

הקדמה דרך השמים דבריהם בדפוס להודיע גלוי לכל מה ראו על ככה להביא דבריהם בדפוס.

וכי אין כונתם חלילה למען בצע בצע ולא לנחול כבוד. רק לש"ש מעשיהם. והנה אשריהם לאלה אשר דבריהם באמת וצדק ולבם חלל בקרבם ורחוקים המה מתאות בצע וכבוד. אך לא לאנשים כמוני להתהלל ככה.

אם כי בטח לא עשיתי למען השג כסף. כי ידוע בעוה"ר דורשי תושי' מעטו. הקופצים לא ירבו ויציבא בארעא. אך לא אוכל לומר בטח כי נקיתי מפנית הכבוד. כי אין אדם מעיד על עצמו. וכפירושם על הפסוק לא תעשה עול במשפט. במדה ובמשקל. ואמרו אם שלא לעות משפט כבר נאמר אלא ללמדך שהמודד נקרא דיין.

והנה בדיין אמרו אסור לדון בדבר שהוא נוגע בו מפני כי האדם עלול לשגיאות ובבאו לשקול הדבר במאזני שכלו. נטיתו ופניתו יכריע הכף לצד השני.

מכש"כ בבא האדם לשפוט את עצמו. בודאי הוא עושה עול במשקל השכל. כמאמר חז"ל צדיקים יצ"ט שופטן רשעים יצה"ר שופטן בינונים זה וזה שופטן. הכונה כל איש בבואו לשפוט על איזה דבר ורעיון.

ישפוט על הדבר מצד טבעו ותכונתו ודבר אשר יש לו תשוקה לזה. והצדיקים אשר רק לטוב תערוג נפשם.

השופט על דבר שלהם הוא יצר הטוב אשר בקרבם. ואהבתם לטוב היא אשר תשפוט על הדבר אם טוב הוא.

אך הרשעים אשר חפצם ותשוקתם אך תאותם. השופט בקרבם על כל דבר. הוא היצר הרע אשר בקרבם. כמאמר בעל חובת הלבבות בן אדם תדע כי השונא הגדול כו' המסוך בכחות נפשך כו' בעל עצתך כו' בינונים זה וזה שופטן.

הבינוני לפעמים ישפוט על הדבר ממקור הטוב ממקור האמת. ולפעמים השופט שלו הוא היצה"ר ממקור השקר.

אך הוא אינו מרגיש כלל כי עבד נרצע הוא לתאותיו. ובנפשו ידמה חף אנכי מכל פשע. ודנתי את הדבר באמת ובצדק בלי פניות. אך לא כן בדיו.

ולפעמים גם גדולי עולם יוכלו ליפול חלל ע"י הטעות הזוה. היינו חוסר הידיעה בפניות עצמיות: מצינו שאמרו רז"ל (בערכין ט') לא נחתם גזר דינם של מרגלים אלא על לשון הרע.

כמו שנאמר וימותו האנשים מוציאי דבת הארץ רעה. והנה יפלא הדבר אחרי שחז"ל ברוח קדשם אמרו שם בערכין דבר גדול דברו מרגלים אפילו בעה"ב אין יכול להוציא משם כליו שנאמר כי חזק הוא ממנו.

ואחרי אשר מרגלים קצצו בנטיעות וכחשו בה, ע"ז לא נענשו תיכף. וגז"ד נחתם רק על לה"ר.

הן האמת שלה"ר הוא עון גדול עד לשמים יגיע. אבל האם יכול להיות גדול ממוציאי לה"ר על ה'.

ובאמת גם זה יפלא איך יתכן הדבר נשיאי ישראל אשר ראו עין בעין את מעשי ה' הגדול בארץ מצרים ועל ים סוף הם יאמרו שחלילה אין יכולת בידו. אם קראוהו בעה"ב ויודעים המה שהוא ברא כליו יש מאין.

איך יואילו לומר כי חלילה בעה"ב אין יכול להוציא כליו. אולם נמשך להם אדרבה מבחינת ידיעתם את ה' ופחד הדר גאונו.

וכי לא ינקה הממרה את פיו. ואין לפניו משא פנים.

ומכש"כ בעת הנהגתו את האדם למעלה מדרך הטבע כאשר מצינו מאמר חז"ל נפלא מאד במדרש רבה על פסוק לא נפקד ממנו איש. לא נתחלף לאחד מהם תפילין של ראש לתפילין של יד שאילו נתחלף לא ה' הכתוב משבחים.

ולא ה' יוצאים בשלום. והנה היתכן איש שהלך לפדות שבויים והוא לא אכל לחם יום ולילה.

כי ה' דבר המצוה נחוץ ובבאו לסעוד שכח ונתחלף לו שהי' לו להקדים דבר שברכתו בפה"א לברכת שהכל ובירך שהכל קודם ברכת בפה"א. היתכן שיתעצב אל לבו.

ויאמר מה עשיתי חטאתי ועויתי כי הפכתי הסדר ולא ברכתי את המלך הגדול כראוי. הלא לצחוק יהי' בעיני האנשים ויאמרו לו הלואי שהי' לנו הדבר הזה.

הלא עסקת כל היום במצוה רבה. ואם בא לידך העון הקל הזה.

הלא חנון הוא רחום הוא לא יחשוב לך כלל עון. והנה האנשים אשר הלכו לתת נקמת ה' במדין הלכו במסירת נפש שאין למעלה ממנו.

כי הלכו ללחום עם עם רב כזה אשר נקבות מהטף פחותים משלש שנה הביאו שנים ושלשים אלף. וכמה נפשות קטנות כאלה נרמסו במלחמה.

כי מי הביט להציל בעת המלחמה. ואם נשארו נקבות פחות מבת שלש שנה שנים ושלשים אלף.

הלא הגברים האנשים מבני ששה ומעלה בודאי היו לכה"פ חמשה פעמים ככה ובטח היו מאה וששים אלף גברים שולפי מלחמה. ואותם הלכו לכבוש אך שנים עשר אלף איש.

הלא היא מסירת נפש למען לתת נקמת ה' במדין. ובעת המלחמה בטח הי' כדרך כל הארץ יומם ולילה בלי הפוגות ואעפ"כ אחר מסירת נפש כזה גזרו חז"ל שאם הי' מתחלף לאחד מהם תפילין של ראש לתפילין של יד לא הי' יוצאים בשלו' כי כן דרכו של ממהקב"ה לא יקח שוחד אפילו שוחד של מצוה.

ואין המצוה גורם שלא יענש בשביל העבירה, ובאמת גם במלכותא דארעא כן, איש צבא שלחם מלחמתו ברוח גבורה נפלאה ובמסירת נפש. אעפ"כ בעבור לפניו המלך לא ישכח לתת כבוד לשמו כמשפטו בכל יום.

כי אימת המלכות. לא יתנהו אף בעת הבלבול היותר גדול לשכוח משפט נמוס הכבוד למלך.

ואם למלך בו"ד ככה לממ"ה עאכו"כ. לוא הי' באמת יראת ה' על פניו כיאות לעומד לפני מלך גדול ונורא.

בלבול וטרדת המלחמה לא היתה מבלבלו מלשכוח חק משפט נמוס הכבוד להניח תהלה של יד ואח"כ של ראש. ואם הפך הסדר אף מפני טרדת המלחמה אות הוא כי אין יראת ה' נגד עיניו כיראת המלך על איש הצבא.

וע"כ בחטאו נגד יראת ה' בעת עמדו בסכנה תיכף הי' נענש בעד זה. ואם הי' מתחלף לאחז מהן התפילין לא הי' יוצא בשלום כי מדת ה' לא ינקה.

ולא יקח שוחד של מצוה. ואם עשה מצוה ועשה עבירה בעד המצוה שכרו גדול לנצח נצחים שכר אשר עין לא ראתה.

ובעד עבירה ענש יענש. וזה מחסדי ה'.

כי שכר המצוה לנצח. ועונש העבירה אינה לנצח.

וע"כ לא טוב שיגרע משכר הנצחי וע"כ חובו הוא גובה. למען יקבל אח"כ שכרו בשלימות.

אבל אין הקב"ה ותרן אפילו על דבר קטן וכאמרם ז"ל (בב"ק נ') כל האומר הקב"ה ותרן יותרו חייו. ע"כ אנשי המדבר דור דעה אשר השיגו את גדולת ה' והאדם אשר קבל עליו עבודת ה' כמה הוא חייב לעבדו ולירא מפניו.

הם לא התפעלו מאומה בראותם קריעת ים סוף וירידת המן אשר כלכל עם רב אשר לפי ערך שש מאות אלף מבני כ' ועד ששים הי' מספרם ביחד לכה"פ שלשת מליון במדבר הגדול והנורא זה לא הי' אצלם פליאה מאומה. כי אחרי אשר בדבר ה' שמים נעשו ובדיבור אחד יהי מארת ברקיע השמים נבראו אלפי אלפים כוכבים אין מספר.

וכידוע כי בנתיב החלב יתראה המון כוכבים אין מספר אשר אף בכלי המחזה היותר גדולים יתראו אך כדמות גרגיר קטן. וע"כ הם נבראו יש מאין.

ונבראו אך בדבור אחד יהי מאורות ואם כה גדול אדונינו ורב כח מה חידוש שיכול לקרוע הים. ולכלכל במן שלשת מיליון.

אם כל הנבראים יש מאין המה הלא הקב"ה זן ומפרנס אותם בכל רגע. ואילו הי' מסלק רגע מהם השפעתו הי' שבים לאפס המוחלט.

א"כ לא התפעלו מאומה מהנסים והנפלאות לגודל ערכם בידיעת ה'. אך מדת ה' אחת משלשה עשרה שתשתנה זה הי' בעיניהם דבר שאין יכול להיות.

כי איך ישנה ה' דרכו ומדותיו אשר רצה לנהוג בהן את עולמו. וע"כ בראותם גדול כתיובשי הארץ.

כי אין לכבשם בדרך הטבע. רק בדרך למעלה מן הטבע.

ואם ה' מתנהג עם האדם למעלה מדרך הטבע. אז מדת ה' שיתנהג אז האדם בתכליות השלימות כיאות לעומד לפני מלך רם ונשא אלהי השמים וארץ.

ואם מפאת חומרו יטעה יענש תיכף. וכן מצינו בבא ישראל לכבוש את עי.

אמר ה' אל יהושע חטא ישראל גם גנבו גם כחשו גם שמו בכליהם ואילו לא היינו יודעים המעשה. והי' יודעים רק את זה שה' אמר אל יהושע כן.

בטח היינו מדמים. כי חלילה קהל עדת ישראל הי' אז במצב נמוך מאד.

וכי חלילה סרו מדרך הטוב. אך כאשר ידענו מהמעשה נתפלא הפלא ופלא מגודל קדושת עם ישראל אשר בין עם רב אנשים ונשים וטף לא נמצא אחד שהי' עליו עון.

וכולם קדושים וטהורים היו, ורק אחד הוא שנמצא אשר מעל בחרם. אחד בין כל ישראל.

וגם חטאתו הי' אחר נסיון גדול. כי בראות איש כסף וזהב מושלך בארץ ולא ירצה לקחת מפני איסור שבת הוא נסיון.

ואף כי ת"ל יש הרבה אשר אם הי' מוצאים בשבת דבר מוקצה לא היו מגביהים ונושאים בשבת כי לא אלמן ישראל. אך לא נוכל לומר כי רוב האנשים השומרים את יום השבת מחללו.

במצאם מציאה שיוכלו להתעשר ולהתהפך מעני מדוכא לעשיר גדול בין רגע. לא הרבה אשר יוכלו עמוד במלחמה גדולה כזו פתוי והסתת היצר ויש אשר יוכלו ליפול חלל בנסיון כזה.

ואנו מתפללים בכל יום אל תביאנו לידי נסיון אף כי השכר גדול לעומד בנסיון. אך כאשר קרוב להפסד פן חלילה לא ננצח ע"כ נחפוץ שלא יביאנו ה' לנסיון.

אכן אנשי דור המדבר ובאי הארץ הם אשר כל הקהל הגדול והקדוש. אנשים ונשים וטף עמדו בנסיון גדול כזה.

לראות כסף וזהב וסגולת מלכים מושלכים על פני הארץ. והרבה הרבה בטח היו בתוכם עניים מדוכאים כי לא יחדל אביון ויוכלו בין רגע להתעשר והם עמדו בנסיון.

ולא שלחו ידם בביזת החרם אך אחד היה עכן אשר לא נצח את המלחמה מלחמת היצר. ונפתה אחר ראות עיניו כמאמר הכתוב ואראה אדרת שער ראיתו היא שגרמה לו.

ואף כי כל הקהל קדושים וטהורים היו בשביל אחד שלא עמד בנסיון כבר היתה יד העכו"ם על העליונה. וה' אמר אל יהושע חטא ישראל.

זאת ידעו התרים את הארץ. כי לכבוש עם גדול ורם כיושבי הארץ נחוץ להיות כל ישראל צדיקים גמורים.

וע"כ אמרו בעה"ב אין יכול להוציא כליו כביכול. כי איך יביאנו אחרי שהבחירה מסר ביד האדם.

ואיך יוכל להיות כי נמלא חובותינו למלכינו. וידיעתם הרבה בגדולת ה' וכמה רבה רעת הממרה את פיו הביאתם לומר בעה"ב אין יכול כו'.

כי מדתו הלא לא ישנה אחרי אשר בהם קבע סדרי הנהגתו. כי יוכל להפוך צור למים. ולהוביש ימים ידעו ולא התפעלו מזה מאומה. אך זאת לא יכלו האמין כי ישנה ה' בשביל האדם מדתו שכתוב לא ינקה: והנה אם כי דבורם הי' חטא ומעל.

כי בהדי כבשי דרחמנא למה לך ומדת אברהם בלי להרהר כלל אחר מדותיו של הקב"ה. ואחרי שהשם יתברך אמר להם באו ורשו את הארץ.

לא הי' להם כלל לחשוב פן ואולי לא יוכלו להיות צדיקים. כי ה' יודע נסתרות והכל גלוי לפניו ואם אמר בא ורשו את הארץ עליהם לידע כי יבאו וירשו.

ואם קצרה בינתם להבין איך יוכלו לבא. אחרי כי לא יתכן הי' בעיניהם שימלאו חובתם כראוי.

הנה כמו שאינם יודעים הרבה מדרכי ה' כי לגודל ידיעתם הלא ידעו כמה חסר להם ידיעה בדרכי ה'. והי' להם להבין כי חסר להם הידיעה בדבר הזה.

אך עכ"ז לא נחתם גז"ד על העון הזה. יען כי לא בא העון מפאת רוע התכונות והשחתת המדות ואם גם בעד עון זה אף שהי' בשגגה הי' נענשים.

אך לא הי' כלה. אך כאשר יהושע וכלב עמדו כנגדם ושסעו דבריהם.

והשתיקום ואמרו עלה נעלה וירשנו אותה כי סר צלם מעליהם. נולד בקרבם תאוה לנצח.

וע"כ שבו ויוציאו דבת הארץ רעה. ואמרו ארץ אוכלת יושבי' והפה ששבח ואמר טובה הארץ.

ארץ זבת חלב ודבש, כיון שנולד בקרבם פני' ותאות הנצחון. שבו מדבריה' ואמרו ארץ אוכלת יושבי'.

וזה ברור כי הם לא הרגישו עותתם. כי אחרי אשר מצינו חז"ל ביארו מדוע אמרו ארץ אוכלת יושבי'.

יען כי במקומות בואם מצאו אנשים מקברים מתים. ואם הי' חטאם בזדון.

א"כ הלא מי שעושה עון כזה. הלא גם במדת השקר יאחז.

וישים כזב מחסהו ומדוע בקשו חז"ל למצא נתיבות מאין נולד טעותם. אכן כדברינו הוא חלילה לאנשים כאלה מדבר שקר לומר דבר אשר ידעו כי עול הוא הם אמרו דברים כנים.

אשר בעיניהם ראו. כי באמת במקום בואם הי' מקברים מתים ומתחלה לא שמו לב כלל לזה.

אחרי אשר ראו כי ארץ זבת חלב ודבש היא וטוב אויר הארץ. ואם הי' שוקלים המעשה הזאת בכף מאזני השכל.

בטח הי' שופטים הדבר לטוב. והי' מבינים כי סבה מאת ה' היא לטובתם.

אך אח"כ כאשר נולד בקרבם התאוה הנמבזה תאות הנצחון. השוחד הזה עור עיניהם ושופטם הי' אז היצר הרע ויוציאו משפט כי ארץ אוכלת יושבי' היא.

ובלבם התברכו הלא שלחו אותנו לתור את הארץ. וע"כ עלינו להגיד האמת.

כי כלום שלחו אותנו להסתיר מה שראינו. ובנפשם דמו כי לא יעשו עול.

אך ה' הוא הבוחן לבבות. הוא אשר הבחין בין טפה לטפה.

הוא הבוחן כל מחשבות האדם מאיזה מקור נוצרו אם ממקור האמת. או ממקור המשחת.

התאוה הנמבזה. אם השופט הוא היצר טוב או היצר רע.

ולפניו נגלו כל תעלומות ויצרי מעללי איש היינו הוא יודע מעללי איש מאיזה יצר באו. ואם המרגלים לא הרגישו בנפשם העון אשר פעלו, באשר חשבו כי ממקור האמת אמרו ארץ אוכלת יושבי'.

נכתם עונם לפני היודע מחשבות. אשר גלוי וידוע לפניו.

כי מפאת תאות הנצחון ומתאות הכבוד העידו ואמרו הלה"ר הרבה הזאת. וע"כ נתכה עליהם חמת ה' ונחתם גז"ד על העון הזה.

כי ממקור נרפש הוא. ואם בארזים נפלה שלהבת.

אם נשיאי ישראל בדור המדבר שגו בנפשם. ולא ידעו כי בקרבם צפון תאות הכבוד מה יענו איזובי קיר כמונו היום.

איך נשעה בדברי שקר לומר נקיים אנחנו מכל תאות ופניות ואך לש"ש מעשינו ובפרט במקום תאות הכבוד. אשר גם ממקורבי' וב"ב יחפוץ האדם לנחול כבוד וכל עמל החיים הוא אך תאות הכבוד כמאמר הכתוב.

וראיתי את כל עמל ואת כל כשרון המעשה כי היא קנאת איש מרעהו. האדם אם הי' יושב במדבר בלי חברת אנשים די הי' לו מעון צר.

ומאכלו הי' ג"כ די לו במעט וכל עמל האדם לבנות לו עליות מרוחים ולצבור כסף וזהב ללבוש בגדי מלכים. אך הקנאה אחות הכבוד היא אשר תסוב בכל אלה כי בראותו חבירו ישכון בטירות וארמנות ועל פני כל האדם יכבד.

יכסוף גם הוא לבנינים מפוארים וחומות נשגבות. בראותו העשיר המושל במכמני הזהב מכובד בעיני כל.

נפשו גחלים תלהט לצבור כסף וזהב. ואילו הי' האדם במקום רחוק מחברת האדם.

מה יועיל לו המתכת הזה. ואילו הסכימו הכל כי הזהב אינו מאומה היתה בטלה התאוה והתשוקה לדומם הזה.

אך באשר עם הארץ ישתחוו לאליל הזהב. ע"כ כל איש ישתחווה לאגורת כסף.
אם נחזה כשרון המעשה. כל ההמצאות הנפלאות שנולדו בעולם המעשה.
כל המכונות ובתי חרושת כשרון היופי. וכל המעשה אשר יעשה.
וכל החכמות אשר יגלה האדם ברוחב בינתו אשר חלק לו ה'. מה הגלגל אשר יניע אותו
לעבוד את העבודה הזאת.
אשר לא בנקל יצלח בידי האדם להמציא המצאה בכשרון המעשה והחכמה. כל מבין
יודה כי אך הקנאה הולידה את כל זה.
זה ברצותו להעשיר הוא רוצה להמציא מכונה למען ינחיל זכות לעצמו במכירת המכונה.
כדי לצבור כסף וזהב.
וזה הרוצה לקנות לו שם בחכמים יעמול במסירת נפש להמציא ידיעה בחכמה. למען
יכבד על פני העם.
ורק מקנאה מכבוד זולתו יצלח בידו לחדש חכמות נפלאות. ואם כישתי התאות תאות
הכסף ותאות הכבוד ימשלו באדם ממשל רב.
לא נשגה אם נאמר כי רבים העובדים לאליל הכבוד מהעובדים לכסף כי הרבה אשר
יכספו כסף ג"כ מפני תאות הכבוד. ומעטים המה האוהבים את הזהב בעצמו.
ורוב העמלים לצבור כסף ג"כ מקנאת הכבוד הוא. נפלא הדבר איך במקרא הקצר הזה
וראיתי את כל עמל כו' גלה לנו החכם מכל אדם ברוח ה'.
דבר המקיף את כל חללו של עולם. וכל המעשה אשר יעשה תחת כיפת השמים.
גם פחיתת האדם אשר רוחו עולה מעלה ונפלא הוא בשכלו להשיג חכמות רמות
ונשגבות. כל עומת זה נפלא הוא בתאותיו אשר לוא לא ידענו.
וסופר לנו כי יש פראים כאלה בארץ הודו בטח שחקנו לעגנו להם. לאלה המהפכים
דברי חכמה לעבד נרצע להשיג תאות נמבזות.
וכאשר האריך בעל בחינת עולם. וכל הנהגת האדם נפלא מאד למשל אם הי' מספרים
לנו שיש מדינה אחת בקצה ארץ הודו אשר בעיר המלוכה אשר שם יושבים אנשים
החושבים איך נאה ויאה לעשות האדם את בגדו.
והיום יאמרו כי כך הוא חובתם מיד יתחיל הדבר מבכור פרעה היושב על כסאו. למלאות
אחרי דבריהם.
ולעשות הבגדים כתבנית שקצבו האנשים. ולאט לאט יורד הדבר מהגבוה אל הנמוך.
עד בכור השבי אשר אחר הריחיים. וכל העם עמלים מבקר ועד ערב ולוחמים מלחמת
החיים בגבורה נפלאה ובעמל גדול.
בכל מיני השתדלות שבעולם ותכלית המטרה הוא שיהי' בגדיו של ב"ב דומה לתבנית
שגזרו האנשים ובנינם דומה ג"כ לבנין שהסכימו שכך הוא נאה. ותיכף בשבוע אחרת

יוצא דבר מלפני החייטים ההמה כי הסכימו כי עתה כך הוא יפה לאדם והתבנית של שבוע העבר אינו נאה.

מיד מתקנים ומחלפים את כל בגדיהם. וכל אשר עמלו עד עתה הכל לתהו. ועמלים המה בעמל החיים כל אחד לפי מדרגתו להתקרב למדרגת הגבוה ממנו למלאות את אשר אמרו החייטים. וכן בכל שבוע ושבוע וחוזר חלילה. ולזאת יקרא חכמה. וזה מעשיהם ומחשבותם של בני המדינה.

בטח היינו אומרים עם פרא אדם הגוי הזה. אך באמת לא פראים המה העושים כן. אך האירופים עושים ככה את זה גלה לנו שלמה המלך ברוח קדשו כי כל עמל אשר יעמול האדם. וכל כשרון המעשה ההמצאות והחכמות אשר יגלו. כל תאמר התקדמות הוא השתלמות הוא כי האדם משתלמים במדעים. לא כן האדם משתלם ומתקדם בתאותיו.

ומחליף תאותיו מדור לדור. וכל מעשיו אך קנאת איש מרעהו הוא, הבל הבלים הכל הבל.

היינו יש דבר שהדבר בעצמו אינו דבר טובה אך המטרה טובה. כמו מותר לשנות מפני השל' אף כי הדרכים דרכי מות מותר לעשות כן מפני כי המטרה טובה. ויש דברים אשר המטרה שהציב לו האדם היא לא טובה. למשל אם עושה צדקה בשביל כבוד.

אך המעשה בעצמו טוב. כי הלא החזיק יד עני.

אך לא כן דרכי האדם ותחבולותיו. המטרה אשר הציב לו האדם הוא הבל. כי מה בצע אם יכנס כסף וזהב וימשול ממשלה רבה. הלא חיי האדם כחלום יעוף. והוא לקברות יובל. וכל האדם יכול לחוש בנפשו כי הימים אשר עברו עליו עד עתה נגוזו כצל עובר.

מזה יהי' לו הרגש נכון כי גם חמודותיו ותשוקותיו בעתיד ג"כ כצל יעבורו וא"כ על מה זה יעמול לרוח. ומלבד אשר המטרה שהציב לו האדם הוא הבל.

גם האמצעים המה הבלים. כי במה יכובד האחד ממשנהו ע"י שיש לו בית רם. וע"י שישע ברחוב על סוסים יפים יכובד האיש. ויראת כבודו תפול שלא במתכווין. ומה הוא כבודו הסוסים הרתומים הם יכבדו וינשאו את האדם. וכאשר נתבונן בפני הנוסע נחזה כי על פניו תלין גאווה בלבבו ידמה מי הוא מכובד כמוני. אשר נוסע הנני במרכבה רתומה לשלשת סוסים. ותחת אשר הי' על מי הרואה ומתבונן בזה שיבוזה בעיניו האיש הזה המתימר בכבוד הסוסים.

וגם בכבוד הכלב הרץ לפניו. אם נרגיש היטב.

גם על פני המתבוננים יתראה הדרת הכבוד לאיש הזה. יען מה.

יען כי גם אלה המתבוננים הם רוצים גם המה שיהי' להם עגלה וסוסים וכלב כזה. ובאשר כי חסר להם זאת.

ע"כ מרגישים בנפשם כי מרום האיש מהם. זה שאמר הבל הבלים.

הבל שנצבר מהבלים הרבה. הבל הנולד מהרבה הבלים.

כי הכל היינו התכלית אשר אליו יכסף האדם. וזה הוא שלו הוא הבל.

וממילא התכלית הבל והסבות הבל. ואחרי אשר הוכיח זה ברוח ה' במופתים חושים בכל ספר קהלת חתם בסוף דבריו.

סוף דבר הכל נשמע. אם תרצה לידע מהו הכל שאליו תתאוה והוא יהי' התכלית שלך את האלהים ירא ואת מצותיו שמור זאת המלאכה אשר בה ישתלם האדם באמת.

הוא נפש האדם אשר בתוך החומר. להוציא הסגולות היקרות הצפון בנפש האדם צלם האלהים המדות היקרות רדיפת הטוב והחסד יראת ה' סור מרע.

יסוד כל המעשים. ידיעת ה' ויראתו מהדר גאונו ומעונשו זהו כל של אדם.

זהו הדבר אשר לזה יתאוה האדם. וזאת תהי' לו לנקודה מרכזית אשר כל הפעלים יסובו לזה.

וזה אף אם יעשה למען פניות אחרות הן מלבד אשר המעשה בעצמה טוב. כי אם עושה הוא מצות אף למען הכבוד, הלא מצות ה' בידו.

ולא עוד שגם המטרה טובה כי מתוך שלא לשמה בא לשמה. כי הכל לפי רוב המעשה. וההרגל על כל דבר שלטון לאט לאט בהתרגלו במעשה הטוב. ובהתאמצו להתקרב מעט מעט לכונת האמת ישיג הדרך הנכון.

וסוף סוף יזכה לעשות לשמה. נמצא כי במצות ה' הוא ההיפך.

אף בעשותו אחת מכל מצות ה' למען פניות. המעשה טוב והמטרה טובה.

ושמעתי פירוש נחמד בשם אדמו"ר פאר ישראל צדיק יסוד עולם הגאון מאור הגולה מרן ר' ישראל סאלאנטער זצוק"ל על הפסוק סוף דבר הכל נשמע ונתן ציור לזה אם יכתוב איש המספר 0 אינו מאומה. ואף אם כחול ירבה המספר הזה לא נחשב למאומה.

אך אם יוסיף אח"כ מספר 1 אז כל המספרים ישמעו ומספר (ציפער) 1 הכריע את כל המספרים שישמעו. כן אמר שלמה כל דברי העולם הבל ותהו מאין נחשבו מספר 0 המה אך אימתי הכל נשמע.

היינו כל מעשי העולם יהי' נחשבים ולא יהי' הבל. אם תקחם אמצעיים לעבודת ה'.

אז יהי' הכל נחשב לדבר המתקיים כי בקיום המצות אף הסיבה למצוה מצוה. הנה החמכ"א ביקר את מעשי בני אדם כי כל עמלו וכל כשרון המעשה הוא למען הכבוד.

וקנאת איש מרעהו. וגזר כי במצות ה' אף הסבה לדבר המצוה נחשב לדבר המתקיים.

והורו לנו חז"ל כי לעולם יעסוק אדם בתורה ומצות אף שלא לשמה. וראה ראינו בנוהג שבעולם ההיפך.

אין איש יבקר את חבירו על בנותו מגדלים וצריחים כי לכבוד הוא עושה. ואם יעשה אחד דבר טוב ייסד חברה לגמ"ח.

לביקור חולים לת"ת לחברה ש"ס. חיי אדם.

לחיזוק לומדי תורה. מיד יצעקו אחריו מלא אי כונתו לש"ש.

אך רודף הוא אחר הכבוד. ומרפים בזה ידי עושי המלאכה.

ע"ז נאמר הגבוה השפל והשפל הגבוה, וחז"ל מלבד שאמרו לעולם יעסוק בתורה ומצות שלא לשמה שמתוך שלא לשמה בא לשמה. אמרו בערכין כי אף ענוה שלא לשמה ג"כ עדיף ממצוה לשמה.

אף כי לדעתנו ענוה מדברים התלויים בלב. ואם אינו לשמה אינה ענוה כלל.

אך חז"ל ברוח קדשם אחרת שפטו. כי האדם בהתרגלו בענוה אף שלא לשמה ההרגל יפעל על לבו לסור מחתחתי הגאווה.

כי גדול כח השלא לשמה. ואמרו שבל יניח האדם את המעשה מפני פסול המחשבה.

ע"כ אמרתי אף אם כונתי מפני פניות ושלא לשמה הוא. לא אמנע מלתת דברי בדפוס.

אם יעזרני ה' הטוב אחרי שהספרים הקדושים האריכו בחיוב הדפסת החידושים והמונע הרי הוא כגוזל לפי דבריהם. ואולי אזכה ע"ז דלתאמרו משמאי דבר הלכה בפומיהו דרבנן.

ואולי אזכה ע"י שלא לשמה להגיע לשמה: וע"כ הנני מעלה בדפוס התידושים שחנני ה' לומר על מס' ב"ק קמי רבנן דיתבי בהישיבה הקדושה והמפוארה מתיבתא, רבתי דסלאבאדקא אשר נוסדה זה כתשע עשרה שנה ברוח ודעת. אדמו"ר גאון וקדוש ישראל הגאון מאור הגולה צדיק יסו"ע ר' ישראל סאלאנטער זצוק"ל.

אשר מצוינה היא ת"ל ברוח התורה השורר בה. מלבד השקידה הרבה והנפלאה אשר ישקדו בה הבחורים היקרים יותר ממאה וחמשים ה' עליהם.

ישקדו על התורה יומם ולילה, עוד זאת כי הסדר הלמוד השורר בה. הוא בדרך נפלא ת"ל.

כי יש לימוד ויש לימוד. מצינו אשר אמרו חז"ל בקדושין (דף מ"ט) כי תלמיד ששואלין אותו דבר הלכה במס' אחת ואפילו במס' כלה ויודע להשיב נקרא תלמיד חכם.

וכנגד זה אמרו בברכות (דף מ"ז) כי רמי בר חמי לא רצה לצרף אחד לזימון. שלמד ספרא וספרי והלכתא בחשבו אותו לעם הארץ יען שלא שמש תלמידי חכמים.

כמה ההרחק גדול. זה למד מס' אחת ונקרא תלמיד חכם.

וזה למד כל הש"ס ונקרא עם הארץ. יען כי עיקר ידיעת התורה לא בקיאות צורת הדברים.

אך עיקר הידיעה היא סברת והבנת הדברים וכמאמר חז"ל בברכות אגרא דשמעתא סברא. אם אחד בקי בהלכה אחת ואינו יודע סברת והרגש הדברים לא נוכל לומר כי חסר לו מקצת הדבר אך כל הדבר חסר לו.

כי עיקר הדבר הוא סברת הדבר. ועי"ז ע"י הסברא מתהפך הדינים היוצאים מן הקצה אל הקצה.

וע"כ אמרו חז"ל בסוטה (כ"ב) התנאים. ופירשו שם שהם המורין הלכה מתוך משניות שלמדו.

מבלי עולם. אף שלמדו משניות.

אך כיון שלא למדו הגמרא היינו סתירות וקושיות ופירוקים ולא למדו דרכי העיון לרדת לעומק הדברים לא יוכלו להורות. ומשום זה אף מי שלמד כל הש"ס אם לא הורגל בדרכי הסברות ע"ה נקרא, אך מי אשר למד מס' אחת ובה נשא ונתן והתרגל לקנות סברת הדברים ואם ישאלוהו הלכה יאמר כדינו זה יקרא תלמיד חכם כי הוא כבר החרגל להבין ולהורות וכל דבר הלכה שישמע ינתחנה ועד תכליתה יגיע.

וע"כ שפטו חז"ל כי אחד מהדברים שהתורה נקנית הוא פלפול התלמידים. מכלל דבלא פלפול התלמידים אי אפשר לקנות התורה.

וכאשר בזמן הש"ס הי' הגמ' מפתח להבין דברי המשניות. ובלא הגמרא הי' ע"ה במשניות, כן בזמננו אשר נתמעטו הלבבות ונתקטנו המוחות.

ודברי הגמרא הם לנו בודאי כספר החתום יותר משהי' המשניות ספר החתום לפני בעלי הגמ'. ולא עוד אלא אף דברי הראשונים הם לנו כמשניות וכספר החתום.

ורק ע"י פלפול התלמידים ושקלא וטריא רבה אז נוכל לרדת לעומק דבריהם ולקנות אגרא דשמעתא סברא. ודבר זה ידוע לכל אשר יודע ומבין ערך הבנת הדברים.

הוא יודע כמה יגיעות צריך ליגע. עד שיאירו עינינו להבין סברות הראשונים הרשב"א והר"ן.

וע"כ רק ע"י פלפול התלמידים. פלפול כזה שיהי' רק בנוי לקנות ידיעת ותמצית הדברים.

ולהבין הסברא הנכונה לא פלפול שיהי' בנוי לומר דבר חריפות. שהוא רחוק מנקודת האמת.

אך פלפול שיהי' בנוי להתקרב לאגרא דשמעתא סברא וכפלפול אשר הורו לנו רבותינו הקצות והנתיבות. אשר עליהם נוכל לומר הם החזירו התורה מפלפולם והם האירו לנו את הדרך איך להתנהג בפלפול אשר בנוי יהי' כולו על אדני השכל.

וישרות הסברא. ע"י פלפול כזה.

יש לקנות ידיעת התורה ופלפול כזה ת"ל נוהג בהישיבה הקדושה. וכאשר המליצו חז"ל שתלמידי חכמים נקראים הולכי על דרך שיחו.

שכל שיחם בתורה ומשאם ומתנם של בני הישיבה אך ורק בדברי תורה. ויגיעים המה ביגיעה רבה ועצומה להבין ולהשכיל ועי"ז עולים ומצליחים המה, והרבה גדולי תורה יוצאים ממנה בכל עת ת"ל.

והחידושים שחנני ה' לומר קמי רבנן על מס' ב"ק ורובם הוטבו בעיניהם העליתי על ספר. ומה' הטוב אבקש שיזכני לומר דברים אמיתיים וישרים בשכל.

ואבקש מאת חברי אשר יעינינו בספרי ואולי ימצאו דברים שאינם נכונים יטיבו נא לעיין אולי לפעמים יהי' חסרון מפני כי לא בארתי הכונה היטב. וכידוע דהדברים אשר בהרגש יסודם קשה להעלות בכתב כאשר על פה.

(ואולי זה אחד מהטעמים שתורה שבעל פה לא נתנה לכתוב). ובפרט לאיש אשר אין מליצתו חדה כמוני והדן לכף זכות ידונוהו לכף זכות.

והנה אם כי הארכנו לבאר עיקר ונחיצות פלפול התלמידים. .

כי הוא עיקר ידיעת תורתנו הקדושה. עכ"ז כל מבין יבין כי בפלפול לבד לא בא אל הקודש כי יש אשר הוא מפולפל וחרף יודע לישב ולפרק בסברא ישרה.

אך בלא בקיאות לא יועיל כלל ידיעתו. על כגון דא אמרו בירושלמי סנהדרין פרק אחד דיני ממונות.

אמר רבי תלמיד הי' לר' מאיר והיה מטהר השרץ ומטמאה מאה פעמים כו' א"ר יעקב בר דסאי דההוא תלמידא קטוע מטורא דסיני פירוש לענ"ד הוא היה חרף ומפולפל. אבל הי' קטוע מהתורה.

הי' מפולפל בפני עצמו לא מצורף להתורה כי הי' חסר לו בקיאות התורה אשר קראוהו חז"ל (בהוריות י"ד) לרב יוסף סיני על בקיאותו והדין תלמידא הי' קטוע מטורא דסיני. רק מפולפל בפני עצמו וטוב להיות מפולפל על התורה, היינו שמזה מבקיאות וגם מזה מפלפול התלמידים בסברא ישרה אל יניח ידו.

ואז יהי' מחובר ודבוק לתורה ולהר סיני. ובדוק כי טוב מאד העצה היעוצה כי תיכף כאשר יוכל ללמוד גמרא ותוס' בעצמו.

יקבע לו שני לימודים. אחד גמ' עם תוס' בעיון.

וחצי היום ילמוד גמ' בלי תוס'. אך לחזור להיות בקי היטב ושעה אחת ביום יקבע ללמוד קצות עם חבר כגילו שיש לו שכל ישר ובזה בע"ה יצליח הרבה.

ומצאתי בזה חובה לבקש מטו מרבתינו הקדושים הקצות והנתיבות אשר לפעמים במשא ומתן על דבריהם בכתב או בעל פה. יצאו דברים שלא כהוגן נגד כבוד תורתם הקדושה.

נעניתי לכם עצמות רבותינו הקדושים לפעמים ילדות היתה בי לומר על דבריהם הקדושים טעות או שגגה ומתניתא דמרן מתנינא. הי' הטוב יזכנו להיות זהיר בכבוד רבותינו.

ולא לכוות חלילה בגחלתם. אך לילך לאורם:פתיחה בברכות דף סג ת"ר כשנכנסו רבותינו לכרם ביבנה הי' שם ר' יהודה ור' יוסי.

ור' נחמי'. ור' אלעזר בנו של ר' יוסי הגלילי פתחו כולם בכבוד אכסניא (של תורה) ודרשו.

נתבונן נא מפני מה גדול זכות אכסניא של תורה. עד שהקדימו לדרוש בשבחה קודם כל הדברים ולא עוד אלא שהקדימוה אף ללימוד התורה בעצמה, נחזה במה כחה גדול כל כך.

אכן ידוע כי מאז מעולם כל הצרות שסבלנו במשך הגלות הנורא. אך ורק למען התורה סבלנו.

וקנאת הדת אכלתנו בכל פה כי בקשו להדיחנו מעל ה' אלהינו וכבר האריך בזה הגאון האמתי מופת הדור צדיק וחסיד מרן ר' יוסף דוב הגאב"ד דק"ק בריסק זצוק"ל בספרו בית הלוי בדרושו על הפסוק ויהפך לבב פרעה ובהשקפה ראשונה יפלא מאד מה זה אמרו המצרים מה זאת עשינו כי שלחנו את ישראל מעבדנו מאמר כזה לא יתכן אלא אם היו משלחים את ישראל בטובתם ומרצונם.

אבל עתה אשר שלחו רק אחרי מכות גדולות ונוראות. וגם כשאמרו הטרם תדע כי אבדה מצרים עוד לא שלחו.

ורק אחרי מכת בכורות אשר אמרו כולנו מתים אז שלחו ישראל, ומה זה יתפלאו על נפשם מה זאת עשינו כי שלחנו את ישראל מעבדנו. אכן עיקר כונת פרעה בהעבידו את עם בני ישראל בפרך הי' רק למען ענותו בסבלותם.

לא למען התועלת שיצא מהעבודה, כי העבידום בהרבה עבודות אשר לא הי' נצרך להם כלל, אך מטרתם למען ענות את ישראל, באשר ישראל הי' לגוי עצום מתוכם, וכידו אמונה טהורה ונעלה, אמונת יחיד ומיוחד משגיח ומעניש על עוברי רצונו. וע"פ אמונת ישראל עבודת האלילים לצחוק הוא.

הבל המה מעשה תעתועים, והמצרי בהלכו להשתחות לאלילו או לעשות מעשה נבלה המותרת ע"פ חק עבודתו דמה בנפשו כי הישראל עומד מרחוק ולועג עליו ובוז יבוז לו. והישראל מחזיק עצמו לגבוה ורם במעלה על המצרי.

יליד ואזרח הארץ. וע"כ קצה נפש המצרי.

בכל מקום נסעו ובואו ראה יהודים. אשר היו כצנינים בעיניו והי' לו לחגא, וע"כ התיעצו איך לענות את גאון ישראל להדוך אותם ולעשותם לעבדים נבזים, כדי שלאט לאט ישכחו אמונתם ותורתם.

כל זה גלה לנו הכתוב, כי אשר עשו עליו שרי מיסים אף כי היה להם הכנסה מרובה מעבודתם ומהמס שנתנו כל כה גבר רצונם לענות את ישראל, עד כי בטל התשוקה להכנסה. ואך למען ענותו בסבלותם.

העבידו את בני ישראל, ושמו עליו שרי מסים. אך כאשר יד ה' הי' בם, והוכרחו לשלח את ישראל לעבוד ה' במדבר ודרך שלשת ימים ילכו ויעבדו את ה'.

ורוח עם ישראל, אשר במשך העת הצליח ביד המצרים להדוך אותו ולהשכיחם ממורשת אבותם. הרוח הזה יתעורר עוד הפעם, והי' לשלהבת קודש רוח הישראלי לה' ולעבודתו אז גרשו את ישראל ממצרים, כי אמרו אחרי אשר יהודים מחזיקים באמונתכם הנכם, אין אנו רוצים הכנסותיכם ועבודתיכם, לכו לכם לאפריקא אזיא ואירופא, אך לארצנו בל תשובו, אך אח"כ נתהפך לבב פרעה ועבדיו אל העם, ויאמרו מה זאת עשינו כי שלחנו ישראל מעבדנו.

הן ההכנסות הגדולות אשר יכניס ישראל. והכסף הרב אשר יוצברו ממנו הלא דבר הוא, ונתהפך לבבם לחפץ בהכנסת ישראל, אף כשיהי' לגוי שומר דתו וכל זה הי' מאת ה' למען חזק את לבם שירדפו אחרי בני ישראל, ויבאו בים.

למען יספר ישראל לדור אחרון נפלאות ה'. אבל באמת חפצם ורצונם.

תאותם וקנאתם של המצרים הי' אך קנאת הדת. גם המן הרשע בלישנא בישא אשר סיפר לפני אחשוורוש ראשית דברי פיהו הי' ודתייהם שונות מכל עם.

זה יסוד החטאים שיעלילו על ישראל, וכן גלה לנו הכתוב שבכל דור ודור. אך קנאת הדת תאכל את ישראל בכל פה.

כמאמר הכתוב למה רגשו גוים מה יחפצו מישראל, הלא הכל יודעים, כי כל העלילות אשר יבדו על ישראל אך שקר הוא. ובכל מקום בוא יעקב לבית לבן תבא הברכה לרגלו. ולאומים היינו מה שיאמרו שהוא בשביל לאומיותם הוא ריק ושקר. אך באמת יתיצבו מלכי ארץ, כל עמלם ורוזנים נוסדו יחד.

כל האסיפות והועדים הוא אך ורק על ה' ועל משיחו, כי רוצים לנתק מוסרות הדת מעל ישראל, אך יושב בשמים ישחק כמאמר הכתוב חצי אכלה בם ופירשו חז"ל בסוטה (דף ט') חצי כלין והן אינן כלין היינו כי נפלא הוא עם ישראל מדרך העולם כשזורקים חץ יפגע החץ ויהרוג את מי שרבו עליו, אך לא כן בישראל חציו.

היינו יון ורומים אשור ובבל הם החצים אשר לחמו בישראל, הם כלו ונגוזו מן העולם, כמעט אין זכר למו וישראל תהלה לה' כאז כן עתה חי וקים. לא בחיל ולא בכח נלחם ישראל.

אך ברוח ה' בתורתנו הקדושה בה נשגבנו היא הצילתנו מכל האויבים הגדולים והנוראים אשר עמדו עלינו, ויאמרו לכו ונכחידם. ולמען התורה הקדושה באנו באש ובמים, כמאמר הכתוב אשר אמרו לנפשך שחי ונעבורה ותשמי גוך כארץ וכחוף לעוברים, היינו כי האויבים אמרו לנפשך שחי, היינו תשחה רק את הנפש שלך.

דבר מועט אנו מבקשים ממך שתותר איזה עקרים מתורתך. אז ונעבורה ביחד כל שערינו נפתח לפניך.

טוב הארץ תאכלו. אך ישראל לא כן עשה את הנפש לא שחה על תורתו.

לא וותר אף ערקתא דמסאני. אך גוו נתן כארץ.

הוא נתן גוו למכים ולחיי למורטים. אך לא את הרוח.

על גופו יכלו צורריו למשול. אך לא על נפשו.

בזה נוכל לבאר הכתוב הנה מטתו שלשלמה ששים גבורים סביב לה מגבורי ישראל. ולכאורה יפלא מה זה יספר לנו כי סביב מטתו של שלמה מלך ישראל הי' השומרים גבורי ישראל האם היינו חושבים.

ששומרים לראשו יפקוד אנשים שלא מישראל. וא"כ תיבות מגבורי ישראל מיותר.

ואם חפץ לשבחם כי שומרי ראשו היו גבורים שהרי היו גבורי ישראל, הלא ידענו כי לא גבר ישראל, וגברה כח ידו של גבור עשו על גבור ישראל. אך באמת אם נשוה גבורת הגוף בודאי נופל יעקב בגבורתו נגד עשו כי קטן יעקב ודל.

אך ברוח גבור עריץ הוא ישראל, גבורתו היא למעלה מן הטבע גבור הוא ישראל ללחום מלחמת החיים לילך בין אש להבה לסבול כל העינוים של בעלי הרחמים. האינקוויזיציה ימ"ש ולצאת שלם שלם בתורתו.

כל האומות כגעת בהם יד בעלות עליהם רוח המושל והכריחום לעבור על דתם. לא יכלו עמוד בפני המלחמה.

אך לא כן יעקב סבא הוא גבור נערץ אשר יצא כמנצח מכל המלחמות אשר לחמו עליו פרעה אשור ובבל המן הרשע יון ורומים. וכל המון הצוררים שקמו עלינו.

והוא יצא אחר המלחמה כמנצח כי דגלו דגל היהדות נשאר בידו. הי' ימים בימי הבינים.

אשר לקחו בשבי' נער קטן כבן שבע שנים הובילו אותו אל ארץ אשר לא ידע הוא ואבותיו ואותו כפו בכל מיני כפיות והציקוהו בכל מיני מצוקות שישא כפיו לאל זר. והנער הקטן הזה יצא מהמלחמה כמנצח.

נפשו הי' לו לשלל נשאר יהודי רד עם אל הנער הקטן הזה הוא גבור יותר מגבורי של עשו בן שלשים שנה. כי הוא לא יכול עומד אף במלחמה קטנה והנער הקטן הזה עמד במלחמה גדולה ונוראה.

זה הואגבור ישראל אשר אין ערוך לו ובו יתפאר ישראל. והנה חז"ל אמרו על הפסוק ואהי להם למקדש מעט אלו בתי כנסיות ובתי מדרשות.

הם המקומות אשר ישכון כבוד ה' ושמו בגולה. והנה אם נחפוץ לצייר לנו מקום שדרים בו נצייר בשם בית.

אך כאשר נחפוץ לצייר מקום שנמצאים בו רק בלילה נציירו בשם מטה כי במטה יהי' האדם אך בלילה, ע"כ נקרא בית המקדש כי שם היתה השראת השכינה וכבוד ה' בעת שהי' יום לישראל, אך אם נחפוץ לצייר מקום שכבוד ה' ושמו בעת שהוא לילה לישראל. כי חשך השמש בארובות ישראל אז נקרא המקום בשם מטת ה', זה שאמר הכתוב הנה מטתו שלשלמה מטתו של המלך שהשלו' שלו, בתי כנסיות ובתי מדרשות שהם מטתו של הקב"ה.

מקום השראת השכינה בעת שהוא לילה לישראל, אל תתפלא איך יוכלו לשאת אותה דרך הגלות הנורא והמר הזה, דרך מלא נחשים שרפים ועקרבים, ופריצי אדם הגרועים מחיות רעות אל תתמה על החפץ כי סביב המטה ששים גבורים, היינו שכל הגבורים בטלים נגדם (כידוע כי רבותינו תפסו בכל מקום מספר ששים).

ע"ד שבטל בערכו, כמו אש דידן אחד מששים לגיהנם) והמה מגבורי ישראל, הם הגבורים אנשי השם אשר יכלו לשאת מטתו שלשלמה הבתי כנסיות והבתי מדרשות, ולהגן עליהם מפני החצים והבלסטריות ושפעת הקלגסים כי גדלה גבורתם ברוח ה'. וע"כ יכלו עמוד בע"ה: ועתה אחרי אשר כל התלאה אשר מצאתנו זה יותר משלשת אלפי שנה מצוררינו ומנדינו באה אלינו אך ורק מפני כי רצו לגזול מאתנו את חמדתינו ונחלת אבותינו ברכת אברהם הסגולה היקרה תורת ה' והאמונה הטהורה.

לא נוכל להתאונן על רוע גורלנו, הן אמת כי צרות רבות ורעות עברו על נפשנו באנו במעמקי מים אין לך אמה על פני כדור הארץ אשר לא שופך עליו דמנו ודמעותינו, עכ"ז נוכל לומר אשרינו מה טוב חלקנו, כי נצחנו את כל אלה ויצאנו תמיד ממלחמות הדת כמנצחים. וכאשר ידוע כי בהמלחמה הגדולה והאיומה אשר בה נפל שבי ביד צר מלך עריץ עם שני מאות אלפים שולפי חרב, יסופר לדור כי אנשי החיל אשר נפלו שבי הלכו הלך ובכה ומנצחיהם התהוללו מרוב שמחה, אף כי ידוע כי אלה המנצחים חשך ה' משחור תארם מכל אשר סבלו במשך עת המלחמה קור וחורב, רעב וצמאון מוכים ופצועים היו מהחצים אשר ירו עליהם מן המבצר, ולהיפך אלה אשר היו במבצר הם כמעט לא סבלו מאומה עדיין.

רק בידעם כי לא יכלו להבקיע את מחנה האויב. ע"כ מסרו עצמם לשבי, אבל שלמים ה' בגופם וכל חבל לא הוי בהון עם כל זה, אלה אשר לא סבלו עדיין מאומה, הם הלכו קדורנית חמרמרו מני בכי, ואלה אשר כבר חשך משחור תארם מפני סבל המלחמה הם הלכו במחול, אכן כל איש לא יתפלא על זה כי אף אם אלה יצאו בריאים בכו על גורלם המר, יען כי הובלו שבי ודגל הנצחון לוקח מידם, ארץ אבותם אשר יקר בעינם מחייהם נפל ביד זרים, לא יכלו להתנחם בבריאת גופם תמורת האסון אשר קרה להם, כי אדמתם וגאון עמם ה' למשיסה, אך אלה המנצחים הם הלכו במחול.

אף כי מוכים ופצועים ה' כי הם הם אשר לקחו דגל הנצחון. בידם נפל מבצר האויב וכל החיל אשר בה אם כי סבלו הרבה מימינם ומשמאלם נפל רב, כזה וכזה תאכל החרב אך למען השיג המטרה, והנה הלוחמים האלה לחמו בעד אדמה ושם מנצח.

אשר לא לעולם חוסן, עכ"ז התנחמו על תלאותיהם וצרותיהם באשר השיגו המטרה, מה נאמר אנחנו בני ישראל במלחמתינו עם האויב הנורא אנחנו לא נלחם בעד כבוד אדמה, בעד כבוד מדומה להקרא בשם מנצח, אנחנו אנו נשינו בנינו וטפנו נלחם מלחמת ה' מלחמה לנו מדור דור בעד תורת אל חי, חיינו ואורך ימינו בזה ובבא, ע"י נשיג העולם הנצחי עולם אל מות לחזות בנועם ה'.

על אחת כמה וכמה כי לא נתאונן על גורלינו אחרי כי מכל המלחמות מרבוא רבבות צוררים ואויבים שעמדו עלינו לגזול מאתנו החמדה הגנוזה יצאנו תמיד כמנצחים ודגל

הנצחון נשאר אצלינו, ויקר בעינינו צרותינו ומצוקותינו אחרי כי על ה' הורגנו כל היום ולמענו ולמען תורתנו הקדושה ואמונתנו הטהורה באנו ונבא באש ובמים.

ונאמן הוא בעל מלאכתנו שישלם לנו שכר פעולתנו, אך יש עת אשר עלינו להוריד דמעות כתנים על מצבנו, הוא העת אשר צוררנו יאירו פניהם אלינו, ויתנו לנו להנות מזכיות הארץ, וברק המתעה הזה יעור עיני בני הנעורים השואפים לתאות החיים כי יכבדו בגוים, ונפלא הוא לראות איך הגבור הזה הענק הגדול ישראל סבא אשר עמד כה בחרף נפש נגד כל הקמים עליו אך חלש הוא בהראות לו אויבו פנים שוחקות להנאתם, אז נכון דור הצעיר לתת את כל מחמד עינינו לשלל.

אך שאויביו יאמרו עליו שגם הוא איש כמותם, בעד נזיד העדשים הזה ימכר יעקב בכרתו לעשו עת צרה הוא, כאשר גדלה מצוקת נפש המנוצחים בהמלחמה שזכרנו באמור להם, כי מנהלם מסר אותם לשבי בעד בצע כסף, הם לא חסו על נפשם ועל נפשות עולליהם ויצאו במסירת נפש ללחום בעד ארצם וקיומם, ונשבנו ללחום בעד עמם עד טפת דם האחרונה, והוא מנהלם מסר ביד צר הדבר אשר יקר בעיניהם מכל חיי החלד.

ומה נאמר אנחנו ישראל, אנחנו אשר נשבנו אצל הר סיני ללחום מלחמת תורתנו עד טפת דם האחרונה ולא לעבור על מצות ה' אלהינו ולא לבד שמושבעים אנחנו מהר סיני, אלא בכל יום ויום ישבע ישראל למלכו של עולם שלש פעמים, שימסור לבבו נפשו ומאודו למען אהבת השם, והדבר הזה ימסרו מנהלינו בני הדור החדש, אך למען השחזר כי צוררנו יחשבוהו כאחד מהם, עת צרה היא ליעקב מאין כמוה, גדול השבר יותר מכל האינקויזיציות הגדולות והנוראות אשר עברו עלינו.

אך אם כי הגדילו לעשות המנהלים האלה, והרבה הרבה מסרו בני ציון היקרים ביד צר, אך לא נירא פן יכבשו חלילה את כולנו, כהבטחת ה' אשר הבטיחנו כי לא תשכח מפי זרעו. ונפלאה ההבטחה הזאת שהבטיחנו ה' אלהינו הנאמרת זה יותר משלשת אלפי שנה במשך הזמן כמה תקופות ה' על ישראל תקופת הצרות מעבר מזה ותקופת הפנים מסבירות מעבר מזה, וכל אלה הרבו שמות בקרב ישראל, ויש מקומות אשר רוח התורה שהי' שורר ביפעת הדרו הועם והוכבה במשך הזמן, ומי אשר ראה מחזה כזה בטח ה' מדמה בנפשו, אם במקום אשר כה גדול וכביר ה' רוח התורה כך במקומות שהי' קטן ודל עאכו"כ, והי' שופט בטח כי חלילה אין תקוה לישראל, אך ה' אלהינו כרת עמנו ברית כמאמר הכתוב לא ירפך כו', והתורה הזאת שהיא עני' במקום הזה עשירה במקום אחר ומריח מי התורה תפרח וכה חזינו כי הלכה התורה בגלות לבבל ומבבל לספרד ומספרד לאשכנז, ואח"כ ת"ל החלה לפרוח ברוסיה ופלניא.

ונצח ישראל לא יעזבנו ולא יטשנו, רוח התורה אשר כבה כמעט במקום זה יתעורר במקום אחר ותמיד הקים ה' לישראל אנשים אשר היו למחי' לישראל להאיר לפנינו חשכת גלותינו, בעת החורבן הגדול והנורא הקים ה' לישראל את ר' יוחנן בן זכאי הוא הציל את ישראל בהצילו את יבנה וחכמי'.

המושל העריץ אשר אמר בנפשו שבלע ישראל, לא ידע כי בבקשת ר' יוחנן בן זכאי אשר הי' דבר קטן בעיניו יבנה וחכמי'. בזה שם לאל את כל נצחונותיו וגבורותיו, כי הוא ועמו כמעט יאבדו מן העולם, ולא יהי' זכר למו וישראל ותורתו יחיו כי הציל ר' יוחנן בן זכאי את שרי הצבא אשר לישראל, אשר ילמדו בני יהודה קשת במלחמתו אשר היא לא מלחמת כבדת ארץ.

אך מלחמה רוחנית מלחמה לה' בעמלק, והם יעבירו אתבניו דרך המדבר הגדול של נחשים שרפים, אשר אין להם לחש. הם יחזקו בדקי אנית ישראל ויפרשו משוטי לעבור הים הגדול וגליו הגדולים השואפים לבלוע ספינת ישראל, בזה נבין דברי רבותינו הקדושים בחגיגה (דף ט"ז) כאשר נחלקו אבות העולם בענין הסמיכה, איתא במתניתין יצא מנחם ונכנס שמאי ונחלקו בזה רבותינו אביי אמר יצא מנחם לתרבות רעה.

רבא אמר יצא מנחם לעבודת המלך. והן יפלא על אביי אחרי כי מנחם אב ב"ד וביד אביי לדרוש אותו לשבח, כי יציאתו היתה לעבודת המלך על מה זה דרשוהו לגנאי, כי יצא לתרבות רעה הלא כלל גדול בדין כי צריך לדון לכף זכות מי שהוא מוחזק בחזקת כשרות.

אך באמת לא נחלקו כלל אביי ורבא בדבר זה ושניהם לדבר אחד נתכוונו כי הנה מצאנו כי כמעט בעת ועונה אחת אשר תלמידי בית שמאי והלל נתקבצו בעלית חנני' בן חזקי' בן גרון וגזרו גזירת שמונה עשר דבר בעת ובעונה ההיא נתקבצו גבורי ישראל שרי צבאם וכל הדורשים טובת הכלל.

להוציא את ישראל מכור העוני עול הברזל עול הרומים האכזרים אשר העיקו על ישראל עד כי שחה לעפר נפש ישראל, ופקידי הרומים מצצו את דמי ישראל. וע"כ התעוררו שמעון יוחנן ואלעזר בן ענני לעשות למען העם ולמען הארץ לנתק את כבלי העבדות אשר כבלו במ הרומים את ישראל, וע"כ שמו לב אל החומות לחזק בדקיהם ולבנות מבצרים ולהרבות כלי מלחמה, ויחד עם זה להעיר בכל צעירי ישראל את רוח האהבה לעמו ולארצו ולחרף נפשו למות מות גבורים על שדה קטל מלחיות חיי עוני ולחץ.

אף כי לא בנקל עלתה בידם, אחרי כי ידוע היה לבני ישראל גבורת הרומים. סוף כל סוף עלתה בידם לעורר את כל ארץ יהודה לצאת כאיש אחד חברים, ובעת ובעונה אשר שרי האלפים ושרי הצבאות של ישראל עסקו בזה.

עסקו תלמידי שמאי והלל בגזירת שמונה עשר דבר שגזרו אז. נקל להבין ולשער איך בעיני בוז ולעג הביטו יוחנן וחביריו על הפרושים אשר בעת אשר הם עוסקים במסירת נפש להציל את כלל ישראל מכלימת וחרפת נצח מסבל מצוקת הרומים, במה עוסקים הפרושים להרבות עוד גזירות על ישראל, האם לא די להם כל הגזירות שגזרו כבר עליהם.

אשר אין דרך לנטות ימין ושמאל, ע"כ נביט נא מה הי' במשך שלשים שנה מעת הזאת מכל הישועות שהביאו השרים אלעזר בן ענני וחביריו לעם ישראל ולארצו, ידוע גלוי היטב כי אלפי אלפים מישראל נהרגו ונטבחו, דמנו נשפך כמים, בית תפארתנו הי'

לשריפת אש, גלה ישראל מארצו. הרומים דמו כי כבר הכריתו זכר מישראל, ואמרו בלענוהו, וכבר עלתה זאת בידם אם לא אז.

הי' יוצא כונתם אח"כ. אחרי אשר אכלו ישראל בכל פה.

אך מה הצילה ישראל מאבדון וכליון, אך השמונה עשר דבר שגזרו אז בעלית חנני' בן חזקי' בן גרון, רוח ה' הי' במ לגזור אז גזירת פתם ושמנם ויינם. בזה עשו מחיצה של ברזל בין ישראל למשנאי', זה הי' החומה הבצורה שבל יתבולל ישראל בעמים, לולא זאת חלילה לא הי' זכר.

כי האכילה והשתי' ביחד בטח הי' מביא לחתון ולטמוע, וידוע כי בפרוץ ישראל במקומות אחדים את גזירת יינן נעשה להם כהיתר בנותיהן, ולאט לאט יאבדו מתוך הקהל, נתבונן הפלא ופלא בחכמת ה' אשר הי' ברבותינו הקדושים, כי אחרי אשר הרגישו חז"ל, כי יצא ישראל בגולה כאשר אמר ר' יוחנן בן זכאי יודע אני כך שסופך לחרב כו', וא"כ הי' להם לתקן תקנות שיקל עלי' בגולה ולא יעיר עלי' חמת שובי', כאשר מצינו חז"ל שקדו על תקנת ישראל.

ולפי דעת ושכל אנושי בטח הי' עושים כן, אך רוח ה' אשר בקרבם שפט אחרת, כי אדרבה בהלוך ישראל בגולה עליהם לדאוג לקיומו ולעשות לו בתים. חומות נשגבות שיהי' לו למחסה בדרכו דרך הגלות האיום והנורא, וע"י גזירת יינן וכו' וגזירת אין קורין כו' אשר גדרו את התורה ועשו אזנים לה בזה הצילו את ישראל מלהיות מנוצח לעולם.

לא החומות והמבצרים שבנו יוחנן וחביריו המה חומות ישראל. אך מה שתקנו בעלית חנני' בן חזקי' בן גרון זה הוא חומות אש לישראל.

לא רוח האהבה לעם וארץ שעוררו בקרב ישראל יוחנן וחביריו הי' טוב לישראל אך רוח התורה ושמירת הדת היא שעמדה לנו לסבול את כל המון המצוקות ולהיות מעוטרים בנזר הנצחון ולמחוץ החצים עד אשר ירחם ה' עמו, ע"כ אמר אביי על מנחם שיצא לתרבות רעה. אף כי אביי ג"כ סובר כי יצא לעבודת המלך.

אכן אביי יגלה לנו כי זה הוא תרבות רעה כי אחרי אשר באמת עבודת המלך של ישראל עיקר הכל תורתנו הקדושה היא נצחיותינו. ומנחם אשר הי' אב ב"ד ועסק בתורה להגדילה ולרוממה.

לשתול בקרב ישראל רוח התורה והדת. איך יצא הוא לעבודת המלך.

הניח דבר שהוא חיי עולם להפרט והכלל, ועסק בדבר שהוא חיי שעה. לעסוק בעבודה הזוהי הי' הרבה, ואל לת"ח להניח עסק התורה.

ולעסוק בעבודת הארץ. אשר תלמידי חכמים פטורים מזה.

זה הוא תרבות רעה. כי עי"ז דמו הרבה כי באמת יש לבכר עבודת החומר.

על פני עבודת הרוחני עבודת הקדש אשר היא אך ורק לנטוע האהבה בקרב בני ישראל לתורתו ועבודתו למלכו ואדונו אדון כל הארץ ותניא נמי מה שיצא מזה כשיצא מנחם

יצאו עמו שמונים זוגים תלמידים. התלמידים הללו השליכו אחרי גוום עיקר החיים חיי ישראל בעולם הזה ובעולם הנצחי.

ויצאו לעבודת החומר אשר לזה אם כי נצרכת היתה בזמנה היו אחרים אשר יעשוה. ועל זה הורה לנו אביי כי היציאה הזאת לעבודת המלך אינה בנין אלא הירוס גדול.

הירוס חומות ישראל מעוזה ומשגבה הלא היא התורה הקדושה דכולה בה והיא ברכת אברהם שנתנה לנו למורשה, ובה נדגול, אל תקרא בניך אלא בוניך: בסנהדרין (דף פ"ט) אמרו חז"ל. כי ארבעה צריכין הכרזה בשעה שממיתים אותם המסית וכן סורר ומורה וזקן ממרא ועדים זוממין בכולהו כתיב בהו וכל העם וכל ישראל בעדים זוממין כתיב והנשארים דלאו כולי עלמא חזו לסהדותא דלא שייך בעדים לכתוב וכל העם דלאו כולי עלמא חזו לסהדותא שיש פסולי עדות.

ולכאורה יפלא מאד הלא בן סורר ומורה אמרו חז"ל שאינו אלא מבן שלשה עשר עד שיקיף זקן כו'. שהוא רק שלשה חדשים וכל ישראל אינם ראויים להיות נדונים כבן סורר ומורה.

ואחרי דלאו כולי עלמא חזו להיות נדון כבן סורר ומורה. א"כ למה נכתב בבן סורר ומורה וכל ישראל ישמעו ויראו.

ונבין זה ע"פ מה שנבין דברי חז"ל שאמרו בן סורר ומורה לא הי' ולא עתיד להיות ולמה נכתב דרוש וקבל שכר. ולכאורה גם דברי אבותינו אלה קשה להבינם אם פרשה דבן סורר ומורה אינה דבר שיכולה להיות למה נכתבה כדי שילמדוה ויקבל שכר על הלימוד.

אם לא היתה פרשת בן סורר ומורה הי' למדים פרשיות אחרות שבתורה אותם שיכולים להיות ובודאי דגם בלא פרשה דבן סורר ומורה לא הי' חסר לנו מה ללמוד כדי לקבל שכר. שהרי התורה ארוכה מארץ מדה, ואף אם אלפים שנה יחי' האדם לא יגיע עד תכליתה.

וא"כ הלא טוב יותר ללמוד פרשה שיכולה להיות במציאות ולקבל שכר מללמוד פרשה שאינה כלל במציאות. והדרא קושיא לדוכתא למה נכתבה.

אכן כונת חז"ל שאמרו דרוש וקבל שכר היא כונה עמוקה להורות לנו כי פרשה דבן סורר ומורה היא נחוצה לעם ישראל בכל עת ובכל זמן ונחוצה כמעט לכל איש מישראל. לידע הדרך ילך בה דהנה מצינו ביומא (דף כ"ג) מעשה בשני כהנים שהי' שווים ורצין ועולין בכבש קדם אחד מהן לתוך ארבע אמות של חבירו נטל סכין ותקע לו בלבו עמד ר' צדוק על מעלות האולם ואמר אחינו בית ישראלשמעו הרי הוא אומר כי ימצא חלל באדמה ויצאו זקניך ושופטיך אנו על מי להביא על העיר או על העזרות געו כל העם בבכי'.

והקשה שם בגמ' וירושלים בת אתוויי עגלה ערופה והתניא י' דברים נאמרו בירושלים וזו אחת מהן אינה מביאה עגלה ערופה ועוד לא נודע מי הכהו כתיב והא נודע מי הכהו

אלא כדי להרבות בבכ"י עכ"ל הגמרא ודבריהם הקדושים לכאורה צריכים ביאור, כי געו כל העם בבכ"י יען לא הי' נודע מי מביא עגלה ערופה.

וגם ר' צדוק לא אמר הדבר אלא כדי להרבות בבכ"י. אף שידע שפטורים מעגלה ערופה. בעת אשר קרה אסון נורא כזה איש ישראל תקע סכין בלב ישראל והרוג מפרפר. ולא עוד אלא שהרציחה הי' אצל מקדש הי'.

מה נורא המחזה. כל מי אשר לב בשר לו הלא יתרגש ויוריד דמעות על דבר כזה. ובאמצע המהומה הנוראה וההתרגשות הזאת המרעשת הלבבות יעמוד איש במקום גבוה מכל הקהל. ויאמר הסו רבותי לא אדע הדין.

מי מחויב להביא עגלה ערופה. הלא היו מביטים עליו בעיני בוז וקלסה. והיו אומרים לו אם לא תדע הדין לך בלשכת הגזית שמה יושבים סנהדרין שמהם תצא תורה לכל ישראל. ומה זה קראת את הקריאה הזאת בעידן ריתחא כזה.

וגם בין קהל הנאספים היו לומדים רבים והיו משיבים לו פטורים אנחנו מעגלה ערופה. כי ירושלים פה.

וגם כל תינוקות של בית רבן היו מושיבים לו לא נודע מי הכהו כתיב. ובמה גדול כח שאלתו עד שנגעה לבב הישראלי עד כי געו כל העם בבכ"י.

אך ביאור הדבר כן דהנה מצינו בגמ' הרבה טעמים שנתנו חז"ל למצות. כמו שאמרו רז"ל בנדה (דף לא) מפני מה נתנה מילה בשמיני כדי שלא יהיו אביו ואמו עצבים והכל שמחין.

ולכאורה יפלא כיון שמילה נתנה בשמיני מפני טעם זה. א"כ בזה"ז שכבר קבלו עליהן להיות שבעה נקיים.

א"כ תדחה מילה ממצות שמיני עד שתטהר. אכן ברור וידוע לכל כי אף שדרשו חז"ל הטעם הזה.

אעפ"י כ כשבטל הטעם לא תבטל המצוה כי אמרו חז"ל בעירובין (כא) שלמה דרש על כל דבר ודבר של תורה אלף וחמשה טעמים. וא"כ בזה"ז אף שטעם אחד בטל הן האלף וארבעה טעמים הנותרים לא בטלו.

ובודאי המאחר מילה מיום השמיני עובר מצות עשה דמילה שנכרתו עלי' שלש עשרה בריתות, רק חז"ל נתנו הטעם הזה. יען כי גם הטעם הזה הוא אחד מהטעמים.

וא"כ מזה ילמוד האדם איך צריך להיות נושא בעול עם חבירו. עד כי אם יש לחבירו צער קטן אחד כל שהוא.

בל יעשה הוא משתה ושמחה בפניו. אם בידו שלא לעשות כי כלל הוא בדרכי האדם השלם צריך להרגיש בצערו של חבירו אף בדבר הקטן והנבזה.

כי אחיו הוא ממש. ואהבת לרעך כמוך.

תשמח בשמחתו ותצר בצרתו. וכזה תרצתי לאחד על מנהג שנהגו לצאת בשעה שאומרים הקהל יזכור יוצאים אלה שאין אומרים אשר כבר נאמרו הרבה תירוצים על זה.

ולענ"ד נראה ג"כ לומר טעם ומזה יראו איך מנהג ישראל תורה. וממקום קדוש יהלך. דהנה קיי"ל אסור להזכיר נשמות בעת שחתן יש בביהמ"ד. כי אחרי שחתן בביהמ"ד יום טוב הוא לכל הקהל הקדוש אשר נמצאים אז בבית המדרש.

ואיך יצערו נפשם בשעת חדוה כי אחרי שחק לישראל להיות שמח בשמחת אחיו הישראלי. א"כ כשחג לאחיו גם הוא צריך לשמוח עמו בשמחתו בפניו ואין לו להזכיר צערו אז בפניו.

אשר בזה מראה הוא כי יש לו צער. ואף אם יהיו כמה אלפים בביהמ"ד דוחה תפלת תחנון והזכרת נשמות של כל הקהל בשביל חתן אחד כי יו"ט הוא לכל הקהל.

ולפי"ז יקשה איך מזכירין נשמות ביום החג. מי גרע החג הזה של כל אחד מיו"ט של החתן.

אך פשוט כי אדרבה עונג ונחת הוא להאיש אשר נגעו ה' בהצער הזה עונג הוא לו להזכיר נשמת אבותיו. ונועם לו הצער הזה.

אך כל זה הוא להאיש אשר יש לו הצער וזוכרו. אך לא כן האיש אשר אין לו צער כזה הוא בשמעו הזכרת הנשמות תעורר בלבבו אך רגשי צער לא רגשי עונג וא"כ בעת שיש אחד בביהמ"ד שאין לו הצער הזה אסור לכל הקהל להזכיר נשמות.

כי הלא לא גרע האיש הזה מחתן בימי חתונתו. ששבעת ימי המשתה יו"ט הוא לו.

גם להאיש הזה יו"ט הוא. ואיך יזכירו הקהל נשמות.

אך כדי לעשות נחת רוח לאלה שרוצים להזכיר אשר להם הוא הרגש נעים להזכיר הנשמות משום זה יוצאין אלה שאין להם להזכיר כדי שיוכלו אלה הצריכים להזכיר נשמת אבותיהם. ויסוד הדברים בנוי רק כי מצות ה' אלהינו שכל אחד מישראל יהי נושא בעול עם חבירו.

יאהב לו כמהו ממש בצרתו לו צר ובשמחתו ישמח לבו גם הוא, לזה הורו לנו חז"ל כי אחד מטעמי המילה בשמיני הוא משום הטעם הזה. כדי שהמבין יבין לאחוז בדרך הקודש להיות טוב ונעים ככה.

אך חלילה לומר כי בסור הטעם תבטל המצוה. כי הרבה טעמים לתורה.

וכן פירשו התוס' בב"ק (י"א ע"ב) בד"ה בכור כי אף שלמדו חז"ל דפחות משלשים יום באדם. ושמונה ימים בבהמה הוא נפל מדאמרה התורה ופדויו מבן חודש תפדה.

ובבהמה מיום השמיני והלאה ירצה. א"כ הורו לנו חז"ל כי טעם שאין פודין פחות מבן חודש.

ואין מקדשין בהמה לקרבן פחות מכן שמונה ימים. הוא משום שבתוך הזמן לא יצא עדיין מחזקת נפל.

עכ"ז אף אם ברור לנו ודאי שכלו חדשיו. אין פודין בתוך שלשים ואין הפדיון חל כלל. וכן בתוך שמנה ימים הוי מחוסר זמן. כי בסור הטעם לא תסור המצוה אף שידענו כי הטעם הזה הוא ג"כ טעם על הדבר אינו מועיל אלא ללמוד למקום אחר כי פחות משלשים באדם ושמונה בבהמה הוי בחזקת נפל. אבל לא לעשות עי"ז המצוה שלא כתקנה. כי לזה יש עוד טעמים אחרים עד שחקים יגיעו.

ובזה ביארתי מאמר בעל האגדה. רשע מה הוא אומר מה העבודה הזאת לכם. לכם ולא לו. ולפי שהוציא עצמו מן הכלל כפר בעיקר כו'.

והנה זה ודאי כי לא תפסו בעל האגדה בחזקת רשע. מפני דבור שאמר לכם. שמזה הוכחה שכונתו לכם ולא לו. שהרי גם בשאלת החכם נאמר אתכם, ונוכל לומר אתכם ולא אותי.

ואם נבאר אתכם ואותי. נוכל לבאר ג"כ דברי הרשע לכם לי ולכם.

אך פשוט וברור דרק מפני שבשאלת הרשע צפון מחשבת און ושאלתו היא שאלת רשע ע"כ תולין הקלקלה במקולקל כי גם כונתו היתה לכם ולא לו. ע"כ נתבונן מה פשע בשאלתו מה העבודה הזאת לכם.

אכן באמת שאלת הרשע הוא מרד ומעל הפיכת קערה על פי' לסתור כל דברי התורה. הרשע יתחכם לשאול מה העבודה הזאת לכם.

זאת ידע הרשע כי העבודה היא שצונו יוצרנו וצונו על זה. ואם כונתו לשאול הטעם מפני מה צוה ה'.

לא הי' לו לשאול מה העבודה. כי מזה מוכח ששאלתו על מה עושין כן.

רק הי' לו לשאול כשאלת החכם מפני מה צוה. והוא לא ישאול מפני מה צוה ה'.

רק מה העבודה, בהשאלה הזאת הכונה מפני מה עושין הדבר. האויל המתחכם הזה ישאל שאלה הן יציב ונכון כי צוה ה' לאכול מצה.

וע"כ אתם אוכלים מצה. אבל הלא צריך להיות חכם ומבין.

הן עיקר הטעם של מצות מצה הוא למען נזכור את צאתינו ממצרים כי לא הספיק בצקם של אבותינו להחמיץ במצרים. וא"כ עיקר המצוה הזכירה.

א"כ למה לכם עבודת הדבר לשבור השינים. ולהזיק להקיבה באכילת הלחם הלא חמץ.

הלא טוב הי' יותר לאכול חמץ ולזכור יציאת מצרים. לספר את כל המעשה.

כי לא המעשה העיקר. אלא הזכירה ועל מה זה אתם מענים נפשותיכם לחנם ביום החג הזה.

זה הוא שאלת הרשע. ובמקולקל כזה שפיר אמרו שכונתו לכם ולא לו והוא הוציא עצמו מן הכלל.

וכפר בעיקר ואף עתה הקהה את שיניו ואמור לו איך תאמר כי עיקר מצות אכילת מצה הוא למען נזכור יציאת מצרים. א"כ טרם שיצאנו ממצרים הלא לא הי' כלל במציאות אכילת מצה ואדרבה בעבור זה.

בעבור אכילת המצה עשה ה' לי שיצאתי ממצרים שהרי גם בפסח מצרים נאמר על מצות ומרורים יאכלוהו ונגאלו אבותינו ממצרים בזכות הפסח והמצה. ואילו הי' תכשיט כזה במצרים בטח לא הי' נגאל כי עיקר זכות יציאת מצרים הי' אמונתם בה' בלי חשוב והרהר אחר מדתו וכשצוה להם ה' לאכול מצה לא התחכמו כלל לחשוב מפני מה צוה כדי שימצאו מקום באיזה אופן לפטור ואיך נוכל לומר שעיקר אכילת מצה הי' אך ורק בשביל לזכור עי"ז יציאת מצרים.

שלא הספיק בצקם להחמיץ. אחר שעוד קודם שיצאו ממצרים וקודם שהי' המעשה שלא הספיק בצקם להחמיץ נצטוו לאכול הפסח על מצות אף כי נאמר בתורה למען תזכור.

למה הדבר דומה לאחד ששואל באיזה דרך באין למקום פלוני והלה משיבו בלכתך ברחוב תראה בית חומה עליו מעשה צעצועים לימין החומה הזו הולך הרחוב השני בקצה הרחוב תמצא מבוקשך. והנה גבר לא חכם יוכל לחשוב.

כי נבנתה החומה ועליו מעשה הצעצועים למען ידע הוא הדרך איך לבא אל בית פלוני. ואם הוא בא אל מבוקשו אין חפץ עוד בהחומה.

החושב כזה הוא אויל וטפש. החומה נבנתה למען בעה"ב אשר בנאו.

למען הרבה שכנים ודברים נצרכים. אך אחרי כי טוב לזכור על ידו הדרך ילך בה טוב לקבל התועלת מזה.

אך חלילה לומר כי נבנתה החומה אך ורק בשביל שיזכור הרוחות לבוא למקום פלוני. אך אם ביכלתך לקבל מזה תועלת בדרכך קבל התועלת.

גם מצות מצה היא חומה גבוה ונשאה. גם טרם שיצאו אבותינו ממצרים נצטוו על אכילת מצה וגם אברהם אבינו ולוט אכלו מצות בימי פסח.

אך כאשר יש לישראל לזכור עי"ז גם יציאת מצרים. יען כי הי' המעשה שלא הספיק.

טוב שיזכור עי"ז ויהי' לזכרון לבניו אחריו יספרו נפלאות ה' כאשר נחזה במקומות אחרים שלזכרון שעבר המלך דרך שם קורין הרחוב ע"ש המלך וז' הוא זכרון עולם שעבר שם המלך. כן זכרון הוא לישראל יציאת מצרים ע"י אכילת מצה.

יען כי נקרא שם יציאת מצרים על אכילת המצה. אך לא לחשוב כי בידינו לבטל חלילה את מצות אכילת המצה ע"י זכירת יציאת מצרים כשאלת הרשע.

וכל הנפש אשר תאכל חמץ כו'. כי מצות ה' לא תשתנה בסור הטעם.

אם לא היכא שקבלה בידי אבותינו הלכה למשה מסיני. כי טעם הדבר הוא רק בשביל זה אז הוי ככל תורה שבע"פ.

שמשנים מצוה כפי שצוה ה' למשה. וגם בזה נחלקו רבותינו אי דרשינן טעמא דקרא כגון במצות משכון שצוה ה' לא תחבול בגד אלמנה.

ונחלקו רבותינו אם ממשכנין בגד אלמנה עשירה. אי הוי הטעם דלא תחבול רק משום שאתה משיאה שם רע בשכנותי'.

ובודאי מעצמם לא ה' דורשין הטעם רק ה' מקובל אצלם הלכה למשה מסיני. ונחלקו אם ישתנה הדין בשביל זה או לא, (וכן גבי לא יסור דלדברי ר"ש קשה קרא למה לי היינו כיון שה' הטעם מקובל דס"ל דדרשינן טעמא דקרא: א"כ למה נכתב הטעם בתורה.

שהדברים האלה ה"ל לומר בע"פ ודוק). אכן חלילה לומר לדרוש טעמי התורה ולגרוע עי"ז ממצות התורה.

רק נוכל לדרוש טעמי התורה למען להבין ולהשכיל במקומות אחרים. כי כל טעמי התורה רם ונשא הוא.

כל טעם וטעם בפני עצמו. אך לכל מצוה טעמים רבים עד כי שלמה המלך אמר אלף וחמשה טעמים על כל דבר מן התורה.

ובארתי ג"כ בזה מה שסדרו חז"ל כי לשאינו יודע לשאול אומרין בעבור זה עשה ה' לי בצאתי ממצרים אשר היא תשובה לרשע ועוקץ חד בה לי ולא לו. ומה פשע השאינו יודע לשאול כי ישיבו לו התשובה אשר להרשע.

אף כי הוא אינו מרגיש. אך מדוע נענה לו אנחנו תשובה כזה.

טוב ה' לומר לו תשובה אשר משיבים להתם. עוד זאת יפלא מאמר הכתוב והגדת לבנך לאמר מהו לאמר.

הי"ל לכתוב והגדת לבנך ביום ההוא בעבור זה. אך נוכל לומר כי כונת בעל האגדה שאינו יודע לשאול היינו יש בן כזה.

אשר בשמעו שאלה משוגה ופתי תיכף יעלה על לבבו הרהורי דברים ונכרתה האמונה מלבבו בשביל שחוק ולצנות של לץ אחד. אף כי הוא ה' תמים דרך.

רוח קמעא של שאלת אויל ידחהו למדחפות והרבה הרבה בנים כאלה. שסרו מדרכי ה' יען כי שמעו או קראו דבר הבל ממין אחד.

בן כזה יקרא שאינו יודע לשאול שאינו יודע בשמעו שאלת הבל לילך לשאול אצל חכם. והוא יבאר לו הבלי הלצים והמתחכמים נגד תורתנו הקדושה.

הוא אינו יודע לעשות כן. ואך כאשר בשכלו הדל לא ימצא תשובה.

יגמור בלבבו כי הצדק עם הכסיל. ע"כ צותה התורה שלבן כזה החיוב להקדים ולערוך בלבו תשובות.

לבל יכשול ע"י שאלות הבל ויאבד לנצח ע"כ והגדת לבנך לאמר היינו שכן יאמר הוא אם יפגע מנוול בשאלת מה העבודה יאמר הוא לו התשובה הראוי' לו שהוא בעבור זה

כו' ויאמר לו כי אדרבה מזה מוכח כי אין לבטל חלילה מצוה ממצות ה' בסור הטעם ולא דרשינן הטעם לגרע כח המצוה. באשר להמצוה יש טעמים רבים.

אך דרשינן הטעם כדי לידע מזה במקום אחר. כי כל טעם בפני עצמו מרום וגבוה הוא עד לשמים יגיע: בזה נבין את שאלת ר' צדוק על מי להביא עגלה ערופה בעת המהומה והמבוכה אף שידע כי פטורים מלהביא עגלה ערופה.

כדי שע"י שאלתו ירבו בבכ"י. דהנה טעם אחד מטעמי עגלה ערופה כאשר נמצא חלל באדמה לח נודע מי הכהו.

דבר נורא כזה כי ימצא חלל על אדמת ישראל. אם יעבור בלי רעש.

רגש התעוררות הנטוע בלב ישראל לדיעה מרציחה יקהה. כדרך כל הארץ כי יראה דבר עול בפעם הראשון יתנוודד למראה העול ויתפעל מאד.

אך לא כן בפעם השני. יען כי הראי' הראשונה כבר קהה בלבבו ההרגש.

וזה הוא עון פלילי. כי לב ישראל צריך להתרגש למראה חמס ושד.

ע"כ צונו ה' בהמצא בישראל חלל באדמה בל יניחו הדבר בלי התרגשות רבה ועצומה. אך כל העירות שסביבות החלל יהי' מתקבצים לשמוע כי בין ישראל נהי' כדבר הזה.

ולא עוד שיצאו הזקנים בעצמם למדוד בחבלים מי הוא הקרוב אל החלל. אז אשר כבוד התורה גדול הי' בישראל לשמע הדברים כי הזקנים מודדים.

איזה העיר הקרובה אל המעשה הנורא הזה. כי נפל אחד מישראל חלל הי' מתקבצים האנשים והנשים והטף וידעו מה כל החרדה הגדולה הזאת, יען כי קרה דבר כזה בישראל ואפילו נמצא בעליל לעיר צריך לעסוק במדידה כדי להרגיש הכל על הדבר הזה ואח"ז הי' עורפים את העגלה וזקני ב"ד היו מתודים ידינו לא שפכו הדם הזה.

וביארנו לנו חז"ל. כי לא עלתה על דעת שזקני ב"ד שפכו דם.

אך התודו כי לא ראוהו ולא פטרוהו בלא לוי'. היינו שהם לא הי' אף גרם סבה במיתתו כל הדברים שמעו כל הקהל.

כי אלו היה נהרג מסיבת שלא נתנו לו מזון. ועי"ז הוצרך ללסטם ונהרג עי"ז.

אף כי היא סבה רחוקה שלא הי' לעלות על דעתם כזה. עכ"ז לא הי' יכולים לומר ידינו לא שפכו הדם הזה, וכמובן אם בא הסבה יען כי לא למדו תורה ודת לישראל לא הי' יכולים לומר כי לא שפכו הדם אחרי כי הם אשמים בדבר, את הדבר הזה שמעו כל קהל ישראל.

כי כך יובא האדם בפלילים לפני ה' על אשר לא חמל על דל. ועי"ז מי יודע כמה בני אדם הולכים מן העולם בשביל חסרון מזונות או חסרון בקור חולים וכדומה.

יש עליו עונש מן השמים כאילו הוא שפך הדם הזה ואולי מזה נשתרבב ג"כ המנהג בשוב כל אחד מהלוי' (לא עלינו) ירחץ ידיו כי מנהג קדמונים הוא שיתעורר עי"ז ברחצו

ידיו ויאמר ידי לא שפכו הדם הזה פן הלך מן העולם יען כי לא השכילו אל דל ביום רעה. כל ההרגש והלימוד הזה למדו בני ישראל מהלכות עגלה ערופה.

וכמובניש לעגלה ערופה טעמים רבים ונשגבים. אך גם הטעם הזה הוא מרום ונשא.

וע"כ אף כי מן הדין אין מביאין עגלה ערופה בירושלם. ולא כשנודע מי הכהו.

הנה שם יש טעמים אחרים שלא להביא. אבל הרגש של עגלה ערופה שהוא לרחוץ הידים ולהתודות פן ואולי אשמים אנחנו על אחינו הנרצח.

ועל אשמת הרוצח. לגבי זה בודאי אחת הוא ירושלם ועירות אחרות אם נודע מי הכהו או לא נודע מי הכהו.

בודאי דהרגש של עגלה ערופה על כל אחד להתחקות בנפשו אם ידיו לא שפכו. אם אינו אשם בדבר.

זה ה' כונתו של ר' צדוק. הוא ראה כי נתקבץ הקהל וכל אחד מצער עצמו.

אבל כמו אדם המצער על דבר של אחר. שהצער קטן, לא כן אם יצער אחד על דבר שהוא נוגע אל עצמו ואל בשרו.

ע"כ עמד ר' צדוק על מעלות האולם ואמר אחינו בית ישראל שמעו. הרי הוא אומר כי ימצא חלל כו'.

חלל כי ימצא הדבר נוגע לכל ישראל. כל הקרובים אל המעשה מחויבים להביא עגלה ערופה ולהתודות אם אינו אשם בדבר.

אנו על מי להביא היינו מי יוכל להביא עגלה ערופה ולהתודות ידינו לא שפכו הדם הזה. אחרי כי רצח כזה נעשה במקום המקדש אות הוא כי פרוע העם לשמצה כי לא נחשב בעיניו רצח.

מי האשם בדבר שעליו להתודות או העיר או העזרות העיר היינו כל אנשי העיר יאמרו העזרות אשמים הכהנים שומרי התורה והדת. הם לא יפקחו להעיר בקרב ישראל רגש התורה והיראה, ע"כ ירדנו פלאים במצב הרוחני ובאנו לידי מצב נורא כזה שיהרג כהן במקדש ה'.

והעזרות יאמרו העיר אשמים עליהם להביא עגלה ערופה, ולהתודות כי ירד כבוד התורה וגלה כבוד מישראל דברי התלמיד חכם אינם נשמעים וע"כ לא יוכיחו את הקהל כי ידעו כי דבריהם אינם נשמעים. וכל אחד חכם בעיניו משבעה משיבי טעם ע"כ תפוג תורה ויראה.

יען כי לא ישמעו להעזרות. על זה געו כל העם בבכי'.

דבריו נגעו עד הלב. כל ישראל הבינו שאין כונתו על הבאת עגלה ערופה בעצמה שפטורים מכמה טעמים.

אך החיוב להתודות ולבקש כפר לעמך. על המצב הנורא במצב הדת שהי' אז וע"כ געו בבכי' הבינו כי נורא הדבר.

ומביא אח"כ שבאמת הוזל בעיניהם שפיכת דמים. ע"ז בכו העם רב בכה. וכן יתבאר ג"כ דברי הגמ' בן סורר ומורה לא הי' ולא עתיד להיות אלא דרוש וקבל שכר. אין הכונה לקבל שכר בעד מצות לימוד התורה כי לזה לא הי' צריכים לפרשה דבן סורר ומורה.

כי אם לא היתה הפרשה הזאת היינו לומדים שארי פרשיות התורה. אשר אם הי' חי האדם מבריאת עולם עד עתה לא הי' בא עד קצה התורה כי ארוכה מארץ מדה.

אכן כונתה דרוש וקבל שכר מצוה. היינו שתדע איך להתנהג עם גידול הבנים.

כמאמר חז"ל אין התורה מתקיים אלא במי שמשים עצמו אכזרי כעורב על בניו: הכונה לדעתי שעל האדם להתבונן דבר נפלא הפלא ופלא שהטביע היוצר בהעורב כי בלידת הולד הוא נולד לבן. והעורב רואה שאין הבנים דומים בצבעם אליו הוא בורח ונשארים בלי מזונות והקב"ה מזמין להם מזונותם בארח פלא.

כי מצואתם יתהוו זבובים. והם יאכלו הזבובים כמובא במדרש.

והוא אחד מפלאי הטבע. שמכל צואת בע"ח לא יוכלו להתפרנס הבע"ח ורק בני עורב אשר טבע יולדם להניחם.

בהם הטביע ה' שיוכלו להתפרנס מצואתם, וכאשר אמרו חז"ל מלפנו מבהמות הארץ כי אלמלא נתנה תורה היינו למדים צניעות מחתול. כי אחרי רואנו שהטביע בו ה' דבר כזה עלינו ללמוד ממנו לקבל דבר כזה כן הטביע ה' בהעורב דבר כזה שיוולדו לו הבנים אינם דומים בצבעם אליו ויניחם וילך.

מזה יתבונן כל איש מישראל לחוס על בניו רק כשהולכים בדרכי ה'. אשר הם דומים בצבעם וצביונם אל יולדיהם.

שומרי שבת ומגדלי זקן. אך לא לאלה שאינם דומים כלל בצביונם לבית ישראל.

כי רחקו והלבישו צורה אחרת מחללי שבת ובוזי קודש. אלה לא יחשוב לבניו.

ואך עי"ז שאדם יהי' אכזרי על בניו כעורב. היינו כשאין צבעם דומה לישראל שהסירו מעליהם צלם אלהים.

שהוא לא התמונה החצונית אך התמונה הפנימית הוא צלם אלהים. אם הבנים הסירו מעליהם הצלם הקדוש הזה.

יעשה אכזרי עליהם כעורב כי בנים כחשים המה. ודבר זה מתורת משה רבינו למדנו מפרשת בן סורר ומורה.

כי מצוה על כל איש מישראל אף אם יהי' לו בן יחיד אשר חננו ה' לימי זקנותו והבן זה כשהוא בן שלש עשרה וגנב מבית אביו וקנה תרטימר בשר וחצי לוג יין מצוה על אביו ואמו להביאו בידם לב"ד ולסקלו במיתה החמורה שבתורה. יען מה כי ירדה התורה לסוף דעתו לסוף הוא עומד ומלסטם את הבריות.

אמרה תורה ימות זכאי ואל ימות חייב. ואין הכונה שיעמוד על פרשת דרכים ויגזול.

כי הלא בכל עת ובכל זמן יש שומרים ושוטרים אשר לא יניחוהו לגזול. ולמה נהרגו פן יעמוד על פרשת דרכים וילסטם את הבריות הלא ירא מפני השוטרים אשר יתפשוהו. ובמשמר יושיבוהו וייסרוהו כדי רשעתו. אך לא דוקא העומד על פרשת דרכים הוא לסטים.

יש הרבה לסטים העושה חנות ואין משאו ומתנו באמונה הוא מלסטם את הבריות. הלויים ואינם משלמים ג"כ מלסטם את הבריות מי שדרכו להתלוצץ הוא לסטים על נפשות. העושה ספר של כפירה ומינות הוא רוצח על נפשות כמאמר חז"ל גדול המחטיא את חבירו יותר מהורגו. וע"כ אמרה תורה אם ראית בבנך כי בעל תאוה ובעל נפש רחבה הוא.

בן כזה מצוה להרגו. כי מה התועלת היוצא מבן ממר כזה בן אשר נמשך בילדותו אחר תאות גופניות לא לנו הוא.

הוא יהי' לסטים מלסטם את הבריות באיזה אופן שיהי'. התאוה תמשיל עליו ותטהו לעשות נבלה אך למען השיג את מבוקשו אם כסף. או שאר תאות נמבזות. או אהבת הכבוד.

בן כזה אינו בצביונו של ישראל. ובן כזה מוטב ימות זכאי ואל ימות חייב.

ומצוה על אביו ואמו להביאו ולסוקלו ולקיים ובערת הרע מקרבך ואם כי למעשה חסמה התורה את הדרך. וצותה שלא להרגו בלתי אם אביו ואמו שויים בקולם ובקלסתר פניהם אשר זה הוא דבר שלא הי' ולא עתיד להיות זה הוא למעשה.

אבל להרגש של בן סורר ומורה. שהוא שבן כזה שתחלת גידולו על התאות, בן כזה אל יהי' בכרם ישראל.

להרגש הזה אחד הוא מי שאביו ואמו שווין בקול ובמראה או לא. וזה הוא הכוונה הרגש של בן סורר ומורה יהי' לך לעד.

כי תחנך את בניך אך ורק בדרכי התורה ובנים כאלה הם בנים לישראל. אך בנים המגודלים מנעוריהם בתאות.

לילך אחרי דרכי לבם. ואינם שומעים לתוכחת הורים ומורים.

הם בנים כחשים בנים משחיתים עליהם תהי' אכזרי כעורב, כי לא לנו הם כי אם לצרינו. וזה שאמרה התורה וכל ישראל ישמעו ויראו, אין הכונה שיראו מלהיות בן סורר ומורה דעל זה לא שייך לומר כל ישראל דלאו כולי עלמא חזו לזה.

אלא הכונה כל ישראל ישמעו פרשת בן סורר ויראו מלעשות כטבע המוטבע לתת לבן יקיר כל חשק לבבו. ויראו מלעשות כדבר הזה, יראו מלגדל הבנים בתאות החומריות לעשותם מנוער לבנים סוררים.

אך ינהלום על מבועי התורה. בדרכי הדת ינהיגום אז יהיו בנים נאמנים.

בני ישראל. העם אשר ה' יתפאר בו והם ישאו את דגל התורה דרך הגלות הנורא.

בזה נבא לכונתם באמרם אל תקרא בניך אלא בוניך. דהנה כשיבנו בית למלך בשר ודם. וכל אחד יקבל עליו מקום אחר להתעסק בו ולבנותו כיאות להיות בית למלך. אם יתעצל ולא ישגיח לשכללו ולפאר לפי החק.

הן לבד שענש יענש על עשותו מלאכתו רמי'. עוד ישא עון על כל הבנין כי אם את מקומו לא עשה לפי החק ממילא הפסיד את כל הבנין כי מה יועיל שעשו כולם מלאכתם באמונה.

אם לא נשלם המלאכה ובחסרון שעשה הפועל העצל הפסיד כל הבירה. זה הדבר שבונים בית למלך בימי שלום.

עאכו"כ המקבלים עליהם לבנות חומות לבירת המלכות. למען יהיו למחסה ולמצור מפני האויב.

המקבלים לבנות סוללות וצריחות וההרים אשר יושפכו למען בצר עיר המלוכה. הלא המתרפה במלאכתו חבר הוא לאיש משחית וכבוגד בעמו וארצו יחשב.

כי אם את מקומו שקבל עליו לבנות לא בצר כראוי הלא יכול האויב להבקיע דרך שם. והנה גם אנחנו עם בית ישראל בונים בית חומה לה'.

לא בית של אבנים. לא הרים של עפר וסלעים.

אך אנחנו נבנה את בית ישראל שהוא בית ה'. אשר שם ה' עליו נקרא.

כל אחד המחנך את בניו או מחזיק אחרים ללמוד תורה. הרי הוא בונה את בית ישראל כל בן ובן הוא אבן וחומר לבית ישראל.

לוא עבר חלילה דור אחד שלא הי' מחנך או מחזיק לומדי תורה ממילא חס ושלום הי' חרב כרם ה'. אך חלילה לנו כל דור ודור הוא בונה בית ה'.

ואנחנו מצווים מהר סיני ושננתם לבניך לדבר בם. ולמדתם את בניכם.

וכל אחד מישראל מקבל עליו עבודת ה' הנה לבנות בית לשמו שהוא לחנך את בניו, ולחזק לומדי תורה. והאיש העושה בזדון לא לבד שיענש על שלא עשה מלאכתו עוד הוא מביא רפיון בכל הכלל.

כי כל אחד מישראל מקבל זה מזה, ופעולת אחד תפעול ברוח על אחיו, ואם בשעת שלו' כך בשעת חירום על אחת כמה וכמה. בעת אשר רוח סערה יצא מן הצפון הצפוני בלבן של אדם וסוערים על דת קדשינו.

מלחמת החוץ ומלחמת הפנים הנוראה בעת כזה חוב על כל אחד לאזר שארית כחו, לעשות סוללות וצריחות לדת קדשינו להיות למחסה מפני החצים והבליסטריאות. חובה על כל אחד ללמד לבני יהודה קשת, היינו להשתיל בבני הנעורים התורה הקדושה והיראה הטהורה.

בעת כזאת העומד מנגד ואינו עושה דבר בעד התורה הוא חבר לאיש משחית הוא בוגד בעמו ואלקיו. על זה אמרו חז"ל אל תקרא בניך.

פירוש לא תקרא בשם בניך אלא לאלה שהם בוניך שהם עושים בשביל התורה שהם הם הבונים את כלל ישראל, כי ישראל ותורתו חד הוא ואין בנין זה בלא זה. אבל לאלה שאינם בונים את ישראל אל תקרא אותם בניך.

הם אינם בנים לכלל ישראל, כי איך יקרא בן מי שאמו על ערש דוי והבן לא יפקדנה כלל, בן כזה הוא בן סורר ומורה אשר צריך להיות אכזרי עליו כעורב. לא לחשבו לבן. כן בן כזה של כלל ישראל שאינו עושה לבנות את בית ישראל שהוא חיזוק וקיום רוח התורה והדת בן כזה לא תקרא אותו בניך. אך התלמידי חכמים הם הבונים את ישראל. וכן המחזיקים בידי תלמידי חכמים וכאמרם (בברכות ל"ד) כל הנביאים לא נתנבאו אלא למשיא בתו לתלמיד חכם ולעושה פרקמטיא לת"ח. ביאור הדבר כי אחרי אשר כל מלחמתינו הוא בשביל התורה.

ואחרי אשר שמירת הדת היא חומתינו מעוזנו ומשגבנו. כמו בבנין חומה יצורף החומה מלבנים וחומר וכל אחד המביא לבנים וחומר הוא עסוק בבנין החומה.

כן אחרי שחומותינו היא חומת הרוח רוח התשוקה להתורה ולהדת כל אחד המוסיף חומר לזה הוא הבונה בית ישראל שהוא בית ה'. ואחרי אשר ע"י שאחד משיא בתו לת"ח עי"ו יתרומם כבוד התורה, ועי"ז סבה שיחפצו בני הנעורים לשקוד על התורה כי הלא לנער קשה להבין.

כי עיקר לימוד התורה לא בשביל השג חמודי העולם, אך למען להיות בן תורה. בן לה' אלהינו וכאמרם ז"ל בשבת (דף י') על הפסוק לדעת כי אני ה' מקדשכם אמר הקב"ה למשה לך הודיע לישראל המתנה טובה שאני נותן להם ופירשו שם דהוי דבר שאין עתיד לאגלווי דמתן שכרה דשבת לא עבידא לאגלווי.

וא"כ הלא גלה להם מתן שכר של שבת ובפסוק לא נרמז שגלה השכר, ואם נימא שמפורש בפסוק איך אמרינן בביצה דמתן שכר של שבת ניהן בצנעה. הלא התורה לא בסתר נתנה וכל אוה"ע יכלו לקראותה בכל לשון מעל האבנים שעליהם כתב יהושע התורה בשבעים לשון כמפורש בסוטה (ל"ב) אכן הדבר פשוט שאם נאמר לאחד עשה דבר זה למען תהי' אהוב ומכובד בעיני המלך אם הוא בר דעת לא ישאל מה יתן לי המלך, כן ישראל ידעו שכר מתן שבת, כי נאמר להם, שה' ממ"ה הקב"ה הוא מקדשם בשמירת השבת.

והשומר שבת קדוש הוא אצל המלך. ישראל לא ישאלו מה יתן לנו ה'.

מבינים המה כי זה הוא גופא השכר והתענוג הנצחי אשר עין לא ראתה להיות קדוש בעיני ה'. ואף כי אין לנו הרגשים להרגיש התענוג הזה.

נבין בשכלנו כי בסור מעל האדם תאות החלד אז ירגיש טעם נעימות בימינך נצח. אך אוה"ע הם לא יבינו ערך התענוג הזה.

להם נשאר מתן שכר שבת בצנעה. והם ישאלו מה יתן לנו המלך כשנהי' קדוש אצלו.

כן לגדול אשר נפקחו עיניו. לו אין צריך לומר מה הוא התורה ומה שכרה הוא יודע כי רק ע"י לימוד התורה האדם דבוק בה' ב"ה.

בזה תלוי הכל. זה אושר נצחי.

אשר כל מנעמי החיים כאין נגד זה. אך על הנער הקטן נחוץ לעשות סבות ותחבולות גשמיות שירצה ללמוד תורה.

והדבר הזה שהנער יחפוץ ללמוד לא דבר קטן הוא. אך כל כבוד בית ישראל ודגל נצחי נשען עליו.

כי באין גדיים אין תישים אם הקטנים לא ילמדו והנערים לא ישקדו גדולים לא ימצאו. ע"כ המשיא בתו לת"ח שמרבה עי"ז כבוד התורה ומחבבה על לומדיו הקטנים עם הנערים.

הוא בונה את בית ישראל הוא מוסיף חומר ולבנים לחומת הדת ותוה"ק. למען תוכל עמוד נגד החצים בהמלחמה הנוראה.

ע"כ אמרו חז"ל כי כל הנביאים לא נתנבאו אלא בשביל משיא בתו לת"ח ועושה פרקמטי' לת"ח. שהם כלל המחזיקים בידי חכמים תומכי התורה.

ולהיפך אלה המבזים תלמידי חכמים, ואלה האומרים מה בצע לנו מלמודם. אמרו חז"ל כי אין להם חלק לעוה"ב כי בבזותם תלמידי חכמים סותרים הם את בנין ישראל הם יורים בכלי תותח על רוח הישראלי.

כי הנערים לא יחפצו ללמוד אחרי כי חכמת התורה בזוי'. והרי המבזה תלמיד חכם רודף את כלל ישראל וכמאמרם בשבת (קי"ט) לא חרבה ירושלים אלא בשביל שחללו בה את השבת.

ואחד אמר לא חרבה ירושלים אלא על שביטלו תינוקות של בית רבן. ואחד אמר על שלא הוכיחו זה את זה.

ואחד אמר לא חרבה ירושלים אלא על שביזו בה תלמידי חכמים שנאמר ויהיו מלעיבים במלאכי אלהים. ובוזים דבריו עד עלות חמת ה' בעמו.

עד לאין מרפא. מאי לאין מרפא אמר רב יהודה אמר רב כל המבזה ת"ח אין רפואה למכתו.

ולכאורה פליגי הנך אמוראי מפני מה חרב ירושלים וכל אחד יש לו לימוד מקרא. אכן לדברינו כולם בחדא מחתא מחתינהו, לא חרבה ירושלים אלא על שחללו השבת.

אם יקשה לך ירושלים עיר הקדש איך באה למדרגה זו תדע כי זה יען כי התינוקות לא למדו תורה, ובאין גדיים אין תישים ובאין תורה אין שמירת הדת. ואם יקשה לך מפני מה לא עמדו בפרץ.

יען כי לא הוכיחו זה את זה. ומפני מה בא כל זה כי ביזו תלמידי חכמים ממילא לא היו דבריהם נשמעים.

ולא רצו התינוקות ללמוד, וחללו השבת. כי אין בור ירא חטא ועלתה חמת ה' עד לאין מרפא.

כי כל המבזה ח"ח אין רפואה למכתו. כי כל עון שאדם עושה שנוגע אך לעצמו יכול לעשות תשובה אבל המחטיא הרבים אין מספיקין בידו לעשות תשובה ואחרי כי המבזה ת"ח הוא מביא רפיון על רוח ישראל.

הרי הוא חוטא להכלל ומחטיא הרבים. ואין סיפק בידו לעשות תשובה.

אבל המכבד ת"ח הוא מזכה את הרבים. כי עי"ז יתרומם רוח התורה וזכות הרבים תלוי בו.

וע"כ אמרו חז"ל כבוד תורה דיחיד חמור כתורה דרבים במגילה (דף ג'), יען כי בכבוד תורה דיחיד תלוי תלמוד תורה דרבים. וע"כ רבותינו כשנכנסו לכרם ביבנה הודיעו גלוי לכל.

כי חומות ישראל הם מקומות התורה ויבנה וחכמיו היא כבוד כל בית ישראל. וכי הצילו את ישראל בהצלת יבנה.

אך על ישראל לעבוד מעתה העבודה לכרם יבנה. לנטוע נטעים מכרם יבנה בכל העולם. ובמה יעשו ככה בכבוד אכסניא של תורה. כי המחזיק בידי לומדי תורה הוא בונה את בית ישראל.

והוא יקרא בניך בן לכלל ישראל. ע"כ פתחו קודם כל ודרשו בכבוד אכסניא של תורה ע"י האכסניא שמכבדים ומחזיקים.

את התלמידי חכמים בכבוד וברצון בזה יבנו בית ישראל בזה תלוי כל קיום התורה וזה הוא כבוד התורה שאפילו דיחיד שקול כתלמוד תורה דרבים. ומכש"כ כבוד תורה דרבים וחיזוק התורה דרבים.

כי מקומות התורה הם הסוללות והצריחות לדת ישראל ולעם ישראל. וממתיבתא דיבנה וכן בכל דור מהמתיבתות תצא תורה לכל ישראל.

וא"כ בודאי ראוי ונכון לדרוש בכבוד אכסניא של תורה קודם כל דבר כי בזה תלוי כל קיום ישראל: והנה איתא בתוס' (ב"ב כ"א) ד"ה כי מציון תצא תורה. דמשום זה הי' מושיבין הישיבות בירושלים לפי שהיו רואים קדושה גדולה וכהנים עוסקים בעבודה.

הי' מכוון לבו יותר ליראת שמים וללמוד תורה. כדדרשינן בספרי למען תלמד ליראה וגו' גדול מעשר שני שמביא לידי תלמוד.

לפי שהי' בירושלים עד שיאכל מעשר שני שלו. והי' רואה שכולם עוסקים במלאכת שמים ובעבודה.

הי' גם הוא מכוון ליראת שמים ועוסק בתורה עכ"ל התוס'. והנה אם בדורות ההמה בקשו תחבולות איך שיצורף ללימוד התורה יראת שמים.

ועי"ז זה וזה מתקיים בידו. ובקשו עצות לזה ומשום זה בתחלה קבעו הישיבות אך ורק בירושלים ולא בכל ערי ישראל.

יען כי שם לא יהי' ממה לשאוב יראת שמים כמו שהיו שואבים בציון מקום המקדש והכהנים. מה נענה אנחנו בדור זה איזה תחבולות ועצות עלינו לעשות.

שביחד עם לימוד התורה יהי' ממה לשאוב יראת שמים. ואז ע"י יראת שמים זה והתקיים בידו.

כי ע"י יראת שמים לא יחפוץ לילך לרעות בגנים אחרים וילמוד ושניהם כאחד יתלכדו ולא יתפרדו. ויראת שמים הוא דבר שנחוץ לזה עצות ותחבולות עד שאמרו חז"ל אטו יראה מילתא זוטרתא היא.

ואמרו אין לגבי משה מילתא זוטרתא היא. ואיך רחוקים אנחנו מידיעת איכות יראת ה' כי אם נבא לאיש אחד ונאמר לו תדע כי אין לך יראה מפני השם.

הלא נדמה בעיניו כאילו קראינוהו רשע. וירגז על הכלימה באמרו איך לא אירא מפני ה'.

אשר בידו להמית מיתת עולם הנני ירא ה' באמת. אך חז"ל הם ידעו כמה צריך האדם לירא מפני ה'.

אמרו כי רק לגבי משה מילתא זוטרתא היא. אבל עד משה רבינו הוא דבר גדול וקשה מאד.

וא"כ צריך לזה יגיעה רבה. אחרי כי היא יסוד התורה.

איך יעשה האדם עצמו בן חורין ממצוה הזאת שהיא יסוד כל המצוות. ומה נעמו בזה דברי מרן הגאון האמתי פאר הדור צדיק נשגב אוצר של יראת שמים כקש"ת מוה' ר' יצחק בלאזער שליט"א.

מלפנים רב בעיר המלוכה בהעירו מדברי הגמ' (בקדושין ל"א) דאמר רב יוסף מריש ה"א מאן דאמר לי הלכה כר' יהודה דאמר סומא פטור מן המצוות. עבידנא יומא טבא לרבנן.

דהא לא מפקידנא ועבידנא השתא דשמעיא להא דאמר ר' חנינא גדול המצווה ועושה יותר ממי שאינו מצווה ועושה אדרבה מאן דאמר לי אין הלכה כר' יהודה עבידנא יומא טבא לרבנן. ופירשו בתוס' דהטעם דמי שמצווה ועושה עדיף טפי לפי שדואג ומצער יותר פן יעבור.

מי שאין מצווה יש לו פת בסלו. שאם ירצה יניח והנה מתחילה חשב רב יוסף.

כי יותר יש סברא לתת שכר לשאינו מצווה. דהלא המצווה עושה מפני הצווי.

ורק אח"כ חזר בו משום דר' חנינא. היינו מפני שהמצווה יש לו מורא פן יכשל ואשם א"כ היינו דוקא לאיש המפחד פן יעבור.

אך האיש אשר לבו בריא. ורחוק הוא מהכלל ישראל דדייגי במצוות.

לו אין השכר של הצער. וממילא הוא גרוע משאינו מצווה.

כי האינו מצווה עושה אע"פ שלא נצטווה. ובדידי' נשאר סברת רב יוסף כדמעיקרא דשאינו עדיף.

נמצא דכשיש לאדם יראת שמים מלבד שתביאהו להרבה מצות. ולסור מן הרע עוד כל מצוה שיעשה יהי' שכרו גדול מאד כי יהי' מצוה ועושה.

ועדיף ממי שאינו מצווה משא"כ אם אין לו היראה פן יעבור. הרי הוא גרוע ממי שאינו מצווה.

והנה חז"ל עשו שיתלכדו ולא יתפרדו התורה והיראה כי בכל מקום בש"ס מפוזרים הרבה דברי מוסר המעוררים את האדם מתרדמתו אשר נסך עלי' היצר. הם יעירוהו לעבוד למען אושר הנצחי.

אך כאשר בעוה"ר נתמעטו הלבבות וכשם שאין אנו מבינים אגרא דשמעתא סברא מתוך דברי הגמ' בעצמה. בלתי ע"י פלפול התמידים ודברי הראשונים והאחרונים.

כן בדברי המוסר אשר בדברי רבותינו ז"ל כאשר קטנו המחות וקהו ההרגשים. אין אנו יכולין להורות ולהבין משנת יראת ה' אשר בתוך דברי חז"ל.

ולא עוד אלא שקשה הוא יותר מדבר הלכה. שבדברי מוסרם הטוב.

אשר עיקר הוא בנוי על ההרגש והכנת הלב. כי בכלל כל דברי המוסר ידועים וגלויים לכל בני אדם.

ורק חסר לאדם הרגש הדברים שישוּבו הדברים שידעם אל לבו. וכאשר ביארו דברי הכתוב וידעת היום והשבת אל לבבך.

היינו הדברים שגלויים וידועים לך תשובם אל לבבך. שיבאו הדברים חזרי ללבנו.

שיוציאו אח"כ פרי תנובה. היינו מהדיעה יבוא לידי מעשה.

ואחרי אשר עיקר דברי מוסר הוא הרגש הדברים. ע"כ מדברי הגמ' בעצמה בשעת לימוד קשה עלינו להביא הדברים לידי השבה אל הלב.

וע"כ האיר עינינו קדוש ה' מרן ר' ישראל סאלאנטער זצוק"ל. בעצתו לכל בית ישראל לקבוע שעה אחת ביום ללימוד דברי מוסר מתוך שפתי הראשונים והאחרונים אשר הרחיבו הדברים דברי רבותינו ז"ל.

והספרים שערי תשובה חובת הלבבות ספר הישר לר"ת ומסלת ישרים. הם לנו להלכות היראה וחובות הלבבות חובת היראה חובת המדות טובות והסרת המדות הגרועות המושרשות בטבע האדם אשר מצווים אנחנו לשרש אחר פרה ראש ולענה הזה.

הספרים לאלה הם לנו כספר הקצות והנתיבות בהלכה כן הם לנו בהלכות חובות הלבבות. וע"כ למד מרן ר' ישראל זצוק"ל לקבוע עת בכל יום ללימוד ספרי המוסר.

ולהעמיק ולהתבונן בהם כי הם חיי עולם ואינם נקנים אלא ע"י יגיעה. וכאשר הגאון הצדיק הגרי"ב שליט"א אמר במוסרו.

הנה נחזה כי שלמה המלך ע"ה דמה את היצה"ר למלך גדול שבא על עיר קטנה. והנה על עיר קטנה די שיבא שר מאה שיכבשה.

ומה גם בבא אלי' מלך גדול. ולא עוד שהמלך הזה לא הסתפק בכל המלחמה לבדו אלא שבנה מצודים גדולים וחרמים.

ואם מלך גדול בנה מצודים גדולים על עיר קטנה. היתכן האיש החכם מלט את העיר בלי עצות ותחבולות.

כן היתכן שבלי מעשה ויגיעה רבה תחבולות מלחמה ינצח האדם את האויב הנורא יצרו הגדול: ובוזה בארתי מאמר חז"ל בסוכה (דף נ"ב) אשר אמרו כי לעתיד לבוא כשישחוט ה' את היצר צדיקים נדמה להם כהר. ויאמרו איך יכלנו לכבוש הר גבוה כזה ורשעים נדמה להם כחוט השערה.

ויאמרו איך לא יכלנו לכבוש חוט השערה כזה. וכבר התפלאו על זה.

כי הלא נראה שרשעים יש להם יותר תאוה לחטא מנטות הצדיק אל הרע. אכן הדברים כפשוטם הרשע אשר לא נסה מעולם ללחם מלחמת היצר ידמה בנפשו כי כח היצר קטן מאד.

והוא יאמר אין רצוני לפרוש ממעשי אבל לוא רציתי לא הייתי צריך למוסר ועיון והעמקה. כיון שהייתי רוצה מיד הייתי עושה כל מה שברצוני כי הבחירה בידי.

והמוסר אך למותר. אך מי שנסה לנצח את היצר הוא יודע כח אויבו הגדול.

וכל מי שהוא גדול מחבירו וכבש את היצר הוא יודע יותר את היד החזקה של כנגדו. כאשר האריך בחובת הלבבות (שער יחוד המעשה) וז"ל שם בן אדם ראוי לך לידע כי השונא הגדול שיש לך בעולם.

הוא יצרך הנמסך בכחת נפשך. והמעורב במזג רוחך.

והמשתתף עמך בהנהגת חושיך הגופנים והרוחניים. המושל בסודות נפשך וצפון חובך. בעל עצתך בכל תנועותיך הנראות והנסתרות שתהיינה כרצונך האורב לפתות פסיעותיך. ואתה ישן לו והוא ער לך.

ואתה מתעלם ממנו והוא אינו מתעלם ממך לבש לך בגדי הידיעות ועדה עדי האהבה לך. ונכנס בכלל נאמניך ואנשי עצתיך וסגולת אוהביך.

רץ אל רצונך כנראה מרמיזותיו וקריצותיו והוא מורה אותך בחציו הממיתים לשרשך מארץ חיים כו' ואם תשליך ענינך אליו ותמשך אחר רצונו לא ירף ממך עד שיאבדך בשני העולמים כו' אל תטרידך מלחמה זולתי מלחמתו כו' וכו' הן אלה קצות דברי החסיד הנ"ל על היצר כי בחסידותו נצח את היצר ע"כ ידע מה כחו גדול.

ואלה שלא נצחוהו אלא מעט יודעים ומכירים כחו רק מעט. וחז"ל המנצחים היותר גדולים הם אמרו כי אלמלא הקב"ה עוזרו כל האדם אין יכול לו אף אם הי' האדם עושה כל התחבולות שבעולם לא הי' יכול לנצח בלתי עזר ה'.

הם אשר נצחוהו לגמרי. הם הכירו כחו עד שאין למעלה מכחו תחת השמים. רק ה' יעזור לאלה החפצים ומשתדלים לנצחו ולעתיד יראה ה' את היצר לכל אחד כפי שהכירו בחייו, להצדיק שידע כי חזק מצור הוא. לו נדמה היצה"ר בחייו כהר. וגם אח"כ יראהו כהר. ויקבל שכר נצוח ההר הגדול. והרשע שדמה בלבבו כי הוא רצה הי' כובש היצר בקל. ונדמה בעיניו כחוט השערה. ולא רצה.

הוא יראהו לעתיד כחוט השערה. ויענש על שלא נצח חוט השערה כזה. אך באמת גדול הוא ורב כחו. ורק ע"י התורה והמוסר ותחבולות מלחמה ינצחו האדם. וספרי המוסר הם ספרי מלחמת האדם ביצרו הרע. וע"כ הורו לנו רבותינו הקדושים כי חוב על כל אדם להתעסק בכל יום כשרון המעשה וחשבון הנפש, כי היצר מתחדש ומתגבר בכל יום, ורבינו יונה כתב בספרו שערי תשובה (שער שלישי אות ט"ו) ז"ל ונאמר על האנשים שאינם עורכים מחשבות להתבונן תמיד ביראת ה' ותהי יראתם אותי מצות אנשים מלומדה כו' ונאמר מדוע דרך כו' קרוב אתה בפיהם ורחוק מכליותיהם ונאמר כי הנה רחיק כו' עכ"ל.

ולב מי לא יתר לשמוע הדברים האלה יוצא מפורש מפי אבי ההוראה רבינו יונה ז"ל אשר מפיו אנו חיים בהלכה למעשה. ועיין בספר חיי אדם בהלכות עשרת ימי תשובה. (וכמובן עיקר התבוננות הדברים להשיב יד תוכחתו על עצמו. לא על אחרים כמו אם למוד אדם כי הכועס כאילו עובד.

ועי"ז ידין את הכועס כעובד אין זה דרך ה' רק הוא לעצמו יקבל תועלת מהלימוד שלא יכעוס וכל דברי המוסר צריך להתבונן על עצמו). וע"כ באו ונחזיק טובה לקדוש ישראל מרן ר' ישראל סאלאנטער זצוק"ל שהחזיר עטרה ליושנה.

ולמד לישראל לקבוע בכל יום עת ללימוד מוסר. והירא את דבר ה' ישמע לעצתו.

וע"פ דעתו הוקבע בהישיבה הקדושה לחק שילמדו בני הישיבה חצי שעה בכל יום קודם תפילת מעריב ספרי מוסר ויראה כמו שערי תשובה, וספר הישר לר"ת. וחובות הלבבות ומסלת ישרים בעיון.

ועי"ז בע"ה יגדלו ויצליחו הן בתורה. הן ביראת ה' ובמידות טובות, כדברי התוס' שע"י שמתכוון ליראת שמים עי"ז עוסק בתורה, וזה וזה מתקיים בידו, וכבוד הרה"ג איש חי רב פעלים מקבציאל מלא דעת ויראת ה' כש"ת מוה' ר' נתן צבי פינקעל שי' מיסד הישיבה אשר מסר נפשו למען קיומה, הוא מנהל ומשגיח על הבחורים היקרים שיעלו מעלה בתורת ה'.

וברוח והכביר הוא משריש בקרבם נטעי נעמנים מדות טובות ונעלות. ויפיח בקרבם רוח דעת ויראת ה' טהורה המקום יהי' בעזרו.

** (ולטוב יזכר כבוד האדון המרומם צדיק תמים עובד ה' באמת אשר בנדבת לבבו הטהורה יחזיק את הישיבה הקדושה מיום הוסדה עד עתה ישלם ה' פעלו ותהי משכורתו שלמה מעם אלהי ישראל): ** * ואשא כפי בברכה לה' הטוב שהקימני מעפר והרימני להיות ר"מ בהישיבה הקדושה וזכני לחדש חידושים.

ולהוציא לאור ספר זה, כן יזכני ה' להוציא יתר חידושים לאור ויודע אני כי לא בצדקתי וביושר לבבי באתי עד הלם, אך קמרא דאבא מרי הוא דאהני לי הוא ניהו כבוד א"א מו"ר הרב הג' המאור הגדול חריף עצום ובקי בחדרי תורה כקש"ת מוה' ר' צבי חיים שליט"א רב בעיר באקשט, אשר נודע ומפורסם ברב שקידתו אשר כל שנה יחזור על כל הש"ס, ועוד הרבה שיעורים כמו לימוד משניות.

וכדומה ועל כל דקדוק ודקדוק הוא עושה עד מסירת נפש. והוא מחדש גדול, ה' הטוב יזכהו להוציא חדושו לאור ויאריך ימיו ושנותיו בנעימים עם אמי מורתי היקרה הצנועה מרת בילא חנה תחי'.

ויראו נחת מכל צאצאיהם, וכן יאריך ה' ימי אבותי זקני ה"ה אבי אמי המופלג הנגיד יקר ערך נודע לתהלה מוה' ר' שמעון יצחק אייזיק בלאך נ"י ואם אמי החכמנית וצדקנית מלומדת ומושלמת מרת צבי' צירעה תי' נכדת הצדיק המפורסם בדורו ר' חיים באקשטער זצ"ל יברך ה' אותם ואת דודי ודודתי שיתברכו בכל טוב וברכה, וכן יברך ה' הטוב את נות ביתי צנועה ויקרה מרת חי' מנוחה תי' וכל ילדי שי'.

ולטוב יזכרו כבוד חותנתי היקרה הגבירה חובבת תורה ויראת שמים מרת גאלדא פראנק תי'. ובנה היקר הרב הגביר נדיב לב מוה' ר' רפאל פראנק שי' וכב"ב שי' ואחיו צבי פסח שי' ואחיותיהם שי' אשר מצוינים המה בדור הזה באהבתם לתורה ולא חשכו מכל עמל נפשם ולקחו אותי ואת גיסי הרבנים הגדולים שי', ופזרו עלינו רב כסף, ובזה קימו רצון מר חמי הצדיק המפורסם ברב פזרונו באופן נפלא ר' פינול פראנק זצ"ל אשר זה הי' פקודתו האחרונה להשיא בנותיו לבני תורה.

ופקודתו מלאו חותנתי תי' ובנה היקר שי' יברך ה' אותם ברב טוב וברכה, ויזכה אותם לראות טוב וברכה מכל אהובי נפשם, והנני קובע בזה ברכה לאלופי עיר סלאבאדקע אשר קבלוני למו"ץ עליהם. ה' הטוב יגמול טוב לעושי טוב ומחזיקי בידי בני תורה.

כ"ד המתאבק בעפר רגלי חכמים. משה מרדכי בלא"א מו"ר הרה"ג ר' צבי חיים עפשטיין ר"מ ומו"ץ דסלאבאדקא: סימן א סוגיא דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם.

ודיני נגח שלשה מינים נעשה מועד לכל. ודיני שור האיציטדין: ב"ק דף ב' מ"ש גבי אדם דכתיב כי יגח.

ומ"ש גבי בהמה דכתיב כי יגוף אדם דאית ליה מזלא כתיב כי יגח בהמה דלית לה מזלא כתיב כי יגוף ומילתא אגב אורחא קמ"ל דמועד לאדם הוי מועד לבהמה ומועד לבהמה לא הוי מועד לאדם. וכתבו התוס' (לקמן דף ל"ז) ד"ה רב זביד אמר ואינו מועד תנן ז"ל הא סתמא הוי מועד לשאינו מינו.

ואפילו מבהמה לאדם נמי שמעינן ליה לקמן בפרקין דסתמא הוי מועד. גבי הא דפריך וכי מאחר דמתם קטלינן ליה מועד היכי משכחת לה.

ומפרש רב זביד כגון שהרג ג' בהמות כו'. ומיהו שמא חזר בו רב זביד מההוא דלקמן כדפריך עלה התם שאם לא תאמר כן קשיא ליה ההוא דריש מכילתין דף ב' עכ"ל התוס'.

אכן הרמב"ם כתב בפ"י מהלכות נזקי ממון הלכה ג' ז"ל והואיל וכל בהמה וחיה ועוף שהרגו את האדם נסקלין היאך ימצא מועד להרוג. עד שישלמו בעליו את הכופר כגון שהרג כו' או שהרג שלשה בהמות הרי זה מועד להריגה ובעלים משלמין הכופר עכ"ל הרמב"ם הרי דפסק הרמב"ם מועד לבהמה הוי מועד לאדם.

וכבר הקשה עליו הלח"מ דלבריו יקשה קושית הגמ' מ"ש גבי אדם דכתיב כי יגח ומ"ש דגבי בהמה כתיב כי יגוף ע"כ אשמעינן קרא דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם: והנה המ"מ הקשה עוד על דברי הרמב"ם אלו. איך פסק דמועד לבהמה הוי מועד לאדם הא הוא בעצמו פסק בפ"ו מהלכות נזקי ממון הלכה ח' דמועד לאדם אינו מועד לבהמה מכש"כ מועד לבהמה דאינו מועד לאדם.

אמנם קושיא זו יש לישב בפשטות דהתם במועד לאדם לא הועד השור אלא למין אחד פסק הרמב"ם דמועד למין זה אין מועד למין אחר. והא דכתב הרמב"ם דאם הרג שלש בהמות הוי מועד לאדם ג"כ הכונה שהרג שלש מיני בהמות שור חמור וגמל דנעשה מועד לכל.

ועי' בתוס' ד"ה ומילתא. אמנם המ"מ לשיטתו שכתב שם ז"ל ומתוך מ"ש לפנינו נראה שדעתו ז"ל ל' שזה הכל אינו כולל אלא המינין שנגח ולא מין אחר שהרי הזכיר בדין הסירוגין אחד משלשת המינין וכן הזכיר אם לשלשת המינין הוא מועד עכ"ל המ"מ.

וכמובן דוחק מאד לומר דמה שכתב הכל כונתו רק שהועד לשלשת המינין וכן קשיא לפ"ז מה שכתב הרמב"ם שם בהלכה י' ז"ל ראה שור היום ונגחו. ולמחר ראה חמור ולא נגחו.

ובשלישי ראה סוס ונגחו וברביעי ראה גמל ולא נגחו. ובחמישי ראה פרד ונגחו.

ובששי ראה ערוד ולא נגחו נעשה מועד לסירוגין לכל. ואם נגח ביום שהוא מועד לו אחד משלשת המינין שנגח בסירוגין הרי זה מועד עכ"ל.

והנה אם נימא דכונת הרמב"ם שאינו מועד אלא דוקא כמו שנגח א"כ גם הסירוגין הוא דוקא כמו שהי' אז א"כ איך כתב אם נגח אחד משלשת המינין שנגח בסירוגין. הי' לו לבאר דדוקא אם באמצע ראה אותן המינין שראה אז ולא נגח.

כיון שאין מחזקין מאלו השלשה מינין למין אחר. א"כ גם הסירוגין יהיו דוקא כסדר היינו אותן המינין שראה אז ולא נגח.

לכן נראה לפענ"ד דהפירוש הוא בדברי הרמב"ם דהנה התוס' שם בדף ל"ז ד"ה אם כתבו ז"ל נראה דג' פעמים בט"ו בחודש לכו"ע הוי מועד כו' והיכא דאין שם היום גורם ולא שם מנין החודש כגון אם ראתה היום ולסוף עשרים לראיתה זו ראתה. וחזרה וראתה לסוף עשרים לכ"ע אין הראשונות מן המנין דהא סוף עשרים גרים.

וכן משמע בנדה בפרק האשה דף ס"ג דתנן היתה למודה לראות ליום ט"ו ושנתה ליום עשרים זה וזה אסורים שנתה ג"פ ליום כ' הותר יום ט"ו ונאסר יום כ' כו' אלמא בעי ג"פ ליום כ' ואין הראשונים של ט"ו יום מן המנין כו'. ולפ"ז אם נגח יום א' ויום ב' לא נגח.

יום ג' נגח ויום ד' לא נגח. יום ה' נגח ויום ו' ולא נגח.

אין נעשה מועד לכו"ע עד שישלש בדילוג ואין הראשונים מן המנין ותימא דגבי ראה שור ונגח וראה שור ואל נגח הוי הראשון מן המנין וצריך לחלק בין סירוגין של ימים לסירוגין של שוורים עכ"ל התוס'. ובאמת לכאורה סירוגין של ימים ושוורים חדא נינהו ולענ"ד נראה דגם בסירוגין של ימים יהי' ג"כ הדין דאם נגח ואחר כך נגח ביום עשרים ואחר כך נגח עוד הפעם ביום עשרים הוי הראשון מן המנין.

ולא דמי להא דגבי וסת בעי דוקא שינתה ג"פ ליום עשרים. דהנה גבי שור כשמיעדין אותו ע"י שנגח ג' פעמים הכונה שמחזקין אותו לשור נגחן שכיון שראינו שנגח שלשה פעמים הוחזק שהוא נוגח שכללא הוא שלשה פעמים הוי חזקה אלא דלא נוכל להחזיקו לנגחן גמור שיגח בכל עת שרואה שור.

זה אי אפשר לומר שהרי בינתים היינו בין נגיחה ראשונה לשני' ובין נגיחה שני' לשלשית עבר תשעה עשר יום בכל פעם שלא נגח. וא"כ ע"כ מגרעינן מחזקת השלשה פעמים ואמרין דשור זה כשנגח פעם אחד איננו נוגח אח"כ תשעה עשר יום דנח רוגזי' עד תשעה עשר יום.

אבל יותר מתשעה עשר יום אין לנו ראי' כמה לגרע חזקת השלשה פעמים. וא"כ מחזקין על זה שאין לנו ראי' לגרע מחזקין אותו לשור נגחן.

ששור נגחן כל זמן שהוא רואה הוא נוגח דע"י שלשה פעמים הוחזק לנגחן ונגחן חזקתו שנוגח כל שרואה. אלא דע"כ מגרעינן חזקת השלשה פעמים ע"י זה שקודם שנעשה מועד כבר היה הוכחה שכשנוגח פעם אחד נח אח"כ רוגזי' ואיננו נוגח אח"כ תשעה עשר יום.

וכן הא דנעשה מועד לסירוגין אין הכונה שמחזקין השור שבפעם השני שראה הוא נוגח ונעשה מועד ליגח בפעם השני לראיתו שא"כ איך אמרין ראה שור נגח שור לא נגח שור נגח שור לא נגח שור נגח שור לא נגח שור לא נגח שור נגח שור לא נגח שור נגח וכו' היינו דתחלת הראי' לא נגח ובפעם שני נגח ע"כ דאדרבה הכונה להיפך.

דהוחזק השור לנגחן אלא דזה ע"כ מגרעינן כח העדאית' ששור זה ע"כ כשנוגח פעם אחד נח רוגזי' ואיננו נוגח בפעם השני. וא"כ שפיר אמר ראה שור נגח כו' שהרי כן הוא העדאית' היינו שנוגח ואח"כ איננו נוגח.

אבל באשה הא לא נוכל לומר דע"י שלשה פעמים שראתה הוחזקה לרואית אלא כיון שהפסיקה בין ראי' ראשונה לשני' וכן בין שני' לשלשית תשעה עשר יום אמרין דאשה זו כשראתה מפסקת אח"כ תשעה עשר יום. זה אי אפשר כלל לומר באשה.

דאטו מספקא לן אם אשה רואית היא וגם אטו אשה הרואה דם הוחזקה לראות בכל פעם שנימא ע"י ג' פעמים הוחזקה שתראה הלא אשה הרואה אעפ"כ איננה רואה דם אלא בוסת או לזמנים אבל לא בכל פעם וא"כ אף אם נימא הוחזקה לראות ג"כ אין לנו ראי' שתראה הגם באלו התשעה עשר יום בודאי ג"כ ראתה שאילו באשה כשנפתח מקורה מפסקת תיכף הא אין דרך כל הנשים כן.

וא"כ איך נאמר כשרואה יום אחד מפסקת אח"כ תשעה עשר יום בודאי דבאשה ע"י השלשה פעמים רצונו לקבוע וסת היינו לומר שהיא רואה לסוף עשרים יום ראי' ראשונה. וזה אי אפשר לומר שהרי לסוף עשרים יום הא לא ראתה אלא שני פעמים דראי' ראשונה הא לא היה לסוף עשרים יום.

ומשו"ה בעי דוקא שנתה ג' פעמים ליום עשרים ואין ראי' ראשונה מן המנין. אבל בשור ע"י השלשה פעמים הוחזק לשור נגח ושור נגח חזקתו שנוגח בכל פעם אלא דזה ע"כ מגרעינן מחזקת השלשה פעמים.

דע"כ כשנגח פעם אחד חוזר בו אח"כ תשעה עשר יום ואיננו נוגח שהרי עוד קודם שנגח שלשה פעמים ראינו שאח"כ לא נגח בין ראי' לראי' תשעה עשר יום. אבל על יום העשרים דאין לנו במה לגרע כחו מוקמינן אחזקת השלשה פעמים שנגח נמצא דאין הכונה שמחזקין אותו לנוגח ביום עשרים.

דע"ז הא לא הי' השלשה פעמים היינו שלא נגח שלשה פעמים ביום עשרים. אלא דביום עשרים מחזקין אותו לנוגח אחרי שנגח שלשה פעמים הוחזק לנוגח.

ועל יום העשרים דאין לנו במה לגרע חזקת השלשה פעמים מוקמינן אחזקתו שכיון ששור נגח הוא מסתמא יגח. אבל באשה בעי להחזיק וסת שרואה ליום העשרים.

וזה אי אפשר שהרי לא ראתה שלשה פעמים ביום עשרים והא דאמרינן דבשור מחזקין אותו לנוגח רק שאמרינן שכשנגח פעם אחד חוזר בו אח"כ תשעה עשר יום היינו דוקא היכא שהימים שבינתיים נוכל לצרפם כמו גבי עשרים יום. וכן גבי ראה שור נגח שור לא נגח.

שנוכל ג"כ לומר שהוא מועד ליגח. רק שכשנגח פעם אחד חוזר בו אח"כ על שור אחד דנח רוגזי'.

אבל היכא דאי אפשר לצרף הימים או הפעמים שבינתיים שם לא נעשה כלל מועד. שהרי ע"כ ימים שבינתיים הי' סתירה לחזקת נגיחתו שהרי ראינו שקודם שהוחזק לנגחן ראה ולא נגח ולא נוכל לעשות מהם כלל.

וכמו שאמרינן שור שנגח ארבעה וחמשה שוורים ועיין ברש"י ריש פרק שור שנגח דו"ה. וא"כ היכא שנגח ט"ו בחודש זה וט"ז בחודש זה וי"ז בחודש זה דאי אפשר לצרף ימים שבינתיים לעשות מהן כלל.

וא"כ אין בידינו לעשות ולהחזיק השור לנגחן. וע"כ נצטרך לעשות לו ג"כ וסת היינו לא שנאמר שהוחזק לנגחן שנוגח בכל עת שרואה אלא לומר שנוגח בכל חדש ביום מאוחר מאותו יום שנגח בחודש ההוא.

ולעשות וסת הוי הדין בשור כמו באשה. משו"ה שפיר תלו בפלוגתא דרב ושמואל גבי אשה אי בעי דוקא שתשלש בדילוג או לא.

דהיכא שאי אפשר לצרף ימים שבינתיים לא נוכל להחזיק השור לנגחן רק לקבוע זמן לנגיחתו. א"כ הוי כמו באשה דשם בכל גווני בעינן לקבוע זמן לראיתה.

אבל היכא דנוכל לצרף ימים שבינתיים לא דמי אשה לשור. דבשור מחזיקין אותו לנוגח.

ובאשה אין מועיל שמחזיקין אותה לרואה דם. ובעי בכל גווני לקבוע זמן לראיתה: נמצא לפי מה שביארנו דמה שלא נגח בינתיים הוי כעין חזרה ושלשה פעמים הוי חזקה.

וכל דע"כ צריך לגרע כח העדאת השלשה מגרעינן. אבל מה שאין לנו ראי' ברורה לגרע אין מוציאין מחזקת השלשה פעמים.

יש לבאר דברי הרמב"ם שכתב ראה שור היום ונגחו ולמחר ראה ולא נגחו ובשלישי ראה סוס ונגחו וברביעי ראה גמל ולא נגחו ובחמישי ראה פרד ונגחו ובששי ראה ערוך ולא נגחו נעשה מועד לסירוגין לכל ואם נגח ביום שהוא מועד לו אחד משלשת המינין שנגח בסירוגין הרי זה מועד כלומר דכיון דראינו שנגח שלש פעמים מחזיקין לו דנגחן הוא ונגחן כל שרואה נוגח אלא ע"כ לא נוכל לעשותו נגחן גמור.

שהרי באמצע לא נגח ג"כ משו"ה צריכין לגרע חזקת השלשה פעמים ולומר דשור זה כשנגח מין אחד חוזר בו אח"כ ואיננו נוגח פעם השני. ומשו"ה נעשה מועד לסירוגין לכל היינו לכל המינין אבל מה שברור לן דכשנגח מין אחד חוזר בו ואיננו נוגח אח"כ דנח רוגזי' לגבי אלו השלשת מינין אין לנו הוכחה לגבם שחוזר בו דדילמא אלו השלשת מינין נוגח בכל פעם שרואה.

וא"כ אין לנו הוכחה שגם לאלו השלשת מינין הוגרע כח העדאתו דדילמא להם הוי מועד גמור. ונימא דאותם נוגח ולא מין אחר.

בשלמא לגבי שאר מינין שאותם לא נגח אלא דמחזיקין שהוא מועד גם לשאר המינין מדנגח שלשת מינין א"כ ע"כ איננו נוגח בפעם השני שהרי שלשת מינין לא נגח. אבל לגבי השלשת מינין שנגח דילמא מה שלא נגח אח"כ את החמור והגמל והערוך היינו משום דאותן המינין איננו נוגח אבל לגבי השור והסוס והפרד נוגח כל שרואה אלא דנוכל לומר ג"כ דילמא גרם היום ולא המין.

וא"כ הוי ספק על תחלת העדאה דילמא הסירוגין שלו בימים, משו"ה אם נגח ביום שהוא מועד אחד משלשת המינין שנגח בסירוגין. היינו אחד מאלו השלשת מינין שור סוס ופרד.

נעשה מועד להם אף שבינתיים לא ראה שום דבר והי' נגיחה אחר נגיחה נמצא דלכל המינין הוא מועד בסירוגין היינו על פעם השני איננו מועד. אבל לאלו השלשת מינין ביום העדאתו הוא מועד גם על פעם השני.

נמצא דגם הרמב"ם ס"ל דהיכא דנגח שלש מינין בהמות נעשה מועד לכל המינין. א"כ מסולקת קושית המ"מ שהקשה איך כתב הרמב"ם דאם נגח שלש בהמות נעשה מועד

לאדם הא איהו פסק מועד לאדם לא הוי מועד לבהמה מכש"כ מועד לבהמה דלא הוי מועד לאדם.

ולפי שביארנו דהרמב"ם ג"כ ס"ל דאם נגח שלשה מינין נעשה מועד לכל המינין א"כ הא דמועד לאדם לא הוי מועד לבהמה היינו מפני שהוא מין אחד. אבל בשלש מיני בהמות נעשה מועד גם לאדם.

ובאמת יש לחלק בפשטות מה שכתב הרמב"ם שבנגח שלש בהמות הוי מועד גם לאדם. וגבי ראה שור ונגח חמור ולא נגח כו' כתב אם נגח כו' אחד משלשת המינין דלכאורה משמע דס"ל דאינו מועד אלא לשלשת המינין דהתם הא כמו שיש שלש מינין שנגח כן יש שלש מינין שלא נגח וא"כ הוי חזקה לגבי חזקה היינו שלשה פעמים נגד שלשה פעמים.

ומשו"ה בכולי מיני אין מחזקין אותו למועד אך מדכתב הרמב"ם גם בדין זה לישנא דנעשה מועד לסירוגין לכל נראה כמו שביארתי שנעשה מועד לסירוגין לכל המינים]: אמנם ישאר עוד קושיות הלח"מ איך פסק הרמב"ם דאם נגח שלש בהמות הוא מועד גם לאדם הא אמרינן בגמ' דכיון דגבי בהמה כתיב כי יגוף וגבי אדם כתיב כי יגח ע"כ אשמעינן קרא דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם.

ורב זביד דאמר דמועד לשלשה בהמות הוי מועד לאדם ע"כ חזר בו. ונראה לתרץ דהנה הרמב"ם כתב בפ"י מהלכות נזקי ממון הלכה ה' ז"ל שוורים שמשחקין בהן ומלמדין אותן ליגח זה את זה אינם מועדים זה לזה ואפילו המיתו את האדם אינם חייבים מיתה שנאמר כי יגח ולא שיגחוהו וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל ולמה לא להוי כשור שהוא מועד לשופרות עכ"ל הראב"ד ועיין שם.

והנה סבירא ליה לראב"ד דאם נגח ג' פעמים נעשה מועד לשלם נזק שלם. וכן גבי משסה כלבו של חבירו כתב שאם הוא מועד משלם נזק שלם אף שמה שהוא נושך הוא ע"י שיסוי.

ומה דכתיב כי יגח ולא שיגחוהו היינו דחויב מיתה אינו מחויב אבל לגבי נזקין אם למדו את השור ליגח בפעם הראשון משלם חצי נזק ובפעם הרביעי משלם נזק שלם. ונראה לי דטעמא דהרמב"ם פשוט דהתורה אמרה ששור נגח משלם נזק שלם היינו דוקא שהשור נעשה נגח שהוא נוגח מכחו.

אבל לא היכא שאין השור נוגח מכחו. אלא ע"י שהגיחוהו.

שאז אין השור נוגח ע"י כח עצמו. אלא ע"י מה שלמדוהו ליגח.

וכמו דאמרינן שאינו מחויב מיתה בשור האיציטדין אף שעתה הוא בעצמו נוגח משום דכתיב קרא כי יגח ולא שיגחוהו אף דעל הנגיחה הזאת לא הגיחוהו שהרי עתה נוגח הוא מעצמו. ע"כ כיון דלמדוהו ליגח גם עתה איננו נוגח מעצמו דאדם כשמרגיל שור ליגח הוי כמו מושכו וכופהו לזה כל הפעמים שהרי אין לו דעת וכמו דאמרינן גבי משיכה שאם קורא לה ובאה הוי כמו שמושך אותה האדם דכיון דאין לה דעת וטבעה למשוך אחר הקריאה הוי כמשיכה (ובאמת קשיא לי על דברי הנתיבות בחו"מ סימן קפ"ח שכתב

דמשיכה או הגבהה ע"י פועל עכו"ם מהני שהרי גם גורם מהני באלו הקנינים מדאמרינן קורא לה והיא באה.

ולענ"ד נראה בפשוט דהתם לאו גורם הוא דכיון דטבע הבהמה לילך אחר הקריאה ולהגביה את עצמם ע"י טריפה על הקן הוי כמושכה דמה י מושך באפסר או ע"י קריאה כיון דכלא דעת רק בטבע נמשכת אחר הקריאה דמשו"ה אמרינן דבעבד אין מועיל קורא לו והוא בא משום דאדעתא דנפשי קא עביד.

פירוש וא"כ מה שהולך איננו מחמת שנמשך אחר הקריאה רק שבדעתו הולך הוי רק גורם וגורם למשיכה לא מהני. אלא דאיכא לומר טעמא אחרינא שיועיל פועל משום דקנוי להבעה"ב קנינים של פועל.

וזהו הפירוש דיד פועל כיד בעה"ב היינו קנינו קנוים לו). א"כ לא יוכל להיות שור האיציטדין שור נגח היינו שהוא יהי' בעצמו נגחן.

דכל שנוגח הוא דטבע שהרגילוהו לזה כופהו לזה ולא דמי למועד לשופרות דהתם הוא בעצמו נעשה מועד כששומע השופרות: אולם לכאורה קשה איך אמרינן דעכ"פ חצי נזק משלם בשור האיציטדין ובכלב שהשיסוהו אמאי לא נימא כי יגוף ולאשיגיפוהו כיון דלדברינו כל פעם שנוגח הוא מחמת זה שהרגילוהו.

ע"כ דאנחנו מעצמנו לא נוכל לדרוש כי יגוף ולא שיגיפוהו. דכי יגח משמע בכונה ובמתכוון מעצמו ומחמת רצונו והיכא שהגיחוהו אין הנגיחה מכונתו ורצונו.

אבל כי יגוף אין הכונה שנגף במתכוון דכי יגוף קאי רק על מעשה הנגיפה לא על רצונו ומעשה הנגיפה אף שהרגילוהו לזה אעפ"כ המעשה עושה השור משו"ה משלם השור חצי נזק ורק מועד לא יוכל להעשות דלגבי מועד בעי שור נגח היינו שנוגח מרצונו וכונתו. והנה לפי"ז יקשה מאי קאמר בגמ' מ"ש גבי אדם דכתיב כי יגח ומ"ש גבי בהמה דכתיב כי יגוף הא ע"כ כתב קרא כי יגוף גבי בהמה לחייב חצי נזק אף אם הגיחוהו דאילו הוי כתב קרא כי יגח גבי בהמה הוי פטרינן שור האיציטדין אפילו מחצי נזק דהוי דרשינן כי יגח ולא שיגיחוהו וגבי אדם ע"כ כתב קרא כי יגח לפטור שור האיציטדין ממיתה ואלו הי' כתב גבי אדם כי יגוף היינו מחייבין גם שור האיציטדין שהרי ע"כ מכי יגוף לא נוכל למעט היכא שהגיפוהו.

ויש לומר דהא דאמרינן כי יגח ולא שיגיחוהו אין הכונה שהכתוב בא למעט היכא שהגיחוהו שהוא פטור דמנא לן דקרא בא למעט דלמא קרא לגופו אצטריך לאשמעין דיני נוגח שנוגח מעצמו. דאילו הי' כתוב קרא כי יגוף הוי אמינא דבנגח אף בפעם הראשון ישלם כפר או דלא בעינא כ"ג או דלא בעינן והועד בבעליו.

ואדרבה הוי דיקינן מדלא כתוב כי יגח ע"כ דבנגיחה יש דינים אחרים. ע"כ דזה אין ראי' מדכתב נגיחה בא למעט היכא שהגיפוהו.

אלא הכונה כך כי יגח כתוב בקרא אבל הגיחוהו לא כתוב בקרא וממילא לא נוכל למילף הגיחוהו היכא דנגח מעצמו דכיון דחייב מיתה להשור דכתוב בקרא מיירי היכא שנגח מעצמו מנא לן לחייב היכא שנגח ע"י שהרגילוהו. ולפי"ז שפיר פריך בגמ' מ"ש גבי

בהמה דכתיב כי יגוף דגבי נזקין אם הי' כתוב כי יגח היינו מחייבין שור האי צטדין על נזקין דמה שנוגח ע"י כח האדם לא גרע הכח של האדם מכח אחר מעורב בו דחייב וכמו דאמרינן דילפינן צד השוה מבור ואש.

ה"נ היכא שהשור נגח ע"י כח האדם אף אם לא הי' כתוב בקרא דבקרא הי' כתוב גם גבי בהמה כי יגח כיון דכי יגח לא הוי מיעוט רק גבי מיתת השור דמחייבין את השור על זה שנגח בכונה ואם נגח שלא בכונה פטור. א"כ יש סברא טובה לחלק דהיכא דנגח ע"י שהגיחוהו שהוא כמעושה אמאי נחייבו מיתה הא הוי כשלא בכונה אבל גבי נזקין כיון דחייב רחמנא אף בכח אחר מעורב בו א"כ אפילו הי' כתוב בקרא כי יגח הוי ילפינן היכא דהגיחוהו מקרן ואש.

ועיין בדברינו לקמן גבי סוגיא דצרורות דאף דילפינן מאש אעפ"כ מחייבין על טמון ודו"ק: אלא דיש עדנה להשיב ע"ז שתירצנו דמשו"ה פריך מ"ש גבי בהמה דכתיב כי יגוף ולא קשה מאי שהקשינו הא ע"כ כתב קרא כי יגוף דאלו הי' כתב כי יגח היינו פוטרין שור האי צטדין מחצי נזק דהוי אמינא כי יגח ולא שיגיחוהו ותירצנו כיון דלא הוי מיעוט אף אם הי' כתוב בקרא כי יגח הוי ילפינן דמחויב בנגח ע"י שהגיחוהו מכח אחר מעורב בו.

הנה לקמן אמרינן אמר רבא וכולהו כי שדית בור בינייהו אתיא כולהו לבד מקרן משום דאיכא למפרך מה להנך שכן מועדין מתחלתן. ועיין שם בתוס' דאין הכונה לפטור תם משום שאינו מועד עדנה דא"כ הרי זה הוא שמסיק אח"כ אלא למאי הלכתא כתבינהו להלכותיהן קרן לחלק בין תמה למועדת.

ע"כ דהכי פירושו מה להנך שכן מועדין מתחלתן. וא"כ משו"ה מחייבי אבל קרן כיון דמתחלתו אין מועד א"כ נוכל לומר דאף היכא שנעשה שע"י סיבה הועד לדבר זה ג"כ לא יתחייב דכיון דקרן בעצם הוי דבר שאינו מצוי נוכל לומר דעל דבר שאינו מצוי ואין דרכן להזיק אף שעתה שהועד דרכו להזיק כיון דעיקר הדבר הוי דבר שאין דרכו להזיק לא נוכל לילף מינייהו.

וא"כ איך אמרינן דאילו הי' כתוב בקרא כי יגח הוי ילפינן היכא שהגיחוהו דמחויב מטעם כח אחר מעורב בו מנא לן זה דילמא בקרן דאין מועדין מתחלתן ואין דרכן להזיק אף שע"י סיבה נעשה דרכו. לא חייב רחמנא על כח אחר מעורב דדוקא בדברים שמועדין מתחלתן חייב רחמנא על כח אחר מעורב בו וא"כ אלו כתב קרא כי יגח לא היינו מחייבין שור האי צטדין חצי נזק דלא הינו יכולין למילף מבינייהו וע"כ כתב בקרא כי יגוף לחייב שור האי צטדין חצי נזק ומאי פריך מ"ש גבי בהמה דכתיב כי יגוף אכן לפי שאמר שם דלמ"ד קרן עדיפא שכן כונתו להזיק.

וא"כ אף קרן אתיא מבינייהו שפיר פריך דא"כ אפילו הי' כתוב גבי בהמה כי יגח הוי ילפינן היכא שהגיחוהו מבינייהו דלא גרע מכח אחר מעורב בו ומכש"כ היכא דכונתו להזיק היינו בקרן דמחויב כח אחר מעורב בו שהרי אדרבא קרן עדיפא. ולפי"ז יתישב שפיר מאי דרב זביד קאמר שאם נגח שלש בהמות הוי מועד גם לאדם והקשה תוס' דהא

קשיא עליו הא דמ"ש גבי בהמה כתיב כי יגוף ומ"ש גבי אדם כתיב כי יגח ע"כ אשמעינן קרא דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם וכתבו התוס' דשמא חזר בו רב זביד.

אכן לפי הנ"ל לא נצטרך לכל זה. דהנה רב זביד יסבור דקרן לא אתיא מבינייהו.

דמה להנך שכן מועדין מתחלתן. וא"כ אלו הי' כתוב בקרא כי יגח היינו פוטרין שור האיציטדין מחצי נזק דהוי אמינא דוקא היכא שנגח מעצמו חייבו התורה ולא היכא שהגיחוהו דגבי קרן דאין מועדין מתחלתן לא חייב רחמנא בכח אחר מעורב בו.

וא"כ ע"כ כתיב בקרא כי יגוף לחייב שור האיציטדין חצי נזק. ואין לנו ראי' למילף דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם.

משו"ה פסק דמועד לבהמה הוי מועד לאדם. אבל סוגיא זו אזלא אליבא דרב פפא שהרי רב פפא הוא שאמר יש מהן כיוצא בהן כו'.

והתוס' פירשו בשם ר"ת דהא דאמרינן ולמ"ד אדרבה קרן עדיפא שכן כונתו להזיק היינו רב פפא ס"ל הכי דס"ל פלגא נזקא ממונא שדרכו להזיק ולא קיימי בחזקת שימור. וא"כ אליבא דרב פפא אלו הי' כתוב בקרא כי יגח הוי מחייבין שור האיציטדין אף שהגיחוהו הא לא גרע מכח אחר מעורב בו ולדידי' הא ילפינן קרן מבינייהו משו"ה אליבא דרב פפא שפיר פריך מ"ש גבי בהמה דכתיב כי יגוף ומ"ש גבי אדם דכתיב כי יגח.

וע"כ לדידי' אשמעינן קרא דמועד לבהמה לא הוי מועד לאדם. נמצא דמיושב שפיר מה שלא פסק הרמב"ם כסוגיא זו רק כרב זביד דמועד לבהמה הוי מועד לאדם שהרי גם הוא פסק פלגא נזקא קנסא.

וא"כ לדידי' קרן לא יליף מבינייהו. וא"כ ע"כ כתיב בקרא כי יגוף ולא כי יגח לחייב שור האיציטדין חצי נזק דמבינייהו לא הוי יליף דמה להנך שכן מועדין מתחלתן משו"ה פסק דאם נגח שלש בהמות הוי מועד גם לאדם היינו בנגח שלשה מיני בהמות: סימן ב יתבאר אם הודה בב"ד זה ובב"ד השני כפר בקנס.

אם יכולין הב"ד השני לחייבו: דף ה עדים זוממין דמונא הוא לתני סבר לה כר' עקיבא דאמר אין משלמין ע"פ עצמן. כתב הקצוה"ח בסימן ש"נ ס"ק ב' ז"ל כתב הטור ז"ל גנב שור של שותפין וטבח או מכרו והודה לאחד מהן וכפר לשני ואח"כ באו עדים שטבח ומכר משלם לזה שכפר חמשה חצאי בקר.

וכתב הב"ח ופירוש רבינו דמיירי בהודה לאחד מהן כשתובעו בב"ד וכפר לשני כשתובעו בב"ד אחר דאל"כ לא יתחייב לשני דמסתמא כיון דהודה לאחד מן השותפין כאלו הודה גם לשני כו' ואחי הרב המופלג תמה בזה על דברי הב"ח דמה בכך שכפר בב"ד אחר כיון שכבר הודה ואיפטר, בבי דינא קמא ואטו הודה בקנס בהודאה כראוי לפני ב"ד ואח"כ תובעו בב"ד אחר וכפר בו יהי' חייב זה לא נשמע כיון דהודה הודה ע"כ ונראין דברי ב"ח ואין בזה תימא והוא דמצינו בש"ס רפ"ק דב"ק ודמכות לר"ע דס"ל עדים זוממין קנסא ואם הודה בב"ד ואמרו הוזמנו בב"ד פטורין ע"ש וכיון דהוזמו

בב"ד כבר ע"פ עדים כשרים והיכא דבאו עדים ואח"כ מודה ודאי חייב אליבא דכולא עלמא.

וא"כ היכא משכחת לה מודה בקנס בעדים זוממין. אלא עיקרא דהא מילתא כיון דהתורה אמרה אשר ירשיעון אלקים פרט למרשיע את עצמו אין הדבר תלוי אלא בב"ד שדנין אותו עכשיו ואם באו עדים והעידו עליו בב"ד ולא גמרו את הדין אותו ב"ד ובא ותובעו לפני ב"ד אחר ומודה לפניהם הוי מודה בקנס ובי דינא קמאי שבאו העדים על הקנס שפיר מחייבין אותו דלפניהם אינו מודה בקנס כיון שכבר העידו עליו לפניהם.

וכן להיפוך במודה בקנס לפני ב"ד תו אין מחייבין אותו אפילו באו עדים אח"כ ואם תובעו לפני ב"ד אחר ובעדים. הב"ד השני שפיר מחייבין אותו כיון דלא הודה באותו ב"ד שדנין שם כו' עכ"ד הקצוה"ח: ולא אוכל לרדת לסוף דעתו הרמה מאי ענין פטור לחיוב בפטור בודאי אף בלא גמר דין נפטור שהרי אם הודה ואח"כ באו עדים פטור אף שעדיין לא גמרו הדין לפטור אותו מקנס.

דדין הוא דהודאה פוטרת מקנס. אבל לחיוב כ"ז שלא גמרו הדין לחיוב עדנה קנס הוא והודאה פוטרת משו"ה אף אם בב"ד זה באו עדים והזימו את העדים כיון דלא גמרו בב"ד את הדין לחיוב עדנה קנס הוא ובקנס גזיה"כ הוא דהודאה פוטרת משו"ה כשבאו אח"כ לב"ד אחר.

ושם הודו העדים שהוזמו כיון שעדנה קנס ה' פוטרת הודאתם. והא דבאותו ב"ד אם באו העדים ואח"כ הודה לא נפטור אין הטעם מפני שנתחייב כבר ע"פ העדים שהרי כל זמן שלא פסקו בב"ד לחיוב לא נתחייב עדנה אלא הטעם משום דלא הויא הודאה.

דהודאה הוא פירוש שמודה בדבר שאין יודעים. אבל כשמודה בדבר שידועים לא הויא הודאה משו"ה באותו הב"ד שבאו העדים.

אין שייך שיודה אח"כ ויפטור שלא מקרי מודה שהרי ידעו מהעדים. אבל אלו היתה הודאה.

בודאי דהיתה פוטרת שהרי כללא הוא בקנס מועיל הודאה. וא"כ כשתבעם לעדים שהוזמו בב"ד אחר והודו כיון שהב"ד הללו לא ידעו אמתת הדבר.

אצלם כשמודה מקרי הודאה כמו דאמרינן מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אף שיש עדים בדבר כיון דב"ד לא ידעו עדנה מהעדים מקרי הודאה. א"כ בב"ד אחר אם הודה פוטרנו ההודאה כיון שלא חייבוהו עדנה קנס.

א"כ עדנה קנס הוי ולא ממון. משו"ה פוטרנו ההודאה.

אבל מה שמביא להיפך היכא שהודה בב"ד ואח"כ תבעו בב"ד אחר וכפר כיון שכבר נפטור מהודאתו שהרי לפטור לא בעי גמ"ד א"כ לא יוכלו הב"ד האחר לחייבו כקושיית אחיו. וכן משמע ממעשה דטבי שהי' שמח ר"ג שמחה גדולה כו' אמר לו אין בדבריך כלום שכבר הודית כו' משמע דביטל שמחתו ואי נימא דאף שהודה יכול להביאו לב"ד אחר ואותו ב"ד אם שם יבאו עדים קודם שיודה יחייבוהו א"כ שמחתו עדנה בתקפו שטבי יביאו לב"ד אחר.

ופשטות הדברים בודאי משמע כיון שכבר הודה נפטר דאין אחר הודאה כלום. למאן דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור.

ונסתר בזה ג"כ ראית הקצוה"ח השני' שהביא מהא דאמרינן ריש פרק נערה דלר"ש דס"ל דקנס לא הוי ממון עד אחר הגביל' ואפילו כבר העמידו בדין עדיין קנסא ואמרו שם לענין הודאה וע"כ היינו בב"ד אחר כו' ע"כ דעיקר תליא באותו ב"ד שדנין אותו עכ"ד. ג"כ אין ראי' כנ"ל דאין תלוי העיקר באותו ב"ד שדנין.

אלא העיקר תלוי בהודאה אם הוי הודאה כ"ז שעדנה קנס הוא. פוטרותו ההודאה.

אלא דבב"ד אחר שלא העידו שם העדים שם מקרי הודאה משא"כ באותו ב"ד שהעדים העידו לא מקרי הודאה כיון שהעדים העידו לפני הב"ד והם בעצמם יודעים הדבר ומשו"ה לר"ש דס"ל דאף שעמד בדין ונתחייב מקרי עדנה קנס. משו"ה אם בב"ד אחר שלא העידו שם עדים הודה נפטר וממילא אח"כ לא יוכלו לחייבו אפילו אותו הב"ד שהעידו שם העדים שכיון שנפטר ע"י הודאתו בב"ד אחר (כמובן דוקא ע"י תביעה) תו לא יוכלו לחייבו דלפטור לא בעי פסק דין ונפטר תיכף בהודאתו וא"כ בודאי קשה קושיית אחיו הרב כיון שהודה כבר להשותף.

איך יחויב אח"כ להשותף השני וקושייתו על הב"ח היא דעל הטור לא קשה מדי דהודאה לא מקרי. אלא אם נתחייב לו ממון לא הודאת המעשה משו"ה נוכל לומר דהטור מיירי היכא שהודה להשותף האחד שגנב שור שהי' לו בו שותפת ונתחייב לו קרן אבל השותף השני לא הי' יכול לתבוע ממנו ע"פ הודאה הקרן שיכול לומר השור שגנבתי שהי' מחציתו של השותף שהודתי לו לא הי' לך בו שותפת אלא לאיש אחר או שלו בעצמו נמצא כיון דהשותף השני לא הי' יכול לתבוע ממנו ע"פ הודאתו לא הויא לגביל' הודאה כלל.

משו"ה אם הביאו בב"ד וכפר. ובאו עדים מחויב לו חמשה חצאי בקר שהרי לגבי דידי' לא היתה הודאה.

נמצא לפי"ז דאף באותו ב"ד משכחת לה. אבל הב"ח שכתב דוקא בב"ד אחר קשה מאד לענ"ד כקושיית אחיו הרב: סימן ג סוגיא דבור המתגלגל.

וסוגיא חיובא דבור להבלו או לחבטו. ואי הוי מטעם עצם המזיק או מטעם תקלה: תוס' דף ו ד"ה לאתוי בור המתגלגל כתבו שאם הניח אדם אבן וגלגלו שור או אדם שלא בכונה אם הזיק בהדי דאזלי מחויבים שניהם בעל התקלה ובעל השור המתגלגל.

ואם בתר דניח אז מחויב בעל התקלה הכל. וכן הוא בתוס' לקמן דף י"ט ד"ה וכי אתמר דרב הונא עי"ש.

והרמב"ם כתב בפ"ב מהלכות נזקי ממון היו התרנגולין מועדין להלוך כדרכן ולשבר הי' חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק. במה דברים אמורים בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהן מאליו בעל התרנגולין פטור ואם הי' לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל עכ"ל.

וכבר תמה הראב"ד על דברי הרמב"ם אלו. דממ"נ אם מיירי הרמב"ם שהחוט הזיק בשעה שנח ואז נסתבך כלי באותו החוט דהחייב מטעם בור.

א"כ איך אמר שהוא חייב חצי נזק כולי נזק לשלם שהרי בעל החוט פושע הוא שלא שמר את החוט או אם קשרו אדם מחויב הקושר נזק שלם. שהרי הוא הבור המתגלגל והוא גמ' מפורשת בדף י"ט דאמר רב הונא ל"ש (דחייב חצי נזק) אלא בנקשר מאיליו אבל בקשרו אדם חייב.

ואמרינן שם נקשר מאליו מאן חייב אלימא בעל הדליל ה"ד אי דאצנעי' אנוס הוא ואי לא אצנעי' פושע הוא ופירש"י וכולי נזק בעי לשלומי כו' אלא מתניתין בדאדי' אדויל'. הרי דאם פשע מחויב לשלם כולי נזקא ואי קאי הרמב"ם בשהזיק בשעת הילוכו א"כ אמאי פטור בשנקשר מאליו הרי צרורות מחייבינן אף בדהפקר.

(ע"ש בראב"ד דיש ט"ס בדבריו וכצ"ל שם ומ"ש עוד שאם הי' לחוט בעלים משלם חצי נזק לאו מילתא היא שלא מצינו בבור חצי נזק). והיא תמיהא נפלאה עד כי גם המ"מ כתב ע"ז ז"ל וכבר הושג מזה: ונראה לי לישב דברי רבינו בהקדם דבריו בפ"ב מהלכות נזקי ממון הי"ח ז"ל הי' חופר בבור ונפלה הבהמה בבור מקול החפירה ומתה אם נפלו מלפני' חייב מלאחרי' כגון שנבעתה וחזרה על עקבה לאחור ונפלה ומתה פטור שנאמר ונפל עד שיפול כדרך נפילה.

נפלה לפני' מקול החפירה חוץ לבור ומתה אין ב"ד מחייבין אותו ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו. ואם נפלה לאחורי' חוץ לבור ומתה או הוזקה בעל הבור פטור עכ"ל ודבריו תמוהים כאשר השיגו הראב"ד דהנה בגמ' שם אמרינן אמר רב לפניו לפניו ממש לאחרי' לאחרי' ממש וזה בבור רב לטעמו דאמר רב בור שחייבה עליו תורה להבלו ולא לחבטו ושמואל אמר בבור בין לפניו בין לאחרי' חייב שמואל לטעמו דאמר להבלו וכ"ש לחבטו אלא היכי דמי לאחרי' מקול הכרי' דפטור כגון דנתקל בבור ונפל לאחורי הבור חוץ לבור עכ"ל הגמ'.

והנה הרמב"ם דפסק שם בהלכה י"ד דבור שחייבה התורה הוא להבלו וכ"ש לחבטו. א"כ איך פסק כאן דאם נפלה לאחרי' בבור פטור הא הוזקה מחבטה.

והא אמרינן דלשמואל דמחייב בחבטה מחויב בבור וגם מאי שמסיק הרמב"ם דאם נפלהחוץ לבור ומתה אין ב"ד מחייבין אבל אם תפס הניזק אין מוציאין מידו מאי ספק הוא הא בגמ' אמרינן דבכה"ג אף לשמואל פטור. והנה בגמ' שם פרכינן דאמאי מחויב בנפל לפניו מקול הכרי' נימא כורה גרם לו.

והקשו בתוס' ורא"ש אף אם כורה גרם יתחייב כמו שנים שעשאו ועיין שם תירוצם דהיכי דעשה חצי התקלה אז פטור ואינו מחויב אלא בעשה כל התקלה או חצי ההיזק עי"ש והוא דחוק. ונראה לישב דהנה רש"י (דף י"ט) בד"ה אלא מתניתין כתב דאם קשר אדם הדליל בתרנגול והתרנגול הזיק בו בזריקתו אז הקושר פטור שלא נתקל אדם בבורו.

והקשה בתוס' דלחייב משום אשו כמו אבנו וסכיננו שהניחן בראש גגו. הרי חזינן דדעת התוס' דאם הזיק שור בדבר של חבירו אז גם בעל התקלה מחויב מטעם אש.

א"כ אם הבהמה הזיקה בשליף שעלי' אם השליף הוא של אחר אז מחויב גם בעל השליף מטעם אש < א"כ אף אם השליף הוא של בעל השור הנה מלבד שנוכל לחייבו מטעם רגל שהרי שור שלו הזיק הרי גם על השליף נוכל לחייבו מטעם אש דלא גרע מאלו הי' שליף של אחר. מעתה תקשה איך אמרינן הזיקה בשליף שעלי' ברה"ר פטור מכל וכל ליחייב חצי נזק מטעם השליף כמו אלו הי' השליף של אחר שהי' מחויב מטעם אש.

עכצ"ל דאם השור הזיק בדבר של אחר אז אינו מחויב אלא בעל השור דהשור הוא העושה ההיזק אף שגם האחר פושע אעפ"כ אינו מחויב על מעשה של אחר ולא דמי לאבנו וסכיננו. דהתם ג"כ מעשה ההיזק עושה האבן שלו.

והרוח הוא שקרבו שהפילו מעל הגג. אבל כיון שזרקו הרוח אז כובד האבן הוא המשבר הכלי משא"כ היכא שהזיק האבן בגלגול אם הזיק בהדי דאזלי אז כח השור הוא המזיק בכה"ג השור לבדו חייב.

אף שבעל האבן פשע. אעפ"כ אינו מחויב על מעשה השור.

ומה שהוכיחו התוס' דמחייבי שניהם בעל התקלה ובעל המזיק מהא דאמרינן לקמן וליחייב נמי בעל גחלת. לפענ"ד אינה ראי' דהתם גבי אש הא דמחייבין את בעל הכלב הוא משום שהניח האש ברוח מצוי' משו"ה הקשה אמאי נחייב את בעל הכלב לבדו משום שהניח ברוח מצוי'.

נחייב את בעל הגחלת ג"כ אם לא שמר גחלתו שהרי גם הוא הניח אשו ברוח מצוי'. אבל אם הי' החיוב מטעם שהכלב עצמו מזיק אז לא הי' פריך וליחייב נמי בעל הגחלת: ומדויק מאד דברי רש"י שם (דף כ"ג) ד"ה וליחייב ז"ל רש"י הלכך לר' יוחנן דאמר לעיל על הגדיש משלם חצי נזק דצרות הן לשלם בעל הגחלת חצי האחר דממונו הוא וריש לקיש דאמר על הגדיש כולו פטור לשלם בעל הגחלת כולו עכ"ל רש"י.

ולכאורה תמוהים דברי רש"י דלמה לו לרש"י לפרש לריש לקיש הקושיא אמאי פטור על כל הגדיש. אמאי לא נקיט דהקושיא לריש לקיש ג"כ על מתניתין כמו לרבי יוחנן דהא לריש לקיש הא דאמר במתניתין על הגדיש משלם חצי נזק הוא על מקום גחלת.

א"כ ליפרוך אמאי אינו משלם אלא חצי נזק לשלם בעל הגחלת חצי האחר ויהי' הקושיא אמתניתין לא אדברי הגמ' אלא דסבר רש"י דעל המקום הגחלת דהכלב הוא המזיק והוא השורף אין לחייב את בעל הגחלת אף אם פשע. דאין מחייבין משום פושע על מעשה של אחר ורק על כל הגדיש שהחיוב הוא מטעם שהניח האש ברוח מצוי'.

ע"ז פריך וליחייב נמי בעל גחלת הרי הוא הניח אשו ברוח מצוי'. משו"ה שפיר פרש"י דאם התרנגול זריק הדליל והזיק בזריקתו.

אז הקושר פטור אף אם הוא פושע דאין מחייבין משום פושע על מעשה של אחר: והנה הכא על קושית התוס' והרא"ש שהקשו מאי פריך נימא כורה גרם לו. הלא שניהם עשו התקלה בעל הבור והכורה.

נראה לי דהכא בעל הבור לא עשה כלל תקלה לגבי השור. שהרי השור הלך באופן שלא הי' נופל לבור בלא הבעיתה מקול הכרי' נמצא שלא הי' לו הבור תקלה ורק הכורה עשה הבור לתקלה בזה שהבעתו.

והוי דומיא שלקח אחד אבן של תבירו שהי' מונח במקום זה. באופן שלא הי' תקלה. והוא גלגלו למקום אחר ועשאו תקלה דאז השני חייב. ולא דמי לבור המתגלגל ברגלי אדם דמחייב בעל התקלה.

דהתם כיון שמצוי בשוק אדם ובהמה לגלגל האבן א"כ עשה מתחלה תקלה. שהרי מצוי הוא שיבא.

א"כ עשה בור ע"י רוח מצוי. אבל הכא בכורה אטו מצוי הוא שיכנס לתוכו כורה ויחפור.

שנימא שהוא עשה תקלה לגבי השור. שהכורה יעשו בורו לתקלה.

בודאי דזה אין מצוי שיורד כורה לחפור. שע"ז יבעת שור.

נמצא שהכורה עשה לגבי השור כל התקלה. (והוי כמו שור שדחף חבירו לבור. דלרבנן פטור משום דלא הוי לגבי' דידי' תקלה). והנה בחיובו דבור יש לפרש או שהחיוב הוא משום שבור שלו הוא המזיק או כיון שבורו הוא התקלה אף שהמזיק הוא דבר אחר מחויב ג"כ.

והנה רב חזינן דס"ל חיוב דבור הוא דוקא אם בורו הוא המזיק. אבל אם בורו הוא רק תקלה אז הוא פטור שהרי ס"ל בור שחייבה עליו תורה הוא להבלו דההבל הוא שלו. והוי כמו אשו שהזיק. אבל אם נחבט כיון דהחבטה הוא המזיק אינו שלו אף דהתקלה הוא בודאי שלו שהרי ע"י כרייתו נפל אעפ"כ פטור.

דחיוב דבור הוא דוקא אם עצם המזיק שלו ומשו"ה בנתקל באבן ונשוף בקרקע פטור אליבא דרב. אבל טעמו דשמואל דאמר בור שחייבה עליו תורה הוא להבלו וכ"ש לחבטו נוכל לומר שני טעמים.

או דס"ל דחיובא דבור הוא על תקלה ג"כ. א"כ אף שעצם המזיק היינו החבטה אינו שלו אלא קרקע עולם מחויב כיון דע"י תקלתו נחבט.

או דטעמא דשמואל דבאמת הרי בור ברה"ר אינו שלו אלא דעשאן הכתוב כאילו הן ברשותו. ס"ל לשמואל דאין הכונה דהקימה התורה ברשותו רק חלל הבור דהוא ההבל.

אלא דגם קרקעית הבור הוא ברשותי' דכל זה הוא בכלל הבור שקראה התורה את הכורה בעל הבור וממילא אליבא דשמואל לאו קרקע עולם הזיקתו אלא בור שלו הזיקתו. ולשמואל כל שעושה דבר תקלה שע"ז יוכל לבא לידי היזק נעשה בעלים על כל ההיזק.

ומשו"ה בנתקל באבן ונשוף בקרקע מחויב דנעשה בעלים על כל ההיזק שמצוי לבא ע"י האבן דזהו הבור שחפר. וכמו פותח בור דחייב אליבא דרב אף דהבור הוא לא עשה.

אעפ"כ מודה רב דחייב ולא אמרינן בור של פלוני הזיקתו. וע"כ היינו מטעם דכיון דהוא פתח הבור נעשה הוא בעל הבור ואוקמי' רחמנא לבור ברשותו.

ה"נ ס"ל לשמואל דכל מקום שמצוי לבא היזק ע"י תקלתו הוא פותח בור ונעשה בעלים על כל המקום: ועפ"י ההסבר הזה יש ליישב בפשטות קושית התוס' (דף נ') ד"ה לשמואל איך מחייב שמואל בנתקל בגובה ונחבט בקרקע הא בנפל לאחורי הבור מודה שמואל דפטור. אכן יש ליישב דכיון דהוא דבר שאינו מצוי שיפול לאחורי הבור.

ולא הוי תחלת עשיתו לנזק זה. ע"ז לא נוכל לומר שפתח בור.

וממילא לא נעשה בעלים על אחורי הבור. אבל בנתקל בגובה ונחבט בקרקע דהוא דבר מצוי.

זה מקרי פתח בור ונעשה בעלים על הקרקע שתחת הגובה. וממילא בנתקל באבן ונשוף בקרקע וכן בנחלק במים ונחבט בקרקע אף בקרקע שאין המים נשפכים כיון דתחלת עשיתו מוכשר לנזק זה נעשה בעלים על כל הקרקע.

ומיושב בזה קושית התוס' (דף כ"ח) בד"ה ונשוף וכן מה שנשאר בתוס' בצ"ע לרב אמאי חייב בהניח אבן על פי הבור. נמי ניחא דהתם כיון דפתח התקלה לגבי דהאי שור נעשה בעלים על הבור דהוא חלל הבור ודו"ק]: אכן יש להביא ראי' לפי דברינו דטעמא דשמואל דס"ל בור שחייבה עליו תורה הוא להבלו וכ"ש לחבטו הוא דס"ל לשמואל דגם החבטה הוא ברשותי' דהנה ביארנו דבנפל מקול הכרי' אז הוא לא עשה התקלה.

והנה אמרינן דמשו"ה לא אמרינן כורה גרם לי' משום דקיי"ל כרבי נתן דס"ל אנא תוראי בכורך אשכחתי' היינו כיון שכורך הזיקתו אף שהפילו אחר את הוא דמחייבית לשלומי' ואם נימא דטעמא דשמואל דמחייב אחבטה הוא כיון דהתקלה הוא שלו מחויב אף אם ניזק בקרקע עולם אבל החבטה באמת אינו שלו.

א"כ היכא דתקלה אינו שלו אדגם אליבא דשמואל יפטור על החבטה לפי"ז. א"כ תקשה איך מחייב שמואל בנפל לאחוריו מקול הכרי'.

כיון דנפל מקול הכרי' הרי התקלה אינו שלו. א"כ אמאי מחויב בנפל לאחוריו דניזוק מחמת החבטה.

הרי החבטה אינו שלו וגם התקלה אינו שלו עכצ"ל דשמואל ס"ל דגם קרקעית הבור אוקי רחמנא ברשותי' ומשו"ה אף בנפל לאחוריו מקול הכרי' מחויב כיון דבורו היינו קרקעית הבור דהוא שלו אליבא דשמואל הזיקתו: ועפי"ז מיושבים דברי הרמב"ם כמין חומר דהנה באמת לכאורה שתי הסוגיות (דף נ' ודף נ"ג) סותרים זא"ז.

דהרי (בדף נ') מוכח דסתמא דגמ' ורבא ורב נחמן דהילכתא כותי' בדינא ס"ל בור שחייבה עליו תורה הוא גם לחבטו. והרי (בדף נ"ג) אמרינן תני רב חנני' לסיועי' לרב הרי איתותב שמואל מברייתא ואיך פסקו כותי'.

ועוד יש דקדוק דאמרינן שם תני רב חנני' לסיועי' לרב ונפל עד שיפול כדרך נפילה מכאן אמרו נפל לפניו מקול הכרי' חייב לאחוריו מקול הכרי' פטור. ולכאורה מאי אריא בנפל לאחוריו מקול הכרי' דפטור הלא גם בלא קול הכרי' אם נפל לאחוריו פטור.

ובשלמא במתניתין נוכל לומר דבא להשמיענו חידוש בנפל לפניו דאף אם נפל מקול הכרי' אעפ"כ חייב. אבל בכרייתא דעיקר בא להשמיענו דינא דפטור בנפל לאשמעינן רבותא יותר בנפל לאחריו אף שלא מקול הכרי' פטור.

ואולי בלא קול הכרי' אינו מצוי שיפול לאחריו ודוחק: ע"כ נראה דהרמב"ם ס"ל דתני רב חנני' לסיועי' לרב אבל לא מטעמי' דאנן פסקינן בזה כותי' דרב דהתורה לא עשאה ברשותי' אלא ההבל שזהו הבור. אבל לא קרקעית הבור.

ואעפ"כ חייב על חבטה. משום דס"ל דבור מחויב גם על תקלה אף שעצם ההיזק אינו שלו ורק התקלה הוא שלו.

ובזה יתבארו היטב דברי הרמב"ם בפ"ב מהלכות נזקי ממון ה"ג ז"ל כיצד המניח אבנו או סכנו או תבנו או משאו וכיוצא בהן ברה"ר והוזקו בהן אדם או בהמה חייב נזק שלם. וכן אם הניחן ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקירן נתקל בקרקע ונחבט בתקלה זו והוזק בה חייב בעל התקלה.

והקשה בלח"מ דמשמע דוקא נתקל בקרקע ונחבט בתקלה הוא דחייב אבל נתקל בתקלה ונחבט בקרקע פטור. וקשה מנתקל בגובה ונחבט בקרקע דחייב.

(עי"ש בדבריו דלהרמב"ם לא ס"ל חילוקי התוס' בין תל ובין נתקל ונחבט בקרקע).
אכן לדברינו הנה בבור יש שני חיובים.

בור ברה"ר משום תקלה היינו דילפינן מכי יכרה. היינו שעשה תקלה.

ובור ברשותו מחויב משום דעצם המזיק שלו. ומשו"ה בבור ברשותו היכא דהפקיר גם התקלה פטור משום דלאו בורו הוא.

אבל אם התקלה או הבור לא הפקיר אף שהרשות הפקיר ילפינן מונפל שמה בעל הבור ישלם אף דאין חייב מטעם כרי'. (דלהרמב"ם ע"כ דהפקיר לא הוי תקלה מדפטור היכא דהפקיר שניהם).

עכ"ז מחויב כיון דבורו הזיק. מעתה הדברים מבוארים דברה"ר דמחויב מטעם תקלה מחויב אף בנתקל באבן ונשוף בקרקע שהרי תקלתו היא שגרמה לו אף שההיזק הוא של אחר שהרי קרקע עולם הזיקתו כיון דסבירא לן בור שחייבה עליו תורה אף לחבטו דחייב בור הוא גם על תקלה אבל בור ברשותי'.

אין החיוב מטעם תקלה אלא משום דבור זידי' הזיקו. א"כ בנתקל באבן ונשוף בקרקע הרי לאו בורו הזיקו.

משו"ה כתב הרמב"ם נתקל בקרקע ונשוף בהן דוקא בכה"ג מחייב והדברים פשוטים וברורים: ועפ"י ז' מבאר הרמב"ם בפשטות ברייתא דתניא לסיועי' לרב שהקשינו אמאי דוקא בנפל לאחריו מקול הכרי' אז פטור. גם בנפל שלא מקול הכרי' יפטר בנפל לאחריו.

אכן לפי הנ"ל דהיכא דנפל מחמת הבור דאז החיוב מטעם הכרי' היינו שעשה התקלה אז לא ס"ל להברייתא כותי' דרב לפטור בנפל לאחריו אלא בכה"ג ס"ל דחייב. דנהי דקרקע עולם הזיקתו אבל התקלה היא כרייתו היא שגרמה לו.

ורק בנפל מקול הכרי' דאז אין החיוב מטעם תקלה שהרי הבור לא הי' כלל תקלה לגבי דהאי שהרי הכורה הוא שעשה שיהי' הבור תקלה כדביארנו למעלה דמשו"ה פריך נימא כורה גרם לו. אלא דאף עפ"כ מחויב מטעם ונפל שמה בעל הבור ישלם.

היינו כיון שבורך הזיקו ואת קטלתי' מחייבת לשלומי א"כ היינו דוקא בנפל כדרך נפילה דאז נהרג מחמת ההבל דההבל הוא שלו או מתויב אף בנפל מקול הכרי'. אבל בנפל שלא כדרך נפילה היינו דאז אין התקלה שלו שהרי הכורה גרם.

ואין עצם המזיק שלו שהרי ס"ל בזה כותי' דרב דלא נעשה בעלים אלא על חלל הבור היינו על ההבל לא על קרקעית הבור. משו"ה פטור ומשו"ה גם הסוגיות אינן סותרים זא"ז דרבא ור"נ וסתמא דגמרא ס"ל דבור מחויב גם על חבטה.

היינו מטעם תקלה ולא כשמואל דס"ל דנעשה בעלים על קרקעית הבור משו"ה בנפל לאחרי מקול הכרי' יסברו ג"כ כהברייתא דפטור: ועתה נבאה לבאר דברי הרמב"ם ונקדים עוד דהא דפריך בגמ' נימא כורה גרם לו. אין הכונה דבנפל לפניו דבודאי הכורה גרם.

דכיון דהלך ונפל לפניו יכול להיות שגם בלא הכרי' הי' נופל. אלא דהקושיא איך מחייבין לי' דילמא כורה גרם לו וכן מוכח מירושלמי שם דהירושלמי קאי לגבי חיוב הכורה (וס"ל להירושלמי דכורה מחויב) ואיתא בירושלמי דבנפל לפניו אז פטור הכורה דאמרינן דילמא עיקר המעשה מהבור.

אבל בנפל לאחריו אז מחויב הכורה. דבלאחריו כמו שפירש הרמב"ם שנרתע וחזר על עקביו ונפל אז בודאי הכורה גרם אז חייב הכורה.

עי"ש במפרשי הירושלמי. עכ"פ חזינן מהירושלמי דבנפל לפניו יוכל להיות שבלא הכורה הי' נופל ובלאחריו בודאי בלא הכורה לא הי' נופל מעתה מיושבים דברי הרמב"ם כמין חומר.

ז"ל הי' חופר בכור ונפלה הבהמה בתוך הבור מקול החפירה ומתה אם נפלה מלפני' חייב (שהרי אף אם הכורה גרם כיון דההבל שלו הזיק אמרינן את קטלתי') מאחרי' כגון שנבעתה וחזרה על עקיבה לאחור ונפלה ומתה פטור שנאמר ונפל עד שיפול כדרך נפילה (היינו דבנפלה לאחרי' אז בודאי התקלה מהכורה.

וגם עצם המזיק אינו שלו. שהרי נחבט מחמת הקרקע.

ואנן ס"ל דאין נעשה בעלים אלא על ההבל משו"ה פטור). נפלה לפני' מקול החפירה חוץ לבור ומתה אין ב"ד מחייבין אותו.

ואם תפס הניזק אין מוציאין מידו (הוא דאם הי' ברור לן שהי' נופל גם בלא הכרי' א"כ עיקר התקלה הוא מחמת בורו הי' מחייבין אף בנפל לאחורי הבור. אף שאין עצם המזיק שלו עכ"פ התקלה שלו.

ולא קשה ממאי דבגמ' אמרינן דאם נפל לאחורי הבור פטור בודאי דהתם אליבא דשמואל דלדידי' הטעם דמחייבין אחבטה משום דעשאתו התורה בעלים גם על קרקעית

הבור. אבל על אחורי הבור כיון דאין מצוי שיפול לאחורי הבור לא עשאתו התורה בעלים.

משו"ה פטור אליבא דידי' דעל תקלה לא ס"ל דמחויב. אבל לדידן דס"ל כותי' דתני רב חנני' דחייבא דבור הוא גם על תקלה ומשו"ה מחויב בחבטה.

א"כ אף בנפל לאחורי הבור מחויב כיון דהתקלה שלו. אבל כיון שספק הוא אם התקלה שלו שהרי יכול להיות שהכורה גרם.

ואם עיקר הנפילה מהכורה אז אין התקלה שלו וגם עצם המזיק אינו שלו. משו"ה אין ב"ד מחייבין ואם תפס אין מוציאין כדס"ל להרמב"ם בכל דוכתי' תקפו כהן אין מוציאין מידו).

ואם נפלה לאחורי' חוץ לבור ומתה או הוזקה אז בעל הבור פטור. שהרי אין התקלה ואין עצם המזיק שלו: נמצא דיש בבור שני חיובים עצם המזיק וגם תקלה.

וגם זה ביארנו שעל מעשה של חבירו. אין מחויב אחר אף שהוא פושע.

אלא דבור המתגלגל לא נוכל לומר דהראשון לא עשה כלל תקלה. שהרי כיון שמצוי שור ואדם לגלגל הרי הכין ג"כ הנזק.

אבל עכ"פ לא נוכל לומר שהוא לבדו עשה התקלה לגבי דהאי. שהרי בלא השור והאדם לא הי' תקלה לגבי דהאי והנה אנן פסקינן שנים שעשאו.

היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי. אבל זה מצינו רק משום דס"ל האי כולי היזקא עביד והאי כולי הזיקא עביד והיינו שזה הורג בכח של זה וזה הורג בכח של זה אבל לגבי תקלה לא מצינו דהאי כולי תקלה עביד והאי כולותקלה עביד.

(והרי הרא"ש ותוס' סברי דבמחצה תקלה פטור מכל וכל. ונהי דביארנו לעיל דחייב.

אבל עכ"פ לא מצינו שנא' האי כולי תקלה עביד). ובפרט בכה"ג שאלולי מעשה השני לא הי' כלל תקלה לגבי דהאי.

ויש עוד סברא לומר משום דאנא תוראי בבירך אשכחתי' היינו בור שלך הזיק. אבל זה ג"כ לא שייך אלא אם נחבט בתקלה שלו.

אבל לא אם תקלה שלו לא הי' עצם המזיק. אלא דיש עוד סברא לחוב שנים שעשאו אדם ושור היזק.

משום דכיון דע"י האדם עשה השור. נעשה השור בעירו ומחויב על מעשה השור.

כמו שפירשו התוס' בפרק הכונס גבי הוציאוה לסטים. אך זה שייך דוקא גבי שן ורגל או אש אבל גבי בור.

נהי שיחשב השור כבעירו. עכ"פ שור הוא והרי אמרינן איש בור ולא שור בור.

א"כ אף אם נעשה בעירו ג"כ יפטור על מעשה השור. מעתה אם אדם הניח אבן המתגלגל ברגלי אדם ובהמה ובא שור וגלגלו למקום אחר אז יהי' הדין כן אם נחבט אדם בהאבן אז מחויב בעל האבן הכל.

אף שהתקלה לגבי דהאי עשו שניהם הוא והשור שגלגל למקום הזה. אבל כיון שבורו הזיקו.

הרי לא גרע משור שדחף לבור. דאמר לו לבעל הבור את קטלתי ומחייבית לשלומי. אבל אם נתקל באבנו ונחבט בקרקע דמחייבין ליה מטעם תקלה אז בעל האבן אינו מחויב רק החצי שהרי הוא והשור עשו תקלה לגבי דהאי ואית ליה שותף. ובכה"ג גבי תקלה לא שייך כולי תקלה עביד.

וגם על מעשה השור אין לחייבו כמו שביארנו: מעתה מתישב שפיר דברי הרמב"ם שהבאנו דס"ל דאם קשר חוט ברגלי תרנגולים. או שהי' לחוט בעלים ולא אצנעי' ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר.

וקשה עליו (מדף י"ט) דפרכינן על רב הונא אי לא אצנעי' פושע הוא. פירוש וכולי נזקא בעי שלומי.

אכן לדברינו מיושב בפשטות דהנה רב הונא דאמר דבקשרו אדם חייב כולי נזקא. ע"כ מיירי בשהאדם או הבהמה ניזק בדליל עצמו.

ומשו"ה אף שגם התרנגול עשה התקלה שהרי גררו. אעפ"כ מחויב כולי נזקא מטעם דאמר לו בירא דידך הזיקתו.

א"כ פריך שפיר אי לא אצנעי' פושע הוא דכיון דבורו הוא עצם המזיק מחייב אף אם על התקלה אין מחויב. ועוד ע"כ מיירי רב הונא בכה"ג דניזק ונחבט בדליל.

שהרי רב הונא תלמיד רב ס"ל כותי' דרב לקמן (דף ל') דבור שחייבה עליו תורה הוא להבלו. (מדפריך לרב לא יהא אלא כרפשו).

א"כ ס"ל דחיובא דבור הוא דוקא עצם המזיק לא תקלה וע"כ מיירי בנחבט בדליל. ואז מחויב כולי נזקא אי לא אצנעי' אבל הרמב"ם מיירי היכא דהדליל לא הי' רק תקלה.

שהרי הרמב"ם מדייק בלשונו ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר. א"כ לא הי' רק תקלה והרמב"ם לטעמי' דס"ל בור שחייבה תורה הוא אף לחבטו משום דגם על תקלה מחויב.

משו"ה אינו משלם רק חצי נזק שהרי על התקלה יש לו שותף התרנגול ועל תקלה לא שייך האי כולי תקלה עביד משו"ה כתב הרמב"ם דאינו משלם רק חצי נזק וכמו שביארנו: סימן ד סוגיא דאי שתקת ותיבאר אי שיעבוד מטעם קנין או נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין ויתבאר אי שיעבוד מטעם קנין או מטעם ערבות: דף ח מכר לאחד או לשלשה ב"א כאחד כולן נכנסו תחת הבעלים בזא"ז כולן גובין מן האחרון כו' מוכרן לאחד היכי דמי אילימא בב"א כו' אלא פשיטא בזא"ז ומ"ש שלשה דכל חד וחד אמר לי' הנחתי לך מקום לגבות הימנו האי נמי אכל חד נימא לי' הנחתי לך מקום לגבות ממנו הכא במ"ע כגון שלקח עדית באחרונה כו' א"ה ליתי כולהו ולגבי מעדית משום דאמר להו אי שתקיתו ושקליתו כדינייכו שקליתו ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למרי' ושקליתו כולכו מזיבורית א"ה בנזקין נמי נימא הכי אלא הבמ"ע ביתמי דלאו בני פרעון נינהו ושעבודא דילי' עלי' דידי' רמיא הילכך ליכא

למימר הכי אלא משום דאמר להו טעמא מאי אמרו רבנן אין נפרעין מנכסים משועבדין במקום שיש נכסים בני חורין משום תקנתא דידי אלא בהא תקנתא לא ניחא לי כדרבא דאמר רבא כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו כו'.

והנה הרי"ף והרמב"ם פסקו בסתמא דאם מכר לאחד בזא"ז ולקח עדית באחרונה כולן גובין כדינן משום דאמר אי אפשי בתקנת חכמים. אבל הניזקין גובה מן העדית כיון דגם מיני' דידי' ה' גובה מן העדית.

והקשו ע"ז המפרשים אמאי גובה הניזקין מן העדית נימא לי' אי שתקת ותקח מן הבינונית תקח ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למרי' ותקח מן הזיבורית. ודוקא ביתמי אמרינן דכולן גובין כדינן אבל אם המוכר חי גובה הניזקין מן הבינונית.

ומה שתירץ המ"מ בשם הרשב"א דאין הלכה כאוקימתא זו איני מבין דלכאורה האוקימתא לא פליגא על דין דאי שתקת: ונראה לתרץ דהנה לכאורה צריך ביאור מאי דין הוא דאי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא דזיבורית למרי' דפירש הרא"ש דאין הפירוש דיהדר לי' השטר. דהרי בחזרת השטר לבד לא בטלה המכירה אלא פירוש הרא"ש שיכתוב לו שטר מכירה.

וא"כ קשה כיון דצריך דעת הקונה מאין פשוט לן דירצה המוכר לקנות דזה אין לומר דיתן לו במתנה דלזה בודאי יתרצה המוכר כיון שע"ז יפטר מן החוב שאם יגבו ממנו יתחייב לשלם להלוקח בודאי דזה אין סברא לומר דאיך יעשה כן שבשכיל שירצה שישאר עדית אצלו יפסיד הרבה החוב שיש לו לגבות מן המוכר שהרי למחר וליומא חרא כשיהי' לו נכסים יגבה ממנו בשכיל הקרקע שגבו ממנו.

ועתה כשנתן לו מתנה לא יגבה ע"כ דהפירוש שימכור להמוכר. וא"כ קשה מאין ברור לו שירצה המוכר לקנות כדי שיהי' לו טובה.

דיאמר להם אי לא מהדרנא. ועוד קשה על דין דאי שתקת ביבמות דאמרינן שם מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו אדמון אומר ***(הערה גמ' דף ז אלא אמר רב אחא בר יעקב אי איכא לדמוי' לבע"ח מדמינן לה בע"ח דיני' בבינונית ואי אמר הב לי זיבורית בציר פורתא א"ל אי שקלת כדינך שקול כדהשתא ואי לא שקול כיוקרא דלקמי'.

הקשה באסיפת זקנים בשם הראשונים. כיון דמן הדין בע"ח בזיבורית כדאמר עולא דבר תורה בע"ח בזיבורית.

ורבנן הוא דתקנו לבע"ח לשקול בבינונית לימא אלא לא ניחא לי בתקנתא דרבנן כדקי"ל כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין. ונאמרו הרבה תירוצים.

ולא יכלתי לירד לסוף דבריהם הקדושים דאטו אמרה תורה בע"ח יטול בזיבורית. שיאמר אני חפץ בדין התורה.

ואשקול זיבורית בע"כ של הלוה. הלא עולא יליף רק דבע"ח דיני' בזיבורית.

מדאמר קרא והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך. ומה דרכו של איש להוציא פחות שבכלים.

ומזה ילפינן דאפי' זיבורית יכול ליתן הלוה למלוה. שהתורה אמרה שהרשות ביד הלוה להוציא וליתן מה שהוא רוצה.

וממילא אם הלוה רוצה ליתן בינונית בודאי דיכול ליתן לו מן התורה גם בינונית. שהרי אמרה התורה כל מה שיוציא הלוה ויתן יקבל המלוה ע"כ.

וא"כ איך יאמר אני רוצה בדין התורה. הלא זהו דין התורה.

שאם רוצה הלוה ליתן בינונית יתן לו בינונית ואם רוצה ליתן זיבורית בידו ליתן זיבורית. וצריך ביאור דבריהם:**)ילך בקצרה וחכמים אומרים יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר כו' ואמר רבא בארבעה דאתו מכח ארבעה וארבעה דאתו מכח חד כו"ע לא פליגי דמצו מדחי כי פליגי בחד דאתי מכח ארבעה אדמון סבר מצי אמר ליה מ"מ דרכי גבך הוא ורבנן סברי דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאישתעוויא דינא בהדייהו.

וגם שם קשה איך יאמר ואי לא מהדרנא שטרא דפירש הרא"ש דימכור להם. מנא לן לומר שבודאי ירצה המוכר לעשות לו טובה שהיא רעה לזה כיון דלדידי' אין נפקא מינה בזה.

ובתוס' פירשו ובחד דאתי מכח חד לא מצי למימר ואי לא מזבנינא לארבעה דהא פשיטא כיון דלא אתי מכח ארבעה לא. שבקינן ליה.

ולדברי הרא"ש צריך ביאור כיון דגם בחד דאתי מכח ארבעה ג"כ הוא מוכר להבעלים הראשונים וא"כ מה לי מוכר לבעלים הראשונים מה לי מוכר לאחר: ונראה דהפירוש הוא כן כיון דאם הי' מבורר לן באיזו שדה יש הדרך של פלוני אז הי' בטל המקח שהרי במדה כל שהוא חוזר. וא"כ אף אם הי' מחזיר השטר לאחד בלא מכירה ג"כ לא הי' יכולין לגבות ממנו דהי' אומר לו דילמא דרכך באותה שדה שהחזרתי לפלוני השטר וכיון דדרכך שם א"כ לא קניתי מעולם השדה שהרי פלוני הטעה אותי במדה דבטל מקח אף בכל שהוא.

וא"כ לא תוכל עתה לומר דדרכך גבאי הוא ומאותי פלוני בודאי דלא הי' יכול לגבות שהרי יכול לו לומר מאין תדע שהדרך הוא בשדה זה. וא"כ גם עתה שלא החזרתי השטר הריני באותה שדה לא קונה רק אוכל פירות.

וכיון דמבעל השדה לא תוכל לגבות. גם אני שהנני מחזיק שדה שלו ג"כ לא תגבה.

משא"כ בחד דאתי מכח חד דפלוני המוכר הי' יכול לגבות אלא דיאמר אי שתקת ואי לא אמכור לאחר בודאי דלא שבקינן ליה למכור כדי להפסיד. וכן אפשר לומר דהפירוש בב"ק מהדרנא שטרא דזיבורית למרי' ג"כ פשוט דיחזיר בלא מכירה אף דלא קנה המוכר.

אבל כיון דדין הוא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין וכ"ז שהלוה משלם אין גובין מנכסים משועבדים. וא"כ אם הי' נותן אחד רשות ללוה לשלם מנכסיו אף שלא קנה הלוה אין נפרעים מנכסים משועבדים.

וא"כ אם הי' מחזיר השטר ללוה היינו שנותן רשות לפרוע מנכסיו הלא אז לא יוכלו הבע"ח לגבות מנכסים משועבדים. (ולא יהי' פורע חוב חבירו דפטור הלוה לשלם.

דהרי הכא מוכרח הוא לזה כדי שלא יגבו ממנו העדית והוי כמו מדעתו דמחויב לשלם ודו"ק). וכיון דאם היתי מחזיר השטר ללוה היינו שהיתי נותן לו רשות שיפרעו הבע"ח מנכסיו לא תוכל לגבות מנכסיו.

א"כ גם עתה הנני משלם בעדו וכיון דכ"ז שהלוה משלם אין נפרעים מנכסים משועבדים. אף שהלוה נותן זיבורית גם עתה שאני משלם בשביל הלוה ג"כ לא תגבו ממני נכסים משועבדים.

(ופורע חוב של חבירו שלא מדעתו לא מקרי כיון דבע"כ הוא כנ"ל. ואולי אפשר הוא יכול להקשות ג"כ א"כ אף אם יש לו זיבורית שלא קנה מן הלוה ג"כ הדין כן דיאמר אי שתקת אלא דהיא היא הקושיא דבנזקין נמי נימא הכי אף ששיעבודו על עדית): אלא דיש לדחות מה שפירשנו דכיון דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין א"כ אף אם נתן אחד רשות להלוה לשלם להב"ח ג"כ אין נפרעין מנכסים משועבדים אפשר לומר כיון דהא דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים ב"ח הוא רק מדרבנן דמה"ת גובין מנכסים משועבדים.

א"כ נוכל לומר אימתי תקנו רבנן דאין נפרעין רק היכא שהלוה משלם בנכסים שלו דאז השעבוד שלהם גם על אותן נכסים שהרי מיני' דידי' אפי' מגלימא דעל כתפי'. וא"כ כשהלוה משלם בדבר שלהם אז אמרו רבנן אין נפרעין ממשועבדים במקום שיבנ"ח משא"כ אם משלם להם בדבר שאין משועבד להם באופן כזה לא תקנו.

וא"כ איך יאמר להם מהדרנא שטרא בלי מכירה כיון דאין הקרקע של הלוה וא"כ גובין רק מטעם שעבוד יגבו הנזקין מדבר משועבד להם. אכן הוא גופא קשיא אמאי אמרינן דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים ב"ח הוא דין דרבנן אבל מן התורה גובין מן המשועבדים הא אמרינן בב"ב קע"ד ההוא דיינא דאחתי למלוה לנכסי' דלוה מקמי' דלתבעיניה ללוה סלקי' רב חנן ברי' דרב ייבא אמר רבא מן חכים למעבד הא מילתא אי לאו רב חנן ברי' דרב ייבא סבר נכסים דבר איניש אינון מערבין יתי' ותנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יפרע מן הערב וקיי"ל לא יתבע מן הערב תחלה הרי דאין נפרעין מן הנכסים רק בתורת ערבות אם לא יפרע הלוה.

וא"כ איך נפרעין ממשועבדים במקום שיש נכסים בני חורין כיון דהלוה משלם איך יגבו מן הערב. הא בודאי דאף אם פרע הלוה בזיבורית אין גובין מן הערב כיון דאין עליו חיוב כלל כ"ז שלא נתבע הלוה ונתברר שלא שלם.

ועיין בגמרא בכורות מ"ח ויבואר להלן. (ועיין ש"ך חו"מ סימן קכ"ט ס"ק כ"ג דהערב אינו משלם אלא לאחר ל' יום מיום שחזר אחר הלוה ולא מצא כלום משום דהערב לא נתחייב ע"ע והוי כסתם הלואה שהוא שלשים יום.

ואם כי גיסי שי' העיר יפה לענין דינא דאיך מדמה לסתם הלואה שלשים יום דהתם הרי הלואה שישתמש בהמעות א"כ ע"כ צריך ליתן זמן לתשלומין משא"כ בערבות כיון דיש

עליו חיוב לשלם מחויב לשלם תיכף. עכ"פ זה נראה מדברי הש"ך דערבות קודם שלא נתברר שלא שלם מלוה אין עליו חיוב כלל).

וא"כ כיון דהלוה משלם בנכסים בני חורין שלו. אך יתבע מן הערב שהוא מנכסים משועבדים שלו.

ואף אם אין הלוה רוצה לשלם וצריך ב"ד לגבות מן נכסים ב"ח וא"כ נוכל לומר כיון דגובין מן הערב הולכין אל הערב משועבד לו. ומשו"ה מדין התורה גובין מנכסים משועבדים במקום שיש נכסים בני חורין.

אך זה אינו דאף אופן כזה היינו אף שאין הלוה משלם וצריך ב"ד לירד לנכסיו ג"כ לכאורה מדין התורה לא יגבו מן נכסים משועבדים. שהרי כשהלוה אין רוצה לשלם קודם שירדו ב"ד לנכסי הערב עליהם לכפות את הלוה באיזו דבר שיוכלו וכיון שיוכלו לכפותו בזה שיקחו מן נכסיו ג"כ מקרי מני' דידי'.

וא"כ איך יוכל ב"ד לתבוע מן נכסים משועבדים דזהו בודאי אם גובין מן נכסים משועבדים לאו בתורת כפי' ללוה הוא דאיזה כפי' הוא לו אלא מטעם ערבות גובין וא"כ הרי על ב"ד לכפות מקודם את הלוה והוא לכפותו ע"י גבי' מנכסיו. (ועיין בקצות חו"מ סימן ג' שאמר בפירוש דהיכא דתבעוהו ואינו משלם אז יורדין לנכסיו מטעם כפיה).

וא"כ תקשה אמאי אמרינן דהא דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח הוא מדרבנן הא לכאורה מדאורייתא הוא משום דלא יתבע מן הערב תחלה: ונראה דהנה הרמב"ם פסק בהלכות בכורים (פי"א ה"כ) מי שלא בכרה אשתו וילדה זכר ונקבה ואין ידוע איזה מהן יצא ראשון אין כאן לכהן כלום ילדה שני זכרים אע"פ שאין ידוע איזה הבכור נותן ה' סלעים לכהן מת אחד מהן בתוך ל' יום פטור שהמוציא מחברו עליו הראי' מת האב בין בתוך שלשים יום בין אחר שלשים יום בין שלא חלקו האחים בין שחלקו ינתן מן הנכסים ה' סלעים לכהן שכבר נתחייבו הנכסים.

והקשה הטור איך פסק הרמב"ם כן הא בגמ' משמע דאם מת בתוך ל"י אף אם לא חלקו פטורים. דאיתא בבכורות (מ"ח) מי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים כו' מת האב והבנים קיימין ר"מ אם נתנו עד שלא חלקו נתנו ואם לאו פטורים רבי יהודה אמר נתחייבו הנכסים ואמרינן בגמ' דמית האב אימת אילימא דמית לאחר ל' יום בהא אמר ר"מ כי חלקו פטורים והא אשתעבדו להו נכסי אלא דמית בתוך ל' יום מ"ש כי חלקו דאזיל לגבי דהאי ומדחי ואזיל לגבי האי ומדחי כי לא חלקו נמי ליזיל לגבי האי ולדחיי לגבי האי ולדחיי אמר רבי ירמי' זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות בע"ח גובה מהם דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קא שקילנא ואי בחברך מסיקנא מנתא דחברך קא שקילנא אמר רבא מכדי נכסי דבר אינש אינון ערבין בי' מי איכא מידי דלדידי' לא מצי תבע ולערב מצי תבע לי' והתנן המלוה את חברו ע"י ערב לא יפרע מן הערב וקיי"ל לא יתבע מן הערב תחילה אלא אמר רבא לעולם שמת לאחר ל' והבמ"ע דליכא אלא חמש סלעים כו' ודכו"ע אית להו דרב אסי דאמר רב אסי האחין שחלקו מחצה יורשין ומחצה לקוחות ודכו"ע מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא ודכו"ע אית להו דרב פפא דא"ר פפא מלוה ע"פ גובה מן היורשין ואינו

גובה מן הלקוחות והכא בחמש ולא חצי חמש קא מיפלגי כו' אלא דכו"ע חמש ולא חצי חמש והכא בדרב אסי ורב פפא קא מיפלגי ואיכא דמתני לה אסיפא נתחייבו הנכסים דמית האב אימת אילימא דמית לאחר שלשים מכלל דר"מ סבר כי חלקו פטורין הא אישתעבדו להו נכסי אלא בתוך שלשים כי חלקו אמאי מחייב ר"י ליזל לגבי האי ולידחיי' וגבי האי ולידחיי' אמר רבי ירמיה' זאת אומרת שני יוסף בן שמעון שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהן שדה מחבירו בע"ח גובה ממנו דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דידך שקילנא ואי בחברך מסיקנא משתעבדא לי מקמי דידך אמר רבא מכדי נכסי דבר אינש אינון ערבין בי' וכו' כלישנא קמא ע"כ.

הרי מוכח דאם חלקו אזיל לגבי האי ומדחי ולגבי האי ומדחי. ותירץ הכ"מ דטעמא של הרמב"ם מדחזינן ללישנא קמא כי מתמה אימת בתוך שלשים ואמר ליזל לגבי האי ולדחיי' לא מתמה אלא אדר"מ ולא אדר"י משמע דלר"י דאמר נתחייבו נכסים ניהא ליה דלא מצי כל חד לדחוי' משום דאע"ג דמית תוך שלשים יום כשהגיע יום ל' חל החיוב על הנכסים ואע"ג דלישנא בתרא מתמה אדרבי יהודה ואמר ליזיל לגבי האי ולדחיי' פסק כלישנא קמא משום דמסתבר טעמי' עכ"ד.

אך לכאורה דבריו תמוהים דאיך מסתבר טעמא דלישנא קמא דאיך יחול החיוב ביום ל' כיון שהאב מת. ועל הבנים ג"כ לא יחול החיוב שהרי לא נדע לן מי הוא הבכור ואיך יחול חיוב על הנכסים כקושית רבא מכדי נכסוהי דבר אינש כו' והרי גם לישנא קמא ס"ל כן וא"כ באמת קשה אמאי לא פריך רק לר"מ הא גם לר"י קשה.

גם אין לומר דפסק הרמב"ם כרבי ירמיה' שהרי פסק האי דיינא דמחית למלוה מקמי' דלתבע ללוה מסלקינן לי'. ונראה לפרש ואולי כן הוא ג"כ כונת הכ"מ דהנה בב"ב (דף קע"ה) אמרינן דבר תורה שעבודא דאורייתא ופירוש רשב"ם דילפינן מוהאי שר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה וה"ה למקרקע וכן אמרינן לקמן דלא מצי למימר דעולא סבר שעבודא לאו דאורייתא דהא אמר עולא מנין לבע"ח שדינו בזיבורית שנאמר והאי שר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה.

והקשה התוס' מאי ראי' היא זו הא מיירי מיני' דיד' ומיני' דיד' אפילו מגלימא כו'. ועוד הקשה התוס' ז"ל ומה שפירש רשב"ם גבי שעבוד דאורייתא הוי האי קנין דכתיב יוציא אליך את העבוט וגבי לאו דאורייתא פירש והא דכתיב יוציא אליך במשכנו שלא בשעת הלואתו.

בב"מ (דף קי"ד) משמע דבשעבוד דמיני' פליגי ולא ידע רבי מאי קאמר וגם לא הבנתי מה שאומר למ"ד לאו דאורייתא דקראי במשכנו שלא בשעת הלואתו כ"ש דהוי דאורייתא דבשלא בשעת הלואתו הוא גבייה מחוב עכ"ד התוס'. וצ"ל דמדיליף עולא דבע"ח דינו בזיבורית מאשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה אף דקרא מיירי במשכנו שלא בשעת הלואתו והרי חזינן דהקפידה תורה יותר במשכנו שלא בשעת הלואתו מבשעת גבי' שהרי במשכנו שלא בשעת הלואתו אמרה תורה לא תכנס אל ביתו.

ובשעת גבי' פסק הרא"ש בשם הר"ת וכן הובא בשו"ע סימן צ"ז סעיף ט"ו שליח ב"ד נכנס לביתו ויפרע לזה חובו שפריעת בע"ח מצוה הרי דחמיר משבש"ה מגביי'. וכן לענין אוכל נפש אסור למשכן ובשעת גבי' מותר לגבות אפילו אוכל נפש כדאיתא להדיא שם בחו"מ סעיף כ"ג בשם נ"י סוף פ' המקבל.

וא"כ איך מביא עולא ראי' לגבי' דאינה אלא מן הזיבורית דילמא כי אמר רחמנא דהרשות ביד הלוח להוציא הגרוע דוקא בבא למשכנו שלא לפרעון אבל בבא לגבות אז גובה מן הבינונית או מן העידית כדין נזקין. עכצ"ל דעולא ס"ל דבחוק תעמוד והאיש זה קאי בבא לעבוט עבוטו דהוא בבא למשכנו.

וכדדרשינן והאיש זה שליח ב"ד אבל קרא דאשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט זה דין אחר וקאי על גבי' וקמ"ל דבשעת גבי' יש רשות ללוח ליתן למלוח מה שהוא רוצה. היינו אף הגרוע שבכלים.

וא"כ שפיר מביא ראי' דעולא ס"ל שעבודא דאורייתא כיון דפירש דקאי קרא דאשר אתה נושה בו בשעת גבי' א"כ איך כתב קרא יוציא העבוט הא לאו עבוט הוא. עכצ"ל דכל מה שמוציא נקרא עבוט היינו שכל שיש לו הוי כמשכון לגבי מלוח ופירש יוציא הדבר שהי' כבר עבוט היינו שהי' משועבד לו כמשכון (העבוט שהי' כבר עבוט).

ע"כ דס"ל דכל נכסיו של לוח עבוט הם למלוח הרי דסובר שעבודא דאורייתא: עוד יש לומר דמשו"ה מוכיח דעולא ס"ל שעבודא דאורייתא כיון דעולא מביא ראי' מקרא דוהאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט היינו מדנתנה התורה רשות ללוח שהוא ישלם להמלוח לא שהמלוח יקח בעצמו.

מוכח דיש בידו ליתן מה שהוא רוצה. זה אינו אלא אם נימא דשעבודא דאורייתא היינו דיש לו קנין בנכסים לגבות מהם חובו וכסברת ר' ירמיה דס"ל שני יוסף בן שמעון הדרימ בעיר אחת ולקחו שדה בשותפות בע"ח גובה מהם וע"כ דס"ל דהבע"ח יש לו ג"כ קנין בהשדה לגוביינא א"כ יכול לומר גם אני שותף בהשדה והנני נוטל חלקי ומה איכפת לי שמגיע לך פסידא מזה.

וא"כ בלא קרא דוהאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט הוי אמינא דהבע"ח הולך וגובה מן השדה שהרי קנין שלו הוא נוטל. ובא הקרא להוציא דלא נימא כן אלא דרשות ביד הלוח ליתן מה שהוא רוצה א"כ גם זיבורית יתן דזהו עיקר החידוש שנותן לו הגרוע.

אבל אם נימא דשעבודא לאו דאורייתא. א"כ לא יגבה מן הנכסים אלא מדין ערב א"כ פשט הקרא דאשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט היינו כיון דהנכסים ערבין בו.

א"כ איך יוכל ליקח מן הנכסים הלא עליו לגבות מן הלוח לא מן הערב תחילה א"כ דילמא משו"ה כתב קרא דיוציא אליך. היינו שהוא יתן לא שהמלוח יקח שהרי עליו לגבות מן הלוח תחלה.

אבל זה יוכל להיות דעליו החיוב ליתן מעידית או מן בינונית. ואף אם נימא דמסברא ידעינן כיון דאין על הנכסים חיוב ולא נכתב בקרא.

עכ"פ מהפסוק אין רא'. ע"כ דסבר עולא שעבודא דאורייתא וא"כ הי' למלוה לגבות בלא תביעה מן הלוה וקפיד קרא דהלוה ישלם ע"כ דגובה מן הזיבורית.

עכ"פ מדסבר עולא דקרא דיוציא העבוט מיירי בגבי' ומדקרי קרא עבוט ע"כ דשעבודא דאורייתא ויש לו קנין בנכסים. אבל מאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא יסבור דקרא לא מיירי בגבי' דבגבי' לא מקרי עבוט אלא מיירי במשכון.

ומשו"ה קרי עבוט דבע"ח קונה משכון: ולכאורה יש להקשות למה לן טעמא דמשו"ה אין יורדין לנכסי הלוה עד שיתבענו. משום דהוי דומיא דערב דאין תובעין אותו תחלה תיפוק ליה דקרא מפורש הוא אשר אתה נושה בו יוציא אליך לא שתקח בעצמך.

אולם לפי דברינו יתישב. דכיון דמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא קרא דיוציא לא מיירי בגבי' כלל.

והנה טועה בשיקול הדעת אינו חוזר וא"כ בימי רבא דלא נפסק עדיין הילכתא שעבודא דאורייתא. א"כ אף אם סבר רבא דשע"ד הוי רק שיקול הדעת וא"כ לא הי' מסלק הדיין משום דעבר אקרא דיוציא אליך שהרי למאן דס"ל של"ד לא מיירי קרא בגבי' כלל.

משו"ה, קאמר רבא דממ"נ מסלקינן דאם נסבור שע"ד עבר אקרא דיוציא אליך ואם נסבור שעבודא ל"ד אז אדרבה כיון דשעבודא ל"ד א"כ אין גובין מן הנכסים אלא מטעם ערב וא"כ מכש"כ דלא הי' לו להוריד את המלוה טרם שיתבע את הלוה. ומשו"ה סילק רב ייבא ברי' דרב חנן את הדיין כיון דטעה ממ"נ בין אם שעבודא דאורייתא אף דגביית הנכסים לא מטעם ערבות רק מטעם קנין.

אבל הוא עבר אקרא דיוציא אליך היינו שהוא יתן לא שיגבו מקודם. ואם שעבודא ל"ד דלא קאי קרא על גבי' א"כ אין גובין מן הנכסים רק מטעם ערב וא"כ מקודם עליו לתבוע את הלוה.

והנה כ"ז קודם שנפסק הדין דשעבודא דאורייתא אבל לאחר שנפסק הדין דשע"ד א"כ גם אם טעה ועבר אקרא דיוציא אליך מסלקינן לי' משו"ה פסק הרמב"ם דמסלקינן להדיין שהוריד את המלוה לנכסי הלוה קודם שיתבע את הלוה לא מטעם דהגבי' מדין ערבות דהרי הרמב"ם פסק שיעבודא דאורייתא וא"כ הגבי' מדין קנין.

אלא משו"ה מסלקינן להדיין שהרי עבר אקרא דיוציא אליך כיון שעתה נפסק הדין דשע"ד הוי טועה בדבר משנה: ולפי"ז יתבאר היטב טעם הלישנא קמא בבכורות שהקשה במת בתוך ל' יום רק על ר"מ דמחלק בין חלקו ללא חלקו. אבל ר"י דס"ל אף אם חלקו אף במת תוך ל' יום גובין מן הנכסים לא קשה.

הוא דר"י ס"ל שע"ד דילפינן מיוציא אליך את העבוט הרי דכל נכסיו הם לו כמשכון א"כ כיון דגובה מדין קנין א"כ תיכף כשנעשו הבנים ל' יום נתחייב אחד יהי' מי שיהי' וא"כ תיכף נקנה לכהן קנין באותן נכסים לגבות מהן ה' סלעים והוי הוא שותף ג"כ ומשו"ה גובה ולר"י בודאי דאם שני יב"ש לקחו שדה בשותפות בע"ח גובה מהם כיון דדין הגבי' מדין קנין אך ר"מ כיון דס"ל בחלקו פטורים ע"כ דלא ס"ל שע"ד ואף דס"ל

נשתעבדו נכסים ע"כ לאו מדין שעבוד אלא מדין מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא.

וא"כ לאו מקרא דיוציא אליך את העבוט ילפינן אלא סברא הוא כיון שחייבה אותו התורה בדבר מה שיעבדה התורה ג"כ כל נכסיו אם לא ישלם וא"כ רק מדין ערב הוא ולא מדין קנין לגוביינא כמו משכון וא"כ אליבא דר"מ שפיר מקשה רבא מכדי נכסי דבר אינש אינון עריבין בי' (כיון דאין הגבי' מדין קנין לר"מ).

ע"כ אף אם לא חלקו ג"כ לא יגבה אבל לישנא בתרא ס"ל גם לר"י שעל"ד ורק מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמיא. משו"ה פריך גם אליבא דר"י מכדי נכסי דבר אינש.

נמצא הרמב"ם לטעמי' דפסק שע"ד גם אלו שאין כתובין בתורה וא"כ ילפינן מיוציא אליך את העבוט שהי' כבר וא"כ שעבוד מדין קנין דהוי כמשכון. (ופירוש העבוט שהי' כבר עבוט).

משו"ה פסק כלישנא קמא דאף במת בתוך ל' יום וחלקו הנכסים ג"כ גובה כיון שבשעת שנעשו ל' יום אז חל קנינו של הכהן בהנכסים. והוי שותף בהנכסים.

וא"כ גם בדינא דר' ירמיה בשני יב"ש יפסוק הדין כרבי ירמיה. ולא קשה מהא דפסק הרמב"ם בפ' כ"ב ממלוה דאם טעה הדיין והוריד לנכסי הלוח קודם התביעה מסלקינן לי'.

דאף דהגבי' הוא מדין קנין לא מדין ערבות. אעפ"כ כתב קרא האיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך לא שתקח קודם התביעה ומשו"ה מסלקינן לי' דעבר אהאי קרא: ולפי"ז דדין הגבי' מדין קנין יתישב היטב מאי שהקשינו אמאי אמרינן דהא דאין נפרעים מנכסי' משועבדי' הוא רק מדרבנן הא הוא מדאורייתא כיון דעיקר הגבי' הוא מדין ערבות א"כ כ"ז שלא נתברר שלא שלם אין יכול לתבוע מן הערב.

אכן לפי הנ"ל לאו מדין ערב הוא אלא מדין קנין הוא. וא"כ שפיר מדאורייתא לוקח דבר שיש לו בו קנין הוא הנכסים שנשתעבדו לו.

לא אלו שלקח אח"כ זיבורית כיון דקנין שלו יש לו בנכסים המשועבדים ורק תקנתא דרבנן הוא (ומאן דס"ל שעבודא ל"ד יפרש המשנה דאין נפרעין מנכסים משועבדים במקום שינב"ח מפני תיקון העולם. דמשום תיקון העולם אוקמוה אדאורייתא אף דתקנת רבנן לגבות ממנו מן הבינונית.

במקום משועבדים לא תיקנו ואוקמו אדאורייתא). נמצא דהא דאין נפרעין מנ"מ במשינב"ח אי הוי תקנתא דרבנן או דאורייתא תלוי בזה אי שע"ד הוי תקנתא דרבנן ואי לאו דאורייתא הוי מדאורייתא הדין כן.

והנה בתחלה ביארנו פירוש דאי שתקת ואי לא מהדרנא הוא דהקונה יתן רשות להלוה לשלם בנכסים שלו ואין נפרעים מנכסים משועבדים כ"ז שהלוה משלם. אלא שהקשינו כיון דעיקר אין נפרעים הוא מדרבנן דילמא כי תקנו רבנן היכא דמשלם בדבר שהוא שלו.

לא היכא שהלוה משלם בדבר שאין שעבודו של המלוה ע"ז. וא"כ אי נימא דהוי דרבנן לא שייך דין דאי שתקת.

אבל אי הוי דאורייתא מטעם דאין גובין מן הערב קודם שנתברר שלא שילם הלוה שפיר אמרינן דין דאי שתקת. ולפי"ז יתישב בטוב דהנה מעיקרא דהוי אמרינן דין דאי שתקת ע"כ סברי דשיעבוד לאו מדין קנין הוא אלא מדין ערבות דשעל"ד ולאן מדין דיוציא את העבוב ילפינן.

וא"כ לא הוי מצי למימר אנא בהא תקנתא לא ניחא לי דהרי הא דאין נפרעים דין התורה הוא אלא דכיון דדין התורה מצי למימר אי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא פירוש אני אשלם בעד הלוה וכ"ז שלא נתברר שהלוה אינו משלם אין חיוב על הנכסים. ומשום הכי הוצרך למימר דמיירי ביתמי כו' אבל לפי המסקנא דמצי למימר אנא בהא תקנתא הרי דהא דאין נפרעין הוא רק תקנתא דרבנן.

והטעם דגבי' מדין קנין הוא. ורק דין הוא דעל הלוה ליתן ולא יקח בעצמו אם הלוה נותן לו את העבוב (היינו דבר שמשועבד) אבל אם אין נותן לו העבוב אז יקח דבר שהוא שלו בקנין לגוביינא.

וא"כ לא מצי למימר אי שתקת. היינו שאני אשלם בעד הלוה דאימתי תקנו רבנן אם הלוה משלם בדבר שהוא שלו.

ומשו"ה הרמב"ם דפסק שע"ד וקנין לגוביינא הוא דילפינן מיוציא העבוב. וא"כ אין נפרעין מנמ"ש בשיב"ח הוא רק מדרבנן משו"ה לא הביא דין דאי שתקת.

דאיך יאמר אני אשלם כיון דהא דאין נפרעין הוי רק מדרבנן אימתי תקנו במקום שמשלם הלוה משלו ונותן לו דבר שהוא עבוב שלו לא בנותן דבר של אחר: סימן ה סוגיא בשלו הן שמין או בשל עולם. ודין המוכר במלוה שיש אצלו אי קנה: גמרא בינונות וזיבורית נזקין וב"ח בכינונית וכתובת אשה בזיבורית כו' רבינא אמר בדעולא פליגי דאמר עולא דבר תורה ב"ח בזיבורית שנאמר בחוץ תעמוד כו' מר אית ליה תקנתא דעולא.

ופסק הרמב"ם בפ"ט מהלכות מלוה ולוה דאם הי' לו בינונית וזיבורית בע"ח בבינונית ותמהו המפרשים בפרק כ"ד מהלכות הנ"ל איך פסק הרמב"ם שם בשנים שהוציאו שט"ח על זה דאם הי' לזה בינונית ולזה זיבורית זה גובה מן הבינונית וזה גובה מן הזיבורית. יגבה בעל הבינונית לבעל הזיבורית בינונית ויחזור ויגבה ממנו.

ובגמ' שם בכתובות אמרינן (בדף ק"י) איתמר שנים שהוציאו שטר חוב זה על זה רב נחמן אמר זה גובה וזה גובה רב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי אלא זה עומד בשלו וזה עומד בשלו. דכו"ע עידית ועידית בינונית ובינונית זיבורית וזיבורית הפוכי מטרתא הוא כי פליגי דאית לי' לחד בינונית ולחד זיבורית רב נחמן אמר זה גובה וזה גובה קסבר בשלו הן שמין אתי בעל זיבורית וגבי ליה לבינונית דהוי גבי' עידית ואתא ההוא ושקיל זיבורית.

ורב ששת אמר הפוכי מטרתא למה לי קא סבר בשל כל אדם הן שמין סוף סוף כי אתי ההוא בינונית דנפשי' קא שקיל ולרב נחמן מאי חזית דאתי בעל זיבורית ברישא ליתי בעל בינונית ברישא וליגבי זיבורית ולהדר וליגבי נהלי' לא צריכא דקדים תבעי' סוף סוף כי אתי למיגבי בהדדי אתי אלא לא צריכא דאית ליה לחז עידית ובינונית ולחז זיבורית מר סבר בשלו הן שמין ומר סבר בשל כל אדם שמין עכ"ל הגמ' נמצא דלרבינא דס"ל באם יש לו בינונית וזיבורית גובה בינונית.

א"כ יקשה יגבה בעל עידית ובינונית לבעל זיבורית בינונית ויחזר ויגבה ממנו. ואיך פסק הרמב"ם זה גובה וזה גובה אחרי שהוא פסק כרבינא.

וכן הרי"ף מסיק דפלוגתייהו אי בשל עולם הן שמין ופסק כרב נחמן והתם פסק כרבינא: ונראה לי לישב בתחלה דעת הרמב"ם. ואח"כ נבאר דעת הרי"ף דהנה הרמב"ם פסק בפ"ז בהלכות מכירה ה"דז"ל מי שהי' לו חוב אצל חבירו ואמר לו מכור לי חבית של יין בחוב שיש לי אצלך ורצה המוכר ה"ז כמו שנתן הדמים עתה וכל החוזר בו מקבל מי שפרע.

לפיכך אם מכר לו קרקע בחובו אין אחד מהן יכול לחזור בו. והקשה הראב"ד דהרי בקידושין אמרינן ואי מלוה להוצאה נתנה אמאי ושויין במכר שזה קנה הרי דאם נפסוק המקדש במלוה אינה מקודשת גם במכר לא קנה.

וא"כ הרי פסקינן המקדש במלוה אינה מקודשת ואיך פסק הרמב"ם דבמכר קונה מלוה. והנה בירושלמי קידושין פ"ב ה"ה איתא בקידושי מלוה לחומרין בקרקעות לא קנה ובמטלטלין אין מוסרין אותו למי שפרע ביקש להעמיד לו מקחו נשמעיני' מן הדא והרי לך אצלי בו יין ויין אין לו הא יש לו חייב ליתן לו תני רבי חייא אם יש לו יין חייב ליתן לו יין.

וכבר תמה הרשב"א דמפשטות דברי הירושלמי משמע דהלוקח יכול לחזור ואין מוסרין אותו למי שפרע אבל המוכר לא יכול לחזור בו וקנה הלוקח קנין גמור. ואיך אפשר שהלוקח אין מחויב במי שפרע והמוכר מחויב להעמיד המקח.

אכן לפי מה שביארנו למעלה דהרמב"ם פסק במת האב בתוך ל' בין שחלקו בין שלא חלקו נשתעבדו הנכסים משום דס"ל כלישנא קמא דבכורות דאליבא דעולא האי קרא דוהאיש אשר אתה נושה יוציא אליך את העבוט. קאי בבא לגבות חוב.

לא בבא למשכנו דע"ז מיירי תחילת הפסוק. ויש בפסוק שני דינים האחד דאם תבא למשכנו לא תכנס אל ביתו לעבוט עבוטו רק בחוץ תעמוד.

וכן אם באת לגבות בדין אז אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט. ומזה ע"כ מוכח דשעבוד מטעם קנין מדקראה לו תורה עבוט ע"כ דכשמגיע לאחד חוב אז כל נכסיו קרוין עבוט אליבא דעולא.

היינו שהתורה עשתה כל נכסיו כמו משכון אלא דהתורה נתנה רשות ללוה ליתן מה שירצה. והנה במלוה על שדהו ואמר אם לא אתן לך מכאן ועד שלש שנים הרי היא שלך.

למאן דס"ל אסמכתא קניא. לא צריך קנין אחר שהרי מתחלה הלוח באופן שאם לא שלם אז יהי' שלו ונעשה קנין בשעת מעשה לזה למאן דס"ל אסמכתא קניא.

וכן יהי' הדין אם הזמן לא יהי' תלוי בימים רק במעשה הלא ג"כ יהי' קנוי בלא קנין למשל אם הלוח על שדהו ואמר אם לא אלך בשעה פלונית למקום פלוני יהי' שלך יהי' גם כן קנוי בעת הגיע הזמן. והנה בפסחים פליגי אביי ורבא אי בע"ח למפרע הוא גובה או מכאן ולהבא.

דלאביי משעה שהלוחו קנוי לו אלא דיש לו זכות לשלם. וממילא כששילם איגלאי מילתא למפרע דלא הי' שלו אבל אם לא שילם אז איגלאי מילתא למפרע דהי' שלו.

והנה אף דרבא פליג וס"ל דלא אמרינן איגלאי מילתא דקני למפרע אבל זה נוכל לומר דגם רבא ס"ל דמכאן ולהבא אין צריך קנין. כיון דבשעה שהלוחו חל השעבוד על כל נכסים.

וכמו שביארנו דלעולא שעבוד מטעם קנין. ובשני יוסף בן שמעון הדריים בעיר אחת ויש להם שדה בשותפת וציא שט"ח על אחד מהן יוכל הבע"ח לגבות.

משום דהרי יש לו קנין בהשדה לגבות וחל שם עבוט על כל הנכסים. אלא דיש רשות להלוה לברר על איזה דבר.

אבל כיון דבירר הלוח דרוצה לפורעו מדבר הלא זה הוא העבוט. והוי כאילו הלוח על דבר זה ואמר לו כשיגיע הזמן יהי' שלך.

ה"נ בהגיע הזמן היינו שהלוח רוצה לפרוע מדבר זה הרי זה הדבר נעשה שלו. ובמכאן ולהבא ס"ל לרבא ג"כ דלא בעי קנין דכיון דדין התורה הוא שיגבה מדבר זה הרי נעשה דבר שלו.

ולא שייך כאן אסמכתא שהרי לא גזים וכן הוא הדין ואף אם בשעה שהלוחו לא הי' לו עדיין הדבר אבל כיון דשעבודא דאורייתא הלא נעשה עבוט כל שקונה בעד החוב (אף שפסק הרמב"ם דאקני לא אמרינן אחריות טעות סופר היינו מדרבנן דבעי שטר) ומשו"ה מיושב שפיר הא דאמרינן בב"מ (דף ס"ו) דלאחר מתן מעות קנה כנגד מעותיו.

ובשעת מתן מעות קנה הכל. והוא דלאחר מתן מעות אם הלוח רוצה להגבהו משדה זו הרי על זה אמרה התורה יוציא אליך את העבוט.

ופירש בתוס' דקאי גם על קרקע. ומהו יוציא אלא הכונה דמראה לו זה יהי' לתשלומין וכיון דרצה הלוח שיגבה מזה נעשה תיכף דין הגבי' על שדה זו ונעשה שלו.

וכיון דדין הגבי' על שדה זו ולא יותר אין צריך קנין כמו בשור תם דכיון דדין הגבי' על השור ס"ל לר"ע שנעשה שותף תיכף ולא בעי קנין. אבל כיון דהוא רק מטעם גבי' ממילא לא קנה אלא כנגד מעותיו.

אבל בשעת מתן מעות אז אם הקנה לו הרי הכסף הוא מטעם קנין. וממילא הדין בנותן פרוטה על השדה קנה כל השדה.

משא"כ בגבי' אין יוכל לגבות רק כדי חובו ונכון בע"ה: מעתה מבוארים דברי הירושלמי. דהנה אם אחד רוצה למכור לחבירו דבר בעד החוב נהי דלא יוכל לקנות מטעם ההלואה שהרי מלוה להוצאה נתנה ולא הוי כסף אבל עכ"פ יוכל לקנות מטעם עבוט.

שהרי כיון שהלוה רוצה למוכרו בעד החוב. הרי זה כמו שרוצה לפורעו בזה בעד החוב. ונעשה דין עבוט ע"ז שרוצה למוכרו. ומהו דין העבוט הזה שזה יהי' שלו בהגיע הזמן. ומהו הזמן. שהלוה רוצה שיפרע המלוה מזה.

שכ"ז שלא רצה הלוה הי' לו רשות לדחות אצל דבר אחר אבל כיון שהראהו על דבר זה. כבר נתקיים יוציא העבוט.

אלא כיון שהוא מטעם גבי' לא יוכל לגבות רק כמה שמגיע לו ולא יותר אבל אם הי' מלוה כסף אז הי' קונה אף שזה אלף בעד מלוה פרוטה. לפי"ז הפירוש בהירושלמי כן בקרקעות לא קנה במטלטלין אין מוסרין למי שפרע היינו אם באנו לדון מטעם קנין שיקנה אף יתר על המלוה.

אז לא קנה ואף למי שפרע אין מוסרין מה שיתר על המלוה. אבל אם ביקש רק להעמיד מקחו כמו שהלוה.

היינו אם המכירה היתה רק בדמי הלואה זה מחויב להעמיד וראי' ממתניתין שאם אין לו יין. הא יש לו חייב ליתן לו יין.

משום דמתניתין מיירי היכא שלא הי' הקנין רק כדי הלואה ואז קונה מטעם גבי' כיון שחל דין הגבי' על היין שהרי הוציא לו עבוט את היין. משו"ה שפיר פסק הרמב"ם בקדושין לא קנה דהתם לא שייך גבי' ורק מדין קנין והלואה כיון דלהוצאה נתנה לאו כסף הוא.

אבל גבי מכר כיון דרוצה ליתן החבית של יין בעד החוב אז זהו העבוט ונעשה תיכף שלו מדין גבי'. וכל זה הוא דוקא אם נסבור כעולא דשעבוד מטעם קנין.

דאז מיירי קרא דיוציא העבוט בבא לגבות. אבל אם נסבור שעבודא לאו דאורייתא קרא דיוציא אליך את העבוט מיירי ג"כ בבא למשכנו ולא בגבי'.

ולא נקרא כלל עבוט. ע"כ לדידי' צריך המלוה לעשות קנין בנכסי הלוה כשבא לגבות שהרי לא הי' לו כלל קנין בהנכסים (ולדידי' בשני יב"ש שיש להם שדה בשותפת לא יוכל לגבות בעה"ש לדידי' הגבי' מהנכסים הוא מדין ערב וכו') משו"ה לדידי' אם נימא דמלוה להוצאה ניתנה ולא כסף הוא גם במכר לא יוכל לקנות במלוה אם נסבור מלוה להוצאה ניתנה.

משו"ה בקדושין דאזלא הסוגיא אליבא דרב דס"ל שעבודא לאו דאורייתא פריך ואי מלוה להוצאה ניתנה במכר אמאי קנה. אבל הרמב"ם דס"ל שיעבודא דאורייתא וס"ל מטעם קנין כדמוכח מהלכות בכורות משו"ה במכר פסק דקנה מטעם כיון דרצה לפרוע נעשה ע"ז דין העבוט וקנה בלא קנין אחר.

והנה הר"ן הביא דהרשב"א הקשה אמאי אמר רב נחמן זה גובה וזה גובה. לימא בעל בינונית לבעל זיבורית אני פורע אותך בחוב שאתה חייב לי ותירץ דמהא שמעינן דשטרא לאו בני גוביינא נינהו דמילי נינהו אע"ג דמילי דמזדבני בפריטי נינהו מכל מקום לאו בני גוביינא דבי דינא נינהו.

וב"ד ג"כ אין יכולין להגבות מלוה שיש לו ללוה אצל אחרים בחוב שיש לו עליו מתורת גוביינא אלא דלכי מטא זימנא מוציאין מזה ונותנין לזה מדרבי נתן כו' עכ"ל הר"ן בשם הרשב"א בכתובות (דף ק"י): ובזה מיושב שפיר מה שהקשו איך פסק הרמב"ם בשנים שהוציאו שט"ח על זה ויש לזה עידית ובינונית ולזה זיבורית זה גובה וזה גובה.

הלא אם יגבה בעל הזיבורית בינונית יחזור בעל העידית ובינונית ויגבה הבינונית שהרי פסקינן בינונית וזיבורית בע"ח בבינונית. כרבינא אליבא דעולא.

אכן לדברינו הרי ביארנו דאליבי' כל נכסים המה עבוט. נמצא כיון שבאו לב"דוב"ד פסקו שזה גובה וזה גובה הרי נעשה לבעל עידית ובינונית הזיבורית של זה עבוט ולזה היינו לבעל הזיבורית נעשו לו הבינונית של זה עבוט נהי דלא נעשה שלו לגמרי.

כיון דעדיין לא הראה הלוה. ולא נתקיים יוציא העבוט אבל עכ"פ דין הגבי' חל על שדה זו.

והרי המ"מ פסק דבעשה שדהו אפותקי אף באפותקי סתם. אין יכול לסלקו בנכסים אחרים.

נמצא כאן דפסקו ב"ד לבעל עידית ובינונית שגובה מן בעל הזיבורית נעשה לו הזיבורית עבוט. נמצא אף דאח"כ קנה בינונית היינו שגבה מן בעל העידית ובינונית.

אעפ"כ כיון דחל שעבודא של בעל העידית ובינונית על הזיבורית לא גבי מן הבינונית. וזה אין לומר כיון דחל שעבודא שלו על בינונית יחול שעבוד של בעל הבינונית על הבינונית גופא.

זה אינו כיון דלא נעשו שלו רק משועבדים לא חל על זה דין שעבוד. דעבוט נעשה נכסיו שלו לא אלו שהם רק בשעבוד דשטרא לאו בני גוביינא דבי דינא נינהו.

ומשו"ה פסק הרמב"ם זה גובה וזה גובה. ולא קשיא מגמ' כתובות.

דהתם קאי למאן דאמר שעבוד לא מטעם קנין שהרי סבר שם דבינונית וזיבורית גובה בע"ח מזיבורית ולעולא הרי גובה מן הבינונית כמו שסובר רבינא. וע"כ דלא ס"ל דעולא.

וא"כ מטעם שעבוד לא נעשה כלל עבוט. אלא דדין הוא לגבות.

וממילא אזלינן בתר שעת הגבי'. משו"ה שפיר תלי הגמ' דתליא אי בשלו הן שמין אי בשל עולם.

אבל אי נעשה עבוט לא תליא כלל בזה. ובזה יתישב מה דלכאורה יש להקשות איך אמרינן בב"ק דאם היתה לו עידית ומכרה.

אף שבשעת הגבי' אין לו אלא בינונית וזיבורית גובה מן הבינונית כיון דהי' לו מקודם עידית וחל דין הגבי' על הבינונית. וממילא הכא בינונית לזה וזיבורית לזה הרי חל דין הגבי' על הבינונית ואמאי אמרינן הכא בכתובות אם אח"כ גבה זיבורית מגבה לבע"ה שלו זיבורית.

אלא דהגמ' בב"ק סבר כעולא דנעשה עבוט וממילא כשנעשה לו אפותקי הבינונית לא יכול לסלק בזיבורית. ומשו"ה פסק הרמב"ם דזה גובה וזה גובה.

דכיון דנעשה לו זיבורית עבוט לא יגבה מן בינונית. אבל הגמרא בכתובות סבר דלא נעשה עבוט וממילא עיינינן עיקר הדין בשעת הגבי' ממה יגבה: אלא דזה אינו אלא תירוץ אליבא דהרמב"ם דלדידי' דס"ל דנעשה עבוט לא תלי כלל אי בשלו אי בשל עולם.

אבל על הרי"ף עדיין יקשה. דהרב הביא בכתובות דמחלוקת ר"נ ורב ששת תלי אי בשלו הן שמין אי בשל עולם.

ופסק כרב נחמן הרי דפסק דזה גובה וזה גובה. מטעם דבשלו הן שמין ולדידי' הוי האי בינונית עידית.

וגובה הבע"ה מן זיבורית והרי הרי"ף בעצמו פסק בב"ק דבינונית וזיבורית גובה בע"ה מבינונית משום דעולא. ונראה לי לישב דהנה בגיטין אמרינן מפני מה אמרו הנזקין בעידית משום הגזלנין והחמסנין כדי שיאמר אדם למה אני גוזל למה אני חומס למחר בית דין יורדין ונוטלין שדה נאה שלי וסומכין על מה שכתוב בתורה מיטב שדהו כו'.

