו של כהן אם יתפסנו ולא קרינן גבי בעלים יהי' לך וגרע משותפות מתחלת הלידה דכח כל שותף פושט בכולו משא"כ כאן ע"י התפיסה איבד בעל הספק בכור כל זכותו אבל לפי הנ"ל י"ל דבאמת סברת השואל הנ"ל דחוי' בדברי הנ"ל כיון שיש להבעלים זכות למכור הספק בכור שפיר קרינן בי' לך דיש לו בו דין ממון וקושי' הגמ' הוא רק אם הספק בכור יוצא בעשירי שאז אין עוד להבעלים זכות מכירה דהא מעשר אסור למכור מדאורייתא מלאו דלא יגאל כמבואר בפ"ק דמעשר שני מעשר בהמה אין מוכרין אותו תמים חי כו' [ויעוין תמורה דף ה' ובזבחים דף ל"א

וברמב"ם פ"ו מהלכות בכורות] א"כ תו ליכא זכות להבעלים רק כשיפול בו מום אבל כשאנו דנין לפי מקומו ושעתו ל"ל בו שום זכות ואי תקפו כהן מוציאין הי' קרינן בי' לך לגבי הבעלים כסברת הריטב"א דאף בדבר האסור בהנאה לכם קרינן בי' לגבי הבעלים אם אין לאחרים בו שום זכות אבל מהא שנמנה לבין המנויין ליכא הוכחה כיון שאינו מעשר נשאר להבעלים בה דין ממון למכור לאחרים וקרינן בי' לכם אף שיש לאחרים זכות ע"י תפיסה וכיון דכ"ז שלא יתקף הכהן הוא ממון גמור של הבעלים (ויש להסביר עוד דאם יוצא עשירי ונתפס עליו קדושת מעשר וראוי להקרבה ע"ש מעשר או בכור ושיהי' נאכל לכהנים חל על בעליו לאו דבל תאחר. ואינם יכולים להחזיקו עד שיפול בו מום ואין להם רק זכות אם יפול בו מום תוך שנתו):

אבל לפי"ז יש לכאורה להקשות לפי מה דאי' בתמורה דף זי"ן תנן בכור מוכרין אותו כו' אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה ל"ש אלא בזמן הזה אבל בזמן שבהמ"ק קיים כיון דתם להקרבה הוא דקאי אין מוכרין אותו תמים חי כו' מיתיבי רב משרשי' כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה כו' בכורן ירעו עד שיסתאבו כו' בשלמא אי"ל לכהן זכי' בגווי' שפיר אא"א לית לי' ליתי גזבר ולשקלא כו' והכוונה מפרש רש"י דאם יש זכי' לכהן בבכורות תם יכול כל חד וחד לומר לכהן אני כהן וליכא איסור גזל דשמא זה כהן וזכה בו והממע"ה אבל אי ל"ל זכי' יכול הגזבר ליקח ממנו דלא שייך הממע"ה דאף אם הוא כהן ל"ל בי' זכי' עד אחר הקרבה. א"כ י"ל דאף דספק בכור ת"כ אין מוציאין היינו כיון דאינו ראוי להקרבה הוי כבכור תם בזה"ז דאית לי' לכהן זכי' בגווי' מחיים ושייך הממע"ה משא"כ כשיצא עשירי תו ראוי להקרבה דבכור ומעשר שוים לכל מילי ממילא אין לכהן בו זכי' מחיים דכיון דעיקר תפיסתו הוא מחמת דשמא הוא בכור ובבכור היכא שראוי להקרבה לית לכהן זכי' בגווי' ולא שייך גבי' הממע"ה והוי כעומד באגם ומבואר בתומים דבעומד באגם נשאר בחזקת הבעלים. לולי דברי הראשונים הנ"ל הייתי סבר לומר דקושי' הגמ' כיון דקודם שנתקדש לעשירי הי' להכהן זכות תפיסה אין ראוי לחול עליו שם מעשר אבל לפי מה שהוכחתי כנ"ל דבמה שיש להכהן זכות תפיסה לא נתבטל דין ממון של הבעלים קודם שנתפס בקדושת מעשר כיון שהיו יכולין למכרו. וצ"ל דעיקר קושי' הגמרא דבעת שנתפס בקדושת מעשר ונאסר המכירה בטל דין ממון של הבעלים מחמת זכות שיש להכהן בתפיסה א"כ קשה כנ"ל דכיון שחל עליו שם מעשר אין לכהן עוד זכות תפיסה והוי דין ממון לבעלים בין קודם שנעשה מעשר ובין אח"כ:

וי"ל דהנה באו"ת מדחה את דברי הש"ך בספרו ת"כ מ"ש דלפי הס"ד מיירי הברייתא דספיקות בספק בכור בהמה טהורה כי לא יתכן לומר דכל הנך אמוראי טעו ולא ידעו

מהדרש יהי' קודש ולא שכבר קדוש אך י"ל דלס"ד זו מוקי הברייתא בבכורות חוץ לארץ שאין בו קדושה לדעת הרמב"ם בפ"א מהלכות בכורות דין ה' ואליבא דר"ע בתמורה דף כ"א וכן מבואר באס"ז למס' ב"ק דף י"ב שכ' בזה"ל ולענין פסק כתב הרב המאירי ז"ל בכור הבא מח"ל אף בזמן שבהמ"ק קיים מקדש בו אשה ונכסי כהן הוא לגמרי שהרי אינו ראוי להקרבה דהלכה הוא שאם הביא אין מקבלין ממנו כו' אבל גדולי המגיהים כתבו שלא נאמר דבר זה אלא שלא לקרב אבל מ"מ קדושת בכור יש בו שלא ליגזז וליעבד עכ"ל ובודאי כוונתו לדעת הרמב"ם הנ"ל והחולקים עליו הראב"ד בהשגותיו והרשב"א בתשובותיו סי' של"א ותכ"ז. ובשו"ת הר"ן סי' ז'. הרי לדעת הרמב"ם בכור ח"ל מותר בגיזה ועבודה רק שאינו נאכל כשהוא תם וכמבואר ברמב"ם דין הנ"ל ולא יקרב אלא יאכל במומו ולכך מחשיבו הרמב"ם כחולין כיון שאין בו איסור גיזה ועבודה ונוהג בח"ל ליתנו לכהן ושלא לאכלו תמים וז"ל הר"ן בתשובה הנ"ל אבל נראה שעיקר סמיכתו של הרמב"ם ז"ל הוא על ההיא סוגיא בתמורה דתנן התם בפ' ואלו קדשים ובאין מח"ל לארץ חוץ מן הבכור ומעשר כו' ונראה שסבר הרמב"ם ז"ל דלר"ע אינו קדוש כלל דלא מסקינן התם ולא בשום דוכתא עלה דההיא כאן ליקרב כאן לקדש וכיון דקי"ל כר"ע מחביריו נקטינן דאין בכור בח"ל קדוש כלל דדוקא גבי מעשר בהמה מסקינן התם בבכורות דף נ"ג כאן ליקרב כאן לקדש אבל בבכור לא מסקינן הכי בשום דוכתא עכ"ל א"כ לפי"ז אליבא דר"ע יכולין להפריש ספק בכור בח"ל למעשר ונתפס בו קדושת מעשר שלא ליגזז וליעבד וליכא למעט מוהי' קודש ולא שכבר קדוש דלא הי' עליו קדושה זו מצד בכורה [וצ"ע בלשון הגמ' בבכורות דף נ"ג מאחר שאינו קרב אמאי קדוש לנאכל במומו לבעלים עכ"ל] ויכולין לאוקמא הברייתות ספיקות נכנסין לדיר להתעשר בספיקות בכורות ח"ל וכדאוקמי אביי ורבינא בגמ' בתמורה דף ח' ברייתא ומשניות בבכורות חוץ לארץ ויעוין ב"ק דף י"ב א"כ שפיר הביא ר' חנינא סייעתא לרבה דאי אמרינן ת"כ אין מוציאין נמצא פוטר ממונו בממונו של כהן דכיון שמיירי בבהמות ח"ל אף כשנתפסין בקדושת מעשר אינם נקרבים, א"כ יש לכהן התופס בו מספק בכורה זכות בחיי' ושייך דין הממע"ה ורבי אחא מדיפתי סובר דת"כ אין מוציאין א"כ בלא"ה א"א לומר דמיירי בספק בכור ח"ל דא"כ יש לכהן בו זכות תפיסה והוי פוטר ממונו בממונו של כהן אלא ע"כ מיירי בבכורות ארץ ישראל דאין לכהן בו זכות תפיסה כשנתפס גם בקדושת מעשר כיון דראוי להקרבה וכנ"ל. ולזה מקשה יהי' קודש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש ולפי"ז איכא הוכחה מרב אחא מדיפתי ורבינא דס"ל ת"כ אין מוציאין דאל"כ אמאי לא אוקי דספיקות מיירי בבכורות חו"ל:

עוד נ"ל דאף לשיטות הסוברים דבכור ח"ל אסור בגיזה ועבודה מ"מ השוחטן בחוץ אינו חייב כרת כעל שחוטי חוץ כיון שאינו קדוש להקרבה וא"כ בספק בכור ח"ל ליכא שום ספק כרת רק ספק איסור דגיזה ועבודה ולשיטת הרמב"ם והראב"ד דספיקא דאורייתא לקולא הוי כאינו קדוש כלל ול"ק יהי' קודש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש ויעוין בכ"מ על דברי הרמב"ם בדין בכור ח"ל:

אבל עדיין צ"ע דלפי הנראה מסתימת דברי הרמב"ם בפ"ו מהל' בכורות דין ב' דעתו דמעשר מבהמות ח"ל שוה למעשר בהמות ארץ ישראל ולא הביא כלל דקדושתו אינו ליקרב אף שבבכור ח"ל סובר כר"ע ומצאתי שכבר האריך בזה בשו"ת שער אפרים סי' ע"ט ולפי הנחותיו שמה יש להחזיק דברי הנ"ל אף לשיטת הרמב"ם אבל דבריו שמה דחוקים:

ובכדי ליישב קושייתי הראשונה הנ"ל דמאי מקשה נמצא פוטר ממונו כו' הא אין לכהן זכי' בבכור שראוי להקרבה צ"ל דרב חנינא סובר דיש לכהן זכי' אף בבכור תמים בזמן הבית וחולק בזה ארב נחמן אמר רבה בר אבוהו והרווחנו בזה לתרץ דברי הרמב"ם שלפי הנראה מפשטות דבריו בהלכות תמורה פ"א דין ט' שכ' ואין הכהנים ממירין בבכורה שאע"פ שהוא זוכה בה מחיים אינו זוכה בה מתחלה שהרי תחלה בבית ישראל כו' מבואר שחולק אדברי רב נחמן הנ"ל וכבר העיר ע"ז הלח"מ פ"א מהלכות בכורות דין י"ז ומעייל פילא כו' בדברי הרמב"ם ולדעתי גם בהלכות בכורות נראה שדק בדבריו במ"ש וכן אין מוכרין אותו כשהוא תם שכיון שהוא עומד לקרבן אין לכהן בו זכות כדי למכרו עכ"ל שהכוונה שאף שהכהן זוכה בו מחיים אין בכלל זה זכות מכירה וכל זה נגד כל הסוגיא בתמורה דף ח' ודע דהרמב"ם פ"ו מהלכות פסולי המקודשין דין י"ג כ' הבכור והמעשר שנתערבו יאכלו במומן והוא מהתוספתא כמ"ש הכ"מ ודלא כר"ש שסובר דלא חיישינן בהבאת חדשים לבית הפסול ע"י מיעוט אוכליהן או בזמן האכילה יעו"ש אמנם עדיין יש מקום לדברי הנ"ל דאכתי י"ל דליכא ראי' מהברייתא דספיקות דדילמא ר"ש הוא ולדידי' ספק מעשר או בכור קרב ממ"נ וכיון שעומד להקרבה אין לכהן בו זכות:

גם אפשר לצדד דאף לרבנן שפוסק הרמב"ם כוותייהו לא חיישינן בהבאת קדשים לבית הפסול כ"א היכא שנתערב קרבן בקרבן שממועט אחד מהקרבנות מאכילתו וחיישינן דילמא עי"ז אתי לידי נותר ונצטרך לשורפו כמו שמפרש רש"י בזה במס' זבחים דף ע"ד ויעו"ש גם בדף ע"ה. אבל לא בגוונא דידן שבבהמה אחת יש ספק אם הוא בכור או מעשר דיש בשעת הקרבה לענין הבאה לידי פסול ב' ספיקות ספק דילמא לא יבוא לידי פסול נותר שיהי' אוכליהן כל הצורך לאכול כולו קודם זמן הנותר ואף אם יבוא

לידי נותר דילמא באמת בכור הוא. שוב ראיתי בבכורות דף ס"א שמפורש שם מדברי הגמ' ופי' רש"י ד"ה אין מביאין קדשים לבית הפסול שאף במיעוט אוכליהן הוי כמביא קדשים לבית הפסול וזה ממש כדברי התוספתא הנ"ל אבל המעיין שם בדברי רש"י במ"ש שמא לא יהי' מצוין אוכלין כו' והשתא מביא א' מהם שהוא מעשר לבית הפסול כו' יראה שדברי הראשונים הנ"ל נכונים די"ל דלא חיישינן להבאת פסול רק בתערובות בהמה בבהמה שיש רק ספק א' דשמא לא יהי' מצוין אוכלין ויבוא קרבן א' לידי נותר בחנם משא"כ בקרבן א' דאף אם יביא ע"י מיעוט אוכלין לידי נותר יכול להיות שאינו בחנם דדילמא בכור הוא:

וע"ד פילפול נ"ל ליישב קושי' האו"ת מה שהקשה על הש"ך איך ס"ד לומר דס"ד הי' דהברייתא דספיקות מיירי בספק בכור בהמה טהורה וכי נעלם מהנהו אמוראי הדרש דיהי' קודש דבספרא סוף פרשת בחקותי איתא בזה"ל ומנין שמעשר בהמה בעומד ועשר קאי ת"ל יהיה קודש מלמד שמעשר בהמה בעשר תעשר כו' יעו"ש הרי דיהי' קודש אתי לדרשא אחרינא ואין הכרח למעט מזה הספק בכור אמנם נ"ל דקשה לפי שיטת הרמב"ם שסובר דספיקא דאורייתא לקולא למה לי העשירי למעט ספק מחיוב מעשר. ונראה פשוט דלק"מ דצריכין למעט בקפץ אחד מן המנוין לדיר שבכולן פטורין אף שהי' עליהן חזקת של חיוב מעשר להתעשר ובמקום חזקה ספיקא דאורייתא לחומרא מדאורייתא אמנם לפי"ז ע"כ מוכרח דבעומד ועשר קאי דאל"כ דליכא כלל חיוב מעשר מאי חזקת חיוב שייך. ובזה א"ש התכת דברי הגמ' דאחרי דברי אביי שאמר העשירי ודאי אמר רחמנא ולא ספק מביא הגמ' קושי' ר' אחא מדיפתי שהקשה לרבינא מאי ספיקות אי לימא ספק בכורות יהי' קודש אמר רחמנא כו' דבלא זה לא הי' קשה דהיינו יכולין לומר שקאי כדרש הספרא הנ"ל אבל השתא דאיצטרך העשירי למעט ספק ממילא מוכח דבעומד ועשר קאי וכנ"ל ומיותר יהי' קודש לדרשא ולא שכבר קדוש ומקשה הגמ' שפיר אמנם לכאורה קשה לפי מה שאמרנו ע"כ צ"ל דר' אחא מדיפתי ורבינא סוברים ספיקא דאוריית' לקולא וא"כ איך ממעט מויהי' קודש ספק בכור הא מדאורייתא ספיקא לקולא ולא הי' על הספק שום קדושת בכור ועל הקרא גופיה לא קשי' די"ל דאתי למעט היכא שיש חזקה או אקבע איסורא דבכור אבל עכ"פ לא קשה מברייתא דספיקות די"ל שמיירי בספיקות שאין בהם חזקה וספיקותם מדאורייתא לקולא וצ"ל דאף דספיקא דאורייתא לקולא שאני בכור שיש בספק כרת לענין שחיטתו בחוץ ולכך ספיקא להחמיר ויעוין בחולין דף קל"ד ע"א וכדברי הגירסא ברמב"ם מהלכות טומאת מת שמחלק בין ספק כרת לספק לאו ומיושב דברי הרמב"ם במה שפוסק ת"כ אין מוציאין מידו ול"ק עליו

מברייתא דספיקות כי אליבי' הברייתא מיירי בספק פ"ח ובשה הפודה הספק פ"ח הי' לבעלים חזקת ממון ולכך בספק פ"ח ת"כ מוציאין מידו. ורבה לשיטתי' דידוע מדברי האחרונים שהאריכו בזה דלדברי רבה ביבמות דף פ"ב שסבירא לי' כל בדאורייתא ל"ש איסור לאו ול"ש איסור כרת ליכא לחלק בדין ספק דאורייתא וע"כ צ"ל לדידי' או שסובר דגם ספק כרת לקולא מדאורייתא ואשם תלוי אלא בחתיכה א' משתי חתיכות או שסובר כמ"ד חתיכה א' שנינו ולדידי' גם ספק לאו אסור בדאורייתא א"כ לשיטתו ממ"נ ל"ק קושי' ר' אחא מדיפתי הנ"ל דאם סובר ספיקא דאורייתא לקולא אף בספק כרת גם בספק בכור לקולא מדאורייתא ולא אימעט ספק בכור מוהי' קודש ולא אתי יהי' קודש למעט רק קדשים ודאי וכ"מ בבכורות ואם סובר דספיקא דאורייתא לחומרא בלא"ה צריכין יהי' קודש לדרש ספרא הנ"ל דאין להוכיח הדרש דספרא מעשירי ודאי כנ"ל דאם סובר סד"א לחומרא צריכין עשירי למעט ספק אף בלא קפץ א' מן המנוין שהיו חזקת חיוב לעשר. ולכך מביא רב חנינא סייעתא לרבה מברייתא דספיקות דלשיטתו מיירי הברייתא בספק בכור בהמה טהורה ומוכח מהברייתא דתקפו כהן מוציאין אותו מידו:

וליישב הקושי' על הרשב"א שהבאתי בראש הסוגי' לפ"ד דגם לסיד מיירי הברייתא דספיקות בספק פ"ח איך מייתי ר' חנינא סייעתא לרבה הא הסברא פשוטה לחלק בין ספק בכור לספק פ"ח כפי סברתו דבספק בכור לא הי' לבעל הספק בכור מיום הלידה משא"כ בספק פ"ח דהי' לו חזקה בשה קודם הפדיון גם לפ"ד הרשב"א רבה בעצמו מודה דת"כ אין מוציאין ולכך קאמר רבה הלשון לעולם אימא לך וא"כ איך מייתי ר' חנינא סייעתא לסתור דברי רבה. ונלע"ד דבמס' בכורות דף י"ט ע"ב אי' במשנה הלוקח בהמה מן הנכרים ואינו יודע אם בכרה או לא בכרה ר' ישמעאל אומר עז בת שנתה ודאי לכהן מכאן ואילך ספק רחל בת שתים ודאי לכהן מכאן ואילך ספק פרה וחמורה בת שלש ודאי לכהן מכאן ואילך ספק א"ל ר' עקיבא אלו בולד לבד הבהמה נפטרת הי' כדבריך אלא אמרו סימן הולד בבהמה דקה טינוף ובגסה שלי' יעו"ש והקשה בגמ' מכאן ואילך ספק אמאי הלך אחר רוב בהמות ורוב בהמות מתעברות ויולדת בתוך שנתן כו' אלא אמר ר"י מחוורתא ר' ישמעאל כר"מ ס"ל דחייש למיעוטא כו' יעו"ש רבינא אמר אפי' תימא רבנן כי אזלי רבנן בתר רובא ברובא דלא תלי' במעשה אבל רובא דתלי' במעשה לא אזלי בתר רובא ומקשה הגמ' א"כ בדברי ר"י דלא חייש לטינוף משום דלמיעוטא לא חייש והאמר רבא מחוורתא ר' ישמעאל כר"מ ס"ל דחייש למיעוטא ומשני כי חייש למיעוטא לחומרא אבל לקולא לא חיישינן וכתב שם בתוס' ד"ה לקולא לא חייש ואפילו לכהן ינתן כיון דקרב למזבח ומיהו גבי חמורה קשה דהוי לי' להעמיד ביד הבעלים ולא

ניזול בתר רובא שאפי' רב מודה הכא דאין הולכין בממון אחר הרוב וי"ל דגזר חמורה אטו בהמה עכ"ל הרי למידין מזה שי"ל אף שיש בפ"ח חזקת ממון לבעלים מ"מ צריך ליתן לכהן משום גזירה דבכור בהמה טהורה ומכ"ש שיהי' סברא לומר כן בדין תקפו כהן שנגזר בפ"ח כשתקפו כהן אטו ספק בכור בהמה טהורה וליתא לסברת הרשב"א הנ"ל שמחלק בין ספק בכור בהמה טהורה לספק פ"ח וצ"ל שאין דמיון לשם דשאני התם שיש לחוש לתקלות איסור דאם נפסק בחמורה בת שלש שלא ליתן הפדיון לכהן מטעם חזקת ממון יטעו הרואים שגם בפרה בת שלש הניקחים מהנכרי לא יתן לכהן ולא יקריבו ויבטל הקרבת הבכור דלענין הקרבה אזלינן בתר רובא שמצותו להקריב ובבל תאחר קאי אבל כאן בספק פ"ח היכא דליכא רוב למה נגזר אטו ספק בכור בהמה טהורה דמאי צד איסור יוצמח מזה דהא בלא"ה אינו מותר להקרבה מצד ספק חולין בעזרה ואין אנו דנין רק של מי יהיה של ישראל הבעל או של כהן גם אין לגזור דאם נפסוק גבי פ"ח מוציאין יפסוק כן גם גבי בכור דאין גזירה בזו גזירת איסור ומוציאין או אין מוציאין הוא ביד ב"ד ולב"ד טועין לא חיישינן ואף אם הי' לחוש וכי בשביל זה נפקיע זכות בעלים ואין לומר דגם הכא יש לגזור משום איסור שלא יבואו להתיר הספק בהמה טהורה בגיזה ועבודה ז"א דאיסור גיזה ועבודה בספיקות לא תלי' כלל בדין התפיסה אם תקפו כהן אין מוציאין וכדברי רבה לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין ואפ"ה אסור בגיזה ועבודה וכיון דאין הדינים תלוי' זה בזה שפיר י"ל כסברת הרשב"א הנ"ל שבספק בכור טהורה אין מוציאין כשתקפו כהן ובספק פ"ח מוציאין אמנם כ"ז לשיטת רבה אבל לרב המנונא שסובר שאינו אסור בגיזה ועבודה רק משום דתקפו כהן אין מוציאין אבל אי מוציאין הי' מותר בגיזה ועבודה א"כ שפיר י"ל דלדידי' שיש לדין גם בספק פטר חמור דאם תקפו כהן אין מוציאין משום גזירה אטו ספק בכור טהורה דאם יוציא בספק פ"ח מיד הכהן יטעו הרואים שגם בספק טהורה הדין כן וממילא יבוא לידי גיזה ועבודה בספק טהורה ויעבור על ספק איסור דאורייתא דאף לשיטת הרמב"ם דכל ספיקא דאורייתא לקולא גבי ספק בכור לשיטת ר' המנונא כיון דתקפו כהן אין מוציאין ספיקא דאורייתא לחומרא דהוי כאלו זכה הכהן והקדישו והשתא א"ש התכת הסוגי' דרב המנונא סבר שאין ספק איסור בגיזה ועבודה רק משום דתקפו כהן אין מוציאין וממילא גם בספק פ"ח ת"כ אין מוציאין משום גזירה שלא יבוא להתיר בגיזה ועבודה גם בספק בכור טהורה ודחה רבה לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין. ר"ל בספק פ"ח ולכך קאמר לעולם אימא לך כי באמת מודה הוא דבספק טהורה דליכא חזקת בעלים תקפו כהן אין מוציאין מידו וכמו דמדקדק הרשב"א מלשון רבה שסובר תקפו כהן אין

מוציאין רק דלשיטתו לא תלי' בדין גיזה ועבודה ליכא למיגזר בספק פטר חמור אטו ספק טהורה והדין בספק פ"ח שיש לבעלים חזקת ממון שאם תקפו כהן מוציאין והשתא א"ש הסייעתא שמביא ר' חנינא לרבה מברייתא דספיקות דשם מיירי בספיקות פ"ח כדמסיק בגמ' ושם לשיטתו של רבה תקפו כהן מוציאין ולכך שפיר מעשר אבל אי ס"ד דתקפו כהן אין מוציאין ר"ל דאם נאמר כדברי ר' המנונא דתלי' זה בזה דאיסור גיזה ועבודה אינו רק משום דתקפו כהן אין מוציאין ולפי"ז צריכין לפסוק גם בספק פ"ח שאין מוציאין מטעם חשש גזירה כנ"ל, שאם יהי' הדין שמוציאין יטעו שכן הדין גם בספק בכור וממילא לא יאסרו בגיזה ועבודה ע"כ גם בפ"ח אין מוציאין א"כ שגם הכא בברייתא דספיקות שמיירי בספק פ"ח גם כן הדין דאין מוציאין השה הרי פוטר ממונו בממונו של כהן ומה שאמר ר"ח ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאין קאי אספק פדיון חמור דמיירי מיני' בברייתא דספיקות ואליבא דר' המנונא י"ל שסובר כתירוץ רבינא בבכורות דמתרץ דרובא דתלי' במעשה לא הוי רובא ודו"ק:

באופן אחר נראה להסביר במה פליגי רב המנונא ורבה ויתורץ דברי הרמב"ם הנ"ל דלכאורה אינו מובן דברי ר"ה איך מביא ראי' מאיסור גיזה ועבודה דשאני התם דהוי ככל ספק וכדברי רבה שמתמה קדושת בכור קאמרת והנה מתוך דברי הר"ן ושארי מפרשים שדבריהם מובאים באס"ז נראה לכאורה לפרש שר"ה סובר שבכל ספק בכור י"ל חזקת חולין שהי' לעובר במעי אמה ורבה דחי לי' דלא שייך לומר חזקה מצד עובר ויש להסביר שתלי' בסברא חזקה עשוי' להשתנות ויעוין בקידושין גבי קידשה אבי' בדרך ובשו"ת הר"ן וידוע דלא מיקרי חזקה העשוי' להשתנות אלא היכא שהשינוי הוי שתהא בא מאלי' ולא כשצריך להיות השינוי במעשה וא"כ שפיר מדויקים דברי רבה במה שאמר קדושה הבאה מאלי' שאני אמנם קשה לפי הכרעת הפר"ח ביו"ד כדברי הרבינו יונה והרשב"א ז"ל דאף במקום חזקה אסורות כל הספיקות מדרבנן א"כ האיך הביא ר"ה ראי' מאיסור גיזה ועבודה ונ"ל דביבמות דף למ"ד ע"ב איתא במשנה וכולן שהיו בהם קידושין או גירושין בספק הרי אלו הצרות חולצת ולא מתייבמות כיצד ספק קידושין זרק לה קידושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה כו' דהוי ספק קידושין ספק גירושין כתב בכתב ידו ואין עליו עדים או יש בי עדים ואין בו זמן כו' זה ספק גרושין גמ' ואנו בגירושין ספק קרוב לו ספק קרוב לה לא קתני אמר רבה אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת ומספק אתה בא לאוסרה אל תאסרנה מספק א"ל אביי חי הכי בקידושין נמי נימא אשה זו נמי בחזקת היתר ליבם עומדת כו' התם לחומרא כו' אי הכי גירושין נמי כו' התם אם אתה אומר חולצת מתייבמת: כי' יעו"ש כל הסוגי' היוצא מזה היכא שמן

התורה מותר מטעם חזקה רק מדרבנן יש להחמיר ולאסור אף במקום חזקה לא אסרו חכמים רק היכא שליכא חשש תקלה ע"פ החומרא שהוסיפו מדרבנן ולפי"ז י"ל גבי ספק בכור טהורה היכא שמן התורה מותר לא הי' נחכמי' להחמיר באיסורים מדברי סופרים דהא איכא חשש תקנה שיאמרו מדאסור בגיזה ועבודה ודאי בכור הוא ואתי למיקרבי בפנים ומצינו שגזרו חכמי' כעין זה גם גבי כהנים יעוין מס' בכורות דף י"ח ע"א ודף כ"ז ע"א ובקידושין דף מ"ו ע"ב ולכך סבר רב המנונא דאי לאו משום דבכל מקום שתקפו כהן אין מוציאין הקדישה מוקדש לא הי' לחכמים לאסור ספק בכור בגיזה ועבודה ומדחה רבה קדושה הבא מאלי' שאני וכדברי הר"ן דכאן ליכא דין חזקת חולין וספיקא אסור מדאורייתא:

ויש לומר בדרך פלפול מה שמדקדק באס"ז בדברי ר' המנונא שאמר והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין דאמר המוציא מחבירו עליו הראי' וכי לא תקפו אסור כו' בגיזה ועבודה הא עיקר ראיית ר"ה מדין איסור גיזה ועבודה שע"כ הטעם משום דתקפו כהן אין מוציאין ול"ל לאכוחי דתקפו כהן אין מוציאין מלשון המשנה המוציא מחבירו עציו הראי' וי"ל דבקידושין דף מ"ו ע"ב על פלוגתא דרב ושמואל במקדש אחותו וגמר ונתן לשם מתנה ומותיב רבינא ע"ז שם המפריש חלתו קמח אינו חלה וגזל ביד כהן ואמאי גזל ביד כהן נימא אדם יודע שאין מפרישין חלה קמח וגמר ונתן לשם מתנה. ומשני שאני התם דאפיק מיני' חורבא זימנין דאית לי' לכהן פחות מחמשת רבעים קמח והאי אליש לי' בהדי הדדי כו' מי לא תנן מן הנקוב על שאינו נקוב תרומה ולא תאכל עד שיוציא עליו תרומה ומעשר ממקום אחר ובתרי מנא ציית ובחד מנא לא ציית כו' ואב"א לעולם כהן מיצת ציית ופרש"י דכהנים זריזין הם כו' דאין נותנים תרומה אנא לכהן חבר וקסבר בע"ה כו' יעו"ש היוצא מסוגי' הנ"ל שיש שתי אוקומתות ולחד אוקמתא לא חיישינן לתקלה גבי כהנים המקבלים מתנות כיון דחברים הם וי"ל דז"א רק בדבר שהבעה"ב נותן מדעתו דבסתמא אין שום בע"ה נותן רק לחבר דאין ליתן מתנות לכהן ע"ה. אבל אי אמרינן תקפו כהן אין מוציאין ולשיטות הסוברים שאף מי שאינו ממכירי כהונה כשתופס אין מוציאין שפיר יש לחוש דילמא יתפיסנה כהן שאינו חבר וכיון שאסור בגיזה ועבודה יחזיק אותו לבכור ויקריבנה וזה כוונת התכת דברי רב המנונא והא הכא דכי תקפו כהן אין מוציאין דקתני הממע"ה וכי לא תקפו אסור בגיזה ועבודה. ר"ל כיון דתקפו כהן אין מוציאין לא הי' לאסור בגיזה ועבודה מדרבנן משום חשש תקלה כו' אלא ודאי שמדאורייתא אסור הספק משום דזה הוי כהקדישה הכהן. והשיב לו רבה לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין מידו ואפ"ה אסור בגיזה ועבודה כו' כלומר שסובר רבה

דחזקת חולין לא חשיבי חזקה דאף שבהיותו עובר הוא חולין עשוי להשתנות מאלי' ביציאתה מרחם אמו וחזקה כי האי לא חשיבי חזקה א"כ ספיקא אסור מדאורייתא אף אם הי' הדין דתקפו כהן מוציאין ולכך אף דבאמת ת"כ אין מוציאין מידו מ"מ אי אפשר להתיר בגיזה ועבוד' כיון שהאיסור אינו מדבריהם רק מדאורייתא ואם נאמר כדברי ספר ת"כ דר"ח ואביי סברו דברייתא דספיקות מיירי בספיקות בכורות טהורים א"ש בפשיטות המשך דבריהם לסייע לרבה מברייתא דספיקות:

אמנם אף כשנאמר דהברייתא מיירי בספק פ"ח יש לפרש על נכון פשטן דבריהם של ר"ח ואביי. דלכאורה קשה לשיטת הרשב"א שמחלק בין תקפו כהן בין ספק בכור טהורה לספק פ"ח הא במתניתין קתני אחד בכור בהמה בין טהורה בין טמאה הממע"ה ומלשון המע"ה מוכח דגם בספק פדיון פ"ח תקפו כהן אין מוציאין. דא"ל שקאי על ספק פטר חמור עצמו דכ"ז שלא נפדו בודאי אין הכהן יכול לתפוס דביד הבעלים לפדותו א"ו צ"ל שגבי ספק פטר חמור נקרא בסתם תמיד הכהן המוציא כיון שהי' לבעלים חזקת ממון גבי' שפיר תנן מתניתין סתם על שניהם דין הממע"ה דבספק בכור טהורה נקראים גם הבעלים הממע"ה כשתפס הכהן כיון שלא הי' להם חזקת ממון וגבי פטר חמור עצמו אין שום הממע"ה רק על הכהן. והשתא א"ש סייעתא דר"ח לדברי רבה. דאלו כדברי ר"ה דהאיסור אינו אלא מצד הדין דת"כ ע"כ לדידי' גבי ספק פדיון פ"ח תקפו אין מוציאין ותקשה לדידי' מברייתא דספיקות כנ"ל:

בסוגיא מעשה דר"ג וזקנים [דף י"א וקידושין דף כ"ז]

הפני יהושע מקשה על הא דמשמע בפשיטות בשמעתין דקידושין דר"ג מטלטלין אג"ק הקנה הם. ומוכיח מזה דמשדה בשכירות ומטלטלין במתנה מועיל אגב והרי כאן בב"מ מסיק ר"פ ורב אשי שדעת אחרת מקנה אותן שאני וי"ל שבדין חצר הקנה להם:

ולפענ"ד י"ל דמזה ראי' לשיטת הפוסקים שהכריעו להלכה דטוה"נ א"מ יעוין בש"ך חוה"מ סי' ש"נ וסוברים כיון דטוה"נ אינו ממון לא מיקרי דעת אחרת מקנה אותו ודלא כדברי מהר"מ שמובא במרדכי כאן בב"מ שדחק לפרש דמצד קנין המקום מיקרי דעת אחרת אף דלגבי הטוה"נ לא הוי דעת אחרת יעו"ש ובלא"ה לא יתכנו דבריו לשיטת הש"ך חוה"מ בסי' ר"ב דבקנין חצר צריך שיהי' תחלה הקנאת החצר ואח"כ בא קניות המטלטלין שבתוכו וכן מבואר מדברי הריטב"א ותוס' רי"ד בקידושין וא"כ לא מועיל דעת אחרת שבהקנאת החצר לענין קנין המטלטלין שאינו בא בב"א עם קנין החצר. וכבר העיר ע"ז בס' קצה"ח ח"ב:

והא דמהני בטוה"נ הקנאת מטלטלין אג"ק (ובפרט שהסוגי' אזלא אליבא דעולא והוא סובר להדיא בספ"ב דקידושין דטוה"נ א"מ). נ"ל ליישב עפ"י דברי תוס' רי"ד שגריס בסוף פ"ב דקידושין בסוגי' שם דכ"ע טוה"נ א"מ ובמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמי פליגי ומפרש שם בתוס' רי"ד דלמ"ד מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד משלם הגנב האוכל טבל דמי כולו דכיון שעדיין לא הורמו ולא היה לכהן עדיין שום חלק בטבל והי' ביד הבעלים למוכרו בטבלו לאחרים כלומר לעכו"ם מעתה י"ל דאף דלאחר הפרשה טוה"נ א"מ מ"מ ז"א אלא היכא שהופרש תחלה ואח"כ תהא הקנאה לאחרים בזה אמרינן כיון שכבר הופרש והוי חלקו של כהו ואין לבעלים עוד בו רק הכח למוכרו לאיזו כהן שירצה דאינו רק טוה"נ ואינו ממון אבל היכא שהבעלים עושים ההפרשה והקנין בב"א הוי שפיר כמקנה את שלו דהא קודם שהפריש והקנה בעודו בטבלו הי' לגמרי שלו ובידו הי' למכור בטבלו ושלא להפריש כלל ובהפרשתו הוא שעושה גם הקני' להכהן או ללוי מיקרי שפיר מקנה דבר שהוא שלו ושייך בזה הקנאת מטלטלין אג"ק דהא בהפרשתו הוא כמקנה מטלטלין שלו אג"ק אבל אי בעי להקנות בקנין חצר שצריך שיהי' קניות החצר תחלה ובמעשה דר"ג שלא הי' מקום לחול שכירת המקום כ"א בעת הפרשות המעשרות שאז נקרא מקומו של המעשר וקודם הפרשת המעשרות ליכא שכירות המקום דהא לא הקנה מקום מיוחד רק מקומו של המעשרות ובאפס הפרשה דליכא עדיין שם מעשר הרי לא הוחל שכירות המקום כ"א עם ההפרשה והקנין של המעשרות א"א שיהי' עם שכירו' המקום לפ"ד הש"ך והריטב"א הנ"ל דבקנין חצר צריך שיהי' החצר תחלה של הבא לקנות המטלטלין שבתוכה וא"כ אין הקנין שע"י החצר בב"א עם ההפרשה רק אח"כ וכיון שקדמו ההפרשה הרי כבר סר שם בעלים מהמעשרות למ"ד טוה"נ א"מ ותו ליכא בשעת הקנין מטלטלין בקנין שע"י החצר שם דעת אחרת מקנה אותו. לכן אסיקו בסוגי' דקידושין שר"ג הקנה במטלטלין אג"ק דא"ש אף לפי ההילכתא דטוה"נ א"מ דקנין מטלטלין אג"ק בא בב"א ודברי ר"פ ורב אשי שסוברים כאן שהי' ההקנאה מצד חצר ובדעת אחרת מקנה אותו אינם אלא למ"ד דטוה"נ ממון ומיקרי אף לאחר הפרשה דעת אחרת מקנה אותו אבל לעולא ולפי ההילכתא דטוה"נ א"מ מוכרח לומר שהי' בהקנאת אג"ק ולא מדין חצר ויעוין תוס' ב"ב דף קכ"ג ע"ב ד"ה קסבר שמבואר מדבריהם שהי' גם לפניהם הגירסא בסוף פ"ב דקידושין כגי' התוס' רי"ד דכ"ע טוה"נ א"מ ובמתנות שלא הורמו כמשה"ד קמיפלגי. וכפי' התוס' רי"ד דרבי שסובר משלם דמי כולו סובר דלאו כמשה"ד והי' יכול למוכרו בטבלו. אבל מהסוגיא דנדרים דף פ"ה יש סתירה לזה יעו"ש ואין להקשות דהא גם ר' יהושע הקנה אג"ק תרומת מעשרו

לראב"ע והרי מעשר שלו לא הי' בידו למכור לנכרי ז"א דאי אמרינן מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד אף כשאין בידו למכרו כלל מ"מ מיקרי כולו של הבעלים כיון שעדיין אין לכהן ולוי שום חלק בו וכשמפריש הוי כמפריש משלו ולא הוצרך התוס' רי"ד להוסיף בדבריו שהי' יכול למוכרו בטבלו לאחרים רק להסביר טעם חיוב התשלומין שמחויב הגנב לשלם דמי כולו לבעל הטבל דאי לא הי' ביד בעל הטבל למכור לאחרים לא הי' שם הפסד במה שאכלו הגנב דאף שהי' כולו של בעל הטבל מ"מ בשיעור התרומות והמעשרות שבו שהי' עליו חיוב הפרשה וליתן לכהן ולוי לא הפסידו ע"כ הוצרך התוס' רי"ד לומר שפיר הפסד דהא הי' בידו למכרו בטבלו כולו לאחרים אבל כאן בסוגי' דידן אין אנו דנין כ"א לענין דעת אחרת מקנה אם נחשיב בעל הטבל כמקנה משלו חלק המעשרות והתרומות או לא שפיר מיתלי תלי בדין שלא הורמו כו' דלמ"ד לאו כמשה"ד גם כשכבר הופרש המעשר וטבול הוא לתרומת מעשר אף שלא הי' ביד הלוי למכור טבל זה מ"מ כיון דבעוד שלא הפריש התרומת מעשר ממנו חשוב טבל זה כולו שלו הרי הוא המקנה משלו בהפרשתו והקנאתו התרומת מעשר לכהן ע"כ הי' גם על ר' יהושע נגד ראב"ע שם מקנה משלו כשהקנה אג"ק שהיתה ההקנאה וההפרשה בב"א ובההפרשה מיקרי מפריש משלו ממש:

העולה מדברי הנ"ל דהסוגי' דקידושין דההקנאה הי' במטלטלין אג"ק סוברת דטוה"נ א"מ רק משום דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד היו ביד ר"ג ור"י להקנות באגב. א"כ צ"ע לכאורה על דברי רבא וכי לא הי' להם סודר לקנות ואקדים דברי הריטב"א לקידושין שכתב שכיון שלא סיים ר"ג המעשרות בצפונו או בדרומו ע"כ צ"ל שר"ג סובר דיש ברירה והקנה שפיר לר"ע ור"י במעכשיו מדין ברירה דכשיפריש המעשרות יהי' למפרע מעכשיו שלהם אמנם בשעה"מ פ"ה מהלכות עירובין הלכה ז' הניח בצ"ע דברי הריטב"א שמסוגי' דפסחים דף פ"ז ע"ב לפי פי' רש"י ותוס' שם מוכח מדברי ר"ג שאמר מלך ומלכה כי' אין לא נאכל כו' שסובר דאין ברירה יעו"ש ואף שלדעתי יש לדחות ראי' זו עכ"ז עכ"פ אין הכרח לומר דר"ג סובר דיש ברירה וכיון שההלכה דאין ברירה מהראוי להעמיד כן גם שיטות ר"ג וקושי' הריטב"א דאם אין ברירה איך זוכה ר"ג מעכשיו לר"ע ור"י ל"ק לשיטות הר"ת שמפרש שלא הוצרך ר"ג רק לקרות מצות ביעור ולשיטתי' לא הי' צורך לתקנת במעכשיו וכן נראה מבואר להדי' מדבריו בספר הישר סי' תמ"ח שכ' בזה"ל שבשעה שהי' קורא השם הי' קורא בענין שיהיו יוצאים מרשותו לכשתכנס נ"ל שהכוונה לכשיתפרש שזמנו קודם הכניסה יעו"ש שמורים דבריו דר"ג הניח התבואה בטבלן ולא קרא שם מעכשיו וכן משמעות לשון התוס' בשמו בקידושין דף כ"ז יעו"ש

במהרש"ל ומהרש"א רק שיהי' שם בעלים ר"י ור"ע על המתנות מעת שיופרשו ובכה"ג מהני אף למ"ד דל"ל ברירה כמבואר בסוגי' דצנועין כיון שאינו אלמפרע רק משיגיע העת ואילך והא שהי' מהני לקיחות הפרוטה לקנין כסף שלקח עתה מר"י ור"ע על קניות המקום שלא יחול אלא מעת הפרשת המעשרות א"ש לפי דברי התוס' ביבמות וכתובות דף פ"ב ע"א דמועיל קנין כסף להקנות ע"י לאחר שלשים ובלא מעכשיו ואף שנתאכלו המעות של הקנין בהגעת הזמן וכן פסקינן להדי' בש"ע אה"ע סי' מ"ם לענין קידושין וגם בקניות קרקע כמבואר בחוה"מ סי' קצ"א בסמ"ע ס"ק ט' ובש"ך שם ס"ק ד' כמו שמהני בקידושין כדאי' במס' קידושין דף נ"ט אבל קנין חליפין אינו מועיל כ"א במעכשיו ולאחר שלשים אבל בלא מעכשיו לא מהני הק"ס אלאחר שלשים כיון דהדרה סודרא למרי' כדאי' בנדרים דף מ"ח ובתוס' כתובות הנ"ל ובקידושין דף ס"ג ע"א ד"ה כגון ומובא בחוה"מ סי' קצ"ה ס"ה א"כ מאי מקשה רבא וכי לא הי' להם סודר הא י"ל דר"ג לא סבר ברירה וכיון דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד לא הי' להקנות מעכשיו אלא שיחול הקנין מעת ההפרשה ואילך ע"כ לא הי' בידו להקנות המתנות בק"ס דאין ק"ס מועיל רק בהקנאה שחנה מיד בעת עשיות הק"ס והוצרך להקנות המקום בכסף וע"י קנין כסף יכולה הקנאה שתחול מעת ההפרשה ואילך שאז יוברר חלק המעשרות ויהיו עם מקום קנוים מאז לר"י ור"ע:

ולולי דברי הראשונים שהעליתי דהסוגי' סוברת דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד הייתי יכול לדחות קושי' זו ולומר דרבא סובר כמו שהורמו דמי וא"כ אף למ"ד אין ברירה יכולין לזכות חלקי המתנות מעכשיו ללוים וכהנים ודמי לדין תבואה בטבלן שבאו ליד ק שזוכה במתנות שבו למ"ד כמי שהורמו דמי כדאיתא בפ' הזרוע דף ק"ל וכל זה מרומז בר"ש בפ"ה דמע"ש על המשנה דידן מעשה דר"ג וזקנים משנה ט' שכתב דאי כמי שהורמו הי' יכול לזכותן ואי לאו כמי שהורמו הי' צ"ל מה שאני עתיד יהי' מעושר יעו"ש כוונתו דהיינו מדין ברירה וא"כ א"ש דברי רבא וכי לא הי' להם סודר דהי' יכול להקנות חלק המעשרות שבתוך תבואתו במעכשיו ע"י הק"ס לר"י ור"ע אף אי ל"ל דין ברירה דהא כמי שהורמו דמי ושייכים ללוים ועניים ואין בהקנאתו רק קריאת שם שאותן החלקים יהי' נתונים לר"י ור"ע אמנם לפי מה שהעליתי דלשיטות עולא שאליבי' פלפול הסוגי' שסובר טוה"נ א"מ וכך לר' יהושע שסובר כן לפי האוקמתא בפסחים בסוגי' דכיצד מפרישין חלה בטומאה אין מקום להקנאה באגב כ"א כשנאמר מתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד ע"כ הוי שם בעלים על המפריש בהפרשתו והוא המקנה ולכך יכול להקנות אג"ק וכאשר בארתי לעיל קשה קושייתי הנ"ל בהבנת דברי רבא וכי לא

הי' להם סודר דהא ע"י סודר ליכא הקנאה כ"א במעכשיו ולפ"ד התוס' במס' גיטין דף מ"ט ע"א שסובר רבא דאחין שחלקו לקוחות הן הרי דעת רבא בעצמו דלא אמרי' ברירה אמנם לשיטת הרמב"ם דאף בתבואה ליכא חיוב מעשרות מדאורייתא כ"ז שלא נכנס לבית י"ל לפי מה שבארתי בקונטרס אחר שעדיין הי' תבואתו ולפי גי' של ר"ג בשדה ולכך מקשה הגמ' וכי ר"ע ור"י בצד שדהו כו' לא הוי חיוב ביעור רק מדרבנן ובדרבנן אמרינן ברירה:

ובדברי תוס' רי"ד הנ"ל יש לתרץ קושי' הרא"ש בנדרים דף פ"ה בד"ה ואי אמרת כו' שכתב שהסוגי' תמוה מאד כו' יעו"ש. ונ"ל דהנה מצינו פלוגתא בדין זה נהנה וזה לא חסר אם הנהנה מחויב לשלם יעוין ב"ק דף כ' ע"ב שלכאורה נשמע משם דהיכא דחסרו מעט לכ"ע מגלגלין עליו את הכל וכן פוסק הרא"ש והטור בסי' שס"ג. אבל בנ"י בשם הרמ"ה כתב דהילכתא כרבא וא"צ לשלם רק החסרון שחסרו וכן נראה דעת הרמב"ם בפ"ג מהלכות גזילה מעתה י"ל דהאוקמתא במס' קידושין לפי גי' תוס' רי"ד שפליגי במתנות שלא הורמו כו' וכפרושו דרבי סובר לאו כמשה"ד וחשוב שלו ולכך משלם דמי כולו הוא לשיטות הסוברים דזה נהנה וזה לא חסר משלם הכל לכך צריך הגנב לשלם דמי כולו כי נהנה באכילתו אף דבעל הטבל לא חסר דהא עומד להפריש המעשרות מ"מ הרי עכ"פ חסר קצת חלקו החולין ולכך מגלגלין על הגנב שאכלו ומשלם דמי כולו והמקשן בנדרים שמקשה ואי טוה"נ א"מ מה לי הורמו מה לי לא הורמו סובר דזה נהנה וזה לא חסר אינו משלם רק החסרון ולכך דחה הך תרוצא דפליגי במתנות שלא הורמו כו':

אגב אציע דברי הירושלמי פ"ה דמע"ש על המשנה דמעשה דר"ג וזקנים אמר ר' חנני' הדא אמרה שהי' ר"ג צריך לזכות אמר ר' יהושע בפירות המחוברים לקרקע מפרש הרא"פ שהכוונה שהיו מונחים על הארץ ולא בקופות אלו קופתו של ר"ג נתונה לתוך ביתו של ר' יהושע ואומר יזכה למעשר שבו כלום עשה עד שיסיים ע"כ. כוונת הירושלמי דבכליו של מוכר ברשות לוקח לא קנה הלוקח אבל מה שמסיק הירושלמי עד שיסיים אינו מובן דהא אף במסיים ליכא הקנאה בכליו של מוכר ולהבין דברי הירושלמי אקדים לתרץ דקדוק בפי' רש"י לחולין דף ק"ל ע"ב ובדף קל"א ע"א שבדף ק"ל ע"ב בד"ה ופריך כתב רש"י וקמהדר דאתו לידי' בטבלייהו הבהמה שלמה היתה מונחת אצלו וזכה במתנות מן ההפקר ובדף קל"א ע"א ד"ה כמי שהורמו כתב רש"י זכה בהן מן ההפקר שהרי קדם ל"א שמסר לו את הטבל לזכות בתרומה שבו ע"כ וקשה למה לא כתב רש"י גם לעיל הך לישנא אחרינא. ונ"ל דלעיל דלעיל דמוכר בבהמה שלה המתנות א"א לולא

שבעל הבהמה מסר לו הבהמה כדי שיזכה בהמתנות שבתוכה דהא הוי כפירות בכליו של מוכר ברשות לוקח דלא קנה לוקח לכן צריך רש"י לפרש דמטעם הפקר זכה הכהן כי טוה"נ א"מ ואין שם בעלים עליהם לבעל הבהמה ואינו בשם מוכר או נותן ושפיר זכה הכהן מהפקר אף שמונח בכלי של מוכר כי לא מצינו שהכלי מבטל רשות הלוקח רק כשהכלי הוא של מוכר בעל הפירות שמונחים בהכלי ולא היכא שדבר הפקר מונח בכלי של אחד ובא הכלי עם דבר הפקר שבתוכה לחצירו של אחד הרוצה לקנות ההפקר שבהכלי בחצירו אבל לקמן גבי פירות הטבולים שא"ל דמיירי שאינם מונחים בכלי שפיר י"ל כלישנא אחרינא שכתב רש"י שמסר לו את הטבל לזכות בתרומה שבו וטוה"נ ממון ויעוין בפר"ח יו"ד סי' ס"א ס"ק מ"ז שכ' שהנך תרי לישני מחולקים בזה אי טוה"נ ממון או לא והנה כ"ז היא אי אמרי' מתנות שלא הורמו כמשה"ד אבל למ"ד דלאו כמי שהורמו אף כשבא הטבל לרשות הכהן אינו זוכה במעשרות שבהן כ"א היכא שכבר סיים בעל הטבל המעשרות שבהן ואמר בצפונו או בדרומו יהי' המעשר ובכה"ג לכ"ע כמי שהורמו דמי ואי בעל הטבל מפקיר הטוה"נ שלו שפיר זוכה הלוי במעשרות שבו אף כשמונחים בכלי של בטל הטבל. וזה כוונת הירושלמי אלו קופתו של ר"ג נתונה לתוך ביתו של ר' יהושע ואומר יזכה למעשר שבו כלום עשה עד שיסיים כלומר דאף שאומר דהוי כמו שהורמו הי' יכול לזכות מעצמו מדין הפקר וכדברי רש"י בד"ה אינה ממון כו' אלא אפקורי בעלמא אפקורי גבייהו וכי אוגיר לי' מקום קנתה לו חצירו בתורת חצר כשאר הפקר ע"כ ומדלא מוזכר במשנה שהי' ר"ג מסיים המעשרות ע"כ צ"ל שלא הי' מונח בקופה כ"א על הקרקע ולא היו כלל בכליו של ר"ג ושפיר הי' ביד ר"ג להקנות לר"י בקנין ע"י חצר במה שמשכיר המקום לר' יהושע אמנם לפי"ז דמתנות שלא הורמו לאו כמשה"ד ור"ג לא סיים כלל המעשרות שבתוכה בצפונו או בדרומו אכתי קשה איך זכה ר' יהושע בהמעשר וצ"ל כמ"ש לעיל בשם ספר הישר דקרא שם שיהי' זוכים מעת הפרשה ואילך ואין להקשות דא"כ אכתי י"ל שהי' בקופתו של ר"ג רק שר"ג הפקיר הטוה"נ שלו לגבייהו והמה הי' יכולים לזכות בחצירם ככל הפקר שאין מנוע הזכי' בו אף כשמונח בכלי של אחר כנ"ל די"ל דלשיטות הסוברים דאין ביד אדם להפקיר דבר שאינו ברשותו אין לחול בפירות הטבולים ולמ"ד לאו כמשה"ד שם הפקר על טוה"נ מנתינות המעשרות בעוד שלא נפרשו ולא נסיימו כיון שעדיין לא נקרא שם טוה"נ בפירות הטבולים כ"ז שלא הורמו ואף כשאומר בעל הטבל אני מפקיר הטוה"נ מנתינות המעשר כשאפריש מטבל זה אפשר אין בהפקירו כלום דהוי כמפקיר דבר שעדיין לא הי' לו ממנו כלום כי כ"ז שהפירות בטבלן ובאפס סיום המעשרות כל הטבל שלו לגמרי

אבל שם טוה"נ לא שייך בו עתה והרי הוא אינו מפקיר מן עצמות הטבל רק הטוה"נ מנתינות המעשרות שלא יוחל רק מעת שיפריש או יסיים עכ"פ. אמנם אכתי צ"ע לפי המבואר מסוגי' דכתובות דף נ"ט ע"א וע"ב בדין המקדש בדשלבל"ע היכא שבידו יעו"ש ובעיון היטב יש לחלק בין זה ובין דין הקדש דשם אבל אין כאן מקומו ויעוין תשו' ב"ח סי' קכ"ד שמפלפל בדין הפקר או סילוק מדבר שלבל"ע ויעוין באה"ע סי' צ"ב ס"ב. ובשו"ת הרשב"א סי' תק"ס:

ובאופן אחר יש ליישב דלכאורה קשה על דברי רש"י שכ' אפקורי בעלמא גבייהו דהא אין הפקר עד שיפקיר לכל והרי ר"ג לא הפקיר רק לגבייהו כי אמר נתון ליהושע נתון לעקיבא ולמה יהי' בזה דין להפקר וצ"ל דדמי למפקיר עבדו שיוצא לחירות וכבר נתעורר ע"ז בפ"י לגיטין דף ל"ח להקשות דהא לא הוי הפקר לכל: ותרצתי דבכה"ג שמיד שמפקיר זוכה העבד בעצמו מועיל ההפקר אף שלא הי' הפקר לכל דשאני שאר הפקר דכשאין ההפקר לכל הרי עדיין על זה שם הבעלים דכשיזכה בו אדם שלא הפקיר נגדו יהי' בידו להוציא ממנו ולכך לא שמי' הפקר משא"כ גבי הפקר העבד שמופקר בהחלט בלי שום אגד לבעליו דהא מיד שמפקירו זוכה העבד בעצמו ובזה יש לפרש גם דברי רש"י בגיטין דף ל"ח ע"א ד"ה בחזקה יעו"ש ותור הענין דאם מצד הענין מסולק האדם מכל וכל מדבר שהי' שלו בלי שום שיור מקום זכות מיקרי הפקר גמור אף בגוונא שלא הי' על דעתו שיזכה בו שום אדם כעין הדין שבכריתות שור הנסקל שהוזמו עדיו כל הקודם זוכה בו שדינו כהפקר מטעם שאסח דעתי' של בעליו מזה השור כי סבר שיהי' נסקל והרי לפי מחשבתו אז לא הי' ביד שום אדם מישראל לזכות בו כי הוא מאיסורי הנאה מ"מ דינו כהפקר כיון שנאסר בהנאה יצא מרשותו לגמרי ועל דמיון זה במפקיר דבר שביד חבירו שהדין נותן שיצא בהפקירו זה מיד מרשותו ויקום ברשותו של זה כי הסיח דעתו מחפצו אף שבכה"ג אינו אלא כהפקר לאחד וא"ש בזה פלפול התוס' בב"ק דף ס"ו ע"א דיועיל יאוש לגבי גזלן מדין הפקר כמו כן הכא בר"ג כיון שהשכיר המקום לר"י מיד שהפקיר אותו טוה"נ שלו נגדו זכה ר' יהושע בהמעשר בחצירו ושפיר מיקרי הפקר אף שאינו הפקר לכל ועפי"ז י"ל דלפי פי' הריטב"א שר"ג לא סיים מקום ורק מדין ברירה לכשישאיר המעשר בתוך אותן הפירות יוברר למפרע שזה הי' המעשר אפשר לומר דז"א רק אם הזכיי' בה מחמתו של ר"ג שהקנה מעכשיו לכשיפריש ויוברר למפרע המעשרות לר"י ור"ע מדין אגב או ע"י חצירם במקום המושכר להם אבל אם נאמר דלא זכו רק מצד שהפקיר ר"ג נגדם י"ל דהכא כיון שההפקר הוא רק לגבייהו ולא לכל העולם דבעלמא לא שמי' הפקר כ"א כשהוא באפיסת שיור זכות להמפקיר וכנ"ל

והכא הרי עדיין לא פקע מעצמו מכל וכל זכותו של ר"ג. דהא בידו עוד שיפריש על טבל זה מתבואה אחרת שימרח אח"כ ויצרף לתבואה זו דבכה"ג לא יהי' שייך ברירה למפרע וכיון שאפשר שיושאר בזכות טוה"נ במעשר שיפריש ע"ז אינו כהפקר מעצמו כ"א מצד אמירתו שאמר שמפקיר לגבייהו וזה לבד לא מיקרי הפקר כוון שאינו הפקר לכל מעתה י"ל שהירושלמי אחז כשיטות הריטב"א לזה דייק הירושלמי הדא אמרה שהי' ר"ג צריך לזכות כלומר שהוא הקנה הטוה"נ לר"י ור"ע ולא שזכו מעצמם כזוכה מן ההפקר ולזה מסיים הירושלמי אמר ר' יהושע בפירות המחוברים לקרקע דאלו הי' בקופה של ר"ג הי' כדין פירות בכליו של מוכר ברשות לוקח שלא הי' מועיל רק כשהי' מסיים דאז הוי מועיל הפקירו לגבייהו וכנ"ל:

ובפשיטות יותר י"ל עוד דבאמת ההפקר לגבייהו לבד לאו שמי' הפקר והא דמיקרי הכא הפקר הוא מצד דטוה"כ אינה ממון כי כן הכוונה בסוגי' דזרוע שמפרש רש"י שהכהן זוכה מהפקר ואף שאין לוקח לכתחלה בלא דעת בעל המפריש הי' די לזה גלוי דעת של ר"ג שרצונו שיהי' לר"י ור"ע ולפי מה שבארתי לעיל כשיש ביד בעל הטבל למנוע א"ע מהפרשה ומקנה אז או בב"א עם ההפרשה הטוה"כ מיקרי שהקנה משלו דהא הי' בידו שלא להפריש כלל אבל אם הזכות בטוה"נ אינו באה כ"א כשכבר הפריש או סיים המעשרות בתוך הטבל אין עוד שם בעלים על הטוה"נ והמעשרות דינם כהפקר לענין זכות הכהן כשבאו הפירות לרשותו ויעוין בריטב"א לקידושין שכתב שמלשון מה שאני עתיד כו' נראה שהי' כוונתו שיהי' למפרע מדין ברירה אב לא סיים המעשרות בתוך תבואתו וכיון שלא סיים והי' עוד בידו למכור תבואתו בטבלו הי' הטוה"נ של הנתינות המעשרות שבו לקרוא לגבי' ממון ולא הי' שם הפקר עליו אף שמבורר למפרע הרי בידו שלא יבוא לידי ברירה ואף כשאמר שמפקיר לגבייהו ועתה לא מיקרי הפקר. ע"כ הי' צריך ר"ג לזכות שהוא הי' הקונה להם וז"כ הירושלמי הנ"ל הדא אמרה שהי' ר"ג צריך לזכות. ומעתה נכונים בפשיטות סיום דברי הירושלמי אמר ר' יהושע בפירות המחוברים לקרקע וכו' וכנ"ל דכיון שהזכי' לא הי' מדין הפקר רק בהקנאה מר"ג לא הי' יכול להיות בכליו אבל אם הי' מסיים המעשרות הי' הטוה"נ מופקר ממילא כי טוה"נ אינו ממון אחר שכבר הופרש או ע"י הסיום וכנ"ל ולא הי' עליו לר"ג שם בעלים והיו ר"י ור"ע יכולין לזכות כדין זכי' בהפקר אף שהוא בכלי של אדם אחר ושפיר היינו יכולים לומר שהיו מונחים בקופתו של ר"ג:

עוד בסוגיא הנ"ל

יעויין ש"ך חוה"מ סי' ר"ג שמביא סתירה בדברי העיטור שבמאמר קנין כתב דטוה"נ אינה ממון לקנות באגב ובחליפין ובמעשה דר"ג וזקנים הי' ע"י חצר ובמאמר שכירות פוסק להלכה שאין הלוקח זוכה במקחו בחצר ששכר והא דאיתא בקידושין דף כ"ה ע"ב גבי פיל בשוכר את מקומו מיירי מהקנאה באגב שכירות קרקע ומביא שם ראי' לדינו הנ"ל מהא דאיתא בקידושין שדה במכר ומטלטלין במתנה מאי ופשיט לי' ממעשה דר"ג ומקומו מושכר לו וקשה דילמא התם הי' מדין חצר ולא בקנין אגב א"ו כנ"ל דאין קנין בחצר שכורה כן תורף דברי העיטור והרי הסתירה מבוארת עוד מקשה הש"ך ממשנה דב"ב דף פ"ד אבל משם י"ל דמיירי באגב אמנם קשה דהא במס' ב"ב דף פ"ה ע"א אי ברשות המופקדין אצלו שוכר את מקומו כלומר ששוכר מהנפקד המקום שהפקדון מונח בו וקונה מדין חצר את מקחו הרי להדיא שיש קניות חצר בחצר שכורה דהא התם לא שייך אגב דהא השכירות המקום אינו מהמוכר כ"א מהנפקד:

ונ"ל ליישב הכל ואקדים תחלה ישוב קושי' הנ"ל מב"ב דבחוה"מ סי' ר"ב ס"ד איתא דחצר המושכר לאחר מיקרי חצר השותפות בין המשכיר והשוכר שלזה יש קנין פירות ולזה קנין הגוף ויש שיטות שעדיפי כח המשכיר מצד שיש לו קנין הגוף ועכ"פ לא גרע בזכותו מזכות השוכר והוי כשותף אף כשאין המשכיר דר באותו חצר ב"ב דף פ"ד ע"ב ובתוס' קידושין דף ח' ע"ב בסופו דבחצר של שני שותפין ליכא קניות לאחד מחבירו וכ"כ שם להדיא הריטב"א ומסיים אבל יש לכ"א קניות בחצר השותפות מאדם אחר רק שהשותפים בחצר אינם קונים זה מזה. מעתה י"ל מ"ש העיטור במאמר שכירות שאין הלוקח קונה מדין חצר בחצר שכורה לו כוונתו כששוכר החצר מהמוכר שנשאר גבי המוכר קנין הגוף באותו חצר והרי המוכר שותף להחצר לכך א"א ללוקח לקנות מן אותו המוכר מדין חצר וכנ"ל ולכך לפרש שוכר את מקומו גבי פיל שהכוונה בקנין אגב ולא בקנין חצר דהא שם מיירי ששוכר המקום מהמוכר הפיל וא"כ תו ל"ק על הבעל העיטור מסוגיא דב"ב הנ"ל דהא התם דשכירות המקום הוא מהנפקד ואין להמוכר שום זכות בחצר הנפקד וא"כ אף שהנפקד והלוקח השוכר ממנו המקום הוא כשותפות בחצר מ"מ אינו מנוע מהלוקח שיקנה בזכות חצירו הסחור' שקונה מאחר שאין לו צד שותפות בחצר וכדברי הריטב"א הנ"ל ומתורץ בזה מה שמדקדק שם הרשב"ם דלמה לא תני ק קנין בשכירות המקום ברישא כשהפירות ברשות המוכר יעו"ש ולפי הנ"ל א"ש דאם הפירות ברשות המוכר לא מהני הקנאת מקום והשתא דאתינן להכי ליכא עוד סתירה בדברי העיטור דאף שלדבריו במאמר שכירות אין הלוקח זוכה בחצר השכורה

מ"מ נכונים דבריו במאמר קנין דבמעשה דר"ג הי' הקני' מדין חצר דהא העיטור מסיק שם להלכה דטוה"נ א"מ וכיון שאינו ממון הוי כהפקר וכעין דברי רש"י בסוגיא דידן ד"ה אינה ממון ולא הי' המעשרות כלל בחזקת ר"ג ושפיר היו הזקנים יכולין לקנות בחצר השכורה להם דאף שר"ג הי' שותף באותו חצר מצד קנין הגוף ל"ל בה דהא אין זכייתם משל ר"ג רק דבר הפקר ולא גרע משכירות מקום מהנפקד שזוכה בו הלוקח פירות של מוכר וכנ"ל אבל הסוגי' שסוברים שהי' במעשה דר"ג קנין אגב אזלי בשיטות הסוברי' דטוה"נ ממון והוי הפירות מעשרות נחשבים שהמה של ר"ג מצד טוה"נ ששהי' לו בהם ובפרט לשיטות הריטב"א סוף פ"ב דקידושין דלמ"ד טוה"נ ממון חשיב לגמרי של המפריש ולכך הגונב טבלו של חבירו משלם דמי כולו יעו"ש והוצרכו הזקנים לקנות באגב ולא מדין חצר דכיון דקנייתם הי' משל ר"ג לא הי' אפשר שיקנו מדין חצר דהא גם לר"ג זכות באותו חצר כקנין הגוף וכיון דלא גרע משותף א"א להשותף השני לקנות ממנו באותו חצר וכנ"ל דבחצר השותפות א קונים זה מזה ולכך א"ש הת"ש ממעשה דר"ג דאף שדה במכר ומטלטלין במתנה יש דין אגב אבל בעה"ע לעצמו קבע להלכה דטוה"נ א"מ ושפיר יכולין לומר שבמעשה דר"ג וזקנים הי' הקנאה בחצר דאף בחצר השכורה יש קנין להשוכר בדבר שאינו של משכיר החצר וא"ש הכל. והרי הסוגי' דב"מ הוא לתרץ הקושי' אליבא דעולא ועולא בעצמו סובר סוף פ"ב דקידושין דטוה"נ א"מ ואליבי' שפיר יש קנין ע"י שכירות המקום דהוי כקונה דבר הפקר:

ומה שקשה כסוגיא דידן דא"כ דטוה"נ א"מ איך שייך סברת ר"פ דעת אחרת מקנה אותן כבר העיר ע"ז במרדכי ומפרש דדעת אחרת קאי על קנין השכירות החצר ולא על מתנות המעשרות דכיון דטוה"נ א"מ ליכא כלל גבייהו הקנאה בדעת אחרת אמנם מדברי רש"י ד"ה ר"פ אמר שכ' שר"ג הקנה להם מטלטלין שהי' לו כו' שסבר דר"פ אית לי' דטוה"נ ממון ולכך נקרא המעשרות שהמה של ר"ג ולכך הוי דעת אחרת מקנה. ועפי"ז יש לתרץ בדברי הגמ' לקמן א"ל רב שימי לר"פ הרי גט דדעת אחרת מקנה אותה ואמר עולא והוא שעומדת בצד ביתה או בצד חצירה ומקשים הקדמונים דהא גבי חצר דגט אף בחצר המשתמרת בעינן שתהא עומדת בצדה וא"כ גם בלא דברי ר"פ קשה ל"ל עומדת בצד ביתה ולכאורה י"ל דבר"פ הזורק מקשה הגמ' חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה ומתרץ רבא דכמו דאמרינן גיטה וידה באין כא' כ"כ אמרי' דגיטה וחצירה באין כאחד ומקשה הפ"י בקידושין דף כ"ז מכאן על דברי הש"ך בסי' קצ"ט וסי' ר"ב שמחליט דבקנין ע"י חצר צריך שיהי' ראשונה החצר של הבא לקנות המטלטלין שבחצר אבל בב"א ליכא קנין חצר כ"א בהקנאת אג"ק ובאמת כדברי הש"ך מבואר בחדושי תוס' רי"ד

לקידושין ובפרט בחי' הריטב"א שם בדף כ"ז מוכח לה דאל"כ מנ"ל מקרא ויתן להם כסף וזהב לרוב עם ערי מצורות וגו' דין קנין אגב דילמא היתה הקנאה ע"פ חצר א"ו דאין קנין בחצר אלא אחרי שכבר קנה החצר ולא בב"א ומקרא משמע שהיתה הקנאה בב"א ע"כ צ"ל שהי' בקנין אגב ולהסיר קושי' הפ"י הנ"ל צ"ל שמודים הריטב"א והש"ך דהיכא שהקנין ע"י חצר הוי מטעם יד כאשר כן הוא גבי גט יכול להיות בב"א כמו גיטה וידה אבל היכא שאין הקונה עומד בצד חצירו דבכה"ג אין על החצר שם יד רק מתורת שליחות אז צריך שיהי' החצר קנוי ראשונה ונעשה שלוחו של הקונ' לזכות לו המטלטלין שבתוכה וא"כ ל"ק מסוגי' הנ"ל דר"פ הזורק דהא גבי גט החצר משום יד ולפי"ז אף קודם דאסיק הגמ' לדברי רב אשי שמחלק בין גט למתנה משום דגט מיקרי חוב ולא שייך שליחות הי' טעם פשוט לומר למה דצריכין גבי גט אף בחצר המשתמרת שתהא עומדת אצל חצירה דכיון דמה שקנתה אשה קנה בעלה א"א שתקנה הגט רק מדין חצירה וגיטה באים כאחד וקני' זו א"א שתהא כא' כשיש להחצר דין יד ואז דינו כמו גיטה וידה שבאי' כא' ולכך סובר עולא דגבי חצר דגט צ"ל שתהא עומדת בצד ביתה או חצירה דבכה"ג מיקרי החצר יד אמנם לפי דברי ר"פ שסובר דעת אחרת מקנה אותו מקשה הגמ' שפיר כאשר אבאר. בהקדם דברי תוס' שם בר"פ הזורק בד"ה ידה שמקשים הא חצירה נמי לא קני' לי' גופא אלא פירי ומה שמתרצים כיון דקני לי' לפירא הוי כאלו קנוי לו גוף החצר לא שייך לכאורה למ"ד דק"פ לאו כקני' הגוף דמי וביותר יש לחזק קושי' זו לשיטות הסוברים דהלכה כמ"ד ק"פ לאו כקנין הגוף דמי ורבא מרא דשמעתא סובר כן דאמר קרא ומתניתא מסייע לר"ל דק"פ לאו כקה"ג (ויעוין גיטין דף מ"ח ובתוס' שם). ובפרט לדברי התוס' ביבמות ד' ל"ו ע"ב ד"ה קנין פירות שלפי דבריהם שם עדיף קה"ג של האשה שאין לבעל פירות אלא מכחה וגם הזכות של הבעל אינו אלא מתקנתא דרבנן יעו"ש ולכך לכ"ע לא הוי קנין פירות דבעל כקה"ג א"כ מאי מקשה הגמ' חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה אמנם י"ל דקושיא הגמ' הוא שיש להבעל ג"כ זכות בהחצר מחמת זכות קנין פירות הוי כשותף לשעתא בחצר של האשה כי יש לו בהחצר ק"פ ולהאשה קה"ג וסובר הגמ' כמו שפוסק בעל העיטור באות שכירות שאם הלוקח שוכר מקום מהמוכר אינו זוכה בו מדין חצר במטלטלין של המוכר וכאשר בארתי לעיל שסובר דמה דשכירות מקום מועיל שיקנה בו הלוקח אינו רק כשהמטלטלין מופקדים ביד אחר וכששוכר הלוקח מן הנפקד המקום מחשיב כחצירו נגד המוכר כי אין להמוכר שום זכות באותו חצר ומיקרי שפיר יצא מרשות מוכר לרשות לוקח משא"כ כשהחצר נשכר מהמוכר שיש להמוכר בו קה"ג דאף כשמשכירו להלוקח עדיין עליו שם בעל

החצר מחמת קה"ג והוי כחצר השותפות שאין קני' בו לאחד מחבירו השותף בחצר כי המטלטלין מונחים גם ברשות המוכר וכנ"ל באריכות מעתה א"ש קושי' הגמ' חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה וכן מורים דברי רש"י ד"ה קנה בעלה שכ' בזה"ל לפירות להשתמש בה ואכתי לא נפיק גט מידי' דבעל ע"כ והכוונה כנ"ל כיון שהקנין ע"י חצר הוא מצד שיצא עדיין מרשות המוכר לרשות הלוקח ובכה"ג שיש גם להבעל זכות באותו חצר הרי לא יצא עדיין מרשות הבעל כי הוא שותף באותו חצר עם האשה ומונח הגט גם ברשותו של הבעל וכמבואר כעין זה בחוה"מ סי' ר"ס שהבאתי לעיל אמנם בחוה"מ סי' קצ"ח סיה מבואר דלא כדברי העיטור הנ"ל ופסקינן דכשלוקח שוכר מקום המטלטלין מהמוכר קונה בו מדין חצר המטלטלין המכורין לו ממנו הרי שיש קניי' להלוקח בחצר אף שיש גם להמוכר זכות קה"ג באותו חצר ויעוין בש"ך סי' שי"ג ס"ק א' שכתב שהטעם משום דדעת אחרת מקנה אותו שאני: ומיישב שם בזה קושי' הראב"ד על הרמב"ם בפ"ז מהלכות שכירות יעו"ש ונראה ראי' לדין זה מדברי ר"פ שמתרץ דעת אחרת מקנה אותו שאני ולשיטת המפורשים שסובר ר"פ דטוה"נ ממון ולכך חשבו דעת אחרת מקנה ודלא כדברי מהר"ם במרדכי הנ"ל הרי הוכחה מבוארת מדברי ר"פ דהיכא שהלוקח שוכר מקום המטלטלין מהמוכר זוכה באותו חצר המטלטלין המכורים לו אף שיש להמוכר קה"ג בהחצר וכנ"ל דהא כיון דטה"נ ממון הי' ר"ג כמקנה מטלטלין שלו לר"י ור"ע וכמו שכתב ברש"י בסוגיא דידן בד"ה ר"פ אמר בזה"ל שר"ג מקנה להן מטלטלין שהי' לו בחצר שלהן כו' יעו"ש מבואר לפי פרש"י שכ' בד"ה ר"פ דטוה"נ ממון ולכך הי' ר"ג כמקנה מטלטלין שלו ואף שהי' לר"ג קה"ג באותו מקום שהשכיר להם מ"מ זכו המה במטלטלין של ר"ג שהקנה להם באשר היו מונחים במקום המושכר לו ממנו הרי שאף בחצר השותפות סובר ר"פ שיש קנין להלוקח מדין חצר בדעת אחרת מקנה ודלא כדברי העיטור הנ"ל ולפי"ז ל"ק אליבי' קושי' הגמ' ר"פ הזורק חצירה מה שקנתה אשה קנה בעלה דהא החצר הוא שלה ג"כ בקה"ג ויש גם דעת אחרת מקנה ובכה"ג יש קני' להלוקח אף שיש גם להמוכר זכות באותו חצר וצ"ל דקושי' הגמ' שם הוא רק לשיטות האמוראים שאינם סוברים כר"פ דדעת אחרת מקנה אותו שאני לענין זה ורבא מרא דשמעתא שם לא נחית כאן בסוגי' דידן לדברי ר"פ כי סובר דטוה"נ א"מ ולא הי' הקנין מר"ג כקנין דבר הפקר והשתא דאתינא להכי מבואר שלשיטות ר"פ לא צריכין דקנין חצר בגט הוא משום דגיטה וחצירה באים כא' וכדין גיטה וידה דאף רק מדין שליחות אי הי' שייך בגט כס"ד דגמ' טרם דאסיק לדברי רב אשי הי' מועיל הגט שנתון בחצר האשה שזכתה בו מדין חצר כי יש לה בה רשות מצד קה"ג ויש גם דעת אחרת מקנה שהבעל מקנה לה

הגט ובכה"ג יש קנין להלוקח אף כי יש גם למוכר זכות בקה"ג ומכ"ש כשאין להמוכר באותו חצר רק ק"פ שאינו כמו קה"ג לפי שיטות הפוסקים להלכה דק"פ אינו כקה"ג א"כ שפיר הקשה רב שימי לר"פ הרי גט כו' דהא לשיטתך דיכול הלוקח לקנות מהמוכר בחצר השכורה לו מהמוכר יכולה האשה שתתגרש בחצר מדין דעת אחרת אף כשאין להחצר דין יד וא"כ למה צריכה שתהא עומדת בצד חצירה:

ובענין הנ"ל יש ליישב שבסי' ר"ב ס"א כתב הרמ"א וי"א דאפי' הקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה ומתמה בש"ך ס"ק ב' דהא דין זה פשוט ומוכח בש"ס פ"ק דמציעא דף י"א ע"ב ופ"ק דקידושין דף כ"ז ע"א ומוכח התם דקרקע במכר ומטלטלין במתנה נלמד מקרקע בשכירות ומטלטלין במתנה כו' עכ"ל השיך ויעו"ש. ונ"ל כיון דמבעי תחלה בגמ' בקרקע במכר ומטלטלין במתנה אי נקנה באגב נראה דיש סברא לומר דהקנאת אגב צ"ל הקנאת הקרקע והמטלטלין על ענין אחד ואף דאיפשט שגם בכה"ג מועיל קנין אגב י"ל משום דמכר ומתנה חדא היא דמתנה כמכר מעתה י"ל דלפי דברי התוס' בערכין דף למ"ד ע"א סד"ה ולא ידענא דשכירות לא מקני בחליפין דהוי כמו טובת הנאה יעו"ש אפשר לומר דמקרקע בשכירות ומטלטלין במכירה או מתנה גמורה ליכא דין אגב משום דאין השתוות בהקנאה שמן הקרקע לא נקנה רק הטוה"נ ע"כ אין בכח הקנאה זו לגרום שיוקנה עמו מטלטלין בהקנאה גמורה ודין זה א"א למיפשט ממעשה דר"ג דשאני התם דהא לר"ג לא הי' בפירות כ"א טוה"נ וטוה"נ שלו הוא שהקנה להזקנים אגב שכירות קרקע והי' שוה הקנאת המטלטלין עם הקנאת הקרקע דבשניהם ליכא רק קנין טוה"נ ונקנה זה אגב זה משא"כ כשיש במטלטלין הקנאה גמורה ושיוגמר הקנאה זו ע"י הקנאת מהקרקע בשכירות שאין מן הקרקע רק הקנאת טוה"נ שאין הקנאה שוה שפיר יש לספוקי אם מועיל ולכך לא הי' להרמ"א ברור דין זה וכתבו בשם י"א ומיושב בזה דעת מהרי"ט חלק חוה"מ סי' כ"ג שמוכיח ממעשה דמדיני קידושין דף כ"ו דדוקא בהקנאת קרקע שייך דין אגב ולא בשכירות קרקע ויעו"ש שמקשה לנפשי' ממעשה דר"ג ומה שמתרץ ע"ז אינו מובן ולפמ"ש א"ש:

ודע דלכאורה עלה בלבי להביא ראי' לשיטות בעה"ע דאין הלוקח קונה בחצר השכורה לו מהא דאי' במתני' דמע"ש פ"ד מובא במס' ב"מ דף מ"ה הי' עומד בגורן ואין בידו מעות כו' וחוזר ואומר ה"ה מחוללין על מ"ש שיש לי בבית וקשה דלפי שיטת הרא"ש בפ"ק דפסחים דבכ"מ שהפקדון מונח מיקרי ביתו של המפקיד דכיון שהשאילו הנפקד לשמירת ממונו ביתו קרינן בי'. הרי אף אם אין להעומד בגורן ביתו ומעותיו המה בפקדון ביד אחר מ"מ בידו להקנות זכות שאלה שיש לו במקום שמעותיו מונחים לחבירו שעמו

בגורן ע"י חליפין ויהי' מיקרי חצירו דחצר שאולה שוה לחצר שכורה בדין קני' ע"י חצר ויזכה זה במעות שמונח שם מדין חצר וכ"כ הרמב"ם להדי' בפ"ו מהלכות מכירה דין ז' בזה"ל המטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינן ברשותו אלא אג"ק כו' או שישכור את מקום המעות ולדברי העיטור אתי שפיר אמנם לפי מה שהעליתי בכוונת העיטור דבחצר השכורה מאחר מודי העיטור שהלוקח יכול לקנות בה מה שקונה מאחר שאינו בעל החצר אכתי קשה במשנה הנ"ל ממ"נ אם מיירי שהבית שהמעות מונח שם הוא של בעל הגורן הרי בידו להקנות בחליפין לחלוטין לחבירו שעמו בשדה אותו מקום ויקנה ממילא המעות שמונחים שם מדין חצר או מדין אגב ואי אין לו בית והמעות מונח בבית אחר דרך פקדון בידו להקנות לחבירו כל זכות השאלה שיש לו במקום שהמעות מונח וכיון שיופקע מכל וכל ויהי' שאול לחבירו יקנה חבירו באותו חצר המעות שמונח מדין. חצר דבכה"ג שאין להמוכר שום זכות בחצר יכול הלוקח לקנות אף שאין החצר שלו רק שכור או שאול לו אמנם לשיטות הש"ך חו"מ בסי' קצ"ז וכמבואר גם מלשון הריטב"א ותוס' רי"ד לקידושין דף כ"ז דבקנין אגב לבד אמרינן שקונה הקרקע והמטלטלין יחד אבל בקנין חצר צריך שיהי' תחילות קניות החצר ואח"כ הוא שבא קנין המטלטלין ע"י החצר ורק גבי גט אמרי' גיטה וחצירה באים כאחד וכאשר בארתי במ"א ל"ק כלל קושייתי הנ"ל דהא פשוט דאף לדברי הרא"ש דהמקום שהפקדון מונח בו מיקרי ביתו של המפקיד כיון ששאול לשמירת ממונו מ"מ אינו שאול להמפקיד רק להחזיק אותו פקדון ולא דבר אחר ואין ביד המפקיד להקנות זכותו הנ"ל שיזכה דרך שאלה במקום הפקדון לשום אדם אם לא בצירוף הפקדון דהא באותו מקום אינו אלא לשמירת אותו הפקדון ולא לשום דבר אחר וכיון שא"א להקדים קניות זכות באותו חצר קודם הקנאת הפקדון כ"א שיהי' בב"א ממילא א"א שיקנה הפקדון מדין חצר לדברי הש"ך והריטב"א הנ"ל ומתורץ קושי' הנ"ל אבל א"כ יהי' לכאורה קצת הוכחה מכאן דקנין אגב ליתא בקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה דגרע מקרקע בשכירות ומטלטלין במחנה שקונה מדין אגב ודלא כדעת הש"ך בסי' ר"ב ס"ק ב' הנ"ל שמחליט לחלק בין קרקע שכורה או שאולה דשאלה ושכירות חדא היא וכן מורים דברי הריטב"א שמובא בהלכות נדרים סי' רכ"א ס"ז בהג"ה המשאיל כו' והשואל יכול לאסור על אחר כל זמן השאלה דכדידי דמי יעו"ש דא"כ דהו"ל להעומד בגורן להקנות לחבירו בק"ס הזכות שאלה שיש לו בבית הנפקד במקום שמונח שם מעותיו ואגבן המעות בהקנאה בב"א ככל קנין אגב וא"כ א"ש מ"ש הרבינו ירוחם בלשון יש אומרים דקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה קונה מדין אגב דלפי הנ"ל לשיטת הרא"ש ריש פסחים יש הוכחה דבכה"ג ליכא דין אגב ואין לסתור

דברי אלה מדברי הרא"ש לב"מ דף י"א שמקשה שם במעשה דר"ג דלמה לא השאיל להם המקום בחליפין כו' יעו"ש דדברי הרא"ש שם לפי האוקמתא דר"פ שההקנאה הי' ע"י חצר וכן מבואר מהראי' שמביא הרא"ש מגיטין דף ע"ז לושיל לה דוכתא כו' יעו"ש ושם ר ורשב"א מפורש שהי' בקנין חצר ואף לפרש"י שמפרש מדין אגב בארתי במקום אחר דלפי מסקנת רבי שם דאמרי' גיטה וחצירה באים כאחד מודה רש"י שהי' הקנאת הגט מדין חצר ולא באגב וכן מורה לשון הרא"ש שם בגיטין וכיון שמביא הרא"ש משם ראי' לחזק קושייתו דאמאי לא השאיל להם המקום בחליפין מבואר שקושייתו הוא להאוקמתא במעשה דר"ג הי' הקנאה ע"י חצר וכתרוצו של ר"פ ואין מדברי הרא"ש ראי' לדין אגב היכא שהקרקע בשאלה והמטלטלין במכר או במתנה:

ודע שדברי הרא"ש הנ"ל צ"ע דבגיטין הגירסא שלפנינו אתא לקמי' דרבא א"ל לקנייהו להא דוכתא דמנח בה וכן מובא שם ברא"ש וכאן הגי' לפ"ד הרא"ש לושיל לה דוכתא וגם בר"ש פ"ה דמע"ש מבואר שהי' הגי' לפניו לושיל לה דוכתא ואף שאין החצר שאולה רק להנחת אותו דבר ולא לדבר אחר מיקרי חצר לענין קני' ויש לי ראי' לזה מדברי הריב"ש בתשובה בדין גט שנזרק לאשה בתוך ד' אמות בבהכ"נ ויעוין חוה"מ סי' ע"ב סעיף מ"א משכונו של עכו"ם כו' להסתפק כו' ובארתי שהספק הוא משום דהמקום שמונח בו המשכון הוא שאול להמפקיד ונקרא חצירו ומשומר לדעתו מהנפקד שקבל עליו השמירה וז"כ המרדכי שם במ"ש כיון דמכח ראובן תופס אותו דאף שמת הנכרי עכ"פ מגיע להמלוה חובו. נחזור לענין ראשון דלפמ"ש לעיל דבעומד בגורן לא הי' אפשר ע"י הקנאת הזכות שאולה שיש לו במקום שהמעות מונח משום דאין מקום לזכות זה טרם קנותו המעות ובב"א ליכא קנין ע"י חצר כ"א באגב מקום יש לתרץ מה שמקשים דלפי שיטות התוס' והרא"ש בב"ק דקנין אגב דרבנן מאי מקשה הגמרא שם בב"מ על המשנה דהי' עומד בגורן לכאורה יש להבין במה קונה השני הפירות כשאומר לו הנותן הרי הפירות נתונים לך במתנה דלזר יחשב לומר שמגביה כל פירות הגורן א"ו שזוכה בקרקע ואגבו קונה הפירות: א"כ לפי האוקמתא שהגורן אינו שלו קשה במאי יקנה להשני הפירות. וצריך לומר שהגורן שכור או שאול לו ונותן זכות שכירות או שאלה שלו לחבירו ומקנה לו זה בדין חזקה בקרקע ואגבו מקנה לו הפירות אבל להקנות אגב זכות זה המעות שבביתו א"א כיון דאין לו זכות בגורן רק להנחת הפירות ממילא כשאינו מקנה הפירות להשני אין לו מהן להקנות לחבירו דהא גם לו אין לו זכות בגורן רק להנחת הפירות שלו ובאפס הקנאת הפירות א"א לו ליתן זכות השכירות בגורן לשום אדם דהא אינו שכור או שאול רק לאותן פירות אמנם אם כן יש הוכחה אף דשכירות או

שאלה ליומא ממכר אינו אלא מדרבנן מ"מ מועיל לענין פדיון מעשר או צ"ל דשכירות ליומא ממכר גם מדאורייתא לכל מילי מלבד גבי אונאה וכמו שהאריכו בזה הקדמונים כאשר אבאר אי"ה אחר זה:

וא"כ יש להבין המשך דברי הגמ' שבתחלה מקשה מקנין חליפין ואח"כ מקנין אגב וכשמתרץ בגורן שאינו שלו מקשה הגמ' ואיכפל תנא לאשמעינן גברא ערטילאי ופי' התוס' נראה דוחק אבל לפי דברי הנ"ל יש לתרץ בהקדים דברי האס"ז בשם הריטב"א בזה"ל דליכא סודר פי' סודר כלל ואפי' מושאל דהיינו דאמרינן איכפל תנא לאשמעינן גברא ערטילאי וש"מ שאלו הו"ל סודר מושאל קונין בו וכשם שקונין אגב קרקע מושאל כדאי' במס' גיטין ר"פ הזורק וטעמא דמילתא דכיון דסודר ואגב קני' ע"מ להקנות הוא בכל דהוא סגי ואין קפידא למשאל בדבר הזה עכ"ל היוצא מזה דשורת הדין להשוות בזה דין אגב עם דין חליפין דאי לענין אגב מועיל קרקע בשאלה או בשכירות כמו כן מועיל לענין חליפין אם הסודר שאול או מושכר ליומא ולפי"ז א"ש דבתחלה כשמתרץ הגמ' דל"ל סודר לא הוי מצי להקשות איכפל תנא לאשמעינן גברא ערטילאי דהא א"צ לומר שעומד ערטילאי די"ל שמיירי שלבוש בסודר שאינו שלו אלא דרך שאלה או שכירות לומר דבסודר שאול או שכור אין לעשות קנין לכן הקשה הגמ' תחלה וניקניהו אג"ק והוצרך לתרץ שאין לו גורן וקשה ע"ז דא"כ שאין הגורן שלו במה מקנה הפירות לחבירו ודוחק לומר שמגביה בידו כל הפירות שבגורן. וצ"ל שמיירי שהגורן שכור לו שיהי' שמה פירותיו ואגב שכירות זה מקנה לחבירו הפירות שבחזקה שעושה השני בקרקע הגורן זוכה בשכירות הגורן עם הפירות בב"א כדין כל אגב אבל המעות שבביתו א"א להקנות באגב זכות השכירות אשר לו בגורן דהא אין זכות זה בשכירות הגורן רק לצורך הנחת הפירות כיון שהפירות יושארו שלו אין לו מה לזכות לחבירו לכן אי אפשר רק בהקנאת הפירות וכנ"ל ועכ"פ נשמע מזה שגם ע"י זכות שכירות יכולין להקנות בקנין אגב פירות מעשרות וכמו שמועיל שכירות לענין דין אגב כן מועיל לענין קנין חליפין כדברי הריטב"א הנ"ל שבזה דין אגב וק"ס שוים. א"כ ע"כ צריך לומר שהעומד בגורן ערום לגמרי דאם הוא מלובש אף בסודר שאינו שלו רק שלבוש בו דרך שאלה או שכירות נשאר הקושיא ראשונה שיקנה המעות בחליפין דהא כבר נשמע דמועיל קנין בסודר שאול או שכור כמו שמועיל לענין קנין אגב בגורן שאול או שכור לכך מקשה הגמ' שפיר ואיכפל תנא לאשמעינן גברא ערטילאי כי ע"כ מיירי שהוא עומד ערום מבלי שום מלבוש ואין עליו אף סודר שאול או שכור לו:

ואין לומר דילמא אף אגב אינו מועיל כשאין לו רק זכות שכירות והקנאת הפירות הוא ע"י קנין חצר שמקנה לו זכות השכירות אשר לו במקום הגורן ובדין חצר זוכה הלה לפירות שבתוכו ז"א לפי מ"ש לעיל דבכה"ג ליכא קנין חצר לפי דעת הש"ך דקנין חצר ליכא אלא כשהחצר הוא תחלה של הקונה וכאן אי אפשר להקדים קנין חצר רק צ"ל בב"א עם קנין הפירות דהא זכות השכירות בחצר אינו רק לאותן הפירות אמנם המשך הענין כנ"ל אינו רק לסברת הש"ך דאין לחלק בין שאלה לשכירות אבל לדעת הי"א שברי"ו דמחלקין בין שאלה לשכירות גם ליש"ש לבב"ק מחלק בין שאלה לשכירות יש לדחות דברי הנ"ל די"ל דהגורן הי' מושכר לו לאותן הפירות ולכך הי' יכול להקנות ע"י הפירות והסודר שעליו הי' שאול בידו ולא הי' יכול לעשות בו קנין חליפין כמו שאין קנין אגב בקרקע בשאלה מטלטלין במתנה ודוק היטב:

עוד בסוגיא הנ"ל

בש"ך חו"מ סי' ר"ב ס"ק ב' כתב בזה"ל וכתב עוד רבינו ירוחם שם בקרקע מושאל ומטלטלין במתנה יש מי שכתב דלא קנה כו' ע"כ ולא ידעתי למה יגרע שאלה משכירות וכן מוכח להדיא מדברי התוס' פ"ק דמציעא דף י"א כו' עכ"ל הש"ך ובאמת העלים הש"ך ענין מדברי הר"ש לזרעים פרק ה' דמעשרות משנה ט' שכתב בזה"ל ותימה למה לא השאיל להם המקום וקונה להם בחליפין כו'. והי' נראה מתוך כך דאין שאילות קרקע נקנה בחליפין וכ"ת דשדה בשאלה ומטלטלין במתנה לא נקנה אגבה כו' הניחא למ"ד פרק שנים אוחזין מטלטלין אג"ק הקנה להם אבל לר"פ לא שייך למימר הכי דקנה מטעם חצר עכ"ל הר"ש הרי שכדי ליישב קושי' הנ"ל למה לא השאיל להם המקום עלה על דעת הר"ש לומר דבקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה ליכא דין אגב. רק שדחה תירוץ זה כי עדיין נשאר קשה לשיטת ר"ע שהי' בקנין חצר אמאי לא הקנה בחליפין שאילת קרקע דהא מדין חצר מועיל בודאי אפי' בחצר שאולה כדמוכח בר"פ הזורק ליתשל לה דוכתא דמנח בי' גיטא כו' ומובא שם בר"ש לכך הוצרך הר"ש להחזיק בתירוצו הראשון דאין שאילת קרקע נקנה בחליפין מעתה י"ל שהיש מי שכתב שמביא הרבינו ירוחם שסובר דבקרקע מושאל ומטלטלין במתנה ליכא דין אגב והוכיח הדין מחמת הקושי' הנ"ל שהי' קשה לו קושי' התוס' והר"ש למה לא הושאל להם המקום בהקנאה ע"י חליפין ומה שהקשה ע"ז הר"ש דא"כ אכתי קשה לר"פ שהי' ההקנאה מחמת חצר יש ליישב דלפי שיטות התוס' בערכין דף למ"ד ע"א שכתבו דכל היכא דטוה"נ לא מיקני בחליפין כמו כן שאילת קרקע אינו נקנה בחליפין דאינו אלא כטובת הנאה איכא למימר דלר"פ שמפרש שהיה הקנאה ע"י חצר אמרינן דטוה"נ לא מיקני כלל באגב וכמו כן אין טוה"נ נקנה

בחליפין וכסברת רבא וכן שאילת קרקע שאינו רק כמו טוה"נ אינו נקנה בחליפין ואין התחלות לקושי' הנ"ל דהו"ל לישאל הקרקע בקנין חליפין לפי תרוצו של ר"פ ודעת היש מי שכתב הנ"ל דלהאוקמתא שהי' הקנאת טוה"נ בקנין אגב אין סברא לומר דשאילת קרקע אינו נקנה בחליפין כי השאילה הוא כטוה"נ וכשם שיש הקנאת אגב בטוה"נ כן יש קנין חליפין בטוה"נ מהיכא תיתי לא יועיל קנין חליפין בשאילת קרקע ונשאר קשה דלמה השכיר המקום והוצרך לקבל שכר והי' יכול להשאיל בקנין חליפין א"ו דקנין אגב ליכא היכא שהקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה ומזה הוכיח היש מי שכתב שמביא הרבינו ירוחם לחלק בין שאלת קרקע לשכירות קרקע לענין דין הקנאה באגב דבקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה ליכא קנין אגב ושאני קרקע בשכירות דשכירות ליומא ממכר הוא ממילא מתירצת הקושי' הנ"ל לשני האוקמתות שבגמ' דלהאוקמתא שהי' בהקנאת אגב אמרינן דקרקע בשאלה ומטלטלין במתנה ליכא דין אגב ולפי תירוץ ר"פ שהי' בהקנאת חצר ג"כ ל"ק דאף דחצר בשאלה מהני לקנין חצר הרי יכולין לומר שאין מציאות שיהי' שאילות קרקע בחליפין דהא להך אוקמתא יכולין לומר דליכא כלל קנין אגב בטוה"נ ולא קנין חליפין וכמו כן ליתא קנין חליפין בשאילת קרקע שהוא כטובת הנאה וכדברי התוס' בערכין הנ"ל ודוק:

עוד בסוגיא הנ"ל

בירושלמי פ"ג דמעשרו' מעשרו' מהיכן נטלת מן הבי' או מן השד' ר' חנניא בשם ר' פנחס שמע לה מן הכא עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף שיזכה בו לעניים הדה אמרה מן הבית ע"כ לפרש דברי הירושלמי ולהבין למה לא הוכיח מרישא דמתני' נתון לר' יהושע אקדים דברי התוס' דחזקה על חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן הוא דוקא בחבר שמת או בהולך ואין דעתו לשוב עד ימים רבים ולכך לא קשה על ר"ג מה שהלך בספינה טרם עישור פירותיו וכן מסיק בחדושי הריטב"א לקידושין בפשיטות. יעו"ש ואם נאמר שהחיוב הפרשת המעשרות צ"ל בעוד הפירות בהשדה קודם הכניסה להבית צריכין לומר שבאמת עדיין היו פירותיו של ר"ג בשדה ולפי"ז כשנאמר דשיטות הגמ' הוא שצריכין להפריש בשדה וא"א לומ' שכבר היו פירותיו של ר"ג מכונסין א"ש קושי' הגמ' וכי ר"ע ור"י בצד שדהו והירושלמי שמביא התוס' בשמו שסובר שהי' הפירות מונחים בבית הוא הירושלמי הנ"ל פ"ג דמעשרות וזה א"ש לפי שיטות הנ"ל דמוכיח מכאן דהמעשר אינו ניטל מן השדה כ"א מן הבית ושפיר י"ל דקודם שנסע ר"ג הכניס פירותיו לביתו בעודן בטבלן ומחמת שהי' דעתו לחזור לא הי' צורך למהר לעשרן קודם הליכתו בספינה וכשהי' בדרך והגיע זמן הביעור אז אמר

עישור שאני עתיד בם למוד ושפיר י"ל שזכו ר"י ור"ע מדין חצירו של אדם דהא כבר הי' הפירות בתוך הבית דהוי חצר שמשתמר כמו בזבל בבית המשכיר דמיקרי לגבי משכיר חצר המשתמר אף שדר בה השוכר ודלא כתוס' שהוצרכו לדחוק בזה בד"ה וכי בצד שדהו דהא לפי דברי הנ"ל י"ל בכ"מ ביתו מיקרי משתמר ועכ"ז א"ש קושי' הגמ' וכי ר"י ור"ע בצד שדהו דהסוגי' סוברים דהפרשה צ"ל קודם כניסת התבואה להבית ומדהלך ר"ג קודם שעישר פירותיו ע"כ צ"ל שהניח התבואה בשדה ולא נכנסה התבואה לביתו והשתא דאתינא להכי י"ל דהירושלמי סובר בהחלט דקנין אגב ליתא במקרקע לאחד ומטלטלין לאחד וסובר ג"כ אף דר"י ור"ע הי' יד עניים מ"מ לא הוי בזה כשדה ומטלטלין לאחד ודלא כשנוי' בתרא בקידושין דף כ"ז ותירוץ הראשון שם מאי מושכר מושכר למעשר אין מקום לפי שיטות הירושלמי שבפ"ה ממעשר שני שמבואר שם להדי' שדעת הירושלמי שר"ע הי' המזכה לעניים את המעשר עני מדין הואיל ואי בעי זכי לנפשי' דהי' אז עדיין עני ולפ"ד הגמ' בתירוץ הנ"ל מאי מושכר מושכר למעשר לא הי' צורך זכיות כלל ע"י ר"ע רק החצר ששכר ר"ע עבור העניים הי' מזכה להעניים א"ו שלא נחית הירושלמי לפרש דמושכר למעשר מעתה יש לפרש דברי הירושלמי שהתחלנו בו שהי' קשה להירושלמי וכי ר"ע בצד שדהו של ר"ג הי' עומד א"ו שכבר נכנס התבואה לבית ר"ג והוי חצר המשתמר וממילא מוכח דאין חיוב הפרשה קודם הכניסה להבית דאל"כ למה לא עישר ר"ג קודם שהכניס התבואה לביתו אמנם מרישא דמתני' מה שאמר ר"ג עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע לא הי' אפשר להוכיח דאין חיוב הפרשה קודם כניסה לבית דהא אפשר לדחות ולומר שהניח ר"ג התבואה בשדה: ושלא יוקשה הא שדה הוא מחצר שאינה משתמרת יכולין לומר שמה שהקנה ר"ג לר' יהושע לא הי' בהקנאה ע"י חצר כ"א מדין אגב כי לגבי ר' יהושע הי' מקרקע ומטלטלין לאחד לכן לא הביא הירושלמי לראי' רק ממה שאמר עישור אחר שאני עתיד למוד נתון לר"ע ולסברת הירושלמי כנ"ל ולא הי' דין אגב מועיל לגבי ר"ע לזכות לעניים דהוי מקרקע לאחד ומטלטלין לאחד וע"כ צ"ל שהי' רק בהקנאה ע"י חצר. וממילא א"א לומר שהיתה התבואה עדיין בשדה דהא שדה הוא חצר שאינה משתמרת וליכא בי' קנין חצר כ"א בעומד אצלה א"ו שכבר הכניס התבואה להבית ומוכח שפיר דחיוב הפרשה אינו אלא בבית וא"ש בפשיטות דברי הירושלמי הנ"ל ותלמודא דידן סובר דאסור להכניס לבית קודם הפרשה וצ"ל שהניח ר"ג התבואה בהשדה ע"כ מקשה הגמ' וכי ר"ע ור"י בצד שדהו של ר"ג היו עומדין ומסיק שהי' בהקנאת אג"ק ואף לגבי ר"ע לא הי' כשדה לאחד ומטלטלין לאחד כיון שהי' יד עניים או שמקומו מושכר לו קאי אמעשר כפי

התרוצים במס' קידושין: ולר"פ דמסיק דעת אחרת מקנה אותו שאני י"ל שסובר כשיטות הירושלמי דלגבי' ר"ע הי' כשדה לאחד ומטלטלין לאחד ולא הי' אפשר בהקנאת אג"ק ולכך הוכרח לסברתו דמועיל קנין ע"י חצר אף שאינה משתמר כשיש דעת אחרת מקנה אותו ולשיטת המרדכי בשם מהר"מ דהלכה דטוה"נ אינה ממון ומ"מ מיקרי דעת אחרת מחמת הקנאת המקום י"ל שלכך סובר ר"פ דליכא בטוה"נ דין הקנאה אג"ק דכיון שאינו ממון לא מיקני באגב ולכך מסיק שהי' בקנין חצר ודעת אחרת מקנה אותו שאני:

ולפי דברי בקונטרס הקודם שלפי פי' הריטב"א שר"ג הקנה דנראה מסוגי' דפסחים דר"ג ל"ל ברירה אמנם לפי שיטות הרמב"ם מעכשיו לכשיעשר ומדין ברירה וקשה ע"ז קושי' השעה"מ דכ"ז שלא נכנס התבואה בבית אין חיוב מעשר מדאורייתא ושבת ותרומה ושארי דברים שקובעים למעשרות אינו אלא מדרבנן מיושב קושי' השעה"מ די"ל שתבואתו של ר"ג עדיין לא נכנס לבית ולא הי' החיוב המעשרות ומצות ביעור אלא מדרבנן ובדרבנן אמרינן ברירה א"כ י"ל דלכך מקשה הגמ' שפיר וכי ר"י ור"ע כו' דא"ל שכבר הי' התבואה בביתו שמשתמר דא"כ כבר נתחייב מדאורייתא ולא שייך ברירי בדאורייתא ויעוין בגיטין דף ס"ה דמוכח משם שבפדיון מע"ש אין לסמוך על זכיות ע"י קנין אם זכיתו לאחרים מדרבנן ולשיטת הסוברים דקנין אגב אינו אלא מדרבנן יש ג"כ לתרץ הא דסמך ר"ג במצות ביעור על קנין דרבנן הוא משום דחיוב המעשרות מתבואה לא הי' רק מדרבנן ולכך מועיל לזה אף קנין דרבנן:

הן אמת שיש בלא"ה לדחות דלהאוקמתא שהי' קנין אגב סברינן דאין קניות בחצר המשתמרת אף בדעת אחרת מקנה וא"כ לא הי' מציאות כלל לר"ג למעשרות קנין דאורייתא ולכך הקנה באגב שעכ"פ יקיים מצות ביעור מדרבנן ודו"ק:

בסוגיא דמצא שט"ח [דף י"ג]

גמרא אבי' אמר כו' יעוין ברש"י ד"ה אפי' בשטר דלאו הקנאה כו' אבל השתא דתנן כותבין חיישינן שמא כתב ללות ולא לוה כו' דברי רש"י אלו נפלאים כמבואר במהרש"ל ומהרש"א. ובסגנון שכתב הפנ"י דדברי הגמ' משום דקשי' לי' אינם רק לפי הס"ד בטרם אסיק לחלק אליבי' דאבי' בין מטי לידי' או לא יעו"ש:

ונ"ל דרך פלפול ליישב כוונת הגמ' ויתורץ גם קושי' התוס' בד"ה משום. דבאס"ז כ' בשם הרמב"ן בזה"ל אבל מ"מ תמיהא לי היכא אפשר לי' לאביי לומר בשטרי הלואה שאם לא לוה ישתעבדו נכסיו ואיכא למימר כיון דאמר תנו ומטי שטרא לידי' וס"ל עבז"ל אע"פ שלא לוה קנה כו' שהרי אפילו כתב בכתב ידו חייב אני לך מנה כדאיתא בפרק הנושא עכ"ל כוונתו דחייב אני לך מנה בשטר ומוסר השטר מתחייב בזה אף שלא לוה

וכיון שאומר תנו אף שלא לוה מתחייב והוי עי"ז כאלו לוה עתה וממילא אמרינן למפרע עבז"ל דמה לי לוה מעות בעין או נתחייב כאלו לוה ולכאורה קשה לי דלפי המבואר בגיטין דף כ' ע"ב ודף כ"א צריך להיות ספר המקנה דהיינו שהנייר יהי' של המקנה ושיקנה אותו הנייר להקונה וכן מפורש בחדושי רשב"א לכתובות דף פ"ו ע"א לדבריו שם אף בשטרי הלואות כיון שעושה שיעבוד בשטר הלואה צריך הלוה להקנות להמלוה הנייר שיהי' של המלוה עד שיפרענו ומסיק שם דלכך בשורף שטרו של חבירו למ"ד דלא דנין דינא דגרמי מחויב לשלם לבעהש"ט דמי הנייר דכיון דלא קיבל הפרעון הנייר שלו יעו"ש אמנם לפי דברי התוס' שם בגיטין ד"ה וכותב מבואר דבשטר הלואה ל"צ ספר המקנה אבל מלשונם שם נראה שטעמם משו' דשעבודא דאורייתא ואף בלא שטר מהראוי הי' לגבות גם ממשעבדי אי לאו משום דאין לו קול יעו"ש א"כ לענין הקנאת השיעבוד בעבז"ל שמתחיל קודם הלואה גם לדברי התוס' צריכין ספר המקנה וכ"כ שם הפ"י להדיא. לפי"ז צריכין לומר דלאביי שסובר עבז"ל שהמלוה זוכה גם בנייר מעת שחתמו בו העדים דהא אין ביד העדים לזכות השיעבוד לבד להמלוה אם לא כשיש ספר המקנה וכדכתיב בקרא ירמי' ל"ב] ואכתב בספר ואחתם ואעד עדים וגו' ואקח את ספר המקנה את החתום יעו"ש ברד"ק וכיון שזכה הלוה בנייר מעת חתימות העדים על אופן כשילוה אח"כ או כשיתחייב לו כמ"ש הרמב"ן אין עוד ביד הלוה לחייב א"ע באמירתו חייב אני לך כשאומר שיתנו אותו השטר ליד המלוה דהא לחיוב זה בעינן ג"כ ספר המקנה והרי אותו הנייר של השטר כבר קנוי להמלוה מעת שחתמו העדים וא"א שיהי' בנייר א' הקנאת השיעבוד למפרע ועתה הקנאת התחייבות המנה דמיד שאמרינן למפרע עבז"ל הוי כאיגלאי שכבר הי' הנייר של המלוה ולא הי' עוד ספר הקנאה עתה להקנות להמלוה התחייבות הדמים בעת שאמר הלוה תנו לו השטר והוי כתרי הפכים בנושא א' כמובן אמנם מדברי התוס' שם בגיטין שלא נחית לסברת הפ"י דאביי מרא דשמעתא שם מקשה לשטתי' שפיר גם משטר הלוא' דלדידי' עבז"ל ובעינן גם לשיעבוד ספר המקנה נראה דהתוס' סוברים דלענין עבז"ל לא בעינן ספר המקנה וצ"ל שהמה לשטתייהו אזלי שכאן בב"מ דף כ' ע"א בד"ה שובר בזמנו טורף כתב בזה"ל אע"פ ששטר מכירה נמסר ללקוחות תחלה אינו מועיל וכו' ונראה שתקנת חכמים הוא שזוכה משעת חתימה כו' ויעו"ש שעדיין לא נחתו לפלפולם אח"כ דאביי סובר כר"א דעידי מסירה כרתי ע"כ דחוקים דברי מהרש"א מ"ש שם שמ"ש התוס' שתקנת חכמים הוא אינו אלא משום דלאביי עידי מסירה כרתי דאי זה הי' כוונתם הי' להם לסמוך דבריהם אחרי שהעלו דאביי סובר כן אמנם כשיטות כוונת התוס' שקשה להם דכיון דלא אמרינן עבז"ל

עד דמטי לידי' מהראוי שהמכירה בנתיים יבטל וכבר עמדו על קושי' זו האלפסי ובעל המאור לכך כתבו התוס' שתקנת חכמים הוא היוצא מזה דאף לשיטות האומרים דאביי אינו סובר כר"א דעידי מסירה כרתי ודוחי' הראי' שמביאים התוס' מסנהדרין דף כ"ח דשם אביי לשיטתי' דרב יוסף אמר ולי' לא ס"ל ויעוין בדברי התוס' כתובות דף צ"ד ע"ב ד"ה כתב לאחד ובאס"ז שם מ"מ דין דעבז"ל אינו אלא תקנת חכמים וכיון שכן ל"ל לזה ספר המקנה לכך הוצרכו התוס' בגיטין דף כ' לומר דקושי' אביי לא הי' רק משטרי מכר ומתנה:

היוצא מזה דכיון דעבז"ל אינו אלא מתקנת חכמים לא בעינן ספר המקנה ענין שיעבוד זה ובלא"ה מוכח משטר שחרור דאמרי' לענין נכסים שקנה העבד מזמן כתיבות השטר עד הגעתו לידו דעבז"ל אף דאינו משוחרר רק מיום קבלת שטר שחרור לידו וקודם שנשתחרר נ הי' יכול לקנות ולזכות בשום דבר א"ו שאינו אלא מתקנת חכמים כדין הפקר ב"ד וכן נראה להדי' מבואר מחדושי הריטב"א לב"מ דף י"ט ע"א יעו"ש וא"כ מיושב קושייתי הנ"ל ושפיר מקשה הגמ' אלא מתניתין דקתני מצא שט"ח כו' אלא לאביי דעבז"ל מאי איכא למימר: ואין לדחות הא בודאי לא זכה רק אדעתא שילונו דז"א דהא מתחייב לו עתה המנה שבשטר כשאומר תנו לו השטר והוי כחייב אני לך מנה בשטר ומוסר לו השטר והרי כאן ספר המקנה דאף דעבז"ל מ"מ גוף הנייר עדיין של הלוה דלהשיעבוד שזכו העדים להמלוה מעת שחתמו לא הי' צורך לספר המקנה דזכי' זו אינה מצד דין רק מתקנת חכמים מכח הפקר ב"ד וכנ"ל ואין לומר דילמא גם חכמים דמתניתין סוברים דעידי חתימה כרתי ולדידהו י"ל דעבז"ל הוא מצד הדין כדברי מהרש"א ובאמת בעינן ספר המקנה ואמרינן שגם הנייר מוקנה להמלוה מעת חתימת העדים ולכך כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו וכיון שכן תו א"א שיוגמר התחייבות על הלוה באמירתו חייב אני לך מנה בשטר וכנ"ל זה א"א לומר דהא ממתני' דמצא גיטי נשים כו' מתני' כו' מוכח דלא אמרינן עבז"ל רק היכא דמטא לידי' וא"כ קשה אמאי מחזירין שטר מתנה כשאומר תנו דילמא מכר בין ניסן לתשרי לאחר ובמכירה זו נתבטל זכוי העדים דהוי כחזרה גמורה א"ו דאינו אלא מצד תקנות חכמים ומדין הפקר ב"ד א"כ ל"צ לענין עבז"ל שום ספר להקנאת השיעבוד וכנ"ל אבל בטרם דאסיק הגמר' לחלק בין מטי לידי' שפיר הוי מצינן למימר דלמ"ד עידי חתימה כרתי אמרי' מדאורייתא עבז"ל וכיון דמדין דאוריתא הוא בעינן שיהי' לזה ספר המקנה וצ"ל הנייר קנוי להמלוה מעת החתימה ולא משכחת עוד שיחול חיוב על הלוה באמירה חייב אני לך מנה בשטר זה ותנו לו דהא כבר אין הנייר שלו וליכא לחיוב זה ספר המקנה וא"א שיתקיים זכוי

העדים רק כשמלוה אח"כ להלוה או כשמתחייב א"ע בדרך אחר אבל לא ע"י מכירו' שטר זה וא"כ ל"ק ממתניתין דאף שאומר תנו חיישינן דילמא לא קיבל שום הלואה ובאפס הלואה או חיוב אין קיום לזכוי שהי' ע"פ העדים בחתימתם ולכך לס"ד דגמ' טרם דאסיק לחלק בין מטי' לידי' שפיר הוי מצינן לתרץ המתני' אליבא דאביי ולז"א משום דקשי' לי' כו' ואחרי שהוצרך הגמ' לומר מצד הקושי' דמתני' מצא גיטי נשים כו' דאביי לא אמר עבז"ל אלא היכא דמטי לידי' מקשה הגמ' שפיר על אביי ממתניתין דהכא והוצרך הגמרא לתרץ דחיישינן לפרעון ולקנוניא ודוק:

באופן אחר יש ליישב בהקדם ליישב קושי' התוס' לקמן דף י"ז ד"ה רב כהנא תימא א"כ למה נקיט הנפק במילתא דר"י כו' ועל האלפסי והרמב"ם שתפסו לדינא בשטר שנמצא בו ביום והתנו בלבד שיהי' בו הנפק התמי' קיימת ויעוין במ"מ פרק י"ח מהלכות גזילה ואבידה דין ב' שמביא שהרשב"א תמה עליו למה הצריך הנפק ומסיים ורבינו יונתן ז"ל כתב בפי' ההלכות ז"ל בפרושו להאלפסי ז"ל דר' יוחנן לא ס"ל עבז"ל ומש"ה בעי שיהי' כתוב בו הנפק וכ' ע"ז המ"מ וגם זה צ"ע ע"כ. ובאמת דברי רבינו יונתן אינם מובנים לכאורה דהא בזמנו בו ביום מיירי וא"כ אף שאין עבז"ל מ"מ איך לחוש כלל בהחזרת השטר כשחייב מודה ונ"ל דבשיטות האלפסי נכון תירוץ של רבינו יונתן הנ"ל ואקדים מ"ש האלפסי ביבמות פ"ג הא מילתא אקשי בה רבנן כו' ומסתברא לן כי אמרינן רחמנא אמר מפיהם ולא מפי כתבם דלא הוי עדות שבכתב עדות ה"מ היכא דאיתא לשטרא תחת ידי' דסהדי כמה דלא מסהדי בה עד השתא דמי דהא אי בעי כבשו לי' לשטרא ולא מסהדי כו' אבל שטרא דנפיק מתותי ידו דבע"ד לא אמרינן בי' מפיהם ולא מפי כתבם הוא דהא מעידנא דחתמו בשטרא ויהבו לי' למרי' לא יכלו למהדר בהו והו"ל כמו שנחקרה עדותן בב"ד דאמר ר"ל עדים החתומים עהש"ט כו' הלכך מפיהם קרינן בי' ועוד הרי מקרא מלא שדות בכסף יקנו וכתוב בספר וחתום עדים כו' יעו"ש ולכאורה ק"ל לפי"ז אמאי אמר שמואל בדף ט"ז המוצא שטר הקנאה בשוק יחזיר לבעלים דאי משום דכ' ללות ולא לוה כו' הא שיעבד נפשי' יעו"ש הא עדיין יש לחוש דילמא נאבד אותו השטר מת"י העדים כעין דברי הגמ' בדף כ' ע"ב דילמא מידא דספרא נפל כו' דילמא למיכתבינהו אזלו כו' יעו"ש וכיון שלא יצא מעולם מת"י העדים ליד הבע"ד אין עליו שם שטר דמפיהם ולא מפי כתבם והוי כאלו ליכא כלל עדות שהי' הקנאה בקנין דמי מעיד ע"ז השטר בח"י העדים והרי כשלא נמסר מיד העדים דמי אין עליו שם שטר ולא דין עדות וכשיוחזר השטר ליד המלוה ויגבה בו יהי' שלא כדין דהשטר בעצמותו אינו כלום וגם הוי כליכא כלל לפנינו עדים על הקנין: וקושי' זו יש להקשות גם בסוגי' דמצא

שט"ח ושארי הסוגי' דמבואר בהם דלאביי שסובר עבז"ל אי לאו משום חשש פרעון וקנוניא לא הי' למנוע החזרת השטר להמלוה כשחייב מודה וקשה דניחוש כנ"ל שנאבד מת"י העדים. וכדי ליישב קושי' זו אציע מספר הזכות שמובא שם השגת הראב"ד על דברי האלפסי הנ"ל שכ' בזה"ל עדים שחתמו עהש"ט ונשתהה השטר בידם זמן ארוך עד ששכחו העדים אותו השטר בטל אפילו שמסרו אותו אח"כ ליד בעליו דהשתא הוא דקמסהדי בשעת מסירת השטר וההוא שעתא מפי כתבם הוא וזה תימה גדול וכמה שטרות יהי' נפסלין בכך אלא כל שטרא דאי בעי למימסרא ליד בעלים מצי מסרי לי' כו' שטרא מעליא הוא ושאני הכא שאין השטר זה ראוי למסרו לידו כו' ע"כ וכתב ע"ז שם בספר הזכות שכן גם כוונת האלפסי ומוסיף להסביר בזה"ל ועוד שטרא גופא דאיתא תותי ידא דסהדי כיון שחתמוהו בזמנו כשטרי הקנאה או שראו המעשה ואינו בידו אלא למוסרו לבעליו הרי ידו כיד בעלים ודרך פקדון הוא אצלם והאיך תעלה על דעתך שיהי' אדם פוסל בשטר זה יותר משטר שהגיע ליד בעלים כהוגן כו' יעו"ש מעתה י"ל דלפי לשון זה ובצירוף דברי הראב"ד הנ"ל שכתב אלא כל שטרא דאי בעי למימסרא ליד בעלים מצו מסרו שטרא מעלי' הוא י"ל דז"א רק בשטר קנין שביד העדים למסרו להמלוה אבל באין בו קנין שאין בידם למסרו מעצמם לא ליד המלוה ולא ליד הלוה ע"כ כ"ז שאין הלוה בא עם המלוה לפניהם לקבל הלואתו ולצוות להם למסור השטר להמלוה אין על אותו שטר בעודו ת"י העדים שם שטר ולא שייך בזה סברת הרמב"ן דידם כיד בעלים דהא אכתי אין לשטר זה בעל הלוה אינו בעליו דהא אסור למסור לו שטר כזה דלמא לא ילוה עליו אלא בתשרי והמלוה אינו בעליו דהא אכתי לא לוה מעות להלוה ואין רשות להעדים ליתנו לידו מעתה א"ש הכל שבשטר הקנאה שפיר אמר שמואל שיוחזר לבעליו שהוא המלוה דכיון שהי' ביד העדים למסור לו אותו שטר הוי ידם כיד המלוה וכאלו כבר יצא מת"י ליד הלוה ומפיהם קרינן בי' ע"כ אף שנאבד מת"י העדים עליו דין שטר ולא מיקרי מפי כתבם אבל בשטר דלאו הקנאה אם נאבד מת"י העדים בטל הוא משום דמקרי מפי כתבם וא"כ א"ש דברי ר' יוחנן דגם לפי תרוצו של רב כהנא דמיירי כשחייב מודה מ"מ אי לא כתב בי' הנפק הי' לחוש דילמא נאבד מיד העדים כנ"ל ולכך אין למסרו להמלוה אף כשחייב מודה משא"כ כשכתוב בו הנפק וכדברי הגמ' לקמן דף כ' ע"ב דלמא לקיומינהו אזלו דמקיימא. דילמא מידא דספרא נפל לא משהי אינש קיומא בידא דספרא עוד שם מלוה מקיים שטרא כו' ולכך לא חיישינן בשטר מקוים שמא לא לוה עדיין ומחזקינן שכבר הלוה ובא השטר ביד המלוה. ואף אם הי' ת"י העדים כיון שכבר לוה להלוה הי' בידם למסור להמלוה והוי ידם כיד המלוה כנ"ל והוי כנחקרה

עדותן ותו ליכא למפסלי' משום מפי כתבם וא"ש דברי האלפסי שכתב שטר שזמנו בו ביום וכתוב בו הנפק:

אמנם לכאורה עדיין קשה בסוגיא דמצא שט"ח דנשמע מינה דלמ"ד עבז"ל והחייב מודה אי לא חיישינן לפרעון וקנוניא מחזירין השטר להמלוה ואמאי ניחוש דלמא נאבד מיד העדים ומיקרי מפי כתבם וא"ל שידם הוי כיד המלוה וכאלו כבר הגיע ליד המלוה הא אף שעבז"ל אין להמלוה בו זכות כ"א היכא דמטי לידי' ברצון הלוה א"כ כ"ז שלא הרשה הלוה להעדים שימסרו השטר להמלוה לא היה בידם ליתנו להמלוה ולא הי' ידם כיד המלוה וצ"ל שאין קפידא שיהי' בידם למסור להמלוה כי די במה שהי' בידם עכ"פ למסור השטר ליד הלוה דהא למ"ד עבז"ל כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו יכולי' העדים למסור השטר להלוה ומקרי שטר כשמוסרו הלוה למלוה שלא בפני העדים א"כ ע"כ צ"ל דגם ביוצא מתחת ידם ליד הלוה ג"כ הוי כנחקרה עדותם כיון שהוציאו השטר מתחת ידם ובזה העידו שזכו בחתימתן להמלוה בשטר זה לכשיגיע לידו יהי' זכייתו למפרע וממילא אף שעדיין לא מסרו להלוה דיינינן כאלו כבר בא ליד הלוה וידם כיד הלוה שהוא בעליו של אותו השטר ללות בו אימת שירצה ולמסרו להמלוה על סמך זכוי העדים שזכו לו בחתימתן דאל"כ לא הי' מועיל דין עבז"ל לכתוב שטר ללוה ולמסרו לידו דהא אכתי מפי כתבם הוא א"ו שגם במסירה ליד הלוה יוצא מפי כתבו וממילא אף כשעדיין לא נמסר להלוה לפי סברת הראב"ד והרמב"ן שדיינינן לזה שיד העדים כיד הבעלים וכנ"ל:

והשתא דאתינן להכי נ"ל לחדש דבר שקודם דאסיק הגמ' דלאביי בעינן דמטי לידי' והי' ס"ד דגמ' דעבז"ל מיד בחתימתן אף שלא יגיע השטר לעולם ליד המלוה הי' הדין נותן אחרי שכתבו וחתמו השטר בצווי הלוה וזכו בחתימתן השעבוד להמלוה שלא יהיה בידם למסור שטר זה ליד הלוה בלי הסכמת המלוה דאין בידם למסור זכות המלוה ליד הלוה וכותבין שטר ללוה היינו שיוכתב ויושאר השטר ביד העדים עד שיבוא לפניהם הלוה והמלוה והרי גם לרב אסי דמוקי בשטרי הקנאה צ"ל דהכוונה שם דכותבין שטר ללוה הינו שלא למסרו להלוה ולפי דברי הרמב"ן שהבאתי לעיל שעבז"ל בודאי אינו רק ע"ת כשישיג אח"כ דמי הלואה או יתחייב לו סך כזה באמירה חייב אני לך מנה בשטר א"כ גם ליד המלוה אין רשות להעדים למסור אותו השטר כ"ז שלא נתקיים תנאי זה וכיון שכן אפשר לומר דכ"ז שהשטר ת"י העדים מקרי לענין הראי' שבו מפי כתבם דאין לומר דידם כיד הבעלים הוי כאלו כבר בא ליד בעליו דהא אין שם בעל לשטר זה לא להלוה ולא להמלוה דכ"ז שאין ההלואה או החיוב באמירה חייב אני כו' ותנו שטר זה לידו אין

רשות להעדים למסור השטר לא לזה ולא לזה ואף שעכ"ז נשאר בתקפו זכוי העדים שזכין השעבוד להמלוה דהא המיעוט מפי כתבם אינו רק לענין ראי' ע"י עדים שלזה בעינן לשמוע מפיהם או בשטר שת"י הבע"ד דהוי כמפיהם ולא לענין הקנאה כאשר ביאר להדי' בתומים סי' כ"ח וסמוכין מצאתי לדבריו מדברי הריטב"א ליבמות דף ל"א ובנ"י על האלפסי ביבמות שם דשאני עצמיות הקנאה ע"י חתימת העדים מראי' הבאה ע"י חתימתן ובשטר הקנאה נגמר הקנין אף שלא נעשה אדעתא למסור להבע"ד וכמו שטר קידושין שמועיל שהאשה תתקדש בו אף אם הי' הדין שיושאר מונח תמיד ביד העדים והטעם דאין כותבין בו זמן ומניחן ת"י העדים הוא משום דלראי' לא יועיל ולפי"ז א"ש דלס"ד דגמ' טרם דאסיק לחלק בין מטי לידי לא הי' קשה לאביי ממתני' דמצא שט"ח דהי' אפשר לדחות דלכך אין מחזירין אף בשחייב מודה דחוששין דילמא לא לוה כלל ומיד העדים נפל ומעולם לא הגיע השטר ליד המלוה והרי גם ליד הלוה לא הי' אפשר להם למסור כנ"ל דאין ביד העדים למסור ליד הלוה זכותו של מלוה שזכה בחתימתן שנגמר בו הקנאת שיעבוד לו דכל אימת שילוה להלוה או יתחייב לו יהי' לו השעבוד מזמן החתימה וכיון שלא הי' בכח העדים למסור השטר ההוא לא לזה ולא לזה נקרא לענין הראי' מפי כתבם עד שיומסר לפניהם ליד המלוה כשילוה להלוה או כשמתחייב לו לכך א"א נמסור שטר כזה עתה ליד המלוה אף כשחייב מודה ומצוה ליתנו דאם יגבה בשטר זה הי' גבייתו שלא כדין דלענין הראי' אין בשטר זה ממש דמפי כתבם הוא ואיש דברי הגמ' משום דקשי' לי' לאביי דלדברי אביי מתורצת המשנה דכותבין שטר ללוה ומתניתין דמצא שט"ח והקשה הגמ' מחלה לאביי ממתני דמצא גיטי נשים כו' נמלך כו' מאי הוי דהא עבז"ל מכיון שחתמו השטר מתנה זכה הלה במתנה והיה בידם למסור לידו שטר המתנה וא"כ אף אם עדיין לא מסרו לו ידם כיד המקבל מתנה ומיקרי מפיהם ומועיל אותו השטר גם לראי' דהוי כנחקרה עדותן ואמאי לא יחזיר והוצרך הגמ' לתרץ ה"מ היכא דמטו לידי כו' ולהנחה זו שפיר מקשה הגמ' לאביי ממתני' דמצא שט"ח דתו א"א לדחות כנ"ל דהא כיון דבעינן מטי לידי' דמלוה מרצון הלוה ביד העדים תמיד כשחותמין שטר ללוה בלא מלוה למסור השטר ליד הלוה ואין בזה כמוסר זכות של המלוה ביד הלוה דהא זכותו של זה תלוי תמיד לרצון הלוה אם ירצה למסור השטר לידו או לא ובאמת כן הין לפי ו מסקנא דלמ"ד עבז"ל כותבין השטר ללוה ומוסרים השטר לידו של המלוה וכיון שכן מיקרי ידם של העדים כיד הלוה ואף בעוד השטר ת"י העדים דינו כאלו כבר מסרו ליד הלוה ותו לא נקרא מפי כתבם וא"כ אף כשנאבד השטר מיד העדים דין שטר עליו ככל שטרות האבודים מיד בעליהם ונמצאים אח"כ ולא מיקרי

מפי כתבם וקשה לאביי ממתניתין דהכא מצא שט"ח והוצרך הגמ' לתרץ דאביי חושש לפרעון ולקנוניא:

ודע דדברי רש"י כאן בד"ה אפי' כו' מורים כדברי הרמב"ן שהבאתי לעיל שעבז"ל הוא על אופן כשילוה לו אבל לפי דברי בעה"ת בשער מ"ח שמובא לענין שטרי מכירה בטחה"מ סי' רל"ח ולעני שטרי הלואה בב"י סי' ל"ט מחידוש כ"ז שכ' בשם הר"י בן מג"ש בזה"ל וההיא דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו מסתברא לן דההיא נמי מיירי שהעיד על עצמו שכבר קיבל המעות אבל לא העיד על עצמו אין העדים רשאין לכתוב אלא מדעת שניהם יעו"ש מ"ש שהרמב"ן חולק עליו נ"ל דלס"ד דגמ' דעבז"ל אף בלא מטי לידי' דהלוה שהשעבוד נגמר מיד היינו צריכין לומר דמיירי ג"כ שכתוב בשטר שהעיד על עצמו שכבר קיבל המעות דאל"כ לא מיקרי זכות להמלוה דדילמא אינו רוצה להלוות והלוה יתבענו על ההלואה תמורת שעבוד נכסיו שכבר נשתעבדו לחלוטין מעת החתימה להמלוה כפי טעמו של הרי' במג"ש הנ"ל לדידן בשטרי הקנאה וא"כ יש ליישב בפשיטות יותר לפי סגנון דברי הראשונים בכוונת הגמ' משום דקשי' לי' לאביי כו' בהקדם דברי הגמ' בפ' אע"פ דף נ"ה אמר לעדים כתבו וחתמו והבו לי' קנו מיני' ל"צ אימלוכי בי' כו' יעו"ש בתוס' ד"ה כתובו שכ' בזה"ל ומיהו אם רוצה יכול לחזור בו כדאי' בהמוכר את הספינה דף ע"ז זכו בשדה זו לפלוני וכתבו לו את השטר חוזר בשטר ואינו חוזר בשדה ופי' הריב"ם בשם הריב"א דדוקא בשטר מכר חוזר שאינו רוצה שיהי' עליו שיעבוד בשטר דשטר מכר טריף ממשעבדי אבל במתנה שאין השטר אלא לראי' אף בשטר אינו יכול לחזור כו' עכ"ל וכ' בסמ"ע סי' רמ"ג ס"ק ט' דאפי' כבר כתבו השטר יכול למחות מליתנו יעו"ש. ויעוין בחוה"מ סי' ל"ט ס"ב המלוה את חבירו בעדים אין כותבין עדותן ונותנין למלוה כו' עד שיאמר להם הלוה כתבו שטר וחתמו ותנו לו ואע"פ שאמר להם כן צריכין להמלך בו אחר שחתמו השטר ואח"כ נותנין השטר ביד המלוה כו' יעו"ש א"כ לפי"ז י"ל דאף לס"ד דגמ' דעבז"ל מיד ולפמ"ש דהיינו בשמעיד על עצמו שכבר קבל ההלואה שזכה המלוה השיעבוד תיכף בשעת החתימה מ"מ אין ביד העדים למסור אותו השטר ליד המלוה שיהי' בידו לגבות גם מלקוחות עד שיאמר הלוה תנו לידו דדלמא לא ניחא לי' דליפשי עלי' שטרי' יוצאים מיד המלוה ומה שצוה לכתוב הי' כדי שבחתימת העדים באותו השטר והודאתו בו שקבל המעות יזכה המלוה בחוב ושעבוד נכסיו אבל אין רצונו שיהי' ביד המלוה לגבות מהלקוחות ולכך אין ביד העדי' למסור אותו שטר להמלוה כ"ז שאין הלוה אומר תנו ולמסרו להלוה ג"כ א"א שהרי שטר זה הוא זכות המלוה שזכה בו לחלוטין וכיון שכן בעוד השטר ת"י העדים

מיקרי לראי' שבו מפי כתבם לפ"ד הראב"ד דמה שאין בשטרות דין ולא מפי כתבם אינו רק מחמת כיון דאי בעו למימסרא לבעלים מצי מסרו לי' כו' והרי שטר זה אין בידם למסור לא ללוה ולא למלוה ואיש המתני' דמצא שט"ח כו' דחיישינן דילמא נאבד מיד העדים וקושי' הגמ' ממתני' מצא גיטי נשים וכו' א"ש דהא במתנה ושוברים ביד העדים למסור אף שלא ברצון הנותן אמנם לפי מה דאסיק הגמ' דלא אמרי' עבז"ל רק היכא דמטי לידי' דמלוה חל למפרע השיעבוד וקודם דמטו לידי' עדיין ליכא שיעבוד ואין ביד הלוה לתבוע את המלוה שילוה לו דהא לא נעשה שטר זה רק על תנאי אם ימסרנו הלוה להמלוה וא"כ אין מהצורך שיהי' כתוב בשטר זה שהלוה העיד על עצמו שקבל כבר ההלואה ע"כ יכולין העדים למסרו אחר חתימתן מיד להלוה ותו לא מיקרי מפי כתבם ומקשה הגמ' שפיר ממתניתין דמצא שט"ח דאף אם נאבד מיד העדים דינו כאלו נאבד מיד הלוה וכשהוא מודה ואומר תנו עתה ליד המלוה יזכה בשטר זה למפרע מדין עבז"ל וא"כ אמאי לא יחזיר:

ולחזק דברי הראשונים ביתר שאת להסיר מה שנדמה לי לפקפק על דברי עצמי הנני מעתיק לשון הנ"י בסוגי' דידן וז"ל וכ' הרנב"ר ז"ל לפיכך י"ל עוד דאפי' בשטרא דלאו הקנאה כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו ובלבד שיזכו העדים למלוה ושיעמוד השטר בידם מאותה שעה ואילך בשביל המלוה דבכה"ג הרי מלוה עמו דזכין לאדם שלא בפניו ולא באנו למעט בשטרי דלאו אקנייתא אלא שלא יכתבו שטר ללוה ויתנהו לו או שיעמוד בידן של עדים בעדו עכ"ל פשטות משמעות דבריו מורין דבא ליישב למה לא מיישב ר' אסי דכותבין שטר ללוה כו' מיירי שזכו העדים להמלוה ושיעמוד השטר בידם בשביל המלוה לזה כ' רש"י דבכה"ג הרי מלוה עמו ובמתני' תני כותבין כו' אע"פ שאין המלוה עמו ובגוונא שזכו להיות ידם כידו מיקרי מלוה עמו דשלוחו של אדם כמותו (ויעוין בש"ך סי' ל"ט ס"ק מ"א שמפורש כן] אבל לאביי אף שלדבריו זכו העדים בחתימתן להמלוה לא מיקרי מלוה עמו דהא לפי המסקנא בעינן מטי לידי' דמלוה בצווי הלוה וכ"ז שלא צווה ליתן לו אין בידם למסור להמלוה אבל א"כ לכאורה קשה לס"ד דגמ' דאביי לא מצריך שיהי' מטי לידי' דמלוה דא"כ שזכו לגמרי להיות השטר בידם בשביל המלוה א"כ הוי כמלוה עמו ולא שייך לישנא דמתני' אע"פ שאין המלוה עמו כדברי הר"ן הנ"ל וצ"ל דאף לס"ד דגמרא מ"מ אין הזכי' רק על אופן כשיתן המלוה דמי הלואה ליד הלוה או שיחייב א"ע לו והרי לא ניתן השטר למסור ליד המלוה כ"ז שאינו נותן לו המעות להלוה וגם לא נתחייב לו מעתה נחזי אנן לשיטות אביי לס"ד דגמ' הנ"ל אם הי' ביד העדים למסור השטר ליד הלוה ומלבד מה שכבר כתבתי בזה נ"ל להוסיף

עתה בסברא שמנוע למסור ליד הלוה ואקדים לשון הש"ע בחו"מ סי' ל"ט ס"ט אפי' מסר מעות בפנינו אין כותבין אפי' ללוה עד שיהא מלוה עמו ויתן השטר ביד המלוה בפנינו שמא יכתוב עתה ללות ממנו בניסן ולא ילוה ממנו עד תשרי או ילוה אבל לא ימסור לו השטר ונמצא המלוה טורף בשטר זה מניסן שלא כדין שלא הגיע לידו עד תשרי ע"כ וכן מבואר מדברי בעה"ת שער מ"ח ח"א בשם הרמב"ן שכ' בזה"ל ואפי' מנה לו בפנינו שמא כתב למסור בניסן ולא מסר בניסן ולא מסר עד תשרי כו' יעו"ש ובמל"מ פי"ח מהלכות גזילה ואבידה דין א' ד"ה וא"ת לפי מאי דכתיבנא כו' יעו"ש לפי"ז יש לכאורה להקשות אף דעבז"ל מ"מ למה כותבין כשאין המלוה עמו דילמא קודם דימטי השטר ליד המלוה ילוה הלוה מהמלוה ולא ימסור לו השטר ואח"כ יפרענו ויהי' נמחל שיעבודו שבאותו השטר וליישב זה צ"ל דאף אם יעשו כן לא יהי' עול בדבר ולא יהי' דין שטר זה כדין שטר שנמחל שיעבודו דכיון שהשעבוד מצד עבז"ל מיתלי תלי עד דימטי השטר ליד המלוה ע"כ אף שבזמן שבנתיים לוה המלוה להלוה וחזר וקיבל הפרעון כיון שלא מסר לו השטר לאותו הלואה לא הי' מעולם מצד שטר זה שיעבוד לאותה הלואה ועדיין מיתלי זכות השיעבוד מצד אותו השטר על מה שיהי' חייב לו במסירת השטר לידו וביד המלוה לחזור וללוות לו ולקבל על אותו הלואה שטר ההוא שיהי' לו ע"י שיעבוד על אותה הלואה שעלי' מוסר השטר לידו ונ"ל דסברא זו אינה רק לפי האמת דעבז"ל הוא במטי לידי' אבל לס"ד דלא בעינן מטי לידי רק שמתלי עד להלואת המעות או שיתחייב הלוה מצד חייב אני לך מיד שמלוה המלוה ההיא שיעבוד שטר זה חל על אותה הלואה וכשנפרע המלוה אותה הלואה פקע שיעבוד אותו השטר ואין לחזור וללות עוד על אותו השטר וכיון שכן כשחותמים עדים שטר כשאין המלוה עמו מצד הדין דעבז"ל אסור להם למסור אותו השטר ליד הלוה כי צריכים לחוש שמא ישיג הלואה מהמלוה ההוא ויחזור ויפרענו ואח"כ יקח הלואה שני' וימסור לו אותו השטר ויהי' הטריפה שלא כדין ע"פ שטר שנמחל שיעבודו וליד המלוה ג"כ אין בידם למסור כ"ז שאין הלוה מצוה למסרו לו. וכיון שאין ביד העדים למסור לא להלוה ולא למלוה הרי דין שטר זה כעדות מפי כתב כמו בשטר קידושין כיון שאין בידם למסור להאשה ולא לבעל הוי מפי כתבם וכנ"ל ודוק:

עוד בסוגיא הנ"ל

זה לשון האס"ז בשטרי הקנאה. וכ' הרשב"א וז"ל בשטרי הקנאה דהא שיעבד נפשי' פרש"י שיעבד נפשי' בין ילוה בין לא ילוה שהרי הקנה לו נכסיו מעכשיו אבל הרי"ף כ' בתשובה דאפילו בשטרי אקייתא לא משתעבד עד דמטי שטרא לידי' ושטר הקנאה

לדידן כעדים בחתומים זכין לו לאביי דוקא במטי שטר לידי' כדאי' בסמוך: אף לשטרי אקנייתא לדידן כן וכן פר"ח והרי"ף הביא ראי' מההיא דתנן בפ' יש נוחלין דף קל"ה נמצאת דייתיקי קשורה לו על ירכו ה"ז אינו כלום ומי לא עסקינן אפי' כתוב בי' קנין כן הוא בנ"י ואין זה נכון כו' ותדע מדאקשי' לקמן לאביי דאמר עבז"ל מהא דתנן מצא גיטי נשים וכו' ה"ז לא יחזיר אלמא למאי דהוי ס"ד דאביי עביד שטרי דלאו אקנייתא כשטרי אקנייתא אקשינן אפי' נמלך כו' אלמא בשטרי אקנייתא לא בעינן דמטי שטרא לידי' ודוחק לומר דמעיקרא ס"ד הכי וכי אהדר לי' ה"מ היכא דמטי שטרא לידי' כו' בין בשטרא דלאו אקנייתא בין שטרי אקנייתא ועוד דשמואל ריא תיובתא דאמר שמואל המוצא שטר הקנאה בשוק יחזירנו לבעלים כו' יעו"ש וכן כתב עוד באס"ז בשם הרמב"ן ובהרחבת ביאור ובזה"ל וכ"ש שהוסיף לנו תימא מה נעשה בהא דרב אסי ובדשמואל דאמר אי משום דכתב ללות ולא לוה הא שיעבד נפשיה וא"ת שהוא מפרש הא דר' אסי דמטי שטרא בתר הכי לידי' וכן ההוא דשמואל בשחייב אומר תנו שהוא כמו שלוה כו' א"ה היכא אמרי' בגמ' דשמואל מצי סבה לה כאביי דאמר עבז"ל הא כיון דאמר שטרי הקנאה ודאי לא סבר לה כאביי דלאביי גם בשטרי דלאו הקנאה בשחייב מודה ואומר תנו אין חוששין כו' עכ"ל

ונלע"ד לתרץ בהקדם לשון הרמב"ם בפ"ט מהלכות זכי' ומתנה דין כ"ד מי שמת ונמצא מתנה קשור על יריכו אע"פ שהוא בעדים וקנו מידו ליפות כח אלו שנתן להם ה"ז אינו כלום שאני אומר כתבם ונמלך עכ"ל ומפרש המ"מ דמיירי במתנה כל הנכסים: דהא במקצתן ודאי לא אלא זוכה בהן כיון שיש בהם קנין דאע"ג דלא מטי שטרא לידי' וכ"כ הר"ם ז"ל ודייתיקי זה אינה הקנאה מחיים בקנין כדי שנאמר שיעבד נפשיה בקנין וכו' עכ"ל המ"מ מעתה נראה מדמדייק האלפסי מהמשנה הנ"ל היתה דייתיקי קשורה דאף בקנין בעינן דמטי לידי' דסובר האלפסי דמתניתין סתמא תני ומיירי בכל מיני דייתקאות ובקנין כלומר אף במתנת ש"מ במקצת ובקנין דבכה"ג דינו כמתנת ברי ומ"מ אינו כלום וס"ל לאלפי לדוחק להעמיד המשנה דוקא בלא קנין או במתנת כל נכסיו כדברי המ"מ הנ"ל וידוע דבכ"מ אמרינן יד בעהש"ט על התחתונה אם לא שיש ראי' מחמת לישנא יתירה שנכתב שלמידין ממנו יתרון זכות לבעהש"ט דאי לא לטפוי' אפי למה נכתב כמו כן י"ל דסתם קנין בשטר יכול להיות שהיה בדעת המקנה להקנות מיד לחלוטין או רק על אופן כשימטי השטר ליד הקונה ומספיקא אין להחזיק להקונה דדלמא לא הי' בדעת המקנה שהקנין יקנה לו מיד אלא על אופן כשימטי השטר ליד הקונה יזכה למפרע ולכך פוסק האלפסי דבסתם קנין בשטר בעינן דימטי השטר ליד הקונה ונכון

כן לשיטות האלפסי שפוסק דלא אמרי' עבז"ל ואם לא הי' כלל קנין לא הי' הקונה יכול לזכות עפ"י השטר אם לא הי' מטי לידי' ביום הכתיבה ולא ניתן לכתוב כלל רק שיהיה המלוה עמו לקבל מיד השטר ונצרך הקנין כדי שאף אם לא יוסר השטר מיד ליד הקונה רק לזמן רחוק יזכה למפרע מהיום עפ"י אותו הקנין אמנם לאביי דסובר עבז"ל א"א לומר שלא הי' כוונת המקנה שיהי' הקני' מעכשיו כ"א לאחר דימטי השטר ליד הקונה יזכה למפרע דא"כ למה קיבל קנין דהא גם בלא קנין כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו. וכשמטי השטר לידי' זוכה למפרע א"ו לכך קיבל קנין כדי שיקנה בו מיד ומדויקים בזה לשון הרי"ף בתשובה מ"ש ושטר הקנאה ל כעבז"ל לאביי דוקא במטי שטרא לידי' אף לשטרא אקנייתא לדידן עכ"ל כמובא לעיל כוונתו דרק לדידן דס"ל דלא אמרי' עבז"ל בעינן בשטרי הנאה דימטי לידי' אבל לאביי דסובר עבז"ל אף בלא קנין ממילא כשהי' גם קנין ע"כ הי' כוונתו להקנות מיד ולא צריכין דמטי לידי' ומעתה מתורצת התיובתא דאותבי' על הרי"ף בתמי' קיימת מדברי שמואל דמצא שטר הקנאה כו' דאם סובר שמואל דלא כאביי י"ל דשמואל מיירי בשחייב מודה ואמר ליתן עתה דהוי מטי לידי': ואם סובר כאביי דעבז"ל דע"כ לא מיירי שמואל בשחייב מודה כנ"ל ג"כ א"ש דכיון דקם בשיטות אביי דעבז"ל וממילא הדין אליבי' דבקנין לא בעינן דמטי לידי' כנ"ל דהאלפסי שמצריך גם בקנין מטי לידיה לשיטתי' אזיל דלא ס"ל כאביי דעבז"ל והשתא דאתינן להכי דלאביי לא בעינן מטי לידי' אין להקשות דא"כ איך מתרץ אביי משנה דמצא דייתיקי כו' דלשיטת הרי"ף מוכח ממנה דגם בקנין בעינן מטי לידי': ז"א דהא עיקר הסברא מה שהעלינו דלאביי לא צריכין בקנין בשטר דלימטי לידי' הוא משום דאם לא הי' כוונת המקנה לזה למה קיבל בקנין וז"א רק במתנת ברי דיקנה בשטר בלא קנין והקנין אך למותר אם לא שהי' דעתו להקנות מיד לחלוטין אבל בדייתיקי מתנות ש"מ במקצת שצריך קנין כדי שתיחשב למתנות ברי שפיר י"ל אף שהי' בקנין לא הי' דעתו להקנות מיד כ"א על תנאי כשמטי השטר לידי' יזכה למפרע ודו"ק:

עוד בסוגיא הנ"ל

בטור חוה"מ סי' מ"ג כ' בזה"ל ואם הקדים זמן השטר פסול לגבות בו ממשעבדי אפי' מזמן ההלואה כו' לפיכך קנסו כו' וכ' הרמ"ה דוקא כגון שלוה באחד בניסן והקדים הזמן בא' בתשרי שלא ניתן לכתוב מזמן הראשון אבל כתב ללות בניסן ולא לוה עד תשרי אינו פוסל לגמרי אלא טריף מלקוחות מתשרי ואילך ע"כ ואין נראה לחלק דנהי דניתן לכתוב מ"מ איכא למיחוש שמא יבוא לגבות מניסן שלא כדין עכ"ל הטור ובאמת תמוה מאד על הרמ"ה דהא מפורש להדיא בב"מ דף ע"ב שהטעם בשטרי המוקדמין משום גזירה

שמא יגבה מזמן ראשון והטעם דלא ניתן לכתוב דחו שם בגמ' דנהי דלא ניתן לכתוב מזמן ראשון ניתן לכתוב מזמן שני עוד מקשה בש"ך סי' הנ"ל ס"ק ט"ו על שיטת הרמ"ה הנ"ל מגמ' דב"מ דף י"ז א"ל ר"ז לרב אסי מי אמר ר' יוחנן הכי הא את הוא דאמרת משמיה דר"י שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו שכבר נמחל שיעבודו אימת למחר וליומא כו' מאי ארי' שכבר נמחל שיעבודו ת"ל דהו"ל מוקדם כו' ולפי דברי הרמ"ה בכה"ג שניתן לכתוב גובין אף במוקדם מזמן שני:

וליישב כל הנ"ל אקדים דברי הש"ך סי' הנ"ל בס"ק י"א דאם המלוה כתב בעצמו על השטר קודם שנראה לב"ד שלא ניתן לטרוף אלא מזמן זה כשר וכן נראה ודוק עכ"ל ומקשה בתומים ס"ק ד' דא"כ מאי פריך הגמ' על ר' יוחנן דאמר שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו כו' ת"ל דהו"ל מוקדם וקשה מאי קושי' בשביל חשש מוקדם הא מצינו לי' תקנה שיכתוב ע"ג דלא ניתן לגבות אלא מזמן שני אבל בשביל שנמחל שעבודו ל"ל תקנה זו יעו"ש והא דבאמת אינו מועיל כשכותבין ע"ג נ"ל דהא דדחו הגמ' הטעם דלא ניתן לכתוב דניהו דלא ניתן לכתוב מזמן ראשון הא ניתן לכתוב מזמן שני הוא לס"ד דלא פסלינן מוקדם מטעם גזירה שמא יגבה מזמן ראשון רק משום דלא ניתן לכתוב ע"ז מקשה הגמ' שפיר הא ניתן לכתוב מזמן שני. אבל לפי המסקנא דיש טעם במוקדם לפסלו משום גזירה שמא יגבה מזמן ראשון ולכך אין לגבות בו אף מזמן שני וממילא לא ניתן לכתוב כלל דהא אף מזמן שני אין לגבות בו כמו שהוא השטר בעת הכתיבה בעוד לא נתקן בכתיבה ע"ג שלא ניתן לטרוף מזמן זה ולא הי' להעדים לכתוב ולמסור שטר כזה וכיון שלא ניתן לכתוב מבוטל עדותן בחתימתן על אותו השטר דשטר שלא ניתן לכתוב לאו שמי' שטר והוא בכלל מפיהם ולא מפי כתבם ולכך אין מועיל עוד תיקון בכתיבה ע"ג דהכתיבה זו ע"י המלוה או ע"י שום אדם אינו מועיל שישוב השטר שהוא בעצמותו כחרס להיות נקרא בשם שטר בעדים דמאן משווי' ליה שטרא אחרי שלא הוחל עליו שם שטר בשעת חתימת העדים וא"כ צריכין לפי האמת גם להטעם דלא ניתן לכתוב דאי מטעם גזירה לחודא הי' תקנה בכתיבה ע"ג השטר אבל מטעם דלא ניתן לכתוב גם תקנה זו אינו מועיל מעתה י"ל דמה שמכשיר הרמ"ה בשטר שנכתב ללות בניסן לגבות מזמן שני אינו רק ע"י תיקון שיכתוב ע"ג כנ"ל דתו לא שייך גזירה שמא יגבה מזמן ראשון וליכא לאפסולי רק משום דלא ניתן לכתוב והרי מוקדם כזה ניתן לכתוב לכך מועיל בו התיקון בכתיבה ע"ג:

אמנם דין התיקון הנ"ל אינו רק לשיטות הפוסקים שסוברים דאם נמצא גרר או מחק בשטר ביני שיטי שפסול השטר דאמרינן דילמא הי' כתוב שם פרעון או תנאי ומחקו

ע"כ די לתקנה בכתיבה ע"ג השטר דאם יערב לבב המלוה לגררו או למחוק יפסול השטר אבל לשיטת הרמב"ן בתשובה סי' ק' דשטר שנמצא גרר בין שיטה לשיטה או מאחוריו לא מרעינן בזה את השטר דכל שטר מקוים מוחזק ביד המלוה ובכדי לא מרעי לי' יעו"ש אין צד תועלת בכתיבה ע"ג השטר דאכתי שייך הגזירה דילמא יבוא לגבות מזמן הראשון וימחוק מה שכתוב ע"ג השטר דהא המחיקה אינה פוסלת את השטר: ונ"ל דפלוגתת הפוסקים בדין הנ"ל י"ל דמתלי תלי בפלוגתא דמודה בשטר שכתבו אי צריך לקיימו או לא דהתוס' מקשים מ"ט דמ"ד שסובר שמודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו הא אית לי' מגו וכמדומה שראיתי מתרצים דמ"ד זה סובר שטר העומד לגבות כגבוי דמי והוה בעל השטר כמוחזק גם בסמ"ע סי' מ"ד ס"ק יו"ד כ' בזה"ל כאלו הממון שכתוב בו מוחזק בידו והוי המגו של הלוה בטענת פרעון כמגו להוציא ויעוין בשו"ת הרמב"ן הנ"ל שמפרש שמאי שסבר רמב"ח כדאי' בסוגי' דפוגמת כתובות דף פ"ז שהאשה מחויבת שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת שהוא מטעם הנ"ל משום דמוחזקת היא ובעל דאתי לאורועי שטרא חשבינן לי' כמוציא כו' ומסיק שם הרמב"ן דאף לפי מה שדחי רבא דברי רמב"ח קם סברת רמב"ח הנ"ל שהיא הנקראת מוחזקת מחמת השטר שבידה רק דעכ"ז אין לחייבו שד"א יעו"ש הסברת דבריו בזה וא"כ שפיר י"ל דזהו טעמו של המ"ד שסובר מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו וא"כ לרב אסי לשיטתי' שסובר בפרק איזהו נשך דף ע"ב מודה בשטר שכתבו א"צ לקיימו ע"כ צ"ל שדעתו כנ"ל דבעהש"ט נקרא מוחזק וא"כ לדידי' ליכא למפסלי' לשטר אף שנמצא עליו גרר ומחק וממילא ליכא תקנה בכתיבה ע"ג השטר דהא ביד המלוה למחקו והקשה רב זירא שפיר לרב אסי והא את הוא דאמרת משמי' דר' יוחנן שטר שלוה בו כו' וא"ל דאי משום מוקדם יש תקנה בכתיבה ע"ג דהא בשטר זה לא שייך טעמא דלא ניתן לכתוב רק משום גזירה וכיון דנכתב ע"ג תו ליכא למיגזר דילמא אתי למגבי ז"א לשיטת רב אסי דהא לדידי' דסובר מודה בשטר אינו צריך לקיימו נקרא בעהש"ט מוחזק ויכול לגבות בשטר אף שיש בו מחק וגרר וא"כ בידו יהי' לגרור הכתיבה שע"ג אבל דינו של הרמ"ה א"ש לפי ההילכתא דפסקינן מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו דאין על בעהש"ט שם מוחזק וי"ל שסובר כדעת הפוסקים דשטר שיש בו מחק או גרר פסול יעוין חוה"מ סי' מ"ד סעיף וא"ו ובסמ"ע שם ס"ק יו"ד ובסי' מ"ה סעיף כ"ג מעתה מיושבים כל הקושי' הנ"ל על הרמ"ה הנ"ל:

ובהנ"ל אתי שפיר הא דאיתא בפ' השואל דף ק"ג אמר רבא אמר ר"נ האי מאן דאוגיר לי' כו' התם שטר לגובייגא קאי אם איתא דפרעי איבעי לי' למכתב אגבי' כו' יעו"ש שמזה

למדו הפוסקים דגרר או מחק פסול השטר דאל"כ מה מהני הכתיבה ע"ג יעוין בתשו' הרמב"ן שמדחה בדחי' בעלמא ראי' זו דהתם קאי אליבא דר"נ ולשיטתי' דסובר בכתובות דף י"ט מודה בשטר שכתבו צריך לקיימו מיפסל שטר שיש עליו מחק ודוק היטב:

בסוגיא דשבח [דף י"ד ע"ב]

בחוה"מ סי' קט"ו סעיף ה' אי' בע"ח שבא לטרוף מהיתומים שבח יתומים אומרים אנו השבחנו. ובע"ח אומר שמא אביכם השביח על היתומים להביא ראי' וכ' הסמ"ע וה"ט משום דמוקמינן השבח כמו שהוא אחזקתו שהי' גם ביד אביהן כן עכ"ל וכ' בתומי' שכוונתו מצד החזקה דכאן נמצא ומקשה ע"ז התומים דהא בב"ק דף ק"י ע"ב איתא להדיא טעם אחר כיון דארעא לגוביינא קיימי יעו"ש ונלע"ד לתרץ דידוע המבואר בפוסקים דמרשות לרשות לא אמרינן כאן נמצא להחזיק שהי' כן גם ברשות הראשון. ואדרבא להיפוך אמרי' שלא נולד דבר זה רק ברשות שאנו מוצאין עתה יעוין בסוגיא דהי' בה מומין] וא"כ כאן שירשו היתומים הקרקע יש לדון אם שייך החזקה הנ"ל להחזיק שהי' השבח בעוד הי' הקרקע אלו ברשות אביהן ומיתלי תלי בפלוגתא בב"ק ריש הגוזל דף קי"א דלרמי בר חמא דרשות יורש כרשות לוקח דמי לענין יאוש וש"ר גבי גזילה כמו כן לנידון דידן אמנם אנן פסקינן כרבא דסובר רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי כדאי' בחו"מ סי' שנ"ג ס"ד וכ' שם בסמ"ע משום דברא כרעא דאבוהא אמנם לפי שיטת הי"א שמובא בחוה"מ סימן ק"ג סעיף יו"ד שמחלקים לענין דין שומא הדרא כשמת הבע"ח והורישה דאם אין כאן רק יורש אחד חוזרת כמו גבי אביו דלאו שמי' לוקח אבל אם הי' כאן יורשים הרבה וחלקו ונפלו לא' בחלקו שוב אינו חוזרת דאחין שחלקו כלקוחות דמי וא"כ גם לענין חזקה דכאן נמצא י"ל היכא שכבר חלקו היורשים שדנין אותו כלקוחות מיקרי רשות היורש שזכה דרך חלוקה באותו קרקע כרשות אחרת נגד רשות אביו ולא שייך לומר חזקה דכאן נמצא כו' ולהחזיק שהשבח הזה הי' כבר ברשות אביו דהא מרשות לרשות לא אמרינן חזקה זו וא"כ א"ש מה שהוצרך הגמ' בב"מ דף ק"י לומר הטעם משום דארעא לגובייגא קיימי כו' דהתם הפלפול אליבא דר' יוחנן דהוא מרא דשמעתין והרי הוא סובר דאחין שחלקו לקוחות הן ולדידי' לא שייך חזקה דכאן נמצא כו' מעתה י"ל דמה שהכריחו כמה מהקדמונים וכדעת התוס' שם בב"מ דדין זה דעל היתומים להביא ראי' אינו אלא כשהשדה משועבדת לאפותיקי להבע"ח. אבל כשאינו משועבדת לאפותיקי לא שייך ארעא בחזקת בע"ח קיימי: דז"א רק למ"ד דאחין שחלקו לקוחות הן אבל למ"ד דאחין שחלקו יורשין הם אף בלא שווי' אפותיקי דלא הוי ארעא בחזקת בע"ח מ"מ יש לדון דעל היתומים להביא ראי'. ומטעם שכ' הסמ"ע

דאמרינן חזקה דכאן נמצא כו' ורשות הבן חשוב כרשות אביו דברא כרעא דאבוהא לענין הקרקע שנפל בחלקו וא"ש דברי הרמב"ם שממנו מקור הדין הנ"ל דסי' קט"ו ס"ה דסתם דבריו דעל היתומים להביא ראי' אף היכא שלא נשתעבד הקרקע לאפותיקי. דהרמב"ם לשיטתי' שפוסק בפלוגתא דר"מ ור"י בפ"ח דבכורות משנה ב' כר' יהודא שסובר דאף לאחר שחלקו האחין גובין החוב בע"פ דמי פדיון הבן מהיורשים משום דאחין שחלקו יורשין הם יעו"ש בתוי"ט וברטנורא וכיון שכן שייך החזקה דכאן נמצא יש לתלות שהי' השבח כבר בעוד היה הקרקע ברשות אביהם ודו"ק:

ודע שקשה לי לכאורה לפ"ד אביי דס"ל בע"ח למפרע גובה אף דמצי לסלוקי בזוזי מ"מ כיון דלא מסלק בזוזי איגלאי מילתא למפרע שהי' השדה קנוי' לבע"ח מיום הלואה נראה פשוט לומר דאף בלא שווי' אפותיקי על היתומים להביא ראי' דכיון דגבי' בסוף איגלאי מילתא דהקרקע הי' של הבע"ח וכיון שהקרקע בחזקתו והיתומים באים לתבוע השבח הרי הם באים להוציא ועליהם להביא ראי' כדין ספק זה קודם לפי מה שמסבירים התוס' במס' סוטה דף כ"ה ע"ב ד"ה סברה כו'. דכיון דעכ"פ הקרקע בלא השבח כגבוי ביד הבע"ח והיתומים באים לתבוע השבח דינם להביא ראי' וראי' לסברת התוס' יש לכאורה מדברי הגמ' סבר ר' חנינא למימר כי מסלקינן להו בארעא מסלקינן להו ואפ"ה קיבל דברי האי סבא דעל היתומים להביא וא"כ כ"כ לאביי שסובר למפרע ה"ג. ומדברי תשובת הרא"ש המובא בסמ"ע סי' ק"ז ס"ק ט"ו וממ"ש באס"ז לב"ב דף ע"ט ד"ה עלה בידינו וכן מדברי התומים סי' ס"ו שמקשה דלאביי ליהוי מכירות שטרות דאורייתא ולא יהי' ביד המוכר למחול יעו"ש. נראה מבואר שדעתם דלאביי דלמפרע גובה מיחשב כגבוי אף בעוד עדיין לא באו לידי גבי' ואף לדברי התוס' בסוגיא דלמפרע ה"ג בב"ק דף ל"ג ע"א שכתבו דלאביי לא אמרי' למפרע ה"ג אלא כי אתא לידי גבי' והיכא שיש הכחשה כי הכא שאנו דנין על הגבי' עצמה אם יתן להבע"ח כל הקרקע עם השבח או לא הי' מקום לומר דלא שייך למפרע הוא גובה דהיתומים טוענים שלא יבוא לידי גבי' מהקרקע רק כשיעור שהי' שווי' של הקרקע בלא השבח והיתרון בקרקע כפי שיעור שווי' של שבח שלהם יושאר להם מגוף הקרקע והבע"ח יפסיד מה שאין בשווי' של הקרקע בלא השבח כשיעור כל חובו מ"מ נ"ל דכיון שמה שגובה הבע"ח מהקרקע נעשית למפרע כשלו הוי מוחזק על השבח שבאותו חלק קרקע ומחזיק השבח בטענתו שאביהם השביח וחוזר וגובה יתרון חובו מחלק הנשאר [ויעוין בתומי' סי' קט"ו שכ' בפשיטות דלאביי שסובר למפרע ה"ג הוי לגמרי כדין אפותיקי מפורש אבל לדעתי לא מחוורין דבריו בזה] והנכון כמו שכתבתי שעכ"פ לאביי הוי הארעא בחזקת הבע"ח לענין

דין הכחשה בין היתומים והבע"ח היכא דחובו כשיעור ארעא ושבחא דכל מה שגובה מהקרקע נעשית שלו למפרע והוי מוחזק בשבח שעליו לגבות ממנו חובו ע"כ גובה מהקרקע והשבח עד כדי חובו כי הבע"ח יכול לטעון עכ"פ על הקרקע בלא השבח הוא שלי לגבות ממנו שעליו הי' שיעבוד משעת הלואה ואף שלפי דבריכם אתם השבחתם אין לכם למנוע ממני לגבות דרך גבי' על חובי כל הקרקע בלא השבח וכיון שכן חשוב כל הקרקע עכ"פ בלא השבח להיות למפרע שלו וממילא יהי' לי דין מוחזק נגדיכם על תביעתכם ממני שאפרע לכם כשיעור שבח מארעאי וכסברת התוס' במס' סוטה יעו"ש ואחזיק גם השבח להשלמת חובי בטענה שאביכם השביח ובדין מוחזק כנ"ל:

אמנם נ"ל דלפי האמת דפסקינן דאין אדם מקנה דשלבל"ע רק ששיעבוד יש על נכסים דאיקני פשוט דבנכסי דאיקני אף לאביי אין לומר למפרע ה"ג בדאיקני אף מזמן שקנאם הלוה דהא כיון דאין אדם מקנה דשלבל"ע א"א שיהי' נכסים דאיקני שלא הי' ללוה בשעת הלואה קנוי' להמלוה בשום זמן מחמת ההלואה דהא אף הקנאה בפירוש א"א להיות בדבר שלבל"ע רק שיעבוד בעלמא חל על דאיקני. ולפי"ז היכא שיש הכחשה בין הבע"ח והיתומים על קרקע דאיקני על שבח שעליהם כשהיתומים טוענים אנו השבחנו ובגוונא שלא הי' השיעבוד באפותיקי אף לאביי על הבע"ח להביא ראי' וכיון שכן קשה אליבא דאביי למה שטרי המאוחרין כשירין הא ע"י האיחור יכול להיות שהבע"ח יטרוף שלא כדין בנכסים דאיקני כשימות הלוה והבע"ח יבוא לגבות מהיתומים כשיהי' בינו ובין היתומים הכחשה על השבח שבקרקע שאם הי' השטר נכתב ביום הלואה ולא יהי' נעלם שהנכסים שבא לגבות מהם המה דאיקני יהי' על הבע"ח להביא ראי' שאביהם השביח אבל כשמאחר השטר אחר קנות הנכסים ויטעו שהמה דקני ושייך בהם הגבי' למפרע יהי' לבע"ח דין מוחזק ועל היתומים להביא ראי' ואין לומר דאביי מתרץ משנה דמאוחרים כשרים ה"מ רימהיא שסובר אדם מקנה דשלבל"ע כפי התירוץ בגמרא ב"ב דף קניז ולדידי' גם בנכסים דאיקני אמרינן דלמפרע ה"ג שמיום שקנאם הלוה המה כקנוים להמלוה מ"מ קשה במס' ב"ב דף קע"א מבואר דגם ר' יהודא סובר דכל שטרי המאוחרין כשירין ונצרך לומר דגם ר"י סובר כר"מ דאדם מקנה דשלבל"ע וקשה דהא אביי חשיב התנאים דקיימי בשיטה זו דאדם מקנה דשלבל"ע כדאי' קידושין דף ס"ב ע"א ולמה לא חשיב באותו שיטה גם את ר' יהודא וכעין קושי' זו מקשה הגמ' שם ונחשוב נמי ר"ע כו' יעו"ש וכה"ג מוכיחים התוס' בר"פ נערה שנתפתתה דר"ש ל"ל אדם מקנה דשלבל"ע מדלא חשיב לי' אביי ולכאורה רציתי לומר דלפי מה שהעליתי דלא הצריך הגמ' להאי טעמא ארעא כיון דלגוביינא קיימא כמאן דגבי דמי רק לשיטות ר' יוחנן

שסובר האחין שחלקו לקוחות הן אבל למ"ד האחין שחלקו יורשין הם יש בלא"ה לבע"ח לזכות בטענתו מצד החזקה דכאן נמצא ונשבחו ברשות אביהן דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי רק כרשות אביו דברא כרעא דאבוהא. א"כ י"ל דר' יהודא לשיטתי' שסובר בפ"ח דבכורות מ"ג דהאחין שחלקו יורשין הם א"כ אף כשמחולקים הבע"ח והיורשים בנכסי דאיקני שלא שייך בהם למפרע הוא גובה מ"מ על היתומים להביא ראי' דאמרי' כאן נמצא וכאן הי' וביד אביהם הושבח:

אמנם עדיין קשה דהא מבואר בש"ך חוה"מ סי' קט"ו ס"ק ל"ג בשם בעה"ת ובעל העיטור דכמו שהדין ביתומים ובע"ח כן הדין גבי בע"ח ולוקח כשלוקח טוען אני השבחתי ומגיע לי חצי שבח ובע"ח אומר שמא המוכר השביח דכיון דארעא לגובייננא קיימא כמאן דגבוי דמי ועל הלוקח להביא ראי' וכ' הב"י דהיינו בדשווי' נפשיה אפותיקי ולפי מה שכתבתי לאביי דס"ל למפרע הוא גובה הדין דהקרקע בחזקת הבע"ח אף בדלא שווי' אפותיקי אמנם ז"א רק בנכסי דקני ולא אם הנכסים המה דאיקני וכנ"ל וא"כ אכתי קשה לאביי אמאי מאוחרים כשרים דהא משכחת טריפה שלא כדין בשבח שעל הנכסים דאיקני שאם יטענו הלקוחות שהמה השביחו לא יהי' נאמנין כי מצד זמן השטר יהי' הנכסים דקני ולא דאיקני ויעמדו בחזקת הבע"ח משא"כ אי לא הי' נתאחר זמן השטר והי' ידוע שהנכסים שבא הבע"ח לגבות מהם מהלקוחות המה דאיקני שבכה"ג אם הלקוחות אומרי' אנו השבחנו נאמנים דלא מחזיקינן מרשות לרשות וקרקע בחזק' הבע"ח ג"כ לא שייך שהמה דאיקני ולא שווי' הלה אפותיקי ובדאיקני לא שייך למפרע ה"ג למ"ד אין אדם מקנה דשלבל"ע ואין לדחות קושי' זו רק לשיטות הש"ך שמחליט בפשיטות דאף בלא אפותיקי אמרינן תמיד דעל הלוקח או היורשים להביא ראי' ולא נחית כלל לסברא דכאן נמצא כו' ממילא ליכא לחלק בין נכסים דקני או דאיקני רק לדברי ב"י הנ"ל קשה:

וליישב קושי' הנ"ל אקדים מה שאמרתי בישוב דברי הרמב"ם בפ' כ"ג מהלכות מלוה ולוה דין ב' שפוסק בסתם דשטרי מאוחרים כשרים ומקשה המ"מ למה לא ביאר הרמב"ם דמיירי בכתב דאיקני דהא הרמב"ם פוסק דשיעבוד דאיקני צריך לפרש ונלע"ד דהרמב"ם בפ' המשניות למס' שבועות פרק יו"ד משנה ה' כ' בזה"ל ואמרו מאוחרים כשרים מבואר והוא שיקח המלוה ויכתוב השטר אחרי כן וזה קיים ונכון שהוא תועלת לקוחות ע"כ משמעות דבריו שהלוה צוה שיכתב אח"כ וא"כ קשה מאי מקשה הגמ' בב"ב דף קכ"ז ואי ס"ד דאיקני לא משתעבד מאוחרים אמאי כשרים הא אף אי דאיקני לא משתעבד מ"מ היכא שהלוה בעצמו מצוה בזמן מאוחר לכתוב השטר בודאי שפיר חל השיעבוד על הנכסים שכבר קנה דלו יהי' שלא לוה מעולם הא מתחייב א"ע ביום

כתיבת השטר ומשעבד הנכסים שכבר קנה וצ"ל דאי בכה"ג שבזמן המאוחר צוה הלוה להעדים שיכתבו השטר לא שייך למיקרי מאוחרין דהרי נכתב ביום שמצוה הלוה ועוד שעד"ז גם מוקדמים כשרים היינו היכא שנכתב השטר קודם הלואה אף שעדיין לא לוה למ"ד עבחז"ל או כשנמסר מיד השטר ליד המלוה. וכיון דתני במתני' מאוחרין ע"כ מיירי שלא נכתב ביום שמינה הלוה את העדים לכתיבת השטר רק אח"כ ולזה נקראים מאוחרים. ואין לומר דמיירי שהלוה צוה ביום הלואה שיכתוב השטר בזמן מאוחר מאותו היום וכשכותבים ביום המאוחר המה אז שלוחי הלוה לכתיבה זו לשעבד אז הנכסים שקנה אחרי ההלואה וקודם אותו יום הכתיבה. ז"א דאי דאיקני לא משתעבד לא מצי הלוה לעשות עדים לשלוחים ממנו קודם שקנה הנכסים. כעין דאי' ביבמות א נ"ב כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה ה"ז גט משום שבידו לגרשה ולאשה בעלמא אין גט משום שאין בידו לגרשה וכתבו שם בתוס' דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דשלבל"ע הרי דלמ"ד אין אמדשלבל"ע לא מצי משווי שליח כ"ז שלא בא לעולם ומקשה הגמרא שפיר ואי ס"ד דאיקני לא משתעבד מאוחרים אמאי כשרים. אבל לפי המסקנא דדאיקני משתעבד והוי ביד הלוה לשעבד בעצמו ביום הכתיבה ע"כ בידו לשווי' העדים לשלוחים שיכתבו בזמן מאוחר ויעשו אז השיעבוד וכיון שכן שפיר יש להכשיר בכה"ג שטרי מאוחרים אף היכא דלא כתב בהם דאיקני וא"כ מיושב קושי' המ"מ הנ"ל ולפי"ז מתורץ קושי' התומי' על הגמ' ב"ב דף קנ"ז הנ"ל דאמרי' שם את"ל דאיקני משתעבד לוה ולוה וקנה לקמא משתעבד או לבתרא משתעבד ומקשה התומי' איך ס"ד דלבתרא משתעבד א"כ מאוחרים אמאי כשרים ולפי הנ"ל ניחא דאף אי לבתרא משתעבד מ"מ ל"ק מהא דשטרי מאוחרים כשרים די"ל כנ"ל שהלוה ציוה לעדים ביום הלואה שיאחרו זמן כתיבת השטר ועשאן לשלוחים שיהיו כמותו ביום הכתיבה והחתימה לשעבד אז הנכסים שיהי' לו דיהי' דקני נגד התחלות השיעבוד ויסוד לדברי הנ"ל ממ"ש הרמב"ם בפ' כ"ג מהלכות מלוה הנ"ל בזה"ל ולמה לא נחוש כן לשטר חוב המאוחר שמא יפרענו קודם שיגיע זמנו ויכתוב שובר ויחזור ויוציא השטר המאוחר ויטרוף בו שלא כדין לפי שכל הכותב שטר המאוחר תקנתו שיכתוב השובר סתם כו' ואם לא עשה כן וכתב השובר בזמן הפרעון הוא הפסיד לעצמו פ"כ ממ"ש שכל הכותב שטר מאוחר נשמע דשטרי מאוחרין היינו בידיעת הלווין:

אמנם לכאורה יש לעיין אמאי אינו מועיל לעשות שליח על הקנאת דשלבל"ע אף שעתה אין בידו של המקנה להקנות נימא כיון שהלוה דעתו עתה שרצונו שיהי' דבר זה נעשה בשליחתו נימא דמתלי תלי וקאי וכשיבוא הדבר לעולם יחול אז השליחות כאלו עשאם

אז לשלוחים ודומה לזה מצינו בקידושין דף מ"ה ע"א הנהו בי תרי דהוי קא שתי חמרא כו' שקל חד מינייהו כסא דחמרא יהיב לי' לחברי' אמר מקדשי לי ברתך לברי אמר רבינא אפילו למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב שמא נתרצה הבן לא אמרינן כו' דילמא שליח שווי' כו' דילמא ארצוי' ארצי' קמי' ומפרש רש"י בן קמי' אביו וגילה לו דעתו שהוא חפץ בה והאב נעשה שליח מאליו וזכין לאדם שלא בפניו ע"כ ואי' שם בהרא"ש בזה"ל ועוד הי' נראה לדקדק משמועה זו שאם גילה בדעתו לשדכן שהוא חפץ באשה פ' ואמר לשדכה לו והלך השדכן וקידשה לו בלא מנוי שליחות שהיא מקודשת לו כו' כיון שזכה מטעם שליחות ע"כ לפי"ז י"ל לכאורה שבכ"מ שאדם מגלה דעתו שחפץ בעשיות דבר בכה"ג ביד כל אדם לעשותו עבורו ולהיות קרוי שלוחו אף שלא מינה אותו וק"ו היכא דמינה אותו להדי' לשליח רק שהמנוי הי' בעוד שלא הי' הדבר בעולם דאף שאז לא הי' בידו לעשות שליח מ"מ עכ"פ הרי גילה דעתו שחפץ הוא דלכשיבוא הדבר בעולם תהי' ההקנא' זו ובודאי ניחא לי' דליקום בהמנותא וכשבא הדבר לעולם הוי בכלל זכות להקנות אף שלא מדעתו וגדולה מזו מצינו בתוס' קידושין דף ס"ג ע"ח ד"ה כגון מ"ש בשם הר"מ לענין שחרור עבד באומר לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך דאם לא אמר מעכשיו הוי סברא לומר דכיון דניחא לי' דליקום בהמנותא כדאיתא בפ"ק דב"מ דף ע"י גבי גזל שדה כו' שליחותי' עבדינן כו' יעו"ש ומכ"ש היכא שאמר הבע"ד להדי' שרוצה שיהיו עדים שלוחים להקנות בחריקאו כשיבוא הדבר לעולם שיהי' אמירתו מועיל לגילוי דעת והמה יכולים להיות מעצמם שלוחים לעשות אח כ רצונו לגמור ההקנאה בחתימתם כשבא לעולם וא"כ היכא מוכח ממתני' דשטרי המאוחרי' כשרים דאדם משעבד דשלבל"ע דילמא דאיקני לא משתעבד ושטרי המאוחרים מיירי שהלוה אמר בניסן להעדים שהמה יכתבו השטר בתשרי וכיון שאדעתי' דהכי קיבל ההלואה ניחא ני' דליקום בהמנותי' וחיובו ויכולים העדים להקנות בתשרי הנכסים שכבר קנה מדין שליחות הבא בדבר ששייך בו זכין ול"ד להאומר ללבלר כתוב גט לאשה דעלמא לכשאכנסה אגרשנה דשם כותב הלבלר מיד בעוד שאינה אשתו ואז א"א שיהי' דין שליחות. משא"כ בשטר מאוחר אם העדים חותמים אחרי שכבר קנה הנכסים אף שלא חזר ואמר להם כתבו וחתמו מעצמם נעשים שלוחים כיון שכבר גילה הלוה דעתו שניחא לי' בזה.

אמנם ז"א דאף היכא שיש גילוי דעת לא מצינו שיהי' שליחות שלא בפניו מדין זכין רק בדבר שהוא זכות גמור למי שרוצה הדבר בלי תערובות חוב כעין הדין גבי הבן היכא דגלי דעתי' שחפץ שאשה זו שתהי' לו לאשה כיון שרוצה אותה הוי לגבי' זכות גמור בלי

שום חוב אבל בהקנאת דשלבל"ע או בשיעבודו אף שהבע"ד כבר גילה דעתו שרצונו לזה ומסתמא דייניגן דניחא לי' דליקום בהמנותי' מ"מ כיון שעצמות הדבר הוא חוב שמוציאין את הנכסים ומקנה לאחר או משעבד לאחר בגוונא כזה לא שייך דין זכין לאדם שלא בפניו אף שהוא בעצמו כבר גילה דעתו דניחא לי' [יעוין כתובות דף י"א בדין גר קטן שמטבילין אותו ע"ד ב"ד מדין זכין לאדם שלא בפניו ומ"מ אם הגדיל יכול למחות ובחידושי הרשב"א לקידושין דף מ"א ע"ב בד"ה ולענין פסק הלכה] מ"מ הלא עצמות דבר ההקנאה או שיעבוד נכסים הוא חוב וז"ל תוס' רי"ד לקידושין בסוגיא הנ"ל ודילמא ארצוי ארצי' קמי' ושתיק פי' המורה כו' והאב נעשה לו שליח מאליו וזכין לאדם שלא בפניו ואין נ"ל שאינו זכות שהרי אוסרו בקרובתי' כו' עכ"ל. הרי שדעתו שאף שגילה דעתו שרוצה באשה זו ולא חש למה שיהי' אסור בקרובתי' מ"מ כיון שיש קצת חוב לא ס"ל להרי"ד שיהי' בכלל זכי' ע"כ אף שהרא"ש והר"ש לא חשו להחשיב לחוב מצד איסור בקרובתי' מ"מ י"ל שמודים היכא שעצמות הדבר הנעשה הוא חוב אינו פועל גילוי דעת מכבר להיות נעשה אח"כ שליח שלא מדעתו ע"ד זכין לאדם (ויסוד לדברי אלה יש באה"ע סי' ק"מ) וא"כ מוכיח הגמ' שפיר ממתני' דמאוחרים כשרים דדאיקני משתעבד דאל"כ אף שגילה בדעתו שמרוצה לשעבוד זה ומסתמ' ניחא לי' דליקום בהמנותי' מ"מ אינם יכולים לחתום השטר ולעשות השיעבוד אחר שבא לעולם דבכה"ג לא מיקרי זכין כו':

ולפי"ז מה שהקשיתי לעיל על אביי דלשיטתי' אמאי מאוחרים כשרים אליבא דר' יהודא יש ליישב כיון דבאמת אדם משעבד דשלבל"ע ודאיקני משתעבד וליכא חילוק בין דקני ובין דאיקני רק לדין למפרע גובה ובזה ליכא נפקותא להלוה ולא להיורשים כ"א ללקוחות לענין שבח כשיאמרו אנו השבחנו וכיון דאין בזה צד חוב ללוה מהני גילוי דעתו שגילה בשעת הלואה שיהי' העדים מעצמם שלוחים לכתוב השטר בזמן מאוחר אחרי שכבר קנה נכסי דאיקני כי בודאי ניחא לי' דליקום בהמנותי' ובפרט לפי דעת הש"ך דאם חוזר משיעבוד דאיקני צריך להחזיר דמי ההלואה ודוק היטב:

ולכאורה יש לתרץ באופן אחר מה שהקשיתי אליבא דאביי ם דס"ל למפרע ה"ג אמאי מאוחרי' כשרים בהקדם לתרץ קושי' התוס' בב"ב דף קנ"ז ותוס' ב"מ דף י"ד ע"ב ד"ה תריץ שהקשו על דברי הגמ' בב"ב דרצה להוכיח דדאיקני משתעבד משבח דבע"ח גובה שבח ושבח דאיקני הוא ומדחה הגמ' ה"מ ר"מ היא דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע. והקשו בתוס' דהא שמואל הוא בעל איבעי' אי דאיקני משתעבד ושמואל בעצמו סובר דבע"ח גובה שבח והוא סובר אין אדם מקנה דשלבל"ע וא"כ לוכח משמואל גופי'

ונלע"ד ליישב קושי' התוס' הנ"ל דלפי שיטת הי"א שבמרדכי המובא בחוה"מ דאם מקנה ביחד דשלבל"ע עם דשבל"ע אמרי' מתוך שקנה דשבל"ע קנה גם דשלבל"ע אינו מובן לכאורה כל הסוגי' דב"ב דף קנ"ז דרוצה הגמ' שם למיפשט דדאיקני משתעבד מברייתא וממשנה דמאוחרים כשרים וקשה דילמא מיירי התם ששיעבד בב"א הנכסים שיש לו והנכסים שעתיד לקנות וחל השיעבוד גם על דאיקני במתוך שחל על הנכסים שיש לו והאיבעי' דשמואל ע"כ מיירי לפי שיטה הנ"ל כשאין לו נכסים ואין בשיעבוד רק דאיקני ונלע"ד דלפי פסק הלכה דשד"א חל השיעבוד ממילא על הנכסים שיש ללוה בעת ההלואה. ורבנן הוא דאפקוהו השיעבוד נגד מלוה ע"פ מפני תקנות לקוחות. ובמלוה בשטר אוקמוהו אדינא דאורייתא וחל השיעבוד ממילא אף שאין הלוה אימר כלל שמשעבד נכסיו וכדברי המפרשים באחריות ט"ס שאין הכוונה בו דאמרי' שהתנה בפירוש אחריות אלא שהסופר שכח לכותבו ואף אם לא התנה יכול הסופר לכתוב עצמו אחריות והיינו מטעם הנ"ל דשד"א. ולמ"ד שיעבודא ל"ד צריך לפרש דאחריות ט"ס הוא מן הטעם הראשון דתלינן שמן הסתם הותנה בפירוש] וכיון שאין צריכין לפרש השיעבוד אף אם מפרש ואומר שמשעבד דקנאי ודעתיד אנא למיקני א"א שיחול השיעבוד דאיקני במגו שחל על דשבל"ע דהא על הנכסים שיש לו לא הי' צורך הקנאת שיעבודו דממילא משועבד מדין שעבודא דאורייתא ומתוך שקנה דשבל"ע קנה גם דשלבל"ע לא שייך רק היכא שהי' צורך הקנאה על הדבר שבל"ע ועשה פעולה של הקנאה משא"כ למ"ד שיעבודא דאורייתא ובשיעבוד שלא הי' צורך להקנאתו וא"ש סוגי' דב"ב לשיטת הפוסקים דהלכה כמ"ד שיעבודא דאורייתא אבל לשמואל לשיטתי' שסובר שיעבודא לאו דאורייתא ואף הנכסים שיש לו בשעת הלואה אינם משועבדים רק מצד התנאי השיעבוד בכתיבת השטרות והא דאמרינן אחריות ט"ס מתפרש אליבי' דתלינן שהתנה בפירוש והסופר שכח לכותבו וא"כ שפיר י"ל דאף לרבנן שסוברים אין אדם מקנה דשלבל"ע וכן בשיעבוד מ"מ היכא ששיעבד בהקנאת נכסים שקני ושעתיד למיקני אמרינן שחל השיעבוד על דאיקני במתוך שחל על הנכסים שיש לו וכדין מקנה דשלבנ"ע עם דשבל"ע וכנ"ל לשיטת הי"א שבמרדכי דהא כיון דשיעבודא ל"ד הי' צורך בתנאי השיעבוד על הנכסים שיש לו ושייך במתוך כנ"ל והאיבעי' דשמואל בדאיקני אליבא דרבנן אינו אלא היכא שלא הי' השיעבוד רק דאיקני כגון שאין לו נכסים או שכבר שיעבד הנכסים שיש לו ואח"כ בא לשעבד הנכסים דאיקני וא"כ מיושב קושי' התוס' דאף דמספקא לי' לשמואל בדאיקני אי משתעבד מ"מ א"ש מה שאמר שמואל דבע"ח

גובה את השבח דמיירי ששיעבד לאותו בע"ח בב"א נכסים דקנה ודאיקני דבכה"ג נתפס השיעבוד גם על דאיקני במתוך שחל על דשבל"ע:

ולפי"ז י"ל לכאורה דאביי לשיטתי' שסובר שיעבודא לאו דאורייתא כדברי התוס' שם ר"פ הניזקין גם בדאיקני אי שיעבד גם דקני כפי הדרך שכותבין בכל השטרות דקנאי ודעתיד אנא למיקני אמרינן למפרע ה"ג כשם דקנה דקני גם קונה דאיקני ואף אם נאמר דנכסי דאיקני עכ"פ אינם קנוים למפרע רק מיום שקנאם הלוה ונכסים דקנה קנוי' למפרע ולדברי המרדכי שמדמה דין מקנה בק"ס קרקע ומעות לדין אגב ובקנין אגב נראה מדברי הרמ"א בחו"מ סי' ר"נ ס"ז דהיכא שחל קניות הקרקע קודם בזמן לא מהני למטלטלין שיהיה קנוי' אח"כ מ"מ י"ל דשייך גם בכה"ג לומר מתוך דקנה זו קנה זה כיוצא בזה מצינו בשיעבוד מטלטלין אג"ק שחל השיעבוד אף על מטלטלין שקנה הלוה אחר שמכר הקרקעות כמבואר בחוה"מ סי' קנ"ג והוא מדברי המ"מ פי"ח מהלכות מלוה אמנם לפי מה שמסביר פנ"י בפ' חז"ה גבי וניחוש דילמא אקני לי' מטלטלין אג"ק דלכך מועיל אף שמכר הקרקעות מקודם שקנה המטלטלין משום דשיעבוד מטלטלין חל משעה ראשונה מיום השיעבוד אף שעדיין לא קנאם ושוב אינו יכול לחזור אף קודם שקנאם אף שבפירות דקל יכול לחזור קודם שלא בא לעולם יעו"ש י"ל דז"א רק לענין שיעבוד אבל לא לענין קני' לומר דלמפרע הוא גובה וא"כ יש לדחות סברתי הנ"ל ויעוין מה שמסיים הנ"י בזה"ל ומיהו הרשב"א ז"ל חולק בדין זה שהוא סובר שאף הכותב דאיקני קודם שקנה יכול לחזור בו ומ"מ מודה הוא ז"ל דכל שלא חזר בו ודאי חייל שיעבודו משעה ראשונה כדשמעינן מהכא דאיצטרך למימר בעולם עכ"ל ולענין הקנאת דשלבל"ע למ"ד קני יש ג"כ מבוכה בין הפוסקים אם חל הקנין למפרע מיום ההקנאה או רק מיום שבא לעולם ומדברי המרדכי ב"ב בפ' יש נוחלין דין תקע"ד ממ"ש ואני דנתי לפני רבותי כו' יש משמעות שלדעתו למ"ד קני חל מיום ההקנאה (ויעוין מ"ש הרשב"א בחידושיו לקידושין דף ס"ג ד"ה כגון דכתב לי' כו' שנראה מדבריו בשיטת הר"י בעל תוס' דמעכשיו בדשלבל"ע פועל שיחול מעכשיו אף שנאבד אח"כ השטר וגם אין יכול לחזור קודם שבא לעולם ולא כן שיטת הרמב"ן) ומדברי רש"י בקידושין דף ס"נ ע"א ד"ה ונתלשו מהו שתהא תרומה למפרע כו'. ובע"ב בד"ה דילמא כו' שכ' בזה"ל תפסו בה קידושין לאחר זמן נשמע דבדבר שלבל"ע חל הקני' למפרע אמנם אפשר ז"א רק בשביל שבידו עכשיו לעשות ובשו"ת מהרי"ט חלק חוה"מ סי' קכ"ח מחליט דהשיעבוד דאיקני אינו חל אלא משעת קניות הדאיקני ובשעה"מ הלכות מכירה פ' כ"ב מובא דעת

הפוסקים דלמ"ד אדם מקנה חל למפרע ואף אם מת המקנה קודם שבאו לעולם יקנו להקונה למפרע ודוק היטב:

באופן אחר נלע"ד לתרץ קושי' התוס' בב"ב דף קנ"ז וב"מ דף י"ד מה שמקשים דאיך מבעי' לי' לשמואל אי דאיקני משתעבד או לא הא הוא בעצמו סובר דב"ח גובה השבח והוא סובר אין אדם מקנה דשלבל"ע גם לתרץ קושי' התומי' על מה שאמרי' בגמ' את"ל משתעבד לוה ולוה וקנה לקמאי משתעבד או לבתרא איך ס"ד דלבתרא משתעבד א"כ מאוחרים אמאי כשרים בהקדם דברי הגמ' בקידושין דף סיג דתני לא תסגיר עבד אל אדוניו רבי אומר בלוקח. עבד ע"מ לשחררו הכתוב מדבר ה"ד אמר רבינא כגון דאמר ליה לכשאקחך הרי עצמך קנוי' לך מעכשיו ומקשי' בתוס' דהכא משמע דבעינן מעכשיו וכן משמע בפ"ק דב"מ דף ט"ז דקאמר התם אמר ר"ה אמר רב שדה שאני לוקח לכשאקחנה תהי' קנוי' לך מעכשיו וכו' וקשה דהא מילתא דר"מ בסמוך גבי לאחר שאתגייר כו' דאמר ר"מ מקודשת ולא קאמר דליבעי למימר מעכשיו ואמאי צריך לומר בשדה ובעבד טפי מבגר כו' והר"מ פי' דלהכי נקיט מעכשיו גבי שדה ועבד לאשמעינן דסבר כר"מ דאמר אדם מקנה דשלבל"ע כו' דאי לא אמר מעכשיו ה"א דאתי' אפי' כרבנן וצריך לעשות קנין אחר לעבד אחר השיחרור הראשון וא"ת כו' מ"מ כשפודהו או קוניהו שליחותי' עבדינן דניחא ליה דליקום בהמנותי' כדאמר בפ"ק דב"מ גבי גזל שדה ולקחה מבעליו הראשונים כו' ומסיק דניחא לי' דליקום בהמנותי' כו' ע"כ ומדקדק בספר המקנה דא"כ בשדה נמי ס"ד דצריך לעשות קנין אחר ואין זה במשמעות לשון רב דאמר קנה משמע שאין צריך עוד שום קנין אחר ותו דהתוס' בקושייתם וא"ת כו' לא הזכירו הא דרב יעו"ש ונ"ל לתרץ בפשיטות דכוונת הר"מ דס"ד דכמו בגזל שדה וחזר ולקחה דאמרי' דאדעתי' דלוקח קני מהגזלן והוי בשעת הקני' מהנגזל כשלוחו של הלוקח ולכך קני הלוקח כמו שמבואר באס"ז לב"מ סוגי' הנ"ל דף ט"ז בשם הרבה מהקדמונים כן באומר לחבירו שדה זו לכשאקנה תהי' קנוי' לך דכיון דניחא לי' דליקום בהמנותי' מחזקינן שקנה השדה עבור המקבל מתנה ונעשה שלוחו לזכותו וא"ל שום קנין אחר אבל גבי עבד לא מצינו שיהי' העבד משוחרר בכה"ג היכא שאדון הראשון לא קיבל הכסף על דעת לשחררו רק סובר שמקנה את העבד להיות נשאר לעבד לנותן הכסף ולכך הוצרך לומר דס"ד בעבד שיצטרך האדון לעשו' קנין אחר להעבד אחר השחרור ומה שבאמת אין הדין כן גבי שדה אף לרבנן מטעם הנ"ל צריך לומר כמ"ש מהרש"א לב"מ דף ט"ז ע"ב ברש"י בד"ה בההיא הנאה דאף באומר שדה סתם לכשאקחנה קנו' לך לא סמכה דעת המקבל מתנה

כמו בלוקח מגזלן יעו"ש ובפרט בשדה זו וכיון דלא סמכה דעתי' לא קני והמהרש"א מביא ראיה לזה בשם ספר מ"ד מדחשבינן דאיקני לדשלב"ע:

ודע שאיזו מקדמונים שמובא באס"ז הנ"ל מקשים דאף שהיה בדעת הגזלן לקנות השדה עבור הלוקח מ"מ לא ליקני הלוקח דמי הודיע להנגזל שיקנה לו והרי דומה ממש למה דאמרי' בב"ק דף ק"ב ע"ב דאמרי' מי הודיע לבעל החשל שיקנה לזה ומתרצים דגם הנגזל יודע שהקרקע שלו הוא כבר ביד לוקח שהנה מהגזלן והגזלן לוקח עבורו השדה ע"כ גם דעתו וכוונתו שיקנה הלוקח השדה ושפיר איכא דעת מקנה. ולפי דבריהם לא צריכין לסברת מהרש"א די"ל אף דסמכה דעת המקבל מתנה ואמדינן שדעת הנותן לקנות לזה מ"מ כיון שלא ידע המוכר שקנה עבור אחר ליכא דעת מקנה ולכך לא קני המקבל מתנה וי"ל שלכך מבעי' לי' בגמ' גבי דאיקני למ"ד א"א מקנה דשלבל"ע דאף בשדה סתם א"א מקנה דמי הודיע להמוכר שיקנה לזה ומעתה י"ל שאני דאיקני דמי הודיע להמוכר שיקנה לזה אבל גבי שבח שעשה הלוקח שהטעם כמ"ש הנ"י והרבה מהקדמונים כיון דצבי זבינא דא אמרי' שהוי כאילו הלוקח מכר השבח להמוכר כלומר כדי שיחול בו שיעבודו לבעל חובו וא"כ יש חילוק בין דאיקני ובין שיעבוד השבח וא"כ היכא רוצה הגמ' ללמוד דאיקני משבח: אמנם שם בב"מ דף ט"ז ע"א כתבו בתוס' ד"ה האי שטרי כו' בזה"ל וא"ת מעותיו שהי' תחלה מלוה נעשו אח"כ מכר כו'. א"נ במלוה אינו יכול לקנות כדאמרי' בקידושין המקדש במלוה אינה מקודשת ע"כ. ואקדים לזה לשון הריטב"א שמובא באס"ז לב"מ דף הנ"ל בזה"ל מכדי לוקח במאי קני לה להאי ארעא פי' רש"י ז"ל כסף לא נתן לשם קנין אלא לשם פקדון כו' ונראה מדבריו דסגינן אפי' על מכיר בה שאינו שלי כדברי רבינו מיהו אין פרושו נכון בעיני שהרי אפי' נתן לשם מקח אינו קונה בו כיון שבאותו שעה לא הי' ראוי לקנות דהא דאמרי' פ"ק דקידושין שהאומר לאשה הרי את מקודשת בכסף זה לאחר שלשים יום שהיא מקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות התם הוא שהכסף ראוי לקנות בשעתו וכבר הא פרישנא לעיל דהאי גברא לתורת מקח נחית כל היכא דאפשר לי' דתיקום בידי' אלא הכי פרושו במאי קנה לה להאי ארעא השתא. שהרי בכסף או בשטר או בחזקה אינו קונה עכשיו כיון שלא הי' ראוי לקנות בהן לשעה הראשונה עכ"ל הריטב"א: וז"כ התוס' בתרוצם השני הנ"ל במה שכתבו דהמקדש במלוה אינה מקודשת שסוברים כדברי הריטב"א דמה שהדין במקדש לאחר שלשים דמקודשת אף בנתאכלו המעות הטעם כנ"ל כיון שבידו לקדשה עכשיו מיקרי הכסף בשעת נתינה כסף קידושין:

אמנם במס' קידושין דף נ"ט ששם מקור הדין דהמקדש לאחר שלשים כו' דמקודשת לא הוזכר טעם הנ"ל רק בבכורות דף מ"ט פליגי בזה רב ושמואל ואציע לשון הגמ' שם איתמר הפודה את בנו בתוך שלשים יום רב אמר בנו פדוי ושמואל אמר אין בנו פדוי דכ"ע מעכשיו אין בנו פדוי לאחר שלשים יום ואיתנייהו למעות ודאי בנו פדוי כי פליגי לאחר שלשים יום ונתאכלו המעות רב אמר בנוי פדוי מידי דהוי אקידושי אשה התם לאו אע"ג דנתאכלו המעות הוי קידושין ה"נ ל"ש ושמואל אמר לך התם בידו לקדשה עכשיו הכא אין בידו לפדות מעכשיו וכו' יעו"ש בהרא"ש שכ' דהלכה כרב ודעת הרמב"ם כהרא"ש ובתה"ד סי' רס"ד ובכתביו סי' רל"ד מביא בשם תוס' ב"ק דף ע' וע"א דהלכה כשמואל ויעוין ביו"ד סי' ש"ה סי"ג שם מובא מחלוקת הפוסקי' בזה ומדברי הריטב"א הנ"ל נראה שסובר דהלכה כשמואל ולכך מחליט לסתור דברי רש"י אמנם דברי רש"י נכונים לפי שיטת הפוסקים דהלכה כרב דבנו פדוי אף בנתאכלו המעות ומדמי לי' לקדושי אשה הרי דלא ס"ל כסברת שמואל דשאני קידושין משום דבידו לקדשה עכשיו כי אף היכא שא"א לעשות עכשיו הקנין חל לאחר שלשים יום במעות שנתן בתחלה לצורך קנין ולכך הוצרך רש"י לפרש קושי' הגמ' דהא הכסף לא נתן לשם קנין לפי"ז י"נ דכמו כן בדאיקני אף למ"ד א"א מקנ' מ"מ כיון שנתן כסף הלואה תחלה ע"ד שיעבוד דקנאי ודעתיד למיקני אם סמכה דעתו של המלו' על השיעבוד דאיקני מהראוי שיחול השיעבוד דאיקני בעת קניות הקרקעות אף שאין המוכר הקרקעות דעתו על הבע"ח מ"מ הלוה בעצמו כשקונה הקרקעות ומקנה להמלוה שיעבוד עליהם בכסף שלקח כבר גם על שיעבוד זה. וצ"ל שהטעם שלא חל שיעבוד דאיקני הוא משום דלא סמכה דעתי' של אדם על דשלבל"ע ומה"ט גם באומר על שדה סתם לכשאקחנה קנוי' לך אינו מועיל משום דלא סמכה דעתי' של המקבל מתנה או הלוקח וכסברת המהרש"א הנ"ל דרק גבי לוקח מגזלן כיון שהקרקע כבר בחזקת הלוקח סמכה דעתי' משא"כ בדבר שאינו ברשותו ולא ברשות המוכר דאיקני שוה עם דין שדה סתם. ממילא ליכא לחלק בין דאיקני לשבח ולכך רצה רבא למיפשט דין דאיקני מברייתא דשבח קרקעות דאין לומר דשאני בשבח דהלוקח מוכרו לשעבוד עבור הבע"ח ויש כאן דעת מקנה משא"כ בדאיקני דליכא דעת מוכר ז"א דהא אף בדאיקני איכא דעת מקנה שהוא הלוה בעצמו שמקנה לשיעבוד כשיקנה דאיקני שיהי' קנוי לשעבוד להמלוה בכסף הלואה ואף שנתאכלו המעות ולא הי' בידו להקנות השיעבוד של דאיקני בשעת הלואה מ"מ הו"ל למימר דמיתלי תלי ועושה השיעבוד בעת שקונה הלוה הקרקעות והשטר שנכתב בו דאיקני פעל שיצא הקול ומדלא אמרי' כן צ"ל דלא סמכה המלוה על דאיקני כמו כן י"ל בשבח

ולכך מדמי להו רבא אהדדי אבל לשמואל לשיטתי' שסובר דהטעם בכסף קידושין משום שבידו לקדשה עכשיו שפיר יש לחלק בין שיעבוד דאיקני ובין שבח די"ל דשאני דאיקני דליכא דעת מוכר דמי הודיע להמוכר קרקעות דאיקני שימכור אדעתי' דהכי שיהי' השדה המכורה ממנו משועבד להבע"ח של הלוקח ובכסף שנתן כבר המלוה כיון שניתן להוצאה והוי כנתאכלו ליכא לעשות קנין שיעבוד בקרקעות שיקנה אח"כ שיחול בעת הקנין אבל לגבי שבח אף דליכא קנין כסף חל השיעבוד מחמתו של הלוקח שעשה השבח ונתרצה שיהי' קנוי' להמוכר לצורך שעבוד בע"ח וכנ"ל והרי איכא דעת מקנה וא"כ א"ש מה שאמר שמואל בע"ח גובה את השבח אף דמבעי' לי' בשיעבוד דאיקני אי חל או לא:

והנה לכאורה יש לדחות דברי הנ"ל דאף דבדאיקני ליכא למימר שחל השיעבוד מצד כסף הלואה לשיטת שמואל דבנתאכלו לא מהני היכא שלא הי' בידו לפדות בשעת מסירת המעות אכתי קשה למה לא יחול על הדאיקני השעבוד מחמת השטר שלא נקרע והוא ברשות המלוה בעת שקנה הלוה נכסי דאיקני דהא כן הדין במקדש את אשה בשטר לאחר שלשים יום דמקודשת אם לא נקרע ונאבד תוך שלשים יום (יעוין באה"ע סי' מ' ס"א בהג"ה) וא"כ קשה גם לשמואל מה בין דאיקני לשיעבוד שבח דהא אף דבדאיקני ליכא הקנאה בדעת המוכר הקרקעות להלוה אכתי תחול השיעבוד בדעת הלוה שהוא המקנה השיעבוד להמלוה בשטר שביד המלוה בעת שקונה הקרקעות דאיקני:

אמנם מקושי' התוס' וביותר מדברי רש"י הנ"ל שהי' לפני הריטב"א על דברי הגמ' מכדי לוקח במאי קני בהאי שטר' האי שטרא חספא בעלמא הוא שכ' בזה"ל כסף לא נתן לשם קנין אלא לשם פקדון וכו' נראה שיש בזה לחלק בין שטר לכסף ובהא דמקשה הגמ' בפשיטות האי שטרא חספא בעלמא הוא אין להקשות דילמא השטר הראשון עושה הקנין בעת שלוקח הגזלן מהנגזל דפשוט לפרש כיון דכל עצמו של קנין שטר הוא שכותב השטר שדי מכורה לך שדי קנוי' לך דהיינו שמקנה לו השטר בעת שמוסר לו השטר וכיון שלא חל הקני' באותו השטר המסירה נעשה מיד כחספא ואין עוד כח בשטר זה להקנות בו לאח"ז ודמי לשטר שנמחל שיעבודו שאין חוזר ולוה בו ולפי"ז פשוט שמה שמתקדשה אשה בשטר שמקדשה לאחר שלשים יום הוא בשטר שכתוב בו הרי את מקודשת לי בשטר זה לאחר שלשים יום ששטר זה לא הורע כחו כי ניתן מיד הקידושין שלאחר שלשים יום. אבל כשהקני' על הכסף שפיר י"ל שיחול בו הקני' לאח"ז דהוי כאלו מוסר לו אז הכסף ולזה הוצרך רש"י לתרץ דכסף לא נתן לו לשם קנין אלא לשם פקדון כו' וכיון שלא הי' על כסף זה שם כסף קני' בעת שנמסר תו ליכא בי' הקנאה

לאח"ז ולשיטת התוס' שמפרשים שהסוגי' מיירי בלא הכיר בה והרי ניתן הכסף לשם קנין וצ"ל כדברי הריטב"א הנ"ל ואזלו בשיטתייהו שכתבו בב"ק דף ע' דהלכה כשמואל דבנתן מעות תוך שלשים יום ונתאכלו אין בנו פדוי וטעמא דשאני קידושין משום שבידו לקדשה עכשיו אבל בגוונא שאין בידו לעשות בעת מסירת הכסף אין הכסף עושה קנין גם לאח"ז אם נתאכלו קודם הגעת הזמן לא נעשה מלוה וקושי' הגמ' מכדי האי לוקח כו' אינו לרב רק לדידן דפסקינן כשמואל בהאי דחזר ולקחו מהנגזל כי לרב בלא"ה לא קשה דהא הוא סובר אדם מקנה דשלבל"ע וכן הוא באס"ז בשם כמה מהקדמונים דקושי' הגמ' אינו אליבא דרב דלשיטתי' אדם מקנה דשלבל"ע:

היוצא מזה דאי דאיקני לא קני בעת מסירת השטר אף לשמואל אין תועלת בשטר זה לעשות הקנאות שיעבוד בדאיקני כשהלוה קונה הקרקעות דכבר נעשה השטר חספא בעלמא ונבטל משם שטר הקנאה משא"כ בכסף כשניתן תחלה לקני' או לעשות שיעבוד דאף אם אין עושה קנין או שיעבוד בעת מסירתו יכול להיות בו קנין או שיעבוד אח"כ למאן דסובר גבי פדיון הבן כרב דבנו פדוי אף לאחר שנתאכלו המעות משא"כ לשמואל ומיושרים בזה דברי הראשונים וסעד לדברי אלה יש מכמה דבורים באס"ז בסוגי' הנ"ל דחזר ולקח מהנגזל יעו"ש ואף שהמל"מ פ"ו מה"ג מחליט דמחוסר זמן לא מיקרי שלא בא לעולם הרי יש חולקים עליו כמבואר בשעה"מ הלכות מכירה פ' כ"א בשם מהרי"ק וא"כ הוי השתוות גמור לדין הפודה בתוך שלשים יום ולא אמר מעכשיו ונתאכלו המעות עם דין קנין שיעבוד ע"י כסף הניתן קודם שקנה הדאיקני שיחול בעת קניות הדאיקני :

ועפ"י הנ"ל יש ליישב קושי' התומי' הנ"ל על דברי הגמ' את"ל משתעבד לוה ולוה וקנה לקמאי משתעבד או לבתרא משתעבד כו' איך ס"ד דלבתרא משתעבד א"כ מאוחרים אמאי כשרים. די"ל דהספק הי' מאיזה טעם יש שיעבוד בדאיקני דאי הטעם משום דשיעבוד אלים מקנין ויכולים לשעבד דשלבל"ע ויש לומר שהשעבוד חל תיכף משעת הלואה בעשיות השיעבוד ולכך לקמא משתעבד אבל אי הטעם משום דאמרינן דניחא ליה דליקום בהמנותי' וכשקונה הנכסים דעתי' לשעבד להבע"ח וחל השיעבוד בכסף כנ"ל אע"פ שנתאכלו כמו שהדין לרב בנותן מעות לפדיון בנו תוך שלשים יום דאם אינו אומר מעכשיו חל הפדיון לאחר שלשים א"א לומר שיחול אלא בעת שקונה הלוה נכסי דאיקני וא"כ יש סברא לומר דלבתרא משתעבד וכ"ז לדידן דס"ל א"א מקנה דשלבל"ע משא"כ לר"מ דס"ל אדם מקנה דשלבל"ע לא צריך לטעם השני הנ"ל וחל השיעבוד מיד מעת ההלואה ובודאי לקמא משתעבד וא"כ הי' אפשר לתרץ דמשנה מאוחרים כשרים אתי' כר"מ כאשר משני הגמרא בס"ד דדאיקני לא משתעבד כלל ודוק היטב:

בסוגיא דמצא שובר [דף י"ט ע"ב ודף כ' ע"א]

ת"ר מצא שובר בזמן שהאשה מודה כו' ש"מ איתא לדשמואל כו' בשהשטר כתובה יוצא מת"י כו' ועוד שובר בזמנו טורף אביי לטעמי' דאמר עדיו בחתומין זכי לי' יעו"ש והקשו הקדמונים כיון דאביי סובר עבז"ל ואין התחלות ראי' לשמואל מדין מצא שובר למה טרח הגמרא לפלפל בתירוץ בששטר כתובה יוצא מת"י וגם אי חיישינן לב' כתובות או לא:

ונ"ל ליישב דבחוה"מ סי' מ"ב וסי' נ"ד ובתוס' כתובות דף כ' ע"א סוף ד"ה ואוקי ממונא מבואר דבשובר היכא דאיכא תרי ותרי מחזיקינן עידי שובר בכשרים ולא יפרע והיינו אף כשיש להתובע שטר מועיל שובר זה אף שלדברי כת א' אין לשובר זה שם שובר כי העדים פסולים היו מ"מ כיון שיש ספק להב"ד אין לגבות עוד בשטר שביד המלוה וקשה לי לפי"ז גם בשובר הנמצא והיו ב' כתות אחת אומרת שנאבד מיד המלוה וא' אומרת שנאבד מיד הלוה בודאי הדין שמספק א"א לגבות עוד להמלוה על שטרו ומינה אף כשאין כלל עדים רק מציאות השובר לבד כיון דלא ידעינן ממי נפל הוי כספק הבא מצד תרי ותרי א"כ נראה לכאורה שיהי' הדין כשמוצא שובר ויש הכחשה בין המלוה והלוה ממי נפל שלא יהי' ביד המלוה לגבות בשטרו כדין שובר מסופק נגד שטר מבורר (יעוין באה"ע בסי' ק"י בחמ"ח ס"ק ז' ובב"ש ס"ק וא"ו שמבואר מדבריהם דבנמצא שובר ואין מחזירין. הכתובה בחזקתה וטורפין מן הלקוחות כו' יעו"ש. והרי זה להיפך מדברי אבל בדו"פ על הטור לסי' הנ"ל כתב להדיא כדברי דאף שאין מחזירין השובר מ"מ א"א לגבות בשטר הכתובה מצד הספק דילמא נאבד השובר מן הבעל) ואם נאמר שבאמת כן הדין צ"ל הא דלא מחזירין כשאין האשה מודה אף דבלא"ה לא תוכל לגבות עוד כתובתה מהבעל שאיתרע מצד מציאות השובר מ"מ יש נפקותא לה במניעת החזרה דהא בשובר מסופק הדין מבואר בחוה"מ סי' מ"ב שאם תפס המלוה אף בעדים לא מפקינן מיני' א"כ כ"ז שלא מחזירין השובר להבעל אם תתפוס האשה תחזיק ולא מפקינן מינה משא"כ כשיותן להבעל השובר לא תועיל תפיסה. עוד י"ל שתוכל למנוע החזרה אולי תהי' בידה למצוא עדים שהשובר נאבד ממנה אבל לפי"ז קשה מאי מקשה הגמ' כאן וליחוש וכו' וטריף לקוחות כו' מאי טריפה שלא כדין יש כאן דהא אף כשאין מחזירין השובר להבעל לא יהי' ביד הלקוחות לגבות ממנו אחרי שנמצא שובר והוא טוען ברי שממנו נפל והוי עכ"פ לעינינו כשובר מסופק ותפיסה אינו מועיל לגבי לקוחות דהא אינם יודעים בברי ותפיסה מספק אחרי שנולד הספק אינו מועיל ולחקור אחר עידי נפילה ממי נפל ג"כ לא שייך גבייהו כיון דלא ממנם נפל מי יגלה אזנם לידע

ממי לחקור [סמוכין לזה מדברי הגמ' בב"מ דף ל"ה ע"א בשלמא מלוה ידע מאן קא עייל יעו"ש] ואף אם נדחוק לומר ששייך גם זה גבי הלקוחות עכ"פ לא א"ש לשון הגמ' ואתי למיטרף כו' דהא כ"ז שאין עדים שנאבד מהאשה ליכא טריפה שלא כדין ונ"ל דאף דשובר מסופק מבטל שטר מבורר י"ל דז"א רק נגד שטר בשעבוד סתם אבל היכא שיש אפותיקי מפורש בשטר לא מבוטל מחמת שובר מסופק וסברתי בזה כיון דכל עיקר טעם הפוסקים שסוברים ששובר מסופק מבטל השטר הוא מטעם דאמרינן בכה"ג הבא להוציא עליו הראי' ושטר העומד לגבות כגבוי דמי לא אמרינן י"ל דלא שייך זה היכא שיש בשטר שביד המלוה אפותיקי דהוי כעין מכירה (ויש יסוד לזה במס' ב"מ דף ק"י ע"ב יתומים אומרים אנו השבחנו מ"ט ארעא כיון דלגוביינא קיימי כמאן דגבוי דמי ויעו"ש בתוס' ופוסקים שיש סוברים דאין סברא זו רק באפותיקי מפורש ויש סוברים אף באפותיקי סתם] לפי דעת הרי"ף ושארי פוסקים המובא בחו"מ סי' קט"ו שאף שאין בע"ח גובה משבח ששבחו הלוקח מ"מ כשיש בשטרו אפותיקי נוטל השבח אף שהוא יותר מחובו ויכול לומר ארעאי אשבחת דהוי כמו שלו מיום השיעבוד יעו"ש באריכות בש"ך ס"ק כ' אף שבאמת אינה כמכירה דהא מהמלוה בעצמו אינו יכול ליקח השבח יתר על חובו מ"מ יפה כחו למיחשב כעין מכירה לענין זה שיטול מהלוקח גם השבח אף שהוא יותר על חובו ומטעם הנ"ל דהוי כשלו ומינה י"ל דיפה כח אפותיקי גם בזה היכא שיש שובר מסופק לא מבטל שטרו דאין עליו שם מוציא מחבירו כיון שמיוחדת קרקע זו על שטרו באפותיקי. וא"ש קושי' הגמ' וליחוש וכו' ואתי בעל וטריף וכו' והיינו היכא דייחד קרקע בכתובתה דבכה"ג שהוא אפותיקי לא מבטל מחמת ספק שיש ממי נאבד השובר ומקשה האיך מחזירין השובר דילמא יש בכתובתה יחוד קרקע והי' ללקוחות שם מוחזקים מעת הגירושין מצד זכות האפותיקי ביחוד קרקע ולא מבטל עוד מטעם ספק שנולד עתה בעת כשנמצא שובר ומסופקים בו שמא נאבד מהבעל ומיושב שפיר לשון הגמ' ואתי בעל וטריף ומבואר בלשון רש"י ויחזיק בקרקע המיוחדת לכתובתה.