ולכאורה קשה איך אמרינן שמשום זה לא יחמוס שירא שיגבו ממנו שדה נאה. כיון דכבר אמר גזלנין ע"כ חמסן מיירי היכא דיהיב דמי.

וא"כ הרי יהיב כבר מיטב דהרי כל מילי מיטב. ומכש"כ כסף דלכו"ע או כסף או מיטב. אכן יש ליישב כיון דקיי"ל זה גובה וזה גובה. נמצא דאח"כ כשהנגזל יבא לתבוע דבר שחמס והוא יתבע מן הנחמס דמים שלו הוא יהי' בע"ה שהרי הי' לו רשות להוציא הכסף.

ויגבה בינונית והנגזל יגבה ממנו עידית. כדין נזקין.

אך גדול אחד הקשה ע"ז מדברי הנמוקי יוסף בב"ק בהמניח על מתניתין דשני שוורין שחבלו זה בזה משלם במותר חצי נזק ז"ל הנ"י אמר המחבר וקמ"ל מתניתין דאע"ג דקיי"ל בעלמא כרב נחמן דאמר זה גובה וזה גובה גבי נזקין כו"ע אית להו דלא אמרינן זה גובה וזה גובה. דכיון דזכה ליה רחמנא למגבי מיטב זהו מיטב שלהם שיעמוד כל אחד בשלו כו'.

וא"כ לפי"ז הקשה היך יגבה אח"כ הלא זהו מיטב שיעמוד בשלו ואיך יוכל הנגזל לגבות מן העידית שהרי כבר גבה מה שעומד בשלו. אך לי נראה דאין כאן קושיא כלל דכפי הנראה סבר הגדול בפירוש דברי הנמוקי יוסף דמשו"ה לא אמרינן ז"ג וז"ג גבי שני שוורים דכיון דשלם לו במיטב מה שאינו גובה ממנו.

אך אי אפשר לומר כן דא"כ תקשה איך אמרינן זה גובה וזה גובה הרי כבר שלם לו בעידית במה שאינו גובה ממנו ואטו בע"ח ששילם בעידית יבא ויתבע אח"כ בינונית בודאי דאם רוצה לשלם בעידית לא יוכל המלוה לבקש דוקא בינונית דהא דיהיב בינונית הוא לטובת הלוח ע"כ דהפירוש בהנ"י הכי דהרי א"ל חד לאידך כיון דזכי ליה רחמנא מיטב א"כ זהו המיטב שאגבה משלך היינו במה שאין אני משלם לך בעד חוב שיש לך אצלי זהו המיטב שאני גובה בעד חוב שיש לי עליך וא"כ לא קשה משנים שהוציאו שט"ח דכמובן אין זה קרוי מיטב אלא אם רוצה לעמוד בשלו אבל אם אינו רוצה לעמוד בשלו אינו מיטב לגבי דידי וא"כ הרי התם לא יוכל לומר אחד לחבירו אגבה ממך מה שלא אשלם לך בעד החוב שהרי מיטב לא זכה ליה רחמנא וכיון דהדין הוא דזה גובה וזה גובה איך תגבה ממנו הבינונית שלך שהרי לגבי דידי הוא עידית דלי אין לי אלא זיבורית וממילא הבינונית הוי עידית וא"כ לא קשה מה שהקשה הגדול אמאי בחמסן יגבה הנגזל מן החמסן עידית וישלם לו בינונית יעמוד כ"א בשלו שהרי אין החמסן יכול לומר להנגזל אגבה בעד מעות החוב שיש לך עלי שהרי החמסן שהוא רק בע"ח לא זכי ליה רחמנא עידית וכיון דהנגזל אינו רוצה לגבות בעד החוב לא הוי לדידי עידית מה שיעמוד בשלו ולפי זה לא יסבור הנ"י כהרשב"א דשטרא לאו בני גוביינא דבי דינא שהרי התם גובה מחוב ויש לומר דנהי דאם אינו רוצה לגבות לא יוכל לתת לו שטרות דיאמר לו דין התורה הוא לגבות מנכסים ולא תוכל לדחות אצל שטרות אבל אם רוצה לגבות בודאי דיוכל לגבות אף שטרות כיון דזכי ליה רחמנא לגבות מן העידית: ועפ"ז מיושב שפיר דעת הרי"ף שהביא דמחלוקת רב נחמן ורב ששת תלוי אי בשלו הן שמין אי בשל עולם הן שמין ופסק כותי' דרב נחמן אף דהוא סבר דבינונית וזיבורית גובה בע"ח בינונית דהנה טעם רבינא דס"ל דאליבא דעולא דאמר דבר תורה בע"ח בזיבורית שנאמר והאיש אשר כו' ומה טעם אמרו בבינונית שלא תנעול דלת בפני לוויין ואם יש ללוח בינונית וזיבורית גובה בע"ח בינונית הוא דכיון דעשו רבנן תקנה שלא תנעול דלת בפני לוין שלא יאמר המלוה אילו הוי לי זוזי הוי שקלי בינונית א"כ עיקר התקנה מה שהוא לגבי המלוה שם בינונית היינו בדעלמא שאף שלהלוח הוי עידית משום דאין לו עידית אחרת מ"מ לגבי המלוה הוי נעילת דלת שיקח דבר מה שלכל העולם הוא גרוע ויניח בינונית ומה איכפת ליה שאין להלוח עידית אחר אם להלוח מקרי בינונית שלו עידית אבל באמת לכל העולם אינו אלא בינונית.

ומאן דפליג אדעולא ס"ל דמן התורה דין בע"ח בבינונית א"כ כיון דבשלו הן שמין הרי לאו בינונית היא דבדאורייתא לא שייך טעמים. נמצא דאליבא דרבינא כמו דבנזקין בשלו הן שמין היינו לגבי הניזק בע"ח יהי' השלו הן שמין לגבי המלוה היינו דלגבי המלוה מקרי בינונית מעתה אליבא דרבינא יהי' מחלוקת רב נחמן ורב ששת דרב נחמן ס"ל בשלו הן שמין פירוש דעיינינן מה שהוא לגבי המלוה בינונית וכיון דהמלוה אינו רוצה לעמוד בשלו לא הוי לגבי דידי בינונית משו"ה זה גובה וזה גובה היינו שלא יוכל לומר בעל הבינונית לבעל הזיבורית אני פורע לך במה שאני גובה ממך דכיון דהוא אינו רוצה הוה לגבי דידי זיבורית אבל רב ששת סבר בשל עולם הן שמין וכיון דלגבי עולם הוי אף עידית מה שעומד בשלו נמצא דיוכל בעל הבינונית לומר לבעל הזיבורית אני פורע לך במה שאין אני גובה ממך אף דלדידך הוי זיבורית כיון דלגבי עולם הוי עידית

לא תוכל לגבות ממני ורב אלפס פסק כרב נחמן דבשלו הן שמין משו"ה אין יכול לפוטרו בזה שאינו גובה ממנו וחל הדין דזה גובה וזה גובה ונעשה לזה עבוט הבינונית ולזה הזיבורית ולא יוכל לגבות בדבר אחר כיון דנעשה לו עבוט: סימן ו סוגיא דהאחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן.

ויתבאר הרבה דיני שותפים. ויחקור אי דבר של שותפות הוי כולו לזה וכולו לזה או מחצה לזה ומחצה לזה: ב"ק ט' בגמרא האחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהן רב אמר בטלה מחלוקת ושמואל אמר ויתר רב אסי אמר נוטל רביע בקרקע ורביע במעות.

רב אמר בטלה מחלוקת קסבר האחין שחלקו יורשין הוי ושמואל אמר ויתר קסבר האחין שחלקו לקוחות הן וכלוקח שלא באחריות דמי ורב אסי אמר נוטל רביע בקרקע ורביע במעות מספקא ליה אי כיוורשין דמי' וכו'. ואיתא ברא"ש ז"ל וסברא ראשונה עיקר הוא מדחזינן גמ' דבית כור דנפסק הלכתא כרב דאמר בטלה מחלוקת אע"ג דבכל דוכתי הלכה כשמואל בדיני דמטעם דאיהו סבר יש ברירה לא איפסק כותי' דקי"ל דבדאורייתא אין ברירה אלא דסברה מוחלטת היא דיתמי כרעא דאבוה נינהו לפרוע חוב אביהן בשוה בין נטלו שניהם קרקע בין אחד נטל קרקע ואחד נטל כספים כו' עיין שם בדבריו: והנה דברי הרא"ש שגבו ממני דאיך שייך לומר דיתמי כרעא דאבוה נינהו לפרוע חובת אביהן.

אטו על גופם מוטל לפרוע חוב אביהן א"כ מאי איכא בין מאן דאית ליה שעבודא דאורייתא ובין מאן דאית ליה שעבודא לאו דאורייתא וע"כ החילוק הפשוט הוא דלמאן דאית ליה שעבודא דאורייתא מוטל החיוב על הנכסים ואם מת הלוה גובה מהנכסים ולמאן דאית ליה לאו דאורייתא אין השעבוד חל כלל על הנכסים אלא על גוף הלוה א"כ כשאין הלוה אין ממי לגבות ועל היתומים לא מוטל לפרוע חוב אביהן (ורק מטעם מצוה) אבל דכו"ע סברי דעל גוף היתומים לא מוטל חיוב לפרוע חוב אביהם א"כ כשאין בע"ח לגבות אחרי שכבר נסתלק מדוע יפרע כיון דהוי כלקוחות שלא באחריות ולא עדיף מהלוה בעצמו שבדאי עליו מוטל לפרוע ואפילו הכי כשגבו מהלוקח שלקח ממנו שלא באחריות אינו משלם ואם נימא דס"ל כלקוחות באחריות הוי לן למימר דמשלם אבל לא בטלה מחלוקת אחרי שאין על היורש לשלם ולא מוטל חיוב על גופו רק שיש כח להבע"ח לגבות מהנכסים: ונראה לי הטעם דפסקינן בטלה מחלוקת אע"פ דפסקינן אין ברירה דהנה בנדרים אמרינן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנוס לחצר ראב"י אומר זה לתוך שלו הוא נכנס וזה לתוך שלו הוא נכנס ופסקינן שם הלכה כראב"י והקשה הר"ן כיון דאמרינן בב"ק טעמא דראב"י משום ברירה איך פסקינן כראב"י דסבר ברירה הא קי"ל בדאורייתא אין ברירה ותירץ הר"ן על זה דברירה דהכא לא דמי לברירה בעלמא דהיינו טעמא דלא אמרינן ברירה דאין ראוי הדבר לחול על ספק כו' אבל הכא עקרו של דבר מתברר משעה ראשונה ומעוטו לאחר מכאן לפי שאף משעה ראשונה אין אנו מסופקים שלא יזכה כל אחד מהם בכל גוף חצר זה ואין אנו מסופקין ג"כ שמא אפילו ירצה פלוני לזכות לא יזכה בה שהרי משעה ראשונה אנו יודעין שעתיד כל אחד לזכות גוף החצר ושיזכה בו כל שעה שירצה הלכך כיון שעקרו של דבר מתברר

מתחלתו ומה שהוא מתברר לאחר מכאן שלא נתבררה תחלה אינו אלא מיעוטא דהיינו הזמן שרצה לזכות בגוף של חצר וזכה כל כה"ג יש ברירה כו' ומשו"ה נהי דבעלמא סבירא לן אין ברירה בדאורייתא בכל זאת פסקינן הכא כראב"י דבכי הא יש ברירה עכ"ד.

אך סברתו אינו מבורר לנו כי מאי שנא מהאחין שחלקו גדים כנגד גדים דג"כ מבורר לנו שכל שיתרצו אחד לזכות בגוף גדי זה וזה בגוף גדי זה יזכו אלא דלא נוכל לידע אם עתיד שיזכה בגוף זה א"כ גם הכא אין עתיד שיזכה בזמן זה ומה לי אם החלוקה לזמן או החלוקה בגופים ובר מן דין אף אם נימא דיש חילוק בין ברירה דהכא לברירה דעלמא לא אבין איך יפרנס הגמ' בביצה (דף ל"ט) דאמרינן שם מילא ונתן לחבירו רב נחמן אמר כרגלי מי שנתמלאו לו רב ששת אמר כרגלי הממלא במאי קמפלגי מר סבר בירא דהפקרא ומר סבר בירא דשותפי הוא איתיבא רבא לרב נחמן הרי את עלי חרם וכו' הריני עליך ואת עלי שניהם אסורין זה בזה ומותרין בשל עולי בכל ואסורין בשל אותה העיר ואלו הן דברים של עולי בכל הר הבית הלשכות והעזרות ובור של אמצע הדרך וכו' ואי אמרת בירא דשותפי הוא אמאי מותר והתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנוס לחצר.

לרחוץ בבור ה"נ הב"ע למלאות מר מדידי' קא ממלא ומר מדידי' קא ממלא וסבר רב נחמן יש ברירה והתנן האחין השותפין כשחייבין בקלבון פטורין מן המעשר בהמה כשחייבים במעשר בהמה פטורים מן הקלבון כו' ורב נחמן אמר אפילו חלקו גדים כנגד גדים וטלאים כנגד טלאים אין אומר זה חלקו המגיע משעה ראשונה עכ"ל הגמ'.

והנה בב"ק אמרינן המדלה מים מן הבור ובא חבירו ואמר לו הנח לי ואני אדלה מים כיון שהניחו משתמש פטור ראב"י אמר משימסור דליו במאי קמפלגי ראב"י סבר יש ברירה ורבנן סברי אין ברירה ותלינן דאזדו לטעמייהו דתנן השותפין שנדרו הנאה זה מזה אסורין לכנס לחצר ראב"י אומר זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו הרי חזינן דבור של שני שותפין הוי הברירה כברירת חצר שאין בו דין חלוקה מדתלי' הגמרא זה בזה א"כ לדברי הר"ן דהאי ברירה דהכא לא דמי לברירה דעלמא א"כ גם ברירת בור של שני שותפין לא דמי לברירה דעלמא וא"כ מאי מקשה בגמ' ביצה שהבאנו וסבר רב נחמן יש ברירה והא אית ליה אם חלקו גדים כנגד גדים אין אומר זהו חלקו המגיע משעה ראשונה.

מאי קושי' היא זו כי לית ליה ברירה בברירה דעלמא משא"כ בבור של שני שותפין דדמי' לברירה דחצר שאין בו דין חלוקה שם אית ליה ברירה דהא לא דמי' הך ברירה של חצר שאין בו דין חלוקה לברירה דעלמא לדברי הר"ן וברירה כזו יסבור רב נחמן דיש ברירה כדפסקינן הלכה. וגם היא גופא קשה איך מדמה הגמ' בור של שני שותפין לחצר שאין בו דין חלוקה התם הברירה בזמן משא"כ היכא דהברירה בגוף הדבר והלא לדברי הר"ן הלא תלוי בזה אם עיקר הברירה בזמן ואולי הר"ן סבר לה דראב"י סבר ברירה בעלמא ואנן פסקינן הלכה כראב"י ולא מטעמי' ולפי זה בבור של שני שותפין דהברירה בגוף הדבר לא נפסק כותי' אך הרמב"ם פסק ג"כ בבור של שני שותפין כראב"י א"כ לדידי' ע"כ דמי' הך ברירה לחצר שאין בה דין חלוקה א"כ מאי מקשה

בביצה וסבר רב נחמן יש ברירה והא סובר אין אומר זה חלקו המגיע גבי חלקו גדים כנגד גדים.

הא הך ברירה דבור של שני שותפין לא דמי' לברירה דעלמא והדרא קושין לדוכתי': ע"כ נראה לי לומר דהנה יש לחקור מהו דין שותפות אם הכונה דדבר השייך לשותפין שייך לזה חציו מהדבר ולזה חצי. וממילא בכל חלק מהדבר יש לשניהם רשות על זה. משום שבכל חלק מהדבר השייך לשניהם. יש לזה חצי ולזה חצי.

או נימא דדין שותפות הוא היינו ששייך כולה לזה וכולה לזה. והנה אם נימא דדין שותפות הוא שחצי לזה וחצי לזה א"כ כשמחלקין ביניהם הדבר שיש למו בשותפות צריכין אנו לומר דכל אחד מוכר לחבירו מחצה שלו וקונה מחצית שהי' לחבירו אבל אם נימא שבעת שהיו שותפין בדבר הי' כולה לזה וכולה לזה א"כ כשמחלקין ביניהן אין הכונה שלוקח דבר של חבירו אלא שרשות חבירו נסתלק וממילא נשאר שלו כמו שהי' מקודם כולו שלו ויש לומר דזהו מחלוקת רש"י ותוס' בכתובות (דף פ"ג) דאמרינן שם האומר לחברו דין ודברים אין לי עמך על שדה זו וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום כו' ואמרינן שם קנו מידו מהו ופרש"י דהאיבעי' דקנו מידו קאי אם אמר לשותפו דין ודברים אין לי עמך והקשה בתוס' וז"ל וקשה לר"י דמה יש להועיל שם קנין שהרי למי מקנה אותה והלא לכו"ע מפקר לה עכ"ל התוס' ונראה לי דבזהפלידי רש"י ותוס' דרש"י סובר דשותפים מקרי כולה לזה וכולה לזה א"כ ממילא כשאחד מסלק רשותו ממילא נשאר של חבירו משו"ה ס"ל לרש"י דסילוק מועיל משא"כ תוס' ס"ל דחצי לזה וחצי לזה וא"כ צריך לקנות של חבירו וע"ז מקשי שפיר מאי מהני שהאחד מסלק רשותו אכתי לאו שלו הוא אלא לכו"ע מפקיר לה.

ובזה ישבתי דברי רשב"ם ב"ב (דף מ"ג) דאמרינן שם בני העיר שנגנב ס"ת שלהן אין דנין בדייני אותה העיר ואין מביאין ראי' מאנשי אותה העיר ופריך וליסלקי בי תרי מינייהו ולידיינו ופרשב"ם יכתבו דין ודברים אין לי על ס"ת זו ויקנו מידם עכ"ל והקשו הא הוי אינו ברשותו ואיך מועיל קנין על דבר שאינו ברשותו ואמרתי כיון דרשות שותפים הוי כולה לזה וכולה לזה א"כ לא בעינן רק שיסלק רשותו וכיון שאינו עושה מעשה בגוף הדבר רק מסלק קנינו משו"ה מהני אף בדבר שאינו ברשותו ולא דמי למפקיר דהתם הוא כמו שעושה דבר הקדש כן הוא בהפקר הוא עושה את הדבר להפקר וא"כ עושה מעשה על הדבר וכיון שאינו ברשותו לא יוכל לעשות אבל הכא אינו עושה מעשה בגוף הדבר רק מסלק קנינו ממנו ומהני אף בדבר שאינו ברשותו: ובה יש ליישב דברי הרמב"ם ז"ל דאית ליה בפ"ז מהלכות נדרים כשהיו שנים שותפים בחצר אם יש בה דין חלוקה אסורים ליכנס לחצר עד שיחלקו ויכנס כל אחד ואחד לחלקו והר"ן הקשה על זה הא קי"ל אין ברירה א"כ ליכא למימר הוברר הדבר למפרע שהוא חלקו המגיע משעה ראשונה והוא לא נאסר אלא בחלק חבירו דא"כ הוי' הך ברירה כשאר ברירות דעלמא וקי"ל בדאורייתא אין ברירה ואפילו לקחה ממנו אסורה כל היכא דלא אפסקי' אחר עכ"ד הר"ן.

אכן לפי מה שביארנו יתבאר בטוב דברי הרמב"ם דהנה על קושית הראשונים איך פסקינן הלכה כראב"י דזה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו הא קי"ל בדאורייתא אין

ברירה ע"ז הביא הר"ן דברי רבינו משה דמתרץ ז"ל הר"ן כתב רבינו משה בהלכותיו דלא דמי' הך ברירה דהכא לברירה דעלמא דהכא לאו מידי דמיתברר האידנא ומתברר למחר הוא דנימא איתבררא מילתא למפרע אלא כדהשתא היא דחצר שאין בו דין חלוקה הוא וכל חד משתמש בכולה וכיון דשותפין נינהו כה"ג הוי תשמישיהו מהשתא אמרינן כמאן דעייל בדנפשי' ולא משתמש בחברי' כו' ואינו נוח לי דאם איתא מאי לישנא דאין ברירה ויש ברירה דאמרינן התם בפרק הפרה הרי אין טעמו של ראב"י משום יש ברירה כלל אלא מפני שאתה אומר שמשעה ראשונה כל החצר קנוי לכל אחד מהן עכ"ל הר"ן.

אכן לפי דברינו מבוארים הדברים היטב דהנה דבר של שותפות הוי משעה ראשונה כל החצר קנוי לכל אחד מהם כמו שהביא הר"ן את דברי רבינו משה אלא דאעפ"כ אסור לשותף לכנוס בו דנהי דהוי שלו אבל עכ"פ גם של חבריו הוא א"כ הרי הוא משמש בדבר של חבריו ע"ז אמרינן ברירה היינו דדבר של שני שותפין דהוי כולה לזה וכולה לזה עכ"פ כיון דדין הוא שיחלקו א"כ הדין בשעה שמחלקים נסתלק רשות כל אחד ממה שלקח חבריו וכן הדין אם החלוקה הוא בזמן בשעה שכל אחד משתמש כיון דדין הוא כך שזה ישתמש בזמן זה וזה ישתמש בזמן זה בשעה שכל אחד משתמש נסתלק מצד הדין רשות חבריו שע"מ כן קנו וע"מ כן נופל הירושה לחלקם (ועכצ"ל כן דבירושה הטעם משום דבשעה שנופל לחלקם נופל ע"מ כן שהרי זה הוא החילוק דבחלקו גדים כנגד גדים אמרינן הוברר הדבר שזה הי' חלקו משעה ראשונה למאן דאית ליה ברירה ובחלקו גדים כנגד תלאים כו"ע מודו דלא אמרינן ברירה אלא ע"כ היינו טעמא דבגדים כנגד גדים הי' הדין בשעת נפילה שיחלקו שהרי בחד מינא אמרינן יחלקו משא"כ בשני מינים לא הי' הדין שיחלקו דאמרינן גוד או אגוד על כל מין ומזה קשה למאן דאית ליה דברע ויפה לא אמרינן גוד או אגוד דהרי הכא אמרינן חלקו ט' כנגד י' הוי כגדים נגד תלאים ודו"ק).

א"כ זהו שאמרינן ברירה היינו שבשעה שמשתמש יתברר שעתה מסולק רשות חבריו וא"כ לא קשה כלל מה שהכא אמרינן ברירה ובעלמא לא אמרינן ברירה דבעלמא בעי למימר הוברר הדבר למפרע וזה לא אמרינן משא"כ הכא אין צריך לומר הוברר הדבר למפרע אלא שעתה נתברר שאינו של חבריו א"כ הברירה עתה ואינו תימא אם אין הכא הפירוש ברירה כמו בעלמא שהרי מצינו עוד ברירה כותה שהרי בב"ב ג"כ איתא לגבי אילן מקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל אמרינן שם יש ברירה ובודאי דאין הכונה שם דנתברר למפרע אלא הכונה דמר סבר דמתברר הדבר ומר סבר אין הדבר מתברר הכי נמי הכא מר סבר מתברר הדבר שבשעה שזה משתמש נסתלק רשות חבריו כיון דזהו הדין שיחלקו בהשתמשות ואיצטריך לטעמא דכולה לזה דאילו הי' דבר של שני שותפין מחצה לזה ומחצה לזה א"כ בשעה שמחלקין ביניהן קונה כ"א דבר של חבריו ובמודר הנאה אסור לקנות מחבריו וא"כ נצטרך למימר שמתחילה קנה לזה הזמן והיינו הוברר הדבר למפרע ולמימר ברירה למפרע זה לא אמרינן משא"כ אם כולה לזה אין הברירה אלא לברר שנסתלק רשות השותף א"כ אינו קונה מחבריו וא"כ נוכל לומר השתא הברירה שעתה מסלק השותף את רשותו כיון שהדין עליו לחלוק: ומשו"ה שפיר פסק הרמב"ם דשנים שנדרו הנאה זה מזה ויש להם חצר שיש בה דין חלוקה יחלקו ביניהם שהרי כיון דפסקינן הלכה כראב"י א"כ אמרינן יש ברירה היינו שעתה מתברר מה שזה

לוקח הוא שלו ומסולק רשות חבירו א"כ אף במודר הנאה ג"כ מותר שהרי איננו לוקח מחבירו אלא שרשות חבירו מסולק אלא דכ"ז דוקא היכא שהדין כן שיחלקו באופן זה משא"כ היכא שאין הדין כן כגון בחצר שיש בה דין חלוקה אם ירצו לחלק בזמנים כיון שלא לקחו ע"מ כן א"כ אין הדין שיחלקו כן בכה"ג לא אמרינן ברירה דאיך יבורר שעתה אינה של חבירו אבל בחצר שאין בה דין חלוקה שעיקר החלוקה הוא בזמנים אמרינן בכה"ג ברירה עתה שעתה שלו אבל הר"ן והרשב"א אית להו שדבר של שותפות הוא חצי לזה וחצי לזה א"כ אם נימא עתה ברירה יהי הפירוש שאחד לוקח של חבירו וזה אסור במודר הנאה ולומר הוברר הדבר שזה חלקו משעה ראשונה זה הרי כשאר ברירות דעלמא: ועפ"ז יבואר דברי רש"י בסוכה (דף כ"ז) דאיתא התם אע"פ שאמרו אין אדם יוצא ידי חובתו בלולבו של חבירו אבל יוצא אדם ידי חובתו בסוכתו של חבירו דכתיב כל האזרח בישראל ישבו בסוכות מלמד שכל ישראל ראויים לישב בסוכה אחת ופרש"י בד"ה כל האזרח ז"ל דמשמע סוכה אחת לכל ישראל שישבו בה זה אחר זה ואי אפשר שיהא לכולן דלא מטי שוה פרוטה לכל חד אלא ע"י שאלה עכ"ד ולכאורה הדברים תמוהים דאטו לא משכחת שקבצו הרבה כסף מכל חד ומכסף השותפות קנו סוכה אחת דבודאי הסוכה שייך לכל השותפים אף שאם נחשוב חשבון לא יגיע פרוטה לכל אחד עכ"פ כל הסוכה מדמי כל ישראל הוא ויש שהוכיחו מדברי רש"י דפחות משהו פרוטה לא מקרי לכם אך בודאי זה אי אפשר לומר דאטו אם יזולו אתרוגים שאתרוג אחד לא יעלה לדמי פרוטה אז לא יצאו ידי חובת אתרוג אלא בודאי כיון דהוא שלו אף שהוא בפחות משהו פרוטה מקרי לכם.

אבל לפי דברינו ניחא דרש"י לטעמי' דס"ל דדין שותפות הוא היינו ששייך כולה לזה וכולה לזה ובשעה שמשתמש כל אחד אז נסתלק רשות השני כיון דזהו הדין שיחלקו והדין מברר שבשעה שאחד משתמש הוי שלו בין אם החלוקה בגוף השדה בין שהחלוקה בזמן שהרי כיון שיש לכל אחד בזה כ"א יוכל לכפות את חבירו לעשות חלוקה אם הוא דבר שיש בו דין חלוקה יוכל לכפות לעשות חלוקה על גוף הדבר ודבר שאין בו דין חלוקה כופהו לעשות חלוקה על הזמן אבל היכא דאין יכול לכופו לחלוק בודאי אם ישתמש אחד לא נימא ברירה שהוא עתה שלו וס"ל לרש"י דאימתי יכול לכופו את חברו לעשות חלוקה כשיש לו שוה פרוטה דאז יש לו ממון בדבר זה אבל אם אין שוה פרוטה לכל חד אין יכול האחד לכופו חברו לחלוק עמואחרי שאין בזה דין ממון משו"ה שפיר כתב רש"י שאם יש שוה פרוטה לכל חד הרי לא מקרי שאלה שהרי בשעה שיושב בסוכה הוברר שהסוכה שלו שהרי יכול לכופו את חבירו לחלוק אבל כיון שאי אפשר שיהא לכולן שלא יהא שוה פרוטה לכל חד וא"כ מטעם ברירה לא נוכל לומר כיון דאין הדין שיחלקו לא אמרינן ברירה וע"כ צריכין אנו לומר דע"י שאלה הוא: והנה בגמ' ב"ב (דף ג') איתא במאי אוקימתא למתני' בשאין בה דין חלוקה אי בשאין בה דין חלוקה כי רצו מאי הוי נהדרו בהו וכו' רב אשי אמר כגון שהלך זה בתוך שלו והחזיק וזה בתוך שלו והחזיק והקשו בתוס' שם וכי איצטריך לאשמעינן דחזקה מועלת כמו קנין ותירצו דאשמעינן דלא בעי למימר לך חזוק וקני ואיתא ברא"ש ז"ל לא שיהא שניהם צריכים להחזיק אלא כיון שהאחד החזיק נסתלק מחצי האחר ונקנה לחבירו כדרך ששנינו במטלטלין כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפין וכן שנינו בתוספתא המחליף קרקע בקרקע

כו' כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו אלא או זה או זה קאמר עכ"ל הרא"ש: אכן מדברי הרמב"ם משמע דבעי דוקא שילך זה ויחזיק וזה ילך ויחזיק דאם כונתו כדברי הרא"ש הי' לו לפרש וגם דברי הרא"ש שמפרש בגמ' דהפירוש הוא או זה או זה קשה דלא שייך לישנא דאו זה או זה אלא בשני דברים כגון יבם וחלץ דיבום לאו חליצה הוא וחליצה לאו יבום וקמ"ל דבין ביבם בין בחלץ הדין כן אבל הכא מה לי זה או זה מאי שייך זה או זה דאם השותף הזה החזיק קנה.

ממילא גם אם השותף השני החזיק ג"כ הדין כן מאי שנא הוא מחבירו הכי הוי' ליה למימר כגון שהלך אחד והחזיק בחלקו. אלא דיקשה קושית הרא"ש הא הוי' החליף קרקע בקרקע: וירושלמי קידושין פ"א ה"ו אמרינן תמן תנינן זה הכלל כל המטלטלין קונין זה את זה רבי בא רב חונא בשם רב אפילו צבור בציבורין.

(פירשו המפרשים דאפילו החליף שני דברים שוים הוי' חליפין). א"ל רבי אלעזר לא שנינו אלא כל הנעשה דמים באחר בלבד דבר שצריך לישום.

(פירשו המפרשים דדברים השוים אינם קונים בחליפין). אתי' דרב חונא כרבי יוחנן ורבי אלעזר כשיטתו דתנינן תמן האחין השותפין שחייבין בקלבון פטורים ממעשר בהמה כשחייבין במעשר בהמה פטורין מן הקלבון אמר רבי אלעזר והן שחלקו גדים כנגד תישים ותישים כנגד גדים אבל אם חלקו גדים כנגד גדים ותישים כנגד תישים אומר זה חלקו משעה ראשונה אמר רבי יוחנן ואפילו חלקו גדים כנגד גדים ותישים כנגד תישים כלקוחות הן ופירשו המפרשים הרי דרבי יוחנן ס"ל אפילו בדבר השוה שייך חליפין ומכירה ורבי אליעזר ס"ל דבדבר שוה אין שייך חליפין ומכירה: ותמוה לי מאד דבריהם דהרי פשוט דטעמא דרבי אלעזר שמחלק בין גדים כנגד גדים ובין תישים כנגד גדים הוא משום ברירה דאמרינן הוברר הדבר שמתחלה הי' הדין שזה יקח גדים אלו וזה יקח גדים אלו אבל בגדים כנגד תישים הרי לא הי' הדין שזה יקח גדי וזה יקח טלה שהרי בשני מינין אמרינן גוד או אגוד וממילא בכה"ג לא שייך למימר מתחלה הי' עתיד שיעשה כן ורבי יוחנן ס"ל דאין ברירה.

אבל מאי שייך זה אם שייך חליפין בדבר השוה אף אם נימא דלא קנה חליפין בדבר השוה וכשחלקו לא קנאו בחליפין וע"כ קנאו בקנין אחר וא"כ יפטור מטעם הקנין ההוא דאטו הא דלוקח פטור ממעשר בהמה הוא דוקא בקנאו בחליפין הרי אף אם קנה בקנין אחר זולת חליפין ג"כ הוי' לקוח. וא"כ מאי מהני דנימא דאית ליה לרבי אלעזר דבדבר השוה אינן קונין בחליפין אעפ"כ יפטור בחלקו גדים כנגד גדים כיון שקנה בקנין אחר.

אלא ע"כ טעמא דרבי אלעזר משום ברירה דהוברר הדבר שמעיקרא עתיד הי' זה לבוא לחלקו. א"כ אף אם הי' סובר דחליפין קונה בדבר השוה הוי' מצי סבר דבחלקו גדיים כנגד גדיים הוברר הדבר שזה עומד משעה ראשונה ליפול לחלקו אלא ע"כ דסובר אין ברירה וכמפורש בכורות נ"ו א"כ אחרי דסובר אין ברירה יוכל לסבור דאין שייך חליפין בדבר השוה אעפ"כ כיון שחלקו וקנו בקנין אחר לבד מחליפין מקרי לקוח ומאי תלי הירושלמי זה בזה: אבל לפי מה שבארנו לעיל יתבארו דברי הירושלמי דהנה אם נימא דשותפין היינו מחצה לזה ומחצה לזה וכל אחד מוכר חלקו להשני כשמחלק א"כ כשקנה אחד חלקו נקנה החלק השני לחבירו דהרי הוי' חליפין קרקע בקרקע והקנין

שעושה כל אחד בחלקו הוא לקנות המחצה שהי' לחבירו בחלק הזה אבל אי נימא דדין שותפות הוא כולו לזה וכולו לזה ואינם מקנים זה לזה אלא מסלקים רשות והחזקה שעושה כל אחד לא הוי לקנות המחצה שיש להשני בזה החלק אלא לברר שרוצה בזה והחזקה הוא הקנין על החלוקה שהחלק הזה ישאר שלו.

והנה אם החזיק אחד במה יקנה האחר את חלקו וע"כ בחזקה שהאחר ג"כ עושה בזה נגמר החלוקה. היינו בהחזקה שכל אחד עושה בזה יסלקו כל אחד רשותו מחלק השני ויחפצו לקנות בחלקם שבררו למו וא"כ אתי' דברי הירושלמי כפשוטם דהנה כשמחליף צבור בצבור היינו דמיירי באופן ששניהם שוים בשומא כדמוכח במסקנא דמיירי בגדים כנגד גדים בחלוקת אחין או שותפין והיינו דאמר רב הונא ואפילו צבור בצבור כיון שמשך אחד קנה השני דרב הונא ס"ל מחצה לזה ומחצה לזה וכשחולקין הלא כל אחד קונה המחצה שהי' לחבירו על חלקו ובעד זה שהוא קונה מחצה של חבירו שהי' בחלקו בעד זה הוא מקנה לחבירו את המחצה שהי' לו בחלק חבירו וא"כ הוי חליפין אבל רבי אלעזר ס"ל ברירה והוברר הדבר שזה חלקו ומשו"ה אמר רבי אלעזר לא שנינו (פירוש כיון שמשך זה נתחייב זה) אלא הנעשה דמים באחר בלבד דבר שצריך לישום.

אבל אם חלקו האחין או השותפין שוה בשוה אז לא אמרינן כיון שמשך זה נתחייב זה בחליפין כיון שרבי אלעזר ס"ל ברירה א"כ כשמחלקין לא שהאחד יקח ממה שהי' שייך לחבירו אלא שנתברר שזה החלק הי' שלו מתחלה ולא הי' שייך לחבירו א"כ התייבח על חלקו שהוא נוטל אבל במה מבורר שהחלק השני שייך לחבירו כיון שהשני עוד לא החזיק וממילא כיון שחלק השני אינו מבורר שהוא לחבירו א"כ גם חלקו לא יוכל להתברר משו"ה כל זמן שלא החזיק זה בשלו וזה בשלו לא נתבררה החלוקה עוד אם הוא שוה בשוה אבל אם אינו שוה בשוה הלא אז לא אמרינן הוברר הדבר כדאמרינן בבכורות (דף נ"ו) דר"א ס"ל דאם חלקו ט' כנגד י' הוי כגדים נגד טלאים דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע א"כ החלוקה צריך לומר שמוכרין כל אחד לחבירו את המחצה שהי' לו בחלק חבירו וא"כ אם האחד קונה את חלקו הוא קונה בחלקו את המחצה שהי' שייך לחבירו ובעד זה קנה החלק השני לחבירו אף שחבירו לא החזיק בו ולא עשה בו שום קנין כדין חליפין מטלטלין במטלטלין וקרקע בקרקע וזהו דקאמר הירושלמי אתיא דרב הונא כרבי יוחנן דס"ל אין ברירה וכיון דס"ל להירושלמי דמחצה לזה ומחצה לזה הוו כלקוחות דכשמשך זה קנה זה ודרכי אלעזר כשיטתי' דס"ל יש ברירה וא"כ לא הוו כלוקחין זה מזה וא"כ לא שייך כיון שמשך זה קנה זה כיון שהאחד לא יקנה דבר שהי' שייך מתחלה לחבירו וע"כ במה יתברר החלוקה רק בחזקת שניהם ועל כן צריך שימשוך זה את שלו וזה את שלו שכל אחד יעשה קנין בשלו: נמצא שזהו ג"כ המחלוקת בין הרמב"ם והרא"ש שהביאנו לעיל דהרמב"ם מפרש הא דאמר רב אשי כגון שהלך זה בשלו והחזיק וזה בשלו והחזיק כפשוטו שכל אחד צריך שיחזיק בשלו היינו ששניהם יעשו חזקה משום דהרמב"ם הא סבירא ליה דדין שותפות היינו שכולו לזה וכולו לזה ובשעה שמחלקין אף על גב דלא אמרינן הוברר הדבר למפרע אבל השתא אמרינן ברירה היינו בשעה שמחלקין אמרינן שנוטל חלקו ולא שנוטל חלק חבירו אלא שרשות חבירו נסתלק מהחלק שנוטל דמשו"ה השותפין שנדרו הנאה זה מזה בחצר שיש בו דין חלוקה מותרין לחלוק ביניהם דהיינו כיון שאין האחד נוטל מחלק חבירו כלום אלא

שהחלוקה הוא הסתלקות רשות כל אחד מהחלק שנוטל חברווכן פסק הרמב"ם פ"ד מהלכות עכו"ם הלכה י"א עיסה חצי' של עיר הנדחת וחצי' של עיר אחרת שהי' בתוכה החצי של עיר אחרת מותרת משום שאפשר לחלקם והקשו המפרשים הא בדאורייתא קי"ל אין ברירה ולפי דברינו ניהא דכבר ביארנו בסוגיא דקדשים קלים ממון בעלים אליבא דהרמב"ם דיש בעיר הנדחת שני דינים.

דין אחד דהחרם את כל בהמתה דגוף הדבר נאסר ועוד היכא דגוף הדבר לא יכול להיות איסור דהיינו שיש דברים המעכבים כגון דהוי גם של עיר אחרת הגוף לא נאסר אבל הזכות שיש בהדבר לעיר הנדחת אותו הזכות אסור שהוא שלל של עיר הנדחת ולפי זה עיסה שחצי' של עיר אחרת וא"כ הו' שותפין ודין שותפות הוא שכולו לזה וכולו לזה א"כ גוף העיסה לא יכול להיות אסור שהרי היא גם שלל של עיר אחרת ונאמר שללה ולא שלל חבירתה אבל הזכותים והממון שישנו לעיר הנדחת בהעיסה אותו הזכות והממון נאסר ובשעה שמחלקין אמרינן ברירה השתא היינו שאינו נוטל כלום מעיר הנדחת אלא שרשות וזכות עיר הנדחת נסתלק מחלק העיר אחרת כדין כל השותפין דכשמחלקין נפקע זכות האחד מחלק חברו ואין אחד נוטל בשל חברו כלום ומשו"ה גם כן הכא פסק הרמב"ם דכל אחד יעשה הקנין בשלו היינו שכל אחד יעשה קנין דכיון שהאחד אינו נוטל משל חברו כלום אלא שמסלק רשותו א"כ במה יקנה האחר את חלקו אם רק אחד יעשה קנין כיון שהאחר אינו נותן לו כלום בחלקו שקנה לעצמו וסילוק הרשות לא יוכל לעשות התחייבות שגם חברו יסתלק בעבור זה מחלק השני דרק כשהוא נוטל כלום עבור זה יכול להיות התחייבות אבל לא הסילוק רשות דמשו"ה מותר במודר הנאה דאם הסילוק רשות ג"כ הי' עושה התחייבות על האחר הלא אז גם סילוק רשות הי' אסור במודר הנאה כדאמרינן בנדריים (דף ל"ג) דמדקתני במתני' דהמודר הנאה מחברו יכול המדיר לפרוע את חובו ומייתי הגמ' ראי' מכאן דהפורע חובו של חברו אין חברו צריך לשלם לו הרי חזינן דכל היכא דעושה התחייבות אסור במודר הנאה א"כ אם סילוק רשות הי' עושה התחייבות על חברו שגם הוא יסלק רשותו הי' אסור במודר הנאה לחלוק כיון שכל היכא שעושה התחייבות אסור במודר הנאה והרמב"ם הלא פסק דבחצר שיש בו דין חלוקה מותרין מודרי הנאה לחלוק הרי חזינן שאינו עושה התחייבות וא"כ אף אם יקנה האחד חלקו ויסלק רשותו משל חברו במה יסתלק מחלקו רשות חברו ומשו"ה בעינן ששניהם יעשו קנינים וכל אחד יעשה בחלקו וע"י הקנינים נגמר החלוקה.

והרא"ש לטעמי' דפירש גבי שותפין שנדרו הנאה זה מזה בחצר שאין בו דין חלוקה שמותרין לכנוס הטעם הוא משום שמעיקרא בשעה שקנו הי' על דעת שבשעה שישתמש האחד יהי' שלו אין כח ביד האחד לאסור על חברו דהוי כאוסר דבר שאינו שלו הרי חזינן דלא סבירא ליה את אשר בארנו לדברי הרמב"ם דהשתא נעשה הברירה משום דהוי כולה לזה וכולה לזה דהרא"ש יסבור דדין שותפות הוא מחצה לזה ומחצה לזה וא"כ בשעה שהאחד מחזיק בשלו ברצון חברו היינו שהוא נוטל בשלו את החלק שהי' לחברו מתחלה על שלו וא"כ בעבור זה נעשה עליו ההתחייבות שהחלק שיש לו בהמחצה האחר יקנה לחברו ומשו"ה פירש בדברי רב אשי שאין צריך שכל אחד יחזיק

בשלו אלא כשהחזיק האחד הרי נטל מחברו את החלק שהי' לו לחברו מתחלה במה שהחזיק וא"כ נתחייב בחליפין ונקנה חלק האחר לחברו עבור זה.

והיינו נמי מחלקותם שהביא הטור בחו"מ סימן קע"ג וז"ל כתב הרמב"ם ז"ל אם קנו מידם שזה רצה ברוח פלוני וזה רצה ברוח פלוני אין יכולין לחזור בהן. וא"א הרא"ש ז"ל כתב בכה"ג קנין דברים בעלמא הוא וכו'.

היינו שהרמב"ם סובר דגדר החלוקה אינו קנינים שמקנים זה לזה שהרי גם מתחלה הי' שייך כולו לזה וכולו לזה אלא דהחלוקה היינו שזה רוצה בזה וזה רוצה בזה וממילא כשחלה החלוקה נסתלק רשות זה מחלק שרצה זה ורשות זה מחלק שרצה זה אלא דצריך קנינים לגמור דבר החלוקה דכל זמן שלא הי' קנינים אלא דברים בעלמא יכולין לחזור בהן אבל בשעה שקנו מידם על זה נגמר החלוקה בקנין ואינם יכולים לחזור בהם.

אבל הרא"ש סבירא ליה דחלוקה היינו שכל אחד מוכר לחבירו את המחצה שיש לו בחלק שנוטל חבירו ומשו"ה אם קנו מידם רק שרצו ברוח פלונית לא הוו רק קנין דברים בעלמא: נמצא בזה מיושב לדברי הרמב"ם מה שהקשה הרא"ש שהבאנו לעיל דאמאי פסקינן גבי האחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם כרב דאמר בטלה מחלוקת מטעם דהוו יורשין הא קי"ל בדאורייתא אין ברירה ולפי דברי הרמב"ם נוכל לומר דבזה פליגי רב ושמואל דאם נימא דשותפות הוא מחצה לזה ומחצה לזה א"כ בשעת חלוקה הרי צריך כל אחד להקנות לחבירו חלקו א"כ הוא מוכר ממש שמוכר לחבירו החצי שיש לו בעד שחבירו מוכר לו ג"כ החצי שיש לו משא"כ אם כולו לזה וכולו לזה אינם מוכרים זה לזה כלום אלא אם מתרצים בהחלוקה ממילא נסתלק רשות כל אחד מטעם הדין דאמרינן ברירה שהוכרר הדבר שעתה הדבר שלו ולא של חבירו כיון דהדין הוא כן ואף בחצר שאין בו דין חלוקה אם נתרצו לחלוק ממילא חל הדין לחלוק דכ"ז שאינו רוצה יוכל לומר אני רוצה בשדה כולה והחלוקה תהי' בתשמישין משא"כ אם נתרצה ממילא הדין לחלוק והחלוקה אז בגוף הדבר משו"ה ס"ל לרב דבטלה מחלוקת כיון דהחלוקה אינם מוכרים זה לזה אלא כל אחד לוקח דבר שלו ועיקר החלוקה מטעם הדין ומשו"ה דוקא נתקיים חלוקתן אם חלקו כמו שהי' הדין לחלוק אבל הכא כיון שהי' קרקע אחת משועבדת לבע"ח א"כ לא הי' הדין שיחלקו כמו שחלקו ביניהן ומשו"ה בטלה מחלוקת כיון דבשעת החלוקה יורשין הוו ולא מוכרין אבל שמואל ס"ל מחצה לזה ומחצה לזה א"כ החלוקה היינו שכל אחד מוכר לחבירו חלקו משו"ה ס"ל דהוו כלקוחות ולא בטלה מחלוקת ככל מוכרין ולקוחות דעלמא שלקחו שלא באחריות (ועיין בירושלמי סוף פרק הבית והעלי' מובא שם כותל שבין שתי מחיצות ונפרץ רב ושמואל חד אמר מחצה לזה ומחצה לזה וחד אמר כולה לזה וכולה לזה ע"ש) ומשו"ה לדידן דפסקינן דכולה לזה וכולה לזה וכשחולקין אמרינן ברירה השתא משו"ה פסקינן דיורשין הוו ולא לקוחות אבל הרא"ש לטעמי' דסובר מחצה לזה ומחצה לזה ובשעה שמחלקין מוכרין הן זה לזה משו"ה צריך לדחוק ולתרץ דסברא מוחלטת היא דיתמי כרעא דאבוה נינהו לפרוע חוב אביהן בשוה: ועפי"ז ישבתי הפליאה שישנה על דברי הרמב"ם דהנה אמרינן בגיטין (דף מ"ח) אמר רב יוסף אי לאו דאמר רבי יוחנן קנין הפירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש דא"ר אסי אמר רבי יוחנן

האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ואי ס"ד לאו כקנין הגוף דמי לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון והקשה בתוס' בשם ר"ת אנו איך מצאנו ידינו ורגלינו בביהמ"ד שהרי קי"ל כריש לקיש דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי וקי"ל בדאורייתא אין ברירה ומחזירין זה לזה ביובל וא"כ לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד ותרצו בתוס' דאף דס"ל בדאורייתא אין ברירה לא קי"ל כרבי יוחנן דס"ל מחזירין זה לזה ביובל דמכר אמר רחמנא ליהדר אבל לא ירושה.

עוד תרצו תירוץ אחר דלא קי"ל כריש לקיש דלאו כקנין הגוף דמי אלא גבי כותב נכסיו לבנו משום דבאבא לגבי ברא שעבודי משעביד נפשי' אבל המוכר שדהו לפירות מביא וקורא דבהא קי"ל כרבי יוחנן דקנין פירות כקנין הגוף דמי אבל על דברי רבינו הרמב"ם ז"ל קשה מאד שהרי הוא פסק כותי' דריש לקיש דהמוכר שדהו לפירות אין מביא וקורא דקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ופסק האחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל א"כ לדידי' תקשה לא משכחת דמייתי אלא חד בר חד עד יהושע בן נון: אכן לדברינו ניחא דהנה צריך לחקור הא דאמר רחמנא המוכר שדהו חוזרת ביובל אי דאמר רחמנא דדין הוא דאין יכול למכור קרקע אלא עד היובל משום דכתיב הארץ לא תמכר לצמיתות היינו שאינו יכול למכור לצמיתות ואין בידו למכור אלא פד היובל או באמת בשעת מכירה המכירה היא לעולם דיש כח בידו למכור מכירה מוחלטת לעולם רק יובל אפקעתא דמלכא שאמרה התורה דבשנת היובל תשובו איש אל אחוזתו ונפקע קנין שהי' ללוקח וחוזרת לזה שהיתה שלו מקודם.

והא דכתיב לא תמכר לצמיתות לא שאינו יכול בשעת מכירה למכור אלא הכי הכונה שלא יהי' מכור לצמיתות כיון שבשנת היובל תשוב בחזרה לבעלים. ונראה דיש להוכיח דין זה מהא דאמרינן בגיטין שם אמר רב חסדא מחלוקת ביובל שני אבל ביובל ראשון ד"ה מביא וקורא ופירש"י ביובל שני שכבר מנו ישראל יובלין ושמיטות וכבר הורגלו להחזיר קרקעות בהיא קאמר ריש לקיש דמביא ואינו קורא דסמכא דעת' דמוכר דודאי הדרא לי' וזה בטוח שיחזירנה עכ"ל רש"י.

ואם נימא דס"ל דיובל הוא הדין שאינו יכול למכור אלא עד היובל ואין כח בידו למכור יותר מאי מועיל שביובל ראשון לא סמכה דעתם ולא סברי שחוזרת הקרקע ביובל וטעו בדין עכ"פ דין התורה שהמכירה לא מהני' רק עד היובל ולא יותר שהרי אין כח בידו למכור יותר וא"כ המכירה לא הוי אלא לפירות אף שהמוכר והלוקח סברו דהמכירה היא לגוף הקרקע שהם חשבו שלא תחזור ביובל אבל באמת אין קנין להלוקח אלא לפירות.

וא"כ איך נימא ליה ללוקח ביובל ראשון שיביא ויקרא כיון דידעינן דהוי לפירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי. אלא ע"כ צריך לומר דהמכירה הויא עולמית אלא שבשעה שבא יובל אז נפקע אבל קודם יובל הויא מכירה לחלוטין וקנין הגוף הוה משו"ה ביובל ראשון מביא וקורא שהרי מכירה היתה לחלוטין משא"כ ביובל שני כיון שכבר סמכו דעתייהו שקרקע חוזרת ביובל ממילא לכתחלה לא מכרו אלא עד היובל כיון שהם יודעין מתחלה שהקרקע תחזור ביובל מצד דין יובל ממילא לא מכרו אלא עד היובל.

והנה לפי"ז אחרי דהמכירה יכולה היא להיות לחלוטין אלא דהחסרון מטעם גמר ומקני זהו לא שייך אלא גבי המוכר שהוא לא מקנה אלא עד היובל אבל מצד הלוקח לא שייך לא גמר וקני דהוא הוא קונה סתם אלא שהחסרון מצד המוכר שהוא אינו מקנה אלא עד היובל. וכן הוא ברמב"ם דביובל שני סמכא דעת' דהמוכר שיחזירו הרי דתלה החסרון במוכר.

ואף כי מלשון רש"י משמע דהחסרון הוא גם מצד הלוקח. מהרמב"ם שהזכיר רק מוכר ס"ל דמצד הלוקח לא שייך לא גמר וקני ורק המוכר אינו גמר ומקנה.

וכל זה הוא דוקא גבי מוכר אבל גבי האחין שחלקו כפי שבארנו להרמב"ם דסובר דדין שותפות הוא כולה לזה וכולה לזה ובעת החלוקה לא שהם מוכרים זה לזה אלא דבזה שרצו לחלוק ממילא נשאר הדין שזה מסתלק רשותו מחלקו וחבירו מסתלק רשותו מחלקו וזה דאמרינן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל ולכאורה כיון שהשדה היתה גם מתחלה שלו אמאי מחויב להחזיר אלא דזה פשוט כיון דכתיב בשנת היובל הזאת תשובו איש אל אחוזתו ומקודם היתה אחוזה ולפני יובל בעת שחלקו יצאה האחוזה ממנו ואיננו אחוזתו והתורה אמרה דבשעת היובל צריך שישוב השדה למי שהיתה מקודם אחוזתו ולפני היובל יצאה ממנו ונמצא שמי שהיתה השדה שלו אחר החלוקה צריך להחזיר ביובל למי שיצאה ממנו ועכ"פ אף על גב דמחזירין זה לזה ביובל מכל מקום קודם החלוקה היתה כולו לזה וכולו לזה ובשעה שחולקין לא שהם מקנין זה לזה אלא דהחלוקה היא כיון שזה רצה בחלק זה וזה רצה בחלק זה וקנו מידם על זה ממילא נגמר החלוקה ונסתלק רשות כל אחד מחלק שנטל חבירו וא"כ על זה בודאי לא שייך למימר לא גמר ומסתלק נמצא אחר החלוקה נשאר לכל אחד חלקו קנין עולמית כמו במכירה ביובל ראשון דהוי מכירה עולמית משום שאז לא הי' החסרון שלא גמר ומקני הכי נמי בחלוקה אף ביובל שני כיון דבחלוקה לא שייך למימר לא גמר ומסתלק ממילא נשאר לכל אחד קנין עולמית לא קנין פירות עד היובל.

ומעתה מיושבים דברי הרמב"ם שפסק קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי ואעפ"כ פסק האחין שחלקו מחזירין זה לזה ביובל ולא קשה האיך משכחת שיביאו ביכורים היכא דחלקו אחין כיון דהרמב"ם סובר כולו לזה וכולו לזה א"כ אחר החלוקה ביובל שני כמו במכירה ביובל ראשון דהקנין הוי עולמית ולא הוי כלל קנין פירות אף שבשעת היובל יהי' אפקעתא דמלכא דיהי' צריך להחזיר מ"מ עד היובל הוי קנין עולמית.

והא דקאמר רב יוסף אי לאו דקאמר רבי יוחנן קנין פירות כקנין הגוף דמי לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש כיון דאמר רב אסי אמר רבי יוחנן האחין שחלקו לקוחות הן ומחזירין זה לזה ביובל א"כ לא משכחת דמייתי ביכורים אלא חד בר חד עד יהושע בן נון היינו דוקא לרב אסי דאית ליה גבי האחין שחלקו ובא בע"ח ונטל חלקו של אחד מהם נוטל רביע בקרקע ורביע במעות.

ואף שבגמ' אמרינן דטעמא דרב אסי משום דמספקא ליה אי כיוורשין הוי או כלקוחות אבל בבכורות (דף מ"ח) מוכח דטעמא דרב אסי הוא משום שהוא סובר דהם מחצה יורשין ומחצה לקוחות. ובזה מיושבים שם קושית התוס' ד"ה דאמר רב אסי ע"ש והיינו

משום דרב אסי ס"ל דשותפין או אחין הוו מחצה לזה ומחצה לזה וא"כ כשכל אחד נוטל חלק הו"ל בחלקו שנטל רביע משלו שהי' לו מתחלה ורביע שהאחר מכר.

נמצא שבשעה שחולקין לוקח האחד מחבירו רביע שמכר לו וא"כ הוי מכירה ככל מכירות דסמכה דעתו דמוכר ואיננו מוכר לו אלא עד היובל. וא"כ לדידי' שפיר קאמר רב יוסף דאי לאו דהוי סבר רבי יוחנן קנין פירות כקנין הגוף לא היו יכולין האחין שחלקו להביא ביכורים אלא חד בר חד דבבכורים בעינן שתהא כל היניקה מארצך וכדאמרינן אילן הסמוך למיצר אין מביא וקורא.

ובזה מיושב קושית התוס' גיטין (דף מ"ז) ד"ה טבל והארכתי במקום אחר. ואף אי אמרינן כדקאמרה הגמ' בב"ק דמספקא ליה אי כיורשין אי כלקוחות ג"כ לא היו יכולין להביא ולקרות כדאמרינן בב"ב (דף פ"א) דאם קנה שני אילנות בתוך של חבירו כיון דמספקא אי קנה קרקע או לא קנה קרקע מביא ואינו קורא.

והא דקאמר בגמרא לא הוה משכחת דמייתי אין הכונה דלא מייתי כלל דהא המוכר שדהו לפירות גם ריש לקיש מודה דמביא אלא דסבירא ליה דאינו קורא והא דקאמר לא משכחת דמייתי פירש"י לא משכחת דמביא וקורא וא"כ שפיר קאמר אליבא דרב אסי דאלו לא סבירא ליה קנין פירות כקנין הגוף לא הוה משכחת דמייתי אלא חד בר חד כיון דמספקא אינו קורא.

אבל הרמב"ם דפסק יורשין הוי ובטלה מחלוקת אף שסובר קנין פירות לאו כקנין הגוף מ"מ מביא וקורא דחלוקה לדידי' לאו קנין פירות אלא קנין עולמית כדביארנו לעיל. וניחא נמי השתא איך קאמרה הגמ' בביצה (דף ל"ט) איתיבי' רבא לרב נחמן וכו' ופריך שם בגמרא על הא דאמרינן דרב נחמן סובר יש ברירה גבי בור של שני שותפין והאי מדידי' קא ממלא והאי מדידי' קא ממלא מהא דאמר רב נחמן דאף אם חלקו גדים כנגד גדים לא אמרינן זהו חלקו המגיע משעה ראשונה.

והקשינו לעיל דגבי בור של שני שותפין לא הוי כברירה דעלמא דגבי בור של שני שותפין פסקינן כראב"י דסבירא ליה יש ברירה ובכל הברירות אמרינן אין ברירה. אכן לפי אשר ביארנו לעיל דטעמא דאמרינן דברירה זו לא הוה כברירות דעלמא היינו דברירה דהכא הוי מהשתא דבשעה שחולקין אמרינן דהשתא מבורר שמחלקו נסתלק רשות האחר כיון דכן הוא הדין שיחלקו אבל לא אמרינן דהוברר הדבר למפרע דזהו חלקו משעה ראשונה ושם בביצה דאיירי שם במילא מים ביום טוב מה יועיל אם נאמר ברירה דמהשתא נברר שהוא שלו ורשות שהי' לאחרים נסתלק אבל מכל מקום בין השמשות הי' גם כן של אחרים וא"כ נצטרך למימר הוברר הדבר למפרע דברירה דהשתא אינו מועיל כיון שהי' בין השמשות גם של אחרים א"כ הא קנה שביתה כרגלי כולם ואינו יכול לילך אלא למקום שכולם יכולין לילך ואיך נאמר כרגלי מי שנתמלאו לו וע"כ נצטרך למימר דרב נחמן סבירא לי' דהובררהדבר למפרע שזהו חלקו בין השמשות וא"כ שפיר מקשי הגמרא מכל הברירות דעלמא.

דהוברר הדבר למפרע הלא לא סבירא ליה לרב נחמן: סימן ז סוגיא דשור ובור שמסרן לחש"ו והזיקו. ויבאר חילוקים היכא דאזלה מחמת הרוח דיש מקום שחייב ויש מקום

שפטור: דף ט שור ובור שמסרן לחש"ו והזיקו חייב לשלם מה שאין כן באש במאי עסקינן כו' לעולם בשור קשור ובור מכוסה ודכוותה גבי אש גחלת.

ודקא אמרת מ"ש הכא ומ"ש הכא שור דרכי' לנתוקי בור דרכי' לנתורי' גחלת כמה דשביק לה מעמיא ואזלא. וכתבו בתוס' ד"ה שור ז"ל פרש"י אפילו בלא חרש דרכי' לנתוקי מאליו וכן בבור דרכי' לנתורי מאליו וקשה דהא ע"כ בקשרו ובכסהו כראוי איירי כדפירש"י ולקמן תנן כסהו כראוי פטור ונראה לפרש דדרכו לנתוקי ע"י חרש כו'.

והנה הרמב"ם בפ"ד מהלכות נזקי ממון כתב ז"ל מסר בהמתו לחש"ו אע"פ שהי' השור קשור הבעלים חייבין שדרך השור וכיוצא בו להתיר הקשר ולצאת ולהזיק אפי' שמרוה שמירה מעולה וחתרה ויצאה והזיקה הבעלים חייבים. וכתב הראב"ד ע"ז א"א חיי ראשי דבר זה לא מצאתי לו שורש כי מה שאמרו בור מכוסה ושור קשור שמסר לחש"ו שהוא חייב באינו קשור ואינו מכוסה כראוי עסקינן וסומך על שמירת החרש.

והנה על הרמב"ם דפירש כפרש"י קשה קושית התוס' כיון דכסהו כראוי אמאי חייב הא תנן כסהו כראוי פטור. ועל הראב"ד דמפרש בלא כסהו כראוי.

קשה ג"כ כמו שמפרשי התוס' דע"כ בכסהו כראוי מיירי. דאס לא כסהו כראוי אמאי פטור באש: ונקדים עוד דהנה בב"ב אמרינן דבי מריין ברי' דרבין כי הווי נפצי כיתנא הוה אזלא רקתא ומזקי אינשי אתו לקמי' דרבינא אמר להו כי אמרינן מודה רבי יוסי בגירי דילי' הני מילי דקא אזלא מכחו הכא זיקא דקא ממטי לה מתקיף לה מר בר רב אשי מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו אמרוה קמי' דמרימר אמר להו היינו זורה ורוח מסעייתו.

ולרבינא מאי שנא מגץ היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם התם ניחא ליה דליזול ופירשו בתוס' ד"ה מאי שנא דרבינא לא חשיב פירכא דסבר כי היכי דלא גמרינן משבת לענין תשלומין כדמפרש רב אשי בהכונס דגבי שבת מלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא בנזקין פטור הכא נמי לא גמרינן מהתם שיהא חייב להרחיק ומר בר רב אשי סבר נהי דלענין חיוב תשלומין לא גמרינן לענין הרחקה דלחשיב גירי דילי' גמרינן שפיר.

כיון דגרמא בנזקין אסור. והנה הרמב"ם פסק בפ"א מהלכות שכנים דמחויב להרחיק. אבל אם הזיק פטור לשלם כיון שרוח הוא שהזיק. וקשה עליו שהרי הרמב"ם פסק בפ"ד מהלכות נזקי ממון גבי ליבה וליבתה הרוח דמחויב אף היכא שלא הי' בלבו' כדי ללבות.

אף דהרוח הוא שליבה. הרי דלא ס"ל כרב אשי דאמר בב"ק דלא ילפינן משבת דשאני גבי שבת דמלאכת מחשבת אסרה תורה אבל הכא גרמא הוא ומשו"ה פטור באם לא הי' בלבו' כדי ללבותו.

אבל הרמב"ם שפסק שם דחייב בכל גווני אף שהרוח הוא שעשה הליבוי איך פטר כאן גבי רקתא משום שהרוח הוא שהזיק. והנה התוס' בב"ב ובב"ק הקשו אמאי פטרינן משום שהרוח הוא שליבה.

או משום דזיקא דקא ממטי ליה. מאי שנא דמחייבין באש משום רוח מצוי' אף דזיקא הוא דקא ממטי.

ונראה לפי מה שביארנו למעלה לחלק בין דליל דכתב רש"י דפטור משום שלא נתקל אדם בבורו ובין הא דאמרינן ולחייב בעל גחלת. וביארנו דעל מעשה של זה אין מחויב האחר אף שפשע ורק גבי גחלת דהחויב הוא משום דאזיל ברוח מצוי' אז פרכינן ולחייב נמי בעל גחלת.

שהרי הוא הניח ברוח מצוי' ומשו"ה פרש"י דהפירכא הוא אף לר"ל על כל הגדיש דאמאי אמרינן בגמ' דפטור. ולא פירש דהקושיא אמתניתין אמקום גחלת.

דמקום גחלת דהוא מעשה הכלב שהוא שורף לא מחייבין לבעל גחלת אף שפשע. כמו שביארנו בארוכה והא דמחייבין בהניח אבן על הגג והרוח הוא שזרק.

התם כיון שזרק הרוח. הרי כובד האבן הוא המזיק.

והרוח זרקו מעל הגג אבל היכא דמזקי בור המתגלגל ודליל בהדי דאזל דאז כח התרנגול הוא שמזיק אז פטור בעל הדליל. מעתה גבי רקתא פטור שהרי המוץ בעצמו לא הי' יכול להזיק.

ורק מה שהרוח זורקו בכח על פני האדם הוא שמזיק א"כ לאו מעשה ידי' ולא אשו הוא המזיק. ולא דמי' לאש שהזיק ברוח מצוי'.

דהתם הרוח רק מקרב. אבל כיון שקירב הרוח אז האש מעצמו בוער.

אבל הכא בלא כח הרוח. אף אם הי' מקרבו לא הי' מזיק בלא כח הרוח ומשו"ה אין לחייבו על היזק הרוח אף שהוא ע"י פשיעתו וכן מה שהקשה בתוס' אמאי גבי ליבה וליבתה הרוח פטור אם לא הי' בליבוי' כדי ללבותו.

מאי שנא מאש שמחויב אף שהלך ברוח מצוי'. אכן לפי מה שביארנו למעלה.

דמשו"ה פריך בגמ' נימא כורה גרם לו. והקשו בתוס' אף אם גם הכורה גרם אבל גם הבור גרם ויחייבו שניהם.

וביארנו דבאמת גבי בור לא עשה כלל תקלה לגבי דהאי שור. שהרי כמו שהלך השור באופן שלא הי' נופל בלא קול הכרי'.

לא הי' כלל לגבי' תקלה נמצא שהכורה עשה בורו תקלה לגבי דהאי. ולא דמי לבור המתגלגל ברגלי אדם.

ואבנו וסכיננו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצוי' והזיקו. דהתם כיון דמצוי הוא הרוח ואדם ושור המתגלגלין הרי עשה מתחילה תקלה.

שהרי הרוח יפיל והשור והאדם יגלגלו אבל הכא אטו מצוי הוא שירד כורה וישמיע קול שמזה יבעת השור. נהי דאונס לא הוי אבל פושע ג"כ לא הוי' שנימא שעשה לכתחילה תקלה לגבי דהאי משום שהכורה ירד.

ומשו"ה אינו מחויב על מעשה הכורה. והנה היכא דליבה ואין בליבוי' כדי ללבותו.

הנה לא נוכל לומר שעשה מזיק כיון שמצוי הוא הרוח. דאף שאמרין שמצוי הוא הרוח אבל אטו מצוי הוא כל רגע שנימא מצוי הוא שברגע שליבה יבא הרוח.

נהי דאמרין שאם הניח אבן בראש גגו ונפל ברוח מצוי' והזיק שמחויב. היינו שהרי הרוח מצוי לבא אם לא בשעה זה יבא בשעה אחר נמצא שעשה מזיק.

אבל הכא כיון שאין מצוי שיבא ברגע זו ממש. הרי לא עשה כלל מזיק.

נמצא דהרוח הוא שעשה המזיק משו"ה אין לחייבו על מעשה הרוח. שהרי לא עשה כלל מזיק.

וכן יש לפרש הירושלמי שהביא התוס' (בדף נ"ט) ד"ה לבתה ר' יוחנן ור"ל תרווייהו אמרי אפילו ברוח שהעולם מתנהג בו פעמים שהוא בא ופעמים אין בא. פירוש וא"כ אין מצוי שיבא ברגע שליבה.

ודוק.

וא"כ אדרבא מוכח מהירושלמי דלר"י ור"ל מיירי מתניתין ברוח מצוי' והוא דלא כדברי התוס': עפ"י"ז נוכל לישב קושית התוס' בד"ה ורבינא שהקשה מאי פריך מגץ היוצא מתחת הפטיש לרבינא. לאמימר נמי ה"ל יכול להקשות שהרי אממר מודה דפטור מתשלומין וגץ היוצא מתחת הפטיש מחויב בתשלומין אכן לדברינו מיושב.

שהרי גבי רקתא יש שני טעמים לפוטרו ולא ללמוד מאש. חזא דלא עשה כלל מזיק.

שאילו לא ה"ל בא הרוח ברגע שנפץ ה"ל הרקתא נופל לארץ ולא ה"ל הולך. נמצא דזה לא מקרי מצוי.

שהרי אין מצוי שיבא ברגע זו ממש. ועוד יש טעם לפוטרו כיון שבשעת הזיקו ג"כ היזק הרוח הוא.

שסוטר הרקתא על פני האנשים. ובלא חוזק היזק הרוח אם ה"ל רק מקרבו לא ה"ל מזיק.

אכן גבי גץ בעת שהרוח מקרבו אז הגץ בעצמו בוער. שהרי אש הוא.

והנה רבינא ומר בר רב אשי. פליגי בהאי סברא.

אי מקרי גירי דילי' הכא גבי רקתא כמו דאמרין לעיל זמנין דבהדי דמנח סולם יתבא הנמלי' בחור ויקפץ. הנה לרבינא ס"ל דאף דהרוח מצוי.

אבל אין מצוי שיבא ברגע זו ממש משו"ה לא מקרי כלל מעשה דילי'. אבל מר בר רב אשי ס"ל דמשום זה מקרי גירי דילי'.

ואעפ"כ פטור מתשלומין גבי רקתא. משום דהרותהוא המזיק היינו שבלא כח הרוח לא ה"ל מזיק.

נמצא שלא נוכל להקשות מגן היוצא מתחת הפטיש אמאי חייב. דהתם הרי גן שלו הוא המזיק שהרי הוא הבוער והרוח רק מקרבנו.

אבל אליבא דרבינא דס"ל דפטור מהרחקה. ע"כ דס"ל דמשום האי סברא דאין מצוי שהרוח יבא בזו הרגע ממש לא מקרי כלל מעשה דילי'.

א"כ איך מחייבינן בגן היוצא מתחת הפטיש נהי דגן שלו הוא המזיק אבל אימת מחויב היכא דעשה מזיק. והכא לא עשה כלל מזיק.

שהרי אילו לא הי' בא הרוח ברגע שהכה. הי' נופל הגן לארץ.

וע"ז משני התם ניחא ליה דליזול. פירוש וכיון דניחא ליה ולא מפקיר עדיין רק רוצה שיצא.

כ"ז שלא יצא עדיין שלו. א"כ בשעה שהרוח נושאו הרי שורו הוא ולא טפח באפי'.

דכיון דמונו דידלי הוא עליו לשמור אותו. אבל הכא לא ניחא ליה דליזול.

וא"כ בשעה שהרקתא הולך אין עליו חיוב דאז הוא מפקיר ולא מקרי גרמא דידלי. והנה הרמב"ם פסק כמר בר רב אשי.

היינו דמקרי מעשה דידלי אף שהרוח הוא עושה למזיק. אעפ"כ פטור על ההזיק כיון שהרוח הוא המזיק והא דמחייב הרמב"ם גבי ליבה וליבתה הרוח כיון דהרוח הוא שעושה את המזיק.

והרי אמרינן דהיכא דהרוח עושה המזיק אז אינו מחויב. אבל כבר ביאר הרמב"ם טעם החיוב הוא משום דאנן קיי"ל הגורם להיזק משלם מן היפה שבנכסי'.

והא דכברייטא קתני פטור הוא אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי והא דלא מחייב הרמב"ם גבי רקתא הוא כיון דלא ניחא לי' דליזול לא נוכל לחייבו משום גרם. שהרי הרמב"ם פסק בפ"ד מהלכות נזקי ממון הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה אם הי' גדר בריא וחזק חייב.

והביא המגדול עוז ששאלו להרמב"ם חכמי לונלי. דהרי אמרינן דלסטים אינן מחויבין אלא בהוציאוה.

ותירץ להם הרמב"ם ז"ל הפרש גדול יש בין לסטים שפרצו ובין חבירו שפרץ לפני בהמתו שהלסטים כונתם לגנוב הבהמה כו' אבל אם הניחזה שם הרי לא עשו הנזק שנתכונו לו שהיא הגניבה ולפיכך פטורין. אבל הפורץ גדר אין כונתו לגנוב ולא נתכוון אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלים בנזקים.

ולפיכך הוא חייב באותו הנזק עכ"ל הרמב"ם. הרי דס"ל דכל היכא דהחיוב הוא משום גורם אז אין מחויב אלא בנתקיימה מחשבתו משו"ה בליבה ולבתו הרוח מחויב משום גורם שהרי נתקיימה מחשבתו.

אבל ברקתא כיון דלא נתקיימה מחשבתו משו"ה פטור. וכן מפורש בש"ך חו"מ סימן תי"ח סק"ד רק שעשינו סמוכים מדברי הר"מ בפ"ד מנ"מ: והנה הרמב"ם כתב בפ"ב

מהלכות נזקי ממון ה"ו ז"ל המוצא בור וכסהו וחזר וגלהו בעל הבור חייב וזה האחרון פטור.

והקשה הראב"ד דאין מחויב אלא בכדי שידע וכתבו המפרשים דמדמי לה לבור של שני שותפין. ולכאורה קשה איך דמי להתם הא בבור של שני שותפין כיון שהניח לשני להשתמש הרי חל החיוב על השני לשמור ונסתלק ממנו.

לרבנן משום דנעשה שואל. ולראב"י משום שהתחייב עצמו בשמירה.

ובין למר ובין למר אין המזיק עתה שלו שהרי השומר נכנס תחת הבעלים. אבל הכא הרי הבעלים מחויבים בשמירה.

וצ"ל דס"ל להראב"ד כיון דידע שמכוסה הרי לא הי' כלל מזיק נמצא שאין לו מזיק. א"כ הרי הפותח הוא העושה מזיק.

ונהי דלא נוכל לחייבו שהרי שקל כסוי שלו. אבל גם הראשון כ"ז שלא נודע לו אין לו מזיק.

שבור מכוסה איננו מזיק. א"כ הרי על מעשה השני לא נוכל לחייבו.

ורק כשנדע לו אז מחויב מטעם כיון דאית ליה למלוי' שהרי בורו הוא. אבל כ"ז שלא נדע אין לחייבו על בורו כיון שהפותח עשאו מזיק וכמו שביארנו אבל הרמב"ם ס"ל דאין הכונה שבור מכוסה איננו מזיק כלל.

שהרי עתיד הכסוי לרקוב אף בזמן רחוק עכ"פ מזיק הוא אלא שיש לו שמירה וכיון שנסתלק מחויב. והיינו הא דאמרין לעיל (בדף כ"ט) מי דמי התם לא אסתלקו מעשה ראשון הכא אסתלקו מעשה ראשון הא לא דמי אלא למוצא בור מגולה וטממה וחזר וזכרה דאסתלקו מעשה ראשון.

והיינו דהיכא דכסהו אז לא נקרא שאין הבור מזיק דמזיק וכסוי הוא. לפי"ז מיושב קושית התוס' אליבא דהרמב"ם.

איך קאמר שור דרכו לנתוקי ובור דרכי' לנתורי כיון דכסהו כראוי פטור. אכן לדברינו מיושב שפיר.

דזה כבר ביארנו דהיכא דמזיק עשה אחר אף שהוא פושע אינו מחויב. א"כ אין מחויב על מה שהחרש עשה.

אכן זהו דוקא היכא דהאחר עשה מזיק. אבל מה שאחר סילק הכסוי בודאי דחייב כיון דעכ"פ עתה מזיק שלו בלא כסוי.

מעשה זהו הפירוש בדברי הגמ' שור דרכי' לנתוקי היינו אף שעשה הוא מקושר אעפ"כ לא נוכל לומר שאינו מזיק כלל שהרי לא נסתלק הזיקו שהרי ינתק אם לא עכשיו ינתק לאח"ז נמצא דעדיין מזיק הוא אלא שעשה שמירה וכיון שידוע שהחרש יסלק השמירה הרי איננו שמור. וכן בור לא איסתלקו מעשיו בכסוי.

ורק שמירה עשה וזה לא מקרי שמירה. שהרי החרש יגלה.

אבל גחלת בלא החרש לא יזיק לעולם נמצא דהחרש עשאהו למזיק. ועל מעשה החרש אין לחייבו אף אם פשע כמו גבי ליבה ולבתה הרוח וכו"ל.

אכן הראב"ד ס"ל דבור מכוסה ושור קשור כראוי לא מקרי מזיק כלל. א"כ מאי איכפת לן שהחרש מגלה.

הרי לא נוכל לחייבו על מעשה החרש. משו"ה פירש הראב"ד דמיירי בלא כסהו כראוי.

ואעפ"כ בגחלת פטור כיון דלא הי' כלל עדיין מזיק א"כ אף אם הי' הרוח ולבה הי' פטור כיון דאין כאן עדיין מזיק נמצא דהחרש הוא שעשה המזיק ועל מעשה החרש אין לחייבו אף שפשע: סימן ח סוגיא דעל בעל הבור להעלות שור מבורו. ויבואר טעם הדבר.

ויבאר דדוקא במת השור. אבל בנשברה רגלו ואין יכול לעלות.

אין חיוב על בעל הבור להעלותו: דף יא תניא אחרים אומרים מנין שעל בעל הבור להעלות א שור מבורו ת"ל כסף ישיב לבעליו והמת א"ל אביי לרבא האי טורח נבילה היכי דמי אילימא דבבירא שויה זוזי ואגודא שויה ארבעה כי קא טרח בדנפשי' טרח ל"צ דבבירא שויה זוזא ואגודא שויה זוזא.

כתב הקצוה"ח בחו"מ סימן שפ"ו ס"ק י' ז"ל כתב במרדכי ז"ל אמר ר' יקר הזורק מטבע של חבירו לים דפטור היינו לרבנן אבל ר' מאיר דדאין דינא דגרמי חייב כו' אלא ע"כ נ"ל דאף ר"מ מודה דפטור בזורק מטבע לים כו'. ויש לחלק בין נזקי ממונו לנזקי גופו שבמזיק לגופו יש לו ליתן לרופא מה שחייב לשלם ריפוי לבד מן הנזק דאפחתי' מכספו אבל כשמזיק לממונו ומחמת אותו ממון נפסד ממון אחר כגון חובל בהמה מחמת הבהמה נפסד ממון אחר שיש לו ליתן להרופא משו"ה פטור וה"נ בזורק מטבע כו' דמחמת ממון זה מפסיד ממון אחר בכה"ג מודה ר"מ עכ"ל.

וכן כתב בהגהת מרדכי כו' ואיכא למידק בהא דאמרי' פ"ק דב"ק י"א כי קא טרח בדנפשי' קא טרח ופרש"י ריוח דנפשי' קא עביד דשיים ליה לניזק בדמי יתירא ולמה לי קרא דוהמת יהי' לו ומסיק ל"צ דבבירא שויה זוזי ואגודא נמי זוזא ואמאי פריך כי קא טרח בנפשי' קא טרח הא אי לאו קרא דוהמת הוה שיים ליה לניזק בארבע כדשויהא אגודא דכיון דיכול להוציאה מן הבור אע"ג דיצטרך להוציא אין המזיק חייב בשביל הוצאה ומשו"ה צריך קרא דוהמת לאשמעינן דהמזיק חייב להעלותו מן הבור כו'.

וגם אין לחלק ולומר דכיון דבעל הבור עשה קצת נזק וצריך שומא כמה הי' הנזק ושומא אין לך אלא מקומו ושעתו ובבור אינו שוה כל כך אבל בדוחף מטבע לים דליכא נזק כלל ואינו צריך שומא כלל משו"ה פטור. דא"כ בריפוי דבהמה במקום נזק נמי נימא הכי אע"כ דאין שמין אלא הנזק ומה שיש לו תקנה ע"י הוצאה אין נחשב בכלל השומא וא"כ בבור נמי נימא הכי והדרא קושיא לדוכתא וכעת צ"ע עכ"ל הקצוה"ח:ולדידי נראה דבודאי האמת כדברי הקצוה"ח האחרונים דהיכא דאיכא קצת נזק וצריך שומא אין לך אלא מקומו.

וגבי דוחף מטבע לא הי' כלל נזק. וא"כ יהי' החיוב רק מה שצריך להוציא ממון אחר זה הוי גרמא.

ומה שהקשה מריפוי דבהמה במקום נזק. לענ"ד פשוט דבודאי כששמין כמה נפחתה הבהמה שמין אותה כמה שוי' למכור.

וממילא יחשוב הלוקח כמה יצטרך להוציא על ריפוי הבהמה. וזה ינכה מן הדמים.

וממילא כששמין כמה היא שוה עתה בשעת הנזק יש בכלל הזה גם הוצאות הריפוי וכן מפורש בתוס' גיטין (דף מ"ב) ד"ה ושור לגבי שבת ז"ל ור"ת אומר דלא שייך שבת אלא באדם דשבתו לא הוה בכלל נזק דמשום שבת לא פחתי דמיו כל כך. אבל שור פשיטא דשבתו בכלל נזק הוא דפחתו דמיו ומתחלה כשהוזק שמין אותו כמה דמיו פוחתין למכר עכ"ל התוס'.

וממילא הוא הדין והוא הטעם גבי ריפוי דבהמה כיון ששמין כפי שעומד' למכור. ממילא נזק הריפוי בכלל.

שהרי שמין כמה יתן לוקח בעדה עתה. וממילא יחשוב הלוקח שצריך לו להוציא הוצאות על רפואתה.

ומשו"ה נמי פריך אי אגודא שויה ארבעה ובבירא שויה זוזא כי קא טרח בדנפשי' קא טרח. שהרי צריך לשום ההיזק שעשה הבור ושמין אותה כמה היתה שוה היינו כמה הי' נותנים לו בעדה קודם הנפילה.

וכמה נותנין עתה אחר ההיזק שנעשה בה. וממילא הא יחשוב הלוקח שצריך לו להוציא הוצאות להעלותה מן הבור ויפחות מהדמים שיתן ולא דמי לדחף מטבע לים הגדול. ששם לא עשה כלל נזק. ואין לנו מה לשום ורק לחשוב היזק שיצטרך ליתן לבר אמוראי. זה הוי ממון אחר שמפסיד דהוי רק גרמא בנזקין. וע"ז משני ל"צ דבבירא שויה זוזא ואגודא שויה זוזא.

דהא הכא הוא באופן שאין הלוקח פוחת המקח שיצטרך להוציא הוצאות להעלות. וא"כ הויה הוצאות שיוציא על העלאה לא בגדר נזק.

רק ממון אחר שמפסיד. בכה"ג אילו לא קרא דוהמת.

לא הי' צריך לו לשלם בעד הוצאות. וא"כ מוכח מהאי גמ' גופא דבדחף מטבע אין צריך לשלם ההוצאות שיצטרך להעלות אף לר"מ דהא הכא אליבא דהילכתא קיימינן.

ואחרים גופיהו היינו ר"מ כמפורש בהוריות. ואעפ"כ היכא שאין נזק אין צריכין לשלם בעד הוצאות שיוציא על העלאה.

ובריפוי נמי בכה"ג בבהמה היכא שאם נשום כמה יתן הלוקח לא יפחות כסף שיצטרך להוציא על הוצאות הריפוי. אין צריך לו לשלם בעד זה שיוציא יותר מן הנזק ששמו לו שהוא כמה יפחות הלוקח שהרי בבהמה אין צריך ליתן לו ריפוי רק נזק.

וכיון שהלוקח לא יפחות איננו בגדר נזק רק ריפוי ואינו מחויב בבהמה. אבל באדם דשם אמרה התורה ורפא ירפא.

א"כ מוטל על החובל לרפאות מלבד נזק. שם שמין כמה יצטרך להוציא על ריפוי.

(ועיין בתוס' פחת נבילה ודו"ק): אלא דלכאורה יש להקשות נהי שביארנו שאדרבה מגמ' דידן נמי מוכח כמסקנת המרדכי דאין מחויב לשלם בעד מה שיצטרך להוציא המטבע מים הגדול אף לדידן כיון דשם אין נזק. והוצאות העלאה היכא דאין נזק הוי ממון אחר.

אכן כל זה היינו קודם שדרשינן קרא דכסף ישיב לבעליו והמת. שעל בעל הבור להעלות שור מבורו.

אבל עתה דגלי קרא. שחויב ההעלאה על בעל הבור.

אף שאינו בגדר נזק. שהרי נזק ביארנו.

שהוא השומא כמה יתן הלוקח. והכא שהלוקח איננו פוחת בעד ההעלאה שהרי בבירא שויה זוזא ואגודא שויה זוזא וא"כ אינו מדין נזק ואעפ"כ גלתה התורה שעל בעל הבור להעלות.

הרי חזינן שחייבה התורה לשלם אף אותו ממון אחר שפוחת בשביל זה וא"כ נימא דגלי קרא דאף ממון אחר שמפסיד על ידו יצטרך לשלם דבודאי זה דוחק לומר דהיכא שעשה קצת היזק אז מחויב אף ממון אחר. והיכא דאין מחויב על היזק אין משלם בעד ממון אחר.

וכן רצה הקצות לחלק שם בתחלת דבריו. וכמובן זה דוחק גדול.

דמאי שייכא האי היזק בהדי האי היזק. מה שעשה לו היזק היינו שפחת דמיו.

הא שילם לו. והיזק שיצטרך ליתן בעד העלאה הוא היזק אחר.

ואטו נימא היכא ששרף שטרו של חבירו שלא הי' שוה פרוטה הנייר. אז לא ישלם בעד החוב למאן דלא דאין דינא דגרמי.

אבל אם עשה לו היזק בהנייר שוה פרוטה. אז ישלם לכו"ע אף בעד החוב שבשטר.

בודאי דזה אין לומר כלל. ובהדיא אמרינן גבי שורף שט"ח מאן דלא דאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי ניירא בעלמא.

הרי דאף שמשלם לו דמי הנייר. ששוה הנייר ששרף שוה פרוטה.

אעפ"כ בעד החוב שהוא ממון אחר שהפסיד ע"י שריפת השטר אין משלם. א"כ ה"נ אמאי מחויב בעל הבור לשלם בעד העלאת השור המת מן הבור הא הוי ממון אחר.

ואף ששילם לו בעד הנזק. אבל העלאה שאין בכלל נזק לא ישלם.

אחרי שהלוקח לא יפחות בעד העלאה ומדחזינן דחייבה התורה ע"כ שחייבה התורה אף על ממון אחר. וזה בודאי אי אפשר לומר שהרי קיי"ל אף למאן דדאין דינא דגרמי היינו רק מדרבנן ובבהמתו לא דיינינן גרמי: ואולי יש לומר דהנה באמת צריך ביאור הא דאמרינן דוהמת יהי' לו איצטריך לפחת נבילה.

וכדאיתא בתוס' דלא שייך קרנא דתור' קבירא בי' שהרי יכול למכור. ובלא קרא דוהמת יהי' לו הוי אמינא שהמת שייך למזיק.

ולכאורה מה טעם הא כל נזקין אין צריך לשלם אלא הפחת שהפחית. אבל מה שנשאר הא הוי של הניזק דמה שלא הזיק מאין נימא שהוא של המזיק.

ואטו אם אחד שבר רגל של בהמה קנה הבהמה. לכאורה בודאי היינו אומרים דצריך לשלם בעד היזק שהזיק הבהמה.

אבל גוף הבהמה במה קנה. ולמה איצטריך והמת לגלות דהמת של ניזק.

ועכצ"ל דבלא קרא דוהמת יהי' לו היינו אומרים. כיון שהניזק הי' לו שור.

ועתה כשהמיתו הרי אין שור לפנינו רק דבר אחר לגמרי שעתה לפנינו נבילה לא שור. היינו סוברים שהוא צריך לשלם לו בעד שור שהזיק.

ומחייב לשלם כל דמי השור שהרי השור עתה איננו לפנינו. ונבילה הוא דבר אחר שכבר נשתנה.

וממילא כיון שהוא צריך לו לשלם בעד שור של הניזק שהרי עתה אין השור בעולם הוי אמינא דממילא קנה הנבילה המזיק שהרי בעד כל השור נתחייב בתשלומין. וכדאמרינן בגמ' לשתוק קרא ולכתוב שור ישלם תחת השור.

היינו שמחויב לשלם בעד השור שהרי עתה אין השור בעולם. וממילא הנבילה של המזיק.

ומשו"ה איצטריך קרא דוהמת יהי' לו. ולפי"ז נוכל לומר דאף עתה שגלה לנו קרא דוהמת יהי' לו לניזק אין הכונה שהוא איננו מחויב רק בעד פחת שפחת המיתה בשור ועשאתו נבילה.

אלא באמת מחויב לשלם בעד כל השור. כיון שנשתנה ואין השור בעולם רק שיווי ששוה הנבילה.

גלי קרא שזה הוא תשלום של המזיק להניזק ותשלום הזה גובה מגוף הנבילה ואין יכול לסלקו בדבר אחר. וממילא כיון שגלתה התורה שתשלום זה שיווי הנבילה גובה מגוף הנבילה.

ממילא פחת נבילה דניזק. כדקיי"ל לר"ע גבי שור תם.

דאין משתלם אלא מגופו אף שהוא ג"כ בגדר תשלומין ס"ל לר"ע שאם כיחש מזיק נותן כשעת הנזק. והיינו דס"ל לר"ע כיון שאמרה התורה שהפרעון מגופו.

ממילא תיכף נעשה השור של הניזק. ובכה"ג למפרע הוא גובה אליבא דכו"ע כיון שאין יכול לסלקו בדבר אחר.

ה"נ בנבילה כיון שהשיווי הזה אף שהוא בגדר התשלומין כיון שאין יכול לסלקו בדבר אחר נעשה תיכף הנבילה של הניזק. ומשו"ה פחת נבילה של הניזק.

ולפי"ז שביארנו דאין הפירוש דגלי קרא דאיננו מחויב לשלם רק בעד הפחת שפחת ועשאו מחי למת. דבאמת החיוב לשלם בעד השור כדכתב קרא ישלם תחת השור.

אחרי שעתה אין השור בעולם. ונבילה דבר אחר הוא.

רק דגלי קרא דהנבילה גובה מגופו. לפי"ז שפיר ניחא דאשמעינן קרא דעל בעל הבור להעלות שור מבורו שאף שנעשה תיכף תשלומין.

עכ"פ נעשה חיוב על המזיק לשלם להניזק וממילא החיוב על המזיק לתת ליד הניזק התשלומין כדין כל תשלומין שצריך הלוה לשלם ליד המלוה בעיר היינו במקום שלא יצטרך, להוציא הוצאות להשיגם לא שיחזור לו במדבר. וכדאיתא במתניתין לקמן קי"ח ה"נ לא ישיב לו בבור רק מחויב הוא להעלות מן הבור.

וכ"ז הוא היכא שיש עליו חיוב תשלומין אבל בדחף מטבע של חבירו לים הגדול דשם אין עליו חיוב תשלומין שישלם לו המטבע שהרי לא הזיק המטבע. ובעד זה שיצטרך להוציא הוצאות לבר אמוראי הוי ממון אחר.

ואין מחויב לשלם ונכון בע"ה. אלא דלפי"ז יהי לנו דין חדש.

דהיכא שנפל שור לבור ונשברה רגלו. דכיון שלא נשתנה השור.

ואיננו דבר אחר. כדקיי"ל דקטע רגלו לה הוי שינוי שהרי איבעי לן גנבה קטעה ומכרה מהו הרי דקטעה איננה שינוי.

וא"כ לכאורה אף בלא קרא דוהמת ידעינן שאין מחויב לשלם רק בעד פחת הקטעה. שהרי שורו לפניו רק שעשה בו היזק יצטרך לשלם לו בעד ההיזק שעשה בשורו.

נמצא דהכא בודאי דלא שייך לומר שכל השור הוא בגדר תשלומין. שהרי אין מחויב בעד השור היכא דבבירא שויא זוזא ואגודא שויא זוזא דלא שייך לישום שכר העלאה בתוך הנזק בזה לא יהי הדין שעל בעל הבור להעלות שור מבורו.

שהרי בעד נזקו היינו בעד פחת שיפחות הלוקח משלם לו. ואמאי ישלם לו בעד העלאה. הא הוי ממון אחר והוי כדוחף מטבע של חבירו לים הגדול. וכל השור איננו מחויב לשלם ורק במת השור שנשתנה לגמרי אז מחויב להעלות שכל הנבילה הוי תשלומין אבל בלא נשתנה דאיננו בגדר תשלומין.

אין מחויב להעלות ולע"ע לא מצאתי דין זה במפרשים. (ועיין לקמן בדברינו בסוגיא דעובר ירך אמו): סימן ט סוגיא דגובין מן העבדים ועבדי כמקרקע.

ויבאר הרבה דיני כל המחובר לקרקע כמקרקע. ודיני ענבים העומדות לבצור: דף יא ע"ב אמר עולא אמר רבי אלעזר הלכתא גובין מן העבדים כו' והקשו בתוס' ד"ה אנא איך פליג רב נחמן אעולא וס"ל עבדי כמטלטלי דמי הא קיי"ל לגבי אונאה ושבועה עבדי כמקרקעי דמי ותירץ בתוס' דהכא לגבי מילי דרבנן ס"ל לרב נחמן עבדי כמטלטלי וס"ל שעבודא לאו דאורייתא והנה לכאורה קשיא איך פסקינן עבדי כמטלטלי דמי לגבי חוב הרי ס"ל שעבודא דאורייתא וכן יקשה מאי אישתמיט עולא מיני' דרב נחמן הא עולא סובר דשעבודא דאורייתא: ונראה לי דהנה הרמב"ם פסק ענבים העומדות לבצור לאו כבצורות דמיין ומשו"ה במסר לו עשר גפנים טעונות והלה אומר אינן אלא חמש פסק כחכמים דפטור משבועה והקשו דהרי הרמב"ם בעצמו פסק דעומד לבצור כבצורות דמיין לכמה מילי כמו לגבי קנין וכדומה ותירץ הש"ך בחו"מ (סימן צ"ה ס"ק ט') דדוקא

לגבי שומרין ס"ל דלאו כבצורות דמיין אבל לכל מילי כבצורות דמיין וכן הוא מפורש בפירוש המשניות להרמב"ם.

אלא דהקשו על הרמב"ם איך אמרינן בגיטין המקדיש עבדו אין מועלין בו רשב"ג אומר מועלין בשערו כו' והכא בשערו העומד לגזוז קמפלגי מר סבר כגזוז דמי ומר סבר לאו כגזוז דמי ואמרינן לימא הני תנאי כהני תנאי דתנן רבי מאיר אומר יש דברים שהן כקרקע ואינן כקרקע ואין חכמים מודים לו כיצד עשר גפנים טעונות מסרתי לך והלה אומר אינן אלא חמש ר"מ מחייב וחכ"א כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואמר רבי יוסי בר חנינא ענבים העומדות לבצור איכא בינייהו כו' הרי דגמ' מדמה דין מעילה לשומרים ולהרמב"ם לא נאמר אלא לגבי שומרים דלאו כבצורות דמיין ולא לגבי דבר אחר: והנה הש"ך בחו"מ סימן צ"ה ס"ק ז' הביא דהטור הקשה איך פסקינן ענבים העומדות לבצור כבצורות דמיין הרי ר"ח פסק כרבי אליעזר והקשה הש"ך הלא הר"ח פסק כרבי אליעזר לגבי תלוש ולבסוף חברו ומה ענין זה לענבים העומדות לבצור והנה בדברי הרמב"ם בענין תלוש ולבסוף חברו לכאורה קשה דהנה הרמב"ם פסק דמגבינן עישור נכסי אפילו מעמלי דבתי ופירש הרשב"ם בב"ב ס"ז משום דפסקינן להלכה כרבי אליעזר דכל המחובר לקרקע כקרקע וא"כ איך פסק הרמב"ם גבי דף של נחתומין שקבעו בכותל דטמא דלא כרבי אליעזר ושם בב"ב אמרינן דתלי זה בזה: ונראה לי לתרץ דהנה התוס' בב"מ (דף צ"ט) פירשו דלאו לכל מילי אמרינן דענבים העומדות לבצור כבצורות דמיין שהרי לגבי שבת לאו כבצורות דמיין ונראה לי טעם הדבר דהנה אם באנו לדון אם הדבר קרקע או מטלטלין עלינו לראות אם הדבר מיטלטל או אינו מיטלטל ומשו"ה ענבים העומדות לבצור ס"ל דכבצורות דמיין משום דדבר המיטלטל הוא שהרי עתיד הוא לבוצרם ואף שכשיבוא לטלטלם יצטרך לקצור או לתלוש אטו משום זה לא יקרא דבר שעומד לטלטל הרי גם דבר כבד שיצטרך עגלה לנושא ג"כ מקרי דבר המטלטל אף דלא מיטלטל בנקל כמו כן גבי ענבים העומדות לבצור מקרי נמי דבר המטלטל שהרי עתיד לבוצרם.

וא"כ לגבי אונאה דאמרה התורה דקרקע אין לה אונאה אמרינן היינו דוקא דבר שאין עומד לטלטל אבל לא ענבים העומדות לבצור וכן לגבי שבועה דמודה במקצת ילפינן מכסף או כלים דבעינן דבר המטלטל וענבים העומדות לבצור נמי דבר המטלטל הוא אבל גבי שבת אין תלוי בדבר מיטלטל שהרי גם התולש מבעלי חיים מחויב אלא עיקר הדבר התולש דבר מן המחובר חייב ומשו"ה בענבים העומדות לבצור מחויב שהרי עכ"פ מחובר הוא וגבי מחובר לא שייך לומר כיון דעתיד ליתלש לאו כמחוברין נינהו דהרי עכ"פ עתה מחוברים נינהו: ולפי"ז לכאורה קשה הא דאמרינן בב"ב אמר רבי אלעזר מ"ט דרבי אליעזר דכתיב ויטבול אותו ביערות הדבש מה יער התולש ממנו בשבת חייב חטאת אף דבש התולש ממנו בשבת חייב חטאת ולפי דברינו מנא ליה לרבי אליעזר למילף דכורת דבורים הרי היא כקרקע נהי דמחייב התולש בשבת משום דמחובר דמיין וזה יליף מיערות הדבש אבל מנא לן שתהא נקנה בכסף ושטר ולשארי הדברים דילמא דבר המטלטל הוא.

ונראה לי דהנה לעיל הקשינו איך פסק הרמב"ם דף של נחתומין שקבעו בכותל דטמא והרי הוא פסק גובין עישור נכסי אפילו מעמלי דבתי הרי דס"ל כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע אכן בפירוש כל המחובר לקרקע נוכל לומר שני ביאורים או משום דכל המחובר לקרקע הוא בעצמו קרקע כיון שהוא מחובר אינו דבר המיטלטל או משום דכל המחובר לו הרי הוא כמוהו כמו דאמרינן המחובר לטמא טמא לטהור טהור.

והנה הא דאמרינן דאין קרקע מקבל טומאה הטעם משום דבעינן כלי מעשה והיכא דעשה כלי אז אין הכונה שאותו צד שמשתמש בו הוי כלי אלא כל הדבר נעשה כלי ובקרקע אם חפר חריץ אף במתכת אין הדבר כלי שהרי לא נוכל לומר שהקרקע נעשה כלי ומשו"ה קרקע אינו מקבל טומאה אבל היכא דהי' הדבר כלי מקודם שחברו ואח"כ חברו נהי דנעשה קרקע אבל שם כלי שהי' על הדבר לא בטל וגם עתה כלי הוא כדין כל הכלים יורדין לטומאה במחשבה ואין עולין מטומאתן אלא בשינוי מעשה נמצא דהוא קרקע ואעפ"י כלי הוא ומטמא וא"כ מדאמר רבי אליעזר דדף שקבעו בכותל אין מטמא ע"כ דאין הטעם משום דהדף נעשה קרקע דנהי דהוי קרקע עכ"פ כלי הוא כיון שמקודם הי' כלי ע"כ דסבר רבי אליעזר כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע מטעם דכללא הוא כל המחובר לו הרי הוא כמוהו וכיון דנתחבר לקרקע חל עליו דיני הקרקע מעתה שפיר פסק הרמב"ם דמטמא דף שקבעו בכותל אף דפסק הרמב"ם דגובין עישור נכסי מעמלי דבתי היינו משום דמחובר לקרקע הוא בעצמו איננו דבר המיטלטל.

אבל לא משום דסבירא לן כל המחובר לו כמוהו. ולא דמי למאי דאמרינן כל המחובר לטמא טמא ולטהור טהור התם בנעשה תשמיש להדבר.

אבל אם אין הדבר תשמיש אז לא אמרינן כל המחובר ומשו"ה פסק הרמב"ם כרכבן דטמא. וכיון דרבי אלעזר פסק כל המחובר לו כמוהו משו"ה מיושב שפיר מאי שמביא רבי אליעזר ראי' מקרא דיערות דבש לכורת דבורים והקשינו דלמא מחובר הוי אבל לא קרקע אכן לפי הנ"ל מיושב דלרבי אליעזר כיון דחזינן דבש בכורת הוי מחובר ממילא יש על זה כל דיני קרקע שהרי ס"ל כל המחובר לו כמוהו: ועפ"י ז' מיושב שפיר מה שהקשה הטור אפסק העיטור דענבים העומדות לבצור כבצורות דמין מהא דפסק הר"ח כרבי אליעזר והקשה הש"ך הא ר"א לא קאמר אלא דתלש ולבסוף חברו הוי מחובר ומה ענין זה לענבים העומדות לבצור אכן לדברינו יתיישב שהרי אף אי נימא דעומדות לבצור עכ"פ מחובר בודאי הוי משו"ה פריך כיון דפסק הר"ח כר"א דכל המחובר לו הרי הוא כמוהו א"כ נהי דס"ל עומדות ליבצר הוי דבר המיטלטל עכ"פ מחובר לקרקע הוי א"כ יחול ע"ז דיני קרקע שהרי פסקינן כר"א דכל המחובר לו הרי הוא כמוהו.

אבל הרמב"ם לטעמי' דהוא לא פסק כל המחובר לו הרי הוא כמוהו שהרי פסק דף שקבעו בכותל טמא ורק ס"ל מחובר לקרקע לאו דבר המיטלטל הוא משו"ה פסק דענבים העומדות לבצור לגבי שאר מילי מלבד שומרינן הוי מטלטלין שהרי דבר המיטלטל הוא כיון שעתיד ליתלש: ועתה נבוא ליישב מה שהקשו כיון דהרמב"ם ס"ל דחכמים דסברי ענבים העומדות לבצור לאו כבצורות דמיין לא אמרו אלא לגבי שומרים איך אמרינן

בגיטין לימא הני תנאי דס"ל דאין מועלין בשערו העומד לגזוז כהני תנאי כחכמים דס"ל גבי שומרין לאו כבצורות דמיין הלא לא אמרו אלא לגבי שומרין ולא לגבי דבר אחר.

אכן לפי דברינו למעלה יתיישב גם כאן דבאמת טעמא בעי אמאי לגבי שומרין ענבים העומדות ליבצר לאו כבצורות דמיין ולגבי שאר דברים כבצורות דמיין. ונראה לי דהנה בשבועות ילפינן דקרקע אינה נגזלת מקרא דוכחש בפקדון ואמרינן מה פקדון דבר המיטלטל כו'.

ולכאורה קשה מנא לן דפקדון הוא דבר המיטלטל נהי דחייב השמירה ילפינן מכסף או כלים דהוא דוקא בדבר המיטלטל אבל פקדון נוכל לומר דכל דבר מקרי פקדון וצריך לומר דע"ז לא בעינן לימודים דממילא ידעינן דפקדון לא שייך אלא בדבר שהוא מפקיד אצל חבירו ונכנס לרשותו אבל קרקע לא פקדון הוא ביד חבירו אלא דשכר או ביקש את חבירו לשמור הדבר אבל שם פקדון לא שייך אלא בדבר שהשמירה שלו הוא בדרך שמוסרו לרשותו וממילא בדבר ששייך ע"ז שם פקדון אז אף אם לא מסרו רק עשה משיכה כיון דמשיכה קניא גם זה מקרי הכנסה לרשותו דכן תקנו חכמים אבל עיקר שם פקדון לא תלי בדיני קניות רק בדבר שנוכל לומר ששייך בזה שם פקדון שמפקידו וזה כי יתן אל רעהו לשמור וגבי קרקע לא שייך כי יתן (ולמוד דכסף או כלים הוא לגבי מודה מקצת).

מעשה כיון דהוכחנו דענבים העומדות לבצור אף דכבצורות דמיין לגבי זה דמקריא דבר המיטלטל אבל עכ"פ מחובר הוי א"כ גבי שמירה דבעינן שיקרא פקדון ויהי נתינה כיון דשכרו לשמור דבר המחובר לאו פקדון הוא דלא נוכל לומר שהפקיד דבר המחובר ברשותי אלא שכר האדם לשמור הדבר משו"ה לגבי שומרין ענבים העומדות לבצור לאו כבצורות דמיין אבל לגבי שאר מילי דבר המיטלטל הוא אף שהוא מחובר והנה לגבי מעילה הטעם שאין מעילה בקרקע הוא מטעם דילפינן חטא חטא מתרומה דאינה אלא בדבר התלוש מן הקרקע ותרומה הרי אין תלוי בקרקע אלא בעינן נמי שיהא תלוש לא מחובר א"כ במעילה הא דאין מעילה בקרקע אין הטעם משום קרקע אלא דלא יהי מחובר משו"ה מביא לימא כתנאי דלרבנן דס"ל לגבי שומרין ענבים העומדות לבצור לאו כבצורות דמיין משום דהוא מחובר א"כ במעילה ג"כ אין מועלין כיון דמחוברין נינהו וילפינן חטא מתרומה דבעינן דוקא שיהי תלוש: אולם לפי זה יקשה למה ליה להרמב"ם להביא הטעם דמועלין בשערו העומד לגזוז משום דכל כמה דקיימא אשבוחי משבחי כיון דהרמב"ם בעצמו פסק דעומדות לבצור מחוברות נינהו אף שהם דבר מיטלטל א"כ במעילה דאינה אלא בתלוש אף אם שערו לא הי' משביח אעפ"כ אין מועלין.

והנה במחלוקת רב נחמן ועולא אי עבדי כמקרקעי דמי אי לא שהקשה התוס' הא לכל מילי קיי"ל עבדי כמקרקעי דמי הנה לכאורה לא דמי דהנה באונאה ומודה במקצת אטו יש טעם מפני מה בקרקע אין אונאה ושבועה ושאר דברים ע"כ שגזו"כ הוא וא"כ עבדי כיון דהקשה התורה לקרקע א"כ גם בעבדים אין הדינים הללו אבל שעבוד שחל על קרקע הלא הטעם הוא דכיון דקרקע הוא דבר שאין בידו להבריחו משו"ה חל על קרקע שעבוד אבל מיטלטלין כיון דביד הלוח להבריחם משו"ה לא חל השעבוד.

נמצא דעבדי נהי דאמרה התורה דמקרקעי נינהו אבל הלא לא אמרה התורה שעבדים הם דבר שאין בידו להבריחם שהרי עבדים יכול להוליכם למקום אחר ולמוכרם כמו מטלטלין וא"כ לפי"ז אדרבה תקשה על מ"ד עבדי כמקרקעי דמי איך שייך לומר כמקרקעי אחרי דגבי שעבוד תלי אי בידו להבריח או לא: ונראה דלפי מה שביארנו לעיל דיש שני דינים אי הדבר בעצמו קרקע או דחל על זה דיני קרקע ה"נ בעבדי היינו פלוגתייהו דהנה בקרקע לא חילקו ואף עציץ נקוב שבידו להבריח אעפ"כ כקרקע הוא לענין שעבוד (עיין בגיטין ל"ז) ועכצ"ל דאף דעיקר שעבוד חל על דבר שאין בידו להבריח אעפ"כ בקרקע לא פלוג.

ובזה פליגי רב נחמן ורב ששת אי הא דאמרה התורה עבדי כמקרקע דמי דגלתה התורה דעבדי נמי היינו קרקע דכן אמרה התורה שעבד הוא מין קרקע או דאמרה התורה דעבד אף שמטלטלו הוא יש עליו דיני קרקע. והנה אם נימא שאמרה התורה דעבד הוא מין קרקע הרי בקרקע לא פלוג אף שבידו להבריחם מ"מ ג"כ חל השעבוד אבל אם נימא דעבד מטלטלי נינהו אלא שאמרה התורה שיש על עבד דיני קרקע א"כ היינו דוקא דיני קרקע אבל לא דיני דבר שאינו יכול להבריח משו"ה גבי שעבוד עבדי כמטלטלי דמי.

והנה הא דביארנו דגבי מעילה תליא אם הוא תלוש או לא. אם הדבר היה מחובר לעבד יהא הדין כן אם עבד הוא קרקע ממש א"כ מחובר לעבד אין בו דין מעילה שהרי מחובר לקרקע הוא אבל אם נימא דעבד לאו קרקע הוא אלא דאמרה התורה שיש על עבד דיני קרקע נמצא דהשער מחובר הוא לדבר שיש עליו דינו קרקע אבל לא לקרקע א"כ הרי על השער צריך להיות דין מעילה שהרי תלוש הוא ורק על עבד אמרה התורה שיש עליו דיני קרקע אבל לא על שערו אם לא היכא דשערו אין עומד לגזוז או שגדל עדיין מהעבד דאז עבד ממש הוא ועבד הלא אמרה התורה שעליו יש דיני קרקע.

לפי"ז מיושב שפיר מה שהוצרך הרמב"ם לטעמא דשערו כל כמה דקאי אשבוחי משבח אף שבגמ' הוי סבר דאליבא דרבנן דס"ל לגבי שומרים עומדות לבצור לאו כבצורות דמיין אף אם לא הי' משביח השער לא הי' בו מעילה. אכן לפי המבואר לעיל מיושב דבגמ' הוי סברי דעבדי מקרקעי נינהו דכן אמרה התורה דעבד הוא קרקע נמצא דלרבנן דס"ל דאף דעומד לבצור אעפ"כ מחובר הוא ומשו"ה בשומרין פטור.

א"כ גם מעילה אין בשערו העומד לגזוז שהרי מחוברים לקרקע הם ומעילה לא הוי אלא בתלוש מן הקרקע. אבל הרמב"ם דפסק כר"נ דעבדי מטלטלי נינהו אלא דאמרה התורה שיש על עבד דיני קרקע נמצא דשערו העומד לגזוז הי' מועלין בהן שהרי לא מחוברין לקרקע נינהו ורק על עבד אמרה התורה דיש עליו דיני קרקע אבל לא בשערו משו"ה הוצרך הרמב"ם לטעמא דכל כמה דקאי אשבוחי משבח וא"כ עבד ממש נינהו ועבד הלא אמרה התורה שיש עליו דיני קרקע ומשו"ה אין מועלין בשערו: סימן י סוגיא דמטלטלי אגב מקרקעי ויתבאר בו הרבה חילוקים שיש אגב דאורייתא ויתבאר סוגיא דר"ג וזקנים בב"מ ויתבאר דין דחצירו וקניתו באין כאחד: דף יב הא אמר שמואל מכר עשר שדות בעשר מדינות החזיק באחת מהן קנה כולן: והנה בקידושין אמרינן אמר רבא ל"ש אלא שנתן דמי כולן פירוש אז נקנה מטלטלין אגב קרקע).

אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו תניא כותי' דרבא מכר לו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולן בד"א שנתן דמי כולן אבל לא נתן דמי כולן לא קנה אלא כנגד מעותיו. והנה הרמב"ם גבי מכר לו עשר שדות הביא דדוקא אם נתן מעות כולן אז קנה כולן בחזקה של אחת מהן אבל בדיני קניית מטלטלין אגב קרקע לא הביא כלל דבעינן נתן דמי כולן והשמיט כלל הא דרבא וכבר תמהו ע"ז נושאי כליו: ונראה לי דהנה הש"ך בחו"מ (סימן ר"ב ס"ק ג') הביא דהסמ"ע ס"ל דהא דבעינן בצבורין המטלטלין בשדה דין אגב היינו דוקא שאין הקרקע משומר לדעתו אבל אם הקרקע משומר לדעתו לא בעינן דין אגב דקנה מטעם חצירו והשיג הש"ך דמהמ"מ והר"ן והראב"ד ומסתימת דברי הטור משמע דאפילו בחצר המשתמרת לא מהני ציבורין בלא דין אגב וכתב הטעם דאין חצירו קונה אלא כשהוא כבר חצירו משא"כ הכא דחצירו ומתנתו באין כאחד ותמהו הפוסקים אמאי לא קנה ועיין קצוה"ח מה שהקשה מכמה סוגיות ונראה לי לבאר טעם הדבר דהנה בגיטין אמרינן (בדף כ"ב) עציץ של אחד וזרעים של אחר מכר בעל עציץ לבעל זרעים כיון שמשך קנה מכר בעל זרעים לבעל עציץ לא קנה עד שיחזיק בזרעים והקשה בתוס' דהוה מצי למנקט הכל בעציץ וזרעים של אחד ותוצו לרבנותא נקט הכי דאע"ג דבעל עציץ קנה הזרעים לא קנה אע"פ שהם בתוך העציץ שלו.

ולכאורה באמת קשה כיון דקרקע קנוי בחצר כדמוכח מדברי התוס' ב"ק י"ב ד"ה למה וא"כ אמאי לא קנה בעל העציץ את הזרעים הלא הזרעים הם בתוך חצרו וצ"ל דאימתי קונה חצרו היינו היכא דאין להמוכר קנין בהחצר שיהיו מונחים המטלטלין אבל היכא שיש להמוכר קנין בהחצר שיהיו מונחים המטלטלין הרי אין המטלטלין מונחים בחצר של הקונה אלא ברשותו נמצא כיון דהזרעים היו של אחר איך היו מונחים בעציץ שלו ע"כ הי' לו קנין בעציץ שיהיו מונחים בו הזרעים ומשו"ה לא קנה בעל העציץ את הזרעים מדין חצרו שכיון שיש לבעל הזרעים קנין שיהא בעצמו הרי הזרעים מונחים ברשות בעל הזרעים משו"ה לא קנה מדין חצרו לפי"ז יש לומר דמשו"ה לא קתני בעציץ וזרעים של אחד ומכר לאחר דאז הי' הדין כיון שמשך קנה כיון שבמשיכתו נקנה לו העציץ וא"כ הרי הזרעים מונחים בחצרו היינו בכלי שלו וא"כ קנה מדין חצרו תיכף כשמשך העציץ (ואין להקשות גם בעציץ של אחד וזרעים של אחר דביארנו דמשו"ה לא קנה מדין חצרו כיון שיש לבעל הזרעים קנין בהעציץ שהזרעים יהי' מונחים בהעציץ עכ"פ כשימשוך בעל העציץ את העציץ לקנות הקנין שיש לבעל הזרעים ויהי' הקנין הזה ג"כ שלו דאפשר דבכה"ג היכא שהשכיר כלי שלו לאחר והשוכר עשה קנין בהכלי אז אין המשכיר קונה במשיכתו לקנות חזרה את קנין השכירות דמשיכה הוא היכר הקנין שכיון שהוא מושך נעשה בעלים על הדבר אבל כשהוא בעלים גם בלא המשיכה אז אין המשיכה מועלת): והנה רש"י בפרק הזורק גבי ההוא שכ"מ דתקיף ליה עלמא דאמר תיזול ותיחוד ותפתח פרש"י ותקנה הגט דהשתא קא יהיב לה חצר וגיטה בתוכו ותנן נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות.

וכבר תמהו על דברי רש"י: דלמה ליה לרש"י לפרש מטעם אגב תיפוק ליה שתקנה מטעם חצרה וגם אם מטעם אגב למה צוה רבא להקנות דוכתא דמנח ב"י גיטא. ונראה

לי דטעם רש"י כיון דשם הוי סבר הגמ' דלא אמרינן גיטה וחצרה באין כאחד א"כ לא הית' קונה כלל מטעם חצרה.

שהרי דין חצר הוא שדבר שבא לתוך חצר שלה קנתה א"כ היינו דוקא בבא הדבר לתוך החצר אבל אם שניהם בב"א היא קונה החצר והגט הרי ברגע שקנתה החצר לא הי' הגט מקודם בחצרה שהרי הי' חצר שלו ובעינן שיעשה החצר שלה ואח"כ תקנה וא"כ זו הרגע שהחצר נעשה שלה ולא קנתה עדיין הגט עד שיהא מקודם החצר שלה ואח"כ תקנה א"כ בזו הרגע לא בא הגט מידו לידה אבל אם הי' הגט במקום אחר לא הי' מועיל אגב שהרי בגט בעינן בידה וקנין לחודי' לא מהני היכא דהגט אינה בידה.

אלא דבידה לחוד בלא קנין ג"כ לא מהני משו"ה היכא דהגט במקום שקנתה עתה בידה הוא והקנין ג"כ בזו הרגע מטעם אגב מועיל אבל בלא"ה אינו מועיל וראי' לדברינו דאלו לא הי' בגט דין דגיטה וחצירה באין כאחד אז היינו אומרים שלא קנתה הגט ברגע שקונה את החצר דקנין חצר הוא היינו דוקא אם הדבר בא מקודם בהחצר ואח"כ קונה בו.

וא"כ אם באו בב"א שלא קנתה הגט מיד עם החצר גם אח"כ לא תתגרש שהרי אח"כ לא בא מידו לידה והוי טלי גיטך מעל גבי קרקע. (ושאני מה שמועיל אם היא קונה ברגע אחת דאז הוא ג"כ מסייע בהקנין שהרי בלא הקנאתו לא הי' מונח בחצרה משום שלא הי' החצר שלה עדיין נמצא דלאו טלי גיטך מעל גבי קרקע הוא כיון שהוא מסייע בנתינה ומסייע שפיר דמי מדאמרינן דערק לה חרצה ושלפתו ומשו"ה הביאו הפוסקים דבשחרור מהני טלי שיחרורך מעל גבי קרקע דהתם בלא הקנאתו לא הי' מונח כלל בידו שהרי ידו קנוי' להאדון נמצא דהוא בהקנאתו עושה לו יד ומסייע הוא בנתינה.

משא"כ באשה אם היא נוטלת מעל גבי קרקע גם אם לא הי' מקנה לה הגט הי' ג"כ הגט מונח בידה נמצא דהוא אינו עושה כלום שתהי' נתינה בידה אבל בחצר אם קונה בב"א הוא ג"כ מסייע שתהי' נתינה דבלא נתינתו לא נעשה החצר שלה אבל אי לא אמרינן גיטה וחצרה באין כאחד ותתגרש ברגע שאחר קניית החצר הוי טלי גיטך מעל גבי קרקע).

שהרי רש"י (בדף כ"א) גבי אמר רבא כתב לה גט ונתן ביד עבדו וכתב לה שטר מתנה עליו קנאתו ומתגרשת בו פרש"י ז"ל קנאתו לעבד בשטר מתנה זה והגט שבידו דהוה לה האי עבד כחצרה. וגיטה וחצרה באו לה כאחד.

ולכאורה מי הכריח לרש"י לפרש הטעם משום דגיטה וחצרה באו כאחד הא טעם זה לא אצטריך אלא גבי עבד דבלא נתינת השחרור לא הי' לו יד אבל הכא בשטר מתנה הלא קנתה החצר. ודוחק לומר דכונת רש"י משום קושיא דהזורק מה שקנתה אשה קנתה בעלה דא"כ הו"ל לפרש בכמה דוכתי דמוכח דאשה קונה גט בחצרה וגם הרי התוס' מסקי דבמתנה לא בעינן לטעמא דגיטה וחצרה באו כאחד כיון דבמתנה אין הבעל אוכל פירות.

אולם לפי דברינו מיושב דקשה ליה לרש"י איך תקנה הגט הא בעינן שיהי' מקודם חצרה ואח"כ תקנה ע"י חצרה וא"כ אח"כ הוי טלי גיטך מעל גבי קרקע משו"ה פרש"י דקיי"ל גיטה וחצרה באו כאחד וא"כ קנתה בב"א ואז לא הוי טלי גיטך מעל גבי קרקע שהרי

הוא מסייע בנתינה בזה שמקנה לה ועי"ז מונח בידה וזהו נתינתו: והנה מכל מה שהביאנו נראה.

שקנין חצר בעינן שמקודם יהי חצרו ואח"כ קונים בו נמצא דכשאדם מקנה קרקע ומטלטלין כאחד בזו הרגע שקונה החצר בודאי דלא קנה שהרי עדיין לא הי' חצרו אלא דברגע שאח"כ יכול לקנות לכאורה מטעם חצר. אך לפי מה שביארנו למעלה דהיכא דיש לו קנין בחצר להמוכר שיונחו המטלטלין אז אין הקונה יכול לזכות מטעם חצרו שהרי ברשות המוכר המה מונחים נמצא דכשמוכר קרקע ומטלטלין כיון דהוא לא יכול לקנות ברגע אחת מטעם דבעינן שיהי' מקודם חצרו ואח"כ יקנה א"כ הרגע הזאת יש לו עדיין קנין להמוכר שהמטלטלין יהיו מונחים שהרי באופן כזה הקנה שהרגע הזאת יהיו מונחים.

א"כ הרי יש לו קנין שיהי' מונחים א"כ הרגע הזאת דמי לעציץ של אחד וזרעים של אחר דלא נקנו לבעל עציץ מטעם חצר. ה"נ אף ברגע שאח"כ לא יוכל הקונה לקנות מטעם חצרו כיון דיש רשות לבעל המטלטלין שיהיו מונחים ברגע הזאת.

וכן כסדר שכיון שיש לו רשות שיהיו מונחים לא יכול לקנות מטעם חצרו. (וראי' ברורה דכשאחד מוכר לחבירו דבר מה ומשייר בעדו שיוור לא אמרינן שהניח לעצמו רשות בלא קנין.)

שהרי הרמב"ם (בפכ"ד מהלכות מכירה הלכה ח') כתב המוכר קרקע ושייר אילנות יש לו חצי הקרקע כולה שאלו לא שייר בקרקע הרי אומר לו הלוקח עקור אילנך וכן אם שייר שני אילנות בלבד יש לו קרקע הראוי להם שאילו לא שייר הקרקע הי' הלוקח אומר לו עקור אילנך ולך. ועי' בראב"ד מה שהשיג עליו ועי' במ"מ שהקשה ז"ל אלא שאיני מוציא טעם למה יש לו חצי קרקע כי היכי דלא לימא ליה עקור אילנך וזיל.

והלא קנה שלשה אילנות אע"פ שאין לו חצי קרקע אין יכול המוכר לומר לו כן. ואפילו אם מתו יטע אחרים תחתיהם עכ"ל המ"מ.

ונראה לי טעם הרמב"ם דהנה הקונה אילן אחד וכן שנים וכן שלשה כיון דיניקת אילן הוי שש עשר אמה לכאורה הי' יכול לומר לו עקור אילנך וזיל אלא כיון דמכר לו אילנות ולא עצים הרי נתן לו רשות שהאילן או אילנות שמכר ינקו משדהו. אלא דכיון דאין לו זכות על היניקה רק מההוכחה מזה שמכר לו אילנות ולא עצים א"כ אין לנו ראי' אלא שנתן רשות אבל לא בתורת קנין.

משו"ה אין יכול להביא ביכורים הקונה שני אילנות אף דיש לו יניקה היינו רק בתורת רשות אבל לא בתורת קנין והוי כמו אילן הסמוך למצר דאין מביאין בכורים (עיי' בב"ב כ"ו בתוס' ד"ה גזלן) אבל אם מכר ושייר אילנות לפניו מהטעם הזה גופא כיון דשייר אילנות ואילו לא שייר בקרקע הרי רק עצים שייר.

ומדשייר אילנות ע"כ דשייר נמי יניקת כל האילנות ומדשייר ממילא הרי לא מכר היניקה וממילא יש לו בקרקע כל הקרקע הצריך היינו כדי יניקת שש עשר אמות דזה אין סברא לומר שמוכר היניקה ומשייר זכות. שמה שמשייר הרי אינו מוכר.

וממילא אם מכר קרקע הצריך לאילנות ושייר האילנות הרי שייר הקרקע וגם מכר הקרקע. ומשו"ה יש לו חצי הקרקע ולהקונה חצי הקרקע.

(והאי דינא דיש לו חצי הקרקע היינו במוכר השדה ששייכה לאילנות ועיין בב"ב קמ"ח גבי מכר דקל ושייר פירות). עכ"פ חזינן מהרמב"ם דמהאי הוכחה דאי לא נימא ליה עקור אילנך גבי קונה לא אמרינן דיש לו קנין.

אבל גבי מוכר כיון שע"כ שייר א"כ הרי לא מכר ונשאר לו קנין. ה"נ גבי קניית קרקע ומטלטלין כיון שרגע הזאת לא הקנה לו המטלטלין הרי נשאר לו קנין.

שיהיו המטלטלין בחצרו. משו"ה לא קני הקונה את החצר.

אי לא קרא דויתן להם מתנות רבות לכסף ולזהב עם ערי מצודות ביהודה: ועפי"ז יש ליישב קושית הש"ך בחו"מ (סימן ר"ג) על בעל העיטור דאמר דטובת הנאה אינה ממון ומשו"ה אינה נקנית אגב קרקע. דשנויא דשני בב"מ דמעשה דר"ג וזקנים דר"ג הקנה להם מטלטלין אגב קרקע ליתא.

אלא קיי"ל כרב פפא. והקשה הש"ך דהרי בעל העיטור עצמו כתב באות שכירות (דף ל"א) דבשכירות לחודי' לא קנה בלא אגב.

דאי ס"ד לחודי' קנה וכחצירו משוינין ליה. כי קא מיבעיא לן שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו ואמר ת"ש עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו תיפוך ליה דקנה משום שכירות.

אלא ש"מ דלא קנה אלא באגב עכ"ל. הרי להדיא דמפרש עובדא דר"ג מטלטלי אג"ק הוי כו' עכ"ל הש"ך.

ונראה לי לתרץ דהנה הקצוה"ח בסימן ר' ס"ק ה' הקשה כיון דאמרינן גבי גט ושחרור גיטו וידו באין כאחד. א"כ מי שנתן למתנה לחבירו את ביתו.

וכתב השטר על הבית ונתן בתוך הבית. נימא שטרו וחצרו באין כאחד היינו שע"י השטר קונה את הבית וע"י הבית קונה את השטר ובאין כאחד.

ותירץ דלא אמרינן דמהני גיטו וידו באין כאחד אלא גבי גט ושחרור דלא בעינן שתקנה האשה או העבד את הגט ובעינן רק נתינה שהוא יתן בידם וגיטה וידה באין כאחד הוי נתינה. אבל במתנה דבעינן קנין.

וע"כ גיטו וידו באין כאחד לא הוי קנין. אכן ק"ק דא"כ היכא דלקנין השחרור יצטרך לקנות מתנה הרי לא יקנה ולא ישתחרר.

שהרי גבי קנין לא אמרינן גיטו וידו באין כאחד. והנה בגיטין איתא היכא דכתב כל נכסי פלוגתא דאביי ורבא אי אמרינן פלגינן דבורא וס"ל לאביי דלא אמרינן פלגינן דבורא.

(ומפורש אצלנו במקום אחר דאביי ס"ל דלא נוכל לפלג הדיבור דכל נכסים היינו היכא דלא קנה כל הנכסים אף מקצת לא קנה למאן דס"ל לא פלגינן ומשו"ה ס"ל לר"מ דהיכא דשייר קרקע דלא קנה כל נכסים אף עצמו לא קנה. ומשו"ה לא יוכל להשתחרר אם לא

יקנה הנכסים ומשו"ה ס"ל לאביי דאף על השחרור אינו נאמן דהכא נאמנות על השחרור ע"כ הוא נאמנות על הממון דזה בלא זה לא סגי).

וא"כ לאביי יקשה איך הוא קונה ונשתחרר ע"י כל נכסי קנוין לך הרי לקנין הנכסים בעינן. והכא לא מצי לקנות דהרי אין לו יד וממילא לא ישתחרר.

ואף לרבא יקשה כיון דס"ל פלגינן א"כ נשתחרר מקודם וממילא קנה את הנייר ואיך יקנה אח"כ הנכסים הא בעינן ספר המקנה היינו שהנייר יהי' של המוכר: ע"כ נראה לי ליישב קושית הקצוה"ח אמאי בכתב שטר מתנה על ביתו ונתן באותו הבית לא קנה נימא שטרו וחצרו באין כאחד כמו גיטו וידו באין כאחד.

דיש לומר דאימתי אמרינן גיטו וידו באין כאחד דוקא גבי עבד דבאמת עבד יש לו יד והוא אדם בפני עצמו. דאי נימא דעבד הוי כשורו וחמורו א"כ תקשה איך אמרינן הקנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות או לכה"פ ע"מ שיצא בו לחירות דבודאי אליבא דחכמים קנה העבד משום דלדידי' נמי לא מקנה אלא שיצא בו לחירות.

עכ"פ במה קנה העבד הכסף נימא דאותו פלוני יחזור בו שהרי בכה"ג לא קנה הרב. אלא צ"ל דבאמת העבד יש לו יד בפני עצמו אלא דקנוי הוא להרב והרב אינו מניח לו לקנות דברים שהוא בעצמו יכול לקנות אחר שהרב קונה הקנינים של העבד.

אבל דברים שאין שייכין להרב קונה העבד בעצמו א"כ ע"מ שיצא לחירות דזה דבר שאין שייך שהרב יקנה שיצא בו לחירות קנה העבד כיון שיש לו יד ומשו"ה אמרינן גיטו וידו באין כאחד כיון דנתן לו גט ואם יקנה השחרור הרי יצא לחירות א"כ בכה"ג מקרי שהרב מניח לו לקנות וממילא קנה העבד ע"י ידו דגיטו וחצרו באין כאחד מהני לענין זה שמקרי שהוא מניח לו לקנות ואיננו נוטל עתה הקנינים ממנו.

וכ"ז לא שייך אלא היכא דיש לו יד אבל אילו לא הי' לו יד מאי מהני שנותן לו שחרור הרי היד אינו שלו ואמאי נימא באין כאחד ומשו"ה גבי כתב שטר מתנה על ביתו והניח בתוך ביתו כיון דאין לו עדיין יד כלל וכלל שהרי החצר אינו שלו בודאי בכה"ג לא שייך לומר שטרו וידו באין כאחד לעשות לו יד שזה אין מועיל רק לומר שהוא מניח לו לקנות אבל לא לעשות לו יד: והנה הפוסקים התעוררו על סתירת הסוגיא דב"מ וקידושין דבב"מ אמרינן מעיקרא דמעשה דר"ג וזקנים הוי מטלטלין אג"ק אבל רב פפא פירש דהוא מטעם חצירו ועל הא דפרכינן דבעינן עומד בצד חצרו תירץ רב פפא דעת אחרת מקני שאני ורב אשי ג"כ ס"ל לכאורה כן א"כ סבר רב אשי דבדעת אחרת מקנה לא בעינן עומד בצד חצרו ומעשה דר"ג וזקנים לא הי' בקנין מטלטלי אגב קרקע וכרב אשי בעינן למיפסק ואילו בקידושין (כ"ז) אמרינן שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו וילפינן ממעשה דר"ג וזקנים הרי דס"ל להלכה דמעשה דר"ג וזקנים הי' מטלטלין אגב מקרקעי.

ונראה לי דבאמת קשה מה שאמרינן בגמ' דלענין קניית עבדים וקרקעות דאין עבדים נקנים באגב מטעם דמקרקעי או מטלטלי דניידי נינהו וא"כ אמאי קנה מטעם אגב בעומדים עבדים בתוך השדה. (ועיין בתוס' דהוא מטעם אגב) ממ"נ.

אי עבדים לא נתנו באגב גם בצבורין לאיקנה ואי עבדים נקנין באגב גם בלא ציבורין יקנה. דהא גבי שדה במכר ומטלטלין במתנה ילפינן מהא דר"ג וזקנים ושם הא הי' צבורין ואיך נוכל ללמוד מזה לגבי שדה במכר ומטלטלין במתנה היכא דלא הי' צבורין.

אלא ע"כ דלא מחלקינן בזה דאם רק נימא שנקנין באגב אז אין נפקא מינה אי הי' צבורין או לא וא"כ אמאי מחלקינן גבי עבדי בין צבורין לאינן צבורין: והנה הרמב"ם פסק דצבורין לא בעינן שיאמר המוכר ללוקח אגב ואין כן דעת הראב"ד עי"ש. ונראה לפי שביארנו דבצבורין באמת הי' לו לקנות מטעם חצר אלא דבלא קרא הוי אמינא שבעינן שמקודם יהי' חצרו ואח"כ יקנה נמצא דגלי לן קרא דויתן להם אביהם מתנות רבות דלא תימא דבעינן דוקא שמקודם יהי' חצרו אלא אף בבאו בב"א כיון שמועיל קנינו לקנות החצר מועיל קנינו לקנות המטלטלין ע"י חצרו.

דחצרו וקנינו באין כאחד גלי לן קרא דמהני. נמצא דמהפסוק דויתן להם אביהם מתנות רבות לכסף ולזהב עם ערי מצורות ביהודה ילפינן שני דברים.

האחד דכשקונה קרקע ומטלטלין הצבורין בתוכה מועיל הקנין שקונה החצר לקנות גם המטלטלין ע"י החצר ומועיל חצרו וקנינו שבאו בב"א. ועוד דין דכשמקנה לאחד קרקע ומטלטלין אף אם אינן צבורין אגב שמקנה לו הקרקע יוכל להקנות באותה הקנאה גם המטלטלין.

ולפענ"ד נראה שהקנין בצבורין הוי קנין דאורייתא ובאינן צבורין הוי דרבנן. (ובזה יתישבו הסתירות מתוס' ב"ק על תוס' ב"מ מ"ו וכן מרש"י בהזורק).

והיינו דבצבורין דהוי דאורייתא וחידוש הוא שחדשה התורה דלא בעינן שמקודם יהי' חצרו ואח"כ יקנה אלא דגם בב"א מהני. וקנין האחר שע"י שמקנה הקרקע יוכל להקנות המטלטלין.

זהו מדרבנן. משום הכי בצבורין לא בעינן שיאמר לו המוכר אגב שהרי הלוקח עושה הקנין וקונה הוא ע"י חצרו.

אבל באינן צבורין תקנתא דרבנן הוא שיוכל להקנות המטלטלין ע"י הקרקע א"כ המוכר הוא העושה את ההקנאה ומשו"ה בעינן שיאמר לו אגב. וכן נראה לי ראי' שהקנין שעשו רבנן במטלטלי' שיקנה אגב קרקע היינו שהרבנן אמרו שע"י שהמוכר מקנה להלוקח את הקרקע יוכל להקנות ע"י זה גם את המטלטלין ועיקר התקנה שיכול להקנות את המטלטלין ע"י קרקע ובהקנאת המוכר תליא מדאיבעיא להו שם בגמ' שדה לאחד ומטלטלין לאחר מהו ואם נימא דעיקר תקנה שקונין מטלטלין אגב קרקע הוא שע"י שהלוקח קונה את הקרקע קונה את המטלטלין א"כ מאי שייך דאם קנה אחד את השדה יקנה השני את המטלטלין אבל אי נימא שרבנן עשו תקנה שע"י שהמוכר מקנה את הקרקע יוכל להקנות המטלטלין שייך שפיר האיבעיא אם התקנה היתה גם על אחר היינו שיוכל להקנות לאחר מטלטלין ע"י שהקנה הקרקע לזה.

או דנימא דתקנו רבנן דוקא דלזה שהקנה הקרקע יכול להקנות המטלטלין ולא לאחר. אבל בצבורין היכא שמקנה לזה גופא שקנה את השדה גם את המטלטלין לא בעינן דין

אגב דהתם הא קונה הלוקח מדין חצר כיון דאשמעינן קרא שגם חצר כזה שבא בב"א יועיל.

אבל אם הקנה את השדה לאחד ומטלטלין לאחר א"כ לא שייך שאותו האחר יקנה מטעם חצר שהרי לאו חצרו הוא. וא"כ אפילו בצבורין נצטרך לדין תקנת רבנן שתקנו שאגב שהקנה להלוקח את הקרקע יקנה לו גם את המטלטלין: ולפי זה מיושב שפיר מה שהקשתי אמאי בצבורין קונה את העבד אף שהוא מטלטלי דניידי ולא חלקו בין ניידי לאינם ניידי ובאינם צבורין חלקו בין ניידי לשאינם ניידי ואמרו שעבדים אינם נקנים באגב אם אינם צבורים.

אכן לפי הנ"ל מיושב דבצבורין עיקר החידוש הוא שחצר כזה שקונה אותו עתה יכול לקנות מטלטלין ע"י וגלי לן קרא דלא בעינן שיהי' מקודם חצרו א"כ עיקר החידוש בהחצר לא בהמטלטלין. משו"ה קנין עבד ג"כ ע"י חצר כזה כיון דבחצר אין שינוי.

אבל באינן צבורין שלמדו רבנן דמטלטלין יוכל להקנות אג"ק א"כ עיקר החידוש בהמטלטלין ומשו"ה אמרינן כי אמרו רבנן דוקא במטלטלי דלא ניידי אבל לא במטלטלי דניידי: והנה מאי דמשמע מהפוסקים דרב אשי דאמר בב"מ חצר משום ידו אתרבאי ולא גרע משליחות ס"ל דלא כהתירוץ דמטלטלין אגב מקרקעי שאני.

ורק ס"ל דדעת אחרת מקנה מועיל אף בחצר שאינה משתמרת. נראה לי דבאמת חצר שאינה משתמרת לאו חצר הוא כלל וכמו דאמרנו חצר מהלך לאו חצר הוא לקנין.

ה"נ חצר משתמר הוי חצר אבל חצר שאינו משתמר לאו חצר הוא. והנה התוס' שם בד"ה וכי בצד שדהו של ר"ג היו עומדין הקשה הלא ביתו של ר"ג ה' משתמר ובמשתמר הא לא בעינן עומדין בצד שדהו.

ולדידי נראה לי פשוט דהא דאמרינן מעיקרא דאמר רב יהודה אמר שמואל והוא שעומד בצד שדהו ופרכינן והאמר רבי יוסי בר חנינא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ופרכינן ה"מ בחצר המשתמרת אבל בחצר שאינה משתמרת אי עומד בצד שדהו אין אי לא לא. הרי דבחצר המשתמרת לא בעינן עומד בצד שדהו.

היינו דוקא לבתר דשני רב אשי דחצר משום ידה אתרבאי ולא גרע משליחות. וגבי מתנה זכין לאדם שלא בפניו היינו דהחצר זוכה בעד הבעה"ב אז ניחא דחצר המשתמרת לא בעינן עומד בצד שדהו שאף אם אינו עומד בצד שדהו קונה לו החצר מטעם שליחות ורק בחצר שאינו משתמר דאז לאו חצר הוא לקנין כיון שאינו משתמר.

אז לא יכול לזכות בה הבעה"ב (כמו חצר מהלכת) ורק בעומד בצדו דאז משתמר הוי ע"י עמידתו אז קונה. כל זה הוא לתירוץ דרב אשי אבל רב ייבא דפריך לעולא ממתניתין דר"ג וזקנים דלא הוי ידע תירוצא דרב אשי.

וכיון דלא ס"ל החילוק בין גט למתנה א"כ כמו בגט אף בחצר משתמר בעינן דוקא עומד בצד שדהו דבעינן דוקא דומיא דידו. גם במתנה או במציאה בעינן אף בחצר משתמר דוקא עומד בצד שדהו.

ומשו"ה פריך מר"ג וזקנים וכי היו עומדים בצד שדהו של ר"ג (אף שחצר של ר"ג הוא חצר משתמר הא ס"ל דגם במשתמר בעינן דוקא עומד בצד שדהו דבעינן דומיא דידו ולא צריכין לתירוץ התוס' דאינו משתמר הוא לגבי זקנים) וע"ז משני רב אשי דחצר במתנה או במציאה הוא מועיל משום שליחות משו"ה במשתמר לא בעינן עומד בצד שדהו אבל באינו משתמר גם רב אשי מודה דבעינן דוקא עומד בצד שדהו דחצר שאינו משתמר לאו חצרו הוא לקנין.

לפי"ז נוכל לומר דהרמב"ם פסק כרב אשי וגם סוגיא דקידושין דס"ל דמעשה דר"ג וזקנים. הי' מדין מטלטלי אגב קרקע לא פליג אהאי סוגיא דלפי מה שבארנו עיקר החידוש הא דקרקע ומטלטלין בב"א קונין מטעם חצרו הוא מהקרא דויתן להם אביהם שדות רבות דאילולי דין דאגב שקונה הקרקע מועיל לו הקנין להיות חצרו הוי סברינן דבעינן דוקא שמקודם יהי' חצרו וגלי' לן קרא דמגו דמועיל הקנין לגבי הקרקע מועיל שיהי' חצרו לקנות.

ומשו"ה בב"מ איצטרכי לטעמא דחצר משום ידה אתרבאי ולא גרע משליחות. דבלא זה לא הי' מועיל לקנות מטלטלין אגב קרקע דהרי ס"ל טובת הנאה אינה ממון.

אלא דזה אינו רק חסרון היכא דמטעם חצר אינה קונה היינו לפום מאי דהוי ס"ל דחצר כזה לא יכול לקנות דבעינן דוקא שיהא דומיא דידו וא"כ איצטריכא לן לומר דקנין מטלטלי אגב קרקע דמיירי גבי מעשה דר"ג וזקנים היינו קנין כזה שמועיל אף באין צבורים. היינו דרבנן תקנו שאם מקנה לו קרקע ומטלטלין כאחד אגב שמקנה המוכר קרקע מקנה ו גם המטלטלין א"כ תליא ההקנאה במוכר משו"ה פריך הרי טוה"נ אינה ממון ואינו יכול ר"ג להקנות את המעשר אגב קרקע כיון דלאו שלו הוא.

אבל לפי תירוץ רב אשי דחצר משום שליחות ג"כ מועיל היכא דזכות הוא לו א"כ לא איכפת לן שטוה"נ אינה ממון. דכיון דקונה ע"י חצר תליא הקנין בלוקח וטוה"נ דאינה ממון היינו לגבי המקנה.

אבל גבי הקונה הרי ממון הוא א"כ שפיר אמרינן מגו דמועיל הקנין של הכסף לגבי הקרקע שיהי' חצירו מועיל נמי שיהי' ברגע הזאת חצרלקנות ולזכות המעשר ולא בעינן שיהי' מקודם חצר ואח"כ יזכה שאף שבאין בב"א נמי מהני. שהרי ס"ל חצר משום שליחות נמי מועיל.

ומשו"ה מביא שפיר ראי' בקידושין דלא נימא דקרא דויתן להם אביהם מתנות רבות עם ערי מצודות ביהודה מיירי דוקא היכא ששניהם שוים המטלטלין והשדה שניהם במתנה אבל במכר נימא דאינו מועיל. א"כ מנא לן דבמכר מועיל חצרו ומתנתו באין כאחד דילמא כי גלי קרא במתנה.

ע"כ דס"ל דאין חילוק כיון דאין סברא לחלק משו"ה. דבמטלטלי אג"ק מועיל היכא דשדה במכר ומטלטלין במתנה אף באינן צבורין כיון דאין סברא לחלק דהרי רבנן תקנו קנינים מטלטלי אגב מקרקע דומיא דדין התורה דילפינן מהאי קרא שיועיל בב"א: ואין להקשות כיון דלפי מה שביארתי דהיכא דצבורין הקנין הוא מטעם חצר אלא דגלי לן קרא דמועיל חצר כזה שנעשה עתה חברו מטעם אגב דילפינן מקרא דויתן.

א"כ תקשי היכא דהחצר אינו משתמר איך קונה בצבורין אף בלא אמירת אגב היכא דבחצר אינו משתמר הא חצר שאינו משתמר אינו קונה. ונראה לי דהנה הקצוה"ח הביא בסימן ר' ראי' לדברי הפוסקים דבדעת אחרת מקנה לא בעינן עומד בצד שדהו אף בחצר שאינו משתמר מדאמרינן בב"מ ק"ב דמשום דיצא שם מציאה בעיר קונה אף בחצר שאינו משתמר דכיון דיצא שם מציאה בעיר מיבדל בדילי אינשי מיני' והוי ליה חצר המשתמר משום זה דמיבדלי אינשי מהדבר א"כ בדעת אחרת מקנה ג"כ מיבדלי אינשי שהרי איך יוכלו ליקח דבר של זה משו"ה קונה חצר המשתמר.

ונראה לי דלא דמי דהתם במציאה הרי כו"ע בדילי מינה משו"ה הוי חצר המשתמר אבל הכא נהי דשאר אינשי בדילי אבל המוכר או הנותן גופא הרי לא בדיל א"כ לא הוי חצר המשתמר משום המוכר או הלוקח בעצמו. ולפי"ז ניחא מה שמועיל בצבורין אף בחצר שאינו משתמר אף בלא אמירת אגב דלפי מה שבארתי למעלה דבלא אמירת אגב הטעם משום חצרו ואף דאצטריך לטעמא דאגב היינו דבלא קרא לא הוי מועיל חצרו ומתנתו באין כאחד.

אבל עתה דגלי קרא דמגו דמועיל הקנין שיהי' החצר שלו מועיל נמי שיהי' חצרו. אבל הטעם משום חצר.

והקשתי הא חצר שאינו משתמר לא מהני. אכן לפי הנ"ל ניחא דהנה אחרי שהוא קונה הרי הוא חצר המשתמר שהרי אחרי קנייתו גם המוכר בדיל.

והרי ראי' ממצאה דהיכא דכו"ע בדילי הוי חצר המשתמר אלא דהקושיא האיך הוא קונה הרי קודם הקני' הא לא הי' חצר המשתמר שהרי המוכר או הנותן איננו בדיל. אך הא בארנו לעיל דכמו דבגט מועיל גיטו וידו באין כאחד ה"נ בקנין מועיל חצרו ומתנתו באין כאחד והא שאינו מועיל בכותב שטר מתנה על הבית ונתן בהבית עצמו שהקשה הקצוה"ח וביארתי דהתם היינו באין לו יד כלל אבל בעבד הרי יש לו יד אלא שהרב אין מניח לו לקנות ע"ז מועיל גיטו וידו באין כאחד כיון שאם יקנה יהי' לו יד גמור ככה"ג מועלין באין כאחד נמצא ה"נ בקנין.

את החצר הוא קונה בכסף או בשארי קנינים אלא דלא יכול עדיין לקנות המטלטלין מטעם דהמוכר אינו בדיל והמוכר אינו מניח לו לקנות עי"ז שכיון שאינו בדיל הוה חצר שאינו משתמר אבל כיון דאם יקנה יהי' חצר המשתמר שהרי אז גם המוכר יהי' בדיל כגון דא אמרינן חצרו וקנינו באין כאחד כמו בגיטו וידו דאמרינן כיון שאם יקנה הגט יהי' יד שלו חפשי מקניית הארון ממילא קונה ובאין בב"א ה"נ כיון שאם יקנה יהי' החצר חפשי מהמוכר ה"נ באין כאחד ודו"ק: ובאופן הנ"ל יש ליישב קושית הש"ך על העיטור דאיך אמר העיטור דשינויא דמטלטלי אג"ק לא קיי"ל דס"ל טוה"נ אינה ממון לקנות אג"ק הרי העיטור בעצמו ס"ל דשכירות לחודי' לא קנה מטעם חצרו אלא מטעם אגב ומביא ראי' מדקמיבעי' לן שדה במכר ומטלטלין במתנה מהו ופשטינן ת"ש עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו תיפוק ליה דקנה בשכירות אלא ש"מ דלא קנה אלא באגב עכ"ל הרי להדיא דמפרש דעובדא דר"ג וזקנים הוי משום מטלטלי אגב קרקע.

אכן לפי הנ"ל מיושב שפיר דהעיטור ס"ל דזה לא קיי"ל כהאי שינויא דטוה"נ ממון ויכול להקנות אג"ק אף באינן צבורין אף דלא שייך חצר. דלפום מאי דהוי ס"ל דבעינן דוקא חצר דומיא דיד ואעפ"כ הוי ס"ל דמועיל מטלטלי אגב קרקע בתרומה ומעשרות וע"כ דהוה ס"ל דהקנין שהקנה ר"ג וזקנים הי' מטעם האי קנין מטלטלי אגב קרקע דתקנו רבנן שיכול המוכר להקנות מטלטלין אגב קרקע.

וממילא אפילו באינן צבורין ג"כ יוכל להקנות תרומות ומעשרות אגב קרקע. לא קיי"ל כהך שינויא דהרי טוה"נ אינה ממון ולא יכול נותן התרומה והמעשרות להקנות ומשו"ה בעינן דוקא צבורין.

דבצבורין אין הקנין מטעם שהמוכר מקנה אלא דהקונה קונה את המטלטלין ע"י החצר ולגבי הקונה המעשר הוי ממון גמור. ולפי"ז פריך העיטור דלמה לי להגמ' בקידושין לומר דמטעם אג"ק הי' מעשה דר"ג וזקנים כיון דצבורין היו הרי יכול לקנות מטעם חצרו.

(והעיטור לא ס"ל כדפירשנו לעיל דבעינן דוקא שיהי' חצרו מקודם). ע"ז משני העיטור דבשכירות לא יכול להיות חצר גמור לקנות מיד המשכיר כיון שהוא אינו בדיל מהחצר.

אבל כיון דמועיל אגב אמרינן חצרו וקנינו באין כאחד שהרי בעת שקונה בדיל המשכיר וממילא הוי חצרו וקנינו באין כאחד והקנין הוי מטעם אגב ומטעם חצר. מטעם חצר בעינן שאגב בלחוד אינו מועיל שהרי ר"ג לא הי' יכול להקנות המתנות אגב קרקע וקנין חצר בלחודי' אינו מועיל דחצר השכור אין קונה מהמשכיר כיון שהמשכיר אינו בדיל אבל מלימוד דאגב ילפינן דמועיל חצרו וקנינו באין כאחד בכה"ג היכא שיש לו יד היינו שהחצר שלו ולדין דבאין כאחד איצטריכא כדי שיהי' בדיל דהיינו טעמא דמועיל גבי גיטו וידו באין כאחד מטעם שיש לו יד רק שהרב אינו מניח לו לקנות כדביארנו וע"כ צ"ל בדברי העיטור כדביארנו דאין כונתו שיקנה בדין אגב לחודי' שהרי ז"ל העיטור שם וש"מ מכי שכרו כחצרו דמי וקנה מה שבתוכה באגב.

אבל בלא אגב לא קנה כו' דאי ס"ד בשכירות לחודי' קני וכחצרו משוינן לי' כו'. ואם נימא דכונת העיטור דקנה מטעם אגב לחודי' א"כ אמאי קאמר העיטור כחצרו משוינן מאי שייכא דחצר לקנין אגב קרקע וכן מה שמסיק העיטור וקנה מה שבתוכה מ"ש מה שבתוכה הא קיי"ל לא בעינן צבורין ע"כ דכונת העיטור כמו שבארנו דעיקר הקנין מטעם חצר אלא שמטעם חצר לחודי' אינו מועיל בשכירות ובעינן דוקא אגב היינו שיהי' חצרו וקנינו באין כאחד: לפי"ז נוכל ליישב קושית הפוסקים אמאי השמיט הרמב"ם דינא דרבא דאמר דקנין מטלטלי אגב קרקע הוא דוקא בנתן דמי כולן דבגמ' אמרינן תניא כותי' דרבא מהא דמכר עשר שדות בעשר מדינות דהחזיק באחד מהן קנה כולן דוקא בנתן דמי כולן ובמכר עשר שדות הביא הרמב"ם דבעינן דוקא נתן דמי כולן.

ולפי הנ"ל יתיישב דהנה טעמא דבעינן נתן דמי כולן הוא דבנתן דמי כולן אמרינן דרצה להקנות לו כולן וכיון שאמר לו לך חזק וקני או שעשה החזקה בפניו בשדה אחת אמרינן דמסתמא רצה שיקנה גם בשדות אחרות כיון שנתן דמי כולן אבל בלא נתן דמי כולן לא אמרינן שרצה המוכר שיקנה גם שדות האחרות ועל שדות אחרות לא הוי כאומר לך

חזק וקני אבל אם הי' אומר בפירוש שרוצה שיקנה גם שדות אחרות באותה קני' אז הי' קונה אף אם לא נתן דמי כולן וכן מפורש בסימן קצ"ב בשם הרשב"א דאף במכר מהני אם לא נתן דמי כולן אם אמר לו קני כולן ע"י חזקה זו וא"כ מה שמביא רא"י ממכר לו עשר שדות דבעינן נתן דמי כולן דגם במטלטלי אגב קרקע ג"כ בעינן נתן דמי כולן היכי מיירי אי באינן צבורין הא לא קני באגב אלא דוקא אם אמר לו קני אגב.

א"כ נהי נמי דלא נתן דמי כולן הא אמר שרוצה שיקנה ובכה"ג היכא שאמר שרוצה שיקנה גם במכר עשר שדות קונה אלא ע"כ בא למילף בצבורין דאז לא בעינן שיאמר אגב. (ובאמת צריך עיון גדול על הרא"ש דס"ל דגם בצבורין בעינן שיאמר אגב א"כ איך לפינן דבקניית מטלטלין אג"ק בעינן נתן דמי כולן.

הא הרא"ש בעצמו משמע דס"ל דהיכא דאמר בפירוש שרוצה שיקנה אז קונה במתנה אף דס"ל דמתנה הוי כלא נתן דמי כולן א"כ לכאורה גם במכר הדין כן ויסבור הרא"ש כהרשב"א א"כ איך מביא רא"י דגבי מטלטלין אגב קרקע בעינן נתן דמי כולן הא ע"כ מיירי דאמר לו אגב אליבא דהרא"ש והיכא דאמר שרוצה שיקנה הא מועיל אף בלא נתן דמי כולן).

והרמב"ם הא ס"ל דבצבורין לא בעינן אגב. וא"כ להרמב"ם מאי רא"י ממכר עשר שדות דבעינן דוקא נתן דמי כולן ואם לא נתן דמי כולן אמרינן שלא הקנה השדות שאינם סמוכים אבל בהשדה שעשה החזקה הרי לא אמרינן שעשה שיור והכא אם נימא דלא רצה להקנות המטלטלין עכצ"ל דהניח שיור בהחצר שיהי' מטלטלים שלו מונחים בהשדה וגם מאי רא"י משדות שאינן סמוכים לצבורין דסמוכים המה.

ואף שרש"י מפרש דמטלטלין הנקנין אגב קרקע כשדה שאינה סמוכה לה דמי הרמב"ם ס"ל דסמוכה היא כיון דצבורין ואיך נוכל לומר תני' כותי' מנא לן דלאו סמוכה היא. אכן לפי הנ"ל מיושב דהנה מה שביארנו דבקניית מטלטלין אגב קרקע בצבורין קונה מטעם חצר ואף באינו משתמר גלי לן קרא דחצרו וקנינו באין כאחד כיון שאם יקנה יהי' חצר המשתמר כמו בגיטו וידו באין כאחד זהו דוקא אליבא תירוצא דרב אשי דחצר משום שליחות נמי מועיל ומשו"ה בחצר היכא דמשתמר לא בעינן עומד בצד שדהו.

אבל לפי ההוה אמינא סברי דחצר אי נימא דבעינן דוקא עומד בצד שדהו דבעינן דומיא דיד. אף בחצר המשתמר בעינן עומד בצד שדהו ומשו"ה פריך מר"ג וזקנים וכי עומדין בצד שדהו ומשו"ה ג"כ פריך טוה"נ אינה ממון לקנות אג"ק דאף דצבורין.

בעינן שהמוכר יקנה אג"ק. דלא נוכל לומר שקונה מטעם חצר שהרי חצר אינו קונה אלא בעומד בצד שדהו דבעינן דומיא דידה נמצא דרבא דס"ל שם כפי ההוה אמינא דהרי הוא אמר שפיר עבד וכו' אלא טוה"נ אינה ממון כו' לקנות אגב.

(ומפורש אצלנו במקום אחר דגם הסיומא ולא היא נמי מדברי רבא הוא). נמצא דאליבא דרבא לא הוי כלל הא דביארנו למעלה דיש שני קנינים שנתחדשו מקרא דויתן האחד בצבורין וגלי לן קרא דמועיל חצר כזה שקונה עתה והוא קנין דאורייתא מטעם חצר.

אליבא דרבא אי אפשר לומר כן שהרי חצר אינו קונה אלא דומיא דידה. ואליבא הא דבצבורין קונין אף בלא אמירת אגב דביארתי דהטעם משום דבצבורין הקונה קונה ע"י

החצר ואליבא דרבא צריך ע"כ לומר טעם אחר לדידי' הטעם משום דאמרינן דבודאי דעתו להקנות שהרי לדידי' בצבורין ג"כ עיקר הטעם דמועיל משום דהמוכר מקנה המטלטלין אגב קרקע דהרי לדידי' בחצר בעינן עומד בצד שדהו.

משו"ה אליבא דרבא שפיר מביאין ראי' כמו במכר עשר שדות אמרינן בעינן סמוכין דלא רצה להקנות כל השדות ה"נ אין ראי' שרוצה להקנות את המטלטלין דלגבי ההקנאה לא שייך סמוכין. ומשו"ה אף בצבורין לא קנה אבל הרמב"ם דפסק כרב אשי ולדידי' בצבורין המקבל מתנה קונה ע"י החצר א"כ אין ראי' ממכר עשר שדות דהתם אמרינן מנא לן דרוצה לעשותם לדבר אחד אבל הכא הרי הלוקח הוא קונה ממילא ע"י החצר ומנא לן אדרבה דרוצה לשנות שהרי כיון שהם ברשותו ממילא קונה ע"י החצר ודו"ק.

משו"ה לדידן אין ראי' לקנין מטלטלין אג"ק דבצבורין כיון שהם בחצרו קונה אף אם לא נתן הכסף אחרי שהלוקח מעצמו יכול לקנותם רק אם המוכר מניח לו לקנות ולא בעינן הקנאה שיקנה לו אגב קרקע וממילא הוי כסמוכין. ובאין צבורין הא בלא אמירת אגב לא קנה כלל ובאמר קנה אגב הא גלי דעתו שרוצה שיקנה והיכא דגלי דעתו שרוצה שיקנה אף במכר עשר שדות קונה בהחזיק אף אם לא נתן דמי כולן משו"ה לדידן לא הביא הרמב"ם כלל דינא דנתן דמי כולן דלתירוץ רב אשי לא שייך האי חילוקא כלל: סימן יא סוגיא דקדשים קלים ממון בעלים.

וסוגיא דעיר הנדחת. ויתבאר חילוקים בין ממון בעלים.

ובין גוף הדבר של מי. וחילוקים בעיר הנדחת בין שלל לגוף הדבר (א) גמרא נכסים שאין בהן מעילה מעילה הוא דלית בהו הא מקדש קדשי מאן תנא א"ר יוחנן בקדשים קלים ואליבא דרבי יוסי הגלילי דאמר ממון בעלים הוא.

והנה הלחם משנה (בפ"ח מהלכות נזקי ממון) הקשה דברי הרמב"ם אהדדי. דאיהו כתב קדשים שחייבין בהן מעילה אין בהן דין נזקין.

הרי דבאלו שאין בהן מעילה יש בהן דין נזקין. ומשום דר' אבא דאמר שלמים שהזיקו גובה מברשן וכן רבא שאמר תודה שהזיקה גובה מבשרה ס"ל כר' יוסי הגלילי.

משו"ה פסק הרמב"ם כר' יוסי הגלילי. והביא ג"כ דין דרבא ודר' אבא.

והקשה הלח"מ א"כ איך כתב הרמב"ם (בפ"ב מהלכות גניבה) הגונב קדשים מבית בעלים בין ק"ק בין קדשים קלים ה"ז פטור מן הכפל. ולדברי הרמב"ם הא קדשים קלים ממון הדיוט הוא ומקרי רעהו ותירץ דהתם גבי גניבה איכא מיעוטא אחריןא וגונב מבית האיש דמיעט הכל ולכך הביא הרמב"ם אח"כ ההוא קרא דוגונב ולא סמך אקרא דרעהו דלעיל עכ"ד הלח"מ.

והדברים תמוהין דאם נימא דמקרא דוגונב מבית האיש ממעטינן. אף דבר שהוא ממון בעלים.

א"כ איך סבר ר' שמעון הגונב קדשים שחייב באחריותן חייב בכפל משום דס"ל גורם לממון כממון דמי. נהי דממון הוי עכ"פ נמעט מוגונב מבית האיש ואף רבנן לא פליגי

עלי' דר' שמעון אלא משום דס"ל גורם לממון לאו כממון אבל אי הוי ס"ל כממון דמי היו מודים דחייב כפל הרי דאם נסבור דהוי ממון בעלים.

לא ממעטינן מוגונב מבית האיש. וא"כ קשה דברי הרמב"ם כיון דפסק קדשים קלים יש בהן דיני נזקין הרי דפסק כרבי יוסי הגלילי.

ואיך פסק דפטור מכפל הגונב קדשים קלים. ועוד נראה בעיני תמוה דאיך נימא דהרמב"ם פסק כרבי יוסי הגלילי.

א"כ אמאי לא הביא בפסקיו דין דרבי יוסי הגלילי דהכופר בקדשים קלים מחויב קרבן. וכן מוכרח דהרמב"ם לא פסק כרבי יוסי הגלילי.

דבפ"ג מהלכות נחלות דמנה הרמב"ם דברים שהבכור נוטל פי שנים השמיט דנוטל במוקדשים פי שנים דבגמ' (ב"ב קכ"ג) בברייתא איתא דבכור נוטל פי שנים במוקדשין ופרכינן שם מוקדשין לאו דידי' נינהו. ואמרינן בקדשים קלים ואליבא דרבי יוסי הגלילי ומדהשמיטה הרמב"ם הרי דלא פסק כרבי יוסי הגלילי.

וגם עי' בקצוה"ח מה שהקשה מהא דפסק הרמב"ם המוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום. ובפסחים אמרינן דהיינו דלא כר' יוסי הגלילי: (ב) ונראה לי לתרץ דהנה הרמב"ם פסק (בפ"ד מהלכות עכו"ם) דמעשר וכסף מעשר שני שבתוך עיר הנדחת יגזו.

והקשה הלח"מ ז"ל שם בברייתא ורב חסדא מוקי לה להך ברייתא במעשר של עיר הנדחת שנכנס לירושלים ונפל מחיצת ירושלם דאי חוץ לירושלים ממון גבוה הוא וירושלם עצמה אינה נעשית עיר הנדחת. וע"כ בעיר אחרת היא ונפל מחיצות כדי שלא תקלוט מחיצות ורבינו לא ביאר זה והוא ז"ל פסק כרב חסדא במעשר שני בגבולין דממון גבוה הוא שכן כתב (בהלכות בכורות פרק ששי) עיסה של מעשר שני בירושלים חייבת בחלה משמע דבגבולין ממון גבוה הוא ופטור וא"כ הוי ליה לבאר כן ולא ידעתי למה עכ"ד הלח"מ.

והיא לכאורה קושיא עצומה. עוד קשה לי דקדוק על הרמב"ם דהרמב"ם כתב למעלה דקדשי בדק הבית של עיר הנדחת יפדו ואח"כ שורפין אותן.

א"כ אמאי לא כתב הרמב"ם גם גבי מעש"ש שפודין ואח"כ שורפין. ועיין שם בהשגת הראב"ד שהקשה אמאי שורפין אותן שלל שמים הוא ולא חל עליו איסור.

(ג) עוד קשה לי על הרמב"ם איך פסק דמע"ש של עיר הנדחת יגזו דמשמע מדברי הלח"מ דאילו הי' מבאר הרמב"ם דמיירי בנכנס לירושלים ונפל מחיצות הי' ניחא דס"ל מעשר שני בירושלים ממון הדיוט. והדברים תמוהים דהרי הרמב"ם פסק מע"ש ממון גבוה הוא והאי דפסק (בפ"י מהלכות בכורים) דעיסה של מעשר שני בירושלם חייבת בחלה.

הטעם דס"ל כמאן דאמר בסוכה (דף ל"ה) דמשום היתר אכילה מקרי לכם. וכמבואר בארוכה שם בכ"מ בשם הר"י קורקוס.

אבל בודאי ממון גבוה הוא וכיון דמעטינן שללה ולא שלל שמים. א"כ אמאי אסור בעיר הנדחת מע"ש כיון דשלל שמים הוא.

והנה רש"י שם בסנהדרין (דף קי"ב) פירש הטעם דאמרינן גבי תרומה וגבי מע"ש יגנוזו. וקשיא ממ"נ אם ממון גבוה הוא יהא מותרים.

ואם ממון הדיוט הוא יהיו נשרפין כדין עיר הנדחת. ופירש רש"י הטעם דאין נשרפין דכיון דקודש הוא לא מזלזלין בהו כולי האי.

והדברים תמוהים כיון דמצות עשה מן התורה הוא לשרוף. שע"כ ממון הדיוט הוא מדנאסרין.

וא"כ יש מצות התורה לשרפם בכלל שלל עיר הנדחת ואיך מדחינן מצות עשה מן התורה משום דלא מזלזלין בתרומה ומע"ש ועדיפא מינה אמרינן בפסחים דכשיש על התרומה איסור מה"ת לאכול. כיון דאסור לאכול אין על זה כלל דין דמשמרת תרומותי ומותר לטמאותן ביד.

ושורפין אותן ולא אמרינן כיון דקודש נינהו לא מזלזלין בהו (ד) וליישב כל זה נראה לי דהנה בסנהדרין שם אמרינן ר"ש אומר בהמתן ולא בהמת בכור ומעשר כו' ואמרינן אמר רבינא לעולם בבעלי מומין ומי שנאכל בתורת בהמתך יצאו אלו שאין נאכלין בתורת בהמתך אלא בתורת בכור ומעשר.

הרי דר"ש ס"ל דכיון דיש ע"ז דינים איך לאכול לא מקרי בהמתך. אבל אנן פסקינן כת"ק דאף דיש ע"ז דינים איך לאכול.

מקרי בהמתך. כיון דהוא שלו והזכות איך לאכול ניתן לו.

והנה בעיר הנדחת כתוב קרא החרם אותה ואת כל אשר בה ואת בהמתה לפי חרב ואת כל שללה תקבוץ כו' ושרפתה באש את העיר ואת כל שללה. והנה הא דעיר הנדחת נאסר בהנאה ילפינן מהחרם שתעשה חרם.

ומצות שריפה מושרפתה כו' והא דממעטינן שללה ולא שלל שמים. היינו רק היכא דשלל שמים נינהו אז אין על זה דין דתקבוץ ושרפתה כיון דהוא שלל שמים היינו שהממון ממון שמים.

אבל מדין בהמתה לא אימעוט שכיון שהדין לאכול הוא שלו ומקרי בהמתו. ומעתה מיושב שפיר מאי שמע"ש יגנוז ולא נשרף דבאמת מע"ש שלל שמים הוא דהרי מע"ש ממון גבוה הוא אלא דאע"פ ששלל שמים הוא אבל היתר אכילה לא שייך במע"ש שהרי הוא יכול להעלות לירושלם ולאכול ולא אחר ומשו"ה מקרי בהמתך.

ומשו"ה דין דהחרם שייך בהו ונאסרין ובעי גניזה. אבל אין חיוב לשורפן.

דגבי מצות שריפה כתיב שללה ולא שלל שמים. וכיון דממון גבוה משו"ה אין נשרף ובעי גניזה ולא שריפה ואילו לא היה כתוב אלא חד מיעוט שללה לא הייט ממעטים רק היכא דהממון הוא ממון גבוה כמו מע"ש.

אבל היכא דהממון ממון הדיוט כמו תרומה ביד כהן אף דיש על זה קדושה הי' שורפין. אבל כיון דכתב רחמנא גבי מצות שריפה תרי מיעוטי חד ואת כל שללה תקבוץ.

וממעטינן שללה ולא שלל שמים. וחד ושרפתה כו' ואת כל שללה.

דבא ג"כ למעט שללה ולא שלל שמים. משו"ה ממעטינן אף היכא דהממון הוא ממון הדיוט כיון דיש על זה קדושה.

משו"ה לא שורפין שהרי מיעט רחמנא שללה ולא שלל שמים היינו דשרפינן דוקא דברים שאין עליהם קדושה כלל. אבל נהי דאין עליהם מצות שריפה אבל מדין החרם לא אימעוט שהרי בהמתה נינהו ואף כתבי הקודש ממעטינן מדין שריפה כיון דיש עליהן קדושה: (ה) לפי"ז מיושב נמי קושית כראב"ד שהקשה אמאי פסק הרמב"ם דבכור בע"מ נהרג דבכלל בהמתך נינהו דהרי ר"ש אמר בהמתה ולא בהמת בכור ומעשר.

ור"ש לא בא אלא לפרש ולא פליג את"ק עיין שם בכ"מ ע"כ אי אפשר לומר כן דמדקאמר הת"ק דמע"ש יגנזו. ע"כ דס"ל דאף דנאכל בתורת מע"ש אעפ"כ בהמתו נינהו.

ולפי"ז ג"כ מיושב מאי שפסק הרמב"ם דמע"ש יגנז ולא פירש דמיירי דוקא בנכנס לירושלם ונפל מחיצות כדאיתא בגמ'. אכן לדברינו ניחא דנהי דפסק הרמב"ם.

דמע"ש בגבולין פטור מן החלה. היינו דבעינן שיהי' ראוי לאכול.

דכל שאינו ראוי לאכול לאו לחם הוא. וכיון דבגבולין אסור לאכול.

לאו לחם הוא דאין לומר דטעמא משום דבגבולין ממון גבוה הוא דהרי גם בירושלם ממון גבוה. וע"כ כיון דההיתר אכילה שלו מקרי לכם.

(דע"כ הכונה מה שההיתר אכילה הוא שלו אבל אילו לא היה לו רק רשות איך שייך לקרות עריסותיכם. וע"כ הכונה דההיתר אכילה הוא שלו).

אבל בגבולין כיון דאין ראוי לאכול לאו לחם הוא. אבל גבי עיר הנדחת כיון דהמעשר שלו ובהמתו מקריא חל על זה דין דהחרם לאסור בהנאה.

אך כ"ז דוקא אם נימא דאף דמעשר ממון גבוה. משום היתר אכילה מקריא לכם.

אבל אם נימא דאם ממון גבוה הוא. אף שיש היתר אכילה לא מקריא לכם ממילא גבי עיר הנדחת.

אם נימא דממון גבוה הוא גם בהמתו לא מקריא. ומשו"ה לרב חסדא דתלי פלוגתייהו דר"מ ורבנן באי מעשר ממון גבוה או ממון הדיוט הרי דלא ס"ל דמשום היתר אכילה מקריא שלו משו"ה פריך שפיר אי נימא דבגבולין ד"ה דממון גבוה הוא אמאי יגנזו.

אבל הרמב"ם שפסק כמאן דס"ל דמשום היתר אכילה מקריא לכם. א"כ גבי מעשר אף בגבולין אף דממון גבוה הוא כיון דשלו הוא וההיתר אכילה הוא שלו בהמתו מקריא.

אף דהממון הוא ממון גבוה: (ו) ומיושב נמי מאי שהקשינו אמאי בקדשי בה"ב אמר הרמב"ם יפדו ואח"כ שורפין אותן ואילו במע"ש לא הביא הרמב"ם דפודין אותן ואח"כ שורפין. והנה הראב"ד הקשה.

אמאי שורפין כיון דשלל שמים הוא לא חל איסור. אך מלישנא דהגמ' משמע כהרמב"ם דמדקאמר קדשי בה"ב יפדו.

ואי נימא דלא חל עלייהו איסור כלל. למאי קאמר יפדו הול"ל מותרין שהרי יש כמה קדשי בה"ב שהן עצמן ראויין.

אלא ע"כ הכונה דמחויבין לפדות. והטעם נראה לי דקדשי בה"ב יש עוד לבעה"ב זכותם בהדבר.

ומשו"ה מחויבים הבעלים להוסיף חומש ורק קדושת דמים נחתא על הדבר אבל הדבר עדיין להבעלים. ומשו"ה הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה מחולל דוקא אם הבעלים חללו ומשו"ה כתב הרמב"ם דגנב והקדיש אף קדשי בה"ב אין משלם תשלומי דו"ה.

ולא אמרינן מה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לשמים. וע"כ דגם בקדשי בה"ב יש שיור זכות להבעלי והוי כאלו לא מכרו כולו וכיון דגוף הדבר עדיין של הבעלים הרי אמרה התורה תקבוץ את כל שללה.

א"כ מצוה לקבוץ השלל ולשרוף. וכיון דע"י פדי' ישרף השלל מחויבין לפדות.

אבל כ"ז הוא דוקא אם ע"י פדי' ישרף השלל. אבל אם ג"כ ע"י פדי' לא ישרף השלל. בודאי דאין מחויבין לפדות. והנה בהקדש כשפודין.

הרי דבר הנפדה נשאר של הקדש לגמרי בלא שום זכותם להבעלים אבל במע"ש הרי כשפודין הכסף גם של הבעלים א"כ נשאר שלל הבעלים הוא זכות הבעלים בהכסף. וממילא אין מחויב לפדות כיון שהכסף ישאר בלא שריפה שהרי בהכסף יש שלל שמים ושלל שלו ומשו"ה יגנזו: (ז) היוצא לנו מדברינו דיש שני דינים.

יש דין הכסף של מי הוא שלו או של גבוה. ויש דין הדבר בעצמו של מי היא או של גבוה או של הדיוט.

והנה התוס' הכא בב"ק י"ב ד"ה ומחיים מי אמר הקשה אי מחיים לא אמר כ"ש לאחר שחיטה והנה רשב"ם פירש (בב"ב קכ"ג) דמשו"ה קדשים קלים לר' יוסי הגלילי ממון בעלים. משום דהבשר שייך להבעלים.

ותמוה לי הדבר דהרי הכא אמרינן דהבשר זוכין הבעלים לאחר שחיטת משולחן גבוה ואיך נימא שמשום הכשר קדשים קלים ממון הבעלים אחרי דהבשר גופא אח"כ אינן שלהם. ע"כ נראה דהנה בקדשי מזבח.

כיון דהוא בעלים להביא קרבן ולהתכפר בו. א"כ יש לומר או דהקרבת הוא כבר של מזבח.

אלא שיש לו זכות להתכפר וממילא יש עליו שם בעלים. או אדרבא דנימא דבאמת אינו של מזבח אלא דעשאו לקרבן אבל הוא קרבן שלו והנה בקדשים שחייבין מעילה.

ע"כ מדחייבה התורה מעילה דחייב מעילה הוא נהנה מקדשי ה'. ע"כ דנתנה התורה שהממון של הקרבן הוא של ה' אלא דיש לו זכות בהקרבת להתכפר בו אבל בקדשים שאין בהן מעילה פליגי ר' יוסי הגלילי ורבנן.

רבי יוסי הגלילי סבר דקדשים קלים ממון בעלים הוא. ולא נתנה התורה השור להקדש שיקרא שור של הקדש מדאין בהן מעילה וגם גוף הדבר הוא שלו.

אלא כיון שעשאו קרבן לא יוכל לעשות בהן דבר אחר רק לקרבן אבל יכול למוכרו לאחרים. דשיווי הקרבן הוא שלו.

ורבנן ס"ל דאף דלא נתנה התורה על זה מעילה אבל דין ממון אין כאן שכיון שעשאו קרבן אין הקרבן ממון. אף דגוף הבהמה הוא שלו.

אבל דין ממון כבר אזל כיון שעשאו קרבן ואין לו לעשות דבר אחר רק להקריבו ולא למוכרו והנה ע"ז פריך ומחיים מי אמר פירש מאי שמפרש שמחיים ס"ל לר' יוסי הגלילי אף שמחויב להקריבו. לא אזל דין ממון מיני' ע"ז פריך מי אמר הרי אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה דכיון דחזי להקרבה לית לי זכי' בגוויהו.

דכל שמחויבין להקריבו הוא של מזבח. וא"כ ע"כ הא דאמר ר' יוסי הגלילי דקדשים קלים ממון בעלים הוא ע"כ מיירי לאחר שחיטה משום דהבשר דזכתה התורה לבעלים נעשה שלהם.

ויש בידם לאכול והמשנה דהמקדש בחלקו ע"כ דלא כר' יוסי הגלילי ולא תסבור כי קא זכו משלחן גבוה. דנימא כיון דזכו זיכתה להם התורה שיהי' שלהם (ולא יסבור כדדיקיןן בקדושין מוכל מנחה בלולה וכו') וא"כ מתניתין דמיירי בשור מחיים יקשה דהיא דלא כמאן.

ומשני דהא דאמר דכיון דחזי להקרבה אין זכות בגוויהו היינו כהנים דבאו לזכות. ע"כ כ"ז שיש זכות להמזבח אינם זוכים כי על זה לא שייך זכות כיון דחזי להקריב.

אבל היכא דגוף הדבר שלו. ורק שעשאו קרבן כמו בקדשים קלים בזה ס"ל דהוי ממון בעלים כיון דלא חייבה התורה מעילה.

הרי דלא עשאתו התורה קדשי ה'. ורק כשהקריבו נעשה קרבן ה' ואז זוכה הבשר משולחן גבוה: (ח) והנה בב"מ (דף צ"ט) אמר שמואל האי מאן דגזל חביצא דתמרי מחבירו ואית בה חמשים תמרי אגב הדדי מזדבין בנ' נכי חדא.

חדא חדא מזדבין בנ' להדיוט משלם חמשים נכי חדא כו' מתקיף לה רב ביבי בר אביי להדיוט אמאי משלם חמשים נכי חדא נימא ליה אנא חדא הוה מזבנינא להו אמר רב הונא ברי' דרב יהושע שמין בית סאה באותה שדה תנן. והקשה בתוס' תימא היכי מייתי ראי' ממקרקעי אמטלטלי דעל כרחך לא דמו שהרי הכא חביצא דתמרי אין שמין בששים אלא בפני עצמה.

וי"ל דהכי מייתי ראי' כיון דמקילין כולי האי במקרקעי אין לנו להחמיר במטלטלין ולומר כל חדא וחדא הוה מזבנינא לי'. עכ"ד התוס'.

וכמובן תירוץ התוס' דחוק דמי נתן גבולין להקל במטלטלין מבקרקע אם לא נוכל למילף בדבר אחד. א"כ יוכל להיות כי גם בדין זה דכל חדא לא ילפינן.

ונראה לי דשאלת הגמ' הי' במזיק חבירו. אם שמין הדבר כמו ששוה אצל הניזק.

או שמין מה ששוה למכור בשוק. וצריך לשלם בעד דבר שנמכר בשוק. וע"ז מביא ראי' דע"כ בנזקין שמין מה ששוה הדבר למכור דאם נימא מה שהוא אצל היזק. א"כ איך שייך לומר שמין בית סאה באותה שדה אם נימא דעלינו לראות איך הוא ההיזק אצלו.

אטו איש שיש לו מאה שדות והזיקו לו שדה אחת. האם אצלו היזק קטן. מאם לא הי' לו כ"כ שדות בודאי דלגבי' דידי' אין נפקא מינה בין אם יש לו מאה שדות. או אין לו רק שדה אחת ההיזק של השדה אחת הוא.

ורק אם נימא דגבי מזיק אין שמין רק השיווי שהדבר שוה למכור לא השיווי שאצל הניזק אז שייך חילוקים. כי בשעה שקונה אדם האם נוכל לצמצם שווי הדבר.

כשקונה אדם דבר איננו רואה חסרון קטן שיש בהדבר וקונהו. למשל אם אדם קונה בית חומה ובה חלון זכוכית אחד חסר.

האם יפחות מסכום המכר בשביל חלון זכוכית בודאי דאין זה מדרך העולם אבל אם שברו לאחד חלון זכוכית האם נימא מי שיש לו בית חומה גדול כששברו לו הזכוכית האם לא עשה לו היזק. והנה בקרקע חזינן דאמרה התורה.

ששמין באותה שדה. משא"כ במטלטלין לא כתבה התורה ששמין ע"ג דבר אחר ולא מצינו חילוק בין קרקע למטלטלין רק לענין זה איך ישומו אם ע"ג דבר אחר או בפני עצמה.

אבל בזה הדין שמוכח מדאמרה תורה שמין ע"ג שדה אחר ע"כ דדין מזיק הוא לשלם שיווי הדבר ששוה למכור. לא מה ששוה אצל הניזק.

דאם נימא דדין מזיק הוא לשלם השיווי שאצל הניזק אין נפקא מינה אם ישומו בפני עצמה. או ע"ג דבר אחר.

בזה לא מצינן חילוק א"כ שפיר מביא ראי' מקרא דובער בשדה אחר דשמין ע"ג שדה דעיקר חידוש חידוש בשמין. אבל זה ממילא ידעינן דדין הנזק הוא מה ששוה למכור.

א"כ כיון דחמשים שוה למכור נכי חזא משלם נכי חזא. דאף דלגבי' שוה חמשים דהא מזבין.

דין נזק לשלם מה ששוה למכור לא מה ששוה אצל הניזק: עפי"ז מיושב שפיר קושית התוס' שהקשה איך אמר רבא תודה שהזיקה גובה מבשרה. הא רבא לא ס"ל דרבי יוסי הגלילי מדאוקי מתניתין נכסים שאין בהן דין מעילה כרבנן אכן לפי מה שבארנו למעלה לא קשה כלל דנהי דרבנן ס"ל דקדשים קלים לאו ממון בעלים הוא.

אין הטעם משום דס"ל דקדשים קלים הוי הגוף של מזבח דזה בודאי לא אמרינן. מדלא חייבה התורה מעילה.

ע"כ דלא הוי קדשי ה'. אלא דאעפ"כ אם כפר בקדשים קלים פטור מקרבן שבועה משום דלאו ממון בעלים הוא.

פירוש כיון דרק קרבן שלהם הוא ואין בידו למוכרו ולא לעשות בו שום דבר ומשו"ה לאו ממון בעלים הוא היינו דלא שוה ממון למכור כיון דהמוכר עולתו ושלמיו לא עשה כלום. ומשו"ה פריך שפיר נכסים שאין בהן מעילה מעילה הוא דלית בהו הא מקדש קדשי.

דהיך אמרינן נכסים שאין בהם מעילה מחויב אם הזיק. אע"פ שהם קדשים קלים. ואין בהם לעשות אלא להקריב א"כ גבי היזק דהדין הוא דשיימינן כמו ששוה למכור. כיון דלרבנן אין שוה למכור.

שאינ בידו למכור קרבן. א"כ קרבן דלאו מדברים העומדים למכור נינהו. אמאי ישלם. ע"כ דאתיא כר' יוסי הגלילי דס"ל דממון בעלים.

ומוכר עולתו ס"ל דקיים. משו"ה לדידי' אם הזיק קדשים קלים משלם והנה כל זה דאמרינן דלרבנן פטור היינו דוקא אם הזיק קדשים קלים.

אבל אם קדשים קלים שלו הזיק. אף דרבנן ס"ל דלאו ממון בעלים הוא היינו דממון לא הוי.

אבל הקרבן היינו גוף הדבר. הוי בודאי של הבעלים ובהמתו מקריא. א"כ כשהזיק שור של קדשים קלים הרי שור שלו הזיק ולכו"ע משלם. דדוקא לגבי הניזק בעינן שיזיקו דבר ששוה ממון.

אבל גבי המזיק לא בעינן רק שיהי' שור שלו ובהמתו יהי' וא"כ קדשים קלים דכיון דאין בהן מעילה הרי דלאו קדשי ה' הוא. משו"ה שפיר קאמר רבא תודה שהזיקה גובה מבשרה כו'.

דהרי המזיק בהמתו הוא ומחויב לשלם. אבל במתניתין דקאי אם הנזיקין הם קדשים. ע"ז קאמר רבא נכסים שאין בהן דין מעילה. דאילו נכסים שיש בהן דין מעילה היינו קדשים קלים אם הזיקו אינו משלם.

דגבי הזיק החיוב לשלם מה ששוה למכור. לא מה ששוה לגבי דידי' כמו שהוכחנו מדין דשמין באותה שדה: (י) מעתה מיושב שפיר פסקי הרמב"ם דפסק כרבנן משו"ה לא הביא דין דר' יוסי הגלילי.

וגם לא הביא דין דבכור נוטל פי שנים במוקדשין דאתיא כר' יוסי הגלילי. ומשו"ה פסק המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום.

ואעפ"כ אמר נכסים שיש בהן מעילה אין בהן דין נזקין. משמע דאילו נכסים שאין בהן מעילה אע"פ שקדושים יש בהן דין נזקין.

כיון דבהמתו הוא ושור שלו הוא. כמו שאמר רבא תודה שהזיקה. וכמו שאמר רבי אבא שלמים שהזיקו. אבל היכא דהזיק קדשים קלים.

בזה לא קאמר הרמב"ם דיחייב לשלם דכיון דפסקינן כרבנן דלאו ממון בעלים הוא. וגבי ניזק שמינן לשלם מה ששוה הדבר למכור.

וכיון דקרבן הוא דבר שאין עומד למכור. משו"ה אינו משלם.
והנה הא דהוכחנו דהחיוב לשלם הוא רק כמו ששוה למכור הוא דוקא גבי היזק. אבל
גבי גניבה ע"כ דיש עוד חיוב בעד הדבר בעצמו שהרי אמרינן גזל חמץ ועבר עליו הפסח
אומר לו הרי שלך לפניך.

ואילו לא הי' מקיים בהשבתו דין דוהשיב הגזילה לא הי' נפטר. ע"כ דבהשבתו את
הגזילה מקיים הוא והשיב את הגזילה.

אף שהדבר אינו שוה כלום. ע"כ דדין דוהשיב את הגזילה הוא על עצם הדבר אף שאינו
שוה כלום למכור.

נמצא דגבי גזילה ישנתה הדין מהזיק. דבהזיק החיוב רק מה ששוה למכור.
אבל גבי גזילה אף שאין שוה כלל למכור. מחויב מטעם עצם הדבר שלקח מה שהוא
לגבי' דידי' ממון.

מעתה אם גזל קרבן מחברי' אף קדשי קדשים. אף דקדשי ה' הוא.
מדחייבין בהן מעילה. וגבי נזקין לכו"ע אף לרבנן הי' פטור.
דלאו ממנו הוא. אבל גבי גנב וגזלן החיוב בעד עצם הדבר.
וכיון דהקרבן הוא קרבן שלו. שהרי אמרה תורה קרבנו.

א"כ גזל ממנו קרבן מחויב לשלם בעד הקרבן. אבל רק קרבן גזל.
לא גוף הבהמה שגוף הבהמה הוא של הקדש. רק דין קרבן שבהבהמה הוא שלו מדאמרה
תורה קרבנו.

משו"ה גנב וגזל מחויב לשלם. רק כבש לרבנן ועולת העוף לר' אליעזר בן עזרי' ומשו"ה
בגנב והקדיש אין משלם ארבעה וחמשה כיון דהקרבן הוא של הבעלים.
א"כ הרי בעינן ומכרו כולה וליכא. ומן הדין הי' משלם גונב קדשים קלים כפל שהרי
רעהו מקריא.

אלא דמיעט קרא וגונב מבית האיש. ומזה ממעטינן דבר שאין להבעלים ממון.
אף שגוף הדבר הי' שלו פטור מן כפל. וכיון דקדשים קלים לרבנן לאו ממון בעלים הוא.
משו"ה ממעטינן דפטור מן כפל. דוקא מקרא דוגונב מבית האיש.
לא מקרא דשור רעהו. אבל לר"ש דס"ל דבר הגורם לממון כממון דמי כיון דגם ממון
דידי' הוא.

משו"ה גם מקרא דוגונב מבית האיש לא ממעטינן. ומשו"ה אליבא דידי' בקדשים שחייב
באחריותן חייב כפל.

(ואין להקשות כיון דביארנו דגבי גזל אין הדין לשלם כמו ששוה למכור. רק בעד עצם
הדבר מה ששוה הוא לגבי' דידי' וא"כ איך מייתנין מקרא דשמן בית סאה באותה שדה.

לדין דאם גזל חביצא דתמרי דאינו משלם רק נ' נכי חדא. הא בגזל אין הדין לשלם מה ששוה למכור.

אך באמת פשוט. דבגזל הדין לשלם כמה שגזל.

והרי הוא גזל ביחד אלא דהקושיא לחייב מטעם מזיק בשעה שאוכלן דהוי כמו תברא או שתאי. דמשלם כמה שהזיק.

ע"ז מיייתי דגבי מזיק אין משלמין אלא כמו ששוה למכור. ולמכור הרי שמינן ביחד ודו"ק).

ובזה יתורץ כל קושית הקצוה"ח שהקשה איך מועיל הכשר בקדשים. כיון דבעינן לרצון בעלים ולא דידל' הוא.

אכן לדברינו הקרבן הוא שלו. משו"ה בעלים הוא על הדבר.

שהרי אמרה תורה קרבנו. ודוק כי בזה נדחו כל דבריו שם: סימן יב סוגיא דלוה ומכר נכסי' ב"ד גובין לו מהן.

והרבה דינים במלוה בשטר. ובמלוה ע"פ.

ובמלוה ע"פ מוקדמת קודמת למלוה בשטר מאוחרת. ודיני המוכר שט"ח לחבירו אי קנה הנייר: דף יד תוס' ד"ה שמע מינה ז"ל התוס' ומפרש ר"ת שמע מינה ליה ומכר נכסיו אין ב"ד גובין לו מהן מן התורה דשעבודא לאו דאורייתא ולהכי בנזקין נמי לא גבה דבמלוה בשטר דוקא תקינו לי' רבנן דליגבו ממשעבדי משום נעילת דלת דאי שעבודא דאורייתא ובמלוה ע"פ מדרבנן הוא דלא גבי משום תקנת לקוחות א"כ תקשי הכא אמאי לא גבי בנזקין דהכא ליכא תקנה דלקוחות ולא דמי למלוה ע"פ דהתם מאן דיזיף בצנעה יזיף אבל מזיק לא דייק ואית לי' קלא וקשיא למ"ד שעבודא דאורייתא פרק גט פשוט עכ"ד התוס': והנה הש"ך בחו"מ (סימן קי"ט ס"ק ז') הביא דעת הרבה פוסקים דס"ל בנזקין ג"כ אינו גובה מן המשועבדים ולדבריהם צריך ביאור בדברי הגמ' דמוכח מכאן דאם נימא שעבודא דאורייתא גובה נזקין מן המשועבדין וכבר עמד ע"ז בתומים ונשאר בצ"ע ובספר קצות החשן הקשה דהכא הלא אמרינן דלמאן דס"ל שעבודא דאורייתא אף דבנזקין יש לו קול אעפ"כ אין גובה מהמשועבדים דרבנן תקנו דיגבה מן המשועבדים במלוה בשטר משום נעילת דלת ולא בנזקין דלא שייך נעילת דלת א"כ אמאי אמרינן בב"ב דבעמד בדין גובה נזקין אף למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא מאי מהני עמד בדין הא קול הי' גם קודם שעמד בדין כדמוכח בתוס' הכא דמיירי קודם שעמד בדין וא"כ מאי מהני גבי נזקין שעמד בדין.

ותירץ שם דכיון דעמד בב"ד הרי ניתן לכתוב ולא יוכל לטעון פרעתי מקרי מלוה בשטר. ולא אבין דבריו דמאי נ"מ אם לא יוכל לטעון פרעתי אטו משום זה יגבה מלקוחות כיון דרבנן לא תקינו אלא במלוה משום נעילת דלת והרי גבי נזקין אף אם לא יוכל לטעון פרעתי אבל הלא סוף סוף ליכא נעילת דלת: אכן נראה לי דיש ליישב הקושי' הזאת בפשיטות דרבנן לא תקנו שיגבה מן המשועבדים אלא במלוה דאית לי' קלא משום נעילת דלת אבל לא בנזקין דליכא נעילת דלת אבל במלוה דאית לי' קלא לא חלקו בין

אם הכסף הלוח במזומנים או שמגיע לו בעד דברים שאין בהם נעילת דלת אלא כיון דעתה מגיע ממנו כסף ואית לי קלא גובה מן המשועבדים אבל בנזקין דלאו מלוה היא באופן כזה לא תקנו.

והנה בנזקין כ"ז שלא עמד בדין לאו מלוה היא אלא נזקין מקרי' משא"כ לאחר העמדה בדין אז מקרי' מלוה וכדאמרינן בגיטין י"ח שביעית אינה משמטת אלא מלוה אבל לא שכר שכיר וקנס ואונס ופתוי (והוא הדין שארי נזקין) אבל משעמדו בדין אז נעשה מלוה שהרי עתה מחויב לו כסף שחייבו בי"ד ומשמטת שמיטה וא"כ ה"נ קודם העמדה בדין מקרי' נזקין ובנזקין לא תקנו אבל לאחר העמדה בדין אז נעשה מלוה ובמלוה היכא דיש קול תיקון רבנן וזהו שמועיל העמדה בדין דאז מקרי' מלוה.

ועפי"ז מבואר ג"כ הקושי שהקשה הקצות אמאי המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים הלא לאו מלוה בשטר הוא אבל לפי דברינו פשוט דאין הכונה לדייק דדוקא במלוה בשטר תקנו אלא כונת התוס' דדוקא במלוה תקנו היכא דיש קול לא בשארי חובות וממילא במוכר דיש קול ומלוה הוא שהרי מחויב בעד הכסף שלקח משו"ה גובה מנכסים משועבדים: והנה הרמב"ם פסק הובא בא"ע הלכות קידושין (סי' כ"ח) הי' לו מלוה אצלה אפילו בשטר ואמר לה הרי את מקודשת לי במלוה שיש לי אצלך אינה מקודשת אפי' עדיין המעות בידה ולא שלחה בהם יד.

ובהגה"ה אפילו החזיר השטר ויש בו שוה פרוטה. ופירש הב"ש שם דס"ל להרמב"ם אע"ג דלפי הס"ד בש"ס דפליגי כשמקדש אותה בש"ח דידה וס"ל לחכמים דשמין את הנייר ש"מ דדעתו על הנייר צ"ל לפי המסקנא לא ס"ל כן עכ"ד ובאמת צריך עיון מנא לי' להרמב"ם לומר דלהמסקנא לא ס"ל כן: וכן קשה אמאי לא הביא הרמב"ם האי דינא שמוכר בסעיף ח' דאם אמר לה התקדשי בש"ח ונתנו לה שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת והוא ג"כ מגמרא הנ"ל בקידושין דלחכמים שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת וצ"ל דהרמב"ם ס"ל כהנך פוסקים דאית להו בח"מ (סימן ס"ו) דאם מכר ש"ח כדין בכתיבה ומסירה ומחלו מחויב הלוקח להחזיר השטר וא"כ כיון דאמרינן דאשה לא סמכה דעתה וחששה שמא ימחול גם השטר הלא לא ישאר בידה כיון דתהא מחויבת להחזיראלא דכבר הקשו על פוסקים אלו מסוגי' דקידושין (דף מ"ז ע"ב) דאיתא שם בגמ' התקדשי לי בשטר חוב או שהי' לו מלוה ביד אחרים והירשה עליהם ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת האי שטר חוב היכי דמי אלימא שטר חוב דאחרים וכו' לעולם בשטר חוב דאחרים והכא במלוה בשטר ובמלוה ע"פ קא מיפלגי.

במלוה בשטר במאי פליגי בפלוגתא דרבי ורבנן וכו' ואיבע"א דכולי עלמא לית להו דרבי והכא דרב פפא קא מיפלגי דאמר רב פפא האי מאן דזבין שטרא לחבר' צריך למיכתב ליה קני לך הוא וכל שעבודו וכו' ואיבע"א דכו"ע אית להו דרב פפא והכא בדשמואל קא מיפלגי דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו שמואל ואפילו יורש מוחל דמר אית ליה דשמואל ומר לית ליה דשמואל ואיבע"א דכו"ע אית להו דשמואל והכא באשה קא מיפלגי דמר סבר אשה סמכה דעתה מימר אמרה לא שבק ליה לדידי ומחל ליה לאחרני ומר סבר אשה נמי לא סמכה דעתה וכו' נימא כתנאי התקדשי

לי בשטר ר"מ אומר אינה מקודשת ר"א אומר מקודשת וחכמים אומרים שמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת האי שטר היכי דמי אלימא שט"ח דאחרים קשי' דר"מ אדר"מ עכ"ד הגמרא ואם נימא דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו הדין דהלוקח צריך להחזיר השטר כשיטת הפוסקים בחו"מ (סימן ס"ו) מאי ארי' דקשי' לי' רק מדר"מ אדר"מ משמע אבל מדרבנן אדרבנן לא קשי' כיון דרבנן סבירא להו דאשה לא סמכה דעתה ותחשוש שמא ימחול א"כ מאי מהני שיהי' בהנייר שוה פרוטה הלא אם ימחול תצטרך להשיב גם את הנייר להלוה.

והש"ך דחה את הקושי' דמשו"ה לא בעי לאקשוויי מדרבנן אדרבנן דדלמא כאידך שינוי' דלעיל דפליגי בכתב ולא מסר ובפלוגתא דרבי ודרבנן או בדרב פפא ולכו"ע אשה סמכה דעתה דלא מחיל: אך דברי הש"ך תמוהים מאד דא"כ ביותר תקשה דרבנן אדרבנן דאם נימא דאשה סמכה דעתה דלא מחיל א"כ ע"כ ברייתא דאמרי רבנן התם דשמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה לא איירי בכתב ומסר להנך שינויא דא"כ אמאי אינה מתקדשת הרי נתן לה חוב דאחרים בכתיבה ומסירה ומתקדשת להנך שינוי' דסמכה דעתה וע"כ מיירי הברייתא באופן שלא קנתה המלוה כגון שמסר ולא כתב או שלא כתב קני לך איהו וכל שעבודיה וא"כ איך תתקדש בהשטר הלא כתב הטור שם דהיכא דלא קנה החוב גם גוף הנייר לא קנה הלוקח וכל שכן הוא ומה במקום שקנה החוב דהיינו בכתב ומסר סבירא להו להנך פוסקים דלא קנה הנייר ומשו"ה אם מחל צריך להחזיר הנייר במקום שלא קנה החוב דהיינו היכא שלא כתב ומסר לא כל שכן שלא קנה הנייר.

וכן הביא הב"י להדיא בשם הרמב"ן והרשב"א דאינהו מארי דהאי שמעתא דהיכא דלא קנה החוב אף גוף הנייר לא קנה וא"כ לא נוכל לאוקמי הברייתא דשמין את הנייר בכתב ולא מסר דא"כ אמאי מקודשת בהנייר הרי כיון דהחוב לא קנתה גם את הנייר לא קנתה. וע"כ דמיירי בכתב ומסר רבנן סברי דלא סמכה דעתה וחששה שמא ימחול ואעפ"כ אם יש בהנייר שוה פרוטה מקודשת וע"כ צריך לומר דאם ימחול לא תצטרך להחזיר את הנייר.

ואף שהש"ך הקשה שם בס"ק נ"ט על דברי טור אלו שהביא סברת הרמב"ן דהיכא דלא קנה החוב לא קנה גוף הנייר מדברי הטור בעצמו שמביא שם בשם בעל התרומה דהיכא דכתב ולא מסר כו' באופן שלא קנה הלוקח ופרע הלוה למוכר בי"ד כופין ללוקח להחזיר השטר ללוה אלא שהוא נותן לו דמי הנייר וכיון דסבירא ליה להטור דלא קנה הנייר ואמאי מחויב ליתן לו דמי הנייר.

עוד הקשה שם הש"ך אמאי כתב הטור האי דינא דבי"ד כופין ללוקח להחזיר השטר ללוה אלא שהוא נותן לו דמי הנייר דוקא בכתב ולא מסר היינו באופן שלא קנה השעבוד. הי' לו לכתוב גם בכתב ומסר וקדם הלוה ופרע לו למוכר דנפטר הלוה מטעם דלא גרע ממוחל וכדאיתא בבעל התרומות והי' לו להביא דהתם ג"כ מחויב להחזיר לו השטר וליתן לו דמי הנייר.

ונראה דלא קשה מידי שהרי במסר ולא כתב כיון דלא קנה החוב ולא גוף הנייר נתבטלה הקני' מכל וכל וא"כ הכסף שנתן הלוקח להמוכר היינו להמלוה הוי הלואה גבי' וא"כ

נתחייב הלוה להלוקח להנך דמים משום שעבודא דרבי נתן אלא דשעבודא דרבי נתן אם נתן הלוה השני להמלוה שלו נפטר ממלוה הראשון כל זמן שלא התרו בו שלא יתן.

ואמרינן (בסימן פ"ו) דאם יש לו במדינה זו נכסים אין ב"ד נזקקים להוציא מזה ולתת לזה היינו דאין נזקקין להוציא אבל אם כבר תפס בודאי תפיסתו תפיסה שהרי הוא מחויב לו מדרבי נתן א"כ שפיר קאמר הטור דהיכא דמסר ולא כתב דנתבטל הקנין והלוה פרע למוכר דצריך הלוה לשלם ללוקח דמי הנייר משים דכשתפס הלוקח השטר הלא הוא מחויב לו מטעם שעבודא דרבי נתן אלא בדמים מחויב להחזיר כיון שהוי מטעם תפיסה לא קנה את גוף החפץ אלא הוא למשכון בידו עד שיחזיר לו שיעור דמי שוויו.

א"כ לא שייך זה אלא גבי לוקח דנתן מעות והמעות הלא נשארו להלוואה גבי מוכר ומחויב הלוה להלוקח משום שעבודא דרבי נתן אבל גבי קידושין אם קידש את האשה בשט"ח ומסר ולא כתב הלא אין כאן הלוואה דהיא לא נתנה לו מאומה ומדין מכירה הלא כתב הטור דהיכא דהחוב לא קנה גם גוף הנייר לא קנה א"כ לא נוכל לאוקמי הברייטא במסר ולא כתב דהלא איך יאמרו רבנן דשמין את הנייר כיון דגוף הנייר לא קנתה.

וע"כ דמיירי בכתב ומסר וסבירא להו לרבנן דלא סמכה דעתה שמא ימחול ואעפ"כ אם יש בהנייר שוה פרוטה מקודשת וע"כ צריך לומר דאף אם ימחול לא תצטרך להשיב את הנייר והדרא קושי' לדוכתא על הנך פוסקים דסבירא להו דצריך להחזיר גם את הנייר: ונראה לי דזה שאנו מסופקין במוכר שטר חוב לחבירו אם קנה הלוקח את הנייר ולא יצטרך להחזיר כשימחול או דלא קנה ויהי' מחויב להחזיר.

מתחלה צריך לדעת על המלוה גופא אם קנה הנייר או לא והנה התוס' בגיטין (דף כ') ד"ה וכותב בכתב ידו ז"ל וא"ת מה ענין שטרי הלוואה לגט דאינם אלא לראי' ואפילו במל'ה ע"פ ה' גובה ממשעבדי אי לא משום דאין לה קול וכו'. ונראה לפרש דנראה לגמ' דמסתמא כיון שהי' מלוה לכל בני העיר גם הם היו עושים לו טובה נותנים לו במתנה או מוכרים לו שדות דפעמים שלא היו קנויים לו אלא בשטר כגון שדי נתונה לך עכ"ל התוס' הרי דס"ל להתוס' דבאמת בהלוואה לא צריך להקנות השטר גופא כיון שאינו אלא לראי' א"כ מנ"ל דהלוה כשלוה בשטר מקנה גוף השטר למלוה כיון שאינו צריך אלא לראי' למה יקנה להמלוה גוף השטר.

אלא דבאמת קשה דברי התוס' מגמ' הנ"ל מדאמרינן שמין את הנייר ע"כ דהמלוה קונה את גוף הנייר דאל"כ אמאי מתקדשת בהנייר כיון דאיננו של המלוה ע"כ צריך לומר דכשלוה בשטר ומקנה לו שעבוד הנכסים בשטר הרי השטר שטר מקנה שע"י השטר מקנה לו שעבוד נכסים. וע"כ מקנה לו הנייר.

והא שהקשו בתוס' שהרי מלוה ע"פ ה' גובה מנכסים משועבדים אי לאו דלית ליה קלא ומביא ראי' מב"ב מ"א דאמרינן שם המוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים משום דאית ליה קלא הא פירשו התוס' בעצמם שם דטעמא הוא משום תקנת השוק הא אי לא הכי לא הי' גובה מנכסים משועבדים משא"כ בלוה בשטר גובה מן הדין מנכסים משועבדים שהרי בשטר הקנה השעבוד של נכסים.

ואם כי התוס' שם פירשו דמשו"ה גובה בשטר מנכסים משועבדים משום שלא תנעול דלת בפני לוויין היינו דס"ל להתוס' דגם מה שגובין בשטר מן המשועבדים לאו דאורייתא הוא. אבל דעת התומים משמע (בסימן ל"ט) דשטר דאורייתא הוא ואף שקנין כסף ושטר אחד הוא וא"כ אמאי אמרינן בכסף שעבודא לאו דאורייתא ובשטר שעבודא דאורייתא.

אבל באמת לא דמי דמאי טעמא אמרינן שעבודא לאו דאורייתא נוכל לומר משום שהכסף שהלוה המלוה ללוה איננו נותן ללוה בעד שעבוד הנכסים אלא שהוא מלוה לו כסף וממילא מתחייב הלוה לשלם לו ורמיא החיוב על גוף הלוה לא טל הנכסים משא"כ כשהלוה נותן שטר למלוה הרי הוא נותן לו השטר להקנות לו שעבוד הנכסים וא"כ כיון דקנין שטר דאורייתא הוא משו"ה חל השעבוד על הנכסים.

וכן כתב הרשב"א בפ"ק דקידושין דאף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא היכא דשיעבד לו בפירוש חל השעבוד מדאורייתא וכיון דע"י השטר חל השעבוד א"כ הלוה מקנה להמלוה את הנייר. משו"ה כשמכרו המלוה גם הלוקח קנה את הנייר כדמוכח מגמרא הנ"ל דשמין את הנייר שלא כדברי התוס' הנ"ל בגיטין: אלא דכ"ז הוא אם נימא שעבודא לאו דאורייתא דאז מטעם הלואה אין הנכסים משועבדים ורק ע"י השטר קונה שעבוד הנכסים והוי השטר שטר מקנה וקנה המלוה את גוף הנייר.

אבל אי נימא שעבודא דאורייתא א"כ מן הדין משועבדים לו הנכסים מטעם הלואה. אלא היכא דלית ליה קלא דהיינו במלוה ע"פ עבדו רבנן תקנה ללקוחות.

אבל היכא דאיכא שטר דאז אית ליה קלא יכול לגבות מטעם הלואה גופא ולא צריך שהשטר יעשה לו השעבוד וא"כ לא הוי השטר שטר מקנה ולא הקנה לו את הנייר. אלא דתלי' בזה דהנה יש לחקור הא דאמרו רבנן אף אי אמרינן שעבודא דאורייתא.

מ"מ במלוה על פה לא גובה מן המשועבדים. אי אמרו רבנן דכסף הלואה לא יעשה כלל שעבוד ואי הוי מלוה שלא בשטר לא נשתעבדו כלל הנכסים ואם כן בשעה שכותב שטר הלא השטר הוא עושה שעבוד והוי השטר שטר מקנה.

או נימא דהשעבוד חל ע"י הלואה רק דרבנן תקנו שלא יגבה מהלקוחות ולא שהכסף ההלואה לא יעשה שעבוד וממילא כשלוה בשטר לא הוי השטר שטר מקנה כיון דהשעבוד ישנו אף שלא בשטר והשטר לא בא רק לעשות קלא: והנה בחו"מ (סימן ק"ד) אמרינן מלוה בשטר ומלוה ע"פ מוקדמת. מלוה ע"פ המוקדמת קודמת לגבות מבני חרי אף נגד מלוה בשטר כיון שעדים מעידים שקדמו וראיתי להמהרי"ט אלגאזי על הלכות בכורות על מתניתין דהוא לפדות ובנו לפדות הרבה להקשות על שיטה זו דאמרינן שם הוא לפדות ובנו לפדות הוא קודם לבנו ר"י אומר בנו קודמו ואמרינן שם דפליגי כגון דאיכא חמש משועבדים וחמש בני חורין ר"י סבר מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי' ודידי' אזל טריף ממשעבדי ובהני ה' בני חרי אזל ופרק לברי' ורבנן סברי מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי הלכך מצוה דידי' עדיף.

והקשה ע"ז מהרי"ט אלגאזי איך מצי טריף ממשעבדי הא הוי ממון שאין לו תובעים וכיון דאין מבורר לאיזה כהן מגיע הלא יכולין הלקוחות לדחותו לומר לאו בעל דברים דידי את וראה בחידושי קידושין דמיירי כגון שיצחק כתב לו הרשאה והקשה ע"ז וז"ל

ודבריו תמוהין דאיך שייך הרשאה בדבר שהמרשה חייב לאחרים והוא עצמו אינו יכול להוציא כי אם הכהן דהרשאה אינו שייך אלא במרשה לגבות ממון שאחרים חייבים לו.

לא מה שהוא מחוייב לאחרים כו' וע"ז תירץ המהריט"א דמדברי הטור משמע דהאי משועבדים דאמרינן היינו שעדיין לא מכרם רק ששיעבדם לבע"ח ובא לשאול לבי"ד למי יתן אז לר"י דס"ל מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי' מורין לו שיתן לכהן החמש ששיעבד ולרבנן דס"ל לאו ככתובה בשטר דמי' מורין לו שיתן להבע"ח.

ומזה הוכיח דלא כשיטת רב האי שהובא למעלה דס"ל דמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר מאוחרת דא"כ אף לרבנן דס"ל לאו ככתובה בשטר דמי' מ"מ יתן לכהן כיון דהמלוה הזאת קודמת. אך דהקשה המהרי"ט דדברי הטור סתרי אהדדי שבטור ח"מ (סימן ק"ד) הביא ב' דעות אם קדמה מלוה ע"פ למלוה בשטר והכא בהלכות בכורות משמע דסתיים כהרי"ף דלא קדמה מלוה ע"פ מוקדמת למלוה בשטר מאוחרת לענין גבי' אף מיני' דידי' וכן הקשה על הב"י שבח"מ הכריע להלכה כדעת רב האי וביו"ד הביא דברי הטור ע"כ חילק המהריט"א דהיכא דשיעבד בפירוש אז לכו"ע המלוה בשטר מאוחרת קודמת לגבות למלוה ע"פ המוקדמת.

אלא דהרשב"א אמר בפירוש דאף בשיעבד בפירוש ג"כ המלוה ע"פ קדם. והרבה להקשות עליו מירושלמי פרק הנזקין דאמרינן שם כרמו פרט להקדש כו' אלא מה אנן קיימין באומר הרי עלי מאה מנה להקדש והלך והזיק שלא תאמר אלו נזקין ומלוה בעדים הנזקין קודמין.

(פירוש דהוי אמינא נזקין דהוי מלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי' וא"כ אף דחוב הקדש קדים אבל הרי ההקדש הוי מלוה ע"פ משו"ה הנזקין המאוחרין כיון דהם מלוה בשטר קודמין לחוב ההקדש המוקדם כיון דהוא מלוה ע"פ). לפום כן צריך מימר כרמו פרט להקדש הרי דאי לא כתב קרא הוה אמינא במלוה בשטר המאוחרת קדמה למלוה ע"פ המקודמת.

ובשלמא אם נחלק בין שיעבדו בפירוש נימא דנזקין כיון דכתובה בתורה כמו ששיעבדו בפירוש הוא אבל להרשב"א דלא מחלק. בלי ספק דהירושלמי תיובת' זהו תוכן דברי המהריט"א: אבל באמת דברי המהרי"ט תמוהים בעיני מאד מאי מקשה מהירושלמי הנה עיקר טעם וסברת הרב האי הוא כיון דמדינא שעבודא דאורייתא ומפני מה אמרינן דמלוה ע"פ לא גבה מן המשועבדים משום דלית ליה קלא וא"כ היכא שלא שייך האי תקנתא דלגבי לקותות כגון במלוה בשטר לגבי מלוה ע"פ לא עבדו רבנן תקנתא ואוקמיה אדינא דגובה מן המשועבדין נמצא דגם רב האי גאון מודה דמשועבדין הם למלוה בשטר אלא דבאמת מלוה ע"פ היכא דאין תקנה גובה מן המשועבדין שרבנן לא סילקו השעבוד ממלוה ע"פ רק עשו תקנה שלא גובה וכן הביא הבאר הגולה והסמ"ע שם דהטעם הוא משום דקיי"ל שעבודא דאורייתא א"כ אם הוי סבירא לן שעבודא לאו דאורייתא בודאי דהי' קודם המלוה בשטר המאוחרת שהרי לבעל המלוה בשטר משועבדים הנכסים ולא לבעל מלוה על פה.

אלא הטעם של רב האי הוא דשעבודא דאורייתא וגם לבעל מלוה על פה משועבדים הנכסים. ועתה נחזי אנן מאי סבר הירושלמי אי ס"ל שעבודא דאורייתא א"כ איך אמר דלהכי אצטריך כרמו דהוי אמינא דיקדם הנזקין שהם מלוה בשטר הלא אנן מדאורייתא קיימינן ומדאורייתא הלא מלוה ע"פ ומלוה בשטר אחד הוא וא"כ כיון דההקדש קדם בזמן בודאי ההקדש קדם לגוביינא שהרי מן התורה מלוה על פה גובה מן המשועבדין ואף אם יגבו הנזקין יבא ההקדש ויגבה כיון שהוא קודם ומלוה ע"פ גובה מן המשועבדים למאן דאית לו שעבודא דאורייתא.

וע"כ צ"ל דס"ל להירושלמי בסוגיא זו שעבודא לאו דאורייתא משו"ה אצטריך קרא דאי לאו קרא הנזקין קודמין כיון שהם מלוה בשטר ולמלוה בשטר משועבדים הנכסים. משא"כ להקדש אינם משועבדים הנכסים כיון דס"ל להירושלמי שעבודא לאו דאורייתא.

וא"כ מאי הקשה המהריט"א מכאן על הרב האי הלא למאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא גם הרב האי מודה דמלוה בשטר קדם וטעמו דרב האי הוא משום דס"ל שעבודא דאורייתא. (ולקמן עוד יבואר שלא נצטרך לומר דהירושלמי ס"ל שלד"א).

אלא דעדיין יקשה אמאי אמרי רבנן בהא דהוא לפדות ובנו לפדות דהוא קודם משום דס"ל מלוה הכתובה בתורה לא ככתובה בשטר דמיא משו"ה אינו גובה מהמשועבדים. הרי ע"כ מיירי שלא נתן עדיין ליד הבע"ח או שמכרם שא"כ איך יטרוף הכהן ממשעבדי אף לר"י דס"ל דכתובה בשטר דמיא עכ"פ הרי אין מבורר לאיזה כהן מגיע וא"כ לא יוכל הכהן לטרוף ממשעבדי שכבר מסר או נתן וע"כ מיירי שעדיין לא מסר ליד הלוקח וא"כ אף למאן דלא ס"ל ככתובה בשטר דמיא ג"כ יקדום המלוה ע"פ היינו שנימא ליה שיתן ליד הכהן שהוא המלוה ע"פ.

ע"כ נראה לי דבאמת מיירי שהנכסים כבר נמכרו ובא עתה לטרוף ממשעבדי ולא קשה מה שהקשה כיון דאין מבורר למי יגיע החוב איך יטרוף הכהן ממשעבדי כיון דלא מבורר לאיזה כהן מגיע. דנוכל לומר אף שהוא ממון שאין לו תובעים מכל מקום אם יהי' מורשה מכל הכהנים הלא יוכל לגבות מן הלוקח שהרי לא יוכל לדחות את המורשה לומר לאו בע"ד דידי את שהרי ע"כ בעל דברים דידי' הוא כיון שהוא מורשה מכל הכהנים יחדיו (ועיין בנתיבות חו"מ (סימן ש"א) דבמענות של עניים אם הגבאי אמר לו לשמור יכולהגבאי לתבוע והוי ממון שיש לו תובעים ומחויב בשמירה ודוק).

והנה הכא בפדיון הבן הרי רמי החיוב על האב שהוא יפדה את בנו לא יכול לומר הבע"ח להאב לאו בעל דברים דידי את שכיון שעליו מוטל החיוב ליקח הכסף ולפדות את בנו הרי הוא המורשה של כל הכהנים וכמו שמביא הרמ"א (בסימן קכ"ג) שגם הלוח יוכל להיות מורשה לגבות מערב קבלן וא"כ הרי עשתה התורה אותו למורשה לגבות וליתן לאיזה כהן וממ"נ אם יתן לזה או לזה אבל לאו בעל דברים דידי את לא יוכל לומר לו שהרי רמיא עליו החיוב.

אלא דהחיוב הזה הנהו רק על האב אם בא לפדות את בנו אבל על הבן כשבא לפדות את עצמו הרי עליו נעשה החיוב אח"כ כשגדל וכשגדל כבר היו הנכסים משועבדים

משו"ה פירש בחידושי קידושין שהביא המהריט"א שיצחק שהוא האב ובידו הכח כשאינן לו נכסים לגבות מהמשועבדים. שהרי מורשה של כל הכהנים הנהו הוא עשה למורשה את בנו שגם הוא יכול לגבות מהמשועבדים.

וא"כ כיון דבאמת מיירי כשכבר נמכרו הנכסים משו"ה לרבנן דאית להו מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא שפיר אין גובה מנכסים שנמכרו כבר אבל אם היו רק משועבדים היו גובין מן הנכסים אף לרבנן שהרי מלוה ע"פ שהוא חיוב הפדי' קדים. וסרה מעתה קושית המהריט"א על החידושי קידושין לרב האי: אלא דיקשה עדיין על רבינו הב"י שביו"ד הביא את לשון הטור ז"ל (בסימן ש"ה סעיף ו') אם אין לו נכסים בני חורין כדי פדיון אין הכהן גובה מהמשועבדים אע"פ שקדם חוב הפדיון לחוב הבע"ח הרי דגם המחבר ס"ל דאינו גובה להפדיון קודם לשטר מאוחר והוא בעצמו פסק בח"מ (סימן ק"ד) דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת לגבות למלוה בשטר מאוחרת: ונראה לי עוד לדקדק בדברי הב"י אמאי אמר סתם אע"פ שקדם חוב הפדיון לחוב הבע"ח הי' לו לפרש דזהו דוקא אם הבע"ח הוא בשטר משא"כ כשהוא בע"פ אז בודאי חוב הפדיון קדים.

והנה עיקר הטעם שפסק הב"י כרב האי דמלוה ע"פ המוקדמת בזמן קדמה לגבות הוא משום שכתב המ"מ דמשמעות דברי הרמב"ם כן מדכתב סתמא בחוב משמע דאיירי אפילו במלוה ע"פ ואפילו הכי אי לאו משום קנוניא הי' גובה קודם למלוה בשטר וכיון דעיקר דינו הוא משום דחוב סתמא משמע אפילו במלוה על פה איך סתם כאן בשו"ע יו"ד לחוב הבע"ח ולא פירש דמיירי כאן דוקא בשטר וא"כ משמע דאף בחוב ע"פ המאוחר ג"כ דינא דקדם לחוב הפדיון אף שקדם בזמן.

ובודאי דזהו תימא מדוע יגרע אף דקיי"ל מלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמי אבל עכ"פ מלוה ע"פ הוי. ולישב את זה נראה לי להקדים דהנה לכאורה קשה על דינא של הרב האי דאית ליה מלוה ע"פ הקודמת קודם לגבות למלוה בשטר המאוחרת דאמרינן בכתובות (ס"ט) תלא ליה רב לרבי ביני חיטי האחין ששיעבדו מהו יתיב רבי חייא וקא מיבעי ליה מכרו או או משכנו אמר ליה מאי נפקא מינה בין שמכרו בין שמשכנו מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות ואם נימא דמלוה ע"פ המוקדמת קודמת לגבות למלוה בשטר המאוחרת אמאי אין מוציאין למזונות.

נהי דמלוה בשטר לא הוי אבל מלוה ע"פ עכ"פ הוי. וזה אין סברא לחלק בין משכנו קרקע לשיעבדו בפירוש דזיל בתר טעמא דעכ"פ מחוסר גוביינא וגם שביעית משמטת משכון שיכול לסלקו ובפרט לשיטת הרשב"א דאף בשיעבדו בפירוש ג"כ הדין כן א"כ תקשה אמאי אין מוציאין למזונות.

שוב ראיתי שבאמת הרבו להקשות בר"ן פרק מי שהי' נשוי על סברת הרב האי ממזונות מדאמרינן בכתובות (צ"ו) מוכרת סתם וכך כחה יפה ומפרש בירושלמי בא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי. בא מלוה ע"פ אומרת למזונות מכרתי.

הרי חזינן שאם היתה מוכרת למזונות הי' בעל המלוה בשטר גובה אף שחוב שלה קודם כיון שהחוב שלה הוא מלוה ע"פ. וכן הקשו מהא דאיבעי לן מוכרת למזונות מהו

שתחזור ותטרוף לכתובתה ואם איתא דמלוה ע"פ יש לה דין קדימה על מלוה בשטר היכא שהמלוה ע"פ קודם בזמן והוא הדין למזונות.

א"כ לענין זה כתובה ומזונות כי הדדי נינהו וכי מי שיש לו שני חובות על חבירו היוצאים ביום אחד ומכרו ב"ד קרקע להגבותו אחד מהם כלום יכול לטורפו בשביל השני וכו'. אלא ודאי הא דאיבעי לן היינו משום כיון דלמזונות מכרה הרי הוא כאלו מכרה בשביל חוב מאוחר ומשו"ה אית לן שטורפת אותו בשביל כתובתה שהוא חוב מוקדם הרי דמלוה ע"פ אף הקודמת בזמן לא תטרוף קודם לשטר המאוחר.

ומה שדחה זה הרשב"א דבמזונות הקילו ועשאום כאילו לא חל שעבודן מעיקרא אלא כאילו בכל יום חל שעבוד מזונות דחה זה הגר"א דא"כ אמאי דחקו בריש פרק הנושא ובפרק הנזקין ליתן טעם אמאי אין מוציאין למזון האשה והבנות תיפק ליה דלא חל שעבודן וע"כ מסיק דראיותיו של הרמב"ן שהוא היפך סברת הרב האי כראי מוצקים: ונראה לי ליישב דלא תקשה מידי לפי מה שביארנו לעיל סברת הרב האי הוא דבאמת שעבודא דאורייתא ומן הדין משועבדים הנכסים לבעל מלוה ע"פ אלא דרבנן עשו תקנה שלא יגבה מן המשועבדים וזה שתקנו רבנן שלא יגבה לא שסילקו השעבוד של מלוה ע"פ מן הנכסים אלא באמת השעבוד עומד בתקפו אלא דרבנן תקנו אף שמשועבד לו אעפ"כ לא יגבה מן הלקוחות.

משא"כ נגד מלוה בשטר שאין כאן תקנה א"כ כיון דמשועבדים לבעל מלוה ע"פ משו"ה גובה הוא קודם וכל זה הוא בדבר המשועבד מדאורייתא משא"כ בדבר שעיקר תקנתו מדרבנן אז חזינן אם רבנן תקנו שיגבה מן הלקוחות אז הרי חזינן שהרבנן שיעבדו לו הנכסים משא"כ כשרבנן אמרו שלא יגבה מן הלקוחות הרי חזינן שמה שתקנו רבנן לגבות לא שעשו שעבוד על הנכסים שאם היה שעבוד על הנכסים מדוע לא יגבה מן הלקוחות אלא דעיקר תקנת חכמים הוא שיחול חוב על הגוף לא על הנכסים וא"כ בודאי בדבר כזה דעיקר השעבוד מדרבנן ורבנן לא תקנו לגבות מהנכסים רק שרמו חיוב על הגוף לשלם בכה"ג בודאי דמלוה בשטר המאוחרת קודמת לגבות מן הנכסים למלוה כזו שהרי למלוה בשטר משועבדים הנכסים ולמלוה כזאת לא נשתעבדו הנכסים כמו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דלדידי' בארנו לעיל וכדמוכח מהירושלמי הנ"ל כיון דלמלוה בעדים הנכסים אינם משועבדים בעל השטר קודם לגבות.

הכי נמי למ"ד שעבודא דאורייתא בדבר שעיקר החיוב מדרבנן ורבנן לא הטילו שעבוד על הנכסים בודאי דמלוה בשטר קדמה לגבות. והנה מזונות עיקר התקנה מדרבנן אלא דיש לנו להסתפק מה שתקנו רבנן ליתן מזונות להבנות הוא שחייבו ושעבדו הנכסים לזה או שבאמת לא הטילו שעבוד על הנכסים רק שחייבו את היתומים לתת להם מזונות אך מדתקנו רבנן שלא לגבות מן הלקוחות חזינן דלא רמו שעבוד על הנכסים דאיך נימא שמתחלה עשו שעבוד ואח"כ עשו עוד פעם תקנה שלא יגבו מן הלקוחות בודאי דעיקר התקנה מתחלה לא הי' כלל על שעבוד הנכסים אלא חיוב על היתומים לזון הבנות.

ובזה בארתי בסי"כ את הקושי' שהקשו המפרשים על הפוסקים דס"ל דמי שמת והניח נכסים והי' עליו מלוה ע"פ שדין הוא שגובה מן היורשין ולא מן הלקוחות וקדמו היורשים ומכרו את הנכסים מחייבינן להיורשים לשלם מטעם מזיק שעבודו של חבירו.

והקשו המפרשים א"כ האיך אמרינן איזהו רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטין מאי עצה היא זו הלא כל זמן שיהי' כסף אצלם הלא חייבין לשלם מטעם מזיק שעבודו של חברו ואם כן שחייבין לשלם מאי עצה היא זו הוי כמשיא להם עצה לגזול דבר מחבירו ואח"כ יצטרך לשלם.

אכן לפי מה שבארנו ניהא דמזיק שעבודו של חברו לא נקרא אלא כשהוא מזיק דבר שהוא משועבד לחבירו ואז מחויב משא"כ היכא דהדבר בעצמו איננו משועבד כלל אלא שהדין הוא שיגבה מהדבר אז לא נקרא מזיק שעבודו אם הזיק הדבר ההוא והוי רק כנועל ביתו ומבטל כיסו של חברו וא"כ במלוה ע"פ שמשועבדין הנכסים א"כ אם היתומים מכרו לאחר נטלו דבר שהי' משועבד להמלוה משו"ה צריכין לשלם אבל כשמכרונכסים מועטין דשם מיירי לענין מזון הבנות הרי הנכסים אינם משועבדין כלל רק שהדין על היתומים שהם יזונו אותם מהנכסים שירשו.

וע"כ אם מכרו אינם מחויבים שהרי לא נטלו דבר שהוא משועבד להבנות רק גרמו שלא יהי' הדין עליהם לזון והוי כמבטל כיסו של חברו כיון דלחוב המזונות הנכסים אינם משועבדים. ומשו"ה בחוב המזונות מלוה בשטר קדים שהרי למלוה בשטר משועבדים הנכסים.

ולחוב המזונות אינם משועבדים הנכסים כלל ואינו יכול לגבות לחוב הזה מנכסים משועבדים דהיינו מיד המלוה בשטר. שלו משועבדים הנכסים.

משו"ה אמרינן בין שמכרו בין שמשכנו אין מוציאין למזונות. ומשו"ה אמר בירושלמי בא מלוה על פה אומרת למזונות מכרתי ובא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי הרי שאם היתה מוכרת למזונות הי' בעל המלוה בשטר גובה אף שחוב שלה קדים כיון שאם היו באים שניהם ביחד לגבות הי' הדין שבעל מלוה בשטר יגבה ולא היא לחיוב המזונות כיון שלחוב המזונות אינם משועבדים כלל הנכסים: והא דבגיטין דחק למצוא טעם אמאי אין מוציאין להמשועבדים למזונות היינו דמה שבארנו שחוב המזונות איננו שעבוד על הנכסים היינו לבתר דידעינן דלא היתה תקנת רבנן לגבות מהלקוחות אבל בגיטין פריך טעמא על עיקר התקנה מדוע לכתובה תקנו שיוציא מן הלקוחות היינו ששעבדו הנכסים ולחוב המזונות אין מוציאין מהלקוחות היינו שלא שיעבדו הנכסים לחוב המזונות ולהכי קאמר במתני' דמפני תיקון העולם היינו מפני שאין כתובין וקצובין לא תקנו שיוציאו מנכסים משועבדים.

והשתא כיון שמפני תיקון העולם לא תקנו שעבוד הנכסים רק הטילו חוב על היורשין לזון האשה והבנות ממילא לחוב המזונות לא נשתעבדו כלל הנכסים וכן שטר המאוחר קודם לגבות. ואולי זהו ג"כ כונת דברי הרשב"א שכתב דבמזונות הקילו ועשאום כאלו לא חל שעבודא מעיקרא אלא כאלו בכל יום חל שעבוד מזונות ודחה זה הגר"א דא"כ אמאי דחקו בריש פרק הנושא ובפרק הנזקין ליתן טעם אמאי אין מוציאין למזון האשה והבנות תיפוק ליה דלא חל שעבודא.

אכן לפי הנ"ל נוכל לומר דזהו גם כן כונת הרשב"א דבמזונות מפני תיקון העולם היינו מפני שאין כתובין וקצובין או מפני התפסת צררי הקילו שלא יגבו מן הלקוחות וא"כ

הנכסים לא נשתעבדו ורק בכל יום חל החיוב על היתומים שיזונו האשה והבנות. וא"כ אין קושי' מריש פרק הנושא והנזקין דאיצטריכו להנך טעמא מפני מה הקילו במזונות: אלא דיש עדיין להקשות נהי דהיכא דעיקר התקנה מזרבנן כיון דרבנן תקנו לגבות מהמשועבדים לא חל כלל חיוב על הנכסים.

אבל היכא שהוא כתב להם זאת בהכתובה התם מן הדין הוא מחויב שהרי אדם יכול הוא להתחייב את עצמו וכיון דמשועבד הוא מן הדין א"כ נהי דמלקוחות אין מוציאין למזון האשה והבנות מפני תיקון העולם אבל לגבי מלוה בשטר דלגבי לווה לא עבוד רבנן תקנתא יקדם חוב המזונות לגבות היכא שכתב בהכתובה דמשועבדין אז הנכסים לחוב המזונות.

ובודאי דזה דוחק לומר דהירושלמי דבא מלוה בשטר אומרת לכתובה מכרתי והאיבעי' בגמ' מכרה למזונות מהו שתחזור ותטרוף לכתובתה מיירי דוקא בלא כתב זאת בהכתובה דאז אינם ניזונים אלא מתקנת חכמים דסתמא משמע דמיירי בכל גוונא אבל באמת גם זה לא קשה לא מיבעי לשיטת הרמב"ם המובא בחו"מ (סימן ס"א) דהמתחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב אינו חל כלל החיוב בודאי לא קשה מידי שהרי אף אם כתב בכתובה והתחייב את עצמו במזונות ג"כ לא קנתה שעבוד בהנכסים שהרי אינו חל כלל החיוב מטעם התחייבותו כיון שהוא דבר שאינו קצוב ורק מטעם תקנתא דרבנן חל חיוב והם לא תקנו שעבוד הנכסים.

אף לפי שפסק הש"ע שם דלא כהרמב"ם וסבירא ליה דאדם יכול להתחייב את עצמו בדבר שאינו קצוב אעפ"כ נוכל לומר דאף שכתב חיוב המזונות בהכתובה מ"מ לא היתה כונתו להתחייב יותר מתקנת רבנן דכונתו היתה רק לכתוב תקנת חכמים שתקנו שיהי' מחויב במזונות וכמו שמצינו בהרבה דברים שמקולי כתובה הם מטעם דכתובה דרבנן אף שכתב לה בכתובה משום דבכתיבתו לא נתכוון להתחייב יותר מכפי התקנה ועוד יש ליישב דאמרינן (שם בכתובות ק"א ובגיטין נ"א) דאף היכא שמן הדין קנתה חיוב המזונות כגון היכא שקנו מידו עכ"ז תקנו רבנן שלא תגבה מן המשועבדין שכיון שבתו היא יתפיס לה צררי אע"פ דהפוסקים סבירא להו הא דתקנו שלא יגבה מלוה ע"פ מן הלקוחות התקנה היא דוקא לגבי לקוחות ולא לגבי מלוה היינו רק היכא דהטעם הוא משום דלית ליה קלא וחששו שמא לא ירצו לקנות זה מזה א"כ גבי מלוה לא חששו לזה פן לא ירצה ללות ולהפסיד להמלוה ע"פ.

אבל החששא שמא תפוס צררי הוא שאם יתפיס לה צררי והיא תגבה אחרי כן הלא תגבה שלא כדין ויהי' הפסד להמשועבדים שלא כדין. בכה"ג חששו אף לתקנת המלוה ומשו"ה תקנו שאף שקנו מידו לחיוב המזונות אעפ"כ לא יחול השעבוד על הנכסים ומשו"ה אף אם כתב חוב המזונות בכתובתה ג"כ אינו חל השעבוד ומלוה בשטר קדים.

ומיושב לפי דברינו קושית התוס' שם בד"ה צררי שהקשו הא לקטנה לא יתפיס צררי. אכן לדברינו הלא לא קאי הטעם דמפני תיקון העולם על שעת הגבי' אלא על עיקר התקנה דבשעה שהוא מתחייב במזונות לא יחול השעבוד שמא אחר כן יתפיס צררי ומשו"ה אף שהיא קטנה בשעת גבי' אבל הרי בשעת החיוב לא חל השעבוד מטעם דשמא אח"כ יתפיס צררי ובשעת החיוב הלא לא ידוע אם תהי' אחר כן גדולה או קטנה: והנה

הרמב"ם כתב (בפ"ג מהלכות עבדים) ז"ל ענק אמה העבריא וכן מציאתה לאבי' ואם מת אבי' קודם שיבא לידו הרי הן של עצמה ואין לאחי' בה כלום כו' וכתב הכ"מ ע"ז ז"ל ויש לדקדק על מ"ש ואם מת האב קודם שיבא לידו משמע אע"פ שבא לידה אינו מורישו ובריש פרק נערה שנתפתתה משמע שהוא מורישו וצ"ל דבא לידה כבא לידו דמי עכ"ל הכ"מ.

והקשה ע"ז הלח"מ ז"ל ותמהני דמדבריו משמע דאם לא בא לידה אף ע"פ שיצתה בחיי האב שכבר נתחייב האדון ההענקה בחיי האב אפ"ה אינו מורישו ואלו מריש נערה שנתפתתה משמע אפ"ה לא בא לידה מורישו כמו ששנינו עמדה בדין עד שלא מת האב הרי הן שלא אחין ודוקא התם בענין עמדה בדין משום דהוי קנס וכל שלא עמדה בדין לא הוי ממון משום דקיי"ל מודה בקנס פטור.

אבל בזכות דלא הוי קנס כיון שנתחייב בחיי האב מורישו וכמו ששנינו בסיפא דמתניתין מעשה ידיו אע"פ שלא גבתה מת האב הרי הן של אחין ולרבינו אפשר לדחות ולומר דכל שנתחייב בחיי האב כבא לידו דמי אבל דברי מרן צל"ע עכ"ל המל"מ ונראה לי ליישב דגבי הענקה לא שייך כלל למימר שהאב יזכה בהחייב שמחויב האדון לתת הענקה דלא שייך לומר שיזכה האב אלא בדבר שהיא זכתה כבר ואף חיוב שנתחייב לה אחד בעד מעשה ידי' ג"כ חיוב הממון שיש לה על שוכרה זוכה האב בזכות הזה היינו בחיוב הדמים שיש לה וכן בעמדה בדין על אונס ופתוי ג"כ נתחייב לה המפתה והמאנס בחיוב הממון ויש לה חיוב ממון וממילא זוכה האב כדין כל שבח נעורים.

אבל הענקה איננו חיוב ממון שנתחייב לה האדון בעד הענקה רק דין הוא עליו שלא ישלח אותה ריקם ומצוה דרמי' על גופא דהאדון שלא ישלח ריקם ואם עבר ולא קיים המצוה שעליו באמת הי' לו לפטור שהרי לא חייבה אותו התורה כסף להעבד או להאמה אלא שנתקה התורה הלאו זה לעשה שאם אח"כ יקיים העשה דהענק ינתק הלאו שהרי ז"ל הרמב"ם (שם בהלכה י"ד) כל המשלח עבדו או אמתו ריקם עובר בלא תעשה שנאמר לא תשלחנו והרי הכתוב נתקו לעשה שנאמר הענק תעניק לו עכ"ל הרמב"ם ואלו הי' הענקה חיוב ממון לא הי' צריך לנתק לעשה כיון שישנו בתשלומין כמו דאיתא במכות ט"ז.

ואף עתה דנתקו הכתוב לעשה (ואף ליורשי' אמרה רחמנא שיתן מדקריא שכיר) היינו רק בתורת חיוב עליו ולא בתורת חיוב דמים להעבד כיון דעיקר המצוה הוא לא ישלחנו ריקם דהחיוב על האדון שלא ישלחו ריקם וא"כ איך שייך לומר שיזכה האב בהמצוה שיש על האדון שלא ישלחנו ריקם ומשו"ה אם לא הגיע לידה לא יוכל האב להוריש לאחין שהרי גם היא לא זכתה עדיין בשום חיוב ולא דמי לנערה בחיובי דאונס ומפתה דהתם נתחייב בחיובי דמים.

ויש לה חיוב דמים עליו. וכל זה הוא קודם שנתן לה ההענקה.

אבל כשנתן לה הרי הם דמים בידה וא"כ פריך הכ"מ שפיר כמו דאמרינן בחיוב שנתחייב לה אחד. זוכה האב בהחיוב ומורישו לאחין.

א"כ ההענקה שהגיע כבר לידה אמאי לא יזכה האב להוריש לאחין. וע"ז תירץ דבאמת היכא שבא לידה גם הרמב"ם מודה דזוכה האב דבא לידה כבא לידו דמי.

(ועיין בדברינו להלן דף פ"ט): ולפי"ז יתיישב שפיר הירושלמי דכרמו פרט להקדש שהביאנו לעיל דמשמע דאילו לא כתב קרא כרמו פרט להקדש הוה אמינא שאם יש חוב הקדש מוקדם לחוב נזקין מאוחר חוב הנזקין קדים ואילו רה"ג ס"ל דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת לגבות למלוה בשטר מאוחרת.

ותירצנו משום דהירושלמי ס"ל שלד"א דע"כ ס"ל כן דהרי הכא בקרא מה"ת קיימינן ואי נימא שעבודא דאורייתא הלא מן התורה מלוה ע"פ כמלוה בשטר היא. אכן לפי הנ"ל לא אצטריך לכל זה דבאמת הירושלמי יכול לסבור שעבודא דאורייתא אלא דכ"ז הוא דוקא היכא שמחויב בדמים כבר אמרינן דלחויב דמים נשתעבדו הנכסים.

אבל היכא דאין עליו כלל חיוב דמים לא שייך כלל לומר שישתעבדו הנכסים למצוה דרמי על גופו (אם לא במלוה הכתובה בתורה למאן דאית ליה ככתובה בשטר דמי כמו שיבואר להלן) כמו דלא שייך למימר שישתעבדו הנכסים למצות סוכה. והנה היכא דאמר הרי עלי מאה מנה לבדק הבית אי לא כתב קרא כרמו פרט להקדש הוי אמרינן אימתי אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היינו דבדברו נעשה קנין דוקא במקדיש דבר ואומר שהדבר יהי' להקדש אבל היכא דאמר הרי עלי בכה"ג לא מצינו שיעשה אמירתו לגבוה קנין שעבוד להקדש.

דבאמת נוכל לומר דבהקדש לא שייך שמחויב דמים להקדש ורק דברים וחפצים יוכלו להתקדש דכן הוא דין התורה אבל היכא דאמר הרי עלי ליתן דבר מה להקדש מחויב הוא לקיים נדרו משום לא יחל דברו שמוטל עליו חיוב לקיים מה שנדר. כמו באמר הרי עלי שלא אוכל דבזה לא שייך קנינים רק חיוב לקיים מוצא שפתיו וכמו באומר אשכם ואשנה פרק זה.

אבל לא שהקדש קנה קנין שעבוד דמים עליו דלא נתחייב דמים להקדש דבכה"ג לא מצינו אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט היכא דלא שייך שהדבר יהי' הקדש דשעבוד לא שייך למימר שיתקדש וגם נוכל לומר שכונתו לא הי' כלל להתחייב דמים רק חיוב עליו לקיים מוצא שפתיו והוי דומי' דנשבע אחד לתת דבר מה לחבירו דאף שעליו מוטל לקיים שבועתו אבל חבירו אין לו כלום עליו דמשו"ה אמרינן (בסימן פ"ג) דאם אחד תובע לחבירו נשבעת ליתן לי דבר מה והוא כופר אין משביעין אותו ע"ז משום דלא הוי כפירת ממון (עי"ש בש"ך ס"ק פ"א) רק שעליו רמיא מצוה לקיים שבועתו וכן מן יורשיו אינו יכול לגבות א"כ אלו הי' הדין בהקדש כן היינו שאם אמר הרי עלי מנה להקדש לא קנה הקדש קנין חיוב דמים רק שעליו מוטל חיוב לקיים נדרו מדין לא יחל והלך אח"כ והזיק בודאי דהנזקין היו קודמין להקדש שהרי הנכסים נשתעבדו לחוב הנזקין ולהקדש לא נשתעבדו הנכסים ובחוב כזה גם מאן דאית ליה שעבודא דאורייתא מודה דהמלוה בשטר המאוחרת קדמה לגבות משו"ה אצטריך כרמו פרט להקדש היינו דאשמעינן קרא דכמו דאמרינן במקדיש חפץ אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ה"נ בהקדש כשאמר הרי עלי מאה מנה לבה"ב הוי כמסירתו להדיוט היינו כמו שהקנה להדיוט חוב עליו על מאה מנה ויש עליו חיוב דמים להקדש ואשמעינן קרא דלא דמי

לנשבע לחבירו ליתן דהתם בהדיוט לא נשתעבדו הנכסים אבל בהקדש נשתעבדו הנכסים משו"ה קדם ההקדש לגבות: ומעתה נבוא ליישב גם מה שקשה על הב"י איך אמר דאף שקדם חוב הפדיון לחוב הבע"ח עכ"ז גובה הבע"ח קודם הלא הוא ס"ל דמלוה ע"פ מוקדמת קודמת לגבות למלוה בשטר מאוחרת.

ועוד הקשינו אמאי סתים דבריו דמשמע אף בחוב בע"פ ג"כ הדין כן וזהו תימא. אכן לפי מה שבארנו יתיישב בטוב דהנה זה פשוט דהחילוק שבין מ"ד שעבודא דאורייתא למ"ד לאו דאורייתא דלמ"ד דאורייתא היינו שהחוב לשלם מוטל על הנכסים וא"כ יש להמלוה קנין שעבוד בהנכסים לגבות מהן משו"ה גובה מן הלקוחות.

ולמ"ד שעבודא לאו דאורייתא ס"ל דהחוב הנהו רק אכתפא דגברא ולא על הנכסים ואין להמלוה קנין בהנכסים לגבות מהן משו"ה אינו גובה מהלקוחות שהרי הלקוחות לא נתחייבו אליו. (לפי"ד ההסבר הזה הוא פשוט מאד וא"כ תמוה מאד דברי המהריט"א שמקשה שם איך אמרינן לר"י דטריף מן המשועבדים הרי משעבדי קרקע הם ואין פודין בקרקעות ע"ז תירץ דכמו דהבכור בעצמו מחויב למכור קרקע וליתן דמים אף דבשאר חוב אינו מחויב למכור ולהביא דמים.

בפדיון בכור מחויב הבכור בעצמו למכור הקרקע ולהביא הדמים הכי נמי מחויב הלוקח למכור הקרקע וליתן לכהן הדמים ודבריו אלה משוללי הבנה מאי שייכא דהלוקח לחיוב הבכור דאם נימא דכמו שהוא חייב כן הלוקח הנהו מחויב א"כ גם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא עכ"פ הוא בעצמו מחויב לשלם.

וא"כ יתחייב הלוקח ג"כ אע"כ דמאי איכפת ליה להלוקח מה שהמוכר חייב הא לא נכנס תחתיו להיות חיובי המוכר עליו. והא דלמ"ד שעבודא דאורייתא גובה מן הלקוחות הלא לא משום שהלוקח מחויב אלא משום דאית ליה קנין שעבוד בהקרקע.