והשתא מקום יש לתרץ קושי' הרמב"ן שהקשה לפי מה שפי' הרא"ש דברי הרי"ף דס"ל דגבי כתובה כיון שהוא בידו עידי השובר זכין לו אע"ג דלא מטי שובר ליד הבעל. א"כ אף אם אין האשה מודה אמאי לא יחזיר מה לנו בהודאתה אף כי טוענת שממנה נפל הא זכה הבעל בשובר מיד בעת שחתמו העדים על השובר יעו"ש ונ"ל דאי' בכתובות דף נ"ו ע"ב אחתי' דרב"ח הוי נסיבא לרב אויא אירכס כתובתה אתא לקמי' דרב יוסף א"ל הכי אמר שמואל זו דברי ר"מ אבל חכמים אומרים משהא אדם את אשתו ג' שנים בלא כתובה א"ל אביי והא אמר ר"נ אמר שמואל הלכה כר"מ בגזירותיו א"ר זיל כתוב

לה ע"כ ולפי"ז קשה אמאי אמר אביי שובר בזמנו טורף משום דעבז"ל מה שם זכות שייך בזה לגבי הבעל הא צריך ליתן לה כתובה אחרת וכמות הראשונה כפי משמעות דברי הרמב"ם מובא באה"ע סי' ס"ו ס"ג אמנם לפירוש רש"י ותוס' דגם בשובר לא אמרי' עבז"ל רק היכא דמטי ליד הבעל דהוי כמעכשיו ולאותו זמן נא קשה דהא הטעם דאסור לשהות את אשתו בלא כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה והכא לא תיקל בעיניו דכיון דעדיין לא מסרה ליד הבעל השובר לא נפטר מחיוב הכתובה ויצטרך לשלם לה כשיגרשנה והזכות הוא על אופן כשתרצה ותמסור לו השובר שיזכה למפרע לכך שייך גם בשובר דכתובה עבז"ל אבל לפי שיטת הרי"ף לפי פי' הרא"ש דל"צ שימטי לידי' וזוכה בו מיד בשובר וכיון שמיירי בעודה תחתיו נשאר קושייתי איך שייך זכין אמנם לפי דברי הנ"ל א"ש דאף שאסור לדור עם אשה בלא כתובה בשעבוד נכסיו מ"מ יחוד קרקע אינו מן החיוב א"כ שייך עכ"פ זכות להבעל שיופקע האפותיקי של יחוד הקרקע שייחד להאשה לכתובתה וממילא לא הוי ללקוחות דין מוחזקים כיון דליכא עוד אפותיקי ואף אם לא יחזיר השובר להבעל אין בידם לגבות ממנו דשובר מסופק מבטל שטר ודאי כנ"ל לכך כשהאש' מוד' יחזיר לבעל ומדוקדק בזה גם לשון אביי שובר בזמנו טורף היינו שמבטלין האפותיקי אמנם כשאין האשה מודה לא יחזיר דאף בביטול האפותיקי לא נפקע החוב רק שאינה יכולה להוציא ממנו בשטר כתובתה מחמת הספק שבמציאות השובר אבל מ"מ מהני תפיסתה כיון דטוענת ברי לכך אין למסור השובר להבעל דכשיהי' בידו השובר לא יועיל עוד תפיסתה או י"ל כטעם השני שתוכל שתטעון שבידה לחקור אחר עדים שתבררה בהן שמידה נפל השובר משא"כ בלקוחות וכנ"ל:

והשתא דאתינן להכי יש לתרץ קושי' הקדמונים הנ"ל כיון דאביי סובר עבז"ל למה טרח הגמ' בפלפולים בתירוצים הלא הדבר פשוט כיון דעבז"ל לכך מחזירין להבעל השובר כשהאשה מודה. ונ"ל דלעיל בדף ז' ע"ב מסקינן פלוגתא דר' יוסי ורבנן אי חיישינן לב' כתובות וכתב שם הריטב"א שהטעם דמ"ד חיישינן משום שאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה ומיד כשאומרה שנאבדה השטר כתובה צריך למכתב לה כתובה אחרת ומ"ד דלא חיישינן סובר שדבר זה עושה בפרהסיא בב"ד יעו"ש היוצא מזה שעכ"פ לרבנן שסוברים משהא אדם את אשתו בלא כתובה בודאי לא חיישינן לב' כתובות והשתא י"ל דדברי אביי לתרץ הברייתא אליבא דכ"ע דהתירוץ בגמ' שובר בזמנו טורף לא אתי' רק לר"מ שסובר אסור לשהות עם אשתו בלא כתובה דאי לרבנן דמותר לשהות את אשתו בלא כתובה קשה כקושי' הרמב"ן הנ"ל דאי אמרינן עבז"ל גם באין האשה מודה נחזיר להבעל דהא זכי מיד בשעת החתימה ונפטר מכל חוב הכתובה וע"כ נצרך לומר אם

נרצה לאוקמא הברייתא כוותייהו שמיירי בשובר שלא נכתב בלשון מחילה רק בלשון מכירת חוב הכתובה דבכה"ג בעינן מטי לידי' יעוין בחידושי הריטב"א ותבין דברי בזה] ונשאר הקושיא אף באשה מודה אמאי יחזיר דא"ל משום עבז"ל הא בעינן מטי לידי' ואחרי שכבר מכרה הכתובה לא מהני עוד במה שממטי לידי' השובר כדברי הרא"ש בכוונת האלפסי שמה"ט הוצרך האלפסי להמציא שבשובר לא בעינן מטי לידי' א"כ לשיטת רבנן לא שייך תירוץ אביי והונח לאביי לתרץ הברייתא גם כוותייהו בתירוצו הראשון בשטר כתובה יוצא מתחת ידו. וכשאמר לו רבא דחיישינן לשני כתובות דחאו בממ"נ חדא לשני כתובות לא חיישינן ועוד כלומר אף אי יהיבנא סברתך דחיישינן לשני כתובות ע"כ סברתך להעמיד הברייתא כהלכתא כר"מ שאסור לשהות עם אשתו בלא כתובה דאי מותר לשהות מה הכריחו להבעל שיתן לה כתובה שני' (כסברת הריטב"א הנ"ל] וכיון שאסור לשהות ממילא בלא"ה י"ל דשובר בזמנו טורף ול"צ מטי לידי' כלל לכך מהני כאן אף שכבר מכרה הכתובה ולא תקשה דא"כ אף באין האשה מודה אמאי לא יחזיר די"ל כנ"ל כיון דאסור לשהות כו' לא הועיל הזכות רק לבטל שעבוד האפותיקי אבל לא החוב ויועיל תפיסתה או כשתברר שלא הגיע לידו ולכך לא יחזיר רק כשהאשה מודה דגבי לקוחות לא מועיל תפיסה ומיד שבטל שיעבוד האפותיקי ממילא לא יוכלו לגבות מהבעל אף כשלא יוחזר השובר להבעל ויושאר ביד הב"ד מטעם ששובר מסופק מבטל שטר ברור ולכך נותנים להבעל כשהאשה מודה:

ואין להקשות לפי דברי הנ"ל דכשיש אפותיקי הוי הלקוחות כמוחזקים א"כ למה אמר הרי"ף דלכך לא בעינן מטי לידי' דהוי כמחילה והטעם שהבעל כבר מוחזק הלא באפותיקי לא הוי כמוחזק זה ל"ק כמובן לחלק בקל וליתר שאת נוכל לומר עוד כיון דכתובה לא ניתנה לגבות מחיים אין לה שם מוחזקת כ"ז שלא נתגרשה וכיון שהשובר נכתב בעודה תחת הבעל שפיר זכה מיד הבעל בקרקע דכתובה אבל כשאנו דנין לגבי הלקוחות אחר שכבר נתגרשה לבטל שטר כתובה שבידם מחמת מציאות השובר אמרינן שלהם ידם על העליונה דמיד שנתגרשה בעוד לא נודע דבר משובר הי' להם דין מוחזקים בקרקע המיוחד שבשטר הכתובה ע"כ אף שנולד אח"כ ספק פרעון מצד מציאות השובר שטר הכתובה שבידם שאין להם דין מציאת מחבירו היות קודם שנודע הספק הוי כתופסים מצד שיעבוד האפותיקי ובתפיסה קודם שנולד הספק מהני אף בטענת שמא ויש יסוד פלפול בזה בשו"ת מהרי"ט ע"ש ודוק היטב:

עוד בסוגיא הנ"ל [דף כ' ע"א]

ברש"י ד"ה איתא לדשמואל כו' הלכך חזרה ומחלתה משמע דכוונת רש"י לא מטעם מגו רק משום דבאמת מחלה ומלשון רש"י בד"ה לשתי כתובות נראה דמטעם מגו אתי' לה דמתוך שבידה למחול ויש לומר בפשיטות דרבא מוכיח דינו של שמואל מדלא חיישינן דלא נתנה עד תשרי ולא קאמר מדלא חיישינן דשמא עדיין לא נתנה כלל להבעל וצ"ל דרבא אזיל בשיטות הסוברים דלא חיישינן לקנוניא וליכא הוכחה רק מדלא חיישינן עכ"פ שמא קבלה הפרעון עד תשרי ואז באמת קבלה הפרעון ומסרה השובר להבעל א"ו אי' לדשמואל וכיון שיכולה למחול אף אחר שמכרה הכתובה הרי כבר מחול הכתובה להבעל ע"י השובר מהגעת השובר לידו בתשרי וע"י הפרעון אז וא"צ נטעם מגו אבל לאביי דסובר בדף י"ג דחיישינן לקנוניא וכשם שחוששין לפרעון ולקנוניא כך חוששין שמא עדיין לא לוה כלל ומה שאמר הגמ' אליבא דאביי לעיל לפר עון ולקנוניא היינו כדי שמטעם זה לא נחזיר אף שטר הקנאה דלא שייך בי' החשש דלא לוה: וכן מבואר שם באס"ז א"כ לפי"ז גם כאן בשובר יש לחוש לאביי דילמא לא נפרעה כלל ולא נמחל הכתובה להבעל לכך צריך רש"י לפרש מתוך שבידה למחול לשטר כתובה לבעלה עכשיו:

וכיון דאתינן לזה יש ליישב בדרך פלפול מה שכ' רש"י בד"ה בשטר כתובה יוצא מת"י שמביאה לפנינו שהוא אך למותר דבתוס' כתובות דף י"ט ד"ה וכגון מקשים דמאי מגו איכא דילמא אין דעתה להפסיד הכתובה דעכשיו שאומרת שהבעל אבד השובר לא תפסיד דהבעל יודע בעצמו שלא נאבד ממנו השובר משא"כ כשתמחול והנה לפי פי' רש"י כאן בד"ה איתא לדשמואל וכנ"ל דלא מטעם מגו אתינא ל"ק קושי' תוס' הנ"ל רק לפי פרש"י בד"ה שתי כתובות וכו' דלאביי צריכין לומר דאי איתא לדשמואל מאמינין לה מטעם מגו קשה קושי' התוס' הנ"ל ונ"ל דידוע שיטת הפוסקים דחוב שבשטר אין מחילה בע"פ מועלת וצ"ל מה שמועלת כאן מחילת האשה בע"פ רק היכא דליכא שטר כתובה תחת ידה אבל באיכא שטר כתובה ת"י לא סמכה דעת הבעל כ"ז שאינה מחזרת השטר כתובה (דיש שיטות שמפרשים שהחילוק הוא דלכך ביש שטר ביד המלוה לא תועיל מחילה בע"פ דלא סמך דעת הלוה שהמלוה מוחל בלב שלם דאם הי' מוחל בלב שלם הי' מחזיר לו השטר וכ"ז כשהשטר ביד המלוה אבל כשכבר מכר המלוה השטר ומסרו להלוקח שאין בידו להחזיר השטר סמך דעת הלוה אף במחילות המלוה בע"פ] ממילא ביש שני שטרי כתובות ושטר א' עדיין ביד האשה לא מועיל מחילתה בע"פ דאי מחלה בלב שלם למה לא תחזיר עכ"פ השטר כתובה שבידה מעתה י"ל דאף לאביי

שחושש לקנוניא אתי שפיר במצא שובר להחזיר להבעל כשהאשה מודה אי איתא לדשמואל דיש לה מגו דהיתה יכולה להעלים מהב"ד שיש לה שטר כתובה בידה והיתה מוחלת לעינינו הכתובה להבעל ומחמת שאין אתנו יודע שיש לה עוד שטר כתובה היינו מחליטין שהמחילה מועלת ומבוטלת שטר הכתובה שביד הלקוחות וגם היתה יכולה היא שתתבע מהבעל שוב חוב הכתובה ולא יוכל הבעל להפטר ממנה בטענה מצד שמחלה לו כיון שתראה אז שטר הכתובה שבידה אין ממש במחילה שמחלה בע"פ. אמנם כ"ז אינו רק כשלא הוחזק השטר כתובה בידה אבל אם הוחזק השטר כתובה שבידה ממילא אם היתה רוצית לבטל מכירת הכתובה מצד המחילה להבעל בפני הב"ד היתה צריכה ליתן שטר על מחילתה או שתחזיר הכתובה בפני הב"ד דלולא זה אין ממש במחילתה שבע"פ ואם תעשה כן לא תוכל שוב לתבוע מהבעל וי"ל שלכך אינה מוחלת רק אומרה שהשובר הוא של הבעל וכקושי' התוס' הנ"ל דליכא מגו שיראה ששוב לא תוכל לתבוע עוד מהבעל לכך מפרש רש"י שהיא הביאה השטר לפנינו והרי לא הוחזק מקודם השטר כתובה שבידה ושפיר הי' לה מציאות לבטל מכירת הכתובה ושיהיה בידה לתבוע מהבעל וכנ"ל שהיתה מסתרת הכתובה שבידה והיתה מוחלת בע"פ בפני הב"ד והי' מועיל שפיר לבטל המכירה ובעת תביעתה מהבעל היתה מראה השטר כתובה שבידה וידע הבעל בעצמו שלא נפטר מחמת מחילתה בעל פה:

ובדרך הנ"ל יש ליישב דברי בעל המאור שכ' בזה"ל ועוד שובר בזמנו טורף אביי לטעמי' דאמר עבז"ל ולכתבה ליתן ולא נתנה כלל לא חיישינן וא"נ חיישינן היינו דקאמר לשתי כתובות לא חיישינן ואתרי טעמא סמך עכ"ל ומתמה הרמב"ן מאי קא קשי' לי' והא מרישא דפירקא עד הכא חזינן דכיון דלוה או אשה אומרים תנו נותנים לאביי משום דהשתא מטי לידי' כו' ולעיל נמי מוכחא דאמרינן ה"נ אי ס"ל כרב אסי כו' אלא אי סבר לה כאביי אמאי לא יחזיר ומאי קושי' נימא משום דחיישינן שמא לא לוה ולא מטי לידי' כלל אלא ש"מ כיון שאמר תנו לא איכפת לן דהא ממטי שטרא לידי' כו' יעו"ש. ונלע"ד שסברת הבעה"מ דמטי לידי' אינו רק היכא שמוסר בעצמו או שמצוה למסור בשליחותו דהוי כממטי לידי' כי ע"ת זה עבז"ל דכשימסור השטר להמלוה יהי' הזכות למפרע וכמו כן כשמצוה למסור בשליחותו אבל בנמצא שטר שאין הלוה מצוה למסור להמלוה מחמתו רק שמודה שנאבד השטר מהמלוה ושייך להחזיר לו דזה לא נקרא מטי לידי' לענין הקנאה שתהא באה מצד עבז"ל. ואם באמת לא נאבד מהמלוה לא זכה המלוה ע"י הגעת השטר עתה לידו כיון שהלוה לא מסרו לידו ולא שלוחו והחולקים על בעה"מ נחתו ג"כ לסברא זו ע"כ דייקו בלשונם כמבואר בדבריהם שבס' אס"ז בסוגיא

דמצא שט"ח כיון דאמר תנו ומטי שטרא לידי' וז"ל חידושי רשב"א שם כיון דאמר תנו כו' דהא אפי' ידעינן בבירור דלא נתן עד עכשיו הרי הוא יכול ליתנו בפנינו ונשתעבדו נכסיו למפרע משעת החתימה דהא זכו לו עדיו בחותמיו מעכשיו לכשיגיע השטר לידו עכ"ל ובעל המאור לא נחית בסברתם דהא מלת תנו לא נזכר כלל רק שחייב מודה היינו שמודה שחייב והשטר נאבד מיד המלוה וס"ל לבעה"מ שאין זה כאומר תנו בשליחותו ולא נקרא מטי לידי' ועכ"ז א"ש דברי אביי בסוגיא דמצא שע"ח דשפיר יש להאמין להלוה כשמודה שנאבד מהמלוה וליכא למיחוש לקנוניא דהא בידו לומר תנו להמלוה בשליחותו ויהי' מטי לידי' שפיר אף לדין עבז"ל לכך אף כשאינו אומר בלשון זה נאמן אמנם לכאורה יש לדחות דירא לומר תנו דאם יאמר תנו יפסיד שיהי' ביד המלוה לתבוע ממנו דאף שיודע המלוה שלא לווהו מ"מ בדין נתחייב לו הלוה באמירתו תנו כדין חייב אני לך מנה בשטר שמחויב לשלם אף שלא הי' חייב לו כלום שבאמירה זו נתחייב וכמ"ש גם בחידושי רמב"ן המובא באס"ז בסוגיא הנ"ל בזה"ל אבל מ"מ תמוה לי הא היכא אפשר לי' לאביי לומר בשטרי הלואה שאם לא לוה כלל ישתעבדו נכסיו ואיכא למימר כיון דאמר תנו ומטי שטרא לידי' וס"ל עבז"ל אע"פ שלא לוה קנה הא למה זה דומה לכותב שטר על עצמו לחבירו על מנה ומסרו לו משעת כתיבה שאין חוששין אם נטל כלום לידו או לא נטל שהרי אפי' כתב בכ"י חייב אני לך מנה חייב כדאי' בפ' הנושא דף ק"א ועוד י"ל הכא אומר תנו שלויתי ומהימן שלוה ואפי' למפרע שהרי אם עכשיו ילוה בפנינו למפרע נשתעבדו לו נכסיו לאביי וגם זה אמת עכ"ל:

היוצא מזה דלשיטת הפוסקים בחייב אני לך מנה בשטר ומוסר השטר שחייב לשלם אף בשניהם מודים שלא היה שום הלואה שפיר יש לחוש דילמא ירא הלוה לומר תנו כדי שלא יחזיק המלוה לתבוע ממנו מחמת זה אף שיודע בעצמו שאין הלוה חייב לו משא"כ כשאינו אומר תנו רק שמודה שנאבד השטר מהמלוה ואם המלוה אינו גזלן לא יתבע מהלוה כי יודע שאין הלוה חייב לו ומפאת חייב אני לך מנה ליכא כאן כיון שלא אמר תנו ומידו לא נמסר השטר שנמצא ולא בשליחותיו משא"כ כשאומר תנו וא"כ קשה גם לאביי למה נחזיר כשמודה לוה ואינו אומר תנו ונ"ל דאכתי אית לי' ללוה מגו דהי' אומר תנו ואעפי"כ לא יתחייב להמלוה מצד דין דחייב אני לך מנה בשטר דאי' בגיטין דף כ' אמר אביי ת"ש אף הוא העיד על כפר קטן כו' יעו"ש בתוס' ד"ה וכותב בכתב ידו היוצא משם דכל שטרי הלואה כיון דבלא השטר מחויב הדמים מצד שלוה א"צ שהשטר יהיה של לוה אבל שטר מתנה או מכירת שדות צריך שיהיה הנייר של השטר של הנותן והמקנה וכן שטר של הערב. והנה בכתובות בסוגיא דחייב אני לך

מנה מבואר דצמיחת דין זה לחייב אף שלא לוה כלל אתי' מדין ערב ממילא בכה"ג צריך שיהי' הנייר של המקנה כדין ערבות ונתינת מתנה וידוע הדין המבואר בגמ' ובחוה"מ הלכות אבידה ומציאה דאבידה פחות מש"פ אין חייבין להשיב וזוכה בזה המוצאה ובחידושי הקדמונים בסוגיא דמקדש במלוה מקשים על הברייתא המקדש בשטר אינה מקודשת נימא דשמין את הנייר ומתרצים דסתם נייר של שטר אינו שוה פרוטה וא"כ גם מצא שט"ח י"ל כיון שאינו ש"פ אף אם נאבד מהלוה כיון דליתא בהחזרה כבר נתייאש ממנו ואינו שלו עוד וכיון שאין אותו השטר מגיע שוב לידו אף שאומר תנו להמלוה ליכא עליו חיוב מצד הדין דחייב אני לך מנה בשטר כיון שלחיוב זה בעינן שיהי' הנייר של המקנה. וכאן כיון שנאבד ממנו ונתייאש אין עוד של הלוה וליכא ספר המקנה ע"כ אם הלוה מתכוון לערמה יכול לומר תנו ואין לו לירא דילמא יתבענו המלוה מצד דין דחייב אני לך מנה דהא בכה"ג שאין הנייר שלו לא זכה המלוה אף שאמר הלוה חייב אני לך ושפיר יכול לומר תנו:

ואין להקשות גם באומר תנו לא יהיה נאמן דניחוש שמא אינו חייב ומחמת מסירת אותו שטר לא מתחייב כלל כנ"ל ונמצא יטרוף המלוה מהלקוחות שלא כדין לזה י"ל כתירוץ השני של הרמב"ן כיון דיכול ללות עתה ועי"ז יזכה המלוה בשטר מדין עבז"ל למפרע כמו כן מועיל הודאת הלוה שמודה שלוה ומחשבינן הודאותיו כאלו לוה עתה. ולהסביר דברי יותר י"ל עפ"י דברי האס"ז בשם הקדמונים שמקשים מאי מועיל שכותבין שטר בפני המלוה דילמא לא לוה לו ואף שרואין מסירות המעות דילמא הם דמי פקדון וכדומה מענין אחר ומתרץ מה שא"א לתקן לא חשו חז"ל כמו כן נוח לומר כתירוץ הרמב"ן הנ"ל שמועיל הודאות הלוה כעת כאלו ראינו לעינינו עתה הלואה ואין לחוש דלמא משקר בהודאה זו זה אינו דכמו כן יהיה לחוש אף אם באמת ילונו בפנינו וכנ"ל וכשם כשרואין מסירת מעות דנין למפרע דין עבז"ל כמו כן דנין בהודאה לחודא אף שיש לחוש לערמה א"כ שפיר יכול הלוה להודות ולצוות למסור בשליחותו השטר להמלוה ואעפי"כ לא יאונה לו היזק אם באמת לא לוה לא יזכה נגדו המלוה מצד אמירה זו כיון שיודע בעצמו שאינו חייב לו ובתרי הודאות דסתרי אהדדי קולא לנתבע ומכ"ש כאן שלא הודה רק לקנוניא ולא שייך דין דחייב אני לך מטעם הנ"ל כיון שאינו הנייר של המקנה ומצד הודאה ליכא כיון שהמלוה יודע שאין מגיע לו [ויש אריכות בזה בדין אודיתא]. אמנם כ"ז גבי הקנאת חיוב אבל בשטר מחילה לא בעינן ספר המקנה ויכולין לכתוב שובר אף אנייר של הלוה וכפי הדין היכא שהלוה משלם לאחדים ורוצה שובר צריך הוא ליתן הנייר ושכר הסופר הרי שא"צ שיהי' ספר המקנה של הלוה א"כ אף לאחר

שנתייאשה האשה מנייר שעליו כתיבת השובר אם תאמר שיומסר השובר ליד בעלה יופטר בשובר זה מחוב הכתובה אף שאין הנייר של האשה ונשאר קושי' הנ"ל דלמא באמת לא נפרעה האשה כתובתה ומה שמודית אינה רק לקנוניא נגד הלקוחות וכיון שאינה אומרת תנו בשליחותי לא הוי כמטי לידי' דהבעל ולא שייך עבז"ל ומגו ליכא דתוכל לומר תנו דשמא יראה מהבעל דכשתאמר תנו תפסיד שהבעל לא ישלם לה עוד דאף שיודע בעצמו שלא פרע לה יהיה פטור מלשלם לה מצד קבלות השובר בשליחותה כיון דלא בעינן ספר המקנה לכך מפרש בעל המאור דאביי סובר דלא חיישינן שמא לא נתנה כלל ואף דבמצא שט"ח חיישינן לפרעון ולקנוניא וכמו כן יש לחוש ללא נתן כלל שאני הכא כיון דבלא"ה יש עוד סברא דלא חיישינן לשני כתובות והוי כחששא רחוקה שלא מסרה כלל השובר וגם יש לה שני כתובות. ודוק היטב:

בסוגיא דבני העיר ששלחו את שקליהן (דף נ"ח ע"א]

בני העיר כו' תוס' ד"ה דתנן תורמין כו' ותימא אמאי לא מוכח מגופא דאינו חייב באחריות מדקאמר נשבעין לגזברין ולא לבעה"ב ע"כ וברש"י ד"ה יש להם אונאה אי' בזה"ל יש להן אונאה בכדי גרס לה ומאן דגרים לה לא ידע שאמר ר"ל בהדי' לגבי שבועה [שבועות דף מ"ב] והוצרך ללמדה ממשנתינו ע"כ:

ונ"ל לקיים גירסא זו על נכון ויתישב גם קושי' התוס' הנ"ל. דבפסחי' דף ו' ע"א איתא יכול יקבל פקדונות מן הנכרי' ת"ל לא ימצא כו' כו' א"ד הניחא למ"ד דבר הגל"מ לאו כמ"ד היינו דאיצטרך לא ימצא אלא למ"ד כמ"ד ל"י ל"ל איצטרך סד"א הואיל וכי אי' הדר בעינא לאו ברשותי' קאי קמ"ל ופרש"י הואיל וכי אית' הדר הוא גופי' למרי' בעינא וזה עדיין לא נאבד וכי אמר ר"ש להההוא היכא דאינו בעין כגון גבי גונב קדשים שהי' הבעלים חייבים באחריותן אמר ר"ש אפי' שאין כפל להקדש דהא כתי' רעהו ולא של הקדש הכא חייב כיון דזה חייב באחריותן לרעהו קרינן בי' דהא גרם לו להתחייב ממון עכ"ל:

והנה לכאורה מדקאמר גמ' ס"ד וכו' קמ"ל דלפי האמת דסובר ר"ש דקדשים שחייב באחריותן אף שעודם עדיין בעין מקרי של בעלים מטעם דהגל"מ הואיל ואלו מיגנב דמדגלי קרא גבי חמץ דגם בכה"ג אמרינן גל"מ סובר ר"ש דאמרינן כן בכל התורה כולה וראי' לזה דאי' בסנהדרין פרק חלק דף קי"ב ע"ב ת"ר הי' בהן קדשי קדשי' וקדשי מזבח ימותו כו' אמר מר היו בהן ק"ק וקדשי מזבח ימותו כו'. ואמאי ימותו ירעו עד שיסתאבו וימכרו ויפלו דמיהן לנדבה ר"י אמר כו' ר"ל אמר ממון בעלים והכא בקדשים שחייב באחריותן ור"ש הוא דאמר קדשי' ממון בעלי' הוא כו' ומפרש רש"י ר"ש הוא דאמ' בפ'

הזהב קדשים שחייב באחריותן ממון בעלי' הוא ויש להם אונאה כו' ע"כ הרי להדי' דאף דהקדשי' עדיין בעין הוי לר"ש ממון בעלי' כיון דאם היו אבודים או גנובים הי' על הבעלי' חיוב לשלם וצ"ל כמו שכתבתי לעיל כיון דגלי קרא גבי חמץ דגם בכה"ג מקרי גורם לממון יליף ר"ש מני' לכל התורה לסברא זו צריכים לומר ללישנא קמא בפסחי' דמקשה הגמ' הניחא למ"ד דהגל"מ כמ"ד ופרש"י ר"ש קאמר לה בב"ק דף ע"א ע"ב קדשים שחייב באחריותן חייב וקשה למאי דס"ד שהטעם הוי משום גל"מ הו"ל להגמ' להקשות א"כ לא ימצא גבי חמץ ל"ל או דס"ד דהגמ' דמה שסובר ר"ש גל"מ אתי' לי' מדגלי קרא גבי חמץ לא ימצא לחייב בביעור אף פקדונות של נכרי בקבלת אחריות שמעינן דדהגל"מ כמ"ד וא"כ אתי שפיר דברי ר"ל במס' סנהדרין שסובר דלר"ש אמרינן גל"מ אף היכא דעדיין איתנייהו בהמת המוקדשין בעינא ולכאור' נ"ל דמדברי ר"ש בעצמו מוכח כן דהא איתא במשנה דב"מ דף נ"ו ר"ש אומר קדשים שחייב באחריותן יש להן אונאה ושאין חייב באחריותן אין להן אונאה וקשה דהא אין להבעלים שום היזק מצד האונאה שהי' במכירת הקדשים דהא אינו חייב באחריות להעמיד דוקא עולה שיהא שוה כמו בהמה הראשונה וגדולה מזה איתא במס' ב"ק דף ע"ח ע"ב האומר הרי עלי עולה והפריש שור ובא אחר וגנב מי פטר גנב נפשי' בכבש לרבנן ובעולת העוף לר"א בן עזרי' כו' יעו"ש. ואמאי סובר ר"ש דקדשים שחייב באחריותן יש להן אונאה הא לא תונה איש את רעהו כתיב והבעלי' שהקדישו לא נתאנה שאינם צריכים להשלים הפסד האונאה א"ו דעת ר"ש דכיון דאילו הי' מוגנב הי' על הבעלים חיוב לשלם אף היכא שעדיין לא בא כלל לחיוב תשלומין הוי כשל בעלים ושייך ע"ז אזהרת הלאו דלא תונו אא"ר אף דהפסד האונאה אינו אלא להקדש ומדויק בזה דברי רש"י במס' סנהדרין שבאוקמתא דר"ל כר"ש הנ"ל מביא רש"י הך דרש דגבי אונאה ובפסחים בא"ד הראשון דקאמר הניחא לר"ש מביא רש"י ר"ש דב"ק דקדשים שחייב באחריותן חייב הגנב בדו"ה ולפי הנ"ל א"ש דבפסחים לא"ד הראשון טרם דאסיק הגמ' שיש מקום לחלק בין היכא דכבר נאבד ובין היכא דעדיין בעין א"ש לפרש הניחא למ"ד דבר הגל"מ דהיינו ר"ש דב"ק אבל לפי מסקנת הגמ' בפסחים בא"ד שני' שיש מקום לחלק בין היכא דאיתא עדיין בעינא או לא ליכא למשמע מדברי ר"ש דב"ק רק דין גורם לממון היכא שכבר נגנבה הבהמה והחיוב על הבעלים לשלם אבל בקדשי עיר הנדחת שהקדשים המה בעינם י"ל דגם ר"ש סובר דלא הוי כשל בעלים ואמאי מתרץ ר"ל ה"מ ר"ש הוא ע"כ הביא שם רש"י ר"ש דגבי אונאה דמשם מוכרח דלפי האמת דעת דאף היכא דעדיין אי' בעינא אמרינן

דהגל"מ כמ"ד דהא גבי אונאה הוי ג"כ כאלו איתא בעיני' כיון שאין ההפסד אונאה על הבעלים וא"ש:

והשתא דאתינא להכי יש ליישב הגי' הנ"ל שמחק רש"י דלכאורה תמוה מאוד מאי ס"ד דר"י לתרץ ה"מ ר"ש הוא דאמר קדשים שחייב באחריותן כו' הא מפורש להדי' באותו משנה דמשנתרמה התרומה נשבעים לגזברים והיינו ע"כ משום דליכא עוד אחריות על הבעלים ולתרץ אקדים לשון הרמב"ם בפ"ב מהלכות שכירות דין ה' הקדיש הקדש ואח"כ פדאוהו והרי הוא חולין בעת שנטלו מבית השומר או שהשאילו חולין ואח"כ הקדיש והוא ביד השואל וכן עכו"ם שהפקיד ואח"כ נתנגב אין בהם כל דיני השומרים עד שיהא תחילתן וסופן נכסי הדיוט ונכסי ישראל עכ"ל וכ' המ"מ בזה"ל במכילתא דף ל"ג פ' ס"ו פ' משפטים וכי יתן איש אל רעהו וכתי' ישלם שנים לרעהו ולא להקדש ולא לאחרים פי' בעינן רעהו בשעת נתינה ובשעת תשלומין כו' ע"כ ונ' לפי"ז גבי שבועות שומרים דכתיב כי יתן אל רעהו וגם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו למידין מהנך תרי רעהו דבעינן שיהא חולין בשעת נתינה ובשעת האבידה כי השבועה אם לא שלח הוא על זמן אבידה דאם אז היו של חולין אף שאחר אבידה נעשה הקדש שפיר מתקיים הקרא אלש"י במלאכת רעהו דהא השבועה הוא אלמפרע אם לא ש"י בעת שהי' של רעהו וה"ז הי' חולין בעת שנאבדה ולפי"ז א"ש דברי ר"י שמתרץ ה"מ ר"ש הוא שהי' מפרש דברי המשנה משנתרמה התרומה כפרש"י שתרמו אף על מה שנאבד מיד השליח קודם שנתרמה התרומה ונאבד אם לא נודע לבעלים עד שנתרמה התרומה וא"כ אף שלאחר שנתרמה התרומה נעשה הקדש ממש ויש על השלוחים חיוב שבועות שומרים כיון שבעת שנאבד עדיין היו שם בעלים עליהם לכן בשעת הנתינה הי' של בעלים מצד אחריות דכ"ז שלא נתרמה התרומה על האבוד הי' חלות אחריות על הבעלים ומתפיס שפיר בכה"ג המקרא כי יתן איש אל רעהו כו' אלש"י במלאכת רעהו ששבועה הוא אם לא שלחו ידם באותן שקלים בעודן הי' אחריות על הבעלים:

אמנם הי' מקום לסתור דברים אלו די"ל דאף דר"ש סובר דהגל"מ כו' דילמא דוקא היכא שכבר נגנב וההפסד על הבעלים וכדברי הגמ' במס' פסחים בא"ד השני קס"ד הואיל וכי איתא כו' אבל הכא גבי שקלים שבשעת הנתינה שהיו עדיין בעינם אף שהי' חוב אחריות על הבעלים מ"מ בעודם קימים לא שם בעלים עליהם. וכס"ד דגמ' פסחים הנ"ל א"כ אף שבאמת נגנב אח"כ ונאמר כיון שנגנב קודם שנתרמה הי' אז כשל בעלים מ"מ ליכא לחייב שבועה דבעינן שיהי' גם בשעת הנתינה של בעלים כנלמד מקרא דכי יתן איש אל רעהו והוי כאקדיש ואח"כ נעשה חולין שאין חייב שבועה ויכולין להוסיף עוד דכיון

שנתרמה התרומה ונסתלקו הבעלי' מאחריותן לא הוי כשל בעלים גם בשעת אבידה אף דעדיין עליה' אחריות מספק דלמא יודע להם קודם שנתרמה התרומה ועל כה"ג אין הגזברים תורמין מ"מ הא באמת לא נודע להם ולא הגיע להם שום הפסד באבידת השקלים אבל לפי מה שהקדמתי לעיל דמדאמר ר"ש קדשים שחייב באחריותן יש להם אונאה מוכח דר"ש סובר דדהגל"מ משוי שיהי' כשל בעלים אף בעודם בעין ואין מגיע כלל שיהי' צד חיוב תשלומין או הפסד על הבעלים וא"ש תירוצו של ר"י ה"מ ר"ש הוא דאמר קדשי' שחייב באחריותן יש להם אונאה דמדברי ר"ש גבי אונאה מוכח שבכל גווני סובר דהגנ"מ כמ"ד וע"כ בההוא דשקלים היו של בעלים בעת שיתנו השקלי' ליד השלוחים ובעת שנאבדו מיד השלוחים: כי סבר ר"י שמיירי שנאבדו השקלים קודם שנתרמה התרומה וכפרש"י לכך הוצרך ר"י להביא דוקא ר"ש דגבי אונאה דאי ממשנה דמס' שבועות מה שאמר ר"ש שם קדשים שחייב באחריותן נשבעין עליהם לא נשמע רק היכא שעל הבעלים חיוב לשלם להקדש מה שנאבד ע"י השומר ואין להקשות דהא קודם שנאבד הי' של הקדש זה לא קשה די"ל שמיירי התם שמסר ליד השומר כשהי' חולין ואח"כ הקדיש ואח"כ נאבד מיד השומר שהי' הנתינה כשהי' חולין והאבידה ג"כ הי' כאבידת בעלים כיון דמחמת אבידה זו ברשות השומר חל חיוב תשלומין על הבעלים והוי כאבידת ממונו היוצא מזה דלפי פרש"י א"ש שינויא דר"י:

אמנם לעינינו שהתוס' דחו פרש"י מדתני בברייתא תורמין על האבוד ועל הגבוי ועל העתיד לגבות ואי כפרש"י דתורמין אף על האבוד שנאבד קודם שנתרמה התרומה הוי זו ואצ"ל זו דכ"ש על הגבוי שלא נאבד שתורמין עליו כו' ולזה אסקו בתוס' שהפי' על האבוד שבא ליד הגזבר ונאבד קודם שתרמו כו' ועל הגבוי ועודנו ביד השליח בדרך תורמין אעפ"י שנאבד אחר שתרמו כו' ולפי פי' התוס' הא דתנן במשנה דבה"ע משנתרמה התרומה מיירי שלא נאבדו מיד השלוחים אלא אחר שנתרמה התרומה והי' בשעת אבידה של הקדש לבד דהא כבר אסתלק אחריות הבעלים ואף לר"ש בכה"ג לא מקרי של בעלים ע"כ אף דבשעת הנתינה ליד השלוחים היו כשל בעלי' מצד האחריות ומתקיים כי יתן איש אל רעהו מ"מ ליכא לחייב שבועה על אבידה שהיתה אחר שכבר נתרמה התרומה דהא אם לא שלח ידו במלאכת רעהו כתיב וכשנאבדו השקלים היו כבר של הקדש לבד בלי שום אחריות על הבעלים וז"כ הגמ' שמקשה על ר"י מברייתא דתורמין על האבוד דמהך ברייתא מוכח דלא כפרש"י רק כפי' התוס' ולפי פי' התוס' אין מקום לשינוי' דר"י דהא עכ"פ בשעת אבידה הי' כבר של הקדש דהא לא נאבדו אלא

לאחר שנתרמו התרומה דעל מה שנאבד קודם אין תורמין הרי מיושב שפיר קושיות התוס' הנ"ל ומתקיים הגירסא שלפנינו ע"ד נכון:

אמנם לפי הנ"ל דלפי המסקנא יליף ר"ש מהא לכל התורה דדהגל"מ כמ"ד אף היכא דאיתא בעיני' קשה לאיכא דאמרי שם בפסחים הניחא למ"ד דדהגל"מ כמ"ד לא ימצא ל"ל מאי קושי' הא א"ל דהא דסובר ר"ש דהגל"מ כמ"ד מחמץ הוא דאתי' לי' דכיון דכתיב לא ימצא גבי חמץ לחייב בביעור אף בחמצו של נכרי שקבל עליו אחריות משמע לי' לר"ש דדריש טעמא דקרא שהטעם הוא משום דאמרינן דהגל"מ כמ"ד ויליף מזה לכל התורה כולה ונ"ל לתרץ דלכאורה י"ל אף דגלי קרא בחמץ חיוב ביעור גם על חמצו של נכרי אינו מוכח שהטעם משום דגל"מ כמ"ד דהא יש חומר בחמץ לענין בל יראה אף היכא דאינו שלו ולא שייך בי' דהגל"מ ומגזה"כ הוי ברשותו וכמו שאמר ר' אלעזר וכמו שאי' בפסחים דף ו' בהדיא אמר ר"א שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן חמץ בפסח וכו' אמנם לפ"ד הש"א לר"ש שסובר דחמץ שעבר עליו הפסח מותר וסובר ג"כ דהגל"מ כמ"ד הוי כל חמץ ברשותו של אדם דהא אי לא הי' מחויב בביעורו הי' נקרא שפיר שלו גם בפסח אף שאסור בפסח בהנאה מ"מ הוי הג"מ דאם ישהנה עד אחר הפסח ישוב להתירו וא"ש לישנא דקרא לא יראה לך חמץ דאם עובר ומשהא אותו עד אחר הפסח הושאר חמץ שלו דהגל"מ כמ"ד ואין צריכים לימוד דגזירת הכתוב הוא ושפיר יש למילף מחמץ לכל התורה אבל א"כ מזה עצמו דאמרה תורה לא יראה לך חמץ נשמע דדהגל"מ כמ"ד ולא ימצא ל"ל לחייב בביעור בחמצו של נכרי שקיבל עליו אחריות הא גם מזה הוי גול"מ וכמו שיש חיוב ביעור בכל חמץ של ישראל מטעם דהגל"מ כמו כן יש לחייב בביעור בחמץ של עכו"ם היכא שקיבל עליו הישראל אחריות דהוי ג"כ חד גורם כיון דאילו מיגנב ומיתבד בעי לשלומי ומה לי גורם זה או הגורם גבי חמץ של ישראל כנ"ל וא"כ קשה לר"ש לא ימצא ל"ל אבל לפי המסקנא של הא"ד השני דס"ד הואיל וכי איתא הדרא בעינא לאו ברשותי' קאי שפיר יש מקום לחלק בין הגורמים הנ"ל דבחמץ של ישראל יש גורם כשהוא בעינא דכשמניחו כך עד אחר הפסח משא"כ בחמץ של נכרי בקבלת אחריות שאין הגל"מ אלא אי מגנב או מתבייד ולא כ"ז שהוא בעין ע"כ אי לא הוי גלי קרא דלא ימצא לא היינו יודעים דאף בגורם כזה אמרינן דהוי כדידי' ושאני גבי חמץ של ישראל שהוא גל"מ בעינא ועפי"ז דעת לנבון נקל לפרש דברי הא"ד קושי' למ"ד דהגל"מ כמ"ד ופירוקה. וממילא אפשר לומר דלפי האמת דגלי קרא לא ימצא דאף בגוונא דכי איתא בעינא הדרא מ"מ חשבו התורה לגל"מ ולהוי כממונו כמו כן בכל התור' ילפינן מחמץ ואין לדחות דשאני חמץ דחייבו בביעור

אף כשאינו ברשותו ז"א דהא לר"ש דסובר דסברא חיצונה דהיכי דליתי' בעיני' אמרינן דהגל"מ כל חמץ הוי ברשותו של המשהא אותו מטעם גול"מ דאחר הפסח יהי' מותר וליכא בזה כלל גזה"כ גבי חמץ:

ועפ"י דברים הראשונים מיושב מה שהיה קשה לי עוד בסוגיא דבני העיר דבב"ק דף ע"א מסיק רבא דר"מ סובר דדבר הגורם לממון כממון דמי כר' שמעון ומקשים התוס' למימר דר' מאיר סובר כר"ש נימא דר"מ לטעמי' דדאין דינא דגרמי ומתרצים שם בקיצור בשם יש מפרשים יעו"ש. ודבריהם מבוארים באריכות באס"ז בשם הרמ"ה ותורף הכוונה דאף דר"מ מחייב מחמת דינא דגרמי מ"מ הוה מצינו למימר דליכא אלא חיוב ממון מה שיגרום לו היזק ע"י גניבה זו שגנב ממנו שור הנסקל אבל לחייב זה בדו"ה לא שמעינן דאפשר לומר דמ"מ גוף השור לא הי' של השומר וליכא מצד הגניבה רק גרם הפסד ממון שאין בכה"ג חיוב דו"ה לכך הוצרך רבא לומר דר"מ סובר כר"ש דדהגל"מ כמ"ד למיחשב כאילו השור עצמו הי' שלו ולכן מתחייב הגנב בדו"ה יעו"ש הרי שמדברי ר"מ שמחייב בדינא דגרמי נשמע עכ"פ שסובר דדהגל"מ כמ"ד רק לענין חיובא דדו"ה הוצרך רבא לומר דסובר כר"ש וא"כ קשה למה אמר ר"י ה"מ ר"ש הוא דאמר קדשים שחייב באחריותן כו' הא סתם מתניתין ר' מאיר וכיון דעכ"פ סובר ר"מ דינא דגרמי לענין חיוב ממון מהיכי תיתי לא יהי' חיוב שבועה על התשלומין שאם פשעו בשמירתן מחויבים לשלם להבעלים מטעם דינא דגרמי ומחמת אוקימתא דרבא מוכח שר"מ ס"ל כר"ש לגמרי. ולפ"ד הנ"ל ניחא דאף דבשעת אבידה הוי גורם לממון כיון שנאבד ושייך דינא דגרמי מ"מ אי לאו דר"ש לא הי' לשקלים שם בעלים כל זמן שהם בעין ושייכים להקדש בכ"מ שהם וגם כיון שכבר נתרמה התרומה אין עודן גרם היזק להבעלים דגרמי לא הוי אלא משעת אבידה ועד שעה שנתרמה התרומה אבל נתינת השקלים לשלוחים לא הי' שם בעלים עליהם רק של הקדש וגם הלא אחר שנתרמה התרומה סר מכל וכל אחריות מעל הבעלים ואין להם שום גרם היזק למפרע וליכא למיחייבי' בשבועות שומרים דכי יתן איש אל רעהו כתיב ע"כ הוצרך ר"י למימר ה"מ ר"ש דלדידי' אף כשהוא בעיני' כשהוא גורם לממון מצד אחריות מקרי בשעת נתינה של בעלים וגם אף לפי אוקימתא דרבא שם בב"ק דר"מ סובר דהגל"מ כמ"ד גם לענין דו"ה אכתי יש לומר דלא ס"ל כן לר"מ אלא היכא דליתא בעיני' לכך הוצרך ר"י למימר ה"מ ר"ש הוא דהוא סובר להדי' דאף כי איתא בעיני' מקרי ממון בעלים כנ"ל וה"ה לענין חיוב שומרים מקרי כי יתן איש אל רעהו וגם בשעת אבידה מקרי ממון בעלים דלא יצאו הבעלים מחזקת אחריותן עד שנתרמה ור"י הי' מפרש מתניתין דבני העיר שנגנבה או שנאבדה קודם שנתרמה התרומה

אמנם לכאורה צ"ע על דברי הנ"ל דהא כפל ושבועות שומרים דין א' להן דכיון דכתיבא יחד בחדא ענינא בפ' דכי יתן כמבואר במס' כ"ק דף ס"ג ע"א וע"כ המ"מ הביא לחזק דברי הרמב"ם לענין שבועות שומרים מדברי המכילתא דדריש למעט תחילתו חולין ולבסוף הקדיש מדכתיב ישלם שנים לרעהו וזה קאי לענין כפל כשטען השומר טענת גנב ונשבע ואח"כ נמצא שהוא גנב הרי דלשניהם דין א' וא"כ לכאור' י"ל דכשם שאין מציאות שיהי' חיוב נתינת כפל להקדש דישלם שנים לרעהו כתיב ולר"ש דמחייב בדו"ה בקדשים שחייב באחריותן ע"כ אין חיוב תשלומי דו"ה אלא להבעלים ולא להקדש א"כ כמו כן אף החיוב שבועה בקדשים שחייב באחריותן נראה שאינו אלא לגבי בעלים ולא לגבי הקדש א"כ אף לפי תירוצו של ר"י לפי פירושו הנ"ל עדיין קשה למה תנן במתניתין נשבעין לגיזברים לבני העיר מבעי' לי' שהשבועה הוא נגדם דאם נאבד או נגנב בפשיעה קודם שנתרמה התרומה דאז הי' לבני העיר שם בעלים חיוב התשלומין להבעלים אף שלאחר שנתרמה התרומה נפטרים הבעלים מלשקול עוד להקדש מ"מ קיימת תביעת הבעלים על השלוחים מחמת שהיתה אבידה או גניבה קודם שנתרמה התרומה שאז הי' באחריות הבעלים כנכסי דידהו ובכה"ג גם החיוב כפל להבעלים וכן השבועות שומרים להבעלים בני העיר ואכתי לא אתו שפיר מאי דתני במתני' משנתרמה התרומה נשבעין לגיזברים:

וכדי לישב זה אציע לשון הירושלמי בפ"ב דשקלים הלכה א' אמר ר' אלעזר דר' שמעון הוא דר"ש אומר קדשים שהוא חייב באחריותן כנכסיהון ר' יוחנן אמר דברי הכל הוא משום שבועות תקנה ע"ד דר"י ניחא נשבעין לגיזברים ואם לאו נשבעין לבני העיר ובני העיר שוקלין אחרים תחתיהן משום שבועות תקנה אלא לר' אלעזר נשבעין לבני העיר הדא הוא דר"ש. נשבעין לגזברים גזברין מאי עבידתייהו נשבעין לבני העיר במעמד הגזברין כי היכי דלא לחשדינהו א"נ דלא נשוי להו פושעים ומפרש הקרבן העדה ומהר"א פולדא דקושית הגמ' לר"א הוא כקושית הגמ' אמאי ישבעו להגזברים הא אין נשבעין על הקדשות ומתרץ הירושלמי דנשבעין ליטול שכרן [ופי' זה דחוק בירושלמי לא נזכר כלל דהשבועה הוא ליטול שכרן ועיקר חסר מן הספר] וביותר תמוהים דאם כוונת ר"א כפירושו לא הי' צריך כלל ר"א לאוקמי מתניתין כר"ש והרי בבבלי דידן לפי תירוץ של שמואל דנשבעין ליטול שכרן לא צריכין כלל לומר מתניתין ר"ש הוא ולר"י דמשני ה"מ ר"ש הוא לא מיירי כלל מתניתין בשבועה ליטול שכרן

אמנם לפי מה שכתבתי לעיל פי' דברי ר"י שבבבלי ומה ששדיתי שוב נרגא דבקדשים שהוא חייב באחריותן אין חיוב השבועה לגזברים אלא לבני העיר מובן דברי הירושלמי

על נכון דמה דמקשה הירושלמי אליבא דר"א נשבעין לגזברים גזברים מאי עבידתייהו הוא הקושי' שהקשיתי אני לעיל כלומר כיון דאתי' כר"ש ואף שכבר נתרמה התרומה מ"מ יש חיוב שבועה על השלוחים מחמת שהגניבה או האבידה הי' קודם שנתרמה התרומה ואז הי' עדיין באחריות הבעלי' ושייך גם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו כיון דעיקר שבועה הוא על גניבה ואבידה בעת שהי' לבני העיר שם בעלים מצד אחריות דהוי רמי אז עלייהו ממילא השבועה להן הוא ולא להגזברים. לזה א"ש קושית הירושלמי גזברים מאי עבידתייהו אלא נשבעין לבני העיר מבעי' לי' למיתני דהן קודם שנתרמה התרומה והן אחר שנתרמה התרומה אין השבועה אלא לבני העיר וע"ז מתרץ הירושלמי נשבעין לבני העיר במעמד הגזברים והיינו כיון דכבר נתרמה התרומה ויש הפסד להקדש אף שאין חיוב שבועה על ההקדש מ"מ כיון שיש חיוב על השלוחים לישבע לבני העיר צריך להיות במעמד הגזברים כי היכי דלא נחשדינהו ועד"ז צ"ל בכוונת תירוצו של ר"י שבבבלי דידן:

חדושי מסכת בבא בתרא

בסוגיא דש"מ שהקדיש כל נכסיו [דף קע"ד ודף קע"ה]

ש"מ שהקדיש כל נכסיו כו' זה לשון האלפסי אמר ר"ה ש"מ שהקדיש כל נכסיו כו' ודוקא דאיכא בידי' שטרא דמקוים אבל איכא בידו שטרא דלא מקוים אמר תנו קיימי' לשטרא ונותנין לא אמר תנו אין נותנים מ"ט אדם עשוי שלא להשביע את עצמו. וה"ה היכא דליכא שטרא בידי' אי אמר תנו נותנין ומתמה הבעה"מ דהיכא דליכא שטרא אמאי מועיל תנו הא אף דבכה"ג הוי הודאה גמורה מ"מ הא מלוה ע"פ אין גובה מן הקדש דהוי כמשועבדים וכמו כן גם היכא דאיכא שטר בידי' אם אינו מקוים הוי כמלוה ע"פ ואמאי נותנין מהקדש כשאומר תנו גם מסיים בזה"ל וכל מה שכ' מהר"י הלוי בענין זה אין לסמוך עליו והנני מעתיק דברי מהר"י הלוי נקטינן השתא לענין ש"מ שהקדיש נכסיו ובשעה שהקדישו אמר מנה לפלוני בידי שאם אמר תנו ודאי נותנים בין נקיט האי פלוני שטרא בין לא נקיט שטרא הואיל ובשעה שהקדישן קאמר לי' ואי לא אמר תנו אי נקיט שטרא מקוים אע"ג דלא אמר תנו נותנין ואי לא נקיט שטרא אי נמי נקיט ולא מקוים כיון דלא אמר תנו אין נותנין ע"כ ומלבד שקשה עליו הקושי' בעה"מ הנ"ל עוד מקשים עליו (א') כקושי' הראב"ד על הרמב"ם דפ"ז מהלכות ערכין שכ' בזה"ל אמר אברהם אפי' לאחר שהקדיש דבשעה שהקדיש כל אדם נאמן ע"כ כלומר למה מחלקים בין ש"מ לבריא (ב) קושי' הלח"מ אם ר"ה לא מיירי אלא בשעה שהקדיש מאי מקשה

הגמ' במס' ערכין דף כ"ג נימא כתנאי אמרה לשמעתא דאמאי הוי כתנאי הא אי' ר"ה דאין אדם עושה קנוניא הוא היכא דאמר כן בשעה שהקדיש אבל מתני' גירש האשה אחר שהקדיש חיישינן לקנוניא:

ואקדים תחלה לתרץ הקושיא שמקשה בעה"מ על הרי"ף דבתוס' דיה ש"מ כו' וקשה לר"י הא דבעי בפרק מי שמת דף קמ"ח ש"מ שהקדיש כל נכסיו מאי תפשוט מהכא דאם עמד אינו חוזר דאי חוזר חוזר בו נמי במתנתו וא"כ פשיטא דנאמן ומאי קנוני' שייך והלא הי' יכול לחזור בו מיד כו' ופשוט שיש לדחות קושי' התוס' די"ל דגם לר"ה עלתה האי איבעי' בתיקו וסובר דמספיקא אזלינן לחומרא וכן משמע מפשטות לשון האלפסי לעיל בפרק מי שמת דף קמ"ח שמסיים הך איבעי' בתיקו ולא כתב כיון דספק הוא אם עמד חוזר אלא ודאי שדעתו כדעת הפוסקים שסוברים כיון דעלתה בתיקו אין לחזור ונמצא בזה דברי קדמונים מעמים שונים ובשיטות האלפסי י"ל דסובר דבממון שיש בו איסורא אף דמצד הממון אמרינן בספיקא קולא לנתבע מ"מ כיון שיש בו איסורא צריכין להחמיר כמו בכל ספיקא דאיסורא וכן דעת הרמב"ן והרשב"א כמבואר בר"ן לנדרים דף ד' ע"א בד"ה לענין הלכה בנידון האיבעי' אי יש יד לצדקה יעו"ש וע"כ בהאי ספיקא אם עמד חוזר או אינו חוזר צריכין להחמיר מחמת ספיקא דאיסור הקדש דכל ספיקא דאורייתא לחומרא ומעתה יש לחדש דאף לשיטת הפוסקים הנ"ל מ"מ היכא שהש"מ חייב מלוה ע"פ בעדים שקדם להקדישו וכיון דשיעבודא דאורייתא לא הי' יכול להקדיש את נכסיו דכי יקדיש את ביתו כתיב מה ביתו ברשותו כו' רק מדרבנן חל ההקדש שלא לגבות ממנו חוב בע"פ ממילא אין איסור זה של הקדש אלא מדרבנן וא"כ אם חוזר הש"מ מהקדש זה ליכא רק ספק איסור הקדש דרבנן ויש להקל בספיקו כמו בכל ספק איסור דרבנן ושורת הדין להקדים אף להמלוה ע"פ מאותו ההקדש כשחוזר הש"מ מהקדישו דהא אף בלא חזרה אין הקדש זה אלא מדרבנן ובדרבנן מועיל החזרת הש"מ אף דעלתה בתיקו הרי מ"מ אינו אלא ספיקא איסור הקדש דרבנן וכ"ז אם ידוע שחייב המלוה בע"פ אבל אם אינו ידוע ויכול להיות שאינו חייב כלל אף בע"פ וא"כ חל ההקדש מדאורייתא ואין ביד הש"מ לחזור דהא עלתה בתיקו וספיקא דאורייתא לחומרא ע"כ צריכין לדר"ה דאמר לא חיישינן לקנוני' בהקדש גבי ש"מ ומאמינים להש"מ בדנקיט שטרא לפטור משבועה ומינה אף שאינו מקוים אם אמר תנו נותנין דמיד שנאמן שחייב עכ"פ מלוה ע"פ וליכא איסור הקדש רק מדרבנן בידו לחזור מההקדש מטעם ספיקא דרבנן ולקולא אבל היכא דליכא שטרא ולא אמר תנו אף שנאמן הש"מ שחייב לזה ע"פ מ"מ אי אפשר לגבותו מהקדש דהא מדרבנן חל ההקדש שלא יגבה ממנו חוב בע"פ אם לא כשחוזר הש"מ

מההקדש אז יש לגבות מאותו הקדש מטעם שכתבתי שבכה"ג שבודאי חייב בע"פ ולא חל ההקדש רק מדרבנן הוי ספיקא דרבנן לענין חזרת הש"מ ומספיקא אזלינן לקולא ומועיל חזרתו לכך כשאומר הש"מ תנו נותני' דהא אמירת תנו הוא החזרתו מן ההקדש שאין חוששי' לקנוני' בהקדש ומאמינים שחייב לזה מלוה ע"פ ולא הוחל ההקדש רק מדרבנן ומועיל חזרתו של הש"מ מן ההקדש וא"ש דברי רב אלפסי דהיכא דנקיט שטרא אף שאינו מקוים אם אמר תנו נותנים דנאמן הש"מ שחייב לפלוני ויכול לחזור ע"כ כשאומר תנו הרי הוא חוזר מהקדישו דהא מהימן עכ"פ שיש לזה חוב עליו ע"פ וממילא אין ההקדש רק מדרבנן וכנ"ל אבל בליכא שטרא כלל שבודאי אין החיוב אלא בע"פ א"א להגבות מההקדש כ"א כשחוזר הש"מ ולכך בעינן שיאמר הש"מ תנו:

אמנם כל הנ"ל לא א"ש רק לפי ההנחה שכתבתי שהטעם דמחמירין בספיקא שאם עמד אינו חוזר הוא משום לתא דספיקא דאיסורא אבל לא כן דעת הר"י במג"ש שכ' בזה"ל אבל אם לא אמר ליה בשעה שהקדישן אע"ג דאמר תנו אין נותנין דהא אמרינן לעיל בפרק מי שמת דף קמ"ח איבעי להו הקדיש כל נכסיו מאי ועלתה בתיקו וקי"ל דכל תיקו דממונא חומרא לתובע וקולא לנותן והאי מכי אקדשינהו לנכסי הא קנוהו ההקדש וכי בעי למיהדר השתא הוא דבעי למיהדר ולא מצי למיהדר בי' אלא בראי' ברורה ע"כ הרי להדי' שדעתו דלא משום ספיקא דאיסורא מחמירין שלא יהי' בידו לחזור אלא משום דאוקי ממונא בחזקת ההקדש אין מקום בדברי הנ"ל בשטתו דהר"י במג"ש. וי"ל דלפי מה שכתב הכ"מ דבשעה שהקדישו הכוונה שבזמן שעוסקי' באותו ענין כוונתו שמועיל חזרה אף בהקדש כ"ז שעוסקים באותו ענין ויש להסביר עפ"י המבואר בש"ע חו"מ סי' קצ"ה ס"ו וס"ז דדבר הנקנה בק"ס כ"א משניהם יכול לחזור בו כ"ז שעסוקים באותו ענין ובשאר דרכי הקני' אין שום א' מהם יכול לחזור בו אחר כדי דבור וכתב הע"ש והסכים עמו הש"ך שהטעם לחלק דדוקא בדבר שאין הקנין מעשה בגוף הדבר תקנו חז"ל שיהי' יכול לחזור בו כ"ז שעסוקים באותו ענין משום דלפעמים עושין כן בלתי התבוננת ונתינות לב עליו לפיכך נותנין לו זמן לחזרה אפי' אחר שקיבל בק"ס כ"ז שעסוקין באותו ענין כו' ואם יתחרט שיכול לחזור בו כיון שנעשה פתאום אבל שארי קנינים דרכם לעשות במתון ובישוב הדעת לכן אין לו שיעור רק תכ"ד ומיד אח"כ קנה ולא יוכל לחזור בו ומוסיף הש"ך להסביר דבודאי גמר בדעתו דאל"כ לא הי' מניח לעשות הקנין בגוף הדבר וכו' ע"כ י"ל דה"ה לענין הקדש דכל עיקרו אינו אלא באמיר' ולא נעשה כלל מעשה בגוף הנכסי' שהקדיש יש להשוותו לדין קנין סודר שיכולין לחזור כ"ז שעסוקין באותו ענין אמנם לפי המבואר דחזרה בעוד עסוקין באותו ענין שמועיל גבי

קנין סודר והדומה לו אינו אלא מתקנת חכמים קשה לומר שתקנו חכמים כן גבי הקדש לעקור בקום ועשה הקדש שחל מדאורייתא אבל אכתי י"ל דבהקדש דרבנן שפיר הי' ביד חז"ל לתקן שיועיל לו חזרה כ"ז שעסוקין באותו ענין והשתא מיושבים דברי הר"י במג"ש בזה שמחלק בין כשאומר בשעת הקדישו לשלא בשעת הקדישו וגם אף בשעת הקדישו צריך שיאמר תנו' והכל נכון ומתוקן וסובר הר"י במג"ש דהקדש דרבנן יכולין לחזור כ"ז שעסוקים באותו ענין וכיון שבש"מ לא חיישינן לקנוני' וע"כ נאמן היכא דאיכא שטרא שלא יצטרך המלוה לישבע ומינה אף היכא דליכא שטרא כלל נאמן שחייב לו מלוה ע"פ ולא חל הקדישו רק מדרבנן ומועיל בהם חזרה ע"כ כ"ז שעסוקים באותו ענין לכן כשאומר תנו בשעה שהקדיש דהיינו בעוד עסוקים באותו ענין הרי הוא כחזרה ונתבטל ההקדש ומגבין לזה חובו אף שאין לו שטר כלל אבל אם אומר תנו אחר שכבר פסקו מלעסוק באותו ענין שאז תו לא מועיל חזרה אף מהקדש דרבנן אף אם אומר תנו אין נותנים לו דהגם דאינו חשוד על קנוני' מ"מ כיון דליכא שטרא א"א לגבות מן ההקדש דהוי כמשעבדי עכ"פ מדרבנן שלא לגבות מהם מלוה ע"פ ואף אם חוזר מההקדש במה שאומר תנו לית בי' משא דהא ליכא חזרה רק בעוד עסוקים באותו ענין ולא אח"כ:

ומעתה מיושב גם קושי' הלח"מ הנ"ל ושפיר מקשה הגמ' על ר"ה לימא כתנאי אמרה לשמעתא. ואין לומר דר"ה לא אמר מלתי' רק בגוונא שאמר השכ"מ בשעה שהקדיש ז"א דהחילוק בין שעה שהקדיש או אח"כ אינו אלא לענין דין חזרה כנ"ל אבל לענין חשש קנוניא אי הוי אמרינן דחוששין לקנוניא בהקדש הי' שורת הדין שלא יהי' נאמן השכ"מ אף כשאומר בשעה שהקדיש שחייב לפלוני ולנו לחוש דילמא אינו חייב לו כלל וחל ההקדש מדאורייתא דליתא בחזרה אף בעוד עסוקים באותו ענין ולית לי' מגו דאי בעי חוזר ואמאי מהימן שיגבה הלוה בשטר שבידו מהקדש בלא שבועה וכיון שחל מדאורייתא לא מהני חזרה אף שעסוקים באותו ענין שאינו אלא מצד תק"ח וכיון שאין בידו לחזור אמאי נאמן השכ"מ לפטור את זה משבועה בבא לגבות מהקדש אף בדנקיט שטרא ניחוש לקנוניא א"ו שסובר ר"ה דאין חוששין לקנוני' בהקדש ומקשה הגמ' שפיר לימא כתנאי:

אמנם אכתי אינו מיושב דברי הרמב"ם שמחלק ג"כ בין אמר בשעה שהקדיש או לא והרי הוא פוסק להדיא שכ"מ שהקדיש כל נכסיו שאם עמד חוזר ולפי הכלל כל שעמד חוזר גם בחליו חוזר ביד הש"מ לחזור מהקדישו תמיד אף לאחר שפסק מלעסוק באותו ענין. א"כ אינו מובן מה שמחלק בין שאמר בשעת הקדש או לא באומר תנו הא תנו הוי חזרה ולשיטתו יכול לחזור בחליו ולא מצאתי ישוב ע"ז כ"א כשנאמר שהרמב"ם

סובר כדברי הנ"י בדף רכ"ח ע"א שמדבריו שם נשמע דאף אם בשכ"מ שמקדיש נכסיו אם עמד חוזר מ"מ בחולי אינו חוזר דכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוי כנותן מעכשיו בתנאי אם ימות מחולי זה וע"כ אם עמד חוזר ולא בחליו וכשמת איגלאי מילתא למפרע שהי' של הקדש מעת שהוקדש ולפי"ז תרוצי הנ"ל על דברי הר"י במג"ש עולה יפה ג"כ בשיטות הרמב"ם ודו"ק:

חדושי מסכת סנהדרין

בסוגיא דאין מעברין את השנה מפני הטומאה [דף י"ב ע"א]

ת"ר אין מעברין את השנה יעו"ש כל הסוגיא והנה הרמב"ם בפ"ד מהלכות ביאת מקדש כתב שחזקי' טעה ב' טעותים א' שעיבר מפני הטומאה וב' שעיבר בלמ"ד של אדר. ומקשה עליו הכ"מ מסוגיא הנ"ל ותורף תירוצו שמשמעות הכתוב שהטעם הוא מפני הטומאה ובתוספתא מפורש שעיבר למ"ד של אדר לכן תפס הרמב"ם תרווייהו יעו"ש ולהבין דברי התוספתא למה אמר שטעה בזה שעיבר למ"ד של אדר. נ"ל דהנה השעה"מ הקשה מהא דאי' במס' מנחות דף ט"ו ר"י אומר אפילו שבט א' טמא וכל השבטים טהורים יעשו בטומאה מפני שאין קרבנות צבור חלוק וכ' שם בתוס' ד"ה ר"י אומר כו' אע"ג דר"י ס"ל בפ"ק דיומא דף ד' דטומאה הותרה בציבור מ"מ איצטרך לי' לטעמא דאין קרבן צבור חלוק בפסח כיון דיש בו אכילה כדמוכח התם ע"כ וא"כ מאי מקשה הגמ' כאן דר"י אדר"י דילמא לכך מעברין מפני אכילות הפסח ומתרץ השעה"מ עפ"ד תוס' ביומא דף ז' בד"ה כיון דז"א אלא מדרבנן ועדיין לא הונח בזה דאכתי מנ"ל להגמ' להקשות:

ונ"ל בהקדם דברי הירושלמי אית תני' תני אין מעברין מפני הטומאה ר"י אומר מעברין שכן מצינן בחזקי' שעיבר מפני הטומאה שנאמר כי מרבית העם מאפרים ומנשה יששכר וזבולון נא הטהרו כי אכלו את הפסח בלא ככתוב כי התפלל חזקי' לאמר ה' הטוב יכפר בעדו ותמוה דברי הירושלמי בשני קושי' הגמ' למה סבר ר"י מעברין הא הוא סבר טומאה הותרה שנית שמביא ראי' לסתור גם לכאורה דחוק מאד פרש"י בדברי הגמ' לכתחלה איכא בינייהו שכ' רש"י איידי דאמר ר"י כו' יעו"ש שלא מצינו כוותי' בש"ס דהא כבר נזכר בדברי ת"ק אם עברוה מעוברת והי' לרש"י לפרש דבריו מה שחולק גם על הת"ק ונ"ל לתרץ הכל בחדא מחתא דבתוס' ד"ה שעיבר את השנה כתבו פי' בקונטרס ובירושלמי אמר דגולגלתו של ארונה היבוסי כו' ותימא שהרי כו' ופשטות דבריהם שלרש"י שהי' רובו מישראל טמאים בטומאת ע"ג אף שלא יצרכו רק כבוס בגדים וטבילה י"ל שלא הספיק הזמן על ביאת כולם לירושלים להטהר בזמנו ולעשות

הפסח. אבל לדברי הירושלמי שלא נטמאו רק איזה מכהנים ולוים שהי' בבהמ"ק והכלי שרת בעת שנמצא הגלגולת כבר היו יכולין להטהר ולכך הוצרכו לדוחק תרוצם דשמא לא הי' להם הדבר מזומן לטהר ובפירוש זמנים להלכות קידוש החודש פרק ד' הלכה ו' מביא בשם הר"מ ז"ל [כמדומה שכוונתו שם על תשובת הרמב"ם] שנתקשה איך משכחת עיבר מפני הטומאה והא אין צריכין לטהרה רק ז' ימים: ומתרץ בשם מהר"י בן מג"ש שמיירי שכלתה אפר הפרה שא"א למצוא פרה אדומה בזמן קצר וזה התירוץ לא שייך גבי חזקי' כמ"ש התוס' דכל בית ראשון עמד להם אפר פרה. וא"ל דשם כיון שהי' כולו או רובו של ישראל טמאין י"ל כמ"ש רש"י שלא יספיקו לבוא א"כ גם בגוונא זה משכחת דין עיבור מפני הטומאה היכא שנטמאו רובן של ישראל בהרג מלחמה עם האומות וכדומה ולמה הוצרך הר"י במג"ש לתרץ בגוונא שכלתה אפר הפרה גם בדברי רש"י צריך ישוב שבד"ה שעיבר את השנה כו' כ' בזה"ל וידע שלא יספיקו כולן ולבוא ולטהר ובד"ה מפני הטומאה כו' כ' רש"י בזה"ל או שהי' רובן טמאים בסוף אדר וכלתה אפר הפרה וצ"ל כנ"ל שבמעשה דחזקי' לא רצה רש"י לתרץ שלא הי' אפר הפרה כקושי' התוס' דהא לא הי' חסרים אפר הפרה בזמן בית ראשון ותי' התוס' דחוק. ע"כ כ' רש"י דידע חזקי' שלא יספיקו ולעיל בדין מעברין שייך לומר דהפלוגתא קאי בזמן שכלה אפר פרה ושם לא שייך לומר דלא יספיקו לבוא כאשר אבאר. דבב"מ דף כ"ה איתא ועד מתי חייב להכריז כו' ר' יהודה אומר שלש רגלים ואחר הרגל האחרון שבעה ימים כדי שילך לביתו שלשה ויחזור שלשה ויכריז יום אחד ורמינהו בג' במרחשון שואלין את הגשמים ור"ג אומר בז' בו שהוא ט"ו יום אחרי החג כדי שיגיע האחרון שבארץ ישראל לנהר פרת כו' מקדש ראשון דנפישי ישראל טובא דמצית עלמא ומשתכחי שרייתא דאזלי בין ביום בין בלילה לא בעינן כולי האי וסגי בתלתא יומא כו' רבא אמר ל"ש מקדש ראשון ל"ש במקדש שני לא הטריחוהו רבנן יותר מדאי ומקשים בתוס' דאכתי אמאי סגי בתלתא יומא לבעי שבעה ימים ומחצה יעו"ש ומביא באס"ז בשם הר"י במג"ש תירוץ ע"ז ותורף דבריו שם להמעיין הוא דהזמן בהם ימצא שדעתו השוה לכל אדם מהלך מירושלים עד סוף גבול הישוב הוא שנים עשר יום וגבי גשמים דעת ר"ג להמתין ג' ימים יותר דיש שמעכב א"ע יותר בדרך למצוא צוותא וההולך לצורך דבר נחוץ יכול לכפול מסעיו ללילך בכל יום אשר הוא מהלך שני ימים לאינם נחפזים בהליכתם וההולך גם בלילה יכול ללילך כל הדרך בג' ימים ולכך נתן ר' יהודה השיעור באבידה ז' ימים ג' להלכה וג' להחזרה והכרזה יום א' א"כ אף אם כל ישראל טמאים ונטמאו בסוף אדר מ"מ יכולין לבוא מכל

ארץ ישראל לירושלים ולקבל שם הזאת ג' וז' ולכך הוצרך הר"י במג"ש להעמיד שמיירי בזמן שאין פרה אדומה וצריכין זמן על השתדלות קניות פרה אדומה:

והנה מדברי הרמב"ם הנ"ל מבואר שסובר שטה חדשה שבימי חזקי' הי' רובם טמאים טומאת מת וזה לכאורה דלא כשיטת הירושלמי ולא כשיטת רש"י וע"כ צ"ל שסובר שהי' על רובם טומאת מת שנטמאו במלחמות וכדומה בימי אחז הרשע כי אז לא שמרו דבר ה' וכן משמעות לשון רש"י בפרק מקום שנהגו דף נ"ו ע"א ד"ה עיבר ניסן שכ' בזה"ל אי לא הטהרו עדיין מטומאת שהחזיקו בהן בימי אביו אחז הרשע ע"כ וכבר בארתי במק"א בשיטת הר"י במג"ש רבו של הרמב"ם ובפרט אם הרמב"ם בעצמו אמר משמו) שמסתמא דעת התלמיד כדעת רבו שלא משכחת רק כשאין פרה אדומה וזה לא שייך במעשה דחזקי' שהי' בבית ראשון דאז הי' להם פרה אדומה שעשה משרע"ה וי"ל לשיטות הרמב"ם א"ש אף לפי החשבון הנ"ל דהא חזקי' הוצרך לשלוח שלוחים כדכתיב בד"ה שנ' ויהיו הרצים עוברים וגו' ואף שהשלוחים הי' יכולין לילך ביום ובלילה וכן משמעות לשון הגמ' במס' ר"ה דף כ"א והשלוחים יוצאים מבערב (יעו"ש ברש"י אבל מלשון הרמב"ם לא נראה לפרש כדבריו) והי' יכולין להגיע עד סוף הגבול ארץ ישראל בשלשה ימים מ"מ הי' צורך עוד ששה ימים על קיבוץ מבני ישראל מקצה הגבול עד ירושלים ולא הי' אפשר ביאתם לירושלים בדרך כל הארץ עד יום ט' לניסן ואף אם הי' מקבלין הזאה למחרתו ביום עשירי לניסן הי' חל הזאת שביעי בע"פ ולשיטות הרמב"ם בהלכות ק"פ כשם שאין שוחטין וזורקין על טמא שרץ. כך אין שוחטין וזורקין על טבול יום דמת ולא הי' באפשרם לעשות הפסח מבלי דחי' טומאה: ע"כ עיבר חזקי' וידוע דר"י ור"ש הוי מתלמידי ר"ע ור"ע סובר כמבואר בפסחים דף צ'] דאין שוחטין וזורקין על ט"ש אמנם לפי"ז עדיין קשה הא איתא בסנהדרין דף מ"ג ובר"ה דף כ"א כד חזית דמשכי תקופת טבת עד שיתסר בניסן עיברה להאי שתא דכתיב שמור את חודש האביב ומבואר שם דאם לא נמשכת התקופה רק עד ט"ו לא מדחינן הרגלים חדש שלם בעיבור השנה ומסקינן שיהי' האביב בתקופה חדשה ע"י עיבור חודש אדר שעושין אותו מלא וא"כ קשה גבי חזקי' דהא לפי חשבון הנ"ל לא הי' המניעה רק מצד שהי' מהצורך לשחוט הפסחים על טבול יום דמת ולזה הי' די בעיבור חדש אדר יום א' והי' מגיע זמן ביאתם לירושלים בח' ניסן והי' יום ז' להזאתם בי"ג בניסן והי' כולם טהורים גמורים בע"פ אשר ע"כ צ"ל שעצת חזקי' ע"י שרים על העיבור הי' בשלשים של אדר והי' כבר מעוות לא יוכל לתקן כי כבר הי' יום שלשים ומה הי' לו לעשות עוד וא"ש דברי הרמב"ם הנ"ל שכיון שמחזיקין שעיבר מפני הטומאה ממילא מוכח שהעיבור הי'

בלמ"ד של אדר וע"כ הי' טועה גם בזה כי אין מעברין בלמ"ד של אדר ומעתה מיושב קושי' השעה"מ הנ"ל דשפיר מקשה הגמ' דר"י אדר"י דא"ל שאני הכא גבי פסח שיש בה אכילה דהא לפ"ד הנ"ל דמעשה דחזקי' שממנה מביא ראי' ר"מ לדבריו לא הי' צורך שתהי' אכילה בטומאה:

אבל לפי הנ"ל לכאורה יוקשה קושי' אחרת דבמס' ברכות דף י"ט אי' אמר רב יהודה אמר רב המוצא כלאים בבגדו פושטן אפי' בשוק מ"ט אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד השם כ"מ שיש חילול השם אין חולקין כבוד לרב כו' ת"ש ולאחותו מה ת"ל הרי שהי' הולך לשחוט את פסחו ולמול את בנו ושמע שמת לו מת יכול יחזור ויטמא אמרת לא יטמא יכול כשם שאין מטמא להם כך אין מטמא למת מצוה ת"ל ולאחותו כו' אמאי לימא אין חכמה ואין תבונה ואין עצה וכו' שאני התם דכתיב ולאחותו ולגמור מיני' שוא"ת שאני ע"כ ומקשה רש"י שם אמאי לא ילפינן מטומאה גופא שהותרה לכהן ונזיר ליטמא למת מצוה כו' דמעיקרא כשניתן ל"ת דטומאה לא על מת מצוה נכתב ע"כ ומקשים בתוס' שם דא"כ אמאי גבי מילה פסח ותמיד שדוחים שבת מיקרי דחי' ולא אמרינן שהותרה שמעיקרא לא ניתן לאו דשבת ע"ז יעו"ש ומתרץ הפנ"י דשאני הכא גבי טומאת כהן ונזיר למ"מ שבאותו הפסוק שנאמר איסור של טומאת כהן ונזיר מבואר תנאו ההותר שלמ"מ מטמא משא"כ גבי שבת שלא נכתב ההיתר עשיות פסח בפסוקים שמבואר בהם איסור מלאכת שבת ועתה נחזי אנן ההפרש בדחיות טומאה גבי קרבנות בין פסח לשארי קרבנות הוא בתרתי שבכל הקרבנות אף יחיד טמא משלח קרבנותיו אבל לא כן בפסח שהיחיד טמא נדחה וגם טומאת ציבור בפסח נאכל בטומאה ושארי קרבנות נעשים בטומאה ואינם נאכלים בטומאה ובספרי על פסוק למה נגרע וגו' איתא שטענו הטמאים לנפש לזרוק הדם עלינו והבשר יאכל לטהורים ואף משרע"ה לא הי' יודע לדחותם ואמר להם עמדו ואשמעה. והביא להם ולכל ישראל דברי ה' איש איש כי יהי' טמא לנפש אדם שאין הפסח נקרב על יחידים טמאים ומדכתיב איש איש אנו למידין [כדאי' בפסחים דף ס"ו] איש נדחה ואין ציבור נדחה הרי תנאי ההיתר מפורש בפסוק שנאמר האיסור ובכה"ג הוי היתר גמור ולמה תולה הסוגי' כאן בין מעברין מפני הטומאה בפלוגתא ר"י ור"ש בשארי קרבנות אם טומא' דחוי' היא או הותרה וצ"ל בפשיטות דבאמת עשיות הפסח (על טמאים) ע"י כהנים טהורים ושלא יהיה באכילה בטומאה לא ידעינן רק מפרשת פסח שני אבל היכא שהכהנים העובדים טמאים או היכא שרוב הציבור טמאים ויהי' מהצורך שיאכלו הבשר בטומאה ידענו כבר איסורו המפורש באזהרות מיוחדים שכל טמא לא יגש להקריב וכל טמא לא יאכל בשר קודש

וההיתר לגבי פסח כשרוב ציבור טמאים למדנו משה רבינו ע"ה בפרשת פסח שני. והוי דומיא דדחי' פסח לשבת כיון שלא בא הוראת ההיתר בפרשה שנודעה ממנה האיסור שאינו נחשב בכלל תנאי בלאו שנקרא בשם הותרה ולכך מתלי תלוי בפלוגתת ר"י ור"ש אם הטומאה דחוי' או הותרה אבל לפי דברי הנ"ל לשיטות הרמב"ם שבמעשה דחזקי' הי' באפשרם שלא תהי' טומאה בשעת אכילת הפסח ולא נחית חזקי' על העיבור רק מצד שהי' מהצורך לעשות הפסח על טבול יום שהאיסור בכה"ג אף ביחידים לא למדנו רק מפרשת פסח שני ובמקום האיסור בזה על יחידים נלמד ההיתר לציבור מהראוי להיות היתר גמור לכל הדעות ולמה תלוי הגמ' בפלוגתא ר"י ור"ש בדין טומאה דחוי' כו' שאינו ענין לגוונא כזה:

אמנם י"ל לפי המבואר במפרשים דלר' יהודה לא צריכין ללמוד מאיש איש דבספרי פרשת בהעלותך איתא מנין לפסח שדוחה טומאה אמרת ק"ו מה פרה שאינו דוחה שבת דוחה טומאה פסח שדוחה שבת אינו דין שתדחה את הטומאה מה לפסח שכן אין פסח שני דוחה טומאה ומפרש הזית רענן שהוא לשיטת חכמים דפליגי על ר"י בפסחים דף צ"ה וסוברים שכיון שמפני הטומאה נדחה אין עושה פסח שני בטומאה] מעתה לר' יהודה שסובר שם שיחידים טמאים שנדחים לפסח שני עושים בטומאה שפיר מצינו למילוף מפרה אדומה וע"כ לשיטת ר"י אתי איש איש לדרשא אחרינא ולכך לשיטתי' לולא שסובר בכ"מ טומאה הותרה הי' אפשר לומר שדחוי' הוא גם בפסח אף שיהי' נאכל לטהורים כיון שהאיסור נלמד מפרשת פסח שני וההיתר נלמד מק"ו מפרה אדומה:

או י"ל עפ"י סוגיא דפסחים דף ס"ו דלר"י אפשר לומר שיליף היתר דחוי' טומאה בפסח מפסוק וישלחו מן המחנה וגו' כדיליף שם ריש לקיש יעו"ש והנה בסוגי' הנ"ל מבואר דר"ש יליף מפסוק וישלחו מן המחנה ואמרו שם טמאי מתים כו' חלוק מחנות ומבואר שם בתוס' ד"ה אלא אמר ר"ל כו' דלר"ש א"א למילף בפסח דחוי' טומאה מפסוק וישלחו מן המחנה ומינה דלדידי' ע"כ לא אתי' רק מפסוק איש איש והדרינן לסברא הנ"ל כיון דבמקום שנאמר האיסור נלמד צד ההיתר הוי כתנאי א"כ במעשה דחזקי' הוי היתר גמור אף לר"ש שסובר בכ"מ טומאה דחוי' דשאני הכא שאין צריכין לדחות טומאה רק להקריב על טבול יום. ובכה"ג אין האיסור נודע רק מפרשת פסח שני ושם תנאי ההיתר לציבור א"כ אף לר"ש לא הי' צריך חזקי' לעבר ובזה א"ש לשון בברייתא אם עיברה מפני הטומאה מעוברת דזה קאי על חזקי' שהוא לא הי' צריך לעבר כלל אף דבשארי גוונא מעברין אף לדעת ר"ש מפני הטומאה:

והשתא אתרץ בעזה"י הירושלמי הנ"ל דלכאורה צ"ב לפ"ד התוס' הנ"ל לדעת הירושלמי הי' הטומאה גלגולת ארונה היבוסי. לא נטמאו רק הכהנים וכן מפרש הק"ע והלא בקרא מבואר כי רבת מאפרים וגו' לא הוטהרו וצ"ל שבאמת מלבד טומאת הכהנים וכלי שרת מחמת הגלגולת הי' רובם מאפרים כו' טמאים בטומאת ע"ג אבל אי לא הוי טומאת הגלגולת לא הוצרך חזקי' לעבר מחמת טומאת ע"ג להירושלמי לשיטתי' שסובר בפסחים בפרק האשה דטמאי ע"ג דינם כטומאת זיבה ונדה שנדחו לפ"ש ולכך צריך הירושלמי לומר שעיבר חזקי' מצד טומאת הגלגולת שהי' טומאת מת וכולם או רובם שלישראל הוי כיון שהכהנים היו טמאים והנה משמעות הכתובים שבעת שעשו הפסח בימי חזקי' אחרי שכבר עיבר עדיין לא הוטהרו. וכן מבואר מדברי הרמב"ם שמזה למד לשיטתי' שפסח נקרב ונעשה בטומאה יעו"ש במ"ש והרי הדבר מפורש בכתובים א"כ י"ל שמה שהתפלל חזקי' הי' מפני שאכלו ועשו הפסח בטומאת הע"ג שעדיין לא הוטהרו אף שהי' להם זמן בעיבור שעשה עיבור זה וכיון שלא נטהרו הי' צריכין להיות נדחים מאז שוב לפסח שני דדעת הירושלמי כנ"ל וז"כ הפסוק כי אכלו בלא ככתוב אמנם אם הי' הדין כשמעברין השנה מפני הטומאה בטל העיבור הי' שם חודש הראשון שנוסף ע"ש העיבור להיות חודש ניסן ובעת אכלו הפסח בחודש השני הי' חודש אייר שהוא זמן קבוע לטמאים מע"ג כנ"ל לפי שיטת ר' יהודה דטמאים שנדחו ועודם טמאים עושים פסח שני בטומאה ולא הי' לחזקי' להתפלל כלל עליהם כי המה הטמאים בטומאת ע"ג אכלו ככתוב. א"כ צ"ל לשיטה זו שכדין עשה חזקי' במה שעיבר מפני טומאת הגלגולת והי' החודש השני ניסן ולכך התפלל חזקי' על הטמאי ע"ג שאכלו בלא ככתוב כי דינם הי' להדחות לפסח שני ומוכרח ר' יהודה לשיטתי' שפיר מה שהתפלל חזקי' שמעברין מפני הטומאה ומתורץ קושי' השני' הנ"ל וסרה גם קושי' הראשונה הנ"ל שסותר ר"י אדידי' דהא הוא סובר שטומאה הותרה ולמה מעברין דהא לשיטת הירושלמי הי' העיבור מצד טומאת הגולגולת שהי' נטמא בשר פסח ע"י הכהנים הטמאים העושים אותה וי"ל כדברי השעה"מ הנ"ל שכדי שלא יהי' נאכל בטומאה מעברין דלשיטות הירושלמי ע"כ צריכין לתירוץ התוס' שלא הי' מוכן להם אפר פרה ודוק:

בסוגיא דבא במחתרת [דף ע"ב ע"א]

במשנה הי' בא במחתרת ושיבר את החביות אם יש לו דמים חייב אם אין לו דמים פטור גמרא אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמים קננהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתניהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפי' נטל דהא

יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותי' קיימי. ה"נ כו' ולא היא כי אוקמא רחמנא ברשותי' לענין אונסין אבל לענין מקנה ברשותי' דמרייהו קיימא מידי דהוי אשואל ופי' רש"י מסתברא מילתא דרב בששיבר בין עכשיו בין לאחר זמן וכן דעת התוס' והמאור דאף בשיבר אח"כ ג"כ פטור מתשלומין והרמב"ן והר"ן חולקים ע"ז אלא דבשיבר אח"כ חייב אליבא דרבא ונלע"ד די"ל דפלוגתתן תלוי בשינוי הלשון שבין הירושלמי והתוספתא דאיתא בירושלמי ב"ק פרק יו"ד הלכה א' הגנבים שבאו במחתרת ועשו תשובה חייבין להחזיר. עשה אחד מהן תשובה חייב להחזיר את שלו. ואם הי' מוצא ונותן להן הוא משלם ע"י כולן עכ"ל וכ' בפני משה. שבאו במחתרת לאו דווקא אלא אורחא דמילתא נקיט שהבא במחתרת כו' ודרכן לבא בסיעת חבורה כו' ובחידושיו במראה הפנים. בד"ה ואם הי' מוצא כו' כ' פשוט הוא כו' ולדעתי י"ל כוונת הירושלמי בפשיטות ויתיישב גם מה שיש לדקדק במ"ש בירושלמי ועשו תשובה מה שלא מצינו כן בכל מקום שמבואר בתלמוד ובירושלמי חיוב שעל הגנב וכדברי הירושלמי הנ"ל הוא כן בתוספתא דב"ק פרק יו"ד בלי שינוי רק תיבה א' לפניהם במקום להן הנזכר בירושלמי ובפי' המג"א על התוספתא אות כ' בזה"ל על חלקו לבד צ"ע דאמרינן במדרש סוף פרשת מקץ עשרה שנמצאו בגניבה א' מהם נתפס ע"י כולן עכ"ל ואם נחליט דהדין כן בשנים שגנבו לגבות מאחד כל הגניבה יעוין בש"ך חו"מ סי' שצ"א ס"ק א' ובטוח"מ ובח"מ סי' ת"ר סעיף ל"ז בשנים שהזיקו וביש"ש המצויין שם בש"ך] י"ל דהטעם של התוספתא והירושלמי הנ"ל משום דהחיוב שיהי' לכ"א על חבירו אינו בא רק מחמת תחילת הגניבה וכיון שהגניבה הי' במחתרת לא חל חיוב זה דקלב"מ ואין לחייב לכ"א רק מה שלקח לעצמו דבנטל במחתרת ויצא חייב להחזיר לכך מדויק בירושלמי הגנבים שבאו במחתרת כו' ולזה אשמעינן בסיפא אם הי' מוצא ונותן להם ר"ל שהנתינה מידו לידם הי' אחר שיצא מן המחתרת דאז כבר נפקע ממנו חיוב המיתה דמיד שיצא אף עם כלום דמים לו. הוי במסירתו אז דברים הגנובים ליד הגנבים כמוכר ונותן של אחרים וחייב לשלם [יעוין בח"מ סי' שמ"ח סעיף ו' וסעיף ח' בהגהות רמ"א ובש"ך שם. ובסי' שפ"ח ובטור שם ומקור הדין במס' ב"ק דף קי"ז] וי"ל דהירושלמי סובר דבשיבר אחר שיצא ג"כ פטור כדעת רש"י ותוס' והמאור לכך מדייק ונותן להן דזה לא הוי כשיבר רק כנותן דבר של אחרים. וי"ל דהירושלמי סובר כפי הנראה מדברי רש"י בב"ק דף קי"ד ע"ב ד"ה בדמי ובחידושי רשב"א שם ובאם מכר או נתן לאחרים חייב להחזיר כיון דהוא בעין לא הוי כשיבר. ולא כפי הנראה מדברי רש"י כאן ובפרט בבעה"מ דאם מכר הוי כשיבר ולפי דברי התוספתא הי' מוצא ונותן לפניהם נראה לכאורה כדעת הרמב"ן

והר"ן דאף בשיברן אחר שיצא חייב. לכך אף שלא מסר לחביריו הגנבים רק נתן לפניהם וגרם בזה שנטלו חייב הוא לשלם כולו ולכך מדייק ועשו תשובה כיון דדין קלב"מ בבא במחתרת. אינו כ"א כשלא הי' עדים בעת הגניבה. דביש עדים דמים לו לדעת התרגום וכמבואר ברמב"ן סוף הלכות גניבה [יעוין חו"מ סי' שצ"ד] ויעו"ש בהשגות הראב"ד ובכ"מ בשם הרמב"ן דלדברי רמב"ן משכחת שהי' עדים רק הגנב לא ידע מהם ובכה"ג כ"כ אין לו דמים:

והנה לכאורה יש להוכיח כדעת הרמב"ן והר"ן דבשיבר אח"כ חייב ודלא כדעת רש"י ותוס' והמאור מהא דאיתא בכתובות דף למ"ד ע"ב מאי איכא בין רבא לאביי א"ב זר שאכל תרומה לאביי פטור ולרבא חייב ולאביי פטור והאמר רב חסדא מודה ר' נחוני' בן הקנה בגונב חלבו של חבירו ואכלו שהוא חייב שכבר נתחייב בגניבה שיבוא לידי איסור חלב אלמא מעידנא דאגבהה קני' מתחייב בנפשו לא הוי עד דאכיל לי' ה"נ כו' הב"ע כגון שתחב לו חבירו לתוך פיו סוף סוף כיון דלעסי' קני' כו' כגון שתחב לו חבירו בבית הבליעה כו' ולפירוש רש"י שם נראה דמיירי בתרומה שגזל ישראל וקשה למה להגמ' לדחוקי כ"כ. הא משכחת בפשיטות. א"ב בין אביי לרבא: בזר שגנב תרומה ואכלו וכגון שהי' בשעת הגניבה איסור מחתרת. דלפי המפורש ברמב"ם בסוף הלכות גניבה [וכסתם ברייתא קמייתא שבמס' סנהדרין דף ע"ב ע"ב ופוסק הרמב"ם דגם בתוך חצירו א"צ התראה] בכל סתם גניבה הוי איסור מחתרת דז"ל הרמב"ם וא' הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצירו או בתוך קרפיפו בין ביום בין בלילה אין דמים להגנב. רק בגונב בגינה ושדה דיר וסהר יש לו דמים וכמו כן בגונב לפני עדים לדעת הרמב"ם וא"כ בזר שגנב תרומה מבית הבעלים שאין לו דמים בשעת הגניבה פטור לאביי על האכילה מחמת חיוב מיתה בידי שמים שעל האכילה. ומדאגבי' קני' לא שייך דאז הי' עליו איסור מחתרת ולרבא חייב מצד האכילה דאף לשיטת רש"י ותוס' והמאור דאף בשיברן אח"כ פטור: מ"מ בודאי חייב כשאוכל דבר הגנוב לשלם מה שאכל שלא יהי' חוטא נשכר [באס"ז למס' כתובות דף ל"ד ע"ב בד"ה וז"ל שטה ישינה כ' דלכך בנטל חייב להחזיר שלא יהי' חוטא נשכר] ומדלא מתרץ כן הגמ' ע"כ צ"ל כשיטת הרמב"ן דבשיבר אח"כ חייב. א"כ אכתי הי' קשה קושי' הגמ' דאף לאביי לתחייב אלעיסה ודוחק לומר דגם הלעיסה הי' במחתרת ואפשר נמי בשעת לעיסה יש דמים להגנב כיון דאין תועלת עוד להבעלים בהריגת הגנב. דאין מצילין בזה ממונם כיון שנלעס לא חזי לאחרינא וצ"ל דרש"י לשיטתי' שמפרש בכתובות דף ל"ד ע"ב גנב וטבח בשבת דר"ל דהגניבה הי' באיסור הוצאה בשבת: והקשו כל המפורשים דא"כ אף בטבח בחול פטור כיון דהגניבה

הי' באיסור מיתה. והוכיחו מזה דרש"י סובר דהטביחה הוי כמו גניבה חדשה. לכך הי' חייב אם הי' הטביחה בחול הרי לדעת רש"י אף היכא שבשעת הגניבה שייך קלב"מ אם עשה אח"כ דבר שהי' שייך בי' אם הי' עושה כן בתחלה דין גניבה הוי כגונב אז וחייב ככל גנב א"כ לפי"ז כיון דלעיסה הוי דרך קני' להגנב וכדמקשה הגמ' סוף סוף מדלעסי' קני' גם הוא מעשה גניבה כמו טביחת בהמה. א"כ אף שהי' תחילת הגניבה באיסור מחתרת. אם הלעיסה הי' חוץ למחתרת חייב משום גניבה והוי כמו גנב בשבת וטבח בחול או גנב במחתרת וטבח חוץ למחתרת לשיטת רש"י אבל המעיין באס"ז יראה שהרמב"ן מפרש גנב וטבח בשבת דר"ל דע"י הטביחה הי' הגניבה והי' באיסור שבת מצד הטביחה ודלא כפי' רש"י ובחדושי רשב"א מבואר יותר באריכות וחולק אסברת רש"י וסובר דהיכא דגנב באיסור שבת אף שטבח בחול פטור ולא שייך לומר שיהי' אתחלתא דגניבה מעת הטביחה כיון שכבר גנב ולשיטה זו בגנב במחתרת ולועס חוץ למחתרת אין בו חיוב מדין גנב רק מדין מזיק ולשיטת הסוברים דבשיבר אח"כ חייב. א"כ לדעת הרמב"ן יש הוכחה לדינו דבשיבר אח"כ חייב דאל"כ אמאי לא מתרץ הגמ' דא"ב בזר שאכל תרומה שגנב במחתרת אבל לשיטת רש"י ליכא הוכחה אמנם אכתי קשה לפי מה שביאר באס"ז דף ל"א ד"ה והתוס' ז"ל שלנו הקשו כו' בדעת רש"י דליכא דרך קני' בפה ומה שמקשה הגמ' כיון דלעסי' קני' פרושו מדין מזיק שנמאס בפומי' ולא חזי עוד לאכילה יעו"ש, א"כ נסתר תרוצי הנ"ל דכיון דלרש"י פטור אף בשיבר אח"כ ליכא לחייב מדין מזיק רק מדין גנב היכא ששייך]:

ולכאורה יל"ד בדברי רב חסדא שאמר מודה רנבה"ק כו' שכבר נתחייב בגניבה קוד' שבא לידי איסור חלב דנ' לכאורה דכוונתו היינו על ההגבהה וכדברי הגמ' אלמא מדאגבי' קני' דא"ל דקאי אלעיסה. דהא בלעיסת איסור יש איסור רק אין חיוב כרת. והו"ל למימר קודם שיבוא לידי איסור כרת ובברייתא לקמן הגונב כיס בשבת אי' שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור סקילה לפי"ז קשה מדוע תפס רב חסדא כך בלשונו דמשמע דוקא מחמת שנתחייב אהגבהה ת"ל אף היכא דליכא לחייבו משום ההגבהה ובגוונא דלעיל דהי' איסור מחתרת בשעת הגבהה מ"מ חל עליו חיוב משעת לעיסה ואינו פטור מחיוב הגניבה. לא מחמת חיוב מחתרת שקודם הלעיסה. ולא מחמת חיוב כרת שבא על הבליעה אחר הלעיסה. ואפשר לומר לכאורה דכוונת רב חסדא דחייב גם בכפל לכך אמר בגונב חלבו וכן מבואר בהשגות הראב"ד בפ"ב מהלכות גניבה על מ"ש הרמב"ם דין ד' הגונב טבלו כו' וכן אם גנב חלבו כו'. כתב בהשגות א"א משלם לו כפל דמי טבלו וכן בחלבו משלם לו כפל דמי חלבו עכ"ל והיכא שהיתה

הגבהה באיסור מחתרת אינו חייב משום הלעיסה שאח"כ רק בקרן כדין מזיק ולא בכפל לשיטת הרשב"א הנ"ל דאין להחשיב הטביחה אח"כ להתחלות גניבה כמו כן בלעיסה אבל לשיטת רש"י קשה ואולי רש"י לשיטתו שמפרש במס' ב"ק דף ס"ג דברי הברייתא שלמה למעוטי דבר שאינו מסוים דר"ל שאין לבעלים סימן בו שפטור מכפל א"כ י"ל אף דמשכחת גם בחתיכת בשר וכדומה שיהי' בו סימן וכדאיתא בפ' אלו מציאות דף כ"ג ע"ב מ"מ כיון דבלעיסה מתקלקל הסימן כמו דאמרי' שם דף כ"ב בסימן הנדרס א"כ כיון דאף לשיטת רש"י אין עליו שם גנב מחדש רק מחמת הלעיסה גופא דבודאי לא יעלה על הדעת דלשיטת רש"י יהי' עליו שם גנב משעה שבא לפיו. דזה הוי רק כמו הגבהה שני' דאין בו שם גנב בדבר שכבר גנב דאל"כ בכל יוצא ממחתרת נימא דהוי כגנב מחדש מחמת שמחזיק דבר הגנוב בידו חוץ למחתרת ובפרט כשמביאו אח"כ לרשותו ואמאי פטור לרש"י בשיברן אח"כ א"ו דרש"י סובר דכל שאינו עושה מחדש מעשה לתועלת גניבתו כמו טביחה או לעיסה לאכילה רק שבירה או הגבהה אינו כגנב מחדש ומינה דאין החיוב דין גנב וחיוב כפל רק מחמת עצמות הלעיסה ואז נתרוצץ בפיו סימן החתיכה והגונב דבר שאין בו סימן פטור מכפל לשיטת רש"י אבל לשיטת התוס' שם בב"ק שחולקים על רש"י וסוברים שאין סברא לחלק לענין כפל בין יש בו סימן לאין בו סימן ומפרשי' פי' אחר בדברי הגמ' שלמה למעוטי דבר שאינו מסוים קשה:

אמנם לכאורה יל"ד על שיטת רש"י דלשיטתי' מי הכריחו לרבא להסביר טעמו של רב בדבר אשר לדעתו בעצמו תשובתו בצידו וכדקאמר ולא היא כו' דילמא רב לשיטתי' דסובר דיאוש כדי קני כדאי' במס' ב"ק דף ס"ז ואין על הגנב לאחר יאוש רק חיוב תשלומי ממון ולא החזרת גוף החפץ ולכך בבא במחתרת דלשיטת רש"י אף לרבא פטור כששיברן אח"כ שיצא ממחתרת א"א לחייבו אף כשהכלים בעין כיון דקנה אותם ביאוש דאף למ"ד יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דאין דין קניות היאוש בגניבה רק אחר שנודע לבעלים מ"מ קונה הגנב בעת שמתייאשים הבעלים ובלא"ה לרבא לשיטתי' יאוש שלמ"ד הוי יאוש ומחיוב תשלומין ג"כ פטורים דלא גרע משיבר הכלי' אחר שיצא ממחתרת [ובאס"ז לב"ק דף ס"ז ד"ה מנין ליאוש כו' כתבו בשם תוס' שאף דרבא סובר סתם גניבה יאוש בעלים ובתוס' רי"ד בקידושין דף נ"ב מבואר להיפך] אמנם לכאורה ז"א דע"כ לרב סתם גניבה אינה יאוש בעלים דאל"כ אמאי חייב דו"ה בטביחה ומכירה: כיון דלדעתו יאוש כדי קני וליכא חיוב דו"ה רק קודם יאוש וכמבואר בסוגי' הנ"ל בב"ק דף ס"ח דר' אליעזר לשיטתי' דסובר חיובי' לאחר יאוש הוא מוכיח מחיוב דו"ה שסתם גניבה יאוש בעלים אבל לכאורה אפשר לומר אף דסתם גניבה לא הוי יאוש היינו דוקא היכא דיש

על הגנב חיוב תשלומין אף אם אין הגניבה בעין לכך לא מתייאשים הבעלים דסוברים אולי במשך הזמן תקום ידם לתבוע ולהוציא תשלומי גניבתם אבל בבא במחתרת שאין חיוב תשלומין כלל על הגנב. רק כשהכלים בעין נוכל להוציא מידו אפשר הוי יאוש בסתם ולפי הנראה מדברי רש"י כאן ובפרט מדברי בעל המאור אפשר אם מכרם הגנב לאחרים פטור ג"כ מתשלומי הדמים דליכא לחייב בבא במחתרת שום חיוב תשלומין רק החזרת גוף דבר הגנוב אם הוא בעין [וצ"ע במס' ב"ק דף קי"ד ע"ב ברש"י ד"ה בדמי קונהו כו' ובחדושי רשב"א שם] א"כ מה"ת לא יתייאשו הבעלים דדילמא יפסידם או ימכרם טרם יהי' להם בירור ותגבר ידם לנגדו להעמידו בדין ומהתשלומין יופטר מחמת שהגניבה הי' ע"י ביאת מחתרת וכנ"ל ואף דרבא סובר דיאוש כדי ל"ק כמבואר בדף ס"ז בתוס' ד"ה רבא אומר עכ"פ ל"ק לרב דלשיטתי' אזיל ורבא בעצמו שמע מדברי רב ומהדר לתרצו לשיטתי' כמבואר בסוגי' הנ"ל דף ס"ח ואף לשיטת הרמב"ן והר"ן דבשיבר אינו פטור לרבא רק במחתרת אבל לא אח"כ כיון דהכלים שייכים להבעלים הוי כגזלן בשעת השבורה בעת שאין חיוב המיתה אחרי שכבר יצא מהמחתרת יש לעיין. לפי המבואר באס"ז לב"ק דף ס"ו בד"ה מידי דהוי אמוצא אבידה שכ' בזה"ל ולאו דווקא דומי' דאבידה דהתם באבידה אפי' מידי לא משלם והכא בגזילה אע"ג דקני לה לגוף הגזילה מ"מ דמים בעי לשלומי וטעמא רבה איכא דלא דמי גזל לאבידה דבאבידה נתייאשו הבעלים מקמי דתיתי לידי' דמוצא וא"כ הפקר הוי ולכך לא מחייב מידי אבל גזלן דאתי לידי' קודם יאוש מיד נתחייב לשלם או גופה או דמים הילכך כי נמי נתייאש בתר הכי לא נתייאש בדמים כו' תלמוד הר"פ ז"ל עכ"ל לפי"ז אפשר לומר לכאורה דבכה"ג בבא במחתרת דאין החיוב השבת דבר הגנוב או דמים בא בעת תחילת הגניבה בעודן במחתרת דאז קלב"מ דאף דלא קנה הדבר שהוא בעין מ"מ לא חל עליו בעודו במחתרת חיוב השבה וא"כ דמי שפיר לאבידה ומהראוי שיועיל היאוש לפוטרו אף מדמים למ"ד יאוש קני אולם לשיטת הרמב"ן י"ל כדברי הנ"ל דלרב ליכא כלל יאוש מסתם בגניבה אף בבא במחתרת כיון דלשיטתי' יכולים לתבוע מהגנב אף דמי הגניבה כשאינה בעין אם הפסידה או מכרה לאחר שיצא ממחתרת הוי כשאר גניבה דלא הוי מסתמא בחזקת יאוש לשיטת רב דסובר דאין חיוב דו"ה רק קודם יאוש אבל לדעת רש"י ובעל המאור הנ"ל קשה כנ"ל ואף לשיטת רבא דסובר יאוש אינו קונה בגניבה יש מקום עיון דהא הטעם דלא ילפינן מאבידה דיועיל יאוש מבואר במס' ב"ק דף ס"ו ע"א דשאני אבידה דכי אתי לידי בהתירא אתי לידי' אבל בגזילה באיסורא אתי לידי'. מעתה נחזי אנן כאן בבא במחתרת דעל האיסור בשעה שבא לידו הגניבה אין לדונו דקלב"מ ושב

אצלו כפקדון ומהראוי שיועיל יאוש ואף דבאבידה ג"כ אין מועיל היאוש רק כשהי' קודם שבא לידו האבידה וכדאי' באלו מציאות דף כ"א עכ"פ מועיל שלא יצטרך להחזיר גוף האבידה רק הדמים כמבואר בסוגיא הנ"ל בב"ק דף ס"ו בתוס' ד"ה ה"נ כו' וכאן במחתרת ליכא חיוב דמים כלל לשיטת רש"י ובעה"מ. יעוין קצה"ח סי' רנ"ט ואף לדעת הרמב"ן יש לדקדק לשיטתי' שמפרש במלחמות בפ' אלו מציאות על הא דאי' שם דף כ"ו ע"ב אמר רבא ראה סלע שנפלה ונטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה עובר בכולן כו' (דברי הגאון) ואע"ג דחזרה לאחר יאוש מתנה הוא דיהיב לי' ואיסורא דעבד עבד ומקשי' הא גם באבידה אינו מועיל יאוש אם בא לידו קודם יאוש ומתרץ שם במלחמות דלכך אין מועיל בגוונא דלעיל יאוש באבידה כיון דלא ע"מ לגזלה נטלה ידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהן הוא הילכך לעולם אינה נקנית ביאוש הואיל וישנו ברשות בעלים אבל בזו שע"מ לגזלה נטלה הרי הוא לבעלים כמו נחת בקרקע ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כו' יעו"ש הרי היכא דלא נעשה שומר של הבעלים בשעת הנטילה מהני היאוש אח"כ לגמרי כמו כן נימא הכא דבמחתרת לא נתחייב בכלום ומועיל היאוש אח"כ וכן מטין דברי הריטב"א שמביא באס"ז בב"מ דף כ"א ד"ה ורבא אמר:

אבל לכאורה דברי הרמב"ן במלחמות אינם מובנים וכאשר השיג עליו שם הר"ן מובא בס' אס"ז בזה"ל דהא רבא בעצמו אמר בב"ק דף ס"ו או דילמא לא דמי לאבידה אבידה הוא דכי אתי לידי' בהתירא אתי לידי' אבל האי כיון דבאיסורא אתי לידי' כו' אלמא דקולא דאבידה מגזילה אינו אלא משום דבהתירא אתי לידי' אבל זו שנטלה ע"מ לגזלה ועבר אלאו ועשה דאבידה גופה ודאי דבאיסורא אתי לידי' ומחויב בהשבתה או בהשבת דמים כגזילה גמורה כו' יעו"ש ולכאורה צ"ל דדעת הרמב"ן דבגזילה אף שחייב באונסים אין ידו כיד הבעלים כיון דהוא אינו מעצמו שומר של הבעלים רק התור' רמי' עלי' חיוב האונסין וסמוכין לזה פקדון יכול המפקיד להקדיש. אבל הנגזל אינו יכול להקדיש כ"ז שהגזילה ביד הגזלן לפי שאינו ברשותו שוב מצאתי במס' ב"ק דף נ"ו ע"ב בתוס' ד"ה פשיטא כו'. ובהרא"ש בפ' מרובה דין ב' ובאס"ז למס' ב"מ דף מ"ג מ"ש שם בשם הרמב"ן והריטב"א דנראה מדברי כולם דאין להגזלן דין שומר ולכך כשמעיקרא הי' שוה זוזא ולבסוף ארבעה ואיתבר ממילא אינו משלם רק זוזא. משא"כ בשומרים שמשלמו כפי' שווי' שהי' בעת שנאבד. ומה שאינו מועיל היאוש בגזילה משום שהוא הגורם באיסור הגזילה אותו היאוש משא"כ באבידה שנטלה ע"מ לגזלה והיאוש בא אח"כ מהבעלים מפאת שנאבד מהם הוי כאלו הי' מונח ע"ג קרקע עד עת היאוש ולזה מדייק הרמב"ן

בדבריו. הרי היא לבעלים כמו נחת בקרקע וניקני' ביאוש וכאן במחתרת בא ג"כ היאוש מצד לקיחתו ואינו מועיל אף שלא נתחייב באונסים דבלא"ה בכל גזילה לא אמרינן להרמב"ן דהוי ידו כיד הבעלים ועכ"ז אינו מועיל היאוש. ובקצה"ח סי' קס"ג מחלק בין גזילה דעלמא דהוי הנטילה בעצמה באיסור אבל באבידה שנטלה ע"מ לגזלה לא הי' רק מחשבת און דהנטילה בעצמה לולא מחשבתו הרעה הי' נכונה אבל לדעת הח"צ בתשובתיו סי' קמ"ד שמבואר מדבריו שלכך אין מועיל יאוש בגזל אליבא דכ"ע עכ"פ לענין דמי שווי' של הגזילה דאף למ"ד יאוש קני צריך לשלם דמיו כיון דמיד בשעת הגזל נתחייב בהשבה לא נפקעת מצות השבה ע"י יאוש וכ"כ אין מועיל יאוש בחוב אף שבהתירא אתי לידי'. ונראה שם מדבריו דזה הוא שאמר רבא בב"ק הטעם גם למ"ד יאוש לא קני כלל וצ"ל לדברי הח"צ שמה שאמר בב"ק או דילמא בגזילה דבאיסורא אתי לידי' ר"ל בחיוב השבה וכמו כן מפרש הריטב"א הנ"ל דברי הגמ' בריש אלו מציאות גבי יאוש שלא מדעת אע"ג דשמעינן מיני' לבסוף דמייאש כי אתי לידי' באיסורא אתי לידי' דלאו באיסורא ממש שהוא לא נתכוון לגזול וחייב הוא ליטלה כיון שיש בו סימן אלא בשעת איסור קאמרינן כלומר דכי אתי לידי' ברשות בעלים קיימא וכנוטל מהם דמי כו' זה תורף לשונו שם ולשיטתי' דאזיל בשיטות הרמבן ובסגנון זה יש לפרש לשיטת הח"צ א"כ הי' מקום לומר דכאן מהראוי שיועיל יאוש אף לרבא כיון דבא במחתרת ולא חל עליו חיוב השבה ומיד כשיצא ממחתרת הי' עכ"פ יאוש שלא מדעת דמועיל לרבא וצ"ל דרבא סובר דאף סתם גזילה כזו לא הוי יאוש אם לא שמעו דאתייאש בעה"ב ודלא כאשר עלה בדעתי:

ועכ"פ הרווחנו בזה לתרץ קושי' התוס' בד"ה לא קבלינהו כו'. תימא הא מחויב לצאת י"ש כו' די"ל כיון דהוחלט בדעת רבא שלא לעבור על דברי רב בודאי אתייאש מהגניבה כיון דלא הי' יכול להוציא מהגנבים בדין ויעוין במס' ב"ק דף י' וכי ידע שיבואו מעצמם וירצו לצאת י"ש. א"כ ממילא נפטרו הגנבים אף מלצאת י"ש דקנו ביאוש דבכה"ג בבא במחתרת אף לרבא יאוש כדי קני ופטור הגנב מכל וכל דבלא"ה לשיטת התוס' בד"ה מסתברא כי' כשיטת הרש"י דאפי' שיבר אח"כ פטור וליכא לרבא חיוב על הגנב רק כשהוא בעין שייך להבעלים וזה נקנה ביאוש כנ"ל דלא מצינו שיהי' חייב לצאת י"ש אחר יאוש רק מדת חסידות יש (ויעוין חו"מ סי' רנ"ט סעיף ה'] כמבואר מדברי רש"י במס' ב"ק דף קי"ד ע"א בד"ה אם בא להחזיר מפרש רש"י שחסיד הוא אבל ברמב"ן במלחמות על אותו סוגי' מפרש דלישנא קמא ובתרא שם מחולקים בזה אם חייבי' לצאת י"ש או רק ממדת חסידות ומסיק להלכה כלישנא קמא דחייב לצאת י"ש] וחילוק יש

בין חיוב לצאת י"ש שמועיל בו תפיסה ובין חיוב מצד מדת חסידות יעוין במס' חולין דף ן ומיושב בזה גם קושי' קצ"ח בסי' כ"ח ס"ק א':

ולכאורה ראי' לדברי הנ"ל בפשט דברי הגמ' דבאיסורא אתי לידי' דאם כפי הפשט הפשוט מחמת שעבר על איסור גזילה א"כ מהראוי שיועיל לפי האמת יאוש באבידה אף שבא לידו קודם יאוש לענין שלא יצטרך להחזיר גוף החפץ רק דמים ומשמעות הפוסקים וסתימת הש"ע בסי' רס"ב ס"ג דחייב להשיב מה שמצא וכדין אבידה שלא נתייאשו הבעלים א"ו דכוונת הגמ' כנ"ל דמחמת שחל עליו חיוב השבה בעת הנטילה קודם יאוש תו לא פקע וכמו כן באבידה שבא לידו קודם יאוש והמדקדק היטב בלשון התוס' הנ"ל בב"ק ס"ו ד"ה ה"נ כו' יראה דמודים התוס' דלפי האמת גם באבידה חייב להחזיר גוף המציאה רק לס"ד אם לא היינו מחלקים בין אתי לידי' בהתירא או באיסורא הי' הדין באבידה שלא יצטרך להשיב גוף המציאה רק דמים לכך כתבו בתוס' שם בזה"ל דבמציאה נמי ניהו שלא הי' קונה כו' מ"מ הי' קונה לענין זה שלא יתחייב לשלם כ"א דמים כמו לגבי גזל עכ"ל מעתה כיון דלפי האמת למ"ד יאוש כדי לא קני בגזל צריך להחזיר גוף דבר הגזול כמו כן באבידה וע"כ הטעם כיון שנתחייב בעת הנטילה בהשבת הדבר ההוא כנ"ל:

ודע דבסוגיא זו יש לי לכאורה מקום עיון דבמס' עירובין דף ס"ב איתא ואמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן ב"נ נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להשבון וכ' רש"י בזה"ל דגבי ישראל כתיב והשיב את הגזילה אבל בעכו"ם לא כתיב השבה הלכך כיון שעבר נהרג ואינו משלם עכ"ל והנה קשה סתירת רש"י בפרושו כאן כתב הטעם דטעמו של ר' יוחנן דגזל ב"נ לא ניתן להשבון משום דלא נכתב לגבי' העשה דוהשיב ובמס' ע"א דף ע"א מפרש רש"י דר' יוחנן מיירי בפחות מש"פ ולא ניתן להשבון גם קשה קושי' התוס' על רש"י כמבואר באריכות בד"ה. והנה לכאורה י"ל דרש"י לשיטתי' דמפרש במס' תמורה דף ו' ע"ב דברי הגמ' ואלא במאי קמפלגי אביי ורבא בשינוי קונה דר"ל דלאביי דס"ל אי עביד מהני שינוי קונה ולרבא דס"ל אי עביד לא מהני שינוי אינו קונה כמו כן לדעתי בעכו"ם הגוזל אף דוהשיב את הגזילה לא נאמר לגבי ב"נ מ"מ אי אמרינן בכ"מ אי עביד לא מהני מה"ת יקנה הגזילה אבל למ"ד אי עביד מהני י"ל כיון שעבר וגזל מהני לי' לקנותו מעתה לפי המסקנא דפסקינן שינוי קונה ע"כ הלכה כאביי דאי עביד מהני ור' יוחנן גופא לשיטתי' לפי מה דמסיק בגמ' במס' ב"ק דף צ"ד ע"ב דסובר הלכה כסתם משנה דשינוי קונה וכדברי רב חסדא בשם ר' יוחנן ב"ק דף ס"ז. ולכך סובר דעכו"ם קונה הגזילה דגבי ישראל גלי קרא והשיב וגו' דלא מהני מעשיו משא"כ בב"נ דלא נאמר להם

והשיב קם דינא דאי עביד מהני וכיון דמהני נהרג דאי לא מהני אמאי נהרג שהרי אביי אומר כן תמורה דף ד' אמר אביי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני דאי ס"ד לא מהני אמאי לקי ול"ק סברת רבא דהאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא אבל במס' ע"א קאי רש"י באתקפתא דמותיב רבינא מרב אשי ולשיטתם ע"כ צ"ל דס"ל כל מילתא כו' אי עביד לא מהני דאי' במס' ב"מ דף ע"ג ע"ב רבינא הוי יהיב זוזי לבני אקרא דשנייתא ושפכי לי' טפי כפותא. אתא לקמי' דרב אשי א"ל מי שרי א"ל אין אחולי הוא דקא מחלי גבך א"ל הא ארעא לאו דידהו הוא מפרש רש"י בד"ה והא ארעא כו' ושמא היין שאני לוקח מהם גזל הוא בידי דקרקע אינה נגזלת והרי הוא של בעלים ופירות גזל עכ"ל ולכאורה תמוה ומצאתי בס' כפות תמרים בפ' לולב הגזול] הא התם הוי שינוי גמור שגזלו הכרמים ובצרם. ונתנו היין לרבינא וצ"ל דרבינא ורב אשי סוברים דשינוי אינו קונה. וע"כ סוברים כנ"ל אי עביד לא מהני לשיטות רש"י דלפי האמת במסקנת הגמ' במס' תמורה דנ"מ בין אביי לרבא אי שינוי קונה או לא מאן דסובר שינוי אינו קונה ס"ל כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני והנה בשו"ת ריב"ש סי' רע"ג מביא קושי' הנ"ל על רש"י וכ' בזה"ל ומאי שהוקשה לך על רש"י ז"ל. לא קשיא דהא דרבינא כי יהיב זוזי קודם שנעשה היין הוי יהיב וכן כ' רש"י ז"ל. עצמו וז"ל ויהיב להו רבינא כו' ובזה אע"פ שהוא לא הי' לוקח מהם ענבים כ"א יין מ"מ כיון שהמקח הי' נגמר קודם שנעשה היין:. ואולי גם קודם שנבצרו הענבים ועדיין הי' הפירות ברשות בעלים הראשונים זה בודאי הי' אסור שהרי מחזיק הוא ידיהם בגזילה. אף אם תמצא לומר שאינו גזל גמור כיון שאינו לוקח מהם כ"א יין שהוא לאחר שינוי ומיהו מ"ש רש"י והיין גזל ביד רבינא לאו דווקא גזל גמור אלא שהי' אסור ליקח מהם בדרך זו משום גזל שמחזיק ידי הגזלנין עכ"ל הריב"ש והנה מלבד שדבריו דחוקים בפי' רש"י יפלא עוד דנראה משיגרא דלישנא דרבינא לא הי' תוהא על הראשונות מה שנתן להם המעות על היין. רק שאל הלכה למעשה אם עושה איסור בלקיחת היין וא"כ ע"כ צ"ל דרבינא לא ידע בעת שנתן המעות שהמה מחזיקים שדות וכרמים של אחרים בדרך גזילה או אפשר שהכרמים הללו שנתנו לו בעת ממנם היין החזיקו בהם אחרי שקבלו המעות מרבינא והי' להם מלבד זה כרמים שלהם] ועפי"ז מיושב מה שמקשי' בתוס' מס' ע"א ע"ב בד"ה ואי ס"ד משיכה כו' בזה"ל וקשה דהא ישראל נמי לא קנה הגזילה להיות שלו ואפ"ה קני' להתחייב באונסין החיוב דשייך כו' וה"נ י"ל בב"נ שקנאו להתחייב בה מיתה דהיינו החיוב דשייך בה עכ"ל די"ל דקושי' הגמ' כיון דאין משיכה בעכו"ם קונה א"כ ע"כ ל"ק דלכך לא ניתן להשבון משום דאי עביד מהני דהא לא עשה עדיין שום

קני' וכיון דלא מהני אמאי יענש. דלשיטת אביי כל היכא דלא מהני ליכא חיוב עונש ושאני חיוב אחריות אונסין שחייב הגזלן מעת הגזילה דצ"ל דאביי לא אמר סברתו רק לענין עונש הגוף דאל"כ קשה לפי האמת כיון דגזלן אינו קונה אמאי חייב באונסין הא אי עביד לא מהני או משום דגזלן לא גרע משואל וכדברי רבא בסוגיא הנ"ל בסנהדרין יעו"ש ברש"י וע"ז מתרץ הגמ' משום דצערי' לישראל ואף דלא מהני לענין קני' עכ"פ אין תיקון עוד למאי שציער את הישראל ולכך מתחייב בנפשו לפי"ז י"ל דרב לשיטתי' דסובר כשמואל בב"ק דף י"א דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן והיינו מטעם דשינוי קונה כדאי' בב"ק דף צ"ד א"כ ע"כ סובר דאי עביד מהני א"כ קשה מאי קאמר רבא בסוגי' הנ"ל בסנהדרין והאלקים אמר רב אפי' נטל דהא יש לו דמים כו' ולא היא כו'. דהא י"ל בפשיטות דרב לשיטתי' דסובר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני לכך בבא במחתרת דעלי' לא נאמר העשה דוהשיב את הגזילה דאף לשיטת רבא דאמר אבל נטל לא היינו דבחזקת הבעלים קאי אבל על הגנב ליכא חיוב השבה וכן מבואר בקצה"ח וכיון דלא נאמר גבי זה והשיב וגו' דינו כמו בב"נ שקונה הגזילה מטעם הנ"ל דאי עביד מהני ואף דרבא לשיטתי' דסובר אי עביד לא מהני עכ"פ לא הי' לו להקשות לרב דקאי בשיטת עצמו כנ"ל. ואפשר לומר לכאורה כיון דגילתה התורה בכל גזילה וגניבה שלא יהנו מעשיו וניתן להשבון ופטור מעונש א"כ אף בבא במחתרת שנתחייב מיתה כיון דאין המיתה בא מחמת עצמות עבירות מחשבת הגניבה רק מטעם הבא להורגך כדאמר רבא בעצמו שם מ"ט דמחתרת כו' לא שייך לומר דמהני מעשיו דאל"כ אמאי יענש. דהא העונש על הגנב אף שלא הוציא מחשבתו ומטעם הבא להורגך. משא"כ בב"נ דעכ"פ לפי האמת אין חיוב מיתתו משום דציער לישראל לבד רק מחמת הגזילה דאל"כ לחייב ב"נ מיתה כשמצער לישראל שלא בדרך גזילה ומבואר כן בתוס' מס' עירובין שציינתי לעיל לכך שייך שפיר לומר דע"כ קונה הגזילה דאל"כ למה חייב מיתה כיון דאי עביד לא מהני.

עכ"פ נ"ל דלפי מה שמסביר רבא בטעמו של רב דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותי' קיימי ה"נ ברשותי' קיימי ומפרש רש"י לא אמרינן פקדון הוא גבי' ואבדו לבעלים אלא אמרינן ברשותו הן ואבדו לו ה"נ לענין אין לו דמים כו' וכי גבו להו בי דינא מיני' יש כאן חיוב תשלומין עם מיתה כאלו גובים משאר נכסיו עכ"ל נראה דרב סובר דיש לגזלן קני' בגוף הגזילה ובחדושי הר"ן מתמה ע"ז דהא רב בעצמו מצריך יאוש לקניות גזילה אבל לפי דברי הנ"ל י"ל דרב סובר כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני ולכך קונה כל גזלן הגזילה רק מחייב בתשלומין ואם הוא בעין רמי' עליו חיוב

מצות השבת הגזילה מפסוק והשיב הגזילה והוי כמו אונס שגירש דהגירושין חלים וכל ימיו בעמוד והחזיר קאי כי ניתק לעשה ולו תהי' לאשה ובגזל לאחר יאוש נפקע ממנו גם מ"ע דוהשיב רק חייב בתשלומין דז"א מצד העשה דוהשיב [וכ"כ בגניבה דחשוב לאו שניתן לתשלומין ויעוין ברמב"ם ריש הלכות גניבה וכדין י"ב ובמ"מ שם שדין גניבה וגזילה שוים שאם הדבר הגנוב בעין צריך להחזיר אותו דבר] כמבואר מדברי הרמב"ם בריש הלכות גזילה דהלאו דגזל מנותק לעשה אם הגזילה בעין ולכך אין לוקין עליו ואם אין הגזילה בעין הוי כנתבטל העשה ומ"מ אין לוקין דכלל מונח דלאו שניתן לתשלומין אין לוקין עליו וכן מבואר בחדושי הריטב"א במס' מכות דף ע"ז בשם הר"מ הלוי ויעו"ש בתוס' שלדעתם אף שנאבד הגזילה הוי ניתק לעשה מפאת התשלומין וראיות רב מדחייב גנב באונסין ע"כ דקנה רק מחויב מפאת חיוב התורה בהשבה וכשאינו בעין כשנאבד שלו נאבד. ורבא פליג עלי' דרב וסובר דאין שום קני' לגזלן בגוף הגזילה מעת גזל כ"א כשיש אח"כ הקנאות יאוש ושינוי והא דחייב באונסין מדין שואל כיון דכל הנאה שלו כפי' רש"י:

ויומתק בזה דברי הגמ' בקידושין דף נ"ב אמר רב ש"מ ממתני' ארבע כו' וש"מ קידשה בגזל אינה מקודשת כו' כי סליק ר' זירא אמר להא שמעתא קמי' דר' יוחנן אמר לי' מי אמר רב הכי ומקשה בגמ' והוא לא אמר והאמר ר"י גזל ולא נתייאשו הבעלי' שניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו כו' הכי קא"ל מי אמר רב כוותי ע"כ והנה לכאורה לזר יחשב למה עלה בדעת ר"י דרב לא יסבור כן וגם בתוס' שם מקשי' מאי אתי ר"י לאשמעינן דמה"ת יהי' ביד הגזלן להקדיש דהא אמרי' בכמה משניות ובריייתות דגזל אינה נקנה אלא ביאוש ולפי הנ"ל ניחא דר' יוחנן הוצרך לאשמעינן דלא נימא כסברת רב דיש להגזלן קני' בהגזילה רק חיוב השבה עליו מצד העשה בכדי לתקן הלאו ולכך כשאמר לו ר' זירא בשם רב דמקדש בגזל אינה מקודשת תמה מי אמר רב כוותי דהא מדינו של רב בבא במחתרת דאפי' נטל פטור נראה דסובר דיש לגזלן קני' בגוף הגזילה אף קודם יאוש:

ובזה מיושב קושי' התוס' בסוגי' דרבוצה חולין דף מ' ז"ל הגמ' אמר רב הונא היתה בהמת חבירו רבוצה לפני ע"א כיון ששחט בה סימן א' אסרה ע"כ ומפרש ברש"י בד"ה רבוצה לא מבעי עומדת דכשהגביהה והרביצה קנאה בהגבהה ונעשית שלו. אלא אע"ג דרבוצה ולא קנאה אסר לה במעשה ע"כ ואי' בתוספת. פי' בקונטרס לא מבעי' כו' ואין נראה דכי הגביהה נמי לא קני לה לענין שתחשב שלו כו'. דהא גזל ולא נתייאשו הבעלים שניהם אינם יכולי' להקדישו זה לפי שאינו שלו כו' ולקמן דף מ"א דאמר ר"נ אין אדם

אוסר דשא"ש פריך לה מהמנסך ומאי פריך מהמנסך והא מנסך מכי אגבהי' קני' כדאי' בהנזקין דף נ"ב אלא ודאי בהכי לא חשיב שלו ואינו קנוי לו אלא להתחייב באונסין כו' ולפי הנ"ל ניחא דרש"י מפרש הרבותא אליבא דרב הונא שהוא תלמידי' דרב ומסתמא כרב ס"ל (וכלל זה מצינו בפנ"י בחידושיו למס' סוכה ר"פ לולב הגזול בד"ה קא סבר לולב א"צ אגד ומביא ראי' לזה מפ' מפנין יעו"ש) ולדידי' יש קני' להגזלן ור' יוחנן לשיטתי' כנ"ל ומאי שמקשה הגמ' מהמטמא והמדמע והמנסך היינו משום דפסקינן כר' יוחנן (ולפי שיטת רש"י המובא בתוס' מס' ב"ב דף מ"ו ע"ב ד"ה שלח רב נחמן כו' דסתם ר"נ הוא רנב"י שהי' תלמיד של רבא אתי יותר שפיר:

אמנם לכאורה י"ל להיפך מכפי שכתבתי בשיטת רב. רק רב ס"ל שינוי אינו קונה דאי עביד לא מהני וראי' לזה מהא דאי' בב"ק דף י"א וב"מ צ"ו ע"ב ההוא גברא דשאיל נרגא מחברי' ואיתבר אתא לקמי' דרב א"ל זיל שלים לי' נרגא מעלי' א"ל רב כהנא ורב אסי לרב דינא הכי ושתיק ומפלפל הגמ' בב"ק אי רב הודה לרב כהנא ורב אסי או לא מעתה נחזי אנן אם נאמר דרב לא חזר מדעתו וסובר דגם בשואל אין שמין ע"כ צ"ל דיליף לי' מדין גזילה וגניבה דרבתה קרא בה כמפורש בתוס' בשם הירושלמי] דאין שמין בהם ואם נאמר דשינוי קונה בגזילה וגניבה קשה מנ"ל למילף שואל מגזילה וגניבה. דשאני התם לכך אין שמין דקנה הגזלן בשינוי ונעשה שלו לגמרי משא"כ בשואל דאין עניו רק חיוב אונסין ולא קנה גוף הכלי שיהי' שלו לגמרי א"ו שסובר רב דשינוי אינו קונה [כמעט כל דברי הנ"ל מבוארים מדברי התוס' בסוגי' הנ"ל]. ואף למאי דאסיק הגמ' בב"ק דרב אודי לרב כהנא וסובר דשמין לשואל ולא יליף לי' מגזל אין הכרח דלכך לא מדמי לגזל משום דבגזל שינוי קונה דבלא"ה י"ל דלא דמי לגזל דבגזל מיד בשעת הגזילה נתחייב הגזלן באונסין וקם ברשותו לענין זה אבל שואל אינו בגדר חייב רק מעת שנאנס ולפי שיעור ההיזק ולא על הנשאר לא מבעי' למ"ד ב"ק דף קי"ב וכתובות דף ל"ד] דלא אשתעבד נכסי רק משעת אונסין אלא אף למ"ד דמשעת שאלה אישתעבד נכסי מ"מ אינו בגדר שוה עם גזלן דלגזלן יש צד קני' לענין שאין הנגזל יכיל להקדיש וכמו כן אם מצטרף לזה יאוש או שינוי רשות שיהי' קונה לגמרי גם החיוב הוי מיד בשעת הגזילה שהוא נתחייב להנגזל מעתה חיוב ברור משא"כ בשואל דלפי סברת הריטב"א הובא באס"ז לב"מ דף צ"ז דאף למ"ד משעת שאלה אשתעבד נכסי אין על השואל שום חיוב מיד רק אם נאנס אמרינן דלמפרע נשתעבד על זה אבל לא כ"ז שהדבר בעינו ולכך כשהשואל מסופק באיזה אופן נאבד ממנו דבר השאול או מתה כדרכה או נאנס. לא הוי כא"י אם פרעתי רק א"י אם נתחייבתי. ולשיטת התוס' דפירשו דאין שמין הכוונה דהפחת מעת

האונס חל על הגזלן י"ל דשאני גזלן דלא פקע ממנו חיוב האונסין עד שמסר ליד הנגזל אבל בשואל מיד שמת הבהמה או נשבר כלי השאול כלתה הנאתו ודיני השמירה ואינו עוד כשואל ואף לס"ד דרב שרצה לדמות שואל לגנב וגזלן בודאי לא הי' עולה בדעתו שיהי' גדר השתוות בין גזלן לשואל אם הי' סובר דשינוי קונה מעתה ההכרח לומר דרב סובר דאין שינוי קונה לכך רצה להשוות שואל לגזלן וסתרו דבריו רב כהנא ור"א. דמ"מ יש חילוק ביניהם בענין חיוב האונסין כנ"ל ולכך הודה להם

ועפ"י הדברים הנ"ל יש לבאר דברי הגמ' בסנהדרין דף ע"ב אשר הבאתי לעיל ואציע לשון הגמ' אמר רב הבא במחתרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמים קננהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתניהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפי' נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותי' קיימי הכא נמי ומפרש ברש"י בד"ה מסתברא דבשיבר פטור בין שיבר עכשיו בין לאחר זמן כו' והוכרח לזה מפאת קושי' התוס' דמאי קמ"ל מתני' הוא בא במחתרת ושיבר את החביות פטור א"ו דהוסיף רבא דמסתבר מילתא דרב דאף אם שיבר אחר שיצא מהמחתרת פטור וכן מפרש בעל המאור ואסיק כן להלכה ומשיג על האלפסי שהשמיט דין זה דאף בנטל ושיבר אחר שיצא מהמחתרת פטור. והרמב"ן מקשה דלפי' זה לא שייך לישנא דרבא במה שאמר אבל נטל לא. דהכי הו"ל למימר אבל לא שיבר לא. גם מה שאמר רב והאלקי' אמר רב אפילו נטל שהוא אך מותר דהא רב אמר בהדי' בדבריו ונטל כלים ואי דהיינו יכולים לפרש דכוונתו הי' בנטל ושיבר אחר שיצא למה קפץ רבא לישבע שאין כן הכוונה בדברי רב ולהחשיבו למוטעה ח"ו דסבר כיון דחייב באונסין כדידי' דמי טפי הו"ל לדחוקי למען יעמיד דברי רב כהלכה. גם קשה למה לא מקשה הגמ' גם אליבא דרבא ממתני' דלישנא דמתני' משמע דוקא בשיבר תוך המחתרת לכן מסיק הרמב"ן שבאמת לא הוסיף רבא באמרו מסתברא שום דבר חדש מכפי המבואר במתני' ומה שאמר מסתברא מילתא דרב כוונתו על הטעם שמסיים רב מ"ט בדמים קונהו יעו"ש דוחק פרושו מבואר גם קשה להבין דמאי חידש טעם יש בדברי רב פשטות המשנה מבואר לכל שונה דהטעם פטור מחתרת משום דמתחייב בנפשי' ואדרבא לכל הפרושים הנ"ל קשה להבין. הלשון בדמים קננהו כיון דלא מיירי רק לפטור מתשלומי היזק שעשה בשבירה מה שם קני' שייך. והכי הו"ל למימר מ"ט דקלב"מ לכך חשבתי דלשיטת התוס' ובעה"מ צ"ל דסיום הדבר מ"ט בדמים קננהו אינו מדברי רב רק מדברי הגמ' לפי מאי שמפרשי' דכוונת רב הי' שהכלים שייכים להגנבים. אבל לפי פירוש הרמב"ן שלדבריו רב בעצמו אמר כן מ"ט דבדמים

קננהו ומה שאמר רבא מסתברא קאי על אותו הטעם. קשה דהא בדין המתני' שפטור על היזק השבירה לא שייך הלשון בדמים קננהו דמאי קנה:

ואשר אחזה אנכי לפרש באופן אחר דמאי שאמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר. ר"ל כשנטל ושיבר דזוכה הגנב בהשברים וא"צ ליתן להבעלים לא הן ולא דמיהן משא"כ בשאר גנב אף דזוכה בהשברים מדין שינוי קונה צריך לשלם דמיהם אבל בא במחתרת מיד שזוכה בהשברים מטעם שינוי תו ליכא לחייבו בדמי השברים שפטור מתשלומין מדין קלב"מ כמו בלא נטל ושיבר המבואר במשנה שפטור על ההיזק שעשה בהשבירה. ואין זה דין חדש לענין מחתרת דמה שזוכה הגנב בשברי הכלים אינו מחמת ביאתו במחתרת רק מדין שינוי התלוי בפלוגתת התנאים אי שינוי קונה וכבר סתם במתני' בריש הגוזל דשינוי קונה ולענין פטור הגנב ליכא חידוש דין מכפי המבואר במתני' רק ששייך בזה הלשון בדמים קונהו מה שלא שייך בדין דמתני' שאין להמזיק כלום ולכך לא מקשה הגמ' לרבא ממתני' טעמא דשיבר אבל נטל ושיבר אח"כ לא רק לרב לפי מה דאסיק רבא דסובר רב דהגנב זוכה אף בכלים השלימים מטעם דמחתרתו מקנה לי' מקשה הגמ' שפיר ממתני' טעמא דשיבר הא נטל לא והוצרך לתרץ ה"ה דאפי' נטל:

מעתה לפי"ז נ"ל לפרש פירוש חדש במה שאמר רבא והאלקים אמר רב אפי' בנטל והוא כאשר נפרש בדברי רב דסובר דהמחתרת מזכה להגנב במה שגונב אף כלים השלימים. דאין לשום גנב בהם זכי' ואין זה רק מטעם מחתרתו הרי זה הוספת דין על האמור במשנה מדין מחתרת ושייך בי' לשון אפילו ר"ל לא לבד דהמחתרת פוטר מתשלום בעד היזק השבירה אלא דהמחתרת מזכה להגנב גם בהכלים אבל אם לא הי' כוונת רב רק כשנטל ושיבר דמחזיק השברי' דז"א רק מדין שינוי שכל גנב קונה דבר הגנוב בשנוי והמחתרת לא הועיל לו רק לפטרו מחיוב השלמת ההיזק דזה בכלל הדין הנשנה במשנה דשיבר החביות פטור אין שייך לומר על דין זה לשון אפילו לזה כאשר החליט רבא דכוונת רב הי' על גוף הכלים אף כשהמה שלימים זוכה בהן הגנב וקנה בהם במחתרתו אמר והאלקים אמר רב אפילו נטל דרב הוסיף דין רבותא על המשנה ואשר הכריח לרבא לפרש כן בדברי רב לאשר רב לשיטתי' כאשר הוכחתי לעיל דסובר דאין שינוי קונה בגנב וגזלן א"כ לולא דסובר רב דהמחתרת מקנה להגנב מה שגנב לא הי' זוכה בהשברים כיון דסובר כמ"ד שינוי אינו קונה בגנב וגזלן ולמה יעדוף בבא במחתרת א"ו דסובר דהחיוב מיתה שמושך ע"ע בבואו במתחרתו מקני' לי' גניבתו וממילא ליכא חילוק בין כשהוא שלם או שבור על ידו ומקשה הגמ' שפיר ממתני' דאמאי לא תני רבותא טפי דהמחתרת מזכהו להגנב אף בשנטל והוצרך הגמ' לתרץ ה"ה אפי' נטל כו' ודוק היטב:

חדושי מסכת שבועות

בסוגיא דמשביע ע"א [דף ל"ב ע"א וע"ב]

תוספות ד"ה הכל מודים בעד טומאה ואין העד יכול לומר בלא עדותי ע"י עידי קינוי וסתירה תשתה ותמית ויפטר בעלה מן הכתובה דהרבה פעמים זכות תולה ונפסדת ע"י העד יותר ממה שנפסד ע"י עידי סתירה משום דאיכא למימר שמא זכות יתלה לה ולא חשיבי אלא גורמים עכ"ל התוס'

יש לדקדק למה לי' לתוס' לדוחק תרוצם. הא אפשר לתרץ דמיירי שהבעל בעצמו ראה שנטמאה באותו הסתירה ובכה"ג כשאין העד מעיד על הטומאה אינו נאמן להפסידה כתובתה ולהשקותה אינו יכול כיון שיודע בעצמו שנטמאה ומחויב להוציאה וליתן לה מיד כתובתה וכן אפילו שלא ראה רק שמע מנשים שהיא נטמאה אינה בהשקאה וחייב להוציאה וליתן לה כתובתה ואם העד יעיד על הטומאה יפטור מליתן לה כתובתה ומדלא מתרץ התוס' כן י"ל כיון דאביי אמר סתם הכל מודים בעד טומאה מיירי בכל גוונא דאל"כ ליפלוג וליתני בהך דינא גופא ולפי"ז הה"ד מה שאמר אביי מחלוקת בעידי סתירה מיירי ג"כ בכל גוונא הן אם הבעל ראה בעצמו שנסתרה או לא והשתא דאתינן להכי יש להקשות לכאורה קושי' עצומה ואקדים דברי הש"ע בחוה"מ סי' ע"ג ס"ב טען המלוה ואמר היום סוף הזמן שקבעתי והלוה אומר עד עשרה ימים קבעת הלוה נשבע היסת ואם הי' שם ע"א שהיום סוף הזמן ה"ז נשבע שבועת התורה ע"כ והוא מדברי הרמב"ם בפי"ג מהלכות מלוה ולוה וכתב שם בקצה"ח. והנה ראיתי בשו"ת מהרי"ט חלק ח"מ סי' ק"ה שכ' ע"ז וז"ל ולי הדבר ברור מאותה ששנינו בפ"ק דמכות דף ג' מעידין אנו באיש פ' שהוא חייב לחבירו אלף זוז ע"מ ליתנו לו מכאן ועד למ"ד יום ובאו עדים ואומרי' מכאן ועד עשרה שנים אומדים כמה אדם רוצה ליתן כו' אלמא דבר שבממון חשוב דמחייבין עדים זוממין בהכי ונראה מתוך דבריו דהא דחייב שבועה על קביעות זמן משום דהמתנת זמן הוי דררא דממונא וכמו שמביא ראי' מעדים זוממין. אך קשה שיתחייב שבועה בזה דהא גבי שבועה בעינן דוקא דבר שגופו ממון וא"כ מכ"ש קביעות הזמן. נהי שהי' יכול ליטול שכר מכאן עד המתנת המעות לא הוי גופו ממון ואינו אלא גרמא כו' יעו"ש תורף קושי' הקצה"ח דעל גורם לממון ליכא חיוב שבועה ובפרט שבועה דאורייתא להכחיש את העד ובאמת אישתמטי' להקצה"ח דברי הריטב"א במס' מכות ובפרט דברי הרמב"ן בחידושיו שכתב בזה"ל איכא דקשיא לי' כיון דההוא גברא מחייב לחברי' הנהו אלפי זוזי דמסהדי הנהו מה עבדי לי' רווחא דרווח מכאן ועד עשר שנים אמאי משלמי. לא יהא אלא דקא גזלי מני' אלפי זוזי ובטלוהו ולא רווח בהו לא משלם

כלום הא קי"ל דכל הגזלני' משלמי' כשעת הגזילה וכדאמרי' בירושלמי המבטל כיסו של חבירו ולאו קושי' הוא דהכא כיון דהשתא לא מחייב לי' כלום כמאן דמפסדי מיני' אלפא זוזי דמי דהא איהו לא מחייב כלום ואינהו מחיבי לי' אלפא זוזי ומאי דאהני לי' דפרע האי שיעבודא דאיכא עלי' אומדים כמה אדם רוצה ליתן ויהי' אלף זו בידו בין ליתנם כו' או ליתן מכאן ועד עשר שנים עכ"ל תורף כוונת הרמב"ן דבכל הלואה לזמן ליכא חיוב ממונא על הלוה תוך הזמן כ"א שיעבודא דכשיבא הזמן יפרע. ואם עידי שקר מחייבין אותו לשלם קודם לזמן הזה הוי דררא דממונא ממש בלא גורם דכל מה שנותן קודם הזמן כיון דעדיין לא רמי חיוב הפרעון עליו הוי ממונא ממש. ע"כ שייך בזה כאשר זמם לעשות ואין מנכין מחיוב ההזמה כ"א מה שהי' הלוה רוצה ליתן מעצמו קודם הזמן סך מה כדי שיפטור משעבודו לכשיגיע הזמן לפי"ז א"ש דברי מהרי"ט דכשם לענין דין עונש הזמה דכתיב בי' כאשר זמם לעשות ולא כאשר זמם לגרום כמבואר בריטב"א פ"ק דמכות דעל גורם ליכא חיוב דין הזמה. עכ"ז המה בדין עונש הזמה כשבאו לחייב את הלוה שיפרע קודם הזמן הפרעון משום דבכה"ג מיקרי הפסד ממין ממש שבאו לחייבו בזמן שלא הי' עליו אז שום חיוב וכנ"ל כמו כן כשטוען הלוה שאינו חייב עתה להמלוה כ"א לעשרה ימים וע"א מעיד שחייב עתה הוי הכחשתו לעד הכחשת ממון גמור ולא גורם ע"כ מחויב לישבע שבועה דאורייתא נגד העד לפי"ז קשה היכא שהבעל ראה בעצמו שנסתרה אשתו אחר הקינוי ואם אין לו עדים בדבר על סתירה אינו יכול להשקותה ומחויב להוציאה וליתן כתובתה מיד ואם יהי' עדי' על הסתירה יהי' ממ"נ פטור לשעתא מחיוב פרעון כתובתה: אם נטמאה ויהי' המים בודקים אותה תפסיד כתובתה מכל וכל: ואם נא יהי' המי' בודקים אותה תהי' מותרת לו ותשאר תחתיו ולא יהי' עליו חיוב פרעון הכתובה כ"א כשיגרשנה או כשימות בחיי' ומחמת כבישת העדים את עדותן על הסתירה נתחייב לשלם כתובתה מיד והוי כהפסד גופו של ממון ולא גורם ואמאי פטרו רבנן דר"א בר"ש בכה"ג משבועות העדות ויש להסביר יותר דנראה פשוט היכא שיש הכחשה בקביעות הזמן בין המלוה והלוה אם יש עדים בדבר כדברי א' מהם בידו להשביע את העדים שיעידו ואם כובשין עדותן חייבים בקרבן שבועה כמו בכל כבישת עדות בדבר שעיקרו ממון גמור כי בעדותן יש חיוב ממון או פטור ממון ולכך יש שבועה דאורייתא בכה"ג נגד ע"א כפי הכלל שבידינו דכל מקום ששנים מחייבין אותו ממון ע"א מחייבו שבועה.

ולחומר הקושי' נראה לי כיון דפסקינן משביע עידי קרקע פטור ולא משכחת חיוב קרבן שבועה גבי כתובה כ"א בדתפסה מטלטלין וכמ"ש התוס' ד"ה ש"מ. והנה אם נאמר

דאין לאשה בחיי בעלה לתפוס מעצמה צררי לכתובתה אף למשכון בעלמא דקודם זמן פרעון אף כשנתמוטט הלוה מנכסיו אין לכופו שיבטיח להמלוה במשכון על קיום הפרעון לזמן כמבואר בחוה"מ סי' ע"ג שדין עיקול אינו אלא מתקנות הגאונים ויעוין בישׁ"ש לב"ק פ"א סי' כ' ובפרט לפי דברי הרמב"ן הנ"ל דקודם זמן פרעון ליכא חיוב דררא דממונא על הלוה: עאכו"כ בחוב כתובה דגרע מתוך זמנו כמבואר בתוס' מס' ב"ב דף ה' דאינו ברור שתבוא לידי חיוב פרעון ולא משכחת זכות בתפיסת מטלטלין כ"א כשבעל בעצמו מוסר לה מטלטלין למשכון על כתובתה ומלבד דברי אלה דעת הרבה מקדמונים דלא מהני תפיסת מטלטלין לכתובה אף בחיי הבעל ולשיטתם מפרש הר"ן לאלפסי בפרק אלמנה נזונות דין שס"ו דמאי דקאמר הגמ' הכא בתפיסת מטלטלין מיירי בשהתפיסן הבעל מטלטלין לאחריות כתובה. אבל אם לא התפיסן אלא שתפסה איהי אפי' מחיים לא מהני לכתובתה ולפי מה שהוספתי שלשיטות הרמב"ן אין זכות תפיסה למשכון קודם זמן פרעון [וצ"ע מדברי האלפסי פרק הנ"ל שסובר דתפיסה מחיים מועיל אם לא התפיסן מיד הבעל ויש להאריך בזה במחלוקת סאמוראים בשם בדיני תפיסה ואכ"מ] ואי אתי' לידי גבי' מהמשכון אמרינן דלמפרע הי' של הגובה ובכה"ג סובר אביי למפרע ה"ג. ונראה כאשר אבאר בשם הרמב"ן דכמו כן גבי כתובות אשה היכא שהבעל מתפיס לה צררי למשכון וחל שיעבוד הכתובה מיד על המשכון וכשתגבה ממנה אמרי' דלמפרע הוא גובה כמו בשארי חובות. יעוין מס' ב"ב דף הנ"ל בדברי רבינו יונה שמובא ברא"ש ובכה"ג אין ביד הבעל דבר להוציא ממנה הצררי עד שתפרע הכתובה או כשיבורר שהפסידה במעשי' את כתובתה וא"כ י"ל כשמשביע את עידי הסתירה לא מיקרי כבישת עדות ממון גמור דהא מטלטלין לא משתעבדי לכתובה ואפי' אית לי' קרקע הא בקרקע ליכא דין שבועות עדות ואין לו הרווחה בעדותן כ"א בהצררי שמסר לה שאם לא תשתה או שיהי' המים בודקים אותה יוחזר לו הצררי ואם תשתה ותהיה נקיה יושאר הצררי בידה עד שיגרש אותה או ימות בחיי' ותגבה מאותו הצררי וישוב להיות למפרע לה לגמרי וכיון שזה בספיקא תלי' דדילמא תשתה ותהי' נקיה ולא יוחזר לו הצררי לא הוי רק גורם וגם לדידן דפסקינן כרבא מכאן ולהבא ה"ג מ"מ א"ש לפסוק כאביי דעידי סתירה לא מיקרי אלא גורם לפי דעת הרמב"ן בעצמו בחידושיו על מס' קידושין דף ח' ע"ב ד"ה ובמשכון שכ' שם בזה"ל משמע לי מסוגיא דפסחים דף ל"א ע"ב דמשכון דתפיס לי' המלוה ברשותו אם לא פרעו בזמנו והוחלט המשכון בב"ד למפרע ה"ג ואי זבין מלוה או קדיש משעת הרהינה שפיר זבין ושפיר הקדיש ואי זבין לוה או הקדיש לאו כלום הוא וכולה מדר' יצחק כדאי' התם כו' יעו"ש ועל דבריו אלה רמז

במלחמות פ' כ"ש בסוגיא דהרהינה הרי להדי' שדעתו דהתפיסה מטלטלין למשכון אם בא לידי גביות כתובה מאותן המטלטלין גם רבא מודה דאמרי' אינגלאי מילתא למפרע שלא הי' של הבעל אלא של האשה ולא הי' הפסד להבעל במה שכבשו עידי הסתירה את עדותן דאף אם היו מעידין שנסתרה לא הי' הצררי מוחזר ליד הבעל. ובהגעת זמן פרעון הכתובה אם הי' גביית האשה מהם אינגלאי שהיה למפרע שלה ולא הי' בכבישות עדותן הוצאת ממון מהבעל אם לא כשמסלקה הבעל אח"כ במעות וישוב הצררי לידו דלגבי מעות לא שייך למפרע ה"ג ועכ"ז כיון דז"א אלא בהך גוונא ולא אם תהיה גביות כתובה מאותה הצררי וכיון דלא ברירא שיהי' כך לא הוי אלא גורם וע"כ ליכא בעידי סתירה חיוב ק"ש לרבנן דראב"ש הן לאביי הן לרבא דאף דסובר בעלמא מכאן ולהבא ה"ג מ"מ מודה דבתפיסה מטלטלין למשכון אמרינן למפרע הוא גובה ואף להחולקים על הרמב"ן הנ"ל מ"מ מודים דלאביי שסובר דלמפרע ה"ג גם במטלטלין היכא דהוי שיעבוד בפירוש ואמר גבה מאלו או בהרהינה למשכון ואי אתי לידי גבי' אמרי' למפרע הי' של הבע"ח ולא של הממשכן וכ"ז מבואר מתוך הסוגי' דפ' כ"ש מדברי רש"י בדף ל"א ע"א ד"ה תנן שכ' בזה"ל וקס"ד השתא בשלא מסרו לו אלא שיעבדו לו כשאר לווין שאם לא אתן לך עד יום פ' בא לביתי וגבה מחמץ זה עכ"ל ויעו"ש ברש"י ע"ב ד"ה בע"ח ובפ"י שם ובראשית המחשבה דמיתי לכלכל דברים בזה בשיטת הפוסקים דמאי דפסקינן כר' יצחק קנוי המשכון לגמרי להבט"ח. ומקור השיטות שונות שבזה מבוארים באריכות בש"ך חוה"מ סי' ע"ב ס"ב אבל קשה לדעתי אם אפשר לומר כן במשכון צררי על כתובת אשה דאי קנוי' לה לגמרי להוי כנפרעה כתובתה בעודה תחת בעלה והוי כמשהה אשתו בלא כתובה אבל אי לא אתינן עלי' אלא מדין למפרע ה"ג א"ש כמובן:

ועפ"י הנ"ל יש ליישב מה שמקשה הרשב"א והניח בצ"ע מה פריך הגמ' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת הא י"ל דאביי סובר כר"פ דאמר שם בדף ל"א ע"א למעוטי מלך אבל משחק בקובי' לא. כיון דמדאורייתא מחזי חזי והרי שבועה דכשנגדו אינו אלא מדרבנן. ומדאורייתא יתקיים עדותו של עד להוציא מהחשוד מדין מתושאיל"מ בלא שבועות שכנגדו אבל לפי מה שכתבתי דלכך סתם אביי ואמר מחלוקת בעידי סתירה דלרבנן דראב"ש ליכא חיוב ק"ש משום דלא משכחת אלא בדתפסה צררי ובכה"ג ליכא דררא דממונא לגבי בעל וכנ"ל וידוע דאף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ מיני' דידי' גבי' מדאורייתא אפילו מגלימא דעל כתפאי' של הלוה וה"ה בכתובת אשה אף למ"ד כתובה לאו דאורייתא ז"א אלא שמדאורייתא אין מחויב הבעל ליתן כתובה אבל אם נתן לה כתובה קם עליו החיוב מדאורייתא לשלם אפי' מגלימא דעל כתפא וביותר א"ש

לפי שיטת התוס' בכתובות דף יו"ד ע"ב ד"ה אמר ר"נ ובדף ל"ט ע"ב ד"ה טעמא מאי דקי"ל כרשב"ג דכתובת בתולה דאורייתא יעוין במנחת יהודא וברמב"ן עה"ת פרשת מש"ר שכתבו דאף בלא תקנת חז"ל הי' זאת לפנים בישראל נתינת כתובה מכל איש לאשתו וע"ז כתיב כמוהר הבתולות ע"כ עונש מש"ר מאה כסף שיעור כפל הכתובה והא דמטלטלין דבעל בחייו לא משתעבדי לכתובה אינו רק מתקנת חכמים כמפורש ברמב"ם הלכות אישות פ' ט"ז ויש בזה מחלוקת רבנן ור"מ במס' כתובות דף פ"א דלר"מ גם מטלטלין משועבדים לכתובה ומפרשים שם בתוס' דלאחר מיתות הבעל גם ר"מ מודה דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי לבע"ח וה"ה לכתובות אשה הרי דלרבנן דר"מ שסוברים דאף בחיי הבעל לא משתעבדי מטלטלין לכתובה ז"א אלא מדרבנן מתקנת חכמים. א"כ תו אי אפשר לומר דאביי סובר כר"פ דאזלינן בתר דאורייתא דא"כ משכחת קרבן שבועה בעידי סתירה אף היכא דלא תפיסא מטלטלין דמדאורייתא מחזי לגבות אף ממטלטלין דבעל בעודו חי א"כ הוי שפיר דרא דממונא גם בעידי סתירה לבד ומדאמר אביי מחלוקת בעידי סתירה מוכח דסובר דלא אזלינן בתר דאורייתא ומקשה הגמ' שפיר אליבא דאביי ולימא לי' מי יימר דמשתבעת אבל לר"פ דמיירי שמשביע שיעיד עד על מיתות בעלה כיון דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי אף מדאוריי' שפיר צריכין לאוקמי בתפסה מטלטלין ובלא"ה א"ש לשיטות הסוברים דעד מיתה אינו נאמן אלא מדרבנן ודלא כדעת הרמב"ם ואף להרמב"ם לא ברירא אם נאמנות ע"א מועיל מדאורייתא לענין הכתובה ויש אריכות בזה בשו"ת תשב"ץ:

ואמנם תירוצי זה א"א לומר בשיטת האלפסי וסייעתו שמפרשים הך דתפיסה מטלטלין שאשה תפסה בעצמה ולא נתן לה מבעלה למשכון ובכה"ג לא שייך למפרע ה"ג ובזה נתרועע יסוד הדברים שכתבתי ונשאר קושייתי הראשונה דגם בעידי סתירה הוי כממון ממש שלפי סברת הרמב"ן והריטב"א בחדושיהם למס' מכות שהבאתי לעיל אמנם מהאי גופא שסובר האלפסי דמהני תפיסה שלא ברצון הבעל נראה שאינו סובר כדעת הרמב"ן דקודם זמן הפרעון ליכא חיובא על הלוה כ"א שיעבוד ואם מה"ט ליכא דין עיקול עאכו"כ שלא הי' זכות לתפוס תוך זמנו למשכון וצ"ע]:

אמנם לפי דברי הנ"ל שמוכח דאביי לא אזיל בתר דאורייתא יושאר קושי' הרשב"א בחידושיו ומבואר גם באריכות בתשובותיו בספר תולדות אדם שאלה ג' לפי דעת איזה מגדולי המורים דגם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא מחויב שכנגדו לישבע מתק"ח ממילא ה"ה גבי נסכא דר"א וא"כ למה אמר אביי הכל מודים בע"א דר"א הא מצי למימר מי יימר דמשתבעת. לולא דברים הנ"ל הייתי יכול לומר שגדולי המורים הנ"ל סוברים

דאביי אזיל בתר דאורייתא והא דפריך הגמ' גבי חשוד נימא לי' מי יימר א"ש לפי דעת התוס' כנראה מדבריהם בתירוץ השני בסוגי' דההיא רעי' בד"ה שכנגדו דמדאורייתא לא מיקרי חשוד אינו יכול לישבע ועיקר הדין דבחשוד שכנגדו נשבע ונוטל אינו יכול לישבע לא שייך מי יימר דמשתבעת דהא מדאורייתא מחזי חזי בלא שבועה שכנגדו וקצת מזה כ' בתומי' סי' צ"ב ס"ק יו"ד ובמ"א בארתי שהרשב"א בעצמו נתכוון לזה בתשובה הנ"ל ובתחלה כ' דמהאי דשבועות העדות מוכח שלא תיקנו חכמים שבועה לכשנגדו רק בחשוד דשייך לא שבקת חי משא"כ בשארי מתושאיל"מ ואח"ז מצדד שהראי' משבועות העדות יש לדחות. וכ' בזה"ל והראי' משה"ע שאמרתי דמשמע שיטול בלא שבועה כלל היינו מדאורייתא אבל מדרבנן חייב עכ"ז כוונתו כמ"ש ראייתו של הרשב"א הי' לשיטתו שסובר דגם בחשוד שורת הדין מדאורייתא מתושאיל"מ וכיון שעכ"ז פריך הגמ' לאביי מי יימר דמשתבעת ע"כ צ"ל דלא ניחא להגמ' לתרץ דאביי סובר כר"פ ולא כראב"י דהילכתא כוותי' דראב"י ולזה הוכיח הרשב"א כסברתו דרק בחשוד תיקנו חז"ל שבועה על שכנגדו מטעם לא שבקת חי משא"כ בנ' ידענא ונ' לא ידענא וכן בנסכא ולבסוף מסיק ליישב דעת המורים גם בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא צריך שכנגדו לישבע ממילא ה"ה בנסכא והא דלא קשה בנסכא לימא לי' מי יימר דמשתבעת. די"ל דאביי סובר כר"פ דאזלינן בחר דאורייתא ובגבי חשוד דעת המורים הנ"ל דמדאורייתא לא שייך כלל דין מתושאיל"מ דיכול לישבע רק שאין אנו מאמינין לו ולא מניחין אותו לישבע ע"כ כיון דכל עיקר הדין גבי חשוד מתושאיל"מ אינו אלא מדרבנן שפיר פריך הגמ' מי יימר דמשתבעת אבל בנסכא ל"ק מי יימר דמשתבעת דהא מדאורייתא מחזי חזי בלא שבועה

היוצא מזה דלשיטת גדולי המורים דגם בנ' ידענא ונ' לא ידענא יש חיוב שבועה על שכנגדו צ"ל דאביי אזיל בתר דאורייתא כר"פ דאל"כ נשאר קשה עליהם קושי' הרשב"א דגם גבי נסכא נימא מי יימר דמשתבעת. והרי לפי דברי הקדמונים מבואר דאביי לא אזיל בתר דאורייתא.

ונראה לי ליישב שיטות גדולי המורים הנ"ל בדבר חדש שאף שלא נחתו לסברת הרשב"א שתק"ח בחשוד שישבע שכנגדו הוא מטעם לא שבקת חי וע"כ דעתם דגם בנ' ידענא ונ' לא ידענא צריך שכנגדו לישבע מדרבנן ויסודם מדברי הירושלמי בפ' הכונס המובא באלפסי במעשה דחד בר נש דאפקיד גבי חברי' שק צרור כו' יעו"ש דמיירי בכה"ג מ"מ יש סברא לומר דגבי נסכא לא הי' באפשר לחייב את שכנגדו שבועה דאם הוי רמי רבנן שבועה על שכנגדו הי' נתרועע יסוד הדין גבי נסכא לחייב במתושאיל"מ כאשר אבאר

ואקדים דברי הרמב"ן בחידושיו למס' ב"ב דף ל"ג ע"ב בסוגי' דנסכא שמפלפל בקושי' וכ' בסוף בזה"ל ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינה ע"א עד שישבע הלה להכחישו וכ"ז שלא נשבע הרי העד נאמן וכמי שחטף בפנינו דמי ולפיכך אינו נאמן לומר דידי חטפי אפילו בשבועה עכ"ל תורף כוונת הי"מ הנ"ל מיוסדים על דברי עולא במס' סוטה דף ל"א דאמר כ"מ שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים וסוברים דשייך זה גם בעד הקם לשבועה דאף שיש ביד הנתבע להכחיש דבריו בשבועה מ"מ כ"ז שאין שכנגדו נשבע תורת נאמנות להעד כשנים (ויש בזה אריכות בתה"ד סי' של"ד ובש"ך חוה"מ סי' פ"ז ס"ק ט"ו ואכ"מ) והנה בקצה"ח סי' ל"ח ס"ק ה' כ' בזה"ל עד המעיד לחייב שבועה ולא הי' יכול לישבע מפני שהי' חשוד או שטוען אינו יודע בענין דנתחייב לשלם משום דין מתושאיל"מ והוזם מי שייך בי' כאשר זמם ולכאורה משמע מדברי תוס' דשייך בזה כאשר זמם יעוין בפ"ק דב"מ דף ב' בתוס' דיה ע"א יוכיח וז"ל כי מה שהעד אינו משלם כשהוזם אינו חומרא אלא לפי שבעדותו אינו מחייב ממון ומשמע דהיכא דמחייבי ממון שייך בי' כאשר זמם. אלא שלבי מהסס דקרא כי כתיב כאשר זמם בשני עדים הוא דכתיב כו' ע"כ וכתבתי בגליון אישתמטי' מיני' נוסחא שיש ברמב"ם הלכות עדות פכ"א הלכה ה' וז"ל בא ע"א והעיד שזינתה אחר קינוי וסתירה ונמצא אותו העד זומם משלם כתובתה ע"כ הרי להדי' לפי נוסחא זו דאף בע"א היכא דמחייב ממון בעדותו ישנו בעונש הזמה. עכ"ז פשוט בע"א מעיד על החשוד לפי תקנות חז"ל שמחויב שכנגדו לישבע אף אם הוזם העד אינו בעונש הזמה לפי דברי הריטב"א הנ"ל שהבאתי מדכתיב כאשר זמם לעשות נשמע דעל גורם לא מחייבין עדים זוממים ובגוונא דחשוד כיון שאין לחייב את החשוד לשלם כ"א כשנשבע שכנגדו ושייך בודאי מי יימר דמשתבע לשקר ולא הוי עד אלא גורם בעלמא וא"ל דא"כ דליתא בהזמה יובטל עדותו ז"א דהא לדינא דאורייתא שהי' צריך החשוד לשלם אף בלא שבועה שכנגדו ישנו בדין הזמה ואחר שתקנו חז"ל שישבע שכנגדו דאינו בהזמה ל"ל בי' דהא לפי תקנת חז"ל באמת אינו אלא גורם דמצי למימר מי יימר דמשתבעת ובפרט לשקר ובכה"ג לא אמרה תורה כלל כאשר זמם וא"ל כיון דלפי האמת אינו בהזמה אמאי נקרא החשוד מחויב שבועה זה ליתא דהא לענין חיוב שבועה נגד העד ג"כ לא נאמר דין הזמה וכ"ז א"ש בע"א דמעיד על החשוד שאין צריכין בו לומר דעד נאמן כתרי כ"ז שאין הנתבע נשבע להכחישו רק שהעד מחייבו שבועה וכשאינו יכול לישבע חייב ממילא במתושאיל"מ אבל בנסכא שיש להחוטף לפטור א"ע בשבועה דידי חטף במיגו דלא חטפתי וא"א לחייבו רק במה שאנו מחזיקין כדעת היש מי שפירשו הנ"ל דכ"ז שאין שכנגדו נשבע נאמן אותו העד

בעדותו כשנים ואם לא הי' עד כלל מעיד שראה החטיפה הי' החוטף פטור בטענותו דידי חטף במיגו דלא חטפתי ומחמת עדותו של אותו העד מבטלין המיגו כי מחזקינן נשאר להעד נאמנות כשנים כנ"ל במה שמעיד שראה החטיפה וממילא שורת הדין שאם מוזם ע"ז בעמנו הייתם שלא ראה את החטיפה מחויב לשלם להחוטף מדין הזמה וכיון דשייך בי' הזמה א"א לקבל עדותו כ"א היכא דאפשר בהזמה. וכ"ז כשאין צריך הנחטף לישבע שדידי' חטף אבל אם הי' תיקון חכמים שגם הנחטף צריך לישבע שדידיה חטף תו לא הי' אפשר להתקיים דין הזמה בעד המעיד על החטיפה משום דהוי אינו אלא גורם וממילא כיון שאינו בהזמה אין לקיים עדותו כ"א לחייבו שבועה ולא לאחשבי' כשנים לחיוב ממון והדר דינו למפטר את החוטף בשבועה דידי חטף במגו דלא חטפתי ויעוין בשו"ת מיימוני לספר משפטים סי' ס"א שהר"מ פוסק בנ' ידענא ונ' לא ידענא מחויב שכנגדו לישבע אבל בנסכא ליכא שבועה על שכנגדו כדמוכח מהכא אבל מש"כ שהטעם בנסכא משום שעד מסייע פוטר קשה להבין דהא אין מקום להטיל שבועה על שכנגדו רק דשלו הוא ולא כדברי החוטף דאמר שהוא גזלו ממנו תחלה וחטף ממנו את דידי'. ואין העד המעיד על החטיפה מסייע לשום א' מהטענות שביניהם על קודם החטיפה דשל מי הי' הנסכא:

עוד למדתי מדברי הר"מ שם די"ל דהיכא שיודע העד דכשכנגדו הוא חשוד ומיד בעדותו הוי קם לממון אין שורת הדין מדאו' לומר בכה"ג מתושאיל"מ. משא"כ בנסכא שהי' ביד החוטף לטעון לא חטפתי ולא הי' מתחייב ממון עפ"י העד וגם דברים אלו צריכים עיון שבתחלה כ' בעצמו דהמעשה בנסכא ע"כ מיירי שאחר שטען דידי חטף בא העד וע"כ מתחייב ק"ש בכבישות עדותו דאם העד מושבע תחלה לא הי' מיקרי אלא גורם לממון:

ובדרך פלפול נ"ל ליישב קושי' הרשב"א מה שמקשה על הגמרא דפריך מי יימר דמשתבעת. דילמא סובר כר"פ דאזלינן בתר דאורייתא ושבועה דכשנגדו אינו אלא מדרבנן בהקדם ליישב הא דהשמיט הרמב"ם בדין שבועות ע"א נסכא דר"א ולא הזכיר אלא במשביע היכא ששנים חשודים י' ואקדים תחלה דברי הרמב"ם הלכות טוען בפ"ד הלכה ח' שכ' בזה"ל מעשה באחד שחטף לשון כסף מחבירו בפני ע"א ואמר אח"כ חטפתי ושלי חטפתי ואמרו חכמים ה"ז מחויב שבועה ואיל"מ ע"כ מדדייק לשונו וכ' ואמר אח"כ כו' נ"ל שסובר דדוקא בכה"ג שהי' ביד הבע"ד להכחיש את העד בטענה לא חטפתי הוא דאמרי' מתושאיל"מ. משא"כ היכא שטען תחלה דידי חטפתי ואח"כ בא העד כאשר מצדד כן הר"מ בתחילת דברי התשובה הנ"ל אבל הוא בעצמו סותר דבריו מסוגי' דהכא דכיון שמחייבין שבועת עדות את העד גבי נסכא ע"כ מיירי שכבר טען

החוטף דידי חטפתי ואח"ז משביעו התובע את העד דאל"כ לא הוי העד בעת שהושבע רק כעד הגורם לממון א"ו מיירי שכבר טען החוטף דידי חטפתי והי' העד קם לממון בעדותו ונ"ל דסברת הקצה"ח הנ"ל כיון דדין הזמה דכתיב בתורה גבי שני עדים אין ללמוד ממנו שיהיה שייך עונש הזמה בע"א מיתלי תלי במחלוקת הקדמונים אם גם בעידי ממון אמרי' כאשר זמם ולא כאשר עשה דלשיטת הסוברים דבממון עונשין מן הדין לכך יש חיוב הזמה גם בכאשר עשה. כ"כ יש לחייבו בע"א הקם לממון בעונש הזמה בק"ו מב' עדים ולהסוברים ומכללם הריטב"א בחידושיו למס' מכות דגם אין אמרי' כאשר זמם ולא כאשר עשה משום שאין עונשין מה"ד. אין ללמוד בע"א לחייבו בעונש הזמה בק"ו מב' עדים דאין עונשין מה"ד וכיון שא"א לחייב ע"א בעונש הזמה שורת הדין שלא יועיל עדותו לענין ממון בק"ו מב' עדים דהיכא שא"א לקיים בהם דין הזמה אינם קמים לממון בעדותם לפי"ז לא משכחת מדאורייתא לדין מתושאיל"מ בחשוד לחייב שבועה נגד עד דהא בכה"ג הוי עד שאינו בהזמה וצ"ל דהא דאמרי' גם בזה מתושאיל"מ באמת אינו אלא מדרבנן וכיון דכשנגדו נשבע ונוטל לא מיקרי כלל שקם לממון אלא גורם לממון ובגורם גם בשני עדים לא נאמר דין עונש הזמה כלל. והא דאמרי' גם בשניהם חשודים מתושאיל"מ ג"כ א"ש לפי דברי הרמב"ם דלפי תקנות חז"ל שלא להצריך דו"ח בדיני ממונות גם עדות שאאי"ל מועיל בממון יעוין בלח"מ פ"ג מהלכות עדות דין ב' שמוכיח מדברי הרמב"ם בפ"ה מהלכות סנהדרין שדעתו דגם לענין דרישה וחקירה שוה גזילות לדיני קנסות דעיקר תקנת חכמים שלא להצריך דו"ח לא הי' רק בדיני ממונות דשייך בכו נעילת דלת וכן מורה תחלה לשון הרמב"ם שם בפ"ג מהלכות עדות שכ' בזה"ל אבל אמרו חכמים כדי שלא תנעול דלת בפני לווין אין עידי ממון צריכין דו"ח כיצד אמרו העדים בפנינו הלוה זה את זה מנה בשנה פ' אע"פ כו' במה דברים אמורים בהודאות והלואות מתנות ומכירות וכיוצא בהן כו' ע"כ. ומדכ' וכיוצא בהן משמע שסובר דבגזילות בעינן דו"ח כמו בדיני קנסות ממילא ה"ה דבעינן גבי עדות בגזילות שיהי' אפשר בהזמה כדין תורה וא"כ בנסכא שהיא גזילה בעינן דו"ח וה"ה דבעינן גבי' עדות שאי"ל ויעוין בכ"מ בפ"ה מהלכות סנהדרין הי"ג שמביא בשם הנ"י שכ' שדעת הרא"ה דכל גזילה שהוא דומי' דויגזול את החנית וגו' הוא מילתא דלא שכיח ובעינן דו"ח. ומה שמקשה שם הכ"מ על הרמב"ם שנראה כסותר דבריו ממש"כ הרמב"ם מי שגנב או גזל גובין ממנו הקרן דייני חו"ל כו' יש לדחות דמיירי דליכא הכחשה ולא צריך למדייני' רק לגבות מנכסי הגזלן לפי"ז בגזילה א"א שיהי' ע"א שאינו בהזמה קם לממון וע"כ לא משכחת לשיטת הרמב"ם בזה דין נסכא דר"א רק היכא שהעיד העד תחלה

קודם טענות החוטף שאז לא עשה כ"א לחייב שבועה ולכך מדייק הרמב"ם בדין נסכא ואמר אח"כ חטפתי על מה שכבר העיד עליו העד שחטף הודה על החטיפה וטוען דידי חטפתי וע"ז הוא שאמרו חכמים מתושאיל"מ דהא העד כי אתי לא אתי אלא לשבועה לפי"ז לא משכחת כלל חיוב שבועות עדות בע"א דר"א ולאביי שסובר גם בע"א דר"א יש חיוב שבועות עדות י"ל שסובר כנראה מהסוגיא דהחובל דף פ"ד ע"ב דרק בחבלות בעינן מומחים ולא בגזילות והרמב"ם תופס להלכה כסוגי' דסנהדרין דגם גזילות בעינן מומחים וה"ה דו"ח או י"ל שאביי חולק על רבא בסנהדרין דף ל"ב ע"ב שמחלק לענין דו"ח בין דיני קנסות לדיני הלואות ורומי' דגמ' שם על מתני' דאחד דיני ממונות מתרץ כדרב חנינא שם דלא נחית לחלק בין ממון לקנס משמע לכאורה שסובר שכל עדות שאינו בד"נ רק בדררא דממונא ובכללם גם דיני קנסות ובגזילות לא בעינן דו"ח דבלא פלוג הי' תקנות חז"ל דלא נבעי בכל עדות ממון דו"ח וה"ד דלא בעינן עדות שאי"ל ושפיר משכחת דין נסכא דר"א היכא שהחוטף טען תחלה דידי חטפתי ואח"כ מעיד העד על החטיפה. ובכה"ג שייך שפיר חיוב ק"ש בע"א. עוד מקום אתי לומר דאביי לשיטתי' שסובר שעונשין מה"ד כדאי' בסנהדרין דף נ"ד ע"א ודף ע' ע"א גם בע"א היכא שקם לממון יש חיוב עונש הזמה והמעיין היטב ברש"י שם בסנהדרין ע"ו ד"ה גלוי מילתא יראה שאליבא דאביי לא שייך למפטר ע"א מחיוב הזמה מטעם דאין עונשין מה"ד ואין גילוי מילתא יותר מזה דאם בב' עדים המוזמים דאיכא למימר מאי חזית דסמכית אהני כו' הטילה התורה עונש בע"א כשקם לממון לכ"ש:

היוצא מדברי הנ"ל דהך דינא בע"א דכשנגדו חשוד על השבועה דאמרינן מתושאיל"מ לא משכחת מדאורייתא דהא מדאו' אפי' בשני עדים אינם נאמנים כשאינם בעונש הזמה (ורק מדרבנן ל"צ שיהי' בהזמה אחר התקנה דלא בעינן דו"ח בממון וכ"כ ל"צ שיהי' אפשר בהזמה וא"כ לא הוי משואיל"מ רק מדרבנן] וא"כ מקשה הגמ' שפיר מי יימר דמשתבעת. ול"ק קושי' הרשב"א הנ"ל דילמא אביי סובר דאזלינן בתר דאורייתא ז"א דהא כל עיקר דינא דבחשוד גבי ע"א שיהי' שכנגדו נוטל אינו כלל מדאורייתא ומיושב נמי קושית הר"ן ר"פ כה"נ דלמה תני תנא דמתני' שכנגדו חשוד על השבועה במנין דנשבעין ונוטלין. דלא מיירי אלא באותן שמן הדין אף בשבועה לא הי' נוטלין וע"כ לא תני שם במתני' פוגמת וע"א מעידה שהיא פרוע אבל לפי הנ"ל לק"מ דבע"א שכנגדו חשוד על השבועה לא הוי מדאורייתא דין מתושאיל"מ דכיון שאין העדים בעונש הזמה:

הן אמת שרש"י מפרש המשנה שם שכנגדו חשוד על השבועה מיירי במודה במקצת ותרצתי במק"א דלפי דברי רבה בטעם חיוב שבועה במודה במקצת הוא משום דלא

אמרי' מגו דהעזה לפטורי משבועה אין לחייב חשוד מודה במקצת מדאורייתא מדין מתושאיל"מ דא"כ שמחויב לשלם הוי מגו לאפטורי מממון ואמאי לא יהי' הנתבע נאמן באותו מגו והא דפסקינן באמת אף במודה במקצת בשניהם חשודים מתושאיל"מ א"ש לפי מש"כ הפנ"י ריש ב"מ דאף רבה מודה לאביי דמדרבנן אמרי' דשמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו וממילא ליכא מגו כלל מדרבנן גבי מודה במקצת די"ל שאין לו ס' מלוה ישינה רק על אותו חצי שכופר ולא הוצרך רבה לטעם דאין אדם מעיז אלא לדין דאו' כמו שמדייק רבה ואמר מפני מה אמרה תורה כו'. דמדאורייתא לא חיישינן לספק מלוה ישינה והוי מגו גמור מדאורייתא לולא הטעם דחזקה דאין אדם מעיז כו' ועכ"פ יצא לנו מדברי אלה דבחשוד מודה במקצת ליכא לחייב ממון מדאורייתא ומיושב קושי' הר"ן הנ"ל ולזה דייק רש"י לפרש המתני' דמיירי בחשוד מב"מ אבל חשוד נגד ע"א סובר רש"י דמדאורייתא אמרי' מתושאל"מ וכל כה"ג שמדאו' נוטל בלא שבועה לא חשיב שם במתני' ויש להוסיף עוד דרש"י בזה לשיטתו (דלפי פרושו במס' ב"מ דף ד' ע"א ד"ה תורת הזמה לא פריך יעו"ש) שלא נחית לפרש כדאי' בתוס' שם ד"ה ע"א יוכיח:

והנה לכאורה דמיתי לומר דאכתי משכחת משביע ע"א דר"א שלא יבוטל מחמת דין עדות שאאי"ל כגון שהחוטף מודה שחטף בפני אותו העד אבל דידי' חטף וכ"ז שאין העד מעיד נאמן הלה בטענותו דדידי' חטף ואם יעיד העד עדותו יהי' הדין לחייב החוטף במתושאיל"מ ולא בעינן הכא שיהי' אפשר בהזמה דהא החוטף בעצמו מודה שהעד אומר אמת שראה החטיפה אמנם לפי האוקמתא דרב אחא ברי' דרב איקא במס' ב"ק דף ע"ה ע"ב במחלוקת סומכוס ורבנן נראה דלפי דברי חכמים דהתם היכא שהבע"ד בעצמו אומר תחלה שגנב וטבח בפני פ' ופ' ואח"כ באו אותן העדים והעידו שבפניהם גנב וטבח פטור מקנס משום דהוי עדות שאאי"ל כיון שהוא בעצמו הודה תחלה שבפניהם טבח ומכר ותו לא משכחת בהם דין הזמה והוי ככל עדות שאאי"ל שאינה עדות ועד"ז י"ל ג"כ הכא דאם אינו מודה תחלה שחטף בפני פלוני א"א לחייב את העד בשבועות העדות דמי יימר שיודה הלה שחטף בפני אותו העד והוי רק כגורם לממון. ואם כבר הודה החוטף תחלה קודם העדאת העד שבפני אותו העד חטף ממילא א"א שיהי' שייך דין הזמה גבי אותו העד דהא הבע"ד בעצמו כבר הודה שכדברי העד כן הוא:

ומלבד זאת י"ל דהרמב"ם לשיטתי' שפוסק בפ"ב מהלכות טוען ד"ג דאם אדם מודה מעצמו שהוא חשוד אין שכנגדו נשבע ונוטל מטעם דאין אדם מע"ר ואינו נעשה חשוד עפ"י הודאת עצמו אפשר גם הכא גבי נסכא אם החוטף בעצמו מודה שאותו העד ראה החטיפה אין הודאת הזה גורמת לו להיות חייב מדין מתושאיל"מ דהוי כמשים עצמו

רשע בהודאתו דהא בודאי פשוט דהחוטף בינו לבין עצמו נסכא בחזקת שהוא שלו אין עליו שם גזלן כלל דיודע בעצמו דדידי' חטף וכמבואר בש"ע חוה"מ סי' ד' דבכה"ג עביד אינש דינא לנפשי' ומותר לו לכתחלה לחטוף את שלו המכיר ביד חבירו ולא מחשבינן את החוטף לגזלן רק מפני שחטף בפני ע"א דהוי כב' כ"ז שאינו נשבע כנגדו וע"כ דינו כגזלן ואינו נאמן אף במגו דהחזרתי משום דהוי כגוזל חבירו בפני עדים דצריך להחזיר לו בעדים כן דעת הרמב"ם אהא דנסכא כמבואר במ"מ הרי דהודאתו להעד באמירתו שראה החטיפה הוי כמשוה א"ע בזה לגזלן ע"כ שורת הדין שלא לחייבו ע"י הודאה זו וכדין דאאמע"ר ואין לומר דל הודאתו ונחייבו ע"פ עדות העד לבד ז"א שהרי בלא הודאתו ליכא לחייבו עפ"י העד כי אין הע"א בהזמה ובטל עדותו כדין כל עדות שאאי"ל כנ"ל כ"ז נכון לשיטת הרמב"ם שהבאתי לעיל דאם אדם מודה מעצמו שהוא חשוד לא אמרי' בי' שכנגדו נשבע ונוטל. אבל הרמ"ה חולק ע"ז וכמבואר בטוש"ע סי' צ"ב:

והנה סוגיא דההיא רעי' בב"מ דף ה' ע"א יש לכאורה ראיה מדברי אביי שם כדעת הרמ"ה. כי כן דברי הגמ' שם. ההיא רעי' דהוי מסרו לי' כל יומא חיותא בסהדי יומא חד מסרו ליה בלא סהדי לסוף אמר להד"מ אתו סהדי אסהודי בי' דאכל תרתי מיניהו אמר רב זירא אם איתא לדר"ח קמייתא משתבע אשארא א"ל אביי אם איתא משתבע והא גזלן הוא א"ל שכנגדו קאמינא והנה לכאורה קשה לפי שיטת הרמב"ם המובא בת"י ר"פ ב"מ שסוברים דמב"מ אינו חייב שבועה דאורייתא אלא היכא דהוי יכול לכפור גם אותו מקצת אבל היכא דאינו יכול לכפור הו"ל הילך ולא מיקרי כלל הודאה ודעת הר"ן ר"פ שה"ע והריטב"א ריש ב"מ בסוגיא דר"ח. דבכה"ג פטור משום דהוי שע"ק ומקשה הנ"י דא"כ למה מחייב ר"ח בעדים מעידים שיש לו חמשים זוז הא כיון דאינו יכול לכפור לא מיקרי הודאה ומתרץ הנ"י דאין העדים מעידים רק שיודעים שפלוני לוה מפלוני נ' זוז אבל אינם יודעים להעיד שלא פרע ומחמת שכפר זה ואמר להד"מ הוי כאומר לא פרעתי וכן הוא בריטב"א ובר"ן ויעוין ש"ך סי' פ"ז ס"ק י"ב וע"כ שפיר הוי הודאה במקצת דהא הי' יכול לכפור ולפטור א"ע בטענת פרעתי וקשה לפי"ז הא גבי ההיא רעי' הוי אינו יכול לכפור כלל דהא אהני תרי דאכל הי' בגזלנותא. והגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים ולא הי' נאמן בטענת תשלומין וא"כ לא מיקרי מב"מ כלל אף לשיטת ר"ח קמייתא אי משום הילך דקי"ל דפטור אי משום דבכה"ג הוי שע"ק. וצ"ל דמ"מ הי' מציאות לפטור א"ע בטענת לקוח אף דהנודרת אין להם חזקה ולא מצי למטען לקוח רק על אותן גודרת דמסורים לרעי' כדאי' במסכת ב"ב דף ל"ו ע"ב וממילא הרעי' גופא בודאי לא יכול לטעון לקוח. ז"א אלא להרועה שדרכן של ב"א ליתן לאותו רעי' לרעות

אבל ההיא רעי' דהכא דהוי מסרו לי' כל יומא בסהדי הרי דלא האמינו לרועה למסור לו בלא עדים ואם במקרה נזדמן שמסרו ליה בלא סהדי בודאי מצי למטען לקוח היא בידי וא"ש בזה מה שהאריך הגמרא בהמעשה ואמר דהוי מסרו לי' כל יומא חיותא בסהדי דאי היה רועה נאמן להם תמיד למסור לו בלא סהדי לא הי' נאמן בטענת לקוח כמו כל אומן שאינו נאמן על טלית שבידו לומר לקוח וכיון שבאו עדים שראו בידו תרי מינייהו שאכלם לא הוי מצי למפטר נפשי' לא בטענת תשלומין ולא בטענת לקוחים הם בידי וכיון שאינו יכול לכפור לא הוי מצי למחייבי' שבועה מדרח"ק והשתא דאתינא להכי קשה מאי פריך אביי הא גזלן הוא הא אנן לא ידעינן ע"פ בירור בעדים שהוא גזלן כ"א מחמת הודאת הרועה בעצמו ומתוך שטען להד"מ הוי כאומר שלא לקח אותן חיותא ע"ד כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואמאי יהי' דינו בחשוד שיהיה כנגדו נשבע ונוטל וצ"ל דאביי סובר כשיטת הרמ"ה הנ"ל דגם בחשוד ע"פ עצמו אמרי' שכנגדו נשבע ונוטל וא"כ גם בנסכא משכחת שיחויב מחמת מתושאיל"מ בגוונא דלעיל היכא שהודה החוטף בעצמו שחטף בפני אותו העד. וא"ש לאביי לשיטתי' מה שאמר הכל מודים בע"א דר"א:

אמנם א"כ צריכים למצוא טעם לדעת הרמב"ם למה פוסק בזה דלא כאביי ומצינו למימר דהרמב"ם מוקי אביי בשטתי' דר"י במס' סנהדרין דף ט' דפליג על רבא וסובר דאדם מע"ר ואפי' לפסול א"ע לעדות וכ"ש לעשות עצמו חשוד לדון בו שכנגדו נשבע ונוטל ולדידן דפסקינן כרבא דאאמע"ר אף כשמודה בעצמו שהוא חשוד אין שכנגדו נשבע ונוטל ואפשר מה"ט לא הביא הרמב"ם בחיבורו מעשה דההיא רעיא:

אמנם האמת יורה דרכו דהרמב"ם לשיטתי' שכ' בפ"ד מהלכות טוען דין יו"ד בזה"ל מנה לי בידך אין לך בידי כלום והעדי' מעידים שעדיין יש לו אצלו חמשים פסקו כל הגאונים שישלם נו"ן וישבע על השאר עכ"ל.. הרי להדי' שדעתו דאף דאינו יכול לכפור הוי כהודאה במקצת אם החיוב הוא ע"י עדים ולכך הוצרך הרמב"ם לומר הורו הגאונים דאי מר"ח קמייתא הוי מצינן לומר כדעת הנ"י דמיירי בהי' יכול לכפור וכנ"ל וי"ל בשיטת הגאונים שדעתם דע"כ צ"ל דמיירי ר"ח כשהעדים מעידים שעדיין חייב לו דאי לא מיירי רק כשהעדים אינם יודעים שעדיין ח"ל ועיקר החיוב בא מחמת הודאתו דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי. בכה"ג למה צריכין כלל למילף מהי' ע"א תיפוק לי' דהוי כהעדאת עצמו שמתוך טענותו שאמר לא לויתי נחשב להודאה שלא פרע והודאה כזו ליתא בהכחשה והזמה. דאף אם העדים שמעידים שלוה מעידים גם על פרעון מחייבים אותו לשלם מצד הודאתו דכל האומר לא לויתי כו' אלא ע"כ דר"ח מיירי כשהעדים

מעידים שעדיין חייב לו וליכא כלל חיוב במקצת מצד הודאה מהנתבע רק ע"י עדים. וכה"ג הוא דצריכי לילפותא דר"ח ופריך הגמ' שפיר מה לפיו שכן אינו בהכחשה לפי"ז שפיר י"ל דמעשה דההיא רעי' הי' בגוונא דלא הי' יכול לכפור ואיש קושי' אבייי אם איתא משתבע והא גזלן הוא ולפי הנ"ל ניחא דלא הוי מצי להקשות והא גזלן הוא דהוי מצינן למימר דמעשה דההיא רעי' הוא בגוונא דיכול לכפור וכיון דהוי מצי טען לקוח לא הוי כגוזל בעדים ואין לו דין חשוד וכדעת הרמב"ם אמנם מדאמר ר"ז אם איתא לדר"ח נשמע שמיירי שאינו יכול לכפור כלל. דאי ביכול לכפור למה תלי ר"ל חיוב שבועה בדר"ח תיפוק לי' אפי' אי ליתא לדר"ח יש לחייבו בכה"ג שבועה כיון דעיקר החיוב במקצת בא מצד הודאת הרועים בעצמו דמכיון שאמר להד"מ הוי כמודה שלא לקחם. ולזה דייק אביי בקושייתו אם איתא לדר"ח משתבע כלומר כיון שאתה תולה דין זה דוקא בדר"ת ע"כ מיירי דלא צריכים כלל להודאת הרועים ויש לפסלו מחמת העדים והרי הוא כגזלן בעדים והאיך אפשר לחייבו שבועה והא גזלן הוא. ודוק היטב:

עוד בסוגיא הנ"ל

באופן אחר נלע"ד ליישב קושי' הרשב"א הנ"ל דמה מקשה הגמ' מי יימר דמשתבעת. דילמא אביי סובר כר"פ דאמר לאפוקי מלך אכל משחק בקובי' לא כיון דמדאורייתא מחזי חזי וכיון דאזלינן בתר דאורייתא אין לפטור העד במי יימר דמשתבעת דהא שבועה זו אינו אלא מדרבנן גם ליישב קושי' הלח"מ פרק יו"ד מהלכות שבועות הלכה י"א למה השמיט הרמב"ם דבאמר לדידה ולא אמר לב"ד פטור והניח בצ"ע ואקדים ליישב דברי הגמ' לעיל מר סבר ע"א כי קא אתי לשבועה קא אתי ומס לממונא קא אתי. ומתפלא הרשב"א מה ס"ד לטעות כזה שיהי' דעת ר"א בר"ש דלא בעינן כלל שני עדים בממון דברש"י מס' ב"ק דף נ"ו ע"א ד"ה אם לא יגיד כתב ב' טעמים דבע"א לא שייך אם לח יגיד טעם הראשון משום ליכא בעדותו תועלת חיוב ממון ועוד מדכתיב והוא עד וקי"ל כל שנאמר בתורה עד הרי כאן שנים. ולכאורה קשה דא"כ מאי כ"ע מודים בעד טומאה דחייב בק"ש העדות נמעט מוהוא עד דמשמע שנים דוקא וצ"ל לפי מאי דקי"ל כעולא דאמר בכ"מ שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים גם עד טומאה שהאמינתו התורה כשנים הוא בכלל והוא עד וי"ל דלהכי אפקה רחמנא לכתוב בלשון יחיד לאורוי דהיכא שיש נאמנות על העד כשנים גם ע"א חייב בק"ש (וכעין זה כ' הרא"ש בפ"ק דב"מ) אמנם אכתי קשה לר"א בר"ש דמחייב ק"ש גם בע"א הקם לשבועה דגבי' לא שייך דברי עולא הנ"ל דבאמת אינו נאמן כשנים וביד הבע"ד להכחישו בשבועה ומה בכך דדבר הגורם לממון כמ"ד הא כתיב בקרא עד דמשמע שנים כנ"ל גם יש לדקדק לפי מה דאיתא

בסנהדרין דף למ"ד לעולם אין עדותן מצטרפת עד שיראו שנים כאחד כו' ויליף לה מדכתיב והוא עד או ראה וגו'. ותני' ממשמע שנאמר כו' זה בנה אב כ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים ואפקי' רחמנא בלשון חד (ומפרש רש"י מדכתיב והוא עד] למימר עד דחזי תרווייהו כחד ע"כ ולפי הנ"ל קשה דילמא להכי אפקה רחמנא בלשון חד כדי לחייב קרבן שבועות עדות אף בע"א היכא שנאמן בעדותו כשנים לחייב ממון אבל אם הי' מפורש בקרא להדי' שני עדים הי' ממועט מחיוב קרבן שבועה ע"א אפילו עד סוטה דאף דנאמן כשנים מ"מ נא יתכן לומר שע"א יתחייב בק"ש במקום דמפורש בקרא שנים וצ"ל כמ"ש התוס' שם בב"ק בד"ה פשיטא שכתבו בזה"ל וא"ת ה"מ כשעבר על שבועתו כדכתיב ושמעה קול אלה. וי"ל דה"ק קרא כשעובר בדבר שאם לא יגיד הי' נושא עון אז יביא ק"ש אבל בלא שבועה נמי איכא נשיאת עון כו' עכ"ל לפי"ז י"ל דכיון דגורם לממון כממון דמי בודאי יש נשיאות עון במניעות הגדה אף בע"א ממילא נשמע מזה דגם בע"א היכא שמועיל עדותו לחייב שבועה יש חיוב קרבן שבועה ואף דבנין אב דבכ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים שאני הכא דגלי קרא דכל היכא דשייך נשיאת עון על מניעת הגדה יש חיוב קרבן שבועה:

והנה לפי דברי הרמב"ן במס' ב"ב דף ל"ד בסוגי' דנסכא שכ' בשם יש מי שפירשו בזה"ל וטעם הדבר מפני שהתורה האמינה עד אחד עד שישבע הלה להכחישו. וכ"ז שלא נשבע הרי העד נאמן וכמי שחטף בפנינו דמי לפיכך אינו נאמן לומר דידי חטפתי ע"כ תורף הדברים דאף בע"א שקם לשבועה שייך לומר שהוא נאמן כשנים כל שאין הבע"ד המכחישו נשבע. וע"כ אף שיש להבע"ד מגו דלא חטפתי לא מיפטר בזה כיון דהוי ע"א כשנים. וכאלו תפס בפנינו דמי ולרב ושמואל דפליגי אר' אבא י"ל שסוברים שאין שם נאמנות כשנים לע"א הקם לשבועה ע"כ נאמן הבע"ד במגו לומר דידי חטפתי ומעתה י"ל דס"ד דגמ' לאוקמי במחלוקת דר"א ורב ושמואל בפלוגתייהו דת"ק ור"א בר"ש. דת"ק סובר דע"א כי אתי לשבועה קא אתי ומה שמחויב הנתבע לשלם כשאינו נשבע הוא רק מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולא משום נאמנות העד דלא האמינ' אותו התורה כלל כשנים לממון דלא כסברת היש מפרשים הנ"ל ור"א בר"ש סובר דכ"ז שאין שכנגדו נשבע נאמנותו של עד כשנים והוא בכלל והוא עד וע"כ מחייב ר"א בר"ש קשה"ע: ולזה מקשה הגמ' ותסברא כו' דמדברי אביי מוכח דאף היכא דלא שייך רק גורם לממון מחייב ר"א בר"ש קשה"ע. דהא בעדי סתירה גם העדים בעצמם אינם יודעים אם נטמאה או לאו ואם באמת לא נטמאה תשתה ותהי' מותרת לבעלה ולפי"ז למסקנת הגמ' דע"א לא אתי אלא לשבועה והיינו דלא כסברת היש מי שפירשו הנ"ל ועכ"ז מחייב ר"א בר"ש קשה"ע

בע"א הקם לשבועה לבד. צ"ל כמ"ש לעיל שמפרש הקרא דאם לא יגיד לא קאי ארישא דקרא ושמעה קול אלה אלא לאורוי' בכ"מ שיש נשיאות עון בכבישות עדותן בלא שבועה יש חיוב קרבן בשבועות האלה כדברי התוס' הנ"ל וכן מוכח מדברי אביי דיליף דאין חיוב ק"ש אלא בכפירה בב"ד דכתיב אם לא יגיד מקום שזה מגיד מתחייב זה ממון וקשה מנ"ל דקרא מיירי כשיש חיוב ממון דילמא החיוב משום שעבר על האלה. א"ו דאביי מפרש הקרא כמ"ש התוס' הנ"ל דאם לא יגיד מיירי דאף בלא שבועה איכא נשיאות עון והיכא דליכא חיוב ממון מהכ"ת יהי' בלא שום שבועה נשיאות עון בכבישות עדותו:

ובזה ארווח לן לפרש דברי הירושלמי בפרק שה"ע תני ר' ישמעאל ונשא עונו זה קרבן מנ"ל ב"ד הגדה הגדה מה להלן ב"ד והגידו לך את דבר המשפט] אף כאן ב"ד. כהדא אין מקבלין עדים אלא אם ראו שנים כאחת כו' והכוונה לדעתי דלר' ישמעאל שמפרש ונשא עונו קרבן הכוונה ואם לא יגיד אחר שמיעות הקול ואין הכרע דמיירי כשזה מעיד שנתחייב לזה ממון וליכא למשמע דמיירי בב"ד די"ל דמיירי שלא בב"ד ונשיאות העון מפני האלה וז"כ הירושלמי מנ"ל ב"ד הגדה הגדה. ומה שמסיים הירושלמי כהדא עד שיראו שנים כאחת י"ל דבא ללמדנו בזה שחולק על ש"ס דילן וסובר דאין ע"א חייב קשה"ע אפילו בעד סוטה דא"ל כסברת התוס' במקום שיש נשיאת עון בכבישת עדות חייב בק"ש הא הירושלמי מפרש הקרא ונשא עונו זה קרבן וא"כ קאי לא יגיד על ושמעה קול אלה. וא"ל דלהכי אפקה רחמנא בלשון חד להורות כדברי עולא כ"מ שהאמינה התורה כו' ולחייב ע"א בקשה"ע. ע"כ מסיים כהדא עד שיראו שנים כאחת וא"כ מוכרח הכתוב לכתוב בלשון חד כנ"ל וא"כ ליכא למשמע שע"א יתחייב בקשה"ע:

היוצא מזה שיש מחלוקת בפרושו דקרא אם לא יגיד קאי על אחר שמיעת האלה או כפי' התוס' ולפי"ז יש לתרץ מה שמתמה הרשב"א על ר"פ דמחייב במשחק בקובי' קשה"ע כיון דמדאו' מחזי חזי אמאי הא כתיב אם לא יגיד והאי לאו בר הגדה הוא כלל. שמה"ט פוטר ראב"י אף שמדאורייתא מחזי חזי וכדאי' ביומא דף ע"ד ע"א דכתיב אם לא יגיד והאי לאו בר הגדה הוא כלל ולפמ"ש א"ש דהא ר"פ אותיב לאביי לעיל ממה דיליף מואם לא יגיד שצריך שתהא הכפירה בב"ד ומדלא ניחא לי' הילפותא דאביי נכון לומר דאתי לי' הך דינא שצריך שיהי' הכפירה בב"ד מהגדה הגדה כדברי הירושלמי ושפיר מצי סבר כר' ישמעאל דונשא עונו היינו קרבן ופרושו שאם לא יגיד לאחר שמיעות קול אלה אז ישא עון ותו ליכא ראי' דמיירי קרא במקום שאם מגיד יתחייב זה ממון דאף שאינו מחייב ממון ולאו בר הגדה הוא כלל מ"מ כיון דמדאורייתא מחזי חזי וקרינן בי' והוא עד נושא עון על השבועה שנשבע שאינו יודע לו עדות והרי הוא עד מדאורייתא

וע"כ דעת ר"פ דגם משחק בקובי' ישנו בחיוב קשה"ע ומיושב שפיר קושי' הרשב"א על ר"פ ולפי האמור מוכח שאביי דיליף מאם לא יגיד במקום שזה מגיד מתחייב זה ממון ע"כ לא ס"ל כר"פ אלא כראב"י ומקשה הגמ' שפיר על אביי מי יימר דמשתבעת ומיושב קושי' הרשב"א הנ"ל ודוק:

וידוע מחלוקת הרמב"ן ושארי הקדמונים דדעת הרמב"ן דאם משביע עד ושותק חייב ק"ש והקדמונים ומכללם הרמב"ם חולקים עליו וסוברים דבשתיקה לחוד ליכא חיוב ק"ש אלא בכפירה: ונראה דדין זה אי בעינן דוקא כפירה לחיוב ק"ש או אף בשתיקה לחוד חל עליו חיוב ק"ש מיתלי תלי בפרושא דהך קרא דאם מפרשינן דואם לא יגיד קאי אחר שמיעות קול אלה משמעותיו דאף בשותק אחר השבועה ואינו מגיד עדותו ישנו בחיוב ק"ש דקרא אם לא יגיד אף בשותק רק שלא יגיד את עדותו חייב ק"ש ואם הך קרא דואם לא יגיד קאי אכבישת עדות בלא שבועה עדיין י"ל דבשתיקה ליכא חיוב רק משום דלא יגיד שישנו בנשיאות עון מצד כבישת עדותו. אבל חיוב ק"ש ליכא אלא כשכפר שבכפירה משוה קבלות השבועה כמ"ש הרשב"א משא"כ בשותק ובזה מדויק מה דשינה הרמב"ם בפ"י מהלכות שבועות מלישנא דר"פ דר"פ אמר הכל מודים כו' ולא אמר לב"ד וברמב"ם אי' אשה שהשביעה ע"א שיעיד לה במיתות בעלה וכפר דמשמע דוקא כשכפר חייב אבל לא בשותק די"ל דהרמב"ם לשיטתי' שפוסק כראב"י דגם משחק בקובי' ליכא חיוב קשה"ע אע"ג דמדאורייתא מחזי חזי מ"מ פטור כיון דלאו בר הגדה הוא ולפי"ז ליכא חיוב ק"ש כ"א כשכופר העד להדי' אחר השבועה ולא בשותק. ולכן כתב הרמב"ם וכפר אבל ר"פ לשיטתי' דאזיל בתר דאורייתא ומחייב ק"ש אף היכא דלאו בר הגדה מצד פסול דרבנן ואין תועלת בעדותו לחייב ממון והיינו מפני שסובר דונשא עונו קרבן וקרא דאם לא יגיד מיירי אחר שמיעות קול אלה ומוכח לדידיה דיש חיוב ק"ש אף בשותק ולא כפר להדיא דקרא ושמעה קול אלה אם לא יגיד ואינו מגיד היינו ששותק ונשא עונו:

ולפי"ז מיושב קושי' הרא"ש שמקשה אמאי פוטר ר"פ מקרבן באמר לדידה ולא אמר לב"ד הא הדין בעד מפי עד אם כופר הראשון אין השני נאמן כמו שהוכיח הרמב"ן בסוגיא דמשמשתו נדה בכתובות דה ע"ב ע"א ולפי מה שבארתי דר"פ מיירי רק בששתק העד ולא כשכפר להדי' לק"מ דהא מסוגי' דמשמשתו נדה אינו מוכח אלא היכא שהראשון כפר ואומר שלא הגיד כלל להשני וכן מדויק בלשון הרמב"ן שכ' להדיא דין זה כשכופר הראשון הוא שאין השני שאמר משם הראשון נאמן ולפי"ז מיושב קושי' הלח"מ על הרמב"ם הנ"ל דלשיטת הרמב"ם דלא משכחת קרבן שה"ע רק כשכופר העד

לאחר השבועה אף באמר לדידה אם כפר אח"כ בב"ד מחויב הוא ק"ש דכיון שכפר ביטל מה שאמר לדידה ותו לא הי' ביד האשה שתלך לב"ד ותאמר מת בעלי [ובפרט לפי מה דאיתא בשו"ת הר"ן בע"א שאומר שלא בב"ד פלוני מת יכול לחזור ולהגיד רק שכ"ז שאינו חוזר ומגיד לא חיישינן לחזרה וע"כ יכולה האשה שתלך לב"ד ותאמר בסתם מת בעלי אבל פשוט כשכופר העד להדיא שלא אמר לה לא גרע מחוזר ומגיד] ודוק היטב:

עוד בסוגיא הנ"ל

באופן אחר נ"ל ליישב קושי' הרא"ש מה שהקשה אמאי פוטר ר"פ מק"ש באמר לדידה ולא אמר לב"ד. הא הדין בעד מפי עד אם כופר הראשון אין השני נאמן דלכאורה קשה מה קאמר הגמרא ש"מ משביע עידי קרקע פטור הא למאי דלא אסיק אדעתיה עדיין דמיירי בתפיסה מטלטלין קשה בפשיטות לימא מי יימר דמשתבעת בהשבעת כתובה שלא התפיסה בעלה צררי וא"ל דר"פ לשיטתי' דאזלי בתר דאורייתא דאמר לאפוקי מלך אבל משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי והחיוב השבעת כתובה אינו אלא מדרבנן ז"א דהא עד מיתה אינו נאמן אלא מדרבנן וא"ל כמ"ש התוס' לעיל דר"פ סובר דאזלינן לחומרא בתר דאורייתא ובתר דרבנן עכ"פ כיון דעד מיתה אינו אלא מדרבנן ליכא לחייבו בשבועות עדות היכא דאיכא למימר מי יימר דמשתבעת שבועה דרבנן וצ"ל דהוי מצינן למדחי' דמיירי ר"פ בגוונא שאין עלי' חיוב השבעת כתובה כגון שפטרה הבעל או שמת במדה"י לשיטת הסוברים דבכה"ג ליכא חיוב השבעת כתובה שעיקרו משום חשש צררי שמתפיס הבעל לאשתו סמוך למיתתו אבל א"כ יש לדקדק מה מקשה הגמ' ש"מ משביע עידי קרקע הא אפשר לומר דמיירי שמטלטלין של בעלה יש בפקדון ביד אחר ובכה"ג לא מיקרי לענין גביות כתובה מטלטלין דיתמי כמ"ש רש"י בכתובות דף פ"ד במשנה הניח מלוה ופקדון ביד אחרים ואף דהלכה שם כר"ע דאמר שנותנים ליורשים הלא טעמו מפני שכולן צריכין שבועה וזה לא שייך היכא שאין האשה בחיוב שבועה כלל ונלע"ד דבש"ך חו"מ סי' כ"ב ס"ק כ' מביא בשם הב"י והע"ש שסוברים דבטוען על חבירו את האמנת לי שאשבע ואטול תביעתי מאתך וזה כופר מחויב לישבע שלא האמינו להיות נשבע ונוטל ושאינו חייב לו ומקשה הש"ך דהא בחנוני על פנקסו שהדין דהחנוני נשבע ונוטל פוסק הר"ן בשם הרא"ה שאם הבעה"ב כופר וטוען שלא המחהו החנוני ליתן לפועלים א"צ לישבע כלל דלא מיקרי תביעות ממון אלא גורם וכיון דשייך לומר מי יימר דמשתבעת לא הוי אלא גורם ותרצתי בפשיטות דמי יימר דמשתבע לא שייך אלא היכא שיכול להיות שאינו יכול לישבע באמת כאשר כן הוא גבי חנוני דאף שהומחה ליתן לפועליו יכול להיות שלא נתן ואין בידו לישבע משא"כ בתובע מחבירו המגיע לו

ורוצה לישבע וליטול ובא בטענה שחבירו נתן לו נאמנות ע"ז שפיר יש לחייב את הנתבע שבועה להכחיש טענה זו ולא מצי למימר מי יימר דמשתבעת דהרי אם כדברי התובע כן הוא שזה חייב לו מה"ת לא ישבע שבועות אמת והוי תביעת דררא דממונא ממש שטוען בברי אתה בעצמך יודע שאני יכול לישבע על תביעתי ממך ובודאי אשבע והא דקאמר הכא בגמרא גבי עד א' מעיד נגד חשוד דמצי עד לומר לו מי יימר דמשתבעת ג"כ א"ש דהא לאביי דס"ל דחשוד אממונא חשוד אשבועתא כל עיקר שבועת התורה אינו אלא משום דילמא ס' מלוה ישינה א"כ אף שהעד יודע בעצמו שתביעתו של זה נגד החשוד הוא אמת ועכ"ז אם יש לחשוד כנגדו אצל זה מלוה ישינה כשיטול על שכנגדו שבועה לא יוכל לישבע. ע"כ ביד העד לומר מי יימר דמשתבעת דדילמא לא תוכל לישבע מחמת שידוע לך שאתה חייב לו מענין אחר כנגד חובך אצלו:

היוצא מזה היכא שידוע שביד הבע"ד לישבע שבועות אמת לא שייך מי יימר דמשתבעת ומעתה מיושב מה שהקשיתי דלפי הס"ד דהגמ' ש"מ משביע עידי קרקע חייב תיפוק לי' דיכול העד לומר מי יימר דמשתבעת לק"מ דממ"נ אי לא התפיס לה צררי מבעלה מה"ת לא תשבע באמת כדי לגבות כתובתה ואם התפיסה צררי הרי צריכה לעדותו של עד זה כדי שיהי' בידה לגבות כתובתה מאותה צררי דכ"ז שאינו מעיד לה אין הצררי בידה אלא דרך בטחון ולא לגבות ממנה וכן מבואר במפורשים קדמונים דמה"ט אף בתפיסת צררי יש חיוב שה"ע דצריכה לעדותו כדי שיהיה בידה לעשות גבי' לעצמה מהצררי ולפי"ז מיושב קושי' הרא"ש הנ"ל דאף דבעד מפי עד היכא שכופר ראשון אין השני נאמן מ"מ כשאמר לדידה ולא אמר לב"ד ליכא לחייב את העד ק"ש על כבישות עדותו דמצי למימר דילמא מלבד המטלטלין דתפיסה בידה כבר יש בידה מה דאתפסה בעלה צררי אשר אינו ידוע לנו ומחמת זה תהא מנוע מלישבע השבעות כתובתה ולא תבוא לידי גבי' מהמטלטלין דתפיסה בידה לעינינו ושייך שפיר מי יימר דמשתבעת וגוול דאף אם כן הוא הלא צריכין לעדותו כדי שיהא בידה לגבות מהצררי שאינו ידוע לנו ז"א דהא לצורך גבי' כזו אינה צריכה עוד לעדותו בב"ד דהא כבר אמר לדידה וכיון שהיא יודעת עפ"י דבורו שמת בעלה מה"ת לא תגבה לעצמה מהצררי שבידה אף שמכחישה אח"כ בב"ד ועל הב"ד להאמין העד הראשון יותר ממנה ז"א אלא אם צריכה לגבות ע"י עדות זה בב"ד משא"כ במה שתוכל לגבות לעצמה ממה שבידה אשר אין ידוע לב"ד ודו"ק:

אמר נכד המחבר המלה"ד אל יפלא בעיניך עין הקורא כי הדפסתי הדרוש הלזה מאוחר מן דרושים הקודמים וגם נמצאים בו איזו גרגרים אשר כבר באו בהקודמים. הסיבה לזה כי בא מאוחר לידי בעת כבר התחלתי בהדפסת עלים הקודמים. ומה גם מי אנכי לשלוח

יד בכתבי קודש אא"ז הגאון המחבר זצ"ל לזאת הצגתיו כאשר השגתיו מכ"י המחבר בלי שינוי וגרעון ואין בהמ"ד בלא חידוש:

בדין עדים פסולים מדרבנן אם חייבים קרבן שבועת העדות: [דף למ"ד] במשנה שבועות העדות נוהגת באנשים כו' בפני ב"ד ושלא בפני ב"ד מפי עצמו ומפי אחרים אינם חייבין עד שיכפרו בו דברי ר"מ וחכ"א בין מפי עצמו בין מפי אחרים אינם חייבין עד שיכפרו בב"ד:

ובירושלמי איתא בזה"ל שלא בפני ב"ד אם לא יגיד ונשא עונו מקום שמגיד וחבירו משלם ממון יצא חוץ לב"ד שאפילו מגיד אין חבירו משלם ממון כו' תני ר' ישמעאל ונשא עונו קרבן מנין לרבות ב"ד הגדה הגדה נאמר כאן אם לא יגיד ונאמר להלן אשר יגידו לך] מה הגדה שנאמר להלן ב"ד אף כאן ב"ד כהדא אין מקבלין העדים אלא אם ראו שניהם כאחת ר' יהושע בן קרחא אומר אף זה אחר זה:

לפרש דברי הירושלמי הנ"ל אקדים דברי הגמ' במס' יומא דף ע"ג יוה"כ אסור באכילה ובשתיה וברחיצה כו' גמרא אסור ענוש כרת הוא כו' לא נצרכה אלא לחצי שיעור הניחא למ"ד ח"ש אסור מה"ת אלא למ"ד ח"ש מותר מה"ת מא"ל מודה ר"ל שאסור מדרבנן א"ה לא נחייב עלי' קרבן שבועה כו' וכ"ת כיון דאית ליה היתר מה"ת קא חייל קרבן שבועה והתנן שבועות העדות אינה נוהגת אלא בראוין להעיד והוינן בה למעוטי מאי ר"פ אמר לאפוקי מלך. רב אחא בר יעקב אמר למעוטי משחק בקובי' והא משחק בקוביא מדאורייתא מחזי חזי ורבנן הוא דפסלוהו ולא קא חיילא עלי' שבועה. שאני התם דאמר קרא (ויקרא ה) אם לא יגיד והאי לאו בר הגדה הוא כלל והנה הרמב"ם פוסק כראב"י ומסוגיא הנ"ל מוכח כן דהלכה כראב"י ושדחיקא לשום אמורא לאוקמי כר"פ דאל"כ מאי מקשה הגמ' על ר"ל דילמא סובר ר"ל כר"פ וכן נ"ל להוכיח מסוגיא דמס' שבועות דף ל"ב ע"ב דהלכה כראב"י. דאיתא שם היו שתי כתי עדים כפרה הראשונה ואח"כ כפרה השני' שניהם חייבין ומקשה הגמרא בשלמא שני תתחייב דכפרה לה ראשונה אלא ראשונה אמאי הא קיימא שני' אמר רבינא הב"ע כגון שהיתה שני' בשעת כפירת הראשונה קרובים בנשותיהן ונשותיהן גוססים מ"ד רוב גוססין למיתה קמ"ל השתא מיהא לא שכיבא והנה לכאורה קשה בפרט לשיטות הסוברים דפסולי קרובי אישות אינו אלא מדרבנן מאי מקשה הגמ' בשלמא הא התוס' בדף ל"א ע"א בד"ה ורבנן הוא דפסלוהו מקשו דאמאי מחייב ר"פ בעד מיתה שאינו מועיל אלא מדרבנן ומתרצים דסובר ר"פ דאזלינן בתר תרווייהו לחומרא יעו"ש. א"כ למה הוצרך הגמ' לאוקמי שהי' נשותיהן גוססין לוקים בפשיטות דכת השני' היו פסולים מדרבנן ולכך חייבים ב' הכתות

דהראשונה אינם יכולים לומר הא קיימא שני' דהא שני' פסולים מדרבנן וצריכין לכת הראשונה לעדותן לחייב ממון. ולא גרע מעד מיתה אף שמדאורייתא אין לו שם עד כיון דמדרבנן יש תועלת בעדותו חייב קרבן שבועה כשכופר וכשכפרה הראשונה השני' חייבת אף שפסולים מדרבנן מ"מ מדאורייתא מחזי חזי א"ו צ"ל דהלכה כראב"י דמשחק בקוביא פטור משבועות העדות מחמת שהמה פסולים מדרבנן ולכך צריכין לאוקמי בשהיו נשותיהן גוססין:

ולכאורה נלע"ד לומר דר"פ וראב"י פליגי בפרושא דקרא דואם לא יגיד דלדברי ר"פ דמחייב קרבן שבועה במשחק בקובי' משום דמדאורייתא מחזי חזי. ע"כ עיקר חיובו משום דעבר על השבועה במה שנשבע שא"י לך עדות דהא עליו שם עד מדאורייתא אבל אם לא נשבע בודאי אין עליו אשמה על כבישת עדותו כיון שאין תועלת בעדותו כיון שהוא פסול מדרבנן ולא שייך בי' חיוב הגדה וע"כ צ"ל שסובר ר"פ דואם לא יגיד קאי אחר האלה ונשיאות העון הוא מחמת שבועתו לשקר וכך כוונת הפסוק ושמעה קול אלה ואחר זה אם לא יגיד ונשא עונו אבל ראב"י דפוטר משחק בקובי' מקרבן שבועה אף שמדאורייתא מחזי חזי סובר דואם לא יגיד קאי אקודם שבועה והוא כתנאי בדבר שאינו חייב קרבן שבועה מחמת שבועות העדות רק מקום שאף בלא השבועה הי' עליו נשיאות עון בכבישות עדותו. אבל משחק בקובי' שאין עליו חיוב הגדה פטור מקרבן שבועה אף שמדאורייתא מחזי חזי וז"כ הגמ' במס' יומא הנ"ל שאני התם דכתיב לא יגיד והאי לאו בר הגדה הוא כלל:

והנה בחידושי הרשב"א מביא בשם הרמב"ן שגבי שבועות העדות לא בעינן שיכפרו ויאמרו בפירוש שא"י עדות זה רק בשתקו ולא העידו חייבין והרשב"א מפקפק על דבריו גם ברמב"ם מבואר בכמה מקומות שמדייק דבעינן שיכפרו. וי"ל דגם זה תלוי בכוונת הפסוק דאם אמרינן דאם לא יגיד קאי אחר האלה כדברי ר"פ הנ"ל א"כ ממילא פשטות לשון הפסוק מורה להדיא דאף בשתיקה חייבין קרבן שבועה דהא אם לא יגיד מורה היינו ששתק ולא בכפר בפירוש שא"י לך עדות אבל אם נאמר דאם לא יגיד קאי לאזהרה מיוחדת על כבישות עדות ולא קאי אחר האלה כמו שבארתי כן בשיטת ראב"י י"ל דעיקר איסור כבישות העדות באמת הוא אף בשתק דהא עיקר האיסור הוא מה שכובש ואינו מעיד לתועלת חבירו אבל לענין חיוב שבועה שיתחייב קרבן שבועה י"ל דאין החיוב ק"ש רק כשכופר בפירוש ולא בשתק לבד ובזה א"ש דברי הרמב"ם בהלכות שבועות פרק יו"ד הלכה י"א שכ' בזה"ל האשה שהשביעה ע"א שיעיד לה במיתת בעלה וכפר חייב בשבועות העדות כו' ולכאורה קשה למה כתב הרמב"ם וכפר דמשמע דבשתק אינו

חייב קרבן שבועה ובגמ' איתא בלישנא ר"פ דהחיוב עד מיתה בלא אמר לא לדידה ולא לב"ד דמשמע דבשתק לבד חייב אבל לפי הנ"ל ניחא דר"פ לשיטתי' שסובר שמשחק בקובי' חייב קרבן ש"ה וע"כ סובר דואם לא יגיד קאי אחר האלה כנ"ל לכך אף בשתק חייב דמשמעות הפסוק אם לא יגיד מורה שאינו אומר כלל ושותק והרמב"ם לשיטתי' שפוסק כראב"י דמשחק בקובי' פטור וע"כ סובר דאם לא יגיד קאי לאזהרה מיוחדת על כבישת עדות. ולא קאי על אחר האלה ומינה י"ל דלענין חיוב קרבן שבועה בעינן כפירה וא"ש:

ומעתה מיושב קושי' הלח"מ שהקשה על הרמב"ם למה השמיט הדין דעד מיתה מקרבן שבועה באמר לה לדידה ולא אמר לב"ד והוא מפורש בגמ' הנ"ל יעו"ש ונ"ל דהנה הרמב"ן כתב בעד מפי עד היכא שהראשון כופר אין השני נאמן וראיותו ממס' כתובות דף ע"ב דאמרה פלוני החכם טיהר לי את הכתם ואזיל שיילוהו ואשתכח שקרא. אלמא אע"ג דהיא מהימנא כיון דאמרה בשם פלוני שיילוהו ואמר דשקרא הוא לא מהימנא והקשה הרא"ש א"כ אמאי פטור עד מיתה מקרבן שבועה באמר לה לדידה ולא אמר לב"ד הא כיון שכופר ואמר שלא אמר לה כלל א"כ אינה נאמנת ונמצא שגר לה הפסד כתובתה במה שכפר לפני הב"ד ומתרץ הרא"ש [וכן אי' בחידושי הרשב"א] דלכך פטור העד דאיהי גרמה לנפשה במה שהשביעתו והזמינו לבוא לב"ד דהוית מצית לאכשורי נפשה אי אמרה מת בעלה עפ"י מה שאמר לה העד ומקשים האחרונים לשיטות הפוסקים דאף בעד מפי עד אם הוא בעיר שואלין אותו ונראה מדברי המ"מ שמביאו החלקת מחוקק בסי' י"ז שסובר כן בדעת הרמב"ם. ולדידי' נשאר קשה קושי' הרא"ש הנ"ל [יעוין בספר בית מאיר סי' י"ז ס"ח] והנה לכאורה עלה בדעתי לתרץ דהריטב"א מקשה אמאי חייב עד מיתה קרבן שבועה בלא אמר לא לדידה ולא לב"ד הא כל אשה הבאה לגבות כתובתה אחרי מות בעלה צריכה לישבע. וא"כ יכול העד לומר מי יימר דמשתבעת השבעת כתובה כמו דאי' בסוגיא זו הכל מודים בשכנגדו חשוד על השבועה. ומקשה הגמ' דחשוד מאן אי לימא דחשוד לוה דא"ל מלוה אי אתית אסהדת לי הוי משתבענא ושקילנא ולימא ליה מי יימר דמשתבעת:

ונלע"ד בהקדים לתרץ מה שמקשה הש"ך בחו"מ סי' כ"ב ס"ק כ' על הב"י והע"ש שפוסקים כשא' טוען שחבירו האמינו שישבע ויטול והנתבע מכחישו שלא האמינו צריך הנתבע לישבע שלא האמינו והקשה הש"ך ע"ז הא לא הוי כפירת ממון כיון דאף לפ"ד התובע אין לו ליטול כ"א בשבועה ומי יימר דמשתבע ודמי למ"ש הר"ן בשם הרא"ה גבי חנוני על פנקסו דאם מכחישו הבעה"ב להחנוני שלא המחוהו ליתן לפועלים א"צ

הבעה"ב לישבע ע"ז כיון שבלא"ה לא הי' החנוני יכול ליטול כ"א בשבועה ולא הוי אלא גורם לממון יעו"ש ונלע"ד לומר דבאמת לגבי שבועות אמת הסברא נותנת דלא שייך לומר מי יימר דמהכ"ת לא ישבע שבועות אמת כדי שלא להפסיד ממונו ולכך א"ש פסקן של הב"י והע"ש כיון דהתובע טוען שהנתבע יודע שמגיע לו החוב והאמינו שישבע ויטול וא"כ לפי דברי התובע יודע הנתבע שבודאי ישבע התובע שבועת אמת כדי ליטול את חובו ולא ימנע א"ע מהשבועה ע"כ לא שייך בזה לומר מי יימר אבל בחנוני על פנקסו אף שלדברי החנוני יודע הבעה"ב שהמחוהו ליתן לפועליו והחנוני יכול לישבע ע"ז עכ"ז זה אינו ידוע להבעה"ב אם החנוני נתן עפ"י דבריו להפועלים. וע"כ אין הדבר ידוע להבעה"ב אם מכחיש את החנוני ממון או לא ושפיר יכול לומר הבעה"ב מי יימר דמשתבעת וז"ב ומיושב קושי' הש"ך הנ"ל אך לפי סברא זו צריכין להבין למה אמרי' בגמ' גבי שכנגדו חשוד על השבועה דהעד יכול לומר מי יימר דמשתבעת הא בזה העד יודע בעצמו שמגיע להתובע את חובו ויכול לישבע באמת ע"ז ולפי סברתי הנ"ל לא שייך בזה לומר מי יימר דמשתבעת. וי"ל דלכך יכול העד לומר מי יימר כו' משום דמבואר בריש מס' ב"מ דעיקר השבועה לגבי הנתבע לא הי' אלא משום ספק מלוה ישינה ולכך יכול העד לומר אף שידעתי שמגיע לך החוב עכ"ז אולי כנים דברי הנתבע במה שמכחישך כי יש לו אצלך כנגד תביעתך ולא היית נשבע ולפי"ז י"ל דגבי השבעת כתובה לא שייך זה דהא הרא"ש בריש ב"ב כתב בשם רבינו יונה דעיקר השבעת כתובה אינו אלא משום חשש צררי למשכון דלפרעון לא חיישינן דא"א פורע תוך זמנו ואף לרבא ואביי ור"פ שסוברים אדם פורע תוך זמנו אבל בכתובה כיון דעדיין לא הגיע זמן החיוב אינו פורע והנה בסוגיא זו איתא ש"מ משביע עידי קרקע חייב ומשני בדתפסה מטלטלין וע"כ מיירי בתפיסה מחיים ולמשכון כמבואר בדברי הקדמונים ומפורשים דאף שכבר בא לידה כל כתובתה במה שתפסה המטלטלין מ"מ כיון שמנע א"ע העד להעיד לה שיהי' בידה לגבות מהמטלטלין כתובתה לחלוטין הוי כפירת עדות ממון והנה בכמו זה באם התפיס לה בעלה בעצמו צררי צריכה לעדותו של העד שיעיד לה על מיתת בעלה כדי שתחזיק הצררי לפרעון גמור וע"כ שפיר חייב העד קרבן שבועה דאין להעד לומר מי יימר דמשתבעת דמהכ"ת לא תשבע על האמת ואי שמא באמת התפיס לה בעלה צררי אמרינן לי' לו יהי' ממ"נ הי' צורך בעדותך שמת בעלה כדי שתחזיק החזקת הצררי לגובייננא ולפי"ז מיושב קושי' הריטב"א הנ"ל במה שהקשה למה יהיה חייב העד בלא אמר לא לדידה ולא לב"ד הא יכול לומר העד מי יימר דמשתבעת ולפי הנ"ל ניחא דממ"נ צריכה לעדות של העד באם לא התפיס לה בעלה צררי באמת תשבע ואף אם התפיס

לה בעלה צררי צריכה לעדות של העד כדי שתחזיק לגוביינא כי בעלה לא מסר לידה רק למשכון ולא לגוביינא כסברת הראש בשם רבינו יונה הנ"ל:

אמנם כ"ז אם לא אמר העד לא לדידה ולא לב"ד אבל כשאמר לדידה ולא לב"ד אף שהב"ד לא יאמינו לה עוד אחרי שכופר העד שלא אמר לה כלל מ"מ כיון שהיא בעצמה יודעת שכן הגיד לה העד שמת בעלה ומבואר בשו"ת ב"י סי' דעת הפוסקים שלגבי עד מיתה אינו יכול להיות חוזר ומגיד אף כשלא אמר רק לה לבדה. א"כ אם יש לה צררי מבעלה שאינם ידועים להב"ד תוכל להחזיקה לעצמה לגוביינא וקרוב לשמוע לדעתי שתוכל להגיד לב"ד בעלי התפיס לי צררי ואני מחזיק אותם לגוביינא על כתובתי כי ידוע לי שמת בעלי עפ"י דברי העד שאמר לי מת בעלי ואף שהעד מכחישה כעת מ"מ נאמנת לענין לגבות מהצררי לכתובתה במגו שלא היתה מודית מצררי. א"כ לענין הצררי א"צ עדותו רק שלפי דברי' לא התפיס לה צררי רק היא תפסה מטלטלין הידועים אשר לזה צריכה עדותו של העד בב"ד כיון שהיא אינה נאמנת כשהעד מכחישה לזה יכול לומר העד מי יימר דמשתבעת: דילמא באמת כבר יש לך בלא"ה צררי שהתפיסך בעלך מה שאינו ידוע להב"ד ולזה אין לך צורך לעדותי בב"ד כי כבר הגדתי לך שמת בעלך ואיני מאמין לך למה שתאמר שתוכל לישבע שלא התפיסך צררי וא"כ לפי"ז מיושב קושי' הרא"ש על הרמב"ן למה יפטור העד באמר לדידה ולא לב"ד הא כיון שכופר ואמר שלא אמר לה אינה נאמנת וא"כ גרם לה הפסד ממון במה שלא אמר לה לפני הב"ד ולפי הנ"ל ניחא דבאמר לדידה לכך פטור העד מקרבן שבועה דיוכל לומר מי יימר דמשתבעת:

אמנם כ"ז לשיטת הסוברים דע"א במיתה אינו נאמן אלא מדרבנן אבל לשיטת הרמב"ם ולפי המבואר בשו"ת תשב"ץ ח"א שסובר דעד מיתה נאמן מדאורייתא גם לענין ממון לא שייך כלל סברת מי יימר דמשתבעת. דהא השבעת כתובה אינו אלא מדרבנן ולרב פפא בתר דאורייתא אזלינן ומדאורייתא מחזי חזי בלי צורך שבועתה לגבות כתובתה וא"ל דכתובה דרבנן דהא לענין חיוב ממון נעשה מדרבנן דין דאורייתא דהפקר ב"ד הפקר וכמבואר בר"ן המובא בחמ"ח וב"ש סי' כ"ח וסי' למ"ד ובמקום אחר הארכתי לברר דדעת מהרי"ו שסובר דקדושי מעמד שלשתן אינו אלא מדרבנן אינו סתירה לדעת הר"ן שפוסק גבי גט בזרק לתוך ד' אמות שהוי גט מדאורייתא וכ"כ בקידושין ובארתי דגבי מעמד שלשתן א"א לומר שיהי' כדאורייתא מטעם הפקר ב"ד. דא"כ לא קדשה בשלו רק בשל הפקר והוי כמו שמפקיר איזה דבר משלו ואומר לאשה שתטול דבר הפקר זה שהפקיר ותתקדש לו אבל בזרק לתוך ד' אמות שא"צ לדין הפקר ב"ד רק לענין החצר ולא לענין כסף הקידושין שפיר אמרינן כיון דהפקר ב"ד הפקר החצר שלה מדאורייתא וחלין

הקידושין מדאורייתא וכ"כ לענין חיוב הכתובה כיון שחכמים הטילו על הבעל שמחויב לאשתו כתובה מכח הפקר ב"ד שלהם הוי כמחויב מדאורייתא משא"כ לענין האמנת העד לא שייך הפקר ב"ד דאם העד מעיד בשקר ולא מת לא הפקירו חכמים מעותיו ובלא"ה י"ל כיון דכבר תקנו חכמים כתובה הנושא אשה נושאה על דעת זה ומתחייב כחיוב דאורייתא ובפרט במקום שכותבין כתובה וא"כ נשאר קושי' הרא"ש על הרמב"ן הנ"ל אמאי פוטר ר"פ באמר לדידה ולא לב"ד דהא מחמת כפירתו לא תהי' נאמנת ואף אם לא היתה משביעתו הי' הב"ד שואלין אותו אולי יכפור א"כ היתה צריכה להגדת העד לפני הב"ד ואין לפטור את העד מטעם מי יימר דמשתבעת הא לדברי ר"פ דמשחק בקוביא חייב קרבן שבועה דבתר דאורייתא אזיל ובדאורייתא אינה צריכה לישבע כלל שלא התפיס לה צררי אך לפי מה שבארתי לעיל דלר"פ אף בשתק העד ולא כפר להדי' חייב קרבן שבועה ניחא דר"פ מיירי כשאין העד כופר רק כובש עדותו בשתיקה וכפשטות משמעות דבריו ולא אמר לב"ד ובכה"ג נשאר השני נאמן בעדותו דלא אמר הרמב"ן רק כשכפר הראשון וכמבואר בדבריו המובא ברא"ש והרמב"ן לשיטתי' שסובר ששייך חיוב קרבן שבועות העדות אף בשתק העד כפי שהבאתי לעיל דברי חידושי הרשב"א בשם הרמב"ן והרא"ש אפשר חולק בזה על הרמב"ן וסובר דבעינן דוקא כפירה ולכך מקשה קושייתו ולפי הנ"ל ניחא דאף דלדינא אנו סוברים שליכא חיוב שבועות העדות רק בכפירה כיון דפסקינן כראב"י ולדידי' הקרא דואם לא יגיד על כובש עדותו קודם השבועה אבל לאחר האלה י"ל דבעינן דוקא כפירה ואז חייב קרבן שבועה מ"מ ר"פ לשיטתי' שסובר דחייב קרבן שבועה אף בשתק וכנ"ל וכן מדויק דברי רש"י בד"ה בעד מיתה כו' שכ' בזה"ל ולא אמר עדותו בב"ד כשהשביעתו לפי שהיא יכולה לבוא לב"ד ולומר מת בעלי ולא תהיה צריכה לשום עד כו' עכ"ל דלכאורה מגומגמים דבריו שמשמעות הכוונה שיש לה עוד תקנה לילך לב"ד ולפי דברי הרא"ש הי' צ"ל כיון שלא נצרכה להשביעו והיתה נאמנת בלא דבריו אם לא היתה משביעתו ונמצא גרמה לעצמה הפסד כתובתה במה שהשביעתו ולפי הנ"ל ניחא דרש"י אינו סובר כתירוץ הרא"ש. רק כנ"ל כיון שהוא שותק ואינו כופר להדי' יכולה שתאמר שוב שמת בעלה ותהיה נאמנת ואפשר עוד לומר שאף אם רק בשותק תו לא מהני אמירתה באותו ב"ד כיון שכבר אמרה לב"ד שמאותו העד שמעה והעד אינו רוצה להגיד לפני הב"ד אבל עכ"פ יכולה שתלך לב"ד אחר ולא תאמר כלל ששמעה מהעד זה רק תאמר סתם מת בעלי וזה מדויק בלשון רש"י במ"ש בלשון להבא שהיא יכולה לילך לב"ד ולא תהי' צריכה כו' אמנם כ"ז אינו אלא אם העד לא כפר רק שתק אבל כשכפר להדיא שוב אף היא בעצמה אינה יכולה

לומר עוד בשום ב"ד שמת בעלי כיון ששמעה שהעד חזר מדבריו וידוע דעת הר"ן דעד מיתה כשאומר חוץ לב"ד יכול לחזור ולהגיד רק כ"ז שאינו סותר דבריו לא מסופקים אולי הי' משקר. א"כ כשכפר בהדיא נתבטלו דבריו הראשונים ואין לה עוד היתר ולכך חייב שבועות העדות וי"ל שזה דעת הרמב"ם ולכך אינו מחלק בין אמר לדידה או לא דאף באמר לדידה אין לה עוד היתר אחרי שכפר. ור"פ שפוטר באמר לה לדידה משום דאיהו מיירי בשתק דלשיטתיה לא בעינן כפירה ובשתק עוד בידה שתלך לב"ד לומר מת בעלי ולכך פוטר בלא אמר לב"ד רק לה לבד:

והנה בחדושי הרשב"א הקשה מאי מקשה הגמ' על אביי בשכנגדו חשוד על השבועה דחשוד מאן אי לימא כי' ולימא לי' מי יימר דמשתבעת הא מה שמחויב לישבע נגד החשוד הוא רק מדרבנן יעוין תוס' ב"מ דף ה' ע"א דיה שכנגדו] ודילמא אביי כר"פ ס"ל דמשחק בקובי' חייב קרבן שבועות העדות כיון דמדאורייתא מחזי חזי. וא"כ אזיל הפירכא ולימא לי' מי יימר דשבועה זו אינו אלא מדרבן. ולכך חייב העד קרבן שבועה דמדאורייתא מחזי חזי. [ויעוין בתומים סי' צ"ב ס"ק יו"ד] ובפשיטות נ"ל ליישב דכבר הוכחתי לעיל בראיות עצומות מסוגי' דהיו שתי כתי עדים כפרה הראשונה ואח"כ כפרה השני' וממס' יומא דף ע"ג דהלכה כראב"י ושדחיקא לשום אמורא לפסוק כר"פ. ע"כ מסתמא גם אביי סובר כן כראב"י ולכך מקשה הגמ' שפיר ולימא לי' מי יימר כו'

אמנם בהא איכא לעיוני טובא דהנה בשו"ת עה"ג סי' ג' [מובא בתומים סי' כ"ח ס"ק י"ט] מקשה דאמאי בהשביע עליהם חוץ לב"ד חמשה פעמים חייבין משום שיכולין לחזור ולהודות דהא יפסלו לעדות מחמת שעברו על השבועה ומתרץ במושבע מפי אחרים בשבועת העדות חידוש הוא ולא מפסלי משום זה ומקשה בתומים דא"כ לא יתכן התירוץ השני של הר"ן במשנה הנ"ל דלכך בכפר בב"ד א"י לחזור ולהודות משום דהם נפסלים מחמת שבועות העדות ואי מטעם חידוש כנ"ל גם במושבעים בב"ד אינם נפסלים ויכולים לחזור ולהודות ומדחה בזה דברי העה"ג אמנם לתירוץ הראשון של הר"ן שמפרש כפי' רש"י דהטעם שאין יכולין לחזור ולהודות כשנשבעו בב"ד הוא משום כיון שהגיד כו' י"ל כסברת העה"ג וגם לתירוץ השני של הר"ן יתכן דברי העה"ג לדעת רבא דבעינן רשע דחמה דבסנהדרין דף כ"ז איתא מומר אוכל נבלות לתאבון ד"ה פסול. להכעיס אביי אמר פסול רבא אמר כשר אביי אמר פסל דהו"ל רשע ורחמנא אמר אל תשת רשע עד ורבא אמר כשר רש דחמס בעינן מיתיבי אל תשת רשע עד אל תשת חמס עד אלו גזלנין ומועלין בשבועות מאי לאו אחד שבועות שוא וא' שבועות ממון לא אידי ואידי שבועות ממון ומאי שבועות שבועות דעלמא כו' נימא כתנאי עד זומם

פסול לכל התורה כולה דברי ר"מ כו' ורבא ע"כ לא קאמר ר"מ התם אנא גבי עד זומם דרע לשמים ורע לבריות ואי' בתומים סי' צ"ב ס"ק ב' דגבי שבועות העדות הוי רשע דחמס ועיין מ"ש הב"ח בסי' ל"ד סעיף י"ב בכם המרדכי. ובכנה"ג על הטור סי' צ' איתי ט"ז דהמזיק לחבירו אינו רשע דחמס]. והנה בנשבע חוץ לב"ד וכפר שם י"ל שעדיין אינו רשע דחמס כיון דשלא בב"ד לא היו תועלת בעדותן. לפי"ז א"ש דברי המשנה דבהשביעם חוץ לב"ד וכפרו בב"ד דדנין כאלו היתה הכפירה על כל השבועה חוץ לב"ד והיו יכולין לחזור ולהודות לדעת רבא דלא הוי רשע דחמס והמה כשרים לעדות משא"כ כשהיתה השבועה בב"ד דמיד כשכופרים הוי רשעים דחמס אף אם הי' יכולין לחזור ולהגיד וא"ש תירוץ הב' של הר"ן אליבא דרבא משא"כ לאביי דסובר דלא בעינן רשע דחמס וצ"ל אליבי' דכשמשביעין העדים מפי אחרים אין לפסול העדים והטעם בהמשנה כפי תירוץ הראשון של ר"ן כדברי רש"י מפני שהוי חוזרין ומגידים והמעיין היטב בהר"ן יראה שלפי תרוצו הראשון צריך לומר דהקרא אם לא יגיד קאי אחר האלה יעו"ש בר"ן וזה כר"פ דמחייב במשחק בקובי' אף שפסול מדרבנן מ"מ מדאורייתא מחזי חזי וכמו שבארתי לעיל דר"פ סובר דקרא דאם לא יגיד קאי אחר האלה וא"כ לשיטת אביי דצ"ל אליבי' שסובר כתירוץ הראשון של הר"ן. ע"כ סובר כרב פפא וא"כ נשאר קושי' הרשב"א לדוכתי' מאי מקשה הגמ' אליבא דאביי ולימא לי' מי יימר דמשתבעת הא כיון דע"כ סובר כר"פ כנ"ל ולר"פ אף שמדרבנן לא חזי לעדות עכ"ז חייב קרבן שבועה כיון דמדאורייתא מחזי חזי והשבועה נגד החשוד אינו אלא מדרבנן:

ונ"ל לכאורה ליישב קושי' הרשב"א הנ"ל דבשו"ת הרא"ש כלל יו"ד סי' ב' איתא שאלת על הנשבע להכחיש את העד שאמרו רבותינו שהעד ובע"ד מצטרפין יחד לפוסלו אם הוא נפסל מיד ממילא או עד שיעידו עליו בפני ב"ד יראה לי שצריך להעיד עליו כו' אבל בשיעידו עליו שניהם בפני ב"ד ויאמרו אנו מעידים ע"ז שעבר על שבועתו מאז והלאה הוא נפסל עכ"ל ומקשה הב"י בחו"מ סי' ל"ד בבד"ה דהא פסקינן דעד זומם למפרע הוא נפסל ומתרץ בכנה"ג דהרא"ש סובר דאין למידין מעד זומם ואף דאיפסקא הילכתא כאביי לגבי רבא היינו דוקא בעד זומם אבל לא בפסול אחר וסיים בכנה"ג שרבינו המחבר [הוא הב"י בתשובותיו חלק אה"ע סי' ב'] כתב דתשובה זו לאו דסמכא הוא עכ"ל ויעוין ב"ק דף ע"ב וסנהדרין דף כ"ז מבואר בהדי' דגזלן פסול למפרע אף לרבא רק לטעם משום פסידא דלקוחות אין לפוסלו למפרע ונ"ל ליישב דברי הרא"ש הנ"ל וידוקדק דבריו מה שכתב בשיעידו שניהם וכו' ויאמרו אנו מעידים ע"ז שעבר על שבועתו כו' שלכאורה דברים האלו אך למותר דהנה הרמב"ם פרק יו"ד מהלכות עדות

חשיב הפסולין מצד רשעתם חייבי מלקות וכדומה יעו"ש ואח"ז בהלכה ד' כתב ועוד יש שם רשעים שהם פסולי' לעדות שנ' כי יקום עד חמס באיש כגון הגנבים והחמסנים אע"פ שהחזירו פסולים לעדות מעת שגנב או גזל וכן עד זומם כו' מעת שהעידו בב"ד כו' עכ"ל. הרי שלא הזכיר הפסול למפרע רק ברשע דחמס ועד זומם גם בפרק י"א לענין התשובה מחלק בין תשובת הרשעים לתשובת הפסולי' ברשעת חמס הרי אף לדידן דפסקינן כאביי דלא בעינן רשע דחמס מ"מ חמירו רשעים דחמס מן הפסולים מצד רשעות שאינו של ממון ומסברא יש לחלק בפשיטות דרשע דחמס פסולין מחמת שחשוד לאותו דבר מצד תאות ממון יעיד בשקר א"כ מהכ"ת לא נפסילנו למפרע אבל הפסולים מצד רשעת שאינם חשודי' לאותו דבר רק התורה הוא דפסלנוהו י"ל שאינם פסולים רק מעת שנתברר רשעתם בב"ד ואין לדמותו לעד זומם [וכדומה לזה כתב הראב"ן גבי פ' רבעני דאמרינן פלגינן דבורא אף שלפי האומדן הוא באמת נרבע לרצונו כהודאתו ועכ"פ אינו יוצא מידי ספק ובשו"ת מהר"ם לובלין סי' העיר ע"ז בזה מ"מ כיון שאין בירור שנרבע לרצונו אינו נפסל אף אם הוא רשע דחמס יעו"ש] והנה בראב"ן הקשה אמאי במעשה סנהדרין דף כ"ה ע"א] דלדידי אוזיף בריבית הבע"ד עם אחר מצטרף הא הבע"ד נוגע דכשירצה לחזור לכשרותו יצטרך להחזיר לו הרבית. ומתרץ דא"צ להחזיר הרבית ומתכשר בתשובה לחודא וצ"ל דהוי כאלו העיד שלוה לו ברבית ולא לקח הרבית

מעתה נחזי אנן גבי המעידים על א' שנשבע לשקר בכחש ממון. כשהבע"ד א' מהעדים צ"ל דהוי כאלו העידו בסתם שנשבע לשקר שלא בדרך דממונא דאל"כ יצטרך לכשרותו השבת הממון. והוי הבע"ד נוגע בעדותו וכיון שכן הוי רק כהועד עליו שמעל בשבועה שאין בו ממון ולא מיפסל משום רשע דחמס ולכך אינו פסול למפרע רק מעת שהועד עליו בב"ד ולזה מדייק הרא"ש בתשובה ויאמרו אנו מעידים ע"ז שעבר על שבועתו. ר"ל שלא יזכירו כלל הכחשת הממון ולכך אינו פסול רק מאז והלאה ואין לומר דנימא להפליג דבורו וכאלו אמר שנשבע על הכחשת ממון והחזיר הממון בכפי' שעדיין הוא פסול כרשע דחמס ואין לבע"ד צד נגיעה ז"א דא"כ יצטרך להמציא דבר חדש. ובכה"ג לא אמרינן פלגינן דבורא: וגדולה מזה כתבו התוס' בסוגי' דאנוסים היינו ויעוין מ"ש הרשב"א בתשובה לחלק בדין פלגינן בין האומר פלוני זנה עם אשתי או להאומר אשתי זינתה עם פלוני והכלל דפלגינן לא שייך רק לעקור מדברי העדים מה שאומרים שלא לצורך בדבר שאין דנין בו אבל לא לחדש דבר כדי שיהי' קיום לעדותם. ולכך אי אפשר למפליג באומרים שנשבע לשקר על הכחשת ממון. רק אמירתם בהכחשת הממון.

ונשאר לעדים מה שהעידו שנשבע לשקר וכמו כן בלדידי אוזיף ברבית אף כשאומר הבע"ד שלקח ממנו הרבית מפלגינן הדבור וכאלו לא אמר רק אוזיף בריבתא ומיושב דברי הרא"ש הנ"ל:

והנה ידוע שבמשנה דהעדים שאמרו כתב ידינו הוא זה אבל פסולי עדות היינו מפרש רש"י משחק בקובי'. וכתבו הקדמונים דהוצרך לזה דאם אומרים שהיו גזלנין אמאי נאמנים הא אין אדם משים עצמו רשע והר"י במג"ש מפרש שהכוונה שהי' פסולים שגזלו אבל כעת אינם פסולים שחזרו בתשובה וכתב עליו הרמב"ן וא"י מה סח דא"כ גם באנוסים היינו מחמת ממון נוכל לומר ג"כ שחזרו בתשובה. וכן תפסו עליו שארי הקדמונים והעלו דאף שאומרים אנוסים היינו מ"מ שייך בזה אין אדם משים עצמו רשע כיון שעכ"פ מעידים על עצמם שהי' פסולים קודם התשובה ומדברי הגמ' בפ' זה בורר וברמב"ם הלכות עדות פרק י"א מבואר דהתשובה למועלי בשבועות הוא שיבואו לב"ד שאין מכירין אותו ויאמר חשוד אני וברשע דחמס אינו מתכשר עד שיזדמן לו השבת אבידה בדבר חשוב או בעד זומם שיזדמן לו שנותנין לו שוחד גדול להעיד בשקר ואינו רוצה. מעתה נחזי אנן כשנשבע חוץ לב"ד אף כשכפרו לא הוי רשעים דחמס רק כשאר מועלי בשבועות ותשובתם שיודו במקום שאין מכירין אותו וכיון שלא נתברר כאן בב"ד שנשבעו לשקר מה שחוזרי' ומודים שנשבעו לשקר הוא התשובה המועלת דהוי עדיף ממועל בשבועה שנתברר רשעתו והלך למקום שאין מכירין א"כ אינם משימים את עצמם רשעים ואין לומר דמכל מקום לפי דבריהם היו פסולם קודם שחזרו בתשובה ז"א דהא קודם שנתברר פסולם בב"ד לא הי' כלל פסולין דברשעת שאינו של חמס אינם פסולים למפרע ובעת שנתברר פסולם ברגע שמודים בב"ד תיכף מתכשרים ע"י ההודאה עצמה שהיא התשובה ולכך יכולין לחזור ולהודות משא"כ כשנשבעו וכפרו בב"ד שהודאתם אינו מוציאם מפסולם שלמפרע וגם להבא צ"ע אם מתכשרים בהודאה זו כיון שהם רשעים דחמס והא דלא כתב הר"ן בפשיטות שהמה פסולים לעדות י"ל דמה שבפסול רשע דחמס צריכין לילך למקום שאין מכירין הוא רק בחומרא מדרבן ואכתי הי' קשה למ"ד דבתר דאורייתא אזלינן דיכולים לחזור ולהודות ולהיות תיכף עדים כשרים [לכך צ"ל דלא מצי משוו נפשייהו רשעים ר"ל דא"א מע"ר אף כשהתשובה הוא מתכשרת אותו מן עתה והלאה מ"מ מעיד על עצמו שהי' פסול למפרע מן רשעתו עד התשובה] ואף למ"ד דבתר דרבנן אזלינן הי' קשה דהא דחייבין על כל א' וא' נלמד מפסוק לאחת ומיני' יליף אביי לקמן שהשבועה יכולה שתהא חוץ לב"ד דאי בב"ד מי מחייב על כל אחת ואחת הרי שדין זה הוא בדאורייתא ומדאורייתא מועיל התשובה כזו ולא צריך

להחזרת ממון בדבר חשוב א"ו שהטעם הוא שא"א לחזור ולהודות משום דלפי דבריהם הי' פסולים קודם התשובה וזה לא שייך בשבועה חוץ לב"ד כנ"ל א"כ י"ל אף לאביי תירוץ השני של הר"ן וסובר דאם לא יגיד קאי אקודם שבועה והוא לאזהרה על כבישות עדות. וכראב"י ופטור משחק בקובי' מקרבן שבועות העדות וא"ש קושי' הגמ' אליבא דאביי לימא לי' מי יימר דמשתבעת. דמהכ"ת נתרץ דברי אביי דלא כהילכתא ומיושב קושי' הרשב"א הנ"ל והרשב"א שמקשה אפשר לומר לכאורה שחולק על הרא"ש וסובר דאף ברשע שאינו של חמס פסול ג"כ למפרע ואי בעינא אמינא שהרשב"א והרא"ש אזלו כ"א לשטתייהו:

דלכאורה יש ראי' לדעת הרא"ש הנ"ל דרשע שאינו של חמס אינו פסול למפרע מהא דאי' בכתובות דף כ"א ע"ב אמר רב הונא אמר רב שלשה שישבו לקיים את השטר שנים מכירים חתימת ידי העדים וא' אינו מכיר עד שלא חתמו מעידין בפניו וחותם כו' עד נעשה דיין כו' איתבי' רב ספרא לרב אבא ראוהו שלשה והן ב"ד יעמדו שנים ויושיבו מחבריהם אצל היחיד ויעידו בפניהם ויאמרו מקודש מקודש שאין היחיד נאמן ע"י עצמו ואי ס"ד עד נעשה דיין למה לי כולי האי ליתבי בדוכתייהו וליקדשי א"ל אף לדידי קשי' כו' הנח לעדות החודש וקיום שטרות דרבנן ומפרש בתוס' לחד תרוצא דהטעם משום דהוי עדות שאי אתה יכול להזימו הרי מבואר דבעדות החודש בעינן עדות שאתה יכול להזימה ובב"ק דף ע"ג ע"א אי' תנן גנב ע"פ שנים וטבח ומכר על פיהם ונמצאו זוממין משלמין את הכל כו' ואי ס"ד למפרע הוא נפסל הני כיון דאיתזמי להו אגניבה איגלאי מילתא למפרע דכי אסהודי אטביחה פסולין הוי אמאי משלמין אטביחה אמרי הב"ע כגון שהוזמו על הטביחה תחלה. סוף סוף כי הדר מתזמי אגניבה איגלאי מילתא כו' והילכתא שהעידו בב"א והוזמו עכ"ל ומסיק באס"ז להלכה כשהעדים מוזמין ומתברר שהיו רשעים באיזה רשעות קודם שהעידו אין עליהם דין הזמה לפי"ז קשה לי הא דאיתא בר"ה דף כ"א על שני חדשים מחללין את השבת על ניסן ועל תשרי כו' ואי' שם מעשה שעבר יותר מארבעים זוג ועיכבם ר"ע בלוד שלח לי' ר"ג אם מעכב אתה את הרבים נמצאת מכשילן לע"ל הרי שחללו שבת בפרהסי' ואם נזומו אח"כ מתברר שהי' רשעים קודם שהעידו דהא חללו שבת בחנם א"כ לא משכחת בהם דין הזמה א"ו דרשעים שאינם של חמס אינם פסולים למפרע ובסגנון זה תרצתי דברי הרמב"ם בהלכות סוטה פ"א דין י"א האשה שקינא לה בעלה ונסתרה אחר הקנוי עמו בעדים. והרי הוא עומדת לשתות ובא ע"א והעיד עלי' שנבעלה בפניו עם זה כו' ה"ז אסורה על בעלה לעולם ואינה שותת ויוצאה בלא כתובה ואפי' הי' עד טומאה זה אחד מעידי הסתירה שנ' ועד אין בה

והרי כאן עד עכ"ל וכתב הכ"מ ומ"ש ואפי' הי' עד טומאה זה כו' א"י מה מלמדינו כו' יעו"ש ונ"ל דיש רבותא דאיתא בב"ק דף כ"ד העידו שנים בראשונה ושנים בשניה ושנים בשלשה הרי כאן ג' עדות והן עדות אחת להזמה כו' אי אמרת ליעודי תורא שפיר [דכיון דגברא ביום א' מיועד מצי לאוקמי כשבאו כולן ביום א'] אא"א ליעודי גברא לימרי הנך קמאי אנן מי הוי ידעינן כו' וליעודי תורא מי ניחא לימרו הנך בתראי אנן מנא ידעינן דכל דקאי בי' דינא לאסהודי בי' תורא קאתי כו'. רב אשי אמר כשבאו רצופין ע"כ והמעיין בסוגי' הנ"ל ובספר אס"ז מש"כ בשם המאירי ישפוט בצדק כיון דפסקינן שהם עדות אחת להזמה אם נזומו רק הכת השלישי לא מחייבין אותם החצי נזק של צד מועד דכיון שבאו בב"א היו כל הג' כתות כת א' של כמה אנשים שאין מקיימין בהם הזמה עד שיזומו כולם והנה בב"ק דף ע"ב אי' פלוגתא דאביי ורבא דאביי סובר דעד זומם למפרע הוא נפסל ומקשה הגמ' מגנב ע"פ שנים וטבח ומכר על פיהם וכו' היוצא מזה היכא שמתברר שהיו רשעים מקודם ליכא דין הזמה לפי"ז קשה דהא גבי עד טומאה שהוא הי' עד הסתירה והגיד במעמד א' באותו ב"ד אחרי כ"ד של עדותו על הסתירה ליכא למשכח הזמה דכיון שהעיד על שתיהן במעמד א' לא גרע מב' כתות עדים שאין מקיימין הזמה בשנים עד שיזומו גם הראשונים ובעד השני של הסתירה א"א לקיים הזמה שיאמר לא ידעתי שהעד השני שעמו יעיד על טומאה ומה שבאתי עמו הי' לעדות הסתירה ולעד הטומאה כשיוזם ג"כ על הסתירה איגלאי מילתא שהי' רשע מעת שהעיד על הסתירה ואין עליו דין הזמה על הטומאה ומשמיענו הרמב"ם דמ"מ היא אסורה דעכ"פ יש כאן עד דאם לא הי' מעיד במעמד א' או הי' תכ"ד הי' תועלת בעדותו וכשידוע שיש עד אחד אף שאינו בב"ד אין המים בודקין או י"ל שסובר הרמב"ם דלא בעינן בעד אחד שיהי' ראוי' לדין הזמה וא"כ הרווחנו לתרץ דברי הרמב"ם שסותר בעצמו דבריו:

ואקדים הגמ' בשבועות דף ל' שבועת העדות נוהגת באנשים כו' ואינו נוהגת אלא בראוין להעיד גמ' לאפוקי מאי ר"פ אמר לאפוקי מלך וכתב הרמב"ם בפרק יו"ד מהלכות שבועות בזה"ל הי' עדיו א' מהם פסול או קרוב כו' או שהי' המלך א' מעדים שאינם ראוין להעיד כו' פטורין משבועות העדות שאלו העידו לא היו מחייבין בעדותן ממון עכ"ל ובפ"י מהלכות שגגות דין ז' כתב בזה"ל המלך והכהן המשיח מביאין קרבן על שבועות העדות כו' כשארי הדיוטות ע"כ וכתב הראב"ד א"א אין המלך חייב בשמיעות קול ע"כ ומלבד שהרמב"ם סותר דברי עצמו ממ"ש בהלכות שבועות דבריו בעצמם נפלאים דהיכא משכחת במלך שבועות העדות כיון שמלך אינו מעיד. והכ"מ רוצה לתרץ דמלכי ב"ד מעידין ומשכחת שמיעות קול אלה בעדות ד"נ אבל דבריו תמוהים דבעדי

ד"נ ליכא חיוב קרבן שבועות העדות שאינו אלא בעדות ממון ובלא"ה דברי הכ"מ צ"ע. הן אמת שגם בספר החינוך כ' שמלכי ב"ד מעידין אמנם לפי"ז צ"ל הא דמלך אינו מעיד הוא רק מדרבנן ומדברי הגמ' שאמר לאפוקי מלך ולא כראב"י שממעט משחק בקובי' מוכח דמלך אסור להעיד מדאורייתא גם ברמב"ם הלכות מלכים כתב מלכי ב"ד דנין ודנין אותם ומעידים עליהם ולא הזכיר שהמה מעידים ומהכ"ת יגרע מכה"ג שאינו מעיד רק למלך ומפשטות דברי הרמב"ם בריש הלכות עדות מבואר דכה"ג פטור מלהעיד אף בד"נ ומילתא דאיסורא דסובר דהוא בזיון גדול לכה"ג ונלמד ממת מצוה דבזיון גדול מדחה אף עשה דפסח וברש"י בשבועות מבואר הטעם משום דהוא דרך בזיון שיעמוד כשיבוא להעיד:

ולכאורה אפשר לומר דמשכחת במלך ת"ח דת"ח יכול להעיד בישיבה כדאי' בדף למ"ד ר' יימר אי ידע לי' לסהדותא למר זוטרא אתא לקמי' דאמימר אותבינהו לכולהו אמר לי' רב אשי כו' אבל בעדים דברי הכל בעמידה א"ל האי עשה והאי עשה ועשה דכבוד התורה עדיף אמנם לדעתי ז"א דלכאורה י"ל מה זה שמסיים הרמב"ם שאלו העידו לא היו מחייבין בעדותן ממון דמנ"ל לבטל עדות המלך בדיעבד דהא דין העמידה בעדים אינו מעכב בדיעבד לכן נראה לי דתוס' שם בד"ה עשה דכבוד התורה כתבו בזה"ל וא"ת כ"ש כבוד המלך שהרי אינו יכול למחול ואמאי אוקמי' שמעון בן שטח לינאי המלך וי"ל דשאני ד"נ דחמירי ולכאורה תמוהים אמאי אמר ר"פ לאפוקי מלך. הא דין שבועות העדות מיירי בממון ויכול המלך לישב לכן נראה לי ע"פ המבואר ברא"ש וביותר בחדושי הרשב"א דסותרים דעת האומרים דעמידה בעדים הוא לעכובא דא"כ אמאי כשר עדים ת"ח אף דכבודו עדיף מ"מ עדותו בטל והטעם מה שבאמת אין העמידה מעכב צ"ל דזה לפי הכלל בכל התורה כל הראוי לבילה אין בילה מעכבת:

מעתה י"ל דכיון שהמלך אינו יכול למחול ע"כ גרע טפי דאינו ראוי לבילה ומעכבת בו דין עמידה בעדותו ולכך כתב הרמב"ם שאלו העידו לא הי' מחייבין וא"ל דמשכחת כשהעיד המלך בעמידה ז"א דע"ז א"א להשביעו שיעבור על מצות שום תשים וגו'. ולא מקשה התוס' רק ממעשה דשמעון בן שטח דשם לא הי' בעדים רק לעמידת הבע"ד וזה אינו מעכב לכ"ע דאין חריצות דין הדיין תלוי בעמידת הבע"ד כמובן אמנם לכאורה גם גבי מלך ראוי לבילה דהא לפני כה"ג יכול לעמוד כדאי' ברמב"ם הלכות מלכים פ"ב דכתיב ולפני אלעזר הכהן יעמוד וכיון שמשכחת שום פעם שיעמוד ולא יהי' לו בזיון הרי גוונא שיהי' מצות עמידה ותו אינה מעכבת ויש לי ראי' לדוגמא זו מהסברת דברי התוס' במס' מנחות דף י"ח ע"ב לכך לא מצי שיופטר כה"ג משבועות העדות כשמשביעין אותו

שיעיד לפני ב"ד סתם אף שהוא אינו מחויב להעיד רק בפני מלך או בצורבא רבנן לפני ב"ד דזוטר מיני' לא מיפטר משבועות עדות דאף שלא היה מוכרח להעיד לפניהם מ"מ שם עד עליו שיוכל להעיד במקום אחר וקרינן ביה והוא עד ועבר על שבועות העדות במה שהשיב במקום ב"ד איני יודע לך עדות ואלו הי' מעידין כאן הי' מועיל עדותו וליכא למעט לא מוהוא עד ולא מאם לא יגיד במקום שאלו מגיד מחייב בזה ממון א"כ קשה אמאי אין נוהגת שבועות העדות גבי מלך:

הן אמת שלמ"ד מדאורייתא אין יחיד מומחה דן לא משכחת דבכה"ג לחוד אינו יכול לקבל עדותו וכשיצרף עוד שנים לא יהי' אפשר שישבו המה כדין דיינים והמלך יעמוד לפניהם אבל לפי פסק הלכה שפוסק הרמב"ם דיחיד מומחה דן משכחת שיעיד לפני כה"ג לבד: אמנם ז"א דמבואר בחו"מ סי' כ"ח דלגבי קבלות עדות צריכין שלשה אבל אשר קיימתי מסברא דנפשי ומצאתי בספר טורי אבן דלכך א"א ליחיד מומחה לקבל עדות משום דבעינן שיהי' אפשר לקיים דין הזמה לפני אותו ב"ד שמעידין בפניהם בלי צירוף דיינים אחרים כדמוכח לשיטות התוס' בטעם דאין עד נעשה דיין בקידוש החודש ובסנהדרין דף ח' דבדיני קנסות בעינן מדאורייתא שלשה ועדים זוממין קנסא הוא א"כ לא משכחת שיהי' דין הזמה לפני היחיד מומחה אמנם כ"ז בעדים שנים שצריכים שיקויים בהם דין הזמה אבל במקום שמועיל עדות עד א' ולשיטה הנ"ל שאין צריך שיקויים בו דין הזמה א"כ משכחת שיהי' קבלות עדותו בפני יחיד מומחה ומשכחת ראוי לבילה גבי מלך והשתא א"ש דברי הרמב"ם דשם בהלכות שבועות כתב או שיהי' המלך א' מעדיו הרי שמיירי בדבר שצריכים ב' עדים א"כ לא משכחת במלך שיהי' ראוי לבילה ובטל עדותו אף בדיעבד שמצות עמידה מעכבת בו ושם בהלכות שגגות שכתב שהמלך מביא קרבן שבועות עדות משכחת במקום שמועיל עדות עד אחד אמנם מדברי התוס' בב"מ דף ד' ע"א מבואר שגם בע"א היכא שמחייב ממון יש בו דין הזמה:

ולפי"ז ולפי דברי הנ"ל הראשונים מיושב דברי הירושלמי דלכאורה טעמא בעי אמאי לא יליף ר' ישמעאל דהגדה בב"ד כדברי המ"ד משום שנאמר אם לא יגיד במקום שמגיד זה מתחייב זה ממון וצ"ל דר' ישמעאל סובר דאם לא יגיד קאי אחר השבועה. והנשיאות עון הוא משום שעבר על שבועה בעדותו והמ"ד שיליף מאם לא יגיד סובר ונשא עונו לא קאי אקרבן כ"א אם לא יגיד קאי אכובש עדותו אף כשלא השביעהו ובזה בודאי בעינן במקום שמועיל עדותו ומוכח שמיירי בב"ד וצמודים היטב דברי הירושלמי ונשא עונו זה קרבן ומנין ב"ד ר"ל דכיון דונשא עונו היינו ק א"כ קאי אם לא יגיד אחר השבועה וא"כ י"ל שחייב אף שלא בב"ד:

ומעתה מבואר סוף דברי הירושלמי דבסנהדרין דף ל' איתא פלוגתא דריב"ק ות"ק וקאמר שם בגמ' טעמא דת"ק דכתי' והוא עד או ראה או ידע ותני ממשמע שנא' לא יקום עד א"י שהוא אחד ומאי ת"ל אחד זה בנה אב כ"מ שנאמר עד הרי כאן שנים כו' ואפקי' רחמנא בלשון חד למימר עד דחזי תרווייהו כחד ואידך והוא עד או ראה או ידע מ"מ. ולכאורה דבריו תמוהים דהא גם בע"א יש חיוב קרבן שבועה בעד סוטה וכשנגדו חשיד ובנסכא דר"א וצ"ל דת"ק דריב"ק סובר דמדאורייתא אין ע"א מועיל לממון כיון דאינו בתורת הזמה וליכא גבי' דין קרבן שבועה אם נאמר דואם לא יגיד קאי אחר האלה בלא"ה איכא לאו דואם לא יגיד גבי ע"א אף במקו' שלא הי' מחויב רק שבועה.

נחזור לדברי הראשונים שהרשב"א סובר אליבא דאביי שסובר כר"פ ולכאורה אם כן הוא מיושב קושי' גדולה שמקשה על שיטות הקדמון (והוא בשערי רב אלפסי) דגם בנסכא דר"א מחויב התובע לישבע א"כ קשה לימא לי' מי יימר דמשתבעת וי"ל בפשיטות דהא פשוט דקושי' הראשונה של הרשב"א שמקשה מאי קאמר בגמ' ולימא לי' מי יימר הא מדאורייתא א"צ לשבע אינו אלא לשיטתי' שסובר דבחשוד אמרינן מדאורייתא מתושאיל"מ ודבר זה תלוי בשני התרוצים של התוס' בסוגיא דההיא רעי' והמעיין בשערי רב אלפסי יראה שסובר כטעם התוס' משום דהחשוד טוען שרוצה לישבע א"כ סובר דמדאורייתא ליכא בחשוד מתושאיל"מ. ול"ק קושי' הראשונה של הרשב"א דאי אזלינן בתר דאורייתא ליכא שום חיוב תשלומין אבל בנסכא שמדאורייתא אמרינן מתושאיל"מ ל"ק מי יימר דמשתבעת די"ל שאביי סובר דאזלינן בתר דאורייתא גם י"ל דבלא"ה לאביי שסובר חשוד אממונא חשוד אשבועתא ואין התועלת בשבועות נוטלין רק אם יש לו ספק מלוה ישינה בלא"ה א"א כתירוץ הב' של התוס' דלכך בחשוד שכנגדו צריך לישבע משום דלא שבקת חיי וכי כל פועלי און יהי' להם אצלו ספק מלוה ישינה ואם אין להם ספק מלוה רק רוצים לגזול מה יעצור אותם השבועה הא חשוד אממונא חשוד אשבועתא:

אמנם לפי"ז יושאר קושי' התומים שמקשה בסי' צ"ב ס"ק יו"ד לפי דעת רשב"א שבמרדכי אף דאמרינן בשכנגדו חשוד שנשבע ונוטל אם רוצה התובע יכול להשביע את הנתבע החשוד. א"כ מאי משני הגמ' בשניהם חשודים. דאכתי יכול העד לומר מי יימר דמשתבעת ומסתמא ישביע אותו הנתבע דל"ל ליתן לו ממון בלי שבועה כלל אחרי שבידו להשביעו החשוד ומתרץ דכיון דמדאורייתא בחשוד מתושאיל"מ לא מניחין את הנתבע להשביע את התובע כשהוא חשוד כן תורף דברי התומים ולפי הנ"ל דאביי סובר דלא אמרינן מדאורייתא בחשוד מתושאיל"מ נשאר קושי' של התומים הנ"ל אמנם

לכאורה נ"ל לתרץ קושי' התומים דהא דברי המרדכי לכאורה צ"ב מ"ט אין הכ"ד נותנין שבועה וכשהבע"ד רוצה משביעין:

וי"ל דבח"מ סי' פ"ז איתא היכא שנשבע הבע"ד שבועה דרבנן במקום שנתחייב שד"א צריך לחזור ולישבע שד"א ומקשה התומים בס"ק י"ח הא אם טענתו בשקר כבר נשבע לשקר וחשוד גם לשבועה דאורייתא ותרצתי דהנה פשוט דמי שעובר על ספק שבועה אין לו דין חשוד רק לדבר כזה ומקל לחמור לא מחשדינן בשום איסור רק במקום שעבר עבירה שנקרא בתורה רשע פסול לעדות מטעם אל תשת רשע וגו' וכמו כן לשבועה שדין אחד להם והנה לאביי בכל השבועות שנותנים אמרינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו ומספק ממונא לא פרשי אינשי ומספק שבועה פרשי וכשנשבע י"ל שלא פירש א"ע מספק שבועה ומ"מ אינו חשוד מחמת רשעת שאינו נקרא בתורה רשע כשעבר על ספק שבועה דהא הרשעים שבתורה אינו אלא בחייבי מלקות או ברשעת דחמס וכאן כיון שהוא ספק ממון ליכא רשעת דחמס ואינו רק כחשוד לאותו דבר שישבע שוב מספק אמנם מקולא לחומרא לא מחזקינן לחשוד לכך משביעין אותו אח"כ שד"א דעל ספק איסור שבועה דאורייתא לא נחשד וכמו כן י"ל דלכך חשוד אינו נשבע ונפטר כיון שכבר נחשד לעבור על שבועת ספק דלמא גם כעת בדבר הממון שנתבע עליו מסופק וישבע מספק לכך אינו נפטר בשבועתו אבל כשהבע"ד רוצה יכול להשביעו דיכול התובע לומר שיודע שאין להנתבע שום צד ספק מלוה ישינה עליו ועל שבועת שקר בודאי לא חשוד וא"ל דא"כ שאינו מסופק מה תועלת בשבועתו נימא מגו דחשוד אממונא לזה י"ל דאינו חשוד דדילמא אשתמוטי הוא דקא משתמיט דהא אנן פסקינן תרווייהו סברת אישתמוטי וסברת ספק מלוה ישינה וכ"ז כשהתובע מטיל שבועה על הנתבע החשוד. אבל כשהתובע הוא חשוד לא מניחין להנתבע להשביעו כיון שבתובע הבא ליטול לא שייך אישתמוטי וליכא רק הסברא דספק מלוה ישינה א"כ בחשוד אממונא ליכא שום תועלת בשבועה דאם מסופק ישבע דהא כבר נחשד על זה לישבע על ספק ואם אינו מסופק הוי חשוד אממונא וחשוד אשבועתא ודוק היטב:

בסוגיא דקציצה [דף מ"ד ע"ב]

מתני' כל הנשבעין רש"י ד"ה שכנגדו חשוד על השבועה. התובע שהנתבע שכנגדו חשוד ונתחייב הנתבע שבועה מה"ת ע"י הודאה במקצת נשבע התובע ונוטל עכ"ל ויל"ד דלמה נקיט רש"י מודה במקצת הא גם בע"א המחייב שבועה לחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ונ"ל דבר"ן מקשה קושי' התוס' למה לא חשיב גם שארי נשבעין ונוטלין ופוגמת ומוציא הוצאות על נכסי אשתו כו' ומתרץ דלא חשיב מתני' אלא הך שמן הדין לא הי' להם ליטול

כלל ומקשה ע"ז הר"ן בזה"ל וא"ת הא קחשיב שכנגדו חשוד על השבועה דמדינא אית לי' למישקל בלא שבועה משום דהו"ל מחויב שבועה ואיל"מ לר' אבא כדאיתא לקמן בפרקין כו' יעו"ש ונ"ל לתרץ קושי' הר"ן דידוע שיטת הפוסקים דלאפטורי מממונא אמרי' מגו דהעזה אבל לאפטורי משבועה לא אמרי' מגו דהעזה וכדברי רבה בפ"ק דב"מ מפני מה אמרה תורה מב"מ הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז כו' וק"ל דא"כ אמאי אמרינן בחשוד מתושאיל"מ הא כיון דאינו מועיל לו שבועה ובעינן למירמא עליו חיוב ממון יש להאמינו על הכפירה במקצת מטעם מגו דאי בעי כופר בכל דהא גבי חשוד אין מגו זו לאפטורי משבועה כ"א מממון ולאפטורי מממון אמרי' אף מגו דהעזה אמנם לסברת אביי שסובר דחיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו ליכא כלל מגו במב"מ דאי בעי כפר בכל דיכול להיות שאין לו עליו ספק מלוה ישינה אלא על אותו מקצת שכופר ולכך לא כפר הכל. וסברא זו אמורה בספר פנ"י למס' ב"מ בסוגי' הנ"ל ד"ה אמר רבה יעו"ש שהמציא מזה דגם רבה מודה לאביי רק שדברי אביי דאמר חיישינן שמא ס' כו' אינו אלא מדרבנן אבל מדאורייתא לא אמרינן שמא ס' מלוה ישינה כו' ולכך הוצרך רבה לומר דטעם שבועה דאורייתא משום דאין אדם מעיז והוי מגו דהעזה אבל מדרבנן בלא"ה ליכא מגו במב"מ וכנ"ל שיכול להיות שאין לו ספק מלוה ישינה כ"א על מה שכפר א"כ מיושב קושי' הנ"ל די"ל דבאמת מדאורייתא ליכא בהודאה במקצת בחשוד חיוב תשלומין מדין מתושאיל"מ דהא יש להאמין לו במגו דאי בעי כפר בכל אף במגו דהעזה דהא גבי חשוד מגו הוא לאפטורי מממון ובכה"ג אמרינן אף מגו דהעזה ובמה שהדין במב"מ ובחשוד שישלם אינו אלא מדרבנן וכיון שהוא רק מדרבנן תו אין להאמינו במגו דאי בעי סופר בכל וכנ"ל דדלמא אין לו ספק מלוה ישינה רק על מה שכפר וזה עיקר הדין בחשוד כשמודה במקצת שמשלם אינו אלא מדרבנן שמדאורייתא הי' לו לאפטורי במגו ולכך חשיב לי' במתני' בין שארי נשבעין ונוטלין שהדין בהם מדאורייתא שלא יטלו אמנם בחשוד וע"א מכחישו היכא דליכא מגו או לשיטות הסוברים דע"א לשבועה הוא כמו שנים לממון לכך אין מועיל נגדו כלל מגו כמו שאין מועיל מגו נגד ב' עדים גם מדאורייתא הוי מחויב שבועה ואין יכול לישבע משלם וכיון שמתני' לא חשיב בנשבעין ונוטלין כ"א הנך שמדאורייתא לא הי' להם ליטול כלל ע"כ הוצרך רש"י לפרש שכנגדו חשוד על השבועה דקתני מתני' הכוונה בו במב"מ הרי מיושב קושי' הר"ן הנ"ל ומדוקדקים דברי רש"י

ודע דקושי' הפנ"י הנ"ל על רבה דאמר מ"מ אמרה תורה מב"מ כו' דהא י"ל דאין לו ספק מלוה ישינה על מה שכופר יש לתרץ באשר אבאר בהקדם מה דאמרינן בנ' ידענא ונ'

לא ידענא מחויב שבועה ואיל"מ הכוונה בו שבטענות ברי מחויב לישבע ע"כ כשטוען שמא משואיל"מ וידוע מה שנסתפק בש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ד בדין ספק פרעון קודם הלואה אי הוי כא"י אם נתחייבתי או כא"י אם פרעתיך ומביא התומים לראי' פשוטה דהוי כא"י אם פרעתיך דאל"כ למה אמר אביי חיישינן שמא ספק מלוה ישינה יש לו עליו לו יהי' כך ג"כ יהי' פטור ולהוי כא"י אם נתחייבתי כן תורף דברי התומים: אבל המה דברי שגיאה דבודאי לא עלה על דעת הש"ך מעולם שמי שיש לו ספק תביעה על חבירו יהי' בידו לתפוס ממנו ושתהא כא"י אם נתחייבתי דתיכף תחילת התפיסה שלא כדין כיון שאין לו תביעה ודאי על חבירו אין לו לתבוע ממנו ולכך אמר אביי שמא ספק מלוה ישינה דקאי על שבועות המשנה גבי שנים אוחזין ולגבי נשבעין ונוטלין. והש"ך הוסיף מדעתו שנראה לו אף היכא שחבירו הלוה לו מרצונו א"כ הוי כתפיסה ברשות עכ"ז אינו יכול למנוע הפרעון מחמת הספק שיש לו מכבר וכיון שנדחה ראיות התומים י"ל בספק פרעון קודם הלואה הוי כא"י אם נתחייבתי ומיפטר. אבל בספק פרעון מקצת קודם הלואה הדין כמו בנ' ידענא ונ' לא ידענא והוי מחויב שבועה ואיל"מ. אמנם ז"א רק לפי האמת דבהודאה וכפירה במקצת בברי איכא שבועה דאורייתא ולא מיפטר מטעם מגו כדרבה דהוי מגו דהעזה וממילא כשטוען נ' לא ידענא הוי משואיל"מ אבל אי הוי הדין שאף מגו דהעזה מועיל לאפטורי משבועה או שלא הי' דנין מגו זו למגו דהעזה כדרבה בקושייתו מפני מה אמרה תורה כו' ולא הי' לנו לבטל המגו רק בחשש שמא ספק מלוה ישינה יש על מקצת א"כ ראוי הי' להיות הדין שיהי' פטור משבועה ממ"נ אי אין לו ספק מלוה ישינה כלל וכופר בשאט נפשו הרי הי' יכול לכפור הכל ואיכא מגו גמורה ואי אינו כופר רק מחמת ספק מלוה ישינה יש לפוטרו מטעם א"י אם נתחייבתי וא"ל דהוי כנ' ידענא ונ' ל"י מה בכך הא כל החיוב בנ"י ונל"י רק מפני שבברי יש חיוב שבועה ולכך בטוען לא ידענא הוי מחויב שבועה ואיל"מ [וכעין דברי מבואר מתוך דברי בעה"ת ז"ל שער ל"ח ה"ג בלשון מהר"י במג"ש וביותר מתוך דברי הראב"ן שם שכ' בנ' לא ידענא כדי שלא יהי' נשכר במה שאינו טוען ברי] ויעוין בר"ן פ' שבועות הדיינים דף שי"א וא"כ לפי הנ"ל אם הי' מוחלט להב"ד שאין לו ספק מלוה ישינה עכ"ז כופר במקצת הי' פטור במגו ולא הי' עליו חיוב שבועה וא"כ הקשה רבה שפיר מ"מ אמרה תורה כו' דאם לא היתה התורה מחייבת שבועה במב"מ ממילא הי' הדין לפטור בנ' לא ידענא והי' לכל מב"מ מגו גמורה דממ"נ אם אין לו ספק מלוה ישינה הרי יב לו מגו דאי בעי כופ"ה ואם הוא מסופק שבועה זו מה טיבה. ולחייבו ממון ג"כ לא אפשר

דהא הוי כא"י אם נתחייבתי ובאפס חיוב שבועה בברי ליכא דין מחויב שבועה ואיל"מ בטענת שמא:

ולכאורה לפי דברי הנ"ל צ"ע על מ"ש הר"ן דהא דפסקינן לפי האמת חיוב שבועת שומרים אף בלא אפקיד בשטר ולא פטרינן במגו דלהד"מ הוא משום דחיישינן דילמא יטעון בדדמי וסבר שהוא אונס ואינו אונס וקשה מאי בכך לו יהי' כן שאומר בדדמי יופטר ג"כ. אף דלפי האמת שיש חיוב שבועת שומרים ממילא הדין בטוען א"י אם פרעתי שישלם כדין מחויב שבועה ואיל"מ אבל דברי הר"ן הוא על הקושי' שלא יהי' כלל חיוב שבועה בשומרים וא"כ לו יהי' כך לא יהי' ג"כ דין מתושאיל"מ בטענת ספק וליכא למחייב כלל חיוב את השומרים בטענות נאנסו דממ"נ אם אין אומר בדדמי הרי בודאי אומר אמת דהא יש לו מגו ואין לו מקום לחייבו שבועה ואי אומר בדדמי וא"י אם פשע או לא למה מחייבין מספק לשלם הא ליכא חיוב מקום שבועה שיהי' שייך דין מחויב שבועה ואיל"מ וכנ"ל אמנם לפי שיטות הסוברים דאף למ"ד שסובר דלא אמרינן מחויב שבועה ואיל"מ מ"מ על השומר חיוב תשלומין כשאינו יודע אם נאבד באונס או בפשיעה והוי כא"י אם החזרתי כיון שהפקדון הי' בידו ונתחייב בהשבתו א"ש דברי הר"ן הנ"ל:

והשתא דאתינא להכי נ"ל לבאר דברי רבא מאי מעליותא בסגנון פי' הר"ן ובהסברת דברים ואקדים לשון הר"ן יכול לומר לא שכרתיך כו' וא"ת והיכי אמרינן מגו בכה"ג דהא לא חיישינן דבעה"ב משקר אלא דהכי קאמרינן מתוך שהוא טרוד בפועליו סבר שפרעו ולא פרעו וכיון שכן כי איכא מגו מאי הוי ואי משום דאיכא מגו אזלי טרדת הפועלים וי"ל דהכי קאמרינן דאי קטעין שפרעו ודאי קושטא קאמר וברי גמור הוא דאי מסתפק לי' וטעין בדדמי לא הוי אמר מילתא דידע דמספקא בה רבנן דמשום טרדא קטעין כן ולכך הוי טעין דלא שכרו כלל עכ"ל וצ"ע דאחרי שקם הדין לפטור את הבעה"ב כשטוען פרעתי ומאמיני' לדבריו בכח המגו תחזיר החששא לבטל המגו דדלמא אמר הבעה"ב בדדמי שפרע והא שלא בירר לעצמו הטענה דלא שכרו אין ראי' כלל דהא כיון שהדין שמאמינים לו טענת פרעון הרי לעיני' דכשטוען כן לא מספקא בי' רבנן ואדרבא מחזקינן לקושטא במה שטוען פרעתי ולמה יוסב לבבו מטענה זו ולטעון לא שכרתיך שהוא בודאי שקר הלא טובלו עתה טענת פרעון מצד שמדומה לו שכן האמת והב"ד ג"כ מחזיקין להאמת גמור כנ"ל משיטעון לא שכרתיך שיודע בעצמו שהוא בודאי שקר וכיון שכן בודאי חוזר וניער קושי' הר"ן דלמא מחמת טרדתו סבר שפרעו ובאמת לא פרעו והרי משפט מעוקל במה שפוטרין הבעה"ב כשטוען פרעתי מדין מגו דממה שפוטרין

אותו גורם לחוש שאומר בדדמי ולא שייך כלל מגו ולכאורה צ"ל דאף שכן הוא. עכ"ז א"א הי' לתקן לחייב את הבעה"ב דאם נחייבו יהי' להיפך משפט מעוקל דהחיוב יגרום שידע הבעה"ב דמספקא בי' רבנן וחוששין שאמר כן משום טירדא וידע כי יותר טוב לטעון לא שכרתיך וא"כ יהי' לו מגו דלא שכרתיך דמצד שמחייבין אותו לשלם עפ"י שבועת השכיר חוזרת לאיתנה המגו אשר לו שהי' יכול לטעון לא שכרתיך כסברת הר"ן הנ"ל. סוף דבר כשפוטרין את הבעה"ב בטענת פרעתי או אם היה התקנה לחייבו יש כתרי הפכים בנושא אחד. והיכא נדייני להאי דינא וצריכין להניח הדבר בשב ואל תעשה כי לא יכלו חז"ל לעשות תקנות שכיר בהאי גוונא בשכרו שלא בעדים והוצרכו להשאיר שיהי' הבעה"ב פטור ואף שיש חשש דילמא מחמת טירדא טוען ואומר פרעתי:

אמנם א"כ לא שייך לישנא דרמב"ח שאמר כמה מעלי' הא שמעתא הא קרוב יותר שדברי השכיר כן הוא כיון שהוא טוען ברי וטענת הבעה"ב פרעתי יש לתלות בדדמי מצד טרדת הפועלי'. רק שעכ"ז לא יכלו חז"ל לעשות בזה תקנה לשכיר כמ"ש לעיל ואם מחמת ההכרח לא יגונה עכ"ז לא ישובח ולתרץ זה אקדים מה שיש לעיין בדברי הר"ן שכתב בזה"ל ואיכא למידק כו' מאי קפריך רבא עלי' דרמב"ח וכי לית לי' לרבא בעלמא מגו ואי קשי' לי' שבועות שומרים המ"ל לפרוך הכי בעלמא ולא אדרב ושמואל דמגו כ"ע מודו בי' ומתרץ דהי' סבר רבא דלכך אינו מועיל מגו לגבי שומרים משום דחיישינן דילמא טוען בדדמי וסבר שהוא אנוס ואינו אנוס כדאמרי' פ' הפועלים דף צ"ג אי ידעתיך כו' בבר אחתך דמצי לעבורי חדא חדא וכיון שכן כי איכא מגו מאי הוי וכי יוציאנו מגו מידי חששא זו עכ"ל הר"ן וקשה דאכתי מאי פריך רבא אליבא דרמב"ח שבועת שומרים המ"ל. הא י"ל דרב ושמואל ורמב"ח סוברים ג"כ כסברתו דלכך אינו מועיל מגו גבי שומרין משום דחיישינן דשמא אומר בדדמי ושאני בעה"ב נגד שכיר שאין לחוש בדדמי כדברי הר"ן בעצמו דאם לא הי' ברי לו שפרעו בברי גמור הי' בורר לעצמו יותר לטעון לא שכרתיך דכשאומר פרעתי מספקא בי' רבנן משום טרדא והיינו משום שהשכיר טוען ברי ויש לו חזקה דלא יעבור על לא תגזול מחזיקינן דבריו לאמת והא דבעה"ב מכחישו תולין בטרדא והוי טענת בעה"ב טענה גרוע וטובה הי' ממנה טענת לא שכרתיך ולכך הוי מגו אבל בשומר כשטוען נאנסה אף שיכול להיות שאומר בדדמי מה"ת נחזיק שפשע בשמירה ואינו אומר אלא בדדמי הא ליכא מי שיכחישו בברי דהמפקיד א"י כלום וליכא לגבי השומר צד גריעותא לפי' שומעים טענתו בברי דהמפקיד א"י כלום וא"כ כיון דליכא לגבי השומר צד גריעותא בטענתו נאנסה אין להחשיב למגו מדלא טען להד"מ די"ל דמה שטוען נאנסה אינו אלא בדדמי וכיון שטענת אונס לא גרע מטענת

להד"מ הוטב לפניו לומר נאנסה שמסופק בה מלהכחיש בודאי את המפקיד בטענת להד"מ ואדרבא יותר אין חושבין אותו למשקר בטענת אונס דהא אין אדם שיכחישנו בזה מאם יטעון להד"מ והמפקיד יעמוד לנגדו בהכחשה בטענת ברי וא"כ ל"ק על רב ושמואל ורמב"ח משבועת שומרים דיש חילוק גדול בין המגו של הבעה"ב נגד השכיר בטענת פרעון ובין המגו של השומר כנ"ל וביותר יש לחזק קושי' זו עפ"י דברי הרשב"א בחידושיו שכ' ג"כ כתירוץ הר"ן הנ"ל ובביאור יותר בזה"ל וייל דכיון דלאו שכיח גמור היא אלא כמסתפק כו' טענה יפה ממנה הי' יכול לומר ולימא שלא שכרו מעולם דכל שמודה ששכרו ואנן סהדי דבעה"ב מתוך טרדת פועליו הוא אומר לעתים אין טענה יפה כ"כ אלא שזה רוצה לטעון טענת אמת כו' יעו"ש ומחמת שיש גריעת זה בטענת פרעתי מחשבינן למגו שהי' טוב לו יותר לומר לא שכרתיך אבל בשומר שאומר נאנסה אין סברא לומר דאנן סהדי שלא נאנסה וכיון דליכא גריעות בטענת נאנסה תו ליכא למיחשב למגו שבידו הי' לו לומר להד"מ דהא אפשר אומר נאנסה בדדמי:

וליישב כל הנ"ל אקדים עוד שמדברי התוס' בד"ה וניתוב כו' מבואר שדעתם דכיון שתולין שבעה"ב טרוד בפועליו דינו כטוען א"י אם פרעתיך ומחויב מדינא לשלם וכ"כ הרשב"א בחד תרוצא והר"ן חולק ע"ז ומפרש שאין קושי' הגמרא וניתוב לי' בלא שבועה ויהי' דינו כא"י אם פרעתיך אלא הכוונה שדרך תקנה היה לתקן שהשכיר יטול בלא שבועה דבהטלת השבועה יכול השכיר לבוא לידי הפסד אם לא ירצה לישבע אף שאמת אתו וכבר נסתפקתי במק"א בדין א"י אם פרעתיך היכא שהטוען פרעתי אינו אומר סתם א"י רק שטוען שקרוב לודאי אצלו שפרע אם דינו כא"י ומחויב לשלם או כיון שלפי דבריו קרוב לודאי אצלו לא גרע זה מרוב שמועיל להחזיק ממון וסמוכין לספק בזה ממאי דמצינן באו"ה שיש חילוק בספק השקול ובין היכא שמטה הדבר יותר לצד א' מלצד השני דבכה"ג דייינינן לי' כרוב והרי גם גבי ממון מה שאין הולכין בו אחר הרוב אינו רק כשהרוב הוא נגד חזקת ממון משא"כ כשהוא להחזיק ממון. ואם נאמר שבכה"ג פוטרין את הנתבע מקום יש לתרץ דברי רמב"ח שאמר כמה מעלי' הא שמעתא ואקדים המבואר במפורשים דכשטוען הבעה"ב פרעתי יש לתלות בא' מן ב' פנים או שאפשר מחמת טרדותיו שכח ומסופק אם פרע או לא פרע או שטרדותיו להיות קרוב לודאי אצלו שפרע ואם הוא רק מסופק שורת הדין שישלם אבל אי קרוב לודאי אצלו שפרע יש סברא לומר שאינו מחויב לשלם דבכה"ג אין בכלל א"י אם פרעתיך ואף שלדעתינו יכול להיות שהטרדה גרם לו שידמה כן שיהי' דעתו קרוב לודאי ס"ם א"א לחייבו ממון וה"ז דומה למ"ש הר"ן בזה"ל וליתיב לי' בלא שבועה ליכא לפרושא דמדינא קאמר לומר

דמכיון דאמר דבעה"ב טרוד בפועליו הוי ליה כאומר א"י ק' לי בידך וא י אם פרעתיך חייב דהא ודאי ליתא דהתם איהו גופא קאמר א"י א"פ וכיון שהוא עצמו מודה בחיוב ומסופק בפטורו דין הוא שיתחייב אבל הכא הבעה"ב ברי קטעין כו' עכ"ל. כ"כ אם נאמר שהדין בכל האומר קרוב לודאי אצלו שפרעתי שאינו מחויב לשלם הי' מקום לומר שגם בעה"ב נגד השכיר אם הוי ידעינן שלפי דעתו קרוב לודאי אצלו שפרע שאין לחייבו לפי הסברא זו דקרוב לודאי פוטר בשארי טענותיו ותביעות כמו ברי גמור והרי לפי דעת בעה"ב קרוב לודאי אצלו שפרע ולא יכולין למחייבו אף שידוע שיכול להיות שהטרדא גרם לו זה להיות בדעתו קרוב לודאי דהא אף בטוען ברי גמור יכול להיות שהטירדא גרם לו לחשוב אותו כן ועכ"ז א"א זה לפרש כן בדברי הגמ' וניתיב לי' בלא שבועה כסברת הר"ן ולחייבו דחיוב א"י אם פרעתיך אינו רק מפני שהנתבע מודה מעצמו שהוא מסופק בפטורו משא"כ אם לפי המדומה לו לפי דעתו ברי לו שאינו חייב והכוונה כי די לאדם שיוצא י"ח לפי דעתו וסברא זו שייכא ג"כ היכא שקרוב לודאי לבעה"ב שפרע הי' הדין נותן בשאר ט"ות דהיכא דהנתבע אומר קרוב לודאי אצלו שפרע שהוא פטור ואין דנין זו כא"י אם פרעתיך ויעוין ברשב"א בחידושין לגיטין דף ע"ח ע"ב ד"ה רבה ורב יוסף שמקשה שם בדין אומר לחבירו זרוק לי חובי וזרק לו דאמאי במחצה על מחצה דהיינו בב' כיתי עדים יחלוקו אדרבא הו"ל כמנה הלויתני וא"י אם פרעתיך אם לאו דתנן בב"ק דף קי"ח שהוא חייב ומתרץ בזה"ל וי"ל דשאני התם דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל הכא הא נולד ספק זה לפניך הילכך יחלוקו עכ"ל וא"כ לפ"ד הרשב"א בודאי מקום י"ל דהיכא שקרוב לודאי שפרע שפטור כדין א"י אם פרעתיך במקום שיש רגלים לדבר ונולד הספק לפניך ומה שכתבתי לעיל שי"ל שהטרדה גורם בא' מן ב' פנים או שגורם ספק שכחה או שנטה ביותר את הבעה"ב שיהי' קרוב לודאי אצלו שפרע מבואר מתוך דברי הר"ן והתוס' שבר"ן איתא שאמר בדדמי שסבר שפרע ולא פרע והיינו שקרוב לודאי אצלו שפרע וכן גבי שומרים כתב הר"ן דשמא אומר בדדמי שסבר שנאנס ולא נאנס ובדברי התוספות בד"ה מתוך שיכול לומר לא שכרתיך כו' נראה שסוברים שהטרדה אינו גורם אצל בעה"ב רק שיהיה מסופק והוא משקר במה שאומר בברי שפרע ולכך אמרינן מגו דאם אין אצלו אלא שמא וספק ומשקר במה שטוען ברי שפרעו הי' יכול לומר להד"מ דהוי מגו גמור אבל לפי לשון הר"ן הוא שנראה ממנו שחוששין שבעה"ב סובר שפורעו ולא פרעו כנ"ל שקרוב לודאי אצלו שפרע א"א לתרץ כתירוץ התוס' ע"כ כתב הר"ן תירוץ אחר (וכאשר הבאתי לעיל) דלכך אמרינן מגו משום דטענת פרעון מספקא בי' רבנן הוי טענה גרוע והי' להבעה"ב יותר לטעון לא שכרתיך ומדלא טעין

הכי בודאי ברי גמור אצלו שפרע משא"כ לפי פי' התוס' דלפי דעתם דאין הטירד' גורם רק שיהי' אצל בעה"ב ספק ושמא הוי מגו גמור כשטוען בעה"ב פרעתי דאם הוא משקר כ"כ לטעון שפרע אף שאין אצלו רק שמא הי' יכול לשקר ולומר לא שכרתיך ולפי"ז אם נתפוס כנ"ל שטוען דקרוב לודאי אצלו שפרע לא הוי כא"י אם פרעתיך א"ש תירוץ התוס' אף כשנאמר שהטרדה יכול לגרום גם שידעה הבעה"ב קרוב לודאי שפרע מ"מ אין לחייב הבעה"ב דאם חושדין שאין בדעתו אלא ספק שמא פרע הרי רוצה לחשדו למשקר גמור והרי יש לו מגו לא שכרתיך ואם קרוב לודאי אצלו שפרע דבכה"ג לא הוי מגו דלא שכרתיך דטוב לו יותר לומר שפרע כיון שמדומה לו כן קרוב לודאי בלא"ה פטור כיון דבאמת קרוב לודאי אצלו שפרע אינו בכלל א"י אם פרעתיך לכן שפיר אמר רמב"ח כמה מעלי' הא שמעתתא:

היוצא מזה מדאמר רמב"ח כמה מעלי' הוא כו' מוכח שסובר רמב"ח דהאומר בדדמי שפרע מחמת שקרוב לודאי בעיניו פטור מדינא וע"ז הקשה לו רבא שפיר דא"כ שבועת שומרים המ"ל דשם איכא ג"כ למיפטר את השומר בממ"נ ולכך דייק רבא מאי מעליותא דאם לא הי' אומר רמב"ח כמה מעלי' כו' לא הי' לקושייתו של רבא דאפשר הי' לו לומר כסברת הר"ן וכנ"ל דרק גבי בעה"ב נגד שכיר אמרינן מגו זו כיון דטענת פרעון הוא טענה גרוע דמספקא בי' רבנן ע"כ א"א לחייב את הבעה"ב אף שפטור הוא ג"כ כתרי הפכים בנושא א' אבל מדאמר רמב"ח כמה מעלי' מוכח שטעמו כתירוץ התוס' וסובר דבטוען שקרוב לודאי אצלו שפרע שורת הדין לפטרו דבכעין זה הוי כא"י אם פרעתיך או החזרתי ולכך יש שבועת שומרים והוא מיפטר במגו דדלמא אומר בדדמי ואם יודה ע"ז שאינו יודע בבירור גמור יחויב לשלם כדין א"י אם פרעתיך ול"ק ע"ז מדינא דרב ושמואל דשכרו שלא בעדים פטור דשאני התם דאף דע"י מה שפוטרין הבעה"ב אורעה המגו דלהד"מ ונשאר בספיקא דילמא הבעה"ב אומר בדדמי מ"מ אי אפשר למחייבי' כיון שע"י החיוב עוד יגדל כח המגו וכנ"ל:

עוד בסוגיא הנ"ל

גמרא א"ה אפי' קצץ נמי לפרש כוונת האי א"ה אקדים מה שפרשתי כבר באריכות במ"א דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' טוען דין ד' שכ' בזה"ל אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור כו' כיצד מי שטען על חבירו ואמר ק' דינרין יש לי אצלך חמשים בשטר וחמשים בלא שטר אין לך בידי אלא חמשים שבשטר אין זה מב"מ שהשטר לא תועלת בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים עכ"ל יעו"ש שנבוכו בכוונת דברי הרמב"ם במה שהוסיף ואמר והרי כל נכסיו משועבדים ותרצתי דהא

הרמב"ם בעצמו פוסק שם בסוף הפרק בטוען מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום והעדים מעידים שיש לו עדיין אצלו חמשים שמחויב שדיא מצד העדאות עדים כדין ר' חייא קמייתא ואף דאינו יכול לכפור כלל דגם טענת פרעון לא הי' יכול לטעון לפי דברי הרמב"ם שכ' להדי' שהעדים מעידים שעדיין יש לו בידו [וצ"ע בזה על דברי המל"מ בדין ד' יעו"ש] וצ"ל שסובר הרמב"ם דאף דאינו יכול לכפור וליכא למחייבי' מצד הודאת עצמו דלא מיקרי הודאה כיון שלא הי' יכול לכפור מ"מ מחויב שד"א מצד העדאת עדים ומצד הודאת שיעבוד קרקעות ליכא למפטרי' היכא שיש עדים דאף למ"ד שעבודא דאורייתא מ"מ הרי חייב לשלם גם ממטלטלין שלו והוי כהודאות קרקעות ומטלטלין ולא מחשבינן שע"ק רק בשטר שעקרו רק לשע"ק וכסברת הלח"מ פט"ז מהלכות אישות דין כ"ה יעו"ש לפי"ז א"ש דברי הרמב"ם הנ"ל דבהודה חמשים שבשטר אף שלא מיקרי הודאה כיון שלא הי' יכול לכפור מ"מ היה מקום לומר דל הודאתו אכתי נתחייב שבועה מכח השטר דאיכא העדאת עדים שמחייבין שבועה אף היכא שאין ביד הנתבע לכפור אמנם ז"א דמצד השטר בלא"ה ליכא למחייבי' שד"א דהא עקרו של שטר על שעבוד קרקעות והוי הודאת שע"ק א"כ ממ"נ ליכא חיוב שבועה מצד הודאתו אין לחייבו דהא לא הי' יכול לכפור ולא חשיבא הודאה ומצד השטר לבדו כדין העדאת עדים נמי ליכא לחייב דשטר הוא שע"ק ולזה נתכוון הרמב"ם במ"ש דשטר לא תועלת בי' כפירתו והרי כל נכסיו משועבדים כלומר קרקעותיו שבהם דין שיעבוד ואין כאן חיוב לא מצד הודאתו ולא מצד השטר דהוי כהעדאת עדים. אבל היכא דלא מקרי שע"ק לבד והחוב ידוע אף דאינו יכול לכפור מחויב שד"א מצד ידיעות החוב כדין ר' חייא קמייתא ובזה י"ל לכאורה קושי' המ"מ בפט"ז מהלכות אישות דין כ"ה דכיון שידוע שחייב הבעל מנה ויכולה היא שתגבה גם ממטלטלין הוא מחויב שבועה כדין ר"ח קמייתא היכא דלא מקרי שעבוד קרקעות לבד (אמנם עדיין לא א"ש לשון הרמב"ם שם שכתב בזה"ל יש להשביעו שבועת התורה שהרי הודה במקצת כו' ע"כ משמעות לשונו מורה שאין טעמא משום ר"ת קמייתא רק מצד הודאת עצמו). ובדברי הנ"ל א"ש גם דברי הרמב"ם בפ' כ"ב מהלכות עדות ד"ג יעו"ש לפ"ד הכ"מ שם דהתם לא מקרי שע"ק יעו"ש ויעוין בש"ך חו"מ סי' ל"א ס"ק ב' א"כ שפיר יש חיוב שד"א על הלוה דהעדאת עדים הוי כהודאה במקצת ומיושב מה שהניח שם בכ"מ בצ"ע דשאינו יכול לכפור ליכא שבועה יעו"ש דהא לפ"ד הכ"מ בעצמו דלא הוי שע"ק יש לחייב שד"א מצד העדאת עדים ומה שפוטר הרמב"ם בדין נ' שבשטר אינו רק מחמת שהשטר הוא שע"ק:

והנה בתוס' ד"ה אפי' קצץ נמי מפרשים דקושית הגמרא הוא דנחייב את הבעה"ב מדין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דאמרי' מחויב שבועה ואיל"מ אמנם לדברי הרמב"ם הנ"ל דהיכא שאין יכול לכפור לא מקרי הודאה י"ל דליכא כאן כלל חיוב שבועה דמה שמודה שקצץ לו דינר א' לא מיקרי הודאה דהא אין ביד בעה"ב לכפור דכיון ששכרו בעדים ועשה עמו מלאכה צריך עכ"פ לשלם הפחות שבשכירות כפי המנהג וגם פרעתי אינו נאמן אמנם לפי דברי הנ"ל י"ל דהכא דליכא שטר ולא מקרי שע"ק. אף בלי הודאתו יש חיוב כדין העדאת עדים דהא שכרו בעדים ומגיע לו עכ"פ הפחות שבשכירות. ופרעתי ג"כ אינו נאמן דהא הדין שישבע השכיר ויטול כשטוען הבעה"ב פרעתי והרי בשטר אף שביד הלוה להשביע את המלוה בטענתו אישתבע לי דלא פרעתיך מ"מ אי לא הוי שע"ק הי' חיוב שדיא על הלוה דהוי מחשבינן את השטר כהעדאת עדים שעדיין חייב לו וכנ"ל ואף שכתב הר"ן דבתובע חמשים דבחבלה וחמשים דהלואה אף שהנחבל נשבע ונוטל החמשים דחבלה מ"מ לא מיקרי כהעדאת עדים לחייב שד"א על החמשים דהלואה כיון שאין הנחבל נוטל רק בשבועה שאני בחבלה שמצד הדין לא הי' להנחבל ליטול כלל בשבועתו ורק מצד תקנות חכמים זוכה בשבועתו וכ"ז שלא נשבע הוי כאינו ידוע שדבריו אמת מש"ה לא מחשבו הר"ן כהעדאת עדים משא"כ בשטר דהשבועה שמטילין על הבעהש"ט כשטוען הלוה אישתבע לי אינו אלא מתקנת חכמים להפיס דעת הלוה ע"כ אף קודם שנשבע הוי כידוע להב"ד שמגיע מהלוה כפי השטר ודינו לחייב שד"א כדין העדאת עדים ולכך הוצרך הרמב"ם לומר דמצד השטר אין לחייב שבועה דהוי שע"ק אבל אי לא משום זה הי' הנתבע מחויב שד"א מצד הנ' שבשטר דהוי כהעדאת עדים כמו כן י"ל גבי שכיר לפי דברי הגמ' כאן שמקשה וניתב לי' בלא שבועה ומשני כדי להפיס דעתו של בעה"ב הרי שהשבועה הוא רק לחומרא על השכיר אבל מן הדין הי' לו ליטול אפי' בלא שבועה א"כ הדינר א' הפחות שבשכירות שצריך הבעה"ב לשלם עכ"פ הוי כידוע החיוב לב"ד שהוא כהעדאת עדים שדינו כהודאה לחייבו לישבע שד"א על המותר וכיון שמחשבינן כפירות הדינר הב' שכופר הבעה"ב כטוען איני יודע הדין בזה כדין חמשין ידענא וחמשין לא ידענא ומתושאיל"מ וא"ש דברי הגמ' א"ה אפי' קצץ כלומר לפי מאי דמסקינן שהשבועה שמוטל על השכיר אינו אלא כדי להפיס ומצד הדין הי' לשכיר ליטול בלא שבועה הרי הב"ד כעדים שמגיע לו עכ"פ דינר א' ואיכא על הבעה"ב חיוב שד"א על הדינר השני שכופר וכיון שאין טענתו רק כטענת שמא הוי משואיל"מ א"כ אפי' קצץ נמי ומדויק שפיר לשון הגמ' איה שקאי על מה דאסיק מקודם כדי להפיס דעתו של בעה"ב:

עוד בסוגיא הנ"ל

באופן אחר נ"ל לפרש דברי הגמ' א"ה אפילו קצץ נמי דאיתא לקמן בגמ' איני והא תני רבה בר שמואל קצץ כו' ומפרש רש"י הך מתניתא דלעיל והיינו הברייתא שאמר לעיל רבה בר שמואל לרב ששת שכיר בזמנו כו' אבל א"ל שתים קצצת לי והוא אמר כו' הממע"ה. ויל"ד לכאורה למה לא מקשה על שמואל מברייתא שמובא בריש הסוגי' אומן אומר שתים קצצת לי כו' הממע"ה:

וכדי ליישב זה אקדים מה שיש להקשות לכאורה דהקדמונים מקשים מאי ס"ד דגמ' כאן שלא יהיה על בעה"ב חיוב שבועה הא הוי מב"מ וחייב שד"א והרבה תרוצים נאמרו בקושי' זו והרז"ה ז"ל מתרץ דקס"ד שלא חייבה התורה במב"מ דשכירות אלא במלוה ופקדון דכתיב בהן כי הוא זה דכתיב כי יתן איש אל רעהו וגו' וס"ל עירוב פרשיות כתיב כאן בפרשה דאם כסף תלוה. וכ' הר"ן בזה"ל ואע"פ שהרמב"ן ז"ל השיב עליו דכיון שהשלים פעולתו נעשית שכירתו של זה מלוה ואין ראוי שיורע כחו מפני שהי' עיקרו שכירות אין אני רואה בזה קושי' שלא נוכל לומר כן וכ"ש למאי דקס"ד מעיקרא: שהרי רוב דעת המפורשים שכל תביעה שהיא נמשכת מקרקע אע"פ שעכשיו נעשית חוב דינה כקרקע ואין נשבעין עליו כו' ולמה לא נוכל לומר כן בשכירות למאי דס"ד מעיקרא עכ"ל הר"ן ונ"ל פשוט דסברת הר"ן א"א לומר רק גבי שכיר ואף לגבי אומן למ"ד דאין אומן קונה בשבח כלי ושייך גבי' בל תלין כמו בשכיר דאין לאומן רק תביעות שכירות אבל אם נאמר דאומן קונה בשבח כלי לא מיקרי שכירות ומזה הטעם ליכא גבי' בל תלין כדאיתא בב"ק דף צ"ט ע"א וכ' שם רש"י ד"ה אמאי עובר הא זבינא קא מזבין ליה נהלי ולא משכירות הוא ע"כ. הרי דלמ"ד אומן קונה בש"כ הוי רק כזביני ולא כשכירות ואין מקום לומר שלא יהי' שד"א במב"מ דהא הדינר הא' שמודה הבעה"ב לא בא מכח שכירות רק דמי זביני הוא שלפי טענתו קונה האומן השבח במקצת בעד דינר א' והאומן תובע שקנה לו בדמי קניות שבח ב' דינרין והוי כשאר מכ"מ שחייבה התורה שבועה דאורייתא דבזה לא שייך סברת הרז"ה הנ"ל וכיון שכן קשה מאי מקשה הגמ' על שמואל מברייתא דרבה ב"ש הא בב"ק דף הנ"ל מבואר דלא איפשיט אם שמואל סובר אומן קונה בש"כ או לא וי"ל ששמואל סובר אומן קונה בש"כ וכיון שאינו שם שכירות יש בזה דין שד"א כהודאה במקצת לכן שפיר אמר שמואל בדין אומן אומר ב' קצצת לי והוא אומר לא קצצתי לך אלא אחת שישבע בעה"ב ובריייתא דרבה ב"ש לא קשה דהא באותה ברייתא מפורש שמיירי בשכיר וי"ל דהודה במקצת השכירות וכפירה במקצת ליכא שד"א כסברת הרז"ה הנ"ל ואף דנעשית מלוה מ"מ כיון דנמשכת משכירות ליכא שבועה

ואף אם נחזיק דהילכתא דאין אומן קונה בשבח כלי ומקשה הגמ' אליבא דהילכתא מ"מ עכ"פ יותר טוב הי' להקשות על שמואל מברייתא ראשונה שמיירי להדיא באומן דתני בה אומן כו' ולמה שביק ברייתא זו ותפס ברייתא אחרת דרבה ב"ש ונ"ל דהנה הרמב"ן והר"ן מביאים שיטות הגאונים שסוברים כשיש הכחשה בין מלוה ולוה ויש משכון ת"י המלוה אף שיש לו מגו מ"מ חייב לישבע שבועות המשנה דנשבע ונוטל ומקשו עלייהו מברייתא דלקמן אומן כ"ז שהטלית בידו על הבעה"ב להביא ראי' ומשמע דהאומן א"צ לישבע ומתרץ במלחמות די"ל כתירוץ הגמ' לצדדין קתני כו' יעו"ש ובר"ן כתב אף הגאונים לא מחייבו שבועה להמלוה רק כשהוא תובע אותו אבל אם הלוה בא לתבוע משכונו והמלוה אינו רוצה להחזיר המשכון עד שיפרע לו כפי תביעתו אין על המלוה שם נוטל כיון שאינו תובע ולכך אין עליו חיוב שבועה ותו ל"ק מברייתא כ"ז שהטלית ביד האומן דמסתמא הבעה"ב תובע הטלית והאומן אינו רוצה להחזיר עד שיפרע כדי תביעתו אין על האומן שם נוטל כיון שאינו תובע שישלם לו אגרו. וכתב עוד הר"ן שי"ל עוד שהאומן בלא"ה א"צ לישבע אף כשבא לגבות דהא לעיל מיניה אמרינן וניתב ליה בלא שבועה ומפרקינן כדי להפיס דעתו של בעה"ב אלמא אי לאו הכי הי' נוטל בלא שבועה ודוקא בפועל הוא שמצריכין להפיס דעתו של בעה"ב אבל האומן כיון שהטלית בידו אין לחוש משום פיוס בעה"ב שכבר מפויס ועומד הוא כשמחזיר לו הטלית ע"כ יעו"ש ומבואר במפורשים שכוונת הר"ן משום דהך ברייתא כ"ז שהטלית ביד האומן אתי' כר"י והוא ס"ל דגם בקציצה לא אמרינן בעה"ב מידכר דכיר ושייך בזה ג"כ דברי הגמ' וניתב לי' בלא שבועה אבל לדידן דסברינן בקציצה דמידכר דכיר בעה"ב אין חילוק בין אומן האוחז בכלי לכל מלוה על המשכון ובלא"ה לשיטות רב ושמואל שסוברים דלא אמרינן בנ' ידענא ונ' לא ידענא מתושאיל"מ ל"ק כלל בקציצה דניתב ליה בלא שבועה דאף אם הבעה"ב מסופק הוי א"י אם נתחייבתי ומחויב שבועה ואיל"מ לא אמרינן כנ"ל א"כ דלפי הס"ד דאכתי לא אסיק הגמ' דלצדדין קתני לכאורה קשה מברייתא כ"ז שהטלית ביד האומן הממע"ה אמאי לא נשבע האומן כדין מלוה על המשכון לשיטת הגאונים והאלפסי דסוברים שיש בזה שבועת המשנה דתירוץ הרמב"ן דלצדדין קתני אכתי לא נחית ותירוץ השני של הר"ן כיון דמן הדין הי' ראוי להיות דניתב לי' בלא שבועה לא שייך ג"כ לומר לשיטות שמואל דלא אמרינן משואיל"מ ולא נשאר רק תירוץ הראשון של הר"ן דמיירי שאין האומן תובע רק הבעה"ב תובע ומאי פסקא לא שייך דכן דרך שהבעה"ב א לתבוע כלי שלו כן מסביר הר"ן ז"ל:

לפי"ז י"ל דמברייתא דאומן אומר ב' קצצתי לא הי' אפשר להקשות על שמואל דבכתובות דף ע"ו אי' אמר ר"י אמר שמואל המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראי' אע"פ שהוא מוחזק דס"ל לשמואל דמוקמינן לי' הפרה בחזקת מרא קמא] מיתיבי מחט שנמצא בעובי בה"כ כו' לא הוגלד פי המכה הממע"ה ואי יהיב טבח דמי בעי לאתוי' ראי' ומפיק ואמאי בעל הבהמה ליתי ראי' ומוקי בדלא יהיב טבח דמי מפרש רש"י הא דקתני הממע"ה בבעל הבהמה קאמר וכגון דאיהו קא תבע] מאי פסקא אלא כי אתא רמי בר יחזקאל אמר לא תצייתינהו להני כללא דכייל יהודה אחי משמיה דשמואל הכי אמר שמואל כל שנולד ספק ברשותו עליו הראי' והיינו שבעל הפרה צריך להביא ראי' שמת החמור קודם משיכה] מיתיבי מחט שנמצא בעובי בה"כ כו' ואי דלא יהיב טבחא דמי בעל בהמה בעי לאתוי' ראי' ומפיק ואמאי ספיקא ברשות טבח איתייליד דיהיב טבח דמי ומאי פסקא סתמא דמלתא כמה דלא יהיב אינש זוזי לא יהיב חיותא ע"כ ובתומים סי' פ"ט ס"ק י"ז מבואר במה שכ' שם בדברי הרמב"ם שאינו מצריך לבעה"ב לישבע בהכחשה כשהחזיר לו האומן הטלית משום דלא שכיח הוא שיחזיר האומן הטלית קודם שיקח דמים וראי' לזה ממה שאמרו שלכך האומן ש"ש בהאי הנאה דתפיס לי' אאגרא בדבריו שם יש לי עיון כי שגגה יצאה מלפניו כאשר אבאר לקמן אי"ה ולפי"ז פשוט לומר דא"א להקשות על שמואל מברייתא דאומן אומר שתים קצצת לי כו' הממע"ה ומפרש רש"י היינו אומן דיכילנא לשנוי' דהפשט בברייתא להיפך שמיירי שהטלית הוא עוד ביד האומן והבעה"ב הוא המוציא לכך עליו הראי' ומאי פסקא לא שייך להקשות כאן די"ל כנ"ל דסתמא דמלתא כן שהאומן אינו מחזיר הטלית עד שיופרע לו מה שמגיע לו גם בלא"ה אין הכרע קושי' כ"כ במאי פסקא דהרי לדברי רב יהודא שאמר משמי' דשמואל ע"כ צריכין לאוקמא הברייתא דמחט שנמצא בעובי בה"כ בדלא יהיב טבחא דמי והממע"ה קאי אבעל הפרה ולא חש לקושי' מאי פסקא ע"כ נוח יותר להקשות על שמואל מברייתא דשכיר אומר שתיים קצצת לי שאין בזה דרך ליישב כנ"ל ומיושב הדקדוק הנ"ל למה לא מקשה הגמ' מברייתא ראשונה דאומן אומר כו':

והשתא לפי"ז יש ליישב מה שהקשיתי לשיטות הרז"ה דס"ד הי' שאין שייך ן מב"מ בשכירות א"כ מאי מקשה הגמ' לשמואל מברייתא דשכיר דלמא שמואל סובר אומן קונה בשבח כלי ולכך הוי מב"מ כנ"ל אבל בשכיר לא הוי מב"מ לכך אין לחייבו שבועה דהפנ"י לגיטין דף כ' מקשה למ"ד אומן קונה בשבח כלי. אמאי כשר גט שכתבו חש"ו דהא קטן מיקני קני ואקנוי' לא מקני והגט צריך להיות של בעל והקטן קני הגט בשבח

כלי ומתרץ בקצה"ח סי' ש"ו דמבואר מדברי הרא"ש דאף למ"ד אומן קונה בש"כ מ"מ ביד הבעה"ב לכוף את האומן שיתן לו הכלי עם השבח כשרוצה ליתן לו מה שקצב ובזה מהני אף נתינה בע"כ ולכך מהני גם בקטן:

לפי"ז נ"ל להמציא דבר חדש דהיכא שאין האומן בא לתבוע רק מחזיק הכלי והבעה"ב הוא התובע חייב אומן שד"א כדין מודה במקצת כי הבעה"ב תובע כל הטלית שלפי דבריו מחויב האומן ליתן לו בעד סלע אחת שרוצה ליתן לו כפי שקצב לו לפי דבריו והאומן מודה שעצם הטלית הוא של הבעה"ב רק אחרי שלפי דבריו קצב לו שנים א"צ ליתן לו חלקו בטלית מחמת שבח כלי עד שיתן לו שנים וכ"ז שלא יתן לו הוא בעל הטלית במקצת מחמת שבח שלו והוי מב"מ הטענה ממש ולא גרע מתובע מחבירו שקנה ממנו טלית שלם והנתבע משיב חצי שלי וחצי שלך שחייב שד"א והילך ליכא כאן שהרי האומן אינו רוצה להחזיר הטלית שתופס בשביל חלקו בשבח כלי שיש לו בהטלית א"כ א"א לומר הפשט בברייתא ראשונה שמיירי שהטלית ביד האומן והבעה"ב הוא המוציא דכיון דהבעה"ב בא לתובעו הרי המוטל על האומן לישבע ולמה קתני הממע"ה ואי לא מייתי ראי' פקע לפי ס"ד דהשתא דאכתי לא אסיק הגמ' התירוץ דלצדדין קתני:

אמנם אם נאמר דאין אומן קונה בשבח כלי אין שם תביעה על גוף הטלית כ"א על דמי השכירות הקציצה וליכא שם שבועה על האומן דאינו נחשב למב"מ דעל הדמים אין עליו שם נתבע ודינו ככל בעל משכון שיש לו הכחשה עם הלוה והשתא א"ש דקושי' הגמ' על שמואל הוא ממ"נ מברייתא דרבה ב"ש או מברייתא הראשונה דאם נתרץ דמברייתא דרבה ב"ש ל"ק על שמואל דשאני אומן משכיר וכסברתי הנ"ל בשיטות הרז"ה דבשכיר דין הוא שיפטור משבועה דלא שייך בי' דין מב"מ משא"כ באומן דקונה בשבח כלי והוי מב"מ גמור ולכך צריך לישבע א"כ כיון דסברינן דאומן קונה בשבח כלי קשה על שמואל מברייתא הראשונה אומן אומר כו' וליכא למימר דלמא ברייתא דאומן מיירי שהטלית ביד האומן והבעה"ב הוא המוציא דאכתי קשה למה לא ישבע האומן כדין נשבע ונוטל במשכון לסברת הר"ן ששוה בזה למלוה על המשכון אף לס"ד דאומן קונה בשבח כלי [יעוין בדברי הר"ן] ואין לומר דמיירי שהאומן אינו רוצה לתבוע כלל רק הבעה"ב הוא התובע והאומן הנתבע דא"כ לחייב שד"א כדין מב"מ דהא לפי סברא דהשתא דאומן קונה בשבח כלי הוי מב"מ גמור כנ"ל וביותר יש לומר עפ"י מה שכתבו התוס' במס' ב"מ דף קי"ב ע"ב ד"ה א"ה כו' כדי לאוקמא בכל ענין אפילו לא פרע אותה אחת עכ"ל כ"כ נוכל לומר להיפך דיש לאוקמא אף היכא שהבעה"ב אומר שכבר נתן לו

הסלע שקצץ ויש לו לתבוע ממנו כל הטלית בלי עיכוב כי כולה שלו: ולפי טענת האומן ששתים קצץ לו אף שכבר פרע אחת עדיין לא נקנה כל השבח כלי שלו להבעה"ב ויש לו לאומן עדיין חלקו בטלית והוי מב"מ גמור במה שאינו כופר כל הטלית ואין לומר דמיירי שעדיין לא נתן לו אותו דינר ויש לומר דלא הוי האומן מודה במקצת כיון שאינו מודה לו כלל בשבח הכלי דזה שפיר קשה מאי פסקא והר"ן שכתב היכא דאומן מחזיק בכלי והבעה"ב התובע א"צ לשבע אפשר לומר דס"ל להילכתא כדעת האלפסי והרמב"ם ושאר פוסקים דאין אומן קונ' בש"כ וליכא כאן כפיר' והודאה לכך אין האומן מתחייב מדין מודה במקצת ומדין נוטל נמי ליכא לחייבו כיון שאין הוא התובע:

ולפי"ז יש לתרץ לשון הגמ' א"ה אפילו קצץ נמי דלפי דברי הנ"ל ולפי שיטות הרמב"ן דלא נחית לסברת הר"ן ובשיטות החולקים עם הגאונים דבאמת במלוה על המשכון א"צ לישבע כיון שיש לו מגו קשה מאי מקשה הגמ' א"ה אפי' קצץ נמי דלמא בהך ברייתא הפשט להיפך שמיירי שהטלית ביד האומן והבעה"ב הוא המוציא לפטור האומן משבועה כיון שיש לו מגו וי"ל עוד שאף לשיטת הגאונים אין קושי' הגמ' מכרעת דהא אף לפי דבריהם לפי מה שמכריע הרמב"ן לשיטתם בברייתא כ"ז שהטלית ביד האומן דלצדדין קתני צ"ל דקודם דאסיק בגמרא תירוץ כזה דלצדדין קתני ע"כ היינו מוכרחים לומר שאין שבועה באומן. וכ"כ במלוה על המשכון א"צ המלוה לישבע א"כ אין להקשות אפי' קצץ נמי כיון דיש סברא לומר דכ"מ שיש מגו א"צ לישבע י"ל שהברייתא מיירי שהטלית ביד האומן וא"צ לישבע וכשאין הטלית ביד האומן נוטל ג"כ משום דהבעה"ב טרוד בפועליו רק שצריך לישבע משום דאין לו מגו להכי קתני הממע"ה והיינו הבעה"ב ואי לא מייתי ראי' פקע:

אמנם י"ל דהר"ן מקשה ג"כ קושי' התוס' דאמאי נאמן בשכרו שלא בעדים במגו הא אין המגו טוב ומתרץ דאדרבא לבעה"ב נוח לו לטעון לא שכרתיך משיטעון פרעתי מילתא דידע דמספקא בי' רבנן משום טירדא מעתה י"ל בפשיטות לפי ס"ד שסבר שגם בקציצה אינו זוכר הבעה"ב אין לפטור את האומן משבועה במגו שהי' מכחיש את הטלית דהא מגו דהעזה לפטור משבועה דאם מכחיש הטלית מעיז נגד הבעה"ב וגם לפני הב"ד נראה אולי טוען בשקר כיון שרואין הכחשת הבעה"ב משא"כ כשתובע יותר בקציצה לא יעיז בפני הבעה"ב שהבעה"ב בעצמו ידמה דילמא משגה הוא אצלו מצד טרדותיו גם מחמת זה מחשבינן גם הב"ד יותר לאמת טענות האומן מטענת הבעה"ב ע"כ נוח לו יותר להכחיש בקציצה וכיון שאין לו מגו טוב מהראוי שיצטרך לישבע ואפשר לומר דבאמת כוונת הברייתא המוציא מחבירו ע"ה ואם לא יביא ראי' ישבע האומן וכתירוץ

הגמ' דלצדדין קתני דהא בשבועה יכול האומן לתבע ליטול אף כשהטלית ביד בעה"ב לפי קושי' הגמרא אפילו קצץ נמי ומקשה הגמרא שפיר

אמנם כ"ז אי אמרינן דבעה"ב טרוד אבל לתירוץ הראשון משום כדי חייו וליכא כלל טרדא אצל בעה"ב דהוי מגו של האומן טוב ל"ק כלל מברייתא דאומן אומר שתים קצצתי לי כו' די"ל כנ"ל שמיירי שהטלית ביד האומן והמע"ה קאי אבעה"ב ואי לא מייתי ראי' נוטל האומן בלא שבועה כיון שיש לו מגו טוב לכך לא מקשה הגמ' רק אחרי דאסיק הגמ' דבעה"ב טרוד בפועליו ודברי הראשוני' הנ"ל ג"כ א"ש דהמה אליבא דשמואל לפי המסקנא וכמו שהשיב שמואל בעצמו קציצה מידכר דכיר וממילא כשהטלית ביד האומן יש לו מגו טוב:

עוד בסוגיא הנ"ל

זה לשון הרמב"ם בפי"א מהלכות שכירות שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו להד"מ ולא שכרתיך כו' הי' לו ע"א ששכרו אינו מועיל לו כלום ולכאורה קשה הא לא אמרינן מגו נגד ע"א אמנם על רבינו מאיר שמובא שם במ"מ שפוסק ג"כ כהרמב"ם רק שסובר שהיכא שיש ע"א ששכרו מוטל על הבעה"ב לישבע שבועה חמורה ונאמן בזה במגו שהי' יכול להכחיש העד ולישבע נגדו אין להקשות דהא מסוגיא דנסכא מבואר דלא אמרינן מגו להכחיש העד בשבועה די"ל ששם הטעם דזה הוא מגו גרוע שיכחיש עד בשבועה ומגו גרוע לא אמרינן משא"כ כאן בשכיר שכל עיקר הדין שהשכיר ישבע ויטול אינו אלא מצד תקנות חכמים ובכזה אמרינן מגו גרוע ואוקמי אדינא לכך פוסק הר"מ שפיר דאף היכא דאיכא ע"א מהימן לבעה"ב בשבועה חמורה במגו דהי' יכול להכחיש את העד בשבועה דתועלת המגו אף שהוא גרוע להעמיד על דין תורה:

אמנם לשון הרמב"ם שכ' אינו מועיל לו כלום שמורה שאין על הבעה"ב שבועה חמורה רק היסת וכאלו לא הי' כלל עד אינו מובן וי"ל בפשיטות דהא לכאורה עוד צריך ביאור דברי הרמב"ם שכתב מתוך שיכול לומר להד"מ ולא שכרתיך משמעות דברים אלו שהם שני ענינים נפרדים להד"מ ענין בפ"ע ול"ש ענין אחר וי"ל דהנה כבר נתעוררו האחרונים להקשות היכי מיירי אם יש עדים שפועל עשה מלאכתו אצל הבעה"ב הרי אף שיכפור הבעה"ב ויאמר שלא שכרו יהי' מחויב לשלם לו כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ואם ליכא עדים שעשה עמו הפועל אף בשכרו בעדים ביד הבעה"ב לומר שלא עשה אצלו מלאכה ויעוין ברש"י ד"ה ששכרו כו' שמסיים ועשה עמו שכוונתו שיש גם ע"ז עדים שעשה עמו וכן אי' להדיא בחו"מ סי' פ"ט ס"ג. אבל בטור לא כ' רק שיש עדים ששכרו ולא הביא שמעידין גם על עשיות מלאכ' וסתימות הגמ' משמט כדברי

הטור וכ"נ מסתימת לשון הרמב"ם וי"ל שדעת הטור והרמב"ם דאף אי ליכא עדים על עשיות המלאכה כ"א על השכירות לבדו ששכרו מ"מ אין להאמין לבעל הבית במגו דלא שכרתיך לא הי' יכול לטעון דהא איכא ע"ז כ' עדים ולטעון שלא בא השכיר לעשות המלאכה הוי כמגו גרוע ביותר דהוי כמגו נגד חזקה אלימתא דחזקה על שליח שעשה שליחותו וכיון ששכרו מסתמא הלך ועשה אף שבחזקה זו אין מוציאין ממון מ"מ טובה חזקה זו לדחות מחמתה המגו דאין אדם טוען ברצון דבר שחזקה אלימתא כזו מתנגדת דבריו לפני כל שומע טענתו. לכך די כשיש עדים ששכרו אבל כשאין עדים ששכרו שפיר יש מגו לבעה"ב שיאמר שלא שכרו ולא עשה עמו מלאכה ולכך הוצרך הרמב"ם לכפול בדבריו וכ' מתוך שיכול לומר להד"מ ולא שכרתיך להד"מ קאי על עצמות המלאכה שיטעון הבעה"ב שלא עשה אצלו ולא שכרו דאם יודה שעשה עמו מלאכה יצטרך עכ"פ לשלם כדין יורד שלא ברשות ועתה א"ש מש"כ הרמב"ם הי' לו ע"א ששכרו אינו מועיל לו כלום ול"ד לנסכא דר"א דהתם לפ"ד העד תפס בפניו הנסכא ולפי עדותו מחויב להחזיר הנסכא ע"כ כשמכחיש את העד צריך לישבע נגדו שד"א אבל הכא שאינו יודע כלל שהשכיר עשה עמו מלאכה א"כ אף כשמעיד ע"א ששכרו ליכא בעדותו שום חיוב ממון דהא מצד חזקה ליכא לחייב ממון כנ"ל וכיון דליכא בעדותו מקום לחייב הבעה"ב ע"כ אף כשמכחיש הבעה"ב להעד ע"ז ליכא חיוב שבועה והיכא דליכא חיוב שבועה אם מכחיש העד אמרינן מגו אי בעי הי' מכחיש העד ולא הי' חיוב שבועה על הכחשתו את העד ולכך כתב הרמב"ם שע"א שמעיד ששכרו אינו מועיל לו כלום:

ולפ"ד הנ"ל א"צ למש"כ הלח"מ בדין וא"ו בד"ה אם הודה שמסיק בשיטות הרמב"ם דבמגו גרוע אוקמינן אדינא ומה שמקשה שם דאמאי חייב שד"א במ"מ ואין עדים ששכרו ממ"נ אם המגו טוב גם משבועת התורה ליפטר ואם אין המגו טוב נימא שישבע השכיר דבודאי לא אמרינן מגו ממב"מ לכ"ה לכך צריך בעה"ב לישבע שד"א אבל לענין שלא לישבע השכיר ויטול שפיר יש לבעה"ב מגו דהי' יכול לומר לא שכרתיך ומעצמך עשית אצלי מלאכה ומגיע לך בעדו כפי הודאתו ולא יותר כעין זה כתב המהרש"א לב"מ דף קי"ב:

עוד בסוגיא הנ"ל [דף מה]

תוס' ד"ה מתוך שיכול לומר להד"מ תימה לפי' הקונטרס שפירש בהגוזל קמא דף ק"ז דבפקדון שיכול להעיז אפי' כופר הכל חייב שד"א א"כ כי אמר נמי להד"מ חייב שבועה כו': ע"כ לתרץ קושי' זו י"ל שסובר רש"י דרק בשומר הנם בפקדון שלא הי' להנפקד שום טוה"נ מהמפקיד הוא דיכיל להעיז אבל בשומר שכיר דהוי טוה"נ להשומר מהמפקיד

דאוגר לי' לשמור בשכר אינו יכול להעיז ולזה מדייק רש"י בד"ה שבועות שומרי' בזה"ל דחייב רחמנא לש"ש לישבע על שבורה מתה שוב מצאתי שמתרץ כן בתומי' בכללי מגו מפתה י"ל שמסוגי' זו יש ראי' לדעת רש"י ואקדים מה שמקשים בתוס' מס' ב"מ דף ד' ע"ב ד"ה אין נשבעים על כפירת שיעבוד קרקעות דלמ"ד שעד"א האיך משכחת שבועות מב"מ הא כופר שע"ק ומתרצים דמשכחת באין לו קרקע או במחל לו השעבוד ויעוין בתוס' שבועות דף ל"ז ע"ב שהקשה שם ג"כ קושי' הנ"ל דלא משכחת שבועות מב"מ ושבועות הפקדון וע"א וסיימו בזה"ל ולמ"ד שעבודא דאורייתא לעולם לא משכחת שבועה וצ"ל דאליבי' משכחת כשמחל לו השעבוד ע"כ והיינו דגם בפקדון לא משכחת דהא שבועות שומרין ליתא היכא שיש שעבוד קרקעות דעיקר מיעוט שיעבוד קרקעות משבועה אתי' לן מכלל ופרט דכתיב בפרשת שומרים וע"כ הכופר בפקדון שיש עליו שטר פטור מקרבן שבועות הפקדון:

לפי"ז קשה לכאורה לפי סברת הרמב"ן במלחמות סוף מס' ב"ב בשיטות הרי"ף דמה דאינו נאמנים נגד שטר לומר פרעתי משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי לא שייך אלא היכא דאיכא שיעבוד קרקעות והטעם מפני שיש לו קול וזילי נכסי דלוה שהרי גובה מן המשועבדים ע"כ אינו פורע עד דמחזיר לו המלוה השטר אבל כשאין שעבוד קרקעות לא חש להניחם כמו בכת"י ולא שייך הך חזקה דשטרך בידי מאי בעי נשמע מזה דעל שטר שע"ק איגו נאמן לומר פרעתי אף לאחר שמכר כל נכסיו דאל"כ לא משכחת לגבות בשטר מלקוחות דאם יש ללוה עוד נכסים בני חורין הרי ביד הלקוחות לומר הנחנו לך מקום לגבות ואי ליכא כלל בנ"ח אמאי לא טענינן דלמא פרע הלוה ולא חש להניח השטר מחמת שלא שייך גבי' זילי נכסי א"ו דגם בכה"ג דכיון דבשעת נתינות השטר הי' לו קרקעות גם כשמוכרי' לאחרים ולא נשאר בידו מאומה מ"מ אינו מניח שטר כזה ביד המלוה ולכך אינו נאמן לומ' פרעתי א"כ הא דמשני הגמ' כאן דאפקיד לי' בשטר' וע"כ אינו נאמן לומר החזרתי ע"כ מיירי בשטר שיש שע"ק דבאפס שיעבוד קרקעות דלא שייך לומר שטרך בידי מאי בעי מה"ת לא יהי' נאמן לומר החזרתי וכיון דע"כ מיירי באיכא שע"ק אמאי חייב שבועה על טענת החזרתי הא אין נשבעין על כפירות שע"ק וא"ל דשאני הכא כיון דאינו נאמן רק מטעם מגו דנאנסו ובנאנסו הי' מחויב לשבע ע"כ גם בהחזרתי צריך לישבע הגם דהוי כפירות שע"ק ז"א דהא גם על חיוב תשלומי שומרים כשנאבד שלא באונס איכא שע"ק וליכא מחלוקת בזה רק מאימת חל שעבוד נכסיו אם בשעת משיכה או משעת פשיעה וכיון שעכ"פ איכא שיעבוד נכסיו אם נאבד בפשיעה אף בטוען נאנסו ליכא לחייב מדאורייתא שבועה ע"ז ולא משכחת שבועות נאנסו רק

היכא דליכא שע"ק ובכה"ג דלא שייך חזקה שטרך בידי מאי בעי נאמן לומר החזרתי בלא שום מגו ומאי תועלת בדאפקיד לי' בשטרא ולחומר הקושי' צ"ל לפי המבואר בדברי הריטב"א ובאס"ז פ' השואל דף צ"ח בהא דפריך לימא תהוי תיובתא דר"נ וז"ל וה"נ שא"י אם שאולה כו' הרי זה כאומר א"י אם הלויתני ולא מבעי להאי לישנא דאמרינן בפ' הגוזל דחיוב שואל משעת אונסין אלא אפי' להאי לישנא משעת משיכה כו' דאפי' למ"ד התם דחיוב שואל משעת משיכה לאו דמחייב חיוב גמור לאלתר דהא ודאי כל כמה שהיא בחיים כל היכא דאיתא ברשותי' דמרא איתא וליכא על השומר שום חיוב אלא לומר דכי נגנבו או נאנסו משתעבדי נכסי למפרע משעת משיכה ונ"מ למי שמכר נכסים בנתיים או לענין דההיא דהניח להם אביהן פרה שאולה כדאי' בפ' הגוזל ומ"מ כל שאומר א"י אם שאולה או שכורה מתה הרי כאומר א"י אם נתחייבתי לך ונשתעבדו לך נכסי או לא נתחייבתי לך ונכסי לא נשתעבדו לך כלל וזה ברור ע"כ ויעוין בקצה"ח סי' ש"מ סעיף ד' שמביא ראי' מדברי הריטב"א הנ"ל דבשומרים ליכא כלל חיוב השבה כיון דביד הנפקד לומר להמפקיד טול וקח לך בעצמך פקדונך באשר הוא שם דכל היכא דאיתי' ברשותי' דמרא איתא ולא הוי השומר כבע"ד דידי' לענין חיוב השבה דאל"כ שיש חיוב השבה על הנפקד ממילא ישתעבדו נכסי דנפקד מיד בקבלות הפקדון על חיוב השבה נימא באומר א"י אם שאולה מתה או שכורה מתה דהוי כא"י אם פרעתיך ועוד מאריך שם בראייתו וכתבתי בגיליון ספרו בזה"ל. יעוין בסי' ע"ב סעיף ל"א בסמ"ע ובש"ך שם ושם מבואר שיש חיוב השבה בשואל וש"ש וגם מדברי המרדכי ר"פ המפקיד נראה דעל השומר יש חיוב השבה ועכ"פ גבי שואל לפטרו מהשבה מידו ליד המשאיל הוא נגד השכל ויבא עדודה מיירי בש"ש דיביאהו עד בש"ש כתיב. ובלא"ה אין ראי' משם דמיד שמת פקע השמירה ומעולם לא נתחייב בהשבת הנבלה. ומדברי הריטב"א אין ראי' דהא דא"י פטור הוא משום דמספק אין להוציא ממון ולכך בא"י אם פרעתיך חייב כיון שהי' כבר חזקת חיוב פרעון ממון מכיסו אין כאן עוד חזקת ממון ולא שייך הממע"ה. וכל זה כשהחיוב הי' שישלם מכיסו אבל גבי שומרים כ"ז שהיתה הבהמה קיימת אף שהי' חייב בהשבה לא הי' עליו חיוב תשלומין מכיסו רק להחזיר לחבירו אשר לו ולא נשתעבדו כלל נכסיו על חיוב תשלומין מכיסו ועתה שמתה ובאנו לדון לחייב אותו על תשלומין מכיסו ע"ז י"ל דלענין חיוב זה לשלם מכיסו הוי כא"י אם נתחייבתי שהוא נגד חזקת ממון דחזקת ממונו קמה וגם נצבה עד עת לידת הספק על החיוב תשלומין הבא משעת מיתות הבהמה ואף שעכ"פ גם על עפ"י דברי האלה מיושב קושי' הישש"ש על הרא"ה עכ"פ אין ראי' למאי שממציא המחבר כאן שאין חיוב השבה בשומרי' ובלא"ה

יש לדחות דברי היש"ש עפ"י סברת הראב"ד שמביא שם באס"ז בקיצור ותורף כוונתו נראה לדעתי שסובר הראב"ד שאין שייך לומר א"י אם פרעתי כיון שש"ש אינו חייב בהשבה כ"א כשהוא בעין ואם מתה כדרכה אין עליו שום חיוב הרי כאלו קבל על תנאי זה שאם יהי' בעין יחזור ואם תאבד בגניבה ואבידה ישלם ואם תמות כדרכה לא יהי' עליו שום חיוב וא"כ הוי כא"י אם נתחייבתי ויעוין בחידושי הרשב"א לקודושין דף י"ג ע"א ד"ה סברא שמביא בשם הרמב"ן שצריכה בפקדון השבה מיד ליד. ע"כ דברי בגליון ועוד הארכתי שם:

היוצא מזה שאם נאבד הפקדון דאין לדון על החיוב השבת הפקדון בעצמו כ"א על חיוב התשלומין שאם פשע השומר בשמירתו או בש"ש כשנגנב שחייב בגו"א הוי לענין חיוב זה התחלתו שעת אבידת הפקדון ולא למפרע ולפי שיטות הפוסקים דהלכה כמ"ד שאין החיוב אלא משעת אונסין ואין לגבות חוב זה מהלקוחות שקנו קודם שנאבד הפקדון אבל לענין חיוב השבת הפקדון כשהוא בעין התחלות שיעבוד נכסי הנפקד מיד כשמקבל הפקדון לידו ואם טוען הנפקד החזרתי אינו נאמן בטענה זו ביד המפקיד לגבות מהלקוחות שקנו אחר שקבל הנפקד הפקדון לידו דהא מאז נשתעבדו נכסי הנפקד על חיוב השבת הפקדון שאינו רוצה להשיב גובה מנכסים שמכר ללקוחות לפי"ז שפיר משכחת שיהי' החיוב שבועה דאורייתא בטענת נאנסו ועל טענת החזרה לא יהי' נאמן מחמת חזקה דשטרך בידי מאי בעי אף דחזקה זו לא שייך רק היכא דאיכא שע"ק מ"מ היכא שהי' להנפקד קרקעות בשעת קבלות הפקדון ומוכרין אח"כ לאחרים שאם נאבד הפקדון והנפקד רוצה לפטור א"ע בטענת נאנסו ליכא כפירות שע"ק דאף אם נאבד בפשיעה אין חיובו אלא משעת פשיעה ואילך וליכא למיגבי מהלקוחות שקנו קודם פשיעתו של זה בשמירתו דהא לא נשתעבדו נכסיו על חיוב תשלומין כ"ז שלא פשע אבל אם הנפקד בא לפטור א"ע בטענת החזרתי אם שורת הדין שלא יהיה נאמן בטענה זו כגון דאפקיד לי' בשטרא ביד המפקיד לגבות דמי פקדונו מהלקוחות שקנו נכסי נפקד אחר מסירתו ליד הנפקד שחל חיוב החזרת הפקדון השעבוד בשעת משיכה. וא"ש דברי הגמ' דאפקיד לי' בשטרא דכיון שאם יטעון נאנסו לא הי' לענין טענה זו דין שע"ק ויחויב שבועה דאורייתא ע"כ אף כשטוען החזרתי דלזה הוי שע"ק מ"מ כיון ששייך החזקה שטרך בידי מאי בעי וא"א להאמינו על טענת החזרתי כ"א במיגו דנאנסו א"א לו להיות פטור משבועה על טענת החזרתי דהא בלא שבועה ליכא מגו אמנם א"כ לפי מה שהעליתי במק"א למצוא פשר דבר דרק גבי ש"ש ושואל הוא דחל שיעבוד נכסי הנפקד על חיוב השבה מיד בשעת קבלות הפקדון שעליו להחזיר מידו ליד המפקיד

משא"כ בש"ח דליכא שיעבוד על חיוב השבה ועשיתי סמוכין לזה ממ"ש בסמ"ע סי' ע"ב סעיף ל"א יעו"ש בש"ך א"כ אכתי לכאורה נשאר קשה שבועת שומרים גבי ש"ח דכתב רחמנא המ"ל אף באפקיד בשטרא ליכא שיעבוד נכסים על חיוב השבה דליכא כלל שם חיוב השבה בשעת משיכה על הש"ח ולא שעבוד נכסים אלא מעת הכפירה ואילך וכיון דליכא שעבוד נכסים כ"ז שהפקדון בעין לא שייך שטרך בידי מאי בעי ואם מיירי שיש לו נכסים בשעה שטוען החזרתי גם על שבועת השומרים דהיינו שלא פשע ליכא ח"ש דהוי כפירת שע"ק:

אמנם לפי דעת רש"י שכתבתי לעיל דש"ח שיכול להעיז מחויב שד"א אף בטוען להד"מ א"ש דעיקר קושי' הגמ' שבועות שומרים המ"ל אינו אלא לענין שבועת ש"ש וע"ז א"ש כדמשני דאפקיד לי' בשטרא ומיירי בגוונא דלעיל כמו שבארתי שהי' לו נכסים בשעת קבלת הפקדון ומכרן אח"כ קודם שבא לפטור א"ע בטענת החזרתי או בנאנסו ולענין טענת אונס לא הוי כפירות שע"ק דאף אם פשע אין לגבות מהלקוחות שקנו קודם הפשיעה ולענין טענת החזרתי יש שע"ק למפרע מזמן משיכת הפקדון נגבות מהלקוחות שקנו אף מיד אחר חיוב השבה שחל תיכף בשעת קבלות הפקדון כנ"ל אבל שבועות ש"ח שפיר משכחת בפשיטות היכא דל"ל קרקע ואף באפקיד בלא שטר אין לפטרו במגו דלהד"מ דכיון דש"ח הוא שלא הי' לו טוה"נ מהמפקיד ולא שייך חזקה דאין אדם מעיז אף בכה"ג איכא חיוב שד"א:

לפי הנחה הנ"ל ליישב שיטות ר"ח ורשב"ם לב"ב ופי' ר"י במג"ש שכתבו בפשיטות דלפי מסקנת הגמ' בב"ב דגם באפקיד בשטרא נאמן הנפקד החזרתי במגו דנאנסו אין מקום לדברי רב"ח כאן דשני שבועות שומרים משכחת בדאפקיד בשטרא. וברמב"ן במס' ב"ב מפליג לתמוה על דבריהם דהא אף לפי המסקנא שם אינו נאמן באפקיד בשטרא בטענות החזרתי כ"א בשבועה ובלא שבועה ליכא מגו דנאנסו דהא אי אמר נאנסו שבועה בעי וא"כ א"ש לומר דמשכחת שבועת שומרים באפקיד בשטרא דכיון שאם טוען החזרתי שבועה בעי ממילא אין לפטרו משבועה בטענות נאנסו במגו דהחזרתי וכן מבואר בתוס' כאן בשם ר"ת שמפרש מהא דקאמר מכלל כו' המפקיד בשטר צריך להחזיר בשטר כלומר אם רוצה להפטר משבועה ואם הי' נראה להגאונים הנ"ל לפרש כן דסתימת לישנא דגמ' צריך להחזיר בשטר משמעותו דאף בשבועה אינו נאמן אכתי הא גופא קשה על דברי הגמ' מכלל דתרוויהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בעדים צריך להחזיר בעדים לפירושו שאף בשבועה א"נ דילמא באמת שבועה מהני וכיון שצריך עכ"פ שבועה תו ליכא למיפטר משבועה בטענות נאנסו דהא גם בטענות

החזרתי שבועה בעי כנ"ל אבל לפמ"ש לעיל דהיכא דליכא שע"ק לא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי מעיקרא דדינא קשי' כיון דבשטר פקדון א"א לגבות ממשעבדי אנן טענינן ללקוחות ולהיורשים דילמא החזיר ממילא הוי שטר שאין בו שע"ק מהראוי שיהי' המפקיד נאמן לומר החזרתי אף בלא שום שבועה.

שוב מצאתי שנתעורר ע"ז הקושי' הרשב"א בשו"ת המיוחסת סי' כ"ג ובסי' ע"ו ודחה בזה דעת האלפסי והרמב"ן הנ"ל שדעתם על שטר שאין בו שע"ק נאמנים בטענת פרוע א"ו דאין חילוק לענין טענת פרעון בין שטר שיש בו שע"ק או לא ולא לזר יחשב אם נאמר דבאמת מדאורייתא יש לחלק כנ"ל דדוקא בשטר שיש שע"ק דאלימי חזקה שטרך בידי מאי בעי הוא דאינו נאמן לומר פרעתי משא"כ בשטר שאין בו שע"ק אבל מדרבנן גם בשטר שאין בו שיעבוד נכסים אינו נאמן לומר פרעתי וע"ז לא פלוגי בין שטר לשער וכל זה יש לפרש בדברי הריב"ש בסי' תנ"ד ותע"ח יעו"ש וא"ש בזה מאי דמוכח בב"מ דף י"ג בסוגי' דמצא שט"ח דגם בשטר שאין בו אחריות נכסים אינו נאמן לומר פרעתי דהיינו מדרבנן ולא יצא מכלל לא פלוג רק כת"י הלוה דאין עליו כלל שם שטר וכיון שכן א"ש דברי הגמ' כאן מכלל דתרווייהו ס"ל כו' אפקיד בשטרא צריך להחזיר בעדים כלומר שאף בשבועה אינו נאמן וכפי' רשב"א ור"ח ור"י במג"ש דאי נאמן בשבועה ממילא א"א לגבות בשטר זה מלקוחות דאנן טענינן להם שהחזיר הפקדון וליכא שע"ק ממילא צריכין להאמין מדאורייתא אף בלא שבועה דבשטר שאין בו שע"ק ליכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי ונשאר הקושיא שבועת שומרים דכתב רחמנא המ"ל:

ועל דרך הנ"ל קצת בסגנון אחר יש ליישב קושי' הרמב"ן על שיטות הרב"ח ורשב"ם ויתורץ בזה מה דקרא רמב"ח עלה דרב ששת וישם דוד את הדברים אלה בלבו גם יובן דברי הגמ' בב"מ דף ד' ת"ש דתני רב"ח ארבעה שומרים כו' מאי לאו דאמר לי' הילך ומפרש רש"י דקיימי לפנינו לא דאמר לי' ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה כו' ותמוה מאי עלה בדעת המקשה לאוקמא דוקא באמר לו הילך ומה שכ' הפנ"י דאי לאו דקיימי קמן לפטור במגו דאי אמר על הך דהודאה נאנסו אינו מובן כיון דע"כ האי דכפירה קיימי קמן כמ"ש התוס' במס' ב"ק דף ק"ז דאל"כ הרי הי' יכול לומר גם על הכפירה נאנסה ובהודאה על א' ונאנסה על ב' ליכא שבועה לרב"ח]: תו ל"ל מגו דהי' טוען נאנסה על האי דהודאה דכיון שכופר הוי העזה אם אינו מודה לו עכ"פ במקצת וא"כ אין צריך לומר עוד דמיירי דהאי דהודאה קיימא קמן ודי לסתור המגו אם האי דכפירה קיימא קמן שנית למה הוצרך לתרץ ולומר דמיירי בטענות ברי דמתו כולהו בפשיעה הו"ל לידחו' בפשיטות דלא מיירי באומר הילך. לתרץ כל זה אני חוזר

על הקושי' ראשונה שהקשיתי דלפי שיטות הרב"ח דצריכין לאוקמא דאפקיד בשטר דאינו נאמן לומר החזרתי וע"כ מיירי שיש שעבוד קרקעות דבאין שיעבוד קרקעות לא שייך זילי נכסי גם בשטר נאמן כדעתי לפי דברי הרמב"ן בשיטות האלפסי א"כ קשה הא בשעבוד קרקעות ליכא חיוב שבועה דאורייתא אשר ע"כ לפי דברי התוס' בב"מ דף ד' ובמס' שבועות דף ל"ד והרא"ש שם שחולק על הרמב"ן ולדעתם לא משכחת מדאורייתא ש"ש ולא שבועות מב"מ כ"א בליכא שע"ק או במחל לו השעבוד ליישב זה נ"ל דבשומרים יש שני חיובים חיוב בהשבת הפקדון וחיוב דמים אם נאבד בפשיעה וכבר ביארתי במ"א שיש שיטות הקדמונים דאף בעוד הפקדון בעין יש עבוד על נכסי הנפקד והיינו נענין חיוב השבה דאי לענין פשיעה אין התחלות חיוב אלא משעת פשיעה ואילך אבל הש"ך בסי' רצ"א ס"ק ע"ד לא נחית לזה והא דמבואר מסוגיא דשאלה ושכורה ב"מ דף צ"ז דכשטוען השואל א"י אי הוי כא"י אם נתחייבתי וכבר ביארתי לעיל דשאני התם שאין התביעה על החיוב השבה דהא בודאי מתה הבהמה ובכה"ג אין רק תביעות דמי הבהמה שחיובו אינו אלא משעת אונסין לפי"ז משכחת שבועה באפקיד בשטר כגון דעל חיוב החזרה איכא שיעבוד נכסים וכיון דנתן שטר על הפקדון וזילי נכסי אינו נאמן לומר החזרתי משום דחזקה שטרך בידי מאי בעי ועל חיוב הפשיעה מחל לו השעבוד דהיינו שאם יעבוד בפשיעה ויצטרך לשלם הדמים ולא יתבע רק ממנו ולא משעבוד נכסים וע"כ יש חיוב שבועה כשטוען נאנסה דהא ליכא ע"ז שע"ק ומגו דהחזרתי ליכא דהא לענין טענות החזרה איכא שעבוד נכסים והוי שטר גמור שאינו נאמן לומר החזרתי:

אמנם עדיין קשה להוי הך פרה שמודה הודאת שע"ק שמשועבדים הנכסים כ"ז שלא יחזיר אבל כשנאמר דמיירי דקיימי קמן כשאומר לו הילך הוי הודאות מטלטלין וכן הך דכפירה אי קיימי קמן לא מקרי כפירות קרקעות ויעוין בתוס' ב"ק דף ק"ז שכ' להדי' דלרב"ח ע"כ מיירי דהאי דכפירה קיימי קמן דאל"כ הו"ל מגו דאי בעי אמר גם על האי דכפירה נאנסו וא"כ קשה למ"ד הילך פטור וכיון שרב ששת ס"ל דהילך פטור ע"כ א"ש לשיטתו הך תרוצא דאפקיד לי' בשטר ע"ז קרא רמב"ח על ר"ש פסוק הנ"ל והשתא מובן כן דברי הגמ' בב"מ דלפי מה שבארתי דאף לשיטת הפוסקים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה יש לחלק דז"א אלא בברי וברי אבל בברי ושמא דאמרינן אפי' מגו להוציא מכ"ש דנאמר בברי ושמא מגו אפי' לאפטורי משבועה א"כ א"ש תירוץ הגמ' שם לא דאמר ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה וכיון דמיירי בברי וברי לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה דלא קשה דליהמני' במגו דלהד"מ או החזרתי ולא צריך כלל לאוקמתא דהכא דאפקיד בשטר ושפיר י"ל דמיירי הכא דליכא כלל שע"ק גם לא מיירי

בקאי קמן ואומר הילך ע"כ יש שבועת שומרים אבל רב"ח לשיטתו דמוכח מדבריו שאמר כמה מעלי' הא שמעתא שסובר דגם בשוכרו שלא בעדים ליכא שבועה על בעה"ב דנאמן במגו דלא שכרתיך הרי דעתו דגם בברי וברי אמרינן מגו לאפטורי משבועה ע"כ הוצרך לאוקמתא דמיירי באפקיד בשטרא ולדידי' באמת צ"ל שמיירי שאומר על ההודאה הילך וכפי' רש"י דקיימו קמן והוי הודאות מטלטלין ורב"ח לשיטתו שסובר דהילך חייב כדמוכח מדבריו בסוגי' דפוגמת שסבר למימר שבועה דאורייתא דהא תובע מאתים והוא מודה לו במנה יעו"ש הרי בכה"ג הילך הוא ויתר הדברים בישוב דברי ר"ח וסייעתו א"ש לפמש"כ לעיל דלפי האמת אף בהפקיד בשטר א"א לגבו' מלקוחות דטענינן ללקוחות דילמא החזיר וא"כ הוי מהראוי שיהיה הנפקד נאמן אף בלא שבועה בטענת החזרתי כיון דלא שייך זילי נכסי רק מתקנת חכמים הוא דאינו נאמן דמלא פלוג בין שטר שיש בו שיעבוד בין שטר שאין בו שיעבוד ובלבד שיהי' עליו שם שטר ולא כתיבת יד א"כ כיון דלדינא דאורייתא אין צורך שבועה בטענת החזרתי כי ליכא למגבי בי' מלקוחות כנ"ל והדרא קושי' רבא לדוכתא שבועת שומרים המ"ל דהא אף בהפקיד בשטר נאמן מדאורייתא בטענת החזרתי בלא שבועה. א"ו דסוגי' דהכא סובר דבחזקה דשטרך בידי מאי בעי אלימי כ"כ דאף בשבועה אינו נאמן ולא מועיל מגו דנאנסו נגד חזקה זו א"כ שפיר כתב הר"ח וסייעתו דסוגי' דב"ב סותרים סוגי' דהכא:

וכדי לישב שיטת הרמב"ן צריכין למש"כ למעלה שנראה מדויק מדברי הרמב"ן סוף ב"ב דרק בשטר הלואה אם אין בו שיעבוד נכסים נאמן לומר פרעתי כיון דלא זילי נכסי אבל בשטר פקדון שאין מהדרך שיאמין הנפקד להמפקיד אף בליכא בו שע"ק אין מניח השטר ביד המפקיד מיראתו פן יתבענו שנית וא"כ א"ש דהמפקיד בשטר צריך לישבע אף שעי"ז שנאמן במגו ליכא למגבי מלקוחות מ"מ צריכין לענין פטור השבועה המגו דנאנסו לסתור החזקה דשטרך בידי מאי בעי:

ולפי הנחה זו יש ליישב קושי' הש"ך בסי' פ"ז על רבינו יונה שמובא בר"ש רפ"ק דב"מ דהקשה הא דאמרינן המפקיד בשטר צריך להחזיר בעדים דאל"כ אף דאי"ל מגו דנאנסה מ"מ שבועה בעי ולמה צריך עדים יחזיר בע"א ויפטרו משבועה ומקשה הש"ך הא בזה לא הוי נאמן החזרתי רק במגו ותו לא פטרו עד המסייע כן תורף קושי' הש"ך ונראה לי דלכאורה צריכין להבין כיון דמה שאין אדם נאמן לטעון החזרתי על שטר פקדון הוא משום חזקה שטרך בידי מאי בעי ומטעם שכתבתי דירא שמא יתבענו שנית א"כ כיון דעכ"פ בשבועה נאמן במגו דנאנסו תו לא הוי לו לירא שמא יתבענו שנית דהא יכול למיפטר א"ע בשבועה א"כ לא חש להניח השטר ואזלי לה חזקה דשטרך בידי מאי בעי

וכיון שכן מהראוי שיהי' נאמן אפילו בלא שבועה וקצת העיר בזה בתומים רק סוף דבריו אינם מובנים שם יעו"ש והקושי' נשארת למה צריך כלל לישבע בטענת החזרתי וצ"ל דגם אף שיכול ליפטר א"ע בשבועה מ"מ איכא חזקה דשטרך בידי מאי בעי דכל אדם נזהר וירא לנפשו שלא יצטרך לישבע למגן וכיון שמחמת צורך חיוב שבועה ג"כ יש חזקה דשטרך בידי מאי בעי אי אפשר להאמינו כשטוען החזרתי כ"א במגו דמגו מועלת נגד חזקה: וכיון שצריכין להמגו כדי שלא לחייבו מצד החזקה צריך הוא לשבועה דאלו אמר נאנסו שבועה בעי מעתה י"ל שסובר רבינו יונה דאם ע"א מועיל לפוטרו משבועה הי' מהראוי דגם בהפקיד בשטר יועיל ע"א שלא להצטרך לישבע ותו ל"ק קושי' הש"ך הנ"ל דהא בהחזרתי אינו נאמן אלא במגו בכה"ג לא מצי עד למיפטר ז"א דהא עי"ז שנא' שפ"א פוטר משבועה יתעקר לגמרי החזקה דשטרך בידי מאי בעי ויהי' נאמן בטענת החזרתי בלי צורך מגו דנאנסו דהא יכול לומר ע"כ לא חששתי להניח שטר ביד המפקיד כי ידעתי שלא יהי' בידו לתובעני ולהטיל שבועה עלי דהא החזרתי לו במעמד ע"א ויועיל סיוע העד שלא אצטרך לישבע:

ועתה אבאר דברי בתרוצו של התומים שכ' שסובר רבינו יונה דאמרינן מגו בבע"ד וע"א דכשם שעתה מסייע העד בטענו' החזרה כך אם הי' רוצה לטעון נאנסו הי' העד מסייע לי' ומקשה הרבינו יונה שפיר דאם העד מסייע פוטר גם המפקיד בשטר יועיל ע"א לפטרו משבועה ומגו שהי' הנפקד והעד יכולים לומר נאנסו לפי"ז לפי מסקנת שם דבאמת מועיל ע"א בכה"ג לפטור משבועה יש לתרץ מה שקשה בדברי הרא"ש מס' קידושין דף מ"ג ע"ב ששינה בהעתקת דברי הירושלמי. כי זה לשון הירושלמי אמר לשנים צאו וקדשו לי אשה הן שלוחיו כו' אמר ר' אבין נראים הדברים בשמקדש בשטר אבל בכסף נעשין נוגעין בעדותן אמר ר' יוסי מכיון שהאמינן התורה אפי' בכסף מהימני עכ"ל הרא"ש הרי שתפס לשון הירושלמי דמיירי בשני שלוחין כשנעשים עדים על הקידושין אבל לפי הגי' שבירושלמי שלפנינו וכמוזכר גם בר"ן נראה להדיא דירושלמי לא מיירי בשני שלוחין רק בשליח אחד. כי זה לשון הירושלמי ב"ש אין השליח עולה משם עד וב"ה אומרים שליח עולה משם עד כו' אמר ר' אבין כו' נראים דברים כשקידשה בשטר אבל אם קדשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו התורה אפי' קדשה בכסף אינו כנוגע בעדותו ע"כ הרי כיון שירושלמי תפס כמה פעמים בלשון יחיד מבואר דקאי על הדין הנ"ל השליח עולה משם עד דמיירי שהשליח קידש את האשה בפני ע"א ופלי'גי בזה ב"ש וב"ה דלב"ה הוי כקידשה בפני ב' עדים דהשליח עולה משם עד וקשה למה שינה הרא"ש בנוסח הירושלמי מלשון יחיד ללשון רבים אבל לפמש"כ

א"ש בהקדם דברי התוס' שם בד"ה וכן תימא דאמר בירושלמי וכן בקידושין הדא דתימא בשטר אבל בכסף לא וי"ל דהאי בתר דתיקון רבנן שבועת היסת והי' קשה להרא"ש לשיטתו דעד המסייע פוטר מהשבוע' ואף היכא דצריכין למגו מאמינים לבע"ד ועד במגו כנ"ל א"כ אי אפשר לומר דירושלמי מיירי בשליח וע"א דהא בכה"ג אף לאחר דתיקון רבנן שבועת היסת אין השליח נוגע בעדותו דהא העד שמעיד על הקידושין מסייע לו שנתן הכסף קדושין להאשה וגם מגו איכא שהיו יכולים השליח והעד לומר שהחזיר המעות ליד המשלח וא"כ ליכא כלל חיוב שבועת היסת ואמאי אין השליח נאמן להצטרף עם העד השני על הקידושין ולכך הוצרך הרא"ש לשנות הגמ' שבירושלמי ושינה מלשון יחיד ללשון רבים ומיירי ששני השלוחים רוצים להיות עידי הקדושין וכן מדויק מדברי הרא"ש שם אח"ז שמביא דברי הגמ' הוי עובדא קמי' דרב ועשה שליח עד כו' ומסיים ע"ז אבל היכא דאיכא כפירות ממון כגון שהאשה אומרת לא קבלתי כלל לא אמרינן הן הן השלוחים הן הן עדיו הרי אף שתפס תחלה דברי הרב דמיירי בשליח וע"א עכ"ז לענין קידושין בשטר או בכסף חזר ותפס בגוונא שהי' שני שלוחים.

היוצא מזה שלפי הגי' שלפנינו ושהי' כן לפני הר"ן א"א להחזיק תרוצו של התוס' הנ"ל דמיירי לאחר שתיקנו שבועת היסת אם לא לשיטות הסוברים דעד המסייע אינו פוטר משבועה ונשאר קושי' התוס' לדעת הסוברים דעד המסייע פוטר בלא"ה קשה בירושלמי הנ"ל קושי' הר"ן שכ' בזה"ל ודברי ר' יוסי תמוהין דנהי דין התורה מהימן מ"מ כיון דתיקנו רבנן שבועת היסת נמצא נוגע בעדותו. ונראה לי לפרש פי' אחר בדברי הירושלמי דפלוגתת ר' אבין ור"י מיתלי תלי במחלוקת הפוסקים בדין פסול נוגע דעת הע"ש בחו"מ סי' ל"ז דנוגע אינו פסול משום דחושדין אותו שמחמת הנאתו משקר בעדותו אלא כיון שנהנה באותו עדות הוי כקרוב ופסול לעדות אף אם הוחזק שבודאי אינו משקר והסמ"ע חולק עליו ויעו"ש בש"ך ואני מצאתי כדעת הע"ש וביתר שאת בשו"ת הריב"ש בסי' שצ"ג שמפרש במעשה דבקרא במס' כתובות דף פ"ד שאם הי' הבקרא אומר שתפיסתו הבע"ח ממנו הי' מחיים לא הי' הבקרא מחויב לשלם להיתומים דהבע"ח כדין תפס על חובי ועכ"ז לא מחשיב הבקרא כע"א נגד הבע"ח שלאחר מיתה תפס אף דאי"ל להבקרא מגו המסלקת ממנו חשש נגיעה דהא אם לא הי' אומר שהתפיסה הי' לאחר מיתה לא הי' עליו שום תביעה מהיתומים מ"מ כיון שלפי דבריו הי' התפיסה לאחר מיתה נעשה בע"ד ואין בע"ד עד אף היכא דאי"ל מגו כמו פסול וקרוב שאין קרוב נעשה עד אף במגו כצ"ל בכוונת הריב"ש וכן מורה לשון הר"ן בכתובות גם מחדושי הריטב"א מסוגיא דאבימי שם נשמע מדבריהם דהיכא שהעד נעשה בע"ד עפ"י עדותו כלומר שאם לא יאומן עדותו

יהי' עליו חיוב אין עליו שם עד אף שיש לו מגו דאם היה שותק מעדותו לא הי' בע"ד ובש"ך סי' קכ"א ס"ק מ"ה מביא בשם ראב"ן וכ' בזה"ל דוקא שנים דלא מצי אמר לתקוני שדרתי יתכון ולא הוי לכו למיתב למלוה בלא סהדי דלא לכפור משום דמצי אמרי אנן הוי סברינן דלהכי בררת תרי דניהוי אנן סהדי ואת מטעית יתנא דתרי שלוחים מילתא דלא שכיח הוא ולא דמי לדאבימי דלא הוי רק חד שליח דלא מצי מסהיד ולא הו"ל למיטעי ומסיים הש"ך שכ"כ הגהות מרדכי רפ"ק דמציעא אבל דעת הפוסקים והגהות מיימוני ריש פ"א מהלכות שלוחים דה"ה בחד שליח דאינו מחויב ליתנו למלוה בעדים והאריך שם והרבה מגדולי הקדמונים:

ונ"ל לתרץ דלפי סברת הריב"ש והר"ן והריטב"א שהבאתי לעיל י"ל דגבי קידושין שידוע לכל שאין קידושין בלא עדים אם קידש השליח בלא עדים בודאי יכול המשלח לטעון לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ממילא בשלח שני שלוחים אם הי' שורת הדין שלא יהי' להם דין עדים הי' מחוייבים לפרוע מכיסם למשלח דמי הקידושין שמסר לידם א"כ מהראוי שלא יועיל להם מגו להכשירם שיהיה הם עידי קידושין דהא לפי דבריהם שלא הי' עדים אחרים נעשים כבע"ד לענין הכשר עדותן שאם לא יאמינו לעדים על הקידושין יצטרכו לשלם להמשלח והוי כעדים קרובים שאינו מועיל אף שיש להם מגו והוי דומיא דבקרא ע"כ מצריכין בכה"ג לסברת הראב"ן הנ"ל דכיון ששלח שנים סברו שרצונו שיהי' הם עידי הקידושין כיון שהוא הטעה אותם בזה אין לו לתבוע מהם וע"כ א"ש דינו של רב נחמן שאמר בסתם אמר לשנים כו' הן הן עדיו כו' ומיירי אף שהקידושין הי' בכסף דנוגעין בעדותן אינם דהא אי"ל מגו דאהדר להמשלח ובע"ד אינם דאף אם לא יקבלו עדותן מ"מ לא יצטרכו לשלם להמשלח אבל אם לא שלח רק שליח אחד והשליח קידשה בצירוף ע"א דאם לא יאומן עדותו יהי' להמשלח לתבוע ממנו כסף קידושין בטענה לתקוני שדרתיך כו' ולא יכול לומר הא לא אמרת לי הב בסהדי דהא בקידושין ידוע לכל שצריך להיות בעדים ואת הטעיתני לא שייך גבי שליח אחד ע"כ לשיטות הסוברים דבנוגע אף מגו אינו מועיל דחשוב כבע"ד וכנ"ל אין השליח נעשה עד רק בקידשה בשטר אבל כסף לא אף דאי"ל מגו מ"מ לפי דברי עצמו שוי' נפשי' בע"ד בזה וי"ל שזה כוונת ר' אבין שליח וע"א אין השליח נעשה עד רק בקידשה בשטר אבל קדשה בכסף נעשה כנוגע ור"י שחולק עליו סובר שהנוגע אינו חשוב כבע"ד רק פסולו משום דחשדינן למשקר להנאת עצמו וממילא היכא דאי"ל מגו לפטור א"ע בטענה אחרת ליכא למחשד שמשקר להנאת עצמו ואינו פסול דפקע ממנו ע"י המגו שהאמינתו התורה שלא יהי' עליו שם

נוגע ומדויק כן בדברי ר"י שאמר כיון שהאמינתו התורה אפי' קידשה בכסף אינו כנוגע בעדותו אם כן אתי שפיר דברי הירושלמי קודם תקנות שבועת היסת

אמנם לפי הנחה זו יש להביא ראי' לדעת רש"י ובעה"מ ומהר"ם בתשובות מיימוני דכל היכא שהלוה מפסיד בוודאי ממון דינא כדין חנוני על פנקסו וצריכים השלוחים למפטר עצמם בשבועה בנק"ח ולא בהיסת ולא כדעת הרמב"ן והרשב"א והריטב"א שסוברים דשבועות המשנה לא נתקנה רק בע"א ליטול דומיא דחנוני על פנקסו והפועלים ששניהם באים ליטול ואקדים מה שכתבו כמה קדמונים דלכך אחר שתקנו רבנן שבועת היסת לא מתכשרים להיות עדים אף אם הלוה פוטר את העדים בשבועה קודם העדאתן דהוי כנותן שכר שיעידו לו דהא הם מרווחים בעדותן שעי"ז פוטרן הלוה משבועה וכן אם מסר להם בעדים ולמ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים לא הי' מועיל להכשירן לעדות אם הי' הלוה מרוצה קודם העדאתן שאם יאמרו השלוחים שהחזירו לו המעות יהי' נאמנים נגדו אף שלא יהי' להם עדים ומ"מ כיון שיש תועלת להשלוחים בפטור שפטרן הלוה הוי כנותן שכר להעד וכ"ז א"ש אם הדין כשאומרין השלוחים שנתנו להמלוה אז אין עליהם שם עדים וחייבין לפרוע להלוה מטעם לתקוני שדרתיך ולא לעוות שהי' להם למסור להמלוה בעדים ובפרט לפי פי' הרשב"א והריטב"א דס"ד דגמרא במאי קסברי כו' דמיירי שהי' הלואת הלוה מן המלוה בעדים או כמו שאי' בראב"ן סי' הנ"ל דמסתמא סתם הלואה בעדים ונראה מכוונתו דר"ל היכא שפי' שנים שלוחים יכולים לומר את הטעתני שסברנו שדעתך שאנחנו נהי' העדים אף כשלא יאמנו להיות עדים על הפרעון להמלוה מ"מ לא יהיה חייבין לשלם להלוה וכיון שכן אינם נעשים בע"ד לענין הכשר עדותן רק שאין להם מגו דאם יאמרו שהחזירם ללוה והיו צריכים לשלם אם מסר להם בעדים ולזה יש תיקון בפטור שיפטרן הלוה שיהיה נאמנים שאם יאמרו שהחזירו לו שלא בעדים בכה"ג לא שייך לסברא הנ"ל דהוי כנוטל שכר להעיד דהא לטובתן לא הי' צריכין לפטור הלוה שגם באומרם שנתנו להמלוה ואין עליהם שם עדות לפטור את הלוה מ"מ אין להלוה עליהם תביעות ממון כאשר יש להם מענה את הטעיתני וכנ"ל א"כ מאי מקשה הגמ' מאי קסבר דלמא מאי שאמר ר"נ וכן בדיני ממונות הכוונה היכא שפוטר אותם הלוה שיהי' נאמנים נגדו כשיאמרו שהחזירו לו שלא בעדים אמנם לפי דעת רש"י ורז"ה והר"ן הנ"ל א"ש דאף שאין חייבים לפרוע להלוה אף כשאינם נאמנים בתורת עדות מ"מ יש עליהם עכ"פ חיוב שבועה בנק"ח כדין חנוני על פנקסו ואף שיפטרו מהשבועה במגו דאי בעי אמרו אהדרינהו להלוה דהא נגד הלוה אינם נאמנים

כלל כיון שמסר להם בעדים ואין פטורים מאותו שבועה רק בגוונא שהלוה מאמן אותם נגד עצמם הרי יש להם תועלת באותו אמנה והוי כנוטלים שכר להעיד אמנם הרמב"ן והרשב"א והריטב"א י"ל שדעתם כמבואר בריטב"א ובר"ן דאף בלא טעם נוטל שכר לא מועיל כשיפטרו מהלוה דהוי תחילתו בפסלות אבל ז"א דלפי שיטות התוס' במס' ב"ב בסוגיא דבני עיר שנגנב להם ספר תורה דלא אמרינן תחילתו בפסלות רק בפסול הגוף ולא בפסול ממון:

אמנם אף שעלתה לי ליישב קושי' הרשב"א קשה לדעתי קושי' אחרת דלפי סברת הרמב"ן בשיטות האלפסי דהיכא דליכא שע"ק לא שייך שטרך בידי מאי בעי מאי מתרץ רב"ח דש"ש משכחת לה באפקיד בשטרא הא גם רב ושמואל אמרה להא שמעתתא ל"ש ששכרו בעדים וקשה גם לדידהו קושי' רבא א"כ ש"ש היכא משכחת לה ולשיטתייהו דרב ושמואל שסוברים שיעבודא ל"ד אף בשטר ליכא מדאורייתא שיעבוד נכסים ואף בשעבדו בפירוש כמ"ש התוס' ס"פ גט פשוט והריטב"א במס' קידושין דף י"ג מטעם דאין קנין לחצאין וא"כ אף באפקיד בשטרא נאמן מדאורייתא לומר החזרתי אף בלא מגו דנאנסו וממילא יש לפטור משבועה בטענות נאנסו במגו דהחזרתי ואף אם נאמר דאלפסי אינו מודה לסברת התוס' והריטב"א הנ"ל וסובר דאף למ"ד שיעבודא ל"ד מועיל שיעבוד בפירוש וכן נראה מדברי רש"י בקידושין דף הנ"ל מ"מ דוחק לומר דמאי דשני רב"ח באפקיד בשטרא הכוונה שנכתב בשטר בפירוש שע"ק דאם הי' רוצה רב"ח לאוקמא שבועת שומרים שבתורה בגוונא רחיקא הי' יכול להחזיק דבריהם הראשונים דמיירי באפקיד ליה בעדים בלא שטר וכגון שהותנו בפירוש שלא יחזיר אלא בפני פו"פ א"ו שהי' נראה לדוחק לרב"ח להעמיד פשטא דקרא בגוונא רחוק ע"כ לא נחית לתרץ רק בגוונא המציאות באפקיד בעדים וכשהשיב לו רבא ע"ז דגם באפקיד בעדים יכול לומר החזרתי הוצרך להעמיד בהפקיד בשטר ובסתם אף שלא שעבדו בפירוש ובכה"ג ליכא מדאורייתא שיעבוד נכסים ע"י השטר וכיון שלא זילי נכסי לא שייך חזקה שטרך בידי מאי בעי ונאמנים החזרתי בלא שבועה וכנ"ל:

ונלע"ד בישוב קושי' שלי הנ"ל וקושי' הרשב"א דהך חזקה דשטרך בידי מאי בעי הוא מב' טעמים א' שאין מדרך האדם להניח שטר ביד בעל השטר מעת שמסולק מהתחייבותו ויראה דילמא יתבענו שוב באותו שטר ויהי' נחשד בעיני המון שכובש ממון חבירו. וסברא זו מבואר מדברי הר"ן בסוגיא דהמלוה את חבירו בעדים טעם ב' אף היכא שסמכה דעתו שבעל השטר לא יתבע ממנו בשקר מ"מ אינו מניח השטר דכ"ז שהשטר קיים זילי נכסי שיראים ב"א ליקח ממנו נכסים בעוד שאין מבורר אצלם שנקרע

השטר. ולפי הנחה זו יש לחלק בין שטר פקדון לשטר הלואה לפמ"ש התוס' בב"ב דף ע' ד"ה או דלמא דגבי שטר הלואה לא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי די"ל דהלוה מאמין להמלוה להניח שטר בידו משום דכתיב בי' תומת ישרים תנחם כדאמרי' בהמפקיד. אבל הנפקד אינו מאמין את המפקיד ולעולם אינו מחזיר לו את הפקדון עד שיחזיר לו השטר ועוד אין מדקדק כ"כ הלוה עם המלוה לפי שעשה לו טובה ע"כ הנה פשוט דאף אם מאמין הלוה להמלוה מ"מ אי זילי נכסי ע"י השטר בודאי לא עביד לשלם עד שיקבל שטרו וקורעו ומה"ט סובר שמואל כדאי' בב"מ דף ט"ז ע"ב המוצא שטר הקנאה דלא חיישינן לפרעון דאם איתא דפרע מיקרע הוי קרע ליה וי"ל שהטעם דכ"ז שהשטר קיים ביד הלוה זילי נכסי שיראים ב"א מלקנות אצלו פן יחזיר הלוה השטר להמלוה לגבות מהם עאכו"כ שמוטל על לוה לחוש שלא להניח השטר ביד המלוה אף שהוא מחזיקן לנאמן וישא פניו מפני שעשה לו טובה זילי נכסי בעיני שאר בני אדם שבאים נקנות שיראים פן יגבה מהן המלוה וע"כ בשטר הלואה אף דלא שייך חזקה דשטרך בידי מאי בעי מטעם הראשון מ"מ אלימי החזקה מחמת טעם הב' ואף שמאמין להמלוה מ"מ אין מניח בידו השטר פרוע כדי שלא יהי' זילי נכסיו כנ"ל אבל כשאין שיעבוד נכסים בשטר שאין זילי נכסי ע"י השטר י"ל דלא שייך כלל בכה"ג גבי שטר הלואה החזקה דשטרך בידי מאי בעי לכן דעת הרי"ף דבכה"ג נאמן הלוה לומר פרעתי אמנם ז"א אלא גבי שטר הלואה אבל שטר פקדון אף דליכא בי' שע"ק ולא שייך זילי נכסי מ"מ כיון שאין מדרך הנפקד להאמין להמפקיד שייך החזקה דשטרך בידי כו' מטעם הא' דאין הנפקד מאמין את המפקיד ולעולם אין מחזיר את הפקדון עד שיחזיר לו השטר כדברי התוס' הנ"ל וא"כ אף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא מ"מ באפקיד בשטרא א"א להאמין טענת החזרה כ"א פ"י מגו ובלא מגו אינו נאמן מחמת החזקה דשטרך בידי מאי בעי ומיושב בזה שפיר קושי' הרשב"א וקושי' שלי הנ"ל ולדברי זה מדויקים דברי הרמב"ן במלחמות סוף פ' ג"פ שכתב בזה"ל והטעם שכיון שאין בו משועבדים אין מקפידין עליו ומניחן אותו ביד המלוה אע"פ שהוא פרוע ואין נוהגים בכ"י עדים משום דיש לו קול וזילי נכסי דלוה שהרי גובה בו ממשועבדים ע"כ הרי שלא כ' חילוק זה בין יש בו שיעבוד נכסים לאין בו שיעבוד נכסים אלא בשטר הלואה:

עוד יש להקשות לכאורה על תרוצו דרב"ח שאפקיד בשטר לפי שיטת הרמב"ם וסייעתו דמדאורייתא לא מהני שום שטר בעדות דמפיהם בעינן ולא מפי כתבם וצריכים לומר שהכוונה שהשטר הוא כת"י הנפקד וקשה הרי על כת"י יכולים לומר פרעתי אמאי אינו נאמן הנפקד לומר החזרתי אבל לפמ"ש י"ל דרק בכת"י על הלואה הוא דנאמן לומר

פרעתי די"ל דלא חש להניחו מפני שמאמין להמלוה וזילי נכסי לא שייך מפני שאין בו שע"ק אבל בכת"י הנפקד על הפקדון אפשר לומר דאינו נאמן לומר החזרתי כיון שאין דרך הנפקד להאמין להמפקיד וא"ש ביותר לפ"ד הרמב"ן במלחמות שכתב דמשמעות לשון המשנה סוף פ' ג"פ המלוה את חבירו ע"י עדים גובה מנכסים בנ"ח הוציא עליו כת"י שהוא חייב לו גובה מנכסים בנ"ח משמע דחד דינא לתרווייהו דכשם שהמלוה לפני עדים יכול הלוה לומר פרעתי כמו כן בכת"י ולפי דבריו אלו שפיר י"ל שאין דמיון כתב יד לבפני עדים רק בהלואה שהוזכר להדי' במשנה המלוה כו' בפני עדים ואין כאן רמז מדין פקדון ובאופן אחר י"ל דרק בכת"י שאין עליו עדים דכיון דלא שייך זילי נכסי נאמן הלוה לומר פרעתי דמהא שנטל המלוה כתיבת ידו ליכא ראי' שלא האמין להלוה דאיכא למימר דלזכרון דברים בעלמא אבל בשטר בעדים אי לאו מטעם דזילי נכסי לא הי' מקום לומר שלא יהיה הלוה נאמן לומר פרעתי משום דכיון דלקח ממנו שטר בעדים נראה להדיא שלא רצה להמלוה להאמין לו ואף המלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים שאני התם שלא ניכר שהקפיד המלוה על ראיות העדים כדי שלא יהי' נאמן רק שלצורך זכרון דברים נעשית ההלואה בעדים ע"ד דאי' בב"מ שאין ללות בלא עדים מחמת שכחות משא"כ כשנראה העין מתוך המעשה שלא הלוה המלוה רק בעשיות שטר בעדים ולזכרון דברים לבד שטר למה איו שלא רצה המלוה להאמין את הלוה ממילא הי' ללוה שלא לפרוע אלא בעדים והוי כאלו התנה עמו המלוה שלא יפרענו אלא בעדים:

ולולא דמסתפינא אמינא דבר חדש בישוב דברי הר"ח והרשב"ם והר"י במג"ש ואקדים לזה דברי חדושי הר"ן המובא באס"ז לב"ב דף ע' ע"א ד"ה ולימא לי' שטרך בידי מאי בעי בזה"ל תמי' לי מאי קשי' לי' תו לר' עמרם דהא איהו מעיקרא לא בעי מיני' אלא אי אמרינן מגו כהאי ונאמן או לאו משום דאמר לי' שטרך בידי כו' ואהדר ליה דנאמן משום מגו וא"כ מאי קא קשי' מעתה ועוד רב חסדא מאי חידש לו השתא דאמר לי' ואי אמר לי' נאנסו מי מצי אמר לי' שטרך בידי מאי בעי היינו דאהדר לי' מעיקרא כו' ואין זו קושי' אצלי דהוי ס"ל לר' עמרם כיון דפשיט לי' רב חסדא מהימן ולא אידכר לי' מגו כלל ולא אמר לי' נמי מהימן בשבועה משמע דכי פשיט לי' מהימן בלא שבועה קאמר משום דלא אמרינן שטרך בידי מאי בעי אלא בשטר שאין אדם יכול להשמיט ממנו בטענות נאנסו ושאינו גובה מהלקוחות אין אדם מקפיד עליו והיינו דפשיט לי' דמהימן ולגמרי משמע אפילו בלא שבועה ומש"ה אקשי' לי' אמאי ולימא ליה שטרך בידי כו' שאעפ"כ אין אדם עשוי להניח שטרו ביד אחרים ולפיכך פירש לו ר"ח דמשום מגו הוא דקאמר ומאי מהימן

מהימן בשבועה עכ"ל הר"ן ז"ל וסיים באס"ז וכן פי' התוס' והנה בגוף דברי הר"ן אני נבוך בכוונתו דאפשר עיקר סברתו לס"ד דל"צ למגו ונאמן בלא שבועה לומר החזרתי כיון דלא מצי לגבות מלקוחות בשטר זה דטענינן ללקוחות דילמא נאנסו ובשטר שאין גובין בו ממשועבדים לא אמרינן החזקה שטרך בידי מאי בעי אמנם זה דוחק דהא בחידושי הר"ן שמובא שם עוד באס"ז מובא מחלוקת הקדמונים בזה אם טענינן ללקוחות נאנסו או לא ולא הכריע הר"ן שם כדעת האומרים דטענינן ללקוחות ולמה כתב כאן בפשיטות ושאינו גובה מהלקוחות א"ו דעיקר סברת הר"ן דבשטר שאפשר להשמיט בטענות נאנסו לאו שמי' שטר וממילא לא שייך בי' החזקה דשטרך בידי כו' אף לענין טענות החזרתי ול"צ כלל לומר המגו דנאנסו רק כיון דלאו שמיה שטר מצד שאפשר לו להשמיט ממנו בטענת נאנסו אף בלא מגו נאמן הנפקד בטענות החזרתי דכמי בטענות נאנסו לא שייך שטרך בידי מאי בעי כן לא שייך לענין טענות החזרתי ומה שהוסיף הר"ן וכ' ושאינו גובה מהלקוחות כוונתו דכיון שנאמן בטענת החזרתי ע"כ א"א לגבות בו מהלקוחות וע"כ לא חש להניחו כיון שא"א לגבות לא ממנו ולא מהלקוחות אבל אם הי' מקום לומר דנגד הלקוחות לא טענינן החזרתי הי' נשארת חזקה דשטרך בידי מאי בעי והי' לו לחוש מלהניחו פן יגבנו בו מהלקוחות שלא בפניו ולכך הוצרך הר"ן להוסיף דברי אלו אבל עיקר יסוד כמש"כ תחלה ושכוונתי שס"ד שאפשר להשמיט ממנו בטענה מה לאו שמי' שטר ועכ"פ צריכין לפרש כן בדברי התוס' בד"ה ולימא שכתבו בזה"ל לאו משום דלהוי מגו במקום עדים קפריך דא"כ מאי משני ולטעמיך כי אמר ליה נאנסו מי מצי אמר לי' שטרך בידי מאי בעי הא כי אמר נאנסו לא מוכח מילתא דלאו קושטא קאמר דאע"פ שהשטר בידו יכול להיות שנאנסו. אלא אומר ר"י דס"ד דמקשה דהא דקאמר דנאמן נאמן לגמרי קאמר אפי' בלא שבועה ולכך הי' סבר דבלא מגו דנאנסו מצי למימר החזרתי לך דאי ע"י מגו דנאנסו אמאי נאמן בלא שבועה כו' לכאורה תמוהים מה ס"ד שיהי' אדם נאמן על שטר לומר החזרתי בלא שום מגו דא"כ גם בשטר הלואה יהיה כל לוה נאמן לומר פרעתי ובפרט דגבי לוה לא אלימי כ"כ החזקה דשטרך בידי כו' כמו בשטר פקדון כמש"כ התוס' שם וכיון דאמרי' חזקה גבי שטר הלואה מכ"ש גבי שטר פקדון ואיך עלה על דעת לומר שיהי' נאמן החזרתי בלא שום מגו אבל לפי סברת הר"ן א"ש ד"ס דשאני שטר הלואה כיון שא"א להשמיט בטענה אחרת אלימי הך שטרא לומר בו חזקה דשטרך בידי מאי בעי משא"כ שטר פקדון כיון דאפשר להשמיט בטענות נאנסו לאו שמיה שטר לכן ס"ד דר' עמרם שסובר רב חסדא שנאמן בטענת החזרתי אף בלא מגו דנאנסו ויש להמתיק יותר דעיקר הסברא מה שאין אדם מניח השטר אחר הפרעון

הוא משום שאף אם שורת הדין להיות נאמן בטענת פרעון או החזרה מ"מ כיון שיצטרך לעמוד לדין עם התובע בשטר ולהכחישו יהי' נחשד בעיני המון שהוא משקר פן יאמינו יותר את דברי בעל השטר וזה לא שייך רק היכא שא"א לו להשמיט רק בטענה שיהי' ביד התובע להכחישו בברי משא"כ בפקדון שיכול להשמיט א"ע בטענות נאנסו שאין התובע יכול להכחישו בודאי יאמנו דבריו לכל השומע ולא נחשד למשקר ונראה לי להוסיף בכוונת התוס' עוד נופך משני שנכונים דברי הר"ן במש"כ שס"ד שיהי' נאמן החזרתי אף בלא מגו דלא שייך שטרך בידי כו' אלא בשטר שאין אדם יכול להשמיט ממנו בטענת נאנסו אמנם כ"ז אינו אלא אם יהיה ה דבטענת נאנסו א"צ לישבע לאמת דבריו שפיר מצי למימר לא חששתי להניח השטר בידך כי ידעתי שאם תתבעיני בשקר עפ"י השטר יהיה בידו להשמיט בטענת נאנסו ולא שייך בזה שטרך בידי מאי בעי אבל כיון דבאמת בטענת נאנסו יש חיוב שבועה שייך שפיר לענין טענות החזרה שטרך בידי מאי בעי וליכא למימר דמצי אמר ע"כ לא חששתי להניח השטר כי ידעתי שיהי' בידי להשמיט ממך בטענות נאנסו דהא יצטרך לישבע על טענה זו שיטעון נאנסו ואיך ישבע לשקר שנאנסו הרי לא נאנסו רק החזיר. ע"כ נשאר קיים החזקה דשטרך בידי מאי בעי ולזה נתכוון ר' עמרם מה שהקשה אטו אם אמר נאנסו לאו שבועה בעי ולזה הוצרך רב חסדא להשיב לו אה"נ מאי מהימן ש מהימן בשבועה:

היוצא מזה הא דאין להאמין טענות החזרה רק משום מגו דנאנסו ז"א רק לפי האמת דאיכא חיוב שבועה דאורייתא בטענות נאנסו ותו לא שייך לומר דהוי מצי לאשתמוטי מיני' בטענות נאנסו וע"כ לא חש להניח השטר ביד המפקיד דהא כיון דבאמת לא נאנסו לא יהיה בידו לטעון נאנסו לישבע בשקר ולא הי' לו להחזיר הפקדון קודם קבלות שטר הפקדון ונשאר החזקה שטרך בידי כו' ע"כ א"א להאמינו נגד החזקה כ"א במגו דנאנסו ולכך צריך לישבע בטענות החזרתי כמו בטענות נאנסו אבל אם הי' שורת הדין שלא יהיה חיוב שבועה בטענות נאנסו ממילא לא הי' מקום לומר לענין טענות החזרתי שטרך בידי כו' דהא מצי לאשתמוטי מיני' בטענות נאנסו ובלא שבועה ולא הי' צריכין כלל לדין מגו בטענה דהחזרתי וכיון שכן י"ל שקשה לר"ח ורשב"ם וריבמג"ש דלפי המסקנא במס' ב"ב קשה למה אמרה תורה שיהי' השומר מחויב לישבע שבועת נאנסו דהא עיקר השבועה היא לאמת דבריו שנאנסו והרי אם לא הי' כלל חיוב שבועה על טענות נאנסו הי' מתאמת טענתו מצד מגו דהחזרתי דכיון שלא יהי' שם חיוב שבועה על נאנסו הי' נאמן בטענות החזרתי אף בלא מגו דנאנסו רק כיון שיכול להשמיט בטענות נאנסו

ממילא פקע כח חזקה דשטרך בידי מאי בעי והי' נאמן החזרתי אף בלא מגו דנאנסו ובנאנסו הי' נאמן במגו דהחזרתי:

ולהסביר דברי הנ"ל ביותר אקדים מה שידוע מחלוקת הפוסקים אי אמרינן מגו לאפטורי משבועה דעת הר"י במג"ש דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה וע"כ יש שבועת שומרים אף באפקיד שלא בשטר וכ' עוד שמטעם זה לא פטרה התורה שבועה דמ"מ אע"ג דאי"ל מגו דכופ"ה וכן בע"א ותמה הרא"ש על דבריו דהא במב"מ הטעם כדרבה משום דאין אדם מעיז ואשתמוטי קא משתמיט ולייישב דברי הר"י במג"ש י"ל שסובר דלפי המסקנא דאמרי' מגו דהעזה כדמוכח מהנהו עיזי דאכלי חושלי אין הלכה כרבה. ולכאורה יש ליישב בזה מה שקשה לי לפי שיטת הר"י במג"ש דלכך לא אמרי' מגו דש"ש משום מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן. שלכאורה יפלא מאי בין ממון לשבועה וכבר נתעורר ע"ז הסמ"ע בסי' רצ"ו ויעו"ש בש"ך ותוכן הדברים דמגו לא אלימי כ"כ ע"כ אין תועלתו אלא כשהוא לפטור את האדם ממון ואיכא נמי חזקת ממון המסייעתו למגו משא"כ לאפטורי רק משבועה דלא שייך חזקת ממון והוי כעין איכא לברורי ע"י שבועה ע"כ לא פטרינן לי' במגו אמנם טעם זה א"ש לפי שיטות הפוסקים ומכללם הר"י במג"ש שסוברים דהלכה כר"י דלא אמרי' מגו להוציא אבל לרבה שסובר במס' ב"ב דף ל"א דאמרי' מגו להוציא ע"כ סובר דמגו הוי כבירור. גמור דמועיל אף נגד חזקת ממון כמו שני עדים ועדיף מע"א דאין מוציאין ממון על פיו ועאכו"כ שמהראוי שיועיל מגו לאפטורי בשבועה ובפרט למ"ד דעד המסייע פוטר משבועה כ"ש מגו ונשאר קשה לרבה ש"ש דחייב רחמנא היכא משכחת לה אבל לפמ"ש א"ש דרבה לשיטתי' שסובר דלא אמרינן מגו דהעזה גם גבי שומרים ליכא כלל מגו וקושי' רבא דהמ"ל אינו אלא משום שסובר דאמרינן מגו דהעזה וכדמסקינן גבי הנהו עיזי דאכלי חושלי לכך צריכין במסקנא לומר כדברי הר"י במג"ש דלא אמרי' מגו לאפטורי משבועה והוא הטעם גם במב"מ אבל רבה סובר דאמרי' מגו לאפטורי משבועה ולדידי' הטעם במב"מ ושומרים הוא משום דמגו דהעזה לא אמרינן ואנן לא סבירא לן בזה כוותי' דרבה אלא להיפך דמגו דהעזה אמרינן ולאפטורי משבועה לא אמרינן:

היוצא מדברי הנ"ל דאי לא מחזקינן המגו כראי' ברורה שהאמת כדברי הטוען מקום יש לחלק ולומר שאינו מועיל מגו רק לאפטורי מממון אבל לא לאפטורי משבועה ודעת הפוסקים דאמרינן מגו לאפטורי משבועה דמגו נחשבת לראי' כמו שבועה מאחר שיש לו מגו הוי כמבורר שהאמת כדבריו ע"כ אין צורך עוד לשבועה ולפי"ז לס"ד דגמ' דאמרי' מגו לאפטורי משבועה הוי סברינן דהיכא דאיכא מגו הוי כאלו נתאמת שכדבריו כן הוא

וע"כ אין צורך עוד לשבועה. וא"ש מה שפרשתי לעיל שהקושי' ש"ש היכא משכחת לה הוא על עיקר דינא דאורייתא שלא הי' להתורה להטיל שבועה בנאנסו כי אם לא הי' התורה מטלת שבועה זו בטענת נאנסו ממילא לא הי' שייך החזקה דשטרך בידי מאי בעי לענין טענת החזרתי דלאו שמי' שטר הוא כיון דמצי לאישתמוטי בנאנסו והי' בטוען נאנסו בירור על אמיתות טענתו מצד המגו דיכול לומר החזרתי שנאמן בו בלי שום צורך מגו וכנ"ל והי' מתאמת טענתו בנאנסו מחמת המגו דהוי כשבועה והא בורכא לומר דלכך הטילה התורה שבועה על טענת נאנסו באפקיד בשטר כדי שלא יכי' נאמן בטענות החזרתי כ"א בשבועה דהא באמת אף לפי המסקנא דבטוען החזרתי צריך לישבע אין שבועה זו שבועת התורה כמבואר מדברי בעה"מ בסוגי' דשטר כיס אשר ע"כ כתב בשם יש מפרשים דלגבי אותה שבועה בטענת החזרתי לא שייך לומר דין מתושאיל"מ דהתורה לא חייבה כלל שבועה בזה רק שצריך הבע"ד להמציא א"ע שישבע בטענת החזרתי כעין של תורה כדי שיהי' נאמן במגו דנאנסו:

ויש להוסיף עוד לחזק דברי ביתר שאת ואקדים דברי הש"ך בכללי מגו סי' פ"ב סכ"ב שמביא דברי הר"ש בספר הכריתות שכתב בזה"ל מגו דהיכא דהטענה לא שכיח לא אמרינן מגו דיכול לומר אותה הטענה דהא גבי משארסתני נאנסתי בפ"ק דכתובות דלר' יהושע לא מהימנא אע"ג דלכ"ע אי"ל מגו והכא איכא מגו דמוכת עץ אני תחתיך ולר"י ל"ל האי מגו דלא שכיח וכן לכ"ע היכא דלא שכיח כלל ומקשה הש"ך הא לדברי התוס' מס' ב"ב דף ע' ע"ב לא טענינן ליתמי נאנסו משום דלא שכיח עכ"ז נאמן הנפקד לומר החזרתי במגו דנאנסו וכמו כן טענינן עבור היתומים דלמא החזיר אביהן שהיה נאמן במגו דנאנסו וקושי' זו יש לדחות דע"כ עיקר כוונת הר"ש להלכה דלא אמרינן מגו דלא שכיח כלל כסיום דבריו וכן לכ"ע היכא דלא שכיח כלל אבל אם אינו לכ"ע לא שכיח תלי במחלוקת ר"ג ור"י וכיון דהלכה כר"ג ולמ"ד שטעמו משום מגו מוכח דס"ל דאמרי' מגו אף במלתא דלא שכיח וכן טענות אונס אבל משום דאפושי פלוגתא לא מפשינן סובר הר"ש דהיכא דלא שכיח כלל גם ר"ג מודה ומה שהקשה עוד הש"ך על הר"ש דהא בריש פ' האשה שנתארמלה מבואר דטעמו של ר"י במשארסתני נאנסתי משום שור שחוט לפניך ולא משום דהוי מגו דלא שכיח ג"כ לק"מ לפי המבואר מתוך חדושי הרא"ה והריטב"א שמחזיקים שם הגי' המובא בספר המאור התם אין שור שחוט לפניך ומפרשים כלומר אין הדבר מחוור לפניך דגבי אשה אין הדבר ברור דמגו דידה לאו מגו תרוצא היא וכו' יעו"ש מש"כ למה לאו מגו תרוצא היא וכעין דברי הריטב"א הוא גם בחדושי הרשב"א: רק בחדושי הרא"ה מפורש באריכות יותר דאין שור שחוט לפניך

הכוונה בו כיון דלאו מגו מעלי' הוא ליכא בירור ע"י אותה מגו להאמינה א"כ פשוט לומר שבסגנון זה הי' מפרש הרבינו שמשון דברי הגמ' בר"פ האשה שנתארמלה לפי שיטתו דמגו דלא שכיח לאו מגו מעלי' הוא וע"כ הוי אין שור שחוט הוא ולכן יפה פירש הר"ש דלר"י לא אמרינן מגו דלא שכיח:

מעתה יש לתרץ עוד מה שהקשה עוד הש"ך דמדברי הגמ' ריש פרק המפקיד דאמרי' התם ש"ש שאמר נגנב מקני' לי' כפילא דאי בעי פטר נפשי' בשבורה שואל שאמר הריני משלם לא מקני לי' כפילא במאי הו"ל למיפטר נפשי' במתה מחמת מלאכה מתה מחמת מלאכה לא שכיח כו' ע"כ משמע דנאנסו שכיחא ואעפ"י שצריך לדחוק לדעת התוס' והטור והמחבר וסייעתם דהם קאמרו מתה מחמת מלאכה לא שכיח כלל כו' אך עדיין נ"ל להוכיח דאמרי' מגו אף בדבר דלא שכיח כלל ממה שכתב הרמב"ם בפ"ב מהלכות שכירות דין י"ב והטור והמחבר סי' רצ"ו ס"ב דבשואל בשטר נאמן לומר החזרתי במגו דמתה מחמת מלאכה והרי מתה מחמת מלאכה לא שכיח כו' מכ"ש לפי מה דס"ל להטור דנאנסו לא שכיח א"כ לדבריהם צ"ל הא דאמרינן בתוס' פ' המפקיד מתה מחמת מלאכה לא שכיחא היינו דלא שכיח כלל ואפ"ה כו' הרי דאמרינן מגו אף בדבר דלא שכיח ע"כ כלומר אף בלא שכיח כלל ונלע"ד דהיכא שצורך המגו הוא כדי לברר אמיתת טענתו דבע"ד שבודאי האמת כדבריו דאם הי' רוצה לשקר הי' בוחר לעצמו טענה אחרת שהי' מיפטר בו בכה"ג לבד הוא דבעינן מגו מעלי' דאם אין המגו מעלי' מה"ת תהי' נחשבת לבירור על האמנות דברי הבע"ד דדלמא לא הוטב לפניו לטעון טענה גרוע וכן מורה לשון הרא"ה שהבאתי לעיל וע"כ לפי המסקנא דטעמא דר"ג גבי משארסתני נאנסתי אינו משום מגו רק משום חזקת הגוף י"ל דגם ר"ג מודה דלא אמרי' מגו דלא שכיח ומטעם שכתבתי כיון דלאו מגו מעלי' הוא ליכא כבירור גמור שהאמת כדברי הבע"ד אבל גבי המפקיד חבירו בשטר כיון דסתם פקדון עומד להחזרה הדין נותן שיהי' המפקיד נאמן החזרתי דהא מתוך השטר אינו מבורר רק קבלות הפקדון אבל אכתי יכול להיות שאח"כ החזיר אמנם משום חזקה דשטרך בידי מאי בעי הוא שצריכין למגו דנאנסו ולזה מועיל אף מגו דלא מעלי' דאף שאין בו בירור שבודאי כטענות הנפקד כן הוא מ"מ אמתלא טובה הוא שלא הי' ירא שיתבענו המפקיד בשקר דהא המפקיד בעצמו יודע שביד הנפקד לפטור א"ע מטענתו בשקר בטענת נאנסו אף דלא שכיח הוא מ"מ בודאי יאמר כן כדי להציל א"ע מתביעות שקר וע"כ לא חש להניח השטר ביד המפקיד כי יסמוך א"ע שלא יבא לידי תביעה מהמפקיד ואף אם יבוא יפטור א"ע בטענת נאנסו כדי להציל מעושק חנם תו א"א לחייב את הנפקד מצד חזקה דשטרך בידי מאי בעי

וע"כ לענין ביטול חזקת שטרך בידי כו' מועיל אף מגו דלא שכיח ולדעת הרמב"ם פ"ב מהלכות שכירות ובש"ע סי' רצ"ו אף מגו דלא שכיח כלל מועלת כה"ג שאין צורך המגו לאמת על ידו שבודאי כדברי הטוען כן הוא רק התועלת המגו שיהי' אמתלא להטוען שלא לחייבו מצד חזקה דשטרך בידי כו' מה"ת לא יהי' בידו לומר שגמרתי בדעתי שאם יתבעני בשקר וירצ' להכחישני בקבלות הפקדון מידי בהחזר' אטעון טענת נאנסו:

ולפי"ז מתורץ יפה דברי הרדב"ז בחלק א' סי' קע"ז מובא בתומים בכללי מגו אות מ"ו שאם היורשים המוחזקים מטלטלין של המת טוענין נגד שאר יורשי המת שאמם נשבעת על הכתובה ויש להם לגבות חוב כתובתה מאותן המטלטלין שבידם אינם נאמנים במגו דנאנסו המטלטלין ברשותם דמגו דלא שכיח לא אמרינן ותמה על דבריו הכנה"ג בכללי המגו דהא כסוגי' דב"ב דף ע' מבואר דנאמן הנפקד החזרתי במגו דנאנסו ולפמ"ש לק"מ דמגו דלא שכיח אינו מועיל רק היכא שצריכין לה לבירור גמור שהאמת כדברי הטוען ובגוונא דרדב"ז שבאפס בירור גמור אין צריכין שאר היורשים להאמין להם ולשלם ממטלטלים של אביהם כתובת אשתו אם לא נשבע' על כתובתה וע"י מגו דלא שכיח ליכא בירור גמור ואין להקשות דא"כ מאי מקשה הגמ' ושבועות שומרים דכתב רחמנא המ"ל מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו הא בכה"ג צורך המגו להאמין דברי הנפקד בלא שבועה וצריכים מגו מעלי' והכא אפשר לא הוי מגו מעלי' דהא מגו דהעזה הוא י"ל כמש"כ הרשב"א בשם רבינו יונה בתשו' תולדות אדם סי' רע"ב דכל כפירות ממון חבירו אף שאין חבירו יודע בשקרו מקרי העזה אשר ע"כ לדעתו יש העזה גם אם פוטר א"ע בשקר בטענות נאנסו ולפי דבריו יותר טוב לפני הבע"ד לפטור א"ע בטענות החזרתי. דאין בו רק העזה והטענה בעצמו לא נראית גרוע משיטעון בשקר נאנסו שיש בו תרתי לריעותא העזה וטענה דלא שכיח וע"י מגו טובה כזו הוי כבירור שהאמת כדברי הנפקד וכיון שנתאמת דבריו מכח המגו מעולה לא הי' צורך להטיל עליו שבועה וא"ש קושי' רבא ש"ש המ"ל והא דגם בטענות החזרתי צריך לישבע ז"א אלא לפי האמת שיש חיוב שבועה בטענות נאנסה משא"כ אם לא הי' התורה מטלת שבועה בטוען נאנסו שהי' מתאמת כדבריו מכח המגו דהחזרתי וממילא גם בהחזרתי לא הי' מקום להטיל עליו שבועה גם בדאפקיד בשטר וכיון דמחמת השטר ליכא רק חזקה שטרך בידי מאי בעי שפיר יש להנפקד אמתלא לומר דלא חש להניח השטר כי ידע שבידו להשמיט א"ע בטענת נאנסה אף דמטענות החזרתי ונאנסו הוי מגו גרוע מועלת הוא היכא שאין צריכים לבירור האמנה רק לאמתלא שלא יתנגד לדברי הנתבע חזקה דשטרך בידי מאי בעי וכנ"ל א"כ מיושב שפיר קושי' הרמב"ן על הר"ח וסייעתו הנ"ל וארווח לן בזה מה

שנתקשיתי בדברי התוס' שמדבריהם לעיל דף מ"א ד"ה ר"פ שכתבו דההלכה כר"פ משמי' דרבא דהמלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים וסיימו ע"ז וכן רבא ורמב"ח ס"ל הכי בריש כל הנשבעין דף מ"ה הרי שס"ל להדיא דמאי דאמרינן כאן המפקיד את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים לאו דוקא מפקיד אלא ה"ה המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים דאין לומר דרק מפקיד א"צ להחזיר בעדים משום דאי"ל מגו דנאנסה משא"כ במלוה דליכא מגו דז"א דהא אם רק מטעם מגו נאמן בפקדון בעדים הרי שצריך לישבע בטענות החזרתי כמו בטענות נאנסה וממילא לפטור משבועה בטענות נאנסה במגו דהחזרתי ולמה הקשה רבא מתוך שיכול לומר החזרתי לך כו' א"ו שכוונת הגמ' כאן דאף בהלואה דליכא מגו אם הי' ההלואה בעדים א"צ לפורעו בעדים ופשוט שכן כוונת התוס' הנ"ל בדף מ"א:

אמנם מדבריהם מס' קדושין דף מ"ג ע"ב ד"ה לעולם מבואר להדיא שפירשו דברי הגמ' כאן דרק במפקיד את חבירו בעדים ס"ל דאין צריך להחזיר בעדים משום דבפקדון איכא מגו דנאנסו אבל במלוה דליכא מגו צריך להחזיר בעדים וקשה לפי פרושם שם קושי' הנ"ל מאי מקשה רבא מתוך שיכול לומר החזרתי כנ"ל והתוס' בעצמו שם בקדושין נחתו לדין זה דבטוען בפקדון החזרתיו אינו נאמן כי אם בשבועה (רק שיש טעות הדפוס במש"כ שם בתוס' כדאי' התם דמשמע דאי' כן כאן ובמס' שבועות ובאמת ליכא הכא וצריך להגי' שם בתוס' וכדאי' מס' ב"ב דף ע') וליישב זה נראה לי לפי מה שמבואר בר"ן שטעם המ"ד שסובר המלוה את חבירו בעדי' צריך לפורעו בעדים הוא דכיון שהיתה ההלואה בעדים הי' להלוה להעלות על דעתו שהמלוה אינו מאמין לו וכמו כן לא הי' לו להאמין את המלוה ולא הי' לו לפרוע אלא בעדים ושארי הקדמונים כתבו דדיינינן בסתמא דהוי כאלו התנה המלוה שלא יפרע לו אלא בעדים וא"ל מה"ת לומר כן דהא אין תועלת בתנאי זה דאכתי יהי' ביד הלוה לשקר בטענות פרעון ויטעון שפרע בפני פו"פ והלכו למדה"י ז"א שי"ל דאמרינן שסמך המלוה א"ע שלא יערב לב הלוה לטעון כן מיראה שיתברר שקרו כשישובו אותן האנשים שיאמר שפרע בפניהם ויאמרו שלא פרע בפניהם לפי"ז פשוט לומר דאף למ"ד המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים מ"מ המפקיד את חבירו בעדים א"צ להחזיר בעדים דבפקדון אין לתלות שהמפקיד לא האמין להנפקד דאי לא האמינו איך מסר בידו הפקדון שהרי יהי' בידו למיפטר א"ע ממנו בטענות נאנסו במקום שאין רואין וא"ש לפרש כפי' התוספות בקידושין ומה דאמרי' מכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד את חבירו בעדים כו' דדוקא קאמר המפקיד אבל עדיין קשה נימא מדמסר לו בעדים נראה שלא האמין לו רק בשבועה וע"כ מסר בעדים

שלא יהי' נאמן החזרתי כ"א במגו דנאנסו ויצטרך לשבע אבל לפמ"ש דקושיא הגמ' כאן על עיקרא דדינא שלא הי' להתורה להצריך כלל שבועה על נאנסה והי' נתאמת טענת נאנסה ע"י מגו דהחזרתי ואם הי' הדין כן לא הי' עוד מקום לומר שבאפקיד בעדים יהי' צורך שבועה בטענת החזרתי דהיינו שתלינן שלא האמין לו כ"א בשבועה דהא לפי אותו הה"א שם בנאנסה לא הי' צורך שבועה ומה שמסקו התוספות שם בקידושין דבמפקיד בעדים אינו נאמן אלא בשבועה ז"א אלא לפי האמת שהטילה התורה שבועה בטענת נאנסה וצריך להיות כן גם בטוענו הפקדון שאינו נאמן אלא במגו דנאנסה ואזלו שם תוספות בשיטות ר"ח והתוס' במסכת שבועות דף מ"א הנ"ל הוא שיטות ר"ת והרמב"ן: **אמנם** עדיין לכאורה צ"ע בשיטת התוס' במס' קידושין ואקדים שבספר המקנה שם אי' בזה"ל לכאורה קשה ניהו דבעלמא ס"ל דצריך להחזיר בעדים היינו משום דאין לו מגו אבל היכא דהוי אמרו אהדרינהו ללוה הי' נאמן במגו דעשינו שלוחתך ופרענו להמלוה א"כ אינם נוגעים בעדות דאפי' אי הוי אמרו אהדרינהו הי' נאמנים וכתבתי על הגליון בזה"ל אם הי' הדין דנאמנים העדים כשאמרו פרענו למלוה לא הי' תו א"א לומר שיהי' נאמנים כשאומרים שהחזירו להלוה במגו דאי בעי היו אומרים שנתנו להמלוה די"ל שאינם רוצים להעיד קר וכו' ע"כ ואי קשי' הא קשי' לי' לפי שיטות הפוסקי' והקדמונים שכתבו דלכך אחר שתיקנו רבנן שבועת היסת לא מתכשרים להיות עדים אף אם הלוה פוטר את העדים בשבועה קודם העדאתם דהוי כנותן שכר שיעידו לו דהא הם מרויחים בעדותן שעי"ז פוטרן הלוה משבועה אכתי קשה הא תינח לפי המסקנא דתיקנו רבנן שבועת היסת בכל כופר בכל והי' חיוב שבועה על העדים גם כשאומרים שפרעו להמלוה שאם לא הי' דינם כעדים בזה הי' צריכין לישבע היסת נגד הלוה עפ"י טענות של המלוה כמבואר בחדושי הרשב"א והריטב"א שם ואצ"ל שהי' להם חיוב שבועת היסת אם הי' אומרים שהחזירו להלוה וכיון שלא הי' להם שום מפלט משבועת היסת כ"א פ"י פטור שפוטרים הלוה מלישבע נגדו כשאומרים שהחזירו לו הוי שפיר נטילת שכר שמרויחי' בעדותן שלא יצטרכו לישבע אמנם בטרם שהי' תקנות שבועת היסת רק אם מסר הלוה להשלוחים בעדים אם הי' אומרים שהחזירו שלא הי' נאמנים במגו דנאנסו הי' צריכין לישבע אבל אם הי' אומרים שפרעו להמלוה דליכא ריעותא במה שנותנים להמלוה בלא עדים כנראה מקושי' המקנה הנ"ל שצורך החזרה בעדי' לא הי' רק אם החזירה למי שמסר בעדים דאמרינן כיון שראיתם שהוא לא האמין לכם כמו כן לא הי' לכם להאמין אותו ולהחזירו שלא בעדים אבל במסירתו ליד המלוה ליכא ריעותא דמה"ת הי' להם להעלות על הדעת שלא להאמין להמלוה נאמנים בלא שבועה א"כ אם גם הלוה

פוטר אותם שאם יאמרו שהחזירו לו אם יטענו נאנסו לא יצטרכו לישבע מהראוי שיהי' כשרים בעדותן כשיעידו שפרעו להמלוה ואין לומר דלמא מש"ה מעידים לטובת הלוה כיון שנהנה ממנו ממה שפוטרם מהשבועה ז"א דהא לא הי' צריכין לטובת עצמן לפטור שפוטרם הלוה משבועה דהא אף אם לא הי' פוטרם הי' פטורים משבועה באותו טענה שאומרים שנותנים להמלוה דכיון דבטענה זו ליכא כלל ריעותא מחמת שקבלו מהלוה בעדים מה"ת יתחייבו שבועה כשאומרי' שמסרו להמלוה רק שלא הי' עליהם שם עדים לפטור את הלוה כיון שאין להם מגו דאם היו אומרים אהדרינהו ללוה הי' צריכין לישבע וא"כ לא הרויחו כלל במה שפוטר אותם הלוה משבועה רק הלוה הוא שמרויח לעצמו במה שפוטרן משבועה שעי"ז יהי' להשלוחים שם עדים לפוטרן מהמלוה הקושי' זו אלימא אף לשיטות הסוברים דמ"ד במלוה את חבירו בעדים צ"ל בעדים גם מגו אינו מועיל דהוי כמגו נגד אנן סהדי דהא אף אם אין לפוטרם משבועה בשום מגו כשאומרים שהחזירו להלוה מ"מ א"צ לפטור של הלוה שפוטרם מהשבועה כיון שמעצמם פטורים משבועה בטענתם שאומרים שפרעו להמלוה ואם הם משקרים בטענה זו יותר הי' נוח להם אם הי' הלוה פוטר אותם משבוע' בטענת אהדרינהו דכ"ז שאין הלוה פוטר אותם אין עליהם שם עדים במאמרם שפרעו להמלוה שאין מועיל רק שיפטרו א"ע לבד ולא להיות עדים נלכדים באיסור עדות שקר ולא כן אם הלוה פוטר אותם משבועה שעי"ז נעשים עדים ואם משקרים עוברים באיסור עדות שקר:

הן אמת שלפי דברי הרשב"א וסייעתו שלדעתם טעם המ"ד המלוה את חבירו בעדים צ"ל בעדים הוא משום דהוי כאלו התנו בהדי' עם הלוה שלא יהי' נאמן על הפרעון יש סברא לומר במוסר לשליח בעדים כיון דלא הימני' על החזרה כמו כן לא הימני' שיופטר א"ע ממנו בטענת נתתי למלוה בלא עדים כל עוד שיצטרך הלוה לשלם להמלוה אם יכחישו ויאמר שלא קיבל הפרעון וא"כ שגם על הפרעון להמלוה אף שנים אינם נאמנים אם לא כשהם נחשבים לעדים ממילא כשפוטרין את הלוה בעדותן הוי שפיר נוגעין בעדותן שאם פוטרן הלוה נגד עצמו הוי הפטור ההוא כנתינות שכר שיעידו לו דהא באפס הפטור לא היו נאמנים למיפטר א"ע מן הלוה דכיון שמסר להם בעדים אינם נאמנים הן באמרם שהחזירו להלוה והן כשאומרי' שפרעו להמלוה בלא עדים ומתורץ קושייתי הנ"ל אבל גם זה אינו לפי ש"כ המ"מ דהיכא דאתני בהדי' שלא יפרע אלא בעדים אין מגו מועלת משום דאמרינן זיל קיים תנאה קשה לכאורה אם נאמר שהמ"ד שסובר המלוה את חבירו בעדים צ"ל בעדים אינו מטעם שכ' הר"ן משום דלא הימני' כו' רק כמ"ש בסמוך בשם הרשב"א דהוי כאלו התנו בפירוש א"כ א"א לחלק בין הלואה

ופקדון דהא יסוד התוס' שם בקידושין שכ' לחלק בין המלוה בעדים או המפקיד בעדים הוא משום דהמפקיד אי"ל מגו דנאנסה והרי אם מחשבינן כיון שהנפקד בעדים הרי הוי כאלו התנו גם מגו אינו מועיל לפוטרו מחיוב התנאי א"ו שהתוס' שם בקידושין לא נחתו לטעמו של הרשב"א רק לטעם של הר"ן דאמרינן כיון שלא האמין המלוה להלוה כמו כן מסתמא לא הי' להלוה להאמין להמלוה ולטעם זה שפיר יש סברא לומר דבמפקיד בעדים כיון דאי"ל מגו דנאנסו אין מקום לחשוב שלא האמין המפקיד להנפקד דלא ידע שאם הנפקד ירצה לשלוח ידו בפקדונו יהי' יכול לומר שנאנסו וכיון שכן נשארים דברי הראשונים הנ"ל בתוקפן שאף למ"ד המלוה את חבירו בעדים צ"ל בעדים כשאומרי' השלוחי' שפרעו להמלוה שורת הדין שיהי' נאמנים למיפטר א"ע מהלוה אף שלא מסרו הפרעון להמלוה בעדים וכדברי המקנה הנ"ל א"כ ל"צ כלל לטובת עצמו לפטור מאת הלוה וממילא ראוי להיות להם דין עדים כשפוטרך אותם הלוה אם יאמרו שהחזירו לו או שנאנס ופטור זה לא הוי כנתינת שכר דהא למיפטר א"ע לא הי' צריכין לפטור של לוה כנ"ל

ויש להוסיף עוד דגבי מפקיד בעדים בלא"ה אין מקום לומר דטעמו של רשב"א הנ"ל דאף בהתנו בפירוש בפקדון אין על נפקד חיוב לקיים תנאי של המפקיד דבמה יושאר החיוב עליו בשלמא במלוה את חבירו בעדים כל מה שמתנה המלוה עם הלוה בשעת ההלואה מחויב הלוה לקיים ומשעבד נפשו בקנין כסף שיגיע לידו להוציא לצורכו או עבד לוה לאיש מלוה וכמבואר מדברי הר"ן בסוגי' דמלוה את חבירו בעדים שכ' בזה"ל יש שתמהו לאחר הלואה במה נשתעבד בשלמא בשעת הלואה בקבלות מעות נתחייב אלא לאחר מתן מעות במה נתחייב י"ל שאין זה קושי' לפי שאין הענין מטעם שעבוד אלא מפני שכל שהלוהו בעדים למ"ד צ"ל בעדים א"נ שאמר אל תפרעיני אלא בעדים אנו אומרי' שודאי אין הלוה פורעו אלא בעדים כו' וי"ל דטעמא דמלתא מפני ששמו חכמים דעתן של בריות שכל הלוה בעדים אינו פורע אלא בעדים שכיון שהוא רואה דאיהו לא מהימן למלוה שהרי כו' מלוה נמי לא מהימן כו' יעו"ש ובאומר שלא בשעת הלואה אל תפרעיני אלא בעדים יש מלבד טעם הר"ן עוד טעם אחר דעבד לוה לאיש מלוה וכמ"ש הר"ן אבל בפקדון דליכא כלל קנין כסף וגם עבד לוה לא שייך וצריכים לסברת הר"ן הנ"ל ומינה בלוה שולח ע"י שנים פרעון להמלוה דהוי רק פקדון אף כשמוסרן בעדים מהראוי שיהיה נאמנים למיפטר א"ע כשאומרים שעשו שליחותן לפורעו להמצוה ואף שהי' פרעון להמלוה שלא בעדים אין לומר שמשקרים דמה"ת יהיה עליהם שלא להאמין להמלוה כמ"ש למעלה כפול ומשולש שכן הוא נכון לפי סברתי הנ"ל ושלזה נתכוון

המקנה בהתחלת קושייתו שהזכרתי דאם הי' בדין דחל חיוב קיום התנאי על הנפקד כמו על הלוה לא הי' מועיל להנפקד לפטור א"ע במגו דנאנסו ואמרינן לי' זיל קיים תנאך וא"כ אמאי מקשה הגמ' אי קסבר המלוה את חבירו בעדים וכו' הא י"ל דרב נחמן שאמר וכן בדיני ממונות א"ש בגוונא שהלוה פוטר את העדים משבועה דאף כשפוטרם אינם כשרים לעדות כיון דהוי תחלתו בפסלות הלא לפי דעת התוס' במס' ב"ב דף מ"ג ע"א ד"ה וליסלקו שכ' בזה"ל ואומר ר"י דלא שייך תחלתו בפסלות הכא כיון שאין פסלות תלוי' בגוף אלא בממון ע"כ גם בפסול מצד נגיעה לא הוי פסול הגוף ולא מיקרי תחלתו בפסלות ובהסתלקות הנגיעה כשר לעדות וא"כ עדיין קושייתי במק"ע:

ואף לפי פירוש הריטב"א והרשב"א דס"ד דגמ' מדבעינן עדים ולא פטרינן את הלוה אף בלא עדים כדין ברי לי שפרעתיך דחזקה שליח עושה שליחותו ע"כ מיירי שהלואת המלוה להלוה הי' בעדים והמלוה את חבירו בעדים צ"ל בעדים לכן לא מיפטר הלוה מהמלוה כ"א בעדים מ"מ פשוט בכה"ג הגם דאף שאין השלוחין נחשבי' לעדים וצריך הלוה לשלם להמלוה עכ"ז אם לא אמר הלוה לעדים שהיתה הלואתו בעדים לא שייך לומר לתקוני שדרתיך כו' כיון דלא אמר להו הבו בסהדי יכולים העדים לומר שלא ידעו שהיתה ההלואה בעדי' וכיון שכן פטורין הם מהלוה בטענתם שעשו שליחותן ונתנו להמלוה ומפטרי אף היכא שהלוה מסר גם להם בעדים כנ"ל [יעוין בש"ך חו"מ סי' קכ"א ס"ק מ"ה] עוד יש לדקדק מנ"ל להגמ' דקסבר רב נחמן המלוה את חבירו בעדים אצ"ל בעדים הא י"ל דרק בפקדון סובר ר"נ דאצ"ל לו בעדים ולא מטעם מגו רק משום דאף שהמסירה בעדים הוי כאלו התנה המפקיד לא נתחייב הנפקד לקיים רצונו של המפקיד ואף אם קיבל על תנאי זה כיון שלא נגמר דינו ע"י קנין הי' מצי לחזור משא"כ במלוה בעדים דאהני קנין כסף לחייב את הלוה בכל התנאים שמתנה המפקיד ולכאורה יש ליישב קושייתי הראשונה לפי שיטות בעה"מ וכן נראה מדעת רש"י ד"ה והשתא ובשו"ת מהר"ם בספר משפטים מ"ד דלפי האמת צריכין העדים לשבע שבועה בנק"ח דהיינו שבועות המשנה כמו בחנוני על פנקסו דאין חילוק בין בבא ליטול או לא דכיון שבא זה לידי הפסד דהא צריך הלוה לשלם להמלוה ומפסיד בודאי ממונו ששלח ע"י שלוחו יש על העדים חיוב שבועות המשנה כיון שכן ה"א שהי' נאמנים העדים בעדותן קודם תקנות שבועת היסת ולא אמרינן דכיון שאם לא הי' נאמנים העדים בעדותן לפטור את הלוה הי' צריכין לישבע נגד הלוה בנק"ח להוי כעד הצריך לשבועה לק"מ דחיוב שבועה זו אינו אלא נגד הלוה אם לא הי' נאמני' בזה שהי' מפסיד הלוה ע"כ הי' דינם כדין חנוני לענין חיוב שבועה אבל לענין גוף העדות מה שמעידים שנתנו להמלוה אחר

ששורת הדין שהם נאמנים בעדותן ולא מפסיד הלוה כלל אין מקום להשביעו וגם המלוה לא הי' יכול להשביעם דהא קודם שנתקנה שבועת היסת לא הי' בכה"ג חיוב שבועה וא"ל דנוגעין בעדותן כדי שיפטור הלוה בעדותן ולא יצטרכו לישבע ז"א דהא לענין שבועה זו יש להם מגו שהי' יכולים לומר אהדרינהו ללוה והי' פטורים משבועה נגד הלוה אבל בהפקיד בידם בעדים אי ס"ד דמפקיד אצל חבירו צ"ל בעדים ואינו נאמן אלא בשבועות בנק"ח במגו דנאנסו לא הי' אפשר לפוטרן משבועו' חנוני על פנקסו כשטוען שפרעו להמלוה אם לא כיון שהם נאמנים בעדותן וליכא הפסד להלוה. משא"כ אם לא הי' נאמנים בעדותן הי' מחויבים לישבע נגד הלוה ובכה"ג מיקרי שפיר נוגעין בעדותן ותו אינו מועיל כשיפטור אותם הלוה משבועה כשיאמרו שהחזירו לו או נאנסו שעי"ז יהי' להם מגו ויפטרו משבועה גם כשאומרים שפרעו להמלוה דבכה"ג הוי כנוטל שכר להעיד שמרויחים בפטור הלוה שלא יצטרכו לשבע נגדו אף אם כשלא יאמנו בעדותן לפטור את הלוה כשאומרים שנתנו להמלוה.