וא"כ כיון שאין פודין בקרקעות נהי דהבכור בעצמו הי' מחויב למכור את הקרקע ולתת דמים להכהן אבל הלוקח מדוע יהי' חייב למכור אבל לפי מה שביארנו לעיל דהבכור בעצמו הנהו מורשה של כל הכהנים לא קשה מידי קושינו שהרי הלוקח לקח קרקע המשועבדת לכהן למכרה וליקח דמים בעד הפדיון ומשו"ה המורשה יכול למכרה ולתת הדמים לכהן.

וזהו פשוט דזהו כונת התוס' בשבועות (דף י"ד ע"ב) ד"ה בכל שכתבו וז"ל ואזל כהן וטריף הנך משועבדים לאו דמפרק בקרקעות אלא ימכרם ויתן דמים לכהן. כונתם שהבכור יתן לכהן ולא כמו שפירש המהריט"א שהלוקח ימכרם ויתן לכהן דלוקח בודאי אינו מחויב למכור וליתן הדמים).

משו"ה דעת הרב האי שהמלוה ע"פ קדים שהרי כיון דמן הדין משועבדים הנכסים להמלוה בע"פ ושעבודו קדים להמלוה בשטר משו"ה קדים לגבות. וכבר ביארנו דדוקא בדבר שהוא מחויב ליתן דמים בזה אמרינן נשתעבדו הנכסים לחיוב הדמים אבל בדבר שרק מצוה על גופו כמו בנשבע ליתן להדיוט דלא נשתעבדו הנכסים וכן בהקדש אילו לא כתב קרא כרמו פרט להקדש אם אמר הרי עלי מנה לבה"ב לא הי' רק חיוב עליו לקיים דברו מדין לא יחל ולא הי' קנין שעבוד בהנכסים להקדש ובכה"ג גם הרב האי

גאון מודה דחוב בשטר המאוחר קדם לגבות לחוב כזה שהרי לא נשתעבדו לו הנכסים א"כ בפדיון בנו הלא אין מוטל עליו חיוב דמים ליתן לכהן אלא דמוטל עליו לקיים מצות פדה תפדה ומשו"ה איתא ברמ"א ביו"ד (סימן ש"ה) דאין האב יכול לפדות ע"י שליח וגם אין ביו"ד פודין בלא האב.

ואם כי הרעישו הש"ך והט"ז על זה דהא קיי"ל בכל התורה שלוחו של אדם כמותן נ"ל דלא קשה מידי דנהי שאם הי' חיוב מן התורה ליתן דמים לכהן אז הוה אמרינן שלוחו של אדם כמותו מה לי אם נותן בעצמו או ע"י שלוחו. אבל כיון דעיקר החיוב הוא המצוה לפדות הבן מיד הכהן אלא שאמרה התורה שהפדי' היא הוא הכסף שנותן לכהן תחת הבכור וזה ודאי שאם במשך הזמן נתן חמשה סלעים לכהן ולא אמר לפדיון אף שמצות אין צריכות כונה בכ"ז לא יצא ידי חובתו שהרי תפדה אמר רחמנא והאי לאו פדיון הוא בשלמא אילו הי' כתוב בתורה תתן חמשה סלעים לכהן אז הוה אמינא הרי נתן ויצא ידי חובתו אף שלא כיון אבל השתא שכתבה התורה תפדה הלא עיקר המצוה הפדי' לא נתנית לה' סלעים וא"כ כמו שאינו יכול לשלוח שליח להניח תפילין כן אינו יכול לשלוח שליח לקיים מצות פדי' שעליו כיון דעיקר מצות פדי' איננה הנתינה שהוא נותן לכהן ה' סלעים אלא עיקר המצוה היא מעשה הפדי' מה שהוא נותן ליד הכהן החמש סלעים ואומר זה לפדיון בני והוי כמצות נטילת אתרוג ולולב שהמצוה היא רק הנטילה בעצמה.

וכמו כן בפדיון הבן עיקר המצוה היא מעשה הפדי' ולא הכונה שיהי' נפדה הבן כמו פדיון פטר חמור שהרי מתחלה לא הי' על הבן קדושה ולאחר הפדי' לא נסתלק מעליו שום קדושה ואיסור א"כ עיקר המצוה היא מעשה הפדי' לבדה ועל מעשה המצוה לא מצינו שלוחו של אדם כמותו. ומשו"ה ס"ל לרמ"א דאינו יכול לעשות שליח לקיים מצות הפדי': נמצא כיון דעיקר מצות פדי' איננה החיוב ליתן לכהן ה' סלעים חלא מעשה הפדי' א"כ לא שייך שישעבדו נכסים למצוה דרמי על גופו והוי כמו נשבע ליתן לחבירו דבר מה דאינו חל שעבוד על הנכסים.

אלא דמאן דס"ל דמלוה הכתובה בתורה ככתובה בשטר דמי' הרי אף למ"ד שעבודא לאו דאורייתא א"כ בכל חובות דעלמא לא מוטל חיוב אלא על הגוף לא על הנכסים. עכ"ז אמרינן ככתובה בשטר דמי'.

ולכאורה בשלמא שטר משו"ה משתעבד שהרי בשטר מקנה הנכסים אבל כשכתובה בתורה במה הקנה הנכסים כיון דכל החיובים הוא על הגוף לא על השדות. ועכצ"ל שכיון שכתובה בתורה שיעבדה התורה השדות לכל חיוב שמחויב הוא לשלם.

לזה שיעבדה התורה שיגבו מן הנכסים. משו"ה אמר ר"י אף דפדיון הוא חוב הגוף לא על הקרקע עכ"ז כיון שכתובה בתורה שיעבדה התורה הנכסים לכל חיובי הממון שהטילה התורה על הגוף ואע"ג דהיכא דנשבע ליתן לחבירו דבר מה לא נשתעבדו הנכסים ואין גובין מן היורשים.

אבל חיובים כזה שהתורה הטילה עליו שיעבדה התורה הנכסים לזה ומשו"ה לדידי' גם לחוב הפדיון נשתעבדו הנכסים וגובה מן המשועבדים. משא"כ לרבנן דס"ל לאו ככתובה

בשטר דמיא א"כ נשאר הדין דלחוב כזה שאיננו חיוב דמים רק מצות הגוף לא נשתעבדו הנכסים.

ומשו"ה אם יש מלוה בשטר מאוחרת וחוב הפדיון המוקדם מלוה בשטר קודמת לגבות שהרי לחוב הפדיון לא נשתעבדו כלל הנכסים והוי כמו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא דלדידי' מודה רב האי גאון שהמלוה בשטר קודמת. ומשו"ה שפיר סתים הב"י וכתב שאף שחוב הפדי' קדים לחוב הבע"ח עכ"ז בע"ח קודם, ומדסתים משמע דאף בחוב בע"פ ג"כ הדין כן.

ולפי מה שבארנו יתיישב היטב שהב"י לטעמי' דס"ל כרב האי דמלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת המלוה ע"פ קדים משום דלהמלוה ע"פ נשתעבדו הנכסים. וא"כ הכא כשהי' לזה חוב הפדי' וחוב המלוה ע"פ הלא לחוב הפדי' אינן משועבדין הנכסים כיון שהחיוב הוא חוב הגוף לפדות את הבן לא חיוב של דמים עליו ולבעל מלוה ע"פ משועבדין הנכסים משו"ה קדם חוב הבע"ח אף שהוא מלוה ע"פ לחוב הפדי' אחרי שלזה נשתעבדו הנכסים ולזה לא נשתעבדו ואדרבה אלו לא הוה סבירא ליה להב"י כרב האי גאון לא הוה אמר האי דינא דאפילו קדם חוב הפדי' לחוב הבע"ח מ"מ הבע"ח קדים אלא דוקא בחוב בשטר אבל לא בחוב בע"פ שהרי כיון דלבע"פ לא משועבדין הנכסים שוין הם לענין גבי' חוב הפדי' וחוב המלוה.

אבל כיון דס"ל כרב האי גאון דגם לחוב מלוה ע"פ ג"כ משועבדין הנכסים. אף דאמרו רבנן שלא יגבו מן הלקוחות הוי רק דין שלא יגבו מן הלקוחות ולא שסלקו שעבוד מהנכסים משו"ה חוב מלוה ע"פ גם כן קדים לחוב הפדי' כיון שלחוב המלוה על פה משועבדין הנכסים ולחוב הפדי' אינם משועבדים: ולפי"ז דאף על גב דרבנן תקנו שלא יגבה מן הלקוחות.

לא שסלקו השעבוד מהנכסים אלא שעשו תקנה שלא יגבו מן הלקוחות והשעבוד עומד בתקפו. נמצא דבשעה שעושיין שטר לא שהשטר יעשה שעבוד שהרי גם בלא שטר ישנו שעבוד על הנכסים אלא שהשטר עושה קול שעל ידו יוכל לגבות מן הלקוחות א"כ אינו צריך שהלוה יקנה את השטר להמלוה שהרי אינו שטר מקנה וכסברת התוס' בגיטין שהביאנו למעלה ומשו"ה לא הביא הרמב"ם האי דינא בקדיש בשט"ח דשמין את הנייר אם יש בו שוה פרוטה דהרמב"ם לטעמי' שגם הוא ס"ל כסברת הרב האי דמלוה ע"פ קודמת למלוה בשטר מאוחרת הרי דגם למלוה ע"פ משועבדין הנכסים והשטר לא הוי שטר מקנה שאין מועיל אלא לעשות קול א"כ לא הקנה הלוה להמלוה את הנייר וא"כ כשיקדשה המלוה בשטר כיון דחששה שמא ימחול הרי גם השטר תצטרך להחזיר שהרי אין לה קנין בהנייר כיון שגם המלוה אין לו קנין בהנייר.

אלא זהו דוקא למאן דאית ליה שעבודא דאורייתא אבל אם נימא שעבודא לאו דאורייתא א"כ המלוה אין עושה שעבוד והשטר הוא העושה שעבוד וא"כ הוי השטר שטר מקנה וא"כ הקנה הלוה להמלוה קנין בהנייר דהיכא דהוי שטר מקנה צריך שיקנה הקונה גוף השטר א"כ בקידושין גבי התקדשי בשטר לפי הס"ד דסבר דמיירי בשט"ח דאחרים לא הקשה דרבנן אדרבנן אמאי שמיין את הנייר דהתם דבעי למיפרך לימא כתנאי על רב דאית ליה שעבודא לאו דאורייתא לא מצי למפרך דרבנן אדרבנן דאם נימא דאית

להו שעבודא לאו דאורייתא א"כ שט"ח הוי שטר מקנה וקונה המלוה את הנייר וא"כ אף אם ימחול את החוב לא תצטרך להחזיר את הנייר שהרי הקנין שהי' להמלוה הקנה לה וקנין שיש לה בהנייר לא נפקע ע"י מחילתו משו"ה פריך דר"מ אדר"מ דזה בודאי קשה לכו"ע.

אבל הרמב"ם דפסק שעבודא דאורייתא שפיר פסק דאין קנין להמלוה בהנייר וממילא אם קדשה בשט"ח אינה מקודשת אף אם יש בהנייר שוה פרוטה אבל הפוסקים דס"ל שאם מכר שט"ח לחבירו ומחלו אין הלוקח מחויב להחזיר גוף הנייר סבירא ליה כהרי"ף דפליג על דברי רב האי וס"ל דמלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת מלוה בשטר קדים.

לדידהו נוכל לומר דרבנן תקנו שהלואה לא יעשה שעבוד נכסים אף שמן התורה הלואה עושה שעבוד דשעבודי' דאורייתא רבנן תקנו שלא יעשה שעבוד ומשו"ה אין גובה המלוה ע"פ נגד מלוה בשטר שהרי כיון שמשועבדים הם למלוה בשטר אין מלוה ע"פ גובה מן המשועבדים. ולדידהו בפשוט נחא מה שרבא מביא ראי' מזקן שהי' מלוה לכל בני הכפר והי' כותב בכתב ידו דמוכח לכאורה מכאן דגם שט"ח בעינן שטר מקנה ולא ס"ל תירוץ התוס' שהביאנו לעיל דקושית רבא היא משום דמסתמא היו עושים עמו ג"כ טובות והיו נותנים לו שדות כו' דזהו דחוק דדילמא לא קבל הזקן מהם כלום ואם קיבל עשה קנין חליפין או חזקה.

ומשו"ה הוכיחו דהשטר הוי שטר מקנה וא"כ שפיר הביאו ראי' מגמ' קידושין הנ"ל שאם מחל שט"ח אין הלוקח מחויב להחזיר השטר שהרי לדידהו שס"ל דרבנן תקנו שמלוה ע"פ לא יעשה שעבוד א"כ השטר הוא שטר מקנה. ויש לומר דבזה פליגי שני הסוגיות ב"ב (קע"ו) וסוגיא דקידושין (דף י"ג) דבב"ב (קע"ו) אמר רב פפא הילכתא מלוה ע"פ גובה מן היורשין ואינו גובה מהלקוחות גובה מן היורשין שלא תנעול דלת ואינו גובה מהלקוחות דלית ליה קלא ואילו בקידושין אמר רב פפא הילכתא מלוה ע"פ גובה מן היורשין שעבודא דאורייתא ואין גובה מהלקוחות דלית ליה קלא.

ונוכל לומר דפליגי בזה דסוגיא דב"ב סבירא לה ג"כ דרב פפא ס"ל שעבודא דאורייתא מדקאמרה טעמא שאין גובין מן הלקוחות הוא משום דלית ליה קלא אעפ"כ כיון שמפני תקנת לקוחות עשו רבנן תקנה שלא יחול השעבוד כלל ע"י הלואה וא"כ כיון שלא חל כלל השעבוד לא הי' לו לגבות אף מן היורשין אלא מפני שלא תנעול דלת בפני לאוין משום הא גובין מן היורשין.

וסוגיא דקידושין ס"ל דרבנן לא תקנו שלא יחול כלל השעבוד על מלוה ע"פ רק עשו תקנה שלא יגבו מן הלקוחות נמצא הא דגובין מן היורשין הוא מן הדין והפוסקים שפסקו דאין צריך הלוקח להחזיר השטר כשמחל המוכר דס"ל שהשטר הנהו שטר מקנה תפסו לעיקר את סוגית ב"ב כיון דהיא נאמרה במקום עיקרא דדינא וכדמוכח מקושית רבא: והנה לגבי נזקין אם גובין מן המשועבדין שנשתעבדו קודם שעמד בדין ג"כ תלי' בזה אם נימא שרבנן סלקו השעבוד מהלואה ותקנו רק שמלוה בשטר היינו מלוה דאית לה קלא יגבה מן הלקוחות א"כ גבי נזקין קודם שעמד בדין לאו מלוה היא ורבנן תקנו שלא יחול

שעבוד רק מלווה דאית ליה קלא וכשעמד בדין רק אז חל השעבוד שאז הוי מלווה דאית ליה קלא וכדביארנו לעיל דעמד בדין מועיל שנעשה אז הלואה.

אבל אם נימא דרבנן לא סלקו שעבוד רק תקנתם היתה שלא יגבו מן הלקוחות היכא דלית ליה קלא א"כ בנזקין דאית ליה קלא אף קודם שעמד בדין גובין מן המשועבדים כיון דלהנזקין משועבדים הנכסים ותקנתא דלקוחות לית כאן כיון דאית ליה קלא והוי כמו מלווה ע"פ דגובה נגד מלווה בשטר המאוחרת כיון דליכא תקנתא דלקוחות.

דרק היכא דאיכא תקנתא דלקוחות תקנו שלא יחול השעבוד. נמצא דהפוסקים דגם בנזקין אין גובין ממשועבדים קודם שעמד בדין סוברים להלכה כסוגית ב"ב וכדמוכח מסוגיא דגיטין מרבא שרבנן סלקו שעבוד מהלואה ורק במלווה בשטר יש שעבוד.

והא דקאמר הכא ש"מ ליה כו' היינו דתקשה מהכא למ"ד שהתקנה היתה רק שלא יגבו מן הלקוחות אבל את השעבוד לא סלקו וגובה מן הדין דלדידי' ליה ומכר נכסיו מן הדין גובה ורק מטעם תקנת הלקוחות אין גובין וא"כ בנזקין דליכא תקנת הלקוחות אף אם מכר נכסיו ואח"כ בא לבי"ד יגבו.

ומדקתני בפני בי"ד פרט למכר נכסיו ואח"כ בא לבי"ד מוכח דלווה ואח"כ מכר נכסיו עתה שעשו רבנן תקנה שלא יגבו מהלקוחות סלקו שעבוד לגמרי ועתה מן הדין אין גובין אם לא במלווה בשטר ומשו"ה בנזקין ג"כ אין גובין ודחי דאין ראי' מכאן דבפני בי"ד פרט לבי"ד הדיוטות אבל לדינא אה"נ דפסקינן הכי ומשו"ה סברי להנך פוסקים דגם בנזקין אין גובין מן המשועבדין אבל הפוסקים שפסקו דבנזקין גובין ממשעבדי ס"ל דהתקנה היתה רק שלא יגבה מן הלקוחות היכא דלית ליה קלא ולא שסלקו השעבוד נמצא בנזקין דאיכא קלא בכה"ג לא ה' תקנה כמו שלא ה' תקנה לגבי יורשין** (הערה הנה ביארנו דעת הרמ"א דגבי פדיון אין מועיל שליח.

והקשה בשער המלך. א"כ אמאי אמרינן בנתן החמש סלעים ע"מ להחזיר אם לא החזיר בטל הנתנה.

הא כל מעשה שאין יכול לקיים ע"י שליח התנאי בטל והמעשה קיים. לענ"ד לא קשה. דהטעם שאין יכול לפדות ע"י שליח הוא משום המצוה דאין עושין ע"י שליח והכא לא הנתנה המצוה אך הפדי' המצוה. אבל עכ"פ בלא הקנאת המעות לא חל הפדי'.

נמצא אף דהכא אין יכול לעשות הקנאה ע"י שליח משום דהאי הקנאה בלא הפדי' לא יצא היינו דהפדי' לא יצא. אבל הקנאה בעצמה הוא דבר שיוכל לעשות ע"י שליח.

וא"כ הכא איננו מתנה על הפדי'. אלא על הקנאת החמש סלעים ובודאי דעל ההקנאה יכול להתנות.

דאטו אם הכא ע"י ההקנאה יכול הוא לקיים מצות הפדי'. משו"ה ישתנה דין ההקנאה. נהי דעל הפדי' אין יכול להתנות. אבל על ההקנאה אמאי לא יהי' בידו להתנות.

ועיין בחידושי רע"ק וכמעט דברינו כדבריו אלא שהוא ביאר רק אם נימא דיכול להקנות ע"י שליח. והוא בעצמו אומר במעות הללו אני פודה.

אכן לדברינו אף אם נימא דאין מועיל לא קשה ודו"ק:**) : סימן יג סוגיא דצרורות. וסוגיא דיש שינוי לצרורות לרביע נזק וסוגיא דהיתה מהלכת ברה"ר ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה: (א) הרמב"ם פסק (בפ"ב מהלכות נזקי ממון ה"ד) ז"ל היתה מהלכת ברה"ר ובעטה והתיזה צרורות והזיקו ברה"ר פטור.

ואם תפש הניזק רביע נזק אין מוציאין מידו שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא ואינו תולדות רגל שהרי בעטה ע"כ. וכתב הראב"ד ז"ל זה טעות הוא כי בודאי הביעוט שינוי הוא דאי לא שינוי בצרורות היכי משכחת לה כו'.

ובאמת קשה קושית הראב"ד דאיך נימא דהאיבעיא אם ביעוט הוי שינוי או לא הוי שינוי. כמו שתירץ המ"מ והתפלא על קושית הראב"ד דאיך נוכל לומר דמספקא לי' אי ביעוט הוי שינוי.

הא הרמב"ם בעצמו פסק הבהמה אינה מועדת לביעוט. הרי דביעוט הוי שינוי.

עוד פסק הרמב"ם (שם ה"ט) ז"ל תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו. אם היו בתוכו תבלין וכיוצא בהן שהושיט ראשו כדי לאוכלן על התבלין משלם נזק שלם ועל הכלי משלם חצי נזק כחצי נזק צרורות שכך הוא דרכו ואם ה' הכלי ריקן.

ה"ז משונה ומשלם חצי נזק ככל הקנסות והקשה הראב"ד ז"ל זה טעות הוא דהא צרורות ע"י שינוי הוא ובעיא הוא אם יש שינוי לצרורות לרביע נזק או לא עכ"ד. ועיין בהמ"מ מה שתירץ והוא דחוק: (ב) כתב הרמב"ם (בפ"ג מהלכות נזקי ממון ה"י) ז"ל היתה מהלכת ברה"ר ופשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה ואפילו עמדה משלם מה שנהנית. שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גבי זו. ואם קפצה ואכלה על גבי חברתה משלם מה שהזיקה שגבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב.

והדברים תמוהים מאי דקאמר הרמב"ם שמשלם בקופצת משום דעל גבי חברתה כחצר הניזק הוא. א"כ אמאי באכלה בלי קפיצה אין משלם מה שהזיקה כיון שאכלה ברשות הניזק דהיינו ע"ג חברתה.

ע"כ כיון דגופא ברה"ר ה"ז דין דאכלה מתוך הרחבה במחזרת דפטור. כמו שביאר במקום הזה הכ"מ.

א"כ מאי מהני שגבי חברתה כחצר הניזק. עכ"פ גופא ברה"ר.

ובשלמא הרא"ש דמפרש דטעם דפטור במחזרת. דמקום שיכולה לאכול בדרך הילוכה לא הוי חצר הניזק והוא מפרש בקופצת מיירי שהפירות ה' מונחים במקום שבלא קפיצה לא היתה יכולה ליטול ניחא אבל הרמב"ם דלא מפרש דמיירי דוקא במונחים במקום שאינה יכולה לאכול בלי קפיצה ע"כ דאף במקום שיכולה לאכול בלי קפיצה.

אם קפצה מחויב. א"כ יקשה ממ"נ אם ס"ל דאף דגופא ברה"ר כיון דאכלה ברשות הניזק מחויב.

ומשו"ה בקפצה מחויב. א"כ אף בלא קפיצה יחייב.

ואם נימא דכיון דגופא ברה"ר אף שאכלה ברשות הניזק פטור. א"כ אמאי מחייב בקופץ.

כיון דלדידי אין הטעם משום שינוי שהרי פירש הטעם משום דבחצר הניזק הוא: (ג) ונראה לי הטעם. דהנה הרמב"ם פסק (בפ"ב הי"ד) ז"ל היו מחטטין בחבל ונפסק החבל ונשבר הדלי משלמין נזק שלם והוא שנתגלגל הדלי מחמתן עד שנפל ונשבר.

ואם הי' על החבל אוכל ובשעת אכילתן פסקוהו משלם גם על החבל נזק שלם. והקשה הלח"מ קושית המאירי על הרי"ף דכיון דפסק כרבה דזרק כלים מראש הגג ובא אחר ושבר במקל פטור.

ע"כ דס"ל בתר מעיקרא אזלינן ולא בתר תבר מנא. א"כ למאי אצטריך לתירוצא דאזל מיני'.

כיון דבתר מעיקרא אזלינן הרי גופא הוא אף אם נתגלגל מעצמו כדאיתא בגמרא: ונראה לי ליישב בפשטות. דכיון דהרמב"ם מיירי ברישא היכא דלא הי' על החבל אוכל.

א"כ פסיקת החבל הי' משונה. מעתה אם הי' הדלי מתגלגל ע"י הפסיקה לא הי' משלם אלא חצי נזק שהרי משונה הוא.

משו"ה מפרש הרמב"ם מיני'. ואז אף שבא ע"י הפסקה שהוא משונה.

אבל כיון שההיזק בעצמו הוא אורחי'. אזלינן בתר ההיזק בעצמו.

ואף דרש"י גבי סתם דלתות חתורות הן אצל כלב. פרש"י דאם הי' החתירה משונה אז לא הי' משלם גם על אכילת החררה אלא חצי נזק כיון דההיזק בא ע"י חתירה שהוא משונה.

אבל כבר השיג ע"ז הרא"ש. ופירש דאילו לא הי' סתם דלתות חתורות אצל כלב.

אז הי' אונס. אבל משום משונה לא איכפת לן כיון דעיקר הנזק בא באורחי'.

אף דבא לזה ההיזק ע"י שינוי. וכן הוא דעת הרמב"ם.

משו"ה באזל מיני'. אף דפסיקת החבל הי' בשינוי.

כיון דהיזק הדלי הוא כאורחי' אף דבא ע"י דבר שהוא משונה משלם נזק שלם. ומשו"ה איצטריך לשנויא דאזל מיני' דאל"כ לא הי' משלם אלא חצי נזק אף דגופא הוא דבתר מעיקרא אזלינן כיון דמשונה הוא.

והא דבגמ' לא אמרו האי שינויא אלא אם נימא בתר תבר מנא אזלינן הוא לפי מאי דקאמרי במאוס בלישה. דאז אורחא משו"ה אם נימא בתר מעיקרא אזלינן משלם נזק שלם אף בלא אזל מיני' שהרי הפסיקה הי' כאורחי'.

והראב"ד דהשיג על הרמב"ם ס"ל כדעת רש"י דס"ל דאף דעצם ההיזק בא בדבר שהוא אורחי' כיון דבא לזה ההיזק ע"י דבר שהוא משונה. משלם חצי נזק.

משו"ה כתב דלא בהיר. דאגופא דברייתא מקשה.

פירש ואף היכא דאזל מיני' ס"ל הראב"ד דמשלם חצי נזק היכא דלא הי' על החבל אוכל דהפסיקה הי' שינוי. וע"כ דמיירי ביש אוכל.

והתם לא אצטריך לטעמא ושינויא דאזיל מיני'. (ואין להקשות לשיטת הרמב"ם והרא"ש דאזלינן בתר עצם ההיזק אם הוא אורחי'.

אף דנתגלגל ע"י דבר שהוא משונה משלם נזק שלם. א"כ למאי איצטריך לטעמא דכיון דאורחי' למיכל לפתא אורחי' למסלק.

אף אם לא הי' אורחא האכילה הוא אורחא. ואפשר דהתם אצטריך לטעמא שיחייב על הדנא ג"כ נזק שלם.

דהדנא נשברה ע"י הסריכה ואם הסריכה לאו אורחי'. גם על הדנא לא ישלם נזק שלם.

אף להרמב"ם והרא"ש ומשו"ה נמי איצטריך. לטעמא כיון דאורחא): (ד) והנה הרי"ף פירש.

דפטור שן ורגל ברה"ר משום דאורחי' הוא וכבר תמה ע"ז הרא"ש דאטו הרי"ף טעמא דקרא אתא לאשמעינן הא פסוק מפורש הוא לפטור שן ורגל ברשות הניזק וביער בשדה אחר ולא ברשות הניזק. ונראה לי דהנה התוס' לעיל הקשו.

דאמאי לרב כל מילתא דלא אפקרינהו משור ילפינן. כיון דלא אתי אלא מצד השוה משור ובור.

א"כ לפטור בהו כלים. ונראה לי דכיון דעתה כתוב בקרא ארבעה אבות נזקין.

א"כ ילפינן צד השוה מכולהו דחייבה תורה על ממונו המזיק דזה הכלל ילפינן מבינייהו דהתורה חייבה על ממונו המזיק. ומשו"ה אמרינן וכולהו כי שדית בור בינייהו אתיין כולהו כו' אלא למאי הלכתא כתבינהו רחמנא להלכותיהן והקשה בתוס' הא אי לא הוי נפקא אלא מבור ואינך הוי פטרי בהו כלים.

אך באמת הגמ' נקט לקושטא דמילתא דעתה אילו לא הי' כתוב בקרא שן הוי ילפינן מכולהו היינו כיון דחזינן דחייבה התורה על ממונו. הוי מחייבינן בשן ואדרבא בהפטור היינו משיבין מה לבור שכן אינו ממונו משו"ה פטרה התורה כלים.

אבל שן דממונו הוא מחויב על כלים דכיון דחזינן דרמיא התורה חיובים אממונו. א"כ אדרבא עיקר החידוש הוא על הפטורים ומשו"ה ס"ל לרב דאדרבא לא ילפינן לפטור בתקלתו דלא אפקרינהו מבור דמה לבור שכן אין ממונו ושמואל ס"ל דבור כיון דאוקמי' התורה ברשותי' נמי ממונו הוא אלא בדבר שאינו הולך ומזיק פטרה התורה אכלים: (ה) ובזה מיושב שפיר דברי הרמב"ם (בפ"ב מהלכות נזקי ממון ה"י) ז"ל הי' חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק במה דברים אמורים שקשרו אדם.

אבל אם נקשר ברגליהן מאליו בעל התרנגולין פטור. ואם הי' לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר.

בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל עכ"ד ועיין שם בראב"ד. וכבר הארכנו בפירש דברי הרמב"ם וישבנו בע"ה קושית הראב"ד.

אך זה לכאורה תמיהא גדולה בדבריו. כיון דהחיוב משום בור המתגלגל.

א"כ איך כתב הרמב"ם ונסתבך כלי באותו החוט הא בור פטור על הכלים והיא לכאורה תמיהא גדולה על הרמב"ם. אכן לדברינו מיושב שפיר.

כיון דעתה חזינן דחייבה התורה אממונו. אלא דחזינן דנתנה התורה פטורים בשארי דברים.

כמו בור שפטרה התורה אכלים. א"כ הפטור הוא החידוש.

ואם נוכל לדחות שלא למילף מינייהו לא ילפינן הפטור ומחייבינן. משו"ה היכא דהחוט הי' קשור ברגלי התרנגול.

א"כ הרי הבור הזה לא דמי לבור שבתורה דבור שבתורה מיירי דלא היה הולך ומזיק אבל בור שקשור ברגלי התרנגול. הרי דבור הזה הולך ומזיק.

ומשו"ה אמרינן מה לבור שבתורה שפטרה התורה על כלים דהתם אינו הולך ומזיק אבל בור כזה דהוא הולך ומזיק. אף דלא דמי ממש לאש.

שאש של האיש מזיק את הדבר. והכא הכלי נתקל בבור אעפ"כ חייב על כלים.

כיון דלאו נוכל למילף מבור. כיון דהפטור הוא החידוש אחרי דחזינן עתה דחייבה התורה אממונו.

אף דאילו לא הי' כתוב כלל בור לא הוי ידעינן חיוב תקלה אבל עתה דחייבה התורה תקלה וגלתה התורה דתקלה נמי חיוב הוא. א"כ הפטור הוא החידוש ומשו"ה מחייב הרמב"ם בבור שהולך ומזיק על כלים: (ו) והנה היכא דהבהמה אכלה מתוך הרחבה במחזרת.

לכאורה קשה מאין לנו לפטור. הא קרא לא מיעט אלא היכא דבער שלא בשדה אחר.

היינו דהנזק הי' ברה"ר אבל הכא דהנזק הי' ברשות הניזק מה לו שהמזיק עמד ברה"ר. עכ"פ עיקר הנזק ברשות הניזק וקרינן בזה ובער בשדה אחר.

וע"כ מפרש דהטעם דכל שיכול השור לאכול בדרך הילוכו לא מקריא רשות הניזק. אך א"כ תקשה היכא דשבקתא לרחבה ואכלה מצדי הרחבה וקמה כולה בצדי הרחבה.

ואכילתה הי' במקום שגם אם לא היתה עומדת בצדי רחבה היתה יכולה לאכול תפטר בכה"ג כיון דהפירות מונחים במקום שיכולה לאכול בדרך הילוכה. אף דעתה היא עומדת בסימטא.

עכ"פ הפירות מונחים במקום שאין רשות הניזק כיון דיכולה לאכול בדרך הילוכה. והוי דומיא דעומדת ברה"ר ואוכלת ברה"ר דפטור לכולי עלמא.

ומסתימת דברי הפוסקים משמע דאם שבקתה לרחבה ואזלה וקמה בצדי רחבה. אף אם אכלה ממקום שהיתה יכולה לאכול בלי העמידה ברחבה מחויב בעל השור.

וכן פירש הכ"מ דכיון דסתם הרמב"ם וכתב דבקפיצה מחויב משמע אף אם אכלה ממקום שהיתה יכולה לאכול בלי קפיצה. אם קפצה ואכלה מחויבת ה"נ משמע דאם קמה בצדי רחבה מחויבת בכל גווני ועכצ"ל דצדי רחבה מקרי רשות הניזק.

וא"כ תקשה מחזרת אמאי פטור הא קרא לא מיעט אלא היכא דהביער הי' ברה"ר. וצ"ל נהי דקרא לא מיעט אלא היכא דהי' הביער ברה"ר שהרי כך לשון הפסוק ובער בשדה אחר ולא שבער ברה"ר.

אבל עכ"פ קרא מיירי היכא דהיתה עומדת כולה ברה"י. שהרי לשון ושולח משמע ששלחה כולה לרשות ניזק.

אבל במחזרת נהי דובער הי' בשדה אחר. אבל ושלח לא הי' כאן שהרי הבהמה היתה עומדת ברה"ר.

והנה זה לא נוכל לומר דושלח בא למעט. שהרי אצטריך לגופא למילף רגל דמחויב.

אלא עכ"פ קרא לא מיירי אלא באופן כזה. וע"ז לכאורה יש להקשות היכא דלא הי' שלח נילף לחיובא מכולהו.

נהי דהיכא דהבער היה ברה"ר. לא נוכל למילף לחיובה שהרי גזיה"כ הוא ובער בשדה אחר ולא ברה"ר אבל היכא דהבער הי' ברשות הניזק דזה לא מצינן למילף מובער ורק משום דלא מיירי קרא בכה"ג כיון דכתוב בקרא ושלח דמיירי באופן שהלכה כולה לרשות הניזק ואין לנו לימוד לחייב בכה"ג נילף לחיובא משארי אבות מזיקין כיון דושלח לא אתי למיעוטא.

ע"ז מפרש הרי"ף דשן ורגל אורחא א"כ לא נוכל למילף משארי חיובים לגבי שן ורגל. דבשארי חיובים רמיא התורה חיובים ברה"ר היינו בדברים שאינן אורחא.

אבל שן ורגל שאורחא הוא לא נוכל למילף לחיובא אם אכלה בדרך הילוכה והוא גמ' מפורשת (בדף י"ט) וכי יאחזנה בזנבה וילך אי הכי קרן נמי, נימא וכי יאחזנה בקרן וילך הכי השתא קרן לאו אורחא הא אורחא הרי דבאורחא שייך למימר וכי יאחזנה בזנבה וילך: (ז) נמצא דבשן ורגל יש שני פטורים.

האחד מקרא דוביער בשדה אחר. ולא ברה"ר.

והאחד היכא דלא הי' כולה ברשות הניזק אז פטור מטעם דכיון דקרא מיירי באופן שהיתה כולה ברה"ר. ואין לנו לימוד לחייב לא נוכל למילף משאר אבות נזיקין.

דמה להנך דאורחא נינהו. מעתה יתיישב דברי הרמב"ם דאמר פשטה צוארה ואכלה מעל גבי חברתה פטורה שכן דרך הבהמות לאכול זו מזו.

ואם קפצה ואכלה מעל גבי חברתה משלם מה שהזיקה. שעל גבי חברתה כחצר הניזק הוא חשוב.

והקשינו א"כ אמאי פטור בפשטה צוארה. אלא ע"כ כיון דהיא עומדת ברה"ר משו"ה פטור א"כ מאי מועיל שגבי חברתה כחצר הניזק הוא.

עכ"פ המזיק עומד ברה"ר. אכן לפי הנ"ל מיושב דבפשטה צוארה אף דהביעור הי' ברשות הניזק ואין לנו לימוד לפטור.

עכ"פ לחיוב ג"כ אין כאן לימוד דקרא מיירי באופן שעמדה כולה שלא ברה"ר. היינו שלא היתה ברשות שדרכה להיות שם ולמילף משארי אבות נזיקין ליכא למימר שכן דרך הבהמות לאכול זו מזו.

אבל בקפצה ואכלה נהי דשן חשבינן לה. כיון דהאכילה אורחה.

והרמב"ם הרי סבר דאף אם בא להדבר ע"י דבר שהוא משונה כמו חטיטת חבל שלא הי' עליו אוכל. כיון דהגלגול אורחא משלם נזק שלם אבל עכ"פ לגבי הדיחוי דלא מצינו למילף משארי דברים.

משום דגבי דבר שכן דרכה נוכל לומר שלא רמיא התורה חיובים. הלא שתאכל ע"י קפיצה.

זה הוא לאו דרכה וא"כ נוכל למילף משארי אבות נזיקין לחיובא. וזהו שמפרש הרמב"ם דהיכא דקפצה ואכלה מעל גבי חבירתה משלם מה שהזיקה שגבי חבירתה כחצר הניזק חשוב.

א"כ הביעור הי' ברשות הניזק. ופטורה דובער בשדה אחר ולא ברה"ר אין כאן.

כיון דגבי חבירתה חשוב חצר הניזק. ואין כאן רק פטור דאורחא.

וא"כ היכא דקפצה דגם פטור דאורחא אין כאן. משו"ה משלם נזק שלם.

ועפ"ז מיושבים פסקי הרמב"ם שפסק גבי תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו באופן שלא הי' תבלין כתב הרמב"ם. דמשלם חצי נזק.

ככל הקנסות והוא עצמו פסק דספק אם יש שינוי או אין שינוי. ואם יש שינוי לצרורות לא הי' צריך לשלם.

אלא רביע נזק. וגם מה שמפרש הרמב"ם בעיא דיש שינוי הוא אם ביעוט הוי שינוי גבי צרורות או לא הוי שינוי והרי הוא בעצמו פסק דביעוט הוי שינוי ותולדה דקרן הוא אכן לדברינו יתיישב.

דהנה חיוב צרורות אם נימא דהתורה חייבה על שהבהמה הזיקה ע"י צרורות א"כ תקשה איך פסקינן התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י דמשלם חצי נזק. הרי הוי דין דמחזרת.

וכיון דהבהמה אינה עומדת ברשות הניזק הרי אמרינן דפטורה היכא דאורחא. וע"כ צ"ל דהילכתא גמירי לה שצרורות שבא ע"י בהמתו מחויב גם בעד המזיק הזה על צרורות דבהמתו הצרורות הוא המזיק.

א"כ הרי המזיק שהוא הצרורות הוא ברשות הניזק כולה. ולא דמי לעץ ארוך שהקשו על הרא"ש דכתב דפטור דהתם הדין דגופא הוא א"כ הרי הבהמה מזקת ע"י העץ ארוך.

וכיון דהבהמה היא המזקת והיא עומדת ברה"ר משו"ה פטור. אבל גבי צרורות אין הכונה דהילכתא גמירי לה דבהמה שהזיקה ע"י צרורות משלם חצי נזק אלא דהילכתא דצרורות שנולד ע"י רגל דבהמתו.

מחויב על הצרורות והצרורות בעת הילוכו הוא מזיק שלו. אלא דאינו משלם על מזיק כזה.

רק חצי נזק. והנה כפי הנראה דהרמב"ם סבר דהאי הילכתא כיון דלא נאמרה רק ברגל איך נוכל למילף בקרן.

כיון דרגל פטורה התורה ברה"ר וקרן חייבה התורה ברה"ר א"כ לא נוכל למילף פטור דצרורות גבי קרן מרגל. והא דאיבעיא לן גבי בעיטה אם משלם חצי נזק או רביע נזק ס"ל להרמב"ם דכיון דביעוט הרי רגל הוא שהרי אין כונתה להזיק.

(דאטו יודעת הבהמה שתתיז צרורות. ואף אם נימא דגבי ביעוט על הכלי היתה כונתה להזיק.)

אבל גבי צרורות כונתה היתה להצרורות נמצאת על הכלי אין כונתה להזיק). ומפשטות הגמ' דפריך רביצה ובעיטה תולדה דרגל.

ומשני משום דאין הזיקה מצוי. משמע דביעוט (אף על כלי) אין כונתה להזיק.

אלא דהפטור הוא משום דבר שאין מצוי. דכל שאינו מצוי ג"כ תולדה דקרן הוא היינו דחויב מזיק בדבר שאין מצוי מקרן ילפינן.

וזה לא שייך אלא דאם ההיזק גופא הוא מעשה שאינו מצוי. אבל אם המזיק נולד ע"י דבר שאינו מצוי.

אעפ"כ עתה דיש מזיק אין שייך לומר כיון שנולד ע"י דבר שאין מצוי כיון דעתה הוא כאורחא וכמו שהוכחנו לעיל מחטיטת חבל דהעיקר דעיינינן אם לחשוב לשן או לקרן עיינינן על ההיזק בעצמו אם הוא כאורחא או לאו. וכיון דביארנו דצרורות ההילכתא גמירי דחייב על צרורות המזיק.

ולא שהבהמה הזיקה ע"י צרורות. א"כ הרי הצרורות בשעה שהוא מזיק.

הוא אורחא. והוא רגל ממש.

ועל צרורות שהוא רגל גמירי הילכתא. וא"כ לכאורה הי' לחייב בודאי חצי נזק ולפטור ברה"ר.

אך באמת קשיא מאין לנו הדין דפטור ברה"ר גבי צרורות. כיון דהוא חויב אחר.

וע"כ דהילכתא גמירי לה דצרורות משלם חצי נזק מאילו היה מחויב על עצם המזיק שהוא מסבבו. ואפשר דכן גמירי דצרורות רגל הוא ומשו"ה פטור ברה"ר.

מעתה מיושב שפיר האיבעיא אם נימא דכן גמירי הילכתא דצרורות דרגל. משלם חצי מכפי שהי' מחייבין על עצם המזיק המולידו.

מעתה אם בעטה ברה"ר משלם רביע נזק. שאם היינו מחייבין על הביעוט הי' מחויב חצי נזק ברה"ר.

ועתה הצרורות אף שהוא רגל שהרי אורחא הוא הלא בצרורות אין כאן פטור ברה"ר. והא דפטור בהתיזה ברה"ר והזיקה ברה"ר היינו דכיון דגמירי הילכתא דפטור מחצה מאילו היינו מחייבין על המזיק המסבבו.

וכיון דהתיזה ברה"ר. הרי אם היינו מחייבין על התיזה ברה"ר הי' פטור לגמרי מטעם דרגל פטור ברה"ר.

ואם בעטה ברשות הניזק אז יהי ג"כ הדין דאין מחויב אלא רביע נזק אם נימא דההילכתא גמירי דעל מזיק הצרורות משלם מחצה מאילו היינו מחייבים על המזיק המוליד אותו. ואם נימא דהלכתא גמירי לה דצרורות המזיק כאורחא משלם חצי נזק ורגל הוא אז יהי ברה"ר פטור לגמרי.

דאף דבא ע"י ביעוט עכ"פ הצרורות הוא כאורחא והוא רגל. ואם הי' ברשות היחיד משלם חצי נזק.

וכל זה הוא דוקא אם הצרורות הוא רגל אבל היכא דבהצרורות גופא יש שינוי דהצרורות גופא הוא קרן בכה"ג לא גמירי הילכתא ומשו"ה היכא דהכניס ראשו לאויר כלי זכוכית ולא הי' בו תבלין דאז אין דרכו לצעוק. וא"כ לא שייך לומר דהאויר נעשה מזיק דהוא דבר שאין בו ממש.

וע"כ הכונה דהבהמה הזיקה ע"י האויר. א"כ בשעה שהתרנגול צועק הרי בהצרורות גופא שינוי א"כ הוי קרן ממש וקרן לא גמירי הילכתא.

ונשאר הדין דכחו כגופא ומשלם חצי נזק ***(מהנמו"י משמע דהוא מפרש ג"כ דיש שני פטורים פטור דוביער. פטור דשאינו אורחא והיכא דקפצה אין פטור דוביער.

וגם לא אורחא. אלא דמהנמו"י משמע דהיינו כיון דהבהמה שהחטיטין מונחים עלי'.

לא הוי מקום מיוחד. ולא הוי רה"י גמור.

ואף דאין פטור דוביער דהפטור דוקא היכא שלא הי' כלל רשות הניזק. אעפ"כ פטור מטעם אורחא והיכא דקופצת לא הוי אורחא ומחויבת ודו"ק: ***) : סימן יד סוגיא דנטל אבן או קורה של הקדש.

וסוגיא דרכב ובא חבירו ורכב. ואין מועל אחר מועל אלא בבהמה וכלי שרת ויתבאר הרבה חילוקי דינים במעילה.

אם החיוב על הנאה. או על ההוצאה מרשות הקדש: (א) דף כ נטל אבן או קורה של הקדש הרי זה לא מעל.

נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל. והובא בתוס' דבפ"ק דחגיגה פרכינן מכדי גזל מה לי הוא מה לי חבירו.

(פירוש ואמאי אמרינן דאם נטל האבן או הקורה לא מעל). ומשני באבני בנין המסורות לגזבר עסקינן.

פירוש א"כ בנטילתו לא עשה מעשה. וכן פרש"י דהאי נטל אבן או קורה פירוש שהגזבר נטל האבן.

אכן הרמב"ם כתב (בפ"ו מהלכות מעילה) ז"ל אמרו חכמים שהנוטל אבן או קורה של הקדש ונתנה לחבירו שניהם מעלו. ואם נתנה לזה הגזבר שהיתה תחת ידו הוא מעל והגזבר לא מעל.

ויראה לי שאין אלו הדברים אמורים אלא במועל בזדון שהרי לא נתחלל הקדש עכ"ל. וכבר ביארו המפרשים דבריו שהוא מפרש קושית הגמ' מ"ש הוא מ"ש חבירו היינו דגמ' פריך אסיפא אמאי אמרינן הוא מעל וחבירו לא מעל.

מ"ש הוא מ"ש חבירו. וכבר תמה בכ"מ דאיך נוכל לפרש כן דהרי בשוגג בודאי שהוא מעל וחבירו לא מעל.

שהרי נתחלל הקדש. וא"כ מאי פריך מ"ש הוא מ"ש חבירו דילמא מיירי מתניתין בשוגג דאז הוא מעל וחבירו לא מעל שהרי נתחלל הקדש: (ב) ונראה לי דהנה הרמב"ם כתב שם בה"ג המועל בקדשי בדק הבית כיון שמעל בשגגה נתחלל הקדש וזה שנהנה אחריו פטור.

מעל בזדון הואיל ואינו חייב בקרבן מעילה לא נתחלל הקדש. אלא הרי הוא בהוייתו ואם בא אחר ונהנה בו בשגגה מעל.

במה דברים אמורים בשמעל בקדש והוציאו בתורת חולין והקנהו לאחר. אבל אם נהנה בו ופגמו ולא הקנה לאחר יש בו מועל אחר מועל.

ואין מועל אחר מועל במוקדשין. אלא בבהמה וכלי תשמיש בלבד כיצד בקע בקורדום של הקדש ונהנה בפרוטה ופגם.

ובא חבירו ובקע בו ונהנה בו ופגם כולם מעלו. נטל הקורדום ונתנו לחבירו הוא מעל.

אבל חבירו לא מעל כו'. והנה מתניתין דמעילה (דף י"ט) דאיתא אין מועל אחר מועל במוקדשין אלא בבהמה וכלי שרת בלבד כיצד רכב על גבי בהמה ובא חבירו ורכב.

ובא חבירו ורכב כולן מעלו. שתה בכוס של זהב ובא חבירו ושתה ובא חבירו ושתה כולן מעלו.

דרש"י מפרש דקאי דוקא בקדושת הגוף משום דאין קדושת הגוף יוצא לחולין ומשו"ה אין מועל אחר מועל אלא בבהמה פירוש בבהמת קרבן. וכלי שרת דג"כ קדושת הגוף נינהו להרמב"ם אי אפשר לפרש כן דהא לדידי' בכה"ג היכא דרכב ובא חבירו ורכב.

גם בקדשי בה"ב אין יוצא לחולין. ויש מועל אחר מועל.

וע"כ לדידי' פירוש דכלי שרת הוא כלי תשמיש. והנה מלבד דהקשה המשנה למלך מגמ' מעילה דאמרינן שם על מתניתין מני מתניתין רבי נחמי' היא.

דתניא אין מועל אחר מועל אלא בהמה בלבד רבי נחמי' אומר בהמה וכלי שרת ק"ו אם אחרים מביא לקדושתן הוא עצמו לא כש"כ. הרי דמפרש טעמא דמתניתין משום דאין יוצא לחולין.

הנה באמת קשיא ג"כ מגמ' מפורשת בקדושין (דף נ"ה) דאמרינן שם וקדושת הגוף מי מתחלל והתנן אין מועל אחר מועל במוקדשין אלא בבהמה וכלי שרת בלבד. כיצד הי' רוכב על גבי בהמה ובא חבירו ורכב כו'.

הרי דמפרש הגמ' הטעם משום דקדושת הגוף אינו מתחלל ולהרמב"ם גם בקדושת דמים ג"כ ברכב ובא חבירו ורכב כולם מעלו. ועיין בראב"ד שהשיג ג"כ על הרמב"ם.

וכתב אף דדברי הרמב"ם הם תוספתא. אין סומכין על תוספתא שהיא סותרת המשנה וגמ' ועיין בתוס' שדחק ג"כ בפירוש התוספתא: (ג) ונראה לי דהנה הכא בב"ק אמרינן בנאה לתוך ביתו ה"ז לא מעל עד שידור תחת' שוה פרוטה.

ואמר שמואל והוא שהניחה ע"פ ארובה ויטיב רבי אבוב קמי' דר' יוחנן וקאמר משמי' דשמואל זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו. צריך להעלות לו שכר.

ושתיק לו איהו סבר מדשתיק מודו לי' ולא היא אשגוחי לא אשגח בי' כדרבה דאמר רבה הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי. והנה לכאורה קשה מאי הוי סבר שמואל מעיקרא דמוכח דהדר בחצר חבירו צריך להעלות שכר.

ומדייק לה דוקא מהאי מתניתין. הלא כל המשניות מפורשין דאם שתה בכוס של זהב מעל.

ופ"כ דמעל מטעם נהנה ואמאי מדייק לה דוקא ממתניתין דבנא' בתוך ביתו. וצ"ל דבאמת מכל הני מתניתין אי אפשר להוכיח שהרי כיון דהי' סבר שמואל דהקדש כשלא מדעת דמי.

א"כ בשעה שמשתמש הרי הוא שואל שלא מדעת על כל הכלי. והנה בהקדש החיוב מועל הוא משום שמוציא מרשות הקדש ומכניס לרשות אחר.

ומשו"ה פסק הרמב"ם דאם השאיל קרדום לחבירו חבירו מותר לבקע לכתחלה דכיון דהשאיל. הרי הוציאה מרשות הקדש ונתחללה בשביל זה.

וא"כ היינו יכולין לומר דהקדש לא מעל כלל על הנאה. ורק על חיובא דמכניס לרשות אחר.

אלא דשואל שלא מדעת גזלן הוא. נמצא בשעה שמשתמש בהכלי הוא מוציא מרשות הקדש.

ולא הי' יכול להוכיח שמואל דמחויבין על הנאה. אבל ממתניתין דנתנה על פי ארובה.

דעל הנתנה לא מעל כדפירש במעילה משום דלא הוי הנאה הניכר. וא"כ כ"ז שלא מעל נשארה ברשות הקדש ועתה בשעה שנהנה ממנה הרי אינו משתמש בהדבר.

שנימא שמחויב מטעם שואל שלא מדעת וגם כיון דהניחה בחלון ובטלה שם. נעשה קרקע ואינה נגזלת והוא קרקע של הקדש.

אלא כיון דההקדש הי' קודם שנעשה קרקע מועלין בכה"ג כמו שמבואר שם במעילה ובפסקי הרמב"ם וא"כ מוכיח שפיר כיון דהחיוב הוא מטעם נהנה. ע"כ דדין הוא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו.

כיון דקרקע אינה נגזלת מחויב לשלם בעד הנאתו. וע"ז משני הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי.

ופרש"י דדעת שכינה איכא. והקשה בתוס' הא שלא מדעת לאו דוקא אלא אורחא דמילתא נקט וה"ה מדעתו.

ונראה לי דבאמת בהדיוט מדעת יתחייב לשלם לכו"ע. שהרי בחצר דקיימא לאגרא לכו"ע חייב לשלם.

שהרי הוא נטל דבר שהוא חסר. א"כ בשעה שהוא מדעת.

והוא אומר שאינו רוצה בלא אגר. הרי הוא עתה חצר דעבידא לאגרא דמאי הוא חצר דלא קיימא לאגרא שאינו רגיל להשכיר.

אבל אם עתה רוצה הוא להשכיר מי מוחה בידו. וא"כ היכא דנכנס לחצר דלא קיימא לאגרא.

ובעל החצר בא ואמר איני רוצה בלא שכירות. הרי הוא עתה חצר דקיימא לאגרא וממילא יתחייב הדר לשלם.

וזהו שמשני הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי והתורה השכירה לו את החפץ בעד השכירות. שהשכירה התורה לו שישלם בעד השכירות והוי דומיא דתוקף ספינתו של חבירו ונחית לאגרא דמשלם אגרא.

וכן מפורשים הדברים ברשב"א ז"ל ומתנה עמו שיעלה לו שכר. וכן בשם פר"ח מפרש שכירות הקדש.

הרי דמפרש דהקדש משכיר לו בעד הנאה: (ד) היוצא מדברינו דבהקדש יש שני חיובים. יש החיוב מעילה משום הוצאה מרשות הקדש ויש עוד חיוב מטעם נהנה מן ההקדש.

והנה שמואל סבר דהחיוב היכא דשתה בכוס של הקדש. החיוב הוא משום שואל שלא מדעת הוא.

והוי גזלן על כל הדבר. וכיון דשלא מדעת הוא.

הרי לא מקרי נחית לאגרא. ורבה מתרץ דהוי כמו מדעת.

היינו שהשכירה התורה לנהנה בשוגג שישלם בעד הנאה. והנה בהקדש הדין דבשוגג כיון דמביא קרבן מעילה ממילא יוצא הדבר לחולין.

מעשה לפי סברת שמואל דבהקדש הוי שלא מדעת. והחיוב הוא משום הוצאה מרשות.

היינו שבשעה שהוא משתמש ששותה או רוכב הוא שואל שלא מדעת על הכלי. א"כ קרבן מעילה שמביא הוא בעד שמשתמש בהכלי ומוציאה לרשות שלו דשואל על הכלי ג"כ מוציא מרשות הוא וכיון דמביא קרבן בעד הוצאתו מרשות.

ממילא יוצא הכלי לחולין. וממילא אליבא דשמואל בקדשי בה"ב אי אפשר להיות מועל אחר מועל.

שכיון שהוא מביא קרבן. בעד זה שמוציא הכלי לחולין.

ממילא יוצא לחולין וא"כ מתניתין דיש מועל אחר מועל ע"כ מיירי בקדשי הגוף. ומשום דאין יוצא לחולין בקדשי הגוף.

אבל לפי מאי שתירץ רבה דבהקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי. וכדפרשנו וכאשר כן מצאנו בהרשב"א דהפירוש הוא שהתורה השכירה לשלם בעד ההנאה.

א"כ בשותה איננו מחויב בעד שמשתמש בהכלי אלא בעד הנאתו. א"כ הקרבן שהוא מביא הוא רק בעד ההנאה ולא יצא כל הכלי לחולין כיון שאין מביא קרבן בעד הוצאת הכלי.

רק בעד הנאה. ולא נעשה כלל גזלן על הכלי.

דכיון דמדעת הוא. הרי כנחית לאגרא.

וא"כ הרמב"ם דפסק כרבה. שפיר פירש מתניתין אף בקדשי בה"ב בכלי תשמיש.

דכיון דמילתא דעביד לאגרא הוא. הוי כנחית לאגרא.

דדין ההקדש כדין הדיוט דמי. א"כ יש מועל אחר מועל אף בקדשי בה"ב כיון שהקרבן איננו רק על ההנאה.

א"כ כל הכלי אין יוצא לחולין. והסוגיא דקדושין ומעילה אזלא לפי מאי דסבר שמואל דהחויב הוא משום הוצאה.

דכשלא מדעת דמי. וא"כ גזלן הוא.

ודין גבוה כדין הדיוט בכה"ג דאין משלם בעד ההנאה דכיון דכשלא מדעת דמי לא נחית לאגרא. וחויב קרבן מעילה הוא בעד הוצאה מרשות דנעשה גזלן על הכלי.

וכמו שפסק הרמב"ם דהמשאיל קרדום יוצא לחולין ומש"ה מותר לבקע לכתחילה. א"כ בקדשי בה"ב אין מועל אחר מועל ורק בקדשי הגוף יש מועל.

משום דבהוצאתו מרשות הקדש אין יוצא לחולין: (ה) והנה הרמב"ם פסק שם (בפ"ו מהלכות מעילה ה"ט) נטל פרוטה של הקדש ונתנה לבלן. אע"פ שלא רחץ מעל.

שהרי נהנה בהיותו רחץ בכל עת שירצה. וכן אם נתנה לאחד מבעני אומניות מעל אע"פ שעדיין לא עשו מלאכתו.

קנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל. ואם מן ישראל לא מעל.

והקשה הכ"מ ז"ל ויש לתמוה דהתם אליבא דר"ל דאמר משיכה קונה מן התורה קיימינן. ואנן קיי"ל כר"י דאמר דבר תורה מעות קונות.

ולכאורה היא תמיהה גדולה. דהרי בב"מ מ"ח מייתנין ראי' לר"ל ממתניתין דנתנה לבלן דדוקא בלן דלא מחסרא משיכה.

אבל מידי דמחסרא משיכה לא מעל עד דמשיך מייתנין ראי' דמשיכה קונה מן התורה ולא מעות. ולוי תנא בפירוש נתנה לסיטון מעל במתניתא שלו.

ור"ל מוקי לה כרבי שמעון דס"ל מעות קניא. אבל בעכו"ם ליכא לאוקמא כדפירש בתוס' דסיטון הוא המוכר דבר לח.

עכ"פ חזינן דאם מעות קונות. אז מעל אף אם לא משך אף בישראל.

וא"כ הרמב"ם דפסק דמעות קונות מן התורה איך פסק דלא מעל. ונראה לי לתרץ דהנה לכאורה תקשה איך אמרינן דלרבי יוחנן דס"ל מעות קונות מעל.

הא רבי יוחנן מודה דמדרבנן מעות לא קניא. וא"כ אמאי מועל הרי הוא נתן המעות כמו שהדין לדין.

ולדין לבתר תקנתא דרבנן מעות אינן קונות. וצ"ל דלא דמי דלרבי יוחנן דאמר מעות קונות מן התורה.

ורק דרבנן תקנו דלא יקנה משום שמא יאמר לו נשרפו חיטך בעלי'. א"כ היינו דוקא תקנו שלא יקנה הלוקח את הפירות.

אבל זה לא תקנו שלא יקנה כלל המוכר את הכסף כי ע"ז שייך אדרבא יאמר נשרפו מעותך בעלי'. וע"כ קנין המוכר בהכסף לא בטלו וכמו שפירש התוס'.

אבל לר"ל לא קנה כלל המוכר הכסף כיון דמן התורה מעות אינן קונות אלא במשיכה ולדידי' לא תקנו רבנן משום שמא יאמרו. שמשום זה יקנה.

והנה בהקדש יש חיוב בשוגג בעד שמוציא מרשות. וחיבה התורה קרבן מעילה וגם קרן וחומש לכפרה.

ויש עוד חיוב בנהנה במזיד והתם אין החיוב משום הוצאה מרשות. שהרי אין יוצא מרשות הקדש.

ורק חיוב תשלומין משום נהנה מן ההקדש אף במזיד מחויב לשלם מדין תשלומין כנוטל מן ההדיוט. מעתה הרמב"ם דמיירי התם בדיני נהנה מן ההקדש במזיד.

והתם אין החיוב מטעם מוציא מרשות. אלא מטעם נהנה.

משו"ה שפיר כתב הרמב"ם דאם נתן הפרוטה אפירות לא מעל. שהרי במזיד החיוב מטעם נהנה.

וכיון דרבנן תקנו שמעות אינן קונות הרי לא נהנה עדיין שהרי לא קנה עדיין הפירות. אחרי שעתה תקנו רבנן דמעות אינן קונות הרי לא נהנה עדיין.

אבל בב"מ איירי הגמ' בנהנה בשוגג. ובשוגג הרי החיוב מטעם מוציא מרשות הקדש.

ולר"י כיון דס"ל מעות קונות הרי המעות הקנה כבר להמוכר והוציאם מרשות הקדש. ובמוציא אף שלא נהנה מעל בשוגג.

משו"ה הוכיח דלר"י אף בפירות מעל. שהרי בשוגג החיוב מטעם מוציא.

ולר"י הרי כבר הוציא. ואין להקשות.

א"כ איך מוכיח ממתניתין מנא ליה דמיירי בשוגג דילמא מיירי במזיד. ובמזיד הא פרשנו דאף לר"י לא מעל.

דבמזיד החיוב מטעם נהנה. ואף לר"י אין נהנה כיון דרבנן תקנו שמעות אינן קונות. ממילא הרי לא נהנה אך באמת שם דמיירי אליבא דר"ל ע"כ ס"ל דמתניתין מיירי בשוגג. דהנה הרמב"ם כתב (בפ"א מהלכות מעילה) כל המועל בזדון לוקה ומשלם מה שפגם מן ההקדש בראשו.

ועיין בהג"ה בשם מה"ר שמואל אבוהב דהקשה הא קיי"ל אין לוקה ומשלם. ותירץ דלצדדין קתני לוקה אם אתרו ומשלם אם לא אתרו.

והנה ר"ל ס"ל בכתובות דחייבי מלקות שוגגין פטורין מן התשלומין. א"כ לר"ל בנהנה במזיד דאין התשלומין כפרה אלא מטעם תשלומין הרי כיון דחייבי מלקות שוגגין נינהו הא פטורין מן התשלומין ולדידי' בנהנה במזיד אין כאן דין מעילה כלל.

ולדידי' הא ע"כ היכא דקתני מעל מיירי בשוגג. א"כ שפיר מוכיח דמשיכה קונה מן התורה דאם נימא מעות קונות.

והטעם רק משום נשרפו חיטך בעלי'. הרי קניית הכסף לא בטלו.

וקנה המוכר הכסף וא"כ אף היכא דמחסרא משיכה. מעל שהרי בשוגג יש חיוב מטעם הוצאה והרי הוציא מרשות הקדש.

ומדקתני נתנה לבלן דדוקא בלן דלא מחסרא משיכה. ע"כ דמעות אינן קונות אף מן התורה.

ועיין בקצוה"ח (בסימן ל"ח) דפירש דרבא נמי ס"ל כר"ל דחייבי מלקות שוגגין פטורין מן התשלומין מדרבא ס"ל מכה מכה. וצ"ל אליבא דהקצוה"ח דאע"ג דאמר רבא הילכתא כותי' דרבי יוחנן לגבי ריש לקיש.

הכא ס"ל לרבא דאיפרך מברייטא דמכה מכה שהביא התוס' מפרק החובל עכ"פ לר"ל בודאי דמייתי רבא ראי'. ובפרט אם נימא כהקצוה"ח דרבא בעצמו ס"ל כריש לקיש בדין דחייבי מלקות שוגגין פטורין.

א"כ רבא אליבא דנפשי' מביא ראי' כר"ל דכיון דנהנה במזיד פטור מן התשלומין. א"כ ע"כ בשוגג מיירי מתניתין דנתנה לבלן מעל דבמזיד אין דין מעילה.

ומדקתני נתנה לבלן דדוקא בלן דלא מחסר משיכה ע"כ דמעות אינן קונות מד"ת. אכן הרמב"ם לטעמי' דפסק כרבי יוחנן דחייבי מלקות שוגגין חייבין בתשלומין ומשו"ה פסק בנהנה מן ההקדש במזיד דמשלם.

א"כ מתניתין דנתנה לבלן מיירי במזיד דאין כאן חיוב מוציא מרשות הקדש רק משום נהנה וכיון דעתה תקנו רבנן דמעות אינן קונות הרי לא נהנה עדיין. ומשו"ה דוקא בלן נהנה דלא מחסרה משיכה: (ו) לפי"ז מיושב שפיר הקושיא שהקשו הפוסקים על הרמב"ם איך מפרש קושית הגמ' מה לי הוא מה לי חבירו דקאי אסיפא נתנה לחבירו הוא מעל וחבירו לא מעל.

וע"ז פריך מה לי הוא מה לי חבירו דמאי קושיא דילמא מיירי בשוגג אכן לדברינן ניחא. דזה לא רצה הרמב"ם לפרש דהקושיא הוא בנטל אמאי לא מעל.

דהתם פשוט דלא מעל כ"ז שלא הוציא שהרי לא נהנה עדיין. וגם מוציא מרשות לא מקרי דכיון דסבר שהוא שלו.

הרי בשוגג לא הוציא שנטילתו לא היתה לזכות. והרי אמרינן יתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה כסבורים של אביהם כו' משלמין דמי בשר בזול.

הרי דבשוגג לא נעשה שואל ולא גזלן. והרי לא עשה כלל קנין לזכות כיון דלא נתכווין לזכות לאו קנין הוא.

משא"כ במשאיל דנתכווין להקנות בשאלה לחבירו. דנתכווין להכניסה לרשות חבירו. והרי עשה השואל קנין. וראי' לדבר דכשסבור שהוא שלו לא מעל על נטילה בלי הנאה. שהרי אמרינן נזכר בעה"ב ונזכר שלוח חנוני מעל לכשיוציא ואמאי לא מעל בנטילתו. אלא דנטילה בשוגג לא מקרי מוציא מרשות הקדש.

ע"כ מפרש הרמב"ם דהקושיא אסיפא ומשום דבמזיד שניהם מעלו. והא דהקשו דלמא מיירי בשוגג אכן לדברינן ע"כ מיירי המתניתין במזיד.

שהרי נטל אבן או קורה היא רישא דהמשנה דנתנה לבלן. והנה לדידן דס"ל כרבי יוחנן דמעו קונות אי אפשר לומר דמתניתין מיירי בשוגג דא"כ תקשה מ"ש בלן דלא מחסרה משיכה.

הרי בשוגג החוב משום מוציא מרשות הקדש. וכיון דמעו קונות מן התורה וקנין המוכר לא בטלו רבנן.

א"כ הרי הוציא מרשות הקדש. וע"כ לדידן מתניתין מיירי במזיד.

ובמזיד החיוב משום נהנה. וכיון דרבנן תקנו שלא יקנה ע"י מעוה הרי לא נהנה עדיין. משום הכי פריך שפיר מ"ש הוא מ"ש חבירו. דכיון דסיפא דמתניתין היינו נטל פרוטה ונתנה לבלן ע"כ מיירי במזיד.

ע"כ רישא דנטל קורה ג"כ מיירי במזיד. ובמזיד כיון דלא יצא לחולין.

(שהרי במזיד אין קרבן). א"כ גם חבירו ימעול שהרי נהנה בנטילתו.

ומשני בגזבר דלא נהנה בנטילתו שמקודם היתה בידו ובמזיד כיון דרצונו לגזול באחר דלאו גזבר. גם הנטילה הנאה.

משא"כ בשוגג דסבור דשלו הוא הנטילה לא הוי הנאה. דמאי הנאה א כא כיון דהוא סובר דשלו הוא ודו"ק: סימן טו סוגיא דזה נהנה וזה לא חסד.

וסוגיא דהמקיף את חבירו משלש רוחותיו. הכא ובב"ב ויתבאר טעם דזה נהנה וזה לא חסר.

אי הפטור משום דעל הנאה אין חיוב. או משום כופין על מדת סדום.

וחילוק בזה נהנה וזה לא חסר. היכא שבשעה שהוציא הי' בעד הנאת חבירו: (א) דף כ גמרא ת"ש רבי יהודה אומר אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר שמע מינה זה נהנה וזה לא חסר חייב.

שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא כו'. והנה רש"י בב"מ פירש הטעם דמשלם בעל העלי' לבעל הבית בעד דירתו אם דר שם.

משום דאם לא בנה העלי' מחזי כרבית. והקשה שם בתוס' דלמה לו הטעם משום רבית דהרי הכא בגמ' אמרינן הטעם משום זה נהנה וזה לא חסר.

או משום שחרוריתא דאשייתא. והנה בגמ' אמרינן אמר רב סחורא אמר רב הונא אמר רב הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר משום שנאמר ושאי' יוכת שער כו' רב יוסף אמר ביתא מיתבא יתיב מאי בינייהו איכא בינייהו דקא משתמש בי' בציבי ותיבנא.

אכן הרמב"ם פסק סתמא הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר. ולא פירש מאיזה טעם.

אם משום ושאי' יוכת שער אי משום ביתא מיתבא יתיב. וכבר תמהו ע"ז המפרשים: (ב) ולישב זה נראה לי דהנה הרמב"ם פסק (בפ"ג מהלכות שכנים ה"ג) ז"ל מי שהי' לו חורבה בין חורבת חבירו ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושני' ושלישית עד שנמצאת חורבה זו משלש רוחתי' גדורה.

אין מחייבין אותו ליתן לו ההוצאה כלום שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוח לרה"ר כשהיתה. לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר מגלגלין עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בארבע רוחות עד ארבע אמות.

ובלבד שיהי' מקום הכותל של שניהם אבל אם הי' הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה יראה לי שאין מגלגלין עליו אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינין שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים. והקשה הראב"ד ז"ל א"א זה המשפט מעוקל שאם הרויח לו המקום וגדר אותו שיפחות לו ההוצאה ומה שאמר שאין יכול להשתמש בכתלים.

כן ישתמש אלא המקום לו יהי' והי' לו שטר על זה. ומה שכתב הראב"ד יהי' לו שטר.

אין הכונה שהניקף יקבל שטר שהכותל שלו. וכפי הנראה דכן הבין בעל מגדל עוז וע"כ כתב טעם הרמב"ם דאמר לא מצינא לנטור שטרא.

אבל פשוט דאדרבא המקיף ברצונו להיות בטוח שלא יחזיק הניקף. בחצי הכותל והמקום.

כדין בונין הכותל באמצע. וממילא הכותל והמקום של שניהם וכיון דישלם הניקף בעד הכותל הרי ישתמש בהכתלים ויחזיק בהמקום ע"ז כתב הראב"ד דיקבל שטר מן הניקף שהמקום של המקיף רק הכותל הוא ג"כ של הניקף.

והמקיף הוא רוצה לנטור השטר כדי שישלם הניקף מחצית ההוצאה. משו"ה פריך שפיר הראב"ד וכי בשביל שהרויח המקום יפסיד גם ההוצאה): (ג) והנה הקצוה"ח (בסימן קנ"ט ס"ק ו') כתב תירוץ על קושית התוס' בד"ה טעמא.

דכיון דס"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור. א"כ אפילו עמד ניקף אמאי משלם ותירץ הקצוה"ח דלפי שכתב המ"מ טעם הרמב"ם דמשו"ה ס"ל דדוקא בבנה על מקום שניהם אז מחייבין אותו לשלם הכל לפי מה שגדר.

ומשום דאז זוכה לו חצירו בחצי הכותל. וכ"כ נמוקי יוסף במתניתין דסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל.

ז"ל וא"ת ובמאי נשתעבד זה לתת לו מחצה וי"ל דדעתו היה כשירצה שיתן לו יזכה לו חצירו וחצירו זכתה לו כו' וכיון דקנה בגוף הכותל להיות חצי שלו תו לא שייך זה נהנה וזה לא חסר דאין לך חסר גדול מזה כו'. אבל היכי שקנה גוף הבית דרך מקח וממכר ודאי חייב ואין לך חסר גדול מזה וזה נמי מכי גלי אדעת' דניחא ליה קנה לו חצירו ומכי משך במקחו הרי נתחייב בדמי המקח כו' עכ"ד.

והנה כפי הנראה סבר הקצוה"ח בכונת הנמו"י דכיון דסמך רצה לקנות הכותל. וכיון דקני א"כ הרי חבירו זה נהנה וזה חסר.

וכן בעמד ניקף. משו"ה מחויב לשלם.

דכיון דקני הכותל. דכיון דרצה לקנות הגדרים והכתלים יקנה אותם הרי המקיף חסר. והדברים תמוהים, דא"כ איך אמרינן בב"ב בחזקת שלא נתן עד שיביא רא' שנתן. אם נימא דבשעה שסמך הכותל רצה לקנות.

א"כ איך נימא בודאי לא שילם. כיון דרצה לקנות חצי הכותל.

מאין לנו דהוא כפרן ורצה לקנות ולא לשלם. יאמר כיון דבדעתי הי' לקנות וע"כ שלמתי דאינני גזלן.

לכפור דבר שקניתי וע"כ מוכח דהא דמשלם בסמך כותל אחר. אין הטעם משום דרצה לקנות.

אלא דהדין הוא שמחויב לשלם כיון שרצה להנות מהכותל הזה. ומחויב הוא מן הדין.

אלא דכונת הנמו"י במאי נתחייב אף שרצה להנות מהכותל. וממילא מחייבו הדין.

אבל אם חוזר בו ואינו רוצה עוד להנות מהכותל. אמאי מחויב עתה לשלם.

ע"ז משני הנמו"י דכיון דהכותל עמד על מקום שניהם ממילא תיכף כשרצה להנות מהכותל והדין מחייבו לשלם ממילא יקנה לו תיכף הכותל וכיון דנקנה לו אין יכול לחזור בו. וכן מצאתי מפורש בנמו"י שהרי ז"ל הנמו"י שם בב"ב וא"ת במה קנאו דמחייבים ליה.

י"ל דכיון שחצי כותל עומד הוא על חצירו קנתה לו חצירו. ואע"פ דלא א"ל אידך תקנה לך חצירך ברור לך שעל דעת כן בנאו שיהי' שלו כל זמן שירצה.

וא"ת ואמאי מגלגלין עליו שמא כשיקרה את ביתו לא יסמוך קורותיו באותו כותל. י"ל דמ"מ כיון שנעשה כותל זה מחיצה לביתו חייב והכי תניא בתוספתא כו' עכ"ד הנמו"י. ואם כדברי הקצוה"ח דהטעם דבשעה שבנה היתה כונתו לקנות חצי הכותל. א"כ היינו דוקא היכי דרצה לקנות היינו דצריך לכותל אבל היכי דאין רוצה לסמוך הלא לא רצה לקנות.

אלא ע"כ דכונת הנמו"י דכיון דמחויב הוא מן הדין לשלם משו"ה נקנה לו הכותל. ולא כהסבר הקצוה"ח דמשום דקנה הכותל נתחייב דאדרבא משום דמחויב משו"ה קנה: (ד) ע"כ נראה לי דהנה התוס' בב"ב (דף ה') ד"ה אע"פ הקשה אמאי בסמך לו כותל אחר מגלגלין עליו את הכל ניחא זה נהנה וזה לא חסר פטור.

ונראה לי דלא דמי דאימתי אמרינן זה נהנה וזה לא חסר היינו דוקא היכא דבעת שהי' זה בונה הבית לא שייך כלל חיובים על הנהנה דלא הי' שייך כלל לגבי דבר זה כמו בבא אחד ודר בבית חבירו או חצירו ובשעה שזה בנה הבית או החצר לא הי' שייך כלל לגבי דהאי אז אמרינן כשבא אח"כ ונהנה הוי זה נהנה וזה לא חסר אבל היכא דבשעה שהוציא זה ההוצאות עמד שזה יהנה מהדבר.

אלא דלא הי' יכול לכפותו ליתן. דאמר איני רוצה להנות.

אבל כשבא אח"כ ונהנה. א"כ יאמר לו המוציא כיון שגלית דצריך לך הרי מוטל עליך חיוב לשלם לו דבר בעדו ובעד חבירו שהרי תיכף נעשה לו כותל שבאם ירצה יוכל לסמוך כותלאחר ויסמוך הקורות על כותל הזה.

אלא דלא יכול לכפותו ליתן ההוצאה. שיאמר איני רוצה להנות.

אבל כשבא ונהנה ונמצא שצריך לו הרי מחויב הוא לשלם ג"כ. ואין זה קרוי זה נהנה וזה לא מסר.

אלא זה נהנה וזה חסר. שהרי חסר ההוצאות שהוציא לבנות כותל בעד שניהם.

ורק כ"ז דלא בנה. אמר אני איני רוצה להנות מן הכותל.

אבל בזה שהניח לו לבנות על כותל שלו. ע"כ דעתו הי' שכשיצטרך לסמוך על הכותל יסמוך שאם לא מדוע הניח לו לבנות.

וכיון דעתה רוצה הוא בהכותל בודאי דמחויב לשלם. נמצא דדין זה נהנה וזה לא חסר.

הוא רק אם בשעה שהוציא. לא הי' כלל דינים על חבירו בעד החסרון.

אבל אם בשעה שהוציא כבר הוציא בעד חבירו אלא דלא יכול לחייבו בכה"ג לא שייך זה נהנה וזה לא חסר. מעתה מבוארים בפשטות דברי הרמב"ם שכתב דין דמגלגלין עליו את הכל דוקא בבנה הכותל על מקום שניהם.

אבל אם בחלקו בנה אין מגלגלין אלא דבר מועט. וכפי דברינו הוא בפשטות.

דאם בנה הכותל על מקום שניהם. א"כ בנה להוציא גם בעד חבירו א"כ לא שייך לומר זה נהנה וזה לא חסר.

שהרי חסר הוא שהוציא הוצאות בעד חבירו. וגם הניקף מדהניח לו לבנות ע"כ חשב שכשיצטרך ישתמש בהנאת הכתלים.

אבל היכא דלא בנה על מקום שניהם, א"כ הרי לא בנה הכותל בעד חבירו רק בעד עצמו. א"כ לא שייך כלל חיובים בעד ההוצאות.

ומש"ה מקרי זה נהנה וזה לא חסר כיון שהוא לא הוציא בעדו. ורק הנאת דבר מועט דזהו ג"כ בשעה שבנה הי' עומד שיהנה ע"י הכתלים משו"ה רק דבר מועט צריך לשלם כמו שיראו הדיינים: (ה) ועפי"ז יש ליישב קושית התוס' בב"ב שם בהגה"ה ז"ל כתוב בספרים אבל מקיף לא יהיב לו אלא דמי רביעית.

וקשה דמגלן דיהיב לי' אפילו דמי רביעית דילמא לא יהיב ליה כלל. וכן משמע פרק כיצד הרגל דקאמר טעמא דגדר ניקף הא מקיף פטור שמע מינה זה נהנה וזה לא חסר פטור.

ודחי שאני התם דאמר ליה לדידי סגי לי בנטירא בר זוזי כו' והתוס' שם בד"ה שנייה ושלישית. ז"ל ובקונטרס פירש לפי שכבר יצא מן השלשה מב"ד זכאי.

וק"ק דא"כ גם ברביעית נמי יצא זכאי עד טפח אחרון. אכן לדברינו דאם בשעה שהוציא ההוצאות הוציא גם בעד חבירו אלא דלא יכול לחייב לחבירו.

דאמר אין רצוני להנות. ואז כשבא ונהנה לא שייך לומר זה נהנה וזה לא חסר.

אבל אם בשעה שהוציא לא הוציא בעד חבירו. א"כ כשבא אח"כ ונהנה שייך לומר זה נהנה וזה לא חסר.

שמה שחסר בשעה שהוציא לא הי' כלל בעד הנהנה. מעתה מיושב שפיר החילוק שבין רוח רביעית לשלשה רוחות.

שאם בשעה שבנה לא הי' כונתו לבנות רק שלשה רוחות. הרי דלא הי' כלל הוצאתו בעד חבירו.

שהרי בשלשה רוחות לא הועיל עדיין לחבירו. שהרי חורבתו עדיין פתוח.

נמצא דכיון שבשעה שהוציא לא הי' עליו חיוב. אף שעתה כשבונה הרוח רביעית נהנה הרי עתה הא לא חסר.

משא"כ כשבונה רוח רביעית הרי כשבא לבנות רוח רביעית כל ההוצאות שמוציא הוא מוציא גם בעד חבירו. וזהו כונת רש"י שכבר יצא מב"ד זכאי פירש אם בנה בתחילה על דעת לבנות שלשה לא חל חיובים על הניקף לדעת ת"ק שכשבנה לא בנה בעד חבירו.

שהרי לא בנה על דעת שיהנה חבירו. שבלא רוח רביעית אין הנאה להניקף.

ולדברי חייא בר רב לא ס"ל דכיון דבנה בעדו משלם כל ההוצאה כיון דצריך. שהרי ס"ל דאינו משלם רק דמי קנים בזול.

הרי דלא רמיא עליו חיובים רק בעד ההנאה. משו"ה כיון שבשעה שהוציא לא הוציא על דעת שיהנה חבירו.

משו"ה פטור אף שנהנה אח"כ דאח"כ לא יכול לחול חיובים דאז זה נהנה וזה לא חסר. אבל ברביעית היינו היכא דהתחיל על דעת לבנות גם רביעית.

א"כ הרי בנה שיהנה חברו. א"כ מחויב לשלם.

שהרי זה נהנה וזה חסר הוא. וזהו שאמר כפי שכתוב בספרים.

אבל מקיף לא יהיב אלא דמי רביעית. דרביעית ע"כ יתן.

שהרי הוציא בעדו כיון שבנה על מקום שניהם. וזהו דוקא לחייא בר רב.

אבל לרב הונא דס"ל דחיוב הכותל הוא לשלם בעד כל הכותל א"כ כיון שהוציא בעדו על בנין הכותל. והוא צריך לה שנהנה ממנה מחויב לשלם כל חצי ההוצאה.

והנה זהו דוקא אם בנה על מקום שניהם דבנה גם בעד חברו. אבל אם בנאה על מקום שלו דלא בנה רק בעדו אז הוא דין דזה נהנה וזה לא חסר ורק דבר מועט כמו נטירא בר זוזא צריך לשלם.

נמצא דלא קשה קושית התוס' על גרסת הספרים דמקיף אם גדר הרביעית מחויב ליתן דמי הרביעית לפי קנים בזול. ומב"ק משמע דאף דמי רביעית לא יהיב מדקא משני לדידי סגי בנטירא בר זוזי.

אכן באמת חזינן דהסוגיא דב"ב ודב"ק מחולקים בפירוש המשנה דמסוגיא דב"ב מוכח דבנה הכותל באמצע על מקום שניהם. מדאמר רב הונא הכל לפי מה שגדר.

וע"כ בבנה על מקום שניהם כמו שמפרש הרמב"ם דזהו דוקא בבנה על מקום שניהם הדין הוא דמגלגלין עליו את הכל. אכן מסוגיא דב"ק דס"ל דמיירי בהקף שבחוץ.

כמו שמוכיח התוס' מלשון את גרמת לי הקיפא יתירא. ובהקף שבחוץ הרי לא בנה על מקום שניהם והרי לא גדר אלא בעדו.

וא"כ שייכא רק בדין דזה נהנה וזה לא חסר. מעתה לפי הסוגיא בב"ב שפיר קאמר דברוח רביעית משלם בודאי לפי קנים בזול (לחייא בר רב).

שהרי בנה בעד חברו. וא"כ כשהוציא בעד חברו והוא הניח לו לגדור על שדה שלו הרי רוצה הוא במחיצה.

אבל בב"ק דמיירי בבנה על מקום שלו בעצמו. אז אף ברוח רביעית לא משלם שיאמר לדידי סגי לי בנטירא בר זוזי אף אם נימא זה נהנה וזה לא חסר חייב: (ו) והנה בגמ' שם אמרינן ורמי בר חמא סתם פירות ברה"ר אפקורי מפקר להו ופירוש בתוס' בד"ה אפקורי ז"ל לא לגמרי דא"כ אפי' מה שנהנית לא משלם אלא מתיאש מהם שסבור שיתקלקלו מחמת שרבים דורסים עליהם עד שלא יבאו לדמי מה שנהנית.

והנה לפי זה קשה אמאי משלם מה שנהנית כיון דמתיאש. והס"א הגיהו עד שלא יבאו אלא לדמי מה שנהנית.

וא"כ קשה על רמי בר חמא הא הוי זה נהנה וזה חסר. כיון דמדמי מה שנהנית לא מתיאש ואיך מביא ראי' לזה נהנה וזה לא חסר.

ועכצ"ל כפירוש התוס' דמתיאש עד שלא יבאו גם לדמי מה שנהנית. ומביא ראיה מדמשלם כל מה שנהנית אף שלפי מה שמתיאש סבור שלא יבאו לדמי מה שנהנית. ועכצ"ל שמתיאש אין הכונה בתוס' שמתיאש וע"כ מותר ללוקחם כדין דבר לאחר יאוש. אלא דכונת התוס' דכיון דעומדים להתקלקל עד שלא יבאו לדמי מה שנהנית. א"כ חסרון אין כאן כשעור מה שנהנה. ואעפ"כ משלם מה שנהנה הרי דזה נהנה וזה לא חסר חייב.

אך באמת קשה שהרי תוס' הוכיחו מהא דאמרינן שאני התם משום שחרוריתא דאשייתא. דאם הי' חסרון מועט מגלגלין את הכל.

וא"כ ה"נ כיון דמקצת הרי ישאר א"כ יש כאן חסרון מועט. א"כ משו"ה משלם הכא כל מה שנהנה משום דיש כאן חסרון במקצת ואיך מביא ראיה לדר בחצר חבירו שלא מדעתו.

ואף דאפשר לפרש הכונה דסתם פירות אפקורי מפקר להו יהי' הפירוש כיון שהוא מניח במקום שרבים הולכים, משו"ה אין מחייבין לשלם בעד החסרון. דלאו כל כמיני' לקרב פירות ולחייב אחרים.

וגם אבידה מדעת היא כיון שהניח במקום שרבים דורסים התם. והוי כמו דאמרינן בב"ב דאם נתן צלוחית לקטן ושאלה אחד והחזירה לקטן.

אם נימא דשואל שלא מדעת שואל הוא ולא גזלן אז אין עליו דין שמירה כיון דאבידה מדעת היא. אבל אם שואל שלא מדעת גזלן הוא.

אז מחויב הוא ואף דאבידה מדעת היא עכ"פ לנטלם אסור. ה"נ בהניח במקום שרבים הולכים ושוורים הרבה מצוים.

משו"ה אבידה מדעת היא ואין מחויב לשמור שורו שלא יזיק וכמו שנבאר לקמן שיש פוסקים דס"ל חיובי דממונא הוי מטעם חיוב שמירה. והיכא שאין מחויב לשמור פטור. עיין לקמן בדברינו על (דף מ"ד). אעפ"כ מחויב לשלם מה שנהנה כמו שאסור לגזלם. וא"כ מביא רמי בר חמא ראיה כמו הכא דאין חיוב מטעם מזיק היינו מטעם חסרון. שהרי אבידה מדעתהיא ואעפ"כ משלם מה שנהנה.

ה"נ הדר בחצר חבירו שלא מדעתו דאף דאין כאן חסרון. אעפ"כ משלם מה שנהנה.

וא"כ יהי' הטעם דמשלם גבי שחרוריתא דאשייתא דהתם יש חיוב מטעם שחרורית וכיון דמשלם מקצת מגלגלין עליו את הכל: (ז) אולם גם זה אי אפשר לפרש דגבי שחרוריתא דאשייתא יהי' הטעם משום דמחויב לשלם בעד שחרורית. דהנה הקצוה"ח (בסימן שס"ג) הקשה דכיון דס"ל לר' יהודה דמשום שחרוריתא דאשייתא צריך לשלם.

איך קאמר ר' יהודה דבעה"ע בונה את הבית וגם את העלי' ויושב בבית. אעפ"כ יצטרך לשלם משום שחרוריתא דאשייתא ותירץ דמשום שחרוריתא דאשייתא אין מחויב לשלם.

כיון דיכול לשכור פועל ללבנם והוי דומיא דזורק מטבע של חבירו לים הגדול. ואף כי דבריו תמוהים.

דאיך נוכל לדמות לזורק מטבע התם לא קא עביד בהדבר שום מעשה. ולא הוזילה ורק גרמא הוא שיצטרך להוציאה אבל הכא דהשחיר הכתלים הרי הזיק גוף הכותל ונזולו מחמת זה וזה שפועל ילבן מקרי שיתקן ההיזק.

בודאי דכה"ג לכאורה צריך לשלם. אלא דבאמת פשוט יש לומר דלר' יהודה דס"ל דכל היכי שהניח האש ברשות פטור אף אם עשה ברשות ב"ד למסקנת הגמ' מעתה הכא אינו מחויב מה שאשו הולך ומזיק כיון שברשות הניח האש.

אך באמת גם לרבנן בכה"ג פטור. שהרי אמרינן דקוטרא אינו רק גרמא בנזקין.

ואמאי לא הוי מזיק ממש. וכן הרחקת גפת וזבל.

ועכצ"ל דהדברים אלו לא דמי לאש כיון שאין הולכין ומזיקין למרחוק רק במקומם יכולין להזיק. ולא דמי לאבנו סו"מ שהניחן בראש הגג.

שהרוח יכול להובילם למרחוק וכיון דלא הוי רק בור משו"ה פטור אכלים. שהרי הבית הוי כלים.

ומשו"ה הרחקת גפת וזבל וקוטרא הוי גרמא בנזקין. אך לפי"ז תקשה לרב דס"ל דלא אפקרינהו שור הוא.

אך נראה עוד כיון דהוא הניח האש או הגפת או הזבל, ומהם נולד קוטרא וההבל. א"כ רק בור הנולד מבורו וכמו שפרשנו במקום אחר דכי יכרה איש בור אמר רחמנא.

ולא בור בור. וא"כ הכא שמבורו נעשה הבור.

אבל הוא בעצמו לא עשה הקוטרא וההבל. א"כ הוא עליו רק גרמא בעלמא.

וכדאמרינן לקמן (בדף מ"ח) דהבאיש מריחו גרמא בעלמא הוא עכ"פ בין להקצוה"ח שמפרש הטעם משום דיכול לחזור וללבן בין לפי שביארנו דהטעם הוא משום דהעשן הנולד ע"י אשו לא הוי רק בור הנולד שלא ע"י כריתו ממש והוי רק גרמא. עכ"פ לא נוכל לחייבו על שחרות הכתלים.

וע"כ הא דמחייב ר' יהודה בדר בחצירו הטעם הוא כיון דעכ"פ בא לו הנאה ע"י חסרון של בעל הבית אף שבעד החסרון לא נוכל לחייבו. אעפ"כ משלם בעד הנאה.

ה"נ איך מביא ראי' רמי בר חמא ממתניתין דמשלם מה שנהנית. משום דס"ל אפקורי מפקר כיון דאין הפירוש מפקיר לגמרי אלא דעל חסרון לא נוכל לחייבו עכ"פ ההנאה בא מחמת חסרון.

וא"כ בכה"ג אף למאן דס"ל זה נהנה וזה לא חסר פטור. היכא דבא ע"י חסרון מחייב.

אבל בדר בחצר חבירו שלא מדעתו דלא בא ע"י חסרון בכה"ג אפשר דפטור מלשלם: (ח) והנראה לי דהנה באמת טעמא בעי. אמאי משום דבר מועט דחסרון שחרורית דאשייתא מגלגלין כל ההנאה.

והנה בהא דאמרינן זה נהנה וזה לא חסר פטור יש לומר שני טעמים. או דלא מצינו חיובא שחייבה התורה רק במזיק דבר של חברו והיינו בחסר.

אבל בנהנה ולא הזיק. על הנאה לא מצינו שחייבה התורה.

או דבאמת מחויב גם בעד ההנאה לשלם ורק היכא דנהנה ולא חסר פטור. משום דבכה"ג כופין על מדת סדום, ואף דפירוש התוס' דבכה"ג לא שייך כופין על מדת סדום.

היינו במנעו מתחלה לדור. דאז איך נימא שיכופו אותו על מדת סדום שיניח חברו לדור בחצירו בלי שכר.

אחרי דאין לו הזיק דהרי הוא חצר דלא עבידא לאגרא. דאטו אם הוא עד עתה חצר דלא עבידא לאגרא.

אין לו עתה רשות להשכיר אותו. א"כ איך נכוף אותו יאמר אף כי עד עתה היה חצירי דלא עבידא לאגרא עתה הנני רוצה להשכיר.

והיינו רק במנעו מתחלה. אבל כשדר שלא מדעתו וזה לא השכיר.

נמצא דעתה הוכיח סופו על תחילתו דהי' על זה דין דכופין על מדת סדום. כיון דעתה אגלאי מילתא דלא רצה להשכיר כל זמן שחברו דר בחצירו.

נמצא דיהי' חילוק בין אלו הטעמים. דאם נימא דעל הנאה לא מצינו שחייבה התורה.

וחיובי התורה על דבר הדיוט הוא רק בעד מזיק. א"כ נהי דהנאה בא לו מחמת חסרון של פלוני.

אעפ"כ לא ישלם רק מה שחיסר. ולא מה שנהנה דהרי על ההנאה לא חייבה התורה ורק על חסרון.

א"כ ישלם רק כמה שהחסיר לפלוני. ואם באנו לומר דהטעם דדר בחצר שלא מדעתו פטור.

הוא רק משום דכיון דלא השכיר כל העת אגלאי מילתא דלא הי' עתיד למיגר. נמצא דהי' דין דכופין על מדת סדום.

אבל בלא דין דכופין על מדת סדום משלם בעד הנאה נמצא דפטור רק היכא דהי' הדבר בלא חסרון. אבל אם בא מחמת חסרון משלם בעד כל ההנאה שהרי היכא דבא ע"י חסרון לא הי' ע"ז דין דכופין על מדת סדום.

נמצא הא דאמרה הגמ' דמשום שחרורית הכתלים מגלגלין עליו את הכל הוא דוקא אם נימא דטעם הפטור בדר בחצר חברו שלא מדעתו הוא משום דכופין על מדת סדום. אבל בלא האי טעמא מחויב על הנאה.

א"כ היכא דע"י דירתו הוא מזיק לו אף שבאמת הוא פטור על שחרות הכתלים. כיון דע"י הקוטרא בא לו.

ועל נזקי הקוטרא הוא פטור כמו שבארנו למעלה עכ"פ לא נוכל לכוף אותו שיניח אותם לדור. אף אם הי' ברור לנו שלא ישכיר.

אעפ"כ איך נכוף אותו שיניחנו לדור אחרי שע"י דירתו יבא היזק לו וכיון דלא הי' בזה דין דכופין על מדת סדום בכה"ג מחויב על הנאה. אבל אם נימא דטעם הפטור בדר בחצר חבירו שלא מדעתו הוא משום דלא מצינו שחייבה התורה רק על חסרון, ועל הנאה לא חייבה התורה, א"כ שע"י דירתו הי' לו חסרון שנשחרו כתליו.

על החסרון הזה אינו מחויב לשלם ורק באנו לחייבו על הנאה, ועל הנאה לא חייבה התורה א"כ אף היכא דהי' לו חסרון ג"כ יהי' פטור על הנאה. מעתה רמי בר חמא דהוכיח ממתניתין דמשלם מה שנהנית הוכיח דלא נימא דעל הנאה לא חייבה התורה.

לפי זה הי' פטור בפירות ברה"ר כיון דאבידה מדעת ועל החסרון לא מצינו לחייבו. דבכה"ג דאבידה מדעת היא.

אין מוטל על המזיק לשמור שורו. א"כ לא היינו מחייבין על ההנאה וכיון דחזינו דמשלמת מה שנהנית.

ע"כ דזה לא אמרינן דעל הנאה לא חייבה התורה. אלא אמרינן דגם על הנאה מחויב לשלם.

נמצא לפחות היכא דדר בחצר חבירו שיש שחרות הכתלים משלם כיון דבכה"ג אין כופין על מדת סדום, ורבא דדחי דאין ראי' מכאן דלא ס"ל פירות ברה"ר אפקורי אפקרינהו, ס"ל באמת דעל הנאה לא חייבה התורה. וא"כ אף במקום שיש שחרות הכתלים פטור מלשלם בעד הנאה שרק בעד חסרון ס"ל צריך לשלם.

ובעד שחרות הכתלים פטור מלשלם, (ולקמן נבאר איך יתרץ רבא דברי ר' יהודה אחרי שגם היכא שיש שחרוריתא דאשייתא לדידי' פטור מלשלם): (ט) לפי"ז מיושב שפיר מה שהרמב"ם לא הביא כלל טעמא דפטור הדר בחצר חבירו שלא מדעתו. אי משום ושאי' יוכת שער, אי משום ביתא מיתבא יתיב, דהנה באמת נראה בגמ' דלא ס"ל טעמא דפטור דוקא היכא שיש לו טובה, שהרי גבי ההוא דבנה אפדנא אקילקלתא דיתמי אמרינן לימא קא סבר ר"נ הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר, ומאי קושיא בודאי בכה"ג מחויב, שהרי באשפה לא שייך שיעשה לו טובה דבאשפה לא שייך לא טעמא דשאי' ולא מיתבא יתיב, וע"כ דגמ' ס"ל דפטור אף היכא דליכא כלל הני טעמא, ואף לפי מה שפירשו המפרשים דאצטריך להני טעמא כדי שלא נחייבו משום שחרות הכתלים, ע"ז אמר הגמ' טעמים דאף שיש לו חסרון הכתלים, יש לו כנגד זה טובה.

אי משום ושאי' או משום ביתא מיתבא יתיב, נמצא דבאשפה נהי דליכא טעמא דשאי' וביתא מיתבא יתיב. אבל גם חסרון שחרוריתא דאשייתא אין כאן נמצא דהכא פטור.

גם בלא הני טעמי'. אבל לפי מה שפירשנו דמשום חסרון שחרוריתא דאשייתא שמגלגלין הכל היינו דוקא אם נימא דטעם הפטור משום כופין על מדת סדום.

אבל כפי שרבא רוצה לומר דאף אם הי' הדין דפירות ברה"ר אפקורי מפקר הי' פטור על ההנאה. הרי דס"ל דעל ההנאה לא חייבה התורה.

א"כ אף היכי שיש חסרון שנשחרו כתליו, אעפ"כ פטור. א"כ גם בלא הני טעמא דשאי' וביתא מיתבא יתיב פטור הדר בחצר חבירו שלא מדעתו.

וכן מוכח מדיתיב ר' אבוה קמי' דר' יוחנן וקאמר זאת אומרת הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות שכר. ור' יוחנן לא ס"ל כן כדדחי דכמדעת דמי ואם נימא דבאנו לפטור מטעם דכופין על מדת סדום.

למה ליה לדחות דכמדעת דמי, הרי פשוט דגבי הקדש לא שייך כופין על מדת סדום. ומדשני רבה דהטעם גבי הקדש דכהדיוט מדעת דמי ופרשנו דהיינו מטעם דדמי להדיוט שהשכיר.

וכאשר כן מצאתי ברשב"א מפורש, ע"כ דאילו הי' שלא מדעת הי' פטור, וע"כ דלא מצינו דחייבה התורה על הנאה גבי הדיוט: ורק גבי הקדש החמירה התורה שיחויב בעד הנאה. אבל בהדיוט בכה"ג היכא דלא השכיר.

אף במקום שאין כאן כופין על מדת סדום, אעפ"כ פטור על הנאה. משו"ה לא הביא כלל הרמב"ם טעמים דשאי' וביתא מיתבא יתיב.

דהוא פסק כרבא ורבה. דטעם הפטור פשוט דעל הנאה לא חייבה התורה ואף במקום שיש חסרון שחרות הכתלים ג"כ פטור מלשלם דמי דירה: (י) אולם לפי זה יקשה על רבא ורבה מר' יהודה דאיך אמר רבי יהודה אף זה הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות שכר.

דלדידהו אי אפשר לתרץ משום שחרוריתא דאשייתא שהרי ס"ל דעל הנאה לא חייבה התורה. אלא דבאמת יש להקשות מאי פריך מר' יהודה דאמר דבעל הבית צריך ליתן ההוצאות כיון דבעל העלי' בנה הבית בעד בעל הבית.

נמצא שכשמשלם לו בעל הבית, הרי הי' הכסף הלואה. והרי אמרינן בב"מ אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן אע"פ שאמרו הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות שכר הלוהו ודר בחצירו צריך להעלות שכר, והכא הרי הוי הלוהו ודר בחצירו ולמאי אצטריך לטעמא דשחרוריתא דאשייתא, וצ"ל דהתם בב"מ יש שני לשונות דאיכא דאמרי ס"ל דלא אמר רב יוסף בר מניומי אלא הלוויני ודור בחצירי אז צריך להעלות לו שכר.

אבל הלוהו ודר בחצר חבירו אין צריך להעלות שכר. והחילוק דבין הלוהו והלוויני הוא דבהלוהו, הרי לא השכיר לו החצר והוא מעצמו דר בה ולא הוי רק הנאה.

אבל בהלוויני ודור בחצירי הרי השכיר לו החצר בעד אגר נטירת הלואה, ואף שעד עתה הי' גברא דלא עביד למיגר, עתה כשאמר לו הלוויני ודור בחצירי הרי עתה השכיר לו החצר. וכן משמע מדברי הרמב"ם בהלכות מלוה ולוה דבהלוויני ודור בחצירי הוי רבית דאורייתא.

נמצא דלהאי לישנא דס"ל דלא אמר רב יוסף בר מניומי רק בהלוויני ודור בחצירי. אף שעל דעת זה הלוה, שהמלוה חשב בשעה שהלוה, שידור בשביל ההלואה בחצירו כיון דהלוה לא קצב בכה"ג לא אסר.

נמצא בהגמ' בב"ק ס"ל כהאי לישנא דאין אסור רק היכא דהלוה השכיר החצר בעד אגר נטירת ההלוואה. א"כ גבי בעל העלי' בונה דבעל הבית לא רצה כלל שיבנה, הרי לא השכיר לו הבית בעד הלוואה.

ואף שבעל העלי' בנה על דעת זה שידור בה הוי רק כהלוהו ודר בחצירי דלהאי לישנא מותר משום רבית משו"ה אצטריך לטעם דשחרוריתא דאשייתא: (יא) נמצא דלא קשה על רבא ורבה איך יפרנסו דברי ר' והודה אחרי דלדידהו אף היכא שיש שחרוריתא דאשייתא פטור מלשלם. אחרי דס"ל דעל הנאה לא חייבה התורה אכן לפי שביארנו ניחא שרבה ורבא יסברו כהאי לישנא דאף הלוהו ודר בחצירו אף דהלוה לא קצב ג"כ אסור משום רבית ונמצא דצריך לשלם משום איסור רבית.

נמצא דלא קשה ג"כ על רש"י, מה שהקשו למה לרש"י להביא טעמא דרבית אחרי דבגמ' אמר טעם אחר. אכן לדברינו ע"כ אצטריך לטעמא דרבית, לדידן דפסקינן כרבה ורבא ור' יוחנן דטעם פטור בדר בחצר חבירו שלא מדעתו משום דעל הנאה לא חייבה התורה א"כ ע"כ אצטריך לטעמא דרבית דהא אגן פסקינן דאף בהלוהו ודר בחצירו ג"כ צריך להעלות שכר: סימן טז סוגיא דהכלב שנטל חררה.

ואשו משום חציו או משום ממונו. וסוגיא דטמון במדליק בתוך שלו ובשל חבירו.

ויתבאר סתירת שני הסוגיות בדף כ"ג ובדף ס"א. ויבאר דהרמב"ם לא פסק דאשו חוי חציו: דף כא הכלב שנטל חררה והלך לגדיש אכל החררה והדליק הגדיש על חררה משלם נזק שלם ועל הגדיש משלם חצי נזק.

(ועיין שם בגמ'). והנה הרמב"ם פסק (כפ"ב מהלכות נזקי ממון הלכה י"ז) כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש אם הניחה בגדיש ואכל את החררה והדליק את הגדיש על החררה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל שאר הגדיש חצי נזק ואם הי' מגרר את החררה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נזק שלם ועל מקום הגחלים חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור עכ"ד.

וכתב הראב"ד ליתא דצרורות ע"י שינוי מרביע נזק מיהא לא מיפטר והוא קושיא גדולה עד שהמ"מ כתב ע"ז ואיני יודע תירוץ. והכ"מ תירץ דמשו"ה פטר הרמב"ם משום דכח כחו לאו ככחו דמי.

וכדאיתא בתוס' דמשו"ה לא אוקי ר"י בדאדי' אדוי' משום דאי כח כחו לאו ככחו דמי הוי על כל שאר הגדיש פטור. ומלבד דתירוצו קשה כמו שהקשה הלח"מ דכיון דהוי איבעיא דלא איפשטא בגמ' אי כח כחו ככחו או לא הי' לו לפסוק אי תפס לא מפקינן מיני' כדרכו בכל ספיקא דאיבעיא.

מלבד זה קשה לי דהא הכא לאו כח כחו הוא דבשלמא התוס' דמפרשי דאדי' אדוי' שזרק. א"כ מקום הגחלים הוי כחו ושאר הגדיש כח כחו.

אבל הרמב"ם דמפרש שהי' מגרר. א"כ מעשה בגופו הוא כמו שליף שעלי' וכמו עגלה מושכת בקרון דהוי גופה ממש ומשלם נ"ש אלא משו"ה לא מיחייב אלא בחצי נזק משום דמשונה הוא.

אבל גופא הוא. וא"כ כל שאר הגדיש רק כחו חד הוא לא כח כחו.

אלא דכחו דקרון הוא כיון שעיקר המעשה היינו ההנחה היתה ע"י שינוי. וא"כ שפיר פריך הראב"ד דצוררות הבא משינוי מרביע נזק מיהת לא מיפטר: ונראה לתרץ דהנה הרמב"ם פסק (בפי"ד מהלכות נזקי ממון ה"י) המדליק בתוך שדה חבירו ויצאה האש ונאכל הגדיש והי' גדי כפות לי' ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש.

הי' עבד כפות וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור. והקשה הראב"ד ז"ל אינו יודע מהו דהכא לאו בטמון מיירי.

וכתב ע"ז המ"מ ז"ל ובהשגות על מ"ש רבינו כו' ונעלם מעיני ולא ידעתי מה אינו יודע שהפטור כשעבד כפות הוא משום דקים לי' בדרבה מינה ולא הי' יכול לברוח עכ"ד. ופשוט דכונת הראב"ד להקשות על הרמב"ם דאמאי קאמר הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו משמע דוקא במדליק בתוך שדה חבירו הא אם הדליק בתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו פטור ע"ז הקשה שפיר הא הכא לאו בטמון מיירי ובטמון מפלגינן בין מדליק בתוך שלו לשל חבירו אבל כיון דמיירי בגלוי א"כ גם במדליק בתוך שלו והלכה בשל חבירו ג"כ וחייב (דזה אין סברא כלל לומר דנקט הרמב"ם בתוך שדה חבירו משום רבותא דסיפא דבעבד כפות אף בשדה חבירו פטור.

זה אי אפשר לומר כיון דהפטור משום דקילב"מ פשיטא דאף בשדה חבירו פטור הרי אף מזיק בידים ג"כ פטור היכא דקילב"מ ע"כ דנקט הרמב"ם שדה חבירו משום רישא דדוקא בשדה חבירו. אבל במב"ש ודלקה בשל חבירו פטור ע"ז הקשה הראב"ד אמאי פטור הא לאו בטמון מיירי וצ"ע על נושאי כלי הרמב"ם איך העלימו עין מזה.

ויש ליישב זה דלכאורה צריך ביאור החילוק דאמרינן בגמ' בין מדליק בתוך שלו למדליק בשל חבירו דאמר שם (בדף ס"א) פליגי במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו דר"י מחייב אטמון באש ורבנן סברי לא מחייב ופליגי במדליק בתוך של חבירו והלכה ואכלה בתוך של חבירו דר"י סבר משלם כל מה שבתוכו ואפילו ארנקי ורבנן סברי כלים שזרכן להטמין בגדיש כגון מוריגן וכלי בקר הוא דמשלם כלים שאין זרכן להטמין בגדיש לא משלם וקשה כיון דאמרינן אשו משום חציו א"כ אימתי פטור בטמון כגון שנפלה גדר שלא מחמת דליקה וכלו לו חציו.

אלא דמחייב משום דהי' לו לגודרה ולא גדרה דשורו הוא ולא טפח באפ"ל. א"כ אף אם הדליק בתוך של חבירו ג"כ מקרי מדליק בתוך שלו שהרי ההדלקה כלתה כבר.

אלא דמחייב משום שלא שמר את האש. א"כ מה לי מדליק בתוך שלו מה לי מדליק בתוך של חבירו דא ודא אחת היא החיוב משום שלא שמר האש.

ומה שפירש התוס' וז"ל ורבנן במדליק בתוך שלו פטרי כדמשמע קרא דכי תצא אש דאיירי במדליק בתוך שלו אבל במדליק בתוך של חבירו מחייב בדבר שאין דרכו להטמין דלא אשכחן קרא דפטור. ג"כ אינו מובן דהרי כיון שכלו חציו א"כ אינו מחויב עתה אלא משום כי תצא אש.

דאי לאו קרא דכי תצא אש הי' פטור כיון דעתה לאו חציו נינהו. א"כ נימא היכא דמחויב משום כי תצא אש אז פטור על טמון: ע"כ נראה לומר דהרמב"ם לא פסק אשו משום חציו.

דהרמב"ם ס"ל דהאי סוגיא דמחלקא בין מדליק בתוך שלו לתוך של חברו ס"ל שלא כדברי רבי יוחנן דאית ליה אשו חציו ממש הוא. ומשו"ה ס"ל דאף לענין מיתה מחייבין ליה אם שרף עבד דקילב"מ דהוי גופו ממש ומזיק בידים הוא אכן האי סוגיא לא ס"ל שהרי זה לשון הרמב"ם שם (בפי"ד מהלכות נזקי ממון הלכה ט"ו) אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו הרי המבעיר חייב בנזקין ובשבבתו ובריפוי כו' אע"פ שאשו ממונו הוא הרי הוא כמו שהזיקה בחציו עכ"ל.

הרי דמשמע דבאמת אשו לאו חציו הוא אלא ממונו אלא דחייבה התורה כמו שהזיקה בחציו דילפינן זה מהמבעיר את הבערה מדקרי ליה רחמנא מבעיר הרי דלענין נזקין חייבו התורה כמו שהי' מזיק בחציו ובזה יש לומר דפליגי ר' יוחנן וחזקי' בשולח את הבערה ביד חש"ו דאמר ר"ל משמי' דחזקי' ל"ש אלא שמסר לו גחלת וליבה אבל מסר לו שלהבת חייב מ"ט דהא ברי הזיקא ור' יוחנן אמר אפילו שלהבת פטור מ"ט צבתא דחרש קא גרים.

והקשה בתוס' ז"ל תימא לר"י אי חשיב מסירה לחרש כרוח מצוי' לרבי יוחנן נמי מחייב ואי לא חשיב כרוח מצוי'. א"כ מה קשה לר"ל הא לא דמי למסר שורו דהא כו"ע מודי דאין חייבין כלל על האש אלא ביכולה להזיק ברוח מצוי' עכ"ד התוס' ונראה ליישב דהנה התוס' (בדף ו') פירשו דאם שור הזיק בדבר של חברו כיון דשור לאו בר דעה לא מחייבי בעל השור ומי שהדבר שלו מחויב מטעם אשו.

והביאו התוס' ראי' לזה מהא דפרכינן לקמן ולחייב נמי בעל גחלת וקשה לי דלפי דברי התוס' דאם הזיק בדבר של אחר מחויב בעל התקלה מטעם אשו א"כ גם אם הזיק בדבר של הבעלים גופייהו ג"כ נוכל לחייבו מלבד חיוב דשור נוכל לחייבו מטעם אש על החצי על התקלה. א"כ איך אמרינן בהזיקה בשליף שעלי' דאינו חייב אלא ברשות הניזק נהי דעל חצי שמחויב מטעם רגל פטור ברה"ר.

אבל יחייב על ההיזק שעשה השליף החצי מטעם אשו דמה לי אם הוא של אחר או של הבעלים בעצמם כיון דבשל אחר מחויב האחר משום אש גם הבעלים של השור יחייבו על תקלה שלהם משום אש ויחייב פלגא ברה"ר: ע"כ נ"ל דע"כ לא פרכינן ולחייב נמי בעל גחלת אלא היכא דהא דמחייבין לבעל הכלב הוא מטעם שהלך ברוח מצוי' לא מטעם מעשה ממש.

אז שפיר אמרינן כי הבי שמחויב בעל הכלב ששלח ברוח מצוי'. ה"נ יתחייב בעל הגחלת שהניח במקום שכלב מצוי ומקרי שלח ברוח מצוי' משא"כ היכא דהוי מעשה ממש כגון שור שהזיק בשליף שעלי' דהוי מעשה של השור אז בעל התקלה פטור כיון דהוא לא עשה המעשה רק השור עשה בדבר שלו.

וכן מוכח מלשון רש"י דז"ל רש"י וליחייב נמי בעל הגחלת דהא בין מר ובין מר משום ממונו אית להו הילכך לרבי יוחנן דאמר לעיל על הגדיש משלם ח"נ דצרות הן לשלם

בעל הגחלת חצי האחר דהא ממונו הוא. ור"ל דאמר על הגדיש כולו פטור לשלם בעל הגחלת עכ"ל רש"י.

ולכאורה יש לדקדק קצת כיון דלריש לקיש הא דאמר במתניתין ח"נ הוא בדאדי' אדוי' וחיוב ח"נ הוא על מקום הגחלים. א"כ למה לרש"י לפרש אליבא דר"ל דהקושיא הוא על כל הגדיש שזה לא נזכר כלל במתניתין יפרש הקושיא לר"ל כמו לר"י דקאי אמתניתין דקאי אמאי קתני במתניתין ח"נ.

א"כ גם לר"ל יפרש דהקושיא אמאי קתני חצי נזק במקום גחלים, ומחייב בעל הגחלת חצי האחר, ובכלל אינו מובן אריכות דברי רש"י בקיצור הי' לו לפרש אמאי קתני ח"נ יתחייב בעל הגחלת חצי האחר. ע"כ נראה דעל מקום גחלים לא קשה כלל דיחייב נמי בעל הגחלת כיון דהוא מעשה הכלב ממש אף שהכלב עשה בגחלת של אחר מחויב רק בעל הכלב לא בעל הגחלת.

אלא היכא דמחייבין משום דאזיל ברוח מצוי' אז פרכינן דע"ז יחייב נמי בעל הגחלת שלא שימר גחלתו. ומעתה שפיר אמרינן דאם הזיקה בשליף שעלי' ברה"ר פטור כיון דהוא גופא ממש ומעשה בידים הוא ואם הי' השליף של אחר הי' בעל השליף פטור.

א"כ גם אם השליף של בעל הבהמה אינו מחייב משום השליף אלא משום מעשה הבהמה דהוי רגל משו"ה ברה"ר פטור. ועפי"ז יתיישב היטב קושית התוס' על רש"י (בדף י"ט) ד"ה וכי ז"ל התוס' ובקונטרס פירש דלא מיתוקמא אמתניתין משום שהקושר הי' פטור כיון דאדי' אדוי' שלא נתקל אדם בכורו וקשה לפירושו דמ"מ לחייב משום אשו דהוי כאבנו וסו"מ שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצוי' והזיקו בהדי דאזלי דהאי תרנגול הוי כרוח מצוי' עכ"ל התוס'.

אכן לדברינו מיושב דכיון דשיטת רש"י דהיכא דשור עשה מעשה בדבר של חבירו כמו בכלב ששרף דבר של חבירו בגחלת של אחר אז בעל הגחלת פטור על מקום הגחלים כיון דמעשה של אחר הוא. א"כ אם התרנגול זרק את הדליל דאז כחו ומעשה דהתרנגול הוא פטור בעל הדליל.

ולא דמי לאבנו וסכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצוי'. דאז המזיק הוא האבן שלו אלא דהרוח הפילן ממקום שהיו מונחים אבל לאחר שנפלו הם נופלים לא מכח הרוח.

היינו מעשה ההיזק הוא מכבד האבן אלא דהרוח קירבן למקום הזה: ומעתה יתישב היטב קושית התוס' אמאי פטור לר"י אי חשיב מסירה לחרש כרוח מצוי'. אכן כיון דלרבי יוחנן אשו חציו ממש הוא וכחו הוא (ולדידי' מחייבין לי' מיתה) א"כ פטר בשלח ע"י חרש אף שהוא רוח מצוי'.

אבל כיון שמעשה החרש הוא משו"ה פטור בעל התקלה וכמו בשור שהזיק בדבר של חבירו דלא מחייבין לבעל הדליל. אכן חזקי' ס"ל דאשו ממונו הוא אלא דחייבה התורה כמו שהי' מזיק בחציו מדכתב קרא המבעיר את הבערה.

א"כ אימתי חייבה התורה משום חציו אלא לגבי מי שהוא בר חיובא היינו לענין שמחויב כמו חציו אבל לא לפטור משום דמעשה של אחר הם שהרי לאו מעשה דחרש הוא אלא אם הי' פיקח הי' החיוב משום חציו (דזה אין לומר דחזקי' יסבור אשו משום ממונו דא"כ תקשה הלכתא אהלכתא דהרי קי"ל אשו משום חציו ומחויב בדו"ה ואיך פסק הרמב"ם להא דחזקי' דאם מסר שלהבת חייב עכצ"ל דנוכל לומר דגם חזקי' יסבור דהחיוב הוא משום חציו אלא דלאו חציו ממש הוא אלא דחייבה התורה משום חציו): שוב מצאתי מוכח מתוס' סנהדרין לחד לישנא דאף דמתחלה הוי סבירא לן דר"י סבר אשו חציו ממש הוא אבל למסקנא דאמרינן מאן דס"ל אשו משום חציו סובר נמי אשו משום ממונו פירוש הוא כמו שביארנו לדעת הרמב"ם דעיקר החיוב משום ממונו אלא דחייבה התורה לענין נזקין כמו שהי' מזיק בחציו אף שאשו לאו חציו ממש הוא.

שהרי זה לשון התוס' (בדף ע"ז ד"ה כפתו) עוד יש לפרש דכל הני דסוף חמה וצינה וארי לבא כו' ואש שלא המיתה אלא ברוח מצוי' פטור ממיתה אלא דלענין ממון חייב נזק שלם ולא דמי לחצי נזק צרורות אע"ג דכח כחו הוא דהא אשו נמי חייב משום ממונו כדמוכח בפרק כיצד דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו עכ"ד התוס' ולכאורה תמוהים דברי התוס' שהרי למאן דס"ל אשו משום חציו אמרינן דמחויב נמי מיתה שהרי אמרינן דמשו"ה פטור לרבי יוחנן במדליק את הגדיש והי' עבד סמוך לו ומה שהגיה מהרש"ל בתוס' ברוח שאינו מצוי' ע"ז יפה הקשה המהרש"א דברוח שאינו מצוי' גם לענין ממון פטור.

אך מה שפירש המהרש"א דכונת התוס' לחלק בין אם האש שרף בלא רוח מצוי' אז חייב מיתה אבל אם שרף ע"י רוח מצוי' אז פטור ממיתה ג"כ תמוה דא"כ מאי מקשה לרבי יוחנן אשו דפטור רחמנא בטמון היכי משכחת לה מאי קושיא כי פטר רחמנא היכא דשרף האש ע"י סיוע רוח מצוי' דאז לאו חציו שהרי פטור ממיתה אלא ע"כ דכי אמר רבי יוחנן אשו משום חציו ג"כ מיירי היכא דשרף ע"י רוח מצוי' דבלא סיוע גם ר"ל מודה ואעפ"כ ששרף בסיוע הרוח מצוי' משום חציו הוא וא"כ יתחייב.

אכן לדברינו ניהא דברי התוס' כפשוטם דנהי דמעיקרא הוי סברי דרבי יוחנן סבירא ליה אשו חציו ממש הוא וגופו הוא אכן למסקנא דאמרינן מאן דאית ליה אשו משום חציו אית ליה נמי דהחיוב משום דלאו חציו הוא אלא דחייבה התורה משום חציו וכי חדשה התורה לענין ממון ולא לענין חיוב מיתה ומשו"ה מיושב שפיר מאי שהביא בתוס' דלא דמי לחצי נזק צרורות אע"ג דכח כחו הוא.

ולכאורה מאי שייך צרורות באדם וכן מאי שמחלק בין כחו לכח כחו ומהמהרש"א משמע דכח כחו יפטר ממיתה לכאורה תמוה כיון דקיי"ל דכחו כגופו א"כ גם כח כחו כגופו ורק לענין גלות מפלגינן בין כחו לכח כחו כמו דמפלגינן בין דרך ירידה לעלי' וכדאיתא בתוס' אבל לענין מיתה כיון דלענין ממון לא אשכחן חילוק באדם בין כחו לכח כחו א"כ גם לענין מיתה כח כחו כגופו.

אולם לדברינו שפיר מביאים התוס' דאע"ג דחיוב האש הוי ממון ורק שחייבה התורה משום חציו א"כ כל כח האש הוי כח הממון היינו כח האש הראשון והכח האחר הוי כח כח. ולכאורה יש לומר אף דחייבה התורה אשו משום חציו היינו על כח הראשון אבל

על כח השני לא מצינו שחייבה התורה משום חציו כיון דבאמת אשו ממונו הוא ע"ז מפרשי התוס' דלא דמי לחציו נזק דחד כח הוא דהאש הולך ושורף והוי כל האש כח ראשון: עכ"פ זה בודאי נוכל לומר דהרמב"ם ס"ל אליבא דחזקי' וכן אליבא דהאי סוגיא דאשו ממונו הוא אלא דחייבה התורה משום חציו מדקריא רחמנא מבעיר.

ומעתה יתיישב שפיר החילוק בין מדליק בתוך שלו למדליק בתוך של חבירו דכיון דבאמת חיוב האש משום ממונו ורק רחמנא קרי' מבעיר א"כ אימתי חייב משום חציו היכא דהוא מבעיר היינו דנוכל לחייבו על הבערה אז קריא רחמנא מבעיר על כל מה ששורף אח"כ כאילו הזיק בחציו אבל אם על ההבערה אי אפשר לחייבו דמדליק בתוך שלו הוא וא"כ מחייבין ליה רק משום שלא שמר אשו אז אף אם יצא האש ודלק בשל אחר לא חייבה התורה באופן כזה משום חציו רק משום כי תצא אש ואינו מחויב אלא מטעם שמירה דתרי קראי כתיבי כתיב כי תצא אש משמע דהחיוב הוא משום כי תצא היינו שלא שמר אשו וכתוב המבעיר משמע דהחיוב משום שהוא מבעיר לזה מפלגין דאם על תחלת ההבערה נוכל לקרותו בשם מבעיר היינו שדלק בשל חבירו אז על כל מה ששרף אשו אח"כ ג"כ מבעיר מקרי אבל אם על ההבערה לא נוכל לחייבו אז מחויב משום כי תצא אש היינו מטעם שמירה: וכן מוכח כדברינו מדאמרינן (בדף ס"ב) אמר רבא הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי של כסף הוא הזיקתו משלמת דינר זהב משום דאמר לה מאי הוי לך גבי' דאזקתי' פשעה בו משלמת של כסף דאמרה ליה נטירותא דדהבא לא קבילת עלי א"ל רב מרדכי לרב אשי אתון בדרבא מתניתו לה אנן ממתניתין פשיטא לן חטיטין וחיפן בשעורין שעורין וחיפן בחטיטין כו' ופירש רש"י בד"ה מאי הוי לך ז"ל אלא דמי למשאיל מקום לחבירו להגדיש שעורין והגדיש חטיטין דאמרן לעיל אינו משלם אלא דמי שעורין דמבעיר לא מזיק בידים הוא אלא פושע הוא כדכתיב כי תצא אש מעצמה מפי המורה עכ"ד רש"י ולכאורה תמוה דהא אמרינן אשו משום חציו כדכתיב המבעיר את הבערה: אולם לפי מה שבארנו יתיישב דהנה באש אם הדליק בתוך של חבירו אז חמור יותר מכל ממון שהרי קריא רחמנא מבעיר וחייבה התורה משום חציו אבל אם הדליק בתוך שלו אז אדרבה קיל יותר מכל ממונא דכל ממונא אין החיוב מטעם שמירה כמו שביארנו במקום אחר בארוכה דלכאורה קשה כיון דפטר בנעל כראוי שהוא דלת שיכולה לעמוד ברוח מצוי' א"כ החיובים על שורו הוי דומיא דשומר חנם שהרי שומר שכר חייב ברוח מצוי' וא"כ אמאי חייב בכל חיובי שן ורגל הרי בשומר חנם דאם הניח עדרו בשעה שדרך בני אדם להניח אז פטור וא"כ כיון דדרך להניח שור לילך ברה"ר כדאמרינן שור שהוא ברשות יוכיח א"כ אמאי חייב על מה שנכנס השור לחצר הניזק או על הזיקו בקרן ברה"ר.

ונהי דאין רשות להשור אבל השור לאו בר חיובא הוא אלא דמחייבין להבעלים והרי שמר כדרך שבני אדם שומרין ומזה הוכחתי דחיובי כל מזיקין דעלמא אינו מטעם שלא שמר אלא מטעם דחייבה התורה על שממונו מזיק אלא מדכתב קרא ולא ישמרנו מזה ידעינן דאם שמר אז פטרתו התורה אבל כל שלא עשה שמירה דאין הפטור שפטרנו התורה בזה אז מחויב שהרי ממונו הזיק ואין לו דבר שיפטרנו משא"כ בשומר אינו מחויב אלא על שלא שמר וא"כ כיון דאין עליו חיוב על שלא שמר שהרי דרך בני אדם כן משו"ה פטור וכן הראני אחד בנ"י בהכונס איתא להדיא כן בשם רא"ה ת"ל שכונתי

לדעתו וזה דוקא בכל מזיקין שהוא ממונו ממש ויש בו ממשא משא"כ באש דלית בו ממשא היינו דאין קנינים של ממון ממש בהאש דשלהבת לאו כלום הוא כמו בשלהבת של עכו"ם דאמרינן (בביצה ל"ט) דמותר ליהנות וכן במודר הנאה מחבירו הרי דאין קנינים בהשלהבת.

א"כ מה שהולך אח"כ ושורף לאו ממש הוא וגם מבעיר לא הוי שהרי הדליק בשלו אז אינו מחויב אלא מטעם שמירה דכתב קרא כי תצא אש היינו דמחויב משום שלא שמר שלא יצא ואינו מחויב אלא מטעם פושע וזהו כדפירש הקונטרס דמכי תצא אש ילפינן דהחויב מטעם פושע: והנה לפי דברינו אימתי פרכינן לרבי יוחנן טמון באם דפטר רחמנא היכי משכחת לה ומוקמינן דוקא בנפלה גדר שלא מחמת דליקה דכלו ליה חציו היינו דוקא לפי מאי דהוי סבירא לן דרבי יוחנן סבירא ליה דאשו חציו ממש הוא וא"כ בודאי קשה אילו הזיק חץ בטמון מי מפטר.

אכן כפי שבארנו דהרמב"ם ס"ל אליבא דחזקי' והאי סוגיא דהכונס או כפי ביאור התוס' דסנהדרין אליבא דמסקנא דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי דהחויב משום ממונו אלא דחייבה התורה משום חציו א"כ כי חייבה התורה משום חציו לענין גלוי. אבל לא לענין טמון וא"כ לא קשה כלל טמון באש דפטר רחמנא היכי משכחת לה ומבוארים בטוב דברי הרמב"ם שלא הביא כלל האי דינא דאימתי פטור טמון היכא דכלו חציו.

כדהקשה המ"מ ז"ל ואני תמה אחר שהוא ז"ל פוסק כר"י איך לא חלק בטמון כמו שחלקו שם הסוגיא דלא משכחינן לר"י עמון דפטור אלא כשנפל גדר שלא מחמת דליקה והי' לו לגדור ולא גדרו ואולי שרבינו ז"ל מפרשה בפנים אחרות עכ"ל. אך לא באר לן מרן המ"מ באיזה פנים אחרות יבאר הרמב"ם אך לפי דברינו יבואר היטב דלהמסקנא לא קשה כלל טמון באש דפטר רחמנא היכי משכחת לה שהרי באמת לאו חציו הוא ורק דהתורה חדשה דמחויב משום חציו אבל בטמון פטרה התורה שלא יחויב בטמון משום חציו: ועפ"ז יבואר היטב הא דאמר רבא דבמדליק בתוך של חבירו אז מחויב בדבר שדרכו להטמין ובדבר שאין דרכו להטמין פטור והוא דכיון דפטרה התורה בטמון א"כ אמרינן דכי חדשה התורה דוקא בדבר שאין דרכו כלל להטמין.

אבל בדבר שדרכו אז מחויב ולא פטרה התורה באופן זה. ומשו"ה בדבר שדרכו להטמין מחויב אלא דאעפ"כ אף שאין כאן פטור דטמון.

אבל פושע הא לא הוי. דמאין ידע שמונח שם מוריגין וכלי בקר הרבה גדישין שאין שם מוריגין וכלי בקר ופושע לא הוי אלא בדבר שקרוב לודאי שמונח שם משו"ה במדליק בתוך שלו דאין עליו חיוב אלא מטעם כי תצא אש היינו מטעם פושע א"כ כיון דטמון הוא ואין כאן ודאי אף שדרך בני אדם לעשות כן אעפ"כ לאו פושע הוא ואף דפטור דטמון אין כאן שהרי דרך בני אדם לעשות כן ולהטמין מוריגין וכלי בקר בגדיש.

חיובא דכי תצא אש נמי אין כאן דלאו פושע הוא: נמצא לפי זה דהביאור דפטור טמון הוא דבר שאין דרך כלל שיהי' שם ולא דוקא בטמון אלא דבר שאין דרך שימצא באופן כזה שם בשעת הדליקה. ומשו"ה אמרינן הטמין דבר של חבירו בעפר או בתבן מחויב המטמין ופטור המדליק אף שבשעת הדליקה הי' מגולה כיון דעיקר החיוב בשעה ששורף

שחייבה התורה על שעת המעשה א"כ הרי מונח עתה במקום שאין דרך שימצא שם וכן אף אם מונח בגלוי במקום שאין דרך כלל שימצא שם ג"כ פטור.

ומשו"ה אמרינן דמשו"ה מחויב במדליק את הבירה על כל מה שבתוכה שכן דרך ב"א להניח כן הרי דאלו לא הי' דרך בני אדם להניח כן הי' פטור אף דגלוי הוא שהרי בבית לענ"ד לאו טמון הוא אלא דפירוש טמון הוא דאם הוא באופן שאין דרך כלל שימצא. אונס גמור הוא ופטור היינו דבאופן כזה לא חייבה התורה משום חציו דאילו מזיק גמור מחויב להרמב"ם אף באונס גמור ועיין בתוס' (דף כ"ג) ד"ה וגדי: ולפי"ז מיושב קושית הראב"ד שהקשה על הרמב"ם דאמאי קאמר הרמב"ם המדליק בתוך שדה חבירו ויצאה האש ונאכל הגדיש והי' גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש הי' עבד כפות וגדי סמוך ונשרף עמו פטור והקשה הראב"ד הא הכא לאו בטמון ופירשנו דהקושיא אמאי נקט מדליק בשדה חבירו גם בתוך שלו יתחייב כיון דלאו טמון הוא.

אכן לדברינו שפיר דנהי דלאו טמון הוא אבל במדליק בתוך שלו אז אין החיוב אלא מטעם דפושע הוא וא"כ נהי שדרך ב"א לעשות כן אבל קרוב לודאי לא הוי דהרבה גדישים יש שאין שם גדי כפות ועבד סמוך וכיון דלאו פושע הוא פטור במדליק בתוך שלו אבל במדליק בתוך של חבירו דחייבה התורה משום חציו א"כ כיון שדרך ב"א לעשות כן משו"ה חייב.

אבל אם הי' גדי סמוך ועבד כפות אז פטור ואין הטעם משום קילב"מ שהרי לאו חציו ממש אלא דחייבה התורה משום חציו א"כ אימתי חייבה לענין ניזקין ולא לענין חיוב מיתה אלא דהפטור הוא כיון שאין דרך כלל שיניח אדם עבד כפות אצל הגדיש וגדי סמוך זהו פטור משום טמון כיון דאין דרך כלל שימצא שם א"כ לא נוכל לחייבו.

וכל זה הוא רק אם נימא דלאו ממונו א"כ בלא חיוב חציו אינו מחויב אלא מטעם שמירה. אבל אם אשו ממונו הוא א"כ אף אם לא הוי ליה לידע עכ"פ שור דידי' הזיק וכמו כל שור דמחויב בטמון אלא דגזירת הכתוב הוא דטמון פטור א"כ דוקא טמון אבל לא מה שאין דרך ב"א להניח שהרי שור חייב בכל דבר.

אף בדבר שאין דרכו להניח כיון דאין חיובו מטעם שמירה אלא מטעם שממונו הזיק משו"ה לר"ל פריך שפיר אילו קטל תורא עבדא ה"נ דלא מחייב הרי מחויב בכל דבר אף שאין דרכו להניח כיון שממונו הזיק: והנה התוס' (בדף כ"ב) ד"ה לאו ממונו הקשו ז"ל דהוא לא הדליקו ועל אש של כלבו לא חייבתו התורה ואע"ג דלגבי בור איצטריך מיעוט איש בור ולא שור בור כדאמרינן בשור שנגח את הפרה תרי איש כתיבי מ"מ פשוט לי' לגמרא משום איזה דרשא דפטור על אש בהמתו דג' אבות נאמרו בשור ולא יותר עכ"ל התוס' אך תירוץ התוס' קשה מאד דא"כ למאי אצטריך איש בור ולא שור בור כיון דקיי"ל ג' אבות ולא יותר ואם כונת התוס' דפשוט לגמ' דיש דרשה דפטור על אש דבהמתו מדקיי"ל דג' אבות ולא יותר עכ"פ קשה איזה דרשא היא והיכן מצינו הדרשה: ולענ"ד נראה דיש ליישב בפשיטות דאף דצריכין קרא איש בור ולא שור בור הרי דבלא מיעוט הוי ילפינן אבות נזיקין מהדדי היינו דוקא לענין בור דהחיוב הוא משום מעשה התקלה ואמרינן דכל מה שבא מתקלתו הרי הוא הגורם ומחויב על גרמתו

ע"י התקלה א"כ הוי אמרינן דגם השור מחויב על מעשה התקלה ועל כל מה שבא מתקלתו משו"ה אילו לא כתב קרא איש בור ולא שור בור הוי אמינא דגם השור מחויב על מעשה התקלה אבל היכא דהחויב מטעם ממנו בודאי איך נימא דהשור ג"כ מחויב מטעם ממנו אטו השור יש לו קנינים בהאש הרי האש לאו ממון דהשור.

בשלמא היכא דהחויב מטעם מעשה אז אמרינן כמו שהאדם מחויב על מעשה שלו כן השור מחויב על מעשה דידי' אבל אם החויב מטעם ממון איך יחויב השור מטעם ממון הרי השור לאו בר קנין הוא. ולרש"י דס"ל דלמ"ד אשו משום ממנו אינו חייב אלא בגחלת שלו בודאי דלא גחלת דכלב הוא אף דהתוס' הקשו על רש"י מכופף קומתו של חבירו ומטיא ברוח מצוי' דפרכינן לקמן (בדף נ"ז) אי ברוח מצוי' בדיני אדם נמי ליחייב פשוט יש לתרץ דקושית הגמ' דהרי קיי"ל הלכה כרבי יוחנן דאשו משום חציו א"כ גם בגחלת של אחר מחויב ולר"ל באמת לא קשה ומה שהקשה התוס' מגץ שיצא מתחת הפטיש והזיק חייב אע"ג דמסתמא מפקיר ליה ולכאורה זה קשה דהא מתניתין היא אך באמת תקשה לר"ל דס"ל לאו חציו הוא מברייתא (בדף ל"ב) הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה על פניו ומת פטור ואם נכנס ברשות חייב (ד' דברים או גלות לכל אחד כדאית ליה) עכ"פ חזינן דחציו הוא אלא התם מיירי דאזיל מכחו בלא רוח מצוי' דאז חץ ממש הוא א"כ מאי קשה מגץ שיצא מתחת הפטיש התם נמי מיירי דאזיל מכחו בלא סיוע רוח מצוי' דהוי גופו ממש ומשו"ה חייב.

ואין לומר כיון דמיירי שם בדיני אש א"כ ע"כ מיירי בהלך והזיק ע"י רוח מצוי' דאם ע"י כחו לא הוה ליה למיתני בין דיני אש שהרי אדרבה למאן פרכינן מהא מתניתין לריש לקיש ולר"ל מיירי המתניתין דקודם משנה זו בהי' עבד כפות כגון שהצית בגופו של עבד דהוי גופו ממש וכן גמל טעון פשתן מיירי בגוף הגמל שהי' מסכסך כל הבירה דהוי מקום גחלים כל הבירה דהוי גופו ממש וצ"ע על דברי התוס' מאי קושיא היא זו וגם מה שהקשה התוס' א"כ יפקיר כל אדם הגחלים כו' ג"ז לא קשה שהרי יתחייב על מקום הגחלים ועוד בודאי יש עצה לאדם להזיק ואעפ"כ יפטור.

שהרי כל אדם יוכל לשלוח ע"י חש"ו גם לדחוף לים הגדול (ואף ע"י משיכה פטור להרמב"ם כמבואר אצלינו במקום אחר דהרמב"ם לא ס"ל כדעת התוס' שם דע"י מעשה קנין מחייב ודו"ק) אלא דאם עשה באופן הפטור פטור ואם עשה באופן המחויב חייב. וא"כ לרש"י בודאי דלא קשה אלא אף לפי' התוס' דלר"ל מחויב אף אם הדליק בגחלת של חבירו נוכל לומר כיון דהוא הדליק האש החדש שהוא עשה הוא שלו והוי קנינו כמו ממנו משא"כ בשור דלא שייך שנעשה שלו משו"ה אף בלא קרא ידעינן דפטור על אשו שהרי לאו דידי' הוא: אכן לדידן אף דס"ל אשו לאו חציו ממש עכ"פ חייבה התורה משום חציו א"כ החויב משום מעשה דידי' א"כ דאין קרא למעט איש אש ולא שור אש ילפינן אבות נזיקין מהדדי כמו דהוא חייב על מעשה שלו כן השור מחויב על מעשה שלו.

והנה נהי דחזינן מדאצטריך קרא איש בור ולא שור בור הרי דבלאו קרא ילפינן לאבות נזיקין מהדדי היינו דוקא אבות נזיקין שבדבר שמחויבים מחויבים בכל נזק כמו שן ורגל שלכה"פ ברשות הנזק משלם נזק שלם אבל היכא שגם כשחייבה התורה את האב לא

חייבה אלא חצי נזק דהיינו דבר שאינו מועד מתחלתו אב כזה לא נוכל למילף משארי אבות נזיקין שהרי כולם מועדין מתחלתן דהרי חזינן שכל האבות נזיקין הוי ממון ופלגא נזקא קנסא ואמאי לא נילף מכל אבות דליהוי ממונא אלא דלא נוכל לילף שהרי לאו מועד מתחלתו הוא.

וא"כ אף אי לא הי' כתיב איש בור ולא שור בור והי' מחויב שור על מעשה תקלה שלו כמו אדם על מעשה התקלה שלו היינו דוקא בכל אבות נזיקין כמו שן ורגל אבל אם הי' חופר בור ע"י קרן איך נוכל למילף זה משאר אבות שהרי אין דין קרן כשאר אבות ואף דבשאר אבות מחויב על מעשה תקלה (אילו לא כתב קרא איש בור ולא שור בור) בקרן אין מחויב על מעשה תקלה: נמצא מיושב היטב קושית הראב"ד שהקשה על הרמב"ם דס"ל דאם הי' מגרר על מקום הגחלים מחויב ח"נ ועל שאר הגדיש פטור והקשה הראב"ד אף אי יש שינוי לצרורות.

מרביע נזק מיהת לא מיפטר. אכן לדברינו ניחא כיון דאשו לאו חציו הוא אלא דחייבה התורה משום חציו א"כ בשור דלא כתב קרא הוי לן למימר כיון דלאו חציו הוא אלא ממונו האי אש לאו ממונו דכלב הוא.

ועכצ"ל כיון דלא כתב קרא מיעוט איש אש ולא שור אש ילפינן להו מהדדי כמו בבור אילו לא כתב קרא איש בור ולא שור בור. אכן כל זה בשן ורגל אבל בקרן לא ילפינן לה משאר אבות א"כ כיון דאש לאו חציו ממש וגם האי אש לאו ממונו דכלב הוא משו"ה בקרן פטור על אש שהרי לאו חציו דכלב שבקרן לא ילפינן שיקרא חציו ומשום כי תצא לא מחייבין שהרי השור אינו מחויב על שמירה משו"ה אם הי' ההבערה ע"י קרן על שאר הגדיש פטור דלאו חציו הוא: סימן יז סוגיא דלא שימר גחלתו ומסכסכת.

וסוגיא דחפר בה בורות שיחין ומערות בב"מ ד' ה'. ויתבאר אם עשה דבר חבירו למזיק מי מחויב העושה או הבעלים: (א) בדף כג גמרא מאן חייב בעל כלב וליחייב נמי בעל גחלת.

והנה בתוס' מוכח דגירסתם הי' ולחייב בעל הגחלת. ואעפ"כ פירש בתוס' דאין הכונה. שיפטר בעל הכלב לגמרי מדאמרינן לעיל דבמסכסכת מחייב בעל הגמל אף שהחנוני פשע. שלא שמר אשו והניח נרו מבחוץ.

ע"כ הכונה דגם בעל הגחלת לחייב. וכן שם במסכסכת.

דאמרינן ואי במסכסכת אמאי חנוני חייב. פירשו בתוס' דהכונה אמאי חייב בכולה אבל פלגא בודאי משלם אף אם עמדה וסכסכה והנה הרמב"ם (בפ"ב מהלכות נזקי ממון) כתב דאם לא שמר גחלתו בעל הגחלת חייב.

הרי דמחייב בעל הגחלת הכל. והשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א בעל הגחלת נמי חייב.

והיינו דקשה ליה להראב"ד קושית התוס' מדאמרינן במסכסכת דבעל גמל חייב ולכאורה קשה על הרמב"ם: (ב) ולבאר טעם פלוגתתן נראה דהנה הרמב"ם פסק (בפ"ה מהלכות טוען ונטען). דדמי קרקע כקרקע לגבי שבועה.

ואם טענו חפרתה בורות שתים. והוא אומר לא חפרתי אלא בור אחד.

אף דהתביעה היא ממון אעפ"כ פטור משבועה. דדמי קרקע כקרקע והשיג הראב"ד ע"ז ודחה ראיית הרמב"ם מגמ' דאמרינן למאן דאמר הילך פטור אמאי אצטריך לפטור קרקע משבועה הא כל קרקע הילך הוא ואמרינן אמר לך אצטריך קרא היכא דחפר שם בורות שיחין ומערות דלכאורה מוכח כדברי הרמב"ם דאף אם הטענה הוא על חפירת הבורות מקרי קרקע ופטור משבועה.

ודחה הראב"ד דמיירי שתבעו למלאות החפירות. אבל אם תבעו לשלם בכה"ג מחויב שבועה דדמי קרקע לאו כקרקע הוא.

וכבר תמהו המפרשים על דברי הראב"ד דמאי קאמר הראב"ד דגמ' קאי דתבעו למלאות החפירות. דהרי המזיק חבירו אין מחויב לתקן לו ההיזק.

ורק דמים מחויב לשלם. א"כ אף אם המזיק תבעו למלאות החפירות הוא אינו מחויב למלאות רק לשלם.

וא"כ להראב"ד דס"ל דמי קרקע לאו כקרקע הוא. ומחויב שבועה גם בתבעו למלאות החפירות יתחייב שבועה.

דהחויב הוא דמים לשלם ולא למלאות החפירות. והש"ך הקשה בין על הראב"ד בין על הרמב"ם דמאי קשה להם גמ' דחפר בה בורות שיחין ומערות.

הא הפירוש בגמ' פשוט דמיירי כגון שתבעו שני שדות והוא הודה לו באחת. ובאותה שהודה חפר בה בורות שיחין ומערות דלאו הילך הוא.

אבל באותה שכפר באותה לא חפר בורות והוי דומיא דתירוצא דהודה בכלים וכפר בקרקעות. ושני בתרי גווני.

אבל בדינא חדא נינהו דאותה שהודה. לא הוי הילך דחפר בה בורות שיחין ומערות.

ולמאי אצטריך הראב"ד לומר דמיירי דתבעו למלאות החפירות והרמב"ם איך מדייק מכאן דדמי קרקע כקרקע דלכאורה פשוט הוא דהכונה שבאותה שהודה חפר שיחין ומערות: (ג) ונראה לי הטעם דפירשו הרמב"ם והראב"ד דגם באותה שכפר חפר בוש"מ. דהנה מאן דס"ל הינך פטור הרי ס"ל דמה שהודה שהי' מכבר חייב לא הוי הודאה.

דהודאה מקרי שיודה שמחויב הוא עתה לשלם. ואף שהודאה על טענה היא שמה שטען חבירו הי' אמת במקצת.

לא מקרי מודה אלא בגווני שמודה שמחויב הוא לשלם. אבל במודה בפקדון לא הודה שמחויב רק שהאמת במקצת כדבריו בכה"ג לא מקרי הודאה.

אכן מאן דס"ל הילך חייב ס"ל דלא בעינן רק הודאה על הטענה שיודה שטענתו אמת במקצת ולא בעינן הודאה שמחויב. והנה לכאורה גם בכפירה יהי' הדין כן דלמאן דס"ל דהילך פטור וס"ל דבעינן שיודה שמחויב.

ה"נ בהכפירה שנותנין לו שבועה שיודה היינו שיודה שהוא מחויב ולא שיודה רק שטענתו אמת. ולמאן דס"ל הילך חייב ס"ל דבעינן רק הודאה על הטענה שיודה שטענת התובע אמת במקצת.

ה"נ השבועה שמשבעינן הוא שיודה שכל טענתו אמת מעתה כששנים מחולקים על קרקע זה אמר לקחת שתי שדות ושתי שדות שבידך הם שלי. והלה מודה באחת. אטו התובע תובעו השב לי הקרקע דמחויבת לי קרקע. הרי קרקע אינה נגזלת. ובקרקע לא שייך והשיב. ורק הטענות שביניהם הוא דזה תובעו הודה לי שכדברי הוא דשתי השדות הם שלי.

וזה משיב הם שלי. מעתה אף היכא דאותה שהודה חפר בה בורות שיחין ומערות. ובאותה שכפר לא חפר ג"כ יהי תלוי הדין דלמאן דס"ל הילך חייב. א"כ מחויב לישבע שהטענה של פלוני אינה אמת כדי שיודה שטענתו אמת. (ואם אין האמת כדבריו). אבל למאן דס"ל הילך פטור.

א"כ כמו דבעינן שההודאה יהי שמחויב עדיין לשלם. כן הכפירה בעינן שיכפור שאינו מחויב לו.

אבל כפירה שאינו כופר שאינו מחויב רק שטענת פלוני שקר. לאו כפירה הוא לחיובי שבועה.

וגם בעינן שהשבועה יהי כדי שיודה שמחויב לא שאם טענתו של הנתבע שקר יודה שמחויב לו עדיין. אבל בכפירת קרקע הרי לא שייך שכופר שאינו מחויב.

דאף אם יודה אינו מחויב. ורק כפירת טענה הוא כפירה שאין אמת כדברי התובע.

ואם יודה לא יודה שמחויב רק שדברי התובע אמת. בכה"ג אינו מחויב שבועה נמצא דלמאן דס"ל הילך פטור הא דאצטריך קרא לפטור קרקע משבועה.

ע"כ דגם באותה שכופר חפר בורות שיחין ומערות. וזה הכריח להרמב"ם והראב"ד לפרש דמיירי דגם התביעה היא על חפירות דגם התביעה הוא לאו בהילך.

והנה אף דסברא טובה היא. אך כיון שיש לדחות זה.

דהרי יש לפרש דעיקר פטור דהילך הוא משום דכיון דשילם בטלה עתה ההודאה. אבל הכפירה עדיין יש כאן.

ועיין ברש"י שם ור"ן, ע"כ אמינא דבר יותר מוכרח דבכה"ג היכא דהכפירה הוא על שדה. שזה אומרהשדה שלי וזה אומר שלי לא שייך שבועה.

דהרי אמרינן בכתובת פ"ז עד אחד מעידה שהיא פרועה סבר רמי בר חמא למימר שבועה דאורייתא היא דכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם אבל קם לשבועה ואמר מר כל מקום ששנים מחייבין אותו ממון אחד מחייבו שבועה, אמר רבא שתי תשובות בדבר חדא דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין והיא נשבעת ונוטלת.

הרי דמקרא דולקח בעליו ולא ישלם, ממעטינן דהיכא דאינו משלם אינו נשבע. דע"כ אין הכונה למעט היכא דנוטל.

דהרי בקרא לא כתיב ולא נוטל. רק כיון דכתב קרא ולא ישלם.

אמרינן דאין שבועה אלא היכא דהשבועה פוטרת מלשלם. משא"כ בשנוטל הרי אין השבועה פוטרת אותו מלשלם.

וכיון דס"ל דקרא אתא למעט דאין שבועה אלא בנשבע ולא משלם א"כ איך אמרינן דאם כפר בקרקע ישבע. אטו השבועה פוטרת אותו מלשלם דאם הי' מחויב להחזיר אטו הי' משלם בקרקע.

הרי גבי קרקע לא שייך תשלומין. דקרקע אינה נגזלת.

וממילא איך שייך תשלומין. נמצא אף אם הי' ב"ד פוסקין דהקרקע הוא של התובע לא הי' מקרי משלם) ** (וכן יש לפרש דברי הר"ן בקידושין (בדף כ"ח) על גמ' דהשבועה לי שלא נמכרת לי בעבד עברי דכתב הר"ן דאין עבד עברי כקרקע דדוקא עבד כנעני הוקש לקרקע.

וכתב טעם אחר ז"ל אלא הכא היינו טעמא משום דלא שייכא שבועה אלא כשתובעו ממון דשבועה דקרא בתביעת ממון היא ולא בתובעו גופו אבל בעבד כנעני כו'. ופרכינן עלה בגמ' אי הכי היינו קרקע כו' דכיון דעל קרקע נשבעין אע"ג דלא שייך בי' שבועה כלל ה"ה בהא דהיכי תיסק אדעתין דלגרע מינה כו'.

ולכאורה קשה אם נימא דטעם הפטור משום דלא שייכא שבועה בתובעו גופא. א"כ איך מביא ראי' מקרקע.

הא גבי קרקע שייך שבועה מדאצטריך קרא לאיפטרניהו ורק חידוש הוא שחידשה התורה דפטור משבועה גבי קרקע. אבל גבי שבועת גלגול לא מצינו דפטרה התורה.

אבל גבי תביעת גופו דטעם הפטור משום דלא שייכא שבועה בכה"ג. וגם בלא מיעוט פטור.

א"כ יפטר גם ידי גלגול. דאין מגלגלין אלא בדבר דשייך בו שבועה.

אכן לדברינו בעבד עברי כיון דגופו קנוי א"כ תביעתו אינו מטעם חיובים יש לי עליך והוא אינו רוצה לשלם. אלא דהוא אומר אתה הוא שלי והוא אומר איננו שלך.

ואין כאן ולא ישלם שגם אם נפסוק שעבד הוא ג"כ לא יקרא ששילם רק שנודע לנו שהוא שלו וכיון דממעטינן מקרא דולא ישלם לפטור בהשבע לי שאין עבדי אתה משו"ה בגלגול לא ממעטינן וק"ו הוא מקרקע דנשבע ע"י גלגול שזה השדה הוא שלו. אף דלא שייך ולא ישלם.

ובעבד כנעני בודאי שייך תשלומין דאף דעבדים אינן נגזלין. אבל כיון שתובע למחזיקו שהוא בידו.

ויכול לאבדו כשמחזירו מקריא תשלומין וכדאמרינן בגמרא דמקרא דפקדון ילפינן דקרקע אינה נגזלת. דגבי קרקע לא שייך פקדון.

אבל גבי עבדים הטעם משום דהוקשו לקרקעות. עיין זה בדברינו למעלה גבי סוגיא עבדי כמקרקעי או כמטלטלי ודו"ק:**) *א"כ לא נוכל לפרש דקרא למעט קרקע משבועה איירי היכא שבקרקע שהודה חפר בורות.

אבל בזו שכפר לא חפר. א"כ ה' פטור מטעם דכל הנשבעין שבתורה היינו דוקא בבא לפטור מתשלומין ובקרקע לא שייך זה.

(ואין להקשות גבי פקדון אמרינן בכל דוכתי דבזו שהודה קטע לידה או מתה. אבל בזו שכפר ח' היא.

ולפי דברינו כיון דאם יודה יהי הפירוש שהדבר של פלוני. א"כ לא באה השבועה לפטור מתשלומין.

אך זה ליתא דבמטלטלין כשכופר לאו ברשותא דמרא נינהו. נמצא דבהודאתו הוא משיב לבעליו וזהו תשלומין שלו ודוק).

ובאמת קשה לפי זה מאי פריך למאן דאמר הילך פטור אמאי אצטריך קרא למיפטר קרקע משבועה. לפי דברינו גם למאן דאמר הילך חייב.

אעפ"כ יפטור בקרקע מטעם דהשבועה לא בא למיפטר מולא ישלם. ואולי כיון דמשמע דרמי בר חמי לא ס"ל דהקרא בא למעט.

רק דהכתוב מיירי רק באופן שבאה השבועה לפוטרו מתשלומין. אבל לא בא למעט דדוקא בכה"ג דפטרו מתשלומין אז מחויב.

וכן הא דאמרינן בשבועות כל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין. היינו ג"כ דהכתוב מיירי באופנים אלו.

אבל לא שבא למעט. אפשר דסוגיא דב"מ ה' סבור דאליבא דמאן דס"ל הילך חייב לא תקשה דנימא דהוא סובר כרמי בר חמי, אבל למאן דס"ל הילך פטור ע"כ קשה.

אבל עכ"פ לדידן דס"ל דקרא ולקח בעליו ולא ישלם למעט אתא ע"כ כי אצטריך קרא למעט קרקע משבועה ע"כ היינו באופן שגם הקרקע שכפר חפר בה בורות שיחין ומערות. דאז אם ה' מודה ה' מחויב להרמב"ם דמיירי בתבעו דמים ה' מחויב דמים.

אעפ"כ פטור מטעם דדמי קרקע כקרקע. ולהראב"ד מיירי בתבעו למלאות החפירות.

דגם כן השבועה באה לפוטרו מתשלומין היינו למלאות החפירות. (ולפי זה הא דמשני בכלים וקרקעות נמי מיירי שבקרקע שכפר חפר בורות ודו"ק: (ד) אלא דקשה על הראב"ד עדיין מאי מהני שתבעו למלאות החפירות הא בנזקין אינו מחויב לתקן הנזק רק דמים משלם מה שהזיקו ולא יותר.

(והנה באמת קשה מאי דינא הוא דעל בעל הבור להעלות שור מבורו. כיון דגבי נזק אינו מחויב רק לשלם בעד הנזק.

אלא גבי בור חידוש. אך לא מצינו שיפרש הגמ' גבי חומר בבור.

ועיין למעלה בגמ' הנ"ל שביארנו ואפשר דגם המת הוא תשלומין. רק כיון דאמרה התורה ששיעור המת יתן לו המת ממילא נעשה שלו.

אבל דיני תשלומין ע"ז וממילא מחויב לתת לידו כדין תשלומין). ונראה לי לפרש דברי הראב"ד דהנה בב"ק מ"ח אמרינן הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בורות שיחין ומערות בעל חצר חייב בנזקי הבור דכיון דאית ליה למלו' ולא מלי' כמאן דכרי' דמי וכתב בתוס' ז"ל ונראה דאפילו אם חפר אדם דבר חיובא הוא חייב בעל החצר בנזקי הבור ועלי' דידי' רמיא למלו' והחופר משלם בנזקי חצר וצ"ע עכ"ל התוס'.

הרי דעדיין מספקא ליה להתוס' דין זה. נמצא דמספקא ליה להתוס' היכא דאחד עשה ממון חבירו למזיק ובעל התקלה יודע.

אם נימא דמחויב מי שהמזיק שלו. או מי שעשה הדבר למזיק.

ומדברי התוס' מוכח דיותר סברא לומר דמחויב בעל המזיק מי שהמזיק שלו לא מי שעשה הדבר למזיק. אכן מדברי הרמב"ן גבי נתקל פושע מוכח.

דאם אחד זרק אבן של חבירו בפשיעה לרה"ר מחויב מי שזרק האבן אף שביד בעל האבן לסלק לא אמרינן כיון דעלי' לסלוקי נעשה הוא בעל הבור. דכיון שחפר בר חיובא. עלי' דידי' רמיא החיובים. ולקמן בע"ה נבאר איך מוכח זה מדברי הרמב"ן בסוגיא דנתקל פושע.

והנה חיובא דבור איננו דוקא בעשה בור לכל העולם. דגם לגבי אחד קרוי בור כדין הכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות והרביץ גללים.

ודין בור הוא שמחויב לסלק וכדין כל הרחקת גפת וזבל. א"כ לדברי הרמב"ן דס"ל דהיכא דחפר בור בחצר חבירו.

הכורה הוא בעל הבור ועל הכורה רמיא לסלוקי. נמצא דאם יתבענו בעל החצר סלק את בורך מחצירו כדין שחייבה התורה בבור לכסות וממילא בחצר יחויב למלאות דהכא לא סגי בכסוי שהרי כסוי יבלה ואטו יניחנו לילך בחצירו לעיין אם התליע הכסוי.

ולא דמי לרה"ר דרשות בידו בכל עת לעיין אם התליע כשיבוא הזמן שדרכו להתליע. בודאי אם יתבענו מלא את הבור כדי שתסלק לבורך מחצירי בודאי לדברי הרמב"ן מחויב הוא למלאות.

מעתה מיושב שפיר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דהראב"ד מוקי לה לגמ' דחפר בה בורות דתבעו למלאות החפירות.

והרמב"ם מוכיח מכאן דדמי קרקע כקרקע נינהו לגבי שבועה. לפי הנ"ל פשוט דהראב"ד יסבור כהרמב"ן דאם חפר אדם בן דעת בור בחצר חבירו על הכורה רמיא לסלוקי את הבור דהוא נקרא בעל הבור.

א"כ אם תבעו בעל החצר שני בורות חפרת בחצירי. ועלך רמיא לסלוקי שניהם היינו למלאות שניהם.

והוא יודה רק באחת. שרק אחת כרה והבור ההוא מחויב לסלק היינו למלאות.

כדי שלא יכשלו בה בני החצר ובהמות החצר. אבל לא השני'.

הי' מודה מקצת. ואילו לא כתב קרא למיפטר קרקע משבועה היינו מחייבים שבועה. עתה דמיעט קרא קרקע משבועה פטור דהרי החיוב הוא קרקע היינו למלאות החפירות. כדי לסלק הבורות.

אכן אם נימא כדעת התוס' דאף אם חפר בן דעת ג"כ לא נעשה בעל הבור כיון דהבור בעצם הוא של בעל החצר. א"כ אינו מחויב רק דמים לא למלאות החפירות כדין נזק דאינו מחויב רק לשלם ולא לתקן הנזק.

מעתה הרמב"ם יסבור כדעת התוס' דהכורה בחצר חבירו אין הכורה נעשה בעל הבור. כיון דהבור הוא של בעל החצר עלי' דידי' רמיא למלוי'.

משו"ה לדידי' אי אפשר לאוקמי גמרא דחפר בה בורות שיחין ומערות בתבעו למלאות החפירות. דהרי אין עליו חיוב למלאות החפירות שהרי לא נעשה בעל הבור.

וע"כ הטעם משום דדמי קרקע כקרקע: (ה) נמצא דהראב"ד והרמב"ם מחולקים בדין דאם עשה אחד דבר של חבירו למזיק מי מחויב בעל הממון או מי שעשה הדבר למזיק דהרמב"ם ס"ל דבעל הממון מחויב. דאף דאחר עשה הדבר למזיק.

אבל עתה כיון שיש לך מזיק עלי' דידך רמיא חיובי ושמירה שלו. והראב"ד ס"ל דהחיוב על מי שעשה הדבר למזיק.

והנה התוס' הוכיחו דע"כ אם לא שמר גחלתו מחויב בעל הכלב נמי דאם נימא דהחיוב הוא רק על בעל הגחלת דהכלב הוי רק רוח מצוי'. וכיון שהוא רק נושא הדבר מחויב מי שהגחלת שלו כיון דלא שמר גחלתו והניח שילך גחלתו ברוח מצוי'.

א"כ איך אמרינן במסכסכת דאם לא שמר החנוני נרו מחויב בעל הגמל. הרי הגמל הוא רק רוח מצוי ויחייב החנוני שלא שמר נרו והניח אשו ברוח מצוי'.

אך לפי דברי הרמב"ם דאם אחד עשה דבר חבירו למזיק מחויב בעל הדבר. מעתה אם אחד בא להדליק עץ של חבירו נהי דהמדליק מחויב בעד העץ.

אבל בעל העץ שעתה יש לו מזיק. הוא עץ הדולק שלו ומחויב הוא בשמירתו.

דהוי דומיא דנפלה דליקה מאלי' ואעפ"כ מחויב הוא לשמור אם יש בידו לשמור. לפ"ז לא קשה ממסכסכת דהתם הא מיירי בבעל הגמל עומד אצל הגמל.

א"כ עתה דנדלקה פשתנו. מחויב הוא על חיובי הפשתן שדולק אם יש בידו לשמור היינו להסב הגמל שע"ז לא ידלק הבירה נמצא דהחיוב אינו משום הגמל אלא משום שהפשתן דולק.

ובידו הי' לשמור ע"י שהי' מסבב הגמל שלא יסכסך. ומשו"ה אמרינן דבעל גמל חייב וחנוני פטור לגמרי.

דכיון דעתה פשתן שלך הוא המזיק מחויב אתה בשמירתן אף שעשה למזיק החנוני. משא"כ גבי לא שמר גחלתו דאף שהכלב הניח בגדיש לא נעשה הגחלת של בעל הכלב.

משו"ה מחויב בעל הגחלת הכל. ומשו"ה פסק הרמב"ם דבעל הגחלת משלם הכל לדדידי' לא קשה ממסכסכת דבמסכסכת החיוב הוא מטעם שהפשתן שלו הוא המזיק.

אכן הראב"ד לטעמי' דס"ל דאם חפר אדם בן דעת בחצר חבירו אף דהבור הוא של בעל החצר אעפ"כ בעל הבור נקרא העושה הדבר למזיק. א"כ במסכסכת לא נוכל לומר דהחיוב הוא על בעל הגמל הוא משום פשתנו שהרי החנוני בזה שהניח נרו בחוץ עשה פשתנו למזיק.

א"כ החנוני הוא בעל האש וע"כ הא דמחייבין לבעל הגמל. כיון דהגמל הולך ושורף הרי דאם בעל הגחלת לא שמר גחלתו.

ובהמה של אחר שרף ע"י הגחלת החיוב על בעל הבהמה. ואיך קאמר בגמרא ולחייב בעל גחלת.

ע"כ דכה"ג שניהם מחויבים כהוכחת התוס'. משו"ה לטעמי' השיג על הרמב"ם.

אבל הרמב"ם לא ס"ל כן כמו שביארנו: (ו) אכן מה שביארנו בארוכה לתרץ קושיית התוס' ע"ז דאיך קאמר הגמ' ולחייב בעל גחלת הא במסכסכת החיוב על בעל הגמל. הוא דהדברים שם גבי חפר בורות שיחין ומערות הם לענ"ד מיושבים לבאר דברי הרמב"ם והראב"ד.

אבל באמת יש דרך קצרה לתרץ אליבא דהרמב"ם דכפי שביארנו כמה פעמים שיטת רש"י והרמב"ם דעל מעשה של בהמת זה לא מחייב בעל התקלה אף אם פשע והא דפריך ולחייב בעל גחלת הרי דמחויב בעל גחלת על מעשה הכלב ביארנו דהקושיא רק על שריפת כל הגדיש. דשריפת כל הגדיש לא הוי מעשה הכלב.

דאשו לאו חציו ממש הוא. אלא דחייבה התורה על מי שהניח אשו ברוח מצוי'.

דמ"ש דנחייב להכלב שהניח האש ברוח מצוי' הרי בעל הגחלת הניח האש ברוח מצוי'. אבל על מקום הגחלים דהוא מעשה הכלב ממש שהוא השורף ע"ז לא פריך ולחייב בעל גחלת.

וכן הוכחנו מדברי רש"י שם. א"כ לפי"ז בפשוט ניחא דהתם גבי מסכסכת הרי כל הבירה הוא מקום גחלים וכמפורש בדברי רש"י ד"ה במסכסכת.

וכדמוכח מסוגית הגמ' דמחייב אף לריש לקיש. א"כ בכה"ג בודאי דמחויב בעל הגמל הכל, שהרי מעשה דגמל הוא שהוא שורף המקום.

ועל מעשה של זה אין מחויב אחר אף אם פשע. אבל הרמב"ם כתב רק דאם לא שמר גחלתו מחויב על הגדיש.

כונתו על כל הגדיש לא על מקום הגחלים. ע"ז בודאי דמחויב בעל הגחלת אחרי שאשו הוא השורף.

אכן הראב"ד לטעמי' דאשו חציו ממש הוא. א"כ לדדידי' ליכא לפלוגי.

משו"ה הקשה דלחייב בעל הכלב נמי. דחציו של שניהם הוא והוי עתה שנים שעשאוהו ודו"ק: סימן יח יתבאר אי שייך לחלוק בין אשו משום חציו בין אם נימא אשו משום ממונא.

לגבי מעיקרא אי בתר תבר מנא: הקצוה"ח (בסימן ש"צ) הקשה לדברי הרא"ש דס"ל דגם גבי חץ אמרינן בתר מעיקרא אזלינו. א"כ איך אמרינן לר"ל במסכסכת כל הבירה מחויב.

הא תיכף מכי אדליק במקצת ה"ל כשרוף כל הבירה. וא"כ אמאי נתחייב במסכסכת כיון דכבר נגמר כל ההיזק ואזלינן בתר מעיקרא.

ותירץ וז"ל משום דלא אזלינן בתר מעיקרא בבור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים דשניהם חייבים. ואע"ג דהבור כרוי ועומד.

וה"ה למ"ד אשו משום ממונו עכ"ד והם תמוהים מאד מה שכתב לחלק בין אשו משום חציו למ"ד אשו משום ממונו דהרי הא דאמרינן דאם זרק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל דפטור השני אין הטעם משום דהראשון מחויב אם אזלינן בתר מעיקרא שהרי אף בזרק הכלי בעצמו דאין עליו חיובים ג"כ אמרינן דפטור אם אזלינן בתר מעיקרא.

והרי על בעל הכלי אין חיובים ובודאי דאף אם זרק חש"ו ג"כ יהי' פטור המשבר אף דהחש"ו הם לאו בני חיובא דהפירוש הוא בדברי הגמ' אם אזלינן בתר מעיקרא א"כ יהי' הפירוש דמה שעשה שיאבד הכלי הוי כאבוד. נמצא דהאחר שבא ושבר במקל שבר מנא תבירא.

א"כ מה לי אם עשה את הכלי למנא תבירא בר חיוב או בר פטור. עכ"פ הוא בא ושבר מנא תבירא.

רק מאן דס"ל דבתר תבר מנא אזלינן. סובר דמה שעומד הכלי להשבר לא נקרא עדיין מנא תבירא.

אבל אם נסבור בתר מעיקרא אזלינן היינו דכיון שעומד הכלי להשבר כשבור הוא מאי נפקא מינה לגבי השני אם הראשון מחויב או פטור עכ"פ הוא שבר מנא תבירא. ה"נ גבי אש מאי נפקא מינה בין אם נסבור אשו משום חציו או משום ממונא אם ס"ל דכיון דהדליק הבירה כל הבירה כשרופה ואבודה.

א"כ מאי נפקא מינה לגבי השני אם הראשין מחויב משום חציו או משום ממונו. ומה שהביא ראי' מבור עשרה ובא אחר והשלימה לעשרים דשניהם חייבים לא אבין כונתו דזה אין לומר דאם כרה אחד בור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים יהי' הבור העליון היינו עשרה טפחים העליונים של הראשון.

ועשרה טפחים התחתונים של השני. א"כ תקשה ממ"נ אם נהרג בעשרה טפחים הראשונים.

אמאי מחויב השני. ואם נהרג בעשרה טפחים התחתונים.

אמאי מחויב הראשון. ע"כ דהכונה כיון דהבל של השני סליק למעלה וכדמוכח בגמ' גבי אתהפיך ונפל אגביואתהפיך ונפל על אפי' כו' הרי דההבל סליק למעלה של כל היום טפחים.

א"כ בעשרים ג"כ כל ההבל מתערב ונעשו עתה שניהם שותפים על כל הבור. כיון שזה כרה בור וזה כרה בור ונתערבו שני הבורות.

הוי שניהם שותפים בהבור. וא"כ איך שייך להקשות אי בתר מעיקרא אי בתר תבר מנא אטו בשעה שכרה זה הבור יוד כבר הי' אבודים כל הדברים שיפלו לתוך הבור בודאי דלא הי' אבודים ורק בשעת נפילה נעשו אבודים.

וא"כ זה דומה לשור של אחד וקנה חבירו ממנו מחצה השור האם נימא דהשני יפטור כיון דהי' השור בעולם בודאי דאף דהי' השור בעולם קודם שקנה עכ"פ עתה שהשור הוא שלו. הרי גם הוא הבעלים ורמיא שמירה עלי'.

ונמצא עתה שור שלו הזיק. ה"נ נהי דקודם שכרה זה את הבור הי' הבור בעולם.

אבל עתה דהוא כרה ג"כ בור ושני הבורות נתערבו. ועתה שניהם בעלים על הבור.

א"כ עתה רמיא שמירה גם על השני. ובור שיש לו שותפות בו הזיק ושניהם משלמין ולא דמי למסכסכת דהתם בשעה שהגמל מסכסך כבר הי' הבירה אבוד.

לפי דברי הקצוה"ח. אלא דגם זה נראה לי דלא הוי כלל אבוד דלא אמרינן בא אחר ושברו במקל פטור דמנא תבירא הוא.

דדוקא דבר שעומד בודאי להשבר אז אמרינן בתר מעיקרא אזלינן. ורק בזרק חץ לפי דברי הרא"ש.

דאף אם לא נעשה דבר בהכלי ג"כ תבירא הוא. היינו אי עומד בודאי להשבר.

אבל בהדליק הבירה עדיין אינה אבוד דהרי ב"א יוכלו לבא ולכבות. דכן הוא הדרך כשרואים דליקה באים ומכבים.

וכל מילתא דלא הוי ודאי אבוד שדרכו שיוצל בכה"ג לאו מנא תבירא הוא. סוף דבר דברי הקצוה"ח שגבו ממני: סימן יט סוגיא דנתקל פושע.

והקדרין והזגין. ויתבאר חילוק בנתקל באבן ונשוף בקרקע.

בין בור ברה"ר לבור ברשותו. ויבאר שיש חיוב בבור מטעם כי יכרה ומטעם ונפל שמה: דף לא ע"א ת"ש הקדרין והזגין שהיו מהלכין זה אחר זה נתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני ראשון חייב בנזקי שני ושני חייב בנזקי שלישי כו' אמר רבא ראשון חייב בנזקי שני בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו שני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו ממ"נ אי נתקל פושע הוא שני נמי לחייב אי נתקל לאו פושע הוא אפילו ראשון נמי ליפטר ראשון ודאי פושע הוא שני אגופו מחייב דהוי ליה לעמוד ולא עמד אממונו פטור דאמר לי' האי בירא לאו אנא כריתי' מיתיבי כולן חייבין אנזקי גופן ופטורין אנזקי ממונן מאי לאו אפילו ראשון כו' אלא אמר רבא ראשון חייב בין בנזקי גופו דשני ושני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו מ"ט דהוה

ליה בור ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים הניחא לשמואל וכו' לעולם כדאמר מעיקרא ודקשיא לך כולן חייבין תרגמא רב אדא בר מניומי קמי' דרבינא שהוזקו כלים בכלים ועיין שם בתוס' ד"ה אמר רבא שהביאו בשם ר"ת שמהפך הגרסא והקשו שם עליו כמה קושיות.

והנה הרמב"ם פסק (בפי"ג מהלכות נזקי ממון הלכה יו"ד) ז"ל הקדרין והזגגין וכיוצא בהן שהיו מהלכין זה אח"ז ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהן יש לו לעמוד ולא עמד הראשון חייב בנזקי גופו של שני בין שהוזק בגופו של ראשון המוטל בארץ בין שהוזק במשאו והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני.

אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל פטור שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאו אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו עכ"ד והשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א זהו תימא שהוא כתב כל הסוגיא כדעת ר"י דאמר נתקל אנוס ואמר כל הנתקל ואפילו ראשון מעתה משאו של ראשון אינו בורו עכ"ל והמ"מ תירץ דמיירי בשלא הפקיר עדיין משו"ה בורו הוא שהרי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אנוס פטור אבל בלא הפקיר חייב אך קשה אם בשלא הפקירו אמאי השני פטור נהי דאינו מחויב על הכרי' כיון שבאנוס בא אבל גם הראשון אינו מחויב על הנפילה שהרי נתקל אנוס אלא כיון דבורו הוא מחויב מפני שלא סלקו א"כ גם השני יתחייב על שלא סילק משאו אחרי שלא הפקירו ומאי נפקא מינה בין ראשון לשני: ואפשר הי' לומר דס"ל להרמב"ם כיון דהראשון הפילו עם משאו א"כ מוטל החיוב על הראשון לסלק ההיזק שהרי הי' לו לעמוד ולא עמד א"כ הוא הכורה את הבור היינו המשא של שני שע"י נפל לארץ ומשו"ה אף שהוא ממון של שני כיון שהוא עשה את הבור הוא מחויב לסלק משאו"כ בראשון כיון דאין כאן מי שיחוייב על הנפילה משו"ה הוא מחויב לסלק כיון דלא הפקירו ונפשוט בזה מאי דאיבעי להו לתוס' בשור שנגזח את הפרה (דף מ"ח) ד"ה אע"ג ז"ל התוס' ונראה דאפילו אם חפרו אדם דבר חיובא הוא חייב בעל חצר בנזקי הבור ועלי' דידי' למלו' והחופר משלם בנזקי חצר וצ"ע עכ"ד התוס' הרי דלא ברירא לתוס' האי מילתא ונימא דלהרמב"ם פשיטא דכיון דאדם הוא ובר דעת הוא והוא מחויב על הכרי' משו"ה אף שהוא ממון של אחר מחויב הכורה למלו' ולסלק הבור: אמנם מלבד דיקשה אמאי לא ביאר הרמב"ם דמחויב הראשון על משאו של השני ואם השלישי הוזק במשאו של השני חייב הראשון כיון דהוא כרה את הבור ומדנקט סתמא הראשון חייב בנזקי שני משמע דרק בנזקי שני חייב ולא בנזקי שלישי.

עוד מצאתי מפורש ברמב"ן שהראשון פטור על נזקי שלישי במשא השני וז"ל הרמב"ן אלא בא ונסמוך על דברי רבינו הגדול ז"ל שעלה לישנא בתרא דרבא כרבנן דאמרי נתקל לאו פושע הוא ואפילו הכי ראשון חייב משום שאינו מפקיר וסתמא דמילתא נמי הכי הוא שאין הזגגין מפקירין מלאכתן משום דנפל וללישנא קמא נמי בדלא מפקרא כדפרישית הלכך הי' לו לעמוד ולסלק ממנו והוי ליה בין הוא בין ממנו בור ושני חייב על נזקי עצמו שהי' לו לעמוד ולא עמד אע"פ שנפל מחמת הראשון ולא פושע הוא בנפילתו בשלא עמד נעשה בור.

ופטור על עסקי ממונו שלו משום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כריתי לא באונס ולא ברצון אלא מחמת הראשון נפל והוא הכורה ואינו מוטל עלי לסלק הואיל דלאו אנא כריתי ואע"פ שנתכוין לזכות בו ולא הפקיר ממונו פטור הא למה זה דומה לאבנו סכיננו ומשאו שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהשני חייב ולא הבעלים ואע"פ שהי' להם לסלקו זהו הדין אינו נוהג בבור שיהי' זה חופר בור וזה מתחייב שיהי' עליו מוטל לכסותו ומשו"ה שני פטור וראשון נמי פטור אממונו דשני משום דסבירא לן נתקל אנוס הוא ולא מתחייב אלא בשאינו מפקיר וזה כמפקיר דמי שהרי אינו שלו וזהו דעת רבינו הגדול וכל הפורש ממנו כאלו פורש מחיים עכ"ד הרמב"ן ז"ל הרי דפסק דהראשון פטור על נזקי שלישי במשאו דשני; אך דברי הרמב"ן לכאורה תמוהים דהוא אומר טעמא דפטור הראשון על משא השני שהזיק משום דנתקל אנוס הוא ולפי האי טעמא א"כ אמאי מחייבין את הראשון על נזק השני שהזיק הרי נתקל אנוס הוא אלא ע"כ משו"ה מחייבין על נזק שהזיק השני גם על משא השני משום שהי' לו לעמוד ופושע הוא ע"ז שלא עמד א"כ אמאי פטור על נזק השלישי שהזיק במשא השני הרי פושע הוא על נפילת משאו דשני ומאי האי דכתב הרמב"ן דראשון פטור אממונו דשני דסבירא לן נתקל אנוס הוא הרי אנוס הוא רק על נפילתו אבל על נפילת השני ומשאו הרי פושע הוא שהי' לו לעמוד: אולם זה יש לפרש בפשטות דכונת הרמב"ן ז"ל כן דהנה התוס' הקשו אמאי אמרינן (לפירוש ר"ח) דראשון הויגופו בור ופטור על נזקי כלים של השני ע"ז הקשו בתוס' ז"ל ואע"פ שאינו מזיק בידים אין לו ליחשב בור דהתנן אם עמד בעל קורה חייב בחבית של חבירו אלמא חשיב אדם המזיק אע"פ שאין מזיק בידים כו' ולבסוף מסקי בתוס' שאפילו גוף של שני חייב על ממון שלישי דמטעם שהי' לו לעמוד ולהזהיר הוי אדם המזיק וחייב על הכלים עכ"ל.

אך הרמב"ן ז"ל ס"ל דלא דמי להראי' שהביאו התוס' מאם עמד בעל קורה הבעל קורה חייב על חבית של חבירו דהתם כיון שהעמיד הקורה בעת שכבר הלך הראשון עם החבית א"כ מזיק בידים הוא והוא דמי לזרק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסייף דלרבי יהודה בן בתירא חייב מפני שקירב את מיתתו ואף לרבנן אינו פטור אלא מטעם דבלא"ה נמי הוי מיית.

אבל אם לא הי' מת מהנפילה אף לרבנן הוי חייב. ולכאורה הלא לאו רוצח הוא שהרי לא עשה מעשה בידים שהרי הוא רק העמיד את הסייף והתינוק מעצמו נפל על הסייף ונהרג אלא ע"כ דזהו מעשה בידים שלו שהעמיד הסייף בעת שכבר נפל התינוק מן הגג ובזה שהעמיד הסייף הוא עושה מעשה בידים ממש.

משא"כ אלו הי' מחזיק בסייף מקודם בידו ואח"כ נפל תינוק מן הגג אף אם הי' בידו לסלק בודאי דלאו רוצח הוא שהרי הוא אינו עושה מעשה בידים ועל שלא סלק ההיזק בודאי דאינו מחויב מיתה ורק עבר משום לא תעמוד על דם רעך. א"כ הכא נמי גבי נזקין אם החזיק האבן בידו ואח"כ נפל כלי אף שלא סילק האבן שהי' בידו לסלק אינו מחויב מטעם אדם המזיק אלא מטעם כורה בור דכל היכא דעליו לסלק בור הוא.

אבל משום אדם המזיק אינו מחויב שהרי לאו מעשה בידים הוא. אבל אם מתחילה נפל הכלי מן הגג באופן שלא הי' נשבר בנפילה או הלך אחד עם חבית שלו ואח"כ העמיד

הוא דבר שהוזק בו כמו הקורה הרי בהעמדתו הוא עושה מעשה בידים והוי אדם המזיק ולא דוקא בהחזיק בידו אלא אפילו בהניח לארץ ג"כ הדין דאם הניח לאחר נפילת הכלי שכבר עתיד הכלי לבא אז מחויב מטעם אדם המזיק אבל אם לאח"כ לאחר הנחת האבן נפל הכלי אז אינו מחויב אלא מטעם בור וא"כ היכא דגופו ממש הזיק אם אין החיוב על זה שנפל אלא על שלא סלק גופו כיון דלא מעשה בידים הוא לאו מזיק בידים הוא אלא כורה בור הוא.

והתוס' בקושיתם לא הקשו אלא כיון דפושע הוא א"כ מחויב על הנפילה והוי הנפילה מעשה בידים כיון שהנפילה לאחר שכבר הלך השני ונכון הוא השני לבא על מקום זה ורק במסקנא מסקי התוס' דאף אם אינו מחויב על הנפילה ורק משום דלא עמד ג"כ מקרי אדם המזיק על גופו אבל בהקושיא לא הקשו התוס' אלא כיון דפושע הוא ומחויב על הנפילה והוי הנפילה מעשה בידים: ועוד נראה לי להביא ראי' לזה דאם הניח דבר המזיק בשעה שהדבר שהוזק בו הולך אף שהניח לארץ ולא החזיק בידו בשעה שהוזק בכל זאת מקרי אדם המזיק מהא דפסק הרמב"ם (בפ"ז מהלכות חובל ומזיק) דאם אחד זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילקו מחויב המסלק מטעם דינא דגרמי ואם נימא דאם הניח אבן בשעה שכבר זרק פלוני את הכלי מחויב רק מטעם בור.

א"כ הי' ליה לפטור על הכלים דהרי כשסלק הכרים והכסתות לא עדיף מאילו הניח אבן על הכרים והכסתות דאז הי' פטור דבור פטור על כלים וגם עתה כשסילק הכרים והכסתות נעשה הקרקע ע"י גרמתו בור וליפטור על הכלים אלא ע"כ צריך לומר דאם הניח אבן על הכרים והכסתות בשעה שכבר הולך הכלי ומזומן ההיזק מקרי אדם המזיק מטעם מצמצם דגבי נזקין מצמצם חייב כאדם המזיק והכא שרק גרם שהקרקע יהי' מזיק להכלי הוי גורם: והנה הרמב"ן יסבור כסברת התוס' בהקושיא דאם אינו חייב אלא על שלא סילק ההיזק אף דהוא על גופו דהיינו על שלא סילק גופו מקרי רק בור ולא מעשה בידים הוא.

והנה חיובא דבור הוא רק כי יכרה היינו היכא דהוא עשה ההיזק בידים משא"כ היכא דאינו מחויב אלא על שלא סינק ההיזק לא הוי בור וכמו דאמרינן איש בור ולא שור בור היינו דאינו מחויב על בור אלא היכא שהוא בעצמו כרה את הבור ולא היכא שהשור עשה בור. כמו כן נמי אמרינן ולא בור בור היינו דעל בור אינו מחויב רק על היזק הבור ולא שע"י בורו נעשה בור אחר דעל אותו בור השני שנעשה מבורו אינו מחויב.

וע"פ זה יבוארו דברי הרמב"ן כיון דסבירא לן נתקל אנוס הוא א"כ לא מחייבינן ליה על מעשה הנפילה אלא על שלא סילק גופו. ועי"ז שלא סלק גופו נעשה בורו של האחר משו"ה אינו מחויב דלאו כי יכרה הוא וגם ממונו נמי לא הוי.

משו"ה אינו מחויב על משאו של השני שהזיק שהרי נעשה בור לא ע"י מעשה שלו. רק ע"י בורו היינו שלא סילק גופו בכה"ג פטור דאיש בור אמר רחמנא ולא בור בור.

אך מה שפותר הרמב"ן גם את השני אף אם לא הפקיר כיון דהכרי' באה שלא ע"י מעשיו הדברים תמוהים דהרי אמרינן הכניס שורו לחצר חבירו וחפר בה בורות שיחין ומערות

בעל השור חייב בנזקי חצר ובעל חצר חייב בנזקי הבור מ"ט כיון דאית ליה למלו' ולא מלי' כמאן דכרי' דמי הרי אף שהכניס אחר את השור ולא נוכל לחייבו על מעשה הכרי' כיון דדידי' הוא עלי' רמיא לסלוקי וע"כ לא מיבעי לתוס' באדם בן דעת אלא כיון דבן דעת הוא יתחייב הוא בנזקי הבור ויהי' החיוב עליו למלאות.

אבל אם נימא דהכורה אף אם בן דעת הוא פטור הלא ע"כ אז יתחייב בעל החצר דמאי נפקא מינה אם הכרי' באה ע"י בן דעת או שלא ע"י בן דעת כיון דעכ"פ דידי' היא עלי' רמיא לסלוקי. אף שכתב הרמב"ן ז"ל שאין דין זה נוהג בבור שיהא זה חופר וזה מתחייב אך גם זה צ"ע מנא לן זה אלא כיון דכתב רחמנא כי יכרה והוא לא כרה א"כ גם אם שור של אחר כרה ג"כ הא לא כרה בעצמו וע"כ צ"ל כיון דעלי' דידי' רמיא לסלוקי כמאן דכרי' דמי א"כ גם אם בן דעת חפר אם הוא פטור נימא כיון דדידי' הוא עלי' דידי' רמיא לסלוקי וכיון דלא סלקה כמאן דכרי' דמי ואמאי פטור השני על נזקי השלישי שהוזק במשאו כיון דהרמב"ן מפרש בשלא הפקיר וא"כ כיון דהי' לו לעמוד ולסלק ולא סלק כמאן דכרי' דמי.

וכן מוכח מהא דאמרינן ההופך את הגלל ברה"ר והוזק בהן אחר חייב בנזקו ואמר ר"א ל"ש אלא שנתכוין לזכות בהן ומוקי רב אשי כשהפכה למטה משלשה הרי דאלו לא נתכוין לזכות הי' פטור אם הפכה למטה משלשה דלמטה משלשה לא איסתלק מעשה ראשון ולא מקרי כורה בור ואעפ"כ אם נתכוין לזכות כיון דהגלל שלו חייב אף דמעשה הכרי' עשה הראשון הרי שלא כדברי הרמב"ן שאמר שאין דין זה נוהג בבור שיהא זה חופר וזה מתחייב ומכאן ראי' אף שאחר חפר כיון דדידי' הוא מחויב וא"כ הדרא קושיא לדוכתא על הרמב"ם ז"ל ממ"נ אי הרמב"ם מיירי בדלא אפקרינהו אמאי השני פטור על נזק השלישי במשאו ואי מיירי הרמב"ם בדאפקרינהו אמאי הראשון חייב על נזקי השני במשאו הא קיי"ל נתקל אנוס הוא והוי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס: ונראה לישב דהנה הרמב"ם כתב (בפי"ג מהלכות נזקי ממון הלכה ג') ז"ל כיצד המניח הניח אבנו או סכיננו או תבנו או משאו וכיוצא בהן ברה"ר והוזק בהן בין אדם בין בהמה חייב נזק שלם וכן אם הניח ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקירן נתקל בקרקע ונחבט בתקלה זו והוזק בה חייב בעל התקלה ואם הוזק כלים בכל אלו או נטפנו פטור עכ"ד.

והקשה הלח"מ דמשמע מדברי הרמב"ם דדוקא אם נתקל בקרקע והוזק בתקלה אבל אם נתקל בתקלה והוזק בקרקע פטור הא קיי"ל כותי' דשמואל דאם עשה תל ונתקל בגובה ונחבט בקרקע חייב וע"ש בדברי הלח"מ. ונראה לתרץ קושיתו ע"פ המבואר אצלינו למעלה בסוגי' דבור המתגלגל (ושם מבואר בארוכה) דגבי בור יש שני חיובים יש בור ברה"ר ואז החיוב מטעם הכרי' היינו עשיית התקלה ברה"ר אבל הבור איננו שלו ויש בור ברשותו ואז החיוב דוקא אם הבור הוא שלו אבל אם הבור אינו שלו פטור כיון דברשות חפר.

וז"ל הרמב"ם (פי"ב הלכה ב') אבל אם הפקיר רשותו ובורו או שהפקיר בורו שברשותו או הקדיש הרי זה פטור שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים וזה הפקיר ובתחלה ברשות חפר מפני שחפר ברשותו הרי דכל זמן שהבור שלו מחויב כיון שבור שלו הזיק

אבל כשהפקיר אז פטור שהרי אז אין בור שלו המזיק ועל כריתו אין אנו יכולין לחייבו מפני שחפר ברשות.

אבל בבור ברה"ר אף שאין הבור שלו מחויב על כרייתו על שעשה התקלה לפי זה בפשטות ניחא החילוק דבבור ברה"ר שהוא עשה התקלה אז כיון שנתקל בתקלתו אף שנחבט בדבר אחר מחויב שהרי בור ברה"ר החיוב על התקלה ותקלתו הא הוי. אבל בבור ברשותו אין החיוב על התקלה רק דאמרה התורה בעל הבור ישלם כיון שבור שלו הזיק מחויב לשלם והיינו דוקא אם בור שלו הזיק אבל אם נתקל בבורו ונחבט בדבר אחר כיון שבורו לא הזיק רק תקלה הוי ובור ברשותו אינו מחויב על התקלה.

ולפי זה שפיר קאמר הרמב"ם דאם הניחן ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקירן כיון שברשותו הם אין החיוב על התקלה אלא מטעם בעל הבור ישלם. דוקא נתקל בקרקע ונחבט בתקלה דאז תקלתו הזיקתו ומחויב מטעם בעל הבור אבל אם נתקל בתקלה ונחבט בקרקע כיון דתקלתו לא הזיקתו א"כ מטעם בעל הבור אין אנו יכולים לחייבו אלא שתקלתו גרם שיוזק בדבר אחר וכיון דברשותו היא אינו מחויב על התקלה: והנה לפי זה יקשה הא דקאמר הרמב"ם (פי"ג מהלכות נזקי ממון הלכה ד') הכניס שורו לחצר של בעה"ב שלא ברשות והרביץ גללים ונטנפו כלי' של בעה"ב פטור שהרי הגלל זה תולדות בור הוא ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים משמע דאם הוזק האדם עצמו באותן הגללים או שור הוזק באותן הגללים מחויב והרי כיון דסבירא ליה להרמב"ם דהיכא דאין חיוב עליו על הכרי' אז אינו מחויב רק היכא שהוא שלו אבל אם הפקירו פטור א"כ הכא דשורו הוא שהרביץ את הגללים הלא על הכרי' פטור דאיש בור ולא שור בור ואינו מחויב אלא על שגללים שלו הזיקו א"כ יהי' זה הדין כמו הניח תקלתו ברשותו והפקיר רשותו דדוקא אם לא הפקיר התקלה אבל אם הפקיר התקלה פטור דהתורה אמרה בעל הבור ישלם דוקא בור דאית ליה בעלים אבל לית ליה בעלים פטור היכא דאי אפשר לחייבו מטעם כרי' א"כ הכא דמטעם כרי' אי אפשר לחייבו שהרי השור הוא שכרה דכי יכרה איש בור אמר רחמנא ולא שור בור ליפטר אף שהוזק אדם או שור בהגללים שהרי סתם גללים אפקורי מפקיר להו.

וע"כ צריך לומר דהרמב"ם ס"ל כמו שפירש התוס' בדעת רש"י בב"ק (דף מ"ח) ד"ה טנפו כלי' ז"ל משמע מתוך פירוש הקונטרס למאי דמסקינן סתם גללים אפקורי מפקיר להו דלא פטרינן אלא כליו דוקא אבל הוא עצמו חייב ולר"י נראה דודאי מעיקרא דס"ד דלא אפקרי' לא פטר אלא כליו אבל לפי המסקנא דאמר דמפקר להו אפילו הוא עצמו פטור מידי דהוי אמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס כו' אע"פ שאם לא הי' מפקיר הי' חייב לסלק מכל מקום השתא דהפקירן פטור.

ופירוש הקונטרס נראה יותר שאין נראה שחוזר ממה שלא פטר אלא כליו וחשב האי מפקיר נזקיו לאחר נפילת פושע שפושע הוא שמכניס שורו שלא ברשות שדרכו להרביץ גללים עכ"ל התוס' ולכאורה אינם מובנים דברי התוס' איך קאמר שמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה הוא שפושע הוא שמכניס שורו שלא ברשות א"כ האיך אמרינן דאם הכניס שורו לחצר בעה"ב שלא ברשות וחפר בורות שיחין ומערות דבעל

השור אינו מחויב על חיוב הבור דכתיב כי יכרה איש בור ולא שור בור נימא פושע הוא שמכניס שורו שלא ברשות בעל החצר.

אלא ע"כ אף דפושע הוא התורה לא חייבה על בור אלא דוקא כי יכרה היינו בשעשה מעשה אבל לא היכא דע"י פשיעתו נעשה בור משו"ה אם כרה שורו את הבור אף שהוא בפשיעתו פטור. א"כ על הכרי' אי אפשר לחייבו ורק על שלא סילק א"כ מה לי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס או מפקיר נזקיו לאחר כרית שור לכאורה בשניהם על מעשה הכרי' אי אפשר לחייבו ועל מה שלא סילק יפטר כיון שהפקיר.

וע"כ צ"ל דלא דמי כיון דאלו לא כתב קרא בעל הבור ישלם הוה אמינא דאף אם הפקיר בור שברשותו ג"כ יחייב כיון שהי' כבר בור שלו והי' עליו חיוב אם יזיק. גם כשהפקירו הנה הוא מחויב שהרי מניח בור שהוא תקלה ואינו מסלק תקלתו אלא דגלי לן קרא בעל הבור ישלם דכתב הרמב"ם דמזה ילפינן דדוקא בבור דאית ליה בעלים דאין החיוב אלא דוקא אם בור שלו הזיק אמרינן דלא אתי קרא למעוטי אלא היכא דהכרי' הי' ברשות אבל לא היכא שהכרי' היתה שלא ברשות אף שעל הכרי' אי אפשר לחייבו אבל הפטור של בעל הבור ישלם היינו מיעוט היכא דהבור לא הי' שלו ג"כ אין כאן.

דאין לך בו אלא מיעוטו היכא שהכרי' הי' ברשות משו"ה היכא שהכניס שורו לחצר חבירו שלא ברשות נהי שעל הכרי' אי אפשר לחייבו דכי יכרה איש בור אמר רחמנא ולא שור בור ומשו"ה אם חפר בורות שיחין ומערות אין בעל השור מחויב בנזקי הבור כיון דהכרי' היא ע"י השור והבור איננו שלו.

אבל היכא שהרביץ גללים נהי דאי אפשר לחייבו על שהרביץ גללים דזה בא ע"י השור ואיש בור אמר רחמנא ולא שור בור אבל כיון שהגללים היו שלו. וא"כ מחויב אם הגללים הזיקו מטעם שבור שלו הזיק.

א"כ אף שהפקירן אחר כן הפטור דבעל הבור אמר רחמנא דמזה ילפינן היכא דהפקירן פטור לא נאמר בכי האי גוונא כיון שהיתה הכרי' בפשיעה דדוקא אם היתה ברשות מיעוט רחמנא אבל לא היכא שהיתה בפשיעה: ולפי"ז יש ליישב גירסת הר"ח שהביא התוס' בד"ה אמר רבא ז"ל התוס' אמר רבא ראשון חייב בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו דשני כדמפרש דראשון ודאי פושע הוא כו' כדמסיק דאגופו של שלישי מחייב דהו"ל לעמוד ולא עמד אממונו פטור דהו"ל בור ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים מיתבי' כולן חייבין בנזקי גופן ושטורין על נזקי ממונן אלא אמר רבא ראשון חייב בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו דראשון שני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו דשני משום שהי' לו לעמוד אבל לא בנזקי ממונו משום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כרית' והקשו התוס' על גרסת ר"ח דהא דמעיקרא כשאמר דשני פטור משום דהו"ל בור ולא מצינו בור שחייב בו את הכלים לפרוך הניחא לשמואל כדפריך לקמן ועוד אמאי הדר רבא מתוך קושיא דפריך מברייתא דקאמר כולן חייבין בנזקי גופן ופטורין על נזקי ממונן לישני דגופו וממונו אמזיקין קאי וחייבין אנזקי גופו דראשון מטעם אדם המזיק וגופו של שני משום בור ופטור אנזקי שממונו הזיק כרבנן דאמרי נתקל לאו פושע והוה מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס.

אכן לפי שביארנו למעלה יתישבו כל הקושיות דהנה לעיל בארנו דאי נימא נתקל פושע הוא אז אף אם הניח אבן ונשבר כלי בזה ג"כ חייב שכיון שזרק המשא שלו או שכבר הלך הכלי לא מקרי בור אלא אדם המזיק דהוי מצמצם אבל אם נימא דנתקל לאו פושע הוא וא"כ אין החיוב על שהניח המשא שלו בשעה שפלוגי הולך אלא על שלא סילק דאז לא הוי אדם המזיק אלא בור מקרי ופטור על כלים וכן ביארנו דהרמב"ם ס"ל דמיעוטא דילפינן מקרא דבעל הבור ישלם שאם הפקיר הדבר פטור היינו דוקא היכא דהכרי' היתה ברשות אבל היכא דהכרי' לא היתה ברשות אף שאין לחייבו על הכרי' אעפ"כ אם הפקיר אח"כ מחויב.

והנה בנפילת אונס מקרי ברשות שהרי אנוס רחמנא פטרי' והוי ככורה ברשות משו"ה אם הפקיר אח"כ פטור אבל בנתקל כתבו התוס' בב"מ פ"ב ד"ה ור"מ דאף דאמרינן נתקל לאו פושע הוא היינו דוקא דפושע לא הוי אבל אנוס ג"כ לא הוה משו"ה בש"ש מחויב וכן כתב הרמב"ם (בפ"ג מהלכות שכירות) דאם נתקל ושבר החבית דין תורה שישלם שאין זה אונס גדול והרי השבירה כגניבה ואבידה א"כ בנתקל נהי דאי אפשר לחייבו על מעשה השבירה שהרי לאו פושע הוא וכי יכרה אמר רחמנא היינו דעביד מעשה בידים שהוא בפשיעה אעפ"כ פטורא דאמר רחמנא בעל הבור ישלם דמזה ילפינן שאם הפקיר פטור זהו דוקא בחופר ברשות שבשעת הכרי' הי' שלו או באונס גדולדג"כ כברשות הוא אבל בכעין גניבה ואבידה נהי דפושע לא הוי ברשות נמי לא הוי.

וא"כ אף היכא שהפקיר אח"כ מחויב מפני שהי' לו לסלקו ולא סילק. וכן הא שכתב הרמב"ם נשברה כדו ברה"ר והוחלק אחד במים או שלקה בחרסית פטור מדיני אדם לפי שאנוס הוא דוקא בנשברה באונס הדין כן כגון שנפשרה או בשארי אונסים אבל בשבר כגון שנתקל מחויב על שלא סילק אף שהפקיר ומשו"ה כשכתב הרמב"ם והוא הדין לנפלה גמלו ולא העמידה לא כתב הרמב"ם רבותא יותר כאוקימתא דגמ' דאף אם איתקל ואיתקלא בי' גמלא ג"כ פטור שהרי נתקל לאו פושע הוא.

אכן לפי הנ"ל כיון דהרמב"ם פסק דנתקל אנוס רק לגבי זה שאינו פושע אבל אנוס גמור לא הוי א"כ לפי פסק הלכה היכא דאיתקל ואיתקלא בי' גמלא אם הפקיר אח"כ מחויב ועפ"ז יתיישב שיטת הר"ח דאמר רבא ראשון חייב בנזקי שני בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו היינו בין שהוזק גוף השני בין שהוזק ממון השני דכיון דנתקל פושע הוא ומחייבין אותו על שנפל לארץ בשעה שהשני כבר הולך א"כ הוי אדם המזיק לא בור לא מבעי דגוף הראשון הוי מזיק בידים אלא אפילו אם נתקל השני במשאו של הראשון ושיבר כליו ג"כ מחויב הראשון על היזק כליו של השני דכיון שמשאו הניח לארץ בשעה שהלך השני הוי אדם המזיק כמו שמוכח מהי' בעל קורה ראשון ובעל חבית שני ועמד בעל הקורה מחויב הבעל הקורה על זה ששבר בעל החבית את החבית בקורתו.

וכמו שהוכחנו למעלה דאף אם לא החזיק הקורה בידו אלא שהניח דבר המזיק לארץ בשעה שכבר הולך הכלי הוי מצמצם ומחויב מטעם אדם המזיק. אבל שני חייב בנזקי שלישי דוקא שהוזק גוף השלישי אבל לא על היזק משאו של השלישי דכיון דהשני לאו פושע הוא על נפילתו שהרי קרינן לראשון אדם המזיק על נפילת השני ע"כ דשני לאו

פושע הוא א"כ את השני אין אנו מחייבים על נפילתו רק על שלא סילק תקלתו דהוי רק חיובא דבור ובור פטור על כלום.

משו"ה פטור השני על נזק משאו של השלישי. ומיושב בזה קושית התוס' שהקשו דליפרך הניחא לשמואל דאמר כל תקלה בור הוא אבל לרב דאמר אי אפקרי' אין אי לא אפקרי' לא מאי איכא למימר.

ולפי דברינו לא קשה מידי דנוכל לומר דקאי על משאו של שני דאם הוזק משא השלישי במשאו של שני פטור השני משום דבור פטור על כלים ומשאו הא הפקיר דלפי דברינו הראשון חייב על נזקי ממונו של השני אף אם הוזק בממונו דראשון כשהניח משאו בשעה שכבר הלך השני הוי גם על משאו אדם המזיק אבל השני דהחיוב משום שלא סילק אממונו הוי בור אפילו לרב כיון שהפקיר ופריך שם מתיבי כולן חייבין אנזקי גופן ופטורין אנזקי ממונן מאי לאו אפילו ראשון ולפי דברינו הא לרבא הוי ראשון גם על ממונו אדם המזיק וא"כ אף אם נימא דמיירי שהוזקו כלים בכלים ג"כ יקשה שהראשון יהי' חייב גם על כלים של השני אם הוזקו בכליו.

ומיושב בזה קושית התוס' שהקשו דלישני דגופן וממונן אמזיקין קאי דלפי דברינו הראשון גם אממונו נמי הוי אדם המזיק. אלא אמר רבא ראשון חייב בין בנזקי גופו בין בנזקי ממונו שני חייב בנזקי שלישי בנזקי גופו אבל לא בנזקי ממונו בנזקי גופו מחייב דהי' לו לעמוד ולא עמד אבל לא אממונו משום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כריתי'.

פירוש דעתה הדר בי' רבא וסבירא ליה דנתקל לאו פושע הוא וא"כ אפי' ראשון לא הוי אדם המזיק שהרי על נפילתו אי אפשר לחייבו ורק מחייבין ליה על שלא סילק גופו וממונו א"כ הוי רק חיוב בור אלא כיון דסבירא ליה נתקל לאו פושע הוא אבל אנוס ג"כ לא הוי א"כ פטור שפטרה התורה בעל הבור ישלם דמזה ילפינן שאם הפקיר אח"כ פטור אין כאן.

שלא פטרה התורה אלא היכא דהכרי' הוה ברשות אבל הכא כיון דהוי כעין גניבה ואבידה נהי דחיוב כי יכרה אין כאן אבל פטור דבעל הבור ג"כ אין כאן דברשות לא מקרי ומשו"ה ראשון מחויב אנזקי ממונו אף שבודאי הפקיר אבל שני כיון שהוא לא מעצמו נתקל אלא ע"י שהראשון הניח משא ותקלה בעת שכבר הלך הוי אנוס גמור שהרי חזינן דלמאן דסבירא ליה נתקל פושע הוא הוי על נפילת השני אדם המזיק ע"כ דהשני הוי אנוס גמור דהוי כמו שהפיל אותו הראשון א"כ גם למאן דס"ל נתקל לאו פושע הוא השני אנוס הוא דזה ודאי דלגבי השני אם יקרא אנוס או לא אין חילוק בין מאן דס"ל נתקל פושע הוא או לאו פושע הוא.

ומשו"ה השני פטור אנזקי ממונו משום דאמר ליה האי בירא לאו אנא כריתי' פירוש כיון שלא היתי כלל כורה על משאי שהרי הראשון הפיל אותי עם משאי ביחד א"כ הוי כמו כורה ברשות כיון דלא הוי כלל מעשה הכרי' מצדו בזה אמרינן פטורא דבעל הבור ישלם דוקא בבור דאית ליה בעלים אבל אם הפקיר פטור משו"ה השני פטור על ממונו שהזיק כיון שהפקיר ומפקיר נזקיו לאחר נפילת אנוס גמור פטור והוי ככורה ברשות שאם הפקיר פטור.

וכולן חייבין אנזקי גופן כמו אמר מר הניחא לשמואל כו' ומשני כגון שהוזקו כלים בכלים דכיון דס"ל לרבא נתקל לאו פושע הוא א"כ גם הראשון אינו מחויב על מעשה הנפילה רק על שלא סילק דהוי רק חיוב דבור ובור פטור על הכלים: נמצא דכמו שמסיק בגמ' אליבא דרבא הן הן דברי הרמב"ם (בפי"ג מה' נזקי ממון) שהבאנו לעיל הקדרין והזגגין וכיוצא בהן שהיו מהלכין בזה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהן יש לו לעמוד ולא עמד הראשון חייב בנזקי שני בין שהוזק בגופו של ראשון המוטל בארץ בין שהוזק במשאו היינו אף שמשאו בודאי הפקיר.

אכן הרמב"ם לטעמי' דהוא לא פסק נתקל אנוס הוא רק פסק נתקל לאו פושע הוא והוי כעין גניבה ואבידה משו"ה נהי דעל מעשה הכרי' אי אפשר לחייבו אבל פטורא דבעל הבור גם כן אין כאן דברשות לא הוי וא"כ כיון שבעת הנפילה היתה המשא שלו אף שהפקיר אח"כ מחויב דהוי כמו שור שהרביץ גללים דאף שאי אפשר לחייבו על זה שהרביץ גללים שהרי כי יכרה איש בור אמר רחמנא ולא שור בור כיון ששלו הי' בעת הנפילה ועלי' דידי' רמיא לסלוקי מחויב אף שהפקיר כיון שלא היתה הכרי' ברשות כמו שבארנו למעלה.

והשני חייב בנזקי גופו של שלישי אם הוזק בגופו של שני אבל אם הוזק במשאו של שני שנפל פטור שהרי אומר לו השני בור זה שהוא משאי אין אני הכורה אותו שהרי הראשון הפיל השני עם משאו היינו כיון שהשני לא הי' כלל כורה שהרי הראשון הפיל אותו עם המשא א"כ לא גרע מכורה ברשות דאמר רחמנא בעל הבור ישלם דוקא אם אית ליה בעלים ואם הפקיר פטור משו"ה אף שהי' שלו בשעת נפילה כיון שהפקיר אח"כ פטור כיון שלא הי' כלל הכרי' מצדו: סימן כ סוגיא דשחטו מה שעשה עשוי.

והמזיק שיעבודו של חבירו וסוגיא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד. ויתבאר כמה חילוקים במזיק שיעבודו שיש מקום שמחויב מטעם גרמי.

ויש מקומות דלא הוי רק מבטל כיסו. ויתבאר חילוק בין שחטו לאכלו: (א) בדף לג גמרא המזיק שיעבודו של חבירו כו'.

והנה לקמן (בדף מ') איתא שאלו בחזקת תם ונמצא מועד בעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק כו' ואמאי נימא תורא שאילי אריא לא שאילי אמר רב הבמ"ע שהכיר בו שהוא נגחן כו'. ונימא אי תם הוי מעריקנא ליה לאגמא.

אלא הכא במאי עסקינן כגון דקדם ב"מ דינא ותפסי' כו'. והנה הרמב"ם (בפ"ד מהלכות נזקי ממון) כתב דאם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד אם הכיר בו שהוא נגחן הבעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק.

והשיג הראב"ד דאין הדין אלא היכא דתפסוהו ב"ד. ותירץ המ"מ דיש דרך לתרץ דברי הרמב"ם דסוגית הגמ' אזלא אליבא דר' ישמעאל והרמב"ם פוסק כרבי עקיבא ולדידי' אם יעריק לאגמא יצטרך לשלם את"ד.

אך לכאורה קשה מאד תירוצו דלפי זה הא דאמרינן דאם שחטו אינו משלם פחת שפחתו מיתה הוא דוקא אליבא דרבי ישמעאל. אבל לר' עקיבא יצטרך לשלם, א"כ איך כתב הרמב"ם דאם שחטו גובה מבשרו ולא כתב שישלם המזיק בעד פחת שפחתו מיתה.

ע"כ דס"ל להרמב"ם דגם אליבא דר' עקיבא קודם גמר הדין. אם שחטו אינו משלם בעד ההיזק א"כ גם אם יעריק לאגמא לכאורה לא ישלם אף דס"ל כר' עקיבא והדרא קושיא לדוכתי' נימא אי תם הוי מעריקנא לאגמא: (ב) והנה הלח"מ הקשה איך פסק הרמב"ם דאם שחטו המזיק אינו משלם פחת שפחתו מיתה הא בגמרא אמרינן זאת אומרת המזיק שעבודו של חברו פטור פשיטא כו' הא נמי רבה אמרה דאמר רבה השורף שטרותיו של חברו פטור מהו דתימא התם הוא דא"ל ניירא בעלמא קלאי מינך.

אבל הכא דחפר בה בורות שיחין ומערות לחייב קמ"ל דהא הכא כמאן דחפר בה כו' נמצא לדידן דפסקינן דשורף שטרותיו של חברו מחויב מכש"כ היכא דחפר בוש"מ. איך פסק הרמב"ם דפטור מלשלם פחת שפחתו מיתה.

עוד ק"ל אדברי הרמב"ם איך פסק כאן דפטור ע"כ דס"ל מזיק שיעבודו של חברו פטור הא הרמב"ם בעצמו פסק העושה עבדו אפותקי ושחררו משלם ובגמ' אמרינן דפליגי במזיק שיעבודו של חברו. א"כ דבריו סותרים זא"ז אחרי דהוא פסק דמזיק שיעבודו של חברו מחויב אמאי פסק דפטור מלשלם פחת שפחתו מיתה.

ועיין בלח"מ שהקשה עוד אמאי פסק הרמב"ם כרשב"ג דמזיק שיעבודו של חברו חייב. והמ"מ נתן טעם לזם דס"ל הלכה כרשב"ג במשנתינו.

הא הרמב"ם לא ס"ל האי כללא. (ועיין שם בדבריו דיש שם חסרון ניכר בדבריו וכפי הנראה הי' כתוב בדבריו הקושיא שהקשתי מהא דפסק דאין משלם פחת שפחתו מיתה). והראב"ד הקשה על הרמב"ם דאמאי פסק בעשה עבדו אפותקי ושחררו דמחויב לשלם. דהרב לא פסק כן כו'.

ולא דמי לשורף שטר של חברו דבדחברו קא עביד מעשה. והדברים תמוהים הא בשורף שטר של חברו לא עביד מעשה אלא בהנייר ובהחוב הרי לא עשה מעשה ואטו אם הזיק שני נזקין ביחד האחד הוא מעשה בחברו והאחד הוא רק גרמא האם נאמר מדמשלם חיוב אחד ישלם חיוב האחר בודאי דהחיוב שעשה מעשה ישלם ואותו החיוב שאינו רק גרמא פטור.

א"כ בשורף שטרותיו מדמחייב לשלם בעד החיוב דבהחוב הרי לא עשה מעשה ע"כ דלא בעינן שיעשה מעשה בשל חברו: (ג) ונראה לי לתרץ דהנה בחו"מ (סימן ק"ד) הובא דין דאם יתומים מכרו קרקע שנשאר להם מאביהם והי' על אביהם מלוה ע"פ. ועתה שמכרו לא יוכל הלוח לגבות שהרי מלוה ע"פ אינה נגבית מן הלקוחות י"א דצריכין לשלם להלוה כדין מזיק שעבודו של חברו והקשו המפרשים.

א"כ איך אמרינן בב"ב איזה רשע ערום זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטים. ואם נימא דהיתומים כשמכרו הנכסים מועטים יצטרכו לשלם להבנות כדין יורש שמכר

קרקע שירש מאביו שמחויב לשלם להלוה איזה רשע ערום הוא מאי עצה השיא להם כיון שיצטרך לשלם ואי משום שיבריחו נכסיהם.

א"כ כל גזלן יוכל לעשות כן להבריה נכסיו. אלא דעצה מקריא רק היכא שאינם צריכים לשלם.

עוד הקשו דהא רב האי גאון כתב דעתה שתקנו הגאונים לגבות מזון הבנות מן המטלטלין יתומים שמכרו בנכסים מועטים והדמים עדיין בידם. גובין מן הדמים כדין מטלטלין שירשו מן אביהם.

וא"כ היכא שיש עדיין אצל היורש הכסף שלקח בעד הקרקע יגבה המלוה כדין מטלטלין שירשו. דהאיזנא לכתר תקנתא דהגאונים גובין מלוה ע"פ ממטלטלי דיתמי.

וא"כ כ"ז שהכסף עדיין בידם יגבו אף בלא דין מזיק שעבודו. וא"כ איך כתבו סתמא דמאן דלא ס"ל לחייב במכרו קרקע מטעם מזיק שעבודו פטור.

משמע דאף הדמים עדיין בידם פטורים. אכן לפי מה שבארתי במקום אחר לתרץ הקושיא מהפוסקים על דברי רב האי גאון דס"ל מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת.

מלוה ע"פ קדים לגבות והקשו דמשמע בכתובות דאם בא לגבות בעד מזונות ובעד כתובה חוב כתובה קדים. כיון דהיא מלוה בשטר.

ואם נימא דמלוה ע"פ כשהיא מוקדמת למלוה בשטר היא קודמת לגבות ממילא כששניהם שוים בזמן שניהם גובין ביחד ומדאמרינן דאם חלו שני החובות ביחד כשבאו ביחד לגבות הכתובה דהיא מלוה בשטר קדמה. א"כ גם אם חיוב המזונות קדים ג"כ המלוה בשטר קדים.

ואמרתי לתרץ דהנה טעם רה"ג דס"ל מלוה ע"פ קדים. הוא דמדין התורה שעבודא דאורייתא וא"כ גם למלוה ע"פ משועבדים הנכסים ורק מדרבנן תקנו שלא יגבו מלוה ע"פ מלקוחות.

א"כ כי תקנו רק לגבי לקוחות ולא לגבי מלוה וס"ל לרה"ג דהא דרבנן תקנו שלא יגבה מלוה ע"פ מלקוחות אין הכונה שסילקו השעבוד רק הכונה שלא יגבה אבל לא שסילקו השעבוד היינו שלמלוה ע"פ לא יהי' משועבדים הנכסים. נמצא מדאמר רה"ג האי טעמא חזינן דלמאן דס"ל שעבודא לאו דאורייתא בודאי דאם יש מלוה ע"פ מוקדמת ומלוה בשטר מאוחרת המלוה בשטר קדים לגבות דכיון דלמלוה בשטר משועבדים הנכסים.

א"כ לא יוכל מלוה ע"פ לגבות דהוי כגובה מן המשועבדים. והנה כל זה הוא בשעבוד דאורייתא.

אבל בדבר דרבנן אטו נימא דרבנן שעבדו הנכסים ואח"כ תקנו שלא יגבו מן הלקוחות בודאי דצ"ל היכא דלא תקנו לגבות מן הלקוחות. לא עשאו כלל שעבוד על הנכסים.

אלא דעשו דין על היורשין שירשו קרקע מנכסי אביהם עשו דין עליהם שמחויבים לזון הבנות מנכסי אביהם. נמצא דהוי כמו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא.

דכיון דלמזון הבנות הנכסים אינם משועבדין ולחוב הכתובה הנכסים משועבדים שהרי כתובה גובה מן הלקוחות א"כ שעבדו רבנן הנכסים. משו"ה מלוה הכתובה קודם לגבות שאין הבנות יכולות לגבות מן המשועבדים משא"כ במלוה ע"פ דיכול מלוה ע"פ לגבות מן המשועבדין ורק לגבי לקוחות תקנו דלא יגבה מן הלקוחות.

אבל לא לגבי מלוים: (ד) נמצא דדין מזונות שאני מחיוב של מלוה ע"פ. דחייב של מלוה ע"פ הוא על הנכסים.

אבל מזון הבנות הוא דין על היתומים שיזונו מנכסי אביהן מנכסים שירשו מאביהן. לפי"ז מיושב הקושיא שהקשו איך סתמו דיתומים שמכרו נכסים שירשו מאביהן.

דמאן דלא ס"ל דמחויב מטעם מזיק שעבודו פטור אף בהדמים עדיין בידם. דהרי במזון האשה והבנות כתב רה"ג דאם יתומים מכרו בנכסים מועטים והדמים עדיין בידם גובין מהדמים לבתר דתיקון הגאונים לגבות מן המטלטלין אכן לדברינו פשוט דמלוה ע"פ דגביית המלוה הוא מטעם שהנכסים משועבדים לו.

א"כ היינו דוקא נכסים המשועבדים. אבל מטלטלי שלקחו היתומים בעד הקרקע על אלו המטלטלים לא חל השעבוד שהרי אלו הנכסים לא הי' בחיי אביהם.

אבל במזון הבנות דטעם דנזונין הבנות מן הנכסים הוא דתקנת רבנן היתה על היתומים שיזונו הבנות מנכסים שירשו מאביהן ולבחר תקנת הגאונים אף מהמטלטלין. נמצא כיון דלקחו הכסף בעד הקרקע הרי הכסף ירשו מכח אביהן.

ומשו"ה הבנות נזונות מהן. וכן יש לפרש דעת רש"י בבכורות דוקא חשיב במתניתין. אלא שאין נוטלין בראוי וקא חשיב מזון הבנות. ופרש"י בנות כגון שקיבל עליו לזון בת אשתו.

ועיין שם בתוס' דתמה אמאי לא פירש במזון הבנות שתקנו בנן נוקבין כו'. אכן לדברינו ניהא דבת אשתו הרי אוכלת מטעם שעבוד שהרי היא כבע"ח שנשתעבד לה.

וא"כ בראוי אינה נוטלת שהרי כיון דנפלו הנכסים לאחר מיתתו לא נשתעבדו הנכסים הללו לה ואינה גובה. אבל מזון הבנות דתקנת רבנן היתה על היתומים כשירשו מאביהן.

א"כ גם בראוי הרי ירשו הנכסים מאביהן. (ועיין בתוס' ב"ב קנ"ט וברא"ש שם ובירושלמי ריש פרק הנזקין.)

ז"ל הירושלמי כרמו פרט לראוי): (ה) ולפי"ז מיושב ג"כ הקושיא שהקשו על הפוסקים דס"ל דאם מכרו היתומים קרקע שירשו מאביהם משלמין לבעל מלוה ע"פ מטעם שהזיקו. אכן לדברינו ניהא.

דהנה דינא דגרמי לא שייך רק אלא אם ע"י גרמתו הוא גורם שיוזק דבר של חבירו. אבל מה שמונע חבירו מלהרויח לכו"ע פטור מלשלם דבמבטל כיסו של חבירו ובנעל ביתו של חבירו.

ולא הניחו להשכיר לכו"ע פטור. מעתה בפשטות מיושב החילוק דבמכרו היתומים נכסים שמשועבדים לבעל מלוה ע"פ הרי הזיקו את השיעבוד שהי' להם על השדה שהרי

כשמכרו נפקע שעבודם אחרי דרבנן תקנו שלא יגבו מן הלקוחות ממילא נפקע השיעבוד וצריכין לשלם בעד השיעבוד שהזיקו.

אבל במזון הבנות לא הי' כלל משועבד להבנות. וממילא לא גרמו ע"י מכירתם שיוזק דבר של הבנות.

נמצא דהוא רק מונע חבירו מלהרויח שמקודם הי' דין על היתומים לזון הבנות. ועתה לא יזונו אחרי שאין להם ממה.

אבל שיעבודם לא הפקיעו דזה אין שייך לומר שהפקיעו דין שלהם בודאי זה לא שייך לשלם בעד הפקעת הדין. אבל גבי יתומים יש הפקעת השיעבוד: (ו) ולפי הנ"ל שביארנו דדינא דגרמי לא שייך אלא בגורם שיוזק דבר של חבירו.

אבל לא בגורם שפלוגי לא יגבה כדינו. לפי"ז לכאורה קשה איך שייך לחייב גבי שורף שטרותיו של תבירו הא עצם השיעבוד של פלוגי לא שרף ורק את השטר שרף.

ועי"ז לא יוכל לגבות והוי רק כנעל ביתו של חבירו היינו דגרם לו שלא יוכל לילך לגבות. אך באמת נראה דדעת הראשונים דאין הכונה לחייב בעד ששרף השטר שע"ז לא יוכל לילך לגבות.

דהנה לפי"ז במוחל שט"ח שמכרו בודאי דהי' מחויב שהרי מחל השיעבוד והפקיע הקנין שיש לו. אכן זה לשון הרמב"ם (בפ"ז מה' חובל ומזיק ה"י).

וכן ראובן שהי' נושה בשמעון ומכר השטר ללוי וחזר אחר שמכרו ומחלו לשמעון הרי נפטר שמעון כמו שיתבאר במקומו ונתחייב ראובן לשלם ללוי כל מה שבשטר שהרי גרם לאבד השטר והרי הוא כמו ששרפו כו'. ולכאורה תלי תניא בדלא תניא שהרי הסברא נותנת לחייב יותר במחלו שהרי הוא בדיבורו מפקיע שיעבודו.

אבל בשרף הרי נשאר שיעבודו כמו שהוא ורק גרם לו שלא יוכל לילך לגבות. ועכצ"ל דס"ל דמוכר שט"ח לחבירו אין הכונה שגוף החוב נעשה של הלוקח.

דע"ז לא שייך קנינים. ורק רבנן תקנו שמי שיש לו שטר השטר הוא אפסר השיעבוד. והשיעבוד הוא בהשטר ומי שהשטר שלו הוא גובה מן הנכסים. דהשיעבודים הוא בהשטר.

מעתה אדרבה יותר סברא לחייב בשורף. דבשרף שטר הרי שרף שיעבודו של חבירו דהיינו השטר שהוא השיעבוד וס"ל דהשיעבודים הוא בהשטר.

אלא דאם היינו סוברים דלא דיינינן דינא דגרמי לא היינו מחייבים בעד שריפת השטר כיון דאין גופו ממון אלא גורם לממון. אבל כיון דדיינינן דינא דגרמי.

א"כ אם הזיקו דבר שהוא גורם לממון היינו דבר שהוא גורם לממון לכל העולם (דבזה שאני מקדשים שחייב באחריותן. דלרבנן פטור אף שהוא גורם לממון כיון דאינו גורם לממון לכל העולם וכדמפרש בתוס' (בדף ע') ד"ה אבל ושריפת השטר הוי דבר הגורם לממון לכל העולם).

ומשו"ה מחויב לשלם. והנה לפי זה אדרבה בשורף שטרות ניחא.

דכיון דשרף השטר שבו השיעבודים ושרף דבר שלו שגורם לממון מחויב לשלם. אבל במוחל שט"ח שמכר הרי בגוף השטר שהוא של פלוני לא נגע מאומה ורק מחל החוב.

וע"ז לא שייך קנינים אלא דתקון רבנן שמי שקונה השטר והשיעבוד שבתוך השטר הוא גובה. נמצא דקנה רק השטר והשיעבוד והמוכר בתחילתו הלא לא נגע בגוף השטר שמכר רק החוב.

נמצא דרק נעל דלת שלא יוכל פלוני לילך לגבות החוב אבל לא הזיק דבר שהוא שלו ויהי' כמו יתומים שמכרו בנכסים מועטים דרק עשה שלא יהי' הדין דיוכלו לגבות. לזה דקדק הרמב"ם בלשונו הזהב וכתב גבי מוחל שהרי גרם לאבד השטר: פירוש דקודם מחילתו הי' השטר שביד הלוקח שטר והי' בו שיעבודים.

ועתה במחילתו נפקע מהשטר השיעבוד. ונעשה ניירא בעלמא והוי כשורף השטר ומחויב הוא לשלם משום שע"י דיבורו הפקיע השיעבודים מן השטר.

ובזה מיושב לי מה שהקשיתי לפי שיטת התוס' דס"ל (ב"ק ק') דדיבור היכא דקם דינא הוא מזיק ממש. א"כ אמאי במוחל מקרי דינא דגרמי הא במחילתו הזיק החוב של פלוני.

אך לפי הנ"ל מיושב חדא דשיעבוד כיון דאין גופו ממון הוי רק גורם לממון אלא גורם לממון לכל העולם וכונת התוס' שם (ב"ק ק') שכתבו דגבי שריפת שטר אינו נוגע בגוף הממון. אין הכונה בגוף החוב דחוב הוא ג"כ דבר שאין גופו ממון.

אלא הכונה שאינו נוגע בממון ממש ולא דמי לפיגול דנוגע בגוף שור דהוא ממון ב' לפי דברי הרמב"ם שדקדק דהחויב הוא בעד זה שנפקע השיעבוד מן השטר, הרי בשיעבוד השטר אינו עושה מעשה אלא ע"י מחילתו החוב ממילא נפקע השיעבוד. שוב מצאתי שהקצוה"ח (בסימן כ"ה) הביא קושיא זו בשם חידושי קו"נ מהרח"י.

והקצוה"ח תירץ דבמוכר שט"ח כיון דנקנה לו רק שיעבוד הנכסים. ושיפכוד הנכסים הוי רק גרמא עיין שם בדבריו.

אך לדברי הרמב"ם נראה לי ברור דהחויב הוא מטעם הפקעת השיעבודים שבשטר. ולפי"ז מיושב ג"כ הקושיא שהקשיתי אמאי דחי הראב"ד דברי הרמב"ם במשחרר עבדו דמחייב ליה הרמב"ם וכתב הראב"ד דלא דמי לשורף שטרותיו של חבירו דהתם בחברי' קא עביד מעשה והקשינו הא לא עביד מעשה אלא בהנייר והחויב לשלם הוא בעד החוב.

אכן כפי מה שביארנו גם להרמב"ם החויב משום שמזיק בשריפתו שיעבודים שבהשטר שאם באנו לחייבו בעד החוב הרי החוב לא הזיק ורק גרם שלא יוכל לגבות. והוי כנועל ביתו של חבירו ומבטל כיסו של חבירו דפטור אף למאן דדאין דינא דגרמי וע"כ דהחויב הוא משום שמזיקו השטר ושיעבודים שבהשטר, דהוי השטר גורם לממון לכל העולם.

וס"ל להראב"ד דדינא דגרמי לא דיינינן אלא אם עביד מעשה בדבר של חבירו. אולם הרמב"ם לטעמי' דבמוחל אין החויב מטעם שמחל החוב שהרי לא הי' קנוי לו כלל להלוקח.

אלא דהחויב הוא מטעם שע"י מחילתו נפקע השיעבודים שהי' בשטר אף דהוא לא עשה מעשה בגוף השטר הרי דדיינינן דינא דגרמי היכא דע"י מעשיו גרם שיוזק דבר של

פלוני אף שלא עשה מעשה בגוף הדבר של חברו. ונהי דמשורף לא נוכל למילף אבל ממוחל נוכל למילף ולדברי הראב"ד דס"ל דבעינן דוקא שיעשה מעשה בגוף הדבר של חברו לכאורה צריך לומר דס"ל דבמוחל החיוב מטעם שמחל החוב שהי' קנוי לו.

וס"ל דחוב ג"כ דבר גורם לממון הוי ובמסור ג"כ הוי כעושה מעשה בדבר של חברו ששולח הגזלן על דבר של חברו. וזהו פלוגתתם ג"כ בזרק כלי מראש הגג והי' תחתיו כרים וכסתות וקדם אחד וסילקן דהרמב"ם פסק דמחויב והראב"ד השיג ג"כ מטעם דבסילק הכרים והכסתות לא עביד מעשה בדחברי' והיינו דהרמב"ם יליף לה ממוחל: (ז) והנה לפי הנ"ל דהיכא דע"י מעשיו לא גרם שיוזק דבר של חברו רק ע"י מעשיו גרם שלא יוכל לגבות בזה הוי כמבטל כיסו של חברו דפטור לכו"ע.

א"כ תקשה איך נוכל לומר דמחייב בשחטו המזיק השור שהוא משועבד לניזק דהרי החיוב הוא רק מטעם שנפקע שיעבוד של חברו והכא הרי השיעבוד נשאר כמו שהוא ורק ע"י ששחט השור הוזל שלא יוכל לגבות החוב ממנו. נמצא דגרם רק שלא יוכל לגבות והוי כנועל דלת שלא יוכל להשכיר.

אבל מזיק הא לא הוי. וכן היכא שחפר בורות בשדה חברו אם באנו לחייבו מטעם שהפקיע השיעבוד מן השדה הרי בכרייתו לא הפקיע השיעבוד שהשיעבוד נשאר כמו שהוא.

ואין לומר לחייבו מטעם שמקצת הקרקע שאיבד היינו הקרקע שהשליך לחוץ ממקצת הקרקע איבד השיעבוד זה אין סברא כלל לומר דהרי הקרקע קנוי' לבעלים מתהום ארעא עד רום רקיע. וכן השיעבוד הוא מתהום ארעא עד רקיע וכשכרה הבור הרי תחתית הבור עד התהום הוא שלו, ואם גבא לחשוב איזה חלק הוא הבור מכל הקרקע עד התהום לא יעלה כלל חיוב בעד הפקעת השיעבוד מחלק הקרקע שהשליך לחוץ ואיבד.

אלא בודאי דפשוט דהחיוב בחפר בור הוא משום דקלקל כל הקרקע שע"י הבור הוזל כל הקרקע וכיון דאין הקרקע שלו אלא דיש לו שיעבוד בהקרקע והשיעבוד של כל הקרקע הרי לא הפסיד מאומה ורק שע"י שהוזל לא יוכל לגבות חובו מהקרקע. א"כ הוי רק כיתומים שמכרו בנכסים מועטים.

ועכצ"ל דמאן דס"ל מזיק שיעבודו של חברו מחויב אין הטעם משום שהזיק שיעבודו, אלא דס"ל דכמו דמחויבים במזיק דבר של חברו שהוזל. שאם חפר בורות בקרקע של חברו, מחויב משום שהוזל גוף הקרקע של חברו.

ה"נ כשמשועבד הדבר הוי כדבר שלו. והוי כמזיק דבר של חברו דמזיק דבר שמשועבד לחברו הוי כמזיק דבר של חברו.

נמצא מיושב קושית הלח"מ שהקשה איך פסק הרמב"ם בשחט המזיק השור דאינו משלם פחת שפחתו מיתה דהרי אמרינן בגמ' דאף אם נסבור שורף שטרותיו של חברו אעפ"כ נחייב בחפר בורות. א"כ הרמב"ם דפסק בשורף שטרות דמחויב מכש"כ דהי' לו לחייב בשחט דהוי כחפר בורות.

אכן לדברינו נהי דמאן דס"ל דמזיק שעבודו של חברו מחויב היינו דס"ל דדבר שמשועבד לו חשוב כדבר שלו לגבי נזקין. אבל בשורף שטרות ס"ל דפטור דאף אם השטר הוי שלו הרי אין גופו ממון ובדבר שמשועבד לו דגופו ממון הרי לא הזיק מאומה רק שעשה שלא יוכל לגבות.

אבל לדידן דלא ס"ל דדבר שמשועבד לו חשיב כדבר שלו לגבי נזקין. ואעפ"כ מחויב בשורף שטרות דס"ל דיינינן דינא דגרמי.

ואם הזיקו דבר שגורם לממון לכל העולם מחויב לשלם. א"כ בשורף שטר הרי הזיק השטר והשיעבודים שבהשטר.

אבל בחפר בורות הרי לא פגע ולא נגע בגוף השיעבוד שהשיעבוד נשאר כמו שהוא ורק גרם שלא יוכל לגבות החוב מהשור והוי רק מבטל כיסו. וזהו לא ס"ל דדבר המשועבד לו הוי כשלו דנתחייב על שהזיק הדבר ורק החיוב בעד השיעבוד והשיעבוד לא הזיק: (ח) לפי"ז מיושב ג"כ הקושיא שהקשה הלח"מ איך פסק הרמב"ם כרשב"ג במשחרר עבדו דמחויב הא אגן לא ס"ל הלכה כרשב"ג במשנתינו.

וכן הקושיא שהקשינו איך פסק הרמב"ם במשחרר עבדו דמחויב דפירש בגמ' הטעם משום מזיק שיעבודו של חברו דהרי הרמב"ם פסק דאם שחט המזיק את השור פטור מלשלם פחת שפחתו מיתה. אכן לפי הנ"ל מיושב דלא פסק הרמב"ם לחייב מטעם מזיק שיעבודו.

אלא דקדק הרמב"ם בלשונו וכתב ז"ל וכן העושה עבדו אפותקי וחזר ושחררו חייב התשחרר לשלם לבעל החוב שהרי הפקיע שיעבודו עכ"ל. הרי הא דס"ל לחייב לא מטעם שהזיק דבר שמשועבד לו.

אלא מטעם דע"י שחרורו נפקע השיעבוד שהי' לו על העבד והוי כמוחל שט"ח שגרם לאבד השיעבוד. דע"י שיחרורו ממילא נפקע השיעבוד שהרי בב"ח לא שייך שיעבודים וכן מצאתי באלפס שכתב הלכה כרשב"ג משום דדינא דגרמי הוא.

אכן בגמ' שם רב אמר להאי שמעתא ורב הא ס"ל דלא דיינינן דינא דגרמי (דאוקי דברי ר"מ דמחייב בדן את הדין בנשא ונתן ביד). משו"ה לדידי' ע"כ דסבר רשב"ג דמחייב משום דס"ל מזיק שיעבודו של חברו חייב פירוש אם הזיק דבר שמשועבד לחבירו הוי כמזיק דבר שלו.

ומחויב משום שהזיק את העבד היינו שעשאו בן חורין. ובזה בדין המזיק שיעבודו של חברו היינו פוסקים כרבנן דהרי ס"ל הלכה כרבים אף נגד רשב"ג.

אבל לדידן דדיינינן דינא דגרמי אין מחלקותם מטעם מזיק שיעבודו של חברו. אלא משום דינא דגרמי והחויב לא מטעם שהזיק גוף העבד שהרי אין גוף העבד שלו לדידן דס"ל דמזיק שעבודו של חברו פטור אלא מטעם שגרם להפקיע השיעבוד ובזה הלכה כרשב"ג שהרי כפי' רפרם לרב אשי ואגבי מיני' כי כשורא לצלמי.

ולפי"ז בפשוט ניהא ג"כ מה שלא הביא הרמב"ם דהדין דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד דבעלים משלמין חצי נזק ושואל משלם חצי נזק לא יהי' הדין דוקא אלא בתפסוהו ב"ד

דאל"כ נימא אי תם הוי מעריקנא לאגמא. ולפי דברינו ניחא דאם הי' מעריקו לאגמא אין הכונה שהי' שוחטו דאז לא הי' מרויח מידי ורק הכונה דשם הי' אוכלו וכיון דהי' אוכלו הרי הי' מחויב לשלם.

שהרי כשאיבדו ממילא נפקע השיעבוד שכיון שאין השור בעולם הרי אין השיעבוד בעולם והי' מחויב לשלם מטעם מוחל. שע"י שאכל את השור גרם להפקיע השיעבוד לדידן דמחייבין במוחל שט"ח.

ולא דמי לשחטו דלא כתב הרמב"ם דמחויב לשלם פחת שפחתו מיתה דהתם הרי השיעבוד נשאר כמו שהוא ורק גרם שלא יגבה כל החוב והוי כנועל ביתו ומבטל כיסו. אבל באכל השור.

ממילא נפקע השיעבוד כמו במשחרר דנפקע השיעבוד ממילא. וא"כ איך יאמר הוי מעריקנא לאגמא ואכילנא ליה הא הי' מחויב לשלם כמו במשחרר.

אלא דהתם הסוגיא אזלא אליבא דרב דלא דאין דינא דגרמי. ולרבנן דרשב"ג גם מזיק שיעבודו פטור.

אבל אנן דפסקינן דדיינינן דינא דגרמי לא יכול לומר הוי מעריקנא ואכילנא ליה דאז הי' משלם מטעם דינא דגרמי. משו"ה לא הביא דבעינן דוקא בתפסוהו ב"ד.

וכ"ז הוא אליבא דהרמב"ם דמחייב במשחרר עבדו. אבל הראב"ד ס"ל דמשחרר פטור. משו"ה השיג דבעינן דוקא היכא שתפסוהו ב"ד: סימן כא סוגיא דעשה עבדו אפותקי ומכרו. והרבה חילוקי דינים בשם פרה.

ויבואר סוגית הגמ' ביבמות ס"ו. והירושלמי בין מכר נכסי צאן ברזל.

למכר דבר שאפותקי הוי לאשה בכתובתה וחילוק בין מקרקעי למטלטלי: (א) דף לג עשה עבדו אפותקי ומכרו בע"ח גובה הימנו. הרמב"ם פסק (בפי"ח ממלוה ה"ד) ז"ל עשה שדהו אפותקי לבעל חובו.

או לאשה בכתובתה ומכרה ה"ז מכורה וכשיבא ב"ח לגבות אם לא ימצא נכסים בני חורין יטרוף אותה בד"א בשמכר לשעתה אבל מכרה ממכר עולם אינה מכורה. והשיג הראב"ד ע"ז א"א לא הבחין ולא הבין דרך הירושלמי אשר מצא על זאת המימרא עכ"ל.

ומחלוקת הרמב"ם והראב"ד הוא בפירוש הירושלמי בפרק אלמנה לכה"ג דאיתא התם בירושלמי רבי יעקב בר אחא אמר בעבדי צאן ברזל פליגין רבי יוחנן אמר מכרן אינן מכורין אמר ליה ר' אליעזר אוכלין תרומה מכחו ואת אמרת מכרן אינן מכורין כו' מה פליגין בשמכרן לעולם או שמכרו לשעה כו' נשמעינה מן הדא העושה שדהו אפותקי לאשה בכתובתה ולבעל חובו על חובו מכרה הרי זו מכורה הלוקח יחוש לעצמו רשב"ג אומר לאשה בכתובתה אינה מכורה שלא עלה על דעת שתהא אשה מחזרת על בתי דינין הוי בשמכרן לשעה אנן קיימין אבל אם מכרן לעולם ד"ה אינן מכורין אמרו אתיא דר"י כרשב"ג דר' אלעזר כרבנן (כן הוא הגירסא כי כן איתא ברמב"ן ובאלפס ולא כאשר לפנינו בירושלמי דמקודם איתא אמרו אתיא כו' ואח"כ הוי בשמכרן).

והנה הראב"ד מפרש דהא דאמרו הוי בשמכרן לשעה אבל אם מכרן לעולם ד"ה אינן מכורין קאי על נכסי צאן ברזל. אבל באפותקי אף אם מכרן לעולם מכורין.

אכן הרמב"ם כפי הנראה סובר דמדמינן לה להדדי וכמו באפותקי אמרינן דאם מכרן לשעה מכור. כן בנכסי צאן ברזל הי' לו לפסוק דאם מכרן לשעה יהי' מכור.

אכן הרמב"ם (בפכ"ב מהלכות אישות ה' ט"ו) ז"ל וכן בעל שמכר קרקע בנכסי אשתו בין נכסי צאן ברזל בין נכסי מלוג לא עשה ולא כלום. ומשמע דאף לשעה אינן מכור.

וכיון דהוא בעצמו פסק כרבנן דאם מכר לשעה מכור. איך פסק כאן כרשב"ג דאף לשעה אינן מכור אחרי דלדידי אפותקי ונכסי צאן ברזל שווין דהרי הוא מפרש בהירושלמי דמדמי אפותקי לנכסי צאן ברזל.

וכבר השיגו הראב"ד ז"ל א"א לא מצאתי בנכסי צאן ברזל שלא יהא מכרו קיים עד שיבא לעת הגביל' אלא רשב"ג ורבנן פליגי עלי' פרק אלמנה לכה"ג עכ"ל: (ב) ולתרץ זה נראה לי דהנה ביבמות ס"ו אמרינן המכנסת שום לבעלה היא אומרת כלי אני נוטלת. והוא אומר דמים אני נותן הדין עם מי ר' אמי אמר הדין עמו ר' יהודה אמר הדין עמה כו' ואמרינן שם תניא כותיל' דר' אמי עבדי צאן ברזל יוצאין בשן ועין לאיש אבל לא לאשה והקשה בתוס' ז"ל תימא לר"י מה ראי' מייתי מהכא לר' אמי דהא ר' יהודה נמי מודה דיוצאין בשן ועין לאיש כו' דמי לא מודה רב יהודה דמחסרי גוביינא.

וא"כ ברשותי' קיימי ושחרור מפקיע מידי שיעבוד כדאמר לקמן גבי איצטלא דמילתא דפרסוה אמיתנא דאפילו לר' יהודה מפקיעין מידי שיעבוד. דאפי' שחרור דשן ועין דמילא אמרינן בהחובל דמפקיע מידי שיעבוד עכ"ל התוס'.

ונראה לי לתרץ דהנה שם בגמ' אמרינן ר' אמי אמר הדין עמו כיון דאמר אם מתו מתו מתו לו ואם הותירו הותירו לו הואיל וחייב באחריותן יאכלו אמר רב ספרא מי קתני והן שלו הואיל וחייב באחריותן קתני ולעולם לאו דידי' נינהו וכל היכא דחייב באחריותן אכלי בתרומה והתנן ישראל ששכר פרה מכהן ה"ז יאכילנה כרשיני תרומה כהן ששכר פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה.

ותסברא נהי נמי דמחייב בגניבה ואבידה באונסה וכחשה ובנפחת' מדמי' מי מחייב הא לא דמיא אלא לסיפא ישראל ששם פרה מכהן לא יאכילנה כרשיני תרומה אבל כהן ששם פרה מישראל יאכילנה כרשיני תרומה משמע דבעי לדחות דבאמת נכסי צאן ברזל הם לאו דידי' ואעפ"כ אוכלים עבדי צאן ברזל בתרומה.

משום דדמיא לכהן ששם פרה מישראל דאע"ג שהגוף של ישראל אעפ"כ אוכלת הבהמה בתרומה. ולכאורה תקשה אדרבה נביא ראי' מהא גופא מדכהן ששם פרה מישראל דאוכלת בתרומה ע"כ דשומא הגוף של המקבל דאם הגוף של הנותן איך יכול להיות שגוף של ישראל יאכל בתרומה.

ועיין בב"מ (דף ע') גבי המקבל צאן ברזל כו' למימרא דברשותא כו' עכ"פ כיון דסובר דהגוף של עבדי צאן ברזל של ישראל איך אוכלין בתרומה מפני חיוב אחריות. והנה מצאתי קושיא זו בירושלמי (פרק י"א דתרומות ה"ה) לא כן תני מניין לכהן שקנה עבד

ולישראל בו שותפות אפילו אחד ממאה שבו שאינו מאכילו בתרומה ת"ל וכהן כי יקנה (ופירוש המפרשים דאמתניתין פריך דקתני כהן ששם פרה מישראל מאכילה בתרומה ולא כן תני שאפי' יש לישראל שותפות אחד ממאה שאינו מאכילו בתרומה) תני בר קפרא אחד זו ואחד זו לא תאכל בתרומה.

ופירשו ג"כ המפרשים דמתניתא דבר קפרא פליגא אמתניתין וס"ל לבר קפרא דכהן ששם פרה מישראל לא יאכילנה כרשיני תרומה. והנה אף פ"ל זה תמוה הוא שהירושלמי יביא קושיא על מתניתין ויביא ברייתא דפליג על מתניתין ולא יתרץ כלום אמתניתין.

ע"כ נראה לי דהפירוש בירושלמי הוא כן דקאי אהא דאיתא שם בירושלמי לפני זה אית תנא תני יכול לא תאכל בכרשינין ובתלתן (פירש דאיכא דתני בתחילת הברייתא דאמר יכול שכהן ששם פרה מישראל לא תאכל בכרשינין ובתלתן. ומביא קרא דכהן כי יקנה וא"כ לפי המסקנא דברייתא אוכלת פרה ששם הכהן מישראל אף בתלתן) ר' חזקי' ר' רמי' ר' חייא בשם ר' יוחנן לית כאן תלתן דבר תורה.

פירוש דתלתן דבר תורה אינה אוכלת לא כן תני מניין לכהן שקנה עבד ולישראל בו שותפות אפילו אחד ממאה שבו שאינו מאכילו בתרומה ת"ל וכהן כי יקנה פירוש א"כ כהן ששם פרה מישראל כיון דיש להישראל חלק בהפרה. ע"כ מדאורייתא לא אכלה ורק מדרבנן אוכלת.

אם כן דוקא כרשינין דתרומתה מדרבנן אוכלת. אבל לא בתלתן דבר תורה.

תני בר קפרא אחד זה ואחד זה אינה אוכלת פירוש וקשה ממתניתין וע"כ דבר קפרא קאי אתרומה מן התורה ומתניתין הוא לדברי הירושלמי דהא דכהן ששם פרה הוא רק מדרבנן. אבל לגמ' דילן דס"ל דמדאורייתא אכלה שהרי מביא דכן הדין בעבדי צאן ברזל.

ועבדי צאן ברזל הא גם בתרומה דאורייתא אכלן. וא"כ תקשה כיון דגוף העבדים שלה איך אוכלים בתרומה דלא גרע מיש לישראל שותפות וכקושית הירושלמי: (ג) אלא דבאמת קשה גם על זה דאיך אמרינן מניין לכהן שנשא אשה שאוכלת בתרומה שנאמר וכהן כי יקנה נפש קנין כספו.

וקשה נהי דאית ליה להכהן בהאשה קנין כסף היינו קנין אישות. אבל גופא הא לא קני ליה להכהן וכדאמרינן בהזורק נהי דקניא לה למעשה ידיה גופה מי קני ליה ופרש"י ז"ל אבל גופא מי קני לה וכיון דגופא לא קני לה כו' עכ"פ זה ודאי דגוף האשה לא קנוי לבעל.

וא"כ איך אוכלת בתרומה מפני קנין הכהן הא גופא ישראל הוא. ועכצ"ל דהנה לכאורה קשה הא דאיתא בירושלמי מניין לכהן שקנה עבד ולישראל בו שותפות אפילו אחד ממאה שבו שאינו מאכילו בתרומה כו' וילפינן זה מקרא.

ולכאורה למה לי קרא כיון שיש לישראל שותפות בהעבד א"כ איך יאכל חלק ישראל בתרומה. וממילא מפני חלק הישראל לא יאכל כלל.

ועכצ"ל דאילו לא כתב קרא הוי אמינא דעבד שיש לישראל ולכהן בו שותפות אוכל בתרומה משום דקנין הישראל אין הכונה שהוא פוסל מלאכול בתרומה. אלא דקנין ישראל אינו מאכיל בתרומה.

נמצא כיון דקנין שותפות הוא כולה לזה וכולה לזה. נמצא הוא קנוי כולו לכהן וכולו לישראל.

וכיון דיש לו לכהן קנין בהעבד ממילא יאכל גם חלק הישראל דהרי הישראל אינו פוסל ורק שאינו מאכיל אבל הכא אוכל הוא מטעם הכהן ע"ז כתב קרא דכהן כי יקנה דגזיה"כ דכל הקנין של כסף יהי של הכהן. אבל היכא דאיכא גם לישראל קנין כסף אז אינו אוכל בתרומה ולפי"ז יתיישב קושית מהרש"ל אתוס' גיטין (דף מ"ב) דפירש הא דאיבעיא לן מעוכב גט שחרור אי אוכל בתרומה הוא בחציו עבד וחציו בן חורין והקשה מהרש"ל א"כ איך יאכל בתרומה הא חציו בן חורין ואסור לאכול מפני צד החירות.

אכן לדברינו ניחא דחציו עבד וחציו בן חורין הרי יש להכהן קנין וקנין הכהן מאכיל וצד הישראל אינו פוסל אלא שבלא קנין הכהן אינו מאכיל. אבל עתה יכול הוא לאכול מפני קנין הכהן וצד החירות אין לו כלל קנינים שבן חורין בעצמו אין לו קנינים רק דינים דאטו אדם בעצמו שייך לומר דיש לו קנינים בעצמו והא דמיעט קרא דבעינן דוקא שכל הקנין יהי של הכהן אם לא שיש לישראל בו שותפות היינו היכא דיש לישראל קנין בהעבד.

אבל אם אין להישראל קנין בכה"ג. קנין שיש להכהן יכול להאכיל משו"ה חציו עבד וחציו בר חורין שיש להכהן קנין בהעבד.

ולהבן חורין אין לו קנינים בעצמו אוכל הוא בשביל קנין הכהן ולפי"ז ניחא מה שהקשינו איך אמרינן שכהן שנשא אשה אוכלת משום שנאמר וכהן כי יקנה נפש קנין כספו הא גוף האשה לא קני לבעל. אכן לדברינו ניחא דמה שגופא ישראל הוא.

זה אינו פוסל רק שאינו מאכיל וכיון דכל קנינים שיוכל להיות באשה כדין בן חורין הרי קנוי להכהן. והיא בעצמה אין לה עלי' קנינים שבן חורין בעצמו לא שייך קנינים רק דינים.

א"כ מקרא דממעטינן דבעינן שלא יהי לישראל בו שותפות האי קרא לא מיעט רק היכא שיש לישראל קנינים והכא האשה בעצמה דאין לעצמה בגופה קנינים. משו"ה אוכלת מפני קנין שיש להכהן בה דקנין כהן מאכיל בתרומה.

ולפי"ז מיושב שפיר הא דכהן ששם פרה מישראל אוכלת בתרומה והקשינו הא הגוף של ישראל הוא ואיך אוכלת וכאשר כן מצאנו בהירושלמי. אכן לפי הנ"ל ניחא דכיון דזולה וכחשה ופחת דמי' קבל הכהן.

א"כ אף שהגוף עדיין של ישראל. אבל שווי' היא כולה של כהן.

א"כ קנין הכסף כולה של הכהן ואין להישראל בקנין הכסף שותפות אף דגוף הוא של ישראל קרא לא מיעט אלא היכא דיש להכהן שותפות בקניני הכסף. אבל בשם פרה כיון דכל שווי' להכהן.

א"כ קנין כסף של הכהן מאכיל בתרומה אף את גוף של ישראל דזה ילפינן מכהן כי יקנה נפש קנין כספו. דאף אם לא יהי' לו רק קנין כסף כמו באשה תאכל בתרומה אף דהגוף אינו שלו: (ד) לפי"ז שפיר רצה לדחות דבצאן ברזל שהכניסה בכתובתה יהי' הדין עמה היינו דגוף העבד הוא שלה.

ואעפ"כ אוכלין העבדים בתרומה מכחו דכיון שהוא קבל על עצמו אונסא וזולה ופחת דמי' הרי קנין הכסף שבהעבדים קנוים להבעל וקנין הכסף של הבעל מאכילין את גוף העבדים בתרומה. אף שהגוף שלה ומכחה אינם יכולים לאכול קנין כסף של הכהן מאכיל בתרומה.

והוי דומיא דאשה שאוכלת אף שהגוף אינו של הבעל. והא דממעטינן היכא דיש לישראל שותפות שאינו אוכל היינו דוקא היכא שיש לישראל שותפות בקנין הכסף.

ולפי"ז ניחא מה שהקשה בתוס' איך אמרינן עבדי מלוג לא יאכלו בתרומה הא יש להבעל כהן קנין פירות ותקשי למאן דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי. אכן לדברינן ניחא נהי דקנין פירות כקנין הגוף.

אבל כיון דכחשה ופחת דמי' שייך להאשה הרי לא גרע מיש לישראל שותפות דאפילו שותפת ישראל בקנין כסף פוסל מן התרומה. עכ"פ לפי דהוה סובר דנכסי צאן ברזל הם גופם של האשה ורק אחריות דאונסא וזולא קבל הבעל.

והנה הא דאמרינן דכיון דמחסרא גוביינא שחרור מפקיע מידי שיעבוד זה לא שייך רק היכא דהגוף של המשחרר. אבל היכא דהגוף של אחר איך יפקיע הגוף.

דשחרור מפקיע רק שיעבוד אבל לא גוף. ומשו"ה קאמר תניא כותי' דר' אמי דעבדי צאן ברזל יוצאין בשן ועין לאיש והוא ראי' דלא כרב יהודה דס"ל דהגוף שלה.

דאם נימא דהגוף שלה איך יפקיע שחרורו הגוף שלה וגם לא קשה קושית התוס' שהקשה דהרי שחרור דומה לתרומה וכיון דתרומה אוכלין מכחו דיד' גם בשן ועין יצאו. אכן לדברינן לא דמי דגבי תרומה ילפינן ממי יקנה דקנין כסף של הכהן מאכיל בתרומה.

אבל גבי שן ועין בעינן שיהי' עבדו וכיון דהגוף שלה לאו עבדו נינהו וע"ז קאמר רבא לר"נ והא תניא כותי' דר' אמי היינו כיון דיוצאין בשן ועין לו ע"כ דלאו כרב יהודה דס"ל דהדין עמה היינו דהגוף שלה וע"ז משני ליה רב נחמן מסתברא טעמי' דרב יהודה משום שבח בית אבי'. ואין הכונה דמסתברא טעמי' נגד ברייתא דיוצאין בשן ועין לאיש אלא דהכונה הוא כך דלא כמו שהי' סובר מעיקרא דלרב יהודה הגוף שלה והא דאוכלין עבדי צאן ברזל מכחו הוא מטעם דהוי כמו שם.

לא כן אלא דזה מודה רב יהודה דהן שלו לגמרי כ"ז שהיא נשואה לו ורק כשבאת לגבות הכסף תקנו רבנן שתגבה הכלים משום שבח בית אבי'. וזהו רק דין לגבי גבי' שתוכל ליקח הכלים.

אבל לא שהגוף שלה. וא"כ לא אצטריך למימר דאוכלין עבדי צאן ברזל בתרומה מטעם קנין הכסף.

אלא פשוט דהרי כל הגוף שלו ורק שהם אפותקי לה שתגבה אותם וזהו דקאמר מסתברא "טעמא" דרב יהודה דמשום שבח בית אבי'. פירוש דתוכל לגבותם.

ויש לה שעבוד וכיון דלפי המסקנא הגוף שלו ורק שיש לה שעבוד בודאי דאין ראי' מיציאת שן ועין דשחרור מפקיע מידי שעבוד ורק מעיקרא דהוי סובר דהגוף הוא שלה הביא ראי' דאז לא שייך מפקיע דאין נפקע אלא השעבוד ולא הגוף אבל לפי המסקנא דיש לה רק שיעבוד בודאי דמפקיע השחרור וזהו שמשני ר"נ לרבא דטעמא דר' יהודה רק משום שבח בית אבי', לא שהוא סובר שהגוף שלה.

ולפי מאי שהסביר ר"נ לרבא קאמר רבא הדין גבי אצטלא דמילתא דמפקיע מידי שעבוד כיון דלפי המסקנא רק שיעבוד יש לה על האיצטלא ואיסור של מת מפקיע מידי שיעבוד: (ה) והנה כתב התוס' בב"ק ל"ג ד"ה משום בלא ר' אבהו לא קדיש משום דקדושת דמים אין מפקיע מידי שעבוד כו' וקשה מכאן לר"ת שמפרש דבכל קדושת מטלטלין מפקעת מידי שיעבוד ואפילו קדושת דמים כו'.

והנה קושית התוס' לכאורה לאו קושיא. דהנה החילוק שבין מטלטלין וקרקע דבמטלטלין מפקיע מידי שעבוד ובקרקע אין מפקיע לכאורה פשוט דהקדש הוי כמו שמכרו דמה לי מכרו להדיוט מה לי מכרו לגובה משו"ה דבקרקה דגובה בע"ח מן הלוקח: משו"ה אין מפקיע מידי שיעבוד כיון שבע"ח יוכל לגבות.

אבל במטלטלין דגם בהדיוט אין הבע"ח גובה מן הלוקח. משו"ה גם בהקדש מפקיע מידי שיעבוד.

וא"כ במטלטלין דבמכרם הי' בע"ח גובה בודאי דכקרקה נינהו. ואין קדושת דמים מפקיע כיון דגם במכירה הי' בע"ח גובה הוי כקרקה.

א"כ מאי הקשה תוס' מהכא דגבי שור תם דבלא ר' אבהו לא הוי קדושי הא שור תם הדין דאם מכרו בע"ח גובה. וא"כ הוי כקרקה.

דר"ת סובר דהקדש ומכירה חזא היא. ונראה לי דהנה בירושלמי (פרק י' דשביעית הלכה א') איתא המשעבד שדה לחבירו והלך ומכרה ר' אחא אמר מכורה לשעה.

ר"י אמר אינה מכורה לשעה חילי' דר' יוסי מן הדא שורו מצוי הוא להבריח שדה אינו מצוי להבריחה. (ופירשו המפרשים דפירוש הירושלמי הוא כן דשורו הוא מצוי להבריח ואין לו קול משו"ה אם עשאו אפותקי אין ב"ח גובה מן הלוקח.

אבל שדה אין מצוי להבריחה ויש לה קול שנעשית אפותקי ולפיכך ב"ח טורפה מיד הלוקח וס"ל לר' יוסי דמכיון שכן הוא אינה מכורה כלל אפילו לשעה) הגע עצמך שהי' מכורה לבעלי זרוע. (פירשו המפרשים דהקושיא הוא נימא דמתיאש ממנה ויהי' מכור לשעה) מצוין הן בעלי זרוע ליפול.

(ופירשו המפרשים אין בע"ח מתיאש שמצפה שיפלו בעלי זרוע) וכמובן פירוש המפרשים בדברי הירושלמי תמוה מאד. דאיך פירשו דנתן טעם לדברי ר' יוסי דס"ל מכר לשעה אינה מכור משום דשדה אין מצוי להבריחה ויכול לגבות מן הלוקח משום

דיש לה קול חדא מאי שייכא דיש לה קול למצוי להבריה אף אם שדה הי' מצוי להבריה.

אעפ"כ כיון שיש קול שעשה אפותקי. משו"ה גובה בע"ח מן הלוקח.

וכדאמרינן הכא בגמ' דשור תם כיון דיש לו קול שנגח משו"ה גובה אף דבודאי יכול הוא להבריה וכדאמרינן מעריקנא ליה לאגמא ואעפ"כ גובה הניזק מן הלוקח דכיון דיש לו קול לא הי' לו ליקח. ועוד מאי שייכא דין דגובה מן הלוקח לדין דאין מכור לשעה הלא בזה דגובה מן הלוקח בקרקע כו"ע לא פליגי וגם ר' אחא מודה בזה.

גם מה שהקשה מכורה לבעלי זרוע. ופירשו דכיון דמתייאש משו"ה יהי' מכור לשעה חדא מאי שייך שמתייאש משדה זו כיון דמעיקר החוב אינו מתייאש ממילא לא חל המכירה דיאוש לא שייך אלא כשמתייאש מכל החוב.

אבל לא שמתייאש שלא יוכל לגבות משדה זו. וגם מאי שייכא הכא לגבי מחלוקת אי מכור לשעה הי' לו להקשות בעלמא אם מכר לבעלי זרוע אם גובה בע"ח דאף למ"ד דמכור לשעה.

אבל גבי' כו"ע מודי ויקשה היכא שמכרה לבעלי זרוע אם גובה הבע"ח ממנה וגם הא הפוסקים פסקו דיאוש בחוב לא מהני: (ו) ע"כ נראה לי דפירוש הירושלמי כן דהנה בגמ' ב"מ (דף ז') איתא דקרקע שאין יכול להוציאו בדיינין אין יכול להקדישו אף דקרקע אינה נגזלת. אעפ"כ כיון שאין יכול להוציאו בדיינין היינו שהגזלן עומד ומחזיק בה ואין יכול להוציאה בדיינין אינה ברשותה מקריא דברשותו מקרייא כשהוא בעלים על הדבר ויכול לעשות כחפצו.

אבל אם הגזלן אין מניח לעשות אותו כחפצו לירד להשתמש בה ואין בכחו לגרש את הגזלן מקריא אינה ברשותו. (וכן לגבי חמץ כיון דאין בידו להשתמש לאחר איסורו מקריא אינו ברשותו).

והנה אם עשה שדהו אפותקי לאחר הלא מן הדין אינו יכול למכור שאסור לו למכור וכיון דב"ד לא יניחוהו למכור. לא גרע כח הב"ד מכח הגזלן דכיון דאינו יכול למכור מן הדין ממילא הוי השדה אינה ברשותו.

וממילא המכירה אינה מכירה. ומשו"ה הי' יכול להיות דגם במטלטלין כיון דאסור לו למכור יקרא אינה ברשותו אלא דמטלטלין לא נוכל לומר דהדין עושהו לאינו ברשותו שהרי מטלטלין יכול הוא למכור בצנעה ולהבריחם משו"ה לא נוכל לומר דהוי אינו ברשותו.

וא"כ זהו הפירוש בדברי הירושלמי חילי' דר' יוסי (פירוש דס"ל דאם מכר לשעה אינה מכור) דשורו מצוי הוא להבריה. משו"ה אף שאסור לו להבריה אעפ"כ מקרייא ברשותו.

שדה אינה מצוי להבריה שהרי הב"ד יכולין לטורפה מיד הלוקח. משו"ה הדין דאסור למכור עושהו לאינו ברשותו משו"ה אם מכר אינה מכור.

כדין דבר שאינו ברשותו וע"ז פריך הגע עצמך שהי' מכורה לבעלי זרוע. פירוש וא"כ אף בקרקע יכול להבריא ונימא דגם קרקע הוי ברשותו ע"ז משני מצוין הן בעלי זרוע ליפול פירוש נמצא דקרקע אין יכול כלל להבריא משו"ה מכרו אינו מכור ולפי"ז יהי' גם הפירוש בדברי ר"ת דאמר דגבי קרקע קדושת דמים אינה מפקיע מידי שעבוד וגבי מטלטלין מפקיע דהוא הדין והוא הטעם שבירושלמי דגבי קרקע כיון שאסור לו להקדיש קדושת עולם.

משו"ה מקרי אינה ברשותו ולא יוכל להקדישה קדושת עולם משו"ה אינה מפקיע מידי שיעבוד. אבל מטלטלין כיון דיכול להבריא מן המלוה וברשותו ניהו אף שאסור להקדישם.

אעפי"כ ברשותו מקריא. משו"ה חל ההקדש.

וממילא מפקיע מידי שיעבוד וא"כ שפיר הקשה התוס' דא"כ גבי שור תם נהי דאם מכרו גובה אעפי"כ כיון דיכול להבריא בצנעה ולאוכלו ולהעריקו לאגמא. א"כ ברשותו הויא וחל ההקדש.

ולר"ת הי' מפקיע מידי שיעבוד. וא"כ גם בלא ר' אבהו הי' חל ההקדש ואמאי אמרו דקדוש דוקא משום דר' אבהו אבל בלא ר' אבהו לא קדיש ואצטריך לטעמא דאלמוה.

שוב הראני אחד דבספר הישר לר"ת איתא בפירוש דטעמא משום דאינו ברשותו: (ז) לפי"ז מיושב שפיר דברי הרמב"ם דכתב תיכף אחר דין הנ"ל שכתב דאם עשה שדהו אפותקי ומכרה לעולם אינה מכורה. כתב אחר זה שאם עשה עבדו אפותקי ומכרו ב"ח גובה הימנו.

ואמאי לא כתב דהוא דוקא בשמכר לשעה אבל אם מכר לעולם אינו מכור. אכן לפי הנ"ל ניחא דכיון דטעמא דהרמב"ם באפותקי משו"ה אינה מכור לעולם משום דאינו ברשותי' למכור לעולם.

א"כ היינו דוקא בקרקע דמשום דאין לו רשות למוכרה נעשה אינה ברשותו. אבל בעבדי נהי דלכל מילי כקרקע ניהו.

אבל לגבי זה דיכול להבריא הרי כמטלטלי ניהו. (עיין בדברינו בסוגיא דעבדי כמטלטלי דמי).

משו"ה הויא ברשותי' משו"ה אם מכרו לעולם ממכרו ומכר ורק דין הוא דב"ח יכול לגבות. אבל לא שיבוטל המכירה.

ועפי"ז מיושב שפיר מה שכתב הרמב"ם גבי צאן ברזל דאם מכרן אינן מכורין כלל אפי' לשעה. אכן לפי דברינו ניחא דהנה באפותקי כ"ז שלא תבעו הרי אינו מחויב לשלם לו עדיין.

ומשו"ה הרי מן הדין יכול הוא למכור לשעה ורק לעולם אינו יכול למכור כיון דנעשה אפותקי הרי אין לו רשות למכור. א"כ כיון דתליא בדין דמה דיכול למכור מן הדין חל המכירה.

משו"ה לשעה מכור ולעולם אינה מכור. אבל בנכסי צאן ברזל דאמרינן בכתובות (בדף פ') בעל שמכר קרקע לפירות אינו מכור מ"ט אמר רבא משום ריוח ביתא.

ואף דרש"י פירש דקאי על נכסי מלוג מדברי הרמב"ם משמע דקאי אף על נכסי צאן ברזל. וכיון דמן הדין אין לו למכור ממילא אף אם מכר לא עשה ולא כלום שנעשה אינו ברשותו ומשו"ה כתב הרמב"ם דאם מכר מטלטלין של נכסי צאן ברזל אף שאינו רשאי אם מכר ממכרו ממכר.

ועיין בלח"מ שתמה בזה. אכן לדברינו ניחא דכיון דהוכחנו למעלה דמסקנת הגמ' דנכסי צאן ברזל הם שלו ורק הא דאמר רב יהודה הדין עמה הוא רק דין בגבי' ומטלטלין הלא יכול להבריחם נמצא דאף הדין דאסור למכור אין עשוהו לאינו ברשותו.

משו"ה אם מכר מטלטלין מכור. ולפי"ז מיושב נמי הא דאמרינן מכרו שניהם לפרנסה זה הי' מעשה לפני רשב"ג ואמר הבעל מוציא מיד הלקוחות.

ועיין באלפס שכתב הא מילתא דרשב"ג לא איתבריר לן דנעביד עובדא. ועיין ברש"י שדחק למצוא טעם אמאי קתני לפרנסה.

אכן לדברינו ניחא דכיון דעיקר הטעם דבמכר נכסי צאן ברזל אינו מכור. לדין דס"ל דהגוף שלו הוא רק מטעם דכיון דאסור לו למכור ממילא נעשו לגבי זה אינו ברשותו.

נמצא היכא דיש לו רשות למכור ממילא המכירה מכירה. נמצא כיון דעיקר הטעם דאין לו למכור הוא משום ריוח ביתא.

נמצא היכא דמכר לפרנסה מן הדין הי' להיות מכירתו מכירה שהרי היכא דזבן לריוח ביתא המכירה מכירה. כדאמרינן שם בכתובות איכא בינייהו זוזי ועביד בהו עסקא ואמאי קאמר רשב"ג הבעל מוציא מיד הלקוחות.

אלא דכל זה שפירשנו דצאן ברזל הגוף שלו ורק שיש לה דין כשתגבה לגבות הכלים עצמם. היינו דוקא לרבנן.

אבל רשב"ג ס"ל בכל דוכתי סברא כדי שלא תהא אשה מחזרת על בתי דינין. ומשו"ה ס"ל דבאפותקי אם מכרו אף לשעה אינה מכור.

ממילא מכש"כ בנכסי צאן ברזל דנימא כדי שלא תהא אשה צריכה לחזור על בתי דינין לגבות מן הבעל. משום האי תקנה גופא אצטריך לן למימר דגם להבעל נכסי צאן ברזל כשהיא מכנסת לא הקנו כלל לו כדי שלא תהא אשה מחזרת על בתי דינין.

נמצא דלרשב"ג הגוף שלה. משו"ה אם מכר אף לפרנסה אין מכור כלל שהרי אין הגוף שלו.

והוא שמכרה בודאי דאינו מכור שהרי משועבדים הם לו לפירות ולא גרע מתקנתא דאושא בנכסי מלוג. אבל לדין אם מכר לפרנסה מכור: (ח) ולפי הנ"ל מיושב ג"כ מאי דהוה קשה לי.

דהנה שם ביבמות אמרינן תניא כותי' דר' אמי עבדי צאן ברזל יוצאין בשן ועין כו' תניא כותי' דרב יהודה המכנסת שום לבעלה אם רצה הבעל למכור לא ימכור מכרו שניהם

לפרנסה זה הי' מעשה לפני רבן שב"ג ואמר הבעל מוציא מיד הלקוחות. אמר רבא אמר ר"נ הלכה כרב יהודה אמר ליה רבא לר"נ והתניא כותי' דרב אמי אע"ג דתניא כותי' דרב אמי מסתברא טעמא דרב יהודה.

ולכאורה קשה מאד מאי הקשה רבא לר"נ והתניא כותי' דרב אמי אטו כותי' דרב יהודה מי לא תניא הא אמרינן תניא כותי' דרב יהודה. אכן לדבריננו ניחא שהרי באמת מהאי ברייתא דמייתי סיעתא לרב יהודה אין ראי' דהלכה כרב יהודה דנוכל לומר דדוקא רשב"ג קאמר דהבעל מוציא מיד הלקוחות.

דאזיל לטעמי' דס"ל כדי שלא תהא אשה מחזרת על בתי דינין אבל רבנן דפליגי באפותקי ולא ס"ל הסברא כדי שלא תהא אשה מחזרת על בתי דינין נוכל לומר דבנכסי צאן ברזל ס"ל דהגוף של הנכסים של הבעל נהי דנוכל לומר ג"כ דאף דבאפותקי ס"ל דגובה משאר נכסים. אבל נכסי צאן ברזל לא נעשה כלל של הבעל מטעם שלא הקנתה לו רק שהוא קבל אחריות.

ואף דלא ס"ל הסברא דכדי שלא תהא אשה מחזרת אעפי"כ בדין נכסי צאן ברזל הגוף שלה ס"ל כרשב"ג מטעם אחר. אבל כיון דתניא כותי' דרב אמי.

ע"כ דחכמים פליגי על רשב"ג. וא"כ פריך ליה כיון דתניא כותי' דרב אמי.

איך פסק כרב יהודה כיון דחכמים פליגי על רשב"ג הי' לן לפסוק כרבנן. ולפי"ז מיושב שפיר מאי דבירושלמי מדמה נכסי צאן ברזל לאפותקי והרמב"ם הלא חילק ביניהם.

אכן לדבריננו ניחא. דהנה הירושלמי שרצה לומר דעבדי צאן ברזל אינן מכורין אם מכרן.

ע"כ אין לומר משום טעמא דאסור למכור צאן ברזל דהרי עבדים הם דבר שיכול להבריחם. וא"כ אף דאסור למכור אעפי"כ ברשותו הם.

ואם נימא דס"ל לר' יוחנן דהגוף של הבעל הי' לו לומר דמכורין וע"כ דסבר ר' יוחנן דצאן ברזל הגוף של האשה וכיון דגופם של האשה הרי מכר דבר שאינו שלו. משו"ה קאמר דר' יוחנן כרשב"ג דס"ל באפותקי הסברא כדי שלא תהא אשה מחזרת על בתי דינין.

משו"ה נשאר הגוף שלה. משו"ה אף בעבדים אין מכור שהרי מכר לאו דידי' ושפיר מביא ראי' דלר' יוחנן אף לשעה אין מכור.

אבל לר' אלעזר מכור אף לעולם שכיון שס"ל דצאן ברזל הגוף שלו. ורק משום זילותא דדינא דאסור למכור אין מכור באפותקי לעולם.

אבל בעבדים דכמטלטלין דמיא אף אם מכרן לעולם מכורין. נמצא דנהי דלרשב"ג ילפינן צאן ברזל מאפותקי דכמו דבאפותקי לא העמידו ברשות לוקח אף לשעה.

משו"ה בנכסי צאן ברזל בשעה שהכניסה לבעלה לא העמידו ברשות הבעל שיהי' הגוף של הבעל. אבל לרבנן יש חילוק בין צאן ברזל לאפותקי דאפותקי דיש לו רשות למכור לשעה המכירה לשעה מכירה.

אבל בנכסי צאן ברזל דאין לו למכור אף לשעה משום ריוח ביתא משו"ה אף לשעה אין מכור ואם מכרו לפרנסה לא עבדינן עובדא כרשב"ג דכיון דלפרנסה מכר ואיכא ריוח ביתא. משו"ה לדידן אם מכר לפרנסה לשעה אין מוציא מיד הלקוחות: סימן כב סוגיא דהיו רודפין זה אומר שורך הזיק.

וסוגיא דטענו חטין והודה לו בשעורין. ויבאר אי בחיובא דשור הוי חיוב על גוף הבעלים או לא.

והרבה חילוקים בטענו חטים והודה לו בשעורין: (א) בדף לה סוגיא דשני תמין כתב הרמב"ם (בפ"ט מהל' נזקי ממון ה"ט) ז"ל ה' שני השוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק ה' אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק המוציא מחבירו עליו הראי'.

לא היתה שם ראי' ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משני אלו הזיק משלם המזיק כמו שאומר ואם טען הניזק שאתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק נשבע שבועת התורה ומשלם כמו שהודה שהרי הודה במקצת. ה' הניזקין שנים אחד גדול ואחד קטן.

והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא קטן הזיק את הגדול וגדול את הקטן. או שהי' אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם הזיק את הקטן.

והמזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן המוציא מחבירו עליו הראי' לא היתה שם ראי' ברורה המזיק פטור למה זה דומה לזה טען את חבירו חטים והודה לו בשעורין שהוא נשבע שבועת היסת. ופטור אף מדמי שעורים כמו שיתבאר בהלכות טוען.

ואם תפס הניזק הרי משלם לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן כמו שהודה המזיק. אבל אם לא תפס אין מוציאן מן המזיק כלום עכ"ד.

והנה ע"ז דדבריו סותרים זא"ז דבבבא הראשונה כתב דאם אין ראי' ברורה משלם המזיק כמו שאומר והכא בבבא שני' בהנזקין שנים כתב דהוי טענו חטין ושעורין ופטור אף על מה שאמר המזיק בעצמו כתב המ"מ דהרמב"ם ס"ל דהיכא דיש עדים דמחויב ואינם יודעין אם חיטין או שעורים והתובע אומר חיטים והנתבע אומר שעורים מחויב לשלם שעורים ולא דמי לטענו חיטים ושעורים דהתם מיירי דאין עדים כלל.

והא דכתב הרמב"ם בבבא דהנזקין שנים לא היתה שם ראי' ברורה כונתו דאין שם עדים כלל ורק ע"פ הודאתו מחייבין. וזה הויא טענו חיטים ושעורין.

והא דאיצטריך הרמב"ם לטעמו דטענו חיטים ושעורים הוא רק היכא דהי' אחד תם ואחד מועד דאילו היכא דשניהם תמין. גם בלא טעמא דטענו חיטים והודה בשעורין פטור.

שהרי כיון שאין עדים כלל הרי מודה בקנס הוא. ואעפי"כ אם תפס גובה אף שלא הי' עדים דח"נ דתם אם תפס גובה בהודאת פיו.

כל זה פירש המ"מ. וכמובן הדברים דחוקים עד למאד דנתן הרמב"ם טעם דפטור משום חיטין ושעורים ואמר זה על אחד תם ואחד מועד.

ותיכף אחר זה יאמר ואם תפס גובה לקטן מן הגדול ולגדול מן הקטן דזה קאי על הי' המזיקין אחד גדול ואחד קטן. וגם עיקר הדין קשה אמאי נימא דאם יש עדים שחייב לו או חיטין או שעורים משלם שעורים כיון שהוא הודה שאין לו שעורים.

הרי גם הודאת פיו שהודה שיש לו שעורין ג"כ מחייבו ואעפי"כ פטרינן משום דהתובע בעצמו הודה שאין לו בידו שעורין א"כ אף אם יש עדים יפטור ג"כ שהרי הודאת בע"ד עדיף מעדים וכדאמרינן בשבועות שהוא דאמר לחברי' הב לי מאה זוזי דאוזיפתך אמר ליה לא הי' דברים מעולם אזל אייתי סהדי דאוזפי' ופרעי' ואמר רבא כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי.

הרי דאף שעדים מעידים שפרע. כיון שמהודאתו מוכח שלא פרע מחייבינן לשלומי. ה"נ נהי דעדים מחייבין ליה שעורים כיון שהוא הודה שאין לו שעורים יפטור ובשלמא אי הוה סבר טעמא דפטור בטענו חיטים והודה בשעורים הוא משום דכיון דתבעו חיטים הרי על שעורים יכול לומר משטה אני בכ. א"כ היכא דיש עדים דאז אינו יכול לומר משטה אני בכ משו"ה משלם.

אבל הרמב"ם דכתב בפירושו הטעם משום דהוי כאילו הודה שאין לו שעורין מאי מהני העדאת העדים הא הודאת בע"ד עדיף ממאה עדים. והקושיא זו רמוזה בש"ך חו"מ (סימן פ"ח ס"ק י"ז) עיין שם בדבריו: (ב) ונראה לי לתרץ דהנה הרמב"ם כתב (בפ"א מהלכות טוען ה"ח) ז"ל כור חיטים יש לי בידך בודאי והנתבע אומר איני יודע אם חטים או שעורים הרי זה נשבע היסת שאינו יודע ומשלם שעורין.

וכבר הקשה הראב"ד דהרי הכא בגמ' אמרינן דאם הניזק אומר ברי ומזיק שמא אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן. הרי דאם הנתבע מספקא ליה אם חיטים או שעורים פטור מלשלם.

עוד קשה מדברי הרמב"ם בעצמו (פ"ה מהלכות שאלה ופקדון ה"ז) ז"ל מעשה באחד שהפקיד שק צרור אצל חברו ופשע בו המפקיד אומר חלי זהב ומרגלית וכיוצא בהן הי' בו והשומר אומר איני יודע שמא סיגים או חול הי' בו ואמרו חכמים ישבע בעל הפקדון ויטול כו' ולמה נשבע כאן בעל הפקדון לפי שאין השומר מחויב שבועה שאפילו הודה ואמר ברי לי שהי' סיגים ומפקיד אומר מרגלית הי' השומר נשבע היסת ונפטור כמו שטענו חיטים והודה לו בשעורים כו' עכ"ל הרמב"ם.

הרי הרמב"ם עצמו ס"ל דהוי כה"ג טענו חיטים והודה לו בשעורים. ועיין בכ"מ שהקשה קושיא זו.

ועיין בלח"מ (בפ"א מהלכות טוען). ע"כ נראה לי לתרץ דהנה הקשו המפרשים איך אמרינן דאם המלוה אומר לויתה ולא פרעת.

והלוא אומר לא לויתי והביא המלוה עדים שאמרו לזה ופרע מחויב לשלם דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי. ואיך נוכל לגבות עפ"י אותם העדים לטובת המלוה שהרי המלוה בעצמו אומר שסהדי שקרי נינהו שאומרים שפרע.

ולפי דבריו שקר הדבר. ועיין תוס' כתובות (מ"ד) ד"ה איכא בינייהו.

ונראה לי דלא קשה מידי שהרי הא דאמרינן דעדים שהעידו שקר נפסלו להעיד היינו דוקא שהעידו עדות שקר בב"ד דקראם התורה רשע וחייבה התורה מלקות על לאו דלא תענה. אבל אם אחד אמר שקר בעלמא שלא בב"ד כיון דאין בזה חיוב מלקות לא נפסל.

נמצא דאם אחד העיד בב"ד ולא הי' עדותם יכולה להתקבל הרי לא הי' עדותם עדות והוי רק כמו שאמרו שקר בב"ד שלא בעדות דאין נפסלים וכיון דהודאת הלואה שאמר לא לויתי שזה ראי' והודאה שלא פרע אמר קודם שאמרו העדים שלוחה ופרע. לא הוי דיבורם אלא שקר בעלמא לא עדות ובדיבור שקר שלא בעדות לא נפסלו.

נמצא דיכול המלוה לגבות על פיהם שאף לפי דבריו אינם עדים פסולים. דלא הגידו עדות שקר דעדות הויא רק דברים היכולים להתקבל: (ג) והנה רש"י ותוס' הקשו מ"ש דמעיקרא כי פריך לרבה בר נתן ממתניתין משני בברי ושמא ולבסוף כי פריך מהיו הנזקין שנים משני ראוי ליטול ואין לו וכי תפס לא מפקינן מיני'.

ונראה לי דהנה הא דאמרינן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. ומשו"ה טענו חיטים והודה לו שעורים פטור.

לכאורה דאין הודאתו הודאה אלא היכא דהודאתו הויא חיוב ממון או פטור ממון. אבל אם בהודאתו אין חיוב ופטור בודאי דלא מקרי הודאה.

ולפי"ז פשוט דאם יתבע אותו לויתה ממני כסף ביד ימין והנתבע מודה שלוחה. אבל הוא אומר שלוחה ביד שמאל האם נימא בזה הדין דיאמר לו הנתבע אתה בעצמך הודית שביד שמאל לא לויתי ממך.

ואיך תוכל לגבות ממני בודאי דלא שייך כה"ג לומר דהוי כטענו חיטים והודה בשעורים שהרי הודאתו שמודה שלא לזה ביד שמאל אין נפקא מינה לענין החיוב בין לזה ביד ימין ללוחה ביד שמאל. לפי"ז תקשי לכאורה בתבעו לויתה ממני חיטים.

והוא משיב לויתי ממך שעורים הנה עתה אין תובעו שמחויב הוא לו חיטים שהרי דמים הוא חייב לו ורק שתובעו חייב אתה לי בעד חיטים שהלויתך והלה משיב חייב אני לך חיוב רק בעד שעורים. לכאורה החיוב שהוא מודה שהוא מחויב לו כמה שעולה כור שעורים.

מאי נפקא מינה אם החיובבא בעד שלוחה חיטין או שעורין. עכ"פ הוא אינו תובעו החיטין שהרי אין מחויב לשלם לו חיטין ורק תובעו החיוב שהוא עתה מחויב לו.

וא"כ עתה החיוב שהוא מודה של שעורים מה לי אם הוא מחמת שלוחה אותו חיטין או שלוחה שעורין והוי רק כתבעו לוית ביד ימין והוא משיב לויתי ביד שמאל שלא שייך בזה הודאה שלא לזה ביד שמאל כיון שאין נפקא מינה לענין החיוב דמה שהוא אומר

ביד ימין איננה הודאה הפוטרת מהלואת יד שמאל כן בחיטין ושעורין לגבי חיוב השעורין הוי כמו ביד אחר.

ועכצ"ל דלא דמי. דהנה הרמב"ם פסק בתבעו דמי קרקע למשל הוא תובעו חפרת בחצירי שתי בורות והוא משיב דחפר רק בור אחת פטור משבועה דדמי קרקע כקרקע אף דעתה תובעו רק כסף וצ"ל דדעת הרמב"ם דהא דב"ד מחייבין אותו לשלם בעד היזק הקרקע.

אלא דלא מחייבין רק כסף. אבל החיוב אינו דמים אלא דזהו החיוב עליו לשלם בעד הקרקע.

נמצא דהוא תובעו חייב אתה לשלם בעד שתי הבורות. והוא משיב איני חייב לך לשלם רק בעד בור א' וכיון דהתביעה היא גם עתה החיוב לשלם בעד היזק הקרקע.

הרי תביעת קרקע אינה מחייבת שבועה. וא"כ לגבי חיטים ושעורים הרי התביעה היא חייב אתה לי חיוב בעד חיטים.

והוא משיב חייב אני לך חיוב בעד שעורים. נמצא דאיך נוכל לפסוק חיוב בעד שעורים הלא הוא בעצמו מודה שחיוב שעורים אין בידו שהרי זה מוכח מהרמב"ם דחיוב התשלומין הוא גם עתה לא כסף אלא החיוב לשלם בעד הדבר שהזיק או שלקח ולא דמי לתבעו לוית ביד ימין והוא משיב ביד שמאל דמחויב לשלם דהתם אין התביעה שמחויב בעד שלקח ביד ימין דהחיוב הוא בעד דבר שלקח.

אבל באיזה יד לקח אין נפקא מינה משא"כ הכא דעיקר החיוב הוא בעד דבר שלקח. וכיון דהוא בעצמו מודה שאין עליו חיוב שעורים.

איך נוכל לחייבו החיוב הזה: (ד) והנה כל זה הוא דוקא בשארי חיוב הזיקות אבל בפלגא נזקא כיון דאין משלם אלא מגופו ולמאן דאמר פלגא נזקא ממונא הרי תיכף בנגיחתו הוחלט השור ועל הבעלים אין חיוב כלל. אלא תיכף בנגיחת השור הקנתה התורה השור להניזק.

נמצא כשהוא תובעו דגדול הזיק והמזיק אומר קטן הזיק הרי המזיק אומר שזה השור הוא שלו. והניזק אומר אין זה השור שלך.

נמצא דאינו תובעו החיובים רק שזה אומר שור זה שלו. והוא משיב זה שלי וזה שלך.

לפי"ז ניחא דהקשה רק מבבא דשני מזיקין אחד גדול ואחד קטן ולא מסיפא דהי' הנזקין שנים והמזיקין שנים. ולפי דברינו מסיפא לא יוכל כלל להקשות אליבא דרב פפא לרבה בר נתן דבסיפא שזה תובעו גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי קטן את הגדול וגדול את הקטן.

דהנה לפי תביעת הניזק תובע למשל שכל הגדול קנוי לו בעד שהזיק את הגדול והמזיק משיבו אינו קנוי לך אלא מחצה בעד הקטן. ע"ז לא שייך כלל להקשות תבעו חיטים והודה לו בשעורים דאטו אם תבע אחד לחבירו שור זה שבידך שלי הוא שקניתי ממך בעד כסף והוא משיב לו קנית ממנו בעד חיטים האם נימא דהויא כתבעו חיטים והודה לו בשעורים.

לפי דברינו בודאי דלא שייך בכה"ג שהרי עתה כתביעתו אינו תובעו החיוב בעד הכסף שהרי הוא אינו מחויב לו בעד הכסף שנתן ורק תביעתו שור זה שבידך שלי הוא שקניתי ממך מה לי אם קנאו בכסף או בעד חיטים עכ"פ תביעתו הוא על השור והוי דומיא דתבעו לויתה ממנו ביד ימין והוא משיב לויתי ביד שמאל דלא שייך תבעו חיטים והודה לו בשעורים.

א"כ הכא בהנזקין שנים כיון שהמזיק מודה שמחצית שור הגדול (וכן הקטן) קנוי לו וא"כ על ההוא מחצה שמודה מה לי אם המזיק אומר שקנוי לו בעד הקטן. והניזק אומר שקנה בעד הגדול.

עכ"פ אינו תובעו החיוב בעד השור שהרי אינו מחויב לו כלל. ורק התביעה היא על השור המזיק שהוא אומר שכולו שלו מפני שנגח הגדול והמזיק אומר מחצה שלו שקנהו בעד שנגח הקטן.

עכ"פ הוא מודה שמחצה השור שלו הוא. ודמיא לתבעו לויתה ביד ימין והוא משיב לויתי ביד שמאל דלא שייך לומר דזה תבעו חיטים והודה בשעורים.

משו"ה פריך לרב פפא רק מהמזיקין שנים דהתם הוי כתבעו חיטים והודה לו בשעורים שהרי זה אומר גדול שלי והמזיק אומר קטן שלך. נמצא שיש הודאה מן הניזק שהקטן אינו שלו: ה) ומי"ז מיושב נמי מה שלא תירץ בגמ' כי פריך לרבה בר נתן אליבא דרב פפא מבבא דאחד גדול ואחד קטן לא תירץ ראוי ליטול ואין לו ויהי' נ"מ לתפס.

דהנה בב"ב גבי מעשה דאיסור גיורא (בדף קמ"ט) מתקיף לה רב איקא ברי' דרב אמי אמאי ולודי איסור דהלין זווי דרב מרי נינהו ולקנינהו באודיתא הרי אף דרב מרי יודע בעצמו שאין הכסף שלו. כיון שהודה איסור שהם של רב מרי נעשו הכסף של רב מרו.

דאודיתא קנין הוא. מעתה גבי הי' המזיקין שנים דהניזק תובע הגדול הוא שלו והמזיק אומר הקטן הוא שלך הרי הודה הניזק שהקטן אינו שלו וכיון שהודה הרי נקנה תיכף השור להמזיק.

נמצא איך יועיל אח"כ תפיסה את הקטן שהרי כבר נקנה השור להמזיק וקני' בקנין אודיתא. ולא דמי לתבעו חיטים והודה לו בשעורים דמהניא תפיסה דהתם לא שייך שיקנה חיוב השעורים.

דזה דאמרינן דקנין אודיתא הויא קנין היינו רק מכאן ולהבא היינו שעתה בהודאתו נקנה אבל למפרע לא שייך קנין. נמצא דעתה אין יכול להיות קנין שהרי הוא תובע ממנו דמים.

רק שהוא תובע יותר מחיוב השעורים. עכ"פ אין כאן הודאה שעתה אין מגיע לו כסף כפי השעורים דהקנין הלא צריך להיות על דמים שחייב לו.

וע"ז אין הודאה שאין חייב לו. רק שב"ד אין יכולין לחייבו שב"ד צריכים לחייבו בעד חיוב השעורים.

וע"ז מהני הודאתו דלא הי' עליו חיוב שעורים. אבל קנין מכאן ולהבא לא שייך כיון דעל פי הודאתו מחויב לו עדיין דהרי הוא לא יוכל לקנות השעורין אלא הדמים שהוא מחויב וגם דין שהוא מחויב לשלם ג"כ לא שייך קנין.

ולפי"ז מיושב ג"כ הקושיא שהקשו איך פסק הרמב"ם דטענו חיטים והשיב הנתבע אינו יודע אם חיטים או שעורים דמחויב לשלם שעורים והרי בב"ק אמרינן אי דקאמר ניזק ברי ומזיק שמא אכתי לימא תהוי תיובתא דרבה בר נתן. אכן לפי דברינו ניחא דהנה כשתובעו חיטים והנתבע משיב אינו יודע אם חיטים או שעורים הרי הנתבע משיב שחיוב יש בודאי עליו.

אלא דכיון דיוכל להיות שהוא שעורים יפטר מכאן ולהבא דאין ב"ד יכולין לחייבו חיוב תשלומין בעד שעורים כיון דחיוב השעורים הודה שאין מגיע לו. נמצא דהחיוב הוא ודאי והפטור הוא ספק דדילמא אמת כדבריו שהתביעה הוא חיטים וכיון דהחיוב הוא ודאי והפטור ספק.

משו"ה מחויב לשלם דהוי כאינו יודע אם פרעתין דמחויב לשלם. ולפי"ז מיושב מה שכתב הרמב"ם (בפ"ה מהלכות שאלה) דאם תבעו חלי זהב ומרגליות הי' בו והוא אומר שמא סיגים דישבע בעל הפקדון ויטול ואין השומר מחויב שבועה.

שאפילו הודה ואמר ברי שהוא מלא סיגים הי' פטור משום דהוי כטענו חיטים והודה בשעורים. אכן לדברינו ניחא דכיון דהחיוב הוא במשיב אינו יודע שמא חיטים או שעורים הוא מטעם אינו יודע אם פרעתין הרי בכה"ג לא הוי כהודאה מקצת.

דהרי פסק הרמב"ם דפסק ב"ד אין מחייב שבועה היינו דחיוב שבועה במודה במקצת הוא דוקא במודה שהוא מחויב. אבל מה שב"ד מחייבים אותו מטעם שאינו נאמן זה לא מקרי מודה מקצת (ועיין קצוה"ח שהקשה הא פסק ב"ד עדיף מעדים וכיון דעדים מחייבים שבועה מכש"כ ב"ד יחייבו שבועה).

אך באמת לא קשה לענ"ד דב"ד עדיפי מעדים לענין נאמנות. אבל מה שב"ד פוסקים על פי חזקה איך יהי' זה עדיף היינו חיוב יותר ברור מעדים דהרי ב"ד בעצמם אינם יודעים אם מחויב רק שהם פוסקים מטעם חזקה.

נמצא דפסק דינם ג"כ אינו אלא חזקה. נמצא דהא דילפינן ק"ו מפיו דעדים מחייבים אותו שבועה היינו דוקא עדים שיש עדות שהוא מחויב.

אבל לא חיוב שהוא מכח חזקה חזקה אינו מחייב שבועה. דבודאי פיו עדיף מחזקה ובודאי אילו הי' ב"ד מעידים שיוודעים שמחויב בודאי דהי' ב"ד עדים.

אבל עתה הרי אינם עדים אלא שפוסקים מכח חזקה. וחזקה לא אלימא כעדים לחייב שבועה ובדברי הקצוה"ח הארכתי במקום אחר).

נמצא כשטוען חיטים והוא משיב שמא שעורים. אף דמחייבין שעורים מטעם אינו יודע אם פרעתין.

אבל שיהי' מחויב שבועה מטעם זה על השאר כיון דלא הוי הודאה שמחויב דהוי כטענו חיטים והודה בשעורים. ורק מחויב מטעם פסק דין.

ופסק דין אין מחייבו שבועה. וזהו שקאמר הרמב"ם שאפ"י הודה ואמר ברי שהוא מלא סיגים הי' פטור משום דהוי כטענו חיטים והודה בשעורים.

פירוש וא"כ מטעם הודאה א"א לחייבו ורק מחיובא דאינו יודע אם פרעתוך זה הוי רק פסק דין דאין מחייב שבועה. (ואף דהש"ך הביא דעת הר"ן בפרק שבועות הדיינין).

דאם טען אינו יודע אם פרעתוך על מקצת הוי הודאה במקצת. נראה לי כי יש לומר דהרמב"ם לא ס"ל כן וכטעמא הנ"ל מכיון דאין החיוב אלא מטעם חזקה.

עיין בט"ז שהביא שהרשב"א לא ס"ל כהר"ן היינו דלדידן לא פסקינן כהר"ן. וכיון דאין מחויב מטעם ההודאה משו"ה בעל הפקדון נשבע.

ומה שהקשה הלח"מ דהי' לפסוק ג"כ בתבעו חיטים והשיב איני יודע אם חיטים או שעורים הי' לו לפסוק דהתובע נשבע ונוטל. ונראה לי דהא דאמר הרמב"ם דבעל הפקדון נשבע ונוטל הוא מטעם תקנת נגזל.

ותקנת נגזל לא התקינו במזיק. אלא במקום דאין דרך שהמזיק יודע כמה הזיק ופושע נמי כמזיק הוא.

אבל בלוח דידע בשעת מעשה ודרך הוא שידע אלא ששכח בכה"ג לא תיקנו תקנת נגזל ופשוט הוא. ולפי"ז לא קשה מהא דאמר בגמ' דאם הניזק אומר ברי הגדול הזיק והמזיק אומר שמא הקטן דפטור דהרי הא דמחייב הרמב"ם בכה"ג הוא דוקא מחיובא דאינו יודע אם פרעתוך וזהו דוקא בתבעו חיטים.

דהתביעה יש לי חיוב עליך שאתה מחויב לשלם והוא משיב שבודאי יש עליו חיוב. אלא שהוא אומר שמא הוא שעורים ונפטרתי מתביעתך ע"י הודאתך והוי ספק.

אבל הכא בשני שוורים כיון דהוחלט השור הרי אין עליו חיוב כלל לשלם. רק שהוא תובעו השור הגדול הוא שלי.

וזה אומר שמא הי' שלך הקטן ואתה בהודאתך הקנתה לי א"כ מספק לא תוציא ממני הקטן שהרי אתה בעצמך הודית שאתה הקטן שלך והגדול מספק לא תוציא ממני. והוי דומיא דאחד שהפקיד אצל בה"ב ומת אחד מהם שהמוציא מחבירו עליו הראי' בבכורות (בדף י"ח) שכיון שאין עליו חיובים הרי מספק לא יוציא ממנו: (ו) והנה הא דביארנו דתביעת הגדול הזיק או הקטן הוא רק תביעה על השוורים אבל עליו אין חיוב כלל הוא דוקא אליבא דרב פפא דס"ל פלגא ניזקא ממונא ותיכף נעשה השור של הניזק.

אבל לדידן ע"כ דיש חיובים עליו לשלם. אלא דעשאה התורה אפותקי שבעד החיוב שיש לו להניזק על המזיק אין לו פרעון אלא מגוף השור.

אבל החיוב הוא על המזיק לשלם. ומשו"ה אמרינן דשני שוורים של איש שהזיקו ואין יודע איזה הזיק גובה מגוף הפחות שבשניהם ואם נימא דאין על המזיק חיוב כלל רק דין הוא שיגבה מן השור המזיק איך יגבה מגוף הפחות שבשניהם הלא על כל אחד ידחה אותו שמא אינו שלך.

עכצ"ל דהחיוב הוא על המזיק שישלם לו. והוא תובעו שלם לי החיוב שיש לי עליך.

ומשו"ה ע"כ מגוף הפחות יגבה וכן מצאתי בקצוה"ח (סימן ת') שמביא כן בשם התומים. (ואף דהקצוה"ח הקשה על התומים מתוס' בתחלת שור שנגח את הפרה דמשמע דאף במזיקין בפרה שהזיקה ונמצא עוברת בצדה ולא נודע אם גם הולד נגח או לא דהוי מודה בקנס שגם הולד נגח.

נראה לי דלא קשה דנהי דכל זמן שהמזיק בעולם מוטל עליו חיוב לשלם לו בעד נזקו. אבל כיון שמת שור המזיק הרי נפקע חיובו שהתורה לא רמיא עליו חיובים לשלם ממקום אחר כשאינ המזיק.

נמצא התם דמיירי בליתא לפרה דאז אם נאמר שהולד לא הי' בשעת הנגיחה הרי עתה אין עליו חיוב כלל. נמצא דהוא בהודאתו מודה שיש חיוב והוי מודה בקנס.

אבל היכא שיש השור בעולם רמיא עליו חיוב לשלם הנזק. וממילא הויא רק מודה בתשלומי קנס ודו"ק).

עכ"פ זה מוכח בודאי דיש עליו חיוב לשלם. נמצא כשתובעו גדול הזיק שורו והוא משיב קטן שלי הזיק שורך דזה מודה הוא שיש עליו חיוב לשלם בעד שורו אלא דאמר שהחיוב הוא פחות מכפי שתובעו.

אבל במה שמודה היינו החיוב כפי שיווי הקטן החיוב כשיעור הזה גם מהגדול יוכל ליתן. נמצא דלא נוכל לומר אתה בעצמך הודית שאין לך על הקטן מאומה שהרי לא הודה בזה שהרי גם לפי תביעתו שתבעו הגדול הזיק היינו שיש עליך חיוב כשיעור הגדול הלא גם אז יוכל לגבות מן הקטן כדין שני שוורים שהזיקו כיון דהחיוב הוא על המזיק לשלם.

נמצא דלא דמי כלל לתבעו חיטים והודה בשעוריה דהתם כיון שצריכין ב"ד לפסוק החיוב בעד ההיזק. הרי כיון שתבעו חיטים הרי הודה שאין לו חיוב שעורים וב"ד צריכין לפסוק החיוב.

שמחויב לשלם. היינו דמי השעורים.

אבל הכא הרי החיוב שניהם מודים שהוא בעד שור שלו. ורק לפי דברי זה החיוב הוא למשל מאה והוא מודה רק בחמשים אבל החמשים יוכל לתת לו מאיזה שירצה כדין שני שוורים תמים.

נמצא דאין כאן הודאה כיון דעתה אין נ"מ. והוא כהודה שלא לזה ביד ימין אלא ביד שמאל דלא הוי הודאה.

נמצא דלדין אדרבה מבבא שהקשה אליבא דרב פפא לרבה בר נתן לדין ליכא למיפרך כלל. אלא לדין אדרבה מסיפא יכול להקשות מהי' הנזקין שנים.

והוא דהנה אמרינן לעיל בשלמא הזיק עד שלא חב נזקין קדמו אלא חב עד שלא הזיק בע"ח קדים. ואפילו הזיק עד שלא חב ב"ח קדים ש"מ ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה לא גבה.

לא לעולם אימא לך מה שגבה גבה ושאני התם דא"ל אילו גבך הוי לא מינך הוי גבי ליה דהאי תורא דאזקן מיני' משתלמנא והקשה בתוס' ז"ל תימא אז בדין הוא שיגבה שפשע בשמירתו. וי"ל דלא קאמר אלא כלומר דאין גוף השור משועבד לב"ח כמו שמשועבד לניזק שמשתלם מגופו כו' הרי חזינן מדברי התוס' דאף דבכל חובות קדם ב"ח מאוחר וגבה מה שגבה גבה היינו דהתם כיון דלא נעשה אפותקי לחוב הראשון משו"ה בע"ח השני לא גבה מן המשועבדים כשקדם וגבה.

אבל גבי ניזק כיון דנעשה השור אפותקי לחוב שלו אינו משועבד לחוב אחר. מעתה היכא דהניזק תבעו גדול הזיק את הגדול וקטן את הקטן והמזיק אומר קטן את הגדול וגדול את הקטן.

נמצא דכשכא לגבות מהגדול שווי' של קטן כדין שני שוורים תמין שהזיקו יאמר לו המזיק אתה בעצמך הודיתה שאין על הגדול חוב הקטן שהרי כיון שאמרת שהגדול הזיק את הגדול. א"כ לדבריך נעשה אפותקי לחוב הגדול א"כ הודיתה בעצמך שלחוב הקטן אינו משועבד כיון שנעשה אפותקי לחוב אחר.

ולא דמי לתבעו גדול הזיק והוא אומר לא כי אלא קטן דהתם אין הודאה כלל מהניזק שהרי אף לפי דבריו יכול לגבות מהקטן בעד זה שהזיק הגדול כדין שני שוורים תמים שהזיקו דרצה מזה גובה כו' דהיינו כיון דהחייב על המזיק לשלם וכמו שביארנו. אבל הכא כשכא לגבות מן הגדול בעד הקטן יאמר לו אתה בעצמך הודיתה שאין לך לגבות מהגדול חיוב הקטן כיון שלדבריך נעשה אפותקי לחוב של גדול שלך.

וכן כשכא לגבות מהקטן חיוב של גדול יאמר לו המזיק אתה בעצמך הודיתה שאין לך לגבות מהקטן חיוב הגדול כיון שלדבריך נעשה אפותקי לחיוב הקטן דהרי בנגיחתו נעשה אפותקי כל השור לחיוב הניזק. וכן באחד תם ואחד מועד דהניזק אומר מועד הזיק את הגדול ותם את הקטן.

והמזיק אומר לא כי אלא מועד את הקטן ותם את הגדול. אם בא לגבות מן התם בעד הגדול כפי הודאת המזיק.

יאמר לו אתה בעצמך הודיתה שאין לך לגבות מהתם חיוב הגדול. כי לפי דבריך בעצמך אמרת שנעשה אפותקי לחיוב הקטן ואם נעשה אפותקי לחיוב הקטן אין עליו חיוב הגדול דאין החיוב על נכסים משועבדים.

ואם בא לגבות משאר נכסים בעד הקטן כהודאת המזיק. יאמר לו המזיק מה תטעון שאני בעצמי הודיתי שהמועד הזיק שורך הלא אתה בעצמך הודיתה שאין עלי חיוב לשלם מן העליון בעד הקטן.

נמצא דלא דמי להמלוה אומר לוית ביד ימין והלוה אומר ביד שמאל. דלא הוי כלל הודאה מצד המלוה.

שמה שלא ליה ביד ימין לא הוי הודאה כיון דאין נפקא מינה לחיובים. וכן בהמזיק אומר גדול הזיק והניזק אומר קטן הזיק.

אין כאן הודאה מצד המלוה לפטור כי אדרבא הוא תובע יותר. אבל הודאה לפטור אין כאן.

וכן בהניזק אומר מועד הזק. והמזיק אומר תם הזיק אין הודאה לפטור כיון שהוא תובע יותר.

אבל בסיפא בהנזקין והמזקין שנים דבעד הקטן אמר המזיק שמועד הזיק את הקטן דאז מחויב לשלם מן העלי'. שהוא חיוב יותר גדול מחיוב שמחויב לשלם בעד תם שאינו מן העלי'.

נמצא דהודאת הניזק שהוא אמר שתם הזיק את הקטן וממילא הויה הודאה שאין עליו חיוב מועד לשלם מן העלי' הויה לפטור אותו מהחיוב הזה וממילא אין כאן חיוב מצד המזיק כיון שחיוב תם בעד הקטן לא אמר ומה שאמר חיוב המועד יש הודאה לפוטרו כי הודאה לגרע החיוב הודאה הפוטרת היא ולא דמי ללוית ביד ימין דאין כאן הודאה.

משו"ה לדידן דס"ל דפלגא נזקא קנסא פריך בסיפא דסוגיא מבבא דהנזקין שנים והמזקין שנים. והוא בהיפך מדלרב פפא.

דלרב פפא הקושיא דוקא מבבא דרישא ולדידן אדרבה הקושיא דוקא מסיפא. אלא לדידן כיון דהתביעות הוא על חיובים.

ולא שייך שיהי' הודאתו קנין כמו שביארנו דהיכא דהודאתו על חיובים כיון דהוא תובעו עדיין לא שייך שיעשה קנין. משו"ה מהני תפיסה: (ז) נמצא דהרמב"ם דהוא פסק פלגא נזקא קנסא.

והוא בעצמו פסק דשני שוורים תמין שהזיקו רצה מזה גובה כו' היינו דהחיוב הוא על בעל השור לשלם. משו"ה בכבא דרישא היינו בתבעו הניזק ואומר גדול הזיק.

והמזיק אומר לא כי קטן היזק וכן בהנזקין אומר מועד הזיק והמזיק אומר תם הזיק דכיון דתבעו בודאי יש לי בידך חיוב לשלם בעד שורי. אלא שהניזק תובעו הזקת אותי ע"י שורך הגדול ויש לי עליך חיוב בעד שורי לשלם כשיעור הגדול והמזיק אומר אמת שיש לך עלי חיוב שהזקתי שורך.

אבל הזקתי ע"י שורי הקטן ואין עלי חיוב לשלם אלא כשיעור הקטן. נמצא דלא הויה הודאה מצד הניזק לפטור במה שלפי דבריו הויה המעשה שזה השור הזיק ולפי דברי המזיק הויה המעשה ששור אחר הזיק כיון דלפי דברי הניזק אין החיוב פחות מכפי שהודת המזיק.

(וגם הוא בעד אותו הדבר בעצמו שהודה הניזק היינו דהוא תובע בעד השור ומודה לו בעד השור. ולא דמי לתבעו חיטים ושעורים דכיון דתבעו חיוב יותר הויה הודאה שחיוב ההוא אין עליו וכמו שביארנו דהב"ד צריכין לפסוק בעד הדבר שהזיק).

ומשו"ה פסק הרמב"ם דמשלם המזיק כמו שאומר ונשבע על השאר כדין מודה במקצת והוא הדין והוא הטעם לאחד תם ואחד מועד וכנ"ל. אבל בבבא דסיפא בהא דהנזקין שנים אחד גדול ואחד קטן והמזקין אחד גדול ואחד קטן דכשבאנו לפסוק בעד הגדול

כשיעור הקטן יש הודאה מצד הניזק שאין עליו חיוב בעד הקטן מן הגדול שהרי הוא אמר שהגדול הוא אפותקי לחיובא על הגדול וממילא אין גובין ממנו חיוב הקטן.

וכן הדין באחד תם ואחד מועד והמזיק אומר מועד הזיק את הקטן כו' כפי שביארנו דבכה"ג הויא הודאה. משו"ה פסק דבכה"ג אין גובה אפילו כמו שאומר המזיק אפילו שיש עדים שנגחו דתבעו חיטים והודה לו בשעורים.

אף היכא שיש עדים שלוח ואינם יודעים ג"כ יהי פטור כיון דהתובע הודה שאין בידו הודאתו עדיף מעדים ואם תפס מהני כיון דלדידן אין שייך לומר דאודיתא יעשה קנין שהרי התביעה הוא על חיובים וכנ"ל: סימן כג סוגיא דמשתלם מן הקטן על הגדול דתפס. והרבה דיני תפיסה לאחר שנולד הספק.

וביאר דררא דממונא וסוגיא דלחזי זוזי ממאן נקט בבבא מציעא ב'. וסוגיא לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם ב"ב ב': המניח ל"ה ע"ב גמ' תנן הי' הנזקין שנים אחד גדול ואחד קטן וכו' הא לא מייתי ראי' שקיל כדקאמר מזיק אמאי חיטים ושעורים נינהו וכו' והתני' הרי זה משתלם על הקטן מן הגדול וכו' דתפס עכ"ל הגמרא.

והקשה התומים בפירושו לקיצור ת"כ דהא הכא מיירי בשתפס תרווייהו כדפירשו התוס' בד"ה ראוי ליטול. וא"כ הוי דררא דממונא וספק הנראה לבי"ד דהא אמרינן ז"א חלוקים עליו חביריו על סומכוס ע"ש.

ובמקום דליכא דררא דממונא הלא גם סומכוס מודה. וא"כ קשה אמאי לא יועיל תפיסתו של ניזק לגבות כמו שאומר הניזק כיון שהוא טוען ברי ובטוען ברי סבירא להו לרוב פוסקים דמועיל תפיסה לאחר שנולד הספק: ונראה ליישב דהנה הקצוה"ח (סימן קנ"ז ס"ק ג') הקשה על דברי התוס' ר"פ השותפין ד"ה לפיכך דשם הקשו התוס' מאי ארי' משום דבונין הכותל בעל כרחו בלא"ה נמי הוי של שניהם אפילו נפל לרשותא דחד מינייהו כיון דאין חזית לא לזה ולא לזה וכו' והא דאמר בהשואל גבי מחליף פרה בחמור וכן בריש הבית והעלי' וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך הממע"ה היינו משום דהתם מתחלה הי' מבורר הדבר וברשות חד מינייהו נולד הספק אבל הכא מעיקרא נולד הספק.

ואם היו באים לחלוק בעוד שהכותל קיים היו חולקין בשוה מספק אפילו לרבנן דסומכוס והא דלא אמר הכא כל דאלים גבר כמו בזה אומר של אבותי התם ליכא דררא דממונא אבל הכא איכא דררא דממונא וכו'. והקשה ע"ז הקצות ואיכא למידק במ"ש תוס' דלא אמר הכא כל דאלים גבר משום דהוי דררא דממונא דבמאי הוי דררא דממונא יותר משנים אוחזין בטלית וכבר הקשו תוס' רפ"ק דמציעא גבי שנים אוחזין אמאי לא אמרינן כל דאלים גבר וכתבו משום דלא אמרינן כל דאלים גבר אלא היכא דאינם מוחזקין וע"ש.

וא"כ הכא נמי לאו דררא דממונא דהא מפרשי תוס' דררא דממונא היינו היכא דבלא טענותיהם הספק לבי"ד והכא אין הספק אלא ע"י טענותיהם כמו גבי שנים אוחזין דאי לאו דהוי שניהם מוחזקין הוה אמרינן כל דאלים גבר והכי הוי להו להתוס' לחלק גבי ארבע אין שניהם מוחזקין והכא כיון דשניהם עומדים בצד הכותל הו"ל כשנים אוחזין.

וכמו שכתב הרמב"ם (פ"ט מטוען) ובטור שו"ע (סימן קל"ח) בשנים יושבים בצד ערימה דיחלוקו. אבל מה שכתבו לחלק בענין דררא דממונא צ"ע עכ"ל הקצוה"ח.

ויותר הי' ליה להקצות להקשות דהלא בהדיא אמרינן בב"מ (ב' ע"ב) דשנים אוחזין בטלית לא הוי דררא דממונא ע"ש: ונראה לפרש דברי התוס' שהקשו נימא כל דאלים גבר ותירצו משום דשניהם מוחזקין לא אמרינן כל דאלים גבר דמתחלה הוי סברי התוס' דשנים אוחזין לא הוי דררא דממונא דלא מקרי דררא דממונא אלא היכא דבלא טענותיהם הוי הספק לבי"ד משא"כ היכא דע"י טענותיהם בא הספק לבי"ד לא הוי דררא דממונא א"כ היכא דע"י תפיסתם בא הספק לבי"ד ג"כ לא מקרי דררא דממונא דמה לי ע"י טענותיהם או ע"י תפיסתם.

וע"ז משני התוס' דאוחזין שאני דחשיב כאלו כל אחד יש לו החצי. פירוש דהנה ההסבר שאמרינן דהיכא דע"י טענותיהם בא הספק לבי"ד אמרינן כל דאלים גבר והיכא דבלא טענותיהם בא הספק לבי"ד אמרינן יחלוקו ומ"ש.

וצ"ל דהיכא דאין בי"ד יודעים איך לפסוק הדין הוי לן למימר כל דאלים גבר דכל דאלים גבר היינו שאין פוסקים להם כלום וממילא אם גבר האלם ישאר בידו. והיכא דאמרינן יחלוקו באמת הי' צריך להיות או הממע"ה או כל דאלים גבר כיון דלא ידעינן איך לפסוק הדין איך נפסוק להו דיחלוקו אלא צ"ל דהיכא דפסקינן יחלוקו הוה משום תקנת חכמים מדין פשרה וכדאיתא בתשובת הרא"ש (כלל ע"ז) דהיכי דאין בי"ד יודעין איך לפסוק יש כח בידם לעשות פשרה ולא להוציא הדין חלק וזהו צדק צדק תרדוף אחד לדין ואחד לפשרה היכא דאי אפשר בדין וכן שודא דדייני הוה ג"כ מטעם זה: ועפ"ז ישבתי דברי הרמב"ם (בפ"ב מהלכות מכירה הלכהד') דאית ליה בשנים אוחזין בטלית זה אומר אני לקחתי וזה אומר אני לקחתי דדינא הוא דיחלוקו בשבועה אם המוכר אומר דנקט זוזי מחד מינייהו אותו שהמוכר מסייע לו נוטל החצי בלא שבועה.

ופירש הראב"ד דטעמא דהרמב"ם הוא משום דעד המסייע פוטר מן השבועה ואומר על זה הראב"ד דלא ברירא הא מילתא. ואמרתי דאין הטעם משום דעד מסייע פוטר משבועה אלא דהרמב"ם לטעמי' דפסק (בפ"ט מהלכות טוען) דמה שתפס בידו נוטל בלא שבועה אי ליכא גלגול והקשה שם הראב"ד כיון דכל עיקר השבועה הוא משום שלא יהא כל אחד תוקף בטליתו של חבירו א"כ גם על מה שתפס בידו ישבע אף בלא גלגול.

ואמרתי דס"ל להרמב"ם דהיכא דאמרינן דצריך לשבע היינו דוקא היכא דנוטל מטעם תקנת חכמים או מטעם פשרה דבשנים אוחזין בטלית מן הדין הי' לן לומר כל דאלים גבר ולא יחלקו כיון דלא נדע למי שייך הטלית ולא נדע איך לפסוק הדין הוה לן למימר כל דאלים גבר. ואף דבגמ' אמרינן אנן סהדי דמאי דתפס האי דידי' ומאי דתפס האי דידי' היינו דאנן סהדי דפלגא דהאי ופלגא דהאי.

היינו רק בתחלה דס"ד דטעמא דמתניתין דמחויב שבועה הוא משום דרבי חייא דהוי העדאת עדים הוי ס"ל דשנים אוחזין בטלית הוי זה מוחזק בפלגא וזה מוחזק בפלגא דזה אוחו החצי וזה אוחו החצי והוי לכל אחד חזקה דכל מה שיש תחת ידו שלו הוא. אבל

לפי המסקנא דאין חיוב השבועה משום דרבי חייא שוב לא נימא דזה מוחזק בחצי וזה בחצי אלא זה אוחז כולה וזה אוחז כולה ממילא אין כאן כלל חזקה שכל מה שיש ביד אדם שלו שהרי גם חבירו מוחזק בכולה.

וראי' לזה שהרי אמרינן (בדף ד') אי אמרת בשלמא מדאורייתא הילך חייב מתקני רבנן שבועה כעין דאורייתא אלא אי אמרת הילך פטור מתקני רבנן שבועה דליכא דכותה בדאורייתא. ואי נימא דהוי אנן סהדי דהוה החצי לזה והחצי לזה גם עתה תקשה מתקני רבנן שבועה דלא יועיל אנן סהדי לפוטרו מן השבועה.

אלא ע"כ כיון דכל אחד מוחזק בכולה אין כאן כלל חזקה שכל מה שיש לו לאדם הרי הוא שלו. ובזה יתישב מה שהקשו בשמ"ק מאי פריך בגמ' ואלא מאי רבנן הא אמרי הממע"ה והקשו ודקארי לה מאי קארו לה הא הכא אין כאן מוציא.

אבל לפי דברינו אתי שפיר שהרי מוציאין מכל אחד שהרי כל אחד מוחזק בכולה וזה מוחזק בכולה משו"ה הוה ס"ל דהוי הממע"ה והוה כל דאלים גבר. ובאמת לפי מאי דהוה סבירא לן דכל אחד מוחזק בחצי והוה אנן סהדי שהחצי שלו א"כ איך אמרינן זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי זה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע כיון דגם בלא טענתו מוחזק לן שמוחזק הוא במה שיש תחת ידו והוה אנן סהדי שהחצי שלו א"כ אם מודה שהחצי השני של חבירו אמאי יטול רביע כיון דאנן סהדי שהחצי שלו.

אך לפי מה שביארנו שזה מוחזק בכולה וזה מוחזק בכולה ואין כאן אנן סהדי דפלגא דהאי ופלגא דהאי משו"ה תלוי הדבר בטענותיהם. (ואולי באמת גם מתחלה ידע דשנים אוחזין לא הוי אנן סהדי דפלגא דהאי ופלגא דהאי מהא דהיכא דאחד טוען כולה ואחד חצי נוטל זה שטוען חצי כי אם רביע.

ואם איתא דאנן סהדי דפלגא דידי' הי' לו ליטול חצי אלא שרצה לומר דתקנו רבנן שבועה משום דהוי בגדר אנן סהדי): נמצא לפי מה שביארנו דהיכא דשנים אוחזין הוי זה מוחזק בכולה וזה מוחזק בכולה. וא"כ הרי כשפסקינן יחלוקו מוציאין אנו מיד כל אחד ומאיזה סברא נוציא מיד כל אחד הרי יוכל להיות שכולה שלו אלא דתקנת חז"ל הוא כיון דתרווייהו תפסי להו פלגי בשבועה היינו אף דאמרו רבנן הממע"ה הכא דתרווייהו תפסי אמרי מוציאין בשבועה נמצא היכא דאמרו רבנן דישבע מטעם שלא יהא כל אחד הולך ותוקף היינו דוקא היכא דמן הדין לא הי' ליה ליקח כלל אם חבירו יתפוס ורק רבנן תקנו שיקח החצי.

בזה אמרו שיטול בשבועה אבל היכא שמן הדין הוא נוטל בלא שבועה בכה"ג לא חששו לשמא ילך ויתקוף טליתו של חבירו. וראי' לדבר דהיכא דתפס טליתו של חבירו בלא עדים ואומר אין חטפי ודידי חטפי בכה"ג לא חייבו רבנן שבועת המשנה ורק שבועת היסת מחויב) והיינו טעמא דהתם אינו מוציא ומן הדין הוא נוטל בזה לא חששו רבנן לשמא יתקוף.

ומשו"ה שפיר קאמר הרמב"ם דזה שתופס בידו נוטל בלא שבועה שהרי מה שתופס בידו נוטל גם בלא תקנת חכמים שהרי מה דתפס בי דו כמאן דפסיק דמי ואין חבירו מוחזק בזה כלל ועל זה שתופס בידו אנן סהדי דהוה דידי' משו"ה בזה קאמר שפיר

הרמב"ם דנוטל בלא שבועה: ונמצא לפי זה מיושבים גם דברי הרמב"ם (בפ"ב מהלכות מכירה) שהבאנו לעיל דהיכא דהמוכר אומר שלקח דמים מאחר הוא נאמן לענין זה שהאחד יטול בלא שבועה החצי והיינו כיון שהמוכר הוה עד אחד שמעיד ששייך הדבר לאחד ומחייב הוא את השני שבועה שהרי בארנו דכל אחד מוחזק בכולה א"כ כל אחד תובע את חברו הנח מה שאתה תופס בגדי והמוכר מעיד שלקח דמים מאחד א"כ מחייב הוא שבועה דאורייתא להשני שאומר שלא לקח ממנו דמים כדין כל עד אחד שמחייב שבועה.

ומחוייב השני לשבע להכחיש את העד היינו את המוכר וכ"ז שלא הכחישו. המוכר נאמן כבי תרי כדינא דמתוך שאינו יכול לשבע משלם דהא הכא אינו יכול לשבע על כל הבגד שהרי אף אם ישבע לא יהיבנן ליה כולה אלא החצי.

דמי יהיבנן ליה כוליה וא"כ הו"ל מחוייב שבועה ואין יכול לשבע א"כ אותו שהמוכר מסייע לו הוא נוטל את החצי מן הדין מטעם דאידיך אינו יכול לשבע וצריך הוא לשלם לו וכיון דהרמב"ם סובר דהיכא דנוטל מן הדין לא תקנו שבועה משום שלא יתקוף כפי מה שביארנו לעיל דשבועה שתקנו חכמים שלא יהא כל אחד הולך ותוקף הוא רק היכא דאינו נוטל מן הדין רק מטעם תקנה אבל היכא דנוטל מן הדין לא תקנו שבועה א"כ היכא דעד מסייע לו וכיון דאידיך מחוייב שבועה ואינו יכול לשבע הלא מחוייב הוא לשלם ונמצא דזה נוטל מן הדין ומשו"ה פטור הוא מן השבועה.

(ויש להעיר דלא שייך כאן מחוייב שבועה ואינו יכול לשבע שהרי רוצה לשבע אלא שאין חכמים מניחין לו ועיין תוס' ב"מ ה' ד"ה שכנגדו ובארתי להלן בסוגיא דכשנגדו חשוד על השבועה בארוכה): לפי"ז אין ראי' כלל דהרמב"ם סובר דעד המסייע פוטר מן השבועה דעד כאן לא קאמר הרמב"ם הכא אלא היכא דהעד מחייב שבועה לכשנגדו שכפי מה שבארנו הוא נתבע שהרי חברו תובעו אתה אוחזו בבגד שלי משא"כ בעלמא כגון מודה במקצת ועד מסייעו פוטר הרי אין העד מחייב להתובע שום שבועה רק הוא מסייע להתבע ושם הנתבע יחפוץ רק לפטור את עצמו ולא יתבע מכשנגדו כלום והעד הנה הוא רק מסייע ועד מסייע פוטר משבועה לא אמרינן.

דהרמב"ם לא קאמר רק היכא דהעד מחייב לכשנגדו. ועיקר היסוד דעד מסייע פוטר מן השבועה הובא בתוס' בשם ר"ת דאמר ג"כ דהמוכר פוטר מן השבועה ועיינתי בספר הישר לר"ת וראיתי שאומר הטעם דמשו"ה פטור מן השבועה דלא שייך כאן שלא יהא כל אחד הולך ותוקף ואם כדברי התוס' והרא"ש דמשו"ה פטור משום דהוה עד מסייעא ועד מסייע פוטר א"כ למה לו למימר שאין שייך כאן שלא יהא כל אחד וכו' הלא באמת שייך גם כאן הטעם שלא יהא כל אחד וכו' אלא שהעד המסייעו פוטר משבועה.

אלא באמת מוכח מדברי ר"ת דעד מסייע אינו פוטר ודברי הר"ת יש לפרש כמו שבארנו לדעת הרמב"ם. אך יש לדחות דכוונתו בפשיטות דלא שייך שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וימצא עד אחד דאטו כולי עלמא ימצאו עד אחד שיעיד כדבריו.

אך מדברי תשובת מיימוני בספר משפטים (סימן ו') מוכח שדעתם כמו שפרשתי בדעת הרמב"ם כן בפירוש הר"ת דטעמא הוא משום דמחוייב שבועה ואינו יכול לשבע דאיתא

שם ז"ל התשובת מיימוני אדוני שאל לפירוש ר"ת דסבירא ליה דכל מי שהעד מסייעו נוטל בלא שבועה אמאי אמר בפרק אלו מציאות דסימנין וסימנין ועד אחד יניח הו"ל למימר דכל מי שהעד מסייעו נוטל (עיין שמבתיורצו דדחוקים המה וקצת חסר ביאור שמה).

ולפי הבנת התוס' והרא"ש בדברי ר"ת דמשו"ה מי שהמוכר מסייעו נוטל בלא שבועה משום דעד מסייעו פוטרו א"כ אין כאן שום התחלת דמיון דע"כ לא אמר הר"ת אלא היכא דמן הדין הוא נוטל אלא שצריך שבועה וע"ז פוטרו העד המסייע. אבל היכא דמן הדין בלא העד אין לו ליטול ואיך יועיל העד שיטול ובודאי לא עלה על דעת השואל להביא ראיה דכמו שפוטרו משבועה כן יועיל לענין ממון.

וכן אף לפי מה שיש לפרש בדברי הר"ת בספר הישר דמשו"ה פטור משבועה דלא שייך כאן תקנת חכמים שלא יהא כל אחד הולך ותוקף משום שלא ימצא עד מסייעו אבל שיועיל לענין ממון אין התחלה בדברי ר"ת. אך אם נאמר דהשואל פירש בדברי ר"ת כמו שביארנו דהוי מטעם דהעד מחייבו שבועה והוא אינו יכול לשבע והוי דינא מתוך שאינו יכול לשבע משלם ומשו"ה נוטל מן הדין בלא שבועה.

ע"ז שפיר הקשה השואל אמאי אמרינן סימנין וסימנין ועד אחד יניח הא העד אחד מחייב שבועה והלה אינו נשבע כיון דאף אם ישבע לא יטול א"כ הוי מחויב שבועה ואינו יכול לשבע לדברי ר"ת ויטול הלה שכנגדו בלא שבועה אלא דאעפ"כ לא קשה לדברי ר"ת דאימתי מחייב העד שבועה היכא דכשנגדו הוי נתבע אבל הכא כל זמן שהבגד ביד המוצא הלא לא יתבענו מיד המוצא דהמוצא אינו מחויב להחזיר את האבידה עד שידע ברור שהוא שלו או בעדים או בסימנין דכתיב עד דרוש אחיך היינו שידרשנו והכא כיון ששניהם נותנים סימנים ממילא אינו יכול להחזיר לשום אחד מהם.

ולא משכנגדו הנותן סימנין ועד מסייעו שהרי אינו בידו ואינו תובע ממנו. וא"כ אינו מחויב פה שבועה להכחיש את העד ומשו"ה בכה"ג גם לדברי ר"ת שהבאנו לעיל הדין הוא שיניח: נחזור לדברינו דבהרבה מקומות שאמרו חכמים יחלקו הוא מתקנת חכמים דמן הדין כיון דלא נדע איך לפסוק ה"ל לן למימר כל דאלים גבר דהיינו שאין פוסקין הדין בלא ידיעה וממילא הוי כל דאלים גבר.

אלא שחכמים עשו פשרה כדי להציל העשוק מיד עושקו. ועפ"ז מבואר החילוק בין היכא דאיכא דררא דממונא להיכא דליכא דררא דממונא היינו שבכל מקום דאיכא דררא דממונא שאף בלא טענותיהם יש ספק לבי"ד שמא הוא שלו א"כ מוטל החיוב על בי"ד לבלי להניח להיות כל דאלים גבר.

היינו שאחד יתפוס דבר של חברו. משא"כ היכא דליכא דררא דממונא כגון בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי שבלא טענותיהם לא ה"ל ספק לבי"ד כלל ולא ה"ל להם לחשוב שמא השדה שלו וכל עצם הספק הוא מפאת טענותיהם מפני שהוא טוען שהוא שלו בכה"ג לא עשו חכמים תקנה להציל העשוק מיד עושקו כי מהיכי תיתי שבי"ד יחשבו שהוא עשוק מיד חברו.

רק מפני שהוא בעצמו אומר כן וצריך להביא רא' לדבריו להוכיח שהוא שלו ואז לא יניחו בי"ד לעשקו. אבל כל זמן שאין בי"ד יודעים שהוא שלו רק מזה שהוא בעצמו בלא רא' לדבריו אומר כן אינו מוטל החיוב על בי"ד להצילו כי מי יאמר להו שהוא הנהו עשוק.

וא"כ ממילא ישאר הדין כל דאלים גבר כיון שבי"ד אינם פוסקים להם כלל. מעתה היכא דשנים מוחזקין בדבר אחד ואנו רואים הדבר מוחזק ביד שניהם ממילא יש לנו לחשוב שהוא של שניהם ונהי דלא הוי אנן סהדי דפלגא דהאי ופלגא דהאי אבל עכ"פ לכל אחד יש דררא דממונא על החצי כיון שהוא מוחזק בדבר א"כ ממילא נפסק הדין דיחלקו ולא נאמר להם כל דאלים גבר שאם נאמר כן נגזול את האחד חנם כיון שגם לו יש דררא דממונא על החצי אין לבי"ד להניח לעשקו.

וזהו הוא תירוץ התוס' דמשני דשנים אוחזין הוי דררא דממונא היינו כיון ששניהם אוחזין ושניהם מוחזקין בטלית הוי חשוב כאילו ידוע לבי"ד שיש לכל אחד החצי והוי לכל אחד דררא דממונא והיכא דאיכא דררא דממונא אז הדין דיחלקו ובזה מבואר שפיר מה שפירשו בתוס' שם דהמנה שביד הנפקד הוי הנפקד תופס בחזקת שניהם.

ולכאורה מפני איזה טעם נאמר שהוא תופס בחזקת שניהם הלא רק אחד הפקיד אצלו והוא תופס בעדו אך לא ידע של מי הוא. אבל לפי דברינו שכל עצם החילוק בין איכא דררא דממונא ובין ליכא דררא דממונא היינו שכל מקום שאין לנו מקום ספק לחשוב שהוא שלו רק הוא בעצמו אומר שהוא שלו אז אין בי"ד מחויבים להצילו מיד עושקו אחרי דלא ברירא להו כי אם על פי דבריו שהוא בעצמו אומר שעושקים אותו יביא הוכחה מתחלה שהאמת כן כדבריו שהוא הנהו עשוק ואז יצילוהו בי"ד.

אבל במקום שגם בלא דבריו יש לבי"ד מקום ספק לחשוב שהוא שלו אז החיוב מוטל על בי"ד לבלתי להניח לעושקו להיות כל דאלים גבר. וממילא הכא גבי נפקד כיון שאצלו הספק על המנה שלישי של מי הוא והספק הוא אצלו על שניהם בלא טענותיהם, א"כ לא יוכל להניח לכל דאלים גבר שכיון שלו לעצמו בלא טענותיהם נולד הספק מחויב הוא להציל העשוק מיד עושקו.

ואז הדין דיחלקו אם היתה החלוקה יכולה להיות אמת וזהו שמשני התוס' הנפקד תופס בחזקת שניהם פירוש לא ודאי בחזקת שניהם אלא מפני שהספק הוא אצלו על שניהם והוי דררא דממונא לשניהם: ומעתה לא קשה כלל קושית הקצוה"ח שהבאנו לעיל שהקשה אמאי בכותל קרו לה התוס' דררא דממונא ומ"ש משנים אוחזין בטלית.

ולפי דברינו אדרבה זהו שמשני התוס' דכל היכא דאוהזין שאני דחשיב כאלו כל אחד יש לו בודאי החצי היינו כיון שיש לנו לחשוב שהחצי שלו א"כ יש לו דררא דממונא על החצי אין לנו להניח להיות כל דאלים גבר ומחויבים בי"ד להצילו שלא יעשקוהו. וזהו גם כן תירוץ התוס' על הכותל דמקרי דררא דממונא אחרי שבלא טענותיהם נולד לנו הספק דילמא דהאי או דהאי.

משו"ה לא נימא כל דאלים גבר להניח להאחד לתפוס דבר שיש לנו ספק חשוב לחשוב שהוא של חברו אחרי שהכותל עומד גם בצד שדהו של חברו. ולא קשה נמי מה

שהקשינו לעיל דבגמ' (ב"מ ב') קרי לשנים אוחזין ליכא דררא דממונא ולפי דברי התוס' גבי שנים אוחזין מקרי דררא דממונא דהתם קאי לענין אי מחויב שבועה על החצי שנוטל דבלא טענותיהם שהמה טוענים כולה שלי וכל אחד יאמר ששייך לו כל הטלית.

הי' לנו לחשוב רק שהטלית של שניהם היינו ששייך לכל אחד כי אם החצי. א"כ מה שכל אחד אומר כולה שלי הוא מוליד ספק שמא כולה שלו ובלא דבריו הי' לנו לחשוב רק שחצי שלו א"כ נמצא דעל החצי האחר נולד ספק רק על פי טענותיו ולא מפני שאנו חושבים מקום ספק כן לומר שכולה שלו ועל החצי האחר מקרי ליכא דררא דממונא.

נמצא שכל אחד על החצי האחד יש לו דררא דממונא ועל החצי השני ליכא דררא דממונא. א"כ פריך שפיר הגמ' השתא היכא דאיכא דררא דממונא לכל אחד על כולה א"כ כשכל אחד נוטל החצי הוא נוטל דבר שיש לחבירו עליו דררא דממונא אמר סומכוס נוטל בלא שבועה.

כל שכן בשנים אוחזין דכשאחד נוטל החצי אינו נוטל דבר שיש לחבירו עליו דררא דממונא שהרי לחבירו אין דררא דממונא כי אם על החצי שבלא טענותיו לא הי' לנו מקום ספק לחשוב כלל שכולה שלו ורק הוא בעצמו אומר שגם החצי השני שלו. ובלעדו אין אנו מסופקים על זה מכש"כ שבהאי גוונא יטול בלא שבועה החצי והיינו דוקא שם קאמר הגמ' שיטול החצי בלא שבועה כיון שאינו נוטל כי אם החצי.

אבל לענין כל דאלים גבר דאם נניח להיות כל דאלים גבר הלא יקח האחד את כל הדבר ולא ישאיר לחבירו כלל וא"כ איך נניחו לתפוס כולה כיון דהוא דבר שגם בלא טענותיהם היינו אומרים שמחצה של חבירו כיון שיש לנו מקום ספק גם בלא טענותיהם: והנה היכא דנפסק הדין יחלקו בודאי אם יתפוס האחד את כולו אז נוציא ממנו שהרי אם נניח בידו הרי הוא כל דאלים גבר.

ואחרי שאין לנו להניח לעשוק אחד את חבירו איך נניח לו לתפוס. וממילא הוא הדין היכא דפסקו הדין הממע"ה אז גם כן לא נימא כל דאלים גבר כיון שנפסק הדין שצריך להביא ראיה איך יתפוס כנגד הדין אלא דכ"ז שלא נפסק הדין אז יהי' הדין אם יתפוס מהני תפיסה.

מעשה לענין הדין אם מהני תפיסה לאחר שנולד הספק יהי' הדין כן אם כבר באו לבי"ד וכבר ידענו שהי' ספק ואף אם לא באו לבי"ד אלא שכבר נודע לנו הספק א"כ אז יהי' הדין שאמרו חכמים יחלקו או במקום שאמרו הממע"ה (בכה"ג גם כן אמרו שלא יהי' כל דאלים גבר) אז לא מהני תפיסה אח"כ אבל אם לא נודע לנו הספק א"כ יוכל להיות שכל אחד לא הי' מכחיש לחבירו א"כ הוי תפיסה קודם שנפסק הדין נהי דהוי תפיסה לאחר שנולד הספק אבל הלא הוי קודם שנפסק הדין בכה"ג מהני תפיסה בברי א"כ בב"מ ק' גבי וליחזי ברשותא דמאן נינהו אם היו ברשות אחד אף שבא ברשותו אחר הלידה דכבר הי' הספק אבל הי' יכול להיות שהאחד יודה לחבירו א"כ כל זמן שלא נודע לנו שיש הכחשה ביניהם לא הוי עדיין נפסק הדין דיחלקו או בחזקת מרא קמא.

וכיון דלא נפסק הדין עדיין מהני תפיסה בברי דאימתי מהני חזקות דוקא בספק אבל לא בטוען ודאי שאינו עתה כמו החזקה משא"כ אם הי' כבר מחולקים ואז נעשה הדין אוקמא

בחזקת מרא קמא אז לא מהני תפיסה אך כל זה הוא היכא דהוי הספק במעשה אז מברר חזקת מרא קמא משא"כ היכא דהספק מטעם תרי ותרי נהי דלא מפקינא מטעם דספק לנו דכיון דספק לנו לא נוכל להוציא.

אבל בכה"ג הדין דאוקי בחזקת מרא קמא או ביד המוחזק לא הוי בתורת בירור ולא נפסק עדיין הדין ורק דינא הוא דלא נוכל להוציא מיד המרא קמא או מיד המוחזק משו"ה בכה"ג מהני תפיסה בברי: ובאופן זה ישבתי בקידושין (ס"ו ע"ב) בתוס' ד"ה מאי חזית ז"ל התוס' הקשה בקונטרס אדרבא אוקי תרי בהדי תרי ואוקי אם ינאי בחזקת כשרות כדאמרינן גבי כהן בפרק האשה שנתארמלה.

ותירץ ה"מ אי הווי איהי קמן והיתה באה לבי"ד להתירה דהתם אית לה חזקה דכשרות אבל בנה זה הנידון לפנינו אין לו חזקה דכשרות שהרי מעידים על תחלת לידתו בפסול שאומרים שאמו נשבת קודם שנולד. וא"ת מ"מ תהני ליה חזקה דאמו שהיתה בחזקת כשרות דהא אמרינן בפ"ק דכתובות לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה עכ"ל התוס'.

ואמרתי לתרץ דהנה המחלוקת בין מאן דאית ליה לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ומאן דאית ליה לדברי המכשיר בה פוסל בבתה הוא דמאן דאית ליה לדברי המכשיר בה מכשיר בבתה ס"ל כיון דאיכא חזקה מבררינן דמסתמא הי' המעשה כן. א"כ כיון דאית להאם חזקת כשרות אמרינן מסתמא הי' המעשה דנבעלה מכשיר וא"כ ממילא גם בתה כשרה כיון שחזקת האם מברר המעשה ומאן דאית ליה לדברי המכשיר בה פוסל בבתה ס"ל דאין חזקה מברר המעשה אלא דין הוא דהיכא דספק הוא אין מוציאין הדבר מחזקתו.

א"כ רק אותה אין מוציאין מחזקתה. אבל לא בתה שאין לה חזקה.

והנה אימתי ס"ל למאן דמכשיר בבתה דחזקה מברר היכא שיש לנו ספק סתם ולא נדע איך הי' המעשה אז יכולה החזקה לברר. אבל היכא שיש תרי ותרי החזקה לא עדיף מעדים והוי להו כעוד כת עדים והרי תרי כמאה.

וא"כ איך יכולה החזקה לברר נגד שני עדים אף שיש גם שני עדים עם החזקה הרי תרי כמאה אלא דאעפ"כ אוקמא אחזקתה כיון דעכ"פ ספיקא הוא לא מוציאין מחזקתה. א"כ בתרי ותרי לכו"ע לאו מטעם ברור הוא אלא משום דלא נוציא מחזקתה והיינו דוקא גבי אמה שיש לה חזקה אבל לא גבי בתה שאין לה חזקה ומשו"ה בתרי ותרי לכו"ע לדברי המכשיר בה פוסל בבתה ומיושב בזה קושית התוס': וה"נ לגבי ספיקות בדין בספק דתרי ותרי אין החזקה מבררת שיקרא נפסק הדין אלא רק דאין מוציאין מיד המוחזק אבל לא שאנו פוסקים הדין דשייך למוחזק בתורת ברור.

והיכא שתפס השני וטוען בריא מהני אף אם תפס מיד המוחזק. מעתה לא קשה קושית התומים מגמ' ב"ק שהבאנו לעיל דאף שטוען בריא שגדול הזיק את הגדול לא מהני תפיסתו לגבות כמו שאומר הניזק הרי שאין מועיל תפיסה לאחר שנולד הספק אף בבריא.

ואלו מדברי הרבה פוסקים משמע דבטענת בריא מועיל תפיסה לאחר שנולד הספק. וכן מבואר בתוס' כתובות (דף כ') גבי שנים החתומים על השטר ומתו ובאו שנים ואמרו

פסולי עדות היו אם ה' כתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים ופריך בגמ' ומגבינן ב' כבשטרא מעלי' ואמאי תרי ותרי נינהו וכו' אלא אמר רב נחמן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ממונא בחזקת מרא.

ופירשו בתוס' שם ד"ה ואוקי ז"ל פירוש בקונטרס ואינן נאמנין דקתני לא דמגבינן ב' בשטרא אלא דלא קרעינן ליה ונפקא מינה דאי תפס לא מפקינן מיני' וקשה דאמר בב"מ (דף ו') גבי ספק בכור תקפו כהן מוציאין מידו אלמא תפיסה דלאחר ספיקא לאו כלום הוא וכו' וי"ל דשאני גבי בכור שכהן תופס מספק דאינו יודע אם בכור הוא אבל הכא שטוען בריא מהני' תפיסה עכ"ל התוס'.

הרי דס"ל להתוס' דמועיל תפיסה בטוען בריא ובב"מ (דף ל') איבעיא לן תקפו אחד בפנינו מהו ואמרינן שם ה"ד אי דקא צווח מאי הוי לי' למעבד הרי דמוכח דאם צווח מתחילה ועד סוף מוציאין מיד התוקף ואמאי כיון דספק לן הבגד של מי הוא (וכדביארנו לעיל) והתוקף טוען בריא שכולה שלו אמאי לא יועיל התפיסה אף בצווח מתחילה ועד סוף הרי מוכח דאין מועיל תפיסה לאחר שנולד הספק אף בטוען בריא.

ואילו בב"מ (דף ק') גבי המחליף פרה בחמור וילדה זה אומר עד שלא מכרתי וזה אומר משלקחתי דאמרינן וליחזי ברשותא דמאן קיימא והקשו בתוס' בד"ה וליחזי ז"ל וא"ת וכי נמי הוי הולד ברשות של לוקח אין זה הוכחה שקנאה דהא אמרינן בחזקת הבתים הגודרות אין להם חזקה וכו' וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא כו' וטוען בריא הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו.

הרי דמועיל תפיסה לאחר שנולד הספק בטוען בריא דע"כ מיירי שתפס הלוקח אחר שנולד הספק דאם נאמר דמיירי דוקא שתפס הלוקח קודם שנולד הספק היינו שהפרה עומדת עוד קודם המכירה ברשות הלוקח א"כ למאי משני דקיימא באגם. הלא יכול להיות אף בלא קיימא באגם אלא שתפס הלוקח לאחר שנולד הספק.

ועוד מוכח שם בתוס' דמיירי שתפס לאחר שנולד הספק ואעפ"כ מועיל תפיסת הלוקח בטוען בריא ע"ש. וכן משמע לשיטת הרבה פוסקים בב"ב דעל קושית התוס' שהבאנו לעיל שהקשו מאי אצטריך לפיכך משום דבונין הכותל בע"כ בלא"ה הוי של שניהם אפילו נפל לרשותא דחד מינייהו משום דמעיקרא נולד הספק ותירצו בתוס' שם ז"ל דהיינו הך דפריך בגמרא פשיטא כו' ומשני לא צריכה דנפל לרשותא דחד מינייהו פירוש ושהו ברשותו הרבה מהו דתימא כיון דשהו ברשותו הרבה נהמני' שעשאה כולו מגו דאי בעי אמר לקחתי ממך והי' נאמן משום דשהו ברשותו הרבה כו' דאטו משום דשותפין נינהו לא יקפידו עד עולם כו' קמ"ל כיון דמעיקרא הי' על שניהם לעשות לא מהימן לומר שהוא עשה הכל דמגו במקום עדים הוא דאנן סהדי שלא עשאה לבדו כיון שהי' יכול לדחוק את חבירו בדין שיהי' עושה עמזו עכ"ל התוס'.

ואילו האלפס והרמב"ם והנ"י ושאר מפרשים לא מפרשי בשתו ברשותו הרבה רק הביאו בסתמא דנפל לרשותא דחד מינייהו הרי דס"ל דאלו לא הי' הדין שבונים שניהם הכותל בע"כ. אז הי' הדין אם נפל לרשותא דחד מינייהו לא היו מוציאין ממנו וע"כ הטעם דס"ל דמהני תפיסה אף לאחר שנולד הספק בטוען בריא.

(והתוס' דלא פרשו כן אזלי לטעמייהו דבב"מ ל' ד"ה פוטר תירצו תירוצים אחרים על קושיתם אמאי גבי באו שנים ואמרו פסולי עדות היינו מועיל תפיסה ותירצו שם דמיירי שתפס קודם שנולד הספק הרי דבב"מ ס"ל להתוס' דלאחר שנולד הספק אין מועיל תפיסה אף בטוען בריא שלא כתירוצם בכתובות): אולם לפי מה שחלקנו בתופס לאחר שנולד הספק וטוען בריא בין נפסק כבר הדין היינו היכא שנודע לנו כבר שיש מחלוקת ביניהם שאז חל הדין דיחלקו או הממע"ה אז אין מועיל תפיסה שהרי אם יועיל תפיסה הרי יהי' כל דאלים גבר ורבנן אמרי דינים אחרים כמו חלוקה והמעמ"ה כל חד היכא דשייך אבל אם לא נדע לנו מחלוקתם אף שספק לנו למי הוא אבל כל זמן שלא נודע לנו אם מחולקים המה הרי לא נפסק הדין עדיין בכה"ג הוי כל דאלים גבר דהיינו כיון דלבי"ד הוי ספק אין פוסקים הדין.

ובכה"ג לא תקנו רבנן שלא יהא כל דאלים גבר להציל עשוק מיד עושקו כ"ז שלא נודע אם יש מחלוקת ביניהם ואחד רוצה לעשוק חבירו. מעתה מיושבים כל הדברים דגבי כותל נהי דנולד לנו ספק בעוד שהכותל קיים.

אבל הלא לא נודע לבי"ד שמחולקים המה כי אולי מודים זה לזה ובכה"ג לא שייך שיתקנו רבנן שלא יהא כל דאלים גבר. וממילא אם נפל לרשותא דחד מינייהו אין מוציאין ממנו כיון דאין בי"ד יודעים איך לפסוק הדין אילו לא הי' הדין שיבנו שניהם בע"כ.

וכן בב"מ מיירי שתפס הלוקח קודם שנודע לנו מחלוקתם דהיינו דפריך וליחזי ברשותא דמאן נינהו פירוש בעת שנולד מחלוקתם ניחזי ברשות מי הי' עומד. אבל בב"מ גבי תקפו אחד בפנינו הא ע"כ מיירי שכבר היו מחולקים שזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי שהרי כשתקף האחד צווח השני וא"כ חל תקנת חכמים שיחלקו ולא שיהי' כל דאלים גבר שיעשוק האחד את חבירו.

אבל גבי תרי ותרי כיון דגבי ספיקא דתרי ותרי לא שייך בירורים ובכה"ג לא תקנו חכמים תקנתם שלא יהי' כל דאלים גבר אחר שיש עדים לא יהי' הדין ותקנת חכמים גדול מבירור ובתרי ותרי אמרו רק שאין מוציאין מיד המוחזק ולא שיועיל בגדר בירור משו"ה מועיל תפיסה אף לאחר שנולד הספק לסברת התוס' בכתובות וכן לא קשה כלל קושית התומים.

לפי"ז מגמ' ב"ק דתפס הניזק שני השוורים ואעפ"כ אין יכול לגבות רק כהודאת המזיק ולא כתביעתו אף שטוען ברי דהתם הא מיירי שכבר היו מחולקים שזה אמר גדול הזיק את הגדול וכו' וזה אומר לא כי ואח"כ תפס וא"כ תקנת חכמים שלא יהי' כל דאלים גבר הי' בגדר בירור שכבר נפסק הדין משו"ה בכה"ג היינו היכא שכבר נודע מחלוקתם ונפסק הדין אין מועיל תפיסה אף בטוען ברי.

(וכמובן הא סברא דבתרי ותרי לא הוי נפסק הדין לא נאמרה רק אליבא דתוס'. אבל באמת יש לומר אף דבתרי ותרי לא שייך בירור אבל נפסק הדין שייך.

וא"כ לפי דברינו לא יועיל תפיסה בתרי ותרי אף למאן דס"ל שמועיל תפיסה לאחר שנולד הספק בטוען ברי): שוב מצאתי כמעט מבואר כדברי בשיטה מקובצת בב"ב שזהו

לשון השיטה בשם תוס' הרא"ש ואע"ג שאם היו באין לדון על הכותל בעודו קיים. היינו פוסקים להם הדין שיחלקו מ"מ כיון שלא נודע לנו שום ספק בכותל קודם נפילה ואפשר אותו שנפלו האבנים ברשותו אלו הי' אומר כשהכותל קיים שלי הוא הי' חבירו מודה לו נמצא שלא נולד לנו הספק עד אחר נפילה הלכך דמי להמחליף פרה בחמור והבית והעלי' שנפלו ואזלינן בתר חזקת ממון ולא דמי לשנים אוחזין בטלית אחד שכבר נודע הספק קודם שתקפו האחר עכ"ד השיטה מכוונים כדברי הנ"ל.

ואין להקשות לפי דברינו דאלו לא הי' הדין שבונים הכותל בע"כ אם נפל לרשותא דחד מינייהו הי' מועיל תפיסה בטוען ברי כיון שלא נפסק הדין. א"כ יקשה קושית התוס' שם דא"כ מאי פריך גבי בקעה לא יעשה חזית לא זה ולא זה הלא צריך לעשות חזית שאם יפול לרשות אחד שלא יאמר שהוא בנאו.

אכן פשוט דגבי בקעה כיון דאם עשה אחד הוא עושה חזית א"כ כיון שלא יעשה לא זה ולא זה יהי' הוכחה ששניהם עשו שאם האחד עשה הי' הוא עושה חזית א"כ מזה שלא עשו יהי' הוכחה ששניהם עשאוהו כמו אם שניהם עשו חזית. וכן מצאתי בהקצוה"ח בשם הרמב"ן אלא דלפי זה עדיין יקשה א"כ מאי קאמר לפיכך היינו כיון ששניהם מחויבים אף אם לא הי' שניהם מחויבין הי' הדין כן אף אם נפל לרשות דחד מינייהו כיון שלא עשו חזית לא זה ולא זה א"כ מוכח ששניהם עשאוהו אלא דיש פוסקים שפסקו דבכותל חצר לא מהני חזית א"כ בכותל אין ראי' מהא דלא עשו חזית שהרי לא מהני חזית בכותל חצר.

ומשו"ה לא עשו חזית וממילא אצטריך לפיכך דהיינו טעמא ששניהם מחויבים. אלא דיש עוד להקשות הא כל טעמא דלא מהני חזית בכותל חצר הוא דבכותל חצר לא תקנו רבנן חזית אחרי ששניהם מחויבים הא אם לא היו שניהם מחויבין הי' הדין בכותל חצר כמו גבי בקעה א"כ הדרא קושי' לדוכתן מאי ארי' לפיכך היינו ששניהם מחויבין אף אם לא היו שניהם מחויבין ג"כ הי' הדין דאם נפל לרשות דחד מינייהו מפקינן מיניה שהרי אם לא היו שניהם מחויבין ממילא הי' הדין דמועיל חזית ומדלא עשו חזית בהכותל זה גופא הוכחה ששניהם עשאוהו: אכן נראה לי הטעם דלמעלה מד' בכותל חצר או בד' היכא שלא הי' דין חלוקה וחלקו ע"מ כן שאחד יבנה הכותל דלא תקנו בכה"ג רבנן חזית.

הוא מטעם דחזית לא יוכל להיות כלל סימן בכותל חצר. שהרי חזית אמרינן דהוא נשעי' באמתא מלבר.

ופרכינן וניעבד מלגאו ומשני לייף לי' חברי'. אבל מלבר אם יקלוף קילופא מידע ידיע. והנה לפי זה מאי יהני שיטיח כמו אמה בראש הכותל נהי דקילופא מידע ידיע אבל ליפופא לא ידיע ויקח האחר ויטיח את הכותל עד למטה ויאמר הכל עשיתי אני שרציתי לסמוך קורה וחפצתי להרחיב מקום הקורה שיגיע עד למקום שאצטרך והא דבבקעה לא חשו לזה הוא משום דלדברי הרמב"ם גדר בקעה י' טפחים א"כ לא שייך גבי' תשמישי קורה שהרי נעשה רק להבדיל וגם כל אחד רואה מה שחבירו עושה ואם יחפוץ לטוח הלא לא יניחנו משא"כ בכותל חצר שהוא ד' אמות וגם הוא לתשמיש עומד לסמוך

קורה כה"ג בודאי יש לחוש שיטיח עד למטה ולא יהי' ניכר כלל החזית א"כ בכותל חצר אם לא יהי' הדין ששניהם יעשו גם כן לא יהי' הוכחה מדלא עשו חזית ששניהם בנאווה שהחזית אינו מועיל בכותל חצר אחרי שיכול חבירו לעשות שלא יהא ניכר החזית ומשו"ה לא תקנו רבנן שיעשה חזית בכותל חצר משו"ה אם יהי' נופל לרשות אחד מהן יהי' נאמן בטוען ברי קודם שנפסק הדין ומשו"ה אצטריך לפיכך: סימן כד סוגיא דנתבי' לעניים.

ודיני אמר סלע זו לצדקה והאומר כל מה שיוציא אילן זה יהי' להקדש או לעניים וחילוק בין אמר יהי' להקדש מה שיוציא אילן זה. או אומר הרי הם הקדש: דף לו גמ' ההוא גברא דתקע לחבירו כו'.

אמר ליה ההוא גברא הואיל ופלגא דזוזי הוא לא בעינא נתבי' לעניים הדר אמר ליה נתבי' נהלי איזיל אברי בי נפשאי א"ל רב יוסף כבר זכו בו עניים ואף על גב דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן. ועיין בתוס' ד"ה יד עניים.

והנה הרמב"ם כתב (בפכ"ב מהלכות מכירה בהלכה ט"ו) ז"ל דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהי' הקדש לבדק הבית או יהי' אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר כל היוצא מפיו יעשה והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים.

או כל שכר בית זה לעניים זכו בהן עניים עכ"ל והשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א רואה אני שהוא מוסיף אפילו על דברי הרב ז"ל כי הרב כתב במעשה דההוא גברא דתקע ליה חברי' משום דלא יהי' סלע ברשותי' לא מצי מקני ליה אלא במעמד שלשתן. וזה החכם אומר שאפילו לא בא לעולם קנו עניים ואני אומר שאם חייב עצמו בכך שאמר אתן לעניים כך וכך כלומר מן הפירות שיצאו בכרם שלי וכן כל כיוצא בזה הרי זה חייב עצמו ויתן אבל אם אמר ינתן לעניים כך וכך מפירות שלא באו לעולם לא קנו עניים לדברי הרב עכ"ל.

וכתב על זה המ"מ ז"ל בהשגות א"א רואה אני כי הוא מוסיף וכו' ובאמת דעת הרב אלפסי ז"ל בהלכות שם פרק שור שנגח דדבר שלא בא לעולם אינו מוקדש כלל וגם מוסכם הוא מכל המפרשים ומבואר בגמ' וגם דעת המחבר כן בביאור (פ"ו מהלכות ערכין וחרמין) אלא שכתב שאע"פ שאינו מוקדש הנודר חייב לקיים דבריו מדין חיוב הנדר עכ"ד.

ולענ"ד נראה דקושית הראב"ד על הרמב"ם מדברי האלפס במקומה עומדת. דהנה האלפס שם כתב דאיכא דבעא למיפשט מהא דמאן דיהיב מידי לעניים באמירה.

ובעא למיהדר בי' מצי מהדר בי' מדאמר רב יוסף ואע"ג דליכא עניים הכא אנן יד עניים אנן שמעינן מהא דדינא דעניים כדינא דהדיוט כו' וכתב האלפס ע"ז ז"ל ואנן אמרינן ליכא למשמע מינה הרי דבהדיא אמרינן בפיך זו צדקה אלמא בדיבור מחייב. והא דאיצטריך לרב יוסף הכא לומר ואע"ג דליכא עניים הכא דליזכו ליה אנן יד עניים אנן

דאלמא דאי לאו הכי מצי למיהדר בי' לאו משום דדין עניים כדין הדיוט דמי אלא משום דההוא פלגא דזוזי לאו ברשותי' הוה קאי כו'.

אבל מידי דאיתא ברשותי' ואמר הרי הוא לעניים כבר זכו בי' עניים עכ"ד. והנה אם נימא דהרב אלפס ס"ל כתירוץ התוס' בשם ר"ח שזה לא הי' רוצה לחזור בו מן הצדקה אלא הי' רוצה ללותו לפי שעה ולהחזיר אחר.

א"כ מאי קאמר רב אלפס דדוקא משום דהפלגא דזוזי לא הי' ברשותי'. אבל אם הי' ברשותי' לא הוי מצי למיהדר הא בהדיא אמרינן בפ"ק דערכין דעד שלא בא ליד גבאי מותר לשנותו.

הרי אף דהדבר ברשותי' מותר ללות. וכן הביא האלפס האי פסקא בב"ב בהשותפין דהאומר סלע זו לצדקה מותר לשנותה בין לעצמו בין לאחר.

והרי כשאמר סלע זו בידו היא. וע"כ דסובר האלפס דמאי דאמר ניתבלי ניהלי רצה לחזור מהנתינה.

וא"כ מאי משני רב אלפס שמשו"ה אילו לא הי' רב יוסף כיד עניים הוה מצי למיהדר בי' משום דלא הי' הפלגא דזוזי ברשותי'. לדברי הרמב"ם דאף היכא דלא חל ההקדש מחויב לקיים נדרו משום היוצא מפיו.

א"כ נהי דלא נעשה הסלע צדקה אעפ"כ הרי מחויב לקיים מדין נדר. ואיך יחזור בו.

ע"כ לכאורה דהאלפס סבר דבדבר שאינו ברשותי'. כיון דלא נעשה עתה צדקה.

אינו מחויב לקיים אף כשיבא אח"כ לידו היכא דאמר יהי' להקדש. וזו היא השגת הראב"ד.

ועיין בכ"מ שרוצה לפרש השגות הראב"ד על מה שאמר הרמב"ם שאם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שתוציא אילן זה לעניים זכו בהן העניים דאמאי זכו בהן עניים. נהי דהוא חייב לקיים דבריו מדין נדר אבל היורשים הא לא נדרו.

ואף כי קושית הכ"מ היא קושיא גדולה על הרמב"ם אבל הראב"ד נראה ברור דקושיתו היא אעיקר דברי הרמב"ם דמחויב לקיים מדין נדר. וכמו שכתבתי ומה שתירץ הכ"מ על קושייתו על הרמב"ם דהא היורשים לא נדרו.

וע"ז תירץ הכ"מ דכיון דאמר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים. והם שמעו ושתקו סברו וקבלו והוה ליה כאילו נדרו הם בעצמם הדברים תמוהים.

חזא דלמה ימחו באביהם. יאמרו נחת רוח עשו לאביהם ומשום כבוד אביהם שתקו ועוד הא בנדר אמרינן דבעינן פיו ולבו שווין.

ואף דבקדשים כתיב כל נדיב לב הא הוה תרומה וקדשים שני כתובין הבאין כאחד כדאמרינן בשבועת כ"ו. וכן הביא הב"י בעצמו בחו"מ וסימן רי"ב סעיף ח' ב' דיעות בזה.

הרי דמספקא ליה לומר דיכול להיות דבעינן דוקא שיוציא בשפתיו. וא"כ איך סתים (בסעיף ז') שם כדברי הרמב"ם דאם צוה שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו בהן עניים לפי דבריו בעצמו בכ"מ דהטעם משום דשמעו ושתקו הוי כנדרו הם.

אבל בשפתם הא לא הוציאו וא"כ הי' לו להביא דהוי ספיקא דדינא. והנה המחבר פסק בחו"מ (סימן רי"ב סעיף ז') כדברי הרמב"ם דאם אמר אדם כל מה שתלד בהמתו יהי' הקדש לבה"ב כו'.

אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה. ואילו (בסעיף ט') כתב ז"ל וכן אם אמר קרקע זו לכשאקננו יהי' הקדש אינו כלום שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אבל אם אמר לכשאקננו אקדישנו או אתננו להקדש הוי עליו נדר וצריך לקיים נדרו.

וכבר תמה שם הרמ"א וז"ל ודברי המחבר שסתם לעיל כדברי הרמב"ם וכאן כדברי הרא"ש אינו נכון. ומה שתירץ ע"ז הט"ז ז"ל זה דעת הרא"ש שזכרנו שמחלק בין יהי' לאתננו.

ונ"ל דהמחבר לא כיון כאן לפסוק כהרא"ש. אלא נמשך למ"ש לעיל ויש מי שאומר וכו' לכל זה הסעיף שאחריו.

וכוונתו שחולק על תחילת ס"ז דאין מחלק בין הלשונות. והיש מי שאומר מחלק כו'. ובזה נסתלקה תמיהת רמ"א במ"ש דברי המחבר אינם נכונים עכ"ד הט"ז. אבל באמת קשה מדברי המחבר ביו"ד (סימן רנ"ח ס"ח) ז"ל המחבר.

אם יש לו חוב על אחר ואומר יהי' להקדש או לצדקה אינו כלום. אבל אם אמר חוב שיש לי על פלוני כשיבא לידי אקדשנו או אתננו לצדקה חייב להשלים דבריו להקדישו כו' הרי דסתם שם המחבר כדעת הרא"ש: והנה לכאורה יש לתרץ הקושיא שהקשה הראב"ד על הרמב"ם מדברי האלפס בפשטות.

דהנה הרמב"ם לא כתב דינו דאם אמר כל מה שיוציא אילן זה יהי' הקדש דאף שאינו חל ההקדש. מחויב לקיים דבריו מדין נדר משום דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה.

אלא היכא דבידו לקיים דבריו שהוציא בפיו. שהוא אומר שיהי' הקדש ומוטל עליו לקיים דבריו להקדישם.

וממילא יהי' הקדש. אבל היכא דאין בידו לקיים מה שהוציא מפיו.

כגון שאמר כל מה שיוציא אילן זה הרי הוא הקדש. כיון דלא חל ההקדש על הפירות שהרי אינן בעולם.

בכה"ג גם הרמב"ם מודה דאין מחויב להקדיש שהרי לא אמר יהי' הקדש רק הרי הוא הקדש. ודיבור דהרי הוא הקדש.

אין יכול להתקיים שהרי דיבור דהרי הוא הקדש משמע דנעשה עתה בשעת דיבורו הקדש. וזה אי אפשר להיות הקדש קודם שבא לעולם ולא דמי להיכא דאמר יהי' הקדש

דסבר הרמב"ם דמחויב לקיים דבריו דהתם הרי יכול לקיים הדיבור שיהי' הקדש היינו שיקדישנו ולענ"ד נראה שהחילוק פשוט וברור.

ולפי"ז לא אוכל להבין דברי הקצוה"ח (בסימן רי"ב ס"ק ד') שכתב להביא ראיה לשיטת הרמב"ם מהא דאמרינן במס' פאה מי שליקט את הפאה ואמר הרי זו לפלוני עני ר' אליעזר אומר זכה בו וחכמים אומרים יתננה לעני הנמצא ראשון ומפרש לה בפ"ק דמציעא מעני לעני מחלוקת וכיון דמיירי מעני לעני וסברי חכמים דלא אמרינן מגו ולא זכה העני שליקט בשבילו.

א"כ אמאי יתננה לעני הנמצא ראשון יזכה בה הוא עצמו כיון דעני הוא. ומכאן הביא ראיה לדברי הרמב"ם דאף שאין חל ההקדש מחויב לקיים דבריו מדין נדר א"כ כיון שאמר הרי זו לפלוני עני מחויב ליתנו מדין נדר.

אלא כיון דרק מדין נדר הוא. יכול ליתן לעני אחר כדאיתא בשו"ת רדב"ז דבנודר לפלוני עני הוי ספק אי יכול ליתן לעני אחר והוכיח הקצוה"ח דיכול ליתן לעני אחר את"ד.

אכן לענ"ד דבכה"ג גם הרמב"ם מודה דאין מחויב לקיים דבריו. שהרי הוא לא אמר זה יהי' לפלוני דהי' משמע להבא.

דאז מחויב לקיים דבריו שיהי' לפלוני עני. אבל הוא אמר הרי זו לפלוני היינו שרצה שתיכף בלקיטתו יהי' עשוי של פלוני.

וזה אי אפשר להתקיים שהרי חכמים לא ס"ל דזכי לחברי'. וממילא אין עליו דין לקיים דברו.

אחרי שאין בידו לקיים נדרו והוצאת שפתיו וביותר שגבו ממני דברי הקצוה"ח שרצה לתרץ גם לפי שיטת הרא"ש דס"ל דאין צריך לקיים דבריו משום נדר היכא דאמר יהי' הקדש תירץ הקצוה"ח הא דתנן יתננה לעני הנמצא ראשון ולא יזכה בה הוא עצמו לפי מה שכתב הרא"ש בנדרים (דף ל"ד) בשם הר"א ממיץ דהיכא שהי' לפניו ככר של הפקר ולא הי' אחר סמוך לה אלא הוא דיכול להקדישו כיון שבידו לזכות בה לא הוי דבר שלבל"ע ע"ש.

וא"כ הכא נמי אם ירצה לזכות בה הוא עצמו הרי חייל נדרו מה שנדר ואמר הרי זו לפלוני עני דלא הוי דשלבל"ע כיון שהי' בידו לזכות. אבל אם אינו מכוין לזכות לעצמו ולא בא לידו כלל לא חייל נדרו דאפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דשלבל"ע היינו כשבא לידו לבסוף עכ"ד הקצוה"ח וע"ש וקצרה דעתי מהבין הדברים דהתינח אם הי' סברת הרא"ש דמשו"ה כשאמר כל מה שיוציא אילן זה יהי' לעניים.

אינו מחויב לעניים מטעם נדר. אם הי' טעמא דהרא"ש משום דנדר לא חל על דבר שלבל"ע אז שפיר מחלק הקצוה"ח דהכא כשאמר ה"ז לפלוני עני.

כיון דבידו לזכות הוי כדבר שבא לעולם וחייל נדרא כדעת הר"א ממיץ דכל שבידו לזכות הוי כדבר שלבל"ע. אבל זה אי אפשר כלל לפרש בדעת הרא"ש שהרי שפתי הרא"ש ברור מללו.

דאם אמר לכשאקחנו אקדישנו דאז מחויב לקיים נדרו דבודאי נדר חל אף על דבר שלא בא לעולם. אלא דטעם הרא"ש דס"ל דכשאמר יהי הקדש לכשאקחנו דאין מחויב לקיים מטעם נדר.

דאין בלשון יהי קבלה על עצמו שיקדיש. רק הקדש על החפץ.

וזה לא חייל מטעם דשלב"ע ועל עצמו לא קיבל להקדיש דאין בלשון יהי התחייבות על עצמו. א"כ מה מועיל שיהי הדבר בידו ולא יקרא דשלב"ע.

עכ"פ לדברי הרא"ש אין בלשון יהי נדר כלל. ומכש"כ בלשון הרי זו דאין כאן נדר התחייבות על עצמו.

וגם אין לדחוק ולבאר כונת הקצוה"ח דהרא"ש יסבור דאמירה לצדקה הוי כאמירה לגבוה. ואין יכול לשנות לעני אחר ומשו"ה היכא דזכה אח"כ לעצמו.

חייל ההקדש היינו אמירת הרי זו לפלוני עני. ונעשה של פלוני עני ולא מטעם נדר.

(דלברי הרא"ש אין כאן נדר כיון דלא קיבל ע"ע). רק מטעם הקדש שנעשה מה שליטת של פלוני עני כיון דבשעה שזכה נעשה בא לעולם.

וחייל ע"ז אז אמירת הרי זו. הנה מלבד דהקצוה"ח לא בסתר דיבר דחייל נדרו הרי דכונתו מטעם נדר.

לבד זה גם זה אינו מספיק. דכיון דאמר הרי זו לפלוני עני.

ולא אמר לכשאזכנה. ממילא משמעות דבריו שיהי תיכף של פלוני וכיון דתיכף לא חייל גם לא אח"כ כשיזכה לא יחול שהרי לא הקדיש לכשיזכה דדוקא אם אמר פירות ערוגה זו מחוברת יהי תרומה לכשיתלשו אז חייל תרומה לכשיתלשו משום דבידו אבל אי לא אמר לכשיתלשו גם כשנתלשו לא חייל.

וכן כתב שם הרא"ש בשם הר"א ממיץ ז"ל ואמר לכשאזכנה בככר זה תהי הקדש. ולא לחנם דקדק ושינה מלשון הגמ'.

אלא משום דדוקא בכה"ג דאמר לכשאזכנה. אז חייל הקדש כשיזכה משום דבידו לזכות. אבל הכא בפאה דמיירי ע"כ שלא אמר לכשאזכנה. שהרי לר"א ס"ל דזכה תיכף לפלוני בלקיטתו.

ע"כ דאמר בלשון הרי זו לפלוני עני. בכה"ג היכא דבשעת לקיטתו לא זכה בעדו משום דמגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו אליבא דרבנן.

גם אם אח"כ יזכה לעצמו לא יחול שם צדקה על הפאה שהרי לא הקדיש לכשיזכה. ובר מן דין.

איך נימא דמשו"ה אמרי רבנן יתננה לעני הנמצא ראשון ופליגי אר"א דאמר זכה לו משום דאם יזכה יצטרך ליתן לו. אדרבה זהו רצונו ליתן לפלוני עני.

אלא דקושית הקצוה"ח שהקשה אמאי קתני יתננה לעני הנמצא ראשון יזכה בה הוא. לכאורה פשוט דרבנן רבותא קמ"ל דלא מיבעיא דלא זכה לפלוני עני.

אלא אף אם רוצה להחזיק בעד פלוני העני בלא זכי' דגם זה אסור. (אם אין רוצה לזכות בעצמו מאיזה טעם שיהי') דלא תימא דרק לא זכה בעדו.

אבל להחזיק בלא זכיות עד שיבא פלוני העני ויתננו לו שרי קמ"ל דגם זה אסור דכיון דלעצמו אין רוצה לזכות. ופלוני העני לא זכה.

חייב עליו ליתן לעני הנמצא משום גזל עניים דכיון דזכי רחמנא לעניים לזכות כל הקודם. אסור לו לחוב לעניים להחזיק בעד אחר היכא שאין רוצה לזכות בעדו ממדת חסידות או מאיזה טעם שיהי': הדרן לדברינו דאף להרמב"ם דס"ל דאם אמר כל מה שיוציא אילן זה יהי' הקדש חייב לקיים דבריו.

היינו דוקא שאמר בלשון יהי' דאז בידו לקיים דיבורו שאמר יהי' הקדש. שהרי כשיקדיש יתקיים דיבורו ומוציא שפתיו.

אבל אם אמר כל מה שיוציא אילן זה הרי הוא הקדש. אז גם הרמב"ם מודה שאין מחויב להקדיש.

שהרי אף כשיקדיש לא יתקיים דיבורו והיוצא משפתיו. שהרי הוא אמר הרי הוא הקדש היינו דעשה תיכף להקדש וזה אין יכול כלל להתקיים שיוקדש קודם שבא לעולם.

ואף כשיקדיש אח"כ הרי יהי' הקדש רק מכאן ולהבא והוא לא אמר שיהי' הקדש אח"כ בכה"ג גם הרמב"ם מודה דאין עליו להקדיש ועתה נחזי אנן הא דדחה רב אלפס דברי אלו דס"ל דמאן דיהיב מידי לעניים באמירה ורצה למיהדר בי' מצי למיהדר בי' מדאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן הרי דבלאו הכי הי' יכול לחזור בו.

ודחה רב אלפס דבריהם משום דהתם הוי אינו ברשותי' ובמטלטלי אפילו ממון שיכול להוציאו בדינין אינו ברשותי'. ואין יכול להקדישו.

ואם כוונת האלפס העיקר להקשות דכיון דאמר ניתבי' לעניים. א"כ רצה להקדיש לצדקה את הפלגא דזוזי שיתן לו ההוא גברא דתקע.

וא"כ בלא יד עניים יהי' צדקה. א"כ למה ליה להאלפס למימר משום דהוי אינו ברשותי' ודבר שאינו ברשותי' אין יכול להקדישו.

תיפוק ליה דההוא פלגא דזוזי הוי אינו שלו כלל. דהרי כ"ז שלא נתנו לו עדיין לא נעשה שלו ובידו ליתן לו פלגא דזוזי אחר.

אלא ע"כ דמההוא פלגא דיתן לו לא קשה כלל שהרי לא אמר שיהי' צדקה כשיתן לו. אלא אמר ניתבי' לעניים היינו דהתוקע יתן לעניים.

אלא עיקר כוונת האלפס להקשות דכיון דאמר ניתבי' לעניים הרי עשה צדקה את שעבוד הפלגא דזוזי שיש לו. והוי כמסר לצדקה את חוב הפלגא דזוזי.

וא"כ אף בלא יד עניים. איך יחזור כיון שכבר הקנה באמירתו את חוב הפלגא דזוזי לצדקה.

וע"ז משני האלפס דחוב פלגא דזוזי הוי דבר שאינו ברשותי'. ולא מצי להקדיש חוב.

והוא הסברא שכתבו הפוסקים ותוס'. דמשו"ה מכירת שטרות דרבנן דמה"ת אין חל קנין על שטרות וחובות אף דיכול להוציאו בדדיינין כיון דגבית החוב אינו ברשותי'.

דצריך עדיין להוציא ומחוסר גוביינא. נמצא כיון דהחוב אין בידו כלל להקדיש.

והוא אמר ניתבי' לעניים ולא אמר בלשון פלגא דזוזי שיתן לו יהי' הקדש דאז הי' מחויב לקיים מדין נדר רק הוא אמר ניתבי' לעניים היינו שהקדיש החוב לצדקה. ומשו"ה כיון דלא חייל מדין הקדש אף מדין נדר אין כאן שהרי אין בידו כלל לקיים מוצא שפתיו שהתקע יתן.

שהרי חוב לא נעשה קודש. וכשיזכה לא אמר שיהי' קודש.

והוי דומיא דהרי הוא קודש דבכה"ג גם הרמב"ם מודה דאין מחויב לקיים דבריו כמו שביארנו ומיושב שפיר מה שהביא הב"י בעצמו ביו"ד (סימן רנ"ח) דאם יש לו חוב על אחר ואמר יהי' להקדש או לצדקה אינו כלום. והקשינו הא המחבר בעצמו הביא בחו"מ (סימן רי"ב) דעת הרמב"ם דאף שאין חל ההקדש מחויב לקיים מדין נדר.

אכן לפי הנ"ל מיושב שהרי כיון שאמר חוב זה יהי' להקדש או לצדקה. הרי אין בידו כלל לקיים מוצא שפתיו שהרי אף אם יקדיש אח"כ כשיגבה.

הרי כשגובה אינו חוב בידו רק כסף שלו. נמצא דהוא אינו מקדיש חוב אלא כסף שלו ואינו מקיים דיבורו כמו שהוציא בשפתיו שהחוב יהי' קודש וכיון דאין בידו לקיים מוצא שפתיו שהרי החוב אין בידו להקדיש משום דהוי דבר שאינו ברשותי'.

משו"ה אין חייב להקדיש גם הכסף שגבה בעד החוב אף לדעת הרמב"ם. כ"נ לפענ"ד נכון הדבר: אולם באשר עדיין ע"פ הדרך הנ"ל עוד לא יתיישב דברי הרמב"ם גבי אם אמר ש"מ תנו כל מה שיוציא אילן זה לעניים דקשה עליו קושית הכ"מ כיון דלא חל הקדש רק מדין נדר.

והרי היורשים לא נדרו. ועוד יש דיקדוק על הרמב"ם שבפ"ז מה' ערכין כתב הרמב"ם בהלכה ל"א ז"ל יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דשלבל"ע אם אמר הרי עלי להקדישו הרי זה חייב להקדישו כו' כיצד האומר הרי עלי להקדיש כל מה שתעלה מצודתי מן הים הרי עלי ליתן לעניים פירות שתוציא שדה זו הרי עלי להחרים או ליתן לשבויים כל מה שאשתכר בשנה זו כו'.

ולכאורה קשה אמאי נקט הרמב"ם בדבריו הרי עלי דבזה כו"ע מודו. עדיפא הוי ליה להרמב"ם למינקט.

דאף אם לא אמר הרי עלי רק אמר בלשון יהי' הקדש ג"כ מחויב לקיים דבריו כדבריו בעצמו (בפכ"ב מהלכות מכירה). עוד הקשו קצת על הרמב"ם דאיך כתב שם הרמב"ם דהמקדיש מעשי ידי אשתו הרי זה עושה ואוכלת והמותר חולין.

דהרי לפי דברי הרמב"ם אם אמר בלשון זה מעשי ידי אשתו יהי' הקדש (דבכה"ג מיירי מתניתין דלר"מ קדישא. אף דלא חל ההקדש עכ"פ הוא מחויב להקדיש מדין נדר.

ואיך כתב הרמב"ם עושה ואוכלת והמותר חולין הרי דמותר לעשות כן וכל הנ"ל אינם מיושבים ע"פ דרך הנ"ל. ע"כ נראה לי לומר בע"ה דרך אחרת: והנה הרמב"ם שם כתב ז"ל אמר לה יקדשו ידיך לעושיהן.

הואיל והן משועבדין לו הרי כל מעשי ידי קדש. הא למה זה דומה לאומר אילן זה קדש שכל פירות שיעשה להבא קדש.

והקשה הכ"מ בשם הר"ן דהרי אמרינן בגמ' כתובות (דף נ"ח) אמר רב הונא אמר רב יכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונית ואיני עושה. לימא מסייע ליה המקדיש מעשי ידי אשתו הרי זו עושה ואוכלת כו' ופליגא דריש לקיש דאמר ריש לקיש לא תימא טעמא דר"מ משום סבר אדם מקדיש דבר שלבל"ע.

אלא טעמא דר"מ מתוך שיכול לכופה למעשי ידי נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן הרי דמוכח מהגמ' דאם אין יכול לכופה למעשי ידי היינו לרב הונא דס"ל יכולה שתאמר איני נזונית ואיני עושה. אף אם נעשה כאומר יקדשו ידיך לעושיהן לא הוי קודש דכיון דאין יכול לכופה.

אין בידו להקדיש הידים. וא"כ הרמב"ם דפסק כרב הונא אמר רב דיכולה שתאמר איני נזונית ואיני עושה איך כתב דאם אמר יקדשו ידיך לעושיהן חל ההקדש ועיין שם בדבריו.

ונראה לי ליישב בפשטות דהנה הרמב"ם כתב שם (בפ"ז מהלכות ערכין הלכה ל') ז"ל המשכיר בית לחבירו וחזר והקדישו הרי זה קדש ופקע השכירות ואם דר בו השוכר מעל והקשה הלח"מ דהרי הרמב"ם בעצמו פסק (בפ"ה מהלכות מעילה) דהמקדיש בית בנוי הדר בו לא מעל דתלוש ולבסוף חברו הוי מחובר.

ואיך כתב הרמב"ם דאם דר בו השוכר מעל. ונראה לי דהנה התוס' בב"מ (נ"ו) ד"ה והאי ביומי' מכירה הקשו איך אמרינן דיש אונאה בשכירות משום דשכירות ליומא ממכר הוא.

והא בפרק קמא דעכו"ם מוכח דשכירות לא קנוי מישראל ששכר פרה. ומלא לבית דירה אמרו.

ותירץ התוס' משום דכתיב ממכר מיותר. ובאמת לכאורה פשוט החילוק דהנה הא דאמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא.

אין הכונה שיקנה גוף הדבר. שאם השכיר לו כלי הקנה לו גוף הכלי.

דקנין שכירות אינו אלא קנין תשמיש בהדבר. והנה באונאה אטו כתיב ממכר גוף הדבר ממכר סתמא כתיב.

וא"כ מכירת התשמיש ליומא מכירה היא. וכיון שנתאנה בממכר התשמיש חוזר בו אבל בע"ז שם קאי לגבי אכילת תרומה שאם כהן שכר פרה מישראל לא יאכילנה פרשיני תרומה.

דנהי דיש לכהן בפרה קנין תשמיש ליומא. אבל גוף הפרה הלא של ישראל דשכירות לא קניא שיקרא גוף הדבר של השוכר.

ורק קנין שכירות יש לו בהדבר. וכן לגבי הכנסת ע"ז כיון דביתו של ישראל היא אף דיש להעכו"ם קנין שכירות בהבית.

אבל גוף הבית הרי היא של ישראל. וא"כ אסור להכניס בתוכה עכו"ם משום לא תביא תועבה אל ביתך אבל גבי אונאה יש לזה דין אונאה שהרי ממכר הוא היינו מכירת התשמיש.

ועיין בהרמב"ם (בפ' כ"ג מהלכות מכירה). שוב מצאתי ת"ל שכונתי בזה לדעת הנמו"י. שכן ביאר הנמו"י שם בהדיא. והנה הא דאמרינן הקדש מפקיע מידי שעבוד היינו דאין לו קנינים אלא לגבות ממון.

משו"ה כשהוא הקדיש אינו יכול לגבות שאיך יגבה מן ההקדש (ודעת הרמב"ם בכל מקום דאף שהקדיש ס"ל דאף בקדושת דמים חל ההקדש כשבאין לפדות משלמין להבע"ח). אבל קנין שיש לאחר לא יוכל להקדיש שאין אדם יוכל להקדיש קנין שאינו שלו.

נמצא דכשהשכיר הבית. ואח"כ הקדישו גוף הבית נעשה קדוש.

אבל קנין השכירות שקנה השוכר לא יכול להקדיש. והא דכתב הרמב"ם ופקע השכירות.

אין כונתו דההקדש מבטל השכירות. אלא כונת הרמב"ם דעתה אין יכול לדור בו.

שאף שיש לו קנין שכירות בהבית. אעפ"י"כ גוף הבית קדוש שהרי גוף הבית לא קנה.

נמצא איך ידור בו הרי הוא דר תחת בית של הקדש. וע"כ הוא נהנה מן ההקדש שהרי הוא דר תחת בית הקדש.

אף דיש לו קנין להנות. הקנין לא יוכל לבטל איסור הנאת הקדש.

ועיין בתוס' ב"ק (דף נ"א) ד"ה השותפין: והנה אף דאמרינן דשכירות ליומא ממכר הוא. אעפ"י"כ אמרינן ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף היינו דכל זמן שלא דר כל משך זמן השכירות אינו מחויב לשלם.

ומשו"ה נפסק הדין בחו"מ (סימן שי"ב) דאם נפל הבית אינו משלם. אלא דמי השכירות שדר.

אבל לא מכאן ולהבא והיינו דכיון דאמרה התורה כשכיר שנה בשנה דשכירות דשנה זו אינה משתלמת אלא בשנה אחרת. ע"כ דכן דין השכירות הוא.

שזה קונה קנין התשמישים והמשכיר יש לו זכות שכשישתמש יתחייב בעד התשמישים. ועיין בתוס' (ב"מ דף ס"ה) ד"ה שכירות.

(ובמקום אחר ביארתי בארוכה. וחלקתי בין אדם דאין בו קניינים דאז ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף ובשדה וכלים דיש קניינים אינו אלא לבסוף, ודוק כי בזה מיושב תמיהת הש"ך על המחבר חו"מ סימן קכ"ו סעיף י"ח).

נמצא לפי זה אם אחד השכיר בית לחבירו. ואח"כ מכר הבית לאחר הרי מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו.

נמצא כיון דהתחייבו בעד השכירות ובא אח"כ הרי זכה השני (אם הקנה בסתמא ולא ידע שהשכיר) בזכות שיש להמשכיר בהשכירות שיתחייב נמצא דכן הדין כשהקדיש שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט וממילא כשהשכיר אדם בית ואח"כ הקדיש גוף הבית נעשה קדוש אבל קנין השכירות לא קדוש. אבל זכות יש להקדש בקנין השכירות שיתחייב להקדש הדמים.

והנה לעיל ביארנו. דמשו"ה הדר בבית של הקדש מעל.

דפירושו בגמ' דאף דאמרינן הדר בחצר חבירו שלא מדעתו אין צריך להעלות לו שכר אעפ"כ בהקדש מחויב דכהדיוט מדעת דמי. וביארנו דהיינו דהשכירה לו התורה והוי כנחית לאגרא.

ומחויב בשכר מה שנהנה. וממילא יש דין מעילה שכיון שנוטל דבר שמתחייב בעדו להקדש ממילא הרי הכניס לרשותו דבר שמחויב לשלם להקדש.

אלא דזה הדין דהשכירה התורה היינו דוקא היכא דהשכירה התורה. אבל המקדיש בית בנוי לא השכירה התורה.

ומשו"ה במקדיש בית בנוי הדר בו לא מעל דהתורה לא השכירה רק תלוש. אבל לא מחובר אבל היכא דיש זכות להקדש במחובר שיתחייב דמים להקדש בכה"ג לא שייך לומר אין מעילה במחובר דהרי המעילה בעד הדמים שנחייב להקדש תשלומין.

והדמים הלא לא מחוברים הם ובפרט בתלוש ולבסוף חברו דהרי אמרינן דהמקדיש תלוש ואח"כ חברו יש מעילה ורק בהקדיש במחובר אז אין מעילה. ואין ע"כ הטעם משום דעל מחובר אין חייבים מעילה.

אלא דדין הוא בהקדש שכשהקדיש מחובר אז לא השכירה התורה. אבל היכא דיש התחייבות להקדש בכה"ג יש מעילה שהרי הקדיש דמי הדבר.

וע"ז לא שייך מחובר ועיין בתוס' (כתובות מ"ו) ד"ה אתיא. דמה שמשמש בבית לא חשוב מחובר דתשמיש הבית לא חשוב קרקע ולפי"ז בודאי יקשה אמאי הדר בבית בנוי לא מעל.

הרי תשמיש דירה לא חשוב כקרקע. ועכצ"ל דמשו"ה אין מועלין בדר בבית שהקדישו בנוי משום דדיני הקדש שהשכירה התורה אינו במחובר דלא השכירה.

אבל היכא דהקדיש זכות התחייבות בכה"ג יש מעילה. לפי"ז בפשוט החילוק מה שאמר הרמב"ם שאם הקדיש המשכיר את הבית אם דר בו השוכר מעל שהרי השוכר דר בשלו ורק להמשכיר יש זכות להתחייב לו דמים.

וכשהקדיש הבית גם הזכות נעשה קדש. ומתחייב ע"כ דמים להקדש וכל המתחייב דמים להקדש מעל שהוציא הדמים לחולין.

וכל זה דוקא בדר בה השוכר. אבל אם דר בה איש אחר שלא התחייב את עצמו.

ולא שכר את הבית. אם ידור בהבית לא ישלם שהרי לא השכירה לו התורה.

משו"ה פסק (בפ"ה מהלכות מעילה) דאם דר בה אחר לא מעל. ועפי"ז שביארנו דשכירות קניא.

וגם ביארנו דהיכא דיש לו קנין אז אין הקדש יכול להפקיע שעל קניינו של זה לא יוכל לחול הקדש. לפי"ז מיושב ג"כ בפשטות הקושיא שהקשו.

דאיך פסק הרמב"ם דאם אמר יקדשו ידיך לעושיהן. מעשי ידי' הקדש והרי בגמ' אמרינן ופליגא דריש לקיש כו' מתוך שיכול לכופה למעשה ידי' נעשה כאומר לה יקדשו ידיך לעושיהן לר"מ דס"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה הרי דאם נפסוק כרב הונא דיכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונית אף אם אמר יקדשו ידיך לעושיהן (שהרי ר"מ ס"ל אין אדם מוציא דבריו לבטלה ואף אם לא אמר כמו שאמר דמיא) אעפ"כ לא קדש מעשי ידי'.

אכן באמת שם בגמ' אמרינן (בדף נ"ט) קונם שאני עושה עלפיך אין צריך להפר כו' רבי יוחנן בן נורי אומר יפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור. ואמר שמואל הלכה כרבי יוחנן בן נורי ופרכינן שם דהא דבר שלא בא לעולם הוא.

ובעי למימר דקונמות מועיל בדבר שלבל"ע. ודחי שם.

ומסקינן דהטעם משום דקונמות מפקיע מידי שעבוד ופרכינן ונקדשו מהשתא ואמרינן אלמוה רבנן לשעבודי' דבעל כי היכי דלא תקדוש מהשתא. ועתה נחזי אנן מאי ביאור דאלמוה רבנן כיון דמן התורה חייל איך התירו רבנן.

ועכצ"ל דאלמוה רבנן פירוש דרבנן נתנו לו קנין בה כי היכי דלא יחול הקדש ומתחלה הוה סבור כיון דיכולה אשה שתאמר איני נזונית ואיני עושה א"כ יש לו בה רק שיעבוד משו"ה פריך דכשהקדישה יחול הקדש שלה. ומשני דכדי שלא תפקיע שעבוד הבעל.

משו"ה נתנו לו קנין ביד'. ומשו"ה אין יכולה להקדיש מהשתא ואף דנתנו לה רשות שתאמר איני נזונית ואיני עושה היינו שנתנו לה כח ורשות שבעת שתעשה ותאכל יהי' שייך לה.

אבל בעת שנזונית אז יש לו קנין כדי שלא תפקיע בקונם ותאסור עליו. נמצא כיון דנתנו לה קנין והיא אינה יכולה להקדיש.

משו"ה אדרבה הוא יכול להקדיש. ומשו"ה פסק הרמב"ם דאם אמר יקדשו ידיך לעושיהן דחל ההקדש.

שהרי הוא פסק כשמואל דיפר שמא יגרשנה. אבל עתה לא חל קונם שלה ע"כ דס"ל אלמוה רבנן לשעבודי' ומהו האלמות שהקנו לו קנין בהידים דעל קנין לא יחול הקדש.

וממילא אם הוא הקדיש הידים לעושיהן חל ההקדש. ולא קשה מגמ' דאמר ופליגא דריש לקיש כו' דשם הוי סבר כסלקא דעתך דגמ' דאין לו רק שיעבוד.

ושיעבוד לא יכול להקדיש דאיך יאמר יקדשו ידיך לעושיהן דאינם שלו ושעבוד הוי דבר שאינו ברשותי ולא יכול להקדיש כנ"ל. אבל להמסקנא דאלמוהו לשעבודי היינו דנתנו לו קנין שפיר יכול להקדיש: והנה בב"מ ודף ס"ו) אמרינן אמר רב נחמן השתא דאמר רבנן אסמכתא לא קני הדר ארעא והדרא פרי למימרא דסבר רב נחמן מחילה בטעות הויא מחילה והאיתמר המוכר פירות דקל לחבירו אמר רב הונא עד שלא בא לעולם כו' ורב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור.

ואמר רב נחמן מודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' ומשנינן התם זביני הכא הלואה ומפרש ר"ת התם באסמכתא לא הקנה לו כלל דאסמכתא לא קניא. נמצא דהוי מחילה בטעות.

אבל הכא הרי מכר לו. ונהי דיכול לחזור.

אבל אין לו לחזור בו ממכירתו עיין שם בתוס'. נמצא דהמוכר פירות דקל לחבירו אין הכוונה שלא מכר לו משום שהוא דבר שלבל"ע.

אלא דלא נעשה של הלוקח. אבל הוא מכר.

אלא דיש בידו לחזור. אבל אם לא חזר בו הוא מכור לפלוני היינו דהוא מצידו מסר.

אלא שלא חל קנין על זה. והנה אילו היו פירות דקל דבר שאין בידו כלל לא הי' שייך על זה לומר שמכר ומסר.

אלא דבאמת גם עתה קודם שבאו הפירות לעולם הרי יש לו אכילת פירות בהדקל. וכשהוא מוכר פירות דקל הרי הוא מוכר אכילת פירות שהוא דבר שלו ובידו.

אלא דמשו"ה לא קנה הלוקח משום דאכילת פירות הויא דבר שאין בו ממש. וכדאמרינן יאכל פלוני פירות דקל לא קנה משום דאין ממש באכילת פירות.

כיון דלא הקנה דקל לפירותיו. ומשו"ה במוכר פירות דקל אי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' שהרי הוא מכר לו אכילת הפירות.

ואף דהלוקח לא קנה משום דאין בו ממש. אבל הוא מכר וכיון דמכר יכול הלוקח לשמוט ולאכול.

ומשו"ה נפסק הדין בחו"מ (סימן ר"ט) דאם יש בידו שטר כשבאו הפירות לעולם אין יכול לחזור בו והיינו דכיון דהוא מכר אלא דלא חל עדיין הקנין כ"ז שלא באו הפירות דאז הויא אכילת הפירות אין בו ממש. אבל כשבאו הפירות לעולם ונעשה ממש אז חל קנין השטר ואילו לא הי' הפירות באין כלל לעולם לא הי' חל קנין השטר: ולפי"ז מיושב שפיר דברי הרמב"ם שאמר אם אמר אדם כל מה שיוציא אילן זה אע"פ שאינו מתקדש חייב לקיים דברו מדין נדר שנאמר ככל היוצא או יעשה.

דהנה בנדרים (דף כ"ט) אמרינן דאם אמר לאחר ל' עולה לא מצי למיהדר בו בתוך ל' משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט והקשה שם הר"ן ותהוי נמי כמסירה. הא בהדיוט אף אם מסר ואמר שלא יקנה אלא לאחר ל' יכול לחזור בו ועי"ש בדבריו.

ולדברי הרמב"ם פשוט דלא מייתי. אלא דאמירה הויא כמסירה להדיוט ואילו בהדיוט אם רוצה ומסר שיקנה לאחר שלשים בכלות השלשים יום אין צריכין עוד להקנאתו שאם לא חזר בו ממילא הוא קונה אלא דיש לו רשות לחזור בו כיון דלא נעשה קנין גמור עדיין דיבור הוי ואתי דיבור ומבטל דיבור.

וכמפורש בקידושין דלר"ל דלא ס"ל אתי דיבור ומבטל דיבור לדידי' אין יכול לחזור בו ואם נימא דמקנה לאחר שלשים אין מקנה עתה כלום אלא בכלות השלשים יום הוא מקנה וכן בקידושין בכלות שלשים הוא מקדש. א"כ נהי דלא ס"ל אתי דיבור ומבטל דיבור.

עכ"פ עתה אינו מקדש ע"כ דס"ל כשאומר לאחר שלשים אז עשה חלות שיחול לאחר ל'. אלא דיש לו כח לבטל ולחזור בו.

וזה הדין דיש לו רשות לחזור בו. ויש לו כח לבטל אינו דוקא אלא בהדיוט.

אבל בהקדש דמחויב הוא לקיים דיבורו כדכתיב ככל היוצא מפיו יעשה אין לו רשות ויכולת לחזור בו. וממילא נשאר ההקדש קיים.

ולענ"ד דזהו ג"כ ביאור דברי הרמב"ם שכתב שהפקר מטעם נדר ותמהו המפרשים. ולפי שכתבתי יהי' פשוט כוונתו דבא לומר שאין בידו לחזור בו מן ההפקר.

ולבטל דיבורו כדין אתי דיבור ומבטל דיבור. לזה כתב דהפקר כנדר דאמרה התורה דאין בידו לחזור בו ולבטל דיבורו.

ולפי"ז שפיר כתב הרמב"ם דאם אמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים אע"פ שאינו מתקדש חייב לקיים דברו דכפי שביארנו מוכח מב"מ דמוכר פירות דקל מכירה הויא שהרי בידו הוא אכילת הפירות אלא דלא חל קניינים על זה. אבל מכירה הויא רק שיכול לחזור.

נמצא בהקדש דאין בהקדש דיני חזרות (דמשו"ה אין יכול לחזור בהקדש לאחר שלשים) משום דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה נמצא מסירתו להקדש מסירה לגבאנה שלא יוכל לחזור בו. ולפי"ז מיושב שפיר מה שסתם המחבר בחו"מ דאם אמר שדה זו לכשאקחנו יהי' הקדש דאין מחויב לקיים נדרו.

דהנה במקום אחר ביארתי דדעת הרמב"ם איננה כדעת הר"א ממיץ שכתב שאם אמר ככר זה לכשאזכה יהי' הקדש דחל משום דכל שבידו לא הוי דבר שלבל"ע וכיון דאין אחר יכול לזכות. הוי בידו לזכות.

ומדמי לה הר"א ממיץ להא דאמרינן בקדושין (דף ס"א) דאם אמר פירות ערוגה זו מחוברת יהי' תרומה לכשיתלשו דבריו קיימין משום דבידו לתלוש. אכן דעת הרמב"ם דלא דמי דהתם הדבר הוא שלו והוא בעלים על הדבר משום הכי נהי דאמרה התורה דאין תרומה במחובר.

אבל חלות יכול לחול על מחובר שיהי' תרומה לכשיתלש וכיון דבידו לאו כמחוסר מעשה דמי. אבל הכא דהדבר אינו שלו כלל.

למאן דס"ל אין אדם מקדיש דבר שלבל"ע הרי דס"ל דבעינן שיחול ההקדש תיכף. א"כ איך יחול ההקדש שקרא על דבר שאינו שלו.

דמאי בעלים הוא על ההפקר קודם שזכה נהי דבידו לזכות. עכ"פ לא זכה עדיין וא"כ לא חל דיבורו עדיין, ומאן דס"ל אין אדם מקדיש דשלב"ל סבירא דאין חל על להבא אלא באופן שתיכף בשעתו חל דיבורו שגם זה הוא חלות מה שיחול שיוקדש להבא והרי דמי ומכש"כ הוא להא דאמר שם בגמ' דהאומר לשפחתו הרי את מקודשת לאחר שאשחררך דלא חייל אף דבידו לשחררה משום דמעיקרא בהמה השתא דעת אחרת והיינו דשפחה איננה כלל בת חלות קדושין דאף זה לא חייל עלי' שיחולו קדושין על להבא.

ומכש"כ היכא דהשדה אינו שלו כלל לא חייל דיבורו שהקדיש על להבא אף שבידו לזכות. ולענ"ד פשוט וברור הוא החילוק.

ולפ"ז שפיר קאמר המחבר דאם אמר שדה זו לכשאקחנו יהי' הקדש דלא אמר כלום. דבכה"ג גם הרמב"ם מודה דעד כאן לא קאמר הרמב"ם דמחויב לקיים דבריו.

אלא באמר פירות אילן זה יהי' לעניים דבעלים הוי על אכילת הפירות גם עתה. והויא מכירה בהדיוט אלא דלא חל קנין משום דאין בו ממש משו"ה בהקדשהויא מסירה וכיון דמסר להקדש.

אף שלא חל הקדש אין יכול לחזור בו דבהקדש אין חזרות. וזהו דוקא בפירות דעכ"פ מסירה הויא.

אבל באמר שדה זו לכשאקחנה דלא הוי שלו כלל וכיון דלא הוי בעלים על שדה זו. משו"ה בכה"ג גם הרמב"ם מודה דלא חייל כלל דיבורו שהרי דבר של אחר אינו בעלים למסור להקדש.

ומשו"ה גם אח"כ אינו מחויב להקדיש. ומשו"ה הרמב"ם (בפ"ו מהלכות ערכין) בדיני אמר כל שאשתכר בשנה זו דזה לא הויא כלל בעולם דאינו בעלים כלל על מה שישתכר. בכה"ג כתב הרמב"ם רק אם אמר הרי עלי אז מחויב לקיים דברו. אבל אם אמר יהי' להקדש מה שאשתכר.

בכה"ג לא הויא כלל מסירה להקדש. ועפ"ז יתיישב נמי מה שכתב הרמב"ם דאם הקדיש מעשי ידי אשתו ה"ז עושה ואוכלת והמותר חולין ומשמע דאינו מחויב אח"כ להקדיש.

אכן לפי הנ"ל ניחא ואדרבה משם ראי'. דלכאורה למה נקט הרי זו עושה ואוכלת ומשמע דאוכלת ממעשי ידי' כיון דלא חייל עדיפא הוי ליה למימר.

דאף דהוא נותן לה מזונות מעשי ידי' חולין. אלא ע"כ סבר הרמב"ם דבכה"ג דיש לו קנין בידי'.

(למסקנא דאלמוה לשיעבודא). א"כ הרי בעלים הוא על אכילת פירות של מעשי ידי'.
וא"כ נהי דלא חל הקדש עדיין כיון דאכילת פירות של מעשי ידי' הוי דבר שאין בו
ממש. עכ"פ מסירה הויא.

(כדמוכח מב"מ דאמרינן התם זביני וכנ"ל). וא"כ בהקדש הרי אין בידו לחזור.
שארין חרטה בהקדש מקרא דכל היוצא מפיו יעשה. ומשו"ה הוי מחויב לתת המעשי ידי'
להקדש.

אלא כיון דהטעם הוא רק משום מסירה ואין בידו לחזור בו. אבל אם בינתיים נעשה של
אחר ממילא בטלה מסירתו.

וממילא יכול אח"כ גם הוא לזכות שהרי בשעה שנעשה של אחר בטלה מסורתו. וכיון
שיכולה אשה שתאמר לבעלה איני נזונית ואיני עושה.

נמצא דאף שיש לו קנין בידו. אעפ"כ יש לה רשות לבטל הקנין ובשעה שבטלה היינו
שאמרה איני נזונית ואיני עושה הרי נעשה שלה.

נמצא דאף שמסר להקדש כיון דנעשה בינתיים של אחר בטלה מסירתו. ומשו"ה אמרינן
דעושה ואוכלת היינו דהיא אומרת איני נזונית ואיני עושה.

וממילא בטלה מסירתו. ומשו"ה עושה ואוכלת ואז המותר חולין ואינו מחויב כלל
להקדיש: ולפי"ז מיושב שפיר מה שכתב הרמב"ם שאם אמר ש"מ תנו כל מה שיוציא
אילן זה לעניים זכו בהן העניים והקשו הא היורשים לא נדרו.

אכן לפי הנ"ל ניחא דהרי ש"מ תקנו רבנן שיקנה מי שהקנה לו הש"מ אף לאחר מיתה.
אף שנעשה בינתיים של היורשים.

אלא דאעפ"כ אמרינן דאין אדם מקנה במתנת ש"מ דבר שלבל"ע. משום דלא תקנו רבנן
שיקנה בש"מ לאחר מיתה אלא מילתא דאיתא בבריא שהי' יכול בנתינה זו להקנות.

משו"ה בדבר שלבל"ע דבריא אין יכול להקנות גם בש"מ לא תקנו. אבל באומר פירות
אילן זה לעניים בבריא באופן זה הי' יכול להקנות שהרי כיון שהוא מסירה לעניים שהרי
בעלים הוא על אכילת פירות.

ומכירה הויא בהדיוט. ומסירה בהקדש.

משו"ה הי' זוכים העניים שהרי אין בידו לחזור בו במסירתו. אלא דבבריא אם הי' מת
בינתיים לא היו זוכים העניים שהרי בינתיים נעשה של היורשים ובטלה מסירתו.

אבל בש"מ אין חסרון מה שנעשה בינתיים של היורשים שהרי כל דין ש"מ הוא כן
דקנה לאחר מיתה. אלא דבעינן מילתא דיכול בריא להקנות.

וכיון דבריא יכול להקנות בכה"ג היכא דאמר פירות אילן זה לעניים (היכא דלא מת
בינתיים). משו"ה מועיל בש"מ אף אם מת בינתיים דחסרון מה שנעשה בינתיים של
היורשים לא הויא חסרון מצד מתנת ש"מ וחסרון דאין מועיל בבריא לא הויא חסרון
שהרי במתנת עניים דהויא כהקדש.

לא בעי קניינים רק מסירה. וממילא לא יוכל לחזור בו ופירות הוא מסירה כיון דהוה בעלים על אכילת פירות.

אבל בדבר שלא הוא שלו דאינו בעלים בכה"ג גם מסירה לא הוא וגם בהקדש לא קנה ומשו"ה מיושב הקושיא שהקשה הראב"ד מנתב"ל לעניים. דאילו לא ה"י רב יוסף יד עניים לא ה"י זוכה לעניים.

דהתם כיון דחוב הוא דבר שאינו ברשותי' הרי לא הוא כלל מסירה שעל דבר שאינו ברשותי' אינו בעלים למסור להקדש. ומשו"ה בכה"ג גם הרמב"ם מודה דאם אמר חוב זה יהי' להקדש דלא אמר כלום שהרי לא מסר להקדש.

היינו שאין בידו למסור. ומשו"ה כתב המחבר ג"כ דאם אמר חוב זה יהי' להקדש דלא אמר כלום אף שהמחבר פסק כהרמב"ם דבכה"ג גם הרמב"ם מודה שהרי אין בידו למסור.

(ועיין היטב בדרישה בטור חו"מ ואולי יש לכווין בדבריו החילוק הנ"ל שכתבתי ודו"ק): סימן כה סוגיא דמעמידין אפוטרופס לתם לגבות מגופו. וסוניא דהמוסר בחמתו לש"ח ולשואל ולנושא שכר.

נכנסו תחת הבעלים ושומר שמסר לשומר. ויחקור אם חיוב בהמתו.

הוא שמחויב לשמור: דף לט גמ' שור של פקח שנגח שור של חרש שוטה וקטן חייב שור של חרש שוטה וקטן שנגח שור של פקח פטור. שור של חש"ו שנגח.

ב"ד מעמידין להן אפוטרופס ומעידין ולהן בפני אפוטרופס. ופרכינן בגמ' הא גופא קשיא אמרת שור של חש"ו שנגח פטור אלמא אין מעמידין אפוטרופס לתם לגבות מגופו.

אימא סיפא שור של חש"ו שנגח ב"ד מעמידין להן אפוטרופס וכו' אלמא מעמידין אפוטרופס לתם לגבות מגופו. אמר רבא הכי קתני ואם הוחזקו נגחנין מעמידין להן אפוטרופס ומעידין להן בפני אפוטרופס ומשוינן להו מועד.

והנה הרמב"ם פסק (בפ"ו מהלכות נזקי ממון ה"ד) ז"ל הזיקו אחר שהעידו בפני אפוטרופסין אם עדיין הוא תם משלם חצי נזק מגופו. ואם העידו בו שלשה ימים ואח"כ הזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסי אפוטרופסין והשיג הראב"ד ע"ז ז"ל אני מפרש לסתם מתניתין דאין מעמידין אפוטרופס לתם לגבות מגופו.

וכתב הכ"מ דפסק דלא כמתניתין משום דבגמ' אמרינן דמחלוקת סומכוס וחכמים. וא"כ מתניתין יחידאה היא.

וכמובן התירוץ דחוק מאד שהרי קי"ל הלכה כסתם מתניתין אף דיחידאה: ונראה לי ליישב. דהנה הרמב"ם פסק (בפ"ד מהלכות נזקי ממון ה"ד) ז"ל המוסר בהמתו לשומר חנם או לנושא שכר או לשוכר או לשואל נכנסו תחת הבעלים ואם הזיקה חייב השומר במה דברים אמורים בזמן שלא שמרוה כלל אבל אם שמרוה שמירה מעולה כראוי ויצאה והזיקה השומרים פטורים והבעלים חייבין אפילו המיתה את האדם.

ש מרוה שמירה פחותה אם שומר חנם הוא פטור. ואם ש"ש או שוכר או שואל חייבים עכ"ד.

וכבר השיגו הראב"ד דכיון דשמרוה השומרין שמירה מעולה. אמאי יחייבו הבעלים והובא בכ"מ דחכמי לונל שאלו מרבינו ע"ז והשיב להם שט"ס הוא.

וכך היא הנוסחא האמיתית ויצאה והזיקה השומרים פטורים שמרוה שמירה פחותה אם ש"ח הוא פטור והבעלים חייבים. ואם ש"ש הוא או שוכר או שואל השומרים חייבים ע"כ.

וכתב ע"ז הלח"מ ז"ל ואפילו בהך נוסחא איכא למידק דאמאי בשמירה פחותה הבעלים חייבים הא רבינו ז"ל פסק בפ"ז דמועד סגי ליה בשמירה פחותה. לכך נראה דרבינו ז"ל איירי בקרן תם דאפילו ר' יהודה מודה דבעי שמירה מעולה עכ"ד הלח"מ.

והדברים מפליאים. דאיך נפרש מאי שאמר הרמב"ם והבעלים חייבים אפילו המיתה את האדם.

מייירי בקרן תמה דמאי חיובים יש בהרג את האדם הלא חיוב כופר. והרמב"ם הלא ס"ל תם פטור מחצי כופר.

וע"כ דמייירי במועד ובמועד הלא פסק הרמב"ם דסגי ליה בשמירה פחותה. ונראה לי דהנה לכאורה החיובים שחייבה התורה שמירה שלא יזיק שורו הוא רק חיובים כשמירת הש"ח.

שהרי אמרינן דאם שמרו שמירה פחותה פטור מנזקיו. כמו שפטר ש"ח כששמרו שמירה פחותה.

והנה בב"מ אמרינן דאם הניח עדרו בשעה שדרך ב"א להניח פטור מתשלומין. דבשעה שדרך ב"א להניח מותר לו להניח וא"כ תקשה איך מחייבינן על נזקי שור הא אמרינן שור שהוא ברשות יוכיח.

הרי דיש לו רשות להניח שורו לילך ברה"ר והניח כדרך ב"א ואמאי מחויב. ונ"ל דמזה מוכח דהא דחייבה התורה על נזקין שממונו הזיק.

אין הטעם משום חיוב שמירה דהחיוב הוא על שלא שמר דהרי אמרינן כל המקלקלין שברה"ר אף שברשות אם הזיקו חייבים. וע"כ דהא דיש רשות להניח זבלו ברה"ר שלשים יום אין הכוונה.

שיש לו רשות להניח ומחויב לישוב ולשמור. דא"כ הי' מקרי שלא ברשות שהרי בודאי לא ישב וישמור.

ואיך נתנו לו רשות שהרי ברור שלא ישב כל היום וישמור זבלו. דזה לא תקנה היא לו. ע"כ דנתנו לו רשות ואינו מחויב לשמור. אלא דאע"פ שאינו מחויב לשמור אעפ"כ אם דבר שלו הזיק מחויב לשלם וזה ילפינן משור שהוא ברשות.

היינו דג"כ יש לו רשות להניח שורו בלי שמירה ואעפ"כ חייבה התורה. הרי דהא דחייבה התורה על נזקי ממונו אין הטעם משום שמחויב לשמור שורו וממונו.

אלא דכמו הוא שהזיק חויבו התורה הכי נמי חייבו התורה על נזקי ממונו והא דפטור בשמרו שמירה פחותה היינו משום דכתיב ולא ישמרנו מזה ידעינן דאם שמר פטרה אותו התורה אבל אם הזיק בשעה שלא שמר. בכה"ג לא פטרה אותו התורה אף שאינו מחויב לשמור כדאמרין וכי יאחזנה בקרנה וילך.

וכי יאחזנה בזנבה וילך. שוב מצאתי ראיתי שכן איתא להדיא בנמו"י בהכנס דאמרין אבל דחפתה חבירתה פשיעה היא משמע מהאי לישנא דאפילו שומר חנם אם הזיק חייב פושע הוא כיון דה"ל לאעבורי חדא חדא.

והרי"ף פסק כהאי לישנא דפשיעה היא. ותימא דבפ' השוכר את הפועלים עלה דמתני' דד' שומרים אמר איבעי לך לאעבורי חדא חדא ומשמע דוקא בשומר שכר דמצי אמר ליה להכי יהבי לך אגרא לאנטורי נטירותא יתירתא.

ותירץ הרא"ה ז"ל בשם רבו הרמב"ן ז"ל דאע"ג דשומר חנם פטור בשלא שמר היכא שדרך בני אדם לעשות בשלהם כי אורחא כיון דלאו אורחא דעלמא בשלהם לאעבורי חדא חדא. מ"מ גבי נזקין אע"ג דנטר כדנטרי אינשי כיון שבאותה שעה אינן שמורות כלל הרי הוא חייב על נזקיהן שכל זמן שהזיקה בלא שמירה חייב אפילו בהני שעי דלאו אורחא דאינשי למינטר הרי הדברים מפורשים כדברי ת"ל: והנה הרמב"ם כתב (בפי"ב מהלכות נזקי ממונ ה"ו) ז"ל המוצא בור וכסהו וחזר וגלהו בעל הבור חייב וזה האחרון פטור והשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א בכדי שידע עכ"ל.

והיינו דהראב"ד מדמי לה לבור של שני שותפין דאמרין דאם הניח הראשון לשני משתמש ומסר לו דליו מחויב השני עד בכדי שידע הראשון. אכן באמת לא דמי לבור של שני שותפין דהתם כיון דהראשון מסר לשני דליו.

הרי חיוב שמירת הבור על השני וכ"ז שיש חיוב על השני נפטר הראשון כדין מסר שורו לשומר דחיוב נזקין על השומר. אבל במוצא בור וכסהו הרי אין חיוב השמירה על השני וכיון דאין חיוב השמירה על השני.

ממילא החיוב על בעל הבור. ונהי דפטרה אותו התורה אם הוא עשה כסוי לבור.

היינו דוקא היכא דהוא בעצמו עשה. אבל לא היכא דאחר עשה הכסוי בשביל זה לא יפטר הוא.

משו"ה כשהמכסה חזר וגלהו מחויב הוא שהרי בורו הזיק והוא לא עשה שמירה. אלא כל זה לפי שביארנו דהחיוב הוא לשלם משום דממונו הזיק אף שאינו פושע על שלא שמר שהניח בשעה שדרך בני אדם אבל אם נימא דהחיוב הוא משום שלא שמר.

א"כ היכא דאנוס הוא על שלא שמר שלא עלה בדעתו שיבא ויחזור ויגלה כיון שמקודם כסה לא עלה על דעתו שיחזור ויגלה. משו"ה הראב"ד ס"ל דחיובי נזקין הוא משום שלא שמר.

משו"ה ס"ל דכל זמן שלא נתוודע להראשון שחזר וכסהו לא נוכל לחייבו על שלא שמר דלאו פושע הוא בזה שהרי לא עלה על דעתו שזה שכסה יחזור ויגלה אבל הרמב"ם

ס"ל דהחויב הוא מטעם שדבר שלו הזיק. אף דאינו פושע על השמירה כמו שביארנו וכמו שמפורש ברמב"ן.

ורק היכא דהוא עשה שמירה פטרה אותו התורה. אבל לא אם אחר עשה שמירה. ולפי"ז מיושב שפיר נמי הרמב"ם דהבעלים חייבים. וע"ז הקשו כיון דהרמב"ם ס"ל דמועד סגי ליה בשמירה פחותה אמאי הבעלים חייבים.

אכן לדברינו ניחא. דהנה כיון שכתבנו דחויב הנזקין אינו מטעם שמירה. אלא מטעם שממון שלו הזיק. א"כ אמאי במסר שורו לשומרים מחויבים השומרים הא דבר שלהם לא הזיק.

ועכצ"ל דהא דאמרה התורה והועד בבעליו מי הוא בעליו הוא אותו שמחויב בשמירה. וכמו גבי בור דאמרינן שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו ברשותי היינו כיון דהוא מחויב בשמירה הוא בעלים על הנזקין ומזה ילפינן לכל הדברים דכל אבות נזקין ילפינן מהדדי (וכדביארנו במקום אחר) וממילא אמרינן דמי המה בעלים היינו אלו שמחויבים בשמירה והיינו דאמרינן כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו נמצא דכל זמן שמוטל החיוב שמירה על השומרים אז המה הבעלים אבל בשעה שנסתלק חיוב השמירה מעל השומרים ממילא חזר החיוב על הבעלים.

והנה אם מסר שורו לשומרים לא נוכל לפוטרו מטעם שעשה שמירה שהרי כיון שדרך ב"א להניח שורו א"כ הרי השומר בודאי יניח השור א"כ לאו שמירה היא. וגם השמירה שעשה השומר הרי לא עשה כדי שלא יזיק.

שנאמר שהוא עשה השמירה בעד הבעלים שהרי אין אדם מחויב כלל לשמור שורו שלא יזיק. רק השמירה עשה בעדו כדי שלא יאבד השור.

נמצא דשפיר כתב הרמב"ם דאם עשה השומר חנם שמירה פחותה השומר פטור והבעלים חייבים שהרי הש"ח כשעשה שמירה פחותה כלתה שמירתו. ונסתלק ממנו חיוב השמירה.

וחזר הדין להבעלים שהם מחויבים על נזקי שור שלהם שהזיק בעת שהם לא עשאו שמירה. ושמירת השומר לא פטרתו שהרי התורה לא פטרה אותו.

אלא היכא דהוא עשה שמירה (או שלוחו בעדו אבל הכא השומר עשה שמירה בשבילו. אבל הוא לא עשה שמירה במסירתו לש"ח שהרי יש לו רשות להניח השור ולא הוי שמירה משו"ה מחייבים הבעלים אף דלא פשעו במה שלא שמרו והוי דומיא דאם בא אחר וכסה הבור ואח"כ חזר וגלהו ואף אם נתגלה מעצמו יתחייב ג"כ שהרי בשעה שהזיק לא ה' שמור.

אבל הראב"ד לטעמי' דס"ל הבעלים חייבים דכיון דהבעלים מסרו לש"ח הרי לא פשעו במה שלא שמרו. וניחא ג"כ מה שהשיב הרמב"ם לחכמי לוניל דלא אמר דינו רק במסר לש"ח ושמר שפ"ח וט"ס מה שכתוב בספרים דאם שמרו שמירה מעולה הבעלים חייבים נוכל לומר מפני שני דברים חדא דכיון דמסר לש"ח דהם לא יוכלו להניח בשעה שדרך ב"א שהרי בש"ש אמרינן דלהכי יהבי לך אגרא.

כי היכי דתנטרי' נטירותא יתירתא. נמצא דמקרי דהוא עשה שמירה ובעשה שמירה הלא פטרה התורה.

ועוד י"ל בשמרו שמירה פחותה דאז פטור מטעם שפטרנו התורה אמרינן דאינו נפטר בשמירת השומרים. אבל בשמרוה שמירה מעולה דאז אונס הוא שיצאה והזיקה בכה"ג גם הבעלים פטורים: ועפ"י הנ"ל יתיישב גם דברי הרמב"ם (בפ"ד מהלכות נזקי ממון ה' י"א) מסר השומר לשומר אחר השומר הראשון חייב לשלם לניזק שהשומר שמסר לשומר חייב והרי הניזק אומר לו למה לא שמרת אתה בעצמך ומסרת לאחר שלם לי אתה ולך ועשה דין עם השומר שמסרת לו עתה.

מסרה השומר לבנו או לבן ביתו או למסעדו נכנסו תחת השומר וחייבים. וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל כל זה אינו מחוור אלא הניזק גובה מן שני או מאיזה שורצה ועד שיאמר לשומר יאמר לבעלים למה לא שמרת אתה את שורך כו'.

ועיין שם בלח"מ שהכונה להשיג דאמאי אינו גובה מהשני. והנה הרמב"ם כתב שם בהלכה י' ז"ל שומר שקיבל עליו שמירת גוף הבהמה בלבד אבל לא שמירת נזקי' והזיקה פטור מלשלם והבעלים חייבים.

קבל שמירת נזקי' והזיקה חייב השומר ואם הוזקה פטור והבעלים עושים דין עם המזיק ובאמת קשה עליו מגמ' מפורשת דאמרינן בב"ק אמר ר' אלעזר מסר שורו לש"ח הזיק חייב הוזק פטור ואמרינן אמרי הכי דמי אי דקביל עליו שמירת נזקי' אפילו הוזק נמי לחייב א דלאקביל עליו שמירת נזקיו אפילו הזיק נמי לפטר.

אמר רבא לעולם דקביל עליו שמירת נזקיו והבמ"ע שהוכר בו שהוא נגחן וסתמא דמילתא דלא אזיל איהו ומזיק אחריני קביל עליו דאתי אחריני ומזקי ליה לדידי' לא אסיק אדעת' הרי דאם לא הכיר בו שהוא נגחן בסתמא קבל גם שמירת נזקיו שלא יוזק. ואיך סתם הרמב"ם דאף בסתמא אם הזיק חייב ואם הוזק פטור.

אכן לפי מה שביארנו למעלה יתיישב. דהנה הרמב"ם כאן בדיני נזקין לא מיירי כלל באופן שהשומר פשע על שלא שמר השור דאם הי' פשיעה והחויב מטעם פשיעה זה הוא דיני שמירה.

וכאן מיירי הרמב"ם ככל דיני נזקי השור. דמיירי באופן שלא פשע כלל רק הניח בשעה שדרך ב"א מניחים.

אלא דעל נזקין שהזיק מחויב ממילא דכיון דעליו מוטל שמירת השור נעשה הוא בעלים על השור. ומשו"ה כתב הרמב"ם דאם קבל עליו שמירת גוף הבהמה אבל לא שמירת נזקיו והזיקה פטור.

והשיג הראב"ד דלמה כתב אבל לא דמשמע שהתנה בפירוש שאינו מקבל ע"ע שמירת נזקין ודעת הראב"ד דאף בסתמא אם קיבל שמירת גוף הבהמה אינו מחויב על שמירת נזקין. אכן הרמב"ם לטעמי' דכל היכא דמחויב לשמור הבהמה.

ממילא נקרא בעלים של השור. ומתחייב ממילא שהרי שור שהוא בעליו הזיק.

ומשו"ה כתב הרמב"ם דדוקא אם התנה בפירוש. שלא יקרא בעליו לגבי נזקין.

ואז ממילא מחויבים הבעלים. אבל אם התנה שמקבל שמירת נזקי' נהי דממילא מחויב בשמירת גופה אבל הא לא הוי רק ש"ח (ואף אם הוא שומר שכר כיון דדברו ביניהם שמירת נזקי' א"כ השכר הוא רק בעד שמירת נזקי'.

ועל שמירת גופה אינו רק ש"ח). וכיון דדיני הנזקין מיירי שהניח בשעה שדרך ב"א א"כ על שמירת גופה אינו מחויב רק בפשיעה שהרי התם החיוב מטעם שמירה.

וא"כ כיון שהניח בשעה שדרך ב"א מניחים. משו"ה פטור.

ומשו"ה כתב הרמב"ם דאם הוזקה דאז יתחייב מטעם ש"ח פטור. שהרי לא פושע הוא על שמירתו: ובזה יתיישב נמי מחלוקת הרמב"ם והראב"ד (בפ"ד ה"ג) ז"ל הרמב"ם המעמיד בהמת חברו על גבי קמת חברו המעמיד חייב לשלם מה שהזיק.

וכן אם הכישה עד שהלכה לקמת חברו והזיקה זה שהכישה חייב. והשיג הראב"ד ז"ל א"א וכשקם לה באפה ועיין בלח"מ.

ולפי דברינו. דהנה לפי דברי הרמב"ם דחיוב נזקין.

לא מטעם שמירה רק מטעם בעלים. משו"ה אם הכישה נעשה בעלים.

אבל בקם לה באפה הרי לא נעשה בעלים עלי' משו"ה פטור. אבל לדברי הראב"ד דס"ל החיוב מטעם שמירה.

והוא כדעת התוס' דמעמיד נמי החיוב הוא מטעם בעירה. עיין שם בתוס'.

והיינו כיון דחזינן דחייבה התורה אותו לשמור שלא יזיק בהמתו. מכש"כ קם לה באפה דבודאי מחויב שהרי עוד גרע משמירה שהוא עושה בידיים שהבהמה תאכל קמת חברו. אכן להרמב"ם ס"ל דנהו דלפי הס"ד הוה סבר דקם לה באפה חייב. הרי דהחיוב מטעם שמירה.

אבל למסקנא מסיק דדוקא בהכישה אז חייב דנעשה בעלים. אבל בקם לה באפה אינו מחויב דאין החיוב מטעם שמירה אלא מטעם בעלים.

והנה עיקר ראית הרא"ה בשם הרמב"ן דהחיוב הוא אף היכא דלא פשע הוא מדהא דאמרינן דאם דחפתה חבירתה חיוב. אבל אם נימא דחפתה חבירתה פטור הרי דאינו מחויב על נזקין אלא בפשיעה.

ולדידי' עכצ"ל דבכל מקום הוי פשיעה דמחויבין לשמור. ועיין בתוס' (דף כ"ג) ד"ה יכלי (ונוכל לומר דשם ג"כ המחלוקת אי מחויב לשמור).

נמצא דלרבא דס"ל דתפת' חבירתה פטור. ע"כ דבכל מקום החיוב מטעם פשיעה.

דבאמת צריך לשמור שורו שלא יכנס לחצר חברו ורבא יסבור כהס"ד דגמ' דקם לה באפה נמי חייב. ואם נימא דבכל מקום מחויב לשמור שלא ילך בלי שמירה והוי פשיעה שלא שמרו.

נמצא דאף בש"ח מחויב בכה"ג משום הכי רבא לטעמי' קאמר שפיר דדוקא בהכיר בו שהוא נגחן אינו מחויב על נזקי גופה אבל בסתמא מחויב שהרי פשע שלא שמרו דרק בכה"ג מחויב מזיק. ובכה"ג מחויב אם ניזוק.

אבל הרמב"ם דפסק דחפחה חבירתה מחויב הרי דמזיק מחויב אף בלי פשיעה ורק מטעם בעלים מחויב. ואינו מחויב לשמור.

משו"ה שפיר כתב בדיני נזקין. אם הזיק חייב כדין מזיק דמחויב בלי פשיעה ואם ניזוק פטור שהרי לא פשע במה שהניח כדרך ב"א: ומיושב לפי"ז מה שכתב הרמב"ם דאם השומר מסר השור לשומר אחר הניזק גובה מן השומר הראשון ולא מן השני.

דא"ל למה לא שמרתה אתה בעצמך. והקשה הראב"ד דיגבה מאיזה שירצה.

ואמאי לא יאמר להבעלים למה לא שמרת. ובזה אין שייך לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

ולפי הנ"ל ניחא דהנה התוס' (בדף ל"ו) ד"ה אם יש בו מותר כתבו דאפילו חמישי פעמים שאין לו כל נזקו אם נזקו יתירים על של רביעי. והקשו כל הפוסקים דכיון דנעשה ש"ש אמאי לא יגבה כל נזקו מהשור כדין כל ש"ש דאף דהגוף של הבעלים אעפ"כ גובה הניזק בתם מגופו.

אכן באמת לפי דברינו דעיקר החיוב מטעם בעלים ניחא דגובה מגוף השור שכיון שמסר שורו לש"ח או לשאר שומרים הרי עשאם בעלים על השור וכיון דבעל השור בעצמם עשאם בעלים. ממילא יגבה הניזק שכרשותו נעשו בעלים וחל על השור דיני הבעלים שהרי התורה אמרה שאם יזיק יגבו מגופו.

והבעלים במסירתו להם עשה שיחול הדין והיינו דוקא באופן שהבעלים בעצמן מסרו ועשאום בעלים. אבל היכא דהניזק תפס השור נהי דנעשה ש"ש עליו.

שהרי כיון שיש לו לגבות ונעשה לו השור משכון ונעשה בעלים. אבל יותר מחלקו איך יוכל לגבות מחלק הבעלים הא לא עשאום בעלים.

ולא יוכל התופס לחייב את הבעלים. ורק שומר יוכל לחייב את חלק הבעלים דברשותו נעשה בעלים (וכמעט הדברים מבוארים בש"ך) והנה לפי זה הא דמחויב השומר מטעם דנעשה בעלים היינו דוקא ביש לו רשות אז נעשה בעלים וממילא כיון דיש בעלים אחרים פטורים הבעלים הראשונים.

אבל אם אין לו רשות לעשות בעלים. א"כ לא נעשה השני בעלים וממילא לא נסתלק החיוב מהראשון.

ולפי"ז מיושב שפיר מחלוקת הרמב"ם והראב"ד. דהרמב"ם לטעמי' דס"ל דהחיוב מטעם בעלים.

משו"ה כתב דגובה מן הראשון ולא מן השני שכיון ששומר שמסר לשומר חייב. א"כ הרי אין רשות להשומר למנות שומר.

וממילא גובה מן הראשון דיאמר לו מדוע לא שמרת היינו דלך אין רשות לעשות בעלים. א"כ אתה הוא הבעלים וחיובי עליך ולא על השני שאינו בעלים ומסולקת קושית הראב"ד שהקשה יאמר להבעלים למה לא שמרו.

להבעלים לא יוכל לומר כן שהרי להם יש רשות לעשות בעלים. וממילא כ"ז שיש בעלים אחרים היינו השומרים נסתלק החיוב מהבעלים.

אבל שומר שמסר לשומר הא לא נסתלק החיוב מהשומר הראשון. שהרי אין לו רשות למנות שומר ובעלים אחרים.

אכן הראב"ד לטעמי' דהחיוב הוא מטעם שמירה. נמצא אף דשומר שמסר לשומר חייב היינו להבעלים אבל עכ"פ השומר השני הלא מחויב לשמור וכיון דלא שמר משו"ה מחויב הוא לשלם דלגבי הניזק כ"ז שיוכל לגבות מי שיש עליו שמירה יגבה ממנו שהוא הפושע שלא שמר והוא מחויב לשלם: ויתיישב נמי ג"כ דברי הרמב"ם שכתב שאם שור של יתומים הזיק אחר שהועד בפני אפוטרופס.

אם תם הוא גובה מגופו והקשה הראב"ד הא סתמא דמתניתין ס"ל אין מעמידין אפוטרופס לתם לגבות מגופו. והנה רש"י פירש הטעם דאין מעמידין אפוטרופס לתם לגבות מגופו משום דמטלטלין הוא ואמרינן שוה כסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש בהן אחריות.

והקשה בתוס' דלא דמי כלל דהתם מיירי בהזיקו בחיי האב ומשום דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח. ונראה לי דלפי שביארנו בסימן ד' דאי שעבוד מטעם קנין.

אז לא צריכין כלל לערבות. ומשו"ה פסק הרמב"ם במי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים בין מת האב בתוך ל' בין לאחר ל' בין חלקו בין לא חלקו גובה הכהן.

משום דשעבוד מטעם קנין. וא"כ הרי יש להכהן קנין בהנכסים והוי כשותף ולפי"ז באמת שני יוסף בן שמעון שקנו שדה זה מזה בע"ח גובה מטעם ממ"נ.

והא דפריך בגמ' מכדי נכסי דבר אינש אינון ערבין בי'. היינו לר"מ דמחלק בין חלקו כו' ולדידי' ע"כ ס"ל דלאו מטעם קנין.

ומשו"ה פריך כיון דלא יוכל לתבוע את הלוחה איך יגבה מהנכסים. אבל אי שעבוד מטעם קנין דילפינן מיוציא אליך את העבוט.

אם אינו יכול לתבוע את הלוחה יגבה מן הנכסים. ולפי"ז בקרקעות של יתומים בחוב של היתומים.

אף דלהיתומים בעצמם לא יוכל לתבוע שהרי על קטנים אין מוטל חיוב פריעת ב"ח יוכל לגבות מהנכסים. אבל זהו דוקא מן הקרקעות.

אבל הגבי' שגובין מן המטלטלין אינה מטעם שעבוד שהרי על מטלטלין אין שעבוד. וזה מביא רש"י ראי' דאין על מטלטלין שעבוד.

שמשו"ה אמרינן דאין ב"ד נזקקים אלא לנכסים שיש בהן אחריות. ומטלטלי דיתמי לא משתעבדי לב"ח משום דעל מטלטלין אין שעבוד.

נמצא דמה שגובין מן המטלטלין הוא רק מטעם ערבות. וא"כ מן המטלטלין לא יוכל לגבות אלא כשתבע את הלוה.

נמצא דיתומים דלא יוכלו לתבוע אותם לא יוכלו לגבות מן המטלטלין אף בחוב שלהם. משו"ה כתב רש"י דהטעם דאין מעמידין אפטרופס לתם לגבות מגופו משום דאמרינן אין ב"ד נזקקין היינו דמוכח דאין שעבוד על מטלטלין אלא דיש לומר אף דעל כל מטלטלין לא חל שעבוד.

אבל בתם הרי הטילה התורה שעבוד. שהרי בתם אם מכרו גובה מהלוקח.

א"כ אדרבה אחרי דגובין מגופו הרי דחל שעבוד א"כ יוכל להיות דמעמידין אפטרופס לתם לגבות מגופו. אולם לפי מה שביארתי לעיל גבי עשאו אפותקי דבקרקע כיון דעשאו אפותקי הוי ברשות המלוה.

וגבי הלוה נעשה אינו ברשותי. וכי גבי מדילי גבי.

אבל במטלטלין לעולם הם ברשות הלוה. וצריך ב"ד לגבות מהם ולחייבו בדין.

ויתמי לא נוכל לחייבם וביחוד בחיובי קרן כיון דשני משאר נזקין דבקרן תמה החיוב מטעם שמירה. הרי דדיני קרן הוא שמחייבים אותם.

ויתמי לאו בני חיובי נינהו. וזהו דמספקא ליה אי מעמידין אפטרופס לתם לגבות מגופו היינו היכא דנגח שור של יתומים.

אם מעמידין אפטרופס לקבל עדות ולחייב היתומים ולגבות משורם. ולפי"ז דברי הרמב"ם הם ממש כדברי הגמ' דהנה בגמ' פריך דאמרינן ברישא שור של חש"ו שנגח של פקח (היכא דלהשור לא הי' אפטרופס) פטור.

ואין מעמידין אפטרופס לקבל העדות על הנגיחה שהרי דין הוא דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וכיון דקרן תמה לדידן פלגא נזקא קנסא וצריכין ב"ד. ואף למ"ד פלגא נזקא ממונא.

ע"כ דחיוב שמחייבין להיתומים ששור שלהם נעשה של הניזק הרי צריכין לקבלת עדות. ואין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד.

אלא דכל היכא דמן הדין גובין מעמידין אפטרופס והוא נעשה בעלים ויוכל לגבות אח"כ בזה שקבלו העדות בפני אפטרופס ומדקתני פטור הרי דאין מעמידין אפטרופס לתם לגבות עדות על הנגיחה שנגח כשהוא של יתומים דאין מעמידין אפטרופס כו'. והרי בסיפא קתני שור של חש"ו שנגח.

מעמידין אפטרופס לקבל עדות לחייב היתומים בעד הנגיחה לגבות מגופו וקשה רישא לסיפא. ומשני רבא דבסיפא הכונה כשהוחזק נגחן מעמידין אפטרופס לשמור אותו לא לחייבו על נגיחה שנגח בעת שלא הי' אפטרופס דאין מעמידין ע"ז אפטרופס.

אלא מעמידין אפטרופס לשמור. אבל כיון שהועד אפטרופס.

ויש רשות לב"ד להעמיד אפוטרופס ממילא נעשה האפוטרופס בעלים על השור. נמצא אם נגח אח"כ שפיר קאמר הרמב"ם דאם תם הוא גובה מגופו שהרי אין החיוב מטעם היתומים דבודאי היתומים דקטנים נינהו לא נוכל לחייבם בעד נגיחה.

ורק את האפוטרופס מחייבים וכיון דנעשה האפוטרופס ברשות. משו"ה גובין מגופו מטעם חיוב האפוטרופס שהרי האפוטרופס בעלים הוא גם למכור.

אבל על הנגיחה שקודם עמידת אפוטרופס כתב הרמב"ם בפירוש דאין מעמידין דהרי לא נוכל לעשות עליהם חיוב לגבות מטלטלי שלהם דיתמי לאו בני חיובא נינהו. (והא דאמר ומשונין לה מועד אין הכונה דבתם אין מחויב אם נגח אח"כ.

אלא משום דבעי למיתני דיני מועד אם גובין מעלי'. וגם מתניתין דמיירי בסיפא הגדיל הקטן אם חוזר לתמותו.

מיירי בשנעשה מועד. אבל בודאי אף אם תם הוא גובה מגופו.

שהרי החיוב מטעם האפוטרופס שהרי הוא בעלים ברשות שהרי יש ביד ב"ד למנות אפוטרופס): סימן כו סוגיא דולדות צררי נינהו. ויבאר אם יש דמים לכן חורין וחיובא דעין תחת עין אי הוי מטעם נזק.

וחיובי פגם באונס ומפתה אי הוי מטעם חבלה. ויבאר סוגיא דכופר ומשלם ע"פ עצמו כו' היכי דליכא עדים משלם דמים: בדף מט גמרא היתה שפחה ונשתחררה או גיורת פטור אמר רבה לא שנו אלא שחבל בה בחיי הגר ומת הגר דכיון דחבל בה בחיי הגר זכה בהו גר וכיון דמת הגר זכה בהו מן הגר אבל חבל בה לאחר מיתת הגר זכיא לה איהי בגוייהו ומחויב לשלומי לה לדידה.

אמר רב חסדא מרי דיכי אטו ולדות צררי נינהו וזכיא בהו אלא איתא לבעל זכה ליה רחמנא ליתי' לבעל לא. והנה הרמב"ם כתב (בפ"ד מהלכות חובל ומזיק ה"ב) ז"ל וכיצד משערין דמי ולדות שמין האשה כמה היתה יפה עד שלא ילדה וכמה היא יפה משילדה ונותנין לבעל אם מת הבעל נותנים ליורשים ואם נגפה אחר מיתת הבעל נותנין אף דמי ולדות לאשה.

והשיג ע"ז הראב"ד ז"ל א"א אין דבר זה מחזור מן הגמ' וההלכות דאפילו לרבה דאמר בשחבל בה לאחר מיתת הגר דזכיא לה איהי בגופייהו ה"מ אשת הגר דאין לו יורשים דקיימא וקדמה איהי וזכיא בגוייהו. אבל אשת ישראל שיש לו יורשים לעולם הם ליורשיו.

והנה הכ"מ כתב הטעם דפסק כרבה משום דברייתא קתני אין הבעל נותן ליורשיו ורב חסדא קאמר ליתי' לבעל לא. והדברים תמוהים.

דאיך מביא ראי' דהרי גם לרבה ע"כ מיירי שחבל בה בחיי הבעל שהרי לאחר מיתת הבעל ס"ל לרבה דמחויב לשלם לה וברייתא קתני דנותן ליורשיו וע"כ דמיירי שחבל בה בחיי הבעל. ובזה גם רב חסדא מודה שאח"כ נותן ליורשיו שהרי נתחייב לבעל וזכו היורשים החיוב.

והלח"מ כתב וז"ל ואע"ג דלרבה נמי איירי כשחבל אחר מיתת הבעל הויא ברייתא תיובתיה מ"מ הא קאמר תני זכתה ובהכי ניחא אבל לרב חסדא אין החובל משלם כלל בדלית' לבעל וזו היא כונתו של הכ"מ. ובעניי לא הבנתי דברי הלח"מ דהא הגמ' לא קאמר תני זכתה אלא אסיפא דברייתא היתה שפחה ונשתחררה או גיורת זכה.

ע"ז מתרץ תני זכתה וגם בזה פירשו התוס' דאין מגיה הברייתא. אלא כלומר זכה מי שיש לו זכות אבל רישא דברייתא דקתני אין הבעל נותן ליורשיו.

אין האשה נותן ליורשי' איך יגיה זכה ואם ימחוק כל הברייתא. א"כ גם על רב חסדא לא קשה שהוא ג"כ ימחוק ויאמר תני זכתה אלא בודאי בזה אין סברא כלל למחוק כל הברייתא.

א"כ גם על רבה קשה: ונראה לי דהנה הרמב"ם כתב (בפ"י מהלכות נזקי ממון ה' י"ג) ז"ל בהמה שנכנסה לחצר הניזק. ודרסה על גבי תנוק דרך הלוכה והרגתו הבעלים משלמין הכופר שהרגל מועדת כו' נמצאת למד שהמועד שהמית בכוונה נסקל ובעלים חייבין בכופר ואם המית שלא בכוונה פטור מן המיתה.

והבעלים חייבין בכופר ותם שהמית שלא בכוונה פטור מן המיתה ומן הכופר ואם נתכווין להמית נסקל והבעלים פטורים מן הכופר ומן הקנס של עבד. נראה לי שאע"פ שהתם שהמית בכוונה עבד או שפחה פטור מן הקנס שהוא שלשים סלע הכתוב בתורה.

אם המית שלא בכוונה משלם חצי דמי העבד או חצי דמי השפחה מגופו כאילו המית שור חבירו או חמורו. וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל א"אסהברא אינה מחוורת.

שהרי ע"פ עצמו דאמר רבא דלא משלם כופר בבן חורין אפ"ה משלם דמים. ולגבי עבד דמים נמי לא משלם שלא בכוונה.

ואי בבן חורין לא משלם חצי דמים. גבי עבד אמאי משלם חצי דמים עכ"ל.

והנה בגמ' שם אמר רבה שור שהמית בן חורין שלא בכוונה פטור מכופר שנאמר השור יסקל וגם בעליו יומת אם כופר יושט עליו כל זמן שהשור בסקילה בעלים משלמין כופר. אין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר איתבי' אביי המית שורי את פלוני או שורי של פלוני ה"ז משלם ע"פ עצמו מאי לאו כופר לא דמים.

אי דמים אימא סיפא המית שורי את עבדו של פלוני אינו משלם ע"פ עצמו ואי דמים אמאי לא. אמר ליה יכילנא לשנויי לך רישא דמים וסיפא קנס.

מיהו שינויא דחיקא לא משנינא לך אידי ואידי דמים מיהו בן חורין דמשלם כופר ע"פ עצמו והיכי דמי דאי אתי סהדי ואסהידו בי' דקטל ולא ידעי אם תם הוה אי מועד הוה ואמר מרי' דמועד הוא דמשלם כופר ע"פ עצמו. היכא דליכא עדים משלם דמים.

גבי עבד שאינו משלם קנס ע"פ עצמו והיכי דמי דאי אתו סהדי ואסהידו בי' דקטל ולא ידעי אי תם הוה אי מועד הוה לא משלם ע"פ עצמו. היכא דליכא עדים לא משלם דמים.

ומכאן הקשה הראב"ד דאדרבה מוכח דיותר סברא לחייב בבן חורין דמים והרמב"ם כתב לחייב בעבד. והנה באמת פירוש הגמ' תמוה מאד דמאי תלי אם אינו משלם קנס

ע"פ עצמו אז אינו משלם דמים ובכופר דמשלם ע"פ עצמו גם דמים משלם ומאי ענין זה לזה.

ונראה לי לפרש דהנה זה חזינן בכל מקום דרבה ס"ל יש דמים לבן חורין היינו כמו שבהזיק עבדו משלם הכא נמי בהזיק בן חורין מחויב לשלם. וכן ס"ל לרבה דיש קנינים בבן חורין.

ומשו"ה ס"ל לרבה דאם חבל לאחר מיתת הגר זכיא איהי בולדות. וכן ס"ל לרבה בהחובל דשיימינן כבן חורין.

ואביי הקשה ליה אלא כמאן כבן חורין מי אית ליה דמי. וס"ל לרבה דכיון דגלי התורה לשלם הנזק בבן חורין הרי גלתה התורה דיש קנינים בבן חורין.

והנה התוס' פירשו דהחילוק שבין דמים לכופר כגון שמת המזיק דאין כפרה לאחר מיתה. ועוד י"ל נפקא מינה בין דמים לכופר דדמים יכול למחול וכופר אין יכול למחול.

והנה אם נימא דהחילוק הוא בין כופר לדמים דאם מת המזיק אז פטור מלשלם. עכצ"ל דהיכא דיש חיוב כופר אז פטרה אותו התורה מחיוב דמים ורמיא עלי' רק חיוב כופר.

ומשו"ה במת המזיק דלאו בר כפרה הוא היורשים פטורים מלשלם. שהרי התורה עקרה חיוב הדמים.

אבל לפי תירוץ השני שהחילוק הוא בין כופר לדמים דאם מחל. דאם אינו אלא חיוב דמים אז יכול למחול.

אבל חיוב כופר אין יכול למחול. א"כ אין צ"ל דהתורה עקרה חיוב הדמים היכא דחייבה התורה כופר.

אלא אדרבה מלבד חיוב הדמים חייבה אותו התורה שמחויב הוא לתת כפרה. ומה הוא כפרתו הדמים שישלם.

א"כ עשאה התורה את חיוב הדמים לכפרה אבל לא שעקרה התורה חיוב הדמים. וממילא במת המזיק אף דאין היורשים מחויבים לשלם מטעם כפרה.

מחויבים דמים. וכל זה הוא רק אם כופרא כפרה.

אבל אם נימא כופרא קנסא. אין סברא כלל לומר דחיוב הדמים עשאה תורה קנס שהרי הדין דכל זמן שב"ד לא חייבו אינו משלם וב"ד עושים החיוב ואם הודה מפי עצמו פטור. ואמאי פטור ישלם מטעם דמים. ואם נימא דכופרא קנסא ע"כ דעקרה התורה חיוב הדמים.

ובעבד דחזינן דאין משלם ע"פ עצמו ע"כ דעקרה התורה חיוב הדמים. ורק חיוב קנס חייבה.

ומעתה מבואר דברי הגמ' בטוב. דזהו דקאמר רבה בכופר דמשלם ע"פ עצמו היינו היכא דאמר מרי' מועד הוא הרי דכופרא כפרה ולא קנסא.

נמצא דהא דחייבה התורה כופר. אין הכוונה שעקרה התורה חיוב דמים.

אלא דאמרה התורה כשב"ד מחייבים להשור סקילה אז נעשה מחיוב דמים חיוב כפרה ג"כ. אבל כ"ז שלא באו עדים אף דאין עליו חיוב כפרה יש עליו חיוב דמים.

אבל בעבד דאין משלם ע"פ עצמו א"כ ע"כ עקרה התורה חיוב דמים ורמיא עליו רק חיוב קנס. דזה אין סברא כלל לומר דבבאו לב"ד.

וב"ד מחייבים קנס פוטרים אותו מחיוב הדמים. דאין סברא כלל לומר דב"ד פוטרים. וע"כ דהתורה פטרה בשעת מעשה ורמיא עליו רק חיובי קנס כדיני' דבעינן שב"ד יחייבוהו. משו"ה היכא דליכא עדים רק שהודה מפי עצמו פטור שהרי עקרה התורה חיוב דמים.

וקנס בעינן אשר ירשיעון כו'. וכל זה הוא סברת רבה דסבירא ליה ולדות צררי נינהו ומשלמים להיורש משום שהזיק דבר שלו.

אכן הרמב"ם ס"ל כרב חסדא דולדות לאו צרורות נינהו. והיינו דס"ל כאביי דהקשה בהחובל לרבה ואמר לו אלא כמאן כבן חורין מי אית ליה דמים.

נמצא דלדידן דפסקינן אין דמים לבן חורין. אין סברא כלל לומר בבן חורין דמשלמין דמים ליורשים דאטו גוף האדם הוי של יורשיו דנימא כיון דהזיק להם דבר שלהם ישלם דהרי אמרינן כופר אין משלם אלא לאחר מיתה.

א"כ הרי לא משלם להנהרג אלא ליורשיו. והחיוב הוא להיורשים והרי לאו צררי הוא דנימא הזיק דבר שלהם.

וגם אף אם הי' החיוב להנהרג בעצמו ג"כ לא שייך דמים דכיון דבן חורין אין נמכר בשוק. א"כ אמאי ישלם בעד היזק הגוף הרי לא הזיק דבר הנמכר.

ועכצ"ל דכופר לא הוי כלל חיוב דמים רק דחייבה התורה בכפרה. א"כ היינו דוקא היכא דיש דין כופר.

אבל בתם דלא חייבה התורה כופר חיוב דמים לא הוי בבן חורין. וכל זה הוא בבן חורין.

אבל בעבד דאילו לא חייבה התורה קנס הי' משלם דמים שהרי חמורו הזיק כדאמרינן דדמי ולדות משלם שור אם נגח שפחה מעוברת. ורק מדחייבה התורה קנס.

ע"כ דעקרה התורה חיוב הדמים כמו שביארנו למעלה. א"כ היינו דוקא היכי דיש חיובי קנס אלא דצריך עוד ב"ד לפסוק בזה צריך לומר דבשעת נגיחה עקרה התורה חיוב הדמים כגון מועד בכוונה בלא עדים.

אבל בתם דלא שייך גבי' כלל קנס לא מצינן דעקרה התורה חיוב דמים. משו"ה כדקאי קאי.

בכוונה דנהרג אמרינן הביאו לב"ד וישלם לך. אבל שלא בכוונה משלם חצי דמים דכיון דחידוש הוא שחידשה התורה שעקרה דיני חיוב דמים בעבד אין לך בו אלא חידוש היינו דוקא במועד אבל לא בתם.

ומשו"ה כתב הרמב"ם דתם שלא בכוונה משלם חצי דמים בעבד. אבל בבן חורין לא שייך כלל לשלם.

לדידן דפסקינן דולדות לאו צררי ניהו היינו דאין דמים לבן חורין: וע"פ הנ"ל יתיישב קושית הראב"ד שהקשה על הרמב"ם (בפ"ה מהלכות טוען ונטען ה"ב) דכתב הרמב"ם דדמי קרקע כקרקע ניהו לגבי שבועה ואם תבעו חפרת שתי בורות והוא משיב לא חפרתי אלא אחת אף שתובעו לשלם בעד היזק הקרקע והוי רק דמי קרקע אעפ"כ פטור משבועה.

והקשה הראב"ד מתבעו חבלת בי שתיים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת דמחויב שבועה אף דאדם קרקע הוא. אכן לפי הנ"ל יתיישב.

דהנה כתב הרמב"ם (בפ"ה מהלכות חובל ומזיק ה"ו) ז"ל הודה החובל כו' אבל אם לא הי' שם עדים כלל הוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובושת ובריפוי על פי עצמו לפיכך אם כפר ואמר לא חבלתי נשבע שבועות היסת ולמה משלם אדם שלשה דברים אלו ע"פ עצמו שהשבת והריפוי ממון ולא קנס שאם לא יתן לו הרי חסרון ממון שהוא מתרפא בו ובטל ממלאכתו והבושת לא הגיעה לו אלא בשעה שהודה בפנינו שהוא חבל בו עכ"ד הרמב"ם.

והשיג הראב"ד ז"ל לא ידעתי למה פטור מאלו והמ"מ הקשה דאמרינן בב"ק (דף ד') תני רבי אושעיא י"ג אבות נזיקין ד' שומרים וחמשה דברים דחובל וארבעה אבות השנויים במשנה. ור' חייא תני כ"ד וקא חשיב תשלומי כפל ואקשינן ר' אושעיא אמאי לא תני הני ואמר בממונא קא מיירי בקנסא לא קא מיירי הרי דר' אושעיא דתני חמשה דברים דחובל מיירי בממון הרי דממון ניהו אלו החמשה דברים ואמאי כתב הרמב"ם דאין משלם ע"פ עצמו.

עוד הקשה מפ' אלו נערות דאמרינן האומר אנסתי ופתיתי בתו של פלוני משלם פגם ע"פ עצמו. ופגם היינו נזק והרמב"ם בעצמו פסק (בפ"ב מהלכות נערה בתולה) דהאומר פתיתי את בתו של פלוני משלם פגם וצער עפ"י עצמו, ונראה לי לומר טעם הרמב"ם, דהנה כפי שביארנו למעלה דאין דמים לבן חורין, א"כ אמאי משלם נזק, ומהו נזק דשמין אותו כעבד נמכר בשוק, כיון דבן חורין הוא א"כ לא הי' יכול כלל למכור את עצמו.

א"כ לא הזיקו כלל מה שקטע ידו. שלא יוכל להמכר.

שהרי אף אם הי' שלם לא הי' יכול למכור את עצמו. (ועיין בדברינו למעלה בסוגיא דנטל אבן או קורה של הקדש דעיקר דיני נזק לשלם הוא דוקא מה ששוה למכור.

לא מה ששוה אצל הניזק. ובודאי אילו היו שמין בי"ד מה ששוה אצל הניזק הי' משלם הרבה יותר).

ולא מיבעי לשיטת הסוברים דשמין כאילו הי' עבד כנעני נמכר בשוק בודאי דקשה. שהרי לא הזיקו בזה שהרי אינו עבד כנעני ואין יכול למכור את עצמו כעבד כנעני.

אלא אף אם נאמר מפני הקושיא כשיטת הסוברים דשיימינן כאילו בן חורין נמכר בשוק לעבד עברי. ג"כ קשה שהרי בזמן הזה וכל ימים שאחר החורבן אין עבד עברי.

שהרי אין יובל ובזמן שאין יובל אין עבד עברי. א"כ לא הפסידו בזה שקטע ידו שהרי בלאו הכי לא הי' יכול למכור את עצמו.

וביחוד קשה הא דאמרינן בכתובות דפגם שמין כאילו הית' שפחה ואומדין לה מה שאדם רוצה ליתן בין שפחה בתולה לשפחה בעולה להשיאה לעבדו שיש לו קורת רוח. וע"כ דשיימינן כשפחה כנענית (ומזה מוכח כשיטת הסוברים דנזק דשיימינן כאילו הי' עבד כנעני נמכר בשוק).

וקשה הרי לא הזיק לה בזה. שהרי אבי' לא הי' יכול למוכרה להשיאה לעבד כנעני. שהרי בת חורין היא. ועכצ"ל דהא דמשלם נזק בחבלה אין הטעם כשאר נזקין דהטעם משום שמפסידו.

אלא דבאמת חייבה אותו התורה עין תחת עין. אלא דאמרה התורה לא תקחו כופר לנפש רוצח.

אבל אתה לוקח כופר לחבלות. ומהו הכופר כמו כופר של בן חורין שנהרג דאף דלא הזיק דבר של היורשין.

שהרי לאו צררי וקנין היורשים הוא שהרי אין קנינים בבן חורין ורמיא התורה חיובים כופר שנשים כאילו הי' עבד הכי נמי רמיא התורה חיוב כופר שב"ד יקחו כופר בעד העין ומהו הכופר שנשים כאילו הי' עבד ונמכר בשוק כמה שהי' אז ההיזק זהו הכופר שישלם ואינו מטעם היזק רק מטעם כופר: ומעתה מה שכתב הרמב"ם שאין משלם בחבלה ע"פ עצמו אין הכוונה דקנס הוא ככל הקנסות דדין הוא שהודאתו פוטרת.

דא"כ עדיפא הי' לו לרמב"ם להביא שאם הודה ואח"כ באו עדים פטור. והוא לא הביא רק שאם אין עדים אין משלם ע"פ עצמו.

אלא דכונת הרמב"ם כן. דהנה רש"י כתב דאין השור נהרג ע"פ בעלים משום דמודה בקנס הוא והקשה התוס' בב"ק (דף מ"א) ד"ה ע"פ דהיכן מצינו דהריגת שור קנס הוא.

ובפ"ק דסנהדרין נמי דאמרינן פלוני רבע שורי הוא ואחר מצטרפין להורגו משום דאין אדם קרוב אצל ממונו ומה בכך יפטר מטעם דמודה בקנס. ונראה דהיינו טעמא דלא מחייב ע"פ הבעלים אפי' אם יהיו ב' כגון שור של שני שותפין ומעידין עליו משום דאדם קרוב אצל ממונו.

דהא דאמרינן בסנהדרין דאין אדם קרוב אצל ממונו ה"מ כשבאין להעיד ג"כ על חבירו דמתוך שנאמן על חבירו נאמן גם על שורו עכ"ל התוס' וכמובן תירוץ התוש' דחוק דכיון דאדם קרוב אצל ממונו א"כ איך יוכשר מטעם מגו אטו מי שהוא קרוב לאחד אם בעדותו יהי' ג"כ שייך אדם אחר שאינו קרובו נימא מגו דמהימן אהאי מהימן נמי אקרוב ואדרבה אמרינן בירושלמי.

כתב שטר מתנה לשני ב"א והיו העדים קרובים לזה ורחוקים לזה אמר רבי יוחנן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה עיין בר"ן גיטין דף ט'). ואף דבסנהדרין אמרינן מהו דתימא אדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן ופירש בתוס' וכן הוא ברש"י שם.

דהיינו דהוי אמינא מתוך שנאמן על האחר יהי' נאמן גם על אשתו אבל לפי המסקנא הרי חזינן דלא אמרינן מגו. א"כ מאי חילוק בין קרוב גדול לקרוב קטן הרי חזינן דהיכא דיש פסול בהעדות אין מועיל מגו דמהימן אהאי.

א"כ ג"כ בממון אם פסול הוא להעיד מטעם קרוב. א"כ איך יועיל מגו מה לי פסול רבא מה לי פסול זוטא.

דע"כ דהאי קרוב אצל ממונו הוא ג"כ פסול התורה. ועיין עוד בגיטין (דף ט') דאמר רבא בשלמא עצמו לקני מידי דהוי אגט אשה אלא נכסים לא לקני.

(פירוש דאנכסים אינו נאמן לומר בפני נחתם). ולא אמרינן מגו.

ע"כ נראה לפרש דעת רש"י דיש שני מיני קנסות יש קנס דהוא קנס גמור ובו הויא הדין דמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור. ויש דבר דלזה לא הויא קנס שיפטור הודאתו רק דהוא דבר דבלא ב"ד לא נעשה החיוב ובעינן ב"ד לגמור הדין.

למשל בהריגת שור נהי דלא הויא קנס שיפטור בהודאתו. אבל זה ברור דבלא ב"ד אין מחייבים אותו מיתה ובעינן דוקא ב"ד של כ"ג ולגבי זה מקרי קנס היינו דאינו כחיובי ממון דמעצמו נעשה החיוב כמו גבי נזקין דלא איברו סהדי אלא לשקרי וב"ד בעינן לכופו ע"פ העדים אבל לחייבו מעצמו הוא מחויב.

אבל הריגת שור בעינן ב"ד. והנה הא דאמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי היינו דוקא בחיובי ממון דלא בעינן ב"ד לגמור החיוב רק לכופו לקיים מה שמוטל עליו בזה אמרינן אדם נאמן על עצמו.

אבל דבר דבעינן ב"ד לגמור הדין בזה בעינן דוקא קבלת עדות והבעלים לא חשוב כב"ד רק כעד אחד והיכא דצריכין ב"ד לגמור הדין. בזה לא מועיל הודאת בע"ד.

וזהו שכתב רש"י דאין נהרג ע"פ בעלים משום דמודה בקנס היינו כמו למ"ד מודה בקנס. ואח"כ באו עדים חייב.

הרי דאין הודאתו פוטר. ואעפ"כ במודה מפי עצמו פטור היינו משום דבעי אשר ירשיעון א'.

ולכאורה מאי ראי' מאשר ירשיעון. נהי דבעינן שב"ד יחייבוהו דזהו הפירוש ירשיעון.

אבל גם מודה מעצמו ירשיעוהו הב"ד. וע"כ דכיון דבעינן ירשיעוהו הב"ד בכה"ג לא אמרינן הודאת בע"ד דלגבי ב"ד בעי עדים שיגמרו הדין והיכא דבעינן לחייבו כפל בזה לא נחשב כלל אפילו כעד אחד.

שהרי אין אדם מעיד על עצמו. ולא דמי להריגת השור דהוא ואחר מצטרפין להורגו דהתם עיקר העדות שהשור מחויב מיתה בזה נחשב כעד אחד.

אבל היכא דהחיוב ע"ע בזה אף כעד אחד לא חשוב שאין אדם מעיד על עצמו בתורת עדות אף לחיובא ורק מטעם נאמנות מועיל במודה מפי עצמו. אבל היכא דבעינן ב"ד לגמור הדין דהיכא דבעינן ב"ד בעינן עדות בזה אין מועיל עדותו על עצמו אף כעד אחד.

ובעינין דוקא שני עדים אחרים אבל הודאה לא שייך בכאן שיפטור בהריגת השור שהרי לאו קנס הוא: נמצא דיש שני מיני קנסות. יש קנס דהויא קנס גמור דהודאתו פוטרנו ואם באו עדים אח"כ ג"כ פטור שכבר נפטר מהודאתו.

ויש מין קנס דהודאתו אינה פוטרנו אלא דהודאתו לא יכלה לחייבו דבעינן ב"ד לעשות החיוב. וב"ד לעשות חיוב בעי דוקא עדים.

ואחרי שביארנו דהא דמשלם גבי חבלות. אין הטעם משום נזק שהרי לא קנס הוא כלל. אלא דהחיוב הוא עין תחת עין. אלא דאמרה התורה לא תקחו כופר לנפש רוצח.

אבל אתה לוקח כופר לראשי אברים שאין חוזרים א"כ צותה התורה לב"ד שיחייבוהו כופר. א"כ הרי בעינן ב"ד לחייבו והיכא דבעינן ב"ד בזה אין מועיל הודאת בע"ד כמאה עדים משו"ה כתב הרמב"ם דאין משלם ע"פ עצמו.

וזהו שמחלק הרמב"ם דנזק דהחיוב הוא עין תחת עין. וכן צער דזה ילפינן ג"כ מתחת וכן בושת דזה ילפינן מקצותה כפה דזה ג"כ הוא על ב"ד.

אלו הם דברים שבזה אין מועיל הודאת בע"ד. (והא דמשלם בשת ע"פ עצמו יהיב הרמב"ם טעם משום דהודאתו בושתו בב"ד וע"ז אנו עדים).

אבל שבת וריפוי דזה לא כתב קרא דין על ב"ד בזה רק כתב קרא שבתו יתן ורפא ירפא. א"כ הרי רמא התורה חיובים עליו ולא גרע דין שבת וריפוי מכל חיובים שרמא התורה.

אבל נזק וצער דילפינן מעין תחת עין. וכן בשת דילפינן מקצותה את כפה.

דזהו דין על ב"ד בזה לא מהניא הודאת בע"ד. ולפי"ז שפיר הא דקאמר הרמב"ם שאין מחייבין על ההודאה.

ולא כתב רבותא יותר דאם הודה ואח"כ באו עדימפטור. שהרי לאו קנס הוא דלפטור ההודאה.

ורק דבמינן ב"ד ועדים. ומשו"ה מיושב שפיר מאי דבב"ק ד' קאמר דר' אושעיא לא קתני הני משום דבקנסא לא קא מיירי אף שר' אושעיא קתני אלו החמשה דברים היינו שר' אושעיא לא מיירי בדברים שהם קנס גמור.

(ובהם מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור למאן דס"ל הכי). אבל חבלות לאו קנסא נינהו ורק דבעינן ב"ד.

ובזה מיושב שפיר מה שהרמב"ם פסק (בפ"ב מהלכות נערה בתולה) שאם הודה שאנס ופיתה בתו של פלוני משלם פגם וצער ע"פ עצמו. אף שהוא פסק שאין משלם נזק וצער ע"פ עצמו.

אכן לפי הנ"ל ניחא דהנה הא דמשלם בפיתוי ואונס פגם וצער אין הטעם משום חבלה דזה לא הוי חבלה דלא שייך בזה עין תחת עין. וגם הא הוי דבר שדרכה להיות בה.

וחבלה לא הוי אלא דבר שאין דרכה להיות בה וראי' לזה דלא הוי חבלה מהא דאמרינן בכתובות (דף ל"א) הבא על אחותו יש לה קנס ורמינהו אלו הן הלוקין הבא על אחותו כו' וקיי"ל דאין לוקה ומשלם. אמר עולא לא קשיא כאן באחותו נערה כאן באחותו בוגרת אחותו בוגרת נמי האיכא בושת ופגם כו' ר' יוחנן אמר אפילו תימא אחותו נערה כאן שהתרו בו כאן שלא התרו בו.

והנה פסק ר' יוחנן דאם התרו באחותו נערה אין משלם קנס ור' יוחנן לא מפרש דמיירי בנערה שוטה ומפותה. הרי דאף בנערה סתמא אין משלם וכיון דקיי"ל בחובל בחבירו דממונא משלם מלקי לא לקי.

א"כ אף אם התרו בו כיון דחובל בחבירו הוא. הרי נפטר ממלקות דממון של חבירו דחי מלקות.

דהרי כתיב כדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו. וכיון דנפטר ממלקות מטעם הבושת ופגם וצער מחויב ממילא קנס.

דזה אין לומר דדוקא לאו דלא יוסיף נדחה מפני ממון של חובל. אבל לאו אחר אין נדחה מפני ממון של חובל משום דנסבור דממונא לקולא.

וא"כ הא דלא ילפינן מחובל בחבירו לכל התורה שיהי' משלם ואינו לוקה הוא משום דהותר מכללו היינו לאו דלא יוסיף קיל. אבל הממון דנחבל אינו חמור יותר מכל ממון.

ומשו"ה לאו דערות אחותך לא תגלה לא דחי. זה אי אפשר לומר שהרי כתב הרמב"ם בפירוש המשניות (בפ"ח מב"ק מ"ג) על מתניתין דהחובל בחבירו ביום הכיפורים ז"ל כבר ביארנו כי מן העקרים שבידינו אין לוקה ומשלם אלא כשיעשה אדם דבר שחייב עליו מלקות ותשלומין.

לוקה ואינו משלם זולתי חובל בחבירו ביום הכיפורים בלבד שזה משלם ואין לוקה לפי שהמקרא מפורש בחובל שישלם על כל פנים כו' וזהו ענין שאמרו בפירוש רבתה התורה חובל בחבירו חייב בתשלומין עכ"ל הרמב"ם בפירוש המשניות. הרי דס"ל להרמב"ם להלכה דאף לאו אחר דחי ממון נחבל.

ובודאי דלאו דוקא היכא שיש החמשה דברים ביחד שהרי כולהו בלא הדדי משלמי היינו צער שלא במקום נזק וכו' ע"כ הא דאמרינן מה לחובל שחייב בחמשה דברים היינו כיון שחובל בחבירו יש עליו דינים של חמשה דברים א"כ הממון שלו אף של דבר אחד דוחה מלקות. ואף לאו אחר שאינו לאו דלא יוסיף ג"כ דחי כמבואר ברמב"ם.

א"כ איך אמר ר' יוחנן כשהתרו בו מלקי לקי ממונא לא משלם הרי היכא דלא היתה שוטה ומפותה. א"כ יש עליו חיוב דבושת ופגם דהוי חבלה.

א"כ הממון הזה דוחה מלקות של ערות אחותך לא תגלה. וממילא ישלם גם קנס כיון דנדחה המלקות הרי הויא כלא התרו בו כיון שלא הועיל.

ואף אם נדחוק ונאמר שר' יוחנן מיירי בשוטה ומפותה. יקשה על הרמב"ם שהוא פסק (בפ"א מהלכות נערה בתולה ה' י"א) ז"ל היתה הבתולה זו אסורה על האונס או המפתה

אם היתה אחת מחייבי כריתות או שהיתה מחייבי לאוין אם התרו בו הרי זה לוקה ואינו משלם קנס והרי הרמב"ם מיירי באונס דאיכא צער.

וא"כ לדברי הרמב"ם בפירוש המשניות דאף אם התרו בו למלקות אחר (דע"כ מיירי הרמב"ם שם בפירוש המשניות אף אם התרו בו שהרי בלא התרו בו בלאו הכי פסקינן חייבי מלקיות שוגגין חייבין בתשלומין) ג"כ משלם ואינו לוקה וא"כ גם קנס ישלם. וגם הרמב"ם מיירי שם ע"כ באינה שוטה דיש בושת ופגם שהרי הרמב"ם פסק שם דשוטה אין לה קנס.

הרי מוכח מכל הלין דלדעת הרמב"ם דאונס ומפתה אף בושת ופגם וצער לא מדין חבלה נינהו. וזהו שלא כדעת התוס' שם (בדף ל"ב) ד"ה אלמא שהקשה על ר"ת ז"ל ועוד כיון דאבושת ופגם קאי מאי קאמר בסמוך מה לחובל שכן חייב בד' דברים.

אטו בושת לאו חובל הוא. והנה אם כי הראי' שהבאנו מר' יוחנן מדקאמר דאם התרו בו אין לוקה ומשלם.

דמזה הוכחנו דאונס ומפתה לאו חובל הוא כיון שדרכה להיות כך. לא קשה להתוס' דזה אינו ראי' אלא להרמב"ם דס"ל אף לאו אחר דחי ממון של נחבל.

אבל התוס' יסברו דר' יוחנן ס"ל דממונא לקולא ומה לחובל שכן הותר מכללו היינו דדוקא לאו דלא יוסיף קיל שנדחה מפני ממון אבל לאו אחר אין נדחה מפני ממון של נחבל. אעפ"כ לדעתי קשה על התוס' מהא דאמרינן (בדף ל"ה) א"ל רב פפא לאביי לרבה דאמר חידוש הוא שחידשה תורה בקנס ואע"ג דמקטל משלם מתניתין כמאן מוקים לה אי כר"מ קשיא בתו.

אי כר' נחוניא בן הקנה קשיא אחותו. אי כר' יצחק קשיא ממזרת הניחא אי סבר לה כר' יוחנן הוא נמי מתרץ לה כר' יוחנן.

אלא אי סבר לה כר"ל היכי מתרץ לה. ע"כ כר"י ס"ל עכ"ל הגמ'.

והנה אף דסבר ר"ל חייבי מלקיות שוגגין פטורין מן התשלומין היינו דוקא היכא דהפטור משום דלא התרו בי' אבל היכא דהפטור משום דמחויב דבר אחר דנדחה המלקות בכה"ג לא הויא חייבי מלקות שהרי פטרתו התורה ממלקות. ולא בר חיוב מלקות הוא ולא דמי לחייבי מלקיות שוגגין דלא הוי פטור אלא משום דלא התרו בו.

דאל"כ אטו לר"ל אם חבל בחבירו והזיק דבר אחר בשעת מעשה אטו יפטור מההיזק משום דהוי חייבי מלקיות שוגגין בודאי דזה אין סברא כלל לומר. ע"כ דהיכא דפטרתו התורה לא הויא חייבי מלקיות שוגגין א"כ מאין מוכיח מרבה דס"ל כר' יוחנן דילמא ס"ל כריש לקיש וס"ל כהאי לישנא דמה לחובל בחבירו שכן חייב בחמשה דברים וא"כ להאי לישנא גם לאו אחר שלא לאו דבל יוסיף ידחה שהרי עיקר הטעם דממון דנחבל דחי לאו.

וא"כ אף לאו אחר דחי. וא"כ דילמא ס"ל כריש לקיש.

אלא דמשו"ה מחייב בקנס במתניתין. דמיירי באינה שוטה דאיכא בשת ופגם דהוי חובל לדברי התוס'.

ודחי לאווין דמה לי חד לאו או תרי לאווין כדברי הרמב"ם ומאין ברור לו דרבה לא ס"ל כהאי לישנא. עכצ"ל דבושת ופגם דאונס ומפתה לאו חובל נינהו.

דחובל מקרי דוקא דבר שאין בדרכה להיות כך אז הוי חובל. אבל דבר שדרך שיהי' ורק השינוי משום שנעשה שלא ברצונה או דבר אחר זה לא הוי חובל ולהרמב"ם בודאי דמוכח כן.

א"כ הא דמחויב בושת ופגם הוא ג"כ דין באונס ומפתה דמדכתב קרא השוכב דמוכח דקנס חמשים הוא דוקא הנאת שכיבה מכלל דאיכא חיובים אחרים. וכן לילפותא דתחת אשר ענה מכלל דאיכא חיובים אחרים.

ומסברא ידעינן דרמיא התורה חיובים כמו בחובל. ומסברא ידעינן דהיינו בושת ופגם וצער.

אבל לא מדין חובל דשם הוי החיוב עין תחת עין וקצותה והתשלומין הוא כופר מקרא דלא תקחו כופר. אבל באונס ומפתה אין החיוב כופר שב"ד יחייבוהו דלאו עין תחת עין.

אלא חיוב שרמיא התורה. והוי בושת ופגם וצער בבתולה כמו שבת וריפוי בחובל דלא צריך ב"ד הכי נמי בושת ופגם וצער דבתולה לא רמיא התורה על ב"ד כמו בחובל דהחיוב משום עין תחת עין.

אלא דאמרה התורה לא תקחו כופר היינו דב"ד יקחו כופר. אבל בבתולה דהחיוב הוא מדכתיב תחת אשר ענה מכלל דאיכא עוד חיובים עליו בזה לא בעינן ב"ד.

משו"ה בנערה בתולה כתב הרמב"ם דמשלם אלו הג' דברים ע"פ עצמו. וזהו ג"כ כוונת ר' יהושע הנגיד שהובא שם בכ"מ ששאלו אותו מדוע פסק הרמב"ם דמשלם ע"פ עצמו בואנסת ופתית את בתי.

והרי הרמב"ם פסק בהלכות חובל ומזיק דאינו משלם ע"פ עצמו נזק וצער והשיב להם משפט הצער בנערה אינו כמו בנחבל לפי שבנערה ענין נוסף והוא הפגם והפגם ישלם ע"פ עצמו ושמו משפט הצער כמו הפגם כו' וכוונתו למה שביארנו שפגם וצער שבנערה אינו מטעם חובל. דזה ילפינן מעין תחת עין ומלא תקחו כופר דהויא דין על ב"ד שיגמרו החיוב וב"ד בעי עדים.

אבל משפט הצער ופגם בנערה הוא ענין נוסף והוא חיוב שרמיא עליו התורה. וכיון דבזה לא מצינו שרמיא התורה על ב"ד משפטו ככל החיובים דבלא ב"ד הויא החיוב משו"ה משלה במודה ע"פ עצמו: ולפי"ז מיושב הקושיא שהקשה הראב"ד על הרמב"ם איך פסק דדמי קרקע כקרקע לגבי' שבועה והרי מחייבינן בתבעו חבלת בי שתים והוא משיב לא חבלתי אלא אחת.

והוא דטעם דפטור בתבעו דמי קרקע מן שבועה. שהרי גם עתה עיקר מחייבו שבועה הוא התביעה וכמבואר אצלנו במקום אחר וגם עתה החיוב עליו לשלמו בעד ההיזק ותביעתו היא גם עתה לא הדמים שמחויב אלא החיוב שרמיא עליו התורה לשלם בעד הקרקע.

נמצא דהיא תביעת קרקע. וכל זה היכא דהחויב לשלם בעד הנזק אז הוה דמי קרקע. אבל בטענות חבלה דביארנו דאין החיובים מטעם נזק דהרי לא הזיקו. דאין דמים לבן חורין לדידן דפסקינן כרב חסדא נמצא דתבעו חבלת בי שתיים.

לא דמיא לתבעו חפרת בורות שיחין ומערות דהתם תובעו החיוב שמחויב לשלם בעד ההיזק לשלם לו דמי הקרקע. אבל הכא אינו תובעו דמי הגוף דהרי אין דמים לבן חורין. אלא דרמיא התורה עליו חיוב דמים אם חבל. נמצא דתובעו החיוב ולא דמי החבלה. נמצא דהתביעה ממון ולא דמי הגוף. ומשו"ה מחויב שבועה.

ובזה מיושב ג"כ הקושיא שהקשה הראב"ד על הרמב"ם דאיך פסק דאם חבל לאחר מיתת בעלה נותן לה דמי ולדות דאף רבה לא קאמר אלא בגר. אבל בישראל כיון דיש יורשים צריך לשלם ליורשים.

אכן לדברינו דהרמב"ם פסק דלא כרבה דכיון דאין דמים לבן חורין ולא צררי נינהו לא זכיא בהולדות לא האשה ולא היורשים והיינו דאמר רב חסדא ליתא לבעל לא היינו אין כאן כלל דין דדמי ולדות. אלא נהי דאין כאן כלל דין דדמי ולדות.

אבל החובל מחויב לשלם מטעם פצע תחת פצע. ואמרה התורה לא תקחו כופר לנפש רוצח.

אבל בעד פצע תקחו כופר ומהו הכופר שישומו אילו היתה שפחה מה הי' שוה קודם שפצעה ומה שוה לאחר הפציעה. אף דלא הזיק לה שהרי אין דמים לבן חורין כך אמרה התורה שיהי' הכופר שישלם הפוצע כאילו היתה שפחה.

ומה שפחת בה החבלה נמצא דצריך לשלם לה מדין חבלה דמי ולדות דזהו דמי ולדות כמה היתה יפה וכמה היא יפה. נהי דאם חבל בה בחיי בעלה אמרה התורה שישלם זה הפחת לבעל.

אבל כי ליתא לבעל דאין כאן דמי ולדות חזר הדין דחבלה וצריך לשלם לה כמה היא יפה וכמה היתה יפה. אלא דכל זה היינו אם אין דמים לבן חורין דאז אין החיוב מטעם נזק רק מטעם כופר אבל לרבה דס"ל יש דמים לבן חורין.

א"כ לא מצינו חיוב היכא דאין היזק. נמצא לרבה לטעמי' היכא דחבל בה לאחר מיתת הבעל אין משלם לה דמי ולדות שהרי תשלומי החבלה משום היזק הוא והכא לאו נזק הוא לה שהרי הולדות לא שייכים לה אבל לדידן דפסקינן כרב חסדא אין הטעם משום נזק.

אלא דמחויב פצע תחת פצע. ורק כופר יש בכאן ומהו הכופר שרמיא התורה היינו דמים של החבלה כאילו היתה שפחה והפחת ישלם.

נמצא דגם דמי ולדות ישלם לה מטעם חבלה. אלא דיש עוד סברא לומר דהא דמשלם חבלה כאילו היתה שפחה נמכר בשוק היינו בחבל אבר שלה.

אבל בחבל אבר שאינו שלה בזה אין משלם לה ובחבל ולדות הרי לאו גופה נינהו. נמצא דלא חבל בה.

רק בדבר אחר. נמצא דזה הדין אם חבל באשה אחר מיתת בעלה.

דאז אין כאן דין ולדות רק מטעם חבלה. תליא אי עובר ירך אמו או לאו ירך אמו.

אם עובר לאו ירך אמו לא חבל אבר שלה ואינו משלם לה דמי ולדות מדין פצע. ואם עובר ירך אמו חבל אבר שלה ומשלם לה מדין חבלה.

נמצא דזה דאמר רב חסדא ליתא לבעל לא היינו דאין כאן דין דמי ולדות ודיני חבלה תליא אם עובר ירך אמו או לא ובזה מיושב מאי דפרכינן שם בגמ' (דמ"ג) גרושה נמי תפלוג בדמי ולדות. והקשה בתוס' הא אמרינן ליתא לבעל לא.

אכן לפי דברינו שם פריך אליבא דמאן דס"ל עובר ירך אמו. א"כ תפלוג בדמי ולדות מטעם חבלה.

משו"ה הרמב"ם דפסק כרב חסדא דולדות לאו צררי נינהו ולא שייך דמי ולדות ליורשים ופסק עובר ירך אמו. משו"ה פסק דמשלם לה דמי ולדות מטעם חבלה): ***(לפי דברינו יתיישב קושית התוס' (בדף מ"ד) ד"ה נגיחה דלמה אצטריך בנזקין לחייב בבן ובת דמהיכי תיתי למיפטרי' אכן לדברינו כיון דגבי אדם לא נזק הוא.

ורק כעין כופר. בשור לא הוי מחייבינן וגלתה התורה נגיחה לנזקין דאם שור היזק אדם ג"כ משלם כאלו ה' עבד נמכר בשוק ורמיא התורה עליו חיוב ודו"ק): ***(סימן כז סוגיא דהכהו על ידו וצמתה ידו.

וסוגיא דמעידני באיש פלוני שהפיל שן עבדו וסימא את עינו. וסוגיא דגיטין דף מ"ב גבי חציו עבד וחציו בן חורין.

ויתבאר אי חציו עבד וחציו ב"ח לדידן הוי כמעוכב גט שחרור. והרבה חילוקי דינים: בדף פו גמרא (ושייך לעניינא דלעיל).

הכהו על ידו וצמתה ידו וסופה לחזור אביי אמר נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה ורבא אמר אינו נותן לו אלא דמי שבתו שבכל יום ויום. ופסק הרמב"ם (בפ"ב מהלכות חובל ומזיק ה"ב) כרבא דאינו נותן לו אלא שבתו שבכל יום.

והקשה הלח"מ (בפ"ד מהלכות חובל ומזיק). דדברי הרמב"ם סותרים זה את זה דהרמב"ם כתב (בפ"ד מהלכות חובל ומזיק ה' י"ב ז"ל) מי שחציו עבד וחציו בן חורין שביישו אדם או ציערו או שנגחו שור וכיוצא באלו.

אם ארעו ביום של רבו לרבו ביום של עצמו לעצמו. והנה בגיטין אמרינן (בדף מ"ב) נגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו.

אלא מעתה יום של רבו ישא שפחה יום של עצמו ישא בת חורין איסורא לא קאמרינן. ת"ש המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו וחצי כופר ליורשיו.

אמאי הכי נמי לימא יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו. שאני הכא דקא כליא קרנא. ואלא היכי דמי דלא קא כליא קרנא כגון שהכהו על ידו וסופה לחזור הניחא לאביי דאמר נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה שפיר. אלא לרבא דאמר אינו נותן לו אלא שבתו

שבכל יום האי שור הוא ושור אינו משלם אלא נזק איבעית אימא כשהכהו אדם ואי בעית אימא מימרא הוא.

ומימרא לרבא לא ס"ל ע"כ. הרי דלרבא לא יכול להיות הדין דנגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו.

א"כ הרמב"ם דפסק כרבא. איך כתב דנגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו. ותירץ הלח"מ דהרמב"ם מיירי בנזק שאינו פוחתו מכספו. וכמו שכתב בפ"ב וכן לקמן וכן נזק שאינו פוחתו מכספו ומיירי הרמב"ם בגווני דאין פוחתו מכספו.

והנה מלבד שתמוה אמאי לא ביאר הרמב"ם דמיירי דוקא בכה"ג היינו בחסרו מעור בשרו. ביחוד תמוה דאיך נימא דמשלם נזק שאינו פוחתו מכספו.

דא"כ לא נזק הוא דמה הוא נזק ששמין כאילו עבד נמכר בשוק ושמין הפחת ואם אינו נפחת מאי ישומו. וק"ו הוא מהכהו על ידו אף דפוחתו עתה כיון דסופה לחזור פסק הרמב"ם דאין משלם נזק רק שבת.

מכש"כ בנזק דלא אפחתו מכספו כלל. ומה שכתב הרמב"ם בהלכה י"ד ז"ל החובל בבת קטנה של אחרים הפוחת אותה מכספה הרי הוא של אב כו' אבל צער ובושת וריפוי הוא שלה.

וכן נזק שאינה פוחתה מכספה הרי הוא שלה. נראה לי דהרמב"ם סובר שאם חיסר מעור בשרו עד שאינו חוזר.

והוא שלא בפניו. כשקונין עבד לעולם.

אם יש בו רושם או צלקת קצת. אף שלא בפנים משלמים פחות מעט.

מכפי שאם הוא עבד שלם בלי שום חבלה. והרי משכחינן דאשתבח הכתוב וכל חבל לא אית בהון והא דאמרינן דסמפון בעבדים ליכא.

דאי מומין שבסתר למלאכה קא בעי ליה. מאי איכפת ליה.

היינו דמום לא הוי. ורק אונאה במקח.

אבל עבד שיש בו מום הוא בזול מכפי שהוא בלא שום מום. אלא דזה הוא דוקא בקונה עבד לעולם לעמוד בכל עת.

אבל נערה קטנה פחותה מבת י"א דאבי' אינה יכול למוכרה רק לשש שנים בזה אין משלמין פחות מפני צלקת קטנה דשימוש דשפחה עברית אינו מגרע צלקת קטנה. ואינו דומה ההקפדה שמקפידין כשקונין דבר לעולם.

להקפדה כששוכרין דבר על משך. וס"ל להרמב"ם דזהו דפריך בגמ' שם בב"ק דאמר ר' יוחנן אפילו פצעה בבת קטנה של אחרים נותן הנזק לאבי' ופריך אפילו ר' אלעזר לא קאמר אלא חבלה דאפחתה מכספה.

פירוש מכסף שיש לאבי' בה היינו שבידו למוכרה לשש שנים. אבל פציעה דלא אפחתה מכספה נהי דלא צריך לשלם כאילו היתה שפחה נמכרת בשוק.

דהוי בכה"ג נזק. אבל הלא לאבי' דאין לו למוכרה אלא לשש שנים לו אין היזק בפציעה. דכשקונין על שש שנים אין מקפידין על צלקת קטנה. ואמאי נותן לאבי'. ומשני שפצעה בפני' דאפחתה מכספה פירוש דפצועה בפניה. זהו פוחת אף בקונה לשש. כיון שהמום ניכר. וזהו שכתב הרמב"ם ג"כ דנזק שאינו פוחת מכספה היינו מה ששמין כאילו נמכר בשוק.

דזה אין מזיק למכירה לשש שנים. נזק זה לא שייך לו. ובזה מיושב קושית המ"מ שהקשה (בפ"ב מהלכות אלו) על שאמר הרמב"ם דאם חיסר כשעורה הוי נזק. דהרי בגמ' מוכח דלא הוי נזק אלא בפצע בפניה. אכן לפי הנ"ל ניחא דשם לא קאמר אלא מכספה היינו כסף שלה שהוא לשש. אבל באדם דשמין כאילו עבד נמכר בשוק לעולם. בזה אף צלקת קטנה פוחתו מכספו. וא"כ הדר קושי' לדוכתי' איך כתב הרמב"ם בחציו עבד וחציו בן חורין דאם נגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו. כיון דשור אינו משלם אלא נזק. וא"כ כליא קרנא.

דכל נזק פוחתו מדמים ואמאי יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו. הא היכא דכליא קרנא לא אמרינן: ונראה לתרץ דהנה הרמב"ם כתב (בפכ"א מהלכות עדות הלכה ד') ז"ל העידו על פלוני שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין לאדון דמי העבד ודמי עינו.

העידו שסימא את עינו ואח"כ הפיל את שינו והוזמו ונמצא הדבר הפך שהאדון הפיל את שינו. ואח"כ סימא את עינו משלמין דמי עין לעבד וכן כל כיוצא בזה והשיג הראב"ד ע"ז ז"ל והוא כתב בהלכות חובל שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד וא"כ העדים שהוזמו למה משלמין עכ"ל.

ותירץ הכ"מ ואע"ג שפסק רבינו (בפ"ד מהלכות חובל ומזיק) שהאדון אינו משלם אא"כ תפס העבד משלמין לו העדים שהרי הפסידוהו שאפילו יתפוס לא יועילוהו ודבר קרוב הוא לתפוס וכיון שכן משלמי ליה. ובזה אין מקום להשגת הראב"ד כו'.

וכמובן תירוצו דחוק דהעדים לא חייבוהו. אלא שיועיל תפיסה.

והם יתחייבו בודאי. ועוד הא הטעם דאם תפס העבד אין מוציאין מידו הוא משום דמספקא לן מעוכב גט שחרור אם החבלה שלו לרב או לעבד.

ואם החבלה שלו לרב אז אין צריך הרב לשלם דהשתא חבלי בי' אחריני יהבי לרבי' חביל רבי' יהיב לדידי' כדאמרינן שם בגיטין. אלא משום הכי אמרינן דאם תפס העבד אין מוציאין מידו דדילמא הדין הוא דחבלה לעבד.

והנה הא דעדים זוממין משלמין הוא רק היכא דהדין הי' לפי דיבורם שישלם ונפסק הדין. אבל אם מן הדין לא הי' מחויב לשלם ורק שעל ידי דיבורם גרמי שיבא ויתפוס זה כוי רק גרמא.

וא"כ קשה איך שייך לומר בכאן שישלמו העדים אם הוזמו. אלא לענ"ד נראה דעל ספק לא שייך לומר נפסק הדין.

והרי אין עדים זוממין משלמין אלא אם נפסק הדין והכא איך שייך לומר שב"ד פסקו הדין. שהרי ב"ד בעצמם אינם יודעין איך לפסוק.

ועוד אם באמת הדין דחבלות לרב נמצא כשתפס העבד לא מן הדין הוא תופס רק משום שב"ד אינם יודעים הדין לגבות ממונו אם כן הוי רק כגזלן. וא"כ איך נגבה מהם יאמרו העדים דילמא הדין דחבלות לרב.

א"כ אף אם הי' תופס לא מן הדין. וא"כ לא שייך לשלם כאשר זמם.

דכאשר זמם לא שייך אלא היכא דזמם לחייב מן הדין. אבל לא מה שזמם לגרום שגזלן יתפוס בודאי דזה אין משלם כל זמן שלא תפס הגזלן.

שכ"ז שלא תפס אין כאן דיני דגרמי. וכאשר זמם לא שייך רק היכא דמן הדין משלמין.

נמצא דאי אפשר לחייבם מספק ושפיר הקשה הראב"ד איך מחייב הרמב"ם לשלם כיון דהוא ס"ל דאין מחייבין הרב לשלם ורק אם תפס העבד אין מוציאין מידו: והנה הרמב"ם כתב (בפי"א מהלכות נזקי ממון ה"ב) ז"ל המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו והחצי האחר ראוי ליתן ואין מי שיקחנו.