אגב ארשום מה שנל"ד ליישב שיטות הר"י במג"ש דלפי דבריו הא: דלא אמרינן מגו גבי ש"ש הוא משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן א"כ למה אקשי רבא לרב"ח מאי מעליותא הא גבי שכרו שלא בעדים מגו דבעל הבית הוא לאפטורי מממון ועל מה שמפרש הר"ן שהקושי' הוא למה פטור הבעה"ב משבועה יש לדקדק דילמא באמת דעת הנך אמוראי' דרק לענין שלא יהי' שכיר נשבע ונוטל מאמיני' לבעה"ב כששכרו שלא בעדים אבל שבועה בעי ועד"ז מצינו גבי עיזי דאכלי חושלי מתוך שיכול לטעון לקוח יכול לטעון דאכלי עיזי חושלי עד כדי דמיהן ולא הוזכר שם מחיוב שבועה ובאמת אף דבלקוח אין לחייב אלא היסת אם טוען שאכלו עד כדי דמיהן צריך לישבע שבועה כדין כל הנשבעין ונוטלין לכן נ"ל לתרץ באופן אחר דבתוס' ד"ה מתוך הקשו מה הועיל כאן מגו דאין שייך מגו אלא היכא שחושדו שמשקר כו' ותרצתי לפי המבואר מדברי הר"ן וחי' הר"י במג"ש בד"ה תקנות קבועות וברמב"ן במלחמות ששתי תקנות הי' דמשום כדי חייו דשכיר הי' תקנה שישבע בעה"ב ומשום דבעה"ב טרוד בפועליו עקרוהו השבועה מבעה"ב ושדוהו אשכיר והוי כמו היפך שבועה וי"ל שאם לא הי' מקום לתקנה ראשונה לחייב הבעה"ב שבועה לא הי' חכמים מתקני' שיטול השכיר בשבועה גם פשוט שלא הי' מקום לתקנה ראשונה להשביע את הבעה"ב רק טרם דאסקו חז"ל לחוש שהבעה"ב מוטעה הוא מפני טרדת פועליו דאם חשבינן לי' למוטעה האיך הי' אפשר לתקן שישבע א"ו כמ"ש ולפי"ז א"ש הא דשכרו שלא בעדים אין השכיר נשבע ונוטל דהא בשכרו שלא בעדים לא נעשה מעולם תקנה על בעל הבית שישבע דקודם שנחתו לחשוד שהבעה"ב

מוטעה מחמת טרדת פועליו לא הי' אפשר לתקן להטיל עליו שבועה דהי' לו מגו גמור כיון שלא חשדנו לי' שאומר בדדמי ולאחר שנחתו חז"ל לזה דאפשר משום טרדת פועליו אומר בדדמי בודאי אין מקום לתקן שבועה על הבעה"ב ומטעם זה דעת מהר"מ מובא בש"ך סי' ע"ט ס"ק א' שאין ביד השכיר לומר לבעה"ב השבע והפטר וכיון שמעולם לא הי' מקום בשכרו שלא בעדים להטיל שבועה על הבע"הב ממילא לא הוחלה התקנה השני' שיהי' השכיר נשבע ונוטל וא"ש דברי האמוראים שאמרו ל"ש אלא שכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לא שכרתיך כו' כלומר כיון שהי' שייך מגו אם לא היינו מחשבינן שבעה"ב אומר בדדמי הרי לא נעשית בכה"ג תקנה ראשונה שישבע בעה"ב וממילא לא שייך שם היפוך שבועה על דרך עקירה מבעה"ב להשכיר ע"כ לא נתקנה כלל תקנה השני' שישבע השכיר ויטול אמנם כ"ז אינו אלא אי אמרינן מגו לאפטורי משבועה דאי לא אמרי' מגו לאפטורי משבועה גם בשכרו שלא בעדים היתה יכולה שתהי' התקנה שישבע בעה"ב אף באי"ל מגו ממילא נשמע מדברי רמב"ח שאמר כמה מעלי' הא שמעתתא שסובר דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ולזה הקשה לו רבא שפיר מאי מעליותא שבועת שומרים דחייב רחמנא המ"ל:

הן אמת שלפי דברי התוס' בד"ה וניתיב לי' בלא שבועה דהוי כא"י אם פרעתיך לא הי' צריך השכיר לשבע כלל אם לא משום כדי להפיס דעתו של בעה"ב יש לדחות דברי הנ"ל דאף דבשכרו שלא בעדים לא הי' מקום לתקנה הראשונה שישבע הבעה"ב מ"מ אחר דנחתו חז"ל להחשיב טענת בעה"ב כטוען א"י אם פרעתיך הרי הי' שורת הדין שישלם הבעה"ב והתקנה שלא יטול השכיר כ"א בשבועה הוא רק לטובת בעה"ב להפיס דעתו ונשאר קושי' התוס' דהאיך יועיל מגו לפטור את הבעה"ב אמנם לדעת הרשב"א בחידושיו כאן ובמשנה גם ד"ה וניתיב לי' מבואר שבכה"ג שהבעה"ב אינו מודה שהוא מסופק אין לחייבו כדין א"י אם פרעתיך רק דרך תקנה ושפיר יש לקיים דברי הנ"ל שלא נחתו חז"ל לתקן תקנה שיטול השכיר בשבועה כ"א היכא שהוחלט תקנה הראשונה שישבע בעה"ב ולשיטות הסוברים דהיכא דלא הו"ל למידע גם א"י אם פרעתיך פטור [יעוין סי' ע"ה ס"ק כ"ב] בלא"ה אין לחייב את הבעה"ב לשלם מטעם א"י אם פרעתיך דלא הו"ל למידע יעו"ש בתומים אבל קשה לי מאד דהא בנ' ידענא ונ' לא ידענא דעת התוס' להדי' בר"פ שור שנגח את הפרה דהיכא דלא הו"ל למידע לא אמרי' מתושאי"מ ולמה כתבו התוס' כאן ד"ה קציצה דאי הוי אמרינן דגם בקציצה הבעה"ב טרוד בפועליו הרי הוא מחויב לשלם שתים מדין נ' ידענא ונ' לא ידענא ולא א"ש רק לפי דברי הש"ך בסי' ע"ב ס"ק נ"א דלא מיקרי לא הו"ל למידע רק היכא שהתובע יודע בודאי שהנתבע

לא הי' לו למידע וכאן גבי שכיר אין ידוע להשכיר שבעה"ב אינו זוכר שלא פרע כי יכול להיות שיודע שלא פרע ובכוונה מכחישו אמנם כל דברי הש"ך בסברא זו מרפסין איגרא דמאי סברא לחלק בין אם התובע יודע או לא:

נחזור לראשונים דלפי דברי איזה מקדמונים שנחתו לקושי' התוס' במס' ב"מ דף ד' למ"ד הילך פטור יהי' כל מב"מ נאמן במגו דאי בעי אמר הילך ומתרצים דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן הרי דר"ש שסובר שם דהילך פטור מוכח דמגו לאפטורי לא אמרינן ונכון לומר שע"כ הי' מתנגד לר"ש לשטתי' הך שמעתתא דל"ש ששכרו בעדים דלפמ"ש סוברים הנך אמוראים דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ע"כ טוב הי' לר"ש אשר מצא לדעתו ראי' מברייתא דאין לחלק בין שכרו בעדים או לא. מעתה י"ל שזה הי' כוונת רמב"ח במאי דקרא עליה דר"ש וישם את הדברים כו' ורמב"ח בעצמו לשיטתו אזיל שסובר הילך חייב כדמוכח סוגי' דפוגמת דסבר רמב"ח למימר שד"א דקא תבע במאתים והוא מודה לי' במנה והרי התם הודאתו על הפרעון מנה מכתובתה ונסתלק השעבוד הוי כהילך גמור ולפמ"ש דהכוונה בדברי ל"ש ששכרו בעדים כו' כלומר כיון דלא הוחל שבועה על הבעה"ב לפי תקנה ראשונה בשכרו שלא בעדים דאז הי' לבעה"ב מגו מעלי' ממילא לא נעשה בכה"ג תקנה שני' שישבע שכיר ומיושב בפשיטות דעת רבינו ישעי' המובא בטור שפוסק דאף היכא דליכא אלא ע"א ששכרו ישבע השכיר ומקשים אמאי ישבע השכיר להימין להבעה"ב בשבועה במגו שהי' בידו להכחיש בשבועתו את העד כשהי' טוען שלא שכרו וכך באמת דעת הטור והר"ם אבל לפי הנ"ל י"ל שנחית רבינו ישעי' לפרושי הנ"ל ואין לפטור במגו דלא שכרתיך דהוי מגו בדדמי ובכה"ג לא שייך סברא הנ"ל דבאפס תקנה ראשונה לא נעשית השני' דהא כיון שיש ע"א אף בלי שום תקנה הי' חיוב שבועה על הבעה"ב כיון שלא הי' נאמן רק במגו דלא שכרתיך והי' צריך לישבע להכחיש את העד:

ועד"ז יש לפרש דברי הגמרא א"ה אפי' קצץ נמי דמשמע שקושי' זו אינו אלא לפי מאי דמסיק הגמרא הטעם דבעה"ב טרוד בפועליו ואקדים לזה קושי' התוס' ד"ה קציצה מדכר דכירי דלאוקמי הברייתא בשכרו שלא בעדים ומתרצים דהוי כמגו מב"מ לכופר הכל דאם יאמרו שלא שכרו לא יהי' חייב כלום והקשיתי דאכתי אי"ל מגו שיטעון לא שכרתיך אבל מדעתך עשית מלאכתי והוי כיורד לתוך שדהו של חבירו שלא ברשות שמגיע לו שכר מלאכתו בפחות שבשכירות ולזה אתן לך דינר א' ויושאר במב"מ אמנם לפמ"ש כיון דעכ"פ יהי' עליו חיוב שבועה מצד מב"מ ממילא שייך התקנה שני' שעקרוהו שבועה מבעה"ב ושדי' אשכיר ומתקנה שני' ליכא למיפטרי' במגו דלא

שכרתיך דהא לפי התקנה שני' דמחשבינן לבעה"ב לאומר בדדמי לא הוי מגו כלל ושפיר הוי לי' לרבנן לעקור מהשבועה שחל על הבעה"ב מצד שהוא מב"מ ולשדיי' אשכיר ומקשה הגמ' שפיר ולזה הוצרך הגמ' לדייק א"ה דקושי' זו אינו רק לפי מה דמסקי דבעה"ב טרוד בפועליו:

בסוגיא דהמפקיד אצל חבירו בשטר (דף מ"ה ע"ב)

דאפקיד ליה בשטר דע שיש שיטות שסוברים שכן הוא להלכה דאין שבועות שומרים אלא היכא דאפקיד בשטר אבל רוב הפוסקים חולקים על זה דלא משתמיט בשום דוכתא תנא או אמורא דלאשמעינן והרמב"ן מביא ראי' דשייך שבועות שומרים אף בלא שטר מדאמרינן בב"ק דף ק"ו הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל וקי"ל דאין תשלומי כפל בשומרים אלא כשנשבע שבועות הדיינים שנגנבה וכדאמרינן התם ונקרב בעה"ב ונקרב לשבועה והאי ודאי בלא שטר הוא דאי בשהודה לו מתחלה שמצא אבידה ושכתב לו שטר עניו אין זה שומר אבידה דאי' בב"ק דף י"ז שהוא כש"ש משום פרוטה דר"י אלא שומר ממונא לדעת הוא א"ו בשלא עשה לו שטר הוא אפ"ה נשבע שבועות שומרים בב"ד דאם לא נשבע לא הי' משלם תשלומי כפל וכמו שאמרו וכיון שכן מוכח דאף בלא שטר יש שבועת שומרים כן תורף דברי הרמב"ן המובא בר"ן וברשב"א:

ולכאורה נ"ל שיש לתרץ קושית הרמב"ן דהרשב"א והר"ן שניהם לסברא אחת כוונו די"ל דלכך לא מיפטר השומר במגו דלהד"מ דאפשר דהוא מסופק אם נאבד ממנו באונס או בפשיעתו ולכך רמי רחמנא שבועה עלי' כי היכי דלודי ולכאורה י"ל דלפי שיטת הפוסקים המובא בש"ך חו"מ סי' רצ"א דהיכא דהשומר טוען א"י אם באונס אם בפשיעה אין לחייבו משום איני יודע אם פרעתיך דאין חיוב על השומר אלא משעת אונסים ויש שסוברים דאף אי חיוב השומרים משעת שאלה מ"מ לא הוי כא"י אם פרעתיך דהחיוב משעת שאלה אינו אלא שמאז משועבדים נכסי השומר להשתלם מהם כשיתחייב השומר דאבידה בפשיעה וכ"ז שלא אבד הפקדון ברשותא דמרי' קאי ואין על השומר חיוב אבל עכ"ז דעת הרא"ש בב"מ דף צ"ח שמובא בתה"ד סי' של"ג דכשאמר השומר א"י אם בפשיעה אם באונס חייב לשלם מדין משואיל"מ והסברא נותנת דז"א אלא לפי האמת שיש חיוב שבועה על השומר כשטוען ברי שנאנס וממילא כשטוען שמא נאנס הוי מחויב לשלם מדין משואיל"מ אבל מהס"ד דגמ' שמהראוי שלא יהי' כלל חיוב שבועה על השומר על טענת נאנסה כיון דא"ל מגו דאי בעי אמר להד"מ א"כ אף אם הי' השומר טוען א"י שנאנסה הוי ג"כ פטור ולא שייך למיחייבי' מדין מתושאיל"מ דהא אי לא הוי ידעינן שאינו מסופק ליכא למירמא עלי' שבועה ונאמן במגו וא"כ א"ש

קו' רבא שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסה וליכא למידחי כמ"ש הר"ן והרשב"א דאפשר מסופק הוא אם נאבד בפשיעה או באונס ז"א דאם נאמר שמועיל המגו לפוטרו היכא דמחזקינן טענתו לבריא אם הוא מודה בפירוש לב"ד שמסופק הי' ג"כ פטור דהו"ל כא"י אם נתחייבתי והנה הש"ך בחו"מ שם מביא דעת הישו"ש ב"ק שמצדד לומר אף דליכא חיוב בשומר רק משעת אונס מ"מ הוי כא"י אם פרעתי דאף שהפקדון בעין וברשותא דמרי' מ"מ יש על הנפקד חיוב השבה ליד המפקיד ומחמת חיוב השבה זו הוי כא"י אם פרעתי (ונראה שכן כוונת המרדכי במ"ש בריש פ"ק דכתובות דין ל"ט] אבל בקצה"ח סי ש"מ מדחה דבריו וכ' דאין על השומר חיוב השבה כלל כ"ז שהוא בעין ודוקא גנב וגזלן הוא דמחייבי בהשבה אבל שומר אינו חייב בהשבה וברשות בעלים הוא והבעלים מחזירין על שלהם יעו"ש והנה פשוט דבאבידה דכתיבא בהדי' והשבות לו ואי' בגמ' דמחזר על האבידה מיקרי עוסק במצוה אף בעת שמוליכה לבעלים כשנאבדה ממנו וטוען א"י אם באונס אם בפשיעה אף אי לא שייך דין משואיל"מ יש לחייבו על הספק דהוי כא"י אם פרעתיך דהא כבר נתחייב בהשבה ליד הבעלים. ולפי"ז לא קשה קושיות הרמב"ן הנ"ל די"ל דרק גבי שומר פקדון ליכא למחייבי' שבועה כ"א באפקיד בשטר דבלא שטר אית ליה מגו דלהד"מ דליכא למיחש רק דלמא מסופק אם באונס אם ברצון הרי אף כשטוען להדי' כן ומודה בעצמו שמסופק ג"כ פטור דמצד משואיל"מ ליכא למחייבי' דליכא כלל כאן התחלת מקום חיוב שבועה ומטעם א"י אם החזרתי ג"כ ליכא למחייבי' דהא אף כשהי' הפקדון בעין אין עליו חיוב השבה אבל שומר אבידה שמחויב בהשבה אם הוא מסופק הו"ל מחויב לשלם ע"כ כשטוען ברי צריך לישבע ומטעם מגו ליכא למיפטרי' דלמא מסופק הוא ואם יודה שהוא מסופק יצטרך לשלם. והא דלא נחית הרמב"ן לזה י"ל דהוא לשיטתי' שסובר כמ"ש הרשב"א בשמו בחידושיו לקידושין דף מ"ג ד"ה סברא אי שרינא לי' דגם בפקדון הנפקד חייב בהשבה ליד המפקיד:

אמנם לכאורה יש לסתור דברי הנ"ל דהא רבא הקשה לרמב"ח שבועת שומרים היכי משכחת לה והרי רמב"ח סובר דבעינן שלשה פרות אחד הכפירה וא' נאנסה וא' הודאה ולשיטתי' לפי מה דפסקינן בנ' ידענא ונ' לא ידענא משואיל"מ אם הי' השומר טוען שא"י אם נאנסה לא הי' מחויב לשלם כדאשכחן להדי' בסוגי' דשאלה ושכירה דלרמב"ח בג' פרות וטוען על א' שא"י הוא משואיל"מ אף שמצד שבועות שומרים דהיינו שבועת נאנסה ליכא חיוב שבועה ליכא דין משויל"מ לפי מה שכתבתי לעיל דמצד מגו להד"מ אין התחלת חיוב כנ"ל מ"מ יש לחייבי' בתשלומין כיון דחיובא בא' וכפר בא' ומתחייבי'

שמסופק אם נאנסה בדין מחשוי"ל אמאי מקשה רבא מתוך שיכול לומר להד"מ כו'. הא י"ל דלמא השומר מסופק אם נאנסה אם לאו וכשיודה שמסופק מחויב לשלם מדין נ' ידענא ונ' לא ידענא ולכך חייבי' התורה שבועה כדי שיודה וישלם אבל י"ל בפשיטות דקושית רבא לרמב"ח הי' לפי שיטת רב ושמואל שאמרו לא שנו אלא ששכרו בעדים כו' ורמב"ח קילס דבריהם באמרו כמה מעלי' הא שמעתא ופריך רבא מאי מעליותא כלומר הא רב ושמואל סברו דלא אמרינן מתשואיל"מ וא"כ אף כשיודה שומר שא"י אם נאנסה פטור:

ואולם בלא"ה אין מקום לקושית רבא מתוך שיכול לומר להד"מ כו' רק לדידן שיש חיוב שומרים אף בפרה אחת כדברי הריב"א כמ"ש התוס' ד"ה מתוך דהא לרמב"ח מצריך ג' פרות אף אם יטען תמורת טענת נאנסה להד"מ יהיה מחויב שבועה כדין מודה במקצת דהא מודה באחת ומגו דיכול לכפורי בג' פרות ל"ל דהוי מגו דהעזה כמו בכל מודה במקצת דלא פטרינן במגו דאי בעי כופר הכל:

אמנם דברי התוס' מ"ש דלפי' ריב"א א"ש קושית רבא דחוק מאוד דהא רבא הקשה קושי' זו על רמב"ח כפי לשון הגמ' א"ל רבא מאי מעליותא והרי לרמב"ח לשיטתי' לא קשה קושיות רבא:

ולולי דמסתפינא נ"ל לחדש דבר לתרץ קושית' הנ"ל דאף לפי הכלל דמגו דהעזה לאפטורי מממונא אמרינן אבל לאפטורי משבועה לא אמרינן מ"מ היכא שע"י שחייב שבועה מתגלגל חיוב ממון על הנתבע יש לפוטרו מדין מגו והנה באס"ז לב"מ דף ה' ע"א מובא בשם ראב"ד שהקשה לרמב"ח דמצריך ג' פרות ל"ל קרא על חיוב שבועות שומרים תיפוק לי' דבלא"ה הוי ידעינן שחייב שבועה על הך דנאנסה דהא דין גלגול שבועה מדאורייתא וכיון דכפר באחת ומודה באחת מחויב שבועת מודה במקצת ומגלגל עליו שבועה על טענת נאנסה ומתרץ בשם תלמוד הר"פ דבשבועה שנתחייב ע"י גלגול לא אמרינן מחשוי"מ וא"כ נ"מ בהך דגלי קרא שבועה על הך דנאנסה דאם יטעון א"י יהי' מחויב לשלם מדין משואיל"מ משא"כ אם לא יהיה מחויב שבועה זו רק ע"י גלגול הי' מפטר כשהי' אומר א"י יעו"ש: היוצא מזה דמה שכתבה התורה חיוב שבועה בנאנסה לא נצרכה אלא להנפקותא הנ"ל:

אמנם קשה דהא רמב"ח סובר דאמרינן מגו לאפטורי מממון ולפי סברתי הנ"ל גם מגו לאפטורי משבועה אמרינן היכא שע"י חיוב שבועה זו בא חיוב ממון א"כ אמאי בכפר באחת והודה בא' ועל הג' אומר א"י אם נאנסה מחויב בדין משואיל"מ נימא כיון דמחויב שבועה מצד הודאה וכפירה גורמת חיוב ממון נפטרי' גם מחיוב שבועה זו במגו דאי

בעי הי' כופר שניהם ואף שהוא מגו דהעזה כיון שע"י העזה זו ירויח ממון שלא יצטרך לשלם שלישית מעיז ומעיז וכיון דא"ל מגו הוי כמבורר שכדבריו כן הוא שלא קיבל רק ב' פרות והוי רק כהודה באחת ובאחת אמר א"י ובכה"ג ליכא חיוב שבועה בלא דין משואיל"מ לשיטת רמב"ח כמבואר להדי' בסוגי' דשאלה ושכירה. וצ"ל דבאמת לא משכחת הא דרמב"ח לחייב כשאומר על הג' א"י אם נאנסה אלא היכא דל"ל מגו לכפור הא' שהודה כגון דאפקיד לי' בשטר ומגו דנאנסה דלא שכיח לא אמרינן או מיירי בגוונא דלא מצי טעין נאנסה וא"כ לס"ד דרבא שהקשה לרמב"ח שבועת שומרים דחייב רחמנא היכי משכחת לה ולא אסיק הך תירוצא דאיירי דאפקיד בשטרא בפשיטות הי' קשה על רמב"ח דלשיטתי' שמצריך ג' פרות קשה קושית הראב"ד ל"ל קרא דמחויב לישבע על הך דנאנסה ת"ל דמחויב מדין גלגול כנ"ל וא"ל כתלמיד הר"פ דנ"מ לחייבי' כשטוען על השלישית א"י אם נאנסה דהא אף לאחר שגלתה התורה חיוב שבועת שומרים על הך דנאנסה אינו כדין שבועה רק בעיקר שבועה מ"מ הלא רק חיוב שבועה זו אינה באה רק מצד שהודה בא' וכפר בא' ובכה"ג שגורם החיוב שבועה זו לחייבי' ממון על הפרה ג' אמרינן מגו לפוטרו מחיוב השבועה והוי כאלו הוי עדים שטענתו על הך דכפירה הוא אמת כיון דדל מהכא הך דכפירה מצד המגו שיש לו תו ליכא דין משואיל"מ על הך הג':

אמנם קושית הראב"ד אינו אלא לפי דברי התוס' במס' ב"ק דף ק"ז ע"א שמחליטים דלרמב"ח יש חיוב שבועה מדאורייתא גבי פקדון אף על ב' פרות לבד כשהודה בא' וכפר בא' אבל לפ"ד התוס' במס' ב"מ דף צ"ט סובר רמב"ח דבפקדון אם הודה באחד וכפר בא' ליכא חיוב שבועה במודה במקצת רק בג' פרות יש חיוב שבועת שומרים מצד הך פרה הג' ולשיטה זו אין התחלה לקושי' הראב"ד ומעתה פשוט דלכך לא הי' יכול רבא להקשות על רמב"ח דלפ"ד ל"ל קרא שבועת שומרים וכקו' הראב"ד הנ"ל דהוי מצי למידחי' שסובר דעל כפירה והודאה בפקדון ליכא כלל דין חיוב שבועה כדעת התוס' הנ"ל בב"מ אליבא דרמב"ח רק שא"כ קשה בפשיטות שבועת שומרים כו' היכי משכחת לה דלא לחייב גם על הך דשלישית מטעם מתוך שיכול לומר להד"מ על הך דנאנסה וליכא רק הודאה בא' וכפירה, בשתים ואין כאן כלל חיוב שבועה לרמב"ח וזה כוונת רבא בקו' על רמב"ח ש"ש דחייב רחמנא היכא משכחת לה מתוך שיכול לומר להד"מ יכול לומר נאנסה:

ולפי"ז מה שמקשו הקדמונים לרמב"ח דלפי האמת לא משכחת לדידי' חיוב אלא בדאפקיד לי' בשטר ולמה לא אשתמיט שום תנא לומר כן ויש לתרץ דלפי האמת סובר רמב"ח דעל כפירה והודאה לחוד יש ג"כ חיוב שבועה וממילא לית לי' מגו על הך

דנאנסה דאף אם יאמר להד"מ מחויב שבועה מצד מודה במקצת וקושיות הראב"ד דא"כ ל"ל קרא על שבועת שומרים ג"כ לא קשה די"ל כתלמיד הר"פ דנ"מ אם טוען א"י לענין מחשויל"מ ומה שהקשיתי דלרמב"ח דאית לי' מגו דהעזה לפטורי מממון ליכא כאן דין משואיל"מ כנ"ל ג"כ לא קשה מידי דאכתי נ"מ היכא דהך דמודה אפקיד לי' בשטר ולא מצי למיכפרי' והוי שפיר מחויב שבועה אהך דכפירה וא"כ הוי שפיר מתשויל"מ אהך דנאנסה:

ובדרך צחות י"ל שזה הי' כוונת רמב"ח דקרי עלי' דר' ששת וישם דוד את הדברים האלה בלבו דלפי דברי הנ"ל לא משכחת דין משואיל"מ גבי פרה הג' אלא היכא שיש שטר על הך דהודאה ולר' ששת לשיטתי' דסובר דהילך פטור והיכא דאיכא שטר הילך הוא נסתר גוונא זו ואם נתפוס כרב ושמואל דמועיל מגו דהעזה לפוטרו מממון ומשבועה וכרמב"ח דמצריך ג' פרות נשאר קושיות הראב"ד הנ"ל ולפי הנ"ל י"ל דלדידן דל"ל כרמב"ח להצריך ג' פרות אין מקום להקשות שיהא נאמן במגו דלהד"מ די"ל דמגו דהעזה ל"ל אבל לרמב"ח דליכא ש"ש אלא בג' פרות וכיון שהודה באחת וע"י הודאה זו שהודה במקצת הי' יכול למעיז לכפור באחת כמו כן יכול לכפור בשתים ומה לי כפירה באחת או בשתים ושפיר קשה קושית רבא רק לשיטתי' דרמב"ח:

אמנם אי לא הוי רמב"ח מקלס דברי שמואל לא הוי מצי להקשות דהוי יכולים לומר דרמב"ח סובר דבפקדון יש חיוב שבועה דאורייתא בהודה באחת וכפר באחת ממילא ליכא מגו דאי יכפור גבי הך דנאנסה ויהי' מודה באחד וכפר בשתים ג"כ יהי' עליו חיוב שבועה דאוריי' מטעם דמב"מ אמנם אחר שאמר רמב"ח כמה מעלי' מזה נשמע שסובר דאמרינן מגו דהעזה לאפטורי מממון והיה קשה ליה לרבא דא"כ היכא שאומר א"י על השלישית ליכא לחייבי' מתשויל"מ דהא בכה"ג דהוא לפטורי מממון הי' בידו להעיז ולכפור הכל כנ"ל ע"כ סבר רבא דע"כ לדעת רמב"ח דעל ב' פרות לבד אחת בהודאה ואחת בכפירה ליכא חיוב שבועה לכך הוקשה לו רבא דא"כ ש"ש כו' ולפי האמת א"ש לרמב"ח לשיטתו ולדידן לשיטתינו דחייב שמועת שומרים בפרה אחת:

עוד נלפע"ד דאף לכאורה מה שכתבו התוס' דלפי' ריב"א ניחא הוא דוחק דהא קושיית רבא הוא לרמב"ח שסובר דג' פרות בעינן רואה אני עתה שי"ל דדברי התוס' ישרים ונכונים דדעת רמב"ח דבעינן ג' פרות לא יתכן רק לפי מאי דפסקינן דאמרינן מתושויל"מ ואין הכרח לומר כמ"ד בב"ק דף ק"ז ע"א דעירוב פרשיות כתיב כאן וכי הוא זה קאי אמלוה אבל רו"ש שסוברים דלא אמרינן כלל מתשויל"מ ע"כ מוכח דכי הוא זה לא קאי אשומרים דאם בשומרים בעינן ג' פרות קשה קושיות הראב"ד הנ"ל דל"ל קרא על

שבועת שומרים תיפוק ליה דחייב משום גלגול ד כיון דלא אמרינן כלל מתשואיל"מ ליכא מציאות נפקותא בין עיקר שבועה לגלגול שבועה א"ו דעירוב פרשיות כתיב כאן כן מוכח לומר לרב ושמואל וא"כ א"ש רבא לרמב"ח ואליבא דרב ושמואל הקשה זה דהם המציאו דין זה דשכרו שלא בעדים מיפטר במגו ולדידהו קשה ש"ש היכי משכחת לה א"ו דהם אמרו זה רק גבי שכיר דרך קולא בעלמא כיון דגוף הדין דשכיר נשבע ונוטל אינו אלא תקנה בעלמא אבל בשאר דוכתי לא אמרינן מגו כזו ודלא כרמב"ח שאמר כמה מעלי' הא שמעתתא דמשמעות דבריו דכן שורת הדין:

והשתא דאתינא להכי דקושיות רבא לרמב"ח הי' אליבא דרו"ש יש מקום לתרץ דלדידן אף דמחייבינן בשומר אף בפרה אחת ליכא למפטרי' משבועה במגו דלהד"מ ורק לרו"ש לשיטתייהו צריכין לאוקמי בדאפקיד בשטר ואקדים דברי הנ"י ר"פ הגוזל ומאכיל בשם הרמ"ה דהשואל חמור לרכוב עליו שלוחו ומתה בדרך והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה כיון דקיי"ל דאינו חייב עליו עד שעת אונסים פטור שהרי זה כאומר א"י אם הלויתני אבל השואל חמור לרכוב עליו ונתנה לשלוחו והדבר ספק אם מתה מחמת מלאכה חייב שהרי הוא פושע כו' עכ"ל וכ' ע"ז בישו"ש פ' הנ"ל סי' ג' וז"ל תמי' לי אי אייריי טוען המשאיל ברי לי שיפשעת אפי' גבי דידי' נמי מחייב דהוי כהלויתני וח"י אם פרעתיך וזה ג"כ א"י דפטור עכ"ל כוונת הישו"ש כיון דהשואל חייב תמיד עכ"פ בהשבת הדבר וחיוב זה חל עליו משעת משיכת דבר השאול אף אם לא פשע כלל אם הי' מסופק אם מתה כדרכה או נאנסה הוי כא"י אם החזרתי ואין לפוטרו רק היכא שגם המשאיל אומר א"י ובכה"ג אף אם פשע השואל שמאז חל עליו שיעבוד חיוב אונסים עכ"ז אם טוען א"י אם נאנסה אם מתה כדרכה אין לחייב כיון דגם המשאיל טוען א"י דהא כן הדין כשטוען הלוה א"י אם פרעתיך שאינו חייב לשלם אלא כשהמלוה טוען ברי שלא נפרע משא"כ בשגם המלוה טוען א"י אם נפרעתי ונ"ל ליישב קושית הישו"ש דבחוה"מ סי' נ"ט סעיף א' בש"ך שם ס"ק א' ובסי' פ"ב סעיף ב' ומכמה דינים המוזכר בסי' ע"ה מבואר כמ"ש מהרשד"ם סי' מ"ם דף ל"ב ע"א המובא בש"ך סי' נ"ט דבמלוה ע"פ כשלוה ומלוה מסופקים בפרעון פטור הלוה מלשלם אבל במלוה בשטר אף כשגם המלוה טוען א"י אם נפרע חייב הלוה לשלם לכאורה נ"ל שהטעם לחלק בין מלוה בשטר לב"פ הוא כמו שאבאר דברי הרשב"א לגיטין דף ע"ה מובא בשם התוס' דבס' פרעון איכא ב' חזקות מתנגדות להמלוה מסייע חזקת חיוב דמעיקרא ולהלוה מסייע חזקת ממונא דאמרינן אוקמי ממונא בחזקת מרי' ולפי"ז י"ל דמע"פ דליכא שיעבוד נכסים אלים חזקת ממונא של הלוה לנגד חזקת חיוב דמעיקרא ולכך אין מוציאין מידו כשגם

המלוה טוען א"י דאמרינן אוקי ממונא בחזקת מארי' והמע"ה אבל במלוה בשטר מיד בשעת החוב נשתעבד נכסי הלוה ואף למ"ד מכאן ולהבא הוא גובה מ"מ לא חשיבי נכסים של לוה ברשותו של לוה כדאי' בפסחים דף כ"ט ולמ"ד ע"כ לא אלים חזקת ממון דלוה לדחות חזקת חיוב המסייע' להמלוה ע"כ כשטוען הלוה א"י אם פרעתי אף כשגם המלוה אומר א"י מחויב הלוה לפרוע וידוע ביאור סוגיא דקידושין דף י"ג ע"ב שסובר ר"פ דאף במלוה ע"פ אם יהי' חוב הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי ובש"ך ח"מ סי' ל"ט מסיק שגם רבא סובר כן ומה שאמר רבא בפ' יש בכור דכ"ע סובר מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי מיירי לענין טריפה מלקוחות לא לגבי לוה ויורשיו יעו"ש ולפ"ד התוס' שם בקידושין לא מקרי מלוה הכתובה בתורה רק כגון חיוב קרבנות וניזקין ודומיהן שאלו לא חייב בהן התורה לא הי' מאליו חיוב זה משא"כ בפריעת חוב אע"ג דכתיב והאיש אשר אתה נושה בו לא מקרי מלוה הכתובה בתורה כיון שאין צריך לפרש בהן התורה שיעור הנתינה דפשיטא מם שהוא לוה חייב לפרוע ע"כ ולפי"ז י"ל דפשוט דחיוב הדבר השאול ליד המשאיל לא מקרי כתובה בתורה בפרט שלא מצינו חיוב זה כתוב בתורה ולא הי' צריך לכתבו כי השכל מעצמו שופט שמחויב האדם להחזיר להמשאיל מה שהשאיל וכיון שכן היכא שאין שטר לחיוב זה כשטוען השואל א"י אם החזרתי או לא וגם המלוה מסופק דינו כמלוה ע"פ כשטוענים המלוה והלוה א"י אם נפרע פטור הלוה מלשלם משא"כ כשחיוב שומרים בא על השואל משעת פשיעה בעלמא שחיוב זה מקרי מלוה הכתובה בתורה שכל דיני חיוב שומרים אינו אלא מחמת שנכתבה חיוב בתורה ונקרא שפיר מלוה הכתובה בתורה ואף בדליכא שטרא הוי כדין חיוב בשטר בכה"ג אף כשטענו שניהם א"י מחויב השואל לשלם והשתא א"ש דברי הנ"י דהיכא דלא פשע השואל וא"י אם מתה כדרכם או נאנסה אף דהוי כא"י אם פרעתי דעכ"פ הי' עליו חיוב השבה כדברי הישו"ש עכ"ז כיון דחיוב השבה הוא מצד השכל ואינו קרוי מלוה הכתובה בתורה פטור מלשלם כיון שהמשאיל ג"כ טוען א"י אבל אם פשע שמד"ת חל עליו מאז חיוב אונסים משעת הפשיעה ומאז נשתעבדו נכסיו כדין מלוה הכתובה בתורה ואיתרע בזה חזקת ממונא של הלוה שמשועבדים נכסיו על חיוב שחייבת התורה והוי כחיוב השטר ע"כ כשטוען אח"כ א"י אף שגם המשאיל מסופק מ"מ אזלינן בתר חזקת חיוב דמעיקרא ומחויב השואל לשלם ומתורץ שפיר קושית הישו"ש על הנמ"י:

והנה כבר הקדמתי לעיל מ"ש הרשב"א והר"ן די"ל דלכך לא מיפטר השומר משבועות אונסים במגו דלהד"מ דאפשר השומר עצמו אם נאנסה אי לא הקשיתי לו יהי' שמסופק

מה"ת יהי' מחויב לשלם אימא דהוי כא"י אם נתחייבתי אמנם לפי הנ"ל יש גוונא דהוי א"י אם פרעתי כגון שפשע פשיעה בעלמא ובכה"ג אף שאינו פשיעה גמורה מתחיל חיוב גניבה ואבדה מעת הפשיעה כמו שאיתא באריכות בס' אס"ז לב"מ דף ל"ד ע"ב בהסברת דברי התוס' שם ד"ה אבל אריש לא יעו"ש. ואכתי קשה הא גם המשכיר אמר א"י. וצ"ל כמ"ש לעיל דכיון דבכה"ג הוי מלוה הכתובה בתורה דינו כדין שטר ובשטר אף כשטוען המלוה ג"כ א"י אם נפרעתי מחויב הלוה לשלם. וכ"ז לדידן דפסקינן כר"פ וכרבא דקאי כוותי' כמ"ש לעיל בשם הש"ך דמלוה הכ' בתורה ככתובה בשטר דמי' אבל שמואל סובר להדי' בקידושין דגם מלוה הכב"ת לאו ככתובה בשטר דמי ולפ"ד הש"ך בסי' ל"ט גם רב סובר כן א"כ א"ש מ"ש רבא לרמב"ח ש"ש דחייב רחמנא היכא משכחת לה מתוך שי"ל להד"מ כו' דקושי' דרבא הי' אליבא דרו"ש ולדידהו ליכא למדחי כסברת הרשב"א והר"ן הנ"ל דדילמא השומר בעצמו מסופק דהא לרב ושמואל גם בכה"ג פטור השומר מלשלם דאף אם פשע פשיעה בעלמא שגרם מעת פשיעתו להתחלת חיובו ודינו כא"י אם החזרתי מ"מ פטור כיון שגם המפקיד טוען א"י דהא לדידהו אף מלוה הכתובה בתורה לא ככתובה בשטר דמי ובמלוה ע"פ כששניהם אומרים שמא פטור הלוה דרב ושמואל ל"ל שיעבודא דאורייתא אף במלוה הכתובה בתורה.

והערוני משכיל אחד דא"כ לא א"ש דברי הגמ' מכלל דתרווייהו ס"ל כו' המפקיד אצל חבירו בשטר צריך לחזור לו בעדים. וק' דלמא לעולם גם בשטר אין צריך להחזיר לו בעדים רק כיון דאיכא שטר הנכסים משועבדים ומחמת זה אם טוען א"י אם החזרתי חייב לשלם אף כשמפקיד ג"כ טוען א"י כנ"ל ותו ליכא למיפטרי' מהשבועה דדילמא הי' מסופק אם נאנסה וכשיודה שהוא מסופק יהא מחויב לשלם אמנם מ"ש לעיל בישוב קושיות הש"ש דוקא כשמתה הבהמה ברכיבת השואל בעצמו יש לחייבי' כשטוען א"י אם החזרתי לא כתבתי רק לרווחא דמילתא אף לפי שיטתי' דהש"ש דהוי פשיטא לי' שהשומר מחויב בהחזרת הדבר ליד המפקיד ובקצה"ח סי' ש מ שדא בזה נרגא רק שבגליון אותו ספר הבאתי ראי' מדברי כמה פוסקים כש"ש אולם מה שמוסיף עוד הש"ש שכשמתה הבהמה ואינו יודע אם באונס אם כדרכה הוי כא"י אם החזרתי כיון שהי' עליו חיוב השבה יש לדחות דהא חיוב השבה לא הי' אלא שיחזיר דבר הנפקד בעינו ליד המפקיד ועתה שמתה הבהמה לפנינו או נאבדה אם באונס ואם בפשיעה עכ"פ מנוע חיוב קיום השבה זו ואין לנו לדין אלא על תשלום דמי' אי מוטל על הנפקד כשטוען א"י ונגד חיוב דמים המתחדש במיתת או אבידת דבר הנפקד כשאומר הנפקד א"י אין לדונו אלא כאומר א"י אם נתחייבתי. ואין מקום לומר גבי נפקד דהוי כא"י אם

פרעתי אלא היכא דפשע פשיעה כל דהו שגורמת פשיעה זו שיחול תיכף מאז שיעבוד על נכסיו:

ונ"ל ראי' למה שכתבתי לעיל שלפי ס"ד דרבא שאין לחייב שבועת השומר מכח המגו הי' שורת הדין דכשאומר השומר א"י שלא יתחייב לשלם מצד דין מתשויל"מ כמו שביארתי לעיל דאל"כ למה הצריכו הרשב"א למידחק ולומר דלא אקשה רבא לרמב"ח אלא על שקילס ואמר כמה מעלי' הא שמעתתא הוי להו לתרץ בפשיטות דקושית רבא הי' לשיטת רב ושמואל דלא ס"ל מתשויל"מ וכשאומר השומר א"י פטור וא"כ שפיר מקשה רבא דלא נחייב להו שבועה דמתשי"ל להד"מ כו' ואי"ל דלמא השומר מסופק דמה בכך:

ובסברא הנ"ל יש לישב קושית הפ"י בסוגי' דההוא רעי' ב"מ דף ה' ע"א תוס' ד"ה שכנגדו קאמינא וא"ת מ"ש דבחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל אמאי לא אמרינן מתושאיל"מ כו' עכ"ל ומדקדק הפ"י הא משנה מפורשת הוא בפ' כ"ה ושכנגדו חשוד על השבועה כו' ואמתניתין הוה לתוס' לאקשוי' אבל לפי דברי הנ"ל י"ל בחשוד מודה במקצת א"ל בו שיהא מחויב לשלם מדאורייתא דהא כל מודה במקצת אי"ל מגו דאי בעי כ"ה אף דהוא מגו דהעזה הלא מצינו בכמה מקומות דאמרינן מגו דהעזה כמו בעיזי דאכלי חושלי ומתרצים הקדמונים דמגו דהעזה לא אמרינן לפטור מממון ולא לאפטורי משבועה ולכך לא מיפטר מודה במקצת מהשבועה במגו והתינח כשיכול לישבע אבל אם הוא חשוד שאי"ל א"א לומר שדין הוא שישלם מתשאי"ל דהוי כתרי הפכים בנושא דהא אי"ל מגו דאי בעי כ"ה וגבי חשוד כשהוא מודה במקצת אתי' המגו לפטורי מממון ומצינן למימר דבאמת מצד הדין אין לו חיוב תשלומין ומה שנאמר במשנה שכנגדו חשוד על השבועה הוא תקנת חכמי' ואין מקום לקושית התוס' כ"א בסגנון דהוא עצמו לא הודה כלום רק ע"י העדאת עדים דינו כמב"מ ובהך גוונא אי"ל שום מגו וא"ש קושי' התוס'.

ועל דרך זה יש לישב קושי' הר"ן ר"פ כ"ה שמקשה אמאי לא חשיב במתניתין שם פוגמת וע"א מעיד שהוא פרוע שנשבעין ונוטלין ומתרץ דלא חשיב במתניתין שם אלא אותן שמשורת הדין לא הי' להם ליטול אפי' בשבועה והדר מקשה הר"ן על תירוץ זה דא"כ אמאי חשיב במתניתין שכנגדו חשוד על השבועה ולפי דברי הנ"ל א"ש די"ל דמתניתין מיירי במב"מ שהוא חשוד שכנגדו נשבע ונוטל ובכה"ג לולי תקנת חכמים הי' לפטרו במגו דאי בעי כ"ה וגבי חשוד הוי מגו לפוטרו מממון ודברים אלו נכונים הן לפי דברי

הע"ש והן לדברי הסמ"ע בסי' רצ"ו ס"ק א' בטעם החלוק שיש בין מגו לפטורי משבוע' ובין מגו לפטורי מממון:

ובזה א"ש דברי רש"י שמפרש שם במשנה שכנגדו חשוד על השבועה מיירי במב"מ וקשה הא דין שכנגדו חשוד על השבועה שייך גם בחיוב שבועה נגד עד אבל לפי הנ"ל י"ל דבדיוק תפס רש"י דמיירי במודה במקצת ובזה לולי תקנת חכמים לא הי' לו ליטול אף בשבועה דהוי מצינן לאפטורי את החשוד במגו דלאפטורי מממון אמרינן מגו דלהד"מ משא"כ בחשוד שמחויב שבועה נגד העד דלולי תקנת חכמים מחויב החשוד לשלם כדין מחושויל"מ והטלת השבוע' על שכנגדו אינו אלא מדרבנן ודמי לפוגמת וע"א מעיד שהוא פרוע דלא חשיב בהך מתניתין דכל הנשבעין:

שוב עלה על דעתי לפי סגנון דברים הראשונים לחלק בין מלוה ע"פ למלוה הכתובה בתורה יש לישב קושית הרמב"ן שהבאתי בתחלת הקונטרס שמקשה האיך אפשר לומר דליכא חיוב שבועת שומרים כ"א בדאפקיד לי' בשטר א"כ בכופר וטוען טענת גנב באבידה דליכא שטר עליו היכי משכחת שהי' מחויב שבועה דהא הוי מצינן למפטרי' במגו דלהד"מ כן תורף קושית הרמב"ן ולפי דברי י"ל דקושית רבא שבועת שומרים היכי משכחת לה אינו אלא בסתם שומרי' שחיוב השבה שחל עליו כדעת הישי"ש אינו מקרא מפורש בתורה רק מצד השכל שמחויב להשיב לבעלים מה שלקח מהם הוי כמלוה שאינה כתובה בתורה ולפ"ד הש"ך שרבא סובר שיעבודא לאו דאורייתא ליכא לחיוב זה שעבוד נכסים וממילא אף כשהשומר מסופק בעצמו אם נאנס או לא ליכא לחייבי' מדין א"י אם פרעתיך דהא גם המפקיד אינו יודע ובכה"ג גם במלוה היכא דליכא שיעבוד נכסים לא מפקינן מספיקא ואמרינן הממע"ה לכן הקשה רבא שפיר ש"ש דחייב רחמנא היכי משכחת לה ואין לדחות כמ"ש הר"ן והרשב"א דדלמא השומר בעצמו מסופק ז"א דהא אף אם יודה להדי' שהוא מסופק אם נאנס אם לא ג"כ ליכא לחייבי' ואי משום דהוה כא"י אם פרעתי הא גם המפקיד א"י ובכה"ג בכל מלוה היכא דליכא שיעבוד נכסים גם בא"י אם פרעתי פטור הלוה וכשאין המלוה טוען ברי שלא נפרע וכ"ז אינו אלא בשומר דעלמא דחיוב השבה חל עליו מצד השכל אבל בשומר אבידה דכתיב גבי' והשבות לו שמחויב להשיב אבידה ליד בעלי' עפ"י מצות התורה דלולי שכתבה התורה מצוה זו מהכ"ת הי' לחייב את המוצא אבידה שישתדל בהשבת המציאה ליד מי שאבדה. וכיון שכן הוי חיוב השבה באבדה רק מצוה הכתובה בתורה ודמי ממש לחיוב קרבנות וערכין ובכה"ג שיעבודא דאו' לשיטת רבא שסובר כר"פ מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי' שיהי' שיעבוד נכסים על החיוב שחייבים מצד מצות התורה וכיון שנשתעבדו נכסי

המוצא אבדה על חיוב השבת אבידה ממילא כשמסופק בהשבה מחויב לשלם כמו כל טוען א"י אם פרעתיך במלוה בשטר שמחויב לשלם אף אם גם המלוה טוען א"י ע"כ כשטוען על האבידה שנגנב מחויב לשבע שבועת שומרים ומטעם מגו דלהד"מ ליכא למפטרי' דדילמא הוא מסופק אם נגנב או לא וכשיודה שהוא מסופק יהי' מחויב לשלם עכ"פ ומיושב קושית הרמב"ן הנ"ל ואינו ראי' לסתור דעת איזה קדמונים שסוברים דלפי האמת ליכא חיוב ש"ש אלא בדאפקיד לי' בשטר ועכ"ז יש חיוב שבועת שומרים במוצא אבידה כשטוען נגנב אף דהתם ליכא שטר וכהנ"ל:

עוד בסוגיא הנ"ל

שבועת שומרים דחייב רחמנא כו' דאפקיד לי' בעדים כו' דאפקיד לי' בשטר והקשה הר"ן הא אליבא דאמת מחייבינן שבועה בלא עדים ובלא שטר ומתרץ דאין לו מגו שיכול להיות דטוען בדדמי והא דמקשה רבא מאי מעליותא דלאו מעליותא הוא משום דהוי מגו לאפטורי משבועה ודוחק תירוץ הר"ן אמנם י"ל דהר"ן ותוס' מפרשים בב"ב דף קל"ה דאביי סובר דאפי' בברי גרוע ושמא טוב אמרי' בו"ש ברי עדיף ושמואל סובר בכתובות דף י"ב ע"ב דבו"ש ברי עדיף דאי' התם איתמר מנה לי בידך והלה אומר א"י ר"ה ור"י אומרים חייב כו' עד דבו"ש ברי עדיף א"ל אביי לרב יוסף הא דר"י דשמואל היא ומקשים התוס' תימא דר"י גופא אי"ל בריש הפרה דף מ"ו אפי' ניזק אומר ברי ומזיק אומר שמא המע"ה עכ"ל והספר כתובה מקשה דלפי שיטה זאת דאפי' בברי גרוע ושמא טוב אמרי' בו"ש ברי עדיף אמאי חייב שומר שבועה הא טוען ברי שנאנס והמפקיד אינו טוען רק שמא. ומה שמועיל ברי להוציא נגד חזקת ממון מכ"ש שיועיל ברי להחזיק נגד חזקת פקדון שיש לו למפקיד אמנם לכאורה י"ל די"ל דהיכא שהמלוה טוען ברי ולוה שמא לא שייך כל כך חזקת ממון למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא ויעוין ב"ק דף קי"ח ע"א ובסוף ב"ב דר' יוחנן סובר שעד"א ולכך אמר אוקי ממונא בחזקת מרי' דהוי כל תביעות חוב כתובעו חפץ וכסברת פנ"י שדרש חז"ל מפסוק הוא יוציא אליך העבוט דשעד"א היינו מדקראו עבוט קודם שנתנו להמלוה ורב נחמן ג"כ סובר דשעד"א כמבואר באחרונים ובפ"י לב"ק דף י"ב בד"ה בתוס' בד"ה אנא מתניתא. ויעוין בתוס' כתובות דף פ"ו ד"ה אמר לא ניחא כו' ובאור דבריהם מבואר שם באריכות בספר אס"ז מ"ש בשם תלמידי רבינו יונה שלמ"ד שעד"א גם המעות שביד הלוה משועבד מדאורייתא להמלוה והמבריחן ותולה אותם בנכרי הוי כמו גוזל ממש] כשאנו דנין על קרקפתא דגברא אם הוא חייב לשלם או לאו דפריעת בע"ח מצוה רק דנכסי דבר אינש אינון ערבין לי' וא"כ לא שייך נגד זה חזקת ממון אבל גבי פקדון דיש להמפקיד חזקת פקדון אז אינו מועיל

ברי דנפקד אפי' להחזיק ולפי"ז מתורץ ג"כ קושי' התוס' דהתם איירי בתם ותם משתלם מגופו וא"כ יש למזיק חזקת ממון ולכך אינו מועיל ברי דניזק אמנם אם נאמר דטוען הנפקד רק בדדמי דהיינו שנאבד רק שא"י בבירור אם נאנס. לא שייך חזקת פקדון דהא ודאי שנאבד וא"כ אם אנו דנין אם טוען בדדמי או לאו אין לחייבו שבועה דהא טוען ברי שאינו טוען בדדמי דחזקת פקדון ליכא ולפי"ז שפיר מקשה רבא אליבא דשמואל דסובר בו"ש ברי עדיף קשה ממ"נ אם לא טוען בדדמי יש לו מגו דלהד"מ. ואם טוען בדדמי וא"כ בודאי נאבד ג"כ אין לחייבו שבועה דבו"ש ברי עדיף והוא טוען ברי שאינו טוען בדדמי אבל אליבא דאמת בו"ש לאו ברי עדיף וא"כ אין לו מגו שיכול להיות שטוען בדדמי וק"ל:

עוד בסוגיא הנ"ל

דאפקיד לי' בשטרא כו' בשטר צריך להחזיר בעדים כו'. מפרשים בתוס' דהיינו אם רוצה לפטור בלא שבועה: אבל בחדושי הרשב"א בשם הר"ח מפרש דברי הגמ' כאן דצריך להחזיר לו בעדים ואם אין לו עדים לא יפטור בשבועה ויעוין בתוס' ב"ב דף ה' ע"ב ד"ה מי אמרינן וברשב"א ב"ב דף ע"א ע"א מדבריהם מבואר שהי' מפרש כאן כפירוש הר"ח] וכתב ע"ז ולית הילכתא הכי אלא כרב חסדא כו' ורבא בעצמו חזר בו ונ"ל לכאורה ראי' לפירוש הר"ח דבש"ך חו"מ סי' ס"ט מביא בשם שו"ת רשב"א סי' אלף ל"ז שמקשה על שיטת הרי"ף והרמב"ם והרמב"ן ס"פ ג"פ דסוברים דעל שטר שאין בו שיעבוד נכסים יכול הלוה לטעון פרוע דהא השטר פקדון בעדים שאינו גובה ממשעבדי אפ"ה אם טען החזרתי אינו נאמן אלא היכא דיכול לטעון נאנסו ומשום מגו וכתב ע"ז הש"ך בזה"ל לענ"ד לק"מ דהתם גופא להכי אינו גובה ממשעבדי כיון דיכול לטעון החזרתי במגו דנאנסו עכ"ל. כלומר דאי לא מהימן בהחזרתי במגו דנאנסו יש לגבות מלקוחות דלא טענינן עבור לקוחות נאנסו דלא שכיח אמנם בסוגי' דידן שפיר יש להקשות קושי' הרשב"א הנ"ל דאכתי קשה ש"ש מה"ת המ"ל דאף דאפקיד בשטר עכ"פ צריכין להאמינו טענות החזרתי בשבועה במגו דנאנסו וכיון שכן שורת הדין דא"א לגבות בשטר זה ממשועבדים דאנן טענינן ללקוחות שמא החזיר וממילא קם הדין דכשטוען החזרתי מדאורייתא נאמן אף בלא שבועה כלל דהא דאין נאמנים טענת פרעון על שטר אינו אלא בשטר שיש בו שעבוד נכסים דזילי נכסי וחש להניחו משא"כ בשטר כזה דאין בו דין גבי' מלקוחות דלא זילי נכסים ולא שייך שטרך בידי מאי בעי וא"כ גם בטוען נאנסו יופטר משבועה דהא אי"ל מגו דהי' טוען החזרתי ולא הי' צריך לישבע כלל ומזה הוכיח הר"ח הנ"ל לפרש דסוגי' דכאן סוברת דבהפקיד בשטר אינו נאמן החזרתי אף

בשבועה וא"ש מ"ש הר"ח דסוגי' דכאן דלא כהילכתא. היוצא מזה דאם נתפוס כשיטת הרי"ף והרמב"ם דבשטר שאין בו שע"נ יכול לטעון פרעתי דלא שייך בשטר כזה שטרך בידי מאי בעי מוכרחים לפרש סוגי' דכאן כפי' הר"ח:

אמנם י"ל לכאורה לפ"ד הר"ן שהטע' המ"ד דסובר המלוה את חבירו בעדים צריך לפרעו בעדים הוא כיון שראה שהמלוה אינו מאמינו הי' לו ליזהר לפרעו בעדים והמ"ד שסובר המלוה את חבירו בעדים א"צ לפרעו בעדים טעמו כיון שלא הותנה בפירוש שלא יפרעו אלא בעדים ולא אסיק אדעתי' דלא הימני'. ואף שנתן בפני עדים סובר שדרך מקרה איתרמי הנך עדים בעת ההלואה וכיון שלא ידע הלוה שהמלוה אינו מאמינו ע"כ לא שת אל לבו לפרעו בעדים ולפי"ז בעשה שטר בעדים שנכתב השטר בכוונה ולא שייך איתרמי מה"ת יהי' סברא שיהי' הלוה נאמן פרעתי הא בעיניו ראה שלא האמינו המלוה כי לקח שטר מאתו ולא צריכין חזקה כלל דשטרך בידי מאי בעי ואף בלא חזקה זו אנן סהדי דלא פרעו כיון שהלוה לו בשטר בעדים בכוונה הי' לו לפרעו בעדים בשלמא אם יש בשטר שעבוד נכסים י"ל שסבר הלוה שלקיחת שטר מאתו אינו משום דאינו מאמינו רק לצורך השיעבוד צריך הוא לשטר אבל בשטר באין בו שיעבוד נכסים לא הי' ליקח השטר א"ו כוונתו הי' כדי שיהי' לו עדים על ההלואה וא"כ בעיניו ראה שלא האמינו המלוה והי' לו ללוה ג"כ לפרעו בעדים או ליקח השטר אמנם י"ל דגבי שטר הלואה שהלוה מצוה לכתוב ע"כ אף בשטר שאין בו אחריות נכסים כלל כיון שכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו שמכין לעצמו ללות בו אין צד ראי' דהמלוה לא האמינו לו דיכול להיות דהלוה הכין ונתן לו שטר מדעתי' דנפשי' והוא לקחו לעצמו לזכרון דברים בעלמא ולכך ביד הלוה לטעון פרעתי שיכול לומר לא הרגשתי בך שאינו מאמין לי ולכך האמנתי גם אני לך ופרעתיך ולא חשתי על לקיחת השטר כיון שאין בו שעבוד נכסים אמנם סברא זו אינה רק בשטר הלואה שהלוה הוא המצוה לכתוב ולחתום אבל בשטר פקדון שהמפקיד בשטר הוא המצוה לכתוב ולחתום ונותן פשיטי דספרא מכיסי' וכיון שעשה כן בכוונה והוציא הוצאת מבורר שלא האמין להנפקד ע"כ מהראוי שלא יהי' הנפקד נאמן בטענת החזרתי ומטעם הנ"ל דהוא ראה שלא האמין לו המפקיד דהא מסר לו הפקדון בשטר בעדים והו"ל לאסוקי אדעתי' שלא להחזיר אלא בעדים אף שאין בו שע"ק אמנם ע"כ בשבועה נאמן מטעם מגו ואין לומר דאף בשבועה לא להימן דלהוי כמגו במקום חזקה כיון שלא האמינו לא הי' לו להחזיר אלא בעדים או ליקח השטר בהחזרה ז"א דעל טענות פטור בשבועה בודאי האמינו דאל"כ מאי הועיל במסירות הפקדון בשטר בעדים הא יהי' ביד הנפקד לפטור אף בשבועה כשטוען נאנסו

א"ו שעכ"פ סמך דעת המפקיד להאמין להנפקד בשבועה. ע"כ כשאמר החזרתי ונשבע נאמן דהא אף דלא האמינו על דבורו מדמסר לו בשטר בעדים מ"מ ע"י שבועה הימנו בודאי כנ"ל וא"כ מיושב קושי' הרשב"א הנ"ל דאדרבה כיון שא"א לגבות בשטר זה מקרקעות ע"כ לא לקח המפקיד את השטר רק משום דלא הימנו להנפקד ולכך א"א להאמינו על טענות החזרתי כ"א במגו דנאנסו ובשבועה:

אמנם מלבד כל הנ"ל צ"ל דמאי דאמרינן כגון דאפקיד בשטר היינו בשטר בעדים ולא בכ"י הלוה לבד דהא לשיטת הרי"ף והרמב"ם נאמן הלוה לומר פרעתי אכת"י כיון דאין שם שטר עליו ויכול לומר המלוה שלא לקח אלא לזכרון דברים בעלמא וכן בפקדון וא"כ קשה לדעת הרמב"ם שסובר דמדאורייתא אין מועיל לו כלום עדות בשטר דהוי מפי כתבם מאי מתרץ הגמ' דאפקיד בשטרא על קושי' הגמ' ש"ש דחייב רחמנא המ"ל דהא מדאורייתא ליכא כלל דין שטר בעדים כ"א בכת"י הלוה ועל שטר בכת"י הלוה או הנפקד בלבד יכול לטעון טענת פרעתי או החזרתי.

ודע דלפי מה שתרצתי שהר"ח הוכיח שהסוגי' זו הכוונה דבשטר צריך לפורעו בעדים כלומר ואי ל"ל עדים אף בשבועה אינו נאמן והיינו מטעם חזקה שטרך בידי כו' כאשר עלה בדעת ר' עמרם כדאי' בב"ב דף ע' בעי מיני' רב עמרם מרה חסדא המפקיד אצל חבירו בשטר וא"ל החזרתי לך מהו. מי אמרי' מגו או דילמא א"ל שטרך בידי מאי בעי יעו"ש ופי' הרשב"ם שם דהוי מגו במקום עדים דאנן סהדי שלא הי' לו להניח שטרו בידו ולפי ההנחה ראשונה לפי שיטות הרי"ף והרמב"ם דחזקה דשטרך בידי כו' לא שייך אלא בשטר שיש בו שע"ק צ"ל דגם הכא באפקיד בשטרא מיירי בשטר שיש בו שע"ק ולפי"ז קשה לכאורה לדברי רמב"ח דבשומרין צריכין ג' פרוס א' דהודאה וא' דכפירה וא' דנאנסה ואף לשיטת ר"ת דאף לדידן ליכא חיוב שבועה אלא היכא שיש ב' פרות אחת דהודאה ואחת דנאנסה א"כ מאי מתרץ הגמ' דאפקיד בשטרא וע"כ הכוונה שגם הך דהודאה מוזכר בשטר דאל"כ אכתי אי"ל מנו שהי' בידו לכפור הך דהודאה ובאפס הודאה במקצת ליכא שבועה על קמ דנאנסה וכיון שכן שמוזכר בשטר הך דהודאה הו"ל הודאת שע"ק ואמאי גורר שבועה על הך דנאנסה וי"ל דכיון דליכא חיוב תשלומין בשומר כ"ז שהבהמה בעינא אצלו לא מיקרי הך דהודאה שע"ק דלמה ישתעבדו קרקעותיו של הנפקד בעוד הבהמה קיימת וישנה בהשבה ושייכא לבעלים בכ"מ שהוא כי אין נכסיו של השומר משועבדים אלא משעת אונסין ולמפרע כדאי' באס"ז ובריטב"א בב"מ דף צ"ח יעו"ש באריכות:

אמנם אכתי קשה למ"ד הילך פטור שהטעם כדאי' ב"מ דף ד' ע"א דהני זוזי דקמודי בגווייהו כמאן דנקיט להו מלוה דמי ומקשה הגמ' שם בדף ה' ע"א מהא דתניא רמב"ח ארבעה שומרין צריכין הודאה במקצת וכפירה במקצת כו' לאו דא"ל הילך ומתרץ לא דא"ל ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה וא"ל חדא להד"מ וחדא מתה באונס וחדא בפשיעה דבעינא שלומי לך ע"כ הרי דלמ"ד הילך פטור ולשיטת רמב"ח כנ"ל צ"ל דהך הודאה מתה בפשיעה וכיון שיש להמפקיד שטר שנזכר פרה דהודאה יש עליו שע"ק הוי שע"ק והודאות קרקעות לא הוי הודאה וגם מצד שע"ק הוי הילך א"כ נשאר הקושי' ש"ש דחייב רחמנא המ"ל ואף דאפקיד בשטר ליכא לחייבו שבועה דממ"נ אם הך דהודאה נזכרת בשטר הוי שע"ק וגם הילך מצד השיעבוד ואין עליו שם הודאה ואם אינה מוזכרת בשטר רק הך דנאנסה הי' בידו לכפור בהך דהודאה ולא יהי' עליו חיוב שבועה כלל ומעתה י"ל שז"כ רמב"ח שקרי עלי' דרב ששת הפסוק וישם דוד את הדברי' האלה בלבו רמז בזה שרב ששת שם על לבו שלשיטתו דסובר דהילך פטור א"א לומר דהלכה כשמואל דבשכרו שלא בעדים נאמן במגו דא"כ נשאר קשה ש"ש המ"ל דלדידי' ליכא לתרץ בדאפקיד בשטר וכנ"ל ועלתה לו לר"ש ששמע מרבה ב"ש דתני שכיר כו' דנשמע מזה דלא כשמואל משכחת ש"ש בלא אפקיד בשטר.

ועפ"י הנ"ל יש להשיב מה שתמיה שם בב"מ דף ה' שמתרץ הגמ' לא דא"ל ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה כו' דל"ל להגמ' לאוקמא שהמפקיד טוען ברי והכי הו"ל להגמ' לומר דאמר ג' פרות מסרתי לך. ונ"ל דהלה יש שיטות שונות בדין מגו לאפטורי משבועה יש סוברים דל"א כלל לאמ"ש ויש סוברים דרק מגו דהעזה ולאפטורי משבועה לא אמרינן אבל מגו דהעזה לאפטורי כיון שהוא להחזיק ממון אמרי' אף דהוא העזה כדמוכח בהני עיזי דאכלי חושלא ולדברי כולם לפי המסקנא יש דין שומרין אף בלא אפקיד בשטר וסוגי' דהכא דמתרץ דאפקיד בשטר דחוי' בעלמא הוא ואע"ג דמועיל מגו בשכרו שלא בעדים הטעם כיון שאין השבועה על הבעה"ב רק מצד תקנה ובמגו כ"ד אוקמא אדינא כו מסקנת הר"ן והרשב"א ואני בארתי במ"א באריכות שא"ש סוגי' דהכא דלרמב"ח לשיטתו שם דבעינן ג' פרות באמת לכאורה לא משכחת ש"ש אלא באפקיד בשטר בהקדם דברי הר"פ שמובא גם באס"ז לב"מ דף ה' לרמב"ח דבעינן ג' פרות ע"כ השבועה מצד כפירה והודאה ככל דין מודה במקצת ושבועות נאנסה הוא מצד גלגול שבועה. והנה ידוע שיטת הנ"י לב"מ בסוגי' דר"ח קמייתא בשם הקדמונים לסברא פשוטה דהיכא שא' טוען מחבירו יותר על המגיע לו כגון שיש לו אצלו נ' והוא טוען אותו ק' ביד הנתבע להעיז נגדו ולכפור גם החמשים שמגיע ממנו דנגד המעיז לתבוע

בשטר יכול הנתבע להעיז ולכפור הכל וא"כ שפיר קשה לרמב"ח ב"ש המ"ל כלומר למה הוצרכה התורה שהשומר נשבע מצד גלגול שבועה על הך שטוען נאנסה נימא שלא ישבע רק על דכפירה וממילא יופטר בשבועה על הך דנאנסה בממ"נ אי ישבע בשקר על הך דכפירה הרי הוא רשע לישבע בשקר ולמה יתן לו עוד שבועה על הך דנאנסה ואם באמת ישבע הרי תבעו התובע בשקר פרה אחת יותר מכפי שמסר לו דבאמת לא מסר לו אלא ב' פרות והוא תבעו ג' בשקר וכיון שתבע בשקר היה ביד הנפקד לכפור הכל ולא הי' עליו שם שבועה והקשה רבא שפיר לרמב"ח ש"ש דחייב רחמנא המ"ל דלדידי' לא הוי מגו דהעזה ולכך הוצרך לתרץ דמשכחת דאפקיד בשטר ויעוין תוס' ב"ק דף ק"ז סוף ד"ה עירוב שמבואר מדבריהם שם דבאמת לרמב"ח ליכא ש"ש כ"א באפקיד בשטר גם בר"ן כתב להדי' דרמב"ח סבר כן לדינא דאין שבועת שומרין כ"א באפקיד בשטר כי מגו מעלי' הוא אמנם אם נאמר דאף היכא דליכא העזה ל"א מגו אפטורי משבועה יש לדחות הקושי' דש"ש המ"ל ולתרץ דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן:

אמנם לכאורה ז"א דהנה כבר בארתי במ"א שמה שמחולקים הפוסקים אי אמרינן מגו לאפטורי משבועה י"ל שתלוי בפלוגתא רבה ור"י בב"ב דף ל"ב ע"ב אי אמרינן מגו להוציא דלרבה דאמרינן מגו אף להוציא ממון עאכו"כ שיועיל מגו לאפטורי משבועה דהרי עד המסייע שאינו נאמן לממון נאמן לשבועה ק"ו מגו שמועיל להוציא מכ"ש שיועיל לפטור משבועה אבל למ"ד דלא אמרינן מגו להוציא רק להחזיק שפיר י"ל דלא אמרינן מגו אלא להחזיק ממון בחזקת הבעלים משא"כ לאפטורי משבועה וכן מורה לשון הר"ן בסוגיא דידן. ולפי"ז י"ל דרבה לשיטתו דסובר דאמרי' מגו להוציא הרי דמחשב מגו כעדים ומכ"ש שמועיל לפטור משבועה ע"כ פריך שפיר מ"מ אמרה תורה מב"מ הטענה ישבע אבל לדידן לשיטת הפוסקים דהלכה כר"י י"ל דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ולפ"ד הנ"ל י"ל כיון דהיכא דאיכא ברי ושמא אמרינן מגו אף להוציא אפילו בברי גרוע כדמוכח בסוגיא דמשארסתני נאנסתי כמו כן מהראוי שבברי ושמא יועיל מגו גם לאמ"ש וכיון שסתם שומרין בברי ושמא שהמפקיד טוען שמא והנפקד טוען ברי שפיר הקשה רבא שיופטר משבועה ע"י מגו דבו"ש י"ל מגו אף לאמ"ש וצ"ל דמגו דהעזה לאפטורי משבועה לא אמרינן אף בברי ושמא וזה לא יתכן לתרץ אליבי' דרמב"ח דלדידי' לא הוי מגו דהעזה וכמ"ש לעיל ע"כ הוצרך לתרץ דאפקיד בשטר אבל לדידן דלא סברינן כרמב"ח ולא בעינן ג' פרות שפיר משכחת ש"ש אף בלא אב"ש דמגו אינו מועיל דהוי מגו דהעזה.

היוצא מזה דרמב"ח דמצריך ג' פרות אף לפי מסקנא צריכין להחזיק כפי האוקמתא כאן דאב"ש וא"כ נשאר קושי' הנ"ל דהא בכ"ה הוי ש"ק וצ"ל דמיירי דקיימא הך פרה דהודאה וכ"ז שהוא בעינא ליכא שע"ק ולזה מקש' הגמ' שפיר בב"מ דף ה' למ"ד הילך פטור ולרמב"ח מאי לאו דא"ל הילך דהא לרמב"ח ע"כ מיירי שהוא בעין דאל"כ לפטור מטעם הודאת שע"ק דהא לדידי' צריכין לאוקמי דאב"ש וכיון שהוא בעין הוה לי' הילך בכ"מ שהוא:

אמנם אם נאמר דבשבועת שומרין מיירי שהמפקיד טוען ברי שפשע והוי ברי וברי ושאין אומרים בו מגו להוציא וי"ל שגם מגו לאב"ש לא אמרינן וא"כ אף בלא אב"ש יש חיוב שבועה וכיון שכן צריכין לאוקמא דאב"ש תו לא צריכין לומר דפרה דהודאה הוא בעינא וז"כ הגמ' לא דא"ל ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה כלומר דמיירי בבו"ב וכיון שכן ל"צ לומר דאיירי באב"ש דבו"ב ל"א מגו לאמ"ש ואין עוד הכרח לומר דמיירי שהפרה דהודאה הוי בעינא אלא מיירי שמודה שמתה בפשיעה ובעי לשלומי דמים וליכא הילך:

ודע דבש"כ חו"מ סי' ע"ב ס"ק קט"ו אי' דשבועת שומרין ליכא רק בטוען המפקיד שמא ומדברי הגמ' הנ"ל דבמתו כולהו בפשיעה נשמע שלא כדבריו י"ל דז"א רק לרמב"ח דמצריך ג' פרות דלשיטתו יש מקום לחייב אף בטענת ברי דהא איכא הודאה במקצת ומגלגלין גם הך דטוען נאנסה משא"כ לדידן דטוען נאנסו בלא הודאה במקצת איכא ג"כ חיוב שבועה שפיר שייך סברת הש"כ דאם טוען המפקיד ברי אין לחייב הנפקד שבועה דהוי ככל כ"ה דפטור מצד חזקה דאין אדם מעיז אמנם בתומים שם מביא דברי הגהות מיימוני פ"ב דשכירות אות ו' שכ' שיטת הריב"א דכי אמרינן דוקא כי הוא זה דבעי מודה במקצת היינו בטענה דשייך במלוה כמו בפקדון דהוי החזרתי או להד"מ אבל טענת נאנסו דלא שייך רק בפקדון ולא במלוה אפי' בלי מב"מ חייב דאין שייך כאן לומר חזקה אא"מ דבטענת אונס מעיז אפילו יודע חבירו בשקרו עכ"ל ובארתי פשר דבר בין דעת הש"כ והתומים דלענין שבועה שאינו ברשותו לא שייך ש"ש רק היכא שהמפקיד טוען שמא אבל בטוען ברי הוי ככל כ"ה דפטור משבועה אבל לענין שבועה שלא שלח בה יד קודם שנאנס יש לחייב השומר לישבע אף כשהמפקיד מכחישו בברי [ויעוין ב"מ דף ה' כגון דאמר ג' פרות מסרתי לך ומתו כולהו בפשיעה] א"כ לדברי רש"י שמפרש בחומש ששבועת ה' תהי' בין שניהם קאי על אינו ברשותו א"א לומר דמיירי בבו"ב ומקשה רבא שפיר דאותו חיוב שבועה המ"ל ומדויק בזה דברי רש"י שמפרש ש"ש יש לש"ש לישבע

על שבורה ומתה כו' כנ"ל והא דכתב בפסוק אם לא שלח ידו לפ"ד רש"י בחומש הכוונה שנשבע שא"ב גם נשבע שלא שלח יד.

באופן אחר נ"ל לפרש דברי רש"י הנ"ל יש לש"ש לישבע על שבורה ומתה דהי' קשה לרש"י דהא הוי מגו דהעזה וצ"ל כסברת ר"י שמובא ברשב"א דכל כפירות ממון של חבירו אף שאין חבירו יודע הוא ג"כ העזה והוי כמגו ממעיז למעיז והוא הטעם שאמרינן מגו בעיזי שאכלו חושלא [ב"ב דף נ"ו] ולא אמרי' דהוי מגו דהעזה לטעון לקוח דגם בטענה זו כשטוען עד כדי דמי' אם משקר הוא מעיז לגנוב או לגזול ממון חבירו אמנם פשוט לומר שבגדר העזה אינו רק בגוונא שבא להחזיק ממון חבירו שהוא בעין תחת ידו אבל בשומר היכא דבאמת נאבד רק שפשע ועי"ז מחייב בתשלומין אם מכחיש פשיעתו י"ל דלא הוי העזה מצד הכחשת חיובו די"ל שבדעתו לשלם רק אישתמוטי קא משתמיט וא"כ אין להאמינו שלא פשע במגו דלהד"מ דהוי מגו דהעזה לכך הוצרך רש"י לפרש דקושי' הגמ' ש"ש המ"ל לא קאי רק על חיוב השבועה דאינו ברשותו דאם הוא ברשותו וכופר הוי העזה ג"כ וי"ל שפיר המגו כנ"ל דהוי ממעיז למעיז ולדברי הר"ן שכ' די"ל דלא הוי מגו בשומר דדלמא אומר בדדמי שלדעתו מדומה שלא פשע יש ג"כ ליישב דברי רש"י הנ"ל דסברת הר"ן לא שייך רק לענין שבועה שלא פשע אבל לא בשבועה שא"ב דאין מקום לומר בדדמי אם עומדת ברשותו לכך הוצרך רש"י לפרש דקושי' הגמ' לא קאי רק על חיוב השבועה דא"ב ויעוין רש"י ב"מ וא"ו ע"א ד"ה שמא ובתוס' ב"מ דף ג' ע"ב בד"ה בכולה בעי דלודי' לי':

[דף מ"ז ע"ב] **תוס'** ד"ה אי אמרת תימא למ"ד בפ' השואל דף צ"ו מנה לי בידך והלה אומר א"י חייב דברי עדיף היכא מוקי להאי קרא אי בנ' ידענא כו' בהא ליכא חיוב שבוע' לאבא אלא חיובא דממון דברי עדיף ונ"ל ליישב דהנה דעת הר"י במג"ש דלכך לא מיפטר מב"מ משבועה במגו דכ"ה משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן ודעת הפוסקים החולקים סוברים דאמרי' מגו לאפטורי משבועה ושאני מב"מ דהוי מגו דהעזה ולפי דבריהם מה שאמר רבה מפני מה אמרה תורה מב"מ הטענה ישבע חזקה דא"א מעיז אף דמעיזי דאכלי חושלא כו' מוכח דאמרינן מגו דהעזה. י"ל דלא הוי מגו דהעזה רק במידי דכפירה דהיינו נגד אדם שהלוה לו או הפקיד אצלו שהי' לו התעסקות עמו וכן ביאר להדי' הש"ך בח"מ סי' צ"ג ס"ק ד' דברי הפוס' במס' ב"ק דף ק"ז יעו"ש: אמנם לפי"ז קשה בסוגי' דידן דקאמר הגמ' ה"ד אילימא דאמר ליה מנה לאבא ביד אביך וא"ל חמשין אי"ל וחמשין ל"ל מה לי הוא מה לי אבוהא מבואר מזה דהיכא דיורש מודה בברי שאביו חייב נ' וכופר נ' חייב שבועה דאורייתא וכן מבואר לדינא בחו"מ סי' ע"ה

סעיף ט"ז. וקשה לפטר היורש משבועה במגו דאי בעי כפר הכל דלגבי יורש לא הוי העזה מה שכופר הלואת אביו דהא לא הי' למלוה עסק עמו בזה אמנם לדעת הר"י במג"ש א"ש דמגו לאפטורי משבועה ל"א אף היכא שאינו מגו דהעזה והנה לכאורה קשה לשיטת הר"י במג"ש דסובר דלא פטרינן מב"מ משבועה הוא מטעם דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן אמאי מחויב מדאורייתא בחשוד מב"מ לשלם מטעם כיון שאיל"מ הא כיון דחל עליו חיוב ממון י"ל גבי' מגו ונהמני' על הכפירה במקצת במגו דאי בעי הוי כופר הכל דהא לגבי חשוד שדנין לחייבו ממון הוי מגו זו לאפטורי מממון וצ"ל דאף לאפטורי מממון לא אמרינן מגו דהעזה ושאני בעיזי דאכלו חושלא דשם לא הוי מגו דהעזה כדברי הש"ך הנ"ל בשם התוס' דשם לא מיקרי מידי דכפירה ויכול להעיז ומעתה י"ל שהיכא שהיורש מב"מ והוא חשוד אין לומר גבי' מתוך שאיל"מ אף שכופר בברי דכיון דלגבי יורש לא מיקרי העזה ומה שמחייבין אותו שבועה במב"מ ולא פטרינן במגו דכו"ה הוא רק משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן וז"א כ"א כשאינו חשוד שאין עליו חיוב רק שבועה אבל כשהוא חשוד ואנו דנין לחייבו ממון לנו לפטור אותו מממון במגו דכ"ה כיון דלדידי' לא הוי העזה וא"כ י"ל שזה כוונת הקרא שבועת ה' וגו' ולא בין היורשים דבאב והוא מב"מ והוא חשוד מחייבין אותו לשלם כדין מתושאיל"מ. ובמגו ליכא לפוטרו דלגבי אב הוי העזה ואף לאפטורי משבועה לא אמרינן מגו אבל ביורש דלא הוי בי' מגו דהעזה כשהוא מב"מ והוא חשוד פטור מחמת מגו דהוי לדידי' לאפטורי מממון וליכא העזה לגבי' כנ"ל.

ודע דבש"ע סי' ע"ה סעיף י"ג בדין מתושאיל"מ איתא בזה"ל אבל במקום שיכול לומר פרעתי או החזרתי לא אמרי' הו"ל מתושאיל"מ דנאמן במגו כן הסכימו האחרונים ז"ל וכ' בסמ"ע ס"ק ל"ג בזה"ל פרעתי שייך בהלואה והחזרתי שייך בפקדון כו' אבל אם אין עד מעיד שלא זזה ידו כו' יכול לומר פרעתי נאמן נמי לומר יש לי בידו כנגדו במגו דפרעתי. כ"כ לאפוקי מדעת ריב"ם שכתבו התוס' בשמו פחה"ב וכו דלדידי' אין נאמן לומר יש לי בידו כנגדו במגו דפרעתי מטעם דע"א מעיד על ההלואה וז"א מכחישו אלא טוען טענה אחרת יש לי כנגדו הו"ל מגו במקום עדים וכשם שמגו במ"ע ל"א ס"ל נמי דלא אמרינן מגו נגד ע"א אלא דהתורה האמינתו לישבע נגדו ולהכחישו וכאן שמודה לו ואינו יכול לישבע משלם עכ"ל וכ' הש"ך ע"ז בס"ק ל"ח בזה"ל לענ"ד זה שגגה דודאי גם הריב"א מודה דהיכא דהוי יכול לטעון פרעתי והחזרתי נאמן דהאיך יעלה על דעת דע"א מחייב יותר מב' עדים דודאי לא קאמר ריב"ם אלא אע"ג דהוי מגו מה שהי' מכחיש את העד מ"מ התורה האמינתו לענין שבועה ומוכרח הוא ממש להכחישו או לשלם והיינו משום דכל

שאינו נשבע להכחישו הוי הע"א עומד במקום שנים והוי ודאי כמו ב' דבעינן שיעידו שלא זזו וכה"ג וכ"ש א' וכן איתא להדי' בחדושי רמב"ן בפ' חז"ה. ובר"ן פ' כל הנשבעין שכתב תם ממש כתירוץ הריב"ם וכ' שם אח"כ דהיינו דוקא כשהעד מעיד שלא זזה דאל"כ אפי' בב' הי' נאמן לומר דידי חטפתי במגו דהחזרתי יעו"ש וז"ב עכ"ל הש"ך והנה מה שהשיג דגם בב' מועיל מגו זה באמת השגה גדולה על הסמ"ע אבל מ"ש דהרמב"ן והר"ן כתבו ממש כתירוץ של הריב"ם צע"ג כאשר אבאר ואקדים דברי הרמב"ן בסוגי' דנסכא ב"ב דף ל"ד שכ' בזה"ל ויש שפירשו טעם הדבר מפני שהתורה האמינה ע"א עד שישבע הלה להכחישו וכ"ז שנא לשבע הרי העד נאמן וכמו שחטף בפנינו דמי לכך אינו נאמן לומר דידי חטפתי אפי' בשבועה וכיון שאינו יכול לישבע שלא חטף משלם ע"כ מפני שהתורה האמינה ע"א וכוונתו דע"א כשאין נשבעין להכחישו הוי כב' וכן מבואר בהר"ן לשבועות בסוגיא דידן שכ' בזה"ל עוי"ל דהטעם דלא מהימן בשבועה לומר דידי חטפתי מגו דאי בעי אמר לא חטפתי לפי שהתורה האמינה ע"א לענין שבועה כב' עדים לענין ממון כו' יש לבעל הדין לשלם או לישבע להכחיש את העד אבל כ"ז שלא הכחישו לא מצי למימר דידי חטפתי לענין שבועה כי היכא דלא מצי למימר הכי בשנים לענין ממון עכ"ל הר"ן הרי שעיקר סברתו משום דע"א הוא כשנים משא"כ במפקיד אצל חבירו בשטר שנאמן לומר החזרתי בשבועה במגו דאי בעי אמר נאנסו שמודה בעצמו שלא נאנסה מ"מ לא מיקרי משואיל"מ כיון דאי"ל מגו משא"כ בנסכא דהוי מגו נגד העדים דע"א הוי כשנים כשאין נשבעין נגדו אבל בדברי התוס' ב"ב שהביאו דברי הריב"ם יש כוונה אחרת כי ז"ל לכן נראה כמו שפירש ריב"ם דודאי הוי מגו ולהכי פטרו רב ושמואל דנאמן בשבועה במגו דאי בעי אומר לא חטפתי ור"א סובר אע"ג דאי"ל מגו חייב כיון דאיכא חד המחייבו שבועה מה"ת וכן הוא הדין שישבע להכחיש את העד או ישלם ואין מועיל לו מגו לפטור עכ"ל התוס' וכתב באס"ז בזה"ל על מה שתירצו בתוס' לכך נראה כפי' ריב"ם וכו' כתב בתוס' הרא"ש ז"ל וז"ל ולא דמי להההיא דלקמן דהמפקיד אצל חבירו בשטר דכ"ז שלא טען נאנסו עדיין לא נתחייב שבועה הילכך יש להאמינו במגו עכ"ל וז"ל הר"י בעליות וגבי מפקיד אצל חבירו בשטר לא שייך לומר מתוך שאינו יכול לישבע שנאסו משלם שהרי אין חיוב שבועה חל על הנפקד עד שיטעון שאבד הפקדון ואז יחול עליו שם שבועה לישבע שאבד באונס עכ"ל האס"ז המעיין בדברי אלו יבין שהרא"ש והר"י הנ"ל לא נחתו לפרש דברי ריב"ם שנתכוון להתירוץ שנזכר בחידושי הרמב"ן והר"ן הנ"ל. דהא לדברי הרמב"ן והר"ן עיקר הטעם בנסכא משום דע"א הוי כשנים ע"כ כשאינו יכול לישבע נגד העד הדין כאלו הי' שניהם מעידים על החטיפ'

ופשוט שלפי טעם זה ל"ק כלל מדין המפקיד דנאמן החזרתי במגו דנאנסו דהא שם ליכא כלל שום עד א"ו שהם מפרשים דברי ריב"ם כפי הנראה מדברי התוס' הנ"ל בשטתו דכן הוא הדין שכל מחויב שבועה ישבע או ישלם ואין לו מגו לפטור א"ע ואין לחלק בין אם החיוב שבועה מצד ע"א או שלא ע"פ עד ולכך הי' קשה להרא"ש והר"י הנ"ל דא"כ אמאי מועיל טענת החזרתי במגו דנאנסו נימא כיון דמחויב שבועה על נאנסו ואי"ל משלם כמו בנסכא שאף שרוצה לישבע דדידי' חטף לא מיפטר במגו דלא חטף לכך הוצרכו לסברתם דשאני התם דעדיין לא הוחל שבועה דנאנסו משא"כ בנסכא כיון שהי' ע"א באותו חטיפה מיד חל חיוב שבועה וע"כ אין לפוטרו רק כשישבע שבועה שמחויב וכשאומר אין חטפתי הוי משואיל"מ:

היוצא מזה שיש חילוק גדול בין הריב"ם לפי דברי הרא"ש הנ"ל ובין תירוץ של הרמב"ן הנ"ל וקשה על הש"ך הנ"ל שהחליט בפשיטות שכוונה אחת להם. ודע דבחדושי הרשב"א המובא ג"כ באס"ז הנ"ל מביא דברי הריב"ם בשינוי לשון וכפי האמור בשמו בתוספות הנ"ל יעוין שם. ומדברי המובא באסיפות זקנים לכתובות דף פ"ה מש"כ שם וא"ת אכתי כו' וכן דעת הריב"ם כו' ע"כ מבואר שהי' מפרש כוונת הריב"ם כפי שתירץ הרמב"ן והר"ן הנ"ל היוצא מכל הנ"ל לפי"ד הריב"ם לפי' פי' הרא"ש והר"י הנ"ל אף בשבועה הבאה שלא ע"י ע"א אינו מועיל מגו כשאינו יכול לישבע השבועה שמחויב ודנין בדין מתושאיל"מ. ועכ"ז א"ש דברי רבה שהקשה מ"מ אמרה תורה מב"מ הטענה ישבע אף לשיטות המפורשים שקושי' רבה הוא דלפטור משבועה במגו דאין לדחות דאף במקום שיש מגו דנין במתושאיל"מ ואין תועלת בהמגו ז"א דפשוט דדין מתושאיל"מ לא שייך רק היכא שמניעות השבועה הוא מחמת שאינו יכול לישבע כמו בנסכא שמודה על החטיפה רק שאומר שדידי' חטף משא"כ במב"מ שיכול הוא לישבע רק שרוצים לפטרו משבועה במגו וכיון שאין זה בגדר מתושאיל"מ שמועיל המגו לפוטרו משבועה והקשה שפיר מפני מה כו' ולפי"ז יש לדחות מה שהקשיתי לעיל דבחשוד מב"מ ליפטור מתשלומין במגו דאי בעי כופר הכל די"ל לפי סברת הריב"ם כיון שהוא חשוד וחל עליו חיוב התשלומין מצד הדין מחויב שבועה ואיל"מ ע"כ אף דאינו יכול לישבע אינו פטור מתשלומין דהא אי לא הי' חשוד הי' מחויב לישבע ומצד שהוא חשוד אינו יכו לישבע משלם וכמו בנסכא דגם בנסכא אינו יכול לישבע ואפ"ה נשאר בחיוב תשלומין דכך מדות התורה במי שמחויב שבועה ומניעות השבועה הוא מחמת שאינו יכול לישבע אף שיש לו מגו מחויב לשלם וא"כ מהראוי שיהי' כן הדין גם ביורש חשוד והוא מב"מ אף דלגבי יורש לא הוי העזה מ"מ לא מיפטר מתשלומין מחמת המגו

דכיון דחשוד הוא ואיל"מ אף היכא דאי"ל מגו וא"כ נסתר תירוץ הנ"ל על קושי' התוס' הנ"ל ד"ה אי אמרת.