והקשה הכ"מ ז"ל דברי רבינו ז"ל קיימין בשפחה שחציה בת חורין אבל בעבד ודאי צ"ע שהרי כבן חורין הוא אלא שמחוסר גט שחרור. וזה מוכח בגמ' שם בפ' השולח דקא בעינן התם מעוכב גט שחרור יש לו קנס או לא ואמר ת"ש המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו וכו' מאי לאו כמשנה אחרונה פי' שהודו ב"ה שכופין את רבו לשחררו וכותב שטר על חצי דמיו כדי שלא יבטל מפרי' ורבי' וש"מ דיש קנס למחוסר גט שחרור ודחינן לא כמשנה ראשונה פי' שאמרו ב"ה עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד ועבד גמור הוא בחציו.

וכיון דכתב רבינו דמעוכב גט שחרור אין לו קנס וקי"ל כמשנה אחרונה כמו שיתבאר בהלכות עבדים פ"ז האריך יהי' לזה קנס עכ"ד הכ"מ. ונראה לי לתרץ דהנה שם בגמ' בהשולח אמרינן איבעיא להו מעוכב גט שחרור אוכל בתרומה או אינו אוכל קנין כספו אמר רחמנא והאי לאו קנין כספו הוא או דילמא כיון דמחוסר גט שחרור קנין כספו קרינא בי'.

ת"ש דאמר רב משרשיא כהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה הרי אלו אוכלין בתרומה וחולקין חלק על הגורן הגדילו התערובת משחררין זה את זה הכי השתא התם אם יבא אליהו ויאמר בחד מינייהו דעבד הוא קנין כספו קרינא בי' הכא לאו קנין כספו הוא כלל. והנה נבין החילוק שמחלק בין מעוכב ג"ש לנתערב ולדה בולד שפחתה משום דהתם אם יבוא אליהו ויאמר.

בודאי דאין הכונה דמשו"ה לא מקרי רק מחוסר גט שחרור. משום שיכול להיות שיבוא אליהו ויאמר.

היינו שמשו"ה הוי ספק עבד שהרי יכול להיות שיבוא אליהו ויאמר שעבד. בודאי דאין הכונה כן שרק הסבר הוא.

דמשו"ה לא מקרי לאו עבד רק מחוסר גט שחרור. שהרי באמת עבד הוא ורק מחמת דלא ידעינן מי הוא.

דהא באמת אין אליהו בא לטמא ולטהר לרחק ולקרוב וע"כ רק הסבר הוא. והנה ביבמות אמרינן שם על מתניתין דכהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה והגדילו התערובות משחררין זה את זה.

משחררין איבעי אין אי לא לא אמאי לישא שפחה אינו יכול בת חורין אינו יכול אימא כופין אותן ומשחררין זה את זה. הרי דכהנת שנתערב ולדה מחויב כל אחד לשחרר.

ולא אמרינן שלא נכופו לשחרר משום שמא יבוא אליהו ויאמר דכיון דאין יכולים לקיים פרי' ורבי' כופין אותן לשחרר זה את זה וא"כ מאי איכפת לן שזה שמחויב לשחרר הוא רק מדין ספק היינו מטעם שלא נדע מי הוא הרב. אבל אם הי' בא אליהו לא הי' מחויב לשחרר.

כיון דעכ"פ אלי' לא בא ומחויב הוא לשחררו בודאי. מטעם זה שלא נדע לנו מי הוא הרב.

וא"כ הרי הי' כבר בן חורין. אלא דמעוכב גט שחרור וצ"ל דנהי דמחויב הוא לשחררו מטעם דלישא שפחה אינו יכול היינו רק דין שמחויב לשחררו.

אבל עכ"פ כן חורין לא הוי. וכ"ז שלא בא לב"ד ולא הפקיעו העבדות עדין עבד הוא ורק שיש דין לשחררו.

ונהי דמעיקרא כשמביא רא' דכהנת שנתערב ולדה כולו שפחתה. הי' סבור כיון דאין בידו לכופו לעבוד.

שהרי אם יביאוהו לב"ד יפסקו שמחויב לשחררו לאו עבדו הוא ומקרי מעוכב גט שחרור ומסקנא לא ס"ל הכי. ובזה מיושב פליאת הגאון ר' ישעי' פיק שנרשם על הגליון דהך דכהנת שנתערב ולדה בולד שפחתה הוא מתניתין ביבמות.

ובכן פליאה דמייתי משמי' דרב משרשי' עכ"ל. אולם ממתניתין ידע דליכא לאקשו' שנוכל לומר דמתניתין כמשנה ראשונה דאין מחויב לשחררו מטעם פרי' ורבי'.

וזה ידע גם המקשה דלמשנה ראשונה אף דלא נדע מי הוא הרב עכ"פ עבד הוא. ורק מרב משרשיא פריך דהוא בודאי קאי אף למשנה אחרונה.

ועיקר חידוש דרב משרשיא על מתניתין הוא דאף לדין דס"ל כמשנה אחרונה. ג"כ הדין דחולקין חלק אחד בגורן והי' סבר דכיון דיש דין לשחרר.

כבר מעוכב גט שחרור מקריא. דהא דמחויב לשחרר הוא ודאי אף שהטעם משום הספק עכ"פ עתה החיוב ודאי ומשני הכי השתא.

היינו דכיון דאילו הי' בא אלי' ויאמר עבד הוא אף שהי' עליו דין לשחררו. אעפ"כ אילו הי' בא ואמר דעבד הו' לא הי' נפקע העבדות דאף שיש דין לשחררו.

כ"ז שב"ד לא פסקו הדין עדיין עבד הוא. לפי"ז סובר הרמב"ם דהא דפריך ת"ש המית מי שחציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו.

מאי לאו כמשנה אחרונה. הרי דלמשנה אחרונה כיון שדין הוא שמחויב לשחררו.

מקרי גט שחרור. היינו לס"ד דמקשי ג"כ מכהנת.

אבל הרמב"ם דפוסק כמסקנת הגמ' דאף שיש דין לשחררו. כ"ז שב"ד לא הפקיעו הממון עדיין עבדו הוא.

משו"ה אף שפוסק הרמב"ם כמשנה אחרונה פסק דנותן חצי קנס לרבו שהרי עדיין עבדו הוא ורק שיש דין עליו לשחררו. (ואף אם ירצה מי להתעקש ויאמר הפירוש בגמ' דהטעם הוא בכהנת שנתערב ולדה.

משו"ה הוי עדיין עבד שהרי יכול להיות שיבוא אליהו ויאמר שעבד הוא. ויפרש דעל דברים שספק הם יבוא אלי' ויברר אף אני אומר לו א"כ בכל עבד נמי כ"ז שלא פסקו ב"ד הרי יכול להיות שיעשה העבד סריס שלא יהי' ראוי לפר' ורבי'.

וא"כ יכול להיות שלא יבוא לידי כפי' כמו התם שיכול להיות שיבא אלי'. וראי' נראה לי לדברי מהא דאמרינן בגיטין מ' שהוא עבדא דבי תרי קם חד מינייהו ושחררו לפלגא אמר אידך השתא שמעי רבנן ומפסדי' לי אזל אקני' לבני' קטן כו' ואי נימא דתיכף כשנעשה חציו בן חורין נפקע הממון למשנה אחרונה.

א"כ איך יכול להקנות מאי שייך קנינים על איסורים. לכאורה אם נימא דמעוכב גט שחרור אין חבלות להאדון אין שייך קנינים בו.

ולא גרע מעבד מוכה שחין עיין בתוס' ד"ה מי איכא הרי דלמסקנא אף למשנה אחרונה לא נפקע. (כ"ז שלא בא לב"ד דב"ד יכולים להפקיר אם אינו ציית דינא).

ומשו"ה יכול הי' להקנות ודו"ק): וע"פ הנ"ל יש ליישב ג"כ דברי הרמב"ם (בפ"ה מהלכות עבדים ה' י"ד) ז"ל המפיל שן עבדו וסימא את עינו הרי יצא לחירות בשינו ונותן לו דמי עינו וכן כל כיוצא בזה. והקשה הראב"ד ז"ל דבריו סותרים זה את זה שכבר כתב בהלכות חובל ומזיק שאינו משלם לו דמי עינו אלא אם כן תפס עכ"ל.

והנה מלבד שקשה מה שדבריו סותרים זא"ז. הנה קשה שהרי דבריו הם נגד סוגיא דפ' השולח דמיבעיא לן אם מעוכב גט שחרור אם יש לו קנס.

ואמרינן ת"ש הפיל את שינו וסימא את עינו יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו ואי אמרת יש לו קנס וקנס לרבי' השתא חבל בי' אחריני יהיב לי' לרבי' חבל בי' רבי' גופי' יהיב ליה לדידי' דלמא כמ"ד אינו צריך גט שחרור ע"כ. הרי דלמ"ד צריך גט שחרור אין משלם דמי עינו והרמב"ם דפסק כמ"ד צריך גט שחרור איך כתב דנותן לו דמי עינו הרי מעוכב גם שחרור הוא.

ולפי הנ"ל יתיישב דהנה לכאורה קשה דלפי הנראה מהאי סוגיא דלמ"ד צריך גט שחרור אין משלם דמי עינו ורק למ"ד אין צריך דאז תיכף בשהפיל שינו נעשה בן חורין גמור. א"כ איך אמרינן בב"ק מתקיף לה ר' זירא אימא סימא את עינו נפיק בעינו הפיל את

שינו ניפוק בשינו סימא את עינו והפיל את שינו נפיק בעינו ושינו אמר אביי עליך אמר קרא תחת עינו ולא תחת עינו ושינו.

ולכאורה קשה ממ"נ אי מיירי למ"ד צריך גט שחרור. הרי אמרינן דלדידי' באמת אין משלם.

ואי קאי למ"ד אין צריך גט שחרור כיון דאמרינן בגיטין דלדידי' תיכף בהפלת השן נעשה בן חורין גמור. מאי שייך למיפרך סימא את עינו והפיל את שינו נפיק בעינו ושינו.

כיון דכבר נעשה בן חורין גמור למ"ד אין צריך גט שחרור. איך יפוק בעינו ושינו הרי בעת שהפיל עינו יצא לחירות.

(עיי' בתוס' המניח דף ל"ג ד"ה איכא ויש לפלפל). אך באמת אף דאמרינן שם בסוגיא דבב"ק דכל זמן שלא עמד בדין אכתי גברא לאו בר חיובא הרי דאף שעמד אח"כ בדין כל זמן שלא חייבו ב"ד קנסא לא יצא כלל העבד לחירות.

אעפ"כ אם הפיל שינו וסימא את עינו ואף בב"א גזיה"כ דכשבאין לב"ד ב"ד מחייבין שחרור בעד חבלה הראשונה. ותשלומין דזהו דין של שחרור.

שכמו שחייבה התורה שישחררו אם הפיל שינו כך חייבה התורה להרב שבעד דבר השני ישלם. דזהו גזיה"כ של שחרור תחת עינו ולא תחת עינו ושינו ואם ישחררו ולא ישלם בעד השני.

נמצא דיוצא בעינו ושנו והתורה גזרה שיוצא בעינו ומשלם לו בעד נזק האחרון שחבל בו אף אם עדיין עבד גמור הוא: אכן לפי"ז יקשה מאי פריך שם בגיטין ת"ש הפיל את שינו וסימא את עינו יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו. ואי אמרת חבלי בי' אחרני יהבי ליה לרבי' חבל בו רבי' יהיב ליה לדידי' מאי קושיא הא גזיה"כ הוא בשחרור.

וזהו דין השחרור שבעד דבר הראשון יוצא ובעד דבר השני ישלם. אלא דכל זה הוא דוקא אם יש חיוב שחרור גם בעד דבר השני והיינו שאם ה' ב"ד רוצים לשחררו גם בעד דבר השני היו יכולים.

נמצא דיש לו שני חיובי שחרור בעד השן וגם בעד העין בכה"ג חייבה התורה שחרור בעד הראשון. ותשלומין בעד השני.

אבל אם בעד החבלה אין כאן דין שחרור שאם רצו ב"ד לחייבו בעד שחרור לא היו יכולים. נמצא דגזיה"כ של שחרור אין כאן ורק מדין חבלה.

וע"ז צריך לעיין בדיני חבלות לא בדיני שחרור אי שייך לרב או לעבד. נמצא דאם הפיל שן עבדו שהוא מחוסר גט שחרור אם באנו לחייבו שחרור בעד השן לא נוכל שהרי לאו כספו המיוחד לו הוא.

וא"כ דיני שחרור אין כאן ורק דיני חבלות ע"ז צריך לדון ע"פ דיני חבלות. משא"כ בהפיל שן עבדו גמור אף שמקודם סימא את עינו כיון דלא באו לב"ד דאכתי גברא לאו בר חיובא והוא עבד גמור.

א"כ גם על הפלת השן. אף שהוא חבלה שני' ג"כ יש על זה שחרור שהרי גם בעת הפלת השן הי' כספו המיוחד לו ובשחרור אמרה התורה מגזיה"כ דתחת עינו ולא תחת עינו ושינו דבעד החבלה השני' ישלם.

נמצא לפי דברינו היכא דהפיל שינו וסימא את עינו תלוי בזה אם נימא דכל היכא שביד העבד להביא הרב לב"ד לחייבו שישתחררו כבר מעוכב גט שחרור הוא. נמצא דתיכף בשעה שהפיל שינו כיון שהי' ביד העבד להביאו לב"ד ולחייבו שחרור והי' עליו דין לשחררו הי' מעוכב גט שחרור.

נמצא אם באנו לחייבו חיוב שחרור בעד סמיית העין לא נוכל כיון שהוא כבר מעוכב גט שחרור משעת הפלת השן הרי בעת סמיית העין לא הי' כספו המיוחד ודיני שחרור אינו רק בכספו המיוחד. וצריך לשלם רק מדין חבלה.

וחבלה במעוכב גט שחרור הי' לרבי' כיון דעדיין אדון הוא. בכה"ג לא ישלם בעד העין. אבל אם נימא דאף שיש דין לשחררו עכ"ז כ"ז שלא הביאו לב"ד עדיין עבד הוא ורק שיש דין לשחררו. נמצא דבשעה שסימא את עינו עדיין כספו המיוחד לו הי' ורק שהי' עליו חיוב לשחררו נמצא דגם על סמיית העין יש דין שחרור שהרי סימא עין עבדו המיוחד.

ובשחרור הרי אמרה התורה תחת עינו ולא תחת עינו ושינו היינו שבעד דבר השני ישלם. ולפי"ז מיושב דברי הרמב"ם כמין חומר דבגמ' שהקשה מהפיל את שינו וסימא את עינו הי' סבור כס"ד דכיון דיש עליו דין לשחררו כבר מעוכב גט שחרור הוא.

וע"כ בהפיל שינו וסימא את עינו הא דמשלם בעד סמיית העין לאו מדין שחרור הוא רק מדין חבלה שהרי במעוכב גט שחרור אין דין שחרור דהרי לאו כספו המיוחד לו הוא. ומשו"ה פריך שפיר השתא חבלי בי' אחריני כו' והוצרך לפרש דאתיא כמ"ד אין צריך גט שחרור.

(וס"ל דלמ"ד אין צריך גט שחרור. כיון דאין מחוסר מעשה נעשה השחרור למפרע כמו בשור תם לר"ע.)

ורק למ"ד צריך גט שחרור. כיון דהדין הוא רק שב"ד יחייבוהו לשחרר לא אמרינן דנעשה השחרור למפרע וסוגיא דב"ק דאמרה דאכתי גברא לאו בר חיובא הוא למ"ד צריך גט שחרור לפי דברינו.

עיינ בתוס' המניח הנ"ל ולפי דברינו מיושב ודו"ק) אבל הרמב"ם דפסק כמסקנת הגמ' דאף שיש דין לשחררו אעפ"כ עדיין עבד גמור הוא. נמצא היכא דהפיל שינו וסימא את עינו גט על סמיית העין יש דיני שחרור.

שהרי בשעה שסימא את העין עדיין עבד גמור הוא. וממילא משלם בעד העין מטעם דיני שחרור.

דגזיה"כ הוא בשחרור תחת עינו ולא תחת עינו ושינו. ומשו"ה פסק הרמב"ם בהלכות עבדים דיוצא בשינו ונותן לו דמי עינו.

אלא דכל זה הוא דוקא אם לא בא בינתיים לב"ד אבל אם הפיל שן עבדו. ובא לב"ד וחייבוהו כבר לשחרר.

א"כ הפקר ב"ד את הממון שלו הוי הפקר. דאחר ביאתו לב"ד כבר מעוכב גם שחרור הוא אף להרמב"ם.

וכן מוכח מסוגיא דב"ק דכשעמד בדין כבר גברא בר חיובא. נמצא דבכה"ג יהי' הדין אף לדידן שאינו משלם דמי עין.

שהרי סימא את העין אחר עמידתו בדין ונפקע ממנו בעמידתו בדין. וא"כ אין עליו דיני שחרור ורק מטעם חבלה.

וכיון דמספקא לן אי חבלה לרב או לעבד. משו"ה הדין בכה"ג דאין משלם דמי העין ורק אם תפס לא מפקינן מיני'.

ומשו"ה הרמב"ם בדיני חבלות דמיירי דכבר נעשה מחוסר גט שחרור שהרי זה לשון הרמב"ם בהלכה י"א שם כל עבד שיצא לחירות ועדיין לא הגיע גט שחרור לידו כו' לפיכך המפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו כו' דהרמב"ם מיירי שם מדיני חבלה והיינו בגווני דליכא דין שחרור כגון שיצא לחירות בינתיים מפני פסק ב"ד.

בזה אין נותן לו דמי עינו. אבל בהלכות עבדים דמיירי מדיני שחרור.

מיירי באופן דלא עמד בינתיים בדין. אז דיני שחרור הוא.

ומצאתי במגדול עוז ת"ל כדברי ז"ל ואני אומר מ"ש שם פ"ד ז"ל כל עבד כו'. הנה עיניך רואות כי לשם מדבר במי שיצא לחירות מחמת שינו ואח"כ סימא את עינו שהי' כמעוכב גט שחרור בשעה שסימא את עינו.

אבל בכאן מדבר שהפיל שינו וסימא עינו בשעה אחת או בזה אחר זה והתחיל זה עד שלא נגמר דינו של זה וזה פשוט עכ"ל. ולדעתי כונתו למה שכתבתי.

ולפי"ז מיושב נמי מה שכתב הרמב"ם בהלכות עדות שאם העידו שהפיל שינו וסימא את עינו והוזמו משלמין להאדון דמי העבד ודמי העין. שהקשה הראב"ד הא לא מחייבינן ליה להרב רק אם תפס ואמאי ישלמו העדים.

אכן לדברינו פשוט דמיירי שם הרמב"ם כגווני דמיירי בהלכות עבדים היינו שהעיד שלא בא לב"ד בינתיים דאז הדין הוא דמשלם דמי עינו מדין שחרור. ומשו"ה אם הוזמו משלמין.

(ופליאה על בעל מגדל עוז. אחרי שהוא בעצמו פירש כן בהלכות עבדים אמאי לא משני ג"כ כאן בהלכות עדות כן): ועתה נבוא לבאר דברי הרמב"ם שהתחלנו מה שהקשו עליו כיון שהוא פסק כרבא.

בהכהו על ידו וצמתה וסופו לחזור. דאינו משלם אלא שבת.

א"כ איך כתב בחציו עבד וחציו בן חורין דאם נגחו שור יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו הא בגמ' אמרינן דהיכא דכליא קרנא לא אמרינן וע"כ דמיירי בשהכהו על ידו

וצמתה ידו וסופה לחזור וכיון דאינו משלם אלא שבת הא שור אינו משלם שבת. ונ"ל
דהנה הא דאמרינן דהיכא דלא כליא קרנא יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו.
אבל היכא דכליא קרנא לא אמרינן. לכאורה הטעם פשוט דהם עשו ביניהם חלוקים על
רווחים.

שזה שירויה ביום של עצמו לעצמו ומה שירויה ביום של רבו לרבו. כל זה עשו חלוקה
בהרווחות.

אבל מה שמשלמין בעד דבר של זה. איך יקבל התשלומין האחר.

היינו אם הזיק דבר השייך להעבד והרב איך יקבל הרב או העבד תשלומין של אידך
דרך בהרווחות עשו חלוקות. אבל לא בעד זה שהוא תשלומין לא הרווחה.

ולפי"ז יקשה איך אמרינן בנזק דהוי כליא קרנא לא אמרינן. דהנה לעיל ביארנו
דתשלומי נזק שמשלמין בעד חבלת אדם אינו תשלום בעד הנזק ורק החיוב עין תחת
עין הוא אלא דאמרה התורה לא תקחו כופר לנפש אדם.

אבל אתה לוקח כופר לראשי אברים שאינן חוזרים. נמצא דתשלומי נזק בחבלת אדם
הוא רק כופר.

ומשו"ה ס"ל להרמב"ם דאין משלמין ע"פ עצמו דבעינן ב"ד לחייבו. וא"כ תקשה איך
אמר בנזק דהוא כליא קרנא שהרי אינו משלם בעד החבלה ורק כופר הוא שחייבה
התורה.

והוי כמו הרווחה שהרויח היום ע"י שאבד דבר שלו האם נימא דכיון דההרווחה בא לו
ע"י נזק. לא יהי' יום של רבו לרבו ושל עצמו לעצמו כיון דעיקר הדבר אינו תשלומין
רק הרווחה הוי לן למימר יום של רבו לרבו.

אלא דהא דביארנו דנזק בחבלת אדם אינו נזק רק החיוב שחייבה התורה. ומשו"ה לא
הוי דמי קרקע.

היינו רק בחבל בן חורין דאין דמים לבן חורין. והנזק לא הוי רק חיוב שחייבה התורה.
אבל בעבד בודאי דהוי נזק ומשלם מדין נזק ככל הנזקין. ובודאי בהזיק עבד גם הרמב"ם
מודה דמשלם ע"פ עצמו.

וכדס"ל להרמב"ם דאם נגח תם עבדו משלם כשורו וחמורו. מעתה יפה מפרש דנזק הוי
כליא קרנא.

שהרי בעבד הוי תשלומין ממש בעד נזק שהזיקו: לפי"ז מיושב שפיר דהנה הגמ' שם
הי' סבור כסלקא דעתך דגמ' דהיכא דיש דין לשחררו הוי תיכף בלא ב"ד מעוכב גט
שחרור. א"כ הא דאמרינן עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד ואם נגחו שור יום
של רבו לרבו של עצמו לעצמו.

ע"כ למשנה ראשונה. דלמשנה אחרונה אינו עובד את רבו.

ולא שייך חבלה לרב. וע"כ דמיירי למשנה ראשונה ולמשנה ראשונה הרי ישאר עבד.

א"כ אם הזיקו השור הוי כשורו וחמורו. וא"כ שפיר הוי כליא קרנא.
והיכא דכליא קרנא לא אמרינן יום של רבו כו'. אבל למסקנת הגמ' דאף למשנה אחרונה
אף שיש עליו חיוב לשחררו.

אעפ"כ כל זמן שלא בא לב"ד עדיין עבד הוא ועובד את עצמו יום אחד ואת רבו יום
אחד. ונמצא הא דאמרינן נגחו שור יום של רבו כו'.

הוא אף למשנה אחרונה. ובזה מסולקת תמיהת הראב"ד על הרמב"ם שפריך איך אמר
הרמב"ם עובד את רבו יום אחד ואת עצמו יום אחד ואם נגחו שור יום של רבו לרבו
יום של עצמו לעצמו הא הרמב"ם פסק כמשנה אחרונה וזה הדין אינו למשנה אחרונה
אלא למשנה ראשונה.

אכן לפי דברינו למסקנת דגמ' קאי גם למשנה אחרונה. אלא דאף שאמרינן דאף למשנה
אחרונה עדיין עבד הוא.

אבל עכ"פ למשנה אחרונה הרי לא ישאר תמיד אצלו ורק דלע"ע עדיין עבד הוא נמצא
דאם באנו לדון על חבלתו מטעם נזק כשור לא נוכל. לחייבו שהרי הזיקו דבר שעומד
לצאת ממנו.

נמצא אף דבכל העבדים הנזק שמשלם בקוטע ידו. הוא כנזק שור וחמור דהוא נזק ממש
מטעם תשלומין.

אבל בעבד הזה החיוב הוא רק מטעם עין תחת עין. וכיון דהחיוב הוא מטעם עין תחת
עין.

הוא רק רווח כשאר רווחים ולא שייך כליא קרנא. ונמצא מיושב שפיר דברי הרמב"ם
שכתב בסתמא נגחו שור.

היינו שהזיקו. ואעפ"כ הוי יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו דכיון דעתיד הוא
לשחררו אין חיוב הנזק מטעם תשלומין רק מטעם חיוב התורה ובחיוב דהוי כרווח ולא
כליא קרנא אמרינן יום של רבו לרבו.

יום של עצמו לעצמו ובגמ' דפריך אלא היכי דמי דלא כליא קרנא היינו לפי הס"ד
דלמשנה אחרונה לא שייך כלל יום של רבו כו'. ולמשנה ראשונה הרי התשלומין מטעם
נזק ממש דהוי תשלומין וכליא קרנא.

אבל לפי המסקנא דאף למשנה אחרונה עבד הוא ותשלומי נזק הוי מטעם עין תחת עין
בכה"ג לא הוי כליא קרנא ואמרינן יום של רבו לרבו יום של עצמו לעצמו: סימן כח
סוגיא דאין הולכין בממון אחר הרוב. ויתבאר הרבה דינים בעד אחד נאמן באיסורין.

ובדין שכתב הרמב"ם שהאיסור עצמו בעד אחד יוחזק וילקה אח"כ ע"ז ויתבאר חילוק
היכא דנאמן מטעם עדות או מטעם נאמנות ויבאר אי בעינן הוחזק שלשים יום. ויבאר
אי אולינן במוכר שור בתר דעתא דמוכר או בתר דעתא דלוקח.

וטעם דאין הולכין בממון אחר הרוב: בדף מו גמרא המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן רב אמר ה"ז מקח טעות ושמואל אומר יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך. אמאי ונחזי אי גברא דזבין לרדיא אי גברא דזבין לנכסתא.

לא צריכה בגברא דזבין להא ולהא כו' רב אמר ה"ז מקח טעות זיל בתר רובא ורובא דאינשי לרדיא הוא דזבני. ושמואל אמר יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך ולא אזלינן בתר רובא.

כי אזלינן בתר רובא באיסורא אבל בממונא לא אזלינן בתר רובא אלא המוציא מחבירו עליו הראי'. וכתב הטור בחו"מ (סימן רל"ב) ז"ל אבל אם המעות עדיין ביד הלוקח כתב הרמ"ה ז"ל לא מיבעיא אם רובא לרדיא זבני דאיכא רובא דמסייע לחזקת הממון דאמרינן הממע"ה אלא אפילו כי הדדי נינהו חזקת ממונא עדיפא והמע"ה.

עכ"ל הטור. וכבר העיר בפרישה דלכאורה קשה אמאי קאמר הטור דוקא אם כי הדדי נינהו אז אין מוציאין מיד הלוקח אם לא נתן דמים.

אבל אם רובא לשחיטה מוציאין מיד הלוקח. כיון דקיי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב ומהני חזקת ממון אף נגד הרוב.

א"כ אף היכא דרובא לשחיטה היכא דלא נתן הלוקח מעות לא יוציאו ממנו. שיאמר אני מן המועט שקונין לרדיא.

ואין הולכין בממון אחר הרוב. ומה שתירץ הפרישה ז"ל אבל אם רובא לשחיטה זבני ס"ל דמוציאין מיד הלוקח המעות ולא מהני ליה החזקה כ"כ מאחר שכבר המשיך הבהמה אליו וקנהו בקנין.

ומשו"ה קאמר דוקא אם כי הדדי נינהו. קשה דא"כ מנא לן דשמואל סבר בכל דוכתי אין הולכין בממון אחר הרוב.

דילמא טעמא דשמואל דאין הולכין משום שכבר המשיך הבהמה ומסייע זה לחזקת ממון. אבל היכא דאין זה הטעם.

כגון גבי רוב נשים בתולות נשאת. וגבי שור שנגח את הפרה דהוי חזקת ממון בלחודא מודה שמואל דחזקת ממון לא עדיף מרובא: ונראה לי ליישב דהנה הש"ש (בשמעתא ד' פרק ח') כתב לבאר מדוע אין הולכין בממון אחר הרוב ובדי"נ הולכין.

וגם ליישב קושית התוס' בסנהדרין (דף ג') בהא דאיתא שם שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב כו' אזלינן בתר רוב הדיינים ומייתי שם בק"ו ומה דיני נפשות דחמירי אמר רחמנא זיל בתר רובא דיני ממונות לא כ"ש וז"ל תימא דבריש המוכר פירות קאמר שמואל דאין הולכין בממון אחר הרוב ואמאי לא נילף בק"ו מדיני נפשות.

וכתב ע"ז השב שמעתא דבין דיני נפשות ובין דיני ממונות לא אזלינן בתר רובא. ודוקא ע"פ שנים עדים יקום דבר ולא רוב ולא חזקה והא דסוקלין על החזקות וכדאיתא בפ' עשרה יוחסין גבי בנה כרוך ע"ש.

נראה לפי מ"ש הרמב"ם (פ"ז מהלכות סנהדרין) דאין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה. אבל האיסור עצמו בעד אחד הוחזק כיצד אמר לו עד אחד חלב כליות הוא זה.

גרובה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו הרי זהו לוקה. אע"פ שהעיקר האיסור בעד אחד עכ"ל.

ומשו"ה סוקלין על החזקות כיון שכבר הוחזק שזה בנה. הכי נמי משום הכי אזלינן בתר רובא בדיני נפשות כגון בבת שלש שנים ויום אחד דמתקדשת בביאה ואיסור אשת איש הוקבע ע"י הרוב דרוב נשים לאו אילונית נינהו.

והו"ל אשת איש גמורה וכשהתרו בו מומתין כיון דכבר הוקבע האיסור. וכמו כן במכה אביו התם נמי משום דאיכבע איסורא ע"י הרוב שהוא אביו כו' ומשו"ה בהנך רובא דלרדיא זבנא אין הולכין בממון אחר הרוב כיון דהתם בא הרוב אחר המעשה ולא איכבע מקודם אין דנין דין ממון ע"פ רובא.

ובכה"ג היינו היכא דלא איכבע מקודם גם בדיני נפשות לא אזלינן בתר רובא. ובדיינים דאזלינן בתר רובא היינו משום דגבי דיני ממונות נמי בדיינים אזלינן בתר רובא ומשום דהמיעט כמו שאינו וכמ"ש תוס' פרק המניח את"ד הש"ש.

והנה עיקר יסודו שמשו"ה אמר הרמב"ם האיסור עצמו בעד אחד יוחזק היינו כיון שכבר איתחזק האיסור. אזיל לשיטתו שבשמעתא ו' כתב ליישב קושית הפני יהושע שהקשה על דברי הרמב"ם (פ"א מאיסורי ביאה) ז"ל האב שאמר בתי זו מקודשת היא לזה אע"פ שהוא נאמן ותנשא לו אם זינתה אינה נסקלת על פיו עד שיהי' שם שני עדים שנתארסה בפניהם והקשה הפני יהושע הא ע"כ כבר הוקבע האיסור על פי האב לא"א קודם שבא עלי' אחר בזנות דאל"כ פשיטא דאין סוקלין דהא אין כאן התראה של האיסור דהא בחזקת פנוי' היא לגמרי וא"כ מ"ט דרב אסי דאמר סוקלין.

ע"כ מיירי שכבר הוחזקה מקודשת קודם שבא עלי' אחר. וא"כ אמאי אין סוקלים.

הא כתב הרמב"ם (פ"ו מסנהדרין) דאין צריך שני העדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק. ותירץ הש"ש דהא דאמר הרמב"ם האיסור עצמו בעד אחד יוחזק היינו דוקא היכא דהוחזק מקודם היינו שלשים יום.

כמו שכתב, הרמב"ם (בפ"א מאיסורי ביאה) מי שהוחזק בשאר בשר דנין ע"פ חזקה זו כו'. וחונקין וסוקלין ע"פ חזקה זו.

איש ואשה שבאו ממדה"י היא אומרת זה בעלי והוא אומר זו אשתי אם הוחזקו בעיר שלשים יום שהיא אשתו הורגין עלי'. א"כ הכי נמי הא דכתב הרמב"ם האיסור עצמו בעד אחד יוחזק היינו בהוחזק שלשים יום.

וכמו שכתב הרמב"ם פ"ט מנזירות. ז"ל נהג נזירות ע"פ עד אחד ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים לוקה אע"פ שהעיקר הנזירות ע"פ עד אחד עכ"ל הרמב"ם.

הרי דדוקא בנהג נזירות דאיתחזק. אז האיסור יוחזק בעד אחד.

אבל אם לא אתחזק לא לקי ע"י אחר. ה"נ מה שכתב הרמב"ם.

האיסור עצמו בעד אחד יוחזק. ואם התרו בו אח"כ דלקי היינו בהוחזק שלשים יום. אבל אם לא הוחזק שלשים יום לא לקי ע"פ עד אחד. והא דסתם הרמב"ם בכמה דוכתי. הוא דסמך על מ"ש בהלכות נזירות. וא"כ ניחא הא דכתב הרמב"ם דאם האב אמר בתי זו מקודשת אין נסקלין על ידו מיירי דלא הוחזקה עדיין שלשים יום. דבכה"ג היינו היכא דלא הוחזק שלשים לא הוקבע האיסור את"ד הש"ש: אכן לפענ"ד דברי הש"ש מרפסן איגרא. דאיך מדמי הא דכתב הרמב"ם האיסור עצמו בעד אחד יוחזק כגון אמר עד אחד שחלב כליות הוא זה. ואכל אח"כ דלוקה. לדין דאיש ואשתו שבאו והוחזקו בעיר לאיש ואשה דהתם שייך שפיר לומר.

דוקא בשלשים יום הוי חזקה דמה הוא החזקה שהחזיקו עצמם לאיש ואשה. ומה שמחזיקים עצמם שלשים יום זהו החזקה שסוקלין עלי'.

א"כ כ"ז שלא נגמר שלשים יום חסר עדיין מקצת החזקה שהרי אמרינן דמה שהוא מחזיק עצמו תלתין יומין הוי חזקה אבל קודם שלשים יום הרי לא החזיק עדיין שלשים יום אבל בדין דאמר עד אחד שהוא חלב כליות איך שייך לומר שלשים יום. אטו כל השלשים יום הוא עומד ומעיד לפנינו חלב הוא.

או שמפני עדותו שהעיד חשבנו כל השלשים יום חלב הוא. הוא בא ואמר חלב הוא והלך לו.

ואיך יוכל להיות שבעת עדותו אין אנו מאמינים לו בודאי שהוא חלב ושלשים יום אחר שהעיד אז נאמינו. מה הוסיפו לנו בעדות אלו השלשים יום שעברו מעת שהעיד.

ממ"נ אם כשהעיד חלב הוא הי' נאמן בודאי הרי תיכף הוא נאמן ולמה לנו שלשים יום. ואם בשעת עדותו לא נאמינו בתורת ודאי שהוא חלב.

מה יוסיף השלשים יום וכי משום שעבר שלשים יום משעה שהעיד נתברר א שהוא ודאי. ולא דמי להא דאיש ואשה שבאו והחזיקו עצמם לאיש ואשה, דהתם כל השלשים יום הם מחזיקים עצמם לאיש ואשתו.

וכל שנתוסף יום אחד נתוסף בירור. שמה שהם עודם מחזיקים את עצמם בתורת איש ואשתו כדרך כל הארץ זה הוא בירור שבודאי המה איש ואשתו.

וכשנוסף שלשים יום בירור הוי ודאי. אבל בעדות שהעיד פעם אחת.

אחר שלשים לא נתוסף בירור מכפי יום הראשון. ובודאי דהא דכתב הרמב"ם דהאיסור עצמו בעד אחד יוחזק הוא תיכף בשעה שהעיד והדרא קושית הפני יהושע לדוכת' אמאי באמר האב בתי זו מקודשת אין נסקלת על ידו: ונראה לי ליישב קושית הפני יהושע דהנה טעם הרמב"ם דהאיסור עצמו בעד א' יוחזק.

הוא מטעם דאמרינן לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת. אבל קם הוא לשבועה. והנה לפי זה תקשה איך אמרינן גבי עד אחד מתוך שאין יכול לשבע משלם. ועיין במפרשים שפירשו דכל דאינו מכחיש העד בשבועתו נאמן כשנים.

ואמאי הא עתה הוא לגבי ממון. ולגבי ממון אינו נאמן.

אלא פשוט דכיון דעיקר העדות לאו לגבי ממון הוא. ע"ז יש לו נאמנות כשנים.

דאמרה התורה לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת. לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם.

אבל לשארי מילי קם. ולכל מה שהוא לא לעון ולא חטאת קם הוא כשנים שלא אמרה תורה שלא יקום אלא לעון ולחטאת.

אבל לשארי מילי קם. ומהו פירוש קם שהוא כשנים.

ומזה יצא מה שאמרו רבנן כל מקום שהאמינה נה תורה עד אחד הרי הוא כשנים היינו דילפינן ולכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם. אבל לשארי מילי קם והיכא דקם נאמן כשנים.

נמצא דבאמת גם על האיסור עצמו שיוחזק בעיני עדות אלא דמשו"ה נאמן עד אחד. שגם עד אחד עדות הוא.

שרק לעון ולחטאת עד אחד לא הוי עדות. אבל לברר אם הוא חלב או לא.

דלאו לעון ולחטאת הוא קם. וכיון דקם נאמן כשנים דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד נאמן כשנים.

דכיון דבשעת עדותו לא ה' לעון ולחטאת קם הוא כבי תרי. והנה כל זה אם נאמנות העד הוא משום דלאו לעון ולחטאת בזה ילפינן לעון ולחטאת הוא דאינו קם.

אבל לשאר מילי קם כבי תרי. אבל באב שאמר בתי זו מקודשת.

הרי עיקר העדות לעון ולחטאת הוא שהרי מלעון ולחטאת ילפינן כל שמחייבה. ומפסידה דבר מה.

וגם דבר שבערוה הוא. ואין דבר שבערוה פחות משנים.

נמצא דנאמנות האב אינו מטעם דילפינן לכל עון ולכל חטאת הוא דאינו קם. שהרי לעון ולחטאת הוא.

ודבר שבערוה הוי. ואין דבר שבערוה פחות משנים.

ונאמנות האב הוי רק מטעם דאמר קרא את בתי נתתי לאיש הזה. ומזה ילפינן דנתנה התורה נאמנות לאב.

נמצא דאינו מדין עדות רק מדין נאמנות א"כ כי הימני' רחמנא לאב לאיסורא לקטלא לא הימני'. כללא דמילתא היכא דבעת שהעיד העד ה' נאמן מטעם דאמר קרא לכל עון ולחטאת אינו קם עד אחד.

אבל לשאר מילי קם. אז נאמנות העד מדין עדות כגון היכא שהעיד שחלב כליות הוא דע"ז נאמן מדין עדות.

מדאמר קרא לכל עון כ' בכה"ג נאמן כשנים. אף שאח"כ לוקה עי"ז.

וכמו דאמרינן מתוך שאינו יכול לשבע. והיכא דנאמנותו מטעם נאמנות לא מדין עדות. בזה לא אמרינן הוחזק האיסור דהיכא דלא הוי עדות אין לוקין ע"י נאמנות (והא דאמרינן גבי סוטה כל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים. אף שהתם העדות לעון ולחטאת וגם דבר שבערוה הוי.

שאני התם דכתב קרא ועד אין בה כל שיש בה הרי דקראה התורה עד והויא עדות. משא כ באת בתי דלא מצינו דקראה התורה להאב עד רק ילפינן שיש לו נאמנות ושלא ע"י עדות לא הוי הוחזק שילקה ויסקול עי"ז): והא דכתב הרמב"ם (בפ"ט מהלכות נזירות) נהג נזירות ע"פ עד אחד ושתה יין ונטמא והתרו בו שנים לוקה.

אע"פ שעיקר הנזירות בעד אחד. דהקשה הש"ש למה כתב דוקא נהג נזירות דמשמע אם לא נהג נזירות אין לוקה.

ומזה הוכיח דבעינן דוקא הוחזק הדבר. ולדברינו שביארנו דהיכא דנאמן נאמנותו תיכף בשעת הגדה.

ישאר הקושיא למה כתב נהג נזירות נראה לי ליישב ע"פ מה שישבתי במקום אחר דברי הרמב"ם שכתב (בפ"ט מהלכות פסולי המוקדשין ה' ט"ו) ז"ל ה' מקריב עמו בזבחים ואמר לו נתפגלו ה' עושה עמו בטהרות ואמר לו נטמא נאמן לא נחשדו ישראל על כך. אבל אם אמר לו זבחים שהקרבתי לך באותו היום נתפגלו ואותן הטהרות נטמאו.

אם ה' נאמן לו סומך על דבריו. ואם לא שורת הדין שאינו נאמן והרוצה להחמיר על עצמו הרי זה משובח.

והנה לכאורה דבריו אלו סותרים לדבריו בפ"ג מהלכות מטמאי משכב ומושב שכתב בהלכה ח' ז"ל מי שאמר לו עד אחד נטמאו טהרותיך והלה שותק ה"ז נאמן והרי הן טמאות ואם הכחישו ואמר לא נטמאו הרי הן בחזקתן עד שיעידו שנים. והרי התם חולק ואמר בין נאמן לאינו נאמן.

וכאן סתים דאם שתיק נאמן. ועי"ש בכ"מ ואמרתי דהרמב"ם בלשונו הזהב אנהירו לעיינין.

דהנה התוס' בגיטין (דף נ"ד) גבי הא דאמרינן שם ת"ר ה' עושה עמו בטהרות ואמר לו נטמאו ה' עושה עמו בזבחים ואמר לו זבחים שעשיתי עמך נתפגלו נאמן. אבל אמר לו טהרות שעשיתי עמך ביום פלוני נטמאו זבחים שעשיתי עמך ביום פלוני נתפגלו אינו נאמן.

מ"ש רישא ומ"ש סיפא אמר אביי כל שבידו נאמן. רבא אמר כגון דאשכחיני ולא אמר ליה ולא מידי ולבתר הכי אשכחי ולא אמר לו.

והקשה בתוס' בד"ה אמר אביי ז"ל הקשה ר"ת דהכא אפילו לרבא לא מהימן אלא משום שהי' בידו תחלה ובפ' האומר פליגי אביי ורבא באשתו זינתה בעד אחד והלה שותק ומשמע התם דתרוייהו מודו בא"ל עד אחד נטמאו טהרותיך והלה שותק נאמן. וכן אמר לו עד אחד אכלת חלב ואע"ג דאין בידו עי"ש בתוס'.

והנה שם בקדושין (דף ס"ו) גבי פלוגתא דאביי ורבא גבי אשתו זינתה בעד אחד והלה שותק דאביי אמר נאמן. ורבא אמר הוי דבר שבערוה ואין דבר שבערוה פחות משנים. ואמר רבא מנא אמינא לה דתנן אמר ר' שמעון מעשה במגורה של דסקים ביבנה שהיתה עומדת בחזקת שלמה ומדדה ונמצאת חסירה כל טהרות שנעשו על גבה. ר' טרפון מטהר ור' עקיבא מטמא כו'.

אמר ר' טרפון משל לעומד ומקריב על גבי המזבח ונודע שהוא בן גרושה וחלוצה שעבודתו כשירה אמר ר' עקיבא משל לעומד ומקריב על גבי המזבח ונודע שהוא בעל מום שעבודתו פסולה. אמר ר' טרפון אתה דמית לבע"מ ואני דמיתי לבן גרושה ולבן חלוצה נראה למי דומה כו' התחיל ר' עקיבא לדון מקוה פסולה ביחיד ובע"מ פסולה ביחיד ואל יוכיח בן גרושה ובן חלוצה שפסולו בשנים כו'.

האי בעל מום שפסולו ביחיד היכי דמי אי דקא מכחיש ליה מי מהימן. אלא דשתיק ודכותה בבן גרושה וחלוצה דשתיק וקתני מקוה פסולו ביחיד ובעל מום פסולו ביחיד ואל יוכיח בן גרושה שפסולו בשנים.

והקשה בתוס' בד"ה אמר ר' טרפון משל לעומד ומקריב על גבי המזבח. וז"ל וא"ת מאי משל הוא זה.

הרי במשל אפילו נודע שפסול הי' בשעת עבודה אפ"ה עבודתו כשירה כדמוכח בסמוך מקרא ובכי האי גוונא גבי מקוה אם נמצא שמדידתו היתה תחלה בטעות טהרותיו טמאות למפרע אפילו לר' טרפון. ואומר ר"י דבתרתי פליגי כו' ופליגי נמי במקוה שטבל בה כהן ועבד עבודה ובאו עדים והעידו שהי' המקוה חסר קודם הטבילה ר' טרפון אומר כשירה העבודה מידי דהוי אבן גרושה וחלוצה ואהא קאי המשל עכ"ל התוס'.

וכמובן תירוץ התוס' דחוק מאד דהרי לא נזכר מאומה בברייתא המחלוקת דהעידו שטבל במקוה חסירה. וגם לפירוש התוס' מה שהודוה ר' טרפון לר' עקיבא הוא רק בהאי מחלוקת דהעידו שטבל במקוה חסירה.

אבל במקוה שנמדדה ונמצאת חסירה. בזה לא מצינו שהודוה ר' טרפון.

א"כ הי' לנו לפסוק כר' טרפון כדקיי"ל בכתובות אין הלכה כר' עקיבא לגבי ר' טרפון. וגם בכלל הסוגיא קשה מאד אטו משום דדמיאמקוה לבע"מ בדין דפסולו ביחיד.

יהי' ג"כ שוים בדין דנמדד ונמצא חסר מאי ענין זה לזה: ונראה לי דהנה התוס' הקשו איך אמר אביי היא היא דאשתו זינתה בעד אחד והלה שותק דנאמן. והרי אין דבר שבערוה פחות משנים.

ונראה לי לבאר טעם מחלוקת אביי ורבא. דהנה לעיל ביארנו דהיכא דעד אחד בא לחייב איש אז לא נתנה לו התורה נאמנות.

אבל אם לא בא לחייב איש בזה נאמן. והנה היכא דבא ואמר טהרות של פלוני נטמא. הנה יש בזה דיני איסור והוי כעד אחד באיסורין. ויש לומר שמשום זה יהי' נאמן. או דנימא כיון דבזה שהעיד שטהרות שלו הם טמאים הרי הוא מפסידו בעדותו. והויא כעדות לעון ולחטאת.

דהיינו כל שבא להפסידו דאינו נאמן. והנה מצינו הדין הזה גבי חטאת. דאם בא והעיד שאכל חלב בשוגג. נוכל לומר שיהי' נאמן כדין עד אחד נאמן באיסורין. ויש לומר כיון שע"י עדותו נפסד פלוני. שצריך להביא חטאת.

הויא עדות לעון ולחטאת דאינו נאמן. ומצינו דאמר קרא. או הודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים יכול אפילו אינו מכחישו ת"ל או הודע אליו מ"מ. הרי מצינו דאמרה התורה בכה"ג.

שיש לדין זה לאיסור וגם לחטאת. מצינו שאמרה התורה שאם אינו מכחישו נאמן. ואם מכחישו אינו נאמן. והנה אביי סבר דבאמת העדות הוא באיש. שהרי מפסידו וע"י עדותו נפסלו טהרותיו. ומחויב הוא להביא קרבן ע"י עדותו נמצא דהוא מפסיד ע"י.

והא דמהימן באינו מכחישו הוא דנתנה התורה כח לאדם. שיכול להאמין ע"ע עד אחד. והוא בשתיקתו מאמינו על עצמו. והא דאמרינן לא יקום עד אחד באיש. היינו דוקא היכא דלא האמינו. אבל בהאמינו על עצמו לחיוב נאמן.

וזהו כדאמרינן ביבמות פ"ז דמייתי ראי' מאו הודע אליו דעד אחד נאמן באיסורין ודחי ממאי דמשום דמהימן דלמא משום דקא שתיק ושתיקה כהודאה דמיא. היינו דבשתיקתו עושהו לעדות.

זהו סברת אביי ואולי מזה ילפינן ג"כ. דנאמן עלי אבא מועיל אף בלא קנין. אכן רבא סבר דהא דמהימן באין מכחיש העד. אין הטעם משום דשתיקתו הויא הודאה. אלא משום דבאמת עד אחד נאמן באיסורין. דילפינן מלא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת.

אבל קם הוא לאיסורין ואף דהכא בא להפסידו. י"ל לרבא דלא שייך כאן לא יקום עד אחד באיש דזהו רק היכא שב"ד באו לחייבו שלא מרצונו ודעתו אבל הכא הרי גם לדידי' הוא ספק.

ולגבי עצמו הרי הוא איסורין. דלגבי עצמו לא שייך לומר לא יקום עד אחד באיש שהרי כי היכא דלדידן מספקא לן אם נטמא הטהרות הכי נמי ספק הוא לבעל הטהרות וכיון דהאמינה תורה עד אחד באיסורין.

הרי חיוב עליו להאמינו. אלא דנתנה לו התורה כח לומר אינו מאמינך.

מדאמר קרא או הודע אליו. היינו דחזינן דאם יאמר אינו מאמינך.

אז נעשה עדותו באיש. אבל כשלא אמר תיכף אינו מאמינך.

ממילא נשאר נאמנותו כדין עד אחד נאמן באיסורין. (ועיין ביו"ד סימן קכ"ז סעיף א' ברמ"א ודו"ק): נמצא דמחלוקת אביי ורבא הוא בעד אחד שאמר נטמאו טהרותיך והלה שותק דנאמן.

לאביי הטעם אף שהעד אין נאמן בעדות כזה בשתיקתו הוא עושה אותו לעד. שהתורה נתנה כח לאדם להאמין על עצמו לחיובא.

(וכדאמרין בזה בורר נאמן עלי אבא כו'). אבל רבא לא ס"ל דבשתיקתו עושה לעד.

אלא רבא ס"ל דהיכא דאינו מכחישו אז נשאר נאמנותו כדין עד אחד נאמן באיסורין. דהיכא דלא אמר אינו מאמינך לא מקרי העדות באיש.

ומקרי עד איסור. שהרי לגבי עצמו הוא עד באיסורין.

נמצא דאביי לשיטתו שפיר אמר דאם אמר אשתו זינתה בעד אחד ושותק. ס"ל לאביי דמהימן אף דאין דבר שבערוה פחות משנים.

הלא כל עדות באיש אין פחות משנים ואעפ"כ באמר לו אכלת חלב ושתיק מחויב. הרי דנתנה לו התורה להאמין.

ושתיקתו היא האמינתו על עצמו. א"כ גם בדבר שבפרוה נאמן.

אכן לרבא הא דנאמן באמר לו אכלת חלב. אין הטעם משום דבשתיקתו מקבלו על עצמו לעד.

אלא הטעם דכשאינו מכחישו. ואינו אומר אינו מאמינך.

אז נשאר נאמנותו מדין עד אחד נאמן באיסורין. א"כ היינו דוקא היכא דיש להעד נאמנות אבל בדבר שאין להעד נאמנות כגון בדבר שבערוה.

אז אינו נאמן אם שותק שהרי לרבא שתיקתו לא הויא הודאה ורק דלא הויא הכחשה והכא בלא הכחשה. אין נאמן מדין דבר שבערוה: והנה פלוגתא דרבי טרפון ור' עקיבא במקוה שנמדד ונמצא חסר דר' עקיבא מטמא ור' טרפון מטהר הוא דר' עקיבא סובר העמד טמא על חזקתו ואומר לא טבל.

ולכאורה אם הטמא הזה נגע בטהרות. איך מטמינן הטהרות נימא העמד טהרות על חזקתם.

ועכצ"ל דכיון דכבר נפסק הדין דהטמא טמא. ממילא הטהרות טמאים ולא שייך לומר העמד טהרות על חזקתם שהרי נגעו בודאי טמא.

כיון שאמרין העמד טמא על חזקתו. ובשעה שמטמאין הטמא.

אין עומד חזקת הטהרות לנגד חזקת הטמאה. וא"כ תקשה איך אמרין העמד טמא על חזקתו.

ואדרבא נימא מקודם דיינינן על המקוה. ובשעה שנדין על המקוה.
הרי אז אין עומד חזקת הטומאה כנגד ונפסק הדין דהמקוה שלמה. וממילא נימא שהטמא
טבל במקוה שלמה שהרי כבר נפסק הדין דמקוה שלמה היא.
קודם שעמד חזקת הטומאה לנגד. וצ"ל דלא דמי דאיך נימא דיינינן על המקוה ופסקוה
לשלמה.

שהרי בשעה שטבל לא נולד לנו ספק. ועתה בשעה שנולד הספק הרי המקוה ודאי
חסירה.

ועתה אין לנו לדון על המקוה ורק על הטמא באנו לדון. וא"כ אמרינן העמד טמא
בחזקתו.

וזהו דקאמר בגמ' הרי חסר לפניך. פירוש על המקוה אין עליך לדון עתה.
שאם הי' לנו גם עתה ספק על המקוה. הי' לנו לומר מקודם דיינינן על המקוה ונפסוק
שהמקוה שלמה.

וא"כ לא יגרע חזקת טומאה למקוה. דחזקת טומאה הוא על האיש מזה אין לפסול המקוה
כמו דלא מגרעינן חזקת הטומאה של הטובל מטעם חזקת טהרות שנוגע בהן.

מטעם דעיקר הספק באיש הטובל. הכי נמי עיקר הספק בהמקוה.

אבל כיון דהרי חסר לפניך. פירוש א"כ על המקוה אין כאן ספיקות.

ורק על הטמא נולד הספק. וא"כ העמד טמא על חזקתו ואין לומר דכ"ז שלא נמדד
המקוה נפסק הדין דמקוה שלמה היא.

ולא יוכל חזקת הטומאה לגרע. שהרי כ"ז שלא נולד ספק לא שייך לומר נפסק הדין.

אכן ר' טרפון ס"ל דגם כ"ז שלא נולד ספק שייך לומר נפסק הדין היינו כיון דמן הדין
הי' המקוה בחזקת שלמה. שהרי לא הי' לנו לפסוק שמא חסירה היא.

זה גופא מקרי נפסק הדין דהמקוה שלמה. נמצא דהמקוה בחזקת שלמה קודם שבא
האיש לטבול.

א"כ לא יוכל חזקת הטומאה לגרע חזקת המקוה. כיון שכבר נפסק הדין דשלמה.

ואף שלא נולד לנו ספק ג"כ מקרי נפסק הדין. וכמו דאין מגרע חזקת טהרת האוכלין
את חזקת הטומאה של הטובל משום דכבר נפסק הדין.

וע"ז מביא ר' טרפון ראי' מבן גרושה וחלוצה שעומד ומקריב ונודע שבן גרושה וחלוצה
הוא שעבודתו כשירה. וס"ל לר' טרפון דגזיה"כ בבן גרושה וחלוצה הי' דכיון שכ"ז
שלא נודע נפסק הדין דכהן הוא משו"ה עבודתו כשירה.

הרי חזינן דאף שלא נולד לנו ספק. ג"כ מקרי נפסק הדין.

וע"ז הביא ר' עקיבא ראי' אם נימא דטעם הכתוב דכל שנפסק הדין דכהן הוא. עבודתו
כשירה.

א"כ גם בבע"מ הלא כ"ז שלא נודע לנו מומו. הרי ה' הדין דכשר ולדידך דחזקה מספק מקרי חזקה.

א"כ גם בע"מ יכשר. אלא ע"כ בבן גרושה וחלוצה דהכשירה התורה אין הטעם. משום דכל זמן שלא נודע פסולו נפסק הדין דכהן הוא. אלא אדרבא דבאמת בן גרושה וחלוצה כהן הוא.

ורק שאמרה תורה בשעה שנודע פסולו לב"ד אז נפסל. וא"כ שייך שפיר לומר כ"ז שלא נודע לא נפסל וכהן כשר הוא.

דהיכא דבעינן שיפסול בזה שייך שפיר דכל זמן שלא נודע עדיין פסולו כשר הוא. אבל בבע"מ דבאמת פסול הוא אף שלא נודע פסולופסול הוא.

וא"כ אין ראי' שחזקה מספק יקרא חזקה. שהרי במקוה ג"כ בודאי דפסולה המקוה אף שלא נודע.

וצריך רק להתודע. חזקה מספק שלא נודע הספק לא הויא חזקה.

וזהו שמביא ר"ע ראי' שבן גרושה וחלוצה כהן הוא ורק שצריך לפסול שאמרה התורה כשנודע פסולו אז נפסל שהרי בן גרושה וחלוצה פסולו בשנים ובע"מ פסולו ביחיד וכמו שנבאר. דהנה לעיל ביארנו דעד כשבא להעיד אם בשעת מעשה לא ה' הדין דלא יקום כו' אז נאמן כבי תרי.

ואם בשעת מעשה ה' הדין דלא יקום אז אין נאמן. והנה הש"ש בשמעתא ב' הקשה על דברי המ"מ (פט"ו מה' איסורי ביאה) דכתב הרמב"ם פנוי' שזינתה ואמרה בן זה בן פ' הוא אם אותו פ' כשר הרי הבן כשר.

ואם אותו פ' ממזר אינה נאמנת להיות הבן ממזר ודאי על פיה כמו שביארנו. אלא יהי' ספק ממזר עכ"ל הרמב"ם.

וכתב המ"מ הטעם שאין האשה נאמנת לפסול ונאמנת להכשיר. דלהכשיר דבר תורה אין אנו צריכין לה דהא מדינא לא הוי אלא ספק ממזר וספק ממזר מותר גמור לבא בקהל.

אלא דרבנן גזרו והאמינוה בשל דבריהם. והקשה ע"ז הש"ש (בשמעתא ב' פי"ז) תינח בבתה.

בה מאי איכא למימר אמאי נאמנת על עצמה לומר לכשר נבעלתי הרי אם נבעלה לפסול אסורה לכהן מן התורה. (ועי"ש בדבריו דהוי איקבע איסורא).

ואמרתי לתרץ דהנה בספרי אמרינן (הובא בהגהת מיימוני בהלכות עדות פרק ה') לא יקום עד אחד באיש לכל ולכל לרבות להעלות לכהונה ולפסול. והיינו דאף דבכל התורה עד אחד נאמן באיסורין.

היינו דוקא היכא דהעד לא בא לפסול הגוף. אז אף שבא לגרע ולהפסידו.

כמו באמר לו אכלת חלב דמחייבו חטאת כיון דלגבי דידי' נמי הוי ספק לא מקרי עדות באיש רק עד איסור. אבל בבא להעיד על הגוף בזה בעינן דוקא שני עדים.

ומשו"ה אמרינן פסול הגוף הוי היינו בהעידו עליו כהן הוא ממזר הוא. דהוי דיני הגוף. אבל העידו עליו שנתחללה בביאה לפסול. לא מקרי פסול הגוף דפסול הגוף לא הוי רק לגבי זה כמו חלל הוא.

דהוי גוף אחר. אבל היא אם נפסלה.

הוי רק פסול עלי' לכהן. דמשו"ה כתב הרמב"ם דאם אמר אשה זו זונה נאמן.

(באופן דהיא לא הכחישתו. דבכה"ג לעלמא הוי עד איסור.

דאילו אם היתה מכחישתו. הרי עדות באיש לחטאת הוא.

שהרי מפסידה בזה שמעיד עלי' זונה היא. אבל היכא דהיא אינה מכחישתו בזה לעלמא הוי רק עד איסור).

דזונה לא הויא גוף אחר ומקרא דלכל ולכל דמרבינן דעל דיני הגוף אין נאמן עד אחד. הויא רק באופן שהגוף אחר כמו כהן הוא ממזר הוא.

חלל הוא.

אבל מה שהיא נפסלה לכהונה. לא הוי גוף אחר רק פסול.

לפי"ז מיושב קושית הש"ש דמאי מתרץ המ"מ דמשו"ה נאמנת לומר לכשר נבעלתי משום דהוי ספק ממזר דמותר מן התורה (אף באיקבע) דהתינח בבתה. בה מאי איכא למימר אכן לדבריננו ניהא דהנה הטעם דכשבדקין אותה ואמרה לכשר נבעלתי.

אף דהיכא דלא בדקנוה הוי ספק גמור. אעפ"כ מאמינין אותה הוא משום דעדוהה הויא באיסורין ועד אחד נאמן באיסורין אף היכא דנוגע הדבר לעצמו כמו בספרה לה דנאמנת אף דנוגע לעצמה.

וכדאייתא בתוס' (גיטין ב'). משו"ה הא דנאמנת ע"ע להכשיר שפיר הויא דהרי פסול של עצמה ל הויא פסול הגוף ועד אחד נאמן באיסורין.

אבל להעיד על הבת אם כשירה היא או ממזרת הרי פסול הגוף הוי. ועד אחד אין נאמן בפסול הגוף.

וא"כ איך נאמנת להעיד על הבת דהרי ילפינן מלכל ולכל דעדוהה הגוף אין נאמנת בשלמא ע"ע דלאו פסול הגוף הוי. נאמנת מדין עד אחד נאמן באיסורין אבל על הבת איך נאמנת.

לזה משני המ"מ דעל הבת נאמנת לומר לכשר נבעלתי. משום דפסול הבת לא הויא מדאורייתא דהרי ספק ממזר מותר מן התורה.

ומדרבנן אסור. והימנוה רבנן בדרבנן.

וזהו שמביא ר"ע ראי' דאם כדברי ר' טרפון, דכהן שהוא בן גרושה וחלוצה אינו כהן. ורק שהכשירה התורה כ"ז שהי' הדין דכשר לכהן.

א"כ איך נימא דעד אחד אין נאמן להעיד שבן גרושה וחלוצה הוא נהי דאינו נאמן להעיד שהוא חלל. אבל להעיד שאינו כהן ע"ז לא שייך דיני הגוף.

דזה אינו נאמן רק להעיד על הגוף. אבל להעיד שאינו כהן עי"ז יהי נאמן.

ע"כ דבן גרושה וחלוצה כ"ז שלא הועד עליו כהן הוא ורק דאמרה התורה כשיתודע אז נפסל. א"כ עדותו של העד אינו שאינו כהן אלא שבן גרושה וחלוצה הוא.

וע"ז עד אחד אינו נאמן דעדות הגוף הויא: ובזה מיושב דברי הרמב"ם שכתב (בפי"ב מהלכות מעשר הלכה י"ז) ז"ל חשוד שהעיד על של אחרים נאמן חזקה אין אדם חוטא ולא לו.

ואין צריך לומר ע"ה. ולפיכך ע"ה שאמר זה טבל וזה תרומה זה ודאי וזה דמאי אפילו בשלו נאמן.

והקשה הראב"ד ז"ל א"א אין דבר זה מחויב שהרי הנכנס לעיר. ואמר מי כאן מעשר ואמר אחד איש פלוני נאמן הקשו עליו בגמרא (ירושלמי) ועד אחד נאמן.

אמר ר' יוחנן קל הוא שהקילו באכסניא מפני חיי נפש. עיין שם בדבריו.

אכן לדברינו ניחא דהנה לכאורה תקשה כיון דקיי"ל חזקה אין אדם חוטא ולא לו. א"כ אמאי אין עד אחד נאמן בשארי דברים הא אין אדם חוטא ולא לו.

ועכצ"ל דהיכא דבעינן עדות שם לא מהני חזקה אין אדם חוטא ולא לו. דזה הויא נאמנות וכיון דאמרה התורה בעינן עדים שנים.

הרי לא האמינה התורה משום חזקה אין אדם חוטא ולא לו. ורק היכא דנאמן עד אחד ומטעם חשוד בעינן לפוסלו ע"ז אמרינן אין אדם חוטא ולא לו.

ובזה מיושב בפשטות קושית הש"ך על זה דאמרינן (בסימן נ"ו) בחו"מ דהשליש נאמן. אפילו הכחישו אחד מהן.

ואמר שלא עשאו שלישי אלא גזל ממנו. ג"כ השליש נאמן מטעם חזקה אין אדם חוטא ולא לו.

והקשה הש"ך מדברי הרא"ש בתשובה אם לוי עומד בפנינו ובידו שטר שיש לראובן על שמעון ואומר ע"מ כן נתנו לו שאחזירנו לשמעון כי מחל לו ראובן. וראובן אומר שקר הוא אלא ממני נפל ומצאו צריך לוי להחזירו לראובן כו' עי"ש בכל דברי הש"ך.

אכן לדברינו בפשטות ניחא. דהנה היכא דבעי עדות אז לא מהני חזקה אין אדם חוטא ולא לו.

אבל עדות לא בעינן רק בב"ד. אבל הוא על עצמו יש לו נאמנות מדין אין אדם חוטא ולא לו.

דכשהוא אומר ששליש הוא לתת לפלוני נאמן על עצמו. אבל אילו הי' הדבר ביד ב"ד.

אז לא היו מאמינים שהרי ב"ד בעי עדות וחזקה אין אדם חוטא ולא לו לא הויא עדות. נמצא דזה הדין דשליש יכול ליתן באמרו ששליש הוא.

הוא רק בפלוני שנותן לו ג"כ אומר בבירור כדברי השליש. דאז אין רשות ביד ב"ד למחות להשליש שלא ליתן דאין אדם חוטא ונאמן על עצמו אבל אי מי שהוא נותן לו אינו יודע.

נמצא דהוא יסמוך רק על דברי השליש לזכות בממון אחר. כמו דב"ד בעי עדים להוציא ממון.

ה"נ אסור לאיש לסמוך על דברי אחד וליקח ממון של פלוני. דהוא ג"כ אסור לו ליקח בלא שני עדים.

וכיון דבעי עדים. בזה לא מהני חזקה אין אדם חוטא ולא לו.

נמצא דבתשובת הרא"ש דמיירי ששמעון הודה שהוא אינו יודע. רק שסומך על דברי לוי.

בזה שפיר כתב הרא"ש דלוי צריך להחזירו לראובן. היינו דשמעון יתחייב לשלם לראובן שאין לו להאמין ללוי שמחל לו דלפטור עצמו מהחוב צריך עדים.

ואין לו לקבל השטר מיד לוי על סמך חזקה אין אדם חוטא ולא לו. דהרי בעי עדים.

וכן השליש שאמרו שנאמן מטעם חזקה אין אדם חוטא ולא לו. היינו דוקא שאין ביד ב"ד למונעו מלתת למי שאומר.

אבל אם אח"כ יתבענו מי שהדבר שלו. ויאמר לו גזלת ממני חפץ ונתתו לפלוני.

ע"ז דהויא תביעה בודאי יצטרך לשבע היסת. אבל זה לא יתחייב רק אחר שכבר נתן ודו"ק כי בזה מיושב כל קושית הש"ך שם.

ואין בזה המקום להאריך: ולפי"ז מיושב ג"כ קושית הראב"ד איך כתב הרמב"ם דחשוד נאמן להעיד זה מעשר דאין אדם חוטא ולא לו. והרי בירושלמי אמרו דעד אחד מי נאמן.

אלא קל שהקילו. אכן לפי הנ"ל דהרמב"ם מיירי במעיד על הפירות.

דשם לא בעי שני עדים דהרי עד אחד נאמן באיסורין. בזה מהני חזקה אין אדם חוטא ולא לו.

אבל בירושלמי דמיירי דעדו אינו על הפירות. אלא על האיש שהוא נאמן.

וכיון דעדו על האיש. הויא כמעיד כהן הוא דפסק הרמב"ם דבעינן דוקא שני עדים ליוחסין.

משום דעל הגוף בעינן שני עדים. והיכא דבעינן עדות לא מהני חזקה אין אדם חוטא ולא לו.

וכן הרמב"ם (בהלכה ח') דמיירי ג"כ בעדותו על האיש שהוא נאמן פסק דוקא באין מכיר אדם מומחה. אז התירו לו לסמוך על אחד מפני חיי נפש.

אבל אם מכיר מומחה. לא יקח אלא מן המומחה: נמצא דאף דבין לאביי בין לרבא אם אמר לו עד אחד נטמאו טהרותיך והלה שותק נאמן.

אבל אין טעם של רבא כטעם אביו. דטעם אביו הוא דבשתיקתו עושהו לנאמן. אף דאין להעד נאמנות דלאביו היא עדות באיש לחטאת. התורה נתנה לו כח להאמינו על עצמו.

וס"ל לאביו דשתיקתו היא האמנה. אכן לרבא ס"ל הטעם.

משום דכ"ז שאין מכחישו היא עד אחד באיסורין. ורק שיש לו רשות לומר אינו מאמינך ואז היא עדות באיש לחייב וכשאמר אינו מאמינך אז מבטל נאמנותו.

אבל בסתמא נאמן. נמצא דזה הדין דוקא כשהעד אמר והוא שתק אז בין לאביו בין לרבא נאמן.

אבל אם בא לשאול לב"ד פלוני העד אמר לי שנטמאו טהרותיך. ושואל איך יעשה אם יאמינו או לא.

נמצא לאביו דס"ל דאין העד נאמן בכה"ג דהוא עדות באיש ורק כששתק אז מאמינו על עצמו. אבל בבא לשאל אם יאמינהו.

כ"ז שלא שתק למה נאמר לו שיאמינהו על עצמו. אבל לרבא דהעד נאמן מצד עצמו ורק באמר אינו מאמינך אז היא עדות באיש.

אבל בבא לשאול אם יאמינו אמרינן לו דיאמינו. שהרי לרבא עד אחד נאמן באיסורין הוא כ"ז שלא אמר אינו מאמינך.

נמצא דסוגיא דקדושין. וסוגיא דגיטין הם שני דינין.

בקדושין מיירי היכא דכבר אומר נטמאו טהרותיך ושתק. אבל סוגיא דגיטין מיירי לגבי השואל עצמו כשאומר לו נטמאו טהרותיך אם צריך להאמין לו או לא.

נמצא דאזלי אביו ורבא לטעמייהו. דלאביו אין העד נאמן כ"ז שלא שתק.

משו"ה אמר הטעם דברישא נאמן משום דכל שבידו נאמן ובסיפא דאין בידו אין נאמן. אבל רבא דס"ל דהעד נאמן כ"ז שלא אמר אינו מאמינך.

משו"ה לדידי' ברישא נאמן בלא טעמא דבידו. אבל בסיפא אמר רבא הטעם משום דאשכחי' ולא אמר לי' מידי ולבתר הכי אשכחי' דאז היא הוכחה שאין נאמנות בדבריו.

שהרי הטהרות כבר הי' בחזקת ודאי שטהורים. ובכה"ג היא עדותו באיש לחטאת.

דאין נאמן עד אחד. וכן הרמב"ם חילק בין הדברים דבפי"ג מהלכות מטמאי משכב ומושב.

שם קאי אם בא העד ואמר והבעלים שתקו. או הכחישו איך הוא הדין.

בזה אין שייך כלל לחלק בין נאמן לו או אין נאמן לו. דהדין הוא אם הכחישו אין נאמן בכל גווני ואם שתק נאמן בכל גווני.

אבל בפיו"ט מהלכות פסולי המוקדשין שם קאי לגבי הבעלים אם צריכין להאמינו או לא. בזה כתב הרמב"ם דבשעת מעשה מחויב להאמינו.

אף אם אינו נאמן לו דלא נחשדו ישראל על כך. ובזה מיושב קושית הראב"ד שהקשה על הרמב"ם למה ליה הטעם דלא נחשדו ישראל על כך תיפוק ליה דכל שבידו נאמן. אכן לדברינו ניהא דהטעם דכל שבידו הוא לאביי. אבל לרבא לא אצטריך לטעמא דכל שבידו דהרי אף שלא בידו נאמן.

ואם נאמר באינו נאמן לו ע"ז לא יהני כל שבידו. דבידו ג"כ רק מדין בעלים ונאמנותו מדין עד אחד.

וכיון דאין נאמן לו אין מחויב להאמינו אף בידו. (ולאביי מיירי בנאמן לו).

ומשו"ה קאמר דלא נחשדו ישראל על כך דאף דבשאר דברים אין נאמן לו. בכה"ג לא נחשדו ישראל וצריך להאמינו.

אבל לאחר מעשה. אז אם נאמן הוא צריך להאמינו.

ואם אין נאמן לו שורת הדין שאינו נאמן ויכול לומר אינו מאמינך דאז הויא עדותו באיש והרוצה להחמיר על עצמו משובח: כללא דמילתא דדברינו. דהיכא דאמר לאחד דבר שיגיע לו מזה הפסד בשום דבר.

אם מאמינו הויא כעד איסור ונאמן. ואם מכחישו ואומר איני מאמינך אז הויא עדות באיש.

דצריך שני עדים. וכן ביארתי בכעין זה דברי המרדכי בפרק אחד דיני ממונות.

באחד שהטעה עדים שיאמרו שפלונית נתקדשה לו ואח"כ חזר בו עד אחד. ופסק המרדכי כיון דהיא מכחשת.

כ"ז שלא נחקרו העדים יכולין לחזור בהן. והקשו לפי"ז אף אם היתה מודה הרי בקדושין לא הויא הודאת בע"ד כמאה עדים.

ורק מטעם שויא אנפשא חתיכה דאיסורא. אכן לדברינו ניהא דהנה עדי קדושין לא בעי דרישה וחקירה וכיון דלא בעי דרישה וחקירה א"כ נגמר עדותם והויא הגדה.

ושוב אין חוזרים ומגידים אבל כיון דעדות שנתקדשה הרי הפסד הוא לה. הרי לא גרע מעדות ממון דבעי דרישה וחקירה.

מטעם שעדות באיש הוא נמצא דתליא בזה. אם היא אינה מכחשת א"כ לא שייך לומר שנבעי דרישה וחקירה מטעם שבאו להפסידה שהרי היא מודה.

ורק מטעם עדי קדושין בעינן שנים מטעם דאין דבר שבערוה פחות משנים. והויא רק עדי איסור דלא בעי דרישה וחקירה משו"ה לא היו יכולין לחזור בהן כדין כיון שהגיד שוב אין חוזר ומגיד כיון שכבר נגמר עדותם.

אבל כיון שהיא הכחישה א"כ עדות באיש הויא וצריך דרישה וחקירה וכל זמן שלא חקרו אותם יכולין לחזור בהם שהרי היכא דבעי דרישה וחקירה לא נגמר הגדתם כל זמן שלא חקרו אותם. ובזה מיושב ג"כ הירושלמי שהביא הרשב"א בקידושין (דף מ"ג) דאמרין האומר לשנים צאו וקדשו לי האשה.

הן הן שלוחיו הן הן עדין. והביא הרשב"א ירושלמי אמר ר' בון בר חייא נראין דברים בשקידשה בשטר אבל אם קידשה בכסף נעשה כנוגע בעדותו.

אמר ר' יוסי מכיון שהאמינתו תורה אפילו קידשתו בכסף אינו כנוגע בעדותו וכתב הרשב"א ע"ז וטעם דר' יוסי לא הבנתי. ולפי דברינו מבוארים דברי הירושלמי.

דהנה הרא"ש הביא בהשולח ירושלמי דאם עשה שליח צריך להחזיקו בפני שנים ואין השליח עולה משום שנים. הרי דצריך להחזיק בפני שני עדים אחרים מלבד השליח.

והקשו המפרשים הא אמרינן הן הן שלוחיו הן הן עדין ונראה לתרץ דהנה אמרינן בגיטין (י"ז) שנים שהביאו גט ממ"ה אין צריכין שיאמרו בפ"נ ובפ"נ דמה אילו יאמרו בפנינו גירשה מי לא מהימני. והנה התוס' פירשו הטעם דאין צריכין לומר בפ"נ ובפ"נ אף דעיקר הטעם משום חששא דלא יהי' עדים מצוים לקיים.

וא"כ הרי העדים ילכו ולא ימצאו לקיימם. ופירש הריב"א דכיון דהעדים אומרים שהבעל שלחם שוב לא חיישינן שמא החתים עדים פסולים.

נמצא דעיקר נאמנותם שאומרים שהבעל שלחם. א"כ תקשה למה אמרינן מה אילו יאמרו בפנינו גירשה.

אטו עדים צריכים למיגו דמשום הכי יהיו נאמנים לומר הבעל שלחם משום דמה אילו יאמרו בפנינו גירשה. הרי שני עדים אין צריכין למיגו: ונראה לי דהנה עיקר טעם הירושלמי דאין שליח עולה משום שנים משום דגדר עדות הוא רק כשמעיד על פלוני אבל על עצמו אין מועיל עדות.

אף שאין נפקא מינה לו כיון דעל עצמו הוא אין אדם מעיד על עצמו. וכן כתב הרמב"ם (בפי"ב מהלכות טוען ונטען).

דאם טען המערער שהשוכרים לא דרו בהבית ביום ובלילה אין עדות השוכרים מועיל להעיד שדרו ביום ובלילה. אף שאין הדבר נוגע להם כלל שהרי מיירי הרמב"ם היכא דנקיטי אגר ביתא בידייהו אעפ"כ אין יכולים להעיד מפני שהדבר תלוי בהם.

פירוש ולהעיד אנו דרנו ביום ובלילה הוי עדות על עצמן. דגדר עדות הויא רק על פלוני. פלוני עשה הדבר. אבל לא על עצמו.

ומשו"ה אין השליח נאמן להעיד על עצמו אני נעשיתי שליח דזהו עדות על עצמו. ומשו"ה שנים שבאו ממ"ה והביאו גט אין נאמנים כלל לומר נעשינו שלוחים.

ומשו"ה אצטריך לטעמא דמה אילו יאמרו בפנינו גירשה מי ל מהימני ואין הפירוש שנאמנים מטעם מיגו דכבר כתב הרמב"ן דהיכא דצריך עדות. והעדים אין נאמנים.

אז אף מיגו לא יועיל שמטעם מיגו לא נעשו עדים. אלא הכונה דכיון דהם יודעים שהבעל שלחם וכשהבעל שלחם לא חיישינן שחתם עדים פסולים נמצא דשנים שהביאו גט ממ"ה ומסרו להאשה בתורת שהבעל שלחם.

הרי הם מעידים עתה שהיא מגורשת. ולהעיד שהיא מגורשת על זה נאמנים.

וזהו דקאמר מה אילו יאמרו בפנינו גירשה מי לא מהימני. וכשמביאים גט הרי הם מעידים בפנינו נתגרשה.

ולפי"ז שפיר מיושב החילוק דאם עשה שליח צריך להחזיקו בפני שנים. אבל אם החזיקו רק בפני אחד לא מהני משום דלא יהי' לנו עדות שהיא מקודשת שהרי כשיבא השליח והעד להעיד שעשאו שליח.

לא נאמינו להשליח בעצמו שאין אדם מעיד על עצמו. והעד הרי הוא רק עד אחד. ואם יבאו העדים שנתקדשה בפניהם ע"י השליח ג"כ לא יוכלו להעיד שמאין ידעו שהוא שליח. אבל אם עשה שנים לקדש או לגרש הרי השלוחים בעצמם יודעים שהם שלוחים. נמצא דיוכלו לבא לב"ד ולהעיד אנחנו יודעים שפלונית מקודשת או מגורשת. כדאמרינן שם מה אילו יאמרו בפנינו גירשה מי לא מהימני: נמצא לפי"ז מיושב ג"כ דברי הירושלמי שהביא הרשב"א.

דהנה אילו היו עדי גירושין או קידושין צריכין דרישה וחקירה. לא היו נאמנין בסתמא לומר.

אנחנו מעידים שפלונית מקודשת. והיו צריכין לחקור ולדרוש מאין תדעו והיו צריכין לומר כן וכן הי' המעשה היינו שהוא שלח אותנו.

נמצא דנוגעים בעדותם הויא. אבל כבר ביארנו דהיכא דאין מכחשת אותם לא בעי דרישה וחקירה.

נמצא דיוכלו להעיד אנחנו יודעים שפלונית מקודשת. ולא יחקרו אותם יותר.

זהו דקאמר ר' יוסי מאחר שהתורה האמינתם. פירוש שהתורה לא הצריכה דרישה וחקירה.

נמצא דע"ז שמעידים אנחנו יודעים שמקודשת לא שייך לפסול מטעם נוגע בעדות. ועוד שעיקר פסול נוגע בעדות הוא מחששא דמשקר.

והנה הטעם דבעינן דרישה וחקירה הוא ג"כ מחששא דשמא משקרין. ואחרי שהתורה חששה למשקר רק בעדות שמעידין על איש להפסידו.

אבל בעידי קדושין דלא הצריכה התורה דרישה וחקירה הרי לא חששה התורה לחשש משקר. נמצא דגם פסול דנוגע בעדות אין בעדי קדושין.

שגם פסול דנוגע בעדות הוא. דכיון דנוגע הוא חסר הדרישה וחקירה שהרי צותה התורה לחקור ולדרוש שיתברר שאין אומר העד שקר.

והרי לא נתברר שיוכל להיות שאמר עדיין שקר. אבל היכא דלא צותה התורה לחקור ולדרוש הרי דלא חששה התורה למשקר.

א"כ גם נוגע אין פסול. משו"ה היכא דהיא אינה מכחשת דאז העדות לא הויא עדות באיש והוי רק עד איסור בכה"ג אין פסול נוגע.

וזהו דקאמר הירושלמי מאחר שהאמינתו התורה ולא חששה למשקר אין נעשה כנוגע היינו שנאמר שמעיד שקר משום נגיעתו דלא חששה התורה בעידי קדושין למשקר היכא דהיא אינה מכחשת. ומיושב ג"כ מה שכתב הרמב"ם נהג נזירות ע"פ עד אחד ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים לוקה שהקשה הש"ש למה דוקא נהג.

אכן לדברינו ניהא דכיון דבא להעיד שנדר בנזיר הרי הפסידו ועדות באיש הוא ואין עד אחד נאמן. אלא כיון דנהג נזירות על פיו הרי לא הכחישו והאמין להעד אז מקריא עד איסור דנאמן כשנים אבל העיד עד אחד שנדר בנזיר ושתה יין אז אף אם התרו בו שנים לא ילקה שהרי אף אם לא הכחישו.

שתיתו זו היא הכחשתו וכיון שאינו מאמינו הרי עדות באיש דאין נאמן. משו"ה כתב הרמב"ם דוקא נהג נזירות דאז כיון שלא הכחישו הויא עד איסור.

וממילא נאמן כשנים דכל שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים דילפינן מלא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת אבל לשאר מילי קם כשנים: היוצא לנו מכל הנ"ל דמה שחילק הש"ש בין שבא הרוב קודם המעשה דאז הולכין אחר הרוב משום דכבר הוחזק. אבל בשעת מעשה אין הולכין אחר הרוב ומביא ראי' מע"א דלוקין ע"פ ע"א ופירש מטעם הוחזק לפי דברינו אין הטעם משום דהוחזק.

רק בעד אחד אמרה התורה דקם הוא לאיסורין כשני עדים. אבל גבי רוב ממ"נ אם רוב כעדים.

גם בשעת מעשה נלך ואם רוב אינו כעדים גם מקודם לא יועיל. ועוד שהרי ראי' מפורשת דהולכין אחר הרוב אף בשעת מעשה שהרי אמרינן וארב לו וקם עליו פרט לזורק אבן לגו והיכי דמי דאיכא תשעה ישראלים ואחד עכו"ם מהו דתימא זיל בתר רובא קמ"ל דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי.

הרי דאילולי קבוע דכמחצה על מחצה היינו אומרים זיל בתר רובא אף דהרוב נולד בשעת זריקת האבן שהרי קודם זריקת האבן לא שייך לומר הוחזק. הרי דגם רוב שבשעת מעשה הולכין אחר רובא.

והדרא קושיא לדוכתא מדיינים דהולכין אחר הרוב וגם על עיקר הטעם מדוע בנפשות הולכין אחר הרוב ובדיני ממונות אין הולכין. ונראה לי דהנה התוס' בב"ק (דף כ"ו) פירשו דאף דרב ס"ל הולכין בממון אחר הרוב היינו דוקא במוכר שור לחבירו דלא מצי למימר קים לי בנפשך.

אבל גבי כד וחבית דמצי למימר קים לי בנפשי שאני מן המועט. בכה"ג גם רב מודה דאין הולכין אחר הרוב.

וקשה לי טובא. דא"כ מאי פריך בב"ב על רב דס"ל הולכין בממון אחר הרוב ממתניתין דהאשה שנתארמלה או נתגרשה היא אומרת בתולה נשאתני והוא אומר לא כי אלא אלמנה נשאתיך אם יש עדים שיצאה בהינומא וראשה פרוע כתובתה מאתים ואמאי לימא הלך אחר הרוב נשים.

ורוב נשים בתולות נישאת. ולפי דברי התוס' מאי קושיא דלמא כי קאמר רב הולכין בממון אחר הרוב היינו דוקא היכא דלא טען ברי.

כמו גבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דלא מצי למימר ברי לי שקנית לשחיטה. אבל היכא דמצי למימר קים לי גם רב מודה דאין הולכין.

וא"כ מתניתין דהאשה שנתארמלה דמיירי בודאי בטוען קים לי כדאמרינן בהאשה שנתארמלה דמתניתין בטוען ברי וברי א"כ מאי קושיא בכה"ג גם רב מודה דאין הולכין בממון אחר הרוב שהרי טוען קים לי שאלמנה נשאתיך: ונראה לי דאף דזה ברור כדברי התוס' דהולכין אחר דעת שניהם היינו אם המוכר הי' כונתו להקנות כד והלוקח כיון חבית.

לא קנה הלוקח כד כיון שלא הי' בדעתו לקנות כד והמוכר לא נתחייב לתת חבית כיון דלא הי' בדעתו לתת חבית היינו דוקא בכד וחבית דהם שני מינים. וממילא איך יקנה הלוקח כד.

כיון שאין ברצונו לקנות כד. וכן המוכר איך יתחייב לתת חבית כיון דלא הי' דעתו על חבית.

אבל במוכר שור לחבירו דהספק הוא רק לאיזה דבר קנהו או לשחיטה או לרדיא. בזה לא אזלינן כלל בתר דעת הלוקח דכיון שקנה סתם ולא פריש.

קנה לכל מילי. ודברים שבלב שבדעתו הי' על דבר אחד לאו דברים נינהו לבטל המכירה כיון דלא פירש ורק אם גם כוונת המוכר הי' להקנות על דבר אחד אז בטלה המכירה.

שאם גם הוא הקנהו לדבר אחד הרי ידע שטעות הוא במכירה (ועיין ברשב"ם ב"ב (צ"ב) ד"ה לשחיטה ז"ל דכיון דרובא לאו כלום הוא לא הי' למוכר לפרש אלא לוקח הוה ליה למימר לרדיא קא בעינא ליה ומדלא פריש הפסיד עכ"ל הרשב"ם). וכן מפורש ברמב"ם (פט"ז מהלכות מכירה הלכה ה') ז"ל הרמב"ם המוכר שור לחבירו ונמצא נגחן יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך במה דברים אמורים בשחי' הלוקח קונה לשחיטה ולחרישה.

אבל אם הי' יודע שהוא קונה לחרישה בלבד הרי זה מקח טעות וחוזר עכ"ל הרמב"ם. ואם נימא כדברי התוס' דאם הלוקח היה כונתו לחרישה אף שהמוכר לא ידע בטל המקח למאי קאמר הרמב"ם אם הי' יודע מאי איכפת לן דהמוכר לא הי' יודע כיון שנתברר לנו שאינו קונה אלא לחרישה הרי לא היתה כונתו לשחיטה.

אלא ע"כ דס"ל להרמב"ם דכיון דזבין בסתמא להאי שור לא אזלינן כלל בתר דעתא דלוקח דאף אם נתברר לנו שדעתו הי' לחרישה. ג"כ המקח לא בטל ורק בדעת המוכר תליא מילתא.

אם הי' יודע שקונה לחרישה. אז בודאי הקנה לחרישה.

אבל היכא דלא ידע יכול לומר לשחיטה מכרתיו לך. הרי דעיקר עיינינן בדעת המוכר למאי זבין.

וממילא רב דס"ל הולכין אחר הרוב. הוא אף היכא דאמר קים לי בנפשאי שהריהמוכר טוען בודאי לשחיטה מכרתיו לך.

ס"ל לרב הולכין אחר הרוב. ואמרינן הרוב מוכיח דזבין לרדיא.

כיון שרוב קונים לרדיא ומשו"ה פריך ממתניתין דבתולה נשאת לרב. ולפי"ז דין דכד וחבית אליבא דהרמב"ם דס"ל אזלינן בתר דעת מוכר גבי מוכר שור ונמצא נגחן.

לפי"ז יהי' הדין דוקא לשמואל דלרב אף היכא דטוען קים ליה אזלינן בתר הרוב. לפי"ז יהי' שפיר טעמא דשמואל דאין הולכין אחר הרוב.

דהנה הא דאמרה התורה הולכין אחר הרוב הוא דוקא היכא דמספקא לן. שם אמרה התורה זיל בתר רובא.

אבל היכא דודאי לן דלא הוי כרוב. לא אזלינן בתר רוב דאם יש ט' חנויות מוכרות בשר בבילה ואחת מוכרת בשר שחוטה.

הרי מותר ליקח בשר מן החנויות שמוכרות בשר שחוטה. ולא עוד אלא אף אם ימצא בשר פריש.

ויאמר אחד אני ראיתי שנפרש מן הכשירה בודאי דלגבי עצמו יהי' נאמן לאכול. ואין סברא כלל לומר דב"ד כשראו בשר פריש ואחד אומר שהוא ראה שנפרש מהכשירה ואכלו ילקוהו ב"ד מפני שיאמרו שבודאי הי' מט' חנויות הטריפות שהרי רוב הם.

בודאי דאין סברא כלל לומר כן. דהא דגזרה התורה אחרי רבים להטות היינו דוקא בספק.

אבל לא היכא שיודע בודאי וכיון דהוא אומר שודאי לו שהוא מן המועט מותר לו לאכול. והנה הא דב"ד מכריחין לאחד לשלם עיקר החיוב הוא על האדם לשלם.

וב"ד מכריחין אותו לקיים מה שמוטל עליו. נמצא כיון דביארנו דגבי מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן אזלינן בתר דעת מוכר אליבא דהרמב"ם.

א"כ שפיר אמר שמואל אין הולכין אחר הרוב דאיך יכופו ב"ד לשלם הרי הוא אומר ברי לי שאין אני מן הרוב ואימתי אמרה התורה זיל בתר רובא היינו בספיקא. אבל לא בודאי לו.

ואיך נכופו לחייבו. ולא דמי לדיני נפשות דהתם הדין על ב"ד שב"ד יהרגו את הרוצח. ואמרה התורה היכא דמספקא להו אם הרג טריפה או שלם זיל בתר רובא ובערת הרע. היינו דכיון דהחיוב להרוג הוא על ב"ד.

התורה אמרה זיל בתר רובא היכא דמספקא מילתא אף בדיני נפשות. אבל בדיני ממונות אין הדין על ב"ד אלא לכופו לשלם היינו לכופו אותו שהוא יקיים המוטל עליו ואיך נימא עשה מה שמוטל עליך.

מטעם זיל בתר רובא שהרי הוא אומר יודע אני דכאן לא הי' כרוב: אלא כל זה לא שייך אלא היכא דהספק במעשה כמו במוכר שור. וכמו באומר אלמנה נשאתיך דאיך נימא קיים מה שמוטל עליך הרי הוא אומר יודע אני בבירור שהיא לא היתה מן הרוב. והתורה לא אמרה זיל בתר רובא רק היכא דמספקא מילתא. אבל לא בודאי לי שאין זה כרוב.

וכן בגמל האוחז בין הגמלים ג"כ מיירי (לפי ס"ד דגמ') באומר ברי לי שלא הזיק גמל שלי. אבל בספק איך הוא הדין כגון גבי דיינים.

איך יאמר שיפסוק הדין כן אטו ב"ד הוא שהוא יפסוק הדין. הרי על ב"ד אמרה התורה שיפסקו הדין.

לא שבע"ד יפסוק. נמצא כיון דאמרה התורה אחרי רבים להטות הרי גם על זה מוטל שהוא יפסוק הדין כרבים.

ובזה ביארתי שבכמה דוכתי מביא רש"י דביטול ברוב ילפינן מאחרי רבים להטות. ולכאורה לא דמי דהתם שפיר איכא סברא כיון שרוב אומרים הדין כן צריך לילך בתר רוב.

אבל בנתערב לח בלח דבודאי יש כאן איסור. מניין שבטל האיסור המועט בתוך ההיתר. ואמרתי דהנה בדי"מ בעינן שלשה דיינים ובדי"נ בעינן דוקא עשרים ושלשה דיינים בשעת גמר דין ובפחות מכאן אף שבשעת משא ומתן הי' כולן אם בשעת גמר דין למשל לא יהי' רק שנים בד"מ ושלשה עשר בד"נ לא יועיל אף שכולם מחייבין ואם נימא דהטעם הוא רק משום דשומעין לרוב. א"כ נשאר רק שנים בד"מ ושלשה עשר בד"נ. וע"כ דכשיש רוב מחייבים אז גם המיעוט בטל לגבי רוב והוא ג"כ נחשב בכלל המחייבין. הרי דמיעוט בטל בתוך הרוב.

וא"כ גם בדי"מ אזלינן בתר רוב בדיינים שהרי בדין לא שייך לומר שהוא יאמר איך הדין. שהרי הדין על ב"ד לפסוק והחויב לילך בתר רבים הוא על ב"ד.

נמצא דעתה כולם מחייבים. ושפיר אמר ק"ו מה בד"נ אזלינן בתר רובא דהיכא דהספק בדין לא במעשה.

בזה ממון ק"ו מנפשות דהרי בכה"ג לא שייך לומר ברי לי כנ"ל: ולפי"ז מיושב קושית התוס' בכתובות שהקשה איך אמרינן בתינוק שנמצא מושלך. דאם רוב ישראל ישראל. למאי הילכתא להחזיר לו אבידה. דהרי קי"ל אין הולכין בממון אחר הרוב.

אכן לדברינו ניחא דהנה הא דאין הולכין בממון אחר הרוב הוא מטעם דלא אזלינן בתר רובא רק בספק ולא בודאי והכא הרי ברור לו. נמצא דהיכא דמספקא ליה כמו דאמרה התורה על ב"ד שילכו אחר הרוב.

כן אמרה התורה על כל אחד לילך אחר הרוב היכא דמספקא ליה מילתא. נמצא כשמצא אבידה ונמצאת של התינוק כיון דהוא אינו יודע אם ישראל הוא או עכו"ם.

מוטל עליו החיוב לילך אחר הרוב. ולסמוך על זה שישראל הוא ויחזור לו האבידה. שהרי אמרה התורה היכא דמספקא מילתא זיל בתר רובא. ולפי"ז מיושב בפשטות דברי הרמ"ה שכתב היכא דהכסף עדיין ביד הלוקח.

לא מיבעיא היכא דרובא נינהו אלא אפילו כי הדדי נינהו חזקת ממונא עדיפא והממע"ה. והקשו עדיפא הוי לרמ"ה למימר דאפי' רוב לשחיטה אין מוציאין מיד הלוקח שהרי אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מיד המוחזק. אכן לדברינו ניהא דהנה ביארנו דבמוכר שור לחבירו. ונמצא נגחן בכה"ג דהשור ודאי קנה.

אלא דמספקא לן אי הקני' הי' לרדיא או לשחיטה. בזה אזלינן בתר דעת המוכר. ואם המוכר מכר לשחיטה אף שהלוקח הי' בדעתו לרדיא כיון דלא פירש וקנה בסתם. דברים שבלבו אין מבטלין המכירה.

ועוד ביארנו דעיקר טעם דאין הולכין בממון אחר הרוב. הוא משום דהתורה לא אמרה זיל בתר רובא.

אלא בספיקא. לא בודאי וברור לו.

אבל בספק לו מוטל עליו בעצמו לילך בתר רובא. מעתה שפיר כתב הרמ"ה דוקא אם כי הדדי נינהו לרדיא ולשחיטה.

אז אם לא נתן הלוקח דמים. אין מוציאין דמספק אין מוציאין ממון.

ודילמא גם המוכר לא מכר אלא לרדיא והוי מקח טעות. אבל אם רובא לשחיטה בכה"ג אף אם לא נתן מחויב ליתן שהרי עיקר הדבר תלוי בדעת המוכר ואם המוכר מכר לשחיטה אף שהוא רצה לרדיא המקח לא בטל דהוי דברים שבלב.

א"כ כמו שמוטל על ב"ד הדין לילך אחרי רבים כן מוטל עליו בעצמו לילך אחר רובא. שהרי היכא דמספקא ליה אמרה התורה זיל בתר רובא.

והיכא דמספקא ליה אם המוכר מכר לרדיא או לשחיטה מוטל עליו לילך בתר רובא לברר מזה שמכר לשחיטה וצריך לשלם הדמים משו"ה לא קאמר הרמ"ה רק אי כהדדי נינהו אז אין מחויב לשלם אם לא נתן: סימן כט סוגיא דעובר ירך אמו. ויתבאר בע"ה הרבה חילוקים ויבאר סוגיא דתמורה כ"ה אם שיירו משויר.

ויחקור אי עובר הוי דבר שכא לעולם: דף מז גמרא אמר רבא פרה שהזיקה גובה מולדה מ"ט גופא היא. ועיין בתוס' דהטעם משום דעובר ירך אמו הוא.

והנה הרמב"ם פסק כן דפרה שהזיקה גובה מולדה הרי דהרמב"ם פוסק דעובר ירך אמו הוא. והנה בתמורה (דף כ"ה) אמרינן אמר ר' יוחנן הפריש חטאת מעוברת וילדה רצה בה מתכפר רצה בולדה מתכפר מ"ט קא סבר ר' יוחנן אם שיירו משויר עובר לאו ירך אמו הוא דהוה ליה כמפריש שתי חטאות לאחריות רצה בה מתכפר רצה בולדה מתכפר הרי דאם נפסוק עובר ירך אמו הוי וילד חטאת ולמיתה אזל.

א"כ הרמב"ם דפסק כרבא דעובר ירך אמו איך פסק (בפ"ד מהלכות פסולי המוקדשין). רצה בה מתכפר רצה בולדה מתכפר.

הא מגמ'משמע דאם נימא עובר ירך אמו. אין מתכפר בולדה.

והנה הלח"מ שם הקשה על דברי הרמב"ם. דבגמ' שם אמרינן מתיב ר' אליעזר היא שלמים וולדה עולה הרי זה וולד שלמים.

ואי ס"ד שיורי משייר הרי זה וולד שלמים. הרי זו שלמים בעי מיתנא אמר רב טבלא בר מינה דההיא הא אמר רב לתנא תני הרי זו שלמים.

וא"כ איך כתב הרמב"ם בהלכות מעשה הקרבנות היא שלמים וולדה עולה הרי וולדה שלמים. הרי הו"ל לומר זו שלמים אכן קושיא זו אינני מבין דבגמ' לא פריך אלא מהא דקתני וולד שלמים.

דולד שלמים משמע דאינו שלמים אלא מדין וולד שלמים היינו מלתא דאמה. ע"ז פריך כיון דשיירו משויר.

א"כ היא שלמים משום לתא דידה שהרי הקדישה לשלמים אם נימא דעובר לאו ירך אמו וחל עלי' קדושה בפני עצמה. ועיקר קשיא לי' לשון וולד שלמים.

אבל הרמב"ם דקדק בלשונו הרי וולדה שלמים ולא נקט בלשונו וולד שלמים. אלא וולדה שלמים.

וא"כ לא מטעם לתא דהאם רק מטעם דהיא עצמה שלמים. אבל הקושיא השני' שהקשה הלח"מ איך פסק הרמב"ם כר' יוחנן דאם שיירו משויר.

הא בגמ' אמרינן תיובתא דר' יוחנן מברייתא דהאומר לשפחתו הרי את שפחה וולדך בן חורין. אם היתה עוברה זכתה לו.

ואי אמרת עובר לאו ירך אמו אמאי זכתה לו והא תניא נראין הדברים שעבד מקבל גט מיד רבו של חבירו ולא מיד רבו שלו ואסיקנא בתיובתא. ואיך פסק הרמב"ם כר' יוחנן.

היא קושיא. ומה שתירץ הלח"מ משום דבתר הכי אמרו אם שיירו משויר תנאי א"כ לא קשה על ר' יוחנן דברייתא אתיא כר' יוסי הגלילי דס"ל אם שיירו אינו משויר והרמב"ם יפסוק כרבנן.

הנה הלח"מ בעצמו בהלכות עבדים (פ"ז ה"ה) הקשה. דא"כ הי' ליה להרמב"ם לפסוק דאם אמר לשפחה הרי את שפחה וולדך בן חורין לא אמר כלום מפני שעובר לאו ירך אמו.

והוי מקבל גט שחרור לחבירו מיד רבו שלו. והרמב"ם כתב דהוי כמשחרר חצי'.

הרי דאילולי הטעם הזה הי' מועיל השחרור וקשה דידי' אדידי'. ועיין שם עוד דדברי הרמב"ם בעצמם תמוהים שם.

שכתב הכותב לשפחתו מעוברת הרי את בת חורין וולדך עבד דבריו קיימין. הרי את שפחה וולדך בן חורין לא אמר כלום שזה כמשחרר חצי'.

והקשה הראב"ד ז"ל קשיא רישא לסיפא סיפא אמר דעובר ירך אמו א"כ רישא אמאי דבריו קיימין. אלא רישא דבריו קיימין דעובר לאו ירך אמו הוא.

וסיפא לא אמר כלום משום דלא בא לעולם. או משום דאין העבד מקבל גט לחבירו מיד רבו שלו עכ"ל הראב"ד.

והנה יש בכלל דברי הראב"ד שתי קושיות על הרמב"ם חדא דסתר רישא לסיפא. ועוד כיון דהרמב"ם פסק המזכה לעובר לא קנה הרי דעובר הוי דבר שלא בא לעולם.

א"כ למה ליה טעם דמשו"ה אם אמר הרי את שפחה וולדך בן חורין לא אמר כלום משום דהוי ליה כמשחרר חצי' תיפוק ליה דהוי דבר שלא בא לעולם. וגם בדין אי הוי עובר דבר שלא בא לעולם יש סתירה בדברי הרמב"ם.

שהרמב"ם פסק המזכה לעובר לא קנה הרי דס"ל עובר הוי דבר שלא בא לעולם. ואילו בפ"ז מהלכות אישות (ה' ט"ז) כתב הרמב"ם האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת בזה לא אמר כלום ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר עוברת הרי זו מקודשת.

ויראה שצריך לחזור ולקדש אותה אחר שתלד ע"י אבי' כדי שיכנוס אותה בקדושין שאין בה דופי עכ"ל הרמב"ם. הרי דס"ל להרמב"ם דאם הוכר העובר הוי דבר שבא לעולם.

וכבר השיגו הראב"ד שם שהוא נגד סוגית הגמ' בקידושין דמשמע דלא נאמר הלכה דאם הוכר עוברת מקודשת אלא לדעת ראב"י דאמר, אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ולית הילכתא כותי' דאמרינן בקדושין (דף ס"ב) האומר לחבירו כו' יתר על כן אמר רבי אליעזר בן יעקב אפילו אמר פירות ערוגה זו תלושין יהי' תרומה על פירות ערוגה זו מחוברין.

פירות ערוגה זו מחוברת יהי' תרומה על פירות ערוגה זו תלושין לכשיבואו שלישי ויתלשו והביאו שלישי ונתלשו דבריו קיימין. ואמרינן שם אמר רבה לא אמר ראב"י אלא בשחת דבי כיבשא.

אבל בשחת דבי שקייא לא. ורב יוסף אמר אפילו בשחת דבי שקיא.

כמאן אזלא הא דתניא האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה תהא מקודשת לי לא אמר כלום וא"ר חנינא ל"ש אלא שאין אשתו מעוברת אבל אשתו מעוברת דבריו קיימין כמאן. כשהוכר עוברת ודברי הכל.

כלומר בין לרבה ובין לרב יוסף. ובתור הכי אמר אביי ראב"י ור"מ ורבי כולהו ס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

הרי דהוכר עוברת דמיא לשחת דלא קנה אלא למאן דאמר אדם מקנה דבר שלבל"ע. והרמב"ם דפסק בהלכות תרומות דלא כראב"י.

דאף בשחת לא חייל תרומה עד שיביא שלישי ויעשה אז תרומה. א"כ איך כתב דבהוכר עוברת מקודשת אחרי דבגמ' השוו הדינים להדדי: וליישב כל זה נראה לי דהנה שם

בתמורה אמרינן מתקיף לה רבא ממאי דטעמא דר' יוחנן אם שיירו משוייר דילמא היינו טעמא דר' יוחנן דאדם מתכפר בשבח הקדש.

אמר ליה רב המנונא ר' אלעזר תלמידו דר' יוחנן וייתיב לקמי' דר' יוחנן ולא אהדר ליה האי שינויאי ואת אמרת טעמא דר' יוחנן משום דאדם מתכפר בשבח הקדש. והקשה בתוס' ז"ל תימא דהכא משמע דאית ליה לר' יוחנן אין אדם מתכפר בשבח הקדש.

ובפרק בתרא דכריתות כו' אלמא ס"ל דמתכפר וצריך לחלק בין שבח הקדש לתודה. לשבח הקדש דחטאת.

והכא בחטאת עכ"ל התוס'. והנה התוס' הקשו וכתבו בלשון אפשר לחלק ולדידי הדבר צריך עיון.

וקשה מאד דאיך רצה לומר. דמשו"ה הקדיש חטאת מעוברת וילדה רצה בה מתכפר רצה בולדה מתכפר הוא משום דאדם מתכפר בשבת הקדש.

פירוש ואף אם נימא דעובר ירך אמו הוא. ואיך נוכל לומר כן.

דבשלמא גבי תודה שייך שפיר לומר אדם מתכפר בשבח הקדש דהרי תודה שלמים. וולד תודה שלמים.

ומשו"ה יש לשאול אם מתכפר בשבח הקדש או לא. אבל וולד חטאת דלאו חטאת היא. רק וולד חטאת ולמיתה אזל. איך יתכפר בשבח הקדש.

בשלמא גבי תודה דולדה נמי קרב. שפיר שייך לומר דיתכפר.

אבל ולד חטאת למיתה אזל. אם נימא דעובר ירך אמו הוא.

דאז הולד אינו חטאת אלא וולד חטאת ולמיתה אזל. איך שייך לומר אדם מתכפר בשבח הקדש.

ונראה לי דהנה התוס' בב"ק שם ד"ה מ"ט הקשו אהא דאמר רבא פרה שהזיקה גובה מולדה והלא רבא בעצמו קאמר בחולין השוחט את הטריפה ומצא בן ט' חי דמותר. ועיין שם תירוץ התוס'.

ובחולין נ"ח אמרינן דאם נימא עובר ירך אמו. אף בעיברו ולבסוף נטרפו אסור אף להדיוט אם נימא עובר ירך אמו הוא.

ונראה לי דהנה בעובר ירך אמו יש לומר שני פרושים. או דהעובר אינו כלל בעולם.

ורק ביציאתו חל עליו דיני האם משום דעובר ירך אמו היינו כיון דנפרש מהאם חל על העובר דיני האם. משום דכל היוצא ממנו הרי הוא כמוהו.

והנה אם נאמר כן בודאי דולד טריפה יהי' אסור שהרי הוא יוצא מן הטריפה. וכל היוצא מן הדבר הרי הוא כמוהו ויש עוד לומר דעובר ישנו בעולם.

אלא דכל זמן שהוא במעי אמו הרי הוא כאבר מן הבהמה כרגלה וכידה. דעובר ירך אמו וכגוף אמו הוא.

ולפי"ז ניחא קושית התוס' דהנה ר' אליעזר דס"ל עיברה ולבסוף נטרפה אסור בודאי דס"ל עובר אינו בעולם ורק ביציאתו אז חל עליו דיני האם משום דכל היוצא ממנו הרי הוא כמוהו. אכן רבא דפסק עובר ירך אמו.

אין הטעם משום דחל עליו דיני האם. רק דרבא ס"ל עובר אבר הבהמה הוא כל זמן שבמעי אמו הוא כידה וכרגלה.

דמשו"ה אם הזיקה גובה מולדה משום דגופה הוא. ולפי"ז ניחא דהנה הא חזינן דאם נגחה בהמה בקרנה נאסרה כל הבהמה דהרי כן הדין דאם נגחה בקרנה כל הבהמה נעשה שור הנסקל.

וכן הדין בנרבעה חל איסור הרביעה על כל אברי הבהמה. דכן הוא הדין אם נרבעה כל הבהמה נאסרה.

ואם כן הולד שהוא ג"כ אבר הבהמה נאסר בכלל הבהמה. וזהו דקאמר רבא ולד הנוגח אסורה היא וולדה נגחו.

ולד הנרבעת אסורה שהרי היא וולדה נרבעו שהרי העובר בכלל אברי הבהמה הוא. אבל הא דטריפה אסורה אין הטעם משום דאם יש לה אבר שנטרף.

אז דין הוא דכל הבהמה אסורה. אין הטעם משום זה.

אלא דבאמת כל הבהמה נעשית טריפה שהרי כשנטרף אבר שהנשמה תלוי' בו. תלוי בו חיות הבהמה.

וכשיש נקב בהאבר הזה. הרי חסר חיותא דכל הבהמה וכולה נעשית טריפה.

נמצא דאם יש לה אבר שהוא אינו נטרף עם הבהמה היינו שמאותו אבר לא חסר חיות לא נטרף עם הבהמה דבעינן שיהי' טריפה וזה לאו טריפה הוא. דטריפה הוא פירש שחסר חיותא.

נמצא דעובר אף שהוא כאבר מן הבהמה. כיון דבטריפת הבהמה.

לא נטרף העובר דלא חסר ממנו חיות לא נטרף העובר ומשו"ה בשוחט הטריפה ומצא בה עובר מותר: ובאמת הדברים מבוארים בתוס' שם. אך ארוח לן שמעתא לתרין הקושיא.

איך פסק הרמב"ם דאם הפריש פרה מעוברת לחטאת וילדה רצה בה מתכפר רצה בולדה מתכפר משום דאם שיירו משוייר. והרי הרמב"ם פסק עובר ירך אמו שהרי פסק פרה שהזיקה גובה מולדה וגם וולד הנוגחת היא וולדה נגחו.

אכן לדברינו ניחא דהרמב"ם פסק כרבא דעובר ירך אמו. אין הטעם משום דביציאתו חל עליו דיני האם.

אלא משום דעובר הוא כאבר האם כידה ורגלה. והנה לפי"ז לא דמי כלל מקדיש לנוגחת.

דנוגחת דין הוא אם נגחה בקרנה נאסרה כל הבהמה ממילא. אבל בהקדש הרי הוא צריך להקדיש כל הבהמה.

אלא דבסתמא אמרינן דמסתמא מקדיש כל הבהמה היינו כל אבר ואבר שבה. אבל אם שיירו משויר.

שהרי הוא לא הקדיש האבר הזה. ואף דס"ל עובר ירך אמו.

כסברת רבא דעובר כאבר הבהמה דמי. אעפ"כ אם הקדיש הבהמה ושייר העובר.

על העובר לא יחול קדושה ואף דאמרינן אם הקדיש חוץ מרגלה פשטה קדושה בכולה. יש לומר דזה הוא דוקא.

באבר שבלעדו הוא חסרון בהבהמה שאיננה שלימה בלעדו. אז בכה"ג אמרינן פשטה קדושה בכולה דקרא כתיב בהמה שלימה אבל עובר אף אם אבר הבהמה הוא לא נוכל לומר שבלעדו חסרון בהבהמה שהרי הוא עתיד לאיתפרושי ממנה.

(וגם יש לומר כיון דיש לו חיות בפני עצמה לא הוי לגבי אבר שהנשמה תלוי בו ודו"ק). נמצא דאע"פ שעובר ירך אמו היינו שהוא אבר הבהמה בזה חלוק מן ידה ורגלה.

דבידה ורגלה. אם שיירו ולא הקדישה פשטה קדושה בכולה.

משום דכתיב בהמה וילפינן דאם הקדיש אבר שהנשמה תלוי בה פשטה קדושה בכולה ובעובר אף שאבר הבהמה הוא. כל הבהמה לגבי לאו אבר שהנשמה תלוי כיון דיש לו חיות בפני עצמו.

והוי רק הבהמה לגבי העובר כמו שמקדיש רגלה דלא פשטה בכולה. כן בהקדיש הבהמה לא פשטה קדושה על העובר כיון דיש לו חיות בפני עצמו וכיון דאם שיירו משוייר.

ממילא דכשהקדיש ולא שיירה. הרי הקדיש העובר הזה בפני עצמו והוי כמפריש שתי חטאות לאחריות.

וא"כ לא תליא דין זה כלל בעובר ירך אמו: אולם לפי"ז יקשה דברי הגמ'. דמאי פריך על ר' יוחנן מברייתא דהאומר לשפחה הרי את שפחה וולדך בן חורין אם היתה עוברה זכתה לו.

על דברי ר' יוחנן שאמר הפריש חטאת מעוברת. ואי ס"ד עובר לאו ירך אמו.

הא אין עבד מקבל גט לחבירו מיד רבו שלו. ולדברינו לאו קושיא היא כלל.

דבאמת העובר גופה היא והוי כהקנה לה אחד מאברי'. אבל הפריש מעוברת הוי כמפריש שתי חטאות כיון דצריך להקדיש כל אבר ואם שיירו משוייר.

ממילא כשהקדיש הוי כמפריש שתי חטאות לאחריות. וצריך לומר נהי דכיון שיכול לשייר א"כ כשהקדיש גם העובר הוי הקדש אחר.

אעפ"כ אח"כ מה שהעובר גדל. כיון דעובר ירך אמו הוא.

מה שהוא משביח וגדול יותר. אין זה השבח של האבר.

אלא השבח של החטאת. א"כ אם נימא אין אדם מתכפר בשבח הקדש.

אין יכול להתכפר בהעובר שהרי פתיך בי' הרבה שבח הקדש דאין יכול להתכפר ומדקאמר ר' יוחנן דיכול להתכפר בהעובר ע"כ דסבר עובר לאו ירך אמו כלל הוא ואינו נחשב לאבר הבהמה רק כאבר בפני עצמה. והשבח שמשביח הוא של עצמו.

וא"כ שפיר פריך לר' יוחנן מברייתא דהרי את שפחה וולדך בן חורין. דכיון דסבר ר' יוחנן דבהמה בפני עצמה.

ה"נ בעבד עבד בפני עצמו הוא. ואיך תוכל לקבל גט שחרור בעדו מיד הרב שלה.

וע"ז קאמר הגמרא תיובתא. דאיתותב ר' יוחנן מברייתא זאת.

וע"ז פריך רבא דילמא טעמא דר' יוחנן משום דאדם מתכפר בשבח הקדש והקשינו איך שייך לומר אדם מתכפר בשבח הקדש שהרי וולד חטאת לאו חטאת הוא. אכן לדברינו ניחא דרבא לטעמי' דס"ל עובר ירך אמו הוא היינו דהוא כאבר מאברי' ולדידי' אעפי"כ אם שיירו משוייר דכיון דהקדש הוא לאו איסורא דממילא.

רק הוא מקדיש כל אבר. נמצא דאם שייר העובר הוי שיור וכשהקדיש ולא שייר הרי הקדישו לחטאת.

ואי משום דעובר ירך אמו. וא"כ השבח שהשביח הוי שבח הקדש דילמא ס"ל אדם מתכפר בשבח הקדש.

אמר ליה רב המנונא ר' אלעזר תלמידי' דר' יוחנן ויודע דטעמא דר' יוחנן לאו משום הכי. אלא משום דס"ל עובר לאו ירך אמו כלל.

וס"ל לר' יוחנן דלמאן דס"ל דעובר ירך אמו היינו לר"א. העובר לא הוי כלל בעולם ורק ביציאתו חל עליו דינים דיני יוצא מן הדבר.

נמצא לדידי' אי אפשר לפרש משום שבח הקדש שהרי וולד חטאת הוא. וולד חטאת אינו חטאת שהרי כל זמן שהוא עובר אינו כלל בעולם.

ורק ביציאתו חל עליו הדינים. וא"כ לאו חטאת הוא הולד כלל.

ומשו"ה טעמא דר' יוחנן דס"ל עובר לאו ירך אמו כלל. דלא נחשב כאבר הבהמה.

דר' יוחנן לא ס"ל החילוק למאן דס"ל עובר ירך אמו שיחשב כאבר הבהמה. דהוא ס"ל דלמאן דס"ל עובר ירך אמו אין עליו דינים כלל.

רק שחל עליו דיני האם. והוא סובר דלאו ירך אמו.

וכשני בהמות נינהו. משו"ה איתותב ר' יוחנן בתיובתא מברייתא.

דמברייתא מוכח דאינו כשני בהמות. ובזה מיושב לי מאי דהוה קשיא לי מאי קאמר תיובתא דר' יוחנן מברייתא.

הא בעובר ירך אמו פליגי תנאי. ר"א ור' יהושע דר"א סבר עובר ירך אמו.

ור' יהושע סבר עובר לאו ירך אמו. א"כ לימא דברייתא אתיא כר"א דס"ל עובר ירך אמו.

ור' יוחנן יסבור כר' יהושע דלאו ירך אמו הוא. אכן לדברינו ניחא דכיון דס"ל לר' יוחנן דלמאן דס"ל דעובר ירך אמו הולד אינו בעולם כלל.

ורק ביציאתו חל עליו דיני האם. א"כ אי אפשר לאוקמא ברייתא כר"א שהרי לר"א איך תוכל לזכות השפחה בעד העובר השחרור דהרי אף מאן דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

מודה בזה דהקנין אינו חל אלא לכשיבא לעולם. אבל קודם שבא לעולם לא חייל. רק דמהני מעכשיו שלא יוכל לחזור דאח"כ נעשה למפרע והיינו דוקא אם אח"כ כשבא לעולם יכול לחול הדבר. אבל אם בשעה שבא לעולם.

אי אפשר לחול בודאי דגם מאן דס"ל אדם מקנה יודה דלא חייל. ועתה ממ"נ קשה אי ס"ל להברייתא דעובר ירך אמו היינו דהעובר הוי כלא בא לעולם.

ורק ביציאתו חל עליו דיני האם. דמשו"ה ס"ל לר"א דעברה ולבסוף נטרפה אסור הולד מטעם יוצא מן הטריפה.

א"כ איך תוכל לזכות בעד העובר. הרי כל זמן שהעובר במעי'.

הרי לא יוכל להשתחרר שהרי לא בא לעולם. ואם תזכה השפחה את השחרור בעד העובר לכשיבא לעולם.

הרי אף מאן דס"ל עובר ירך אמו היינו דוקא כשהוא עובר. אבל ביציאתו הרי אז אינו ירך אמו וגוף אחר הוא ביציאתו.

וא"כ איך תזכה השפחה בעדו אז השחרור הא אין עבד מקבל גט לחבירו מיד רבו שלו. וממ"נ לא חייל השחרור.

בשעה שהוא עובר אינו בעולם. וכשיוולד הרי אין העובר גופה ולא תוכל לזכות בעדו שאין העבד מקבל גט לחבירו מיד רבו שלו ור' יהושע דס"ל דעברה ולבסוף נטרפה מותר.

ס"ל לר' יוחנן דאליבי' העובר בשעה שהוא במעי אמו כשני גופי ניהו שהרי ר"א ידע דטעמא דר' יוחנן משום דשני גופים הם העובר והאם. א"כ לר"י בודאי האי ברייתא תיובת' דאם שני גופים הם.

איך זכתה בעד העובר. הא אין עבד מקבל גט לחבירו מיד רבו שלו.

אכן לרבא דהוא ס"ל עובר ירך אמו. אין הטעם משום דחל עליו דיני האם.

שהרי הוא אמר וולד הנוגחת היא וולדה נגחו. הרי דהטעם משום דהעובר נחשב כאבר מן הבהמה.

ולפי"ז ולד טריפה אינה אסורה שהרי הולד לא נטרפה. נמצא דבהקדש דהוא העושה ההקדש ואם שיירו משוייר.

שהרי האבר הזה לא הקדיש. א"כ אדרבה מברייתא זו הוי סייעת'.

דמשו"ה אם היתה עוברה זכתה. דנעשה כמו שהקנה לה אחד מאברי'.

נמצא הרמב"ם לטעמי' דפסק כרבא. שפיר פסק דאם שיירו משוייר.
והפריש חטאת מעוברת רצה בה מתכפר. רצה בולדה מתכפר.
שהרי האבר הזה הקדיש בפני עצמה. וגבי שחרור הביא דמשו"ה אם אמר לשפחה הרי את שפחה וולדך בן חורין.
הטעם דאין מועיל משום דהוי כמשחרר חצי'. אבל משום אין אדם מקבל גט לחבירו מיד רבו שלו לא קאמר.
שהרי לדידי' אף דפסק אם שיירו משוייר אעפי"כ העובר אבר הבהמה הוא. ואבר השפחה הוא.
וגופה הוא כידה ורגלה. ואילו הי' הדין דמשחרר חצי'.
הי' הדין דזכתה: ועתה נבוא לבאר יתר דברי הרמב"ם התמוהים (א) דהרמב"ם סותר את עצמו דברי שא כתב אם אמר לשפחה הרי את בת חורין וולדך עבד דבריו קיימין. הרי דאם שיירו העובר לא הוי כחצי'.
ובסיפא כתב דאם אמר הרי את שפחה וולדך בן חורין הוי כמשחרר חצי'. (ב) דהרמב"ם פסק דהמזכה לעובר לא קנה הרי דס"ל עובר הוי דבר שלא בא לעולם.
וא"כ בשחרר העובר. בלא טעמא דמשחרר חצי' לא הי' ליה לחול.
שהרי הוא ס"ל דבר שלבל"ע הוי. (ג) איך פסק הרמב"ם דאם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר עוברת ואמר אם ילדה אשתך נקבה מקודשת לי מקודשת.
והא בגמ' אמרינן דתליא בפלוגתא דרבה ורב יוסף אליבא דראב"י בשחת. וטעמא דראב"י בשחת הוא משום דס"ל אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם.
והרמב"ם פסק דאף בשחת לא חייל. וא"כ איך פסק בהוכר העובר מקודשת.
(ד) בכלל אין מובנים דברי הרמב"ם שכתב שצריך לקדשה אחר שתלד. כדי שיהי' קדושין שאין בהן דופי.
מהו דופי כיון דמקודשת. ואם מספקא ליה להרמב"ם הי' לו לכתוב דהוי ספק קידושין.
ונראה לי דהנה לפי שביארנו למעלה. דעובר ירך אמו הוא וכאבר מאברי' הוא.
והוי דבר שבא לעולם. א"כ איך הביאו הפוסקים בחו"מ (סימן ר"ט) דאם מכר עובר פרה אפי' היתה הפרה מעוברת לא עשה ולא כלום.
ואמאי כיון דהעובר הוי אבר הפרה. א"כ כמו שיכול להקנות אבר הבהמה כמו כן יכול להקנות עובר הבהמה.
דמאי שנא אבר הזה מכל האברים. שוב מצאתי שהקצוה"ח והנתיבות האריכו בזה.
והקצוה"ח האריך והוכיח דאם היתה הפרה מעוברת מכור שלא כדעת הב"י. מהא דכתב הרמב"ם אם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר עוברת מקודשת.
ומהא דאיתא בפרק יוצא דופן. דאתנן חל על עובר קדשים.

ועיין שם בדבריו דדעתו דלהרמב"ם אם היתה מעוברת יכול למכור. ותמוהים דבריו דהרי דברי הפוסקים דאפילו היתה מעוברת אין יכול למכור הוא תוספתא שלימה הובאה בהרא"ש (פ"ד דבבא בתרא) המוכר עובר שפחתו לחבירו לא עשה ולא כלום.

המוכר עובר בהמתו לחבירו לא עשה ולא כלום. וכמובן זה דוחק לומר דמיירי דוקא בלא הוכר העובר (וגם נראה לי דאם נימא דיכול למכור מטעם דהוי כאחד מאבריא א"כ אף אם לא הוכר העובר ג"כ הי' יכול למכור.

שהרי ישנו בעולם ואטו משום דלא חזינן לא יכול למכור אברי הבהמה הפנימים). והנה רבינו הנתיבות מצאתי שפירש ג"כ כיון דעובר אבר הבהמה משו"ה יכול למכור העובר. אלא דזה דאמרינן דאין יכול למכור מיירי כשאמר לכשתלד. ומכר לו וולד מעליא ואם ימות מן הבטן או ישחוט קודם אין לו בהולד כלום.

והנה מלבד דקשה עליו מפשטות התוספתא דקתני המוכר עובר בהמתו לא עשה ולא כלום הרי דמיירי במוכר העובר ולא נזכר כלל באמר לכשתלד. וכל דברי הנתיבות הם רק שהקשה דמוכח מקדושין דעובר הוי דבר שלא בא לעולם.

אבל מתוספתא זו לא זכר מאומה. וגם רבינו הבאר הגולה כתב ע"ז ז"ל הב"י לא כתב מוצא דין זה.

ולענ"ד שלמדו ממ"ש התוס' בקדושין (דף ס"ב) אהא דא"ר חנינא לא שנו אלא שאין אשתו מעוברת וכו' דאין הלכה כראב"י עכ"ל. והדברים תמוהים.

דהרי הרא"ש הנ"ל שהזכרנו הביא תוספתא מפורשת. ורבינו הגר"א זצ"ל.

הביאה בהגהותיו וכפי הנראה גם הנתיבות סבר דהרא"י רק מגמ' הנ"ל. ועל גמ' קידושין תירוצו עולה יפה דשם מיירי דאמר לכשתלד ובעת שהיא מעוברת לא הקנה כלום.

ומיירי שפירש כן. אבל התוספתא ביארה בפירוש שלא יקנה אלא לכשתלד.

ואם כן איך מסיק שם בתוספתא אלא מוכר פרה ומשייר עובר. אם מיירי בהתנה בפירוש שאין משייר אלא לכשיוולד.

ועתה אין לו כלום בהעובר. הא בכה"ג גם בשייר לא קנה דהרי אמרינן שם בב"ב דאין אדם משייר דבר שלא בא לעולם.

וע"כ דמיירי התוספתא בשייר בסתמא העובר. דאמר פרה אני מוכר לך ומשייר עוברת ומשום דמשייר לגבי' נפשי' בעין יפה משייר.

ושייר קנין בהפרה לעוברת. כמפורש שם בהרא"ש.

ולדברי הנתיבות בכה"ג היכא דאמר סתמא אף במוכר עובר פרה. שאמר עובר פרתי הנני מקנה לך קנה.

ואיך מחלק התוספתא דאם מכר עובר פרה לא עשה ולא כלום. ואם שייר קנה.

ממ"נ אם אמר בפירוש שאין משייר אלא לכשיוולד גם בשיור לא קנה דהוי שיור בדבר שלא בא לעולם. ואם בסתמא גם במוכר עובר מהני: ונראה לי דהנה בתמורה (דף ו')

אמרינן גבי פלוגתא דאביי ורבא דאביי ס"ל כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני.

ורבא ס"ל אי עביד לא מהני ואמרינן שם בגמ' והרי גזל דרחמנא אמר לא תגזול ותנן הגזול עצים ועשאן כלים צמר ועשאן בגדים משלם כשעת הגזילה תיובתא דרבא. אמר לך רבא שאני התם דאמר קרא והשיב את הגזילה אשר גזל כמה שגזל ולאביי האי אשר גזל מאי עביד לי' מיבעי ליה על גזילה שלו מוסיף חומש.

על גזילו של אביו אין מוסיף חומש והנה לכאורה הא דפריך בגמ' על רבא דס"ל אי עביד לא מהני מהא דשינוי קונה לכאורה לא קשה שהרי כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. היינו דוקא הכא דממילא לא הי' קנה.

ורק מעשיו גורמים. ואז אמרינן אי עביד לא מהני.

אבל היכא דגם אם הי' נעשה ממילא ג"כ הי' קונה. לא שייך אי עביד לא מהני.

דהא לא גרע מנעשה ממילא. וכמפורש שם בתוס' ד"ה רבא.

וא"כ בשינוי דאף שינוי הבא מעצמה קונה שהרי קיי"ל טלה ונעשה איל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה הרי דשינוי דממילא קונה. איך שייך למיפרך אי עביד לא מהני הא לא גרע מאילו נעשה ממילא.

ועכצ"ל דקושית הגמ' לא הויא אלא אם נימא עביד לא מהני: א"כ לא הועיל הגזילה שגזל ולא נכנסה לרשות הגזלן. והויא כנשתנה ביד הנגזל.

דבודאי אף אם נשתנתה קנוי' היא להנגזל דפרה דידי' נשתנתה. והנה מצאתי שהנתיבות (בסימן ל"ד) הוכיח דע"כ הקושיא דאי עביד לא מהני.

הוא על השינוי. דאי הקושיא על הגזילה.

א"כ אמאי לא פריך גם על יאוש ושינוי השם. אמאי קני.

ודבריו שגבו ממני. דהרי לאחר יאוש גם איניש דעלמא קונה.

ואדרבה איניש דעלמא קונה בלא שינוי השם. דמשו"ה אמרינן יאוש ושינוי רשות קונה.

היינו דלגבי מי שהוא אצלו שינוי רשות כיון דאצלו הוא לאחר יאוש קני. ורק גזלן לא יוכל לקנות מטעם דמחויב והשיב את הגזילה.

א"כ כיון שנשתנה השם. ואין על זה דין דוהשיב את הגזילה.

משו"ה קונה ביאוש דכיון דנשתנה קונה לאחר יאוש כאיניש דעלמא. א"כ איך שייך למיפרך ע"ז אי עביד לא מהני היינו כיון שלא הועילה הגזילה.

איך יקנה ביאוש ושינוי השם. הא באיניש דעלמא.

דגבי' לא שייך כלל מהני ואעפ"כ מהני וקונה. ורק גבי שינוי פריך.

שהרי איניש דלאו גזלן אינו קונה בשינוי ורק הגזלן קונה בשינוי משום דאהני גזילתו. ע"ז פריך כיון דאמר רחמנא לא תגזול נימא אי עביד לא מהני.

ויהי' הגזלן כאיניש דעלמא ולא יקנה בשינוי. אבל גבי יאוש ושינויהשם דשינוי השם לא בא אלא לסלק הגריעותא שגרע הגזלן מאיניש דעלמא שהרי איניש דעלמא קונה בלא שינוי השם.

בזה לא שייך כלל למיפרך אי עביד לא מהני. ומה שפירוש הנתיבות דברי הגמ' דהקושיא איך מועיל השינוי היינו בשינוי החוזר.

ובשינוי החוזר דוקא אי עביד בידים מהני. ובשינוי שאינו חוזר אף ממילא קונה.

ומשו"ה פריך אם קונה בשינוי החוזר נימא אי עביד לא מהני. שבשעת שינוי הוא עובר על לאו דלא תגזול.

ג"כ איני מבין דבריו. דממ"נ אם נימא דשינוי החוזר מדאורייתא הוי שינוי איך שייך לחלק בין שינוי החוזר דלא יקנה אלא בעביד בידים.

ובשינוי שאינו חוזר אף ממילא יקנה. מאין לנו לחלק ביניהם כיון דזה דאורייתא.

וזה דאורייתא. ואם נימא דיש גזיה"כ.

א"כ מאי פריך. ואם נימא דשינוי החוזר לאו דאורייתא.

ורק מדרבנן תקנוה מפני תקנת השבים. ותקנו רק בעביד בידים.

א"כ איך שייך למיפרך כל מלתא דאמר וכו' הא מדרבנן הוא מפני תקנת השבים: הן אמת שמדברי רש"י בב"ק (ס"ו) ד"ה שינוי קונה שפירש היכא דשני בידים. הרי דס"ל לרש"י דשינוי אינו קונה אלא היכא דשני בידים.

נראה לפרש לדברי רש"י דלא תקשה מטלה ונעשה איל ומגזל בהמה והזקינה דמשלם כשעת הגזילה. הרי לכאורה דשינוי קונה אף ממילא.

ונ"ל דרש"י ז"ל בלשונו הזהב העלה ארוכה, דז"ל רש"י גבי טלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו וקנאו בשינוי להא מילתא דאם טבח ומכר שלו הוא טובח ופטור מדו"ה. וכן פירש רש"י (בדף צ"ו) ד"ה נעשה שינוי בידו וקנאו לכך דאם טבח ומכר שלו הוא טובח.

הרי דדוקא להא מלתא. דרש"י ס"ל דהנה באמת יש שני פסוקים על שינוי.

חדא דהם ולא שינוייהם. ואידך קרא דוהשיב את הגזילה כדאיתא בתוס' ד"ה הם.

והנה רש"י ס"ל נהי דמהם ולא שינוייהם ילפינן דכשנשתנה הדבר לא הוי דבר ההוא שמקודם. דכיון דנשתנה הוי כדבר אחר.

וזה ילפינן מקרא דהם ולא שינוייהם. היינו כיון דנשתנה הדבר אין על זה איסור אתנן.

ולגבי גזילה עדיין לא ידעינן שיקנה הגזלן דבר הנשתנה. דנהי דנעשה דבר אחר אמאי יקנה הגזלן.

והוי הדבר כמונח ברה"ר דאטו אם מונח ברה"ר דבר מה ונשתנה כגון טלה שהי' באפר עד שגדל ונעשה איל. האם נימא דיכול אחר לזכות כיון דמטלה שלו נעשה האיל הא לא יוכל אחר לזכות בו.

ומשו"ה בגזילה שיהי' קנוי להגזולן בעינן קרא והשיב כו' אשר גזל. דגזיה"כ הוא דגזולן קונה הגזילה בשינוי.

א"כ דוקא היכא דשני בידים. ככל קנינים דעלמא.

אבל היכא דנעשה השינוי ממילא מדוע יקנה הגזולן. אלא אף דהגזולן לא קנה היכא דנעשה ממילא.

מ"מ זה ילפינן מקרא דהם ולא שינוייהם. דכשנשתנה הדבר מקרי דבר אחר.

נמצא גבי טבח ומכר דהחיוב הוא דוקא בטבח ומכר אותו הדבר שגזל ומשום ששנה בחטא. אם נשתנה הדבר ממילא.

נהי דלא קנה הגזילה דגזיה"כ דשינוי קונה הוי רק היכא דשני בידים. אבל אם טבח ומכר אחר שנשתנה ממילא.

אינו מחויב משום טביחה ומכירה שהרי זה ילפינן מקרא דהם ולא שינוייהם. דכשנשתנה נקרא חפץ אחר.

נמצא דהחפץ הזה החדש. לא הי' עליו גניבה מבית הבעלים שהגניבה הראשונה שהי' מבית הבעלים הי' על החפץ הראשון.

לא על זה.

והחפץ הזה כשטבחו או מכרו. כבר הי' שלא ברשות הבעלים.

והוי כגונב מבית הגנב דפטור מכפל. ואם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה.

ומשו"ה פרש"י דאם גזל טלה ונעשה איל נעשה שינוי בידו להא מלתא. דאם טבח ומכר להאיל.

אין משלם דו"ה. שהרי זה ילפינן מקרא דשינוי הוי כדבר אחר מקרא דהם ולא שינוייהם.

נמצא דהגניבה הראשונה לא הי' על האיל. והגניבה השני' היינו בשעה שטובח אף שהאיל עדיין של הבעלים שהרי כיון דנעשה ממילא לא קנה להאיל.

עכ"פ חיוב גניבה שישלם כפל בעד גניבת האיל אין כאן שהרי בעת טביחתו האיל הוי כגונב מבית הגנב. שכבר הי' ברשותי' קודם שטבחו.

ואם אין גניבה אין טביחה ומכירה וכן הא דאמרינן גזל בהמה והזקינה משלם כשעת הגזילה. נראה לי לתרץ ג"כ.

דהנה הקשו הפוסקים על דברי התוס' בב"ק נ"ו ד"ה פשיטא. דגבי שומר מחויב אם מסר לו פירות והרקיבו מקצתן.

אף דבגזולן אם גזל והרקיבו מקצתן אומר לו הרי שלך לפניך. משום דהוי היזק שאינו ניכר.

והקשו הא בב"ק מ"ד גבי החזיר שור שנגמר דינו למיתה משום דאתפסתי לתוראי בידים דמאן דלא מצינא לאישתעוויא דינא בהדייהו. פירשו התוס' דאם גומרין דינו של שור שלא בפניו.

הוי התפיסה היזק שאינו ניכר. ואין מחויב השומר.

ועתה ממ"נ אם הרקיבו מקצתן הוי היזק ניכר. אמאי אומר הרי שלך לפניך בגזלן הא היכא דניכר אין אומר לו הרי שלך לפניך.

דאף בהיזק שאינו ניכר. למאן דס"ל היזק שאינו ניכר הוי היזק.

אין יכול לומר הרי שלך לפניך כדאיתא בהנזקין נ"ג. וא"כ בהיזק ניכר לכו"ע אין יכול לומר הרי שלך לפניך.

וע"כ כיון דהרקיבו מקצתן אומר לו הרי שלך לפניך. ע"כ דהיזק שאינו ניכר הוא.

וא"כ בשומר אמאי משלם. הרי בהיזק שאינו ניכר אף בשומר אין משלם.

ונראה לי דהנה בגזלן תיכף כשגזל נתחייב דמים לשלם. אף שהגזילה בעין אעפ"כ מחויב לשלם.

שהרי אמרינן כל הגזלנין משלמין דמים כשעת הגזילה. ובאתבר ממילא אף דבשעה שנשברה שויא ד' אין משלם אלא זוזא כמו שהי' שוה בשעת הגזילה.

ואם נימא דמה שהגזלן מחויב דמים. הוא דוקא בשעה שנאבדה הגזילה אבל כל זמן שהיא בעין אין עליו חיוב דמים.

א"כ עיקר החיוב בשעה שנשברה א"כ הי' משלם כשעת האונס. וע"כ דגזלן תיכף בגזילתו מחויב דמים לשלם.

כדכתיב ושילם בראשו. אלא דיש עליו ג"כ חיוב להשיב הגזילה בעצמה כדכתיב והשיב הגזילה אשר גזל.

וכשהוא משיב הגזילה אשר גזל נפטר מחיוב הממון אבל כשנאנסה ולא נפטר מחיוב הממון נשאר עליו חיוב הממון נמצא דגזלן אין מחויב באונסין. רק שהאונס אין פוטר אותו דאונסו כמאן דלא עבד.

אבל כשמשיב הגזילה נפטר מחיוב הממון. נמצא דהרקיבו מקצתן לא נוכל לומר דהויא היזק שאינו ניכר.

שהרי ניכר לכל שהרקיבו המקצת אלא כיון שהרקיב רק מקצת עדיין שם הגזילה על הפירות ולא מקרי שינוי. וכשמשיב מקרי שהשיב הגזילה.

וכשמשיב הגזילה נפטר מחיוב הממון. ולא דמי להא דאמרינן בגיטין דאם היזק שאינו ניכר הוי היזק לא יוכל לומר בחמץ ועבר עליו הפסח הרי שלך לפניך.

דהתם כל החמץ נעשה איסור. ואם היזק שאינו ניכר הוי היזק.

הוי כנשתנה כל הדבר. ואין מקיים והשיב הגזילה אבל בהרקיבו מקצתן משום מקצת שהרקיב לא נשתנה כל הדבר.

נמצא כשהחזיר קיים והשיב הגזילה ונפטר מחיוב הממון שנתחייב בשעה שגזלו ועל מה שנרקב התבואה אין מחויב הגזולן. שהרי הגזולן אין משלם על הפשיעה שהרי תשלומו כשעת הגזילה.

אבל שומר דחיובו לשלם על היזק הפירות שהרי שומר אין משלם כשעת הגזילה וגבי שומר לא שייך שיפטר מטעם והשיב. והשומר מחויב לשלם בעד הפשיעה.

היינו בעד מה שהרקיבו מקצתן שהרי מה שהרקיבו מקצתן היזק ניכר הוא. ולפי"ז מיושב ג"כ מה שאמרינן גזל פרה והזקנה משלם כשעת הגזילה אף דרש"י ס"ל דשינוי אין קונה אלא היכא דשני בידים.

אבל זה פירשנו. היינו דוקא לענין זה לא הוי שינוי שיקנה הגזולן הגזילה שהוא גזיה"כ דשינוי הוי קנין בגזולן.

וקנין הוי רק בעושה בידים. אבל כשלא עשה בידים לא קנה.

אבל הדבר כבר איננו אותה הדבר שגזל דזה ילפינן מהם ולא שינוייהם. וא"כ לא יוכל לקיים בהם והשיב את הגזילה שהרי כבר נשתנה ורק שאין יכול לקנותם דכיון דהם של הנגזל אין יכול לקנותם בע"כ, רק בענין דאמרה התורה, היינו בעושה קנין שינוי בידים, נמצא דכשמישיב גזילה שנשתנית ממילא.

נהי דלא קנה אותה, אבל כיון דאין מקיים והשיב את הגזילה שהרי ד"א הוא. לא נפטר מחיוב הדמים שחל עליו בשעה שגזל, ומשו"ה אם הוזלה מכפי שגזל משלם כשעת הגזילה, ובזה נראה לבאר ולישב קושית הקצוה"ח.

דאיך אמרינן בתמורה לחד לישנא דאביי ורבא פליגי בשינוי קונה, היינו דרבא דס"ל אי עביד לא מהני שינוי אין קונה, והרי מצינו אדרבה דרבאס"ל בריש הגזול דשינוי קונה, אכן לדברי רש"י ניחא דהנה לרבא בלא גזירת הכתוב לא הוי קונה שינוי רק מגזיה"כ דוהשיב את הגזילה. אמרינן דגלתה התורה רק בעושה בידים קונה ע"י שינוי.

אבל לא בנשתנית ממילא. אבל לאביי דס"ל שינוי קונה מטעם דאי עביד מהני.

היינו דהועיל הגזילה והחויב להשיב הוא רק קודם שנשתנית. ולא לאחר שנשתנית.

נמצא לאביי אף בנשתנה ממילא קונה. נמצא דזהו דקאמר בשינוי קונה היינו אי מטעם גזיה"כ אז אין קונה אלא בעביד בידים.

ואי מסברא אף בנשתנה ממילא הדין כן: אך כל זה לדעת רש"י אבל כל הפוסקים פירשו דטלה ונעשה איל קונה אף דשינוי ממילא הוא וא"כ לדידהו אי אפשר כלל לפרש דהקושיא הוא איך מועיל השינוי. הא אי עביד לא מהני.

דכיון דשינוי ממילא נמי קונה. לא גרע בעושה בידים מאילו נעשה ממילא.

וע"כ דהקושיא הוא איך מועיל הגזילה וכדביארנו ואף לפירש רש"י אף דמפרש דאינו קונה אלא בעושה בידים. היינו דוקא להמסקנא דילפינן מוהשיב הגזילה אבל בתחילה דלא ידע עדיין מקרא.

וסבר כסברת אביי בודאי דמועיל אף ממילא. וא"כ בהקושיא בודאי דהקשה אמאי קונה שינוי הא כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד לא מהני היינו דהגזילה לא הועיל והוה כמונח ברה"ר.

והנה לפי"ז קשה מאי הקשה לרבא אבל לאביי ניהא. כיון דלא ידע דילפינן מקרא דשינוי קונה דילפינן מאשר גזל כעין שגזל דאילו ידע לא הי' מקשה לרבא.

וע"כ דלא ידע מקרא וא"כ מאי איריא דהקשה לרבא הא בזה גם אביי מודה דגזילה לא מהני. שהרי מבואר בכמה משניות דכל זמן שלא נשתנה הגזילה היא של הנגזל ומתניתין גופא דהגזול עצים נמי מוכח דדוקא כשנשתנה אבל אם לא נשתנה לא קנה הגזילה.

וכן מתניתין דגזל חמץ ועבר עליו הפסח. ואי ס"ד קונה תיכף בגזילתו, אמאי אומר לו הרי שלך לפניך, וע"כ דגם לאביי אין מועיל הגזילה שיקנה אותה, וא"כ גם לאביי תקשה אמאי מועיל שינוי כיון דגם לאביי אין מועיל הגזילה ומקרא דאשר גזל לא ידע עדיין, וגם להמסקנא לאביי לא דרשינן אשר גזל למעוטי אם נשתנה רק למעוטי שאין מוסיף חומש על גזל אביו.

ועכצ"ל דלאביי לא קשה, דהנה לאביי מקרא דלא תגזול באמת היינו אומרים דאם עבר אמימרא דרחמנא וגזל. יקנה אותה תיכף שהרי אי עביד מהני ס"ל לאביי אלא דגלי לן קרא והשיב את הגזילה דמזה ילפינן, דאין קונה גוף הגזילה, א"כ אין לך בו אלא חידושו דגוף הגזילה, הוי של הנגזל.

אבל הגזילה כבר נכנסת לרשות הגזול וקנינים יש לו בהגזילה, דמשו"ה אמרינן דאם חרש בשור הנגזל אין משלם אלא כשעת הגזילה משום שהגזילה כבר ברשות הגזול, ולא נתחייב בעד מה שחורש בשורו אף שאם בא אדם וחרש בשור חבירו, היכא דלא גזלו כמו בנחית לאגרא. או בבית דאין נגזלת מחויב לשלם בעד ההשתמשות אם הוה זה נהנה וזה חסר כגון בגברא דעביד למיגר וחרצ דקיימא לאגרא, ואילו בשור שגזלו אין מחויב לשלם בעד שהשתמש בו אף בזה נהנה וזה חסר.

משום דכשעומד ברשות הנגזל כגון בית דאין נגזלת, יש לו קנין בהבית שיחייב בעד ההשתמשות. אבל היכא דנגזלת.

אז אף דגוף הגזילה עדיין של הנגזל. אבל הקנינים בשבח של הגזילה כבר של הגזול דקרא דוהשיב את הגזילה לא בא אלא למעט גוף הגזילה.

אבל לא הקנינים, נמצא כיון דילפינן מקרא דהם ולא שינוייהם. דשינוי הוי כדבר אחר, וכל הגזילה כשנשתנית הוי כל הגזילה כשבח, דכיון דנשתנה הרי גוף הגזילה אין כאן, רק שהדבר של עתה בא מגזילה הקודמת והוי שבח הגזילה, נמצא לאביי דס"ל עביד מהני, לא קשה אמאי קונה שינוי.

דאף דזה מודה אביי דגוף הגזילה הוי של הנגזל דגלי לן קרא והשיב הגזילה, כיון דבלא קרא דוהשיב את הגזילה הי' קונה גם גוף הגזילה דהרי ס"ל עביד מהני. אין לך בו אלא חידושו היינו גוף הגזילה.

אבל שבח הגזילה, לזה הועיל הגזילה. דשבח הגזילה יהי' שייך להגזול.

נמצא בשנתנה, דגוף הגזילה אין כאן, דזה ילפינן מהם ולא שינוייהם. רק כיון שבא מהגזילה הוי שבח הגזילה כל החפץ.

לאביי שייך השבח דהוא כל הדבר שנשתנה להגזלן אבל לרבא דס"ל אי עביד לא מהני. ולא הועיל כלל הגזילה.

ועדיין ברשות הנגזל אף לגבי השבח, משו"ה פריך שפיר אמאי בנשתנה הגזילה קנה הגזלן. כיון דהגזילה לא הועיל כלל.

הרי יש קנינים להנגזל בהדבר שכל השבח שיצא ממנה יהי שלו וא"כ כשנשתנה ג"כ יהי של הנגזל, ומשו"ה הוצרך להביא קרא דאשר גזל כעין שגזל דגזיה"כ דהועיל הגזילה לזה: ועפ"ז יתישב מאי דאמרין בכל דוכתי' היורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות וזרעה אין לו אלא הוצאותיו.

אף דהשבח יתר על הוצאותיו. (ואף בדבר שאין זרעו כלה ג"כ הדין כן.

דלא אישתמיט בשום פוסק לחלק). ולכאורה תקשה אמאי לא יהי לו קנין בגוף הזרעים.

שהרי מזרע שלו יצאו הזרעים, ואמאי קונה בעל השדה זרעים של זה. אכן לדברינו ניחא דהרי יש לאדם קנינים בשדה שלו שהשבח וכל היוצא משדה יהי שייך לו.

וכיון דבשעה שמשביח זרעים שלו נשתנו ונעשה גוף אחר, דזה ילפינן מהם ולא שינוייהם. דשינוי הוה כדבר אחר.

אלא דהיכא דאין לאחר קנינים השבח הוא ג"כ של בעל הדבר. אבל הכא בשדה בשעה שנשתנה קנין השבח שייך לבעל השדה לא לבעל הזרע.

משו"ה שייך הכל לבעל השדה דבשעה שנשתנה הזרעים הי' לבעל השדה קנין שיקנה הזרעים בתורת שבח השדה. ולפי"ז מיושב בפשטות הקושיא שהקשינו, אמאי אין יכול למכור עובר, כיון דקיי"ל עובר ירך אמו, היינו כאבר מאברי', א"כ הרי יכול להקנות האבר הזה.

אכן לפי הנ"ל ניחא דאף דיקנה העובר. אבל הא לבעל הפרה יש קנינים בבהמתו, שכל שתלד ותשביח יהי שייך לו, והעובר הזה כל שעה הוא משביח.

ואחר כן כשילד ישתנה כדמוכח בהגוזל דלידה הוי שינוי. נמצא אף דהעובר בעצמו הוא של הלוקח כיון דהשבח אינו של בעל העובר שהרי לא קנה פרה לעוברה.

ואין לו רק העובר. אבל בהפרה אין לו קנינים הוי דומיא דזרק אחד זרע שלו לתוך שדה אחר דביארנו דקנה בעל השדה משום דבשעה שנשתנו הזרעים הי' קנין לבעל השדה שיקנם בתורת שבח, ה"נ קונה אח"כ בעל הפרה את העובר, דבשעה שהוא נשתנה, שמשביח ויצא לאויר העולם.

דנעשה אז דבר אחר, באותה שעה יש לו לבעל הפרה קנינים שיקנה העובר בתורת שבח בהמתו. ולבעל העובר אין קנינים, שהרי העובר נשתנה וכנ"ל.

ולפי"ז ניחא קושית הקצוה"ח שהקשה, כיון דאין יכול למכור עובר פרתו. איך חייל אתנן על עובר בהמת קדשים.

אכן לדברינו ניחא. דהנה קנינים לא שייך אלא בקניני דמים.

אבל בקדושת מזבח לא שייך שיהי' קנינים למזבח, שכל שתלד הפרה יהי' קנין המזבח שהרי סברינן הכא וולדות קדשים בהויתן הן קדושין, דאין קנין להמזבח שכל שתשביח הבהמה יהי' קנין המזבח. והא דקדשי כשנולדו, הוא דין דולדות קדשים קדושין לא מטעם קנינים.

אלא דיש על הולד דין חדש, שולד קדשים קדוש. וולד חטאת למיתה.

והא דולד קדשים קדוש לא אמרה התורה אלא היכא דאין על העובר דין אחר. אבל היכא שיש על העובר דין אחר כמו בהקדישה לדבר אחר דקדשה, וכיון דביארנו דבאמת הי' יכול למכור עובר פרה.

אלא דהחסרון משום דאח"כ יקנה בעל הפרה בשעה שהעובר ישתנה מטעם שבח פרתו. אבל היכא דאין קנינים לבעל הפרה, בכה"ג הוי כעובר שלו עומד ברה"ר ונשתנה, נמצא אם הקנה לאחד עובר שבמעי בהמת קדשים דאין קנינים למזבח לקנות בוולד בהמת קדשי מזבח.

בכה"ג קנה הלוקח, משו"ה בנתן לה אתנן חייל דיני אתנן שלא יחול אח"כ דיני וולדות קדשים: ולפי"ז מיושב ג"כ דברי הרמב"ם מאי שאמר דהאומר לשפחתו הרי את בת חורין וולדך עבד דבריו קיימין ואם אמר הרי את שפחה וולדך בן חורין לא אמר כלום שהוא כמשחרר חצי'. והקשה הראב"ד דסתר רישא לסיפא.

אכן לדברינו ניחא דאף שביארנו דס"ל עובר ירך אמו הוא והוי כאבר מאברי', אעפ"כ ביארנו דפשטה קדושה בכולה לא שייך בכאן. דזה הוי רק היכא דשייר אבר דבלעדו הי' חסרון בהבהמה.

ובלעדו לא מתקריא בהמה שלימה. אבל עובר כיון דעתיד הוא לאיתפרושי ממנה, לא מקרי חסרון בהבהמה מה ששייר העובר.

דהבהמה מקריא בהמה שלימה, גם בלא העובר כיון דעתיד הוא לאיתפרושי ממנה. ה"נ גבי שחרור דג"כ כהקדש הוא שהוא משחרר.

ויכול לשחרר כולה. ויכול לשחרר חצי', אלא דילפינן מקרא דומיא דאשה דכולה ולא חצי'.

היינו דוקא שאין יכול לשייר אבר כזה, שבלעדו חסרון בהעבד שאין משחרר עבד שלם, כמו בשייר ידו, דזה הוי דומיא דאשה דכולה נתגרשה. אבל עובר אף דאבר השפחה הוא, אם ישיירו ולא ישחררו.

לא נקרא חסרון שלא שחרר עבד שלם, שהרי כיון דהאבר הזה, היינו העובר עתיד לאיתפרושי ממנה, מקרי עבד שלם גם בלא האבר. וכן העובר בלא השפחה, ג"כ לא מקרי חצי עבד כיון דעתיד לאיתפרושי ממנה ויהי' עבד שלם, ואין חסרון לגב' מה ששייר השפחה כיון שהוא יהי' אח"כ עבד שלם, ומשו"ה אם הקדיש עובר מקריא הקדיש חטאת שהרי העובר הזה עתיד להיות וולד שלם, אלא דמשו"ה אין מועיל בשחרר רק העובר ולא השפחה.

שהרי אמרה התורה האשה וילדי' תהי' לאדוני' פירוש אף שבא בן חורין על שפחה. א"כ העובר פתיך בו חירות, אעפ"כ אמרה התורה דכל מה שהשפחה תלד יהי' עבד.

אף שבא מבן חורין, דיש לו קנינים בשפחה שלו שכל שתלד יהי' עבד, משו"ה אם שייר השפחה ושחרר העובר אין מועיל שהרי יש לו קנינים בשפחתו. אלא דיש לומר כיון שהקנה לה אחד מאברי' הרי שחרר השפחה לעוברה.

והוי כמוכר פרה לעוברה. לזה קאמר הרמב"ם דהוי כמשחרר חצי' פירוש דשחרור שפחה לעוברה לא מהני, כמו שחרור חצי' דלא מהני דילפינן מאשה דשחרור כגט הוא. לא קנינים. וכל זה בשחרר העובר ושייר בשפחה.

אבל בשחרר השפחה, ושייר העובר. בת חורין אין לה קנינים בעצמה שכל שתלד יהי' בן חורין דבן חורין אין לו קנינים, רק ממילא הוא דנולד מבת חורין הוא בן חורין דאמאי יהי' עליו דין אחר.

נמצא היכא דשחרר השפחה ושייר העובר, כיון דהעובר הוי עבד כשנולד נולד עובר שלו, ועובר שלו השביח, וחסרון בהשפחה שתקרא חצי' משום ששייר העובר לא הוי. כיון דעתיד לאיתפרושי ולא קשה ג"כ ממאי דקאמר הרמב"ם המזכה לעובר לא קנה דאין טעם הרמב"ם משום דעובר הוי דבר שלא בא לעולם דהרי ביארנו דעובר הוי דבר שבא לעולם, אלא דירך אמו הוא היינו כאבר מאברי'.

והנה המקנה לאדם, אין הכוונה שמקנה לאבריו, אלא להאדם בעצמו. אבל אם יאמר לאחד הנני מקנה דבר זה לידך בודאי דלא יקנה.

נמצא כיון דעובר ירך אמו הוא, והוא הקנה להאבר הזה לא קנה. אבל גבי קדושין הא אמרינן בקדושין מניין שאין קדושין תופסין בא"א, וילפינן מהקישא דר' יונה, הרי דאילו לא הי' הקישא דר' יונה הוי אמינא דקדושין תופסין בא"א, הרי דא"א אין קנוי' לו כדבר שהוא שלו, דאם הי' קנין אישות כשארי קנינים אטו אצטריך קרא שאם מכר לאחד דבר מה שלא יוכל למכור לאחר.

ע"כ דאישות הוי רק חלות. שע"י שהיא מבטלה דעתה לגבי' הוא מקדשה היינו שמקדישה על כל העולם, והוי אמינא דאח"כ יוכל לבא גם אחר ויקדישה ג"כ הקדש שלו.

וגלי קרא דלא חייל קדושין בא"א. א"כ גלי קרא דוקא באלו האברים שהם א"א אבל האבר הזה היינו העובר כיון שהוא עומד לפרוש ממנה ויש לו חיות בפני עצמו עליו לא שייך דין אשת איש.

א"כ עליו חל הקדושין שהוא עושה. ולפי"ז מיושב ג"כ דברי הרמב"ם שאמר שצריך לקדשה שנית משום דכל אשה אף שקידשה כשהיא קטנה.

אעפ"כ כשהיא גדולה. מקרי שהאשה הקטנה נתגדלה אבל בעובר כיון שהוא ירך אמו הרי לא האבר נתגדל.

אלא מה שהעובר נתגדל שבח של כל האשה הוא. נמצא כשעשה קדושין על האבר.

מה שאח"כ נתוסף על האבר מחמת האשה. זה לא קידש, כיון דעובר שבחו מקריא שבח האם לא שבח העובר, נמצא כשנולדה מקצת' מקודשת.

ומה שנתוסף אינה מקודשת משו"ה צריך לחזור ולקדשה שנית. והנה דברינו הוא דוקא לרבא דס"ל עובר ירך אמו היינו שהעובר הוי כאבר מאברי הבהמה.

אבל למאן דס"ל דעיברה ולבסוף נטרפה אסור. לדידי' העובר אינו כלל בעולם.

ורק ביציאתו חל עליו דיני האם. א"כ לפי"ז נוכל לישב בפשטות הקושיא שהקשו איך פסק הרמב"ם הוכר עוברה מקודשת.

הא בגמ' משמע דזהו דוקא לראב"י דס"ל אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם. דנוכל לומר דהגמ' אזיל שם כשיטת ר' יוחנן בתמורה דעובר לא הוי דבר שלא בא לעולם.

כדיארנו לעיל שיטת ר' יוחנן והרמב"ם לטעמי' דפסק כרבא דכאבר מאברי'. וממילא הוי דבר שבא לעולם.

אלא דיש ליישב ג"כ לדידן. דהנה ראב"י דס"ל אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אמאי צריך שיהי' שחת דוקא.

ועכצ"ל דנהי דאדם מקדיש דבר שלא בא לעולם. היינו דחייל הדבר שיוקדש להבא היינו בשחת שהוא דבר חשוב דחל על זה החלות שיהי' תרומה לכשיביאו שלישי.

אבל היכא דהוי אגם דלא חשוב עדיין לא חייל על זה שום חלות שיהי' תרומה דבכה"ג לא חייל. נמצא דחלות בעינן רק על דבר חשוב.

א"כ בשלא הוכר עוברה אף דבא לעולם הוא. כיון דלאו דבר חשוב הוא לא חייל ע"ז קדושין.

דכמו דלראב"י דס"ל אדם מקדיש דשלב"ע. ואעפ"כ היכא דלא חשוב אין על זה חלות. ה"נ לדידן כיון דקדושין הם חלות. על דבר שאינו חשוב היינו היכא דלא הוכר העובר לא חייל הקדושין.

אבל למאן דס"ל אראב"י אפילו באגם. אבל פחות מאגם לא אמר.

הרי דס"ל דבעינן דוקא חלות שיחול על הדבר. אלא דס"ל דאף על דבר שאינו חשוב יוכל לחול שם תרומה.

לדידי' גם בלא הוכר העובר חל דיני קדושין. דבחלות על הדבר הוי לדידן בבא לעולם כמו לראב"י דלא בא לעולם ודו"ק: סימן ל' יבאר דברי התוס' שפירשו דבשוגג יש שליח לדבר עכירה.

ויתרץ קושיות שהקשו על דברי התוס': דף נא בור של שני שותפין היכי משכחת לה אי דשוו שליח תרוייהו ואמרי ליה זיל כרה לן ואזל וכרה להו אין שליח לדבר עבירה כו'. והקשו ע"ז לדברי התוס' לקמן (דף ע"ט) ובקדושין דבשוגג יש שליח לדבר עבירה.

א"כ משכחת לה בור של שני שותפין היכא שעשו שליח שהי' בשוגג. ועיין עוד בקצות החושן (סימן שמ"ח) שכתב לדחות דברי התוס' ז"ל וראי' ברורה נראה אפילו היכא

דלא ידע השליח נמי אין שליח לד"ע מהא דאמרינן בהמניח מתיב רבא הוסיף לו רצועה אחת ה"ז גולה על ידו והא הכא דשוגג קרוב למזיד הוא דאיבעיא ליה לאסיקי אדעתיה דמייתי אינשי בחדא רצועה.

אמר רב שימי מנהרדעא דטעו במנינא טפח ליה רבא בסנדלא א"ל אטו הוא מני והתניא גדול שבדיינים קורא והשני מונה והשלישי אומר הכהו אלא אמר רב שימי מנהרדעא דטעה דיינא גופא. ואי נימא דהיכא דהשליח לא ידע שלוחו כמותו אפילו לדבר עבירה א"כ שליח ב"ד אמאי גולה כיון דאינו אלא שליח ב"ד והב"ד הוא המשלח.

(ועיין בדברינו בסוגיא דכל הנשום כעבד שתירצנו זה). ונראה לי לומר דאין כונת התוס' דהיכא שהדבר שעשה השליח בשוגג הי' שליחות לדבר עבירה ויתחייב המשלח.

דלפי"ז אם אמר לאחד בשבת לך ותלוש מן האילן היכא שהי' בשוגג יתחייב המשלח. וזה לא מצינו.

אלא כוונת התוס' דעל עבירה בעצמה לא מצינו שליחות. היינו שלא מצינו לדידן שליחות בתורה רק על קנינים.

אבל לא על דבר שאינו לא קנינים ולא חלות שום דבר רק עבירה לשמים. ע"ז לא מצינו שליחות שיהי' זה חוטא וזה מתחייב.

ואעפ"כ אם ע"י העבירה שחטא לשמים עשה קנין כיון שעל קנינים יש שליחות. הי"ל לומר שיחול הקנין אף שנעשה ע"י דבר עבירה.

אכן באמת הא אין שליח לדבר עבירה והמעשה בטל. וממילא לא חל הקנין.

ע"ז כתבו התוס' היכא שעשה קנין ע"י שליח ונעשה הדבר ע"י עבירה. בכה"ג לא בטל השליחות של הקנין והמשלח קונה הדבר.

ומשו"ה בנתנו לשומר חנם והשומר משך בעדו בשוגג לא בטל הקנין. וקונה המשלח קנין הגניבה.

היינו שע"י קנין השליח בשוגג נכנסה הגניבה לרשותו. ואם תשתנה מעתה תהי' קנוי להמשלח ככל גניבה דעלמא שלזה מועיל הקנין, ומשו"ה משלם תשלומי כפל.

שדין הוא שגנב משלם כפל בעד קנין גניבה. אבל על עבירה בלבדה בלא שום קנינים לא מצינו שליחות.

(לדידן דלא ס"ל כשמאי הזקן), וממילא בודאי אם אמר לאחד לחלל שבת בשוגג. לא יתחייב המשלח.

דעל עבירה לא מצינו שליחות שיהא זה מחלל שבת. וזה חוטא לשמים.

בחטא חלול שבת שיתחייב סקילה או כרת. ומיושב בזה קושית הגו"ב על התוס' דאם נימא דבשוגג יש שליח לדבר עבירה.

א"כ למה לגמרא בקדושין (מ"ג) לומר את"ל קסבר שמאי שני כתובים הבאים כאחד מלמדין. והוא ההוא לא דריש.

מודה שמאי באומר לשלוחו צא בעול את הערוה ואכול את החלב שהוא חייב משום דלא מצינו זה נהנה וזה מתחייב. ואם נימא דלדידן בשוגג יש שליח לדבר עבירה למה לי' לאשמעינן האי חידושא אליבא דשמאי דלא קי"ל כותי' הו"ל לאשמעינן רבותא יותר אליבא דהלכתא.

דאף אם עשה שליח בשוגג לאכול חלב ולבעול את הערוה. אף דבשאר איסורים יש שליח לדבר עבירה בשוגג הכא זה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן.

ומראי' זו דחה הנוב"י דברי התוס'. אכן לפי דברינו לא קשה מידי.

דהרי על עבירה בעצמה לא מצינו כלל שליחות. דרק על פעולת הדבר מצינו שליחות.

כמו בקנינים וחלות תרומה וכדומה. אבל עבירה דאין בה שום פעולה.

לא מצינו שיעשה זה ויענש זה. ולפי"ז באומר אכול חלב אף בשוגג.

אף בלא האי סברא דזה נהנה. אין השליח מחויב.

ורק בעשה קנין ע"י עבירה בשוגג כתבו התוס' דחל הקנין. שהרי על קנינים יש שליחות.

ורק מטעמא דאין שליח לדבר עבירה בטל השליחות. היכא שעשה בשוגג לא בטל שליחות הקנין.

משו"ה איצטריך לאשמעינן דזה נהנה וזה מתחייב לא אמרינן אליבא דשמאי דלדידי' אף על עבירה יש שליחות. ולפי"ז כמובן לא קשה קושית הקצות החושן מהוסיף לו רצועה אחת דהתם הוי ג"כ עבירה בלבדה בלא שום פעולת הדבר.

וכן בבור ברה"ר דהתם הכורה לא קנה הבור דברה"ר אין קנינים. ורק שחייבה התורה את זה שעשה הכרי' על מעשה ההיזק.

נמצא דהוי רק עבירה בלבדה בלא קנינים. וע"ז לא מצינו שליחות אף בשוגג, משו"ה בעי בור של שני שותפין היכי משכחת לה.

וגם קושית הנמו"י מיואב דהא הוי שוגג ג"כ לא קשה כמובן דהוי עבירה בלבדה. ורק שמאי ס"ל שליחות אפילו על עבירה אבל לא לדידן: סימן לא סוגיא דתליו' וזבין.

ויתבאר ג"כ כל הסוגיא דתליו' וזבין בב"ב. ויתבאר אי בעינן דוקא רוצה אני ויתבאר הטעם דתליו' וזבין זביני' זביני'.

אי הוי מטעם דנתרצה או לא בעינן נתרצה. ויתבאר שיש שני מיני חמסנין.

ויתבאר דין דלא תחמוד: (א) דף מב גמרא א"ל רב אדא בריה דרב אויא לרב אשי מה בין גזלן לחמסן א"ל חמסן יהיב דמי גזלן לא יהיב דמי א"ל אי יהיב דמי חמסן קרית ליה והאמר רב הונא תלוה וזבין זביניה זביני לא קשיא הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני. כתב הרמב"ם (בפ"א מהלכות גזילה ה"ט) כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חבירו או דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו והכביר עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו אע"פ שנותן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה.

שנאמר לא תחמוד. ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה.

ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד כענין שנאמר לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך חמוד שיש בו מעשה. והשיג הראב"ד דדוקא אם לא אמר רוצה אני, והוא מגמ' דילן דאמרינן דאי אמר רוצה אני זביני זביני, ועוד השיג על שכתב הרמב"ם דאין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל א"א לא ראיתי תימא גדול מזה.

והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ. אבל הל"ל.

מפני שהוא חייב בתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב הגזילה. ולפיכך אינו לוקה וגם זה הוא חייב להשיב החפץ לבעלים עכ"ל.

והנה מדברי הראב"ד משמע דס"ל דאם כפה אותו למכור ואמר רוצה אני קנה. ולפיכך לא עבר על לא תחמוד.

אבל אם לא אמר רוצה אני לא קנה. ולפיכך עובר על לא תחמוד.

אכן הרמב"ם כתב (בפ"י מהלכות מכירה ה"א) ז"ל מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקנה. ולא הזכיר כלל הרמב"ם דבעינן דוקא שיאמר רוצה אני שאז קונה.

והראב"ד לא השיג שמה על דברי הרמב"ם ובפ"ד מהלכות אישות כתב הרמב"ם אין האשה מתקדשת אלא לרצונה. והמקדש אשה בעל כרחה אינה מקודשת.

אבל האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו, הרי זו מקודשת, וכתב הראב"ד ז"ל והוא שיאמר רוצה אני. וכתב המ"מ לתמוה על הראב"ד דהרי בהלכות מכירה לא הזכיר כלל דבעינן רוצה אני.

והלח"מ שם האריך בסתירת הדברים. דהרמב"ם בקדושין וגם במכירה לא הזכיר דבעינן רוצה אני.

ובגיטי נשים ובקרבתן כתב דבעינן רוצה אני, ובפ' חזקת הבתים על הא דאמר רב הונא תלוה וזבין זביני אמרינן דרב הונא יליף דתלוה וזבין זביני זביני מהא דאמרינן בקרבנות כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. וכן בגיטין כופין אותו (באלו שכופין להוציא) עד שיאמר רוצה אני ודחי דילמא שאני התם דניחא ליה דתהוי ליה כפרה ובגיטין משום מצוה לשמוע דברי חכמים ואם נימא דבמכירה לא בעינן שיאמר רוצה אני מאי ראי' מייתי מקרבנות וגיטין דמיירי דאמר רוצה אני.

ובכלל קשה ממ"נ אם מועיל אף היכא דלא אמר רוצה אני. א"כ בגיטין וקרבתות אמאי כתב הרמב"ם דבעינן דוקא שיאמר רוצה אני.

ועיין באה"ע (סימן מ"ב) שהקשה הח"מ על רבינו הרמ"א דאיך כתב בחו"מ להלכה כדעת העיטור דהא דאמרינן תלוה וזבין זביני זביני. היינו דוקא אנסוהו למכור אבל אנסוהו לקנות לא קני.

והרי הכא משמע גבי קדושין. דאם אנסוהו לקדש דהוא אונס לקנות דבין הרמב"ם בין הראב"ד מודים דמקודשת ורק הראב"ד ס"ל דבעינן שיאמר רוצה אני.

אבל זה מודה להרמב"ם דמקודשת ע"י כפי' אם אמר רוצה אני: (ב) וליישב כל זה נראה לי דהנה הרמב"ם כתב (בפ"י מהלכות מכירה ובפ"ט מהלכות גזילה). דהא דאמרינן תלוה וזבין זביני' זביני'.

ואם רוצה לבטל המכירה צריך למסור מודעה מקודם היינו דוקא באונס שהוא חמסן. אבל הגוזל והוחזק בגזולן על שדה זו.

ואח"כ לקח שדה שגזול אין המוכר צריך למסור מודעה. ותמהו עליו נושאי כליו.

וכן השיגו הראב"ד (בפ"ט מהלכות גזילה). דהרי אמרינן שם בב"ב (דף מ"ח) מותיב רב המנונא (על רב הונא דאמר תלוה וזבין זביני' זביני') לקח מסקריקון וחזר ולקח מבעה"ב מקחו בטל ואמאי התם נמי נימא אגב אונסו גמר ומקני הא איתמר עלה אמר רב ל"ש אלא דא"ל לך חזק וקני אבל בשטר קנה ולשמואל דאמר אף בשטר לא קנה.

מודה שמואל היכא דיהיב זוזי ולרב ביבי דמסיים בה משמי' דרב נחמן קרקע אין לו מעות יש לו מאי איכא למימר דרב ביבי מימרא ומימרא לרב הונא לא ס"ל. ואם כדברי הרמב"ם דבגזולן שגזול מקודם הדין דלא קנה א"כ בלקח מסיקרוקין.

הא גם רב הונא מודה דלא קנה ומהשתירץ הכסף משנה דאע"ג דרב הונא לא ס"ל דרב ביבי כיון דרב ביבי משמי' דרב נחמן קאמר ור"נ דיינא הוא והלכתא כותי' בדיני. הרי קי"ל דאע"ג דרב הונא לית ליה דרב ביבי.

רב ביבי אית ליה דרב הונא. הדברים תמוהים.

דממ"נ אם נוכל לומר דרב ביבי אית ליה דרב הונא מאין לן דרב הונא לית ליה דרב ביבי. כמו דרב ביבי יכול לסבור כרב הונא כן רב הונא יכול לסבור כרב ביבי והנה הרמב"ם כתב שם (בפ"י מהלכות מכירה) מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח אפילו תלוהו עד שמכר ממכרו ממכר.

בין במטלטלין בין בקרקעות שמפני אונסו גמר ומקנה אע"פ שלא לקח הדמים בפני עדים. והקשה הראב"ד ז"ל א"א טעה בזה בדברי הרב ז"ל שהוא לא אמר אלא אע"ג דבשעת התלי' והמכירה לא ארצי ליה זוזי אלא לבסוף מכירה היא.

ולעולם צריך שיתן בפני עדים. דאי לא מצי א"ל לא יהבית מידי עכ"ל.

ופירש המ"מ דהרמב"ם מפרש הא דאמרינן בגמרא שם אמר רבא הילכתא תלוה וזבין זביני' זביני'. ולא אמרן אלא בשדה סתם.

אבל בשדה זו לא ובשדה זו נמי לא אמרן אלא דלא ארצי זוזי אבל ארצי זוזי כו' והילכתא בכולהו הוי זביני'. ופירש המ"מ דהרמב"ם מפרש ארצי ולא ארצי בעדים ולכאורה תמוה דאיך יתרץ לקושית התוס' דז"ל התוס' לפי הספרים דגרסינן לא ארצי ליה משמע דבעי למימר דכי אמרי עדים בפנינו מנה לו הוו זביני אפילו בשדה זו.

וכי קאמר רבא דלא הוו זביני היינו כי אמרי בפנינו הודה לו שלא ראו נתינת המעות. וא"כ משמע דבשדה סתם אפילו כי אמרו בפנינו הודה שלא ראו נתינת המעות הוו זביני.

ואין נראה דבהודאה לא שייך לחלק בין שדה סתם לשדה זו דבתרוייהו שייך למימר אי לאו דאודי ליה הוה ממטי ליה ולחמרי' לשחזור. וא"כ לפי שפירש המ"מ דברי הרמב"ם תשאר הקושיא.

בהודה מאי שייך לחלק בין שדה סתם לשדה זו. (ג) ונראה לי דהנה לכאורה קשה הא דאמרינן שם באשה לא הוה קדושין הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עמו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקדושין מיני'.

אמר ליה רבינא לרב אשי תינח דקדיש בכספא קדיש בביאה מאי איכא למימר הרי דבכל גווני אם אנס אשה וקידשה. בלא הפקעה היתה מקודשת.

בין קידש בכסף בין קידש בביאה ובשטר ורק משום דהפקיעו. וקשה דבשטר ובביאה בלא הפקעה ג"כ לא הי' לה להיות מקודשת.

שהרי אמרינן שם גבי לקח מסקריקון דשמואל ס"ל דאף בשטר לא קנה. עד דיהיב זוזי. הרי אף דקנה בשטר. ונתחייב לתת דמים.

לא קנה עד שיתן דאגב שמקבל זוזי עתה גמר ומקנה. אבל במה שיקבל אח"כ זוזי בזה לא נתרצה.

וכן הוא מפורש בב"י בשם הראב"ד דאימתי קונה בשעה שמקבל זוזי. והיינו משום דאגב זוזי גמר ונתרצה וא"כ בקדושין היכא שקדשה בביאה ובשטר.

בלא הפקעה לא תתקדש. והתוס' הקשו איך היתה מתקדשת בשטר ובביאה.

הא הוי תליוה ויהיב ותירצו כיון דמתחייב בשאר כסות הוי תלוה וזבין. וזה אינו אלא תירוץ לקושייתם שהקשו דהוי תליוה ויהיב ע"ז שפיר תירצו כיון דנתחייב לה בשאר כסות הוי כזבין.

אבל לקושייתנו דאף בתליוהו וזבין לא קנה. אלא בעת שנותן הכסף.

דאגב זוזי גמר ונתרצה. אבל לא קודם דכל זמן שלא קיבל הכסף אז לא נתרצה א"כ היכא דקידשה בשטר ובביאה הא לא קבלה כסף.

ואח"כ כשתקבל שאר הא בעת ההיא אינו מקדשה ונראה לי דהנה הטעם דאמרינן תלוה וזבין הוי זביני' זביני. י"ל או משום דאגב אונסו וזוזי גמר ומקנה ברצון.

אף שבלא האונס לא רצה, אך כשהי' לו אונס נתרצה ברצון. ויש עוד טעם לומר דבאמת לא בעינן כלל שימכור ברצון.

דבעינן רק שמעשה המכירה היינו שימכור יעשה שיגמור וימכור. אבל לא שרצונו ג"כ יהי' לזה.

דהנה (בפ"א מהלכות גירושין) כתב הרמב"ם מנין שאין מגרשין אלא לרצונו. שנאמר והי' אם לא תמצא חן בעיניו.

הרי שתלה הכתוב ברצונו. ואם נימא דכל היכא דכתב קרא כי ימכור היינו דוקא אם מכר מרצונו א"כ למה לן קרא דאם לא תמצא חן בלא האי קרא דאם לא תמצא חן נמי ידעינן כיון דכתב קרא וכתב לה ספר כריתות ושילחה מביתו, היינו דוקא בעשה מרצונו. ע"כ דאילו לא כתב קרא. אם לא תמצא חן.

הוי אמינא כיון דכתב וכתב לה ספר כריתות ושילחה. אף אם עשה הדברים שלא מרצונו הוי ג"כ גירושין.

כיון דגמר ושילחה. ורק מדכתב קרא אם לא תמצא חן בעיניו ילפינן דבעינן רצון. אבל גבי מכירה דלא כתב קרא דבעי מרצונו ורק כתיב כי ימכור אף אם מכר שלא מרצונו ג"כ כי ימכור מקריא. ועוד יש להביא ראיה מתוס' (ר"ה ו') ד"ה יקריב אותו מלמד שכופין אותו.

והקשו בתוס' למה לן יקריב ללמד שכופין אותו הא כל מצות עשה כופין ומכין עד שתצא נפשו ותירצו דאצטריך הכא יקריב משום דכתיב לרצונו. ולכאורה אינו מובן קושית התוס' דנהי דכל מצות שבתורה כמו כשאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה לולב ואינו עושה כופין דאף אם יעשה הסוכה ע"י כפי' תהי' סוכה.

אבל גבי חיוב להקדיש קרבן. הוי אמינא דמאי מועיל שיכופו להקדיש.

כיון דההקדש הוא ע"י כפי' לאו הקדש הוא. והוי אמינא דאינו מועיל כפי' אשמעינן קרא דכיון דכפוהו ואמר רוצה אני.

הוי הקדש דאגב אונסו נתרצה. ע"כ צ"ל כיון דכתיב כי יקדיש אף אם יקדיש ע"י כפי' ג"כ הקדש הוי דלא בעינן רק שיקדיש.

ולא בעינן שיהי' לרצון. משו"ה הקשו שפיר דלמה לן קרא דיקריב הא כל מצות עשה כופין ותירצו דשאני הכא דהוי אמינא דבעינן דוקא לרצונו משום דכתיב קרא לרצונו.

אבל היכא דלא כתיב לרצונו כמו במכירה דכתב קרא סתמא כי ימכור אף אם הי' שלא לרצונו ג"כ הוי מכירה (ועיין שם בתוס' דמשמע דקאי לגבי חיוב להקדיש. ואף אם נדחוק ונבאר דמייירי כשהקרבן כבר קדוש ומחויב להקריבנו ג"כ יהי' קושיתינו דהקרבת קרבן הוי קדושי דבשחיטתו הוא מקדשו כמפורש בכמה דוכתי.

וא"כ לא דמי לסוכה דהכא בעינן שיקדישו לקרבן): (ד) שוב מצאתי ת"ל ראי' ברורה שהרמב"ם ס"ל דטעם דתלוה וזבין הוי זביני מטעם דאף אם מכר שלא ברצון רק כיון שגמר ומכר הויא מכירה. דהנה לפי"ז בארתי הא דאמרינן בב"ב אמרי נהרדעי כל מודעה דלא כתיב בה אנן ידעינן בי' באונסא דפלניא לאו מודעה היא.

ומודעה דמאי אי דגיטא ודמתנתא גלוי מילתא בעלמא היא. ואי דזביני כו'.

ועיין רשב"ם שפירש החילוק דבמתנה הכל מבינים אונסו דאי לא אניס למה הוא נותן מתנה. אבל במכר יוכל להיות שמוכר מפני שצריך למעות.

אכן לדברינו בפשיטות ניהא. דהנה ביארנו דבמכר אף שמכר שלא ברצון כיון דכתיב קרא ומכר.

גם שלא מרצון הויה מכירה. אלא דכ"ז הוא דוקא בלא מסר מודעה.
אבל מסר מודעה היינו שביטל מקודם המכירה. יש כח ביד אדם לבטל מעשה שיעשה
אח"כ.

אבל דוקא במודעה טובה יש בידו לבטל היינו בידעו העדים אונסו. אבל אם לא ידעו
העדים אונסו.

אין מודעתו כלום לבטל המעשה. אבל כל זה הוא דוקא במכר דאף שלא מרצונו הויה
מכירה.

אבל מתנה עיקר הנתינה הוא רצונו שרוצה לתת לפלוני זה הוא הקנין. וכן בעינן בגט
דוקא רצון מדכתיב אם לא תמצא חן.

נמצא כשמסר מודעה הרי חזינן דלאו מרצונו נתן וגירש ומתנה שלא מרצונו. וגט שלא
מרצונו לאו כלום.

ואף דלא ידעינן אונסו. כיון דחזינן דעשה שלא מרצונו.

בגט ומתנה לאו כלום הוא. ומצאתי ת"ל מפורש כן ברמב"ם (פ"י ה"ב) ז"ל וצריכים
העדים לידע שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי.

לא שיסמכו על פיו. וכל מודעה שאין כתוב בה ואנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס הוא
אינה מודעה.

במה דברים אמורים במוכר או בעושה פשרה אבל במתנה או במחילה אם מסר מודעה
קודם מתנה אע"פ שאינו אנוס הרי המתנה בטלה. שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי
דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה.

והמחילה מתנה היא עכ"ל הרמב"ם הרי שפתי הרמב"ם ברור מללו שבמתנה
ומחילה בעינן שיקנה בכל לבו. אבל במכירה לא בעינן בכל לבו ומשו"ה אם מסר מודעה
שלא ידעו העדים אונסו אף שחזינן שלא רצה כיון דאין כח במודעה כזו לבטל.

הויה מכירה אף שלא הקנה בכל לבו. הרי מפורש כדברינו ובאמת השקלא וטריא.

אי בעינן במכירה רצון או לא הוא בגמ' גופא שם בב"ב דאמרינן אמר רב הונא תליוהו
וזבין זביני' זביני. מ"ט כל דמזבין אינש אי לאו דאניס לא הוה מזבין.

ואפילו הכי זביני' זביני. ופירש הרשב"ם בד"ה דכל דמזבין אינש ז"ל ואפ"ה הוה זביני'
זביני בע"כ אפילו לא גמר ומקני שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר כו' והכא נמי
אע"ג דאניס מוכר קונה לוקח הואיל וקיבל דמים אע"ג דלא גמר ומקני.

ודחי ודילמא שאני אונסא דנפשי' מאונסא דאחריני. ופירש הרשב"ם שאני אונס דנפשי'
שצריך למעות ומתוך כך מוכר חפציו מדעתו דהתם איכא למימר גמר ומקני.

מאונסא דאחריני שמכריחין אותו למכור דהתם לא גמר ומקני. הרי דבתחלה רצה לומר
דאף אם לא גמר ומקני הוה זביני.

וכונת הרשב"ם שכונתו הי' למכור. אלא שלא הי' ברצון וברעות נפשי' ומסיק דאין ראי' דיוכל להיות דבעינן דוקא רצון ובלא רצון לא הויא מכירה: (ה) ועפי"ז יתיישב קושית התוס' שהקשה לספרים דגרסי לא ארצי לי' משמע דבעי למימר דכי אמרי עדים בפנינו מנה הוו זביני אפילו בשדה זו וכי קאמר רבא דלא הוו זביני היינו כי אמרי בפנינו הודה ונתינת המעות לא ראו.

והקשה בתוס' א"כ איך אמרינן דבשדה סתם אפילו כי אמרי בפנינו הודה שלא ראו נתינת המעות הוו זביני בהודאה לא שייך לחלק בין שדה סתם לשדה זו. אכן לדברינו יתיישב דהנה היכא דמספקא לן אם המוכר קבל המעות או לא.

שהמוכר אומר לא קבלתי והלוקח אומר נתתי. הנה יהי' הדין כן.

אם המכירה כבר נגמרה. אף אם לא נתן הכסף.

א"כ השדה בודאי של הלוקח אלא דמספקא לן אם שילם הכסף או לא. בזה הוי המוכר מוציא ועליו להביא ראי' שלא קבל.

אבל אם המכירה תליא בהכסף. א"כ כשמספקא לן אם קבל המוכר כסף.

הרי ספק לנו אם קנה הלוקח השדה או לא. בזה הוי הלוקח מוציא הקרקע מחזקתה והיכי דקיימא ארעא היינו ביד המוכר שהיתה בחזקתו תיקום.

והנה בגמ' שם דאמרינן דאגב זוזי גמר ומקנה היינו שאגב זוזי נתרצה. א"כ ס"ל דבלא רצון לא הויא מכירה.

וא"כ ס"ל לרבא דבעינן דוקא רצון במכירה. משו"ה בשדה סתם דשם לא בעינן כסף.

דשם עושה רצון מה שמברר שדה זו בין השדות. וס"ל לרבא דאף דאמר שמואל דבלא זוזי לא קנה היינו דוקא בשדה זו.

אבל בשדה סתם קנה אף קודם שנתן הכסף. דמה שמברר עושה רצון.

א"כ אף היכי דלא ארצי ליה זוזי בפני העדים רק שאמרו העדים בפנינו הודה דאף דאמרינן דהודאה לאנס לאו כלום הוא משום דאי לא הודה הוה ממטי ליה ולחמרי' לשחור. היינו דהודאתו אין ראי', אבל בירור דלא שילם אין כאן שהרי אף גזלן יכול לטעון פרעתי כנגד מלוה בעדים.

א"כ כיון דבשדה סתם המכירה נגמרה אף אם לא נתן הכסף. נמצא היכא דמספקא לן אם קבל המוכר הכסף או לא אין זה ספק במכירה, דהמכירה בודאי נגמרה רק שספק לן אם שילם הכסף או לא.

הוי המוכר מוציא מחבירו ועליו הראי'. אבל בשדה זו בזה כל זמן שלא קיבל הכסף לא נתרצה עדיין.

א"כ כי לא ראו עדים נתינת המעות אף ששמעו שהודה ליה. הודאתו לאו כלום דאי לא דאודי' ליה הוה ממטי ליה ולחמרי' לשחור.

נמצא דהספק אם קיבל המוכר הכסף או לא. הספק הוא אם קנה הקרקע או לא דאם קיבל המוכר הכסף.

אז נתרצה אגב זווי וקנה. ואם לא קיבל זווי לא נתרצה ולא קנה.

והיכא דספק לן אם קנה הקרקע מוקמינן הקרקע בחזקת מרא קמא. משו"ה בשדה זו היכא דלא מנה המעות בפני העדים אף שהודה לו שקנה המעות לא קנה הקרקע דהודאתו לאו כלום דמחמת יראה הודה ומספק לא מפקינן הקרקע מהמוכר.

אבל בשדה סתם דאף אם לא קיבל זווי. המכירה מכירה.

אם ספק לן אם קיבל המעות מספיקא לא מפקינן מיד הלוקח: (ג) כל זה הוא לסברת רבא דס"ל דבעינן דוקא רצון דמכירה בלא רצון לאו מכירה. ותליוהו וזבין דזביני' זביני הוי משום דאגב זווי גמר ונתרצה.

ומסיק והילכתא בכולהו הוו זביני דהא אשה כשדה זו דמיא. ולכאורה קשה נהי דאשה כשדה זו דמיא.

אבל דאף היכא דלא ארצי זווי הוי זביני זה אין ראי' מאשה דדילמא מיירי דארצי זווי. וכן היכא דלא הוי לאשתמוטי.

אכן לדברינו יתיישב שפיר דמסיק והילכתא דלא בעינן כלל רצון דאף מכירה בלא רצון הויא מכירה. כמו שרצה מקודם לומר דטעמא דרב הונא דאף אם מכר בע"כ הויא מכירה, אם רק גמר והקנה דקרא סתמא כתיב כי ימכור.

ולא כתב קרא כי ימכור מרצונו. ומכירה בע"כ הויא מכירה.

ומביא ראי' דהא אשה כשדה זו דמיא. ואמר כו' ואמר ליה רבינא לרב אשי תינח קדיש בכספא קדיש בביאה כו'.

הרי דבלא הפקעה היתה מקודשת אם אנס אשה וקידשה אף שקידשה בביאה, ואם נימא דבעינן רצון. א"כ תינח במכירה דאיכא זווי אמרינן דע"י שמקבל זווי גמר ונתרצה, אבל בקדושין היכא דקדיש בביאה ובשטר במה נתרצתה ובאנסוה וקידש אף בקידש בכסף הרי הוא נתן הכסף ובמה נתרצה.

וע"כ דלא בעינן כלל רצון. דכיון דקרא סתמא כתיב כי יקח אף בע"כ מקריא כי יקח.

וממילא ידעינן דהילכתא בכולהו דהוו זביני, דלפי"ז גם בשדה זו אף אם לא מנה הכסף בפני העדים. הרי אף אם לא קיבל הכסף הויא מכירה וא"כ על קניית השדה לא מספקא לן אחרי שס"ל דלא בעינן רצון, ורק ספק לן אם קיבל הכסף.

וא"כ מספיקא לא מפקינן ממון. וממילא אף היכא דלא הוי לאישתמוטי קנה אחרי דס"ל דלא בעינן רצון.

ולפי"ז ניהא הא דכתב הרמב"ם אע"פ שלא לקח הדמים בפני העדים דהרמב"ם הא ס"ל כמסקנת הגמ' דלא בעינן רצון, דהרי אמרינן הילכתא כו' וכיון דלא בעינן רצון ממילא הדין דאף אם לא לקח הדמים בפני העדים ג"כ אין יכול לתבוע פעם אחרת, שהרי מספק לא נוכל להוציא מיד המוחזק, אחרי דבקניית השדה לא נפקא לן מידי.

שקנה השדה בהשטר בלבד: (ז) ולפי"ז מיושב שפיר מה שכתב הרמב"ם דהיכא דהוחזק בגזלן וכפה אותו עד שקיבל הדמים לא קנה, וקשה עליו מגמ' דקאמר מימרא הוא ומימרא לרב הונא לא ס"ל. הרי דלרב הונא אף בסקריקון קנה בע"כ.

אף שהוחזק בגזלנות על שדה זו. אכן לפי הנ"ל ניחא דהנה אם נימא הטעם דתליוהו וזבין הוי זביני דאגב אונסו כשמקבל זוזי ע"י הזוזי נתרצה, א"כ אף אם הוחזק בגזלנות כיון דעתה שקיבל זוזי ברצון הוא מוכרו, א"כ הויא מכירה וקונה הגזלן.

אכן אם נימא דהטעם הוא משום דמכירה בע"כ הויא מכירה. וגדר מכירה מה שמכניסו לתוך שלו.

ועושהו בעלים לעשות קנינים דהקנין בעצמו עושה הלוקח. והמוכר במה שמצוהו לירד ולעשות בעלים על השדה זהו מעשה שלו בזה נקרא מוכר.

אף קודם שקנה הלוקח מקרי מוכר. נמצא דהיכא דהגזלן לא הי' כלל מוחזק בשדה זו אז מה שמצוהו לירד לתוכה ולקנותה והוא עושהו בעלים על השדה.

אף שציווי שלו הוא ע"פ כפי' הא אמרן דגם ע"י אונס הויא מכירה. אכן בגזלן שהוחזק כבר בגזלנות על השדה וכבר השתמש בה כשמקבל עתה כסף לא מקריא שהוא עתה עושהו בעלים שכבר השתמש בה מקודם, ואף זדין התורה הוא דקרקע אינה נגזלת והיא עומדת עדיין ברשות הבעלים זהו לגבי דיני דנגזלין, אבל גבי דעת בני אדם, לא מקרי שמכניסו עתה אלא שמקריא שמקבל כסף בעד השדה, ומוכר מקריא במה שבדעת בני אדם הוא מכניסו לשדה, או במה שרצונו שיקנה, דמה שמוכר לו מרצונו נמי מקרי משום זה מוכר, אבל הכא רצון אין כאן, אלא דנימא דמכירתו הוא מה שמכניסו לשדה, כיון דכבר הוכנס לא מוכר מקריא אלא מקבל כסף, משו"ה בגמרא דהוי ס"ד דבעי דוקא רצון, והא דתליוהו וזבין זביני' זביני.

הוא משום דע"י זוזי נתרצה. שפיר אמר דרב הונא לא יכול לסבור דרב ביבי.

דכיון דע"י זוזי נתרצה. א"כ גם גזלן יכול לקנות.

שהרי לא גרע ממחל הנגזל להגזלן הגזילה. אבל הרמב"ם דפסק כמסקנת הגמ' דזביני' זביני משום דמכירה בע"כ הויא מכירה.

א"כ לדידי' לא אמרינן כלל דנתרצה ע"י זוזי. משו"ה בהוחזק בגזלנות דלא מקריא רק מקבל כסף.

משו"ה לא קנה. כל זה להרמב"ם אבל הראב"ד לטעמי' דהשיג על הרמב"ם דכתב אף אם לא מנה המעות בפני העדים.

וס"ל להראב"ד דדוקא במנה המעות בפני העדים דס"ל להראב"ד דבעינן דוקא רצון. וע"י זוזי הוא מתרצה.

וכמפורש ברמ"א בחו"מ בשם הראב"ד דדוקא כשמקבל הכסף אז קונה. וכיון דבעינן רצון שהוא ע"י זוזי משו"ה לדידי' היכא דמספקא לן אם קבל הכסף מעמידין הקרקע ביד המוכר דמוקמינן אחזקת מרא קמא.

א"כ לדידי' הכסף עושה רצון. א"כ שפיר השיג דאף אם הוחזק בגזלנות יקנה אם כפוהו וקיבל זוזי.

כיון שנתרצה ורצון מועיל אף בגזלן: (ח) ויתישב נמי מה שחילק הרמב"ם דבקדושין ומכירה לא כתב דבעינן שיאמר רוצה אני. שהרי בקדושין לא בעינן שיתרצה.

אבל בקרבנות דכתב קרא לרצונו. משו"ה בעינן דוקא שיאמר רוצה אני.

וכן בגיטין דכתב קרא אם לא תמצא חן בעיניו דמזה ילפינן דבעינן דוקא שיגרשה לרצונו כמו שכתב הרמב"ם (בפ"א מהלכות גירושין). משו"ה כתב הרמב"ם דבעינן דוקא שיאמר רוצה אני.

ולא קשה מה שמביא בגמ' ראי' דתלוהו וזבין זביני' זביני. מהא דבגיטי נשים כופין אותו שיאמר רוצה אני.

דהתם לפי הס"ד הוי סבר דגם במכירה בעינן דוקא רצון. וא"כ גם במכירה לא הוי מכירה אם לא אמר רוצה אני.

אבל למסקנא דהילכתא בכולהו דהוי זביני דמסקינן דלא בעינן רצון. א"כ גם אם לא אמר רוצה אני הוי זביני.

כל זה הוא לשיטת הרמב"ם. אבל הראב"ד ס"ל דבעינן דוקא רצון גם במכירה אלא דס"ל דאגב זוזי גמר ונתרצה.

וא"כ במכירה לא בעינן שיאמר רוצה אני דזוזי עושה רצון. אבל בקדושין דשם בשטר ובביאה אין זוזי ואף היכא שקידשה בכסף ס"ל להראב"ד דלא הוי כזוזי דמכירה כיון דלא הוי שיווי האשה דנימא משום כסף הקדושין נתרצתה משו"ה כתב בקדושין דבעינן דוקא שיאמר רוצה אני.

ולדברי הרמב"ם יתישב נמי מאי שהקשה הלח"מ על הא דאמרינן בערכין מאן דמסר מודעא אגיטא צריך לבטוליה ודייק לה ממתניתין דקתני וכן בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. ולמה ליה למימר כן לימא כופין אותו עד שיתן אלא ודאי דאתא לאשמעינן דמאן דמסר מודעא אגיטא צריך לבטולי' והשתא קשה טובא אי בעינן שיאמר רוצה אני מאי דייק לימא מתניתין איצטריך למימר הכי דאם לא אמר רוצה אני לא מהני עכ"ל הלח"מ ולדברינו שבארנו דמשו"ה במתנתא לא צריכין העדים שיכירו אונסו דכיון דבמתנה בעינן רצון.

א"כ כשמסר מודעא. הא חזינן דלא הויא מרצונו משא"כ במכירה בעינן שידעו העדים אונסו שבמכירה לא בעינן רצון.

וא"כ המכירה אף אם היא שלא מרצונו הויא מכירה. אם אין בכח המודעא לבטלה.

היינו שאין העדים יודעים אונסו. וזהו גופא דקאמר בערכין האי מאן דמסר מודעא אגיטא אף שלא פירש האונס.

(שהרי מדקאמר צריך בטולה משמע דמיירי באופן דיכול לגרש שאין באונסו כלום). אעפ"כ צריך לבטול' המודעא דגילוי מילתא בעלמא הוא כדאמרינן שם בב"ב דגיטא גילוי מילתא בעלמא הוא שאינו רוצה.

ומביא ראי' ממתניתין דבגיטין בעינן דוקא רצון. דמשו"ה אם מסר מודעה אף שלא הכירו העדים אונסו צריך לבטוליה מדקתני בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני.

ואם נימא דבגט אף בלא רצון מהני. א"כ למאי קתני כופין אותו עד שיאמר לימא כופין אותו עד שיתן ומדקתני כופין אותו עד שיאמר רוצה אני ע"כ דבעינן דוקא רצון.

וקמ"ל דאם מסר מודעא אגיטא צריך לבטוליה דכיון שמסר מודעא הרי גילוי דעת שאינו רוצה ואף שלא הכירו העדים אונסו: (ט) ולפי"ז יתיישב נמי דברי הרמב"ם (בפ"ב מהלכות גירושין שכתב בהלכה כ') ז"ל מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו ולא רצה לגרש ב"ד של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר וכן אם הכוהו עכו"ם ואמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך ולחצו אותו ישראל ביד העכו"ם עד שגירש הרי זה גט כשר ואם העכו"ם מעצמן אנסוהו עד שכתב הואיל והדין נותן שיכתוב הרי זה גט פסול.

ולמה לא בטל גט זה שהרי הוא אנוס בין ביד עכו"ם בין ביד ישראל שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחויב בו מן התורה כגון מי שהוכה עד שמכר או שנתן. אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה כו' וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר גירש לרצונו.

לא ה"ל הדין נותן שכופין אותו לגרש. וטעו ב"ד של ישראל או שה"ל הדיוטות ואנסוהו עד שגירש הרי זה גט פסול.

הואיל וישראל אנסוהו יגמור ויגרש ואם העכו"ם אנסוהו לגרש שלא כדין אינו גט כו'. והקשו עליו הפוסקים דהרי בגיטין אמרינן (בדף פ"ח) אמר ר"נ אמר שמואל גט המעושה בישראל כדין כשר שלא כדין פסול ופוסל.

בעכו"ם כדין פסול ופוסל. שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו מה נפשך אי עכו"ם בני עשוי נינהו איתכשור נמי ליתכשר אי לאו בני עשוי נינהו מפסיל נמי לא לפסול.

אמר רב משרשיא דבר תורה גט מעושה בעכו"ם כשר ומה טעם אמרו פסול שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה ביד עכו"ם ומפקעת עצמה מיד בעלה. אי הכי שלא כדין אפילו ריח הגט אין בו ונהוי שלא כדין בישראל ומפסיל נמי לפסול.

אלא הא דרב משרשיא בדותא היא וטעמא מאי כדין בכדין ישראל מיחלף שלא כדין בכדין ישראל לא מיחלף. הרי דמגמ' מוכח דבעכו"ם אפילו כדין מן התורה בטל הגט ורק מדרבנן פוסל.

ואיך כתב הרמב"ם דהגט פסול ולא בטל. דהרמב"ם כ"ל בלשונו דכל היכא דנקט הרמב"ם פסול הוא רק מדרבנן אבל מן התורה גט כשר הוא והרי בגמ' מוכח דבעכו"ם מן התורה בטל הגט ורק מדרבנן פוסל. ואם נימא דפסק כסוגיא דחזקת הבתים.

דהתם משמע דס"ל כרב משרשיא דאמרינן התם מותיב רב יהודה גט המעושה בישראל כשר ובעכו"ם פסול ובעכו"ם חובטין אותו ואומרים לו עשה מה שישראל אומר לך. ואמאי התם נמי נימא אגב אונסי' גמר ומגרש הא איתמר עלה אמר רב משרשיא דבר תורה אפילו בעכו"ם כשר ומה טעם אמרו בעכו"ם פסול כדי שלא תהא כל אחת ואחת הולכת ותולה עצמה ביד עכו"ם ומפקעת עצמה מיד בעלה דהאי סוגיא סבר כרב משרשיא.

א"כ איך יחלק בין שלא כדין דעכו"ם לשלא כדין דישראל. וגם בשלא כדין דישראל דמשמע מסוגיא דגיטין דמה"ת בטל הגט.

ורק מדרבנן פוסל משום דמיחלף בשלא כדין לא מצינו פלוגתא. ועיין שם בתוס' בב"ב דמקשה איך מביא הא דרב משרשיא הא אמרינן דרב משרשיא בדותא היא: (י) ונראה לי ליישב לפי דברינו.

דהנה לכאורה קשה בסוגיא דגיטין אי נימא דסוגיא דגיטין סבר דבגט בעינן דוקא רצון כמו שמוכיח בערכין מדקתני כופין אותו עד שיאמר רוצה אני. אלא דמשום הכי הוי גיטא דאגב אונסא ומצוה לשמוע דברי חכמים גמר בדעתו ונתרצה.

א"כ איך אמר דשלא כדין דישראל לא הוי גיטא נהי דהוי באמת שלא כדין כיון דהב"ד טעו וסברי דכדין הוא מנין ידע הוא שאינו כדין. וא"כ היכא שהוא לא הי' יותר גדול מהב"ד הי' להיות הדין.

דכשר מן התורה שהרי אגב אונסי' ומה שהוא סבר שכן הדין שמצוה לשמוע דברי חכמים גמר ומגרש. ואיך אמר נהוי שלא כדין דישראל הא חילוק גדול יש דבישראל סבר דהדין כן ובעכו"ם לא הי' לו לחשוב שהדין כן אחרי שמעצמם אנסוהו עכצ"ל דהאי סוגיא סבר דאף בגט לא בעינן כלל רצון ואעפ"י כ"ס"ל להאי סוגיא דהיכא דעשה ע"י כפי' לא הוי מגרש כיון שלא עשה הדבר מעצמו דאימתי נקרא מגרש כשעושה הדבר מעצמו.

דע"ז כתב קרא דאם לא תמצא חן היינו דגירושין הוי דוקא כשעושה מעצמו לא מה שעושה ע"י כפי'. אלא היכא דמן הדין מחויב לגרש בזה לא ממעט קרא דבעינן דוקא שיגרש מעצמו דכיון דמחויב הוא לציית דין ויש כח ביד ב"ד ע"פ דין התורה לכופו לגרש הוי כמגרש מעצמו דב"ד כופין אותו שיגרש מעצמו.

ומשו"ה פריך ממ"נ אי עכו"ם בני עשוי נינהו. היינו היכא שמן הדין מחויב לעשות יש כח גם ביד עכו"ם לכופו לעשות הדבר.

א"כ איתכשורי נמי ליתכשר ואי לאו בני עשוי נינהו. א"כ איפסולי נמי לא לפסול.

(דהאי סוגיא פליג אסוגיא דחזקת הבתים בתרתי חדא דבגט לא בעינן רצון. וגם בזה שע"י כפי' לא יבא רצון.)

רק שס"ל דהיכא דמן הדין יוכלו ב"ד לכופו בכה"ג הוי גט אף שעשה ע"י כפי' מקרי עשה מעצמו). וע"ז משני רב משרשיא דבר תורה בעכו"ם נמי כשר.

וא"כ ע"כ היינו טעמא דעכו"ם נמי בני עשוי נינהו ויש כח בידם לכוף לקיים כדין. וע"ז קאמר הא דרב משרשיא בדותא היא דבודאי עכו"ם אינם יכולים לכוף שאף בהדיוטות אמרו הטעם משום דשליחותיהו קא עבדינן ועכו"ם לא שייך לומר שליחותי' קא עבדי ומביא ראי' דאם נימא דעכו"ם יכולים לכוף.

א"כ שלא כדין שלהם הוא כשלא כדין דישראל. שהרי היכא דמן הדין לא הי' יכולים לכוף גם בישראל מה"ת לא הוי גט.

להאי סוגיא דע"י כפי' היכא דשלא כדין אין מועיל דבעינן רק שיגרש מעצמו. וע"כ דשלא כדין גזרו אטו כדין.

א"כ גם בעכו"ם נגזור שלא כדין אטו כדין. אבל בחזקת הבתים דס"ל דבעינן רצון.

ורק דס"ל דע"י כפי' ומצוה לשמוע דברי חכמים גמר ונתרצה. א"כ מביא שפיר הא דרב משרשיא.

דלפי"ז הא דרב משרשיא לאו בדותא היא. שהרי אף אם עכו"ם כפוהו עכ"פ הי' אונס. ומצוה לגרש יש כאן משום הדין. א"כ אגב האונס של העכו"ם ומצוה לשמוע דברי חז"ל גמר ומגרש.

וא"כ דרב משרשיא לאו בדותא היא דבודאי אף בעכו"ם גמר ומגרש היכא שיש מצוה בגירושין שלו. ומשו"ה לא קשיא משלא כדין דנהי שב"ד טעו בדין.

אבל עליו הי' מצוה לשמוע דברי ב"ד בשעת מעשה א"כ כיון דלפי דעתו הי' עליו מצוה לשמוע דברי ב"ד ואגב אונסי' גמר ומגרש. אבל שלא כדין דעכו"ם אין כאן לא מצוה לשמוע דברי חז"ל.

שהרי שלא כדין הוא. ומצוה לשמוע דברי עכו"ם בודאי אין כאן.

וא"כ הוי תליוהו ויהיב דביהיב לא אמרינן אגב אונסי' גמר ונתרצה שרק בזבין אמרינן אגב אונסי' גמר ומקנה. אבל לא ביהיב: (יא) היוצא מדברינו דהרמב"ם ס"ל תליוהו וזבין זביני' זביני'.

היינו משום דמכירה בע"כ הויא מכירה. אבל לא משום שנתרצה.

ולהראב"ד תליוהו וזבין וקבל דמים אגב זוזי נתרצה. ולפי"ז אזלי לטעמייהו שם בהלכות גזילה.

דכתב הרמב"ם דאין לוקין על לאו זה היינו על לאו דלא תחמוד מפני שאין בו מעשה. וכתב הראב"ד להשיג דהרי מעשה גדול יש נטילת החפץ.

אלא הטעם משום דניתן לתשלומין שהרי הוא כגזלן שחייב להשיב הגזילה. אכן לדברינו הדברים מבוארים.

דהנה להרמב"ם אם נימא דלאו דלא תחמוד הוא לקנות חפץ שלא מדעתו כיון דלהרמב"ם שלא מדעתו קונה דלא בעינן רצון. א"כ לא ניתן לתשלומין שהרי כשקנה

אין מחויב להשיב נמצא אם הי' לאו דלא תחמוד לקנות חפץ שלא מרצון המוכר הי' לוקין על לאו דלא תחמוד.

שהרי אי אפשר להחזיר משו"ה קאמר הרמב"ם דלאו דלא תחמוד הוא על הרצון לקנות חפץ של חבירו. אלא דאינו עובר כל זמן שלא בא לידי מעשה.

אבל אם הועיל מחשבתו עבר על לאו דלא תחמוד על הרצון. והרצון הוא לאו שאין בו מעשה.

אבל הראב"ד לטעמי' דס"ל גם במכירה בעינן רצון. אלא דאגב זווי נתרצה נמצא כשקנה בע"כ של המוכר כ"ז שלא נתן הכסף לא קנה עדיין.

נמצא כשקנה עבר על לאו דלא תחמוד אבל עדיין ישנו בתשלומין. שהרי לא קנה כל זמן שלא נתן הדמים ומחויב להשיב.

ואח"כ כשנתן הדמים הרי להראב"ד נתרצה וכיון שנתרצה הרי בגזלן גופי' מועיל מחילה. ולפי"ז מיושב נמי מחלוקת הרמב"ם והראב"ד גבי זה שכתב הרמב"ם כל החומד עבדו או אמתו כו' והפציר בו עד שלקחו ממנו אע"פ שנתן לו דמים רבים עובר בל"ת והשיג הראב"ד הא דוקא היכא דלא אמר רוצה אני.

והנה הרמב"ם לטעמי' דאין האיסור על נטילת החפץ שלא מרצונו אלא האיסור על רצונו שחמד דבר של פלוני נמצא מה יועיל שאמר אח"כ כשהפציר בו רוצה אני עכ"פ הוא חמד עוד טרם שאמר זה רוצה אני ומחשבתו הועיל שבא לידי מעשה היינו שע"י הפצרתו נתרצה. עבר על לאו דלא תחמוד.

דהרי להרמב"ם האיסור החימוד וכבר עבר על לאו דלא תחמוד קודם שאמר רוצה אני. אכן הראב"ד לטעמי' דאיסור לאו דלא תחמוד הוא מה שנוטל חפץ של פלוני לקנותו שלא מרצון המוכר.

וס"ל דכ"ז שלא נתרצה לא קנה. והא דאמרינן דכ"ז שלא קיבל זווי לא נתרצה עדיין. היינו דוקא אם לא אמר רוצה אני. אבל אם אמר רוצה אני אף קודם שקיבל הכסף כיון שנתרצה המוכר בכסף ואמר רוצה אני נתרצה.

וא"כ לא עבר בכה"ג על לאו דלא תחמוד דלהראב"ד הוא נטילת החפץ שלא מרצונו של המוכר והכא הרי נטל מרצון המוכר שכבר אמר רוצה אני. משו"ה השיג הראב"ד דדוקא דלא אמר רוצה אני אז עבר על לאו דלא תחמוד: (יב) והנה הב"י בחו"מ (סימן ל"ד) על הא דאמרינן חמסן אין פסול לעדות אלא מדרבנן.

הקשה הא אמרינן לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו משמע דלאינשי משמע אבל האמת אינו כן דאף בדמים עבר על לאו דלא תחמוד ותירץ דהתוס' כתבו. די"ל דמשמע להו היינו דכן הוא האמת דלא תחמוד הוא בלא דמי.

אך לדברי הרמב"ם אי אפשר לתרץ כן. שהרי הוא כתב בפירוש שאף אם נתן ממון רב עבר על לאו דלא תחמוד.

ואעפ"כ כתב דחמסן פסול מדרבנן והבית שמואל באה"ע הקשה על קושית הב"י דמאי קשיא ליה להב"י מדאמרינן לאינשי משמע להו בלא דמי אבל קושטא דמילתא אף בדמים עבר על לא תחמוד. א"כ הי' להיות חמסן פסול מדאורייתא.

דהא עכ"פ לאינשי משמע בלא דמים ואינו פסול. שהרי הוא עבר העבירה בשוגג.

אכן באמת לא על הב"י תסוב תלונת הבית שמואל אלא על התוס' דהרי התוס' בסנהדרין (דף כ"ה) הקשו קושיא זו של הב"י. ועכצ"ל דלאו תירוץ הוא מה דמשמע לאינשי משום זה נאמר דחמסנין פסוליין רק מדרבנן דאטו כל חמסנין לא ידעי דינא נהי דבב"מ לגבי חשוד אממונא חשוד אשבועתא דשבועה באה לברר אמרינן שפיר דישבע כיון שיכול להיות שסבר דלא תחמוד הוא בלא דמי.

אבל לעדות איך נימא שכשר מה"ת דילמא ידע. ועוד אם לא ידע כלל אף מדרבנן אמאי פסול.

ומדפסול מדרבנן ע"כ דיודע שיש איסור וא"כ אם מה"ת עובר יפסול מן התורה. אף דגבי שבועה אמרינן דישבע דשבועה באה לברר.

ועוד הא בסנהדרין יהיב טעמא מעיקרא סבור דמי קא יהיב אקראי בעלמא הוא כיון דחזו דקא חטפו גזרו בי' רבנן. ואם נימא דבאמת מן התורה פסול שעבר על לאו דלא תחמוד נימא שפסלוהו רבנן משום שמא ידע ע"כ דכיון דפסלו רבנן אמרינן דיודע שיש איסור ואעפ"כ אמרינן דאינו פסול אלא מדרבנן ושפיר הקשה התוס' והב"י דיפסול מדאורייתא כיון דקושטא דמילתא דעבר על לא תחמוד אף אם יהיב דמי ובאמת ברמב"ם (בפ"י מהלכות עדות) יש סתירה דבאלו דפסוליין מדרבנן מנה הרמב"ם החמסנין הרי דחמסן פסול מדרבנן וכשמנה הרמב"ם פסולי דאורייתא מנה ג"כ הגנבים והחמסנין.

אכן לפי מה שביארנו למעלה מיושב בע"ה הכל. דיש שני מיני חמסנין.

יש חמסן שפסול מדרבנן ויש שפסול מדאורייתא. דהנה אם חמד דבר של פלוני וכפהו או הפציר בו עד שמכרו ולקח ממנו הדמים.

נמצא דהחפץ קנה רק שעבר על לאו דלא תחמוד היינו מה שחמד בלבו זהו האיסור א"כ החימוד לאו דחמס הוא. ואין נפסל לעדות אלא לאו שיש בו מלקות או לאו דחמס ומהו לאו דחמס היינו שגוזל חפץ ונותן הדמים.

דביארנו לעיל דכיון דהוחזק בגזלן מקודם על הדבר. לא מקרי מה שנוטל הדמים שמוכר רק שמקבל תשלומין אבל לאו דחמס אין נפסל עד שיהא לאו שיש בו מעשה שלוקין.

נמצא הלאו דלא תחמוד דהאיסור הוא רצונו לא מקריא לאו דחמס. וגם אין לוקין עליו משום דלאו שאין בו מעשה הוא ומשו"ה אין נפסל בלאו דלא תחמוד מה"ת רק מדרבנן ומיושב קושית התוס' והב"י אליבא דהרמב"ם.

ויש עוד חמסן שהוא פסול מדאורייתא היינו היכא דלא כפה את המוכר למכור רק נטל החפץ ונתן הדמים. דנמצא בשעה שנטל החפץ גזל החפץ שלא קנאו.

רק ששילם בעדו דמים. אבל כיון שהמוכר לא מכרו.

הרי גזל החפץ. אלא גזל הוא שגזול ע"מ שלא לשלם.
וחמסן הוא שגזול ע"מ לשלם דבהדיא אמרינן אע"פ שחבול ישיב רשע גזילה משלם.
דאע"פ שגזילה משלם רשע הוא.

הרי דאף אם גזל ע"מ לשלם הוא גזלן ורשע מקרי. ופסול מן התורה.
וזהו דקאמר בסנהדרין חמסנים מעיקרא סברי דמי קא יהיבא אקראי בעלמא הוא כיון
דחזו דקא חטפי פסלינהו רבנן. פירוש מעיקרא לא פסלו רבנן חמסנין.
כיון דדמי קא יהבי והמוכר מוכר להם אף שעברו על לא תחמוד. הא לאו שאין בו מעשה
הוא.

וגם לאו לאו דחמסן הוא כיון דחזו דקא חטפי פירוש. וא"כ עובר על לא תגזול.

שהם אינם כופים המוכר למכור. אלא חוטפים.

דבכה"ג לא קנו. וכיון שחמסנין באין לפסול דאורייתא.

משו"ה פסלו כל החמסנין. וזהו שהרמב"ם מנה חמסן בפסול דרבנן.

דמיירי הרמב"ם היכי שכופין המוכר למכור ע"י כפי' או הפצרה דפסולים מדרבנן משום
שהרבה מהם באים לידי פסול דאורייתא פסלינהו רבנן ובאלו דפסולים דאורייתא מנה
הגנבים והחמסנים. היינו שחוטף אע"פ שכונתו לשלם פסול מדאורייתא דאע"פ שחבול
ישיב רשע גזילה משלם.

אע"פ שגזילה משלם רשע הוא: (יג) והנה התוס' פירשו על הא דאמרינן בגמ' מה בין
גזלן לחמסן פירשו התוס' ז"ל בלישנא דקרא אין חילוק ביניהם והכא קבעי מה בין גזלן
דרבנן לחמסן דרבנן. וכן להלן גבי חמסן יהיב דמי פירשו בתוס' ז"ל וכשלא אמר רוצה
אני כדמפרש אבל מן התורה אינו פסול אלא היכא דלא יהיב דמי אבל היכא דיהיב דמי
כשר אע"ג דלא אמר רוצה אני אע"פ שעובר על לאו דלא תחמוד הא אמרינן בפרק
שנים אוחזין לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו.

וההיא דסוף מכילתין דמייתי מחמס בני יהודה דאפילו היכא דיהיב דמי הוה כאילו נוטל
נשמתו לאו דרשה גמורה. אלא אסמכתא בעלמא דחמסן דקרא היינו גזלן דלא יהיב דמי.
והנה להרמב"ם הא עבר בלא תחמוד אף היכא דיהיב דמי. אכן באמת דברי התוס'
תמוהים.

דאיך נימא דכאן קא בעי מאי בין גזלן דרבנן לחמסן דרבנן. א"כ כי משני חמסן יהיב
דמי מאי פריך אי יהיב דמי חמסן קרית לי' והאמר רב הונא תליוהו וזבין זביני' זביני'.

אטו משום דאמר רב הונא זביני' זביני' לא הוי חמסן דרבנן. אטו ס"ל לרב הונא דמותר
לכוף לפלוני עד שיאמר רוצה אני וימכור לו דבר שלו בודאי דזה איסור לכו"ע אף
שבדיעבד הוי זביני' זביני' וא"כ כיון שאסור לו לעשות זה משו"ה הוי חמסן דרבנן.

ועוד קשה איך נימא שמה"ת מותר לגזול ע"מ לשלם. הא אמרינן חבול ישיב רשע
אעפ"י שגזילה משלם רשע הוא ובודאי דזה דוחק לומר שהוא אסמכתא בעלמא.

שהרי השיבו זאת לדוד שאסור לו ליטול גדישין דשעורים ע"מ לשלם גדישין דעדשים. אכן לפי מה שביארנו לשטת הרמב"ם יתיישב בפשטות דבודאי קא מיבעי ליה מה בין גזלן דאורייתא לחמסן ומשני ליה דגזלן דאורייתא הוא שנוטל בלא דמים.

אבל חמסן הוא בנוטל ונותן ופריך והאמר רב הונא תלוהו וזבין זביני' זביני' וכיון דזביני' זביני הרי לאו חמסן דאורייתא הוא רק שעבר על לא תחמוד.

ומשום זה לא הוי חמסן. ומשני הא דאמר רב הונא תלוהו וזבין אין הכי נמי דמיירי אף בגווי דמיירי בחמסן היינו דמהו חמסן לא שכופהו למכור.

דבכה"ג בודאי דקנה. ולא מקריא חמסן.

ומהו חמסן דאורייתא ביארנו דהיינו שחטפי. ופירשנו דהיינו שנוטלים מעצמם ומשלמים הממון לבעלים.

וא"כ הרי בשעה שחמס לא קנה שהרי לא מכר. אעפ"כ יש גווי דזביני' זביני'.

היינו באמר רוצה אני. דרוצה אני שאמר קודם שנטל אף אם הכריחו לזה זה מקרי מכירה.

אבל היכא דלא אמר רוצה אני. והחמסן נטל מעצמו בכה"ג לא מקרי מכירה והויא חמסן. ולפי"ז לא קשה מה שהרמב"ם בהלכות מכירה לא הזכיר דבעינן רוצה אני. דהתם כתב הרמב"ם הלשון כפוהו למכור ומכר לו.

באיזה אופן שמכר לו. אם מסר לו מעצמו בתורת מכירה.

או כתב לו שטר. או אמר לו רוצה אני שתקח דזהו ג"כ הויא מכר.

ולא הוצרך הרמב"ם להזכיר אמר רוצה אני. דכללא כייל אם מכר לו באיזה אופן שמכר. והיכא דלא מכר היינו היכא דחטף ואח"כ שילם הרי כתב הרמב"ם רבותא יותר דאם הוחזק בגזלנות. אף אם מכר לא קנה.

ובהלכות גזילה גבי לאו דלא תחמוד לא הזכיר חילוקים בין רוצה ללא רוצה כיון דס"ל דהחיוב על החימוד. א"כ אף שאח"כ אמר רוצה אני ונתרצה זהו האיסור שחמד ובא לידי מעשה שמכר לו: (יד) ולפי"ז מיושב ג"כ הקושיא שהקשו הפוסקים איך כתב הרמ"א להלכה דברי העיטור דאמר דאנסוהו למכור הוי זביני'.

אבל לא אנסוהו לקנות. דהא מדברי הרמב"ם והראב"ד גבי האיש שאנסוהו לקדש משמע דשניהם מודים דאנסוהו לקנות מהני.

אכן לפי הנ"ל ניחא דהנה הקושיא שהקשו על הרמב"ם מהאי סוגיא דאוקים הא דאמר רב הונא תלוהו וזבין הוי זביני'. הוא באמר רוצה אני.

גם על הראב"ד קשה בהלכות מכירה לא מצינו שהזכיר דבעינן רוצה אני ועכצ"ל לדידי' דהוא ס"ל הא דתלוהו וזבין הוו זביני'. היינו דוקא כשקיבל הכסף.

אבל קודם שקיבל הכסף לא קנה עדיין כמפורש ברמ"א שם בשם ב"י בשם הראב"ד. והראב"ד ג"כ מפרש דהכא מיירי בחמסן שנוטל קודם שנתן הכסף רק שלוקח החפץ ונותן אח"כ הכסף.

וא"כ בשעה שלוקח החפץ לא קנה עדיין. והוי כגזלן כדכתב הראב"ד (בפ"א מהלכות גזילה) שהבאנו.

משו"ה אמר דבכה"ג אם נטל החפץ קודם שנתן הדמים. אם אמר רוצה אני קודם שנטל החפץ לא נעשה חמסן שהרי בשעה שלקח כבר נתרצה.

אבל אם לא אמר רוצה אני. ונטל נעשה חמסן.

והנה טעם העיטור דס"ל אנסוהו לקנות לא מהני בפשוט דאין הטעם דמחלק בין מכר לקנין שהרי הב"י הביא דטעם העיטור כדאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי. ולכאורה אין הבנה לדברים אלו.

מאי ראי' מהא דאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי. דאנסוהו לקנות לא קנה.

אלא פשוט דכונת העיטור כיון דאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי. פירוש א"כ במכר לא קנה בזה שנתחייב לו דמים דמשום זה לא נתרצה עדיין אף ע"י האונס ורק כשמקבל זוזי.

אז נתרצה.

א"כ אמרינן דרק משום זוזי נתרצה. דכן טבע האדם להתרצות בשביל זוזי.

א"כ היינו דוקא באנסוהו למכור וקיבל זוזי. אבל אנסוהו לקנות!

הרי אין כאן זוזי שיתרצה דאדרבה הוא יתחייב ליתן זוזי. א"כ דברי העיטור הם פשוטים כדעת הראב"ד.

א"כ היינו דוקא היכא דלא אמר רוצה אני. אבל אם אמר רוצה אני.

הרי מועיל אף קודם קבלת הזוזי. כדמוכח מהא סוגיא דאמר הא דאמר רוצה אני.

וכדביארנו דמיירי להראב"ד שנטל החפץ קודם קבלת הכסף. א"כ גם בקדושין הובא הדעה זו.

היינו דעת הראב"ד שאמר דבעינן דוקא רוצה אני. שהוא ג"כ דעת העיטור דאנסוהו לקנות אין מועיל.

והיינו היכא דלא אמר רוצה אני. ואף שבחו"מ בסימן א' הביא ב' דעות של הראב"ד והרי"ף סתים אח"כ כדעת העיטור.

שדעתו נוטה לדעת העיטור. אבל בקדושין משום חומרא דא"א לא הגיה כלום.

אחרי שהובאו ב' הדעות: סימן לב סוגיא דיאוש קונה או אינו קונה. ויבאר סוגיא דעורות של גנב.

ומשכבו ולא הגזול. ויבאר דיאוש קונה לכו"ע דהוי מטעם הפקר.

ורק שיש דין השבה למאן דס"ל אינו קונה ויבאר טעמא דמחירת דמחויב להשיב. ובשיבר פטור ויבאר טעמא וסוגיא דרשות יורש לאו כרשות לוקח: דף סו אמר רבה שינוי קונה כתיבא ותנינא כו' יאוש אמרי רבנן דנקני מיהו לא ידעינן אי דאורייתא אי דרבנן וכו' ורב יוסף אמר יאוש אינו קונה אפילו מדרבנן כו' איתיבי' ליה אביי לרב יוסף עורות של בעה"ב מחשבה מטמאתן של עבדן אין מחשבה מטמאתן של גנב מחשבה מטמאתן של גזלן אין מחשבה מטמאתן רבי שמעון אומר חילוף הדברים של גזלן מחשבה מטמאתן של גנב אין מחשבה מטמאתן לפי שלא נתיאשו הבעלים וש"מ יאוש קנה כו' אלא אמר רבא האי מילתא קשו בה רבה לרב יוסף עשרין ותרתין שנין ולא איפרקא עד דיתיב רב יוסף ברישא ופרקה שינוי השם כשינוי מעשה דמי שינוי מעשה מ"ט התם מעיקרא עצים והשתא כלים שינוי השם נמי מעיקרא קרו לה משכא והשתא אברזין.

וכתב הרמב"ם (בפכ"ד מהלכות כלים ה"ז) אין אדם מטמא במדרס משכב או מרכב שאינן שלו שנאמר והנוגע במשכבו גזל משכב ודרס עליו בלא נגיעה טהור ואם נתיאשו הבעלים טמא גנב משכב וישב עליו טמא שחזקתו שנתיאשו הבעלים שאינם יודעים מי גנבו. והנה הרמב"ם עצמו פסק ובפ"א מהלכות גניבה הלכה י"ב) ז"ל הגניבה עצמה שהיא ביד הגנב ולא נשתנית חוזרת לבעלים בין לפני יאוש בין לאחר יאוש עכ"ל הרי דפסק הרמב"ם דיאוש כדי לא קנה וא"כ איך פסק הרמב"ם כאן דאם גנב משכב וישב עליו טמא שחזקתו שנתיאשו ממנו הבעלים מה מהני שנתיאשו הבעלים מ"מ הרי יאוש כדי לא קנה.

וא"כ לא קנה הגנב ולא הוי משכבו ובגמרא אמרינן רק דגנב מחשבה מממאתו בגנב עורות. וחשב למשכב דהוי יאוש ושינוי השם דמעיקרא משכא והשתא אברזין אבל אם גנב משכב דהתם לא הוי שינוי השם איך יועיל יאוש אחרי שאינו של גנב והרמב"ם הלא פסק שאין אדם מטמא משכב שאינו שלו: הקצות בח"מ (סימן שנ"א) הקשה על הא דאמרינן בסנהדרין (דף ע"ב ע"א) שאם נטל כלים במחירת ויצא ושברן פטור מפני שנתחייב בנפשו במחירת אבל אם איתנהו בעין מחויב לשלם וכתבו שם תוס' ד"ה מסתברא וז"ל וא"ת מה קא משמע לן תנינא ושיבר את החבית פטור וי"ל אי ממתניתין הוה אמינא דבשיבר בעודו במחירת קא משמע לן רב דאפילו בשיבר אח"כ.

והקשה הקצוה"ח וז"ל וצריך ביאור דכיון דלא קנה אותם כשהם בעין ואח"כ שוב אינו בחיוב מיתה ואמאי פטר כשיבר אח"כ, ולכאורה קושיא גדולה היא דהא אמרינן תברה או שת' משלם ד' אף שבשעת הגניבה שוי זוזא הרי דאם גזלן הזיק אח"כ אין אנו מחייבים אותו על שעת הגזילה אלא על מה שהזיק וא"כ ה"נ במחירת אף שבשעת הגזילה ה' מתחייב בנפשו ואז לא נתחייב בדמים משום דקם לי' בדרכה מינ' אבל כיון דאמרינן דאם איתנהו בעין מחויב להחזיר וע"כ צריך לומר שלא קנה אותם והוי של הנגנב וא"כ אם שברן יהא חייב לשלם: ונראה לי לתרץ דהנה אמרינן בב"ק (דף קי"א) הגוזל ומאכיל את בניו והניח לפניהם פטורין מלשלם אמר רמי בר חמא זאת אומרת רשות יורש כרשות לוקח דמי פירש"י והוי לה כרשות אחרת וכיון דאוקימנה למתניתין לאחר יאוש קנו להו יתמי בשינוי רשות ויאוש רבא אמר רשות יורש לאו כרשות לוקח

דמי והכא במאי עסקינן כשאכלו והא מדתני סיפא אם הי' דבר שיש בו אחריות חייבין לשלם מכלל דר שא בגזילה קיימת עסקינן וכו'.

ולכאורה הדברים תמוהין הא דאמרינן דאם רשות יורש לאו כרשות לוקח דמי לא קנו היתומים לאחר יאוש. דהא טעמא דמועיל יאוש ושינוי רשות הוא לא משום דהוי שני קנינים שכל אחד בעצמו אינו קונה וביחוד יקנו דאם כל אחד בפני עצמו אינו קנין גם יחדיו לא יקנו אטו אם יעשה שני שינויי רשותים ג"כ יקנה או אם יהי' שינוי רשות וקצת שינוי מעשה דבפני עצמה לא תקנה ועם שינוי רשות תקנה.

בודאי דהטעם שיאוש ושינוי רשות קונה הוא דבאמת לאחר יאוש גם הראשון הי' לו לקנות דיאוש קונה אלא משו"ה צריך שינוי רשות משום דגבי גזלן באיסורא אתא לידי' ולא יוכל לקנות אבל גבי הלוקח דלדידי' בהיתירא אתא לידי' שפיר הוא קונה משום דהוי לאחר יאוש (והא דקני להרמב"ם שינוי רשות ואח"כ יאוש יבואר בעז"ה להלן) וא"כ נהי נמי דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי.

אבל מ"מ הם לא גזלו ולהם בהיתירא אתא לידם וא"כ יקנו ומאי איכפת לן אם לאו כרשות לוקח דמי סוף סוף בהיתירא אתא לידם. ונראה לי הטעם דהנה אמרינן שם (בדף קי"ב) תנו רבנן והשיב את הגזילה אשר גזל מה ת"ל אשר גזל יחזיר כעין שגזל מכאן אמרו הגזול ומאכיל את בניו פטור מלשלם הניח לפניהם בין גדולים בין קטנים חייבין פירש"י בד"ה כעין שגזל ז"ל כלומר אם גזילה קיימת יחזיר אבל אין גזילה קיימת פטור ובדידי' ליכא לאוקמא אלא בבניו ולכאורה קשה דהא קרא מיירי לענין הגזילה בעצמה דדוקא אם הגזילה כמו שגזל מחויב להחזיר דמזה הא ילפינן דשינוי מעשה קונה.

וא"כ מה כתב רש"י דבדידי' ליכא לאוקמא הא מיירי בדידי' לענין חיוב השבת הגזילה בעצמה אבל הדמים מחויב לשלם אף אם אין הגזילה בעין א"כ גם לגבי בנים נימא הכי שאם אין הגזילה בעין מחויבים להשיב הדמים. לכן נראה לי דהנה התוס' (בדף ס"ו ע"א) ד"ה כיון כתבו וז"ל מכאן משמע שיאוש אינו כהפקר גמור דא"כ אף בתר דאתא לידי' באיסורא יכול לקנות מן ההפקר.

והנה האחרונים הקשו על זה מה קשה להו לתוס' שאם נימא יאוש כהפקר א"כ אף בתר דאתא לידי' באיסורא יכול לקנות מן ההפקר הא קי"ל דכל דבר שאינו ברשותו אינו יכול להפקיר וא"כ אפילו יאוש כהפקר בכל זאת לא נעשה הפקר מפני שאינו ברשותו אבל באמת לא קשה מידי דזה דאמרינן שאין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו לא מפני שדבר שאינו ברשותו לא יוכל להיות הפקר אלא החסרון הוא שהוא אינו יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו.

וזהו דוקא גבי הפקר שהדין בהפקר שהוא צריך להפקיר אבל גבי יאוש הא דקאמרי התוס' דיאוש כהפקר אינו משום דהוא מפקיר דלמה יפקיר את הדבר אלא דהתוס' קאמרי הא דאמר רחמנא דיאוש מועיל אי הוא משום דכשנתיאש אמרי רחמנא דנעשה הדבר הפקר או שהתורה אמרה דכשנתיאש יוכלו לזכות בהדבר ולא דנעשה הפקר וא"כ אינו שייך להקשות הא אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו שהרי הכא אין אנו צריכים להפקירו אלא דאם נימא דיאוש כהפקר היינו בשעה שנתיאש נעשה הדבר

ממילא הפקר ולא שהוא מפקיר את הדבר וא"כ אין כאן חסרון שהדבר אינו ברשותו שכל החסרון הזה הוא רק דוקא היכא שהוא צריך להפקיר אז אינו יכול אם אינו ברשותו א"כ שפיר קאמרי התוס' אם נימא דבשעה שהוא מתיאש אמרה התורה דהוי הפקר גמור אמאי לא יוכל הגזלן לזכות אף אם אתא לידו באיסורא.

לפי זה נראה לי לפרש הברייתא דבאמת יאושכהפקר גמור והגזלן קונה אף שבאיסורא אתא לידו והיינו דאמרינן בברייתא ת"ר והשיב הגזילה מה ת"ל אשר גזל יחזיר כעין שגזל היינו דאמרה התורה שכל זמן שהגזילה היא כעין שגזל יחזיר אף שקנה הגזילה חייבה אותו התורה להשיב את הגזילה בעצמה אם היא כעין שגזל.

והא דאם ה' שינוי רשות אין מחויב האחר להחזיר משום שהתורה אמרה והשיב דוקא אם היא עדיין גזילה. ומשו"ה ברשות הגזלן אף שקנה אותה אעפ"כ גזילה היא.

אבל ברשות אחר לא הוה אצלו גזילה ומשו"ה קא מפלגי אי רשות יורש כרשות לוקח דמי או לאו כרשות לוקח דמי היינו אי נימא דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי היינו שרשות האב נשאר אצל הבן וכל הקנינים שהי' להאב הם עתה אצל היורשים א"כ כמו שהי' להאב בהדבר שגזל קנין גזילה כמו כן אצלם הוי קנין גזילה והתורה אמרה גזילה שהיא בעין יחזיר משו"ה מחויבים היורשים להחזיר.

ואם האב לא הי' קונה את הגזילה. א"כ הא יכולים עתה לקנות את הדבר בעצמם ואצלם לא הוי גזילה אבל עתה שאביהם קנה קנין גזילה בהדבר והקנין הגזילה הוא עתה שלהם משו"ה מחויבין להשיב מטעם והשיב את הגזילה אלא כל זה דוקא אם הדבר בעין אבל אם כבר אכלו הדבר נהי דבשעה שהי' בעין היו מחויבים להחזיר אבל החיוב לא מפני שהדבר עדיין של הנגזל שהרי כבר קנו את הדבר והוי שלהם אלא דין הוא של והשיב שכל זמן שנקראת גזילה מחויבים להשיב אם ביטלו את הדין אינם מחויבים לשלם.

אבל למ"ד דרשות יורש כרשות לוקח היינו לא שרשות האב נשאר אצל הבן אלא כמו שלוקח קונה דבר של המוכר בקנינים כמו כן אמרה התורה שיוורש קונה דבר של אביו בלא קנינים א"כ כמו שגבי לוקח אם לקח מגזלן לאחר יאוש לא נקראת גזילה דלא מקרי גזילה רק כל זמן שהיא ברשות הגזלן שקנינו הוא רק מחמת שגזל מעיקרא אבל גבי לוקח שהוא קנה את הגזילה בקנינים אחרים.

אצלו לא נקראת גזילה ואינו מחויב להחזיר כמו כן גבי יורש לא נקראת גזילה אם נימא דכרשות לוקח דמי שהרי גם גבי יורש אמרה התורה שקונה דבר של אביו ולא שנשאר רשות אביו אצלו: ונוכל לומר דזהו ג"כ טעמא דהגהת מיימוני ובפ"ה מהלכות גזילה) דכתב שם הרמב"ם דאוכל הגזילה לאחר יאוש פטור מלשלם ואיתא שם בהגהת מיימוני וז"ל ונהי דגבי מדרכי נתן.

מטעם גזילה מיהו לא הוי גבי ונ"מ שאם מחל הגזלן ראשון להשני או שפרע לראשון פטור השני מהנגזל הרי דס"ל להגהת מיימוני דלהגזלן מחויב לשלם אם אכל לאחר יאוש והוא גמ' מפורשת בב"ק ודף ס"ח) דאם גנב ובא אחר וגנבו הראשון משלם תשלומי כפל והשני אינו משלם אלא קרן בלבד ומוקי לה התם לאחר יאוש ומקשי מהא

למ"ד יאוש קנה הרי למ"ד יאוש לא קנה ניחא ומזה מוכח כהגהת מיימוני דהאוכל לאחר יאוש מחויב לגזלן אף למ"ד יאוש לא קנה.

ולכאורה קשה כיון שהגזלן לא קנה עוד למה יתחייב לשלם לו והתוס' (בדף ס"ט) ד"ה כל שלקטו כתבו וז"ל אבל לאחר יאוש אין יכול לגבות כלום מן השני מ"מ כיון שכל אדם אסור להחזיק בה מפני שהיא צריכה לגזלן ליפטר מן הנגזל ואם כבר זכה בה אחר לכל הפחות חייב לשלם דמים להגזלן עכ"ל התוס' והדברים תמוהים אם מפני שהגזלן צריך להדבר ליפטר מן הנגזל בשביל זה יהא חייב לשלם הא לא הוי אלא גורם לממון וכדאמרינן גנב שגנב שור הנסקל מבית שומר אף למאן דס"ל כרבי יעקב דאף משנגמר דינו החזירו שומר לבית בעליו מוחזר מ"מ אי לא הוה סבר כר"ש דדבר הגורם לממון כממון דמי הוה סבר דפטור ואין לחלק דהתם הדבר בעצם אינו שוה כלום אבל בגזילה הדבר בעצם הוי ממון מ"מ לגבי גזלן דעצם הממון לא הוי שלו אלא דיש בו בהדבר רק גורם לממון שהוא צריך להשיב להנגזל א"כ למ"ד גורם לממון לאו כממון דמי אמאי יתחייב להגזלן וכן אמרינן בפסחים (דף ה' ע"ב) דאם קיבל אחריות על חמצו של עכו"ם שהפקידו בביתו עובר בב"י ובי"מ ופריך בגמ' הניחא למ"ד דבר הגורם לממון כממון דמי אבל למ"ד לאו כממון דמי מאי איכא למימר הרי אף דעצם הדבר שוה ממון אבל כיון דלהנפקד לית ליה בהדבר כי אם גורם לממון לא הוי ממון לגבי' והוי רק גורם לממון וא"כ אמאי אוכל הגזילה לאחר יאוש מחויב לשלם להגזלן כיון דאצלו הוי הדבר רק גורם לממון.

אכן לפי דברינו שבארנו לעיל דבאמת יאוש הוי כהפקר גמור ונקנה הדבר להגזלן נהי דלשלם כפל אינו מחויב להגזלן דכיון דהוא צריך להחזיר את הדבר משום והשיב את הגזילה דאמרה תורה שכל זמן שהיא גזילה מחויב להחזיר אבל קרן מחויב לשלם כיון דגנב דבר שהוא שלו כיון דקנה ביאוש אף שמחויב להשיב אבל מ"מ דמים מחויב לשלם הגונב ממנו כיון דבזה שישב יהי' פטור מחיוב הממון.

נמצא דגונב ממנו דבר שהוא שלו ויכול לשלם בדבר הזה בעד חוב הגזילה: ולפי"ז יתיישב קושית הקצוה"ח שהקשה גבי מחתרת אמאי פסקינן שאם נטל במחתרת ויצא דאם איתנהו בעין מחויב לשלם ואם שיבר אפילו אחר שיצא מן המחתרת פטור והקשה ממ"נ כיון דחזינן שאם איתנהו בעין מחויב להחזיר וא"כ הא לא קנה את הכלים בדמים וא"כ בעת ששיבר הרי שיבר דבר של הנגזל ומדוע לא ישלם וכדהקשינו מתברה או שתי' משלם ד'.

אבל לפי הנ"ל ניחא דזה הרי חזינן דקנין הגזילה מועיל אף לפני יאוש לענין זה שהגזילה נכנסה לרשותו ואם לא הי' החיוב של והשיב את הגזילה הי' קונה לגמרי אף לפני יאוש דמשו"ה אמרינן דאם נשתנה הדבר שאז ליכא דין והשיב נשאר הדבר שלו הרי חזינן דקנין הגזילה הועילה לזה שתכנס לרשותו אלא שהחיוב של והשיב את הגזילה אינו מניח להגזלן לקנות.

נמצא דכשנטל כלים במחתרת לא הי' אז עליו חיובים דוהשיב את הגזילה כיון שמתחייב בנפשו אין עליו שום חיובים. וממילא קנה את הנזילה לגמרי והוי אז כמו גזילה שנשתנית דאמרינן כיון שליכא והשיב קונה אותה לגמרי ה"נ במחתרת דאז ליכא חיוב

והשיב את הגזילה קונה אותה לגמרי אלא דאף על פי שזה שמתחייב בנפשו מועיל שיקנה את הגזילה אבל לזה לא יוכל להועיל שלא תהי' נקראת גזילה א"כ בעת שיצא ממחותרת אף שהדבר שלו אבל במה קנה אותה בגזילה.

א"כ כמו שאמרינן גבי יורשים אף שקנו את הדבר אלא כיון שאצלם היא עוד גזילה מחויבין להשיב כמו כן הכא אף על גב שקנה אותה בעת שהי' במחותרת אבל בעת שיצא ממחותרת שאז לא הוי עוד מתחייב בנפשו מחויב להחזיר מטעם שהתורה אמרה והשיב את הגזילה אשר גזל דכל זמן שהגזילה היא כעין שגזל מחויב להחזיר אף שקנה אותה לגמרי בגזילה.

אלא דהחויב שהוא מחויב להחזיר אינו מטעם ממון אלא מטעם והשיב. א"כ כשביטל את הדין של והשיב אינו מחויב לשלם דמים כמו ביורשין אע"ג דבשעה שהגזילה בעין מחויבין לשלם מ"מ אם אכלו אינם משלמים בשביל זה שבטלו את הדין והשיב.

ה"נ בנטל במחותרת ואח"כ יצא כיון שהדבר קנה לגמרי אלא שיש עליו דין של והשיב כשביטל את הדין אינו מחויב לשלם ומשו"ה אם איתנהו בעין מחויב לשלם מטעם דין והשיב. אבל אם שברו הלא אז ליכא והשיב ומטעם חיוב ממון הלא לא נתחייב ורק ביטל את הדין של והשיב משו"ה פטור מלשלם והא דאמרינן שם בסנהדרין אמר רב הבא במחותרת ונטל כלים ויצא פטור מ"ט בדמים קננהו אמר רבא מסתברא מילתא דרב בששיבר דליתנהו אבל נטל לא והאלקים אמר רב אפילו נטל דהא יש לו דמים ונאנסו חייב אלמא ברשותו קיימא הכא נמי ברשותו קיימא כו' הרי דסבירא לן שאם ברשותו קיימא אינו מחויב להחזיר אפילו איתנהו בעין התם אליבא דרב קיימינן דרב אית ליה בב"ק ודף ס"ז) דיאוש כדי קני ולא מחויב כלל להשיב ולא ס"ל הא שבארנו על הברייתא דת"ר והשיב את הגזילה אשר גזל אם כעין שגזל יחזיר אף שקנה מאן דס"ל יאוש כדי קנה לא ס"ל האי דרשהכדפי' בתוס' (דף קי"א ע"ב) ד"ה גזל דמאן דס"ל יאוש כדי קנה לדידי' דרשה דברייתא אסמכתא היא והא דקתני בברייתא הניח לפניהם חייבים נוקי בדבר מסוים ומשום כבוד אביהם וא"כ לדידי' ליכא למימר דאם נטל במחותרת קנה לגמרי ואף עפ"כ יצטרך אח"כ להשיב דהא איהו סבירא ליה דהיכא דקנה לגמרי כמו ביאוש אינו מחויב להחזיר דלית ליה דרשה דוהשיב דיחזיר כעין שגזל אף שקנה.

והא דאמרינן מסתברא מלתא דרב בששיבר והקשו התוס' מקמ"ל מתניתין היא ושיבר החבית פטור ותרצו התוס' דאי ממתניתין הוה אמינא שיבר בעודו במחותרת קמ"ל רב אפילו שיבר אח"כ ואילו לפי שביארנו הלא לרב לא נוכל לפרש כן דלדידי' ממ"נ אי קונה לגמרי אינו צריך להשיב אפילו אם נטל כיון דלית ליה דרשה של והשיב ואי לא קנה מדוע יפטר אפילו שבר אח"כ הא בתברה או שתי' מחויב ד'.

נראה לי דהא דאמרינן מסתברא מלתא דרב בששיבר היינו שיבר במחותרת ולא קשה מאי קמ"ל מתניתין היא דטובא אשמעינן דאי ממתניתין הוה אמינא דאימתי פטור מתחייב בנפשו מתשלומין דוקא היכא שהתשלומין בגדר עונש דילפינן מקרא דואם יהי' אסון לא יענש. והיינו דוקא מזיק דהוי עונש עבור שהזיק אבל כשנוטל דבר של חבירו הא דנתחייב לשלם אינו בגדר עונש דסברא היא דכשנוטל דבר של חבירו מחויב לשלם

וכמו לוח מחבירו דהתשלומין אינו בגדר פונש אם כן הוה אמינא דמתניתין דהי' בא במחתרת ושיבר את החבית דאם אין לו דמים פטור היינו דוקא שלא נטל החבית רק הזיק אח החבית ושברה ומזיק הוי חיוב עונש וחיוב כזה כיון שמתחייב בנפשו פטור.

אבל הגביה חבית שנטלה שאז לא הוי עונש התשלומין כיון דסברא היא הוי אמינא דאף שנתחייב בנפשו יתחייב בתשלומין קמ"ל רב דלא נטעי בזה דבכל גוונא מקרי עונש ובכל גוונא מתחייב בנפשו מפטר מתשלומין אפילו נטלן ושיבר במחתרת אבל אם שיבר אח"כ יהא מחויב לרב דס"ל דלא קנה.

ולדין דס"ל דקנה בעת שהי' במחתרת אלא שמחויב להשיב כשיצא ממחתרת משום והשיב אם שיבר וביטל את הדין פטור מלשלם. ובזה יתיישב מה שכתב הרמב"ם (בפ"א מהלכות גניבה הלכה י"א) היתה הגניבה ביד הגנב והשביחה מאלי' כגון כבשה שילדה וגזזה משלם אותה ואת גיזותי' ואת וולדותי' ואם אחר יאוש ילדה וגזזה משלם כשעת הגניבה.

וכן כתב (בפ"ב מהל' גזילה ואבידה הלכה ז) וז"ל גזל פרה מעוברת ונתיאשו הבעלים ואח"כ ילדה. רחל טעונה ונתיאשו הבעלים ואח"כ גזזה משלם דמי פרה עומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז ואם לפני יאוש או קודם שנשתנה ילדה או גזזה הרי הגיזות והולדות של בעלים ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן הואיל ולא נתיאשו הבעלים ולא נשתנית הגזילה.

ברשות בעלי' היא עדיין אעפ"י שהגזלן חייב באונסי' וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל א"א שיבוש הוא ואין שינוי יותר גדול מלידה וגיזזה. והקצות רצה להוכיח כדברי הרמב"ם דלידה לא הוי שינוי מגמ' דע"ז (דף מ"ז ע"א) גבי הא דבעי רמי בר חמא המשתחוה לקמת חיטים מהו למנחות יש שינוי בנעבד או אין שינוי בנעבד ואמרינן שם ת"ש כל האסורין לגבי מזבח וולדותיהן מותרין ואמרינן שם הכי השתא התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה דשא הוא דאחיזא באנפה הכא מעיקרא חיטא והשתא קימחא הרי דלידה לא הוי שינוי.

ולא אדע איך יפרנס הגמ' ב"ק (דף צ"ה) דאמרינן שם ת"ר הגוזל רחל וגזזה פרה וילדה משלם אותה ואת גיזותי' ואת וולדותי' דברי ר"מ ואמרינן שם איבעי להו מ"ט דר"מ משום דקסבר שינוי במקומו עומד או דלמא בעלמא שינוי קונה כו' הרי דסבירא לן דלידה וגיזזה הוי שינוי ואיך כתב הרמב"ם דלידה וגיזזה לא הוה שינוי והא דהביא הקצות ראי' מע"ז לאו ראי' היא דהתם גבי ע"ז דטעמא דשינוי של נעבד מותר מדכתיב הם ולא שונויהם דצריך שישתנה ויהי' דבר אחר לא כמו שהי' מתחלה אבל לידה כיון דמעיקרא הוי בהמה והשתא בהמה הוי עוד הם ולא מקרי שינוי.

אבל גבי גזילה הטעם ששינוי קונה הוא מדכתיב אשר גזל כעין שגזל כיון דהולד נולד והצמר נגזז הלא לא הוי כעין שגזל וממילא אינו מחויב להשיב אכן לפי דברינו יתיישב שפיר דהנה קודם יאוש הוה הגזילה של הנגזל וא"כ מה שהבהמה השביחה קודם יאוש הוי של הנגזל נמצא אם הי' השינוי על הבהמה כולה אז הוה אמרינן דכיון דנסתלק החיוב של והשיב ממילא נקנה הבהמה להגזלן אבל כיון שלידה וגיזזה לא הוי שינוי

בהבהמה אלא בהולד ובהצמר אבל הבהמה נשארה של הנגזל א"כ בשעה שיש שינוי בהולד ובהצמר יש לו קנינים להנגזל בהבהמה שכל מה שתשביח יהי' שלו וזהו דוקא קודם יאוש אבל לאחר יאוש שאז הדבר של הגזלן ואין לו להנגזל קנינים בהגזילה שכל מה שתשביח יהי' שלו.

אלא שעל הגזלן יש חיוב של והשיב והיינו דוקא אם הגזילה כעין שגזל. אבל הולד והצמר היינו שנחלק דבר מה מהגזילה שאינו עתה כעין שגזל על הדבר ההוא אין חיוב של והשיב את הגזילה כיון שאינו כעין שגזל.

ולהנגזל לא הי' קנינים בהבהמה בשעה שנפרש מהבהמה שכל מה שתשביח יהי' שלו משו"ה אם ילדה וגזזה לאחר יאוש הוי של הגזלן אבל אי הוה אמרינן שינוי במקומו עומד א"כ גם אם ילדה הבהמה. על הולד והגזילה אף שנפרשו מ"מ הוי עליהם בפני עצמם דין והשיב את הגזילה דכיון דשינוי במקומו עומד והוי כמו גזילה שנחלקה.

והי' מחויב להשיב משו"ה ס"ל להרמב"ם דהא דרצתה הגמ' לומר דטעמא דר"מ דס"ל גזזה וילדה משלם אותה ואת גיזותי קאי לאחר יאוש דהלא אמרינן שם דקא מפלני ר"מ ור"י בשבח שעל גבי גזילה ואלו לפני יאוש שבח שעל גבי גזילה לכו"ע דנגזל הוי וע"כ קאי לאחר יאוש ולאחר יאוש אי לאו דסבירא ליה לר"מ דשינוי במקומו עומד לא הי' צריך להחזיר הגיזות כיון שעל הולד והגזילה אין הדין של והשיב כיון דלא הוי כעין שגזל.

אבל לפני יאוש ס"ל להרמב"ם דאינו מועיל שינוי של הלידה והגזילה כיון דיש להנגזל קנינים בהבהמה שכל מה שתשביח יהי' שלו (והא דכתב הרמב"ם שם בהלכה ב' וז"ל נתיאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל שבת. שהשביחה אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזילה ודבר זה הוא מדבריהן מפני תקנת השבים משמע דמן הדין השבח להנגזל.

התם קאי דהשבח הוא על גבי גזילה עדיין שמן התורה מחויב להשיב הגזילה כמות שהיא דשינוי במקצת לא הוי שינוי בכולה והוי הדין של והשיב גם על השבח מן התורה אלא שמפני שתקנת השבים הוי השבח של הגזלן): ובזה יתיישב נמי הא דאמרינן דאם קידש אשה בגזל לאחר יאוש מקודשת והקשו המפרשים הא קיי"ל דיאוש כדי לא קנה בגזל וא"כ מה מועיל שקדשה בגזל לאחר יאוש הלא לא קנה את הגזל עוד ונהי דהיא קנתה משום דהוי בידה שינוי רשות אבל הוא לא קדשה בכסף שלו שהרי לא קנה ביאוש כדי ובשלמא לשיטת הפוסקים דס"ל דאינו צריך שיקדשנה בכסף שלו אלא דצריך שיתן לה כסף ואזלינן בתר דידה שפיר הכא דאף שהוא לא קנה אבל אצלה יהי' יאוש ושינוי רשות והיא תקנה שפיר מקודשת.

אבל הרמב"ם שכתב (בפ"ה מהלכות אישות) ונודע שקנה אותו דבר ביאוש הרי שבעינן דוקא שהוא יקנה ויקדשנה בדבר שלו שהרי כתב ונודע שקנה א"כ היאך מקודשת הלא הרמב"ם בעצמו ס"ל יאוש כדי לא קנה. וכן קשה מזה שהדין הוא אם הקדיש לאחר יאוש הוי הקדש משום שהקדש הוי שינוי השם והוי יאוש ושינוי השם.

אבל היאך יכול להקדיש כיון שהוא דבר שאינו שלו וקיי"ל דדבר שאינו שלו אינו יכול להקדיש דבעינן מה ביתו שהיא שלו ומה שכתב הרשב"א דמשו"ה מועיל הקדש לאחר יאוש זהו הקדש וקנינו באין כאחד לא אבין דבריו דמה שייך זה באין כאחד דזה לא אמרינן דוקא בגיטו וידו באין כאחד ואטו גם הכא נימא כן הרי דבשעה שנעשה הקדש לא הוי שלו ולא יכול להקדיש דבר שאינו שלו ולא חל ההקדש.

אכן לפי מה שבארנו מיושב דכיון דבאמת הוי הגזילה של הגזלן לאחר יאוש אלא שהדין הוא שמחויב להשיב מטעם והשיב את הגזילה וכיון דהגזילה היא שלו ממילא יכול להקדיש וכשחל ההקדש ממילא אינו מחויב להחזיר דשינוי השם מועיל דלא מקרי כעין שגזל אבל אי לא הי' מועיל שינוי השם אז הי' הדין שאף לאחר שהקדיש יש עליו חיוב של והשיב את הגזילה ממילא לא הי' חל ההקדש דזהו גופא הוי הדין כמו אינו ברשותו. אבל עתה שהדין ששינוי השם מועיל משו"ה חל ההקדש. ואולי זהו כונת הרשב"א דהקדשו וקנינו באין כאחד.

וא"כ שפיר מיושב קושית המפרשים איך יכול לקדש בגזל לאחר יאוש. דבאמת לפי דברינו הדבר הוא שלו שהגזלן קנה ביאוש אלא שהוא מחויב להשיב מטעם והשיב את הגזילה וזהו דוקא הוא מחויב להשיב אבל אינה מחויבת להשיב כיון שבידה הוי שינוי רשות.

נמצא שקידשה בדבר שלו וגם אצלה הוי ממון שהרי היא אינה מחויבת להחזיר. וזהו הטעם שמועיל יאוש ושינוי השם דבאמת שינוי השם הוה כשינוי מעשה אלא דקודם יאוש דלא הוי הדבר של הגזלן אינו מועיל מה שהוא חושב שישתנה שם הדבר אבל לאחר יאוש כיון דהדבר שלו אף שחיוב עליו להשיב אבל מ"מ כיון ששלו הוא בידו לעשותו לכל מה שירצה משו"ה אם חשב שישתנה שמו חל שינוי השם.

(ועיין תוס' ס"ז ד"ה הא לאו הכי שכתבו כן אלא שלדברינו דלאחר יאוש הוי שלו יתיישב שפיר): ואחרי הדברים האלה יתיישב שפיר קושיתנו הראשונה על הרמב"ם איך פסק הרמב"ם דאם גנב משכב ודרס טמא דחזקתו דנתיאשו הבעלים. נהי דנתיאשו אבל הא קיי"ל יאוש כדי לא קני וא"כ לא הוי משכב שלו והרמב"ם הא פסק דאין אדם מטמא במדרס משכב שאינו שלו.

ובגמ' אמרינן דאם גנב עורות וחשב לשכיבה דמטמא משום משכב משום דאיכא יאוש ושינוי השם דמעיקרא משכא והשתא אברזין דזה לא שייך אלא גבי עורות. אבל הרמב"ם הלא מיירי בגנב משכב דלא הוי שם שינוי השם.

דהנה בגמ' אמרינן הא דתניא משכבו ולא הגזול ה"ד אלימא דגזל עמרא ועבדי' משכב מי איכא למ"ד שינוי מעשה לא קנה אלא מאי אית לך למימר דגזל משכב דחברי' פירשו שם התוס' בד"ה דגזל ז"ל משמע מתוך פ"ה שרצה לומר משכב גמור של חבריו אם גזלו אין מטמא משכב דגזיה"כ הוא וזהו תימא ועוד קשה לרשב"ם דבטהרות פ"ז גבי הגנבים שנכנסו לבית תנן המשכבות והמושבות טהורים ואם יש עמהם עכו"ם או אשה הכל טמא שמא נדה היא וכותי כזב לכל דבריו.

משמע שמטמא משכב ומושב שאינו שלו מיהו יש לדחות דהתם מדרבנן עכ"ל התוס' והקשה המל"מ (בפכ"ד מהלכות כלים) דברי הרמב"ם אהדדי דכיון שכתב הרמב"ם כדברי רש"י דאין אדם מטמא במדרס דבר שאינו שלו איך כתב בסתמא דהגנבים שנכנסו להבית אם יש שם כותי או אשה הכל טמא דאם נימא שהרמב"ם ס"ל נ"כ דמדרבנן מטמא אדם משכב שאינו שלו איך כתב כאן גזל משכב ודרס עליו בלא נגיעה טהור דהרי מדרבנן עכ"פ טמא.

וע"כ דהרמב"ם ס"ל דטהור לגמרי וא"כ איך כתב שם דאם יש עמהם עכו"ם או אשה הכל טמא. ונראה לי דהרמב"ם ס"ל דהא דאמרינן דאין אדם מטמא מדרס משכב שאינו שלו היינו משום דהיכא הוא מיוחד לשכיבה דוקא בשעה שהוא בבית הבעלים ואז נקרא משכבו היינו מיוחד לשכיבה אבל אם גזל אחד ולא נתייאשו הבעלים בטל מעליו שם משכב שאינו מיוחד לשכיבה עתה לא מצד הבעלים ולא מצד הגזלן.

יחוד הבעלים לשכיבה בטל עתה מפני שאינו ברשותו ויחוד הגזלן ג"כ אינו מועיל שיקרא משכב שהרי אינו שלו וזהו גזיה"כ דמשכבו ולא הגזול היינו בעת שהוא גזול אינו משכב א"כ היינו דוקא בגזל ועשה הגזלן קנין גזילה בהמשכב אבל גנבים שנכנסו לבית וישבו על משכבו של בעה"ב הרי בכניסתם לא הוי בזה משכבו שאינו שלו דהמשכבות שבבית לא יצאו עוד מרשות בעה"ב ואם הי' רוצה להקדישם הלא הי' יכול להקדישם בעוד שהיו בביתו וא"כ משו"ה נקראו עוד משכבו ואם ישבו הגנבים מטמאין שעיקר לימוד משכבו ולא הגזול היינו לא מטעם שאינו מטמא הגזלן בשכיבתו אלא מטעם שאינו משכב אז: והנה הא דפריך שם בגמ' על רב יוסף דאמר יאוש אינו קונה ממתני' דעורות של גנב מחשבה מטמאתן ושל גזלן אין מחשבה מטמאתן ואיצטריך ליה לשנויי משום דהוה יאוש ושינוי השם.

לפי שבארנו דיאוש מועיל דהדבר יהי' של הגזלן אלא דמחויב להשיב מדין והשיב את הגזילה אבל הדבר שלו א"כ מאי פריך בגמ' על רב יוסף מהא דגנב מטמא במחשבה. אמאי לא יטמא כיון דהדבר שלו א"כ אם חשב עליו לשכיבה שפיר מהני מחשבתו ויטמא כיון שהדבר שלו.

וצריך לומר דאמרינן בשבת (דף נ"ט) וכל כלי אשר ישב עליו יכול כפה סאה וישב עלי' כפה תרקב וישב עלי' יהא טמא ת"ל אשר ישב עליו הזב מי שמיוחד לשיבה יצא זה שאומרים לו עמוד ונעשה מלאכתנו הרי דאינו מטמא במדרס אלא דוקא דאם אחר כן גם כן יהי' מיוחד לדבר הזה אבל אם אחר כן לא יהי' מיוחד לדבר הזה דיאמרו לו עמוד ונעשה מלאכתנו אינו מטמא אף שעתה יושב עליו הזב.

א"כ שפיר פריך אי אמרינן יאוש כדי לא קנה היינו שמחויב הגזלן להשיב מדין והשיב א"כ מאי מועיל שהגזלן יחדו לשכיבה הרי כיון דאחר כן לא יהי' מיוחד לדבר הזה שהרי הגזלן מחויב להשיב להנגזל והנגזל לא ייחד את הדבר לשכיבה. וא"כ הרי אמרינן לו עמוד ונעשה מלאכתנו וע"ז משני שכיון שיחד לשכיבה לא יהי' מחויב להשיב שהרי יהי' יאוש ושינוי השם וכיון שאינו מחויב להשיב הרי שפיר מקרי יחודו של הגזלן יחוד לשכיבה ומשו"ה מטמא.

ולפי זה הרי ניחא דמשכב גנוב מטמא אף ביאוש לחודי' שהרי עתה שיאוש קונה והדבר שלו א"כ הוא הנהו בעלים על הדבר לעשותו משכב היינו ליחדו לשכיבה וכאן לא שייך להקשות לומר עמוד ונעשה מלאכתנו כיון שמחויב להשיב להנגזל סוף סוף גם אם ישיבנו הרי גם אצל הנגזל יהי' מיוחד לשכיבה שהרי משכב הוא ומשום משכבו ולא הגזול נמי ליכא דכל הטעם הוא משום דבעת שהמשכב גזול אינו מקרי משכב דאינו מיוחד לשכיבה לא מבעלים דאינו ברשותו ולא מגזולן שאינו שלו אבל לאחר יאוש כיון דהגזולן קני הרי הוא שפיר שלו ומיוחד הוא לשכיבה ממנו: סימן לג סוגיא דצנועין ויתבאר הרבה דיני ברירה.

ודיני מקנה דבר שלבל"ע לכשיבא לעולם: דף כט ע"א והצנועין מניחין את המעות ואומרין וכו' אמרי לא תימא כל הנלקט מזה אלא אימא כל המתלקט מזה כו' השתא נמי קשיא דרבי יוחנן אדרבי יוחנן דאמר ליה רבי יוחנן לא תימא כל הנלקט. אלא כל המתלקט אלמא אית ליה ברירה והא רבי יוחנן לית ליה ברירה.

והנה בחו"מ (סימן ס"א) הביא מחלוקת הראשונים אי אמר משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך אי משתעבד מדאורייתא דהרמב"ן כתב דמדאורייתא לא משתעבד משום דאין ברירה. אכן דעת הרא"ש דמשתעבד מדאורייתא והביא רא' מדמצינו בשאול שאמר והי' האיש אשר יכנו יעשרנו המלך עושר גדול ובא דוד והכה לגלית ונתחייב שאול לדוד באותו ממון כדאמרינן (בפ"ב דסנהדרין) שאם קדש דוד למיכל באותה מלוה אינה מקודשת משום דהמקדש במלוה אינה מקודשת אבל אם הי' הדין שמקודשת במלוה ע"כ היתה מתקדשת מיכל לדוד וא"כ ע"כ נתחייב שאול לדוד באותו הממון ועיין שם בהקצוה"ח שהביא שם בשם מהרי"ט לתרץ דעת הרמב"ן דס"ל דמשעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך דלא נתחייב מטעם דאין ברירה לתרץ קושית הרא"ש מעובדא דשאול דנתחייב לדוד אף שבשעת מעשה לא הי' מבורר למי מתחייב וגם מה שהקשה המהרי"ט מהי' דהמבשרני במה יפתח רחמה יטול מנה.

ותירץ וזה לשונו נראה דהי' דהמבשרני ודוד מדין שליחות הוא דקני דכל מילי דשליחות לא בעי קנין והאומר לחברו עשה דבר פלוני ואתן לך מנה מי שעשה שליחותו נתחייב בלא שום קנין הלכך אימת קני להני זוזי בשעה שעושה שליחותו ובאותו שעה הוא זוכה ואין אנו חוששין למה שלא הי' מבורר באותו שעה שנדר לו כו'.

ולכך זכה דוד באותו ממון בשעה שהרג את גלית שנתרצה בו שאול לתת לו אותו ממון שאילו רצה לחזור בו עדיין הי' יכול לחזור ובאותה שעה מבורר הי' עכ"ל המהרי"ט וכתב ע"ז הקצוה"ח וז"ל ותוכן דבריו לחלק בין היכא שהחויב הוא מעכשיו כו' אבל אם אין הקנין והחויב מעכשיו אלא לאחר זמן ואז בשעת גמר הקנין הוברר מהני ומשו"ה בעובדא דשאול והוא דהמבשרני דהוה גמר הקנין אחרי שעשה שליחותו ואז הוברר כו' אמנם מדברי הרשב"א לא משמע הכי שכתב באשה שמנתה שליח ואמרה כל מי שירצה הבעל ליתנו יהי' שלוחו דאין ברירה כו' עכ"ל הקצוה"ח: ונראה לי לבאר דברי המהרי"ט שלא יקשה עליו מהרשב"א דהנה בחו"מ (סימן ר"ט) הובא דעת המרדכי דס"ל דאף על גב דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם אמר שיקנה כשיהי' בעולם קנה אע"פ שעכשיו אינו בעולם ובעיני תמוהים מאד הדברים דאיך יפרנס הא דאמרינן

הרי את מקודשת לי לכשאתגייר לכשתגיירי כו' אינה מקודשת משום דהוי דבר שלא בא לעולם והתם הא אמר בפירוש שיהי' קידושין לכשיתגייר היינו כשיבא לעולם ואמאי אינו מקודשת לדברי המרדכי וכן אמרינן בקידושין (דף ס"ב) פירות ערוגה זו תלושין יהי' תרומה על פירות ערוגה זו מחוברין לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימין משום דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה הוא הרי דוקא משום דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה אבל אם דבר שבידו הוי נחשב כמחוסר מעשה וא"כ הוי דבר שלא בא לעולם לא היתה חלה התרומה ואין דבריו קיימין ואמאי הא אמר בפירוש לכשיתלשו דהיינו לכשיבוא בעולם ע"כ דמאן דס"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אף אם אמר בפירוש שמקנה לכשיהי' בעולם ג"כ לא חייל.

והנה מרא דהאי שמעתא שהביאו בשמו דאם אמר לכשיהי' בעולם חייל הוא הרשב"ם שהביא התוס' בשמו בב"ב (דף קל"א) דאמרינן שם אמר ליה רב פפא לאביי בין למאן דאמר יסבון בין למאן דאמר ירתון הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כו' אמר ליה משום דקא מפיק לה בלשון ירתון ופירשו התוס' ז"ל ובקונטרס פירש משום דמפיק לה בלשון ירתון ואין זה מקנה לדבר שאין בעולם כיון שאין המתנה באה אלא לאחר מיתה ואז הבנים כבר בעולם כו' ומזה הוכיחו דס"ל להרשב"ם דאם אמר בפירוש כשיהי' בעולם יקנה חייל.

אכן לדידי נ"ל שלא כיון הרשב"ם כלל לזה דבודאי היכא שהקנה דבר שלא בא לעולם או לדבר שלא בא בעולם אף אם אמר בפירוש שיקנה כשיהי' בעולם לא חייל דבקנינים בעי שיקנה הדבר ואף אם מקנה לאחר שלשים אין הכונה שעתה לא חל כלום אלא שזה גופא חלות הוא שחל הדבר שיקנה לאחר שלשים ומשו"ה בהקנה דבר שלא בא לעולם לא קנה שהרי עתה לא חל זה גופא שיקנה לאחר כן כשיבוא בעולם דעל דבר שלא בא לעולם לא שייך חלות למאן דס"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ומשו"ה אין מועיל אף אם יאמר בפירוש שיקנה כשיבוא בעולם שהרי זה גופא לא חל אבל הא שאמרה התורה והי' ביום הנחילו את בניו שהתורה נתנה רשות להאב להנחיל לכל מי שירצה ואם אמר על מי שראוי לירשו פלוני בני ירשני דבריו קיימין לרבי יוחנן בן ברוקא אין הכונה שהאב בחייו כשאומר פלוני בני ירשני הוא עושה את פלוני הבן ליורש שנימא כיון שהוא לא הי' בעולם לא חל זה הדין.

בודאי דבחיים לא שייך כלל חלות דיני ירושה רק שדין התורה הוא כשאמר האב פלוני בני ירשני אז כשמת האב חל הדין שהבן ההוא יהי' היורש נמצא דעיקר הדין לא חל רק אחר מיתה ומחיים לא שייך כלל חלות רק שדין הוא שאחר מיתה ירש הבן ההוא שאמר האב שירש אותו אבל לא בגדר הקנאה או עשי' שהאב הקנה לו הנכסים או עשאו יורש משו"ה לא שייך כאן דבר שלא בא לעולם דאף שבשעה שאמר האב לא הי' הבן בעולם אבל בשעה שחל הדין שירש אותו הבן שאמר האב שירשנו בשעת מעשה הא הי' הבן בעולם משו"ה מועיל ירתון אף לבנים שלא היו בעולם.

אבל בקידושין שבעינן שהוא יקדש את האשה היינו שיעשה הקידושין ואף אם מקדש לאחר שלשים ג"כ הכונה שעתה עשה הקידושין עלי' שתתקדש לאחר שלשים וא"כ אם בשעה שקידשה לא היתה בת קידושין לא חל עלי' זה הדין שתתקדש אחרי כן. וכן

בהקנאה לדבר שלא בא לעולם או דבר של בא לעולם כיון שאינם בעולם לא חל זה גופא שיקנה אחר כן דהתם הא בעי שיקנה לו עתה על לאחר כן ובדבר שלא בא לעולם לא חל זה הדבר: ולפי"ז לא קשה גם כן קושית המרדכי שהקשה על הרשב"ם פרק יש נוחלין גבי שכירות בתים כשאמר לכשיבוא שכרו יקדיש ומוקי לה דוקא אליבא דרבי מאיר דאמר אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם אבל לרבנן דאמר אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם לא משמע בהדיא דאע"ג דאי אמר כשיבוא אז יהא קדוש לא אמרינן לכשיבוא אז כבר הוא בעולם ויהי' קדוש עכ"ל המרדכי ולפי דברינו לכאורה לא קשה מידי דעד כאן לא קאמר הרשב"ם אלא בירושה דשם לא בעי שיקנה לו הדבר או שיעשהו יורש ורק דין הוא שנעשה יורש ממילא אבל גבי הקדש הא הוא מקדיש בדבורו והוא עושה את הדבר להקדש א"כ היינו דוקא בדבר שבא לעולם יכול לעשות את הדבר ההוא להקדש אבל בדבר שאינו בעולם אינו יכול לעשות הדבר ההוא להקדש וגם כשאמר לכשיבוא ג"כ לא אמר כלום.

ואולי דעת המרדכי שהקשה מהקדש דס"ל דגם הקדש יש דין שאף שהיכא שבדבורו לא נעשה הדבר הקדש כיון שנדר שיהי' הדבר הקדש חל ממילא דין הקדש על הדבר. דהקדש מדין נדר הוא.

וכן משמע בנדה (דף מ"ו) דאמרינן מופלא הסמוך לאיש נדרו נדר והקדישו הקדש ולכאורה כיון דלא ילפינן במופלא סמוך לאיש דנדרו נדר אלא מקרא דאיש כי יפליא לנדור נדר א"כ לא אמרה תורה אלא דנדרו נדר אבל הקדש דבעינן שיעשה הדבר להקדש א"כ נימא כמו שמכירתו להדיוט לא הוי מכירה כמו כן בהקדש אינו יכול לעשות הדבר להקדש דחילוק בין לגבוה בין להדיוט הוא רק שבהדיוט בעינן מעשה הקנאה דהיינו הקנין ובהקדש סגי באמירה דאמירה היא הקנאה וא"כ כמו שאינו יכול להקנות להדיוט כמו כן לא יוכל להקנות להקדש ורק לאסור עליו או לנדור אבל לא להקדיש.

אבל אי נימא שבהקדש מלבד שיש הדין שיכול בדבורו לעשות הקדש יש בהקדש דין שהיכא שנדר שיהי' הקדש נעשה הדבר ממילא הקדש אף שבדבורו לא נעשה הדבר הקדש וכמו באם אמר ערכי עלי שבא הגזבר וגובה מהנכסים בשביל הערכין ובודאי דמועלין על זה שגבה הגזבר. ולכאורה במה נעשה הדבר הקדש אלא שכיון שיש עליו חיוב שיתן הדבר להקדש נעשה הדבר ממילא הקדש א"כ גם במופלא הסמוך לאיש כיון שריבתה התורה שנדרו נדר משו"ה הקדשו הקדש מדין נדר שכיון שנדר חל הדין שאמרה תורה שאם נדר נעשה הדבר ממילא הקדש.

ובזה יש לתרץ ג"כ קושית הר"ן בנדרים (דף כ"ט ע"ב) אמאי אמרינן דאם הקדיש אחר שלשים אין יכול לחזור בו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט תהוי נמי כמסירה אכתי אמאי לא מצי הדר בי' כיון דלא חייל הקדש עד לאחר שלשים יום וכמו גבי מכירת פרה לאחר ל' יום דאף בעומדת בחצירו של לוקח מצי הדר בי'.

אכן לפי הנ"ל ניחא דגבי מכירת פרה דבעינן שהוא יקנה אותה א"כ אם הקנה לאחר שלשים אף לאחר שלשים הוא המקנה. וכיון שחזר בו קודם שלשים הרי אינו מקנה עתה ולא נעשה הדבר של פלוני אבל גבי הקדש שאם אמר שיהי' הדבר הקדש נעשה ממילא הקדש.

א"כ כשאמר שיהי' הקדש לאחר שלשים לא בעינן שאחר שלשים יהי' הוא המקדיש רק כיון שאמר שיהי' הקדש נעשה מקדש ממילא וא"כ אף אם חזר בו לאח"כ ואינו עתה הוא המקדיש. אבל הדבר הרי נעשה ממילא הקדש וא"כ יצטרך לעקור דיבורו שאמר שיהי' הקדש וזה אינו יכול שאין חזרה בהקדש: ואם נימא כן יש לתרץ דברי הרמב"ם שכתב (בפ"ב מהלכות תמורה הלכה ד') דאם אמר הרי זו תמורת עולה תמורת שלמים אם נתכוין לכך מתחלה דבריו קיימין ואם לא נתכוין מתחלה אלא לתמורת עולה וחזר ואמר תמורת שלמים אע"פ שחזר בתוך כדי דבור אין תופסין אלא לשון ראשון והרי היא תמורת עולה בלבד.

וטעמא דהרמב"ם משום דאין חזרה בהקדש אפילו בתוך כדי דבור וכמו שכתב בפרק חמשה עשר מהלכות מעשה הקרבנות וז"ל ואם אחר שגמר בלבו להוציא בשפתיו שתהי' שלמים חזר בו ואמר וולדה עולה אע"פ שחזר בו בתוך כדי דיבור הרי וולדה שלמים שאין חזרה בהקדש אפ"ל בתוך כדי דיבור.

והקשה שם המל"מ ז"ל האומר כו' ובפירוש המשנה כתב רבינו בפרק כיצד מערימין העיקר בדינו תוך כדי דיבור כדבור זולתי במקדיש. והנה יש לתמוה אפסק זה מההיא דאמרינן במרובה (דף ע"ג) וסבר רבי יוסי תוך כדי דבור כדיבור דמי והא תנן הרי זו תמורת עולה כו' כי לית ליה לרבי יוסי כדי שאילת תלמיד לרב דנפיש מילי' כדי שאילת רב לתלמיד אית ליה הרי דבגמ' השוו מקדיש לשאר מילי ומאן דאית ליה תוך כדי דיבור כדיבור דמי בעלמא אית ליה נמי בהקדש ע"ש.

אכן לפי דברינו יש לתרץ דהנה בזבחים (דף ל') פליגי אביי ורבא היכא דידעינן בפירוש שדעתו הי' לעשות תמורת עולה ושלמים כגון דאמר לחצות לעולה ולשלמים דאביי סבירא ליה דבהא מודה ר"מ ורבא ס"ל דר"מ בכל גווני ס"ל תפוס לשון ראשון. והנה לאביי לכאורה יש להקשות דאמר שם במתניתין בפלוגתא דר"מ ורבי יוסי הרי זו תמורת עולה חמורת שלמים הרי זו תמורת עולה דברי ר"מ אמר רבי יוסי אם לכך נתכוין בתחלה הואיל וא"א להוציא שתי שמות כאחד דבריו קיימין ואם משאמר הרי זו תמורת עולה נמלך ואמר הרי זו תמורת שלמים הרי זו עולה.

והנה לאביי דס"ל דהיכא דנתכוין מתחלה גם רבי מאיר מודה א"כ מאי קאמר רבי יוסי אם לכך נתכוין מתחלה הא בנתכוין מתחלה גם רבי מאיר מודה ע"כ דרבי יוסי קאמר לר"מ כן מאי קאמרת מדקאמר תמורת עולה תמורת שלמים ע"כ דנמלך אם לכך נתכוין מתחלה אין ראי' מהא דקאמר תמורת עולה תמורת שלמים.

אבל אם נמלך היינו אם הפסיק דיבורו אז הוי ראי' שבתחלה הי' דעתו לעולה ואח"כ נמלך. והנה הא דאמרינן בכל דוכתי תכ"ד אי כדיבור דמי אי לאו כדיבור דמי היינו אם יכול לחזור בו ובב"ק שם אמרינן דרבי יוסי ורבנן פליגי בעדים שהעידו על הגניבה ועל הטביחה והוזמו על הטביחה ומחלוקת רבי יוסי ורבנן הוא דרבי יוסי ס"ל תוך כדי דיבור כדיבור דמי וכיון שבטלה עדות הטביחה בטלה נמי עדות הגניבה ורבנן סברי דתוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי ואם הוזמו על עדות הטביחה לא בטלה עדות הגניבה.

וע"ז פריך וסבר רבי יוסי תוך כדי דיבור כדיבור דמי והתנן הרי זו תמורת עולה תמורת שלמים הרי זו תמורת עולה רבי יוסי אומר אם לכך נתכוין מתחלה הואיל ואי אפשר לקרות שני שמות כאחד דבריו קיימין ואם אמר תמורת עולה ונמלך ואמר תמורת שלמים הרי זו תמורת עולה והוינן בה נמלך פשיטא ואמר רב פפא נמלך בתוך כדי דיבור קאמרינן כו' ומקשה מדסבירא ליה לרבי יוסי דאם אמר תמורת עולה ובתוך כדי דיבור אמר תמורת שלמים כיון שהפסיק דבורו ע"כ ראי' דמתחלה כשאמר עולה לא כוון אלא לעולה ורק אח"כ חזר ואמר תמורת שלמים ומה ענין זה לדין דאם העיד על הגניבה ועל הטביחה דאם הוזם על הטביחה מיבטל נמי עדות הגניבה מה ענין דין דתוך כדי דיבור יכול לחזור לדין שבטל העדות מפני זה.

ע"כ דהכא תוך כדי דיבור כדבור הכונה אם שני דברים שמדבר בתוך כדי דיבור אי הוי כחד דיבור או לא דאם הוי כחד דיבור ממילא אין ראי' שחזר בו אף אם נמלך. וכן הוא מפורש בגמ' תמורה (דף כ"ה) נמלך פשיטא אמר רב פפא נמלך בתוך כדי דיבור קאמרינן מהו דתימא תוך כדי דיבור כדבור והאי עינא הוא דקא מעיין הרי דלא היתה כלל כונת הגמ' לפרש דהשאלה אי יכול לחזור בתוך כדי דיבור דא"כ אף אי אין עיוני מעיין יכול לחזור אלא ע"כ דהשאלה הוא על כונתו אי תוך כדי דיבור הוי כחד דיבור א"כ שפיר דמיא לדין דבטלה מקצתה שאם שני דברים המה לא הוי עדות שבטלה מקצתה אבל אי כחד דיבור הוי א"כ אם בטל מקצת בטל השני.

והנה רבא קאמר בזבחים דטעמא דר"מ משום תפוס לשון ראשון ופירשו התוס' בב"ק (דף ע"ג) ד"ה הרי דר"מ ס"ל דכן היתה כונתו אם לא יחולו שניהם יחול הראשון. אך הדברים תמוהים דבשלמא גבי תמורת עולה ושלמים שייך לומר כונתו ה' שבאם לא יחילו שניהם יחול עולה בלחודה שכונתו ה' לעשות עולה ולעשות שלמים.

אבל בזבחים הא אמרינן ר"מ בשטת ר"י אמר דס"ל תפוס לשון ראשון ור"י אמר שם גבי מפגל שדין הוא שאם חישב חוץ לזמנו חייב כרת וחוץ למקומו אינו חייב כרת ואם חישב להקטיר כזית חוץ לזמנו וכזית חוץ למקומו ס"ל לרבי יהודה תפוס לשון ראשון ואטו התם כונתו ה' לעשות הדבר פיגול דנימא כונתו ה' שאם לא יחול מחשבת חוץ למקומו יחול מחשבת חוץ לזמנו.

הוא לא כיון לחלות מאומה רק כונתו היתה להקטיר אלא שהדין הוא אם כוון להקטיר חוץ לזמנו נעשה ממילא פגול וא"כ אמאי ס"ל לר"י תפוס לשון ראשון ע"כ הא דס"ל לר"י תפוס לשון ראשון אינו תליא כלל בכונתו כיון דדיבורו ה' חוץ לזמנו נעשה הדבר ממילא פגול ולא אכפת לן כלל מה שבדעתו ה' גם להקטיר חוץ למקומו דזה מעכב הפיגול כיון שדבור הראשון לא ה' חסרון חל הפגול ואמרינן שם דהיינו נמי סברת ר"מ אף דכונתו היתה לעשות תמורת עולה ושלמים כיון שהוציא מפיו שיהי' עולה חל תמורת עולה.

ומשו"ה אף אם חזר בתוך כדי דיבור אינו מועיל שבתוך כדי דיבור שמועיל חזרה אינו שייך אלא בדבר שבעינן שהוא יעשה. אז אם חזר בו בתוך כדי דיבור הוא אינו עושה אבל בדבר שנעשה מעצמו ע"פ דבורו מאי שייך שיבטל דבורו כיון דס"ל לר' מאיר דאף אם כונתו לא היתה לזה כיון שאמר חל ממילא ואף אם תוך כדי דיבור אמר תמורת

שלמים תפוס לשון ראשון היינו דבהקדש חל הדבר ממילא ע"י דבורו אבל ר"י סבר דשני הדברים מצורפים יחד וא"כ הוי חסרון בדבורו וא"כ לא נוכל לומר כיון שאמר חל ההקדש דדין הוא דעל פי דבורו חל.

שהרי יש חסרון בדבורו שהרי בלי הפסק אמר וכל שבלי הפסק אמר הוי חסרון בדבורו אבל אם הפסיק אין חסרון בדבורו הראשון אף שהדין הוא שבתוך כדי דבור יכול לחזור בקנין אבל אטו משום זה הוי דבור אחד נמצא דלא הוי חסרון בדבור הראשון וממילא לרבא שפיר פסק הרמב"ם דהיכא דכונתו להוציא עולה והוציא עולה דהוי פיו ולבו שוין אף שבדעתו שאח"כ יחזור בו אין חזרה בהקדש כיון שעל פי דבורו כבר חייל הקדש דהקדש לא בעינן שהוא יעשה הדבר להקדש רק בעינן שבדבורו לא יהי' חסרון וא"כ אף שדין הוא בשארי דברים שיכול לחזור אבל חסרון לדבור הראשון לא הוי בתוך כדי דבור דדבור אחר הוא כיון שבשעת מעשה היתה כונתו לזה והגמ' בב"ק הוא אליבא דאביי דהשאלה הוא תוך כדי דבור וכו' היינו דמחלוקת ר' יוסי ור"מ הוא אי הוי ראי' מה חשב אבל לרבא מחלקותם אי שני דברים שאמר ביחד הוי חסרון בדבור הראשון ואם לא הוי חסרון איןמועיל חזרה כיון שבהקדש דין הוא שחל ע"פ דבורו ולא בעי שהוא יהי' המקדיש דמשו"ה הוי לר"מ דין חדא מקדיש כמפגל דבמפגל בודאי דלא בעינן שהוא יעשה לפיגול רק שממילא אם חישב כן נעשה פיגול ה"נ בהקדש כיון שאמר חל ההקדש.

לפי"ז שפיר הקשה המרדכי על דברי הרשב"ם דגם בהקדש יחול הדבר גם על דבר שלב"ע אף שדבר שלא בא לעולם הוא ואין יכול לעשות הקדש מ"מ יחול הדבר מדין נדר. אך באמת יש לדחות דזה הדין שאמרה התורה שאם נדר שיהי' הקדש חל ההקדש ממילא.

היינו היכא דחל בשעת מעשה שהי' שלו בשעת מעשה. וכמו דאמרין דדבר שאינו ברשותו אין יכול להקדיש ולא חייל מדין נדר דאימתי חל הקדש משום דבורו דוקא היכא שהוא בעלים על הדבר כמו ביתו אבל לא היכא שאין הדבר ברשותו ולא הוי בעלים על הדבר מדין נדר ג"כ לא חייל כמו דאמרין גבי חמץ אף שחייל האיסור ממילא.

באינו ברשותו הביא הרא"ש בשם התוספתא דלא חיילי. אבל בירושה עיקר הדין שאמרה התורה שיחול ירושה הוא אף דעתה לא חייל שהרי מחיים אין כאן דין ירושה.

משו"ה שפיר כתב הרשב"ם דחייל אף בדבר שלא בא לעולם שהרי לא בעינן שהוא יעשהו יורש רק דין הוא שאם אמר שירשנו נעשה יורש ממילא: ועפי"ז נוכל לומר ג"כ מה שנתחייב שאול לדוד באמירתו כל אשר יכה את הפלשתי יעשרנו המלך עושר גדול ולא יקשה הא אין ברירה. דהא דאין ברירה לא שייך אלא בדבר שבעינן שהוא יעשה חלות הדבר כמו בכותב גט לאיזה שתצא בפתח תחילה דהתם הוא עושה בשעת מעשה הגט לשם אשה זו וכיון שבשעת מעשה אין מבורר למי הוא עושה משו"ה לא חייל.

וכן בתרומה דהתם ג"כ בעינן שהוא יפריש תרומה וכיון שאין מבורר מה הוא עושה לתרומה לא חייל. וכן הכא גבי חילול דבעינן שהוא יחלל הפירות ואין מבורר איזה

פירות הוא מחלל ובעינן שיחול עתה שהרי הוא מחלל עתה על להבא אבל בפועל אטו כשאומר אחד לחבירו בא ועשה עמי מלאכה יתחייב עתה בעד הפעולה דעל מה נתחייב לו עתה.

ע"כ בפועל אין הכוונה שהוא נתחייב לו עתה בעד הפעולה רק בשעה שעושה אז נתחייב ודין הוא דשיעור התחייבות שהשוכר נתחייב להפועל הוא כפי אשר קצב עמו בעד הפעולה דכן הוא דין השכירות. נמצא דאימתי חל דין התחייבות בשעה שהפועל עושה הפעולה ובשעה ההיא הא מבורר הדבר ומקודם לא בעינן כלל שהוא יתחייב דנימא הא אין מבורר למי נתחייב דאף אם לא נתחייב מאומה.

אח"כ בשעה שהוא עושה חל הדין ומשו"ה כשאמר שאול כל מי אשר יכנו יעשרנו כו' הרי בשעה שהרג דוד נתחייב בשעת מעשה שאול בעד הפעולה כדין השוכר את הפועל והראהו בשל חבירו דהתם ג"כ אין הטעם משום התחייבות בשעה ששכרו שהרי יכולין לחזור בהן אלא כיון שעפ"י ציווי שלו עשה המלאכה נתחייב הוא בעד המלאכה.

ושיעור המקח נתחייב כפי שאמר אז דכן הוא דין השכירות שיתחייב בעד השכירות בשביל שעשה זה המלאכה ע"פ דבורו כפי המקח שאמר משו"ה גבי שאול שהמקח הי' עושר גדול בעד הפעולה נתחייב שאול בעד הפעולה עושר גדול בשעת מעשה. אבל גבי אשה שמנתה שליח ואמרה לכל מי שיתננו הבעל יהי' שלוחי לקבלה התם אין הכונה שדין הוא שאם אמר יהי' שלוחי כל מה שעושה הוי בעדו.

דגבי שליחות הכונה שבדיבורו עושהו לשליח ונעשה שליח בשעת מעשה דמשו"ה ס"ל לריש לקיש דאין יכול לבטל לשליח ואם לא הי' נעשה כלל שליח רק דין הוא שאם אמר שיעשה בעדו הוי עשיתו בעדו בודאי דאם אינו רוצה עתה אין עשיתו בעדו ע"כ דנעשה שליח תיכף באמירתו דבאמירתו עושהו לשליח ורבי יוחנן ס"ל דבידו לבטלו משליחות אף שנעשה שליח אבל זה מודה ר"י דגבי שליחות הכונה שעושהו לשליח ומשו"ה שליח ראשון יכול לעשות שליח שני ואם גבי שליחות לא הי' עושהו לשליח רק הי' הדין שאם אמר שפלוני יעשה בעדו אז בשעת עשי' הדין הוא שעשיתו בעדו איך הי' יכול השליח הראשון לעשות שליח שני הא לע"ע איננו שלוחו מאומה.

ע"כ דגבי שליחות הכונה שהוא עושהו לשליח א"כ שפיר כתב הרשב"א דאם אמרה כל מי שיתנהו הבעל יהי' שלוחי לקבלה דלא נתשה שליח דהתם הא בעינן שהיא תעשה אותו לשליח וכיון דאין מבורר את מי היא עושה לא חייל אמירתה אבל גבי פועל לא בעינן שהשוכר יעשהו לפועל דאינו עושהו מאומה רק שנתחייב בשעת מעשה בעד עשיתו בזה לא שייך אין ברירה משו"ה גבי שאול נתחייב שפיר לדוד בשעת מעשה: ובזה יש ליישב קושית הגרעק"א על הש"ך ביו"ד (סימן רכ"א ס"ק נ') שפסק במודר הנאה מחברו והוא אמר כל הזן אינו מפסיד ואחד נתן לו מחויב לשלם והקשה הגרע"א הא הש"ך בעצמו כתב בח"מ (סימן קכ"ט ס"ק ו') דאם כתב בכת"י כל מי שיתנדב ללות לפלוני כך וכך ממון אני נכנס עבורו ע"ק שלא נתחייב ומביא רא'י מהא דכל הזן אינו מפסיד הרי דס"ל להש"ך גבי כל הזן אינו מפסיד דאינו מחויב לשלם.

אכן לדברינו מבואר דגבי ערבות אין הכונה שהוא מתחייב בעד נתינת פלוני אלא כמו בשכירות כיון שפלוני עשה על פיו נעשה הוא מחויב לשלם ה"נ בהוציא על פיו הדין הוא שהוא מחויב לשלם ומשו"ה בכל הזן אינו מפסיד מחויב הוא לשלם כיון שהוא הוציא על פיו אבל אם היתה בגדר שליחות שהוא מתחייב לפלוני בעד נתינתו הי' אסור במודר הנאה משו"ה בערב קבלן זהו שלוחו [וכן כתב הרשב"ם בב"ב (קע"ד) ד"ה תן לו ז"ל אין כאן לשון הלואה אלא שליחותי' דהאי קא עביד] וא"כ שפיר מביא ראי' דאם הי' חל שליחות בכה"ג של כל מי שיתן לידו הוא שלוחו ליתן א"כ אמאי מותר במודר הנאה הא להיות שלוחו אסור ע"כ דלא שייך בכה"ג שליחות דאיך נימא שהוא עושה אותו שליח ליתן הא אין מבורר את מי הוא עושה משו"ה אם אמר ע"ק לא נתחייב אבל גבי כל הזן אינו מפסיד מחויב מדין ערבות שהוא כדין שכירות בלא התחייבות רק כיון שעל פיו הוציא מחויב הוא לשלם וכיון דלא בעינן שהוא יתחייב לא שייך ברירה ונעשה מחויב בשעה שהוציא.

לפי"ז במשתעבדנא לך דהתם בעינן התחייבות. שפיר קאמר הרמב"ן דאיך נימא שהוא מתחייב עתה כיון שאין מבורר למי הוא מתחייב דבשעבוד בעי שהוא ישעבד את עצמו ומשו"ה ס"ל להרמב"ן דאין ברירה ומה"ת לא משתעבד במשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך: אכן הר"ן כתב דגם במשתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך חייל השעבוד מה"ת ולא אמרינן דאין ברירה ז"ל דכי אמרינן אין ברירה הני מילי במילתא דאי דהאי לאו דהאי אבל הכא אפשר שיהא משועבד לכל העולם בזה אחר זה עכ"ל והקשה ע"ז הקצוה"ח ז"ל וקשיא לן בגוה הא דאמרינן במרובה (דף ס"ט) בהא דתניא ר' יהודה אומר שחרית בעה"ב עומד ואומר כל מה שילקטו עניים היום יהא הפקר ר' דוסא אומר לעתותי ערב אומר כל שלקטו כו' ואמרינן שם דלא סגי דלא מתהפכא דבהא מתניתין קתני דאית ליה לר' יהודה ברירה ושמעינן לר' יהודה דלית ליה ברירה דתנן הלוקח יין כו' ע"ש והא גבי הפקר דאמר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר לא שייך אי דהאי לאו דהאי דהא אפשר שיהא כולן הפקר אם ילקטו כל הכרם וכעין זה קשה גם בהא דאמרינן שם אליבא דצנועין דמניחין את המעות ואומרים כל הנלקט מזה דל"ת כל הנלקט אלא אימא כל המתלקט מזה מחולל על המעות ופריך שם אלמא אית ליה ברירה והא אמר ר"י הלכה כסתם משנה ע"ש והא בזה נמי אפשר שיתחלל כל הכרם כשילקטו כל הכרם עכ"ל הקצוה"ח.

והנה לפי הבנתו בדברי הר"ן עדיפא הי' לו להקשות דמאי מהני שהוא יכול לשעבד עצמו לכל העולם לוא יהי' שלא הוי רק איש אחד אעפ"כ כיון שאין מבורר אם יבואו לא הרי אין ברירה כדאמרינן בעירובין (דף ל"ז) שאם הניח עירוב ואמר אם רציתי אלך לא רציתי לא אלך אין ברירה והרי התם אינו רק איש אחד ואעפ"כ לא חייל כיון שהוא יכול להיות שלא ירצה א"כ אף אם נימא דעל כל איש אחד אין חסרון מה שהי' יכול להיות שיתחייב לאחר דל אחריני מהכא הא לדידי' בלבדו הוי ספק אם יתחייב או לא שמא לא יבוא מחמתו והוי כמו התם דאם רציתי אלך כו' דאין ברירה.

(אכן לדברינו יתבאר הדברים היטב דהנה כפי שביארנו יש שני דינים גבי ברירה האחד על עצם חלות הדבר היינו אם בשעה שחל הדבר אין מבורר על מה הוא חל. ועוד יש דבר דבשעה שחל הדבר מבורר על מה הוא חל.

אבל כיון דבעינן שהוא יעשה חלות הדבר על להבא אם אינו יודע על מה הוא עושה לא חייל. והנה הא דאמר הר"ן דבדבר שאפשר שיהא משועבד לכל העולם לא שייך בזה אין ברירה היינו דוקא אי בשעה שחל הדבר מבורר על מה הוא חייל רק שהוא אינו יודע על מה הוא עושה אז אמרינן מאי איכפת לן שאינו יודע הא הוא משעבד עצמו לכל העולם בעת שיבוא מחמת אותו שאמר לו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך וא"כ לא שייך אין ברירה במה שהוא משעבד עצמו שהרי הוא משעבד עצמו לכל העולם ועל מה שחייל ההשתעבדות לא שייך לומר אין ברירה שהרי בשעה שחל ההשתעבדות לו.

היינו בשעה שיבוא מחמת פלוני שאז חל ההשתעבדות באותו שעה מבורר למי הוא משעבד עצמו. אבל בעירובין באומר הריני מערב רציתי אלך דעיקר קניית העירוב בין השמשות ובין השמשות הוא חלות הדבר ואיך נימא בהאי אפשר לכל העולם דהרי אי חייל חייל ואי לא חייל לא חייל וכיון דבשעת חלות אין מבורר אמרינן דאין ברירה ולא חייל וא"כ ה"נ גבי צנועין באומר כל שילקטו עניים היום יהא הפקר הנה לא נוכל לומר כמו גבי משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך שהוא עושה עתה הפקר פירות הכרם לכשילקטוהו העניים דבכה"ג הוי אמרינן דעתה כיון דהוא יכול להפקיר כל הכרם אם ילקטו העניים את כל הכרם ובשעת חלות הדבר מבורר על מה חל ההפקר בכה"ג לא שייך אין ברירה.

דגבי כרם לא נוכל לומר כן שהרי בשעה שילקטו העניים יהי אינו ברשותו ולא יכול אז לחול ההפקר וע"כ שהוא עושה עתה להפקר מה שילקטו עניים היום יהא הפקר קודם שלקטו תיכף בשעת אמירתו ואיך נימא שמפקיר עתה את הפירות שילקטו העניים ואח"כ נימא בשעה שילקטו העניים הוברר הדבר שאותן הפירות הפקיר בשעת אמירתו וחל אז ההפקר עליהם שהרי קיי"ל אין ברירה ועל חלות לא שייך לומר כיון שהי' יכול לחול על כל הכרם יחול על אלה שילקטו שהרי בשעת מעשה אין מבורר אם ילקטו אותן הפירות או אחרים ואף אם הי' מפקיר כל הכרם אם ילקטוהו ולקטו עניים כל הכרם ג"כ לא חייל מטעם אין ברירה שהרי אין מבורר אם ילקטוהו או לא ועל כל פרי הוי ספק ואין מבורר אם ילקטו וא"כ מאי מועיל שהי' יכול להפקיר את כל הכרם שאם גם כל הכרם הוי כדבר אחד ג"כ לא חייל אם ההפקר תליא בספק אם ילקטו דלא קאמר הר"ן דינו דלא שייך ברירה אלא במילתא דאי דהאי לאו דהאי.

אבל במשתעבדנא משעבד הוא עצמו לכל העולם דהתם הרי משעבד עצמו תיכף לכל העולם לכל אחד כשיבוא מחמתו אבל גבי הפקר הא לכשילקטו לא יכול לעשות הפקר דאז הוי אינו ברשותו. וא"כ ע"כ יפקירם עתה באופן אם ילקטו יחול למפרע ואז אף אם מפקיר כל הכרם ג"כ באופן כזה לא חייל.

והוא הדין והוא הטעם במניח את המעות ואומר כל מה שילקטו עניים היום יהא מחולל על המעות הללו דהתם לא יוכל לומר הריני מחלל את כל פירות הכרם לכשילקטוהו דהא אז הוי אינו ברשותו. וא"כ נצטרך למימר שהוא מחלל עתה באופן אם ילקטו יהא

מחולל למפרע וכיון דאמרינן אין ברירה לא חייל: סימן לד' יבאר חידוש שחידש הנו"ב דאם גירש השליח בעל כרחו אינו גט מטעם דאין שליח לדבר עבירה.

והקושיות שהקשו עליו יתורצו בע"ה: דף עא גנב וטבח בשבת כו' משלם דו"ה כו' רבי אבין ורבי אלעא וכל חבורתא משמי' דר' יוחנן אמרי בטובח ע"י אחר. וכי זה חוטא וזה מתחייב אמר רבא שאני הכא דאמר קרא וטבחו או מכרו מה מכירה ע"י אחר אף טביחה ע"י אחר.

ולכאורה קשה נהי דרבתה התורה שליחות בטביחה ומכירה לדבר עבירה. היינו דוקא דעל עבירת טביחה ומכירה יש שליחות.

אבל על איסור אחר לא רבתה התורה וא"כ הכא בטובח בשבת יתבטל השליחות מכח איסור שבת. דהלא על שבת אין שליח לדבר עבירה.

ובשלמא לשיטת הפוסקים דשליחות לא בטל היכא שנעשה לדבר עבירה. רק שאין מלקין ע"ז ניחא.

דהכא כיון דלא בטל השליחות משום שבת. נהי דעל שבת אין עונש להמשלח.

על חיוב טביחה ומכירה יש העונש והחיוב עליו. דגבי טביחה ומכירה רבתה התורה שליחות.

אלא לשיטת הפוסקים דהיכא דאין שליחות לדבר עבירה בטל השליחות. א"כ הכא בטל השליחות משום שבת.

אכן מצאתי תירוץ לזה במשנה למלך פ"ג מגניבה. דהכא מיירי בלא עשאו שליח לטבח בשבת.

רק הוא מעצמו טבח בשבת. נמצא דמה שטבח בשבת הי' מדעת עצמו.

ושליחות הטביחה ומכירה קיים. שהוא עשאו רק שליח על הטביחה לא על שבת: והנה ראיתי שהקצוה"ח (בסימן קפ"ב) יצא לדון בזה בדבר חדש.

דהנה הנו"ב העלה בגט שנותן ע"י שליח בעל כרחו דאינו גט כלל דכיון דאין שליח לדבר עבירה והמעשה בטל. והכא הרי יש חרם ר"ג שלא לגרש בע"כ.

והקשה ע"ז הקצוה"ח דהא קי"ל בגירושין שליח עושה שליח אפילו מאה והכין הלכה רוחת בישראל ואלו גבי קידושין כתב באה"ע (סימן ל"ו) דאין שליח עושה שליח ומשום דמילי לא ממסרן לשליח. והוא מדברי הקדוש מראדוש כו' ואע"ג דגבי גט קי"ל שליח עושה שליח ולא הוי מילי כו' לא דמי דגבי גט אשה מתגרשת בע"כ כו' אבל שליח של קידושין אם לא תאבה האשה לא יוכל לקדש' הילכך הו"ל מילי.

וכיון דהאידנא בתר חרם ר"ג גם בגרושין אם לא תאבה האשה אינה מתגרשת כיון דאין שליח לדבר עבירה. א"כ מ"ש גירושין מקדושין.

וע"כ העלה הקצוה"ח דהיכא שעשה השליח לגרש בסתם. אף שהשליח גירש בע"כ מגורשת.

כמו גבי טביחה ומכירה שאם עשאו סתם אף ששחט בשבת לא בטל השליחות. את"ד הקצות.

אך בעניי לא אבין דבריו מה שכתב דאם עשה שליח בסתם. וגירש השליח בע"כ מגורשת דומיא דעשה שליח בסתם לטבוה וטבח בשבת.

לענ"ד לא דמי. דהתם הא ביד השליח לעשות הטביחה בחול נמצא שהוא שליח על הטביחה שהרי בידו לטבוה בחול.

ומה שטבח בשבת עשה מדעת עצמו ולא בטל שליחות הטביחה. אבל הכא כשאין האשה רוצה הרי לא יוכל לגרש מדעתה.

נמצא שהוא עתה שליח לגרש בע"כ. שהרי אין בידו לגרשה מדעתה והוי רק שליח לגרש בע"כ ולגרש בע"כ הא לא יוכל להעשות שליח.

וקושיתו על הנו"ב איך יכול בגירושין שליח לעשות שליח. כיון שאם לא תאבה האשה לא תתגרש ומ"ש גירושין מקדושין דאין השליח יכול לעשות שליח כדעת הקדוש מראדוש.

ג"כ אינו מבין דהא פשוט דסברת הקדוש מראדוש לחלק בין גירושין לקדושין דבגירושין יש ביד השליח דבר שלם. שהרי הוא בעצמו יכול לגרשה.

ואין צריך לדעתה שהרי גירושין בע"כ נמי הוי גירושין. ומשו"ה לא הוי מילי.

אבל בקדושין אימתי חלו הקדושין אם תרצה. ובלאדעתה לא חל הקדושין.

א"כ אין ביד השליח דבר שלם. והוי כמילי דעדיין בעינן שתצטרף לשליחות שלו דעתה.

ומילי לא ממסרן לשליח. אכן בגירושין אף שתיקן ר"ג שלא לגרש בע"כ לא היתה כונתו לשנות את דין התורה שלא יחולו הגירושין אלא מדעתה וכשיצורף דעתה יחול הגירושין כמו גבי קדושין.

רק גזר בחרם שלא לגרש בע"כ. אבל אם אינו בע"כ אז הבעל הוא המגרש בלא צירוף דעתה.

נמצא דגם כשעשה שליח אף עתה אחרי חרם ר"ג ביד השליח דבר שלם. שהוא עושה הגירושין בלא צירוף דעתה כלל.

רק שאם יהי בע"כ אז יחולו חרם ר"ג. אבל כשאינו בע"כ השליח עושה הגירושין בעצמו ומשו"ה אף עתה יכול השליח לעשות שליח אחר.

שהרי בידו דבר שלם. ולא דמי לקדושין דהתם רק ע"י דעתה חלין הקדושין.

ולא הוי ביד השליח דבר שלם רק מחצית דבר שאם יצורף דעת האשה אז יחולו הקדושין. ומחצית דבר ס"ל להקדוש מראדוש.

דהוי כמילי ולא ממסרן לשליח. שוב מצאתי ראיתי שהקושיא זו של הקצוה"ח מדברי הקדוש מראדוש על דברי הנו"ב שאם גירש השליח בע"כ אינה מגורשת כבר הקשו להנו"ב בעצמו הלא היא כתובה בספרו מהדורא תנינא.

ונדחק בזה ומסיק דלדברי הקדוש מראדוש אחר חרם ר"ג באמת אין שליח יכול לעשות שליח אף בגירושיין. ואנן לא ס"ל דברי הקדוש.

ולענ"ד פשוט כמו שבארתי דהכא גם הקדוש מודה. ויתורין בזה גם הקושיא שהקשה הנו"ב על דברי עצמו שחידש דלדברי הרא"ש דאין אדם יכול לעשות שליח דבר שהוא לחוב לאחרים א"כ אף בזמן הש"ס אין יכול להעשות שליח לגרש בע"כ שהרי אין יכול לחוב לאחרים.

והקשה דא"כ איך יכול השליח לעשות שליח בגירושיין. כיון שאיננו בע"כ.

ומסיק שם הנו"ב דדברי הרא"ש סותרים לדברי הקדוש מראדוש. ולדידי נראה לי בפשיטות כמו שכתבתי דכונת הקדוש דבקדושיין אין ביד השליח מעשה שלם.

שרק ע"י רצונה חלין הקדושיין. משא"כ בגירושיין בעינן רק שלא יהא חוב לה.

אבל כשאינו חוב לה. אז השליח הוא המגרש בלי צירוף דעתה.

דבעינן רק שלא יהי' חוב לה היינו בע"כ. אבל דעתה לא בעינן.

משא"כ בקדושיין בעינן דעתה ובלא דעתה לא חלין הקדושיין. נמצא דאין ביד השליח דבר שלם.

משו"ה אין השליח יכול לעשות שליח שני: סימן לה סוגיא דנתנו לבכורות בנו. וסוגיא דנתן צמר לצבע לצבוע אדום וצבעו שחור.

ויבאר אי משנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן. והטעם דלא קנה בשינוי משום שלא רצה לקנות.

ויבאר דין הוציאוהו ע"מ לאבדה. אי נעשה גזלן במשיכה זו: דף עט גמ' נתנו לבכורות בנו או לבע"ח לשומר חנם לשואל לנושא שכר ולשוכר והי' מושכו ומת ברשות הבעלים פטור.

הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב. ופירש רש"י שני פירושים.

פירוש אחד. דנתנו הבעלים לשומרים וחייב ופטור דקתני.

הוא בחיוב אונסין. ולישנא חדא דנתנו הגנב לשומרים וחייב ופטור דקתני.

היינו שנתחייב הגנב בקנין שלוחיו. והתוס' הסכימו ללשון אחר דרש"י.

ואע"ג דהוי שליח לדבר עבירה כיון דמיירי בשוגג. בשוגג לא אמרינן אין שליח לדבר עבירה.

אכן הרמב"ם פירש דנתנו הגנב לשומרים בבית הבעלים והיו השומרים מושכים ומת בבית הבעלים פטור השומר. הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים ומת חייב השומר והשיג עליו הראב"ד ז"ל א"א נראה מדבריו הא דקתני במתניתין הגביהו השומר חייב כפל לבעלים קאמר לפי שהוא גנב.

וא"כ היכי שמעינן מיני' תקנו משיכה בשומרים. והלא שמשום גנב הוא חייב ולא משום שומר.

אלא ודאי הא דמוקמינן לה בשומר לא בנתנו בבית הבעלים קאמר ואף לא בגנב אלא מילתא באנפי נפשי' קאמר עכ"ל: ונראה לי ליישב דהנה הרמב"ם כתב (בפ"י מהלכות שכירות ה"ד) ז"ל נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה נותן לו צמרו. צבעו כעור או נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום.

נתן עצים לחרש לעשות מהן כסא. ועשה כסא רע או ספסל אם השבח יתר על ההוצאה נותן בעל הכלי את ההוצאה.

ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד. אמר בעל הכלי איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר או דמי העצים אין שומעין לו.

וכתב ע"ז הראב"ד אין לזה טעם. וכתב ע"ז המ"מ ז"ל ואינו יודע למה כתב כן שהרי טעם נכון הוא שאחר שהדין הוא לחשב אי זהו מועט אם ההוצאה או השבח ויתן המועט אם רצה צבע הזה אין בעל הצמר יכול לעכב ודאי.

וכמדומה לי שכונת הר"א ז"ל היתה לומר דבר שאינו צריך לכותבו הוא. וכמובן דחוק מאד לפרש כונת הראב"ד כן.

לכן נראה לי לומר דהנה לכאורה מחלוקת ר"מ ור' יהודה בנותן צמר לצבע לצבוע אדום וצבעו שחור דר"מ ס"ל נותן לו דמי צמרו. ור"י ס"ל אם השבח יתר על היציאה נותן לו היציאה.

ואם היציאה יתירה על השבח. נותן לו את השבח.

דר"מ ס"ל משנה מדעת של בעה"ב נקרא גזלן ור"י ס"ל דמשנה מדעת בעה"ב לא נקרא גזלן. אכן הראב"ד ס"ל דזה גם ר' יהודה מודה דמשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן.

שהרי ס"ל דשואל שלא מדעת בעה"ב נקרא גזלן. הרי כיון דמשתמש שלא מדעת בעה"ב נקרא גזלן על החפץ.

א"כ כשהבעה"ב רוצה לצבוע הצמר שחור. והוא השתמש בהצמר לצבוע אדום נקרא גזלן.

והא דלא ס"ל לר' יהודה דנותן לו דמי צמרו אף דשינוי הוא. דאף דגזלן הוא.

אעפ"כ לא קני בשינוי דאימתי קונה שינוי אלא בנתכוון לגזול ולקנות אבל הכא הרי לא גזל לקנות. אלא שצבע שלא כדעת הבעה"ב.

ואף דמשתמש בחפץ של אחר הוא גזלן אבל לקנות הדבר ע"י קניני גזילה. כיון דלא רצה לקנות לא קני.

וכן הוא בתוס' ד"ה בשבח שעל גבי גזילה (בדף צ"ה), ז"ל והא דלא קני בצבע לפי שאין מתכוין לקנותו. ואף כי מדברי התוס' אין ראי' דיש לומר דכיון דלא נתכוין לקנותו לא הוי גזלן.

דברי הראב"ד יש לפרש דגזלן הוי. רק דלא קנה עי"ז השינוי שצבעו אדום כיון דלא נתכוון לקנותו: והנה רש"י (בדף צ"ב) ד"ה דהכחשה דלא הדר כתב וז"ל כגון מתה או נשברה רגלה.

והקשה גדול אחד. דמשמע מדברי רש"י דנשברה רגלה הוי שינוי. והרי (בדף ע"ח) אמרינן בעי רב פפא גנבה קטעה ומכרה מהו (היינו אי מחויב דו"ה על המכירה) מי אמרינן מאי דגנב הא לא זבין או דלמא מאי דזבין הא לא שייר. ואי נימא דקטע רגלה הוי שינוי.

א"כ שלו הוא מוכר. דהרי קניא בשינוי.

וע"כ דנשברה רגלה לא הוי שינוי. ואמרתי ליישב ע"פ מה שכתב הרמב"ם (בפ"ב מהלכות גזילה ה' ט"ו) ז"ל גזל כלי ושברו אין שמין לו הפחת אלא משלם דמיו והכלי השבור של גזלן ואם רצו הבעלים ליטול הכלי השבור נוטלין ומשלם הפחת.

שזו תקנה היא לבעלים. ואם לא רצו הרשות בידן וכן כל כיוצא בזה.

וכתב ע"ז המ"מ ז"ל וצ"ע למה לא קנה הגזלן בשינוי מעשה ואילי בששמו עליו עכ"ל. ונראה לי דהנה בגזלן יש שני דינים.

יש דין שינוי דזה ילפינן מכאשר גזל. מזה ילפינן דאם נשתנה הגזילה קונה בשינוי, ויש עוד דין חיים שנים ישלם.

דצריך לשלם חיים כאשר גזל. והנה הא דאמרינן דשינוי קונה.

היינו דוקא שנשתנה כל הדבר מקמח עשה סלת. דכל הדבר נשתנה.

אבל בשבר הכלי אין הכונה, שנשתברה עד שנעשית שברים. דאז בודאי הוי מקרי שכל הדבר נשתנה שמקודם הי' נקרא כלי ועתה מקרי שבר כלי.

וכן כתב הרמב"ם בלשונו הכלי השבור. הרי דעדיין כלי הוא.

רקדמיירי שעשה פחת בהכלי דא"כ לא נשתנה כלל רק שיש בה חסרון. שאינה טובה כמקודם להשתמש בה.

אבל נהי ששינוי אין כאן. אבל דין דחיים שנים.

דכתב התוס' בב"ק (דף י"א) ד"ה אין שמין דמזה ילפינן דצריך חיים ושלמים כאשר גזל וכיון שיש בה פחת הרי איננה כמו שגזל, אבל כיון דמדין שינוי אין כאן. ורק מדין חיים ישלם.

דיני תשלומין הוי טובה ותקנה לנגזל ותלי בדעתו אם רוצה לתבוע התשלומין או לא. ולא דמי לשינוי.

דהתם דין הוא דקונה הגזלן. ולא תלי ברצון הנגזל.

דכיון דנעשית כבר של הגזלן אף אם יחפוץ הנגזל קונה בע"כ. אבל דין דחיים שנים ישלם כיון דהוא תשלומין לא קנין.

תלוי ברצון הנגזל אם תובע התשלומין. ומעתה בעשה שבר בהכלי.

דמדין שינוי לא קנה שהרי אין זה שינוי שנשתנה כל הכלי. שהרי כלי היא גם עתה.

אלא שיש בה חסרון. ורק שהנגזל יכיל לתבעו לשלם לו כלי טובה.

מדין חיים ישלם היינו תן לי כלי טובה כמו שגזלת ממני. משו"ה תלוי זה ברצון הנגזל אם ירצה יתבע לשלם לו דמים.

ואם אינו רוצה אלא תובעו לשלם הפחת הרשות בידו. ולפי"ז מיושב שפיר דברי רש"י דנהי דמוכח מהא דגנבה קטעה דנשברה רגלה לא הוי שינוי.

היינו כיון דעדיין הבהמה כולה כמו שהיא. ולא קני לה מדין שינוי.

אבל עכ"פ כיון דהיא עתה צלועה הרי אינה טובה כמו שהיתה מקודם. נמצא דאם יתבע הנגזל.

שלם לי פרה טובה שתהי' חיים כמו שגזלת. יהי' מחויב לשלם לו דמים.

א"כ גבי אין שמין לגנב ולא לגזלן. שפיר כתב רש"י דהא דקאמרינן כי קאמר שמואל אין שמין לא לגנב ולא לגזלן הוא בהכחשה דלא הדר.

כגון שנשברה רגלה. דהא דאין שמין הוא מטעם חיים.

א"כ בנשברה רגלה לא חיים היא. ומחויב לשלם פרה טובה א דמים אם ירצה הנגזל אף דשינוי הוי: ולפי"ז יתיישב שפיר דברי הראב"ד דכתב על הא דכתב הרמב"ם גבי נתן צמר לצבע לצבוע אדום וצבעו שחור.

דאם אמר בעל הכלי אין אני רוצה בתקנה זו היינו שאם השבח יתר על היציאה ליתן לו היציאה. אלא יתן לי דמי צמרי אין שומעין לו כתב הראב"ד ע"ז אין לזה טעם.

ותמהו מדוע אין לזה טעם. אכן לפי הנ"ל ניחא דהנה ביארנו דהראב"ד ס"ל דגם ר' יהודה מודה דכשמשמש בדבר של זה נגד דעתו.

היינו שצבעו שחור הוי גזלן. אלא דמשו"ה לא קנה בשינוי.

דכיון דלא רצה לקנות אין קונה בשינוי. והנה ביארנו דבגזלן יש שני דינים.

יש דין דקונה בשינוי. ויש עוד דין דחיים ישלם היינו טובים כמו שגזל.

ולפי"ז בשואל שלא מדעת דקיי"ל דגזלן הוא. אף דבשינוי לא יקנה.

כיון דאין רוצה לקנות. אבל הדין דחיים ישלם ישאר.

שאם בעל החפץ יאמר תן לי טובה כמו שגזלת יתחייב לשלם דמים. נמצא דשפיר השיג הראב"ד דאיך כתב הרמב"ם אם בעל הצמר אמר אין אני רוצה בתקנה זו אין שומעין נהי דאם רצה בעל הצמר לקבל צמרן ולסלק להצבע בעד השבח או היציאה קיי"ל דהרשות בידו כיון דלא קנה הצבע בשינוי.

אף דגזלן הוא כששינה מדעת בעה"ב. כיון דלא רצה לקנות הצמר.

אבל חיים ישלם רמי עליו החיוב. הוא לשלם צמר טוב כמו שהי' שיכול הנגזל לצבוע שחור כשירצה.

והוא נותן לו צמר כזה. שאין יכול לצבעו שחור.

שהצמר הזה כבר הוא אדום. ואם יתבע כן יתחייב הצבע לשלם דמי צמרו.

אלא כיון דמדין חיים ישלם אתינן עלה תקנה היא לנגזל ותלוי ברצונו כמו שפסק הרמב"ם גבי שבר הכלי ה"נ לסברת הראב"ד דס"ל דאף ר' יהודה מודה דמשנה מדעת של בעה"ב נקרא גזלן. אכן הרמב"ם ס"ל דלר' יהודה משנה מדעת של בה"ב לאו גזלן הוא כלל ולא דמי לשואל שלא מדעת.

דהתם הרי גזל הדבר להשתמש בו ונעשה גזלן על החפץ להשתמש בהחפץ. אבל מה שרצה לעשות בו צבע נגד דעתו של בעה"ב בשביל זה לא נקרא גזלן על החפץ: והנה (בדף צ"ח) אמרינן אמר רבה הזורק מטבע של חבירו לים הגדול פטור מאי טעמא אמר ליה הא מנח קמך אי בעית שקלי' כו'.

והני מילי דאדי' אדוי' אבל שקלי' בידו' מגזל גזלי' השבה בעי מעבד. והקשה בתוס' ז"ל משמע מהכא דלא חשיב הגבהה כי אדי' אדוי' בלא נטילה בידו אף ע"פ שעומד באויר למעלה מג' קודם שיפול לגמרי כו'.

וקשה דבפרק קמא דב"מ אמר גבי טלית שראשו אחד על העמוד וראשו אחד מונח ע"ג קרקע שאם הגביה אדם ראשו המונח ע"ג קרקע ונתן ראש שע"ג עמוד להביאו אצלו שהוא קונה מטעם הגבהה הואיל ומביאו על האויר למעלה מג'. עיין שם בדברי התוס'. ונראה לי דאע"ג דהוי הגבהה. אעפ"כ לא הוי גזילה.

דהנה גבי גזילה וגניבה כתיב קרא אם המצא תמצא בידו. א"כ לא הוי גזלן עד שתהי' הגזילה בידו אלא דמרבין מהמצא תמצא דלאו דוקא ידו אלא גגו חצירו וקרפיו נמי מקרי ידו וממילא ידעין דלאו דוקא גגו.

אלא כל קנינים שעושה כיון דקנין הוי הכנסה לרשותו. א"כ זה שעשה קנין בהגזילה מקרי הכניס לרשותו.

משו"ה כשעשה הגבהה בגזילה לקנותה הרי הכניסה לרשותו: דזה ילפינן מהמצא תמצא דהכנסה לרשותו נמי בידו מקריא. אבל אם לא הי' הגבהה קנין.

הרי לא הוכנס הגזילה לרשותו לא הי' מתחייב. ואימתי הוי הגבהה קנין אלא כשרוצה לקנותה אז ההגבהה מקרי קנין דכמו דגזיה"כ הוא דהגבהה מועיל לקנותה כולה ה"נ מועיל לקניני גזילה.

אבל אם אדם מגביה דבר ע"מ שלא לקנותה האם נימא דעשה קנין אלא שלא קנה. בודאי דמקרי שלא עשה כלל קנין דאימתי הוי הגבהה קנין.

אלא כשמתכוין לקנות אבל כשאינו מתכוין לקנות לא מקרי כלל ההגבהה קנין כמו כשאדם מגביה דבר שלו האם נימא דמקרי שעושה קנינים אלא שאין צריך לקנינים. בודאי דלא מקרי כלל שעושה קנינים ה"נ כשמגביה דבר של חבירו.

אם אינו מתכוין לקנות לא מקרי שעושה קנין רק מגביה סתם. א"כ באדי' אדוי' למטבע של חבירו לים הגדול.

נהי דהוי גזילה כיון שרצה לזורקה לים. אבל כיון דלא רצה לקנותה ההגבהה שעשה לא מקרי קנין.

ולא מקרי הכנסה לרשותו. ומשו"ה אם שקלי' בידו.

כיון דזה ג"כ הוי גזילה שרצה לזורקה לים. משו"ה מחויב למיעבד השבה אבל אם לא שקלי' בידו רק דאדי' אדוי' כיון דלא נתכוין לקנותו לא הוי קנין.

נמצא שלא הוכנס הגזילה לרשותו משו"ה באדי' אדוי' פטור. שוב ראיתי שכן הוא מפורש בתוס' בפרק הכונס בשם הירושל' דהוציאווה לסטים לסטים חייבים.

ואיתא בירושלמי דדוקא הוציאווה לגוזלה. אבל הוציאווה ע"מ לאבדה פטור.

וזה אין לומר דע"מ לאבדה לא מקרי גזלן. דהרי הכא אמרינן דכי שקלי' בידו' מגזל גזלי' אף שרצה לזורקה לים, וכן אמרינן בפירוש בגיטין גבי מנסך דכי אגבהה קני', אף שהגבהה היתה לנסך ע"כ דע"מ לאבדה נמי גזילה מקרי, וא"כ אמאי בהוציאווה לסטים ע"מ לאבדה פטור, ע"כ כמו שכתבנו דאימתי הוי משיכה קנין כשמתכוין לקנותה, אבל כשאין מתכוין לקנותה לא הוי המשיכה קנין רק כמושך בהמה שלו דלא הוי קנין, ומשו"ה בהוציאווה ע"מ לאבדה פטורים, משום דהמשיכה לא היתה קנין וזהו דאמרינן העודר בנכסי הגר, וסבר שלו הן לא קני.

אבל עודר בנכסי גר זה וסבר של גר אחר הן קני משום דכי מתכוין לקנות הוי החזקה קנין, וא"כ עשה מעשה הקנין, משו"ה הרי בעודר בנכסי הגר וסבר שהן גר אחר קני, אבל בעודר בנכסי הגר וקא סבר שלו הן, לא נתכוין לקנין. והוי רק עודר בעלמא.

לא עושה קנין משו"ה לא קני: ולפי"ז מיושבים שפיר דברי הרמב"ם שכתב בנתנו לבכורות בנו לשומר חנם והגביהו השומר או השואל מבית בעלים ומת, חייב השומר כפל, והקשה הראב"ד כיון דחייב השומר הוא מטעם גנב, איך מביא ראי' בגמ' דתקנו משיכה בשומרים, הא לאו מדין שומר מתחייב, אלא מדין גנב, אכן לפי הנ"ל ניחא, דהנה הא דהכא השומר מתחייב מטעם גנב, אין הכונה כגנב דעלמא.

שהרי הכא לא נתכוין לגנוב בעד עצמו ורק משו"ה חייב שהרי כוון לגנוב לתת להגנב דכיון שהוא ידע שהגנב גנב הבהמה והוא משך ע"מ לתתה להגנב מתחייב השומר בכפל. נמצא דהוי רק כמוציאה ע"מ לאבדה.

וא"כ תקשה איך מתחייב בהוציאווה מרשות בעלים הא לא כיון לקנותה. וא"כ לאו משיכה היא של קנין.

רק מושך בעלמא. וא"כ לא הכניסה לרשותו.

בשלמא בהגביהה נטלה בידו. אבל בהוציאווה דהוי משיכה הא אמרינן הוציאווה לסטים ע"מ לאבדה פטור.

אך כיון שתקנו משיכה בשומרים א"כ גם בנתכוין להעשות שומר עלי'. ג"כ מקרי הכנסה לרשותו.

א"כ לאו מושך בעלמא הוא אלא עושה קנין. שהרי כוון לעשות קנין וכיון שעשה קצין הרי הכניסה לרשותו.

א"כ מביא שפיר ראי' דתקנו משיכה בשומרים. דאם נימא דבשומרים לא תקנו כלל משיכה.

א"כ אינו מכניס כלל לרשותו. רק כיון שנסתלקו הבעלים משמירת הבהמה מחויב השומר.

א"כ הרי לא כוון במשיכתו להכניסה לרשותו וא"כ הוי רק כהוציאה ע"מ לאבדה דפטור. ואיך קתני מתניתין דחייב השומר כפל.

ע"כ דתקנו משיכה בשומרין וא"כ כשנתכוין להעשות שומר עלי' הכניסה לרשותו והוי המשיכה קנין ונמצאת הגניבה בידו ומחויב כפל כיון דעל מנת לאבדה נמי גנב הוא: סימן לו יבאר סוגיא דרב ענן הדר גודא בארעא דלאו דילי' בב"ב מ"א. ויחקור אם בדעת אחרת מקנה בעינן כונה לקנין: ולפי הנ"ל יש לבאר ג"כ דברי הרמב"ם והראב"ד (בפ"ב מהלכות מכירה ה"ט) ז"ל הרמב"ם האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה וכתב ע"ז הראב"ד נ"ל אם הפרה עומדת ברשות הלוקח ביום ל"א שהיא קנוי' לו מידי דהוה אהרי את מקודשת לי לאחר שלשים יום דחיילי קידושין בהווא יומא עכ"ל הראב"ד.

וכתב המ"מ ע"ז ז"ל ויש לחלק דאם איתא אפילו ברה"ר אם דומה לאשה הוא. אלא הכא היינו טעמא דכיון דלא אמר מעכשיו במאי יקנה במשיכה כבר כלתה משיכתו.

ונראה לי לבאר טעם מחלקותם. דהנה כתבו הפוסקים דהא דאמרינן העודר בנכסי הגר וקא סבר שלו הן דלא קנה היינו דוקא בנכסי הפקר.

אבל בדעת אחרת מקנה אף היכא דלא נתכוון לקנותה דסבר שלו הן קנה. והוכיחו זה מהא דאמרינן בגיטין שהי' מלוה לכל בני הכפר.

והי' כותב בכתב ידו ואחרים חותמים. ואמרינן דילמא זקן שאני דידע לאקנוי' והקשה הרשב"א נהי דזקן ידע והקנה להם הנזיר.

אבל הלווים הא לא ידעו שהזקן מקנה להם. ולא כווננו לקנות.

ותירץ הרשב"א דכיון דדעת אחרת מקנה להם לא בעינן כונה ולא דמי לעודר בנכסי גר דהתם הוי נכסי הפקר ואין כאן דעת אחרת מקנה. ועוד הביאו בשם הראב"ד דהקשה על הא דאמרינן במס' ב"ב (דף מ"א) רב ענן שקל בידקא בארעי' אזל הדר גודא בארעי' דחברי' אתא לקמי' דרב נחמן א"ל זיל הדר והא אחזקי לי א"ל כמאן כר"י וכר' ישמעאל דאמרי כל בפניו לאלתר הוי חזקה לית הילכתא כותיה.

א"ל והא אחיל דאתא וסייע בגודא בהדאי א"ל מחילה בטעות הוא את גופך אי הוי ידעית לא הוי עבדת כי היכי דאת לא הוה ידעת הוא נמי לא הוה ידע והקשה הראב"ד דמשמע דדוקא משום דמחילה בטעות לא הוה מחילה. אבל אם הי' מחילה בטעות מחילה הי' קונה אמאי כיון דבשעת מעשה שהדר גודא סבר שהמקום שלו כדקאמר ליה רב נחמן את גופא מי הוי ידעית.

א"כ הוי כעודר בנכסי הגר וסבר שלו הן דלא קנה. ותירץ הראב"ד דבדעת אחרת מקנה מועיל אפילו כשסבר דשלו הן.

אכן לפי ההסבר שכתבנו דמשו"ה עודר בנכסי הגר וסבר שלו הן דלא קנה הוא משום דאימתי מקרי עודר חזקה כשמכוין לקנות אבל באינו מכוין לקנות לא הוי חזקה דכשאדם עודר בנכסיו לא מקרי שעושה חזקות א"כ כיון דטעמא דאין קונה בנכסי הגר כשסבר דשלו הן. משום דלא עשה חזקה.

א"כ מה מועיל שדעת אחרת מקנה אותו הא הוא לא עשה חזקה כיון שסבר ששלו הוא: לכן נראה לי דהרמב"ם ס"ל באמת דאף בדעת אחרת מקנה בעינן כונה בקניני חזקות ומשיכה והגבהה. והא דהקשה הרשב"א מזקן שאני דידע לאקנויי נראה לי דלא קשה.

דהא דאמרינן דבעינן כונה הוא דוקא בעודר ומושך דכשאינו מתכוין לקנות לא מקרי שעשה חזקה. אבל בידו לא גרע מחצירו של אדם דקונה שלא מדעתו.

ה"נ בנטל הנייר בידו קנה אף היכא דלא נתכוון לזכות שלא ידע שמקנה לו. ורק באדי' אדו"י דהתם לא נטל בידו.

אלא שעשה קנין הגבהה בזה אמרינן כיון דלא נתכוון לזכות לא הוי הגבהה. שוב מצאתי שהקצוה"ח (בסימן רס"ח סק"ג) הביא כן בשם המהרי"ט דכמו דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

ה"נ ידו קונה שלא מדעתו. אלא דהקצוה"ח בעצמו אומר דזה תליא בפלוגתא דרש"י ותוס' דרש"י כתב בפ"ב דכתובות (דף ל"א) דהגבהה אפילו בידו בעינן שלשה טפחים ובתוס' שהקשו שם על רש"י דכלי שבידו אין צריך שלשה.

וא"כ לשיטת תוס' ידו לא גרע מחצירו. אבל לשיטת רש"י ידו אינו קונה אלא מטעם הגבהה והוא בתורת קנין הגבהה וכל שהוא קנין בעי כונה לזכות אך הדברים תמוהים.

דאיך נימא דידו גרע מחצירו דעיקר קרא כתיב אם המצא תמצא בידו. אלא דאמרינן אין לי אלא ידו גגו חצירו כו' ת"ל אם המצא תמצא מ"מ הרי דעיקר קרא כתב ידו.

ואנן ניקו ונימא דידו הוי רק מטעם הגבהה. והא דכתב רש"י שם בכתובות (דף ל"א) על הא דאמר רב אשי כגון שצירף ידו למטה משלשה וקבלו כדרבא דאמר רבא ידו של אדם חשובה לו כארבעה על ארבעה.

כתב רש"י ז"ל וכי היכי דלענין שבת חשוב מקום לענין קנין נמי חשוב מקום למקני כאילו הגביהה למעלה משלשה עכ"ל רש"י. דמזה הוכיח הקצוה"ח דיד לא הוי אלא מטעם קנין.

נראה לי דדעת רש"י דמשו"ה איצטריך רב אשי למימר וכדרבא דאמר ידו של אדם חשובה. דה"א כיון דהיד מונח למטה משלשה בטל לגבי הקרקע.

ולא מקרי שמונח בידו דלמטה משלשה כארעא סמיכתא וכמו דאמרינן כליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה. משום דהכלי בטל לגבי קרקע.

והא דאמרינן דכליו של לוקח ברשות מוכר לא קנה היינו דוקא במונחין למטה משלשה אבל אם הגביה הכלי למעלה משלשה קנה מטעם כלי כדמוכח בע"ז ע"א דאמרינן כי מטא לאוירא דמנא קני'. וא"כ הוי אמינא דגם כשמונח בידו.

אם היד הוא למטה משלשה בטל לגבי הקרקע ע"ז אמר כדרבא דאמר ידו של אדם חשובה. וכי היכי דחשיב מקום לענין שבת.

לענין מקני נמי חשוב מקום ולא בטל לגבי הרשות כאילו הגביה היד למעלה משלשה. דיודו חשוב ולא בטיל.

וקנה מתורת יד. וא"כ בודאי דלא הוי ראייה מזקן שאעפ"י שלא ידעו הלוויים שהזקן מקנה להם קני מטעם ידו של אדם קונה לו שלא מדעתו.

דק"ו הוא מיד כדכתב המהרי"ט. וכן הוא מפורש דיודו של אדם קונה לו שלא מדעתו בתוס' ב"ב (דף נ"ד) ד"ה אדעתא דציבי ז"ל התוס' ואין להקשות דאע"ג דאין דעתו אשטרא אמאי אין ידו קונה לו שלא מדעתו כמו חצירו דחצר מתורת יד איתרבאי, אלא דקושית הראב"ד מגמ' ב"ב גבי רב ענן הדר גודא לכאורה קושיא גדולה היא דהא התם חזקה הויא.

וא"כ למה ליה למימר מטעם דמחילה בטעות לא הויא מחילה. אף אם מחילה בטעות הויא מחילה כיון שלא כוון לזכות לאו חזקה היא ורבינו הגרעק"א הוכיח עוד מהאי סוגיא דבדעת אחרת מקנה אף דעת מקנה לא בעינן דאם נימא דלא מהני אלא כשהמקנה כוון להקנות אז מהני אף כשהקונה עדר וסבר שלו הן.

א"כ סוף סוף ישאר הקושיא למה לי טעם דמחילה בטעות לא הויא מחילה תיפוק ליה דהרי המקנה לא כוון להקנות. ובודאי דזה תימא גדולה אף אה נימא דדעת אחרת טוב יותר מעודר בנכסי הגר.

היינו משום דמה שהמקנה חושב להקנות זה עושה חזקה דהוי כונת המקנה כונה. אבל אם המקנה לא חישב להקנות במה יועיל יותר מעודר בנכסי הגר: לכן נראה לי לפרש פירוש אחר בדברי הגמ' דהנה הרשב"ם פירש דהא דכתב רב ענן והא אחזקי לי הוא שטענת רב ענן הי' כיון שעל פיו ובמצותו בנה הכותל הוי כמאן דאמר ליה לך חזק וקני וכיון שעל פיו עשיתי ובמצותו החזקתי יום או יומים שהי' כותל שלי בקרקע שלו והוא ידע ולא מיחה אלא שתק הרי חזקתו חזקה שיש עמה טענה.

והקשה בתוס' דהא מדקאמר לקמן והא אחיל משמע דעד השתא לא החזיק בה מטענת מחילה. ועוד דלא לתר הוי ליה לרב נחמן לומר מחילה בטעות הוא.

ונראה לפרש הוא טען שלקחה ממנו ולא היו עדים שלקחה והי' רוצה להיות נאמן מתורת חזקה עכ"ל התוס' וכמובן גם פירוש התוס' קשה דמלשון הגמ' רב ענן שקל בידקא כו' אזל הדר גודא בארעא דלא דילי' משמע דלא אמר שקנה. וגם התוס' מסקי בסוף הדיבור דאין הסוגיא מוכחת כן.

עוד הקשה בתוס' בד"ה אמר ליה מחילה בטעות. דאיך אמרינן כאן דמחילה בטעות לא הויא מחילה דהא בפרק איזהו נשך (דף ס"ד) ס"ל לרב נחמן דבכל דוכתי מחילה בטעות הויא מחילה.

ורק בהלואה לא הויא מחילה משום דמחזי כרבית. לכן נראה לי דרב ענן וההוא גברא לא הי' מחולקים כלל על עיקר הקרקע של מי היא.

רק דהא הדין השותפין שרצו לעשות מחיצה בונין הכותל באמצע. וא"כ החיוב על שניהם לתת מקום להכותל ועתה הדר גודא בארעא דלא דילי' היינו שהכותל העמיד כולה על מקום השני.

וטענת רב ענן היתה כיון שבנה הכותל במצותו הרי החזיק שיהי' לו חזקה. שהכותל יעמוד כל ימי עמידת הכותל על מקום של חבירו.

דאעפ"י דבעינן חזקה שלשה שנים היינו דוקא ברצה לקנות גוף הדבר אבל אם לא קנה אלא לחזקת תשמישין כמו באחזיק להורדי דפסק הרמב"ם בכל חזקת תשמישין דלא בעינן חזקת שלשה שנים. והנה בחזקת הבתים (דף נ"ט) אמרינן מעשה באחד שפתח חלונותיו לחצר השותפין ובא לפני ר' ישמעאל בר ר' יוסי אמר לו החזקת בני החזקת ובא לפני ר' חייא אמר יגעת ופתחת יגע וסתום.

ופסק הרמב"ם (בפ"ה מהלכות שכנים ה' ו') ז"ל אחד מן השותפין שביקש לפתוח לו חלון בתוך ביתו לחצר חבירו מעכב עליו מפני שמסתכל בו ממנו. ואם פתח יסתום.

וכתב המגיד משנה שפסק הרמב"ם כר' חייא ובודאי כר' חייא הי' לו לפסוק שהרי אמרינן הכא לית הילכתא כר' ישמעאל בר' יוסי. והנה הרמב"ם פסק בכמה דוכתי דחזקת היזק ראי' לאלתר הוי חזקה, וע"כ הא דאמר ר' חייא יגעת ופתחת יגע וסתום.

ע"כ שמיחה תיכף, וא"כ קשיא מאי טעמא דר' ישמעאל בר' יוסי דאמר החזקת כיון דמיחה תיכף אמאי החזיק דאטו פליג ר' ישמעאל בר' יוסי על דין דהיזק ראי' מחלון. ועוד הא משמע מהאי סוגיא דטעמא דר' ישמעאל בר' יוסי משום חזקה.

דהא אמר לו החזקת משמע דמטעם חזקה. ועכצ"ל דטעמא דר' ישמעאל בר' יוסי.

כיון דהוא החזיק בדבר צריך להיות ראי' ברורה שלא מחל. אבל אם אין ראי' ברורה אין מוציאין מחזקתו.

וא"כ הרי יוכל להיות שתיכף כשראה לא מיחה ומחל בלבו. ואף שמיחה אח"כ.

אבל בשעת מעשה ראה ומחל. ומספיקא לא מוציאין ממנו ור' חייא ס"ל כיון דהוא מחזיק בשל חבירו אדרבה צריך ראי' ברורה שראה ומחל.

וכל א שאין לנו ראי' שיכול להיות שתיכף מיחה אין יכול להחזיק בשל חבירו. וזהו שכתב הרמב"ם (בפי"א מהלכות שכנים) ז"ל והוא שיראה ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו בלא הרחקה וכן כתב הרמב"ם שם בה"ו מי שהחזיק בנזק.

והרי המחזיק טוען אתה אמרת לי לעשות או מחלת אחר שראית. או הוכר הנזק ושתקת ולא מחית בי.

והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם כו' על הניזק להביא ראי'. והנה רב ענן דסבר כר' ישמעאל בר' יוסי א"כ תבע דיש לו קנין תשמישין בהקרקע שעומד הכותל.

שיעמוד כל זמן שיהי חיוב כותל היינו אם הי' גינה כל זמן שיהי' גינה יעמוד כותל שלהם על הקרקע של חבירו. כמו באחזיק להורדי היינו שהחזיק להניח קורה על כותל חבירו דלא לתר הוי חזקה.

וא"כ סבר רב ענן כיון שיכול להיות שראה ושתק ומחל, יש לו קנין תשמיש בהקרקע שעומד הכותל וע"ז ענה לו רב נחמן דאין הלכה כר' ישמעאל בר' יוסי ובעינן ראי' ברורה שנתברר לו ההיזק ושתק ומחל. וכיון דיוכל להיות שתיכף שראה מיחה משו"ה אין יכול להחזיק דקי"ל כר' חייא דאמר יגע וסתום.

וע"ז אמר רב ענן והא אחיל. פירוש נהי דאין לו טענה שיהי' לו חזקת תשמישים. אבל החיוב שיש על כל אחד מהשותפין לתת קרקע מחלקו להכותל כדקיי"ל בונין הכותל באמצע. אחיל לו על האי חיובא.

דרב ענן סבר שמחילה בטעות היא מחילה. וא"כ טען רב ענן כיון שמחל לו על האי חיובא אין עתה עליו ליתן מחלקו להכותל.

נהי שאין לו קנין בהקרקע שעומד הכותל כיון דקיי"ל כר' חייא אבל כיון שמחל בסיועו את הכותל מתל לו מחיובו ממילא יעמוד הכותל על קרקע שלו כמו אחד מן השותפין שקנה בקנין שמחל לו על היזק ראי'. אבל הוא לא מחל לו.

ממילא מחויב השני להעמיד כותל. שהרי קיי"ל על המזיק להרחיק את עצמו וע"ז ענה רב נחמן מחילה בטעות לא היא מחילה.

ולא מחל לך כלל החיוב של היזק ראי'. וממילא מחייבת ג"כ ליתן מחלקך על הכותל.

ומיושב לפי"ז קושית התוס' שהקשה הא ר"נ ס"ל מחילה בטעות היא מחילה. אכן לפי הנ"ל ניחא דמחילה בטעות היא מחילה היכא שמחל הדבר שיקח.

אבל במה שמחל מה שלא תבע ממנו בעד החוב. והוא סבר שמשלם לו לא שייך כלל לומר מחילה דבכה"ג לא מקרי כלל מחילה.

כיון שהוא בטעות שהוא סבר שנותן לו. משא"כ בנותן לו הדבר אף שהוא בטעות. בכה"ג שמקנה לו מחילה בטעות היא מחילה. אבל היכא דלא מקנה לו הדבר רק שמוחל לו חוב שיש לו עליו.

והוא סבר שנותן לו ומחילתו היא שאיננו תובעו. בכה"ג מחילה בטעות לא היא מחילה. נמצא לפי מה שביארנו דהאי דאחיל אין הכונה שמחל לו הקרקע אלא החיוב. לפי"ז אין כאן התחלת ראי' דגבי דעת אחרת מקנה לא בעינן כונה שהרי הכא במחילה קיימינן דלא בעי קנין.

אכן כל הפירוש הזה אינו אלא לדעת הרמב"ם דבהיזק ראי' ובחזקת שעבודין לאלתר הוי חזקה. אכן דעת הראב"ד דגם בחזקת שעבודין ובהיזק ראי' בעינן דוקא שלשה שנים וכדמשמע מדברי הראב"ד (בפי"א מהלכות שכנים ה"ד).

א"כ לפי דבריו צריך לפרש כפירוש התוס'. ומשו"ה הביא הראב"ד ראי' דדעת אחרת מקנה מועיל אף היכא שלא התכוין לקנות דהוא לא ס"ל דחזקה כשאינו מתכוין לקנות לא הוי קנין מדהקשה על הרמב"ם גבי תקנו משיכה בשומרין.

דאף אם כוון השומר לאבדה ג"כ מועיל משיכה אף שלא התכוין לקנות. נמצא דהרמב"ם והראב"ד מחולקים היכא דדעת אחרת מקנה אם עדר וסבר שלו הן דלהרמב"ם בעינן דוקא כונה לקנות.

ולהראב"ד אפילו לא כוון לקנות ג"כ מהני, דהא לדברי הראב"ד דכונת רב ענן דאמר והא אחיל הוא על הקרקע. הרי דאילו הי' מחילה בטעות מחילה הוי מועיל אף היכא שהלה לא כוון להקנות.

נמצא דהרמב"ם והראב"ד מחולקים בדעת אחרת מקנה. להרמב"ם בעינן דוקא כונה לזכי'.

ולהראב"ד לא בעינן לא דעת המקנה ולא דעת הקונה. נמצא להראב"ד שפיר השיג על הרמב"ם דאיך קאמר דאם משך פרה לקנות לאחר שלשים ולאחר שלשים עומדת בחצירו לא קנה.

שהרי חצירו קונה שלא מדעתו. אף שבשעה זו לא כוון להקנות קונה.

שהרי בדעת אחרת מקנה. כיון דידעינן רק שהלה רוצה להקנות.

וזה רוצה לקנות אף שבשעת קנין לא כווננו מאומה קונה. ומביא הראב"ד שפיר ראי' מהמקדש אשה לאחר שלשים דמקודשת ואע"פ שנתאכלו המעות.

היינו דלכאורה יש לומר דילמא חזר בו במשך השלשים יום ואינו רוצה להקנות. ע"ז מביא ראי' דאם נימא דחזר בו.

א"כ אמאי אשה מקודשת שהרי במקדש לאחר שלשים שניהם יכולין לחזור בהם. וע"כ דלא אמרינן שמא חזר בו.

ואמרינן בודאי בדעתו הראשונה עומד. וא"כ באופן כזה קונה בדעת אחרת מקנה אף היכא שלא כונו לא המקנה ולא הקונה.

ומיושב בזה קושית המ"מ על הראב"ד. אכן הרמב"ם לטעמי' דס"ל היכא דלא כוון לזכות לא הוי כלל חזקה.

וא"כ לדידי' עכצ"ל דהא דאמר רב ענן והא אחיל. פירוש אחיל החיוב אבל לא הקרקע.

וא"כ לדידי' אף דבכל מקום חצר קונה שלא מדעתו היינו דוקא בהפקר דאין צריך הוצאה מיד מי. אבל בדעת אחרת מקנה אדרבא גרע להרמב"ם יותר מהפקר לענין זה דהיכא דהמקנה לא כוון להקנות.

אין קונה אף בחצירו שלא מדעת המקנה. ולא דמי להפקר דהתם אין מוציאין וממילא קונה החצר שלא מדעתו.

ולפי"ז לדברי הרמב"ם אף בעומדת בחצירו של קונה לאחר שלשים. כיון דהמקנה לא כוון להקנות לו בחצירו לא קני ולדידי' לא דמי לאשה במקדש לאחר שלשים דהתם כוון לקדשה בהכסף לאחר שלשים והיא כוונה להתקדש אבל הכא לא כוון בשעת מעשה להקנות ע"י חצירו.

ולפי"ז יהי פליאה על רבינו הגרעק"א בתשובה (סימן ל"ז) דבעי למימר דאם העכו"ם משך הפרה ולא כוון לקנות. וגם המקנה לא כוון להקנות אעפ"כ קונה כוון דהוי דעת אחרת מקנה.

וידעינן דרצה למכור. ומביא מדברי הראב"ד גבי רב ענן דלדעתי כיון דכל הפוסקים פסקו בדין זה דמשך לאחר שלשים כהרמב"ם ולא הביאו כלל דעת הראב"ד.

הרי דאף דידעינן דרצה למכור. כיון דבקני' זו לא כוון כלל לקנות.

והמקנה לא לא כוון להקנות לא קנה: עוד נראה לי לומר דאף לדעת הראב"ד לא קנה היכא שלא נתן הכסף עדיין דהנה הקצוה"ח (בסימן) הקשה על הראב"ד איך כתב דאפילו מדד הלוקח על החמרים לא קנה כיון שלא נתכוין לקנות בזה רק למדידה בעלמא. והקשה הא הראב"ד בעצמו ס"ל דלא בעינן כונה לקנין בדעת אחרת מקנה.

ומסיק ואולי תרי ראב"ד נינהו וצ"ע עכ"ד ונראה לי בפשיטות ליישב דעד כאן לא קאמר הראב"ד דלא בעינן כונה בדעת אחרת מקנה היינו במתנה דלא בעי הקונה רק לקנות. ואדם קונה שלא מדעתו.

ואף דהמקנה ג"כ לא כוון. ס"ל להראב"ד כיון דידעינן דרוצה להקנות לו.

הוי כמניח לו לקנות דכיון דידעינן דרצה להקנות. א"כ מניח לו לקנות באיזה אופן שירצה.

וכן במכירה היכא שנתן הלוקח הכסף. ולא חסר לו אלא לקנות.

בזה אמרינן דאדם קונה שלא מדעתו אבל היכא שלא נתן הכסף בזה גם הראב"ד מודה שלא יקנה בלי כונה שהרי כשיקנה יתחייב כסף שיווי החפץ להמוכר. ואף דאדם קונה שלא מדעתו.

אבל לא יוכל להתחייב שלא מדעתו. וכ"ז שלא נתחייב לא יוכל לקנות החפץ.

דהרי הוא מוכר לו. לא נותן מתנה.

ואיך יקנה הוא החפץ ולא יתחייב בעדו דמים להמוכר. והוא לא יוכל להתחייב שאין אדם מתחייב שלא מדעתו והראב"ד דכתב שם שלא נתכוין לקנות מיירי היכא דלא נתן הכסף עדיין ומשו"ה לא קנה דאין אדם מתחייב שלא מדעתו ועיין שם עוד בדברי הקצוה"ח שבזה יש לתרץ כל הקושיות שם: סימן לז סוגיא דהקונה בית בא"י כותבין עליו אוננו.

ויתבארו בו הרבה דיני תרומות מעשרות ושמיטין ויובל בזה"ז ובזמן בית שני. וקדושה ראשונה קדשה רשעתה והרבה מקומות שלא כבשו עורי מצרים: דף פ הלוקח בית בארץ ישראל כותבין עליו אוננו אפילו בשבת.

בשבת סלקא דעתך אלא כדאמר רבא התם אומר לעכו"ם ועושה ה"נ אומר לעכו"ם ועושה ואע"ג דאמירה לעכו"ם שבות משום ישוב ארץ ישראל לא גזרו בי' רבנן. והנה הרמב"ם פסק (בפ"ו מהלכות שבת הלכה י"א) דסוריא כא"י לדין זה.

והקשה המ"א באו"ח וסימן ש"ו סעיף י"ב) דדין זה דסוריא כא"י לענין הקונה בית כותבין השטר ע"י עכו"ם אפילו בשבת הוציא הרמב"ם מגמ' גיטין (דף מ"ח) דאיתא התם הקונה בית בסוריא כקונה בפרורי ירושלים והתם אמרינן דברייתא סברה כיבוש יחיד שמ"י כיבוש דברייתא סברה דגם לענין תרומות ומעשרות שוותא סוריא לא"י.

וא"כ הרמב"ם דפסק כיבוש יחיד לאו שמ"י כיבוש ותרומות ומעשרות בסוריא אינה אלא מדרבנן מנ"ל דגם למ"ד לאו שמ"י כיבוש שוה סוריא לא"י לדין דכותבין אוננו ע"י עכו"ם אפילו בשבת: ונראה לי לתרץ דהנה התוס' בגיטין (דף ב') הקשו על מתניתין דמשמע דעכו חוץ לארץ. והרי בפרק מי שאחזו אמרינן למימרא דעכו לאו מא"י היא הא כי מפטרי רבנן מהדדי בעכו הוי מפטרי כו' וע"כ פירשו התוס' דעכו חצי ארץ ישראל וחצי חו"ל.

אכן הרמב"ם כתב בפ"א מהלכות תרומות דעכו חוץ לארץ. וקשה עליו קושית התוס'. דהא אמרינן כי מפטרי רבנן מהדדי בעכו הוו מפטרי. ואמאי לא פירוש דחצי ארץ ישראל.

ובאמת ירושלמי מפורש הוא דעכו חצי ארץ ישראל וחצי חו"ל. וביחוד קשה על הרמב"ם קושית הרשב"א דהרי קרא מפורש הוא דעכו מחו"ל היא שהרי כתיב קרא אשר לא הוריש את יושבי עכו ובחולין אמרינן למימרא דבית שאן לאו מא"י היא הא כתיב מנשה לא הוריש את יושבי בית שאן.

הרי היכא דכתיב קרא לא הוריש מא"י היא ומהרמב"ם מוכח דס"ל דעכו אינה אף מהנך שכבשו עולי מצרים. שהרי כתב הרמב"ם שם דמקומות שכבשו עולי מצרים ולא כבשו עולי בבל מחויבים מדרבנן בתרומות ומעשרות ואילו עכו כתב שהיא חו"ל ופטורה לגמרי.

וכתב איזה ארץ שכבשו עולי מצרים כו' עד עכו כו' ועכו חו"ל הרי שאינה כלל מא"י וקשה עליו מקרא: וליישב כל זה נראה לי להקדים עוד דברי הרמב"ם שם (בפ"א מהלכות תרומות שכתב בהלכה כ"ו) ז"ל התרומה בזמן הזה ואפילו במקום שהחזיקו עולי בבל ואפילו בימי עזרא אינה מן התורה אלא מדבריהן שאין לך תרומה של תורה אלא בא"י בלבד.

ובזמן שכל ישראל שם שנאמר כי תבואו ביאת כולכם כשהיו בירושה ראשונה וכמו שהן עתידין לחזור בירושה שלישית לא כשהי' בירושה שני' שהיתה בימי עזרא שהיתה ביאת מקצתן. ולפיכך לא חייבה אותן מן התורה וכן יראה לי שהוא הדין במעשרות שאין חייבין בזמן הזה אלא מדבריהן כתרומה.

והקשה הרדב"ז מדברי הרמב"ם עצמו שכתב בהלכות שמיטה ויובל שאף בביאתן בימי עזרא מנו שמיטין ויובלות וקדשו בתי ערי חומה ונתחייבו במעשר. ואף בביאה שלישית

ג"כ יהי' כל אלו דילפינן מאשר ירשו אבותיך וירשתה דמקיש ירושות להדדי הרי דס"ל להרמב"ם דמעשר בימי עזרא הי' מדאורייתא.

והכא הרי מדמה הרמב"ם מעשר לתרומה והוא סובר דאף בימי עזרא הי' חיוב התרומה רק מדרבנן. עוד הקשה הכ"מ על דברי הרמב"ם דס"ל דבימי עזרא אף שהי' א"י קדוש אעפ"כ לא נהג תרומה ומעשרות מן התורה כיון שלא הי' ביאת כולכם.

שהרי אמרינן ביבמות (דף פ"א) א"ר יוחנן ואנא דאמרי כר' יוסי פירוש דס"ל תרומה בזמן הבית בימי עזרא דאורייתא דתניא אשר ירשו אבותיך וירשתה ירושה ראשונה ושני' יש להן ירושה שלישית אין להן ואם כדברי רבינו שהדבר תלוי בביאת כולם האיך מביאר' יוחנן דר' יוסי סבר תרומה בזה"ז דאורייתא דילמא ס"ל תרומה בזה"ז לאו דאורייתא מפני שלא באו כולם: והנה שם (בפ"א מהלכות תרומות הלכה כ"ב) כתב הרמב"ם פירות א"י שיצאו חו"ל פטורין מן החלה ומן התרומות ומן המעשרות שנאמר אשר אני מביא אתכם שמה.

שמה אתם חייבין. בחו"ל פטורין.

ואם יצאו לסוריא חייבין מדבריהם וכן פירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין בחלה שנאמר שמה. שמה אתם חייבין בין בפירות הארץ בין בפירות חו"ל ואם יקבעו למעשר ביד ישראל אחר שנכנסו לארץ חייבין במעשרות מדבריהם.

וכתב הכ"מ ע"ז ז"ל לכאורה נראה מדברי רבינו שהוא מחלק בין חלה למעשרות בפירות חו"ל שנכנסו לארץ שחייבים בחלה מדאורייתא ובמעשרות אינו חייב אלא מדבריהן. ויש לתמוה דמאחר דמקרא דשמה יליף לפטור גם מתרומה ומעשרות פירות א"י ממילא אית לן למילף לחייב מדאורייתא פירות חו"ל שנכנסו לארץ לענין תרומות ומעשרות וכל דכן הוא ועיין שם בדבריו שרוצה לומר דמדבריהם קאי גם אחלה.

או דגם לענין תרומה ומעשרות חייב אם נכנסו לארץ קודם מירוח מן התורה. אכן לענ"ד אי אפשר לומר כן.

שהרי למ"ד יש קנין לעכו"ם בא"י אף אם מרחו ישראל פטור מן המעשרות. ואמאי נהי שיש קנין לעכו"ם והוי השדה חו"ל.

עכ"פ כשקצרו ומירחו הרי מירחם בא"י וא"כ יתחייב מדאורייתא דלא גרע מפירות חו"ל שנכנסו לא"י. וזה בודאי דוחק לומר דמירי שמירחם באותה שדה בעצמה.

וגם מוכח בגיטין (מ"ז) שאם הביאה שלישי ביד עכו"ם אף שמכר אח"כ לישראל פטור מן המעשרות למאן דס"ל יש קנין. והרי עתה כשמכרה לישראל הרי עתה השדה א"י.

וא"כ הרי נכנסו הפירות לא"י. ע"כ דפירות חו"ל שנכנסו לארץ פטורין מן המעשרות מה"ת ומה שהקשה הכ"מ שנילף לחיובא מאלה.

דאמרינן פירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין ומשמע דגבי חלה חייבין מדאורייתא. לענ"ד לא קשה מידי שהרי אמרינן שבע שכבשו ושבע שחילקו נתחייבו בחלה ולא נתחייבו בתרומה.

משום דגבי תרומה כתיב שדך דחויב שמחייב למעשר הוי הגדל בארץ של ישראל ומירוח של ישראל, אבל גבי חלה לא בעינן שדך. היינו דקביעות החיוב לחלה קובע הגלגול.

ולא בעינן שיהי' פירות שגדלו בקרקע של ישראל. ולפי"ז שפיר אמרינן דפירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין בחלה.

שהרי כתב רחמנא שמה דבא"י מחויבין. א"כ הקביעות לחלה היינו הגלגול הי' בחיוב. שהרי הי' בא"י. אבל פירות חו"ל שנכנסו לארץ לגבי מעשר מאי מועיל שהמירוח יהי' בחיוב.

הא בעינן שדך היינו שגם הגדולין יהי' בקרקע של א"י. דלגבי מעשר הקביעות למעשר הוא הגדולין שגדל בקרקע של ישראל וא"כ כיון שגדל בקרקע חו"ל איך יתחייב במעשר הא לא גדלו בשדך.

והוא כמו בשבע שכבשו ושחלקו שנתחייבו בחלה. דלא בעינן שיגדל בשדה של ישראל. אבל בתרומה לא נתחייבו דשם בעינן שדך. אף שהפירות שקצרו הי' בא"י שהרי כלל הארץ תיכף שנכנסו ישראל לא"י נעשית א"י אבל על השדה לא הי' עדיין כיבוש ולא שדך מקריא.

וכיון שלא גדלו הפירות בחיוב פטורין מן התו"מ. שהרי חסר קביעות הגידול למעשר אבל לענין פטור שפיר ילפינן דכמו גבי חלה אמרינן שקביעות הגלגול הוא דוקא בא"י א"כ גם המירוח בעינן דוקא בא"י והרי גבי מעשר ותרומה אף היכא שהגדולין הי' בחיוב אם מירחן עכו"ם פטור.

הרי דבעינן דוקא שגם המירוח יהי' בחיוב ובצירוף שניהם לחיוב היינו הגדולין בחיוב. והמירוח בחיוב אז נתחייבו.

והיכא דחסר אחד מהן פטור. א"כ היכא דמירחם בחו"ל.

הרי המירוח בפטור דזה ילפינן משמה דדוקא בא"י קובע החיוב כל חד מאי דצריך לי'. גבי חלה דהקביעות לחלה הוא הגלגול.

בעינן שיהי' הגלגול בא"י. וגבי תו"מ דהמירוח קובע בעינן שיהי' המירוח בא"י.

אבל אם מירחם בחו"ל הרי לא הי' המירוח בחיוב. משו"ה פטורים פירות א"י שנכנסו לחו"ל קודם מירוח מדאורייתא ורק מדרבנן מחויב: והנה ביבמות פ"ב בתוס' ד"ה ירושה הביאו בשם ר"ת דהא דאיתא בסדר עולם אשר ירשו אבותיך וירשתה ירושה ראשונה ושני' יש להן ירושה שלישית אין להן.

ירושא ראשונה היא ירושת אברהם יצחק ויעקב. ירושה שניה היא ירושת יהושע.

והקשה התוס' ע"ז דבסוף פרק יוצא דופן מפליג ר' יוסי בין תרומה לחלה. וא"כ קדושה שני' היא קדושת עזרא דבקדושת עזרא שייך לחלק בין תרומה לחלה משום דגבי חלה כתיב בבואכם וכי אסקינהו עזרא לאו כולהו סליק עכ"ל התוס' ונראה לי דהא דילפינן דבעינן ביאת כולכם.

היינו כל חד כדיני' גבי תרומה דבעינן שדך. א"כ עיקר הדין דביאת כולם היינו על ירושת וכיבוש הקרקע.

דכל זמן שלא נכבשה ונתחלקה א"י לכל ישראל אף זה שזכה כבר בחלק שלו לא הי' מחויב בתרומה דבעינן ביאת כולם. היינו שיזכו כל ישראל בקרקע א"י ולא מקרי זכות זה שדך לחייב בתרומה.

כל זמן שכל ישראל לא זכו אבל אם הלכו שבט אחד למלחמה. לא נפטרו בשביל זה מתרומה.

שהרי עדיין א"י שלהם היא ועדיין יש ביאת כולם. והנה אף דאמרינן אין קנין לעכו"ם בא"י להפקיע מיד מעשר היינו דוקא קנין עכו"ם.

אבל כיבוש עכו"ם מועיל למאן דס"ל קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא. וילפינן זה מאשר ירשו אבותיך וירשתה שהרי כתב הרמב"ם שם ובפ"א מהלכות תרומות הלכה ה') ז"ל כל שהחזיקו עולי מצרים ונתקדש קדושה ראשונה כיון שגלו בטלה קדושתן שקדושה ראשונה לפי שהיתה מפני הכיבוש בלבד קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא הרי שהכיבוש הראשון בטל כשגלו ישראל ואם נימא דכיבוש עכו"ם אין מועיל.

א"כ הוי רק כמו שהלכו. וא"כ הרי עדיין הכיבוש הראשון קיים.

ע"כ דכיבוש עכו"ם מועיל למאן דס"ל קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא. אבל אם נימא שגם כיבוש עכו"ם אין מועיל א"כ לא בטלה קדושה ראשונה וכשגלו הוו רק כמו שהלכו ישראל אבל א"י עדיין שייך להם.

ולפי"ז מיושב שפיר מאי שהקשה הכ"מ על דברי הרמב"ם איך קאמר הרמב"ם דחויב תרומה תלוי בביאת כולם. א"כ מאי ראי' מייתי ר' יוחנן דר' יוסי סבר תרומה בזמן הזה דאורייתא.

מדקאמר ירושה ראשונה ושני' יש להן ושלישית אין להן דילמא סבר קידשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא. ואעפ"כ הוי תרומה בזמן הזה דרבנן כיון שלא הי' ביאת כולם.

אכן לפי הנ"ל ניחא לפירוש ר"ח דס"ל דירושה ראשונה הוי ירושת אברהם יצחק ויעקב. וירושה שני' הוה ירושת יהושע.

א"כ ע"כ ס"ל לר' יוסי כיבוש עכו"ם אין מועיל. ומשו"ה לא יצטרכו לירושה שני'.

שאף שגלו ישראל עדיין א"י שלהם היא. דאם נימא כיבוש עכו"ם מועיל.

ועתה לא שייך א"י לישראל. א"כ הרי יצטרכו ירושה שני' ע"כ דכיבוש עכו"ם אין מועיל א"כ מה שגלו ישראל הוי רק כהלכו משם.

וא"כ הרי קיים עדיין ביאת כולם. א"כ ע"כ לר' יוסי תרומה בזמן הזה דאורייתא.

משא"כ לדידן דס"ל קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא. הרי ס"ל דכיבוש עכו"ם מועיל א"כ שפיר אמרינן דבביאתן בימי עזרא לא נתחייבו בתרומה.

שהרי הכיבוש הראשון בטל והכיבוש הזה לא הי' לכולם. ואף לפרש"י שפירש ירושה ראשונה היינו בימי יהושע וירושה שני' היא בימי עזרא ג"כ לא קשה, שאף דלפרש"י צ"ל דבפעם הראשון הי' קרושה שקידשו רק לזמן שיהיו ישראל, בא"י ובפעם השני קדשו אף לאחר שיגלו.

עכ"פ אם נימא דכיבוש עכו"ם מועיל שלא יקרא של ישראל. א"כ נהי דכשישובו בפעם השני' לא יצטרכו לקדש פעם אחרת.

אבל לכבשה ולירשה נצרכו. שהרי עתה אינה קנוי' לישראל.

ואף דלפרש"י קדושה שקדשו בפעם שני' מקרי ירושה. אבל הקנין שיצטרכו לעשות ולכבוש אותה.

בודאי דגם זה מקרי ירושה. וא"כ איך קאמר ירושה שלישיית אין להן.

עכצ"ל לר' יוסי כיבוש עכו"ם אין מועיל לבטל קנין שהי' לכל אחד מישראל בא"י ורק קדושהבטלה בגלות ראשון משום שלא הקדישו אלא לשעתה היינו לזמן שישבו ולא יגלו א"כ הרי ע"כ לר' יוסי בפעם השני כשגלו וגם בפעם הראשון לגבי כיבוש הי' רק כמו שהלכו, ויש עדיין ביאת כולם היינו כיבוש כולם הראשון (שהרי כיבוש כולם דגבי תרומה דבעינן שדך דין דביאת כולם הוא שיהי' שדך של כל ישראל) ורק כשגלו חסר הקדושה.

אבל הכיבוש לא בטל וא"כ יש עדיין ביאת כולם שהרי גם עתה שייך א"י לכל שבט מישראל משו"ה ע"כ לר' יוסי תרומה בזמן הזה דאורייתא אבל לדין דפסקינן כיבוש עכו"ם מועיל. א"כ בטל הכיבוש הראשון.

משו"ה תרומה אף בימי עזרא הי' רק דרבנן. שהרי לא היתה א"י כבושה לכל ישראל: וכל זה שביארנו דביאת כולם היינו כיבוש כולם היינו שלא מקרי שדך לגבי זה עד שיהי' שדה לכל אחד מישראל היינו דוקא לגבי תרומה.

אבל גבי חלה דשם לא בעי כלל שדך ושם תלוי רק במקום, היינו כיון שנכנסו ישראל לא"י נתחייבו בחלה, ומחוייבין בחלה בא"י בעת שיהיו ישראל בא"י. ובעינן דוקא ביאת כולם שיהיו כל ישראל.

א"כ האי דינא דלגבי חלה דבעינן ביאת כולם. היינו דין שיהיו כל ישראל בארץ ישראל לא שיקנו ויחזיקו כל ישראל בקרקע.

ולפי"ז מיושב שפיר קושית התוס' שהקשה על הר"ח איך מפרש דירושה ראשונה הוה ירושת אברהם יצחק ויעקב וירושה שני' היינו ירושת יהושע. דא"כ איך מפליג בנדה בין תרומה לחלה אליבא דר' יוסי שהרי בירושת יהושע היו כולם.

אכן לדברינו ניחא וידוקדק היטב הא דאמר רב הונא ברי' דרב יהושע אשכחתינהו לרבנן דבי רב דיתבי וקאמרי אפילו למ"ד תרומה בזמן הזה דרבנן חלה דאורייתא שהרי שבע שכבשו ושבע שחילקו נתחייבה בחלה ולא נתחייבו בתרומה. א"כ חזינן דחמיר חיובא דחלה מחיובא דתרומה ואמינא להו אדרבה (פירוש מראי' שהבאתם הא גופא מוכח להיפוך) שהרי בעינן ביאת כולם כדכתיב בבואכם.

א"כ אדרבה מדשבע שכבשו ושבע שחילקו נתחייבו בחלה ולא נתחייבו בתרומה. ע"כ דגבי חלה לא בעינן שדך רק שפירות שהם בא"י בעת שכל ישראל שם, ותלוי רק אם ישראל שם או לא.

א"כ אדרבה אפילו למ"ד תרומה בזמן הזה דאורייתא פירוש ר' יוסי דס"ל כיבוש עכו"ם אינו מועיל היינו דוקא גבי תרומה. דשם הדין דביאת כולם קאי על כיבוש אדמת הארץ וחלוקה לישראל.

א"כ שפיר נוכל לומר. הרי גם עתה שייך א"י לכל אחד מישראל.

שכיבוש עכו"ם אין מועיל. אבל בחלה דעיקר הדין תלוי אם ישראל המה בארץ ישראל א"כ כיון דבעינן ביאת כולם.

הכונה שיהא בארץ ישראל. א"כ השתא שאינם בארץ ישראל.

אף ששייך להם ארץ ישראל למאן דס"ל תרומה בזמן הזה דאורייתא פטורין מן החלה. דגבי חלה ביאת כולם היינו שיהיו בארץ ישראל.

(ואף אם נימא דגבי חלה ביאת כולם ג"כ הוא כיבוש אלא דלא בעינן כיבוש על גוף הקרקע רק כיבוש כללי על הארץ היינו על ממשלת הארץ ג"כ לא קשה דאף דר' יוסי סבר כיבוש עכו"ם אינו מועיל היינו על גוף הקרקע. אבל כיבוש הכללי בודאי דמועיל. וא"כ גבי תרומה עיקר הדין תלוי בכיבוש הפרטי של השדה. ומשו"ה כשגלו ישראל אף שבטל כיבוש הכללי.

אבל כיבוש השדה לא בטל ומוחזקת קרקע א"י לכל ישראל, משו"ה חייבין בתרומה למאן דס"ל כיבוש עכו"ם אינו מועיל היינו ר' יוסי דס"ל ירושה שלישית אין להן. אבל כיבוש כללי אין כאן א"כ במעשר דתלוי בכיבוש הכללי.

שהרי תיכף כשנכנסו ישראל לארץ אף שלא הי' כיבוש פרטי על השדה נתחייבו בחלה. א"כ תלוי גבי חלה בכיבוש כללי.

ומשו"ה כשגלו בפעם הראשון בטל הכיבוש הכללי אף לר' יוסי. והא דקאמר ר' יוסי שלישית אין להן היינו דירושה לא שייך רק על השדה לא על כיבוש הממשלה.

ומשו"ה חלה לר' יוסי ג"כ מדרבנן אף בימי עזרא שהרי לא הי' ביאת כולם היינו הכיבוש הכללי לא הי' לכולם דכי אסקינהו עזרא לאו כולהו סליק). ולפי"ז מיושב כמין חומר הקושיא שהקשו על דברי הרמב"ם איך קאמר הרמב"ם ויראה לי שהוא הדין במעשרות שאין חייבין בזה"ז אלא מדבריהן היינו אף דגבי מעשר לא כתיב ביאת כולכם ילפינן מעשרות מתרומה.

והרי הרמב"ם כתב בהלכות שמיטה ויובל דבביאה שני' נתחייבו במעשרות ומשמע דהוי מן התורה. אמנם לדברינו מיושב דאין כוונת הרמב"ם דמעשר יליף מתרומה לגבי ביאת כולם.

אלא דבודאי גבי תרומה בעינן ביאת כולם דילפינן מחלה. אבל מעשר לא בעינן ביאת כולם ומשו"ה בימי עזרא תרומה הי' דרבנן ומעשר מדאורייתא, אבל עכ"פ נהי דגבי מעשר לא בעינן ביאת כולם.

אבל שדך הא בעינן. ומשו"ה כתב ויראה לי שהוא הדין במעשרות שאין חייבין בזה"ז אלא מדבריהן פירוש אף דבימי עזרא נתחייבו.

אבל בזה"ז הוא מדרבנן שהרי כיון דס"ל תרומה אף בימי עזרא דרבנן ע"כ דס"ל כיבוש עכו"ם מועיל לבטל קנין ישראל שאם הי' עומד קנין ישראל בתקפו. א"כ הרי כשגלו הוו רק כהלכו, אבל ביאת וכיבוש כולם לא בטל.

ומדאמרינן תרומה בימי עזרא דרבנן ע"כ דכיבוש עכו"ם מועיל לבטל קנין ישראל א"כ בזה"ז פטור אף מן המעשרות מה"ת אף דלא בעינן ביאת כולם. אבל שדך הא בעינן וכיון דכיבוש עכו"ם מועיל לבטל קנין ישראל.

א"כ הא לאו שדך של ישראל הוא. משו"ה פטור מן המעשרות בזה"ז דוקא.

אבל בימי עזרא אף שבתרומה לא נתחייבו שהרי לא הי' ביאת כולם במעשר נתחייבו שהרי במעשר לא בעינן ביאת כולם. רק שדך בעינן וכיון דכבשוה בימי עזרא הרי שדך הוא, משו"ה כתב הרמב"ם דבביאתן בימי עזרא נתחייבו במעשר מן התורה: ועפ"י דרכנו יש לבאר דברי הרמב"ם בהלכות שמיטה ויובל הסותרים זה את זה לכאורה דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ד מהלכות שמיטה ויובל הלכה כ"ה) ז"ל אין שביעית נוהגת אלא בארץ ישראל בלבד שנאמר כי תבואו אל הארץ ונוהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית.

והקשה הכ"מ דמדברי הרמב"ם משמע דס"ל שביעית בזמן הזה דאורייתא. והרי הרמב"ם בעצמו הביא בריש פ"ט הא דרבי דאמר וזה דבר השמיטה שמוט בשתי שמיטות הכתוב מדבר אחת שמיטת קרקע ואחת שמיטת כספים.

ועוד שהרי הרמב"ם כתב שפרוזבול הוי דוקא בשמיטה דרבנן. וא"כ פרוזבול היינו דוקא אליבא דרבי דס"ל שמיטה בזה"ז דרבנן והרמב"ם פסקה להא דפרוזבול.

ואיך פסק כאן שמיטה בזה"ז דאורייתא, ע"כ פירש הכ"מ דהרמב"ם ס"ל הא דאמר בשתי שמיטות הכתוב מדבר אחת שמיטת קרקע ואחת שמיטת כספים. שמיטת קרקע היא יובל ושמיטת כספים היא שביעית ולא הוקשה ליובל אלא שמיטת הכספים דומיא דשמיטת הקרקע ביובל, אבל חרישה וזריעה בשביעית לא הוקשה ליובל.

ואעפ"י שאין היובל נוהג בזמן הזה חרישה וזריעה בשביעית אסור מדאורייתא אף בזמן הזה. אף שאין היובל נוהג.

אך הכ"מ בעצמו הקשה על דבריו אלו שהרי הרמב"ם כתב (בפ"י מהלכות שמיטה ויובל הלכה ט') ז"ל ובזמן שהיובל נוהג דין עבד עברי ודין בתי ערי חומה ודין שדה חרמים ושדה אחוזה ומקבלין גר תושב ונוהג בשביעית בארץ והשמטת כספים בכל מקום מן התורה. ובזמן שאין היובל נוהג אינו נוהג אחד מכל אלו חוץ משביעית דארץ והשמטת כספים בכל מקום מדבריהן כמו שביארנו עכ"ל הרמב"ם.

ותירץ הכ"מ דהאי מדבריהם לא קאי אלא על השמטת כספים. אבל שביעית בארץ מדאורייתא נהגה אף בזמן שאין היובל.

אך דברי הכ"מ תמוהים אם שביעית בארץ אינו תלוי כלל ביובל. למאי מנה הרמב"ם שביעית בארץ בכאן בין הדברים שתלויים ביובל.

ואיך שייך דברי הרמב"ם בזמן שהיובל נהג נהג כו' שביעית בארץ כו' ובזמן שאין היובל נהג אין נהג אחד מכל אלו חוץ שביעית בארץ שנוהג אף בזמן שאין היובל נהג. א"כ לא שייכא כלל שביעית גבי יובל ומדוע לאמנה הרמב"ם כלאי הכרם וערלה.

ועוד הרבה דברים דיני הארץ ובודאי דלא מנה הרמב"ם בכאן אלא דברים התלויים ביובל. ע"כ דשביעית מדאורייתא תלוי ביובל והאי מדבריהם קאי גם על שביעית דחרישה וזריעה.

ועיין עוד בלח"מ שמקשה על דברי הכ"מ איך נוכל לומר דחרישה וזריעה דשביעית לא תליא ביובל אף לדברי רבי דבמועד קטן (דף ב') אמרינן וחרשיה בשביעית מי שרי אמר אביי בשביעית בזמן הזה ורבי היא כו' הרי דלרבי גם חרישה וזריעה בזה"ז דרבנן: והנה אף כי לכאורה קושית הכ"מ אינו מובן.

דלכאורה יש לומר דהרמב"ם בודאי ס"ל דשביעית בזה"ז דרבנן כיון שלא נהג יובל. וס"ל כרבי דהוקשה שמיטת כספים שהוא שביעית לשמיטת קרקע שהוא יובל.

וכיון דיובל לא נהגה גם שביעית לא נהגה. ומה שכתב הרמב"ם דשביעית נהגת בין בפני הבית בין שלא בפני הבית אין ראי' דס"ל שביעית בזה"ז דאורייתא.

שהרי הרמב"ם בעצמו כתב בזה"ל גם גבי תרומות שנוהג בין בפני הבית בין שלא בפני הבית. אף שהוא ס"ל תרומה בזה"ז לאו דאורייתא וביאר הכ"מ בעצמו (כפ"א מהלכות תרומות) דכונת הרמב"ם דתרומה לא תליא בבית רק תלוי בביאת כולם ואם יש ביאת כולם נהג אף שלא בפני הבית ואם אין ביאת כולם אף בפני הבית לא נהגה.

א"כ לכאורה יש לבאר ג"כ כאן הכי דשביעית תליא ביובל כדיליף רבי מוזה דבר השמיטה שמוט. ויובל תלוי אם כל יושבי' עלי' כמו שכתב הרמב"ם (בפ"י מהלכות שמיטה ויובל הלכה ח').

ומשו"ה כתב הרמב"ם דשביעית נהג בין בפני הבית בין שלא בפני הבית דלא תלוי כלל בבית. שאם כל יושבי' עלי' אף שלא בפני הבית נהגה, ואם אין כל יושבי' עלי' אף בפני הבית לא נהגה.

ולפי"ז נצטרך לומר דשביעית גם בימי עזרא לא הי' אלא מדרבנן שהרי יובל לא נהג מפני שאין כל יושבי' עלי'. ויקשה אמאי מחלקינן בין מקום שהחזיקו עולי בבל למקום שהחזיקו עולי מצרים לגבי ספיחין.

(עיין ברמב"ם פ"ד מהלכות הנ"ל הלכה כ"ו). כיון דמקום שהחזיקו עולי בבל ג"כ הוא מדרבנן, ודוחק לומר דמדרבנן חילקו בין המקומות.

דמשמעות הדברים דמשו"ה מחלקינן מפני שמקום שהחזיקו עולי בבל הוא מדאורייתא, וגם זה קשה כיון שסובר הרמב"ם דתקנת הלל פרוזבול הי' רק בשמיטה דרבנן א"כ גם בבית שני לא הי' יובל אלא מדרבנן. שאם הי' יובל דאורייתא גם שמיטה הי' דאורייתא וע"כ דיובל גם בזמן הבית הי' מדרבנן מדתקן הלל פרוזבול, ותקשה מדברי הרמב"ם בעצמו שמסיק כהגאונים דאחר החורבן לא מנינן יובל, משום שהקבלה הוא עמוד הוראה וקבלה בידם איש מפי איש שאחר החורבן מונין רק שמיטין ולא יובלות, ע"כ דלא ס"ל מנו יובלות לקדש שמיטין, וא"כ ע"כ היכא דלא נהג יובל אין מונין יובל, וא"כ מדמנו יובל בבית שני ע"כ דגם שמיטה הי' דאורייתא, ואולי סובר הרמב"ם כתירוץ התוס' בגיטין (ל"ז) דהלל תקן פרוזבול לא לדור שלו, שאז הי' שמיטה מן התורה והוא תקן רק לדור שאחר החורבן.

אך כמובן הוא דחוק מאד: גם דברי הרמב"ם שם קשים מאד שכתב שם ז"ל (בפ"י מהלכות שמיטה ויובל הלכה ג') שבעה עשר יובלים מנו ישראל משנכנסו לארץ ועד שיצאו כו' כיון שחרב הבית בטל מנין זה כו' ונבנה בית שני כו' ובשנה השביעי לבנינו עלה עזרא ומשנה זו התחילו למנות מנין אחר כו' ומנו שבע שמיטות וקדשו שנת החמשים אע"פ שלא היתה שם יובל בבית שני מונין היו אותו כדי לקדש שמיטות כו', אבל כל הגאונים אמרו שמסורת בידם איש מפי איש שלא מנו באותן השבעים שנה שבין חורבן ראשון ובנין בית שני אלא שמיטות בלבד בלא יובל וכן משחרב באחרונה לא מנו שנת החמשים אלא שבע שבע בלבד כו' וע"ז אנו סומכין וכפי החשבון הזה אנו מורין כו' שהקבלה והמעשה עמודים גדולים בהוראה ובהן ראוי להתלות עכ"ל הרמב"ם, והביא הכ"מ בשם הרמב"ם בתשובה לתרץ דברי הגאונים שהם כנגד גמ' ערכין דמשמע להדיא כתחלת דברי הרמב"ם וז"ל אבל מצאנו תשובה לגאון רבינו האי ז"ל ענינה שמנין ראשון לא בטיל ועליו אנו סומכים אבל לא מנו יובלות משחרב הבית ראשונה אלא שמיטין בלבד כו', ולא השגיח על הדברים שנתפרשו במס' ערכין כאילו אינם כתובים והדברים מראים דהאי מימרא וחושבנא דילי' אליבא דמ"ד עזרא לא קידש אלא זכר בעלמא עבד וקדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא, ואזיל מימרא קמא דאמרינן והוא דסליק אליבא דשמעתא ממס' ערכין אליבא דמ"ד עזרא קידש וקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא ודבר זה נחלקו בו התנאים והאמוראים כו'.

והקשה שם הכ"מ שאם טעם הגאונים משום שקדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא, מה נשתנה קודם החורבן ששנת יובל לא היתה נכנסת במנין ואחר החורבן לא הי' מונין רק שבע שבע, ועיין שם עוד בדבריו, ולדידי קשה טובא אם נאמר דטעם הגאונים לפסוק דלא כגמ' ערכין מטעם דס"ל קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא, א"כ שפסק הרמב"ם כהגאונים מטעם שהקבלה והמעשה עמודים הן, א"כ ע"כ מוכח דפסק הלכה קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולעתיד לבוא, א"כ איך פסק הרמב"ם (בפ"א מהלכות תרומות) קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא.

ומשו"ה תרומה בזה"ז דרבנן הא הקבלה והמעשה מחשבון השמיטה מוכח דקדושה ראשונה קדשה לעתיד לבוא, ועוד תקשה כיון דאם לא קדשה בטל מנין השמיטה

והובלות, א"כ גם אם קדשה אעפי"כ כיון שאין כל יושבי' עלי'. א"כ ממילא בטלו יובלות וממילא בטל גם שמיטין שהרי פסק הרמב"ם לפסק הלכה דבזמן שאין היובל נוהג אין שמיטה נוהג: לכן נראה לי לבאר דברי הגאונים וטעמם שפסקו דלא כגמ' ערכין.

ואפשר שזהו ג"כ כונת הרמב"ם בתשובה הנ"ל שהביא הכ"מ. דהנה הרמב"ם (בפי"ב מהלכות שמיטה ויובל הלכה ט"ו) כתב ז"ל אין סומכין אלא על חומה המוקפת בשעת כיבוש הארץ כיצד עיר שלא היתה מוקפת חומה בשעה שכיבש יהושע את הארץ אע"פ שמוקפת עתה הרי היא כבתי החצרים ועיר שהיתה מוקפת חומה בימי יהושע אע"פ שאינה מוקפת עתה הרי היא כמוקפת.

וכיון שגלו בחרבן ראשון בטלה קדושת ערי חומה שהי' בימי יהושע כיון שעלה עזרא בביאה השני' נתקדשו כל הערים המוקפים חומה באותו העת מפני שביאתן בימי עזרא כביאתן בימי יהושע. והקשה הכ"מ דבפרק בתרא דערכין (דף ל"ב) תניא ר' ישמעאל בר' יוסי אומר למה מנו חכמים את אלו כלומר עירות מוקפות חומה מימות יהושע שמנו שם במשנה שכשעלו בני הגולה מצאו אלו וקדשום אבל ראשונות בטלו משבטלה הארץ אלמא קסבר קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא ורמינהו אמר ר' ישמעאל בר' יוסי וכי אלו בלבד היו והלא כבר נאמר ששים עיר כל חבל ארגוב כל אלה ערים בצורות אלא למה מנו חכמים את אלו שכשעלו בני הגולה מצאו אלו ומנאום ולא אלו בלבד אלא כל שתעלה בידך מסורת מאבותיך שמוקפת חומה מימות יהושע בן נון כל המצות הללו נוהגות בה מפני שקדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא אי בעית אימא תרי תנאי ואליבא דר' ישמעאל, ואיבע"א חדא מינייהו ר"א בר' יוסי אמרה דתניא ר"א בר' יוסי אומר אשר לוא חומה אע"פ שאין לו עכשיו והי' לו קודם לכן (ופרש"י הך דקתני קדשה לעתיד לבוא ר"א בר' יוסי אמרה כי היכי דאמר אע"פ שאין לו עכשיו ואע"ג דחרוב לא בטלה קדושתה').

וא"כ הרמב"ם דפסק לא קדשה לעתיד לבוא איך פסק דעיר שהיתה מוקפת חומה מימות יהושע אפילו בזמן שאינה מוקפת הרי היא כמוקפת והיינו כר"א בר' יוסי והרי זה כמזכה שטרא לבי תרי עכ"ל הכ"מ וכמדומה לי שקושיא זו שלו הקשה שם ג"כ הראב"ד, ולחנם שווהו הכ"מ והרדב"ז לטועה בדברי הרמב"ם דכונתהראב"ד בפשיטות להקשות קושית הכ"מ הנ"ל דוק בדבריו, ונ"ל דהרמב"ם לא מפרש כפירוש רש"י דכונת הגמ' להוכיח דכמו שסובר ר"א בר' יוסי דאף אם אין לו חומה עכשיו דינה כמוקפת חומה ה"נ ס"ל קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולעתיד לבא.

דמאי תליא זה בזה. דילמא קדושת הארץ לא קדשה אלא לשעתה.

אבל בתי ערי חומה דין הוא דלא בעינן רק שיהי' מוקף חומה בשעת הכיבוש. לכן מפרש הרמב"ם פירוש אחר בדברי הגמ'.

דהנה כפי שביארנו למעלה מחלוקת בין הני תנאי ואמוראי אי קדושה ראשונה קדשה לעתיד לבוא או לא הוא אי כיבוש עכו"ם מועיל לבטל קנין של ישראל או לא דמאן דס"ל לא קדשה לעתיד לבוא. ס"ל דכיבוש עכו"ם מועיל.

וכשכבשוה עכו"ם נעשית של עכו"ם ומאן דס"ל קדשה לעתיד לבוא. ס"ל דכיבוש שכבשוה עכו"ם לא הועיל כלל.

וקנוי' היא לכל אחד מישראל כמו קודם החורבן. והנה מדמצינו שכשעלו בני הגולה מצאו אלו ומנאו דוקא שהי' להם אז חומה.

ור"א בר' יוסי ס"ל אע"פ שאין לו חומה עכשיו ובעינן רק שיהי' לו חומה בשעת הכיבוש. ובשלמא אם נימא דר"א בר' יוסי סבר קדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא.

א"כ כיבוש עכו"ם מועיל וכשעלו בני הגולה הי' כיבוש חדש שפיר הא דמנו עולי הגולה אלו שמצאו חומה. שאלו שהי' חומה בשעת הכיבוש השני קדשו בקדושת בתי ערי חומה ואף אם אח"כ תפול החומה תעמוד בקדושתה.

כי עיקר תלוי בשעת הכיבוש. אבל אם נימא דסבר ר"א בר' יוסי לעתיד לבוא נמי עומדת קדושת יהושע משום דכיבוש עכו"ם אין מועיל.

א"כ הרי בשעה שעלו לא הי' כלל כיבוש חדש. שהרי עדיין הכיבוש הראשון עומד.

וא"כ קדוש עדיין בתי ערי חומה אף שנפלו חומתן שהרי ר"א בר' יוסי ס"ל דלא בעינן החומה רק בשעת הכיבוש. ולמאי מנו בני הגולה אלו שמצאו חומתן עומדים, ע"כ דר"א בר' יוסי סבר קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא, ומאן דס"ל קדשה לעתיד לבוא.

ע"כ יסבור דלא כר"א בר' יוסי וס"ל דבעינן דוקא שיהי' החומה. ואינו מועיל שיהי' בשעת כיבוש, ומשו"ה מנו עולי הגולה אלו שמצאו בחומתן, רק להודיע שאלו בודאי מוקפת חומה מימות יהושע לאפוקי אינך חומתם הוקף אח"כ, ואעפ"כ לא מנו רק אלו שמצאו עומדין בחומתן שאלו שלא הי' חומה אינם קדושים לענין בתי ערי חומה.

דאינם קדושים אלא בעומד חומתה. נמצא לפי זה אדרבה ר"א בר' יוסי שסובר דלא בעינן שיהי' חומתם עומדים רק בשעת הכיבוש, מדמנו בני הגולה רק אלו שעומדים בחומתן, ע"כ דקדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבוא.

ובביאה שני' הי' כיבוש חדש. משו"ה הרמב"ם לטעמי' דפסק כר"א בר' יוסי דלא בעינן שיהי' חומתם עומדים רק בעת הכיבוש, פסק קדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבוא.

ובביאה שני' הי' כיבוש חדש דמקיש ביאה שני' לביאה ראשונה, מה ביאה ראשונה הי' כיבוש חדש, אף ביאה שני' הי' כיבוש חדש. שכיבוש עכו"ם הועיל לבטל קנין של ישראל, ומשו"ה אלו שהי' מוקפים חומה בשעת ביאה שני' נתקדשו.

ואף אם נפלה חומתה בקדושתה קיימא: ולפי הדברים יתיישב ג"כ מה שהגאונים פסקו דלא כגמ' דערכין וסמכו אגמ' דע"ז דמשמע דלא בעינן למנות יובל כדי לקדש שמיטין. הוא דהנה הא דאמרינן דבעינן כל יושבי עלי'.

אין הכונה דוקא כל ישראל. אלא הכונה דבעינן רק שיושבי א"י היינו רוב ישראל שיש להם זכות בא"י ישבו בארץ ישראל.

והנה אם נאמר דקדושה ראשונה לא קדשה לעתיד לבוא, א"כ ילפינן מאשר ירשו אבותיך וירשתה שכיבוש עכו"ם מועיל לבטל קנין של ישראל. ובביאה שני' הי' כיבוש חדש, ושייך א"י דוקא לאלה שכבשוה בביאה שני'.

והם קרוים יושבי' שרק להם שייך א"י. וא"כ הי' בבית שני' כל יושבי' עלי'.

ורק דבעינן שיהי' מכל השבטים. ומשו"ה כיון שירמי' החזירן היינו שהחזיר הרבה מכל שבט ושבט והיו י"ב שבטים כתקונן א"כ נהג יובל בבית שני מן התורה.

אף כי בודאי לא החזיר ירמי' כל ישראל כדמשמע בכמה דוכתי ביבמות ובסנהדרין במשנה דמעשרת השבטים עתידין כו' שהרבה מעשרת השבטים לא חזרו. אלא הכונה שרק מכל שבט החזיר.

וכיון שכיבוש הראשון בטל. אלו ששבו הי' יושבי'.

והוי כל יושבי' עלי' אבל אם נימא קדושה ראשונה קדשה לשעתה וקדשה לעתיד לבוא א"כ כיבוש עכו"ם אינו מועיל לבטל קנין ישראל. וא"כ כל ישראל קרוים יושבי' וא"כ בבית שני לא הי' כל יושבי' עלי' שהרי חסר הרבה מישראל שלא עלו.

וזה מצינו שמנו יובלות בבית שני. וא"כ לדידהו ע"כ צריך לומר הא דכתיב קרא וקדשתם את שנת החמשים וקראתם דרור בארץ לכל יושבי' יש שני דינים מנין השמיטות ומנין היובל.

ודין דשלוש עבדים ביובל. וקרא דכתיב כל יושבי' קאי דוקא על דרור דהדרור של היובל הוא דוקא בעת שכל יושבי', אבל מנין השמיטין והיובלות לא תלוי בכל יושבי'.

וס"ל כמ"ד (בר"ה ט') יובל היא אע"פ שלא שמטו ולא שלחו דיובל אינו תלוי בשלוח ושמיטה. וכמו התם דמיירי שלא שלחו ולא שמטו בשעת החיוב.

ה"נ אף בזמן שאין חיוב להנך דברים היינו בזמן שאין כל יושבי' דאין דרור. אעפ"כ יש מנין היובל וקידוש השמיטין.

משו"ה למ"ד קדשה לשעתה ולעתיד לבוא. ע"כ תלוי מנין השמיטה במנין היובל שהרי המנין ודיני היובל אינם תלויים זה בזה.

וממילא אף בזמן שאין יובל מנין היובל לא בטל. אבל למאן דס"ל לא קדשה לעתיד לבוא.

א"כ בעת בית שני הי' כל יושבי' היינו אלו שזכו בא"י בביאה שני' עלי' וא"כ לא נצטרך לומר דמנין היובל אינו תלוי בדין שילוח עבדים. וא"כ בזמן שאין כל יושבי' עלי' גם מנין היובל אין כאן.

וס"ל כחכמים (בר"ה ט') דשילוח ושמיטה מעכב ביובל. ומשו"ה פסקו הגאונים דעתה שאין כל יושבי' עלי' בטל גם מנין היובל כמו שמוכח החשבון מגמ' ע"ז ורק מנין השמיטה נאמר וספרתה לך שבע שנים.

שמנין השמיטה אינו תלוי בדיני השמיטה. אבל קרא דוקדשתם את שנת החמשים כתיב באותו כתוב בעצמו לכל יושבי' דבזמן שאין כל יושבי' אין מקדשים שנת החמשים משא"כ מצות וספרת לך שבע שנים אין תלוי כלל ביובל.

ומשו"ה אחר החורבן מנו רק שבע שבע. וכיון שהקבלה והמעשה עמודים הן בהוראה ראוי לתלות בהן ולומר כדבריהן דלדידן דס"ל לא קדשה לעתיד לבוא מנין השמיטין דוספרת לך אין תלוי ביובל דע"ז נאמר וקדשת כו' לכל יושבי' ובזמן שאין כל יושבי' אין כאן קדוש שנת החמשים: ויש לבאר ג"כ דברי הרמב"ם שהביא הכ"מ במ"ש והדברים מראים דהאי מימרא וחושבנא דילי' אליבא דמ"ד עזרא לא קידש וזכר בעלמא הוא דעבד.

אין כונתו על רב האי גאון כמו שהבין הכ"מ. אלא אדלקמי' קאי שכתב הרמב"ם ז"ל ולא השגיח על הדברים שנתפרשו במס' ערכין כאלו אינם כתובים והדברים מראים דהאי מימרא וחושבנא כו' פירוש האי מימרא דמס' ערכין שמנו יובלות לקדש שמיטין הוא אליבא דמ"ד עזרא לא קידש וזכר בעלמא עבד כו' וא"כ לא הי' כל יושבי' עלי'.

וע"כ דכל יושבי' בעינן רק בדרור. אבל וקדשתם שנת החמשים הוא מצוה אחרת דקאי אוספרתה לך שבע שבתת כו' וקדשתם את שנת החמשים, ואזיל מימרא קמא דאמרינן והוא דסליק אליבא דשמעתא ממס' ערכין פירוש מימרא קמא הוא המימרא שהביא רב האי היא סלקא כמ"ד בערכין שם דקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא קדשה לעתיד לבוא וא"כ בביאה שני' הי' כל יושבי' עלי' שרק אלו שעלו להם שייך א"י והם קרוים אז יושבי'.

וא"כ וקדשתם לא קאי על וספרתה אלא אקרא דלקמי' וקראתם דרור לכל יושבי'. ובזמן שאין כל יושבי' אין כאן וקדשתם.

אבל וספרתה לך שבע כו' נשאר. ומשו"ה אחר החורבן לא מנו רק שמיטין ולא יובלות כיון שלא הי' כל יושבי'.

משום דמנין השמיטין אין תלוי ביובל. אף דשמיטת הכספים וחרישת הקרקע בשביעית תלוי ביובל כדילפינן מזהדבר השמיטה שמוט.

בזמן שיש שמיטת הקרקע של יובל. נוהג שמיטת הכספים וחרישה וזריעה בשביעית ובזמן שאין היובל נוהג אין נוהג שביעית.

ומה שכתב הרמב"ם ונוהג בפני הבית ושלא בפני הבית ביארנו דכונתו דלא תליא רק אי כל יושבי' עלי' ושבתים כתקונן. ובזמן שאין יושבי' עלי' ושבתים כתקונן אין נוהג יובל ולא שביעית.

אבל מנין השמיטין דנפקא מוספרת לך שבע שבתת כו' לא בטל. ולפי"ז מיושב נמי מה שהקשינו כיון דמוכח מהרמב"ם שיובל בזמן בית שני בביאת עזרא הי' מן התורה.

א"כ למאי תקן הלל פרוזבול אחרי שהרמב"ם סובר דפרוזבול אינו מועיל אלא לשמיטת כספים דרבנן ונצטרך לומר דהרמב"ם ג"כ ס"ל כתירוץ התוס' שהלל תקן פרוזבול לדור שאחר החורבן. אכן לפי הנ"ל כיון דתליא בכל יושבי' עלי'.

ובביאה שני' קרוים יושבי' אותן שעלו אז. שלהם הי' שייך אז א"י.

א"כ בעת שבאו מלכי יון הזדים ומלכי רומים ושבו הרבה מהם בטל אז מנין היובל וקדושת שביעית מן התורה. ובעת שחזרו לגבולם חזר יובל ושמיטה מן התורה.

ובעת שתקן הלל פרוזבול גלו הרבה ויוכל להיות כי הי' אז גלות רוב שבט אחד שהי' אז. ותקן הלל שיועיל פרוזבול.

בעת שהשמיטה מדרבנן ובעת ששבו בנים לגבולם בטל פרוזבול דבשעת הבית גופא הי' זמנים שנהג שמיטת כספים מן התורה, וזמנים שלא נהג אלא מדרבנן, והא דכתב הרמב"ם שנוהג בין בפני הבית בין שלא בפני הבית היינו דלא תליא בבנין הבית שדין שביעית תלוי אם כל יושבי' עלי' ושביעית ויובל בזה"ז בודאי מדרבנן.

שהרי אין יושבים עלי' שבטים כתקונן: ובזה מיושב הקושיא על הרמב"ם איך כתב דעכו חו"ל ואינה אף מאותן המקומות שכבשו עולי מצרים ולא כבשו עולי בבל. והרי מקרא מפורש (בשופטים א') אשר לא הוריש יושבי עכו ובחולין אמרינן למימרא דבית שאן לאו מא"י הא כתיב מנשה לא הוריש את בית שאן.

אכן לפי שביארנו דמשו"ה מעשר בזה"ז דרבנן אף שקדושה שני' קדשה גם לעתיד לבוא. אך דכיבוש עכו"ם מועיל א"כ כמו דאמרינן שבע שכבשו ושבע שחלקו לא נתחייבו במעשר משום דבעינן שדך.

וגבי מעשר בעינן כיבוש פרטי על הקרקע וכיון שכבשו עכו"ם לאו שדך הוא. א"כ אדרבה מדכתב קרא אשר לא הוריש יושבי עכו.

א"כ על עכו לא הי' כיבוש פרטי על הארץ. וא"כ עכו לא נתקדשה מעולם בקדושת א"י כיון שלא הוריש אשר את יושבי עכו וחסר עלי' השבע שכבשו ושבע שחלקו.

ולא נתחייבה מעולם בתרומה ומעשר. והא דפריך הגמ' בחולין למימרא דבית שאן לאו מא"י היא כו' נראה לי דהנה לפירוש הרמב"ם שמפרש הא דאמרינן הרבה כרכים כבשו עולי מצרים ולא כבשו עולי בבל והניחו כדי שיסמכו עליהם עניים בשביעית דרש"י פירש דהניחו פירוש שלא קדשו בקדושת הארץ כדי שיסמכו עניים ליטול לקט שכחה ומשחרב הבית אותן המקומות שלא קדשו עולי בבל.

נפטרו מכל החיובים. שרק אותן שקדשו בקדושה שני' נתחייבו אף אחר החורבן.

אכל אותן המקומות שלא קדשו בקדושה שני' פטורים מן התרומות ומעשרות אחר החורבן. אבל הרמב"ם שפירש הניחום ולא פטורים מן התרומות ומן המעשרות.

ואותן המקומות שלא החזיקו עולי בבל מחויבים ג"כ מדרבנן. וא"כ אמאי התיר רבי בית שאן לגמרי מתרומות ומעשרות אף מדגן דהרמב"ם פסק דבית שאן פטור ממעשר אף בדגן ותירוש.

אכן לפי דברינו ניחא דהנה בתחלה סבר דלא בעינן כיבוש פרטי על כל קרקע רק שיהי' תחת ממשלת ישראל. ולפי"ז אף אותן מקומות שלא הורישו יושבי הארץ ג"כ א"י גמורה היא לתרומות ומעשרות ומשו"ה קאמר אישתמיטתי' הא דאמרינן הרבה כרכים

כבשו עולי מצרים ולא כבשו עולי בבל והניחום ולא פטרום מן המעשרות רק כדי שיסמכו עניים בשביעית.

אבל מן הדין פטורין מן המעשר אף שכל א"י נתחייב במעשר בביאה שני' מן התורה. אף שכללות א"י אי אעפ"כ אותן המקומות פטורין מן המעשר.

הרי דבעינן כיבוש פרטי על כל הקרקעות. ולא מהני כיבוש הכללי שכבשו את א"י.

וא"כ אדרבה משום דמנשה לא הוריש את יושבי בית שאן וחסר על בית שאן הכיבוש הפרטי משו"ש וגם עולי מצרים לא כבשוה וא"כ לא נתקדשה מעולם בקדושת א"י והם הניחו ולא פטרו מן המעשר, אלא אותן המקומות שעולי מצרים כבשו, אבל אותם המקומות שחסר עליהם הכיבוש הפרטי שהי' בשבע שכיבשו ושבע שחלקו אותן המקומות פטרו מן המעשר.

אלא דהרבה מקומות מאותן שכתוב עליהם לא הוריש אע"פ כשאחר כן בזמן מן הזמנים קודם החורבן כבשו נתקדשו אז בקדושת א"י כמו שכתב הרמב"ם שם (בפ"א מתרומות ה"ב) שמפני זה חלק יהושע א"י לשבטים אף ע"פ שלא נכבשה כדי שלא יהי' כיבוש יחיד כשיעלה כל שבט ויכבוש חלקו. אבל אם לא כיבש חסר הכיבוש הפרטי על הקרקע.

ומשו"ה כיון שהעיד ר' יהושע בן זרוז על ר"מ שאכל עלה של ירק בבית שאן בלא מעשר הבין רבי שידוע הי' לר"מ שמנשה לא הוריש יושבי בית שאן עד החורבן. וא"כ נשארה בלי כיבוש ולא נתקדשה מעולם בקדושת א"י לענין תרומות ומעשרות.

וכן אשקלון ידוע הי' לרבי שלא כבשוה בני יהודה ומיושב לפי"ז קושית הכ"מ שהקשה אמאי לא הביא הרמב"ם המקומות שהתיר עוד רבי קסרין ובית גוברין וכפר צמת (בירושלמי פ"ב דדמאי). אכן לפי הנ"ל ניחא דאותן המקומות שהתיר רבי היינו משום דרבי ידע שהם חוץ לגבולות א"י ולא איצטריך להרמב"ם להביא.

שזה נכלל במה שכתב תחומי א"י. אבל בית שאן הוא בגבול א"י משו"ה איצטריך להביא שנמנה ופטרה וכן אשקלון הוא תחום א"י והיא מא"י.

רק שיהודה לא הוריש משו"ה נשארה חו"ל. וכן עכו כיון שאשר לא הוריש וידוע הי' להם שכן נשאר עד גלות הארץ.

א"כ היא חו"ל שלא נתקדשה מעולם: אמנם כל זה שביארנו שעכו ואשקלון ובית שאן כיון שידוע הי' להם שלא הורישו כל ימי בית ראשון. לא נתקדשו בקדושת א"י מעולם היינו דוקא לגבי תרומה ומעשרות שחסר הכיבוש והחלוק.

אבל בחלה בודאי נתחייבו אלו המקומות דלא גרע אלו המקומות מכל א"י בשבע שכיבשו ושחלקו שנתחייבו בחלה אף שלא הי' כיבוש הפרטי. א"כ ה"נ עכו וכיוצא בהן בודאי דכל העת של בנין בית ראשון הי' מחויבים בחלה ולא בתרומה ומעשר.

נמצא אף דעכו היא חו"ל לגבי מעשר ותרומה. אעפ"כ ארץ העמים לא מקריא כיון שכל העת הי' מחויבים שם בחלה.

לפי"ז מיושב שפיר מה שהביא בתוס' בשם הירושלמי דעכו חצי' ארץ ישראל דשם קאי לגבי טומאת ארץ העמים. וכיון שיש בעכו חצי המקום שהי' מגבולת ארץ ישראל אף שלא הורישהו אעפי"כ אינה מטמאה משום ארץ העמים כיון דבחלה היתה מחויבת וכן מפורש ברמב"ם (בפי"א מהלכות טומאת מת הלכה י"ב) שאשקלון וחברותי' אע"פ שפטורות מן המעשר ושביעית אין בהן משום ארץ העמים ולפי"ז מיושב נמי מאי דאמרינן בגיטין למימרא דעכו לאו מא"י היא הא כי מפטרי רבנן מהדדי בעכו הוה מיפטרי.

הרי דעכו יש בה מא"י ואיך כתב הרמב"ם שעכו חו"ל. אכן לפי דברינו ניחא דשם קאי לגבי הדין דאסור לצאת מא"י לחו"ל.

ולא תליא כלל אי נתחייבה בתרומה ומעשרות אי לא רק דאל המקומות שנתן ה' לאברהם אם הי' תחת יד ישראל הם א"י. ולפי"ז שפיר קאמר דאף למאן דס"ל כיבוש יחיד לא שמ"י כיבוש אעפ"כ כותבין אוננו אפילו בשבת דבודאי לגבי דין זה לא שייך כלל אי מחויב במעשרות מן התורה והרי גם עיקר א"י פטור עתה מתרומה מן התורה וגם כשיקנה אחד יהי' רק כיבוש יחיד ואעפ"כ אמרו משום ישוב א"י לא גזרו רבנן.

הרי דגם בשביל כיבוש יחיד שרינן לכתוב ע"י עכו"ם השטר. א"כ אף דסוריא אינה כא"י היינו רק לגבי תרומות ומעשרות דשם בעינן ביאת כולם שהוא כיבוש כולם.

ובסוריא לא הי' כיבוש כולם. אבל לדין דכותבין אוננו לא בעינן כיבוש כולם.

שהרי כיון דכיבושעכו"ם מועיל, גם בעיקר א"י כשקונה ישראל מעכו"ם קרקע לא הוי כיבוש וא"כ בעינן רק שיהי' הארצות שנתן ה' לאברהם והי' שייכים לישראל ביד ישראל. וא"כ גם סוריא כן: סימן לח סוגיא דכל לגבי בעלה מחלה.

ויתבאר אי היכא דמשועבד מדר' נתן אי מפני מחילה. ויתבאר אי שייך בכתובה שיעבודא דר"נ.

ויתבאר הרבה דינים בשיעבודא דר"נ במקום חיובי התורה. ודיני מוחלת כתובתה לבעלה דאין מועיל מחיים.

ורק לאחר מיתה מטעם סילוק: דף פט העבד והאשה פגיעתן רעה החובל בהן חייב והם שחבלו באחרים פטורים כו' ותזבין כתובתה בטובת הנאה ותתן לי' כו' אלא משום דשמואל דאמר שמואל המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ואפילו יורש מוחל. אמרי זבוני זבין ותתן לי' ואי מחלה לגבי בעל תמחלה אמרי כל לגבי בעל ודאי מחלה לי' ואפסדינ' לההוא זבינא בידים לא אפסדינהי.

וכי תימא זבינא ניהלי' לההוא דחבלה בי' בטובת הנאה. דאי מחלה לגבי בעל לא קא מפסיד דהשתא נמי לאו מידי קא יהבא לי' סוף סוף כל לגבי בעל ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי לא מטריחנן.

והקשו דא"כ איך תוכל למחול הכתובה לבעלה הא נתחייב הבעל לההוא דחבלה בי'. מטעם שיעבודא דר"נ והיאך תוכל היא למחול אחרי שהבעל כבר מחויב להנחבל: וכתב ע"ז הש"ך ז"ל ולפענ"ד לא קשה מידי מהתם מטעמא אחריני דהתם מיד שחבלה בהאי

משמעבד ליה הבעל מדר' נתן אלא דמ"מ פגיעתן רעה שאין יכול לגבות עד שתתאלמן או תתגרש ואי תמות היא ברישא יפסיד הנחבל דמי חבלתו.

וגם כשתתאלמן או תתגרש לא יגבה רק דמי חבלתו ואי תמכור לו השתא הכתובה בטובת הנאה שירויה בזה כשתתאלמן או תתגרש שיגבה כל הכתובה יותר מדמי חבלתו נמצא הכתובה תהי' שלו ויגבה דמי חבלתו. והא לא תתחייב לו שוב כלום.

וגם הבעל לא יהי' משועבד להאי מדר'נ דהא היא גופא לא משמעבדא לי' שהרי כבר פרעה לו דמי חבלתו בכתובתה שמכרה לו ואיך יהי' הבעל משועבד להאי מדר'נ. אלא שיהי' הבעל חייב לשלם כשתתאלמן או תתגרש מצד מה שקנה הכתובה ממנה וזה יכולה למחול.

ושפיר קאמר התם דמחלה ליה. וכדשמואל דהא כשתמכור לו הכתובה בטובת הנאה הרי פרעה בזה להאי דחבלת בי'.

ותו ליכא עלה שום חיוב תשלומין. ולא שייך כלל לדר' נתן כו' והילכך בהך דחבלה בי' כל כמה דלא מכרה כתובתה פגיעתה רעה שאין יכול לגבות דמי חבלות עד שתתאלמן או שתתגרש.

ולפי זה כל כמה דלא מכרה כתובתה להאי דחבלה בי' לא תוכל למחול דכיון דעדיין לא פרעה לי' דמי חבולתו משמעבד ליה הבעל מדר' נתן. ואי תזבין ליה כתובתה אף אם ירויה שיקנה כתובתה בזול הא לאחר מכירה תוכל למחול הכתובה כן נ"ל, ובחנם נתחבטו הרמב"ן והריטב"א והר"ן בזה.

כי לפענ"ד הדבר ברור כמ"ש ומקום הניחו לי מן השמים להתגדר בו עכ"ל הש"ך ז"ל. אורם מלבד דהש"ך לא העלה ארוכה לפליאות הראשונים לענ"ד הש"ך אנהירינהו לעיינין שנבין קושית הראשונים דרק ע"י דברי הש"ך נוכל לרדת לעומק קושיתם, דלכאורה פליאה גדולה מאי הקשו הראשונים, איך תוכל למחול הכתובה לבעלה כיון דהבעל כבר נשתעבד להנחבל מדין דר'נ.

נחזי אנן למאי היצטריך למכור כתובתה לי' בטובת הנאה הלא קודם הגירושין או מיתת הבעל לא יוכל הנחבל לגבות. ולאחר שתתאלמן או תתגרש.

הלא בלא מכירה יגבה. וע"כ דהקושיא היא כך תמכור לו הכתובה בטובת הנאה.

וא"כ ירויה שכשתתאלמן או תתגרש יגבה כל הכתובה יתר על דמי חבלתו. למשל אם החבלה הוא חמשים.

אם לא היתה מוכרת הכתובה כשתתאלמן או תתגרש. לא הי' יכול לגבות רק חמשים כשיעור החבלה.

וע"ז פריך תמכור כתובתה לההוא דחבלה בי'. וטובת הנאה הוא שבעד החמשים שמגיע לו דמי חבלה תמכור לו כל הכתובה.

וא"כ כשתתאלמן או תתגרש. יגבה כל המאטים.

וא"כ עיקר התקנה שתמכור הוא על זה שנוסף על דמי החבלה. וא"כ שפיר קאמר לגבי בעל ודאי מחלה.

שהרי הסך מאה וחמשים יותר על החבלה. אין מגיע לו בתורת שעבודא דר' נתן שהרי בתורת שעבודא דר"נ מגיע לו מדבעל רק כשיעור החבלה.

ומה שהכתובה יתר על החבלה מגיע לו רק בתורת מכירה שמכרה לו הכתובה. והוי רק מכירת שטרות ותוכל למחול.

וא"כ נהי דשיעור החבלה לא תוכל למכור. אבל שיעור זה הא בלאו מכירה יוכל לגבות כשתתאלמן או תתגרש.

ויתר על החבלה גם אם תמכור לו בטובת הנאה לא יוכל לגבות. דלגבי בעלה ודאי מחלה ואטרוחי בי דינא בכדי שלא נרויח כלום לא מטריחינן.

הגע בעצמך ראובן הי' נושה בשמעון חמשים. ושמעון בלוי מאתים, האם נימא דשמעון לא יוכל למחול ללוי כלום כיון דנשתעבד לראובן, בודאי דרק חמשים האחרונים לא יוכל למחול שסך כזה נשתעבד לוי לראובן מדין דר"נ.

אבל עד חמשים היינו מאה וחמשים יוכל למחול. שאיך יוכל לוי להשתעבד לראובן יותר משנשתעבד שמעון לראובן.

ה"נ נהי דשיעור החבלה לא תוכל למחול. אבל היותר על החבלה, דזה עיקר מה שרצונו להרויח בעד הנחבל זה תוכל למחול שהרי היתר הוא מטעם מכירה.

וא"כ לכאורה צע"ק על הראשונים מאי הקשו: אכן לפי דברי הש"ך נבין עומק דבריהם הקדושים שהקשו איך אמרינן תזבין כתובתה לה הוא דחבלה בי' בטובת הנאה, דאי מחלה לגבי בעלה לא מפסיד מידי. ואם נימא דשיעבודא דר"נ אין יכול למחול, א"כ איך קאמר לא מפסיד מידי הא מפסיד הרבה שכ"ז שלא מכרה לו הכתובה, הרי הבעל מחויב ליה כשיעור החבלה משעבודא דר"נ.

וא"כ לא תוכל למחול כל הכתובה רק היתר על החבלה. אבל שיעור החבלה לא תוכל למחול שהרי נשתעבד הבעל כשיעור החבלה להנחבל, אבל אח"כ כשמכרה לו הכתובה בעד טובת הנאה הרי נפטרה עתה ממנו.

וכיון שהיא אינה חייבת לו הרי גם הבעל אינו משועבד לו עתה כשהיא כבר נפטרה. כמו שביאר הש"ך וא"כ עתה הלא תוכל למחול כל הכתובה.

א"כ איך קאמר תזבין לה הוא דחבלה בי' דאי מחלה לגבי בעל ליכא פסידא הא יפסיד שתמחול גם כשיעור החבלה. בשלמא אם נימא דגם שיעבודא דר"נ יכולה למחול.

שפיר קאמר דאי מחלה ליכא פסידה שהרי גם אם לא תמכור לו הכתובה בעד החבלה יכולה למחול. אבל אם נימא דשעבודא דר"נ אין יכולה למחול.

א"כ יפסיד הרבה מה שתמכור לו ותמחול אח"כ. וא"כ אדרבה לפי דברי הש"ך נתחזקה קושית הראשונים: ונראה לי ליישב בהקדם דברי הרמב"ם שכתב (בפ"ג מהל' עבדים הט"ו) ז"ל ענק עבד עברי לעצמו ואין בע"ח גובה ממנו והקשה המשנה למלך דמכתב

הרמב"ם סתמא ואין ב"ח גובה ממנו משמע דאפילו שהוא ביד העבד אין בע"ת גובה ממנו.

ותימא דבגמ' אמרינן דר"א דריש לו ולא לבע"ת מדסבירא לן בעלמא כר' נתן ות"ק דלא דריש הוא דמשום דבעלמא נמי לא סבירא ליה כר"נ ואם נימא דאפילו כשבא הענק ליד העבד אין גובה ממנו הבע"ח. א"כ אפילו לא ס"ל שעבודא דר"נ איצטריך קרא שלא יגבה הבע"ח מהעבד כשבא הענק ליד העבד: עוד הקשה שם הלח"מ בפרק הנ"ל דאיך קאמר הרמב"ם מוכר עצמו אין מעניקין לו מכרוהו ב"ד מעניקין לו.

דהא אמרינן שם בקדושין (דט"ו) מ"ט דת"ק דאמר מוכר עצמו אין מעניקין לו מיעט רחמנא גבי מכרוהו ב"ד הענק תעניק לו ולא למוכר עצמו ואידך לו ולא לבע"ח מדס"ל בעלמא כר"נ אתא לו לאפוקי ואידך בעלמא נמי לא ס"ל כר"נ. וא"כ הרמב"ם דפסק כר"נ.

איך פסק כת"ק דמוכע"צ אין מעניקין לו הא איצטריך לו ולא לבע"ח למעוטי שלא יגבה הבע"ח. ונראה לי דהנה הרמב"ם כתב שם בהלכה הנ"ל ז"ל וענק אמה העברי' וכן מציאתה לאבי' ואם מת אבי' קודם שבא לידו הרי הן של עצמה ואין לאחי' בהן כלום כו'.

וכתב הכ"מ ע"ז ז"ל ויש לדקדק על מ"ש ואם מת אבי' קודם שיבא לידו משמע אע"פ שבא לידה אינו מורישו. ובריש פרק נערה שנתפתתה משמע שהוא מורישו.

וצ"ל דבא לידה כבא לידו דמי עכ"ל הכ"מ. והקשה ע"ז הלח"מ ז"ל ותמהני דמדבריו משמע דאם לא בא לידה אע"פ שיצתה בחיי האב שכבר נתחייב האדון בחיי האב.

אפ"ה אינו מורישו ואילו מריש פרק נערה משמע אפילו לא בא לידה מורישו כמו ששנינו עמדה בדין עד שלא מת האב הרי הן של אחין. ודוקא התם בעינן עמדה בדין משום דהוי קנס וכל שלא עמדה בדין לא הוי ממון משום דקיי"ל מודה בקנס פטור.

אבל בזכות דלא הוי קנס כיון שנתחייב בחיי האב מורישו וכמו ששנינו בסיפא דמתני' מעשה ידי' אע"פ שלא גבתה מת האב הרי הן של אחין, ולרבינו אפשר לדחות ולומר דכל שנתחייב בחיי האב כבא לידו דמי אבל דברי מרן צל"ע: לכן נראה ליישב דהענקה שאני מחיוב דמעשה ידי' דהתם הא נתחייב לה ממון.

וכיון דהתורה זכתה לאב בזכות בתו א"כ החיוב שיש לה על מעשה ידי' שעשתה זוכה האב החיוב הזה ואילו הי' הענקה ג"כ חיוב ממון בודאי דהי' זוכה האב בהחיוב הזה. אבל באמת הענקה אינו חיוב ממון לה כלל.

שאין האדון מחויב לה ממון בשביל הענקה אלא שרמיא עליו התורה מצוה דלא ישלכנה ריקם שמחויב להעניק לה לא נוטעם שמחויב להעבד הענקה. אלא שרמיא עליו התורה שלא ישלח ריקם.

ובאמת הי' להיות הדין דאם עבר ושילח ריקם. ועבר על הלאו מלא תשלחנו ריקם.

אין מחויב לשלם להעבד חיוב ההענקה אחרי שאין זה חיוב ממון. אלא דנתקה התורה הלאו זה דלא תשלחנו לעשה.

שהרי זה לשון הרמב"ם (שם בהלכה י"ד) כל המשלח עבדו או אמתו ריקם עובר בלא תעשה שנאמר לא תשלחנו ריקם. והרי הכתוב נתקן לעשה שנאמר הענק תעניק לו. וכיון שהוא רק מצוה דרמית על האדון לא ישלחנו ריקם. ויש עליו חיוב ניתק הלאו להעשה.

איך שייך לומר שהאב יזכה בהחייב הזה כיון דגבה אינו חיוב ממון. אלא שיש מצוה על האדון.

משו"ה אם לא הגיע לידה לא יכול האב לזכות להוריש לבניו. ולא דמי למעשה ידי' דהתם כיון דעשתה ונתחייבו לה ממון הרי יש אצלה חיוב ממון.

והחיוב ממון הזה זוכה האב. והאחים יורשים מן האב.

אבל בהענקה אין לה חיוב ממון כלל רק על האדון רמית מצוה ובמצוה שיש על האדון לא שייך שהאב יזכה. אבל כל זה קודם שנתן לה ההענקה.

אבל כשנתן לה האדון ההענקה הרי אצלה הוי ממון גמור. וא"כ שפיר מקשה הכ"מ כיון דבא לידה אמאי לא יזכה האב להוריש אח"כ לאחין.

הא כשהוא אצלה. לא גרע מחיוב של מעשה ידי' ומשו"ה כתב הכ"מ דבא לידה נמי כבא לידו דמי: אלא דלפי"ז יקשה איך אמרינן בגמ' דאיצטריך לו ולא לבעל חובו משום דס"ל בעלמא כר"נ והוה אמינא דהבע"ח זוכה בהענקה דאימתי שייך לומר שיעבודא דר"נ היינו כשהלוה השני מחויב ממון אז שייך לומר דחיוב הממון נעשה של הלוה הראשון דאשר אשם לו דהקרן הוא שלו.

אבל כיון דאין על זה דיני ממון רק מצות לא תשלחנו ריקם. איך שייך לומר שהבע"ח יזכה בהמצוה הזאת של לתש"ר.

ונראה לי דהנה בדין שיעבודא דר' נתן יש דין דהלוה השני נעשה לזה של הראשון דעצם חיוב ההלוואה שהי' לשני נעשה של המלוה שלו. אבל באמת יש עוד דין ונתן לאשר אשם.

היינו דאף אם ההלוואה לא נעשה שלו. יש דין דאמרה התורה מה שאתה מחויב לתת לזה תן לבע"ח שלו.

דאטו למאן דס"ל פריעת בע"ח אינה רק מצוה ואין להמלוה שיעבודים. האם נימא דלא יסבור דין דר"נ וע"כ דמונתן לאשר אשם ילפינן דאמרה התורה מה שאתה מחויב לזה.

תן למי שהוא מחויב. אלא מאן דס"ל דלהמלוה יש שיעבודים.

ס"ל דילפינן מדאמרה התורה. לאשר אשם לו.

א"כ אמרה התורה שהקרן הוא שלו. ילפינן מזה דנעשה עצם ההלוואה של המלוה הראשון.

ומשו"ה אין יכולין למחול. נמצא נהי דלא נוכל לומר דחיוב של לת"ש ריקם נעשה של הבע"ח.

אבל זה נוכל לומר דמה שאתה מחויב ליתן להעבד תן להמלוה שלו. שהרי אמרה התורה.

ונתן לאשר אשם לו דמלבד דהפירוש שיתן למי שהקרן שלו הפירוש הוא ג"כ למי שהוא מחויב. אלא דאימתי מחויב ליתן להמלוה שלו אם בזה שיתן לו יפטור מחיובו אבל אם לא יפטור מחיובו בודאי דאין מחויב ליתן להמלוה ועתה עלינו לדעת אם כשיתן ההענקה לבע"ח יקיים בזה לא תשלחנו ריקם אז כ"י מחויב ליתן לבע"ח.

אילו לא כתב קרא קלו ולא לבע"ח. אבל אם נימא דלא יקיים בזה לתש"ר.

שהרי הוא נותן לבע"ח, והעבד משלח ריקם א"כ בלא קרא "דלו" ולא לבע"ח ידעין דאין מחויב ליתן לבע"ח שהרי החיוב עליו לא תשלחנו ריקם לא חיוב ממון: ונראה לי דהנה בחו"מ (סימן קכ"ח) נפסק הלכה דהפורע חובו של חבירו שלא מדעתו פטור מלשלם, אף אם הבע"ח דוחק. אכן הש"ך פליג על דין זה.

ומביא ירושלמי ז"ל עד כדין בבע"ח שאינו דוחק בע"ח דוחק נשמענה מן הדא תדע לך שהוא כן מקריב עליו קיני זבין וזבות ויולדות חטאות ואשמות, בשלא נכנס לידו כלום וכא שלא נכנס לידו כלום עכ"ל הירושלמי. וכתב ע"ז הש"ך ונראה דה"פ דתנן בפרק אין בין המודר בהך מתניתין דשוקל את שקלו דהכהן שהדירו יכול להקריב עליו קינין כו' ומשמע להירושלמי דמקריב משלו והתם אי לא הוה בעה"ב מקריב ודאי הי' ממשכנים אותו דכיון דשל גבוה הוא למאן פייס ומשני מי סברת דהתם מיירי בשלא נכנס לידו של כהן.

אלא איכא לפרושי שכבר הפריש קרבנותיו ונאבדו מיד הכהן, ותו לא מחייב בעה"ב. והיינו כדמוקי בש"ס דילן באבוד וגבוי כו' וכאן הרי לא נתן להפורע כבר מעות לשלם, וא"כ י"ל דבע"ח דוחק חייב לשלם כן נראה לענ"ד שיטת הירושלמי עכ"ל הש"ך: והנה פירושו בהירושלמי תמוה מאד.

דלכאורה לענ"ד בקינין כיון דבעינן שיהי' שלו, דהרי כתיב קרבנו, א"כ צרי לומר כשאדם מקדיש קרבן בעד חבירו הרי הוא מזכה ו בהקדשו. והוי כנותן לו קרבן, וא"כ איך נימא דמודר הנאה יוכל להקריב בעדו קרבן משלו, דהא דאמרינן דאם בע"ח אין דוחק, יוכל לשלם בעדו היינו בנותן לבעל חוב דשם אינו נותן לו רק דנימא משום שמגיע לו הנאה.

על זה אמרינן דאין כאן הנאה שבלאו הכי לא הוי גובה, אבל בנותן לו ממש בודאי דאינו מועיל מה שאילו לא הי' הוא נותן הי' אחר נותן. דהרי הוא נותן לו, ואילו הוי אחר נותן לו היה אחר מהנהו, ועתה כשהוא נותן לו הרי הוא הנותן ומהנהו, וא"כ איך יכול להקדיש בעדו קרבן הא הוא נותן לו קרבן.

כדאמרינן דמתכפר עושה תמורה דמקרי קרבנו, וא"כ מה מועיל שאחר הי' נותן על כל פנים עתה הוא הנותן לו, ועיין בקצות החושן שהביא בשם התומים להקשות דמעולם לא שמענו דאם הפריש קיני זבין ונאבדו או נפסלו דאין צריך להביא אחרים תחתיהן כו' וכתב הקצוה"ח דאשתמיטתי' משנה ערוכה (בשקלים פ"ז) אמר ר' שמעון שבעה דברים התקינו ב"ד כו' ועל הקינין הפסולת שיהי' באות משל צבור כו'.

אך אינו יודע מה יתרחש הש"ך על חטאות ואשמות. דבזה לא מצינו שיקרבו משל ציבור אם נאבדו.

ואשם בודאי לאו עוף הוא: לכן נראה לי בפשיטות דפירוש הירושלמי כן. דהירושלמי מביא ראי' דאף בבעל חוב דוחק ג"כ פטור מלשלם, מהא דאמרינן ומקריב עליו כו' והתם הרי הבעל חוב דוחק שהרי מחויב הוא להקריב.

וע"כ צ"ל דלא נכנס לידו. פירוש דאימתי אסור במודר הנאה היינו דוקא לקבל הנאה ממנו, אבל מה שמגיע לו הנאה ממנו שלא נכנס לידו, רק שסילק מעליו חוב וההנאה מגיע לו ממילא מותר באופן זה, הכא נמי אימתי מחויב לשלם בעד הנאה, היינו דוקא בנוטל ההנאה היינו שנכנס לידו ההנאה, אבל מה שסילק מעליו, ולא נכנס לידו בעד זה אין צריך לשלם, אף שבודאי הנאה היא לו, שבע"ח דוחק.

שעיקר הטעם דפטור, היכא דלא נכנס הנאה לידו, רק מבריה ארי בעלמא הוא (ועיין בב"ק נ"ח), והנה בהאי דינא דפורע חובו של חברו שלא מדעתו איפליגו חנן ובני כהנים גדולים במי שהלך למדה"י, ועמד אחד ופרנס את אשתו דחנן אומר איבד מעותיו ונחלקו עליו בני כהנים גדולים, ואמרו ישבע כמה הוציא ויטול, ור' דוסא בן הרכינס אמר כדבריהם ור' יוחנן בן זכאי אמר יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי, והנה טעמא דחנן שמענו מהירושלמי דאין מחויב אלא בנכנס הנאה לידו.

אבל לא בעד סילוק חוב אבל טעמא דבני כהנים גדולים ור' דוסא לא שמענו. ונוכל לומר דהם סבירא להו דאף סילוק היזק ג"כ מחויב.

אך באמת יש לומר טעמא אחרינא, דהרי אמרינן בקדושין תן מנה לפלוני ואקדש אני לך מקודשת מדין ערב, אף דבקדושין בעי נתינה לידה אמרינן דנתינה לפלוני בעדה הוי כנותן לידה, א"כ הכא נמי מה שנתן להאשה בעדו נימא דיתחייב מדין ערב וצ"ל דאימתי הוי ערב דוקא באמר לו תן לו בעדי, אבל אם לא אמר לו תן לא הוי ערב, א"כ נוכל לומר דפליגי חנן ובני כהנים גדולים בזה.

אם מה שהוא מחויב מן הדין הוי כאמירה ומחויב מדין ערב דמה שהוא נותן בעד זה שמחויב מן הדין. ס"ל לבני כהנים גדולים דלא גרע מאילו אמר לו, דמהו אמר לו שנותן בעדו הכא נמי הרי נותן בעדו, אלא דאם לא ה' מחויב מן הדין בודאי דלא ה' מתחייב שהרי יאמר לו מי הרשה לך ליתן בעדי, אבל אם מחויב לשלם מן הדין מחויב לשלם להנותן מדין ערב, וחנון ס"ל דדין ערב לא נאמר אלא היכא שמצווהו ליתן.

אבל מה שהוא נותן מעצמו, אף שהוא מחויב לשלם, והוא שילם בעדו אין כאן דין ערב: ועפ"ז יתיישב דברי הרמב"ם. ונקדים עוד דהרמב"ם ס"ל דיש תרי "לו" גבי הענקה חד הענק תעניק לו.

וחד אשר ברכך ה' אלהיך תתן לו, וס"ל דהא דאמרינן לקמן גבי ענק עבד עברי לעצמו, וענק אמה העברי' לעצמה בשלמא ענק אמה העבריה לעצמה למעוטי דאחין אלא ענק עבד עברי לעצמו פשיטא אלא למאן כו' אמר אביי הכי אמר רב ששת הא מני תוטאי הוא דתניא תוטאי אומר "לו" ולא לבעל חובו, ואילו התם אמר רב טביומי משמי' דאביי דפליגי בזה אי איצטריך קרא לו ולא לבעל חובו, וא"כ ס"ל להרמב"ם דתרי דיני נינהו

התם דקאמר רב טביומי משמי' דאביי לו ולא לבעל חובו, התם קאי לגבי דינים אם מחויב ליתן הרב להעבד או לבעל חובו, דהרי התם מביא דין דר' נתן.

ודין דר' נתן הוא על הלוח. אבל הא דאמר הא מני תוטאי היא.

דאמר לו ולא לבעל חובו, אין הכונה שקמ"ל דלא בעי ליתן לבעל חובו. דהרי שם בברייתא איתא ענק אמה העבריה לעצמה, ובודאי דזה אין סברא כלל לומר דקמ"ל דלא בעי ליתן לאחין הענקה, דהיאך הוה אמינא דכשיתן לאחין יוצא בזה לא תשלחנו ריקם, ובוזה בודאי דאף להאב אין צריך ליתן הרב, שהרי ביארנו דאין זה חיוב ממון.

אלא מצוה דלא ישלחנו ריקם. ואמאי יתן להאב.

וע"כ הא דקמ"ל דענק אמה העבריה לעצמה. למעוטי דאחין.

היינו שאם נתן לה ההענקה, אין האחין זוכין בהענקה. א"כ הא דאמרינן ענק עבד עברי לעצמו, למעוטי בעל חובו ג"כ הפירוש כשנתן לו הרב הענקה אין בע"ח גובה ממנו, והיינו טעמא דאילו לא כתב קרא אלא חד "לו" הוי אמינא.

דקמ"ל דאין מחויב ליתן להבע"ח. אבל כשקבל העבד הענקה בע"ח גובה הימנו, השתא דכתיב תרי "לו" חד אתא לאשמעינן דאין צריך הרב ליתן לבע"ח.

וחד "לו" אתא לאשמעינן דאף כשקבל העבד ההענקה אין בע"ח גובה ממנו. והיינו תוטאי דקאי תוטאי לדין זה כשקבל העבד ההענקה אין בעל חובו גובה: ולפי"ז יהי הפירוש בגמרא כן.

מ"ט דת"ק דאמר מוכר עצמו אין מעניקין לו מיעט רחמנא גבי מכרוהו בית דין הענקה תעניק לו ולא למוכר עצמו. ואידך ההוא מיבעי לו ולא לבעל חובו.

פירש דחד לו איצטריך דלא תימא דיש על הרב דין דנותן לאשר אשם לו היינו דמחויב ליתן לבעל חוב של העבד. דסבירא ליה כבני כהנים גדולים, דאמרי היכא שנותן בעדו במקום שהוא מחויב לשלם.

יש כאן דין ערב אם כן גם אם יתן בעדו לבעל חובו יקיים לא תשלחנו ריקם. שהרי היכא שנותן בעדו הוי כנותן לו דכיון דגם היכא דמשלם בעדו.

ע"פ הדין יש כאן דין ערב. א"כ הוי כותן מנה לפלוני.

ואקדש אני לך דמדקודשת מדין ערב. וא"כ איצטריך הני תרי "לו".

חד למעט שלא יהי' עליו חיוב דנותן לאשר אשם לו. וחד למעוטי שלא יגבה כשנתן לו כבר.

ואידך בעלמא נמי לא ס"ל כר' נתן פירוש בכה"ג היכא דאין עליו חיוב רק מצוה, דס"ל כחנן דהיכא דמחויב מן הדין אין על זה דין ערב. דרק במצוה ליתן אז יש דין ערב.

אבל לא בנותן בעדו אף שהוא מחויב. דמשו"ה אית ליה לחנן בפורע לבעל חוב של חבירו.

אף שהיה מחויב ע"פ דין לשלם לבע"ח אעפ"כ פטור מלשלם להפורע דדין ערב הוי רק באומר לו ליתן. וא"כ לא איצטריך קרא לגלות דלא יתן לבעל חוב דעבד.

שהרי לא יקיים כלל בנתינתו לבעל חובו לא תשלחנו ריקם, ומה שנותן לבעל חובו אינו כנותן להעבד דדין ערב אינו רק בנותן ע"פ ציוי שלו. וא"כ מחד "לו" ידעינן דכשגבה אין בעל חוב גובה ממנו, ואייתר חד "לו" למעט לו ולא למוכר עצמו, וא"כ הרמב"ם דפסק כחנן דפורע חובו של חבירו שלא מדעתו פטור אף בבעל חוב דוחק מדכתב סתמא. וע"כ דס"ל דערב לא הוי. אלא באומר לו ומצווהו.

אבל בנותן לו מעצמו אף שהוא מחויב לית כאן דין ערב. וא"כ לדידי' לא איצטריך "לו" למעט דלא יתן לבעל חובו, דבודאי אין צריך ליתן, שהרי כשיתן לו לא יקיים בזה לא תשלחנו ריקם, ועליו אין חיוב ממון רק דין דלא תשלחנו ריקם, וא"כ מחד "לו" ילפינן דכשגבה העבד אין בעל חובו גובה, ומאי דך "לו" ילפינן דלו ולא למוכר עצמו, ומשו"ה פסק הרמב"ם דכשגבה אין הבעל חוב גובה ממנו, וגם פסק דמוכר עצמו אין מעניקין לו: והנה הרמב"ם כתב (בפרק י"ב מהלכות אישות ה"ו) ז"ל התנה עמה לפחות מעיקר כתובה או שכתב לה מאתים או מאה עיקר כתובה.

וכתבה לו שנתקבלה מהן כך וכך והיא לא נתקבלה תנאו בטל שכל הפוחת לכתולה ממאתים ולא למנה ממנה הרי בעילתו בעילת זנות, והקשו המפרשים כיון דהרמב"ם פסק כר"י. דאמר כל דבר שבממון תנאו קיים.

אפי' שיעשו חכמים חיזוק לדבריהם כשל תורה כדכתב ה"ה ז"ל. הא אפילו שיהא כתובה מן התורה, דבר שבממון תנאו קיים.

ואין לומר דס"ל דעשו חיזוק לדבריהם יותר משל תורה הא כתב עוד שם התנה עמה אחר שנשאה שלא יירשנה תנאי בטל ואף ע"פ שירושת הבעל מדברי סופרים ועשו חיזוק לדבריהם כשל תורה, וכל תנאי שבירושה בטל ואע"פ שהוא ממון שנאמר בה לחוקת משפט, ועיין שם בלח"מ שהקשה כמה קושית וביחוד קשה אנא מצא הרמב"ם דילפינן דבירושה אין מועיל אם התנה שלא ירש שנאמר לחוקת משפט, ועיין שם בראב"ד שהקשה דלמה לן קרא דחוקת משפט.

הא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. ובזה יש ליישב כמו שכתב התוספת בכמה דוכתי בהכותב ובב"ב דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא באלעולם, יוכל לסלק עצמו שלא יקנה דבר שלא בא לעולם.

אך הקושיא מנא ליה להרמב"ם דילפינן מחוקת המשפט. לכאורה קושיא גדולה היא: ונראה לי לתרץ.

דהנה התוספות בכתובות (דף נ"ו) ד"ה הרי זה הקשו דאיך אמרינן אם קדשה ע"מ שאין לה שארה כסותה ועונתה הרי זו מקודשת ותנאו בטל משום שהוא מתנה על מנת שכתוב בתורה. א"כ לענין נזקין נימא שלא יוכל למחול משום דמתנה על מה שכתוב בתורה.

וכי תימא ה"נ והתנן בהחובל קרע את כסותי ושבר את כדי על מנת לפטור פטור. עיין שם תירוץ התוספת, ונראה לי דלא דמי חיוב נזקין לחיוב דשאר כסות ועונה.

דהנה חיוב נזקין הוא התשלומין בעד הכלי שהזיק. והוי כמו לקח הכלי, וכמו שיש רשות לאדם לתת כליו במתנה ולמוכרם.

וכן לקרא אורח שיאכל ולא יתחייב בתשלומין דחיוב תשלומין הוא בעד שנוטל דבר משלו, ואימתי נתחייב בתשלומין כשהוא רוצה בתשלומין. אבל כשנוטל מדעתו בודאי דאין מתחייב בתשלומין.

ה"נ במזיק מרצונו לא יתחייב לו תשלומין. וכ"ז הוא במזיק שחיוב שלו הוא בגדר תשלומין.

אבל חיוב דשאר כסות ועונה אטו תשלומין הם לאשה בעד זה שנתקדשה. בודאי דאין שייך לומר כן.

אלא דין הוא דאמרה התורה שכשהאשה מתקדשת לו מחויב הוא לה בשאר כסות ועונה, אבל אינו בגדר תשלומין, וכיון דהוא דין אינו יכול לבטל הדין ולומר שלא יחול חיוב דשאר כסות ועונה. כן הוא סברת ר"מ.

אבל ר' יהודה דס"ל בדבר שבממון תנאו קיים, אין הכונה דבדבר שבממון תנאו קיים, משום שבדבר שבממון בידו לבטל דין. אלא נהי דברגע הקדושין דין הוא בקדושין שיחול חיוב דשאר כסות ועונה.

אבל אחר הקדושין נעשה חיוב שאר כסות ככל חיובי ממון בעלמא. וממילא יכולה למחול ככל חיוב דממון.

אבל כל זמן שהוא דין לא חלה מחילה שהרי אין בידה לשנות הדין: ולפי"ז מה שכתב הרמב"ם דבכתובה אין יכולה למחול שהרי אמרו רבנן הפוחת לכתולה ממאתים כו' ה"ז בעילת זנות ואפי' מחלתה. נמצא דאין הכונה גבי כתובה שתיכף בשעת קדושין יחול חיוב כתובה ותו לא.

שהרי אמרו רבנן הדין דבעילתו בעילת זנות על כל הימים שתחתיו נמצא שתקנת רבנן ה' באישות שדין האישות יהי'. שיהי' מחויב לה כתובה ולא דמי לשאר כסות ועונה שנתחייב בשעת קדושין.

אבל לא באישות שייך זה. אבל כתובה הדין הוא באישות ואילו היה דין הזה דאורייתא בודאי שאין יכולה למחול כתובתה.

שהרי כל רגע ורגע דין הא באישות להתחייב כתובתה. היינו שיהי' כן הדין שבאם ימות או תתגרש תקח כתובתה ועתה אין עליו כלל חיובים רק דין.

ולא היתה יכולה למחול אם היה דאורייתא וממילא אחרי דרבנן עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. הוי תקנת רבנן שיהי' הדין באישות שאם ימות או תתגרש תקח כתובתה כדין דאורייתא ולא מהני דבורה לומר שלא יהי' הדין שתקח הכתובה כשתאלמן או תתגרש שהרי אין בידה לשנות הדין: ולפי"ז מיושב היטב איך פסק הרמב"ם דאין מועיל מחילה בכתובה הרי כתב הרמב"ם דין דמוחלת כתובתה לבעלה אין לה כתובת בנן דיכרין, וכן דין דהאשה פגיעתה רעה דאם חבלה פטורה מלשלם ולא אמרינן תזבין כתובתה.

משום דמחלה. והרי אמרינן דלא מהני מחילת כתובתה, אכן לפי הנ"ל ניחא דהנה ביארנו דהטעם דלא מהני מחילה הוא משום דכיון דאמרו רבנן הפוחת כו' אפילו בתנאה כו' הרי דתקנת רבנן הי' שדין האישות של אשה שנשאת בשעה שהיתה בתולה שתקח מאתם כשתתאלמן או תתגרש, ודין האלמנה במנה.

ודין אין בידה לשנות. א"כ היינו דוקא כל זמן שלא נתאלמנה או נתגרשה.

אבל בשעה שנתאלמנה או נתגרשה אז הלא נעשה הכתובה עליו חיוב כסף ככל חיובים ואז חלה המחילה, ומשו"ה כל זמן שהיא תחתיו, לא מהני מחילתה ויכולה בכל עת לחזור, אבל סליקותה מועיל אם לא חזרה בה כל זמן שהיא תחתיו ממילא לא חל כתובה עליו כשיגרשה או מיורשיו. שהרי יכולה להתנות שלא יחול החיוב של הכתובה ומחילתה הוא הסילוק; ולפי"ז מיושב ג"כ מה שכתב הרמב"ם דכל תנאי שבירושה בטל ואע"פ שהוא ממון שנאמר בה לחוקת משפט.

והקשינו אנא מצא הרמב"ם דדרשינן קרא דחוקת משפט שלא יוכל להתנות שלא יירש. אכן לפי הנ"ל ניחא דהרמב"ם יליף לה מדין המובא ברמב"ם (פרק ג' מהלכות סנהדרין הלכה ה') ז"ל הנחלות כדינין שנאמר בהן לחוקת משפט לפיכך אין מפילין נחלות בלילה ועיי"ש בכ"מ ובשם הרמ"ך שם הרי דאמר קרא לחוקת משפט.

שאין דינין מפילין נחלות בלילה. ובלא קרא הוי אמינא דיורשים קונים זכותם בהאדמה. נמצא דאח"כ הוי רק כחלוקת שותפים, ובודאי דחלוקת שותפים יכולין לחלק בלילה. אשמעינן קרא דיורשים מלבד קנינם.

דין הוא בכל עת שיקחו חלק הירושה. וכשב"ד מחלקין ביניהן הוי פסק דין שפוסקין שזה יורש וזה אינו יורש.

וכן מצינו בשמת והניח אשתו מעוברת דרבנן אית להו ביבמות (ס"ז) דאין לעובר כלום זכי' בהנכסים וזוכין האחים כל הירושה, ואעפי"כ ביציאתו בעולם נוטל חלק משום דדין הוא שיורש נוטל חלק ירושה ומשום הכי אין יכולין ב"ד להפיל נחלות בלילה שהרי הוי כפוסקין דין שזה יורש וא"כ שפיר קאמר הרמב"ם דאם התנה שלא יירש דתנאו בטל שהרי כפי שביארנו אין בידו לבטל דין אף בדבר שבממון רק כשנעשה חיוב.

וכיון דירושה הוי תמיד דין שהיורש יטול. הרי אין מועיל תנאו.

דאם רוצה ליטול בכל עת לא גרע מאלו הי' עד עתה עובר ואח"כ אף שנולד לאחר מיתה ג"כ יטול. הרי דירושה לא הוי הדין רק בשעת מיתה.

אלא תמיד הדין שהראוי לירש יטול חלק. וזה ילפינן מלחוקת משפט, שהירושה מלבד שהוא קנין עיקר הדבר משפט הוא.

והמשפט עושה קנין. וכיון דהוי דין אין בידו לבטל הדין כפי שביארנו.

ומשו"ה פסק הרמב"ם דגם בכתובה אף שהוא דרבנן כיון דחכמים עשו חיזוק לדבריהם כשל תורה. ממילא אין מועיל תנאי שלא ירשנה.

שהרי כיון דמדאורייתא ירושה דין הוא, ממילא ירושה דרבנן ג"כ דין הוא: ומיושב לפי זה קושית התוספות בכתובות (פ"ג) ד"ה כדרב כהנא על הא דאמרינן שם הכותב לאשתו דין ודברים כו' תנא ר' חייא האומר לאשתו כו' והתניא האומר לחבירו דין ודברים אין לי עמך על שדה זו וידי מסולקת הימנה לא אמר כלום אמרי דבי ר' ינאי בכותב לה ועודה ארוסה וכדרב כהנא דאמר נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עלי' שלא ירשנה וכדרבא דאמר רבא האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו שומעין לו, והקשה בתוספות ז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בכותב לה ועודה ארוסה מידי דהוי אשאר כסות ועונה דלר' יהודה בדבר שבממון תנאי קיים ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקסבר מתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, ועיין שם עוד בתוס' מתחלה שהקשה למה ליה להביא דרב כהנא וגם דרבא, אכן לדברינו מיושב דהנה הרמב"ם כתב (בפכ"ג מהלכות אישות הלכה ג') ז"ל התנה עמה שלא יאכל פירות נכסים הרי זה אינו אוכל פירותיהן אבל מוכרין את הפירות ולוקחין בהן קרקע והוא אוכל פירות.

והקשה הכ"מ דהא בגמ' אמרינן ולטעמיך הא דתנן ר' יהודה אומר לעולם הוא אוכל פירי פירות וכיון דאכליננהו לפירות פירי פירות מהיכא אלא בדשיירא משמע שהדבר תלוי בה אם תרצה תשייר, ואיך כתב הרמב"ם ילקח בו קרקע והוא אוכל פירות הרי דלא תוכל לאכול הפירות. וכתב הכ"מ שסמך על התוספתא דבתוספתא איתא ר' יהודה אומר לעולם הוא אוכל פירי פירות רוצה מוכר פירות וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות, אך עדיין אין תירוצו מספיק דאיך פסק כתוספתא אחרי דחזינן דסתמא דגמ' דילן ס"ל לפשיטות דלאכתוספתא.

ונראה לי הא דהבעל אוכל פירות בנכסי אשתו יש לומר או שאמרו רבנן דין הוא שיאכל פירות מכל נכסי מלוג שיש לה. אבל קנין בהקרקע לפירות אין לו.

או שנימא שרבנן הקנו לו קנין בכל קרקעתי' לפירות, והנה מדאמרו רבנן שם במתניתין בנפלו לה נכסים עד שלא תתארס ונשאת מוכרת ונותנת וקיים ע"כ לא תקנו רבנן ליה קנין בקרקעות שהי' לה קודם אירוסין. רק דין אמרו רבנן שיאכל פירות מכל נכסי מלוג שלה שאם היה לו קנין.

איך תוכל למכור נכסים שהקנו לו רבנן קנין לפירות. ור' יהודה ס"ל בשם חכמים דאם מכרה ונתנה וקיים.

וא"כ שפיר פריך בגמרא כיון דמדין אכילת פירות סליק נפשי' אמאי לא תוכל היא לאכול הפירות בעצמם. ולא תשאר מאומה.

שהרי הוא סילק עצמו מאכילת הפירות. כל זה למתניתין.

אבל רבותינו חזרו ונמנו דאפילו נכסים שנפלו עד שלא תתארסה וניסת ומכרה הבעל מוציא מיד הלקוחות. הרי דתוספתא ס"ל דהקנו לו רבנן קנין לפירות בנכסים וכן פסקו רב ושמואל כהתוספתא.

א"כ הרי הפירות שלו. אם כן כשסילק נפשו שלא יאכל הפירות לא סלק נפשו מקנין שיש לו בשדה לפירות, וכיון שסלק נפשו שלא יאכל אית לה להתוספתא דכיון דהפירות

שלו אמרינן שלא סילק אלא שלא יאכלם רק ימכרם ויקח בהם קרקע, אבל שתאכל היא הפירות כיון שהם שלו בידו לעכב, ומשו"ה הרמב"ם שפסק כרב ושמואל דיש לו ג"כ קנין בהשדה לפירות, משו"ה פסק כתוספתא דימכור פירות ולוקח קרקע.

דבידו לעכב שהיא לא תאכלם: ומיושב בזה ג"כ מה שכתב הרמב"ם ז"ל האשה שהתנית על בעלה לבטל זכות מדברים שזוכה בהן הבעל אם כתב לה ועודה ארוסה קודם הנשואין אינו צריך לקנות אלא כל מה שכתב לה קיים ואם כתב לה אחר הנשואין צריך לקנות מידו התנה עמה שלא יהי' ליה דין ודברים בנכסים אם מכרה ונתנה מכירתה מכר ומתנתה מתנה אבל אוכל פירותיהן כל זמן שהם ברשותה ואם קנו מידו כשהיא ארוסה שאין לו דין ודברים בנכסי' הרי סילק עצמו מגוף הקרקע ואין לו בנכסים אלא פירות לעולם ואפילו ערער על קנינו כו'.

וכתב על זה הראב"ד ז"ל כל מ"ש בכאן הבל ורעות רוח כונת הראב"ד להקשות דקנו מידו אין הקנין מוסיף כלום על האמירה דרק היכא שאין האמירה מועיל, על זה בא הקנין לחזק האמירה, א"כ הא דאמרינן קנו מידו מועיל קאי לגבי נשואה. אבל לא לגבי ארוסה שע"י קנין נפרש פירוש אחר בדבריו.

ונראה לי דהנה בארוסה כשמתנה שלא יהי' דין ודברים בנכסים אמרינן דכונתו הי' רק שלא יקנה קנין בנכסי', אבל לא שלא יהי' הדין שיהא הוא אוכל פירות שדות שנה דכונתו הי' שלא יהי' קנין לו לפירות בשדה, ומשו"ה בנשואה אין מועיל כיון שיש לו כבר קנין בשדה, אבל אם קנו מידו גם אחר נשואין מועיל, שהרי הוא מקנה לה הקנין שיש לו בשדה ונקנה זה הקנין לה, נמצא אם קנו מידו אף בעודה ארוסה כיון דקנו מידו הרי צריך לומר דהקנה לה הקנין שיהי' לו בשדה.

אף דעתה אין לו אבל הוא סבר דיש לו. דעל זה שלא יהי' לו קנין לא שייך קנין כלל על זה.

אלא דכמו שהיתה נשואה שאז היתה כונתו שמקנה לה קנין שיש לו בהשדה, א"כ גם קודם נשואין חזינן דכונתו הי' להקנות לה קנין בשדה, וא"כ ממילא אינו אוכל פירות אילו היה לו קנין שהרי הקנה לה הקנין שיש לו. וממילא חזינן דכונתו היתה להסתלק מגופה של קרקע.

היינו שלפי דעתו שסבר שיש לו כבר קנין הקנה לה הקנין. נמצא דנסתלק שלא יאכל הפירות, וזה מועיל קודם אירוסין כדקיימא לן נחלה הבאה לאדם ממקום אחר אדם מתנה עלי' שלא ירשנה, והיינו דאף שפירשנו דדין אין בידו לבטל.

היינו דוקא דין התורה. או אפילו דין דרבנן.

דבר שלא נעשה לטובתו אבל דבר שנעשה רק לטובתו קודם שחל הדין יכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים, משו"ה אף שהדין הוא שוכל פירות של שדותי'. כיון דקודם נישואין לא חל עדיין הדין והוי רק תקנתא דרבנן לטובתו יכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים כגון זו: ולפי"ז שפיר איצטריך להביא דרב כהנא ודרבא ולא מצי למילף משאר כסות ועונה דהתם הא הוי תיכף אחר הקדושין חיוב עליו.

וא"כ יכולה להסתלק ולמחול החיוב. אבל אכילת הפירות דין הוא.

וא"כ באמת לא יכול להסתלק. משו"ה איצטריך דרב כהנא.

ובאמת טעמא מאי יכול לבטל דין. על זה מביא טעמא משום דרבא.

כיון שהתקנה לטובתו קודם שחלה התקנה יכול לומר אי אפשרי בתקנת חכמים, ולא חל הדין שיאכל הפירות. אבל לאחר נשואין שכבר חל הדין שיאכל הפירות אין בידו לבטל ורק כיון שהקנו לו רבנן קנין בשדה א"כ יכול להקנות לה קנין הפירות, ואוכלת מטעם קנין ולא מטעם שהוא מסלק עצמו מאכילת הפירות.

(ואולי יש לבאר ג"כ מה שכתב (שם בהלכה ז') התנה עמה אחר הנישואין שלא יהא ליה דין ודברים בנכסים ולא בפירי פירותי' עד עולם בחיי' ובמותה הרי זה אינו אוכל פירות כלל אבל אם מתה יורשה כמו שביארנו, והקשה הראב"ד אמאי לא כתב שמיירי דוקא בקנו מידו והמ"מ הסכים דמיירי בשקנו מידו, ולפי דברינו יכול להיות דמיירי הרמב"ם בנכסים שלא נפלו עדיין, שבזה יוכל להתנות שלא יהי' לו קנין ולא יאכל פירות.

ובזה אין צריך קנין אף בנשואה. ויש לעיין בדין זה).

אבל ירושה כיון שחל הדין שהבעל הוא היורש של אשתו, אין בידו לבטל הדין הזה אחר נישואין ובודאי דקנין לא מהני לדין זה שהרי עדיין אינה שלו שיקנה לה: היוצא לנו מכל הנ"ל דכתובה משו"ה אינה יכולה למחול משום דכל ימים שהיא תחתיו הוי רק דין הכתובה ולא חיוב ורק כשתאלמן או תתגרש נעשה חיוב, וזה ביארנו דהיכא דלא הוי חיוב רק דין כמו בהענקה לא שייך האי דין דשעבודא דר' נתן שיהי' החיוב של אחר, וא"כ לפי"ז אע"פ שבכל שעבודא דר' נתן אין יכול למחול דהתם אמרינן דהחוב של הלוח השני נעשה של המלוה הראשון אבל הכא בכתובה אין שייך לומר שהדין של הכתובה נעשה של הניזק וכיון דחיוב אין כאן עדיין משו"ה יכולה למחול: ועפי"ז נוכל ליישב ג"כ מה שהקשו איך אמרינן (בב"מ כ') מצא שטר כתובה בשוק כו' מצא שובר בזמן שהאשה מודה יחזיר לבעל וליחוש דלמא כתבה ליתן בניסן ולא נתנה עד תשרי ואזלה זבנתה לכתובתה בטובת הנאה מניסן עד תשרי ומפיק ליה לשובר דכתיב בניסן ואתא למיטרף לקוחות שלא כדין אמר רבא ש"מ איתא לדשמואל דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול.

והקשו הראשונים ודילמא לותה מאחד בינתיים דמשועבד הבעל לה הוא מדר' נתן ואין יכולה למחול לו, ועתה יוציא השובר שכבר מחלה קודם הלואה, אכן לפי דברינו דבכתובה כל הימים שהיא תחתיו לא הוי רק דין עליו, לא שייך שהדין נעשה של המלוה שלוחה, בכה"ג יכולה למחול, ואולי יש לכיין לזה גם דעת הראשונים שאמרו דמשו"ה בכתובה לא שייך שעבודא דר' נתן משום דלא נתנה כתובה לגבות מחיים, והקשה הש"ך מה בכך הא הוי כלא הגיע הזמן דשייך שעבודא דר' נתן, אכן יוכל להיות דכונתם כדברינו דמחיים לא הוי חיוב רק דין, ובדין לא שייך שעבודא דר' נתן כמו שביארנו בארוכה גבי הענקה, דאיך נוכל לומר דזה נעשה של המלוה ורק יש דין דמחויב ליתן אבל לא שגוף הדבר נעשה של המלוה, משו"ה יכולה למחול כמו במכירת שטרות שאף

שיש דין על הלוח ליתן להלוקח מ"מ יכול למחול: ומיושב לפי זה ג"כ הקושיא שהקשה הרא"ש (בב"מ שם) וכן הוא בתוס' ב"ב דילמא ניחא לה טפי בהחזרת השובר ממה שתמחול דאי מחלה היתה צריכה לשלם כל מה שהכתובה שוה עכשיו כו' וכן הקשו גבי קריבתו דרב נחמן דזבינתה לכתובתה בטובת הנאה דאמר ליכא דניסוב לה עצהשתמחול, ומאי מהני מחילתה כיון דקיי"ל שהמוחל צריך לשלם כל שיווי החוב.

אכן לדברינו ניחא דהנה הרמב"ם כתב ובפ' ו' מהלכות מכירה הלכה י"ב) דקנין השטרות הוא מדרבנן משו"ה יכול למחול, והקשה הראב"ד לא מן השם הזה אלא מפני שהלוקח יכול לומר אני לא שעבדתי לך את עצמי. וביאר הקצוה"ח דכונת הראב"ד דמכירת שטרות הוי רק הרשאה מהמוכר להלוקח שיוכל לגבות בעדו, וביארנו בסוגיא דהמזיק שעבודו של חברו דמשו"ה לא פירש כן הרמב"ם דמכירת שטרות הוי רק הרשאה.

אבל אין להלוקח קנין כלל בשעבוד הנכסים אפי' מדרבנן, דא"כ אמאי אמרינן מאן דדאין דינא דגרמי מגבי בי' דמי שטרות. הא אף מאן דדאין דיני דגרמי מודה שהמבטל כיסו של חברו תטור, משום דלא הזיק לו ממון שלו רק מנע שלא ירויח ואם נימא דאין להלוקח קנין בשעבוד כלל, א"כ המוכר במחילתו לא הזיק לו דבר שלו, רק מנעו שלא יוכל לילך להרויח משו"ה הי' פטור מלשלם לפום כן פירש הרמב"ם שיש קנין להלוקח בשעבוד הנכסים מדרבנן.

ומשו"ה צריך לו לשלם שהזיק לו שעבוד הנכסים שלו היינו שע"י מחילתו נעשה השטר שלו נייר בעלמא והרי הוא כשורפו, נמצא דכתובה דאין לה כלל שעבוד מחיים א"כ הכתובה בעצמה ג"כ לא הוי שעבוד רק דין. נמצא דבמחילתה הוי' רק מונעת ומבטלת כיסו של חברו, ומשו"ה אם מחלה וסלקה עצמה מחיוב כתובה פטורה מלשלם הכתוב בכתובתה.

אבל בחוב אחר שהתם קנה שעבוד הנייר דבמחילתו הוי כשורף השטר צריך לשלם כל הכתוב בשטר: ואגב אמרתי לבאר דמה שהוכיחו בתוספות דמעמד שלשתן אין יכולה למחול וראי' מדאמרינן (בקדושין מ"ח) התקדשי לי בשטר חוב או שהי' לו מלוה ביד אחרים והרשה עליהן, ר"מ אומר מקודשת וחכמים אומרים אינה מקודשת ואמרינן דפליגי במלוה בשטר ובמלוה על פה, במלוה בשטר פלגי בדשמואל דאמר המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו מחול ופליגי אי סמכה דעתה.

ובמלוה ע"פ פליגי אי שייך במלוה ע"פ מעמד שלשתן, ואם נימא דאפילו במעמד שלשתן יכולה למחול, א"כ אפילו אית להו לרבנן דגם במלוה ע"פ יש מעמד שלשתן. ג"כ אינה מקודשת דלא סמכה דעתה, ולדידי נראה דלשטת הנך פוסקים דס"ל דבמוחל צריך לשלם כל החוב אין ראי' כלל, דלכאורה קשה איך יראה שמא ימחול הא יצטרך לשלם לה מדין מזיק, ועכצ"ל דכיון דרצונה להתקדש במלוה בשטר אם ימחול הא יהי' רק מלוה ע"פ שיוכל לטעון פרעתי, ובקדושין הא אמרינן קפידא.

דאף מכסף לזהב יש קפידא מכש"כ ממלוה בשטר למלוה ע"פ דאמרינן דאין כותבין השטר אלא מדעת הלוח שלא יחזירו ממלוה ע"פ למלוה בשטר, ומשו"ה אינה מקודשת במלוה בשטר דאם ימחול יהי' נאמן לומר פרעתי אבל בנתקדשה במלוה ע"פ הרי דלא

חששה פן יאמר פרעתי ואם כן מאי איכפת לה אף אם ימחול הא יצטרך לשלם לה מדין מזיק, ומה לה חוב ע"פ מאיש זה או מאיש אחר משו"ה אם הי' סברי רבנן דמעמד שלשתן איכא במלוה ע"פ היתה מקודשת, ואיצטריך לומר דסבירא להו לרבנן דמלוה על פה לא מהני מעמד שלשתן, אבל מחילה יכול להיות דמהני לכולי עלמא במעמד שלשתן ודו"ק: סימן לט סוגיא דעד נעשה דיין.

ויתבאר דין עד הרואה בד"נ ובד"מ. ודין ראה ביום בד"נ.

ועד נעשה דיין בקיום שטרות. אם הכונה שנעשה עד ודיין בב"א: דף צ ע"ב איבעיא להו מנה צורי תנן או מנה מדינה תנן ת"ש דההוא גברא דתקע ליה לחברי' אתא לקמי' דרבי יהודה נשיאה אמר ליה הא אנא הא רבי יוסי הגלילי הב ליה מנה צורי כו' מאי הא אנא הא רבי יוסי הגלילי אלימא הכי קאמר ליה הא אנא דחזיתך והא רבי יוסי הגלילי דאמר מנה צורי זיל הב ליה מנה צורי למימרא דעד נעשה דיין והתניא סנהדרין שראו אחד שהרג את הנפש מקצתן נעשו עדים ומקצתן נעשו דיינים דברי רבי טרפון ר"ע אומר כולן עדים הם ואין עד נעשה דיין עד כאן לא קאמר רבי טרפון אלא דמקצתן נעשו עדים ומקצתן נעשו דיינים אבל עד נעשה דיין לא קאמר כי תניא ההיא כגון שראו בלילה דלא למיעבד דינא נינהו איבעית אימא הכי קאמר ליה הא אנא דסבירא לי כרבי יוסי הגלילי דאמר מנה צורי והא סהדי דמסהדי כך זיל הב ליה מנה צורי.

והנה הרמב"ם כתב (בפ"ה מהלכות עדות הלכה ח') וז"ל כל עד שהעיד בדיני נפשות אינו מורה בדין זה הנהרג ולא ילמד עליו לא זכות ולא חובה ואם אמר יש לי ללמד עליו זכות משתקין אותו שנאמר ועד אחד לא יענה בנפש למות בין לזכות בין לחובה ומהו זה שנאמר למות כלומר עד שהעיד בנפש למות לא יענה דבר אלא יעיד וישתוק אבל בדיני ממונות יש לו ללמד עליו זכות או חובה אבל לא ימנה עם הדיינים ולא יעשה דיין שאין עד נעשה דיין אפילו בדיני ממונות עכ"ל הרמב"ם והקשה הלח"מ דנראה מדברי הרמב"ם כמו שפירש הכ"מ דלא שני ליה כלל בין דיני ממונות לדיני נפשות דכולהו עד המעיד אינו נעשה דיין אבל עד הרואה נעשה דיין והקשה דממ"נ אי פסק כהאיבעית אימא דב"ק הנ"ל דרבי טרפון אפילו בראוהו ביום ואעפ"כ בעי דוקא שיהי' מקצתם עדים ומקצתן דיינים א"כ גם בדיני ממונות בעי דוקא שיהי' מקצתם עדים ומקצתם דיינים ולא אמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי' וא"כ היאך כתב (בפ"ג מהלכות סנהדרין) שלשה שנכנסו לבקר את החולה אם ביום רצו כותבין רצו עושין דין הרי דסבירא ליה דאמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי' וביום אמרינן עד נעשה דיין ואם פסק כתירוץ הראשון אמאי לא הביא זה בדיני נפשות ג"כ דבראוהו ביום לא בעינן שיהי' מקצתן עדים ומקצתן דיינים עוד הקשה הלח"מ אמאי פסק הרמב"ם כרבי טרפון דעד הרואה יכול לדון בדיני נפשות ולא כרבי עקיבא דס"ל דפסול ומה שתירץ הכ"מ משום דאית ליה הלכה כרבי עקיבא מחבירו ולא מרבו ורבי טרפון רבו הוה אי אפשר לומר כן דמאן דאית ליה הכי פסק בההיא דהכותב (דף פ"ד) כרבי טרפון ואילו רבינו פסק (בפי"ד מהלכות מלוה) כרבי עקיבא הרי דלא ס"ל הלכה כרבי טרפון נגד רבי עקיבא.

עוד הקשה הלח"מ מההיא דפרק אלו הן הגולין (דף י"ב) דאמרינן התם דרוצח שיצא חוץ לתחום מצאו גואל הדם והרגו דרבי יוסי ורבי עקיבא אית להו דאינו נהרג עליו ורבי אליעזר אית ליה דנהרג עליו ודריש ליה מקרא דעד עמדו למשפט ואמרינן התם דרבי יוסי ורבי עקיבא דרשי ליה להאי קרא לההיא דרבי עקיבא דאמר סנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש שאין ממיתן אותו עד שיעמוד בבי"ד אחר.

ואם כן הרמב"ם דפסק (בפ"ה מהלכות רוצח נפש) כרבי יוסי ורבי עקיבא דרוצח שיצא לחוץ לתחום ובא גואל הדם והרגו אינו נהרג עליו וא"כ ע"כ קרא דעד עמדו למשפט דריש ליה לההיא דרבי עקיבא דאמר סנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש אין ממיתן אותו עד שיעמוד בבי"ד אחר ואמאי פסק דעד הרואה יכול להיות דיין בדיני נפשות אלה ת"ד הלח"מ משנה: ונראה לי לתרץ דהנה בחו"מ (סימן מ"ו הלכה כ"ה) כתב המחבר באו עדים והעידו שבשעה שנתקיים בפניהם לא הי' במעמד אחד אלא כל אחד קבל עדות בפני עצמו פסול ויש מי שמכשיר וכתב הש"ך (ס"ק ס"ג) להוכיח שלא כדברי המכשיר מהא דאמרינן לקמן (סעיף כ"ו) שלשה שישבו לקיים את השטר ובאו שני עדים וערערו על אחד מהם שהוא גזלן וכיוצא בו ובאו שני אחרים והעידו שחזר בתשובה אם עד שלא חתמו העידו שחזר הרי זה חותם עמהם שהרי שלשה היו ואם אחר שחתמו העידו שחזר בתשובה אינו חותם עמהם שהרי הוא כמו שאינו בעת חתימת השנים הרי דאמרינן דלאחר שחתמו אינו חותם עמהם.

אף שעתה הוא כשר כיון שכבר נתבטל צירופו הראשון אלמא בעינן שיתועדו כולם יחד. ובאמת דברי הש"ך תמוהים לפע"ד דאדרבה משם לכאורה מוכח כדברי המכשירין דלא בעינן שבשעה שנתקיים בפניהם היינו בשעה שהעידו בפניהם על החתימות יהיו מצורפין שלשה ביחד.

דאם נימא דבעינן שבשעה שמעידין לפניהם יהיו מצורפין שלשה ביחד א"כ מאי מהני שהעידו עליו עד שלא חתמו כיון דלדברי הרי"ף עד שלא העידו טליו שחזר בתשובה לא נעשה כשר להעיד. א"כ מאי מהני שבשעה שחתמו הי' כשר אבל הרי בשעה שהעידו לפניו הי' פסול.

וא"כ בשעה שהעידו לא הי' צירוף שלשה. ע"כ מוכח מכאן אדרבה כדברי המכשירין דסבירא להו דבשעה שמעידין לפניהם לא בעינן צירוף שלשה.

והא דאם העידו עליו שחזר בתשובה אחר שחתם פסול. נראה דהטעם דהנה הא דאמרינן דאין עד נעשה דיין פירש הרשב"א וכן הובא בתוס' בכמה מקומות משום קרא דועמדו שני האנשים פירוש דאמרה התורה שבי"ד יפסקו הדין ע"פ קבלת עדות שקבלו מהעדיות השנים שהעידו לפניהם נמצא דעד שמעיד אינו יכול בעצמו להיות דיין שהרי הוא בעצמו לא קבל עדות ואיך יהי' דיין אחרי שהוא לא קבל עדות.

ולפי"ז הא דאמרינן דבמילתא דרבנן כמו בקיום שטרות עד נעשה דיין אין הכוונה שהעדים בשעה שמעידים הוי עדים ודיינים ביחד. אלא הכוונה הוא כן דהנה אמרינן עד מפי עד פסול אבל עדות שנחקרה בבי"ד יכולין להעיד היינו כיון דהועד בפני בי"ד נעשה גמר דין על זה שהמעשה הי' כך וא"כ יוכלו להעיד בבירור שהמעשה הי' כן

משא"כ בעדות שלא נחקרה בבי"ד לא יוכלו להעיד שהמעשה הי' כן דמאין ידעו שהמעשה הי' כן כמו ששמעו מהעדים דדילמא לאו קושטא קאמרי.

דכל זמן שלא העידו בבי"ד לא נפסק הדין שהעדים אומרים אמת שבדאורייתא בלי קבלת עדות לא נפסק הדין עדיין אבל בדרבנן עד נעשה דיין פירוש בדרבנן לא בעינן קבלת עדות. נמצא כששנים מעידין לפני אחד שהחתימות הללו הם של העדים הרי השלישי יודע שהאמת שהחתימות הללו הם של העדים שהרי בדרבנן אף בלא קבלת עדות בפני בי"ד יוכלו להאמין להעדים.

דבדרבנן לא בעינן קבלת עדות ולא בעינן ועמדו שני האנשים. נמצא עתה אחר שהעידו השנים לפני אחד הרי עתה נעשו בי"ד שהרי יש כאן עתה שלשה יודעים שאמת היא שהחתימות הללו הם של העדים וא"כ נעשו עתה בי"ד אחר הגדה ויוכלו לפסוק שהחתימות הללו הם של העדים.

אחרי שהם עתה בי"ד היינו שלשה יודעים שהחתימות הם של העדים ויוכלו לפסוק ע"פ ידיעתם אף בלא קבלת העדות דבדרבנן לא בעינן קבלת עדות. אבל עכ"פ אחר העדאה בעינן שיהיו בי"ד וכן כתב הסמ"ע (בס"ק ס') בשם הב"י דאפילו לסברת היש מי שמכשיר דסבירא ליה דבשעה שמעידין לפניו לא בעינן שיהי' שלשה ביחד מ"מ צריכין להיות ביחד להודיע זה לזה ששלתן שלשתן יודעים שהוא חתימת ידי עדים היינו שבזה שנתקבצו שלשה ביחד שיוודעים שיש כאן חתימת עדים נעשו בי"ד ליפסוק גמר דין שהחתימות הללו הם של העדים וכשיחתמו אחרי כן על ההנפק יהי' חתימתם ראינו עדות שנחקרה בבי"ד.

היינו בי"ד דסגי בקיום שטרות במילי דרבנן שנעשו בי"ד בידיעה לבד בלא קבלת העדות. אבל אלו לא היו שלשה מצורפין יחד נהי שכל אחד בפני עצמו יודע כיון ששמע מפי אחרים או ידיעה אחרת כיון שלא הי' בי"ד על זה הרי עדותם שיעידו על ההנפק שיוודעים חתימת עדים לא יהי' ראינו עדות שנחקרה בבי"ד ועיקר קיום שטרות בעי בי"ד וא"כ שפיר אמרינן דשלשה שישבו לקיים השטר ובאו שנים וערערו על אחד מהן שהוא גזלן ובאו שנים אחרים והעידו שחזר בתשובה אחר שחתמו כבר השנים אין מעידין עליו וחותרם שהרי הרי"ף והר"ח סבירא להו דפירשו כן בגמרא דגזלן כל זמן שלא הועד עליו בבי"ד שחזר בתשובה אף שחזר בתשובה פסול הוא עדיין.

א"כ בשעה שהשנים חתמו לא הי' עדיין צירוף בי"ד יודעין שהחתימות הללו הם של העדים שהרי זה השלישי עדיין גזלן הי' וא"כ לא היו רק שנים וא"כ לא הוי חתימתם חתימת בי"ד ולא הוי ראינו עדות שנחקרה עדותן בבי"ד דכיון דלא היו שלשה כשרים ביחד שיוודעים שחתמות הללו הם של העדים לא הוי בי"ד.

אבל אם קודם שחתמו העידו עליו שחזר בתשובה אף שבשעה שהועד לפניו הי' פסול עכ"פ אפילו בשעה שהי' פסול הרי שמע שהחתימה הי' של העדים דאטו מפני שהוא פסול אין ידיעתו ידיעה שהחתימות הללו הם של העדים נמצא דתיכף כשהועד עליו שחזר בתשובה הרי עתה כשר הוא. וא"כ יש כאן עתה שלשה עדים יודעים חתימת

העדים ונעשו עתה בי"ד ומה שלא היו בי"ד בשעה שהועד לפניהם לא איכפת לן שהרי דרבנן עד נעשה דיין פירוש שנעשה בי"ד אף בלא קבלת עדות.

וא"כ אדרבה מוכח מהכא כדברי המכשירין דלא בעינן שבשעה שהעידו לפניהם יהיו שלשה ביחד דאילו כדברי היש פוסלין הי' ליה להגמרא למימר דעד שלא העידו בפניהם מעידין עליו וחותרם משהעידו לפניהם אין מעידין עליו וחותרם ומדקתני עד שלא חתמו ע"כ דלא בעינן שבשעה שהעידו לפניהם יהיו שלשה ביחד.

ובזה יש לפרש דברי השלטי גבורים (פ"ב דכתובות שהביא הש"ך שם בס"ק נ"ח) שכתב ז"ל ואני אומר שאף לאחר שכתבו וחתמו מעידין בפני ג' וחותרם עמהם כב"ה כך היא שיטת ר"ח ז"ל וכן יכולין הדיינין לכתוב הקיום ולחתום בו אפילו עד שלא יעידו בפניהם ובלבד שלא יוציאו מתחת ידם עד שיעידו בפניהם כמבואר בקונטרס הראיות עכ"ל וכתב על זה הש"ך ז"ל ומה שכתב בסוף דבריו נכון הוא כיון דקיימא לן דלמיחזי כשקרא לא חיישינן והיו במותב תלתא בשעת החתימה אבל מה שכתב בתחלה ואני אומר לא נהירא לי שהוא כנגד כל הפוסקים ומשמעות הש"ס עכ"ד.

והנה מה שכתב הש"ך להסכים לסוף דברי השלטי גבורים דיכולים לכתוב הקיום ולחתום בו אף עד שלא יעידו בפניהם מטעם שהיו במותב תלתא בשעת החתימה לא אבין מאי קאמר מאי מועיל מותב בי תלתא דלא ידעי כלום אטו עיקר הדבר הישיבה שישבו שלשה ביחד כיון שבעת שחתמו על השטר הא לא ידעו אם החתימות הם באמת של החתומים.

והש"ך הא ס"ל דפסול כה"ג א"כ מאי מועיל שהיו שלשה ביחד הרי כל השלשה לא ידעו. אכן לדברינו פשוטים דברי השלטי גבורים בין בראשם בין בסופם בין לגבי שאף לאחר שכתבו וחתמו מעידין בפני ג' וחותרם עמהן בין לענין מה שכתב שיכולין השלשה לחתום אפילו עד שיעידו בפניהן ובלבד שלא יצא מתחת ידן.

והוא דכפי מה שבארנו גבי קיום שטרות דהוי דרבנן אין צריך קבלת עדות ועיקר בעינן רק שבעת החתימה יהיו כבר שלשה מצורפים יחד שידעו שהחתימות הם של אלה האנשים החתומים משום שבעינן שהגדתם יהי' ראינו עדות שנחקרה בב"ד ואם לא היו שלשה ביחד הרי הגדתם לא הוי חתימת ב"ד והוי רק כעד מפני עד והש"ג ס"ל כהרי"ף בפרק שלישי דיבמות דכל זמן שלא יצא השטר מתחת ידי העדים לא הוי הגדה ואימתי נעשה הגדתם בשעה שמוציאין השטר מתחת ידם זהו הגדתם.

וא"כ שפיר קאמר הש"ג דיכולים ג' לכתוב אף שלא ידעו ומכש"כ ב' היודעים והשלישי אינו יודע ורק שלא יוציאו השטר מתחת ידם א"כ לא הוי עדיין הגדה ואח"כ יועד לפניהם שאלו החתימות הם של העדים או השנים היודעים יעידו לפני השלישי וא"כ עתה אחרי שהעידו כבר הרי נעשה עתה בי"ד יודעים שהחתימות הם של העדים וכשמוציאין עתה השטר מתחת ידם שזהו הגדתם לדברי הרי"ף הרי הוי עתה עדותם ראינו עדות שנחקרה בב"ד דעדותם היינו מה שמוציאין השטר מתחת ידם בכשרות היא אחרי שכבר הועד לפניהם שהחתימות הם של העדים: והנה הא דמועיל ראוהו ביום שיהי' עד נעשה דיין ג"כ אין הכונה שכשראוהו ביום כיון שיכולין אז להיות דיינים נעשו

דיינים ועדים ביחד אלא הכונה דאימתי אמרה התורה שלא יפסקו ב"ד הדין רק ע"פ קבלת עדות מקרא דועמדו שני האנשים לפני ה' דמזה ילפינן דאין עד נעשה דין היינו דוקא היכא שאין יכולין לפסוק אלא ע"פ עדות אז אין פוסקין אלא ע"פ קבלת עדות אבל בראוהו ביום אין צריכין כלל לפסוק ע"פ עדים דיכולין לפסוק ע"פ הראי' מטעם לא תהא שמיעה גדולה מראי' דאם יכולין לפסוק ע"פ שמיעה מכש"כ ע"פ ראי' יכולין לפסוק וא"כ נעשו בשעת מעשה ב"ד בלא עדים.

וכל זה אינו מועיל אלא בדיני ממונות דהתם לא בעינן סהדי אלא לשקרי היינו לידע אם המעשה היא אמת שהרי בממון הודאת בע"ד כמאה עדים א"כ הא דאמר רחמנא ע"פ שנים עדים יקום דבר היינו דבלא עדים לא ידעו ב"ד איך לפסוק א"כ היכא דראו יכולין לפסוק ע"פ ראי' כיון שראוהו ביום יכולין להיות ב"ד בשעת מעשה.

אבל בדי"נ הא דבעינן עדים היינו משום שאם המעשה הי' בלא עדים לא חל כלל חיוב המיתה או המלקות שהרי התם לא מהני הודאת הבע"ד וא"כ נוכל לפרש הא דאמר רחמנא ע"פ שנים עדים יקום דבר כפשוטו היינו דבלא עדים לא קם חיובא כמו דגבי קידושין בלא עדים לא חלו הקידושין כלל אף ששניהם מודים: ובזה ישבתי קושית התוס' בשבועות (דף ל"ד ע"א) ד"ה דאי אית ליה דאמרינן שם מנין שאין הכתוב מדבר אלא בתביעת ממון ר"י הגלילי אומר הרי הוא אומר והוא עד או ראה או ידע בעדות המתקימת בראי' בלי ידיעה ובידיעה בלא ראי' הכתוב מדבר אמר ליה רב פפא לאביי לימא רבי יוסי הגלילי לית ליה דרבי אחא דתניא רבי אחא אומר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו בידוע שזה הרגו דאי אית ליה דרבי אחא בדיני נפשות נמי משכחת לה כרבי שמעון בן שטח דתניא אמר רבי שמעון בן שטח אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתי אחריו ומצאתי סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר אמרתי לו רשע מי הרגו לזה או אני או אתה אבל מה אעשה שאין דמך מסור בידי שהרי אמרה תורה ע"פ שנים עדים או שלשה עדים יומת והקשה בתוס' ד"ה דאי ז"ל משמע הכא דרבי אחא אית ליה אומדנא בדיני נפשות ותימא דבפרק אחד דיני ממונות (דף ל"ז) גבי כיצד מאיימין בדיני נפשות שמא תאמרו מאומד ראי' ודייק בגמרא הא בדיני ממונות אמדינן כמאן כרבי אחא משמע דלא איירי רבי אחא בדיני נפשות עכ"ל התוס'.

ונראה לי דהנה אמרינן במכות (דף ו' ע"ב) אמר רב נחמן עדות מיוחדת כשרה בדיני ממונות דכתיב לא יומת ע"פ עד אחד בדיני נפשות הוא דאין כשרה אבל בדיני ממונות כשרה והקשו שם בתוס' בד"ה בדיני נפשות וז"ל הקשה רבינו אברהם מאורליינש דהא קרובים נפקא לן דפסולין מלא יומתו אבות על בנים ודיני ממונות גמרינן מיני' דכתיב משפט אחד יהי לכם א"כ הכא נמי נילף ממונות מנפשות להך מילתא דעדות מיוחדת עכ"ל התוס' ונראה לי לתרץ דלא קשה דהא דבעינן בדיני ממונות לא בעינן רק שהבי"ד ידעו המעשה אבל המעשה עצמה נגמרת אף בלא עדים כדילפינן מכי הוא זה דהודאת בעל דין כמאה עדים אף דהמעשה היתה בלא עדים אעפי"כ מחויב.

א"כ בעינן רק שיעידו עדים בב"ד וא"כ מאי איכפת לן שבשעת הראי' הי' עדות מיוחדת עכ"פ עתה בבי"ד הרי נצטרף עדותם אבל בדיני נפשות דהתם בעינן עדים בשעת מעשה

היינו דאם נעשה המעשה בלא עדים אף אם ברור לנו שכן הי' הדבר אעפ"כ לא נעשה החיוב כמו גבי קידושין שאע"פ ששניהם יודעים שקדשה מ"מ בלא עדים לא מהני ואינו כלום א"כ מאי מהני עדות מיוחדת שבב"ד יצטרפו מ"מ בשעת המעשה הי' בלא עדים וא"כ לא דמי דיני נפשות לדיני ממונות דבדיני ממונות לא אברי סהדי אלא לשקרי לגלויי מילתא.

אבל בפסול קרובים אין טעם הפסול רק מפני שהיו פסולים בשעת הראי' שהרי גם בשעת הגדה פסולים הם א"כ ילפינן שפיר כמו שפסלה התורה קרובים לגבי דיני נפשות הכי נמי פסולין לדיני ממונות דלזה כתיב משפט אחד יהי' לכם דלגבי הגדה אין חילוק בין דיני נפשות לדיני ממונות: והנה לפי"ז הא דאמרינן שמאיימין על העדים בדיני נפשות ואומרים להם שמא מאומד ראיתם ופירש בברייתא כיצד מאומד אומר להם שמא כך ראיתם שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר אם כך ראיתם לא ראיתם כלום.

וע"ז אמרינן בדיני נפשות הוא דלא אמדינן הא בדיני ממונות אמדינן כמאן כרבי אחא אין הכוונה דבדיני נפשות לא אזלינן בתר אומדנא ובדיני ממונות אזלינן בתר אומדנא דודאי בזה הוה אמרינן משפט אחד יהי' לכם. אלא הטעם הוא דכיון דבדיני נפשות אם לא היו עדים בשעת מעשה לא נתחייב מיתה ובעינן עדים לקיום החיוב כמו גבי קידושין אם כן אינו מועיל אומדנא שראו אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ורצו אחריו ומצאו סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר שהרי אימתי נולד האומדנא שהוא ההורג הרי נולד לאחר מעשה ההריגה נמצא דמעשה ההריגה היתה בלא עדים א"כ אף שברור לנו שודאי הרגו דאזלינן בתר אומדנא אבל כיון שהמעשה היתה בלא עדים אין עליו כלל חיוב מיתה שהרי לא נתחייב מיתה בלא עדים בשעת מעשה.

אבל בממון דלא בעינן סהדי אלא לגלויי מילתא כיון דאזלינן בתר אומדנא א"כ יש הוכחה שזה השור או הגמל הרג משו"ה מחויב שהרי לא בעינן שיהיו עדים בשעת מעשה רק לגלויי מילתא בעינן סהדי וכיון דאזלינן בתר אומדנא הרי יש לנו גילוי מילתא דזה השור הרג. נמצא דלא קשה מאי דבגמ' שבועות הנ"ל קאמר נימא דלא כרבי אחא דאי כרבי אחא בדיני נפשות נמי משכחת לה ומייתי שם הא מעשה גופא דראו אחד שרץ אחר חבירו לחורבה דמשמע דבדיני נפשות נמי אזלינן בתר אומדנא דניחזי אנן איך רצו לומר שבדיני נפשות נמי יתחייבו עדים קרבן שבועה הא בעינן דוקא שהתובע ישביע כדילפינן (בדף ל"ה) מאם לו לא יגיד דוקא אם לתובע לא יגיד מחויב קרבן שבועה אבל לאחר לא וא"כ מאי שייך גבי דיני נפשות תובע וע"כ צריך לומר דגואל הדם מקרי תובע דרצה לומר דמיירי קרא היכא שגואל הדם השביען שיעידו לו שפלוגי הרג את קרובו וא"כ ע"כ מיירי בתביעת גואל הדם.

והנה הרמב"ם כתב (בפ"ו מהלכות רוצח ושמירת נפש הלכה ה') ז"ל וכן כל הרצחנין שהרגו בעד אחד או בלא התראה וכיוצא בהן אם הרגן גואל הדם אין להם דמים וכתב הכ"מ דכונת הרמב"ם שכתב בעד אחד הכונה בעדות מיוחדת הרי דס"ל להרמב"ם דהא דעדות מיוחדת פסול בדיני נפשות אין הפסול אלא שבי"ד לא יוכלו להרוג ע"פ עדות מיוחדת אבל לענין זה שגואל הדם שהרג לא יהי' לו דמים גם עדות מיוחדת מועיל.

והנה כפי שבארנו למעלה דפסול של עדות מיוחדת בדיני נפשות הוא משום דבעינן עדות בשעת מעשה ע"כ דלגבי גואל הדם לא בעינן עדים בשעת מעשה ובעינן רק לידע הדבר אם הרג דאם גם גבי גואל הדם הי' הדין שאם לא היו עדים בשעת מעשה לא יכול להרגו א"כ אמאי מועיל עדות מיוחדת הא לא הי' עדים בשעת מעשה ע"כ גבי גואל הדם לא בעינן עדים אלא לגלויי מילתא א"כ שפיר פריך בגמרא שם נימא רבי יוסי הגלילי לית ליה דרבי אחא דאזל בתר אומדנא דאי אית ליה דרבי אחא דאזל בתר אומדנא א"כ מאי קאמר דקרא דוהוא עד או ראה או ידע מיירי דוקא בתביעת ממון ואין עדים מחויבין להביא קרבן שבועה אלא בתביעת ממון הא בתביעת דיני נפשות נמי משכחת לה ידיעה בלא ראי' שאם תבעם גואל הדם בואו והעידו שראיתם שפלונן רץ אחר קרובי לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר, ועי"ז היינו ע"י עדות כזה אוכל להורגו כדין גואל הדם דלא בעי עדים בשעת מעשה אלא לגלויי מילתא וכיון דאזלינן בתר אומדנא א"כ כשתעידו אוכל להורגו, נהי דלבי"ד לא אוכל להביאושבי"ד יגמרו דינו למיתה שהרי האומדנא נולד אחר ההריגה ובשעת ההריגה לא הי' עדים אבל לענין דינא דגואל הדם יוכל להורגו הא לא בעינן עדים בשעת מעשה א"כ אי נימא דאזיל בתר אומדנא יכול להיות דמיירי קרא גם בדיני נפשות: נמצא לפי זה מיושב שפיר דמביא הרמב"ם דבדיני ממונות מועיל ראוהו ביום שיהי' העדים דיינים ואלו לגבי דיני נפשות פסק כהאיבעית אימא דב"ק דאפילו ראוהו ביום אינו מועיל בדיני קנסות או בדיני נפשות דגבי ממון לא בעינן עדים אלא שבי"ד ידעו הדבר וא"כ אמרינן שפיר לא תהא שמיעה גדולה מראי' היינו כיון שיכולין לפסוק ע"פ קבלת העדות ע"פ ראי' בודאי יכולין לפסוק ואף שנמצא שנעשו דיינים ולא עדים לא איכפת לן שהרי בדיני ממונות לא בעינן עדים היכא שיודעים הדבר וקבלת עדות בעינן רק לידע הדבר ובשעת מעשה נגמר הדבר אף בלא עדים אבל בדיני נפשות הא בעינן עדים בשעת מעשה ובלא עדים לא נגמר החיוב אף אם ידעו הדבר בבירור נמצא דלא נוכל לומר שיפסקו ע"פ הראי' בראוהו ביום ויהיו דיינים ולא עדים שא"כ יהי' הדבר בלא עדים ובלי עדים היכא דלא אמרינן הודאת בעל דין כמאה עדים כגון בקנסות ובמלקות ובדיני נפשות לא נעשה ונגמר החיוב וא"כ נצטרך למימר שיהיו עדים ודיינים ביחד וזה לא אמרינן דכל היכא דבעינן עדים בעינן דוקא קבלת עדות.

ומשו"ה בהנך בדיני נפשות ומלקות וקנסות אף בראוהו ביום אין עד נעשה דיינין: ובזה יש לסתור מה שהביא הרשב"א ראי' דבקיום יכולין להיות עדי הקיום קרובין לדיינין והוכיח זה מדאמרינן דעד נעשה דיינין בקיום אף שהוא קרוב לגבי עצמו ועוד הביא הרשב"א דבקיום יכול להיות קרוב עד או דיינין מהא דאמרינן בגיטין (דף ה') דמשו"ה צריך ליתן השליח את הגט להאשה בפני שלשה אף דהשליח גופא יכול להיות מהשלשה וא"כ תסגי בפני שנים והשליח גופא יהי' השלישי ואמרינן שם בגמ' דזימנין דמייתי לה אשה וסמכה עלה והוכיח הרשב"א מדלא קאמר זימנין דמייתי קרוב ש"מ שאם הביא קרוב אין צריך ליתן בפני שלשה דקרוב בעצמו כשר לקיום.

והנה מאי דמייתי ראי' מגיטין יש לומר דלא דמי דשם בשעה שאומר בפני נכתב אז עדיין אינו נוגע כלל להקרוב שהרי עדותו רק שהגט הוא גט כשר אבל לא נתגרשה עדיין רק שיהי' נפקא מינה אח"כ והוי דומיא הא דאמרינן לא יקום עד אחד באיש דעד

אחד אין יכול להעיד להלקות אדם אבל להעיד שהדבר הוא דבר איסור כתב הרמב"ם
דהאיסור עצמו בעד אחד יוחזק.

ואם בא עד אחד ואמר חתיכה זו חלב היא ואכל אח"כ אחד לוקה ע"פ העד הרי דאף
שעדותו מועיל למלקות אעפ"כ נאמן העד כיון שבשעה העיד לא הי' נוגע עדיין למלקות
א"כ ה"נ מה שמעיד העד בפ"נ ומה שב"ד פוסקים שגט כשר הוא לע"ע אין עדותם
ופסק ב"ד על הקרוב (ובפרט אחרי דפסול קרוב אינו מחשש משקר רק שפסלתו התורה
א"כ לא פסלתו התורה רק היכא דעדו או דינו הוי בשעת מעשה על קרוב אבל לא
היכא שאח"כ יולד מזה נגיעה לקרוב).

ומשו"ה כשר קרוב להביא הגט אבל אם ב"ד של הקיום המה קרובים פסולים שהרי
הקיום של השטר הוא לדין אם מגיע ממנו כסף דבקיום כבר לזה הכסף נמצא דעתה
בשעת עדותו כבר נוגע הדבר להקרוב בכה"ג פסולים וא"כ יוכל להיות דגם אם הדיינים
קרובים להעדים ג"כ פסולין שאין אדם נעשה דין על עצמו או על קרובו.

והא דעד נעשה דין ביארנו דאין הכונה שנעשו דיינים ועדים בב"א אלא הכונה
שפוסקים הדין בלא קבלת עדות רק כיון ששמעו מעדים כשרים יכולין לפסוק הדין ע"פ
ידיעתם ולא בעי קבלת עדות אבל הכא דהפסול בהידיעה שהרי בשעת שמיעה הוי מפי
קרוב נוכל לומר דפסול היינו דמדין עד נעשה דין אין ראי' לדין הרשב"א: והנה התוס'
בד"ה כגון שראוהו בלילה הקשו דבמכות אמרינן טעמא דר"ע דסנהדרין שראו באחד
שהרג את הנפש כולן נעשים עדים ואין עד נעשה דין דילפינן מקרא דעד עמדו לפני
העדה למשפט עד שיעמוד בב"ד ואילו בר"ה (דף כ"ו) מפרש טעמא משום דכתיב ושפטו
העדה והצילו העדה וכיון דחזו לי' דקטלי' לא חזו ליה זכותא.

ונ"ל דהנה בסנהדרין אמרינן דעדים אינם יכולין ללמד לא זכות ולא חובה דילפינן מעד
לא יענה בנפש היינו שהעד לא יענה כלום אלא ישתוק והנה ר"ע ס"ל דשלשה עדים
שנמצא אחד מהן קרוב או פסול בטלה כל העדות ור' יוסי אליבא דרבי עקיבא ס"ל דאף
אם לא נתכוננו להעיד ג"כ בטלה העדות.

דהא דאמרינן במכות אמרינן למחזי אתיתו או לאסהודי אתיתו היינו דאם לא כוון בשעת
מעשה להעיד לא בטלה העדות היינו דוקא אליבא דרבי דס"ל דוקא אימתי שהתרו בהן
אבל לרבי יוסי אליבא דר"ע אף אם לא נתכוננו להעיד ג"כ בטלה העדות ע"כ דבראי'
בעלמא אף אם לא נתכוין מקרי עד וא"כ כשאמרה התורה עד לא יענה בנפש א"כ אסור
לעד הרואה ללמד זכות או חובה מפני גזיה"כ דעד לא יענה בנפש.

אלא אף דאין יכול ללמד זכות וחובה. לפסוק הדין יכול דיש שני דברים משא ומתן
ופסק הדין שהרי המלמד זכות אינו יכול ללמוד חובה אבל לפסוק לחובה יכול וא"כ הוי
אמינא דעד הרואה יוכל להיות בי"ד אף שלא יוכל להיות מן הנושאים ונותנים אבל
לפסוק הדין יכול וכמו תלמיד דאין יכול ללמד חובה ואעפ"כ יכול להיות בפסק הדין
ע"ז קאמר כיון דחזינהו דקטל תו לא מצי חזי ליה זכותא.

פירוש אין הכונה כיון שראו שהרג לא יניח להם לבם ללמד זכות אלא הכונה הוא כן
כיון דחזינהו דקטל הרי כבר נעשו עדים אליבא דרבי יוסי ורבי עקיבא וא"כ לא מצו

ע"פ דין לחזי זכות שהרי אמרה תורה עד לא יענה בנפש היינו שעד אין יכול ללמד זכות וממילא פסול אף להיות דיין לפסוק הדין שהרי אמרה תורה ושפטו העדה והצילו העדה היינו דאין כשר אלא דיין שיכול ללמד זכות אבל לא דיין כזה שפסול למשא ומתן ללמד זכות אלא דנוכל לומר דאימתי אמרה התורה דיני המשא ומתן ודיני דבעי עדים בשעת מעשה היינו דוקא היכא שלא היו יכולין לפסוק ב"ד הדין אלא ע"פ קבלת עדות אבל היכא שב"ד בעצמם ראו המעשה דילמא יכולין לפסוק ע"פ הראי' לבד ובכה"ג לא בעי משא ומתן ע"ז אמר עד עמדו לפני העדה למשפט היינו דבלא משפט אין יכולין להרגו וא"כ בעי משפט ככל משפט דיני נפשות וא"כ בעי משא ומתן וממילא עד הרואה פסול שהרי כיון דחזויהו דקטל נקרא כבר עד ותו לא מצי ע"פ דין לחזות זכות והתורה אמרה ושפטו העדה והצילו העדה היינו דאין כשר אלא דיין כזה שיכול ללמד זכות: והנה לדידן דפסקינן כרבי דלא בטלה העדות אלא בנתכוין להעיד א"כ עד הרואה בודאי דכשר לדיני נפשות שהרי לדידן עד הרואה אינו עד אולם היכא דנתכוין להעיד דמקרי עד לכאורה יפסל.

אך הרמב"ם כתב (בפ"ה מהלכות עדות) דעד שהעיד בדיני נפשות אין מורה בדין זה הנהרג ולא ילמד עליו לא זכות ולא חובה ואם אמר יש לי ללמד עליו זכות משתקין אותו שנאמר ועד אחד לא יענה בנפש למות בין לזכות בין לחובה ומהו זה שנאמר למות כלומר עד שהעיד בנפש למות לא יענה דבר אלא יעיד וישתוק הרי דס"ל דקרא דלא יענה זכות היינו דוקא היכא שהעיד בנפש למות אבל כל זמן שלא העיד בב"ד יוכל ללמד זכות או חובה ככל אדם אף שנתכוין דהוי עד דלא אמרה התורה רק עד שהעיד בנפש למות לא יענה והטעם הוא דבגמ' שם סנהדרין (דף ל"ד) אמר ריש לקיש טעמא משום דמיחזי כנוגע בעדותו הרי דמוקמינן קרא דוקא בהעיד דאילו לא העיד הרי לא שייך מיחזי כנוגע בעדותו דנוגע לא שייך אלא בהעיד וע"כ דריש לקיש וסתמא דגמ' לא מפרשי כמו שר"ע דורש שהוא מפרש דעד לא יענה אף שלא העיד אבל לדידן דרשינן עד שהעיד בנפש למות לא יענה א"כ לדידן עד אפילו נתכוין להעיד כשר לדיני נפשות ורק בהעידאז פסול שהרי הוא לא קבל עדות אבל בקבל עדות שאינו דן ע"פ עדותו עד נעשה דיין: א"כ מיושבים בזה שני הקושיות שהקשה הלח"מ חזא דאמאי לא פסק הרמב"ם כרבי עקיבא לגבי ר' טרפון כמו שפסק כר"ע לגבי ר' טרפון גבי היו עליו כתובת אשה ובע"ח והניח פקדון ביד אחרים ועוד כיון שהרמב"ם פסק דרוצח שיצא חוץ לעיר מקלטו והרגו גואל הדם אין נהרג עליו וא"כ קרא דעד עמדו לפני העדה למשפט ע"כ דריש לסנהדרין שראו באחד שהרג את הנפש דאין ממיתין אותו עד שיעמוד בב"ד אחר.

אכן לפי דברינו מיושבים שני הקושיות שהרי ביארנו דהא דיליף ר"ע מקרא דעד עמדו היינו שלא נימא דלא בעי משפט ומשא ומתן כשראו בי"ד וטעמא דסנהדרין הרואין דאין יכולין להיות בעצמם דיינין היינו משום דהוא דריש דעד לא יענה. היינו אפילו הרואה דלדידי' עד הרואה מקרי עד ואינו יכול מן הדין ללמד זכות אבל הרמב"ם בזה הדין דאפילו ראוהו סנהדרין בעי דוקא משפט משא ומתן דזה ילפינן מעד עמדו פסק כותי' דרבי יוסי ורבי עקיבא אבל בדין דעד הרואה אין יכול ללמד זכות פסק דלא כותי' אלא כר' טרפון דדוקא עד שהעיד אין יכול ללמד זכות משום דמיחזי כנוגע בעדות (היינו

דמזה הטעם סברי דסברא יותר לומר דאף זכות אין יכול ללמד עד המעיד) אבל עד שראה ולא העיד אף בנתכזבין יכול ללמד זכות וממילא כשר לדון בדין זה דמפרשינן קרא עד שהעיד בנפש למות לא יענה דוקא העיד הרי דפסקינן בזה כר' טרפון ולא כרבי עקיבא (והא דאמרינן בסנהדרין האי למות מאי דרשי לאחד מן התלמידים היינו דאילו לגבי עדים עצמם הוי ילפינן מלא יענה בנפש דעד שהעיד בנפש.

ואייתר למות לאחד מן התלמידים אבל כיון דילפינן מזה גם לעדים משו"ה פריש הרמב"ם פירוש הכתוב אף בעדים ותרתו שמע מינה ודו"ק): סימן מ סוגיא דבע"ח גובה השבח. ויחקור בחיוב אחריות אי הוי על הדמים שנתן או על טריפת הקרקע ודין למי שייך השבח שהשביח השדה באפותקי סתם ובאפותקי מפורש.

וחילוק בין שבח מחמת עצמו להשביח: דף צה אמר ליה רבינא לרב אשי מי אמר שמואל בעל חוב ללוקח יהיב ליה שבח והאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח א"ל לא קשיא כאן בשבח המגיע לכתפים וכאן בשבח שאין מגיע לכתפים אמר ליה והא מעשים בכל יום וקא מגבי שמואל שבח המגיע לכתפים אמר ליה לא קשיא הא דמסיק ביה כשיעור ארעא ושבחא הכא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא אמר ליה הניחא למאן דאמר אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסלק ליה לבעל חוב שפיר אלא למאן דאמר אי אית ליה זוזי מצי מסלק ליה לימא אילו הווי לי זוזי הווי מסלקנא לך מכולי ארעא השתא הב לי גרויא דארעא שיעור שבחא.

אמר ליה הכא במאי עסקינן כגון דשוי' נהילי' אפותקי דאמר ליה לא יהא לך פרעון אלא מזו. והנה הרמב"ם פסק (בפרק כ"א מהלכות מלוה ולוה הלכה י') ז"ל היתה השדה אפותקי בעל חוב גובה את כולה ורואין חצי השבח הנשאר ללוקח (פירוש שהרמב"ם פסק בעל חוב גובה רק חצי השבח משום דהשבח הוי דאקני.

וקיימא לן בב"ב (דף קנ"ז) לוח וכתב דאקני ולוח וכתב דאקני. וקנה אחר כך נכסים חולקים) אם ה' חצי השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מבעל חוב שהרי אומר לו בע"ח שדי הוא שהשביחה והנשאר לו מן השבח נוטל מן המוכר.

ואם ה' חצי השבח פחות מן ההוצאה אין לו מן הטורף אלא דמי חצי השבח וחוזר וגובה מן המוכר חצי השבח שנטרף בלבד עכ"ל הרמב"ם, והקשה הלח"מ דבגמרא מחלק בין מסיק בי' שיעור ארעא ושבחא ללא מסיק בי' אלא שיעור ארעא לבד ורבינו אינו מחלק בכך והדינים האמורים בהלכות הם מוכרחין בגמ'.

והרמב"ם שם מיירי היכא דמסיק ביה כשיעור ארעא ושבחא. והי' לו לפרש דהיכא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא נותן ללוקח ההוצאה: ונראה לי לתרץ דהנה הקשו עוד על דברי הרמב"ם אלו הראב"ד והמ"מ דכיון דכתב הרמב"ם שם (בהלכה א') ז"ל הורו חכמים גדולים ואמרו לא יהא הלוקח רע כחו מהיורד לשדה חבירו שלא ברשות ששמין לו וידו על התחתונה לפיכך אם השביח מאה והוציא חמשים נוטל כל ההוצאה וחצי השבח היתר על ההוצאה.

ודברים של טעם הם וכך ראוי לדון עכ"ל הרמב"ם. הרי דסבירא ליה להרמב"ם דנוטל הוצאה והמותר על ההוצאה חולקין א"כ איך כתב כאן באפותקי (בהלכה י') דרואין חצי השבח הנשאר ללוקח אם יהי יתר על ההוצאה כו'.

הא הוצאה נוטל קודם חצי השבח. היינו שנוטל כל ההוצאה ואחר כך חולקין השבח. וכתב על זה המ"מ שאי אפשר בלא ט"ס. עוד הקשו על הרמב"ם היינו על דברי החכמים גדולים שכתב הרמב"ם בשמם שבעל חוב נותן ההוצאה ללוקח ואח"כ גובה חצי השבח מהיתר על ההוצאה.

שהרי אמרינן בב"מ (דף ט"ו) אמר שמואל בעל חוב גובה את השבח כו' תניא אידך המוכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה כשהוא גובה אם השבח יותר על ההוצאה נוטל את השבח מבעל הקרקע והיציאה מבעל חוב ואם היציאה יתירה על השבח אין לו אלא הוצאה שיעור שבח מבעל חוב. והא שמואל במאי מוקי לה כו' אי בבע"ח קשיא רישא וסיפא דאמר שמואל בעל חוב גובה את השבח.

ופירש"י דקתני בע"ח נותן את היציאה ולשמואל בע"ח גובה את השבח ואינו נותן כלום. הרי דהא דאמרינן בעל חוב גובה את השבח.

פירוש אינו נותן כלום את ההוצאה. אך האלפסי כתב על זה בשמם דלא פסקינן כשמואל משום דשנויא דשנינן שינויא דחיקא נינהו.

אך באמת קשה דמנא לן דשמואל לא סבר גובה השבח ונותן ההוצאה דילמא מאי דקאמר גובה השבח היינו היתר על ההוצאה, ואם נימא כיון דקאמר סתמא גובה את השבח משמע דאין מנכה ההוצאה. א"כ תקשה לדידן דפסקינן סתמא בב"ב (קנ"ז) הילכתא גובה חצי שבח.

נימא דמשמע גובה חצי שבח ואין מנכה ההוצאה. וע"כ צ"ל דהכונה חצי השבח אחר ניכוי ההוצאה א"כ דילמא שמואל ג"כ סבר הכי: ע"כ נראה לי לומר דהנה בב"ב (דף קנ"ז) איבעיא לן אם דאקני משתעביד או לא ופשיט לה מהא לשבח קרקעות כיצד הרי שמכר שדה לחבירו והשביחה ובא בעל חוב וטרפה כו'.

ואי סלקא דעתך דאקני קנה והוריש לא משתעבד בעל חוב אמאי גובה שבחא כו'. ולכאורה קשה איך מוכיח מהא דבע"ח גובה שבחא ע"כ דאקני משתעבד.

הא טעמא דבעל חוב גובה שבחא אמרינן בב"מ (דף ט"ו) אמר רבא תדע שכך כותב ליה מוכר ללוקח אנא איקום ואשפי ואדכי ואמריק זביני אילין אינון ועמליהון ושכחיהין ואיקום קדמך וצבי זבינא דנן וקבל עלוהי אמר לו רבי חייא בר אבין לרבא אלא מעתה מתנה דלא כתיב ליה הכי ה"נ דלא טריף שבחא אמר לו אין וכי יפה כח מתנה ממכר א"ל אין יפה ויפה.

הרי דהא דגובין השבח אינו מעיקר הדין שאילו הי' מעיקר הדין אמאי במתנה אין טורף הבעל חוב מאי איכפת ליה שלא יהי' למקבל מתנה ממה לגבות השבח. וכי בשביל זה יפסיד הוא אם נימא דמעיקר הדין גובין השבח ע"כ דמדינא לא הי' לבעל חוב לטרוף השבח שהשבח של לוקח או של מקבל מתנה הוא.

ורק מטעם שכן כתב לו מוכר ללוקח והלוקח נתרצה לזה. והרשה את המוכר שהוא ישלם את חובו בשבחי דידי'.

ובמתנה דלא הרשה אין יכול בעל חוב לטרופ. א"כ איך שייך לומר אי דאקני לא משתעבד לא יטרופ בעל חוב.

זה אין שייך לומר אלא אמגביתו מן השבח היתה מן הדין. ע"ז שייך לומר הא היכא דהוי דאקני לא משתעבד.

ואין הגביל מן השבח כדין כיון דאקני לא משתעבד. וע"כ צ"ל דאקני ג"כ משתעבד. אבל כיון דבאמת השבח הוי של הלוקח. ורק ניתן רשות להבע"ח לטרופ משבחה דידי', על דבר של אחרים מאי שייך למימר.

דאקני או לא. אף אם נימא דאקני לא משתעבד, לא עדיף זה הדין דלא משתעבד דאקני. מזה שהדבר כולו של אחרים. ואעפ"כ גובה מפני נתינת הרשות.

ואף אם נימא דמה שכתב לו אחריות על שבחא וצבי הלוקח הוי ליה קנין להמוכר בהשבח לשלם להלוקח. שהקנה לו קנין בהשדה שהשבח יהי של המוכר לזה שיטרופ בע"ח מהשבח.

ואם כן הגביל הוי עתה מן הדין. ג"כ אין ראי' דאקני משתעבד.

דאף אם נימא דאקני לא משתעבד הא מיני' גבי לכולי עלמא. וכיון שיש קנין להמוכר לשלם לבע"ח בשבחה של הלוקח א"כ הגביל הוי מיני' דידי' היינו מהמוכר.

שהרי הקנה לו הלוקח קנין לזה לשלם חובותיו בשבחה דידי'. וא"כ מאי מייתי ראי' דאקני משתעבד: לכן נראה לי לומר דהנה יש לחקור כשאחד מקבל אחריות לשלם להלוקח אם יטרופ בעל חוב ממנו אם כשמשלם לו אח"כ המוכר היינו מפני שנתחייב לשלם לו בעד שטרפו הקרקע ממנו.

דעל זה נתחייב לשלם בעד טריפות הקרקע והוי מדין ערב. (ויש לכאורה לעיין אם נימא כן הא הוי אסמכתא.

דהא דאי הוא. אם יטרפו ממך וכל דאי לא קניא, ולא דמי לערב דעלמא דהתם אמרינן בההוא הנאה דמהימן ליה.

ולכאורה זה לא שייך בכל דוכתי, גבי טריפות בעל חוב. דא"כ גבי המלוה על השדה אמאי לא נימא ג"כ בההיא הנאה, ועיין ברמב"ם (פרק כ"ה מהלכות מלוה ולוה הלכה ז') ראובן שמכר לשמעון שדה ובא לוי וקיבל אחריות עליו לא נשתעבד לוי שזו אסמכתא היא ואפילו הראב"ד לא קאמר שאין בערבות אסמכתא.

היינו דוקא באיש אחר אמרינן בההוא הנאה דמהימן ליה, אבל לא בזה שהוא מוכר לו השדה. שאם לא כן תקשה מהמלוה על שדהו.

ומשום הכי לא דמי לגזלן דאמרינן בההוא הנאה דהתם מוכר לו שדה שאינו שלו ודו"ק. ובמקום אחר ביארנו לדעת הרמב"ם דהא דאמרינן בההוא הנאה דמהימן ליה כו'.

הכונה שמחויב בעד הוצאות הכסף ע"פ דיבורו ונתחייב תיכף בעד ההלוואה. רק שכ"ז שיש בידו לתבוע את הלווה מחויב המלווה לתבוע את הלווה.

אף שיש התחייבות בעד ההלוואה גם על הערב דתיכף כשלוה ע"פ דיבורו הוי כשנים שלוו. דזה נתחייב וזה נתחייב.

ואם כן הוי מעכשיו. ומעכשיו אין בו משום אסמכתא.

פירוש כל שהחויב או הקנין הוא עכשיו והתנאי הוא בביטול אין משום אסמכתא והארכנו בזה בע"ה. וא"כ אם נימא דקבלת אחריות הוא לשלם אם יטרפו ממנו השדה א"כ הוי אסמכתא].

ועוד יש לומר דהתחייבות האחריות היינו בעד הכסף שקבל בעד השדה היינו שקבל עליו המוכר שבאם יטרפנו בעל חוב השדה מיד הלוקח. אז יהי' איגלאי מילתא למפרע דלא קני כלל השדה בתורת מכירה.

רק בתורת משכנתא דבמשכנתא של שדה באופן שאין יכולין לסלקו אין כאן רבית דאורייתא לכו"ע. ומדרכבנן בודאי אין כאן כיון שתנאו שתהי' הלוואה הוא לטובת הלוקח כדי שיטרוף כספו וגם הוא זביני כו' וא"כ אם נמצא שטרפו השדה הוי המעות הלוואה.

ונראה לי דפלוגתא דרבוותא נינהו. דהנה נפסק הלכה בחו"מ (סימן ק"א ס"א) דאם היתה שוה אלף בשעה שלקחה ובשעת טירפא לא היתה שוה אלא ת"ק כותבין לו טירפא באלף.

וכן הוא דעת הרמב"ן הובא בש"מ על כתובות (דף צ"ב). אכן הש"ך הביא בשם המ"מ שכתב (בפכ"ה מהלכות מלווה ולווה) וז"ל ותדע לך דודאי אם הוקרה או הוזלה וטרפה בעל חוב מגבינן ללוקח כפי מה שהיא שוה בשעת טירפה ולא כפי הדמים שקנה.

ולפיכך אין כאן ערבות על המעות עכ"ל, ויש לומר דבזה פליגי הנך רבוותא דמאן דס"ל שאם היתה שוה אלף בשעת הקני' ובשעת הטירפא שוה ת"ק משלם אלף ע"כ דהאחריות על המעות. היינו שהתנה המוכר שבאם יגבה ממך הבעל חוב אז יהי' גילוי מלתא דהכסף הוא רק הלוואה והשדה הוי במשכנתא דמכירת השדה בתורת מכר שאני מוכר.

הוי בתנאי שבאם יטרפו ממך לא יחול הקנין רק בתורת משכנתא. וממילא ההתחייבות הוא על הכסף שנמצא שהכסף הי' רק הלוואה.

(והא דאם שוה בשעת הקני' ת"ק ובשעת הטירפא אלף כותבין טירפא באלף. נוכל לומר דטבא ליה עבדי לי' או שיהי' בתורת הלוואה או בתורת קנין ובפשטות יש לומר שהוא מדין שבח שנתחייב המוכר לשלם להלוקח בעד השבח שיושבח השדה).

והמ"מ ס"ל דהוי מכירה גמורה בלי שום תנאי רק שקיבל ערבות לשלם לו בעד טירפת השדה. ונמצא דלא נתחייב אלא כמו ששוה השדה בשעה שטרפיה: והנה לפי"ז אם נימא דבשעה שמוכר מתנה תנאי שאינו מוכר לו בתורת מכירה רק באופן אם לא יטרפו ממנו השדה.

אבל אם יטרפו יהי בתורת משכנתא, א"כ השדה כשטרפוה נמצאת שהיתה מקודם של המוכר. א"כ יהי הפירוש שכך כותב לו דאמר רבא אין הכוונה שהלוקח נותן רשות או קנין להמוכר לשלם חובותיו בשבח שלו.

אלא הכונה הוא כך נהי דהשדה הוי של המוכר אם טרפוה. אעפ"כ כיון שהלוקח ירד ברשות.

א"כ יש לו רשות להשביח השדה שיהי' השבח שלו שהרי ביורד ברשות גם השבח שלו. ע"ז קאמר כיון שכותב מוכר ללוקח אחריות בעד השבח.

א"כ לא היתה כלל כונת הלוקח לקנות השבח. וכונת הלוקח הי' בעת שהשביח השדה שבאם יטרפו ממנו.

יהי' גם השבח של המוכר. והמוכר מתחייב לשלם לו בעד כל השבח שהשביח בעדו.

וא"כ כיון שהשבח הוא של המוכר. שהרי הלוקח לא השביח אדעתא דידי' משו"ה עתה כשגובה הבעל חוב גובה מן הדין ולא דמי למתנה דהתם כיון דהנותן לא כתב אחריות להמקבל מתנה, א"כ אף אם טרפוה הרי היתה השדה קנוי' להמקבל.

והשבח שהשביח בודאי דהשביח בעדו שהרי לא ישלמו לו בעד השבח משו"ה אין גובה הבע"ח השבח. שהרי השבח של מקבל מתנה הוא אבל שבחא דהשביח לוקח כיון שהמוכר קיבל עליו אחריות והלוקח נתרצה.

א"כ השביח בעד המוכר והשדה ג"כ של המוכר משום הכי גובה בעל חוב מן השבח מן הדין. דהשבח הוי של המוכר אלא דהוי אצל הלוקח ג"כ בתורת משכנתא בעד הכסף שנתן בעד השדה דכמו דאמרינן באפותקי שגם השבח נעשה אפותקי א"כ כיון שהשדה ביד הלוקח בתורת משכנתא כשטרפוה ממנו גם השבח נעשה משכנתא.

וא"כ פריך שפיר בב"ב אם נימא דאקני לא משתעבד א"כ איך גובה הבעל חוב השבח מן הלוקח מן הדין אף שכתב אחריות על השבח א"כ הרי השביח הלוקח את השבח בעד המוכר אעפ"כ הרי משכנתא היא ביד הלוקח ואם נימא דאקני לא משתעבד ואין טורפין מן הלקוחות א"כ אף אם משכן ג"כ אין מוציאיין מיד הלקוחות וכדאמרינן בכתובות (ס"ט) האחין ששעבדו מהו יתיב ר' חייא כו' אמר ליה בין שמכרו בין שמשכנו מוציאיין לפרנסה ואין מוציאיין למזונות הרי דאם אין מוציאיין מן הלקוחות גס מבעל המשכנתא אין מוציאיין דאם לחוב ההוא לא נשתעבדו הנכסים אין גובין מן המשועבדים ומשכנתא גם כן משעבדי נינהו.

ואם כן פריך שפיר אם נימא דאקני לא משתעבד א"כ אם לוח וקנה ומשכן אין מוציאיין וא"כ איך גובה מן השבח הא משכנתא היא להלוקח בעד חוב הכסף שלוה. היינו שנתן בעד השדה שהתנה שבאם יטרפו מן הבעל חוב יהי' הכסף הלואה והשדה בתורת משכונא בידו: ועפ"ז יתיישב קושית התוס' (בב"מ י"ד) ד"ה תירץ שהקשה איך איבעיא לשמואל בב"ב אי דאקני משתעבד או לא לוכח מהא דאמר שמואל גופו בע"ח גובה את השבח ושמואל הא ס"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם מטעם דשעבוד שאני.

וא"כ מאי קא מיבעיא ליה. אכן לפי דברינו יתיישב שפיר דכיון שביארנו דהא דאמרינן דגביית השבח מדינא הוא דאחרי שכתב לו מוכר אחריות על השבח א"כ השבח שהשביח הלוקח.

השבח בעד המוכר ושבחא שהשביח דמוכר הוא ורק במשכנתא היא אצל הלוקח. מטעם דקבלת אחריות הוא על הכסף, וכן נראה לי ראי' לזה דקבלת האחריות הוא על המלוה וכן האחריות על השבח הוא תיכף בעת שמשביח.

שהרי הוא משביח בשדה המוכר והמוכר מתחייב דמים תיכף בעד זה, דאם נימא דחייב אחריות בעד הקרן והשבח הוא בעד הטריפה שטורף הבע"ח א"כ איך גובה הלוקח מנכסים משועבדים. היינו מלקוחת שקנו שדות אחר קנייתו.

הא בשעה שקנו עדיין לא נתחייב המוכר כלום להלוקח. שהרי עדיין הי' השדה בידו וקבלת אחריות שיש על המוכר הוא בעד הטירפא ועדיין לא נתחייב לו המוכר כלום וכן בעד שבח שהשביח אמרינן דאם קדם שבחו למקחו של שני גובה גם השבח מנכסים משועבדים ומאן דס"ל דאינו גובה היינו משום דאינו קצובים.

ואם נימא דעיקר החיוב שנתחייב המוכר להלוקח בעד הטירפא הוא שקבל עליו ערבות שישלם לו בעד זה שיגבו ממנו א"כ כ"ז שאינו גובה ממנו לא נתחייב עדיין. וא"כ איך יגבה מן לקוחות שקנו קודם הטירפא הא גבי שומר אמרינן דלמאן דס"ל משעת משיכה נתחייב.

אם הניח אביהם אחריות נכסים גובין מנכסיו. אבל למ"ד משעת פשיעה אם הניח אביהן פרה שאולה ומתה אח"כ אין גובין אף אם הניח האב נכסים שיש בהן אחריות.

א"כ גבי חיוב המוכר אם נימא דנתחייב המוכר לשלם בעד הטירפא. א"כ קודם שטרפו אין עליו עדיין חיוב כלל וא"כ אמאי גובה מנכסים משועבדים.

שקנו קודם שטרף הבע"ח ממנו. ע"כ דחייב האחריות הוא בעד הכסף שלקח.

וכן חיוב האחריות של השבח הוא תיכף בשעה שמשביח שכיון שהשדה הוא של המוכר הוא משביח בעד המוכר. אכן כ"ז אינו אלא לדידן דס"ל להלכה דלוקח מגזלן ג"כ טורף שבחא.

ולא חיישינן לרבית דשכר מעותיו עומד ונוטל. כיון דהוי דרך מכירה.

אכן לשמואל דס"ל לוקח מגזלן לית ליה שבחא אף אם פירש לו השבח משום דכיון שקרקע אין לו והוי הכסף הלואה הוי שכר מעותיו. א"כ אליבא דשמואל דא"א כלל לומר דקבלת האחריות הוא בעד הכסף.

מפני שלא מכר לו אלא באופן שלא יטרפו ממנו. אבל אם יטרפו ממנו יהא הכסף בתורת הלואה ויאכל הפירות ויגבה בעד השבח.

שהרי לשמואל הא יהא זה כלוקח מגזלן דנמצא דשכר מעותיו עומד ונוטל. אף דהרי נוכל לומר כיון שהתחייב בעד השבח שהלוקח משביח בקרקע הנגזל וא"כ הרי קבל ערבות בעד זה שמשביח בשדה חברו.

והוי כתן מנה לפלוני ואני אשלם לך. סבירא ליה לשמואל כיון שנוטל יתר מכדי מעותיו. ואילולי הכסף לא הי' מתחייב לו הוי ריבית. א"כ גם בב"ח אם נימא שהכסף הוי בתורת הלואה.

נמצא שנוטל הפירות והשבח בשכר מעותיו. ועכצ"ל אליבא דשמואל דקבלת האחריות הוא שנתערב לשלם בעד שטרפו ממנו (ואם נימא דהוי אסמכתא נצטרך לומר דשמואל ס"ל אסמכתא קניא).

וא"כ לדידי' כיון שהשדה אף אם טורפין אותה מבע"ח אעפ"כ היתה של הלוקח כי קניית השדה אליבא דשמואל היתה בכל גווני בלא שום תנאי. וא"כ לדידי' הא דטורף הבעל חוב גם את השבח משום שכך כותב.

לשמואל הכונה אף שהשבח הוי של הלוקח שהרי שדהו השביחה נתן הלוקח רשות להמוכר או קנין שיסלק לבע"ח שלו בשבחא דידי'. וא"כ לא שייך כלל דאקני דאף אם נימא דאקני לא משתעבד ג"כ גובה מן השבח שהרי הרשהו הלוקח.

או הקנה לו קנין בשבחא לשלם חובותיו והוי מיני' דידי' דאפילו מגלימא דעל כתפי'. משו"ה שמואל בעצמו קא מיבעיא ליה אי דאקני משתעבד.

ולא יכול לפשוט מהא דאמר בע"ח גובה את השבח. שהרי גביית השבח לאו מדינא הוא. אלא מטעם הקנאות. אבל לדידן דפסקינן הילכתא לוקח מגזלן אית ליה שבחא א"כ האחריות הוא בעד הכסף, דהוי הלואה אם טורפין השדה והשדה נשארה של מוכר א"כ השבח של המוכר והגבי' מדינא.

משו"ה מוכיח דאקני משתעבד: ומיושב ג"כ עתה הקושיא שהקשו איך אמרינן דכשבע"ח טורף השבח נותן ההוצאה ללוקח מטעם דלא יהא גרע זה מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות. א"כ מאי פריך לשמואל מבריייתא דכשהוא גובה דקתני בה אם השבח יתר על ההוצאה נוטל את היציאה מבע"ח.

דילמא הא דאמר שמואל בע"ח גובה את השבח היינו היתר על היציאה. כמו דפסקינן הילכתא גובה חצי השבח.

והכונה חצי השבח היתר על היציאה אכן לפי הנ"ל ניחא בפשיטות. דהנה לפי שביארנו אליבא דשמואל כל השבח הוא של לוקח.

א"כ מאי שייך לומר לא יהא גרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות הא כל השבח הוא שלו. אלא דנתן לו קנין שישלם החוב בשבח שלו אף שהוא שלו א"כ כמו שנתן לו רשות לשלם בשלו.

אטו זה שהוציא הוצאות יוצא מן הכלל, כיון דהוי כל השבח שלו. לא שייך חילוקים בין הוצאה לשבח היתר על היציאה שהרי כל הגבי' אינה מן הדין רק מפני שרצה והקנה לו קנין בשלו.

אבל לדידן אין הכונה שהקנה לו קנין בשלו שיגבה הבע"ח מממונו. רק שלא היתה כונתו להשביח בעדו.

רק השביח בעד המוכר, א"כ שפיר אמרינן נהי דלא היתה כונתו להשביח בעדו. אבל לא היתה כונתו שיגרע מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות.

וא"כ כיון שהשביח שדה של המוכר יש לו קנין ההוצאה בתוך השדה כדין היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות אף שלא היתה כונתו לזכות בכל השבח שלא רצה להשביח בעדו לא היתה כונתו שיהי' גרע משלא ברשות. וכל זה לדידן דפירוש שכן כתב לו הוא שלא רצה לזכות בהשבח.

אבל לשמואל דאין הכונה שלא רצה לזכות בהשבח דהשבח הוא שלו. א"כ לא שייך בזה הוצאה שהרי השבח שלו ורק רצה ליתן זכות להמוכר שיפרע בשבח שלו.

משו"ה לא שייך שיקח הוצאה. וגובה הבע"ח כל השבח: ויתיישב עתה ג"כ דברי הרמב"ם שכתב שבאם היתה השדה אפותקי רואין חצי השבח הנשאר ללוקח אם היא יתר על היציאה אינו נוטל אלא כנגד ההוצאה.

שהרי אומר לו בע"ח שדי הוא שהשביחה. ואם היציאה יתר על השבח.

אין לו אלא חצי השבח. והקשו הא הרמב"ם פסק דנוטל מקודם ההוצאה ואח"כ חולקין הנשאר.

אכן לדברינו מיושב שפיר. שהרי לדברינו הא דנוטל הוצאה מבע"ח אין הכונה שהוא לגבי הבע"ח יורד לתוך שדה חבירו, אלא הכונה שהוא נגד המוכר יורד לתוך שדה חבירו.

והוא משביח בעדו ונוטל ממנו ההוצאה וממילא יש לו קנין בהשדה כנגד ההוצאה שהרי הרשה לו ויש לו רשות לזה להרשות לאחד שיהי' לו קנין בהשדה. אכן גבי אפותקי.

כיון שהשדה כבר באפותקי להמלוה אין לו רשות להקנות לאחד קנין בהשדה כמו שפסק הרמב"ם (בפי"ח) ממלוה שאם מכרה לעולם אינה מכורה. שכיון שהשדה אפותקי אין לו רשות למכרה.

א"כ אם ירצה הלוקח לקנות קנין ההוצאה מטעם המוכר שהי' לגבי יורד לתוך שדה חבירו על זה רשות ביד המלוה לעכב. שהרי אין ביד המוכר להוריד אחר לתוך השדה שיהי' לו קנין בהשדה.

ואם נבוא מטעם שהוא לגבי המלוה יורד לתוך שדהו. הנה באמת כל יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דנוטל ההוצאה.

אין הטעם שהוצאתו מונחת בקרקע דאטו אם חרש או סקל השדה שייך בזה מונח הוצאתו וגם אם זרע. הן הזרעים נרקבו ונאבדו ורק ע"י נגרם שיגדל.

והא דנוטל ההוצאה הוא משום שכיון שנהנה ע"י חסרון של פלוני מחויב לשלם בעד הנאתו. נמצא דהכי גבי אפותקי אם המלוה נוטל השבח א"כ יש לו עמו דין היורד לתוך שדה חבירו.

ונוטל מהמלוה ההוצאה. אבל אין זכות להמלוה שיזכה בהשבח, דאז הוא לא קני השבח רק בעל השדה.

אף שאין המלוה מניח להלוקח שיקנה קנין הוצאה בהשדה שהרי גבי אפותקי אמרינן דאם מכר אינו מכור. אעפ"כ אין לו דין היורד לתוך שדה חברו שאמרו רבנן דנוטל ההוצאה לגבי מלוה שהרי אתה לא ההניח אותי שאתחייב לך אני ההוצאה שהרי אנילא קניתי שבח שלך רק בעל השדה קנה השבח שלך.

ואין אני מחויב לך לשלם ההוצאה בעד השבח שהשבחת בעד המוכר. לך ועשה עמו דין ותבע ממנו כל מאי דבעית אבל בשדי לא אתן לך קנין.

א"כ עולים דברי הרמב"ם לפי"ז בטוב דאם הי' חצי השבח יתר על ההוצאה דאז טובה לבעל אפותקי שיקנה את השבח בתורת אפותקי שאז לא יהי' על זה דין דאקני. היינו שלא יוכל הבע"ח לגבות ממנה שהרי שדה הוא שהשביחה א"כ בעל אפותקי קונה השבח.

נמצא שיש לו עמו דין יורד לתוך שדה חברו ומחויב בעל אפותקי לשלם ללוקח ההוצאה. שהרי נטל שבחו שהשביח.

ונמצא שהשביח תיכף בשעה שבא לעולם השבח בעד בעל האפותקי. אבל אם חצי השבח אין עולה יתר על ההוצאה.

א"כ אין לו טובה לבעל אפותקי שיקנה את השבח בעדו בתורת אפותקי. וכיון דאין לו זכות בזה ואין רצונו לקנות בודאי דלא קנה.

נמצא דקונה בעל השדה את השבת. וא"כ אין לו דין יורד לתוך שדה חברו לגבי בעל אפותקי שהרי יאמר לו אתה השבחת בעדי שאניח לך שתקנה קנין בשדי.

לך ועשה דין עם המוכר שהשבח שלך הוא בעדו. נמצא דהשבח הוא של המוכר.

וקנינים אין להלוקח בהשדה. אבל כיון שבעל האפותקי לא קנה בתורת אפותקי את השבח וגביתו הוא מן המוכר.

משו"ה חולקין האפותקי והלוקח כדין דאקני דקיימא לן חולקין: ועתה נבא ליישב גם הקושיא שהקשו אמאי לא הביא הרמב"ם החילוקים בין מסיק בי' כשיעור ארעא ושכחא בין לא מסיק אלא כשיעור בלבד. דהחילוקים מוכרחים בגמ'.

ונראה לי דהנה הקצוה"ח (בסימן ת"ז) הביא קושית היש"ש על הא דנפסק הלכה ברמב"ם (פרק ח' מהלכות נזקי ממון) דשור תם שהזיק אם מכרו המזיק עד שלא עמד בדין אע"פ שהוא מכור הרי הניזק גובה הימנו עכ"פ המכירה הוי מכירה. והקשה היש"ש הא קיי"ל כר"ע דאמר שותפי ניהו וא"כ אפילו לרדיא אינו מכור דבב"ק (דף ל"ג) תני כברייאתא שור תם שהזיק עד שלא עמד בדין מכרו מכור הקדישו מוקדש שחטו ונתנו במתנה מה שעשה עשוי כו' ועיין בתוס' דאתיא כר' ישמעאל.

אבל לר"ע אינו מכור אפילו לרדיא. ותירץ הקצוה"ח דדעת הרמב"ם דאתיא כר"ע דלר"י אפילו אחר העמדה בדין יכול לסלקו בזוזי.

אלא דלר"ע נמי קודם העמדה בדין עדיין לא זכה בי'. עיין שם בדברי הקצוה"ח.

והנה לכאורה דבריו תמוהים מאד. איך נוכל לומר דמחלוקת ר"ע ור"י לא הוי אלא לאחר העמדה בדין אבל קודם העמדה בדין לא זכה בו כלום איך יפרנס הגמ' (בדף ל"ד) דאמרינן שם ת"ר שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וחבל בו בחמשים זוז ושבח ועמד על ד' מאות זוז שאילמלא הזיקו ה' שוה ח' מאות זוז נותן כשעת הנזק כחש כשעת העמדה בדין שבח מזיק נותן לו כשעת הנזק כחש כשעת העמדה בדין, אמר מר שבח מזיק נותן כשעת הנזק מני ר"י היא דאמר ב"ח הוא וזווי הוא דמסיק בו אימא סיפא כחש כשעת העמדה בדין אתי' לר"ע דאמר שותפי נינהו רישא ר"י וסיפא ר"ע כו'.

הרי דלר"ע אם שבח מזיק משעת הנגיחה עד שעת העמדה בדין נוטל הניזק בשבח, ואם נימא דקודם העמדה בדין אין לו לניזק כלום בגוף המזיק א"כ אמאי נוטל שבחו. לכן נראה לי דאף דזה מוכח מדברי הרמב"ם דקודם העמדה בדין לא נעשה עדיין גוף השור של הניזק שהרי בעי עדיין ב"ד לפסוק זה שיהי' גוף השור של הניזק עכ"פ תיכף כשנגח השור חל שעבוד על השור על זה גופא שיביאנו לב"ד לפסוק ולגבות השור ובין לר"י ובין לר"ע תיכף כשנגח חל עליו שעבוד לזה.

אלא דלר"י חל השעבוד לזה שיגבה ממון מן השור. ולר"ע חל שעבוד לזה שיקנה קנין בגוף השור כפי ערך המעות שהוא חייב כן יש לו שעבוד שיקנה בשותפות בהשור.

למשל אם שור שוה מאתים נגח שור שוה חמשים זוז שמגיע לו חמשה ועשרים זוז כל תיכף השעבוד לזה. שב"ד יפסקו ששמינית של שור המזיק הוא של הניזק.

אבל לר"י לא חל השעבוד אלא לזה שיגבו חמשה ועשרים זוז מן המזיק. ולפי"ז הא דאמר הקדישו ניזק איכא בינייהו לא נצטרך לומר דמיירי דוקא לאחר העמדה בדין כמו שפירש הקצוה"ח.

אלא דמיירי אף קודם שעמד בדין ואעפי"כ לר"ע קדוש. אף דאמרינן בפסחים דאם קדיש מלוה לא קדיש אליבא דרבא היינו דוקא בשאר משועבדים דאילו הו"ל זווי הוי מסלק בזווי פירוש א"כ אין לו להמלוה קנין שעבוד לקנות גוף הדבר.

אלא שעבוד לגבות ממון מזה השדה וא"כ אין בידו להקדיש זה דשעבוד לגבות ממון לא יוכל להקדיש דהוי דבר שאין בו ממש וצריך להקדיש השדה והשדה אינו שלו. ואין לו קנין לגבות בגוף השדה.

ולזכות לגבות ממון לא שייך גבי הקדש. דהוי רק בתורת קנין ולא בהקדש שבעינן שיקדיש הדבר.

אבל גבי שור תם כיון שיש עליו קנין לזכות גוף השור. א"כ יכול להקדיש הקנין הזה שגוף הדבר יהי' לכשיזכה.

דגוף השור כבר ברשותו כיון שיש לו שעבוד על זה לקנות גוף השור. אבל היכא דאין לו אלא שעבוד לגבות ממון דצריך למכור ולהביא ממון.

הא הכסף שיביא הוי דבר שאינו ברשותו. משו"ה לר"י דלדידי' אין לו קנין אלא לגבות ממון משו"ה לא חל ההקדש: ובזה יש ליישב מה שקשה על דברי הרמב"ם (בפ"ז מהלכות ערכין הלכה י"ד) ז"ל המקדיש כל נכסיו והיתה עליו כתובת אשה או שטרי

בע"ח אין האשה יכולה לגבות כתובתה מן ההקדש ולא בע"ח את חובו שההקדש מפקיע השעבוד שקודם אבל כשימכור ההקדש הקרקע שלו ותצא השדה לחולין.

יש לבע"ח ולאשה לגבות מן הפודה שהרי שעבודה עומד על קרקע זו. וכתב הראב"ד ע"ז ז"ל א"א אינו סובר שהקדש זה מפקיע מידי שעבוד.

שהרי הפדיון אינו אלא כל שהוא משום דר"א שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון עכ"ל הראב"ד והיינו דאמרינן שם בגמ' ערכין למה ליה למימר הפודה פודה משום דר"א. ופירש הראב"ד כפירש"י דמן התורה אין חל הקדש דקדושת דמים אין מפקיע מידי שעבוד.

אלא משו"ה אמרו רבנן דהוי הקדש שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ולדברי הרמב"ם דס"ל דחל ההקדש פירשו שם המפרשים פירושים אחרים בדברי הגמ' עיין שם בדברי הרדב"ז ובכ"מ ובלח"מ. אבל עכ"פ ההקדש חל ואילו הכא בב"ק אמרינן הקדישו מוקדש משום דר"א הרי דלא חל כלל ההקדש, וכן כתב הרמב"ם (בפ"ח מהלכות נזקי ממון).

שאם הקדישו המזיק עד שלא עמד בדין הרי זה מוקדש כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בל"פ הרי דלא חל כלל ההקדש. וכיון דהרמב"ם ס"ל שאם מכרו המזיק מכור.

רק שהניזק חוזר וגובהו. א"כ לא נעשה תיכף של הניזק רק שעבוד יש בו לניזק על השור.

א"כ לדברי הרמב"ם הא הוי הקדש מן התורה שהרי לדידי' גם קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד. אכן לפי הנ"ל דטעמא דהרמב"ם דס"ל שגם קדושת דמים מפקיע מידי שעבוד כיון שלהבע"ח אין קנין לגבות גוף השדה.

רק יש לו שעבוד לגבות דמים. כיון דגוף הדבר נעשה הקדש.

הרי לא יוכל לגבות מן ההקדש. והא דקאמר שם בגמ' בערכין למה ליה למימר הפודה פודה משום דר"א יהי' הפירוש כן שהקשה למה ליה למימר שהפודה פודה על מנת להגבות לאשה כתובתה.

יפדה בסתם ואח"כ יבא הבע"ח ויטרוף השדה ממנו ע"ז קאמר דאין עושין כן היינו לפדותה ואח"כ יבא הבע"ח ויטרוף השדה שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון. פירוש הרוואה שטורף מן הפודה סובר שמן ההקדש הי' ג"כ טורף בלא פדיון שהרוואה יסבור איך יוכל להיות שמן ההקדש אינו גובה.

ומן הקונה מן ההקדש יגבה ע"כ יסבור שאף מן ההקדש הוא גובה בלא פדיון וא"כ יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון. משו"ה פדה הפודה ע"מ שהוא יתן ויפרע לאשה כתובתה. נמצא דלא יגבה ממנו הבע"ח רק הוא ישלם להבע"ח כסף. וגם שעיקר הפדיל' הי' ע"מ ליתן.

הרי יראו שאף שישלם לבע"ח אעפ"כ בעי פדיל'. שהרי עיקר הפדיל' הי' ע"מ ליתן לבע"ח.

ואעפ"כ הוצרך לפדות והיינו דוקא היכא שאין החוב כפלים בהשדה. אבל אם החוב כפלים בהשדה איך יוכל להיות עיקר הפדי' ע"מ ליתן לאשה כתובתה.

שא"כ לא יחול הפדיון שהרי אז יהי' הפדיון יתר מכפלים. ודוקא עד פלגא אמרינן דאין אונאה להקדשות וקרקעות.

אבל יתר מפלגא יש אונאה וא"כ הוי ביטול מקח משו"ה בזה ע"כ פודין בסתם. והנה הא דאמרינן דאף שמשועבדים הנכסים חל ההקדש היינו דוקא היכא שלהבע"ח אין לו קנין לקנות גוף הדבר, ורק יש לו קנין שעבוד לגבות ממון א"כ בגוף הדבר יכול לחול שעבוד.

אבל היכא דישי לו לבע"ח קנין לקנות גוף הדבר א"כ אין בידי הלוח להקדיש שהרי יש קנין להמלוה בגוף הדבר. וגוף הדבר אינו שלו א"כ בשור תם אליבא דר' עקיבא כיון דתיכף כשנגח חל שעבודו של הניזק לגבות גוף השור א"כ אין בידי המזיק להקדיש גוף השור.

אבל כיון דאמר ר' אבהו דחששו רבנן פן יטעו ויסברו דהקדש מפקיע מידי שעבוד. ואם יש שעבוד על הקדש יוצא בלא פדיון.

א"כ ה"נ אף דמן הדין לא חל הקדש כיון ששעבוד הזה הוא לקנות גוף הדבר. אבל פן יאמרו דבכל שעבוד דעלמא דאינו אלא לגבות דמים ג"כ הדין כן.

משו"ה תקנו דאף בשעבוד הזה יוצרך פדי': היוצא לנו מכל הנ"ל דלר' עקיבא חל תיכף כשנגח שעבוד לקנות שותפות בהשור כפי ערך הכסף שמגיע לו. משו"ה לר' עקיבא אם שבח מזיק נוטל הניזק בשבחה.

שהרי אומר חלקי שהי' לי קנין שב"ד יפסקו שהוא שלי השביח. אבל לר' ישמעאל כיון שאין לו קנין אלא לגבות מעות.

לא שייך לומר חלקי השביח שהרי אין לו דין ושעבוד כלל על גוף השור רק לגבות מעות לא שייך לומר חלקי הוא שהשביח. ובזה יש ליישב קושית התוס' בב"מ (דף ט"ו) ד"ה הא דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא, ז"ל תימא כיון דלא מסיק ביה אלא כשיעור ארעא אמאי נוטל השבח היתר על היציאה וי"ל דבלאו הכי פריך שפיר ולפי המסקנא דמוקי באפותקי א"ש כו' כדין יורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות עכ"ל התוס'.

ולפי דברינו יתיישב קושית התוס' דנוכל לומר דקושית התוס' הוא שהקשה ג"כ בגמ' שם דשם לא מיירי כלל לגבי אי נוטל בקרקע או בכסף ופריך בשלמא למאן דאמר אי אית ליה זוזי ללוקח לא מצי מסלק לבע"ח שפיר. פירוש דלמ"ד דאף אי אית זוזי ללוקח לא מצי לסלוקי לבע"ח הוא סובר בכל שיעבודים דעלמא הכונה שבאם הלוח אינו פורע לבע"ח אז יש לו קנין לקנות גוף השדה שיהי' גוף השדה שלו דזהו דין השעבוד, שבאם אינו פורע לו יש לו קנין ליטול חלק בגוף האדמה כשיעור מעותיו שפיר אמרינן שאף אם אין מגיע לו אלא כשיעור ארעא נוטל כל השבת, שהרי אומר כיון שלא פרע לי הלוח הי' לי קנין בגוף השדה היינו ליטול גוף השדה, ושדה שלי הוא שהשביח.

אלא למ"ד דאי אית ליה זוזי ללוקח מצי מסלק לבע"ח והיינו משום דס"ל דהשעבוד אינו אלא לגבות דמים מן השדה. משו"ה אומר לו הלוקח השדה הוא שלי, ומה שיש לך קנין לגבות דמים אני משלם לך.

א"כ אמאי נוטל שבח ונותן יציאה בכסף, לימא הב לי גריווא דארעא שיעור שבחאי, פירש כל שיעור השבח, ומקשה בין על זה שנוטל כל השבח בין על זה שמשלם ההוצאה בדמים, כיון דאין לו קנין אלא לגבות דמים, א"כ לא יוכל לומר חלקי הוא שהשביח, שהרי אין לו קנין ליטול גוף השדה וא"כ יטול הלוקח כל השבח בקרקע, ומשני כשעשאו צפותקי, ובאפותקי כיון דאין יכול הלוקח לסלק בזוזי, א"כ יש לו קנין בגוף הדבר היינו שקנינו שבאם לא יסלק לו המלוה יקנה גוף השדה, ומשו"ה נוטל חלק בהשבח שהרי אומר לו חלקי הוא שהשביח כמו גבי שור תם, שלר' עקיבא נוטל חלק בהשבח כפי ערך חלקו בהשור: אלא דיש להקשות עדיין הא התם אמרינן כולה ר' עקיבא ורישא דקתני שבח מזיק נוטל כשעת הנזק כשפטמו הניזק הרי דאם פטמו המזיק שבחא דידי' הוא.

אף שיש קנין להניזק שיקח גוף השור כשיפסקו ב"ד. וא"כ הכא נהי דאפותקי.

הוי אעפ"כ אמאי נוטל חלק בהשבח ששבח מחמת הוצאת הלוקח דהיינו פטמו, ואף דמדברי התוס' מוכח דהא דאמרינן שבח שהשביח מזיק אין נוטל הניזק היינו דוקא כנגד ההוצאה. אבל היתר על ההוצאה נוטל הניזק.

אכן מדברי הרמב"ם שכתב סתמא משמע דכולה שבחא נוטל המזיק אם בא מחמת שפיטמו, וכן הובא בחו"מ דעת המחבר (בסימן ת"ד) דנוטל המזיק כל השבח, ודעת התוס' הביא הרמ"א בשם יש אומרים, הרי דלדעת הרמב"ם שבחא שבא מחמת פיתום כולו למזיק, ואמאי הכא אמרינן בגמ' דאף אם בא מחמת ההוצאה שקיל בעל האפותקי, וע"כ צ"ל דלא דמי דהתם השביח המזיק בעצמו, כיון דהשור שלו יש לו רשות להשביח ע"י שורו, והוי יורד ברשות באופן ששייך כל השבח לו משא"כ באפותקי שאיש אחר השביח, דכיון דהמכירה של אפותקי בקרקעות אינה מכירה, (עיינן בדברינו לעיל בסוגיא דמכרו מכור שיש חילוק בין קרקע למטלטלין ודו"ק), א"כ הוי כאיש אחר ויורד שלא ברשות הוי דהשבח הוא שלו היינו של בעל האפותקי ולא של הלוקח, שלו אין רשות להשביח בעדו שבח בקרקע, משא"כ בעל השדה בעצמו אם הי' משביח.

אז הי' השבח שלו, שהרי יש לו רשות לעשות שבח ע"י שדהו כמו שאמרינן פיתמו מזיק. ניזק אינו נוטל שבחא.

ולפי"ז מיושב שפיר מאי שלא הביא הרמב"ם כלל היכא דלא מסיק בי' אלא כשיעור ארעא, וכל דבריו מיירי היכא דמסיק בי' כשיעור ארעא ושבחא, דהנה לעיל ביארנו דלדברי הרמב"ם הכונה הא דאמרינן שכן כותב לו כו', היינו שהלוקח משביח בעד המוכר, ואדעתא דידי' קא עביד השבח אבל אליבא דשמואל כיון דלדידי' אם לא היתה השדה אפותקי הוי מכירה בלא שום תנאי, נמצא דהשבח הוא משביח בעד עצמו, נמצא דלדברי שמואל שפיר אמרינן דבעל האפותקי זוכה בהשבח, ודין דפטמו אין כאן שהרי הלוקח רצה להשביח בעדו ולו אין רשות להשביח, אבל לדידן דאמרינן שהשביח בעד המוכר, א"כ האי הוי שלוחו של המוכר להשביח דמה לי פטמו הוא עצמו או ע"י שלוחו

וא"כ יש על זה דין דפטמו דשייך השבח כולו למרי ארעא א"כ לדין היכא דלא מסיק ב' אלא כשיעור ארעא אינו נוטל כלל, שהרי כיון שהשביח הלוקח ע"י הוצאות בעד המוכר, הרי פטמו המוכר דאז כל השבח שלו, כדאמרינן גבי פטמו מזיק.

אכן בגמרא קאי אליבא דשמואל דלדידי' כונת הלוקח להשביח בעדו דלדידי' אין רשות לעשות שבח ע"י השדה, א"כ לא הוי כפטמו, משו"ה נוטל בעל האפותקי את השבח כדין שבח הבא על ידי פיטום דשייך לבעל האפותקי, כדאמרינן גבי שבח מזיק דלר' עקיבא שקיל נמי שבתא: סימן מא סוגיא דישנה לשכירות.

ויבאר דברי הבית שמואל אי מועיל הנאת מחילה. ויבאר דגבי פועל דוקא אמרינן ישנה לשכירות.

ולא בשכירת קרקע ומטלטלין ויבאר דברי הרמ"א דהכלי הוי משכון על השכירות דף צט ע"א גמרא לימא כתנאי עשה לי שירים ונזמים וטבעות ואקדש לך כיון שעשאן מקודשת דברי ר"מ וחכמים אומרים אינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה מאי ממון אלימא אותו ממון מכלל דר"מ סבר אותו ממון לא אלא במאי מקדשה אלא פשיטא מאי ממון ממון אחר וסבריה דכולה עלמא ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף וכו' מאי לאו באומן קונה בשבח כלי קמפלגי דר"מ סבר אומן קונה בשבח כלי ורבנן סבר אין אומן קונה בשבח כלי לא דכולי עלמא אין אומן קונה בשבח כלי אלא הכא בישנה לשכירות מתחלה ועד סוף קא מפלגי ר"מ סבר אין לשכירות אלא לבסוף ורבנן סברי יש לשכירות מתחלה ועד סוף וכו' עכ"ל הגמ'.

והנה הבית שמואל באה"ע (סימן כ"ח ס"ק ל"ח) כתב ז"ל. וכתבו תוס' פרק הגוזל (דף צ"ט) בסוגיא שם אם אמר תתקדש בשכר שאעשה עמך אינו מקודשת עד שיגיע הממון לידה ופריך מה ממון אלימא אותו ממון היינו החפץ מכלל דר"מ סבר אותו ממון לא אלא במאי.

פירש לר"מ במאי מקדשה. ואור"י דסברא היא שאינה מקודשת במה שמוחל לה שכרו כיון שאינו יכול לתובעה בדין בעד שכרו עד שמחזיר לה החפץ ואין חשוב כנותן לה כלום במחילתו עד שתבוא שעה שיכול לתובעה בדין ע"כ.

מוכח מזה דאיירי שאמר לה בהנאת מחילת מלוה דהא כתבו זאת למ"ד אין אומן קונה הכלי ופשיטא דלא מהני מחילת המלוה אלא ע"כ דאיירי באומר בהנאת מחילת מלוה ומ"מ לא הוי קידושין כשהכלי בידו עכ"ל הבית שמואל ועיין ביתר דבריו: ודבריו תמוהים מה שכתב שהרי כתבו זאת למ"ד אין אומן קונה הכלי ופשיטא דלא מהני מחילת המלוה ועכ"ז כ"ז שהכלי בידו לא מהני.

זה תמוה דהרי בהדיא אמרינן בגמ' שם דאם ס"ל לר"מ אין אומן קונה בשבח כלי וישנה לשכירות מתחילה ועד סוף ע"כ דאית ליה לר"מ מלוה קינה. וא"כ מאי כתב הב"ש וז"ל ופשיטא לא מהני מחילת המלוה הלא לר"מ ע"כ דס"ל דמהני מחילת המלוה כשמוקמינן דס"ל אין אומן קונה וישנה לשכירות מתחילה ועד סוף והתוס' מיירי להדיא כשס"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף דז"ל התוס' שם ועוד אור"י שאפילו שניהם רוצים כו'

אע"פ שמתחייבת לו ראשון ראשון לפי שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כיון שאין יכול לתובעה בדין.

הרי דמיירי התוס' אם נסבור לר"מ ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. דאם נימא אינה לשכירות בודאי דשפיר מקשי בגמרא במאי מקדשה שהרי אין עליו חיוב כלל אלא דהתוס' מקשי אם נסבור ישנה דאז כבר החיוב מוטל עליו לשלם וא"כ מאי מקשי בגמרא אלא במאי מקדשה תתקדש בהמלוה וע"ז משני התוס' דסברא הוא שאף אם נסבור לר"מ מקדש במלוה מקודשת כדמוקמינן שם בגמ' אי אמרינן דס"ל ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

עכ"ז לא אמרינן המקדש במלוה מקודשת אלא כשהגיע הזמן וס"ל דמגיע לה עתה הנאה מזה שיוכל לתובעה ומוחל לה עתה משא"כ כשלא הגיע הזמן הלא עתה קודם שהגיע הזמן הרי אין לה עתה שום הנאה שהרי לא יוכל לתובעה והכסף הרי הוא מכבר בידה ובמה תתקדש קודם שהגיע הזמן כיון שאין לה עתה שום הנאה.

ומשו"ה פריך לר"מ במאי מקדשה קודם שהגיע הזמן דמדאמרי רבנן אינה מקודשת עד שיגיע מכלל דלר"מ מתקדשת אף שלא הגיע הממון לידה. (שוב מצאתי קושיא זו בא"מ).

ואם נימא דכונת הבית שמואל להוכיח מדלא משני דלר"מ מתקדשת אף קודם שהגיע הזמן בהנאת מחילת מלוה ע"כ דגם במחילת מלוה אינה מתקדשת קודם הגעת הזמן. הנה מלבד שדברי הב"ש אינם מורין כן שהרי כתב הב"ש ז"ל ופשיטא דלא מהני מחילת מלוה אלא ע"כ מיירי בהנאת מחילת מלוה עכ"ל.

הרי שרצה להוכיח דמיירי במחילת מלוה ובודאי דזה אינו ראי' שהרי באמת אמרינן לר"מ דמהני מחילת מלוה. ומלבד זאת אין ראי' מכאן שאל"כ תקשה גם עתה אף אי נימא דקודם שהגיע הזמן לא מהני אף מחילת מלוה אמאי מוקמינן דר"מ ס"ל המקדש במלוה מקודשת.

והא דאמרי רבנן עד שיגיע ממון לידה היינו ממון אחר ובקידושין פרכינן מזה לימא כתנאי. אמאי לא מוקים דמיירי במחילת מלוה אלא ע"כ דמשו"ה לא מוקי במחילת מלוה דא"כ תקשה מאי טעמייהו דרבנן א"כ שפיר נוכל לומר דבאמת אם קדשה בהנאת מחילת מלוה מקודשת אף קודם שהגיע הזמן.

וטעמא רבה איכא בדבר דבשלמא במלוה עצמה אינה מקודשת אף למ"ד המקדש במלוה עכ"ז קודם הגעת הזמן אינה מקודשת משום דמאי הנאה מטי לידה קודם הגעת זמן הפרעון הלא הכסף הם בידה ולא יוכל לתובעה עד זמן הפרעון משא"כ במחילת מלוה משו"ה מתקדשת שהרי היתה נותנת פרוטה לאיש אחר שיפייס המלוה שימחול לה והנאת הפרוטה ישנו פתה אף למ"ד מלוה להוצאה נתנה עכ"ז מתקדשת משום דהנאת הפרוטה ישנה עתה.

א"כ אף קודם זמן הפרעון נהי שממלוה אין לה הנאה שיקרא כסף עתה אחרי שהמעוה הם כבר בידה ולא תוכל להתקדש בהם והא דמתקדשת במלוה למ"ד דיכול לקדש במלוה

משום שיש לה עתה הנאה כשמגיע זמן הפרעון במה שלא תצטרך להשיב הכסף משא"כ קודם הגעת הזמן אינה מתקדשת שהרי אין לה עתה הנאה.

אבל אם מוחל ואמר בהנאת מחילת מלוה אף שהוא קודם הגעת הזמן אבל אטו לא היתה נותנת פרוטה לאחד שיפייס המלוה שימחול לה חוב של מנה אף שלא הגיע הזמן וא"כ הרי יש לה עתה הנאה מזה הפרוטה וא"כ תוכל להתקדש אף קודם הגעת הזמן בהנאת מחילת מלוה אלא דלהכי לא משני דמשו"ה מתקדשת אף קודם שהגיע הזמן היינו קודם שהגיע הממון לידה משום שקדשה בהנאת מחילת מלוה.

שא"כ תקשה מאי טעמייהו דרבנן הלא בהנאת מחילת מלוה מגיע לה עתה פרוטה משו"ה מוקי דהאי ממון הוא ממון אחר ופליגי במקדש במלוה: עוד כתב שם בב"ש ז"ל מיהו י"ל שאני הכא כ"ז שאין מחזיר לה החפץ אין שם הלואה כלל ומ"מ נשמע אם אינו נותן החפץ ואין שם מלוה כלל ולא מהני אפילו אמר בהנאת מחילת מלוה כו' מיהו מ"ש עשה מלאכה אצל אחר דסותר לזה וצ"ל דשם איירי אותו בה"ב שחייב לו נתחייב בקנין אז הוי כמלוה שהגיע זמן הפרעון והיינו מ"ש שנתחייב לו עכ"ל.

וכל דבריו אינם מובנים מה שתירץ דכשנתחייב לו בקנין אז הוי כהגיע זמן הפרעון. קנין אינו מועיל אלא להתחייב כשחייב אבל לא כשאינו חייב ואם דין הוא דכל זמן שלא החזיר אין עדיין חוב עליו לשלם א"כ אם קנה ע"ז.

לא קנה אלא שיתחייב כשיגיע זמן אבל לא קודם שעשה וגמר שאז אין עליו חיוב. אך באמת מה שכתב ב"ש כ"ז שאין מחזיר לה החפץ אין שום הלואה כלל שפתי התוס' שם ברור מללו ז"ל אע"פ שמתחייבת לו ראשון ראשון לפי שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף כיון שאין יכול לתובעה בדין שכרו עד שיגיע הממון לידה כו' הרי דבאמת נתחייבה ראשון ראשון אלא שלתבוע אינו יכול וע"כ צריך לומר כן.

דאל"כ אמאי אמרינן דלמ"ד ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף הוי מלוה אם נימא דכ"ז שלא החזיר אין כאן הלואה כלל א"כ הרי כל ההלואה נעשית כשמחזיר וא"כ לאו הלואה היא. וכמו למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף דלאו הלואה היא מטעם דכל החיוב נעשה לבסוף ואם נימא דגם מ"ד ישנה לשכירות ס"ל כן מה חילוק ביניהם.

וממילא מה שהקשה הב"ש ממה שכתב הרמ"א עשה מלאכה אצל אחרים ונתחייב לו פרוטה הוה ליה כמלוה ביד אחרים לא קשה לענ"ד דאמאי לא הקשה מדוע אינה מתקדשת במצוה שלה ובמלוה של אחרים מתקדשת. אלא דכבר תרצו בתוס' ע"ז דמלוה שלה אינו נותן לה דבר חדש הכי נמי בעשה מלאכה אצל אחר ונתחייב לו פרוטה היינו אף שלא הגיע הזמן מתקדשת.

והוא דאף שפירשו בתוס' דבקדשה במלוה שלה ולא הגיע הזמן אינה מתקדשת אף למאן דאית ליה המקדש במלוה מקודשת. אכן כבר פירשנו למעלה דהטעם הוא שבמלוה אינו נותן לה כלום שהרי הכסף בידה והא דמקודשת למאן דס"ל המקדש במלוה מקודשת היינו מפני שמגיע לה הנאה במה שלא יוכל לתובעה וזהו דוקא כשיגיע הזמן משא"כ קודם שהגיע הזמן אין מגיע לה הנאה וגם אין נותן לה כלום משא"כ בקדשה בשכר שיש לו אצל אחרים אף שלא החזיר עדיין ואין יכול לתבוע לאותו פלוני עכ"ז הרי נותן

לה עתה דבר ששוה דמים שהרי חוב שלא הגיע הזמן דמים מקרי ויוכל למכרו בדמים ואטו אם קדשה בקיץ בבגד שאינו ראוי אלא לימות החורף האם נימא דאינה מתקדשת כיון שעתה אין לה הנאה בודאי מקודשת כיון שנתן לה שוה כסף הכי נמי בקדשה בחוב שיש לו אצל אחר אף שלא הגיע הזמן כיון שנתן לה דבר חדש ששוה דמים מתקדשת:אלא דבאמת דברי הרמ"א בכאן שאמר עשה מלאכה אצל אחר ונתחייב לו פרוטה הוי ליה כמלוה ביד אחרים משמע דמתקדשת בו תמוהים מאד דבמה הקנה לה המלוה ע"כ שהקנה במעמד שלשתן וכפי המובא למעלה דמע"ש יש אומרים שמקודשת וכן פירש בחלקת מחוקק (ס"ק כ"ח) דמתקדשת במע"ש ולכאורה תמוה דין זה שהרי איתא בחו"מ (סימן קכ"ו סעיף י"ח) ז"ל המחבר ראובן השכיר חפץ לשמעון בסך ידוע ליום לזמן שיצטרך לו וראובן הי' חייב ללוי מאה זהובים והמחהו אצל שמעון במעמד שלשתן כו' אינו חייב ללוי אפילו דמי השכר שנשתמש באותו החפץ עד אותו היום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף דהיינו כשיחזיר החפץ הרי דהיכא דמחויב לו מדין שכירות ולא החזיר עדיין לא חייל כלל שעבודא דמעמד שלשתן ע"ז (ועיין בש"ך שם) והרמ"א מדלא הגיה ע"ז כלום הרי דס"ל כדעת המחבר וא"כ איך יכול לקדש אשה הרי לא תקנה זה במע"ש ובמה תתקדש.

ואין לומר דהרמ"א מיירי כאן כשכבר נגמר המלאכה והחזיר שאז יכול לקדש אשה בהחוב שיש לו בעד הפעולה. זה אינו שהרי הרמ"א הוציא דין זה מהמרדכי פרק איזהו נשך וז"ל המרדכי שם מסקינן הכא דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והיינו דוקא לענין דלא ישלם לו הבעה"ב שכרו עד שיעשה הכל מיהו ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף לענין דמיד שעשה השכיר קצת מן המלאכה ועולה שכרו כדי פרוטה יכול לקדש אשה.

הרי דמיירי בשלא גמר המלאכה ובשלמא על המרדכי לא קשה כי אולי ס"ל דחל מעמ"ש בשכירות שלא החזיר אבל הרב שסתם בחו"מ כדברי המחבר איך פסק בכאן כדברי המרדכי. והב"ש שהעיר ע"ז מדברי הריטב"א שהביא הש"ך ומדברי המחבר לא העיר כלום וכמובן תירוצו של הב"ש על קושיתו לשיטתו שמפרש דכשנתחייב בקנין שאני מלבד שכפי שבארנו אין סברא לחלק בין נתחייב בקנין ללא נתחייב הרי כיון שהתחיל במלאכה מקרי קנין לענין דלא יוכל בע"ב לחזור וגם כשנתחייב בקנין לא נתחייב אלא לשלם כשמגיע הזמן ולא לשלם קודם הזמן ומלבד זאת הנה במרדכי ובהרמ"א לא נזכר מאומה מקנין ואם עיקר החידוש הוא דכשקנה אז הוא דין אחר הלא הי' להם לפרש ולא לסתום ובכן תמוהים דברי הרמ"א וגם לפלא על הש"ך שבח"מ הרבה להקשות על דין זה דבשכירות אין כאן מעמ"ש ולא העיר מדברי רמ"א שמשמע להדיא דלית ליה דין זה: ואילולא דמסתפינא הוי אמינא דהנה הש"ך הרבה להקשות על דין זה דבשכירות קודם החזרה לא שייך דין דמעמ"ש ע"ז הקשה דהרי קיי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וא"כ הרי ההלואה כבר חיילא אלא דאינו מחויב לשלם וא"כ הוי כחוב שלא הגיע הזמן ובחוב שלא הגיע הזמן ס"ל לרוב הפוסקים דמהני מעמד שלשתן ואמאי לא מהני כאן.

וכן הקשה הגר"א ונשאר בדין זה בצ"ע. ומה שתירץ הקצוה"ח שם משום דשכירות כשיחזיר אח"כ נעשה מלוה למפרע אבל בשעת מעשה אין חיוב.

מלבד שדבריו קשים שאיך נוכל לומר שבשעה שמחזיר נעשה מלוה למפרע כיון שמתחלה לא היתה מלוה. א"כ כשמחזיר לשם קידושין לא יחול המלוה למפרע שהרי אינו מחזיר באופן שיחול מלוה וא"כ תתקדש אף למאן דאית ליה ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף.

ע"כ דמאן דאית ליה ישנו לשכירות מתחלה ועד סוף חייל המלוה גם קודם שהחזיר. ומלבד זאת הנה יקשה מדברי הרמ"א בכאן שאמר שאם קדשה בשרר פעולה שעשה אצל אחר אף שלא גמר עדיין הפעולה מתקדשת אם קדשה במעמ"ש, לכן נראה לי דס"ל להטור והמחבר דהא דאמרינן ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף היינו דוקא בפועל אבל לא בשכירות כלי.

והטעם דהנה אמרינן (בב"מ נ"ו) שכירות ליומא מכירה היא והקשה התוס' שם בד"ה והאי ביומא ז"ל תימא דבפרק קמא דע"ז מוכח דשכירות לא קני מישראל ששכר פרה מכהן ומלא לבית דירה אמרו. וי"ל דהכא גבי אונאה כתיב ממכר מיותר לרבות שכירות עכ"ל.

ולכאורה לדעתי פשוט דנהי דמקרי מכירה ליומא היינו מכירת תשמיש הדבר ליומא. אבל עכ"ז הוא לא קנה גוף הדבר שהרי גוף הדבר של המוכר הוא שהרי לא מכר אלא לתשמיש.

אבל מכירה לתשמיש עכ"פ הוי שהרי הוא מכר את תשמיש הכלי לזמן. משו"ה בע"ז דרצו לומר דלאו ביתו של המוכר הוא ע"ז אמרו שכירות לא קניא שהרי מקרי עדיין ביתו שהרי גוף הדבר שלו הוא אבל מכירה עכ"פ לענין אונאה הוי אף שמכר את תשמיש הדבר דאטו אם מכר פירות לאו מכירה היא וכן שכירות מכירה הויא לתשמיש הדבר ועיין בחו"מ (סימן רי"ב) נפקא מינה בין מכר הדבר לתשמיש ובין מכר גוף הדבר לפירות] עכ"פ זה נוכל לומר דשכירות כלי לזמן קנוי לו לזמן השכירות וא"כ לא נוכל לומר דחל חיוב התשלומין בעד התשמיש של הכלי שהרי כי אישתמש בדידי קא משתמש וא"כ אינו משלם בעד התשמיש אלא בעד הקנין שקנה אלא דלא נתחייב עדיין בתחילה שהרי שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף.

א"כ עיקר החיוב כשנגמר הקנין שקנה שהוא כשנגמר זמן השכירות משא"כ אם לא הי' קונה כלל הדבר שמשתמש בו אז הי' מחויב כל שעתא ושעתא שמשתמש בהכלי שאז הי' חיוב התשלומין בעד השכירות של התשמיש וא"כ כל פרוטה שנשתמש הלא אין שייך לפרוטה השני' וא"כ הרי כבר נגמר פרוטה האחת וחל חיובה אבל עתה דאמרינן שקנה הדבר ששכר.

כמו דאמרינן שכירות ליומא ממכר הוא וכן אמרינן (בב"ק ס"ח) פרט לשהקנה לשלשים יום הרי דקרינן לזה מכירה החוזרת א"כ אינו מחויב בעד התשמיש אלא דעיקר החיוב בעד הקנין וא"כ כל הקנין לזמן לא נגמר עד שיכלה כל הזמן א"כ לא חל כלל החיוב עד שעה שיגמר הזמן משו"ה פסק שפיר בחו"מ דלא שייך בכה"ג מעמד שלשתן שהרי לא

חל כלל חיוב התשלומין משא"כ בפועל השכור לזמן לא נוכל לומר שהתשלומין בעד הקנין שהרי מאי קנין עשה בו הרי לא קנה את הפועל.

אלא דחיוב התשלומין הוא בעד הדבר שעושה היינו בעד כל המלאכה כשיגמור שהרי אמרינן בב"ב כל שפא ושפא זימנא הוא. וכן הביא הרמ"א בשם המרדכי בחו"מ (סימן ע"ח) דאם שכרו לכתוב כמה קונטרסים כל שנגמר קונטרס יכול לומר פרעתיך דמקרי שהגיע הזמן ואף שפירשו דהיינו דוקא כל הקונטרס.

אבל בעד דף אחד לא יכול לומר פרעתי שהוא תוך הזמן. אך באמת הרי אמרינן (בע"ז י"ט) מכוש אחרון לית בו שוה פרוטה הרי דבאמת חשבינן לכל מכוש בפני עצמו אלא דבאמת כל פרוטה ופרוטה שעושה מתחייב בתשלומין כיון שהחיוב תשלומין בעד עשית המלאכה לא בעד הקנין והא דאמרינן דכ"ז שלא נגמר הקונטרס מקרי בתוך הזמן הוא משום דכ"ז שלא גמר הלא אם יתבענו בדין לא יתחייב לשלם שהרי יוכל לומר עדיין מה שעשית בידך ולא יוכל להשיב.

שהרי עוד לא נגמר. ושכירות אינה משתלמת אלא כשיחזיר הדבר.

משו"ה אמרינן דבודאי שחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו היינו כ"ז שאין מחויב מן הדין לשלם משא"כ כשגמר הקונטרס הרי אם יתבענו בדין יתחייב לשלם בעד מה שעשה שהרי כל פרוטה ופרוטה בפני עצמה היא א"כ אינו שייך קונטרס זה לקונטרסים אחרים ולא יוכל לומר עדיין בידך הדבר שעשית שהרי הוא ישיב לו טול את שלך והבא מעות משו"ה משלם לו כיון שעתה הוא מחויב ע"פ דין ליקח את שלו וליתן מעות וכשמשלם מה איכפת ליה אם ישאר הקונטרס בידו.

אבל זה מוכח שאם שכרו למלאכה אחת כל מכוש ומכוש הוא חיוב בפני עצמו והטעם שהרי לא עשה קנין בגוף הפועל וגם לא יוכל לומר בעד המלאכה אשלם שהרי פועל יכול לחזור בו בחצי היום ואף קבלן יכול לחזור בו ואף שהביא הרמ"א (סימן של"ג) יש אומרים דבקבלן אם משך בעה"ב את כליו של הקבלן אין הקבלן יכול לחזור בו הלא לאו כו"ע ס"ל כן וגם לפי דעת י"א היינו דוקא שנשתעבדו הכלים למלאכה אבל גופו לא נשתעבד ויוכל לחזור בו ומכש"כ היכא דלא עשה הקנין א"כ כל פרוטה ופרוטה בפני עצמו דיינינן משו"ה שפיר אמרינן בשכירות פועל או קבלן.

ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף. שכל פרוטה שעשה כבר נגמר ומחויב לשלם בעד הפרוטה אלא דכ"ז שהחפץ בידו אינו מחויב להשיב מטעם שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אבל חיוב בודאי הוי וא"כ היכא שנתחייב לפועל אף שעדיין לא נגמר הדבר עכ"ז יש עליו חיוב.

ואם נתן הפועל את זה במעמ"ש בודאי מודים הטור והמחבר שנתחייב. שהרי בעד כל הפרוטות שכבר עשה יש על בעה"ב חיוב תשלומין אף קודם שנגמר הדבר משו"ה שפיר הביא הרמ"א דיוכל לקדש אשה.

שהרי יוכל ליתן לה במעמ"ש. משא"כ הטור והמחבר בחו"מ מיירי בשכר כלי ואז לא שייך ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף.

שהרי התם קנה הכל לזמן. וא"כ החיוב לשלם בעד הקנין וכיון דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף.

א"כ לא חל עליו כלל חיוב תשלומין עד שיגמר הקנין שקנה בהכלי. ומשו"ה כתבו הטור והמחבר דלא שייך כלל בזה מעמד שלשתן קודם שגמר הקנין.

שהרי אין עדיין עליו חיוב השכירות כלל. משא"כ בפועל כל הפרוטה ופרוטה כבר סוף השכירות.

אלא דמשו"ה אינו משלם משום שהחפץ בידו לא יוכל לכופו לשלם. אבל חיוב יש עליו. משו"ה חל מעמד שלשתן. ומיושב בזה קושית הש"ך והגר"א שהקשו הרי ישנה לשכירות כו' יעו"ש בדברי'.

אכן לדברינו בשכירות כלי לא שייך כלל דינא דישנה לשכירות משא"כ בפועל שייך האי דינא כנ"ל. נמצא דלפי מה שבררנו שיש עליו חיוב ההלוואה גם קודם שנגמר זמן השכירות בודאי.

דאם קדשה בהנאת מחילת מלוה מקודשת ושלא כדעת הב"ש: ואם נימא כן יתיישב קושית הלח"מ על דברי הרמב"ם (בפ"ז מהלכות שכירות) שכתב (שם בהלכה ג'). השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו והמשכיר אומר לא נטלתי בין שהיתה בשטר בין שהיתה בעדים.

אם תבעו בתוך שלשים יום על השוכר להביא ראיה או יתן ויחרים על מי שלקח ממנו או יטעון עליו בדמים שנתן תחילה טענה בפני עצמו. וישביעהו היסת.

והקשה הלח"מ דמלשון זה שכתב הרמב"ם ויחרים על מי שלקח ממנו מוכח דלא חייבו שבועה למשכיר. דכיון דהוי בתוך הזמן איכא חזקה דאין אדם פורע בתוך זמנו.

מהני הך חזקה כדי שיטול התובע בלא שבועה. והרי הרמב"ם בעצמו כתב (בפרק שלישי מהלכות שכנים) גבי אחד מן השותפין שבנה כותל שמבדיל בינו ובין חבירו דאם בא לתבוע אותו ליתן חלקו בהוצאת הגובה מה שהוסיף על ארבע אמות דנשבע בנקיטת חפץ ונוטל והא התם הוי בתוך זמנו ועדיף מיני'.

דאמרינן בגמ' דאפילו אביי ורבא דאמרי אדם פורע בתוך זמנו מודו התם דאינו פורע משום טעמא דמי יימר דמחייבי לי רבנן. וא"כ משמע דעדיף מהיכא דהוי תוך זמנו וכיון דהכא לא הצריך רבינו שבועה כ"ש התם עכ"ל הלח"מ.

אכן לפי דברינו יתיישב שפיר. דהנה גבי שטר תו"ז ועד אחד מעיד שהוא פרוע. פסק הרב"י דאף שפסק הרמב"ם דאין צריך שבועה משום עד אחד. כיון דהוי תוך זמנו. אי טעין ישבע לי מחויב לשבע. הרי דתוך זמנו אינו מועיל אלא לדחות תקנתא דרבנן שפסקו שעד אחד הוי הוכחה שפרע.

דמשו"ה חייבו רבנן שבועה. כיון דהוי תוך זמנו אין מקבלין הוכחות.

דאדרבה יש הוכחה שלא פרע. אבל שבועה דחייבו רבנן בבא ליטול משום ספק דילמא פרע.

מידי ספק לא יצא לגבי חיוב שבועה היכא דטוען ברי. ומשו"ה פסק הרמב"ם (בפ"ג מהלכות שכנים) דאם בא לתבוע חלקו בהוצאות והלה אומר פרעתי.

דנשבע בנקיטת חפץ ונוטל כדין שפסקו רבנן דהבא ליטול והלה אומר פרעתי לא יטול אלא בשבועה וכל זה דוקא בטוען פרעתי. אבל בטוען יש לי בידך כנגדו דלא הוה טענת פרעתי.

על טענת יש לי בידך כנגדו לא תקנו רבנן שבועה בבא ליטול. ורק משום מגו שהי' יכול לומר פרעתי יכול להשביעו.

ותליא אי אמרינן מגו להשביע. (ועיין בקצוה"ח בסימן פ"ב).

אבל אם אין יכול לומר פרעתי להשביעו. שאין כאן מגו בודאי דעל טענת יש לי בידך כנגדו לא תקנו שהבא ליטול לא יטול אלא בשבועה.

והנה כפי שביארנו גבי שכירות קודם שכלה הזמן החיוב עדיין דבר שלא בא לעולם הוי. נמצא כשנתן דמי השכירות בתוך הזמן המעות עדיין הלוואה ביד המשכיר עד שיגיע הזמן שיחול החיוב.

וכשיגיע הזמן ג"כ הוי חוב המעות חוב. וחוב השכירות חוב כדקיי"ל זה גובה וזה גובה ואפי' מאן דלא ס"ל זה גובה כו' היינו משום דהפוכי מטרתא למה לי.

אבל היכא שיש נפקא מינה מודה שזה גובה וזה גובה. נמצא דהכא כשטוען פרעתיך בתוך הזמן איננו טענת פרעתי דבתוך הזמן לא הוי המעות פרעון.

רק טענת יש לי בידך כנגדו ובטענת יש לי בידך כנגדו לא תקנו רבנן שלא יטול אלא בשבועה. ואפילו אם נימא דבשטר אף בטענת יש לי בידך כנגדו אי טען לשתבע לי מחויב לשבע היינו שיש לו מגו דאי בעי טעין פרעתי.

למאן דס"ל אמרינן מגו להשביע והכא הא אין יכול לטעון פרעתי בתוך הזמן דפרעתי הכא בשכירות תוך הזמן הוי טענת יש לי בידך. כיון שלא הגיע עדיין זמן החוב.

משו"ה פסק הרמב"ם דבשכירות אם טוען פרעתיך בתוך הזמן נוטל בלא שבועה. משא"כ בכותל אף דחזקה שאין אדם פורע משום דמי יימר דמחייבו לי רבנן.

כיון שרבנן תקנו שהבא ליטול ישבע בטענת פרעתי. חזקה דאין אדם פורע.

אין פוטר מן השבועה בטוען ברי: ולפי"ז מיושב ג"כ קושית הש"ך בחו"מ (סימן ע"ח ס"ק ט') על הרמ"א דבסימן (ע"ח) סתם כהאי סברא דאית לה דאם הלוה אומר שפרעו בתוך הזמן אין צריך לשבע. ומשמע דאפילו אחר הפרעון אין צריך לשבע.

ואילו בסימן (שי"ז) גבי שוכר אומר נתתי ומשכיר אומר לא נטלתי סתם הרמ"א דצריך לשבע אחר הפרעון ונשאר בצ"ע. אכן לדברינו ניחא דרבינו הרמ"א ס"ל כיון דחזקה אין אדם פורע בתוך זמנו.

בכה"ג לא אמרינן תקנת חכמים דהבא ליטול לא יטול אלא בשבועה בטוען פרעתי ורק בשטר תקנו ולא נגד חזקה דאין אדם פורע בתיך זמנו. והיסת ג"כ לא שייך קודם הפרעון.

רק אחר הפרעון. אולם היסת לא מצינו אלא היכא דיברר על מה תובעו ועל מה צריך לשבע.

משו"ה ס"ל לרמ"א בטוען גבי הלואה פרעתי בתוך זמנו אין משביעין היסת אפילו אחר הפרעון משום דעל איזה טענה ישבע. אם על הכסף שנתן אח"כ בצווי ב"ד.

לא מצינו היסת בכה"ג שמצוין ב"ד לפרוע. ואח"כ יאמרו השבע.

וכיון שעל פי ב"ד נתן לא שייך שבועת היסת בכה"ג ואם יתבע הכסף שפרע בתוך הזמן, הלא אותם הכסף הוא מודה שהי' מחויב לשלם. ואיך יתבע אותם הכסף.

משו"ה אין לנו עתה על מה להשביע. וכל זה בהלואה.

אבל בשכירות כיון שנתן הכסף קודם הזמן שאז לא הי' חיוב עדיין. נמצא דהכסף הי' בתורת הלואה דלא דמי לחוב תוך הזמן.

שחיוב יש רק שאין יכול לתובעו וכששלם באמצע הזמן הוי תשלומין דמשו"ה יש מעמ"ש בהלואה תוך הזמן. אבל בהלואה של שכירות כ"ז שלא נגמר השכירות לא הוי חוב ואין מעמ"ש קודם הזמן.

נמצא דהפרעון שנתן בתוך הזמן הוי הלואה. וא"כ כשפרע אח"כ עוד הפעם לפי דבריו. יוכל לתובעו בעד הכסף שלקח באמצע הזמן וישבע שלא לקח אותם. ואין מגיע לו החוב ההוא.

משו"ה שפיר פסק הרמ"א בשכירות תובעו הכסף שנתן לו באמצע הזמן ונשבע היסת עליהם. אבל בהלואה אין יכול לתובעו הפרעון שנתן באמצע הזמן.

שהרי אף לפי דבריו אינו מחויב לו בעדם. שהרי הי' הפרעון בשעתם: עוד איתא שם בב"ש (ס"ק מ') על דברי הרמ"א שכתב שאם הכלי עדיין אצלו וקדשה בשכרו לכו"ע מקודשת דהוי לי' כמלוה שיש עליו משכון.

וכתב ע"ז הבית שמואל ז"ל רי"ו מורי ר"א כתב כי נראה לו לכו"ע אם עשה לה כבר שירים ונזמים ואח"כ קידש בשכרו מקודשת דכיון שתופס אותם בשכרו הוא כמקדש במלוה שיש עלי' משכון ול"ד לעשה לי שירים ונזמים דאינה מקודשת דהתם לא תפיס אאגרי' וכן אמרו בשכר שעשיתי עמך אינה מקודשת ופירש"י וכבר החזיר לה השירים עכ"ל ובד"מ הביא דבריו בקצור וכתב אע"ג דכתבנו לעיל דבעינן דוקא דמטא לידי' בתורת משכון נראה דבכאן כו"ע מודים שכל אומן שמחזיק הכלי בידו הוא כמשכון על שכרו עכ"ל וכוונתו מ"ש אע"ג שכתבנו לעיל כו'.

היינו שם הביא מ"ש הטור בשם הרמ"ה במשכון שלה דוקא במטא לידי' בתורת משכון. ולכאורה דברי הד"מ תמוהים דהא הטור כתב שם כו' כל כמה דלא גלי דעת' דנקיט ליה בתורת משכון אינה מקודשת ורי"ו איירי כשתופס על אגרי' א"כ מה קשה ליה כו'.

ובהגה זו נמי משמע אפילו לא תפיס על שכרו הוי כמשכון וזה לא כדברי הטור ולא כדברי רי"ו גם קשה ליישב הסוגיא דאוקמי שם דפליגי אי ישנה לשכירות. ולפי הבנה שלו קשה ממ"נ אי איירי דעדיין הכלי בידו, וא"כ הא הוי כמשכון.

ואי איירי שכבר החזיר א"כ אפילו למ"ד אינה לשכירות אלא לבסוף נעשה השכירות מלוה. ודברי רי"ו שפיר משום דאיירי שתופס על שכרו כו' עכ"ל הב"ש: ונראה לי דאין כוונת רמ"א שאם בעת שמקדש יש הכלי בידו והוא נותן לה מקודשת משום דהוי כמלוה שיש עליו משכון דא"כ אין התחלה לדברי רמ"א דמפרש טעם היש אומרים דאם קדשה בשכר מלאכה מקודשת פירוש הרמ"א אם הוא קבלן על המלאכה דאומן קונה בשבח כלי ואם הכלי עדיין אצלו כו' לכו"ע.

א"כ מיירי פלוגתא שהביא כשכבר החזיר הכלי קודם דקידושין. א"כ מאי מהני אומן קונה בשבח כלי סוף סוף כשהחזיר לה הכלי קנתה השבח.

ועתה היא חייבת רק דמים. וא"כ איך תתקדש אף למ"ד אומן קונה בשבח כלי אם החזיר לה הכלי ואח"כ בא לקדשה.

ע"כ דמיירי דבעת שמקדש אותה מחזיר לה הכלי. ובזה פליגי.

ולמאן דלא ס"ל אומן קונה. וישנה לשכירות אינה מקודשת ואיך מסיק רמ"א ואם הכלי עדיין בידו לכו"ע מקודשת הא פלוגתתם בזה.

אלא פשוט וברור דכוונת הרמ"א הכי הוא. דבודאי דאם בעת שמקדשה מחזיר לה הכלי בודאי דאינה מקודשת.

אי נימא אין אומן קונה וישנה לשכירות מתחילה ועד סוף. שהרי לא הי' הכלי משכון בידו כיון שלא בא לידו בתורת משכון אלא דס"ל לרמ"א כיון דאמרין בב"מ כל האומנין ש"ש הן.

וכולן אם אמרו הבא מעות וטול את שלך ש"ח הרי דאמרין כיון שתבע מעות מחויב בעל הבגד להביא מעות וליקח את שלו. א"כ כשתבע המעות אז נעשה הבגד משכון בידי'.

שהרי כשתבע נתחייב אז הבעה"ב לשלם לו השכירות. ואם תבע מקודם השכר ואח"כ קדש מקודשת שהרי תיכף כשתבע השכר ומעכב בידו הבגד בשביל השכירות נעשה משכון.

אבל אם החזיר בעת שקידש אינה מקודשת. שהרי כ"ז שהי' בידו לא הוי משכון.

שהרי לא הי' עדיין חיוב על הבעה"ב ליתן לו המעות. ובשעה שנעשה חוב היינו בעת שיקדש דהוי כמו תובע שכרו הרי מחזיר הבגד וא"כ לא הוי משכון מעולם.

אבל אם אמר התקדשי בשכר שעשיתי עמך. ולא החזיר לה הכלי כיון שאמר התקדשי בשכר הרי הוא תובע השכר.

וכיון שתובע ואינו מחזיר. הרי הבגד בידו משכון.

וממילא הוי הלואה שיש עלי' משכון. דמקודשת במקדש במלוה שיש עלי' משכון.

ולפי"ז בפשיטות מיושבים כל קושיות הב"ש מה שהקשה דדברי הד"מ תמוהים דהא הטור כתב כל כמה דלא גלי דעת' דנקיט ליה בתורת משכון. ורי"ו מיירי כשתופס על שכרו.

אכן לפי דברינו רי"ו לא מיירי כשתופס על שכרו. דהרי הרי"ו מייתי ראי' מדברי רש"י שפירש וכבר החזיר לה השירים.

ואם נימא דהיכא שאינו אומר כשתופס על שכרו לא היה משכון. א"כ למה לי לרש"י לפרש שכבר החזיר יפרש שלא החזיר רק שלא אמר שתופס על שכרו.

וגם הרישא דומיא דסיפא. ובסיפא בשכר שאעשה הא מיירי בנקיט עדיין בידו.

ומתקדשת מטעם דאינה לשכירות אלא לבסוף. א"כ גם רישא בשכר שעשיתי עמך מיירי שכבר עשה אבל לא החזיר.

אלא פשוט דרי"ו מפרש בהך דהאי וכבר החזיר שאמר רש"י היינו שהחזיר בשעת הקדושין. דאף דמה שמקדש הוי כתביעת שכר.

כיון שבשעת התביעה החזיר לא נעשה מלוה שיש עלי' משכון. אבל אם בשעה שמקדש שאז הוי כתביעה לא החזיר.

הרי תפיס אאגרי' ממילא אף שלא אמר שתופס. וממילא הוי כמקדש במלוה שיש עלי' משכון.

ומה שאמר רש"י וכבר החזיר היינו בעת שבאים לשאול עתה בב"ד כבר החזיר לה השירים בשעה שקידש. וא"כ שפיר הקשה הד"מ מדברי הטור דמשמע דבעינן דוקא דגלי דעת' ולא מהני תביעה בשעה שיש בידו החפץ שזה יעשה שהחפץ הוי משכון בידו.

ע"ז משני הד"מ דגבי אומן כו"ע מודי. דדוקא בפקדון דאין שייכות להלוואה עם הפקדון.

אז בסתמא לא אמרינן שכונתו שיהי' הפקדון בעד הלוואה. אבל באומן שמגיע לו שכר בעד הכלי בעצמה.

וכל האומנין מחזיקין הכלי למשכון כדאמרינן דנקיט לה אאגרי' כו"ע מודים. (ולפי דברינו נצטרך לומר דרי"ו ס"ל דהא דאמרינן אינה לשכירות אלא לבסוף היינו בשעה שגומר.

דאם נימא דרי"ו ס"ל דאינה לשכירות אלא בשעה שמחזיר הכלי כמו שכתב הט"ז והוכיח מדברי רש"י אלו שכתב וכבר החזיר. א"כ אין ראי' מדברי רש"י דאם נקיט ביד' הוי מלוה שיש עלי' משכון.

דהרי הכא קיימינן למאן דס"ל אינה לשכירות אלא לבסוף. וא"כ אם לא החזיר בשכר שעשיתי הוי כמו אעשה.

ע"כ דרי"ו ס"ל דהסוף הוי בשעה שגומר הפעולה. ואז נעשה השכירות.

וא"כ לחנם הרעיש הט"ז על הפרישה כי מהרי"ו מוכח כהפרישה ודו"ק): סימן מב סוגיא דמי הודיע לבעל חטין. ויתבאר דין קנה במעותיו לחבירו ודברי הרא"ש שמחלק בין צבע לשליח.

ודין מקדש אשה לחבירו במעותיו. ואגב יתבאר דיני ידיעה וראי' דגם בממון בעינן ידיעה וראי': דף קב תנו רבנן הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהן שעורין שעורין ולקח מהן חטין תנא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותני חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע א"ר יוחנן לא קשיא הא רבי מאיר הא רבי יהודה מחכו עלה במערבא לרבי יוחנן אליבא דרבי יהודה וכי מי הודיע לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא אמר רבי אבוה שאני חטין וחטין דשליחותי' קא עביד וכיד בעה"ב דמי תדע דתנן אחד המקדיש נכסיו ואחד המעריך את עצמו אין לו בכסות אשתו ולא בכסות בניו ולא בצבע שצבע לשמן וכו'.

ואמאי לימא ה"נ מי הודיע לצבע שיקנה צבעו לאשה אלא משום דאמרינן דשליחותי' קא עביד וכיד אשתו דמי ה"נ שליחותי' קא עביד וכיד בעה"ב דמי: והנה הש"ך בח"מ (סימן קפ"ז ס"ק ב') כתב וז"ל כתב רבינו ירוחם (בנכ"ח ח"א) ואם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו אפילו אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה במעותי אלא אם כן הודיעו למוכר בפ"ט דקמא עכ"ל וב"י הביאו בחידושי' ג' כו' ובדרכי משה כתב וז"ל ומה שכתב הטור כמאן דאוזפינהו דמי הוא שלא כדברי רבינו ירוחם (נתיב כ"ח ח"א) דאפילו אם קנה במעותיו ומתכוין לחבירו לא קנה חבירו אפילו אמר בפני עדים לצורך חברי אני קונה במעותיו אלא אם כן הודיעו למוכר כו' גם ממה שכתב הטור כמאן דאוזפינהו דמי אין ראי' דשאני התם דאמר ליה זיל זבין לי עכ"ל הש"ך.

ולכאורה אין מובן דבריומאי מהני שאמר ליה זיל זבין לי סוף סוף המעות אינם של הקונה ואיך יקנה מעותיו לחבירו ואם נימא דמועיל כשאמר לו זבין לי דאז יכול לקנות במעותיו א"כ גם אם לא אמר לו זיל זבין לי אמאי אינו יכול לזכות בעדו הא קיי"ל בכל דוכתי זבין לאדם שלא בפניו.

והנה הקצוה"ח (שם בס"ק ד') כתב הטעם וז"ל והנראה לי בזה דהיכא דאמר לו זיל זבין והשליח קונה במעותיו הוה ליה המשלח בעל המעות דהוה ליה כמאן דאוזפינהו כיון דעל פיו הוציא והמשלח צריך להחזיר לו המעות ואינו אלא הלואה והוה ליה המשלח בעל המעות ממש אבל בדינא דרבינו ירוחם דלא אמר לו זיל זבין אלא שקונה בעצמו במעותיו ולא הוה ליה לזה כלל על המעות דאי בעי אינו רוצה במקחו וא"כ לא הוה בעל המעות אלא השליח וכן בצבע לאשה דהבעל נותן מעות ואין האשה מחזרת כלום א"כ לא הוה האשה בעלת המעות עכ"ל הקצות.

וגם דבריו אינם מובנים לכאורה כיון דטעמא דרבינו ירוחם שאינו יכול לקנות במעותיו בעד אחר א"כ מאי מהני שאם אמר לו זבין לי ומתחייב אותו המשלח בעד שהוציא המעות נהי דמחויב בעד המעות מדין ערבות אבל מ"מ הכסף לא קנה ואיך יקנה המשלח בכסף של זה. אכן צ"ל דהקצוה"ח סבר דטעמא דרבינו ירוחם הוא משום דאמרינן כונת המוכר להקנות דוקא לבעל הממון.

משום הכי היכא דמחייב המשלח בעד הוצאת הממון אז אמרינן שכונת המוכר להקנות למי שנתחייב בעד הוצאת הממון וכן מפרש שם הקצוה"ח דברי הרא"ש שכתב שם ז"ל וליתא לחוכא דבני מערבא דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות ואע"פ שבעל החטים מזכה לשליח החטים.

ידו כיד בעל המעות משום שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות ואע"ג דרבי אבא משני הך משנה דערכין אליבא דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסים אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוה אמרינן מי הודיע לצבע שיקנה צבע לאשה שאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה אפילו אם ירצה הבעל לזכות לאשתו בגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר הלכך צריך רבי אבא לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו וכתב שם הפלפולא חריפתא דטעם חילוק הרא"ש הוא משום דהבעה"ב נותן מעות שלו להצבע משא"כ בשליח שנותן מעותיו של בעה"ב זוכה משום אחר היינו מבעל החטין לבעל המעות.

והנה לפי דבריהם יהי טעמא דהרא"ש ג"כ משום דכיון דפסקינן דלא כבני מערבא כונתו לזכות לבעל המעות דוקא ולא לקונה ממנו משום הכי בכסות אשתו דהבעה"ב נותן מעות אמרינן דכונת הצבע הי' להקנות דוקא לבעל המעות היינו הבעל אבל בשלח הבעה"ב שליח ונתן לו מעותיו אמרינן כונת המוכר הי' להקנות לבעל המעות: אכן אי אפשר לומר דטעמא דרבינו ירוחם דאמר דאם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחבירו לא קנה חבירו היינו משום דכונת המוכר הי' דוקא להקנות לבעל המעות ומשו"ה אם אמר לו זיל זבין לי דנתחייב המשלח בעד הדמים אז לגבי כונת המוכר נעשה הוא בעל המעות שכונת המוכר הי' להקנות למי שנתחייב בעד המעות.

שהרי אדרבה הב"י רצה לומר טעמא דרבינו ירוחם משום דסבירא ליה כבני מערבא דאמרי מי הודיע לבעל חטין שיקנה חטין לבעל המעות ע"ש בב"י. וגם טעמא דהרא"ש אי אפשר לומר דהיינו משום שכונתו להקנות לבעל המעות דוקא משו"ה בצבע דבעה"ב נותן המעות כונתו להקנות לבעה"ב דוקא ולא לאשה ובשולח שליח דנותן המשלח מעות כונתו להקנות להמשלח זה אי אפשר לומר בדעת הרא"ש שהרי כתב הרא"ש בפירוש ז"ל אף שהמוכר מזכה לשליח החטין ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות.

הרי שבעל החטין מתכוין להקנות לשליח אלא דלא איכפת לן כיון שהשליח זוכה לבעל המעות. אלא פשוט דכונת הרא"ש הוא כן דהנה הא דאחד יכול לזכות בעד חבירו היינו דוקא בעושה מעשה לזכות כגון שמגביה או מושך או עושה חזקה ע"מ לזכות בעד חבירו אבל בדבר שנקנה לו בלא שום מעשה לא יוכל לזכות בעד חבירו למשל אם ראובן זוכה דבר בעד שמעון לא יוכל שמעון לומר זכיתי יהי בעד לוי.

ואף אם אמר שמעון קודם שזכה ראובן בעדו ג"כ לא יקנה לוי דבמה יזכה ללוי בשלמא כשעושה מעשה אמרינן דמעשה הזכי' בעד לוי אבל כשאינו עושה שום מעשה רק שנעשה הדבר שלו לא שייך לומר שמה שנעשה שלו יהי של פלוני. לפי"ז פשוט החילוק דבצבע איצטריך לטעמא דאין אדם מקדש כסות אשתו אבל בלא האי טעמא אף שדעת הבעל הי' שהצבע יהי בעד האשה לא קנתה משום דאין אדם זוכה בשלו לאחרים.

דהא דאומן כשעושה שבח בהכלי אמרינן דאין אומן קונה בשבח כלי ונעשה השבח של הבעלים הטעם הוא משום דכן דין שכירות כשזה עושה בעד הבעלים והבעלים מתחייבים שכר. נעשה השבח של הבעלים ונקנה להבעלים.

וא"כ אין הבעלים עושים שום זכי' בצבע הכסות שנימא שע"י זכיתו הוא זוכה בעד האשה דכיון דהשבח נקנה לו ממילא א"כ במה יזכה הבעל להאשה דזה אינו יכול אדם לומר מה שנעשה שלי יהי' של חברו אבל כששלח שליח לקנות חטין או שעורים א"כ הרי השליח עושה מעשה זכי', הגבהה או משיכה א"כ הרי השליח יכול לזכות ע"י מעשה קנייתו בעד המשלח ולא דמי לצבע דשם אינו עושה הבעל שום מעשה שיזכה בזה להאשה: ולפי"ז לענ"ד נראה דלא קשה מה שהקשה הדרכי משה על רבינו ירוחם דאמר דאם הקנה במעותיו ומתכוין לזכות לחברו לא קנה חברו מדברי הטור שכתב (בסימן קפ"ג) וז"ל כתב הרמ"ה ראובן שאמר לשמעון זבין לי האי מידי וזבין ליה מסתמא קניי' ראובן משעת משיכה וכו' ואפילו שחזר שמעון אחר משיכה ואמר לעצמי כוונתי ליקנות אינו נאמן אף ע"ג דיהיב שמעון דמים שלו קניי' ראובן ויהיב לשמעון זוזי דכמאן דאוזפינהו דמי עכ"ל הטור שהקשה מזה הדרכי משה לדברי רבינו ירוחם.

אבל באמת לא קשה שהרי הרבינו ירוחם מיירי בקנין קרקע בכסף דאמר דאם הקנה במעותיו היינו בקנין כסף ובקנין כסף הלא הקונה אינו עושה שום מעשה אלא דממילא נקנית לו הקרקע בעד הכסף שנתן אבל הוא אינו עושה מעשה ומשו"ה לא יוכל לזכות בעד חברו שהרי לפי דברינו היכא שאינו עושה מעשה לא שייך למימר שזכיתו יהי' בעד חברו.

אבל הטור הרי מיירי בקנין מטלטלין במשיכה ובמשיכה הרי הוא עושה מעשה המשיכה ובמעשה שייך שפיר למימר שעשיתו הקנין יהי' בעד חברו משו"ה שפיר כתב הטור דקונה בעד חברו ולא קשה כלל על רבינו ירוחם. דהיכא דקניתו בלא שום מעשה כגון בקנין קרקע בכסף שם גם הטור מודה דבלא מעשה לא יוכל להיות שזכיתו שזוכה בהדבר ממילא יהי' בעד חברו שאין אדם זוכה בשלו לחבירו: ועפי"ז יש לבאר דברי הרמב"ם דהנה בקידושין (דף ו') אמרינן הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני ואתמר שם משמי' דרבא וכן לענין ממונא.

אכן הרמב"ם הביא הדין דנקנה מדין עבד כנעני דוקא בקידושין דאם אמר הילך מנה והתקדשי לפלוני מקודשת מדין עבד כנעני אבל במכירה כגון שאמר הילך מנה ותהי' שדך מכורה לפלוני לא הביא הרמב"ם האי דינא דתהא מכורה מדין עבד כנעני ומפרש הרמב"ם הא דאתמר משמי' דרבא וכן לענין ממונא קאי דוקא על דין ערבות היינו אם אמרה תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך דהתם מקודשת מדין ערב ועל זה קאי הא דאתמר משמי' דרבא וכן לענין ממונא ודין זה הביא הרמב"ם בהלכות מכירה (פרק א' הלכה ו') האומר לחבירו תן מנה לפלוני ויקנה ביתי לך כיון שנתן קנה הבית מדין ערב אבל דין דאומר לחבירו הילך מנה ויהי' ביתך מכור לפלוני דזה הוה דין דעבד כנעני לא הביא בהלכות מכירה משמע דס"ל דלא קנה מדין עבד כנעני במכירה.

וכבר תמהו המפרשים מ"ש קידושין ממכירה דבקדושין מועיל מדין עבד כנעני ובמכירה אינו מועיל ותירץ הר"ן ה"ט משום דלגבי קידושין דיוקא ילפינן מדין עבד כנעני משום

דגמרינן לה לה מאשה היינו אשה ושפחה מהדדי אבל לא לענין מכירה, אך דבריו תמוהים דאדרבה קידושי אשה ילפינן מקנין קיחה קיחה משדה עפרון ולא לה לה מאשה. ושטר קידושין ילפינן מויצאה והיתה ולא משטר שחרור ע"כ דלימוד דלה לה לא נאמר אלא גבי יציאות או לגבי מצות אבל לא לגבי קניני האשה. וא"כ אמאי יליף גבי דין עבד כנעני אשה משפחה הא אדרבה מקנינים הוה ליה למילף שהרי עיקר דין קידושי כסף ילפינן מקנינים.

עוד הקשה הרשב"א על דברי הרמב"ם דהרמב"ם בהלכות קידושין (פ"ה הלכה כ"ב) כשהביא דין זה דאמר לה הילך דינר זה והתקדשי לפלוני כתב וקדשה אותו פלוני ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה לך בגללי ותמה הרשב"א ע"ז דלמה בעינן דוקא שהמקדש יאמר לה הרי את מקודשת לי אמאי אינו מועיל באמר לה הנותן בשליחות המקדש התקדשי לפלוני בדינר זה שאני נותן לך בגללו וכמו דאותו פלוני הוא שליח על נתינת הכסף כן יהי שליח גם על אמירת הרי את מקודשת: ונראה לי לתרץ דהנה הבית שמואל באבן עזר (סימן מ"ב ס"ק י"ב) הביא דברי המרדכי דס"ל שאם שמעו עדים אחד שאמר לאשה הרי את אלא בטבעת זו ולא ראו נתינת טבעת ואח"כ ראו הטבעת יוצא מתחת ידה מקודשת כיון שיש אומדנא שהנתינה היתה בשעת מעשה היינו בשעה שאמר לה הרי את מקודשת ואומדנא מועיל בקידושין שהרי אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה.

אולם באמת הדברים צריכים עיון דכפי מה שבארנו לעיל דמשום הכי אמרינן בסנהדרין דאינו מועיל בדיני נפשות אומדנא דראו אחד שרץ אחר חבירו ונכנס אחריו לחורבה ורצו אחריו ומצאו סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר אין הטעם דלא אזלינן בתר אומדנא בדיני נפשות אלא הטעם דאימתי נעשה האומדנא שהרגו לאחר מעשה ההריגה ובדיני נפשות בעינן דוקא עדים בשעת מעשה.

כן הכא נמי מאי מיייתי ראי' מדמועיל הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה מועיל נמי היכא שלא ראו נתינת הטבעת בשעת מעשה רק ראו אח"כ הטבעת יוצא מתחת ידה כיון דקיי"ל המקדש בלא עדים אין קידושיו קידושין אפילו בשניהם מודים הרי דבלא עדים לא חלין הקידושין א"כ נהי דגבי הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה מועיל היינו משום דכיון דאזלינן בתר אומדנא הוי אומדנא כראי' א"כ בשעה שעדים רואין היחוד הוי כרואים הביאה והוי הקידושין בעדים.

אבל גבי הטבעת שלא ראו נתינת הטבעת בשעת מעשה נהי שעתה יש לנו אומדנא שנתן בשעת מעשה שהרי רואים אנחנו הטבעת יוצא מתחת ידה. אבל אימתי נולדה האומדנא לאח"כ בשעה שראו הטבעת בידה אבל בשעת מעשה לא היתה האומדנא ונהי דאומדנא מועיל אבל הלא לא היתה בשעת מעשה כלל אומדנא והוי כקידושין בלא עדים דלא הוי קידושין אף ששניהם מודים.

וקשה לפי זה נמי טעם השני שהביא הבית שמואל משום דעדי קידושין דמי לעדי ממון שהרי בשניהם אין צריכין דרישה וחקירה א"כ כמו דבממון מהני ידיעה בלא ראי' ה"נ בקידושין מועיל ידיעה בלא ראי' ולפי הנ"ל גם זה יקשה שהרי בממון לא אברי סהדי

אלא לשקרא ובעינן עדים רק לידע הדבר אבל בקידושין מה מועיל הידיעה בלא ראי' כיון שהידיעה נולדה אח"כ ובשעת מעשה לא היתה ידיעה א"כ הוי קידושין בלא עדים: ובעיקר הדין שכתבו דבממון מועיל ידיעה בלא ראי' לדעתי באופן כזה אף בממון לא מהני דהנה הקצוה"ח (בסימן מ"ו ס"ק ח') הביא בשם רבינו תם דקיום ע"י דימוי החתימות לא הוי קיום אלא מדרבנן אבל מן התורה אינו מועיל מדאמרינן ה"י יודע לו בעדות קרקע ונסתמא כו' אפילו כוון במדת מצרנהא ובמדת גמיו בגלימא ומשקל בנסכא לא מהימנא להו דכולהו אמוראי איתותבו אלמא דעיקר העדות בט"ע ולא לדמויי מילתא למילתא.

וכתב ע"ז הקצוה"ח וז"ל אמנם בדברי ר"ת קשיא לי במה דהביא ראי' דעיקר עדות בטביעות עין הוא מדאיתותבו כולהו אמוראי והוא ראי' לסתור דהתם לא איתותבו אלא משום דבעינן תחילתו וסופו בכשרות אם הוא סומא אין סופו בכשרות כדאמרינן התם מיתבי ה"י יודע לו בעדות עד שלא נעשה כו' פתוח ונסתמא כו' זה הכלל כל שתחלתו וסופו בכשרות כשר וא"כ אין הפסול אלא משום דהוא סומא וסומא פסול אף על גב דיכול להעיד מפי השמועה ששמע שהודה והכירו בט"ע דקלא ומשמע הא מי שאינו סומא שפיר מעיד ע"פ משקל ומדת גמיו דאל"כ תיפוק ליה דאינו מעיד משום שלא הגיד בט"ע והתם לא פריך אלא מברייתא דפתוח ונסתמא וצ"ע עכ"ל הקצוה"ח.

אולם באמת דבריו תמוהין דכיון דעכ"פ מסקינן דסומא אף שמתחלה ה"י פתוח וראה העדות כיון דעתה אינו יכול לראות פסול לעדות מכש"כ היכא דלא ראה כלל העדות דודאי פסול. דמה מפני שאינו יכול לראות פסול מכש"כ היכא דלא ראה והא דבתחלה הוי סברי דסומא כשר לעדות קרקע משום שיכול לכוון מידת מצרנהא או מידת גמיו בגלימא או משקל בנסכא היינו דבתחלה הוי סברי דלא בעינן ראי' ממש דראה לא דוקא בעינים דאף אם ראה בחוש אחר ג"כ ראה מקרי כמו ולבו ראה.

דראה הכונה הבין הדבר אבל כיון דמסקינן דאע"פ שיכול לכוון מדת מצרנהא או מידת גמיו או משקל נמי פסול ע"כ ראה בעינן דוקא בעינים דהיינו ראה ממש ופסול מפני שאינו יכול לראות א"כ מכש"כ היכא שלא ראה כלל דפסול לא מיבעי לשיטת הרמב"ם דעדות בכתב הוי רק מדרבנן משום דכתיב לא יגיד בעינן דוקא הגדה ואינו מועיל מה שראו להגדה א"כ הכא נמי כיון דאמרינן דהיכא שאינו יכול לראות דפסול.

דראה בעינן דוקא ראו ממש מכש"כ היכא דלא ראו דפסול. אלא אף לשיטת ר"ת דס"ל דעדות בכתב כשר והא דכתיב לא יגיד היינו דבעינן דוקא ראוי להגיד א"כ הכא נמי נימא הא דכתיב וראו היינו דבעינן ראוי לראות אבל ראי' ממש לא בעינן ותקשה מר"ת על ר"ת דלפי שטתו אין ראי' אבל באמת לא דמי כלל דהא דאמרינן דגבי הגדה לא בעינן אלא ראוי להגיד ולא הגדה בפה ממש היינו משום דכיון דכתיב קרא וכתב בספר וחתם מזה ילפינן דעדות בכתב כשר וא"כ ע"כ צ"ל הא דכתיב לא יגיד היינו דבעינן ראוי להגדה אבל גבי ראה דלית לן קרא להכשיר בלא ראי' וכיון דכתיב ראה א"כ משמע ראה ממש וליכא עוד קרא למילף מיני' דבעינן רק ראוי לראות כדאיתא גבי הגדה.

ובר מן דין לא דמי כלל לשם דהתם אין פסול בהעדות שהרי העדות ראו העדים בכשרות ועתה ראויים הם להגיד ומשו"ה כתב ר"י בשם ר"ת דאם זוכרים העדות יכולין לשלוח

בכתב ומשמע שם בכתובות (דף כ') גבי כותב אדם עדותו על השטר והוא שזוכרה דאף אם כתב בעת שזוכרין אם עתה בשעה ששולח לבית דין אינו זוכר לא ישלח בכתב כיון שעתה אינו ראוי להגיד ומה שראוי להגיד עדות אחרת אינו מועיל לעדות זו שהרי לעדות זו אינו ראוי להגיד.

א"כ איך נימא דאם לא ראה העדות כשר מפני שהוא ראוי לראות שהרי עדות זו שלא ראה אינו ראוי לראות בשלמא התם גבי הגדה אותה העדות בעצמה יכול להגיד עתה אבל הכא הלא עתה אינו יכול לראות את העדות זו בעצמה ובאופן כזה גם גבי הגדה פסול א"כ שפיר קאמר הר"ת כיון דאיתותבו כולהו אמוראי א"כ ראי' היינו ראי' ממש ולא ע"י דימוי ודבר אחר וע"כ היכא שלא ראו או אינם ראויין לראות פסול: והנה הקצוה"ח חקר (בסימן פ"א) אם שמעו שאחד הודה לחבירו שחייב לו מנה ולא ראו המודה רק הכירוהו בט"ע דקלא אי מהני או לא והביא ראי' לכאורה דמהני מהא דבני אדם מותרין בנשותיהם בלילה בט"ע דקלא אך אח"כ מסיק הקצוה"ח דלא מהני טביעת עינא דקלא וכן מצא בשלטיגיבורים פרק זה בורר וז"ל בשם הר"ר מאיר הלוי ז"ל שכתב בפ' ארבע מיתות גבי מסית שמדליקין לי הנר בבית הפנימי ומושיבין עדים בבית החיצון כדי שיהיו שומעין את קולו ורואין מהא שמעין דאין העדים יכולין להעיד על דבריו של אדם א"כ ראו אותו ושומעין קולו ע"כ ע"ש הרי דבעינן דוקא שיראו אותו ולא מהני מה שישמעו קולו.

וכתב ע"ז הנתיבות וז"ל בספר קצוה"ח כתב בטביעות עינא דקלא לא מהני רק באיסור ולא בממון וצריכין העדים שיראו דוקא בראית העין ולא בשמיעת קול וליתא דהא לענין סימנין אמרינן (בב"מ דף כ') דחמירא איסורא מממונא כדאמר התם מי קמדמית איסורא לממונא דאף דבממון מהני יוסף בן שמעון לסימן אבל לענין איסור לא מהני א"כ בט"ע דקלא דמהני לענין איסור כמבואר בחולין ובגיטין כש"כ דמהני לענין ממון והא דלא מהני בטביעת עינא דקלא בדיני נפשות היינו משום דבדיני נפשות בעינן ראי' וידיעה משא"כ בדיני ממונות דמתקיים ידיעה שלא בראי' כמבואר (בסימן ל') ע"ש עכ"ל הנתיבות.

אכן לפי מה שהוכחנו מדברי ר"ת הרי בממון בעינן ג"כ דוקא ראי' והנה עיקר המקור דבדיני נפשות בעינן ידיעה וראי' ובדיני ממונות מועיל ידיעה בלא ראי' הוא מגמ' שבועות (דף ל"ג) גבי שבועת העדות דאיתא התם מנין שאין הכתוב מדבר אלא בתביעת ממון ר"י הגלילי אומר הרי הוא אומר והוא עד או ראה או ידע בעדות המתקיימת בראי' בלא ידיעה ובידיעה בלא ראי' הכתוב מדבר ראי' בלא ידיעה כיצד מנה מניתי לך בפני פלוני ופלוני יבואו פלוני ופלוני ויעידו זו היא ראי' בלא ידיעה בלא ראי' כיצד מנה הודית לי בפני פלוני ופלוני יבואו פלוני ופלוני ויעידו זו היא ידיעה בלא ראי'.

מזה הוכיחו דבממון מועיל ידיעה בלא ראי' ובדיני נפשות בעינן דוקא ידיעה וראי' ולי נראה דאדרבה משם מוכח להיפך דדיני נפשות ודיני ממונות שוים הם. דהנה אמרינן שם אמר ליה רב פפא לאביי לימא רבי יוסי הגלילי לית ליה דרבי אחא דתניא רבי אחא אומר גמל האוחר בין הגמלים ונמצא גמל הרוג בצדו בידוע שזה הרגו דאי אית ליה דרבי אחא בדיני נפשות נמי משכחת לה כרבי שמעון בן שטח דתניא אמר רבי שמעון

בן שטח אראה בנחמה אם לא ראיתי אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ורצתי אחריו ומצאתי סייף בידו ודם מטפטף והרוג מפרפר כו' אפילו תימא אית ליה דרבי אחא בשלמא ידיעה בלא ראי' משכחת לה כו' ואי נימא דרבי יוסי הגלילי אמר דע"כ מיירי קרא בדיני ממונות מדמועיל ידיעה בלא ראי' ואילו בדיני נפשות אינו מועיל ידיעה בלא ראי' א"כ מאי פריך נימא לית ליה דרגי אחא לעולם נימא דאית ליה דרבי אחא.

דהרי רבי אתא לא קאמר דמועיל אומדנא דהיינו ידיעה בלא ראי' דוקא בממון דשם מועיל הידיעה בעצמה אבל בדיני נפשות דבעינן שם ידיעה וראי' אינו מועיל אומדנא ואף בתוס' הקשה ג"כ דלמא רבי אחא אית ליה דמועיל אומדנא דוקא בדיני ממונות אבל בדיני נפשות אינו מועיל אומדנא כדאמרינן בסנהדרין ותירצו דהוה מצי למימר ולטעמיך ע"ש בתוס' היינו רק על הקושיא דלמא אית ליה דמועיל אומדנא בדיני ממונות אבל בדיני נפשות אינו מועיל אבל אם נימא דעיקר פירוש דבריו דרבי יוסי הגלילי הוא דרבי יוסי הגלילי ס"ל דבדיני נפשות בעינן דוקא ידיעה וראי' ובדיני ממונות מועיל ידיעה בלא ראי' א"כ אין התחלה להקשות אם סבירא ליה דבממון מועיל אומדנא יועיל גם בדיני נפשות ויהי' עדות ידיעה בלא ראי' גם בדיני נפשות.

ע"כ דאין הפירוש בדברי רבי יוסי הגלילי דבדיני נפשות בעינן דוקא ידיעה וראי' ובממון מועיל ידיעה בלא ראי' דדיני נפשות ודיני ממונות שוים הם לענין זה כדכתיב משפט אחד יהי' לכם משפט השוה לכולכם דמזה ילפינן פסול קרובים לגבי ממון מזדיני נפשות משום הכי גם בממון אין מאמינים את העדים אלא דוקא בראו הדבר בראי' ממש כדמוכח מב"ב דפסלינן סומא אף שיכול לכוין מדת מצרנהא ומדת גמיו ומדת משקלותיו אלא דרבי יוסי הגלילי קאמר דעדות ממון מתקיים בידיעה בלא ראי' היינו דעדים שמעידים ששמעו מאחד שהודה שחייב לחבירו מנה כיון דבממון מהני הודאת בעל דין א"כ אין צריכין לעדות שלוח ובעינן רק עדות שאמר דבר זה שחייב מנה.

נמצא דעדותם הוי ראי' וידיעה דמהו עדותם שהודה שהוא חייב א"כ הרי ראוהו בשעה שאמר ושמעו שאמר וזה הוי ראי' וידיעה אלא דבי"ד אין מחייבים אותו על האמירה רק כיון שהודה אמרינן שמסתמא האמת שהוא מחויב דאדם נאמן על עצמו א"כ נתקיים העדות בידיעה בלא ראי' היינו שב"ד חייבו על ידיעה בלא ראי' אבל מה שב"ד מקבלים הגדת העדות הוי ידיעה וראי' שהרי ראו ושמעו וע"כ פריך שפיר דבדיני נפשות נמי משכחת לה שיתקיים בידיעה כלא ראי' אם נימא דאזלינן בתר אומדנא א"כ אם העדים העידו שראו אחד שרץ אחר חבירו לחורבה ונכנסו אחריו ומצאו סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר א"כ כל העדות שלהם הוי ידיעה וראי' שראו שזה רץ ואח"כ ראו שהסייף בידו וראו גם שדמו מטפטף והרוג מפרפר (ועיין בדברינו למעלה דקאי לגבי דין גואל הדם) ובי"ד יחייבו ע"פ אומדנא נמצא דגם בדיני נפשות משכחת שיתקיים בידיעה בלא ראי' אבל גבי מכמינין את העדים התם בעינן דוקא שידליקו את הנר כדי שיראו אותו דהתם אם לא יראו אותו רק יכירו אותו ע"פ טביעות עינא דקלא אינו מועיל דעדות שלהם מה שב"ד מקבלים עדותם ומאמינים להם בעינן דוקא ראי' ממש.

וכן גבי ממון אם העידו ששמעו שאחד הודה לחבירו שחייב לו מנה ולא ראו אותו דעיקר עדותם הוי בלא ראי' אינו מועיל ומה שמביא הנתיבות (מסימן צ') שראו אחד שנכנס

לביטול של חבריו והיו שם כלים וכשיצאו ראו שחסר. התם כל מה שמעידים מעידים בראי' וידיעה אלא דנתקיימה העדות בראי' בלא ידיעה היינו דהחויב הוא על הלקיחה והלקיחה הא לא ראו, ומה שהקשה הנתיבות על הקצות איך כתב דטביעות עינא דקלא לא מהני רק באיסור ולא בממון דהרי בב"מ אמרינן דחמירא איסורא ממונא דאף שבממון מהני יוסף בן שמעון לסימן אבל לענין איסור לא מהני פשוט דהקצות לא קאמר דט"ע דקלא לא מהני לגבי ממון אלא לגבי עדות היינו שמה שמעידים ע"פ טביעות עינא דקלא לא מקרי עדות וכדאמרינן בחולין (דף צ"ו) אמר רב יצחק ברי' דרב משרשיא תדע דאילו אתו בי תרי ואמרי פלניא דהאי סימני' והאי סימני' קטל נפשא לא קטלינן ליה ואילו אמרי אית לן טביעות עינא בגוי' קטלינן ליה ועיין שם בתוס' דאפילו בממון ג"כ אין להוציא ע"י סימנין דאי אתו סהדי ואמרי ההוא חפץ דהאי סימני' והאי סימני' דפלניא הוא אין מוציאין ע"פ עדותם ואילו גבי איסור סמכינן אסימנין למאן דס"ל סימנין דאורייתא כדאמרינן שם בחולין (ע"ט) אמר ליה רבי אבא לשמע' אי מעיילת לי כודנייתא בריספק עיין להני דדמיין להדדי ועייל לי כו' וסימנין דאורייתא וכן בב"מ אמרינן דאי סימנין דאורייתא מחזירין גט אשה בסימנין ואילו לגבי ממון הא פרשו התוס' דאין מוציאין ע"י סימנין ע"כ דלגבי עדות בעינן דוקא ראי' דהיינו טביעות עין ומה שעדים מעידין ע"פ סימנים לאו עדות הוא אבל למסמך אסימנים לגבי איסור בדבר שאין צריכין לעדות שפיר סמכינן אסימנים.

וא"כ שפיר קאמר הקצות דע"פ טביעות עינא דקלא אין מקבלין עדות שאמרו ששמעו שאחד הודה לחבירו שחייב לו מנה ולא ראו אותו דגבי עדות בעינן דוקא ראה אבל למיסמך אטביעות עינא דקלא לגבי איסור כמו סומא באשתו ובני אדם בנשותיהם בלילה שפיר סמכינן דבזה לא בעי עדות ובב"מ דאמרו דחמירא איסורא ממונא איננו לגבי עדות רק לענין השבת אבידה דהתם גם אסימנין סמכינן ולא בעינן טביעות עין.

עכ"פ זה מוכח דלגבי ידיעה בלא ראי' בעדות. דיני ממונות ודיני נפשות שוין.

וא"כ מאי קאמר הבית שמואל דבקדושין דדמי לעדי ממון מועיל ידיעה בלא ראי' מה נפשך אי נימא דאומדנא כראי' הא גם בדיני נפשות מועיל ואי אומדנא אינו כראי' אלא ידיעה בעלמא א"כ גם בדיני ממונות לא יועיל ובפרט בקידושין דבעינן שם עדים לעיקר המעשה: ונראה לי לבאר דברי המרדכי דהמרדכי יסבור כהרמב"ם דהנה הרמב"ם פסק (בפ"ג מהלכות אישות הלכה ט"ו) וז"ל אבל האיש שעשה שליח לקדש לו אשה אינו צריך לעשותו בעדים שאין מקום לעדים בשליחות האיש אלא להודיע אמתת הדבר לפיכך אם הודו השליח והמשלח אינן צריכין עדים כמו שליח הגט.

והקשה הראב"ד דמאי ראי' מייתי משליח הגט הא התם גיטו מוכיח עליו והלח"מ הקשה על דברי הרמב"ם שמביא ראי' דלא בעינן עדים בשליחות הולכה משליחות הגט ובשליחות הגט גופא כתב הרמב"ם (בפ"ט מהלכות גירושין) אמר לסופר כתוב לי גט לאשתי כתבו ונתנו לבעל בלא עדים ונטל הבעל ונתן לשליח ואמר לו תן גט זה לאשתי בפני עדים והלך השליח ונתן לה בפני עדים הרי זו ספק מגורשת שאין השליח נאמן להתיר הערוה אף ע"פ שהוא עד אחד אלא מפני כתב העדים שחתמו על הגט שהן כמי

שנחקרה עדותן בבי"ד הרי זהו בעצמו כתב דאין טעם נאמנות בשליח הגט אלא מפני כתב העדים וע"ש בלחם משנה.

אכן לדברינו יתישבו שני הקושיות דכפי שבארנו שיש שני דינים. הדין האחד הוא שבלא עדים לא נגמר המעשה.

ויש דין דבעי עדים בכדי לידע שאמת הדבר והיכא דבלא עדים אינו מועיל אע"פ שאח"כ נודע שאמת הדבר כיון שבשעת מעשה לא היו עדים כמו גבי טבעת שהקשינו וכמו שביארנו דמשו"ה אינו מועיל מעשה דר"ש בן שטח באחד שרץ אחר חבירו וכו' גבי דיני נפשות משום שלא היו עדים בשעת מעשה אף שעתה יש לנו אומדנא שודאי הרגו ורבי אחא ס"ל אומדנא כראי' אבל כיון שבשעת מעשה לא היתה האומדנא אינו מועיל.

א"כ שפיר מביא הרמב"ם ראי' דשליחות הולכה אינו נכנס בגדר אין דבר שבערוה פחות משנים שלא יהי' נגמר הדבר בלא עדים כמו הקידושין והגירושין עצמם שבלא עדים אינם כלום. אף שנודע על ברור שהיו הקידושין והגירושין.

שאם נימא דבשליחות בלא עדים לא נגמר השליחות אף שהם יודעים ששלחו א"כ איך מועיל שליחות הגט נהי דעתה כשבא לבי"ד וראינו בידו כתב הגט חתום בעדים דנעשה כמו שנחקרה עדותן בבי"ד ואנן סהדי דעשה שליח מ"מ כיון שבשעת מעשה השליחות לא ראו אז המעשה והוי מעשה בלא עדים אלא אח"כ נודע לנו וזה אינו מועיל בדבר שבערוה דבעינן רק שבשעת מעשה יהיו עדים.

ע"כ דהא דאמרינן דבדבר שבערוה אין פחות משנים ובלא עדים לא נגמר הדבר היינו דוקא על עצם הקידושין ועל עצם מעשה הגירושין אבל לא על דבר שהוא דין בקידושין או בגירושין. אף שבלא זה לא היו הקידושין והגירושין.

אבל כיון שאין זה עצם מעשה הקידושין והגירושין נעשה אף בלא סהדי אלא רק שיש הוכחה. דמעשה השליחות יכול להיות בלא עדים בשעת מעשה אבל מ"מ זאת אנו צריכין לדעת אם הי' שליח או לא משו"ה שפיר כתב הרמב"ם שאם הי' ביד השליח גט בלא עדים הוי ספק מגורשת שהרי אין אנו יודעים אם עשאו שליח או לא ומה שנאמן שליח הגט דוקא בהביא גט חתום בעדים דאז יודעין אנחנו שהוא שליח אבל כל כמה דלא ידעין אם הוא שליח הגט אין אנו מאמינין לו ואם היינו יודעים באמת שעשאו שליח הולכה הי' נאמן אף שעשאו בלא עדים אבל כיון דלא ידעין משו"ה הוי ספק מגורשת: נמצא דהרמב"ם ס"ל דלא בעינן עדים בשעת מעשה אלא על עצם הקידושין והגירושין ולא על דבר שהוא דין בקידושין וגירושין ובדבר כזה שאינו עצם הקידושין מועיל אף ידיעה לאחר כן.

והנה בקידושין אמרינן דמשו"ה בשטר קידושין כותב הבעל בתך מקודשת לי ובשטר מכר כותב המוכר שדי מכורה לך משום דגבי קידושין בבעל תלא רחמנא דכתיב כי יקח ולכאורה כיון דאמרינן דכי יקח גמרינן קיחה קיחה משדה עפרון א"כ קרא דכי יקח מיירי בקידושי כסף א"כ מנלן דקידושין בבעל תלא רחמנא דלמא גבי כסף בבעל תלי שהוא הלוקח והוא הנותן הכסף דגם בלקיחת שדה ג"כ הלוקח נותן הכסף אבל בשטר נימא דבעינן שהיא תתן השטר ותכתוב אני מתקדשת לך או שיכתוב האב בתי מקודשת

לך ע"כ צריך לומר דהא דגמרינן קיחה קיחה משדה עפרון אין הכונה דפירוש כי יקח הוא היינו שנותן לה כסף אלא כי יקח היינו הקידושין בעצמם מה שמקדש אותה ואומר הרי את מקודשת לי אלא במה היא הקיחה ילפינן קיחה קיחה משדה עפרון דקיחה בכסף מועיל וכן מויצאה והיתה ילפינן דקיחה בשטר ג"כ מועיל.

ומבעלה ילפינן דקיחה בבעילה מועיל. אבל קיחה הוא פירוש עצם הקידושין שהוא מקדש אותה ובפרט לדברי הרמב"ם שפסק דעכו"ם אין לו קנין כסף כלל א"כ ע"כ אי אפשר לומר דילפינן קיחה קיחה משדה עפרון היינו כמו שהתם מועיל קנין כסף ה"נ בקידושין מועיל קנין כסף שהרי התם גבי שדה עפרון לא הועיל כלל קנין כסף.

ולהרמב"ם ע"כ גבי שדה עפרון היו קנינים אחרים כגון שטר או חזקה ע"כ דילפותא דקיחה קיחה משדה עפרון הוא דכמו שהתם הי' כסף כמו כן גבי קידושין מועיל הקיחה אם יהי' כסף עם הקיחה נמצא דעיקר הקידושין הוא אמירת הרי את מקודשת שהוא מקדש אותה אלא שדין הוא שבלא אלה השלשה דרכים אינו מועיל הקיחה והא דמועיל אם הי' מדבר עמה על עסקי גיטה וקידושי' בנתן לה קדושי' אף שלא פירש היינו דקיחה אינו פירוש דוקא אמירת הקידושין אלא מעשה הקידושין שהוא מקדש אותה א"כ היכא דברור לנו שהוא נותן הכסף לשם קידושין זהו מעשה הקידושין אבל היכא שאומר הרי את מקודשת עיקר הקיחה הוא האמירה שהוא אומר הרי את מקודשת והכסף הוי רק דין בקידושין ולא עצם הקידושין א"כ שפיר קאמר המרדכי שאם שמעו עדים שאמר לה הרי את מקודשת ולא ראו נתינת הטבעת ואח"כ ראו את הטבעת יוצא מתחת ידה מועיל.

והקשינו הא בשעת מעשה לא ראו והוי קידושין בלא עדים. אכן לפי הנ"ל ניחא דכיון ששמעו את האמירה דהרי את מקודשת דזהו עצם הקידושין נמצא דבעצם הקידושין הי' עדים בשעת מעשה אלא על זה דנתן לה הטבעת שהוא דין בקידושין שבלא אלה השלשה דרכים אינו מועיל הקיחה לא היו עדים בשעת מעשה ועל זה הלא לא בעינן עדים בשעת מעשה.

ואם אח"כ נודע לן אמתת הדבר נמי מהני ושפיר מקודשת אף שלא ראו בשעת מעשה נתינת הטבעת אלא שאח"כ יש לנו אומדנא שנתן לה הטבעת. רק שאמירת הקידושין שמעו בשעת מעשה.

ואומדנא מועיל בקידושין שהרי אמרינן הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה ומכש"כ שמועיל לידיעה שנתן לה הטבעת בשעת מעשה: ולפי"ז יתיישב מאי דלכאורה קשה כיון דסבירא ליה לרבינו ירוחם שאם קנה קרקע במעותיו לחבירו אינו מועיל שאין אדם זוכה בשלו לאחרים ואינו יכול לעשות קנין בכספו בעד אחר א"כ איך מועיל בקידושין מדין עבד כנעני בשלמא גבי עבד כנעני גופא לא קשה מה שמועיל כסף של אחרים דשחרור לאו קנין הוא שמקנה להעבד את גופו אלא סילוק הוא שמסלק הרב רשותו ממנו אבל קנינים לא שייך גבי שחרור משו"ה ס"ל להרמב"ם דחליפין אינו מועיל בשחרור עבד.

דחליפין קנין הוא ובשחרור לא שייך קנינים שיקנה הרב להעבד וכמו שכתב הרמב"ם (בפ"ה מהלכות מכירה) דגבי שחרור אין טעם לקנין שם אלא סילוק ומשו"ה מועיל גם

כסף של אחרים דמה לי מסתלק ע"י כסף שלו או ע"י כסף של אחרים. אבל בקידושין דלכאורה הכסף הן בעצמם הקנין איך יועיל הכסף של אחרים לקנות בעד זה לשיטת הרבינו ירוחם.

אכן לפי המבואר לעיל שגם בקידושין אין הכונה שהכסף הוא עושה הקנין וגם בשדה עפרון לא עשה הכסף הקנין אלא ע"י שנתן לו אברהם לעפרון הכסף הניח לו לקנות השדה ה"נ בקידושי אשה הכסף מועיל לענין זה שבשביל הכסף תבטל דעתה ורצונה לגבי כמו שכתבה"ן בנדרים (דף ל') ואח"כ כשהיא בטלה דעתה ורצונה לגבי מועיל אז הקדושין שהוא מקדש אותה משו"ה מועיל ג"כ כסף של אחרים שהרי אין הכסף עושה הקנין.

אלא ע"י כסף מסלקת רשותה. וא"כ שפיר מביא ראי' כמו דגבי עבד כנעני מועיל אף שמסלק רשותו בשביל כסף של אחרים מועיל לגבי זה.

כן ה"נ בקידושין מועיל כסף של אחרים שמסלקת רשותה לגבי זה ומועיל הקידושין שהוא מקדש אותה: נמצא לפי זה מיושב שפיר מה שלא הביא הרמב"ם דין עבד כנעני גבי מכירה דהתם גבי מכירה הא הכסף עושה הקנין א"כ אינו מועיל כסף של אחרים כמו שכתב הרבינו ירוחם שאינו מועיל כסף של זה לעשות קנין בעד אחרים.

אבל גבי קידושין הא אין הכסף עושה הקנין אלא שע"י הכסף היא מסלקת רשותה ועיקר הקנין נעשה ע"י האמירה שהוא אומר הרי את מקודשת. ומיושב נמי לפי"ז מה שכתב הרמב"ם והוא שקדשה אותו פלוני.

ואמר לה הרי את מקודשת לי בהנאה זו הבאה לך בגללי. והקשה הרשב"א אמאי לא פירש הרמב"ם כגון שאותו נותן הכסף אמר לה הרי את מקודשת לפלוני בשליחות המקדש.

ולפי שבארנו יתישב דכבר פירשו הפוסקים דעל אמירה אין יכול לעשות שליח כגון לבטל חמץ או לומר שיהי' הקדש ורק על מעשה מצינו שליחות. והנה בקידושין אם נותן לה כסף ואינו אומר הרי את מקודשת אלא שאנו יודעין שהוא חושב לשם קידושין כגון שהי' מדבר עמה על עסקי קידושי' אז הכסף הוי הקיחה לשם קידושין והוי הכסף עיקר הקנין משו"ה יכול לשלוח שליח לקדש בכסף של המקדש שהוא שליח על מעשה נתינת הכסף שהם הקידושין והוי שליח על מעשה.

אבל בשולח שליח לקדש בכסף של השליח שם לא יכול להיות שהכסף עצמו יהי' עצם הקידושין כדעת רבינו ירוחם שאין יכול לעשות קנין בעד זה בכסף שלו. שכסף של זה אינו יכול לעשות קנין בעד אחר שאין אדם זוכה בשלו לאחר.

נמצא דיהי' רק שליח על אמירת הרי את מקודשת היינו שע"י כסף שהוא נתן בעד המקדש תבטל דעתה ורשותה שבזה מועיל דין עבד כנעני וע"י אמירת הרי את מקודשת תהי' מקודשת לו נמצא דיהי' שליח על אמירה ועל אמירה לא מצינו שליחות משו"ה בעי דוקא שהמקדש בעצמו יאמר לה התקדשי לי בהנאה זו הבאה לך בגללי: סימן מג סוגיא דשליח שעשאו בעדים.

ויתבאר דין אם החזיר השליח הכסף להמלוה ויתבאר דין מזיק באונס דף קד ע"א אתמר שליח שעשאו בעדים ר"ח אמר הוי שליח רבה אמר לא הוי שליח וכו' וכתב הרמב"ם (בפרק ט"ז מהלכות מלוה ולוה הלכה ב') ז"ל הוי ראובן חייב לשמעון מנה ואמר ללוי הולך לשמעון מנה זה שאני חייב לו אם בא לחזור אינו חוזר והוא חייב באחריותו עד שיגיע המנה לשמעון החזיר לוי את המנה לראובן שניהם חייבין באחריותו עד שיגיע ליד שמעון כל חובו וכתב ע"ז הראב"ד אמר אברהם אחריות לוי השליח איני יודע מהו אלא שאם יכפור ראובן במלוה נמצא לוי פושע בדבר.

והנה בחו"מ (סימן קכ"ה ס"א) כתב המחבר ז"ל ומ"מ ראובן חייב באחריותו עד שיגיע ליד שמעון ואם החזיר לוי המנה לראובן והעני ראובן אח"כ ולא הוי' לו ממה לפרוע בענין שהפסיד שמעון את שלו לוי חייב לשלם שהוא פשע במה שהחזירו לראובן ופירש בסמ"ע דלסברא זו אין לוי חייב אלא אם כן העני שמעון הא בלאו הכי אע"פ שהחזירו אין שמעון יכול לתבוע אלא לראובן וכתב הש"ך דאין זה סברא דכיון שזה זכה לו ואילו הוי' הלוה רוצה לחזור לא הוי' יכול נמצא שהוא ממש מעות של שמעון.

א"כ זה שהחזירו הרי כאילו נתן מעות של שמעון לראובן ושמעון יכול לחזור על איזה שירצה ע"כ כתב הש"ך דגם הטור מודה לזה ומה שכתב הטור והעני ראובן והמחבר העתיק לשונו. אורחא דמילתא נקט דאין דרך שהמלוה יתבע את לוי דפשיטא דניחא ליה לחזור על ראובן ומה שמסיק הטור ז"ל והרמב"ם כתב החזירו לו שניהם חייבין באחריותו אין כונתו לומר דפליגי דלסברא הראשונה דוקא בהעני מחויב לשלם ולהרמב"ם אף בלא העני אין כונתו כן דאף סברא הראשונה מודה דאף בלא העני ג"כ מחויב לשלם אם יתבע ממנו אלא דעל מה שכתב הטור תחלה דאם איים עליו בדבר שיש בידו לעשות עד שהוצרך להחזיר פטור ע"ז כתב אח"כ והרמב"ם כתב החזירו לו שניהם חייבין באחריותו כו' ר"ל דהרמב"ם כתב סתם החזירו לו שניהם חייבין באחריותו ולא חילק בין איים עליו או לא משמט דאפילו איים עליו חייב וכן יש לפרש דברי הרמב"ם את"ד הש"ך: ודבריו מאד תמוהים דאיך נוכל לומר דהרמב"ם ס"ל דאפילו אם החזיר מחמת האיום ג"כ מחויב דהרי אמרינן בגיטין (דף י"ד ע"א) אחי בר יאשי' הוה ליה איספקא דכספא בנהרדעא אמר להו לרבי דוסתאי בר ינאי ולרבי יוסי בר כיפר בהדי דאתיתו אתיהו נהלי אזיל יהבו ניהלי אמרי להו נקני מינייכו אמרי להו לא.

אמרי להו אהדרוהו ניהלן. רבי דוסתאי בר ינאי אמר להו אין רבי יוסי בר כיפר אמר להו לא הוי קא מצערי ליה א"ל חזי מר היכי קא עביד אמר להו טב רמי ליה כי אתו לגבי' כו' אמאי תיעבד הכי כו' אילו הרגו את דוסתאי מי נתן לינאי אבא בר כמותי כו' א"ל אי הכי שפיר עבדת.

הרי שאם החזיר מחמת האונס פטור ומזה הוכיח הרשב"א דינו דאם החזיר מחמת האיום פטור ואיך נוכל לומר דהרמב"ם יסבור שאף אם החזיר מחמת האיום נמי חייב וכן קשה לי מזה על דברי הש"ך (שם בס"ק י') על דברי המחבר שכתב ואם מחמת אונסו החזירו לראובן פטור והקשה הסמ"ע מדברי הרמ"א שם שכתב שם ז"ל ראובן שהי' לו מעות ביד שמעון ואמר ללוי לקבלם משמעון והלך לוי וקבלו ואח"כ אמר שמעון ללוי שיחזיר

לו מעותיו שקבל בשביל ראובן כי בטעות פרעו ואם לא יחזירם יכפור לו חוב שחייב לו שמעון ללוי ממקום אחר והנה לוי אומר לראובן לא קבלתי בשבילך כדי שאפסיד את שלי ורוצה להחזירם.

וראובן אומר שלא יחזירם מאחר שכבר עשה שליחותי וזכה בשבילו הדין עם ראובן הרי שאין לו להחזיר אף מחמת אונס ומה שחילק הסמ"ע בין עשה ראובן את לוי לשליח בין אם שמעון מעצמו מסר ללוי המעות לא נראה לו להש"ך שכיון שזכה זה בשבילו הוי הכסף של המלוה מה לי עשאו שליח או לא סוף סוף עכשיו הוא של המפקיד וחילק הש"ך דמשו"ה גבי מעשה דרמ"א אין לו להחזיר שאין האונס על זה הממון עצמו רק שרוצה לכפור לו חובו אבל אם אנסוהו על הכסף עצמו אז פטור אם החזיר מחמת אונס ע"כ דברי הש"ך.

ולכאורה גבי מעשה דרבי דוסתאי בר ינאי שכיון שלא רצו אלא רק שיקבל עליו אחריות א"כ הרי האונס לא הי' על אותו הממון אלא על ממון אחר ואולי כיון שאינו מחויב לקבל אחריות והוא אמר שאינו מקבל נמצא שבשעה שכפוהו לא הי' על מה שאינו מקבל אחריות אלא על מה שאינו מחזיר א"כ נמצא דהכפי' היתה על אותו הכסף עצמו.

אך מה שפירש דלהרמב"ם אף אם היתה הכפי' על אותו הכסף בעצמו ג"כ מחיב אם החזיר ודאי דקשה ממעשה דרבי דוסתאי בר ינאי: לכן נראה לי לבאר טעם מחלוקת הרמב"ם והראב"ד והטור דהנה בח"מ (סימן שפ"ח) הביא המחבר דעת הרמב"ם דאם נשא ממון חבירו בידו ונתן לאנס חייב לשלם מ"מ.

אף שהאונס אנסו להביא אכן הש"ך הסכים להראב"ד דדוקא אם אנסוהו על ממון סתם אז אף שאנסוהו להביא חייב כשנשא ונתן ביד. אבל אם אנסוהו להביא ממון פלוני א"כ האונס הוא מתחלה על אותו הפלוני אין זה מציל עצמו בממון חבירו ומשו"ה הפטור.

אכן סברת הרמב"ם פשוטה דכיון דכתיב ומכה בהמה לא חילק ובין שוגג ובין אונס הוי כמזיד כמפורש בדברי הרמב"ם (פ"ו מהלכות חובל ומזיק הלכה א') ז"ל המזיק ממון חייב לשלם נזק שלם בין שהי' שוגג בין שהי' אונס הרי הוא כמזיד וכתב שם המ"מ דהרמב"ם לא חילק בין אונס גמור לשאינו גמור והיינו משום דס"ל מה שהמזיק משלם אינו עונש בעד שהזיק שחייבה התורה אותו בעד זה שעשה דבר שאסור לעשות דאם נימא דחייב דמזיק אינו אלא בגדר עונש א"כ אמאי מחויב בהציל את עצמו בממון חבירו הרי הי' מוכרח לעשות דבר זה שאין לך דבר העומד בפני פקוח נפש ואם כי יש לומר דמציל עצמו בממון חבירו שאני דכיון שנוטל דבר של חבירו כדי לפדות ולהציל את עצמו מחויב לשלם בעד שלקח דבר של חבירו ולא בעד שהזיק.

ונטילה לא הוי החיוב בגדר עונש דנימא דכיון שהי' אונס בדבר הזה יפטר. אבל היכא דאנסוהו על אותו הדבר הרי לא נטל בעד עצמו אלא מחויב רק כמו מזיק הדבר ההוא ומשו"ה אם הי' אונס בדבר הזה יפטר דהתינח גבי מעשה של דוד שנטלו גדישים דשעורין של ישראל כדי להציל עצמן דשם נטלו הגדישים כדי להציל את עצמם אבל בנרדף ששיבר את הכלים אמרינן דחייב על כלים של כל אדם משום דאסור להציל את עצמו בממון של חבירו והלא שם לא נטל כלל אלא דרך נוסו שבר את הכלים והי' אונס

על מעשה השבירה ואם נימא דחויב מזיק הוא בגדר עונש א"כ אמאי חייב הרי הי' אנוס ע"כ דרבתה התורה דמזיק נמי נוטל הוי ואף שהי' באונס ג"כ מחויב לשלם וא"כ שפיר קאמר הרמב"ם אף אם אנסוהו על אותו ממון של פלוני כיון שבלעדו לא הי' האנס נוטל בעצמו ונמצא דהוא הנהו המזיק אף שההיזק הי' באונס ג"כ מחויב דמזיק באונס חייב: ובזה נראה לי לבאר הא דאיתא (בדף פ"ז) חרש שוטה וקטן פגיעתן רעה החובל בהן חייב והן שחבלו באחרים פטורים.

ובאמת לפי מה שפרשו הראשונים גבי כפ"ל רפרם לרב אשי ואגבי כי כשורא לצלמי ופרש"י ששרף שטר חבירו בילדותו ואגבי מיני' בגדלותי' גוביינא מעליא הרי דאף שהזיק בעת שהי' קטן מחויב לשלם ומשו"ה כתב בהגהת אשרי דקטן חייב לשלם כשיגדל וכן משמע בפרק שור שנגח דו"ה דקאמר רבי יוסי בר חנינא מעליית אפוטרופסים וחוזרין ונפרעין מן היתומים לכי גדלי וכל שכן היכא דאזקה בנפשיהו עכ"ל הגהת אשרי.

וממתניתין לכאורה מוכח דחרש שוטה וקטן אף לאחר שהגדילו ונתפקחו אין משלמין שהרי ז"ל המשנה חרש שוטה וקטן פגיעתן רעה החובל בהן חייב והן שחבלו באחרים פטורין העבד והאשה פגיעתן רעה החובל בהן חייב והן שחבלו באחרים פטורין אבל משלמין לאחר זמן נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם הרי זה דוקא בעבד ואשה אמרינן שאח"כ מחויבין לשלם אבל לא בחרש שוטה וקטן.

וכן כתב הרמב"ם (בפ"ד מהלכות חובל ומזיק הלכה כ') ז"ל חש"ו פגיעתן רעה החובל בהן חייב והן שחבלו באחרים פטורים אע"פ שנתפתח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבין לשלם שבשעה שחבלו בהן לא הוו בני דעת. אכן לפי הנ"ל יתישב דהנה כמה פעמים בארנו לעיל בסוגיא דכופר ודמים דבן חורין.

דלדידן הא דמשלמין נזק בחבלת אדם אין הטעם כנזקי ממון היינו מפני שהזיק ממון של חבירו מחויב לשלם שהרי כיון דאין דמים לבן חורין ואין יכול למכור אותו נמצא דלא הזיק ממון של חבירו רק שאמרה התורה לא תקחו כופר לנפש רוצח אבל אתה לוקח כופר לראשי איברים שאינם חוזרין מהו הכופר שישלם לו ממון כשיעור שאלו הי' עבד והי' נפחת מחמת החבלה ישלם לו שיעור כזה.

ומשו"ה כתב הרמב"ם שם (בפ"ה מהלכות חובל ומזיק) שאם הודה מעצמו פטור מן הנזק דנזק קנס הוא ומשו"ה הרמב"ם (בפ"א מהלכות חובל ומזיק הלכה י"א) כתב אדם מועד לעולם בין שוגג ובין מזיד ולא כתב בין אנוס דגבי חבלת אדם כיון דהוי בגדר עונש משו"ה אם הי' אנוס פטור ודוקא שוגג רבתה התורה מפצע תחת פצע אבל אנוס פטור מה שאין כן בפ"ו (מהלכות חובל ומזיק) שהבאנו דהתם קאי לגבי מזיק ממון חבירו כתב בין שהי' שוגג בין שהי' אנוס הרי הוא כמזיד הרי דעל אונס ג"כ חייב דמזיק ממון לא הוי בגדר עונש.

נמצא דהא דאמרינן דחש"ו פגיעתן רעה דהן שחבלו באחרים פטורין היינו דוקא בחבלה דכיון דחבלה הוא רק בגדר עונש על הנזק א"כ קטנים דלאו בני כפרה ועונשין ננהו משו"ה פטורין לשלם אף כשהגדילו משום שבשעה שחבלו לא חל עליהם העונש (ושבת

ורפוי הא בעינן דוקא כונה כמו דאמרינן היתה לו אבן מונחת בחיקו דפטור מד' דברים וכן בישן ג"כ פטור מד' דברים).

אבל בהזיק הקטן ממון חבירו דהתם אין החיוב בגדר עונש אף קטן מחויב לשלם דכיון דנטל דבר של חבירו מחויב גם קטן לשלם. וכן גבי נזקי בהמתו (בדף מ"ד) בארנו בארוכה דעת הרמב"ם דאין החיוב מפני שלא שמר את ממונו דאף אם עשה ברשות ג"כ מחויב אלא דרבתה התורה שמחויב על שממונו הזיק כאלו הזיק בעצמו ורק מדכתבה בה התורה ולא ישמרנו מיעטה התורה היכא דשמרו פטור אבל היכא שלא היתה שמירה אין החיוב בגדר עונש על שלא שמר.

(וכן כתב הנמוקי יוסף בשם הרא"ה בשם הרמב"ן פרק הכונס). וכיון דנזקי בהמתו ג"כ אינו בגדר עונש משו"ה אם הזיק שור של היתומין משלמין משא"כ בחבלה דהוי בגדר עונש וכפרה ויתמי לאו בני עונש וכפרה ננהו: ואין להקשות איך כתבנו דהרמב"ם ס"ל דאפילו אונס גמור ג"כ מחויב וכן כתב שם הרב המגיד שהרי כתב הרמב"ם שם (בפ"ו מהלכות נזקי ממון) ה' עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחתיו ונפלה והזיקה אם לא היתה מהודקת וחזקה חייב היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה פטור שזו מכה בידי שמים היא וכן כל כיוצא בזה.

הרי דס"ל דבאונס גמור פטור. נראה לי דהנה שמעתי מקשים על דברי הרשב"א דס"ל דהמעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו חייב מטעם אדם המזיק א"כ ע"כ לדברי הרשב"א כיון שהעמיד הבהמה על הקמה הוי כתולש הקמה בידים א"כ איך מותר להעמיד בשבת בהמה על גבי קמה הא הוי תולש בידים לדברי הרשב"א אך לדעתי טעם הרשב"א דס"ל דאם העמיד הבהמה הוי כמזיק בידים היינו משום דקיי"ל בסנהדרין (דע"ו ע"ב) דמצמצם נמי חייב משום אדם המזיק דילפינן מרוצח דאמר קרא או באיבה לרבות את המצמצם אף דמצמצם לא הוי מעשה בידים אלא שאין מניח לילך אך כיון שכבר ההיזק מזומן חייבה התורה כעושה בידים א"כ מינה ילפינן דבנזקין ג"כ חייב מצמצם כעושה מעשה בידים ומשו"ה אמרינן דאם ה' בעל קורה ראשון ובעל חבית אחרון ועמד בעל קורה חייב אף שבעל הקורה לא שבר בידים רק שעמד וע"י כן שבר בעל החבית חביתו בהקורה וא"כ הרי הוי רק בור ובור פטור על הכלים אלא כיון שהעמיד הקורה בשעה שכבר הולך החבית ומזומן ההיזק הוי מצמצם דחייבה התורה כעושה מעשה בידים.

(ועיין בדברינו בסוגיא דנתקל פושע). נמצא דמצמצם לא הוי מעשה אלא גבי נזקין דשם חייבה התורה מצמצם כעושה מעשה בידים אבל לא שהוא בעצמו המזיק נמצא דגבי שבת דשם לא עשתה התורה מצמצם כעושה מעשה בידים משו"ה מותר להעמיד בהמה על גבי קמה לפי"ז נוכל ג"כ לומר דה' עולה בסולם ונשמטה השליבה ונפלה והזיקה אין הכונה שמכחו הזיקה שנימא שכחו הזיק וכחו כגופו דהוא השמיט רק השליבה ממקומה וממילא כיון שנפלה הזיקה מכחה.

נמצא דהוא אינו על מעשה זו רק מצמצם ובמצמצם לא הוי רק חיוב על מעשה הצמצום משו"ה דוקא היכא דה' במזיד או בשוגג דג"כ מועד הוא ומחויב הוא על מעשה הצמצום על שלא עיין אם חזקה ומהודקת היא אבל היכא דה' אונס על מעשה הצמצום כיון דבאמת לאו מעשה בידים הוא ועל מעשה הצמצום לא נוכל לחייבו ממילא לא הוי מזיק

בידים כלל אבל היכא דמזיק בידים הוא אז אף באונס מחויב: והנה הרמב"ם כתב (בפ"ג מהלכות שכירות הלכה ו') רועה שהי' לו להציל הטריפה או השבוי ברועים אחרים ובמקלות ולא קרא רועים אחרים ולא הביא מקלות להציל הרי זה חייב אחד שומר חנם ואחד שומר שכר אלא ששומר חנם קורא רועים ומביא מקלות בחנם ואם לא מצא פטור.

אבל שומר שכר חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה כדי להציל וחוזר ולקח שכרן מבעה"ב ואם לא עשה כן והי' לו לשכור ולא שכר הרי זה פושע וחייב. והשיג על זה הראב"ד דאיך כתב הרמב"ם שהוא פושע וחייב כיון דלא הי' מוצא אלא בדמים ובעה"ב הי' צריך לשלם לו הדמים א"כ כשיעור הדמים שהי' עולה לו לשכור הרועים ולהביא המקלות ינכה לו מההיזק שהרי זה לא הפסיד לו.

ונראה לי דכפי שביארנו דהרמב"ם ס"ל דהא שחייבה התורה מזיק אינו בגדר עונש על שעשה דבר שאסור לו לעשות אלא שהחויב הוא משום דהוי כנוטל משל חבירו א"כ נהי דאם הי' מקדם ברועים ומקלות הי' בעה"ב מפסיד דמי הרועים והמקלות. אבל עתה שלא קידם הרי הוא פושע על הבהמה והרמב"ם ס"ל דפושע נמי מזיק הוא.

נמצא דעתה הוא הזיק הבהמה שלו וכמו דאמרינן בב"ק (דף כ"ו ע"ב) הזורק כלים מראש הגג ובא אחר ושברו במקל פטור משום דמנא תבירא תבר ואמרינן בפרק כיצד הרגל היינו טעמא משום דאזלינן בתר מעיקרא והוי הכלי כשבור הא אי לא אזלינן בתר מעיקרא הי' מחויב המשבר אף שלא הפסיד לו מאומה שהרי אם לא הי' שובר ג"כ הי' נשתבר הכלי וא"כ מה הפסידו בשבירתו ועיין בדברי הרמב"ן שם.

אכן לדברי הרמב"ם פשוט כיון דמזיק אינו בגדר עונש על שגרם להפסד אלא דמזיק נמי נוטל הוא. א"כ אף דאם לא שברו הי' נשבר ממילא מ"מ עתה הלא הוא שבר ונמצא דהוא נטל הדבר משו"ה הוא מחויב לשלם אף שלא גרם הפסד כיון דעכ"פ הוא המזיק.

וכמו דאם גזלן אחד רצה לגזול דבר ובא שני וחסף הוא טרם שלקח הגזלן הראשון האם נימא שיפטר השני משום דבלאו איהו הי' גוזל הראשון את הדבר. ובהדיא אמרינן גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה.

ואף דאם לא אכלו הי' הדבר אצל הגזלן מ"מ עתה כשנטלו הוא מחויב. כמו כן בשבר כלי אף שממילא הי' נשבר כיון דבתר תבר מנא אזלינן והכלי עדיין לאו שבור אף שלא הפסידו מאומה מ"מ כיון שהזיק משלם.

דלא אזלינן בתר הפסד אלא בתר מזיק. וא"כ גם ברועה שהי' לו לקדם ברועים ומקלות נהי שלא הפסידו משום שהי' צריך להוציא דמים על הרועים מ"מ כיון שלא קידם פושע על הבהמה נמצא שהוא הזיק את הבהמה ומשו"ה מחויב לשלם שאם הי' מקדם הי' הפסד של בעה"ב דמי הרועים והמקלות שהי' צריך להוציא ועתה שלא קידם הוא הנהו המזיק את הבהמה ע ולפי המבואר לעיל יתבאר טעם מחלוקת הרמב"ם והראב"ד גבי שליח שהחזיר שהרמב"ם כתב שאם החזיר לוי את המנה לראובן שניהם חייבין באחריותו והראב"ד כתב אחריות לוי השליח אינו יודע מהו אלא שאם יכפור ראובן נמצא לוי פושע בדבר.

דהרמב"ם לטעמי' דס"ל דמחויב היכא שהזיק אף שלא הפסיד לו מאומה דעיקר החוב על ההיזק. נמצא כשהחזיר חוב לראובן הרי הוציא ממון של שמעון שהרי החזיר לראובן וראובן יוציאם אף שלא מגיע לו עדיין הפסד שלא יכפור ראובן ולא הפסיד לו מאומה אבל הלא להרמב"ם עיקר החיוב הוא על ההיזק ומשו"ה כיון שהוא הזיק ממנו שהוציאם גם הוא נתחייב ורצה מזה גובה ורצה מזה גובה.

אבל הראב"ד לטעמי' דעיקר החיוב לא על ההיזק אלא על ההפסד שמגיע לו והכא כשהחזיר לוי לראובן הממון הרי לא הפסיד לו עדיין מאומה שהרי נתחייב ראובן לשמעון בעד הממון נמצא דלא הפסיד לוי לשמעון מאומה ומשו"ה ס"ל דאין השליח חייב באחריותו. ולא מיבעי היכא דיכול לגבות מראובן דודאי לא נתחייב לוי שהרי לא הפסידו עדיין אלא אפילו בהעני ראובן ואין יכול לגבות ממנו ולכאורה הרי הפסיד לו וא"כ יתחייב.

אכן הראב"ד לטעמי' דס"ל דעיקר חיוב מזיק דוקא היכא שאסור לו להזיק דמשום הכי פוטר הראב"ד היכא שאנסוהו על ממון של פלוני דס"ל דמזיק אינו מחויב לשלם אלא בפשע אבל לא היכא שאנסוהו נמצא הכא כיון דאינו פושע במה שהחזיר החוב לראובן שהרי ראובן רגיל ללות אצלו ואף שלכתחילה אין לו להחזיר מ"מ פושע לא הוי כדאיתא בתוס' גיטין (ד"ל) דאף דכו"ע ס"ל דיכול לומר דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר אעפ"כ במסר לשומר לא מקרי פושע ואינו מחויב לשלם ה"נ בהלואה כיון שרגיל להלות לו אף שיוכל להיות שעתה אינו רוצה יותר להלות לו מ"מ פושע לא הוי ומשו"ה אף שהעני אח"כ אינו מחויב לשלם.

ומשו"ה כתב הראב"ד דאינו מחויב רק היכא שכפר ראובן דנמצא אז שהוא עשה ההיזק אבל אם לא כפר אף שהעני פטור כיון שאין ההיזק מחמתו דעל זה שיעני לא הי' לו לאסיק אדעתיה. אכן הטור ס"ל כדעת הרמב"ם שמזיק מחויב אף באונס הרי דאין החיוב דוקא היכא שאסור לו לעשות מעשה ההיזק אבל גבי רועים ומקלות ס"ל כהראב"ד דמנכין לו הדמים שהי' נותן נמצא דס"ל בזה כהראב"ד דמזיק מחויב דוקא על הפסד הדבר לא על היזק בלא הפסד.

משו"ה בהעני דגרם לו הפסד פסק כהרמב"ם דמחויב לשלם שהרי גרם לו הפסד אף שאינו פושע שלא הי' לו לחשוב על זה שיעני והוא רגיל להלות לו. מ"מ כיון שגרם לו הפסד הרי הזיקו ומזיק אף בלא פושע ג"כ מחויב כמו באנסוהו להביא ממון של פלוני דס"ל להטור כהרמב"ם דמחויב.

אבל כל זמן שלא העני ויוכל לגבות החוב מראובן נמצא שלא הפסידו עדיין. והטור הא ס"ל בזה כהראב"ד דעיקר חיוב היזק הוא ההפסד משו"ה ס"ל כל זמן שלא העני ויכול לגבות ממנו דלא הי' לו הפסד אינו מחויב לשלם.

(ואין להקשות כיון דפסק הטור דמזיק באונס ג"כ מחויב שהרי פסק אנסוהו להביא חייב א"כ איך פסק (בסימן שע"ח) גבי נשמטה שליכה דאם היתה חזקה ומהודקת והתליעה פטור וכן בנפל מן הגג ברוח שאינו מצוי כתב שהוא פטור בשלמא אליבא דהרמב"ם ביארנו דהיינו שהשליכה נפלה והזיקה כמו שכתב הרמב"ם נפלה והזיקה.

אבל הטור שכתב נפל והזיק משמע שהוא בעצמו נפל מהשליכה והזיק ואעפ"כ כתב דאם היתה חזקה ומהודקת פטור דיש לומר שהטור מחלק בין היכא דעשה המעשה בידיים אז מחויב אף באונס דזה מקרי מכה בהמה והיכא שלא עשה המעשה רק שנפל וגופו הזיק בזה אין החיוב אלא מטעם ששמירת גופו עליו והיכא שהי' באונס פטור): והנה כל זה שביארנו שלדברי הרמב"ם מחויב אף היכא שלא גרם לו הפסד והי' באונס היינו דוקא היכא שהחיוב הוא מטעם מזיק אז מחויב הוא אף באונס אבל היכא שחייבה התורה רק מטעם פושע אז אם הי' באונס פטור שהרי לאו פושע הוא ומשו"ה אמרינן ב"ב (דף קי"ז) ההוא גברא דהוה מפקיד ליה גבי' כסא דכספא סליקו גנבי עילו' שקלה יתבה להו אתא לקמי' דרבה פטרי' כו'.

אמר רב אשי חזינן אי אינש אמיד הוא אדעתא דידי' אתו ואי לא אדעתא דכספא אתו דמזה הקשו על הרמב"ם דס"ל שאם נשא ונתן ביד מחויב אף שאנסוהו והכא אמרינן דאי אדעתא דכספא אתו פטור (ועיין שם בתוס' ד"ה ואי) אולם הרמב"ם פירש (בפ"ו מהלכות חובל ומזיק) דאימתי אמרינן דאף באונס מחויב דוקא ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו מחויב לשלם אלא כשהזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור והיינו דגבי שומר היכא שהוא עשאו לשומר לא חייבה התורה אלא בפשיעה אבל שלא בפשיעה פטור נמצא הכא כיון שהפקידו הכסא דכספא גבי' ועשאוהו לשומר נמצא דההיזק שלו הי' ברשותו של הנפקד.

משו"ה כיון שהי' באונס ולא בזדון פטור. אבל היכא שלא עשאו לשומר נמצא דההיזק הי' שלא ברשותו של המזיק והוי עליו דיני מזיק לא דיני שומר משו"ה אף באונס נמי מחויב היכא שהזיק הדבר אבל היכא שלא הזיק הדבר רק מסרו למי שאינו נאמן דאז אינהחיוב מטעם מזיק אלא מטעם שמירה א"כ אז אינו מחויב אלא בפשיעה אבל לא באונס.

משו"ה לא קשה על הרמב"ם שפסק שאף אם החזיר מחמת אונס נמי חייב ואילו בגיטין אמרינן דכיון דהי' אונס רבי דוסתאי בר' ינאי. אמר ליה אי הכי שפיר עבדית.

דהרמב"ם לא קאמר דיני' אלא באם הי' ראובן חייב לשמעון מנה ואמר ללוי הולך לשמעון מנה ולוי החזיר את המנה לראובן וכיון שהחזיר לו המנה הרי החזירם לו שיוציאם נמצא שהזיק לו המנה שלו שהרי הכסף הי' נתון לו בכדי שיוציאם ולהרמב"ם מזיק חייב אף באונס משו"ה אף אם החזיר באונס ג"כ מחויב וגם שמעון המלוה לא עשאו לשליח.

נמצא שלא הי' כלל שומר מצד שמעון דנימא דשומר לא יתחייב אלא בפשיעה. אבל גבי מעשה דרבי דוסתאי ברבי ינאי דהתם דאיספקא דכספא הי' פקדון נמצא כשהחזיר להם רבי דוסתאי בר' ינאי האיספקא דכספא לא החזיר להם על מנת שיוציאה ולא נוכל לחייבו מטעם מזיק שהרי לא הזיק ואין החיוב רק אלא מטעם פושע שלא שמר משו"ה אם החזיר באונס פטור שהרי לאו פושע הוא.

וגם כיון שעשאו שליח הלא עשאו לשומר ושומר אינו מחויב אלא בפשיעה כמו מזיק ברשות המזיק היכא שנכנסים שלא ברשות דאינו מחויב אלא בזדון. ולפי"ז נוכל לבאר

ג"כ קושית הסמ"ע והש"ך על דברי המחבר שכתב דאם מחמת אונסו החזירו לראובן פטור והקשה הסמ"ע והש"ך מדברי הרמ"א ז"ל לראובן שהי' לו מעות ביד שמעון ואמר ללוי לקבלם משמעון כו' ואח"כ אמר שמעון ללוי שיחזיר לו מעותיו כי בטעות פרעו ואם לא יחזירם יכפור לו חוב שחייב שמעון ללוי ממקום אחר הדין עם ראובן שאינו יכול להחזיר אף שיש לו אונס בדבר.

אכן לפי הנ"ל ניחא דהא דכתב דאם מחמת אונסו החזירו לראובן אין הכונה שראובן אמר שטעה ומחזירו לראובן לחלוטין. אלא הכונה שראובן אינו רוצה שהוא יהי' השליח להשיב המעות מפני שרוצה שיקבל עליו אחריות או שארי טעמים והתם קאי המחבר לדעת הטור דסבירא ליה שכל זמן שלא הי' הפסד אף שהי' היזק לא נקרא מזיק דמשו"ה כל זמן שלא העני ראובן אינו יכול לגבות מהשליח נמצא דבשעה שמחזיר כיון שראובן אינו אומר שהוא רוצה לכפור בשעה שמחזיר לו השליח לא הוי מזיק להטור בעל סברא זו.

נמצא דבשעת מעשה אין על השליח חיוב אלא מטעם פשיעה משו"ה אם החזיר מחמת אונס שלא הי' פושע בדבר אף שהעני אח"כ פטור השליח כיון שבשעת מעשה לא הי' שליח. אבל בדין הרמ"א שכתב שראובן אמר שיחזיר לו כי בטעות פרעו נמצא כשמחזירו לא ישלם ראובן והוי בחזרתו מזיק ממש משו"ה אף אם החזיר מחמת האונס ג"כ מחוייב שהרי מזיק באונס מחוייב.

משא"כ בדין המחבר שלא רצה ראובן לכפור דהוי רק פשיעה לדעת הטור משו"ה בהחזיר באונס פטור. (וצ"ל דהרמ"א לא ס"ל הא שבארנו דבשומר אף במזיק אין החיוב אלא בזדון ולדידי' יתרץ מעשה דכסא דכספא כתירוצים אחרים שהביאו המפרשים ודו"ק): סימן מד יתבאר דין שכנגדו חשוד על השבועה.

בשבועה דאורייתא ובשבועת נשבעין ונוטלין ויחקור בחיוב שבועה דקיי"ל מתוך שאי"ל משלם אי עיקר החיוב שבועה או עיקר החיוב ממון. ויתבאר היטב סוגיא דשבועות גבי שניהן חשודין: דף קה ושכנגדו חשוד על השבועה כתב הרמב"ם (בפ"ב מהלכות טוען ונטען הלכה ה') נתחייב החשוד שבועה מדבריהם אם היו מהנשבעין ונוטלין אין יכול לשבע וליטול אלא הנתבע ישבע היסת ויפטר.

וכן פוגם שטרו וכל כיוצא בזה שהי' חשוד וטען הלוה שפרעו ואמר ישבע לי הרי הנתבע ישבע היסת ויפטר מן השטר. והקשה הראב"ד ע"ז ז"ל א"א איני מודה בזה אלא שנוטל בלא שבועה שאין פוסלין שטר מקוים מפני שבועה דרבנן.

וא"ת דרב ושמואל הא אמרינן הבו דלא להוסיף עלה עכ"ל הראב"ד. ויש עוד להקשות על דברי הרמב"ם.

שהרי הרמב"ם בעצמו פסק בהיו שניהם חשודין חזרה שבועה למחוייב לה ומתוך שאי"ל משלם והרי בחשוד ג"כ שכנגדו אינו נוטל בלא שבועה. ואעפ"כ אמרינן היכא דכשנגדו ג"כ אין יכול לשבע מפני שהוא חשוד נוטל שכנגדו בלא שבועה.

ה"נ בפוגם שטרו אף שאמרו רבנן לא יטול אלא בשבועה. היכא דאין יכול לשבע יטול בלא שבועה.

וכן אמרינן (בשבועות מ"ז) דרבתינו שבבבל שאמרו בשניהן חשודין חזרה שבועה לסיני ואינו משלם. הם רב ושמואל שאמרו שאם מת לזה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לזה שבועה ואין אדם מוריש שבועה לבניו.

היינו דאית להו לרב ושמואל דכיון דצריך לשבע ואינו נשבע לא יטול בלא שבועה. אבל אם נסבור חזרה שבועה למחויב לה בשניהם חשודין ומתוך שאין יכול לשבע משלם.

לא סבירא לן דלא יטול אלא בשבועה. ואין לומר דשאני הכא שהלוה יכול לשבע. ודוקא בשניהם חשודין שגם הלוה אין יכול לשבע אז משלם. אבל היכא דיכול לשבע פטור.

דא"כ הי"ל להפוך עליו שבועת המשנה. וישבע בנקיטת חפץ ומדכתב הרמב"ם שנשבע שבועת היסת.

ע"כ דאין הטעם משום הפוך השבועה על הלוה ובודאי כיון דהלוה אין מחויב אלא שבועת היסת. אף אם הלוה לא יכול לשבע ג"כ יפטר מתשלומין.

ע"כ דהפטור אינו מטעם שהלוה יכול לשבע. אלא מטעם כיון שצריך המלוה לשבע ואינו יכול לשבע אין נוטל בלא שבועה.

ובגמ' שם בשבועות משמע דאם נימא דשניהם חשודין חזרה שבועה למחויב לה ומשלם. ע"כ דהיכא דאין יכול לשבע נוטל בלא שבועה.

וגם הא גופא קשיא כיון שהרמב"ם פסק להא דרב ושמואל דהיכא דמת לזה בחיי מלוה נתחייב שבועה ואין נוטל בלא שבועה. איך פסק בשניהם חשודין חזרה שבועה למחויב לה ומשלם.

והרי שם אמרינן דרב ושמואל דס"ל דהיכא דמת לזה בחיי מלוה אינם נוטלים לא אמרינן מחויב שבועה ואי"ל משלם. ועיין שם בתוס' בד"ה מתוך ויבואר בע"ה להלן.

ועיין שם עוד בדברי התוס' שהקשה קושיא עצומה איך אמרינן דשמואל לא סבירא ליה מתוך שאי"ל משלם. הא בכתובות (דף י"ג) מוכח דשמואל ס"ל מתוך שאי"ל משלם.

וכן ר"נ סבר כשמואל דיתומים מן היתומים היכא דמת לזה בחיי מלוה לא יטלו בשבועה. ובב"מ (בפרק השואל צ"ח) אמרינן דרב נחמן ס"ל היכא שיש עסק שבועה ואין יכול לשבע משלם.

עוד יש קושיא בדברי הרמב"ם שפסק שם (בפ"ב מטוען ה"ה) שאם הי' השומר חשוד אין שכנגדו יכול לשבע שהרי אינו טוענו ודאי. וכבר הקשה הט"ז בחו"מ (סימן צ"ב) מ"ש משניהם חשודים שפסק הרמב"ם שאם אין יכול לשבע משלם ומה שתירץ הט"ז דס"ל להרמב"ם דכיון דקיי"ל שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים.

א"כ היכא אמרינן מחויב שבועה ואי"ל משלם דוקא בטוען התובע ברי אבל לא בטוען התובע ספק. דאיך נימא שישלם לו דבר שלהתובע בעצמו ספק אם חייב או לא את"ד הט"ז.

ובעניי אינו מבין דבריו. דהרי קיי"ל בכל דוכתי היכא שהשומר אין יכול לשבע משלם אף היכא שהתובע אינו יודע.

וגמ' מפורשת היא (ב"מ ל"ו) שומר שמסר לשומר חייב. משום דא"ל את מהימנת לי בשבועה.

היאך לא מהימן לי בשבועה. ואין הטעם משום פשיעה ואם הי' רואה שנאנסה.

הי' נשבע ונפטר. (ועיין שם בתוס') רק כיון שאין יכול לשבע משלם.

להך מ"ד דלא ס"ל הטעם משום אין רצוני וכו' רק משום את מהימנית לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. הרי דדין דאין יכול לשבע משלם.

שייך אף בטוען התובע אינו יודע. וע"כ הטעם שכתב הרמב"ם דאם הי' השומר חשוד אין שכנגדו נשבע ונוטל.

דבחשוד הדין הוא שאין שכנגדו נוטל אלא בשבועה. ואם אין יכול לשבע אין נוטל והדרא קושיא לדוכתא הא הרמב"ם פסק בשניהן חשודין חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאין יכול לשבע משלם, ולא אמרינן דבחשוד אין שכנגדו נוטל אלא בשבועה היכא דאין יכול לשבע: ונראה לי בע"ה למצוא דרך סלולה לישב כל אלו הסתירות דהנה הרמב"ם והרי"ף פסקו דטענינן ליתמי נאנסו כיון שאביהם הי' יכול לטעון נאנסו וכבר האריכו המפרשים הובא בש"ך חו"מ (סימן ק"ח סק"ח) דלכאורה קשה עליהם קושית התוס' (ב"ב ע') דאמרינן שם המפקיד אצל חבירו בשטר מי מצי א"ל החזרתך או לא ואמרינן שם לימא כתנאי שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו דייני א"י אמרי נשבע וגובה מחצה ודכו"ע אית להו דנהרדעי דאמרי האי עסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון מאי לאו בהא קא מפלגי דמ"ס דמצי א"ל שטרך בידי מאי בעי ומ"ס לא מצי אמר שטרך בידי מאי בעי.

ומזה הוכיחו התוס' בכמה דוכתי בב"מ (י"ג) ובגיטין (ב') דלא טענינן ליתמי נאנסו. א"כ מאי טעמייהו דדייני גולה דאמרי נשבע וגובה כולו.

נהי דס"ל דלא טענינן החזרת. משום דס"ל דאף אביהם לא הי' נאמן בטענת החזרת משום דמצי אמר שטרך בידי מאי בעי לטעון להו נאנסו.

דהא נאנסו בודאי הי' אביהם נאמן. ונראה לי לתרץ דהנה לכאורה יש לעיין איך טענינן ליתמי נאנסו הא עכ"פ בעי שבועה שנאנסו.

וכיון שלא נשבע אביהם שנאנסו מחויבים לשלם. דהא הוי כאת לא מהימנת לי בשבועה דמשלם השומר משום שאין נשבע שנאנסו.

ואף שהתוס' (שם בב"ב) כתבו דהיורשים פטורים משום דאמרינן שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים הרי דביתמי לא אמרינן מתוך שאי"ל משלם. נראה דלא דמי דהתם מיירי באמר ליורש מנה לי ביד אביך ואמר היורש חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם השבועה על היורש אמרינן כיון שאינו יודע לא חלה עליו שבועה כלל.

אחרי שכנים הדברים שהם אינם יודעים. אבל הכא בטענת נאנסו.

אם נאנסו חל החיוב על האב לשבע וכ"ז שאין נשבע מחויב לשלם. ונראה דתליא באשלי ברב רבבי במחלוקת הרמב"ם והראב"ד היכא דלא הוי לו למידע אי מחויב לשלם או לא דהרמב"ם ס"ל (בפ"ה מהלכות שאלה ופקדון הלכה ו') דאם הפקיד אצלו פירות שאינן מדודין ועירבן עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע.

בעל הפקדון אומר כך וכך ה' והשומר אומר אינו יודע משלם בלא שבועה שהרי חייב עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה הוא חייב ונמצא חייב שבועה שאינו יכול לשבע והשיג ע"ז הראב"ד דאינו דומה לחמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהתם לא הוי ליה למידע. עיין שם נמצא להרמב"ם דס"ל דחיוב שבועה הוי אף היכא דלא הוי לי' למידע.

הרי דאף היכא שאין עליו טענה על שאין יכול לשבע ג"כ צריך לשלם לפי"ז בטענת נאנסו בודאי דצריך לשלם אף שאין עליו טענה על שלא נשבע. שהרי אילו ה' קיים יכול להיות שהי' נשבע ולהראב"ד דדוקא היכא דהוי ליה למידע מחויב לשלם.

הרי דלא אמרינן מחויב שבועה ואין יכול לשבע משלם אלא היכא שיש חיוב על שאין נשבע. משא"כ היכא שאין עליו חיוב פטור מתשלומין.

נמצא להראב"ד לא קשה איך טענינן נאנסו ליתמי הא לא נשבע אביהם. והיכא שלא נשבע משלם.

דהכא אין עליו חיוב על שלא נשבע שאילו ה' קיים ה' נשבע. אבל להרמב"ם בודאי קשה איך טענינן נאנסו ליתמי הא לא נשבע ומחויב לשלם: והנה טעם וסברת הרמב"ם והראב"ד בהאי דינא הוא דהנה אמרה תורה ולקח בעליו ולא ישלם.

הרי דדוקא היכא דנשבע אינו משלם אבל היכא שלא נשבע ישלם. והנה הרמב"ם ס"ל דהיכא דחייב התורה שבועה.

הכונה שרמיא התורה חיוב ממון רק שרמי רחמנא חיוב כזה שיוכל לפטור עצמו בשבועה. אבל כל זמן שלא פטר עצמו בשבועה יש עליו חיוב הממון שהטילה התורה והשבועה הוא לפטור מהחיוב.

ומשו"ה אף היכא שאין הנתבע מחויב על שלא נשבע כגון היכא דלא הוי לי' למידע. אעפ"כ משלם שהרי התובע אומר מאי איכפת לי שאתה אינך פושע על שלא תוכל לשבע, התורה הטילה עליך חיוב ממון וכל זמן שלא נשבעת מחויב הנך לשלם ואף שאנוס אתה על השבועה שלא תוכל לשבע לא תוכל בזה לפטור עצמך מהחיוב דהא אונסא כמאן דלא עבד (והא דאמרינן בשבועות עד אחד כי אתי לשבועה אתי היינו כיון דב"ד אין מחייבין אלא שבועה).

א"כ הווי גורם לממון כדאיתא התם לגבי שכנגדו חשוד כו'): אכן הראב"ד ס"ל דעיקר החיוב הוא שבועה ולא ממון. רק שאמרה התורה שאם אינו נשבע ישלם בעד השבועה א"כ היינו דוקא היכא שיש עליו חיוב על שאינו נשבע.

לא היכא שאין עליו חיוב. והני תרי טעמי יש לפרש ג"כ בדברי התוס' (בב"מ ה') ד"ה חשוד.

שהקשה שם בתוס' אמאי לא אמרינן גבי חשוד מחויב שבועה ואי"ל משלם בלא שבועה. ותירצו שני תירוצים חדא משום דלא שבקית חיי לחשוד שכל אחד יתבענו.

ויחייבו שבועה ויגבה ממנו. ועוד תרצו בתוס' דלא דמי לאינו יכול לשבע שהרי הכא ברצון הי' נשבע אלא שאין מניחין לו והנה לפי תירוץ הראשון הא דחשוד שכנגדו נשבע ונוטל.

תקנת השבועה מדרבנן הוא להחשוד. דמדין התורה הי' נוטל שכנגדו בלא שבועה. רק משום דלא שבקת חיי לחשוד תקנו שלא יטול אלא בשבועה. והטעם דמן התורה הא כל זמן שלא נשבע מחויב הוא לשלם ורק שאמרה התורה שבשבועה יכול לפטור עצמו. א"כ היינו דוקא שבועה שיש בה נאמנות אבל שבועת חשוד דלאו הוכחה היא שהרי חשוד הוא לשבע בשקר. אינה פוטרת החיוב שרמיא התורה.

אבל לתירוץ השני של תוס' התקנה שתקנו בחשוד שישבע שכנגדו ויטול התקנה היתה לכשנגדו דמדין התורה לא הי' לו ליטול והיינו טעמא דהתורה רמיא רק חיוב שבועה. אלא אם יש לחייבו על שאינו נשבע כגון היכא דהוי ליה למידע מחייבין ליה על שאינו נשבע.

א"כ כי חייבה רחמנא היכא שאינו יכול לשבע. אבל היכא שברצון הי' נשבע רק שאין מניחין לו לשבע בכה"ג אינו מחויב לשלם בעד זה שלא נשבע.

וא"כ הוי תקנתא דרבנן שישבע ויטול: והנה הש"ך בחו"מ (סימן רצ"ו) כתב דהיכא שהפקיד בשטר שקיי"ל שנאמן לטעון החזרתי במגו דאי בעי אמר נאנסו. רק שצריך שבועה.

משום שאם הי' טוען נאנסו הי' צריך שבועה. שבועה שנשבע כשטוען החזרתי הוא מדרבנן ומה"ת אינה רק שבועת נאנסו.

אבל בטוען החזרתי פטור משבועה מן התורה ומדרבנן הוא דמחויב. ואף שיש להקשות לכאורה.

איך הוא פטור מן התורה בטוען החזרתי א"כ הדרא קושיא לדוכתא. הא עיקר טעמא דנאמן בטוען החזרתי נגד שטר הוא משום מגו שהי' יכול לטעון נאנסו.

ואם נימא שפטור משבועה בהחזרתי אזלה מגו דילי' שאינו רוצה לטעון נאנסו כדי של יצטרך לשבע. (ודוחק לומר משום דלהוציא ממון ממנו.

אמרינן חשוד אממונא חשוד אשבועתא היינו שאם הוא רוצה לכפור ממון בחנם ישבע ג"כ בחנם ורק לחייב שבועה אמרינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו). אכן באמת נראה לי הטעם כמו דאמרינן (בסימן ס"ט) בחו"מ דנאמן לטעון פרעתי נגד כתב יד משום דשטרא דאין יכול לגבות בו מן הלקוחות אינו חושש להניחו.

ולכאורה יש להקשות אטו הלוח אינו חושש אלא לטובת הלקוחות. ולא לטובת עצמו.

ואם חושש להניח שטר שיכול לגבות מן הלקוחות פן יגבה פעם אחר. כמו כן הי' לו לחשוש פן יגבה מיני' דידי' ולא הי' לו להניח כתב יד בידו.

ועכצ"ל הטעם דכיון דבשטר הא אינו כתוב שלא החזיר אלא שלוחה וא"כ אמאי לא יניח בידו ראי' שלוחה הא מזה אין ראי' שלא פרע. והא קיי"ל המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפורעו בעדים רק שטר כזה שגובין מן הלקוחות א"כ השטר הוא השעבוד שטר אפסר החוב הוא.

א"כ אינו מניח בידו שעבוד החוב. וזהו דוקא היכא שהשטר נעשה לגבות בו מן הלקוחות אז השטר הוא השעבוד (ועיין בדברינו בדף ל"ג ודו"ק).

אינו מניח בידו השעבוד. אבל שטר כזה שאין גובין בו מן הלקוחות לא נעשה לגבות ע"י השטר.

וא"כ השטר הוי רק ראי' שלוחה. שטר כזה מניח בידו דאף שיש ראי' שלוחה הא אין ראי' שלא פרע.

ולפי"ז יהי' ג"כ הטעם בהפקיד בשטר כיון דיכול לטעון נאנסו. א"כ השטר אינו עשוי לגבות בו ושטר כזה אינו חושש ומניח בידו.

ומשו"ה יכול לטעון החזרתי מדינא. ששטר כזה אין חושש להניח וחיוב שבועת החזרתי אינה רק מזרובן ואף דהקצות (שם בסימן הנ"ל) הקשה על דברי הש"ך מדברי ר"ת בשבועות (דף מ"ה) גבי שבועת שומרין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מגו דיכול לומר לא ה' דברים מעולם יכול לומר נאנסו דאפקיד ליה בעדים כו'.

דאפקיד ליה בשטר. מכלל דתרווייהו ס"ל המפקיד אצל חבירו בשטר צריך להחזיר בעדים והקשה שם ר"ת הא קיי"ל דנאמן לטעון החזרתי.

ופירוש ר"ת צריך להחזיר בעדים אם ירצה לפטור מן השבועה. אבל בשבועה נאמן לומר החזרתי במגו דנאנסו הרי דמן התורה המפקיד אצל חבירו בשטר אם אין לו עדים שהחזיר צריך לשבע ומזה דחה דברי הש"ך: אכן לענ"ד נראה דר"ת לטעמי' דס"ל טענת נאנסו צריך הודאה במקצת.

ואף להפוסקים דפליגו על ר"ת הא קאי הכא לרמי בר חמא דס"ל ארבעה שומרין צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת וא"כ לדידהו בודאי אם יטעון החזרתי על זו שטוען נאנסה הא יהי' מודה במקצת וכופר במקצת ובודאי יהי' חיוב שבועה מן התורה. ולפי"ז מה שהקשה התוס' על דברי ר"ת שם בד"ה מתוך כיון דס"ל לר"ת דחייב שבועת נאנסו במודה במקצת א"כ מאי קאמר מגו שיכול לומר החזרתי הא יהי' מודה במקצת.

ובכל מודה במקצת הא לא אמרינן מגו ולפירוש ריב"א נחא כו'. הנה באמת גם לפירוש ריב"א קשי' דהא הכא רמי בר חמא הוא דקאמר לה ורמי בר חמא הא ס"ל דבעינן הודאה במקצת, ועכצ"ל דדוקא לדידן אף בפקדון מודה במקצת מחויב דאין אדם מעיז פניו לכפור הכל.

ואף כי לא הוי העזה כמו העזה בפני בע"ח. ס"ל דאף מגו דאין אדם מעיז לכפור הכל לא אמרינן.

אבל האי סוגיא דשבועות ס"ל דמגו דהעזה אמרינן לפטור מן השבועה. ורק בהלואה לא אמרינן מגו במודה במקצת מגו שהי' כופר הכל דאין אדם מעיד בפני בעל חובו דשם לא הוי מגו טוב.

אבל בפקדון הוי מגו טוב. אבל היכא שהפקיד בשטר גם האי סוגיא מודה דלא הוי מגו טוב שיטעון החזרתי.

שהרי מהשטר הוי הוכחה שלא החזיר. ומשו"ה אינו פוטרו מן השבועה.

בין בטוען נאנסו. בין בטוען החזרתי מועיל השטר לגרע כח המגו ולחייב שבועה שמשו"ה אינו אומר החזרתי כולה שניכר שקרו כשאומרים לו מדוע הנחת השטר.

אף שמן הדין נאמן. בעיני ב"א נראה שקרן.

עכ"פ מזה דמיירי במודה במקצת אין ראי' לדין היכא דהוי כופר הכל ושפיר אמר הש"ך דטענת החזרתי בהפקיד בשטר השבועה רק דרבנן. ולפי"ז לכאורה יקשה עכ"פ איך מחייבינן שבועה דאורייתא בנאנסו אף בהפקיד בשטר.

כיון דאם יטעון החזרתי יהי' פטור משבועה דאורייתא. א"כ יפטר ג"כ בטוען נאנסו מטעם מגו דאי בעי אמר החזרתי.

אכן באמת אין זה קושיא דהא אנן קיי"ל לא אמרינן מגו לאיפטורי משבועה דלא כהאי סוגיא דשבועות. או מטעמא דמגו דהעזה לא אמרינן לפטור מן השבועה אף שמגו כזה פוטרת ממון משבועה לא פטרה.

והנה לעיל ביארנו דטעמא דהרמב"ם דס"ל מחויב שבועה ואי"ל משלם אף היכא דלא הוי ליה למידע. הוא דס"ל דהיכא דחייבה התורה שבועה החיוב הוא ממון.

והשבועה היא לפטור מחיוב ממון. נמצא דהיכא דהחויב הוא רק שבועה בכה"ג גם הרמב"ם יודה דהיכא דלא הוי ליה למידע, פטור מתשלומין, נמצא היכא שיש מגו לפוטרו ומחייבינן ליה שבועה מטעם דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן בכה"ג אין כאן חיוב ממון שהרי מחיוב הממון פטרתו המגו.

ורק מחויב שבועה לא פטרתו המגו בכה"ג מודה הרמב"ם דהיכא דלא הוי ליה למידע פטור. וכן ביארנו למעלה דפטור דיתמי בטענת נאנסו.

אף שאביהם הי' מחויב שבועה תליא אי אמרינן מחויב שבועה ואי"ל משלם היכא דלא הוי ליה למידע. מעתה מיושב שפיר הקושיא שהקשה איך פסק הרמב"ם דטענינן ליתמי נאנסו.

א"כ תקשה איך אמרינן שם בב"ב לימא כתנאי שטר כיס היוצא על היתומים דייני גולה אמרי נשבע וגובה כולו משום דס"ל דהיכא שהפקיד בשטר אין נאמן לומר החזרתי עכ"פ נטעון להו נאנסו. אכן לפי דברינו יתיישב דהא בהא תליא.

אם נאמן לומר החזרתי נגד שטר. נמצא דאף כשטוען נאנסו.

יש לו מגו שהי' אומר החזרתי שאז הי' מן התורה נאמן בלא שבועה כדעת הש"ך וכדביארנו. והא דמחייבינן ליה שבועה הוא משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

וא"כ רק החיוב שבועה לא פטריה המגו אבל החיוב ממון פטרי' המגו וא"כ בכה"ג היכא שאין עליו חיוב על שלא נשבע לא מחייבין ליה בתשלומין אף להרמב"ם דבכה"ג הרמב"ם מודה להראב"ד דהיכא דלא הוי ליה למידע פטור משו"ה נוכל לטעון ליתמי נאנסו שאם נאנסו אף שלא נשבע אביהם פטור הי' מחיוב ממון.

מגו שהי' יכול לומר החזרתי וחיוב שבועה בלבד בלא חיוב ממון יש עליו והיכא שאין עליו חיוב על שלא נשבע כיון שמת פטורים היתומים. אבל דייני גולה דס"ל נגד שטר אין נאמן לומר החזרת.

א"כ אף כי טוען נאנסו אין לו מגו לפטור את עצמו. נמצא שיש עליו חיוב ממון רק שאמרה תורה ע"י שבועה פוטר את עצמו.

וכ"ז שלא נשבע לפטור את עצמו יש עליו חיוב הממון. וא"כ איך נטעון ליתמי נאנסו הא כיון שלא נשבע אביהם מחויבים לשלם כדין מחויב שבועה ואין יכול לשבע דמשלם אף היכא דלא הוי ליה למידע.

היכא שיש חיוב ממון. ומשו"ה לדייני גולה אף נאנסו לא נטעון ליתמי.

אבל הרמב"ם שפסק כדייני א"י דטענינן החזרתי ממילא אף טענת נאנסו לא הוי חיוב ממון שהרי יש כאן מגו דאי בעי אמר החזרתי. ורק חיוב שבועה יש כאן דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

וממילא בכה"ג היכא שאין עליו חיוב על שלא נשבע פטור. משו"ה פסק הרמב"ם לדידן דטענינן נאנסו ליתמי שאם נאנס פטורים מלשלם: ויתיישב לפי"ז ג"כ מה שהקשה הט"ז על מה שפסק הרמב"ם בהי' השומר חשוד אין שכנגדו נשבע ונוטל.

והקשה מ"ש משניהם חשודים דאמרינן חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאי"ל משלם. אכן לפי הנ"ל ניחא.

דהנה לעיל ביארנו דתרי טעמא דהתוס' שתירצו. מ"ט בחשוד אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל.

מ"ש ממחויב שבועה ואי"ל שנוטל שכנגדו בלא שבועה. וביארנו דאם נימא דהיכא שחייבה התורה שבועה עיקר החיוב ממון ורק השבועה היא פטור.

א"כ בחשוד מן התורה הי' לו ליטול בלא שבועה שהרי אומר לו אין לך במה להפטר שלא פטרה תורה אלא בשבועה שנאמן בה לא בשבועות חשוד. ורק משום דלא שבקת חיי לחשוד תקנו שישבע שכנגדו אבל היכא שאין שכנגדו יכול לשבע נוטל בלא שבועה דחזר הדין למקומו.

אבל אם נימא דעיקר החיוב הוא שבועה רק שאם יש עליו חיוב על שלא נשבע אז משלם. בחשוד אין עליו חיוב על שלא נשבע.

שהרי מרצון הי' נשבע רק שאין מניחין לו. מדין התורה הי' לו ליפטר רק רבנן קנסו לחשוד ותקנו שכנגדו ישבע ויטול.

לפי"ז בשניהן חשודין בטענת מודה במקצת דחיוב השבועה הוא חיוב ממון, שהרי אין לו מגו לפטור עצמו שהרי אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח. וכ"ז שלא נשבע שבועה כדין מחויב לשלם.

ואף שתקנו רבנן בחשוד שישבע שכנגדו היינו דוקא היכא שיכול לשבע. אבל היכא שאין יכול לשבע נוטל בלא שבועה.

אבל בהי' השומר חשוד. וטוען ברי שנאנסה התם יש לו מגו דאי בעי אמר החזרתי. וא"כ מחויב ממון פטור מטעם המגו. ורק חיוב שבועה יש עליו משום דמגו לאפטורי משבועה לאאמרינן.

וא"כ בכה"ג לא נוכל לחייבו מטעם מחויב שבועה ואי"ל. שהרי ברצון הי' נשבע. אלא שאין מניחין לו. א"כ אדרבה יאמר אף שמן הדין היכא שיש עלי חיוב על שאינו נשבע מחויב אני לשלם.

דוקא שאין בידי כלל לשבע. לא היכא שיש בידי לשבע רק שאין מניחין אותי. ואף שתקנת רבנן היתה בחשוד שישבע שכנגדו ויטול. היינו דוקא היכא שנשבע לא היכא שאין נשבע.

משו"ה הכא שאין יכול המפקיד לשבע. שהרי אינו יודע משו"ה אין נוטל בלא שבועה אחרי שהכא אין עליו חיוב ממון רק חיוב שבועה: ועתה נבואה לבאר הקושיא שהקשו בתוס' שבועות איך אמרינן דשמואל ור"נ לית להו מתוך שאי"ל משלם הא מכתובות וב"מ מוכח דאית להו מחושואיל"מ.

והנה זה לשון הגמ' שבועות (מ"ז) שניהן חשודין חזרה שבועה למקומה להיכן חזרה אמר ר' אמי רבותינו שבבבל אמרו חזרה שבועה לסיני רבותינו שבא"י אמרה חזרה שבועה למחויב. אמר רב פפא רבותינו שבבבל רב ושמואל.

רבותינו שבא"י ר' אבא רבותינו שבבבל רב ושמואל דתנן וכן היתומין מן היתומין לא יפרעו אלא בשבועה ורב ושמואל דאמרי תרוייהו ל"ש כו' אבל מת לזה בחיי מלוה כבר נתחייב מלוה לבני לזה שבועה. ואין אדם מריש שבועה לבניו.

רבותינו שבא"י ר' אבא דההוא גברא דחטף נסכא מחברי' אתא לקמי' דר' אמי יתיב ר' אבא קמי' אייתי חד סהדא דמחטיף חטפה מיני'. אמר ליה אין חטפי ודידי חטפי כו' א"ל ר' אבא הו"ל מחויב שבועה ואי"ל וכל המחויב שבועה ואי"ל משלם.

אמר רבא כותי' דר' אבא מסתברא דתני ר' אמי שבועת ה' תהי' בין שניהן ולא בין היורשין כו' אלא לאו דאמר ליה חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אי אמרת בשלמא אביו כה"ג מחויב איצטריך קרא למפטרי' גבי יורשין אלא אי אמרת אביו כה"ג נמי פטור קרא גבי יורשין למה לי עכ"ל הגמ'.

והנה התוס' הקשו גבי נסכא דר' אבא אמאי אמרינן מתוך שאי"ל משלם הא יש לו מגו דאי בעי אמר לא חטפתי והי' נשבע להכחיש העד. גם עתה ישבע ששלו חטף ויהי' נאמן.

ונראה לי דהנה קיי"ל בכל דוכתי כשיטת הפוסקים דמגו להוציא לא אמרינן ושיטת הרי"ף בב"ב מבואר אצלינו דמגו נגד חזקה כל שיש ביד אדם הוא שלו לא אמרינן. והא דמהימן אילו לא הי' עדים על החטיפה.

הי' נאמן לומר אין חטפי ודידי חטפי. אף שהוא נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם הוא שלו.

היינו דהתם כיון שאין עדים על החטיפה. א"כ אדרבה יש לו החזקה כל מה שיש ביד אדם שלו.

שהרי עתה אנו רואים החפץ בידו ועלינו לומר שמסתמא הוא שלו. ורק כשאנו רואין החטיפה נשאר החזקה כל מה שיש ביד אדם שלו להראשון.

ובזה מיושב מה שהקשו אף אם היו שנים על החטיפה יהי' נאמן לומר דידי חטפי מגו דאי בעי אמר החזרתי ורצו להוכיח מזה דגוזל חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים. ובאמת קיי"ל דאין צריך להחזיר בעדים.

אף בגוזל בעדים. אכן לדברינו ניחא כיון שעדים ראו שבא לידו בחטיפה נשאר החזקה כל מה שיש ביד אדם שלו להראשון.

משו"ה אין נאמן לומר דידי חטפי אף במגו דמגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם שלו לא אמרינן. וכל זה הוא ביש שנים על החטיפה.

אבל היכא שיש עד אחד מסתפקא ליה לר' אמי הדין. וע"ז אמר לו ר' אבא כיון שמחויב שבועה להכחיש העד.

וכ"ז שאין נשבע להכחיש העד יש להעד נאמנות כבי תרי דהיכא שחייבה תורה שבועה. הכונה שחייבה התורה ע"י אחד חיוב ממון רק שהוא חיוב כזה.

שע"י שבועה יכול לפטור עצמו. אבל כ"ז שלא פטר עצמו בשבועה להכחיש העד, יש להעד נאמנות כבי תרי, וא"כ הרי יש לנו עדות על החטיפה ונשאר החזקה כל מה שיש ביד אדם שלו ביד הראשון.

וממילא אין נאמן לומר דידי חטפי במגו שהיה נשבע ומכחיש העד. דעכ"פ עתה שלא הכחיש יש לו נאמנות.

וא"כ אין נאמן במגו נגד חזקה כל מה שיש ביד אדם שלו, דכיון שלא הכחיש בשבועה הוי כב' עדים על החטיפה, דאין נאמן לומר דידי חטפי אף במגו. אכן כל זה שביארנו שעד א' כ"ז שלא הכחישוהו בשבועה יש לו נאמנות כשנים.

היינו דוקא אם נימא כשיטת הרמב"ם דהיכא שחייבה התורה שבועה הכונה שחייבה ממון. רק שיכול לפטור עצמו בשבועה.

אבל אם נימא כשיטת הראב"ד שעיקר החיוב שבועה ולא ממון. רק שחייבה התורה אם לא נשבע נחתינן לנכסי וישלם בעד השבועה א"כ הרי לא האמינה כלל התורה עד אחד כשנים.

ורק שבועה חייבה התורה ע"י עד אחד וא"כ בודאי בנסכא דר' אבא יהי' נאמן לומר דידי חטפי ע"י שבועה במגו שהי' מכחיש העד. ואף דקיי"ל בכל דוכתי מחויב שבועה ואי"ל משלם הכא נאמן במגו ולפי"ז נוכל לומר דרב ושמואל ור' אבא פליגי בהאי דינא גופא דזה מודה רב ושמואל דמחויב שבועה ואי"ל משלם כמו שהוכיחו התוס' מכתובות רק רב ושמואל ס"ל דעיקר החיוב הוא שבועה ורק שחייבה התורה תשלומין בעד השבועה אם אין נשבע ולפי"ז גבי נסכא דר' אבא אליבא דידהו.

יהי' נאמן לומר דידי חטפי במגו שהי' מכחיש העד. וכן בחשוד אליבא דידהו מן הדין לא הי' לו כלל ליטול שהרי בכה"ג אינו מחויב בעד זה שלא נשבע.

שהרי מרצון הי' נשבע ורק שאין מניחים לו וכתירוץ התוס' השני בב"מ שהבאנו למעלה. ורבנן תקנו תקנה שכנגדו יטול ע"י שבועה.

א"כ היינו דוקא היכא שיכול לשבע אבל לא היכא שכנגדו אין יכול לשבע שגם הוא חשוד בכה"ג לא תקנו רבנן. ומביא ראי' ברורה לזה היינו דלא נימא אחרי שתקנו רבנן שכנגדו נוטל בשבועה.

עיקר התקנה הי' שיטול זה שכנגדו. ושבועה כדי להפיס דעתו וממילא יהי' התקנה שתקנו רבנן בחשוד שיטול שכנגדו תקנו אף באופן שאין שכנגדו יכול לשבע.

ע"ז מביא ראי' מדברי רב ושמואל בעצמם. דאית להו גבי וכן היתומין מן היתומין שאם מת לזה בחיי מלוה אין גובין היתומין מן היתומין.

אף דהתם מן הדין הי' נוטל בלא שבועה שהרי שטרו בידו. אעפי"כ עתה כשתקנו רבנן שנוטל בשבועה הכונה שהתקנה הי' שבלא שבועה לא יטול אף היכא שאין יכול לשבע מכש"כ היכא שמן הדין לא הי' לו ליטול בחשוד שתקנו רבנן שיטול בשבועה בודאי דהתקנה היתה שרק ע"י שבועה יטול ובלא שבועה לא יטול וא"כ בשניהם חשודין שאין שכנגדו יכול לשבע חזרה שבועה לסיני אליבא דרב ושמואל.

אכן ר' אבא ס"ל כשיטת שביארנו אליבא דהרמב"ם היינו שעיקר החיוב הוא ממון היכא שחייבה התורה שבועה. (לאפוקי במקרקעי שלא חייבה התורה).

ורק בשבועה יכול לפטור עצמו כדמוכח מהא דאמר ר' אבא גבי נסכא שאין נאמן במגו שהי' מכחיש העד. וע"כ הטעם דכ"ז שאין מכחיש העד הוי כשני עדים על החטיפה וא"כ בחשוד מדין התורה הי' לכשנגדו ליטול בלא שבועה.

ורק משום דלא שבקת חיי לחשוד תקנו לחייב שבועה לכשנגדו וכתירוץ הראשון של התוס'. א"כ היינו דוקא היכא שיכול לשבע תקנו שישבע.

אבל היכא שאין יכול לשבע שגם הוא חשוד נוטל בלא שבועה, משו"ה בשניהם חשודין חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאי"ל משלם. ומביא רבא ראי' כותי' דר' אבא דתני ר' אמי שבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשין, ה"ד כו' אלא לאו דאמר מנה לאבא ביד אביך אמר לו חמשיין ידענא וחמשיין לא ידענא דהכא הא לא הוי ליה למידע.

אי אמרת בשלמא אביו כה"ג פירוש היכא דלא הוי ליה למידע מחויב איצטריך קרא דגבי יורשין פטורין שלא חל עליהם החיוב. אלא אי אמרת היכא דלא הוי ליה למידע גם אביו פטור אמאי איצטריך קרא גבי יורשין.

ע"כ דאף היכא דלא הוי ליה למידע מחויב, א"כ ע"כ מוכח דעיקר החיוב ממון שאם הי' עיקר החיוב שבועה היכא דלא הוי ליה למידע הי' פטור. וכמו שביארנו למעלה דתלי זה בזה.

ולפי"ז לא נצטרך לומר דר' אבא פליג על דין דוכן היתומים כו'. דהוא ס"ל דהתקנת שונות.

דגבי יתומין שאמרו רבנן לא יטול אלא בשבועה תקנו שבלא שבועה לא יטול, אבל גבי חשוד דאמרו שכנגדו נשבע ונוטל לא היתה התקנה שלא יטול אלא בשבועה. כיון שנוטל מן הדין.

ותקנתם גביחשוד הי' רק משום דלא שבקת חיי לחשוד ולא מחשש פרעון וממילא הי' רק תקנה שישבע שכנגדו לא שלא יטול אלא בשבועה. ולפי"ז מיושב שפיר קושית הפוסקים, אמאי פסק הרמב"ם להא דרב ושמואל גבי היתומים אחרי שפסק בשניהם חשודין חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאי"ל משלם, אכן לפי הנ"ל ניחא כיון שהרמב"ם פסק כר' אבא דעיקר החיוב הוא ממון ובחשוד חיוב השבועה מדרבנן לא תליא כלל זה בזה: והנה בחז"מ (סימן פ"ד ס"ה) כתב המחבר עד אחד מעיד על שטר שהוא פרוע ומת המלוה עד שלא נשבע.

אין יורשי' גובין אותו והוא הדין לפוגם שטרו ומת עד שלא נשבע עכ"ל. וכבר הקשו המפרשים מדברי הטור והמחבר (בסימן ק"ח) דדוקא גבי שבועה שהי' להמלוה לשבע לבני לווה אנו אומרין שאין מורישה לבניו אבל שאר שבועה מורישה.

והוא גמ' מפורשת שם בשבועות על רב ושמואל דאמרו שאם מת לווה בחיי מלוה אין אדם מורישה שבועה לבניו אמרינן עלה הבו דלא להוסיף עלה ונראה דהרמב"ם מפרש הבו דלא להוסיף עלה אין הכונה שדוקא בשבועת יורשין אמרו ולא בשאר שבועות דמנ"ל לרב ושמואל לחלק אלא מדאמרו רב ושמואל דאין אדם מורישה שבועה לבניו.

ע"כ דהיכא שאמרו רבנן לא יפרע אלא בשבועה לא אמרינן שרק תקנה הי' שישבע אלא אמרינן דהתקנה שבלא שבועה לא יטול, דמשו"ה כשמת לווה בחיי מלוה. וחלה תקנתא דרבנן דלא יטול אלא בשבועה.

איך יטלו אח"כ יורשיו, אחרי שהוריש להם דבר שבלא שבועה לא יטול, והם לא יוכלו לשבע, וא"כ גם הפוגם ועד אחד מעיד שהוא פרוע שג"כ אמרו רבנן לא יטול אלא בשבועה ג"כ הי' תקנת רבנן שבלא שבועה לא יטול, ולא דמי לחשוד דשם לא מצינו רק לשון שכנגדו ישבע ויטול. ולא נאמר לא יטול אלא בשבועה.

בחשוד אמרינן דהתקנה הי' רק לחייב שבועה, אבל לא שלא יטול אלא בשבועה. ומשו"ה היכי דלא מצי לחול תקנתא דרבנן כגון היכא שכנגדו הוא ג"כ חשוד נוטל בלא שבועה.

אבל היכא שאמרו רבנן לא תפרע אלא בשבועה תקנו שבלא שבועה לא יטול, וממילא היכא שאין יכול לשבע אינו נוטל, והא דאמרינן דבפוגם שטרו ועד אחד אמרינן הבו דלא להוסיף היינו דלא נוכל לומר בפוגם שטרו, שתיכף שפגם שטרו חל הדין שלא יטול אלא בשבועה. דמנא לן שיטעון שפרע יותר דלמא לא יטעון כלל, והרי גם בשאר שטרות אי טעין אשתבע דלא פרעתין אינו נוטל אלא בשבועה ואמאי לא נימא בכל שטרות דעלמא אין אדם מוריש שבועה לבניו, ואיך גובין יתמי בשטר מורישם.

וע"כ דלא שייך לומר אין אדם מוריש שבועה אחרי שכל זמן שלא טעין אשתבע לי אינו מחויב שבועה וגובה בלא שבועה. כי מאין לנו לומר שיטעון כן אשתבע דלא פרעתין, א"כ ה"נ בפוגם שטרו, איך נימא אין אדם מוריש שבועה, הא כל זמן שלא טעין הלוה שפרע יותר בב"ד אינו מחויב שבועה, ומשו"ה גובין היתומים.

שהרי מורישם לא נתחייב שבועה, ולא דמי למת לזה בחיי מלוה דהא מן היתומים אין נפרעין אלא בשבועה, אף שהם אינם טוענים מאומה, נמצא דתיכף שמת הלוה בחיי המלוה חלה תקנתא דרבנן שלא יפרע אלא בשבועה. וממילא אין יורשיו של מלוה יכולין אח"כ לגבות, שהרי ירשו ממון שחל הדין שלא יפרעו אלא בשבועה.

משא"כ בפוגם שטרו, כ"ז שלא טעין הלוה בב"ד שפרע יותר לא חלה התקנה, וכל זה הוא דוקא היכא שלא ה"ל תביעה בב"ד אבל אם בחיי המלוה כבר באו לב"ד וטעין הלוה שפרע יותר, וכן אם העיד אחד בב"ד שהוא פרוע, שאז חלה כבר תקנתא דרבנן דלא יפרע אלא בשבועה בודאי כי היכא דאמרינן ביתומין מן יתומין אין אדם מוריש ממון שחלה התקנה שלא יטול אלא בשבועה, ה"נ בפוגם שטרו ועד אחד מעיד שהוא פרוע אם היו הדברים עוד בחיי המלוה, אין אדם מוריש שבועה לבניו.

וזהו ג"כ כונת רבינו ירוחם שכתב לחלק בין עמד בדין ללא עמד בדין ועיין שם ולפי"ז מיושב שפיר פסק הרמב"ם שפסק בה"ל חשוד בפוגם שטרו וכיוצא בהן אין שכנגדו נשבע ונוטל. והקשה הראב"ד אין פוסלין שטר מקוים מפני שבועה דרבנן, וא"ת דרב ושמאל הא אמרינן הבו דלא להוסיף עלה אכן לפי הנ"ל מיושב שפיר דהא דאמרינן הבו דלא להוסיף עלה היינו רק דבלא תביעה וטענה לא חל הדין, אבל כשתובע למלוה גופי' וטעין פרעתי, בין בעד אחד מעיד שהוא פרוע בין בפוגם שטרו, תיכף כשתובע למלוה עצמו חל הדין שלא יטול אלא בשבועה, וממילא היכא שהוא חשוד שאין יכול לשבע אינו נוטל, ולא דמי להיו שניהן חשודין בשבועת מודה במקצת דהתם לא אמרו רבנן שלא יטול אלא בשבועה, ורק מטעם לא שבקית חיי לחשוד,, תקנו שישבע שכנגדו, אבל היכא שלא יכול לשבע נוטל בלא שבועה, אבל הכא אמרו רבנן לא תפרע אלא בשבועה, א"כ ה"ל התקנה שבלא שבועה לא יטול, משו"ה בה"ל חשוד אין נוטל בפוגם שטרו וכיוצא בהן, ומה שהקשה הש"ך ובסימן צ"ב) מדברי הרי"ף בשערי"ם ז"ל בדרבנן תקנתא לתקנתא לא עבדינן כלומר שבועה זו של נשבעין ונוטלין תקנתא דרבנן ואם זה הנשבע ונוטל חשוד אין עושין לו תקנה אחרת להפכה על שכנגדו עכ"ל, ומזה הוכיח הש"ך שהרי"ף ס"ל כשיטת הסוברים שאם ה"ל החשוד מהנשבעים ונוטלים בפוגם שטרו וכיוצא בהן נוטל בלא שבועה, ולדידי נראה אדרבה מוכח מדברי הרי"ף, שאם כונת הרי"ף שנוטל בלא שבועה איך קאמר הרי"ף דלא עבדינן לו לחשוד תקנתא להפכה,

אדרבה אם היו מהפכים לא היתה תקנה לו שאז לא הי' נוטל רק שכנגדו הי' נשבע ונפטר ועתה נוטל בלא שבועה, אלא כונת הרי"ף להיפך, שאחרי דתקנו רבנן בפוגם שטרו וכיוצא בהן שאין נוטל אלא בשבועה אם הוא חשוד אינו נוטל שהרי אין יכול לשבע רק אותה שבועה שיש עליו, הוי אמינא דמדרבנן ישבע הלה שכנגדו בנקיטת חפץ ויפטר, דכמו דבשבועה דאורייתא אם הוא חשוד שכנגדו נשבע, ה"נ אותה השבועה שעל בעל השטר אחרי שאין יכול לשבע שהוא חשוד ואינו גובה בשטרו, נהפך אותה השבועה על הלוה שישבע בנקיטת חפץ, משו"ה אמר ששבועה דרבנן אין מהפכין.

וזה שכתב הרמב"ם אלא הנתבע ישבע היסת לא שבועה בנקיטת חפץ דשבועה דרבנן אין מהפכין: סימן מה סוגיא דאין נתינת קטן כלום. ויבאר אם מחויבים שמירה על חפץ של קטן.

ויבאר דהסוגיא לא מיירי בחיוב שבועה. ויבאר דין שומר שגנב מרשותו ויבאר טעם דמנו לאפטורי משבועה לא אמרינן: דף קו ואמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן הטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל מ"ט דכתיב על כל אבידה אשר יאמר כי הוא זה איתבי' ר' אבא בר ממל לר' חייא בר אבא כי יתן איש אין נתינת קטן כלום ואין לו אלא שנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין ת"ל עד האלקים יבא דבר שניהם עד שתהא נתינה ותביעה שוין כאחד ואם איתא תהוי נמי כאבידה א"ל הכא במאי עסקינן כגון שאכלו כשהוא קטן אבל כשהוא גדול מאי הכי נמי דמשלם אי הכי אדתני עד שתהא נתינה ותביעה שוון כאחד ליתני עד שתהא אכילה ותביעה שוין כאחד.

א"ל תני עד שתהא אכילה ותביעה שוין כאחד. רב אשי אמר לא דמי אבידה קא אתיא מכח בן דעת והא לא אתיא מכח בן דעת.

והנה הרמב"ם כתב (בפ"ב מהלכות שכירות ה"ז) ז"ל קטן שהפקיד ביד הגדול או השאילו הרי זה הגדול נשבע שבועת השומרים לקטן הורו רבותי שאין זה נשבע בטענת הקטן כדי שנאמר אין נשבעין על טענת הקטן שכל השומרין שבועתן שבועת שמא היא עכ"ל. והקשה עליו הראב"ד ז"ל א"א ורבותי הורו ואני מסכים עמהם שאינו נשבע כלל ואפילו היסת שאין נתינת קטן כלום ואם פקדון אין כאן שבועה אין כאן ואפילו כאבידה אינה דאבידה קא אתיא מכח בן דעת ותמה על עצמך דעיקר פרשתא בשבועת השומרים ועלה קאמר פרט לקטן.

ועוד על ודאי שלו אין נשבעין על ספק שלו נשבעין עכ"ל הראב"ד. ועיין בלח"מ שהקשה עוד קושיא אחת דבפרק שבועת הדיינין במתניתין דאין נשבעין על טענת קטן שהקשו רישא לסיפא דאמרה אבל נשבעין לקטן למה לא תירצו דסיפא דקאמרה אבל נשבעין איירי בטענת שומרין עכ"ל הלח"מ: ובתחילה נתרץ הקושיא על הרמב"ם מסוגיא דידן דאיך קאמר הרמב"ם דנשבעין על פקדון של קטן.

הא בהדיא אמרינן כי יתן איש כו' אין נתינת קטן כלום כו'. והנה רש"י ותוס' פירשו דמכי יתן איש ילפינן דאין נשבעין על טענת קטן עיין ברש"י כתובות (י"ח) ד"ה אלא הכא ובתוס' שם.

והנה לדידהו הקושיא בגמ' הוא כן איך אמר ר' חייא בר אבא אמר ר' יוחנן דטוען טענת גנב באבידה משלם תשלומי כפל. הא בלא נתינה אין נשבעין.

וכיון דבאבידה לא היתה נתינה הא לא נשבע. וטוען טענת גנב אין משלם כפל בלא שבועה.

וכן כתב רש"י כאן בד"ה תהוי נמי כאבידה דליכא נתינה והוי טענה להשביע ולהתחייב כפל כו'. ובד"ה שאכלו כתב רש"י ז"ל אבל אבידה מכי מטא לידי' דהאי.

איחייב ליה שהרי יש לה בעלים בני טענתא כו'. הרי דמפרש רש"י דעיקר הקושיא איך ס"ל לר' חייא בר אבא דבלא נתינה הוי טענה להתחייב שבועה.

ותמהני אם נימא דמעיקרא הוי בעי לפרש דהיכא דלא היתה נתינה אין כאן שבועה. והוי ס"ל דאף היכא דאתיא מכח בן דעת.

כיון שלא היתה נתינה אין נשבעין ומשו"ה אין נשבעין על טענת קטן אף במודה במקצת משום שלא היתה נתינה. א"כ מאי איריא דפריך לר' חייא בר אבא הא תקשה מכל מודה במקצת דנזקין ודחבלת בי שתיים דהוא ברייתא מפורשת.

לפרוך איך מחייב שבועה הא בחבלה לא היתה נתינה כיון דמעיקרא הוי ס"ל דאף היכא דאתיא מכח בן דעת. היכא שלא היתה נתינה אין כאן שבועה: לכן נראה לי דהרמב"ם מפרש פירוש אחר בדברי הגמ' דהא דממעטינן מכי יתן איש לא קאי כלל לגבי שבועות.

דהנה בגמ' לקמן בהגוזל ומאכיל אמרינן אמר רבא הניח להן אביהן פרה שאולה משתמשין בה כל ימי שאלתה מתה אין חייבין באונסיה כסבורים של אביהן וטבחוה ואכלוה משלמין דמי בשר בזול הניח להם אביהם אחריות נכסים חייבים לשלם איכא דמתני לה ארישא איכא דמתני לה אסיפא אבל ארישא לא, והיינו דרב פפא דאמר רב פפא היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת חייב שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת פטור שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה.

והנה הרמב"ם פסק (בפ"א מהלכות שאלה ופקדון). שאם הניח להם אביהם נכסים.

ומתה או שטבחוה משלמין את דמי' מנכסיו. הרי שפסק דמשעת משיכה אתחייב באונסיו'.

ותמה עליו המ"מ כיון שפסק כמאן דמתני לה ארישא, א"כ הא פליגא אדרב פפא, והרמב"ם פסק להא דרב פפא (בפ"ג מהלכות גניבה) שכתב שם היתה פרה שאולה אצלו וטבחה בשבת דרך גניבה פטור אפילו מן הכפל שהרי איסור שבת ואיסור גניבה באין כאחד. ואם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה.

וכתב ע"ז הלח"מ ז"ל ויש מי שרצה לתרץ ולומר דמ"ש רבינו ז"ל שם פטור אף מן הכפל ר"ל לא מיבעיא דו"ה אלא אף מן הכפל אבל לעולם דבקרן חייב. ומשום דבחלוקה דלעיל מינה כו' פטור מן הדו"ה אבל בכפל חייב לכך כתב בזו פטור אף מן הכפל כו'.

אבל אי אפשר לפרש כן בדברי הרמב"ם שהרי כתב שם ואם אין גניבה אין טביחה ומכירה דמשמע כיון דליכא קרן דהיינו גניבה פטור מן הכפל כו' אבל תימה גדול דנראה

משם דרבינו פסק דאפילו בקנס דאין לוקה ומשלם ולא אמרינן חידוש הוא כו' וא"כ איך קאמר רבינו טעם דאם אין גניבה דמשמע דמשום דנסתלק הקרן נסתלק הדו"ה הא בלאו הכי אמרינן דאין לוקה ומשלם אע"פ דהוי קנס ולמ"ל הטעם שנסתלק הקרן נסתלק ג"כ הדו"ה ודבריו צריך עיון עכ"ל הלח"מ: ונראה לי לבאר כונת הרמב"ם דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ד מהלכות גניבה הלכה י') ז"ל שומר שגנב מרשותו כגון שגנב טלה מהעדר שהופקד אצלו וסלע מכיס שהופקד אצלו אם יש עליו עדים חייב בכפל וכתב ע"ז הראב"ד א"א זה אינו כלום.

וכתב המ"מ דכונת הראב"ד לומר דלא מצינו כפל בשומר אלא בטוען טענת גנב ונשבע הא לאו הכי לא כו' וכתב הכ"מ שדעת הרמב"ם דטוען טענת גנב היינו כשמניח הפקדון במקומו והכא שאני שמכלל מה שהופקד אצלו לקח קצת בדרך גניבה. ונראה לי דכונת הראב"ד להקשות שלא מצינו כפל בגנב.

אלא במוציא מרשות הבעלים ועושה קנין גניבה. ומהו קנין גניבה היינו והוציאה מרשות בעלים.

אבל בשומר לא הוי כלל הוצאה מרשות בעלים. שאם בשומר ג"כ מקרי הוצאה מרשות בעלים א"כ בכופר וטוען טענת גנב אמאי בעי דוקא שבועה והיכא שלא נשבע אין מחויב כפל.

ואמאי הרי הבהמה עומדת בחצירו. וכיון שרצה לכפור.

הרי רצה לגונבה וא"כ יקנה ויתחייב כפל. ע"כ בשומר כיון דאין מוציאה מרשות בעלים לא קנה לה בקנין גניבה.

וא"כ אף היכא שגנב בידים הרי לא הוציאה מרשות בעלים. אכן הרמב"ם לטעמי' דהנה הרמב"ם כתב שם (בפ"ד ה"ב) ז"ל במה דברים שנשבע קודם ששלח יד בפקדון אבל אם שלח בו יד וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור מן הכפל שכיון ששלח בו יד נתחייב בו וקנהו.

וכתב ע"ז הראב"ד ז"ל אמר אברהם הא מילתא דלא כהילכתא דהא ר"י פליג עלי' בהדיא דאמר הטוען טענת אבד ונשבע והודה וחזר וטען טענת גנב ונשבע ובאו עדים פטור עליו מכפל משום דיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה אבל לא משום דנעשה עליו גזלן וקנאו אלמא אע"ג דנעשה עליו גזלן וקנאו חייב באונסים כו'.

אכן פשוט דהרמב"ם ס"ל דלא דמי טוען טענת גנב לשלוח יד דבטוען טענת גנב או טענת אבד לא קנה השומר החפץ כיון שלא הי' הוצאה מרשות בעלים. והא דהכופר בפקדון נעשה עליו גזלן וחייב באונסין אין הכונה שקנה הדבר בקנין גזילה.

אלא רק חיוב אונסין יש כאן דילפינן מוכחש בה שאם כחש שנתחייב באונסין. וכמו פשע בה דנתחייב באונסין כן חייבה התורה שומר שכפר בחיוב אונסין.

אף שעדיין שומר הוא. ומשום הכי אינו מחויב כפל.

שהרי לא היתה כאן גניבה. ורק בטוען טענת גנב ונשבע חייבה התורה.

דזהו גם כן חיובי השומר שחייבה התורה בטוען טענת גנב ונשבע בכפל. ומש"ה מיושב
שפיר שמחויב בטוען טענת גנב ונשבע.

ולכאורה כיון שכפר ונתחייב באונסין א"כ הרי קנה הגניבה ומה מועיל שנשבע אח"כ
כיון שקנה כבר הגניבה קודם חיוב הכפל. אכן לדברינו ניחא בפשיטות (ולא נצטרך
לומר דגזיה"כ) שהרי אף שטען טענת גנב לא קנה הגניבה כיון שלא היתה הוצאה
מרשות בעלים.

ומשו"ה כשנשבע אח"כ חייבה אותו התורה בכפל. ומשו"ה מן הדין בטוען טענת אבד
ונשבע.

ואח"כ טען טענת גנב ונשבע היו לו להתחייב בכפל. שהרי לא קנה הפקדון.

ומשו"ה איצטריך לטעמי' משום שיצא ידי בעלים בשבועה ראשונה. היינו כיון שכבר
נפטר בב"ד בשבועה מן הבעלים כבר אינו שומר שלו, וכן כתב הרמב"ם שכבר יצא
הפקדון מידי הבעלים בשבועה ראשונה היינו כיון שנפטר בשבועה ראשונה.

אבל בשלח יד הא דחייבה התורה באונסין היינו דקנה השומר את הפקדון. דכן אמרה
התורה ששולח יד קונה אף שלא הוציא מרשות הבעלים כדיליף רב ששת מדאמר קרא
אם לא שלח ידו הא שלח ידו פטור מן הכפל.

ע"כ דאמרה התורה דשולח יד קונה הפקדון: והנה לפי"ז לכאורה יקשה אמאי בשלח בה
יד פטרתו התורה מן הכפל. יתחייב מטעם השליחות יד בעצמה בכפל.

שהרי בשעה ששולח יד הרי הוא גונב הדבר וכיון דאמרה התורה שקונה אמאי אינו
מחויב בכפל. אך באמת שליחות יד הכונה היכא שאין רוצה לגנוב כל הדבר רק מקצת
הדבר כגון להשתמש בבע"ח.

וגניבה לא שייך לחייב כפל אלא בגונב ליטול כל הדבר. אבל לא בשואל שלא מדעת.

דהוי רק גזלן היינו רק חיוב אונסין. וגבי חיוב כפל אמר רחמנא אם המצא תמצא בידו
הגניבה.

ואמרינן דאם חזרה קרן לבעלים פטור מן הכפל. מכש"כ היכא שלא רצה לגנוב הקרן
דאין לך חזרה קרן לבעלים יותר מזה.

משו"ה בשולח יד ע"מ להשתמש בה פטור מן הכפל. אף שהתורה אמרה שקונה הדבר
מדאמר רחמנא אם לא שלח ידו הא שלח ידו פטור אף אם טען אח"כ טענת גנב ונשבע:
נמצא דהרמב"ם והראב"ד אזלי לטעמייהו בדינא דשומר שגנב מרשותו דלהרמב"ם אף
שלא הוציאה מרשות בעלים.

ג"כ קנה שהרי גלתה התורה דשומר קונה בשולח יד אף בלא הוצאה מרשות בעלים.
והא דשלח יד אין מחויב בכפל הוא משום שלא רצה לגנוב הקרן דהוי חזרה קרן לבעלים
אבל בגנב מרשותי'.

הרי אין שולח יד גדול מזה. וכיון דרצה לגנוב משו"ה חייב בכפל אף בלא שבועה.

ולא דמי לטוען טענת גנב דבעי דוקא שבועה היינו משום דהתם לא ה' קנין על הגניבה. משו"ה בעי דוקא נשבע.

אכן הראב"ד לטעמי דס"ל דאף בטוען טענת גנב קנה הגניבה קודם שנשבע, ואף עפ"כ אמרה התורה שטוען טענת גנב אינו משלם תשלומי כפל. א"כ גלתה התורה דאף שקנה הגניבה כיון שלא הוציאה מרשות בעלים אין משלם תשלומי כפל אלא בנשבע.

א"כ לדידי אף בגנב ג"כ כיון שלא הוציאה מרשות בעלים. .

אין משלם תשלומי כפל אף שקנה בלא שבועה נמצא מיושב לפי"ז מה שכתב הרמב"ם דשואל שטבח בשבת פטור אף מן הכפל משום דאם אין גניבה אין טביחה ומכירה. והקשו הא הרמב"ם פסק דמשעת שאלה אתחייב באונסי'.

ובגמ' אמרינן דהיינו דלא כרב פפא. ועוד הקשה הלח"מ למה איצטריך טעמא דאם אין גניבה אין טביחה ומכירה הא בלא"ה לדידן בקנס אין לוקה ומשלם.

אכן באמת כיון דהא דשומר שגנב מרשותו נתחייב בכפל הוא ג"כ דין בשומר דגנב אחר לא קנה בלא הוצאה מרשות בעלים. ובשומר גלתה התורה דהיכא דשלח בה יד קונה. וממילא היכא דשלח בה יד לגנוב נתחייב בכפל אף שלא הוציא מרשות בעלים. וכיון דהוי חיובי דשומר.

א"כ נימא דאף בטבח בשבת יתחייב שהרי כל דיני השומר הוי משעת שאלה. ע"ז כתב הרמב"ם דפטור אף מן הכפל לא מיבעיא מן הדו"ה אלא אף מן הכפל פטור. שאם אין גניבה אין טביחה ומכירה. פירוש דחיובי טביחה ומכירה שנתחייב דו"ה בשומר שטבח ברשותי'.

דכל חיוב הדו"ה הוא על הטביחה. זה אין יכול להיות משעת שאלה.

שהרי בשעת שאלה לא ה' עדיין גנב וחיובי דו"ה על הטביחה הוא משום גניבה. דאם טבח שלא בגניבה אינו מחויב דו"ה נמצא דזה אין יכול להיות משעת שאלה. שהרי לא נוכל לומר משעת שאלה ה' גנב דרק חיובי אונסין דהוי חיובי ממון על האונס. נוכל לומר משעת שאלה נתחייב דמים בעד הפרה.

אבל גנב לא נעשה משעת המשיכה. משו"ה אף דחיוב דו"ה על הטביחה הוא ג"כ בשומר חיובי דשומר.

שהרי ילפינן לה בהקישא מגנב. אעפ"כ החיוב הזה אינו משעת שאלה.

והא דבגמ' אמרינן דאם נימא משעת שאלה מחויב באונסי' יהי' דלא כרב פפא. היינו כיון דרב פפא ס"ל קנס אע"ג דמקטל משלם שהרי אמר היתה פרה גנובה וטבחה בשבת חייב.

וא"כ אף היכא דהיתה פרה שאולה וטבחה בשבת אמאי פטור משום דלא נעשה גנב משעת שאלה הא גם על מה שנעשה עתה גנב מחויב. אף שהוא מחויב מיתה.

שהרי גבי קנס אמרינן אף דמיקטל משלם אליבא דרב פפא. ע"כ דטעמא דרב פפא משום דקרן לא נתחייב עתה משום דקרן היכא דמקטל לא משלם, והא דאמר אם אין גניבה קאי רק על הקרן ע"כ דרב פפא כ"ל דמשעת אונסין נתחייב בדמים ולא משעת משיכה.

אבל לדידן דס"ל דאף גבי קנס היכא דמקטל לא משלם. א"כ אם יהי' גנב עתה בשעה שטבח בשבת יהי' פטור מטעם דקם ליה בדרכה מינה ומשעה משיכה לא נעשה גנב משו"ה פטור מן הכפל ומן הדו"ה.

אבל פחת שפחתו מיתה. בודאי דמשלם לו.

שהרי לדידן משעת משיכה אתחייב באונסי'. וא"כ לא גרע מאילו הי' אחר שוחטו דפחת שפחתו שחיטה הי' משלם: והנה אף דאמרינן דחיוב גניבה היכא שטבח אינה משעת שאלה.

היינו דאינה משעת שאלה בלבד. דנימא דנתחייב דו"ה משעת משיכה.

אבל בלא שעת המשיכה. אם לא יהי' חיוב משעת המשיכה.

אז לא יתחייב אף אח"כ אם טבח שהרי כיון שלא היתה הוצאה מרשות בעלים. א"כ דין הוא בשומר החיוב הזה להתחייב כפל ודו"ה בלא הוצאה מרשות בעלים.

וכל שהוא דין בשומרים צריך שיחול החיוב בשעת משיכה. שאז חלו עליו כל דיני וחיובי השומרים ואף שלא נעשה גנב משעת משיכה.

היינו דהיכא דלא נוכל לחייבו כפל ודו"ה על שעת הטביחה לא מחייבינן משעת משיכה. אבל היכא דעל שעת משיכה לא חל עליו החיוב הזה.

שכשישלח בו יד יתחייב דו"ה אף בלא הוצאה מרשות בעלים אז אף שעל שעת הטביחה נוכל לחייבו. לא מחייבינן לו.

דכל חיובי שומרים בעינן שיחול משעת משיכה. ומכש"כ בטוען טענת גנב דשם לא קנה כלל הגניבה היינו הפקדון.

ורק חיוב הוא שחייבה התורה. כמו שביארנו בכפל על טוען טענת גנב.

וכן כשטבח אח"כ היכא דכבר נשבע שאז יצא הפקדון מיד הבעלים הא דמחויב בדו"ה אין הטעם משום דכיון דכבר נעשה גנב. ממילא מתחויב בדו"ה ככל הגנבים.

שהרי אמרינן בגמ' שהוא מטעם הקישא דאקשיה רחמנא טוען טענת גנב לגנב, נמצא דבטוען טענת גנב החיובים הם מדין שומרים ובעי שיחול הדין משעת משיכה היינו בשעה שנעשה שומר. לפי"ז יתבאר הא דאמרינן כי יתן איש אין נתינת קטן כלום לא קאי כלל לגבי שבועה.

כמו שהוכחנו דזה לא הי' סבור כלל דגבי שבועת מודה במקצת בעי נתינה שא"כ הי' המקשה מקשה מנזקין ומחבלת בי שתים. אלא דקאי המיעוט דכי יתן רק לגבי כפל.

דדוקא אם הי' נתינה אז הדין שאם יטען טענת גנב יתחייב כפל. אבל אין נתינת קטן כלום ואין מתחייב כפל בטוען טענת גנב.

ואין לו אלא נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא קטן. נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מנין ת"ל עד האלקים יבא דבר שניהם פירוש דזה כתיב בקרא דאין מתחייב בכפל. אלא שאם טענתו טענת גנב ושבועתו היתה על דבר שניהם. היינו שתבעו השב לי פקדוני והוא טען נגנבה.

אבל היכא דלא היתה תביעה. שהי' קטן בשעת התביעה.

בכה"ג אין מתחייב כפל בטוען טענת גנב ונשבע. דאין מחויב כפל אלא אם שבועתו היתה על תביעה.

ותביעת קטן לאו תביעה וטענה היא. וא"כ למאי איצטריך קרא דכי יתן למעט נתינת קטן.

ע"כ דקמ"ל אף היכא שהתביעה היתה בגדלות. וא"כ היתה כאן תביעה.

אעפ"כ אין משלם כפל דכתוב דמחייב כפל בטוען טענת גנב אינה אלא היכא שהיתה נתינה אבל לא היכא שהי' קטן שאין נתינתו אינה מתחייבין על פקדונו כפל בטוען טענת גנב. נמצא דלא קאי כלל סוגית הגמ' לגבי שבועה למעט שבועה היכא דלא הי' נתינה.

משו"ה שפיר כתב הרמב"ם דהא דאין נשבעין על טענת קטן היינו דוקא בטענת מודה במקצת. וגם שם אין הטעם משום דבעי נתינה דגבי שבועת מודה במקצת לא בעי כלל נתינה רק כיון שגבי מודה במקצת בעי טענה ותביעה.

כדאמרינן שע"י טענה וכפירה הן באין ותביעת קטן אינה כלום. כדילפינן מדבר שניהם שיהי' שניהם שווין.

אבל תביעתהקטן אינה כלום משו"ה אין מתחייב שבועה במודה במקצת לקטן. אבל בשבועת שומרין דלא בעי טענה שהרי אף מספק משביעין.

משו"ה מתחייב אף לקטן. דהא דממעטינן מכי יתן איש לא קאי כלל לגבי שבועות.

וראי' ברורה לדברינו. שהרי הרמב"ם לא הביא כלל לגבי מודה במקצת שיפטר בנתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול.

ולכאורה הא בהדיא אמרינן אין לו אלא כו' הרי דבעי דוקא שתהא נתינה ותביעה שווין. אלא דכיון דגבי שבועת לא בעי כלל נתינה.

ס"ל להרמב"ם כדעת הרמ"ה הובא בטור (סימן צ"ו) דאם נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול מחויב שבועה שהרי יש כאן תביעה. ונתינה לא בעי לגבי שבועה.

ורק היכא שהתביעה היתה כשהוא קטן אז פטור מטעם דבעי טענה. וטענת הקטן אינה כלום.

אבל בשבועת שומרין דלא בעי טענה מתחייב. וכן הביא הרמב"ם האי דינא דברייתא דנתנו כשהוא קטן כו' (בפ"ד מהלכות גניבה הלכה ט') ז"ל הטוען טענת גנב בפקדון של

קטן אע"פ שנתן כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול ונשבע ואח"כ באו עדים ה"ז פטור מן הכפל.

שנאמר כי יתן איש ואין נתינת קטן כלום וצריך שתהיה נתינה ותביעה שווין בגדול. הרי ברור דמפרש כולה ברייתא לגבי כפל כמו שביארנו: אמנם יש עוד להקשות על הרמב"ם נהי דזה מוכח דהגמ' לא קאי כלל לגבי שבועה דזה לא הי' סברא דלשבועה בעי נתינה.

אבל דילמא אשמעינן קרא דכי יתן איש. דעל פקדון של קטן אין דין שומרים וכמו דאיתמעט עכו"ם והקדש מדין שומרין כן איתמעט נתינת קטן מדין שומרים.

וממילא לא יתחייב לקטן שבועה על פקדון. דשבועה לא הויא רק היכא שיש דין שומרים.

אכן נראה לי ראי' ברורה לדברי הרמב"ם דעל חפץ של קטן יש דין שומרין שהרי אמרינן בב"מ (מ"ב ע"ב) נימא ליה לאפוטרופוס זיל שלים הרי דאם פשע האפוטרופוס בשל יתומים אף דקטנים נינהו משלם ועיין שם בתוס'. ודוחק לומר דהתם נתינת הב"ד מה שממנין אפוטרופוס הוי נתינה זה אין לומר כלל דא"כ נימא דתביעת ב"ד יהי' תביעה.

אף דב"ד יד של יתומים היינו לזכות בעדם שייך שליחות דעל זכי' שייך לומר יד שלהם. אבל על נתינה דזהו רק דין מאי שייך שליחות ואטו הא דאמרינן דאם טען טענת גנב בפקדון של קטן אין משלם כפל.

האם נימא היכא דהיתום נתן לאחד שהוא יתן לשומר. האם נימא דאז יהי' השני מחויב בטוען טענת גנב שהראשון זכה יעדו ליתן.

ולעשות שומר. אם נימא דמיעט הכתוב קטנים בדין שמירה.

א"כ גם אפוטרופוס לא יתחייב בשמירה. ואם מאפוטרופוס נעשה שומר א"כ גם אם מסרו לידו בפקדון ג"כ אפוטרופוס הוא שיתומים שסמכו אצל בעה"ב תנן.

דאמרינן בגיטין שנעשה אפוטרופוס שלהם ואם שייך זכי' בנתינה לאפוטרופוס א"כ מה שנעשה מעצמו ג"כ זכי' היא להם. ע"כ מוכח דיש דין בשל קטן.

ותמוהים בעיני לפי זה דברי הרשב"א שהביא הר"ן בפ' שבועות הדיינין בשמו (עיין בש"ך חו"מ סימן צ"ו ס"ק ב') דעל פקדון של קטן אף אם פשע פטור דהיכא דמיעטה התורה מדין שמירה אפילו פשע פטור. והוא בעצמו כתב בחידושו לגיטין (דף נ"ב) דאפוטרופוס היכא דליכא טעמא דמימנעי ולא עבדי משלם בגניבה ואבידה.

ואולי באמת לדברי הרשב"א אם הקטן יתן לאחד שהוא ימסור לשומר. אז יתחייב השומר דעל נתינה ג"כ שייך זכי' והוא דוחק גדול: אולם אין ראיתנו אלא לפי סברת אלו דהיכא דפטרה התורה משמירה אף בפשיעה אינו מחויב אבל הרמב"ם דס"ל דאף בדברים שמיעט הכתוב משמירה היינו כגון קרקעות ועבדים ושטרות אעפ"כ בפשיעה מחויב.

א"כ אין ראי' מגמ' דנימא לאפוטרופוס זיל שלים דהתם פשיעה הוי. וא"כ יוכל להיות בדבר של קטן מחויב בפשיעה.

אבל דיני שמירה אין עליו. וא"כ מנא ליה להרמב"ם שיש עליו דיני שמירה שיתחייב בשבועה דהלא בדברים שמיעט הכתוב מדיני שמירה אינם מחויבים בשבועה.

וא"כ דילמא קרא דכי יתן בא למעט דאין דאין דין שמירה בפקדון של קטן. וממילא אין משלם תשלומי כפל.

בטוען טענת גנב. ונראה לי דהרמב"ם מוכיח מהא גופא דאמרינן שאם נתנו כשהוא קטן ותבעו כשהוא גדול אין משלם תשלומי כפל.

ולדברי רב אשי אף אם אכלו כשהוא גדול ג"כ פטור כיון דלא בא מכח בן דעת. ואם נימא דאין מחויבים שמירה על דבר שהוא קטן נמצא דכל זמן שהוא קטן לא הי' עליו כלל דיני שמירה, א"כ תיכף כשנעשה גדול חל על הנפקד דיני שמירה.

שהרי אז לא גרע מאבידה דאתא מכח בן דעת. שהרי עתה בשעה שנעשה המפקיד גדול. הרי חל עתה שמירה על הנפקד לרב אשי דאמר אבידה קא אתי מכח בן דעת. פירוש משו"ה מחויב בטוען טענת גנב.

הא לא אתי מכח בן דעת. פירוש דבר של קטן.

משו"ה אף אם תבעו כשהוא גדול ואכלו כשהוא גדול פטור בטוען טענת גנב, הא תיכף כשהגדיל הקטן אתא הפקדון מכח בן דעת. ע"כ מוכח דגם על פקדון של קטן ג"כ יש דיני שמירה.

וא"כ חיובי השמירה יש עליו מכח קבלתו מעיקרא את הפקדון בעת שהי' קטן. נמצא דחיוב השמירה הוא מכח קטן.

וזה אמר רחמנא דהיכא שיש חיוב שמירה מטעם הקטן. אז אין דין דכפל בטוען טענת גנב דכל דיני וחיובי שמירה הוי כמו שנתחייב בשעת משיכה היינו בשעה שנעשה שומר וכמו דאמרינן הי' עמו בשאלה אין צריך להיות בשעה שבורה ומתה דאף דבשעת השבירה לא הי' בעליו עמו כיון דבשעה שנעשה שומר.

נעשה שומר באופן כזה שלא יתחייב על אונסין. ה"נ כיון דנעשה שומר בשעה שהי' קטן חל עליו דיני שמירה בלא חיוב כפל בטוען טענת גנב.

אבל אם נימא דכל זמן שהי' קטן לא חל שמירה על דבר של קטן. א"כ תיכף בשעה שנעשה גדול הי' חל עליו דיני שמירה והוי חיוב השמירה מכח בן דעת דבשעה שנעשה גדול לא גרע משומר אבידה.

ע"כ דנעשה שומר גם בשעה שהי' קטן. משו"ה פסק הרמב"ם דנשבעין על פקדון של קטן שבועת השומרין דקרא דכי יתן לא בא למעט אלא מחיוב כפל בטוען טענת גנב: ובאופן כזה נראה לי לבאר ג"כ מה שפסק הרמב"ם בהנך דמיעט הכתוב משמירה כגון בקרקעות ועבדים ושטרות.

אעפ"כ בפשיעה מחויב דפשיעה מזיק הוא. והקשה הראב"ד א"כ פשיעה בבעלים אמאי פטור.

וצריך לומר לתרץ דברי הרמב"ם דלא דמי פטור הפשיעה בבעלים לפטור דקרקעות וכיוצא בהן. דבקרקות לא מצינו שפטרה התורה רק שמיעטה הכתוב מדיני שמירה א"כ פושע דמזיק הוא מחויב אבל בבעלים אין הכונה דמיעט הכתוב מדיני שמירה. דבאמת שומר הוא רק שפטרנו מחויב תשלומין מדאמרה התורה ולא ישלם. א"כ פטרנו התורה מכל חיובים שיש עליו.

ומשו"ה פטור אף בפשיעה שפטרנו התורה. ובאמת נראה לי בשבועה שאינו ברשותו נשבע אף מן התורה כיון ששומר הוא ופטרנו התורה רק מחיוב תשלומין אבל לא מחיוב שבועה.

ונראה לי רא"י דבעלים מחויב בשבועה, מדברי התוס' ב"ק (נ"ז) ד"ה נמצא דמקשה התוס' ז"ל וא"ת נמצא ש"ש משלם תשלומי כפל בטוען טענת גנב בבעלים כו', ואם נימא דבעלים פטור משבועה א"כ איך יכול להיות שיחויב שבועה. הא בבעלים אין חיוב שבועה.

וממילא אין כאן חיוב כפל, שהרי טוען טענת גנב אין משלם כפל אלא בנשבע. ודוקא בחייבוהו ב"ד על השבועה כדאמרין ב"ק (ק"ו) ואי ס"ד חוץ לב"ד מי איכא כפל.

הרי דכפל לא הוי אלא בחייבוהו ב"ד והיך משכחת שיחייבו ב"ד שבועה בבעלים. ואין לומר שהי' הכחשה בינו לבין הבעלים שהבעלים אמרו שלא הי' בבעלים והוא נשבע שהי' בבעלים ונגנבו שהרי היכא דהוי הכחשה לא הוי שבועת השומרין דשבועת השומרין הוי רק על ספק וכמו שכתב הש"ך שאם אמרו הבעלים ברי שפשע אינו נשבע.

ע"כ דגם בבעלים נשבע שאינו ברשותו. וע"כ דגם בבעלים הוי שומר, ורק פטור הוא שפטרנו התורה מחיוב תשלומין.

ולכאורה מנא לן זה דילמא מיעטה התורה מדין שומר. וממילא אינו מחויב שבועת השומרין.

אכן כפי שביארנו לעיל יתיישב גם כאן. דאם נימא דהיכא ששאל או קבל פקדון בבעלים לא נעשה שומר.

א"כ איך אמרינן הי' עמו בשעת שאלה אין צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה. והיינו שאף שבשעת שבורה ומתה לא הי' בבעלים פטור.

ואמאי הא כיון שנסתלקו הבעלים יתחייב בשמירה דלא גרע משומר אבידה. א"כ נהי דבעלים מיעטה התורה מדין שומרין אבל כשאינו עתה בבעלים יתחייב עתה כדקיי"ל שומר אבידה מחויב בשמירה.

ע"כ דגם אם קבל הפקדון בבעלים ג"כ נעשה שומר. ורק שנעשה שומר כזה שפטרנו התורה אנזקין.

משו"ה אף שנעשה אח"כ שלא בבעלים ג"כ פטור. שכל חיובי השומרים משעה שנעשה שומר.

ובשעה שנעשה שומר חל עליו שמירה בלא חיוב אונסין ופשיעה. כמו דגבי פקדון של קטן כיון שיש דיני שמירה על חפץ של קטן.

רק מדין כפל מיעטתו התורה. משו"ה אף שהגדיל אח"כ לא נתחייב.

דחיובי שומרים משעת משיכה ניהו. אבל שבועה מחויב כיון ששומר הוא ושבועת השומרין לא בעי טענה: אלא דישאר עוד קושית הלח"מ איך נוכל לומר דשבועת השומרין נשבעין על פקדון של קטן.

א"כ מאי פריך בשבועות אמתניתין דאין נשבעין על טענת חש"ו אבל נשבעין לקטן ולהקדש. ופריך והא אמרת רישא אין נשבעין על טענת חש"ו לימא דמיירי סיפא בפקדון דנשבעין בפקדון גם לקטן.

הנה מלבד דנוכל לתרץ. דמשו"ה לא פריך שם כן.

דסיפא דנשבעין לקטן קאי בפקדון משום דהא דפסק הרמב"ם דנשבעין על פקדון של קטן הוא דוקא למאן דס"ל עירוב פרשיות כתיב כאן וקרא דכי הוא זה אמלוה הוא דכתיב. אבל בפקדון לא בעי כלל תביעה ומודה במקצת.

ומשו"ה נשבעין גם על פקדון של קטן. אבל אם נימא דגם פקדון בעי דוקא כפירה והודאה במקצת א"כ לא ס"ל עירוב פרשיות.

ובעי דוקא חיוב שבועת השומרין. ביחד עם שבועת מודה במקצת.

ובטענת מודה במקצת הא בעי דוקא טענה. ובלא טענה אין שבועת מודה במקצת.

וא"כ לדידי' בודאי שלא ישבע על פקדון של קטן אף אם כפר במקצת והודה במקצת. שהרי טענת הקטן אינה כלום.

ולדידי' אין מחויב שבועת שומרין בלא שבועת מודה במקצת. מלבד זה נוכל לתרץ הקושיא: דהנה הרמב"ם כתב (בפ"א מהלכות טוען ונטען ה"ז) ז"ל אין משביעין שבועת היסת אלא על טענת ודאי אבל על טענת ספק פטור כיצד כו' אמר לי אבא שיש לי אצלך מנה או צוה לי בפני עדים שיש לי אצלך מנה כו' הרי זה פטור משבועת היסת.

והקשה הראב"ד ז"ל א"א אין אני מודה לו כי הוא טענת ברי ועל זו אמר ראב"י פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו שהעמיד אותה בבא בטענת עצמו והוא שאמר כך צוה לי אבא שאם אמר ברי לי שאני יודע על זה אמרו מה לי הוא מה לי אבא ואפילו לרבנן עכ"ל. והיינו דהראב"ד מוכיח דע"כ פלוגתת ראב"י וחכמים הוא בטוען כך אמר לי אבא.

דאם נימא דפלוגתת ראב"י וחכמים הוא בטוען ברי לי. א"כ מאי פריך בשבועות על הא דתניא שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים.

אי דאמר חמשין אית לך וחמשין לית לך מה לי הוא מה לי אבא דילמא אתיא הברייתא כרבנן דס"ל דהוי כמשיב אבידה ופטור, ע"כ דהיכא דאמר ברי לי שמנה לאביך בידי גם רבנן מודים דמחויב. וא"כ ע"כ פלוגתתם באמר כך אמר לי אבא.

וא"כ אפילו לרבנן דפטרי היינו דוקא בהודה במקצת משום דהוי כמשיב אבידה. אבל היכא שכופר הכל גם רבנן מודה שמחויב היסת שהרי בכופר הכל הרי לא השיב אבידה: ונראה לי לתרץ לדברי הרמב"ם דהנה בגיטין (דף נ"א) אמרינן והמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם אמר ר' יצחק שני כיסין קשורין מצאת לי והלה אומר לא מצאתי אלא אחד נשבע.

שני שורים קשורין מצאת לי והלה אומר לא הי' אלא אחד אינו נשבע. מאי טעמא שורים מינתחי מהדדי כיסין לא מינתחי מהדדי כו' ור' יצחק לית ליה המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם.

הוא דאמר כראב"י דתניא ראב"י אומר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כיצד מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס הרי זה נשבע וזהו שנשבע על טענת עצמו. וחכ"א אינו אלא כמשיב אבידה ופטור.

וראב"י לית ליה משיב אבידה פטור אמר רב בטוענו קטן. קטן מידי מששא אית ביה והתנן אין נשבעין על טענת חרש שוטה וקטן מאי קטן גדול ואמאי קרא ליה קטן דלגבי מילי דאביו קטן הוא אי הכי טענת עצמו טענת אחרים נינהו טענת אחרים והודאת עצמו כולהו טענתא טענת אחרים והודאת עצמו אלא בדרכה קמפלגי דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו כו' ובכולי בעי דלודי לו והא דלא אודי ליה אשתמוטי הוא דקא משתמיט ליה סבר עד דהוה לי זוזי ופרענא ליה ואמר רחמנא רמי שבועה עלי' כי היכי דלודי לי' בכולי' ראב"י סבר ל"ש בו ול"ש בבנו מעיז והילכך לאו משיב אבידה הוא.

ורבנן סברי בו הוא דאינו מעיז אבל בבנו מעיז ומדלא מעיז משיב אבידה הוא. והקשו שם התוס' לפי המסקנא ר' יצחק דאמר כמאן.

וע"כ גרס בתוס' תניא כותי' דר' יצחק. ור' יצחק יסבור כברייתא.

אך ממ"נ קשיא אם נוכל לומר ששום תנא לא יסבור משיב אבידה פטור א"כ מאי פריך וראב"י לית ליה כו', ואי אין סברא שלא יסבור משיב אבידה פטור א"כ גם על ברייתא דתני' כותי' דר' יצחק יקשה. עוד הקשו שם בתוס' אפירוש רש"י דפירוש הא דפריך וראב"י לית ליה משיב אבידה פטור, פירוש דפריך מכח מתניתין.

והקשה בתוס' אמאי לא נקיט לישנא דלעיל. וע"כ פירש בתוס' דפריך מכח מגו.

וגבי אלא בדרכה פליגי פירשו בתוס' דקאי לתרץ דמשו"ה קרי לה ראב"י טענת עצמו כיון דלרבנן בבנו אין מעיז וקאמר ראב"י לרבנן פעמים שאדם נשבע על מה שאתם קורים טענת עצמו. אבל לראב"י כיון דס"ל אינו מעיז, וא"כ לאו טענת עצמו נינהו, וכמובן זה דחוק: ולענ"ד נראה לפרש הסוגיא כן דהנה הקשו על שיטת הפוסקים דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה.

א"כ מאי אמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע. פירוש להימני' במגו דאי בעי כפר הכל, ומאי קושיא הא מגו לאפטורי משבועה לא אמרינן.

ולדידי נראה בפשיטות דלא קשיא דטעמא דלא אמרינן מנו לאפטורי משבועה, הוא דמגו לא אמרינן אלא היכא דהספק הוא דילמא האיש הזה הוא שקרן ורוצה לכפור ממון חבירו, ואמרינן הרי יש לנו הוכחה שהאמת אתו מגו דאי בעי ה' טוען הטענה ההוא. אבל היכי דמחייבין ליה שבועה דהטעם הוא דרמי רחמנא שביעה משום דאשתמוטי קא משתמיט, ורמי רחמנא שבועה כי היכי דלודי איך נימא מגו דאי בעי ה' כופר הכל. א"כ יש הוכחה שהאמת שאין מגיע לו אלא מקצת. מנא לן הא דילמא מגיע כל המנה והוא לא כפר הכל.

שהרי איש נאמן הוא ואין רצונו כלל לכפור ממון חבירו רק החמשים שיש לו תיכף במה לשלם הודה, והשאר רוצה להשתמט ואח"כ ישלם, ומשו"ה רמי רחמנא שבועה כי היכי דלודי, משו"ה לא שייך כלל מגו לאפטורי משבועה אחרי שחיוב השבועה אינה משום שחושדין אותו לגזלן שרוצה לכפור ממון חבירו ורק רצונו להשתמט וגם על רצונו להשתמט לא שייך שיחוש ויבקש תחבולות לטעון טענות טובות.

שהרי אין רצונו רק לדחות לע"ע עד דבחיש או עד דהוה ליה זוזי. דרק כשרוצה לפטור את עצמו.

הוא מבקש לטעון טענה שנאמינו, אבל אם אינו רוצה רק לדחות לע"ע. אינו מעיין כלל במה לדחותו, ואותו הטענה שנפל בלבו אומר ומדחה, משו"ה רמי עלי' שבועה, נמצא דהא גופא דאמרינן דאין אומרים מגו לאפטורי משבועה ג"כ הא גופא אמר רבה שטעם השבועה הוא משום דאשתמוטי קא משתמיט ולא שייך מגו, אבל קודם שתירץ רבהאשתמוטי קא משתמיט, בודאי ה' יכול לפרוך מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע.

נהמני' במגו, אבל לפום תירוצו באמת לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה: והנה לפי זה לא שייך כלל לומר שמשיב אבידה יפטר מטעם מגו משבועה. היינו שנימא הרי חזינן שאיש נאמן הוא שמשיב מקצת ומפני זה לא יתחייב.

דאטו כשמחייבין אותו שבועה חשדינן אותו לאיש שאינו נאמן. אדרבה אמרינן איש נאמן הוא.

משו"ה השיב מקצת ועל השאר הוא משתמיט אדבחי שנא או דהו ל' זוזי. ורמי רחמנא שבועה כי היכי דלודי, וא"כ ע"כ הא דאמרינן משיב אבידה פטור.

אינו מדאורייתא מטעם מגו, אלא דמטעם תקנת חכמים הוא שתקנו שמשיב אבידה היינו המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם. אכן כל זה אינו אלא לבתר דאמר רבה טעם חיוב השבועה מפני שאשתמוטי קא משתמיט.

אבל מעיקרא דלא ידע דרבה. בודאי ה' סבר דמשיב אבידה פטור מדאורייתא.

שהרי יש לו מגו, מעתה מבוארים דברי הגמ' כן דפריך ור' יצחק לית ל' המוצא מציאה ישבע מפני תיקון העולם, ושני אין הוא דאמר כראב"י דלית ליה כלל תקנה שתקנו

חכמים המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם. היינו ראב"י דאמר פעמים שאדם נשבע על טענת עצמו כגון שאמר מנה לאביך בידי והאכלתיו פרס שראב"י ס"ל נשבע אף שהוא משיב אבידה ע"כ דלא ס"ל תקנה דהמוצא מציאה לא ישבע ופריך וראב"י לית ליה משיב אבידה בשלמא תקנת חכמים נוכל לומר דלא ס"ל.

אבל יפטר מטעם מגו שלא הי' משיב כלל ולא הי' סבר כלל עדיין. דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן שהרי לא ידע דרבה.

ולא הי' סבור דטעם אישתמוטי הוא חיוב השבועה. וא"כ משיב אבידה פטור מדאורייתא, וע"ז אמר רב בטוענו קטן כו' אלא בדרכה קא מפלגי, פירוש דרב דאמר בשטוענו קטן דהיינו גדול אלא משום דגבי מילי דאבוה קטן הוא ס"ל דכו"ע סברי דבבנו מעיז.

שהרי קרי ליה רב קטן במילי דאבוה. אלא טעמא דראב"י כדרכה דחיוב השבועה הוא משום אישתמוטי.

נמצא דעתה לא קשיא כלל וראב"י לית ליה משיב אבידה דבאמת אית לי' דכיון דחיוב שבועה משום אישתמוטי. א"כ לא שייך כלל שמשיב אבידה יפטר מטעם מגו שהי' כופר הכל.

דאטו חשדינן לי' לאיש כפרן. אדרבה איש אמת הוא ומשו"ה לא רצה לכפור הכל, אלא דעל המקצת אישתמוטי קא משתמיט ורמי עלי' שבועה כי היכי דלודי נמצא דמן התורה בודאי דמשיב אבידה מחויב בשבועה.

נמצא דמשיב אבידה פטור רק מדרכנן מטעם תקנת המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם וראב"י לית ליה האי תקנה. ורבנן נוכל לומר דפטרי מפני שני דברים או דלא סבירא להו דרבה.

וא"כ כיון דלית להו דטעם חיוב השבועה משום אישתמוטי א"כ משיב אבידה פטור מדאורייתא. או דגם אינהו ס"ל דרבה והא דפטרי במשיב אבידה הוא מטעם תקנה דהמוצא מציאה לא ישבע.

והא דמסיק ראב"י סבר ל"ש בו ל"ש בבנו אינו מעיז הרי דטעמא דראב"י דס"ל דלא הוי טענת קטן כיון שטען שהוא יודע. היינו לדידן דס"ל דגם ראב"י ס"ל תקנה דמשיב אבידה פטור רק דס"ל דבטוענו במילי דאבוה לאו קטן הוא ולא משיב אבידה הוא דס"ל דגם בזה אין יכול לכפור.

אבל רב מדקאמר בטוענו קטן ע"כ לדידי' ס"ל דגם ראב"י ס"ל דבבנו מעיז רק טעמא דראב"י משום דס"ל משיב אבידה מחויב דלא ס"ל תקנתא דרבנן דהמוצא מציאה כו', ומשיב אבידה דרבנן הוא, כיון דס"ל כרבה דטעם חיוב השבועה משום אישתמוטי ולא שייך מגו לפטור מן השבועה. נמצא מיושב קושית התוס' שהקשה רב יצחק דאמר כמאן לפי המסקנא.

דרב יצחק ג"כ יסבור כרב דראב"י לית לי' תקנה דהמוצא מציאה לא ישבע. ורק לדידן מסיק הגמ' דגם ראב"י מודה, וס"ל תקנתא דהמוצא מציאה אבל רב יצחק ס"ל דראב"י

לא ס"ל האי תקנתא וסובר כראב"י: ולפי"ז מיושב הקושיא שהקשה הראב"ד על הרמב"ם איך כתב הרמב"ם דאם אמר כך צוה לי אבא שמגיע לי מנה לא הוי תביעת ברי א"כ מחלוקת ראב"י וחכמים ע"כ בטוען ברי דמחלוקותם אינה רק דמר סבירא ליה מעיז ומ"ס לא מעיז.

ואם נימא דלא הויא טענת ברי א"כ אף אם לא מעיז ג"כ אינו מתחייב שבועה בלא תביעת ברי. וע"כ דפליגי בטוען ברי ואעפ"כ ס"ל לחכמים דמעיז ופטור משבועה.

א"כ מאי פריך גבי שבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים אי דאמר חמשין אית לך וחמשין לית לך מה לי הוא מה לי אבוה. הא בבנו מעיז ומדלא העיז משיב אבידה.

אכן לדברינו יתיישב שפיר. שהרי כיון דס"ל אישתמוטי א"כ לא שייך כלל לפטור מטעם מגו.

דהרי אמרינן דמשו"ה השיב אבידה שאינו יכול לכפור ועל המותר אישתמוטי קא משתמיט ורמי עלי' שבועה כי היכי דלודי. וטעמא דרבנן דפטרי מתקנת חכמים שתקנו המוצא מציאה לא ישבע וא"כ קרא דשבועת ה' תהי' בין שניהם ולא בין היורשים דמיירי מן התורה ומן התורה הא גם ביורשין מחויב שבועה.

דכיון דאשתמוטי קא משתמיט מה לי הוא מה לי אבוה ורבנן וראב"י פליגי בטוען ברי. שיש כאן תביעת ברי.

ופליגי לאחר תקנת חכמים שתקנו המוצא מציאה כו'. אי ביורשים הוי משיב אבידה או לא.

ופסק הרמב"ם כראב"י. דהיכא דטוען ברי אף בבנו אינו מעיז.

ולאו משיב אבידה הוא אבל היכא דאין טענתו ברי. אף שבועת היסת אינו מחויב אפילו בכופר הכל דלאו משיב אבידה הוא.

והראב"ד ס"ל דמחלוקת ראב"י וחכמים הוא כשהבן בעצמו אינו יודע רק שתובע ע"פ ציווי האב. ובין ראב"י ובין חכמים סבירא להו דהוי טענת ברי.

רק כיון שהוא בעצמו אינו יודע מעיז לכפור בו. משא"כ היכא שהוא בעצמו יודע שמגיע. אף בבנו אינו מעיז, ומשו"ה פריך מה לי הוא מה לי אבוה דהיכא דטוען ברי. גם רבנן מודו.

(אכן באמת אדרבה אליבא דהראב"ד קשה דילמא מיירי בטוען ע"פ האב. וצ"ל דאם אינו יודע מה לי הוא מה לי אבוה היכא שאינו יודע גם בתביעת עצמו אינו נשבע).

ומה שהקשה הלח"מ על דברי הראב"ד איך ס"ל דתבעו ע"פ האב הוי טענת ברי הא כתב הרמב"ם (בפ"ד מהלכות גזילה) שאם יש שם עד אחד בלבד ובעה"ב טוען שגזול כלי זה בידו דמתוך שאין יכול לשבע משלם והקשה שם הראב"ד ז"ל תימא מאחר שבעה"ב לא הי' שם איך יש כאן טענת ברי, הרי דס"ל דטוען מפי אחר לא הויא טענת ברי.

ונראה לי דלא דמי. דהנה קיי"ל מורשה הבא בהרשאה יכול להשביע את הנתבע וכל דיניו עם המורשה הוי כמו עם הבעלים.

ולכאורה איך יכול המורשה להשביע הא איהו אינו יודע אם התביעה תביעת ברי. ע"כ כיון שיש תביעת הבעלים מקריא תביעת ברי, ולא דמי להא דאם תובע ע"פ העד דמחשיב זאת הראב"ד לטענת שמא דהתם העד אינו תובע, אלא שהוא סומך על דברי העד בודאי דטענת שמא היא כי מאין יודע שהעד אומר אמת.

הא קיי"ל אין סומכין על עד אחד. א"כ הוא עצמו אין יכול לסמוך על העד.

ולתבוע בברי. משא"כ במורשה יכול להשביעו שהרי יש כאן תביעה בברי.

שהרי המורשה תובעו בודאי. ואין צריך לידע אם אמת התביעה.

עכ"פ כיון שיש תביעה בודאי בברי משביעו אף שהמשביע הוא עתה המורשה. ה"נ בטוען אבא צוה שחייב אתה לי מנה א"כ הרי יש כאן תביעת האב בברי.

וע"פ תביעת האב בברי יכול הבן עתה להשביעו אף שלדידי הוי ספק: ומיושב ג"כ לפי זה הקושיא שהקשו מאי פריך בגמרא דשבועות אמתניתין דאין נשבעין לקטן מרישא דאין נשבעין על טענת חש"ו. לימא דסיפא מיירי בשבועת השומרין אכן לפי הנ"ל יתיישב דלכאורה איך נשבעין על פקדון של קטן שבועת השומרין הא יש לו מגו דאי בעי כפר הכל ואמר לא היו דברים מעולם.

ואף אם הפקיד בשטר קיי"ל שיכול לטעון החזרתי כו'. במגו דנאנסו והוא השבופה רק דרבנן כמושביאר הש"ך (בסימן רצ"ו).

[ועיין בדברינו לעיל שביארנו דברי הש"ך]. וא"כ נהמני' שנאנסו במגו שהי' אומר החזרתי ויפטר משבועה.

בשלמא בגדול אינו מעיז לומר החזרתי. אבל בקטן דקיי"ל דמעיז בו ופטור משבועה מטעם מגו, ועכצ"ל דהא דמחויב שבועה הוא משום דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן והרמב"ם ס"ל דאף בלא מעיז לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה.

וטעמא דלא אמרינן מגו לאפטורי משבועה הא ביארנו דאימתי שייך מגו כשרוצה לפטור עצמו ולכפור באמת אז הוא מבקש תחבולות במה יהי' נאמן, אבל היכא שאין כונתו רק לדחות לע"ע מדחה במה שעלה בדעתו, ורמי עלי' שבועה כי היכי דלודי, וזה ביארנו דאימתי ידעינן דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן היינו למסקנא דמסיק לה להא דרבה, אבל כשפריך וראב"י לית ליה משיב אבידה.

לא הוי ידע להא דרבה והי' סבר דאמרינן מגו לאפטורי משבועה ומשיב אבידה דאורייתא פטור. וא"כ כשהקשה ואמאי כו' לא הי' יכול לתרץ דמיירי בפקדון, דכפי שהי' סבר דרבנן ס"ל משיב אבידה דאורייתא פטור ואמרינן מגו לאפטורי משבועה, בפקדון של קטן פטור מטעם מגו, שהרי בקטן מעיז ומשני מתניתין ראב"י היא דלא ס"ל משיב אבידה (ולפי מאי שתירץ ראב"י היא אתיא בין בפקדון בין בטענת גדול במילי דאביו).

ופריך וראב"י כו' איך סברא שלא יסבור מגו ומשני אלא כדרבה ובאמת לא ס"ל מגו. ורבנן אם נימא דטעמייהו דלא ס"ל דרבה לא אתיא מתניתין כותיהו, דאם לא ס"ל דרבה. וא"כ אין טעם חיוב השבועה משום דאשתמוטי ממילא אמרינן מגו לאפטורי משבועה, וא"כ בין בפקדון של קטן בין בבא בטענת אביו פטור משבועה, ואם רבנן ס"ל ג"כ כרבה וטעמייהו משום דמשיב אבידה פטור מתקנתא דרבנן, א"כ נוכל לפרש מתניתין גם אליבא דרבנן דגם לדידהו לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה ורק במשיב אבידה הוי תקנת חכמים.

אבל בטוען בפקדון של קטן נאנסו הא אינו משיב כלום, א"כ גם לרבנן מחויב, אלא כיון דטעמא דרבנן לא נודע לנו, כמו שביארנו לעיל דרב דאמר אלא בדרבה פלגי היינו דראב"י ידעינן דסבר כרבה, אבל טעמא דרבנן לא ידעינן אליבא דרב, משו"ה אמר רב ראב"י היא דהוא בודאי סובר הא דרבה דחיוב שבועה הוא משום אשתמוטי.

וא"כ לפי התירוץ. דאם נימא כרבה לא אמרינן מגו לאפטורי משבועה באמת יכול לאוקי בכל גווני בין בפקדון של קטן בין בטוען במילי דאביו, ומשו"ה הרמב"ם דפוסק ג"כ כרבה דטעם חיוב השבועה הוא משום אשתמוטי, ומשיב אבידה רק מדרבנן פטור דמשו"ה פריך על קרא דשבועת ה' כו' מה לי הוא מה לי אבוא משו"ה פסק דנשבעין על פקדון של קטן דמגו לאפטורי משבועה לא אמרינן, ובשבועת השומרין הא לא בעינן טענה כמו שפסק הרמב"ם דשבועת השומרין נשבעין על פחות משתי כסף מטעם דס"ל דטעמא דבעינן שתי כסף הוא רק דפחות משתי כסף לא הויא טענה, אבל בשבועת השומרין דלא בעי טענה נשבעין אף על פחות משתי כסף, משו"ה נשבעין אף על פקדון של קטן דלא בעי כלל לא טענה ולא תביעה בשבועת השומרין כיון שנשבעין אף על ספק: ואגב דאתינא לדין חילוק בין מלוה לפקדון נימא בי' מילתא מה שהקשו על דברי הרמב"ם איך ס"ל דגבי פקדון לא בעינן שתי כסף, דקרא דכי יתן איש כסף או כלים, דמזה ילפינן דבעינן דוקא שתי כסף, קאי לגבי מלוה ולא לגבי פקדון אדרבה עיקר קרא בפקדון כתיב, ובשלמא קרא דכי הוא זה אמרינן עירוב פרשיות כתיב כאן וקאי אפרשה דאם כסף תלוה, אבל קרא דכי יתן כו' לשמור הא קאי בפקדון, ונראה לי דהרמב"ם אינו מפרש כמו שפירש"י דעירוב פרש ות הכונה דקרא דכי הוא זה קאי על פרשה אחרת ונתערב כאן שאינו מקומו.

דזה הוא דוחק גדול לומר דרחמנא כתיב' כאן ואנן נאמר שנתערב, אלא הכונה הוא לפי שפירש הריב"א הובא בתוס' ד"ה עירוב דטענת מלוה קרי לשבועת מודה במקצת בין אם הוא מודה במקצת בפקדון בין בהלוואה, וטענת פקדון קרי לשבועת נאנסו א"כ יהי' הפירוש בקרא כן. כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור יהי' מזה שני חיובים בשני טענות, בין אם יטעון שנגנב יתחייב שבועה ונקרב בעה"ב כו' בין אם יאמר על הפקדון הזה כי הוא זה היינו שיאמר מקצת קבלתי ממך.

ומקצת לא קבלתי ממך. ג"כ עד האלקים כו' והיינו עירוב פרשיות שבכאן נכתבו שני פרשיות ביחד היינו פרשה דכי יתן איש אל רעהו כסף או כלים ויאמר כי הוא זה דהיינו טענת מלוה.

בין אם יטעון נגנבה שהיא שבועת השומרין. ושני הפרשיות כתב רחמנא בפרשה אחת, וממילא מסברא מוקמינן כל מיעוט דכתיב בפרשה אמאי דשייך מיעוט דכסף או כלים דהוי דין בטענה.

דפחות משתי כסף לא הויא טענה. מוקמינן מסברא דקאי דוקא על טענת המלוה היינו הקרא דכי הוא זה דהיינו שכופר ואומר לא קבלתי ממך כמו שתאמר ומקצת לא הי' דברים מעולם, בזה בעינן דוקא כסף או כלים, אבל בטוען נגנב דשבועתו היא בלא טענה.

בזה גם אם לא הי' כסף או כלים הי' מתחייב שבועה ונכון בע"ה ומצאתי אח"כ ברמב"ן על חומש ג"כ כמו שביארתי: סימן מו סוגיא דנטלו ליסטים כסותו. וחילוקא דבין ליסטים ישראל לליסטים אינו ישראל.

לגבי מתיאש בסתמא. ויבאר דיש שני דיני יאוש.

יש יאוש שמתיאש בודאי. ויש יאוש, שאין מחזיק לודאי שיוחזר ויתבאר דין אבודה ממנו.

ומכל אדם, ודין יאוש בקרקע ובעדים: דף קיד ע"א מתני' נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר נטלו ליסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין ממנה המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הליסטים אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו, פירש"י הרי אלו שלו דמסתמא נתיאשו הבעלים מיד כו' אם נתיאשו הבעלים דשמעינן דמתיאש דאמר וי לחסרון כים אבל סתמא לא וקשה ליסטים דסיפא אליסטים דרישא ובגמ' פריך ומשני לה חזא בליסטים עכו"ם וחזא בליסטים ישראל דמתיאש מסתמא, והנה הרמב"ם (בפ"ו מהלכות גזילה ואבידה) כתב וז"ל המציל מן הליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתיאשו הבעלים ואם ידע שלא נתיאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד ליסטים עכו"ם או מוכס עכו"ם חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים ואם ידע בודאי שנתיאשו הרי אלו שלו.

ומפני מה סתם ליסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם ליסטים עכו"ם לא נתיאשו מפני שהבעלים יודעים שהעכו"ם מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת. והקשה עליו הלח"מ שהרי הוא עצמו כתב (בפ"ה מהלכות גזילה הלכה י') נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו כסות אחרת נטלו חמורו והחזירו לו חמור אחר הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתן שנתיאשו הבעלים ממנה כו' בד"א שהמוכס כליסטים בזמן שהמוכס עכו"ם וכו' הרי דס"ל להרמב"ם דבמוכס עכו"ם ג"כ סתמא מתיאש, ומה שתירץ ע"ז הלח"מ ז"ל ויש לומר דמה שכתב כאן היינו דוקא לומר שבמוכס עכו"ם הוי מסתמא ליסטים דחזקה שכל ממונו הוי מן הגזל כמו שכתב אבל לא לענין דין האחר שנטלו מוכסין כסותו וכונת הלח"מ לתרץ דזה שאומר הרמב"ם נעלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת חזקתן שנתיאשו הבעלים ממנה מיירי במוכס ישראל אלא שהוא מוכס העומד מאליו וכיון דהוי ישראל חזקתן שנתיאשו הבעלים, לא אדע מאי קאמר דהרמב"ם לא קאמר בישראל שחזקתו שנתיאשו הבעלים דוקא בליסטינן

שהוא גנב אבל מוכס שהוא גזלן הא בגזלן כתב הרמב"ם בהדיא (בפכ"ד מהלכות כלים) שמסתמא לא נתיאשו הבעלים.

וע"כ מיירי שם בישראל דהא קאמר שם דבגנב מסתמא נתיאשו הבעלים ואי אמרינן דמיירי שם בעכו"ם הלא קאמר הכא בליסטים דלא נתיאשו וע"כ דמיירי בישראל ואעפ"כ קאמר דבגזלן מסתמא לא נתיאשו הבעלים. ואיך קאמר כאן דמוכס שהוא גזלן כדאמרינן בגמ' שם תנן נטלו מוכסין כו' מני אי רבנן קשיא גזלן הרי דמוכס גזלן הוא איך קאמר הרמב"ם דחזקתו שנתיאשו הבעלים: ונראה לישב דברי הרמב"ם דהנה הרמב"ם (בפכ"ז מהלכות גזילה ואבידה הלכה ז' ח') כתב וז"ל המוצא מטמון בגל או בכותל שן הרי אלו שלו שאני אומר של אמוריים הקדמונים הם וכו' והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכו' ותהי' מציאה זו לבעל החצר מפני שאינו ידוע לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם.

ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה וכו' שאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם וכו' קל וחומר למטמוני קדמונים שלא הי' שלו והוא אבוד ממנו ומכל אדם.

לפיכך הוא של מוצאו. והנה דברי מרן אלו צריכין ביאור דהתינח אי הוה אמרינן דהטעם דבמציאה אבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם הוא גזיה"כ דבאם אבודה מכל אדם אז מותרת שפיר הוי ק"ו גם במטמוני קדמונים כיון שגם שם אינה מצוי' אצל כל אדם ובאינה מצוי' אצל כל אדם הרי גזיה"כ שתהא מותרת.

אבל הרמב"ם בעצמו (בפי"ד ה"ד) כתב דטעמא דאבודה ממנו ואינה מצוי' אצל כל אדם דמותרת הוא משום יאוש. שהרי זה לשון הרמב"ם שם וכן אם מצא דבר שיש בו סימן בים או נהר וכיוצא בהן או במקום שרובו עכו"ם הרי זה בחזקת שנתיאשו בעליו ממנו משעה שנפל ולפיכך הרי הוא של מוצאו אע"פ שלא שמעו שנתיאשו הבעלים ממנו.

הרי דטעמא דמותרת משום יאוש ולדידי' ע"כ איצטריך הא דאשר תאבד ממנו ומצאתה לאשמעינן הא גופא דבאבודה ממנו ואינה מצוי' אצל כל אדם הוי יאוש או לאשמעינן דמועיל יאוש כדאיתא בתוס' ב"מ (דף כ"ז) ד"ה והשמלה. א"כ מה ענין זה למטמון בגל ובכותל ישן הרי התם לא שייך יאוש כיון דלא ידע מתחלה מזה ואלו ידע היכן הוא המטמון לא הי' מתיאש.

והא גופא דיהיב הרמב"ם טעמא דאבודה ממנה ואינה מצוי' אצל כל אדם דמותר מטעם יאוש אינו מתישב שפיר כיון דמסיק הרמב"ם דאף שלא ידעו הבעלים ג"כ מותר ואי נימא דמטעם יאוש מותר הלא בשלא ידעו הבעלים הוי יאוש שלא מדעת: והנה התוס' בחזקת הבתים (דף מ"ד) בד"ה דוקא מכר וכו' הקשו על הא דאמרינן שם דגבי קרקע אינו מועיל יאוש וז"ל וקשה לר"י דבירושלמי אמר דיאוש מועיל בקרקע דאע"פ שאינה נגזלת מ"מ מהני בה יאוש וגבי עבד משמע בהשולח (דף ל"ט) דמהני בי' יאוש אע"ג דאיתקש לקרקע כו'.

ע"כ קושית התוס'. ונראה לי לתרץ דהנה אמרינן בב"מ (דף כ"ו ע"ב) אמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה עובר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להעלים.

ואע"ג דחזרה לבתר יאוש מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה ואיסורא דעבד עבד. והקשו שם בתוס' ד"ה מתנה בעלמא וז"ל וא"ת והלא לאו דלא תגזול מקרי ניתק לעשה בפרק שילוח הקן (דף קמ"א) א"כ כיון דלענין גזילה לא מקרי מתנה גם השב תשיבם למה לא תיקן.

וי"ל דלא קאי אלא על הלאו דלא תוכל להתעלם שעבר שלא החזיר קודם יאוש עכ"ל התוס'. אכן הרמב"ם כתב דאף דהדר בטר יאוש עובר בכל האיסורים ולדידי' יקשה קושית התוס' דהא קיים העשה בהשבתו וכתב ע"ז הרמב"ן בספר המלחמות וז"ל דהכי הוא סברה דהגאון ז"ל דגזילה לה ואבידה היא זו ואבידה נקנית ביאוש היכא שלא נטלה וגזילה אינה נקנית ביאוש מדאורייתא לעולם.

ואת"ל נקנית דמים מיהא משלם וזו כיון שנטלה ע"מ לגזולה ולא ע"מ להושיבה הרי היא כמונחת בקרקע ונקנית ביאוש מטעם אבידה דבשלמא היכא שנטלה בתורת אבידה ולא ע"מ לגזול' קודם יאוש א"א לקנותה ביאוש מפני שידו כיד הבעלים ושומר שכר שלהם הוא הלכך לעולם אינו נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלי' אבל בזו שע"מ לגזולה נטלה הרי הוא לבעלי' כמונחת בקרקע' ונקנית ביאוש לגמרי כדין מוצא מציאה לאחר יאוש ואינו חייב לשלם דמים כלל כדי לקיים והשיב את הגזילה אשר גזל שהרי נקנית ליה לגמרי ביאוש מטעם אבידה הלכך אע"פ שהחזירה עובר בכלום וזה הפירוש ברור ונכון עכ"ל.

ולכאורה דבריו אינם מובנים. דמה שכתב דמשו"ה קני ביאוש כיון שנטלה ע"מ לגזולה לא נעשה שומר שכר של הבעלים והוי כמונחת בקרקע א"כ בגזילה אמאי מחויב להשיב ואינה קונה ביאוש כיון דגזלה הרי לא נעשה שומר שכר של הבעלים.

ויקנה ביאוש. ע"כ כיון דגזלה מחויב להשיב מטעם והשיב את הגזילה א"כ ה"נ כיון דגזילה היא ג"כ.

שהרי עובר בלא תגזול וא"כ מחויב להשיב מטעם והשיב את הגזילה ואיך יקנה ביאוש נהי דאילו לא היתה גזילה רק אבידה בלבד הי' מועיל יאוש משום דלא הוי שומר שכר של הבעלים אבל השתא שגם גזילה היא הא מטעם גזילה אינו יכול לקנות ביאוש. ואטו משום דאבידה היא ג"כ ויש עליו עוד חיובי השבת אבידה משום זה מגרע גרע דיקנה גם מטעם גזילה הלא במה שהיא אבידה לכאורה עוד ישנו עליו חיובים דאבידה ולא שיקל עליו דיקנה: ונראה לי לפרש דברי הרמב"ן דהנה הרמב"ם כתב (בפ"א מהלכות גזילה הלכה ג') איזהו גזל זה הלוקח ממון אדם בחזקה כגון שחטף מידו מטלטלין או שנכנס לרשותו שלא ברצון הבעלים ונטל משם כלים וכו'.

כעין שנאמר ויגזול את החנית מיד המצרי הרי גזול לא נקרא אלא בנטל מיד הבעלים כעין שנאמר ויגזול את החנית מיד המצרי אלא דלאו דוקא מידו ממש אפילו כשהדבר עומד ברשות הרבים ג"כ מידו מקרי כיון שהדבר עומד ברשותו. וכדאמרינן בב"מ (דף נ"ו) אלא מעתה דכתיב ויקח את כל ארצו מידו ה"נ דכל ארעא בידו הוה נקיט ליה אלא מרשותו וכו'.

נמצא דגוזל דבר מרשות הרבים כ"ז שאינו אבוד ועומד ברשותו מקרי מידו. אבל אבידה כיון דאבודה היא ואינה עומדת ברשותו ואם ירצה להקדיש לא יוכל משום דאינו ברשותו ומדוע יעבור על לא תגזול.

וצ"ל משום דאמרינן בב"מ (דף ס"א) למה לי דכתב רחמנא לאו בגזל לאו באונאה כו' אלא לאו בגזל למה לי בכובש שכר שכיך הרי דלא תגזול קאי באם אינו ענין ללאו דלא תעשוק ומהו עושק כתב הרמב"ם דבהלואה ג"כ מקרי עושק דעושק מקרי דבר שהוא מחויב לשלם ואינו משלם. נמצא אף דעיקר לאו דלא תגזול נאמר בגזל מיד היינו מרשות חבירו אבל האם אינו ענין דלא תגזול קאי על היכא דצריך לשלם ואינו משלם.

א"כ שפיר נחא הא דבאבידה עובר משום לא תגזול היינו כיון דאמרה רחמנא השב תשיב והוא אינו מחזיר הרי הוא עובר באם אינו ענין בלאו דלא תגזול. נמצא דניחא הא דקאמר הרמב"ן גזילה ואבידה היא זו היינו אע"פ שאמרינן דהלאו דלא תגזול קאי באם אינו ענין על היכא דמחויב לשלם ואינו משלם אבל והשיב את הגזילה הלא אינו באינו ענין.

דהקרא דוהשיב את הגזילה קאי רק היכא דנטל את הגזילה מרשות הבעלים וא"כ היכא דנטל אבידה ע"מ לגזלה שם לא שייך והשיב את הגזילה דזה רק אינו אלא כשנטל מרשות הבעלים. אבל גבי אבידה כיון דהוי אבוד לא הוי מרשות הבעלים ואינו שייך והשיב את הגזילה והלאו דלא תגזול הלא הנה הוא עובר גם כאן דהלאו דלא תגזול הלא קאי באם אינו ענין על היכא דמחויב לשלם ואינו משלם.

וא"כ שפיר אמרינן דאם נטל האבידה ע"מ לגזלה קונה אותה ביאוש דכיון דאבידה היא א"כ הטעם דלא קני בגזילה ביאוש משום והשיב את הגזילה הלא ליכא הכא. דכיון שלא נטלה מיד הבעלים אין עליו החיוב של והשיב את הגזילה וטעם דלא קני באבידה ביאוש היכא שהגביה לפני יאוש נמי ליכא כאן כיון דגזילה היאולא נטלה ע"מ לשמור ולא נעשה שומר שכר של הבעלים משו"ה הוי כמונחת בקרקע וקנה אותה ביאוש ומיושבים דברי הרמב"ן: ובזה שבארנו יתיישב קושית התוס' בכתובות (דף מ"ב) ד"ה ר"ש דהקשו שם איך אמרי רבנן בתבעו אנסת ופתית את בתי והוא אומר לא אנסתי ולא פתיתי משביעך אני ואמר אמן ואח"כ הודה חייב ואפילו ר"ש לא פליג אלא משום דאין משלם קנס על פי עצמו תיפוק ליה דאפילו בעושק והלואה גופייהו דכתיב בקרא לא מחייב קרבן אלא כשיחד לו כלי להלואתו ולעושקו כדאיתא ב"מ (שם) וכאן בקנס מה יחוד שייך כאן דמיירי בלא עמד בדין.

והנה הרמב"ם לא הביא כלל האי דינא דלא מחייב קרבן שבועה אלא ביחד לו כלי להלואתו או לעושקו ואלו בב"מ (דף מ"ח) אמרינן אמר רבא קרא ומתניתא מסייע ליה לריש לקיש קרא דכתיב וכחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו. תשומת יד אמר רב חסדא כגון שיחד לו כלי להלוואתו.

עושק אמר רב חסדא כגון שיחד לו כלי לעשקו וכי אהדרי' קרא כתיב והי' כי יחטא ואשם והשיב את הגזילה אשר גזל או את העושק אשר עשק או את הפקדון אשר הפקד

אתו ואלו תשומת יד לא אהדרי' מ"ט משום דמיחסרא משיכה עכ"ל הגמרא. הרי דבקרבו שבועה בעינן דוקא דיחד לו כלי.

לכן נראה לי דהרמב"ם ס"ל דזה אי אפשר להיות שלא יתחייב קרבן שבועה בשבועת ביטוי אלא דוקא ביחד כלי דאם כן איך משכחת שיתחייב קרבן שבועה בשבועת השומרין ממ"נ היכי מיירי אי לא יחד לו כלי להיזק הא אינו מחויב קרבן שבועה בלא יחד לו כלי. ואי ביחד לו כלי א"כ היאך אמרינן (ב"ק ס"ה) בעה"ב שטען טענת גנב בפקדון ונשבע והודה ובאו עדים אם עד שלא באו עדים הודה משלם קרן וחומש ואם משבאו עדים הודה משלם תשלומי כפל.

הא כפל ליתא אלא בשבועת הדיינים וכיון שכבר מסר להתובע כלי על היזק הפקדון א"כ טוען המפקיד טענת ודאי דלא נגנב ושבועת הדיינין הלא ליכא אלא היכא דטוען הבעה"ב טענת ספק ולא בטוען טענת ודאי כדאיתא בש"ך בכמה דוכתי וזה לא נוכל לומר לפענ"ד דמיירי דיחד לו כלי מעיקרא.

עוד טרם שטען נגנבה יחד לו כלי שבאם יארע אונס יגבה מהכלי דלמ"ד דמשעת משיכה אינו מתחייב באונסין רק בשעת אונס יש חיוב א"כ הוי החיוב דבר שלא בא לעולם ואיך יועיל לזה יחוד הכלי (עי"ש בתוס' כתובות הנ"ל) ע"כ סבירא ליה להרמב"ם דהא דאמר רב חסדא דמיירי ביחד לו כלי לעושקו לא בא לאפוקי דאם לא יחד כלי אינו מחויב קרבן שבועה דודאי גם בתשומת יד דשם אינו מועיל יחוד כלי ג"כ מחויב שבועה אלא משום הכי אמר רב חסדא ביחד לו כלי משום דכתיב והשיב את העושק אשר עשק ולא שייך להשיב אלא בנוטל דבר מיד חבירו שמחויב להשיב לו אבל אם לא נטל דבר מיד חבירו כגון בשכירות דהתם לא שייך אלא לשון תשלומין ומה שייך שם להשיב הלא לא נטל ממנו כלום.

אלא שמחויב לשלם תשלומין בשלמא בגזילה שייך לשון והשיב דהיינו את הגזילה שנטל ישיב וכן בפקדון שייך ג"כ לשון והשיב. את הפקדון שנטל אבל גבי שכירות לא שייך לשון זה שהרי לא נטל ממנו את העושק רק שיש עליו בכל עת הלאו דלא תעשוק וגרע עוד מנטל אבידה ע"מ לגזלה דהתם נטל דבר של חבירו אלא שלא נטל מידו לא שייך והשיב.

מכש"כ היכא דלא נטל כלום לא שייך השבה רק תשלומין משו"ה אמר רב חסדא דמיירי ביחד לו כלי לעושקו וא"כ נטל דבר של חבירו ושייך שפיר על זה והשיב דהוא קנה קנין משכון בהכלי ושייך שפיר והשיב שישב לו הכלי: ולפי"ז יהי' ניחא קושית התוס' בחזקת הבתים (מ"ד) שהבאנו לעיל שהקשו התוס' כיון דאין מועיל יאוש בקרקע איך מועיל יאוש בעבדים.

דהנה אמרינן בגיטין (דף ל"ז ע"ב) ולרבא דאמר לאחור יאוש ולרבו שני רבו שני ממאן קני משבאי שבאי גופי' במאי קני ליה. ולדברי התוס' דס"ל דבכל גזילה לא קנה הגזולן ביאוש אלא דהלוקח קנה.

מאי פריך הכא הגמרא שבאי גופי' מי קני ליה מאי איכפת לן אם לא קנה בכל זאת יקנה רבו שני כבכל גזילה דהגזולן אינו קונה והלוקח ממנו קונה את הגזילה. וצריך לומר דהכא שאני שכיון שלא יקנה השבאי א"כ יזכה העבד בעצמו.

וא"כ לא יוכל אח"כ הלוקח לקנות בו. ושפיר פריך הגמ' שבאי גופי' מי קני דע"כ צ"ל דקני אותו והוי כזה פירש למיתה וזה פירש לחיים שלא הי' שהות לעבד לקנות בעצמו ושפיר קאמר הגמ' דיש קנין להשבאי בעבד דעכו"ם קונה עכו"ם אלא שזה עוד יקשה לדברי התוס' איך יכול השבאי לקנותו ביאוש לחודי' נהי דרוצים התוס' להוכיח דקרקע יש לה דין מטלטלין ומהני בה יאוש אבל עכ"פ הלא לא עדיפא ממטלטלין וביאוש לחודי' הלא גם במטלטלין אין הגזולן קונה לדברי התוס' וא"כ עוד ישאר קושית הגמ' שבאי גופי' במאי קנה דאם לא יקנה השבאי הלא העבד הנה הוא זוכה בעצמו ולא יקנה אותו אח"כ הלוקח אותו מיד השבאי: אולם לפי מה שבארנו לדברי הרמב"ן שכל היכא שלא נטל דבר מיד הגזולן אלא ממקום שהיתה אבודה ומכש"כ היכא שלא הי' כלל נטילה לא שייך והשיב את הגזילה והוי כמו שמונחת בקרקע וקונה אותה ביאוש א"כ מאי רצו התוס' לומר דכיון דקרקע אינה נגזלת משו"ה לא קני יאוש בקרקע אדרבה כיון דקרקע אינה נגזלת ולא הוי כלל נטילה ולא שייך והשיב אף שעבר על לא תגזול לסברת הרמב"ן היינו שיש עליו לאו דלא תגזול שלא ישתמש בקרקע אבל השבה לא שייך כאן.

וא"כ כשנתיאשו הבעלים הרי יכול עתה לזכות בה. דאטו אם גזל דבר והחזירו ואח"כ אבד הבעה"ב את הדבר ומצאו הגזולן לא יקנה אם היתה אחר יאוש.

בודאי זה אין סברא לומר שאם עבר פעם אחת על לא תגזול על הדבר לא יקנה עולמית. בודאי כיון דעתה אין עליו חיוב דוהשיב שפיר קונה אף שמתחילה גזלה כדמוכח מהרמב"ן דאף בשעה שהגביה אח האבידה ע"מ לגזולה עבר על לא תגזול.

אבל כיון דעתה אין עליו דין וחיוב השבה קונה ביאוש א"כ אמאי לא יקנה בקרקע הגזולה אדרבה כיון דקרקע אינה נגזלת ואין עליו דין וחיוב השבה משום זה יקנה אותה לגמרי אף הגזולן בעצמו בלא שינוי רשות. וצ"ל דהטעם דרצו לומר התוס' דכיון דקרקע אינה נגזלת אין מועיל יאוש הוא משום דכיון דהוי הקרקע ברשות הבעלים א"כ הוי יאוש ברשות.

ויאוש ברשות לא מהני. והנה הטעם דאין מועיל יאוש ברשות נראה לי וכן מצאתי בנתיבות משום דאינו מועיל יאוש אלא בדבר האבוד דלא מצינו יאוש בקרא אלא באבידה ודבר שברשותו לא הוי אבידה כיון שעומד ברשותו.

לפי זה מיושב שפיר קושית התוס' אמאי מועיל יאוש בעבדים הא עבדים יש להם דין קרקע וקרקע אינה נגזלת וגם קושיתנו דאף אם נאמר דמהני יאוש בקרקע הא לא עדיף ממטלטלי דלא קני ביאוש לחודי'. אבל לפי הנ"ל ניחא נהי דעבדים מדין התורה יש להם דין קרקע אבל לגבי האם מקרי דבר האבוד או לא בודאי דלא שייך זה לומר דכמו דקרקע אינו מקרי דבר האבוד כמו כן יהי' הדין בעבדים.

דקרקע שפיר אינו אבוד דכל היכא דאיתא ברשות בעלים קיימא אבל גבי עבד הלא אם נאבד ממנו הוי דבר האבוד ואם גזל אחד ממנו הוי דבר האבוד כיון שיכול להוליך אותו

למקום אחר למכרו או להפסידו. וא"כ אדרבה כיון דעבדים אינם נגזלים שזהו דין התורה שעבדים כקרקע שאינה נגזלת וא"כ חיוב דוהשיב ליכא ודבר האבוד מקרי שפיר אף עבדים.

משו"ה קונה ביאוש אף הגזלן בעצמו דשפיר מהני בהו יאוש כיון שהם דבר האבוד ולא הוי כקרקע דגבה הוי יאוש ברשות. וכמטלטלי לא הוי שכיון שאין נגזלין וליכא עליהם דין והשיב והוי כמונחים בקרקע שכתב הרמב"ן שקונה ביאוש וכן יתישבו דברי הירושלמי (פ"ו מכלאים) דהירושלמי קאמר התם דיש יאוש בקרקע דשם ג"כ קאי לענין הגזלן בעצמו א"כ יקשה איך מהני יאוש לחודי' בלא שינוירשות.

אבל לפי דברינו שאמרנו דהא דלא מהני יאוש בקרקע הוא משום דהוי יאוש ברשות. משום דלא הוי דבר האבוד.

א"כ תלוי בזה אם הגזלן הוא אלם שלא יוכל לקחת ממנו את הקרקע אז הוי דבר האבוד ואז מועיל יאוש אף בגזלן בעצמו דכיון דקרקע אינה נגזלת וליכא דין והשיב. ויאוש הלא הועיל הכא דכיון שהי' דבר האבוד א"כ שפיר קנה ביאוש אף הגזלן בעצמו.

אבל בב"ב דשם מיירי בגזלן ישראל שיוכל הבעה"ב להוציא מידו א"כ לא הוי דבר האבוד משו"ה אף שנתיאש אינו מועיל ולא קני ביאוש. ולפי הנ"ל נוכל לומר גם ביאור דברי הרמב"ם שפסק דשינוי רשות ואח"כ יאוש מהני, והקשו עליו הא באיסורא אתא לידה'.

אבל לפי דברינו דהיכא דאינו נוטל מיד הבעלים היינו היכא דבשעה שגזלה לא היתה ברשותו כמו אבידה שנטלה ע"מ לגזולה אין עליו החיוב של והשיב את הגזילה קני אותה ביאוש לחודי'. יתישב שפיר דברי הרמב"ם דכיון שנטלה מהגזלן א"כ בשעה שנטלה לא היתה ברשותו ולא גזל מיד מקרי א"כ אין עליו החיוב דוהשיב את הגזילה רק הלאו דלא תגזול יש כאן ושפיר קונה אם הי' אח"כ יאוש: והנה בחו"מ (סימן רס"א סעיף ד') כתב המחבר וז"ל המאבד ממונו לדעת אין נזקקין לו כיצד הניח פרתו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו כו' השליך כיסו ברה"ר והלך לו ה"ז איבד ממונו לדעתו ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול לעצמו אינו זקוק להחזיר שנאמר אשר תאבד פרט למאבד לדעתו הג"ה וי"א דאבידה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה.

וכתב הש"ך להוכיח כדעת הטור דאבידה מדעת הוי הפקר מהא דאמרינן בש"ס ריש פרק אלו מציאות דקאמר ת"ש פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל מיני' אמר מר עוקבא הכא במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא ולדעת הרמב"ם דס"ל דאבידה מדעת לא הוי הפקר צריך לומר דאבידה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבידה מדעת בכל דוכתי והוא דוחק גדול אלה ת"ד הש"ך.

אכן הקצות הוכיח דלאו בכל דוכתי הוי אבידה מדעת הפקר שהרי אמרינן בפרק הספינה (דף פ"ז) גבי השולח את בנו אצל חנוני ופונדיון בידו ומדד לו באיסר שמן ונתן לו את האיסר שבר את הצלוחית ואבד את האיסר החנוני חייב ר"י פוטר שעל מנת כן שלחו. ואיתא בגמ' בשלמא באיסר ושמן פליגי דרבנן סברי לאודועי שדרי' ור"י סבר לשדורי ליה שדרי' אלא צלוחית אבידה מדעת היא ומסקינן שנטלו למוד בה לאחרים ושואל

שלא מדעת גזלן הוא וקי"ל כרבנן דעל הפונדיון חייב ועל הצלוחית פטור דאבידה מדעת היא.

ואי נימא דאבידה מדעת הוי הפקר א"כ למה יתחייב על האיסור כיון דהפונדיון גופא הוי הפקר וכל מה דיהיב בעד הפונדיון הוי מתנת חנם. וכן בצלוחית כשנטלה למוד בה הוה ליה גזלן ואמאי כיון דאבידה מדעת היא הרי הצלוחית לגמרי שלו וא"כ ע"כ צ"ל דהך אבידה מדעת דהתם אינו לשון הפקר.

ומה שכתבו ראי' מריש פרק אלו מציאות הכא במכנשתא דבי דרי כו' נראה דהתם פריך לאביי דס"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואף על גב דמיאש לבסוף ומשום דאתא לידי' באיסורא. ת"ש פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל ומשני במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא והיינו כיון דהשתא מיאש לבתר דידע אלא דלא ידע בשעה שנפל ובאיסורא אתא לידי' לזה קאמר דהיינו באבידה מדעת מיירי ובאבידה מדעת לא שייך באיסורא אתא לידי' דטעמא דהיכא דאתא לידי' באיסורא תו לא קני ביאוש משום דכבר נתחייב בהשבה ובאבידה מדעת שאינו מחויב בהשבה דכתיב אשר תאבד פרט למאבד בדעת.

א"כ קני לה ביאוש אחר כן אע"ג דאתי לידי' קודם יאוש ויותר נכון לפי מה שכתב הרמב"ן בספר המלחמות בהא דאמר רבא סלע שנפלה כו' ואע"ג דאהדרי' בתר יאוש מתנה בעלמא יהיב ע"ש שכתב דאבידה שנטלה שלא ע"מ להשיבה הרי היא כמו שמונחת בקרקע ודוקא נטלה ע"מ להשיבה דהוי שומר אבידה ושומר שכר של הבעלים והוי ידו כיד הבעלים וא"כ באבידה מדעת שאינו שומר אבידה מדעת אינו מחויב בהשבה הרי היא כמונח' בקרקע ונקנית ביאוש בתר דתיתי לידו משו"ה במכנשתא דבי דרי דאבידה מדעת קונה ביאוש אחר כן עכ"ל הקצות.

ודבריו מאד תמוהים דנהי דאם יטול הפירות ממכנשתא דבי דרי ואח"כ יהי' יאוש לא יהא צריך להחזיר אבל לכתחלה איך מותר ליטול כיון שע"י נטילתו הנה הוא גורם שיתיאשו הבעלים והוי גוזל את הבעלים כיון דהרמב"ם ס"ל דאבידה מדעת לא הוי הפקר ואסור לו ליטול. דאם נימא דבאופן כזה שאחר כך יתיאש מותר ליטול לכתחילה א"כ איך קאמר הרמב"ם בהשליך כיסו מדעת אסור ליטול מדוע יהי' אסור יטלנה עכשיו ואח"כ כשהבעה"ב יתיאש יזכה בה.

אלא ודאי כל זמן שלא נתיאש אסור לו ליטול לגרום להבעה"ב שיתיאש. ועוד נראה לי הכא כיון דהבעלים יודעים היכן מונח הדבר אם נימא דאבידה מדעת לא הוי הפקר הנוטל קודם יאוש הוי גזלן ממש ומחויב בהשבה שהרי בצלוחית אמרינן דגבי קטן מקרי אבידה מדעת ואעפ"כ אם נטלה בתורת שאלה למוד בה שלא מדעת הוי גזלן וחייב באונסין הרי אף דאין כאן מצות השבת אבידה משום דהוי אבידה מדעת מ"מ בנטלה שלא מדעת הוי גזלן וחייב באונסין.

ואם נימא דאינו שומר אבידה ולא גזלן להתחייב בהשבה אמאי יהי' מחויב באונסין אלא ע"כ כיון דהבעלים יודעים היכן הדבר ויכולין גם להקדיש אם ירצו א"כ הנוטל מקרי גוזל מיד. ואם נימא גבי מכנשתא דבי דרי דהא דאמרינן אבידה מדעת היינו שאינו מחויב

בהשבה אבל לא היא הפקר וא"כ בשעה שנוטל ע"מ לזכות בה קודם יאוש הוא גזלן ומחויב בהשבה.

נהי דלא היא שומר אבידה אבל גזלן מיהא היא דק"ו הוא מנטלה למוד בה שלא מדעת דהוי גזלן כדאמרין בצלוחית אף דאבידה מדעת היא. מכש"כ היכא דנוטל ע"מ לזכות בה כולה דהוי גזלן ומחויב בהשבה ומשו"ה לא יקנה ביאוש ומדקאמרין הכא במכנשתא דבי דרי הוא שלו.

ע"כ דהאי אבידה מדעת היא הפקר ולחלק בין אבידה מדעת דהכא ובין אבידה מדעת דעלמא כבר כתב הש"ך דדוחק גדול הוא, וא"כ לכאורה מוכח כדברי הש"ך דאבידה מדעת היא הפקר שלא כדעת הרמב"ם דס"ל דלא היא הפקר: ונראה לי דבאמת הסברא פשוטה היא כדעת הרמב"ם דאם אחד הניח כיסו ברה"ר אף שאינה משתמרת אבל כיון שהוא רוצה שיונח במקום שהניח איך נימא דמותר האחר ליטול מה איכפת ליה אם הוא הניח במקום שאינו משתמר ואם הוא לא יחפוץ לשמור בשמירות וזהירות את כספו ומניח כיסו ברה"ר ובטוח הוא שלא יקח אחר בשביל זה יהי מותר ליטול.

והא דאמרין אשר תאבד פרט למאבד מדעתו היינו שאין על זה מצות חיוב השבה דאין אנו יכולין לחייב את המוצא שהוא ישמור את הדבר יותר מהבעלים וכיון דהבעלים אינם רוצים לשמור יותר גם הוא אינו מחויב כמו דאמרין גבי טעינה (ב"מ ל"ב) הלך וישב לו ואמר הואיל ועליך מצוה אם רצונך לפרוק פרוק פטור הרי דאינו מחויב יותר מהבעלים כמו כן הכא אינו מחויב לשמור הדבר יותר מהבעלים בעצמם וכיון שהבעלים הניחו את הדבר ברה"ר מותר גם לו להניח את הדבר שם.

וכן גבי צלוחית כיון שהבעלים נתנו את הצלוחית להקטן מותר גם הוא ליתן הצלוחית להקטן אבל ליטול הדבר בודאי אסור ואם נטל הוא גזלן והא דאמרין גבי פירות מפוזרין דאבידה מדעת היא ומותר ליטול היינו דאמרין (שם) קב בד' אמות לא טרח אינש ולא הדר אתי ושקיל להו אפקורי מפקיר להו וא"כ מותר ליטולן משום שהבעה"ב מפקירן.

אלא משום הכי איצטריך לטעמא דאבידה מדעת היא דכיון דהפקרו הוא משום דלא טרח וא"כ אם הי' חיוב מדין השבת אבידה שיכנסם המוצא ממילא לא הי' מפקירם דכל המוצאם הלא יהי' חיוב עליו לכנסם ע"ז קאמר אבידה מדעת היא היינו שכיון שהוא מדעתו אינו הולך לכנסם ולא יחפוץ לטרוח וליהדר ולישקלם א"כ בודאי גם על המוצא אינו מוטל חיוב לקבצם עבור הבעה"ב שהריהפיזור אבידה מדעת היא היינו שהמוצא אינו מחויב יותר מהבעלים וא"כ כיון שלא יקבצו את הפירות בעדו מפני שאבידה מדעת היא ממילא אפקורי מפקיר להפירות ומשו"ה פירות מפוזרין הרי אלו שלו: נמצא לפי זה שיש ב' דינים במוצא דבר.

א' יש דין שהוא מחויב להחזיר מטעם השבת אבידה דכתיב השב תשיבם ב' יש דין במוצא אבידה אף שאין דין השבה עליו אבל מ"מ אסור לו ליטול. ולפי זה יתיישב הא דכתב הרמב"ם (בפי"א מהלכות גזילה ואבידה הלכה י') ז"ל המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלילותו של נהר שאינו פוסק אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנאמר אשר

תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצוי' היא אצל כל אדם יצתה זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנו עכ"ל הרמב"ם.

ולכאורה כיון דיש קרא דאבודה ממנו ומכל אדם מותר למה ליה להרמב"ם למימר טעמא דבודאי נתיאש ממנו אטו הרמב"ם יהיב טעמא לקרא. אכן לפי הנ"ל ניחא דמהקרא לא הוה ידעינן רק שאין עליו מצות השבה אבל ליטול הדבר גם כן אסור דהוי כמו אבידה מדעת דאף שאין חיוב השבה אבל ליטול אסור.

דהקרא דאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם לא כתיב אלא שאין עליו מצות השבה היכא שאבודה מן הכל אבל לא הותר מדין גזל. לכן כתב הרמב"ם שזה ודאי שנתיאש הימנה משו"ה מותר אף מדין גזל.

אלא דישאר עוד קושיתינו הראשונה דע"כ מיירי בשלא נתיאשו הבעלים שלא ידעו עדיין. דאם היו יודעים בודאי כבר נתיאשו ולא צריך קרא דלמה לי קרא הכא גבי אבידה שאבודה ממנו ואינה מצוי' אצל כל אדם תיפוק ליה אפילו במצוי' אם כבר נתיאש מותר אלא ע"כ בשלא ידעו הבעלים וכן כתב הרמב"ם אע"פ שלא שמעו הבעלים.

וא"כ תקשי הא הוי יאוש שלא מדעת וקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש: והנה התוס' ב"מ (בדף כ"ז) כתבו דיאוש נפקא לן באבידה משמלה מה שמלה מיוחדת שיש לה בעלים ויש לה תובעים ואין הבעלים מתיאשים אף אם סימנין לאו דאורייתא דע"י שיש בה סימנין ימצא עדים שיאמר להם מכירים אתם שמלה שלי שהיו בה סימנין כך וכך אבל דברים שאין בהם סימן הוי שלו מפני שהבעלים מתיאשים.

ומיהו בירושלמי יליף מנין ליאוש מן התורה אמר רבי יוחנן אשר תאבד ממנו מי שאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם יצתה זו שאינה מצוי' אצל כל אדם. ונראה לי דאצטריכא להני תרי קראי למילף יאוש מינייהו דבאמת יש תרי מיני יאוש יש יאוש כדאמרינן כללא דאבידתא כיון שאמר וי לחסרון כיס היינו שיחשוב שבודאי כבר הדבר אבד ממנו.

ויש יאוש שאינו חושב שבודאי הדבר אבוד אלא שאינו חושב שבודאי תשוב לו ואינו מחזיק את הדבר לודאי שלו והנה בעת שצריך שיהי' הדבר הפקר שלא יהא על הדבר מצות השבת אבידה צריך אז שיחזיק את הדבר לאבוד ממש שיחשוב שכבר יש חסרון כיס אבל לגבי גזל שגזל מקרי רק הנוטל מיד הבעלים בחזקה ובאמת אפילו כשאינו נוטל מידו ממש אלא דכל היכא שהבעלים מחזיקים את הדבר לשלהם והוא נוטל מהם מקרי גזל מיד.

אבל אם אינם מחזיקים לשלהם בודאי אז אינו מקרי שגזל מידם בחזקה ולימוד זה ילפינן מאשר תאבד ממנו ומצאתה בירושלמי והוא שזה שאמרינן שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש היינו שזה שהבעה"ב הוא מיחש והוא מחזיק את הדבר לאבוד בודאי עושה הדבר להפקר דאמרה התורה דבשעה שנתיאש באופן כזה נעשה הדבר הפקר.

א"כ אימתי נעשה ההפקר בעת שהי' היאוש היינו שידע ונתיאש אבל כל זמן שלא הי' היאוש הזה לא היה עוד ההפקר ואף שבאם ידע נתיאש אבל עתה אין היאוש עדיין. אבל בגזל דאמרינן דזה שהוא מחזיק את הדבר לשלו אם אחר נוטל ממנו מקרי גזל ומקרי

דבר שהבעלים מרדפין אחריו אבל כיון שאם ידע לא הי' מחזיק את הדבר לשלו א"כ אינו מקרי הבעלים מרדפין אחריו ויליף זה שפיר מדאמרינן אשר תאבד ממנו ומצאתה פרט לאבודה ממנו ומכל אדם ואם נימא דמיירי דכבר נודע להבעלים א"כ בודאי נתיאשו ולא אצטריך לימוד לזה דזה ידעינן משמלה וע"כ מיירי דלא ידע א"כ תקשי נהי דמיעט קרא דליכא השבת אבידה אבל עכ"פ יהא אסור ליטול מטעם גזל וע"כ כיון דאם היו יודעים הבעלים היו מתיאשים אין כאן דין גזל הרי חזינן דיאוש כזה שאין הבעלים מרדפין מועיל שלא יקרא גזל אלא דאם לא הי' המיעוט דאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם א"כ הי' הדין אף באבודה ממנו ומכל אדם יש כאן מצות השבת אבידה לא הי' מועיל זה דאם הי' יודעים היו מתיאשים דהיכא דיש דין דהשבת אבידה הלא צריך יאוש בפועל שיעשה הדבר והלא עוד לא הי' היאוש כיון שלא ידע.

אבל כיון דמצות השבת אבידה נתמעט מדין אבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם. א"כ אינו צריך אלא שלא יהי' עליו דין גזל היינו שלא יהיו הבעלים מרדפין אחריו וכיון שאם היו יודעים היו מתיאשים מקרי אין הבעלים מרדפים אחריו.

דעל יאוש כזה מועיל גם יאוש שלא מדעת דהא דיאוש שלא מדעת אינו מועיל היינו רק היכא דצריך היאוש בפועל בכדי שיהי' הדבר הפקר אבל לא היכא שבעינן רק שלא יחזיק הדבר לשלו ודאי: ובזה מיושב הא דאמרינן (ב"מ כ"ב) ת"ש דאמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יהוצדק מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת דכתיב וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו, וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם יצתה זו שאבודה ממנו ואינה מצוי' אצל כל אדם ואיסורא דומיא דהיתרא מה היתרא בין דאית בי' סימן בין דלית בי' סימן שרי אף איסורא בין דאית בי' סימן בין דלית בי' סימן אסורה תיובתא דרבא תיובתא ולכאורה קשה מאד מאי תיובתא היא מנין לנו דאיסורא דומיא דהיתרא דבשלמא אם הי' כתיב בקרא היתרא והקרא הי' בא למעט איסורא הוה אמרינן דמעט הכתוב איסורא דומיא דהיתרא.

אבל עכשיו דכתיב בקרא איסורא ומיירי בדבר שיש בו סימן כדאמרינן מה שמלה מיוחדת בדבר שיש לה סימן ובא הכתוב למעט דהיכא דאינה מצוי' אצל כל אדם אף שמלה מותרת אף שיש לה סימן ובאין לה סימן לא מיירי כלל קרא דבאין לה סימן מותרת אף במצוי' אצל כל אדם כדרבא, אכן לפי דברינו מיושב דזה גופא מדייק דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש דאי נימא שיאוש שלא מדעת הוה יאוש א"כ למאי אצטריך למעט אבודה ממנו ואינה מצוי' אצל כל אדם דאי מיירי בשלא נתיאש אם כן נהי דאין על זה מצות השבת אבידה אבל מדין גזל אסור ליטול כיון שהבעלים מרדפין אחריו ואם נימא דכבר נתיאש בכה"ג אף במצוי' אצל כל אדם מותרת.

ע"כ דמיירי דהבעלים עדיין לא ידעו וכיון דלא ידעו אמרינן בודאי כשיתודעו הבעלים יתיאשו כיון שאבודה היא ואינה מצוי' אצל כל אדם. ויותר סברא לומר בכאן בשאינו מצוי' אצל כל אדם דבודאי יתיאש אף בדבר שיש בו סימן כיון שאינה מצוי' אצל כל אדם ולא ימצאנה שום אדם.

מבדבר שאין בו סימן ומצוי' אצל כל אדם ובשלמא אם נימא דבאיסורא כה"ג בדבר שעומד שכשיתודע יתיאש כל זמן שלא יתיאשו מחויב להחזיר דיאוש שלא מדעת היכא דמחויב להשיב מדין מצות השבת אבידה היינו במצוי' אצל כל אדם אינו מועיל דשם בעינן דוקא יאוש בפועל שיעשה את הדבר להפקר איצטריך קרא לאשמעינן היתרא דבאינה מצוי' אצל כל אדם בכהאי גוונא בדבר שעומד להתיאש (דבאינה מצוי' אצל כל אדם אף בדבר שיש בו סימן עומד להתיאש) כיון דאין כאן מצות השבת אבידה ובעינן רק שלא יהי' על זה דין גזל דהיינו שלא יהיו הבעלים מרדפין אחריו משום הכי מועיל אפילו יאוש שלא מדעת.

אבל אם נימא דגם באיסורא דהיינו במצוי' אצל כל אדם כה"ג בדבר שעומד להתיאש דהיינו בדבר שאין בו סימן יאוש שלא מדעת הוי יאוש א"כ למאי איצטריך קרא למעט אבודה ממנו ואינה מצוי' אצל כל אדם מדין מצות השבת אבידה תיפוק ליה אף אם הי' כאן מצות השבת אבידה כיון שודאיעומד הדבר להתיאש אחרי שאבודה מכל אדם היא א"כ הי' מותר מדין יאוש שלא מדעת ע"כ דבאיסורא כגונא דהיתרא היינו בדבר שעומד להתיאש.

יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (ואולי זהו כונת התוס' בד"ה איסורא דומיא דהיתרא אלא שיש שם טעות סופר ובמקום דאע"ג דלכי ידע לא מתיאש צריך לומר דלכי ידע מתיאש ודו"ק): ובזה יש לבאר דברי הרמב"ם ופ"ו מהלכות גזילה ואבידה הלכה ב' שכתב לפיכך המציל מן הנהר ומזוטו של ים ומשלילותו של נהר ומן העכו"ם ומן הדליקה ומן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס אם ידע בודאי שנתיאשו הבעלים הרי אלו שלו ואם לא ידע יחזיר.

והקשה הראב"ד אלו דברי תימא הם. וכונתו להקשות דהרי קיי"ל אבידה ששטפה נהר מותרת ונ"ל דהנה אמרינן בגמ' שם ת"ש שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתן לתוך שדה חבירו הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים הא סתמא לא הב"ע בשיכול להציל א"ה אימא סיפא אם הי' הבעלים מרדפים אחריהם חייב להחזיר אי ביכולין להציל מאי אריא מרדפין אף אם אינן מרדפין נמי.

הב"ע ביכולין להציל ע"י הדחק מרדפין אינו מיאש לא מרדפין איאוש מיאש ועי"ש בתוס' ד"ה שטף שהקשו שם כמה קושיות על סוגית הגמרא. ונ"ל דכונת הגמרא הכי הוא דבתחלה סבר שטף נהר עציו ואבניו מיירי בזוטו של ים דשם אינה מצוי' אצל כל אדם ומפני שנתיאשו הבעלים הכונה מפני שעתה כבר נתיאשו הבעלים היינו כשנתודע להם ועציו ואבניו הוה דבר שאין בו סימן ואף עפ"י"כ דוקא בשטף נהר דהוה זוטו של ים שם מותר אף שבשעה שנתן לתוך שדהו לא ידעו הבעלים.

אבל סתמא במקום אחר שלא הי' זוטו של ים היכא דבא לידו קודם שידעו הבעלים אף דבר שאין בו סימן אסור וסיפא דקאמר דאם הי' הבעלים מרדפין אחריהם חייב להחזיר דהיתרא דזוטו של ים לא אתא למישרי אלא מדין מצות השבת אבידה אבל היכא דהבעלים מרדפין אחריהם אסור מטעם גזל ומשני הכא במאי עסקינן ביכול להציל פירוש לא תימא דמיירי כאן בזוטו של ים באופן שאין יכולין להציל דאז הוה אינה מצוי' אצל כל אדם אלא מיירי כאן בדבר שיכולין להציל וא"כ יש כאן מצות השבת אבידה

אלא דקוריו עציו ואבניו הוה דבר שאין בו סימן ומשו"ה הרי אילו שלו דכבר נתיאשו הבעלים ופריך אי הכי אימא סיפא אם הי' הבעלים מרדפין אחריהם חייב להחזיר אם מיירי באופן שיכולין להציל דהוה מצוי' אצל כל אדם אם כן יש כאן מצות וחיוב השבת אבידה א"כ בכה"ג בעינן יאוש כזה שמחזיק הדבר לודאי אבוד.

אבל כל זמן שאינו מחזיק הדבר לודאי אבוד אף שאין מרדף אחריו מחויב בהשבה א"כ פריך מאי ארי' מרדפין אפי' אין מרדפין רק שאין מחזיקין לודאי אבוד ג"כ מחויבין להחזיר ומשני ביכולין להציל ע"י הדחק דכיון דאין מרדפין אמרינן בודאי נתיאשו. נמצא לפי זה בשטפה נהר תלוי בזה אם יכולין להציל בעינן דוקא שידעו שנתיאשו הבעלים דביכולין להציל מקרי מצוי' אצל כל אדם ומחויב בהשבת אבידה.

אבל באין יכולין להציל רק שמצא במקרה אחר כן מקרי אינו מצוי' אצל כל אדם משו"ה הרמב"ם שכתב (בפ"ו מהלכות גזילה ואבידה) המציל מן הנהר ומזוטו של ים כו' הרי מיירי במקום שיכול להציל שהרי הציל משו"ה כתב אם ידע בודאי שהבעלים נתיאשו הרי אלו שלו שכיון שיכול להציל הרי יש כאן מצות וחיוב השבת אבידה ובעינן דוקא יאוש בפועל.

אבל בפ"א (מהלכות גזילה ואבידה) שכתב שם המוצא אבידה בזוטו של ים דמיירי באופן שאין יכולין להציל דכיון דמיירי באופן שאין יכולין להציל רק שמצא במקרה אחרי כן. וכן בפ"ד (מהלכות גזילה ואבידה הלכה ד') שכתב וכן אם מצא דבר שיש בו סימן בים ובנהר ובכיוצא בהן או במקום שרובו עכו"ם הרי זה בחזקת שנתיאשו בעליו ממנו משעה שנפלה ולפיכך הרי הוא של מוצאו אף שלא שמעו הבעלים.

התם הא מיירי באופן שאין יכולין להציל בכה"ג מועיל אף יאוש שלא מדעת שהרי מצות השבת אבידה אין כיון שאינה מצוי' אצל כל אדם ורק מדין גזל יש כאן וכיון דמיקרי אין הבעלים מרדפין אחריהם דאף אם יתודעו הבעלים איאוש מיאש. משו"ה מועיל אף יאוש שלא מדעת: ומיושב לפי זה מה שכתב הרמב"ם (בפ"ז מהלכות גזילה ואבידה) שהבאנו למעלה דמשו"ה המוצא מטמון בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו ולא אמרינן שבעל החצר יקנה המטמון שבכותל הישן הואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו מפני שאינו ידוע לא לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם ולפיכך הוא של מוצאו ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם יצתה זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם.

ק"ו למטמון קדמוני שלא הי' שלו מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו והקשינו על דברי הרמב"ם אלו כיון דהרמב"ם כתב טעמא דהמוצא בזוטו של ים הרי אלו שלו מפני שנתיאשו הבעלים א"כ מאי שייך זה גבי מטמון קדמוני הא התם לא נתיאשו הבעלים שהרי לא ידעו. ואם נימא דזה שלא ידע מקרי יאוש א"כ היאך קונה לו חצירו של אדם שלא מדעתו אכן לפי הנ"ל ניחא דהיכא דאינו אבוד ממנו ומכל אדם א"כ אז הרי בעינן יאוש כזה שיחזיק הדבר לודאי אבוד ויאוש כזה יעשה הפקר דמשו"ה יאוש שלא מדעת אינו מועיל משו"ה חצירו של אדם קונה שלא מדעתו שהרי אין כאן יאוש דאינו מחזיק את הדבר לאבוד שהרי לא ידע כלל מזה אבל היכא שאבוד ממנו ומכל אדם א"כ בכה"ג הרי מועיל יאוש שלא מדעת שהרי אד הא לא בעינן רק שלא

יחזיק את הדבר לודאי שלו ובעיניו רק שלא יהי' הבעלים מרדפין אחריו ואמרה התורה דבאופן כזה יוצא מרשות הבעלים ומותר לזכות בזה.

מכל שכן היכא דלא זכו כלל הבעלים בדבר שהיא אבודה ממנו ומכל אדם בודאי לא יוכל לזכות בהם הבעלים דק"ו הוא. ומה דבר שהי' שלהם יוצא מרשותו באופן כזה שאינו מחזיק את הדבר לודאי שלו דבר שלא הי' ברשותו מכש"כ שלא יזכה: ולפי"ז י"ל דהרמב"ם מבאר מתני' דאמרינן נטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר נטלו ליסטינ את כסותו ונתנו לו כסות אחרת הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהם המציל מן הנהר או מן הגייס או מן הליסטינ אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו וכתב רש"י דקשיא ליסטימ דרישא אליסטימ דסיפא דרישא אמרינן דבסתמא מתיאשין הבעלים ובסיפא אמרינן דוקא נתיאשו בודאי אבל בסתמא לא נתיאשו הבעלים וכתב רש"י ובגמרא פריך ומשני לה חדא בליסטינ עכו"ם וחדא בליסטימ ישראל דמיאש מסתמא.

ובאמת בגמרא לא פריך כלל רישא אסיפא אלא דאמרינן שם הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין מהן אמר רב אשי לא שנו אלא ליסטימ עכו"ם אבל ליסטימ ישראל לא וכו' אלא אי אתמר אסיפא איתמר המציל מן העכו"ם ומן הליסטימ אם נתיאשו הבעלים אין סתמא לא לא שנו אלא עכו"ם משום דדייני בגיתא אבל ליסטימ ישראל כיון דאמרי מימר איאוש מיאש הלא לא פריך הגמ' כלל רישא לסיפא ולא מייתי כלל החילוק בין ליסטימ ישראל לליסטימ עכו"ם לתרץ רישא לסיפא.

והנה שם בגמרא אמרינן תנן התם עורות של בעל הבית מחשבה מטמאתן ושל עבדן אין מחשבה מטמאתן של גזלן אין מחשבה מטמאתן ושל גנב מחשבה מטמאתן ר"ש אומר חילוף הדברים של גזלן מחשבה מטמאתן ושל גנב אין מחשבה מטמאתן לפי שלא נתיאשו הבעלים אמר עולא מחלוקת בסתם אבל בידוע דברי הכל יאוש קני רבה אמר בידוע נמי מחלוקת וכו' תנן נטלו מוכסין חמורו כו' מני אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב בשלמא לעולא דאמר בידוע קני ה"נ בידוע ודברי הכל אלא לרבה דאמר בידוע נמי מחלוקת הא מני לא רבנן ולא ר"ש כו'.

והנה רש"י פירש מוכס גזלן ליסטימ גנב הרי דמפרש רש"י דקושית הגמ' על רבה הוא מרישא דקתני מפני שהבעלים מתיאשים מהם וא"כ היאך קאמר בשלמא לעולא דאמר בידוע ודברי הכל ה"נ בידוע ודברי הכל הא קתני מפני שהבעלים מתיאשים מהם. הרי דבסתמא ג"כ אמרינן דנתיאשו.

לכן נראה לי שהרמב"ם מפרש לפי שבארנו למעלה שכל היכא שיכול להציל הדבר שם בעיניו יאוש בפועל שיחזיק את הדבר לודאי אבוד. אבל היכא שאינו יכול להציל הדבר ששם לא בעיניו אלא רק שלא יחזיק הדבר ודאי שלו א"כ בפשיטות יש ליישב הקושיא מרישא לסיפא דאימתי אמרינן בליסטימ עכו"ם דבסתמא לא נתיאשו היינו שאינו מחזיק לודאי אבוד דכיון דעכו"ם דייני בגיתא א"כ יכול להיות שיחייבו את הליסטימ ויכול להיות שלא יחייבו את הליסטימ.

משו"ה בליסטים עכו"ם הוי יאוש כזה שאינו מחזיק הדבר לודאי שלו ובעכו"ם היכא דאין יכולין להציל הדבר ממנו הוה כאבוד ממנו ומכל אדם משו"ה ברישא בשנטלו מוכסין את חמורו ונתנו לו חמור אחר נטלו ליסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת דמיירי באינן יכולין להציל דאז בעינן רק שלא יחזיק הדבר לודאי של.

בכה"ג הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשין בהן פירוש שאין מחזיקין הבעלים את הדבר לודאי שלהן ואין הבעלים מרדפין אחריו מקרי והנוטל מן הליסטיין אינו מקרי נוטל מיד הבעלים בחזקה משו"ה הרי אלו שלו. אבל המציל מן הנהר ומן הגייס ומן הליסטים כיון דיכול להציל לא הוי אבוד ממנו ומכל אדם א"כ יש כאן חיוב מצות השבת אבידה ואינו מועיל מה שאין הבעלים מחזיקין לודאי שלו ובעינן דוקא יאוש כזה שיאמר וי לחסרון כיס שיחזיק הדבר לודאי אבוד משו"ה בליסטים עכו"ם כיון דדייני בגיתא א"כ יכול להיות שיחייבו את הליסטים משו"ה דוקא אם נתיאשו הבעלים היינו שאמרו וי לחסרון כיס אז הוי שלו אבל בסתמא לא הוי שלו כיון שאין מחזיקים את הדבר לודאי אבוד.

והיכא שיכולין להציל שיש מצות וחיוב השבת אבידה בעינן יאוש כזה שהבעלים מחזיקים לודאי אבוד: ולפ"ז יתיישב ג"כ הא דאמרינן שם תנן נטלו מוכסין חמורו כו' מני אי רבנן קשיא גזלן אי ר"ש קשיא גנב בשלמא לעולא דאמר בידוע קני ה"נ בידוע ודברי הכל והקשינו לעיל איך קאמר לעולא בידוע הא קתני מפני שהבעלים מתיאשים הרי דבסתמא ג"כ אמרינן דנתיאשו.

אכן לפי דברינו באמת לא הקשה כלל מרישא דמחלוקת ר"ש ורבנן אי בסתמא הוי יאוש גבי גנב או גבי גזלן היינו גבי שינוי השם דהתם בעינן יאוש כזה שיעשה הפקר שהגנב או הגזלן אף שהוא ישראל יקנה הדבר ביאוש א"כ בעינן דוקא יאוש כזה שהבעלים מחזיקין לודאי אבוד ויאוש כזה אמרי רבנן דסתם גזילה אינו מחזיקין הבעלים לודאי אבוד ור"ש ס"ל דסתם גניבה אין מחזיקין הבעלים לודאי אבוד.

אבל יאוש כזה שאין מחזיקין הבעלים לודאי שלהם דהיינו שאין מחזיקין לודאי שיוחזר הדבר להם ביאוש כזה יוכל להיות בין ר"ש בין רבנן בין בסתם גזילה בין בסתם גניבה ס"ל דאמרינן דודאי נתיאשו ביאוש כזה וכבר אין מחזיקין הבעלים לודאי שלהם וסברי שיוכל להיות שלא ישוב הדבר לידם וא"כ רישא דמתניתין דקתני נטלו מוכסין כו' נטלו ליסטיין כו' דמיירי באין יכול להציל מהליסטים ומוכס העכו"ם א"כ הוי אבוד ממנו ומכל אדם דשם מועיל יאוש כזה דילפינן מאשר תאבד ממנו ומצאתה שפיר קאמר דבסתמא נמי אמרינן דנתיאשו הבעלים יאוש כזה ועיקר פריך מסיפא דקתני המציל מן הגייס או מן הליסטים אם נתיאשו הבעלים הרי אלו שלו והנה זה לא פריך מאי דקתני אם נתיאשו הבעלים דמשמע דבסתמא לא נתיאשו הבעלים יאוש כזה שיחזיקו הדבר לודאי אבוד ויקשה לר"ש מגזלן ולרבנן מגנב דזה לא קשה דאימתי קאמר ר"ש דסתם גזילה הוי יאוש ביאוש כזה שיחזיק הדבר לודאי אבוד ורבנן ס"ל דסתם גניבה דוקא בישראל דאמרי מימר.

אבל מתניתין דמיירי בעכו"ם כדמפרש רב אשי שם בין ר"ש בין רבנן מודי דבסתמא לא אמרינן שנתיאשו והחזיקו הדבר לודאי אבוד ודוקא אם נתיאשו בודאי הרי אלו שלו

משו"ה קאמר בשלמא לעולא בידוע ודברי הכל היינו היכא דשמעינן דנתיאשו בין ר"ש בין רבנן מודי. אבל לרבה דאמר בידוע נמי מחלוקת א"כ פריך שפיר איך קתני אם נתיאשו הרי אלו שלו כיון דמיירי ביכולין להציל א"כ בעינן יאוש כזה שיחזיק הדבר לודאי אבוד א"כ קשיא ומה בישראל דהיכא דבסתמא לא נתיאשו הבעלים אז אף ששמענו ממנו שנתיאשו אמרינן שבלבו לא נתיאש מכש"כ בעכו"ם דדייני בגיתא אף ששמענו שנתיאשו לרבנן בגזלן לא יועיל היאוש ולר"ש בגנב והיאך קתני אם נתיאשו הרי אלו שלו.

ולפי"ז בפשיטות מיושבים דברי הרמב"ם שכתב בפ"ו (מהלכות גזילה ואבידה) דהמציל מיד מוכס עכו"ם חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתיאשו הבעלים ואלו בפ"ה (מהלכות גזילה ואבידה הלכה י') כתב נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת כו' הרי אלו שלא מפני שזו כמכירה היא וחזקתן שנתיאשו הבעלים הימנו כו' בד"א שהמוכס כליסטים בזמן שהמוכס עכו"ם דבמוכס עכו"ם אמרינן שסתמא נתיאש.

אכן לפי הנ"ל ניחא ומיושב בפשיטות שהרמב"ם נקט המשנה כצורתה דבפ"ו מהלכות גזילה דכתב המציל הרי דמיירי ביכול להציל וא"כ לא הוי אבוד מכל אדם א"כ הרי יש כאן חיוב ומצות השבה אבידה א"כ בעינן יאוש כזה שיחזיק הדבר לודאי אבוד. יאוש כזה אמרינן דבסתם עכו"ם ומוכס לא נתיאש כיון דדייני בגיתא הרי יוכל להיות שיחייבו את המוכר אבל בפ"ה מהלכות גזילה שכתב נטל מוכס שאז אינו יכול להציל וא"כ אין כיון חיוב ומצותו השבת אבידה ובעינן רק שלא יהא הבעלים מרדפין אחר הדבר היינו שלא יחזיקו לודאי שלהם משו"ה אמרינן במוכס עכו"ם ג"כ חזקתו שנתיאשו הבעלים ואין מחזיקין לודאי שיוחזר הדבר להם: נשלם בס"ד השמטה לסימן לז ד"ה אמנם בענין מה שכתבתי שם שנשארו מקומות שלא כבשו עולי מצרים מגבולות א"י והמה לא נתחייבו מעולם במעשר שהרי חסר עליהם הכבוש והחילוק.

אבל בחלה נתחייבו ככל א"י בשעת כיבוש וחילוק. מצאתי ת"ל שהוא מפורש כן בירושלמי שביעית (פ"ו ה"א) א"ר אבובי יש עיירות א כותים שנהגו בהן היתר מימות יהושע בן נון והן מותרות ר"י בעי מעתה לא יחושו כהנים על חלתן.

ואנן חמיין רבנן חששין. אר"י בן פזי לא בגין מילתא דאת אמרת אלא בגין דלא חלטאתא מלכותא בידא עכ"ל הירושלמי.

והנה המפרשים פירשו דר"י הוה סבר דטעמא דר' אבובי שהכותים אינם נחשבים כישראל והדברים תמוהים איך הי' סבור כן הא בימי יהושע בן נון לא הי' כלל כותים עד גלות עשרת השבטים. ואיך הי' סבור שנהגו היתר מימות יהושע בן נון משום שהכותים עכו"ם הן.

אכן לדברינו פשוט שר"י הי' סבור שאותן המקומות אינם מגבולי א"י. משו"ה נהגו היתר מימות יהושע בן נון.

ע"ז הקשה לא יחושו על חלתן. ע"ז משני ר"י בן פזי לא בגין מילתא דאת אמרת.

דבאמת ממקומות א"י הן רק דלא חלטתון מלכותא בידא פ"א לא כבשום כיבוש פרטי רק שמום למס עובד. וחסר הכיבוש על הקרקע.

משו"ה נהגו היתר במעשר והן מותרין אבל בחלה נתחייבו אותם מקומות של כותים משום דלא גרע מכל א"י בשבע שכבשו ושבע שחילקו שנתחייבו בחלה אף שלא נתחייבו במעשר משו"ה חששין רבנן על חלתן של אותם המקומות: סימן מז סוגיא דכל הנישום כעבד ודין ב"ד שהי' נוהגין לדון דיני קנסות ומה נקרא אלהים ומה נקרא מומחין ופירוש דשליחותיהו קא עבדינן: א) דף פד גמרא כל הנישום כעבד אין גובין אותו בבבל.

רבא לטעמי' דאמר רבא נזקי שור בשור ונזקי שור באדם גובין אותו בבבל נזקי אדם באדם ונזקי אדם בשור. אין גובין אותו בבבל.

מ"ש נזקי אדם באדם ונזקי אדם בשור דלא אלהים בעינן וליכא נזקי שור בשור ושור באדם נמי אלהים בעינן וליכא אלא מאי שנא שור בשור ושור באדם דשליחותיהו קא עבדינן מידי דהוי אהודאות והלואות. אדם באדם ואדם בשור נמי שליחותיהו קא עבדינן כו' כי עבדינן שליחותיהו במילתא דשכיחא אדם באדם דלא שכיחא לא עבדינן שליחותיהו.

הרי בושת דשכיח נעביד שליחותיהו. אלא כי עבדינן שליחותיהו במילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס אבל מילתא דשכיחא ולית בה חסרון כיס אי נמי מילתא דלא שכיחא ואית בה חסרון כיס לא עבדינן שליחותיהו.

הילכך אדם באדם אע"ג דאית בה חסרון כיס כיון דלא שכיחא לא עבדינן שליחותיהו בושת אע"ג דשכיחא כיון דלית בה חסרון כיס לא עבדינן שליחותיהו: וכתב הרמב"ם (בפ"ה מהלכות סנהדרין ה"י) כל הנישום כעבד הי' גובין אותו דייני חוץ לארץ. לפיכך אדם שחבל בחבירו אין גובין הנזק והצער והבושת שהוא חייב בהן דייני חוץ לארץ אבל שבת וריפוי גובין מפני שיש בהן חסרון כיס.

וכן הורו הגאונים ואמרו שמעשים בכל יום לגבות שבת וריפוי בבבל וכבר צווחו נושאי כליו דהוא נגד גמ' דידן דאמרינן אדם באדם אע"ג דאית בה חסרון כיס כיון דלא שכיחא לא עבדינן שליחותיהו: ב) ונראה לי דהנה הרמב"ם כתב (בפ"ב מהלכות סנהדרין ה"י) ז"ל אע"פ שאין ב"ד פחות משלשה מותר הי' לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך ומדברי סופרים עד שיהו שלשה ושנים שדנו אין דיניהם דין.

והקשו הפוסקים דהרי בסנהדרין אמרינן אמר רבא תרתי קתני משום דר' חנינא. (פירוש דמן התורה בעינן שלשה מומחין אף בהודאות והלואות ומפני תיקון העולם סגי בשלשה הדיוטות והיינו דוקא בהודאות והלואות אבל בגזילות וחבלות לא תקנו).

רב אחא ברי' דרב איקא אמר מדאורייתא חד נמי כשר שנאמר בצדק תשפוט עמיתך אלא משום יושבי קרנות אטו בתלתא מי לא הוי יושבי קרנות אי אפשר דלית בהו חד דגמיר כו' מאי איכא בין רב לרב אחא ברי' דרב איקא איכא בינייהו דאמר שמואל שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקרא ב"ד חצוף לרבא לית ליה דשמואל לרב אחא ברי' דרב איקא אית ליה דשמואל וא"כ הרמב"ם שהוא פוסק כרב אחא ברי' דרב איקא.

איך פסק דשנים שדנו אין דיניהם דין: עוד יש סתירה בדברי הרמב"ם (שכתב בפרק ד' מהלכות סנהדרין) אחד ב"ד הגדול ואחד סנהדרי קטנה או ב"ד של שלשה צריך שיהי' אחד מהן סמוך מפי הסמוך. הרי דמוכח מדבריו דב"ד קרי כשאחד מהן סמוך.

אע"פ שהשנים האחרים אינם סמוכים. וכן פירוש הכ"מ להדיא.

ואילו בפ"ה (מהלכות סנהדרין הלכה ח') כתב הרמב"ם ז"ל דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל ותשלומי ארבעה וחמשה והאונס והמפתה וכיוצא בהן. אין דנים אותם אלא שלשה מומחין והם הסמוכים בארץ ישראל.

אבל שאר דיני ממונות כגון הודאות והלוואות כו'. הרי שכתב בפירוש דבעינן דוקא שכל השלשה יהיו סמוכים: והלח"מ תירץ דמה שכתב הרמב"ם והוא שאחד מהן יהי' סמוך כלומר שזה יסמוך האחרים עכ"ל הלח"מ והדברים מפליאים דהרי גם לסמיכה בעינן ב"ד.

וא"כ אחד איך יסמוך. וגם מזה גופא קשה שהרמב"ם כתב בפירוש.

הרי שלא היה בארץ ישראל אלא סמוך אחד מושיב שנים בצדו. וסומך שבעים כאחד.

וכיון שכתב הרמב"ם דב"ד בעי שלשה סמוכין. איך כתב דאחד סמוך.

מושיב בצידו שנים שאינם סמוכין: ג) ונראה דהנה מחלוקת רבא ורב אחא ברי' דרב איקא הוא דרבא ס"ל דמן התורה לפסוק דין בעי דוקא שלשה מומחין. ואם פסקו שלשה שאינם מומחין אין הדין דין.

ורב אחא ברי' דרב איקא ס"ל דכיון דכתבה התורה בצדק תשפוט עמיתך. הרי דגלי קרא דפסק הדין אינו אלא כשאלת איסור והיתר דאטו יש לומר שיהיה דין התורה לשאול שאלה בעניני טריפות ליבעי דוקא ב"ד.

בודאי דלא שייך לומר כן. דעלינו רק לידע אם זה ששואלין אותו יודע דיני הטריפות או לא.

ה"נ כשבאין שנים לדין ג"כ שאלה הוא הדין עם מי. ונחזי אנן אם יודע הוא ובקי בחו"מ הי' דינו דין בזה"ב ואם אינו יודע דיני ממונות לא הי' דינו דין.

ורק היכא דבעי ב"ד לעשות החיוב כגון גבי קנסות בזה"ב דבלא ב"ד אין החיוב. ורק ב"ד הי' עושים חיוב הקנס.

כדכתיב קרא אשר ירשיעון כו'. בזה הי' בעי דוקא ב"ד.

אבל כל דיני ממונות לא הי' הב"ד עושים כל החיוב. רק שהי' אומרים היאך הדין.

והוי רק כהוראות איסור והיתר דחד נמי כשר. והא דבעי קרא בצדק תשפוט עמיתך דהוי אמינא כיון דדיני ממונות הוא להאמין העדים.

ולהאמין זה נגד זה. לא נתנה התורה הכח הזה דוקא לשלשה מומחין.

דזהו סברת רבא דס"ל דבכל דיני ממונות בעינן דוקא מומחין. ס"ל לרב אחא ברי' דרב איקא דגלי לן קרא דבצדק תשפוט עמיתך דהכח הזה הוא לכל ישראל.

נמצא דפסקי דיני ממונות. וגם האמנת העדים.

והאמנת הבע"ד הוא רק שאלה כמו איסור והיתר דשואלין להדיין איך הוא הדין ומי נאמן. וכיוצא בזה.

ואם יודע הוא אפילו חד נמי, כשר. והנה אע"פ שלדברי רב אחא ברי' דרב איקא בדי"מ כמו הודאות והלואות לא ה' בעינן אלהים.

אעפ"כ לדידי' בעינן ג"כ לשליחותיהו קא עבדינן: דהנה התוס' בסנהדרין ב' ד"ה ליבעי הקשו וז"ל תימא דמשמע הכא דממעטינן הדיוט מדכתיב אלהים ובפרק המגרש ממעט ליה מדכתיב לפנייהם ולא לפני הדיוטות. ונראה לפרש דבגיטין לענין מילי דכפי' איירי דאהכי מייתי לה דאביי אשכח לרב יוסף דהוי יתיב וקא מעשי אגיטין.

אמר ליה דעשוי מלפניהם משום דדרשינן לקמן מאשר תשים אלו הדיינין דשייך בהן שימה עכ"ל התוס'. הרי שיש שני דינים במומחין יש דין דאלהים לפסוק הדין.

ויש דין דבעי מומחה לכוף בזה"ב והדיוט אין יכול לכוף. והנה אף שסובר ר"א ברי' דרב איקא.

דדי"מ הוי רק כשאלת איסור והיתר ומי שהי' יודע הדינים בזה"ב ה' יכול להגיד הדין. אבל היאך יכול הבע"ד לקיים דבריו כיון דהדיוט הוא אין בידו לכוף לקיים לזה אמרינן שליחותיהו קא עבדינן ד) ובזה יתבאר היטב הפירוש של שליחותיהו קא עבדינן.

דהנה שמעתי להקשות איך מועיל שליחותיהו דקמאי כיון שכבר מתו. הא אין שליחות למתים וכיוצא בהן קושיות ודקדוקים.

ואמרתי דאין הכונה שאנחנו שלוחים של הראשונים כמו שלוחו של אדם כמותו. אלא כונה אחרת יש בזה.

דהנה הקשו הפוסקים על דברי התוס' דס"ל בב"ק מ"ט דבשוגג יש שליחות לדבר עבירה. א"כ איך אמרינן הוסיף לו רצועה אחת ומת הרי זה גולה על ידו ואוקמינן דטעה דיינא גופא.

א"כ כשהדיין אומר לו הכהו. והשליח שגג יתחייב על ידו גלות.

דהוי שלוחו בשוגג. ואמרתי דשליח ב"ד אין הכונה שהוא שלוחם של ב"ד לעשות.

והוי שלוחו שלאדם כמותו. אלא הכונה דכתיב בקרא שופטים ושוטרים תתן לך והדיינים הם השופטים ושליח ב"ד הוא השוטר.

ומה שהשופטים יפסקו. יש שוטרים ממונים.

שהם היו עושים מה שהב"ד פסקו. והם לא היו עושים בעד הב"ד ככל השליחות שמה שהם עושים הם עושים בעד משלחם.

אבל מה שהשוטר ה' עושה הוא בעד עצמו. שע"ז ממנים שוטרים ונקראים שלוחי ב"ד שהם ממלאים מה שב"ד פסקו.

נמצא כששליח ב"ד הי' מכה לאחד מלקות בזה"ב. אף שהדיין הי' אומר לו הכהו אין הכונה שהוא עושה בעד הדיין.

רק הוא עושה בעצמו. כשהדיין הי' אומר שצריך אותו להכות.

אז הי' השוטר מכהו. נמצא דלא שייך כלל שהדיין יתחייב גלות בשליחות השליח בשוגג. שהרי לא עשה בעדו. ובודאי דאם הב"ד בזה"ב פסקו דין שאחד מחויב לחברו ואמרו להשוטר שישגבה ממנו אף שהב"ד מתו.

יוכל הי' השליח שלהם לגבות. שאין דינו כדין שלוחו של אדם שהולך רק בכחו.

אבל שליח של ב"ד הוא כשב"ד הי' מצווין. הי' עושה מכח עצמו כדין שוטר.

וזהו דקאמרינן שליחותיהו דקמאי קא עבדינן שהב"ד עשו שלוחים לכל העולם שכל הכתוב בתורה. אנן שלוחי דקמאי ושוטרים היינו בזה"ב לכוף לקיים הכתוב בתורה.

ובודאי דשוטר אין צריך להיות מומחה שאף הדיוט הי' יכול להיות שוטר לכוף בזה"ב. כיון שכפיתו הי' לקיים מה שכתוב בתורה.

וא"כ אנן כיון דהדין כבר פסוק בחושן משפט ומי שהי' יודע הדין. הוא הי' שליח של ב"ד ושוטר לכוף לקיים בזה"ב: ה) וכ"ז הוא בהודאות והלואות.

דהוי רק כמו שאלה וידיעה. אבל היכא דבעי ב"ד לעשות הדין.

בזה לא שייך שהשוטר יעשה והיכא דבעי ב"ד לעשות הדבר. בזה בעי אלהים דוקא.

אלא דאלהים פירושו מי שיש לו רשות בזה"ב לא שיהי' סמוך דאם היה פירוש של אלהים דדוקא סמוך מיקרי אלהים. וא"כ איך אמרינן דסמוך אחד מושיב שנים בצדו שאינם סמוכין.

אלא הכונה שהי' להם רשות בזה"ב איש מפי איש עד משה רבינו שהי' לו רשות מפי הגבורה. שנמצא כולם הי' להם רשות מפי הגבורה.

ורשות לא בעי דוקא שיסמוך אותו דכמו שמצינו שמסמיכין רק לדבר אחד. ומסמיכין לזמן כמו ר' יוחנן דאמר לרב שמן בר אבא הרי את ברשותינו.

ה"נ הסומך מושיב שנים בצדו. ונותן להם רשות שידונו בדין זה, דרק לסמיכה להסמיק שיהי' סמוך בענין ב"ד.

אבל רשות גם אחד נותן. נמצא דכשאחד שיש לו רשות כבר נתן לו רשות לשנים הרי הם ב"ד אלהים וב"ד הוא מן התורה: ולפי"ז מיושב מאי דהיו מקבלין גרים בזה"ב אף בעת שכבר נפסק הסמיכה בישראל.

דכיון דגבי גר הי' בעינן בזה"ב שלשה מה"ת. שהרי פסק הרמב"ם כר' יוחנן דאם הי' נתגייר בזה"ב שלא בפני שלשה לא הי' גר.

וא"כ איך היו מקבלין אע"פ שאינם סמוכים הא כיון דהי' בעינן ב"ד שיהיו המגיירים והם הי' ב"ד לעשות הדבר. דע"ז לא הי' מועיל שליחותיהו דקמאי דביארנו שהוא כמו שוטר דהיכא דבעינן ב"ד הא לא מהני שוטר.

ואם נימא דהוא דרבנן. תקשי לדידן דס"ל אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת אך היו יכולים בזה"ב לישא גיורת שנתגיירה שלא בפני סמוכים.

אכן לפי שביארנו דאלהים הוי רשות נמצא כשראו שפסק הסמיכה נתנו בזה"ב רשות לכל ישראל לדון ולעשות הדין משום נעילת דלת בפני גרים כדאיתא בתוס'. נמצא דהוי אלהים מן התורה אף שאינם סמוכים.

אלא דזה לא ה' מועיל בדי"מ לכוף בזה"ב דנהי דהוי אלהים. אבל לכפי' בזה"ב בעינן מומחין מקרא דאשר תשים לפניהם דדוקא מומחין וסמוכין יכולים לכוף בזה"ב ואף שיוכלו לדון בדין זה אבל לכוף אינם יכולים.

אלא דגבי די"מ דהודאות והלואות כיון דשם הוי רק כאיסור והיתר יוכלו לכוף בזה"ב מטעם שב"ד כדין שוטרם: (ו) וע"פ מה שביארנו דגבי גר בזה"ב הב"ד הם המגיירים ובעי שלשה משום דשם הב"ד עושים הדין ביארתי היטב סוגית הגמ' בכתובות דאמר רב הונא גר קטן בזמן הבית מטבילין אותו על דעת ב"ד מאי קמ"ל דזכות הוא ליה וזכין לאדם שלא בפניו הא תניא זכין לאדם וכו' והקשה בתוס' ד"ה מטבילין אותו ז"ל ותימא דהא זכי' הוי מטעם שליחות כו' וא"כ איך זכין לקטן והלא אין שליחות לקטן כדאמרין בא"נ.

ועוד דאכתי עכו"ם הוא ואמרין התם דקטן דאתי לכלל שליחות אית ליה זכי' מדרבנן עכו"ם דלא אתי לכלל שליחות אפילו זכי' מדרבנן לית ליה. ונראה לר"י דהכא נמי דזכין לו מדרבנן.

וא"ת היכי הוי גר מדרבנן ושרינן לי' בבת ישראל וקדושיו קידושין הא מן התורה עכו"ם הוא וי"ל דסבר כמ"ד בהאשה רבה דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה. וכי פריך מקמ"ל הוי מצי לשנויי דקמ"ל דיש כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה וחדא מתרי טעמי נקיט עכ"ל התוס': ולפי"ז יקשה על הרמב"ם דאיך פסק דהוי מטבילין בזמן הבית על דעת ב"ד הא איהו פסק שאין כח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה: לכן נראה לי דאין הכונה שזוכין אותו שיהי' ישראל בזמן הבית דמאי שייך זכות.

הא לא חפץ הוא. שנימא שהכונה שזוכין גופו שיהי' ישראל.

וגם במה זכו בגופו בשלמא בחפץ זוכין בהגבהה בעדו. אבל הכא במה יזכו גופו.

הרי ב"ד אין עושין מעשה בגופו. ובודאי בזה אין סברא לומר.

דמה שמטבילין אותו הוי הגבהה דבודאי הכונה גר קטן מטבילין אותו על דעת ב"ד הכונה אף אם הקטן טבל את עצמו. והרי לא הגביהו אותו.

ואין צריך אריכות לבאר דקשה מאד בזה דיני זכיות. אלא הכונה הוא דהנה הא דגר מתגייר בזה"ב אין הכונה שהוא עושה עצמו לגר.

והא דבעי שלשה הוא רק דין שאימתי ה' נעשה בזה"ב גר כשהתגייר עצמו בפני שלשה דא"כ למה לן קרא ביבמות עבד איש אתה מל בע"כ ואי אתה מל בן איש בע"כ. ופירוש רש"י דאשמעינן קרא שאין מגיירין גר בזמן הבית בעל כרחו.

ואם נימא דגר כשנתגייר בזה"ב הוא עצמו הי' מגייר את עצמו. א"כ למה איצטריך קרא שלא יגיירו אותו בע"כ.

אם בע"כ הוא הרי לא נתגייר כלל. ובודאי דלא מיירי בכפוהו עד שאמר רוצה אני דממ"נ אם נימא דנתרצה.

הרי מדעתו הוא. ע"כ צ"ל דמוכח מכאן דגר כשמתגייר בזה"ב אין הכונה שהוא מגייר אה עצמו.

אלא דהכונה דב"ד היו עושים אותו לגר דמשפט כתיב בי'. היינו דב"ד היו עושים אותו לגר.

והם שופטים אותו לגר. והב"ד הם היו המגיירים.

והוי אמינא דאף בע"כ היו יכולים לגיירו בזה"ב. וגלי לן קרא דבעינן דוקא מרצונו.

נמצא דבעינן רק שיתרצה. וזה קי"ל כל היכא דזכות הוא לו הוי כשנתרצה דמשו"ה זכין לאדם שלא בפניו דכיון דזכות הוא לו הוי כנתרצה וכיון דהוי כנתרצה.

משו"ה הי' יכולים ב"ד לגייר קטן בזה"ב משום דזכות הוי כנתרצה: (ז) וכן ביארתי הא דכתב הרמב"ם קטן שקנה הקרקע ונתן הדמים תעמוד הקרקע בידו שזכין לאדם שלא בפניו ומזה הוכיח הקצוה"ח בכמה דוכתי. דטעמא דמהני דעת אחרת מקנה לקטן משום שהמקנה זוכה בעדו (ועיין בדברי הקצוה"ח בסימן רל"ה) דמדקאמר הרמב"ם שזכין לאדם שלא בפניו.

והא הטעם משום דעת אחרת מקנה מועיל לקטן. וע"כ דהא גופא דמהני דעת אחרת הוא משום שזוכה הגדול בעדו: וכמובן הדברים קשה מאד להבינם דהלא אין אדם זוכה בשלו לאחר.

וא"כ הקטן הוא הזוכה. ובשעה שהקטן זוכה אינו בידו.

ואיך יוכל לזכות בעד הקטן בשלו. אך לפי שביארנו פשוט דברי הרמב"ם דכונת הרמב"ם לומר דמשו"ה יכולין לזכות מן הקטן ולהקנות לו שיקנה הקרקע.

דזכין לאדם שלא בפניו. היינו שכל הזכות הוא לו.

עושין בעדו ואמרינן דבודאי נתרצה. וכן איתא כלשון הזה ברשב"א (נדריים ל"ו) ז"ל הרשב"א הא דהאיבעיא לן התורם משלו על של חבירו צריך דעת או לא מי אמרינן כיון דזכות הוא לא צריך.

קשיא לן והא שליחות לאו מדין דניחא ליה או לא ניחא ליה. אלא גזירת הכתוב הוא דמה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם כו'.

וי"ל דתורם משלו על של חבירו שאני. דלא בעינן שלוחו לדעתו.

אלא בתורם משל בעה"כ. אבל בתורם משלו על בעל הכרי כיון שאינו של בעה"כ לא בעינן שליחותו ממש ואין הדבר תלוי אלא אי זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו או לאו זכות הוא לו דמצוה דנפשי' עדיף לי' עכ"ל הרשב"א ז"ל.

והנה פירשו כונת הרשב"א. דס"ל זכין לאדם אבל אין זכין מאדם שלא בפניו. ומשו"ה התורם משל בעה"כ צריך דעת. דאין זכין ממנו שלא בפניו ובנו ע"ז הרבה בנינים: אך כל רואה יראה דלא כוון הרשב"א לזה.

דאם הי' כן כונתו. א"כ לתירוצו.

בשליחות לא בעינן כלל דעתו והחסרון בתורם משל בעה"כ על של בעה"כ הוא דאין זכין מאדם. וא"כ הי' להרשב"א לומר כן דלא כדהוה סבירא ליה דבשליחות בעינן דעת אלא דבתורם משל בעה"כ על של בעה"כ שאני והוא כתב דבתורם משלו על של בעה"כ שאני ומסיק דבתורם משלו על של בעה"כ.

כיון שאינו משל בעה"כ לא בעינן שליחותו ממש. ולדברי המחדשים הרי באמת בעינן שליחות רק שליחות מועיל היכא דזכין שלא בפניו אלא דבודאי כונת הרשב"א דבודאי היכא דצריך שליחות.

אין מועיל זכין לאדם שלא בפניו דבשליחות בעינן דעת. והרי דעת אין כאן אף דזכות הוא.

אלא כוונת הרשב"א דאימתי בעינן שליחות היינו דוקא בתורם משל בעה"כ. דכיון דתרומה הוא של בעה"כ.

א"כ בעה"כ הוא התורם. נמצא שהוא שליח של בעה"כ.

ובעינן דוקא מדעתו דשליחות בעינן דעתו. אבל בתורם משלו על של בעה"כ.

כיון דהתרומה משלו הוא בעצמו התורם. דיש כח ביד אדם לתרום משלו על של חבירו אלא כיון דהוא תורם על של חבירו בעינן רצון חבירו.

שבלא רצונו איך יכול לתרום על של בעה"כ. שהרי הוא פוטר את תבואתו.

ואיך יכול לפטור שלא מדעתו. ומשו"ה בעינן דוקא רצונו וכיון דלא בעינן שליחות רק רצון משו"ה זכין לאדם שלא בפניו היינו דהוי כנרתצה.

כן הוא לדעתי ברור בכונת הרשב"א. וא"כ ג"כ בכתובות.

ג"כ הכי פירושה כיון דב"ד הם היו המגיירים בזה"ב שהרי משפט כתיב בי'. אלא דבעינן רצונו.

משו"ה כיון דזכות הוא לו אמרינן זכין לאדם שלא בפניו היינו דהיכא דזכות הוא לו. הוי כנרתצה בפירוש.

הרי דב"ד הם היו המגיירים בזה"ב. ובכה"ג לא מהני שליח ב"ד ובעינן אלהים ואעפ"כ הי' מקבלין בזמן הבית אף בעת שלא היו סמוכים הרי דאלהים לא בעינן רק רשות.

וכיון דשליחותיהו קא עבדינן היינו שנתנו רשות מפני נעילת דלת לכל העולם. שיקבלו גרים בזה"ב ומקריא אלהים: ח) היוצא מדברינו דיש שני דינים.

יש דין דבעי ב"ד א לפסוק ולעשות הדין. וגם יש דין דלכפי' בזה"ב היו בעינן דוקא סמוכין ומומחין: ועוד ביארתי דבדיני ממונות כהודאות והלואות הי' מועיל שליח ב"ד לכפי' בזה"ב דלכפי' לגבות הי' יכול גם שליח ב"ד בזה"ב.

אבל היכא דבעי ב"ד לעשות הדין. בזה אין מועיל שליח ב"ד.

אלא היכא דבעי ב"ד לעשות הדין בלא כפי' דלא בעינן מומחין רק אלהים בזה הי' בעינן רק רשות והי' מועיל שליחותיהו קא עבדינן. דאנחנו אלהים היכא דיש לנו רשות.

נמצא דכל זה היכא דהדין אינו כפי'. דהדין הוא מרצונו כמו גר בזה"ב וחליצה.

אבל היכא דהדין גופא הוא כפי' כמו בלעשות חיוב כפל. דהדין גופא שמחייבים אותו הוא כפי'.

בכה"ג אין מועיל שליח ב"ד. דהרי לעשות חיוב בעי ב"ד.

ואלהים נמי אינו מועיל היינו רשות בלבד בלא סמוכין אין מועיל. שהרי הוי רק רשות אבל סמוכין ומומחין הא לא הי'.

ואמרינן לפנייהם ולא לפני הדיוטות בכה"ג בעינן דוקא שלשה סמוכין: ולפי"ז מיושבים שפיר דברי הרמב"ם שכתב שנקרא ב"ד אלהים אם יהי' אחד מהן סמוך. דהתם קאי היכא דלא בעי כפי' רק נתינת רשות דבעינן אלהים.

בזה אם אחד סמוך הרי הוא נותן רשות לשנים הנותרים וממילא נקראו אלהים. וכן בדין הסמיכה ג"כ כתב דאחד סמוך מושיב שנים בצדו.

דכיון דנתן להם רשות נעשו אלהים ויכולים לסמוך. ולפי"ז יתבאר נמי מה שכתב הרמב"ם שם ז"ל נראין לי הדברים שאם הסכימו כל החכמים שבארץ ישראל למנות דיינים בזה"ב.

ולסמוך אותם הרי אלו סמוכים ויש להם רשות לדון דיני קנסות בזה"ב. ועיין שם ברדב"ז.

ולדברינו כיון שכל ישראל יש להם רשות לעשות סנהדרין בזה"ב. שהרי צותה התורה שופטים ושוטרים תתן לך.

א"כ לענין זה מקרי אלהים וחכמי ישראל יש להם רשות לסמוך. אבל גבי דיני קנסות.

דהדין הוא כפי'. ולכפי' בעינן דוקא סמוכין ומומחין.

משו"ה כתב אין דנים אלא שלשה מומחין והם הסמוכים בארץ ישראל. ולפי"ז מיושב נמי מאי דכתב הרמב"ם שנים שדנו אין דיניהם דין אף שהוא פסק כרב אחא ברי' דרב איקא דמדאורייתא חד נמי כשר.

ובגמרא אמרינן דרב אחא ברי' דרב איקא דאית ליה חד מן התורה כשר ס"ל כשמואל דשנים שדנו דיניהם דין: אכן לדברינו ניחא דנהי דרב אחא ברי' דר"א ס"ל דדין בדיני ממונות הוי כדיני איסור והיתר דאינו אלא שאלה. אבל הא לכפי' בזה"ב הא בעינן דוקא מומחין.

וע"כ הטעם משום שליח ב"ד. והיכא הוי שליח שנתנו לו רשות.
אבל היכא שב"ד לא נתנו רשות הרי אין יכול לכפות. וא"כ כיון שלא נתנו רשות אלא לשלשה א"כ שנים אינם יכולין לכפות מן התורה.
שהרי לשנים לא נתנו רשות ולא הווי שליח ב"ד. וע"כ צ"ל הא דאמר דלרב אחא ברי' דרב איקא אית ליה דשמואל דשנים שדנו הי' דיניהם דין.
היינו היכא דהם מומחין. או שיש שליח ב"ד שממונה מן מומחין לעשות כדין תורה.
א"כ כיון דשנים שדנו הי' דיניהם דין אם הם מומחין. או שיש שליח ב"ד ממונה מן המומחים.
כיון דהדין שדנו הי' דין. יכול השליח ב"ד לגבות ולעשות כדינם.
אבל הרמב"ם קאי בזמן הזה דאין מומחים. וגם שליח ב"ד ממונה מהמומחים אין כאן.
א"כ שפיר כתב הרמב"ם דשנים שדנו אין דיניהם דין. שהרי כיון דלשנים לא נתנו רשות ממילא לא הווי לזה שלוחי ב"ד.
ואיך יגבו ויכפו. הא אמר קרא לפנייהם ולא לפני הדיוטות: ולפי"ז שפיר מבואר טעם הרמב"ם דפסק דכל הנישום כעבד לא הי' גובין אותו בבבל.
אבל שבת וריפוי הי' גובין דהנה לעיל ביארנו (בסוגיא דולדות צררי נינהו) דהרמב"ם ס"ל דנזק דאדם אינו מדין נזק. ובעי ב"ד לחייב.
ומשו"ה מודה מפי עצמו פטור. דכיון דהחיוב הוא מטעם עין תחת עין ומלא תקחו כופר. דהדין הוא על ב"ד וב"ד עושים החוב וא"כ בזה לא שייך שליחותיהו קא עבדינן דהיכא דבעי ב"ד לגמור הדין. הרי אין מועיל שליח ב"ד.
וגם אלהים אין מועיל דכיון דהדין הוא כפי'. הרי בעינן דוקא מומחין.
דילפינן מאשר תשים לפנייהם ולא לפני הדיוטות דהדיוטות לא יכלו. דמש"ה כתב הרמב"ם דגבי קנסות בזה"ב דכפל וכדומה בעינן דוקא שלשה מומחים.
ולא סגי באחד סמוך. ושם ביארנו דהיינו נזק וצער ובושת בכולהובעי דוקא ב"ד לחיובי דנזק וצער ילפינן מעין תחת עין.
ובושת מוקצותה את כפה (והא דמשלם בושת ע"פ עצמו ביאר הרמב"ם משום שהודאתו הוא שביישו אבל ב"ד בעי). וכיון דבאלו השלשה בעי ב"ד משו"ה אין גובין דיני חו"ל.
שהן אין יכולין להרשות ב"ד לחייב אלו השלשה דברים. וגם לית בהו חסרון כיס כיון שאין החיוב מטעם נזק.
אבל שבת וריפוי דלא בעי ב"ד שחל מעצמם החיוב. שהרי בשבת וריפוי כתב הרמב"ם דמשלם ע"פ עצמו.
ומשו"ה גובין דיני חו"ל בזה"ב. אבל אדם באדם שכיה.

דמצוי בכל יום חבלות. שהרי מצוי קטטות ומריבות והא דפריך אדם באדם ומשני בגמרא דלא שכיח.

הובא בב"ח הגירסא אדם באדם ופגם. נמצא דהרמב"ם יפרש דהקושיא הוא כן. איך קאמר כל הנישום כעבד אין גובין בבבל. דמשמע מזה דגם פגם אין גובין בבבל. שהרי פגם שמין אותה כאילו שפחה נמכרת בשוק. וכן מדקאמר נזקי אדם באדם אין גובין בבבל דבשלמא משבת וריפוי לא קשה ששבת וריפוי אינו בכלל נזק. אבל פגם הא נזק הוא (כדאמרינן בב"ק צ' פגם היינו נזק), וא"כ איך קאמר נזקי אדם באדם אין גובין בבבל. הא פגם דהוא נזק וזה ביארנו למעלה דפגם משלם ע"פ עצמו דפגם דאונס ומפתה לאו קנסה נינהו.

ודין הוא באונס ומפתה דמשלם פגם וכמו שביארנו והוכחנו שם בארוכה. וא"כ פגם לא בעי ב"ד ומשלם ע"פ עצמו ואמאי אין גובין בבבל וע"ז משני דפגם לא שכיח. דאונס ומפתה הוא דבר שאינו שכיח ולהרמב"ם פירוש הקושיא אדם באדם פגם דממונא הוא לשלם ע"פ עצמו. ולא גריס ופגם וע"ז תירץ דהאי נזקא. דפגם הוא דבר שאינו מצוי. וכמו שכתב הרמב"ם שני (בהלכה י"ד) ז"ל ולא כל המשלם ע"פ עצמו גובין ממנו דיים חו"ל בזה"ב שהרי הפגם והבושת משלם אדם ע"פ עצמו כו'.

ואין גובין דייני חו"ל והטעם משום דלא שכיח וכנ"ל: התשובה הזאת של כבוד א"א מו"ר זצ"ל אשר הנני נותן בזה לדפוס שהיא אחת מהתשובות הרבות שכתב כאשר הודעתי בהפתיחה עוד בשלחי הספר לדפוס בתחלת שנת תר"ם הי' בדעתו של כבוד אבא מרי זצ"ל לשלחה לידי לצרפה לספרי כאשר הודיע לי אז דעתו הרמה, אך מסבת מחלתו שתקפתהו לא הי' יכול לסדרה, קוה קוינו כי עוד ישוב לאיתן בריאותו אך אהה הורמה עטרת מעל ראשנו, נצחו אראלים את המצוקים ועלה ארון הקודש השמימה ביום כ"ח אדר ראשון תר"ם.

עליו נוכל להמליץ מה שאמרו רז"ל גזע ישישים כו' ועמו ספר מלחמות, כי הצדיק הוא "ספר מלחמת ה'" כל יום הוא דף אחד מספר מלחמותיו שעובד ה' במסירת נפש, כי גם בעת מחלתו האיומה ראינו מסירת נפשו על כל דין. יסוריו הי' יסורים של אהבה לא ביטל תפלה בציבור, ועד שהי' יכול לדבר אף בקושי, לא ביטל שיעוריו שבכל יום תנוח נשמתו בגן עדן וזיע"א: ועתה כאשר העתיק התשובה הזאת כבוד אחי יקירי החתן הרב החו"ב הנעלה מ' אפרים שי' וסידרה והניחה למען מלאת רצונו של כבוד אבינו זצ"ל הנני לצרפה בזה לספרי: שאלה אשר הי' בקאלאניא באריסאווקי סמוך לבאקשט כי נסע בעה"ב אחד למדינת הים.

וגם בעלת הבית הנושאת ונותנת בבית נסעה לוויילנא והניחה בהמה מבכרת וכן קטן כ"ב שנה. ובעבור כי הקטן אינו יכול לדבר היטב בלשון לועזי קרא לחברו כבן ט"ז שנה ומכרו לעכו"ם הבהמה המבכרת כדין והעכו"ם לקח א קאפ' מהגדול שבהן ונתן ליד הקטן או"ג ומשך העכו"ם הבהמה מן הרפת לרחוב והניחה לצד הרחוב.

ולדעתי הוא סמטא המוזכר בש"ס ופוסקים וכן מאז עד היום ג"כ הי' כל משיכת בהמות מבכרת באופן זה וגם ע"י עכו"ם זה אשר רגיל ויודע וכמה פעמים מאז קנה ג"כ מבכרת לפטור מן הבכורה. והנה הבן קטן אומר כי אמו צותה עליו למכור ואחר המכירה בא מכתב לשכנתה כי תמכור את המבכרת ונשאלתי אחר שילדה המבכרת זכר אם מותר לשחטו: א) תשובה הנה לכאורה לפי מה שמבואר בגיטין (ס"ה) דמה שמכירת קטן מבן עשר ויודע בטוב מו"מ עד שהגדיל מקחו וממכרו ממכר הוא מתקנת חכמים א"כ הוא בנ"ד הוי ספיקא דאורייתא אם תקנת חכמים מועיל להוציא איסור מה"ת כמו שמבואר בפ"ת י"ד (סימן ש"כ ס"ק ד"ה בשם ח"ס סימן שי"ד): ב) אכן לכאורה בנ"ד גרע טפי דאפילו יהא פשיטא לן דתקנתא דרבנן מועיל להוציא איסור מה"ת יש להסתפק בנ"ד כיון דלאו של קטן הוא רק מטעם שליחות אתינן עלה ואין שליחות לקטן (ב"מ ע"א) אף אם נאמין להקטן דאמו צותה עליו למכור.

אולם אף אם לא צותה עליו אמו מ"מ אם הי' לו דין דשליחות הי' יכול למכור מטעם זכין לאדם שלא בפניו כמבואר שם בפ"ת בשם המ"א. וביור"ד (סימן של"א סעיף מ' וסעי' מ"א) אם אבי' כו' תורמין מפני שהם ברשות והוא מן התוספתא וכן מבואר בשבת סוף פרק ב"מ שלשה דברים צריך אדם לומר ע"ש עם השיכה עשרתם כו' ולא משמע שעשאן תחילה שליח אבל כאן דאמר הטעם מפני שהם ברשות ע"כ מטעם שליחות ואין שליחות לקטן ואף על הגדול שבהן שהוא בן ט"ז שנה יש להסתפק אם הביא שתי שערות ומאד קשה הדבר לבדקו: ג) אמנם אני בעניי פתחתי פתחא לנפשי להתירה אף שאין מבואר בפוסקים עכ"ז לפענ"ד שריר וקים אם יסכימו עמי איזה רבנים.

והוא דל סברת קנין דרבנן מה שקטן מכר אלא אפילו בלא מכירת הקטן קניית העכו"ם קני' וקונין מה"ת. וראייתי מהא דב"מ ודף כ"ב) פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת דס"ל לאביי יש"מ לא הוי יאוש.

ופריך ת"ש כיצד אמרו התורם שלא מדעת תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חבירו וליקט (לצורך, בעה"ב רש"י) ותורם שלא ברשות אם חוששין משום גזל אין תרומתו תרומה ואם לאו תרומתו תרומה ומנין הוא יודע אם חושש משום גזל אם לאו הרי שבא בעה"ב ומצאו וא"ל) כלך אצל יפות ומצא יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה לקטו הבעלים והוסיפו עליהם בין כך ובין כך תרומתו תרומה וכי נמצא יפות מהן תרומתו תרומה אמאי בעידנא דתרם הא לא הוי ידע ומשני תרגמא רבא אליבא דאביי דשוי' שליח.

ובשו"ע יו"ד (סימן של"א סעיף ל"א) התורם שלא ברשות או שירוד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותורם אם בא בעה"ב וא"ל כלך אצל יפות אם הי' שם יפות ממה שתורם תרומתו תרומה ואם ליקט בעה"ב והוסיף בין כך ובין כך תרומתו תרומה. (גילה בדעתו בזה דניחא לו ש"ך).

וכן הוא לשון הרמב"ם פ"ד מתרומות והקשה הכ"מ שם וכן הב"י הא קי"ל כאביי ביאושש"מ דלא הוי יאוש א"כ ע"כ צריך לאוקמי בשוי שליח ואמאי פסק הרמב"ם בכלך אצל יפות אף בלא שוי שליח והט"ז שם (ס"ק ט"ו) הוסיף וז"ל וכיון דקיי"ל

כאביי בזה ממילא לא הוי תרומה אא"כ שוי שליח ואמאי פסק הרמב"ם דאפילו לקח מתחלה כדי שיקח לעצמו א"כ לא הוי שליח כלל ואמאי הוי תרומה.

ועוד הוסיף הט"ז להקשות וז"ל והיותר קשה הפלא ופלא על דעת הרמב"ם שכתב אפילו בירד לשדה חבירו שלא ברשות כדי ליקח פירות לעצמו ואח"כ תרם דהוי תרומה בנמצא שם יפות כיון דאמר שם בברייתא דכל שהוא חשש גזל אין תרומתו תרומה ובהא ודאי יש משום גזל אפילו אמר כלך אצל יפות למסקנא דרבא.

דלא מהני כלך אצל יפות אלא בתרומה דמצוה היא אבל במקום אחר אמרינן דמחמת כיסופא הוא דאמר הכי כו' וזו קושיא עצומה בלי ספק. ותירץ הב"י וכן הט"ז דמה שתרגמא רבא אליבא דאביי דשוי שליח הוא רק אליבא דאביי דאפשר לא ס"ל סברא דמצוה ודאי ניחא לו.

אבל אליבא דאמת ס"ל לרבא וגם לאביי מסוגיא דקידושין דבמצוה לא בעינן כלל דשוי שליח רק אמרינן דודאי ניחא ליה. וז"ל שם עוד וע"כ אתה צריך לומר כן דאל"כ הא בעינן לדעתכם אליבא דכ"ע ואליבא דרבא לא מיירי בעשה שליח כדמשמע בקידושין.

אלא ע"כ דכאן אמרינן דהוי לדעתכם וכאילו אמר בפירוש דעשה שליח לכך הכי נמי לאביי דלא מיירי בעשה שליח ולא תקשה קושית הגמ' הא אמרינן יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ואמאי הוי כאן תרומה דגם לזה נימא סברא זאת דהוי כאילו אמר בפירוש מתחלה כיון דמצוה היא כו' יע"ש. וז"ל שם עוד ומה שהקשינו לעיל דהא בגזל ממש ס"ל אף לרבא דלא מהני כלך אצל יפות ואמאי הוי תרומה כל שלקח כדי לקחת לעצמו נראה לתרץ דמיירי שכל מה שליקט לעצמו תרם ולא השאיר לו כלום ועל כן אין כאן גזל מעיקרו דסופו דהוי מצוה הוכיח על תחילתו וכאילו לקח תחלה על שם תרומה והשתא דאתינן להכי להרמב"ם דמיירי בלא עשאן שליח ניחא גם דעת הטור ודברי' כמשמען בלא עשה שליח וכן דברי הסמ"ג עשין (סימן קל"ד) מבוארים בלא עשאן שליח עכ"ל הט"ז: ומעתה כיון דנתבאר לדעת הט"ז וכן הסכימו ראשונים ואחרונים דמיירי בלא עשאן שליח רק אמרינן מחמת נחותא דמצוה ליכא גזל כלל דאיגלאי מילתא למפרע דניחא ליה.

גם בנ"ד דל שליחות דקטן אמרינן דמעיקרא ניחא לבעה"ב כיון דהוי מצוה אמרינן אף דהוי קני' שלא מדעת אבל בעבור נחותא דמצוה איגלאי מילתא למפרע דניחא ליה וקנין העכו"ם קנין גמור אף בלא שליחות דקטן ובנ"ד ודאי נחותא דמצוה איכא כמבואר בשו"ע יו"ד (סימן ש"כ) דלא יבא לידי תקלה: ד) ועוד דהכא בנ"ד עדיף טפי דהא איכא גם הפסד ממון בלתי המכירה א"כ אנן סהדי דמעיקרא ניחא ליה לבעה"ב בקנין העכו"ם אף שלא הי' מדעת וקנין העכו"ם הוי קנין מה"ת.

(ועיין ב"ב קל"ז) רשב"ם ד"ה יצא ואע"ג דלא פירש כמאן דפריש דמי וע"ע ביאור הגר"א אה"ט (סימן כ"ח ס"ק נ"ג) יע"ש היטב: ה) ואין להקשות הא צריך לומר לך חזק או משוך וקני ואיך יקנה שלא מדעת זה אינו דהא מבואר ב"ב (דף נ"ב) בפניו אין צריך לומר לך חזק וקני. ופרשב"ם וז"ל אם גדר ופרץ לוקח בפניו דמוכר אין צריך למימר לו מוכר ללוקח לך חזק וקני אלא מכיון שנתרצה לו למוכרה בכך וכך מעות

והחזיק זה בפניו הוה חזקה דניחא לו בהך חזקה והלכך שתיק ולא יוכל מוכר לחזור בו עוד והלוקח נתחייב לו דמי מקחו עכ"ל.

הרשב"ם וכיון דמשיכה ילפינן מחזקה לענין זה כמבואר בפוסקים א"כ בנ"ד אין לך חזקה דניחא ליה בהך משיכה גדולה מזו והילכך משיכה של העכו"ם משיכה גמורה אף דהוי שלא מדעת בעה"ב כמו שנתבאר: (ו) ואין לערער כיון דכתבה בעה"ב לשכנתה למכור אזי אין רשאי אחר למכור כמו שמבואר בחולין י"ב האומר לשלוחו צא ותרומם ואיניש אחרנא שמע ותרם אין תרומתו תרומה כמו כן נ"ד לכאורה אין מכירת אחרים מכירה: אולם לא הוי בזה עירעור כלל דהא כתב המל"מ פ"ד מהל' בכורות (סוף דיבור של הלכה א') בשם ת"ה (סי' קפ"ח) דמי שגילה לאחד שיעשה איזה פעולה ושמע אחר ועשה דחשיב שליח ולא דמי להא דחולין י"ב דשאני התם דאפשר דדעת בעה"ב דשלוחו דוקא יתרום משום דיודע ומכיר באיזה מדה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה או רעה או בינונית וכן אם דעתו לומר כלך אצל יפות או איפכא ולפ"ז אם עשו שליח לתרומות מעשר או למעשר ראשון או שני שהוא דבר קצוב והיה כל הכרי מין אחד ולא היה בו יפות ורעות ושמע אחר ועישר חשוב שליח ועיין באה"ע (סי' ל"ד סעיף ד' וה') עכ"ל המל"מ אם כן נ"ד דמי לתרומת מעשר ומעשר ראשון ושני כיון דאנן סהדי דניחא לה במכירה ובכמה שיתן במכירה ואפשר עדיף מת"מ ומעשר ראשון דהתם אפשר רצה בעה"ב לזכות המצוה לזה ולא לאחר (ועיין נדרים ל"ו גבי התורם משלו על של חבירו) אבל נ"ד דניחא ליה במאי דיקנה העכו"ם אין נ"מ כלל בין מי שאמר לו בעה"ב ובין אחר שמכר: (ז) ואין לומר דגם בנ"ד אפשר ניחא לה דוקא במאי שתמכור שכנתה דתקח מעות יותר.

זה אינו ממאי דפסק הפמ"א דאחר יכול למכור הבכור מטעם זכין לאדם שלא בפניו הא אפשר יקח בעצמו מעות יותר וגם אפשר רצה לזכות במצוה אלא ע"כ בנ"ד ניחא ליה במכירה כל דהו ומכירה בלתי שכנתה נמי מכירה גמורה: (ח) והנה כן הסכים המל"מ פ"ד מהלכות תרומות (הלכה ג) וכן קצוה"ח בח"מ סימן שס"ב וראייתם מהא דעירובין (דף ע"א) דב"ש סברי נותנין רשות מבע"י וב"ה אומרים אף משתחשך ומפרש שם עולא מ"ט דבית הלל נעשה כאומר כלך אצל יפות (ובדפוס חדש ש"ס ווילנא הגירסא בשם הגאון במקום עולא רבא) ופרש"י ד"ה כלך אצל יפות וז"ל גבי תורם את של חבירו שלא מדעת (ב"מ כ"ב) בא בעה"ב ומצא שהוא תורם ואמר לו כלך אצל יפות אם יש לו יפות מהן תרומתו תרומה דגלי דעתיה דניחא ליה ואמרינן כמאן דשוי שליח דמי הכא נמי כיון דבטל השתא גלי דעתו דמעיקרא בשריותא ניחא ליה אלא ששכח ולא עירב ולא הוי אקנויא רשותא בשבת עכ"ל ומבואר דכלך אצל יפות מהני אף בלא שוי שליח וע"כ משום ניחותא דמצוה שאני.

וכן מוכח מהא דכתבו הפוסקים דמותר ליטול אתרוג של חבירו או לישב בסוכת חבירו שלא מדעתו משום דניחא ליה לאיניש לעבוד מצוה בממונו ואע"ג דהשתא מיהא לא ידע וכבר כתבו התוס' ראש פרק א"מ (דף כ"ב) דאם נותן אדם לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו אע"פ שיודע בחבירו שיתרצה אילו יודע אפילו הכי אסור לאכול כיון דהשתא מיהא לא ידע כיון דקיי"ל כאביי ע"ש.

וכן כתב שם בהגהת אשרי ובמרדכי וא"כ איך מותר ליטול אתרוג חבירו בלא ידיעה ע"כ משום ניהותא דמצוה שאני דלא בעינן ידיעה וכמו שכתב הב"י (ומשמעות אפ"י ביום ראשון דפסול שאול וגזול) ובש"ת כתבתי בזה באחד ששכח מחמת אונס לבטל חמצו בע"פ קודם שש ואחר שש נזכר וביטל חמצו והעליתי דמותר בהנאה אחר פסח כיון דכבר העלו האחרונים להיתר כל שביטל אפ"י בלא מכירה כיון דעכשיו כבר נהגו כ"ע בנוסח כל חמירא לא חיישינן להערמה שבודאי יעשה כסדר הזה אלא בנידון זה גם ביטול לא היה לו בזמנו וכתבתי מהך סוגיא דעירובין בביטול משחשיכה דהוי ליה כמו כלך אצליפות דאמרינן מסתמא ניהא ליה מעיקרא אלא ששכח ולא ידע א"כ ה"ה בזה שנזכר אחר שש וביטל אמרינן מעיקרא ניהא ליה אלא ששכח ולא ידע.

והא דאמרינן בפ"ק דפסחים (דף ז') ובתר איסורא לא מצי מבטל ליה והא תניא היה יושב בבמה"ד ונזכר שיש לו חמץ בתוך ביתו אחד שבת ואחד יו"ט מבטל בלבו כו' יו"ט בתר איסורא הוא כו' ולא אמרינן מעיקרא ניהא לו בביטול אלא ששכח ולא ידע. דאפשר הך סוגיא נמי אדחי מהך סוגיא דעירובין כמו דאדחי הך סוגיא דא"מ וא"כ הא דאחר זמנו דאיסורא אין יכול לבטל היינו בידע מעיקרא ולא ביטל אבל שכח ולא ידע הוי ליה כמו הך דעירובין בביטול משחשיכה עכ"ל קצוה"ח: גם נתיבות המשפט הסכים לקצוה"ח ולא חלק עליו רק במה דרצה להתיר אם ביטל חמץ אחר זמן איסור וכתב וז"ל וישתקע הדבר ולא יאמר וח"ו לומר כך דבלאו הכי ידעינן דלא ניהא לו בחמץ דהא איסורא לא ניהא ליה דלקניא ובלאו הכי אינו ברשותו כלל דאיסור הנאה הוא דרחמנא אוקמי בע"כ ברשותו כדאמרינן שם שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאלו הן ברשותו א"כ מה בכך דידיענן דמעיקרא לא ניהא ליה כיון דרחמנא אוקמי בע"כ ברשותיה כל זמן שלא ביטל בפה או בלב עכ"ל.

אבל בנ"ד יודה גם הנתיבות מטעם דניהותא דמצוה דאמרינן איגלאי מילתא למפרע דניהא ליה בקניית העכו"ם לכן אף שבעת שקנה לא ידעה בעה"ב אבל כיון שגלתה דעתה דניהא לה וגם מטעם ניהותא דמצוה אמרינן דמעיקרא ניהא לה וקנין העכו"ם קנין גמור: [ובני הגאון מ' משה מרדכי ר"מ דסלאבאדקא תירץ קושיית הנתיבות על הקצוה"ח ע"פ הר"ן שכתב ראש פסחים הטעם דמהני ביטול החמץ ג"כ בלב אף דלא מהני לשון זה בשאר חפצים שלא הוי הפקר.

משום דאינו ברשותו של אדם. והסביר זה כיון דבע"כ אינו ברשותו וזה דעשאן הכתוב ברשותו היינו אם אדם רוצה וזה גופא הוא האיסור מה שרצה אבל אם ביטל הרי אינו רוצה וכן אם ביטל אחר זמן האיסור הרי אגלאי מילתא למפרע ולכן אינו עובר ואין לקנסו כלל:] ט) אמנם הנני כמוסיף על דברי בני שליט"א דיש להורות כדעת הקצוה"ח ולא מטעמו דסוגיא דפסחים נדחה מפני סוגיא דעירובין רק י"ל דלא פליגי כלל.

דהנה קשה לכאורה על דעת הר"ן דלכן מועיל גבי חמץ ביטול מה שא"כ בשארי חפציו של אדם מפני שחמץ אינו ברשותו אף בלא ביטול שלו. א"כ לפ"ז יותר יש להועיל אחר זמן האסור דאז אינו ברשותו מקודם זמן האיסור דאז הא הוי ברשותו והוי כמו שאר חפצים ובגמרא דפסחים (ו' ז') מבואר להיפך דאחר זמן איסור לא מהני ביטול וקודם זמן האיסור דוקא מהני ביטול.

ועוד דפריך על מה דאמר ר"י אמר רב הבודק צריך שיבטל ומפרש רבא מטעם שמא ימצא גלוסקא יפה ודעתו עלה ועי' פרש"י ותוס' ד"ה ודעתיה עלה. ופריך וכי משכחת לה לבטלה ומשני דלמא משכחת לה לבתר איסורא ולא ברשותו קיימא ולא מצי מבטל דאר"א שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו ואלו הן בור ברה"ר וחמץ משש שעות ולמעלה ומשמע דקודם זמן איסור ניחא הביטול אף בלתי המאמר דאר"א דאין ברשותו ואיך כתב הר"ן דעיקר דמהני הביטול קודם זמן איסור רק הטעם דאינו ברשותו: ונראה בזה דודאי הצדק עם הר"ן דלכן סגי בביטול כיון דבלא"ה אינו ברשותו ומבואר בעירובין דסילוק רשות קל מאקנויא רשות דסילק רשות מותר בשבת ויו"ט וכן יתבאר עוד לקמן דאפי' גבי מכירה במה שצריך לסלק רשות די באמירה לך משוך וקני או אפי' בגילוי דעת " אבל בלתי אמירתו או גילוי דעתו אינה קונה הלוקח. כמו כן גבי חמץ בלתי אמירתו בפה או אפי' בלב הביטול. הוא עובר על כל יראה ובל ימצא.

נמצא מה דאמר הכתוב תשביתו היינו או מעשה ביד כמו שריפה וכדומה או מעשה כל דהו בפה או בלב לבטל. אבל בלתי מעשה אף כל דהו הוא עובר על כל יראה ובל ימצא. והן הן דבר' רש"י שם ד"ה ודעתו עלויה דהאריך מאד ולפי הבנת התוס' לא היה צריך להאריך רק לאמר בקיצור שחס על הגלוסקא לבטל. אלא ברור הדבר כמו שביאר הר"ן שם בדברי רש"י דודאי אינו רוצה בחמץ ואינו חס לבטלו כמו שכתב הנתיבות דאיסור לא ניחא לאדם דליקני וכן משמעות הגמרא ודעת"ו עלה.

ואם כדברי התוס' מה צריך דעתו הלא לעולם לא יצא עדיין מדעתו לפי ס"ד דבגמרא דחמץ ברשותו של אדם אלא דהכי פירושו של רש"י ודעתו עלה דחס רק לשרוף לא מטעם שרוצה לקנות דודאי איסור אינו רוצה לקנות רק דישהה ויתעצל לשרוף ואף אם היה הגלוסקא חמץ של אחרים היה חס לשרוף ומתעצל בשריפתה מטעם הטבע שכל השנה אוכל וחי מזה ועתה ישרפנה.

ואחרי אשר לא קיים עדיין העשה דתשביתו א"כ גזה"כ שעובר על כל יראה דזהו גזה"כ אם לא יעשה המעשה דתשביתו הן במעשה ביד או בפה או בלב יעבור גם על לאו דבל יראה ובל ימצא. והשתא פריך הגמ' שפיר וכי משכח לה לבטלו כלומר יקיים מעשה דתשביתו בביטול ובזה ליכא חששא פן יחוס על הגלוסקא ומשני שפיר דילמא משכח לה לבתר איסורא ולא מצי מבטל דאמר ר"א וכו' דאינו ברשותו ר"ל טעמא דמהני ביטול משום דאינו ברשותו ולכן מהני ביטול דהוי מעשה כל דהו.

אבל אימתי הוי מעשה כל דהו בביטול קודם זמן האיסור אבל לאחר זמן האיסור לא הוי אף מעשה כל דהו במה שמסלק רשותו דאף בלא סילק רשותו אינו ברשותו מה"ת אלא לאחר זמן איסור בעינן מעשה רבה לקיים המעשה דתשביתו כגון שריפה וכדומה. והמקשן סובר דאף לאחר זמן האיסור מקרי מעשה כל דהו במה שמבטל בפה ואין רוצה בהחמץ ומקיים בזה גם עשה דתשביתו ואין מקום לקושית התוס' כלל וכן מבאר הר"ן דעת רש"י שם: אולם לפי מה שנתבאר יש נפקא מינה גדולה בין קודם שחידש רב ותיקן

לבטל קודם זמן האיסור ובין אחר שחידש רב שני השבתות קודם זמן האיסור ביד או בפה או בלב.

דקודם שתיקן רב קיום דתשבתו בפה או בלב לא שייך כלל איגלאי מילתא למפרע וכמו שדקדק הקצוה"ח בעצמו אם ידע ולא ביטל לא שייך איגלאי מילתא למפרע כיון דמעולם לא היה דרכו לבטל ולא דמי לביטל רשות כיון דדרך לבטל ושכח שייך איגלאי מילתא למפרע. אבל אחר שתיקן וחידש רב לבטל קודם זמן האיסור רק ששכח הוי ממש כמו ששכח לבטל רשות גבי עירובין כמו שכתב הקצוה"ח בהדי' : ומעתה גם שני הסוגיות אינן סותרות זה את זה דהכי פריך בגמ' לכי משכח לה לבטל פירוש למה ליה לרב לחדש ולתקן שיבטל קודם זמן האיסור בעת הביעור וכן בדף ז' בבבלייתא דנזכר ביו"ט שיש לו חמץ בביתו מיירי קודם שחידש רב ותיקן שיבטל קודם זמן האיסור וכן כתב הר"ן בהדיא דבמשנה ובבבלייתא לא היה התיקון של רב לכן לא שייך ג"כ איגלאי מילתא למפרע דרצה בביטול רק שכח.

דעל מעשה חדש לא שייך איגלאי מילתא למפרע כמו לאביי לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דשוי שליח אבל בלתי מעשה שייך שפיר אמ"ל כמו שנתבאר לאביי לענין לתרום מן היפות דשייך אמ"ל. אבל אחר שתיקן רב לבטל קודם זמן האיסור אם שכח וביטל אחר זמן האיסור שייך שפיר איגלאי מ"ל דהא רצה בביטול ולקיים העשה דתשבתו רק ששכח ולכן לא עבר כלל על בל יראה ובל ימצא ובעבור זה אף מדרבנן אין לקנסו והחמץ מותר בהנאה אחר פסח כמו שכתב הקצוה"ח:י) והנה אף שהקשה הקצוה"ח על דעת הט"ז וז"ל ולא נהירא לפענ"ד דאפי' ליקט לכתחלה כולה לשם תרומה כיון שתתם על פירות שלו ליתא בזה משום ניהותא דמצוה כיון דלאו עלי' רמיא.

ואע"ג דאמרו ניהא לאיניש דתעביד מצוה בממונו היינו היכא דלא עבדי חסרון ממון אבל היכי דאיכא חסרון ממון לא. ומהאי טעמא כתבו הפוסקים בספרים היכי דיש קלקול וחסרון אסור לו להשתמש בלתי ידיעת בעלים עכ"ל.

אכן אני בעניי איני רואה שום השגה על הט"ז דמי הגיד לו שיש כאן חסרון ממון אדרבה מלשון הרמב"ם דקאמר ויקחם לעצמו משמע דכוונתו לשלם עבור מה שלקט רק לא ידעינן אם ניהא ליה להמוכר ושפיר כתב הט"ז כיון דניהותא הוא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ניהא ליה ואין כאן גזל כלל וכן בנ"ד משום ניהותא דמצוה איגלאי מילתא למפרע דמעיקרא ניהא לבעה"ב וקניית העכו"ם קנין גמור מה"ת כמו שנתבאר: יא) ואין לומר כיון דנתן העכו"ם המעות להקטן לא הוי נתינה כלל כמבואר (ב"ב פ"ז) גבי סוגיא דשולח את בנו אצל חנוני נתן צלוחית ואיסר לתינוק שבר הצלוחית ואבד את האיסר וכן בשו"ע חו"מ (סי' קע"ח) דהוי אבידה מדעת.

זה אינו דהא מבואר בגיטין (ס"ג) דקטן יש לו זכיה לנפשיה מדאורייתא א"כ הוי נתינה מעלייתא: ועוד הא מבואר בפ"ת שם דהעיקר כר"ת דעכו"ם קונה במשיכה וכאן בנ"ד היה משיכה ג"כ לבד נתינת הכסף ושם ביו"ד כתב הגליון רש"א דבר חדש דגם לרש"י משיכה בעכו"ם קונה דעל המעות יכול המוכר לומר הריני כאלו התקבלתי וא"כ בנ"ד הקנין עכו"ם הוי קנין מעליתא: יב) גם גדולה מזו כתב הש"ך ח"מ (סי' שנ"ח) וז"ל מדברי התוס' פרק אלו מציאות (דף כ"ב) והגהות מרדכי והגהות אשרי שם מבואר דאם

אדם נותן לאכול לחבירו מדבר שאינו שלו אלא של חבירו אע"פ שיודע שחבירו יתרצה אסור לאכול דהלכה כאביי דיאוש ש"מ לא הוי יאוש ואע"ג דהשתא ניחא ליה מעיקרא לא ניחא ליה.

ואל"מ הייתי אומר שמותר ויאוש ש"מ שאני שגם אח"כ אינו מיאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא ובע"כ הוא מתיאש א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתא לידיה דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתיאש ואלו היה יודע שהוא אצלו לא היה מתיאש מה שא"כ הכא כיון שיודע שיתרצה א"כ השתא נמי בהתירא אתא לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה.

ואע"ג דבש"ס מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת טעמא אחרניא איכא התם דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן ע"ש עכ"ל הש"ך: וע"ש בקצוה"ח דמביא גם ראייה לדעת הש"ך והקשה על תוס' מהא דכתובות מ"ח מי שנשתטה ב"ד יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר א"ל רבינא לר"א מ"ש מהא דתניא מי שהלך בעלה למדה"י ואשתו תובעת מזונות ב"ד יורדין לנכסיו ומפרנסין אשתו אבל לא בניו ובנותיו וד"א א"ל ולא שאני לך בין יוצא לדעת ליוצא שלא לדעת ופרש"י דשלא לדעת יצא מן העולם מסתמא ניחא ליה שיזונו בניו ובנותיו משלו ע"ש וכיון דאפ"י היכי דידוע לנו דבודאי יתרצה הוי יש"מ א"כ היכי זנין בניו ובנותיו נהי דניחא ליה השתא מיהא לא ידע.

ותירץ וז"ל ואפשר כיון דגבי בניו ובנותיו אפילו ביתר ממש מצוה מיהא הוי אע"ג דלא כפינן ליה כמבואר שם (דף מ"ח) וניחותא דמצוה שאני דאע"ג דהשתא לא ידע מהני עכ"ל הרי לדעת הש"ך מותר אף בלא ניחותא דמצוה אם יודע שבודאי יתרצה ובניחותא דמצוה מהני אף גבי תרומה דבעינן ידיעה גמורה ואף לדעת התוס' מהני ניחותא דמצוה דאמרינן מעיקרא נמי ניחא ליה לכן לכ"ע מהני קנין של עכו"ם הן בנ"ד הן בחמץ קודם זמן איסור כיון דהוי ניחותא דמצוה וגם רווח ממון ואפשר לא בעינן גם ידיעה ממש כמו גבי תרומה.

ופשיטא להרמב"ם דפסק אף גבי תרומה דבעינן ידיעה ממש מ"מ מחמת ניחותא דמצוה לא בעינן שויא שליח וכן פסק השו"ע מכ"ש בנ"ד וכן גבי חמץ קודם זמן איסור קנין עכו"ם שלא מדעת הוי קנין גמור: אמנם לכאורה יש לבעל דין לחלוק על שריותא דילן ע"פ שכתב הקצוה"ח (בסימן רס"ב) לתרץ קושית הט"ז אמאי כשליקט שלא ברשות בעה"ב לעצמו ותרם לא חיישינן משום גזל ותרומתו תרומה.

ותירץ הקצוה"ח עפ"י מה שכתב הרמב"ן במלחמות פרק הגזל בתרא בהא דאמרינן הגנב והגזלן תרומתן תרומה והקדישן הקדש משום יאוש ושינוי השם וכתב עלה דאין הטעם משום הצטרפות יאוש ושינוי השם דכל היכא דהאי לחודא לא מהני גם ע"י צירוף לא מהני (וכלל כלל דלאחר שבא לידו באיסורא לא מהני יאוש כלל) אלא דעיקר הקנין הוא בשינוי השם לחודיה דהוי קנין כמו בגנב טלה ונעשה איל אלא הא דבעינן יאוש היינו כדי שיהיה מקום שיהיה חל עליו שינוי השם דאי ליכא יאוש ליכא שינוי השם כלל כיון שהבעלים מרדפין אחריו והוי שינוי החוזר וכל שנתייאשו הבעלים נמצא מקום לחול שינוי השם ובטלה ונעשה איל שהשם חל ממילא.

לא בעינן יאוש ועיין תוס' מרובה (דף ס"ז) ד"ה הא לאו הכי (וע"ע תוס' מרובה ס"ח ד"ה מה טביחה דאהני מעשיו דמשמע להיפך יע"ש וצ"ע). וא"כ נראה דגבי תרומה והקדש סגי נמי ביש"מ כיון דעיקר הקנין הוא שינוי השם אלא שם יהא הבעלים מרדפין אחר' אין מקום לשמו שקרא לה וכיון דלכי מתידע לו ודאי מיאש ולא ירדוף אחריה וניחא ליה בשינוי שמו א"כ ממילא קנה לה בשינוי השם ומש"ה היכי שליקט לעצמו ועשאן תרומה על פירות שלו קני לה בשינוי השם כיון דניחא ליה אע"ג דלא ידע כיון דלכי מתידע ניחא ליה.

אבל היכי דליקט לבעה"ב לתרום בזה לא שייך שינוי השם דאינו קונה אלא בגנב וגזל עכ"ל קצוה"ח: וא"כ לכאורה אין ראייה גם לנ"ד כיון דמבואר בב"ק דשינוי גדול מכל דרכי הקניה דהא אם קנה הגנב בדרכי הקניה וטבח ומכר חייב לשלם דו"ה ואם קנה בשינוי השם אמרינן שלו הוא טובח ושלו הוא מוכר א"כ אין ראייה לכאורה דקנין שלא מדעת הוי קנין מהא דליקט לעצמו ותרם דתרומתו תרומה דהתם שאני דהוא קנין טוב היינו שינוי השם אבל מנא לן לשאר קנין שלא מדעת כמו נ"ד דהוי קנין: יד) אכן כד דייקת היטב לאו קושיא הוא כלל לשריותא דילן.

דהנה אם איתא דשינוי הוא יותר קנין מכל דרכי הקניה א"כ אמאי אמרו בב"ק (דף ע"ט) גנב וטבח ברשות בעלים פטור הא כתבו התוס' דמיתה אין לך שינוי גדול מזה. אבל הגביהו או שהוציאו מרשות בעלים חייב בתשלומי ד' וה' הא גם ברשות בעלים קונה לכאורה בשינוי ונעשה גנב.

ואין לומר דהתם טביחה וקניה באין כאחד לכך פטור ואין חייב בד' וה' עד שיעשה מתחלה גנב. ואח"כ ישחוט או ימכור א"כ אמאי אמרינן נתנו לבכורות בנו או לבע"ח והיה משכו מרשות בעלים חייב הגנב וע"כ גם בדו"ה חייב כמו שמבואר שם בבב"ק גנב ופרע בחובו משלם תשלומי ד' וה'.

והא הכא הגניבה והמכירה באין כאחד: במשיכת הבע"ח. ואעפ"כ מחויב בדו"ה.

הרי דלא בעינן שיהיה מקודם גנב. וא"כ יקשה מדוע בטבח ברשות בעלים פטור.

ע"כ דשינוי לאו קנין הוא כלל. וכן בע"ב שם אמר רבא ראוהו שהטמין בחורשין וטבח ומכר משלם דו"ה ופריך והא לא משך הרי אין כאן קנין כלל ומכ"ש בשינוי השם דלא הוי קנין וקשה לכאורה הא שינוי קנין גדול הוא: לכן נראה דעיקר קנין הוא דוקא אחד מכל דרכי הקניה כמו משיכה וכדומה דהוי ודאי גדול משינוי הן משינוי השם ואף משינוי מעשה.

דפעולה דשינוי הוא רק דנעשה חפץ אחר ובזה יצא מרשות הבעלים משום שנעשה חפץ אחר. והנה כל מכירה וקנין צריכין שני פעולות.

א' שלוקח יעשה מעשה ויכוין ויקנה לרשותו לעצמו ועוד המוכר צריך שיסלק רשותו מזה החפץ. וכדמבואר בעירובין דשני פעולות הן קנין ואסתלוקי רשות לכן במה קנה הלוקח במה שעשה מעשה באחד מדרכי הקניה כמו במשיכה והגביהה וכדומה ואז נכנס לרשותו.

ובמה יסתלק רשות בעלים כמו מוכר ונגזל וכדומה שאין יכול לחזור עוד במה שאומר לך חזק וקני או משוך וקני או בגילוי דעת סגי דמסלק עצמו. וכן בגנב או גזלן במה שמיאש עצמו לכן בגנב או בגזלן במה קונה ונעשה גנב באחד מדרכי הקניה ובמה יוצא מרשות מוכר או נגנב ונגזל היינו במה שנעשה שינוי ובוזה נעשה חפץ אחר ונסתלק רשות מוכר ונגנב ונגזל מזה החפץ.

ושפיר שייך אז לומר שלו הוא טובח שלו הוא מוכר אבל העיקר שנעשה שלו הוא באחד מדרכי הקנייה רק עדיין כח אחר מעורב היינו כח הבעלים ואחר שסלקו הבעלים רשותם נעשה שלו לגמרי ואחרי אשר רק סילוק רשות הוא וסגי בפה או בלב כמו שמשמע מרשב"ם ו"ב"ב נ"ב) לכן מהני גם גילוי דעת דניחא ליה ואמרינן מעיקרא נמי ניחא ליה ומעתה גם ראיית הקצוה"ח מרמב"ן במלחמות אפשר ג"כ דאין ראייה מפני דבגזלן באמת גם איסורא ניחא ליה דליקני אבל בליקט לעצמו לתרום אם היה חושש משום גזל אפשר לא ניחא ליה דלקני ואין קונה במה שליקט והגביה כמבואר בגמ' דקניה לעצמו בעינן שירצה ויכוין לקנות ומכ"ש בזה דרק שינה שמו בתרומה ומעתה ע"כ צריכין אנו לסברת הט"ז דבעבור ניחותא דמצוה אמרינן מעיקרא ניחא ליה וקנה כבר במה שעשה באחד מדרכי הקניה בהיתר ולא משום גזל כמו שכתב הקצוה"ח: ומעתה זכינו לדון בקונה שלא מדעת וגם כמו בנ"ד כיון דקונה זכה במה שעשה מעשה אחד מדרכי הקניה ורצה לקנות זכה מצדו והמוכר אין יכול לחזור מפני הגילוי דעת ומשום ניחותא דמצוה ואמרינן מעיקרא ניחא ליה ועכו"ם קונה מה"ת גבי בכור וחמץ קודם זמן האיסור אף דקניה הוי שלא מדעת ואף לדעת נתיבות המשפט: טו) הנה ע"פ זה ניחא ג"כ סברת אביי ביש"מ לא הוי יאוש כיון דבאיסורא אתא לידיה ויאוש הוי מטעם הפקר ועיין ברש"ש עירובין דאיסתליקא רשותא הוי מטעם הפקר ואיך יכול להפקיר כיון שהחפץ הוא ברשות הקונה ודמי למפקיר לאיזה אנשים ולאיזה אנשים לא מפקיר דלא הוי הפקר לב"ה ועיין בר"ן ריש פסחים דהקשה כעין זה.

ואף אם מפקיר רק לישראל ולא לעכו"ם פלוגתא היא בירושלמי אם הוי הפקר ומכש"כ הכא דלא הפקיר רק למוצא דלא הוי הפקר. אבל ע"פ האמור ניחא כיון דהוי רק סילוק רשות אחר שכבר קנה המוצא או הגנב ועשה מעשה בדרכי הקני' וסילוק רשות מהני אף בכי ה"ג.

וכן מבואר כעין זה בר"ן ריש פסחים. וכן בשטפה נהר דבלתי דעת בעה"ב נסתלק רשותו שפיר קנה המוצא בעשה לאחר זמן מעשה מדרכי הקני' כמו שמביא גמ' (ב"מ כ"א) אף אליבא דאביי קנה.

וכן מבואר בר"ן שם לענין חמץ. גם בנ"ד כיון דנתבאר דלוקח קנה מצדו רק שספק אם נסתלק רשות בעה"ב הרי אין לך יד עכו"ם באמצע גדול מזה דלא דמי לשאר קנינים דהא הכא גבי בכור אפילו אבר אחד מקרי יד עכו"ם באמצע ומכ"ש אם קנה בדרכי הקני' רק שלא נסתלק עדיין יד בעה"ב כמו בנ"ד.

אבל גבי חמץ אפשר לא מהני סברא זו כמו דלא מהני שותפות עכו"ם גבי חמץ ומ"מ נראה דגם גבי חמץ מהני קניה שלא מדעת כמו שנתבאר: טז) והנה אף אם תשיבני מדעת התוס' דס"ל דלא כהט"ז דלאביי ע"כ צריך לאוקמי כגון דשוי שליח וכן בקידושין

כתבו התוס' שם דמיירי בעשאן שליח א"כ אין ראייה לשריותא דידן דקניה של"מ אף במקום מצוה וגילוי דעת דהוי קנין גמור אכן מלבד דפסק הרמב"ם וכן בשו"ע דלא כדעת התוס' דלא בעינן כלל שוי' שליח הן גבי תרומה הן גבי קידושין אלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע דניחא ליה בעבור ניחותא דמצוה.

אלא כד נדייק היטב גם מדברי התוס' מבואר בהדיא דאף לאביי אמרינן משום ניחותא דמצוה איגלאי מילתא למפרע דניחא לו. דהנה התוס' (בעירובין ע"א) ד"ה כלך אצל יפות הקשו לפרש"י כיון דנמצא יפות מהן גלי דעתיה דניחא ליה וכמאן דשוי שליח מעיקרא דמי והא בריש אלו מציאות מוקי לה כגון דשוי שליח.

ותרצו דנהי דשוי שליח לתרום אבל לא שוי שליח לתרום מן היפות וע"ז פירש בקונטרס כמאן דשוי שליח לתרום מן היפות דמי כיון דנמצא יפות מהן עכ"ל. הרי בהדיא אף לאביי דמוקי בשוי שליח עכ"ז צריכין אנו לסברת איגלאי מילתא למפרע דניחא ליה לענין יפות וכן ביאר התוס' (ב"מ כ"ב) ד"ה ואם לאו אין תרומתו תרומה וז"ל אבל מיפות אין רגילות לתרום ולכך לא היה ליה לתרום בשום ענין מהם בלא רשות וכן (בקידושין כ"ב) ד"ה אם נמצא יפות מהן תרומתו תרומה וז"ל התם (ב"מ כ"ב) מוקי לה דשוי שליח וא"ת מאי קאמר שלא ברשות וי"ל דהכי קאמר מה שתורם מן היפות שלא ברשות היה עכ"ל ובתוס' (ב"מ שם) ד"ה אם יש יפות מהן תרומתו תרומה דמסתמא גם תחלה דעתו היה כן וא"ת ונימא דהשתא ודאי ניחא ליה ביפות אבל בתחלה בשעה שתורם אי הוה ידע לא הוי ניחא ליה דאין דרך לתרום מן היפות כדאמרינן לעיל גבי דבר שיש בו סימן דאפילו לרבא חייב להכריז דאף על גב דהשתא מתייאש אין בכך כלום.

ותירצו וי"ל דשאני הכא כיון דחזינן בו דניחא ליה השתא. אמרינן נמי ניחא ליה מעיקרא משום מצוה עכ"ל התוס' הרי בהדיא דגם התוס' ס"ל דמשום סברא דניחותא דמצוה אמרינן איגלאי מילתא למפרע דניחא ליה ותרומתו תרומה וכן בעירובין קנייתו קני' למפרע משום איגלאי מילתא דמבטל רשות בשבת אמרינן דמעיקרא בה"ש גם לאביי לדעת התוס' אמרינן משום ניחותא דמצוה מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה וכן נמי בנ"ד אמרינן נמי ניחא ליה כדפרש"י שם ממה שמדמי לכלך אצל יפות הרי מעיקרא נמי ניחא ליה וקנין גמור הוא מה"ת גם לדעת התוס': (יז) אכן לכאורה הא גופא קשיא כיון דס"ל להתוס' דגם על יפות צריכין רשות ומ"מ מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה א"כ אמאי לא אמרינן לאביי ג"כ אף בלא שוי שליח כלל מדהשתא ניחא ליה מעיקרא נמי ניחא ליה בשליחותיה משום ניחותא דמצוה.

וכן ביש"מ אמאי פליג על רבא. ובשלמא ביש"מ ליכא ניחותא דמצוה אבל גבי תרומה כיון דגם על יפות בעינן רשות ומ"מ אמרינן לאביי משום ניחותא דמצוה דמעיקרא נמי ניחא ליה א"כ גם על עיקר השליחות נמי נימא מדגלי דעתיה דניחא ליה מעיקרא נמי ניחא לזה ומאי פריך לאביי ומאי איצטריך רבא לשנוי' דשוי שליח.

ונראה דלא דמי כלל דבשלמא לתרום תרומה דהמעשה גופא מצוה היא כמו שמברכין אשר קדשנו במצותיו וצונו לתרום ובמה דעשה שליח אין מקיים כלל מצוה. ואדרבה מצוה בו יותר מבשלוחו הרי דמי לישל"מ דאפשר השתא ניחא ליה אבל מעיקרא לא

ניחא ליה כמו דאמרינן בנדרים (דף ל"ו) איבעיא להו התורם משלו על של חברו צריך דעת או לא מי אמרינן כיון דזכות הוא לו לא צריך דעת או דילמא מצוה דיליה הוא וניחא ליה למיעבדי וע"ש דהוא בעיא דלא איפשטא א"כ שפיר אי לא שוי שליח אמרינן השתא ניחא ליה אבל מעיקרא לא ניחא ליה דניחא היה ליה לעצמו למיעבד מצוה לכך לאביי צריך לאוקמי דשוי שליח אבל לענין יפותדמצוה דיליה הוא אמרינן כיון דהשתא ניחא ליה למיעבד מצוה מן המובחר חזקה דגם מעיקרא ניחא ליה לעשות מצוה מן המובחר גם לאביי וא"כ בנ"ד דלאו עיקר המצוה למכור רק שיהא יד עכו"ם באמצע ולא יהא בכור ובהדיא כתב הפ"ת בשם פמ"א שם דאם אחר מכר בלא דעת בעה"ב בהמה מבכרת מכירתו מכירה.

מטעם זכין לאדם שלא בפניו א"כ אף בלא דעת אחר כמו בנ"ד אמרינן מדהשתא ניחא ליה גם מעיקרא ניחא ליה ומכירת הקטן וקניני העכו"ם קנין אף לדעת התוס': (יח) אכן קושית התוס' בעירובין על רש"י שכתב דכמאן דשוי שליח והא בב"מ מוקי כגון דשוי שליח מעיקרא לא קשה ע"פ גירסת הגאון דפוס חדש ווילנא שם בעירובין ע"א אמר רבא מאי טעמא דב"ה נעשה ככלך אצל יפות ורבא לשיטתיה דס"ל יאוש של"מ הוי יאוש לא מוקי כלל דשוי שליח כמו שאמר תרגמא רבא אליבא דאביי דשוי שליח אבל רבא בעצמו ע"כ בלא שוי שליח ושפיר פירש"י אליבא דרבא כמאן דשוי שליח דאמרינן משום ניחותא דמצוה דמעיקרא נמי ניחא במה שתרם אף שלא ברשות כלל.

ועפ"ז גם ראיית המל"מ וקצה"ח מסוגיא דעירובין המבואר באות ח' אין ראייה כיון דהכא אמר רבא ולשיטתיה אזיל אבל אנן דפסקינן כאביי אפשר בעינן דוקא בעשה שליח: (יט) אמנם ע"פ מה שנתבאר לכאורה קשה טובא על הט"ז דכתב מפני מה לא תירץ רבא אליבא דאביי מצוה שאני. ומתרץ לפי דאין ברור לרבא דס"ל לאביי סברא דמצוה הא כתבו התוס' דגם לאביי ע"כ צריכין לסברא ניחותא דמצוה משום דאל"כ מה שתרם מן היפות אין ברשות בעה"ב.

ועוד יש להבין טעמא דאמר רבא יאוש של"מ הוי יאוש ולא אמרינן באיסורא אתא לידיה הא רבא בעצמו ס"ל היכי דיש סימן אע"פ דשמעינן דאיאש לבסוף לא הוי יאוש משום דבאיסורא אתא לידיה א"כ לכאורה הא גם בישל"מ באיסורא אתא לידיה ואמאי פליג רבא על אביי בהא ואמר דהוי יאוש: ונראה להסביר פלוגתא דאביי ורבא ביאוש של"מ הכי.

דהנה לכאורה קשה דלקמן (דף כ"ו) אמר רבא ראה סלע שנפלה נטלה לפני יאוש ע"מ לגזלה עובר בכולן משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם וכתב רש"י דלא גרסינן משנים. והקשה המהר"ם שיף בשם שיטה מקובצת הא רבא ס"ל ישל"מ הוי יאוש אם כן אמאי עובר בכולן.

וכתב דע"כ צ"ל לרש"י דגרסינן רבה אבל דוחק הוא מפני מה דחקי ליה לרש"י לפרש נטלה לפני יאוש היינו קודם ששהה כדי למשמש בכיסו דלכאורה דוחק הוא אם נימא דיש איזה שהות קודם משמוש בכיסו א"כ אמאי מעות מפוזרות הרי אלו שלו לאביי דילמא עדיין לא מימשמש בכיסו. הרי לכאורה יותר טוב לגרוס משנים וכמו שכתב רש"י לעיל דגם משנים לרבא הוי יאוש.

(ולאביי הוי יאוש לאחר שישבע כן משמע מתוס' ד"ה שנפל בדעת רש"י). ושייך שפיר מטלה לפני יאוש קודם שהשביע אותו ולאחר יאוש לאחר שהשביע אותו.

(אולם י"ל דנראה לו לרש"י דוחק לפרש באותו איש עצמו שראה קודם יאוש שימתין מליקה עד שהשביע אותו חבירו. לכן פרש"י קודם יאוש קודם משמוש בכיסו ושפיר משכחת לה באותו אדם עצמו שיטול קודם יאוש וגם שימתין ויקח אחר יאוש).

ועכ"ז דוחק הוא דרש"י גריס רבה מה שלא נמצא בספרים: (כ) ועוד קשה לרש"י דכתב גבי שנפלה משנים דחייב להחזיר דוקא לאביי משום דלבסוף לאחר שישבע חבירו יתיאש אבל לרבא הוי יאוש אף שנפלה משנים הא כיון דאינו מייאש לכי ידע דנפל מיניה הרי הוא לכאורה כדבר שיש בו סימן כיון דלכי ידע דנפל לא מיאש אף כי מיאש בסוף מודה רבא דלא הוי יאוש כיון דבאיסורא אתא לידיה ומאי נ"מ בין דבר שיש בו סימן ומיאש לבסוף ובין שנפל משנים שמיאש לבסוף: (כא) ונראה להסביר כך דהנה כבר ביארנו דבעניני קנינים בעינן שני דעות.

א' דעת הקונה שיתרצה ויכוין לקנות. ב' דעת המקנה שיסלק דעתו ורשותו.

אמנם אף אם כבר אצל מקנה אינו ברשותו מ"מ מה שמסלק המקנה דעתו אח"כ אז קונה הקונה קנין גמור. אולם זהו מכ"ש בעת שאין רוצה המקנה לסלק רשותו כלל.

אכן כ"ז שהוא ברשותו ובדעתו החפץ אזי צריך מעשה רבה להוציא מרשותו. אבל אם כבר אינו ברשותו אזי צריך מעשה זוטא להוציא מרשותו כמו גילוי דעת וכדומה.

וכמו שכתב הר"ן ריש פסחים דלכן מהני גבי חמץ ביטול משא"כ בשאר חפצים משום דאינו ברשותו החמץ לאחר זמן איסור. והנה בעירובין פלוגתא דריב"נ ורבנן בחפצי הפקר שהם בלא בעלים אם יכול לקנות שביתה היינו המקום שמונח עליו שיהא שלו וכן אפילו אדם בעת שהוא ישן דאז אין דעתיה עליו נמי נחשב כמו הפקר ואין יכול לקנות שביתה אכן אדם בעצמו כיון דכשיעור משנתו יהא דעתו עליו גם בישן פלוגתא דריב"נ ורבנן דריב"נ ס"ל כיון כשיעור יהא דעתו עליו גם בישן אמרינן דקני וחכמים ס"ל בישן כיון דאין דעתו עליו נחשב כהפקר ואין יכול לקנות.

והנה כיון דבאדם גופא כשישן ואין דעתו עליו נחשב כהפקר מכל שכן חפציו כשאין דעתו עליהם נחשבים כמו הפקר שאין לו בעלים (ועיין חולין ל"א לענין טבילה דבעי כוונה). [אכן כשהחפצים ברשותו בחצרו וכדומה לא נחשב כלל כהפקר כיון שהוא כמו ביד שלוחו) אכן כשיזכור בעה"ב ויתן דעתו על החפץ מכניס לרשותו כמו באדם ישן כשיעור משנתו.

(ועיין בש"ך ח"מ סימן רס"ב אם חצר קונה בישל"מ). ולפ"ז אם החפץ אינו ברשותו תלוי בפלוגתא דריב"נ ורבנן אם חשוב כמו שיש לחפץ בעלים או כמו שאין לו בעלים: (כב) ומעתה ניחא היטב שיטת רש"י בדעת רבא דס"ל לרבא כיון דנפל מרשותו וגם אין דעתו עליו הוי כהפקר ממש ובשלמא בדבר שיש בו סימן לכי ידע דנפל מיניה לא מיאש ונותן דעתו על החפץ מכניס לרשותו כמו בשעה שיעור משנתו ונותן דעתו על עצמו.

ואז אין נחשב כמו הפקר. כמו כן בדבר שיש בו סימן שנותן דעתו על החפץ מכניס לרשותו ואם אח"כ מיאש הרי באיסורא אתא לידיה ואיסור אין רוצה לקנות (ולא דמי לגנבה וגזלה שרוצה לקנות אבל במציאה אין רוצה לקנות איסור כלל).

אבל בדבר שאין בו סימן הרי קודם שנותן דעתו אינו ברשותו ולא אח"כ לכשידע דנפל יתיאש ולא יתן דעתו לכן הוי של מוצאו לרבא. וכן מבואר בלשון רש"י (ב"מ כ"א) ד"ה מהשתא הוי יאוש וז"ל שהרי נפל וכשיודע שוב אין דעתו עליו עכ"ל שלכאורה האריך רש"י בלשון.

אבל לפי הנ"ל ניחא דשפיר כתב רש"י שהרי נפל ואין ברשותו וגם אין ברשות שלוחו שהרי נפל ולכי יתידע ג"כ לא יכניס לרשותו וזהו שכתב רש"י ולכי ידע שוב אין דעתו עליו ולא דמי גם לנפל משנים הגם שאינו מיאש אבל מהחפץ גופיה מיאש רק מדמי לא מיאש ושפיר קאמר נשאר הפקר לרבא ולא באיסורא אתא לידיה.

אכן גבי יש בו סימן מכי יתידע דנפל מיניה לא מיאש ומכניס החפץ לרשותו ואף לכי מתיאש לבסוף באיסורא אתא לידיה: (כג) ומעתה אין צריכין לומר לדעת רש"י דגריס רבה כיון דפרש"י ראה סלע שנפל קודם שמישמש בכיסו הרי אם לא היה נוטל המוצא בודאי בעצמו היה רואה החפץ ונטלו הרי כמו שיש בו סימן דאין מיאש ומכ"ש הכא דאין מיאש ולקח בידו החפץ ובמה שלקח המוצא ממש כגזול מידו אף לרבא והוא מדבר שיש בו סימן כנ"ל.

אבל אם נפל בחלתא שפיר אמר רבא דאין חייב להחזיר כלל כיון דכבר יצא מרשותו שנפל וגם בין החול שלא יראה בעל האבידה את החפץ ולא היה מכניס לרשותו כלל אף אם לא היה לוקח המוצא הוי של המוצא לרבא. אבל אביי דס"ל כריב"נ דאף אם ישן מ"מ לא הוי יצא מרשותו לגמרי אף שאין דעתו עליו כמו כן החפץ אף שלא היה דעתו עליו לא יצא מרשותו לגמרי עד שיאמר בפ"י שמיאש ומסיח דעתו לכן אמר אביי דלא הוי יאוש כיון דלא יצא מרשותו לגמרי הרי באיסורא אתא לידיה.

ואפשר לא מטעם איגלאי מילתא למפרע רק כל זמן שלא מיאש ואין מסיח דעתו בהדי' בלבו הרי לא יצא מרשותו עדיין כמו באדם ישן דקונה שביתה כמו שנתבאר: (כד) אכן היכי דעשה שליח לתרום אף שלא אמר מן היפות אבל כיון דקב תבואה היפות אין ברשותו וגם לא יהא דעתי' ע"ז לכן כיון דאמר כלך אצל יפות הרי שפיר הוי תרומה אבל בלא עשית שליח אין תרומתו תרומה דלא הוי לדעתו ולא יצא התבואה מרשותו לאביי.

אבל לרבא כבר יצא מרשותו אף בלא עשה שליח ובמה דאמר כלך אצל יפות ראי' שלא הכניס לרשותו לכן הוי תרומה לרבא אף בלא עשה שליח. ומעתה יש לערער לכאורה על נ"ד כיון דקיי"ל כאביי דעדיין לא יצא מרשותו א"כ אין קנין הנכרי קנין כלל לענין בכור: (כה) אכן לכאורה קשה דלענין מקני שביתה פסקינן כריב"נ דאף בישן אמרינן דלא יצא מרשותו לגמרי וגבי ישל"מ פסקינן כאביי ולכאורה הא כבר נתבאר דסילוק רשות קל ממקני רשות.

וי"ל דגם לאביי ניחא דבאמת לענין שלא מדעת. שאני קנין שלא מדעת.

מאיסתלוקי שלא מדעת. דלענין קנין אמרינן קנין שלא מדעת קני דהוי כמו חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו וכמו גבי עבד זכין לו שטר שחרור שלא מדעתו והכל מטעם זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו אבל לענין סילוק רשות דחוב הוא לו לכן שלא מדעת לא הוי סילוק.

אכן היכי דהוי מצוה אמרינן זכות הוא לו כמו בשטר שחרור לענין עבד. וכן גבי קנין שביתה הוי ג"כ זכות דבלא קני שביתה אין לו אלא ד' אמות ולכן קנה.

ומעתה גבי נ"ד ג"כ דזכות הוא לו כנ"ל ודאי יש לומר דקני גם לאביי ולהכי גבי יפות ג"כ דמצוה אמרינן דזכין לו בהמצוה דיפות אף שלא מדעתו מטעם דמצוה ואף לאביי כמו שכתבו התוס' בעירובין ובב"מ אבל בגוף התרומה שיתרום שלא מדעת דלא הוי זכות ואדרבה ניחא ליה לאיניש שיעשה המצוה בעצמו בעינן דשוי שליח לאביי כמו שנתבאר: (כן) והנה יש להעמיק יותר דבחפצי של אדם יש ג"כ שני ענינים.

(א) גוף החפץ. (ב) ריוח דין ממון שיש לאדם בחפץ שלו עיין בסוכה (דף ל"ה א') לענין אתרוג של מעשר שני.

וכן גבי עבד אמרו חז"ל שהם שני ענינים. (וכן כתב הר"ן בנדרים מ"ו ד"ה והוי יודע).

גבי מפקיר עבדו שדין ממון אין לו בו אבל גופו לא יצא מרשותו וצריך גט שיחרור להוציא גופו מרשות האדון שלו ב"מ (דף י"א) מטעם דגופו קנוי. ונ"ל דזהו דעת הרי"ף ורש"י בגיטין ט' דכתבו גבי האומר תן שטר שחרור לעבד דאין יכול לחזור עוד האדון.

אבל עבד לא יצא לחירות עד שהגיע שטר שחרור לידו מטעם דהא דמסר לשליח השטר שחרור זכה עבד העבד דין המעות שיש לאדון עליו אבל הגוף אינו יצא מת"י האדון עד שהגיע להעבד השטר שחרור כמו מפקיר עבדו. וראיית הרי"ף נכונה מהא דאמר תן מנה לפלוני שאני חייב שאין יכול לחזור אבל חייב באחריות עד שהגיע ליד המלוה כי מה שהוא זכות יכול לעשות שליח בלתי דעתו אבל מה שהוא חוב אין יכול לעשות שליח שלא מדעתו כן ביאר הרא"ש בגיטין פ"ק (סימן י"ג) והכי נמי גבי עבד לבד דין ממון אפשר הוא חוב שנאסר בשפחה כנענית דזילא לי' אין יכול לעשות שליח שלא מדעתו ויכול להיות שליחות לחצאין כמו בתן מנה לפלוני שאני חייב לו וכעין זה כתב הפ"י בגיטין לתרץ דברי הרי"ף ורש"י מקושית התוס' והרא"ש: (כז) אמנם זהו דוקא לרב דאמר בגיטין (דף י"ד) דמצאנו בתן מנה לפלוני שאני חייב לו ג"כ שליחות לחצאין דאין יכול לחזור וחייב באחריות אבל שמואל פליג על רב וס"ל דהגוף וממון דין אחד ואמר גם אין שליחות לחצאין לכן ס"ל שם מיגו דחייב באחריות דעדיין לא נגמר השליחות בתן מנה לפלוני שאני חייב לו ג"כ יכול לחזור ואפשר שמואל לטעמי' ג"כ דאמר בגיטין (דף ל"ח) המפקיר עבדו יצא לחירות ואין צריך גט שחרור דכיון דאין עליו דין ממון גם הגוף אין קנוי לו אבל תניא כוותי' דרב (גיטין י"ד): אכן לכאורה קשה לשמואל ממתניתין (דברייטא י"ל לא שמיע לי') דקתני ג"כ האומר תן גט שחרור לעבדי לא יתן לאחר מיתה וגם חכמים ס"ל דהאומר תן גט שחרור לעבדי אין יכול לחזור הרי בהדיא דפלגינן השליחות כיון דאמרו חכמים אין יכול לחזור (ותן כזכי) א"כ אמאי לא יתן לאחר מיתה כיון דכבר זכה בשביל העבד מחיים ואין שליחות לחצאין כמו שכתב

הרא"ש בגיטין פ"ק הנ"ל ע"כ לכאורה גם ממתניתין ראי' כרב ולא כשמואל וכאשר כתב הרי"ף שדין אחד תן מנה לפלוני שאני חייב ליתן לו.

לתן שטר שחרור לעבדי (לא כמו שכתבו התוס' שדין ש"ש דמי לשטר מתנה): אכן רש"י נשמר מקושי' זו וכתב בלשונו הטהור (בגיטין י"ג) במשנה ד"ה האומר. תנו גט זה לאשתו גרסינן במתניתין ולא גרסינן תן שלא מסרם ליד שליח בחייו לפיכך לא נחלקו חכמים בדבר לומר שמשעה ראשונה זכה לו השליח לעבד להיות משוחרר עכ"ל רש"י.

דלכאורה תיבת במתניתין מיותר ברש"י דהלא מפרש המשנה והכי הוי ליה למכתב תנו גרסינן ולא גרסינן תן כו' אלא כמו שכתבנו דבאמת אליבא דרב מצאנו למיגרס תן ומ"מ לא פליגי חכמים רק כמו שכתב רש"י (דף ט') ד"ה לא יתנו לאחר מיתה וז"ל ואפילו רבנן דאמרי שחרור עבדים זכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו נהי דלהכי זכה בו דלא מצי למיהדר מיהו מודי רבנן דכל כמה דלא מטי גיטא לידי' לא הוי משוחרר כו' וכיון דמת קודם תו לא הוי שחרורו שחרור דנפקא רשותו מיני' וחל עלי' רשות יורשים עכ"ל רש"י (דף ט').

והוא ממש דעתי' דרב דתניא כוותי' והלכה כמותו. והבינו התוס' שם ד"ה לא יתן דרש"י חזר במשנה (דף י"ג) ממה שכתב (דף ט') בגמ' וקשה לומר כן כמו דכתבו התוס' בעלמא הכי דרש"י העביר בקולמס ומחק מקונטרסו.

אלא כמו שכתבנו דרש"י פירש במשנה דלא תקשה אדשמואל אבל בגמ' פרש"י אליבא דהלכתא דתניא כותי' דרב ואין שום סתירה מרש"י: ואין להקשות מפני מה אמר שמואל מתוך שאינו יכול לחזור ג"כ הוי שחרור קודם שיגיע ליד עבד ולא הוי גט לאחר מיתה וכן משמע מדברי רש"י במשנה. וגבי תן מנה לפלוני שאני חייב לו אמר להיפוך מתוך שחייב באחריות יכול לחזור.

י"ל כיון דס"ל לשמואל לא תחלק בשליחות מסתבר יותר גבי תן מנה שאני חייב לו לומר שחייב באחריות וגם יכול לחזור שיותר זכות שיהי' יכול לחזור ממה שנאמר שאין חייב באחריות ג"כ. אבל גבי עבד יותר זכות לעבד אף לרבנן שלא יכול לחזור ממה שנאמר שלא יהא שחרור עד שיגיע לידו ויכול לחזור ג"כ.

וזהו רק לשמואל דלא פלגינן בשליחות אבל לרב פלגינן בשליחות וכמו שכתב הרי"ף ורש"י (גיטין ט') דאין יכול לחזור ומ"מ לא הוי גטעד שיגיע לידו דאין יכול לחזור הוא זכות מטעם ממון ואין גט עד שיגיע לידו דחוב הוא לו מטעם איסור שפחה כנענית ופלגינן בשליחות כמו שנתבאר: (כח) ומעתה גם באבידה נוכל לומר כן דדעתו של רבא כדעת שמואל כיון דאין לו בהחפץ דין מעות כיון שכבר נפל גם הגוף אינו שלו וכיון דלא יהיב דעתו על הגוף לכן הוי יאוש.

אבל אביי ס"ל כרב אף דמדין ממון יצא מרשותו אבל מה שיש לו בחפץ הגוף לא יצא מרשותו שלא מדעתו. (או בנפל משנים מהגוף מייאש אבל ממון אינו מייאש).

לכן באיסורה אתא לידו ובמה שמייאש אח"כ הוא מוציא מידו ומרשותו הגוף של החפץ אבל קודם שמייאש באיסורה אתא לידו. אבל רבא ס"ל במה דמייאש האי אינו מכניס לרשותו לכן אמר דמקודם הוי יאוש.

לכן היכי דאין מייאש מדמים אבל מגוף מייאש כמו גבי סלע שנפלה משנים דמגוף הסלע ע"כ מייאש דבודאי לא יחזיר לו המוצא הסלע עצמו לאחר שלא ירצה לישבע. שנתן להוצאה.

שפיר ס"ל לרבא דהוי יאוש לדעת רש"י ולאביי כיון דאינו מייאש מהממון ג"כ לא הוי יאוש דלאביי כל שיש בדעתו על הדבר בין על גוף הדבר ובין על דין ממון שיש לו בהחפץ הרי הוא שלו ומקרי באיסורה אתא לידו ונ"ד הרי לפי שנתבאר שפיר פסקינן כאביי שהוא כרב דהלכתא כוותי' דתניא כוותי' דרב: כט) והנה כיון דאתינא על דברי הר"ן (נדריים מ"ז) נימא בו מילתא דהא ראיית הר"ן לסברתו דגוף והנאת ממון שני דברים הם שיש לאדם בחפציו הוא מהא דאמרינן שם וב"ק (דף ק"ט) קונם בני נהנה מת יירשנו בחייו ובמותו מת לא ירשנו ויחזיר לבניו או לאחיו (ועי' בתוס' ד"ה לבניו או לאחיו ובד"ה לזה וב"ח באים ונפרעים) ואם אין לו לזה וב"ח באים ונפרעים עכ"ל הגמ' ב"ק דף הנ"ל.

והקשה הר"ן שם איך יתן לבניו או לאחיו הרי יש לו טובת הנאה. ועוד איך נימא וב"ח באים ונפרעים מן אותו נכסים האם מדיר הנאה רשאי לפרוע חובו מדעתו ותיירץ הר"ן דאף אם ממון אין לו בנכסים אבל הגוף שלו יעו"ש.

והנה הרמב"ם בחיבורו ובפירושו כתב כן. וכתב שצריך לומר זה הנכסים אשר אסר עלי אבא.

והקשה הטור על דעת הרמב"ם איך רשאי המדיר לפרוע חובו מדעתו. גם מאי נ"מ שמודיע שאלו הנכסים אסר עליו אבא עכ"ל.

וכתב מרן ב"י על הטור כי לא על הרמב"ם תלונתיו כ"א על משנה מפורשת ב"ק (דף ק"ט). וכתב עוד הב"י ביו"ד (סימן קט"ז) כי הטור ראה רק בגמ' דנדריים ולא ראה הגמ' בב"ק.

ותמוה מאד איך מצאנו ידינו ורגלנו לומר על הטור דבר כזה כי נעלם ממנו גמרא מפורשת. ועיין בכל נושאי כלי הטור והרמב"ם שטרחו ליישב דברי הטור והרמב"ם ולולא דברי רבותינו הקדושים אף אני אימא בה מילתא.

דתלי באשלי ררבי היינו כי שני גרסאות יש במשנה גירסת בבלי כמו שהעתקנו ויחזיר לבניו ובירושלמי גרס ויתן לבניו או לאחיו וכן כתב התוס' י"ט שני הגרסות וטרח ליישב לשון ויחזיר אשר אין במשמע כלל לפי הבנת רבותינו שהוא מתנה ממש ותירוצי' דחוק מאד. לכן נראה אדרבא דמדוקדק מאד לשון ויחזיר ובזה מיושב דברי הטור הנ"ל במאד.

דקשה להטור לשון ויחזיר כנ"ל ליתני ויתן לאחר במתנה. ועוד מאי שייך כולה מתניתין בב"ק בנדריים שייך למיתני.

ועוד מאי צריכים בניו לנתינתו הא יכולים לומר מכח אבוב דאביך קא אתינא כמו שמבואר ב"ב קנ"ט והובא בתוס' ב"ק הנ"ל. לכן יש לומר דהטור מפרש למתניתין הכי דקאי ארישא דגזל לאביו ונשבע לו (או אפילו בלא נשבע) כיון דאין לו דין ממון בהנכסים בקל יכול לעשות השבה דהיינו שיתן לאחיו או לבניו מטעם דיכולים לומר מכח אבוב דאבא קא אתינא.

ומ"מ הוי השבה מעלייתא כיון דיש לו בגוף הנכסים רק שאסור להנות ומצות לאו להנות נתנו. (או דר"ל יחזיר משל עצמו כמו ברישא ולא שייך גם חומש דאיירי בלא שבועה) ואם אין לו (ואין שייך למתני ואינו רוצה כמו ברישא כי למה לא ירצה לעשות השבה בלי הפסד ממון מאחר דמודר הנאה עיין בתוס' ד"ה ב"ח) לזה ונותן לאחיו או לבניו וב"ח באים ונפרעים מאותן הנכסים ומ"מ הוי השבה מעלייתא כיון דגוף שלו ואין משתרשי כלל.

ובזה יודה גם הטור שמותר. ואשמעינן מתניתין בבא דסיפא אף שאין רשאי גם להנות מן הנכסים של אביו מ"מ מיקרי השבה מה דלא ידעינן מרישא ולא נזכר כלל במשנה לדעת הטור דמודר יכול ליתן הנכסים במתנה או בחובו ושפיר מקשה על הרמב"ם הא אין רשאי לפרוע חובו דמשתרשי לו.

ומ"מ על מה שלוקחים בניו או אחיו לא קשה לדעת הרמב"ם משום דיכולים לומר מכח אבוב דאבא קאתינא. כן נראה ליישב דעת הטור ע"פ גירסת הבבלי ויחזיר כנ"ל: (ל) אמנם בדעת הרמב"ם נראה דשני קושיות הטור מתורץ חדא באידך וכן מבאר הרמב"ם בפירושו לנדריים פ"ד כיון דאומר לו שהנכסים אסורים עליו בהנאה לא הוי כלל ברשותו כמו שמבואר בנדריים מ"ז דאדם יכול לאסור דבר שברשותו אף לכשיצא מרשותו א"כ אין ברשותו שלו רק ברשות אביו המת או יורשיו והוי ממש כמו המודר הנאה מחבירו שפורע חובו כמו שכתב הטור בעצמו שגרם הנאה מנכסיו לא אסר על בניו כלל.

ומה שתמהו על מה, שנותן לבניו או לאחיו זה לכאורה ודאי לא קשה כלל דיכולים לומר מכח אבוב דאבא קאתינא. ולא דמי כלל לפרוע מדעתו של לזה דהתם אם הלזה מודר הנאה מהפרוע הרי עושה שליחותו.

אבל כאן אמת שמדעתו אבל אין הנכסים שלו שאין להנכסים בעלים שהמדירו הנאה מת. ואפשר בין אביו שהדיר הנאה לבנו ובין אחר רשאים היורשים לפרוע חובו והיינו דכתב הרמב"ם שיאמר שהנכסים אסורים עליו לכן אין לו מהנכסים קורת רוח לפני המלוה דגברא דפרענא הוא כיון דהנכסים אינן שלו [וכעין זה מבואר בהדיא במס' דמאי (פ"ד הלכה ד') ובלבד שיודיעם וקו"ח הכא וטעם שלא יחזיק לו טובה והוי הנאה ועיין בשו"ע שם שכתב מפני גונב דעת וכן משמעות הירושלמי שם הלכה ואו הוא כנ"ל].

וגם מגוף המדיר אין לו הנאה כיון דמת אין רשותו על הנכסים לא מיקרי הנאה מיני' כלל. [ועיין בתוס' פסחים כ"ב ד"ה ואבר מן החי לב"נ בחנם נמי אסור ליתן דמחזיק לו טובה ולכאורה כוונת התוס' דוקא שאינו מודיעו שאסור בהנאה דאל"כ למה יחזיק לו טובה בחנם כיון דאין מחסר ממון].

ושפיר כתב הרמב"ם שיאמר שהנכסים אסורים עליו בהנאה ולא יחזיק לו טובה כלל. כן נראה ליישב דעת הרמב"ם לפי גרסת הירושלמי ויתן לבניו או לאחיו ולא קאי כלל על הגזול מחבירו לכן הוא משנה מפורשת כדעת הרמב"ם לפי גרסת הירושלמי וכבר כתב הגר"א באו"ח (סימן רל"ה) וז"ל בפרט שהרמב"ם תמיד נוטה אחר הירושלמי עכ"ל: לא) והנה בעירובין (דף ע"א) פריך מ"ט דב"ה דאמרו מבטלין רשות בשבת ומשני עולא (או לגרסת הגאון שם רבא) נעשה כמו שאמר כלך אצל יפות ופרש"י וז"ל כיון דביטל השתא גלי דעתו דמעיקרא בשריותא ניחא לו אלא ששכח ולא עירב ולא הוי לו אקנויה רשותא בשבת עכ"ל.

הרי דמשמעות דברי רש"י דס"ל לעולא דביטול רשות הוי אקנויה רשותא ומ"מ מותר דאמרינן נעשה כאומר כלך אצל יפות והוי מקני רשותא מבע"י דל"ל לעולא איסתלק רשותא הוא א"כ אמאי צריך לסברת כלך אצל יפות לימא כמו דמסיק אביי דאפילו בשבת מותר באיסתלוקי רשותא. אלא ע"כ דס"ל לעולא דמקני רשותא הוא ומ"מ גם בתרומה גם בעירובין מהני כלך אצל יפות אף במקני רשותא משום דמבע"י מתלי תלי כיון דהי' מצי לבטל מבע"י (ועיין לעיל אות ח') ואף לדעתהתוס' דהכי נמי מסתברא שם בב"מ גמרא קאמר לה דגרסינן ה"נ מסתברא ולא כגרסת הרמב"ם ותסברא דקאי על תירץ רבא דוקא ועיין בגר"א יו"ד (סימן של"א סעיף ל"א) וכן כתבו הכא בד"ה כלך דראיית עולא מכלך אצל יפות לענין שתרם מן היפות שלא ברשות אף דשוי שליח כיון דעל יפות לא עשאו שליח.

אף לדברי התוס' צ"ל דלעולא אף בלא עשאו שליח כלך אצל יפות יועיל שהרי הכא לא עשאו שליח והכא מקני רשותא ואעפ"כ מועיל והכל משום ניחותא דמצוה דבעירובי חצירות ג"כ יש מצוה (כמו דמברכין וצונו על מצות עירוב עי' הגר"א או"ח סימן שס"ו ס"ק מ"ה) ומבואר בעירובין ס"ח ובשו"ע או"ח (סימן שס"ו סעיף י"ג) מצוה לחזור אחר עירובי חצירות אבל אביי דפריך לעולא שם ומוקי טעמא דב"ה משום איסתלוקי רשותא אבל באקני רשותא לא מהני אף ניחותא דמצוה לכן שפיר קאמר תרגמא רבא אליבא דאביי דשוי שליח ולא יכול לתרץ לאביי משום ניחותא דמצוה כקושית הט"ז דהא שמעינן לאביי בעירובין דמקני רשותא לא מהני כלך אצל יפות אפילו בניחותא דמצוה אבל עולא ואפילו לגרסת הגאון רבא שמעינן דבעבור ניחותא דמצוה אף לענין מקני רשותא אמרינן אגלאי מילתא למפרע.

ועד כאן לא שמעינן הלכתא כוותי' דאביי ביע"ל קג"ם אלא לענין יאוש שלא מדעת אבל לענין ניחותא דמצוה הגם דפליג אביי אבל לא אפסיק הלכתא כוותי' בזה לכן פסק הרמב"ם ושו"ע גבי תרומה דלא בעינן כלל שוי שליח רק משום ניחותא דמצוה אמרינן אגלאי מילתא למפרע ותרומתו תרומה.

ולאביי ג"כ לענין אסתלוקי רשותא אמרינן ג"כ אגלאי מילתא למפרע לכן מהני לאביי מה שתרם מן היפות שלא ברשות רק בשוי שליח על עיקר התרומה: (לב) ומעתה נוכל לומר מה דפסיקא לו להרמב"ם ושו"ע [דאם ליקט לעצמו ותרם שתרומתו תרומה אשר כמעט כל נושאי כליו לא הראו מקום דמקידושין אין כ"כ ראייה דהא י"ל רבא לטעמי' דס"ל ישל"מ הוי יאוש כמו שכתב הט"ז וכן נתבאר היטב מעירובין לפי הנ"ל.

עוד נ"ל דמפרש הברייתא כיצד אמרו התורם שלא מדעת אין תרומתו תרומה הרי שירד לתוך שדה חברו וליקט ופרש"י וז"ל וליקט לצורך בעה"ב והרמב"ם ושו"ע מפרשי וליקט לצורך עצמו ויותר ניחא לשון חושש משום גזל דנדחק רש"י ז"ל וז"ל משום גזל שתרם שלא ברשות עכ"ל והרמב"ם ושו"ע מפרשי כפשטא משום גזל ממש מה שליקט לעצמו וכן משמע לשון התוספתא אם נמצא יפות אין בו משום גזל ומ"מ מיירי ג"כ בתרם שלא ברשות והקושיא ממה שתרם שלא ברשות בעה"ב כמו שנתבאר דעל מה שלקח לעצמו אביי נמי מודה דאמרינן איגלאי מילתא למפרע כיון דהוי רק סילוק רשות אבל במה שתרם משל בעה"ב על של בעה"ב קשה לאביי כיון דבעת שתרם לא הוי ידע בעה"ב והוי אז מתלי תלי דילמא ניחא לו בעצמו לעשות המצוה ושפיר משני רבא אליבא דאביי דשוי שליח אבל מה שתרם מן היפות שלא ברשות גם אביי מודה כיון דאיסתלוקי רשותא הוא כמו שנתבאר: אולם אחרי שנתבאר דבאיסתלוקי רשותא גם אביי מודה דאמרינן איגלאי מלתא למפרע היכי דיש ניחותא דמצוה ולעולא אף במיקני אמרינן איגלאי למלתא למפרע וכן פסק הרמב"ם ושו"ע ומה דישל"מ לא הוי יאוש משום דליכא ניחותא דמצוה ודלא הוי קנין יפה כיון דבאיסורא אתא לידו ואיסורא לא ניחא לו דליקני (וגם היאוש מתלי תלי) אם כן בנ"ד דאיכא קנין גמור וגם רצה לקנות דבעינן רק סילוק רשות לית מאן דפליג דקנין העכו"ם קנין מה"ת וגם בחמץ לפני זמן איסורא קנה העכו"ם שלא מדעת הישראל קנין גמור ומותר לאחר הפסח בהנאה כמו שנתבאר: (ג) אמנם אי קשה הא קשה לי דכתב המל"מ פרק ד' דתרומות הלכה ג' על מה שכתב הרמב"ם ואם בא בעה"ב ואמר לו כלך אצל יפות אם היה שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד וכתב עלה המל"מ וז"ל מכאן ולהבא נעשית תרומה ולא למפרע ירושלמי פ"ק דתרומות הלכה א' עכ"ל.

וא"כ יש לכאורה לערער על שריותא דילן כיון דבא הגילוי דעת לאחר שילדה המבכרת א"כ אין קניית העכו"ם למפרע ואסור לשחוט. אכן מדסתם הרמב"ם והשו"ע ולא כתבו דאימתי נעשית תרומה מכאן ולהבא ולא למפרע ע"כ דס"ל להרמב"ם ושו"ע דגם למפרע נעשית תרומה אבל באמת קשה טעמא מאי לא פסקו כירושלמי מפורש: (לד) והנה באמת משמעות הבבלי דלא כהירושלמי דאם נימא דרק מכאן ולהבא הוא תרומה ולא למפרע א"כ מאי פריך לאביי דאמר יאוש של"מ לא הוי יאוש מהכא הא כיון דאין תרומתו תרומה רק מכאן ולהבא שפיר ישל"מ לא הוי יאוש כיון דמעיקרא באיסורא אתא לידו ולא דמי לתרומה.

גם לרבא משמע דניחא הברייתא משום דאמרינן איגלאי מילתא למפרע ובהיתירא אתא לידו אם כן אכתי צריך להיות גם למפרע תרומה ואי התרומה רק מכאן ולהבא גם בישל"מ לא הוי יאוש כיון דבאיסורא אתא לידו. וכיון דבבלי פליג על הירושלמי הלכה כבבלי לכן לא הביאו, הרמב"ם ושו"ע דאין תרומה רק מכאן ולהבא דפסקי כבבלי דלמפרע הוא תרומה, וכן משמעות וז"ל אלמא כיון דלכי ידע ניחא ליה אמרינן מעיקרא נמי ניחא לו ולענין יאוש נמי כיון דלכי ידע איאוש מעיקרא נמי הוי יאוש עכ"ל הרי דפירש"י דתרומה למפרע דלא כהירושלמי.

ות"ל מצאתי בפירוש אחד על התוספתא פ"א דתרומות דכתב בהדיא דגמרא דילן פליג על הירושלמי בזה וס"ל למפרע תרומה: לה) והנה בקידושין הוא מחלוקת הפוסקים באה"ע (סימן כ"ח) אם לקח דבר שלא מדעת חברו ובא בעל הבית ואמר כלך אצל יפות ונמצא יפות. דלהב"ח אם יש גילוי דעת ולא משום כסופא הוי קידושין למפרע ולהריטב"א רק קידושין מכאן ולהבא.

ומה שחולק שם הח"מ על הב"ח משום דבגזילה לא מצאנו דאהני גילוי דעת. זה לא קשה כלל דהתם בגזילה באיסורא אתא לידו וכיון דמעיקרא בהדיא היה גילוי דעת דלא ניחא לו תו לא מהני אח"כ גילוי דעת דניחא לו ודמי לדבר שיש בו סימן באבידה דלא מהני אף דשמעינן דמיאש כמבואר (ב"מ כ"א) אבל היכי דמעיקרא אינו ידוע דעתו ולבסוף היה גילוי דעת דניחא ליה שפיר מצאנו למימר דלמפרע מקודשת כמו בתרומה לבבלי דהוי תרומה למפרע ולהירושלמי דהתרומה הוי רק מכאן ולהבא גם הקידושין הוי רק מכאן ולהבא כיון דלבבלי קדושין (דף נ"ב) מדמה תרומה לקידושין אי לאו משום כיסופא.

לכן לבבלי דבתרומה הוי למפרע תרומה גם בקידושין הוי קידושין למפרע. ולהירושלמי דהתרומה הוי רק מכאן ולהבא גם בקידושין היכא דליכא משום כסופא רק גילוי דעת ממש דניחא לו כמבואר שם בב"ח מ"מ אינה מקודשת רק מכאן ולהבא ולא למפרע.

וכעת צריך עיון גדול מדוע לא הביאו הפוסקים הנ"ל מהירושלמי הנ"ל דלכאורה דין אחד בתרומה ובקידושין כמו שנתבאר: לו) אמנם אפשר לומר בנ"ד גם לדעת הירושלמי קנין העכו"ם קנין למפרע ואעתיק לשון הירושלמי שהביא המל"מ מאן תנא קטן דלא כר' יהודה דתנן קטן שהניח אביו במקשה ר"ל שדה קישואים] והיה תורם והיה אביו מוכר על ידו תרומתו תרומה [ובתוספתא הנ"ל הגירסא א"ל חכמים] לא הוא שתרם אלא אביו שאימן על ידו בא אביו ואמן על ידו למפרע נעשית תרומה או מכאן ולהבא"ר שמי נשמעינה מן הדא הרי שבא בעה"ב ומצאו עומד בתוך שלו אמר לו לקוט לך מן היפות האלו אם היו יפים אין חושש משום גזל ואם לאו חושש משום גזל ואם היה לוקט ונותן לו בין כך ובין כך אינו חושש משום גזל.

אית לך מימר למפרע נעשית תרומה לא מכאן ולהבא אוף הכא מכאן ולהבא נעשית תרומה עכ"ל הירושלמי: ולכאורה קשה טובא במאי פסיקא להירושלמי דכאן בתרם שלא מדעת דוקא מכאן ולהבא תרומה ולא למפרע דלמא הכא נמי למפרע תרומה כמו שנתבאר דעת הבבלי דבאמת למפרע תרומה: ועוד לכאורה הא גבי קטן יותר מסתבר דרק להבא נעשית תרומה ולא למפרע דהא גבי קטן הוי תרתי לריעותא חדא דקטן ועוד שלא מדעת בעה"ב תרם והכא רק חדא לריעותא דתרם שלא מדעת ואיך פשיט קטן מתורם שלא מדעת: ונראה דלכך פסיקא להירושלמי גבי תורם שלא מדעת דרק מכאן ולהבא תרומה ולא פסיקא ליה גבי קטן משום דגבי קטן איירי בבן הבעה"ב דהוי סתמא כמו עשה שליח כמו שמשמע מלשון המשנה שבת (פרק ב"מ דף ל"ד) עשרתם ולא משמע שעשאן שליח מקודם אלא ע"כ דבן אצל אביו הוי כמו עשאן שליח בהדיא רק אפשר דלא סמכה דעתו עד שיראה בעיניו וכמו בכל השלוחין אם בטל עד שלא תרם אין תרומתו תרומה אף שעשה שליח כמו כן גבי קטן לא נעשה תרומה עד שיראה

ויסכים על ידו וכל זמן שלא הסכים יכול למחות (ואע"פ שאין ראייה לדבר זכר לדבר בפסחים באשה שיכולה למחות לענין פסח אבל כ"ז שלא מחתה נעשה הבעל שלוחה).

ועוד אפשר אבא לגבי ברא לא שייך ניהא לו למעבד מצוה בנפשו לכן הוי בנו כמו שעשאו שליח בפירוש. ושפיר מיבעי להירושלמי כיון דמתחלה עשה שליח רק אח"כ בעינן להסכם בעה"ב אם הסכים שענה אמן אם נעשית תרומה למפרע או לאחר הסכם מכאן ולהבא ופשיט הירושלמי מתורם על אינו שלו שלא ברשות דהוי רק מכאן ולהבא אף דשייך לברירה שהוברר הדבר שמתחלה היה רוצה אבל גבי קטן הוא גילוי מלתא כמו דאמר ר' יוחנן (עירובין ל"ו) וכבר בא חכם.

ומ"מ פשיט הירושלמי כיון דחשיב במשנה כחדא. כמו הכא רק מכאן ולהבא כמו כן גבי קטן רק מכאן ולהבא ולא למפרע.

ולפ"ז נשמע גם לנ"ד דהקטן בן בעה"ב הוי כמו שעשאו שליח בפירוש ושאני מתרומה דכתיב ונחשב כמו שיתבאר אבל בנ"ד אפשר מעשה הקטן מעשה וקניית העכו"ם קנין גמור מן התורה: (לז) שוב אמרתי עוד לדעת הירושלמי ג"כ דאמר מכאן ולהבא דוקא תרומה ולא למפרע אפשר דבנ"ד גם למפרע קנין העכו"ם קנין גמור ואפשר לא פליגי גם הירושלמי והבבלי כלל ותלוי באשלי רברבי דהנה איתא בחולין (דף י"ג) דקטן יש לו מעשה ואפילו מדאורייתא.

אין להם מחשבה אפי' מדרבנן. מחשבתו נכרת מתוך מעשיו מדאורייתא אין לו.

מדרבנן יש לו יע"ש כל הסוגיא בפרש"י ותוס' ד"ה ותיבעי לו מעשה ומביא התוס' הירושלמי גבי חמשה לא יתרמו ואם תרמו אין תרומתן תרומה חרש שוטה וקטן ופריך ויוכיח מעשה שלהן על מחשבתן דתנינן תמן העלם חרש שוטה וקטן כו' וקצת תימא כו' ומתרץ שם ונחשב לכם תרומתכם את שכתב בו מחשבה אין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו ושאין כתוב בו מחשבה מעשה שלו מוכיח על מחשבתו.

פירוש כיון שעיקר תרומה במחשבה וקטן אין לו מחשבה לא מסתבר שיוכיח המעשה על מחשבתו. והדר פריך ר' יוסי קומי דשמואל והרי גיטין שאין כתוב בו מחשבה ואין מעשה שלו מוכיח על מחשבתו דתנינא הכל כשרים לכתוב את הגט ואפי' חשו"ק ואמר רב הונא והוא שיש פקח עומד על גביו כו' ומתרץ תמן זה כותב וזה מגרש (ר"ל אבל גבי הכשר הוא המעלה והוא החושב) הכא הוא החושב הוא התורם עכ"ל הירושלמי ר"ל דקושיית ר' יוסי דכאן גבי תרומה ל"ל טעם משום דכתיב ונחשב וכדכתב התוס' פירושי' כיון שעיקר תרומה במחשבה.

ולכן מסיים הירושלמי הכא הוא החושב והוא התורם ע"כ צריכין לטעם דשאני תרומה דכתיב בהדיא ונחשב ובאמת למ"ד דלא יליף מונחשב למעוטי קטן כמו שכתב התוס' בעצמו שם בשם הירושלמי דמעטינן קטן מתרומה מאיש. ובירושלמי (פרק י"ג דיבמות) אמר ר' אבין כהנא בשם הילא טעמא דקטן אסור לתרום מולא תשא עליו חטא את שהוא בנשיאת עון תורם את שאינו בנשיאת עון אינו תורם באמת שוה הכשר לתרומה.

אבל ר' יוסי (ומשמע דהוא אמורא או ר' יוסי או רב יוסף) לטעמי' דאמר שם בירושלמי דיבמות ר' יוסי בשם ר' הילא דממטינן קטן מתרום דכתיב ונחשב לכם והרמותם (במדבר י"ח) את שכתוב בו מחשבה תורם ואת שאין כתוב בו מחשבה אין תורם ופירש הפני משה וז"ל ד"ה וקאמר ר' יוסי בשם רבי הילא דהיינו טעמא מדכתיב ונחשב לכם תרומתכם את שכתוב בו מחשבה שיש לו מחשבה לאפוקי קטן דאין לו מחשבה וכדתנן (פ"ג דמכשירין) חשו"ק יש להם מעשה ואין להם מחשבה עכ"ל לכן ר' יוסי קומי דשמואל שפיר מסיים הכא הוא החושב הוא התורם ואמאי אין מוכיח מעשה שלהן על מחשבתן ע"כ משום דילפינן מונחשב וכמו דמתרין בירושלמי.

ולכאורה אין מקום לקושית התוס' ותימא לר"י כו' כמו שנתבאר דר' יוסי קומי שמואל לשיטתו ר' יוסי בשם ר' הילא (ועיין ב"מ ע"א ד"ה קטן ל"ל שליחות ובקידושין מ"ב ד"ה והא ובקצוה"ח סימן קפ"ח ה"ק ג') דממעט קטן מן ונחשב. היוצא מזה דיש נ"מ בין מ"ד דממעט קטן מן ונחשב ובין מ"ד דממעט קטן מלא תשא עליו חטא לענין מחשבתו נכרת מתוך מעשיו דלמ"ד מן ונחשב לא אמרינן גבי תרומה מחשבתו נכרת מתוך מעשיו ולמ"ד מן ולא תשא עליו חטא דמי תרומה להכשר והיכי דמחשבתו נכרת מתוך מעשיו תרומתו תרומה: לח) ומעתה נוכל לומר גם לענין זה נ"מ בין מ"ד דילפינן מן ונחשב כיון דעיקר תרומה הוא במחשבה לא אמרינן גם ק איגלאי מילתא למפרע וכמו שנתבאר לאביי דלמקני קנין לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע אבל היכא דהוי רק סילוק רשות דתלי בכוונת דעתו אמרינן איגלאי מילתא למפרע א"כ היכי דאמר כלך אצל יפות לא מהני רק מכאן ולהבא כיון דגבי תרומה העיקר הוא המחשבה והוא כמו בשארי דברים המעשה וגבי מעשה לא אמרינן איגלאי מילתא למפרע.

אבל למאן דיליף מן ולא תשא עליו חטא או מן איש ומשמעות הבבלי בנדה מ"ו ג"כ הכי שפיר הוי תרומה כמו שארי דברים ואמרינן איגלאי מילתא למפרע. ורבא אליבא דאביי נוכל לומר דיליף מן ונחשב לכן מוקי בשוי שליח ואז הוי תרומה למפרע אבל בלא שוי שליח הוא תרומה רק מכאן ולהבא אם כן שפיר אינו מביא הרמב"ם הא דרק תרומה מכאן ולהבא דפסק בבבלי וכמ"ד בירושלמי דלא.

ילפינן מונחשב אם כן אף למפרע תרומה אפ"ל לאביי כמו שנתבאר ובתרומה דאורייתא עדיין צ"ע בזה אבל בתרומה דרבנן נראה דשפיר הוי תרומה למפרע להלכה: לט) אכן ע"פ האמור דנוכל לומר נ"מ בין תרומה לשארי דברים זכינו לדון בנ"ד ובחמץ קודם זמן האסור דהם דמי לשאר דברים גם להירושלמי אמרינן איגלאי מילתא למפרע וקנית העכו"ם שלא מדעת הוי קנין גמור למפרע ומה"ת כמו שנתבאר: מ) אכן ע"פ האמור נוכל לומר גם כן לדעת הירושלמי לענין קדושין אם לא מחמת כסופא כגון שהיהגילוי דעת גמור כמו שמבואר בב"ח שם הוי קדושין למפרע כדעת הב"ח ולא כדעת הב"ש (ס"ק מ"ד סי' מ"ח).

וכן היכי דאמרינן מחמת כסופא נוכל לומר דאינה מקודשת למפרע. אבל מכאן ולהבא מקודשת אם לא נתאכל המעות כמשמעות רש"י שם וז"ל משום כסופא הוא דקאמר לו דלא נכסוף אבל למפרע לא ניחא לו עכ"ל.

ובב"מ (כ"ב) לא פרש"י אבל למפרע לא ניחא לו. משום דבקדושין משמע מכאן ולהבא הוי קדושין דלא כב"ש שם ובפרט לדעת התוס' דאיירי שעשאן שליח לקדש אשה לנפשו רק דלא פירש לו דיקח מן היפות (כן פירש הב"ח שם דעת התוס' בקדושין ד"ה אם נמצא יפות) ומאי איכפת לן דילמא לא ניחא לו גם השתא הא מבואר במעילה (דף כ"א) אמר לו הבא מן החלון או מן הדלוסקמא והביא לו אע"פ שאמר לו בעה"ב לא היה בלבי אלא מזה והביא מזה בעה"ב מעל ופריך בגמ' מאי קמ"ל, ומשני דברים שבלב אינם דברים ופרש"י וז"ל בד"ה אע"פ שאמר לו לא היה בלבי שתבוא לי מאותו מקום שהבאת לי אלא מזה האחר בעה"ב מעל שהרי נעשה שליחותו דדברים שבלב לא היה בלבי על זה אינן דברים עכ"ל.

הרי אפילו עומד וצוח לא היה בלבי אינן דברים לבטל השליחות וקו"ח בן קו"ח אם רק ספק דלמא משום כסופא אמר ולא ניחא לו אבל מ"מ כיון שאמר כלך אצל יפות והיינו דניחא לו הרי דברים שבלב אינן דברים ומקודשת מיהא מהשתא אבל למפרע שפיר בעינן דעתו כיון דלא פירש, ומה שהקשה הב"ש מהא דמר זוטרא לא אכל כשאמר כלך אצל יפות (ב"מ כ"ב).

יש לומר אכילה שאני דלענין אכילה בעינן שפיר דיהא ניחא לו בלב כמו דמבואר בקרא (משלי כ"ג) אל תלחם את לחם רע עין כו' כי כמו שער בנפשו כן הוא אכל ושתה יאמר לך ולבו בל עמך [ועיין ברש"י (חולין ז) ד"ה ויש וד"ה כמו שער] הרי חזינן דלא דמי כלל דלענין אכילה מפורש דחיישינן לניחותא דלבא ואם לא ברצון הלב.

הוא לאו מדברי קבלה אל תלחם ולכן לא אכל מר זוטרא אבל בקידושין דמבואר במעילה דף הנ"ל) דדברים שבלב אינן דברים לכן הוי קידושין לכ"ע מהשתא אף דלא ניחא לו בלב ואמר רק משום כסופא כמו שנתבאר: מא) אמנם אף אם נאמר דבעינן למכירת הקטן. בנ"ד מכירת הקטן מכירה.

וראיתי ממעילה (דף כ"א) שלח ביד חשו"ק אם עשו שליחותו בעה"ב מעל לא עשו שליחותו חנוני מעל ופי' רש"י ד"ה לא עשה שליחותו ממה שצוה בעה"ב לא מעל דלא אתעביד שליחותו והם לא מעלו דלאו בני דעה נינהו אלא חנוני לכשיוציא כשיתן אותה פרוטה לשום אדם דהשתא הוא משנה לה מקודש לחול כשמוציאה עכ"ל.

ובגמ' פיסקא שלח ביד חשו"ק אם עשו כו' והא לאו בני שליחות נינהו ופרש"י הני חשו"ק ואמאי מעל בעל הבית משיעשו שליחותו ומשני אמר ר"א עשאום כמעטן של זתים כו' אבל לא זיעת הקופה כו' ומ"מ האי זיעת המעטן דניחא לו בגוה אמרינן דקא עביד שליחותו דבעה"ב אע"ג דמעטן לאו בר זיעה הוא חשיבה הא זיעה ומכשרה לטומאה הכי נמי חשו"ק אף על גב דלאו בני דיעה נינהו כי איתעבידא שליחותו על ידן הואיל וניחא לו בגוה מעל עכ"ל.

ור' יוחנן אמר כאותה ששנינו נתנו ע"ג הקוף והוליכו או ע"ג הפיל והוליכו הרי זה עירוב אלמא קא עבדה שליחותו הכי נמי אתעביד שליחותו ופרש"י אלמא אע"ג דלא הוי בו דעת הואיל ואיתעביד שליחותו הוי עירוב הכי נמי גבי חשו"ק עכ"ל. הרי בהדיא אף דקטן לא בר שליחות מ"מ כיון דעשה שליחותו ובעה"ב ניחא לו מקרי שליח וטעם

לזה נוכל לומר דקטן יש להם מעשה ואין להם מחשבה אבל כיון דיש מעשה ומחשבה גדול הוא כמו גדול עומד על גביו.

ועוד הא מחשבתו נכרת מתוך מעשיו כמבואר (חולין י"ב י"ג) ע"ש תוס' סד"ה ותבעי לו מעשה וע"ש היטב במהר"ם לובלין. וכיון דבתרומה דכתיב ונחשב כמ"ש (שם תוס') בשם ירושלמי דתרומות וכן מבואר בירושלמי (דיבמות פי"ג) מכש"כ במעילה.

וכיון דנתבאר דהיכי דעביד קטן מעשה ובעה"ב גילה דעתו דניחא ליה ומכ"ש היכי דצוה הבעה"ב ועשה הקטן מעשה דשליחות הוא שליחות גמור כמו במעילה מכ"ש בנ"ד דגם כן צוה הבעה"ב לבנה הקטן למכור וכן עשה הרי ממכרו ממכר (ובפרט שהיה גדול בן ט"ז שנים עומד על גביו ואפשר הבן ט"ז שנים הביא ש"ש בודאי ממכרו ממכר) וכן מבואר בתוספתא (פ"א דתרומות) ר' יהודה אומר קטן שתרם תרומתו תרומה א"ר יהודה מעשה בקטן כו' והיה תורם ואביו מקיים על ידו ואמרו חכמים תרומתו תרומה אמרו לו לא הוא שתרם אלא אביו שאימן אחריו עכ"ל התוספתא ובר"ש הגירסא שזימן אחריו.

ונראה פי' אימן אחריו לשון אמן כיון דבעה"ב ענה אחריו אמן ר"ל שהסכים על ידו לכן הוא תרומה. אבל הקטן בעצמו אין יכול לתרום אכן אף לחכמים דפליגי על ר"י וס"ל דקטן אין יכול לתרום מ"מ אם אח"כ הסכים הבעה"ב הוא תרומתו תרומה.

ומשמעות הגר"א דתרומה מה"ת לפי גירסתו א"כ בנ"ד כיון דבעה"ב צוה לבנה הקטן למכור והוא קיים ואח"כ גילתה דעתה דניחא לה הרי ממכרו ממכר מן התורה ופטורה המבכרת מן הבכורה. ועוד דאין לך יד עכו"ם באמצע יותר מזה וגם נתן מעט מעות.

מכל הנ"ל נראה שהמבכרת פטורה מן הבכורה כמו שנתבאר: (מב) אכן קודם ששמעתי הסכם רבנים אחרים עמדי על היתר חדש הזה הורתי לצוות לעכו"ם בלתי גדול להטיל מום וכן נעשה וחתך אוזן העגל מן הסחוס כמבואר ביו"ד (סימן ש"ט) והתרתי לשחוט ע"י שלשה בני הכנסת כמו שמבואר בשו"ע יו"ד סימן הנ"ל: (מג) הנה נראה דמה שמבואר ברמב"ם (פ"ז מהלכות בהמ"ק) ובשו"ע שם נפגם מן הסחוס דוקא ולא מן העור וע"ש בט"ז בשם רש"י פ' מצורע היינו דוקא אם רק נפגם דהדרא בריא ולא ניכר אבל אם חתך כל העור מן האוזן עד שנראה לכל דאוזן זה קטן משל חברו לדעת הטור נמי הוא מום ואפשר דלא הדרא בריא אבל לדעת הרמב"ם (פ"ב) מהלכות איסורי מזבח דאפילו אזנו אחת כפול כשר למזבח ולא הוא מום מכ"ש דקשה הלא הסחוס הוא הרבה יותר מכפול א"כ השתא נפגם שם פסול למזבח מכ"ש אם נחסר לגמרי שם בסחוס דפסול למזבח ורשאי לשחוט עליו דמומין שאמרו א בידים אדם וביד שמים.

וע"כ צ"ל גם להרמב"ם דאזנו אחת כפול כשר היינו עד הסחוס אבל מן הסחוס ולמטה אפילו כ"ש אם נחסר פסול למזבח וכשר לשחוט במדינה. אבל לדעת הטור אם נחתך חתיכת אוזן עד שנראה לעינים שהוא קטן מחברו כשר לשחוט אף שהוא למעלה מן הסחוס וצ"ע בזה.

ולכתחלה יש לחתוך מן הסחוס ולמטה כמו שפסק הרמב"ם ושם ודאי אף שנשאר כפול כשר לשחוט אף לדעת הרמב"ם ודוק: (מד) ומה שכתב הפ"ת (סי' ש"כ ס"ק ד') בשם

ח"ס וליתר שאת להטיל מום ע"י עכו"ם בענין דלא יהא צער בעלי חיים נראה דהיכי דאי אפשר לשחוט בלא זה לא חיישינן לצב"ח וכן משמע סוגיא (דב"מ ל"ב) לענין פריקה וטעינה דהיכי דאיכא רווח ממון לא חיישינן לצב"ח לכן אם בלתי אפשר בענין אחר אף דאיכא צער ב"ח מותר להטיל מום ע"י עכו"ם כמו בנ"ד ורשאים לכתחלה לשחוט במדינה כמו שנתבאר: מה) והנה יש עוד צד היתר לנ"ד דמכירת הקטן מכירה היא מהא דכתב ספר יד אברהם לתרץ קושית הט"ז מפני מה לא כתב הרמב"ם בכלך אצל יפות דשוי שליח כמו שתרגם רבא אליבא דאביי דהלכתא כוותיה דשוי שליח (ב"מ כ"ב).

וז"ל דהנה הראב"ד (פ"ו) מהלכות גירושין כתבדהא דאין קטן עושה שליח הוא דדרשינן גם אתם לרבות שלוחכם מה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת וכתב ע"ז בספר קצוה"ח (סי' קפ"ח) דז"א רק למ"ד מופלא הסמוך לאיש לאו דאורייתא ולדידי' הוא דבעינן דוקא גדול ובן דעת נמי גבי תרומה.

אבל למ"ד דס"ל מופלא הסמוך לאיש דאורייתא ולדידי' תרומתו תרומה מה"ת אם כן ליכא למעט קטן משליחות מאתם גם אתם ע"כ. ולפ"ז הא דב"מ דבעינן דשוי שליח מעיקרא ולא סגי בגילוי דעת לבסוף דניחא לו משום דכתיב אתם מה אתם לדעתכם פי' מעיקרא אף שלוחכם לדעתכם מעיקרא.

היינו דוקא למ"ד דמופלא הסמוך לאיש לאו דאורייתא דלמ"ד דאורייתא לא דרש מה אתם לדעתכם ולא ממעט מאתם רק התורם שאינו שלו ולא גילה דעתו כלל דניחא לו אבל כל שגילה דעתו אף לבסוף דניחא לו אתם קרינן בו וא"כ הרמב"ם דס"ל בה' נדרים ונזירות ותרומות דמופלא הסמוך לאיש דאורייתא ע"כ לא דריש כלל מה אתם לדעתכם אף שלוחכם לדעתכם ומש"ה אזיל לטעמו דתרומתו תרומה אף בלא שוי שליח מעיקרא אלא שגילה דעתו לבסוף דניחא לו עכ"ל היד אברהם וכיון דלדעת הרמב"ם והשו"ע דליכא למעט קטן משליחות א"כ בנ"ד דהקטן מופלא הסמוך לאיש.

לכן הוי בשליחות וממכרו לנכרי הוי מכירה גמורה ופטורה מן הבכורה. אבל באמת דברי היד אהרן צריך לעין וברמב"ם (פ"ב) מהלכות שלוחין הלכה ב' מבואר דקטן לאו בר שליחות ודוחק לומר דהרמב"ם מיירי דוקא באין מופלא סמוך לאיש וצ"ע בזה הנלע"ד כתבתי: נאום צבי חיים בר' דוד ז"ל.

תם ונשלם