ואגב אמינא דאפשר לומר דגם כוונת רש"י הוא כפי' הריב"ם. וה"ז לשון רש"י ד"ה לישתבע כו' והא ל"ל לשתבע דדידי' חטף שאין זו שבועה המוטלת עליו ע"כ צריך ביאור מה בכך שאין זו שבועה המוטלת עליו הא ס"ס נשבע וכיון שנשבע אי"ל מיגו דאי בעי הוי נשבע שלא חטף וכן מקשה הר"ן אחר שמסיים בפירש"י שסברת רש"י כדברי ריב"ם ונ"ל שמי שאינו נשבע השבועה שמחויב אין לפטרו במגו ומתחייב בתשלומין ע"כ בנסכא אף כשנשבע שדידי' חטף פעל בשבוע' זו שיהי' לו מגו דאי בעי הי' נשבע שלא חטף דמה לי שבועה זו או זאת כי שניהם בחומר א' מ"מ הי' מחויב תשלומין אשר עליו כיון שאינו נשבע השבועה שחייבתו התורה ולזה כתב רש"י שאין זה שבוע' המוטלת עליו ומה שפוטרין בנפקד בטענת החזרתי במגו דנאנסה אף שאינו נשבע שבועת התורה דהיינו נאנסו י"ל כמו שמתרץ התוס' והר"י בשיטות הריב"ם וכנ"ל דכ"ז שאינו טוען נאנסו אין חיוב שבועה זו ואני הוספתי עוד לתרץ בפשיטות דבפקדון כשנשבע שהחזיר הפקדון להנפקד הוי כנשבע שבועות התורה דהא כוונת השבועה שעל השומר לישבע כשנאבד ממנו הוא לאמת שאין הפקדון ברשותו שלא נאבד ממנו בפשיעתו והרי גם כשהחזיר הפקדון להמפקיד בעצמו כן הוא שאין הפקדון תחת יד הנפקד ולא פשע בכלום והוי בכלל מאתים מנה כ"כ כשישבע שהחזיר הפקדון כלול בו ממילא גם שבועת התורה שעל השומר לישבע באבידת הפקדון באונס שעצמותו אינו רק לאמת שאין הפקדון בידו ולא נתחייב בתשלום דמים מצד איזה פשיעה ואעכו"כ שלפי"ד יצא הפקדון מרשותו ובא ליד הנפקד כי החזיר לו לידו אבל בנסכא כשנשבע שדידי' חטף הוא להיפך מהשבועה שחייבה התורה לישבע נגד העד דהיינו שלא חטף ע"כ עליו לשלם כי אינו נשבע שבועה שחייבתו התורה:

והנה לפי"ד הנ"ל בחשוד מב"מ חייב לשלם אף שיש לו מגו דלאפטורי מממונא אמרי' אף מגו דהעזה מ"מ כיון שיש עליו חיוב משבוע' שהי' מוטל עליו לישבע אם לא הי' חשוד קם הדין משואיל"מ ולא מיפטר במגו כדעת הריב"ם אבל עדין יש להקשות הא תינח לדידן דפסקינן כר"א אבל לשמואל דל"ל מתושאיל"מ והטעם במשנה דחשוד שכנגדו נשבע ונוטל הוא מצד תקנת חכמים דקנסו לחשוד כמ"ש בחידושי הרשב"א ובודאי דלא שייך למיקנס בחיוב תשלומין רק אם יש לתלות דהוא משקר אבל היכא דיש לו מגו דהמגו מעידה שהוא אינו משקר בודאי אין לחייב את החשוד וכי בשביל שעשה עבירה שעליו נעשה חשוד יפסיד ממונו בכדי א"כ לקתה מדת הדין במה שמחייב את

החשוד במב"מ שישלם דהא כיון שמחויב לשלם שבה מגו דידי' דאי בעי כ"ה להיות מגו לאפטורי מממון וכוון דאי"ל מגו הדין להאמינו וא"כ הוי תרי הפכים בנושא א' מה שמחייבין אותו לשלם מתאמתין דבריו בכח המגו אשר לו ויש לחזק הקושי' דמה הועילו חכמי' בתקנתן שקנסו חשוד שישלם הא יהי' בידו לכפור הכל ולא יתחייב כלום וא"ל מסתמא לא יעשו כן דסמכו חכמים שלא יעיז לכפור הכל דהא גבי ממון אמרינן מגו דהעזה א"כ ע"כ צ"ל דדרך בני עושה עול להעיז למען ירויחו ממון ע"כ צ"ל דלפי מה דאסיק רבה הסברא דאישתמוטי אשתמיט מחזיקין כל מב"מ וכופר במקצת שבעמדו לפני ב"ד אין דעתו שלא ישלם כ"א להשתמט לזמן מה עד שיהי' לו לשלם בהרווחה וע"כ לא מצינו מגו דהעזה בממון אלא היכא דלא שייך אישתמוטי כמו בעיזי דאכלי חושלא או בשדה זו של אביך היתה דאם דעתו של זה לשלוח יד בממון חבירו הי' מעיז להרווחת הממון אבל היכא שאין דעתו לממון רק לאשתמוטי לא הוי בכלל לאפטורי מממון ולא יעיז בשביל זה לכפור הכל וא"כ גבי חשוד מב"מ אם הדין שיחויב לשלם מ"מ ל"ל מגו דלמא אין דעתו רק לאשתמוטי לשעתו ולכך לא יעיז לכפור הכל ובפרט לפ"ד הרשב"א בתשובתו ח"ג סי' רע"ג שכ' בזה"ל כל שבא להחזיק בדבר הידוע לחבירו אם אתה חושדו דשלא כדין בא להחזיק בו כל שמעיז פניו כ"כ יעיז ויעיז בכל טענה ואפילו בטענת מינך זבינתי' ויש לנו כיוצא בזה בפרק ח"ה גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא יעו"ש שוב מצאתי בקצה"ח סי' פ"ב בכללי מגו אות י"ד שכ' ג"כ עפי"ד הרשב"א הנ"ל דהיכא דאמרינן אשתמוטי לא הוי העזה כ"כ ולא אמרינן גבי' מגו דהעזה אמנם לשון הר"ן בסוגיא דקציצה נראה שהחילוק בין מגו דהעזה לאפטורי משבועה ובין מגו דהעזה לאפטורי מממון הוא משום שמגו דהעזה הוא מגו גרוע ולכך לא הוי לאפטורי משבועה אבל לאוקמי ממון מועיל אף מגו גרוע וא"כ צ"ל כנ"ל דחשוד מב"מ שדנין אותו בחיוב תשלומין הרי יש לו מגו דאי בעי כ"ה ולאוקמי ממונא מועיל אף מאינו מעיז למעיז ולפי מה שבארתי לעיל לשיטת הרץ שלא נחית לתירוץ של הריב"ם מועיל מגו אף היכא דשייך בי' דין מתושאיל"מ ושאני בנסכא דאיכא ע"א גם הוא עצמו כ' בפי' המשנה דכל הנשבעין דבחשוד מב"מ שכנגדו נשבע ונוטל דהשבועה הוא לחומרא על התובע מתק"ח דמדאורייתא מחייב חשוד מב"מ לשלם מדין מתושאיל"מ וקשה כנ"ל וצ"ע:

חדושי מסכת חולין

[דף ט' ע"ב]

תוס' ד"ה התם הילכתא גמירא לה כו' וא"ת ומסוטה היכי מצי למילף והא סוטה אית לה חזקת טהרה וי"ל כיון דקינא לה ונסתרה יש רגלים לדבר ואיתרע לה חזקתה וא"ת כל ספק טומאה ברה"י מנ"ל דטמא היכא דאיכא חזקת טהרה אי מסוטה הא איתרע לה חזקה. וי"ל דגמרינן שפיר מסוטה דעשאה הכתוב כודאי ולא מוקמינן לה אחזקתה ע"כ תרוצם של התוס' דחוק כמובן דאכתי קשה דילמא משום דאיכא רגלים לדבר עשאה הכתוב כודאי ונלע"ד לתרץ בתירוץ מרווח מדעשאה הכתוב ספק סוטה ברה"י כודאי יש הוכחה גמורה דלא אזלינן בתר חזקה אף היכא דליכא רגלים לדבר דאי' במס' נדרים דף צ' ע"ב במשנה בראשונה הי' אומרים שלש נשים יוצאת ונוטלות כתובה האומרת טמאה אני לך כו' חזרו לומר שלא תהא נותנת עיני' באחר ומקלקלת על בעלה. האומרת טמאה אני לך תביא ראי' לדברי' וכ' הר"ן בזה"ל ואיכא למידק כיון דמדינא באומרת טמאה אני לך מיתסרא אבעלה כמשנה ראשונה משום דלא תהא נותנת עיני' באחר האיך התירה וכי איסור שבה להיכן הלך כו' ואחרים תרצו דמשנה ראשונה לא דינא קתני דמדינא ודאי אין אשה נאמנת להפקיע א"ע מבעלה שהיא משועבדת לו אלא משום דהא מילתא דטמאה אני לך כסיפא לה תקינו במשנה ראשונה שתהא נאמנת דאי לאו דקושטא קאמרה לא הוית מזלזלא נפשה למימר הכי. וכי חזי רבנן בתראי דאיכא למיחוש שלא תהא נותנת עיני' באחר אוקמוהו אדינא ע"כ היוצא מזה דמדינא דאורייתי' אף בטענת טמאה אני לך אינה נאמנת ואף למשנה ראשונה לא הי' ביד האשה שתפקיע א"ע מבעלה כ"א מצד תקנת חכמים והתקנה עצמה לא הי' רק מטעם שאמדו חז"ל שאם לא זינתה לא היתה מזלזלת א"ע לומר בעצמה שזינתה. לפי"ז קשה דלפי דינא דאורייתא אין לחשוב רגלים לדבר שזינתה דהא יכול להיות שעיני' נותנת באחר ולא הי' לה מציאות בדינא דאורייתא להפקיע א"ע מבעלה אם לא במה שנסתרה אחר הקינוי שבזה אסורה עליו עד להשקות מים המאררים ובידה לומר איני שותת ותצא מבעלה וי"ל שיכול להיות שסתירתה הי' לערמה כדי שתפקיע א"ע מבעלה ותו ליכא כלל רגלים לדבר שזינתה ואמאי מרעינן חזקתה:

ליישב קושי' זו אקדים לשון הרמב"ם פי"ח מהלכות א"ב דין ט' אשת כהן שאמרה לבעלה נאנסתי אע"פ שהיא מותרת לבעלה כמו שבארנו הרי היא אסורה לכל כהן אחר שימות בעלה שהרי הודה שהי' זונה ואוסרה עצמה ונעשית כחד"א. וכ' הראב"ד בזה"ל אע"פ שאמר דבר חכמה אין שמועתו מכוונת שאם אמרה לאחר מיתת בעלה לא אמרתי

אלא כדי שיגרשני בעלי למה אינה נאמנת והלא לא הודית על עצמה הודאה לאסור ולא נתקבלה דברי' ע"כ יעו"ש וכ' המ"מ בזה"ל ומ"ש הראב"ד שאם נתנה אמתלא לדברי' שאמרה כן כדי שיגרשנה בעלה שהיא נאמנת ואפשר לומר שאין לסמוך על דברי' דהא בעלה לא הי' מצווה לגרשה כו' אין דברי' כלום עכ"ל. ולדעתי נראה שגם הראב"ד מודה לסברת המ"מ רק שדעתו אף שאינה נאמנת מ"מ כיון שמבואר בירושלמי שראוי לבעל נפש להחמיר על עצמו להוציאה כשאמרה בעצמה טמאה אני לך. ע"כ אכתי יש מקום לאמתלא שתוכל לומר אף שידעה שמצד הדין א"צ הבעל להאמין לה מ"מ סברה לצאת י"ש יוציא אותה בעלה בגט אבל כשאינה פועלת באמירתה כלום גם הראב"ד מודה שאין מקום לאמתלא וכדברי המ"מ הנ"ל לפי"ז בנסתרה ברה"ר כיון שאמרה התורה שהיא מותרת לבעלה ואינה צריכה לשתות מים המאררים וא"צ הבעל להוציאה. ועכ"ז הסתירה א"ע אחר שקינא לה בעלה שפיר יש רגלים לדבר שזינתה בשעת הסתירה דאין לומר שמא לא זינתה ולא הסתירה א"ע רק כדי שתפקיע א"ע מבעלה הא הסתירה ברה"ר אינה מפקעת מבעלה ונשארת מותרת לו. הרי בהיתר שהתירה התורה כשנסתרה ברה"ר גורם שיהיה רגלים לדבר שזינתה והוי כתרי הפכים בנושא אחד שההיתר גורם צידוד לאיסור הרגלים לדבר ושב להיות שורת הדין שתהיה אסורה ואם תהי' אסורה ממילא לא יהיה רגלים לדבר דהוי תרי הפכים בנושא אחד אם יהי' אסורה יש אמתלא לסתירתה שעשתה כן כדי להפקיע א"ע מבעלה וליכא רגלים לדבר ובכה"ג שא"א להמלט מהתנגדות נותן הדין להחמיר וע"ד שכתבו התוס' בב"מ דף ו' ד"ה אף עובד דניחא לי' וא"ת כו' וי"ל דאם היתה כשרה הוי ניחא לי' לכך אין להכשיר הרי דמיון גמור למה שכתבתי א"כ א"ש תירוץ הראשון של התוס' דאין לומר דלכך מותר ספק סוטה ברה"ר משום דאית לה חזקת צדקת דהא איכא רגלים לדבר וע"ד שבארתי שמחמת שהתירה התורה קמה וגם נצבה הרגלים לדבר שזינתה בסתירה זו דאל"כ למה הסתירה א"ע הא ידעה שלא תפקיע א"ע מבעלה ע"י סתירה זו ומחמת זה איתרע חזקתה והי' מהראוי שתהי' אסורה א"ו דספק טומאה ברה"ר מותר אף בלא חזקה ע"כ אף שמחמת ההיתר מתחזק הרגלים לדבר להוציאה מחזקת היתר לא איכפת לן כי ספק טומאה ברה"ר מותר אף דליכא חזקה כלל אמנם לפי"ז כשנסתרה ברה"י שאף אם לא היתה אסורה לבעלה רק מחמת ספק ולא כודאי הי' ממילא מתבטל עי"ז הרגלים לדבר דהוי מקום לתלות שסתירתה לא הי' לזנות רק שתפקיע א"ע מבעלה וליכא כלל רגלים לדבר ולא איתרע חזקתה ועכ"ז עשאה הכתוב כודאי ומזה מוכח שפיר דספק טומאה ברה"י טמאה ודאי אף היכא דאיכא חזקה דא"ל דשאני סוטה דאיתרע חזקתה מחמת הסתירה

דרגלים לדבר שזינתה דהא מצד איסור מספק ג"כ מתבטלת הרגלים לדבר שהרי איכא למימר שלא לשם זנות הסתירה אלא כדי שתאסר על בעלה. ועכ"ז עשאה הכתוב כודאי מוכח שפיר דספק ברה"י טמא אף היכא דאיכא חזקת צדקת. והרי צדקו יחדיו מה שלמדו חז"ל מסוטה לטהר ברה"ר אף היכא דליכא חזקה ולטמא ספק טומאה ברה"י אף היכא דאיכא חזקה להתיר ודוק:

בסוגיא דאזלינן בתר רובא [דף י"א]

ויעוין סנהדרין דף ס"ט ובד"נ מי אזלינן בתר רוב ואי' שם בחידושי הר"ן בזה"ל וא"ת והא בפ"ק דחולין ילפינן מד"נ דאזלינן ב"ר משום דלא חיישינן דילמא טרפה הרג כו' יעו"ש שמתרץ די"ל דהיכא דלא אפשר שאני ולכאורה יש להקשות לפי מה שבארתי במ"א דהך דחוי' דילמא היכא דאפשר אפשר היכא דלא אפשר לא אפשר תלי בפלוגתא שמצינו כמה פעמים בש"ס אי דנין אפשר משא"א ומדברי ר"ה ברי' דר"י בקידושין דף כ"ג דאמר שם הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו אי ס"ד שלוחי דידן נינהו מי איכא מידי דאנן לא מצינן עבדינן ואינהו מצי עבדי כו' יעו"ש נראה שהוא סובר דנין אפשר משא"א: והוא בעצמו סובר בסנהדרין דף הנ"ל דבד"נ לא אזלינן ב"ר והרי אם דנין אפשר משא"א יש ללמוד מהורג את הנפש דאף בד"נ אזלינן ב"ר אמנם קושי' זו יש לדחות די"ל דר"ה סובר דחזקה שלא נתבררה מיקרי ג"כ חזקה ויש בהריגת כל נפש בן יב"ח חזקה שאינו טריפה ואם הנהרג פחות מיב"ח אפשר לא קטלינן להההורג אותו רק בגוונא דאפשר למיבדק והרי לר"ט ור"ע כל הורג נפש אף גדול לא נהרג רק כשמבורר שלא הי' נקב במקום סייף כמבואר בתוס' ד"ה ליחוש דילמא במקום סייף נקב הי' וי"ל שסובר ר"ה דר"ג לא חלק עליהם רק בהריגת אדם שכבר עברו עליו יב"ח ואיכא גם חזקה ובהריגת קטן פחות מיב"ח מודה דבעינן בדיקה (כדברי אלה צריכין לומר בישוב ספר התרומה סי' ע"ג אחר שכ' דחזקה שלא נתבררה הוי חזקה כ' בזה"ל כדמוכח בפ' הכל שוחטין דאמרי' מנ"ל דאזלינן ב"ר אתי' מהורג את הנפש דאמר רחמנא קטלי' והשתא דילמא משום דאוקמינן אחזקה כנ"ל כו'. א"ו דלא מיקרי מיהו י"ל דפריך למ"ד טריפה חי' עכ"ל וקשה הא מפסוק איש כי יכה כל נפש מרבינן אף בהורג קטן בן שעה א' דליכא חזקה כלל א"ו כמ"ש דהוי מצי למימר דברציחת בן יב"ח ממיתין בכל גוונא את הרוצח מצד חזקה שהנהרג חי כבר יב"ח ורבוי דכל נפש אתי' היכא שאפשר למיבדק הקטן כגון שהרגו בהכאה שאין בו חסרון והנהרג נשאר שלם בכל אבריו ואפשר למבדקי') אמנם אכתי קשה על ר"ה הנ"ל דממכה אביו ואמו מוכח דאזלינן ב"ר אף בד"נ:

ונ"ל לתרץ בהקדם דברי התוס' כאן ד"ה כגון שהי' אביו ואמו כו' שכתבו בזה"ל ועוד הוי מצי למידק דדילמא משום דאזלינן בתר חזקה דמוקמינן האם בחזקת צדקת ולכאורה צ"ע דבחולין דף כ"ה ע"ב אי' אמר רבא מריש ה"א סימנא עדיף מט"ע השתא דשמעתינהו להנהו שמעתתא אמינא ט"ע עדיף דאלת"ה האיך סומא מותר באשתו וב"א מותרין בנשותיהן בלילה אלא בט"ע דקלא הכי נמי בטביעת עין ומפרש רש"י בטביעת עין דקלא שנתן דעתו להכירה בקול כו' ע"כ ומדברי התוס' שם ד"ה פלניא דהאי סימנא מבואר דאף דסמכינן באיסור א"א להתירה ע"י סימני' מ"מ לא סמכינן אסימנים למקטלי' ולהחזיקה בא"א מן השני אלא אמרי' שמא הי' חי בעלה ולא הוי קדושי' קדושין וכן אם ניסת ע"פ ע"א ובסנהדרין דף ס"ז ע"א איתא ושארי כל חייבי מיתות שבתורה אין מכמנין עליהם חוץ מזו היינו מסית] כיצד עושין לו מדליקין לו את הנר בבית הפנימי ומושיבין את העדים בבית החיצון כדי שיהי' רואין אותו ושומעין את קולו ומפרש רש"י שם אי לא מצי חזי' לי' לא מצי מסהדי עלי' לחייבי' קטלא ואע"ג דשומעין לקלי'. הרי מבואר דט"ע דקלא אינו מועיל רק לענין איסור ולא לענין חיוב מיתה א"כ לכאורה שפיר מוכח ממכה אביו דאזלינן בתר רובא ואין לדחות כדברי התוס' הנ"ל דהטעם משום דמעמידין האם בחזקת צדקת די"ל שהיא צדקת ונזדקקה לבעלה בט"ע דקלא כי ב"א מותרין בנשותיהן עד"ז ולא פעלה און ועכ"ז לענין להרוג את הבן כשהכה האב יש לחוש דילמא לאו אביו דהא לענין מיתה אינו מועיל ט"ע דקלא אמנם יש לדחות כיון דעכ"פ הי' ט"ע דקלא הרי נוסף על הרוב שיש דרוב בעילות אחר הבעל גם ט"ע דקלא תו ליכא למילף דאזלינן בתר חד רובא. ושאני במכה אביו דיש רוב וט"ע דקלא דהוי כמו רובא וחזקה דבכה"ג גם ר"מ מודה אף דלא אזיל בתר רובא לחודא וכעין זה צריכין בלא"ה לפרש בדברי התוספות שכתבו בפשיטות ועוד המ"ל ודילמא משום דמעמידין האם בחזקת צדקת וקשה דא"כ ממילא מוכח דאזלינן בתר רובא דרובא וחזקה רובא עדיף כפ"ד התוס' בעצמם ד"ה מנא הא מילתא והי' להתוס' לבאר שדבריהם אלו כאן המה לשיטת ר"ח שם א"ו דכוונת התוס' דדילמא במכה אביו הוא משום דאיכא רובא וגם חזקה ואכתי מנלן היכא דאיכא רק רובא לחודא גם הר"ן לאלפסי כ' בזה"ל אתי' מכרה אדומה ואיכא למידק דילמא טעמא דפרה משום דאיכא רובא וחזקה כו' ואוקמא אחזקה וארובא אבל רובא לחודא. א"נ חזקה לחודא לעולם אין הולכין אחרי' תירצו בתוס' כו' הרי שהתוס' נחתו לסברא זו לחלק בין היכא דליכא אלא רוב ובין היכא דאיכא רובא וחזקה ועד"ז קושייתם בפרה אדומה כמו כן כוונתם בקושייתם במכה אביו די"ל משום דמעמידין האם בחזקת צדקת עוד ראי' דהא קשה על התוס' קושי' מהרש"א מאי מועיל חזקת צדקת דילמא נאנסה

וצ"ל דכוונת התוס' כאן דרוב דאונס לא שכיח הוי ממילא תרי רובא רוב שלא אירע לה זנות ע"י אונס ואף אם נאנסה הולד מבעלה דרוב בעילות אחר הבעל עוד י"ל דלפי סוגי' דידן דלא מחלק הגמ' לענין רובא בין ד"נ לאיסור דהא כמה אמוראי ילפי דאזלינן ב"ר מאיסורין מרישא של עולה ושבירת עצם בפסח וכדומה ואי לא הוי אזלי ב"ר גם באיסור לא הוי אזלי' וידוע דט"ע דקלא לא עדיף מרובא דליתא קמן ודעת כמה פוסקים דגרוע קצת מרובא דליתא קמן א"כ תו ליכא למיחוש דילמא לאו אביו הוא דהא איכא חזקת צדקת וא"ל דילמא נזדקקה לבעלה בט"ע דקלא דהא לאותו סיד דלא אזלינן ב"ר באיסור הי' אסור לב"א ונשותיהן שיזדקקו זה לזה כ"א בהכרה בט"ע ממש ולא בט"ע דקלא דלא עדיף מרובא דליתא קמן וגם ב"ר דליתא קמן לא אזלינן באיסורין ואיכא שפיר חזקת צדקת ואין לומר דילמא נזדקקה ע"פ ט"ע דקלא דהא אי לא אזלינן ב"ר גם בט"ע דקלא לא סמכינן אף באיסורין ונשאר קושי' התוס':

אמנם בלא"ה קשה לר"מ דחייש למיעוטא האיך סומא מותר באשתו דהא לר"מ דלא אזיל ב"ר דליתא קמן גבי איסור גם בט"ע דקלא ליכא למיסמך באיסור וליישב קושי' זו אקדים הגמ' בקדושין דף ס"ג ע"ב קדשתי את בתי ואיני יודע למי קדשתי' ובא א' ואמר אני קדשתי' נאמן אמר רב נאמן ליתן גט ואינו נאמן לכנוס אימא יצרו תקפו רב אסי אמר אף נאמן לכנוס ומפרש רש"י דלא חציף למימר בפני האב שקיבל הקידושין אני הוא דמירתת דילמא מכחיש ליה ואי' שם בר"ן ואע"פ דאין דבר שבערוה פחות משנים וע"א דמהימן לומר מת בעלך האי טעמא משום דאיהי דייקא ומינסבא ומתוך חומר שהחמרת עלי' כו' והכא ליתא להאי טעמא התם הוא להוציאה מחזקתה אבל זה שמעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו נאמן עכ"ל הרי שדעת הר"ן דעיקר הטעם מה שמהימן לומר אני קדשתי' הוא משום דע"א נאמן באיסורין והיינו דהא אף במקום חשש דיצרו תקפו מ"מ האמינה תורה ע"א דנאמנות ע"א ילפינן לה מוספרה לה והתם איכא ג"כ חשש דיצרה תקפה ומ"מ נאמנת וחזקה ליכא הכא דהא הוא אינו סותר החזקה אלא מעמידה בחזקתה אלא שאומר שנתקדשה לו רק שעכ"ז הוינן מחמירין מדרבנן שלא להאמינו לכונסה לולא הטעם דמירתת ומשום סברא דמירתת לחודא בודאי לא הי' אפשר להאמינו לולא שמצד הדין בלא"ה נאמן מדאורייתא מדין ע"א נאמן באיסורין וכן מבואר בספר המקנה להדי' ומוכח לה גם מדברי הרשב"א ז"ל שכ' שגם באומרת נתקדשה ואיני יודע למי ובא א' ואמר אני קדשתי' דאינו נאמן לכנוס אם כנסה אין מוציאין אותו מידה לפי"ז יש לכאורה להקשות על דברי רבא שאמר שם בחולין דף צ"ה השתא דשמעתינהו להנהו שמעתתא אמינא ט"ע עדיף דאלת"ה האיך סומא מותר

באשתו כו' מאי ראי' מזה דילמא שאני גבי סומא דאיכא ע"א דהא אשה שמזדקקת לו ואומרת לו שהיא אשתו נאמנת מדאורייתא מדין ע"א נאמן באיסורין כמו באינו ידוע למי נתקדשה וא' בא ואמר אני קדשתי' ואין מקום לחוש להחמיר רק מדרבנן כנ"ל ומועיל הט"ע דקלא להיות מופר גם מדרבנן ואכתי מנ"ל לרבא להוכיח מזה דט"ע דקלא מועיל באיסור דאורייתא היכא דליכא שום צד להתיר רק משום ט"ע ובהנך שמעתתא דשם נשמע דגם לענין איסור דאורייתא כגון גבי תכלת סמכינן אט"ע וזה ליכא למשמע מהא דסומא מותר באשתו וב"א בנשותיהן:

אמנם הפנ"י שם בקידושין שדי נרגא בדברי הר"ן הנ"ל די"ל דכמו דאין ע"א נאמן נגד חזקה כך אינו נאמן לומר נגד רובא דעלמא ובאינו ידוע למי נתקדשה איכא רובא דעלמא לאסור דדילמא לא נתקדשה לזה שאומר אני קדשתי' אלא לאחר מרובא דעלמא: ומה שחזר וצידד הפנ"י לדחות בעצמו דבריו אלו הניח בספר המקנה בצ"ע יעו"ש בסד"ה נאמן ליתן גט ובפנ"י כתובות דף כ"ג ד"ה וכן ב' אנשים כתב בעצמו בזה"ל כתב הרמב"ם ז"ל דהא דע"א נאמן היינו בתרומה דרבנן אבל בדאורייתא צריך ב' עדים ותמה עליו הר"ן בשמעתין דהא קי"ל ע"א נאמן באיסורין ולפענ"ד משום הא לא ארי' דהא דע"א נאמן באיסורין היינו דוקא היכי דלא אתחזיק איסורא משא"כ באיתחזיק בעינן שנים וקי"ל רובא וחזקה רובא עדיף וה"נ רובא דעלמא לאו כהנים נינהו וכל דפריש מרובא פריש כנ"ל טעם הרמב"ם כו' עכ"ל. הרי לפ"ד הפנ"י מבואר שדעת הרמב"ם דהיכא דאיכא חשש מרובא דעלמא אין ע"א נאמן ודעת הר"ן גם ברובא דעלמא נאמן ולפ"ד הנ"ל יש ראי' לדעת הרמב"ם מדברי רבא דמוכח דט"ע מועיל מהא דסומא מותר באשתו וקשה כנ"ל דילמא שאני בסומא דיש להאמין להאשה המזדקקת לו בחזקת שהיא אשתו מדין ע"א נאמן דאין חילוק בין אשה לאיש לענין נאמנות באיסורין והר"ן לשיטתיה כנ"ל שסובר דע"א נאמן אף בא"א במקום חשש רובא דעלמא ויעוין מ"ש בחידושיו למס' חולין דף יו"ד ע"ב ד"ה ע"א נאמן באיסורין אע"ג דאיתחזיק איסורא כו' אפי' אשה ועבד] היוצא מזה דהוכחת רבא מהא דסומא מותר באשתו לא א"ש לכאורה רק אי תפסינן כשיטת הרמב"ם דאין ע"א נאמן באיסור היכא דיש חשש מרובא דעלמא ולפי"ז מיושב מה שהקשיתי דלעיל דלר"מ דחייש למיעוטא אמאי מותר באשתו דהא ט"ע דקלא לא עדיף מרובא די"ל דאדרבא כיון דר"מ לא אזיל בתר רובא דעלמא נאמן ע"א אף במקום חשש רובא דעלמא ושפיר יש להתיר סומא באשתו מדין ע"א נאמן באיסורין במה שיש לחוש דילמא היא אינה אשתו רק מרובא דעלמא שאינם נשותיו נאמנת בהזדקקה אליו מדין ע"א נאמן באיסורין דלר"מ אין חילוק לענין נאמנות העד באיסורין בין ספק השקול

או כשהספק הוא ברובא דעלמא דהא ר"מ לא אזיל בתר רובא דעלמא ובכה"ג ליכא אלא רובא דעלמא וכעין זה נשמע מתוך דברי המהרש"א ותורת חיים והרשב"א בש"מ בב"ב דף כ"ג בסוגיא דניפול דבכה"ג לא הוי רק רובא דליתא קמן ולפי הנחה זו אי הוי אמרינן דלא אזלינן בתר רובא דליתא קמן הי' היתר גמור לסומא להזדקק לאשתו אף בלי נתינת דעת להכיר בקול אלא הי' די להתיר מצד ע"א נאמן באיסורין וכמו כן הי' מותר לאשה להזדקק בלילה למי שבא ואומר שהוא בעלה וראה אותה כשנזדקק להיות עמה אף שהיא לא ראתה אותו ואף שאינה נותנת דעתה להכירו בקולו דדמי ממש לדין אשה שאומרת איני יודע למי שנתקדשה ואחד בא ואמר אני קדשתי' והרי לפי מה שמבואר בדברי התוס' במס' חולין דף צ"ו ד"ה פלניא אף היכא דמתירין מטעם ע"א נאמן באיסורין מ"מ כשנתגלגל עי"ז דין מיתה לא קטלינן וא"כ א"ש מה דיליף רב מרי דאזלינן ב"ר ממכה אביו ואמו ותו אין לדחות כקושי' התוס' הנ"ל דילמא משום דאזלינן בתר חזקת צדקת האם דבזה שאנו חוששין דזה לאו אביו הוא לא מגרעינן כלל בזה חזקת צדקת דידה דהא אפשר שנזדקקה לאחד בלילה בלא הכרה ומטעם דע"א נאמן באיסורין דמותרת מן הדין לסמוך ועכשיו שאנו באין למיקטל את בנה על הכאת בעלה לנו לחוש שהטעה אותו הבא עלי' בחזקת שהיא בעלה והרי בנה מאותו הנואף דע"י דבר המותר מצד ע"א נאמן באיסורין א"א למיקטל וחוששין ששקר הי' עדותו א"ו דאזלינן ב"ר ומיושב קושי' התוס' הנ"ל:

אמנם כ"ז לדידן דלא מחלקינן לענין רובא דליתא קמן בין ד"נ לאיסורין ואי לא הוי אזלינן בנפשות בתר רובא דליתא קמן גם באיסורין לא הוי אזלי' והי' מותר לסמוך באיסורין במקום רובא דליתא קמן על ע"א כפי הדין דע"א נאמן באיסורין אבל גבי נפשות בעינן דוקא שני עדים כדכתיב עפ"י שנים עדים יומת המת אבל ר"ה ברי' דר"י שסובר דיש חילוק בין איסור לנפשות ולא אזיל בתר רובא דליתא קמן בנפשות אבל לענין איסור סובר דאזלינן אף בתר רובא דליתא קמן ומחייבינן אף קטן כמבואר שם בסנהדרין דף ס"ט תו ליכא להוכיח ממכה אביו דאזלינן ב"ר בד"נ די"ל כקושי' התוס' דילמא משום דמעמידין האם בחזקת צדקת וא"ל דילמא הי' הזדקקותה לבועלה מדין ע"א נאמן באיסורין דהא לשיטתי' דבאיסורין אזלינן בתר רובא דעלמא אין להאמין העד היכא דהחשש מתנגד לרוב דעלמא ומנוע מלהזדקק כ"א בהכרה ואין לדחות שהזדקקותה הי' בט"ע דקלא דהוי מדאורייתא לענין איסור כמו רובא דליתא קמן ומצד הט"ע דקלא א"א להרוג את הבן ז"א כיון שמחמת חזקת צדקת דידה מבורר עכ"פ שהי' לה ט"ע דקלא ממילא יש כאן אצל מיתות הבן המכה תרי רובא רובא דקלא ורוב בעילות אחר

הבעל וליכא הוכחה ליזול בד"נ בתר חד רובא דליתא קמן וכמ"ש לעיל דלר"מ דחייש למיעוטא היכא דאיכא רובא וחזקה אזיל בתר רובא מכ"ש היכא דאיכא תרי רובא אבל ר' מרי לשיטתי' שמדמה ד"נ לאיסורא לענין רובא ממילא אי לא הוי אמרינן דאזלינן ב"ר דליתא קמן אף בט"ע דקלא לא היתה מותרת להזדקק לבעלה. אך אי לא אזיל ב"ר דליתא קמן מותרת להזדקק לבעלה מטעם ע"א נאמן באיסור היכא דליכא חזקה ורוב ולאותו ס"ד רובא דליתא קמן לאו רוב היא ולא הי' הוכחה מצד חזקת צדקת דידה אם הי' לה ט"ע דקלאיכי הי' די מצד ע"א נאמן באיסורין וע"א בודאי אינו מועיל לענין מיתה כלל כנ"ל ולמה אמרה תורה מכה אביו יומת דילמא לאו אביו הוא א"ו משום דאזלינן בתר רובא ודוק:

בסוגיא דהשוחט בשבת [דף י"ד]

מתני' השוחט בשבת כו' מקשי' בתוס' והא הוי מומר לחלל שבתות ואיך יוכשר שחיטתו. והרמב"ם בפי' המשנה תירץ דאיירי בשוגג דהא בשבת תיכף כשהתחיל לשחוט מחלל שבת בחבורתו והוי מומר לחלל שבת וכשגומר השחיטה כבר נעשה מומר לפסול שחיטתו ולכך מוקי בשוגג וכ"כ הרשב"א בחידושיו די"ל בשוגג כדאוקימנא לר' יהודה דמתני' איירי בשוגג וכ"כ בתה"א דבמשנה י"ל בשוגג ותמהו כולם דהא התוס' הרגישו בזה דהא בגמ' פריך ונוקמא במזיד ור"מ כו' ונ"ל לתרץ וז"ל הרמב"ם בפי' המשנה ואמר השוחט בשבת אם הי' בשוגג לפיכך שחיטתו כשרה ושמא תאמר ולמה לא תהא שחיטת מזיד בשבת כשרה הואיל ואינו מחלל שבת ואין שחיטתו פסולה אלא אחר גמר שחיטה ואם שחט אח"כ שחיטה שני' הוא שיהי' אסור דע שמתחיל לעשות חבורה בצואר הבהמה הוא מחלל שבת קודם שישחוט שום דבר מן הוושט והגרגרת ואם תרצה לבאר יותר מזה תאמר בשעת שישחוט קצת הסימני' קודם שיגמור השחיטה הוא מחלל שבת ובשעה שיגמור השחיטה הוא פסול עכ"ל אבל בחידושי הר"ן אי' בזה"ל ויש דוחים לומר דלא דמי שבת לע"ג דשוחט לע"ג כיון שאינו עובד אותה אלא עם גמר השחיטה בדין הוא שנכשיר שחיטתו שהרי נעשית בהכשר אבל השוחט בשבת הרי בתחילת השחיטה הוא חילל שבת וחובל הוא כו' ואין זה כלום הוא אצלו דבשבת נמי לא מחייב עד גמר השחיטה ומקמי הכי הוי לי' מקלקל בחבורה דקיי"ל דפטור עכ"ל ובפליתי סי' י"א אי' בזה"ל וליכא למימר דאף בשוחט כל דהוא הוי לי' מקלקל דלא תיקן להוציא מידי אמ"ה די"ל דהואיל דדעתי' לגמור השחיטה הו"ל מקלקל ע"מ לתקן כמו קורע ע"מ לתפור דחייב ע"ש ע"כ הרי שהרגיש לסברת הר"ן ודוחה אותה:

אמנם לפענ"ד נכונים דברי הר"ן דאי' בשבת דף ע"ה ע"ב שוחט בשבת משום מאי מחייב משום נטילת נשמה כו' יעו"ש הרי מבואר דחתיכת הסימנים לא מיקרי מלאכה רק מפני נטילת נשמה: וה"ה בעושה חבורה כל דהוא או שוחט מקצת יש בו משום נטילת נשמה שהדם הוא הנפש אבל עצמות החבורה והחיתוך אינה מלאכה. ואם אדם שוחט מקצת סימנים ואין דם יוצא אינו מחויב משום מלאכת שבת כי אינה מלאכה אלא ביציאת הדם. ומעתה י"ל דאי חשבינן תחלת השחיטה למקלקל אף שדעתו לגמור השחיטה ליכא למחייבא על תחלת השחיטה מטעם שכ' הפליתי דהוי מקלקל ע"מ לתקן כיון שדעתו לגמור השחיטה דשאני בסותר ע"מ לבנות הסתירה בעצמותה הוא מלאכה וכשעשאה שלא ע"מ לבנות לא מיפטר אלא משום מקלקל משא"כ כשעשאה ע"מ לבנות דכיון דבכה"ג לא שמי' קלקול הרי עשה מלאכת מחשבת אבל בתחלת השחיטה אף שיוצא דם מיד הלא אין צריך כלל להכשר שחיטתו יציאות הדם שיוצא בתחלת השחיטה דאף אם אין יוצא דם ומקצת הנפש בתחילת השחיטה תתכשר הבהמה בגמר שחיטתו ע"כ לא שייך למחייבי' על יציאת הדם בתחלת שחיטה מטעם מקלקל ע"מ לתקן דהא להכשר הבא בגמר השחיטה לא הועיל כלל קלקול זה שנעשית בתחלת השחיטה ביציאת הדם דגם בלעדו היתה גמר השחיטה גורם הכשר וא"צ לגמר השחיטה רק חתיכת הסימנים מתחילת עד רובן והחיתוך שבתחלתו אינו מלאכ' וא"ש דברי הר"ן הנ"ל:

אמנם ליישב סברת הרמב"ם שמחייב גם אתחלת החבור' והשחיטה צ"ל לדעתו דלא חשיב כלל מקלקל אף בתחילת השחיטה דכיון שרוצה לשחוט הבהמה שתצא נפשה אין שם קלקול כלל על יציאת הנפש בתחילת השחיטה דהא מוכנת הוא לזה שתצא כל נפשה במעשה אותה השחיטה ואף דל"צ ליציאת הנפש בתחלת השחיטה מ"מ עכ"פ לאו שמי' קלקול והוי ככל מלאכה שא"צ לגופה שחייבין עלי' לפי הפסק הלכה כר"י שמחייב מלאכה שא"צ לגופה ולא מיפטר אלא במקלקל כדאיתא בכמה מקומו ובחגיגה דף י' הלכות שבת מיכתב כתיבין. ל"צ לכדר' אבא דאמר ר"א החופר גומא וא"צ אלא לעפרה פטור עלי' כמאן כר"ש דאמר משא"צ לגופה פטור עלי' אפילו תימא לר' יהודה התם מתקן הוא הכא מקלקל הוא ע"כ וכתב הה"מ בפרק א' מהלכות שבת דין י"ז חפר גומא ואינו צריך אלא לעפרה וכו' מימרא בפ' כ"ג וטעם הקלקול לר"י כדאי' התם ואפי' לר"י דאמר משאצ"ל חייב ה"מ מתקן אבל האי מקלקל הוא ע"כ ומכאן שאם היתה הגומא במקום שאין בו קלקול אע"פ שאינו צריך לה חייב עלי' לדעת רבינו שפסק כר"י וזה פשוט עכ"ל וה"ה הכא כיון דתחילת השחיטה ג"כ לא הוי כמקלקל וסמוכין לדברי אלה מדברי הבעה"מ מס' שבת פרק ר"א שכתב בזה"ל ואין זה דומה לשוחט את הבהמה

ומבעיר את העצים לבשל את הקדירה שזה הוא דרך הנאתה ע"כ הרי שסובר דשחיטה לא מיקרי מקלקל ובפסחים דף ע"ג ע"א לא נשמע רק היכא שאין השחיטה מותרת יש לקרותה מקלקל לולי התיקון להוציאה מידי אמ"ה אבל על שחיטה המותרת שהיא היא דרך הנאתה דבהמה לשחיטה עומדת י"ל דאין שם קלקול אף בתחילת שחיטה ומחולין דף ח' דאי' שם סכין של ע"ג מותר לשחוט בה דמקלקל הוא לק"מ דשאני התם דמיירי לענין נהנה מסכין של ע"ג שאיסורו מלא ידבק בידך מאומה כלומר שלא נתרבה ממונו ע"י ע"ג אין בשחיטה שום הנאה שבחיי' הי' דמים מרובים מלאחר שחיטה. וכן מדייק רש"י שם בד"ה מקלקל הוא וכ' בזה"ל ואין זו הנאה שבחיי' הי' דמים מרובים מלאחר שחיטה כו' יעו"ש:

והשתא דאתינן להכי דתחילת שחיטה ג"כ לא מקרי מקלקל לענין מלאכת שבת רק שעכ"ז הוי הוצאת הנפש שבתחילת השחיטה כמלאכה שאצ"ל דהא הכשר הבהמה אינה תלוי' בזה רק ביציאות הנפש בגמר השחיטה וא"כ א"ש דברי הפי' המשניות להרמב"ם דהוא קאמר אליבא דהילכתא דמלאכה שאצ"ל חייב א"כ כיון דתחילת השחיטה לא חשיב קלקול שפיר חייב עלי' משום מלאכת שבת אף דהוי מלאכה שאצ"ל דהא הוא פוסק כר"י דמלאכה שאצ"ל חייב אבל הגמ' מקשה שפיר דנוקמא כר"מ ובמזיד כו' משום דר"מ מצי סבר דמלאכה שאצ"ל פטור א"כ בתחילת השחיטה לא עבר על מלאכת שבת דנהי דלא הוי מקלקל בתחילת השחיטה וכנ"ל מ"מ הכשר הבהמה אינה תלוי בזה רק ביציאת הנפש בגמר השחיטה והוי לה משאצ"ל ופטור וכיון דלא הוי מחלל שבת עם גמר השחיטה בדין הוא שנכשיר שחיטתו שהרי נעשית בהכשר וכן הרשב"א לא כתב רק לר' יהודה מתני' אייריי בשוגג ולא במזיד משום דר"י סובר משאצ"ל חייב א"כ תיכף כשהתחיל לשחוט מחלל שבת בחבורתו והוי מומר לחלל שבת וכשגומר השחיטה כבר נעשה מומר לפסול שחיטתו ולכך מוקי בשוגג אבל לר"מ דמצינן למימר שסובר משאצ"ל פטור מצינן לאוקמא המתני' אף במזיד דכיון דמשאצ"ל פטור לא מקרי מחלל שבת עד גמר השחיטה וכבר נעשה השחיטה בהכשר וכיון שכן אף לר"ש שמחייב מקלקל בחבורה מ"מ הא פוטר בחבורה במלאכה שאצ"ל וכל תחילת שחיטה הוי משאצ"ל כיון שאין כוונתו על יציאות הנפש בתחלת השחיטה כי די להכשר הבהמה בגמר השחיטה אמנם מה שמחליט הר"ן דבתחילת שחיטה כיון דהוי מקלקל ליכא חילול שבת צ"ע לכאורה דהא אי' בשבת דף ע"ה שוחט משום מאי מחייב רב אמר משום צובע כו' צובע במאי ניחא לי' ניחא לי' דליתווס בית השחיטה דמא כי היכי דליחזוהו אינשי וליתי וליזבני מיני' ע"כ וכיון שאין צביעה אחר צביעה וגם היכא

שכבר נצבע בה"ש אין לו צורך בדמים הנגרים אח"כ אם כן לענין חיוב צובע בשחיטה אי אפשר למיחייבי' על הצביעה הבאה בדמים היוצאין בשעת גמר שחיטה דהא כבר נצבע בית השחיטה א"ו מה שאמר רב משום צובע הכוונה על הדמים שיוצאים ראשונה בשעת תחילות או באמצעית השחיטה וקשה דהא אז עדיין אין על גוף השחיטה שם תיקון לפי סברת הר"ן ואמאי חייב על הצביעה הבאה קודם גמר שחיטה וצ"ל דאף דגוף השחיטה טרם הגמר מיקרי מקלקל מ"מ לענין עצמות מלאכת הצביעה אף בתחילת השחיטה מיקרי מתקן. והסברא פשוטה לחלק דחיתוך השחיטה בעצמותה היא קלקול בגוף הבהמה ע"כ לא נקרא עלי' שם תיקון במאי שנכשרת הבהמה עי"ז לאכילה והכשר זה אינו בא אלא בגמר השחיטה ע"כ עד סמוך לגמר השחיטה שעדיין לא נכשר הבהמה לאכילה הוי החיתוך ויציאת הנפש קלקול משא"כ לענין מלאכת צביעה דבעצמותה ליכא שום קלקול והוי ככל צובע לתועלת אף שאין התועלת מיד בשעת הצביעה דמתנאי מלאכת שבת אינו רק שתהא מלאכה חשובה לצורך דבר מה והדבר מוכרחים כנ"ל דאל"כ אמאי מחויב בשוחט משום צובע שהכוונה על הצביעה המתהווית טרם גמר השחיטה וכיון שכן נשאר קושי' התוס' והר"ן דאמאי כשרה שחיטות שבת דהא הוי מומר דמיד בתחילות או באמצעית השחיטה כשנגרר הדם עבר השוחט ונתחייב משום צובע וממילא הוי גמר השחיטה ע"י מומר לחלל שבתות וליישב קושיא זו צריכין לומר דרב לא מחייב בשוחט משום צובע אלא בשוחט ע"מ למכור בשר הבהמה דבכה"ג הוא דניחא לי' בצביעת ביה"ש כדברי הגמ' דליתי וליזבני מיני' משא"כ כששוחט לצורך עצמו ולא ע"מ לזבין לא שייך צביעה ומעתה י"ל דמתני' השוחט בשבת מיירי כששוחט לעצמו אבל זה דוחק דמתני' סתמא קתני ועוד אף שהתוי"ט במס' שבת פ"ז משנה ב' כ' מסברא דנפשי' כנ"ל ובזה הלשון דמידי הוא טעמא דרב דחייב ג"כ משום צובע אלא משום דניחא לי' דליתווס דמא כי היכי דלזבוני מיני' א"כ דוקא בשוחט ע"מ למכור אבל בשוחט לביתו לא מחייב דהא מלאכת מחשבת אסרה תורה כו' ע"כ נלע"ד דיש מקום עיון בזה דהא בשבת דף ק"ז החובל בהן חייב כ' רש"י ז"ל בזה"ל ל"א כיון דיש להן עור נצבע העור בדם הנצרר בו דחייב משום צובע וכ' הרשב"א בחידושיו ואינו מחוור כו' ועוד מאי צורך בצביעת עורם כאותה שאמרו בפ' כ"ג שוחט משום מאי מחייב רב אמר משום צובע אמר רב כו' צובע במאי ניחא לי' דליתווס בה"ש דמא דליחזו אינשי ולזבוני מיני' וא"כ הכא מאי ניחא לי'. אלא מיהו בירושלמי פ' כ"ג משמע כו' וכדי ליישב קושי' הרשב"א נ"ל ואקדים מה שיש לדקדק על הרשב"א למה הוצרך להביא ראי' מדברי רב רב הנ"ל ולא הקשה בפשיטו' מה צורך יש בצביעה כו' וצ"ל דלמ"ד דשא"מ

אסור וחייבין עלי' גם בלא צורך כלל חייבין עלי' ולכך הוצרך הרשב"א להביא ראיה מדברי רב הנ"ל משם מוכח שבמלאכת צביעה אינו חייב רק כשעושה לצורך ונשתנה מלאכת צביעה כזו משאר מלאכת שבת דאף דבשאר מלאכת שבת יש חיוב אליבא דמ"ד דשא"מ אסור אף דאינו מתכוון מ"מ בצביעה ליכא חיוב רק כשחפץ באותו הצביעה וכן מורה להדי' לשון הסמ"ג בהל' שבת וז"ל הצובע מסקינן בפ' כ"ג דף ע"ה לרב דשוחט חייב משום ננ"ש ומשום צובע כדאמרי' התם שרצונו שיהא נצבע בה"ש בדם כדי שיראו ב"א שנשחט מחדש ויקחו ממנו כו' וגרסי' בירושלמי מאי צביעה היתה במשכן שהיו משרבטין בשרביט בעורות האלים והדם נצרר שם ונצבע כו' וגרסי' נמי בפ' המצניע דף צ"ה אשה לא תעבור שרק על פני' מפני שצובעת בכל אלה לא מצינו חיוב אלא כשאדם חפץ באותו הצביעה עכ"ל ומובא בספר תוספת שבת סי' ש"כ ס"ק מ"א ז"ל הש"ע יש מי שאומר שאוכל תותים או שאר מיני פירות הצבועים צריך ליזהר שלא יגע בידיו צבועות בבגדו או במפה משום צובע אבל אם צובע פתו במשקה הפירות לית לן בה דאין צביעה באוכלין ע"כ וכ' בתוספת שבת בזה"ל ואע"ג דצובע בו פניו ידיו ורגליו ל"ל בה דצובע לא שייך אלא בדבר שדרכו לצבוע ופניו ידיו ורגליו אין דרך לצבוע כו' כן כתב הרא"מ ומג"א ובזה נתיישב היטב מה שמקשה בספר אור יקרות על הסוגי' שהובא בסמוך דרב ס"ל דשוחט חייב משום צובע ומסיק רב אהא צובע במאי ניחא לי' כו' והקשה הוא דהיכי ס"ד דדור אחרון לאחוכי עלי' כיון דר"י ס"ל משאצ"ל חייב עלי' וכבר כ' התוס' בפ' כירה דגם בכה"ג חייב לר"י. אף אם הדור האחרון לא ס"ל כר"י בהא. מ"מ האיך יעלה על רוחם לאחוכי על מאן דס"ל כר"י כו' אבל לפי מה שנתבאר כאן הקושי' דחוי' מעיקרא וליתא דהא אם לא הי' ניחא לי' בהאי צביעה א"כ הו"ל דבר שאין דרכו לצבוע וליכא לחיובא עלי' ולכך הוצרך לומר דניחא לי' בהאי שוב מצאתי בסמ"ג כו' עכ"ל התוס' שבת ובאלי' רבא סי' ש"כ ס"ק כ"ד כ' בזה"ל צביעת פניו או ידיו אינו חושש שאין צביעה שייכא אלא בדבר שדרכו לצבוע כו' כ' המג"א בבגד אדום כ"ש אסור לקנחו דמתקן הוא כו' גם תמה אני שלא ראה מ"ש האגור סי' תמ"ד ע"ז וז"ל ונ' דלא מבעי' לדעת הערוך דמותר פסיק רישא דלא ניחא לי' בהאי צביעה אלא אפי' למ"ד דאסור נראה דהוי דרך לכלוך דאין דרך לצבוע באלו הדברים עכ"ל לכן נראה לי להקל עכ"פ באדום ואפי' בלבן שא"א בענין אחר עכ"ל האלי' רבא ולפי הנ"ל י"ל שדעת רש"י דלענין דשא"מ אין חילוק בין מלאכת צביעה לשאר מלאכות ולכך החובל בשמנה שרצים אף דלא ניחא לי' בהצביעה חייב משום צובע אמנם ז"א אלא בעור שדרכו בצביעה אבל באוכלין שאין דרכו בהצביעה ליכא למחייבי' משום צובע רק היכא שיש תועלת בצביעות אותו בשר

וזה מדויק ברש"י מס' שבת דף ע"ה שעל דברי הגמ' צובע במאי ניחא לי' כ' רש"י בזה"ל צובע בשר במאי ניחא לי' להשוחט בצביעת הבשר היינו אכוחי ע"כ אבל בעור שדרך לצבעו יש לחייבו אף היכא דלא ניחא לי' במה שנצבע ומיושב קושי' הרשב"א הנ"ל דעור שדרכו בצביעה יש חיוב אף באין צורך לזה בהצביעה אבל בשר שאין דרכו בצביעה לא מיקרי צביעה רק לכלוך. ולכך הוצרך רב לומר דניחא בצביעת בשר ביה"ש וע"פ שם צביעה בדם שבבה"ש ולא לכלוך ומעתה יש להוסיף עוד דכיון שבבהמות הנשחטים למכור בשרם יש תועלת בצביעות בה"ש ממילא הוי סתם בשר ביה"ש כדבר שדרכו בצביעה ואפשר שע"כ אף בשוחט לצורך עצמו יש לחייב משום צובע אף דלא ניחא לי' מ"מ כיון שיש תועלת מה בדם הנגרר על בה"א אין שמו לכלוך רק צביעה ואף שאין דעתו של זה למכור הבשר מ"מ כשנצבע ביה"ש הוי כצביעות דבר שדרכו בצביעה. שאף כשהצובעו אינו חפץ באותו הצביעה מ"מ חייב למ"ד דשא"מ אסור וחייבין עלי'.: וא"כ נשאר הקושי' הנ"ל דלר' יהודה שמחייב בדשא"מ אף היכא דלא ניחא לי' השוחט בשבת אף שאין על דעתו למכור הבשר לאחרים מ"מ עובר ומחלל שבת בתחילת השחיטה במה שנצבע בשר ביה"ש בדם ונעשה מומר לחלל שבתות בתחילת השחיטה ואף אם נאמר שליכא חיוב מיתה בדשא"מ מ"מ מיקרי מומר לחלל שבתות דהא גם מחלל שבת בדבר שאין איסורו אלא מדרבנן מיקרי מומר כדאי' במס' עירובין דף ס"ט עאכו"כ לר' יהודה להסוברים דלשיטתי' מדאורייתא אסור דשא"מ ולדעת התוס' יש גם חיוב מיתה אליבא דר"י בכה"ג דהוי פסיק רישא כמ"ש בתוס' מס' יומא דף ל"ד ע"ב ד"ה ה"מ ובתוספות מס' כריתות דף כ' ע"ב ד"ה סבירא לי' כר"י ובתוס' מס' שבת דף מ"א ע"ב ואין לדחות דכששוחט לעצמו דלא צריך לצביעת הדם הוי לדידי' לכלוך הדם בבה"ש כמקלקל דכל לכלוך קלקול הוא ובדבר שא"מ ומקלקל מותר אף מדרבנן כדאי' בתוס' בהרבה מקומות דהא בשר דרכו בהדחה ולא שייך שום קלקול:

והנה במרדכי פ"ק דחולין אי' בזה"ל ואפי' אם הוא מומר לע"ג או מחלל שבתות במזיד פעם אחת ואין מפקיר עצמו לכופר ולעשות בפרהסיא נראה דלא מיקרי מומר לאסור שחיטתו בדיעבד מדאמר ריש לקיש כו' השוחט את הבהמה לזרוק דמה לע"ג מותרת כו' יעו"ש מדבריו נשמע דאף במחלל שבת ב' פעמים אף שלא הי' בפרהסי' מיקרי ג"כ מומר ובפעם השני שחיטתו פסולה כלומר אף שחילולו השני' היתה במה ששחט בשבת מ"מ כיון שכבר חילל שבת פעם א' פסולה שחיטה השני' אשר בה נעשה חילול שבת שני' אף דאינו נעשה מומר עד סוף גמר השחיטה ודלא כסברת הר"ן והרשב"א בזה דלסברתם נסתר ראייתו של המרדכי מדברי ר"ל וכוונת דברי המרדכי הנ"ל מבואר בשו"ת מהרי"ק

סי' ק"ס וא"כ צ"ל שהמרדכי סובר כהר"ן דבשחיטה בשבת אינו מחלל שבת רק בפ"א בגמר השחיטה: דאל"כ מאי מקשה הגמ' ונוקמא במזיד וכר"מ דהא אף אם לא היה בפרהסיא מ"מ הוי מומר דמחלל שבת ב' פעמים הוי מומר. א"ו דבשחיטה ליכא חילול שבת רק בפ"א בגמר השחיטה ולא בתחילת השחיטה משום דהוי מקלקל אלא דאכתי קשה לפמ"ש לעיל דלרב דמחייב משום צובע תיכף בתחילת השחיטה הו"ל מחלל שבת א"כ לדידי' יש ב' חילולים שבת בכל שחיטת שבת וא"כ מאי פריך הגמר ונוקמא במזיד וכר"מ כנ"ל וצ"ל דקושי' הגמ' דנוקמא במזיד וכר"מ כששוחט בהמת חבירו לא בהמת עצמו ובכה"ג ליכא למחייבי' משום מלאכת צביעה אלא אליבי' דר"י שסובר דמשאצ"ל חייב וכמ"ש לעיל כדמוכח מדברי הגמ' בשבת ק"ג ע"א דקא עביד בארעא דחברי' ולא מצינו בשום מקום דר"מ מחייב באינו מתכוון במשאצ"ל:

אמנם אם כן הוא לדעת המרדכי צ"ע בסוגיא דטבח ומכר בשבת בב"ק דף ע"א ע"א ובכתובות דף ל"ג ע"א דמוקי שם הגמ' מאי דמחייב ר"מ בגנב וטבח בשבת בטובח ע"י אחר ומקשה הגמ' ואי בטובח ע"י אחר מ"ט דרבנן דפטרי כו' וקשה הא התם אף לפי האוקמתא דר"ש היא ושסובר כר"י הסנדלר דמעשה שבת אסור צריכין לומר דהברייתא מיירי במזיד דאי בשוגג גם לרי"ה מעשה שבת מותרין וכיון דמיירי במזיד יכולין לומר בפשיטות דרבנן דפטרו הוא ר' יהודה שהוא סתם בר פלוגתא דר"מ ולר"י דמחייב אף במשאצ"ל השוחט בהמה אף שאינו שלו מחויב גם משום צובע. והרי השליח ששחט בשבת בשליחתו של הגנב חילל שבת פעמים תיכף בהתחלות השחיטה עבר על צביעה ובגמר השחיטה משום ננ"ש והוי שחיטת מומר ולא הוי שמי' שחיטה ולכך פוטר ר"י את הגנב המשלחו מדו"ה דהוי כאלו לא נשחט כלל ור"מ סובר דמשאצ"ל פטור עלי' וליכא לגבי' השליח חילול משום צביעה בתחילת השחיטה משום דהנייתא בצביעה אינה אלא לבעל הבהמה ולא להשליח וליכא חילול שבת גבי' השליח רק בגמר השחיטה בננ"ש ובפ"א לא נעשה מומר ושחיטתו שחיטה מעלי' ולכך מחייב ר"מ משלחו דו"ה ונ"ל פשוט דלמ"ד משאצ"ל חייב נתחייב השוחט משום צובע אף לפ"ד הסמ"ג בהלכות שבת שכ' שאין צביעה אלא כשאדם חפץ באותו צביעה דאף דליכא ניחותא להשוחט בצביעה מ"מ כיון דאיכא ניחותא לבעל הבהמה באותו צביעה הוי ע"ז שם מלאכת צביעה רק דהוי לגבי השוחט שאינו שלו מלאכה שאצ"ל ומתחייב עלי' למ"ד דמחייב על מלאכה שאינה צריכה לגופה ומחמת קושי' זו הי' מקום לומר שמכאן ראי' לדעת הפוסקים דאף דבכל מקום הילכתא כרב באיסורי נגד שמואל מ"מ בהך פלוגתא דרב ושמואל בשוחט בשבת משום מאי מחייב לא פסקינן כרב אלא כשמואל וכבר נתעוררו ע"ז כמה מחברים ובח"צ

בתשובותיו סי' צ"ב יעו"ש רק שעכ"ז קשה מאי מקשה הגמ' למ"ד מע"ש דרבנן מ"ט דרבנן דפטרי דילמא אותו המ"ד סובר כרב ול"ק לדידי' מ"ט דרבנן דפטרי דאפשר לומר כהנ"ל ויעוין הסמ"ג שהבאתי לעיל שהביא דברי רב במלאכת צביעה ונראה מדבריו דלא דחי דברי רב מהילכתא ונשאר קושיא הנ"ל):

ובדרך פלפול י"ל לפי דברי רש"י בפ' מי שהחשיך שכתב בזהי"ל מ"ט שרי לי' למיתב לנכרי והרי הוא שלוחו לישאנו בשבת כו' יעו"ש וביותר לפי המבואר בשו"ת פני יהושע חלק יו"ד סי' דכיון דיש שליחות לעכו"ם מדרבנן לחומרא איכא איסורא במלאכת שבת לגבי המשלח מדין שלוחו של אדם כמותו וממילא נשמע דהא דלא מתחייב אדם כשמצוה לישראל לעשות מלאכה בשבת טעמו משום דאשלד"ע וכבר האריך בזה בעהמ"ח ספר בית מאיר סי' ה'. ולפי"ז י"ל דלמ"ד דמשאצ"ל פטור כשהבעל הבהמה רוצה בצביעת ביה"ש וניחא לי' דליתווס דמא כדי לקפוצי עלי' זבינא דלגבי' הוי מלאכה שצריכה לגופה ולגבי השליח הוי משאצ"ל יש לחייבו את בעל הבהמה משום חילול שבת על מלאכת הצביעה כשנעשית השחיטה בשליחתו ע"י אחר שצוהו לשחוט את בהמתו בשבת דאף שהוא בעצמו לא עשה מלאכ" מ"מ הרי נעשית ממילא ע"י שליחותו שציוה להשליח לשחוט בשבת ושלוחו של אדם כמותו ומדין אשלד"ע ליכא למיפטר בזה דהא השליח אינו בר חיובא הוא כלל על מלאכת הצביעה כיון דלא מתכוון עלי' והוי לגבי משאצ"ל והכא דאין השליח בר חיובא מתחייב משלחו לרבינא שסובר כן במס' ב"מ דף יו"ד וכל היכא דפליגי ר"א ורבינא רבינא הוא המקיל והוא שסובר מע"ש דרבנן וא"כ מיושב קושי' הנ"ל דא"א לתרץ אליבא דרבינא שסובר מע"ש דרבנן דהטעם מה דפטרי רבנן הוא משום דהשליח הוא מומר בחילול שבת פעמים בצביעה ובנן"ש דא"כ יצטרך לומר דמיירי שנשחטה הבהמה למכור מבשרה לאחרים דאל כ ליכא ניחותא בהצביעה אף לבעל הבהמה והיכא שאין שום אדם חפץ באותו צביעה לא מיקרי צביעה ואינו בכלל מלאכה וכיון שע"כ צ"ל שחפץ בעל הבהמה באותו הצביעה יושאר קשה מ"ט דר"מ דמחייב את הגנב דו"ה נפטרי' מטעם קלב"מ דהא אף שהיתה הטביחה ע"י אחר כיון שנעשית בשליחותו יש עליו חיוב משום חילול שבת מצד מלאכת צביעה שנעשית מיד בתחילת שחיטה ע"י שלוחו והשליח לא הי' בזה בר חיובא וחל החיוב משום צובע על המשלחו וקלב"מ. וי"ל כיון דוטבחו כולו בעינן כשם שאין לחייבו על תחלת השחיטה לבדה כך למ"ד ישנה לשחיטה מתחלה ועד סוף אין לחייב דו"ה על סוף שחיטה לבדה וכיון דקלב"מ בתחילת שחיטה תו ליכא למחייבי' עוד על גמר השחיטה לבד דבמלת וטבחו נשמע שעשה הגנב כל השחיטה דהיינו מתחלה ועד סוף וכמו

שאבאר בראיות לקמן דאל"כ מאי מקשה הגמ' וכי זה חוטא וזה מתחייב והא חטאו של זה אינו אלא מצד מזיק שז"א אלא בתחלת השחיטה. ומדמחייב ר"מ בטובח בשבת ע"י אחר צ"ל דמיירי בלא נשחט הבהמה למכור את בשרה וליכא כלל משום צובע וא"ש קושי' הגמ' מ"ט דרבנן דפטרי ואף שפלפלתי לעיל שי"ל דלר"י יש חיוב משום צובע אף שאין הבשר עומדת למכור מ"מ פשוט שאין זה לפי דברי הסמ"ג הנ"ל שנראה מדבריו דהיכא דאין שום אדם חפץ באותו צביעה לא שמי' צביעה ולא מיקרי מלאכה כלל. ולפ"ד התוס' במס' כתובות דף ל"ג ע"ב ד"ה לאו דהיכא דקלב"מ ליכא התחלות חיוב קנס י"ל שאפשר להגנב לפטור א"ע מהקנס בטענה שהי' קלב"מ בשעת הטביחה אף שמודה שאינו כן מיפטר מדין מודה בקנס: א"כ י"ל בקיצור דלהך אוקמתא דלר"מ מת ומשלם ל"ל ומיירי בטובח ע"י אחר ע"כ צ"ל דליכא בשחיטה צד חיוב משום צובע דאל"כ אמאי מחייב ר"מ הא ביד הגנב למיפטר א"ע בטענה שרצה למכור מהבשר והוי ניחא לי' בצביעת בה"ש דמא והוי קלב"מ במזיד או בשוגג במעש' שלוחו בדין שלוחו של אדם כמותו כיון דהשליח לאו בר חיובא בזה דלדידי' הוי משאצ"ל:

ויש להוסיף עוד דרך פלפול שלפי דעת הרמ"א בחוה"מ סי' קפ"ב דהלכה כרבינא דאשלד"ע אינו אלא היכא דהשליח הוא בר חיובא ובד"מ שם העלה זה מדברי המרדכי יעוין שם בש"ך שמשיג על הרמ"א ועל דעתו דהלכה כרב סמא דכל היכא דאי בעי עביד ואי בעי לא עביד אשלד"ע ולפי דברי הנ"ל מקום יש שלשיטות המרדכי הנ"ל דמחלל שבת ב' פעמים הוי מומר אף שלא עשאוהו בפרהסי' יש ראי' דהלכה כרבינא דלכאורה אף שאין הלכה כרב דשוחט חייב משום צובע מ"מ קשה מאי מקשה הגמ' בשוחט בשבת מ"ט דרבנן דפטרו נימא דהחכמים המה ר"י דס"ל דחייב במשאצ"ל ואיכא חילול שבת בתחלת השחיטה לפמ"ש לעיל בכוונת דברי הרמב"ם בפי' המשניות דכל השחיטה מתחלתו ועד סופו אין שם מקלקל עלי' וכאשר סמכתי דברים אלו מדברי הבעה"מ וביותר נשמע כן מדברי מהר"א ממיץ בספר יראי' הלכות שבת רק שאם אין צריך לדם הוי מלאכה שאצ"ל ולר"י מחייב גם בתחלת השחיטה אף שא"צ לדם והוי לר"י כל שוחט בשבת במזיד מומר כי ב' חילולים הוא עושה בתחילת החיתוך ובגמר השחיטה. ור"מ ל"ל חיוב במלאכה שאצ"ל לכך מחייב בטובח ע"י אחר אמנם י"ל דאף למ"ד מלשאצ"ל פטור יש חילול גם בתחלת השחיטה כשבעל הבהמה שוחט בעצמו בהמתו כיון דמן הסתם ניחא לי' דליתווס דמא ביה"ש כי היכא דליקפצו עלי' זבינא דמחלוקת רב ושמואל אינו אם נאמר דניחא לי' או לא אלא פליגי אם יש צביעה באוכלין וכיון דעכ"פ ניחא לי' ביציאת הדם לצורך צביעת בה"ש אף דפסקינן דליכא איסור מצד

מלאכת צביעה דצביעה באוכלין לאו שמי' צביעה מ"מ הוי חילול שבת ביציאת הדם משום נטילת נשמה או משום מפרק לפ"ד הקדמונים והרמב"ם בפ"ח מה"ש ואינו בכלל משאצ"ל דהא יש לו צורך ביציאת הדם והוי כשאר צורך לדם כעין צורך ליציאת דם בתולים לידע שהיא בתולה וכדומה דמיד שיש צורך מה לא מיקרי משאצ"ל וא"כ לא הוי מצי הגמ' לשנות דטעמא דרבנן דפטרו משום דהוי מומר וכנ"ל וטעמו דר"מ משום דהוי משאצ"ל ולכך פוטר שסובר משאצ"ל פטור דא"כ תיקשי דגם לר"מ ליפטור מטעם קלב"מ וכנ"ל דהיכא דאין השליח בר חיובא על יציאת הדם בתחלת השחיטה חל חיובו על המשלח מדין שלוחו של אדם כמותו אף לד"ע היכא דאין השליח בר חיובא ואף אם גם להגנב לא הוי ניחא לי' ביציאת הדם מ"מ כיון שעל מחשבה שבלב א"א לעמוד כ"א על פיו הוי כמודה בקנס דפטור ואף לפי דברי הפ"י בד"ה לכך נראה דאינו נאמן לומר שהי' קלב"מ משום דאין אדם מע"ר אכתי הי' יכול למיפטר א"ע אם הי' אומר דהוי ניחא לי' ביציאת הדם ועל חילול שבת בזה הי' שוגג דגם חייבי מיתות שוגגין פטורין מלשלם ועוד שאני הכא דהא מן הסתם ניחא לי' לבעל הבהמה דילתווס בה"ש כנראה מפשטות לשון הגמ' שוחט משום מאי חייב רב אמר משום צובע והיינו דסתם שוחט בהמה דעתו למכור מבשרה וע"כ מסתמא ניחא לי' ומחייבין אותו אליבא דרב על חילול זה אף דלא נשמע ממנו דניחא לי' ולפ"ד התוס' במס' שבת דף מ"ב ע"ב ד"ה מיחם בתולש לאכילה או בארעא דידי' חייב חטאת בכל שהוא משום מיפה את הקרקע אע"פ שאינו מתכוון ליפות כיון דאנן סהדי דניחא לי' תו לא מיקרי משאצ"ל ע"כ נכונים דברי הנ"ל אף אם נתפוס כדברי הפנ"י ובלא"ה הארכתי במקום אחר לדחות דברי הפ"י עפ"י מ"ש הב"י בטוחה"מ סי' ל"ד סעיף ל"ו בשם בעה"ת שער כ"א ח"ב דהא דא"א מע"ר אינו אלא לענין עדות אבל אם טוען על חבירו ענין שהוא משים עצמו רשע טענתו טענה ולא מבטלינן לי' משום דאמע"ר עכ"ל [אמנם יש אריכות בזה בפוסקי' קדמונים מקצתם מובאים בכנה"ג חוה"מ סי' ל"ד ס"ק ס' ובסי' פ"ב על הטור סי' קנ"ד] עכ"פ בגוונא דידן דלולא דברי עצמו ג"כ אנו דנין מסתמא דניחא לי' וכהנ"ל. ואמאי מחייב ר"מ א"ו דגם ר"מ ס"ל דחייב במשאצ"ל ולא חל חיובא על המשלח וכדי שלא יהי' קשה דא"כ עבר השליח בחילול שבת ב' פעמים ונעשה מומר צ"ל דטבח בשבת ע"י אחר מיירי כשהשליח הי' שוגג על חילול השבת של משאצ"ל ולא נעשה מומר וא"ש בין להחכמים ור"מ וממילא נשמע מתוך הדברים הנ"ל דהלכה כרבינא היכא דהשליח לאו בר חיובא מתחייב שולחו וא"ש דברי הה"מ בדעת המרדכי וראי' לדברי הנ"ל ממ"ש רש"י במס' שבת דף קל"ג ע"א ד"ה ואי איכא אחר ליעבד אחר כ' רש"י ולא ליקו אב התם ע"כ ודוק:

הן אמת שיש סתירה לדברי הנ"ל ממ"ש המל"מ בהלכות גניבה פ"ו דין ו' דאתיא לי' ממ"ש הרמב"ם בהלכות מעילה פ"ז אלא במעילה לבדה שלא יתערב עמה איסור אחר דהא בטבח בשבת ע"י אחר מיירי שלא אמר המשלח להשליח שישחוט לו בשבת ודלא כדברי הטור חו"מ סי' ש"נ שכ' עשה לו שליח לשחוט לו בשבת והשליח שחט בשבת כו' יעו"ש אמנם אשתמיט לי' להמל"מ לשון הרמב"ם בפי' המשניות שכתב בזה"ל כשיתן לזולתו שישחוט לו ביוה"כ כו' וכעין זה כ' הרשב"א בחדושיו לענין שחט לע"ג בזה"ל ומיהו א"ל דהא אמרי' בפ' השוחט כו' דישראל לצעורי קא מכוון כו' ובתוס' תירצו דכיון ששוחט על ידי שליח סבר הוא השליח ששלו הוא שוחט ושוחט לע"ג ממש כמו שאמר לו זה עכ"ל ובישו"ש סי' כ' אי' בזה"ל בטובת ע"י אחר פי' שנתן לו הגנב לשלוחו לשחוט בשבת וטבח השליח בשבת כו' ע"כ הרי שרבים מקדמונים הסכימו לפרש שמיירי שעשאו שליח לשחוט לו בשבת עבורו דכן מורה לשון וטבח בשבת דנקראת הטביחה בשבת ע"ש המשלח והיינו דכיון שעשאו שליח לשחוט בשבת אף דלענין עונש בידי אדם אמרי' דאשלד"ע מ"מ כאלו הוא עשה ובדיני שמים חייב וכדכתיב גבי דוד ואותו הרגת בחרב בני עמון יעוין קידושין דף מ"ג ע"א וע"כ לכמה שיטות הפוסקים ולחד תרוצא בתוס' ב"מ דף יו"ד ע"ב ובפרט לפמ"ש באס"ז בשם רבינו פרץ אף דאשלד"ע מ"מ המעשה מתקיים הרי דלא נאמר אשלד"ע רק לענין פטור המשלח מעונש וכן מורה קצת לשון רש"י בקידושין דף מ"ב ע"ב ד"ה אין שליח כו' שיתחייב שולחו ומטעם זה דעת הטור והקדמונים הנ"ל לחייב דו"ה להגנב באומר שחוט לו בשבת אף שנתערב בזה גם איסור שבת. דסברת המל"מ לחלק בזה י"ל דמיתלי תלי במחלוקת הפוסקים אם היכא דאשלד"ע גם המעשה בטל דלהסוברים דהמעשה בטל קרוב להיות כדברי המל"מ כיון שנתערב איסור אחר יבטל אותו האיסור דין השליחות משא"כ להסוברים דאף היכא דאשלד"ע מ"מ המעשה קיים והוי כאלו נעשה ע"י המשלח לענין קיום הדבר שנעשה מדרך השליחות מהראוי לחייב דו"ה את הגנב בטבח ע"י שליח אף כשנתערב עוד איסור אחר באותו מעשה השליחות כגון שצוה לו לשחוט בשבת. דאף דלענין עונש על מעשה שבת לא מחייבינן את המשלח מ"מ מיקרי כאלו הוא עשה הדבר הזה ככל אשר נעשה ולענין עונש דו"ה יש שלד"ע אף לעונשו:

שוב מצאתי בספר הפלאה שכתב בספרו לכתובות דף ל"ג ע"ב ד"ה וכי זה חוטא וזה מתחייב שכתב מסברא דנפשי' דלכך בטל השליחות בנתערב עמו איסור אחר משום דהיכא דלא אמרינן שלד"ע בטל השליחות יעו"ש א"כ ברורים הדברים שכתבתי לעיל דלשיטות הפוסקים דאף היכא דאשלד"ע לא מבטל השליחות יש לחייב על דבר

שאמרינן בי' שלד"ע אף כשנתערב בו איסור אחר דלא אמרינן גבי' יש שליח לדבר עבירה ודוק:

עוד בסוגיא הנ"ל

דף י"ד ודף ט"ו] **גמ'** ולוקמא כר"י הסנדלר דאמר ל"ש בשוגג ול"ש במזיד לא יאכל כתב הרשב"א בחידושיו ד"ה ונוקמא כו' וקשה למה לי להזכיר כאן מה שאסר ר' יוחנן לדידי' בין שוגג בין מזיד ואין צריך לזה בענין שאלתו כלל והכי הול"ל ולוקמא בשוגג ור"י הסנדלר וכדאמרינן לעיל ונוקמא במזיד ור"מ היא ע"כ לחומר הקושי' נ"ל לומר דרך פלפול דלקמן מסיק הגמ' כי שרי ר"מ כגון שהי' לו חולה מבע"י א"ה מ"ט דר' יהודה דאסר כגון שהי' לו חולה והבריא ולכאורה תמיה למה לא מקשה הגמרא קושי' חזקה ביותר האיך תני במתני' ואתחייב בנפשו הא כשיש לו חולה ליכא במזיד חיוב רק אדרבא מצוה קעביד ומחויב לשחוט ולתרץ קושי' זו אקדים דברי התוס' שם ד"ה כגון שהי' לו חולה והבריא. וא"ת אם יש מוקצה לחצי שבת אמאי שרי כו' וי"ל כיון שרגילות הוא שחוזר לחולי' לא הוי מוקצה כמו כו' ע"כ וצ"ע דבתוס' מס' פסחים דף מ"ו ד"ה רבה אמר כתבו וא"ת אי אמרי' הואיל א"כ בטלת כל מלאכת שבת הואיל וראוי לחולה שיש בו סכנה וי"ל כיון דלא שכיח כלל לא אמרי' הואיל ע"כ וקשה לפי"ז היכא שהי' לו חולה והבריא בו ביום שרגילות הוא שיחזיר לחוליו כדברי התוס' הנ"ל אמאי מתחייב בשוחט נימא הואיל אם יחזיר לחוליו יהי' חזי לאותו חולה ורב מרא דשמעתא כאן אית לי' הכנה דרבה ואי' במס' ביצה דף ד' מאן דאי"ל הכנה דרבה ע"כ אית לי' הואיל דאל"כ האיך אופין מיו"ט לשבת. א"כ קשה כנ"ל דלרב האיך אפשר לומר דמתני' מיירי בהי' לו חולה והבריא הא בכה"ג שייך הואיל ולמה תני במתני' אע"פ שמתחייב בנפשו ואף אם נדחק לומר דאע"פ שמתחייב בנפשו הכוונה שיש חיוב בנפשו בגוונא שאין לו חולה בביתו מלבד שהוא דוחק גדול לפרש כן קשה עוד כיון שיש לו חולה ושייך הואיל הרי לא עבר בשוגג רק על איסור דרבנן ולמה אסורה אכילה ליומא הא ר' יהודה לא קניס אלא בשוגג באיסור דאורייתא ונ"ל לתרץ דבמס' שבת דף ע"ה ע"א אי' דשוחט משום מאי מחייב רב אמר משום צובע כו' משום צובע אין משום נטילת נשמה לא אימא אף משום צובע אמר רב מילתא דאמרו אימא בה מילתא דלא ליתי דרא בתראי ולחכו עלה צובע במאי ניחא לי' ניחא לי' דליחווס בית השחיטה דמא כי היכא דליחזוה אינשי וליתי למזבנא ע"כ היוצא מדברי רב אף שהוא סובר כר' יהודה דדבר שאינו מתכוון אסור מ"מ אי לאו דניחא לי' בהצביעה כדי דליתי לזבוני מיני' לא הי' מחויב השוחט משום צובע [ומה שצ"ע בזה יבואר בסוף הקונטרס] מעתה י"ל דלפי טעמא של רב אין לחייב

שוחט בשבת אף משום צובע אלא כששוחט בהמה שלו דשייך דניחא לי' בהצביעה כנ"ל משא"כ בשוחט בהמת חבירו דלא איכפת לי' בצביעה ודמי למה דאי' במס' שבת דף ק"ג גבי התולש עולשין כו' ואם לייפות את הקרקע כל שהן ומקשה הגמ' כולהו לא לייפות את הקרקע ומסיק ל"צ דקעביד בארעא דחברי' ע"כ הן אמת שהסוגי' דשם הוא אליבא דר"ש שסובר דבר שאינו מתכוון מותר ואף דהוי פסיק רישא דלא ניחא לי' כיון דעביד בארעא דחברי' עכ"ז אף לרב ולר' יהודה דמחייבי בדבר שאינו מתכוון מ"מ לענין החיוב בשחיטה מצד צביעה שאמר רב בעצמו להדי' דניחא לי' וכנ"ל היכא דלא ניחא לי' כגון בשוחט בהמת חבירו ליכא למחייבי' משום צובע רק משום נטילת נשמה. לפי"ז יש לחדש דבר דלרב ולר' יהודה כשצריכין לשחוט בשבת עבור חולה שיש בו סכנה אם יש אחר שאינו בעל הבהמה לשחוט הבהמה אסור לבעל הבהמה לשחוט בעצמו דאם ישחוט אחר לא יהי' חילול שבת בהצביעה. משא"כ בשוחט בעל הבהמה בעצמו דעובר על מלאכת צביעה ואין בזה צורך לחולה והוי בזה מחלל שבת שלא לצורך לפי"ז מתורץ מה שהקשיתי לעיל אמאי מקשה הגמ' א"ה מ"ט דר' יהודה דאסר ולא מקשה בפשיטו' אמאי יהי' מתחייב בנפשו. די"ל דמתני' מירי בשוחט בהמתו ואיכא אחר לשחוט דבכה"ג אף כשיש חולה שיש בו סכנה מתחייב השוחט בהמתו לצורך חולה משום חילול שבת דמלאכת צביעה דלא הי' צורך בזה להחולה דאלו הי' נותן לאחר לשחוט לא הי' חילול שבת דצביעה ויעוין בטו' יו"ד הלכות מילה שכתב בשם הראב"ן במילה בשבת אי איכא אחר למול אסור לאב למול בעצמו משום דניחא לי' בתקנת בנו משא"כ אחר] ע"כ לא מקשה הגמ' רק מ"ט דר"י דאסר דהא מה דאסר ר' יהודה במבשל בשבת הוא מטעם שלא יהנה ממלאת שבת והרי בשוחט בהמתו בעצמו לחולה אף שעובר ללא צורך על מלאכת צביעה וע"כ מתחייב בנפשו מ"מ לא שייך לאסור עליו מפני זה האכילה כששוחט ומשו' דלא ליתהני ממלאכת שבת דהא חילולו את השבת בצביעה לא גרם לו הנאת אכילת הבשר דהא עמדה הבהמה לשחוט לצורך החולה ע"י אחר והי' הבשר מוכן לו לאכילה ועיקר החיוב שעליו הוא מחמת שלא הניח לאחר לשחוט ושחט בעצמו. והרי לא מתהני כלום במה שחילל השבת בשחיטתו בעצמו וא"ש קושי' הגמ' מ"ט דר' יהודה דאוסר ומתרץ הגמ' ע"ז כגון שהי' לו חולה והבריא שלא הי' עומד לשחיטה אף ע"י אחר דאף דליכא חיוב מיתה בשחיטת אחר דלגבי מלאכת נטילת נשמה אה שהבריא החולה שייך הואיל כנ"ל עכ"ז עכ"פ מדרבנן אסור ולא תשחט הבהמה ע"י אחר והוי השוחט בהמתו מתהני מעבירה במלאכת שבת שחילל בשחיטתו דמיד שהבריא החולה לא היתה הבהמה נשחטה ע"י אחר ע"כ אוסר ר"י עליו שיאכל בו

ביום וממילא גם קושי' השני' שהקשיתי לעיל דכיון דרגילות הוא שיחזור לחוליו אמאי מתחייב בנפשו הא שייך הואיל מיושב דהואיל לא שייך רק לענין חיוב מלאכת נטילת נשמה. אבל לא לענין מלאכת הצביעה דאף אם ישוב החולה לחולי' ג"כ יהי' אסור לבעל הבהמה לשחוט בעצמו כשיש אחר לשחוט ומתני' מיירי כשיש אחר לשחוט וליכא הואיל בכה"ג כשישוב החולה לחולי' ולא יהי' אחר לשחוט. מלבד דלא אמרינן תרי הואיל: נראה לי עוד כיון שיש לפנינו אחר לשחוט לא שייך לומר הואיל אם לא יהי' אחר דהואיל כזה לא מצינו.

אמנם לפי"ז קשה מאי מקשה הגמ' לעיל ונוקמא כר"י הסנדלר דהא פשוט דלר"י הסנדלר דאוסר מלאכת שבת מדאורייתא מקרא דקודש היא לכם וקניס שוגג אטו מזיד ליכא למיסר רק היכא שבחילול את השבת מתקן המאכל כמו המבשל בשר חי שבמה שמתקן הבשר לאכילה הוא מחלל את השבת. וכן עד"מ כשצריך למשקה וסוחט פירות שיש בהן דין חיוב משום סחיטה בשבת יש לאסור המשקה שבאה בחילול שבת אבל הפירות שנסחט מהם המשקה ודאי אין לאסור אף שנעבדה בהם עבירה דלא מחמת זה אסרה תורה מעשה שבת ולפי"ז י"ל דלר"י הסנדלר כשיש חולה בשבת ונותן הדין שיהי' מותר לשחוט הבהמה לצורך החולה רק שלבעל הבהמה בעצמו אסור לשוחטו משום צובע כנ"ל והיכא דעבר ולא הניח לאחר לשחוט רק שחט בעצמו אה שעשה כן במזיד ומתחייב בנפשו על מלאכת צביעה מ"מ אין לאסור אכילת בשר בהמה זו כדין איסור מעשה שבת דהא נטילת נשמה בבהמה מותרת היא לצורך החולה ולא הי' חילול שבת רק במלאכת הצביעה שמתהני בו בעל הבהמה דליתי לזבינא אבל הבהמה עצמה לא נתקנה במלאכה זו והאיך מצינו שר"י הסנדלר אוסר בכה"ג לאכילה דהא לר"י הסנדלר האיסור במזיד הוא מצד מעשה שבת דאיסור הוא משום קודש היא ובשוגג קנסינן אטו מזיד ומצד מלאכת הצביעה לא נקרא מעשה לענין אכילת הבשר שהבהמה לא נתקנה לאכילה מחמת הצביעה. וה"ה עד"ז אף כשהבריא החולה הלא לפמ"ש גם כשהבריא החולה ליכא חילול שבת רק משום צובע ולא משום נטילת נשמה דלגבי נטילת נשמה שייך הואיל ואם יחזיר החולה לחולי' דרגיל הוא לחזור לחוליו כסברת התוס' הנ"ל בשלמא לר' יהודה שאוסר משום דלא ליתהני ממלאכת שבת שפיר יש לאסור באכילה כששחט אחר שהבריא החולה וכנ"ל דמתהני במה ששחט בעצמו דמיד שהבריא החולה לא הי' עוד מציאות שתהא בהמה זו נשחטת בהיתר דאף דבאחר שייך הואיל לענין מלאכת נטילת נשמה מ"מ מדרבנן אסור כמו בכ"מ ששייך הואיל דהואיל אינו מועיל רק לפטור מעונש וא"כ שפיר מיקרי מתהני במה ששחט הבהמה ע"כ אסיר

באכילה אבל מדברי ר"י הסנדלר לא נשמע שנחית לאסור משום דמתהני מאיסורא דהא לדידי' מלאכת שבת אסיר מדאורייתא מקרא כי קודש היא וקניס שוגג אטו מזיד:

ולתרץ קושי' זו אמינא דלפי מה שבארתי במקום אחר דהואיל לא שייך אלא בגוונא האמורה באופה מיו"ט לחול דהואיל ואי מיקלעי אורחים דלצורך או"נ מותרים המלאכות בהיתר גמור ולא בדרך דחי' וכמו שביאר להדי' הר"ן פ"ב דביצה גבי ממלא אשה תנור פת כו' יעו"ש משא"כ בחילול שבת לצורך חולה שיש בו סכנה דלדעת הר"ן והרשב"א בתשובה סי' תרפ"ט לא הותרה רק דחוי' וכן כתב הרמב"ם להדי' בפ"ב מהלכות שבת דשבת דחוי' הוא לצורך חולה ואין מקום לקושי' התוס' שהבאתי לעיל דא"כ דאמרי' הואיל בטלת כל מלאכת שבת אלא למ"ד דשבת הותרה בהיתר גמור לצורך חולה וכן הוא דעת הר"מ שמובא ברא"ש פ' בתרא דיומא ובתשובותיו כלל כ"ו סי' ל"ה ולפ"ד הב"י באו"ח סי' שכ"ח פלוגתת הפוסקים בזה תלוי בפלוגתא דתנאי דפליגי גבי טומאה אי אמרינן טומאה הותרה בציבור או דחוי' והרמב"ם הנ"ל שסובר דשבת דחוי' הוא לצורך חולה לשיטתי' אזיל שפוסק בפ"ד הלכות ביאת מקדש דטומאה דחוי' הוא בציבור. ודברי הראשונים הנ"ל מה שכתבתי בדברי הגמ' אליבא דר' יהודה המה שפיר לשיטתי' דר' יהודה שהוא סובר טומאה הותרה בציבור וכדאי' בסנהדרין דף י"ב ובשארי מקומות אבל אליבא דהילכתא דפסקינן דלא כר' יהודה אלא כר"ש דטומאה דחוי' לא שייך כלל למיפטר במלאכת שבת מצד הואיל דחזי לחולה שיש בו סכנה. וא"ש קושי' הגמ' ונוקמא כר"י הסנדלר דכיון שהבריא החולה יש חילול שבת גם מצד מלאכת נטילת נשמה ומשום מעשה חילול זה יש לאסור אכילת הבהמה דהוי מעשה שבת גמור דבנטילת נשמה נתקנה הבהמה לאכילה וכן הוא סוגי' הש"ס בכל מקום היכא דלא מצינו להדי' בדברי התנא להיפך מהילכתא אמרי' שמסתמא סובר כפי פסק הלכה וכיון דלא מצינו שר"י הסנדלר סובר טומאה הותרה מחזיקינן שדעתו כפי הדין דטומאה דחוי' הוא וכמו כן לצורך חולה לא הותרה שבת אלא דחוי' וליכא למפטרי' מטעם הואיל במלאכת שבת דשאני הואיל לגבי יו"ט דמלאכת אוכל נפש הותר

אמנם עדיין צ"ע ואקדים לשון התוס' ד"ה כי שרי ר"מ כו' וא"ת ונוקמא מתני' בשוגג ור"מ ולא הי' לו חולה כלל וי"ל דדומי' דיוה"כ קתני דאסור אע"ג דהי' לו חונה כו' עכ"ל ואני הוספתי נופך דהא לכאורה אך למותר מה דתני במתני' וביוה"כ דהא שבת חמירא מיוה"כ וכיון שאמר השוחט בשבת לא הוצרך עוד לומר וביוה"כ והוי כזו ואין צ"ל זו וצ"ל דלא שנה במתני' וביוה"כ רק לאשמעינן דשבת דומי' דיוה"כ וכן כתב התורת חיים. מעתה מיושב בפשיטות קושי' התוס' דאין לומר דמתני' מיירי באין לו חולה

דא"כ ממילא ידעינן שהבשר אסור לאכילה ליומא משום מוקצה ואך למותר מה דתני במתני' וביוה"כ דבלא"ה הוי ידעינן דאסור משום מוקצה: ואין לדחות דזה גופא אתי לאשמעונן דאסור משום מוקצה דדין מוקצה אין ענין לכאן ועד"ז אי' בשו"ת מהרי"ק סי' ק"ס יעו"ש איו דמתני' מיירי שהי' לו חולה והבריא דליכא מוקצה ואשמעינן מתני' במה דתני וביוה"כ למידק שאסור באכילה ליומא משום מעשה שבת והנה בהר"ן פ' יוה"כ אי' בזה"ל גרסינן בגמ' כו' ונשאל להראב"ד ז"ל בלשון הזה אם הי' חולה שיש בו סכנה וצריך לשחוט לו תרנגולת למה לא נאמר לכותי שינחור לו ונאכילנו נבילה שאין בה אלא איסור לאו ולא נשחוט ונדחי שבת שיש בה איסור סקילה כו' אבל נראה ני דלגבי חולה אין איסור נבילה קל מאיסור שבת דנהי דנבילה איסור לאו ושבת איסור סקילה איכא חומרא אחרינא בנבלה לפי שהאכילה עובר בלאו על כל כזית וכזית שבה כדאמרי' וכו' אבל לענין שבת מותרים דקי"ל היא קודש ואין מעשי' קודש ומש"ה לאוין הרבה דנבילה לא מיקרי איסור קל לגבי חד לאו דשבת ואע"ג דהוי איסור סקילה עכ"ל. מדברי הללו נשמע דלר"י הסנדלר שסובר מעשה שבת אסור מה שאוכל החולה משחיטת שבת הוי כאכילת איסור בכל זית וזית שדחוי' לו האיסור מצד חליו והר"ן לשיטתו שסובר דשבת דחוי' הוא אצל חולה ולא הותרה וכמו כן אכילת אסורים והוא ע"ד שכ' הרמב"ם בפ"ד מהלכות ביאת מקדש הלכה ט"ו בזה"ל ומפני מה מחמירין על הטהור מבית אב אחד מפני שהטומאה לא הותרה בציבור אלא באיסורא עומדת ודחוי' היא עתה מפני הדחק ע"כ וסובר הר"ן דלמ"ד מעשה שבת במזיד אסור מדאורייתא מלימוד כי קודש היא יש איסור זה גם בשוחט לחולה בשבת אף שבכה"ג מצוה לשחוט מ"מ כיון שאינו אלא דחוי' לצורך החולה הוי ככל מעשה שבת במזיד שאסור אף היכא דליכא חיוב מיתה דאף דמה שמחלק ר"י הסנדלר בין מזיד לשוגג לא אתי' לי' אלא מקרא דמחללי. מות יומת מ"מ אף כשליכא חיוב מיתה אסור משום מעשה שבת וסמוכי' לזה מדברי רש"י במס' ב"ק דף ע"א ד"ה במזיד אמרתי לך קודש היא היכא דשייך דין מיתה ולא בשוגג ע"כ וסובר הר"ן דה"ה בשוחט בשבת לחולה כיון ששחט בכוונה ומשכחת דין מיתה בשחיטת כוונה שלא לצורך חול' קאי עלי' איסור דקודש היא לכך הוצרך הר"ן לומר דליכא גבי חולה איסור באכילת שחיטת שבת משום דקי"ל מעשה שבת מותר דהיא קודש ואין מעשי' קודש לפי"ז הי' מקום לומר דלר"י הסנדלר ולפי מה שהעלתי לעיל שסובר כהילכתא דשבת דחוי' היא צל חולה כשיש חולה בשבת אסור לשחוט הבהמה לצורכו היכא דאפשר לנוחרו ע"י עכו"ם ואף אם נאמר דדחיי' שבת אצל חולה להיות נעשה ע"י ישראל אף כשאפשר לעשות ע"י עכו"ם כמ"ש ברשב"א בתשובה הנ"ל סי'

תרפ"ט ואתי' לי' ממה ששנינו דיעשה ע"י גדולי ישראל מ"מ עכ"פ נשמע עפ"י דברי הר"ן הנ"ל דכששוחטים בהמה בשבת לצורך חולה שיש בו סכנה למ"ד דמעשה שבת אסור במזיד גם בכה"ג אסור: ואין היתר לאכול מבהמה זו רק לחולה לבד שדחוי' אסורי' אליו אבל לכל אדם אסורה הבהמה מדין מעשה שבת ומינה כשהבריא החולה בשבת והבהמה נשחטה בשוגג אף אי לא הוי קנסינן שוגג אטו מזיד לאסור מצד מעשה שבת ג"כ יש לאסור אכילת הבהמה בשבת מטעם מוקצה דאף דבבה"ש הי' לו חולה והי' בדעת בעל הבהמה לשוחטה לצורך חולה מ"מ הוי מוקצה דהא אף אם היתה נשחטת לצורך חולה לא הוי מותר לאכול מבהמה זו רק לחולה לבד לאחרים ואיתקצי בהמה זו מאכילה לכל אדם מלבד החולה שבכה"ג הוי מוקצה גמור [יעוין חדושי הרשב"א מס' שבת דף מ"ו ד"ה מתיב רמב"ח וא"כ קשה האיך אפשר לאוקמא המשנה כר"י הסנדלר הא לר"י הסנדלר לא הוי צריך למיתני במתני' וביוה"כ שלא נשנה רק לאשמעינן ששוחט בשבת אסורה ליומא דומי' דיוה"כ הא בלא"ה ידעינן דאסורה באכילה בשבת משום מוקצה אמנם לק"מ דאף לר"י הסנדלר דאוסר מעשה שבת לא איתסר באכילה אלא לישראל אבל לנכרים שרי דאין על מעשה שבת איסור הנאה וכדדריש ר' חייא אי מה קודש אסור בהנאה אף מעשה שבת אסור בהנאה ת"ל לכם שלכם יהא וכיון שהי' לו חולה בתוך ביתו ועמדה הבהמה לשחוט לצורך החולה ידע שתהא הבשר אסור באכילה לעולם לו ולאחרים ישראלים מלבד החולה והכין המותר מהצורך לאכילת החולה ליתן בשבת לנכרים או לכלבים דזה מותר לר"י הסנדלר לעשות אפילו בשבת וכמו שמבואר להדיא באס"ז נכתובות דף ל"ד ע"א ד"ה ר"י הסנדלר שכ' בזה"ל דע דר"י הסנדלר בא לאשמעינן נמי דדוקא באכילה הוא דאסור אבל בהנאה מותר והיינו דקאמר במזיד לא יאכל עולמית לא לו ולא לאחרים דכיון דגריס יאכל פשיטא דאפילו לאחרים אסור אלא לדיוקא נקיט דדוקא לאחרים ישראל הוא דלא יאכלו אבל מוכרו ונותנו לנכרי אפי' כו ביום נותנה לנכרים ואם תשאל מנ' דאחרים היינו ישראל דילמא אפי' גוי' תשובתך מרישא שמעינן לה דקתני נמי בשוגג יאכל למוצאי שבת לאחרים ולא לו וע"כ האי אחרים היינו ישראל דלא מפיק מכללא אלא לו דוקא וכדקתני ולא לו וזהו שכ' רב"י ז"ל כדר"י הסנדלר גרסינן א"ה לאחרים ישראל לא לו ולא לאחרים ישראל אבל מוכרו ונותנו לנכרי עכ"ל וכיון שהי' עכ"פ מוכן לכלבים תו לא הוי מוקצה דמוכן לכלבים הוי מוכן לאדם לכך לא הי' לו למיסר משום מוקצה כששחטה בשוגג בשבת היכא שהי' לו חולה מבעוד יום ואין אסורה רק משום דקניס ר"י הסנדלר שוגג אטו מזיד: וא"ש מה דתני במתני' וביוה"כ למידק מיני' דאסורה באכילה ליומא בשבת מחמת החילול

שבת שעשה בשוגג והוי מצינן לאוקמא מתני' כר"י הסנדלר וא"ש קושי' הגמרא ונוקמא כר"י הסנדלר:

היוצא מכלל הדברים דעיקר קושי' הגמ' ונוקמא כר"י הסנדלר אינו רק לפי מה דנשמע מר"י הסנדלר כהוכחת האס"ז הנ"ל דכמו דבשוגג מותר לנכרי כמו כן במזיד מותר לנכרי כי אינו אסור אלא באכילה לו ולאחרים ישראלים. אבל לנכרי מותר אפילו ביום השבת וא"כ לא לזר יחשב אם נאמר דזה הי' כוונת המקשן במה שהאריך בלשונו ואמר ונוקמא כר"י הסנדלר דאמר ל"ש שוגג ול"ש מזיד לא יאכל:

וע"ד הנ"ל י"ל בפשיטות בקיצור דברים דאי הי' הדין לר"י הסנדלר שמעשה שבת אסור ביומא אף לכלבים לא הוי קשה קושי' הגמ' ונוקמא כר"י הסנדלר דהמ"ל דלא הוי דומי' דיוה"כ דביוה"כ ליכא איסור רק על אכילת אדם ולהאכיל לכלבים שרי ומצד מעשה שבת אסור ביומא אף לכלבים ע"כ הוצרך המקשן לדבריו דר"י הסנדלר אמר ל"ש בשוגג ול"ש במזיד לא יאכל שממשמעות דברים אלו נשמע שמותר לכלבים וכדברי האס"ז הנ"ל:

שוב התבוננתי שבסגנון דברי הראשונים יש ליישב בתירוץ מרווח יותר. מה שהקשיתי דבחולה והבריא יהי' השוחט בשבת פטור מטעם הואיל ואקדים לזה לשון התוס' במס' מנחות דף ס"ד ע"א ד"ה להעלות דגים והעלה דגים ותינוק רבא אמר חייב לא דמי לאופה מיו"ט לחול דפרק אלו עוברין דף מ"ו דפטרינן מטעם הואיל ומיקלעי לי' אורחים ונימא הכא נמי הואיל ופטר לי' אתינוק פטור נמי אדגים דהתם הוא דאפייתו חזי' לצורך יו"ט אבל הכא צידת דגים לא חזי' בשבת עכ"ל התוס' ולכאורה אינו מובן מה שכתבו התוס' הואיל ופטור אתינוק דהואיל כזה לא מצינו וצ"ל שכוונתם דכשם גבי אופה מיו"ט לחול אף שמחשבתו הי' לחול מ"מ כיון דמשכחת שיהי' ההיתר על אפיי' זו אי מקלעי לי' אורחים פטרינן מהחיוב על האפי' ולא אזלינן בתר מחשבתו שלא הי' לצורך אורחים כמו כן לא ניזיל בתר מחשבתו בפורש מצודה להעלות דגים והעלה גם תינוק דהא לצור העלאת תינוק מותר לפרוש מצודה אף כשיודע שיצודו באותו מצודה גם דגים כן תורף כוונת הפוס' אף שלשונם קצת סתום ולהבין תרוצם ע"ז נ"ל דלפי מה שהקדמתי לעיל דהואיל לא שייך אלא היכא דמה שמותר הוא מצד היתר גמור לא מדין דחוי' והיינו כעין אפי' ביו"ט לצורך אורחים שהתירה התורה בהיתר גמור וכן היתר מלאכה בשבת לצורך חולה לשיטת הסוברים שהותרה שבת לצורך חולה ולא דחוי'

אמנם נ"ל דאף להסוברים שהותרה ז"א אלא היכא שהמלאכה הנעשית הוא צורך החולה שהוא צריך לאותו המלאכה כגון המבשל לצורך חולה או מדליק הנר לצורך חולה

וכדומה וכן מלאכת צידת התינוק שנפל לים שהצידה הוא צורך העלאתו מהים אבל כשא"א להעלותו לבד בלתי עם צידת דגים שעצמות צידת הדגים אינם לצורך התינוק רק כיון שא"א להוציא התינוק לבד צריכין לעשות גם מלאכת צידה בדגים י"ל דצידת הדגים אינם מותר בהיתר גמור כמו כל צורכי חולה אלא בדין דחי' שנדחה איסור מלאכת צידה בהדגים כדי שיהי' אפשר לעשות ולגמור העלאות התינוק בהצידה וכיון שאם יש אפשרית להעלות התינוק בצידה בלי הדגים אסור צידת הדגים באיסור מלאכת שבת ע"כ אף בגוונא שמותר לא מיקרי הותרה רק דחוי' ולכך לא שייך הואיל לפוטרו על צידת דגים האף שניצוד גם התינוק דהא מחשבתו לא הי' על התינוק ואף לפי מעשיו שניצוד התינוק אין בצידת הדגים שם הותרה רק דחוי' ועל כה"ג לא שייך הואיל:

ועד"ז נ"ל גם בשוחט לצורך חולה בשבת לשיטת רב שיש בשחיטה ב' מלאכות א' משום נטילת נשמה ב' משום צובע דניחא לי' כו' דלגבי מלאכת נטילת נשמה שהיא עצמות צורך החולה שצריך לאכול בשר שפיר י"ל דהותרה בהיתר גמור כדברי הנ"ל אבל מלאכת הצביעה לא מיקרי הותרה רק דחוי' שהיא אינה לצורך החולה כלל דמה לו לחולה אם יצבע בית השחיטה או לא רק שעכ"ז אין למנוע מחמתה השחיטה כשצריכין כזית בשר מבהמה עבור החולה דלא גרע מצידת דגים ותינוק דהיכא דא"א לצוד התינוק לבד מותר גם לצוד הדגים כמו כן בשחיטה כיון שא"א לשחוט בלתי שיהי' בה גם מלאכת צביעה ובפרט אם נאמר דאף אם אינו מכוון כלל להצביע מ"מ ממילא הוי אותו מלאכה לדברי ר' יהודה דאמר דבר שאינו מתכוון ג"כ אסור וכיון שכן אף דבעוד החולה בחולי' מותר לשחוט ואין איסור כלל דנטילת נשמה הותרה לצורך חולה ומלאכת צביעה דחוי' מ"מ כשהבריא החולה ושחט א"א למפטרי' להשוחט מטעם הואיל אלא מאיסור נטילת נשמה שהיא הותרה בהיתר גמור לגבי החולה אבל לא ממלאכת צביעה שלא הותרה אף כשיש חולה רק דחוי' ודמי להעלה דגים ותינוק דלא פטרינן על צידת דגים מטעם הואיל וכנ"ל וא"ש מה דתני במתני' ומתחייב בנפשו דלרב שסובר דהשוחט בשבת חייב גם משום צובע יש לחייבו משום מלאכת צביעה כשהי' לו חולה בתוך ביתו והבריא אף דכיון דרגיל לחזור לחולי' שייך הואיל ופטור עי"ז על מלאכת נטילת נשמה מ"מ רבוע עלי' מלאכת הצביעה דהא אף אם הי' החולה עודנו בחולי' לא היתה מלאכה זו מותרת בהיתר גמור כמו כל צרכי חולה רק מדין דחי' שנדחית מפני החולה מצד שא"א בענין אחר שמאלי' באה הצביעה בשעת שחיטה ועל כה"ג לא פטרינן בהואיל ודוק: