

פרק א נקטינן דספק ממון לקולא, וראוי לבאר למה נגרע איסור גזל משאר איסורים וכמו דקיי"ל דכל איסור תורה לחומרא, וכבר עמדו ע"ז הרבה גדולי האחרונים, והראשון שהעיר מזה הוא הר"ר יחיאל באסאן ז"ל, והוא ז"ל השיב ע"ז דעכ"פ יהי בזה ספק גזל, דאם נחמיר על הנתבע יהי ספק גזל ביד התובע, וכל האחרונים השיגו על תירוץ זה, דהרי בברי ושמא ליכא חשש איסור אצל התובע, דגם בספק איסור מהני ברי ועוד דלפי"מ דקיי"ל כשמואל דאין הולכים אחר הרוב להוציא מחזקת המוחזק, דאצל התובע איכא רוב דמהני לענין איסור, וגם בעיקר דבריה יש לתמוה, דמה בכך דעכ"פ כל אחד יחוש לעצמו והי' ראוי דגם בי"ד לא יניחו כך עד שיתרצו שני הבע"ד, ובס' או"ת סי' כ"ה בקיצור תקפו כהן כתב וז"ל אבל באמת הקושיא מעיקרא ליתא, כי כך הי' המצו' והלאו של לא תגזול היינו גזל ודאי, אבל גזל ספק אם הוא בידך אין כאן איסור גזל דכך הלכה נאמרה המע"ה ומי שתפס יכול להחזיק ואין כאן ספק איסור כלל, כי לא אסרה תורה גזל בכה"ג ועל תנאי זה נאמר וכו', כמו דלא אסרה תורה ממזר ספק ומעשר ספק וכדומה הרבה, ולכך אפילו לצאת ידי שמים אין כאן חשש עכ"ל וגם דבריו הק' אינם מסתברים בעיני דהרי כל היכא שמצינו בש"ס איזה חדוש להקל בספיקות, גלו לנו ע"ז מקור מן התורה, דבמזר דרשו מיתורא ממזר ודאי ולא ספק, קהל ודאי ולא ספק, ובמעשר עשירי ודאי ולא עשירי ספק, ובספק טומאה ברה"ר הילכתא גמירי לה וכן בספק ערלה בחו"ל, ובגזל ספק לא נזכר בגמ' לרמז לנו שהוא איזה חדוש הלכה למשה מסיני או איזה גלוי מה"ת, ולהיפוך אמרו בגמ' ריש פ' הפרה דעל ענין זה דקיי"ל המוציא מחבירו עליו הראי' אי"צ קרא דסברא הוא, דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ואם הי' בענין זה של ספק גזל איזה חדוש הלכה, הוי לי' להש"ס לומר דע"ז מגלה הקרא דמי בעל דברים יגש אליהם, אלא נראה לענ"ד ברור דאין שום חדוש בלאו דלא תגזול, וספיקו אסור ככל ספק איסור תורה, והרי מצינו חיוב לצאת ידי שמים גם בספק גזל, דלפי"מ דקיי"ל דהיכא דהתובע טוען ברי והנתבע שמא חייב בבא לצאת ידי שמים, כמו דאיתא בב"ק ד' קי"ח ובשו"ע סי' ע"ה: אבל היטב אשר כתב בזה בס' קנונה"ס כלל א' סי' ו' אבל לא ביאר כל הענין כראוי, דז"ל שם ויראה לי דפירוקא דהאי מילתא כך הוא, שלא אסרה התורה את הגזל אלא מה שהוא של חבירו מצד הדין, אבל מה שהוא שלו מצד הדין לא אסרתה עליו התורה, והילכך ספק ממון שהדין בו המע"ה גם דררא דאיסורא לית בה כשאינה מחזירה, וגם האורו"ת כתב מעין זה דהתורה לא אסרה אלא ודאי גזל והוי כעשירי ודאי ולא עשירי ספק עכ"ל.

וביאר ענין זה הוא לענ"ד עפ"י הקדמה כללות דכל דיני המשפטים של דיני ממונות בין איש לרעהו, אינם כדרך כל מצוות התורה, דבכל המצוות הוא מה שהזהירה לנו תורה בעשה ול"ת, חיוב קיומם עלינו הוא העיקר לקים מצות ה', ובדיני ממונות אינו כן דקודם שחל עלינו מצות ה' לשלם או להשיב, וצריך שיוקדם עלינו חיוב משפטי, דהריאף אם קטן הוא הגזול דאינו בר מצוות, מ"מ מוטל על בי"ד להציל עשוק מיד עושקו לכוף את הקטן להחזיר החפץ הגזול לבעליו, ועוד כלל עיקרי בזה דהיכא שאנו דנים על איזה זכות וקנין של אדם באיזה חפץ או שעבוד ממון, אין אנו דנים כלל על ענין שמירת איזו מצוה, אלא ענין מציאות למי קנוי הדבר, ומי ומי ראוי עפ"י תורת המשפטים להחזיק את החפץ, ולפי"ז מה דאמרו חז"ל כללי ההלכות בספיקו של ממון ודאי שמצאו כן עפ"י

הכרעת השכל שעפ"י תורת המשפטים הדין נותן כן שבמחליף פרה בחמור וילדה וספק מתי נולד דאם נמצא הולד בשעת לידת הספק ברשות של אחד מהם יהי' כן שיהי' ברשותו, ואם קיימא באגם אזלינן בתר מרא קמא והנה הלאו של איסור גזל הוא שלא יגזול איש מחבירו דבר שעפ"י תורת המשפטים הוא של חבירו, וכן לא יעשוק שכר שכיר מה שעפ"י משפט התורה הוא חייב לשלם, ואיך שייך לדון שיחוש מי שיעכב הממון ת"י עפ"י משפט התורה, לאיסור גזל אם הממון הוא שלו עפ"י משפט התורה איזה איסור גזל אפשר בזה דהלאו של לא תגזול הוא לאו כללי דאיסור לגזול משל חבירו מה שהוא שלו, בין ע"י ירושה ובין ע"י זכ"ל של מקח, ומתנה והפקר, ובין אם זכה עפ"י משפט חכמים, ולפי"ז נלענ"ד ברור דספק גזל אסור מה"ת ככל ספק איסור תורה אלא דספק גזל הוא דבר רחוק מן המציאות, דבכל ספק ממון הורו לנו חכמים איזה משפט עפ"י תורת המשפטים, וכיון שאיכא בזה איזה דין משפטי, כבר ליכא ספק איסור גזל, אלא או שהוא ודאי גזל או שהוא ודאי היתר, דאם יתפוס התובע במקום שנפסק הדין דלא מהני תפיסה, הוא גזל ודאי, ובמקום דמהני תפיסה הוא ודאי היתר, וספק גזל היכא דליכא בזה שום משפט דיני ממונות כגון לגזול מאיש שהוא ספק נכרי ספק ישראל למ"ד גזל נכרי מותר, בכה"ג יהי' ספק איסור ככל איסורי תורה, דבכה"ג אינו ענין כלל לדיני המשפטים דאף למ"ד גזל נכרי מותר אין לו שום זכות וכח לגזול את הנכרי, וכמש"כ המג"א בה' לולב בשם ס' יראים, דאף למ"ד גזל נכרי מותר לא הוי לכם, ועוד יבואר אופנים כאלו לקמן בס"ד בכל כה"ג אסור מספק, ולפי"ז מש"כ בס' קונה"ס שמש"כ התומים דספק גזל התירה תורה הוא כעין הדרך שכתב הוא ז"ל הוא תמוה שהדברים רחוקים זה מזה שאין להם שום יחס, כמבואר לכל מעיין: ומהא דכתב הרשב"ם בב"ב ד' נ"ז ע"ב משמע קצת כדברי התומים, דבהא דאמרינן שם רב פפא אמר אידי ואידי בחצר השותפים ואיכא דקפדי ואיכא דלא קפדי, גבי ממונא לקולא גבי איסורא לחומרא, דמפרש רבינו גרשום בפשיטות, גבי ממונא לענין חזקה לקולא דאזלינן בתר דלא קפיד ולא הוי חזקה, גבי איסורא דנדר לחומרא דאסורים לכנוס, והרשב"ם כתב בזה"ל, גבי ממונא לענין חזקה לקולא יש לנו לילך להקל ולומר שאין השותפים מקפידים זע"ז ומותר להעמיד זה בהמותי' בחצר כ"ז שאין חבירו מעכב עלי', והיינו קולא שאנו מתירים לזה מסתמא להעמיד שם בהמותי' אעפ"י שלא נטל רשות מחבירו ובדוכתא אחרינא אמרינן דשואל שלא מדעת גזלן הוי, והכא בלא דעת יכול להכניס בהמותי', והילכך לא הוי חזקה דהא לא קפדי, עכ"ל, מלשונו זה משמע דספק גזל מותר דאם מסופק אם חבירו מקפיד אינו חושש מספק גזל של שואל שלא מדעת, ומה שהכריחו להרשב"ם לפרש כן דמותר לכתחילה הלא אין לנו רק לתרץ דמשו"ה לא הוי חזקה משום דיכול לומר אנא מהנך דלא קפדי אנא והילכך שתקתי ואין חזקתך חזקה, וכמו דמסיק שם הרשב"ם, נלענ"ד דסובר הרשב"ם דאם הי' אסור לכתחילה להכניס בהמותי' מספק גזל בכה"ג ראוי לחבירו למחות בו דע"י הכנסתו מוכח שרוצה להחזיק וכיון דלא מיחה הוי חזקה אף שהוא יכול לטעון אנא מהנך דלא קפדי, דאף דלא קפיד על ההשתמשות בעצם, אבל על ההשתמשות כזאת שמוכיח על חזקה כו"ע קפדי ומהאי טעמא מפרש דמותר לכתחילה להעמיד בכה"ג ומשו"ה יכול לטעון אנא מהנך דלא קפדי, אבל עכ"פ מוכח להדיא דמותר לכתחילה להשתמש בשל חבירו אף דאיכא

ספק גזל, ונלענ"ד דגם ענין זה אינו יוצא מגדרי דיני ממונות דאם משתמש בספק כזה הוא זוכה בהשתמשות זו לעצמו שאי"צ לשלם לו, וגדולה מזו דהרשב"ם כתב שם דהיכא שאינו מקפיד על העמדת בהמותי הרי זה כאילו הפקיר את החצר לכל בני החצר לעמוד בו ולגבי עמידה אין לו חלק בו.

עכ"ל.

והרי זה כספק הפקר ובספק הפקר היכא דליכא דין חזקת מרא קמא ודאי אם זכה בו אחר הרי הוא שלו מדין תורת המשפטים של דיני ממונות, וממילא ליכא איסור גזילה כמו בכל ספק ממון, ומה דלא אמרינן באמת בכה"ג אוקים אחזקה ראשונה דהרי לפי"מ שמפרש הרשב"ם הוא ספק הפקר ככל ספק הפקר דמוקמינן בחזמ"ק וגם אם נאמר דענין אינו מקפיד אינו כהפקר רק דלא איכפת לי', וכן נראים הדברים דהפקר שהוא מטעם נדר ודאי דלא שייך בכה"ג ואכמ"ל, אבל עכ"פ גם בספק נתינת רשות הבעלים ג"כ שייך לומר אוקים בחזקת מרא קמא ונלענ"ד דהטעם בזה דרק היכא שמוחזק הראשון רוצה בחזקתו אוקמינן בחזקתו אבל בכה"ג שהספק הוא שמא אינו רוצה בחזקתו כלל ואינו מקפיד היכא שאפשר לי' להקפיד לא שייך חזקת מ"ק בכה"ג: ובזה נתישב לי מה דקשה לי על דברי הרשב"ם הנ"ל מהא דמוכח ריש אלו מציאות דבספק יאוש שלא מדעת חייב להחזיר, דבכל הסוגיא מצריך שם שיהי' הוכחה דבשעת מציאה כבר ידעו הבעלים שנפל מהם וכן כתב שם בפנ"י בד' כ"ה ויעו"ש בד"ה ואם, נטל שכתב הטעם בזה משום דמוקמינן אחזקה דלא נתיאש כמו דלא איאש מעיקרא בשעת נפילה ממש, ולדעתי אין זה טעם הגון כ"כ, דלפי"ז הוא מטעם חזקה כחזקות של איסור והיתר ויש לדון משום הרי חסר לפניך ועוד דעיקר הטעם בזה מתי נודע לבעלים מאבידתו דאם נודע בע"כ נתיאש, וענין הידיעה אינו שנוי בבעלים לומר העמד דבר על חזקתו, ולדעתי הדברים פשוטים דבספקאיכא חזקת מרא קמא דגם במטלטלים איכא חזמ"ק היכא דלא הוציאו מרשותם מדעתם ורצונם, ואף אם נימא דיאוש אינו מוציא לגמרי מרשות בעלים עד דאתא לרשות זוכה כמש"כ הקצוה"ח בה' אבידה, עכ"פ הוא ספק הוצאת ממון בשעה שאתא לרשות זוכה, ושפיר מוקמינן בחזמ"ק דהרי הבעלים רוצים בחזקתם, דאף אם נתיאשו הם מתיאשים שלא מרצונם אבל בספק אינו מקפיד דאם אינו מקפיד שאינו רוצה להיות מוחזק בכה"ג לא שייך לאוקמי' אחזקה דעל החזקה עצמה הוא הספק, אמנם אם נימא דחזמ"ק הוא חזקה כחזקה של איסור והיתר, יש לדון קצת דגם בספק אינו מקפיד שייך חזקה, דאף שאם אינו מקפיד ג"כ אין הדבר יוצא מרשות בעלים לגמרי, דבכל עת יכול לחזור ולהקפיד, מ"מ אפשר דעל השעה שאנו דנים הוי איזה שנוי ברשות וחזקת בעלים, אבל לקמן יתבאר ענין זה דחזמ"ק הוא ענין מוחזק ומשו"ה היכא שאינו מקפיד להחזיק לא שייך מוחזק כנלענ"ד: והנה לשיטת הב"ח ביו"ד סי' קמ"ו הובא בש"ך שם סק"א דבאבידת נכרים אינו קנוי למוצא רק ע"י יאוש, יש להוכיח דספק גזל מותר, מהא דאיתא בפ"ק דכתובות ד' ט"ו, לענין תינוק מושלך, דברוב ישראל מחזירים אבידתו ולא במע"מ, וכמש"כ הראשונים שם, וכן הוא להלכה באהע"ז סי' ד' סעי' ל"ד, דהרי לשיטתו אין בזה תורת ספק ממון דאף אם הוא נכרי אין לו שום קנין להמוצא באבידת נכרי קודם יאוש, אלא דאם הוא נכרי אבידתו מותרת, ואם ישראל הוא אבידתו אסורה, ויש בזה ספק איסור גזל וספק מצות השבת

אבידה ומ"מ מותר לעכב האבידה ת"י, אמנם כבר הוכחנו לעיל בשע"ד דלא כהב"ח, וכן בגליון רש"א שם ביו"ד הוכיח מהתוס' ספ"ק דכתובות דאבידת נכרים נקנית בלי יאוש, ולפי"ז הו"י ספק זה ספק קנין ממון, דבכה"ג ספק מצות השבת אבידה נגרר אחר החלטת דין קנין הממון ככל ספק ממון דעלמא וגם לשיטת הב"ח יש לישב קצת, דהא דקתני מחזירים ואין מחזירים הוא לאחר יאוש ונתיאש לאחר שנטל באיסורא דאבידת ישראל לא מהני משום דבאיסורא אתא לידלי' ובנכרי קנה, והו"י ספק ממון ככל ספק ממון.

כנלענ"ד: פרק ב ואחר שבארנו ספק ממון בחפץ בעין, עלינו לבאר האי דינא דספק ממון בספק חיוב ושעבוד הגוף, דקיי"ל דבספק פטור משום המע"ה, דלכאורה משמע מפשטות לשון הש"ס בכתובות ד' פ"ו ע"א דעיקר דין שיעבוד הגוף בכל חיובי ממון הוא רק מצוה של פריעת בע"ח, דאמרינן שם א"ל רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניחא לי דאייעבד מצוה מאי, א"ל תנינא בד"א במצות ל"ת אבל במצות עשה כגון שאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה ולולב ואינו עושה מכין אותו עד שתצא נפשו, הרי מפורש בגמ' דעיקר שיעבוד למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא הוא מצוה גרידא ודין כפית בי"ד ע"ז הוא רק כמצות סוכה ולולב, וקטן שאינו בר מצוות פטור ממצוה זו, דאינו כמו דיני ממונות על חפץ בעין, שכפית בי"ד הוא על ענין הממון ולא על מצות הגוזל, דהרי למ"ד שיעבודא דאורייתא לא קשה לי' כלום איך כופין ע"ז, משום דלמ"ד שיעבודא דאורייתא, איכא זכות לתובע בנכסי הנתבע, ולפי"ז לכאורה בספק חיוב הוא ספק מצות עשה דספיקא לחומרא כספק איסורא, ואיך יפרש רב פפא כל הדינים המפורשים במשניות וברייתות דבספק חיוב הוא פטור משום המע"ה, וקושיא זו קשה לכו"ע גם למ"ד ש"ד, דאם נימא דעיקר שיעבוד הגוף הוא מצוה גרידא, וחיוב עלה גם בספק, איך נגרעה מצוה זו ע"י שניתוסף גם שיעבוד נכסים למ"ד שיעבודא דאורייתא, הלא בדין שיעבוד הגוף לא פליגי, דלא פליגי אלא בענין זכות שיעבוד הנכסים אי הוא דאורייתא או דרבנן ואם מחייב בספק מצות פריעת בע"ח הי' ראוי להיות הדין דבספק חיוב אף שפטור מחמת זכות שיעבוד הנכסים ככל ספק ממון דעלמא אבל משום ספק מצות פריעת בע"ח מחויב לשלם מנכסי, אם לא היכא שטוען ברי דליכא דין כפירה בכה"ג גם בספק איסורא, כמו דאיתא במס' כתובות ד' כ"ב ע"ב וע"כ ענין זה צריך ביאור לבאר את ערך ענין שיעבוד הגוף ולבאר סוגית הש"ס בכתובות הנ"ל: והנה ראשונה עלינו להוכיח דענין זה של שיעבוד הגוף הוא ג"כ חיוב ממון שבין אדם לחבירו ולא מצוה גרידא מכמה ראיות מוכרחיות, דהנה בסבה הגורמת שיעבוד הגוף על האדם מצינו שני אופנים, אופן אחד מה שהטילה תורה, ואופן שני הוא מה שהאדם משעבד עצמו בחיוב חדש וחיוב חדש זה יתחדש ע"י דרכי הקנינים שנקנים על ידם מטלטלים או קרקעות, שהם קנין סודר או שטר, כמו דאיתא במס' ב"מ ד' י"ג בשטרי הקנאה דשעביד נפשי', וכן בפ' הזהב ד' נ"ח לענין שומר על הקדשות וקרקעות בשקנו מידו, וכן בסוף השוכר את הפועלים במתנה שומר חנם להיות כשואל מוקי שמואל בשקנו מידו, וכל שיעבוד נכסים אינו חל בלי שיעבוד הגוף, ומזה מוכח להדיא דיכול אדם להתחייב בשיעבוד הגוף ע"י קנין סודר וכדומה ובכתובות ד' ק"ב ע"א מפרשים התוס' בהא דאמר ר' יוחנן באומר חייב אני לך מנה בשטר דחייב משום דע"י

שטר יכול אדם להתחייב חיוב חדש, וכן מוכח ענין זה מהא דאמר אביו לפרש הא דכותבים ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו, ולא חיישינן שמא כתב ללות בניסן ולא ללוה עד תשרי, משום דעדיו בחתומיו זכין לי', היינו אעפ"י שבזמן כתיבת השטר לא ללוה, מ"מ נתחייב מזמן ההוא ע"י השטר, אף דלא מטי לידו הוא זוכה למפרע ע"י חתימת העדים כאילו מטי לידו, ע"י ב"מ ד' י"ג, הרי דחל חיוב על הלוה בלי הלואה רק ע"י קנין השטר, ואם נאמר דעיקר שיעבוד הגוף הוא מצוה גרידא, איך שייך קנין ע"ז ואיך יתהוה המצוה ע"י קנין סודר והשטר, ולשיטת רש"י בכתיבות בסוגיא בפ' הכותב שהבאנו שכתב דהמצוה היא משום הן שלך צדק ה' ראוי להיות ע"י אמירה גרידא, אבל דרכי הקנינים מה שייכי כאן, ועוד למה לא מהני קנו מידו לחלוק דאמרינן ריש ב"ב ד' ג' וכי קנו מידו מאי הוי קנין דברים בעלמא הוא, ופירש"י קנין דברים ואין חליפין קונין אלא דבר הנקנה או במכר או במתנה או שיעבוד קרקעות שהקנין חל עלי' או על מטלטלים.

עכ"ל, ובתוס' כתבו שם וז"ל בפ' השותר את הפועלים ד' צ"ד דתנן מתנה ש"ח להיות כשואל ומוקי בקנו מידו, התם לאו קנין דברים הוא שמשעבד א"ע שאם יאנס שישלם. עכ"ל היינו שהשיעבוד חל על גופו שמחוייב לשלם לו ומשו"ה לא הוי קנין דברים, שנקנה להקונה זכות ממון בגופו של המתחייב, אבל קנו מידו לחלוק הוא רק הבטחה על המעשה שיעשה חלוקה, ועל ענין זה לא מהני קנין דאין כאן דבר הנקנה, אבל עכ"פ מפורש ענין זה דעל איזו הבטחה לא מהני קנין, וגם לענין ממון, קנין אתן הוי קנין דברים ולפי"ז אם עיקר שיעבוד הגוף הוא מצוה גרידא הרי זה קנין דברים, ולמה לא תהא מצוה זו גם בקנו ממנו לחלוק וכ"כ בקנין אתן, הרי מוכח להדיא דחיוב הגוף בחיוב ממון הוא גם זכות ממון ולא מצוה גרידא, וכן מוכח מהא דלא מהני התחייבות לדבר של"ב כדאיתא במס' גיטין ד' י"ג הקנה לנולדים, יעו"ש, ואם ישבע או יקבל בנדר ליתן לנולדים ודאי דמהני, מכל זה מוכח דבחיוב ממון איכא מקנה וקונה ודבר הנקנה: וכן מוכח ענין זה מדין כפית בי"ד, דכתבו הראשונים ז"ל דאף למ"ד של"ד, מ"מ נחתינן לנכסי', וברבית קצוצה דקיי"ל דיוצאה בדדיינים לא נחתינן לנכסי', כמבואר ביו"ד סי' קס"א, דכתב הרא"ה ז"ל הובא בשטמ"ק כתובות ד' פ"ו וז"ל לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה פ"א דלית לזה שיעבודא דאורייתא אלא מצוה בעלמא, ופירש"י דהיינו מצוה דהן שלך צדק, ולית' להאי פירושא דהא התם בב"מ מוקמינן לי' להאי קרא שלא ידבר אחד בפה ואחד בלב וכו' אבל הנכון פריעת בע"ח מצוה מדכתיב והאיש אשר אתה נושה בו וכו', ומאן דאית לי' ש"ד מוקים לי' להאי קרא למימר דשמעינן מיני' דבע"ח בזיבורית, ובודאי רב כהנא מפשט פשיטא לי' דאפילו לרב פפא נחתינן לי' לנכסי', אבל רב כהנא לא קאמר אלא מאי טעמא והא הוא דקשיא לי', כיון דליכא אלא מצוה, כל היכא דלא בעי למיעבד מצוה אמאי נחתינן לנכסי', ומהדרינן תנינא בד"א במצות ל"ת וכו' מכין אותו עד שתצא נפשו, והכא נמי בדין הוא דאיכא למכפי' בהכי ומיהו עד שאתה כופהו בגופו תכפנו בממונא, ובנזקין דכתיב באורייתא מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם לומר שכך מצותו לשלם ממיטב, וזה הנכון, מפי רבינו נר"ו.

עכ"ל.

וכן הוא להדיא בחי' הרמב"ן ז"ל סוף ב"ב בשינוי לשון קצת וז"ל ואיכא דקשיא לי ומי איכא למימר דמדאורייתא לא נחתין לנכסי' והא כתיבי תשלומים בתורה מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם וכו' ולדידי לא קשיא דאנן הכי קאמרינן כיון דפריעת בע"ח מצוה מן התורה וכופין על מ"ע, אף אנו יורדים לנכסי' ומקיימים לי' מ"ע שלו בע"כ וכו', עכ"ל הצריך לנו ולענין רבית כתב הנמ"י ריש איזהו נשך וז"ל רבית קצוצה כופין אותו בי"ד להחזיר משום מ"ע דוחי אחיך עמך ומכים אותו וכו' כמו בשאר מ"ע כדאמרינן בפ' הכותב, אבל אין בי"ד יורדים לנכסי' לפי שאין נכסי' משועבדים לכך, תדע דאל"כ בנינים נמי לחייבו לאהדורי וכו' כן דעת הרשב"א ז"ל והסכים לדעתו הרנב"ר והר"ן עצמו הביא בפ' מי שהי' נשוי סי' שנ"ה ג"כ הך סברא, דאף למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא, אפשר דנחתין לנכסי' מדין כפי', דעד שתכפנו בגופו כופהו בממונו, יעו"ש, וקשה טובא מ"ש מצות פריעת בע"ח ממצות החזרת רבית, וכבר נתקשה בזה בס' קצוה"ח סי' ל"ט סק"א והניח בצ"ע: ונלענ"ד דענין שיעבוד הגוף בכל חיובי ממונ' הוא דין משפטי שהאדם מחויב ועומד להמציא מנכסי' לחבירו כך וכך, שחיוב זה הוא חיוב משפטי גם בלי מצות התורה, כשם שסוג הקנינים וחוקי הבעלים בנכסים הוא דבר משפטי, גם בלי אזהרת לא תגזול וכמו שבארנו לעיל דלא יתכן בשום פנים לומר, דהענין מה שאנו מיחסים החפץ לראובן הוא מחמת ששמעון מוזהר עפ"י התורה שלא לגזול ממנו אלא הדבר הוא בהיפוך דאיסור גזילה הוא לאחר החלטת הענין בחוקי גבולי הבעלים, כ"כ נראה דגם מצות פריעת בעל חוב הוא אחר החלטת ענין החוב עפ"י דין ה שאם חל על ראובן חיוב תשלומים מסוג חוקי המשפט אז הוסיפה תורה אזהרה ומצוה לשמור לשלם חיובו שחייב עפ"י חוק המשפטי, ואף דבהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה איזה הכרח וחיוב על האדם יהי' לעשות דבר בלי צווי ואזהרת התורה, אבל כשנעמיק בענין היטב יש להבין ענין זה, דהרי גם החיוב וההכרח לעבודת ה' ולמלאות רצונו ית', הוא ג"כ ענין חיוב והכרח עפ"י משפט השכל וההכרה, כ"כ הוא חיוב והשיעבוד ממון הוא חיוב משפטי, שנתחייב עפ"י דרכי הקנינים, או שחייבתו תורה כנזקים ופדיון הבן וכדומה, ולענין זה בעינן שיהי' קונה וזוכה זכות זה, אמנם יש לדון בזה מהו ענין הזכות שיש להזוכה בשיעבוד הגוף זה, די"ל דהחיוב הוא תולדה מהזכות היינו דע"י שיש זכות לזוכה מחמת זה הוא חייב, וי"ל להיפוך דזכות זה הוא תולדה מן החיוב, כלו' דזה עצמו מה שהוא מחויב הוא הזכות, וענין זה נלענ"ד מכון בדברי הרמ"ה ז"ל בס' יד רמה על ב"ב בפ"ק אות כ"ו בתוך הדבור המתחיל מיהא שמעינן, וז"ל וה"מ דקנו מידו דמחויב לחלוק וכו' אבל קנו מידו שמחויב לתת כו"כ או לבנות או לזון, מסתברא דלאו קנין דברים בעלמא הוא, אף שהנתינה עצמה אינה ממון, האי לאו אנתינה גופא קנו מיני' אלא אגופא דממונא קנו מיני' דמחייב למיתב לי כו"כ ממון, ועוד דכיון דקניי' לממונא גבי' איתייבלמיתבי' ניהלי', וקרא נמי דכתיב גבי קנין לקיים כל דבר כשהדבר מתקיים בו לבדו, לאפוקי קנין להקנות או לחלוק שאין הדבר מתקיים בקנין זה עד שיחלוק או עד שיקנה בהקנאה אחרת.

עכ"ל הצריך לנו. לדעתי הביאור המכון בדברי' הוא, דאפשר לומר דעיקר הקנין פועל על החיוב, שמחויב ומשועבד לשלם וממילא הוא זכות להקונה, או להיפוך דעיקר הקנין פועל שיהי' זכות ממון להקונה אצל המתחייב וממילא הוא מחויב: ועיקר היסוד בזה

לענ"ד הוא מש"כ הרמ"ה ז"ל דבעינן שע"י הקנין יהי' קיום הדבר, הוא דגדרי הקנינים הוא להחליף ולחדש כח השליטה של האדם על החפץ אבל אם יצטרך עוד לרצון הבעלים הקודמים, לא נעשה קיום הדבר ע"י הקנין, ומשו"ה קנין אתן או קנו לחלוק הוי קנין דברים, דעדיין צריך שיהי' הרצון ממנו להקנות, דבלי רצון לא יתהוו בשום פנים ההקנאה הצריכה, ולפי"ז בקנין של חיוב ממון בע"כ נמצא בזה הענין שמתקיים הדבר ע"י הקנין, שכבר יכול לזכות בסך הממון גם בלי רצון המתחייב, דאם לא יזכה בממון רק ע"י הקנאת המתחייב הוי קנין דברים, והנה אם ישבע אדם לחבירו ליתן לו מנה, ודאי הדין שלא יזכה חבירו בממון זה בלי הקנאת הבעלים, דאף שהוא מושבע ועומד ליתן לו, אבל מחמת זה לא יזכה חבירו בממון זה בלי רצון הבעלים, ואם יכפוהו בי"ד לקים שבועתו, כמו שכופים על שאר מ"ע, יכריחו אותו שיעשה הקנאה שיאמר רוצה אני, דבלא"ה לא תתקיים המצוה כלום, דאף שהממון יהי' ברשות חבירו, אבל הלא לא זכה בהם כלום, והם גזל או פקדון בידו, ואם יזכה בהם ע"י הפקר בי"ד, ג"כ לא קיים המושבע את שבועתו כמובן, ולפי"ז קשה מש"כ הראשונים ז"ל דלמ"ד שיעבודא ל"ד מתקימת המצוה של פריעת חוב ע"י שבי"ד יורדים לנכסי ונותנים להמלוה או לשאר בע"ח, הלא כ"ז שלא יאמר רוצה אני לא יזכה הבע"ח בנכסי הלוה, כיון דאין לו בהם שום זכות למ"ד של"ד, אלא ודאי הדבר מוכרח דסברי דגם למ"ד שיעבודא ל"ד יזכה הבע"ח בנכסי הלוה גם בלי רצון הלוה, ומשו"ה אם רק בי"ד יורדים לנכסי ונותנים להמלוה והוא זוכה בהם, תיכף נתקימה המצוה דכבר איתפרע החוב, והטעם בזה בע"כ דכיון דיש להמלוה זכות בגוף המתחייב על הסכום הזה יכול ליטול מנכסי בלי דעתו, אף דאין לו בהנכסים שום זכות בעולם, אבל כיון דיש לו זכות על בעל הנכסים, ליכא שום עכוב מצד הנכסים עצמם, דמה שאי אפשר לזכות בנכסי אחרים, הוא רק משום כח ושליטת בעליהם ומשו"ה אם יש לו קנין בגוף האדם שיזכה ממנו או שיתן לו כו"כ, יכול לזכות ממון זה מנכסי בלי דעתו, משא"כ בשבועה שאינה רק מצוה לשמים, וליכא בזה שום חיוב להמושבע מצד ענין משפט ממוני, וכ"כ אין זכות לחבירו לתבוע ממנו מצד ענין איזה זכות ממון, משו"ה ענין הכפי' מצד בי"ד יהי' רק ע"י שיכפוהו שיעשה הוא בעצמו לקים שבועתו ע"י רצונו המוחלט: ומעתה מובן ההבדל בין מצות פריעת בע"ח למצות החזרת רבית, דרק בפריעת חוב שייך ענין זה, שע"י שאנו יורדים לנכסיו ונותנים למלוה תתקיים המצוה בע"כ של הלוה, כמש"כ הרמב"ן ז"ל, משום דכשהנכסים ביד המלוה, הוא זוכה בהם בע"כ של הלוה, ע"י הזכות שיש לו על גוף הבעלים, אבל מצות החזרת רבית אינה רק מצוה גרידא שהוא מחויב לעשות לה', כסוכה ותפילין, וליכא שום זכות להתובע בגופו של הנתבע, ואם יהי' הממון ברשותו לא יזכה בהם כלום בלי רצונו של הנתבע, בכה"ג לא נחתינן לנכסי, דמה תועיל לנו הירידה לנכסי' כיון דבע"כ של הנתבע לא תתקיים המצוה כלום, וכשכופים אותו בי"ד הוא ורק שיעשה הוא המצוה, שיתן הרבית ויקנה לחבירו ע"י רצונו והקנאתו, ולפי"ז נאמר דעיקר ההבדל בין חיוב החזרת רבית לשאר החיובים שחיבה תורה כמו נזקים ופדיון הבן וכדומה, דהנה בכל מה שאמרה תורה וחייבה ליתן, הנה אם יהי' דבר ההוא דבר בעין כמו תרומות, ומעשרות ובכור בהמה, הקנתה התורה דבר ההוא להזוכה, ואם הוא חיוב ממון וכדומה דבר שאינו בעין, זכתה תורה להזוכה זכות שיעבוד, וברבית

לא זכתה תורה כלום להזוכה, אלא צותה תורה להמתחייב, ומשו"ה לענין כפית בי"ד חלוק רבית משאר חיובי ממון, דבשאר חיובי ממון, כשנחתנין לנכסי ויהיבנין להזוכה, זוכה בהם הזוכה בע"כ של הבעלים, ונתקיימה המצוה בע"כ של הבעלים, וברבית צריך לכופ את הבעלים שיתנו מרצונם, אבל לענין החיוב על הנתבע אין שום הבדל ביניהם, דבשניהם חייבה תורה את הנתבע לשלם, ונראה לפי"ז דבכל הענינים הנוגעים לזכות התובע יהי' הבדל בין חיוב דחזרת רבית לשאר חיובים, דהנה קיי"ל בכל זכות תביעת ממון דיורש יורשו, דכל הזכות שהי' לתובע ירש היורש ממנו, אבל בריבית שאין זכות לתובע כמש"כ, לא יהי' בזה דין ירושה, ובחי' דגול מרובה ליו"ד סי' קס"ה העיר בזה מטעם אחר, דהתורה אמרה וחי בהם ליעבד לי' חיותא ולא לבני', ולענ"ד אין טעם זה מספיק, דאם כבר זכה התובע, שוב יורש היורש, ולפי מש"כ הוא פשוט דליכא בזה ירושה, ורק אם הי' מרומז בתורה שמצוה להחיות גם את בני', הי' עליהם מצוה מצד עצמה להחזיר להם, אבל מצד ירושה לא יזכו, כיון שלא הי' למורישים בזה זכות ממון: וכן לענין מחילה כתבו הרבה ראשונים דלא מהני מחילת התובע ברבית, ובשטמ"ק ריש איזהו נשך בהביאו שם דעת הסוברים דמהני מחילה לאחר פרעון הרבית הביא שיטת הגאונים דסברי דלא מהני מחילה, וכתב שם וז"ל ודעת מרי ז"ל כדעת הגאונים וטעם הדברים אומר מרי דתביעת רבית לא הוי כשאר תביעות, כגזל ואונאה וכיוצא בהם, דאית לי' על חברי' שיעבוד ממון, אלא חיוב הוא שחייב הכתוב להחזיר איסור שבלע, תדע דהא ר' יוחנן סבר דר"ק אינה יוצאה בדינים, וגם לד"ה אם מת בני' פטורים ואילו בגזל ואונאה בני' חייבים כשהניח אחריות נכסים, ובודאי דטעמא כדאמרן, דחיובא דרמא עלי' רחמנא הוא, וכענין חוב למ"ד פריעת בע"ח מצוה ושיעבודא לאו דאורייתא, אלא דהתם איכא דין ממון לחבירו ומהני מחילה, אבל הכא לשמים הוא חייב: וכיון שכן לא תועיל לו מחילת חבירו וכן עיקר וכו'.

הריטב"א עכ"ל. בדברי הריטב"א האלה מפורש כל מה שכתבנו דשאני חיוב רבית מחויב ממון למ"ד של"ד, דבכל החיובים איכא דין ממון לחבירו היינו דאיכא זכות לתובע ומהני מחילתו, היינו דשם איכא זכות לתובע וכיון שמחל זכותו נפקע החיוב, אבל ברבית ליכא זכות ממון לתובע ואין מחילתו מועלת, אמנם לדינא פסק בשו"ע יו"ד דמהני מחילה כשיטת הרמב"ם וסייעתו: אמנם בהא דהקשה בס' קצוה"ח סי' פ"ז סק"ל על הרמ"א והש"ך שכתבו, דאם תובע מחבירו ממון שלא נתחייב ע"י קנין רק נשבע ליתן והוא כופר דפטור משבועת היסת, כמו שכתב הריב"ש דאין זה תביעת ממון, וברבית פסק בשו"ע יו"ד סי' קע"ז דאם תובע ממון רבית מחבירו והוא כופר מחייבים אותו שבועת היסת, כיון דברבית לא נחתנין לנכסי', ובאמת קושית הקצוה"ח לשיטתו בסי' ל"ט שמדמה חיוב רבית לחיוב ממון למ"ד של"ד, לא אבין, דהלא למ"ד של"ד איכא ג"כ שבועת התורה ושבועה דרבנן אף דלא נחתנין לנכסי' לשיטתו, אבל לפימש"כ קושית הקצוה"ח קושיא אלימתא היא, כיון דתביעת רבית אינה תביעת ממון לשיטת הגאונים, האיך מחייבים ע"ז שבועת היסת, אבל בכ"ז נראה דל"ד תביעת החזרת רבית לתביעת ממון של שבועה דהנה בשבועה מה שמחויב הנשבע לשלם אינו ענין תשלומים של ממון לחבירו, אלא מצוה לקים שבועתו, וברבית חייבתו תורה על עצם הממון, שהוא לשלם הממון שלקח מחבירו ברבית, ואף שאין להתובע זכות ממון אצל המלוה



שלקח ממונו הרבית, אבל הוא תובע שיקים חיוב התורה שע"ז יזכה הוא בממון, ונאמר על פי זה שאי"צ לענין דין חיוב שבועת היסת או שבועת התורה שיהי' זכות ממון אצל התובע, אלא סגי שאם יודה יכפוהו בי"ד ליתן דמים לתובע, ול"ד לתביעת ממון קנס דפטור משבועה, משום דהתם אם יודה יפטר, ומהתם נמי מוכח קצת שאי"צ לענין כפירת ממון שיהי' זכות ממון לתובע, דבקנס ג"כ ליכא זכות ממון קודם העמדה בדין, ומשו"ה בתביעת החזרת רבית חשוב תביעת ממון, אף דהכפי' מצד בי"ד הוא מצד קיום מצות ה' כסוכה ולולב, מ"מ כיון שלאחר הכפי' יזכה הוא בממון, דהרי בתביעת חוב ממש למ"ד של"ד ג"כ ענין הכפי' מצד בי"ד, רק מצד מצות ה' כסוכה ולולב, ומ"מ חשוב תביעת ממון לחייב שבועה, כ"כ י"ל דגם ברבית חשוב תביעת ממון, דהרי גם בתביעת ממון של נדר ושבועה ג"כ דכתב הריב"ש בס"י שד"מ דאין מחייבים שבועת היסת כתב רק בלשון אפשר ולא בהחלט, יעו"ש, וכעין שכתב הרמב"ן ז"ל בטעמא דהרשאה דיכול לתובעו משום דכתב לי' שאם יזכה יפיק לנפשי', אעפ"י דאכתי לא זכה בהם כלום, ע"י בקצוה"ח סי' קכ"ג סק"א שמביא שם דברי הרמב"ן ז"ל באורך ומפרש דברי' היטב: והנה עפימש"כ דגם למ"ד של"ד הוא תביעת ממון ממש, שיש לתובע זכות על גופו של הנתבע שישלם לו, צריך ביאור למה ליכא בזה כפית בי"ד, עפ"י דיני המשפטים כמו בכל משפטי התורה, דכמו דבי"ד כופים מצד מצות התורה, כ"כ כופים על כל חיובים שחייב אדם לחבירו, ונלענ"ד דיסוד הענין בזה הוא ממה דמצינו לענין עביד אינש דינא לנפשי' בב"ק ד' כ"ח דעיקר החידוש בזה ודאי לענין הכאה, שיהי' הרשות להכותו בלי גבול עד שיציל את שלו אם אי אפשר להציל באופן אחר, אבל זה לא יתכן לומר דשקיל וטרי אם חבירו רוצה לגזלו שיניח אותו לגזלו, אלא שכל שחבירו מעכבו מלעמוד בדבר שהוא שלו, ניתן לו הרשות לסלקו מזה בכל מה דאפשר, עד גם להכותו עד שתצא נפשו אם אי אפשר בענין אחר, וכדאמרינן שם בההוא גרגותא דבי תרי דאתא חד מינייהו ודלי ביומא דלאו דילי', דאמר ר"נ אפילו מאה פנדי בפנדא לימחיי', ובדיני קנסות בזה"ז דקיי"ל דאי תפס לא מפקינן מיני', דכתב הרא"ש בספ"ק דר"ק שהוא ג"כ משום עביד אינש דינא לנפשי', דלענין כח הבע"ד אין חילוק בין זמן דאיכא מומחים או לא יעו"ש, ומ"מ אינו יכול לכוף את הנתבע ע"י הכאה שישלם לו קנס, אף דחייב לו מדאורייתא, משום דרק להציל את שלו כשחבירו גזלו יכול למונעו בכל מה דאפשר גם ע"י הכאה, אבל לכוף את חבירו שממלא חובתו המוטל עליו זה אינו בדין, וכן הדבר הוא אצל בי"ד, דבי"ד והבע"ד כח אחד להם, לכוף הגזלן להציל את הנגזל, ומשו"ה גם לבי"ד אין להם כח כפי' ע"י הכאה רק להציל עשוק מיד עושקו, אבל לכוף לאיש למלא חובתו מה שחייב לחבירו, אם אין בזה ענין הצלת העשוק אין להם כח כפי' כלל, ורק בענינים של מצות עשה לשמים נתנה להם תורה רשות לכוף לאדם ע"י הכאה עד שתצא נפשו שיקים מצות ה' כסוכה ולולב, וכח כפי' זה אין להבע"ד כח ע"ז, דעל ענין זה לאו בע"ד הוא, וזהו מה שחדש התנא בברייתא דבמצות עשה כופים אותו עד שתצא נפשו, שאם נאמר דבי"ד כופים את כל אדם לעשות המוטל עליו גם חובת האדם לאדם, לא הי' שום חדוש שיכפוהו לעשות מה שמוטל עליו לשמים, ועפ"י"ז מתפרשת לנו היטב סוגית הש"ס בכתובות שהבאנו, דאמר לי' רב כהנא לרב פפא לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה, דשיעבוד נכסים לאו דאורייתא, אמר לא ניחא

לי דאעביד מצוה מאי, דמצד כח כפית ב"ד מדיני המשפטים, אין בזה ענין הצלת עשוק מיד עושקו, דזכות הממוני שיש לתובע אצל הנתבע הוא רק שהנתבע חייב לשלם לו, אבל אין בגופו של הנתבע חלק ממון שנאמר שהוא שייך להתובע והנתבע מעכבו תחת רשותו ומה שהוא מעכב את נכסי ואינו משלם לו, הרי הם שלו לגמרי, ואין להתובע שום זכות בהם דשיעבודא לאו דאורייתאובמלוה ע"פ גם מדרבנן ליכא שיעבוד לדידי, ועיקר הקושיא הוא מה שגובים מע"פ, דבשלומא למ"ד ש"ד, כשחבירו מונעו מלגבות, הרי מעכב תחת רשותו דבר שיש להתובע זכות לגבותם, וע"ז איכא כפית ב"ד מתורת המשפטים, וגם הבע"ד בעצמו הי' יכול לכפות אותו גם ע"י הכאה כשמונעו מלהשתמש בכח הזכות שלו, כ"כ ב"ד כופים ע"ז מתורת המשפט, להציל עשוק מיד עושקו, אבל למ"ד של"ד אם גם יש כח להתובע לזכות בנכסי הלוה בשעה שיגיעו לידו וכמש"כ לעיל, דע"י שיש לו שיעבוד על בעל הנכסים יכול לזכות בנכסים, אבל אם חבירו אינו מניחו לזכות בהם הוא עושה בדבר שהוא שלו לגמרי, דהרי אין שום זכות בהם להתובע, ולכופף את הלוה שיעשה חובתו המוטלת עלי' מצד השיעבוד אין כח לבי"ד ע"ז, ומשני כיון דפריעת בע"ח הוא ג"כ מצוה לשמים כסוכה ולולב, יש כח ביד ב"ד לכופו בהכאה כמו בשאר מצוה לשמים, ובקנס שמפורש בתורה אשר ירשיעון אלהים וכן יכול הבע"ד לכופו אף דקודם התביעה אין שום זכות לתובע בנכסי הנתבע התם גזיה"כ הוא שבאופן כזה יתקים תשלומי קנס שע"י כפי' זוכה התובע, שאם יהי' מוכרח יתחייב ממון ככל תשלומי ממון, ובנידון זה שאני כפית ב"ד מכפית הבע"ד, דבי"ד יכולים לכופו מצד האמור בתורה אשר ירשיעון אלהים ומשו"ה יכולים לכופו גם על ידי הכאה, אבל בע"ד אין בכחו לכופו מצד מצות התורה רק יכול לתפוס, שאם יתפוס יזכה שע"י יהי' הנתבע מוכרח, וכשם שאם מוכרח ע"י ב"ד מתחייב, כ"כ אם הוא מוכרח ע"י תפיסה ולקמן יתבאר ענין זה בס"ד: וכן יש להוכיח מן הכתוב שבו גלתה תורה מצות פריעת בע"ח כמש"כ הראשונים ז"ל, והוא מה שכתוב בתורה והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט שהכתוב מצוה עלי' לעשות כן, כמש"כ הרמב"ן ז"ל, ואם נאמר דשיעבוד הגוף הוא המצוה גרידא, ובלעדי המצוה אין כל זכות למלוה על הלוה, איך אומר הכתוב שאתה נושה בו יוציא, הלא מה שיש לו הכח להיות נושה בו הוא רק ע"י המצוה הזאת שאמרה תורה יוציא אליך העבוט, והי' ראוי לכתוב בתורה תחילה המצוה שישלם הלוה, ואז אפשר להחשיב המלוה כנושה בלוה מחמת המצוה, אלא ודאי הוא נושה בו מחמת השיעבוד המשפטי, מחמת הנאת הכסף שלוה ממנו, או מחמת שנשתעבד ע"י הכסף כמו שאר הקנינים, והתורה צותה שישלם מה שהוא משועבד, ולפי"ז מוכיחים הדברים שהשיעבוד והזכות קדים להמצוה, ויוכל השיעבוד להתקים בלי המצוה, רק להיפוך בלי הזכות והשיעבוד המשפטי ליכא שום מצוה, ומשו"ה בספק חיוב ממון דמצד דין המשפטי הוא פטור מדין המוציא מחבירו, ממילא ליכא בזה מצות פריעת בע"ח, ולא שייך בזה לדון על ספק מצות עשה כספק שאר קיום מצות ה', דעיקר המצוה בזה לקיים השלמת השיעבוד והזכות שיש לחבירו עליו עפ"י חוקי המשפטים: פרק ג ועפ"י"ד יובן הענין שהוכיחו הראשונים דמצות החזרת רבית אינה כשאר מצות תשלומי ממון, דבכל חיובי ממון נחתינן לנכסי אף למ"ד של"ד, וברבית לא נחתינן לנכסי' דהנה מדגלי קרא דאין היורשים חייבים להחזיר כדילפינן מקרא דוחי אחיך עמך לדידי' אזהר לבריי' לא

אזהר דליכא שיעבוד נכסים על החזרת רבית, מוכח דמצות החזרת רבית היא מצוה גרידא בלי שיעבוד הגוף מצד המשפט, ועל חיוב כזה לא שייך שיעבוד נכסים שקבלו חז"ל שהוא בגדר ערבות, וענין ערבות שייך רק אם אפשר לצייר שיהי' השיעבוד על הערב מעין השיעבוד שעל הלוח, ועל הערב לא שייך ענין המצוה שעל הלוח, ורק שיעבוד המשפטי, ומשו"ה מוכח מן התורה דהחזרת רבית היא מצוה גרידה, ומהאי טעמא ליכא בזה שיעבוד נכסים, אבל בשיעבוד הגוף דשאר החיובים שבתורה, שהעיקר בהם הוא שיעבוד המשפטי, עשתה תורה את הנכסים כערבים שיהי' למלוה זכות בהם, ומזה מוכח ג"כ דשיעבוד הגוף הוא זכות ממוני, דאל"ה לא הי' שייך שיעבוד נכסים: ובחי' הריטב"א למס' קידושין כתב בזה ענין נפלא בהא דאמרינן שם ד' ו' ע"ב המקדש במלוה אינה מקודשת בהנאת מלוה מקודשת ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית, כתב הריטב"א וז"ל ואמרינן האי הנאת מלוה ה"ד, אילימא דאמר לה ארבע בחמשה פי' וקדשה בזוז החמישי של רבית שהיא חייבת לו, רבית מעלייתא הוא, פי' לישנא בעלמא קא מקשי לי', היכי קרי לי' הערמת רבית, אבל ודאי אפילו ברבית גמורה אם כבר פרעתו לו וחזר וקדשה בו מקודשת, דמעו דריבתא שפרע ליה למלוה קנינהו לגמרי, וממון גמור הוא לו, אלא שיש עליו חובה להחזירו, ובי"ד מוציאים ממנו, ואם מת אין בניו חייבים להחזיר אלא מפני כבוד אביהם בדבר מסוים.

עכ"ל.

ונראה ביאור דברי' דכמו דאם פרעתו הדינר קנהו לגמרי, אף שנתנו בפרעון הרבית, מזה מוכח דגם קודם הפרעון איכא חיוב וזכות למלוה על דמי הרבית שקצצו, דאל"ה לא הי' קונה המלוה בהם לאחר הפרעון, דהרי בפרעון חוב של רבית נתנו, ומשו"ה לא פריך הש"ס רק אמאי קרי לי' הערמת רבית, ועוד היינו מלוה, אבל אם הי' הדין דמקדש במלוה מקודשת היתה מתקדשת גם בזוז של רבית קצוצה שהיא חייבת לו, זהו תוכן כונת הריטב"א ובס' אבני מלואים סי' כ"ח סקכ"ב מפרש בכונת הריטב"א דאינו חייב להחזיר החפץ שלקח בפרעון הרבית ורק דמים הוא חייב, ואפי' אם קצץ לו כלי ברבית ופרע לו הכלי אינו חייב להחזיר רק דמי הכלי, ויעו"ש שהביא דברי המל"מ שכתב להיפוך דכתב בפ"ח מה' מלוה הט"ו במי שהלוה לחבירו ופסק ליתן לו חפץ ברבית שצריך להחזיר לו החפץ ואינו יכול המלוה ליתן לו דמיו, דדוקא כשקצץ לו דמים ואמ"כ נתן לו חפץ אז הוא דאמרינן המקחקיים ויחזיר הדמים, אבל כשלא קצץ דמים צריך להחזיר לו החפץ בעצמו שהרי הלוקח לא קנאו והמוכר לא מכרו.

עכ"ד בשינוי לשון קצת. ודחה דברי' מדברי הריטב"א הנ"ל וכן הוכיח נגדו מהא דבנים אי"צ להחזיר דמוכח דאביהם קנאו.

יעו"ש שהאריך בזה, והביא שם עוד דברי המל"מ שכתב שם בפ"ח הי"ד במי שנתן חפץ לחבירו בעד חוב דינר ואח"כ נתברר לו שטעה בחשבונו שלא הי' חייב לו כלום, שלא דמי לדין רבית כשנתן חפץ בעד דמי רבית דלא מפקינן מיני' החפץ רק דמי', דברבית חוב הוא מה שנתחייב הלוח וחייב לשלם אלא שהתורה גזרה שאף שנתחייב שלא יגבה ומשו"ה אם מכר חפץ בדמי הרבית המקח קיים דהא ליכא איסורא גבי מכר, אבל אם מכר בעד חוב שטעה בחשבונו, ונתברר דאין כאן חוב, וכיון שנתבטלה הסיבה

בטל המסובב ואין כאן מקח כלל שהרי הכל בטעות, עכ"ד, ובהא מיישב סוגית הש"ס דלא פריך רק היינו מלוה, ואמאי קרי ל"י הערמת רבית וכנראה לא ראה דברי הריטב"א מראשית דברי' שהבאנו, דהרי כל הקושיא ותירוצי עפ"י דברי המל"מ, בהריטב"א הנ"ל בקוצר, ומשו"ה נטה מכונת דברי הריטב"א וסבר שחדש שאי"צ להחזיר החפיץ עצמו, ובאמת אין שום רמז בהריטב"א לזה עוד נראה דהלשון ואין עלי' אלא "חוב" להחזיר גרם לו לפרש כן, ולפנינו כתוב בהריטב"א "חובה" להחזיר, היינו שקונה ומצוה להחזיר, ודברי האבני מלואים תמוהים, דהרי ככל מה שכתב הריטב"א כתב המל"מ בעצמו שהובא שם שחוב של רבית גם קודם שפרע הוא חוב גמור אלא שהתורה גזרה שלא ישלם, ומ"מ נקט דאם קצץ חפץ צריך להחזיר החפץ כ"כ י"ל גם להריטב"א ז"ל, דאף אם קנה את החפץ קנין גמור איכא מצוה להחזיר, ובני' פטורים דליכא גבייהו מצוה, ואם קדש האשה שלקח ממנה החפץ מקודשת כמו למ"ד מקדש במלוה מקודשת שאם קדשה בדינר שהיא חייבת לו ברבית מקודשת דהמצוה אינה מגרעת את הקנין והחייב: והנה למדנו מזה בעיקר יסוד ענין שיעבוד הגוף ענין נפלא, דגם היכא שמצד מצות ה' איכא איסור על הנותן ליתן ועל המקבל, לקבל חשבינן מ"מ דאיכא חוב, משום דהשיעבוד והזכות מצד דין המשפטי אינו ענין כלל לכללי המצוות ודיני האיסור, ורק יש לדון בזה מדין אי עביד לא מהני דכתבו רוב הפוסקים דקיי"ל כרבא, ובאמת כן איתא במס' תמורה בסוגיא בפלוגתא דאביי ורבא לענין אי עביד לא מהני, ואמרינן שם דנפ"מ בין אביי לרבא רבית קצוצה אם יוצא בדיינים או לא יעו"ש וראיתי בס' מחנה אפרים ה' מלוה ולוה סי' ב' שהביא דברי הריטב"א הנ"ל והקשה עלי' מסוגית הש"ס דב"ק ד' קי"א דמשמע שם דאם גבה הרבית חשוב כגזל גבי המלוה, דתלי שם הש"ס לענין הבנים אם רשות יורש כרשות לוקח דמי, וכן הקשה מסוגית הש"ס דתמורה הנ"ל, ובאמת י"ל דלק"מ דכל היסוד שכתבו הריטב"א והרשב"א דלא נחתינן לנכסי' ברבית הוא ממה דילפינן מקרא דליכא חיוב על הבנים, דמזה מוכח דליכא שיעבוד נכסים, ומזה מוכח דליכא גם בשיעבוד הגוף רק מצוה גרידא וכמש"כ לעיל, וממילא מוכח דקנה דמי הרבית בקנין גמור, אבל בלי האי קרא מהראוי לומר דלא שאני מצוה זו משאר חיובי ממון, דאמרינן דהכונה בזה שעשתה תורה קנין ושיעבוד ממון, ומשו"ה י"ל דסוגיות הש"ס דב"ק ותמורה הנ"ל הוא רק בלי האי גלוי מקרא הנ"ל לפטור את הבנים דהקרא הזה מובא בגמ' לבסוף, אבל לאחר שגלתה תורה לפטור את הבנים, אמרינן שבזה חדשה תורה דלא אמרינן אי עביד לא מהני, עוד נלענ"ד די"ל דגם לפי"מ דאמרינן במס' תמורה דמאן דסובר יוצאה בדיינים הוא משום דס"ל אי עביד לא מהני, מ"מ קנה המלוה את הרבית כיון דקיי"ל שמה שאסרה תורה הוא רק ע"י קציצה, ובפשטות י"ל דע"כ לא חשיבא קציצה, אלא אם הועילה הקציצה להתחייב עפ"י דין המשפטי, אבל אם לא הועילה כלום, הוי כמו בלא קציצה, ומותר אח"כ מדין תורה ליקח הרבית כרבית מאוחרת, ומזה שאסרה תורה ליקח את הרבית ידעינן שאמרה תורה שמהני מעשה הקציצה והפרעון, אלא לענין זה לא מהני מה שחייב להחזיר אח"כ אבל אם נימא ולא מהני כלל, יהי' מותר גם ליקח את הרבית, כעין זה מוכח מהש"ס דתמורה לענין אונס שגירש דחשבינן דלא מהני מה שמחויב להחזירה, אף שנפקעו הקידושין ע"י הגט ונעשית כפנוי, יעו"ש בתוס' משום דילפינן גירושין ממיתה, וכ"כ נאמר הכא דכונת

הש"ס דלא מהני שיתחייב להחזיר, דאם נימא שלא מהני מה שלקח, כ"כ לא מהני מה שקצץ, א"כ בטל האיסור, וכיון שהתורה אסרה אי"א לומר דלא מהני כלל, אבל חייב להחזיר, והשיטה שהביא בס' מחנה אפרים הנ"ל לומר שאינו קונה כלל, ומה שהבנים פטורים הוא גזיה"כ, תמוה מאד, כיון שאביהם לא קנה את הדמי רבית והוי כגזל לגבי' במה יקנו בני' אחרי', אם לא ביאוש ושנוי רשות, לכן יותר מסתברים הדברים דמזה שגלה קרא דיורשים פטורים ילפינן עיקר הכונה שכונה תורה בענין הרבית, שהניחה תורה את העסק והחיובים שקצצו הלוה והמלוה שיהי' כפי חוקי המשפט, רק התורה הזהירה לאסור שלא יקימו את העסק כפי המוטל עפ"י המשפט.

כנלענ"ד בענין זה: עוד יש מקום להקשות לכאורה איך אפשר שיהי' חיוב דמי הרבית על הלוה כשאר חיובי ממון, למ"ד חייבי מלקות שוגגים פטורים מתשלומים והלא בשעת הלוואה והקציצה עובר הלוה על לאו דלא תשימון, וכן עובר על לאו דלא תשיך, והוי חייבי מלקות שוגגים דפטור משום קלב"מ, ואם נאמר דמ"ד זה יפרש דליכא חיוב על הלוה ומ"מ אסור כ"כ נאמר גם לדידן, וא"כ מהראוי לומר דלא זכי כלל המלוה בדמי רבית גם לאחר נתינה, אבל כ"כ יש לדון גם על עיקר החוב שיפטר הלוה לשלם מהאי טעמא, וכה"ג הקשה בס' קצוה"ח סי' ל"ח סק"א על מ"ד זה מהא דתניא דשטר שיש בו רבית גובה לחכמים את הקרן, אמנם הקצוה"ח לא הקשה רק על מלוה בשטר דהוי השומא משעתכתיבה והלוה אין בידו לתקן ע"י קריעה, יעו"ש, אבל במלוה ע"פ י"ל דלכו"ע אין זה לאו דיש בו מלקות דבידו שלא לשלם, ומלבד זה נלענ"ד דגם קושית הקצוה"ח לק"מ, דבאמת י"ל דלא שייך כלל לדון דין קלב"מ על חיוב שעושה האדם על עצמו, ורק בחיובים שחייבתו תורה ממילא, שייך בזה משום רשעה אחת אתה מחייבו, והא דמצינו דבשואל אם טבח בשבת פטור, למ"ד משעת האונס מתחייב כתובות ד' ל"ד ע"ב, אף שהתורה ירדה לדעת השומרים שמשעבדים עצמם כפי הגדר שגדרה תורה בשומרים, עי' תוס' כתובות ד' נ"ו ע"ב, כ"ז הוא רק לתרץ שאם מתנה שו"ח להיות כשואל לא חשיב מתנה עמש"ב, יעו"ש, אבל מ"מ בלי קנין אינו מתחייב שו"ח כשואל, וכל השומרים חיובם ממילא ע"י דין תורה, משו"ה שייך שם קלב"מ, אבל אם התנה שו"ח ע"י קנין להיות כשואל נ"ל דלא יפטור אם טבח בשבת, אחרי שחיוב זה הטיל מעצמו עלי' ולא שייך קלב"מ בזה, אמנם כ"ז הוא רק אם הקנין נעשה ע"י כסף ושטר, דאז הוא מתחייב משעת האונס, ושייך שפיר קלב"מ, משום דבאים כאחד החיובי מיתה וממון, ע"ז מועלת סברתנו אנו, דבכ"ז לא יפטור מטעם קלב"מ וכנ"ל, אבל אם הי' הקנין ע"י סודר שצריך לומר מעכשיו, נמצא דהחיוב ממון הוא משעת מעשה הקנין, בלא"ה לא יפטור מטעם קלב"מ, כיון שאינם באים כאחד החיוב ממון ומיתה, אולם לשיטת הכ"מ שכתב בה' שאלה לשיטת הרמב"ם דאף אם נכסי שואל משועבדים משעת שאלה, מ"מ שייך קלב"מ משעה שנתחייב בפועל, אף שכבר נתחייב בכח משעת שאלה, לפי"ז במתנה שו"ח להיות כשואל אף אם נגמר הקנין ע"י קנין סודר, שהחיוב בכח נעשה משעה הראשונה, בכ"ז דדברי' שייך שפיר קלב"מ, אבל לפי"ד לא יפטור מטעם קלב"מ, שהיא עצמו גרם לו החיוב והא דשקיל וטרי בש"ס בעקוץ תאנה מתאנתי ותיקני לי גנבותיך, דלא חשוב מכירה מטעם קלב"מ, הוא משום דכיון דפטור בעד התאנה ליכא קנין כסף, יעו"ש.

ועי' בשטמ"ק לב"ק פ' מרובה ד' ע' ע"ב בסוגיא דעקוץ תאנה מתאנתי שהובא שם שיטה כענין הזה דבהתחייבות ליכא קלב"מ, יעו"ש ולפי"ז בכל חיוב הלואה דאיכא גם התחייבות שמתחייב הלוח, ומכש"כ בשטר, ליכא דין קלב"מ, אכן י"ל כיון דפטור על קבלת הכסף ממילא ליכא קנין כסף, הנה בשטר לא שייך זה, דמ"מ איכא קנין שטר, וגם בכסף איכא קנין כסף לפי מסקנת הש"ס בב"ק אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו, דמשום דחייב לצאת ידי שמים בעד הכסף שפיר הוי קנין כסף להקנות בשביל הנאת הכסף וכ"כ להתחייב ע"י הכסף ולק"מ, ולפי"ז גם הרבית שהתחייב חייב כשאר חיוב דמים דליכא בזה ענין קלמ"ב: והנה נתבאר לנו דחיוב רבית הוא חוב גמור עפ"י דין המשפטים, ומשו"ה כשגבה הרבית זכה בהם זכי' גמורה רק מצוה עליו להחזיר כשאר מצוות ה', ומשו"ה אין בניו חייבים להחזיר דעליהם ליכא מצוה: ובס' מחנה אפרים ה' מלוה ולוה בדיני הרבית סי' ד' כתב וז"ל כתב מהראנ"ח בסי' הנ"ל שאם הלוח שנתן הרבית עדיין נשאר חייב למלוה אינו יכול לחשוב מה שנתן ברבית ולישבע שאינו חייב לו, כיון דאין המלוה חייב להחזיר הרבית אלא משום קיומי מצוה בלחוד, ולענ"ד אין נראה כן דהא ודאי אם תפס לוח זוזי ממלוה משום זוזי דריבתא דשקל מיני' זכה בהו זכי' גמורה, כמש"כ כשהלוח חייב זוזי למלוה שיכול לתופסם בעדייהו, והרי שלו לגמרי ויכול לומר איני חייב לך, וגבי הלואת יו"ט שלא נתנה לתבוע כתב הר"ן ז"ל דאי תפס מלוה זוזי זכה בהם זכי' גמורה עכ"ל.

ולענ"ד דברי מהראנ"ח מסתברים, דלפי"מ דקיי"ל דלא נחתינן לנכסי', דבארנו לעיל בטעמא דמילתא דשאני מצות החזרת רבית ממצות פריעת בע"ח, דהתם אי תפס המלוה זכה בהם זכי' גמורה, ומשו"ה אם יורדים לנכסי' ויהבינן למלוה, נתקימה המצו' בע"כ של הלוח, כמש"כ הרמב"ן בספג"פ, אבל ברבית צריך שיאמר רוצה אני ולא תתקיים המצו' ע"י הורדה לנכסי', שלא יזכה בהם בלי דעת הבעלים, לפי"ז ודאי דאינו יכול לנכות על הקרן, והרא"י שהביא מהלואת יו"ט אינה כלום, דהתם הדבר להיפוך, דהלואת יו"ט למ"ד דלא נתנה לתבוע, הוא משום איסור דרבנן, אבל לא הפקיעו חכמים להפקיר את החוב, וכמש"כ שם הר"ן בפ' שואל במס' שבת, דבינו לבין עצמו יכול לתבועו ג"כ, והלוח מחויב עפ"י דין לשלם לו, ואם אינו משלם הוא לוח רשע, ועכ"פ עצם הזכות והחוב בתקפו, ומשו"ה אם תפס ודאי לא מפקינן, ומאי ראי' לנידון דיזן, דהכא ליכא שעבוד ממוני כלל ורק מצוה בעלמא, וע"כ דברי מהראנ"ח נכונים מאד לענ"ד: ועפ"י"ז קשה לי טובא, מש"כ הש"ך יו"ד סי' קס"א סק"ח וז"ל, אבל אין בי"ד יורדים לנכסי', נראה דאם כבר החזיר הרבית עפ"י בי"ד או מעצמו, ואח"כ חזר ותפס משל לוח בעד הרבית, יורדים לנכסי', דהא הוי לי' גזל, וכן אם מתחילה לקח ר"ק בע"כ של לוח עכ"ל.

והנה ראשית דברי' פשוטים הם כיון שהחזיר מדעתו או עפ"י כפית בי"ד, כבר זכה בהם הלוח, ואם חוזר לתפוס הוי גזל, דהחוב של רבית דמעיקרא, כבר נפרע ואינו מגיע לו כלום, והוי גזל מה שחוזר לתפוס, אבל מש"כ דאם לקח המלוה מתחילה בע"כ של לוח הוי גזל, קשה טובא כיון שחוב של רבית הוי חוב עפ"י דין המשפטי רק דאיסור רמיא עלי', למה לא זכה בהם המלוה אי עבד איסורא, וכמו שזוכה בהם כשנותן לו מדעתו, דהרי גם בכה"ג שנותן לו מדעתו ג"כ אינו נותן במתנה רק בפרעון חוב של רבית, כ"כ אי תופס בע"כ לפרעון הרבית, ומצאתי בהגהת בית לחם יהודא שהוכיח נגד דברי הש"ך

אלו מסוגית הש"ס דב"ק ד' צ"ד יעו"ש: אמנם בפשטות מפורש בשו"ע סי' קס סעי' ד' כדברי הש"ך דפסק שם דהא דאבק רבית אינה יוצאה בדיינים, אלא כשאכל המלוה מדעת הלוה, אבל אם קודם שאכל טען עלי' שלא יאכל, והוא הוציא ממנו על כרחו וכו', יוצא בדיינים, וכן הוא ברמ"א סי' קע"ב, ובש"ך שם סקי"ח הביא דברי הנ"י וז"ל, דכיון שמוחה עלי' שלא יאכל גזל הוא עכ"ל.

ובב"י שם בסי' קע"ב מביא הרבה דכתבו כן, ובביאורי הגר"א בסי' קס"א סקי"י מביא מקור לדברי השו"ע הנ"ל בזה"ל, לא אמרו וכו' כמו רבית קצוצה לר' יוחנן דודאי אם מיחה דיוצאה בדיינים דחילוק רבית מגזל הוא דידע ומחיל ומדעת'י כמש"ש ס"א ע"א, משא"כ כה"ג דודאי גזל הוא, כמש"ש ל"ל לאו בגזל וכו' עכ"ל.

ולענ"ד ודאי הדברים האלה נגד דברי הריטב"א הנ"ל, ומדברי הראשונים ז"ל, שעפ"י דבריהם פסק בשו"ע, באבק רבית דאם לקח בע"כ, הוא גזל, נלענ"ד דאין ראי', דשאני אבק רבית מרבית של תורה, דהנה כשאמרו חז"ל לאסור אבק רבית, מה שעפ"י דין תורה מחויב הלוה לשלם, נוגעת גזירתם לעבור איסור תורה של פריעת בע"ח וגדר גזל, אלא דיש כח ביד חכמים לעשות הפקר בי"ד וממילא נפקע החוב, ומשו"ה כשהמלוה תובע את הרבית והלוה מומחה, אז חל תקנת חז"ל להיות הפקעת החוב לגמרי, ומשו"ה אם גבה בע"כ הוי גזל, אבל ברבית של תורה לא הוצרכו חז"ל לעשות הפקעה, ומחמת האיסור אין החוב נפקע: פרק ד והנה לפי"מ שנתבאר בדברינו דברבית של תורה חוב רבית הוא חיוב כשאר חיובי ממון, אלא שאסרה תורה לשלם חוב זה, ואם גבה גם בע"כ של הלוה זכה בממון ככל פריעת בע"ח, אלא שמצוה עליו להחזיר, הי' נראה לכאורה לומר, שאם מת המלוה שיכולים היורשים לגבות חוב זה גם עפ"י בי"ד, דעליהם ליכא איסור לקיחת רבית, כמו שאין עליהם מצוה של החזרת רבית, וראיתי בס' אבני מלואים סי' כ"ח סקכ"ב שכתב שם דאף דחוב של רבית הוא חייב לשלם, אלא שאינו יכול לתובעו בדין, אפי' יורשיו אין יכולים לתובעו דכתיב לא תקח מאתו נשך, וזה אפילו לבנו אזהר רחמנא, משא"כ אם כבר גבה לא אזהר לברי', עכ"ל.

ולא הביא שום ראי' ע"ז, ונראה לי דיש ללמוד ענין זה מתשו' הר"ן סי' כ"ט וז"ל, שאלת ראובן לזה משמעון אלף זוז ומשכן לו בהם מחצית הבתים שיש לו ויקבל השכירות בנכייטא כנהוג וכו' ולפי שראובן הי' צריך להבתים לדור בהם, נתחסד שמעון אצלו להשכירם לו לסך מאתים זוז לשנה, ואז שמעון לא רצה לבטוח בו ורצה שישתעבד באלף דינרים לחמש שנים מאתים לשנה וכו' וזה השיעבוד יוצא בשם יכין בן שמעון וכו' וטוען ראובן שזה רבית גמורה הבאה מיד לזה למלוה היא כחכירי נרשאי דאסירי, דכתבו הרי פלוני לזה מפלוני מנה ומשכן לו שדה זו והדר חכרה מיני', ילמדנו רבנו אם כה"ג הוי רבית יוצאת בדיינים דבאה מיד לזה למלוה, אי לא הוי רבית משום שנסתעבד ליכין בנו, עוד ילמדנו שמעון ויכין הנזכרים מתו כולם ונשאר שאול בן יכין שהוא יורש את כולם וגבה האלף דינרים הנזכרים וכו' ואח"כ הגיע זמן המשכון לפדות אם יוכרח להקל האלף דינרים הנזכרים בחשבון ואם נקרא זה יוצא בדיינים, לפי שיש שכתבו כן וכו' תשובה ראיתי בשטר מעשה בי"ד שנעשה מקבלת עדות מאותו חיוב של אלף דינרים על מה נעשה וכו' וכיון שכן אין ספק בדבר שזו רבית גמורה ויוצאה בדיינים

וכו' שמא תשיב ותאמר ליתא דלא אסרה תורה אלא רבית הבאה מיד לזה למלוה, אבל כאן אעפ"י שהתנו כן מתחילה אין כאן רבית הבאה מלוה למלוה, שהרי שמעון אינו נוטל אלא אותו סך שהלוה, והמאתים דינרים שהלוה נותן בכל שנה לבנו הוא נותנם כההיא דאמרינן פ' איזהו נשך, אבא מר ברי' דרב פפא הוי שקיל אגני דקירא מקיראי ואמר לי' לאבוה אוזפינהו זוזי וכו' אעפ"י שעכשיו שאול יורש את הכל המאתים דינרים שבכל שנה, לא מכח שמעון הוא יורש אותם אלא מכח יכין ואין כאן רבית הבאה מלוה למלוה, אין זו תשובה, דהתם היינו טעמא דשרי, משום דהנהו אינשי הוו יהבי הנהו אגני דקיראי לבנו דרב פפא דלא מדעת' דרב פפא, אבל הכא כיון ששמעון התנה שיתן ראובן לבנו אותו סך בכל שנה, כיון שמחמת שמעון נותן אותם הרי הוא כאילו נתנם לשמעון וכו' וראי' לדבר מדאמרינן פ"ק דקידושין תן מנה לפלוני ואתקדש אני לך מקודשת מדין ערב וכו' ה"נ כיון שמחמת המלוה נתן אותם הרי הוא רבית גמורה, מעתה איני צריך להשיב על השאלה השנית שהיא, הואיל וכבר גבה היורש אותן אלף דינרים, ובא ליפרע מקרן המשכונא, אם מנכין ממנו אותו סך שקבל, שהדבר ברור מכיון שהכרענו שהיא רבית גמורה, שמוציאים מידו אפילו קבל ואי"צ לומר שמנכים, עכ"ל הצריך לנו.

והנה מה שנסתפקנו לדינא מפורש בתשובה זו דלירש אסור לקבל רבית מה"ת דבעובדא זו גבה הרבית שאול בן יכין ומ"מ פשוט לי' להר"ן דהוי רבית שיוצא בדיינים וחייב היורש להחזירם, דמה שאמרינן דלברי' לא אזהר הוא רק אם כבר גבה אביו, אבל אם גבה היורש חייב להחזיר: אמנם אכתי אינו מבואר יסוד ענין זה, דלכאורה כיון שאין היורש המלוה רק יורש החוב עם הרבית למה יהי' מוזהר בלאו דלא תקח מאתו נשך, אבל אם נעמיק ענין בתשו' הר"ן יש ללמוד יסוד חדש בדיני הרבית מה דבעינן שיהי' מיד לזה למלוה, דהנה בעובדא הלזו שהמלוה הי' שמעון והלוה התחייב לשלם הרבית לבנו של שמעון, הוא יכין, וגבית הרבית היתה אחרי מות שמעון ובטעמא דמילתא דחשוב באומר אלוה לך ותשלם רבית לפלוני כרבית הבאה מיד לזה למלוה, איכא שתי שיטות, שיטת הריטב"א בקידושין הוא משום הנאה, דכתב שם דמשו"ה מקודשת באומרת תן מנה לפלוני ואקדש אני לך דמתהנית בזה שפלוני מקבל מתנה על ידה, והרשב"א הביא שם מהירושלמי דחשבינן כאילו קבלהיא את הכסף, דמה שמקבל הכסף אותו פלוני עפ"י דבורה ובשליחותה חשבינן כאילו קבלה היא את הכסף, ונפ"מ בין הני טעמים לענין החזרת רבית, דבאומר תן דינר לפלוני ואלוה לך מנה דהוא רבית דאורייתא וחייב להחזיר, דלשיטת הריטב"א אינו חייב המלוה רק כפי שווה הנאתו, ולשיטת הרשב"א חייב להחזיר כל הדינר שהוציא הלוה על פיו, וכן מצאתי ת"ל בס' מחנה אפרים ה' רבית סי' י"א שכתב שם כדברינו והביא שיטות בזה יעו"ש.

אבל גם לשתי השיטות הנ"ל נגמר ענין הנאת המלוה וקבלת הדינר העודף רק בשעת קבלת פלוני, ואם מת המלוה קודם שנתן הלוה לאותו פלוני, הרי אין כאן שום הנאה ושום קבלה ליד הלוה, דמה שנהנה לאחר מיתה אינו כלום, וכן ליכא ענין שליחות לאחר מיתה, ומש"כ הקצוה"ח בס' קפ"ח סק"ב דשייך שליחות לאחר מיתה, הוא דבר תמוה, וגם ש"ס ערוך נגדו, מהא דאמרינן בגיטין ד' כ"ט אם מת ראשון בטלו כולם יעו"ש, ומלבד זה אף אם יהי' שליחות לאחר מיתה ליכא דין רבית לאחר מיתה באופן דלפי"ז הי' ראוי לומר דלאחר מיתת המלוה מותר להלוה ליתן הדינר לאותו פלוני, ובתשו' הר"ן



הנ"ל מפורש דחשבינן רבית קצוצה בכה"ג מה שנותן אח"כ לפלוני: ואין לדחות ולומר דשאני ענין זה מתן מנה לפלוני ואתחייב אני לך, דשם ודאי אם מת הערב קודם שנתן הערב לאותו פלוני, דפטורים יורשי הערב מלשלם, דקודם שנתן לפלוני לא נהנה הערב ולא הגיע אליו שום דבר, אבל בנידון של הר"ן משעה הראשונה כבר נשתעבד הלוה לשלם ליכין בן שמעון שאח"כ הוא מוכרח לשלם, אבל בכ"ז לא יתורץ הקושיא בזה כלום, דלא מבעיא לפי"מ דפסק הרמ"א באהע"ז סי' כ"ט סעי' ו' דבנותן לאשה שטר על מנה דאינה מקודשת בזה כשיטת הרשב"א, דהתחייבות אינו ככסף דלא נחסר המתחייב כלום, ודאי דלא הוי כקבלת רבית משעה ראשונה ואף לפי"מ דנקטו שם הח"מ והב"ש דאפשר דמקודשת דחשוב חלות ההתחייבות כנתינת כסף וכקבלת כסף עו"ש.

אם נאמר כן בנידון זה, דמיד שנשתעבד ראובן לשלם האלף דינרים ליכין בן שמעון הוי כאילו קבל יכין עפ"י שמעון הנאת הכסף מיד ראובן, לא יועיל לנו ענין זה רק להוסיף איסור על שעה ההיא לומר דמיד בשעת מעשה ההשתעבדות נעשה איסור של נתינת רבית וקבלת רבית, אבל על דבר פרעון ההשתעבדות שפרע ראובן ליכין בן שמעון אחר מיתת שמעון אכתי ליכין שום איסור, ובתשו' הר"ן מפורש דמה שקבל שאול בן יכין האלף דינרים היו קבלת רבית קצוצה שמחויב להחזיר ככל רבית קצוצה היוצאה בדיינים, והוא פליאה גדולה: וע"כ נלענ"ד דהר"ן ז"ל הורה לנו יסוד חדש בזה, דמה שאסרה תורה נתינת וקבלת רבית אינו דוקא על הלוה והמלוה אלא על כל ישראל, אלא דרבית מיקרי אם מעיקרא נעשה פסיקה וקציצה מן הלוה למלוה, ומי שיגבה חוב זה יורש או לוקח שיזכה בחוב זה ע"י כתיבה ומסירה, או איש נכרי הוא עובר בלאו דאל תקח ממנו נשך, ומשו"ה כיון דבשעת פסיקת הרבית שנשתעבד ראובן עפ"י המלוה לשלם אלף דינרים ליכין, היתה פסיקה זו פסיקה של רבית דאורייתא, כמו שנשתעבד ליתן למלוה עצמו, שוב חוב זה של האלף דינרים הוא חוב שאסרה תורה לגבותו, והנותן והמקבל עוברים בלאו, וכשגבה רבית זו שאול בן יכין, הוא הוא המקבל רבית קצוצה והוא עבר על לאו דלא תקח, וחייב להחזיר לראובן ככל רבית קצוצה שיוצאה בדיינים אמנם לפי"ז קשה מה שפסק הטור דבכה"ג כשיוצאה בדיינים גובים מן המלוה ולא הזכיר שיהי' חיוב חזרה על המקבל וזו הרבית, משום דחשבינן שהמלוה קבל הרבית ולא המקבל מתנה, ובסי' ק"ס בש"ך סקי"ט הביא דברי המרדכי דמוציאים ממלוה כיון דאיהו אוזפי' וקציץ עמו להוסיף יותר וליתן לפלוני, אח"ז מצאתי בעזה"י בפתחי תשובה סקי"א שהביא מתשו' תפארת צבי שכתב בשם הגאון רע"א שנסתפק בזה אם המקבל חייב להחזיר ללוה ועיי"ש שהמחבר מחלק אם נתן לו בתורת רבית חייב להחזיר ואם בתורת מתנה אינו חייב להחזיר: ובתשו' רע"א סי' פ' מביא תשו' הר"ן הנ"ל ומבארו באופן אחר, דהנה נסתפק בתשו' זו היכא דהמלוה גבה הרבית ומת ואח"כ באים היורשים לגבות הקרן אם יכול לנכות מן הקרן, כיון דהלוה הי' חייב להחזיר הרבית, י"ל דהוי ממילא כמו פרעון על הקרן והביא דברי הר"ן הנ"ל להוכיח ענין זה וכתב על דברי התשו' הנ"ל וז"ל, ולכאורה קשה נימא דמה שגבה שאול בן יכין האלף דינרים, היינו בשביל שיעבוד שנשתעבד ראובן ליכין אבי' וכגבאם אביו דמי, דאם הי' אבי' בחיים וגבה אותם לא הי' צריך הוא להחזיר, דהא הוא אינו המלוה, רק שמעון הי' מחויב להחזירם דמה שנותן ליכין עפ"י דבורו, הוי כקבלם הוא מדין ערב, א"כ נידון דקבלת

שאלו הווי כמו יכין בעצמו, ואח"כ יגבה הקרן בירושת אביו שמעון דאף דעל שמעון הי' מוטל להחזיר, מ"מ לגבי זה הוא בכלל לברי' לא אזהר, דאף דהיורש בעצמו לוקח הרבית, מ"מ הא הך קבלה אינה בשביל שמעון אלא בשביל יכין אביו דאין עליו חיוב חזרה כלל, ואם הי' יכין קיים וקבל השכירות ואח"כ הי' מת שמעון אביו לכאו' ג"כ הדין הכי דיגבה הקרן בשביל אביו, אע"כ היכא דעדיין לא גבה הקרן יכול לנכות ואף במשכנתא כהיא עובדא דהר"ן ומשו"ה יכול לנכות הקרן לשאלו בשביל הרבית קצוצה שהי' מוטל על שמעון להחזיר עכ"ל.

ומאד אתפלא על דברי' הק' איך למד מזה דינו שיכול לנכות, דהלא בר"ן מפורש בסוף התשובה דבכה"ג גם בלי נכיון הי' חייב שאלו להחזיר אף אם הי' כבר הקרן גבוי דהרי ז"ל מעתה איני צריך להשיב על השאלה השנית וכו' אם מנכים ממנו אותו סך שקבל, שהדבר ברור מכיון שהכרענו שהוא רבית גמורה שמוציאים מידו אפי' קבל וא"צ לומר שמנכים.

עכ"ל.

ועוד אם גם נחליט הדין ובמי שרצה לומר הגאון זצ"ל דשאני ענין הנכיון, משום דכיון שהלוה הי' חייב להחזיר הוי ממילא כאילו הי' פרעון על הקרן, אבל בעובדא דהר"ן דבחי שמעון עדיין לא פרע כלום מתי נתחייב שמעון להחזיר, דהנאת שמעון לא היתה רק עד שיקבל יכין הדינרים של רבית, וכשמת שמעון ירש שאלו או יכין את הקרן, ואי אפשר בכה"ג שיהי' מגבית הרבית פרעון על הקרן מחמת איזה דין של שמעון, וע"כ נלענ"ד ברור דהר"ן סובר דאיסור קבלת רבית הוא חל על אדם מחמת הקציצה הראשונה וכשם שהאיסור חל על כל הגובה, כ"כ מצות חזרת רבית הוא על הלוקח את הרבית, ומשו"ה שאלו שנטל את הרבית חייב להחזיר, ומשו"ה פשוט שמנכים, וענין הנכיון הזה הוא עפ"י בי"ד דכשם שבי"ד יכולים לכופו להחזיר הרבית כ"כ כופים אותו שימחול נגד הרבית מן הקרן אבל הלוה בעצמו אינו יכול לנכות בלי בי"ד, וכמו שהבאנו לעיל דברי הראנ"ח.

כנלענ"ד בענין זה: וראיתי בס' שער המשפט בה' רבית סי' קס"א סק"ד שרצה לחדש בהא דנקטינן דבני' אינם חייבים להחזיר הרבית הוא דוקא אם לא עמד אביהם בדין, אבל אם עמד בדין נעשה חוב כשאר חיובי ממון, ומדמה זה לדיני קנסות דמשעת העמדה בדין הוי ממון, ולענ"ד הוא דברי שגגה, דבקנס אמרה תורה אשר ירשיעון אלהים דגלתה תורה דכפית בי"ד גורם החיוב, ומעצמו אי"צ אדם לשלם אף לצאת ידי שמים, וכמו דאיתא בירושלמי הובא בראשונים ז"ל בכתובות ד' ל"ג ע"ב, ומטעם זה גם בקנסות דרבנן דלא קנסו בנו אחריו, י"ל דכעין דאורייתא תקנו שיהי' החיוב ע"י העמדה בדין, ומשעת העמדה נעשה חוב גמור, ונשתעבדו הנכסים אבל ברבית כיון דילפינן דלא נחתינן לנכסי' שהיא רק מצוה מה תועיל העמדה בדין בזה, כיון דהמצוה עלי' גם קודם העמדה בדין, ועוד אם נדמה לקנסות הי' הדין דמיד שאמרו בי"ד חייב אתה ליתן או צא תן לו, שישתעבד גם נכסי' ולמה לא נחתינן לנכסי' אלא ודאי פשוט וברור דאין חילוק בזה בין אם עמד בדין או לא, וזה פשוט: פרק ה כתב הרא"ש בתשובה כלל ח' סי' ב', הובא בשו"ע חו"מ סי' ע"ג, נשאלתי על ראובן שנשבע שלא למכור משלו כלום לפרוע

לשמעון מה שחייב לו ושוב נשבע לשמעון שיפרע לו עד זמן פלוני מה שחייב ועתה הגיע הזמן טוען ראובן מעות אין לי לפרוע לך, וכבר נשבעתי שלא אמכור משלי כלום כדי לפרוע לך, הרי שתי שבועות הללו מכחישות זו את זו, שהרי כשנשבע שבועה שני' שיפרע לו עד זמן פלוני הי' בכלל שבועה זו שימכור משלו כדי לפרוע לו כי בכך הוא מחויב מן הדין והוא נשבע כבר שלא למכור, ודמי להא דתנן בפ"ג דשבועות שבועה שאוכל ככר זו שבועה שלא אוכלנה וכו' כך בנידון זה לא ימכור כדי לקיים שבועתו הראשונה ונמצאת השני' שבועת שוא וחייב עלי' מכות מרדות ואם מתוך המלקות יתחרט וימצא פתח לשבועתו הראשונה יתירוהו לו וימכור ויפרע ויקים שבועה שני'.

עכ"ל.

וכתב הב"ח הובא בש"ך סקט"ו מיהו נראה ודאי שהבי"ד יש להם רשות לירד לנכסי ולהגבות מהם לבע"ח ואי"צ שימכור הוא עצמו. עכ"ל.

והקשה ע"ז בתומים וז"ל ולא הבנתי א"כ מה הוא כל החרדה הזאת שהחרידו להלקותו ויתחרט וימצאו לו פתח, וכן שהוא נשבע לבטל את המצוה, מה ביטול מצוה יש אם בי"ד פורעים מנכסי', ומה איכפת לי' לבע"ח בזה אם הלוח פורע מרצונו או בע"כ, סוכ"ס נפרע, ולכן הי' נראה לפי"מ שדיקו המחברים וביחוד הרמב"ן בחידושו לב"ב, בהא דאמרינן בפ' הכותב אר"כ לר"פ לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה אמר לא ניחא לי דאעביד מצוה מהו, א"ל וכו' מכים אותו וכו' ודיק הרמב"ן למ"ד ש"ד לק"מ דמה נפ"מ לן הא משתעביד נכסי', אבל למ"ד של"ד רק עלי' רמיא מצוה מהו אי אמר לא ניחא לי וכו' ולפי"ז י"ל דכאן איירי דלית לי' קרקע רק מטלטלים והם לא רמיא עלי' שיעבודא כלל, רק על קרקפתא דלוח מוטל מכח פריעת בע"ח מצוה, והוי כמ"ד של"ד וכמ"ש מיני' אפי' מגלימא דעל כתפי' וא"כ איהו אומר לא ניחא לי, ול"ל דכופים למצוה דהא נשבע ואיך נכוף לעבור על שבועה כיון דשבועה קדמה לחוב, וא"ש כל הך דינא דאין לנו למיחת לנכסי' כיון דלאו שיעבודא עלי' רק מכח מצות הלוח, והא קדמה שבועה, אבל בקדם החוב ה"ל לבטל מצוה וא"ש וע"ש ברא"ש פ' הכותב דכתב להדיא לחלק בין קרקע ומטלטלים ע"ש עכ"ל וע"ש דמתרץ בזה קושית תוס' בפ' אעפ"י דא"כ כל אדם יפקיע חובו ע"י שישבע קודם הלוחא שלא ימכור מנכסי' לפרוע ב"ח דהרי אם יהי' לו קרקע יורדים לנכסי' יעו"ש ודברי התומים נפלאים בעיני מאד, כיון דמודה לסברת הב"ח דבזה שבי"ד יורדים לנכסי' לא עבר על השבועה הא', ומשו"ה כשיש לו קרקע יורדים לנכסי', איך אפשר לומר דכשאין לו קרקע אי אפשר לירד לנכסי' משום כפי' מחמת שאי אפשר לכוף אותו לעבור על שבועתו הלא אם גובים בי"ד לא עבר על שבועתו אם לא שנאמר דמחמת השבועה אין עליו מצות פריעת בע"ח ומשו"ה ליכא כפי' ע"י הורדה לנכסיו דכל עיקר מה שנחתין לנכסי' הוא גדר כפי' כמ"ש עד שתכפנו בגופו כופהו בממונו, ולפי"ז אין כאן שיעבוד הגוף כלל ואם ליכא שיעבוד הגוף ליכא שיעבוד נכסים ומכש"כ בכה"ג שהשבועה קדמה לחוב לא חל עליו שיעבוד הגוף כלל: ונלענ"ד שדברי הב"ח נכונים מכל צד, דהנה למ"ד ש"ד כתב הרשב"א בב"ק ובחי' לקידושין הובא בקצוה"ח סי' ל"ט סק"א דגם מטלטלים משועבדים מה"ת, והא דאין גובין ממטלטלי דיתמי ומלקוחות הוא מדרבנן, וכן מוכח לענ"ד מסוגית הש"ס דפ'

הכותב הנ"ל עפ"י שיטת הרמב"ן וסיעתו דמפרשי דר"כ פריך לר"פ הא דגובים מיני דידי באיזה כח גובים ממנו אם לאניחא לי וכמו שהבחנו לעיל דבריהם בפ"ב ולפי"ז מיירי היכא דליכא קרקעות דמדרבנן לכו"ע איכא שיעבודא, וכמו דגובים למ"ד ש"ד כ"כ גובים למ"ד של"ד, כיון דאית למלוה זכות גובים בע"כ בלי טעם מצות פריעת בע"ח, דכל דתקון רבנן הוא כעין של תורה, והיכא דלית לי קרקע ואית לי מטלטלים בזה יש חילוק בין למ"ד ש"ד ובין למ"ד של"ד, דלמ"ד ש"ד מיני דידי נשאר זכות של תורה למלוה במטלטלים של הלוה, דמיני דידי לא הפקיעו חכמים ולמ"ד של"ד לא תקנו חכמים רק על קרקעות, ומשו"ה קשיא לר"כ מאיזה כח יגבו מיני למ"ד של"ד, אבל למ"ד ש"ד ל"ק דמיני דידי גובים גם ממטלטלים, וכן כתב השטמ"ק בשם תלמידי ר"י שם בפ' הכותב דמפרש דקאי על הא דתולה מעותי ביד גוי, וה"ק בשלמא למ"ד ש"ד פשיטא לי דאם תולה מעותי ביד גוי נחייב אותו דהו"ל כמו גוזל ממש כיון שחל השיעבוד על הנכסים מן התורה, והוא הבריחם ותלה אותם ביד גוי, אבל לדידך דאמרת פריעת בע"ח מצוה מה יהי וכו', יעו"ש, ולפי"ז למ"ד ש"ד מיני דידי אין חילוק בין קרקע למטלטלים, וגם למ"ד של"ד דנקטינן דעיקר מה דנחתין לנכסי הוא ענין כפי, מה שבזה כופים את הלוה שיקים מצותו בע"כ, נלענ"ד ברור דגם אם נשבע שלא לפרוע אפשר לירד לנכסי, דהרי ע"י שבעותו לא נפקע מצות פריעת בע"ח, אלא דאינו יכול לקימה שלא יעבור על שבועתו, אבל אם מתקימת בע"כ באופן שהוא לא יעבור על שבועתו, ודאי דיש כח ביד בי"ד לכופו באופן כזה: ולפי"ז קשה קושית התומים למה לן כל החרדה הזאת יגבו בי"ד מנכסי, ויתקים הפרעון בע"כ של הלוה, דהנה אף דזה ודאי אם יפרע לבע"ח מנכסי שלא ע"י מכירה שיעבוד בזה על שבועתו הא', דמה שפורע הוא ג"כ בכלל מכירה כמש"כ הסמ"ע בס"ק י"ג, וכמו שמוכח ענין זה מהרא"ש והטוש"ע, אבל כ"ז אם יפרע בעצמו, אבל אם בי"ד יורדים לנכסיו ומגבים לבע"ח שלא עפ"י דעת הלוה אין זה ענין כלל נגד שבועתו, דזה ודאי אינו בכלל השבועה, דהרי אינו מוכר ואינו מוציא הדבר מרשותו, ומש"כ הט"ז שם דבי"ד הו"ו כשלוחים דידי, הוא רק אם ימסור נכסי לבי"ד, אבל לא כשמגבים בע"כ, וכמבואר חילוק זה בר"ן נדרים ד' מ"ז דאם אסר בקונם נכסי על בנו בחיי ובמותו דתנן בב"ק דלוה ובע"ח באים ונפרעים מפרש הר"ן דגובים שלא מדעתו, אבל מדעתו ודאי אסור, דהרי מוציאם מרשות לרשות ונמצא מועל, אלא בע"כ בי"ד מגבים.

יעו"ש, ונלענ"ד שהדברים פשוטים דאם ירדו בי"ד לנכסי ומגבים את החוב לא יעבור על שבועה הא', אבל עכ"פ השבועה השני' היתה שבועת שוא, דמה שבי"ד מגבים בע"כ דידי, אינו בכלל שבועה הא' ולא בכלל שבועה השני', דהרי נשבע שיפרע הוא והוא אינו פורע, ועכ"פ חייב מכות מרדות מחמת שבועת שוא, ומשו"ה ראוי לעשות כן להכותו מכות מרדות ומתוך זה יתחרט ויתירו לו שבועה הא' ותתקים למפרע שבועה שני' עי' ש"ך יו"ד סי' רל"ח סקכ"ב, אבל אם לא נתחרט ודאי דיורדים לנכסי ומגבים לבע"ח עכ"פ אלא דבכה"ג עבר על שבועת שוא, כנלענ"ד ברור בכונת הרא"ש והשו"ע ולזה ודאי נתכוננו הב"ח והש"ך, ולק"מ מה שהקשה התומים עליהם.

וכמש"כ: התומים בסי' פ"ו העלה לענין שיעבודא דר"נ, דאם ראובן הלוה לנכרי והנכרי הלוה לישראל דאין ראובן יכול להוציא מיד ישראל מחמת שיעבודא דר"נ, משום דכיון

דקיי"ל הפקעת הלואתו מותרת, ואם הנכרי תובע לדין פטור בבי"ד של ישראל כי אפקעתא דמלכתא ובמאי ישתעבד לישראל השני מלוה של הנכרי, והוכיח כדברי מתשו' מהר"מ ב"ב סי' רנ"ג שכתב שם באחד שהלך בשם ראובן לנכרי שיפרע לראובן באומרו שהוא בנו של ראובן והנכרי האמינו ופרע לו ועכשי' בא ראובן לתבוע מעותיו והנכרי אין לו לשלם, ופסק הואיל וגזל כזה לכו"ע אסור, א"כ חייב הוא למלוה של הנכרי מדר"נ, דמוכח מזה דרך היכא דאסור להפקיע יש בזה שיעבוד דר"נ, משא"כ בהפקעת הלואתו דמותר ליכא שיעבודא דר"נ, אלו דברי התומים שם בסוף סי' פ"ו יעו"ש.

והדברים מפליאים מאד דלפי"ד מה שישראל משתעבד לנכרי לא חל השיעבוד כלום, דהרי בכל הלואה איכא גם השתעבדות, ולמד ענין זה משיעבוד ממילא, מנידון העובדא דתשו' מהר"ם דבאמת מאי שנא שיעבוד ממילא מהשתעבדות מפורש כיון דבשניהם הדין דמותר להפקיע, ומהרבה מקומות בש"ס ופוסקים מוכח להדיא דישראל חייב לנכרי בחוב של הלואה וכדומה, וכמו שיבואר לפנינו בס"ד ובסי' קכ"ו סעי' כ"ב בהא דאיתא שם בנכרי שאמר לישראל מנה לי בידך תנהו לפלוני ישראל במעמד שלשתן ואמר הנפקד או הלוח כן אעשה קנה וצריך ליתנו לו, כתב התומים שם להקשות כיון דהפקעת הלואתו מותר יכול לומר החזקתי לעצמי והוי כאילו אין להנכרי דבר אצל ישראל וא"כ לא שייך מ"ג כיון שאין בידו משל נכרי, ואף דאמר ליתן לא מתחייב דהא הלואתו של נכרי מופקעת ועומדת בהפקעתה דמלך של עולם, ואח"כ מסיק וז"ל, וצ"ל כ"ז שאין הישראל אומר להדיא שמפקיע חובו של נכרי הרי הוא מלוה של נכרי ולא אמרו הפקעתו מותר אלא כשישראל אומר הנני מפקיע אותו, אבל סתמא לאו אפקעתא דמלכא הוא והרי הוא ברשות גוי לכל דבר וצ"ע דין זה כי אם נחליט זה יהי' מיושב קושיות רבות בדוכתי טובא וצל"ע עכ"ל.

והנה כנראה הרגיש בעצמו כי אם נאמר דהפקעת הלואתו שמותר הוי כפטור יהי' קשה מכמה דוכתי, ורק בזה מתישב לפי"ד שנאמר שצריך לכוון להפקיע ואז יפטר מחובו וכ"ז שאינו אומר להפקיע הרי הוא חייב וכן נקט כשיטת התומים בס' שער המשפט בסי' שמ"ח דכשמגלה דעתו להפקיע אז זוכה בהלואה זו וקודם שמגלה דעתו הוא חוב כשאר חוב דעלמא יעו"ש:ולענ"ד דבריהם תמוהים מאד בזה דאם קודם שמגלה דעתו להפקיע החוב קיים בתקפו במה נפקע החוב ע"י גלוי דעתו לזכות בהלואה, דממ"נ אם נאמר דיכול לזכות בע"כ, עלינו לומר דכבר נפקע זכותו של הנכרי המלוה, דבלא"ה איך אפשר לזכות, ואם פקע זכותו שוב אי"צ לזכותו, דזכות של חוב אם פקע זכות התובע ליכא עוד בעולם שום חוב, דחוב בלי זכות תובע אי אפשר שיתקים, דחפץ בעין אם אין לו בעלים הרי מ"מ איכא חפץ, אבל בענין זכות, שהזכות הוא החפץ, כיון שבטל הזכות אין כאן חפץ, ומה"ט הוא דמהני מחילת חוב גם בע"כ של הלוח, וכמו שהוכיח ענין זה בס' מחנה אפרים ה' זכי' מהפקר סי' י"א מדברי תוס' פ"ק דקידושין ד' י"ט ד"ה אומר לבתו יעו"ש.

דהטעם כיון שנסתלק כח התובע שוב בטל כל הזכות וא"צ הלוח לשום זכי' בזה, ואף אם נאמר דמחילה בע"כ לא מהני וכמו שרצה ליחס בס' מחנה אפרים שם דעה זו

להריטב"א ז"ל בפ"ק דקידושין, כ"ז הוא רק בחוב שהי' מעיקרא זכות להתובע, משום די"ל דכ"ז שאין הלואה מתרצה אינו נפקע הזכות גם מהמלוה אבל בנידון זה אם נאמר דיכול לזכות בע"כ של המלוה בע"כ עלינו לומר דליכא זכות למלוה, ואם ליכא זכות שוב אי"צ לזכי' דלא חל מעולם ענין שיעבוד בלי זכות לתובע, ואין לומר דקודם שמגלה דעתו איכא זכות לתובע, אלא דיכול לזכות ועי"ז יופקע הזכות, וכעין שזוכה באבידת נכרי דקודם הקנין הי' החפץ של הנכרי, וע"י הקנין והזכי' נעשה של הזוכה ונפקע קנינו של הנכרי, ונאמר דעי"ז גופא במה שאינו רוצה לשלם נעשה כעין אבידה וזוכה לגמרי ונפטר דמה שהוא מוחזק בעצמו ובנכסיו אין לך קנין גדול מזה, זה אינו דלא שייך ענין קנין בשיעבוד רק ע"י דעת אחרת מקנה, דזכות שיעבוד וחוב אינו נכנס לרשות אחר רק ע"י מסירת כח של הבעלים, וכמו שכתבו התוס' בב"ב ד' ע"ז ע"א ד"ה אי כרבי יעו"ש.

וכן פסק בשו"ע חו"מ סי' ס"ו סעי' ט' יעו"ש. והטעם בזה הוא דענין הזכות הכח התביעה והגוביינא שיש להתובע, שעיקר כח זה הוא אצל הבעלים ולא בחפץ ולא אצל הנתבע, וכח זה אם רוצים הבעלים להרשות לאיש אחר ע"י דרכי הקנינים יזכה האחר להיות במקום הבעלים ולהשתמש בכחם, אבל לזכות בכח זה בלי דעת אחרת אי אפשר, דכח זה אין ביד הזוכה להכניסו לרשותו, כעין שהוא מכניס חפץ אחר ברשותו, וכן נראה להדיא מדברי התוס' בקידושין ד' ט"ז ע"א ד"ה ורב שמחל על גרעונו דז"ל אבל אם לא הי' גופו קנוי היתה מחילה מועלת, ויש לדקדק מכאן דמחילה לא בעי קנין, ומיהו יש לדחות דכיון שהוא מוחזק בגופו אין לך קנין גדול מזה עכ"ל.

הרי דמחלקי בין שיעבוד של עבד שהוא ענין זכות על מעשי ידיו שייך לומר דזוכה ע"י שהוא מוחזק בגופו, אבל על זכות שיעבוד חוב בעלמא לא שייך לומר שהוא זוכה ע"י שמוחזק בעצמו ובנכסיו, ובימי חרפי ראיתי בס' תרומת הכרי שכ' בטעמא דמילתא דלא מהני יאוש בחוב משום דיאוש אינו כהפקר שיוצא מרשות בעלים, אלא דמשעת הזכי' נפקע קנין הבעלים ובחוב ליכא זכי' רק ע"י כתיבה ומסירה, ואין הס' ת"י לעיין בו, ודפח"ח: עוד נראה לי ראי' ברורה דלא נפקע חוב נכרי ע"י גלוי דעת, מדברי תוס' ב"ק ד' קי"ד בהא דאמרינן שם דאם אסהיד בדיני נכרים על ישראל חברי' דמשתינן לי' מ"ט דאינהו מפקע ממונא אפומא דחד, ולא אמרן אלא חד, אבל בתרי לא, וכתבו בתוס' שם וז"ל וא"ת והא לעיל שרי להפקעת הלואה, וא"כ מפסידים אותו הרבה שאם הי' רוצה הי' יכול לכפור, וי"ל דמ"מ לא משמתינן לי' כיון שאין משלם על ידם אלא מה שחייב לו עכ"ל.

וזה ודאי אפילו אם כבר רצה להפקיע דהרי אינו רוצה לשלם מעצמו, מדאיצטריך הנכרי לתבעו לפני דיניהם, ומ"מ לא אמרינן דכבר נפטר הישראל מחובו, דאל"ה הדרא קושיתם לדוכתה, ע"כ נלענ"ד דאף דהפקעת הלואה מותר אין נפקע השיעבוד, בשום אופן עד שיפרע לו, והטעם לזה הוא עפ"י מש"כ בפרקים הקודמים שדיני המשפטים והאיסור והיתר הם ענינים נפרדים, וכמו שהבאנו שיטת הריטב"א לענין השתעבדות בתשלומי רבית, דאף שאסרה תורה לשלם חוב זה, אבל החוב המשפטי קיים, כ"כ הוא ענין הלואת נכרי, דמה שנוגע לדיני המשפטים אין חלוק נכרי מישראל, חוץ מהיכא

שגלתה תורה למעט נכרי כמו אונאה ודיני שומרים ותשלומי כפל דמעטה תורה הקדש ונכרי, באופן דלפי"ז אם לזה מנכרי דלא מצינו בתורה שום חילוק למעט נכרי שלא יתחייב בעד הכסף שקבל או שלא יועיל התחייבות והשתעבודות לנכרי, החיוב המשפטי הוא קיים ועומד כמו בישראל, אלא דאם חייב לישראל איכא איסור לשמים אם אינו פורע, ובנכרי ליכא איסור אם אינו פורע, ורק בגזל ממש ילפינן מקרא דאסור, אבל בהלואה ליכא קרא, ומשו"ה כשאינו פורע אינו עובר על שום מצוה, אבל מדיני המשפטים לא נפקע כלום, ומשו"ה אם אסהיד וגבו מיני' מה שחייב לנכרי לא חשבינן שגרם לי' הפסד דמשלם על ידם מה שחייב להנכרי, והנכרי גובה את זכותו ולא יותר, ובזה יתישב כל הענין על נכון, וכמו שכ' בס' יראים הובא במג"א סי' תרל"ז סק"ג דאפילו למ"ד גזל נכרי מותר מ"מ לא מיקרי לכם לענין אתרוג וכה"ג, והיינו דליכא איסור לשמים, למ"ד זה, אבל מצד הקנינים לא נפקע דין הבעלים בלי יאוש ושנוי רשות, וכן כתב שם בחי' הגרע"א בשם הרמב"ן ז"ל במלחמות יעו"ש: וכן מוכח מסוגית הש"ס דב"ק ד' קי"ג דאמר'נן שם ולהבריח את המכס מי שרי והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא (ופירש רש"י ונמצא שגוזל את המוכס ישראל זה שקיבל את המכס ביד המלך נכרי בהיתר) ארחב"כ וכו' רב אשי אמר במוכס עכו"ם וכו' וגזל עכו"ם מי שרי והתניא אר"ש מנין לגזל עכו"ם שהוא אסור ת"ל אחרי נמכר גאולה תהי' לו שלא ימשכנו ויוצא וכו' אלא אמר רבא ל"ק כאן בגזילו כאן בהפקעת הלואתו, וכתב רש"י דלהבריח המכס הוי כהפקעת הלואתו, והנה קודם שקנה הישראל הי' חיוב מכס זה כדין חוב של נכרי והי' מותר להפקיע, וכשנכנס תחת ישראל אסור להפקיע דדינא דמלכותא דינא מועיל שהי' זכות המלך זכות שיעבוד כשאר חוב בעלמא, ומי שקנה הזכות זכה בחוב זה עפ"י דין התורה מדיני המשפטים, ומשו"ה אם ישראל הוא אסור להפקיע ממנו חוב זה כמו שאסור להפקיע שאר חוב ישראל, וכן הוא להדיא בר"ן נדרים ד' כ"ח ע"א ד"ה במוכס העומד מאלי' דמה דאמרין דינא דמלכותא דינא, הוא רק שזכות המלך זכות גמור הוא, אבל מה דאסור להבריח עדין איסור לשמים הוא רק אם קנה ישראל יעו"ש: ולפי"ז ניחא מה דמצינו דין מעמד ג' בחוב של עכו"ם שהלואה לישראל, בס"י קכ"ו, דאף שהי' מותר להפקיע, אבל החוב והשיעבוד עומד תמיד בתקפו, וכשזכה ישראל המקבל בחוב זה, שוב אסור להפקיעו, וכן שייך בזה דינא דשיעבודא עבודא דר"נ דלכל דיני המשפטים אין הבדל בין הלואת נכרי להלואת ישראל, ומה דבנה התומים יסוד לדבריו דבהלואת נכרי ליכא שיעבודא דר"נ מתשובת מהר"ם ב"ב שכתב דמשום דגזל כזה שהוא חה"ש אסור לכו"ע וחייב המקבל להנכרי והנכרי לישראל ואיכא בזה שיעבודא דר"נ, נלענ"ד דעיקר כונת מהר"ם בזה שלא נאמר שיהי' דין הכסף שקבל מן הנכרי כאבידת נכרי דאף שהוא הטעה את הנכרי באומרו שהוא בנו של ראובן, אבל עכ"פ לא גזל ממנו בחזקה ובאלמות שהרי מדעתו ורצונו נתן לו, ובאבידה מוכח הענין מהש"ס דקנה המגביה קנין גמור, לזה קאמר המהר"ם דאין זה אבידה וטעות נכרי אלא גזל, אמנם מה שהוסיף לומר דיש בזה איסור לכו"ע משום חה"ש, דלכאורה הוא נגד דברינו, דמדבר' משמע דאם הי' מותר לא הי' חייב להנכרי כלום, וי"ל דאם לא הי' בזה איסור לשמים להחזיק לעצמו, עי"ז גופא הי' מתעביד כאבידה, דהרי נתן כסף לאיש זר שאינו מכירו ורוצה האיש ההוא להחזיקם לעצמו, ואין לך אבידה גדולה מזה, אלא כיון שמדין

שמים הוא חייב להחזיר לו יהא מחמת חה"ש, עכ"פ כיון שמדין שמים אינו רשאי להחזיק לעצמו מחמת זה גופא אינו כאבוד.

וכן יש להוכיח כדברינו מדין אחריות על חמצו של נכרי באו"ח סי' ת"מ, דלדעת הראב"ד הוא דוקא אם חייב מדינא, אבל אם מחמת אלמות אינו חשוב גורם לממון ואינו חייב לבער, ועיי"ש בס' מגן האלף סק"ג שהעיר מזה דהרי הפקעת הלואה מותר, ומתירן עפ"י דרך התומים והשער משפט דקודם שמפקיע איכא שיעבוד יעו"ש.

ולדברינו הוא פשוט: אמנם קשה דמסוגית הש"ס דבכורות ד' י"ג ע"ב משמע דהיכא דמותר ליכא גם חיוב מדין המשפטי, בהא דאמרינן שם לידרש מקרא דלעמיתך אתה מחזיר אונאה ואי אתה מחזיר אונאה לנכרי ופריך הש"ס הניחא למ"ד גזילו אסור היינו דאיצטריך קרא למישרי אונאה, אלא למ"ד גזילו מותר אונאה מיבעיא יעו"ש.

ולפי"ד הלא צריך למעט לענין דפטור דליכא שום חיוב, ובימי הרפי כתב אלי ש"ב הרה"ג יהודא זימל ז"ל רב בפריז להקשות מסוגית הש"ס זו על שיטת ס' יראים דס"ל דגם למ"ד גזל נכרי מותר מ"מ לא הוי לכם, והנה לדעת התומים ג"כ קשה דלשיטתם קודם שגלה דעתו להפקיע הוי החוב קיים וא"כ צריך קרא למעט דבאונאה ליכא חיוב כלל, ונלענ"ד דעפ"י משמעות הכתוב דברי הש"ס מובנים, דהנה באמת יש לדקדק בהא דקיי"ל אין אונאה לקרקעות דממעטינן מקרא דאו קנה מיד עמיתך דברים הנקנים מיד ליד, דלפי"מ דכתב הרמב"ן בפ"ה התורה הובא גם בס' החנוך מצוה של"ז דהלאו דלא תונו איכא גם בקרקעות, ולא נתמעט קרקעות רק מדין חזרת אונאה, עי' בפ"ת חו"מ סי' רכ"ז סק"א ואיך יתפרש לפי"ז משמעות הדרשא מן המקרא, כיון דעיקר חזרת אונאה ליחא במקרא, והכתוב בתורה מפורש קאי גם על קרקע, ומשמעות המיעוט יהי על דבר שאינו מפורש בתורה כלל, ונראה לי לתירן זה עפ"י סוגית הש"ס ב"מ ד' נ"א בהא דקתני שם במשנה אחד הלוקח ואחד המוכר יש להם אונאה, מה"מ דת"ר וכי תמכרו ממכר לעמיתך אל תונו, אין לי אלא שנתאנה לוקח, נתאנה מוכר מנין ת"ל או קנה אל תונו, ואיצטריך למיכתב לוקח ואיצטריך למיכתב מוכר, דאי כתב רחמנא מוכר משום דקים לי בזבינתי, אבל לוקח דלא קים לי בזבינתי אימא לא אזהרתי רחמנא בלא תונו וכו' ובפשטות קשה להבין הך צריכותא, דממ"נ אם הלוקח לא קים לי איך שייך לאזהר עלי' שלא יונה, ואם יודע ששוה יותר ומאנה במזיד הרי הוא כמוכר, ע"כ נראה לי בכונת הש"ס דהמוכר שקים לי בזבינתי הוא מאנה בשעת מכירה, וכמש"כ רש"י ובמזיד הוא עושה, אבל הלוקח עפ"י הרגיל אינו יודע כ"כ בשעת לקיחה ורק אח"כ נתודע לו ששוה יותר מן הדמים ואזהר רחמנא על הלוקח שלאחר שנודע לו שאינה את המוכר יחזיר לו האונאה, ולענין זה כתב רחמנא תרי קראי חד על המוכר, היינו שאם יודע בשעת המכר שמאנה את הלוקח שאסור לו להונות, וחד על הלוקח שמחויב להחזיר האונאה, ולא דוקא לוקח אלא ה"ה במוכר המחויב להחזיר וכן מה שאסרה תורה על המוכר להונות לכתחילה ה"ה בלוקח אם יודע אלא שדבר הכתוב בהוה זהו תוכן כונת הסוגיא, ובזה מתפרש היטב שיטת הרמב"ן והחנוך עם דרשת חז"ל למעט קרקעות, דמה דגלי רחמנא לחלק בין קרקע למטלטלים לטלים הוא רק אצל מקרא הכתוב בלוקח והוא דכתיב או קנה מיד עמיתך דמזה דרשינן דברים הנקנים מיד ליד למעט קרקעות



שאינם בכלל חזרת אונאה אבל אצל מקרא דאזהר להונות לכתחילה לא גלי רחמנא לחלק בין קרקע למטלטלים, ואדרבה עיקר הכתוב שם קאי ממכר קרקע, ובזה נתפרש לנו מקור בתורה על דין חזרת אונאה, אבל כיון דבתורה לא נאמר חיוב להדיא להחזיר אונאה אלא בלשון לאו ואזהרת איסור, ומשו"ה למ"ד גזל עכו"ם מותר הקשה הש"ס בבכורות שפיר דלדידי אי אפשר למידרש מלעמיתך למעט חזרת אונאה לעכו"ם, דלענין איסור והיתר ליכא למעט אונאת נכרי דגם גזל ממש מותר, ולענין חיוב ופטור לא שייך למידרש מיעוטא, כיון דבמקרא לא נזכר ענין חוב תשלומים.

ומיושב הכל בדרך נכון בעזה"י: אמנם דברי' תוס' ב"ק ד' ל"ח ע"א הם לכאורה נגד דברינו, דהנה קתני שם במשנה שור של ישראל שנגח לשור של עכו"ם פטור, ושל עכו"ם שנגח לשור של ישראל בין תם בין מועד לשלם נזק שלם, פריך הש"ס ממ"נ אי רעהו דוקא, דעכו"ם כי נגח לישראל נמי ליפטר, ואי רעהו לאו דוקא אפילו דישראל כי נגח דעכו"ם נחייב, ומשני אמר ר' אבהו אמר קרא ראה ויתר גוים ראה ז' מצוות שקיבלו עליהם בני נח, כיון שלא קימו עמד והתיר ממונם לישראל, וכתבו בתוס' שם וז"ל עמד והתיר ממונם לישראל משמע דוקא בענין זה שנגח שור שלנו שור שלהם, ולמ"ד בפ' בתרא גזל עכו"ם אסור ניחא, אבל למ"ד מותר קשה.

עכ"ל ולגירסת רש"ל צ"ל שור שלהם שור שלנו, והנה לפי"ד דחיוב ופטור, ואסור ומותר הם ענינים נפרדים, לכאורה אין מובן לקושית התוס', אבל כשנעיין היטב יש לפרש דבריהם גם עפ"י שיטתנו, דהנה לפי משמעות לשון התוס' לפי"מ שגרס רש"ל נראה להדיא דר"א מתרץ דלעולם רעהו דוקא וראוי להיות דשור שלהם שנגח שור שלנו פטור, אלא משו"ה קתני במשנה דחיוב הוא מקרא דיותר גוים שהתיר ממונם ולפי"ז נראה לי דמה דקתני במשנה דשל עכו"ם שנגח לישראל חייב אינו מן המקרא, דמקרא אי אפשר ללמוד לחייב העכו"ם בתורת חיוב, אלא בתורת היתר שמותר להטיל עליהם תשלומים שלא מן הדין, ועל סמך מקרא זה מצאו חכמים מקום לעשות תקנה להטיל עליהם חיוב, ולפי"ז דברי התוס' שמדברים על עיקר קרא שהתיר ממונם שהוא ענין היתר ולא ענין פטור, וגם אינו לשון הפקר ועזיבה, דזה ודאי אי אפשר לומר דנכסי עכו"ם הם הפקר, דהרי גם למ"ד גזל עכו"ם מותר אין נכסי הפקר, דאל"כ לא משכחת ענין מקח וממכר בעכו"ם דאין לו מה למכור ולא ליקח דלמכור ודאי דלא שייך כיון דנפקע ממנו כח בעלים, וגם ליקח ג"כ לא שייך, דאף אם נדחוק דחלין ובטלים, היינו דבתחילה הוא קונה ותיכף נעשה הפקר, אבל כיון דכל קנינו הוא בכסף, והמוכר שקבל הכסף זוכה בתורת הפקר איך יקנה בכסף של הפקר, עוד יש להוכיח דחוב שחייב לנכרי הוא עפ"י דיני משפטים חוב גמור, מהא דמהני מכירה לנכרי ע"י כסף עפ"י מה דאמרינן בב"ק פ' מרובה גבי עקוץ תאינה ותקני לי גבנותיך, כיון דאי תבע לי לא אמרינן זיל שלים מכירה נמי לא היא מכירה ומסיק אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו, ולפי"ז אם נאמר שבעד הכסף שקבל המוכר מן הנכרי ליכא שום חיוב איך מהני המכירה אלא דלענין קנין וחיוב שוה נכרי לישראל, ובהפקעת הלואתו אף שמותר לגמרי וליכא מצוה כלל, אלא כיון שחייב עפ"י משפט הוי מכירה גמורה, אלא נראה ודאי משמעות דרשא זו שהתיר ממונם הוא לענין היתר האיסור של גזילה, ולענין זה דוקא כי נגח שור שלהם לשור שלנו לפי גירסת רש"ל, וכן נמי לפי מה שכתוב הנוסחא בספרים שלנו שדבריהם

הוא להיפוך, דמפרשי דר"א מפרש דרעהו לאו דוקא ומה דפטרינן בנגח שור שלנו לשור שלהם הוא מקרא דויתר גוים ליכא שום משמעות מקרא זה שיהי' דין פטור בנגיחת שור של ישראל לשור שלהם, דמלשון האמור בגמ' שהתיר ממונם משמע דגם היכא שהוא ממונם התיר לישראל היינו אף שמדין יש להם זכות ממון, התיר הכתוב שלא לשלם להם, לפי"ז ג"כ נאמר דמה דקתני במשנה לשון פטור אינו מן המקרא, אלא שכן הסכימו חז"ל לעשות וסמכו על המקרא דרשאים הם לעשות כן, ועפיד"ז גם דברי התוס' סובבים רק על עיקר המקרא שהתיר ממונם שגלי לן רחמנא דליכא איסור אם לא נשלם להם, וע"ז הקשו דלמ"ד גזל עכו"ם מותר קשה, דלמ"ד גזל עכו"ם אסור צריך קרא דויתר גוים, שמזה למדו דהיכא שמצאו חכמים טעם וסיג מותר להם לכוף את הנכרי לשלם אף שפטור מדין תורה, אבל למ"ד גזל עכו"ם מותר קשה.

והרש"ל בס' יש"ש לב"ק פ"ד סי"ח שמפרש דגוף הדין דקתני במתני' ילפינן מקרא דויתר גוים, היינו לחיובא שחייב העכו"ם לשלם כשנגח שורו את שור ישראל תמוה לי מאד דאיך אפשר ללמוד מקרא זה ענין חיוב והשתעבדות או כפי', לשלם, דהלא בהאי קרא מוכח רק התרה ורשות ליטול ממון עכו"ם, אבל דין כפי' עלי' מנ"ל, ועוד קשה טובא מש"כ התוס' דלמ"ד גזל עכו"ם מותר קשה, דאם נאמר דאתא האי קרא להטיל חיוב על העכו"ם לשלם על הנגיחה, זה ודאי חידוש הוא, דמדין גזל עכו"ם מותר ליכא למילף זה, דהרי רק היתר ידעינן ולא חיוב וכפי', וע"כ נלענ"ד שהדברים מוכיחים כמש"כ דעיקר הדין של חיוב ופטור האמור במשנה, הוא תקנת חכמים שמצאו סמך מן הכתוב דויתר גוים דרשאים לעשות כן, וי"ל דהא דמצרכינן קרא הכא לענין תקנת חכמים יותר מכל דוכתי בש"ס, משום דבכל דוכתא ידעינן מקרא דהפקר בי"ד הפקר וילפינן מקראי דוכל אשר לא יבוא או מאלה הנחלות, כדאיתא במס' גיטין ד' ל"ו ע"ב וביבמות ד' פ"ט, וקראי אלה בישראל נאמרו ולא בשאר אומות ומשו"ה לענין הפקר בי"ד בנכרים צריך קרא בפ"ע וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם פ"ח מה' נזקי ממון ה"ה שכ' וז"ל ושור של עכו"ם שנגח שור של ישראל בין תם בין מועד משלם נזק שלם, קנס זה הוא לעכו"ם לפי שאינם זהירים במצוות ואינם מסלקים היזק, ואם לא תחייב אותם על נזקי בהמתם אין משמרים אותה ומפסידים ממון הבריות עכ"ל.

ועי' בלח"מ שם שכ' די"ל דטעמו הוא בכלל דברי הגמ', ומוכח מזה דהוא תקנת חז"ל שקנסו אותם ולא מה"ת, אלא שמצאו סמך מה"ת שיהי' לחכמים כח לעשות גם בנכסי עכו"ם כמו בנכסי ישראל היכא שדרוש לזה למיגדר מילתא, כנלענ"ד בענין זה: פרק ו והנה עפ"י מה שנתבאר בפרקים הקודמים דבכל ספק ממון אין לדון משום ספק גזל, דכיון דאיסור גזל מיתלי תלי בדין ממון, ולפי המשפט שהוחלט לדיני ממונות כן הוא הדין לענין איסור גזל, לפי"ז נראה ודאי דכ"כ יהי' הדין בכל דיני איסור והיתר הנגררים ומסתעפים מדיני הממונות, שבכל הספיקות בדיני ממונות יוכרע מדין המשפטים גם הספיקות של איסור והיתר חיוב ופטור של המצוות, דמה לי איסור של גזל משאר איסורים דכבר כתבנו דאין שום מקום לומר שיהי' איזה חידוש בתורה להתיר ספק איסור גזל, וכן מוכח בפשטות מסוגית הש"ס פ"ק דב"מ דספיקות נכנסים לדיר להתעשר בתורת מעשר ודאי דכיון דפטור מליתן לכהן מדין ספק ממון דהמע"ה הוי כשאר ממון שלו, דמה לי ממון אחר שזכה בהם עפ"י דין תורה, או ממון זה שהדין תורה מכריע

שישאר אצל המוחזק בהם, אבל בכ"ז כנראה איכא בזה הרבה חלוקי דינים, דהנה בפשטות קשה טובא מסוגיא דב"ב ד' פ"א דאמרינן שם דמשו"ה לר"מ בקונה אילן אחד ולרבנן בשני אילנות מביא ואינו קורא דמספקי להו אי קנה קרקע או לא, ופי' רשב"ם שם דהא דקתני לא קנה קרקע, היינו משום דיד מוכר על העליונה, דמספיקא לא מפקינן מיני', ויעו"ש בסוגיא שמוקי הש"ס אופן ההבאה בספק, ובפשות הי' ראוי לומר כיון דדין הבאת בכורים תלוי בדין ממון אם קנה קרקע או לא, ולענין ממון חשבינן שהקרקע בחזקת בעלים הראשונים עפ"י כלל המשפט של המע"ה, הרי זה כאילו אין ללוקח שום קנין בקרקע, ועכ"פ קשה מ"ש דין בכורים מדין מעשר בהמה דשם לענין מעשר מוכח להדיא מן הש"ס דכל היכא דלא מהני תפיסה הוי ודאי ממונו גם לענין מעשר דבעינן עשירי ודאי, ובימי חרפי מצאתי דכבר הובא קושיא זו בס' דברי חיים להגאון מהר"י אורבאך זצ"ל בשם ס' חמדת שלמה, וכתב שם לתרץ דהא דהוי ודאי שלו הוא מטעם יאוש או הפקר בי"ד וצריך לעשות קנין חדש ובשעה שהלוקח משתמש אין מועיל קנין, ואין הס' ת"י עתה לעיין בו, והדברים האלה רחוקים בעיני מאד, דכיון דענין זה של המע"ה הוא דין שמים ומשפט התורה למה לנו לחדש כח זכי' אחרת, וענין הפקר בי"ד לא הוזכר בש"ס רק היכא שעשו חז"ל תקנה או סיג להוסיף על דברי תורה, ועוד מוכח להדיא דלא כדברי', דהרי לקוח פטור מן המעשר ואם נימא דהא דחשבינן כאילו ודאי שלו הוא מחמת זכי' מן ההפקר או מחמת יאוש, הרי זה לקוח ואכתי הוי ספק עשירי, אלא נראה דענין זכי' זו הוא, שעפ"י משפט התורה משעה שפדה את השה על ספק פטר חמור לא יצא השה מרשותו, וכמו שהי' שלו מתחילה כ"כ אחר הפדי' הוא שלו, ועי' בס' קונטרס הספיקות כלל א' סי' ו' מש"כ בזה להוכיח מחמת קושיא דלקוח, דחזקת מרא קמא הוא כעין חזקת איסורים, ולדברינו הוא פשוט ואין מזה ראי' כלל, והדרא הקושיא לדוכתה למה לא מהני הכרעת דין המע"ה לענין לפטור מהבאת בכורים: וכן קשה טובא מכהנית שנתערב ולדה בולד שפחתה דאוכלים בתרומה משום דאחד כהן ואחד עבד כהן, דלפי הכלל של ספק ממון אין להולדות זע"ז שום כח זכות ממון משום דכ"א מוחזק בעצמו והוי כעבד שנפקע דין ממון ממנו, ולמ"ד מעוכב גט שחרור אינו אוכל בתרומה, כ"כ ראוי לומר דספיקות הללו הרי הם כמעוכבי גט שחרור, ובמס' גיטין ד' מ"ב ע"ב דמיבעיא שם אם מעוכב ג"ש אוכל בתרומה מביא הש"ס שם ת"ש דאמר רב משרשיא כהנית שנתערב ולדה וכו' הגדילו התערובות משחררים זא"ז, ומשני הכי השתא התם אם יבוא אליהו ויאמר דחד מינייהו עבד הוא קנין כספו קרינן בי' הכא לאו קנין כספו הוא כלל, יעו"ש, וקשה טובא למה לא נימא בכל ספק ממון אם יבוא אליהו ויהי' ע"ז תורת ספק, ולא מצאתי מי שיתעורר בזה: והנה לברר ענין זה עלינו לבאר תמצית סוגית הש"ס דתקפו כהן, דאמרינן שם ההיא מסותא דהוו מינצו עלה בי תרי, האי אמר דידי היא והאי אמר דידי היא, קם חד מינייהו אקדשה, פרשי מינה רב חנניא ורב אושעיא וכולהו רבנן וא"ל רב אושעיא לרבה כי אזלת קמי' דרב חסדא לכפרי בעי מיני', כי אתא לסורא א"ל רב המנונא מתני' היא, ספק בכורות אחד בכור אדם אחד בכור בהמה בין טהורים ובין טמאים המע"ה, ותני עלה אסורים בגיזה ועבודה, והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאים אותו מידו דקתני המע"ה, וכי לא תקפו אסורים בגיזה ועבודה, א"ל רבה קדושת בכור קאמרת לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאים אותו מידו

ואפי"ה אסורים בגיזה ועבודה דקדושה הבאה מאלי' שאני א"ל ר"ח לרבה תניא דמסייע לך הספיקות נכנסים לדיר להתעשר ואי ס"ד תקפו כהן אין מוציאים אותו מידו, אמאי נכנסים לדיר, נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן עכ"ל הש"ס.

והנה בהשקפה ראשונה נפלאים דברי הש"ס דאיזו שיכות איסור גיזה ועבודה לענין זכות הכהן, דאיך ס"ד שיהי' תלוי איסור זה בדין כח התקיפה של הכהן, ואף לפי"מ שדחה רבה דקדושה הבאה מאלי' שאני הוא רק מחלק בין באה מאלי' לבין קדושה הבאה ע"י כח הבעלים מה שמקדיש ע"י רצונו, ולפי השקפתנו אי"צ לחילוק זה רק הי' לו לדחות דקדושת בכור הוא מחמת שהוא פטר רחם ולא מחמת שהוא ממון כהן, ואם הי' דין ממון זה של בכור לישראל הי' ג"כ קדוש מרחם, אבל כיון דהראשונים ז"ל מפרשים סוגית הש"ס כפשוטו שדין גיזה ועבודה תלוי בדין ממון, כמו דמוכח מפירש"י ומדברי הראשונים שהובא בשטמ"ק, עלינו לקבל דבריהם כמו שהם, שידעו חז"ל דקדושת בכור סבתה העיקרית הוא זכות הממוני שנתנה תורה לשבט הכהנים, וכמו שמוכח בענין הקדושה של תרומה דאף דלאחר שחלה קדושת תרומה על הפירות הוא ענין איסור שאינו תלוי כלל במשפט הממון של מי הם, אבלסבת חלות הקדושה הוא דין הממון שנתנה תורה לשבט הכהנים וכן מוכח מדברי הרשב"א שהובא בשטמ"ק ב"ק ד' ס"ז מש"כ שם בשם הרשב"א, יעו"ש ד"ה מעיקרא חולין: וכן נראה לי' ראי' ברורה מהא דאמרינן בנדרים ד' פ"ה לענין גונב טבלו של חבירו דפליגי תנאי אי משלם דמי טבלו או דמי חולין שבו, דמוקי הש"ס דפליגי במתנות כהונה שלא הורמו אי כהורמו דמיין או לא, דפריך הש"ס דאי טובת הנאה אינו ממון מה לי הורמו מה לי לא הורמו, יעו"ש בפ"ה הר"ן כי לא הורמו מאי הוי דהא פתיכי בי' תרומה ומעשר שאין לו בהם כלום, ולכאורה קשה כיון דלאו כמי שהורמו דמיין אכתי אין לכהנים שום זכות ממון בזה והווי נכסי הבעלים ולמה לא ישלם כפל כפי דמי טבלו, ולומר דאף אם הם עכשי' של הבעלים כשאר נכסי מ"מ אינו משלם, מחמת דאינם שווים יותר מדמי חולין, משום דלאחר הרמה יתחייב ליתנם לכהן, זה אינו דלענין זה סגי מה ששוה דמי טובת הנאה, דמה דאמרינן טובת הנאה אינו ממון הוא רק דממון זה שנותנים לו בעד טובת הנאה אינו זכות בגוף המתנות, ואין לבעלים כלום בהם והוי רק כגזבר בנכסי הקדש וכאפוטרופוס בנכסי יתומים ולמ"ד ט"ה ממון יש לו זכות בגוף המתנות על ענין זה אבל עכ"פ הוא ענין שנותנים ממון עבורו, ולפי"ז אם נאמר דקודם הרמה הוא של הבעלים לגמרי וגם חלק התרומה שעומד לכך שינתן לכהן הוא שלו והוא שוה דמים, למה לא ישלם מה ששוה עכשיו כל הטבל, ואף שיש מקום קצת לומר לדמות ענין זה לזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו במקל דפטור דאמרינן מנא תבירא תבר, שבארנו ענין זה במק"א שהכונה בזה רק לומר דחשבינן כאילו אין בכלי עכשיו כח עמידה רק עד זמן נפילתו לארץ, היינו שאינו כאילו כבר נשבר לגמרי, דאל"כ קשה למה בזורק תינוק מראש הגג ובא אחר וקבלו בסייף חייב מיתה לריב"ב כמ"ש בב"ק ד' כ"ז ע"א, ולפימש"כ ניחא דלענין חיוב מיתה אין חילוק בין אדם שראוי לחיות שנה או שנתים או שעה אחת, אם רק אינו טריפה חייבים על הריגתו, אבל לענין נזקין שמשלם בעד חסרון ערך ההשתמשות שהי' בהחפץ אם נחשבת הכלי כאילו אין בה כח השמוש רק לשעה אינו חייב רק בעד ערך שמוש זה, וממילא בזרק כלי פטור לגמרי, ולמ"ד בתר בסוף

אזלינן הוא להיפוך, אף דאינה שוה כלום מחמת דסופה להשבר, לא איכפת לן מה שהלוקחים מגרעים הדמים מחמת פחד העתיד, כיון דמ"מ עכשיו הכלי בשלמותה היא בלי שום גרעון, ובזה ישבתי שיטת רש"י ז"ל מכל הקושיות שהקשה הרמב"ן ז"ל ואכמ"ל.

ועפי"ז יש מקום לומר דבטבל ג"כ כעין זה כיון שעומד לכך שיפרישו ממנו התרומה ולאחר הרמה יסולק מהבעלים כל זכות מהתרומה בגוף התבואה, הרי זה כאילו אין לבעלים כח וזכות רק עד זמן הרמה כמו בכלי הנופלת מראש הגג, והגונב אי"צ לשלם רק כפי ערך ההשתמשות של זמן זה וזמן זה אינו שוה כלום, אבל בפשטות הש"ס אי אפשר לפרש כן, דא"כ למה פריך הש"ס בפשיטות דאי ט"ה אינו ממון מה לי הורמו או לא כיון דתלוי בחקירת הש"ס בזרק כלי מראש הגג דאמרין בב"ק פ"ב דלרבא מיבעיא לי' אי בתר מעיקרא אזלינן או בתר בסוף אזלינן, רק לרבה פשיטא לי', ועוד נלענ"ד דבכה"ג הי' ראוי לשלם כפי מה ששוה למכור ולצרף גם מה שהלוקח מעדיף בדמים לפ"ע הטובת הנאה, דלא גרע זה מבורר צרור מגרנו של חבירו דחייב לשלם כמש"כ בב"ב ד' צ"ד ע"א, וכתבו בתוס' ובנמ"י שם דחייב כמזיק ממש, משום שהבעלים מוכרים העפרוריות עם החטים יחד, אף שהאחרון שיקנה לאכילה אי"צ להעפרוריות כלל, אבל דלענין מכירה מעדיף הלוקח בעד העפרוריות הרי זה כעפרות זהב כמש"כ הנמ"י שם, מכש"כ הכא דגם האחרון מתהנה מהתרומה את ערך הדמים של ט"ה, ודאי הדין נותן שישלם גם בעד חלק התרומה: אבל האמת נלענ"ד דמה דפריך הש"ס מה לי הורמו או לא, הוא משום דלענין זכות וחלק שזכתה תורה לשבט הכהנים והלוים בתרומות ומעשרות אינו תלוי בהרמה, שחלק זה הם זוכים גם קודם הרמה, ורק כהן פרטי אינו יכול לזכות לעצמו שיהי' כנכסיו רק משעת הרמה ואילך למ"ד לאו כמי שהורמו דמיין, ולמ"ד כמי שהורמו דמיין יכול הכהן לזכות בזה גם קודם הרמה, ובאמת בקידושין ד' נ"ח ע"ב מוקי הש"ס אוקימתא זו באופן אחר דמיירי בישראל שנפלו לו טבלים מבית אבי אמו כהן ובמתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין קא מיפלגי, ולא פריך ע"ז מידי, והוא כדברינו דבקידושין מתרץ הש"ס לענין ישראל שנפלו לו טבלים, אי מצוי זכי בהו חלק הכהנים קודם הרמה, שפיר משני, אבל בסוגית הש"ס דנדרים דלא מוקי בישראל שנפלו לו טבלים מבית אבי אמו כהן, אלא דמיירי בישראל גמור, ורצה לתרץ דקודם הרמה הוי כל התבואה של ישראל דלא זכה בהם השבט כלום, ע"ז פריך דלא כן הוא, דהשבט כבר זכה בהם, ועי' בפ"ה הרא"ש שם שהקשה על סוגית הש"ס דנדרים מסוגית הש"ס בקדושין, ולפימש"כ לק"מ, ומה דלא מוקי הש"ס בנדרים כאוקימתא דמוקים בקידושין העירו בזה בתוס' שם בנדרים יעו"ש.

עכ"פ מוכח מסוגיות אלו ומדברי הראשונים ז"ל התוס' והרא"ש, דבישראל גמור אין חילוק לענין זכות השבט בין קודם הרמה בין לאחר הרמה: וכן נראה מוכח ענין זה מהא דכתבו התוס' בסוכה ד' ל"ה ע"א ד"ה אתיא, דהא דאין יוצאים באתרוג של טבל ודאי לב"ש ולב"ה, הוא משום דהוי כאתרוג של שותפין דיש לכהן וללוי חלק בו יעו"ש.

ולא אמרו דסברי ב"ש וב"ה מתנות שלא הורמו כמו שהורמו דמיין, ומוכח מזה דזכות שבט הכהנים הוא קודם הרמה, ואדרבה זכות זה הוא המחייב להרים, וזהו ענין התרומה

שמברר את החלק שיש בזה לשבט הכהנים, ודבר זה הוא הגורם להאיסור של טבל מחמת זה הוא טבל מחמת דפתיכי ב'י חלקהתרומה והמעשר שזכתה תורה לשבט, ואף דאם תרם תרומות ומעשרות בשבלים קודם מרוח ג"כ חלים התרומה והמעשרות, אף שעדיין לא זכו בו חלק, דאל"ה איך נפטרים הבעלים אם לא נתמרח ע"י ישראל, נראה לי שהטעם בזה כיון שתרם נעשה הזכות ע"י הרמה אף קודם מרוח ע"י הרמה עצמה ובאים כאחד, עכ"פ נתבאר לנו ענין זה דכל כח קדושת התרומה, הוא מחמת חלק וזכות של השבט, וגם אצל הכהן עצמו כשיש לו טבלים הוא ג"כ מטעם זה שאמרה תורה שחלק זה צריך להרים אף שיזכה הוא עצמו בחלק זה: ועפ"י דרך זה נלענ"ד דגם קדושת בכור שהוא ג"כ ממתנות כהונה, הוא בא בתולדה מחמת דין מתנות כהונה, דעי"ז שאמרה תורה שבעלי של הבכור הוא שבט הכהנים, חלה עליו הקדושה לענין גיזה ועבודה, לא מיבעיא בבכור בחו"ל או בזה"ז דלא חזי להקרבה דהוי ממון כהן לגמרי, מסתבר לומר דקדושתם באה בתולדת קנין השבט כמו בתרומה, ואף בבכור בזמן המקדש דאמרינן במס' תמורה ד' ז' ע"ב וב"ק ד' י"ג ע"ב שאין לכהנים זכ"ל בו, שהוא משום דכיון דחלה עליו הקדושה להקרבה הוי של שמים לכל מילי עד אחר הקרבה, אבל מ"מ סבת קדושתו הוא מחמת מתנות כהונה, וכן משמע מפשטות הכתוב בפ' קרח, וכן מוכיח לשון הרמב"ם בה' בכורות פ"א ה"א דאמר דכולם לכהנים יעו"ש.

ומשום זה נקט רב המנונא דאם הי' הדין בספק בכור דמוציאים מידו דאין לכהן שום כח וזכות ממון על זה, והוי כמו שאין כאן דין מתנות כהונה כלל, לא הי' ראוי שיחול עליו שום קדושת בכור גם לענין גיזה ועבודה, וע"כ הוכיח דהטעם בזה שחל עליו קדושת בכור לענין גיזה ועבודה, הוא משום דאיכא זכות ממון לכהנים ע"י תפיסה, דאי תקפו אין מוציאים מידו, ומזה פשוט דגם לענין מסותא כיון שהדין כל דאלים גבר ויכול כ"א לתופסו דג"כ הדין שחל קדושת הקדש בספק.

דהוי ספק הקדש, כמו בבכור דהוי ספק דאסור מספק, כ"כ גם במסותא אסור להנות מספק, דספק איסור לחומרא, ורבה דחה דאין ראי' מבכור לסותא, דקדושת בכור שאני דהוי קדושה הבאה מאלי', כלומר אף שגם קדושת בכור עיקר סבתה הוא מחמת דין מתנות כהונה, אבל כיון שקדושה זו באה ממילא, שלא ע"י רצון ושליטת הכהנים, אז נתפסת קדושה זו, גם אם אין לכהנים שום כח שליטה והשתמשות, היינו אף אם נימא תקפו כהן מוציאים מידו, אבל בקדושה הבאה ע"י מקדיש, י"ל דגם היכא שאין מוציאים מידו לא אלים ההקדש למנוע כח ההשתמשות של השני, וביאור הדברים הוא דעיקר הדין של המע"ה פועל רק לכל הנוגע לענין שליטה והשתמשות, דכן הוא דין תורת המשפטים בספק ממון שישאר הדבר לכל דבר שמוש ושליטת החפץ אצל המוחזק הראשון, אבל באמת המציאות האמתית לא נשתנה כלום, ואם יבוא אלי' ויברר האמת יוחזר החפץ לבעלים האמתיים, דלא נפקע קנין הבעלים ע"י דין המע"ה, ומשו"ה י"ל דגם היכא שהדין כל דאלים גבר שכח ההשתמשות והשליטה הוא בכל שעה למי שהחפץ בידו ורשותו, אין כח ההקדש אלים מן המקדיש, דלפי ערך כח שליטתו בזה, כן הוא ערך התפסת הקדושה הבאה מכחו, אבל לענין קדושה שאינה באה ע"י כח השליטה והשמוש, אלא שתלוי במציאות הקנין כפי שגלוי קמי שמיא, קדושה כזאת הוי לעולם בספק, אף אם הדין שלא מהני תפיסת הכהנים, שאם בכור הוא לא נפקע זכות הכהנים

ממנו, ומה שאבדו כח השליטה לגמרי מחמת דין המע"ה, דבר זה אינו מגרע כלום שלא יחול איזה דין שסבתו מחמת הקנין האמתי: ובוזה יש לתרץ שיטת הרמב"ם ז"ל מהקושיא הגדולה שקשה עליו, דפסק דספק בכור אין מוציאים מידו שלא כמסקנת הש"ס הנ"ל, והנה בעיקר הענין כתב הרשב"א לחלק בין ספק בכור לספק פטר חמור שנפדה בשה, דבספק פדיון פ"ח הוא חזקת מ"ק טוב, דהשה היא מתחילה קודם הפדיון ממון גמור של הישראל, ומשו"ה מוקמינן בחזקתו גם משעת לידת הספק שיסאר בחזקת הבעלים כבתחילה, דגם עכשיו הוא חולין עכ"פ, ואפשר להסאר על חזקתו הראשונה, אבל בספק בכור גם אם יסאר ברשות הבעלים אינו ברשותו כסאר ממון בעלים דהרי אסור בגיזה ועבודה, הובא דבריו בריש ספר תקפו כהן, ובביאור הגר"א יו"ד סי' שט"ו סק"ב, אבל לפי"ז קשה דהלא בגמ' מביא להוכיח מספ"ח על ספק בכור, אבל כאשר נעין היטב בסוגיא נראים הדברים מוכיחים כשיטת הרמב"ם, והוא דהנה רב המנוא כשמוכיח לפשוט על דין מסותא מהמשנה עיקר יסודו בנה, דתקפו כהן אין מוציאים, מלשון המשנה דקתני המע"ה, דמלשון זה משמע דאם הישראל יהי' המוציא עליו הראי' וקסבר דמה"ט הוא דאסור בגיזה ועבודה משום דכיון דכהן יכול לתפוס ולא נפקע כח הכהנים לגמרי מזה הבכור משו"ה חלה הקדושה מספק, ומזה רצה לפשוט דגם במסותא מהני ההקדש שהקדיש חד מינייהו שיהי' אסור להנות מספק ורבה דחה ראיתו, דאף דמוכח מלשון המשנה דתקפו כהן אין מוציאים מידו מדקתני המע"ה, אבל מאי דאסור בגיזה ועבודה לא מהאי טעמא הוא כמו שסובר רב המנוא, אלא מטעם אחר הוא, דקדושה הבאה מאלי' שאני, ומהאי טעמא אין נפ"מ בין מוציאים או אין מוציאים, וממילא נדחה הפשיטות מה שהוכיח רב המנוא לענין מסותא אם הקדיש קודם תקיפה, אבל בעיקר הדין אם מהני תפיסת הכהן בספק בכור לא הכריע רבה כלל, וע"ז הוסיף ר"ח לסייע לרבה, דמהך דספיקות נכנסים לדיר להתעשר מוכח דשם לא מהני תפיסת הכהן דאל"ה הוי ספק עשירי כדמסיק, דמזה מוכח דהיכא דאיכא חזמ"ק מעליא לא מהני תפיסת הכהן, כמו בספק פדיון פ"ח, דאל"ה הרי פוטר עצמו בממונו של כהן, ומזה סייעתא לרבה דמה שאסור בגיזה ועבודה אינו מטעם כח תפיסה של הכהן, דלסברת רב המנוא דגם קדושה הבאה מאלי' אינה חלהאם אין לכהן כח תפיסה, מהראוי להיות דלא תחול קדושת גיזה ועבודה, הבאה מכח תפיסה, ולא יהי' לכהן כח תפיסה כמו דליכא כח תפיסה לכהן בספק פדיון פ"ח, וישאר גם ספק בכור בהמה טהורה חולין גמור בלי שום קדושה, דכשאנו דנים על כח הזכות של הכהנים קודם שחלה הקדושה, אז אנו דנים על חזמ"ק מעליא כמו בספק פ"ח, אבל לפי מה דמסקינן דקדושה הבאה מאלי' שאני, אז שפיר נקטינן המשנה כמשמעה דמדקתני המע"ה ולא קתני שהם שלו כמו דאמר ר"נ בספ"ח מעשרן והן שלו, דבספק בכור מהני תפיסת הכהן ובספק פ"ח לא מהני תפיסת הכהן, כמו שמחלק הרשב"א בתשו' הנ"ל, ומצאתי ת"ל קצת כדברי בס' נה"מ בריש כללי דיני תפיסה, אך מה שכתב שם דגם בספק פדיון פ"ח י"ל דתקפו כהן אין מוציאים מידו, ומה שחל קדושת מעשר הוא ג"כ מחמת קדושה הבאה מאלי' דעשירי מאליו קדוש, אין דבריו מחוורים לענ"ד, דמלבד דזה הוא נגד משמעות לשון הש"ס דהוכיח בספיקות דלא מהני תפיסת הכהן, הנה דבריו תמוהים דהרי מסיק הש"ס דבמעשר בעינן עשירי ודאי, ואם נאמר דיש לכהן איזה זכות בפועל לא אפשר להיות רק ספק מעשר מחמת ספק,

כמו בספק בכור שאינו קדוש רק מספק, ובמעשר לא מהני ספק, ומזה דהוי עשירי ודאי מוכח דבפועל לית ליה לכהן שום זכות כלל, ומה"ט הוי עשירי ודאי, אבל מטעם קדושה הבאה מאלי' אי אפשר להיות רק ספק ולא מעשר ודאי, אלא נראים הדברים כמש"כ, ושיעור סוגית הש"ס בקצרה הוא, דרב המנונא רצה להוכיח מהמשנה, דמדקתני דהמע"ה מוכח דמהני תפיסת הכהן, וסובר דמטעם זה חלה קדושת הבכור להאסר בגו"ע, ורבה מדחה שחלות הקדושה אינה תלויה בכח התקיפה, דגם אם לא הי' כח תקיפה לכהן מ"מ חלה קדושה הבאה מאלי', ומה דקתני המע"ה דמזה מוכח דמהני תקיפה, הוא לפי האמת שחלה הקדושה ואיתרע חזקת הבעלים, ור"ח מסייע לרבה דהיכא דלא איתרע חזקת הבעלים לא מהני תקיפה, דאי לא"ה לא הי' מתעשר כלל, דבעינן עשירי ודאי, ודברי הרמב"ם ז"ל מיושבים היטב עפ"י סגנון הש"ס בלי שום גמגום.

וכן פסק בשו"ע יו"ד, בספק בכור בהמה טהורה דמהני תפיסה, ובספק פ"ח פסק שפודה והרי הוא שלו יעו"ש: פרק ז אמנם ראוי לבאר לפי"ז דין ספק פדיון חמור, דבהא דתנן במשנה פ"ק דבכורות ד' ט' חמורה שלא בכרה וילדה זכר ונקיבה מפריש טלה אחד לעצמו, אמרינן שם בגמ' וכיון דלעצמו הוא למה לי לאפרושי לאפקועי לאיסורי' מיני', אלמא כל כמה דלא מפקע אסור בהנאה מתני' מני' ר' יהודה היא, דתניא פטר חמור אסור בהנאה דברי ר' יהודה ור' שמעון מתיר.

עכ"ל הש"ס. ובתוס' שם כתבו וז"ל לאפקועי לאיסורי' מיני' אבל לפוטרו ממצות עריפה לא הי' צריך להפריש מספק, כמו שאינו נותנו לכהן מספק, כ"כ אינו עורפו מספק עכ"ל ודבריהם צריך ביאור מה דמיון הוא כמו שאינו נותן מספק כ"כ אינו עורפו מספק דמה שאינו נותן מספק הוא מדין ספק ממון לקולא לנתבע מדין המע"ה, כמבואר בהרבה מקומות בש"ס דספק מתנות כהונה הוא ככל ספק ככל ממון, אף דספק מצות עשה של תורה הוא לחומרא, כמו ספק איסור של תורה, והי' ראוי לומר שיתחייב מספק לקים מצות נתינה, כשאר ספק חיוב מצות עשה, אבל ביאור הענין הוא, דכל חיובי ממון שאמרה תורה, הכונה בזה דרחמנא יהבה זכות למי שאמרה תורה ליתן, וכמו בשאר חיובי ממון שאמרה תורה מיטב שדהו ישלם ושאר חיובי ממון, אף דאפשר לפרש הלשון שהכונה בזה הוא רק מצות עשה כסוכה ולולב, אבל האמת הוא שהזכות קדים להמצוה, והמצוה הוא שיקים את החיוב המוטל עליו להשיב החוב למי שחיבה תורה, כמו שנתבאר ענין זה לעיל בדברינו בפרקים הקודמים, כ"כ בחיוב מתנות כהונה, מה שאמרה תורה וצותה במ"ע ליתן לכהן, הכונה בזה שזכתה תורה את הבכור שיהי' ממון הכהנים, וכן בשאר מתנות כהונה, וע"ז אמרה תורה להזהירין במ"ע שישלב להם מה שהוא שלהם, ובדבר שאינו בעין כמו בה' סלעים של פדה"ב המצוה שישלם החוב ולפי"ז כמו שבכל דין ממון פטור מספק, וליכא בזה שום גרר ספק איסור גזל, כיון דעפ"י תורת המשפטים של דיני ממונות הממון שלו לכל תשמישיו הרי זכתה לו תורה בחפץ זה עפ"י דין תורה של תורת המשפטים, והרי זה כשלו ממש, כ"כ בספק מתנות כהונה שהוא ג"כ ספק דיני ממונות זוכים בהם הבעלים זכי' גמורה, וליכא כאן שום מצוה של נתינה, דהמצוה היא ליתן לכהן מה שהוא של הכהן, כאשר חיובי ממון, אבל אם אין לכהן זכי' עפ"י משפט דיני ממונות ליכא שום מצות נתינה, וכן נראה דגם היכא דמהני תפיסת הכהן, דלא נפקע זכות ממון של הכהנים, מ"מ ליכא מצות נתינה, כמו



בשאר ספק ממון שהדין דמהני תפיסה אינו מחויב להשיב, דלפי ערך דין המשפטים, כן הוא הדין של מצות השבה ואיסור גזל כ"כ הוא במצות מתנות כהונה שאף שיכול הכהן לתפוס ליכא על הבעלים מצות נתינה: ובזה יש לתרץ מה שהקשו בתוס' פ"ק דב"מ בסוגיא דתקפו כהן וז"ל, וא"ת אמאי אין מוציאים והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר, וי"ל במכירי כהונה א"ל אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו בו למ"ד ט"ה ממון, ומפרק הזרוע, ד' קל"ג דאמר בין לוי דחטף מתנתא פריצותא הוא משמע דאינו חייב לשלם, אין ראי' דשמא מיירי כשאכלו, כדאמרינן התם מזיק מתנות כהונה או אכלן פטור עכ"ל ודבריהם צריכים ביאור דהנה מה שתרצו במכירי כהונה אין מובן כ"כ, דלפימש"כ בב"ב ד' קכ"ג דטעם של מכירי כהונה דהוא כמתנה מועטת דאסור לחזור, יעו"ש, כ"ז שייך בדבר שמחויב ליתן לכהנים, אבל בדבר שאי"צ ליתן מה שייך הבטחהע"ז, ואם רוצה ליתן מתנת חנם ע"ז לא שייך מכירי כהונה, וגם מה שתרצו דאינו יכול לתבוע רק ט"ה אינו מובן, דממ"נ דאם נאמר דכהן שתופס בע"כ של הבעלים הוא זוכה בגוף המתנות, א"כ למה ישלם כפי טובת הנאה דהרי זה כמו שאכלן, דכבר זכות זה של ט"ה אבד מן העולם דכבר נעשו נכסי כהן זה, ואם נאמר דאינו יכול לקנות בלי דעת הבעלים הרי עליו להחזיר גוף הבכור, ואולי כונתם דכל שלא אכלן חשוב כמשתרשי לוי, ובאכלן יכול לומר הייתי מתענה, כמש"כ תוס' בחולין ד' קל"א ע"א, ולפימש"כ נלענ"ד דיש לתרץ בפשטות, דכמו דאמרינן בנדרים ד' פ"ה דבאוסר הנאתו על הכהנים יטלו בע"כ של הבעלים, ואמרינן שם דאף אם טובת הנאה ממון, אבל כיון דאסרינהו שוית' כעפרא בעלמא, יעו"ש בפ"ה הרא"ש דמוכח מזה דכל שאבדו הבעלים כח הנתינה יטלו הכהנים בע"כ והנה בספק מתנות כהונה שבארנו דבטלה המצוה של נתינה לגמרי, דאל"ה הי' ראוי להתחייב מספק ככל ספק מצוה, ואם יתן לכהן יהי' מתנות חנם ולא מתנות כהונה, ולפי"ז אין כאן זכות טובת הנאה, דרק זכות תפיסה נשאר לשבט הכהנים ועל ענין תפיסה בע"כ של הבעלים לא שייך טובת הנאה ומשו"ה יכולים לתפוס בע"כ דנפקע מכאן ענין זכות טובת הנאה.

כנלענ"ד: ולפי"ז בספק פפ"ח ליכא כלל מצות פדי', דעיקר מצות פדי' היא משום מתנות כהונה, וכיון דליכא מצות נתינה ליכא מצות פדי' וכמש"כ רש"י במס' גיטין ד' מ"ז ע"ב דאין חיוב בהפרשת תרומה אלא רק משום מתנות כהונה, והיכא דליכא מתנות כהונה ליכא מצוה בהפרשה, ודלא כמש"כ הט"ז ביו"ד סי' א', ומשו"ה בספ"ח דליכא מצות נתינה ליכא מצות פדי', וכיון דפטור ממצות פדי' כ"כ פטור ממצות עריפה, דהרי כתיב בתורה ואם לא תפדה וערפתו, וכל היכא דליכא מצות פדי' ליכא מצות עריפה, וכמו דדרשינן לענין יבום וחליצה דהיכא דליכא מצות יבום ליכא מצות חליצה, ואף דהתם קיי"ל בספיקות דחולצת ולא מתיבמת, ולא אמרינן בכה"ג כל שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, משום דאם יבוא אלי' ויאמר דבת יבום היא, כמו דאמרינן במס' יבמות ד' מ"א ע"ב, שאני התם דמצות יבום היא המצוה, וכיון דקמי שמיא גליא דבת יבום היא, עולה ליבום קרינן בה, אף דלפי הידיעה שלנו אינה ראוי' ליבום מחמת ספק אחות אשה וכדומה אבל הכא מצות פדי' אינה מצוה מצד עצמה רק היכא דאיכא מצות נתינה לכהנים, וכל היכא דליכא נתינה ליכא מצות פדי', וזה תלוי בענין הנתינה, בפועל, וכיון דבפועל ליכא חיוב נתינה פטור מפדי' לגמרי, ולא מהני בזה מה דקמי שמיא גליא,

ומשו"ה אמרינן בגמ' שם דבספק פ"ח פודה רק להפקיע איסורו, אבל לר"ש דפ"ח מותר בהנאה מחיים, אינו צריך פדי' כלל, לא משום מצות פדי' ולא משום עריפה, דכיון דליכא פדי' ליכא עריפה.

ובס' רי"ט אלגזי בפ"ק דבכורות אות ד כתב להיפוך דעריפה פטור מספק דכל הספד ממון הוי כספק ממון, ודחק למצוא טעם על מצות פדי', יעו"ש, ואין דברי' מובנים לי כלל, דמה ענין הפסד ממון לדין המע"ה שהוא תורת המשפטים ודין עריפה הוא דין שמים. וכמש"כ הדברים נכונים ומסתברים: אמנם שיטת הרמב"ם בזה צריך ביאור, דבפ"ב מה' בכורים ה' ט"ז כתב וז"ל גר שנתגיר ואין ידוע אם עד שלא נתגיר ילדה חמורו או אחר שנתגיר הרי זה חייב לערוף או לפדות, ואם פדה בשה השה של גר שהמוציא מחבירו ע"ה, עכ"ל, ובה' י"ט שם בדין חמורה שלא בכרה וילדה זכר ונקבה כתב דמפריש טלה כדי להפקיע קדושה ממנו שיהא מותר בהני'.  
יעו"ש.

ולא כתב שחייב לערוף או לפדות, וכבר העיר בזה בס' רי"ט אלגזי שם. יעו"ש דמחלק בין ספק שקול כמו בגר לספק חמורה שלא בכרה, ולענ"ד נראה דהנה מלשון הרמב"ם שכתב שחייב לערוף או לפדות, דלכאורה אינו מובן למה שנה מכלל המצוה, שמצות פדי' קודמת לעריפה וכמו שפסק בה"א שם, אלא נראה דסובר דגם בספק שקול כמו בגר פטור ממצות פדי', כיון דליכא מצות נתינה ליכא מצות פדי' וכמש"כ, אבל לענין עריפה נראה דסובר דבכה"ג חייב לערוף דלא כשיטת התוס' דסברי כיון דפטור מפדי' מחמת ספק כ"כ פטור ממצות עריפה, והרמב"ם סובר דגם בספק קרינן בי' ואם לא תפדה וערפתו, כיון דאם פודהו חל הפדיון על הספק, ומה דאמרינן בגמ' דלא שייך פדי' בספק פ"ח רק לר' יהודא דסובר דפ"ח אסור בהנאה מחיים, וביותר מפורש בגמ' שם בד' י"ב ע"ב בהא דמיבעיא לי' מהו לפדות בבהמת שביעית ספק פ"ח, ואלבא דר"ש לא תיבעיא לך דלית לי' ספק, יעו"ש, הרי דפשוט להש"ס דלר"ש לא משכחת פדיון בספק כלל אף בספק שקול, דלכאורה זה נגד שיטת הרמב"ם, י"ל דזה ג"כ תלוי בפלוגתא דר"ש ור"י, דהרי כתוב ואם לא תפדה וערפתו, ומשו"ה אם איכא כאן פדי' חוץ מדין עריפה אז אם לא פדה חייבה תורה בעריפה, אבל אם ליכא ענין פדי' שלא מחמת עריפה אז פטור גם מדין עריפה, ומשו"ה לר' יהודא דאסור בהנאה מחיים מחמת קדושת בכור, שסבתו הוא מחמת זכות הכהנים, וכמו שהוכחנו מסוגית הש"ס דב"מ, דמה שאסור בגיזה ועבודה הוא מחמת זכות הכהנים, וגם בספק הוא אסור מספק, וכשפודה הוא מפקיע זכות הכהנים מן הבכור שפיר קרינן בי' גם בספק ואם לא תפדה וערפתו, אבל לר"ש דס"ל דמותר בהנאה מחיים, ובודאי בכור הוא ענין הפדי' מדין מתנות כהונה דהפטר חמור עצמו שייך לכהנים, דהרי אם רוצה נותן הפ"ח עצמו לכהן, וכמבואר ברמב"ם שם ה"ד, אבל בספק דא"צ ליתנו ליכא ענין פדי' מחמת זכות הכהנים, ומשו"ה ליכא גם דין עריפה, כלל דמילתא כל היכא דאיכא פדי' שלא מחמת דין עריפה אז איכא דין עריפה, אבל היכא דליכא פדי' שלא מחמת דין עריפה אז ליכא דין עריפה, ועפי"ז י"ל דגם שיטת התוס' אינה נגד דעת הרמב"ם, דמש"כ התוס' דפטור בעריפה בספק פ"ח, י"ל דכ"ז הוא רק אם לא הי' ענין פדי' לאפקועי מאיסורי', אבל לפי האמת

אליבא דר"י דאיכא פדי' בספק מחמת איסור הנאה, אז איכא גם דין עריפה בספק כשיטת הרמב"ם, ולפי"ז מדויקים דברי הרמב"ם דבספק איכא חיוב עריפה ולא חיוב פדי', ומשו"ה כתב חייב לערוף או לפדות, הכונה בזה דליכא חיוב לפדות רק לערוף, והפדי' היא רק תחבולה להפטר מעריפה, ובס' רי"ט אגלזי מפרש שכונת הרמב"ם שמחויב בפדי' כמו בעריפה, ולענ"ד אינו כן, דאם הי' הכונה כדברי' הי' ראוי להקדים מצות פדי' לעריפה, ולומר דמחלק בין פדי' בודאי שניתן לכהן אז מצות פדי' קודמת ובספק שהוא לעצמו אינה קודמת, זה נראה דוחק, דמנא לי' להרמב"ם לחלק כן, אלא נראה כמש"כ דמצות פדי' לכו"ע ליכא הכא דליכא מצות נתינה וכו"ל, ומש"כ הרמב"ם ענין זה של חיוב עריפה רק בגר ולא כתב כן בשאר ספיקות, י"ל עפ"י דרך הרמב"ם ז"ל בכ"מ להעתיק לשון הש"ס כצורתו בכל מקום שאפשר וכ"כ הכא לשון חיוב קתני בש"ס רק בגר, והוא בחולין ד' קלד ע"א ח' ספיקות נאמרו בגר, ד' לחיוב וא' מהם בכור בהמה טמאה, יעו"ש, ובשאר ספיקות העתיק ג"כ כלשון הש"ס פודהו כדי לאפקועי מאיסורי' וזה פשוט: עוד י"ל עפ"י מה דאמרינן במס' בכורות ד' י' ע"ב בהא דאמר רב נחמן מודה ר"ש לאחר עריפה שהוא אסור, אמר רב נחמן מנא אמינא לה מדתני לוי הוא הפסיד ממונו של כהן לפיכך יופסד ממונו, מני אילימא ר"י הא מיפסד וקאי אלא לאו ר"ש היא, עכ"ל הש"ס ולפי"ז אם נדרוש טעמא דקרא יהי' הדין בספק פ"ח דאם פודהו הוא לעצמו דליכא הפסד כהן ליכא דין עריפה, וכן בבכור הניתן לכהן ליכא דין עריפה, אבל להלכה לא קיי"ל כר"ש דדריש טעמא דקרא, ומשו"ה פסק הרמב"ם בה"ד שם כסתם משנה דאם נתן הפ"ח לכהן ג"כ חייב בעריפה אם לא פדה אותו, ולפי"ז ניחא דמה דפשיט להש"ס דלר"ש ליכא פדיון בספק, דר"ש דריש טעמא דקרא, דלדידי' ליכא דין עריפה בספק דלא הפסיד ממון כהן, אבל להלכה קיי"ל דלא דרשינן טעמא דקרא, דגם היכא דלא הפסיד ממון כהן במניעת הפדי' ג"כ חייב בעריפה, משו"ה פסק בספק דחייב בעריפה דאף אם יהי' טעם הכתוב כמו דתני לוי, אין הדין משתנה היכא דלא שייך טעם זה, ומצאתי ברש"ש על דברי תוס' ד' ט' ע"ב שהבאנו לעיל, שמפרש בכונת התוס' שכתבו דכמו שאינו נותן לכהן מספק כ"כ אינו עורפו מספק עפ"י הגמ' דבי לוי הנ"ל והדברים רחוקים בעיני דהלא קיי"ל דלא דרשינן טעמא דקרא, ועוד דמלשונם לא משמע כן דהו"ל כיון שאינו נותנו מספק פטור מלערוף, ומלשונם מוכח דשוה עריפה לנתינה, כמו שאינו נותנו מספק כ"כ אינו עורפו מספק אמנם מסוגית הש"ע שם בד' י"ב עב דמוכיח הש"ס מהא דתניא מודה ר"א דבספק פ"ח פודהו והוא דעצמו דסובר דפ"ח אסור מחיים מוכח דלכו"ע ליכא פדי' בספק אי לאו לאפקועי איסורי', יעו"ש, דאל"כ מנא לי' להש"ס דר"א דריש טעמא דקרא אח"ז מצאתי כדברינו בס' מנחת החינוך מצוה כ"ב ולא העיר מסוגית הש"ס שמוכיח מר"א יעו"ש: אמנם ראוי לבאר ענין פדיון זה של ספק פ"ח, דכיון דעל השה אינו נתפס שום קדושה, אלא שנעשה ממון כהן ובזה שנקנה לכהן נפדה החמור מקדושתו ובספק שהשה נשאר של הבעלים כמו שהיה בלי שום התחדשות והשתנות, איזה פדיון הוא, אבל בירור ענין זה הוא, דבאמת אם החמור הוא בכור נתחדש בהשה ענין זה שנעשה ממון של הכהנים, ואם יבוא אליהו ויאמר דהחמור הי' קדוש אז תוחזר השה לכהנים, ורק כ"ז שלא נתברר נשאר השה אצל הבעלים כשאר ספק ממון, אבל במציאות לא נשתנה הזכות והקנין האמתי של הכהנים,

ורק ההשתמשות בפועל נשאר לבעלים מדין המשפטי, ומשו"ה חל הפדיון על השה מה שנעשה ממון כהנים במציאות האמתית, ובוזה נלענ"ד לבאר שיטת רש"י ז"ל דמפרש הא דתנן במשנה ד' ט' ע"א ופודה בו פעמים הרבה, שהוא דוקא שאם חזר כהן ונתנו לישראל, ובתוס' שם ד' ד' ע"ב כתבו בשם ר"ת דאספק פ"ח קאי דמפרש והוא לעצמו שלא יצא מידו הוצרך למיתני שחוזר ופודה בו ספק אחר פעמים הרבה יעו"ש.

ורש"י לא ניחא לי' לפרש כן, משום דכיון דבספק ענין הפדיון הוא מה שנעשה מתנות כהונה לפי מציאות האמתית, אף דבפועל אינו נותנו לכהן, אבל קמי שמיא גליא שהיא ממון כהן, א"כ איזה התחדשות יחודש על השה אם יפדה בו ספק פ"ח שנית, דאי אפשר שיעשה שנית מתנות כהונה אם הוא כבר מתנות כהונה מחמת פדיון הראשון, ורק אם יפדה בפעם שנית ודאי פ"ח, י"ל שמתחדש בו דין מתנות כהונה לענין נתינה בפועל, וכמו שיכולים להקדישו ולהכניסו לדיר להתעשר לפטור המחויבים מחמת דין השתמשות בפועל שיש לבעלים מדין ספק ממון, כ"כ אפשר לפדות בו לעשותו מתנות כהונה פעם שנית אף שכבר הוא מתנות כהונה ע"י פדיון קמא, אבל עכשיו מתחדש בשה ענין זה שנעשה ממון כהנים גמור להנתן בפועל לכהנים, אבל לפדות בו פעם שנית ספק פ"ח שלא יתחדש בפד' זו שום זכות לשבט הכהנים, דלענין נתינה בפועל גם עכשיו לא יזכו בו, ולענין קנין האמתי כבר זכו בפדיון קמא, משו"ה אינו פודה וחוזר ופודה, ושיטת ר"ת דסובר דיכול לפדות הרבה ספיקות בשה אחד, נפלאה בעיני עד מאוד, אבל כד נעין שפיר, כמו שקשה לנו עד שיטת ר"ת, כ"כ קצרה דעתנו להבין עיקר הכתוב בפ' במדבר שבהמת הלויים יהי' תחת בהמת ישראל, וכפי פשטות המקרא נראה שלא נתחדש שום דין על בהמת הלויים ויהיו חולין כדמעיקרא, ויהי' להם כאשר הי' ולא נעשה מזה שום זכות לכהנים, ובמס' בכורות ד' ד' ע"ב אמרו בהא דאמר רבי חנינא דשה אחד של בן לוי פטר כמה פטרי חמורים מישראל דהוא טעמא דמתני' מפרש דמאי טעמא פודה פעמים הרבה משום דשה אחד של בן לוי פוטר כמה פ"ח של ישראל, הרי מפורש בגמ' דדין פד' שלדורות, הוא כעין הפד' במדבר, ומוכח דשייך ענין פד' אף כשלא נעשה שום התחדשות בדבר הפודה, ולא מצאתי כעת במפרשי התורה מי שהעיר מזה: והנה עפ"י מש"כ בסברת רש"י ז"ל דסובר דבספק פ"ח אינו חוזר ופודה דיש לומר דאם פדה ספק פ"ח יכול לפדות אח"כ ודאי פ"ח משום דמתחדש בפד' השני' ממון כהן ודאי, וכמו שנכנס לדיר להתעשר וקרב ע"ג המזבח וכ"כ יכול להשתמש בו לכל חפצי, כ"כ יכול לפדות בו פ"ח וליתנו לכהן, ולפי"ז מש"כ הש"ך ביו"ד סי' שכ"א סק"ג דין זה שיוכל לפדות אח"כ ודאי פ"ח הוא לדברינו דין מוסכם גם לשיטת רש"י, אבל מצאתי בס' מנחת החנוך מצוה כ"ב שהעיר בזה לדון דאם יתן אח"כ השה יכול הכהן לומר שתופסו בעד פדיון הא' שהי' ספק, דאף אם נימא תקפו כהן מוציאים מידו, אבל בכה"ג הוי כתופס ברשות, ולפי"ז לא חל הפדיון השני, יעו"ש שנשאר בצ"ע, ולדעתי לק"מ כיון דקיי"ל כרבנן דלאחר שפדה בשה אין אחריות על הבעלים, והפ"ח נפקע מקדושתו משעת הפד', אף אם אח"כ מת השה ביד ישראל קודם שנתנו לכהן, א"כ מה איכפת לן אם יאמר הכהן שתפסו בעד הפדיון הא', כיון שכבר חל הפדיון לא יופקע למפרע ע"י תפיסה זו, וגם מש"כ בס' הנ"ל בפשיטות דעיקר דינו של ר"ת דפודה בשה אחד כמה ספיקות בזאח"ז או פ"ח ודאי אחר פדית הספק, תלוי בסוגית הש"ס דתקפו כהן אם

מוציאים מידו או לא, אינו פשוט כ"כ, דלענ"ד נראה דאף אם נימא אין מוציאים מידו יכול ג"כ לפדות בו פעם שני ספק או גם ודאי, דהנה בב"י כתב לפרש בסי' שט"ו שיטת הרמב"ם דפסק בתקפו כהן דאין מוציאים מידו ולא חש לסייעתא דר"ח מהא דנכנסים לדיר להתעשר דסובר דאף אם אין מוציאים מידו, מ"מ כיון דברשות ישראל הוא ולא תקפו הכהן, חשיב ממונו של ישראל שפיר יכול לפטור עצמו בו יעו"ש.

וכל הפוסקים לא סברי כן, וגם בשיטת הרמב"ם נאמרו דרכים אחרים, כ"ז הוא רק לענין מעשר בהמה, דכיון דשותפות פוטר ממעשר כמו דאיתא בבכורות ד' נ"ו ע"ב דילפינן מקרא יהי' לך ולא של שותפות, ופירש"י דמיהי' לך דרשינן המיוחד לך דוקא, לפי"ז בספיקות שמהני תפיסה זה מזה לעולם, אם נבוא לדון על הכח והזכות הניתן להם עפ"י משפט דיני ממונות לענין הלכה למעשה.

הרי יש לשניהם זכות וכח להשתמש בזה כ"א כשיתפסנו, יש למעט זה מקרא דיהי' לך דאינו מיוחד להישראל לגמרי, כיון שהכהן יש לו זכות תפיסה, ורק אם תקפו כהן מוציאים מידו חשוב כמיוחד לך לגמרי, אף דקמי שמיא גליא שהוא של הכהן, אבל לענין השתמשות בפועל חשיב הישראל כבעלים גמורים, ומציאות האמתית אינו יגרע כלום לענין דין הבא מכח הבעלים, ואם נימא שעשירי מאליו קדוש ויהי' נחשב כקדושה הבאה מאליה כקדושת בכור שתלוי במציאות האמתית, יהי' ספק עשירי דפטור ג"כ ממעשר, ומטעם שני כללים אלו שדין מעשר חלוק משאר הקדשות והקנאות הוכיח ר"ח מהא דנכנסים לדיר להתעשר, דתקפו כהן בספק פ"ח מוציאים מידו, אבל לענין פדיון פ"ח בשה, שנפדה ספק פ"ח י"ל דאף אם יש כח ביד הכהן לתפוס השה מחמת פדיון הראשון, מ"מ כ"ז שלא תפסו שיכול הישראל לעשות עם השה שתחת ידו, כאדם העושה בתוך שלו, כ"כ יכול לפדות בו פ"ח ודאי או ספק, דאף שאם הי' משותף שותפות ממש עם כהן לא הי' יכול לפדות בשה, זה רק מדין שוי' ולא מדין שה, דהרי אין לו רק חצי שה, אבל בכה"ג שיכול להשתמש ולכלות ולאכול את כל השה דאי דחשוב שה שלם ולא חצי שה כנלענ"ד בזה: והנה מצאנו להתוס' במס' ב"ב שחדשו דבר נפלא בספק מתנות כהונה, דשם בפ' המוכר את הספינה ד' פ"א ע"ב בקונה אילן אחד דמביא ואינו קורא משום דהוי ספק אי קנה קרקע או לא, שקיל וטרי בש"ס ודילמא לאו בכורים נינהו וקא מפקע להו מתרומה ומעשר, ומשני דמפריש להו, ופריך הש"ס בשלימא תרומה גדולה יהיב לה לכהן אלא מעשר ראשון דלוי הוא, וכתבו בתוס' שם וז"ל ואע"ג דדמאי אינו חייב ליתנו מספק, משום דמצי אמר אייתי ראי' דלאו מתוקן הוא ושקול, אומר רשב"א דל"ד דהכא אין הכהן מוחזק יותר מן הלוי, ושל ישראל ממ"נ אינם דאם בכורים הם דכהן ואי לאו הם דלוי, ועוד דמאי דלא הוי אלא ספיקא דרבנן אין צריך לקים מצות נתינה יעו"ש.

ודבריהם מרפסין איגרי, הלא כללא הוא דספק מתנות כהונה הוא ככל ספק ממון דהמע"ה, וכבר הקשה על דבריהם בס' שער המלך בפ"ט מה' מעשר ובהגהת הרש"ש במס' ב"ב שם יעו"ש. ונלענ"ד דיש מקום לומר דסברי דשאני ספק תרומות ומעשרות משאר מתנות כהונה, דבכל מתנות כהונה מצות נתינה שאמרה תורה הוא כמצוה האמורה בשאר חיובי ממון שאמרה תורה לשלם, כמו כסף יתן לבעליו או שלם ישלם,

שקיבלו חז"ל דכונת התורה בזה להזהיר לקים תורת המשפטי שבזה כמו מצות והשיב את הגזילה היכא שלא נשבע עליו, וכפי תורת המשפטי שבהם, כן הוא קיום מצוה זו, ובספק שמדין המשפטי זוכה לעכב הממון ת"י או עד שיתפוס או לעכבו עד שיבורר האמת, כן הוא ערך המצוה שבזה ולא יותר, כ"כ קבלו חז"ל בכל ספק מתנות כהונה שמצות נתינה הוא רק השבת ממון לבעליהם, ובספק ליכא מצוה זו כיון שמדין משפט הממון, השה או הבכור שלו עד שיבורר אין כאן מצות נתינה, אבל במתנות כהונה הבאים מחמת גדולי קרקע, י"ל דמצות נתינה שבהם היא מצוה בפ"ע שלא מחמת השבת ממון לבעליהם, והוא מפני שאמרה תורה בהם מצות ביעור, והוא לכלות ולבער שלא יהי' בעולם מן הקודש, כמו מע"ש שנותן לו לאכילה, ודברים הניתנים לכהן שיתנם או שיקנה להם, שבזה שמקנה להם כלים המתנות שהם נעשים נכסים שלהכהן והלוי כשאר נכסיהם ואינם עוד סוג מתנות כהונה, דרק כ"ז שהם של השבט הם סוג כהונה, אבל כשנותנם לכהן וללוי פרטי אז בטל מהם סוג זה, וענין מצוה זו הוא שבזמן ההוא יכלה כל גמר מצות נתינה של הצמחים, ומצוה זו ודאי שהיא מצוה בפ"ע שלא מחמת דין ממון, כ"כ מוכח מזה שגם עיקר מצות נתינה תו"מ וחלה ובכורים, יש בזה מצוה בפ"ע מלבד מצות השבת ממון לבעליהם, וקצת ראי' לזה נלענ"ד מהא דאמרינן במס' ב' ד' י"א ע"ב במעשה דר"ג וזקנים דמשו"ה לא הקנה בקנין חליפין משום דמתנות כהונה נתינה כתיב בהו, חליפין דרך מקח וממכר הוא, דבפשטות אינו מובן כיון דעיקר מצות נתינה במתנות כהונה הוא מדין השבת ממון כמו בשאר השבת ממון, מאי נפ"מ באיזה דרך הוא משיב ממון לבעליו, עכ"פ השיב הממון ויצא מרשותו, ונכנס לרשות הכהן והלוי, וע"כ נראה דבתו"מ איכא מצות נתינה מצוה לשמים גם מלבד משפט הממון, ולפי"ז אפשר לומר דבשאר מתנות כהונה כמו פדה"ב וזרוע ולחיים וראשית הגז ופדיון פ"ח וכה"ג דיכול להקנות לכהן גם ע"י קנין חליפין.

וצ"ע בזה כי הוא דין מחודש: ולפי"ז מצאנו מקום לישב דברי התוס' דב"ב הנ"ל דסברי דבספק תו"מ וכיוצא בזה מתנות כהונה שבאים מחמת גידולי קרקע חייב מספק לקים מצות נתינה ורק דמאי שהוא דרבנן לא תקנו בזה חיוב מצות נתינה, ויש להוסיף דבדמאי פטור גם ממצות ביעור, כדתנן בפ"א דמאי משנה ב', ומה שהקשה בס' שער המלך בפ"ט מה' מעשר על דברי תוס' הנ"ל, מהא דאמרינן בירושלמי פ"ג דחלה בהא דתנן במשנה בגר שנתגיר דאם ספק אם נעשה העיסה קודם שנתגיר, דחייב בחלה מספק, דמקשה שם ממשנה דחולין דבספק כה"ג לענין פרה שנשחטה אם קודם שנתגיר דפטור, ומשני שנוטל דמים מן השבט, לפימש"כ י"ל דגם אם נוטל דמים מן השבט מקים בזה מצות נתינה, ורק היכא שהוא חייב ליתן גם מחמת דין משפט הממון מחויב ליתן בחנם, אבל בכה"ג דליכא דין משפט ממון דהמע"ה ורק מצות נתינה מתקימת המצוה גם אם נוטל דמים בעד החלה, וכמו דמצינו לענין גט דכתיב בתורה ונותן בידה, ואמרינן במס' גיטין ד' כ' ע"ב, בכתב לה גט על טס של זהב ואמר לה התקבלי גיטך והתקבלי כתובתך דנתקבלה גיטה ונתקבלה כתובתה, והנה בחי' הרשב"א מפרש שם דמחלה חוב כתובתה, הובא בב"ש סי' קכ"ד סק"כ, אבל התוס' מפרשים שם כפשוטו שנותן לה בפרעון כתובתה ומ"מ חשיב נתינה, ונזכרתי אשר בימי חרפי שמעתי מדו"ז הגאון ר' אליעזר גורדון זצ"ל שעמד על שיטת התוס' מהא דאמרינן במס' ב"מ דלא מהני חליפין במתנות

כהונה דהוי דרך מו"מ, והשבתי לו שלדעתי מה שאמרו בגמ' דרך מו"מ הוא רק על דרך הקנין שיהי' דרך נתינה, אבל מה שמחשב דמי הגט בפרעון כתובה אינו חסרון בעצמות הנתינה, ולפי"ז לשיטת תוס' בזה י"ל דגם מה שנוטל דמים מן השבט אינו חסרון בעצם הנתינה: וכן נראה לי דגם בהא דתנן במשנה ביבמות ד' צ"ט בכהנית שנתערב ולדה בולד שפחתה דמוכרים התרומה והדמים שלהם, שהקשה מזה בס' שער המלך על דברי תוס' דב"ב הנ"ל, די"ל דהא דקתני ומוכרים הכונה כמו שאמרנו בביאור הירושלמי שנוטל דמים מן הכהן, אבל אופן ההקנאה יהי' ע"י משיכה והגבהה כמו דרך הקנינים במתנות מטלטלים באופן שלא יהי' חסרון בשם הנתינה עוד מצאתי בחי' הריטב"א שם למס' יבמות שכתב דאיכא גירסאות במשנה זו, וז"ל פרש"י ז"ל במשנתנו ומוכרים התרומה והדמים שלהם ויש מקשים כיון דספיקא דאורייתא הוא היכי שרינן לעשות כן ולגזול את השבט ולבטל מצות נתינה, ומתרצים שלא חייב הכתוב מצות נתינה לישראל אלא בודאי, ואין כאן משום גזל עד שידוע בודאי שהוא חייב בנתינת תרומה, ויש גורסים אין מוכרים את התרומה ואם מכרו הדמים שלהם, ובנוסחאות ישנות גרסינן כדגרש"י ז"ל.

עכ"ל ולפי"ז י"ל דהתוס' בב"ב הנ"ל קבלו הגירסא דאין מוכרים, אבל קשה טובא מאי נפ"מ בין לכתחילה לבין דיעבד, דאם מחויבים לכתחילה גם אם מכרו ליחייבו דמה לי הן מה לי דמיהן הלא קמישתרשי להו, שהוא נחשב כאילו המתנות בעין כמש"כ הקצוה"ח סי' רמ"ד, וכמו שנתבאר ענין זה בדברינו שע"ג פכ"ה, והנה כמו שקשה על דברי תוס' דב"ב הנ"ל כ"כ יש לתמוה על דברי הריטב"א מה דשקיל וטרי בקושית היש מקשים וכן מה שהביא דיש גורסים אין מוכרים את התרומה הלא משנה מפורשת היא בספק בכור אחד בכור אדם ואחד בכור בהמה בין טמאה ובין טהורה המע"ה וכן כמה סוגיות ומשניות מפורשות דספק מתנות כהונה פטור מנתינה, ולפימש"כ י"ל דאם נימא דבתרומות ומעשרות מצות הנתינה היא מלבד איסור גזל, יש מקום לומר דהכהן מיקרי מוחזק, כיון דהישראל מחויב ליתנו מחמת המצוה הרי ממילא גם קודם שנתנו הרי הוא בחזקת השבט ולא בחזקת ישראל, ומשו"ה משני טעמים דהוי ענין גזל וביטול מצות נתינה פריך הריטב"א בשם היש מקשים דליחייבו בספק, והמתרצים סוברים דמצות נתינה לא נאמרה בתו"מ ג"כ רק על הודאי, וכן י"ל בטעמא של הני דגרסי דאין מוכרים לכתחילה, דסברי דבתו"מ איכא מצות נתינה מלבד דין גזל והפסד ממון של השבט, וסברי דאם מוכר לכהן אינו מקים מצות נתינה כלום דנתינה הוי רק בנותן במתנה ולא ע"י מכירה, וכמו שהבאנו שיטת הרשב"א בגיטין דסובר בנותן גט ופורע בדמי הניר את חוב הכתובה דלא קרינן בזה ונתן אם לא שמחלה קודם נתינה את חוב כתובתה, ומשו"ה אינם רשאים לכתחילה למכור דמחויבים מספק לקים מצות נתינה בתו"מ, אבל אם עברו ומכרו הדמים שלהם דענין זה מה שאם עבר ומכר הישראל התו"מ שמחויב לשלם הוא מדין ממון של מתנות כהונה, ולא משום גוף התרומה, ולענין זה הוא שוה ככל מתנות כהונה, כבכור ופדה"ב ופ"ח דקיי"ל דפטור מספק, דמה שמחויב מדין משתרשי לי' אינה מצות נתינה של תו"מ, רק תולדת ממון של תו"מ, ומה שנוגע לדין ממון לחוד פטור מספק, כנלענ"ד בזה בעזה"י.

אמנם מה שהוכחנו מסוגית הש"ס דב"מ דבתו"מ איכא מצות נתינה מלבד הממון מהא דאמרינן שם דאינו יכול להקנות ע"י קנין סודר משום דנתינה כתיב בהו ראוי לבאר דאינה ראי' מוכרחת, די"ל דכל היכא שמחויב ליתן ולהשיב הממון של תו"מ אמרה תורה והזהירה שישביב בדרך מתנה ולא בדרך מו"מ, אבל בספק דליכא דין חזרת ממון ליכא גם מצוה של נתינה, רק מזה יש להוכיח דאיכא מצוה פרטית בזה מלבד השבת ממון, באופן דלפי"ז יש מקום לשיטת התוס' דגם בספק תו"מ אם הוא ספק של תורה שיתחייב ליתן מספק.

עוד י"ל דאין כונת הגמ' בב"מ לומר דע"י חליפין אינו מקים מצות נתינה, אלא דלא חל הקנין בכה"ג, כיון דט"ה אינו ממון והישראל אינו רק כגזבר אינו יכול להקנות ע"י חליפין, ליטול חפץ לעצמו ולהקנות בעד זה המתנות. ורק דרך מתנה יכול להקנות: פרק ח והנה עפ"י מה שנתבאר ביסוד האי כללא דספק ממון, דלכל ענין שבא מכח שליטת הבעלים אזלינן בתר הדין הנהוג בפועל, היינו שמי שזוכה עפ"י תורת המשפטים שישלוט בממון זה הוא נחשב לבעלים בתורת ודאי, והשני אינו נחשב לבעלים כלל ולענין הדינים המסתעפים מהממון שלא מכח ורצון ושליטת הבעלים, נשאר הדבר שקול כלומר שדינים אלה תלוי במציאות האמתית כפי שגלוי קמי שמיא למי קנוי החפץ, משום שקנין האמתי לא נפקע בלי יאוש והפקר, וזהו בכלל מה שאמרו בגמ' קדושה הבאה מאלי' שאני, ועפ"י יסוד זה נבוא לבאר בס"ד שתי הסוגיות שהקשינו בהן, והנה מה שהקשינו מהך משנה דכהניית שנתערב ולדה בולד שפחתה דאוכלים בתרומה מחמת ממ"נ, דמוכח מזה דלא אזלינן בתר הנהגת דין ממון בפועל, אלא בתר המציאות האמתית, מוכן היטב עפ"י דרכנו, דענין זה של אכילת תרומה שאמרה תורה קנין כספו יאכל בתרומה ודאי הוא ענין הבא ממילא מחמת קנין האמתי כפי שגלוי קמי שמיא, ומשו"ה אמרינן כיון דאם יבוא אליהו ויאמר דעבד הוא קנין כספו קרינן ב' דענין זה אינו תלוי בשליטת הבעלים בפועל אלא בקנין האמתי, ומשו"ה אף דכ"א אינו יכול לשלוט בחבירו בשום דבר ואבדו דין ממון זה מזה לא פקע קנין כספו של הבעלים האמתים, וכמו שכתבו בתוס' יבמות ריש פרק אלמנה בהא דתנן שם במשנה אלמנה לכהן גדול גרושה וחלוצה לכהן הדיוט עבדי מלוג לא יאכלו בתרומה, וז"ל אפי' למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי, לא חשיב בהכי קנין כספו כיון שאין הגוף שלו וכו' וקצת יש להביא ראי' דבתרומה אזלינן בתר לקנין הגוף, דבריש פ' בתרא דכריתות ד' כ"ד ע"ב אמר גבי המפקיר עבדו דמעוכב גט שחרור אוכל בתרומה אעפ"י שאין לרב פירות אלא הגוף, ואפי' למ"ד קנין פירות כקנין הגוף דמי אתיא עכ"ל.

היינו טעמא שלמ"ד זה דסובר קנין פירות כקה"ג הוא משום דסובר דעיקר בעלים הוא מי שמשתמש ושולט בהממון, ומ"מ לענין תרומה לא חשיב כקנין הגוף, והוכיחו ענין זה ממ"ד מפקיר עבדו שאוכל בתרומה אף שאין לו כלום השתמשות של ממון, וכ"כ י"ל דגם אם נימא מפקיר עבדו אינו אוכל בתרומה דאכילת תרומה שתלוי בקנין כספו תלוי בקנין הממון, מ"מ י"ל דקנין כספו לא הוי אם אין לו רק קנין פירות אף למ"ד כקה"ג דמי, וכעין זה נוכל לומר ודאי דדין השתמשות בפועל שנגרע מן האדון מחמת דין ספק ממון שמעמידים אותו בחזקת המוחזק, אינו מגרע דין אכילת תרומה, דהרי אינו דומה ענין זה למפקיר עבדו כמו דמחלק הש"ס בגיטין דהרי אם יבוא אליהו ויאמר



שהוא עבד קנין כספו קרינן בו: וכן מה דפסק הרמב"ם פ"ט מה' תרומות ה"ו בכותב נכסיו לאחר וזכה לו ע"י אחר והי' בהם עבדים ושחק ואח"כ צוח.

הרי זה ספק אם הוכיח סופו על תחילתו, שאין אוכלים בתרומה בין שהי' רבו ראשון כהן ורבו שני ישראל וכן להיפוך, היינו אף דיש לרבו ראשון חזקת מרא קמא והעבדים נשארים תחת רשות בעלים הראשונים, מ"מ לענין אכילת תרומה ה"ז דין ספק ואף שיש לדחות קצת ראי' זו דשיטת הרמב"ם בדין זה דהוי ספק לראשון וספק הפקר ואם קדם אחר וזכה לעצמו אין מוציאים מידו ואם חזרו הבעלים הראשונים ותפסו מיד הזוכה אין מוציאים מידם, כמו שפסק בפ"ד מה' זכ' ומתנה ה"ג יעו"ש, ולפי"ז כיון דהוי ספק הפקר, העבד לעולם מוחזק בעצמו, לפי"ז אין ראי' מזה להיכא שהדין להשאר אצל בעלים הראשונים בודאי, אבל לפי"ז דברי הרמב"ם בהלכה זו, אינם מובנים כ"כ, מש"כ אם הי' רבו שני כהן, הלא ממ"נ אינם של רבו שני, דאם הוכיח סופו על תחילתו הוא של בעלים הראשונים ואם לאו מה שצוח הוי כאילו הפקיר כמש"כ בה' זכ' ובכה"ג הרי זכה העבד בעצמו והוי מעוכב ג"ש שאינו אוכל בתרומה, וכן יש לדקדק דגם אם שניהם כהנים שלא יאכלו בתרומה כיון דהוי ספק הפקר, ואולי בכה"ג יאכלו בתרומה משום דהוי ספק ספיקא, דדין זה שפסק במעוכב ג"ש דאינו אוכל בתרומה הוא בעיא דלא איפשטא בפ' השולח, והרי בזה שני ספיקות שמא הוא של רבו ראשון, ואפילו אם זכה בו רבו שני שמא הדין במעוכב ג"ש אוכל בתרומה וצ"ע.

עכ"פ נתבאר לנו דל"ק מהך משנה דפ' נושאים על האנוסה מהך סוגיא דתקפו כהן, דאף אם לא מהני תפיסת השני לא חשוב כודאי שלו אצל המוחזק רק לענין השתמשות בפועל, אבל לכל ענין שחל הדין ממילא על החפץ מחמת דין ממון, הרי זה דין ספק מחמת קנין אמתי שמסופק לנו למי הוא קנוי, וגם לשמואל דס"ל המפקיר עבדו אי"צ ג"ש דעבד שאין לרבו רשות עליו אינו קרוי עבד, דלכאורה בתערובות שאין לכ"א שום כח שליטה הוי כמו שאין לרבו רשות עליו, נראה דבספק אינו חשוב כאין לרבו רשות עליו, דהרי אם נשבה או נגזל אם לא נפקע קנין הממון ע"י יאוש וכדומה, חשוב עדין שיש לרבו רשות עליו אף דבפועל אין לרבו רשות עליו, אבל כיון דמדינא יש לו רשות חשיב עבדו, כ"כ בספק כיון שקנין האמתי לא נפקע הוא עבדו: וכ"כ יתישב הקושיא הגדולה מסוגית הש"ס דב"ב בקונה אילן אחד לר"מ ושני אילנות לרבנן דלא קנה קרקע, משום דהמע"ה, דקרקע בחזקת בעלי' עומדות ומ"מ מביא מספק דלא איפשטא אי קנה קרקע ושמא קנה קרקע, ולא אמרינן דכיון דלא מהני תפיסת הלוקח הוי כודאי של בעלים הראשונים, משום דדין זה של בכורים הוא ג"כ דין הבא מאליו ע"י קנינו בקרקע, הרי זה דומה לענין שאמרו קדושה הבאה מאליה שאני, והנה אף שדין בכורים ל"ד לדין אכילת תרומה של עבדים כהנים, דשם בעבדי מלוג אינם אוכלים בתרומה היכא שהיא אינה אוכלת, אף למ"ד קנין פירות כקהג"ד, כמש"כ בתוס' יבמות שהבאנו למעלה, ולענין בכורים סובר ר"י במוכר שדהו לפירות דמביא וקורא משום דק"פ כקהג"ד, וכן לענין נכסי מלוג, דלכאורה לפי"ז שתלוי דין בכורים בבעלים שיש להם כוח ושליטה בפועל הי' ראוי לומר דהיכא שהקרקע נשארת ביד הבעלים הראשונים שיהי' הלוקח פטור מבכורים, ואף די"ל דזה גופא תלוי בפלוגתא דק"פ אי כקהג"ד או לא, ואנן קיי"ל דלאו כקהג"ד, אבל זה אינו דהרי ר"מ סובר ק"פ כקהג"ד, כמו שהובא במס' ב"ק ד' צ'

וב"ב ד' נ', ובסוגיא דב"ב ד' פ"א אמרינן דגם לר"מ בקונה אילן אחד מספקא לי' אי קנה קרקע או לא ובכ"ז מביא מספק, בכ"ז י"ל דגם קנין הגוף בלי השתמשות, כמו בנידון זה, מהני לענין בכורים, מהא דאיתא במס' גיטין ד' מ"ז דלמ"ד אין קנין לנכרי בא"י להפקיע מיד מעשר אף דיש קנין לנכרי לחפור בה בורות שיחין ומערות אם מכר ישאל שדהו לנכרי לוקח ומביא בכורים מדאורייתא.

יעו"ש בפירש"י דכתב דהוי לענין קדושה כאילו לא מכרה, דמזה מוכח דאף שאין למוכר שום זכות ממון בקרקע זו שמכרה לנכרי, עדיין היא שלו לענין קדושה, וקרינן בי' אדמתך, ואף דלפי"ז קשה להבין מה שהוכיחו בתוס' ריש פ' אלמנה מהא דמפקיר עבדו אוכל בתרומה אף שאין לו שום פירות, דעבדי מלוג אינם אוכלים אף למ"ד ק"פ כקהג"ד, דהרי לענין בכורים ג"כ אמרינן דמייתי בכורים אף שאין לו בקרקע שום השתמשות, ובכ"ז בקונה שדהו לפירות מביא וקורא למ"ד ק"פ כקהג"ד ואולי רק לסניף בעלמא כתבו כן דהרי כ' "וקצת" ראי', הרי כונו בזה שאפשר לומר דאף דסגי' לענין אכילת תרומה בקנין איסור לחוד, שהוא קנין הגוף האמתי, מ"מ י"ל דלמ"ד ק"פ כקהג"ד אוכלים העבדים בתרומה מחמת הבעל שיש לו קנין פירות בנכסי מלוג, דגם זה יגרום להחשיב קנין כספו.

ומה דבאמת חלוק דין תרומה מבכורים, י"ל דכמו בת כהן הנקנית לישראל פוסלה מתרומה, כ"כ אף למ"ד ק"פ כקהג"ד שראוי לאכול בתרומה מחמת קנין פירות של הבעל, אבל קנין הגוף של האשה פוסלתן מאכילת תרומה, ובבכורים לא שייך זה. ולדבר זה נתעוררתי ע"י אחד מתלמידי, אבל לישב בזה דברי התוס' הוא דחוק להעמיס בדבריהם כונה זו: והנה לפי"ז וי"ל דלענין בכורים אי למ"ד ק"פ כקהג"ד מביא וקורא הלוקח שדה לפירות, מ"מ סגי' לענין בכורים אם יש לו קנין הגוף בלי השתמשות של פירות, כגון למ"ד אין קנין לנכרי בא"י להפקיע מיד מעשר, ואם לקח הפירות מיד הנכרי חייב להביא בכורים ויכול לקרות מן האדמה אשר נתת לי, היינו דאחד משני אלה גורמים להחשיב קנין הגוף, ממילא מתישב הדין שאמרו בגמ' דבקנה אילן אחד לר"מ ושני אילנות לרבנן דהוי ספק אי קנה קרקע או לא דמביא מספק, היינו אף דבפועל אין לקונה שום השתמשות רק עד שימות האילן, אבל אם קמי שמיא גליא דקנה קרקע, קנין הגוף שלו לא פקע ומתחייב בהבאת בכורים מחמת ספק זה, ורק להיפוך יש לדון אם המוכר מביא וקורא לאחר זמן כשיגדלו הפירות מהאילנות שיטע לאחר מיתת האילן של הלוקח, או ג"כ יהי' דין ספק, והנה לפ"מ שנתבאר בזה יהי' חלוק דין בכורים מדין אכילת תרומה של עבדי כהנים, דלענין אכילת תרומה לעולם יהי' דין ספק, דלדין תרומה תלוי רק בקנין הגוף האמתי, ואינו תלוי בדין השתמשות בפועל, וכמו דמשמע מפשטות דברי הרמב"ם בפ"ט מה' תרומות שהבאנו, אבל בדין בכורים דמהני ק"פ למ"ד ק"פ כהג"ד, כ"כ י"ל דמהני מה שנשארה הקרקע ביד המוכר באופן שלא מהני שום תפיסה ע"י הלוקח, דחשובים כבעלים גמורים לכל דין תורה וראוי להיות שמביא וקורא, דאף לבאמת הוא ספק, אבל כיון דבפועל הוא זוכה עפ"י משפט התורה להשתמש בגוף ופירות קרינן בזה מן האדמה אשר נתת לי, וכן נראה בפשטות מהא דלא נזכר בגמ' וברמב"ם אופן הבאת בכורים אצל המוכר, דמזה מוכח דאצל המוכר ליכא בזה דין ספק, וגם אם יקנה המוכר פירות מאילן זה שקנה הלוקח יהי' מביא וקורא, מה"ט כיון שמדין

המע"ה הקרקע ודאי של המוכר, ומכש"כ מה שיגדלו הפירות בהאילן שיטע לאחר שימות האילן הא' דודאי מביא וקורא, כיון שמשתמש בקרקע כבעלים גמורים: ונראה לענ"ד דגם לענין כסף קדושין שחקר בזה בס' קונטרס הספיקות כלל א' אות ח' לענין אם קדש בהן אשה הנתבע או התובע, דהדין כך הוא דאם אחד שתופס באופן דיכול להחזיק אצלו עפ"י שורת הדין, דמקודשת קדושי ודאי, בין שקדש התובע או הנתבע, ואפילו אם קדשו שניהם זאח"ז כגון היכא שהדין שיכולים לתפוס זמ"ז ולחזור ולתפוס אף אחר שתפס הא', מ"מ כיון דכ"ז שהחפץ ת"י יכול להשתמש בו ולעשות עמו כאדם העושה בתוך שלו, כ"כ יכול לקדש בו את האשה, ואף שיכול השני לתפוס מיד האשה, מ"מ הרי קדשה בחפץ ששוה כסף, וכיון שהאשה ידעה את דין החפץ ונתרצית ע"ז, ליכא שום חסרון בקידושין אלה, ואף אם כל החפץ אינו שוה רק פרוטה, מ"מ חשוב כסף כיון דיכולה לאכול ולכלות את כולו, ורק לענין מעשר בהמה דבעינן שיהי' צאנך המיוחד לך פטור ממעשר בהמה היכא שיכולים לתפוס זמ"ז, כמש"כ לעיל, אבל לענין קדושין לא בעינן שיהי' מיוחד לה ול"ד לשותפים בפרוטה דודאי אינו יכול כ"א לקדש אשה, דחשבינן דיש לכל אחד רק חצי פרוטה, אבל בכה"ג בשעה שתחת רשותו, כל הפרוטה שלו היא, וכן כשמוסר להאשה להתקדש: ואם הוא דבר שהדין נותן שישאר אצל המוחזק הא' ולא יהני תפיסת השני, הנה לא מבעיא אם קדש בזה המוחזק הא' דהו קדושי ודאי שהרי גם במעשר בהמה חשיב עשירי ודאי, אלא אף אם תפס השני שלא כדין וקדש בו אשה נראה לי דהוי ספק קדושין, דאף שלא זכתה האשה בשום תשמוש בפועל דבי"ד מוציאים מידה, דבכסף קדושין מוכח בכמה דוכתי דמהני, אף שלא תוכל האשה להנות מזה כלום, דהרי בנותן לה מתנה ע"מ להחזיר חשיב כסף מה"ת לשיטת רוב הפוסקים, ועי' בס' אבני מלואים סי' כ"ט, וגם לשיטת הרמב"ם וסייעתו דסברי דבאשה לא מהני מה"ת מתנה ע"מ להחזיר, הוא דוקא אם איכא חסרון בההקנאה והנתינה, אבל היכא דאיכא חסרון הנאתה מצד אחר מהני, וכמו דפסק בשו"ע דמקדש באיסורי הנאה דרבנן שאין לו עיקר מה"ת דמקודשת, ועי' באבני מלואים סי' כ"ח סקכ"ד מש"כ לשיטת הרמב"ם ואינו מוכרח כלל, דבאמת מה דאיפליגו הראשונים אי מהני הקדושין או לא הוא רק אם הפקיעו חז"ל הקדושין בכה"ג או לא, ועי' לעיל בשע"א פ"ט שהארכנו בענין זה, ולפי"ז אם קדש השני הו קדושי ספק, שמא החפץ שלו באמת ונתן לה כסף מעליא, אף שלא תוכל להשתמש בו, הוא חסרון מחמת חסרון ידיעה שאינו מגרע כלום, ואף דלכאורה יש לומר דכיון דהשני אבד כל כח השתמשות עפ"י תורת המשפטים כ"כ אין בכחו להקנותו לאשה, אבל באמת אינו כן דרק היכא שההקנאה באה ע"י המקנה י"ל דחשבינן בכה"ג כדבר שאינו ברשותו, וכמו דמצינו באיסורי הנאה, דאינו יכול להקנות ולהפקיר דהוי כאינו ברשותו, אבל אם מקבל הקונה את החפץ בידו וחצירו באופן דאי"צ מדעת המקנה רק התרצות, בכה"ג גם באיסורי הנאה קונה, ומשו"ה גם בנידון זה קנתה האשה, אם באמת החפץ של המקדש הוא, אף שגם לה לא יהי' שום כח השתמשות בפועל, אבל בקנין שנעשה ע"י הכנסה לרשות אי"צ שיזכה להשתמש בפועל: ובס' קונטרס הספיקות העלה בנידון זה, דהיכא דלא מהני תפיסת השני, שאם קדש בו השני דאין שום חשש בקדושיו כלום, והיכא דיכול כ"א לחזור ולתפות הו קדושי ספק, ולענ"ד אין דבריו מחוורים בזה, דממ"נ דאם נימא דלענין

קדושין תלוי בקנין האמתי כפי שגלוי קמי שמיא, הרי אז ראוי לומר דגם היכא דאינו יכול לתפות שיהי' ספק קדושין מחמת הספק שבמציאות ואם נאמר דלא חשוב כסף רק מה שיש לה רשות להשתמש, הנה היכא דיכולים שניהם לתפוס זמ"ז מהראוי לומר או בקדושי שניהם קדושין או שניהם אינם קדושין, דאם נחשוב כאילו יש לכ"א בשעה שהחפץ ת"י כח השמוש בודאי, הרי אז קדושי שניהם קדושין ואם נאמר דשמוש כזה שחבירו יכול לתפוס ממנו אינו שמוש כלל, הרי קדושי שניהם אינם כלום וכיון דנקט דהווי קדושי ספק בע"כ הוא שלא מחמת השמוש בפועל, אלא מחמת המציאות האמתית, והרי סובר דלא אזלינן בתר המציאות האמתית, דהרי מחליט דהיכא דאם תקפו מוציאים מידו, קדושי ראשון קדושי ודאי וקדושי שני אינם קדושין כלל, וע"כ נלענ"ד שהדברים מסתברים כמש"כ, וכן הביא שם בס' קוה"ס להוכיח נגד דבריו מדברי הרא"ש ב"ק שכ' דאם קדש בגזל לאחר יאוש דהוי קדושי ספק, והטור בס' ש"א פסק כה"ג דהחפץ חוזר לבעליו, ואף שדחה ראי' זו דכיון דהאשה בודאי קנתה מחמת דלדידה הוי יאוש וש"ר אלא דסובר דבעינן שיהי' ממון אצל המקדש ומשו"ה הוי ספק ודבריו רחוקים מאד, דהרי הדרא הקושיא לדוכתה, כיון דהמקדש הי' מחויב להחזירו לבעליו, הוי כודאי שאינו של מקדש, וכן הביא שם מתוס' רי"ד קדושין ד' מ"ח שאם תפס השני וקדש הוי קדושי ספק, וכתב לפרש דסובר דבספיקא דדינא מהני תפיסה יעו"ש, ולפימש"כ צ"ל להיפוך דסובר דלא מהני תפיסה ומשו"ה הווי קדושי ספק, אבל היכא דמהני תפיסה אף שיכול השני לחזור ולתפוס הווי קדושי ודאי: ולענין שאר דברים הנוגעים לדיני איסור והיתר המסתעפים בתולדה מדין ממון, עפ"ד ראוי להתבונן אם בעינן שם דין בעלים בפועל או לא, והנה לענין ספק דין קדושת בכור כגון אם מכר ישראל לנכרי הבהמה בקנין כסף לחוד דנקטו הפוסקים דלא מהני לפטור מן הבכורה, והקשו האחרונים למה לא נתיר מטעם ס"ס דפלוגתא דרבוותא, שמא קיי"ל כסברת רש"י דהלכה כר"ל דבנכרי כסף לחוד קונה ושמא גם לר' יוחנן מהני כסף בנכרי כסברת ר"מ וסייעתו, וכתב מהרי"ט אגלזי דבכה"ג לא מהני ס"ס, משום דכיון דאין מוציאים ממון ע"י ספק ספיקא ונשארה הבהמה בחזקת ישראל בתורת ודאית והוי כבהמה שלו וחייבת בבכורה מטעם ודאי, כיון שהאיסור תלוי בממון, אזלינן בתר דין ממון בין לקולא ובין לחומרא, יעו"ש בריש פ' הלוקח שחשב כמה ענינים כמו ספק שחרור בעבדים, דכיון דלענין ממון אזלינן בתר מרא קמא הוא כעבד גמור ומותר בשפחה, וכן לענין חמץ בכה"ג, ולפימ"כ דלעולם קנין האמתי לא נפקע ע"י דין המע"ה ולכל דין הבא בתולדת קנין הממון, אם הוא בא מאליו שלא מכח הבעלים הוא ספק גמור, ראוי לבאר בפרטות בענינים אלה שהבאנו, והנה לענין דין בכורה דקיי"ל דכל שיד עכו"ם באמצע, פוטר מן הבכורה, נלענ"ד דבכה"ג אף שמדין המע"ה משתמש הישראל בהבהמה כבעלים גמורים, אבל כיון שאם יבוא אליהו ויאמר שהבהמה קנוי לנכרי הרי היא בהמת הנכרי, ודאי דחשיב כה"ג ידי נכרי באמצע, וכן נקט בתשו' רע"א סי' ל"ז בספק מבכרת אם מכר בכסף לחוד או במשיכה משום ספק ספיקא יעו"ש.

ולענין חמץ שאם קנה ישראל אצל אחר בקנין מסופק שאינו יכול להוציא ממנו אם מנכרי או מישראל, בפשטות ודאי דחייב להשתדל לבער שלא יעבור בבל יראה, אף דבפועל הוי החמץ של המוכר ולא של הקונה, אבל כיון דהוא איסור הבא מאליו, הוא

עובר מספק איסור זה, אם לא שנאמר כיון דמשמע מסוגית הש"ס דלענין איסור בל יראה בעינן שיהי' החמץ ברשותו ושיהי' לו כח שליטה עליו, דהרי אמרינן שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו וא' מהן חמץ משש שעות ולמעלה, והנה בחמץ משש שעות אינו רק כדבר שאינו ברשותו, דלרוב שיטת הראשונים חשבי אס"ה כדבר שהוא שלו ואינו ברשותו, הרי מוכח דלענין בל יראה בעינן שיהי' גם ברשותו ובשליטתו, ומה דגלי קרא דעובר בב"י על חמץ שאסור בהנאה, לא גלי קרא רק על חסרון זה מה שאינו ברשותו מחמת איסור זה, אבל אם יהי' חסרון אחר מה שיצא הדבר מרשותו ע"ז לא גלי קרא.

ועי' בנוב"י מה"ק סי' כ' שביאר ענין זה דבחמץ הגזול אין הנגזל עובר בב"י. והוכיח ענין זה משיטת הראשונים ז"ל שהובא בב"י סי' ת"מ יעו"ש.

ולפי"ז בכה"ג שהדין נותן שישאר אצל המוחזק ודאי שהקונה אינו עובר בב"י. ובזה נתבאר הדין ששקיל וטרי בס' קהלת יעקב להגאון רי"ט אלגזי בתוספת דרבנן אות ח': ומה שהוכיח בס' קהלת יעקב בסי' מ"ב מדברי הסמ"ע שאם ישוחרר עבד בלשון מסופק כגון שכתוב בשטר אעשנו בן חורין דלא קנה עצמו בן חורין, שהוא מותר גם בשפחה, שהוא מטעם כיון דלענין ממון מוקמינן עבדא בחזקת מרא קמא, כ"כ לענין איסור חשוב כעבד גמור ומותר בשפחה, דאיסורא בתר ממונא גריר יעו"ש, דקבוע ענין זה ליסוד גמור, והנה לפ"מ שהבאנו הנך סוגיות הש"ס בספק קנה קרקע, ובכהנת שנתערב ולדה, הן נגד דעת הגאון הנ"ל, וכן אשתמיט ל"י דברי התוס' בגיטין ד' י"ב ע"ב ד"ה וכי תימא שכתבו שם היפוך דברי רז"ל, אי נמי ה"פ אי בעי זריק ל"י האדון גיטא ספק קרוב לו וספק קרוב לעבד ויאסר בתרומה ובשפחה ובכת חורין עכ"ל.

הרי מפורש בדברי התוס' דבספק שחרור הוא אסור בשפחה ובתרומה ולא אמרינן איסורא בתר ממונא גריר, ולענ"ד נראה דגם לענין עבודת עבד יהי' איסור בכה"ג דאם בן חורין הוא אסור להשתעבד בו עבודת עבד כיון דאיסור זה אינו משום פוגע בממון חבירו, הרי זה ספק איסורא דאזלינן לחומרא, ומה שהוכיח מדברי הסמ"ע בסי' מ"ב, לענ"ד אין זה ראי' כלל לבנות ע"ז איזה יסוד כמבואר לכל מעין, דהרי לא נזכר בהדיא שיהא דין ספק על לשון כזה, ומה דלא קנה במכירת שדה אינו משום דין ספק, אלא דהכלל שיד בעל השטר על התחונה, הוא מדיני השטרות, דמה שמוכח מלשון השטר הוא כח השטר, נמה דאפשר לפרש פחות מזה אינו כתוב בשטר, ועוד לענין שחרור אמרו במס' גיטין ד' ט' דבעינן כרות גיטא יעו"ש.

עכ"פ נראה לענ"ד דשם אינו בתורת ספק אלא אינו שחרור כלום: אמנם לכאורה יש להקשות על דברינו מהא דתניא במס' גיטין ד' מ' ע"ב באומר עשיתי עבדי בן חורין וכו' כתבתי ונתתי לו והוא אומר לא כתב ונתן לי, הודאת בע"ד כמאה עדים דמי והרי הוא עבד כמו שהי', כמו דפסק הטוש"ע והרמב"ם, דהרשב"א בחי' מפרש דהוא משום שתי הודאות דמוקמינן בחזקת בעלים הראשונים, ועי"ש שכתב שם דכן כתב גם הראב"ד ז"ל יעו"ש.

ועי' בקצוה"ח סי' פ"ח סק"ט דמבאר ענין זה, אף דכתבו הראשונים ז"ל דעבד הוא מוחזק בעצמו היכא דמהני תפיסה כגון בדיני קנסות בזה"ז וכה"ג, אבל אם הספק הוא

ג"כ על הרשות אם הוא ברשות עצמו או לא הרי זה ספק בכח התפיסה עצמו ומשו"ה לא חשיב מוחזק. ועיי"ש שהוכיח כן מדברי המהרי"ט ח"א סי' קנ"א יעו"ש.

ולפי"ז איך נקטינן דבספק זה הוא נשאר עבד כמו שהי', דלכאורה לענין איסור הוא ספיקא דאורייתא לחומרא, אבל באמת לק"מ דלענין איסור כ"א עושה לעצמו כפי ידיעתו, דכל היכא שהדבר בספק לבי"ד אין לנו לעכב על הבעלים כשטוענים ברי לי שמותר לי, אם לא היכא שאסור מדין שוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא ואינו נותן אמתלא לדבריו, והנה בנידון זה כתב הב"ח שם דמה שכתב הטור והרי הוא עבד כמו שהי', כלומר דלכל דבר הוא עבד להשתעבד בו ולישא שפחה, ורבו שאומר עליו שנתן לידו ג"ש ואסור בשפחה, אינו אלא ע"א בהכחשה ואינו כלום כדאיתא בקדושין פ' האומר יעו"ש.

והעיקר בזה דהודאת בע"ד לא מהני כלום לענין איסור רק לענין ממון מהני הודאת בע"ד, ומשו"ה כשאנו דנים לענין איסור לא נעשה גם ספק ע"י הודאתם: וכן איתא להדיא בנמ"י ב"ב פ' מי שמת בהא דמבעיא בש"ס בשכ"מ שהקדיש כל נכסיו ועמד מהו, מי אמרינן כל לגבי הקדש גמר ומקני, או דילמא כל לגבי נפשי' לא גמר ומקני וכתב הנמ"י שם וז"ל הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי ואף ספק איסור מעילה ליכא דאיהו ידע בנפשי' עכ"ל.

הרי מפורש בדבריו דבהקדש דיש בזה לדון על ענין הממון של מי הוא, ועל דין איסור מעילה דלא אמרינן איסורא בתר ממונא גריר, אלא דלענין איסור הוא נאמן על עצמו לומר שכך היתה כונתו, אבל בלא"ה אם יהי' ספק הקדש דגם הוא מסופק הוא אסור מספק ככל ספק איסור. והנה אף דמסוגית הש"ס דב"ב ד' פ"א בספק אי קנה קרקע אי לא דמביא בכורים מספק, יש לדחות קצת מה שהוכחנו דלא אמרינן איסורא בתר ממונא גריר, משום די"ל דכיון דכ"ז שהאילן עומד, עדיין נפסק קנינו מן הקרקע גם בפועל, ורק לאחר שימות האילן לא יטע אחר במקומו, ועכשיו, עדיין ליכא בזה לדון לבעלים למוחזקים על הספק שנופל בזה, אבל אם יקנה הפירות מן המוכר לאחר שימות האילן אפשר דאינו מביא, כיון דאז כבר נפסק הדין שאין לו קרקע בפועל, שוב ליכא דין ספק גם לענין בכורים, אבל פשטות הדברים הוא כמש"כ, דהרי תירץ לאחר קנין האילנות, נפסק הדין שאין לו כח ושליטה לעקור את האילן וליטע אחר במקומו, ומכש"כ מכל מה שהבאנו ראיות מוצקות הנה דלא אמרינן איסורא בתר ממונא גריר, ורק היכא דבעינן דין ממון לענין שליטה אז ודאי הדין דאם תקפה מוציאים חשוב כודאי של המוחזק הא' כסוגית הש"ס דב"מ דמוכיח מהא דנכנסים לדיר להתעשר דהוי מעשר ודאי מטעם דלא מהני תפיסת הכהן: פרק ט ובס' ת"ש הובא בס' משנה ברורה או"ח סי' רמ"ו סקי"ב דאם קנה ישראל בהמה מנכרי או מכר לנכרי במשיכה לחוד או בכסף לחוד הוי ספיקא דדינא ואזלינן לחומרא לענין שביתת בהמה יעו"ש.

והנה לרוב הפוסקים בפלוגתא דרבוותא מהני תפיסה כמו דמסיק הש"ך בס' תקפו כהן סי' ק"ז, ובנידון זה הוא פלוגתא דרש"י ור"ת אם כסף קונה או משיכה, וע"כ מאן דתפיס תפיס, וגם אח"כ יכולים אח"כ לתפוס זמ"ז, אבל עכ"פ כ"ז שהדבר ברשות אחד הוא יכול להשתמש בו בכל אופני ההשתמשות, וע"כ יש לי עיונא רבא בענין זה, דהנה בגמ'

ע"ז ד' ט"ו שקיל וטרי הש"ס שם לענין שביתת בהמה אם שאלה ושכירות קניא או לא, וכן לענין אכילת תרומה של בהמת כהן אם השכירה לישראל או להיפוך, וכן לענין איסור הכנסת ע"ז לבית ישראל שקיל וטרי שם בשאלה ושכירות, והנה אף אם שכירות קניא אין זה רק קנין פירות ועוד גרע מקנין פירות דאיפליגו בגמ' תנאי ואמוראי אם ק"פ כקהג"ד או לא, וכמש"כ התוס' בב"ב ד' כ"ז ע"א ד"ה לא שש עשרה וכו' יעו"ש, וכבר עמדתי ע"ז כמשתומם למה בג' דברים אלה נקט הש"ס דלא בעינן קנין הגוף, וחשוב קנין שכירות, מה שקנוי למלאכה לאיזה זמן, קנין כספו לענין אכילת תרומה וכן קרינן בזה בהמתך וביתך, ולא מצאתי מי שיתעורר בזה, וביארתי ענין זה במק"א הנראה לענ"ד בטעמא דמילתא דנקט הש"ס לענין הני ג' דברים דסגי בקנין שכירות, דבכל דוכתי דמצינו בש"ס דבעינן קנין הגוף הוא בענינים שהקנין מחדש דין על הבעלים, ובהני ג' דברים הוא שהקנין מחדש על החפץ, דבכל דינים דעלמא עיקר חלות הדין הוא על הגברא שהוא בעל הקנין, כגון לענין דין יום או יומים אם חייב על הריגתו, וכן אם חייב להביא בכורים, וכן לענין מכירה מן הוא הבעלים למכור את הגוף עכשיו וכיו"ב ובהני ג' דברים הוא דין חפצא שבהמת ישראל צריכי לשבות ממלאכה, ואף אם הבעלים אינם יודעים כלום אם הבהמה עושה מלאכה או לא, וכן אם בהמת ישראל אוכלת בתרומה נעשה איסור גם שלא בידיעת הבעלים, וכן הוא אם הובא ע"ז בבית ישראל, ובארתי שם דלענין דין הבעלים עצמם, נקטו חז"ל דעיקר הבעלים נחשבים מי שיש לו בחפץ קנין עולמי, דגם קנין של אח"ז הוא נחשב כאילו יש לו עכשיו, וכמו דמשמע ענין זה במס' ב"ק ד' ז' דמי שיש לו שדות וכרמים ששויים מאתים זוז לאחר זמן חשיב כעשיר דאינו רשאי ליקח מעשר עני, ונחשב כעשיר שהוא בדרך דאינו יכול להשיג עכשיו להוציא נכסיו על מחסוריו יע"ש.

ולענין הדין שמתחדש על החפץ מחמת קנין הבעלים אין קנינם בעתיד גורם על החפץ לשנות דינו עכשיו, ותלוי רק למי קנוים הכוחות והפירות של זמן ההוה, ואין כאן מקום לבאר ענין זה בפרטות, אבל עכ"פ מפורש בגמ' דלענין הנך ג' דברים סגי בקנין פירות לחוד, ורק אם שכירות לא קניא הוא בגדר זכות ושיעבוד בעלמא, ולפי"ז הי' ראוי לומר דלענין שביתת בהמתו בספק קנין מי שהבהמה ברשותו שעפ"י שורת הדין של משפט ממון הוא כבעלים לכל דבר השתמשות הוא הבעלים ומיקרי בהמתו, וכמש"כ לעיל לענין כסף קדושין דחלין הקדושין אם קדש אשה בשעה שהחפץ ת"י, ע"י לעיל בפ' הקודם, דאף היכא שהדין שיכולים לתפוס זמ"ז, מ"מ כ"ז שהוא ת"י הוא ממונו להשתמש בו: אמנם נלענ"ד דיש לבאר ענין זה עפ"י מה דנראה לי לפרש שיטת הרמב"ם ז"ל מה דקשה בדבריו, דבה' תרומות פ"ט ה"י כתב וז"ל יראה לי שאם מכר הכהן פרתו לישראל ולקח הדמים, אעפ"י שעדיין לא משך הלוקח, ה"ז אסור להאכילה תרומה, שדין תורה מעות קונות כמו שיתבאר בהלכות מקח וממכר, ואם מכר ישראל לכהן אעפ"י שנתן הדמים לא תאכל בתרומה עד שימשוך, עכ"ל, דמוכח דסובר דאף שהפקיעו חז"ל קנין כסף מ"מ לא מהני לענין איסור תורה, ובפ"ו מה' מעילה ה"י פסק בנטל פרוטה של הקדש וקנה בה חפץ ולא משך אם מן העכו"ם מעל ואם מן ישראל לא מעל, הרי כיון שעקרו חז"ל קנין מעות הוי כמו שלא הוציא המעות כלל, ודבריו סותרים

למה שפסק בה' תרומות הנ"ל, וכבר עמד ע"ז בס' מחנה אפרים ה' מכירה קנין מעות סי' י"א.

יעו"ש, ובה' לולב פ"ח ה"י כתב ואין נותנים אותו לקטן, שהקטן קונה ואינו מקנה לאחרים מן התורה ונמצא שאם החזירו לו אינו חוזר עכ"ל, דכונתו שקונה מן התורה משום שדעת אחרת מקנה לו, ואינו מקנה מן התורה רק מדרבנן כדין פעוטות, מוכח דסובר דלא מהני קנין דרבנן לדאורייתא, עוד הקשה בס' מח"א בה' משיכה סי' ב' מהא דפסק הרמב"ם בה' מעילה במשאיל קרדום של הקדש דמעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה, ובה' שכירות כתב דתקנו משיכה בשומרים, דקנין משיכה בשואל הוא משום תקנת חכמים ואיך מהני לדאורייתא שמותר לבקע בו לכתחילה, ובס' שער המלך בה' לולב אחר שהביא כל הסתירות בזה הקשה מסוגית הש"ס דסוכה בפ' לולב הגזול בההיא סבתא דצוחה קמי' דר"נ דרישגלותא וכולהו רבנן יתבי בסוכה גזולה, ואמר ר"נ דפעיתא היא דא ואין לה אלא דמי עצים בלבד, דמוכח מזה דכיון דתקנו רבנן בתקנת מריש דאין לו אלא דמי עצים מהני גם לשל תורה, דהפקר בי"ד הפקר מה"ת, עוד הוסיף לתמוה על דברי הרשב"א בחי' למס' גיטין ד' ס"ה שכ' בהא דאומר הא לכם מעות ופדו בהם מע"ש, דמהכא משמע דקטן אית לי' זכי' מדאורייתא אפילו בממון, דאל"כ אינם פודים אלא משל אב והי' להם להוסיף חומש אלא ודאי ש"מ דזוכה הוא מה"ת ביש דעת אחרת מקנה, ואח"כ כתב וההיא נמי דאמרינן בסוכה לא לקני איניש לולבא לינוקא דינוקא מיקני קני אקנויי לא מקני, מיירי קודם שיגיע לפעוטות, אבל אם הגיע לפעוטות מתנתו מתנה, דמריש דבריו מוכח דסובר דלא מהני קנין דרבנן לדאורייתא ומסוף דבריו מוכח להיפוך דאם הגיע לפעוטות מהני גם לדאורייתא, יעו"ש בס' שעה"מ שהאריך בענין זה, וכן בס' מח"א הביא דברי תוס' ב"ק ד' ק"ד ע"ב דלא מהני לפדיון מע"ש אם לא קנה מה"ת, ובענין זה מצאתי ראיתי מבוכה גדולה בספרי האחרונים: והנה לדעתי הדבר מוקשה בעיקר הדבר, איך אפשר לומר שלא יהני קנין דרבנן לדאורייתא דאם לא מהני לא נשאר תמיד איסור גזל שהוא מה"ת, וע"ז אמרינן בגמ' הפקר בי"ד הפקר שמה"ת יש לבי"ד כח להפקיר ולהקנות, וכמו דמהני לדין גזל שהוא מה"ת למה לא יועיל לכל דיני התורה, כמו לענין אתרוג וסוכה, ולענין אכילת תרומה של בהמת כהן וכל כיוצא בזה, ועוד מצינו בגמ' דמהני קנין דרבנן לענין שחוטי חוץ שיתחייב כרת, דאמרינן במס' גיטין ד' נ"ה ע"ב בגנב והקדיש ואח"כ שחט בחוץ דתני עלה דעונש כרת, דלמ"ד יאוש כדי לא קנה חייב כרת, משום דאוקמוה רבנן ברשותי' כי היכא דליחייב עלה, הרי דמהני גם להתחייב כרת, ובס' קהלת יעקב להרי"ט אלגזי אות מ בדין משיכה שהביא דברי רש"י שכתב בב"מ ד' מ"ח דנפ"מ בין ר"י לר"ל אם קדש בהן (וברש"י שלפנינו הגירסא אם קדש בו) דלר"י מקודשת וכו', והריטב"א הובא בשטמ"ק שם כתב ע"ז וז"ל, ורש"י פירש לקמן דנפ"מ לענין קדושין, דלר"י כיון דמעות קונות מן התורה אם קדש בהן את האשה מקודשת וכו' ואינו מחוור דכיון דמדרבנן אינן קונות הפקר בי"ד הפקר ואף לר"י אינה מקודשת למ"ד דלית לי' למוכר רשות להנפוקינן, עכ"ל, וכתב בס' הנ"ל בסכרת רש"י, דאף דרבנן עקרו קנין מעות מ"מ לענין איסורא לא העמידו דבריהם, וכעין זה הביא שם דברי הר"ן בנדרים ד' מ"ד ע"ב דכתב שם בזה"ל, דנהי דמדינא לר' יוסי יכול לחזור בו ולא הוי הפקר תקון רבנן דליהוי הפקר ובודאי שחיבוהו במעשר כיון



דמדאורייתא לא הוי הפקר, דנהי שהי' יכולים לפוטרו משום דהפקר בי"ד הפקר, אפ"ה לא באו חכמים להקל ולפטור מן המעשר מה שהוא חייב בו מן התורה. עכ"ל.

וענין זה צריך ביאור, דהנה לפימש"כ בס"י ק"י שהבאנו גם הנך ראשונים דסברי דלא מהני קנין דרבנן לדאורייתא, הוא לא מפני שאין כח חכמים לתקן שיהא מועיל, אלא שלא רצו חכמים לתקן כן, ובמקום שנוגע לדין תורה לא העמידו דבריהם והניחו על ד"ת, ובהשקפה ראשונה מתפרשים כן גם דברי הר"ן הנ"ל אבל עדיין אינו מובן איך אפשר שלדין אחר הנוגע לענין איסור יהי' נחשב כאינו הפקר והוא דבר מתמיה מאד: ונלענ"ד בביאור ענין זה דבאמת הכח שנתנה תורה לחכמים הוא להפקיר ולהקנות כפי מה שיראו לצורך תקנתם והנהגתם, וכמש"כ הרשב"א ז"ל בח"י למס' גיטין ד' ל"ו ע"ב בהא דאמר רבא שם לענין השמטת כספים הפקר בי"ד הפקר וז"ל אקושיא קמייתא דאקשינן ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית ומתקני רבנן דלא תשמט קאי וכו' וכן פירש"י ז"ל דאקושיא קמייתא קאי, ומינה שמעינן דכח בי"ד יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפי' קודם שבאו לידו, וכן מוכח מקרא דואלה הנחלות אשר נחלו דמה אבות מנחילים ואומרים שדה פלונית לפלוני וזכה לו מיד ואף קודם שבאו לידו, אף ראשים כן, שהם מנחילים לכל מי שירצו ואומרים ממון ראובן יהי' לשמעון וזכה בו מעתה שמעון.

עכ"ל.

ולפי"ז אין שום מקום להסתפק בזה שלא יועיל הקנאת חכמים לכל דינים שבתורה, דהרי הקישה תורה כח הקנאתם לכח של האבות שמנחילים לכל מי שירצו, אמנם כמו שביד הבעלים לעשות הקנאתם באופנים שונים, כ"כ הוא בדין הראשים, והנה בבעלים עצמם איכא אופן אחד הקנאה גמורה, ב' הפקר גמור, ג' נתינת רשות לחבירו שיהנה משלו, וכמו דאמרינן במס' נדרים ד' ל"ד ע"ב דהיכא דאסר על חבירו בלשון זה ככרי עליך, דאם נימא דכשנתן לו הככר במתנה מותר המקבל להנות, משום דבשעת הנאתו לאו ככרו הוא אבל אם אזמני' עלי' אסור, וכתב הר"ן שם משום דההיא שעתא נמי ככרו הוא, יעו"ש, כ"כ יש לדון היכא דחז"ל הוצרכו לעשות הפקר בי"ד בכדי שלא יוגרם ע"י תקנתם איזה איסור תורה, איזה אופן הנצרך לזה, אם צריך הקנאה גמורה אז נעשה ע"י חכמים קנין גמור כשל תורה ואם לא נצרך רק נתינת רשות להשתמש, בכדי שלא יכשל המשתמש באיסור גזל, אז סגיא בנתינת רשות, וזה תלוי לפי ערך הדינים ולפי ערך התקנה של חז"ל, אם תקנה פרטית או תקנה כללית, דהנה בנידון הענין שהבאנו מסוגית הש"ס בגיטין דאמרינן שם דאוקמוה רבנן ברשותי' כי היכא דליחייב עלה, שהוא תקנה פרטית לענין זה שיתחייב עלה, שהוצרכו להקנות לו דבר הגנוב שיהא שלו ממש, שיחול ההקדש קדושה ממש ככל ההקדשות, וממילא יתחייב כרת כשישחוט בחוץ, וכיון שדרוש הקנאה גמורה הקנו בהקנאה גמורה כפי הכח שניתן להם מה"ת, אבל בשאר דוכתי של קנינים שתקנו חז"ל, כגון קנין משיכה במקח וממכר או קנין אגב וד' אמות וכיוצא בזה או להיפוך אם מכר בקנין כסף לחוד במטלטלים בלי משיכה, או ירושת הבעל שתקנו או הקנאת פעוטות במטלטלים וכיוצא בזה שאחר התקנה הוצרכו

להשתמש בכחם שניתן להם לעשות הפקר בכדי שלא יפגעו ע"יתקנתם באיסור תורה של גזילה, שאם ישתמש הלוקח במטלטלים שקנה ע"י משיכה או המוכר שמכר במעות בלי משיכה הרי הוא גזל מה"ת, וע"כ הוצרכו לבוא בכחם שנעשו לבעלים גמורים על כל נכסי ישראל להקנות ולהפקיר, אבל בנידון כזה אי"צ להם רק ליתן רשות השתמשות עפ"י כח התורה, ואז לא יפגעו באיסור גזל, וכן ליתן רשות להשתמש לכל מי שיבוא מחמתם, שאם יתן מי שזכה עפ"י תקנת חז"ל לאיש אחר שיהי' הכח והרשות גם להשני ולכל הבאים מחמתם להשתמש ולכלות את החפץ כחפצם, ולא יולד מזה שום פגיעה באיסור תורה, וכיון דבכלל התקנות אלו עפ"י הרגיל אי"צ רק נתינת רשות לחוד, בכה"ג לא השתמשו בכחם הגדול להקנות לגמרי נכסי ראובן לשמעון, כי בכה"ג אין להם כח ע"ז, דיותר מהדרוש לצורך התקנה אין להם כח הקנאה כלל כמובן: ועפ"י דרך זה נוכל למצוא פתרא לכל החדה הסתומה הזאת, ונבאר ראשונה מה דמצינו בגמ' להדיא דמועיל קנין דרבנן לדאורייתא, והוא בעובדא דההיא סבתא בפ' לולב הגזול, דכיון דתקנו חז"ל על המריש הגזול שיטול דמיו מפני תקנת השבים, ולבטל מצות עשה של השבת גזילה בכה"ג נראה שהוצרכו לעשות הפקר גמור או הקנאה גמורה דאף דלענין היתר תשמיש סגיא בנתינת רשות לחוד אבל בכדי להפטר ממצות השבת גזילה, בע"כ שהוצרכו להפקיר או להקנות, ומשו"ה לכו"ע מהני בההיא עובדא דסבתא לצאת ידי מצות סוכה מה"ת, אף לר' אליעזר דסובר דבעינן בסוכה לכם כמו באתרוג ומכש"כ לדידן דקיי"ל דלא בעינן בסוכה לכם, ורק שלא תהא גזולה, היכא דקנה מדרבנן ודאי דמהני למצות סוכה, דבכל דבר שקנוי מדרבנן עכ"פ ליכא דין גזל מה"ת, דאי אפשר בלא"ה, באופן דלפי"ז אין מקום כלל לקושית השעה"מ מה שהקשה מעובדא דסבתא בפ' לולב הגזול, אבל בהא דאמרינן לא לקני איניש לולבא לינוקא ביו"ט א', דמפרש הרמב"ם שקונה מה"ת ואינו יכול להקנות מה"ת, ומפרש בקטן שהגיע לפעוטות, דאף דמקנה מדרבנן לא מהני לצאת ידי מצות אתרוג מה"ת, משום דבכה"ג שתקנה הכללית של תקנת פעוטות לא תקנו לצורך מצות אתרוג, בכלל משום כדי חייו שיהני מה שימכור ולענין זה הכללי סגיא אם ישתמשו בכח נתינת רשות השתמשות למי שיקנה מן הקטנים, כי די בזה שלא יהי' איסור גזל לכל הקונה מהם, ואם יקנה מקטן אתרוג, היכא דבעינן לכם, לא יצא י"ח מצות אתרוג דבכה"ג בעינן שיקנה הקונה קנין גמור מה"ת, וע"ז לא באו חכמים לעשות הקנאה לצורך ענין פרטי כמובן, ומטעם הפקר בי"ד הכללי שבתקנה זו של הקנאת קטנים לא הפקירו חכמים, רק נסתפקו בנתינת רשות השתמשות להקונים מהם, ודברי הרמב"ם נכונים ומסתברים, דסובר דבנתינת זכות השתמשות הוא, שנשאר הדבר של הבעלים הראשונים וכמו שהבאנו מדברי הר"ן שמפרש בההיא דנדרים ד' ל"ד באזמני' עלה, וכן מה דפסק בה' תרומות בכהן שמכר פרתו לישראל במעות בלי משיכה דאסור לי' להאכילה תרומה, ולא אמרינן כיון דעקרו חכמים קנין כסף שתהא נחשב כאילו היא פרתו מה"ת, הוא ג"כ עד"ז, דאף דמותר לו להשתמש בפרתו כבעלים גמורים מה"ת מחמת דין הפקר בי"ד, אבל אינה חשובה קנין כספו עי"ז, ומה שהקשו האחרונים ע"ז מהא דפסק במשאיל קרדום של הקדש דמעל וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה אף דפסק דמשיכה היא משום תקנה, נראה דלענין דין מעילה סגיא בנתינת רשות השתמשות דחשוב הוצאה מרשות הקדש כיון שניתן להשתמש אצל השואל באופן

שלא יכול לחזור בו ע"י תקנת חכמים, והיכא שנתן הדמים על החפץ דעפ"י תקנת חכמים שאין מעות קונות אין המוכר רשאי להשתמש בהם ומחויב עפ"י דין דרבנן להחזיר הדמים, ובכה"ג עפימש"כ הרשב"א להוכיח מדין השמטת כספים, דבכה"ג הוצרכו חכמים לעשות הקנאה גמורה, דאל"כ אין להם כח לכפות להחזיר הדמים, וכיון שמדין תורה חוזרים הדמים לבעליהם אין כאן מעילה, ומה"ט הקשו כל הראשונים בסוגית הש"ס דב"מ פ' הוזהב בסוגיא דנתן לבלן מעל, דמוכח מהש"ס דלענין מעילה אזלינן בתר דין תורה, ותירצו דלענין איסור מעילה לא תקנו והרמב"ם פסק דלא מעל כפשוטו כנ"ל ומה שדבריו נגד סוגית הש"ס במקומו, כבר תמה ע"ז בס' כסף משנה שם: ובשיטת הרשב"א והר"ן והריטב"א ז"ל דמוכח מדבריהם להדיא דקנין דרבנן סתמא מועיל לשל תורה, נראה דסברי דכל הפקר בי"ד הוא כמשמעו, שהפקירו את הדבר שיכול לזכות בהם ע"י רשותו, ורק היכא שהוצרכו להקנאה גמורה להקנות נכסי ראובן לשמעון בלי שום מעשה קנין, כמו בהשמטת כספים שמה"ת נפקע החוב, וע"י תקנתם לגבות ע"י פרוזבל הוצרכו לחוב את הלוח חיוב חדש בכדי שיהי' בכחם לכופו לשלם עפ"י דין תורה, אז השתמשו בכחם זה לעשות כפי הצריך לתקנתם, אבל בשאר קניני דרבנן דלא הוצרך להקנאה חדשה הסתפקו בכחם להפקיע נכסי ראובן בכדי שיוכל שמעון לזכות ע"י רשותו בהדבר שת"י עפ"י דין התורה, ובזה איכא הבדל בין שיטתם לשיטת הרמב"ם, דלהרמב"ם בשאר דוכתי דסגיא בנתינת רשות וזכות השתמשות, לא הי' כח בי"ד רק על נתינת זכות באופן שעצם הדבר עדיין מה"ת של הבעלים האמתיים, ולשיטתם לעולם הוא הפקר והפקעת קנין של הבעלים, והזוכה בדבר שתחת רשותו זוכה ממילא, ובזה מתורץ מה שהקשה בס' שעה"מ על הרשב"א שדבריו בפ' התקבל סותרים זא"ז, ולפימש"כ דבריו מובנים היטב, דבאומר לבני' הקטנים הא לכם מעות ופדו בהן מע"ש דאם נימא דדעת אחרת מקנה לא מהני מה"ת להקנות לקטן, עדיין לא זכו הקטנים במעות אלה מה"ת, והרי הם של האב מה"ת, דבקטנים אף אם יעשו חכמים הפקר לא יזכו בהם מה"ת דאין להם יד לקנות, ובמעות של הפקר אי אפשר לפדות דצריך שיהי' בעלים על הכסף, או בתורת שליחות מן הבעלים, ובכה"ג גם לשיטת הרשב"א הוא רק כנתינת רשות השתמשות לאפקועי מאיסור גזל, ומשו"ה הוכיח הרשב"א שקטן קונה מה"ת ע"י דעת אחרת מקנה, אבל בנידון האמור לענין אתרוג שהקטן מחזיר לגדול כתב, דהאי דינא דלא לקני איניש לולבא לינוקא ביו"ט א' מיירי כשלא הגיע לפעוטות, דבהגיע לפעוטות כיון כשמחזירו קונה מדרבנן ונעשה הפקר בי"ד הרי זוכה הגדול את האתרוג מה"ת והוי לכם, ובזה נתישבו כל הקושיות והתמיהות שתמה השעה"מ והמח"א שהבאנו לעיל דבריהם, וכן אזלי דברי הרשב"א בחי' לקדושין פ"ב שהקשה על שיטת תוס' דזכין לקטן מדרבנן, מהא דאמרינן בס' השולח גבי חציו עבד דקם אקני' לבנו קטן, דאם קטן לא קנה מה"ת אכתי דאב הוא מה"ת יעו"ש.

והקצוה"ח הקשה עליו כיון דהפקר בי"ד הוא הוי שלו מה"ת, ולפימש"כ לק"מ, דכיון דבכה"ג אי"צ לדין הקנאה רק הפקר ואין הקטן זוכה מן ההפקר, ונשאר קנין איסור אצל האב ויכופו אותו לשחרר ומשו"ה הוכיח דחל הקנין מה"ת. וכן יתישב מה שהוכיח בס' קצוה"ח סי' רל"ה נגד דברי הרשב"א מהא דתנן שקלים פ"א אעפ"י שאמרו אין ממשכנים נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלים מידם, וכיון דבעינן שימסרו לציבור

כי היכא דלא ליהוי קרבן ציבור קרב משל יחיד, וא"כ מוכח דהקנאת קטנים מהני לשל תורה, ולפימ"ש"כ לק"מ דהרי הרשב"א בעצמו כתב לפרש בסוגיא דפ' לולב דהא דלא לקני איניש לולב לינוקא מיירי בשלא הגיע לפעוטות, אבל בהגיע לפעוטות מהני גם לשל תורה, ולפי"ז גם הך דשקלים ניחא, דהגדולים זוכים ממנו, והם מקדישים הכל ביחד בשביל הציבור: ובחי' הרמב"ן בריש פ' הספינה כתב בזה דברים סתומים, דאחרי שהביא שם שיטת הסוברים דמכירת שטרות דרבנן ומה"ט יכול למחול, ושיטת ר"ת דסובר מכירת שטרות מה"ת, כתב בזה"ל ומ"מ קשה לי הא דאמרינן בקדושין התקדשי בשט"ח דאחרים ר"מ אומר מקודשת, ואמרינן דכו"ע אית להו דשמואל דאם חזר ומחלו מחול ר"מ סבר סמכא דעתה מימר אמרה לא שביק לדידי ומחיל לאחריני, ואי ס"ד לא קנאתו אלא מדבריהם ולפיכך הוא יכול למחול, לא תהא מקודשת גמורה, ואפשר דמאי מקודשת דקאמר ר"מ מקודשת מדבריהם לאצרוכי גיטא ואם בא אחר וקדשה חוששים לקדושיו עכ"ל.

ודבריו תמוהים מאד בהשקפה ראשונה דהלא בסוגיא דקידושין הנ"ל מפורש דאם קדשה במלוה דאחרים ע"י מעמד ג' מקודשת וקנין של מעמד ג' הוא ודאי מדרבנן כדמסיק במס' גיטין שהוא הילכתא בלא טעמא, וכמו שתמה ע"ז בס' אבני מלואים בס' כ"ח ובפנ"י, וכתב בס' א"מ שדבריו מרפסין איגרי, ולפימ"ש"כ דברי הרמב"ן מדויקים היטב, דהנה לשיטת הרשב"א שהבאנו שכ' דמסוגית הש"ס דגיטין דרבא אמר הפקר בי"ד הפקר לתרץ על תקנת פרוזבול מוכח דיש כח בי"ד להקנות נכסי ראובן לשמעון, והוא דכיון דתקון רבנן לגבות חוב שעבר עליו שביעית ע"י פרוזבול, וענין הגביל ליטול ממנו גם בע"כ, ועפ"י דין תורה הוא גזל, אלא שיכולים לעשות חיוב חדש שיהי' הכח ביד המלוה לגבות מן הלוחה גם מה"ת, ולפי"ז כשתקנו חז"ל קנין מעמד ג' למסירת חוב, מוכרח ג"כ הענין שחיבו את הלוחה לשלם שע"ז חייב הלוחה לשלם להמקבל מה"ת כדי שלא תסתור תקנתם לדין התורה, ולפי"ז מה דאיתא בגמ' דאם קדשה בחוב דאחרים ע"י מע"ג דהוי קדושין דמשמע קדושין גמורים אף מה"ת ל"ק כלום, אבל אם קדשה בשט"ח דאחרים דלשיטת הני דסברי דמכירת שטרות הוא מדרבנן, עיקר הראי' היא מסוגית הש"ס דפ' מי שמת, דאמרינן שם מודה שמואל שאם נתנו במתנת שכ"מ שאינו יכול למחול, אי אמרת בשלימא דאורייתא משו"ה אינו יכול למחול, אא"א דרבנן אמאי אינו יכול למחול, ומזה הוכיחו דמכירת שטרות דרבנן ומשו"ה יכול למחול, ואם נאמר דרבנן עשו חיוב על הלוחה שיועיל מה"ת הדרא קושיא לדוכתה אמאי יכול למחול, והנה אף דבע"כ איכא בזה גם ענין מה"ת דאל"ה יהי' גזל מה"ת, אבל י"ל דחכמים נתנו כעין כח הרשאה להלוקח שיגבה את חוב המלוה.

ועי' קצוה"ח סי' ס"ו סקכ"ו שהביא שם שיטת הראב"ד והריטב"א, ואם מחל הלוחה ליכא חוב, באופן דלפי"ז אין הלוקח זוכה בחוב זה כלום עד שיגבה, ולענין קדושין דבעינן שתזכה האשה בכסף מיד אי אפשר לחול הקדושין מה"ת, וזהו דקשיא לי' להרמב"ן ז"ל שיטה זו, דבשלמא לשיטת ר"ת דדין המחילה הוא מחמת התחלקות השיעבודים, דשיעבוד הנכסים נמכר ולא שיעבוד הגוף והוא מוחל את שיעבוד הגוף, ניחא דמתקדשת מיד מה שזכתה את שיעבוד הנכסים, אבל לשיטתם דאם זוכה הלוקח מה"ת אי אפשר שיהני מחילת המלוה, בע"כ מוכרח הענין דגם מדין הפקר בי"ד לא זכה הלוקח מה"ת,

דאל"כ איך יכול למחול, ומה מאד דברי הרמב"ן ז"ל מדויקים היטב שכ' דאי ס"ד לא קנאתו אלא מדבריהם ולפיכך הוא יכול למחול לא תהא מקודשת גמורה, דמזה שהוא יכול למחול מוכרח דסוף סוף לא קנאתו אלא מדבריהם אבל מה"ת לא קנאתו כלום.

וזה פשוט מאד בלי שום דוחק כלל: ובב"י אהע"ז סי' כ"ח הביא דברי הרי"ו וז"ל, וכתב רבינו ירוחם דלמ"ד מקודשת היינו מדרבנן כיון דמעמ"ש תקנתא דרבנן היא עכ"ל. ואינו מוכרח דהא איכא למימר דכיון דתקנו רבנן נקנו לה המעות וכיון שנקנו לה הוי כאילו נתן לה כסף והוי מקודשת מדאורייתא, עכ"ל.

ובטעמא דרי"ו נלענ"ד דאף דבע"כ איכא בזה הפקר בי"ד והוא זוכה מה"ת, דהרי קיי"ל דאינו יכול למחול אם זכה במע"ג, אבל יש לדון באיזה אופן עשו חז"ל שיועיל גם מה"ת, דהנה הרשב"א ז"ל כתב דענין זה שיוכלו חז"ל להקנות נכסי ראובן לשמעון בלי קנין, הוא ממה דילפינן מגמ' בפ' השולח מאלה הנחלות, מה אבות מנחילים את בניהם כל מה שירצו אף ראשים מנחילים העם כל מה שירצו, והנה ענין זה שאבות מנחילים את בניהם כל מה שירצו כתב רש"י שם מחלק נכסיו על פיו והואדינו של ריב"ב דאם נתן למי שראוי ליורשו דבריו קימים, והנה בנה"מ סי' רפ"א כתב דאינו יכול להקנות מלוה ע"פ או גם מלוה בשטר למ"ד מכירת שטרות דרבנן יעו"ש.

והובא בפ"ת סק"ג, ולפי"ז נראה לי דגם בי"ד אינם יכולים להקנות מה"ת חוב של ראובן לשמעון, דאין כחם יפה מהאבות, דכמו שהאבות אינם יכולים להקנות באמירת פה רק דבר הנמכר ונקנה, כ"כ הראשים יכולים להקנות בלי מעשה קנין אבל רק דבר הנמכר ונקנה, אבל דבר שאינו נמכר ונקנה לא יועילו גם הם בכחם להקנות מזה לזה, והנה מה דבי"ד יכולים להפקיר לחד, ולעניים ולא לעשירים אף דבעלים עצמם אינם יכולים נלענ"ד דהנה באמת מה שהבעלים אינם יכולים להפקיע מרשותם כרצונם שיהי' לחד או לעניים ולא לעשירים, הוא מטעם דבדיבור אין אדם יכול לשנות ולעשות מדבר שהוא שלו שיצא מרשותו ויופקע קנינו, וזהו ענין סלוק שאמרו בגמ' דיכול אדם להסתלק בדיבור לחוד רק בנחלה הבאה לו ממקום אחר קודם שזכה בה אדם מתנה עלי שלא יירשנה ורק ע"י הפקר שהוא ענין נדרים שמפקיר לכל מי שיחפוץ שע"י נדר זה יש כח ביד כל אדם לעשות עם הדבר כחפצו, ועי"ז אם רוצה שיצא הדבר מרשותו לגמרי ויופקע קנינו, אז מועיל רצונו ויוצא הדבר מרשותו, ואם מפרש כונתו שיהי' עד דאתא לרשות זוכה מהני ג"כ, וכמו בהפקר לזמן דקיי"ל דהוי שלו עד דאתא לרשות זוכה, ואם יחפוץ אדם להפקיע נכסיו ע"י קנין אחר אינו מועיל, שלא משום חסרון בעצמות הדין אלא שלא יצויר בזה אופן של מעשה קנין, דאי אפשר לאשכח בזה קנין כסף או שטר, חזקה ומשיכה כמובן, ובזה יובן מה דאיתא בירושלמי פ"ק דקדושין ה"ה ר' ירמי' בעי קומי ר' זעירא הילך כסף זה שיצא עבדך לחירות א"ל יצאת, שתצא שדך להפקר א"ל לא יצאת, מה בין זה לזה זה זכה לבן דעת וזה לא זכה לבן דעת, הגע עצמך שהי' חרש, א"ל איש, הגע עצמך שהי' קטן א"ל דרכו להגדיל ע"כ.

דלכאורה אינו מובן מה צריך כסף להפקר, ומה יוסיף בזה ענין הכסף, ולפימש"כ הוא מובן, דאם אינו עושה נדר לעניים ולעשירים אינו יכול להפקיע קנין מנכסיו בדיבור בעלמא בלי מעשה קנין, וכיון דמצינו קנין כסף דמהני ע"י אחר שנותן כסף למקנה

שיקנה נכסיו, כ"כ יש לדון אם נותן לו כסף שיפקיע קנין נכסיו ע"י כסף זה ויצאו להפקר, ומסיק דלא מהני דבעינן שיקנה לבן דעת, כמו בעבד כנעני שאחר נותן כסף שיהי' תכלית ההקנאה להעבד, שיעשה בן חורין, אבל בהפקר שלא יזכה בזה עדיין שום איש לא מהני, ועכ"פ מוכח מזה דהא דאין אדם מפקיע נכסיו רק ע"י הפקר וכפי הכללים האמורים בדיני הפקר, הוא רק מחמת חסרון מעשה הקנין, ולולא זאת הי' מועיל הפקר לחד או לעניים ולא לעשירים ומכש"כ באומר חוץ מפלוני, דדין הפקעה ע"י נדר למדו משמיטה ואכמ"ל, ומה"ט בי"ד שיש להם כח להקנות נכסי ישראל למי שרוצים, כ"כ יכולים להפקיע נכסי בעלים בלי שום הקנאה לאיש ידוע, וכן יכולים לשיר לעניים ולא לעשירים, להפקיר לאיש אחד או לשייר למי שירצו, דלגבי בי"ד ליכא שום חסרון, דבלא"ה הם מקנים בלי שום מעשה הקנין, ובס' קהלת יעקב להרי"ט אלגזי אות מ סי' ק"ע כתב לדון דאם ירצו להפקיר הגוף ופירותיו לבעלים אין להם כח ע"ז משום דבעלים עצמם אינם יכולים להפקיר הגוף ולשייר הפירות לעצמם, כמש"כ הרשב"א בחי' לגיטין, ד' ע"ב יעו"ש.

ולפימש"כ אין דבריו מחוורים בזה, דבעלים עצמם עיקר החסרון הוא משום דליכא מעשה קנין אחר רק הנדר של הפקר שיהי' מופקר לכל מי שיחפוץ, ואי אפשר שיהי' הגוף מופקר לכל מי שיחפוץ אם שירו הפירות לעצמם, דהלא אז אין אדם יכול לכלות הגוף ולשייר הפירות, או משום דלזה צריך ללמוד משמיטה, אבל בי"ד שאי"צ נדר של הפקר יכולים להפקיע קנין הגוף ולשייר הפירות אצל הבעלים כמו בשאר ההקנאות שמקנה הגוף ומשייר הפירות, דהם שמקנים בלי קנין אי"צ ללמוד משמיטה כנלענ"ד: אבל כ"ז הוא רק בדבר שאינו חסר רק מעשה קנין אז כח בי"ד יפה, אבל אם החסרון הוא בדבר הנקנה, י"ל דגם בי"ד אינם יכולים להקנות, כיון שאינו תפיס בזה ענין ההקנאה, ולפי"ז אם תקנו חכמים הקנאת חוב ע"י מעמד ג' והקנו שחוב של ראובן שיש לו על לוי יזכה בו שמעון ע"י מע"ג, אם יבואו להשוות דבריהם שלא יפגעו באיסור גזל של תורה, אז עליהם להקנות לשמעון חיוב חדש שיזכה בגוף של לוי ובנכסיו, אבל לעשות שיזכה שמעון השיעבוד שהי' לראובן, זה אי אפשר להם לעשות, דחוב אינו נמכר ואינו נקנה, והנה אם תזכה האשה חיוב חדש על הלוי וזכות של המקדש נפקע ע"י כח בי"ד של הפקעה, י"ל דבכה"ג אינו חשוב כסף לקדושין, דכסף של המקדש נפקע לגמרי כעין הפקר, והיא זכתה חיוב חדש מה שאינו של המקדש ואינה מקבלים כלום מן המקדש, ומה"ט י"ל דסובר רבינו ירוחם דבחוב של מע"ג אינו קדושין רק מדרבנן ואינן קדושי תורה, והבית יוסף סובר, כיון דמ"מ ע"י המקדש היא קונה חיוב חדש על הלוי הוי כאילו נתן לה כסף, ובס' אבני מלואים סי' כ"ח האריך ג"כ בענין זה אם מועיל קנין דרבנן לדאורייתא, והביא דברי הב"י אלה, ורוצה לפרש דכונת הב"י הוא שמקודשת מדין הנאה שלא בתורת כסף, ומדיק בלשון הב"י מה שלא הזכיר דין הפקר בי"ד בזה, ועוד מה שהביא הב"י דברי הר"ן שכתב דדעתה אהנאה, ולא אזוזי כמו דאמרינן במלוה דידה, יעו"ש, אבל כל הרואה יראה דדברי הב"י אינם מורים כן, ולפימש"כ דגם הרי"ו סובר דבע"כ איכא בזה הפקר בי דאי אפשר בלא"ה, אלא דסובר דאינו מועיל בזה לענין קדושין, ורק ההקנאה שנתן מדידי' לדידה מועיל לקדושין, וזה אינו רק מתקנתא דרבנן, אבל שיהי' מה"ת ליכא בזה שום אופן, והב"י סובר אם גם

נקנה לה כסף משל הלוה ג"כ מועיל, ומשו"ה אי"צ להזכיר ענין הפקר בי"ד, וגם מש"כ מדברי הר"ן לדעתי אינו מוכרח כ"כ, שגם הר"ן כוונתו על ענין זה שמתקדשת משום הנאה ולא משום כסף, דלדעתו כונת הר"ן שדעתה על זכות השיעבוד שקנתה עכשיו ואכמ"ל.

ואף שיש לדון לפ"ד דכל היכא דהחסרון הוא במעשה הקנין שוב ליכא להגביל כח בי"ד, דלפי"ז אם מכירת שטרות מה"ת, הרי עיקר ענין השיעבוד הוא דבר הנמכר מה"ת, אלא דהמעשה קנין בזה הוא כתיבה ומסירה, הרי מזה הטעם יש מקום לומר דבי"ד יכולים להקנות חוב של ראובן לשמעון בלי כתיבה ומסירה, וא"כ גם כשתקנו מע"ג יכולים להקנות החוב מה"ת, אבל באמת אינו כן דהנה מלבד דלשיטת ר"ת רק שיעבוד הנכסים נמכר ולא שיעבוד הגוף, ומה"ט יכול למחול ובמע"ג אינו יכול למחול, מלבד זה נלענ"ד שהדין כתיבה ומסירה הוא פרט במסירת הזכות מזה לזה ולא מעשה הקנין לחוד, וראי' לזה מדברי הריטב"א בחי' לקדושין ד' כ"ח וז"ל אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, וכן בהקדש לעניים בזמן הזה, והאי כמסירתו קאמר לאו מסירה ממש וכו' אלא מסירתו פירוש דהקנאתו כל חד וחד בהקנאה דילי' ובשטרות הוי ככתיבה ומסירה, הילכך האומר שטר זה וכל שיעבודו יהא לעניים זכו לגמרי, והוא דקאמר וכל שיעבודו, דניהו דהקנאה דהדיוט לא בעי אמירה דהדיוט בעי מפי מורי נר"ו.

עכ"ל.

דמוכח להדיא מדבריו דצריך להקדיש את השט"ח עצמו וכל שיעבודא דידי, דאמירה מועלת במקום כתיבה ובמקום מסירה, אבל אמירה בעי על השט"ח והשיעבוד שבו, אבל אם יקדיש את הזכות גרידא בלי השט"ח לא מהני. ועי' תשו' רע"א סי' קמ"ד יעושה דנראה מזה דזכות של שיעבוד אינו נמסר מזה לזה רק ע"י השט"ח נמסר אם מה"ת או דרבנן, משו"ה י"ל דאף אם מכירת שטרות מה"ת, מ"מ לא מהני במקדיש חוב בלי השטר, וכ"כ נאמר לענין בי"ד דאם יעשו קנין של תורה, אבל במלוה ע"פ אין להם כח רק לעשות חיוב חדש: ובס' אבני מלואים סי' ל' סק"ה הקשה על הרמב"ם דסובר דקנין דרבנן לא מהני לשל תורה, דמשו"ה פרה של כהן שמכר בכסף לישראל אינה אוכלת בתרומה, אף דעקרו חכמים קנין כסף והפרה נשארת ברשות הכהן, מהא דאם זרק לה קדושי ברה"ר קרוב לה מקודשת מע"מ ספק מקודשת, וכיון דגם בקרוב לה אם קדשה אחר צריכה גט כיון דקדושיו אינו רק מדרבנן, מה נפ"מ בין קרוב לה למע"מ, וכתב ע"ז לישב קושיא זו דלשיטת הרמב"ם ג"כ בע"כ אינו גזל מה"ת ע"י הפקר בי"ד, ויהי' הפקר זה כנכסי עכו"ם שכ' בס' יראים דלא נפיק בזה ידי לולב שאינו שלו, וכ"כ בהפקר בי"ד רשאי לאוכלו ולהשתמש בו ואינו נעשה שלו, ולענין חצר סגי שיהי' לה רשותה, וע"י הפקר בי"ד הוי רשותה מה"ת ומהני גם לקדושי תורה זה תו"ד שם, ולענ"ד כל דברי' תמוהים בזה, דהנה מה שדמה זה לנכסי עכו"ם לשיטת ס' יראים זה ודאי תמוה, דלמ"ד גזל נכרי מותר הוא רק דליכא איסור גזל, אבל קנין העכו"ם לא פקע כלל, וכמו שנתבאר ענין זה בפרקים הקודמים, דכללי הזכיות והקנינים ודיני איסור והיתר הם ענינים נפרדים, ומשו"ה אם משתמש בנכסי עכו"ם אף שפוגע בקנין זרים, אבל התורה לא אסרה זה למ"ד גזל עכו"ם מותר, אבל בקנין דרבנן לא שייך לומר כן

דהפקר בי"ד יהי היתר בי"ד, דזה אי אפשר שיתירו בי"ד מה שאסרה תורה, אם לא למ"ד יש כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת בקום ועשה, אלא ודאי ענין הפקר בי"ד הוא הפקעת קנין וממילא לא יהי בזה ענין גזל, דאינו פוגע בקנין של אחרים, וזה פשוט וברור, ועלינו לברר אופן ההפקעה שעשו חכמים, והנה הדרך הסלולה הוא כמש"כ לעיל, דלאו כל התקנות בחדא מחתא הן, וכמו שהבאנו דברי הרשב"א ז"ל שכ' לענין השמטת כספים דכל היכא שעשו תקנה לגבות ולזכות דבר שאינו תחת רשות הזוכה, אז מוכח שהשתמשו בכחם להקנות מזה לזה, ובדבר שהוא תחת רשות הזוכה די להם להשתמש בכח הפקעה לחוד, וממילא יזכה הזוכה אם בר קנין הוא, ולפי"ז ניחזי אנן מהא דתקנו שד' אמות של אדם קונות לו ברה"ר, איך עשו שתעמוד תקנתם ולא יפגעו נגד דין התורה, והנה שיטת הר"ן שהקנו לו המקום, ונראה בכונתו דבכה"ג הם השתמשו בכח הקנאתם, דלא סגי בהפקר לחוד, דהעומד אינו מכון לזכות בקרקע ע"י עמידתו, וקנין בלי כונה לא מהני אם לא בדעת אחרת מקנה, וממילא הוי כחצירו, ומשו"ה מהני ד"א וגם ק' אמות שתקנו כשהיא יכולה לשומרו, ובנידון זה י"ל דגם הרמב"ם סובר כן, דכבר כתבנו לעיל, דעל היכולת שביד חכמים כו"ע לא פליגי וכמו שהבאנו מה דאמרינן בגיטין דאף לחייב כרת מועלת הקנאת חכמים, ורק תלוי בזה להתבונן על עיקר שתקנו אם בכללות התקנה הוצרכו להקנות או להפקיר, או דסגי בנתינת רשות השתמשות לחוד, והנה לענין תקנת מריש י"ל דבע"כ עשו חז"ל איזה זכות וקנין לגזלן בגוף הגזילה, דאל"ה איך נפטר ממצות עשה של והשיב את הגזילה, שמה"ת מחויב להשיב את הגזילה עצמה כשהיא בעין, וכשנפטר מדין השבה מחמת איזה קנין וזכות שיש לו בודאי נקנה לו הדבר לגמרי, דאין לך שנוי גדול מזה, ומשו"ה בגזל עצים וסכך בהם לכו"ע יוצא בהם מצות סוכה גם לר"א דמצריך במצות סוכה משלו כאתרוג, ועי' בא"מ סי' כ"ח סקל"ג שעמד ע"ז ולדברינו ניחא, ובתקנת ד' אמות ודאי ג"כ שהוצרכו לעשות הקנאה להעומד שם, דאל"ה במה יעכב את אחרים ולהוציא מידם אם יטלו ממנו קודם שהגביה הוא, והנה מהרמב"ן ז"ל נראה להדיא שהיתה התקנה על הדבר הנקנה והקנו להעומד שם את הדבר ההוא שיהי' שלו, ואם יטול אחר יהי' גזל של תורה, ומשו"ה הוקשה לו מה יעשו בשטר גט, דאם יקנו להאשה אין זה גט, דהרי לא מהני קנין אחר בגט וגם אינו ע"י הבעל, וכמו שכתב בס' אבני מלואים בזה לפרש בטוב טעם ההבדל שבין שיטת הר"ן לשיטת הרמב"ם ומשו"ה הוצרך לפרש דמהני בגטמשום דאפקעינהו לקדושין מיני' דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ולענין קדושין כתב הא"מ לפרש שהוא דוקא בקדושי כסף ולא בשטר יעו"ש ומש"כ לפרש לשיטת הרמב"ם דסגי שיהי' לו רשות להשתמש ברה"ר, דבר' תמוהים דלענין חצר בעינן שיהי' לקונה זכות ושיעבוד לכה"פ כשכירות ושאלה, אבל רשות השתמשות לא מהני כלום, ובפרט ברה"ר דבלא"ה כל אדם יש לו רשות להשתמש, אבל באמת כבר כתבנו דגם להרמב"ם היכא שהוצרכו חכמים לעשות קנין גמור מה"ת, גם הוא מודה דמהני לכל דבר תורה, אלא דסובר דבדבר שהוא ת"י, לא הוצרכו להפקיע לגמרי קנין הבעלים, ולפי"ז י"ל דהרמב"ם מפרש כהר"ן דחכמים הקנו להעומד את מקום, ד' אמות שיהי' חצירו מה"ת, ובדין מכירה בכסף שתקנו חכמים לעקרו, ונשאר הדבר אצל המוכר עפ"י תקנת חכמים, דסובר הרמב"ם דאם היתה פרתו של כהן אינו מאכילה תרומה, וכן בקנין של פעוטות דסובר הרמב"ם דאם החזיר הקטן



את האתרוג שאינו יוצא בו ידי מצות אתרוג, הוא דסובר דבתקנות אלו די הי' להם לחכמים להקנות להזוכה זכות השתמשות כדי שלא יהי' גזל מה"ת, ולענין אכילת תרומה בעינן קנין כספו, וזכות של השתמשות לא משהו לי' לקנין כספו ומכש"כ דלא מהני לענין אתרוג: והנה בדין זכין לקטן אם נאמר דגם בדעת אחרת מקנה הוא מזרובנן, בע"כ שהקטן זוכה איזו זכי' מה"ת, דאל"ה הוי גזל אצל הקטן, וגם איך יכופו להבעלים אם ירצו לתפוס מן הקטן שיחזיר להקטן, וכבר כתבנו דבכה"ג לא יועיל אם יפקירו, דע"י הפקר ודאי אין הקטן זוכה מה"ת ולכן הדבר ברור דבכה"ג ודאי עשו חכמים הקנאה לקטן, והנה אף שיש לדון דלפי"מ שכתבנו לעיל דבדבר דלא מהני הקנאה כגון בחוב של מלוה ע"פ גם בי"ד אין יכולים להקנות.

מה"ת, דלכאורה לפי"ז יש לדון כיון דאין הקטן קונה מה"ת אף ע"י דעת אחרת מקנה, כ"כ לא יקנה מה"ת אם בי"ד מקנים לו, אבל הדברים מסתברים לומר דשאני הקנאת בי"ד מהקנאת בעלים, דהבעלים מקנים ע"י מעשה קנין וכל מעשה קנין הוא ענין הוצאה מרשות לרשות, בזה גרע כח הקטן דאין לו רשות, וגם יש מקום לומר דגם הנך דסברי דקטן אינו קונה מה"ת היכא שד"א מקנה לו הוא רק בקנין הנעשה ע"י הקטן, כמו משיכה, הגבהה, חצר, וחזקה וכל כה"ג, אבל היכא שאי"צ מעשה מצד הקונה כגון בכסף ע"י אחרים, י"ל דלכו"ע קטן קונה מה"ת, וכמו דמהני לריב"ב אם מנחיל לקטן, אבל עכ"פ נראה לענ"ד דקטן קונה מה"ת ע"י הקנאת בי"ד, אבל אופן ההקנאה שהקנו חכמים י"ל דסגי בזכות גרידא שיקנה הקטן זכות השתמשות לאכול ולכלות את הגוף כפי כח השתמשות שיש לאדם לעשות בשלו, ובזה יתקים שפיר תקנתם שתקנו זכי' לקטן, אבל אי"צ לזה שיקנו לקטן קנין גמור, ובזה יתישבו דברי הרשב"א בחי' לגיטין שהבאנו לעיל שכ' להוכיח כפ' התקבל מהא דאומר לבני' הקטנים הא לכם כסף ופדו בהם מע"ש שלי בלי חומש, דקטן יש לו זכי' מה"ת, דאל"כ אין פודים אלא משל אב והי' להם להוסיף חומש, שכבר הבאנו מה שתמה על דבריו בס' שעה"מ דהלא בדיבור זה כתב הרשב"א דהא דאמרינן בסוכה דלא לקני איניש לולבא לינוקא מיירי בשלא הגיע לפעוטות, דבהגיע לפעוטות מתנתו מתנה, דמוכח דקנין דרבנן מועיל לשל תורה, ועפימש"כ ניהא דסובר הרשב"א דעכ"פ איכא הפקר בי"ד שיוכל הזוכה לעשות כל חפצו, וממילא בשהגיע לפעוטות ואיכא הפקר בי"ד וממילא יכול הזוכה שהוא גדול ובר קנין לזכות ולקנות קנין גמור מה"ת, אבל התם לענין פדיון מעשר שהזוכה הוא קטן, והפקר בי"ד לא יועיל בזה, אם לא שנאמר דעשו הקנאה לקטן, וענין ההקנאה סגיא שיזכה הקטן זכות השתמשות לבד, ובכה"ג ישאר הכסף של האב, רק שיש כח להקטן להקדיש כסף של אב למע"ש, וי"ל דעדיין יש בזה חיוב מע"ש כיון דהפירות של האב וגם הכסף הוא של האב, אף שהקטן מקדישם לא נפקע מזה דין חיוב חומש.

כנלענ"ד לישיב דברי הרשב"א: עוד נ"ל דיש מקום לומר דכונת הרשב"א עפ"י מה שכתבנו לדון דכמו שאין ביד בי"ד להקנות דבר שאינו בר קנין, כ"כ יש מקום לומר דאם קטן אינו בר זכי' מה"ת ע"י ד"א מקנה, כ"כ לא יקנה מה"ת ע"י הקנאת בי"ד כיון שאינו בר זכי' בממון ע"י קניות והקנאות, ומשו"ה הוכיח הרשב"א מהא דמהני לפדיון מע"ש, דזכית קטן בממון הוא מה"ת היינו דאם גדול מקנה לקטן הוא מה"ת ושוב אין נפ"מ באיזה אופן הוא קונה מה"ת אם הקנאת הבעלים מועילים בזה או הקנאת בי"ד,

אבל עכ"פ מוכח דנעשה של קטן מה"ת דאל"כ איך מהני לפדיון מע"ש ולהפטר בלי חומש, ובקטן שהגיע לפעוטות שמקנה לגדול הוא דבר פשוט להרשב"א דעכ"פ הוי הפקר מה"ת והגדול ממילא זוכה מה"ת אבל בגדול שמקנה לקטן יש מקום לדון דאינו קונה מה"ת בשום אופן, לזה הוכיח דעכ"פ קונה מה"ת, וממילא כ"כ בכל דוכתא כה"ג יהני גם לשל תורה וגם זה נכון הוא: ומה שהקשה בס' אבני מלואים מהא דרצה הש"ס ביבמות פ' אלמנה ד' ס"ז ע"ב לאוקמי דבת מאכלת את העבדים בנכסים מועטים ולא חיישינן לעובר משום דתקנו חכמים לאפוקי הנכסים מן הבנים, דמוכח מזה דקנין דרבנן מהני לדאורייתא, וזה ודאי נגד שיטת הרמב"ם דלענין אכילת תרומה בעבדים בעינן קנין כספו ממש, וכמש"כ התוס' ריש אלמנה דגם למ"ד ק"פ כקהג"ד ג"כ לא מהני הבאנו דבריהם לעיל בפ"ו אבל נלענ"ד כיון דבלא"ה דחה הש"ס אוקימתא זו דפריך התם מהא דאר"י יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטים מה שמכרו מכרו, היינו דנכסים מועטים לאו דבנות נינהו דגם מדרבנן לא עשו שלהם, רק זכות לזון מהנכסים, ולולא זאת הי' אפשר לאוקמי מה דבת מאכלת בנכסים מועטים, הוא בתרומה דרבנן, וכמו דמפרשינן מה דהעיד ר"י ב"ג על הקטנה שנשאת שאוכלת בתרומה, בגיטין ד' נ"ו ע"א, יעו"ש ברש"י ותוס' וכן מתרצינן במס' יבמות ד' צ' בהא דתניא התם בקטנה ואוכלת בגינן תרומה, דלמ"ד אין כח ביד חכמים לעקור דבר מה"ת, מפרשינן בתרומה דרבנן יעו"ש ומשו"ה פריך הש"ס דעדיפא מיני', דהלא גם מדרבנן לא הקנו בנכסים מועטים להבנות, ורק זכות מזונות תקנו להם ולא קנין: והנה נתבאר לנו לשיטת הרמב"ם דאם יש לכהן בפרה קנין דרבנן, שמה"ת ודאי יש לו זכות להשתמש בה ולעשות בה כל חפצו, לשחוט ולאכול ולמכור כאדם העושה בתוך שלו, ומ"מ אסור לו להאכילה תרומה דלא הוי כקנין כספו, כיון דלא הוי קנין גמור, רק זכות ויכולת על כל תשמיש שישתמש, אף דבבהמה לענין אכילת תרומה לא בעינן קנין הגוף ממש, וכמו שהוכחנו מסוגית הש"ס דע"ז ד' ט"ו שהבאנו לעיל, דמפורש שם דאם שכירות קניא מאכילה בתרומה כהן ששכר פרה מישראל, ומזה מוכח לשיטתו דזכות ויכולת להשתמש, אף שבפועל זכות השתמשות זה עדיף הרבה מזכות שאלה ושכירות, דבשאלה ושכירות אין לו רק זכות מלאכה, ובקנין דרבנן יש לו זכות מה"ת לאכלה ולאבדה ולהנות מכל הגוף, אבל כיון שמה"ת אינו קנין רק זכות לא חשוב קנין כספו, ובשאלה ושכירות אם קניא חשוב קנין כספו, דעל פרט של מלאכה יש לו קנין, ורק אם שכירות לא קניא הוא רק בגדר זכות למלאכה, אבל אם קניא הוא קנין גמור על פרטים שהשאל והשכיר לו, לפי"ז נלענ"ד דגם מה שזוכה כהן בפרה ע"י דין המע"ה שיש לו כח וזכות לעשות בה כל חפצו כאדם העושה בתוך שלו וחשוב כממונו לענין מעשר, לא יועיל זה לענין אכילת תרומה, דזה כענין קדושה הבאה מאלי' שתלוי בקנין האמתי, ואם קמי שמיא גליא שהיא קנוי' לישראל אינו כקנין כספו של הכהן, דמה שזוכה עפ"י משפט התורה מדין המע"ה הוא רק בפועל להשתמש, אבל אין כאן קנין ממש, ולא עדיף כח זכות השתמשות זה מכח והזכות שזוכה מה"ת ע"י קנין דרבנן וכן יהי' הדין לענין שביתת בהמה בשבת דאם קנה ישראל בהמה בקנין שהוא ספק שמדין משפט ממון תשאר ביד הבעלים הראשונים, מ"מ מחויב הישראל להשתדל שלא תעשה מלאכה בשבת, דדין שביתת בהמה ואכילת תרומה שוה בזה, כמו דמוכח בסוגית הש"ס דע"ז הנ"ל, וע"כ מש"כ המשנה ברורה להלכה

בשם ת"ש דאם קנה מנכרי בכסף לחוד או להיפוך דהוא עומד בספק איסור תורה לענין שבינת בהמתו, הדברים נכונים להלכה כמש"כ: פרק י גרסינן במס' יבמות ד' ל"ז ע"ב ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי מיתנא ספק אמר אנא בר מיתנא הוא ונכסי דידי הוא ויבם אמר את בראי דידי את ולית לך ולא מידי בנכסי הוי ממון המוטל בספק וממון המוטל בספק חולקין, וכו' ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם גופי', אמרי לי' אייתי ראי' דאחונא את ושקול, ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא בני יבם אמרי אייתי ראי' דאחונא את ושקול אמר להו ספק מה נפשיכו אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדיכו ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכן בהדאי, ר' אבא אמר רב קם דינא ר' ירמי' אמר הדר דינא, לימא בפלוגתא דאדמון ורבנן קמיפלגי.

דתנן מי שהלך למדינת הים ואבדה לו דרך שדהו, אדמון אומר ילך בקצרה, וחכ"א יקח לו דרך במאה מנה או יפרח באויר, והוינן בה לרבנן שפיר קאמר אדמון ואמר ר"י אמר רב הב"ע כגון שהקיפיה ארבעה בני אדם מארבע רוחות, א"ה מ"ט דאדמון ואמר רבא בארבעה דאתו מכח ארבעה וארבעה דאתו מכח חד כו"ע לא פליגי דמצו מדחו לי', כי פליגי בחד דאתא מכח ארבעה אדמון סבר דמצי אמר דמ"מ דרכי גבך הוא ורבנן סברי דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדיהו, לימא ר' אבא דאמר כרבנן ור' ירמי' דאמר כאדמון, אמר לך ר' אבא אנא דאמרי אפי' כאדמון ע"כ לא קאמר אדמון התם אלא משום דא"ל מ"מ נ דרכי גבך הוא, אבל הכא מי איכא למימר הכי, ור' ירמי' אמר לך אנא דאמרי אפילו לרבנן, ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא משום דא"ל אי שתקת שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו ולא מצית לאשתעויי דינא בהדיהו, אבל הכא מי איכא למימר הכי עכ"ל הש"ס: וכתב בס' תה"ד סי' ש"ו הובא בט"ז חו"מ סי' רס"ח וז"ל ונראה הטעם דודאי הסברא היא לעולם דשקיל הספק ממ"נ, אלא היכא דכבר פליג עפ"י הדין אסח דעת' מיני' ונתיאש מאותו חלק דשקיל יבם ונעשה כממונו עכ"ל.

ועפ"י פסק הת"ה לענין ספק של סחורה בזול אם קונה חצירו או לא היכא דתובע לו בממ"נ, שאם נפסק הדין על התביעה הא' כבר אבד זכות' מיני' משום דנתיאש הובא שיטתו ברמ"א בחו"מ סי' רס"ח, והש"ך שם סק"ז חולק ע"ז עפ"י מש"כ בספרו תקפו כהן לחלוק על הת"ה דאין חילוק בין אם נפסק הדין או לא, דבפלוגתא דאדמון וחכמים בבא ממדינת הים שלא היתה העמדה בדין, והש"ס מביא ע"ז פלוגתא דר' אבא ור' ירמי', ושיטת הש"ך היא דהא דסובר ר' אבא קם דינא הוא משום דאתא מכח ד' דלא מצי לאשתעויי דינא בהדיהו, דבתרי גברי לא אמרינן ממ"נ, ור' ירמי' סובר כיון דמ"מ איכא על הנכסים ממ"נ, ובס' קונטרס הספיקות כלל ו' סי' י"ג הביא ראי' לשיטת הש"ך מדברי הטור ח"מ סי' ר' לענין כליו של לוקח ברשות מוכר וכן להיפוך דהוי ספק אם בטלו הכלים לגבי הרשות או לא, וכתב הטור ז"ל וכתב הרמ"ה כיון דתרווייהו ספיקי נינהו אי איתרמי תרווייהו גבי חד לוקח וחד מוכר חד כליו של לוקח ברשות מוכר וחד כליו של מוכר ברשות לוקח, דינא הוא דאתי לוקח עליו בממ"נ, עכ"ל.

ומדלא חלקו הרמ"ה והטור דהיכא דעמד בדין במכירה הראשונה דתו לא מצי למיתיעליו בממ"נ, משמע דס"ל דאין לחלק בכך, ועל סברת הת"ה דכתב דבעמד בדין כבר אסח דעתו ונתיאש, כתב האו"ת דא"כ בקטנים דלאו בני מחילה נינהו לא מהני יאוש, ובקוה"ס כתב דלא מהני יאוש משום דהוי כיאוש שלא מדעת יעו"ש: וכתב הש"ך בספרו ת"כ הובא בס' קוה"ס להוכיח דעיקר החלוק בין חד גברא לתרי גברי הוא, מהא דאמרינן במס' בכורות ד' מ"ט בשני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחת שיצא שט"ח על אחד מהם ואין ידוע מי הוא הבע"ח, דכ"א מצי מדחי לי', ואח"כ לקח יוסף בן שמעון אחד שדה מיוסף בן שמעון חבירו דאמר ר' ירמיה דיקול לגבות ממנו בממ"נ, אי מטעם שיעבוד דידי' או משום שעבוד דחברי', ורבא פליג דטעם דנכסי' דבר איניש אינון ערבין בי' ותנן המלוה את חבירו ע"י ערב לא יתבע מן הערב תחילה וקיי"ל כרבא, אלא דכל דאתי מכח תרי גברי לא אמרינן ממ"נ דקיי"ל כרבא, דר' ירמיה לשיטתו דסובר גם בספק ובני יבם דהדר דינא, דגם בתרי גברי אמרינן ממ"נ, ואנן נקטינן להלכה כר' אבא ורבא זהו תו"ד, אבל דבריו תמוהים מאד כמו שתמהו עליו האו"ת והקוה"ס דאדרבה מהגמ' מוכח להיפוך דהלא רבא אומר מפורש דבדין שעבוד הוא דוקא, דכל דלא מצי לתבוע את הלוחה אין גובים מן הערב, אבל בהאי דספק ובני יבם דתובע מה שיש לו בממ"נ חלק בגוף הנכסים לא שייך סברת רבא, והש"ך בעצמו כתב שם שאם יב"ש גזל שדה מאחר ויש עדים בדבר אלא שאינם יודעים איזה יב"ש ואח"כ מכר יב"ש כל שדותיו ליב"ש חבירו, דהדר הנגזל וטורף הימנו שדה אחת בממ"נ, ובקוה"ס העלה דברי הש"ך בתימה, ומסיק דעיקר הטעם בדין זה של ר' אבא דאמרינן קם דינא, הוא כמש"כ הנ"י בפ' החלוץ אחר שהביא שם על הא דאמרו בגמ' מהדרנא שטרא למרייהו שהקשו הראשונים ז"ל דאעפ"י שיכול להפסיד לו למחר אין להם לחכמים לדון אלא במקומם ושעתם מסיק וז"ל לפיכך פרשו הם ז"ל דמהדרנא שטרא למרי' לא נאמר רק ליפות טענתו, וה"ק דכיון דאתי מכח ד' שהפסיד זכותו עמהם כדאמרן, הרי נכנס הוא במקומם לגמרי וכאילו החזיר להם שטרותיהם ודן זה עמהם וזכו בדין דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, בין מה שהוא שלו ודאי בין מה שזכה בו מחמת הספק יעו"ש.

ועפ"י ז' מסיק בקוה"ס דגם בדין שכ' הש"ך לענין אם גזל יב"ש דטורף שדה אחת בממ"נ שלא כדברי הש"ך אלא כיון דבתרי גברא הוא והוא בא מכח גברא דלא מצי לאשתעווי דינא בהדייהו דלא אמרינן בזה ממ"נ, ועיי"ש דמסיק כן להלכה, והא דקשה ממס' בכורות הנ"ל כתב לתרץ דרבא לטעמ' דר' ירמיה פריך, דר' ירמיה סובר דהדר דינא בספק ובני יבם ומשו"ה מקשי' לי' דגם לדידך בשעבוד שאני דאין גובים מן הערב אם לא יכול לתבוע את הלוחה יעו"ש: ובס' נתיבות המשפט בסי' קמ"ח ובכללי תפיסה בסוף הקונטרס תמה מאד על ענין זה וכתב לדבר ברור שהדין עם הש"ך דלענין אם זוכה ע"י שאין ידוע לבי"ד לא שייך מה מכר ראשון לשני דהא אין אדם מוכר דבר שאינו שלו ובחזקת מ"ק עומד ולא יחלוק בזה כ"א המתעקש ואוהב עול, ועפ"י ז' כתב דרק היכא דהוי מילתא דלא עבידא לגלויי דשייך בי' יאוש ובהיתירא אתא לידי' כמו בספק ויבם קונה מדין יאוש, ובכללי דיני תפיסה כתב, עפ"י ז' לפרש שיטת הש"ך דמחלק בין חד גברא לתרי גברי, דבחד גברא אף שקנה מדין יאוש עכ"פ חייב בדמים, כמו דאמרינן בב"ב ד' מ"ג

מדמי מי מיאש, ובתר גברי דעל הדמים אינו חייב השני רק מדין ערב וכיון דמלוה לא מצי גבי לא מצי לגבות מן הערב יעו"ש.

ובדין חד דאתא מכח ארבעה באבידת הדרך כתב לפרש דהוי זכותי' רק בדרך שעבוד שעיקר זכותו על בעל השדה וזכותו בשדה הוא בגדר שעבוד נכסים, ומשו"ה דומה דין זה לדין האמור בבכורות דלא יתבע מן הערב תחילה יעו"ש. וכל דבריו אינם מסתברים כלל לענ"ד דאם נימא דבאבדה לו דרך שדהו דפליגי אדמון וחכמים הוא מישך שייך לסוגיא דבכורות איך תלה הש"ס פלוגתא זו לפלוגתא דר' אבא ור' ירמי' בספק ובני יבם, וגם מש"כ לפרש החילוק בין חד גברא לתרי גברי הוא משום חיוב דמים, הוא דבר זר ותמוה, דרק בגזילה ממש שייך חיוב דמים, אבל לא בנידון כזה, ובס' גליא מסכת סי' ה' ו' האריך מאד בענין זה ורוצה לפרש שם ענין חדש דפליגי אדמון וחכמים בסברא זו אם מתערב בהמה בתוך בהמות של חבירו וכדומה אם חייב ליתן לו בהמה דוקא או יכול לסלקו בדמים, יעו"ש שמתרץ כל הדקדוקים הנופלים בסוגיא זו עפ"י דרכו בזה, והנה אף כי דברי' המה בעיון ובפלפול נכון, אבל לענ"ד גם זה רחוק ממרכז האמת, ומדברי הראשונים ז"ל משמע שהסוגיא פשוטה היא: ונלענ"ד לפרש הלכה זו עפ"י הכללים שבארנו בדין ספק ממון, דכיון דבכל ספק ממון איכא ספק איסור גזל ואיך אפשר שיתירו בי ספק גזל, אלא ודאי שכן הוא דין התורה שלענין הנהגה בפועל יזכה בחפץ המסופק המוחזק הראשון או שיהי' דין כל דאלים גבר או שיחלוקו, וזכיות אלו ודאי זכיות ממש הם, שאל"כ משתמש בשל אחרים ועושה גזל, וכיון שכן הוא משפט התורה בכללי משפטי דיני הממונות, לא גרע זכות זה משאר דיני הזכיות שאמרה תורה שהאדם זוכה בהם, אמנם כיון שדין זה הוא רק לענין ההנהגה כ"ז שהדבר בספק, ואם יבוא אליהו ויברר האמת אז הדרי נכסי למרייהו, דקנין הבעלים לא נפקע מחמת הדין הנהוג בפועל, וכמו שבארנו בפרקים הקודמים, שענין זה הוא כלול במה דמסיק הש"ס בסוגיא דתקפו כהן דקדושה הבאה מאלי' שאני, דמה שאינו שייך לדין השתמשות נשאר לכל עניני התורה הספק כמו שהוא, ולפי"ז הי' ראוי לומר דזכות זה מה שאדם זוכה בכלול או פלגא אינה זכי' עולמית, אלא כל שעה, ושעה זוכה ומשתמש מחמת הספק, וכל שעה שעדיין הספק במקומו עומד יכול להשתמש, וכשמתברר הדבר אז אם הדבר עדיין בעין הוא חוזר לבעליו, אבל גמלאחר שמתברר אינו בטל זכותו למפרע, דהרי מ"מ מעיקרא לא הי' ידוע והי' אז הדין להתנהג כן, ואף דמסתבר לומר דלאחר הבירור מחויב לשלם מה שנהנה או חסר מן הדבר אם נתברר שהדבר אינו שלו, אבל גם דין זה אינו כמו שנתגלה הדבר למפרע שבטעות היתה הנהגה זו, אלא שדין זה של תשלומים ג"כ חל מכאן ולהבא לשלם בעד שנהנה מעיקרא, והרבה ענינים כיוצא בזה מצינו בש"ס דאמרינן שחל למפרע ובאמת הוא הענין שמכאן ולהבא חל הדין לדון למפרע: והנה מי שזכה בחפץ מחמת דין ספק שהי' משתמש בחפץ כבעלים גמורים דאמרינן בסוגיא דתקפו כהן שיכול לעשר מעשר בהמה בתורת ודאי כ"כ יכול למכור לאחר מכירה גמורה ודאית, ומה שהלוקח משתמש בחפץ בתור בעלים ודאים יש לדון בזה משני צדדים, צד אחד הוא מחמת עצמו, היינו דכמו שהמוכר זכה מחמת ספק להיות לבעלים ודאים, כ"כ הלוקח הבא מחמתו הוא כודאי מחמת דין הספק, ומצד שני יש לדון שהלוקח נעשה כבעלים ודאים מחמת שהמוכר שבידו הי' הכח להקדיש ולהקנות הקנה לו ועשהו

לבעלים ודאים, ולפי"ז באבידת הדרך בחד דאתא מכח ארבעה דפליגי אדמון ורבנן, דאדמון סבר דילך בקצרה דמצי א"ל מ"מ דרכי גבך הוא, ורבנן סברי דכיון דאתא מכח ד' שהם זכו כ"א דרך זה בתורת ודאי מחמת הספק והם הקנוהו לו כ"א מה שזכה, היינו דכו"ע סברי דבחד גברא אם נתברר דיש לו דרך ממ"נ אף שעל כל שדה בפ"ע הוא ספק אבל כיון דבכלל הוברר הדבר שאצלו נמצא הדרך יכול לברור איזה שירצה מחמת שהוא מוחזק אבל עכ"פ עליו ליתן לו דרך בשדה אחת, דלפי"ז הלוקח עצמו אינו יכול לזכות מחמת עצמו בארבע שדות אלו שלא ליתן כלום, ורק מחמת המוכרים שהם זכו כבר כ"א בשדהו שיהי' בעלים גמורים להקנות כ"א שדהו בלי שום שיור וזכות לתובע עליהם, ומה שנתברר עכשיו ביד הלוקח שמ"מ דרך יש לתובע אצלו הוא ע"י הצטרפות ע"י שקנה כל השדות מארבעה מוכרים ע"כ יש לומר דבסברא זו פליגי אדמון וחכמים אם זכי' זו שזוכה מחמת ספק היא זכי' מוחלטת עכשיו על כל הזמן שיהי' הספק, או שזכי' זו היא בכל שעה ושעה שהספק עומד, וכל שעה ושעה שמתקים הספק הוא זוכה זכי' ודאית, אבל אינו זוכה מעכשיו על זמן דלהבא, דאדמון סובר דמה שהלוקח ממנו הוא כבעלים ודאים אינו מחמת המוכר לו אלא הוא כח שלו דכל שעה ושעה שהספק מתקים יש לו זכי' ודאית, וכיון דאצלו נתחדש ענין התבררות ע"י ממ"נ בטלה זכותו מכאן ולהבא, דמה שזכה המוכר להיות לבעלים ודאים לא זכה על זמן דלהבא, ולא הי' יכול למוכר זכות זה שיהי' לבעלים ודאים לזמן העתיד, ורבנן סברי דמה שזוכה מחמת הספק הוא זכי' מוחלטת על כל זמן שיהי' הדבר בספק, וכמו דמצינו כעין זה הרבה מקומות בש"ס דהנה לדוגמא מה דאיתא בש"ס לענין אין איסור חל על איסור וכבת אחת חלים.

שניהם, והנה נקטינן דבתחילת הכנסת יום השבת או יוה"כ חל הדין על כל יום השבת ויוה"כ, ואם נדון לענין איסור שחל באמצע השבת אמרינן דאין האיסור החדש חל על איסור שבת הקדום, אף דבאמת האיסור שהוא מחמת גרמת שבת הוא איסור זמני שכל רגע של שבת גורמת הדין, דמה שאסור באמצע היום לעשות מלאכה הוא רק מחמת זמן ההוא שעכשיו הוא שבת ולא מחמת זמן הקדום, והי' ראוי לומר דבשעה שצריך לחול האיסור השני הוא איסור בבת אחת עם איסור שבת, ובאמת נקטינן דאיסור שבת קודם שכבר חל האיסור על כל יום השבת זה, ולא על שבת אחר, דכל שהדין נהוג מעכשיו על איזה זמן בלי הפסק חשבינן שעכשיו כבר חל על משך הזמן שימשך בלי הפסק, ורק על זמן של שבת שני תהי' חלות חדשה, כ"כ נאמר בנידון דידן דאף דכל שעה ושעה שהספק עומד הוא הגורם דין הזכי', מ"מ כיון דמשעה שנתחדשה סבת הספק עד זמן שיבורר הדבר יהי' נהוג זה עפ"י דין המשפטים שישתמש המוחזק בזה בתורת בעלים ודאים, חשבינן כאילו זכה עכשיו על כל המשך זמן זה, ולפי"ז אם מכר חפץ זה לאחר, שוב אי"צ הלוקח לזכות אח"כ בזכי' ודאית מחמת עצמו, ודי לו בזה שהמוכר שהי' לו זכות זה מכר לו ועשה אותו לבעלים על כל משך זמן הספק, וכיון דעל שדה ושדה בפ"ע לא נתברר גם עכשיו אם יש לתובע דרך בה, לא נפסק גם עכשיו כח הזכי' מה שזכה הלוקח ע"י המוכר: ואף דלכאורה גם בחד גברא אם זכה מתחילה בחפץ ראשון בזכי' ודאית מחמת ספק ואח"כ נתחדש עוד ספק ע"י עובדא חדשה שע"י הצטרפות ביחד יש לתובע זכות באחד מהם בממ"נ, כמו בעובדא דהרמ"ה שהביא הטור בס"ר' הבאנו לעיל

דבריו, אם נאמר שזכה בחפץ הא' זכי' על כל זמן של משך הספק אין כאן ממ"נ, דהרי בחפץ הא' זכה בתורת ודאי אף אם הוא אינו שלו באמת אם רק לא יבורר המציאות, והרי גם עכשיו לא נתברר על החפץ הא' כלום, ולפי"ז אין חילוק בין חד גברא לתרי גברי, אבל ביאור הענין הוא, דאף אם זכה מיד על כל משך הזמן, הוא מחמת ששערנו מעיקרא שגם בעתיד יהי' נמשך דין ספק ויהי' הדין שישתמש בתורת ודאי ומחמת זה הי' הדין מעיקרא שיהי' נחשב לבעלים על כל זמן משך הספק אבל לאח"ז שנשתנה הענין שנתחדש דין ממ"נ איגלאי מילתא למפרע שבטעות הי' חלות זה, ובכה"ג הוי איגלאי למפרע ממש, דמעיקרא ע"י חסרון ידיעה מה שיהי' בעתיד חשבנו שזכה מעיקרא על כל הזמן, ועכשיו נתגלה דאין כאן דין ספק, אלא, ממ"נ חפץ אחד הוא של התובע, ומשו"ה בחד גברא לא אמרינן קם דינא אף היכא דשני המקרים היו בזאח"ז, אבל בתרי גברי שאצל המוכר לא נשתנה הענין גם בזמן העתיד, דמה שנתחדש אצל הלוקח הוא ע"י הצטרפות מענין אחר מחמת הלוקח גופא, שע"ז נתגלה דיש לתובע אצלו זכות בממ"נ ונמצא דמה שהחלטנו מעיקרא שהי' למוכר זכותודאי על כל משך העתיד לא נשתנה הענין גם עכשיו, ומה שזכה זכי' ודאית הקנה ללוקח זה ועשהו לבעלים גמורים בתורת ודאי, וכיון דיש ללוקח זכי' ודאית בחפץ הא' ליכא לתבוע תביעת ממ"נ על הלוקח.

כנלענ"ד בביאור ענין זה בכללו, ועלינו לפרש עפ"י דרך זה ביאור הסוגיא והשקלא וטריא בזה ולפרש הפרטים בזה בס"ד: וכתבו בתוס' שם וז"ל אמר ר' אבא קם דינא דוקא בתר דפלג אבל מקמי דפלג לא. עכ"ל וכתב הריטב"א שם על ענין זה וז"ל ספק ובני יבם שבאו לחלוק בנכסי יבם לבתר דפלג יבם בנכסי מיתנא, הלשון מוכיח בפ' דדוקא בתר דפליג הוא עם הספק בנכסי מיתנא הוא דאיפליגו ר' אבא ור' ירמי', אבל אי לא פליג מודה ר' אבא לר' ירמי' דיכול ספק לומר אי אחוכון אנא הבו לי מנתא בהדייכו וכו' ויש מקשים דהא מדמה הא דר' אבא ור' ירמי' לההיא דאדמון וחכמים בחד דאתא מכח ד' והתם לא דן עמהם מעולם וכו' ונ"ל שזו אינה קושיא דהכא גבי יבם וספק שדינם בנכסים על הספק ומן הספק הם חולקים מפני שיד שניהם שוה כל כמה דלא פלגו על ספק זה אין לנו לומר קם דינא.

שיעמדו בני היבם במקום היבם, ודיינו לומר בתר דפלגו, אבל בההיא דהתם הד' ראשונים כל או"א קם בשלו והוא ודאי ומוחזק בשדהו וכאילו הדין כבר נפסק ועומד מהר סיני ומה צריך עוד לדין אחר, הא ודאי כמאן דפליג ודן עם התובע דמי וזה ברור. עכ"ל.

ועפ"י מש"כ יתבארו דברי הראשונים ז"ל בטוב טעם, דכיון דבאמת מה שע"י ספק זוכה זכי' ודאית מדין המע"ה או יחלוקו הוא ענין שכל שעה ושעה גורמת הדין כמש"כ ורק מחמת שהוא הנהגה בלי הפסק, חשבינן כאילו כבר זכה על כל הזמן שיבוא גם בעתיד, ומה"ט י"ל דרק היכא דכבר נפסק הדין חשבינן כאילו חל הדין עכשיו גם על זמן העתיד, אבל אם עדיין לא נפסק הדין ואפשר שיתפשו הבע"ד באופן אחר, עדיין לא נעשה כבעלים גמורים אף שהדין פסוק הוא עפ"י חכמים, דין זה אינו מועיל רק לשעת ההוה ולא על העתיד, ובכ"ז כתב הריטב"א דרק היכא דשניהם בספק זה שווים בחזקתם לא

נחשב כאילו כבר זכה כ"א בחלקו, אבל באבידת הדרך שכ"א מוחזק בשדהו הוי כאילו כבר נפסק הדין וזכה מעכשיו על כל משך הזמן שיהי' הספק וכשמוכרו מכירתם היא מכירה גמורה, וכ"ז מתבאר היטב כפשוטו ואין כאן שום רמז על ענין דין יאוש שכתב בס' ת"ה, או ענין הפקר בי"ד שכ' באו"ת והחילוק בין חד גברא לתרי גברי שכתב הש"ך הוא הדרך האמתי כמו שהבאנו דברי הנמ"י והריטב"א, דענין יאוש ודאי ליכא באבידת הדרך דהרי כ"א מכר שדהו קודם שבא בעל הדרך ממדינת הים דלא ידע מן אבידתו ואימתי זכו המוכרים מחמת יאוש, ע"כ העיקר בזה הוא כמו דמסיק בס' קוה"ס עפ"י הדרך שהורו לנו רבותינו הראשונים ז"ל וכמו שבארנו דבריהם: אמנם נלענ"ד דענין זה מה שזוכה מדין ספק הוא רק היכא שגם לבעלי הדינים עצמם הדבר בספק כמו בספק בכור וספק ויבם, וכדומה, דאז שייך לומר דכמו שהדין אצל בי"ד לפסוק המע"ה, כ"כ נוהג דין זה אצל הבע"ד עצמם, ומשו"ה אמרינן דזכו לאשתמש בחפץ זה עפ"י משפט התורה אבל היכא שהמוחזק יודע בעצמו שהחפץ הוא גזול אצלו, אלא שאין בי"ד יודעים לברר האמת, ודאי לא שייך לומר שזכה בדבר הגדול ע"י שמעלים האמת מבי"ד, ולכן בנידון שכתב הש"ך ביב"ש שגזל שדה מאחר ויש עדים בדבר אלא שאינם יודעים איזה יב"ש ואח"כ מכר יב"ש כל שדותיו ליב"ש חבירו הדין נותן שיטרוף הנגזל שדה אחת בממ"נ וכמו דפסק הש"ך דבכה"ג לא זכה כלום הגזלן וכשמכר מכר דבר שאינו שלו, וכ"כ אין ללוקח זכות ע"ז, ולכן מה שהוכיח בס' קוה"ס נגד הש"ך בדין זה דבריו תמוהים מאד, כיון שהעלה בטעמא דמילתא דקם דינא שהוא לא מחמת יאוש או הפקר בי"ד, אלא משום שזכה משורת הדין של המע"ה או יחלוקו איך שייך לומר שיזכה גזלן בגזילה ע"י שהעלים גזילתו מבי"ד ולפי"ז נלענ"ד ליישב מה דקשה על ענין זה מסוגית הש"ס דבכורות ד' מ"ח דעל הא דתנן שם במי שלא בכרה אשתו וילדה שני זכרים נותן ה' סלעים לכהן, מת האב והבנים קימים ר"מ אומר אם נתנו עד שלא חלקו נותנו ואם לאו פטורים, ר"י אומר נתחיבו הנכסים אמרינן בגמ' ע"ז איכא דמתני אסיפא ר"י אומר נתחיבו נכסים דמית אימת, אילימא דמית לאחר ל' מכלל דר"מ סבר כי חלקו פטורים הא אישתעבדו נכסי' אלא בתוך ל' כי חלקו אמאי מחיב ר' יהודא ליזיל לגבי האי ולידחי' וליזיל לגבי האי ולידחי', א"ר ירמי' זאת אומרת שני יב"ש שהיו בעיר אחת ולקח אחד מהם שדה מחבירו ב"ח גובה ממנו דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דיך קא שקילנא ואי בחברך מסיקנא משתעבדא לי מקמי דיך אמר רבא מכדי נכסי' דבר איניש אינון ערבין בי' מי איכא מידי דלדידי' לא מצי תבע לי ולערב מצי תבע לי וכו' ולפי"מ דנקטו הפוסקים להלכה כר' אבא דקם דינא וכרבנן דאדמון, ל"ל לרבא למימר משום דנכסי' דאיניש אינון ערבים בי' הו"ל לדחויי משום דבתרי גברי קם דינא, וקושיא זו הקשה בס' קוה"ס והש"ך עצמו הרגיש בקושיא זו ותרצה בדוחק כמו שהובא בס' קוה"ס ובקוה"ס כתב לתרץ דרבא דחה דברי ר"י לטעמי' דר' ירמי' דסובר בספק ובני יבם דהדר דינא וגם זה דחוק קצת, ולפימ"ש"כ הנה בנידון שרצה ר' ירמי' לחדש בשני יב"ש שלקח אחד שדה מחבירו דבע"ח גובה לא שייך דינא דקם דינא, משום דעפ"י רוב יודע הלוח האמתי שהוא חייב לבעל השטר ולא נפטר מן הדין מחמת הספק שיש לב"ד, וכיון שלא נפטר הלוח הרי לגבי הלוקח ממנו השדה איכא ממ"נ ולא מהני בזה ענין של קם דינא כלום, ורק מחמת דין ערבות יש לפוטרו כיון שמן הלוח לא מצי תבע, וגם בנוגע



לנידון האמור במשנה לענין חיוב חמשה סלעים שע"ז מתרץ ר' ירמי' דהתם כ"א מהבנים אינויודע כלום אם הוא הבכור או לא וגם כ"א פטור מדינא מחמת הספק דבכה"ג יש לדון מדין קם דינא אבל באמת גם בנידון זה לא שייך קם דינא דהרי קודם שחלקו ה' ראוי הכהן לגבות מן השותפות, וכמו דאמר ר' ירמי' אליבא דלישנא קמא, דשני יב"ש שלקחו שדה בשותפות שבע"ח חוזר וגובה אותה מהם דא"ל אי בדידך מסיקנא מנתא דידך קא שקילנא ואי בחברך מסיקנא מנתא דחברך קא שקילנא וכמו בלישנא קמא כ"כ בלישנא בתרא הוצרך רבא לדחות דברי ר' ירמיהו, בשיטת דין ערבות דהיכא דמן הלוח לא מצי תבע לא יתבע גם מנכסיו אף דאיכא ממ"ג, דבין בנוגע לתירוץ המשנה ובין בנוגע להזאת אומרת שחדש ר' ירמי' לא מצי רבא לדחות דבריו רק בהכלל דהנכסים הם כערבים, דהטעם קם דינא לא שייך על ענין האמור במשנה ולא על הענין שמביא ר' ירמי', ובאמת תמוהים בעיני מאד דברי הש"ך והקונה"ס שהקשו דהו"ל לרבא למידחי' דברי ר' ירמי' מטעם דאי שתקת ואי לא מהדרנא שטרא למרי', דהרי' דחי' כזאת שייך רק על הדין המחודש שהוכיח ר' ירמי' אבל בנוגע במה שרצה לתרץ המשנה לא נדחה בזה דשם לא שייך מהדרנא דאם יחזירו הנכסים למקום ודאי שלא יועילו בזה כלום דהרי ה' גובה משותפות כמו שאמר ר' ירמי' בלישנא קמא, ואם יחליפו שדותיהם עדיין כלקוחות הם, ועיקר מה שבא רבא לדחות דברי ר' ירמי' הוא במה שאמר לתרץ המשנה שע"ז הוצרך רבא לתרץ המשנה באופן אחר דפליגי ברב אסי ור"פ כמבואר שם, ולפימ"ש"כ ודאי ניחא דגם על הדין שחדש ר' ירמי' הוצרך רבא לדחות דברי' עפ"י הכלל דלא יתבע מן הערב תחילה, והוא דבר נכון ומסתבר בעזה"י: ועפ"י"ז נלענ"ד לפרש גם מה שרצה הש"ס שם לדחות דפלוגתא דר' אבא ור' ירמי' אינה תלוי' בפלוגתא דאדמון ורבנן דר"א אמר לך אנא דאמרי אפילו כאדמון, ע"כ לא קאמר אדמון התם אלא משום דא"ל ממ"ג דרכי גבך הוא אבל הכא מי איכא למימר הכי, וכתב רש"י דהתם איכא טענת ברי דידע מאי קתבע והכא בא עלי' מכח שתי טענות והריטב"א מבאר דברי רש"י ז"ל דשם הוי כתובע לחבירו מנה שנתערב לו במעותיו, והכא בשתי טענות הוא בא ואינו ברי בתביעתו מאיזה כח הוא בא אם יש לו אצלם בכולהו נכסי מנתא או פלגא בנכסי מיתנא אומר לו בכ"א מהם הבא ראי' עיי"ש.

דלפי קוצר דעתי גם ביאור הריטב"א אינו מספיק לי תן מושג נאמן בהאי חלוקא, הלא מ"מ יש לו חלק בנכסים אלו עפ"י מציאות האמתית וקנין שלו לא נפקע ולמה לא יגבה מחמת הממ"ג, ועפ"י"ז נלענ"ד לפרש דהנה דכמו שהחלטנו עפ"י סוגית הש"ס דתקפו כהן שמחמת דין המע"ה הוא זוכה להיות לבעלים גמורים כ"ז שיהי' הדבר בספק כ"כ אבדו הבעלים התובעים את כחם מן החפץ עד שיבורר או עד שיבוטל דין של המע"ה מן דין זה ובארנו דבחד גברא כשנתחדש בדינם שיש לתובע תביעה של ממ"ג כיון שבטל דין של המע"ה, דהרי ממ"ג יש לתובע' ממילא בטלה הזכי' הודאית שזכה הנתבע מעיקרא, ובתרי גברי תלוי אם עיקר זכות של הלוקח הוא רק מחמת עצמו אז דינו כמו בחד גברא, ואם יש לו הכח ע"י המקנה לא מהני הממ"ג כמש"כ, והנה באבידת הדרך יש לתובע תביעה על נכסי הלוקח מצד הנכסים עצמם שאי"צ לבוא מחמת הבעלים שמכרו לו, דהרי מ"מ דרכו גבי' הוא, ומשו"ה אף שאבד כח שליטתו על קנין הדרך בעוד שהי' השדות אצל ד', חזר עכשיו כחו כשמצא דרכו אצל אחד, וכיון שנתחדש כח

הבעלים האמתיים לא מהני כלום הקנאת הבעלים שהי' להם זכות מחמת הספק, אבל בספק ובני יבם גם עכשיו כח תביעתו של הספק הוא רק על ידי שתי טענות, שבכל טענה בפני עצמה הוא תביעת ספק, שאם בא עכשיו מחמת ממ"נ הוא ע"י טענות ספק שבאים מחמת שתי סבות או שהי' לו מעיקרא דין יורש בכל נכסי מיתנא אם בן המת הוא, שהוא בן היבם והוא יורש של היבם כמותם, שנמצא שהממ"נ שיש לו על הנכסים הוא מחמת הצטרפות המקרים וכח הדין שיש לו על בעלי הנכסים, ובכה"ג הדעת נוטה יותר לומר כיון שכבר זכה היבם בפלגא שוב א"י עתה לזכות מחמת הספק שמא לא זכה היבם: ונבאר דברינו ביתר ביאור, דכמו דבעינן סבה להזוכה שיזכה איזה דבר חדש, כ"כ בעינן סבה להתובע שעל ידה יופקע כחו בתביעתו הצודקת, והנה מה שהחלטנו למ"ד קם דינא שהבא מכח גברא דזכה כבר, היא הסבה הגורמת שיזכה גם הוא, אף דלגבי דידי' ליכא דין ספק, כ"כ עלינו לומר שזכי' שזכה מקודם הנתבע גרמה להתובע שיפסיד זכותי' גם עכשיו, ועל ענין זה של הפקעת הזכות של התובע מורגש החילוק שמחלק הש"ס אליבא דר' אבא מספק ובני יבם לאבידת הדרך, והוא דעפ"י הכלל של קם דינא שהוא שמדין המשפט של יחלוקו חשבינן כאילו זכה כ"א בפלגא בתורת ודאי עד שיבורר הספק של טענותיהם, והנה בספק ובני יבם גם עכשיו לא נתברר הספק הראשון, ואבד כחו מפלגא מנכסי המת כמו שאבד זכותו בעת שהי' דן עם היבם, וכיון שלא נתברר הספק לא הדר זכותו מה שנפקע מקודם עד משך זמן שלא יבורר הספק, אבל באבידת הדרך דלו יהא דיש להלוקח הזכות שהי' להמוכרים לו, אבל התובע לא אבד זכותו, דהרי סבת הפקעת זכותו מעיקרא הי' שלא הי' ידוע אצל מי מהבעלי שדות נמצא דרכו, ועתה מצא דרכו אצל איש ידוע, וכלה זמן הפקעת זכותו שהי' עד שימצא הדרך אצל איש ידוע, כללו של דבר דלגבי הנתבע מהני ענין של תרי גברי שהוא בא מכח איש שזכה זכות זה, אבל לגבי התובע בעינן עוד שנוכל לומר דגם לגבי דידי' עדיין לא נתברר הספק שגרם לאבד זכותו, ובספק ובני יבם הסבה שנפקע זכותו מפלגא מנכסי המת, גם עכשיו לא נתבטלה, דגם עכשיו אין ידוע אם יש לו זכות על כל נכסי המת, ובאבידת הדרך בטלה הסבה של הפקעת זכות התובע, דעיקר הספק הי' שלא הי' ידוע אצל מי נמצאת הדרך ועתה נודע הדבר אצל מי, ומשו"ה אומר לו ממ"נ דרכי גבך הוא, באופן שלפי דברינו גם לפי מה שרצה הש"ס לומר דר' אבא מחלק בין אבידת הדרך לבני יבם וספק, דינו של ר' אבא הוא ג"כ דוקא בתרי גברי, אבל בחזר גברא כמו בנידון האמור בטור חו"מ סי' ר' בשם הרמ"ה בדין ספק של לוקח ברשות מוכר שהבאנו לעיל, אף שתביעת התובע הוא ע"י שני מקרים שבכל אחד מהם הוא טענת ספק, שבכ"א ואחד יכול לומר לו הבא לי ראי', בכ"ז גובה אחד מחמת ממ"נ, דעכ"פ יש לו חפץ אחד אצלו, דליכא זכות לנתבע במה לזכות, דלגבי דידי' נתברר הספק, משא"כ בתרי גברי דהנתבע יש לו הזכות מן המוכר לו, ורק לגבי התובע לא מהני ענין זה של תרי גברי, היכא שתביעת התובע הוא מחמת עכשיו שתובע שעכשיו אין ספק בתביעתו, כמו שנתערב כספו בשל אחרים ומצא לבסוף היכן נמצא כסף זה.

כנלענ"ד לחומר הענין: וכן עלינו לפרש מה דאמרינן שם דר' ירמי' אמר לך אנא דאמרי אפי' לרבנן ע"כ לא קאמרי רבנן התם אלא משום דא"ל אי שתקת וכו' ואי לא מהדרנא שטרא למרייהו, דגם זה קשה להבין, דלפי"מ שכתב הריטב"א והנמ"י דעיקר הכלל בזה

משום דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, וטענת מהדרנא שטרא הוא רק לחזק טענתו להראות שאילו הי' אצל המוכרים לו, הי' המוכרים זוכים כ"א בשדהו, ולפי"ז גם בספק ויבם כן, ורק החילוק בין זה לזה הוא במה שבשדות יכול לעשות בפועל לחזור ולמכור להבעלים הראשונים, ובספק ויבם יכולים רק למכור לאנשים אחרים, כלומר למכור הנכסים שהי' של המת לאיש אחד והנכסים שהי' של היבם לאיש אחר, ובמה מוסיף כח ענין זה להנתבע, ולא מצאתי מי שיתעורר בזה, ועפימש"כ נלענ"ד דענין זה הוא לחלק בכח הזכות של הנתבע, שעיקר זכותו בכה"ג דאיכא ממ"נ הוא רק שכבר זכה ע"י הבעלים שהקנו לו על כל משך הזמן שלא יבורר הספק, ועפ"י מה שבארנו לעיל הנה באמת עיקר סבת הזכות שזוכה הנתבע בתורת ודאי מחמת הספק הוא כל שעה ושעה שהספק עומד מתקים הדין של המע"ה או יחלוקו, ורק כיון שלפי מצב ההוה עלינו לחשוב שיהי' הספק עומד גם בזמן העתיד, חשבינן כאילו כבר זכה עכשיו על כל הזמן, ומשו"ה כשמוכר לאחרים הוא מקנה להם גם הזכות של העתיד לבוא, והנה בענין ההקנאה שהקונה נעשה לבעלים על זמן העתיד, יש בזה ג"כ שתי הבחנות, עיקר הענין הוא באמת דבכל שעה שעומד הקונה בחזקתו הוא מחמת סבת ההקנאה דמעיקרא, שמעיקרא הקנה לו שיהי' לבעלים בכל שעה ושעה שיבוא בזמן העתיד, ועוד יש ענין בזה שמי שזוכה בחפץ בשעה אחת גוף ופירות אם לא נשאר לשום אדם זכות בזה, ממילא נשאר הקונה לבעלים לעולם, וכמו דמוכח ענין זה בריטב"א שכ' בשם הרא"ה בפ' המגרש שהוכיח ממגרש ליום אחד דאמרינן שם כיון דפסקה פסקה, יעו"ש, ובנידון זה של אבידת הדרך וכה"ג שהלוקח לא יכול לזכות בשל אחרים היכא דאיכא ממ"נ לא יועיל לו הכח שיש לכל לוקח עי"ז שזכה שעה אחת, וכמו שבארנו לעיל דע"י כח עצמו אינו יכול לעכב ת"י אם נתברר דממ"נ מעורב בנכסיו נכסים של התובע, ורק יכול לזכות ע"י הכח של הבחנה הראשונה שכתבנו, היינו שגם עכשיו הוא מחזיק בדבר זה ע"י כח הבעלים שהקנהו לו שעשהו לבעלים גם על זמן של עכשיו, וטענת מהדרנא היא להוכיח שאילו הי' עכשיו ביד המוכרים הי' זוכים בדינם גם עכשיו, היינו דמחמת זה מהני מה שעשהו לבעלים על זמן של עכשיו, ודבר זה שייך רק גבי לוקח ולא גבי יורש, דלגבי יורש ליכא כלל ענין של הבחנה הא' שכתבנו גבי לוקח, דהמוריש אינו מקנה להיורש, אלא יורש ממילא מה שזכה כבר המורישו, וחזקת הבעלים שיש להיורש לעולם בזמן העתיד הוא רק מחמת כיון שזכה מעיקרא לא נפסק כחו לעולם, אבל לא שייך הכא ענין זה דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו, ומשו"ה י"ל דבזה יכול ר' ירמי' לתרץ דבריו דבספק ובני יבם הדר דינא, כיון דאצלם נתחדש תביעת התובע בתורת ממ"נ, בטל דין של יחלוקו שהי' מחמת הספק, והדין אצלם כמו בחד גברא, דאם נתחדש ענין של ממ"נ חוזר התובע וזוכה, אבל בלוקח שזוכה מחמת המקנה ויכול לומר מהדרנא היינו שגם עכשיו מהני המכירה של המוכרים, שאילו הי' עכשיו בידם הי' כ"א זוכה וזכות זה הקנו לו גם על שעה של עכשיו: ובהא דפסק הטור בסי' ש"צ גבי כשכשה באמתה שהוא ספק קרן או רגל והזיקה בזאת"ז לאדם אחד פעם אחד ברה"ר ופעם שני ברשות הניזק דאזלינן בשניהם להקל ומשלם רק ח"נ, יעו"ש, שהקשו כולם על דבריו דהרי יכול לבוא עליו בממ"נ, אם הוא רגל ישלם נזק שלם בעד פעם שני, ואם הוא קרן ישלם שני חצאים כדין קרן, ומזה הוכיח התומים דגם בחד גברא אם כבר נפסק הדין

על המקרא הא' כבר נפטר וקם דינא כשיטת הת"ה שהובא ברמ"א סי' רס"ח, וכבר קדמו בזה הט"ז בסי' ש"צ והוסיף ביאור משום דכיון דהטור סובר דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה והוי כאילו נתבטל אותו החיוב לגמרי, ודומה לספק ובני יבם דאמרין קם דינא, ול"ק ממה דהביא הטור בסי' ר' בשם הרמ"ה לענין כליו של מוכר ברשות לוקח, דהרמ"ה סובר דמהני תפיסה בספיקא דדינא, וכיון דעדיין לא נסתלק לגמרי מדין הא' משו"ה אם נתחדש אח"כ דין הב' דאיכא ממ"נ גובה אחד בלי תפיסה יעו"ש.

אבל גם זה תמוה מאד איך סתם הטור בסי' ר' והביא דברי הרמ"ה ולא העיר כלום דלשיטת הר"י דפסק הטור כשיטתו דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא אינו גובה כלום, והנה"מ דחה ראית התומים וכתב דדין זה של ספק קרן ספק רגל דמיא לענין האמור בבכורות בשני יב"ש, דבתם ליכא שיעבוד הגוף וליכא ממ"נ לחיב את המזיק וכיון דליכא לזה ליכא ערב יעו"ש בכללי הלכות תפיסה ואין דבריו מובנים לי כלל, דהלא בתם ומועד גובה בממ"נמהפחות וכן בפקדון והלואה, ע"כ לענ"ד דברי הט"ז והתומים אין מחוורים בזה, ובע"כ עלינו לקבל מה שתמצו הב"ח והש"ך בסי' ש"צ דברי הטור הנ"ל, היינו די"ל דפעם אחד עושה בכונה להזיק ופעם אחר שלא בכונה, וכן משמע לשון הטור דאזלינן בשניהם להקל, דכשהזיקה ברה"ר תלינן שמא כאורחה ופטור וטעם שני בכונה וחייב ח"נ יעו"ש.

ושיטת הש"ך שדין קם דינא הוא רק בתרי גברי הוא שיטה המחוררת בזה, ורק מה שכתב לסייע לשיטתו מסוגית הש"ס דבכורות תמוה כמו שהבאנו לעיל דברי התומים והקונה"ס שתמהו בזה. ואחר הענין מצאתי איזה פתח לבאר דבריו, והוא דהנה בדינא דמס' בכורות בשני יב"ש שלקח אחד מחבירו ויצא עליהם שט"ח דאינו גובה משום דליכא לזה ליכא ערב, הקשו האחרונים מהא דפסק הרמ"א בסי' קכ"ט דאם הלזה כופר והערב יודע שהלזה חייב לשלם דחייב הערב, ובשני יב"ש שלוקח השדה יודע שהוא לא לזה וממילא יודע שיב"ש חבירו לזה ומ"מ אמרינן דפטור, ועי' בפ"ת ח"מ סי' קכ"ט סק"ו שהביא דבריהם דמסקו בקושיא, והנה בעיקר הענין דסוגיא הנ"ל אמרתי זה כבר בימי חרפי דבאמת מסתברין הדברים לומר דליכא לזה ליכא ערב לא שייך רק היכא דהלוה פטור לשלם, אבל אם נפטר בבי"ד מחמת שכופר בשקר מהראוי לומר שהערב חייב, כיון שגם הלזה חייב באמת, אכן בשטר היוצא על יב"ש שעכשיו אין ידוע מי הוא, י"ל דבכה"ג לא הוי כערב יודע, דבאמת מה שהדין להוציא ממון ע"י עדים אינו כידיעה של אנן סהדי אלא גזיה"כ הוא, דכיון דפסלה תורה קרובים לעדות אף משה ואהרן, מזה מוכח דהגדת עדים אינה כאנן סהדי, דהיכא דאיכא אנן סהדי אי"צ לדין עדות, ומשו"ה מה שיב"ש זה יודע בעצמו שהוא לא לזה אינה ידיעה לדידי' שחבירו לזה דשמא שקרו העדים או הלזה זייף את השטר, אלא דהיכא דמהני השטר או העדים לחייב את הלזה ממילא מהני השטר והעדים לגבות מן הערב, כיון דהלוה חייב עפ"י בי"ד לשלם, אי"צ ידיעת הערב, אבל היכא דלא מהני השטר לחייב את הלזה, כמו בשטר היוצא על יב"ש, בכה"ג חשבינן דליכא לזה ופטור, וכן י"ל דמה שחייב הערב בידוע שהלוה חייב הוא רק שידוע שהלוה כופר, אבל אם הלזה אינו כופר ורק אינו יודע מחמת איזה שתהי' בכה"ג פטור הערב, וכן הא דפסק בחו"מ סי' ל"ז סעי' ד' ראובן תבע לשנים שהלוה להם וכפר א' והודה השני שמחויב לשלם מי שהודה את הכל מדין ערבות, הוא ג"כ

באופן כזה שאינו ראוי לתלות בשכחה דשכחה אינה שכיחא, וע"כ נלענ"ד דגם בנידון האמור במשנה דבכורות לענין חיוב ה' סלעים שע"ז דחה רבא דברי ר' ירמ' דאם חלקו הבנים בירושת אביהם, דאף אם כלקוחות הם אין לגבות מהם מחמת דין ממ"נ, משום דכיון דליכא ליה ליכא ערב דנכסים הוו כערבים, אף דשם הוי כערב יודע והלוה כופר, דהרי יודע בעל הנכסים שאחד מהם ודאי חייב בה' סלעים דאחד מהם ודאי בכור הוא, אבל כיון דהלוה אינו יודע כלום מחיובו והרי הוא פטור באמת מחמת העדר ידיעתו, ולא מחמת כפירה הוא משתמט א"ע שלא לפרוע, בכה"ג הוי כליכא ליה ול"ד ענין זה להיכא דמת הלוה דלכאורה הוי כמו דליכא ליה, ומ"מ קי"ל דגובה מיורשים ומלקוחות, כבר כתב בזה הר"ן בפ' הכותב בנידון מכירת שטרות, לר"ת דס"ל מכירת שטרות מה"ת ומ"מ יכול למחול משום דכיון דפקע שעבוד הגוף פקע שעבוד נכסיו לא פקע, לפי שעיקר ערבותן של נכסים בענין זה הוא שכל זמן שלא ימצא את הלוה שירד לנכסיו ויפרע מהם עכ"ל נלענ"ד שכונתו בזה דרק היכא שנמצא הלוה בעולם וליכא חיוב עליו לשלם בכהאי גוונא פטור הערב, אבל אם אינו נמצא כלל בעולם, על זה גופא ה' עיקר הערבות, וכשמת הוי כאינו נמצא בעולם, אבל אם פטור מחמת העדר ידיעתו הרי הוא נמצא בעולם והוא פטור, כן נראה לי ביאור ענין זה, והש"ך י"ל דסובר דהיכא דהלוה אינו יודע מחמת איזה סבה שתהי' דחשבינן ליה כמו דליכא ליה ומיפטר הערב הוא גופא מטעם דחשבינן כאילו זכה הלוה בחוב זה עד שיתברר וכן זכה בשעבוד נכסיו, והוכיח הש"ך מסוגיא זו לענין תרי גברי דאמרינן קם דינא היינו דכמו דלענין הלוה אם ה' דנים על שעבוד הגוף אם ה' מתחדש איזה מקרה שיתברר מזה דחייב בממ"נ ה' מתחייב אף שעל כל מקרה בפ"ע ה' ספק, וכשאנו דנים על שעבוד הנכסים אף דאיכא ממ"נ לא מהני, משום דכיון דעל חיוב גוף הלוה ליכא ממ"נ על כ"א, ורק על הנכסים איכא ממ"נ אמרינן כבר זכה הלוה האמתי בנכסיו אף דקמי שמיא גליא שהוא חייב, והרי דומה דין זה לדינא של ר' אבא, והנה לפי"ז בנידון הסוגיא דבכורות במי שלא בכרה וילדה שני זכרים שמת האב קודם ל' בין קודם שחלקו ובין לאחר שחלקו, דלר' ירמ' גובה הכהן אף שהבנים עצמם פטורים כ"א מחמת ספק, אבל מהנכסים גובים דכיון שיש זכות למלוה לגבות מהם כמו דיש לו זכות לגבות מן הלוה עצמו, היינו דהסבה שגורמת הדין לגבות מהלוה עצמו, סבה זו גורמת כ"כ לגבות מהנכסים, וכ"ז שלא נפטר הלוה באמת אלא רק משום חסרון ידיעה גובה מנכסיו, ומשו"ה סובר דבשני יב"ש גובה מהלוקח שלקח מחבירו יב"ש דגבית הנכסים הוא דין בפ"ע שאי"צ שיוכל לגבות מהלוה, ורבא פליג בין בשני יב"ש ובין בדין חמש סלעים, בשני יב"ש אינו גובה אף דלא זכה הלוה האמתי בחובו כלום דמי שלוה יודע בעצמו מחיובו אלא דשם שהגבי צריכה להיות ע"י השטר, כל שאין בכח השטר לגבות מהלוה, אין מועיל כחו לגבי הערב והלוקח את השדה, ובדין חמש סלעים שהבנים יודעים שאחד מהם חייב, דאי"צ ע"ז עדים ושטר, שם חשבינן דליכא ליה משום דזכה בחובו מחמת ספק עד שיבורר, ומה שנתברר אצל הנכסים לא מהני כיון דליכא ליה, היינו שדין של שעבוד הנכסים תלוי בזכותו של הלוה עצמו, וכל זכות שיש ללוהיש ללוקח בנכסים, וכן הבנים עצמם כל זכות שיש להם בחוב זה בכלל יש להם בנכסיהם, ורבא שדחה דברי ר' ירמ' מחמת הכלל דלא יתבע מן

הערב, לא מצי דחי מדין קם דינא, דבשני יב"ש לא שייך כלל דינא דקם דינא, כיון דהלוח האמתי הוא מחויב באמת וגם יודע בחיובו אלא שמשקר, ומשו"ה דחי רבא רק מטעם דלא יתבע מן הערב תחילה שהוא מספיק על שני הענינים יחד, היינו בין בדין ה' סלעים ובין בדין שני יב"ש, אבל באמת עיקר הענין מה דחשבינן בה' סלעים דליכא לוח הוא משום דזכות שיש ללוח בעצמו זכות זה יש לו וללוקח בנכסים.

כנלענ"ד בענין זה: אח"כ מצאתי בחי' רע"א לב"מ ד' פ' ע"א שכתב כמש"כ דאף אם הערב מודה והלוח כופר חייב הערב, משום דידוע שהלוח חייב, אבל היכא שגם הערב יודע שהלוח אינו כופר אלא שאינו יודע, אז אף דלגבי הערב איכא ממ"נ הוא פטור כיון דהלוח אינו חייב מדינא לשלם, יעו"ש שבזה מפרש מה שכ' בתוס' שם להקשות על פירש"י דמפרש מה דאי' שם בגמ' דוכתא דמחזקי גונדרי תרווייהו משלמי משום דהוי ספק והקשו דאי הוי ספק ע"י מי נשבר ליפטר שניהם דהמע"ה, דלכאורה קשה כיון דשניהם קבלו לחרוש הוו ערבים זל"ז, וממילא ממ"נ יכול לגבות מכ"א, ולפימש"כ ניחא דכ"א פטור מחמת ספק, וממילא ליכא חיוב מטעם ערבות ג"כ.

ות"ל שכונתי לדעתו הגדולה: והנה מה שבארנו דהיכא שאדם זוכה עפ"י ב"ד מחמת דין מוחזק, אם נעשה הדבר שלו עפ"י דין שמים, תלוי בזה שאם גם לבעלי דברים הוא ספק אז זוכה הבע"ד גם עפ"י דין שמים עד שיבורר, אבל היכא שהבע"ד יודעים האמת אז לא שייך שום זכי' בכה"ג, יש לבאר בממון המוטל בספק ואיכא דררא דממונא שהדין שיחלוקו, אם זוכה המשקר שיודע האמת בהך חצי שנטל ע"י כפירתו בב"ד, ואם רוצה לעשות תשובה צריך להוציאה הגזילה מת"י או לא, ונלענ"ד דשאני דין יחלוקו מדין המע"ה דהנה בדין יחלוקו בדררא דממונא לסומכוס או לדידן היכא דליכא חזקת מרא קמא, והבע"ד יודעים האמת ואחד מהם רוצה לגזול את חבירו, וגם אין החלוקה יכולה להיות אמת, לכאורה קשה איך עושים ב"ד דין כזה לספות איסורא לאיניש ליתן לו מחצה שהוא גזילה ממש, ונראה לענ"ד שדין חלוקה בכה"ג הוא ענין פשרה וההבדל בזה מפשרה דעלמא דהתם הבע"ד מתפשרים מרצונם ומקנים או מוחלים זה לזה, והכא הוא פשרה בע"כ של הבע"ד, עפ"י משפט ב"ד שיש להם כח ע"ז מדין שמים מן הכתוב שנאמר ושפטו וכמש"כ רש"י במס' גיטין ד' י' לגלות לנו מקור הדין שדין של דינא דמלכותא דינא משום דבני נח מצווים על הדינים היינו כיון שמצווים מן השמים לעשות משפט, הרי הסכימו מן השמים שמה שיעשו ע"י משפטם שיהי' כן באמת, ולכן ודאי כן הוא הדין שהיכא שמדין חז"ל להורות חלוקה, כן הוא דין שמים שיזכה כ"א בחצי וזוכה הגוזל בחצי מדין שמים כדי שיטול השני מחצה משום דבלא זה לא הי' נוטל כלום בפועל, ולפי"ז נראה לענ"ד דגם אם רוצה לעשות תשובה אי"צ להחזיר את המחצה שנטל מחבירו ע"י פעולת רשע מה שטען בשקר לפני ב"ד, אמנם גם בכה"ג אינו זוכה רק עד שיבורר לפני ב"ד, וכשיבורר בטלה החלוקה, ול"ד לפשרה הנעשית ע"י הסכמת בעלי דברים, דהתם אף אם באו עדים אח"כ יש לדון שלא תבטל הפשרה דהרי הקנו זה לזה או מחלו ורק יש לדון מדין, מחילה בטעות כמו שמבואר בחו"מ סי' י"ב סי"א וט"ו וכמו שציין שם בביאור הגר"א מגמ' ב"מ ד' מ"א שהוא משום מחילה בטעות, יעו"ש, וכן מפורש שם בב"י בשם הרשב"א, אבל בדין יחלוקו שפשרה זו הוא דין שמים מחמת ספק ידיעת האמת בודאי אינו זוכה הגוזל רק עד שיבורר לפני ב"ד, וכן מוכח

להדיא מסוגית הש"ס דיבמות בפלוגתא דר"א ור"י אם הדר דינא או קם דינא, דמדמה הש"ס היכא שדין הראשון הי' יחלוקו כמו בספק ויבם לדין המע"ה כמו באבידת הדרך יעו"ש: ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה בס' קונה"ס כלל ב' אות ז בהא דכתבו תוס' ב"ב ד' ב' ד"ה לפיכך דבכותל שעומד בין שתי חצרות כיון שאם הי' באים לבי"ד קודם נפילת הכותל הי' דין שיחלוקו שוב לא נשתנה הדין אף אם אח"כ נפל לרשות אחד מהם, ול"ד למחליף פרה בחמור דאמרינן וליחזי ברשותא דמאן קיימא דמתחילה מבורר הי', יעו"ש.

ובדין המע"ה כתבו בכתובות ד' כ' דהיכא דטוען ברי מהני תפיסה לאחר שנולד הספק יעו"ש. וביותר יש להקשות על הרא"ש דבעלי התוס' הם מכמה ראשונים נכתבו, ובתוס' ב"מ בסוגיא דתקפו כהן כתבו שם תירוץ אחר, אבל הרא"ש פסק בפשיטות שם בפ"ב דכתובות סי' י"ג דבטו"ב מהני תפיסה לאחר שנולד הספק, ובריש ב"ב מוכח מדבריו שסובר דלא מהני תפיסה לאחר שנולד הספק אפילו בטו"ב, דז"ל פשיטא אפילו לא הי' מתחילה מוטל על שניהם לבנותו היו חולקים בשוה שהרי ברשות שניהם מונחים ויד מי מהם תוגבר, לא צריכא דנפל לרשותא דחד מינייהו מהו דתימא כיון שהוא מוחזק באבנים ניהמני קמ"ל, אי נמי דפנינהו חד לרשותו שלא בעדים מהו דתימא ליהוי אידך המע"ה קמ"ל, והנה ממה דמפרש דפנינהו שלא בעדים מוכח להדיא דסובר דלא מהני תפיסה בכה"ג לאחר שנולד הספק, ורק אם הי' שלא בעדים כמו שיחול לטעון לקוח, כ"כ יכול לטעון שמתחילה הי' שלו, אבל תפיסה לא מהני, דכיון שאם היו באים לבי"ד בשעה שהיו שניהם מוחזקים הי' הדין שיחלוקו, שוב לא מהני תפיסה, וכמו שכתבו בתוס' בד"ה לפיכך, אלא דנטה משיטת התוס' בזמן לידת הספק, דלשיטת התוס' הוי זמן לידת הספק משעת עמידת הכותל, ולהרא"ש הוא משעת נפילת הכותל, וכשנפל ברשות שניהם אז לא מהני אם פנינהו בעדים, ולשיטתו ודאי יש הוכחה דיש חילוק בין דין המע"ה לדין יחלוקו, ולפי מה שכ' דשאני דין יחלוקו מדין המע"ה, דבדין המע"ה אם יודע בעצמו שמשקר אינו זוכה כלום באמת, רק בי"ד אינם יכולים להוציא מת"י, ולכן להיפוך אם אח"כ תפס השני וטוען ברי ג"כ אינם יכולים להוציא מת"י מספק כיון שהוא טוען ברי, אבל בדררא דממונא שהדין יחלוקו שהגזלן זוכה עפ"י דין שמים בחצי כדי שיטול השני חצי שלו, מה יועיל טענת ברי של התופס כיון שהשני כבר זכה, אכן גם בזה אינו זוכה עד שיבורר לפני בי"ד, דלשיטת התוס' אם שהו הרבה ברשותו ויהי' לו מיגו אז נאמן לומר דשלו הם מתחילה כמש"כ בד"ה הנ"ל, יעו"ש כנלענ"ד בזה: פרק יא גרסינן במס' ב"ב ד' קל"ד זה אחי אינו נאמן ליטול עמו בחלקו, מת יחזרו נכסים למקומם, נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחי עמו, ומוקי בגמ' דקאמרי אחים אין אנו יודעים, ופי' רשב"ם וז"ל למקומם כלומר למי שנתנם לו, אבל שאר אחים אין יורשים עמו דאמר להו הרי החזקתם בנחלה הראוי' לו לספק מאבינו, אותה טלו לכם שהרי לא מחל חלקו לכם, ואכתי עד השתא בתורת גזל ישנה בידכם ועתה תירשו אותו חלק מן הדין, וגם אני אירש חלקי שנתתי לו כמו כן דנמצינו כולנו שווים בנחלתו עכ"ל.

ובשו"ע חו"מ סי' ר"פ שהביא שם דין זה דאם נפלו לו נכסים ממקום אחר יירשו אחיו עמו, כתב הרמ"א בהג"ה וז"ל וכל זמן שהנכסים שלוי לקח מראובן הם בעין או שאר נכסים הבאים מחמתו נוטל ראובן בראש, אבל אם ליתנהו להנהו ניכסי ולא הבא מחמתם

אין ראובן נוטל כלום בראש, אלא חולק עם שמעון בשוה (טור ס"ח בשם הרמ"ה) עכ"ל.

וקשה טובא למה לא יבוא על שמעון בממ"נ אם אחיך הוא הלא נשאר אצלך חלקו וכנגד חלק זה אטול אני משאר נכסים שנשארו אחריו ולמה תירש אותו יותר ממני, וכמו שכתב הרשב"ם שהרי לא מחל לוי לשמעון חלק ירושתו ורק בתורת גזל נשאר אצלו ועכשיו יבואו לחשבון, ובביאורי הגר"א ז"ל כתב ע"ז בזה"ל וכו' דאמרינן קם דינא כמש"כ בפ' החולץ וא"כ גם שם צריך לחלק כן עכ"ל.

ולא באר דבריו איך שייך התם חילוק זה, אבל דבריו סתומים וקצרים כדרכו בקודש, ובנתיבות המשפט סי' ר"פ סק"א כתב ע"ז וז"ל והא דאין ראובן יכול לומר ממ"נ אם הוא אחינו הרי יש בידך השתות שהוא ממון לוי, אחרי שהוא בגזל תחת ידך ומגיע לי חלק מזה, נראה דהוי מטעם דאמרינן קם דינא כמבואר ביבמות ד' ל"ז גבי ספק ובני יבם ע"ש, ולפי"ז מוכח דאפילו בחד גברא אמרינן קם דינא, דלא כמש"כ הש"ך בסוף ספרו תקפו כהן, והא דנוטל באם השתות בעין, נראה דלא קם דינא רק כשבא להוציא מתחת יד הזוכה אמרינן קם דינא, וזוכה בו מתורת הפקר בי"ד, משא"כ כשהשתות הוא בעין או דבר דאתי מחמתו דהוי כאילו הדבר בעין, אז אמרינן ממ"נ הדבר הזה הנשאר הוא של ראובן כיון שחבירו נוטל כנגדו עכ"ל.

ואין דבריו מובנים אם שמעון כבר זכה מה שהוא ת"י מדין הפקר בי"ד איך שייך שוב ענין ממ"נ דהרי מה שחבירו נוטל כנגדו, הוא מחמת שכבר זכה ע"י הפקר בי"ד ולא מטעם ירושה, וענין זה צריך ביאור, אבל כ"ז הוא רק לענין מה שנוטל כשהדבר בעין או דבר דאתי מחמתו, דאינו מתבאר היטב בדבריהם, אבל עכ"פ בעיקר הדין היכא דליתנהו להנהו נכסי מפורש ברמ"א בשם הרמ"ה דאינו נוטל חלק בראש ולא יכול ראובן לטעון ממ"נ הרי יש בידך ממון לוי, משמע בפשטות כהגר"א וכהנתיבות דאמרינן קם דינא אפילו בחד גברא, שלא כשיטת הש"ך: אמנם מצאתי בזה בס"ד ענין נפלא, דהנה ביסוד דברי הרמ"א שהוא מהטור בשם הרמ"ה תמה הב"י על דברי, דז"ל הטור כתב הרמ"ה היכא שנטל הספק עם אחיו שהודה לו בחלקו וקנה נכסים ממקום אחר ומת ולא הניח אלא הנכסים שקנה ממקום אחר דינא הוא דשקיל האי אחא דאודי לי מהנהו נכסים כשיעור מאי דשקיל מרי' דנכסים מחלקו ושאר פליג לי בהדי שאר אחים וכו' ואי ליתא לממונא דהאי אחא דאובדי בעינא גבי דהאי ספק, ולא ממונא דידי' דאתא מחמתו פליג להו כולהו אחי לממונא בשוה עכ"ל, וכתב הב"י ע"ז וז"ל דברים תמוהים הם, שהרי מה שכתב בסוף ואי ליתא לממונא דהאי אחא דאודי בעינא וכו' סותר למה שכתב בתחילה, וצ"ע.

עכ"ל ומחמת התמי' הזאת לא הביא המחבר דין זה של הרמ"ה והרמ"א, בספר דרכי משה כתב לתרץ תמיהת הב"י וז"ל ול"נ דראש דבריו אמת ומיירי שהי' לו נכסים דאתי מחמת נכסים שלקח מאביו ולכן כתב בסוף דבריו ולא ממונא דידוע דאתי מחמתו וכו' דמשמע דכה"ג מיירי ברישא כנ"ל עכ"ל, ולכן הביא להלכה בשו"ע דברי הרמ"ה כמו שהם, והנה כאשר זכינו שיצא בזמננו לאור ספרו של הרמ"ה על מס' ב"ב הוא יד רמ"ה, כל רואה יראה שדברי הטור בשמו מתפרשים באופן אחר לגמרי להיפוך מדברי הרמ"א,



רק שנחסר בדברי הטור בבא אחת מדברי הרמ"ה, ועי"ז נדחקו לפרש דבריו ועלינו להעתיק דבריו בקצרה כמו שהם בספרו שם, בפ' יש נוחלין אות ט' וז"ל מיהו ודאי היכא דנטל הספק עם האח שהודה לו בחלקו וקנה נכסים ממקום אחר ומת ולא הניח אלא הנכסים שקנה ממקום אחר דינא הוא דשקיל האי אחא דאודי לי' מהני נכסי כשיעור מאי דשקל מרי נכסי מיני' בחולקי' ושאר פליג לי' בהדי שאר אחים בשוה, מ"ט משום דאתי עליהו ממ"נ, אם אחוכון הוא הוי לי' למישקל בהדייכו, וההוא חולקא דהוי לי' למישקל בהדייכו, גבייכו הוא, ודינא הוא דיריתנא לי' לחולקא דפש לי' גבייכו בהדייכו כי היכי דיריתו בהדאי הני נכסי דנפלו לו ממקום אחר, אהדרוה לחולקי' ונפלגוניהו לכולהו נכסי בשוה ואי לאו אחוכון הוא לית לכו חולקא בהנהו נכסי דנפלו לו ממקום אחר, הילכך דינא הוא דשקיל בהדי' האי אחא דאודי לי' לספק מכלל נכסי ברישא כשיעור מאי, דשקל הספק מיני' בחולקי', ושאר אחים לית להו זכותא בהאי שיעורא דהא כל אחדמינייהו קא נקיט מחולקי' דספק מהאי שיעורא ממאי דהוי מחייב כל חד מינייהו למיתב לי' מחולקא ולא יהיב לי' ושארא פלגו להו כולהו אחים בשוה ואשתכח דכל חד מינייהו בין מהני נכסי דנפלו לו ממקום אחר בין מחולקא דפיש לי' לספק גבי הני אחים בהדי הדדי הוא דמטי להו הילכך היכא דשביק וכו' וה"מ היכא דלא איתניס ממונא דירתי אחים מאבוהון בידא דאחים אבל היכא דאיתניס כולי' ממונא גבי אחים דאשתכח דאיתניס חולקי' דהאי ספק בכלל ברשותי' דמרי' איתניס ולא קיימי עלי' אחים בגזלן כי היכא דליחייבו עלה באונסים דהא לא הוו ידעי דאחוהון הוא, והשתא נמי, דמית ההוא ספק אשתכח דליכא גבי אחים מחולקא דספק ולא מידי, הילכך דינא הוא דאי איתא לההוא ממונא דהאי אחא דאודי לי' בעיני' גבי האי ספק א"נ ממונא דאתי מחמתי', הדר למרי' ושארא פלגי לי' כולהו בשוה, ואי ליתי' לההוא ממונא דהאי אחא דאודי לי' בעיני' גבי האי ספק ולא ממונא דידיע דאתא מחמתי' פלגי לי' כולהו אחים לכולהו ממונא דשבק ספק בשוה, ודוקא דקאמרי מעיקרא אין אנו יודעים וכו'.

עכ"ל בקוצר מעט והנה מפורש בדברי הרמ"ה דהא דמחלק בין איתא לממונא בעין או לא הוא דוקא היכא דאיתנס ההוא ממונא שירשו אחים דאז ליכא טענת ממ"נ עלייהו דהרי ליכא גבייהו מירושת אביהם כלום, מאי דהי' משל הספק אצלם, דהרי אינם חייבים באונסים, ובכה"ג איתא להאי חלוקא בין איתא לממונא גבי האי ספק או לא, דהיכא דאיכא בעין או ממונא דאתי מחמתי', אז אף דליכא ממ"נ יחזרו הנכסים למקומם לגבי האי אחא דאודי לי', ואי ליתא לממונא בעין ולא ממונא דידיע דאתי מחמתי' פלגי בשוה, אבל היכא דלא איתנס לגבי אחים מה שירשו מאביהם דאית לי' להאי אחא דאודי טענת ממ"נ עליהם, אין חילוק בין אית' לההוא ממונא בעין או לא: והנה אף שירא אנכי לסתור דברי הרמ"א ז"ל שכל בית ישראל סמכו עליו, אבל בדבר הנראה לעינים כזה מצוה לומר דהוראת רמ"א ז"ל בזה אינה נכונה, שרצה לתרץ תמיהת הב"י על הטור, ובאמת נשמט בדברי הטור בבא אחת והוא האי דינא דכתב הרמ"ה דהיכא דאיתנס כולהו ממונא גבי אחים, ומאי דמסיק הטור בשם הרמ"ה דהיכא דליתי' לממונא דהאי אחא דאודי בעיני' גבי האי ספק ולא ממונא דאתי מחמתי' דפלגי בשוה, קאי היכא דאיתנס, ומאי דכתב הטור בראש דבריו דגם היכא דליתא מנכסים שנטל מהאח שהודה ונשאר רק נכסים שנפלו לו ממקום אחר, נוטל האח שהודה כשיעור מה שנטל הספק מחלקו

והשאר פלגי בשוה קאי היכא דלא איתנסו הנכסים לגבי האחים שלא הודו דאז כיון דאיכא טענת ממ"נ עלייהו משו"ה נוטל האח שהודה כפי מה שנטל הספק וזה ברור, והב"י שתמה על הטור נראה ברור שלא הי' לנגד עיני' ספרו של הרמ"ה על ב"ב הנ"ל, והדברים המובאים בטור בשמו הם מחוסרי הבנה ע"י השמטת הבבא העיקרית, וכן הרמ"א ז"ל והפרשה והגר"א ז"ל והנתיבות כולם לא ראו את ספר הרמ"ה, ועי"ז יצאה כל המבוכה בהוראה זו, שכתבו בשם הרמ"ה דאם לא נשארו אצל הספק רק נכסים שנפלו לו ממקום אחר, שאינו נוטל האח שהודה כנגד הנכסים שנשארו אצל האחים שלא הודו אף דאיכא טענת ממ"נ, ודין זה מפורש ברמ"ה להיפוך כמו שהבאנו, ומזה מוכח להדיא דשיטת הרמ"ה הוא דבחד גברא לא אמרינן קם דינא, וכמו דנראה להדיא בשיטתו לענין כליו של לוקח ברשות מושל כרחבה בפ"י, ומה שכתב הט"ז בס"י ש"צ לחלק בין היכא דמהני תפיסה או לא, דהיכא דלא מהני תפיסה אמרינן קם דינא אף בחד גברא, נדחים דבריו מדברי הרמ"ה אלו דהרי כאן ודאי הדין שלא יכול הספק לתפוס מן האחים שלא הודו לו, דזה אינו ספק של דררא דממונא, דלבי"ד אין כאן ספק כלל, והספק נולד רק ע"י הודאת אח זה שאומר זה אחי ובכ"ז לא אמרינן קם דינא שאם נפלו לו נכסים ממקום אחר ומהנכסים שנטל מהאח שהודה לא נשאר כלום נוטל האח שהודה כשיעור מאי דשקיל מרי נכסי מיני' בחולקא מחמת טענת ממ"נ, ושיטת הש"ך מוכחת מדין זה של הרמ"ה והטור דפסק כמותו בלי חולק: אמנם עלינו לבאר דינו של הרמ"ה מה דמחלק בין נשארו הני נכסים דשקל הספק בעין או נכסים דאתו מחמתן או לא, דבפשטות ראוי לומר כיון דאתניסו הנכסים לגבי האחים שלא הודו באופן שאינם חייבים באונסים, וליכא עלייהו טענת ממ"נ למה לא יטלו האחים חלק בשוה עם האח שהודה, כמו שנוטלים חלק מנכסים שנפלו לו ממקום אחר, ועוד כיון שהרמ"ה לא כתב בזה שמסברא חדש דין זה ורק דרך ביאור על סוגית הש"ס עלינו לבאר מאין הוציא דינו מהגמ', והנה אחר העיון היטב דברי הרמ"ה מוכרחים מהגמ', דבגמ' שם ד' קל"ה אמרו מת יחזרו נכסים למקומם בעי רבא שבח ששבחו נכסים מאליהם מהו, שבח המגיע לכתפים לא תבעי לך דכי נפלו ממקום אחר דמי, כי תיבעיא לך בשבח שאינו מגיע לכתפים כגון דיקלא ואלים תרעא ואסיק שירטון מאי תיקו, עכ"ל הש"ס ולכאורה אינו מובן מאי נפ"מ בין שבח המגיע לכתפים או לא, הלא עכ"פ ראוי שיחלוקו בשוה, ואם הני נכסים דשקל הספק מהאח שהודה נשבחו ושויים יותר מהנכסים שנשארו אצל האחים שלא הודו, למה יטול אח זה יותר מהם, כיון שמודה שהם ראויים ליורשו כמוהו, וגם אם לא נשבחו הי' ראוי שיחלקו עפ"י גורל אם הם יתבעו לחלק כן, ואם הם רוצים להשאר על נחלתם לבלי לחלק עפ"י גורל, הלא אז ראוי לומר דגם בשבח המגיע לנכסים דהוי כנכסים שנפלו לו ממקום אחר, יכול לטעון עליהם ממ"נ אם אני שוה עמכם אני רוצה לחלק עפ"י גורל, ואם אינו אחינו הוא אין לכם לתבוע ירושה ממנו, אלא ודאי נקיט הש"ס דאף אם מתרצים או תובעים האחים שלא הודו לחלוק עפ"י גורל הכח והזכות להאי אחא שהודה ליטול את הנכסים שנטל הספק ממנו בליגורל וחלוקה אף אם עולים בדמים הרבה יותר מהנכסים שנשארו אצל האחים שלא הודו, וכן מוכח ענין זה מהמשנה דקתני מת יחזרו נכסים למקומם דלכאורה אינו מובן כ"כ מה שייך להחליט בזה שיחזרו למקומם, הלא זה תלוי בדעת האחים שלא הודו, אם מתרצים בזה ואינם

תובעים לחלוק מחדש או לא, אלא ודאי אין להם כח לתבוע חלוקה חדשה ורק לעולם חוזרים הנכסים למקומם ומזה מוכח להדיא ענין זה דגם אם איתניסו הנכסים שהיו אצל האחים שלא הודו ג"כ הדין דהני נכסים חוזרים למקומם, דמה לי אם נאבדו לגמרי או שהם פחותים מהנכסים האלה, ומזה הוכיח הרמ"ה דגם אם נאבדו לגמרי ע"י אונס דליכא טענת ממ"נ דהרי לא נתחיבו באונסים, מ"מ אם הני נכסים הם בעין או נכסים דאתו מחמתן נוטלן האח שהודה, ורק אם לא שבק הספק מהני נכסים ונשאר אצלו רק נכסים שנפלו ממקום אחר אז יש חילוק בין איתניסו הנכסים לגבי האחים שלא הודו או לא, דאם אתניסו חולקים בשוה דליכא טענת ממ"נ, ואם נשאר אצלם נוטל כשיעור מה דשקל הספק מיני, או שיחזירו הם מה שנשאר אצלם ויחלקו בשוה, מחמת טענת ממ"נ, ונתבאר היטב מקור הדין של רבינו הרמ"ה ז"ל מהמשנה והגמ' בעזה"י בלי גמגום כלל: אכן עדיין לא יצאנו בזה חובת ביאור על הש"ס מאיזה טעם הוא שיחזרו הנכסים למקומם ולמה באמת לא יוכלו האחים שלא הודו לתבוע חלוקה חדשה, ומכש"כ אם נאבדו אצלם הנכסים שנשאר מחלק הספק, למה יטול האח שהודה בחזרה מה שנתן להספק והם לא יטלו כלום, ומ"ש נכסים אלו מנכסים אחרים שנפלו לו שנוטלים עמו, מחמת שהוא מודה שהמוריש אחיהם הוא והם אינם יודעים, ונלענ"ד לבאר ענין זה עפ"י שני יסודות וכללים בדיני הירושה, היסוד הראשון הוא דמשפט הירושה הוא שהיורשים יטלו כולם בשוה, ומה"ט אמרינן בבכורות ד' נ"ו דבחלקו גדיים נגד תישים לכו"ע אין ברירה, משום דאין זה מן הדין שיזכה אחד במין זה לבדו וחבירו במין השני, והריטב"א בחי' לע"ז ד' ס"ד בהא דאיתא התם גר ונכרי שירשו את אביהם נכרי גר יכול לומר לנכרי טול אתה ע"ז ואני מעות וכו' כתב בזה"ל פ"א וסבר לה יש ברירה אבל לדין דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה אסור, ואפשר דהכא הכל מודים דיש ברירה, דאנן סהדי שמתחילת הירושה האי ניחא לי' בע"ז והאי ניחא לי' במעות וכמבורר מתחילתו דמי וצ"ע עכ"ל.

ולפי"ז הכא במיתת הספק, כ"ז שהנכסים שנשארו אצל האחים שלא הודו הם בעין, י"ל דהוי כמבורר שמה שאצלם ישאר אצלם, ומה ששקל הספק מהאח שהודה יוחזר למקומו, משום דכיון שהאח שהודה אינו יכול לתבוע מהם כלום על דין גורל, דכמו שמתחילה לא הי' יכול הספק לזכות מהם, כ"כ הוא אינו זוכה מהם כלום, אף דקמי שמיא גליא וגם הוא יודע שהספק הוא אחיהם, אבל מ"מ עפ"י משפט התורה בדיני ספיקות האחים שאינם יודעים זוכים להשתמש בכל דבר השתמשות כאדם העושה בתוך שלו, ומשו"ה מן הדין דכמו שאין לו זכות תביעת חלוקה, כ"כ אין להם זכות זה לתבוע עליו, דאל"כ יזכו הם במשפט החלוקה יותר ממנו, ומשו"ה הוי כהוברר מעיקרא דכמו שהם זוכים בחלק ירושתם בנכסים אלו בדין ודאי, באופן שלא יוכל האח שהודה לתבוע מהם כלום על דין גורל, כ"כ זכה האח שהודה בחלקו שלא עפ"י גורל, ולכן אף אם אח"כ נשבח חלק זה אין להם כח תביעה על חלק זה, כיון שכבר הוברר חלקם משעה ראשונה, עוד כלל חדש מצאנו בדיני הירושה פ"י מה שהורו לנו רבותינו ז"ל דכח זכות ירושה אינו חל משעת מיתת המוריש.

אלא כבר חל משעת לידת היורש, דהר"ן כתב ריש פ' הכותב דמשו"ה לא מהני סלוק בירושה של תורה משום דכבר זכה לענין זה דלא סגי בסלוק אלא או במכר או במתנה

ואי אפשר שהרי לא זכה בה לגמרי ולא בא לרשותו שיוכל להקנות וכמו בירושת אשתו לאחר שנשאת יעו"ש. וכן כתב הרמ"ה בס' יד רמ"ה בפ' י"נ אות ק' בהא דמחלק הש"ס דאינו יכול להתנות פלוני בני לא יירש בנכסים ובע"מ שאין לך עלי שאר וכסות דסובר ר"י בדבר שבממון תנאו קיים, משום דהתם ידעה וקמחלה הכא לא מחיל, כתב הרמ"ה וז"ל ברם צריך אתה למידע דהא דמשנינן הכא לא מחיל, לאו למימרא דאי מחיל דאמר מחילנא א"נ קנו מיני, דמסתלק בירושת אביו בחיי אביו הוי מחילה, דהא גבי ירושת הבעל דאיכא למימר דרבנן היא ואפי' ת"ק דרשב"ג לא קאמר דכי מסלק נפשי מיני מסתלק אלא בכותב לה ועודה ארוסה דאכתי לא חזי למירתה, דכי זכי בירושתה לא מכח אירוסין קא זכי אלא מכח נשואין הוא דקא זכי, וכיון דמקמי נשואין קא מתני דלא לירות, אשתכח דכי קא נסיב בתר הכי אדעתא דהכי קא נסיב ואמטו להכי תנאו קיים, אבל כתב לה בעודה נשואה לא מסתלק וכו' אבל גבי ירושת הבן מאימת חזי לירושה משעת לידה ההיא שעתא לא קא מחיל ולא אדעתא דהאי תנאה קא מתילד ואמטו להכי אע"ג דמתנה השתא נמי לא הוי תנאה עכ"ל.

ועי' במשנה למלך ריש פ' כ"ג מה' אישות שבאר בארוכה כל השיטות בזה, והנה שיטת הר"ן והרמ"ה שוים בזה דגם בדאורייתא מהני סלוק, אך בירושה של קורבא לא מהני משום דכבר זכה, היינו דענין סלוק הוא מכח הדין שלא יחול הדין על ענין זה וכח הדין של ירושה כבר חל משעת לידת היורש ובדבר שכבר חל הדין לא מהני סלוק; ועפי"ז יש לומר דמיד שנתן האח שהודה חלקו להספק מחמת דין הודאת בע"ד ונשאר חלק הספק אצל האחים שלא הודו, אז נתברר משפט הירושה מהספק שלאחר מותו הנכסים האלה שנתן האח שהודה יחזרו למקומם במיתת הספק, מחמת זה שהאחים שלא הודו זוכים בנכסי הספק מיד ולעולם עד שיבורר שאחיהם הוא, וכמו שאין להאח שהודה משפט ירושה מנכסיו שנשאר תחת ידם של האחים שלא הודו, כ"כ אין להם משפט ירושה על נכסים אלו שיהיב האח שהודה, ולכן אף אם אח"כ בחיי הספק נאבדו הנכסים אצל האחים שלא הודו ונשאר אצל הספק הנכסים שנטל מהאח שהודה, לא יזכו עוד האחים שלא הודו בדין ירושה בנכסים אלו, ומשו"ה אם הושבחו הנכסים כשבח שאינו מגיע לכתפים, ואח"כ מת הספק זוכה בהם האח שהודה דחשובים כהנכסים עצמם, אבל אם השבח הוא מגיע לכתפים כגון ענבים העומדים להבצר דגוף אחר הוא והוי כנכסים שנפלו ממקום אחר, דעל נכסים אלו לא הוברר מעיקרא כלום, בזה חולקים בשוה, וכל זה נראה לי דוקא אם הושבח בחיי הספק, אבל אם הושבח לאחר מיתת הספק אף בשבח המגיע לכתפים נוטל האח שהודה, דקודם מיתת הספק לא זכה האח רק בכח דין ירושה, אבל לא זכה בגוף הדבר להיות פירות השדה שלו, אבל מיד במיתת הספק זכה בשדה ממש דהוי כאילו חלקו כבר, וכן מוכח מפשטות דין השו"ע סי' רפ סעי' ג', ועלה לנו בענין זה דבנכסים שנפלו לו ממקום אחר, תלוי בזה, אם איכא טענת ממ"נ לאח שהודה כגון שלא שבק הספק הנכסים שנטל מהאח שהודה, ולגבי האחים שלא הודו עדיין נשארו הנכסים שירשו מאביהם, אז נוטל בראש האח שהודה כשיעור הנכסים שיש תחת ידם, ואם נאבדו אצלם באונס דליכא טענת ממ"נ חולקים בשוה, וכ"ז אם נאמר דבחד גבירא לא אמרינן קם דינא כמש"כ הש"ך: אמנם לפי"ז דברי הרשב"ם שהבאנו שכתב לפרש טענת ממ"נ על האמור במשנה יחזרו הנכסים למקומם, אינם מדויקים,

דלפי המתבאר כ"ז דאיתנהו הני נכסים בעין אי"צ לטענת ממ"נ, ואולי הוא רק להוסיף ביאור: ומעתה יש להבין קצת גם שיטת הגר"א ז"ל שמפרש דברי הרמ"א דסובר דבחד גברא אמרינן קם דינא, ואף אם איתנהו הני נכסים אצל האחים חולקים בנכסים שנפלו להספק ממקום אחר בשוה, דלא מהני טענת ממ"נ, והיכא דאיתנהו הני נכסים אצל הספק שמת, או נכסים דאתו מחמתן, נוטל האח שהודה חלק בראש, דלא נתבאר המקור לזה ומאיזה טעם הוא, ועפ"י דברינו הנה מקורם ג"כ כמש"כ מהא דמחלק הש"ס בין שבח המגיע לכתפים או לא, והטעם לזה הוא ג"כ עפימש"כ דנתבאר על נכסים אלו משפט הירושה מעיקרא שיחזרו הנכסים למקומם, וע"ז לא אמרינן קם דינא, דמתחילת הדין כשזכו האחים בחלקם זכו להשתמש בנכסיהם, באופן שאין להספק שום כח וזכות בהם.

ומשו"ה עכשיו כשבאים לירש בת הספק אין לנכות מחלק ירושתם מה שעכבו לעצמם בחיי הספק, אבל לא יוכלו לתבוע חלק ירושה מהנכסים שנטל הספק מהאח שהודה, דע"ז ג"כ קם דינא מעיקרא שלא יהי' להם כח ירושה לאחר מיתת הספק, כמו אילו הי' מת הספק קודם שנתן האח שהודה, אבל הנכסים של הספק שקנה לעצמו ע"ז שייך האי דינא דקם דינא, שלא יגרע חלק ירושתם בנכסים אלו מחמת הנכסים שנשארו אצלם ע"י דין של אין ספק מוציא מידי ודאי, אמנם מה דמסיק הגר"א ז"ל דבפ' החולץ ג"כ צריך לחלק כן, לא אבין דבריו ומה כונתו בזה דהלא שם ודאי מיירי בהאי פלגא שנטל היבם מנכסי מיתנא הוא בעין, דאל"כ איזה טענת ממ"נ אית לי' להאי ספק, והרי מפורש בגמ' שטענת הספק הוא ואי בר מיתנא אנא הבו לי פלגא דפלג אבוכון בהדאי, ועל זה אמר ר' אבא קם דינא, ואולי כונתו דמן הפלגא שנטל היבם מנכסי מיתנא נוטל הספק עם בני היבם חלק ירושה שוה עמהם, דע"ז ג"כ קם דינא מעיקרא, דכיון שנוטל היבם הפלגא מחמת צד הספק שמא ברי' זידי' הוא, משו"ה חל הדין מעיקרא שלאחר מיתת היבם יטול הספק חלק ירושה בזה, ומה דאמר ר' אבא קם דינא הוא לענין שאינו נוטל את כל הפלגא וכן אינו נוטל חלק ירושה משאר נכסים של היבם מחמת טענת ממ"נ.

עוד י"ל דכונתו דאם איכא כל הנכסים שנפל עליהם הספק מעיקרא, היינו הפלגא שנטל הספק והפלגא שנטל היבם הכל הם עכשיו בעין כדמעיקרא אז הדר דינא גם לר' אבא, כיון דעכשיו אפשר לחדש הטענה דמעיקרא וגם איכא דין ממ"נ אבל אם הפלגא שנטל הספק כבר ליכא בעולם, ונשתנה המצב, דאז אף דאיכא עכשיו טענת ממ"נ דעל הפלגא שנטל אינו מחויב עכשיו כלום בזה פליגי ר' אבא ור' ירמיה, אבל כ"ז הוא דחוק, ושיטת הרמ"ה בזה היא היטב מבוארת מן הש"ס כמש"כ: והט"ז בסי' ר"פ הקשה על האי דינא דסעי' ד', באם טען שמעון איני אחי דראובן יורש הכל, בין מה שנתן להספק ובין נכסים שנפלו לו ממקום אחר, מהא דספק ובני יבם דאמרינן קם דינא, ודבריה קשה להולמן מה שייך ענין זה של הודאת שמעון לדינא דקם דינא, ואשתומם על המראה ולא מצאתי באחרונים מי שיתעורר בזה: פרק יב כבר נתבאר בדברינו ביסוד הדין דקם דינא עפ"י דרכנו, ועתה עלינו לבאר בפרטות אם יש מקום לשיטת הת"ה דמפרש ענין של קם דינא מחמת יאוש, והנה מלבד מה שהוכיח הש"ך בסוף ספרו תקפו כהן נגד שיטת הת"ה, דאי אפשר לפרש כשיטתו, דהרי בהך דאדמון לא הי' יאוש, דהרי כשבא ממדינת הים כבר מצא את הדרך אצל האחד שקנה מארבעה ולא נתיאש מעולם, הנה לפי"מ שבארנו להכריע כשיטת הסוברים דבחד גברא לא אמרינן קם דינא, מזה גופא מוכח דליכא דין

יאוש בספיקא דדינא וכן מוכח מר' ירמיה דסובר הדר דינא בספק ובני יבם, ובזה לא שייך כ"כ לומר דבהא פליגי ר' אבא ור' ירמיה אם מיאש בכה"ג שהדבר ספק, ובאיזו סברא יפלגו בזה, וביותר נלענ"ד דיש להוכיח דליכא תורת יאוש בכה"ג בספיקות, מהא דקונה אילן אחד לר"מ ולרבנן בשני אילנות דמביא ואינו קורא, דאמנימא דמחמת שהדין המע"ה הוא מתיאש, ממילא נעשה לודאי, שזכה המוכר מחמת יאוש והפסיד הלוקח זכותו בתורת ודאי ולמה מביא מספק, וכן מוכח מהך דכהנית שנתערב ולדה בולד שפחתה דאוכלים בתרומה, דמביא הש"ס בגיטין ד' מ"ב ע"ב להוכיח מזה דמעוכב ג"ש אוכל בתרומה ודחי הש"ס כיון דאם יבוא אליהו ויאמר דחד מינייהו עבד הוא קנין כספו קרינן ב', הבאנו ענין זה לעיל בפ"י, ואם נאמר דהיכא דמפסיד הדבר מחמת ספק איכא תורת יאוש הרי זה כעבד שנתיאשו בעליו דהוי כמקפיד עבדו דאיכא מ"ד דאינו אוכל בתרומה, והך סוגיא אזלא אליבא מאן דסובר הכי כמש"כ הרמב"ן ז"ל במלחמות פ"ג דברכות וכן מפרשים התוס' שם בגיטין לתירוץ קמא יעו"ש, אלא ודאי מוכח דליכא כה"ג דין יאוש בעלים, אבל טעמא בעי למה לא נימא דהוי בזה יאוש, דהרי ודאי בספיקות כאלה שאינם עומדים להתברר אסח דעתיה ואיאושי מיאש, וכמו שנקט הת"ה, ובשלימא בדבר דמהני תפיסה י"ל דכיון דיכול לתפוס לא מתיאש, וכמו שכתב בס' קונה"ס כלל ו' אות י"ג, והביא ראיה לזה מדברי הרא"ש פ"ב דב"מ גבי ראה סלע שנפלה יעו"ש, אבל בדבר דלא מהני תפיסה דודאי מתיאש למה לא מהני היאוש להפקיע קנינו לגמרי מזה, ובספרי האחרונים החלוקים על הת"ה לא מצאתי טעמא דמילתא דלא מהני באמת מה דאסח דעתו ונתיאש, ולומר דכיון דמסתפק אם הדבר שלו לא הוי יאוש, זה אינו מסתבר, דמ"ש ספק מודאי: ונלענ"ד לבאר ענין זה עפ"י מה שנבאר היסודות בכללי היאוש, דהנה ענין זה של יאוש לא נתבאר היטב במפרשי הש"ס, ולדעתי נראה דהוא ענין התרצות וניחותא, דבדבר שהבעלים חושבים שאבוד ממנו לעולם ולא יוחזר אליו, מתרצים המה על כל המקרים שיתהוו עוד ואינם חסים עוד עליו, מחמת שכבר הוא אבוד מהם אין להם שום קפידא מעתה אם יטלנו זה או אחר, שאין שום תועלת בו עוד, וכל חפץ שאין הבעלים מקפידים על חסרונו יכול כל אדם לזכות בו, ומה דיש חילוק בין יאוש דגזילה ליאוש דאבידה, הוא משום דכיון דהתרצות זו בא בע"כ של הבעלים, י"ל דלא חדשה תורה רק באבידה ולא בגזילה, וענין זה דיאוש הוי כהתרצות וניחותא, נראה לי דמוכח מסוגית הש"ס ריש אלו מציאות דבהא.

דפליגו אביי ורבא ביאוש שלא מדעת מביא שם הש"ס לדמות לזה עוד ענינים כמו הכשר זרעים ולענין אם תרם שלא מדעת ואח"כ מתרצים הבעלים, יעו"ש, דמזה מוכח דענין יאוש הוא ניחותא והתרצות, דאביי סובר דעל ענין כזה צריך רצון בפועל שידעו הענין ומתרצים בפועל במחשבת הלב, ורבא סובר דכיון דאילו ה' יודע ה' מתרצה חשוב כרצון, ומשו"ה מביא הש"ס לדמות שאר ענינים כה"ג, היכא דבעינן ניחותא דבעלים, כמו הכשר זרעים ושליחות דתרומה, ודחי הש"ס דהתם בעינן מחשבה ולא סגי ברצון, והיכא דבעינן מחשבה ודאי דלא שייך לומר שיהי' נחשב מה דאמדינן לדעתיה, שאילו ה' יודע ה' מחשב, כאילו כבר חשב מחשבה זו, וכגון תרומה דנטלת במחשבה לא שייך לומר שיתהוו תרומה מעצמו עי"ז שיהי' לנו אומדנא שאילו ה' יודע ה' מחשב, ורש"י כתב בריש אלו מציאות דיאוש הוי כהפקר, ובתוס' ב"ק ד' ס"ו ע"א

ד"ה כיון כתבו, דבע"כ יאוש אינו כהפקר גמור, דאל"כ למה לא מהני היכא דבאיסורא אתא לידי', וההבדל בין יאוש להפקר לענין דינא הוא, דבהפקר יצא הדבר מרשות הבעלים, וביאוש לא יצא הדבר מרשות הבעלים עד דאתי לרשות זוכה וכמו שהוכיח כן הקצוה"ח בסי' ת"ה סק"ב, מהא דאמרינן בגמ' ב"ק ד' ס"ו דמה"ט בגזל חמץ ועבר עליו הפסח אומר לו הרי שלך לפניך, אף שנתיאשו הבעלים משום דזה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות, ואם יצא מרשות בעלים לגמרי כהפקר, איך יכול לומר הרי שלך לפניך, וזה נראה דלכו"ע אין הכונה לומר דיאוש הוא שמפקיר בזה, דהרי יאוש מהני בדבר שאינו ברשותו כגזל וכדומה, והפקר אינו מהני בדבר שאינו ברשותו לר' יוחנן דקיי"ל כותי', כמו דאיתא בב"ק ד' ס"ט, והעיקר בזה הוא כמש"כ, דביאוש אין כאן מעשה לחדש איזה ענין על החפץ ע"י כונה ורצון, דמאיזה טעם נאמר כן דע"י שחושב לאבוד יחליט בדעתו לעשות איזה ענין הפקר על החפץ, ועוד דאם הי' ענין הפקר ודאי דבעינן כה"ג מחשבה בפועל כמחשבת תרומה וכדומה, ובהפקר לכו"ע שלא מדעת דא הוי הפקר לכן נראה ברור דיאוש לכו"ע הוא רק ניהותא, ובכה"ג סובר רבא דמהני שלא מדעת: עוד נראה לי דמה שהוכיח הקצוה"ח דיאוש לא מהני עד דאתי לרשות זוכה, ובנה"מ הוסיף בזה שאם נסתלקה סבת היאוש קודם שזכה בו אחר, הדרא למרי' בלי קנין חדש, עי' בנתיבות סי' רס"ב שהאריך בזה, בכ"ז נלענ"ד דצריך לומר דאף קודם דאתי לרשות זוכה נעשה ענין השתנות בזכות הבעלים דהנה באבידה שנתיאשו הבעלים ומתו והיורשים הם קטנים, או גדולים ואינם יודעים מאבידת אביהם, הלא לא אשתמט שום פוסק לומר דאסור לזכות בו מחמת דכבר כלה כח היאוש של אביהם, כיון דענין היאוש הוא רק כאינו מקפיד וכנותן רשות לכל אדם לזכות, ובמותו נפיק מרשותו, וחייל עליו רשות יורשים, ואין יאוש שלו מועיל על נכסי היורשים, אלא ודאי הועיל היאוש לשנות את ערך הזכות ודין הבעלים מהחפץ, וכשירשו היורשים ירשו חפץ כזה עם גרעון הזכות, ואי"צ עוד ליאוש שלהם, וכן מוכח ענין זה מדברי תוס' סוכה ד' ל' ע"ב בד"ה כי גזזו דז"ל כי גזזו אוונכרי נמי ניהוי יאוש בעלים בידיהו דידהו, וא"ת ההוא יאוש שלא מדעת הוא, דלא ידע נגזל בלוקח וקיי"ל בריש אלו מציאות דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, וי"ל דלא מקרי יאוש שלא מדעת אלא היכא דבא לידו קודם שידעו הבעלים שנאבד מהם, אבל הכא ידעי בה ונתיאשו מקודם אלא דאין יאוש לקרקע.

עכ"ל.

והנה התם מיירי בגזילה שנגזלה כבר ממורישים, מכמה דורות שעברו ופעל יאוש ההוא, שעל פירות הקרקע יש גדולותלשו יהי' בהם דין יאוש, ובהשקפה ראשונה הוא דבר תמוה, כיון דאין יאוש מועיל בקרקע, הרי לא הועיל היאוש דמעיקרא כלל, ועתה שנתלשה ההושענא צריך יאוש מחדש ועכשיו הוא יאוש שלא מדעת, ולומר דמהני יאוש דמעיקרא על זמן שלאחר כן מחמת שמתיאש מעיקרא גם על זמן של עכשיו ודאי קשה, כיון שמתו בעלים דמעיקרא איך מהני יאוש דידהו על רשות יורשים, ונלענ"ד בכונת דברי התוס' דכיון דעיקר היתר הבא ע"י יאוש הוא מטעם אבידה, ומה"ט לא מהני יאוש בקרקע משום דקרקע אינה חשובה אבודה מן הבעלים רק היכא שנשתקע שם הבעלים י"ל דהוי כאבודה, ומה"ט בכה"ג מהני יאוש גם בקרקע, כמש"כ התוס' שם בסוכה בשם הירושלמי, וי"ל דמה"ט סובר הרמב"ן ז"ל בס' מלחמות פ"ב דב"מ דבאבידה שנטלה

קודם יאוש לא מהני יאוש אח"כ, משום דנעשה שומר וידו כיד הבעלים, היינו דכיון שהוא שמור לבעלים אינה כאבידה, ועפ"מ ש"כ יש לדחות מה שהוכיחו בספרי אחרונים דהתוס' פליגי על הרמב"ן ממש"כ בכמה מקומות דמהני יאוש אף אם החפץ הוא ברשות בעלים, דלפ"מ ש"כ תלוי באופן מציאת החפץ, אם הוא מונח באמת במקום השמור לגמרי, גם לשיטת תוס' לא מהני יאוש, ואם הוא נמצא באופן שאינו שמור כגון במקום שאינו רגיל להמצא או במקום שאחרים יכולים ליטלו, אז גם להרמב"ן מהני יאוש, ואכמ"ל, ולפ"ז י"ל דאף דאין יאוש מועיל בקרקע משום דברשות בעלים עומדת, כ"ז הוא רק בגוף הקרקע שאינה נאבדת ואינה נגזלת, אבל השתמשות הקרקע ולקחת הפירות מן הקרקע הוא בחזקת אבוד כשאר מטלטלים, ומשו"ה אף דיאוש לא מהני על גוף הקרקע, אבל על הפירות חל מיד היאוש, שמותר לכל אדם להשתמש בה ובפירותי, ומשו"ה אף שמתו הבעלים כבר פקע כח זה מהבעלים שאין שליטתם מעכבת את כל אדם מלהשתמש בקרקע ובפירותי ואי"צ עוד יאוש מחדש מיורשי הקרקע, כנלענ"ד בביאור דברי תוס' סוכה הנ"ל: ובביאור ענין זה נלענ"ד דאף שבארנו דעיקר דין יאוש הוא רק כאינו מקפיד, וענין אינו מקפיד הוא ענין שאינו פועל כלום לשנות קנינו מן החפץ, ואם חזר אח"כ ומקפיד עליו שוב אין איש רשאי להשתמש בו, או אם מת ובטל רשותו צריך לידע אם היורשים מקפידים עליו, בכ"ז שאני דין יאוש מדבר שאינו מקפיד, דביאוש עיקר ההיתר הוא היתר התורה מחמת דין אבידה, רק שצרפה תורה לזה יאוש הבעלים, ולכן אם רק פעם אחת נתיאשו הבעלים כבר חל היתר התורה להשתמש בזה ובע"כ עלינו לומר דעל ענין זה של היתר תשמיש פקע רשות הבעלים דלא בעינן עוד דעתם ורצונם, ומשו"ה אם אחר היאוש חזרו הבעלים ומצאו חשבון שלא להתיאש לא מהני כלום לעכב מהיתר תשמיש שחל כבר, וענין זה משמע להדיא מסתימת הש"ס והפוסקים דבשמענא דאייאש פעם אחד לא חיישינן שמא חזרו בהם, ואם הי' הדבר תלוי גם ברצון של עכשיו הי' ראוי לחוש שמא חזרו בהם, ועפ"ז נלענ"ד דמש"כ בנתיבות בסי' רס"ב דאם כלה היאוש קודם דאתי לרשות זוכה דהדר לבעלים ואי אפשר אח"כ לזכות בו אחר, הוא דבר תמוה ואינו נראה כן מכל הני ראיות שכתבנו, אכן יש מקום לומר דאם כלה האיבוד ונעשה שמור דנתבטל שם אבידה מזה דאז בטל ההיתר דרק באבידה התירה תורה, אבל מסוגית הש"ס דכריתות ד' כ"ד בשור הנסקל שהוזמו עדיו דכל המחזיק בו זכה בו מוכח דגם אם נעשה שמור לא נתבטל דין ההיתר של זכית אחרים, והנתיבות כתב בזה לפרש דשם הוי הפקר ממש משום דאבודה ממנו ומכל אדם, ואינו מטעם יאוש, אבל בירושלמי ב"ק פ"ד ה"ח פליגי שם ר"י ור"ל דר"ל סובר דהוי יאוש בטעות בהוזמו עדיו יעו"ש, ור"י נראה דסובר דבכה"ג אין שייך טעות, דלפי המצב שהי' הי' עומד להסקל, דאם לא הי' באים עדי הזמה הי' נסקל והי' ראוי להתיאש וגם הי' במצב אבוד אף שהעדים שהעידו היו עדי שקר, אבל עכ"פ נראה מהירושלמי דההיתר משום יאוש הוא ולא משום אבודה ממנו ומכל אדם, וגם מהא דאמרינן שם בכריתות לחלק בין אמרי לי' שורך נרבע ובין אמרי לי' הוא רבע שורו, דכיון דיודע בעצמו דלא רבע לא מפקר לי' וטרח ומייתי עדים, משמע מזה דעיקר ההפקר הוא מחמת הבעלים ולא ממילא, ודוחק לומר דכונת הש"ס דבכה"ג לא הוי אבוד, דלא הוי לי' להש"ס לסתום ולומר דלא מפקר לי', וע"כ נלענ"ד דאם כבר חל על האבידה



היתר מחמת יאוש לא פקע עוד, בין אם כלה היאוש, ובין אם נעשה אח"כ שמור דלענין זה פקע כח הבעלים, ובקצוה"ח סי' ת"ה מפרש דלענין שור הנסקל שהוזמו עדיו הוא הפקר ממש מדעת כשאר הפקר דעלמא, ומחלק שם בין שאר איסורי הנאה דלא חשיב הפקר, משום דאיסורי הנאה אינו ברשותו להפקיר, כמש"כ הרמב"ם בה' נזקי ממון, ובהוזמו עדיו דאיגלאי למפרע דהי' מותר בהנאה מהני ההפקר דאיגלאי מילתא דהי' ברשותו, והנה אף שכתב בזה דבר מחודד, אבל לענ"ד אין דבריו מסתברים בזה דלענין אינו ברשותו לא שייך לומר איגלאי מילתא למפרע דהי' ברשותו, דכיון דחסר הבאת עדים וגם לא ידע בעצמו ששקר העידו, והשור עומד להסקל לפי המצב דהשתא אין לך אינו ברשותו גדול מזה דהרי בכל ממון שיכול להוציא בדיינים במטלטלים חשיב אינו ברשותו, אף שיודע שמשקר וטרח ומייתי עדים מ"מ כיון דחסרה הבאת עדים הוי כאינו ברשותו מכש"כ בכה"ג באינו יודע בעצמו כלום, אלא נראה ודאי דמה דאמרו בגמ' בלשון הפקר הוא לאו דוקא והכונה דמתיאש, וכמש"כ התוס' בב"ק ד' כ"א ע"ב בהא דאמרינן שם פירות ברה"ר אפקורי מפקר להו, דלאו דוקא אלא דמתיאש, יעו"ש.

ובירושלמי שהבאנו מדויק יותר דאיתא שם לשון יאוש, ולפי"ז עלינו לומר דמ"מ בזה מתיאש וזה אינו רוצה לקנות אומר לו הרי שלך לפניך, אף דנעשה איזה השתנות לענין היתר תשמיש וכח זכי', מ"מ כיון שלא נפקע עדיין קנין הבעלים הוא בכלל הרי שלך לפניך ועפ"י מה שבארנו דביאוש דמהני להיתר תשמיש ולזכות בחפץ בעינן שני דברים, הכלל העיקרי הוא שיתחשב החפץ כדבר אבוד שיהי' בתורת אבידה, ועוד כלל שני שיבוא לרשות זוכה ואז פקע קנין הבעלים ע"י זכות הזוכה, נלענ"ד דבספק ממון דקיי"ל המע"ה שבארנו לעיל דלענין כל אופני ההשתמשות לאכול ולכלות את כל הגוף של החפץ המוחזק, נחשב כבעלים גמורים וכממונו ממש הוא חשוב, ולענין דינים הבאים ממילא, כקדושה הבאה מאלי', עדיין דין ספק עלי' דקנין האמתי לא נפקע, לא מועיל בזה יאוש של התובע, שיופקע קנין האמתי של התובע אם קמי שמיא גליא שהוא שלו, דהיסוד העיקרי דמועיל יאוש הוא דין אבידה, וענין אבידה הוא שהחפץ הוא של הבעלים ומה שהוא שלהם נמצא במקום אבוד שאינם יכולים להשתמש בו ולעשות עמו כחפצם ועומד לאבוד שלא יוחזר להם, ובספק ממון אינו כן, שהתובע תופס את החפץ ומשתמש בו כאדם העושה בתוך שלו מדין תורה שזכתה לו, ואינו משתמש בו בתורת גזל ואין זה ענין אבידה, דהרי של חבירו הוא לכל דבר תשמיש שבעולם, ולענין הקנין האמתי לא שייך איבוד, דרק מה שמתחסר שאחרים מכלים ומאבדים אותו זהו האבוד, והכא מה שמכלה אותו הנתבע, הוא הכל משל הנתבע עצמו עפ"י הזכות שזכתה לו תורה, אף שכל זה הוא מחמת חסרון והעדר הידיעה והבירור, אבל לפי מצב זה הוא כן הדין עפ"י התורה שיזכה בו חבירו, ומה שממונו יוצא ממנו עפ"י דין שמים של מצות סקילה לחוד, אבל אם יוצא ממנו לרשות אחר עפ"י תורת דיני ממונות אין זה בכלל אבידה ורק משפט הוא, אבל אם הבהמה נסקלת ונשרפת עפ"י דין שמים, הוא איבוד לגבי עניני ממון וקניני האדם, ומשו"ה הדין בספק ממון מה שחבירו זוכה עפ"י דין לכל מילי דהשתמשות הוא של חבירו, ומה שנשאר לו עפ"י קנין האמתי לא יצא ממנו ע"י יאוש דאין כאן אבידה כלל: ובזה נראה לי לישב מה שהקשה בס' שער המשפט סי' כ"ה סק"ב בדיין שטעה בדבר משנה שחוזר הדין, ואף אם כבר שלם הבע"ד חוזר הדין ומחזיר

הממון, ולמה לא אמרינן שיפטר המקבל מחמת שכבר זכה בהם ע"י יאוש כמו בשור הנסקל שהוזמו עדיו, והיכא שהדין תלוי בהודאה וכפירה שהנתבע יודע האמת רק שעדים מעידים שקר ליכא יאוש כמו דאמרינן שם בכריתות דבאמרי לי' אתה רבעת שורך אינו מתיאש דהוא טרח ומייתי עדים ואינו מיאש עצמו, אבל בפשטות ענין טועה בדבר משנה מיירי שאינו תלוי בהודאה וכפירה רק השקלא וטריא בהלכה, ובזה ראוי לומר דמתיאש, עיי"ש מה דמדחיק בזה לומר להלכה כן, ולפימש"כ הנה בנידון כזה שלפי דעת הבעלים החפץ שזוכה חבירו הוא שלו עפ"י דין ומשפט ואין כאן ענין של אבידה כלל, ומשו"ה לא שייך יאוש.

והנה בס' שעה"מ בסי' כ' הביא ראי' מדברי ר' אפרים שהביא הרא"ש בפ' הגוזל בתרא שכתב באחד ששלח ע"י ישראל כסף לשלם חוב לנכרי ושכח הנכרי מהחוב ודן ר' אפרים שיוכל הישראל לזכות בכסף זה, מחמת שהמשלח נתיאש מכסף זה וכמו בשור הנסקל שהוזמו עדיו, ומהר"ם דחה פסק זה מחמת שכיון שהי' יכול הישראל לחזור וליטול הכסף קודם שנתנם להנכרי ומה"ט לא נתיאש מהם, כל זמן שלא נתנם לנכרי, ועפ"י"ז כתב בס' שעה"מ בסי' כ' לדון דהיכא שנגמר הדין לשלם ואח"כ נתברר, לאחר ששלם, שהדין הי' בטעות שלא יחזור וישלם, משום דבשעה ששלם כבר נתיאש מהדמים וזכה בהם התובע מחמת יאוש, ובאופן שהנתבע לא ידע מהטעות, כגון שתבעו עפ"י עדים והנתבע לא ידע ואח"כ הביא עדים והזימו לעדים הללו יעו"ש שנשאר בצ"ע, ולפימש"כ היכא שהתובע זכה בהם עפ"י דין תורה וכמו שצייר בס' שעה"מ שהתובע ג"כ לא ידע רק תבע עפ"י עדים, ובעובדא של רבינו אפרים דדיינינן שמתיאש מקודם בשעה שמסר הכסף ליד השליח שם יש מקום לדון מדין יאוש שעדיין לא זכה הנכרי מדין משפטי הממון ועדיין של המשלח הוא הכסף והוא מתיאש מהם שיאבדו ממנו, ומהר"ם דחה דגם בכה"ג ליכא יאוש, כ"ז שיכול ליטלם ולהשתמש בהם אינו מתיאש, אבל עכ"פ ל"ד ענין זה לנידון שכ' בס' שער המשפט דהרי קודם שזוכה בהם הבע"ח ליכא יאוש דיכול להחליף בכסף אחר ומשזכה בהם הבע"ח הם שלו עפ"י דין תורה קודם שנתברר האמת כמו שזוכה בכל ספק ממון להיות שלו בתורת ודאי עד שיבורר האמת, ובזה נראה דאין לחלק בין ספק דררא דממונא א שבי"ד מחייבים עפ"י עדי שקר דמאי נפ"מ מ"מ הזוכה זוכה בזה מחמת העדר הידיעה, ול"ד ללקט שזוכים ממנו ע"י טעות שכ' בתוס' שם ענין יאוש משום דעיקר תלוי בבעלים, דהבעלים אינם טועים בדין, דכל הענין שכתבנו לעיל, בכל ספק ממון שנעשה של המוחזק הוא רק אם שניהם אינם יודעים, אבל אם אחד יודע לא יזכה, ולכן יש חילוק בין טעות דעניים לטעות של דבר משנה, דכיון ששניהם אינם יודעים זוכה בהם המוחזק ככל ספק ממון עד הבירור: אמנם נלענ"ד דבלא"ה אין דברי השער משפט מסתברים בזה, דיאוש לא שייך אלא היכא דלפי מחשבת האובד אין לו שום תועלת בחפץ שלו, כאמרם כללא דיאוש הוא שאומר וי לי לחסרון כיס, דמחמת זה אינו מקפיד על החפץ ומתרצה בע"כ על כל המקרים שיהי' עם החפץ, מחמת דבלא"ה אינו מוצא לנפשו שום תועלת בו, אבל אם נותן כסף לבע"ח מחמת שחושב שהוא חייב לשלם, הרי לפי דעתו יש לו תועלת בכסף זה שפורע חובו ומקים מצות התורה, ע"י הכסף, ובודאי מקפיד הוא על כספו שלא יאבד בלי שום תועלת, ואם נימא כה"ג יאוש, לפי"ז אם יתן מאכל לפני בהמתו ולא אכלה הבהמה יזכו

בזה אחרים מחמת יאוש, ולא שמענו דבר מוזר כזה, וכמו דבנותן לפני בהמתו לא שייך יאוש אף אם הבהמה אכלה כבר במקום אחר ולא יוצרך ליתן לה עוד לאכול היום, כ"כ כשמשלם חוב ואח"כ נתברר הדבר דלא ה' חייב לשלם ליכא יאוש, דהרי לפי דעתו ה' משתמש בכספו לצורך ותועלת כדרך שאדם משתמש בכספו, בנכסיו וקניניו ואף דלפי"ז גם השקלא וטריא בעובדא של ר' אפרים קשה קצת, אמנם שם יש מקום לדון מדין יאוש, דשם מיירי ודאי דהמשלח לא רצה לשלם להנכרי מחמת איזה ענין של מצוה או חובת אנושי, דאל"כ ה' ראוי שיטעון המשלח אני רוצה לשלם לנכרי גם עתה, אלא ודאי דמה שנתן הכסף ליד השליח לשלם להנכרי, הוא רק מחמת פחד שמפחד מן הנכרי ואם ה' מוצא תחבולה להפטר ממנו לא ה' רוצה לשלם, והרי זה דומה לעובדא דרב ספרא שנתן חמורו לפני הארי מחמת פחד הארי, וענין זה הוא אצלו כשאר אבידה וחסרון כיס, ושייך בזה ענין יאוש דאבידה, וכן כתבנו בזה במקום אחר לחלק בין הא דאנסו בית המלך גורנו בחובו חייב לעשר משום דמשתרשי לי' ובפורע חוב של חבירו לא חשיב משתרש כמש"כ התוס', משום דמה שמשלם חוב אין זה הפסד, וכתבנו בזה דשאני חוב לנכרי מחוב דחייב לישראל משום דהפקעת הלואתו מותר: ובזה נראה לי לפרש מש"כ התוס' ב"ק ד' ס"ט ע"א בד"ה כל שלקטו בסה"ד וז"ל, ועוד דבסתמא אין מתיאש אלא לגבי עניים ואין מועיל לפטור מן המעשר עד שיהי' הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה עכ"ל.

ודבריהם צריכים ביאור דהלא ביאוש דגזילה אינו מתיאש רק לגבי הגזלן ובכ"ז הוא מועיל לגבי עלמא, דעיקר יסוד יאוש הוא דאינו מקפיד על החפץ והגזלן הוא רק הסבה שמחמתו הוא מתיאש, ואיך שייך לחלק ולומר דמתיאש רק לגבי עניים, ועפ"י מש"כ י"ל בכונתם דכיון דכל אדם רוצה להנות מנכסיו לעניי ישראל, וכשהעניים נהנים מנכסיו אפי' שלא מדעתו, זכות ומצוה הוא לו, כמו שאמרו חז"ל בנפל סלע ומצאו עני, ומשו"ה בלקט שלקטו עניים יותר על דינם מחמת שאינם בקיאים בדין זה דשני שבליים לקט ושלשה לבעה"ב, אף שהבעה"ב אינו מתרצה בזה, ורוצה שלא יקחו יותר על דינם, מ"מ מוצא בזה איזו הנאה ותועלת ואינו חשוב בעיניו כאבוד לגמרי, והוא רוצה לכה"פ שיהנו מזה עניים ולא עשירים, ולכן הוי יאוש רק לגבי עניים ולא לעשירים, אבל ביאוש של גזילה דיותר ניחא לי' שיהני אחרים או שילך לאיבוד לגמרי, ולא יהנה הגזלן מזה, ומשו"ה לא שייך שיהי' יאוש רק לגבי הגזלן ולא לגבי עלמא, דבאמת יש מקום לומר דלמ"ד יאוש כדי לא קני הוא מה"ט דמקפיד לגבי הגזלן יותר מלכל העולם, למאן דפליג סובר דכיון דהותר לכל העולם הותר גם לדידי', ועכ"פ בנידון שכ' בס' שעה"מ באם נתן כסף לפרעון חוב ואח"כ נתברר שטעות ה' שלא ה' חייב לו, הוא דבר רחוק מן הדעת לומר שכבר זכה בו המקבל מדין יאוש ולא יחזיר הטעות, כיון שבפרעון חוב הוא מקבל תועלת בכל הממון, אין כאן איבוד כלום, והבעלים מקפידים שלא ילך לאיבוד, ואם יזכה בלי פרעון חוב הוא גזל כשאר נהנה מממון חבירו כנלענ"ד ברור: והנה בס' שעה"מ שם בס"י כ' הביא דברי הגהת אשר"י בפ' איזהו נשך שכתב כענין זה דחשיב יאוש, דהנה בגמ' שם בהא דאמר ר"נ דכיון דאסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי, ופריך הש"ס מהא דאמר ר"נ במוכר פירות דקל לחבירו דאף משבאו לעולם לא קנה, ומודה דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני', דמחילה בטעות הוי מחילה, ומשני הש"ס

התם זבינא הכא הלואה, ופירש"י דמחילה בטעות הוי מחילה, ובהלואה הדרי פירי משום דמיחזי כרבית, והתוס' הקשו על פירש"י דהרי קיי"ל קנין בטעות חוזר והקדש טעות אינו הקדש, והביא שם בהג"א דברי רש"י ור"ת והקשה על דברי ר"ת ומסיק בזה"ל, לכך נראה לי דודאי גם ר"נ סבר דמחילה בטעות הוי מחילה אע"ג דקנין טעות חוזר, בדין שיכול לחזור בו, כיון שהממון עדיין בידו הוא, יש כח בידו לחזור כיון דבטעות הקנהו והקדש נמי לא חייל בטעות כיון דבעינן שיגמור בלבו, ואין זה גמר כיון שטעה, וכן ההיא דחזקת הבתים דהדר גודא בארעא דלאו דילי' דלא הוי מחילה, לא דמיין כלל, דהא לא מחיל ולא מידי ולא הפקיר מידו אלא דסבור שאינו שלו ונמצא שלו, אבל אדם שיש לו ממון ומוכר אותו לחבירו ומוחל לו אעפ"י שהוא בטעות זכה חבירו, מידי דהוי אהפקירא בעלמא דחשיב הפקר, א"כ שכנגדו קנה ביאוש בעלים וכו', והכא הכי פירושו הכא הלואה ואיכא איסור רבית הילכך מחילה דידי' לא הוי מחילה דפשיטא הוא דאילו הוי ידע דאית בי' שום נדנוד עבירה לא הי' מוחל כלל וכו' התם זביני וליכא שום איסור הילכך הוי מחילה עכ"ל.

והביא השעה"מ דברי' להוכיח כשיטתו דסובר בכה"ג דהוי יאוש, וסובר דלשיטתו אם פרע עפ"י בי"ד בדין טענת דזוכה מטעם יאוש ואי"צ להחזיר הדמים שקבל, יעו"ש שהאריך הרבה בזה עפ"י השיטות בפירוש סוגיא זו, ורצה לומר דלשיטת התוס' ר"נ ורבינא פליגי על ר"י דאמר בכריתות בשור הנסקל שהוזמו עדין דכל המחזיק בו זכה בו, יעו"ש, ולענ"ד נראה דאין כונת הגה"א בזה כעין יאוש דעלמא בשור הנסקל או כעין יאוש דאבידה וגזילה, דאל"כ מה שכתב לפרש מה דאמרו בגמ' התם זביני הכא הלואה, דזביני זוכה מטעם יאוש ובהלואה דאיכא איסור רבית אמרינן אילו הוי ידע דאיכא איסור לא הוי מחיל, אינו מוכן כלל, דאי יכול לזכות מחמת יאוש והפקר איזה איסור רבית איכא בזה, דהרי מהפקירא קא זכה, ועוד אינו מוכן דכמו שטעות של איסור רבית מבטל המחילה כ"כ טעות אחר מבטל, דעכ"פ הוא בטעות: ולכן נראה לי בביאור דברי הגה"א הוא באופן אחר לגמרי, והוא דהנה במוכר פירות דקל לחבירו דמכון להקנות ורוצה בכך ברצון גמור שיזכה חבירו, איכא בזה שני ענינים, הענין הא' הוא מעשה ההקנאה שע"י מעשה זה הקנה את החפץ ומכון שע"י יעשה החפץ קנוי לפלוני, והענין השני בזה שרצונו הי' בזה שחפץ שלו יצא מרשותו וישתמש בו פלוני, והנה אם המעשה שעשה לא הועיל עפ"י דין ונשאר החפץ שלו כמו שהי' ובטל הענין הא', מ"מ הענין השני לא בטל, היינו דעכ"פ כ"ז שלאחזר בו עדיין הי' עומד הרצון הראשון שרצה ועפ"י רצון זה יכול המקבל לזכות כ"ז שלא חזר בו, ואי"צ ע"ז התגלות רצון אחר, ונראה לומר דהא דקיי"ל אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם הוא דאין מעשה ההקנאה מועלת למה שעושה קודם שבא לעולם, אבל הגלוי רצון שגלה קודם שבא לעולם מהני לענין זה שיכול המקבל לזכות מחמת התגלות הרצון של המקנה שגלה אותו קודם שבא לעולם, דעל רצון לחוד ליכא חסרון משום דבר שלא בא לעולם, וענין זה דמהני רצון ונתינת רשות קודם שבא לעולם לענין שיזכה ע"י חזקה לאחר שבא לעולם, נראה לי מוכח מדברי הרמב"ן במלחמות ב"ק פ' מרובה בענין הרשאה, דמשום שליחות לא מהני דיכול הנתבע לומר לאו בעל דברים דידי את, וכשכותב לו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך מהני, וכתב בזה"ל ומכיון שנתנה לו במתנה ואמר לו אפיק לנפשך אעפ"י שהוא מטבע

או גזילה שאינו יכול להקנותה לו ואם בא לחזור חוזר, מ"מ כיון שעדיין לא חזר בו, בעל דברים דידי' הוא שהרי הבעלים נתנוהו לו ואין הלה יכול לטעון עליו וכו' עכ"ל הצריך לנו, דמזה מוכח דבמה שאמר לו זיל דון וזכי ואפיק לנפשך יכול השליח לזכות לאחר שיתן הנתבע, דאעפ"י שמחמת הקנאה לא הי' מועיל דדבר שלא בא לעולם הוא הכסף שיגבה מן הנתבע אבל מה שאמר זכי לנפשך שהוא נתינת רשות וגלוי רצון מהני שיחזיקם אח"כ לעצמו: ועפ"י ז' יש לפרש דהיינו טעמא דרב נחמן דאמר ומודינא דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני' משום דבשעה שהקנה רצה עכ"פ שישתמש בפירות דקל שהם שלו, אלא דהוסיף בזה מעשה קנין וסבר שתועיל מעשה זה שלא יוצרך הקונה לחזור ולזכות, אבל רצון הכללי שיזכה בהם המקבל עדיין עומד, משו"ה אי שמיט ואכיל היינו שזכה בהם ע"י מעשה שקונים בה מן ההפקר, לא מפקינן מיני' וזהו כונת בעל הגהת האשר"י שכ' דזכי' זו היא כקונה מן ההפקר או ע"י יאוש דדעת אחרת מקנה אין כאן, דההקנאה דמעיקרא לא הועילה מחמת שהוא דשלב"ל ומה שראה אותו נוטל הפירות ושתק ג"כ לא מהני דסבר דכבר הם שלו מחמת הקנאה ראשונה אלא דכיון דבתחילה בשעת הקנאה רצה בכך שיזכה בהם ואינו מקפיד מה שיטלם אח"כ הקונה הוא זוכה בהם עכשיו כזוכה ע"י יאוש והפקר, דכל דליכא עכוב מצד הבעלים יכול אדם לקנות כמו שזוכה חפץ שנתיאשו הבעלים, וזוהי כונת הגמ' לפי פירוש זה, התם זביני הכא הלואה, דבהלואה אינו יכול לזכות עכשיו מחמת הרצון דמעיקרא, דאם לא קנה למפרע את השדה איכא איסור רבית שיטול עכשיו הפירות ואיכא אומדנא דעל אופן זה בלי קנין דמעיקרא אינו רוצה שיטול משלו כלום, ומשו"ה אמר ר"נ כיון דאסמכתא לא קניא הדרא ארעא והדרי פירי) וי"ל דמעיקרא הי' ס"ד להמקשה דטעמא דר"נ דאי שמיט ואכיל לא מפקינן הוא מחמת מחילה דעכשיו שרואהו נוטל הפירות ומוחל לו בטעות שסבר שכבר קנה, ולפי"ז גם בהלואה אם כבר מחל לו לא מפקינן מיני' דאינו רבית קצוצה, ולפי המסקנא אינו כן דטעמא דאי שמיט ואכיל הוא מחמת הרצון דמעיקרא, באופן דגם אם עכשיו לא ידע ולא ראה המוכר כשנטל הפירות ג"כ לא מפקינן מיני' דכבר זכה מחמת גלוי דעת דמעיקרא: ועפ"י ז' לפי מה שנתבאר בדברי הגהת אשר"י דענין יאוש והפקר הוא רק לבאר אופן הזכי' שאינו כשאר קנינים, מתנה או מכר, שהקונה קונה את החפץ ע"י הקנאת הבעלים ודעת אחרת מקנה אותו, אלא שזוכה בהם מעצמו כקונה מן ההפקר או ע"י יאוש מחמת שגלו הבעלים דעתם דמתרצים בכך שישתמש הקונה בדבר זה אבל אם אדם משלם חוב לחבירו עפ"י בי"ד ואין כאן שום התגלות איזה רצון מצד בעל הכסף ליתן מתנה או שישתמש בהם הנתבע שלא מחמת פרעון חוב, ואחר שנתברר הדבר שאינו חייב כלום מאיזה טעם יזכה בהם מקבל הכסף שלא כדין, ועפ"י מה שכתבנו לבאר דברי הגה"א יש לבאר בדרך זה מש"כ בש"ך חו"מ סי' רנ"ה בטעמא דמילתא דלא מהני שאלה בהקדש דאתי ליד גזבר, דכיון דקנה הגזבר ע"י משיכה לא גרע כח הקדש מהדיוט ודוקא היכא דהקנין הוא ע"י אמירה אז דיבור מבטל דיבור, יעו"ש דבפשטות הוא תמוה כיון דהמקדיש אינו מתכוון להקנות רק ע"י דיבור וזה נעקר למפרע ע"י שאלה ואיך קנה הקדש ע"י חצר הגזבר שלא מדעת הבעלים ולפימש"כ הרי זה כמו בפירות דקל דאי שמיט לא מפקינן מיני', כיון שרצה שיהי' הדבר להקדש ועד"ז שמעתי שמתרצים מה שהקשה בקצוה"ח סי' ר' על הרמב"ן דסובר דיש

חצר להקדש אלא דאין מעילה בזכיתה משום דלא הוקדש ע"י אדם, מהא דאמרינן בפ"ב דשבועות גבי יש אוכל אכילה אחת דלהכי לא חשיב שבועה שלא אוכל משום דאיתא בשאלה, ופריך הש"ס ממוקדשין דאיתא בשאלה, והלא מוקדשים שנשחטו כבר בעזרה והי' בזה קנין חצר ע"י העזרה שהוא חצר הקדש, יעו"ש, ולפי מה שכתבנו דקנין זה אינו רק כקונה מן ההפקר או ע"י יאוש ולא כקונה ע"י דעת אחרת, משו"ה אם נשאל על ההקדש ויזכה הקדש ע"י חצר הקדש לא יהי' דין מעילה לשיטת הרמב"ן ז"ל ובכ"ז יש לפקפק בזה דמ"מ נעשה ע"י אדם, וגדולה מזה משמע דאם קונה ע"י חצירו בשביל הקדש כמגביה מציאה לחבירו, יש בזה דין מעילה, כמ"כ הר"ן בנדרים ד' ל"ד, אלא נראה דקדושת עולה לא אפשר ע"י חצר, דחצר קונה, אבל עולה או שלמים דוקא ע"י קדושת פה ולק"מ, אכן בתרומה דמבואר במס' נדרים ד' נ"ח דבתרומה דאתי ליד כהן לא מצי למיתשיל עלה, קשה לומר דע"י חצירו של הכהן תחול דין תרומה על המפורש אם בטלה האמירה ע"י שאלה, אבל בכ"ז אין זה מן התימה כ"כ דבאמת עיקר ענין תרומה הוא לברר חלק הכהנים וכמו שבארנו קצת ענין זה בדברינו לעיל ובירור זה הוא ע"י בעל הפירות, י"ל כיון דאתי ליד כהן ויכול לזכות בהם ע"י רצון הבעלים ונתברר בזה חלק הכהנים ע"י רצון הבעלים וקנינו של הכהן וצ"ע בזה ובפשטות נראה דהש"ך אינו מפרש כן רק כיון דאיכא גם מעשה של הכנסה לרשות הוא אליהם דלא מצי למיתשל על הדיבור וזה אינו מובן כ"כ ואכמ"ל: ובנידון של ספק ממון היכא דקיי"ל המע"ה נלענ"ד דיש לומר עוד טעם אחר מה דלא מועיל בזה היאוש להפקיע הקנין לגמרי דכיון דיאוש אינו מפקיע קנין הבעלים רק עד דאתי לרשות זוכה, ובכה"ג ליכא רשות זוכה דרשות זוכה הוא מחמת שהדבר נכנס לרשות מי שבידו להשתמש עם החפץ ולעשות עמו כל חפצו, וזהו עיקר כל הקנינים הנעשים ע"י הקונה בהפקר ומתנה, והכא בספק ממון שהדין המע"ה שזוכה עפ"י דין תורה להשתמש בו לכל דבר שבעלים אמתיים משתמשים בו, א"כ אין כאן שום הכנסה לרשות זוכה לענין זכי' חדשה מצד יאוש והפקר והנה בס' מחנה אפרים ה' שכירות סי' י"ג הביא דברי הרדב"ז שכתב במי שמכר ביתו לשוכר שהי' דר בה דלא מהני חזקה אם לא עשה בה השוכר דבר חדש שלא הי' עושה בו מתחילה, והוכיח נגד דבריו מדברי הריטב"א הובא בשטמ"ק ב"מ פ' א"נ, בהא דאמרינן שם האי משכנתא באתרא דמסלקי ואמר לא מסתלקנא לא צריך למיקני מינה, וכתב הריטב"א דלאחר שירד בה מיירי, דאי אמר לא מסתלקנא והודה לו בעל השדה לא מסתלק דעכשיו מחזיק בשדה בתנאי זה כיון שהוא מוחזק בתוך השדה ומחזיק בה כל שעה והוי כאילו א"ל לך חזק וקני וקרקע נקנית בחזקה עכ"ל דמזה מוכח דאדרבה כל שהוא מוחזק יותר בדבר ביותר קל ענין המעשה לקנות מה שמוסיף המקנה להקנות להמוחזק, כ"ז אינו ענין לנידון דידן דהתם הוא מוחזק בדבר שיש לבעלים איזה כח לענין השתמשות בפועל, דלדוגמא מי שקנוי לו דבר לזמן הרי אינו יכול לחפור בורות ולכלות גוף הדבר דלפי"ז נמצא ברשותו דבר שאין ביכולתו לעשות בלי רשות הבעלים ולכן איכא בזה ענין דרכי הקנינים שמוכנס ברשותו דבר שכח השליטה עוד תלוי ביד המקנה, וכאן הוא כל כח השתמשות ושליטה על החפץ הוא של המוחזק מחמת דין המע"ה ומשו"ה אין כאן ענין של הכנסה לרשות, דכל מה שמוכנס ברשות המוחזק הוא הכל של המוחזק מחמת דין המע"ה ולזכי' חדשה להפקיע קנין הבעלים לגמרי אין כאן

מעשה קנין ונראה לי דגם אם מתרצים שניהם בהדיא להקנות להמוחזק לא יועיל בשום מעשה קנין ע"ז מטעם שכתבנו ובקנין כסף ודאי דלא מהני דקנין כסף הוא מצד המקנה, וכיון דהחפץ אינו ברשותו לא מהני הקנאתו ואף דמצינו דהנגזל יכול להקנות חפץ הגזול להגזלן עצמו, כמו דמוכח להדיא מהא דאיתא בקידושין ד' י"ג בחטף סלע מידה וקדשה מקודשת היכא דשדיך, וכן הוא בשו"ע אהע"ז סי' כ"ח שהטעם כיון שמתרצית בקדושין אחילתי, היינו שהקנתה לו הסלע ונעשה שלו התם הוא שלא מטעם הקנאת האשה אלא דסגי בכה"ג אם האשה מתרצית וכמו שכתבנו בשם הגהת אשר"י דכיון דאיכא רצון מצד הבעלים יכול המחזיק בזה לקנות כמו שקונים דבר שיש בו יאוש בעלים והפקר, ולענין רצון של בעלים ליכא חסרון מה שאינו ברשותו כיון דמא מתרצים, וכ"ז הוא בקנין שקונים בו דבר של הפקר כמשיכה וחצר אבל ע"י קנין כסף שהוא רק ע"י מקנה ודעת אחרת לא מהני בדבר שאינו ברשותו להקנות ולהקדיש.

וע' בס' אבני מלואים סי' כ"ח סקי"ג שהביא שם דברי שארית יוסף שכ' דאם שניהם מתרצים שיהי' להקדש נעשה כפקדון, ובס' א"מ הביא שם מדברי תוס' קדושין ד' נ"ו, דלענין חלול מוכח דאף אם שניהם מתרצים ע"ז לא מהני, ומחלק בין חלול להקדש, דבחילול אין מתרצה הגזלן להוציא מידו, ובהקדש מתרצה ליתן להקדש, אבל בכ"ז אינו מתישב על הלב לומר דחשיב עי"ז כפקדון מחמת שמתרצה ליתן להקדש, ומדברי תוס' ב"מ ד' ו' שכתבו דבשנים אוחזים בטלית והקדיש אחד והשני שתק דהוי הקדש, משום דכיון דאודי הוי כפקדון, אין ראי' לזה דהתם כיון שהי' ע"י כפירה וכשמודה נעשה כפקדון, ובמ"א כתבנו די"ל דמה שכתבו האחרונים, שהרמב"ן שכ' בב"ק פ' שור שנגזח דו"ה דבגזל ממש אף אם מתרצה הגזלן ליתן אינו קדוש פליג על התוס' בזה, וכתבנו בזה די"ל דשאני גזל ממש דנקנית לגזלן לאיזה פרטים לענין שנוי וכדומה אינו נעשה ברשות בעלים עד שישב, כמש"כ התוס' ב"ק ריש הגזול בד"ה גזל ולא נתיאשו הבעלים בסה"ד שכתבו כן שמה"ט הוא יותר אינו ברשותו יעו"ש.

אבל אם גזל בלי מעשה קנין דאי נקנה כלים רק דחשוב כאינו ברשותו מחמת שאינו רוצה להשיב, אם מתרצה להשיב נעשה ברשותו, ובשנים אוחזים בטלית ליכא מעשה קנין על דין גזילה דבשנים אוחזים במציאה אי אפשר לקנות רק אם כל אחד מתכון להגביה בעד חברו, ובלא"ה הרי הוא כמונח ע"ג הקרקע, כמבואר במס' ב"מ ד' ח', ובכה"ג שהבעלים תופסים עם הגזלן לא מהני כלום שיקנה בזה מדין גזילה.

ואכמ"ל ובזה מיושב מה דלכאורה קשה בגנב שמתחייב כפל במכניס לתוך רשותו, הלא לכאורה קודם שהכניס לתוך רשותו כבר יצא מרשות בעלים) דלענין אינו בכשותו תלוי במה שאינו מצוי לבעלים כמו שמוכיח בקצוה"ח ה' גניבה, אבל לפימש"כ היכא דלא קנה הגנב כל שחוזר ואינו רוצה לגנוב הוא ברשות בעלים, נמצא שהוא גונב עכשיו מרשות בעלים בשעה שמכניס ברשותו וקרינן בי' וגונב מבית האיש ודו"ק העולה לנו מדברינו דבספק ממון נשאר לעולם הדבר בספק, כלו' קנין הגוף האמתי הוא לעולם בספק לענין קדושה הבאה מאלי', וכן לכל הדינים הבאים ממילא מחמת קנין זה כמו אכילת תרומה בעבדים ובפרה של כהנים, וכן לענין בכורים וכדומה, ענינים שאינם באים מחמת כח ושליטת הבעלים, ויאוש] בעלים, לא מהני בזה וכן הקנאה בפועל לא

מהני ולא ישתנה ספק זה עד שיבורר האמת ואז הדר דינא, ובחד גברא סגי אם נתברר ע"י מקרה חדשה, ע"י ממ"נ, ג"כ הדר דינא: פרק יג אמנם בהא דמבואר במשנה דיבמות בכהנית שנתערב ולדה בולד שפחתה שמשחררים זא"ז, ראוי לבאר איך מהני השחרור אם שאר הקנאות לא מהני כמו שבארנו, דבממון כזה שהדין שליטה הוא של המוחזק לא מהני שום הקנאה, למה מהני שחרור, מ"ש שחרור משאר הקנינים, והנה מהא דמצינו ענין שחרור במפקיר עבדו אף שאין לרבו שום שליטה עליו אינו ענין לזה, דשם פקע כספו ואי"צ שחרור רק על קנין האיסור שהוא דומה לגט אשה, אבל בספק עבד דלא פקע כספו וכמו דאמרו במס' גיטין משום דאם יבוא אליהו ויאמר דעבד הוא קנין כספו קרינן ביה, דלפי"ז צריך שחרור להפקיע קנין הממון, ועל קנין ממון בכל דוכתא כה"ג לא מהני שום הקנאה והקדש והפקר וחילול על דבר שאינו ברשותו, ומ"ש ענין שחרור מכל הענינים האלה, ובימי חרפי ראיתי בס' נחל יצחק סי' ע"ג שהקשה כן ומתריך עפ"י מה שכתבו בספרי האחרונים להגזל יכול להקנות לגזלן עצמו, משום דכיון דאצל הקונה הוא ברשותו, ועי' בס' שאגת ארי' סוף סי' צ"ג שכתב כן, ומשו"ה בשחרור שהעבד קונה א"ע בזה, הרי זה כמקנה לגזלן עצמו ואין הס' ת"י עתה לעיין בו, אבל כבר כתבנו בפרק הקודם, דאף לגזלן עצמו לא מהני הקנאת הנגזל אם מקנה ע"י קנין כסף וכדומה שהוא מצד המקנה, ורק במעשה קנין שהפקר ומציאה נקנים בה, ככה"ג מהני אם הנגזל מקנה להגזלן דאז קונה הגזלן, כיון דליכא עכוב מצד הבעלים וכמו ביאוש, אבל בשחרור דלא שייך ענין שחרור שישתחרר העבד ע"י עצמו, וצריך שיפעול הכל בזה האדון, אין שייך לומר שהוא לגזלן עצמו, ואף שכ"כ הלך בדרך זה גם הפנ"י שכ' בחי' למס' קדושין ד' ס"ג לדון דמשחרר עבד לאחר שאקחך שיהני גם למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל, משום דכיון דלא חזר האדון לאחר שלקחו הוי כמו בפירות דקל דאמר ר"נ דאי שמיט ואכיל לא מפקינן מיני, דהרי העבד מוחזק בעצמו וזכה בעצמו, אבל לדעתי דברי' אלה הם כשגגה שיצאה מהשליט, דבפירות דקל הוא מחילה או כמש"כ בהגהת אשר"י שהבאנו שקונה כעין שזוכים בהפקר, אבל בשחרור לא שייך זה, דאף אם נימא שיהי' איזה ענין יאוש והפקר צריך שחרור אחר, כמו דקיי"ל המפקיר עבדו צריך ג"ש, ומכש"כ לפי"מ שבארנו דברי הגהת אשר"י שהוא קנין ע"י התרצות הבעלים, דקנין כזה לא שייך בעבד גם על קנין ממון שבו, דידו כיז רבו ולא יצא מרשות רבו, ורק ביאוש ממש כיאוש דאבידה וגזילה שכל אדם יכול לזכות בו יכול גם העבד לזכות בעצמו, אבל לא ככה"ג, וזה ברור, וע"כ אין דברי הנחל יצחק מספיקים כלום לתריך הקושיא, וכן הקשה בגליון הש"ס להגרע"א ז"ל בגיטין ד' ל"ח ע"א דאמרינן שם אמת' דר' אבא בר זוטרא אשתבאי פרקה ההוא תרמודאה לשום איתתא, שלחו לי' לדידי' אי יאות עבדת שדר לה גיטה דחירותא, כתב הגרע"א בגליונו וז"ל, קשה לי הא כיון דלא הי' כח ביד בי"ד להוציאו מעכו"ם אין כח ביד הבעלים להקדישו ולהפקירו, דאף אם עבדא כמקרקעי הא בגזל קרקע אם אינו יכול להוציאו בדיינים א"י להקדיש, כדאיתא בפ"ק דב"מ גבי מסותא וא"כ איך יכול לשחררו ועי' עכ"ל: ונ"ל לבאר ענין זה עפ"י מה שנבאר בס"ד באיזה עניני הקנאות מצד הבעלים שאינם מועילים בדבר שאינו ברשותו, ואם ענין מעשה שחרור שייך לזה, והוא יסוד הדין דלא מהני הקנאה בדבר שאינו ברשותו ילפינן מקרא דאיש כי יקדיש ביתו מה ביתו ברשותו אף



כל ברשותו, והנה בהקדש איכא הפקעת קנין הבעלים והכנסה לרשות הקדש ומזה לפינן דכל כה"ג אם איכא חסרון בכח שליטת הבעלים לא מהני עשיית הבעלים, ויש לדון לפי"ז בענינים דליכא בהם הקנאה לאחר, ואיכא רק הפקעת קנין הבעלים אם גם שם יש גרעון אם נגרע כח שליטת הבעלים מן החפץ, וכן יש לדון היכא דליכא כלל ענין הקנאה לאחר אלא ענין איזה התפסת קדושה על החפץ כקונמות וכדומה, אם גם שם בעינן בעלים גמורים שיהי' החפץ ברשותם או לא, והנה בהשקפה ראשונה יש להוכיח מהא דמבואר בסוגית הש"ס דב"ק ד' ס"ט דלא מהני הפקר בדבר שאינו ברשותו, וכן מבואר שם דגם חלול מע"ש וכרם רביעי לא מהני אם החפץ אינו ברשותו, דמזה מוכח לכאורה דגם הפקעת קנין בעלים כהפקר והפקעת קדושת החפץ כמע"ש לא מהני בדבר שאינו ברשותו: אמנם נלענ"ד דמדין הפקר יש להוכיח להיפוך דלכאורה קשה בהא דאמר ר' יוחנן בנדירים ד' מ"ג בהא דתנן שם במשנה במודר הנאה דאם אין עמהם אחר מניח ע"ג הסלע או על הגדר ואומר הרי הם מופקרים לכל מי שיחפוץ והלה נוטל ואוכל ור' יוסי אוסר, ואמר ר' יוחנן מ"ט דר' יוסי קסבר הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתיא מרשות נותן לרשות מקבל אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה, ופי' הר"ן שאינו יוצא מרשות בעלים עד שיזכה בו אחר, וגם אם קדם הוא וזכה חשבינן שזכה מן ההפקר, וכמו שכתב הר"ן שם בד' מ"ד דמשו"ה אם זכה הוא פטור מן המעשר, היינו דבשעת זכי' בין הוא בין אחר אז יוצא מרשות בעלים ונעשה הפקר, וכמו דמפרש ר' יוחנן אליבא דר' יוסי, כן הוא לרבנן בהפקר לזמן, וכן פסק הרמב"ם בפ"ב מה' נדרים ובטוש"ע חו"מ סי' רע"ג, וכתב הר"ן שם דכיון דלא שכיח דמפקרי אינשי בכה"ג, וכיון ששנה זה אמדינן לדעתו דכיון שלא רצה להפקירו הפקר עולם ואכתי אגיד גבי' אפילו באותו זמן שהפקירו לא ניחא לי' דליפוק מרשותו עד דזכי בי' אידך יעו"ש.

ולכאורה איך חייל הפקר בכה"ג דלפי מה דמבואר בב"ק בסוגיא דצנועים דאם אומר בשחרית כל הנלקט מזה יהא הפקר לאחר שיהי' נלקט, דלמ"ד אין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו לא מהני אף דבשעה שעשה ההפקר הי' ברשותואבל כיון דאמר שיחול בשעה שאינו ברשותו לא מהני ולפי"ז איך חייל הפקר לר' יוסי ולדידן בהפקר לזמן שמחול בשעה דאתי לרשות זוכה הלא אז הדבר אינו ברשותו, וכמו דלא חייל לאחר שלקטו עניים, כ"כ אין ראוי לחול לאחר דאתי לרשות זוכה, אבל באמת נלענ"ד ברור דהא דאמרינן אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה אין המובן בזה כמו כל הנלקט יהא הפקר, דהתם לא חייל השתא כלל ורק לאחר לקיטה הוא חייל, ובהפקר עד דאתי לרשות זוכה חייל השתא ההפקר אלא דלא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה וכמש"כ הר"ן שם בזה"ל, אף הפקר עד דאתי לרשות זוכה שאינו יוצא מרשות בעלים עד שיזכה בו אחר ואי בעי למיהדר מצי הדר עד כאן לשונו, מלשון זה מוכח דחייל קצת השתא דאם לא חייל כלל עד לאחר שיבוא לרשות זוכה, לא שייך לומר שאינו יוצא מרשות בעלים אם לא הותחל כלל חלות ההפקר ועוד קשה באיזה כח יכול הזוכה ליטול החפץ קודם שהגיע זמן ההפקר, אלא ודאי מהשתא חייל, אלא דלא נגמר ענין ההפקר לענין זה דלא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, וכמו שנבאר: דהנה ביסוד דין ההפקר מצאתי מבוכה גדולה בס' קצוה"ח סי' רע"ג שרצה לפרש עפ"י מש"כ בשו"ע חו"מ עפ"י שיטת הרמב"ם דהפקר מטעם נדר דבאמת הפקר הוא רק כנדר ולא נפיק מרשות

בעלים עד דאתי לרשות זוכה, יעו"ש, ודבריו תמוהים מאד דמסוגית הש"ס שהבאנו מוכח היפוך דבריו, דרק אליבא דר' יוסי אמר ר' יוחנן לפרש כן, ופריך הש"ס שם עליו, אבל לרבנן ודאי נפיק מרשות בעלים מיד, מלבד בהפקר לזמן כמו שהבאנו לעיל, וכמה סוגיות הש"ס נגד דברי הקצוה"ח, ואכמ"ל, וכאן נבוא בקצרה, דלענ"ד ענין ההפקר הוא כלול משני ענינים יחד, דיסודו הוא נדר וגמר ענינו הוא דנפיק מרשות בעלים לגמרי, וענין הנדר הוא ג"כ דלא כמו שרצה לפרש בקצוה"ח שהוא מצות גברא באופן שאם מת בטל נדרו, אלא הוא התפסת החפץ כמו צדקה שמתחזד לעניים והפקר בין לעניים ובין לעשירים, ובנדר של התפסת החפץ לא פקע נדרו אף אם מת, ועי"ז נעשה השתנות עפ"י רצון הבעלים להפקיע את קנינו לגמרי, ונעשה אינו שלו, וכמו שבהקדש איכא נדר התפסת החפץ ליחד כל תשמישיו לגבוה, וכן השתנות קנין שיוצא מרשות בעלים ונכנס לרשות גבוה, כ"כ הוא ענין הפקר לענין הוצאה מרשות בעלים, וזהו הדרך האמתי לענ"ד, ולקמן בפ' כ"ג יתבאר ענין זה בס"ד ולפי"ז נראה דהא דנקטינן בסוגית הש"ס ב"ק בפ' מרובה דעל דבר שאינו ברשות בעלים לא חייל ההפקר למ"ד אא"מ דבר שאינו ברשותו, הוא רק על התפסת הנדר, דאינו יכול להתפס על חפץ שאינו ברשותו ענין זה ליחדו לעניים ולעשירים, אבל על ענין גמר של ההפקר להפקיע קנינו מן החפץ מהני גם על חפץ שאינו ברשותו, וכן מסתברים הדברים דלענין הפקעת קנין בעלים כל כמה שהוקלש קנין הבעלים נקל יותר להפקיע קנינו, ונאמר דמה דילפינן מאיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו הוא רק לענין אם רוצים הבעלים לחדש דבר על החפץ, להתפס עליו איזו קדושה או להקנותו לאיש אחר, אבל הפקעת קנין בעלים לחוד מהני גם בדבר שאינו ברשותו ומשו"ה ל"ק מה דאמרינן לר' יוסי דלא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, דנמצא דחייל גמר ההפקר בשעה דאינו ברשות בעלים, דלענין זה להפקיע קנין הבעלים מהני גם בדבר שאינו ברשותו: והא דאמרינן בסוגיא דצנועים דלמ"ד אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו כ"כ אינו יכול לחלל מע"ש וכרם רבעי שאינו ברשותו, וחילול הוא ענין הפקעת קדושה, אינו סותר למש"כ, דהנה בתוס' ב"ק שם ד' ס"ח ע"ב ד"ה הוא דאמר כצנועים, הקשו היכי מדמה הקדש לחלול, הלא מצינו דיכול אדם לחלל הקדש של חבירו, ותרצו דשאני קדושת דמים ממע"ש וכרם רבעי דבהקדש יצא מרשות בעלים, וכמו דבעלים יכולים לפדותו כ"כ אחר אבל כרם רבעי הבעלים זכאים לאוכלו בירושלים, עיי"ש, וכיון דכח זה לחלל מע"ש וכרם רבעי ניתן רק לבעלים היינו הבעלים שזכאים לאוכלם בירושלים, ומשו"ה היכא שהוא ביד אחר, שמשורת הדין לא נפקע זכות זה מן הבעלים רק שהדבר אינו ברשותו, הוא תלוי בפלוגתא דר"י ור"ל אם מה שאינו ברשותו מקליש כח הבעלים לענין הקדש והפקר וכיוצא בזה, היינו אם בעינן שיהי' כח זה ביד הבעלים בפועל או סגי מה שיש להם כח עפ"י דין שמים, ולהלכה מביא בשטמ"ק ב"ק שם שיטת הרבה ראשונים דסברי דלענין חלול מע"ש וכרם רבעי לא בעינן בעלים ומדמים חלול לפדיון הקדש דלא בעינן בעלים וכל אדם יכול לפדות מן ההקדש, אבל שיטת הש"ס בסוגיא זו הוא כמש"כ התוס' ובס' עונג יו"ט סי' צ"ג הוכיח שם נגד דברי תוס' הנ"ל וכל דבריו תמוהים שם ומהא דאומר אדם לבנו ובתו הקטנים הא לכם מעות ופדו בהם מע"ש שהביא להוכיח דאי"צ בעלים דאל"ה איך קטן נעשה שליח, אדרבה משם ראי' להיפוך,

דהלא מזה הוכיח הש"ס בגיטין ד' ס"ה דקטן זוכה לאחרים, יעו"ש בתוס' ומה שהוכיח דאם משום שליחות הוא הלא צריך חומש לק"מ דכיון דהמעוות שלהם אי"צ חומש, דרק אם המעשר וכסף שניהם של בעלים צריך חומש, ואכמ"ל ועכ"פ ל"ד חילול להפקעת קנין בעלים דהתם מסתברים הדברים דלא איכפת לן אם הוקלש כח בעלים לענין שליטה דאדרבה אם הוקלש כחו יותר נקל להפקיעו, אבל לענין חלול שהוא ענין העתקת קדושת חפץ זה ולהתפיסו בחפץ אחר, וכח זה תלוי בבעלים שהוא מי שהדין נותן לו להשתמש בכח קדושת מעשר לאכלו בירושלים, ובכה"ג מסתבר לומר דרק הבעלים שיש להם יכולת לשלוט בכח זה בפועל לאכלו בירושלים הם נקראים בעלים לענין זה, אבל בדבר שנקלש כחם שאין בידם בפועל לטול המעשר ולאוכלם בירושלים, אין להם כח זה לחלל ולהתפיס בחפץ אחר, אבל אינו ענין להפקעת קנין, דע"י חלול אין הבעלים מפקיעים כחם מן החפץ וזה פשוט: והנה עפ"י מש"כ יש לדון לענין קונמות אם יכול הנגזל לאסור את החפץ הגזול על הגזול או על שאר בני אדם, דאפי' לפימש"כ לפרש דהא דהפקר לא מהני בדבר שאינו ברשותו שהוא על ענין התפסת הנדר לחוד י"ל דשאני נדר של קונם מנדר של הפקר, דבהפקר הוא ענין הנדר ליחד תשמישי החפץ שיהי' מופקרים לכל מי שיחפוץ וזהו עיקר, לשון הפקר ובזה י"ל דבעינן בעלים גמורים שיש להם שליטה בפועל על תשמישי החפץ ומי שאין בידו שליטת השתמשות בפועל אין בכחו ליחד תשמישי החפץ, וכן לענין יחוד כלי לענין טומאה י"ל דבדבר שאינו ברשותו לא מהני מה שחשבו הבעלים ליחד הדבר להשתמשות כלי ובדבר הגזול לא מהני לא מחשבת הגזול כדקתני במשנה פרק כ"ו דכלים ולא מחשבת הנגזל וכן הדין לענין שאר דיני התיחדות והקצאה לענין הקצאת קדושה וכיו"ב אבל לענין קונמות שהוא שליטת השתמשות שמקדיש החפץ לענין זה שיאסרו בני אדם מלהשתמש בו י"ל דלא בעינן בעלים שבכחם להשתמש בפועל אמנם עפ"י מש"כ בתוס' מנחות ד' ע"א ע"ב ד"ה ומתוכן לפרש האי עובדא דמסותא בפ"ק דב"מ שאסרה בקונם, מוכח דלא מצי אסר בקונם דבר שאינו ברשותו דהרי שם בגמ' מסיק דאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו: אמנם לענין שחרור עבדים נלענ"ד דאם העבד אינו ברשותו ע"י גזילה וכדומה, אינו נגרע בזה כח האדון, דאם הי' ענין שחרור איזו התפסת קדושת ישראל או איזו הקנאה להעבד הי' מקום לדון, דהיכא דנגרע כח האדון שאין לו שליטה בפועל עליו שלא יועיל שחרורו, אבל באמת נלענ"ד דענין שחרור אינו בגדר הקנאה לעבד, וגם אינו בגדר התפסת קדושה, אלא הוא הפקעת קנין של האדון, וכמו שיבואר, ולענין הפקעת קנין לא איכפת לן אם נקלש כח הבעלים ע"י העדר כח השתמשות בפועל, כמו שהוכחנו מענין הפקר, דלענין הפקעת הש קנין הבעלים מהני גם בשעה שאין הדבר ברשות בעלים, והנה ענין זה ששחרור אינו בגדר הקנאה לעבד יש להוכיח מהא דמהני שחרור בע"כ של העבד, ולא מצינו הקנאה בע"כ וכן מוכח להדיא מדברי הרשב"א בחי' לגיטין ד' ע"ה ע"א בענין נתינה בע"כ בד"ה מכלל וז"ל הילכך נתינה בע"כ בכי הא לא הויא נתינה, אבל גט אשה שאין בעלה קנוי לה שאינו מקיח א"ע, וגט שחרור נמי שאין הרב קנוי לעבד אלא שיש לאשה שעבוד על בעלה בעודה תחת', כשהוא בא לסלק שעבודו מעליו אם אתה בא לומר שאינו יכול לסלקו אלא מדעת האשה נמצא שאתה מחיב את שלו בע"כ, עכ"ל.

ואם נאמר דענין שחרור הוא הקנאה לעבד הדרא קושיא לדוכתה, וגם מדעת העבד אין בזה ענין הקנאה לשיטת תוס' בכמה מקומות. ועי' תוס' גיטין ד' ל"ט ד"ה מה אשה שהקשו איך עבד משתחרר לאבא שאול אם לא יפקירנו תחילה דמה אשה איסורא ולא ממונא, דלכאורה אינו מובן למה דחקו בזה הלא בפשטות אפשר לומר דהממון נקנה בקנין שטר כמו במוכרו לאחר, והאיסור יותר ע"י השטר כאשה, דלענין ממון אינו בגדר גט אשה, ועי' פנ"י שם, ונראה דסברי דלא שייך כלל ענין הקנאה מהאדון לעבד, דהעבד לא יקנה מה שהי' קנוי להאדון, ורק בהפקר זוכה העבד בעצמו שיהי' לעצמו ואכמ"ל: וכן נלענ"ד דאי אפשר לומר שיהי' ענין שחרור התפסת קדושת ישראל, דא"כ במשחרר חצי עבדו, נאמר פשטה קדושה בכולה כמו במקדיש למזבח, וכן בנזיר דנקטינן דאם התפיס אבר שהנשמה תלוי' בו דהוי נזיר בכלו, אלא נראה דענין שחרור הוא הפקעת קנין האדון כמו גט אשה, וע"י הפקעת הקנין פקע דין עבדות לגמרי, דאף דהפקר אינו מפקיע רק דין ממון מהאדון ונשאר עליו קנין איסור, דהוא משום דלא מהני הפקר להפקיע קנין הגוף האמתי, וכמו דלא מהני באשה שום ענין להפקיע קנין הבעל אם לא ע"י שטר גט וגם בגר שמת איכא למ"ד דאינו נפקע קנין הגוף כ"ז שלא זכה בו אחר, דגם במת שייך התקשרות קנין כזה, וכיון שעיקר שחרור הוא הפקעת קנין האדון, משו"ה מהני בע"כ של העבד, כמש"כ בחי' הרשב"א שהבאנו דכן מסתבר שלא יהי' האדון מוכרח להחזיקו לעבד שלא מדעת האדון, וכשהאדון מסלק את קנינו ממילא מתקדש העבד בקדושת ישראל, והא דאמרינן דשחרור הוי כקדושת הגוף לענין הפקעה מידי שעבוד, אינו מטעם הקדש אלא ענין אחר דאם נפקע קנין עבדות, אינו מתקים בו זכות שעבוד והשעבוד אינו גורם להיות עבד, ובגוף ישראל ליכא שעבוד ממון, ולפי"ז מתורץ מה שהקשינו ומה שהקשו האחרונים לענין שחרור היכא שהעבד אינו ברשותו של האדון, דלפימ"ש"כ לא נאמר בש"ס חסרון של דבר שאינו ברשותו רק בהקנאה או בהתפסה של נדר הפקר, אבל הפקעת קנין בעלים מהני גם בדבר שאינו ברשותו, ושחרור שבארנו שהוא ענין הפקעת קנין האדון מהני גם בדבר שאינו ברשותו, וזה נכון בעזה"י: פרק יד קיי"ל בספק ממון היכא דאיכא חזקת מרא קמא שמוקמינן בחזקתו, ויש לדון מה ענין חזקה זו אם היא חזקה כחזקה קמייתא דאזלינן בתרה באיסורים או הוא ענין מוחזק, וכבר עמד על חקירה זו בס' קונה"ס בכלל א' אות ה', והביא שם דעת הפנ"י דסובר דחזמ"ק בממון הוא ענין חזקה קמייתא ומכרעת גם בענינים של איסור והיתר, ודעת הגאון בעל קונה"ס נוטה שחזקת מ"ק הוא רק ענין מוחזק יעו"ש, ולענ"ד נראה להוכיח כדעת הגאון הנ"ל מכמה ראיות, וראי' ראשונה לזה נראה מהך דאילן אחד לר"מ ושני אילנות לרבנן דאמרינן בב"ב ד' פ"א דמביא ואינו קורא שהבאנו לעיל בפ"ו, ובארנו שם לדמות ענין זה לספק בכור דאמרינן בפ"ק דב"מ דקדושה הבאה מאלי' שאני דלא אזלינן בתר מוחזק, ואם הי' ענין חזקת כחזקה קמייתא דאיסורים למה מביא מספק, כיון דאיכא חזקה שהקרקע נשאר על חזקה קמייתא שהיא של המוכר ולא קרינן בזה אשר תביא מארצך ממילא אין כאן ספק כלל, דהנה בספק בכור דאסור בגיזה ועבודה כתב הפנ"י לתרץ מה דלא מהני חזמ"ק להכריע משום דקודם שיצא לאויר העולם איתרע חזקת מ"ק יעו"ש.

אבל הכא דאזלינן לענין ממון בתר חזקה זו דמוכח דנקטינן דהוי חזקה מעלייתא למה לא אזלינן בתרה לענין הבאת בכורים, אלא ודאי מוכח דחזמ"ק אינה מכרעת כלום לענין איסורים, ואין לדחות משום דהוי ספיקא דדינא, הלא הר"ן בפ"ק דקידושין לענין נתן הוא ואמרה היא כתב דגם בספיקא דדינא אזלינן בתר חזקה קמייתא, ומוכח מזה דחזמ"ק אינה מכרעת כלום לענין איסור והיתר, וכן מוכח להדיא מדברי הנמ"י בפ' מי שמת שכתב בהא דאיבעיא שם בגמ' בשכ"מ שהקדיש כל נכסי' ועמד אם יכול לחזור דאסיק הש"ס בתיקו, וז"ל הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי ואף ספק איסור מעילה ליכא דאיהו ידע בנפשי' עכ"ל.

הרי מפורש דמחלק בין דין ממון לאיסור דלענין ממון מוקמינן בחזמ"ק, ולענין איסור לא מהני חזמ"ק רק כיון דידוע בנפשי' דלא הקדיש רק אדעתא דאם ימות הוא נאמן על עצמו וגם לכל העולם, והא דלא מהני לענין בכורים ידיעת המוכר והלוקח אם כונו לקנות הקרקע או לא, נראה דשם הוי ספיקא דדינא אם בקונה שני אילנות כלול גם קנין הקרקע או לא, ואינו תלוי בכונתם כלל דהוי דברים שבלב, וכמו דאיתא במס' קידושין ד' ס' ע"א לענין ספק תנאי ספק חזרה במעכשיו ולאחר ל' יום דלא אמרינן שמא אחד כון בלשונו ענין תנאי והשני, ענין חזרה, אלא אם לאחד תנאי הוי דין תנאי לכולם יעו"ש, והטעם לזה דאף אם כון להיפוך הוי דברים שבלב, ובשכ"מ שהקדיש שאינו ספק לישנא אלא ספק אומדן דעת סובר הנמ"י שמתחלק הדין לכל אחד לפי כונתו בשעה שהקדיש, עכ"פ מוכח מהנמ"י דחזמ"ק אינה מכרעת כלום לענין איסור מעילה: ועוד יש להוכיח מהא דקיי"ל לענין מוכר שור לחבירו ונמצא נגחן דאין הולכים אחר הרוב להוציא מן המוכר הכסף שנתן הלוקח, דלפי"מ שכתבו בעה"מ והרמב"ן ז"ל במלחמות ריש פ"ב דכתובות דהיכא דאיכא רובא וחזקה גם שמואל מודה דהולכים בממון אחר הרוב, וכן כתב בגליון תוס' ד' ט"ז ובשטמ"ק שם, הנה במוכר שור איכא חזקת מ"ק על השור להעמידו בחזקת בעלים הראשונים וראוי להצטרף עם רוב להוציא מן המוכר, דאף דמטלטלים חזקה דהשתא עדיף כמו שכתבו בתוס' בכתובות ד' כ', אבל ודאי שהטעם בזה משום דכיון שהוא מוחזק וחזקת מוחזק עדיף מחזקת מ"ק, ובשור זה ודאי לא שייך ענין זה כיון שהלוקח אינו תופסו ואדרבה הוא רוצה לבטל את המקח, ולפי"ז הרי איכא חזמ"ק על השור עם הרוב ולמה לא אמרינן שיצטרפו להוציא הדמים מן המוכר, והכא לא שייך לדון אם מהני חזקת השור להכריע על דין הדמים, כענין שכתבו התוס' פ' המדיר ד' ע"ח דלא מהני חזקת החמור לבעל החמור יעו"ש דהתם י"ל כיון שמת החמור ואין שם הכרעת דין על החמור עצמו משו"ה לא מהני חזקת החמור לבעל החמור, אבל הכא שהשור קים והוכרע הדין שהוא של המוכר ע"י דין חזמ"ק, איך אפשר שיהי' השור עם הדמים להמוכר, ואף אם נאמר לדחות דמש"כ בעה"מ והרמב"ן שם הוא רק לענין חזקת הגוף כמו חזקת בתולה וכדומה, אבל חזקה אחריתא אינה מועלת עם רוב להוציא מן המוחזק, הוא דבר תימה לומר שהשור עם הדמים יהי' להמוכר, אלא ודאי מוכח דחזמ"ק אינה בגדר חזקה כלל רק מדין מוחזק הוא, דהיכא דליכא חזקה דהשתא הוא עומד בחזקת בעלים הראשונים, ומשו"ה כיון שהמוכר אינו חפץ להחזיקו ליכא חזמ"ק, דלא שייך מוחזק רק אם בעלים מוחזקים אותם ברשותם והיא ראי' נכונה לענ"ד: וכן יתורץ עפ"י מש"כ בהא דמתרץ הש"ס ב"ב ד' י"ח בהא

דתנן מרחיקים את האילן מן הבור, כ"ה אמה, ואם אילן קדם לא יקוץ, ספק אילן קדם ספק בור קדם לא יקוץ, ואי דלא סמיך היכי משכחת לה, כדאמר ר"פ בלוקה ה"נ בלוקה ומפרש ר"ח בלוקה שהחזיק ג' שנים, והקשה בקצוה"ח סי' קנ"ה סקט"ז דלפי"ז בספק אם אילן קדם היינו שספק אם החזיק ג' שנים ובספק חזקה הרי קיי"ל כר"נ דאמרינן לי' זיל ברר אכילתך, יעו"ש שנשאר בצ"ע, והנה אם הי' ענין חזקת מ"ק כעין חזקה קמייתא דאיסורים יש מקום לקושיתו, דכיון דמדין חזמ"ק הוכרע הדין שאין לו זכות ליטע אילן סמוך לבורו של חבירו, דכיון דמהני חזקת ג' שנים בע"כ דמהני על נזקי שכנים עניני הקנינים, אף דעל היזק ראי' לא מהני שום קנין, וכמו שעמד ע"ז בקצוה"ח סי' הנ"ל, כבר בארנו ענין זה בס"ד במ"א, שהטעם בזה דברשותו דידי' רשאי להחזיק כל דבר המזיק ועל הניזק לשמור א"ע, ומשו"ה אם יהי' למזיק רשות להכניס דבר המזיק ברשות חבירו, אז על הניזק להרחיק א"ע, וזהו ענין הקנינים בכל נזקי שכנים, שזכה רשות בחצר חבירו על ענין זה, ומעשה הקנין ע"ז במה שעושה בתוך שלו דבר שחבירו יכול לעכב עליו, וכמו בשביל של כרמים שזוכה בהילוך כיון שנעשה להילוך אבל אדם המזיק אינו רשאי בשום פנים אף אם עומד הוא ברשות שלו, ומשו"ה לענין היזק ראי' לא מהני שום קנין ע"ז ואכמ"ל, ולפי"ז בספק חזקת ג' שנים אם מוקמינן בחזמ"ק והוכרע הדין שמעולם לא הי' לו רשות בחצר חבירו להכניס שרשי אילנו לתוכו, הוי כמו דסמיך באיסור, ומהראוי להיות הדין שיקוץ, שע"י החזקה הוכרע הדין שסמיך באיסור, אבל לפי"מ שבארנו שחזמ"ק אינה בגדר חזקה להכריע איך הי' הדין, אלא שמחמת ספק הבעלים הראשונים הם המוחזקים והשני נקרא מוציא מחבירו שעליו הראי', באופן דלפי"ז לא הוכרע הענין כלום אם סמיך באיסור או בהיתר, והוי ספק שקול, ומספק לא יקוץ קודם חבירו בור, ורק לאחר שיחפור בור וימצא שרשי אילן נכנסים לתוך בורו רשאי לקוצצם: אמנם מסוגית הש"ס יבמות ד' ל"א ע"א מוכח לכאורה דחזמ"ק הוא בגדר חזקה קמייתא, דאמרינן שם ותו בתרי כתי עדים נמי ספיקא דרבנן היא, דאמרינן אוקי תרי לבהדי תרי ואשה אוקמה אחזקה מידי דהוי אנכסי דבר שטיא דבר שטיא זבין נכסי אתו בי תרי ואמרי כשהוא שוטה זבין ואתו בי תרי ואמרי כשהוא חלים זבין ואמר רב אשי אוקי תרי להדי תרי וארעא אוקמה בחזקת בר שטיא, עכ"ל הש"ס ומשמע להדיא דאם בתו"ת לא מוקמינן אחזקה קמייתא באיסורים אז גם בספיקא דממונא לא מוקמינן בחזקת מ"ק, ובקונה"ס הביא כן להוכיח מדברי הרמב"ן הובא בשט"מ פ"ק דב"מ בסוגיא דתפיסה שכ' לתרץ בהא דמוכח בכתובות ד' כ' לענין שנים החתומים על השטר דמהני תפיסה לאחר שנולד הספק ובספק בכור אסיקנא דלא מהני תפיסה, ומתרץ דהתם בתו"ת דהוי ספיקא דאורייתא לא אמרינן אוקי בחזקת מרי' דאפילו באיסורים לא אמרינן אוקמה אחזקה יעו"ש ולמותר הוא מה שעמד על דברי הרמב"ן, הלא גמ' ערוכה היא אבל באמת נלענ"ד דאין מזה ראי' דהנה הא דלא מוקמינן אחזקה למאן דסובר בתו"ת ספיקא דאורייתא לא נזכר בגמ' איזה טעם דלא מוקי אחזקה בספק דתו"ת דאמרינן שם רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשתי כתי עדים וכו', דהוי לי' ספיקא דאורייתא והכא בכת אחת דהוי לי' ספיקא דרבנן דבפשטות מפרשינן מה דאמרינן ספיקא דאורייתא הוא דאף דאיכא חזקה עדיין הוא ספק של תורה אבל עדיין לא נזכר מאיזה טעם לא מוקי אחזקה ולא יהי' ספיקא דאורייתא, ונראה לענ"ד

דה"פ דבכל הספיקות הוי דין ספק אצלנו מחמת חסרון ידיעה ובכה"ג אמרה תורה להכריע את הספק ע"י חזקה אבל בתו"ת הספק אצלנו עפ"י דין תורה שעלינו לדון למעשה לעשות כשתי הכתות שאין לנו רשות להכריע איזה דין נגד עדים כ"ז שלא נתברר מי מהם המשקרים בעדותם וזהו ביאור מה שאמרו בגמ' ספיקא דאורייתא שדין הספק הוא מה"ת שאין לנו רשות לעשות מעשה נגד עדים ומאן דסובר ספיקא דרבנן הוא, דכיון דידעינן דכת אחת עדי שקר הם רק לא ידעינן מי מהם הוי אצלנו ספק במעשה כשאר ספיקא דעלמא ולפי"ז גם בממון דקיי"ל המע"ה ואם תפס מפקינן מיני' דבעלים הראשונים הם מוחזקים והוי ודאי שלו, כמו שבארנו ענין זה לעיל בפרקים הקודמים זה שייך רק למ"ד תו"ת ספיקא דרבנן אבל למ"ד ספיקא דאורייתא שאין להכריע ולעשות דין ודאי נגד עדים כ"כ לענין ממון אין ביד בי"ד להורות דין פסוק שהחפץ הוא של הבעלים נגד הדין שיוצא מהעדים, שעפ"י העדים הוא דין ספק לעולם, ומשו"ה מוכיח הש"ס מהא דאמרינן אוקי ארעא בחזקת בר שטיא דמפקינן מהלוקח שמוחזק בקרקע עי"ז דאמרינן אוקי ארעא בחזקת המוכר שיהי' הוא בעלים ודאים דזה שייך רק אם הספק דתו"ת הוא ככל ספיקות דעלמא, ומש"כ בזה הוא כלול בדברי בעל קונה"ס רק לא באר כונתו כראוי יעו"ש: וכן נראה לפרש בזה מש"כ הר"ן בפ"ק דקידושין בענין נתן הוא ואמרה היא וז"ל לפיכך אני מסתפק בכל ספק קדושין אי צריכה גט מדאורייתא או לא דאפשר דמדאורייתא שרי דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה דמ"ש מכל תיקו דממונא דאמרינן בי' העמד ממון על חזקתו והסכימו כל גדולי האחרונים ז"ל דאפילו תקפו תובע מוציאים אותו מידו, ה"נ מדינא אית לן למימר שתהא מותרת להנשא עכ"ל דבהשקפה ראשונה משמע דחזקת ממון שייכא לחזקת איסורים, אבל כד מעיינא בי' שפיר אי אפשר לפרש כן דהרי אם גם נאמר דחזקת מרא קמא הוא בגדר חזקה קמייתא, אבל הדין של המע"ה דאמרו בגמ' להדיא דסברא הוא מאן דכאיב לי' וכו' ודין דלא מהני תפיסה בתיקו הוא גם במוחזק פשוט דלא שייכא כלל לדין חזקה קמייתא דאיסורים, ועי' בקונה"ס כלל ג' אות ז, אלא נראה דכונתו הוא כמש"כ, דיש לדון דבספיקא דדינא שהוכרע בש"ס להיות דין ספק אין לנו כח להורות דין ודאי ע"י חזקה קמייתא, ומה"ט יש לדון דגם בספק במונא שהוכרע בש"ס בתיקו ליכא דין ודאי אצל המוחזק הראשון כיון שנפסק בש"ס לספק ומשו"ה הוכיח כיון שהסכימו כל גדולי האחרונים לדון דין ודאי בזה שאם תפס התובע מוציאים אותו מידו מוכח שנקטו דספק זה הוא ככל ספיקות, לפי"ז אפשר ג"כ לדון דין ודאי באיסורים ע"י חזקה קמייתא וכן מש"כ בתוס' ב"ב ד' ל"ב ע"ב ד"ה והילכתא וו"ל, וצריך לדחוק ולפרש ולחלק בין ספיקא דתו"ת לספיקא דדינא, דתו"ת כמאן דליתנהו דמי ואוקמא ארעא בחזקת מ"ק אבל הכא דמספקא לן דינא כמאן לא שייך כולי האי למימר אוקמה אחזקת מ"ק ונוציא מיד המוחזק ודוחק הוא עכ"ל דנראה ג"כ בהשקפה ראשונה דבסברתם הראשונים סברי דחזמ"ק הוא מחמת חזקה קמייתא באיסורים, ועפימ"ש"כ בדברי הר"ן יש לפרש כן בדברי תוס' הנ"ל: והנה אחר שהוכחנו מהש"ס ומהראשונים דחזמ"ק אינה בגדר חזקה המכרעת את הספק אלא רק בגדר מוחזק עלינו לבאר מדוע לא תהא באמת חזקה זו כשאר חזקות המכריעות את הספק ולכאורה הי' נראה לומר דכיון דענין חזקה דקיי"ל דאזלינן בתרה לא מסברא הוא אלא מקראי הוא דילפינן מנגעים כדאמרינן בפ"ק דחולין

ולמ"ד דדחי הראי' מקרא דנגעים בע"כ סובר דהלל"מ היא כמש"כ המהרש"א שם וממונא מאיסורא לא ילפינן והא דאזלינן בתר רובא בממונא היכא דליכא מוחזק לכו"ע הוא משום דדין רוב ילפינן מקרא דאחרי רבים להטות, והאי קרא נאמר גם במשפטי ממון דאמרה תורה לילך בתר רוב דיינים: אבל בלא"ה ממונא מאיסורא לא ילפינן ומה דמצינו בש"ס הרבה חזקות דאזלינן בתרייהו גם בדיני ממונות, כמו חזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכיו"ב התם אינו בגדר חזקה קמייתא, רק בגדר הוכחה ואומדן דעת שהוא בגדר בירור המעשה אבל חזקה קמייתא דילפינן מנגעים לא ילפינן משם לענין דיני ממונות, אכן באמת אינו כן דהרי גם בדיני ממונות הוזכר בגמ' דין חזקה קמייתא והוא בפ"ק דכתובות בסוגיא דמשארסתני נאנסתי דר"ג אומר נאמנת אמרו בגמ' דמשו"ה מהני ברי ושמא להוציא משום דאיכא חזקה ושם בפ' אלו נערות ד' ל"ו כתבו בתוס' בד"ה החרשת דגם בלי טענת ברי מהני חזקת הגוף להוציא ממון, יעו"ש וכן בפ' המדיר לענין מומים אמרו בגמ' דמהני חזקת הגוף לר"ג אף להוציא ממון, וכן בפ' השואל ד' ק' כתבו בתוס' שם דמהני חזקה של חזקת מעוברת לענין להצטרף עם חזקת ממון לסומכוס, יעו"ש, וכן כתבו בב"ק ריש פרק הפרה וכן כתבו בעה"מ והרמב"ן ריש פ"ב דכתובות דרובא עם חזקה מצטרפים להוציא אף לשמואל הבאנו דבריהם לעיל, ואם לא שייך כלל ענין חזקות בספק ממונא, אז לא הי' מועיל גם בהצטרפות, וגם אינו נראה לחלק בין חזקת הגוף לשאר חזקות, דאף דחזקת הגוף עדיפא משאר חזקות וכמש"כ בפנ"י בפ' המדיר, ובקונטרס אחרון פ"ק דכתובות וכן כתב בש"ש ש"א פט"ו דחזקת הגוף מהני גם בספק טומאה ברה"י יעו"ש דהרי עיקר הדין של חזקה דילפינן מנגעים הוא בחזקת הגוף ומ"מ קבלו חז"ל דגם שאר חזקות מהני וכבר בארנו ענין זה בשע"ב פ"א דבאמת כולם בחזקת נינהו דאם לא הי' מהני איזו חזקה שתהי' גם חזקת הגוף לא היתה מועלת אלא משום דשאר חזקות אינן מכריעות רק את הספק הפרטי של ספק הדין הנולד, וחזקת הגוף מכרעת את עיקר הספק של מקרה הגוף משו"ה חזקת הגוף עדיף, ולפי"ז אם חזקת הגוף מהני בדיני ממונות מהראוי שגם חזקת מרא קמא תועיל בספק ממונא והזרא קושיא לדוכתה למה לא תכריע חזקה זו בספק של מוכר אילן אחד לר"מ ושני אילנות לרבנן שלא יהי' חייב גם להביא בכורים מספק: ונלענ"ד בטעמא דמילתא דלא מהני חזקת מ"ק להכריע לדין הבאת בכורים, דהנה דכמו דקבלו חז"ל דלא מהני חזקת טהרה להכריע בספק טומאה ברה"י, שהטעם בזה כתבנו בשע"א דלא נאמרה חזקה רק להכריע את הספק שנולד לענין דין הנהגה וכיון דספק טומאה ברה"י עשתה תורה ספק כודאי שוב ליכא ספק לענין דינא ושם הארכנו בזה כ"כ נאמר לענין ספק ממונא היכא דאיכא חזקת מ"ק דמתורת משפט דיני ממונות נעשה בזה דין ודאי ע"י דין של המע"ה ומשו"ה ליכא בזה תורת חזקה קמייתא כמו בספק טומאה ברה"י, ואף דעדיין נשאר דין ספק לכל דין הנולד מקנין ממון כענין קדושה הבאה מאל"ה ולענין זה הי' ראוי לומר העמד הממון על חזקה קמייתא, אבל כיון דדין זה של הבאת בכורים הוא בא בתולדה מדין קנין הממון ועיקר הספק הוא ספק בדיני ממונות, ועל עיקר ספק זה ליכא תורת חזקה, משום דיש בזה הכרעת הדין על פי משפט דין המוציא מחבירו עליו הראיה וכל היכא דליכא בין חזקה על עיקר הספק, לא מהני חזקה על הדברים הבאים בתולדה, דבשלמא אם הי' דין הבאת בכורים תלוי בעיקר ההקנאה אם קנה קרקע או לא, הי'



מקום לומר להעמיד לענין הכרעת ספק הבאת בכורים על חזקה הראשונה דלא קנה קרקע, אבל באמת ענין בכורים הוא בא בתולדה מחמת שנעשית הקרקע שלו וקרינן ב' אדמתך הוא חייב בבכורים, וספק זה אם נעשית הקרקע שלו הוא ספק של דיני ממונות, ועל ענין זה ליכא הכרעת חזקה קמייתא כמש"כ, משו"ה ליכא בזה חזקה גם לדברים הבאים בתולדה, ולפי"ז נאמר דמה דמצינו דמועיל בספק ממון איזו חזקה הוא רק אם החזקה הוא כחזקת הגוף האמור בפ"ק דכתובות וכן לענין מומים בפ' המדיר שאנו מכריעים בזה את הספק העיקרי, וכעין שכתבו הפנ"י והש"ש שהבאנו לעיל, אבל חזקה אחרת אינה מועלת כלום כיון דאיכא חזקת מ"ק שמהני לענין ממון מדין המע"ה, וכמש"כ דבאמת בארנו בפרקים הראשונים בשער זה דבממון אף היכא דמהני תפיסה אי אפשר להיות דין ספק, דא"כ הי' איסור גזל, אלא שהוא ג"כ דין שכ"ז שתופס הוא שלו ככל דין בעלים, אלא כשחוזר ותופס משתנה הדין: ועפי"ז עלינו לבאר בכל הענינים שהבאנו להוכיח דלא מהני חזמ"ק להכריע מחמת חזקה קמייתא, ובמוכר אילן כבר נתבאר בדברינו, ולענין ספק בכור דאסור בגיזה ועבודה כ"כ י"ל עפ"ד דכיון דקדושת בכור בא בתולדה מדין קנין השבט, כמו דמוכח מסוגית הש"ס דתקפו כהן, וכמו שבארנו ענין זה לעיל בפ"ו, משו"ה אינה מכרעת חזקה זה לענין ספק קדושה הבאה מאל"י, כיון דעל עיקר דין ממון איכא הכרעת דין המע"ה, ואין להקשות לפי"ז לפי מאי דס"ד דתקפו כהן אין מוציאים מידו, דלא הוכרע הדין לענין ממון למה אסור בגיזה ועבודה ולא אמרינן העמד על חזקה קמייתא, ובשור ונמצא נגחן שהקשינו לעיל דנוקי השור בחזקת מ"ק, ויוכרע הדין שהשור הוא של המוכר וממילא יוחזרו הדמים ללוקח, דלפימש"כ דאין חזקה מכרעת כלום רק היכא דאיכא דין ספק, י"ל דכ"כ לענין דינו של השור אין בזה דין ספק ממון, דרק היכא ששנים דנים זע"ז על החפץ וכ"א טוען ששלו הוא איכא לבי"ד תורת ספק, אבל אם כ"א טוען שלך הוא אין לבי"ד ענין בזה לדון על זה, ול"ד ענין זה למש"כ הרשב"א בחי' למס' גיטין ד' מ' ע"ב בשתי הודאות שהנותן אומר נתתי והמקבל אומר לא נטלתי דמוקי השדה בחזקת בעלים הראשונים, דהתם כ"א תובע הדבר מחמת הודאת חבירו, וכיון שאין כאן ספק דין לבי"ד ליכא ענין חזקה מכרעת כמש"כ, ומה שדנים המה זע"ז הוא רק על הדמים שנתן הלוקח, ועל הדמים אין חזקת השור מכרעת כלום, כיון דעל השור עצמו ליכא תורת חזקה כמש"כ.

ומה שהבאנו מדברי הנמ"י בפ"מי שמת שכתב בספק של מקדיש כל נכסיו דלענין ממון מוקמינן בחזקת מ"ק ולענין ספק מעילה מהני מה שהוא יודע בנפשי', דמוכח מדבריו דחזמ"ק אינה מועלת להכריע לענין איסור מעילה, י"ל ג"כ עפ"י דרך זה דכיון דלענין ממון גופא מוכרע הדין מדין המע"ה ולא צריך לדין חזקה קמייתא משו"ה דין מעילה הבא בתולדה נאשר בספק איסור אם לא הי' יודע בנפשי': פרק טו כתב בשטמ"ק ספ"ק דכתובות לענין תינוק הנמצא דברוב ישראל ונגח תורה דידי' לתורה דידן דמשלם נזק שלם, דהא דקיי"ל אין הולכים בממון אחר הרוב הוא דוקא בישראל דאיכא חזקת מרא קמא ולא בנכרי דליכא לנכרי חזקת מ"ק, כן הביא שם בשם הרמב"ן, הרשב"א והרא"ש ז"ל.

יעו"ש ולא בארו דבריהם מאיזה טעם הוא אין לנכרי דין חזקת מ"ק, ובס' רי"ט אלגזי ריש פ"ב דבכורות בד"ה והנה לפי האמור עמד ע"ז וכתב שהוא מטעם דסברי דגזל נכרי

אינו מה"ת, ועפ"י"ז מסיק דלהנך דסברי דגזל נכרי אסור מה"ת אית לנכרי חזקת מ"ק יעו"ש. ודבריו תמוהים בעיני דמה ענין איסור והיתר למשפטים, ועוד אם נימא דכל חזקת אדם בשלו הוא רק מחמת איסור גזילה שאסור לגזולו הלא לענין זה סגי לן אם איכא איסור גזילה מדרבנן, דעכ"פ אי אפשר לגזול ממנו מחמת איסור דרבנן, ע"כ ענין זה לא נתבאר כלום, ובין אם נאמר דחזמ"ק הוא מדין חזקה קמייתא ובין מדין מוחזק קשה, מה שאני נכרי מישראל לענין זה, אח"כ מצאתי בקונה"ס כלל ו' אות ד' שעמד ע"ז וכתב דלא ידע טעמייהו מדוע לא יהי' לנכרי חזמ"ק: ונראה לענ"ד לבאר ענין זה עפ"י מה שכתבו הראשונים ז"ל בב"מ בפ' השואל במחליף פרה בחמור וילדה דיחלוקו דפריך הש"ס וליחזי ברשותא דמאן קיימא וליהוי אידך המע"ה דאע"ג דקיי"ל הגודרות אין להם חזקה, ה"מ היכא דידעינן ודאי שהוא של ראובן, דאע"ג דהשתא ברשות שמעון נינהו אין לו בהם חזקה, אבל הכא דודאי האם קנוי' ללוקח והולד נמי אפשר דדידי' הוא כיון דברשותא דידי' נינהו, דינא הוא דלוקמינהו בחזקתי' עכ"ל השטמ"ק בשם הר"ן וכן כתב שם בשם הריטב"א ובהשקפה ראשונה דבריהם תמוהים, דמה ענין גודרות לדין מוחזק, דהא דגודרות אין להם חזקה הוא לענין הוכחה וראי' דבשאר מטלטלים נאמן לומר לקוח הוא בידי אף שידענו דמעיקרא הי' של אחרים, כיון דודאי באו לרשותו ע"י בעלים ולשאלה לא חיישינן נאמן לומר שלקחן, אבל בגודרות דאפשר דנכנסו לרשות התופסן שלא מדעת בעלים, ליכא הוכחה שמכרן או שנתנן, אבל הכא פריך בגמ' מדין המע"ה ולא מחמת איזו הוכחה וראי', וכן קשה בדברי התוס' ד' ק' ד"ה וליחזי שהקשו ג"כ מהא דגודרות אין להם חזקה, אבל בדברי התוס' אפשר ליישב בדוחק דזה גופא מתרצים שם דז"ל, וי"ל כיון דאיכא דררא דמונא דיש ספק בדבר בלי טענותיהם וטוען ברי הלוקח אם הוא ברשותו אין להוציא מידו עכ"ל.

היינו דבאו לפרש דאין כונת הש"ס מדין חזקה וראי', אלא דכונת הש"ס מדין תפיסה ומוחזק זכה בולד, אבל גם זה דחוק להעמיס בדבריהם, לכן נראה לי כיון שדין מוחזק אינו מטעם אלמות ותקיפות, אלא משום שהדבר בחזקתו נקרא חבירו מוציא ועליו הראי', ועד כאן לא מיקרי מוחזק לומר שהדבר בחזקתו, אלא היכא דשייך הכלל של החזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו, אבל אם החפץ שעומד בחצירו אינו מוכיח כלום שלבעל הרשות הוא בכה"ג לא מיקרי מוחזק, דמוחזק הוא שהדבר עומד בחזקתו עפ"י מה שנראה ומוחזק לנו, ומהאי טעמא נקטו הראשונים לשון "מוחזק" ולא "מחזיק" ולפי"ז דמישך שייך ענין מוחזק להכלל של החזקה מה שביד אדם הוא שלו שפיר, יש לדון כיון דבגודרות ליתא להאי כללא דמנפשי' עיילי שלא יהי' שייך בהו כלל ענין מוחזק, וע"ז תרצו דמה דאמרינן דבגודרות אין להם חזקה אין הכונה דבגודרות ליכא האי כללא דחזקה כל מה שתחת אדם הוא שלו, אלא היכא שידעינן ודאי דהו לראובן אין לשמעון חזקה בהם, היינו דהוכחת מה שביד אדם שלו אינה מועלת בגודרות להפקיע מהבעלים הראשונים, אבל בסתמא אם אנו רואים גודרות ברשות של אחד, בודאי גם בהם איכא חזקה זו וכל מי שנוטל מרשותם דיינינן לי' כגולן, ומשו"ה בדררא דמונא שהספק לפנינו חשיב מוחזק אף בגודרות: וכן נראה לי ענין זה ממש"כ התוס' ב"מ ד' ח' ע"ב ד"ה או דילמא דאם רכוב לא הוי קנין כלל לא חשיב מוחזק ג"כ, ואם רכוב

במקום מנהיג לא קני או שנים שתפוסים בטלית אף אם לא יקנו שניהם בכה"ג מ"מ מיקרי שניהם מוחזקים כה"ג, אם טוען כ"א שהוא לבדו הגביה יעו"ש.

שהטעם בזה משום דכל היכא שתפיסתו מוכחת לכלל שמה שביד אדם הוא שלו, תפיסה כזאת ראוי שתועיל לקנין וכן לענין מוחזק, ואם אינה מועלת לקנות בע"כ שתפיסה כזאת אינה מוכחת על ענין זה שהוא הבעלים, וכיון שאינה מוכחת על ענין זה, אינו נקרא מוחזק כלל. ובס' ש"ש ש"ד פי"ג ופי"ד הביא ראיות סמוכות לזה דתפיסה תליא בקנין, ועיי"ש מה שהוקשה לו מחצר שאינו משתמר ואינו עומד בצדו, ולפימ"ש"כ הכל תלוי בזה אם במקום כזה שהוא מוכיח שהחפץ הוא של בעליו חשיב הדבר ברשותו, ונקרא מוחזק, ומה"ט מחלקינן בין קרקע למטלטלים, דבקרקע אינה יוצאת מרשות בעלים שהוחזקו בה כבר אם לא ע"י חזקה של ג' שנים, ומטלטלים אם הם ביד אחר הם ברשות אחר, כמו לענין טענת לקוח כ"כ לענין תפיסה ומוחזק, דבקרקע ליכא הוכחה שהם של הלוקח אם לא בחזקת ג' שנים ובמטלטלים איכא הוכחה מיד, ומשו"ה עדיפא חזקת התופס, מחזקת מ"ק, דחזקה דהשתא מוכחת דאינן של מרא קמא, ומשו"ה גם לענין מוחזק כ"כ בקרקע נקראים הבעלים הראשונים לעולם מוחזקים ועל התופס להביא ראיה, ובמטלטלים על הבעלים להביא ראיה: ועפ"י מש"כ נראה לי בהא שחולק הש"ש בש"ד פי"ג ופי"ד על הש"ך שכתב בס' צ"א דבבב"ר של שניהם לא מוקמינן בחזקת מרא קמא כיון דשניהם מוחזקים בו ומכש"כ כששניהם אדוקים בו, ובש"ש דחה דבריו ומדמה ליה לסימטא דאמרינן בגמ' בפ' השואל לענין מחליף פרה בחמור דבסימטא מוקמינן בחזמ"ק וסימטא נמי הוי רשות לשניהם, ולענ"ד אין דברי הש"ש נכונים בזה, דלפימ"ש"כ בזה הכל תלוי אם המקום מוכיח על חזקת בעליו וחצר של שניהם ודאי מוכיח דשל שניהם הוא, והנה היכא דידענו שהחפץ הי' של אחד מהם והוא עכשיו בחצר של שניהם וטוען השני שלקח חצי' ודאי דאינו נאמן כמו בגודרות כיון דהוי רשות לשניהם לא יצא הדבר מרשותו, אבל בדבר דמונא שהספק לפנינו הוי בחזקת שניהם כמו בגודרות לפי"ז מה שמוכיח בס' ש"ש מהא דחצר השותפים אינו קונה מרשות בעלים אפ"ל למחצה, אינו ראיה לענין תפיסה והחילוק בין חצר של שניהם לסימטא הוא פשוט דבסימטא לא הוי רשות לאחד מהם רק ע"י השתמשות, וכ"ז שהחפץ של המוכר הוא חצר של מוכר, ורק אם הלוקח מושך ממקום זה למקום אחר נעשה חצירו של הלוקח כמש"כ ר"ח כהן וכ"ז שלא נשתמש אחד מהם אינו רשותו ומשו"ה בחפץ שיש לו חזקת מ"ק לא נפיק בסימטא מחזקת מ"ק דלא נכנס לרשות אחר עדיין כלום, אבל בחצר של שניהם דהוי רשות שניהם בלי השתמשות וכל חפץ הנמצא בחצר זה בחזקת שניהם הוא י"ל דהווי שניהם מוחזקים ולא מוקמינן בחזמ"ק כמש"כ הש"ך וכש"כ כששניהם אדוקים בו ודאי נפיק מחזקת מ"ק ומה שכתב בש"ש להוכיח כדבריו מהא דתפיסה תליא בקנין ובחצר של שניהם או כששניהם אדוקים ותפסי בכרכשתא דאי לא משום דמגביה כ"א לחבירו אמרינן תעשה זו כמי שמונחת ע"ג קרקע, וזו כמי שמונחת ע"ג קרקע אין דבריו נכונים כלל דהרי לענין זה כתבו בתוס' פ"ק דב"מ שהבאנו לעיל דלענין מוחזק סגי לן אם רק תפיסה כזאת מועלת לקנין אם הי' תופס בעצמו, וכמו שהוכיחו מסוגית הש"ס דאף אם מגביה לחבירו לא קנה חבירו מ"מ בשנים או חזים בטלית הווי שניהם מוחזקים אם כ"א טוען כולה שלי, וכיון דבכה"ג חשיבי מוחזקים

היכא דליכא מרא קמא, כ"כ י"ל דגם היכא דאיכא חזקת מ"ק נפיק מרשות מרא קמא והוי בחזקת שניהם, ודברי הש"ך נכונים בלי פקפוק כלל, כללא דמילתא כל תפיסה שמוכחת שהדבר שלו הוא עפ"י כלל החזקה כל מה שביד אדם הוא שלו מהראוי שתועיל לקנין וכן לענין חזקת ממון וסימטא אינה מועלת לתפיסה משום שאינה מועלת לקנין ג"כ ורק ע"י השתמשות נעשה חצירו, וזה שייך במשיכה ולא לענין מוחזק אם לא שהחזיק במקום זה ע"י השתמשות דאז נראה שהוא חשוב רשותו גם לענין תפיסה כנלענ"ד בענין זה: ולפי"ז י"ל עפ"י מה דאמרינן במס' סוכה ריש פרק לולב הגזול דסתם עכו"ם גזלנו ארעתא נינהו, דאצל העכו"ם ליכא כלל הך חזקה שכל מה שבידם הוא שלהם כיון דחשידי על הגזל, וכיון דליכא הך חזקה אין רשותם משהו אותם למוחזק לומר שהדבר בחזקתם, אף דרשות העכו"ם קונה לו כמו ידו, כיון דמכניס לרשותו הוי כמו ידו, מ"מ לענין חזקת ממון לא מהני לו רשותו, דבאמת אין תפיסה תלוי בקנין, דלא כמו דמשמע מדברי הש"ש, דהרי בחצר שאינה משתמרת אף דאינה קונה מ"מ הוי רשות לענין מוחזק, אלא דעיקר הכלל הוא כמש"כ שהוא להיפוך, דקנין תלוי בתפיסה אם הדבר מוכנס לרשותו שהוא מוכיח שהוא שליט עליו אז נגמרה מעשה הקנין, ולתפיסה בעינן שיהי' מוכיח שהוא הבעלים, ובהא דהביא הש"ש מהרמב"ן דתפיסה בשטרות תלוי אם אותיות נקנות במסירה או לא נלענ"ד שעיקר הטעם בזה דכיון דאין אותיות נקנות במסירה אין בהם הכלל חזקה מה שביד אדם הוא שלו כיון שהם על שם אחר, אבל אם נקנות במסירה תפיסתו בהן מוכיח שהם שלו ככל מטלטלים, ולפי"ז י"ל דאף דבעכו"ם ליכא האי כללא חזקה דכל מה שתופס הוא שלו, מ"מ קונה לו רשותו כמו ידו, דרק להיפוך מה שאינו מועיל לקנין הוא מורה דנגרע חזקה זו שמה ומשו"ה אין מועיל להוציא מרשות בעלים ע"י טענה וכפירה וכן מוכח ענין זה מדברי הראשונים שהבאנו ששקלו וטרו אם בגודרות חשוב מוחזק להוציא מחזקת מ"ק ולא הי' קשה להם איך מהני בגודרות קנין חצר והכנסה לרשות אלא ודאי דקנין ממש שנעשה ע"י מקנה וקונה אינו שייך לענין זה ורק להיפוך היכא דהמעשה אינה מועלת לקנין יש מקום לדון דלא חשיב ג"כ מוחזק, היינו היכא דלא חשיב תפיסה כלל שאינה מוכחת שהדבר שלו אינו חשיב מוחזק ג"כ, אבל אם אינה מועלת לקנין מצד אחר כמו חצר שאינו משתמר, או שנים שהגביהו דהוי חסרון מצד שלא נגמר מעשה של הגביה ע"י אחד ענין זה אינו מגרע חזקת ממון ומשו"ה בגודרות אף אם נימא דתפיסה לא מהני בהו אינו חסרון במעשה הקנין, ורק בטענה וכפירה אינם יוצאים מחזקת מ"ק וע"ז כתבו דיש חילוק בין טענה וכפירה שע"י דררא דממונא שבהם שוים גודרות לשאר מטלטלים שהמוחזק בהם הוא בחזקתו, ובטענת לקוח הוא בידו, שלא ע"י דררא דממונא אינם יוצאים מרשות בעלים, כנלענ"ד בענין זה: פרק טז בהגוזל בתרא תנן האומר לחבירו גזלתיך הלוייתי הפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לא החזרתי לך חייב לשלם, אבל אם אמר לו איני יודע אם גזלתיך אם הלוייתי או הפקדת אצלי פטור מלשלם ומוקי בגמ' דמיירי דלא קא תבע לו ובבא לצאת ידי שמים, אתמר נמי אמר ר"ח ב"א אר"י האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב בבא לצאת ידי שמים, והנה בכל ספק ממון דקיי"ל המע"ה או חולקים נתבאר בפרקים הקודמים שענין זה הוא משפט דיני ממונות באופן דליכא בזה ספק גזל, דאיסור גזל בתר דין הממון מגרר גריר, וכאן מצאנו היפוך

זה דלצאת ידי שמים ראוי לחוש לאיסור גזל וראוי לבאר ענין זה באיזה אופן יש לחוש לצאת י"ש ובאיזה אופן אי"צ לחוש לזה ועוד יש דקדוק גדול בלשון המשנה והגמ' דבפשטות ה' ראוי לומר חייב לצאת ידי שמים או חייב בדיני שמים, כדקתני בברייתא ריש הכונס ד' דברים העושה אותם פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, וכאן קתני דבבא לצאת ידי שמים אז חייב, דלשון זה אינו מובן דמשמע דאם אינו רוצה לצאת ידי שמים אז חייב בדין וזה שני הפכים דאם הוא חייב הוא מוכרח, ולשון בבא לצאת ידי שמים משמע שתלוי ברצונו: וע"כ נלענ"ד לבאר בזה ענין חדש בס"ד, עפ"י מה דמצינו בכריתות ד' כ"ב במשנה ר"ע מחיב על ספק מעילה אשם תלוי וחכמים פוטרים ומודה ר"ע שאינו מביא את מעילתו עד שיתודע לו ויביא עמו אשם ודאי, א"ר טרפון מה לזה מביא שתי אשמות, אלא מביא מעילה וחומשה ויביא אשם בשני סלעים ויאמר אם ודאי מעלתי זו מעילתי וזו אשמי, ואם ספק מעלתי המעות נדבה ואשם תלוי שממין שמביא על הודע מביא על לא הודע אמר ר"ע נראים דבריו במעילה מעוטה הרי שיבוא לידו ספק מעילה במאה מנה לא יפה לו שיבוא אשם בשתי סלעים ולא יביא ספק מעילה במאה מנה מודה ר"ע לרבי טרפון במעילה מעוטה, ע"כ והנה קשה טובא כיון דבספק מעילה מודה ר"ע דפטור מלשלם הקרן עד שיתודע שהוא מטעם המע"ה כמו בספק ממון הדיוט, וכמו שכתבו התוס' כתובות ד' ל' ע"ב, דתשלומי קרן להקדש הוא ממון ולא כפרה, ובממון הדיוט אם נפטר מדין המע"ה הוא ודאי שלו, כמו שמפורש במס' ב"מ בפ"ק מהא דנכנסים לדיר להתעשר כמו שנתבאר היטב ענין זה לעיל, וא"כ ליכא כאן קרן ודאי ופטור מחומש ואשם, דכל היכא דליכא קרן ליכא חומש ואשם, וכמו שכתבו התוס' בפסחים ד' כ"ט ע"א ד"ה ר"ח דכיון דפטור מקרן וחומש מדין קלב"מ פטור גם מאשם, ואיך מביא מעילתו וחומשה עם אשם ומתנה אם אשם ומתנה אם מעלתי זו מעילתי וזו אשמי, הלא אף שקמי שמיא גליא דמעל אבל כיון דלדידי ספק הוא פטור מדינא, ומה שמביא הוא נדבה ולא קרן וחומש המחויב ואין כאן אשם והוי חולין בעזרה ואינו יוצא בזה אח"כ כשנודע, לו, והיא קושיא גדולה בעיני ולא מצאתי מי שיתעורר בזה, והנה לענין האשם מסיק בש"ס שם דאשם לא בעי ידיעה בתחילה ומשו"ה אם נודע אח"כ מיפטור במה שהביא תחילה, אבל לענין הקרן מה שנתן בשעת פטור אינו מובן ודוחק לומר שיהי' נחשב כאילו כבר נתחייב וביותר קשה במשנה שני' בשתי חתיכות א' של חולין וא' של הקדש ואכל אחד חתיכה אחת והשני השני' שניהם מביאים אשם אחד, וקשה הלא כ"א פטור מן הקרן כנ"ל, ועי' בשטמ"ק שכתב דלר"ש בעי ידיעה בתחילה אלא דסובר דכיון דלשניהם ידוע דא' מהם אכל הוי ידיעה, אבל כ"ז הוא לענין קרבן אבל מקרן שניהם פטורים ודאי מחמת דין המע"ה וכאן ודאי קשה כיון דאי"צ עוד ידיעה כלל ונראה לענ"ד בביאור ענין זה דדין המע"ה אינו משום חזקה קמייתא כמו שבארנו ענין זה לעיל בפ"ד ודין זה של המע"ה הוא משפט דיינים עפ"י כללי המשפט כששני בע"ד דנים זע"ז שאז זוכה המוחזק מחמת חזקתו, אבל אם הבע"ד אינם רוצים להעמיד בדין עפ"י כח חזקתם ואינם רוצים להחזיק הדבר ברשותם ורוצים להתנהג עפ"י האמת כפי שגלוי קמי שמיא, אז אין מועיל חזקתם כלום וחזר הדין על האמת כמו שהוא, דבלא"ה נמי אף דנשאר החפץ אצל המוחזק לא נפקע באמת הקנין מהבעלים האמתיים, דמשו"ה לענין קדושה הבאה מאלי' תלוי באמיתת הדבר כמו שהוא, ורק

לענין ההשתמשות וההנהגה בפועל בגוף החפץ הוא נכנס בשליטת המוחזק, משו"ה י"ל דאם המוחזק מותר על חזקתו אין בזה דין מוחזק, דעיקר דין מוחזק הוא מה שבעל הרשות מחזיק הדבר לעצמו, ועפ"י"ז בספק מעילה שפטור מתשלומים מחמת דין ספק ממון אם רוצה בכך שלא להחזיק התשלומים מחמת חזקתו ורוצה לשלם אם הוא חייב באמת, אז חזר הדין לסיני שאם באמת מעל בהקדש חייב מדין תשלומים הקרן והחומש, והקרבתו הוא קרבן אשם ודאי ואם לאו הממון נדבה והקרבתו הוא אשם תלוי: ולפי"ז נראה לי דבאינו יודע אם נתחייבתי והתובע טוען טענת ברי דקיי"ל דפטור משום דחזקת ממון עדיפא, הא בלא"ה לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף, ומשו"ה אם רוצה לצאת ידי שמים היינו שלא עפ"י משפט הדיינים, דלדין שמים חזקת ממון אינה מועלת, כיון דאינה מכרעת כלום, ומשו"ה בנוגע לענין לצאת ידי שמים דלא מהני חזקת ממון לעולם ברי ושמא ברי עדיף, וכשרוצה לצאת ידי שמים ולשלם להתובע ולא להשתמש בכח חזקת ממון דידי, והרי אז מחויב גם בדיני אדם דחזקת ממון אלימא רק היכא שבעליו מתאמצים להחזיק החפץ ע"י חזקה זו, אבל אם מתרצים להוציא החפץ מרשותם ליכא חזקה כלל, ובלא חזקת ממון הרי ברי ושמא ברי עדיף גם בדיני אדם, ומדויק היטב הלשון שאמרו בגמ' דאם בא לצאת ידי שמים אז הוא חייב לשלם גם בדיני אדם, וכן הוא באינו יודע אם פרעתיך כששניהם טוענים שמא, דאם בא לצאת ידי שמים אז חייב מדינא לשלם, דהיכא שהחוב ברור והפרעון ספק איכא חזקת חיוב, שחזקה זו היא חזקה קמיתא כעין חזקה דעלמא, אלא דאינה מועלת לחייב ע"י בבי"ד דחזקת ממון עדיפא, אבל בדיני שמים לא מהני חזקת ממון כלום, ומשו"ה אם רצה לצאת ידי שמים ולשלם אז חייב גם בדיני אדם, דהיכא דליכא חזקת ממון גם חזקה דעלמא מהני לענין ממון, וכמו שבארנו ענין זה לעיל בפ' י"ד, וכמו דמהני רוב היכא דליכא חזקת ממון כ"כ חזקה קמיתא משו"ה אם בא לצאת ידי שמים חייב בתשלומים וגם בדיני אדם, ונראה לפי"ז דליכא חיוב בדיני שמים, דהרי לא אהרו בגמ' ובפוסקים שחייב בידי שמים, אלא בבא לצאת ידי שמים, ובש"ך סי' פ"ח ס"ק ל"ו כתב להדיא בדין זה דהך לצאת ידי שמים הוא מדת חסידות לחוד, ובדין חייב בידי שמים ריש פ' הכונס כתב בשטמ"ק בשם המאירי וז"ל ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד ששייב, והדברים נראים שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזילה חלה עליו עד ששייב עכ"ל.

ולפי"ז ממש"כ הרמב"ן ז"ל הובא בש"ך סי' ע"ה ס"ק כ"ו דבברי ושמא באינו יודע אם הלוייתני לא מהני תפיסה, שאין תפיסה מועלת במה שאין לו זכות אלא בבא לצאת ידי שמים עכ"ל. אין ראי' על דין תפיסה היכא שחייב בדיני שמים, די"ל דשאני הכא דאין לו זכות רק בבא לצאת ידי שמים, שהכונה עפ"י מש"כ דרק כשרוצה לצאת ידי שמים דאז זכה התובע מדינא, ולשון זה מדויק מאד עפ"י דברינו, דאם רוצה לצאת ידי שמים זוכה התובע מדינא, וכל היכא דחייב בדיני שמים י"ל דיש לו זכות מיד, וכמו בקלב"מ שכתב רש"י ב"מ ד' צ' דמהני תפיסה, דרק בי"ד אין כופין ע"ז, אבל זכות יש לו לתובע, כ"כ י"ל בדברים שחייב בדיני שמים יש לתובע זכות, והאחרונים החליטו לדמות דינים אלה זל"ז עי' פתחי תשובה חו"מ סי' כ"ח סק"ו שהביא שם שיטת האחרונים בזה, ומדברי השטמ"ק בשם המאירי שהבאנו שחלה עליו דין גזילה אם אינו משלם, מזה

מוכח דיש לתובע זכות ממוני, ולפי"ז ראוי לומר ומהני תפיסה, והרמב"ם השמיט דין זה לגמרי ולא הביא שבבא לצאת ידי שמים חייב, רק באינו יודע אם פרעתוך, ובברי ושמא באינו יודע, אם נתחייבתי הביא רק דחייב נישבע היסת שאינו יודע, והרה"מ תמה ע"ז למה השמיט הלכה זו המפורשת בגמ', ובאמת דין זה מפורש יותר בגמ' שהוא מימרא דר' יוחנן, ובדין איני יודע אם פרעתוך הוא רק אוקימתא בגמ' אליבא דמ"ד ברי ושמא ברי עדיף, אבל אליבא דהילכתא לא הי' קשה כלום, אלא דכך קבלו דכונת הש"ס דהמשנה מתפרשת אליבא דכו"ע בלא תבע, והאיך השמיט המפורש והביא המתרצתא שאינה מוכרחת לדינא, ולפימ"ש"כ יש לתרץ קצת די"ל דסובר הרמב"ם דעיקר מה דאמר ר' יוחנן הוא ללמדנו דאם בא לצאת ידי שמים אז חייב לשלם מדינא כמ"ש"כ, ולא בא ללמד הדין דחייב לצאת ידי שמים, ולפי"ד זה שייך רק קודם שנתקנה שבועת היסת, אבל לאחר שתקנו שבועת היסת וקבלו הגאונים דגם בברי ושמא ישבע שאינו יודע, לא שייך כ"כ לומר דאם בא לצאת ידי שמים ישלם, דהרי אם בא לצאת ידי שמים הרי הוא ממילא חייב לשלם מחמת שאינו נשבע וכל שחייב שבועה ואינו נשבע בודאי חייב לשלם, ומשו"ה לא הביא דין זה דאם בא לצאת ידי שמים ישלם, בברי ושמא, והביא ענין זה בטוענים שניהם שמא בפרעון דהתם ליכא שבועה: והנה לדינא נראה לי דיש נפ"מ בזה שבארנו דאם רוצה לצאת ידי שמים חייב גם מדינא, היכא שהתובע חייב לאחרים, אם מחויב לשלם להמלוה של התובע מדינא דר"נ דאם הי' רק חיוב לצאת ידי שמים כפשוטו כמ"ש"כ הש"ך ממדת חסידות בעלמא י"ל דאינו מחויב לשלם הדמים לבע"ח דידי' דבחיוב כזה לא מצינו דין שעבודא דר"נ כמ"ש"כ האחרונים בח"מ סי' ט', אבל לפימ"ש"כ ודאי חייב לשלם לבע"ח דידי', כיון דאם רוצה לצאת ידי שמים הוא חייב גם בדיני אדם, משום דברי ושמא ברי עדיף היכא דליכא חזקת ממון, ואף דיותר נראה דגם בפשטות חייב כה"ג לשלם מדין שמים לבע"ח דידי', דבכובש עדותו וכה"ג דחייב בדיני שמים י"ל דבתשלומים כאלה ליכא שעבודא דר"נ, דהתם המעשה ידועה וליכא חיוב תשלומים מדיני אדם, אבל בברי ושמא דהטעם שפטור מדיני אדם הוא משום חסרון נאמנות, ומה שחייב לצאת ידי שמים הוא מחמת שקרוב הדבר שהאמת הוא כדברי התובע, ואם הי' ידוע האמת הי' חייב לשלם לבע"ח דידי', כ"כ אם משלם לצאת ידי שמים מחויב מדין שמים לשלם לבע"ח דידי', אבל בכ"ז יש לדון בזה, אבל לפי"מ שבארנו הוא פשוט וברור שחייב לשלם לבע"ח דידי', וגם בפשטות הוא נפ"מ בעיקר התשלומים, דאם הי' רק ענין תשלומים של מדת חסידות נחשב אצל הפורע שהוא כנותן מתנה להתובע כדי לצאת ידי שמים, ולפי"מ שבארנו ברוצה לצאת ידי שמים הוא עושה מצוה גמורה של פריעת בע"ח ככל פריעת חוב דעלמא, משום דברי ושמא ברי עדיף, וכמו שהוכחנו ממשנה דכריתות דברוצה לשלם אף בספק שקול בטלה חזקת ממון, ונעשה ספק גמור בעיקר חיוב ומתנה שאם מעל זו מעילתי, דבחיוב שהוא רק לצאת ידי שמים אינו חשוב קרן וחומש, וכמו שהוכיח בס' נתיבות המשפט סי' כ"ח דלא כהקצוה"ח שכ' שם דכיון דחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנים אותם סגי אם גם הקרן וחומש הוא חיוב בידי שמים יעו"ש.

כ"כ בברי ושמא וכל כה"ג שאינו רוצה להחזיק החפץ מחמת חזקת ממון חזר הדין כאילו לא הי' בזה מוחזק כלל: אמנם יש לדון לפי"ז בהא דקיי"ל אין הולכים בממון אחר הרוב

שהוא ג"כ רק משום חזקת ממון, והיכא דליכא חזקת ממון לכו"ע הולכים אחר החוב, מהראוי להיות כ"כ שאם בא לצאת ידי שמים שחייב בתשלומים, דכיון דלמיפק ידי שמים לא מהני חזקת ממון כמו בברי ושמא, וכיון דרוצה לצאת ידי שמים חייב בתשלומים מעליא, ובספק שקול היכא דליכא ברי ושמא ודאי דפטור מלצאת ידי שמים, דהיכא דהוי הדבר שקול אף מדין שמים אין לו ליתן ממונו לחבירו דלא שייך ספק איסור בממון, ורק אם רוצה ליתן יזכה חבירו מטעם ספק, אבל אין בזה אף מדת חסידות, ובספק מעילה היכא שמעילתו מעוטה דנייח לי יותר להביא אשם אחד יכול להתנות, ואם קמי שמיא גליא שמעל הוי תשלומים מעליא, אבל היכא דהרוב מסייע להתובע שהמוחזק זוכה רק משום חזקת ממון, מהראוי להיות הדין כמו בברי ושמא, וקשה לפי"ז במוכר שור לחבירו ונמצא נגחון, דנקטינן אע"ג שהרוב קונים לחרישה לא אזלינן בתר רובא להוציא מיד המוכר, ולמה לא נזכר דין זה שיהי' חייב בבא לצאת ידי שמים, אף דקשה בלא"ה שיחייב לצאת ידי שמים מחמת ברי ושמא דהרי המוכר אינו יודע כונת הלוקח כמש"כ התוס' ריש המניח, אכן לענין ברי ושמא י"ל דכיון דלא הוי לי' למידע לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף דהוי ברי גרוע ושמא טוב, וכמש"כ התוס' ריש פרק הפרה ועוד בכמה מקומות אבל לענין רוב הקושיא במקומה עומדת למה לא יהי' חיוב על המוכר לצאת ידי שמים מחמת הוכחת הרוב, ונראה שהטעם בזה דכיון דאין הולכים בממון אחר הרוב הו"ל ללוקח לפרש בשעת המקח שרוצה לרדיא ולא לשחיטה ומדלא פירש חל המקח על כל פנים, ומה שחושב בשעת קנין שקונה לשחיטה, הוי דברים שבלב, וכן כתב הרשב"ם ריש המוכר פירות בד"ה לשחיטה מכרת'י לך, וז"ל דכיון דרובא לאו כלום הוא לא הי' לו להמוכר לפרש, אלא הלוקח הו"ל למימר לרדיא קא בעינא לי' ומדלא פירש הפסיד, עכ"ל, ומשו"ה אין בזה ענין לחייבו בידי שמים: אמנם בהא דאיתא ברמ"א חו"מ סי' רצ"ב סעי' י' במי שנתערב טבעיות של זהב של חבירו בתוך טבעיות שלו ונאבד אחד מהם שיכול המוחזק לומר לשאינו מוחזק דילמא שלך נאבד ואין המוחזק מפסיד כלום, ואעפ"י ששלו הי' הרוב אין הולכים בממון אחר הרוב נגד חזקה הש"ך שם בשם ת"ה יעו"ש ולפימש"כ חייב בנידון זה לצאת ידי שמים, ועפ"י סברא יותר ראוי לצאת י"ש היכא שהרוב מסייעו מבברי ושמא, דבברי ושמא י"ל דילמא משקר התובע ורק מטעם חזקה דאין אדם תובע אא"כ יש לו, יש לחוש שהאמת כדבריו, ורק בדיני אדם זוכה התובע היכא דליכא מוחזק משום דטענתו טובה משל הנתבע, וברובא שהוא מן התורה בכל דיני התורה, נראים הדברים דודאי ראוי לצאת ידי שמים, כיון דלדין שמים מעלת חזקת ממון אינה מועלת כלום, ואף שלא הזכירו האחרונים דין זה יש לומר שלא דנו בזה רק בדין גמור מדיני אדם, וקצת ראי' לדברינו נלענ"ד מדברי השטמ"ק ב"ק ד' י"א בבכור שנטרף תוך ל' שכתב שם לפרש דברי התוס' שם שחזרו והקשו על פי רש"י שפי' דכיון דנהרג הוי ספק שמא אם לא הי' נהרג הי' חי היינו שאינו נפל, דהרי כ"ז ידעינן מקרא דופדויי' מכן חודש תפדה, דלכאורה הלא כבר הקשו מקרא זה על פירש"י, וכתב לפרש בזה"ל וי"ל דה"פ אם תאמר דופדויי' מכן חודש היינו דוקא אם חי הוא אז יפדנו לאחר ל' אבל אם נהרג דתו ליכא פדי' יפדנו בתוך ל', להכי איצטריך הך, ומשו"ה מקשים התוס' מפדויי' מכן חודש נפקא, כיון שהתורה נתנה שיעור ל' לפדי' להוציא מכלל נפל, א"כ ממילא היכא דנהרג דאיכא ספיקא פטור, וא"ת הוא אמינא



דחייב כי רובם אינם נפלים, וי"ל דאין הולכים בממון אחר הרוב, מיהו קשיא לי נימא דמשום מצוה הוא אמינא דהולכים בממון אחר הרוב לקיים עשה דופדוייו ע"כ תלמידי הר"ר ישראל ז"ל.

עכ"ל ודברי השטמ"ק מתמיהים דאם נאמר דמצות פדיון הבן היא מצוה כשאר מצות מהראוי להיות דגם בספק יתחייב ככל ספק של תורה, וכיון דאומר דבספק הוא פטור ככל ספק ממון איך נאמר דהיכא דאיכא רובא יתחייב משום מצות פדי', ולא מצאתי מי שיתעורר בזה, ועפי"ד יש מקום לפרש דבריו והוא, דהנה במצות פדה"ב יש לדון אם הוא מצות מתנות כהונה לחוד או מצות פדי' ג"כ, ולדעתי נראה דהיא מצוה כפולה ביחד, היינו מצות פדי' עם מצות מתנות כהונה, ואף שמדברי הגר"א ז"ל בביאוריו ביו"ד סי' ש"ה סקי"ז דמצות פדה"ב אינו אלא פרעון חוב בעלמא ומוכיח מהא דגובה ממשעבדי' יעו"ש, אבל לענ"ד נראה מהא דאמרינן בקדושין ד' כ"ט ע"ב כל היכא דליכא אלא חמש סלעים הוא קודם לבנו, מ"ט מצוה דגופי' עדיפא, מוכח דיש בזה מצוה לפדות את גופו, דאם אינו אלא חיוב ממון לחוד מה שייך בזה מצוה דגופי' עדיפא, דהרי אם יהי' על אדם שני חיובים חיוב מחמת הלואה וחיוב מחמת נזקים או ערבות, בודאי אין כל יתרון בזה במצות פריעת בע"ח איזה מהם לשלם מקודם, ואדרבה עיקר החיוב שעליו הוא בא מחמת שלא פדאו אביו, אלא ודאי איכא בזה מצוה לפדות את גופו שיהי' פדוי, ופשטות הכתוב מלמדנו כן דאם הי' רק חיוב הי' סלעים לחוד למה כתבה תורה בלשון פדיון, וכן נראה מהא דאמרו כמה אחרונים דבספק פדה"ב שיפריש הי' סלעים ויעכבם לעצמו, עי' גליון רש"א ס' ש"ה סעי' י"ט מש"כ שם בשם מעדני יו"ט, אף דלדינא לא משמע כן מכל הפוסקים, וכמו שיבואר קצת בדברינו, אבל לענין זה ודאי נראה כן דאיכא בזה מצות פדי' ומ"כ נלענ"ד דכיון דאמרה תורה תפדה, עיקר המצוה בזה הוא הפדיון אבל אופן הפדיון שבזה, הוא מה שמשלם הי' סלעים שחיבה תורה ליתן לכהן ואם יפטור מחיוב ממון זה ליכא מצות פדי' דבכסף מתנה בעלמא אין זה פדיון, ולפי"ז בספק פדה"ב דמצד חיוב ממון ליכא חיוב כלל, אף דקמי שמיא גליא דבכור הוא אבל לפי ידעתנו אין בזה שום חיוב מדין המע"ה, ממילא בטלה בזה לגמרי גם מצות פדי', וכמו בפטר חמור דלר"ש דסובר דפ"ח מותר בהנאה ליכא פדי' בספק כמבואר בפ"ק דבכורות הבאנו לעיל בפ"ז, אבל אם הרוב מסייע לחיוב דמצד חיוב ממון מחויב לצאת י"ש, י"ל דבכה"ג יש מצוה ומצוה גמורה מצד מצות פדי', וכעין דאמרינן לענין אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו, דכיון דאיכא חיוב לצאת י"ש שפיר הוי אתנן, כ"כ הכא כיון דלענין מצוה אזלינן בתר רוב כמו בכל התורה ומה דבעינן לענין קיום מצוה זו שיהי' חיוב ממון סגי לן אם איכא צד חיוב לצאת י"ש וזה נראה לי בביאור דברי השטמ"ק מה שהקשה על קושית ר"ת וליישב קצת שיטת רש"י ז"ל דצריך קרא אחרניא לפטור בכור שנהרג תוך ל' כנלענ"ד בענין זה: ובס' קונה"ס כלל ו' סעי' ה' הביא מה שנשאל הרב צמח צדק באשה שאינה יודעת אם אבי' הי' כהן או לוי ושמעה איזו שמועה שאבי' היה לוי אם בן הנולד לה פטור מפדיון הבן, ופסק דפטור, אף דרוב אינם כהנים ולוים אין הולכים בממון אחר הרוב, וכתב ע"ז הגאון בעל קונה"ס דראוי לחייבו משום דבמתנות עניים היכא דאיכא רובא או חזקה חייב משום קרא דעני ורש הצדיקו, ועפי"ז מתרץ שיטת הרמב"ם פי"א דבכורים דבס"ס לחיוב מחויב במצות פדי', דאף דקיי"ל דאין מוציאים ממון בס"ס, מ"מ

במתנות כהונה חייב משום דעני ורש הצדיקו שייך גם במתנות כהונה, יעו"ש, ולפימש"כ בלא"ה היכא דאיכא רובא איכא מצות פדי', ומדברי השטמ"ק הנ"ל משמע דליכא חיוב ממון מחמת עני ורש הצדיקו, רק משום מצות פדי' כתב דיש לילך אחר הרוב בממון זה כמו שהובא לשונו לעיל, ואכמ"ל ועיין לקמן בפרק כ"ה: פרק יז הרמב"ם בה' בכורים פי"ב ה"ט פסק אין פודים בשה הדומה למין אחר ואם פדה פדוי.

עכ"ל, וכתב הכ"מ וז"ל, שם (בגמ') איבעיא להו מהו לפדות בנדמה, כלומר בן רחל הדומה לעז ולא איפשיטא ופסק בה לכתחילה לחומרא ובדיעבד לקולא, דכיון דספק הוא אין מחייבים אותו לחזור לפדותו כיון דאין בו קדושת הגוף. עכ"ל.

וברדב"ז שם כתב בזה"ל שם בעי ולא איפשטא הילכך אם פדה בדיעבד פדוי, עכ"ל, והדברים מתמיהים מאד הלא ספק של תורה הוא, וכל ספיקא דאורייתא לחומרא, ומש"כ בב"י בס"א לחלק בין ספק בכור בהמה טהורה דאסור בגיזה ועבודה לספק פ"ח, משום דהתם קדושת הגוף והכא קדושת דמים אינו מובן, מ"מ הוי ספק של תורה, וכבר תמה ע"ז בס' רי"ט אלגזי בפ"ק דבכורות, ועי' שם שהביא מש"כ הר"י, קורקוס ז"ל בזה"ל ואפשר לומר כיון דאיסור זה תלוי בממון שהרי אם נותן לכהן שוויו או שה נפקע איסורו וזה כבר פדה בנדמה ושמא הוא פדוי אזלינן לקולא כדין ספק ממון, עי"ל כיון דאין איסורו מפורש בתורה אזלינן בי' לקולא כדין ספיקא דרבנן לקולא, והראשון יותר נכון.

עכ"ל, וביאר הרי"ט אלגזי את דברי הר"י קורקוס דהכונה בזה דכיון דנתן לכהן והכהן זכה מספק מחמת תפיסה ברשות, ואם יהי' הפ"ח אסור בהנאה הוא תרתי דסתרי ואיסור זה בתר ממון גריר משום דיש לו פדיון, ול"ד לשאר ספק פ"ח דמפריש טלה לאפקועי איסורא דהתם כיון דאינו סותר כלום אם נחמיר לאסור בהנאה קודם הפרשתו, יעו"ש.

וכל הסוגיות בדיני ספק פ"ח סותרים לזה, וכן מה שפסק הרמב"ם בפ"ב ה"ט"ו בגר שנתגיר ואין ידוע אם עד שלא נתגיר ילדה חמורו או אחר שנתגיר, ה"ז חייב לערוף או לפדות, ואם פדה בשה השה של גר שהמוציא מחבירו ע"ה, סותרים דבריו למה שפסק בדין נדמה, והחילוק שחלק עפ"י מהר"י קורקוס בס' הרי"ט"א אינו מתקבל על הלב כלל, ונלענ"ד עפ"י מה שבארנו לעיל בב"ז שיטה הרמב"ם בדין גר שנתגיר שהבאנו מה שקשה עליו מסוגית הש"ס דפ"ק דבכורות דמבואר שם דלר"ש דסובר פ"ח מותר בהנאה מחיים ליכא שום דין פדי' בספק דמוכח מזה דבספק פ"ח לר"ש אי"צ עריפה וכמש"כ בתוס' ד' ט' ע"ב, ובארנו דר"ש ליכא דין עריפה בספ"ח כיון דלדידי' ליכא דין מתנות כהונה ליכא דין פדי', כיון דמחיים מותר בגיזה ועבודה, אבל לר' יהודא דאוסר בהנאה מחיים איכא דין פדי' גם בספ"ח, וכל היכא דליכא פדי' ליכא עריפה ולר"י דאיכא דין פדי' איכא דין עריפה יעו"ש, וכאן נבוא בזה ביתר ביאור, דענין זה הוא עפ"י הכלל שאמרו במס' יבמות ד' מ"א לענין יבום וחליצה, כל היכא דליכא יבום ליכא חליצה ובספיקות חשיב איכא יבום, כיון דאם יבוא אלי' ויאמר דהיא בת יבום קרינן בזה עולה ליבום, שהכונה בזה אף דבפועל אסור ליבום מחמת חסרון ידיעה, מ"מ כיון דאם הי' מיבם הי' קונה אותה אם באמת היא אינה אחות אשה, וכ"כ ראוי לומר לענין פדי' ועריפה, דאם פדה בספק חל הפדי' בספק חשוב ראוי לפדי', ולכן אם לא פדה

חייב בעריפה, ומשו"ה לר"ש דאמרינן בגמ' ד' י"ב דלדידי' ליכא פדי' בספק כלל, דהרי אמרו בגמ', לענין האיבעיא אם מותר לפדות בבהמת שביעית משום דחשיב כסחורה, דלר"ש ליכא ספק, והטעם בזה נלענ"ד דשני אופנים איכא בפדיון פ"ח, פדיון א' הוא דין מתנות כהונה, דרחמנא זכי לכהן בפ"ח עצמו, דאם הישראל נתן הפ"ח לכהן, זוכה בו מדין מתנות כהונה כמו דמפורש במשנה ד' מב נתנו לכהן אין הכהן רשאי לקימו עד שיפריש שה תחתי' וכן ברמב"ם שם ה"ד, ואופן הב' שבפדיון הוא פדיון הקדושה לר"י דקיי"ל כוותי' דפ"ח אסור בגיזה ועבודה, ומשו"ה י"ל דלר"ש דפ"ח מותר בגיזה ועבודה וליכא שום קדושה רק שאסור לאחזר עריפה, עיקר הפדי' דתפיס פדיונו הוא ענין מתנות כהונה לחוד, ובספק דקיי"ל המע"ה שהישראל זוכה בפ"ח ליכא פדי', היינו שלא תפיס כלל הפדיון אף בדיעבד, דל"ד לספיקות לענין יבום, דחסרון הידיעה אינו משנה הדין בעצם ומשו"ה אמרו כיון דאם יבוא אליהו ויאמר דהיא בא יבום עולה ליבום קרינן בה, אבל לענין דין ממון היכא שהדין המע"ה משנה הדין בעצם כלומר אף שקנין האמתי לא נשתנה ולא נפקע קנין הבעלים האמתיים, אבל לענין כל דיני השתמשות בפועל חל הדין שהוא של המוחזק, כמו שנתבאר כ"ז בפרקים הקודמים, י"ל דלענין קנין האמתי לא תפיס פדיון כלל, כיון שלכל ענין השתמשות בפועל הפ"ח הוא של הישראל, ומשו"ה לר"ש ליכא פדיון כלל, היינו שלא תפיס הפ"ח שום פדיון כיון דספק פ"ח הוא של הישראל בתורת ודאי כ"ז שלא יבורר הספק, וכיון דליכא פדי' גם בדיעבד, לא קרינן בספק פ"ח ואם לא תפדה וערפתו, דכ"ז דלא בא אלי' בטל לגמרי ענין חלות הפדי' בספ"ח ומשו"ה גם דין עריפה ליכא בספק כנ"ל, ונלענ"ד דהא דקתני במשנה הנ"ל דהכהן עצמו מחויב לערוף או לפדות הוא לר"הודא, אבל לר' יהודא איכא אופן אחר בפדיון, והוא פדיון הקדושה וענין זה של קדושת פ"ח לא נשתנה מחמת חסרון ידיעתנו וזה דומה לספיקות לענין יבום וחליצה דאמרינן אם יבוא אלי' ועוד עדיפא משום דהתם בפועל אי אפשר ליבם מחמת ספק כרת, והכא הרי הדין דפודה בספק, ומשו"ה ודאי קרינן בזה ואם לא תפדה וערפתו, ולפי"מ דקיי"ל כר' יהודא פסק הרמב"ם שפיר לענין ספק בגר שנתגיר דאם לא פדה חייב לערוף מספק: ועפי"ז נלענ"ד לומר דבר חדש בזה בעזה"י, והוא דהנה בפדיון פ"ח קיי"ל דבשה הוא בכל דהוא, ואם פודה בדבר אחר הוא בשוויו, ולענין פדיון מתנות כהונה ודאי דבעינן דוקא בשוויו אף בדיעבד, אבל לענין פדיון הקדושה ראוי להיות כפדיון הקדושות, דקיי"ל הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל, ולפי"ז י"ל דבודאי פ"ח דאיכא בפ"ח דין מתנות כהונה אי אפשר לפדות הפ"ח אלא בשה או בשוויו, אבל בספק דבטל מן הפ"ח דין מתנות כהונה, אפשר לפדות בכל דהוא גם בלי שה, דהרי הא דיכול לפדות בשוויו אמרו בגמ' פ"ק דבכורות דלא יהא חמור מן ההקדש ולא אמרה תורה בשה להחמיר עליו אלא להקל עליו, וכיון דקים להו לחז"ל דאינו חמור פדיון קדושת פ"ח מפדיון הקדש, ובהקדש לכתחילה אין פודים אלא בשוויו וגם דיעבד חייב מדרבנן להשלים עד שוויו כדאיתא בגמ' ב"מ ד' נ"ז וצריך לעשות לו דמים, וברמב"ם ה' ערכין פ"ז ה"ח, והוא משום פסידא דהקדש, אבל הכא דמפריש לעצמו בודאי ליכא דין השלמה, וכמו דאמרינן במס' ערכין ד' כ"ט לענין חרמים בזה"ז, כיון דליכא פסידא להקדש פודים אף לכתחילה בפחות משוויו, וכן פסק בשו"ע

יו"ד סי' רצ"ד לענין כרם רבעי דפודה בזה"ז בפרוטה אף לכתחילה, ועי' ביאור הגר"א שם דכתב משום דמדמינן להקדיש יעו"ש.

ואין להקשות לפי"ז למה לא יהני בדיעבד גם בפ"ח ודאי אם פודה בכל דהוא, דהרי בגמ' למדו עיקר דין פדי' שלא בשה משום דלא יהא חמור מן ההקדש, וכיון דבהקדש הדין שאם פדה בכל דהוא הוא פדוי, אבל באמת זה לק"מ, דאם נאמר גם בודאי פ"ח הוא פודה בכל דהוא למה אמרה תורה תפדה בשה, ובגמ' אמרו דהוא להקל עליו דבשה פודה שלא בשוויו, ואם נאמר דגם בשאר דברים יכול לפדות בכל דהוא, שה למה לי, ואף דאפשר לדחוק ולומר דבשאר דברים בעינן שוה פרוטה ובשה הקילה תורה אף שאינו שוה פרוטה, מלבד שהוא דחוק נראה לי דלא יצויר טלה שאינו שוה פרוטה אם לא בטלה מוכה שחין וכיו"ב, ובגמ' דרשינן להנך דקתני במשנה ד' י"ב אין פודים לא בעגל ולא בשחוטה דהוא משום דילפינן משה דפסחים דפסול בעגל ובשחוטה, דבעינן שחיטה לשם פסח, עי' ברש"י שם, וכיון דשה כזה שהוא מוכה שחין ודאי אינו ראוי לפסח, ולפי"ז מוכח מן הכתוב דאם דינו פודה בשה בעינן דוקא בשוויו, ומשו"ה י"ל אזה דוקא בודאי פ"ח, שהוא מדין מתנות כהונה, בעינן דוקא בשוויו, אבל בספק פ"ח דליכא דין מתנות כהונה, וענין הפדי' הוא רק פדיון הקדושה לחוד, אז חזר דינו לפדיון הקדש דהיכא דליכא פסידא להקדש פודים אף לכתחילה בפרוטה: והנה לפי"ז בנדמה דהוא איבעיא דלא איפשטא ופדה בו פ"ח דמדין מתנות כהונה כיון דהוא דין ספק נפקע מן הפ"ח דין ממון מדין המע"ה ולא נשאר רק דין ספק איסור מצד הקדושה שבו, ועל דין קדושה לחוד חזר דינו לדין פדיון הקדש, דהיכא דליכא פסידא אם חללו בשוה פרוטה הוא מחולל ואי"צ לעשות לו דמים, ומשו"ה פסק הרמב"ם דאם פדה הוא פדוי, ולפי"ז עלו דברי הרמב"ם ז"ל בהלכותי כהוגן, דבגר פסק דמספק חייב לערוף, ובנדמה פסק דאם פדה פדוי, והרמב"ן ז"ל דפסק בה' בכורות בפ"ק דגם בנדמה אם פדה אסור להנות מן הפ"ח מחמת ספק של תורה, נלענ"ד דזה תלוי במחלוקת רש"י ור"ת שהבאנו לעיל בפ"ו, דר"ת מפרש דהא דקתני במשנה ד' ט' ופודה בו פעמים הרבה, הוא על ספיקות פ"ח, שאם פדה ספק פ"ח אחד, יכול עוד לחזור ולפדות ספק פ"ח כמה פעמים, ולשיטתו מוכח דכיון שמדין תורה של המע"ה פטור הישראל מדין מתנות כהונה, שוב ליכא ענין פדי' מתורת מתנות כהונה ורק פדיון הקדושה לחוד, וכיון שעל השה הפודה אינו חל שום קדושה והוא חולין כמו שהי', יכול לפדות בו כמה פעמים, ושיטת רש"י אינו כן, דאף שפטור ליתן לכהן, מ"מ כשרוצה לעשות פדיון מצד דין קדושה אי אפשר לפדות, רק אם מפריש דבר שיהי' שייך בדבר הפודה גם דין מתנות כהונה שיזכה בו השבט כפי הזכות הראוי לזה עפ"י דין שמים כפי המציאות באמת, באופן שאם יבוא אליהו ויאמר שהפ"ח הוא פ"ח ודאי, שאז יהי' הטלה הפודה של הכהנים, ומשו"ה אם פדה אינו יכול לפדות, דבפדיון השני אי אפשר לזכות השבט כלום בהאי טלה, דכבר זכה השבט מחמת הפדיון הראשון, ולעשות פדיון על ענין הקדושה לחוד, זה אפשר דאין פדיון לחצאים, ואף שהוכחנו מסוגית הש"ס דלר"ש לא חל שום פדיון על ספק פ"ח, דמזה מוכרח דעל זכות שבט הכהנים שיש להם בספק פ"ח עפ"י מציאות האמתי לא חל ע"ז שום פדיון, דאינו תופס פדיונו על זכות שאינו נהוג כלל בפועל עפ"י משפט התורה כפי מצב ההוה, נראה דזה דוקא לר"ש דסובר דפ"ח מותר בהנאה, דליכא שום דין

קדושה, ועל זכות ממוני של שבט הכהנים אינו נתפס פדיון בזכות כזה, אבל לדין דקיי"ל כר' יהודא דאסור בהנאה, אף דעיקר הפדיון בספ"ח הוא מחמת צד הקדושה, אבל כשפודה אז צריך להיות הפדיון על שני הענינים יחד, כמו שחל לאפקועי הקדושה מהספ"ח, כ"כ צריך להפקיע דין מתנות כהונה מהספ"ח, ולפי"ז כשפודה שלא בשה צריך לפדות בשווי ממש, שיהי' ראוי שיופקע מן הספ"ח גם דין מתנות כהונה, ולכן מש"כ ליישב שיטת הרמב"ם בנדמה הוא רק אם נוחה להרמב"ם שיטת ר"ת ז"ל, אבל לשיטת רש"י אם פדה בנדמה שאינו שוה כהספ"ח נשאר איל הפס"כ ספק איסור של תורה, כמו שפסק הרמב"ן ז"ל כנלענ"ד בענין זה: אח"ז מצאתי שכונתי בעיקר הענין בישב שיטת הרמב"ם בדין נדמה לדעת הגאון בעל מנחת החנוך מצוה כ"ב, אמנם הגאון הזה הפריז על מדותי, שכ' שם דגם בודאי פ"ח יכול לחלל קדושת הפ"ח ע"י שוה פרוטה, וישאר דין מתנות כהונה כמו שהוא, ולענ"ד הוא דבר זר לומר שחל פדיון לחצאים, ושיטת רש"י ז"ל שהבאנו מסייע לדברינו, אבל בכ"ז יש לנו רב חבר בעיקר החדוש שחדשנו בזה, שגם הביא שם שהטו"א העיר בזה לומר שיהני אם חלל בשוה פרוטה כמו בהקדש, ות"ל שכונתי לדעת גדולים: אמנם לכאורה ענין זה שכתבנו נסתר מדברינו שהוכחנו בפרק הקדום דגם בספק ממון, אם רצה שלא להתנהג עפ"י הכח של חזקת ממון, נשאר הספק כמו שהוא גם לענין חיוב ממון, ומה"ט בספק מעילות אם רוצה להביא מעילתו ולהתנות מביא גם האשם על תנאי, שאם מעל יהי' זה הממון לקרן וחומש והקרבת לאשם, ולפי"ז גם בספ"ח אם ירצה לעשות פדיון על הספק וליתן לכהן, יהי' חל הפדיון גם לר"ש, ומהראוי לקרות בזה גם לר"ש שאם לא פדה חייב בעריפה, דהרי אם ירצה לעשות הפדיון יחול הפדיון וכמו דקרינן בספיקות עולה ליבום מה"ט שאם יבוא אליהו אבל באמת ל"ד ענין זה לדין יבום, דהתם מחמת הספק לא נשתנה הדין בעצם, ומה שאסור ליבם מחמת ספק הוא איסור אחר קא גרם, וכמו שנתבאר ענין זה בס"ד בשע"א פכ"ב יעושה.

אבל בספק פ"ח לר"ש, עכשיו כמו שהוא הוא פטור לגמרי, דבממון הדין בספק שפטור לגמרי כ"ז שרוצה להשתמש בכח חזקתו חזקת ממון, ורק אם יתרצה לותר על חזקתו ולהתנהג עפ"י מציאות האמתית הוא פנים חדשות באו לכאן שאז יתחדש עליו דין חדש, ומשו"ה לענין ספק מעילה אם רוצה בכך שפיר מביא מעילתו ומתנה, והכא לענין ספ"ח קרינן השתא דאינו בר פדיון כלל לר"ש כנלענ"ד בזה: פרק יח והנה בדין נדמה כתב הרמב"ן ז"ל בהלכותי בפ"ק דבכורות וז"ל, רחל שילדה כמין עז, דהיינו נדמה, בעי ולא איפשיטא הילכך אין פודין בו, ואם פדה בו ומת פ"ח קודם שיתנו לכהן יהנה ישראל באותו טלה ופ"ח יקבר, ואב אחר שנתנו ליד כהן מת, פ"ח יקבר והטלה של כהן, ולא אמרינן תקפו כהן מוציאים אותו מידו אלא כשתקפו, אבל נתנוהו לו בעלים, הדר הוה להו כהן בעלים, והוה להו בעלים המוציא מע"ה, כי ההיא דתנן בפ' יש בכור לנחלה, ר"ע אומר אם נתן לא יטול ואם לא נתן לא יתן, וה"נ ס"ל בכל ספיקא דממונא דבכה"ג וגמרינן לה מההיא דאמרינן כור בשלשים סאה בסלע ראשון ראשון קנה וכו' משום דספיקא הוא ולא מפיקינן ממונא דתפס הואיל ותפס ברשות, אבל תפיסה לא מהניא ולא מידי בכה"ג, והדין הוא סברא דילן וסברא מעליא היא וכן הילכתא עכ"ל.

וכן העתיק הרא"ש בספ"ק דבכורות דבריו להלכה, ובס' תקפו כהן סי' ס"ב הקשה מזה על הרמ"א ביו"ד ר"ס שט"ו גבי ספק בכור דקיי"ל דמוציאים מיד כהן, כתב וז"ל ואפי' אם נתנו לו הישראל בטעות שהי' סבור שצריך ליתנו לו, ואח"כ נודע צריך הכהן להחזיר לו עכ"ל. ומתוך הש"ך שם וז"ל וי"ל דלא אמרינן דתפיסה ברשות מהני אלא כשנותן לו שלא בטעות רק בשנתנו לו לגמרי, משא"כ הכא דאי הוי ידע שאי"צ ליתן לו, לא הו' נותנו לו, ומה שנתנו לו הו' מחמת שהי' סבור שהדין כך שצריך ליתן ס' בכור לכהן, א"כ האי נתינה מעיקרא ליתא, ולכך צריך להחזירו לו ודו"ק.

עכ"ל הש"ך בס' הנ"ל. ובס' רי"ט אלגזי דחה דברי הש"ך דאם מיירי שנתן לו לגמרי מילתא דפשיטא היא, ועוד דמהראיות כהביא מוכח דגם בטעות הוי תפיסה ברשות, דבהא דר"ע שנתן הפדיון שיפדה בזה הבן לכשיגיע הזמן ואדעתא דהכי שימות הבן לא נתן, וכן בשוכר את הספינה וטבעה לו בחצי הדרך דאם נתן לא יטול ג"כ אדעתא דהכי לא נתן, ומזה מסיק דדעת הרמב"ן הוא דאפי' אם נתן לו בטעות הוי תפיסה ברשות, ולפי"ד מש"כ הרמ"א בס' שט"ו הם נגד דעת הרמב"ן והרא"ש, והנה ענין זה דטעות שכ' בס' הריטב"א אינו דומה לטעות דמיירי הרמ"א דבנידון דמיירי הרמ"א הוא טעות דמעיקרא, דבשעת נתינה לא הו' צריך ליתן וטעה בדין שכבר הו', ובנידון דמיירי הרמב"ן שמת הפ"ח לאחר שנתן הנדמה לכהן הוא אינו בגדר טעות, רק יש לדון מדין אומדנא, דאדעתא דהכי אילו הו' יודע העתידות לא הו' עושה כן, ולפי"מ שידמה הריטב"א שני ענינים אלו לא הו' לו להוכיח מהראיות שהביא הרמב"ן רק מעצם הדין דאחר נתינה מת הפ"ח ואילו הו' יודע שימות הפ"ח לא הו' נותן הנדמה, ובאמת גם מקרה דאח"כ ראוי לבטל המעשה למפרע, היכא שמתחילה תלוי הדבר בדעתו, וכמו דאמרינן בב"ק הגוזל קמא לענין גזל הגר ולענין חטאת שמתו בעלי' ויבמה שנפלה לפני מוכה שחין, דאדעתא דהכי לא הו' עושה מעיקרא, ועי' בתוס' שם מש"כ בלוקח פרה ונטרפה אח"כ דמחלקו שם בין אם הו' הדבר תלוי בדעתו לחוד או לא, ועיקר כונתם שם הוא דהיכא דהו' צריך תחילה לעשות כן לא שייך טעות, דאי אפשר לדעת העתידות, ולפי סברת התוס' הנה בשוכר את הספינה וטבעה לה בחצי הדרך לא הו' טעות, דהדבר קרוב שע"מ כן התנו שיתן הדמים קודם, והדבר תלוי בדעת אחרת, ורק בפדיון הבן שנתן הדמים קודם ל', שמדעתו עשה מה שאינו מחויב בדבר, ובזה יש לדון שיבוטל מה שנתן, דאדעתא דהכי לא הו' נותן הכסף תחילה, ולפי"ז בדינו של הרמב"ן בנדמה שנתן לכהן בפדיונו אין הטעות מבטל, דמעיקרא לא הו' שום טעות דבע"כ צריך ליתן לכהן או נדמה זה או הפ"ח או שה אחר שיחזור ויפדה לאפקועי איסורו, ובריט"א לא ירד לכך.

ונלענ"ד לברר הענין דלכאורה מדין דפודה בתוך ל' ומת ביום ל' דאמר ר"ע דאם נתן לא יטול, יש להוכיח דנתינה בטעות הוי תפיסה ברשות לשיטת הרמב"ן והרא"ש, והרמ"א ביו"ד סי' שט"ו והש"ך פסקו דנתינה בטעות הוי כתקיפה, וההבדל בזה הוא בין טעות דמעיקרא למקרה שלאח"כ דהנה מה שאמרו בגמ' לדון ביבמה שנפלה לפני מוכה שחין שתיפוק בלי חליצה, דאדעתא דהכי לא קדשה נפשה, בע"כ אין הכונה דאיגלאי מילתא למפרע שהי' טעות בקדושין, דאיך שייך לומר דמעיקרא הו' טעות, אלא שהדין שהי' תלוי ועומד כעין קדושין על תנאי, ומה שמתוך שם בגמ' כדר"ל טב למיתב טן דו, אף דבודאי היתה רוצה יותר שיהי' הקידושין על תנאי זה, שאם תפול

קמי יבם מוכה שחין, שיופקעו הקדושין למפרע, הכונה בזה דבעינן שיהי' אומדנא שאם הי' עולה על דעתו מעיקרא האפשרות שבעתיד לבוא, אם לא הי' ביכולתו לעשות תנאי כזה הי' נמנע לגמרי מן המעשה, ומשו"ה כיון דאמדינן דבקיודשין לא היתה נמנעת מחמת האפשרות שבעתיד, אין בכח אומדנא כזאת לבטל המעשה, ורק בגזל הגר לא הי' לו שום צורך לכנוס בספיקות וליתן הכסף עד שלא נתן האשם, וכן בחטאת לא הי' צריך להקדים וכל כה"ג ולפי"ז נראה ברור דיותר מתנאי אי אפשר לומר בזה, דאל"ה הי' מקום לדון, דגם אם לא מתו בעליו יתבטל ההקדש שנעשה בטעות מה שנעשה בלי תנאי זה שאם ימות יתבטל וכן לענין קדושין וכיוצא בזה, וכיון דבכה"ג חשוב שנעשה מעשה הקנין על תנאי עכ"פ ומשו"ה כשנתן הכסף לכהן על פדה"ב עכ"פ הי' בזה הוצאה מחזקת מרא קמא, ומשו"ה אם נעשה אח"כ דין ספק הוי הכהן תופס ברשות ואיתרע חזקת מרא קמא, כיון שהקנה מרצונו את הדבר וכ"ז שלא יתחדש מקרה חדשה, הדבר של המוחזק, לכן אם נתחדש המקרה אח"כ ונולד ספק הוי הוא מוחזק והבעלים הראשונים הם נקראים מוציאים ועליהם להביא ראיה, ולפי"ז עלה לנו לברר הענין בטוב טעם, ובדין נדמה שכתב הרמב"ן ז"ל שהפודה הי' סבור שהפדיון הוא פדיון ודאי ונתנו לכהן, הוא ג"כ טעות קצת רק ע"י אומדנא מחמת מקרה שנתחדשה אחר הנתנה שמת הפ"ח, שאם הי' מת קודם נתינת הנדמה לא הי' צריך ליתן מחמת דין הספק ואילו הי' יודע שימות אח"כ אפשר שלא הי' נותן ואומדנא זו היא קלה, מחמת שהי' חייב אז ליתן לכהן את הנדמה או הפ"ח או פדיון אחר, ועכ"פ טעות דמעיקרא ליכא, כיון דגם אם הי' יודע הדין שנדמה הוא ספק, הי' נותן לכהן מחמת שמחויב עכ"פ ליתן לכהן איזה מהם, וכן בדין דר' עקיבא שנתן הפדיון קודם הגעת הזמן ומת הבן ביום ל' ג"כ ליכא טעות דמעיקרא קודם שנתחדש המקרה שמת הבן, וכן בשוכר את הספינה ובכה"ג שנתן מרצונו בלי טעות והי' המוחזק תופס הדבר ברשות בעלים עד שנולד הספק הדין במטלטלים דחזקה דהשתא עדיפא ונעשה התופס מוחזק לענין הספק שנולד, אבל בספק בכור שנתן לכהן בטעות דבשעת נתינה לא הי' ראוי לנתן כלל, דכבר הי' הדין חל שאי"צ ליתן, ורק מחמת טעות נתן וכל קנין ומחילה בטעות חוזר, והוי רק כתקיפה, ותקיפה שלא ברשות אינה מגרעת חזקת מרא קמא, ועלו פסקי הדינים כהוגן, ודברי הרמ"א והש"ך שרירים וקימים כהוגן.

וכל מה שכתבנו בזה יש להעמיסם בדברי הט"ז ביו"ד סי' שכ"א סק"ה שכתב לחלק דהכא גבי נדמה אין זה טעות כ"כ, שעכ"פ הי' חייב ליתן לכהן פדיון טוב, אלא שהי' סובר שזה שנותן הוא פדיון טוב, יעו"ש, ובהשקפה ראשונה אין דבריו מובנים כ"כ מאי נפ"מ בין טעות לטעות עכ"פ נתן בטעות, ולפימש"כ הדברים מבוארים, דגם אילו הי' יודע שהוא ספק לא הי' מונע מליתן, דעפ"י הרגיל גם בפדיון הראשון בחר טלה כל דהוא, ומה יועיל לו אם יפדה פעם שני, וכל טעות דליכא נפ"מ לטועה אין מבטל המעשה כלום: והנה כ"ז בארנו בטועה, אבל אם יתן מדעת ובידיעה, היינו שאינו רוצה להחזיק בתורת מוחזק ונותן לכהן שיהי' הדין עם הדבר הניתן לכהן עפ"י שורת הדין, בכה"ג נלענ"ד דיהי' חלוק דין ספ"ח מספק בכור, דהנה בספק בכור מוכח מהרמ"א והש"ך דאם נתן לכהן שלא בטעות שיזכה בזה הכהן מחמת ספק שעכשיו הכהן מוחזק ואף דלכאורה יש לדון בזה כיון דכבר זכו הבעלים בתורת ודאי וכבר קם דינא, למה יועיל

עתה חזקת הכהן, כיון דאף אם האמת שהוא בכור כבר זכו הבעלים, אבל כן הוכחנו לעיל בפט"ז מדין ספק מעילות דאף שהי' פטור מן הדין, מ"מ אם רוצה להוציא הספק מלבו וליתן על הספק חל ע"ז דין קרן וחומש ולא חשיב ככסף מתנה ונדבה להקדש, דאל"כ הוי אשם בלי קרן וחומש, ומזה מוכח דהא דלא מהני תקפו כהן אינו משום דכבר קם דינא שזכו מחמת הפקר בי"ד כמו שנזכר בתומים או משום יאוש שנזכר בס' ת"ה אלא שהטעם בזה דחזמ"ק לעולם עדיפא גם במטלטלים אם לא הוציא הבעלים מדעתם ורצונם ורק בטוען ברי שיטת התוס' והרא"ש דמהני תפיסה, דלשיטתם עדיפא בכה"ג חזקת מוחזק במטלטלים, ולהרמב"ן וסייעתו לא מהני גם טענת ברי לגרע חזמ"ק, וכיון שמתעם חזמ"ק הוא אם נשתנה אח"כ המצב ונעשה השני מוחזק משתנה הדין, דזכית הבעלים לא היתה זכי' גמורה אלא משורת הדין של המע"ה, ומה דאמרינן קם דינא הוא רק בתרי גברי שאף שאצל השני נשתנה המצב באופן דלא שייך גבי' דין מוחזק כגון שיש לו אצלו בממ"נ זכיתו קימת מחמת שהוא בא מכח המוכר משום מה מכר ראשון לשני, ואילו הי' הדבר עכשיו אצל הראשון הי' זוכה גם עכשיו, אבל בחד גברא כמו שהדר דינא אם נשתנה חזקתו מחמת מקרה המחודשת של ממ"נ, כ"כ אם נשתנה חזקתו ע"י תפיסה ברשות לשיטת הרמב"ן, ובטענת ברי להרא"ש וסייעתו בלא"ה לק"מ לפימש"כ לעיל בענין קם דינא שהוא שייך רק בטענת שמא, דהיכא דאיכא ידיעה לא שייך זכי' באמת, ולכן הדבר ברור שאם יתן הישראל לכהן על אופן זה שידונו בי"ד עפ"י שורת הדין, כשהכהן מוחזק ודאי שיזכה הכהן בהאי ספק בכור מדין תפיסה ברשות, אבל כ"ז בספק בכור דאם הוא בכור הוא באמת של הכהנים, שהדין האמתי לא נשתנה, אבל בספק פדיון פ"ח כה"ג שיתן לכהן באופן הנ"ל שידונו בי"ד כשורת הדין, בזה יהי' תלוי במחלוקת דר"ת ורש"י, דלר"ת שבארנו שיטתו דהפדיון בספ"ח הוא רק על הפקעת קדושה בלחוד, ועל זכות פדיון מתנות כהונה לא תפיס פדיון כלום, כיון שמדין תורה נפקע זכות הכהנים מן הפ"ח עצמו אף שאם יבוא אליהו ויאמר שהוא פ"ח הי' זוכה ודין האמתי לא נפקע לעולם, אבל בדין הנהגה אין לכהנים משפט תורת מתנות כהונה כמו שבארנו בפרק הקדום, ולכן כשפדה את הספ"ח בטלה לא חל כלל שום זכות לכהנים בהאי טלה, ואם נתן לכהן שלא בתורת מתנה רק שיהי' הדין כפי דין מתנות כהונה לא זכה הכהן כלום בטלה זה אכן לשיטת רש"י שבארנו שיטתו דסובר דרק.

לר' שמעון ליכא שום חלות פדיון בספ"ח, אבל לר' יהודא דאיכא פד' מחמת הקדושה אין הפדיון לחצאים, וחל גם על זכות הכהנים, ומשו"ה סובר דאינו פודה וחוזר ופודה, אם יתן לכהן האי טלה יזכה בו הכהן כמו בספק בכור ומה"ט י"ל לא כתב הרמב"ן את דינו בנתן לכהן רק בנדמה שהוא דין ברור, אבל בדינים הראשונים בספק פ"ח דמפרש טלה לעצמו לא כתב ענין זה היכא שנתן לכהן שלא בטעות, משום דלא פסיקא לי' בדין זה דתלוי בשיטת רש"י ור"ת, כנלענ"ד בעזה"י: פרק יט כתב הר"ן בנדרים בפ"ק בהא דמיבעיא שם אם יש יד בפאה ובצדקה, היכא דאמר הדין אוגיא ליהוי פאה והדין ולא אמר נמי וכן בצדקה אם אמר הדין זוזא לצדקה והדין ומסיק הש"ס בתיקו, וז"ל ולענין הלכה בקדושין נקטינן לחומרא דיש יד זכיון דבעין לא איפשיטא הוי לי' ספיקא דאורייתא ולחומרא, ובפאה וצדקה כתב הרשב"א ז"ל נמי דאזלינן לחומרא כיון דסלקא בתיקו, וכן כתב הרמב"ן ז"ל בהלכותיו וכו' ותמהני עליהם שהרי סוגיא מפורשת היא



בסוף פרק הזרוע שספק ממון עניים הוא ספק ממון דאזלינן בי' לקולא לנתבע מדמקשינן התם אמתני' בגר שנתגייר והי' לו פרה נשחטת וכו' תנן ספק ממון פטור אלמא ספיקא לקולא ורמינה חורי נמלים שבתוך הקמה ואיצטריך לשנויי הכא פרה בחזקת פטורה קיימא קמה בחזקת חיוב קיימא אלמא טעמא דבחזקת חיוב קיימא הא לאו הכי ספק פטור ואם איתא דספק ממון עניים הוי לי ספיקא דאיסורא למה לי' לשנויי הכי וכו' ועוד דאמרינן התם בפ"ק דיומא תנן התם הנחתומים לא חייבו אותם להפריש אלא כדי תרומת מעשר וחלה, ואקשינן בשלימא תרומה גדולה כדתניא מעשר ראשון ומעשר עני המוציא מחבירו ע"ה, כלומר דליכא ספיקא דאיסורא אלא דממונא, וממונא המע"ה אלא מעשר שני נפרשה ונסקוה וניכלוה בירושלים ואם איתא דספק עניים ספיקא דאיסורא הוא כי היכא דקשיא לי מע"ש תיקשי לי' נמי מעשר עני, אלא ודאי ספיקא דממונן עניים לא מיקרי ספיקא דאיסורא אלא ספיקא דממונא ולקולא ולפיכך איני מתחוור בדבריהם ז"ל בזה, וגבי הפקר אין ספק דהוי לי ספיקא דממונן ולקולא ואין יד.

עכ"ל והנה בפשטות נראה דעיקר החקירה בזה אם מה ששייך לעניים כלקט שכחה ופאה וצדקה ומעשר עני יש בזה ענין התפסת איזה איסור או קדושה על החפץ או ענין זכות ממוני לעניים לחוד, דאם ליכא רק זכות ממון לחוד מהראוי להיות ככל ספק ממון דאמרינן לקולא לנתבע, ואם יש בזה איזה ענין התפסה וקדושה אזלינן בספק לחומרא, ועיקר הכלל בזה דבספק ממון אין שום הבדל בעיקר החפץ בין אם הוא של ראובן או של שמעון, אלא בקנין וכח הבעלים הוא השנוי וכשנוטל משל חבירו הוא פוגע בבעלים שמחסרם, והדין הוא בדיני ממונות שהספק משנה בפועל את כח הבעלים, ומשו"ה איסור גזל בתר דין ממון מגרר גריר, כמו שנתבאר ענין זה בשער זה פ"א ובממון שזכתה תורה לעניים קודם שזכו בהם עניים פרטיים יש לדון בזה אם עד שזכו בהם חייל על המתנות איזה ענין קדושה או איסור חפצא כשאר איסורים, וממילא בספק ראוי ליזיל לחומרא כשאר ספק איסור וע"ז הוכיח הר"ן ז"ל מסוגית הש"ס דחולין ומפ"ק דיומא דבספק ממון עניים אזלינן לקולא: והנה בס' נתיבות בדיני תפיסה כלל ב' כתב לדחות הוכחת הר"ן וליישב שיטת הרשב"א והרמב"ן ז"ל דלא הותר ספק ממון רק כשאין בו אלא משום ס' גזל, דספק גזל לא אסרה רחמנא, אבל אם יש איסור אחר במה שמחזיק אצלו הממון, אז ספק איסורא לחומרא, ולא מהני חזקת ממון נגד שאר איסורים, כמו שאינו מועיל חזקת ממון לאכול הס' תרומה, משו"ה ביש יד לצדקה דמלבד איסור דגזל ממון עניים יש איסור על מה שמחזיק אצלו הממון משום בל יחל ובל תאחר אסור מספק כמו שאר ספק איסור, משא"כ בהך דס' לקט גבי חורי הנמולים שבתוך הקמה אף דשם יש ג"כ איסור דלא תלקט, מ"מ הא המרדכי הובא במל"מ ה' מת"ע הקשה דניזיל בתר רובא דרוב התבואה הוא של בעה"ב, ותירץ קרא כתיב עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו, וכיון שכן הרי משום איסור ודאי אזלינן בתר רובא דכל דפריש מרובא פריש, רק משום קרא דעני ורש הצדיקו, וקרא זה לא נאמר רק בקמה דבחזקת חיוב קיימא וכו' ובס' רנ"ט סעי' ה' מיירי ביורש דליכא גבי' איסור בל יחל ובל תאחר, ועיי"ש שמישב עפ"י דרך זה הסתירות והקושיות שרבו בענין זה בראשונים ובאחרונים, ולענ"ד אין דבריו מחוורים בזה, דהלא בכל מתנות כהונה ומעשר עני איכא מצות נתינה, ומאי שנא מצות עשה דנתינה מאיסור לאו דלא תלקט

ובל תאחר, אלא בע"כ עלינו לומר דכמו דלא מחייבינן מספק מחמת מצות נתינה, דהרי בשאר ספק מצוה כתפילין וסוכה ומצה חייב מספק ובממון פטור, דבע"כ הענין כמו שבארנו בפרקים הקודמים, דמצוה זו הוא כעין איסור גזל, דתלוי בדין הממון.

דבכל הני המצוה להשיב להמקבלים מה שזכתה להם תורה, ומשו"ה בספק שמדין משפט התורה בדיני ממון אבדו המקבלים את זכותם מצד דין זכות ממון, וחשוב הממון כאילו הוא של בעה"ב, ועל ממון כזה לא אמרה תורה המצו' ליתן, וכ"כ עלינו לומר על ענין האזהרות שאמרה תורה לבל תאחר שהוא אזהרה שלא לאחר לשלם לבעלי הזכות את זכותם, ואם אבדו את זכותם אין שום איסור לבל תאחר, וכן מוכח מהא דמותרים כל אדם בלקט שכחה ופאה היכא דנתיאשו הבעלים כמו דמבואר ענין זה בגמ' ריש אלו מציאות, דיאוש עניים תלוי בדין יאוש דכל ממון בעלים, ואם נאמר דאיסור לא תלקט ובל תאחר הוא כעין איסור דאכילת תרומה, כמו שנקט הנתיבות בלשונו, איך יותרו איסורים אלו ע"י יאוש דעניים, אלא ודאי דאיסורים אלה בדין זכות ממון דעניים, ולכאורה הי' מקום לומר דענין יאוש בלקט שכחה ופאה אינו בגדר יאוש דכל ממון, אלא עפ"י מה דאמרינן במס' חולין ד' קל"ד ע"ב לוי זרע בכישר ולא הוו עניים למישקל לקט אתא לקמי' דרב ששת אמר לי' לעני ולגר תעזוב אותם כתיב ולא לעורבים ולא לעטלפים, היינו שאם אינו עומד שיהנו מזה עניים התירה תורה לבעה"ב למישקל ולהנות בהם, אבל אי אפשר לפרש כן בסוגית הש"ס דריש אלו מציאות, דא"כ אין נפ"מ בין יאוש מדעת או שלא מדעת כיון דעכ"פ עומד שלא יהי' עניים, ולכן מוכח דאף דמתיאשים מ"מ אפשר שאם לא ילקטו העשירים יבואו העניים לאח"ז ללקט, אלא אם הועיל היאוש כעת לאבד את זכותם מותרים כל אדם בלקט, אבל אם באמת עומד הדבר שלא יהנו עוד עניים מזה אי"צ יאוש בזה, ובזה יש לתרץ מה שהקשה בחי' רע"א בגליון הש"ס שם בהא דמתרץ הש"ס שם דאף שעניים שבדוכתא אחרייתא לא היו יודעים, כיון דאיכא עניים הכא הנך מעיקרא איאוש מייאשי ואמרי עניים דהתם מלקטי לי', והקשה הגרע"א ז"ל הא גם לעניים קטנים יש להם חלק ומיקרי יאוש שלא מדעת, ועפימ"ש כ"י"ל דלגבי עניים שבדוכתא אחרייתא אי"צ יאוש גמור לאבד את זכותם, אלא כיון שלא יבואו כאן ללקט בטל זכותם, כמו דאמרינן במס' חולין הנ"ל, עכ"פ נראה להדיא מסוגית הש"ס דב"מ הנ"ל דאיסור דלא תלקט מיתלי תלי בגדר הזכות של העניים עפ"י משפט דיני ממונות, וכמו שאובדים זכותם ע"י יאוש כ"כ אובדים זכותם מדין ממון ע"י המע"ה, וכיון שאבדו עניים זכותם שוב ליכא איסור דלא תלקט ובל תאחר.

אח"כ ראיתי בתשו' מהרי"ט ח"ג סי' קכ"ד שכתב בפשיטות דלא שייך בל תאחר בספק, שרק היכא בעמוד והוצא קאי, אבל ספיקא דמדינא פטור, לא שייך בל תאחר יעו"ש: וכן מה שכתב בס' נתה"מ שהבאנו לדחות הוכחת הר"ן מהך דס' לקט דאמרו משום דקמה בחזקת חיוב קיימא הא בלא"ה הוי אזלינן לקולא' משום דרוב התבואה היא של בעה"ב ומחמת איסור דלא תלקט יש לילך בתר הרוב, כ"ז דחוק מאד, דהו"ל להש"ס להזכיר ענין זה, והרי ר"מ סתמא אמר ספק לקט לקט, ואיך פריך הש"ס מספק לקט לספק מתנות כהונה, ובס' חתם סופר ח' יו"ד סי' ר"מ האריך ג"כ בענין זה וכתב לתרץ קושית הר"ן, דמשו"ה איצטריך לומר קמה בחזקת חיוב קיימא דאל"ה לא מהני ספק איסורא, כיון דבאיסורים אזלינן בתר חזקה ומש"כ הא דאיכא לבעלים חזקת ממון דהוי

עדיף, ודברי' תמוהים ואין להם שחר, דהרי גם בפאה וצדקה איכא חזקה זו, והרי ע"ז אנו דנים דחזקת ממון לא מהני כלום לענין ספק איסור, וגם מה שהאריך שם בענין צדק משלך ותן לו, לא נתקבלו דבריו על הלב כמו שיבואר, ועתה חובת ביאור עלינו לבאר הענין מה דאמרינן שם מקרא דעני ורש הצדיקו דמה"ט ספק לקט לקט דאמרינן צדק משלך ותן לו, איזה שיעור ליתן לעני דיותר ממה שזכתה לו תורה אינו צריך ליתן, ובחתם סופר מבאר שם דהכונה בזה דבמקום שבעה"ב מוחזק אמרה תורה שיהי' נחשב העני מוחזק, והוא דבר רחוק וזר איפה מרומז בלשון הש"ס צדק משלך ותן לו דהא להחשיבו מוחזק ותו לא, ועלינו לעתיק לשון הש"ס ולבאר בס"ד ענין זה: דאמרינן שם בחולין בפ' הזרוע בהא דתנן שם גר שנתגיר והיתה לו פרה שנשחטה ספק עד שלא נתגיר ספק משנתגיר פטור שהמוציא מחבירו ע"ה, אלמא ספיקא לקולא, ורמינהו חורי הנמלים שבתוך הקמה וכו' ר' מאיר אומר הכל לעניים שספק לקט לקט, א"ל אל תקניטני שבלשון יחיד אני שונה אותה דתניא ר' יהודא בן אגרא אומר משום ר"מ ספק לקט לקט ספק שכחה שכחה ספק פאה פאה וכו' והא טעמא קאמר דאמר ר"ל מאי דכתיב עני ורש הצדיקו מאי הצדיקו אלימא בדינים והא כתיב ודל לא תהדר בריבו אלא צדק משלך ותן לו, אמר רבא הכא פרה בחזקת פטורא קיימא קמה בחזקת חיובא קיימא, א"ל אביי והרי עיסה נעשית עד שלא נתגיר פטור מן החלה משנתגיר חייב ספק חייב, א"ל ספק איסורא לחומרא ספק ממונא לקולא וכו' כי אתא רבין אמר קמה אקמה רמי לי, ופירש"י מתניתא אחריתא אשכח לר"מ דפטר בקמה של גר ספק נקצרה קודם שנתגיר ספק משנתגיר ורמי' אהא דקתני ספק לקט לקט ושני לי' בלשון בן אגרא אני שונה אותה עכ"ל.

ובירושלמי ספ"ד דפאה, הובא גם בר"ש שם, אמרו שם אמוראי דרשות אחרות, וז"ל ומנין שספק לקט לקט, אמר רשב"ג בשם ר' יונתן עני ורש הצדיקו הצדיקוהו במתנותי', רשב"ל בשם בר קפרא לא תטה משפט אביונך בריבו בריבו אין אתה מטהו אבל מטהו אתה במתנותי', א"ר יוחנן וכה זכה מה שמני לנו רבי תעזוב הנך לפנייהם משלך, אמר ר' לא כתיב לגר ליתום ולאלמנה יהי' בין מדידך בין מדידי' הב לי' עכ"ל.

ובתירוץ הקושיא בין ספק עד שנתגיר לספק לקט איתא שם בירושלמי בלשון אחר וז"ל ישראל שעיקרו חייב ספיקו חייב וגוי שעיקרו פטור ספיקו פטור עכ"ל: והנה בחידוש דין זה שספק מתנות עניים שאני מכל ספק ממון קבלו חז"ל מקראי אבל עכ"פ יש שיעור וקצב לזה מתי חיבה תורה להצדיק וליתן משלו, ולכן אמרינן בגמ' דילן דהגבול בזה דקמה שבחזקת חיוב קיימא חייב ליתן גם על הספק ופרה דבחזקת פטורא קיימא פטור על הספק, ובפשטות הי' נראה דענין החזקה בכאן הוא בגדר ענין החזקות דעלמא המכריעות דין הספיקות, ואם נפרש כן בודאי תמוהים דברי המרדכי שכ' בפ' הזרוע לתרץ מה דלא אזלינן בכורי הנמלים בתר רובא ורובא לא משל לקט הוא משום דכתיב עני ורש הצדיקו צדיק משלך ותן לו, והקשה בס' קונטרס הספיקות בכלל א' סעי' ט' דהרי רובא וחזקה רובא עדיף, וכיון דבפרה דבחזקת פטורא קיימא לא רבתה תורה לצדק משלו, מכש"כ היכא דאיכא רובא דפטור, ונשאר בצ"ע.

עוד קשה בזה בהא דאמרינן דבפרה בחזקת פטור קיימא וקמה בחזקת חיוב קיימא, דבפשטות חזא לאו דוקא ולא ידעינן לפרש האיך הדין בספק שקול, דמהא דקאמר

דפרה בחזקת פטור קיימא משמע דבספק שקול חייב ליתן משלו, ומהא דקאמר קמה בחזקת חיוב קיימא משמע להיפוך דבספק שקול פטור מספק, וזה דבר תימה שיסתום הש"ס ולא יפרש במקום דאפשר למיטעי, ועוד אם גם נסבול דוחק זה איכא תמיהות וקושיות בענין זה, דהנה בתשו' מהרי"ט בח"א סי' ל"ט כתב דהא דאמרינן דפרה בחזקת פטור קיימא הוא לאו דוקא כלומר אינה בחזקת חיוב, והוכיח כן מהא דאמרינן בפ"ב דבכורות ד' י"ח ברחל שלא בכרה וילדה שני זכרים אם מת אחד מהם ר"ע אומר המע"ה והתם ליכא חזקת פטור, ובגמ' דחולין הנ"ל מוכח דגם במתנות כהונה איכא האי דינא דעני ורש הצדיק, וע"כ מוכח דרק היכא דאיכא חזקת חיוב חייב בספק, ובספק השקול פטור כדין כל ספק ממון, ובס' קונה"ס כתב להיפוך דהא דקאמר קמה בחזקת חיוב קיימא הוא לאו דוקא דהאי בחורי הנמלים כשאנו דנים על דגן זה הנמצא אם משל לקט הוא או משל בעה"ב אין חזקת חיוב לדגן זה, אלא רצה לומר דלא בחזקת פטור היא, וכל דלא קיימא בחזקת פטור מרבינן מעני ורש הצדיק, ובזה מכריע שם וכדעת מהרש"ח דכתב דכל היכא דליכא חזקת מרא קמא פטור בספק ממון עניים, והיכא דליכא רק מוחזק מרבינן מעני ורש הצדיק, ולפי"ז על כל צד שנפרש אינו מובן, וגם בעיקר שיטת המהרש"ח שהגאון בעל קונה"ס תפס שיטתו לעיקר ולהלכה לא אבין מ"ש חזמ"ק מחזקה דהשתא, כיון דשניהם רק מדין מוחזק הוא: וע"כ נלענ"ד לפרש ענין זה בס"ד במובן אחר לגמרי, עפ"י מה שהבאנו לישנא דהירושלמי דמתרץ ברומיא דגר מספק לקט, משום דישאל דעיקרו חייב ספיקו נמי חייב, ולשון זה אינו מורה כלל על ענין חזקה המכרעת ספיקות, אלא נראה בכונתו דהא דמרבינן מקראי דבמתנות עניים חיבה תורה על הספק הוא ענין שכללה תורה אל עיקר החיוב, דבשעה שחל עיקר החיוב חל ג"כ שלא יפטור הבעה"ב עד שיבורר חלקו של עני שכבר קבל את שלו, וכ"ז שלא יבורר תשלומים אלו חייב בעה"ב ליתן גם משלו, והוא ענין הוספה לזכות העני שנתנה לו תורה שיהי' לו חלק גם בכל התבואה דבעה"ב עד שיבורר שנטל העני את חלקו הודאי אבל על ספק גרידא היכא שלא חל דין נתינה בודאי לא אמרה תורה הוספה זו, ויהי' ענין זה כדוגמא דחיוב חוב אם אמר לו אל תפרעני אלא בעדים, שהכונה בזה שאם יפרע שלא בעדים נשתעבד לשלם עוד משלו, כן עד"ז הוא החיוב של עני ורש הצדיק שהחיוב מעיקרא חל שכ"ז שלא יבורר שקבל העני חלק הראוי לו, יחזור ויתן אף משלו, וזה מכון מאד בלשון הירושלמי, דמשו"ה שאני דין ספק של גר לספק לקט בישראל דישראל שעיקרו חייב שבודאי נתחייב בדין לקט, חיוב זה גריר גם את הספק שיתחייב משלו, אבל בגר דמספקינן שמא נקצרה הקמה עד שלא נתגיר ולא נתחייב בעיקרו ועתה בגירותו נולד הספק ע"ז לא רבתה תורה לחייב את הספק, ועפ"י דרך זה נוכל לפרש גם מה דאמרינן בגמ' דילן קמה בחזקת חיוב קיימא שהיתה בחזקת חיוב הודאי חיבה תורה גם את ספיקו ובפרה שמעיקרא בחזקת פטורא היתה, גם עכשיו בחזקת פטור קיימא, ועפ"ד ניחא השני קצוות שאמרו בגמ' בן בקמה דבחזקת חיוב קיימא ובפרה חזקת פטור, דבין חיוב ופטור ליכא אמצעי, אבל בענין חזקה המכרעת איכא אמצעי והוא ספק השקול: ועפ"ד נוכל לישב דברי המרדכי מה שתירץ דמשו"ה בחורי הנמלים לא אזלינן בתר רובא לומר על הדגן הנמצא שהוא משל בעה"ב משום דכתיב עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן לו, וקשה כיון היכא דאיכא חזקה לפטור פטור מכש"כ היכא

דאיכא רובא דהלא רובא עדיף מחזקה, ועפימש"כ שזכתה תורה לעני גם משל בעה"ב כ"ז שלא יבורר הנה ברובא דאיתא קמן שכתבו הרא"ש והריטב"א הובא בשטמ"ק פ"ק דב"מ גבי קפץ אחד המנוים לתוכם, דגם רוב ספק הוא אלא שאמרה תורה שיהא דין הנדון כדין הרוב, --ונתבאר ענין זה בדברינו בשע"א ובשע"ג-- לפי"ז אף אם נאמר שיהי' דין הדגן הנמצא בחורי הנמלים כדין הדגן של בעה"ב, לא יועיל בזה, דכיון דרוב זה אינו מברר והספק עדיין במקומו עומד, הרי אז יש זכי' לעני גם בתבואת בעה"ב כדאמרינן צדק "משלך" ותן לו, משו"ה דין רובא לא מהני בזה, אבל בפרה שהספק הוא שמא לא נתחייב בהעיקר ולא זכה כלום, ואם הי' לו בזה דין רוב על עיקר החיוב שלא נתחייב כלום הי' פטור ודאי, אבל אם בודאי נתחייב אינו נפטר עד שיבורר, ורובא דאיתא קמן אינו מברר המציאות כלום, ומה שדין המיעוט כדין הרוב לא מהני בזה דהעני זוכה גם בתבואות בעה"ב: ובזה יתישב היטב מה שהקשו מסוגית הש"ס דבכורות ברחל שלא בכרה וילדה שני זכרים דאחד לו ואחד לכהן דאם מת אחד מהם פטור דאמרינן המע"ה, ובפ' הזרוע מבואר דמקראדעני ורש הצדיקו ילפינן גם מתנות כהונה, דהרי פריך שם מספק מתנות כהונה על ספק לקט, והוצרך לתרץ משום דפרה בחזקת פטורא קיימא, וברחל שלא בכרה הרי זכה הכהן בודאי בטלה אחד, ואנו מסופקים על הטלה החי שמא הוא של הכהן והרי זה דומה לדגן הנמצא בחורי הנמלים שהספק הוא אם הוא משל העני או משל בעה"ב, ומש"כ בס' קונה"ס לתרץ מש"כ בתשו' מהרש"ח דכל היכא שהבע"ב מוחזק סתם ע"ז נאמר עני ורש הצדיקו ואם יש לבעה"ב חזקת מ"ק אז פטור בעה"ב והרי, ברחל שלא בכרה וילדה שני זכרים דהספק על כ"א שמא הוא הבכור ליכא חזמ"ק ומ"מ פטור בעה"ב מדין המע"ה כשמת אחד מהם, וכתב בסקנה"ס דברים מתמיהים, דז"ל ול"נ דהתם נמי איכא חזמ"ק לבעה"ב והוא שהי' מוחזק בטלה מעיקרא וכמש"כ בהתוס' בב"מ ד' ק'.

עכ"ל.

ולא אבין מה כונתו בזה דאם מה שהי' מוחזק בטלה משוהו לחזקה קמייתא הרי אז גם הכהן הי' מוחזק בטלה אחד, ושם בסוגיא מוכח דבכה"ג ליכא חזמ"ק, כמו שנבאר עכ"פ ה"ז דומה לחורי הנמלים דהבעה"ב ודאי מוחזק בתבואה, ומש"כ להוכיח מתוס' פ' השואל אין שום משמעות בתוס' שם שיהי' ענין זה חזמ"ק: ועפ"י מש"כ ניחא הכל דל"ד דין הטלאים לדין לקט כלל, דהתם בלקט חשבינן כל הקמה בחזקת חיוב וכשחל החיוב הוא על הקמה שיזכה בקמה זו העני.

את חלקו וזכתה לו תורה עם הזכות של הודאי לקט גם הספיקות, שיטול גם משל בעה"ב כ"ז שיהי' ספק בדבר, אבל בטלאים אין החיוב חל על הולדות בכלל אלא רק על הבכור, וכשמת אחד ואנו דנים על החי הוא ספק אם זכה בו הכהן או לא, ואם לא זכה בו לא חל עליו שום דין מתנות כהונה, ובספק גרידא היכא דלא חל חיוב על הודאי לא זכתה תורה להעני בספיקות, וענין זה דבלקט שכחה ופאה הוא דין על הקמה בכלל, מוכח להדיא בפ"ד דפאה מ"ו דכשנתגיר לאחר קצירה פטור מכולם, דהטעם בזה שעיקר הדין חל על המחובר, ומשו"ה חל מעיקרא דמה שיהי' ספק שמא נשאר אצל בעה"ב מן הלקט ישלם בעה"ב משלו, וע"ז דרשינן צדק משלך ותן לו אבל בטלאים אין טלה אחד שייך

לחבירו, ולפי"ז יש לדון גם במתנות עניים אם יהי' הספק בכה"ג כגון פאה משני שדות שיש הפסק ביניהם ויפול ספק אולי ג"כ יפטור מספק.

וצ"ע: והנה לפי"מ שנתבאר ענין זה מה שחדשו חז"ל בספק ממון עניים דספק לקט לקט שהוא דוקא היכא שהי' מעיקרו חיוב ודאי, לפי"ז בספיקא דדינא אם יש יד בצדקה ובפאה שהספק בזה אם חל ע"ז מעיקרא זכות עניים בכה"ג אזלינן לקולא לנתבע, ושפיר פסק הר"ן בנדריים דספק זה הוא ככל ספק ממון דעלמא.

ובתשו' חת"ס ח' יו"ד סי' ר' הקשה על הר"ן דפסק לקולא מהא דעני ורש הצדיקו, ומתריך דסובר דלא נאמר ענין זה רק במתנות עניים, והוקשה לו מסוגית הש"ס דחולין פ' הזרוע דגם במתנות כהונה חייב בספק, ומתריך בדוחק דס"ל דלפי מאי דמביא בש"ס דילן דכי אתא רבין אמר דרק קמה אקמה הי' הקושיא וכן הוא בירושלמי, י"ל דנקטינן דרק בלקט שכחה ופאה אמרינן בספיקו לחומרא ולא בצדקה ומתנות כהונה, עיי"ש שהאריך בזה, ודבריו מופלאים ממני דהרי הר"ן פסק לקולא גם בפאה דמסיק בתיקו אם יש יד או לא, וספק פאה תניא בהדיא דהוי לחומרא אלא ודאי פשוט הוא דבכה"ג לא הוי בחזקת חיוב) ודוקא היכא שהוא בחזקת חיוב אמרינן עני ורש הצדיקו וכמו שכתב הר"ן להדיא דבעינן דוקא חזקת חיוב.

ומש"כ החת"ס לתריך יש מקום לדבריו רק לתריך על הנמ"י בפ' מי שמת שכתב בהא דמביעיא שם בשכ"מ שחילק כל נכסיו לעניים ועמד אי אמדינן דעתו שלעניים גמר בדעתו ליתן אף אם יעמוד או לא ומסיק הש"ס בתיקו, וכתב הנמ"י שם וז"ל ולענין עניים נמי אמרינן דאע"ג דאמרינן ספק לקט לקט וכו' ואפי' הוי לי' כספק ליכא למיחש דהא פרישו לה בירושלמי דוקא במתנות עניים ומקראי ילפי לה עכ"ל, וע"ז באמת גדולה תמיהת החת"ס מסוגית הש"ס דחולין דמבואר שם דגם במת"ס שייך האי דינא דעני ורש הצדיקו, וע"ז אפשר לתריך כמו שתריך החת"ס דסובר דגם בש"ס דילן לפי"מ דאתי רבין נקטינן דרק מקמה אקמה הקשו אמוראי וחלקו בין קמה דישראל לקמה דגר, אבל בצדקה ובמת"כ ליתא להאי דינא דעני ורש הצדיקו, אולם קשה על הנמ"י למה לי' לתריך ולחלק בין צדקה למתנות עניים תיפוק לי' דאינו בחזקת חיוב, ואולי י"ל דסובר כיון דעיקר הקנאה הי' בזה, והספק הוא על התנאי והאומדנא אם הי' דעתו שאם יעמוד תתבטל מתנתו, ה"ז דומה קצת לחזקת חיוב שהחיוב ודאי והפטור ספק, או דרצה הנמ"י להורות דעתו דבצדקה ליתא כלל להאי דינא, דנפ"מ להיכא שיהי' חזקת חיוב וזה נראה עיקר אבל בשיטת הר"ן אין מקום לדברי החת"ס.

ובעיקר קושית החת"ס ממתנות כהונה י"ל בפשטות דסובר הש"ס דמתנות כהונה ג"כ כמתנות עניים היינו דכל שזכתה תורה לכהנים הוי כמו שזכתה תורה לעניים, אבל מה שנותן צדקה אינו בכלל מתנות עניים, וכמש"כ הנמ"י שאם חלק נכסיו לעניים אינו בכלל מתנות עניים: אמנם בספק דיש יד לפאה צע"ק מאי שנא ספק זה מספק לקט בחורי הנמלים דכמו דאמרינן התם כיון דקמה בחזקת חיוב קיימא ואנו מסופקים על הדגן הנמצא בחורי הנמלים אם הוא משל עניים או משל בעה"ב דהוי לעניים כ"כ קמה בחזקת חיוב קיימא על חיוב פאה, וכשנולד עכשיו ספק על האי אוגיא אם הוא של עניים או של בעה"ב הי' ראוי לומר שיהי' לעניים, ומ"ש ספק תערובות או ספיקא דדינא,

ונלענ"ד דאפשר לומר דשאני ספק תערובות מספיקא דדינא, דבפאה כשחל חיוב פאה על הקמה אינו חל רק כשיעור החיוב, וכשרוצה בעה"ב לעשות פאה יותר משיעור המוטל עליו הוא ענין שמוסיף עכשיו מה שלא חל ע"ז חיוב מעיקרא, וכשנולד לנוספק על אוגיא שהוסיף אם חל דין פאה ע"ז או לא, אינו אלא ענין חדש ולא מחמת השלמת החיוב שחל כבר, ולכן בכה"ג אינו בכלל עני ורש הצדיקו, אבל בלקט אנו מסופקים אם כבר קבל העני את חלקו או גם דגן זה הוא מחמת חיוב דמעיקרא, בכה"ג זכתה תורה לעני עד שיבורר שכבר קבל את שלו, ובזה נ"ל ליישב מה דהוקשה לי בענין זה בהא דכתב הרמב"ן ז"ל בספק פדיון פ"ח אם פדה בנדמה שאינו דומה לאמו, דהוא איבעיא דלא איפשיטא בגמ' בפ"ק דבכורות שאם פדה בו פ"ח ומת הפ"ח דיהנה הישראל בהאי נדמה משום דהוי ספק ממון דהמע"ה, הובא גם ברא"ש ספ"ק דבכורות, והלא הכא הי' חזקת חיוב פדי' והספק הוא אם נפקע חיובו או לא, שהי' לכהנים ודאי זכות מתנות כהונה והספק הוא בהפטור ומהראוי לומר בכה"ג עני ורש הצדיקו, ולפי מש"כ י"ל דכיון דמעיקרא כשחל זכות מתנות כהונה על הפ"ח אינו חל כלל על נכסי הישראל ולא על הטלאים דהרי יכול ליתן לכהן את הפ"ח עצמו, וכשפודה אז חל דין מתנות כהונה על הדבר הפודה, וכשנולד לנו ספק על נדמה זה אם חל עליו זכות מת"כ הוא ספק בעיקר הזכות בטלה זה, משא"כ בספק לקט מעיקרא חל החיוב על כל הקמה שיטול מכאן לקט, ומשו"ה כל דגן שנמצא בקמה זו ונכנס בספק הוא של עניים, אבל הטלאים לא נכנסו מעולם בכלל החיוב כשחל דין מת"כ על הפ"ח, כנלענ"ד בזה: פרק כ ובשיטת הרי"ף, והרמב"ן, הרשב"א, והריטב"א והנמ"י שפסקו בספק אם יש לצדקה לחומרא דספק איסורא הוא, וכן פסק הרא"ש שם בפ"ק דנדריים לא מצאתי ביאור נכון, ובס' מחנה אפרים ה' צדקה סי' ב' כתב דהרשב"א והר"ן בהא פליגי, דהרשב"א סובר דאין עניים קונים באמירה לחוד, אלא דמספקא לן אי חל עליו נדרא או לא וכל ספק נדריים אזלינן לחומרא, אבל הר"ן ז"ל סובר דהאומר זה לעניים באמירה לחוד זכו בו עניים וכי בספקא לן אי קנו בו עניים אי לא מוקמינן נכסים אחזקתם, וכיוצא לזו כתב הרשב"א בס' תקס"ג לענין הקדש דמספקא לן אם זכה הקדש או לא מוקמינן נכסים אחזקת מ"ק, ודכוותה כתב הרא"ש ז"ל בתשו' במי שנתן טבלא לאומן לציירה ואחר שצירה אסרה דלא אמר כלום דספיקא הוי אי אומן קונה בשבח כלי וכל ספק בקני' אי יצאו הנכסים מחזקת בעלים או לא אזלינן בתר חזקה קמייתא.

עכ"ל הצריך לנו ונראה דנקט דבספק שתלוי בממון אם גם נוגע לדין איסור כיון דנפ"מ גם לענין הוצאת ממון מרשות בעלים אז חזקת מ"ק מכרעת גם על דין איסור, ודבריו לא נתחווירו לי כלל חדא בשיטת הרשב"א לא תירץ כלום דהרשב"א פסק גם בספק פאה לחומרא, ופאה ודאי יוצאה מרשות בעלים דהרי מתנת עניים הוא, ואף שבמל"מ ה' תרומות בפ"ב ה"ט רצה לחדש, דבפאה לא מיפטרא מן המעשר עד שזכו בו עניים, אבל דבריו תמוהים, דהוא נגד גמרא ערוכה ב"ק ד' כ"ח דאמרין שם דזו"ז פאה לפוטרן מן המעשר, כלומר אף שבעה"ב חוזר וזוכה יעו"ש.

וכבר דחה דבריו הגרע"א בתוס' למשניות בפ"ד דפאה משנה ט"ק יעו"ש. וכן מוכח מהא דמהני יאוש דעניים לענין שכל אדם מותרים בלקט, ולפי"מ דנקט המח"א לו יהא דאיכא איסורא בפאה למשקל בעה"ב, תהא חזמ"ק מכרעת את הספק, והדרא הקושיא

לדוכתה, ומה שהביא מתשו' הרשב"א סי' תקס"ג יבואר בס"ד לקמן בפכ"ד, ---ומתשו' הרא"ש שהביא דבריו תמוהים דהלא גמ' ערוכה היא בסוגיא דתקפו כהן דאם תקפו כהן מוצאים מידו הקדישו אינה מקודשת, ורק קדושה הבאה מאלי' שאני, ולפי"ז באומן דלא מהני תפיסתו בטבלא כ"כ אינו יכול לאוסרה בקונם דהבעלים הם כמו בעלים ודאים, ומה שייך ענין זה לנידון דידן שיה' חזמ"ק מכרעת על ספק איסור, ובעיקר ענין זה כבר נתבאר אצלנו בס"ד מהרבה ראיות דחזמ"ק אינה מכרעת כלום על ספק איסור: ונלענ"ד לבאר שיטת הראשונים ז"ל שהבאנו עפ"י עיקר היסוד בהתפסת צדקה שלא במובן הנזכר בס' מח"א הנ"ל ובשאר ספרי גדולי האחרונים ז"ל, דהנה מקור פלוגתא דקמאי באמירה לענין אי עושה קנין או לא, הוא מסוגית הש"ס ב"ק ריש פ' דו"ה, בההוא גברא דתקע לחבר' דאמר הואיל ופלגא דזוזא הוא לא בעינא ניתב' לעניים, הדר אמר להו ניתבוה ניהלי איזיל ואיברי בי' נפשאי, א"ל רב יוסף כבר זכו בו עניים דאנן יד עניים אנן, וכתוב בתשו' לרבינו האי גאון ז"ל הובא בס' האמור על הרי"ף שם בריש פ' דו"ה בזה"ל, ודשאלתון אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כיצד ביה זה הקדש וכו' ה"ה לעניים דקנו באמירה, כגון דאמר בית זה לעניים או חפץ זה לעניים, או דילמא לא קנו אלא במשיכה וחליפין כשאר כו"ע, וכדאמרינן לענין ההוא גברא דתקע לי' לחברי' וכו' ואמר ר' יוסף וכבר זכו בו עניים וכו' אנן יד עניים אנן.

טעמא דזכי להו בי דינא דהוי להו כיד עניים הא לא הכי לא. עוד מעשה בר"ג וזקנים שהיו באים בספינה וכו' עד עישור שאני עתיד למוד נתון לעקיבא בן יוסף כדי שיזכה בו לעניים ומקומו מושכר לו, אס"ד קנו עניים באמירה ל"ל לאגורי, ואת"ל לא קנו באמירה קשיא לן ההיא מתניתא, דת"ר מוציא שפתיך זו מצות עשה ומפרש בה בפ"ך זו צדקה, ועוד אמרינן התם צדקה הרי הוא כנדר לבל תאחר מכלל דשויא להקדש, ואי איכא למימר כי קאמרי לא קנו עניים באמירתא גרידא, אבל כי יהיב לעניים ואמר בלשון נדר או בלשון הקדש ה"נ דקנו, או דילמא טעמא אחריתא יליף מרנא, הכין חזינא דלענין אחיובי נודר בצדקה מאלתר דאמר הרי הוא מטבע זו לצדקה אחיילי' להנפוקי בצדקה, ומאלתר דאמר יש עלי צדקה כך וכך אחייב לי' במה שאמר בפ"י וכו' וכולהו נדרי בדיבור פה בלחוד אינון, אבל האי נודר אי אתילמיהדר בי' בעון קאי ובי"ד לא מצי למיעבד לי' מדעם, ולא עניים אית להון בהדי' עסק ודברים, וכד זכי פרנס לעניים כגון ר"ע דזכה לעניים וכדאמר רב יוסף אנן יד עניים אנן אי אתי למיהדר בי' לא משגחינן בי' ובי דינא מתפשין לההוא מדעם לעניים וכו' וכתב ע"ז בעל המאור ושמעינן מדברי האי גאון דמאי דאמרינן התם שממשכנים על הקונה אפי' בע"ש לא אמרו אלא בדבר שהוא תנאי בני העיר ותקנתם וכו' וכן מאי דאמרינן אכפי' רבא לרב נתן בר אמי ואפיק מיני' ת' זווי לצדקה עשוי הוא שעשאוהו וכפאו עד דאמר רוצה אני אבל ליטול ממנו בע"כ בדלא אמר רוצה אני אין לו לבי"ד לעשות כן, דאפי' אם נודר כדאתי למיהדר בי' מיקם הוא דקאי בעין אבל לבי"ד לית לי' למיעבד ולא מדעם כדברי רבינו האי גאון ז"ל עכ"ל.

והרי פ' ז"ל שם מסיק דאמירה לעניים עושה קנין וזכו בו עניים, והא דאיצטריך רב יוסף למימר אנן יד עניים אנן הוא משום דמלוה אינה ברשותו להקדיש ורק ע"י יד עניים קנו מדין מעמד ג', והרמב"ן ז"ל תמה על בעל המאור ועל תשובת הגאון, דלפי הנראה



ממשמעות דבריהם גם במעשר עני אין מוציאים ממנו, ורק היכא שפרנס העניים כר"ע זכה להם, וזה ודאי לא יתכן, והלא אמרו בפ' הזרוע אפי' עני שבישראל מוציאים מידו, ומאי דקשיא לי' ממעשה דר"ג, לאו מילתא היא, דשנת הביעור היתה והי' צריך להוציאו מרשותו וכו'.

עיי"ש שהאריך בס' מלחמות שם. והנה מה דתמה הרמב"ן ז"ל על תשובת הגאון, נלענ"ד דבודאי מודה הגאון ז"ל דמעשר עני הוא קנוי לעניים כמו מתנות כהונה, ובעובדא דר"ג וזקנים הי' צריך להוציא מרשותו דשנת הביעור הי' כמו דמפורש במשנה, אלא דקשיא לי' למה הי' צריך לאגורי מקום המעשר כדי שיזכה לעניים ידועים, הרי כיון שעניים קונים באמירה הי' יכול ליתן מקום המעשר בשאלה לעניים הידועים ויזכו ע"י חצר כמו ע"י שכירות של ר"ע, ואם טובת הנאה ממון והוא מקנה לעניים אפשר גם בלי הקנאת מקום שיקנה באמירה האי מעשר עני לעניים ידועים, דהקנאת המקום או המעשר גופא מה שנותן לעני ידוע הוא ענין בפ"ע והוי כשאר נתינת צדקה לעני, ומזה הוכיח הגאון ז"ל דאמירה לעני אינו עושה קנין, אמנם להך צד שרצה הגאון ז"ל לומר דיש לומר דהיכא דאומר בלשון נדר או הקדש קונים עניים עי"ז, ורק באמירה גרידתא, ה"ז לעניים, אינם קונים, הדרא קושייתו לדוכתה במעשה דר"ג וזקנים דל"ל לאגורי הו"ל למימר בלשון נדר או הקדש, וע"כ נראה דכונת הגאון על המעשר גופא, ועל זה לא שייך כ"כ לשון נדר והקדש דהרי של עניים הוא, ומה שרוצה ליתנם לעניים מצד כחו ע"י דין טובת הנאה, אינו יכול לומר על המעשר ענין הקדש, ועל השכרת המקום כיון דאפשר ע"י כסף לא רצה לעשות ע"י נדרים, ובשאר צדקות מספקא להגאון ז"ל באומר בלשון נדר והקדש אם קנו עניים או לא, ומה דדרשינן בפיך זו צדקה הוא רק שמחויב מדין שמים לקים מוצא שפתי' אבל מדין ממון עדיין החפץ של הבעלים, ומשו"ה אין בי"ד יורדים לנכסיו: אמנם ענין נדר זה לרב האי ובעה"מ ז"ל לא נתבאר היטב אם הוא קבלה על עצמו או איזו התפסה על החפץ, והנה מלשון התשובה שהבאנו שבאומר מטבע זו לצדקה אחליי' להנפוקי בצדקה ובאומר יש עלי צדקה אחייב לי' במה שאמר בפיו, נראה לי דבאומר הרי זה לצדקה הוא התפסה על החפץ, וכענין הקדש שמיחד את החפץ לענין השתמשות של צדקה, ונפ"מ בזה לשני ענינים, הא' לענין דשב"ל, שאם אמר על דבר שלא בא לעולם שיהי' לצדקה, אם נאמר שהוא קבלה על עצמו להתנהג עם הדבר להוציאו לצדקה, מחויב לעשות כמו שנדר דכל ענין נדר שמקבל על עצמו אין הבדל בין אם הדבר בעולם או לא, ואם הוא ענין התפסה והתיחדות על החפץ אינו חל על דשב"ל, וכן נפ"מ אם מת הנודר אם יורשיו מחויבים לקים נדרו.

דכל נדר שנדר על עצמו אין היורשים מחויבים לקים נדרו, אבל אם חל התפסה על החפץ אסור לכל אדם לשנות הנדר, ולפי"ז נ"ל דמשום הכי לא זכר הגאון ז"ל ענין זה דאם מת אין היורשים מחויבים, דלשיטת הסוברים אמירה עושה קנין ודאי מחויבים דכבר זכו בו עניים, וזכר רק נפ"מ דאין ביד בי"ד ועניים לתובעו דאין להם עסק בזה, משום דגם לשיטתו אין היורשים רשאים להנפוקי להשתמשות אחרת, רק הוא ענין איסור לשמים, באופן שאין שום זכות ממון בדבר הנידר לצדקה, וכן מסתברים הדברים וכמו שכתבו בתוס' שם בסוגיא הנ"ל, דלענין שיהי' איזה נדר על האדם הוא דוקא באומר אתננו לצדקה שהוא לשון קבלת נדר על עצמו, וכן נראה להוכיח מהא דכתב

הרמב"ם והטור יו"ד סי' רנ"ח דמתפס בצדקה באומר זה כזה הוי התפיסה ולמדו זה מהגמ' דנדרים ד' ז' שהבאנו לעיל, דאמרינן דאם אמר הדין סלע לצדקה והדין נמי דמהני, ואין הבדל בין אומר והדין נמי לאומר זה כזה, כן כתב הב"י שם, ואם נאמר דענין הנדר דאיכא בצדקה הוא על האדם הנודר, לא ה' מהני מה שמתפס זה כזה, ואף די"ל דזה הוי כדבור בפ"ע ואינו מטעם התפסה, אמנם בכה"ג הוא דוקא בתוכ"ד הראשון, דכן פסק הרמב"ם בפ"ג דנדרים ה"ב, דמתפס בנדרים חייב בשמע שחבירו נדר ואמר ואני כמותך בתוכ"ד ה"ז אסור, ובנזירות אם אומר הריני כמוהו לא בעין תוכ"ד, ובמשנה למלך בה' נדרים בפ"ג שם הקשה על פסקי הרמב"ם אלו, אבל באמת לק"מ דבנזיר דשייך בו קדושה וכמו דמדמה הש"ס לענין פשטה קדושה בכולה ולענין נזירות בטעות כדין הקדש ממש, משו"ה איכא בזה ענין התפסה זה בזה כמו מתפס בקרבן, ומהני התפסת השני בראשון אף לאח"ז, אבל בנדרים דאין על הנודר שום דבר קדושה והתפסה ומכש"כ בקונמות דהוא איסור חפצא באומר ואני כמותך הוא התפסת דבור בדבור, משו"ה בעינן דוקא תוכ"ד של הנודר, וכעין זה מצאתי בס' מחנה אפרים ה' נדרים סי' ב', ועפ"י ד' יתפרשו שיטת הגאון רב האי ז"ל בסוגית הש"ס דב"ק הנ"ל בטוב טעם יותר, דהנה אמנפרש דסובר רב האי ז"ל דכל ענין של נדרי צדקה דהרי זו הוא קבלה על עצמו כאומר הרי עלי כמו שמפרש שיטתו בס' מח"א בה' צדקה סי' ב' קשה קצת מה שאמר רב יוסף לההוא גברא אנן יד עניים אנן ולא מצית הדרת בך, כיון דבלא"ה אסור לו לחזור מדין נדר, ואף שנפ"מ בזה שאמר רב יוסף דע"י קנין מע"ג אינו יכול לחזור ובי"ד גובים ובלי זה אין בי"ד גובים כשיטת הגאון ז"ל, אבל עכ"פ הוי לי' לרב יוסף למודעי דבלא"ה ג"כ אסור לחזור כדי שלא יטעה בדין איסור נדרים, אבל לפי"מ שפרשנו בכונת תשו' רב האי ז"ל דכ"ז שלא אמר בלשון עלי או אתננו ליכא שום נדר על עצמו אלא התפסת החפץ, הנה בחוב שמיחדו לעניים לא חייל כלל שום התפסה דהוא דבר שאינו בעין ולא חל ע"ז שום ענין התפסה, והוכחת הגאון הוא דאם נאמר דאמירה לעני הוא קנין אז כמו דחל קנין בהדיוט בהקנאת חוב ע"י מע"ג, כ"כ ראוי לחול קנין בהקדש וצדקה ע"י אמירה, דקנינים שייכים גם על ענין זכות גרידא שיש לו על גוף הנתבע גם אם לית לי' נכסים, אבל התפסת קדושה והתיחדות לא שייך ע"ז, ומשו"ה שפיר אמר רב יוסף דרק ע"י יד עניים אנן לא מצי הדר בי', ולולא זאת ה' מותר לו לחזור ג"כ דאין כאן נדר כלום, וגם מדברי רבינו חננאל אין רא' לזה וכמו שכתב הרמב"ן שם: ומה שהוכיח בס' מח"א כדבריו מדברי הרמב"ם נלענ"ד דאדרבה מדברי הרמב"ם מוכח להיפוך ולבאר דבריו היטב עלינו להביא כל דברי הרמב"ם ומה שקשה בדבריו, דהנה בפכ"ב מה' מכירה כתב וז"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 אעפ"י שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם ה"ז חייב לקיים דברו שנאמר כל היוצא מפיו יעשה, והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכיב מרע ואמר כל מה שיוציא אילן זה יהי' לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים עכ"ל.

והראב"ד בהשגות כתב א"א רואה אני כי הוא מוסיף אפי' על דברי הרב ז"ל כי הרב כתב במעשה דההוא גברא דתקע לי' חברי' משום דלא הי' סלע ברשותו לא מצי מקנה

לי' אלא במע"ג, 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, ה"ז חייב עצמו ויתן, אבל אם אמר ינתן לעניים כך וכך מפירות שלא באו לעולם לא קנו עניים לדברי הרב עכ"ל.

והדברים ברורים דלדעת הרמב"ם אפילו באומר יהי' הקדש או יהי' לעניים חייב לקיים דברו משום נדר, ועוד הוסיף לחדש דגם אם שכ"מ צוה על הפירות שיוצא אילן זה שיהי' לעניים שזכו בו עניים, וכן כתב הטור בחו"מ סי' רי"ב שדעת הרמב"ם כן כמו שסבר הראב"ד ז"ל בשיטת הרמב"ם, ובכ"מ שם רצה לומר דכונת הרמב"ם הוא כשיטת הראב"ד, דרק באומר אתן שקבל על עצמו בנדר חייב לקיים דברו, רק שקשה לי מש"כ דגם בשכ"מ שצוה על דשלב"ל שזכו עניים הרי כיון שמת אין היורשים מחויבים לקיים נדרו, ומדחיק שם לתרץ כיון שהיורשים שמעו ושתקו הוי כאילו נדרו הם בעצמם יעו"ש.

וכ"ז רחוק ודחוק. עוד מסיק שם הרמב"ם יש גאונים שחולקים על דבר זה, ואומרים שאין עניים זוכים אלא בדברים שהדיוט קונה בהם, ולפיכך לא יזכו בדשלב"ל, ואין דעתי נוטה לדברים אלו שאין אדם מצווה להקנות והוא מצווה לקיים דבריו בצדקה או בהקדש כמו שמצווה לקיים הנדר, כמו שבארנו בערכין עכ"ל.

ובה' ערכין פ"ו ה"א כתב הרמב"ם שם בלשון אחר וז"ל יראה לי שאעפ"י שאין אדם מקדיש דבר שלב"ל, אם אמר הרי עלי להקדישו, ה"ז חייב להקדישו כשיבוא לעולם משום נדרו, ואם לא הקדיש ה"ז עובר משום בל תאחר ולא יחל דברו ומשום כל היוצא מפיו יעשה כשאר הנדרים, כיצד אמר הרי עלי להקדיש כל מה שתעלה מצודתי מן הים, הרי עלי ליתן פירות שתוציא שדה זו, הרי עלי לאחרים וליתן לשבועים כל שאשתכר בשנה זו וכל כיוצא במאמרים אלו, ה"ז חייב ליתן ולעשות בהן מה שאמר כשיבואו לידו, וזה וכיוצא בו בכלל נדרים הוא לא בכלל הקדשות, ראי' לזה מה שאמר יעקב אע"ה וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך ונאמר אשר נדרת לי שם נדר עכ"ל.

ודבריו אלו הם לכאורה בהיפוך ממה שכתב בה' מכירה, דממה שכתב כאן משמע שסובר דדעת הראב"ד דדוקא באומר הרי עלי להקדיש או הרי עלי ליתן לעניים מחייב משום נדר, ובה' מכירה כתב דגם אם אמר יהי' הקדש או יהי' לעניים הרי הוא חייב לקיים דברו, וכבר הקשה על דבריו בתשו' מהרי"ט ח"א סי' ל"ט ובס' לחם משנה בה' ערכין הרבה להקשות כן על מה שכתב בה' מכירה דאף אם לא אמר בלשון אתננו חייב לקיים דברו, דא"כ בעובדא דהוא גברא דתקע לחברי' למה לא יתחייב מטעם נדר גם בלא יד עניים, ובאמת זהו כונת הראב"ד ז"ל מש"כ שהוסיף על הרב ז"ל דדבר שלא בא לעולם גרע מדבר שאינו ברשותו, דלהרב ז"ל בדבר שאינו ברשותו אינו חייב כלום, ולהרמב"ם גם בדשלב"ל חייב משום נדר, עוד הרגיש דבה' מכירה לא זכר הרמב"ם רק שחייב לקיים דברו משום שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה וכאן כתב דעובר משום בל יחל ובל תאחר, ורצה עי"ז לתרץ בדוחק סתירות פסקי הרמב"ם אלו ונשאר בצ"ע: ונלענ"ד לפרש דברי הרמב"ם אלו ספ"י מה שנראה לי בביאור שיטת הרמב"ם מש"כ בפ"ב מה' נדרים ה"י אמרה יקדשו ידי לעושיהם או שנדרה שלא יהנה ממעשי ידי' אינו

נאסר במעשי ידי מפני שידי משועבדים לו וכו' אבל צריך הוא להפר שמא יגרשנה ותהא אסורה לחזור לו, ותמה הר"ן בפ' אעפ"י ע"ז והלא דבר שלב"ל הוא ואין אדם אוסר דשלב"ל על חברו, ומטעם זה משני בגמ' באומרת יקדשו ידי לעושיהם: והרמב"ם כתב דגם באוסרת מעשי ידי לחוד חל הנדר, והנה כשיטתהרמב"ם כתבו בתוס' קדושין ד' ס"ג ד"ה וידים איתנהו בעולם וז"ל דהוי כמקדיש דקל לפירותיו דמהני אפילו למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל, וה"ה דמצי לשנויי שאני קונמות דקדושת הגוף נינהו, כדמשני בפ' אעפ"י עכ"ל.

דמפרשי דלפי המסקנא דמשני שאני קונמות אי"צ לשנויי באומרת יקדשו ידי לעושיהם, וכן הובא שיטה זו בשטמ"ק בשם רש"י במהדורא קמא יעו"ש. וכתב הב"י ביו"ד סי' רל"ד וכן כתב כאן בספרו הכ"מ דבקדושת הגוף ס"ל דחל גם על דשלב"ל, ובס' לחם משנה הקשה מהא דכתב הרמב"ם בפט"ו מה' מעשה הקרבנות דאם היתה הבהמה מעוברת ואמר אם תלד זכר הרי הוא עולה וכו' משמע דאם אינה מעוברת לא קדשי כלל יעו"ש.

ומדברי תוס' שהבאנו ג"כ מוכח דבשאר קדושות לא מהני למ"ד א"א מקנה דשלב"ל, דהרי גם קדושי אשה הוא קדושת הגוף וכן קדושת תרומה, והש"ס חשיב שם דר"מ וראב"י קיימי בשיטה עם הני תנאי דסברי אדם מקנה דשלב"ל, והתוס' כתבו דהוי מצי לשנויי דקונמות שאני, מוכח מזה דדוקא נדרים חלים על דשלב"ל, ולא שאר קדושות, וביו"ד סי' רל"ד בס' נקודות הכסף על הט"ז ס"ק נ"ט כתב להקשות על הב"י וז"ל ומה שתירץ הב"י דלמסקנא יכול לאסור דשלב"ל על חברו, נראה לי דאי"א לומר כן, חדא דהא קאמר בש"ס קונמות קאמרת שאני קונמות וכדבא וכו' ורבא הא לא קאמר אלא דמפקיע מדי שיעבוד, ועוד דהא ע"כ רבא גופי' ס"ל דאין אדם אוסר על חברו דשלב"ל בקונם, דגרסינן בפ' השותפים ד' מ"ז בעי רמי בר חמא אמר קונם פירות האלו על פלוני מהו בחילופיהן, מי אמרינן גבי דילי' הואיל ואדם אוסר פירות חברו על עצמו אדם אוסר דשלב"ל על עצמו, גבי חברו הואיל ואין אדם אוסר פירות חברו על חברו אין אדם אוסר דשלב"ל על חברו, או דילמא משום דחלופין כגדולין דמי ל"ש הוא ול"ש חברו, ובעי למיפשט התם מלוה ובע"ח נפרעים ממנו ודחי רבא וכו' והרמב"ם גופי' הביא הך בעיא בסוף פ"ה דנדרים ופסק דהוי ספק ואם עבר ונהנה וכו' יעו"ש.

וז"ל הרמב"ם האוסר פירותי על חברו בין בנדר בין בשבועה הרי גדוליהן וחלופיהן ספק וכו' והראב"ד השיג עליו וז"ל, א"א לפי הגמ' הגדולין אינן ספק אלא ודאי אסורים וכו' מיהו קשיא להו וכו' הא קמ"ל זו"ז גורם מותר וכו' עכ"ל. והנה הוסיף הרמב"ם כאן דגם באוסר בשבועה על חברו כן, ונלענ"ד דהרמב"ם מפרש דכונת הש"ס באיבעיא זו על חליפין וגדולין עפ"י דרך זה, שמה דאמרו בגמ' ביסוד הדין דאין אדם אוסר דשלב"ל על חברו משום דאין אדם אוסר פירות חברו על חברו, ועל עצמו כיון דיכול לאסור פירות חברו על עצמו כ"כ יכול לאסור דשלב"ל עליו, עיקר הכונה בזה דענין הנדרים העיקר תלוי בכח האיסור וההרחקה אם הוא בעלים עליו או לא, דמזה הטעם יכול האדם לאסור על עצמו פירות חברו, דאף דקונמות הוא איסור הפצא וקדושת הגוף ואין לו שום כח להטיל קדושה על חפץ חברו, אבל כיון דענין הקדושה בקונמות

הוא רק מה שהנאסר אינו יכול להנות מן החפץ והוא איסור גברא, דעל החפץ לא שייך לשון איסור רק קדושה, ורק מה דקרינן לזה איסור חפצא הוא דמטרת וכוונת האיסור בזה שאם האדם נהנה ועובר על הנדר הוא מחלל קדושת החפץ, ובכלל האיסורים הוא מזיק לעצמו לחוד, ומשו"ה כל האיסורים נחשבים לאיסור גברא, שכוונת התורה רק לשמור את האדם שלא יתגאל ע"י נבילות וטריפות, ובדברים המוקדשים הכונה ג"כ שלא יחלל החפץ שהונח עליו שם קדושה לשמים, אבל כיון דבקונמות אין שום קדושה על החפץ לאיזו התיחדות והשתמשות לצורך גבוה או ענין אחר אלא רק ענין זה שלא יהנה בו הנאסר, ולענין זה יש כח לכל אדם לאסור עליו פירות חבירו, שכח זה יש לכל אדם באשר גופו ונפשו ברשותו הוא, ועפי"ז אמרינן דכ"כ יכול לאסור דשלב"ל על עצמו, היינו אף דא"א שיחול הנדר רק עד שיבוא הדבר בעולם, דהרי איסור חפצא הוא, אבל כיון דבאמת עיקר הכלל שאין אדם מקנה דשלב"ל, הוא בדבר שנוכל להחליט שהדבר שיבוא לעולם יחדש להאדם כח חדש, מה שלא הי' לו כח זה מעיקרא, אבל אם הכח שיהי' לאדם אח"כ אינו מחודש כלל וכבר הי' לו כח זה מכבר, בכה"ג ליכא שום חסרון בדבר שלא בא לעולם, ומה"ט נראה לי שמה שמדמה בס' משנה למלך מחוסר זמן של קטן וקטנה ומחוסר זמן האמור בגמ' בשדה שמשכנה לעשר שנים, עי' דברי' בה' אישות, אין דמיון זה שוה, דבקטן וקטנה יחודש בהגעת זמן כח חדש שמעיקרא לא הי' להם דין קדושין ולא בר קנין הם, וע"י הגעת זמן והשלמת שנותיהם ישיגו כח ודין מחודש וזה דשלב"ל הוא, ובשדה הממוצנת לא יחודש לבעלים כח חדש אחר השלמת השנים אלא להיפוך ישארו על הכח שהי' להם כבר קודם שנתמשכנה, אך המניעה היתה זמנית, ובהסרת המניעה חזרו לכח שהי' להם, ומשו"ה יכול אדם לאסור על עצמו דשלב"ל, דכח האוסר שיש לו הוא מה שהוא שליט על גופו ונפשו וכח זה יש לו גם עכשיו, ונמצא שלא יחודש לו להאוסר ע"י ביאת הדבר לעולם, אבל כשאדם אוסר על חבירו שכח זה הוא מפני שהוא הבעלים והשליט על החפץ שלו, וכיון שכח זה ביד הבעלים הוא ע"י מציאות החפץ בעולם, ובדבר שלב"ל יתחדש כח זה ע"י החפץ, ומשו"ה למ"ד א"א מקנה דשלב"ל שאין אדם יכול לפעול ע"י הכח שיחודש אח"כ, כ"כ אינו יכול לאסור על חבירו דשלב"ל: ולפי"ז י"ל דאפשר דבפירות דקל לענין נדרים הוא כדבר שבא לעולם גם לענין לאסור על חבירו, דבשלימא לענין הקנאה או לענין קדושה ממש ליחודו לצורך גבוה, שענינים אלו מתחדשים ע"י ביאת הדבר בעלים, ולכן אם רוצה לחדש ענינים אלו קודם שבא לעולם לא מהני מעשיו, אבל בנדרים דאי"צ מציאות של החפץ דהרי יכול לאסור על עצמו קודם ביאת הדבר בעולם, ובעינן רק שכח הנדר וההרחקה יהי' עכשיו ברשותו, משו"ה גם על חבירו אם הדבר שיבוא לעולם אינו ע"י סבה מחודשת וכחחדש, אלא מחמת סבה מוחלטה מכבר, כמו פירות דקל שהכח שיהי' לו בפירות אלו הוא עי"ז שהדקל הי' שלו מכבר, בדבר שלב"ל כזה יכול לאסור גם על חבירו, והנה אף דלפי הס"ד בגמ' כתובות ד' נ"ט ובנדרים ד' פ"ה גם זה כדשלב"ל חשבינן, אבל לפי המסקנא דמשני הש"ס דקונמות מפקיע מידי שיעבוד, מהני בפירות דקל על חבירו, והענין בזה דמה דאמרינן בקונמות דמפקיע מידי שיעבוד, א"א לפרש כענין דאפשר לפרש בקדושת הגוף ממש, דמהקדש ממש יש מקום לפרש כיון שהגוף שלו ויכול להקדישו ממילא פקע שיעבוד של חבירו, דבדבר מקודש ליכא זכות להדיוט,

אבל בקונמות דליכא שום קדושה רק מה שנאסר חבירו, וענין זה להרחיק ולאסור אין בידו מחמת שיש לחבירו שיעבוד וזכות ואיך חל הנדר, אלא בע"כ הענין בזה דעיקר חלות הנדר תלוי במקור וסבה הראשית של הפירות וההשתמשות, כיון דעל עיקר הסבה של צמיחת הפירות הוא בעלים חל נדרו לאסור על חבירו אף שלאחר שיבואו הפירות ינטל ממנו כחו ושליטתו עליהם, ומה"ט יכולה האשה לאסור ידי' לענין מעשי ידי', מחמת שהידים שמהם נצמחים המעשי ידי' הם שלה והוא הבעלים עליהם, אף שלאחר שיוגמרו המעשי ידי' לא תהי' ביד האשה כח ההרחקה להרחיק הנאתם מן הבעל, וחילוק זה בין קונמות לשאר הקדש, הוא מפורש בתוס' כתובות ד' נ"ט ע"ב בד"ה שדה זו שמשכנתי בסה"ד, יעושה"ה.

ומה"ט לפי המסקנא יכולה האשה לאסור מעשי ידי' על הבעל דמעשי ידי' יהי' שלה מחמת שהידים הם שלה, וכמו שתוכל לאסור ע"י הידים באומרת יקדשו ידי, כ"כ תוכל לאסור המעשי ידי' בלא הידים, וזה נראה לי בכונת התוס' בקדושין ד' ס"ג שכתבו דלפי"מ דמשני שאני קונמות מהני גם באוסרת מעשי ידי' לחוד, ולפי"ז בדבר שלב"ל כלל לא מהני אף בקונמות לאסור על חבירו, וכן יש לומר דזה כונת הרמב"ם דיכולה לאסור גם מעשי ידי' שתאסר עלי' לאחר גרושין, אבל בדשלב"ל ממש, גם להרמב"ם אין אדם יכול לאסור על חבירו: וכן נראה לענ"ד מוכח מדברי הרמב"ם שם בפ"ב בהלכה הקודמת, דכתב שם האשה שאמרה לבעלה הנאת תשמישי אסורה עליך אינו צריך להפר הא למה זה דומה לאוסר פירות חבירו על בעל הפירות, ובאוסרת מעשי ידי' צריך להפר שמא יגרשנה, דהטעם בזה דבהנאת תשמישי עליך אינו נאסר לאחר גירושין משום דכיון דבשעה שהוא תחת' אינה יכולה לאסור, והיכולת דלאחר גירושין הוא דשלב"ל, ורק במעשי ידי' דמדינא גם עכשיו ראוי לחול משום דקונמות מפקיע מידי שיעבוד אלא דהשתא לא חייל משום דאלמוה רבנן לשיעבודא דבעל, וכתב הרמב"ם בהלכה שני' דחכמים עשו חזוק לשיעבוד הבעל מפני שהוא מדבריהם, ובתשמיש שהוא מן התורה אילו הי' ענין זה רק שיעבוד היתה יכולה לאסור, שבזה שהוא מה"ת לא עשו חזוק, אלא דמה שאמרו בגמ' נדרים שאינה יכולה לאסור שנקטו דשיעבוד זה כקנין הוא שהגוף משועבד לזה, עי' בס' אבני מלואים שהאריך בזה, אבל עכ"פ כיון דהשתא לא חייל, לא חייל גם לאחר גרושין משום דבר שלב"ל, ומוכח דבדשלב"ל ממש כמו ענין הגירושין גם הרמב"ם סובר דלא חייל נדרא, ויש להסביר עפ"י דרכנו מה דמתרץ הש"ס דלהכי לא חשיב דשלב"ל מה שאוסרת לאחר הגרושין, אף דהשתא לא חייל משום דאלמוה רבנן, דלכאורה אינו מובן מה לי אם הסבה שאינה יכולה לאסור משום דאלמוה או שאינה יכולה לאסור מחמת דקונמות אינו מפקיע ועפ"י דברינו י"ל דקנין האישות הוא קנין עולמי, והגרושין הוא סבה מחודשת מה שהבעל מפקיע קנינו, ומשו"ה הוי דשלב"ל ממש כשדה זו לכשאקחנו ממך תקדש, אבל היכא דמדינא יכולה לאסור רק המניע הוא משום דאלמוהו רבנן, י"ל דלא אלמוהו רק לזמן עד הגירושין, וכשמתגרשת אין מתחדש לה כח חדש, ויהי' זמן זה כזמן שבשדה ממושכנת עד עשר שנים דלא הוי דשלב"ל משום דמה שיהי' בידו לפדות לאחר עשר שנים אינו כח מחודש.

עוד י"ל דרך לפרט זה לענין איסור עד גרושין אלמוהו, ועל ענין האיסור לאח"ז לא אלמוהו גם מעיקרא. וזה נכון: והנה לפי"ז י"ל דמה דמסיק רמב"ח באיבעיא שלו לענין חליפין או דילמא חליפין כגדולין דמו ל"ש הוא ל"ש חבירו, הוא דמספקא לי' אם חליפין הוו כדשלב"ל ממש, כשדה שאקחנה וכדשלב"ל של התחדשות הבאה ע"י גרושין, או דומה למעשי ידים הבאים ע"י הידים או פירות דקל וכיוצא בזה וכן יש לספק בגדולין של פירות בדבר שזרעו כלה דבחליפין וגדולין הסבה ג"כ מה שיהי' שלו החליפין וגדולין הוא עי"ז שיהי' הפירות שלו, אבל אינו דומה לגמרי, דהרי בחליפין צריך דעת אחרת לזה שיתרצה בחליפין ואינו נעשה ממילא, וכן בגדולין דהפירות אינם מגדלים פירות אחרים בלי קרקע וזריעה, ולכן בשני אלה מספקא לי' לרמב"ח אם יכול לאסור על חבירו, ולכן י"ל דהרמב"ם מפרש עד"ז בסוגית הש"ס שם דלא כמו שמפרש הר"ן שם ושאר הראשונים דמפרשי דפשיטא לי' לרמב"ח דעל חבירו אינו יכול לאסור חליפין וגדולין, ומיבעיא לי' אם החליפין אסורים למחליף עצמו מדרבנן, ולא שייכי הך איבעיא לדין נדרים, ועי' ר"ן מה שמתרץ קצת מה דמיבעיא רמב"ח אלישנא דמתני' והרמב"ם מפרש כפשוטו דמבעיא לי' אם יכול לאסור חליפין וגדולין על חבירו או לא.

והנה הר"ן והתוס' הוכיחו דבע"כ צריך לפרש דמבעיא לי' בכל איסורי הנאה, מדמייתי ת"ש ממכרן וקדש בדמיהם של ערלה וכה"כ, ולפי"מ שרצינו לבאר לשיטת הרמב"ם ז"ל דמספקא לי' לרמב"ח לענין נדרים אי מצי אסור על חבירו, עלינו לבאר איך מייתי הש"ס למיפשט ממקדש בערלה ומכרן וקדש בדמיהם אכן להרמב"ם לשיטתו בלא"ה קשה שהרמב"ם פסק בפ"ח מה' מאכלות אסורות, דחליפי איסורי הנאה מותרים לכתחילה גם למחליף עצמו דז"ל שם בה' ט"ז כלמאכל שהוא אסור בהנאה אם נהנה ולא אכל כגון שמכר או נתן לעכו"ם או לכלבים אינו לוקה ומכים אותו מכת מרדות והדמים מותרים.

עכ"ל.

וכתב הה"מ שם שסובר דגם למחליף עצמו מותרים והכא לענין נדרים פסק דאסור מספק, והרי בגמ' משהו שני ענינים אלו, ולכאורה יש לדון דאם נאמר דנדרים חשיב כיש לו מתירים גם למודר אסור גם בספק דרבנן ובשאר איסורים ספק דרבנן לקולא, וכן תמה בס' לחם משנה עיי"ש שהרבה עוד להקשות בדברי הרמב"ם, אבל גם לפי הר"ן והתוס' יש לעיין מה דמפרשי דפשיט להש"ס דחליפין מותר מה"ת, דהלא באומרת ידי' לעושיהם דאסור מה"ת, בע"כ הענין דכיון דהידיים נאסרים עלי' ממילא הוא אסור במעשי ידי' הבאים מחמת הידיים, דהרי גם לענין הקנאה ג"כ אי אפשר להבין ענין זה רק עד"ז, דהא דמועיל במקנה דקל לפירותיו הוא משום דבכה"ג הרי זה כאילו כל הדקל של הקונה על פרט זה, והנה לפי"מ דכתבו בתוס' גיטין ד' ס"ו ע"א ד"ה דמי חמרא דיין לדמיו הוי כמו דקל לפירותיו, ולפי"ז לענין נדרים ושאר איסורי הנאה אם הי' כל הדקל אסור בכל הנאות, ממילא הי' אסור בהפירות, כמו באוסר ידים למעשי ידיו, ובאוסר היין ממילא אסור גם בדמים הבאים מחמת היין, וכאן פשוט להש"ס דחליפין שהוא כמו דמי חמרא ודאי מותרים, ואם נאמר דשאני דין איסורי הנאה מדיני הקנאה, למה מהני באוסר ידים לעושיהם, ונראה לענ"ד דבע"כ הטעם בזה, דאם החליפין המדיר לא מיתסרי

על המודר, דלגבי דידי' לא שייך לומר דהחליפין באים מחמת הפירות דהרי גם בלי הפירות היו החפצים אלו בעולם ומה שיצאו מרשות בעליהם הראשונים ונכנסו לרשות זה של המדיר אין זה שום סבה על החליפין שיאסרו על המודר ורק אם החליפין המודר יש בזה סבה להאסר דמה לי הן ומה לי דמיהן שע"י הפירות הוא נהנה מהחליפין, וכמו שכ' הר"ן ענין זה בע"ז דמטעם זה ראוי להיות דמי איסורי הנאה אסור מה"ת על המחליף עצמו, אלא הטעם בזה כמש"כ בירושלמי דאינן דמיהן דאיסורי הנאה אינם מחייבים דמים והדמים גזל או מתנה וכמו שנבאר ענין זה לעיל בשע"ג ומה"ט פשוט להש"ס דחליפין מותרים מה"ת: ולפי"ז נראה לי לפרש גם לשיטת הרמב"ם דאף דעיקר מה דמספקא לרמב"ח הוא לענין נדרים אם יכול לאסור על חבירו החליפין אם חשובים דמי הפירות כפירות הבאים מחמת הדקל או לא ומייתי הש"ס ת"ש ממכרן וקדש בדמיהן של איסורי הנאה, היינו דאם נאמר דדמי הפירות חשובים כבאים מחמת הפירות כפירות הבאים מחמת דקל, א"כ ראוי לומר בכל איסורי הנאה שהדמים אסורים מה"ת למחליף עצמו, ומשני הש"ס ודילמא לכתחילה הוא דלא ואי עבד עבד, והיינו כענין שכ' בירושלמי דבאיסורי הנאה רק לכתחילה איכא איסור למוכרם, אבל אם עבר ומכרם שוב עברה הנאתו, דהדמים עצמם חשובים כגזל או מתנה, ולא הוו כהאיסורי הנאה עצמם דאינם דמיהם, אבל לענין קונמות מספקא לן שמא יש כח ביד המדיר לאסור עליו, דלענין קניני ממון היכא שהדבר מותר לו ודאי הדמים שהם חליפי החפץ באים אליו מחמת החפץ, וכמו דמהני יין לדמיו לענין הקנאה כ"כ חשוב כח הבעלים לאסור על חבירו, והיכא שלא אסר רק הפירות עצמם פשיטא דמותרים למודר כיון שהחליפין המדיר, דאצל המודר אין החליפין שייכים כלל להפירות, וכמש"כ הר"ן דרק למוכר עצמו יש לדון שיהי' הדמים אסורים לו ולא לאחר, ובהא דמסיק הרמב"ם ואם עבר ונהנה נהנה, דלכאורה אין שום מוכן בלשון זה, דמש"כ בכסף משנה לפרש כונתו בזה כל' דאינו לוקה משום דהוי ספק הוא פי' דחוק מאד, והרי בהלכה הקודמת שם באוסר על עצמו שאינו אוכל ואינו טועם דהמשקים היוצאים מהם ספק, כתב ואם שתה מהם אינו לוקה, ולא כתב ואם עבר ושתה שתה, ולפימש"כ י"ל בכונתו דמסיק בהלכה זו מה דמסיק הש"ס לענין מכרן וקדש בדמיהן, דאם המודר עבר ונהנה היינו שמכר את הפירות עצמם או החליפם עברה הנאתו בזה במה שמכרן, אבל הדמים מותרים כמו בכל איסורי הנאה שהדמים מותרים, וכמו שפסק בפ"ח מה' מ"א.

ובעיקר הביאור שכתבנו לפרש דברי הש"ס מה דמסיק ואם עבד עבד למדתי כן מדברי הריטב"א שפירש כן עפ"י שיטתו והוא בפ' הנודר מן הירק שהובא שם ברי"ף והרמב"ן איבעיא דרמב"ח כתב וז"ל ומסתברא דהכי פי' דאיהו סבר דכי היכא דמיבעיא לי' בחליפי קונם ה"נ מיבעיא לי' בחליפי איסורי הנאה דעלמא ולהכי אייתי לי' מערלה וכה"כ דאמ"ה ולא תפסי דמיהם, שאם מכרם וקדש בדמיהם מקודשת ושני לי' דשאני התם דאיסורי הנאה דאורייתא לכו"ע אסירי ולפיכך אין להם דמים כלל, וכשהחליפם או מכרם אינם דמיהם אלא מתנה או מלוה ולפיכך כשנהנה מהם אינו חשוב נהנה מאיסורי הנאה ואין בכלל איסור הנאתו אלא שלא למוכרו ולהחליפו לכתחילה דהיא שעתא מתנה מיני', אבל אי עבד עבד וכי מיתהני לאו מיני' מיתהני וכמו שפירשו עלי' בירושלמי, אבל הכא באיסור קונם שהוא אסרם עליו והם מותרים לכל העולם אימא



לך דיש לו דמים וחליפין דידי' חליפין גמורים אימא לך דכל שאסור בהם אסור בחליפין ובדמיהם כשם שאסור בגדוליהם, ובעין לא איפשיטא ונקטינן לחומרא עכ"ל.

וכפי' זה של הריטב"א ז"ל נפרש גם להרמב"ם ז"ל במה שמתרץ בגמ' דילמא לכתחילה הוא דלא ואי עבד עבד: אמנם מה שמוכרח לנו לחדש להרמב"ם דרך אחרת בבעיא דרמב"ח דלא כמו שפרשו הר"ן והתוס' ודלא כמו שפירש הריטב"א הוא מהא דמוכח שהרמב"ם מפרש דגם בגדולין מספקא לי' לרמב"ח ושהרי פסק להלכה דהוי ספק ובגדולין היכא שזרע כלה הוי זו"ז גורם דקיי"ל דמותר, וכמו שהשיג עליו הראב"ד ז"ל, ומה שתרצו בכ"מ והרדב"ז ומגדל עוז, דנדרים הוי דבר שיש לו מתירים, אינו מתישב לי כלום, חדא דרק להנודר עצמו שייך לומר דהוי דשיל"מ דבידו למיתשל עלה, אבל אצל המודר דאין בידו להתיר הנדר הוי כשאר איסורים וכמו שהקשה ע"ז בלחם משנה שם, ועוד קשה טובא א"כ מאי מספקא לי' לרמב"ח, אם בנדרים אסור זו"ז גורם ודאי גדולין אסירי, ולומר דזה גופא מספקא לי' לרמב"ח מחמת שאצל הנודר שאין בידו להתיר אי בכה"ג חשיב דשיל"מ אי לא, מלבד שזה דחוק ורחוק, קשה מה שייך ספק זה לחליפין, ורמב"ח כולל באיבעיא דידי' מחמת דחליפין כגדולין דמי ל"ש הוא ול"ש חבירו, וכן קשה מפסקי הרמב"ם אהדדי, דלענין חליפי שאר איסורי הנאה פסק הרמב"ם דמותר גם למחליף עצמו כמו שהבאנו, וכאן פסק דהוי ספק, והנה מה שכ' הריטב"א לחלק בין שאר איסורי הנאה לנידון דידן משום דבכל איסורי הנאה מותרים הדמים משום דאינם דמיהם, והכא שלהמחליף ולהקונה ממנו מותרים הפירות והוו דמיהם, מצאנו כן גם להרמב"ם ז"ל שמחלק כן והוא ממה שפסק בה' בכורים פי"ב ה"ד בפטר חמור שמכר לפסק דאם מכרו קודם פדיון שדמיו אסורים, והוא עפ"י מה דאמרינן בגמ' בכורות פ"ק ד' י' ע"ב דלר"י פטר חמור אסור בין הנאת גופו בין הנאת דמיו, דהוא שאם מכרו אסור להנות מהדמים, וכן פירש"י ורבינו גרשום שם, וביאור הענין הוא דל"ד לשאר דמי איסורי הנאה דאינם דמיהם, אכן פ"ח דאף דאסור בהנאה הוא חשוב ממון בעלים, משום דבידו לפדותו בשה כל דהוא, ומה"ט יכול לקדש בו אשה, וכן הגונב פ"ח חייב כפל, כמו דאיתא בגמ' שם ד' י"א ע"א וכן פסק הרמב"ם בפ"ב מה' גניבה, ומה"ט הדמים שקבל הם דמי פ"ח.

וכבר כתבנו ענין זה לעיל בשע"ג, וכן מצאתי כדברינו בס' שעה"מ פ"ה מה' אישות ודברי הריטב"א שהבאנו מסייעים לדברינו בשיטת הרמב"ם, אבל בנוגע לסוגין דברי הריטב"א קשה להבינם, דאם נאמר שמה"ט יאסרו החליפין על המודר אף כשהחליפם המדיר, משום דהחליפין הם דמי הפירות, בע"כ עלינו לומר דגם שאר איסורי הנאה תופסים דמיהם היכא שהם מותרים למחליף עצמו ולהקונה ממנו, שבכה"ג נתפסים הדמים באיסור עצמי שנשאר האיסור על עצם הפירות, וגם נתוסף איסור, חדש על החליפין, וזה קשה טובא מנין לנו ענין זה, כיון דילפינן בש"ס דרק בע"ז ושביעית תפסי דמיהם ולא בשאר איסורי הנאה כמבואר בספ"ב דקידושין, מנין לנו לחדש ענין זה, ורק לאסור על המחליף עצמו יש לומר דאסור מה"ט בלי גלוי מקרא, וכמו שכתב הר"ן במס' ע"ז משום דסברא הוא מה לי הן מה לי דמיהן דאיסורי הנאה גרמו לו לקבל הדמים, וע"כ נראה דמה דפסק הרמב"ם בפ"ח שדמיו אסורים הוא רק למוכר עצמו, וכן כתב בס' שעה"מ בפ"ה מה' אישות הנ"ל, אכן מה שדחק שם לומר לתרץ מה דאיתא במשנה

בספ"ב דקדושין דגם בפ"ח אם מכרם וקדש בדמיהם מקודשת, שהוא משום דאף שאסורים הדמים למקדש מ"מ הוי קדושין משום דלדידה הדמים מותרים, ולענ"ד ברור דאינו כן דלהראשונים דסברי שהדמים מותרים למחליף עצמו, בע"כ סברי דאיסורי הנאה אינם מחייבים דמים אף אם מכר לנכרי, שלדידי' הוי ממון מעליא, ובע"כ סברי דלחיוב דמים צריך שיתחסר ממון אצל המוכר, ולפי"ז גם בקדושי אשה לא מהני לדידהו אם לדידי' הוא אסור בהנאה, ורק לשיטת רש"י דסובר דאיסורי הנאה מחייבי דמים, ומה"ט סובר דהדמים אסורים למחליף, כתב הר"ן בספ"ב דקדושין דלשיטתו מהני הקדושין מחמת דהיא נהנית מהדמים, ולענ"ד נראה לתרץ קושית השעה"מ בפשטות, דהלא בגמ' בכורות פריך על המשנה דקתני המקדש בפ"ח אינה מקודשת דהוא דלא כר"י ודלא כר"ש, ומשני בשני תירוצים או דמיירי לאחר עריפה ומיתוקם לכו"ע או כר"י וכגון דלא שוה אלא שקל אלא ואין פודים בשה פחות משקל כרב"י ייעו"ש.

ולכן בחד מהני גווני אם מכר הפ"ח הדמים מותרים, דהיכא דאינו שוה אלא שקל אז הרי זה איסורי הנאה דאין לו דמים, כיון דאם יפדה לא ישתנה כלום, ומכש"כ למאי דמשני לאחר עריפה דהוי כשאר איסורי הנאה: ועפ"י מה שכתבנו לבאר סוגית הש"ס עפ"י שיטת הרמב"ם מתישב הכל, דלשיטתו לפי המסקנא שורת הדין כן הוא דע"י איסור הפירות עצמם שאסורים על המודר הוא מותר בין בחליפין ובין בגדולין, דבחליפין ליכא טעם לאסור עליו בין אם החליפם המדיר ובין אם החליפם הוא, דאם המדיר החליף אותם ודאי מותרים דאינם תפסי דמיהם, ומטעם הנאה לומר מה לי הן ומה לי דמיהן לא שייך לדידי', דאיזו הנאה היא לדידי' מה שהמדיר לקח החליפין מהאיש שהי' הבעלים עליהם, ואם קנה הפירות האסורים והחליפם ג"כ אינם אסורים דאינו דמיהן כמש"כ וכן בגידולין ודאי מותרים משום דהוי זו"ז גורם הקרקע דהיתר והזרעים האסורים, ובאוסר על עצמו דהחליפין והגדולים אסורים, הוא משום כונת הנודר בלשון זה לאסור גם החליפין והגידולין, ועל עצמו יכול לאסור גם דשלב"ל, אבל כשאוסר על חבירו מספקא לי' לרמב"ח אם יכול לאסור בכה"ג בין החליפין בין הגידולין, דזה פשיט לי' לרמב"ח דבפירות דקל יכול לאסור גם על חבירו, ובדשלב"ל גמור אינו יכול לאסור, אבל גדולי פירות דעיקר הסבה מה שיהי' בעלים על הגדולין הוא עי"ז שהקרקע שלו, אבל בלי הקרקע לא, יש לדמות זה לדשב"ל גמור, או כיון דגם הפירות גורמים לזה, דהרי אם הי' הפירות שלו והקרקע של אחר הי' זוכה ג"כ חלק בהגדולין, וכמש"כ התוס' במס' ר"ה ד' י"ג ע"א ד"ה ולא קציר נכרי יעו"ש דלפי"ז כח הבעלים שלו על הגדולין מחמת הפירות באים, וכן בחליפין אף שתלוי בדעת אחרת שיתרצה בעל החפץ ליתן בחליפי פירות, אבל עיקר הסבה תלוי מחמת הפירות, לכן מספקא לי' לרמב"ח אם בכה"ג יכול לאסור דבר שלא בא לעולם על חבירו, ומאן דרצה לפשוט מהא דמכרן וקדש בדמיהן, הי' סבור לדמותשני ענינים אלו, היינו דאם נאמר דהפירות הם הגורמים לחליפין, כ"כ ראוי לאסור דמי איסורי הנאה שהערלה גרמה לו להדמים שיבואו ברשותו, ומשני דשם אינו דמיהן כמש"כ הריטב"א הנ"ל ולכן פסק הרמב"ם דהוי ספק, ומה שהוסיף הרמב"ם בענין זה דגם באוסר על חבירו בשבועה, הוא עפ"י שיטתו שכ' בפ"ה מה' שבועות ה"ד דאם נשבע ראובן שלא יהנה שמעון מנכסיו ועבר שמעון ונהנה דחייב שמעון, שלא נשבע זה אלא על דבר שהוא ברשותו, ועי' בכ"מ ובמל"מ שם

שחתכו למצוא מקור לזה, אבל עכ"פ שיטתו דעיקר ביסוד הנדרים הוא הכח הרחקה, ולכן הביא כאן גם דין איסור שבועה להורות לנו הטעם מה דיכול אדם לאסור על חבירו גם דשלב"ל, היכא דמה שיבוא לעולם הוא מחמת כח מוקדם שכבר בא לעולם, וכמו שהוא בעלים על מה שיש לו עכשיו, כ"כ כחו ורשותו גם על הדבר הנולד מזה, ולכן כמו דיכול לאסור מה שהוא שלו, כ"כ יכול לאסור מה שיהי' שלו לאחר זמן כיון שיהי' ממילא שלו מחמת קנין הקדום, ולפי"ז אדרבה מסוגיא זו מוכחת שיטת הרמב"ם דאם אסרה אשה מעשי ידי' על הבעל חל הנדר גם בלי אמירת יקדשו ידי לעושיהם, ומתורץ היטב קושית הנקודת הכסף בסי' רל"ד, ושיטת הרמב"ם בזה מזוקקה כמו שבארנו בעזה"י: ואחרי שזכינו לבאר דברי הרמב"ם בפ"ב מה' נדרים נבוא לבאר שיטתו בפכ"ב מה' מכירה, דהנה בדין ההקדש מלבד שהוא נעשה קנין לגבוה ע"י אמירה יש בזה ענין נדר, דאם נהנה מן ההקדש הוא או אחר חייב משום בל יחל כמו דאיתא במס' נדה ד' מ"ו ע"ב, ועי' בר"ן נדרים ד' ט"ו שהוכיח מזה דהמודר עובר בכל יחל יעו"ש.

ולכן כשאומר כל מה שתלד בהמתי יהי' הקדש, אף שלא חל ההקדש שיהי' קנוי לגבוה ולא נחתה על הולד דין קדושה משום דהוא דשלב"ל, אבל לענין נדרים שבארנו דבזה יש הבדל דאם הוא דשלב"ל ממש לא מצי אסר על חבירו, אבל אם מה שיבוא לעולם הוא בא ממילא מחמת הדבר שהי' בעולם בשעת הנדר כפירות דקל ומעשי ידיים, אז מצי אסר גם על אחרים, הנה באומר יהי' הקדש שיש בזה ענין נדר שלא יהנו זרים ממנו, וכל ההשתמשות שבו יהיו מיוחדים רק לגבוה, לענין זה חייל כשיבוא הדבר בעולם שאסור לו ולאחרים להשתמש בזה, להשתמשות זרים מחמת נדרו, וכן באומר יהי' לעניים כ"כ חייל כשיבוא הדבר בעולם שלא להשתמש בזה רק לצורך עניים, ועפי"ז כתב הרמב"ם דאם שכ"מ צוה ואמר כל מה שיוצא אילן זה יהי' לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בו עניים כלו' לענין זה דגם היורשים אינם רשאים להוציא דברים אלו לעצמם בלתי לעניים, מחמת שנדר זה חייל על הדבר כשיבוא לעולם, דהרי גם בשבועה סובר הרמב"ם דיכול לאסור על חבירו אם הדבר הוא ברשותו ובכחו, כמו שהבאנו דהיסוד בדיני הנדרים ושבועות דיכול לאסור על אחרים מה שברשותו דילפינן זה מלהרע או להיטיב, משו"ה אם נדר על פירות דקל או שכר בית שיהי' לעניים חייל הנדר כשיבוא הדבר בעולם אכו"ע משום דענין זה הוא כעין התפסה על החפץ, שנדר שיהי' דבר זה לעניים או להקדש, ולפי"ז דין זה שכ' בה' מכירה הוא דוקא בכה"ג באומר כל מה שתלד בהמתי או מה שיוצא אילן זה, אבל אם נדר כה"ג על דשלב"ל ממש, כגון שדה זו לכשאקחנה תהי' הקדש, לא חייל כלל בכה"ג, דדבר שלא בא לעולם ממש לא חייל רק אם אוסר על עצמו, אבל בכה"ג לא קבל על עצמו כלום ולא אסר אנפשי' רק נדר על החפץ עצמו ודבר זה אינו ברשותו כלל, ובפ"ו מה' ערכין שכתב בנודר על עצמו כגון האומר הרי עלי להקדיש כל מה שתעלה מצודתי מן הים אף שהוא דבר שלב"ל ממש, אבל כיון שנדר על עצמו בלשון הרי עלי אז חייל גם על דשלב"ל ממש, ומשו"ה י"ל דבנידון האומר בפכ"ב מה' מכירה ליכא בל תאחר, דרק בנדר שקבל על עצמו להקדיש או ליתן לעניים, איכא בל תאחר, אבל בנדר שחל עיקרו על החפץ ולא קבל על עצמו כלום ליכא בל תאחר אם לא בצדקה ובהקדש שכבר חייל הקדש לגמרי, ובזה יתישב מה שהעיר בס' לחם משנה שבפכ"ב מה' מכירה לא זכר הרמב"ם בל יחל ובל

תאחר, ובפ"ו מה' ערכין בנדר הרי עלי להקדיש כתב שעובר בבל יחל ובל תאחר: ובזה יעלה כהוגן פסקי השו"ע ח"מ סי' רי"ב דבסעי' ז' העתיק להלכה דברי הרמב"ם מהלכות מכירה הנזכר לעיל, ובסעי' ט' העתיק להלכה דברי תשובת הרא"ש שכ' דאם אמר קרקע זו לכשאקננו יהי' הקדש אינו כלום דאין אדם מקדיש דשלב"ל, אבל אם אמר לכשאקננו אקדישנו או אתננו להקדש הוי עלי' נדר וצריך לקים נדרו, והרמ"א ז"ל כתב בהג"ה בז"ל וזוהי סברת הרא"ש וחולק על הרמב"ם שסובר שאם אמר לכשאקננו יהי' הקדש חייב לקיים דבריו כמו שכתב סברתו בסעי' ז', ודברי המחבר שסתם לעיל כדברי הרמב"ם וכאן כדברי הרא"ש אינו נכון.

עכ"ל.

וכ"ז הוא לפי מה שנקט בשיטת הרמב"ם דבאומר לשון יהי' ג"כ הוא נדר על עצמו שאומר הרי עלי להקדיש, וכן כתב בב"י שם, ולפי"ז קושית הרמ"א קושיא חזקה היא על המחבר, אבל לפי"מ שבארנו דגם הרמב"ם סובר דלשון יהי' הקדש אינו נדר על עצמו, אלא שהוא נדר על החפץ, וסובר דבכה"ג שהדבר שיבוא הוא מחמת דבר שהוא ברשותו אז חייל גם על אחרים, ובזה הוא פלוגתא דהרא"ש ושאר הראשונים עם הרמב"ם, דלהרא"ש וסייעתו גם בדשלב"ל כזה כמו פירות דקל, לא חייל נדרא על אחרים, לפי"ז פסקי השו"ע ח"מ הנ"ל עולים כהוגן דבסעי' ז' פסק דחייל הנדר, משום דכל מה שחשב שם הם כפירות דקל וכיו"ב, אבל בסעי' ט' באומר לכשאקננו יהי' הקדש שהוא דשלב"ל ממש, בכה"ג לא חייל הנדר על החפץ שהוא דשלב"ל ורק אם אומר הרי עלי והוא ממש כשיטת הרמב"ם ובנידון דסעי' ז' פסק כהרמב"ם נגד החולקים עלי' דכן פסק ביו"ד סי' רל"ד כהרמב"ם דבאומרת יאסרו מעשי ידי' על הבעל חייל הנדר, אף שלא אמרה יקדשו ידי לעושיהם, והנה בסמ"ע שם ס"ק כ"ב כתב ג"כ כדברינו לחלק בין פירות דקל האמור בסעי' ז' ובין שדה שאקננו האמור בסעי' ט', ומיישב בזה קושית הרמ"א על המחבר, אבל דבריו אינם מתקבלים כ"כ, דלפי"מ שמפרש דהרמב"ם סובר דבלשון "יהי'" הוא מקבל נדר על עצמו אינו מוכן חילוק זה כיון דאמרינן דבלשון יהי' כלול קבלה לעשות שיהי' כן, למה לא יהני גם בשדה לכשאקננה יהי' הקדש, לומר שמקבל על עצמו לאחר שיקנה יהי' הקדש ע"י שיקדיש אח"כ, ובכלל קשה לי לפירושם בדברי הרמב"ם מה שכ' בה' מכירה שהובא גם בשו"ע ח"מ שם בס' רי"ב דגם באומר יהי' אסור עלי, ולפי פירושם צריך לפרש דמקבל על עצמו לאסור הדבר הזה כשיבוא לעולם, וזה נדר לנדור נדר, ונדר כזה לא מצינו, דבשלימא בנודר עלי להקדיש או ליתן לעניים הוא נדר של דבר מצוה לשמים, וזה יליף הרמב"ם מהכתוב וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך, אבל אם ידור לנדור איסור על עצמו או על אחרים, מהיכא נילף שיהי' חיוב עלי' לקיים נדר כזה, ולפימש"כ כלל הרמב"ם ענין זה להורות דבדבר שבא ממילא חייל נדרא על החפץ כשיבוא לעולם.

אכן מה שכתב בה' מכירה דבאומר שכר בית זה יהי' לעניים שזכו בו עניים, לפי מה שבארנו לכאורה הרי זה דומה להא דמיבעיא לי' לרמב"ח לענין חליפי פירות, דמאי שנא שכר בית משכר פירות, וההבדל בזה נלענ"ד דכל חיוב שאפשר לבוא ממילא בלי רצון ודעת אחרת הוא דומה לפירות דקל, ולכן שכר בית שכל מי שידור בבית יתחייב

לשלם בע"כ הוי כפירות, אבל חליפין שנקנה דבר בעין ע"י הקנאת בעלים הוי דשלב"ל: ועפי"ז נראה לי דשיטת הראשונים שהבאנו בענין האיבעיא אם יש יד בפאה וצדקה דפסקו לחומרא משום ספק של תורה הוא דאזלי בשיטה זו, דבאומר סלע זה לצדקה איכא בזה תורת נדר, וכמו שהבאנו דברי רב האי גאון ז"ל, דסובר דאמירה לצדקה אינו עושה קנין, ומה דמחייב ליתן לעניים הוא מדין נדרים לחוד ולא משום איזה זכות ממון שיהי' בזה תביעת ממון לעניים, ובארנו שענין נדר זה אינו משום שקבל על עצמו לעשות כך וכך אלא הוא ענין התפסה על החפץ, ולשיטת רב האי מוכרח הענין שיש באמירת סלע זה לצדקה ענין נדר כנ"ל, אבל כמו דמפרש הגאון דאיכא בכה"ג נדר של התפסה לצדקה, כ"כ נוכל לפרש גם לשיטת הראשונים ז"ל דסברי דאמירה לעני עושה קנין דסברי כ"כ בזה כשיטת הגאון דאיכא כ"כ ענין נדר והתפסה, ומה"ט מהני מתפיס בצדקה באומר זה כזה, ולפי"ז באומר סלע זה לצדקה אם הוציא לדבר אחר, הרי מלבד גזל עניים שבזה איכא גם איסור נדרים, וכן איסור של בל תאחר דכיון דמחויב לקים נדרו להוציא בעד עניים ממילא איכא גם בל תאחר, דרק היכא דפטור מלשלם ליכא בל תאחר, דמש"כ בנתיבות בכללי תפיסה דבספק צדקה איכא בל תאחר, אינו מובן דאם ליכא איסור אחר המחייבו לקים נדרו ליכא בל תאחר, וכמש"כ בתשו' מהרי"ט הבאנו דבריו לעיל בפיי"ט ומשו"ה פסקו דבספק אזלינן לחומרא דספק דאורייתא הוא, ול"ד לספק מעשר עני דפטור מדין המע"ה דהתם ליכא נדר כלל דחויבא מחייב מדין מתנות עניים, ואין זה בכלל בפיך זו צדקה ואין זה דבר הנדור ולכן אין בזה רק דין ממון עניים, וכל שהוא מדין ממון פטור בספק משום המוציא מחבירו עליו הראיה מלבד היכא דאיכא משום עני ורש הצדיקו שהוא ג"כ מדין ממון, ונראה לענ"ד דלפי"ז בספק פאה ג"כ פטור כמו המעשר עני, אכן מה דפסק הרשב"א בספק של יד לפאה דאזלינן לחומרא הוא משום דמה שרוצה להוסיף על הפאה שהניח תחילה הוא ענין צדקה, כיון דמדינא ה"ל סגי בפאה שהניח אוגיא הראשונה, ועל הפאה השני' אף שגם על זו דין פאה הוא, כמו דאמרינן שם בנדרים ד' ו' ע"ב דיכול לעשות כל שדהו פאה, אבל פאה זו ג"כ צדקה הוא, ועי' ר"ן שם ד"ה יש לצדקה שכתב דפאה זו מישך שייכי קצת לצדקה מחמת שהוסיף על האוגיא הא' שהיתה בזה לשיעור פאה יעו"ש.

ומשו"ה ספק זה הוא כספק צדקה דאזלינן לחומרא מחמת דין נדרים, וכן מוכח לענ"ד מהא דאיתא במס' חולין ד' קל"ד כי אתא רבין אמר קמה אקמה רמי לי', ופירש"י מתניתא אחריתא אשכח לר"מ דפטר בקמה של גר ספק נקצרה קודם שנתגיר ספק משנתגיר ורמי' אהא דקתני ספק לקט לקט ושני לי' בלשון בן אגרא אני שונה אותה עכ"ל.

ובירושלמי דפאה פ"ד ה"ה מביא אותה ברייתא דבקמה של גר פטור בספק פאה, וע"ז משני משום דלקט בחזקת חיוב קיימא ובגר בחזקת פטור, היינו דרק היכא דבחזקת חיוב קיימא ע"ז נאמר עני ורש הצדיקו יעו"ש. ובחלה דאיכא ספק איסורא גם בגר אזלינן לחומרא, הרי להדיא דבספק פאה היכא דליכא משום עני ורש הצדיקו פטור מספק ככל ספק ממון, ומזה סתירה גלוי' על דברי נה"מ שכ' בכללי תפיסה סעי' ב' דספק לקט הוא לחומרא משום בל תלקט יעו"ש.

ולכן נלענ"ד דבספק פרה בכה"ג דכתב הרשב"א באיבעיא דיש יד הוא משום ענין צדקה דהרי מוסיף לעניים מה דליכא חיוב ומה"ט גופא כתבנו לעיל בפ"ט דלית בזה משום עני ורש הצדיקו, משום דמה שמוסיף על עיקר החיוב ליכא בזה דין עני ורש הצדיקו יעו"ש: והר"ן ז"ל דלא סבר כן ונקט בצדקה ובפאה שהוא רק ספק ממון לחוד, נראה לי דסובר דאף דעניני צדקה ודאי יש בהם ענין נדרים, וכמו דכתב הרמב"ם להדיא בריש פ"ח מה' מתנות עניים, הצדקה הרי היא בכלל הנדרים, וכן כתב רב האי ז"ל, אבל כוון דבע"כ התפסת הנדר על סלע של צדקה אינו כהתפסת הקדש, דבהקדש איכא דין קדושה לעולם על החפץ, אבל בצדקה לאחר דאתי ליד עני, בודאי כלתה ההתפסה, דהרי נעשה ממון העני ויכול להוציא על כל מה שיחפוץ, ואם יגזול עשיר ממנו בודאי ליכא בזה רק דין גזל לחוד, כשאר גזל דעלמא, לכן י"ל דמיד שקנו העניים ע"י אמירה אף דלא אתי ליד עני מיוחד, ג"כ כלה דין הנדרים, ורק לשיטת רב האי גאון ז"ל דאמירה לצדקה אינו קנין כלל, אז איכא על הסלע שהתפיס דין נדר, דאסור להנפוקי להשתמשות אחרת, אבל אם זכו עניים מדין קנין כבר נעשה ענין האנפוקי זאת שיצא מרשות בעלים ונשלם בזה ענין ההתפסה והנדר, משו"ה כל ספק שיפול בזה הוא ספק ממון לחוד, ולפי"ז אין מחלוקת הר"ן והרשב"א תלוי בזה אם אמירה לצדקה עושה קנין או לא, אלא דפליגי רק בזה עד מתי שייך ענין התפסת הנדר על סלע של צדקה, דלהרשב"א י"ל הוא עד דאתי ליד עני פרטי, ולהר"ן רק עד שזכו בו עניים בכלל ותו לא, ומה"ט ניחא לי בהא דכתב הרמב"ם דמתפיס בצדקה הוא כצדקה כדין הנדרים, דלכאורה הוא נגד שיטת הר"ן, ולפימש"כ ניחא דבעיקרו קמתפיס ובעיקרו של צדקה הוא התפסת חפץ לתשמיש צדקה לכו"ע: אמנם בש"ך יו"ד סי' רנ"ט סק"ד הקשה מדברי הרשב"א הנ"ל ממש"כ הרשב"א בתשו' רנ"ו דבספק צדקה אזלינן לקולא ונשאר בצ"ע, ומש"כ בתשו' מהרי"ט ח"ב סי' קכ"ד ליישב דברי הרשב"א דבפ"ק דנדרים מיירי באומר הרי עלי יעו"ש.

זה דבר תמוה לענ"ד, ולהלכה מביא בפ"ת שם בסי' רנ"ט סק"י דברי החסת"ס להכריע כשיטת הסוברים דאזלינן לחומרא, ומחלק בין נודר על עצמו לבין היורשים, ולפימש"כ שאם איכא דין נדר בצדקה של הרי זו אין חילוק בין הנודר לבין אחרים שהנדר חל על החפץ, ולכן דברי הרמ"א שם צ"ע, וכן דחה דבריו הש"ך ובביאור הגר"א שם, אמנם מה שהקשה שם בש"ך מפסקי הרא"ש אהדדי דבפ"ק דנדרים פסק בספק דיש יד לצדקה דאזלינן לחומרא משום דהוי ספק איסור, ובפ' מי שמת בשכ"מ שהקדיש או חלק לעניים או הפקיר כל נכסיו דמסיק הש"ס בתיקו כתב דלא מבטלינן המתנה משום ספק אומדנא, ומתריץ הש"ך דמשום הפקר כתב כן, דהפקר לכו"ע ספיקו לקולא, ובתשו' חת"ס רצה לדחות זה דגם הפקר מטעם נדר הוא, ואנכי לא אבין קושית הש"ך דהרי בהקדש ודאי איכא איסור מעילה, ולענ"ד נראה דלק"מ דהרי הרא"ש סובר דמדין ודאי חל ההקדש והצדקה וההפקר, ואיך יכתוב הרא"ש דחייב לקים הנדר מספק, וחילוק גדול איכא בין ספק לודאי לכמה דינים, ועוד חילוק גדול בזה דמדין ספק הוא רק דין איסור, ומדין שכ' הרא"ש הוא דין זכית ממון, ונפ"מ לענין תערובות דאם נתערב כל אסורים בטלים ברוב, וממונא לא בטיל וכן נפ"מ לענין כפית ב"ד כמש"כ בתוס' רב האי שהביא בעל המאור בפדו"ה.

אכן הרמב"ם בפ"ט מה' זכי' ומתנה פסק בכולהו דאם עמד חוזר, ונראה שהוא עפ"י מש"כ בנמ"י שם, דלענין איסור הוא נאמן על עצמו דלא נתכון רק אם ימות, ולענין ממון אזלינן בתר חזקת מ"ק. נלענ"ד בענין זה: פרק כא הנה נתבאר בדברינו דלכל השיטות איכא תורת נדרים בין בהקדש ובין בצדקה, אלא דלשיטת הר"ן באומר סלע זו לצדקה ונעשה ממון עניים כבר נתקים הנדר כיון שיצא הכסף מרשות בעלים כבר עבר השמוש לצורך עניים, ומשו"ה מכאן ואילך כל ספק שיפול בזה הוא ספק ממון לחוד, ולשיטת הרשב"א וסייעתו המשך התפסת הנדר על החפץ עד דאתי לרשות זוכה של עני פרטי, ומשו"ה לדידהו כל ספק בזה הוא ספק איסור ג"כ, ומעתה ראוי לברר לכל השיטות דין החזרה באמר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום וחזר בו קודם ל' אם מהני חזרתו לבטל שלא יחול חלות הצדקה בהגעת הזמן, וכן אם חזר בתוכ"ד לאחר אמירתו, דבהשקפה ראשונה ראוי לומר דעניני החזרה שייכים רק בדברים הנעשים ע"י אדם, כענין הקנאה, גירושין, וקדושין, ומקח וממכר וכל כה"ג, שחלות הדבר בא ע"י מעשה או דרוב של הבעלים, אבל דיני הנדרים שחלות הדבר הוא איסור תורה לכאורה לא שייך בזה ענין חזרה, שיסוד ענין זה הוא משום הכלל דאתי דבור ומבטל דבור, ואם הזהירה תורה את האדם שישמור את מוצא שפתיו ולא יחל דברו, במה יותר איסור זה אם חזר בינתיים לומר שאינו רוצה לקים נדרו, ונבאר ראשונה דיני החזרה בתוכ"ד: ובס' מחנה אפרים ה' נדרים סי' י"ב העיר בענין זה, אבל לא ביאר הענין כראוי לענ"ד וז"ל, תשובה ראיתי מ"ש מר ששמע שמהרש"ם ז"ל הורה שהנודר נזירות בתנאי אם אעשה ואם לא אעשה דכ"ז שלא חל הנזירות יכול לחזור בו ולבטל הנזירות דאתי דבור ומבטל דבור, וכדאמר ר"י במס' קדושין גבי מקדש את האשה לאחר ל' יום, חתוך ל' יום יכול לחזור בו, אלו דבריו, ואני שמעתי ולא אבין דמה ענין קדושין לנדרים, דנדרים שאני דנדר קביל עליו וחייב לקים דבריו, והכי מפורש בהדיא בפ"ד, גבי האומר שור זה הקדש לאחר ל' יום דאינו יכול לחזור תוך ל' יום משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ופי' הרא"ש ז"ל וחייב לקים דיבורו משום מוצא שפתיך תשמור, ולא מצי למיהדר, וכן מבואר מדברי הרמב"ם ז"ל בפכ"ב מה' מכירה שהנודר ואמר מה שתלד בהמתי יהי' הקדש אינו יכול לחזור בו ואעפ"י שעדיין לא חל ההקדש, ואפי' למה שכתב הר"ן ז"ל שם בשמעתין בנדרים משם הרשב"א דאפשר דהאומר יהא זה הקדש לאחר ל' יום דיכול לחזור עכ"ל.

ע"כ לא אמרה אלא באומר שור זה יהא הקדש לאחר ל' יום שהוא לא חייב עצמו בלשון לומר נדר אקדישנו, הילכך כ"ז שלא חל הקדש יכול לחזור, אבל במחייב עצמו בלשון נדר שאמר אתן או אקדישנה הרי זה מחויב לקים דבורו ואינו יכול לחזור וזו היא סברת הראב"ד שם בפכ"ב מה' מכירה יעו"ש.

כלל העולה דברשמקבל עליו בלשון נדר שוב אינו יכול לחזור בו ובפ' בתרא דנדרים ד' פ"ט אמרינן, שהוא גברא ליתסרו פירות עולם עלי אי נסיבנא איתתא כי לא גמירנא הילכתא לא סליק בידי' אתא ר' אחא ושבשי' טינא וכו', אלמא דאעפ"י שלא חל עדיין הנדר לא הי' יכול לחזור בו, ובפ"ב דנזיר נמי אמרינן הריני נזיר לאחר כ' יום ומעכשיו נזיר סתם מהו מי חייל עלי' נזירות שני או לא, מי אמרינן כיון דאפשר לאיתשולי אנזירות שני מהשתא יחול הנזירות בתרא, את"ל הכי אמר הריני נזיר שמשון לאחר כ' יום דיכול לחזור עכ"ל.

יום ומעכשיו נזיר סתם הכא ודאי לא מצי לאיתשולי, ואי ס"ד דכ"ז שלא חל הנדר יכול לחזור בו משום דאתי דבור ומבטל דבור, א"כ נהי דבנזירות שמשון לית' בשאלה מ"מ הא יכול לחזור בו ולעקור הנזירות.

עכ"ל הצריך לענינו. והנה מה שמוכיח מדברי הרמב"ם פכ"ב מה' מכירה דאינו יכול לחזור לא אבין דבריו, דהלא הרמב"ם לא חדש בדברי' כלום לענין דין חזרה קודם שבא לעולם, ואדרבה הלא מדבריו נראה דכיון דיש בזה ענין נדרים חייל גם על דבר שלא בא לעולם, כמו כל מה שתלד בהמתי יהי' הקדש, אבל לענין חזרה י"ל דלא עדיף מלמ"ד דסובר אדם מקדיש דשלב"ל, דסובר דעד שלא בא לעולם יכול לחזור בו, ורק באומר מעכשיו כתבו כמה ראשונים דמהני מעכשיו לענין זה דלא מצי חזר בו קודם שבא לעולם, ושיטת תוס' בב"מ ד' ט"ז ע"א ד"ה קנוי', דאף למ"ד אדם מקנה דשלב"ל, יכול לחזור בו קודם שבא הדבר לעולם אף באומר מעכשיו יעו"ש.

וכן מה שמוכיח מדברי הרא"ש בפ"י שכ' בהקדש לאחר ל' דלא מצי הדר בו דאמירנן בגמ' משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, דהוא משום דחייב לקיים דבריו כאילו נדר דכתיב מוצא שפתיך תשמור ולא מצי למיהדר בי' עכ"ל. לכאורה אינו מובן דהרי אם חזר בו בטל ההקדש, לכאורה, מה שהקדיש מתחילה, ואם נאמר דאיכא חיוב עליו מחמת נדר להקדיש פעם שני, זה ודאי אינו, דהרי לא קבל על עצמו להקדיש, ושיטת הרא"ש היא דבאומר יהי' הקדש לא חל עליו שום נדר להקדיש, אלא באומר אקדישנו, כמו שהובא שיטתו בטוש"ע ח"מ סי' רי"ב, ומלבד זה בגמ' דנדרים משמע דלא מהני חזרתו כלום ובהגיע זמן ל' יום חייל ההקדש ממילא, ולומר בכונת הרא"ש דאסור לחזור כדי שלא יתבטל ההקדש גם זה רחוק, דהרי אמרינן דלא מצי לחזור, ועוד איזה איסור יהי' בזה אם עושה תחבולה שיתבטל ההקדש אם התחבולה הוא דבר מועיל, וע"כ נלענ"ד דכונת הרא"ש בזה הוא על הדרך שפי' הרשב"א שם בחי', שכתב דמה דאמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט לענין חזרה הוא, דחשיב אמירה זו כמעשה, כיון דאלימא דמהני אמירה כמסירה אלימא נמי למיהוי כמעשה דלא אתי דבור ומבטל מעשה יעו"ש.

והרא"ש ביאר ענין זה דמשו"ה אלים הדבור דכיון דמה שהוא אומר לגבוה הוי כאילו נדר דחייב לקים מוצא שפתיו, משו"ה אלים הדבור דלא מצי חזר בי', ולפי"ז גם להרא"ש י"ל דסברת הש"ס בזה הוא רק למאן דמתרץ אליבא דבר פדא וכמש"כ הרשב"א והר"ן דאפשר דלמאן דפליגי שם וס"ל דקדושת דמים פקעה בכדי דלא איצטריך לשנויי הני סברי דבאומר הרי זה הקדש או צדקה לאחר ל' דמצי חזר בו: אמנם הראיות שמביא בס' מח"א מפ' בתרא דנדרים ד' פ"ט ומפ"ב דנזיר מוכח להדיא דבנזירות וקונמות אם נדר ונזר לאיזה זמן דאינו יכול לחזור בו בלי התרת חכם, ובמקדיש עולה לאחר ל' מוכח מהגמ' דהטעם דלא מצי הדר בו הוא משום אמירה לגבוה, והש"ס משני זה אליבא דבר פדא, ומטעם זה כתבו הרשב"א והר"ן דאפשר דלמאן דפליגי על בר פדא סובר דבהקדש יכול לחזור, והרי הקדש ג"כ נדר הזא, ואם נאמר דעיקר ההבדל בזה בין אם נדר על עצמו ובין אם נדר על החפץ, וכמו שנראה מדברי המח"א, אכתי אינו מספיק חילוק זה דהרי בקונמות שאוסר על עצמו הוא ג"כ איסור



חפצא, ועוד דבאוסר על אחרים ג"כ לא שמענו שיכול לחזור קודם חלות הנדר, לכן נלע"ד דענין זה מתבאר עפ"י עיקר היסוד מה דאמרינן אתי דבור ומבטל דבור, דהנה מה דמצינו בגמ' בענין זה הוא לענין גיטין וקדושין לאחר ל', ולענין מחשבה להחשיב כלי לענין קבלת טומאה וכן לענין שליחות, דבענינים אלו נקטו חז"ל דאם עשה או דבר שיתחדש דבר לאח"ז שקודם שהותחל הדין בפועל יכול האדם לחזור ולבטל שלא יפעול הדבור הקדום או המעשה שעשה, וכ"ז הוא בענינים אשר נוכל להחשיבם למעשה אדם שנתנה תורה הכח והיכולת להאדם לקדש ולגרש ולמנות שליח שיהי' כמותו שיועילו מעשיו, ועל ענינים כאלה נקטינן דכ"כ יכול האדם ע"י דבור או מעשה לעקור ולבטל מה שהכין ע"י מעשיו להועיל לאחר זמן, כ"ז שהם נחשבים כדבור, עד שלא הותחל הענין לחול בפועל, ובעניני הנדרים נ"ל שאינם חשובים מעשי האדם כ"כ דהנה אם אדם אוסר על עצמו או על אחרים בקונם, ובאיסור, מה שאיסורו מועיל שחל איסור תורה לא נוכל לחשוב שהאדם פעל זה דענין איסורים הוא אזהרת התורה, שכן הוא רצון התורה להזהיר ולאסור מה שהבעלים אמרו ורצו לאסור, ולפי"ז לא שייך כ"כ לומר דאם חזר בו קודם חלות האיסור שיתבטל הדבור הקדום שלא יחול איסור תורה, כיון שכן הוא דין התורה שע"י שאמר בלשון נדר ממילא מוכרח האיסור, שהוא אזהרת התורה לבוא, ואיך יעקור האדם ענין זה ע"י דבור שני, ורק על ענין כזה נתנה תורה הכח התרה להתיר למפרע לעשותו כעין נדר בטעות, אבל ענין חזרה שהוא מכאן ולהבא לא שייך כ"כ בעניני הנדר.

ובעניני הקדש וצדקה שהוא ענין התייחדות שמיחד את השתמשות החפץ לגבוה או לעניים, בזה שייך ענין חזרה קודם שחל הענין. כמו בקדושין וגרושין, דענין זה שנעשה החפץ מיוחד לדבר זה הוא כמו התייחדות של כלי דמועלת המחשבה היינו הדבור, להחשיב שדבר זה הוא מיוחד לתשמיש זה, ועי"ז חשוב כלי לקבלת טומאה, ומשו"ה אמרינן בגמ' דאי לאו האי טעמא דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוי מצי חזר בו, ובזה י"ל דלמאן דלא סבר לי' כבר פדא סובר דבהקדש לאחר ל' יכול לחזור קודם ל' ואף דבהקדש איכא איסור אכו"ע, כמו בקונמות, והאי איסור חשבינן שהוא בא מחמת הנדר דמשו"ה מתפיסו בנדר, ועיקר קונם יש סוברים שהוא דוקא התפסה בהקדש, אבל באמת מה שאוסר על כל העולם בהקדש הוא עי"ז שמיחד ההשתמשות לגבוה וממילא הוא מרחקו מהנאת זרים, אבל אינו עושה בזה שני ענינים נפרדים, היינו ליחודו לגבוה ולאסור על כל העולם, אלא ממילא איכא בהקדש שני ענינים אלה, ואם יבוטל ענין ההתייחדות ממילא יבוטל גם האיסור לזרים, ומה"ט קדשים שמתו יצאו מידי מעילה, כיון דליכא בהם שום תועלת להשתמשות לגבוה בטל ההקדש, ולכן אף שחשבינן שהאיסור שנאסר על העולם הוא דבר הנדר, ולא דמי לתרומה, שכתב הר"ן דלהכי אינו מתפיס בתרומה דחשבינן מה שנאסר לזרים הוא דבר האסור, מ"מ עיקר המעשה שעושה האדם בהקדישו לשמים הוא ההתייחדות לתשמיש גבוה, וזה ענין מעשי האדם, וקודם שחל הענין יכול לחזור שלא יועיל הדבור וכן הוא בצדקה לעניים ולכן בצדקה תלוי בזה אם נאמר דגם בצדקה הוא כאמירה לגבוה לענין זה שלא יוכל לחזור דאלים הדבור כמעשה, אינו יכול לחזור בו, ואם נאמר דלעניים אינו כאמירה לגבוה, ורק התייחדות ע"י נדר לתשמיש עניים שפיר מצי הדר בו קודם שחל הענין: ולענין נזירות

נלענ"ד שהוא ג"כ כעין נדרים לענין זה ואף שבתשו' מהרי"ט הובא בס' אבני מלואים בתשו' סי' כ"ב העלה דנזירות הוא ענין קדושת הגוף שמקדיש את גופו על ענין זה וממילא אסרתו תורה ביין ובתגלחת, ובס' אבני מלואים בנה על יסוד זה שמה"ט חשיבי אסורי נזירות כלאו שאינו שוה בכל כאיסורי כהונה, יעו"ש, ולפי"ז הי' ראוי לומר דמהני חזרה קודם שחל הנזירות, אבל לענ"ד אין דבריהם מחוורים בענין זה דהנה מהא דאמרינן במס' נדרים ד' י"ז דנזירות חלה על נזירות באומר הריני נזיר היום הריני נזיר היום ומכש"כ שתי נזירות בב"א, מוכח דאינו ענין קדושה דאל"כ איך שייך קדושה על קדושה, אלא נראה שהוא ענין נדר וקבלה על עצמו להתנהג בפרישות של נזירות, שהוא לא לשתות יין ולא ליטמא למתים וכן בתגלחת, ומשו"ה אם נדר שתי נזירות בב"א חייב לקים שתי נזירות, היינו זה אחר זה, דהרי שתי נזירות קיבל עליו, ובמ"א הארכתי בזה ולכן לענין חזרה אינו ענין לדיני הקדשות, דכל ענין שאדם מקבל על עצמו והתורה הזהירה אותו שישמור מה שנדר, אי אפשר לבטל דבור זה בשום פנים, אם לא ע"י שאלה והתרה, וכן נראה מדברי המח"א שהבאנו שנקט שענין נזירות הוא קבלה על עצמו להתנהג כן, ולפי"ז עלה לנו בענין זה דבצדקה והקדשות שייך ענין חזרה בתוך ל' מלבד אם נאמר דאמירה לגבוה אלים, אז אינו חוזר מטעם דהוי כמעשה ולא אתי דבור ומבטל מעשה, ובאיסורים שאוסר על עצמו או על אחרים לא שייך חזרה משום שחלות הענין אינו נעשה ע"י מעשה האדם אלא אזהרת התורה, ובנזירות שהוא ענין אחר לא כהקדש ולא כקונמות, אלא קבלת נדר להתנהג בנזירות כענין קבלת תענית, לא שייך ענין חזרה ג"כ מה"ט, שחלות הדבר הוא אזהרות התורה לקים נדרו להתנהג בנזירות, ורק בהקדש וצדקה שהוא התייחדות החפץ לענין זה שע"י מעשה האדם החפץ מתקדש שייך חזרה כבקדושין וגירושין ומעתה אם יהי' איזה משמעות מדברי הרמב"ם בפכ"ב מה' מכירה דבאומר כל מה שתלד בהמתי יהי' הקדש, דלא מצי הדר בו קודם שבא לעולם כמו שהוכיח בס' מח"א שהבאנו הנה גם עפ"י דברינו ראוי לומר כן, דהרי באומר יהי' הקדש אינו חל אח"כ הקדש ממש, וכמו שכתב הרמב"ם להדיא, דאינו מתקדש משום דהוי דשלב"ל, רק חל נדר שיהי' הדבר להקדש ונדר זה הוא על החפץ שיהי' כן וממילא כל מי שהדבר בידו מחויב לעשות כן שיהי' הקדש, והרי גם בשבועה אם נשבע שלא יכנוס ראובן בביתו כתב הרמב"ם דאסור לראובן לכנוס, ומה"ט בשכ"מ שצוה על פירות אילן מחויבים היוורשים ג"כ לקים, וגם אם ימכרו הפירות לאחרים יהי' הלוקחים מחויבים לקים ענין זה, ומשו"ה בכל כה"ג לא שייך חזרה: ולכן יש מקום לומר דבאומר הרי זה עולה לאחר ל' יום דכתב הרא"ש בפ"י לנדרים דלא מצי הדר בי' משום ענין נדרים דכתיב מוצא שפתיך תשמור, דסובר ג"כ דכל שאומר יהי' כן הוא נדר, אבל אינו נדר על עצמו כלום דהרי הרא"ש כתב להדיא דבאומר על דשלב"ל לא מהני כלום, ופליג בזה על הרמב"ם הובא שיטתו בחו"מ סי' רי"ב, דאם הי' איזה נדר על עצמו מהני גם בדשלב"ל כמו שכתב שם להדיא דאם אומר אתננו להקדש או אקדישנה חייב לקים דברי' גם בדשלב"ל אלא דסובר כיון שנדר זה הוא על החפץ שיהי' כן, סובר דכל שעושה איזה ענין על החפץ לא מהני בדשלב"ל, וכמו בקונמות באוסר על חבירו דלא מהני גם באוסרת מעשי ידי' על הבעל אם לא באומרת יקדשו ידי לעושיהם, ולפי"ז שורת המחלוקת דהרמב"ם והרא"ש הוא רק אם פירות דקל ומעשי ידים חשיבי דשלב"ל

לענין נדרים שחלים על החפץ לענין שיחול גם על אחרים, אבל בענין זה כשאומר יהי הקדש דאיכא בזה ענין נדר, סובר גם הרא"ש שהוא נדר, ומשו"ה י"ל דבאומר הרי זו עולה לאחר ל' דמלבד מעשה הקדש שעשה שיחול לאחר ל' עשה נדר בזה על החפץ שיהי' כן ואם חזר קודם ל' וגם לא הקדיש פעם שני נמצא עובר על נדר זה, דהרי נדר זה הוא על חפץ שבא לעולם, וחייל הנדר ולכן אף דיכול לבטל עיקר ההקדש שלא יחול לאחר ל' ע"י החזרה דאתי דבור ומבטל דבור אבל מדין הנדר שכלול באמירתו לא מצי הדר בי', דבאמת מה דאמרינן אתי דבור ומבטל דבור אין הכונה בזה שנעקר הדבור הקדום, כמו דחשבינן עקירת הדבור בהתרת חכם, אלא שעושה עכשיותחבולה חדשה שלא יוכל לפעול הדיבור הקודם מה שהכין ע"י הדבור שיפול ויועיל, ומשו"ה מה שעשה עכשיו בחזרתו שלא יהני הדבור ולא יתקדש החפץ בהגעת הזמן אינו מגרע כלום מה שהי' פועל הדבור שיהי' דין נדר על החפץ שיהי' עולה, וחייב לקיים דברו עכ"פ.

אמנם לשון הש"ס דאמרינן משום אמירה לגבוה הוא דוחק לפי"ז, אם לא נפרש כמש"כ לעיל דמה"ט כיון דלא אפשר לגמרי לבטל הדבור, משום דעכ"פ מוכרת לקיימו, מה"ט הוא אלים כמסירה להדיוט ולא מצי הדר בי' כלל, והרשב"א והר"ן שכתבו דאפשר דלמ"ד דפליג על בר פדא יכול לחזור בהקדש וצדקה קודם שחלו, נראה דסברי דבכה"ג שלא קבל על עצמו כלום רשאי לחזור בו, דאף דהרשב"א סובר דבספק אם מועיל או לא הוי ספק נדר, הוא רק משעה דחייל הוי נדר על החפץ לאנפוקי בצדקה עי"ז שנתיחד באמירתו חפץ זה להשתמשות של צדקה, אבל אם חוזר בו ומבטל את התיחדות זו אינו עובר על נדרו בזה כלום, ומש"כ בס' מח"א בס' הנ"ל וכן כתב להדיא בה' צדקה סי' ד' בטעמא של הרא"ש דסובר דהוי נדר על עצמו, כאילו נדר ואמר אתן דבר זה להקדש, דבר' תמוהים בזה דהרי שיטת הרא"ש בכה"ג דלא הוי כאומר אתן, כמו שכתב הטור בחו"מ סי' רי"ב.

ודבריו מתפרשים רק עפ"י הדרך שכתבנו: פרק כב ועפ"י הכללים שבארנו לחלק בין נדרים ונזירות להקדשות וצדקה לענין חזרה בתוך ל' יתבאר לנו ענין חזרה של תוכ"ד, עפ"י שיטת הרמב"ם הרע"ב והתוס' שתמה עליהם הש"ך, דגרסינן בתמורה ד' כ"ה האומר ולדה של זו עולה והיא שלמים דבריו קיימים, היא שלמים וולדה עולה ה"ז ולד שלמים דברי ר"מ, ר"י אומר אם לכך נתכון מתחילה וכו' ואם משאומר שלמים נמלך ואמר ולדה עולה ה"ז ולדה שלמים, ופריך ע"ז בגמ' נמלך פשיטא אלא כל אימת דבעי מימלך, אמר רב פפא לא נצרכא אלא שאמר בתוכ"ד, מהו דתימא תוכ"ד כדבור דמי והאי עיונא היא דקמעין קמ"ל עכ"ל הש"ס.

והרמב"ם בפט"ו מה' מעה"ק כתב בזה"ל האומר ולדה של זו עולה והיא שלמים דבריו קיימים היא שלמים וולדה עולה אם לכך נתכון דבריו קיימים ואם אחר שגמר בלבו והוציא בשפתיו שתהי' שלמים חזר בו ואמר וולדה עולה אעפ"י שחזר בו תוכ"ד הרי ולדה שלמים שאין חזרה בהקדש ואפי' בתוכ"ד, עכ"ל וכ"כ הרמב"ם בפ' המשנה בתמורה שם וז"ל ואמר ר' יוסי ה"ז שלמים ואח"כ נמלך וחזר ואמר ולדה עולה, ואעפ"י שהוא תוכ"ד אין סומכים אלא על דבור הראשון, לפי שהעיקר בידינו תוכ"ד כדבור דמי זולתי במקדיש, ומימר, ומגדף, ועכו"ם, ומקדש ומגרש, ואילו ששה דברים הוציא אותם

בגוף הש"ס מקדיש ומימר הרי נתבאר במקום הזה ובסוף נדרים הוציאו מגדף ועכו"ם מקדש ומגרש עכ"ל.

וכן פסק בה' תמורה בספ"ב דאם אמר הרי זו תמורת עולה וחזר בתוכ"ד ואמר הרי זו תמורת שלמים דהוי תמורת עולת והוא מפלוגתא דר"מ ור"י בתמורה שם, וכן כתבו בתוס' במנחות ד' פ"א ע"ב ד"ה תודה דלא מהני חזרה בהקדש אף תוכ"ד, וכתבו הטעם בזה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, והש"ך בח"מ סי' רנ"ה כתב וז"ל אבל תמהני מאד על הרמב"ם והברטנורה והתוס' דאישתמיטתהו ש"ס ערוך בפ' מרובה ד' ע"ג ע"ב דפליגי התם רבנן ור' יוסי גבי עדות וקאמר התם בש"ס אלא בתוכ"ד כדבור דמי קמיפלגי, רבנן סברי תוכ"ד לאו כדבור דמי, ור' יוסי סבר תוכ"ד כדבור דמי, וסבר ר' יוסי תוכ"ד כדבור דמי, והתנן הרי זו תמורת עולה ונמלך ואמר תמורת שלמים הרי זו תמורת עולה, והוינן בה נמלך פשיטא, ואמר רב פפא נמלך בתוכ"ד קאמרינן, אמרי תרי תוכ"ד הוו חז כדי שאילת תלמיד לרב וחז כדי שאילת רב לתלמיד כי לית לי' לרב יוסי כדי שאילת תלמיד לרב שלום עליך רבי ומורי דנפיש, כדי שאילת רב לתלמיד שלום עליך אית לי', ע"כ הרי להדיא דבהקדש ומימר דינו כשאר דברים דהא פריך מהתם לעדות ומשני דתרי תוכ"ד הוו וכו' ואין ספק דאשתמיט לכולם הש"ס דמרובה הנ"ל שהבאתי, ונ"ל לענין דינא הקדש כשאר דברים כן י"ל ברור עכ"ל: ובקצוה"ח סי' רנ"ה כתב לתרץ שיטת הרמב"ם והתוס' דדחו מהלכה סוגיא זו דמרובה, עפ"י מה דאסרתא במס' נזיר רפ"ב בהא דתנן הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה ב"ש אומרים נזיר וב"ה אומרים אינו נזיר, ואמרינן שם בגמ' דב"ש סברי כר"מ דאמר אין אדם מוציא דבריו לבטלה, וב"ה סברי כר"י דאף בגמר דבריו אדם נתפס והאי נדר ופתחו עמו הוא, וב"ש נמי האי נדר ופתחו עמו הוא, אלא ב"ש סבר לה כר"מ דאין אדם מוציא דבריו לבטלה, וכיון דאמר הריני נזיר הו"ל נזיר, כי קאמר מן הגרוגרות ומן הדבילה לאיתשולי הוא דקאתי, וב"ש לטעמייהו דאמרי אין שאלה בהקדש, וכיון דאין שאלה בהקדש אין שאלה בנזירות, וב"ה סברי כר' שמעון דאמר שלא התנדב כדרך המתנדבים, וכתבו בתוס' שם לאיתשולי הוא דקאתי לאו דוקא לאיתשולו דהא לא בא בשאלה אלא מתחרט וחוזר בו כאדם שבא לשאול על נדרו לחכם מחמת חרטה שהחכם מוציא לו פתח חרטה והוי נדר טעות ובטל, ומבואר מסוגיא דנזיר דכל היכא דלא מהני שאלה לחכם, ה"ה דלא מהני חזרה תוכ"ד, דהא טעמא דב"ש דלא מהני חזרה תוכ"ד משום דסברי אין שאלה בהקדש, ומשום דחזרה תוכ"ד לא משווי דבור קמא אלא כמו דבור בטעות, וכיון דסברי ב"ש הקדש טעות שמי' הקדש ולא מהני שאלה, ה"ה תוכ"ד לא מהני, וכן מוכיח מלשון הרמב"ם פ"ב מה' שבועות הי"ז שכתב בזה"ל מי שנשבע והי' פי' ולבו שוים בשבועה ואחר שנאסר חזר בו בתוכ"ד כדי שיאמר שלום עליך רבי ומורי ואמר אין זו שבועה או נחמתי או חזרתי וכיוצא בדברים אלו שענינם שהתיר מה שאסר הרי זה מותר ונעקרה השבועה שזה דומה לטועה, עכ"ל, והרי מבואר דחזרה תוכ"ד אינו אלא משום דהו"ל טעות, וכיון דקיי"ל דאין נשאלים על התמורה דתמורה חלה בטעות דדרשינן יהי' לרבות שוגג כמזיד, ועיקר טעמא דב"ש דס"ל ההקדש טעות שמי' הקדש הוא משום דילפי תחילת הקדש מסוף הקדש, וכן פסק הרמב"ם פ"ד דנדרים דאין נשאלים על התמורה וכן פסק בפ"א מה' תמורה במתכון לומר תמורת עולה ואמר

תמורת שלמים דהוי תמורה ולוקה, עיי"ש, ולפי"ז גבי תמורה לא מהני חזרה תוכ"ד כיון דחייל בטעות, וא"כ סוגיא דמרובה דפריך לר' יוסי מתמורה אידחייל מקמי סוגיא דנזיר, וכיון דהני שתי משניות דאמר ר' יוסי דבנמלך אין דבריו קיימים, היינו משנה ראשונה לענין אומר היא שלמים וולדה עולה, ומשנה שני' לענין תמורת עולה ושלמים כהדדי נאמרו, ובתמורה אף בתוכ"ד קטן לא מצי חזר בו משום דתמורה הויא אפילו בטעות, מסתמא גבי ולדה עולה ה"נ ס"ל דאף בתוכ"ד קטן לא מצי חזר דיגיד עליו ריעו, וצריך לומר דמשום חומרא דקדש הוא, ונזירות אף דמדמינן לה להקדש לענין שאלה, אבל לא חמירא כולי האי והש"ס דמרובה דמסיק דלר"י בתוכ"ד קטן יכול לחזור הוא דלא כהילכתא, ולפי"ז מסיק להלכה כשיטת הרמב"ם והתוס' דלא מהני חזרה בהקדש, אכן בהקדשות שלנו דאינו אלא כנודר לעניים ומשום דכתיב בפ"ך זו צדקה א"כ לא עדיפא מנזירות דמהני חזרה תוכ"ד.

זהו תו"ד בקוצר לשון קצת: והנה מה שכ' בקצוה"ח לתרץ שיטת הרמב"ם והתוס' דבריו אינם מחוורים, דלפי"ד סוגית הש"ס דב"ק היא סוגיא דחוי' דלא כמאן, דאם נאמר דכל ענין של חזרה בתוכ"ד הוא רק עפ"י דרך סוגית הש"ס דנזיר דמשה דבור הא' כטועה, ואיך ס"ד דבתמורה יהני חזרה, דהרי בתמורה ב"ש וב"ה סברי, וכמעט לית מאן דפליג ע"ז, דתמורה חייל בטעות, וכן הקשה עליו בס' נתיבות, ומש"כ בס' נתיבות דבגמ' ב"ק נקט דהא דמרבינן מקרא דתמורה חייל בטעות הוא רק אם רוצה לעקור שם תמורה לגמרי להיות חולין, אבל אם מחליף מתמורת עולה על תמורת שלמים בכה"ג לא מרבינן מקרא דליחול בטעות, גם זה אינו מסתבר כ"כ ובעיקר הדבר שכ' הקצוה"ח בטעמא דהקדש שאני משום חומרא דהקדש, לא באר הדבר מאיזה טעם יהי' חומר בהקדש מבשבועה, ובפשטות צ"ל שהוא מה"ת הא דלא מהני חזרה בהקדש דהרי קריבה ע"ג המזבח, ואיך שייך חלוקים כאלה מה"ת, ובעיקר הכלל שכתב הקצוה"ח להוכיח מסוגית הש"ס דרפ"ב דנזיר דהטעם בחזרה דתוכ"ד הוא משום דחשבינן לי' כטועה, קשה לי דא"כ למה לא מביא הש"ס בנזיר דב"ש לטעמייהו דסברי הקדש טעות הקדש שהוא משנה מפורשת ריש פ"ה דנזיר, ומביא הש"ס ענין שאין שאלה בהקדש שאינו לא משנה ולא ברייתא, רק לשון הש"ס שנקט לב"ש מדס"ל הקדש טעות הקדש ממילא בע"כ ס"ל דאין שאלה בהקדש, וגם אפשר למיטעי בזה, דלפי מה שמביא הש"ס יש מקום לטעות דהיכא דלא שייך שאלה כגון היכא שמתחילה הוא ביד גזבר דלא מהני ב.

לא מהני חזרה, וכן בשאר קנינים של הדיוטות דלא שייכי שאלה, אבל אם הי' מביא הש"ס מדין טעות להדיא הי' מוכח ענין זה, דכל היכא דהקנין והמעשה מתבטלים ע"י טעות מהני חזרה תוכ"ד, וע"כ נלענ"ד לבאר ענין זה בס"ד בדרך אחר לגמרי: דהנה בעיקר היסוד מה דקיי"ל בשאר קנינים דמהני חזרה בתוכ"ד כמו שמביא הב"י בחו"מ סי' קצ"ה ובשו"ע שם דבכל הקנינים לא מצי חזר בו אחר כדי דבור, אבל תוכ"ד יכול לחזור, וכמש"כ הסמ"ע שם בס"ק י"ט, וכמו שדחה הקצוה"ח שם בסק"ז דברי הט"ז באהע"ז סי' ל"ח, הוא מהכלל דנקטינן תוכ"ד כדבור דמי, כמו דפסק במס' נדרים ד' פ"ז לענין הפרה ולענין קריעה דתוכ"ד, דמסיק שם הש"ס והילכתא תוכ"ד כדבור דמי חוץ ממגדף ועובד עכו"ם ומקדש ומגרש, וכתב הר"ן שם וז"ל ולא ידענא מ"ש הני ומנא להו לרבנן הכי, ונראה בעיני בשאר מילי דלא חמירי כולי האי שאדם עושה אותם לא

בגמר דעתו הוא עושה, אלא דעתו שיכול לחזור בו תוכ"ד, אבל הני כיון דחמירי כולי האי אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה, ומשו"ה חזרה אפי' בתוכ"ד לא מהני, עכ"ל.

וכל הרואה יראה דקצר הר"ן בזה לבאר עיקר היסוד בזה דאיך שייך לענין קריעה סברת הר"ן, דאם קרע ואח"כ שמע תוכ"ד שמת לו מת דיצא ידי קריעה, אלא נראה ודאי דהכלל בזה שעשו חז"ל גבול מה נקרא בבת אחת ומה נקרא בזה אחר זה, דכל שני דברים התכופים זה אחר זה חשוב כאילו הוא בב"א, וכמו שכתבו התוס' בכתובות ד' ל' ע"ב ד"ה ל"צ וז"ל וריצב"א פי' דמיירי אפי' באוכלים דלא מאיסי וכיון דתחב לו בבית הבליעה ובלע ונהנה מיד חשיב באים כאחת אעפ"י שאין כאחד ממש, כדמשכחן בסוף פד"א, יבמות ד' ל"ג דמפרש בעל מום ששמש בטומאה דאתו בהדי הדדי כגון שחתך אצבעו בסכין טמאה אעפ"י שאי אפשר שלא יגע בסכין קודם שיחתוך, עכ"ל, ומה"ט לענין קריעה יצא ידי קריעה כיון דחשבינן שהי' הקריעה בב"א עם השמועה ששמע שמת לו מת, והוי כאילו קרע בשעת שמועה, וכן לענין הפרה שסבור שנדרו בתו והפר לה ואח"כ בתוכ"ד שמע שנדרה אשתו הוי כאילו הפר בשעת שמיעה, זהו היסוד העיקרי בהכלל של תוכ"ד, ועפ"י"ז בכל ענין שיש הבדל בין בב"א ובין בזאח"ז, אם נעשו שני ענינים בזאח"ז בהפסק זמן של תוכ"ד חשובים כאילו נעשו ענינים אלו בב"א בלי שום הפסק, והנה בכ"ז אין המעשה הראשונה בטלה דהרי מ"מ נעשה המעשה, ולכן אף אם חזר בו מהמעשה הראשונה יש לדון שתועיל הראשונה, ורק היכא דיש כח בשני' לגרע ולבטל את הראשונה לולא הקדמת הזמן של הראשונה, אז מהני ענין זה של תוכ"ד, להחשיב המעשה השני' כאילו היתה נעשית בב"א עם הראשונה ולא יוגרע כח המעשה השני' מחמת איחור הזמן של השני': ועד"ז אמרתי ליישב מה שהקשה בס' נתיבות סי' נ"ב סק"א על דברי הקצוה"ח ומדמה עדימשהעידו ובתוכ"ד נפסלו לעדות ע"י עבירה לשוחט שעשה עבירה אחר השחיטה בתוכ"ד מה שפוסלת אותו מדין הכשר שחיטה, עיי"ש, ולדברינו אין ענינים אלו דומים זל"ז, דהנה עפ"י הכלל שאמרנו דתוכ"ד מחשיב כאילו הי' בב"א, ולפי"ז לענין עדות יש בזה שני דינים, דין א' שעד כשר העיד ודין שני שגם עד פסול העיד, וכן בשחיטה דין א' ששוחט כשר שחט ודין שני שגם שוחט פסול שחט, וממילא יש הבדל בזה, דשחיטה מה שפוסל בשחיטה אינו רק בגדר שלילה שחסר כח הכשר, ובכה"ג ליכא חסרון הכשר דהרי מ"מ עשה מעשה השחיטה מי שלא חסר לו כח הכשר שחיטה, ורק אם הי' חושב לעכו"ם בתוכ"ד הי' מהני לפסול כאילו הי' בב"א, אבל פסול אחר שאינו רק בגדר העדר, אין ההעדר מגרע את המציאות כלום, כמובן ולכן נפסל בתוכ"ד מדין עדות, וע"י דין תוכ"ד חשבינן כאילו הפסול והגדת העדות היו בבת אחת ונמצא דחשוב כאילו עד פסול העיד עדות זו, אז אף אם נאמר דגם עד כשר העיד לא מהני כלום, דכל פסול בעדות מבטל את הגדה כשרה.

כנלענ"ד בענין זה. ולענין עדות דמהני אם חזר תוכ"ד ונשאר עדות אחרונה קיימת ולא אמרינן שיהי' נחשב כתרי ותרי: דמה שחוזר בתוכ"ד הוא עקירה מעדות הראשונה, ועל השני' ליכא עקירה דבשעה שהעיד בתחילה לא היתה השני' ולא עשה עקירה על השני'.

ואכמ"ל בזה: ולפי"ז נראה לי דלענין חזרה בתוכ"ד אם נתבטל ע"י החזרה המעשה הראשונה תלוי בזה, אם המעשה הראשונה חשובה כדבור אז נאמר דאתי דבור ומבטל דבור, אבל אם הראשונה חשובה כמעשה והחזרה הוא רק דבור, אז י"ל דלא אתי דבור ומבטל מעשה, אמנם אפ"י מה דנקטינן במס' קדושין כר' יוחנן דבמקדש ומגרש שיחול לאחר ל' דיכול לחזור בו, משום דקודם שחל הדין חשבינן לזה כדבור גרידא, לפי"ז כיון דחשבינן שהמעשה הנעשית בתוכ"ד של המעשה כאילו נעשית בב"א עם המעשה, ובעת עשית המעשה עדיין אין שום דין חל, דכל חלות של איזה דין הוא רק אחר גמר המעשה כמובן, נמצא דהוי כאילו נעשית החזרה קודם חלות הדין של המעשה, והוי דבור ודבור ואתי דבור ומבטל דבור, ולכן בכל שארי הקנינים דקיי"ל דקודם חלות המעשה יכול לחזור בו, כ"כ יכול לחזור בו אחר המעשה בתוכ"ד, אבל בהקדש דמסיק הש"ס אליבא דבר פדא בנדריים ד' כ"ט ע"ב דלא מהני חזרה קודם ל' משום דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי, וכמ"כ בחי' הרשב"א שם דנקט הש"ס דבהקדש גם קודם חלות חשוב כמעשה ולא כדיבור ולא אתי דבור ומבטל מעשה, עפ"י הכלל הזה לא מהני בהקדש חזרה בתוכ"ד דלא עדיפא חזרה זו מחזרה של קודם חלות, וזוהי כונת התוס' במנחות ד' פ"א, הובא בקצוה"ח, שכתבו הטעם דלא מהני חזרה בתוכ"ד משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי, שהוא עפ"י האמור במס' נדרים הנ"ל לענין חזרה בתוך ל', דהיינו דהמעשה גופא גם קודם חלות נחשבת כמעשה ולא כדבור, ועי' בקצוה"ח שנתקשה בזה על דברי תוס' הנ"ל כיון דבמסירה להדיוט ג"כ יכול לחזור בתוכ"ד מה מועיל בזה מה שאנו אומרים דאמירה לגבוה הוי כמסירה, וכן הקשה בס' מחנה אפרים ה' צדקה על דברי תוס' הנ"ל, ובאמת הוא ממש דברי הש"ס שם בנדריים ועי' ר"ן שם שהקשה כ"כ דהרי גם במסירה להדיוט כ"ז שלא חל הקנין מצי הדר בי', ומתוך בזה"ל וי"ל דכי אמרינן כמסירה להדיוט בקנין ממש של הדיוט קאמר וכמ"ד מעכשיו ולאחר ל' יום דמי כלומר דלא מצי הדר בי', עכ"ל.

ובעיניי יפלא מאד מה שנתקשה הקצוה"ח והמח"א על דברי תוס' הנ"ל, הלא כל מה דקשיא להו על התוס' כן קשה על דברי הגמ' הנ"ל, וכמו שהקשה הר"ן: ועיקר הענין בזה נראה לי דבאמת אין ענין החזרה תלוי דוקא בחלות מעשה הקנין ממש, אלא בגמר סבת מעשה הקנין, דהיכא שכבר נגמרה סבת הקנין אז גם קודם חלות הקנין לא מצי הדר בי', דהרי בדבר שלא בא לעולם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל כתב הרשב"א בחי' לקדושין ד' ס"ג ע"א דבאומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנוי' לך מעכשיו לא מצי הדר בי' קודם שבא לעולם משום דמעשה הקנין נגמרה מעכשיו באופן דאף אם נקרע השטר מהני כ"כ אינו יכול לחזור בו, והתוס' שחולקים ע"ז שכתבו בב"מ ד' ט"ז דאף דמהני מעכשיו בדשלב"ל לענין נקרע השטר מ"מ יכול לחזור בו קודם שבא לעולם נראה לי דסברי ג"כ כסברת הרשב"א הנ"ל, אלא דסברי דבדשלב"ל חשבינן כאילו עדיין לא נגמרה סבת הקנין, דצריך שיתחדש כח הקנין להמקנה ע"י שיקנה מקודם את השדה שהוא מוכר ומקנה עכשיו, אבל היכא שהכל נגמר ונעשה ואי"צ עוד שום סבה לחלות הקנין רק הגעת הזמן לכו"ע לא מהני חזרה, דלא אתי דבור ומבטל מעשה, ומשו"ה שאני הקדש משאר הקנינים, דבכל שאר הקנינים אם אמר שיחול לאחר ל' בעינן שתהא מעשה הקנין קיים בהגעת הזמן חלות הקנין, דאף אם עומדת בחצירו של לוקח בעינן

שיהיה' החצר קיים, ואם יהורס החצר תתבטל מעשה הקנין, וכן בכסף אף דמהני בנתאכלו המעות משום דשעבוד הגוף קיים, אבל עכ"פ בעינן שיהיה שעבוד מן הכסף, ואם יחזיר המוכר את הכסף קודם הגעת הזמן, או שימחול הלוקח שעבוד הכסף תתבטל המעשה, אבל במקדיש שהאמירה פועלת שתהא כמסור לרשות הגבוה, וכמו דאמרינן בירושלמי פ"ק דקדושין ה"ו, משום דכתיב לה' הארץ ומלואה, ורשות הגבוה אינו תלוי בשום חצר ובית חומרי, ולפי"ז הוא רשות קיים ומתמיד, שלא יצויר הריסתו בשום פנים בעולם, ומשו"ה קרינן בזה מעשה גמור ולא אתי דבור ומבטל מעשה.

וזה באור האמתי לענ"ד בדברי הש"ס הנ"ל: ומעתה יש לבאר ג"כ ענין אמירה לגבוה לענין תוכ"ד, דהנה מה דבשאר הקנינים יכול לחזור בתוכ"ד, יש לבאר ג"כ עפ"י הדרך שכתבנו, והוא דבאמת מה שאמרנו דכל תוכ"ד חשוב כאילוהי הכל בב"א, אי אפשר לומר בבת אחת ממש, דהרי עכ"פ הי' שני המעשים זה אחר זה, ואיך יתכן שנחשוב אותם לבת אחת, אלא ודאי הענין מחשיבים כאילו הי' תכופים זאח"ז בלי הפסק, ולכאורה לפי"ז נפל כל היסוד שאמרנו בטעמא דמילתא של חזרה תוכ"ד, דהרי עכ"פ הוא חוזר לאחר גמר המעשה לגמרי, אמנם כשנתבונן בזה היטב משתוה ענין זה למעשה שנעשית שיחול לאחר זמן, ועוד גרע משם וכמו שנבאר, דהרי לענין חלות איזה קנין צריך ג"כ איזה שהות זמן שיותחל חלות הקנין ויוגמר, וראי' לזה הוא דברי ר' יוחנן דסובר דבמעכשיו ולאחר ל' דהותחל הקנין מעכשיו והולך ונגמר עד סוף ל' יום, ואם הי' ענין חלות הקנין ענין מופשט דלא שייך בי' שהות זמן לא הי' שייך בזה התחלה וגמר בהארכת זמן של עכשיו עד סוף ל' יום, אלא ודאי בכל קנין איכא שהות זמן מה, רגע כמימרא, שבזמן הזה הקנין מתחיל לחול ונגמר כו', ולכן אם רוצה המקנה להמשיך זמן התחלתו וגמרו עד כמה שירצה, יכול לעשות כחפצו, ולפי"ז כמו בקנינים הנעשים שיחולו לאחר זמן בעינן שתהא מעשה הקנין קיים, כ"כ לפי"ז בכל הנעשה מעכשיו בעינן שתהא המעשה קנין קיים גם לאחר גמר המעשה עד עבור זמן שנצרך לחלות הקנין, וכמו דלר' יוחנן במעכשיו ולאחר ל' בעינן שתהא המעשה קיים עד סוף ל' יום דלא סגי במה שהיתה המעשה קיים בשעת התחלת חלות הקנין, אלא בעינן שתהא קיים עד גמר חלות הקנין, כמש"כ התוס' בקדושין ד' ס"ג ע"א יעו"ש.

כ"כ בקנין הנגמר עכשיו בעינן שתעמוד המעשה איזה שהות אח"כ עד שנוכל לומר דכבר חל הקנין לגמרי, ומשו"ה אם חוזר בו תיכף אחר גמר המעשה הרי נעשית החזרה בשעת חלות הקנין, והוי כמו חזרה והמעשה בב"א וחשיב כאילו חזר קודם חלות וחשיב כדבור מבטל דבור, ואין להקשות לפי"ז אם ימות המקנה בתוכ"ד שיתבטל הקנין, וכן קשה לפי"ז דכל קנין סודר וקנין חזקה איך חל הקנין אחר שכבר כלתה קנינו, דענין זה הוא ג"כ מהכלל תוכ"ד, היינו אף שכבר כלתה המעשה, אבל תוכ"ד הוי כבת אחת, והרי חלות הקנין תוכ"ד של המעשה, ולפי"ז כ"ז שייך במעשי הקנינים דעלמא אבל בהקדש דאמירה כמסירה ולא יתכן בזה שום הריסה וחסרון אם חוזר בו הוא לעולם אחר שכבר נגמרה סבת הקנין לגמרי לא אתי דבור ומבטל מעשה, ומשו"ה כתבו בתוס' פ' התודה הנ"ל בטעמא דמילתא דלא מצי חזר בו בהקדש שהוא משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט והוא דבר נכון ומסתבר בעזה"י: אמנם לכאורה לריש לקיש דסובר בריש פ"ג דקדושין דבמקדש ומגרש לאחר ל' דאינו יכול לחזור בו משום דלא אתי דבור ומבטל



מעשה, לדברינו יסבור כ"כ דלא מהני חזרה תוכ"ד דהרי בארנו ששני דיני החזרה תלויים זב"ז, והנה אף דאפשר לומר כן דהרי ענין זה דיכול לחזור בו אחר גמר הקנינים בתוכ"ד אינו לא משנה ולא ברייתא, אלא שלמדו הפוסקים מסתימת דהש"ס דנדרים ופ' י"ג דאסרינן והילכתא תוכ"ד כדבור דמי בר ממקדש ומגרש ומגדף ועובד ע"ז, דמזה מוכח דבקניני ממון יכול לחזור בו תוכ"ד, ומשו"ה י"ל דהילכתא זו נאמרה לאחר דנפסקה הילכתא כר' יוחנן דיכול לחזור בו, ולר"ל ליכא כלל דיני חזרה לאחר מעשה, אבל באמת נלענ"ד דבזה י"ל דר"ל ור' יוחנן לא פליגי, דהנה עיקר הענין מה דפליגי ר' יוחנן ור"ל במקדש ומגרש לאחר ל' יום נראה לי דר"י סובר דכיון דבעושה מעשה קנין דצריך שתהא המעשה קנין קיים, בע"כ הענין דאין המעשה של עכשיו סבת הקנין, אלא שלאחר ל' יום אז המעשה כשהיא קיים גורמת הקנין, והמקנה עושה עכשיו ע"י דבורו וכונתו שיהי' הכח בהמעשה שתגרום הקנין, והכח הזה שחל במעשה זו הוא ע"י דבורו ומחשבתו של המקנה, והנה כשאנו דנים על כל דין שבעולם לא סגי לן הסבה שהיתה בזמן העבר אלא שצריך שתהא הסבה גם עכשיו כמובן, ולכן אם נעשה כח בהשטר וכדומה שיהי' בו כח קנין ע"י כונת המקנה במסירתו להקונה שיפעול לאחר ל', צריך לומר דהכח הזה של אח"ז הוא ע"י הדבור דמעיקרא, דע"ז שהי' בו כח מעיקרא לא סגי לן, ולכן אם חוזר בו הוא מעכב את כח הדבור שלא יפעול בעתיד שתהא המעשה מועלת להקנין ור"ל פליג ע"ז וסובר כיון שדין זה כבר הותחל שהרי נעשה המעשה ועשה המקנה ע"י דבורו ומחשבתו שזו המעשה תהא סבה להועיל להקנין, ומשו"ה לא אתי דבור ומבטל מעשה, ובלישנא בתרא שם בקידושין אמר דר"ל פליג גם בדין שליחות דאם עשה שליח אינו יכול לבטלו בדברים, מטעם הנ"ל, דכיון דענין השליחות הוא דבר בפ"ע ומיד כשמינהו כבר חל ענין זה שיהי' במקומו ויהי' הכח מסור בידו לקדש ולגרש, ועי' קצוה"ח סי' ס"א סק"ב שהביא שם דברי הרשב"א שכ' באשה שמנתה שליח ואמרה כל מי שירצה הבעל יהא שלוחי דאין ברירה, ומוכח מזה דאף דבעושה קנין שיחול לאחר שיבורר מהני כמו דכתבו הרבה ראשונים וכמו דמוכח להדיא מסוגית הש"ס דב"ק גבי צנועים עפ"י פירוש התוס' שם, אבל שליחות הוא ענין בפ"ע דצריך שיחול למפרע משעת המנוי, אף דבקצוה"ח משהו שני ענינים אלה, אבל אין דבריו מסתברים בזה, ומשו"ה אמרו שם בלישנא בתרא דר"ל פליג גם בדין שליחות דלא מהני חזרה בדברים, ונראה לי דיש להוכיח ענין זה דלעולם אינו מחשבים שהדבור הראשון מועיל בכל שעה ושעה, מדברי תוס' קדושין ד' נ"ט ע"ב ד"ה מיד מחשבה, דהקשו למה אינו יכול לחזור גם לאחר שתרום השליח אף שכבר חל דין תרומה ממש, אלא דבכל שעה ושעה סבת התקומות של חלות התרומה הוא ע"י הדבור, ולא משום שכבר היתה שעה אחת תרומה דענין זה תלוי בקדושת הגוף אי פקעה בכדי, אבל בלא"ה כל שעה ושעה מתקים הענין ע"י הדבור דמעיקרא, ומשו"ה יש לדון דאם חוזר בו שיופקע מכאן ולהבא דין תרומה, ותרצו כיון שכבר נתרמה לכו"ע חשיב מעשה אף אם היתה הפרשה ע"י דבור, יעו"ש, והכונה בזה כל שחל שעה אחת הדין בפועל לכו"ע חשיב מעשה, ולפימש"כ י"ל כיון דמשעה שחל הדין בפועל לכו"ע אי"צ עוד שום סבה אחרת לעולם, וכל שאי"צ עוד סבה אחרת לחלות הדין, אי אפשר עוד בחזרה בשום פנים: ולפי"ז י"ל דגם לר"ל דסובר בכל קנין לאחר ל' דלא מצי הדר בי' משום דלא אתי

דבור ומבטל מעשה, מ"מ בתוכ"ד שלאחר גמר המעשה יכול לחזור בו, דבעושה מעשה לאחר ל' כבר חל ענין זה במעשה שתהא הכח במעשה זו להועיל אחר זמן, וכשרוצה לעקור ענין זה ע"י דבור, ס"ל דלא אתי דבור ומבטל מעשה, אבל בתוכ"ד שעדיין לא חל גם ענין זה דגם לחלות ענין זה צריך שהות איזה זמן, וכשחזר מתבטל כל הענין, ולכן נראה לי דלענין חזרה בתוכ"ד לא פליגי ר"י ור"ל, ולהיפוך לענין חזרה במחשבה של כלים היורדים לידי טומאה, דלכו"ע אין מחשבה מוציאה מיד מחשבה, דגם מחשבה כמעשה דמי, כמו דאיתא שם בגמ', י"ל עפ"י דברינו דשאני התם שענין זה שתהא הכלי נחשבת לכלי כבר נגמר הענין, ול"ד לשליחות שאינו ענין בפ"ע כ"כ, דענין שליחות להועיל אח"כ למעשה, אבל מחשבת כלים אינה מעשה להוריד טומאה, כנלענ"ד בענין זה.

וכן משמע בחי' הריטב"א שם בקדושין לענין מחשבת כלי לענין טומאה, יעו"ש: ועפ"י דברינו לכאורה הי' מקום לומר דהא דבמקדש ומגרש אינו יכול לחזור תוכ"ד, דקדושין וגרושין חלוקים בזה מקניני ממון, דהנה בתוס' קדושין ד' ס"ג ע"א כתבו, דלר' יוחנן דסבר במעכשיו ולאחר ל' יום שיורא הוי, היינו דמתחיל הקנין מעכשיו והולך ונגמר עד ל', דבעינן שיהי' המעשה קיים עד ל' יום, וכן אם חזר בו בטל הקנין, ולענין קדושין וגרושין י"ל דבענין שיהי' המעשה קנין קיים עד ל' יום, יהי' כ"כ בגיטין וקדושין, דהרי אי אפשר בלא"ה כיון דלא עשה בכח המעשה לגמור עכשיו רק אח"מ, ואם נקרע השטר ליכא סבה במה שיוגמרו וכ"כ להדיא הר"ן שם דלר' יוחנן בעינן שיהי' השטר קיים עד ל' יום, אמנם לענין חזרה שאני גו"ק מדיני ממונות, דבדיני ממונות התחלת קנין אינו מועיל כלום לשנות איזה דין בעלים מבעלים הראשונים רק אם יגמר הקנין בשלמות, ואם חזר בו קודם הגמר בטל הקנין לגמרי, אבל בקדושין אם כבר הותחל הקנין כבר נתפס דין אשת איש, וכיון שחל תו לא פקע אף שאינה א"א גמורה להתחייב מיתה אם זנתה אבל אסורה לאחר מה"ת ואם מת חולצת ולא מתיבמת, כמו דאיתא שם בגמ', וכן בגרושין אם הותחלה חלות הגרושין, כבר נפקע ממנה קצת דין אשת איש, דאם מת חולצת ולא מתיבמת, ואם זנתה לא יהי' דין מיתה, ועי' תוס' ריש המפקיד ד' ל"ד ע"א שכתבו לחלק בין קדושין לשאר הקנאות אליבא דר"י דס"ל שיורא הוי, יעו"ש, ומה"ט י"ל דבכה"ג שכבר הותחל ופעל הקנין לשנות מדיני האישות בפועל, לכו"ע הוי מעשה ולא אתי דבור ומבטל מעשה, ומצאתי אח"כ בס' אבני מלואים סי' מ' שכתב כן בסק"ח שם דלר"י לא מצי חזר בו משום דבכה"ג הוי מעשה, אמנם מדבריו משמע דגם בדיני ממונות כן, ולא הזכיר כלל דברי התוס' דקדושין ד' ס"ג הנ"ל שכתבו בהדיא דלר"י יכול לחזור קודם ל', וגם עיקר דבריו שם מה שהוכרח לתרץ כן, אינם מובנים לי, דהוקשה לו דאם מהני חזרה האיך אמר דאפי' קדושי מאה תופסים, דהלא אם נתקדשה לשני הרי חזרה מקדושי ראשון ומזה הוכיח דלא מהני חזרה, ובאמת לק"מ דאף אם מהני חזרה הוא רק שלא יגמרו עוד אחר שחזרה מקדושי ראשון, אבל הקצת קדושין שחלו כבר ונתפס בה ודאי לא פקעי וצריכה גט מכולם, אבל עכ"פ אפשר לומר כן גם מסברא כמש"כ, ולפי"ז י"ל גם לענין חזרה אחר קדושין וגרושין בתוכ"ד דל"ד לשאר קנינים, דמה שאמרנו דבכל קנין צריך איזה שהות גם אחר גמר המעשה שיחול הקנין, ואיכא בכל קנין ענין זה שאמר ר' יוחנן התחלה וגמר וכשחזר תוכ"ד דחשבינן כאילו

היתה החזרה תיכף אחר המעשה בלי הפסק, עכ"פ בשעת חזרה כבר הותחל הקנין אלא שלא נגמר, וחשבינן כאילו חזר בו קודם הגמר, זהו רק בשאר הקנינים דקודם הגמר עדיין לא נשתנה שום ענין בפועל מקנין הבעלים הראשונים, ואם חזר בו הרי הוא כאילו לא הקנה כלל, אבל בגיטין וקדושין אם רק הותחל קצת כבר נעשה השתנות בפועל כדיני האישות וחשוב לכו"ע כמעשה גמור ולא מצי הדר בו, אבל באמת אי אפשר לומר כדברינו דהרי בקדושת הגוף לשיטת הגמ' דב"ק מהני חזרה תוכ"ד וקדושת הגוף הוי כקדושין, לכן עלינו לקבל סברת הר"ן דבקדושין וגרושין עושה אדם בגמר דעתו יותר: אמנם אחר העיון היטב עדיין קשה טובא איך מהני חזרה בקדושת הגוף כסוגית הש"ס דב"ק, אם כבר חל איזו קצת התפסת קדושה, במה יופקע הקדושה, וגם בהקנאות שאר קנינים דמהני חזרה, לא מתקבל להחליט שבמשך שהות כדי דבור יותחל חלות הקנין ולא יוגמר, ואף אם נאמר כדעת הגאון בעל עמודי אור זצ"ל שכתב בספרו דדין של הגדת עדות אינו נגמר רק אחר כדי דבור דיש מקום לומר דבכל מעשה קנין חל הקנין לאחר כדי דבור, משום דענין חלות הדין הוי מה שיש באפשרות להתנהג עפ"י הדין בפועל, ולכן יש מקום לומר ששערו חז"ל דבפחות משהות זה לא שייך לדון שיהי' נוגע דין זה למעשה, אבל בכ"ז לא יתורץ כלום ענין זה של חזרה דהרי גם חלות של חזרה צריך שהות כזה, ויחול הדין של חזרה אחר חלות דין המעשה: וע"כ נלענ"ד שהדרך הנכון בזה שענין חזרה של תוכ"ד אינו כענין חזרה שבכל קנין לאחר ל', דשם מהני דין חזרה רק מכאן ולהבא ולא לעקור הסבה למפרע, ובחזרת תוכ"ד מועלת החזרה למפרע, היינו אף אם נאמר דחלות הקנין במעשה קנין הנעשית שיחול מעכשיו, הוא חל רגע כמימרא בכלות מעשה הקנין, וכשחוזר תוכ"ד הוא כבר לאחר חלות הקנין, מ"מ מועלת חזרה זו לבטל למפרע סבת מעשה הקנין, עפ"י הכלל שתוכ"ד יש לדבר כל כח כאילו נעשה כבר בשעת המעשה, וכמו שהי' מועיל אם היתה החזרה בשעת מעשה, כ"כ מועלת אם נעשה תוכ"ד אף שכבר חל הקנין, משום דאם בטלה למפרע סבת חלות הקנין, ממילא בטל גם חלות הקנין כאילו לא הי', וכמו שמתבטל דין איסור נדר, ע"י שחכם עוקר למפרע סבת האיסור, כ"כ גדול כח חזרה בתוכ"ד, לעקור כל הענין למפרע, מלבד בהקדש עפ"י מסקנת הש"ס דנדרים דאלימ מעשה של הקדש, שאין כח חזרה לבטלה מכאן ולהבא, כ"כ אינה מבטלת תוכ"ד וכמש"כ: ומעתה עלינו לבאר ענין החזרה בתוכ"ד בנדרים, נזירות ושבועות, דלפי"מ שבארנו בטעמא דמילתא של החזרה בקנינים, לא שייך ענין חזרה כלל בנדרים ושבועות, וכמו דלא שייך ענין חזרה בנדר שנדר שיחול לאחר ל' דלא מצי הדר משום שחלות הדין הוא אזהרת התורה ולא פעולת האדם, כמו שבארנו, כ"כ אין שייך חזרה בתוכ"ד דאם אסר עצמו בשבועה שלא יעשה כזאת וכזאת חייבה תורה אותו לקיים ואסרה בלא יחל, מה תועיל חזרתו בזה אף אם חוזר בתוכ"ד, איך יעקור ע"י חזרתו מה שהוציא בשפתי, ע"כ נלענ"ד לבאר מה דאמרינן רפ"ב דנזיר באומר הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה, דחשבינן מה דאמר מן הגרוגרות ומן הדבילה, הוא כחזרה שמתחרט ממה שאמר תחילה הריני נזיר, הוא ענין התרת נדרים שניתרים ע"י שאלה לחכם, אלא דלאחר כדי דבור אם מתחרט צריך התרת חכם, ובתוכ"ד הוא מתיר לעצמו, וזהו שאמרו בגמ' שם דהוי נדר ופתחו עמו: וענין זה מתבאר לענ"ד עפ"י מה דאמרינן במס' נדרים ד' כ"ג ע"ב הרוצה שלא יתקיימו

נדריה כל השנה יעמוד בראש השנה ויאמר כל נדר שאני עתיד לידור יהא בטל, ובלבד שלא יהא זכור בשעת הנדר, וענין זה ג"כ אינו כמסירת מודעה של קנינים דבפ' נערה המאורסה ד' ע"ה בהא דפליגי ר"א וחכמים שם אם יכול הבעל להפר נדרי אשתו קודם שתדור, ואיבעיא שם לר"א חלין ובטלין או דילמא אינן חלין כלל, אמר להם ר"א ומה במקום שאינו מיפר נדרי עצמו משנדר מיפר נדרי עצמו עד שלא ידור, מקום שמיפר נדרי אשתו משתדור, אינו דין שיפר נדרי אשתו עד שלא תדור, מאי לאו דאשתו דומיא דידי, מה הוא דלא חיילן אף אשתו נמי דלא חיילן, לא הא כדאיתא והא כדאיתא, וכתב הר"ן שם וז"ל, מיפר נדרי עצמו עד שלא ידור כדאמרין בפ' ארבעה נדרים הרוצה שלא יתקומו נדריה יעמוד בר"ה ויאמר כל נדרים שאני עתיד לדור יהי בטלין: ושם בד"ה הא כדאיתא והא כדאיתא כתב ואע"ג דר"א יליף ק"ו מנדרי עצמו לנדרי אשתו לאו דמדמי להו לגמרי דדידי לא חיילי כלל ודאשתו חיילי ואפ"ה שפיר יליף ק"ו, וקשה בעיני וליגמר נמי מק"ו דידי שלא יחולו נדרי אשתו כלל כשם שאין חלין נדרי עצמו ונראה לי דלא מצי למידן הכי משום דנדרי עצמו היינו טעמא דהיכא דאתני מעיקרא לא חיילי כלל משום דכיון דשכח תנאו בשעת נדרו הו"ל נדר בטעות ולא חייל כלל, משא"כ בנדרי אשתו דליכא למימר הכי, אלא מיהו לענין שיהיו מופרים נדרי אשתו לאחר שיחולו שפיר איכא למידן ק"ו, דכיון דבנדרי עצמו אשכחן דטעותא דקמי נדרו מבטל נדריה קודם שידור ואפ"ה ההוא גוונא גופי לא מבטל להו לאחר שידור: דהא כל נדר שניתר בפתח נדר טעות הוא, דמה לי אי מצינן למימר אילו הוי ידע מאי דאתני מעיקרא לא הי' נודר ומה לי אי מצינו למימר אילו הוי ידע האי פיתחא דידע השתא לא הי' נודר, דא ודא אחת היא, אלא מאי אית לך למימר דנהי רב כהאי גוונא אינו מתיר לעצמו לאחר הנדר כל שקדם ההוא גוונא גופי לנדר הרי הוא מתיר לעצמו, וכ"ש בעל דבדין הוא דנימא דבההוא גוונא דמיפר לה לאחר שנדרה אשתו, דהיינו שמיפר נדרי מהפריה ואילך ולא עקר לי מעיקרא, מיפר נמי עד שלא תדור שיהיו חלין ובטלים, כן נראה לי עכ"ל.

ומתבאר מזה דענין זה מה דמועיל הבטול נדרים שידור מכאן ולהבא הוא ענין התרת נדרים דקודם הנדר מתיר לעצמו באופן מה דמהני התרת חכם לאחר הנדר, היינו דכמו שאין החכם מתיר רק ע"י איזה פתח וחרטה דמשוה להנדר כנדר טעות, כ"כ מה דמתיר לעצמו הוא מחמת דמצינו בזה כעין טעות קצת, דאילו הוי זכור בשעת הנדר מה דאתני מעיקרא לא הי' נודר, וטעות זה כמובן אינו טעות דמוכח הגם הטעות של פתח וחרטה שניתר ע"י שאלת חכם, כ"כ אינו טעות דמוכח דאל"ה אי"צ התרת חכם, דנדר מוטעה אי"צ שאלה, והנה מוכח מזה דקבלו חז"ל בהא דדרשינן מלא יחל דברו אבל אחרים מוחלים לו שהוא דוקא אחר הנדר, אבל קודם הנדר מוחל לעצמו ומתיר ע"י שיהי בהנדר כעין טעות דסגי להתרת נדרים, ולכן כשמתחרט בתוכ"ד של הנדר דקיי"ל תוכ"ד כדבור דחשבינן כאילו נעשה יחד עם הנדר עצמו בלי הפסק נקטו חז"ל דגם זה אינו בכלל מה דדרשינן אבל אחרים מוחלים לו דנדר שפתחו עמו בלי הפסק הוא מתיר לעצמו ואי"צ לשאלת חכם: ועפ"י דרכינו מדויק היטב לשון הש"ס במס' נזיר דכי אמר הריני נזיר הוי לי נזיר, כי אמר מן הגרוגרות ומן הדבילה לאיתשולי הוא דקאתי, ובית שמאי לטעמייהו דאמרי אין שאלה בהקדש אין שאלה בנזירת, וכמש"כ בתוס' שם, כאדם שבא לשאול לחכם על נדרו מחמת חרטה שהחכם מוצא לו פתח וחרטה והוי נדר

טעות ובטל, והיינו דמה דמהני חזרה לב"ה בתוכ"ד באומר הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה אינו משום טעות גרידא המתבטל בכל דוכתא כקנין בטעות, אלא שמהני טעות כזה ע"י התרת חכם, וכמו דמהני התרת חכם לאחר הנדר, כ"כ מהני טעות כזה שיתיר לעצמו בלי חכם, אכן לב"ש דלא מהני שאלה ע"י חכם, כ"כ אינו מתיר לעצמו, ולפי"ד ניחא דמביא הש"ס ענין שאלה ולא מביא מהמשנה דהקדש טעות.

ומה מאד מדויקים היטב דברי הרמב"ם בזה שכ' בזה"ל מי שנשבע והי' פיו ולבו שווים בשבועה ואחר שנאסר חזר בו מיד בתוכ"ד וכו' ואמר אין זו שבועה וכיוצא בזה בדברים אלו שענינם שהתיר מה שאסר הרי זה מותר ונעקרה השבועה שזה דומה לטועה, עכ"ל, היינו שלא נותר השבועה ממילא מחמת טעות, אלא שהנשבע התיר מה שאסר, אלא דלא מהני התרתו רק ע"י הצטרפות הטעות כמו בהתרת חכם, ולפי"ז נמצינו למדים דבנדרים נזירות ושבועות מה שיכול לחזור בתוכ"ד הוא ענין אחר לגמרי מענין חזרה דמהני בקנינים, דבקנינים הוא חזרה כענין החזרה דמהני קודם גמר המעשה, ובנדרים ענין חזרה זו לא מהני כלום דאיסורא ממילא חייל, ואין ביד אדם לעכב שלא תחול אזהרת התורה, אלא דבנדרים כיון שחוזר בתוכ"ד נתגלה הענין שהי' בתחילה כעין טעות קצת שלא הי' בישוב הדעת כראוי, וכיון שנדרו ופתחו עמו יכול להתיר עצמו בלי חכם, ואופן חזרה זו לא שייך כלל בשאר דוכתי כמו דלא מהני התרה ע"י חכם בשאר דוכתי חוץ מנדרים, ולפי"ז נראה לי דבנזירות שמשון דלא מהני התרת חכם כ"כ לא מהני חזרה תוכ"ד, דבנדרים ענין חזרה תוכ"ד תלוי בדין שאלה כמו שאמרו בגמ' ובפי' הרדב"ז על הרמב"ם כתב שם בהלכה זו וז"ל דיש שלמדו מזה דאם נדר בנזירות שמשון על זמן שלאח"כ שיכול לחזור קודם הגעת זמן, וטעות הוא בידם דהא קיי"ל דאין מתירים הנדר או השבועה עד שתחול, ולפי דבריהם מה צריך התרה כיון שעדיין לא חלה אין כאן שבועה אלא ודאי ליתא, אלא כיון שנשבע או נדר אעפ"י שתלה בזמן חלה השבועה אלא שאין מתירים עד שיגיע זמן האיסור וזה ברור מאד, עכ"ל.

ומשמע מדבריו דאם הי' חוזר בנזירות שמשון תוכ"ד הי' מהני ולפימש"כ ודאי דבנזירות שמשון לא מהני שום חזרה לא קודם ל' כמש"כ הרדב"ז ולא בתוכ"ד דחזרה פשוטה לא שייך כלל בנדרים, וחזרה שמטעם שאלה ג"כ לא מהני דאין שאלה בנזירות שמשון, ומה"ט נראה לי מסיק הרמב"ם שם דבעינן שיוציא החזרה בפיו כמו השבועה, וכתב הכ"מ שם משום דדברים שבלב אינם דברים, יעו"ש, דמזה נמי מוכח דלאו משום טעות גרידא הוא, דאם מתבטלת השבועה מחמת טעות ואין הדבור של חזרה מועיל כלום אלא שנגלה הטעות אינו ענין לדברים שבלב, דהחסרון של דברים שבלב הוא רק היכא שאנו דנים שהמחשבה של עכשיו תהני לעקור איזה ענין, ולפימש"כ דמטעם התרה הוא ודאי דבעינן שיהי' דבור ממש להתיר מה שאסר כמו התרת חכם: ובהאי ענינא ראוי לבאר דבגמ' שם בנדרים בהא דקתני שם במשנה הרוצה להדיר את חבירו שיאכל אצלו אומר כל נדר שאני עתיד לידור הרי הוא בטיל, פריך הש"ס וכיון דאמר כל נדר שאני עתיד לידור יהא בטל לא שמע לי' ולא אתי בהדי' כתב הרא"ש וז"ל וא"ת מאי קשיא לי' לימא שבטל בלחש כדי שלא ישמע חבירו, ופי' הרא"ש דאם בטל בחשאי אין בטולו בטול כיון דנדר בסתם אעפ"י שחשב בלבו שנדר ע"ד תנאו הוו דברים שבלב ולא מוכיחים

ולא הוו דברים אבל אם בטל בפרהסיא הוו דברים שבלב דמוכיחים ומועלת מחשבתו לבטל הנדר הילכך פריך הש"ס לא שמע לי ולא אכיל בהדי' עכ"ל.

והובא דין זה בשו"ע יו"ד סי' רי"א סעי' א' ובש"ך שם סק"ב הביא דברי הב"ח שרצה לומר דאם משמיע לאזניו סגיא כמו בק"ש ותפילה, והש"ך דחה דבריו דברא"ש מוכח להדיא דוקא בפרהסיא, וביאור הדבר הוא בפשטות, דמה דמהני ביטול הנדר קודם שידור הוא מטעם התרה כמו שהבאנו סוגית הש"ס דפ' נערה המאורסה, ובעינן שיהי' הנדר טעות והוא דכיון דשכח בשעת נדרו את התנאי חשבינן כאילו יש כאן קצת טעות בנדרו, כמו שהבאנו דברי הר"ן, אבל אם עושה הבטול בשעת הנדר ואין כאן טעות כלל לא מהני הבטול כלום, אלא משום דלא הוי פיו ולבו שווים, דגם בשעת הנדר אינו רוצה שיהי' נדר ורק כונתו לזרז את חברו, אמנם מה שמחשב בלבו היפוך מה שמוציא בשפתי' לא מהני משום דברים שבלב, ובעינן שיהי' דבריו שבלב מוכיחים לכל, ומשו"ה סובר הרא"מ שאם בטל בפרהסיא דוקא דבזה הכל מבינים מה שבלבו ומהני דבריו שבלבו לבטל הנדר משום דאינו רוצה לידור כלל, אבל היכא שהדבור פועל לא שמענו שיוצרך בקול רם כמובן, ודברי הב"ח תמוהים בזה מאד, ובחי' הגרע"א כתב שם כמו שכתבנו רק לא באר הענין כ"כ.

ובפתחי תשובה שם סק"א הביא דברי הלבושי שרד דפסק כדברי הב"ח דמהני בלחש אם משמיע לאזני', ומוכיח ענין זה כדברי התוס' בגיטין ד' ל"ה בהא דאמרין בניסת אין מדירים אותה דהבעל מיפר לה והקשו בתוס' שידירוה בפני בעלה ויאמר קיים ליכי, ותרצו דחיישינן שמא יפר לה בלחש, ומזה מוכיח לראי' ברורה מדמהני הפרה בלחש כ"כ מהני בטול הנדר בלחש, ודברי שגגה הם במחכ"ת דהפרת בעל והתרת חכם ודאי דמהני בלחש, דכל שמשמיע לאזני' הוי דבור ובהתרת חכם אם רק שומע הנשאל ובהפרה אם היא שומעת לית מאן דפליג דמהני, ונידון זה של השו"ע שהוא דברי הרא"ש דהביטול לא מהני כלום רק מחשבתו, בעינן שתהא מחשבתו מוכחת לכל, לכן סובר דבעינן שיבטל בקול רם כדי שבינו הכל דבשעה שנודר כונתו רק לזרז, ומשו"ה פריך הש"ס דא"כ לא שמע ולא אתי בהדי' וכן כתב שם בחי' הגרע"א דלענין חזרה בתוכ"ד מהני חזרה בלחש, ועיי"ש שמסתפק במדירה ברבים דלא מהני התרת חכם אם מהני חזרה תוכ"ד, ורצה להוכיח דלא מהני דאל"כ מה מהני במדירה ברבים ניחוש שמא תחזור תוכ"ד, יעו"ש דמסתפק בזה מטעם דכיון דהבי"ד מדירים אותה כמו דלא מהני בכה"ג ביטול הנדר קודם שידור כמש"כ בשו"ע סעי' ד', כ"כ לא מהני חזרה תוכ"ד, ולפי מש"כ ודאי שדינם שוה דכיון דליכא למימר בזה איזה ענין טעות דלא מחמת טעות הוא נודר, אלא שאחרים מדירים אותו נגד רצונו, ובנידון שמסתפק הגרע"א לפי מש"כ הוא פשוט דאם נדר שהודר ברבים אין לו התרה, לא מהני כלום גם התרת עצמו דכלל אחד לשניהם שהוא ענין התרת נדרין שעוקר הנדר מעיקרו, וכל היכא דלא מהני התרת חכם לא מהני חזרה תוכ"ד בנדרים ולא בטול הנדר קודם הנדר.

אמנם עדיין קשה סוגית הש"ס דגיטין, דלמ"ד צריך לפרט הנדר אי"צ שידירוה ע"ד רבים יעו"ש, ניחוש שמא תחזור תוכ"ד בלחש, אבל באמת לק"מ דרק היכא דמעיקרא פיו ולבו שווים ואח"כ מתחרט הוי כטועה, אבל אם מתחילה נדר עד"כ לחזור בתוכ"ד

אין כאן טעות ובזה ניחא מנדרי אונסין, עי' ביאור הגר"א סי' רי"א סעי' ד': ובזה נראה לי לבאר דברי הרמב"ם בה' נדרים פ"ב ה"ד מי שהתנה קודם שידור ואמר כל נדר שאדור מכאן ועד עשר שנים הריני חוזר בהם או הרי הם בטלים וכיוצא בדברים אלו ואח"כ נדר, אם ה' זוכר התנאי בשעה שנדר הרי נדרו קיים שהרי בטל התנאי בנדר זה, ואם לא זכר התנאי אלא אחר שנדר אעפ"י שקבל התנאי בלבו וקיימו הרי הנדר בטל ואעפ"י שלא הוציא עתה החזרה בפיו, כבר הקדים החזרה לנדר והוציאה בפיו מקודם, ויש מי שמורה להחמיר ואומר והוא שיזכור התנאי אחר שנדר בתוכ"ד עכ"ל.

דלכאורה אינו מובן מאי עדיף בזה שיזכור תוכ"ד כיון דפסק כאביי דעדיף אם לא זכר בשעת הנדר, ולמה לן הך זכירה לגמרי, ועפימ"ש"כ שהוא ענין התרת נדרים ובהיתר נדרים בעינן שלשה דברים, שיהי' חרטה על עיקר הנדר, ושיהי' קצת פתח להחליש גמירת דעת של הנדר להחשיבו כטעות קצת, והתרת החכם שיאמר מותר לך, ובדין זה שמבטל הנדר קודם שידור, דמהני התרת עצמו במה שאמר שיהיו בטלים והוי התרתו במקום התרת חכם, ובמקום פתח הוא מה שאנו תולים דאילו זכר התנאי בשעת הנדר לא ה' נודר כמש"כ בשם הר"ן דפ' נערה, אבל עדיין חסר בזה פרט של חרטות הנדר שזהו עיקר בהתרת נדרים, ובפרט זה נחלקו הפוסקים, דהרמב"ם ושאר ראשונים סברי דסגי לן אם יזכור באיזה זמן אח"כ ומתחרט על הנדר מעיקרא, מצטרפת חרטה זו עם התרה שעשה קודם הנדר לעקור הנדר מעיקרא, והיש מי שהורה שהביא הרמב"ם סובר דכיון דקודם החרטה חל הנדר וצריך אח"כ להתבטל ע"י החרטה בהצטרפות של ההתרה שעשה לעצמו, ועל ענין כזה לא מצי להתיר לעצמו, דכל נדר שחל כבר אינו מתעקר ע"י הנודר בעצמו ובכה"ג קרינן בזה לא יחל דברו אבל אחרים מוחלים לו, ולכן סובר דבעינן שיזכור התנאי בתוכ"ד, היינו דאם נזכר מין התנאי בתוכ"ד של הנדר ומתחרט על הנדר הרי איכא בזה חרטה תיכף אחר הנדר בתוכ"ד דהוי כמו בשעת הנדר בכה"ג מועלת ההתרה דמעיקרא שלא יחול הנדר כלל, ואין להקשות דלפי"ז למה לן הבטול דמעיקרא תסגי בחרטה של עכשיו כיון שהוא תוכ"ד של הנדר, אבל זה אינו דאי לאו הבטול דמעיקרא ה' צריך עכשיו להוציא בשפתיו כמש"כ הרמב"ם, וכן משמע מדברי הכ"מ שם, דהנה בהשגות הראב"ד שם כתב וז"ל ויש מי שהורה א"א יפה הורה זה ולא בזכירת התנאי כמו שהוא סובר אלא בקבלתו וקיומו, שאם שהה כדי דבור אחר שזכר אותו ולא קיימו.

כבר בטל נדרו את תנאו, לפי שצ"ל בלבו על התנאי אני סומך והי' צ"ל והוא שקבל התנאי תוכ"ד אחר שזכר אותו עכ"ל. וכתב הכ"מ שם וז"ל ומ"ש רבינו ויש שמורה להחמיר וכו' וכתב עליו הראב"ד יפה הורה זה וכו' נראה שטעם הוראה זו משום דלא מסתבר לי' שאחר שחל הנדר יעקר כשזכר התנאי וכו' ומ"ש הראב"ד ולא בזכירת התנאי כמו שהוא סובר אלא בקבלתו וקיומו וכו' נראה שגם זו היא כונת רבינו ולא הוצרך לבאר לפי שסמך על מ"ש תחילה אם לא זכר התנאי אלא אחר שנדר שקבל התנאי בלבו וקיימו הרי הנדר בטל, ועל זה כתב שיש מי שמורה והוא שיזכור התנאי אחר שנדר תוכ"ד דהא ודאי האי שיזכור דומיא דזכירה דרישא היא דהיינו שקבל התנאי בלבו וקיימי, עכ"ל הכ"מ.

ונראה ברור בכונת הכ"מ דמ"ש דגם כונת הרמב"ם כהראב"ד הוא רק על ענין הזכירה שהוא לא זכירה בלבד אלא שקיימו בלבו, היינו שמתחרט על הנדר, אבל במה שהראב"ד סובר דסגי לן אם תהי' זכירה זו אחר זמן הנדר הרבה אלא שקיימו בלבו תוכ"ד של הזכירה, בזה חלוק כונת הרמב"ם מהראב"ד, דהרמב"ם מפרש בסברת המורה להחמיר שתהי' הזכירה דוקא תוכ"ד של הנדר, וכמו דמוכח להדיא ממה שכתב הכסף משנה דלא מסתבר שאחר שחל הנדר יעקר כשזכר התנאי, הארכתי בזה מפני שראיתי שבס' לחם משנה הבין שהכ"מ מפרש דדברי הרמב"ם הם מתאימים הכל עם דברי הראב"ד, והקשה עליו, ודבריו תמוהים לענ"ד שהדברים ברורים כמו שכתבנו, דלהראב"ד נעקר הנדר גם אחר שכבר חל אם היתה הזכירה אחר זמן הנדר.

כנלענ"ד בענין זה: והנה לפי"מ שבארנו לחלק בין חזרת תוכ"ד בקנינים לחזרת תוכ"ד דנדרים שבועות ונזירות, מש"כ הרמב"ם בריש פט"ו מה' מעה"ק דאם אחר שגמר בלבו והוציא בשפתיו שתהי' שלמים חזר בו ואמר ולדה עולה אעפ"י שחזר בו תוכ"ד הרי ולדה שלמים שאין חזרה בהקדש ואפי' בתוכ"ד, לכאורה אינו מובן, דהא ניחא מטעם חזרה כמו שנתבאר, כיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, לא מהני חזרה דלא אתי דבור ומבטל מעשה, אבל מטעם שאלה והתרה ראוי שתהני חזרתו כמו דמהני בנדרים, נזירות ושבועות, דלענין שאלה והתרה שוה הקדש לכל הנדרים, דבשלמא במה דפסק בספ"ה דתמורה באומר הרי זו תמורת עולה וחוזר בתוכ"ד ואומר הרי זו תמורת שלמים דהוי תמורת עולה ניחא, דבתמורה דלא מהני שאלה והתרה וחל אפי' בטעות, וליכא בזה ענין חזרה מטעם שאלה והתרה, ורק יש לדון בזה משום חזרה כחזרת שאר קנינים הנעשים ע"י אדם, ומשו"ה כיון דבהקדש ליכא חזרה אפי' בתוכ"ד לא מהני חזרה כלום, אבל בולד שלמים לו יהא דלא מהני חזרה אבל שאלה מהני: ונראה לענ"ד דבאמת חזרה ושאלה הם שני ענינים נפרדים, דענין חזרה הוא לעולםמכאן ולהבא ואינו בגדר חרטה דמעיקרא, דאם עשה מעשה קדושין וגרושין שיחולו לאחר ל' ואח"כ מתחרט למפרע לא מהני כלום, ורק צריך שיאמר בלשון להבא שיתבטל המעשה מכאן ולהבא, וכמו דאמרינן ריש פ' השולח לענין בטול השליחות דבעינן שיאמר בלשון להבא, ואם אמר בלשון עבר לא מהני, דבחזרה אינו נעקר הדבור למפרע כלום רק מכאן ולהבא אינו מועיל, ובחזרה של נדרים הוא להיפוך, דאם יאמר בלשון להבא אינו מועיל, רק בעינן חרטה על העבר, וראי' לזה מסוגית הש"ס במנחות ד' פ"א ע"ב בהא דתניא התם האומר הרי עלי תודה בלא לחם וזבח בלי נסכים כופין אותו ומביא תודה ולחמה זבח ונסכים ופריך בגמ' ואמאי נדר ופתחו עמו הוא, אמר חזקי' הא מני ב"ש היא דאמרי תפוס לשון ראשון, דתנן הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה ב"ש אומרים נזיר ובה"א אינו נזיר, ר"י אמר אפילו תימא ב"ה באומר אילו הייתי יודע שאין נודרים כך אלא כך ומאי כופים דקא בעי למיהדר בי', ופירש"י בד"ה נדר ופתחו עמו הוא, כלומר כשנדר תודה לאלתר נתחרט תוכ"ד ולפי שהי' יודע שאין תודה בלי לחם נתחרט כדי לסתור נדרו אמר בלי לחם עכ"ל.

וכן נשנה בגמ' ענין זה בד' ק"ג ע"א לענין האומר הרי עלי מנחה מן השעורים, וכן פסק הרמב"ם בפט"ז וי"ז מהמעה"ק דכ"ז שלא שאלוהו הוא פטור, ורק אם אומר שאדרבה שאינו מתחרט ואילו הי' יודע שצריך דוקא לחם לתודה וחסים למנחה היא נודר כראוי



אז חייב, הרי מבואר ענין זה להדיא, דאף דליכא חזרה בהקדש לשיטת הרמב"ם והתוס', אבל חרטה מהני משום דהוי נדר ופתחו עמו שהוא כעין שאלה, ומזה מוכח דחזרה שהוא ענין מכאן ולהבא לא מהני בהקדש, אבל כשמתחרט על העבר ורוצה לעקור את הנדר, מהני בתוכ"ד לבטל את הנדר.

ולפלא בעיני על הקצוה"ח והנתיבות שנקטו דחזרה וחרטה הכל אחד הוא ובהקדש לא מהני שום חרטה, שלא זכרו סוגית הש"ס הנ"ל ופסקי הרמב"ם הנ"ל: אמנם לפי"ז צריך באור באיזה אופן נקרא חזרה ובאיזה אופן --- חרטה ולאיתשולי קבעי, והנה באומר הרי עלי תודה מן החולין ולחמה מן המעשר תנן במשנה ד' פ"א ע"ב דמביא היא ולחמה מן החולין, ולא פריך ע"ז בגמ' שיהא כנדר ופתחו עמו, וכן ברמב"ם מביא הלכה זו בפט"ז הי"ז בזה הלשון אמר האי עלי תודה מן החולין ולחמה מן המעשר לא יביא לחמה אלא מן החולין שהרי נדר בקרבן תודה, והתודה אינה בא אלא עם הלחם מן החולין עכ"ל.

ולא נזכר בזה שיהי' שואלים אותו כמו שכתב בפ"ז ה"ט וה"י, ונראה שהענין בזה כל שהדבור האחרון סותר לגמרי את הדבור הראשון חשבינן זה כמתחרט על עיקר הנדר, ואז נקרא נדר ופתחו עמו, אבל אם אינו סותר לגמרי את הדבור הראשון, רק מגרע איזה ענין ממנו, בכה"ג הרי אינו מתחרט על עיקר הנדר, אלא רצה לפחות לגרע, ואז חשבינן דבור השני כעין חזרה שרוצה לחזור בו, ומשו"ה באומר הרי עלי מנחה מן השעורים הוא דומה ממש לאומר הריני נזיר מן הגרוגרות ומן הדבילה, דכיון דפרישות מגרוגרות ודבילה אינה נזירות כלל, ה"ז כמתחרט על הדבור של נזירות, וכ"כ במנחה מן השעורים, וכן נמי באומר הרי עלי תודה בלי לחם, שהדבור בלי לחם הוא מבאר איזו תודה הוא נודר, תודה כזו שתהא בלי לחם, וכיון דליכא תודה בלי לחם הוי כחרטה על עיקר הנדר של תודה, אבל באומר תודה מן החולין ולחמה מן המעשר אין זה מתחרט על הנדר של תודה, אלא על מה שאמר מן החולין, דאם לא הי' אומר מן החולין והי' אומר הרי עלי תודה ולחמה מן המעשר מביא מן המעשר כדתנן שם במשנה, דלפי"ז גם אם יעקר דבור זה מ"מ נדר בתודה סתם שדינה מן החולין, דרק אם הי' אומר להדיא תודה ולחמה מן המעשר, הי' מתפרש הכונה שהכל יהי' מן המעשר ואז הי' נדר כזה להביא מן המעשר, אבל בכה"ג שהדבור מן המעשר הי' רק על הלחם, ונשאר נדר של תודה כהלכתו.

ודו"ק בלשון הרמב"ם שהבאנו שכתב שהרי נדר בקרבן תודה, ולא הזכיר שהרי נדר בקרבן תודה מן החולין, דעל ענין זה הי' אפשר שהדבור מן המעשר סותר דבור ראשון והי' נחשב כמתחרט, אבל כיון שהנדר של תודה קיים ממילא חייב בלחם מן החולין, אמנם לא זכר כאן הרמב"ם גם ענין חזרה לומר שאין חזרה בהקדש אפי' תוכ"ד, ונראה דסובר דבכה"ג לא שייך חזרה כלל, כיון שאינו חוזר מנדרו של תודה, וכיון שחייב להביא תודה מן החולין חייבתו תורה בלחם, וחזרה לא שייכא אלא במה שנעשה ע"י רצון ומחשבה, אבל בחיוב הבא ממילא לא שייך חזרה, וכן נראה מפירש"י כת"י הנדפס מחדש וז"ל יביא היא ולחמה מן החולין דלחם שייך בתר תודה, דכיון דאמר הרי עלי תודה מן החולין בע"כ מיחייב בלחם, הילכך האי דהדר ואמר לחמה מן המעשר לאו כלום הוא עכ"ל מלשון זה משמע דלא שייך בענין כזה איזה חזרה כיון דבע"כ מיחייב:

ומעתה נעייך היטב בלשון התוס' בענין זה וז"ל תודה מן החולין ולחמה מן המעשר יביא היא ולחמה מן החולין, דכי אמר הרי עלי תודה מן החולין נתחייב הכל מן החולין, דכל דבר שבחובה אינו בא אלא מן החולין, וכי הדר ואמר לחמה מן המעשר לא מצי הדר ב"י ואפי' בתוכ"ד, דלא מיבעיא לב"ש דאמרי בגמ' גבי הריני נזיר מן הגרוגרות תפוס לשון ראשון, אלא אפי' לב"ה דחשבינן לי' נדר ופתחו עמו, ל"ד להכא דבעי למיהדר ולא מצי למיהדר דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ואמרינן נמי בפ' בתרא דנדריים והילכתא תוכ"ד כדבור דמי חוץ ממגדף וע"ז ומקדש ומגרש, וגבי תמורת עולה ותמורת שלמים מוכח בתמורה פ' כיצד מערימים ד' כ"ה, דבנמלך אפי' ר"י מודה דאפי' תוכ"ד הרי זו תמורת עולה ושלמים נמי עכ"ל.

וכל הרואה ומתבונן היטב בדבריהם יראה ויבין דמחלק, בין נדר ופתחו עמו לחזרה, דהרי כתבו בהדיא דאפי' לב"ה דחשבינן לי' נדר ופתחו עמו, ל"ד להכא דבעי למיהדר ולא מצי מיהדר, ואם הי' כונתם כמו שכון בהם הקצוה"ח דנדר ופתחו עמו הוא חזרה הו"ל למימר דהקדש שאני דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ותו לא מידי אלא נראה להדיא דכונתם דגם בהקדש יש להחשיב נדר ופתחו עמו, אלא דהכא ל"ד דבעי למיהדר וחזרה ליכא בהקדש, ומה גם שהרי הבאנו סוגית הש"ס מפורשת דגם בהקדש איכא גונא דחשבינן לנדר ופתחו עמו לב"ה: ועפי"ד יש לפרש ג"כ מה דמסקו בסוף דבריהם "ושלמים נמי" שמחכם הגליון בלי מצוא שום ביאור לזה, ולדברינו י"ל דבזה הוכיחו על כל מה שחדשו, דהרי כתבו לחדש בדבריהם שני ענינים, חדא דבכה"ג אינו מתפרש הלשון, לשון פתח וחרטה אלא ענין חזרה דבעי למיהדר, והשנית דבהקדש לא מהני חזרה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט והנה מהא דבתמורת עולה ושלמים דלא מהני נמלך בתוכ"ד, הי' מקום לומר דלעולם חשבינן רק לנדר ופתחו עמו ובתמורה דלא מהני שאלה לא מהני חרטה, כמו לב"ש בנזירות, וכמו דרצה הש"ס לומר גבי נדר תודה בלי לחם ומנחה מן השעורים דלב"ש ניחא, דבאמת גבי תמורת עולה שחוזר לגמרי מדבור הראשון מחשבינן לי' לנדר ופתחו עמו וכמו שכתבנו, אמנם כאשר גם במשנה הראשונה לענין ולד שלמים ג"כ לא מהני אפי' נמלך בתוכ"ד, ושם אם היינו מחשבים מה שחוזר ואומר ולדה עולה כמתחרט על עיקר הנדר שאמר הרי היא שלמים וכנדרו ופתחו עמו הי' מהני חזרתו לב"ה דקיי"ל לוותיהו, אלא הטעם בזה דבכה"ג אינו כמתחרט על עיקר הנדר של הבהמה, אלא אינו רוצה שיהי' הולד שלמים, ובפרט שהנקבה אי"א שתהי' עולה, ובודאי אינו מתחרט על עיקר הנדר, אלא רוצה לגרע הכח מן הנדר הראשון בקצתו וחשבינן לי' לחזרה ואינו יכול לחזור, ומוכח מזה כל הענין שכתבו בענין זה של לחמה מן המעשר דג"כ אינו חוזר מעיקר הנדר דלא מהני לכו"ע משום דליכא חזרה בהקדש וזהו דמסקו ושלמים נמי מיירי אף בנמלך תוכ"ד, דגירסתם היתה בגמ' דרב פפא אמר על המשנה השני' של תמורת עולה ולא כגירסתנו דהובא דברי ר"פ על המשנה הראשונה כ"כ בשטמ"ק שם בשם ראב"ק ובשם ר"ת, וכן משמע במרובה ד' ע"ג ולכן הוכיחו רק בדרך הוכחה דגם גבי שלמים לא מהני נמלך בתוכ"ד: ולפי"ז דברי הרמב"ם ז"ל מתישבים היטב והוא כסברת התוס', דבולדה עולה הוא ענין חזרה ולא כמתחרט וחזרה לא מהני בהקדש, שאם הי' כמתחרט על עיקר הנדר הי' מהני

גם בהקדש, אבל כיון דבכה"ג ליכא חרטה על מה שאמר היא שלמים, אלא רק חזרה, ולכן אמר שאין חזרה בהקדש אפי' תוכ"ד.

ולפי"ד מדויק היטב לשון הרמב"ם בה' תמורה ספ"א בזה הלשון ואם לא נתכון בתחילה אלא לתמורת עולה וחזר ואמר תמורת שלמים אעפ"י שחזר בתוכ"ד אין תופשין אלא לשון ראשון והרי היא תמורת עולה בלבד, עכ"ל. ולא כתב בזה הטעם שאין חזרה בהקדש, משום דבאמת בכה"ג שחוזר לגמרי מעיקר הנדר הוי נדר ופתחו עמו ומחמת דאין שאלה בתמורה הוא, לכן אינו מוכח כ"כ בענין זה דליכא חזרה בהקדש, ורק בולדה עולה מוכרח הטעם דליכא חזרה בהקדש כנ"ל.

ולפי"ז מה דפריך הש"ס בפ' מרובה מר' יוסי דס"ל תוכ"ד כדבור דמי גבי עדות על הא דאמר ר' יוסי גבי תמורת עולה ושלמים דלא מהני נמלך בתוכ"ד, כמו דמוקי רב פפא, הוא משום דאף דלשון זה מתפרש כחרטה, וחרטה לא מהני כלל בתמורה משום דאין נשאלים על התמורה, אבל עכ"פ הרי חוזר ואומר הרי היא תמורת שלמים וראוי שתהני חזרתו משום חזרה כחזרת כל הקנינים, ואזלא סוגית הש"ס דב"ק דמהני חזרה בהקדש, משום דהאי כללא דלא מהני חזרה בהקדש, מיתלי תלי בסוגית הש"ס דנדרים דמשני הש"ס שם אליבא דבר פדא דלא מהני חזרה בהקדש שהקדיש לאחר ל' דלא מצי הדר בי' בתוך ל', משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי, ומאן דלא סבר לי' כבר פדא אפשר דלא סבר האי כללא, וכמו שהבאנו דברי הרשב"א והר"ן בנדרים בסוגיא דבר פדא שכתבו כן, ולמ"ד זה מהני חזרה בתוכ"ד אם כדבור דמי ולהכי פריך הש"ס דלמ"ד זה תקשה מזר"י אדר"י, ומתרץ הש"ס דלמ"ד דלא סבר כבר פדא יתרץ דתרי תוכ' הוא, ובתוכ"ד כדי שאילת תלמיד לרב סובר ר"י דלאו כדבור דמי.

ולפי"מ דכתב הראב"ד בפט"ו מה' מעה"ק דקיי"ל להלכה כמו דמוקי רב פפא אליבא דבר פדא דלא מהני חזרה בהקדש קודם חלות ההקדש, כ"כ לא מהני חזרה בהקדש תוכ"ד, ואי"צ לחלק לר"י בין תוכ"ד גדול לתוכ"ד קטן, וכן פסק הרמב"ם להלכה בפ"ב מה' שבועות הי"ז הבאנו לשונו לעיל דתוכ"ד כדי שאילת תלמיד לרב כדבור דמי דלא כסוגית הש"ס דב"ק הנ"ל, ועי' במשנה למלך פ"ב מה' שבועות ובפט"ו מה' מעה"ק מש"כ ליישב שיטת הרמב"ם מה שדחה להלכה סוגית הש"ס דב"ק הנ"ל, אבל עכ"פ סוגיא ההיא אינה סוגיא דחוי' כמו שחשב הקצוה"ח אלא דתליא בדין חזרה בתוך ל' יום.

וכמש"כ: ועפ"י מה שנתבאר לשיטת הרמב"ם והתוס' דלא מהני חזרה בהקדש אפי' תוכ"ד הוא דוקא חזרה לא מהני, אבל חרטה מהני, כמו דמהני שאלה בהקדש כ"כ מהני נדרו ופתחו עמו, ולכן נראה שאם הקדיש ובתוכ"ד חזר לגמרי מן ההקדש בטל ההקדש, כמו שמתבטלת השבועה והנזירות כשחוזר תוכ"ד ומשוה לי' כהקדש טעות, אמנם בדין המקדיש כל נכסיו ואמר אחר שהקדיש מנה לפלוני בידי שכ' הע"ש הובא בש"ך ובסמ"ע בחו"מ סי' רנ"ה סעי' ג' דאפי' תוכ"ד אינו יכול לחזור, והסמ"ע השיג עליו דהרי קיי"ל תוכ"ד כדבור, והש"ך כתב שכדברי הע"ש כתב גם בעה"ת שהובא בב"י וכן הביא דברי הרמב"ם מפט"ו מה' מעה"ק הנ"ל, לפי מש"כ דברי הע"ש נכונים להלכה דבכה"ג שאומר מנה לפלוני בידי אינו יכול לחזור כיון שאינו חוזר לגמרי מן עיקר ההקדש אין

זה כמתחרט ושואל על נדרו אלא חוזר בו וחזרה לא מהני בהקדש, אבל אם הי' חוזר לגמרי נלענ"ד דמהני חזרה בהקדש וצדקה, לפי"מ דקיי"ל כב"ה דהוי נדרו ופתחו עמו הוא, ובס' מחנה אפרים ה' צדקה סי' ח' העלה להלכה דבהקדש וצדקה לא מהני חזרה תוכ"ד, כמש"כ התוס' במנחות פ' התודה משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט, ולפי מש"כ היכא דחזר לגמרי תוכ"ד מצי הדר בי'.

ובפ"ת ליו"ד סי' רנ"ח סק"ז הביא כ"כ להלכה דברי תשו' ושב הכהן שכ' דאינו יכול לחזור בתוכ"ד כמו בהקדש, יעו"ש, ולענ"ד לא ירדו לעומק ענין זה כראוי ומקום הניחו לי להתגדר. בעזה"י: אמנם מש"כ בס' ע"ש לפרש דברי הרמב"ם דבבריא שהקדיש כל נכסיו ואמר מנה לפלוני בידי דאינו נאמן דמיירי אפי' בתוכ"ד, לפי מש"כ קשה לפרש כן, דכיון דיכול לחזור מן ההקדש לגמרי ראוי לומר שנאמן במיגו דאי בעי הדר בי', דהנה מה דפסק הרמב"ם שם בפ"ז מה' ערכין במגרש אשתו דחיישינן לקנוניא אף דישי לו מגו דיכול לשאול לחכם, שם י"ל דס"ל דלא חשיב מיגו כ"כ, משום דמי יימר דמדקדק לי' חכם כמש"כ ברדב"ז שם בפ"י, אבל בתוכ"ד דאי"צ התרת חכם קשה לומר דלא יהי' נחשב למיגו, ע"כ נראה פשוט לומר דלא מיירי בתוכ"ד רק בעוסקים באותו ענין, והרדב"ז לא כתב כן יעו"ש.

כפי' על הרמב"ם. והבוחר יבחר: ובהא שכתבנו דבאומר היא שלמים וולדה עולה ליכא ענין חרטה משום דאינו מתחרט על הדבור של היא שלמים, צריך לבאר כשנשאל אח"כ לחכם נעקור את ההקדש מן הולד, אם מהני לבטל קדושת הולד, דלפי מש"כ צריך לומר דלא מהני שאלה, דאם הי' מהני שאלה הי' מהני גם חרטה תוכ"ד, והנה ענין זה אינו דומה לאומר הרי עלי תודה מן החולין ולחמה מן המעשר, דשם אם רק מתקים הנדר של תודה חייב ממילא בלחם מן החולין, אבל בהיא שלמים שהולד שלמים אינו בהכרח מחמת האם, אלא כ"ז שלא שייר בפירוש את הולד הוא מתקדש בכלל הקדש של האם, כמש"כ התוס' בתמורה ד' כ"ה ע"א ד"ה היא שלמים, דאפי' למ"ד שיירו משויר אינו יכול לשנות לקדושה אחרת, דמיד שהקדיש האם נתכון נמי שתחול על פיו אותה קדושה על העובר ואינו יכול לשנותו מקדושת האם אא"כ הזכיר תחילה קדושת הולד עכ"ל.

דמפורש בדבריהם שאין הולד מתקדש ממילא אלא ע"י דבורו שנכלל בדבור של היא שלמים גם הולד, שהכל ביחד עם העובר נקדש באמירת היא שלמים, ולכאורה הרי זה דומה לנודר שאוסר חבורת בני אדם בלשון כולכם דודאי יכול לשאול על אחד מהם, ורק אז יש לדון אם הותרו כולם מחמת נדר שהותר מקצתו, אבל עכ"פ זה שנשאל עליו ודאי מותר, ועי' בנדרים ד' כ"ו בסוגיא שם דמעמיד ומשנה, וכ"כ לכאורה הכא ג"כ יכול לשאול על הולד לחוד, ואז יש לדון אם בטל ההקדש לגמרי או לא, אבל מן הולד ראוי לומר שנתבטל הקדושה ע"י שאלה, והדרא הקושיא לדוכתה, דלמה לא מהני ג"כ חרטה בתוכ"ד: נלענ"ד עפ"י מה דאיתא במס' נזיר ד' י"א ע"ב דלר"ש דסובר דבנזירות צריך שיזיר מכולם, כ"כ אם מיתשל על הנזירות צריך שישאל על כולם ולרבנן דאפי' לא נזר אלא באחת מהן סגי, כ"כ כשמיתשל אי"צ לשאל על כולן, דהטעם בזה דבעינן שיתחרט על עיקר סבת הנדר, דלרבנן דקבלת אחת מהן גורמת נזירות, משו"ה יכול לישאל על אחת מהן, אבל לר"ש דקבלת כולן גורמת הנזירות כשמתחרט ושואל על

אחת מהן לא מהני, דאינו מתחרט על כל סבת הנדר ולפי זה י"ל דבאומר היא שלמים שהולד מתקים ע"י דבור זה ועל דבור זה אינו מתחרט כלום, ורק מתחרט מה שלא הוציא הולד מכלל הבהמה, ונמצא שאינו מתחרט ושואל על עיקר סבת הנדר, ול"ד לנודר בלשון כולכם ומתחרט ושואל על אחד מהם, דמהני התרה על אחד מהם, דשם לשון כולכם הוי דבור על כל אחד ואחד, דאם רוצה להוציא אחד מהם מן הכלל צריך לשנות הלשון ולומר כולכם חוץ מזה, משו"ה יכול לשאול על אחד מהם, אבל בהיא שלמים דאם גם הולד אינו מתקדש דבור זה של היא שלמים אינו משתנה כלום, ולפי"ז אין כאן על הולד סבת הנדר בפ"ע, ורק סבת הנדר של האם, דהא דקדיש הולד כשלא שייר, הוא משום דחד גופא הוי, והולד הוא בכלל האם, אבל בכלל הרבה בני אדם וכיו"ב בדברים אלה, שהם נפרדים זמ"ז, בע"כ איכא סבת הנדר לכל אחד, ומשו"ה בולד אם רוצה לישאל צריך לישאל על עיקר הנדר של קדושת האם, ומה שמתחרט ושואל על הולד לחוד לא מהני כנלענ"ד: אמנם לכאורה יש להקשות לפי"ד שהטעם דלא דמהני חזרה תוכ"ד בהקדש, הוא משום דלא אתי דבור ומבטל מעשה, תי' ראוי לומר דדוקא אם החזרה הוא רק בדבור, אבל אם החזרה נעשית במעשה כמו בתמורת עולה תמורת שלמים, תבטל מעשה את מעשה, כמו לר"י בכל הקנינים, מהני חזרה משום דאתי דבור ומבטל דבור, כ"כ ראוי לומר בהקדש דאף שהקדש ראשון חשוב כמעשה, משום דאמירה לגבוה כמסירה להזיוט דמי, יבוטל הקדש שני את הקדש ראשון, ולמה נקטינן דבתמורת עולה בנמלך תוכ"ד ואמר תמורת שלמים, דחלה קדושה ראשונה ולא מהני חזרה: ונראה לענ"ד דבכה"ג לא חשבינן כמעשה מוציא מיד מעשה, דהא דחשבינן אמירה לגבוה כמעשה, הוא רק אם יש כח באמירתו שיחול ההקדש, אבל אם יקדיש דבר שאינו שלו וכה"ג אין זה אמירה לגבוה, ולכן כשמקדיש לעולה ובתוכ"ד חוזר ומקדיש לשלמים אחר שכבר חל ההקדש ונתפסה קדושת עולה על הבהמה, וגם כבר נפקע כח הבעלים, אמירה זו שמקדיש לשלמים הוא דבר בטל, אף שאם הי' הדין שתהני החזרה, והי' בטל למפרע הנדר הראשון, הי' אז חלה קדושה שני, אבל כ"ז שלאבטל למפרע, אין כאן מעשה לומר אתי מעשה ומבטל מעשה, וכן מוכח משיטת הרשב"א והנמ"י הובא ברמ"א חו"מ סי' קי"ב סעי' א' דמשעבד דאקני יכול לחזור בו קודם שקנה, והוכיחו דין זה מהא דאמרינן בפ' מי שמת ד' קנ"ז לוח ולוח ואח"כ קנה יחלוקו, וכן הוא בביאור הגר"א סק"ה יעו"ש, והלא לכאורה יש לחלק דבלוח ולוח איכא חזרה ע"י מעשה מה שמשעבד למלוח שני, ואיך הוכיחו דמהני חזרה בדבור גרידא, אלא נראה דאם לא מהני החזרה אין כאן מעשה והוי כדבור ודבור, ואין לסתור דברינו מהא דאיתא בירושלמי קדושין פ' האומר במקדיש לעולה אחר ל' וקודם ל' מכרה או הקדישה להקדש אחר דמהני ההקדש והמכירה להפקיע שלא תחול קדושת עולה בהגעת זמן ל' יום, ולפי"מ שכתב הרשב"א בחי' למס' נדרים בסוגיא דבר פדא דשיטת הירושלמי בזה אפשר להתפרש אף לפי מאי דאמרינן בש"ס דילן דלא מהני חזרה בהקדש יעו"ש.

דלכאורה יש להוכיח דחזרה ע"י מעשה מהני משום דמעשה מבטלת מעשה, אבל באמת אין מזה ראי' לנידון דידן משני טעמים, ראשונה התם שאני דכיון דעכ"פ עכשיו מהני המכירה, דקודם הגעת זמן לא חל כלל ההקדש, ובכה"ג הוי מעשה גמורה, ויש לומר

מעשה מוציא מיד מעשה, משא"כ בנידון דידן דאם לא יהני מעשה הקדש של עכשיו לבטל למפרע הנדר הראשון, המעשה של עכשיו בטלה לגמרי, ועוד נראה לי דהא דמהני המכירה לבטל את ההקדש, אינו משום הטעם דמעשה מוציא מיד מעשה, אלא כיון שהמכירה חל עכשיו וקדושת עולה אינה חל עכשיו ובהגעת זמן ל' יום אי אפשר שתחול קדושת עולה על הבהמה שהיא של אחרים, וכמו לר"ל דסובר דבקדושין לאחר ל' יום לא מהני חזרה ואם נתקדשה בתוך ל' לאחר אין קדושין ראשונים מבטלים בהגעת זמן את קדושי שני, כ"כ הוא לענין מכירה, ובאמת בירושלמי פ' האומר מדמה שני ענינים אלה יעו"ש.

אכן מלשון הרשב"א שם בנדרים משמע כטעם הראשון שכתבנו, דכתב שם בסוף הענין שההבדל בין מכירה לסתם חזרה, הוא רק שחזרה סתם הוא כדבור ומכירה הוא מעשה. יעו"ש: ועפ"ז נלענ"ד לתרץ שיטת הרמב"ם בה' תרומות פ"ד ה"ט דבעושה שליח לתרום לא מהני ביטול השליחות אם בטל השליחות קודם הפרשה, ורק אם שינה השליח כגון שאמר לו תרום מן הדרום ותרם מן הצפון שהוא עפ"י הירושלמי פ"ג דתרומות ה"ב, דאמרין שם על הא דתנן במשנה אם עד שלא תרם בטל אין תרומתו תרומה ולית הדא פליג על ר"ל דר"ל אמר אין אדם מבטל שליחותו בדברים, תיפתר כגון שאמר לו לך וקבע בצפון והלך וקבע בדרום, ותמה ע"ז הראב"ד דהרי קיי"ל כר"י ולדידי' מהני ביטול בשליחות גם בלא שינה, וכן קשה דהלא בקדושין וגרושין נקטינן דיכול לבטל השליחות ובגמ' דילן קדושין ד' נ"ט ללישנא קמא גם ר"ל מודה דיכול לבטל השליחות, ורק רב זביד אמר דר"ל פליג גם בשליחות ופריך עליו מן המשנה בריש השולח ומסיק בתיובתא יעו"ש.

וביותר קשה לשון הרמב"ם בפ"ה המשנה בתרומות שכתב שהעיקר אצלינו אין השליחות מתבטלת בדברים, ועפ"י מש"כ י"ל דהנה באופנים לחזור שלא יהני מעשה השליח הוא בתרי גווני והוא שמסיר כח השליח שיהי' מהיום והלאה כאיש זר, וממילא לא יועילו מעשיו, או שיבטל את המעשה כענין מודאה וכמו שכתב הרמב"ם בה' גרושין פ"ו, שיכול אדם לומר מה שאעשה גרושין מכאן עד עשרים שנה יהא בטל, וכמו שיכול לבטל מה שיעשה בעצמו, כ"כ יכול לבטל מה שיעשה שליח עבורו, והנה לר"ל כשיטת הירושלמי או לרב זביד בש"ס דילן, סובר דאין כח בדברים לא על הסרת כח השליח ולא על בטול המעשה, ור"י פליג עלי' ועפ"י הכלל שאין להרבות מחלוקת היכא דאינו מוכח, סגי' לן אם נאמר דר"י פליג עלי' רק על כח בטול המעשה דקודם שנעשה המעשה או קודם שנגמר חלות המעשה אתי דבור ומבטל דבור, אבל בעיקר זה שאין השליחות מתבטלת בדברים יש לומר דגם ר"י מודה, ולפי"ז בתרומה דהוי כהקדש לענין הכלל דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ומסירת מודעה בהקדש לא יהני אם לא כשנאנס, ומשו"ה גם לדידן לא מהני בטול בתרומה רק בשינה, שהטעם בזה דהא דמהני אם שינה כשלא בטל שליחותו דמדינן לדעתו דלא קפיד, שבכל רגע ורגע מהני משום אומדן הדעת דהשתא, וכשמבטל ואינו רוצה כלל בהפרשתו, בטל ממילא אומדן דעת זה, והוא ענין נבחר בעזה"י.

אמנם לפי"ז בקפיד מהני גם גלוי דעתא לבטל השליחות וכן הדעת נוטה, דהוי כמו שינה שמתבטלת השליחות, ועפי"ד יהי נפ"מ לדינא גם בגו"ק, שאם בטל השליחות ואח"כ חזר בו מהבטול לא יוצרך מינוי חדש על השליחות: פרק כג כתב הרמב"ם בפ"ב מה' נדרים הי"ד ההפקר אעפ"י שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו, ומהו ההפקר הוא שיאמר נכסים אלו הפקר לכל וכו' והאומר הרי זה הפקר וזה, הרי השני ספק הפקר, ואם אמר וזה כמו זה או שיאמר וגם זה התפס השני ויהי הפקר ודאי עכ"ל.

והוא מה דאיבעיא במס' נדרים ד' ז' אי יש יד להפקר, וכתב הר"ן שם דבספק הפקר לכו"ע ספיקו לקולא היינו אף לשיטת הרשב"א וסייעתו דנקטו בספק של יד לפאה וצדקה לחומרא, בספק הפקר הוי ספיקא דממונא, וכן כתב הסמ"ע בס"י רע"ג וכ"כ בש"ך יו"ד סי' רנ"ט סקי"ד, ובפרישה ריש סי' רנ"ח ביו"ד העיר בזה כיון דהפקר מטעם נדר למה לא יהי ספק הפקר ככל ספק נדר דספיקו ככל ספק איסור תורה, וכתב לתרץ שם דברים שאינם מובנים כלל, דז"ל ואפשר דגם בהפקר נקטינן לחומרא כיון דהוא כנדר וכו' אי נמי שאני הפקר דאף דאם הוא הפקירם הרשות בידו לחזור ולזכות בו, נמצא דלעולם יש לו ג"כ צד זכי' זו.

ומשו"ה לא מחמירינן שמעכ"ל. ולא אבין דבריו דהלא ודאי עיקר הספק בזה הוא רק אם כבר זכה בו אחר דקודם שזכה בו אחר אין נפ"מ כ"כ, וכשזכה בו אחר ומוציאים מיזו הרי הוא עובר על ספק איסור נדר, וגם לשיטת הרמב"ם דבספיקא דדינא אי תפס לא מפקינן מיני', ולקמן יבואר ענין זה אם בספק הפקר מהני תפיסה, אבל זה ודאי דאם חזר בעה"ב ותפס מן הזוכה דמהני תפיסה כמש"כ בס' תקפו כהן סי' ח', ואם ספק הפקר ספק נדר אסור לתפוס, ומוכח מזה דלא הוי רק ספק ממון לחוד, וכן הקשה בקצוה"ח ריש סי' רע"ג ונשאר בצ"ע: והנה בעיקר דין הפקר לא נתבאר בראשונים ז"ל מהו, ומקור לדברי הרמב"ם שכ' דהפקר מטעם נדר כתב בב"י או"ח סי' תל"ד שהוא מהגמ' דנדרים ד' ז' דמיבעיא שם אם יש יד להפקר או דילמא אין יד להפקר, הפקר היינו צדקה, אם תימצא לומר קאמר, אית"ל יש יד לצדקה דאין היקש למחצה, הפקר מהו, מי אמרינן היינו צדקה, או דילמא שאני צדקה דצדקה לא חזיא אלא לעניים אבל הפקר בין לעניים ובין לעשירים, ובב"י אחרי שהביא שם דברי הר"ן בפ"ק דפסחים שכ' בשם י"א דכיון דביטול מתורת הפקר נגעו בה שליח לא מצי מבטל, שהרי אם אמר אדם לחבירו הפקר אתה נכסי אין בכך כלום, כתב בזה"ל ול"נ אע"ג דבטיל מדין הפקר נגעו בה שפיר יכול לבטל ע"י שליח, משום דחמץ אינו ברשותו של אדם אלא שעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו, בגלוי דעתא דלא ניחא לי' דליהוי זכותא בגוי' כלל סגי, א"נ דטעמא דבהפקר לא מהני שליחות היינו משום דהפקר יש לו דין נדר כדמוכח בפ"ק דנדרים ד' ז', וכ"כ הרמב"ם בה' נדרים, וכיון דדין נדר יש לו משום הכי לא מהני בי' שליחות שהאומר לחבירו קבל עליך נדר זה בשליחותי שאהי' אסור בו אינו כלום, אבל בטול שאינו ענין לנדר שפיר מהני בי' שליחות עכ"ל.

ובח"מ סי' רע"ג כתב הב"ח וז"ל כתב הרמב"ם ההפקר הרי הוא כנדר, ואסור לחזור בו פירוש שיחזור ויאמר אני חוזר מדבורי כיון שלא עשיתי קנין אלא הרי הוא כנדר דכתיב בו לא יחל דברו, ואעפ"י שהוא עצמו יכול לזכות בהם זהו מדין הפקר אבל לא מתורת

חזרה עכ"ל. ועפ"ז כתב בקצוה"ח סי' הנ"ל דהפקר אינו עושה שום השתנות בקנין הבעלים כלום ורק חל עליו איזה נדר להניח לכל אדם לזכות בהם ולהשתמש בזה, או שלא יחזור בו, ומטעם הנדר חשוב כאילו אינו ברשותו, ומטעם זה כתב דאפשר שאם הפקיר ומת שאין היורשים מחויבים לקים נדרו דבטל ההפקר לגמרי יעו"ש.

והדברים מתמיהים בעיני דלפי"ז ליתא כלל ענין הפקר בעולם, אלא נודר ליתן לכל מי שירצה לזכות ולהשתמש בזה ולמה מצריכים לשון הפקר דוקא שיאמר נכסים אלו הפקר לכל ובמאי פליגי ב"ש וב"ה אם הפקיר לעניים ולא לעשירים, ולב"ה אפי' אם שייר אדם אחד לא הוי הפקר, למה לא יהי' הנדר חל אם נדר לכל העולם חוץ מאדם אחד, כיון דגם בהפקר גמור אינו יוצא מרשותו כלל, אלא חל עליו איזה נדר שלא לחזור, וכן מה דאמרינן בירושלמי דב"ש ילפי מלעני ולגר תעזוב אותם יש לך עזיבה אחרת שהיא כזו מה זו לעניים ולא לעשירים, וב"ה ילפי משמיטה, יש לך נטישה אחרת שהיא כזו, הובא בר"ש ריש פ"ו דפאה, ומה ענין נדרים ללמוד ממתנות עניים או משמיטה, ואם ילפינן מהתם בע"כ דומה ענין הפקר לשם, דכמו דשם משתנה קנין הבעלים דמתנות עניים אינן ממון בעלים וכן בשמיטה אינו ממון בעלים, כ"כ ענין הפקר, וכן קשה טובא מה דאמרינן במס' נדרים דר"י אמר מ"ט דר"י קסבר הפקר כמתנה מה מתנה עד דאתיא מרשות נותן לרשות מקבל אף הפקר עד דאתיא לרשות זוכה, וכתב הר"ן שאינו יוצא מרשות בעלים עד שיזכה בו אחר ואי בעי למיהדר מצי הדר, הילכך כי זכה בו מודר, ממדיר קא מיתהני, ודחה רבא ענין זה ומתרץ דטעמא דר' יוסי הוא משום מתנת בית חורין, ובהפקר לזמן הוא לדידן כסברת ר"י אליבא דר"י דאינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה כמבואר שם בגמ' ובר"ן, ואם נאמר דעיקר הפקר הוא רק ענין נדר שלא לחזור היינו שניח לכל אדם לזכות, איך יכול לחזור הלא זהו הנדר גופא, ואיך מצי חזר בו מן הנדר, ומה שייך לומר בזה שאינו יוצא מרשותו או לא הלא הפקר הוא מתנה גמורה רק שנדר ליתן מתנה לכל מי שירצה, ולרבנן ודאי קשה למה מהני במודר הנאה, דלפי שיטת הקצוה"ח הלא לכו"ע אינו יוצא מרשות בעלים, ועוד קשה דהרי בהפקר אם קדם וזכה בו הרי זה שלו כשאר נכסים ואם הפקר הוי רק נדר בעלמא והדבר שלו כבתחילה, איזו זכי' שייך בדבר שהוא שלו ובמה בטל נדרו עי"ז שטלטל החפץ ממקום למקום, עוד קשה למה לא מהני הפקר בדבר שאינו ברשותו, כמו דאיתא בב"ק ד' ס"ט הלא זה ודאי דיכול לקבל על עצמו נדר גם על דבר שאינו ברשותו, שניח להשתמש בזה כל אדם ושלא יחזור בו, וכן קשה איך מהני הפקר גבי נכרים, דנכרי אינו מחויב לקיים נדרו ורק מה שעשה מחויב ישראל לקיים, עי' גליון רע"א למס' ע"ז ד' ה' ע"ב ובמס' גיטין ד' מ"ז ע"א מפורש דעכו"ם שהפקיר הוי הפקר יעו"ש.

מכל הלין שכתבנו נלענ"ד ברור שלא ירד הקצוה"ח לעומק ענין זה: ונראה לענ"ד דבהפקר ודאי יוצא הדבר מרשות בעלים ונפקע קנין הבעלים לגמרי כמו דמשמע פשוט סוגיות הש"ס בהרבה מקומות בכל דוכתא שנזכר בגמ' ענין ההפקר, וכן מוכח להדיא מהירושלמי פ"ק דקדושין ה"ג הבאנו לעיל דמיבעיא שם אם אמר הילך מנה ותצא שדך להפקר, ומסיק דאינו יוצא משום דלא זכה לבן דעת, ושם ודאי הכונה שיופקע קנין הבעלים אלא מחמת דאין אדם מסתלק מדבר שהוא שלו רק ע"י קנין וליכא שום מעשה



קנין להפקיע קנין הבעלים בלי הכנסה לרשות אחר, משום דמי יעשה מעשה קנין בזה, ומשו"ה מבעיא קומי ר' זעירא אם תהא מעשה קנין ע"כספ דמהני אם נותן איש זר שאינו בעל הקנין וע"י קבלת הבעלים מהני להפקיע קנינים, ועי' לעיל בפ"ט מה שכתבנו בזה, אלא דענין זה להפקיע קנין הבעלים ע"י אמירה בלי קנין נעשה ע"י אמירת הפקר, היינו שיאמר הרי הן מופקרים לכל, וענין זה הוא ענין נדר, ועי"ז בא הענין מה שיוצא מרשות בעלים, וראשונה עלינו לבאר ענין הנדר שבו: והוא דמס' נדרים ד' ז' שהבאנו מוכח דבהפקר איכא שייכות לצדקה אלא דחלוק מצדקה, דצדקה, לענינים והפקר בין לענינים ובין לעשירים, ונראה דגם לב"ש דמהני הפקר לענינים ולא לעשירים אין זה כצדקה ממש, דאל"כ למה חלקו הפקר לחוד וצדקה לחוד, ולמילף ממתנות עניים, ולב"ה דלא מהני כלל הפקר לענינים ולא נתחדש שום דבר ע"י הפקר כזה, ואם הי' הפקר לענינים קנין צדקה לענינים הי' נשאר בכה"נ כדין צדקה והי' פטור מן המעשר מקרא דובא הלוי, והנה התפסת צדקה בארנו לעיל בפ"כ דגם לשיטת רב האי גאון ז"ל דצדקה אינה רק כנדר, ענין הנדר הוא ענין התפסת החפץ להוציאו בצדקה, לכן נראה דגם הפקר הוא ענין כזה שמיחד ומזמין את החפץ שתהא תשמישו בדרך הפקר כפאה ולקט לב"ש, ולב"ה כשמיטה, וע"י דבורו חל ענין זה שנעשה דין שיכול כל אדם להשתמש כדבר המופקר ודין זה חל על החפץ, ומשו"ה יש בזה תורת התפסה באומר זה כזה, כמו שהבאנו דברי הרמב"ם שלמד מסוגית הש"ס דנדרים הנ"ל דמיבעיא בש"ס רק ביד, אבל אם אמר וזה כמו זה הוי הפקר ודאי דהוי התפסה מפורשת, ודין זה חל אף אם נאמר דלא יצא מרשות בעלים, ובאמת נלע"ד דאם יקבל אדם על עצמו בנדר להפקיר נכסיו שלא יהי' עליו שום מצוה לקיים דבריו, דלדידן דבעינן שיהי' הפקר לכל אין בזה שום מצוה להפקיר נכסיו, ואם הי' בזה איזו מצוה לא הי' שותק הרמב"ם מזה, דהרי בצדקה בפ"ח מ"ה מתנות עניים כתב שהוא בכלל הנדרים, וכן בה' מכירה פכ"ב שהזכיר הקדש ולענינים למה כתב גם הפקר, וכאן בהפקר כתב בלשון אחר ההפקר אעפ"י שאינו נדר הרי הוא כנדר שאסור לחזור, ולשון זה מורה להיפוך שאינו נדר, ואם אינו נדר מאיזה טעם יהי' איסור, ונראה דמטעם זה כתב הגר"א ז"ל בביאור לח"מ סי' רע"ג סק"ג להגיה במקום "אסור" לחזור, "שאינו יכול" לחזור, ועל מה שכתב "שאינו נדר" כתב, עי' סמ"ע, והוא דברי הג"מ דנדרים ד"ז ע"א והוא מש"כ הסמ"ע דאילו נדר הוי לענינים לחוד, והפקר בין לענינים ובין לעשירים, ועל מש"כ "שאסור" לחזור כתב וז"ל, וצ"ל "שאינו יכול" וכו' וכמש"ש היינו צדקה, ושם מ"ג ע"ב איפרך מילתא דר"י ע"ש עכ"ל.

ומבואר בדברי' דמפרש בכונת הרמב"ם דאף דהפקר אינו נדר הרי זה כנדר דמהני אמירה שיעשה הדבר כדין הפקר, שכל אדם יכול להשתמש בו ולזכות בו כדבר המופקר: ונראה לי שביאור הענין הוא, שהדין שחל על החפץ מועיל לדיני ממונות, דכמו בשור הנסקל שכיון שדין השור להסקל אין לנו להשגיח כלום על משפט קניני הממון, כ"כ בנידון זה כיון שיחדו הבעלים את החפץ ע"י אמירתם שיהי' הפקר לכל נעשה דין זה על החפץ שאי"צ רשות ורצון עוד מהבעלים, ועי"ז יכול אדם להפקיע קנינו מן החפץ, כיון שחל על החפץ דין זה של תורת הפקר, ודין זה שולל מהחפץ כל כח ושליטה של הבעלים, משו"ה הוי מעשה קנין להפקיע לגמרי קנין הבעלים, דאם ישאר עוד איזה כח לבעלים בזה הוא סותר לענין ההפקר, ומשו"ה כיון שחל על החפץ

דין הפקר, זה הווי סבה ומעשה קנין להפקיע קנין הבעלים לגמרי כדבר המופקר של נכסי הגר שמת, וכ"כ בדין ההפקר מחמת שהבעלים רצו לעשות כן להפקיר: ועפ"י דרך זה נבוא לבאר מה דסבר ר"י אליבא דר' יוסי דהפקר כמתנה דאינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, דבפשטות הוא ענין מוקשה מאד, דזה ודאי דגם לר"י אליבא דר' יוסי כבר חל איזה ענין של הפקר, דאל"כ איך יכול הזוכה לזכות בו, דאם נאמר דהווי כאומר שיהי' הפקר לאחר שיבוא לידו, כהפקר לאחר זמן, מאיזה כח יכול הזוכה ליגע בחפץ, וכן קשה דלאחר שיהי' ביד זוכה אז לא הווי ברשות בעלים, והרי מפורש בגמ' ב"ק ד' ס"ט דבאומר שיהי' הפקר לאחר שילקטו עניים לא מהני למ"ד אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו, וכמו שכתבנו בענין זה לעיל, וביותר תמוה ענין זה איך שייך בכה"ג זכי' של הבעלים שיזכו גם הם בתורת הפקר, ובגמ' מפורש שם דגם לר"י אליבא דר' יוסי אם זכו הבעלים בתורת זכי' מן ההפקר הי' מהני, ופטור מן המעשר, ובהפקר לזמן קיים דין זה להלכה לדידן גם לפי המסקנא שמיתותב ר' יוחנן: ועפ"י מש"כ נראה לי דביאור הענין הוא, דענין הפקר מחדש שני ענינים, יסוד ההפקר הוא שחל על החפץ דין הפקר שנתחזד להשתמשות ולשליטת כל אדם, וגמר ההפקר הוא שלילת כח הבעלים ויתרונם על כל אדם והפקעת קנינם לגמרי, וכמו שבשמיטה גם הבעלים אין להם שום כח ושליטה יותר משאר כל אדם ואינו רשאי לבצור רק בתורת הפקר, כ"כ הוא דין הפקר, וסובר ר' יוחנן אליבא דר' יוסי דגמר ההפקר שהוא שלילת כח הבעלים אינו נגמר רק עד דאתי לרשות זוכה, היינו דכשאדם מפקיר נכסיו הוא עושה שני ענינים שהם אחד, שמיחז את נכסיו שיהיו מופקרים לכל, לכל מיני השתמשות שבעולם ומסתלק עצמו מהם שלא יהי' להם שום זכות בעולם, ואם ירצה לשייר לעצמו איזה זכות וכח לעצמו, לא מהני ההפקר כלום דילפינן משמיטה שאין לבעלים שום כח יותר מכל אדם, והנה לרבנן נפקע כח הבעלים מיד שחל על הנכסים דין זה, שכל אדם יש לו כח ורשות להשתמש בהם כמו עם דבר המופקר, בזה גופא יוצאים הנכסים מרשות בעלים ונפקע קנין הבעלים, ולר"י אליבא דר' יוסי הפקר כמתנה לענין זה, כמו שבמתנה אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות המקבל, היינו אף שנתן לו רשות למשוך ולהחזיק דעי"ז נותנהכח למקבל לזכות בהאי חפץ שלא מדעת בעלים וגם בע"כ של הבעלים, כ"ז שלא חזרו בהם, ואפשר דגם גלוי דעת עפ"י אומדנא דמוכח שחוזר מן המתנה ג"כ לא מהני, לפי"מ דקיי"ל גלוי דעתא בגיטא לא מהני, מ"מ לא נגרע עדיין קנין הבעלים כלום מן החוץ עד דאתי לרשות זוכה, כ"כ סובר ר"י אליבא דר' יוסי דלא נפקע כח הבעלים גם בהפקר עד דאתי לרשות זוכה, ואף אם ירצה המפקיר להפקיע זכותו מיד שחל דין ההפקר לא מהני, כמו שאין אדם מסתלק מנכסיו בלי קנין המועיל, כ"כ הכא לא מהני סלוקם של הבעלים עד דאתי לרשות זוכה, וכשאתי לרשות זוכה אז נגמר ענין ההפקר ונפקע קנין הבעלים, אבל בזה חלוק הפקר ממתנה, דבמתנה הפקעת קנין הבעלים וחלות דין בעלים של המקבל הוא נעשה כאחד, דמוכרח הענין כן, דאי אפשר שיהי' החפץ רגע אחד בלי בעלים לגמרי, ובהפקר חלות שני ענינים אלה נעשים בזאח"ז, דמיד כשאתי לרשות זוכה נפקע כח הבעלים ונשאר החפץ רגע אחד בלי בעלים ואח"כ חל עליו דין בעלים של הקונה, וכאשר הפקעת זכות הבעלים הוא גמר ענין המוכרח בדין ההפקר, משו"ה קודם שחל ענין זה יכולים הבעלים לחזור בו דאתי דבור

ומבטל דבור, ואף לר"ל דס"ל דבקנין לאחר ל' אינו יכול לחזור, משום דנתינת מעות ליד אשה כמעשה דמי, הכא אין כאן אלא דבור, וגם אף ללישנא בתרא שם דר"ל סובר דגם בשליחות א"י לחזור בדבור, שם כבר חל ענין זה שהוא כמותו, והכא בהפקר ענין זה של הפקעת כח הבעלים לא חל עדיין ולא נעשה המעשה קנין ע"ז, דלדידי' כמו שמפרש ר"י המעשה קנין ע"ז הוא מה שיבוא לרשות הזוכה משו"ה יכול לחזור, ומכיון שחזר ובטל גמר ענין ההפקר בטלה גם ההתחלה מה שחל כבר, היינו שהי' היכולת לכל אדם להשתמש בו, אבל אם אינו חוזר מן ההפקר רק זוכה כשאר אדם הזוכה מן ההפקר, שייך אצלו זכי' זו דהרי מתחילה נפקע מן הבעלים כח שליטתם מה שהי' כבר חל הדין, שכל אדם יכול להשתמש בו, וכשזוכה נעשה בעלים גמורים, שלא יהי' עוד שום כח לזולתם, ומשו"ה אסור אליבא דר' יוסי לזכות בזה מי שנאסר בהנאת בעל החפץ, דכיון דנשאר עדיין זכות הבעלים בחפץ זה ולא נפקע קנינם הם אסורים למודר הנאה, דכמו דאסור ולהנות מן הבעלים, כ"כ אסור להנות מדבר הקנוי להם, ואף דלאחר שיזכה המודר יזכה מהפקר ואז מותר לו להנות אבל תחילת ההבאה לרשות הוא באיסור: ומעתה מה דפליגו רבנן ור"י הוא רק על ענין גמר ההפקר, דלרבנן מה שנעשה הדין על החפץ מדין נדר והתיחדות שיהי' היכולת בכל אדם להשתמש בו זה הוי כמעשה קנין דעלמא להוציא הדבר מרשות בעלים ולהפקיע זכותם לגמרי, ולר"י ענין זה לא הוי כמעשה קנין להוציא הדבר מרשות בעלים ורק הבאת החפץ לרשות זוכה הוא הסבה להוציא מרשות בעלים, וגם אם הבעלים עצמם הכניסו החפץ לרשותם בתורת זכי' מן ההפקר, שהוא תכלית וגמר ההפקר, אז נפקע קנין הבעלים ונשאר החפץ רגע אחד בלי בעלים, ומתחדש אח"כ בחפץ קנין חדש לבעלים עצמם כזכות דבר חדש, אבל לכו"ע יסוד ענין ההפקר הוא התיחדות השתמשות לכל אדם מה שנעשה ענין זה ע"י אמירתו שהוא כנדר, אבל מ"מ לא שייך בזה איסור בל יחל או מ"ע לשמור מוצא שפתי' כיון דלא קבל על עצמו כלום, כמו שכתבנו, דרק התפיס את החפץ ע"י דבורו שיהי' כך וכך, ובצדקה שהתפסותה הוא להנפוקי בצדקה, בארנו שיטת הרשב"א והר"ן דפליגי אם איכא איסור לשנות השתמשות החפץ, דלהר"ן ענין הנדר שבה הוא רק עד שיצא החפץ מרשות בעלים וסובר כיון דבצדקה ג"כ אמירה עושה קנין כבר נגמר ענין הנדר ונעשה ממון עניים ממון של השבט, והרשב"א וסייעתו סוברים שנדר זה הוא עד דמטי ליד עני פרטי, שנעשה ממון של העני כשאר נכסיו, וכאן בהפקר לכו"ע ענין נדר זה הוא רק עד דנפיק מרשות הבעלים, דכיון דנפיק מרשות בעלים ונעשה כנכסי הגר אין כאן תורת נדר כלום, וגם לר"י אליבא דר' יוסי ליכא איסור בחזרה, דהחזרה הוא על גמר ההפקר שהוא ענין קניני ממון מה שעשה להפקיע את זכותו וקנינו מן החפץ, וכן נלענ"ד ענין זה מוכרח מהא דכתבו הרשב"א והר"ן ד' ל' לדון אם בצדקה לא אמרינן אמירה לגבוה, ובנדר לצדקה לאחר ל' יכול לחזור, ובכל נדר לאחר ל' לא מהני חזרה, ובע"כ דהחזרה הוא מה שלא יקנה העני ע"י זכי', ועל דבר זה ודאי דליכא שום נדר ורשאי לחזור ומכיון שבטל גמר ההפקר, בטלה התחלתו ממילא, והמחזור בזה הוא כמו שהגיה הגר"א ז"ל בדברי הרמב"ם והטוש"ע שאינו יכול לחזור בו.

ועכ"פ בספק הפקר ודאי דליכא שום נדנוד איסור נדר וכמו שכתבנו, כיון שנגמר ענין ההפקר לגמרי ויצא מרשות הבעלים אין כאן ענין נדר כלום, והב"ח שכתב בזה איזה

איסור בל יחל הוא כתב רק מסברא דנפשי' מה שלא נזכר בגמרא ובפוסקים, ודברי הגר"א ז"ל מסתברים בזה מאד כמש"כ: ומה שכ' הב"י ענין נדר יש לפרש כדברינו, דהרי לא הזכיר שיהי' בהפקר איזה איסור רק לענין שליחות, שכ' הר"ן דלא מהני בהפקר, כתב לבאר משום דבנדר אם אומר לשלוחו קבל עליך נדר זה שאהי' אסור בו אינו כלום, לענין זה כתב לדמות הפקר לנדר, ואדרבה מדברי הב"י אלו יש ללמוד דהפקר יוצא מרשות בעלים לגמרי והוצאה זו אינה משום נדר כלל, דהרי כתב לחלק בין בטול חמץ שהוא מדין הפקר להפקר דעלמא דבהפקר לא מהני ע"י שליח משום דין נדרים שבזה, ובבטול חמץ ליכא דין נדרים כלל, ואם כל עיקר ההפקר הוא נדר לחוד, איך אפשר לפרש דביטול חמץ הוא ג"כ מדין הפקר, כיון דביטול חמץ ליכא נדר, ולפי מש"כ יש לבאר כונתו, דבכל הפקר דעלמא מה שיוצא מרשות בעלים הוא ע"י התיחדות החפץ להשתמשות כל אדם שזה ענין הדומה לנדר, וגמר ההפקר הוא הפקעת זכות הבעלים, אבל בבטול חמץ ליכא ענין התיחדות החפץ לאיזה השתמשות, אלא רק הפקעת זכותו לחוד, ומה דמהני בחמץ הפקעת זכות ע"י דבור מה דלא מהני בשאר הפקר הוא כמש"כ הר"ן דבע"כ שאני בטול חמץ, דהרי מהני גם בטול בלב ובהפקר לא מהני דברים שבלב, והטעם בזה דהרי מצינו גם בשאר דוכתי דמהני גמר ומקנה בלי מעשה קנין הראוי כמש"כ התוס' בבכורות ד' י"ח ע"ב ד"ה אקנויי קא מקני יעו"ש: וכן כתבו בתוס' כתובות ד' ק"ב ע"א ד"ה אליבא דבנ"נ דמצינו בכמה מקומות דמהני גמירת דעת גם בלי מעשה הקנין, ומשו"ה בהפקר דעלמא דבעינן שיופקר לכל ע"י אמירתו כעין נדר ועל ענין נדרים לא מהני שליחות, דרק על ענין הקנאה שהיא הוצאה והכנסה מרשות לרשות כעושה שליח הרי זה כמוסר ליד השליח הדבר שיהא כבעלים להכניסו לרשות אחר, ומה"ט השליח שנעשה להקנות א"י לקנות לעצמו, וכמש"כ הטור בסי' קפ"ה בשם הרשב"א, אבל הנדרים אינם חלים רק ע"י דבור של הבעלים ממש: עוד יש להוכיח נגד שיטת הקצוה"ח מהא דלא מהני שאלה בהפקר, דכתב הר"ן בנדרים ד' פ"ה דלא מצינו שאלה בהפקר, ולשיטת הקצוה"ח דהפקר הוא נדר גרידא מאיזה טעם לא יהי' בזה שאלה, ולומר שהטעם בזה משום דלאחר שזכה בו אחר ליכא שאלה כמו בהקדש דאתי ליד גיזבר, זה אינו נראה מדברי הר"ן, דהול"ל משום דאתי ליד זוכה, ומדאמר הר"ן דלא מצינו שאלה להפקר ודאי כונתו דליכא כלל שאלה בהפקר, אבל לפי"מ שבארנו בענין ההפקר שהוא כולל שני ענינים, שמיחד החפץ להשתמשות לכל, ועם זה הוא מסלק רשותו ממנו, ונמצא דבמה שחל על החפץ ענין היכולת להשתמש בו כל אדם הוא כעין מעשה הקנין שע"ז יכולים הבעלים להסתלק מקנינם, משו"ה מסתברים דברי הר"ן דלא מצינו שאלה בהפקר, דלפימש"כ הוא כעין דרכי הקנינים ובקנינים לא שייך שאלה, דאף שהתיחדות הראשונה היא כעין נדר, אבל כיון שיצאה מזה ענין מעשה של קנין לא אתי דבור ומבטל מעשה, ול"ד להקדש דמהני שאלה, דבהקדש מה שיצא מרשות בעלים ונכנס לרשות הגבוה הוא הכל ע"י אמירה והדבור, ועל פעולת הדבור מהני שאלה לעקרו למפרע, וכן בצדקה מהני שאלה אף לשיטת הסוברים דאמירה עושה קנין כמו בהקדש, כיון שהאמירה פועלת קנין זה להוציא מרשותו ולהכניס לרשות שבט עניים, אבל בהפקר דפעולת האמירה הוא על התיחדות של הפקר בענין השתמשות ומתחדש בזה סבה להוציא מרשות בעלים שהוא מעשה קנין, וכיון שנסבב הענין לידי

מעשה ליכא שאלה, דלא אתי דבור ומבטל מעשה: וכן נראה לי לפרש מה דכתב הר"ן בנדרים ד' פ"ה על מה שכתב שם בשם הרשב"א דמי שאסר על עצמו הנאת פירותיו יכולים אחרים ליטול אותם בע"כ, ואם איתשל אח"כ חייבים לשלם כיון דחכם עוקר הנדר מעיקרו, הויין הנך פירי כאילו לא איתסרו עלי' מעולם, וכתב הר"ן ע"ז וז"ל ואני מסתפק בזה לפי שמשאסר על עצמו הפקירו וכל שזכה בו אחר קנאו כזוכה מן ההפקר, ואעפ"י שאיסור שבו הלך ע"י שאלה קנין ממונו של זה אינו בטל שאינו מוצא שאלה בהפקר.

עכ"ל.

והנה לכאורה אינו מובן דכיון דאסר על עצמו הוי לדידי' כאיסורי הנאה דחשובין כדבר שאינו ברשותו, וכמו דאמרינן בפ"ק דפסחים דלבתר זמן איסורו לא מצי מבטל, משום דהוי דבר שאינו ברשותו, וכן כתב הרמב"ם בפ"א מה' נזקי ממון דשור לאחר שנגמר דינו אם הפקירו אינו מופקר, ולפי"ז אם אסר על עצמו לא מצי להפקיר עוד אחר שנאסר עליו בהנאה, אמנם לפי מש"כ בס' קצוה"ח סי' ת' לתרץ מש"כ הרמב"ם בשור הנסקל שהוזמן עדין שכל הקודם בו זכה משום דמשעה שנגמר דינו הפקירוהו בעליו, ובהלכה הקודמת כתב בשור הנסקל שנגמר דינו אם הפקירו אינו מופקר, דהוא משום דכיון שהוזמו עדין נתגלה דלא הי' אסור בהנאה משו"ה יכולים להפקיר, לפי"ז יש מקום לומר ג"כ הכא, דאם ישאל על נדרו ונעקר האיסור למפרע, משו"ה מהני ההפקר, אבל כבר כתבנו לעיל דלענין אינו ברשותו קשה לומר כן, דמ"מ כיון דמעיקרא לא הי' רשאי להנות מזה חשיב כאינו ברשותו, ובארנו לעיל דלשון הפקר האמור שם בגמ' לענין שור הנסקל שהוזמו עדין הוא לאו דוקא, רק הכונה שנתיאשו בעליו, ומכש"כ כאן דבאמת עד ההתרה של חכם הי' אסור להנות ואי אפשר לומר בזה איגלאי מילתא למפרע שלא הי' אסור כלל, ול"ד לשור הנסקל שהוזמו עדין, וכ"כ נראה ברור שאין הכונה בזה שמופקר לאחר שנאסר, ולומר שמופקר קודם שחל האיסור ג"כ לא יתכן לומר, דהרי אם אוסר על עצמו בלשון פירותי אינו ראוי לחול הנדר אחר שכבר הפקיר, לכן נלענ"ד שכונת הר"ן בזה דכמו שנעשה ענין הפקר ע"י נדר של התיחדות החפץ להשתמשות, שבזה אדם מוציא מרשותו לגמרי, כ"כ ע"י סבה זו שאוסר עצמו מהנאת החפץ הוא מסתלק עצמו מן החפץ ומוציאו מרשותו, אף דאיסורי הנאה שנאסרים עליו בע"כ הם שלו לשיטת הר"ן כמו שכ' בנדרים ד' מ"ז, אבל אם אוסר על עצמו ברצון בזה הוא עושה מעשה להוציא הדבר מרשותו ומסלק א"ע לגמרי ונפקע קנינו לגמרי ובזה ליכא חסרון מה דאסורים בהנאה דאזרבה האיסור הנאה הוא הסבה לתכלית ההפקר, ובזה גופא הוא מוציא מרשותו, ולכן הי' מקום לדון שע"י שאלה תתבטל הסבה ויתבטל ההפקר, אבל אם נאמר כן הי' ראוי שתועיל שאלה בכל הפקר דעלמא, דשם ג"כ הי' מקום להשאל על התחלת ההפקר שמתחזק ע"י הדבור החפץ לעניים ולעשירים, וכיון דלא מצינו שאלה בהפקר, משום דזה הוא ג"כ ענין של דרכי הקנינים כ"כ הוא בהפקר זה שנעשה ע"י שאוסר ע"ע הפירות, והוא נכון ומסתבר בעזה"י: ועפ"י מה שנתבאר יתורץ מה ששמעתי מקשים דאם הפקר מטעם נדר למה לא יהני הפקר בקטן שנה לפני גדלות מטעם מופלא סמוך לאישכמו בהקדש וכיו"ב, ועפ"י מש"כ חלוק דין הפקר מדין הקדש, דבהקדש גם הקנין נעשה עפ"י דבורו משום אמירה לגבוה, אבל בהפקר הקנין

נעשה ע"י הוצאה מרשותו לא עפ"י הדבור: ועפ"י מה שבארנו הנה בהפקיר לעניים ולא לעשירים דמהני לב"ש להקרא בשם הפקר להפטר מן המעשר, ולב"ה לא מהני ובטל ההפקר לגמרי ומחויב במעשר, דלכאורה קשה למה לא יהני ענין זה כצדקה לעניים, ולשיטת הראשונים דסברי דאמירה בצדקה עושה קנין החילוק בין צדקה להפקר הוא פשוט, דבצדקה נעשה ממון של השבט עניים ובהפקר הוא מיחד לעניים בתורת הפקר, שלא יהי' לעניים שום חלק בזה, אלא שלגבי העניים הוא כהפקר, וכיון דמצד דין הפקר לא מהני לב"ה, הפקר כזה לא מהני כלום, ולשיטת רב האי גאון וסייעתו דאמירה לעני אינו עושה קנין, רק התייחדות החפץ בנדר להוציאו בצדקה, נראה לי דההבדל בזה, דבצדקה הוא מיחד את השתמשות החפץ לעניים בתורת צדקה שישתמשו העניים משל בעה"ב, וכשיזכו בהחפץ הם זוכים מבעה"ב כמתנה ממש שהפקעת קנין הבעלים הוא כאחד עם התחדשות הקנין של הקונה שאין החפץ בלי בעלים אף רגע אחד, משא"כ בהפקר שהעניים זוכים בתורת הפקר וכשזוכים להעשות שלהם כבר נפקע קנין הבעלים מקודם כמו שבארנו, ולכן בין לב"ש ובין לב"ה הפקר לעניים אינו ענין כלל לצדקה, ולב"ש בהפקיר לעניים הוי הפקר ויוצא מרשות בעלים מיד, לרבנן דפליגי על ר' יוסי, ומה שאין עשירים יכולים להשתמש בזה ולזכות בהפקר זה, הוא מחמת השיוור של הבעלים דלגבי עשירים לא הפקיר כלום, אבל מחמת העניים אי אפשר שיהי' בזה איזה איסור גזל, כיון דאין שום זכות וקנין לעניים, דהוי רק כהפקר לגבי דיידהו, וענין ההפקר שאין לשום אדם זכות בגווי', ורק הוא כגזל מצד הבעלים שלא הפקירו לעשירים, ונשאר דין בעלים אצלם לדבר זה, וכן גם לר"י אליבא דר' יוסי איכא הבדל זה בין צדקה להפקר כמש"כ לעיל, דגם לר' יוסי אין הפקר כמתנה לגמרי, וקודם שחל קנין של הזוכה נפקע קנין הבעלים ונשאר החפץ רגע אחד בלי בעלים ומשו"ה לב"ה הפקר לעניים לא מהני כלום לא מתורת הפקר ולא מתורת צדקה.

ועי' תוס' ב"ק ד' כ"ח ע"א ד"ה זה וזה פאה שבארו דלענין לפטור מן המעשר גם לב"ה הי' סגי אם הי' הפקר לעניים לחוד כמו דפאה פטורה מן המעשר מקרא דובא הלוי, אלא דלב"ה בהפקיר לעניים לא נעשה הפקר כלל, ומזה מוכח דאם אמר הרי זה צדקה לעניים ודאי פטור מן המעשר כמו פאה, כיון דנעשה צדקה ממון עניים כפאה, וגם לשיטת רב האי דלא נעשה ממון עניים ממש, אבל עכ"פ יכולים עניים לזכות שלא מדעת בעה"ב וחשוב כיש לו חלק ונחלה כמו בהפקר ממש, דמש"כ בתשו' הגאון דמדין נדר אין לבי"ד לכופו רק משום מצוה, הוא רק אם אינו מניח ליטול, אבל שלא מדעתו יכולים עניים ליטול, עפימש"כ שהנדר הוא התפסה על החפץ, אף שלא מצאתי ענין זה מפורש לענין צדקה אם נפטרה מן המעשר, אבל לענ"ד הדבר פשוט, וכ"ז הוא רק לפי"מ שבארנו שענין הנדר הוא חל על החפץ, שע"ז נשתנה דין בחפץ זה שרשאים העניים להשתמש בו בלי דעת בעלים, אבל לפי"מ שמפרשים האחרונים שהוא נדר על עצמו ליתן לעניים, ואין הבדל בין נדר של הרי זו להרי עלי רק לענין אחריות לחוד, נראה לענ"ד דבנדר כזה שיקבל ליתן לצדקה או להניח לעניים לזכות בו, שלא יפטור נדר כזה מן המעשר, כיון דאין העני רשאי לזכות בו בלי רצון הבעלים, ואם לא רצו הבעלים לא יזכו בשום פנים, לא חשיב בכה"ג כאילו יש לעני חלק ונחלה, ומזה מוכח ג"כ דשיטת הקצוה"ח אינה נכונה, מהא דהפקר פטור מן המעשר, דאם הפקר אינו רק כנדר על הבעלים, אין

זה כאילו יש לעני חלק ונחלה: ובפ"י במס' גיטין ד' ל"ט כתב דלר' יוחנן אליבא דר"י במפקיר עבדו אין העבד יכול לזכות בעצמו, כיון דהפקר הוא כמתנה, וכמו דבמתנה אינו יכול האדון להקנות לו בעצמו קנין ממון שבו דרך מתנה, עיי"ש דשקיל וטרי שם להקשות בסוגית הש"ס עפ"י השקפתו ביסוד זה, ולענ"ד דברי' תמוהים בזה דהרי מפורש בסוגית הש"ס דנדרים דגם לר"י אליבא דר' יוסי יכולים הבעלים עצמם לזכות מן ההפקר, ונחשב זה כאילו בא ליד זוכה אם רק זכה בתורת זכי' מן ההפקר, וכמו שביאר הר"ן מהתוס' שם בהא דמוקי הש"ס מאי דקתני בברייתא עד שלא זכה בין הוא ובין אחר יכול לחזור בו, משזכה בה בין הוא ובין אחר אין יכול לחזור בו דאיתא כר' יוסי, עיי"ש דמוכרח מזה דגם לר' יוסי שייך בזה זכי' מן ההפקר גם אם זוכים הבעלים בעצמם, וכיון דשייך זכי' במפקיר עבדו לאדון עצמו שיזכה בו, מכש"כ שיכול העבד עצמו לזכות בעצמו, דהרי מה שאין העבד יכול לזכות בעצמו מיד רבו, הוא מפני שידו כיד רבו וליכא הוצאה מרשות לרשות, והכא שהבעלים עצמם יכולים לזכות לא גרע העבד מהאדון, והטעם בזה הוא כמש"כ דהפקר חל מיד שיש רשות לכל אדם לזכות, וכשבא ליד זוכה נגמר ההפקר ונפקע קנין הבעלים, ולכן שייך זכי' גם אצל הבעלים עצמם לזכות בזה זכי' גמורה שלא יזכו אחרים עוד, ולפי"ז לדידן נמי דקיי"ל הפקר ויצא מרשות הבעלים מיד, אבל בהפקר לזמן, או לשנה או לחודש, דעד שלא בא ליד זוכה יכול לחזור בו, וכמו דפסק בטוש"ע חו"מ סי' רע"ג וכמו שביאר הר"ן שם בנדרים דאמדינן לדעתו בהפקר כזה דלא ניחא לי' דליפוק מרשותו עד שיזכה בו הוא או אחר, נלענ"ד ברור שאם הפקיר עבדו לזמן שיכול העבד לזכות בעצמו, כמו שאחרים וגם האדון יכול לזכות בו, וכן נראה פשוט מסתימת השו"ע והרמב"ם דפסקו במפקיר עבדו הגדולים קנו עצמם בני חורים, והלא כל שלשה ימים לחזור בו שתקנו חכמים שעד ג' ימים לא יצא מרשותבעלים עד דאתי לרשות זוכה בין אם זכה הוא או אחר, ע"י בחו"מ שם, ולשיטת הפנ"י ראוי להיות דבמפקיר עבדו הגדולים ג"כ יכול לחזור עד ג' ימים, דלדבריו אכתי לא אתי לרשות זוכה דכ"ז שיכול לחזור בו לא נפיק מרשות בעלים, ע"כ הדברים ברורים כמש"כ, ומשו"ה במפקיר עבדו הגדולים קנו עצמם בני חורין מיד: וכן מה שכתב שם הפנ"י נגד דברי התוס' שכתבו דבעבד עברי שייך הפקר, משום דבעינן שיפקיר לכל העולם, ובעבד עברי אין שום אדם יכול לזכות בו, אף אם לא הי' זוכה בעצמו, דכמו שאינו נמכר וניתן לאחר, כמש"כ הרמב"ם בה' עבדים, כ"כ אי"א לזכות בו ע"י הפקר והוי ההפקר רק לגבי העבד עצמו ואינו הפקר, יעו"ש, נלענ"ד דברי התוס' מובנים שפיר בלי שום גמגום, דהנה לפי"מ שבארנו עיקר ההפקר הוא שמתחזק החפץ להשתמשות לכל העולם בכל אופני ההשתמשות שנמצא בהחפץ באופן שלא ישייר לעצמו כלום, ולפי"ז אם הוא חפץ כזה דשייך בו קנינים מוחלטים לזכות בו להעשות בעלים, צריך שיהי' ההפקר באופן שיהי' בו היכולת ביד כל אדם לזכות בו, ואם הוא חפץ כזה דלא שייך בו זכי' וקנין מוחלט, סגי בזה שיהי' ההשתמשות שבו מופקרת לכל מי שיחפוץ להשתמש בו, ולכן בעבד עברי אם הפקירו רבו, אם לא הי' העבד זוכה בעצמו, הי' הרשות ביד כל אדם להשתמש בו, בכל אופני ההשתמשות, אף שאין אדם יכול לזכות בו שיהי' עבד לו, אבל כיון שכל מה שיש להאדון להשתמש בו, יכול כל אדם להשתמש בו כדבר המופקר, ולפי"ז הרי חל ע"ז ההפקר ככל הפקר

דעלמא, וכיון שחל ראשית ההפקר נמצא חל גמר ההפקר שנסתלק זכות האדון ממנו לגמרי, ונעשה חפשי, דכל שנפקע דין עבדות ממנו הרי הוא בן חורין, ולכן גם במפקיר אמה העברי' שהיא קטנה ואין לה יד לזכות בעצמה, ג"כ שייך בה ענין הפקר, והיא יוצאה לחירות בלי זכי' בעצמה מתורת קנינים, כמו דמוכח להדיא בתוס' קדושין ד' י"ט ע"א דלמ"ד ע"ע גופו קנוי היא יוצאה ע"י הפקר, משום דבעיקר ההפקר ליכא חסרון בזה מה שאין אחר יכול לזכות בה, וסגי לן מה שאחר הי' יכול להשתמש בה כעם כל דבר המופקר, ומשו"ה ראוי להיות נפקע קנין האדון ממנה, וכיון שנפקע קנין האדון, ואמה העברי' אי אפשר שתהי' בלי אדון, היא יוצאה לחירות, ומש"כ שם התוס' שע"י הפקר תתקדש לריב"י כאילו נתן לה עכשיו כסף קדושין דלכאורה הוא דבר תמוה, אם היא זוכה עצמה מן ההפקר אין זה כסף קדושין, דהרי מהפקירא קא זכיא, אכן לפי מש"כ דבאמה העברי' ע"י שנסתלק קנין האדון נפקע ממנה דין עבדות בלי שום זכי' מן ההפקר, יש לומר דזה חשוב כנתינת כסף, כיון שע"ז שמפקיר נעשה ענין זה ממילא שהיא נעשית בת חורין, הוי כאילו נתן לה לדידה, ומה"ט במודר הנאה מחתנו אסור לתת מתנה לבתו עד שיתן לה ע"מ שאין לבעלה רשות בה, דבלא"ה כיון דע"י המתנה שנותן לבתו יזכה חתנו ממילא חשבינן כאילו נתן לחתנו והרי הוא נהנה מהמדיר, וכן כתב הרשב"א לענין כסף קדושין באומר לבתו קטנה צאי וקבלי קדושין, דהאב זוכה בכסף קדושין ע"י הבת מדין שבח נעורים, שהיא קנתה ע"י דעת אחרת מקנה לה והאב זוכה ממנה, והוי כאילו קבל האב כסף, יעו"ש בחי' הרשב"א לד' י"ט: ולפי"ז הי' נראה לי דלפי"מ שתקנו חכמים בכל מילי דמפקיר, שעד ג' ימים לא נפיק מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, ובאמה עברי' שהיא קטנה ולא בת זכי' היא, אם נימא בעבד עברי' גופו קנוי, שיהי' הדין דבזמן ג' ימים משעה שהפקיר יהי' הרשות לכל אדם להשתמש בה כעם עבד של הפקר, עד שיגיע הזמן של ג' ימים, ואז שיופקע קנין האדון אז תצא לחירות, וכן אם יפקירנה לזמן, לשנה או לחודש, תהי' מופקרה כל זמן ההפקר להשתמש בה כל הזמן הזה, וכשיעבור הזמן תחזור להיות אמה לאדונה לבד כיון דלית לה יד לזכות בעצמה, ולר' יוחנן אליבא דר"י יהי' הדין כן גם בהפקר עולמי: והנה עפ"י מה שנתבאר לנו בענין ההפקר, שעיקר ההפקר, שיהי' יד כל אדם שוה בו לעשות עם החפץ כמו עם דבר המופקר בלי שום שיור לעצמו, ואם הוא דבר דשייך בו זכי' וקנין מוחלט, צריך שלא ישייר בזה גם כח קנין, צריך לבאר מה דמהני הפקר לזמן אף דשייר בו הזמן של אח"כ ומה שכ' הסמ"ע בחו"מ סי' רע"ג, כיון דילפינן משמיטה ושמיטה נמי הוי הפקר לשנה, אינו מוכן כ"כ דהרי הפירות של שמיטה שהם נעשים הפקר לא נפקע מהם דין הפקר גם אחר זמן שמיטה, רק מה שיגדלו פירות אחרים שלא חל עליהם הפקר יהי' של הבעלים, ואפשר לומר דהפקר לזמן יש לדמות להפקר הקרקע בשביעית, דאמרינן במס' נדרים ד' מ"ב ע מאי שנא דאוכל מן הנוטות דפירי דהפקירא אינון ארעא נמי אפקרה, היינו לצורך לקיטת הפירות, כמש"כ הר"ן והמפרשים, והפקר זה הוא לזמן, ולפי"ז י"ל דאם הפקיר אדם הקנין פירות לחוד היינו השתמשות מוגבלת באופן שלא יכלה את הגוף אפשר דמהני, דזה דומה ג"כ לשמיטה, שהפקירה תורה השתמשות הקרקע לצורך לקיטת הפירות: ועי' בתשו' רע"א סי' קמ"ה שהקשה דאם נימא דמשו"ה לא מהני בהפקר גוף מהיום ופירי לאח"ז משום דילפינן גם לענין זה משמיטה, א"כ לא



יהני גם הפקר לזמן לשנה ולחודש מה"ט, ועוד נתקשה בעיקר ענין של הפקר לזמן, ואם הוא תנאי שאם לא יזכה אחר יבוטל ההפקר, א"כ איך מהני לענין שביתת בהמתו, יעו"ש שנשאר בצ"ע.

והנה מה דקשה לי משמיטה, כנראה לא זכר דברי הסמ"ע שהבאנו, או דלא מקובל אצלו הדברים כמו שהקשינו ולענין קושיא השני' יבואר להלן: אמנם בהפקר לשבת בלבד דמהני להנצל מאיסור שביתת בהמתו, ראוי לבאר דלכאורה כיון דבהפקר לזמן קיי"ל דלא נפיק מרשות בעלים עד דאתי' לרשות זוכה ועדיין היא קנוי' לו, אף דחל ההפקר כ"ז שלא חזר בו שיכול כל אדם לזכות, בכ"ז כיון דלא נפקע קנין הבעלים כמו דאוסר ר' יוסי לענין מודר הנאה, כ"כ נראה דיש בזה איסור שביתת בהמתו, ואולי דלענין שביתת בהמתו סגיא לן אם המלאכה שעושה הבהמה ע"י הנכרי היא מלאכת הנכרי מתורת הפקר ולא מדין שאלה ושכירות דלפרט זה הוי כאתי לרשות זוכה, ואף דגוף הבהמה לא יצאה מרשות בעלים, דלענין שביתת בהמתו לא בעינן קנין הגוף, דהרי לפי"מ דמסתפק הש"ס בע"ז ד' ט"ו אי שכירות קניא ודאי דלא הוי כקנין הגוף, ומ"מ אי שכירות קניא מהני לענין שביתת בהמה יעו"ש.

אכן לפי"ז הי' סגי שיפקיר רק הפירות לחוד, לפי"מ שרצינו לומר דאפשר להפקיר הפירות בלי הגוף, והנה לכאורה דברי הראשונים באו"ח סי' רמ"ו נגד דברינו, שכתבו שצריך להפקיר ליום השבת הפקר גמור, וחתרו למצוא תחבולה שלא יזכה בה אחר, משום דליום זה היא שכורה ביד הנכרי, עי' בב"י סי' רמ"ו ובט"ז, ולפי"ד כל זה למותר, הו"ל למימר שיפקירנה ליום השבת רק לפירות, אבל אין זה סתירה לדברינו דלפירות ודאי אינו יכול להפקיר דהוי דבר שאינו שלו כיון שהיא שכורה לנכרי, ולכן אין תקנה לאחר שהשכירה רק אם יפקירנה לגמרי לזמן השבת וזה אין לתמוה אם שכירות לפירות לא מהני האיך יהי' עדיף הפקר לפירות משכירות, דהרי כיוצא בזה מצינו לענין מודר הנאה שכתבו הרבה ראשונים דלא מהני שכירות, ובשביעית מפורש בגמ' דמותר לכנוס לתוך שדהו לצורך לקיטת הפירות, אם לא מחמת גזירה שמא ישהה בעמידה, אבל לא מצאתי כעת מי שיורה כן דלסגי בהפקירה לפירות: ומה שהקשינו איך מהני הפקר ליום אחד כיון דלא נפיק מרשות בעלים בהפקר לזמן עד דאתי לרשות זוכה, י"ל דכיון שהטעם בהפקר לזמן דלא נפיק מרשות בעלים הוא מחמת אומדנא דאמדינן לדעתו דאינו רוצה שיצא מרשותו עד דאתי לרשות זוכה, כמש"כ הר"ן הבאנו דבריו לעיל, ובנידון כזה איכא אומדנא להיפוך, דהרי עיקר ההפקר הוא מחמת איסור שביתת בהמתו, והיכא דאיכא אומדנא להיפוך ודאי יוצאה מרשות הבעלים מיד.

וכן צ"ל במה דאמרינן פ"ק דשבת דלב"ש דס"ל איסור שביתת כלים בשבת, דגיגית ונר אפקורי מפקר להו הוא ג"כ מהאי טעמא, ולר"י אליבא דר' יוסי דאינו יוצא מרשות בעלים, צ"ל דיתרץ ר' יוחנן כשאר אמוראי שם דלא מוקי דלב"ש שביתת כלים מה"ת, ומוקי משום השמעות קול יעו"ש: ולפי"מ שכתבנו דהפקר לזמן נלמד משמיטה ממה שהקרקע הפקר להשתמשות לקיטת הפירות.

יש לבאר מה שכ' הרא"ש בפ' לנדרים דאם זכה אחר בתוך הזמן הוא שלו לעולם, ורק אם לא זכה אחר חוזר הדבר לבעלים, שהכונה בזה דאף אם לא זכה אחר הי' הפקר לזמן

ההוא, אלא שאם עמד הדבר בלא זכות שום אדם אז כלה זמן ההפקר וחוזר הדבר לבעליו בלי קנין חדש. וכן מפורש בב"י באו"ח סי' רמ"ו וז"ל ולכי נפיק שבתא הו"ל כאילו חזר וזכה בה שלא הפקירה אלא לשבת לבד, ואעפ"י שאינו מפקירה לגמרי הוי הפקר, כלומר אעפ"י שאינו מפקירה אלא ליום השבת שפיר הוי הפקר כדאיתא בס"פ אין בין המודר, ד' ע"ה ע"א עכ"ל.

ונפלאים בעיני מש"כ בתשו' רע"א סי' קמ"ה שרצה לפרש דהכונה בהפקר לזמן שאם לא זכה בה אחר יתבטל ההפקר למפרע, ולכן תמה איך מהני הפקר כזה לענין שביתת בהמתו יעו"ש. והלא בדברי הב"י מפורש שאם לא זכה בו אחר, חוזר לבעליו כאילו חזר וזכה בה, היינו דהבהמה נעשית של הבעלים כאילו הי' בזה זכי' חדשה ולא כאילו לא הפקירה מעולם: אכן צריך לבאר באמת למה לא מהני הפקר לזמן שאחר הזמן יוחזר לבעלים אף אם יזכה בה אחר, דממ"נ אם לא מהני ההפקר לזמן, מאי מהני אם לא זכה בו אחר, ואם אפשר להפקיר לזמן יהני הגבלת הזמן גם אם יזכה בו אחר, וכמו שהעיר בזה בתשו' רע"א, ונלענ"ד דבאמת עיקר יסוד בזה הוא כמש"כ בקצוה"ח דילפינן משמיטה, והטעם בזה דעפ"י משפטי הקנינים לא מצינו שיהא דבר יוצא מרשות בעלים בדבור גרידא, ורק ילפו מגלוי דקרא דונטשת, יש לך שמיעה אחרת שהיא כזו, שיכול אדם לעשות הפקר מרצונו הטוב על אופן ההפקר שעשתה תורה בשנת השמיטה, ובשמיטה איכא שני אופנים של הפקר, הפקר הפירות הוא הפקר עולמי שיכול כל אדם לאכול הפירות של שנת השמיטה ולעשות עם הפירות כאדם העושה בתוך שלו, וממילא אם זכה בהם אדם נעשה שלו קנין מוחלט כמו שקונים דבר שאין להם בעלים, וכן איכא הפקר שני של השתמשות הקרקע לצורך לקיטת הפירות, ולכן יש ללמוד מגלוי דקרא דגם הפקר כזה יכול אדם לעשות מרצונו להפקיר רק ההשתמשות מוגבלת לצורך ענין מוגבל, ולפי"ז אם הפקיר שדהו בפירוש להשתמשות של שנה אחת, נראה לי דמהני הפקר כזה כמש"כ לעיל, ולא שייך בזה לומר שאם יזכה אדם בתוך זמן זה שיהי' שלו לעולם, דהרי אי אפשר לזכות רק מה שנעשה הפקר, אבל לשון זה שמפקיר שדהו לשנה או לחודש דתניא בברייתא בס"פ אין המודר קתני בה באומר שדה זו תהא מופקרת ליום אחד לשבת אחת, הכונה בזה הלשון שביום זה תהא מופקרת ככל דבר המופקר שיהי' בזמן זה היכולת לעשות כל הפצם לכלותה ולהפסידה, וכן לזכות בה, דבזמן הזה לא הגביל כלום אופני ההשתמשות, ומשו"ה אם זכה בו אדם הרי שלו לעולם, כיון דלא הגביל פרטי ההשתמשות מה שיהי' היכולת ביד כל אדם, וכמו בשמיטה שהפקירה תורה את הפירות לכל אופני ההשתמשות אף לזכות בהם, ואם לא זכה בה אדם חוזר הדבר לבעלים כיון שלא הפקיר רק ליום אחד בע"כ כשעבר זמן ההפקר הרי הוא שלו, ורק שיש בזה להעיר לדידן דקיי"ל דהפקר יוצא מרשות בעלים, וכיון דפקע קנין הבעלים איך חוזר לבעלים, וכמו שכתב הר"ן בשם הרא"ה בגיטין דאם נתן גוף ופירות ליום אחד כיון דפסקה פסקה, ונראה לי שהבדל בזה הוא דשם הקנה בלשון זה גוף ופירות ליום אחד, שבלשון גוף ופירות הכונה שלא משייר בגוף ובפירות לעצמו כלום, ומשו"ה כיון דלא שייר כלום ופסק קנינו, ליכא סבה שיחזור אחר זמן אליו בלי סבה חדשה, אבל במפקיר אינו מוציא מרשותו רק מה שנותן היכולת לכל העולם לעשות עם החפץ, ולפי"ז אינו מוצי' מרשותו רק ענין זה שיוכלו כל העולם לזכות בזמן זה ואחר זמן זה

לא יהי שום רשות לשום אדם להשתמש בתורת הפקר, וכיון שמשיר בכח ההשתמשות, ממילא משיר גם הפקעת זכותו, דהרי לא הקנה לשום אדם גוף ופירות, אלא אדרבה הגביל זמן ההשתמשות רק ליום אחד, ומה שהגביל כח השמוש, דבר זה משויר לו, ובהקנאה כיון שעשה את המקבל להיות בעלים גמורים על הגוף ופירות בלי שום הגבלה, בע"כ פקע קנין הבעלים לשעה אחת, וכיון דפסקה פסקה, ובמק"א בכללים של קנינים לזמן באחריוך לפלוני ולעצמי בארנו ענין זה ואכמ"ל.

אבל לפי"ז אם מפקיר רק הפירות ע שנה אחת או יום אחד, היינו השתמשות של זמן זה מוגבלת באופני השמוש שהוא שמושי פירות לחוד שלא יחפור בה בורות וכדומה, אופני השתמשות שמגרעים את הגוף, י"ל דמהני ודאי הפקר כזה ונלמד הפקר זה מהפקר הקרקע בשנת השמיטה לצורך לקיטת הפירות, וכמובן יכול אדם להפקיר מרצונו איזה השתמשות שרוצה, וכן מוכח קצת ענין זה משותפין דלא קפדי אהדדי שכ' רשב"ם מ בב"ב ד' נ"ז ע"ב שהוא הפקר יעו"ש.

היינו שמפקיר עד הזמן שיגלה דעתו להקפיד ודו"ק: אמנם אם הפקיר הגוף ומשיר הפירות דמפורש בירושלמי דלא מהני כה"ג, וכתב בקצוה"ח סי' רנ"ח דילפינן משמיטה שיהי' דוקא נטישה גמורה, ובתשו' רע"א תמה ע"ז, דלא ילפינן משמיטה רק דמה שמפקיר יהי' לכל אדם לעניים ולעשירים, אבל מה שירצה מפקיר, ובפשטות ראוי לומר דכל מה שיכול למכור וליתן יכול להפקיר, ובהפקר של נכסי הגר ודאי כן הוא, דאם הי' הגוף לגר והפירות לאחר, שאם מת הגר כל מה שהי' לגר נעשה הפקר, וקנין הפירות שהי' קנוי לאחר יהי' קנוי גם לאחר מיתת הגר יעו"ש.

ודבריו תמוהים בזה דאיזה דמיון הוא הפקר דממילא להפקר שנעשה ע"י דבור. אבל עכ"פ צריך לבאר ענין זה מהיכא תיתי לומר דהפקר של פירות בלי גוף מהני וגוף בלי פירות לא מהני ואף לפי מש"כ דבשמיטה מצינו הפקר פירות בלי גוף וגוף בלי פירות לא מצינו, בכ"ז הלא לא נזכר בגמ' שיהי' ענין ההפקר חדוש ואין לך בו אלא חדושו: ונלענ"ד שעיקר היסוד בזה שמה שהפקירה תורה בשמיטה, עיקר הענין שיהא יד כל אדם שוב בו לעשות בו כל חפצו כמו עם דבר המופקר שלא יהא כח בעלים עדיף מכל העולם, וכן הפקירה תורה לצורך זה גם דריסת הרגל בשדה לצורך לקיטת הפירות, וגלתה לנו תורה שאם ירצה אדם משלו לותר ולעשות כן עם נכסיו בכל זמן שירצה היכולת בידו ע"י הסכמתו ורצונו לעשות כן, וכיון שעיקר ההפקר שיהא החפץ מופקר לכל מי שיחפוץ לענין השתמשות, אלא שבכלל השמוש הוא ג"כ מה שאדם לוקט הפירות ואינו אוכלם מיד, וזוכה בהם על זמן הבא ידעין שגם זה פועל הפקר הנעשה מרצון האדם, אבל אם מפקיר גוף מהיום ופירי לאחר ל', הנה אין שום כח להזוכה להשתמש בחפץ זה עכשיו, אלא רק לעשות קנין בו שיהי' הגוף שלו, אבל להשתמש בו עכשיו אינו יכול, וענינים כאלה שיהי' ההפקר עניני קנינים הנעשים במכירה ומתנה לקנות גוף בלי פירות זה לא מצינו בשמיטה, דזה ענין משא ומתן, ולא ענין הפקר, ולכן כמו דילפינן משמיטה שיהי' דוקא הפקר בין לעניים ובין לעשירים, כ"כ ילפינן משמיטה לענין זה, דלענין קנינים לחוד בלי היכולת להשתמש בגוף מיד לא מהני: ובמפקיר גוף

מהיום ופירי לאחר ל' נשאר לבעלים כח ההשתמשות, והפקיר רק כח קנין, ובהפקר של שמיטה הוא להיפוך.

ומה שהעיר הקצוה"ח מהא דמהני הפקר גוף בלי פירות היכא שהבהמה שכורה לנכרי בשבת, נלענ"ד דל"ק דבהמה מושכרת אין כל הפירות לנכרי דהחי כל שוכר בהמה מוגבל אופני השמוש שלו ורק למלאכה ידועה היא שלו, ולכן נשאר עוד אופני השמושים מה דשייך להפקירם, ולכן מהני הפקר כזה: ועוד י"ל בזה טעם לשבח מה שיש לחלק בין מפקיר פירות בלי גוף לגוף בלי פירות, דהנה בכל קנין הגוף נכללים ממילא גם הפירות, ואם רוצה אדם להקנות גוף בלי פירות צריך לעשות שיור בגוף שיהי' גוף שלו לפירות, ומובן ממילא דבהקנאת הפירות הוא להיפוך, דבמקנה לפירות אי"צ לשייר את הגוף שאין הגוף נקנה ממילא ע"י הפירות ולפי"ז י"ל דעיקר הכלל בהפקר הוא שיסלק א"ע לגמרי מהדבר שהוא מפקיר שלא ישייר מזה כלום לעצמו, ובמפקר גוף מהיום ופירי לאחר ל' הרי הוא משייר לעצמו בדבר המופקר, שבגוף המופקר הוא משייר גוף לפירות, ונמצא דעושה שיור בדבר שהוא מפקיר, אבל במפקיר פירות ומשייר גוף ליכא שיור בדבר המופקר, ומשו"ה מהני הפקר לפירות בלי גוף, ובהפקר לזמן אף שמשיר לעצמו כל כח השמוש שלאחר זמן, י"ל מה"ט שכתבנו דליכא בכה"ג חסרון משום שיור, דאף אם נימא דהפקר לזמן הוי כקנין לזמן דחשוב כקנין פירות הרי בהפקר של פירות בלי גוף מהני, כמש"כ, ואף דבקנין של אחריו לפלוני מוכח דגם הראשון קונה קנין הגוף, אבל עכ"פ מה שמשיר שיהי' אחרי הזמן לעצמו, בודאי אינו כשיור פירות שיהי' נחשב כמשייר בגוף המופקר, אלא שהזמן הוא ענין בפ"ע ולכן אינו חשוב כשיור בדבר המופקר, ומה שמפקיר הוא מפקיר לגמרי והשאר אינו מפקיר, משא"כ שיור פירות שאי אפשר לשייר בלי גוף לפירות, וזה נכון ומסתבר: וענין ביטול חמץ שכתבו תוס' בפ"ק דפסחים שהוא מטעם הפקר, שהר"ן ריש פסחים באר דבריהם, אבל בכ"ז לענ"ד אין הדברים מובנים כפשטן, דז"ל הר"ן שם ומהו ענין בטול זה מוכח בגמ' גבי הא דאמרינן הבודק צריך שיבטל דביטול מדין הפקר הוא, והיינו דמייתינן עלה ההיא דסופי תאנים דההיא מתורת הפקר נגעו בה, ואע"ג דהפקר כה"ג לא מהני, דודאי מאן דאמר בנכסי דידי דלבטלו וליהו כעפרא לא משמע דהוי הפקר, ותו דבגמ' אמרינן מבטלו בלבו, ובודאי דלענין הפקר ממונו, הפקר בלבו לא מהני, דדברים שבלב אינם דברים, ותו למאן דאמר התם בנדריים אליבא דר' יוסי דהפקר כמתנה מה מתנה עד דאתי ליד זוכה לא נפקא מרשות נותן, ה"נ בהפקר, וכיון שכן ביטול חמץ לר' יוסי היכי מהני מדין הפקר, הא לא אתי לרשות זוכה, אלא היינו טעמא משום דנהי דמאי דהוה ברשותי דאיניש לא מצי מפקר לי' כי האי גוונא, חמץ שאני לפי שאינו ברשותו של אדם אלא שעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו, ומשו"ה בגלוי דעתא בעלמא דלא ניחא לי' דליהוי זכותא בגווי' כלל סגי, עכ"ל.

ולא נתבאר בדבריו איזה השתנות נעשה בקנין הבעלים ע"י הבטול, אם נפקע קנין הבעלים לגמרי כדין הפקר ממש, או רק מועיל לענין שלא יעבור עליו בבל יראה, ובס' מקור חיים סי' תל"א בד"ה לכן נראה כתב דהגלויי דעתא הוא דלא ניחא לי' במה דאוקמה רחמנא ברשותי סגי, ולפי"ז אף שבטלו מ"מ הרי הוא כשאר איסורי הנאה

שג"כ אינן ברשותי, דהא הבטול אינו רק גלוי דעת דלא ניחא לי' במה דאוקמי' רחמנא ברשותו יותר משאר איסורי הנאה.

יעו"ש.

וכן משמע קצת מדברי השו"ע של הגר"ז בסי' תל"ד סעי' ט"ו שכתב שם דעת הי"א דמהני בטול ע"י שליח אף אם הפקר ממש לא מהני משום דסגי בגלוי דעת להפקיע שמו מעליו שלא יעבור עליו, יעו"ש, והדברים נפלאים בעיני לפרש כן שיהי' ענין הבטול רק כעין סלוק שיסלק א"ע שלא יעשה הכתוב את החמץ כדבר שברשותו, ובגמ' לא אמרו שעשאו הכתוב את החמץ ברשותו אלא כאילו הוא ברשותו, היינו שיתחייב ע"ז כאילו הוי ברשותו, והרי בגמ' מייתי שני דברים אינם ברשותו של אדם ועשאו הכתוב כאילו הן ברשותו, בור ברה"ר וחמץ משש שעות ולמעלה, ומשמע דשניהם מענין אחד הוא, האם נאמר שיוכל אדם לסלק א"ע מן הבור קודם חפירתו שלא יעשהו הכתוב ברשותו, וענין סלוק לא מצינו בכה"ג דלא מצינו ענין סלוק רק היכא שהנחלה הבאה לאדם ממקום אחר לזכותו ולטובתו, אבל אם רחמנא רמיא חוב על האדם מה שייך סלוק ע"ז, ועוד תמוה דלפי"ז אין זה ענין להפקר, דהפקר הוא אינו שלו.

ובטול הוא סלוק שלא יתחדש על החמץ העמדה ברשותו, ולאחר הבטול עדיין הוא שלו כשאר איסורי הנאה דחשובים שלו, דשייך ירושה באיסורי הנאה כמש"כ הר"ן בנדרים ד' מ"ז וכמו דמוכח להדיא מסוגית הש"ס דקדושין ד' י"ז דאם גר יורש אביו ד"ת הוא יורש וזוכה בע"ז ואסור לו ליקח חליפי ע"ז וכן מוכיח הגר"ז בסי' ל"ו נגד הח"י, יעו"ש.

ובתוס' פסחים ד' ד' כתבו להדיא דבטול הוא מטעם הפקר ולא עבר עלה משום דאינו שלו וילפינן זה ממעוט הכתוב אבל אתה רואה של אחרים ושל גבוה, יעו"ש, ואם כונת הר"ן בזה לחלוק על התוס' הי' מביא דבריהם, וביותר תמוה דמנין לו עיקר זה דלשיטת רש"י ילפינן ענין ביטול מקרא דתשביתו דמהני השבתה בלב, ולשיטת תוס' ילפינן זה מקרא דבדבר שאינו שלו ליכא בל יראה, אבל לשיטת הר"ן לפי"מ שמפרש בס' מקו"ח דאף שלאחר הבטול עדיין החמץ שלו כשאר איסורי הנאה רק שמבטל שלא יעשה הכתוב ברשותו, מנא לי' להש"ס ענין זה בלי גלוי מקרא: וע"כ נלענ"ד לפרש ביאור דברי הר"ן במובן אחר לגמרי, והוא דענין ההפקר בארנו דהוא קצת כעין דרכי הקנינים שע"ז שמיחד החפץ שיהי' מיוחד לכל העולם שיהי' היכולת ביד כל אדם לעשות בו כאדם העושה בתוך שלו, שענין זה מועיל כעין נדרים, מחמת זה מועלת הסכמת הבעלים להסתלק לגמרי מן הדבר שלא ישאר לו שום זכות בהחפץ, ובביטול חמץ דליכא ענין זה דהרי אינו מיחדו לתשמיש העולם, דאומר שיהי' כעפרא, וגם מהני בטול בלב, וגם הוקשה לר' יוסי דהפקר אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה ובטול חמץ משמע מן הש"ס דליכא מאן דפליג ע"ז, ולכן ביאר הר"ן דכמו דמהני הפקר להסתלק מן החפץ ע"י התיחדות ההשתמשות לכל אדם, כ"כ מועיל מה שעומד החפץ לצאת מרשותו להאסר בהנאה, ובעוד שבידו להצילו להנות ממנו והוא מרצונו מתרצה שיצא מרשותו, מהני לזה גלוי דעתו שרוצה להסתלק לגמרי מן החפץ שלא יהי' לו שום זכות בגוו' ויהי' ענין זה כעין מה שכתב הר"ן בד' פ"ה בנדרים במי שאסר על עצמו פירותיו דהוה הפקר שבארנו לעיל דברי' שע"ז שאוסר על עצמו הוא מוציא מרשותו ומוכח

דאינו רוצה בו, כ"כ הוא ענין בטול חמץ אם מגלה דעתו דלא ניחא לי' דליהוי לי' זכותא בגווי', מהני גלוי דעת זה ע"י הצטרפות מה שיוצא הדבר מרשותו, כאילו הוציא החמץ מרשותו בידים.

ומה שכ' הר"ן דחמץ שאני לפי שאינו ברשותו של אדם אלא שעשאו הכתוב כאילו הי' ברשותו, הוא להורות דרך להתחייב עליו עשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו, אבל באמת הוא אינו ברשותו, ומשו"ה אם מגלה דעתו שאינו רוצה שיהי' לו שום זכות היינו כשאר הפקר דעלמא, נעשה הפקר ע"י גלוי דעת זה ואין זה דברים שבלב, דיש בזה עובדא מוכחת על ענין זה מחמת שמניח שיוצא מרשותו, ולפי"ז הוא ענין הפקר ממש וכשיטת התוס' שהבאנו, ומה"ט לאחר זמן איסורו לא מצי מבטל לי' משום דכיון דכבר נאסר ואינו ברשותולא מצי מפקיר לי', וכמש"כ הרמב"ם בשאר איסורי הנאה דלא מצי מפקיר, כמו שאינו יכול למכור ולהקדיש, ומכש"כ כאן דעיקר הביטול הוא מה שמגלה דעתו דאינו רוצה בו מהני הוא רק ע"י שמרצונו מניחו להאסר בהנאה, אבל לאחר שכבר נאסר ויצא מרשותו ליכא שום ענין איך להפקירו אם לא ע"י ביעור ממש כמפרר וזורה לרוח, וכן מש"כ הר"ן דעדיף בטול מהפקר דגם אליבא דר"י דהפקר אינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה, ובביטול יוצא מרשות בעלים מיד הוא דהיכא שהסבה להפקיע מרשותו הוא ע"י התיחדות הדבר שיהי' מופקר לכל, בזה סובר ר' יוחנן אליבא דר"י דאינו יוצא מרשות בעלים עד דאתי לרשות זוכה כמתנה, אבל בכה"ג שהדבר יוצא מרשותו ע"י איסור הנאה, גמר ומוציא מרשותו מיד או לכה"פ בשעה שמגיע זמן האיסור.

כנלענ"ד בזה: ומה שכ' בתשו' שאגת ארי' ה' חמץ דלשיטת הר"ן הנ"ל לר' יוסי דס"ל חמץ בפסח מותר בהנאה, לא מהני ביטול בלב, ורק הפקר ממש מהני משום דכל עיקר הטעם בזה כתב הר"ן משום דאינו ברשות בעלים, ודבריו תמוהים דהרי הר"ן הוכיח שטתו גם זה מהא דלר"י אליבא דר"י דס"ל הפקר אינו יוצא מרשות בעלים הרי דסובר דלכו"ע מועיל ביטול בחמץ, אלא נראה דגם לר' יוסי דס"ל דמותר בהנאה חשיב ג"כ כאינו ברשותו, משום מצות ביעור שחל עליו משעה ששית, וכמו שכתבו תוס' בסנהדרין ד' פ' דאף לשיטת ר"ת דשור שנגמר דינו אינו נאסר בהנאה מחיים, מ"מ מכרו אינו מכור והקדישו אינו מוקדש משום דאסור לענות את דינו ומצוה לסוקלו, יעו"ש, כ"כ הכא י"ל דאף דמותר למוכרו לנכרי כמש"כ הרא"ש בפ' כל שעה סי' ד', אבל כיון דאסור להשהות מחמת מצות ביעור, וכן כתב בס' מקור חיים סי' ת"ל בה' בדיקה ובטול, אלא דהוסיף שם דלר' יוסי ור"ש אסור למוכרו לנכרי משום מצות תשביתו שצוה הכתוב להשביתו שלא כדרך הנאתו.

יעו"ש, ולא זכר מדברי הרא"ש שכ' להדיא דמותר למוכרו לנכרי, אלא דמסיק ולאחר חצות מיד צוה הכתוב להשביתו אמנם בתוס' ד' כ"ח ע"ב ד"ה ר"ש כתבו דמה"ת מותר לר"ש להסיקו מעט מעט תחת תבשילו, אלא דאסור מדרבנן שמא יאכלנו, יעו"ש, עכ"פ לכו"ע אסור לאחר חצות להשהותו, מה"ת או מדרבנן, ומשו"ה הוי כאינו ברשותו לענין זה דכיון דיודע שאם לא יוציא את החמץ עכשיו לצורכו כדרך הנאתו עומד הדבר שילך לאבוד, והוא מתרצה ע"ז ומגלה דעתו שלא ניחא לי' דליהוי לי' זכות כלל, עי"ז נעשה

הפקר גמור ככל הפקר דעלמא: אמנם לפי"מ שהעלינו דביטול הוי כהפקר גמור צריך לעיין בהא דכתב המג"א בה' פסח סי' תמ"ג סק"ה בנפקד שלא מכר את חמץ המופקד אצלו ונאסר בהנאה דחשוב פשיעה ומחויב לשלם אם ליכא החמץ בעין ואם איתא בעינא יכול לומר הרי שלך לפניך, כמו דמוכח מסוגית הש"ס ב"ק ד' מ"ה דאם ע"י פשיעת השומר נאסר הדבר בהנאה, מיד חל עליו דין תשלומים אלא דיכול לפטור א"ע בחזרת החפץ דאומרים בא"ה הש"ל, ולפי"ז אם המפקיד עשה כשורת הדין שבטל את חמצו דמהני עפ"י דין גם לחמץ ידוע כמש"כ הר"ן ריש פסחים, ונעשה הפקר גמור, א"כ אינו יכול השומר לומר הש"ל, דרק באיסורי הנאה דחשיב של הבעלים שייך לומר הש"ל, אבל אם נעשה הפקר לא מסתבר לומר דיה' שייך בזה הש"ל וכמש"כ בקצוה"ח סי' ת"ה סק"ב דרק ביאוש עד דלא אתי לרשות זוכה יכול לומר הש"ל אבל אם הי' הפקר לא שייך לומר הש"ל כיון דאינו שלו איך שייך לומר הש"ל, אכן י"ל כיון דלא חל על השומר דין תשלומים רק בשעה שנאסר בהנאה, ואז הוי לאחר הביטול דכבר נעשה הפקר, י"ל דיכול להפטר בחזרת החמץ, דבשעת ההיזק שאינו ניכר הי' החפץ של הבעלים אינו יכול להפטר א"ע רק בהשבת חפץ של הבעלים אבל לא בהפקר, אבל כאן דבשעה שנתחייב בתשלומים כבר הי' הפקר, י"ל דיכול לפטור א"ע בחזרת החפץ, ואפשר עוד לומר דבכה"ג הוא פטור לגמרי כיון דקודם שנאסר בהנאה כבר נעשה הפקר בטל מן השומר דין השמירה והשבה לגמרי, ומהא דגזל חמץ ועבר עליו הפסח דיכול לומר הש"ל, אין ראי' לענין זה, דשם נראה דלא מהני ביטול כמו דשניהם אינם יכולים להקדיש זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו, כ"כ שניהם אינם יכולים להפקיר ולבטל, ורק לר"ל דסובר דהנגזל יכול להקדיש ולהפקיר, יש לדון גם שם דאינו יכול לומר הש"ל אם בטלו הבעלים, אם לא שנימא דהוי ענין זה כחזרה קרן לבעלים, דאמרינן בב"ק לר"ל אם הקדישן בעלים ביד גנב דהוי כחזרה קרן לבעלים.

יעוי' בגמ' ב"ק ד' ס"ח ע"ב וצ"ע בכ"ז: והנה לפי"מ שבארנו דברי הר"ן כמש"כ דענין בטול חמץ הוא גלוי דעתא דלא ניחא לי' דליהוי לי' זכותה בגוה הוא ענין הפקר, נלענ"ד דאפשר לומר דשיטת הר"ן בענין הפקר דעלמא שהוא ג"כ ענין כזה, דע"י שמפקיר הדבר לכל מי שיחפוץ ולא ניחא לי' שיהי' לו שום זכות ושיוור לעצמו יוצא הדבר מרשותו, היינו דענין הפקר אינו בגדר שחרור עבדים וגיטי נשים, דהתם עושה מעשה להפקיע קנינו ובהפקר עושה מעשה להוכיח דעתו שאינו רוצה שיהי' לו זכות בגוה והמעשה הזו מה שמיחד החפץ להשתמשות כל העולם, הוא המעשה המוכחח על גלוי דעתו זה, ולפי"ז י"ל דשיטת האומרים דלא מהני בטול חמץ ע"י שליח, משום דאם אומר אדם לחבירו הפקר נכסי לא מהני, שהבאנו דבריהם לעיל, והב"י כתב שהטעם בזה משום דהפקר מטעם נדר, והאחרונים תמהו בזה, עי' בס' בית מאיר סי' ק"כ ובחי' הגרע"א למס' גיטין ריש פ' השולח, ועל שיטת המהרי"ט דלא מצי אדם להקדיש ג"כ ע"י שליח.

כבר תמהו רבים, אף דמזה שהקשה הגרע"א שם מסוגית הש"ס דתמורה ד' י' דאמרינן שם כגון דשוו שליח לאקדושי, לק"מ דשם הכונה שהשליח מקדיש בהמה שלו לצורך קרבן צבור או בעד רבים כמבואר שם דהשליח נקרא מקדיש והם המתכפרים יעו"ש, אבל מסוגית הש"ס בכורות ד' ס"א דאיתא התם באומר לשלוחו צא ועשר לי, דשם

מפורש דמהני שליחות למעשר בהמה, יש להוכיח דמהני שליחות לשאר הקדשות ג"כ דאם נימא כשיטת המהרי"ט דבשליחות להקדיש הוי מילי ומילי לא מימסרי לשליח, כ"כ הקדש של מעשר בהמה הוי מילי, ובלא"ה קשה על המהרי"ט מהפרה ובטול שליחות, כמו שהקשו בס' בית מאיר ובחי' הגרע"א, מכל זה מוכח דענין מילי לא מימסרי לשליח הוא דוקא בשני שלוחים כמש"כ בס' בית מאיר, ומה שהקשה בחי' הגרע"א מאומר אמרו דהוי רק שליח אחד למנות שליח, לענ"ד לק"מ דעיקר הטעם בשני שלוחים דלא מהני משום מילי לא מימסרי, הוא מחמת גרעון בשליח השני, דלא נעשה שליח רק אם שמע הדברים מפי הבע"ד, אבל אם נמנה שליח שלא ע"י הבעלים עצמם, אינו נעשה שליח אם לא היכא שמוסר לו הגט של הבעל, אבל אם מוסר לו רק דברים לא הוי שליח, אבל עכ"פ בשליח אחד מהני להקדש, וכ"כ ראוי לומר שיהני גם להפקר, ואם מטעם נדר הרי בהקדש ודאי דאיכא ענין נדר, ועפ"י מש"כ י"ל דשאני הפקר מכל הני ענינים שהבאנו, דבכל הענינים הוא עושה שליח לעשות איזה ענין, כהקדש ומעשר בהמה, הפרת נדרים ובטול שליחות, ויסוד לכולם מהא דילפינן מקרא דלתרומה מהני שליחות, דכל אלה נעשים ע"י מחשבה וכוונה, ומחשבה וכוונה חשובים כמעשה דשייך ענין שליחות, אבל ענין הפקר שהוא ענין רצון לחוד, לפימש"כ היינו תכלית ההפקר וגמרו שהוא שיסלק כל זכות בעליו מנכסיו, ענין זה הוא רצון לחוד שרוצה בכך שלא יהי' לו שום זכות, ועל ענין רצון לא שייך שליחות דהוא מידי דממילא, ועפ"י י"ל דעל התייחדות לחוד שיהא ההשתמשות רשות לכל אדם אפשר דמהני שליחות, אבל בעיקר ההפקר שיצאו הנכסים מרשותו, שזה נגמר ע"י רצון לחוד ומעשה ההתייחדות של ההשתמשות הוא רק לגלות רצונו, י"ל דלא מהני שליחות.

כנלענ"ד בביאור שיטת הר"ן: פרק כד כתב הרמ"א בח"מ סי' רנ"ז וז"ל המקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו או לאחר שלשים יום לא קדיש כלל, דהא אי אפשר לומר גוף מהיום ופירות לאח"ז דהא קאכיל פירות של הקדש, תשו' רשב"א סי' תקס"ג עכ"ל. וכתבו האחרונים ה"ה הגר"א בביאורו כאן והקצוה"ח והנה"מ ובתשו' רע"א סי' קמ"ד וקמ"ה שהכוונה בדברי הרשב"א והרמ"א, דכיון דאי"א לפרש גוף מהיום ופירות לאח"ז משום שיונק משדה הקדש, לכן עלינו לפרש בזה כמו בגט באומר מהיום ולאחר מיתה, דלרבנן דפליגי על רבי וסברי שהוא ספק תנאי ספק חזרה, כמו דסובר רב בקדושין ריש פ' האומר, ומיירי כשחוזר בתוך ל' ולכן הוי ספק הקדש, דאם חזרה הוא ונשאר לאחר ל' לחוד, וכשחזר בתוך ל' בטל ההקדש, ואם תנאי הוא שענין התנאי הוא אם יחי' עד ל' יום יהי' הקדש מעכשיו, הוי הקדש גמור, כיון שנתקים התנאי שלא מת, וספק הקדש מוקמינן בחזקת מרא קמא, ולכן כתב הרמ"א דלא קדיש כלל, והנה לפי"ד בסברת הרשב"א והרמ"א צ"ל דחזקת מרא קמא מכרעת גם לענין ספק איסור מעילה של הקדש, דהרי הרשב"א מיירי בהקדש של בדק הבית כמו שיובא לשונו להלן, וזה נגד הכלל שאמרנו בפרקים הקודמים דכל היכא שהספק נוגע לממון ולאיסור אין חזקת מרא קמא מכרעת, וכן החליט בפשיטות בס' נה"מ בכללי תפיסה סעי' ב' דבספק הקדש אין חזמ"ק מכרעת והוי ספק איסורא לחומרא יעי"ש.

ולפלא בעיני על הנה"מ שסותר שיטתו מש"כ כאן בסי' רנ"ז מדברי' שכ' בדיני תפיסה שלו: והנה עלינו להעתיק דברי הרשב"א כצורתם, ולעיין בדבריו היטב, כי דבריו הוא



כספר החתום וכולו מוקשה, וז"ל תשובת הרשב"א סי' תקס"ג, השיב דלא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט בהקדש עניים וכו' ויכול אדם לחזור בהם וכו' אבל הקדש בדק הבית אינו כן שאני סובר שכל מקדיש שדהו לבדק הבית מעכשיו ולאחר ל' יום או מעכשיו ולאחר מיתה לא אמר כלום, לפי שכל הנותן לחבירו מעכשיו ולאחר מיתה גופא קני מהיום ופירי לאחר מיתה, אבל לגבוה ולהקדש אי אפשר לומר כן, לפי שאי אפשר שהאילן של הדיוט יונק משדה הקדש אלא א"כ שייר מקום היניקה, והראי' משילהי פ' המוכר את הבית ר"ש אומר המקדיש שדהו לא הקדיש אלא את חרוב המורכב וסדן השקמה, ותני עלה מ"ט הוואיל ויונקים משדה הקדש, שאי אפשר שיהי' השדה של הקדש ויניקתו להדיוט, ואמרינן עלה בגמ' וא"א שיורי שייר אמאי מדנפשיהו קא ינקי, אלמא כל כמה דלא שייר מקום היניקה בפירוש אי אפשר לומר ששייר את הפירות, וא"ת מה ראית לבטל ההקדש מפני שיור זה אדרבה נבטול השיור מפני ההקדש זה, ולא היא הקרקע בחזקת בעלי' וכיון שאתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת מרי', וכדגרסינן בירושלמי גבי פלוגתא דרבי ורבנן באומר זה גיטך מהיום ולאחר מיתה דרבי סבר מגורשה דתנאה הוי ורבנן סברי מגורשת ואינה מגורשת מספקא להו אי תנאה הוי אי חזרה הוי, וגרסינן בירושלמי אי בהפקר במופקרת מעכשיו ולאחר ל' על דעת רבי מופקרת ועל דעתהון דרבנן אינה מופקרת לומר שאי"א שיהי' השדה מופקרת לאחרים ופירותיו לבעלים וכיון שכן הוא הרי ההפקר בעל לגמרי, ואע"ג דגבי גט מגורשת ואינה מגורשת, לא דמי דהתם אילו הי' תנאי הי' מועיל ואפי' חליצה לא בעיא, וכיון דמספקא לן אי תנאה אי חזרה הוי הילכך אזלינן לחומרא וחולצת ולא מתיבמת, אבל הכא דאפי' תנאי לא יועיל ואתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת' וכדאמרינן בירושלמי עכ"ל.

וזהונוסחא של הירושלמי בגיטין פ' מי שאחזו ה"ג תמן תנינן הכותב נכסיו לבנו צריך שיכתוב מהיום ולאחר מותו דברי ר"י וכו' רשב"י אעיל עובדא קומי ר' יוחנן מהיום ולאחר מיתה מתנתו מתנה מהיום ולאחר מיתה אינו גט וכו', אמר ר' אילא במתנה מכיון שאמר מהיום מתנה גמורה היא לאיזה דבר כתב בה לאחר מיתה לשייר לו אכילת פירות, ובגיטין מכיון שכתב מהיום גט כרות הוא לאיזה דבר כתב בה לאחר מיתה לשייר לו אגופה, אמר רבי בון בר כהנא קומי רבי אילא לשייר לו מעשי ידי, א"ל לא מצינו נשואה לזה ומעשי ידי של זה וכו' אף בגט שחרור כן, הרי גט שחרורך מעכשיו ולאחר ל' יום על דעת' דרבי ה"ז גט על דעתין דרבנן אינו כן, אף בהפקר כן, שדי מופקרת מעכשיו ולאחר ל' יום על דעת' דרבי מופקרת על דעתין דרבנן אינה מופקרת, אף בהקדש כן כל עמא מודיי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, אף בקדושין כן אשכח תני רבי אומר מקודשת קדושין גמורים עכ"ל: ולפי מה שפרשו האחרונים גדולי המורים שהבאנו בשיטת הרמ"א והרשב"א מתבארים דברי הירושלמי מה דמסיק דבהקדש כל עמא מודיי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, שבהקדש לכו"ע הוי הקדש, משום דאף אם נימא דמעכשיו ולאחר ל' הוי חזרה שחזר ממה שאמר מהיום אבל לא מהני חזרה בהקדש אף במקדיש לאחר ל', ולכן עכ"פ חל ההקדש או מעכשיו כמו לרבי או לאחר ל' ולפי"ז מוכרחים לפרש דהרשב"א דפסק דלא חל ההקדש לפי שיטתם מחמת ספק תנאי ספק חזרה הוא דלא כהירושלמי, וחתרו למצוא דרך מן הש"ס דילן דמהני חזרה

אף בהקדש לאחר ל', וכתב בתשו' רע"א סי' קמ"ה שזה תלוי בסוגית הש"ס דילן בנדרים ד' ל' לענין חזרה במקדיש לאחר ל', דהירושלמי סובר דבמקדיש לאחר ל' אינו יכול לחזור ומשו"ה אף אם חזרה הוי ונשאר לאחר ל' גרידא אינו יכול לחזור קודם ל', והרשב"א סובר כאן בתשו' דלא כבר פדא אלא כאביי ורבא שם דלדידהו ליכא הכרח לומר דבמקדיש לאחר ל' לא מצי חזר בו, ומשו"ה הוי ספק תנאי ספק חזרה אם חזר קודם ל'.

יעו"ש.

ותמוה לי דבריהם בזה דאיך יתכן דיפסוק הרשב"א דלא כהירושלמי ולא יביא דברי הירושלמי כלל, ולא יזכיר מראה מקום מש"ס דילן שמוכיח שיטתו בזה נגד הירושלמי, ובפרט שבתשו' זו דשקיל וטרי במקדיש מהיום ולאחר ל' ומביא ראשית דברי הירושלמי מהאמור שם לענין הפקר מהיום ולאחר ל', היתכן שלא יביא כלל סוף דברי הירושלמי דמפורש שם כל החקירה שלו, ואם מצא מקום בש"ס דילן מפורש היפוך הירושלמי, ה' לו לדון בזה בפירוש ולא להעלים עיניו מזה לגמרי כאילו לא חש לדברי הירושלמי כלל, כמאמר שאי"צ לפנים, ועוד קשה דלדבריהם מש"כ הרשב"א בתשו' דבמקדיש מהיום ולאחר ל' אף תנאי לא יועיל, אינו מובן כלל דהרי בהפקר מפורש בירושלמי דלרבי מופקרת, והקצוה"ח בסי' רנ"ז בהעתיקו דברי התשו' הזאת השמיט לגמרי מאמר זה מפני שלא מצא בדבריו, ובנה"מ בסי' קצ"ז סק"ה הביא מאמר זה והוקשה לו וכתב להגיה בדבריו וז"ל וראיתי בתשו' הרשב"א סי' תקס"ג שממנו מקור הדין, והלשון משובש, עיי"ש שכתב דאפי' תנאי לא מועיל וכו' עיי"ש, דקשה מה"ת לא יועיל תנאי ועוד דגם בהפקר כתב הרשב"א כן, ובהפקר מבואר בירושלמי דלרבי דתנאה הוי הוי הפקר, ועוד דבירושלמי מבואר דבהקדיש הוי הקדש מעכשיו ולאחר ל', עיי"ש, לכן נראה דכצ"ל ברשב"א משא"כ הכא דספק תנאי אינו מועיל מטעם דאוקי ממונא בחזקת מרי' ודיינין ל' בחזרה, וכן מוכח מהירושלמי דבגט קאמר דלרבנן הוי ספק מגורשת משום ספק תנאי ספק חזרה ובגט שחרור קאמר דלרבנן לא הוי משוחרר וע"כ הוא מטעם זה משום דאוקי ממונא בחזקת מרי' ומוכח מהירושלמי דבספק שחרור ל"א דהעבד מוחזק ותפיס בעצמו, וזה הטעם ג"כ בהפקר כמבואר בירושלמי מטעם אוקי ממונא בחזקת מרי', ודוקא כשחזר בו בתוך ל' דהא מטעם חזרה אתינן עלה, אבל בשלא חזר בו ודאי דהוי הפקר ושחרור, דהא אפי' בלא אמר מעכשיו רק סתם לאחר ל' מהני בשלא חזר בו, ומה"ת יגרע כשאומר מעכשיו מכשלא אמר רק סתם לאחר ל', והא דבירושלמי משמע דבהקדש מהני כשאומר מעכשיו, עיי"ש, הוא מטעם שכתב הר"ן בנדרים ד' ל' עיי"ש דאיכא פלוגתא בירושלמי במקדיש לאחר ל' אפי' בלא מעכשיו דאיכא מ"ד דאינו יכול לחזור בו משום דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט דמי, עיי"ש בר"ן, וכן הוא טעם הירושלמי, והרב פוסק כהרשב"א שמביא הר"ן כשאמר אחר ל' דיכול לחזור בו כנ"ל, עכ"ל הנתיבות, והנה דברי' עולים בחדא מחתא עם שיטת הקצוה"ח והנה"מ, וכן עולים דברי הגר"א בביאורו לח"מ סי' רנ"ז, יעו"ש, ובתשו' רע"א סי' קמ"ב כתב די"ל דהרשב"א מפרש דאם תנאה הוי לא ה' מהני חזרה שהתנאי ה' אם יחי' עד אחר ל', כמו דס"ל להדיא הרשב"א בתשו' סי' תש"ו בקדושין מעכשיו ולאחר ל' דהתנאי רק אם יחי' אבל לא על חזרה כפירש"י, עיי"ש, ודבריו בנויים על מה

שהתחיל שם בתשו' ההיא דלא אמרינן אמירתו לגבוה במתנות עניים וכו' ויכול כל אדם לחזור וכו' ועל זה כתב דבהקדש בדק הבית אינו כן שאני סובר שכל מקדיש שדהו לבדק הבית מעכשיו ולאחר ל' לא אמר כלום, והיינו דיכול לחזור קודם ל' עיי"ש, ומה מאד נפלאים בעיני כל דבריו, אחרי שדברי הרשב"א בנויים על מה שהתחיל דבהקדש עניים יכול לחזור, וכתב דבהקדש בדה"ב אינו כן, דראוי לאסוקי דבהקדש בדה"ב אינו יכול לחזור ולדברי הגרע"א מסיק להיפוך דגם בהקדש בדה"ב יכול לחזור כמו בהקדש עניים, ועוד קשה לדבריהם מש"כ הרשב"א במקדיש מעכשיו ולאחר ל' לא אמר כלום, איך שייך בזה לומר דלא אמר כלום, דהרי אף אם הי' ודאי חזרה כאומר לאחר ל' לחוד, ויהי' הדין ברור דיכול לחזור תוך ל' ג"כ לא שייך ע"ז לומר דלא אמר כלום, שהרי הקדיש שיחוללאחר ל' רק אח"כ חזר ומבטל את ההקדש, ומכש"כ בכה"ג דלרבנן ספיקא הוי שמא הנאה הוא אם יחי' עד ל' יום ורק מחמת ספק מוקמינן בחזקת מרא קמא, בודאי לא שייך בזה הלשון "לא אמר כלום", ועוד קשה שהעיקר חסר מן הספר דלא נזכר בתשו' הרשב"א ולא בדברי הרמ"א שחזר בתוך ל', והגרע"א בתשו' סי' קמ"ב הקשה ג"כ על הרמ"א שסתם וכתב דלא קדיש כלל ולא פירש דצריך לחזור בתוך ל', ובאמת לא על הרמ"א תלונתו, כי אם על הרשב"א עצמו, כמש"כ: ע"כ נלענ"ד לגודל התמיהות בדברי הרשב"א והרמ"א להגיה קצת בדברי הרשב"א ולפרש בכונת דבריו שלא כדברי הגאונים הנ"ל, ומתחילה נפרש דברי הירושלמי עפ"י שיטת הרשב"א בחי' למס' קדושין ריש פ' האומר וז"ל לרב דמספקא לי' אי תנאה הוי אי חזרה הוי פירש"י אם תנאה הוי אם לא אחזור בתוך ל' יום יהיו קדושין מעכשיו והקשה עליו הרמב"ן נר"ו וכו' ופי' הוא נר"ו דלא מספקינן לה בתנאי אלא במה שהוא בכלל משמעות הלשון דהיינו מיתה דה"ק מעכשיו יחולו הקדושין אם באו שלשים, כלומר אם יקים אותנו השם ויגיענו לל' יום לומר שאם מת תוך ל' לא תהא זקוקה ליבם ולא ירדתי לסוף דעתו של רבינו נר"ו דאדרבה חזרה בכלל הלשון יותר וזה אינו תנאי שבלב דכי קאמר מעכשיו ולאחר ל' יום כאומר מעכשיו תהא מקודשת, ובלבד שכל ל' יום יהא ברשותי לבטלם כעין האומר הרי את מקודשת לאחר ל' יום שרוצה להמלך עוד כל ל' יום אם יבטלם, ואעפ"י שאמר לה מעכשיו אם התנה בפירוש שיכול לחזור בו כל ל' יום, ואם לא יהי' קדושין מעכשיו למה אינו חוזר.

עכ"ל.

והנה לפירש"י והרשב"א בחי' שהסכים לפירוש, ודאי אי אפשר לפרש דברי הירושלמי הנ"ל כפירושם, דלשיטתם אי אפשר לפרש הירושלמי דמיירי בחזר בו קודם ל', דא"כ גם לרבי דסובר תנאה הוי בטל השחרור וההפקר, דהרי התנה שאם יחזור בו שיתבטלו השחרור וההפקר, והרי חזר בו בתוך ל', ובע"כ מיירי דלא חזר בו בתוך ל' וצריך לפרש מה דאמרינן בירושלמי דלרבי הוי גט שחרור ולרבנן אינו גט.

הכונה דלרבי הוי גט מעכשיו ולרבנן אינו גט מעכשיו בודאי, אלא ספק מעכשיו ספק לאחר ל' יום וכן בהפקר, ולא תקשה איך קאמר דלרבנן אינו גט ואינו הפקר, דלגירסת הירושלמי קתני כן גם במשנה מהיום ולאחר מיתה אינו גט, ובגמ' דילן הגירסא במשנה גט ואינו גט, ועי' במראה הפנים מש"כ על גירסת הירושלמי שכן גורס גם הרי"ף,

יעו"ש, וברי"ף שלפנינו לא מצאתי כדבריו, אבל עכ"פ עלינו לפרש כן בכונת המשנה שאינו גט ודאי, כ"כ נאמר מה דאיתא בירושלמי לענין שחרור והפקר דלרבנן אינו גט ואינה מופקרת שאינו גט ודאי מעכשיו אלא ספק מעכשיו ספק לאחר זמן, ונפ"מ בזה לענין שחרור לענין מעשי ידיו של העבד או אם קנה נכסיו, וכן לענין הפקר אם זכה בו אחר קודם ל' לא מהני הקנין, וכן לענין שעבוד חוב של האדון והמפקיר אם לזה בתוך ל', אבל לפי"ז במקדיש מעכשיו ולאחר ל' כ"כ ללוי בפלוגתא דרבי ורבנן דלרבי הוי הקדש מעכשיו אם לא חזר ולרבנן הוי הקדש לאחר ל' ולאיזה ענין אמר בירושלמי דבהקדש כו"ע מודים דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כיון דבע"כ מיירי באופן דלא חזר בו בתוך ל' דאם חזר בו בטל לגמרי וא"כ מאי נפ"מ בין הקדש להפקר, בשניהם תלוי בפלוגתא דרבי ורבנן, ואם נפרש דברי הירושלמי כמש"כ בתשו' רע"א בשם ש"ב דהירושלמי סובר כשיטת הרמב"ם והתוס' דבהקדש א"י לחזור אף תוכ"ד, ולכן לכו"ע חל ההקדש, משום דתיכף כשאמר מעכשיו לא מצי חזר בו ולומר לאחר ל', אכתי אינו מיושב מה דאמר בירושלמי כל עמא מודיי דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דהרי איכא נפ"מ דלרבי חל הקדש על תנאי אם לא יחזור בו עד ל' ולרבנן הוי ספק תנאי וספק הקדש גמור בלי תנאי: ולכן נראה לי דלשיטת רש"י ורשב"א בחי' יתפרשו דברי הירושלמי בדרך אחר לגמרי, ובהקדם דברי הרשב"א בחי' לקדושין שם שכתב על הא דאמרינן שם דלטעמי' דרב דסובר ספק תנאה ספק חזרה אם בא אחד וקדשה מעכשיו ולאחר ל' ובא שני וקדשה מעכשיו ולאחר עשרים ובא שלישי וקדשה מעכשיו ולאחר עשרה ימים, דמראשון ואחרון צריכה גט ומאמצעי אינה צריכה גט דממ"נ אי תנאה הוי דקמא קדושין ואי חזרה הוי דבתרא הוי קדושין, מהוא דתימא האי לישנא משמע תנאה ומשמע חזרה ותיבעי גיטא מכל חד וחד קמ"ל, וכתב הרשב"א וז"ל ולא שירדו חכמים לסוף דעתן של בריות שאין אומר כך, אלא או כולם משום תנאי או כולם משום חזרה, אלא שחכמים יסתפק להם משמעות הלשון האריך, והילכך אעפ"י שזה אומר לכך נתכונתי וזה אומר אני בהיפוך זה נתכונתי, אנו אין לנו לדקדק אלא עיקר משמעות הלשון ודינו, שכונת המקדש אינה נשמעת לעדים ואין כאן עדים אלא מעיקר הלשון ומשמעותו עכ"ל.

והנה בהשקפה ראשונה נראה מדברי הרשב"א דרק בדבר שבערוה שאינו מתקים בלי עדים אין אנו מסופקים על כונתו, אבל בשאר דוכתי יש מקום לומר דהספק אצלינו גם על כונתו, וי"ל דהאי גברא נתכון לתנאי והאי גברא נתכון לחזרה, אבל לפי דעתי אי אפשר לפרש בכונת הרשב"א, דלפי"ז אכתי מהראוי לומר דגם מאמצעי צריכה גט, דשמא הראשון נתכון לחזרה ולא חלו קדושיו וחלו קדושי שני שהוא נתכון לתנאי, ושמא לדידן מתפרש הלשון לתנאי, ולענין זה לא שייך לומר דקדושין צריך עדים, דבלא רצונו אינם חלים הקדושין, דלהעדר הקדושין אי"צ עדים כמובן, ולכן אף אם לדידן מתפרש הלשון בלשון תנאי אם הראשון נתכון לחזרה שחזרה זו בודאי אינה צריכה עדים דאינו דבר שבערוה דהרי קודם נתינת הכסף הוא כמו שכ' שם בחי' הרשב"א דלאחר נתינת הכסף ליכא חזרה בקדושין.

וקודם נתינת הכסף אם חזר בו ואמר לאחר ל' ודאי דלא חלו הקדושין אם נאמר דבעלמא מהני מחשבתו וכונתו, אלא נראה ודאי דבענין זה של ספק תנאי ספק חזרה אינו תלוי

כלל במחשבתו וכונתו, אלא הספק הוא אצלינו איך לפרש דבריו, ואם חשב בלבו לאיזה צד שיהי' הוא דברים שבלב, ומש"כ הרשב"א הטעם משום דאין הכונה נשמעת לעדים, הוא כעין הוכחה מסוגית הש"ס דמיירי לענין קדושין, ולענין חלות הקדושין ודאי דלא מהני מחשבת הלב, אבל באמת גם השאר ענינים לא משגיחינן כלל על כונת האומר, והספק רק אצלינו איך לפרש לשונו: ולכן נראה דלזה הוסיף הרשב"א שאין לנו לדקדק אלא עיקר משמעות הלשון ולדינו להורות דאם עפ"י משמעות הלשון בשאר דוכתי אינו מועיל בנידון זה לדינא כלום, אז אין אנו תופסים משמעות לשון זה כלל, ולפי"ז י"ל דלענין קדושין אם נתן הכסף ואח"כ אמר הרי את מקודשת לי מעכשיו לאחר ל' יום דלרב דמספקא לן אי תנאה הוי או חזרה, דגם אם לא קדשה אחר בתוך ל' אלא לאחר ל' דצריכה גט מזה ומזה, משום דאי חזרה הוי לשון זה ולצד זה אינו מתפרש על ענין תנאי כלל, אלא משמעותו רק חזרה, ובנידון זה דלאחר נתינת הכסף לא מהני מדינא חזרה, כדקי"ל דלא מהני חזרה בקדושין אף תוכ"ד, אי אפשר לנו לפרש הלשון ומשמעותו על לשון חזרה, דאצלינו מתפרש הלשון עפ"י אופן המועיל לשון כזה משורת הדין, ומה שאינו מועיל עפ"י דין אינו נתפס במשמעות הלשון, נמצא דלהך צד אין כלל ביאור לדבריו מה שאמר מעכשיו ולאחר ל', ולכן אם יהי' הדין בשאר דוכתי לפרש לשון כזה בחזרה בנידון זה בטלים הקדושין לגמרי, משום שאמר דבור שאין בו שום משמעות, ורק אם תנאה הוא, הוי קדושין מעליא.

ואין להוכיח מדברי הרשב"א נגד דברינו מש"כ לפרש בחי' כאן דמיירי שאמר קודם נתינת הכסף דאל"ה ליכא חזרה בקדושין אף תוכ"ד, דלפי מש"כ הרי יש לפרש גם אחר נתינת הכסף, דאם תנאי הוו קדושין חלין מעכשיו ואם חזרה הוי בטלו הקדושין לגמרי ומשו"ה צריכה גט מזה ומזה, אבל באמת לק"מ דבמשנה קתני מעכשיו ולאחר ל' ובא אחר וקדשה בתוך שלשים מקודשת ואינה מקודשת, ומפרש רב דהוא משום ספק תנאי ספק חזרה, ולפי מש"כ אם יהי' ענין זה אחר נתינת הכסף אז גם אם קדשה לאחר ל' צריכה גט מזה ומזה, ומשו"ה הוצרך הרשב"א לפרש דמיירי קודם נתינת הכסף, דבכה"ג יכול לחזור בו תוכ"ד, ועכ"פ נעשה מעשה קדושין, ואם לא קדשה אחר בתוך ל' ודאי חלין קדושי ראשון, וכן מוכח עיקר ענין זה דהלשון מתפרש עפ"י שורת הדין מהא דאמרין בירושלמי דבשחרור והפקר לא מפרשינן גוף מהיום ופירי לאחר ל', אף דבמתנה דעלמא לכו"ע מפרשינן כן משמעות הלשון, משום דבנידון זה של שחרור והפקר לא מהני משורת הדין גוף מהיום ופירי לאחר ל', ולא בדקינן אם איש זה יודע הדין כמו שהוא דלא מהני הפקר בכה"ג, או לא, ולא כו"ע דינא גמירי, ובפרט בדין כזה דאינו דין מפורסם לומר זיל קרי בי רב הוא, אלא ודאי שהכלל בזה שהלשון מתפרש כפי שורת הדין אצלינו, ולא מחמת אומדן דעת על אופן כונת האומר, ולפי"ז נ"ל דמה דקתני במשנה דגיטין פ' מי שאחזו מהיום ולאחר מיתה גט ואינו גט משום דמספקא להו לרבנן אי תנאה הוי אי חזרה הוי, שג"כ הטעם בזה דשמא חזרה הוא, וכיון שמשורת הדין דלא מהני גט לאחר מיתה, וליכא בזה לפרש הלשון כפי משמעותו ובטל הגט, מחמת שאמר לשון כזה שאינו מתפרש עפ"י שורת הדין כלל, ואינו כמו שאמר להדיא הרי זה גט לאחר מותי דשם הלשון מפורש, והגט בטל משום דאין גט לאחר מיתה, וכאן אינו כן אלא משום דאמר לשון הסותר מהיום ולאחר מיתה, וליכא בלשון זה משמעות

כפי שורת הדין: ובענין התנאי במעכשיו ולאחר ל' למדתי מדברי הרשב"א בחי' לקדושין שהבאנו לעיל, דהכונה בזה שלא כתנאי פשוט מעכשיו אם לא אחזור בו עד ל' יום, אלא שענין התנאי בזה דיהי' מעכשיו אם לא אחזור בו, ולענין חזרה יהי' לאחר ל' שאם ירצה לחזור לא יהי' כקדושין מעכשיו אלא כמו לאחר ל', ונמצא כשחוזר בו תוך ל' בטלים הקדושין דמעכשיו מחמת שלא נתקיים התנאי, והקדושין דלאחר ל' בטלים מחמת חזרה כמו שחוזר בשאר קדושין העושים לאחר ל' יום, ואף דלכאורה הוא דבר זר כיון שעושה תנאי שאם יחזור בו לא יהי' קדושין למה יקדש עכשיו על זמן שיחולו לאחר ל' יום ולבטלם מחמת חזרה, הלא די לו שאם ירצה לחזור לא יהי' כאן שום קדושין כלל, אבל כיון שעלינו לפרש הלשון כמשמעותו, ובלשונו אמר מעכשיו ולאחר ל' יום ואין כאן משמעות על ענין תנאי שאם לא אחזור בו עד ל' יום עלינו לפרש לשונו בדרך זה, שעושה קדושין כפולים, היינו שיהא בזה אופן מעכשיו ואופן שני לאחר ל' יום, שלצד אחד יהי' מעכשיו, ולצד שני יהי' לאחר ל' יום, עי' היטב בדברי הרשב"א שמוכח מדבריו כמש"כ: ועפי"ז נלענ"ד לפרש עפ"י שיטת רש"י והרשב"א הנ"ל מה דאמר בירושלמי דבמקדיש מעכשיו ולאחר ל' כל עמא מודיי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, שהכונה בזה דבכהאי גוונא בטל ההקדש לגמרי, כיון דבהקדש ליכא חזרה אף תוכ"ד, וכן במקדיש לאחר ל' אינו יכול לחזור בתוך ל' וא"כ גם תנאי לא מהני בזה כלל, שנאמר דלענין חזרה יהי' כמקדיש לאחר ל', דהרי גם במקדיש לאחר ל' ג"כ אינו יכול לחזור ונמצא דלפי שורת הדין אין כאן שום משמעות המועיל עפ"י שורת הדין, ובטל ההקדש מחמת שאין לנו לפרש הכונה של אמירתו מעכשיו ולאחר ל', ולפי"ז נתבאר לנו עפ"י שיטת הרשב"א בחי' לקדושין לפרש דברי הירושלמי בדרך זה, כלומר דבהפקר ושיחרור יש הבדל בין סברת רבי ורבנן, דלרבי הוי הפקר וגט מעכשיו, אם לא יחזור בתוך ל' ולרבנן אינו גט והפקר ודאי מעכשיו, אלא ספק מעכשיו ספק לאחר ל', ובהקדש לכו"ע אינו הקדש כלל מחמת חסרון משמעות דבריו.

ועפי"ז נלענ"ד דצריך להגיה בתשו' הרשב"א שהבאנו היינו להוסיף בדבריו סוף דברי הירושלמי מה דאמור שם לענין הקדש מה דמסיק בירושלמי דבהקדש כל עמא מודיי אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, ואח"כ ראוי להגיה וכיון שכן הרי ההקדש בטל לגמרי, ומה שכתוב לפנינו הרי ההפקר בטל לגמרי הוא טעות המעתיקים, ובהפקר אינו בטל לגמרי, ומש"כ בירושלמי דלרבנן אינה מופקרת, כבר בארנו דהכונה בזה הוא עפ"י מה דקתני במשנה לפי גירסת הירושלמי במעכשיו ולאחר מותו אינו גט אף דהוי ספק מגורשת, וע"ז מסיק הרשב"א אע"ג דגבי גט מגורשת ואינה מגורשת, היינו אף דגם שם אי חזרה הוי אין שום משמעות לפרש דבורו כיון דאין גט לאחר מיתה, אין אנו יכולים לפרש דבריו עפ"י אופן שאינו מועיל עפ"י שורת הדין, כמו שאין אנו מסופקים בהפקר לפרש דבורו גוף מהיום ופירי לאחר ל', אבל ל"ד לו יהא דלהך צד דחזרה הוי היל' ראוי שנבטל דבריו אבל להך צד דתנאה הוי גט מעליא, ומשו"ה הוי ספק גט וחולצת ולא מתיבמת, אבל הכא בהקדש שאפי' תנאי לא יועיל כמו שבארנו שענין התנאי בזה הוא שאם יחזור בתוך ל' עושה קדושין לאחר ל' כדי שיוכל לחזור, וכיון דליכא חזרה בהקדש לא בתוכ"ד ולא בהקדש לאחר ל', ונמצא דאי אפשר לפרש דבריו שיהי' קיום למה שאמר מעכשיו ולמה שאמר אחר שלשים, אם לא שנבטל קצת מדבורו, או לבטל כל

דבורו, ומסיק הרשב"א דמבטלים לגמרי את ההקדש, ומתחילה הביא דבמתנה לכו"ע מפרשינן גוף מהיום ופירי לאחר ל', ובהקדש עפ"י שורת הדין לא מהני ענין זה דינקי משדה הקדש, ומשו"ה מסיק דלא אמר כלום, וע"ז כתב וא"ת מה ראית לבטל ההקדש מפני שיור זה אדרבה נבטול השיור מפני ההקדש, ע"ז כתב ולא היא הקרקע בחזקת בעלי' וכיון שאתה צריך לבטל אחד מהם אוקי ממונא בחזקת מרי', לפי"מ שבארנו אין הכונה בדברי הרשב"א בחקירה לדון על ספק הקדש בחזקת מי לאוקמי', דהרי אין כאן ספק כלל, כיון דאין לנו שום באור בדבריו, אלא שהרשב"א דן בזה נימא כיון שאי אפשר לפרש דבריו שיהי' הדבור הראשון והשני קיימים, ועלינו לבטל מדבורו נימא שדבור הראשון קיים ומה שאמר לאחר ל' יתבטל, מחמת שאין לנו לפרשו עפ"י משמעות לשונו, וע"ז כתב כיון דעכשיו הקרקע בחזקת בעלי' היא, ועלינו לחדש ענין הקדש, וכיון שאמר דבור הסותר תחילתו לסופו, אי אפשר לחול הקדש ע"י דבור הסותר והביא ראי' מהירושלמי להוכיח ביסוד הראשון דמה שאינו מועיל עפ"י שורת הדין אינו נכנס במשמעות הלשון, מהא דבהפקר לרבי מופקרת מעכשיו ולרבנן אינה מופקרת, דמפורש להדיא ענין זה, דכיון דאי"א להיות השדה מופקרת והפירות לבעלים, לא מספקינן כלל לומר שמא הבעלים נתכונו להפקיר גוף מהיום ופירי לאחר ל', ואח"כ מביא מה שאמרו בירושלמי דבהקדש כו"ע מודיי היינו דמזה מוכח דבהקדש כו"ע שווים, היינו דאף לרבי אינו הקדש דאפילו תנאי אינו מועיל בזה וכמש"כ.

ומתפרשים דברי הרשב"א בזה בדרך ישר בלי גמגום כלל: ומה דאמרינן בנזיר מן הגרוגרות לב"ש דהוי נזיר דלא מהני מה שחוזר ואומר מן הגרוגרות וכן באומר הרי זו תמורת עולה, ולא מבטלינן את כל הדבור, אלא החזרה בטלה ודבור הראשון קיים, דהתם קים לן שלשון זה הוא חזרה ממש, ודבור ראשון לחוד נשאר, משו"ה נשאר דבור הראשון בתקפו, אבל הכא שהלשון מסופק ונמסר הדבור לחכמים לפרשו, וחכמים מפרשים רק באופן שמועיל הדבור כמש"כ, ומשא"כ דבהקדש מעכשיו ולאחר ל' בטל לגמרי כל דבורו משום דלא מהני חזרה בהקדש תוכ"ד, לכאורה יש לדון לפי מש"כ בפ' הקודם דיש אופנים דמהני חזרה תוכ"ד משום התרה בנדר ופתחו עמו, אכן נראה כיון שאינו חוזר מעיקר הקדש, רק שמאחר הזמן ממעכשיו עד לאחר ל' יום, בכה"ג גם התרת חכם לא מהני, ומשו"ה גם חזרתו לא מהני: ועפ"י מש"כ יתפרשו דברי הירושלמי בדרך נכון מה דמסיק אף בקדושין כן, אשכח תני רבי אומר מקודשת קדושין גמורים, דמפרש בפני משה שם דהשאלה בזה אם פליגי רבנן על רבי בזה כמו דפליגי בגיטין או כהקדש דמיא דמודו רבנן לרבי דלא שייך חזרה בהקדש, ופשיט הירושלמי דאשכח תני רבי אומר מקודשת קדושין ומדקאמר רבי אומר ש"מ דפליגי בה רבנן, עיי"ש, ופי' זה תמוה לי איך מסתפק בזה הירושלמי אם לענין קדושין פליגי רבנן או לא, הלא משנה מפורשת היא בקדושין פ' האומר מעכשיו ולאחר ל' ובא אחר וקדשה בתוך ל' מקודשת ואינה מקודשת, ולפי מש"כ השאלה בזה אם רבי סובר בזה כמו דסובר בגיטין דתנאה הוי או אפשר שיורא הוי כמו דסובר ר' יוחנן דאפי' קדושי מאה תופסים בה, כמו דאיתא בירושלמי ובש"ס דילן ריש פ' האומר, וכלפי מה דאמרינן דבמתנה מפרשינן לשון כזה לשיורא גוף מהיום ופירי לאחר ל' אפי' לרבי, ובהקדש גם רבי מודה לא מפרשינן לתנאי ובטל ההקדש לגמרי, אפי' לרבי מספקא לי' האיך סובר רבי לענין קדושין, ומביא

ברייטא דתני רבי אומר מקודשת קדושין גמורים, היינו כמו דסובר לענין גט, אבל לרבנן מפורש במשנה דסברי מקודשת ואינה מקודשת.

וזה פשוט: ולפי"ד אין בענין זה שום ענין להכריע בספק הקדש וספק ממון עניים אם מהני חזמ"ק להכריע על ספק איסור אלא הוא ענין אחר לגמרי דנקט הרשב"א שאם ליכא במאמר מעכשיו ולאחר ל' משמעות המועיל עפ"י שורת הדין הרח כל מאמרו, מבטלים את עיקר הענין מה שרוצה לחדש, ונשאר הקרקע כמו שהיתה, ואין כאן שום ספק, ועפ"י"ז יפה הורה הרמ"א כתשו' הרשב"א דלא קדיש כלל ולא הזכיר שום נפ"מ אם חזר בו או לא: אמנם מה שהקשה בקצוה"ח על הרמ"א דדברי הרשב"א אמורים בהקדש בדה"ב דאי אפשר שיהי' גוף מהיום ופירי לאחר ל' משום דינקי משדה הקדש, אבל הקדשות שלנו דאינו אלא דין ממון עניים, כמבואר בחו"מ סי' צ"ה ובסי' רי"ב סעי' ח', א"כ שפיר מהני ב' גוף מהיום ופירי לאחר"ז, ולא הי' לרמ"א להביא דין זה, ומביא שם להלכה דברי הרי"ו נתיב י"ט דפסק כן דבהקדש עניים יכול להקדיש גוף מהיום ופירי לאחר ל' עיי"ש, קושיא זו היא תמי' גדולה לכאורה, וראיתי בתשו' רע"א סי' קמ"ג שכתב לעיין בשטמ"ק בתשו' דלפי"ד גם בהקדש עניים לא שייך גוף מהיום ופירי לאחר ל', אבל אין הס' אצלי לעיין בדבריו, ולענ"ד נראה דזה תלוי בפלוגתא דהרשב"א והרא"ש עם הר"ן דפליגי בספק צדקה אם אזלינן לחומרא או לא, דלשיטת הר"ן דבצדקה לאחר שנגמר ענין אמירתו ליכא ענין נדר וקנו עניים מיד, בודאי מסתברים הדברים כמש"כ ברי"ו דשייך בהו גוף מהיום ופירי לאחר ל' כמו במתנה להדיוט, אבל לשיטת הרשב"א והרא"ש דסברי דאזלינן לחומרא, שבארנו שיטתם דסברי דאיכא בזה ענין נדר של התפסת החפץ שנתיחד להשתמשות של צדקה, י"ל דגם בצדקה לא שייך גוף מהיום ופירי לאחר"ז, דכמו דאמרין בהקדש דינקי משדה הקדש, כ"כ אם ינקי משדה המיוחדת לצדקה אסור לעשיר להנות מן הפירות מחמת איסור נדר, דכל שמוש פירי הוא נהנה מן הגוף, דרק בקניני ממון דליכא בהו איסור אחר רק איסור גזל אם פוגע בממון אחרים, איכא הבדל בין גוף לפירות עפ"י ההסכמה וגדרי הקנינים, וכל גדרי הקנינים והגבולים הקבועים במשפטי ממון מועילים להתיר איסור גזל, אבל לעניני נדרים והקדשות, שאינם מחמת פגיעת היזק לבעלים אלא בפגיעת איסור שהחפץ הותפס בו, אינו מועיל התחלקות הגוף והפירות, ולפי"ז הרמ"א דפסק ביו"ד סי' רנ"ח כהרשב"א והרא"ש בספק של יש יד לצדקה, משו"ה פסק כאן דגם בהקדש עניים אי"א להקדיש גוף מהיום ופירי לאחר ל', ודברי הרמ"א נכונים בלי גמגום, ואף שהכנסתי ראשי בין הרים גדולים, אבל הדברים מסתברים ונכונים בעזה"י ליישב דברי הרשב"א והרמ"א ז"ל: ומה שהעיר בתשו' רע"א סי' קמ"ה מסתירת פסקי הרמ"א דפסק בחו"מ סי' ר"נ באיבעיא דהקדיש כל נכסיו או הפקיר או חלק לעניים ועמד, פסק האיבעיא לקולא, וביו"ד סי' רנ"ח ורנ"ט פסק דספק צדקה לחומרא, אתפלא הלא הנמ"י בפ' מי שמת עמד בענין זה וכתב משום דאיהו יודע בנפשי', דז"ל שם איבעיא להו וכו' וסלקא בתיקו, הילכך בין הקדש ובין העניים הם המוציאים דנכסי בחזקת נותן קיימי ועליהם להביא ראיה הילכך אם עמד חוזר ואע"ג דאמרין דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט, היינו דלא מצי למיהדר על מה שידענו בבירור דעתו, אבל הכא מי יימר דדעתו להקדיש אפי' עמד, הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי, ואף ספק איסור מעילה ליכא דאיהו



ידע בנפשי, ולענין עניים נמי אמרינן דאע"ג דאמרינן ספק לקט לקט ספק שכחה שכחה, ואפילו הוי לי' כספק ליכא למיחש דהא פרישו לה בירושלמי דוקא במתנות עניים ומקראי ילפי לה עכ"ל.

ולפי"ז מה דפסק בשו"ע סי' ר"נ סעי' ג' דאזלינן לקולא ולא חיישינן בזה לספק איסור מעילה ואיסור נדר של צדקה הוא משום דאיהו ידע בנפשי, היינו דספק זה אינו כספק תנאי וספק חזרה דלא מהני כלום מה שיודע בנפשי, דהתם תלוי בבאור לשונו עפ"י שקול דעתנו לפרש לשון כזה כמו שנתבאר, אבל במקדיש כל נכסיו ועמד: שהספק אצלינו על אומדן דעתו בשעה שהקדיש, שבין כך ובין כך אינו נכנס ספק זה במשמעות לשונו כלום, בענין זה מהני מחשבתו וכונתו, אלא שאנו מסופקים איך חשב אז, אבל הוא שיודע בנפשי ליכא גבי' שום ספק, ואין כאן חשש איסור דהכלל בידינו דבכל ספק אפי' בספק של תו"ת מהני ברי, כמו דאמרינן בכתובות ד' כ"ב, וגם אחרים יהיו רשאים להנות מספק הקדש זה, דעד אחד נאמן באיסורים היכא שהדבר שקול ואינו מוציא מחזקה שהוחזק כבר, וכל היכא שע"א נאמן גם הבעלים נאמנים, ולפי"ז י"ל דהרמב"ם והשו"ע והרמ"א נקטו כן, ולכן פסקו בענין זה לקולא לנתבע: ועפ"י ד יתיישב מה דקשה טובא בענין זה באיבעיא דהקדיש או הפקיר כל נכסיו דמוכח מדברי הרמב"ם והשו"ע דלא מהני תפיסה אם תפס הגיזבר או הזוכה מן ההפקר או העניים, וכמו שכתב הרמ"א שם בשם הריב"ש דקשה מ"ש ספק זה משאר ספיקות דסובר הרמב"ם דמהני תפיסה בספק, וכבר עמד ע"ז בס' תקפו כהן בסי' ע"ז ועיי"ש דמתרץ דמשו"ה לא מהני תפיסה לכו"ע בנידון זה משום דכיון דאפילו אי הוי מתנה גמורה אין לו בעלים ידועים משו"ה לא מהני תפיסתו לאחשבינהו מוחזקים עיי"ש.

ותירוצו אינו מובן כלל כמו שתמה בס' אורים ותומים בקיצור תקפו כהן, ומש"כ התומים והנה"מ לתרץ בזה, ג"כ אינם מתישבים על הלב, ועוד קשה מהא דפסק הרמב"ם ם והשו"ע חו"מ סי' רמ"ה סעי' י"א במזכה מתנה ע"י אחר וכששמע המקבל שתק ולבסוף צוח דהוי ספק שמא הוכיח סופו על תחלתו או לא, דהוי ספק שמא המתנה היא של הנותן או המקבל זכה והפקירה, ואם תפס אחד זכה לעצמו אין מוציאים מידו, ואם חזרו הבעלים ותפסו ג"כ אין מוציאים מידם, יעו"ש הרי מבואר דמהני תפיסה בספק הפקר, ועפ"י מש"כ דבשכ"מ שהקדיש והפקיר מהני מחשבת הבעלים, יש לתרץ בפשטות, דע"כ סובר הרמב"ם דמהני תפיסה בספק הוא רק אם להבעלים הראשונים ג"כ ספק והוי שמא ושמא, אבל בשכ"מ דהוי ברי ושמא בכה"ג לכו"ע ברי ושמא ברי עדיף, ובתומים ג"כ הזכיר ענין זה דמהני לענין איסור נדר מה שאומר ברי לי כמש"כ הנמ"י, אבל לא באר בזה לתרץ לענין תפיסה כמש"כ, ולענ"ד הוא פשוט, דברי עם חזמ"ק מהני להוציא מן המוחזק שטוען שמא כנ"ל: פרק כה כתב הרמ"א ביו"ד סי' ש"ה סעי' י"ג במי שפדה את בנו בתוך ל' יום ונתאכלו דפסק המחבר דבנו פדוי, כתב וז"ל וי"א דאם אין המעות קיימים או שהחזירם לאב תוך ל', אפילו בדיעבד אין בנו פדוי (מהרא"י בת"ה סי' רס"ד ובכתביו סי' רל"ד) וטוב להחמיר לחזור ולפדותו עכ"ל.

והנה לא נתבאר בדבריו אם צריך לפדות ולשלם ה' סלעים כשאר פדיון או להפריש לעצמו כמו בספק פדיון פ"ח, והוא תמוה מה"ת יהי' חמור ספק זה מכל ספיקות בפ"ח

ופדה"ב דקיי"ל דפטור מספק משום המע"ה, ולכאורה הי' מקום לומר דשאני ספק זה משום דהחייב הי' ברור והספק הוא על הפרעון והוי כא"י אם פרעתוך, דקיי"ל דבשניהם טוענים שמא דחייב לצאת ידי שמים, אכן לפי"מ שכ' הרשב"א בחי' למס' גיטין פ' הזורק בהא דאיתא שם לענין חוב בזרק חוב קרוב לזה ולזה מע"מ דיחלוקו דאף דבא"י אם פרעתוך חייב הוא דוקא דליכא רגלים לדבר שפרעו אבל בנידון זה שהספק לפנינו יחלוקו, יעו"ש, י"ל דגם לצאת ידי שמים פטור בכה"ג בשמא ושמא, ולא מצאתי כעת בפוסקים אחרונים גלוי לדין זה, ורק בס' רי"ט אלגזי לה' בכורות פ"ח אות ע"ה מצאתי שהעיר בזה לפרש דברי הרמ"א משום א"י אם פרעתוך והביא דברי הרשב"א הנ"ל וכתב דכיון בכה"ג יחלוקו אפשר דמשום מצוה מחייבים אותו לפדות לגמרי, יעו"ש, והנה מלבד דהפשרה הזאת אינה מובנת הנה במחכ"ת שכח דא"י אם פרעתוך חייב רק בברי ושמא ולא בשמא ושמא, ואולי בספק לפנינו יחלוקו גם בשמא ושמא, אבל אין זה פשוט ולכן רחוק בעיני לפרש בטעמא דמילתא דכתב הרמ"א להחמיר לפדותו משום דלתא דא"י אם פרעתוך ועוד דכיון דנראה דמקור הדברים הוא מס' ת"ה ובס' דברי חמודות על הרא"ש בפ"ח דבכורות אות ט"ז הביא דברי הת"ה בפסקי' סי' רל"ד שכ' בזה"ל דיש להחמיר לחזור ולפדותו ולא נאמר דהפדיון אינו אלא ממון של כהן, דהא אשר"י דפסק כרב לגבי שמואל מטעם דקיי"ל כרב באיסורי, אלמא חשיב לי' איסור אם אינו פודהו כהלכתו.

עכ"ל משמע בפשטות דמה דפסק הרמ"א להחמיר מספק הוא משום לתא דספק איסורא, והוא לפלא הלא בסעי' זה כתב המחבר מי שהוא ספק אם הוא חייב בפדיון פטור שהמוציא מע"ה, ולא העיר על זה הרמ"א כלום שיהי' מצוה להחמיר, ומשנה שלמה שנינו אחד בכור אדם המע"ה, וכמה הלכות מפורשות במשנה וגמרא ובכ"מ דפטור בספק פדיון הבן, דמכל זה מוכח להדיא דספק פה"ב הוא ספק ממונא ולא ספק איסורא: והנה הרא"ש כתב דברים ברורים בענין המחלוקת דרב ושמואל בפודה בנו בתוך ל' דהילכתא כרב משום דקיי"ל הילכתא כוותי' דרב באיסורא, וכמו דקשיא לן על הרמ"א כ"כ קשה על הרא"ש ונראה לענ"ד דודאי מוכח מזה דמצות פדה"ב אינו רק מצות מתנות כהונה לחוד כשאר מתנות כהונה שהמצוה בהם הוא רק להשיב הממון לכהנים ככל מצות תשלומי ממון לבעליהם, אלא שמלבד פריעת הכסף חמש סלעים צותה תורה לפדות את הבכור מה שיש בו איזה ענין קדושת בכורה, אף שלא גלתה לנו תורה שום דין בבכור אדם שיהי' איזה הבדל בהנהגה מקודם שנפדה עד לאחר פדי', אבל כיון דכתיב בתורה בלשון פדיון מוכרח הענין שכן הוא, שע"י פדיון נעשה איזה ענין חדש בבן הבכור שהכסף פודהו ומחדש בו איזה ענין של הסתלקות קדושה איזו שתהי', וכן הוכחנו לעיל מהא דאמרינן בקדושין ד' כ"ט ובבכורות ד' מ"ח ע"ב שהוא לפדות ובנו לפדות דלכו"ע מצוה דגופו עדיפא, ואם היתה מצות פדה"ב רק מצות פריעת חוב מה שייך בזה ענין מצוה דגופי' מה נפ"מ ע"י איזו סבה חייבתו תורה בתשלומים האם נימא דאם חייב אדם מחמת הלואתו וחייב ג"כ חיוב אחר שיהי' דין קדימה לחיוב זה על חיוב האחר: עוד יש להוכיח כן משיטת רש"י והרא"ש בהא דאמרינן במס' בכורות ד' מ"ז ע"ב בכהן שמת והניח בן חלל דאם מת לאחר ל' דלכו"ע אין הבן חייב לפדות את עצמו שכתב הרא"ש וז"ל לאחר ל' אין הבן חייב לפדות א"ע שכבר זכה האב בפדיונו והוי

כאילו הפריש האב ה' סלעים ופדה בהו את בנו ועכבם לעצמו, כן הבן יפריש ה' סלעים ויפדה א"ע ולא יתנם לכהן מידי דהוי מי שירש טבלים מאבי אמו כהן שמתקנם ומוכר התרומה לכהן.

עכ"ל.

וכן כתב רש"י דאי נמי הוי יהיב האב הוי מפריש ושקיל ל"י לנפשי' דהא כהן הוא, דכיון דזכה האב בפדיונו מורישו לבנו עם שאר נכסיו עכ"ל. וכן פסק ב"ד סי' ש"ה סעי' י"ט.

והנה אם נאמר דכל עיקר מצות פדה"ב הוא רק חיוב ממון לשבט הכהנים אינו מובן ענין זה שיפריש הכהן ה' סלעים לעצמו ויהי' בזה ענין תשלום חוב במה יצא הכסף מרשותו ונכנס לרשותו, ולכאורה הי' מקום לומר דהאב הי' חייב ה' סלעים בעד פדיון בנו החלל וחיוב זה הוא לכל שבט הכהנים, וכ"ז שלא נתיחדו הני ה' סלעים לא מצי זכה בהם האב, ורק הוא זוכה בהם מעת שנתיחדו והופרשו, אבל זה אינו דא"כ כ"ז שלא הפריש לא זכה האב בפדיונו והאיך יורש הבן ממנו, והרי הרא"ש דמה זה למי שירש טבלים מאבי אמו כהן, ובענין זה אמרינן במס' קדושין סוף פ' האיש מקדש בטעמא דמילתא משום דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין הא לאו הכי לא הי' זוכה בהם, אף דודאי יש לשבט הכהנים זכות בטבלים אף למ"ד לאו כמי שהורמו דמיין, אלא למ"ד לאו כמי שהורמו דמיין לא מצי זכי בהם כהן פרטי עד אחר הרמה, ולפי"ז בדין זה של כהן שיש לו בן חלל צ"ל דמיד שנתחייב בפדיונו מצי זכי בהם כהן אף קודם שנתיחדו הני ה' סלעים, ומשו"ה זכה האב בפדיונו, ואם כבר זכה הלא ראוי לומר דאין על האב שום חיוב ממון שנפטר מחיובו ע"י שזוכה בשעבודו בעצמו, ולמהצריך להפריש עוד ולעשות פדיון, אם' לא הי' מצות פדה"ב רק מצות פריעת חוב בעלמא, אלא מוכח מזה דבמצות פדה"ב איכא מצות פדי' ממש מלבד המצוה של פרעון ה' סלעים לשבט הכהנים: אמנם מהא דקיי"ל דספק פדה"ב לקולא ודאי מוכח דהמצוה של פדי' מיתלי תלי בדין ממון, והיכא דליכא חיוב ממון מחמת ספק ליכא מצות פדי', ונראה לענ"ד לבאר ענין זה עפ"י מה דתנן במשנה פ' יש בכור ד' נ"א המפריש פדיון בנו ואבד חייב באחריתו שנאמר יהי' לך ופדה תפדה, ופירש"י כשיהי' לך הפדיון אז יהי' פדוי והאי קרא לאהרן אמר לי' רחמנא, עכ"ל, דמזה מוכח דקבלו חז"ל דהפדיון נעשה רק לאחר שיקבל הכהן הי' סלעים שחייבה תורה לאבי הבן אז חל הפדיון, ולפי"ז נוכל לומר דאף דאיכא במצוה זו מצות פדי' שהיא מצוה לשמים, דמדין ספק מצוה אזלינן בספיקא לחומרא, אבל כיון דמדין ממון קיי"ל המע"ה דפטור בספק, והוי כמו דליכא בזה כלל תשלומי ה' סלעים, ואי אפשר שיקבלם הכהן ובכה"ג פטור ממצות פדי', דהמצוה החיובית בזה שישלם הה' סלעים ואח"כ יפדה הבן, והיכא דליכא דין ה' סלעים לשלם לכהן ליכא מצוה, דבשני דברים ביחד מתקימת המצוה, ואף דאם ירצה ליתן ולא יחזיק לעצמו ויתן לכהן יזכה בהם הכהן בתורת פדיון הבן אם קמי שמיא גליא דבר פדיון הוא, וכמו שהוכחנו לעיל מהך דספק מעילות דאם רוצה לשלם הוי תשלומי קרן ויכול להביא גם אשם על תנאי, דלפי"ז יש מקום לומר כיון דספק מצוה הוי לחומרא ראוי להתחייב מספק ולקיים המצוה ע"י שישלם לכהן מה שאינו מחויב, כמו שאר המצוות שמחויב אדם לקיימם אף שצריך

להוציא עליהם מכספו כתפילין ומזוזה וכיו"ב, אבל באמת י"ל דכ"ז שהוא רוצה להיות מוחזק בדמים הוא פטור בודאי ממצות פדיון דעיקר המצוה בזה אינה רק שיפדה עם תשלומים של הני ה' סלעים, היינו שאם ליכא דין ה' סלעים ליכא מצות פדיון, ונמצא דלענין פדיון עצמו אין כאן ספק חיוב מצוה רק פטור ודאי, ורק אם יתרצה שלא להתשמש בחזקתו של דין מוחזק וירצה ליתנו לכהן, אז יתחדש עליו ספק מצות פדיון, אבל ענין זה לא חיבתו תורה להכניס א"ע בספק מצוה, ועלינו לפרש שהפדיון והפרעון אינן כשתי מצוות ואחת תלוי' בתנאי של השני', אלא שני הדברים ביחד הם מצוה אחת, והדמים הוא חלק מן המצוה ובהתבטל חלק מזה פטור לגמרי: ולפי"ז י"ל דבכהן שיש לו בן חלל שמחויב בפדיונו דאמרינן דאם מת האב לאחר ל' כבר זכה בפדיונו, היינו דכבר זכה מדין מתנות כהונה הני ה' סלעים שנתחייב להשבט, כמו בטבלים שמפריש הכהן בעצמו מחמת שהוא ג"כ כהן ויש לו זכות במתנות כהונה, ובזה נשלם חלק מן המצוה שאמרה תורה שצריך שיקבלם הכהן עוד לפדות בחמש סלעים בעין בדבר המטלטל וגופו ממון, ונאמר דמה שהקפידה תורה בפדה"ב שיהי' בדבר המטלטל וגופו ממון הוא ג"כ רק על ענין הפדיון, אבל מצות מתנות כהונה בתשלומי חוב זה לכהנים יכול לשלם גם בקרקע וכדומה אם הכהן רוצה לקבלם ולזכות בהם, ומשו"ה צריך הי' האב שזוכה בפדיון בנו להפריש ה' סלעים בעין דבר המטלטל ולפדות את הבן מקודשת בכורה, דאף דעכשיו ליכא שום חיוב ממון עליו, אבל זהו עיקר המצוה דלאחר קבלת הכהן יהי' הפדיון, כמו דאמרינן במשנה שהבאנו יהי' לך ופדה תפדה, וכיון שנתקים כאן האי קרא דיהי' לך קרינן בי' ופדה תפדה, וכן כשמת האב אין הבן חייב רק במצות פדיון, אבל ממון כהנים ליכא הכא, כמו בטבלים שכבר נעשו נכסי כהן כ"כ הכא, אבל בספק דפטור מדין ממון ולא נתקים הכתוב יהי' לך לא קרינן בזה ופדה תפדה ופטור ממצות פדי' לגמרי כמש"כ, דכל שנפטור מחלק המצוה אין שום מצוה על חלק השני: ועפי"ד בזה נתישב לי מה דנתקשיתי בענין זה מכבר במה דאמרינן שזכה האב בפדיונו והבן יורשו זכות זה, הלא אם לא פדה האב הבן חייב בפדיון עצמו ומתחייב בשלומי ה' סלעים לכהן וה' סלעים אלו לא הי' בעולם בשעה שהי' האב קיים, ואיזה זכות הי' לאב בכסף זה שנאמר שכבר זכה בהם האב, ואיזה דמיון הוא למי שירש טבלים מאבי אמו כהן, דהתם הי' הפירות טבולים וכבר הי' בהם חלק הכהנים שהם כמו שותפים כמו שכתבו בתוס' סוכה ד' ל"ה, וחלק זה זכה הכהן בפירותיו ורק צריך להפריש מחמת איסור טבל, אבל בנידון זה באיזה חפץ ונכנסים זכה האב שנאמר שאח"כ יורש הבן ממנו, ואי הוי אמרינן שדין זה הוא דוקא היכא שהניח האב נכסים שנשתעבדו להני ל' סלעים הי' עוד מקום לבאר ענין ירושה זו, אבל מסתימת הש"ס והפוסקים משמע דאף אם לא הניח האב נכסים ג"כ הדין דאין הבן חייב בפדיון משום דכבר זכה האב וזה אינו מובן בפשטות, ולפי מש"כ הוא פשוט דלענין פריעת חוב של חמש סלעים כבר זכה האב בשעבודו מה שנתחייב השני' של מטי ליד כהן ולא נשאר עליו רק מחצת שמא אין המצוה בלחוד שהוא פדית הקדושה, ולכן כשמת אין הבן מחויב ג"כ רק במצוה זו ולמצוה זו אי"צ רק הפרשה של ה' סלעים לפדות ולסלק דין בכורה ממנו: וכן לענ"ד דעפי"ד יובן ענין הגוביינא ממשועבדים לפדה"ב דכתבו תוס' בשבועות ד' ד' ע"ב ד"ה

בכל פודין שכתבו בהא דאמרינן דאזיל כהן וטריף ממשעבדי לאו דמפריק בקרקעות אלא ימכרם ויתן דמי לכהן עכ"ל.

דלכאורה אינו מובן ענין זה מי יגבה מהמשועבדים וימכרם ויתן דמים לכהן, ואם אין לכהנים זכות גוביינא מי יגבה מהלוקח, דהבן או להאב ודאי לא שייך זכות שעבוד זה, ומפשטות דברי התוס' משמע דחוב הוא על הלוקח למכור וליתן דמים לכהן אבל זה ודאי רחוק לומר כן, דמאיזה טעם יהי בענין זה חיוב על הלוקח יותר משאר דוכתי שגובים מלוקח דאינו מחויב להמציא כסף לבע"ח הבא לגבות ורק אם רוצה יכול לסלקובדמים, ולפי"ז קשה איך יש זכות גוביינא לכהן מקרקעות כיון שהוא דבר שאין פודים בו, ולהיות זכות לכהנים למכור ויהי' הכסף של האב או הבן ואח"כ יתנו הם לכהן, זה ודאי דבר רחוק מן הדעת, ולכן נלענ"ד דלפי מש"כ עיקר הזכות ממון של כהנים הוא כשאר זכותי ממון, ועל ענין זה לא נאמר הכלל ופרט שיהי' דוקא דבר המטלטל וגופו ממון, משו"ה יכול הכהן לגבות, רק על הכהן הוא החוב לעשות פדיון הבן לאחר שקבל הני ה' סלעים, וכמו שהבאנו דדרשינן יהי' לך ופדה תפדה וכמו שפירש"י דהאי קרא לאהרן נאמר, ולכן נראה דאם יש לכהן ה' סלעים יכול לאחר שגבה הקרקע לפדות בכסף שלו ואם אין לו ימכרם ויקבל ה' סלעים לעשות בהם הפדיון, דעכ"פ במה עדיף אם אחר יקנה הקרקע ויתן לכהן ה' סלעים או הכהן עצמו יקנה ויפריש ה' סלעים, ולפי"ז י"ל דמה שכתבו בתוס' ימכרם ויתן דמים לכהן, היינו שבי"ד גובים ומוכרים הקרקע ונותנים דמים לכהן, וה"ה אם יתנו לכהן ע"מ שיפריש ה' סלעים, ולענ"ד יהי' נראה דהא דאיתא במשנה דבמת הבן לאחר ל' חייב האב לפדותו, וכן הביא הרמ"א בס"א ש"ה סעי' י"ב דפדיון זה אינו רק פריעת חוב דעלמא, רק שהאב מחויב ליתן דבר המטלטל וגופו ממון, אבל אם הכהן מתרצה יכול לשלם חוב זה גם בקרקע.

והנה בדין זה שמת הבן מפורש בתוס' וברמ"א דחייב ג"כ לברך על פדה"ב, ואם נאמר דבכה"ג ליכא מצות פדי' כיון שמת וליכא את מי לפדות וליכא רק מצות מתנות כהונה יהי' ראי' מזה דסברי התוס' והרמ"א דמברכים ברכה על נתינת מתנות כהונה, ובס' דרכי תשובה סי' ס"א סק"א הביא כמה שיטות בזה דדעת הרשב"א בתשו' דאין מברכים על נתינת מת"כ משום דכהנים משלחן גבוה קא זכוי אף דלא אבין טעם זה, והביא דעת הרוקח דמברכים על מת"כ והביא שם דכן נהג הגר"א ז"ל יעו"ש.

ולדברינו יהי' לנו הכרעת רמ"א דמברכים על מתנות כהונה אמנם אולי י"ל דסברי דשייך ג"כ מצות פדיון על בן שמת לפרקו מקודשת בכור, אבל עכ"פ י"ל דגם על נתינת ופריעת ה' סלעים איכא ברכה דהיא מצוה בפ"ע, וכן בבן חלל איכא מצוה של פדיון בלי חיוב נתינה, ואפשר דגם שם מברכים דגם זה מצוה בפ"ע, היינו אם נאמר דשתי מצוות הן דאז צ"ל שמצות חיוב פדי' תלוי' בתנאי החיוב של ה' סלעים וכשפטור מה' סלעים בטלה מצות פדי', ולפי מש"כ דשניהם מצוה אחת, י"ל דליכא ברכה על חצי מצוה ודו"ק: ולפי"ז י"ל דהא דפליגי רב ושואל בפודה את בנו בתוך ל' ואומר שיחולו לאחר ל' ונתאכלו המעות דלשמואל אין בנו פדוי הוא רק על ענין הפדיון של קדושת הבכור, אבל מצות מתנות כהונה כבר קיים בזה, דאף דאין הדמים בעין אבל הרי הכהן משועבד בעד הכסף, ועל ענין זה ניתן לו הכסף שיהי' בזה פרעון על חוב זה והכהן

נתרצה ע"ז, וכפי שכתבנו דלענין פרעון חוב זה תלוי בדעת הכהן, ומה שראיתי בס' מנחת החנוך מצוה שצ"ב שהקשה דאם זה הוא ענין פריעת חוב ותו לא, יהני בזה מחילה הכהן כשאר בע"ח שהמלוה מוחל, דבריו תמוהים דמה שייך בזה מחילה דענין מחילה הוא רק סלוק הזכות ולא כפרעון, ולכן במלוה שנפקע זכותו בטל החוב, אבל בפדה"ב אם יופקע זכות של כהן אחד לא בטל החיוב שעל הבן או האב לכל השבט, ולדעתי נראה די"ל דגם זכות כהן זה שמחל לא יופקע דהרי עכ"פ כהן הוא וזכותו הוא מחמת שיש מת"כ, וכיון שאיכא מתנות כהונה חוזר וזוכה, אכן מדברי הריטב"א ב"מ משמע דמהני יאוש של עניים פרטיים שלא יוכלו לחזור ולזכות במה שנתיאשו, עי' שטמ"ק ריש אלו מציאות שהביא בשם הריטב"א דעניים שנתיאשו אינם רשאים עוד לבוא וללקוט עוד, אבל עכ"פ מחילה של כהן אחד לא תועיל לפטור את בה"ב מחיובו, ולכן נראה לי דלענין פרעון סגי אם נתרצה הכהן לקבל קרקע או מלוה וכיו"ב הוי פרעון.

וכן נראה לי לפרש מש"כ הרמב"ם הובא בשו"ע סעי' ה' נתן לו כלי שאינו שוה בשוק ה' סלעים הרי בנו פדוי, והקשו המפרשים שהשמיט להלכה מה דא"ר אשי במס' קדושין ד' ח' דוקא ר"כ דגברא רבה הוא, ותירץ הש"ך דגירסתו היה בגמ' כגירסת בה"ג א"ר לעולם דלא שוי ורישא דאמר אבי הבן וסיפא דקבלי' כהן, כי הא דרב כהנא פריך בסודרא, אמר לדידי שוה לי ה' סלעים אמר רב אשי ולא אמרן אלא גברא רבה כרב כהנא דידע למחולי, אבל כו"ע לא ש"מ כל היכא דקבלי' כהן בנו פדוי וכן הלכה, עכ"ל הבה"ג.

דלכאורה אכתי קשה למה סתם הרמב"ם ולא חלק בין גברא רבה או לא, וגם על הבה"ג קשה כ"כ, דמסיק ש"מ כל היכא דקבלי' כהן בנו פדוי משמע ג"כ דלא בעינן דוקא גברא רבה: ולענ"ד לפרש דמה דאמרינן גברא רבא דידע למחולי' הכונה בזה הוא הידיעה שיודע להבחין בין מחילה לפרעון, דמי שאינו יודע הבחנה זו אם מקבל דבר שאינו שוה ומכון למחול על השאר לא מהני כלום, דמחילה של הסתלקות זכות לא שייך פדה"ב כמש"כ, אבל אם מקבל החפץ בתורת פרעון של ה' סלעים הוי פרעון גמור, ולזה בעינן גברא רבה, שידע למחולי שלא ימחול רק יגמור בנפשי' לקבל בתורת פרעון, ולכן מסיק בה"ג ש"מ כל היכא דקבלי' כהן בנו פדוי, דאם רק קבלי' הכהן בשוויו של ה' סלעים לא בעינן גברא רבה, דהא דבעינן גברא רבה הוא רק על הבחנה זו שלא ימחול השאר בתורת מחילה, אלא יקבל בתורת פרעון של ה' סלעים, אבל אם אומר שמקבלו בתורת פרעון מהני גם בלי גברא רבה, ובגברא רבה כרב כהנא לא בעינן שיאמר שמקבלו בה' סלעים, אלא סגי במה שאמר לדידי שוה לי ה' סלעים, כיון שגברא רבה ידע דבלא"ה לא יהי' פדוי, ובשאר אינשי צריך שיאמר בפירוש שמקבלו בה' סלעים, שיהי' פרעון גמור ולא שימחול השאר ועד"ז מתפרשים גם דברי הרמב"ם שהביא רק שאם קבל הכהן בה' סלעים בנו פדוי, ואח"כ התבוננתי בביאור הגר"א ביו"ד שם ובהגהתו עלהש"ס בקדושין ד' ח' הוסיף לבאר שיטת בה"ג והרמב"ם דמפרשים לענין אונאה שלא יהא בזה דין אונאה, נראה בכונתו שהוא לתרץ מה שקשינו למה השמיטו מהלכה דבעינן גברא רבה, ומפרש דרק לענין אונאה שלא ישאר חיוב על הנותן להחזיר אונאה, דבשאר אינשי יהי' חוב על הישראל להחזיר, ובגברא רבה יפטור מזה דכבר מחל לי' באמרו לדידי שוה לי, אבל לענין פדיון לכו"ע נמי בנו פדוי אם קבלו בה' סלעים היינו

דכמו בכל דוכתי שהמקח קיים ורק יש להמתאנה דין זכות תביעת אונאה, כ"כ היכא דפרע חוב והמלוה קבל בכל חובו, יכול המלוה אח"כ לתבוע אונאה, ולא מדין חיוב הקדום לחשוב כמו שלא נתפרע החוב בשלמות אלא רק מדין חיוב חדש של חזרת אונאה ומה"ט הכא לענין פדה"ב ג"כ הה' סלעים של פדיון חשבינן שקבלם הכהן, אלא שיש לו זכות תביעת אונאה כשאר לוקח.

אמנם הניחא אם החפץ אינו מגיע לה' סלעים רק בשווי של שתות כדין אונאה אבל אם יש בזה אונאה יתר על שתות שהדין הוא בטול מקח, מהראוי לומר שגם הפדיון בטל. וצ"ע בזה: והנה בשיטת רש"י והרשב"א והרא"ש דכתבו דבעינן דוקא שיהי' שוה להכהן וכמו רב כהנא דמבעיא לי' סודרא ארישיל', נלענ"ד דגם הם סוברים דלענין פרעון איזה חוב חשבינן פרעון אם קבל המלוה בתורת פרעון, אף דבר שלא שוה כ"כ וכן נראה לי להוכיח מהא דאמרינן בפ' איזהו נשך ד' ס"ה ע"א האי מאן דמסיק תריסר זוזי דרביתא בחברי' ואגר לי' חצר דמתגרא בעשרה ואוגרי' ניהלי' בתריסר כי מפקינן מיני' תריסר מפקינן מיני' וכו' משום דאמר לי' סברת וקבלת, דלכאורה ג"כ אינו מובן הרי מ"מ לא נתרבה ממונו רק בעשרה, אלא נראה שהטעם בזה כיון דקבלי' בתורת פרעון כל המגיע לו, כלומר כל הי"ב זוזי דמסיק, וכיון שקבל כל קציצת הרבית חייב להחזיר כל הפרעון שקבל, וכן מוכח להדיא ענין זה מדברי הרשב"א בחי' לקדושין ד' ו' ע"ב בד"ה אי נימא דאוזפי' ד' בה' רבית מעלייתא הוא ואסיקנא דארווח לה זימנא, וז"ל ואיכא למידק מ"ש ד' בה' דקא יהיב לה האי טופיינא בקדושין, ומ"ש כי ארווח לה זימנא בקדושין הכא והכא הויא לי' איתתא ברבית מלותו, אטו מאן דארווח זימנא ושקיל דנרא מי שרי, וי"ל כיון דגופה ממש לא קני לי' לא הוי רבית אלא שאסור משום הערמת רבית, אבל כי קצץ ד' בה' ובדמי ההוא דינר של רבית קא שקיל לה הוי רבית מעליא דהוי לי' כמאן דשקיל לא פחות משוה פרוטה בדמי ההוא דינר ורבית מעליא הוא, דהא אחשבי' איהו בדינר כן תירץ הראב"ד.

עכ"ל.

הרי מפורש בדבריו ובדברי רש"י שם דאם קוצץ מתחילה את קדושי' בתורת רבית מותר מה"ט דאין קדושי אשה נחשב לממון, ולא קץ בזה רבית, אבל אם הי' הקציצה על דמים ואח"כ קבל קדושי אשה בתורת פרעון על הרבית חשבינן כאילו נפרע כל הקציצה ואסור מה"ט, ולכן נראה לענ"ד מה דסברי הנך ראשונים דלא מהני מה דקבלי' כהן בפדה"ב מה דלא שוה ה' סלעים, הוא לענין פדיון דלא נפדה בזה דלענין פדיון בעינן דוקא ה' סלעים וכ"ז שלא קבל כהן ה' סלעים לא מהני הפדיון, ולענין זה לא מהני מה שקבל הכהן ויצא ידי חיוב ה' סלעים, או דסברי דלאו כל כמיני' האי כהן לקבל בתורת פרעון מה שאינו שוה, כיון שהחוב אינו רק לדידי' רק לכל שכט הכהנים, והרמב"ם ובה"ג סברי דיכול הכהן לקבל, וכיון דהוי פרעון וקרינן בזה יהי' לך ופדה תפדה, ונפדה ג"כ בחפץ זה אף שאינו שוה ה' סלעים, אבל כיון שכבר קבל פרעון של ה' סלעים חשבינן יהי' לך ופדה תפדה, ולענ"ד נראה דבזה שמסתפק הר"ן לשיטת הרמב"ם אם קבלה האשה בקדושי' פחות משוה פרוטה ואומרת לדידי שוה לי אם מהני, עי' בהלכות' על הרי"ף בסוגיין דפ"ק דקדושין הנ"ל, דלפי מש"כ בסברת הרמב"ם אין מקום לחקור

בזה לשיטת הרמב"ם, דרק בפדה"ב שהוא פרעון חוב מהני לפרעון מה שקבל בתורת פרעון, אבל בנותן פחות משהו פרוטה לקנין לא מהני כלום מה שמקבלת בתורת פרוטה כיון שהוא אינו חייב להאשה כלום, וכמו ברבית שהבאנו דשאני תחילת הקציצה מפרעון הקציצה כנלענ"ד בזה: ועפ"י דרך זה שאמרנו דבפה"ב איכא שני ענינים פרעון חוב של ה' סלעים ופדית קדושת בכור, ומשכחת שהחוב נפרע ועדיין הבן אינו פדוי יש לפרש גם דברי התוס' בקדושין ד' ח' ע"א ד"ה מנא אמינא לה שכתבו דללישנא קמא מייתי ראי', דמוכח דסברי דבעינן דפדה"ב סמיכת דעת של הכהן כמו בקדושי אשה, ובס' ע"י הובא בקצוה"ח סי' רמ"ג סק"ד כתב וז"ל אם נתן לכהן ה' סלעים מה לנו בידיעת כהן כיון שכבר נתן לו ה' סלעים, ונראה כיון שהכהן הוא אדון בכור זה אם אין לו ידיעה בשווי הדמים אין בנו פדוי וצריך דעת כמו שהאשה צריכה לידע שיעור הקדושין. עכ"ל.

והקצוה"ח שם הקשה מדברי הפר"ח שכתב דנתינה בע"כ מהני במתנות כהונה וגם בפדה"ב דהוי כפרעון חוב, יעו"ש, ולענ"ד נראה דבפדה"ב לא מהני בע"כ, דכיון דכהן ודאי לא זכה בהני ה' סלעים דפרעון בע"כ לא מהני רק לפטור את הלוח מאחריות, אבל המלוה לא קנה בע"כ כמש"כ הרשב"א בפ' מי שאחזו הובא בקצוה"ח שם, ובפדה"ב דרשו רז"ל דאין הבן פדוי רק כשקרינן יהי' לך ופדה תפדה וכשנתן בע"כ לא נוכל לקרות בזה יהי' לך, לכן אף אם נאמר דבמתנות כהונה מקים הישראל את מצותו כשנותן מתנותי' לכהן בע"כ, וכן בפדה"ב אולי מקים מצות פרעון חוב של ה' סלעים, אבל בנו ודאי אינו פדוי, כמש"כ, ולפי"ד יש לומר דכיון שדרשינן דהאי קרא ופדה תפדה לאהרן נאמר כמו שפירש"י משמע שהכהן גומר את עיקר הפדיון לאחר שזכה בה' סלעים, לכן י"ל שצריך שיכון הכהן ג"כ על ענין הפדיון ואם לא סמיך דעתו ולא נתכון שיהי' בזה פדיון לא מהני, ואף שמסתבר לומר דהיכא דלא סמיך דעתו אינו כבע"כ אלא דרפויי מרפיא בידי' כדרך שאמרו במס' ב"ב ד' קמ"ב, ובכה"ג נראה דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה קנה, דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה לא בעינן כונת קונה, אבל כיון דליכא כונה לפדיון אינו נפדה, דלענין פדיון בעינן כונת הכהן ג"כ, כיון שאמרה תורה לאהרן שלאחר שיזכה בהכסף יעשה הפדיון, ועפ"י ד.

אי"צ לומר שהכהן הוא אדון הבכור כמש"כ בס' ע"י שדבר זה אינו מוכן לאיזה ענין הוא אדון על הבכור, אלא שהכהן מסייע בפדיון הבכור לאחר שקבל הכסף, ומשו"ה בעינן סמיכת דעתו וכונתו לענין זה, ואף שעיקר המצוה הוא על האב הוא, אבל זהו חיובו שישלם לכהן ובזה יפדה ע"י הכהן וכונתו בקבלתו בתורת פדיון, ולפי דברי התוס' נכונים בטעמם עפ"י מש"כ: ועפ"י המתבאר י"ל דבפודה בנו בתוך ל' שיחול לאחר ל' דלשמאל דסבר אין בנו פדוי הוא רק לענין פדיון, אבל הכהן זכה בפדיונו בהני ה' סלעים שנתן לו בתורת פרעון לאחר שיחול החיוב, וצריך האב לחזור ולפדותו, היינו שיפריש ה' סלעים אחרים ויפדה בהם ויקחם לעצמו כיון שכבר קבל הכהן דמי פדיונו וקרינן בזה יהי' לך ופדה תפדה, ואף דגם הכהן צריך לסייע בפדיון הוא דוקא אם אפשר להיות הפדיון בהכסף שקבל שהוא דבר המטלטל וגופו ממון, אבל בכה"ג דנתאכלו המעות ואי"א לפדות בהם יכול הישראל לעשות הפדיון בעצמו וכמו בבן כהן שהוא



חלל עושה הפדיון בעצמו בלי כהן מחמת שכבר זכה כהן בפדיונו וכמש"כ, כ"כ הכא שכבר פרע לכהן החמשה סלעים יכול לפדות בעצמו ע"י הפרשת ה' סלעים, דלאחר שנתקים יהי' לך היינו שזכה הכהן בפדיונו אז נעשה הפדיון או ע"י הכהן שקבל הכסף או ע"י הישראל, אף דבפשטות הי' ראוי לומר דכיון דנתן לו ה' סלעים שיפדה בנו ע"י הכסף וכיון שלא חל הפדיון צריך להחזיר הכסף דע"מ כן לא נתן לו, אבל לפי מש"כ דחיוב ה' סלעים הוא חיוב בפ"ע, ופעל הכסף ענין זה שבהם פרע חובו, לכן קנה הכסף בפרעון אף שלא יצא האב מצות פדי' בזה, ולומר שיתבטל קנין הכסף מחמת אומדנא דאדעתא דהכי לא יהיב לי', נראה לי דאין בזה אומדנא ברורה כיון דלפי מש"כ יכול להפריש ה' סלעים לפדות בהם וליקח לעצמו ולא יהי' נחסר כלום, מה יהי' לו תועלת להישראל אם יתבטל הקנין ויחזור הכהן ויתן לו ה' סלעים ויחזור ויפדה בהם, או אם יפריש ה' סלעים לעצמו ויפדה בהם, ועי' תוס' ב"מ ד' מ"ג ע"א מה שכתבו שם דלר"ל דכסף אינו קונה מה"ת לא זכה המוכר בהכסף ולר"י דקנה מה"ת זכה המוכר בהכסף, דמוכח דסברי דאומדנא ליכא שם אף שהמוכר עכ"פ יכול לחזור ורק לר"ל כיון שהכסף לא פעל כלום לא זכה בהם יעו"ש, וכ"כ נוכל לומר בנידון זה כיון דליכא אומדנא והכסף הועיל לפרעון סגי בכך, ולפי"ז מה דפליגו רב ושמואל הוא רק לענין איסורא ולא לענין דיני ממונות, ולכן כתב הרא"ש דקיי"ל הילכתא כוותי' דרב באיסורא, ועפ"י הגירסא שלפנינו במס' בכורות ד' מ"ט ע"ב מפורש כן בגמ', דהכי גרסינן שם ואע"ג דכל היכא דפליגי רב ושמואל הילכתא כוותי' דרב באיסורא וכשמואל בדיני, הכא הילכתא כוותי' דשמואל, ולפי"ד הוא נכון ומדויק היטב דהכל הוא רק לענין איסורא למצות פדי', אבל לדיני ממונות אין נפ"מ בזה, ומש"כ ברש"י שם דבפודה בנו תוך ל' ואמר מעכשיו דהמעות מתנה בעלמא הוא אינו סותר לדברינו, דהיכא דאמר מעכשיו שעדיין אין שום חיוב על האב הרי זה מתנה בעלמא, אבל כשאומר שנותן הפדיון שיחול לאחר ל' כשיחול החיוב שמקדים ליתן הכסף על החוב שיחול עליו לאחר ל' ודאי אינו מתנה רק פרעון, ורק לענין פדיון הוא דפליגי רב ושמואל כנ"ל: ולפי"ז נראה לי דמש"כ הרמ"א להלכה וטוב לחזור ולפדותו, היינו שיפריש ה' סלעים לעצמו ויפדה בהם, וכן יש להעמיס דברינו בדברי הת"ה שהובא בלשונו בדברי חמודות על הרא"ש מש"כ דטוב להחמיר לחזור ולפדותו ולא נאמר דהפדיון אינו אלא ממון של כהן, דהא אשר"י דפסק כרב לגבי שמואל מטעם דקיי"ל כוותי' דרב באיסורא אלמא חשיב לי' איסורא אם אינו פודהו כהלכתו, עכ"ל, היינו מלבד דין ממון יש בזה מצות פדיון שהוא ענין איסורא כמש"כ, ול"ד לספק בכור דקיי"ל המע"ה דשם ליכא מצות פדי' כלל כיון דאינו מתחייב כלל בה' סלעים וכל דלא קרינן יהי' לך ופדה תפדה ליכא מצות פדיון, ובספק ממון שהדין המע"ה ליכא חיוב כלל, וכל היכא דליכא חיוב ממון נפקע מצות פדי', אבל היכא שכבר פרע והספק הוא במצות פדי' הוי ספק איסורא ולחומרא: עוד נ"ל אף אם נאמר דאין הפרעון והפדיון מתחלקים זה מזה ולשמואל דסובר אין בנו פדוי אינו נפטר גם מחיובו שחייבתו תורה וחזר הדין גם לספק ממון, וכשנאמר דצריך לחזור ולפדותו הוא דצריך ליתן ה' סלעים, י"ל שהטעם דשאני ספק זה מכל ספק בכור והוא משום הדין דעני ורש הצדיקו, לפי"מ דמוכח מסוגית הש"ס דחולין ד' קל"ד דגם במתנות כהונה נאמרה דרשה זו מדפריך שם הש"ס על פרה שנשחטה ספק לאחר שנתגיר מספק לקט לקט, ומשני בגמ'

דקמה בחזקת חיוב קיימא, ולעיל בפ' י"ט הארכנו בענין זה לבאר ענין זה של חזקת חיוב שהוא דמשעה שנתחייב ונשתעבד על חיוב מתנות עניים ומתנות כהונה נתחייב לשלם גם על כל הספיקות שיפלו בהפרעון והשבה של החיוב, יעו"ש, ולפי"ז הכא שבהגיע ל' יום ודאי נתחייב בתשלומי החמשה סלעים והספק הוא בפרעון ועל זה נאמר ענין זה שבספק פרעון של מתנות כהונה שיתחייב בודאי, ואין לומר דבכה"ג שפדה בתוך ל' דלרב דסובר בנו פדוי הוי כאילו לא נתחייב כלום, דזה ודאי אינו, דהרי בתוך ל' לכו"ע אין בנו פדוי, אלא דוקא באומר שיפדה לאחר ל' שאז יחול הפדיון, ונמצא דלכו"ע מתחילה צריך שיחול החיוב ואח"כ יחול הפדיון, וכשנולדאצלנו ספק אם הדין כרב או כשמואל הוי ספק אם נפטר מחיובו שכבר חל, לכן מדין עני ורש הצדיקו חייב לשלם שנית, דמן הכהן הראשון אינו יכול להוציא מחמת ספק כמו דתנן במשנה שם במת הבן ביום ל' דאמר ר"ע אם נתן לא יטול דהוי הכהן מוחזק ע"י תפיסה ברשות, ולכן לצאת י"ח צריך לשלם עוד ה' סלעים ולפדות בהם: ובס' קונטרס הספקות כלל ו' סעי' ה' כתב בנידון זה שהביא שם מתשו' צמח צדק סי' קכ"ה באשה אחת שבאה מארץ רחוקה ואינה יודעת אם אביו הי' כהן או לוי וילדה בן בכור דפסק הגאון בעל צ"צ דאין חייבים לפדותו דאף דרובא דעלמא ישראלים נינהו, מ"מ לא אזלינן בתר רובא להוציא ממון, וע"ז כתב הגאון בעל קוה"ס לחדש שיש בזה חיוב פדיון מטעם עני ורש הצדיקו דכיון דהיכא דאיכא חזקת חיוב אמרינן בגמ' דחייב משום עני ורש הצדיקו, מכש"כ היכא דאיכא רובא ורובא וחזקה רובא עדיף, ולענ"ד נראה ברור דטב הורה הגאון בעל צ"צ דהרי כן מפורש בתוס' בכורות ד' כ' ע"א ד"ה ורבי יהושע סובר חוששים לטינוף דלענין נתינה לכהן פטור מליתן אף דאיכא רובא שבכור הוא וקרב ע"ג המזבח, מ"מ פטור מליתן לכהן משום דאין הולכים בממון אחר הרוב, רק כתבו שם דקצת תימה הוא דלענין ללקות בגיזה ועבודה וליקרב ע"ג המזבח יהי' כודאי בכור, ולענין נתינתו לכהן יהי' ספק, וכונתם בתמיה זו לא אדע אם מחמת גזירה הוא והפקר בי"ד הוא שלא יהי' ענין זה כדבר תימה שיהי' כודאי בכור לענין קדושתו וכספק לענין ממון, או דסברי דממילא הוא לכהן מחמת ודאי קדושה שבו וחייב ליתן לכהן מדין תורה ואולי הוא עפ"י דרך שכ' ההפלאה דהיכא דהספק הוא ספק כללי שנוגע לשאר דברים שאני ואכמ"ל.

וכאופן השני משמע מדברי תוס' בדבור השני ד"ה לקולא שכתבו דבפ"ח כה"ג ג"כ חייב ליתן לכהן דגזור חמורה אטו בהמה טהורה יעו"ש, ואם נאמר כאופן הראשון הוא גזירה לגזירה, אבל עכ"פ כתבו להדיא דלא מהני רובא לחייב במתנות כהונה, ומה שדן הגאון בעל קוה"ס ק"ו מעצמו מהא דאמרינן קמה בחזקת חיוב קיימא ורובא וחזקה רובא עדיף, ק"ו פריכא הוא וכמש"כ לעיל בפ' י"ט דלאו משום חזקה המכרעת הוא אלא כל היכא שחל עליו חיוב ודאי חל מעיקרא חיוב גם על הספק שיתילד בתשלומי החיוב הודאי, ולפי"ז בספק אם חל חיוב מעיקרא לא מהני רובא דבכה"ג הוא ככל ספק ממון, ודברי בעל קוה"ס תמוהים בזה: ועי' בהגהת נחלת צבי להגאון בעל פתחי תשובה מש"כ בסעי' כ"ג לענין אם קדמו נפל שאין אבריו מרוסקים שכ' בנידון של השאלה הנ"ל שכ' בתשו' צ"צ עפ"י דברי תוס' סנהדרין ד' ג' דדוקא ברובא לרדיא שאינו רוב מעליא לא אזלינן בתר רוב ולא זכר ג"כ מדברי התוס' בכורות שהבאנו, וכ"ז בספק בעיקר החיוב אבל בספק של הרמ"א בפודה בתוך ל' שפיר נוכל לומר לחייב גם בתשלומי ממון מספק

מחמת דין עני ורש הצדיקו כמש"כ: וראיתי בס' לחם חמודות על הרא"ש בפ"ק דבכורות אות ט' שכ' לדון בכהנים דידן שאינם מיוחסים שיפרישו ה' סלעים לעצמם מחמת ספק כמו בשאר ספק בכורות, והדבר תמוה בעיני היכן מצינו בשאר ספק בכור אדם שיהי' צריך להפריש לעצמו ורק בספק פ"ח הוא משום לאפקועי איסורא, ובבן חלל שכבר זכה בפדיונו, אבל בכל ספק בכור פטור לגמרי, ובגליון רש"א בסעי' י"ח הביא דבריו ולא חלק עליו והוא לפלא בעיני ועלה לנו מכל מה שהבאנו בזה השער דכל ספק ממון שיש בו גם דין איסור אזלינן לחומרא, אם לא שהאיסור תלוי בממון בתולדה, היינו בשליטת הממון בפועל: אמנם בהא שהביא הש"ך ביו"ד סי' קע"ז לענין ספק רבית קצוצה שבשם מהרשד"ם כתב דהוי ספק איסורא לחומרא, ומהרא"ש חולק עליו וסובר דהוי ספק ממונא, ובס' נה"מ בכללי תפיסה סעי' ב' הכריע דהוי ספק ממונא משום דכשאינו משיב אינו רק גזל, ודבריו תמוהים בעיני הלא איסור זה הוא איסור אחר, דבאמת קנה הדמים ורק מצוה עליו להשיב, ומה"ט לא נחתין לנכסי' כמו שבארנו ענין זה לעיל בפ"ב, אמנם לענ"ד נראה להכריע בזה, דהנה בספיקא דדינא כמו דמיירי בתשו' מהרשד"ם שמכר קרקע שיאכל הלוקח הפירות וכשיהי' לו מעות יחזירם לו, דפליגי הפוסקים אם ענין זה הוא רבית קצוצה בכה"ג וכל כיוצא בזה, י"ל דאי"צ להחזיר דהנה הספק בזה הוא אם זכות אכילת פירות מגיע לו באגר נטר או מחמת זכות אחר המותר מה"ת, וכאשר המלוה הוא מוחזק, זוכה מחמת ספק זכות האחר, דדל מהכא זכות אגר נטר זכה מחמת ספק כשהוא מוחזק ונמצא שנשאר אצלו הפירות מחמת זכות אחר, לכן אם גם קמי שמיא גליא דלא הי' בזה זכות אחר רק אגר נטר, אין כאן איסור כלום כיון שזוכה בכסף מטעם אחר לכן בכה"ג אי"צ להחזיר, אבל אם יהי' ספק אם קבל הרבית או ספק אם החזיר הרבית, בכה"ג נלענ"ד דהוי ספיקא לחומרא דבכה"ג הוי ספק איסורא אם קים מצותו או לא.

כנלענ"ד בזה בעזה"י: אמנם י"ל דבכל ספק רבית פטור מלהחזיר דבמס' ב"מ פ' איזהו נשך מפורש דענין רבית מישך שייך לגזל, רק ההבדל בין זה לזה דהתם מדעת' וגזל שלא מדעת', ואם הי' סובר הש"ס דאיסור רבית הוא איסור אחר לגמרי כאיסור חלב ונבילה, אין צריך לדמות זה לזה ולחלק ביניהם ונראה ביאור ענין זה, דהלא סו"ס איזה ענין איסור שייך בכסף של אחרים אם לא איזה אביזרייהו דגזל, אלא הענין הוא דהתורה ירדה לדעת בני האדם שהשתעבדות לקבל על עצמו רבית קצוצה אף שהלוה עושה ברצון הוא רצון טועים וכנעשה שלא מדעת, שהוא בעצמו אינו מבין איך שהוא מפסיד לעצמו ע"י נשך ותרבית, ומה"ט קראה תורה ענין זה בשם נשך כנשיכת נחש שלפי שעה הוא כאב קל, ואחריתו סכנת מות, ומה"ט אסרה תורה ענין זה, שאעפ"י עפ"י תורת המשפטים אין כאן גזל שמדעת' עביד, אבל בפנמיות הענין יהי' בזה תמצית גזל, וגם להלוה אסרה תורה שלא להאכיל גזילה למלוה, ובזה יובן לנו הענין מה שהעלינו בפ"ד עפ"י תשובת הר"ן שגבית רבית אסרה תורה לכו"ע, דגם יורש של המלוה או שיהי' בא מכחו ע"י הרשאה, או לוקח שיקנה השטר, דלפי"ד שכל הענין הוא תמצית גזל, דלענין איסור רבית חשבה תורה כאילו נעשית הפסיקה והפרעון ע"י חשו"ק, רק לאחר שקבל המלוה הרבית וזכה בהם קנין גמור עפ"י תורת המשפטים ילפינן מקרא דוחי בהם, שלבני' ויורשיו של המלוה לא הזהירה תורה להחזיר, ובלי האי קרא הי' ראוי להיות

דגם יורשיו אחריו הי' צריכים להחזיר כמו המלוה עצמו, כיון דלענין איסור רבית חשבה תורה כגזל, ולפי"ז היכא שגזל ממש מותר, נותר גם מעות של רבית, ומה"ט אם מחל הלוה אח"כ את תביעת חזרת רבית, י"ל כיון דעכשיו אינה מעשה של פריעת רבית, אלא מחילת דמים בעלמא, באופן שאם הי' מעיקרא גזל ממש הי' נותר, ממילא הותר גם איסור זה, שעיקרו הוא משום גזל, ועפי"ז גם בספק רבית י"ל דהוי ככל ספק ממון ולא כספק איסור, דכיון דספק ממון אחרים מותר משום דין המע"ה, וליכא איסור גזל, ממילא אין כאן כסף של אחרים וליכא איסור רבית: שוור שער ששי פרק א קיי"ל עד אחד נאמן באיסורים ושיטת התוס', הרא"ש והמרדכי, דהיכא דאיתחזק איסורא אין ע"א נאמן אא"כ בידו כמו שהובא שיטתם ברמ"א א יו"ד סי' קכ"ז, ואין חילוק בין לאיסור ובין להיתר דכ"כ אם איתחזק היתירא והעד בא לאסור אינו נאמן, דהכלל בזה אם עדותו סותרת החזקה אינו נאמן, ויש לבאר באיזה אופן חשוב נגד חזקה, דהנה בפשטות משמע מסוגית הש"ס ריש גיטין דאם רק עדותו של ע"א יועיל להתיר איסור אשת איש חשוב נגד חזקה, דאמרינן שם שע"א שמעיד בפני נכתב לשמה לא מהני עדותו מה"ת, אף שעכשיו עדיין אין האשה ניתרת אלא לאחר שינתן הגט להאשה, ומסוגיא זו הוכיח הגאון רע"א ז"ל הובא בחי' ליו"ד סי' ט"ו לענין אם מהני עדות ע"א להעיד על עגל שהוא בן ח' ימים, וז"ל שם בתוה"ד גם י"ל כיון דאם הוא נפל אין שחיטתו מטהרתו והוי כמתה מאלי' וא"כ אחר השחיטה יש לולד זה חזקת איסור שאינו זבוח כמו בכל ספק בשחיטה, ואף אם בא העד המתיר קודם שחיטה בעוד שהולד בחיים דגם לפי דבריו עדיין אינו זבוח אינו מוציאו מחזקתו, ועדותו רק דיש תקנה לזה, בשחיטה, וזה אינו נגד החזקה, דכל בהמות כן הוא דיש להם תקנה בשחיטה, מ"מ נ"ל במה שמעיד שתהי' מותרת אחר השחיטה ואז כשנבוא להתיר לאכול ע"י עדות העד הזה מוציאים אותה מחזקת איסור אינו זבוח, בזה ג"כ אין ע"א נאמן, וראי' לזה מסוגיה דריש גיטין דפרכינן וליבעי תרי וכו' הוי איתחזק איסורא אף דהתם השליח מעיד קודם הגירושין שגט זה כשר לגרש בו דנכתב לשמה, ובזה עתה אינו מוציאה מחזקתה דהא גם לפי עדותו עתה הוא אשת איש וכו', וא"כ ק"ו הדברים דהתם בשעה שמעיד בודאי ביד הבעל לגרש אותה בגט כשר ולהוציאה מחזקתה, מכש"כ בנידון דידן דאין בידו לסלק החזקה דשמא הוא נפל ולא יתקיים ח' ימים, יעו"ש דבריו באורך שלבסוף מסיק להתיר מטעם אחר דמה"ת רוב בני קיימא הם יעו"ש.

וכן בס' תורת גיטין להגאון מליסא בחי' למס' גיטין העיר שם להקשות מה דחשבינן שם לאיתחזק איסורא, דהרי ודאי אם יעיד ע"א שבמקוה זו יש מ' סאה ואח"כ יטבול בו הטמא, בודאי יהי' טהור אף שמוציאים ע"י ע"א את הטמא מחזקת טומאה, מ"מ כיון שבשעת הגדה על המקוה לא הוציאו עדיין שום דבר מחזקתו, ועיי"ש שהכריע שענין זה תלוי בשיטת הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין שהאיסור יוחזק בע"א ואח"כ לוקים עי"ז יעו"ש.

ולדברי התו"ג אם יעיד ע"א על המקוה לאחר טבילת הטמא לא יהני עדותו שיהי' טהור, ודבריו מתאימים עם דברי הגרע"א ז"ל שהבאנו, ולענ"ד אין דברי הגאונים נכונים בזה כמו שנבאר בס"ד: דהנה היסוד דילפינן דע"א נאמן באיסורים כתבו בתוס' ריש גיטין וז"ל וא"ת מנא לן דע"א נאמן באיסורים וי"ל דילפינן מנדה דדרשינן וספרה לה לעצמה,

וא"ת א"כ אפילו איתחזק איסורא וי"ל דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה וכשעברו שבעה טהורה ממילא ולא איתחזק וגם בידה לטבול עכ"ל.

ובחי' הרמב"ן בפ"ק דגיטין וז"ל וי"מ משום דכתיב וספרה לה לעצמה, וק"ל התם איתחזק איסורא שאפילו פרסה נדה עמו במטה או שילדה סופרת לעצמה ונאמנת על טבילתה וניגמר מינה דע"א נאמן אפילו איתחזק איסורא וכו' ובתוס' תרצו דהתם בידה לתקן שתספור ותטבול, אעפ"י שאין בידה לתקן עכשיו אם לא שלמו ימי', מ"מ יכולה היא להמתין לספור ולטבול, וכל שבידו לתקן, ע"א נאמן אע"ג דאיתחזק איסורא כדאמרינן בפ' האשה רבה עכ"ל.

ובס' ש"ש ש"ו פ"ט הקשה על דברי הרמב"ן אלו דמלבד שמדברי התוס' שלפנינו אינו נראה כן דהרי רק על הטבילה כתבו שהוא מטעם דבידם, אבל הספירה אינה בידה, אלא דהספירה לא חשיב איתחזק איסורא דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, והרמב"ן כתב גם על הספירה נאמנת משום בידה, ועוד קשה דאם נימא דנדה הכל חשוב כבידה הספירה והטבילה, א"כ מנ"ל דע"א נאמן באיסורים בדלא איתחזק איסורא היכא דאינו בידו כיון דנדה חשיב הכל בידה, יעו"ש מה שדחק לתרץ בזה: ונלענ"ד נראה שדברי התוס' ודברי הרמב"ן בשם התוס' אינם סותרים כלל, דהנה בזבה שהצריכה תורה ז' נקיים לספור, חלקו האחרונים, דיש סברי דבדיקת חורין וסדקים הוא מה"ת, ויש סברי דמה"ת סגי אם רק ברור לה שהשגיחה על עצמה א' מז' ימים ויודעת שלא נפתח מקורה הווי ספורים ובדוקים, הובא דבריהם בפתחי תשובה יו"ד סי' קצ"ו סק"ד ועכ"פ לכו"ע אם לא בדקה ולא השגיחה על עצמה לא מהני טבילתה כלום, היינו דבלא ספירת ז' נקיים אינו בגדר ספק שמא ראתה דאף אם לא ראתה היא טמאה ודאית, דספירה מעכבת כמו טבילה, ולפי"ז ענין הספירה שהוא הבדיקה הוא דבר המכשיר, שע"י הספירה עם הטבילה היא מתטהרת, וכשאנו מאמינים את האשה על הספירה שמעידה שבדקה א"ע כדין והיא נקי', יש בזה שתי עדיות, א' שלא ראתה שנית והב' שעשתה תחבולה לבדוק א"ע ולידע שלא הי' בזה ראי' שנית, והנה על העדות של ראתה עוד, הוא עדות כמו ספק חלב ספק שומן, דכיון דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה הוי כמו לא איתחזק איסורא אבל על העדות של בדיקה שהוא מעשה חדש המצטרף להטהרה, הוי לעולם כמעיד נגד חזקה, וככל דברים המכשירים כהפרשת תרומה וכשחיטה, אבל דבר זה הוא דבר שבידה לעשות הבדיקה, אבל על עצם הראי' אם ראתה או לא, דבר זה הוא לאו בידה אבל איתחזק שתהא רואה כל שעה, ונמצא לפי"ז דנאמנת על הבדיקה והטבילה משום דבידה הם ונאמנת אף שהוא נגד החזקה, ועל הראי' שלא ראתה היא דבר דלא איתחזק ולא בידה, ומזה ילפינן דע"א נאמן באיסורים בלא איתחזק ולא בידו, ודברי התוס' והרמב"ן מתאימים ואין בהם סתירה, דלהרמב"ן ג"כ על הראי' לאו משום בידו הוא וכמש"כ: אמנם גם על העדות של הראי' שלא ראתה עוד דהוי ספק שקול בע"כ דכמו שכתבו תוס' דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, כ"כ עלינו לומר דאינה בחזקת שלא תראה, דאם הי' בזה ענין חזקה לאיזה צד, האיך ילפינן מזה לספק חלב שומן דע"א נאמן, וכיון דהוי ספק שקול אם ראתה או לא, ואם ראתה לא תטהר לעולם מטומאתה הראשונה, וא"כ הוי ספק טהרה מהטומאה שנתחזקה כבר, והרי זה דומה להא דאמרינן במס' חולין ד' י' לענין ספק שמוטה ספק קודם שחיטה ספק לאחר שחיטה דהוי ספק

בשחיטה ופסול, דבפשטות מוכח מסוגית הש"ס דגם בעוף שהכשירו בסימן אחד, דלא מהני השחיטה בסימן א' אם נשמט הסימן הב', יעו"ש, הרי אף שאינו בחזקת שיהא הסימן שמוט ואדרבה רוב בע"ח אם סימניהם שמוטים, מ"מ כיון שאנו מסופקים אם ה' הסימן שמוט, הרי זה ספק במעשה המכשיר אם הועילה השחיטה להכשיר משו"ה מוקמינן בחזקת איסור שאינו זבוח, כ"כ ה' ראוי לומר דאם יהי לנו ספק שקול אם ה' בזה רא'י חדשה, דאז ליכא ז' נקיים ולא מהני טבילתה לטהר, מהראוי לאוקמה בחזקת טומאה דמעיקרא, ואם היא מעידה שלא ראתה הרי הוא נגד חזקה: ונלענ"ד דמכל זה מוכח דהא דע"א אינו נאמן נגד חזקה הוא דוקא אם מעיד על איזו מקרה חדשה, שהמקרה ההיא משנה את הדבר מהיתר לאיסור או להיפוך, ואז אינו נאמן להעיד שנתחדש דבר נגד מה שהוחזק מעיקרא וכמו דמייתי הש"ס ביבמות ד' פ"ח לענין ע"א במיתת הבעל דבמעיד שמת בעלה הוא מקרה שמסלק איסור אשת איש, וכן הפרשת תרומה מסלקת איסור טבל וכן שאלה בהקדש מחדשת ומסלקת איסור הקדש שהוחזק מעיקרא, דאף דחכם עוקר את הנדר מעיקרא, אבל מ"מ בלא שאלה ה' בזה דין הקדש, וכמו שכתב הש"ש בש"ו פ"ד — וכמו שבארנו ענין זה בשע"ב פי"ב — וכ"כ י"ל דבדיקת הספירה של ז' נקיים הוא ג"כ דבר שפועל נגד חזקת הטומאה להצטרף להועיל עי"ז אח"כ הטבילה שלה לטהרה מטומאתה, ומשו"ה אי לאו משום דבידה לבדוק א"ע, לא ה' מהני עדותה, וכמש"כ הרמב"ן בשם התוס', שהטעם שנאמנת על הספירה הוא משום דבידה הוא, אבל הנאמנות על עצם הנקיים שלא נתחדשה רא'י חדשה נאמנת משום ע"א נאמן באיסורים, דכיון דאם לא ראתה היא טהורה ממילא, משו"ה אין לומר שהנקיים הם סבה המטהרת, דהעדר ושלילה אי אפשר להיות לסבה ולדבר הפועל, ורק להיפוך אם תראה רא'י חדשה זה יהי' לסבה חדשה לעכב כח הטהרה, משו"ה אם מעידה שלא ה' רא'י חדשה אין זה עדות נגד שום חזקה דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, ואף שע"י ענין זה מתברר כח הטהרה, דבזה תלוי כח טהרתה, אבל כיון דדבר זה שלילת הרא'י בעצם אינו סותר שום חזקה, ע"א נאמן ע"ז, ובזה מדויק ומוכן מש"כ בתוס' וכשעברו שבעה טהורה, ממילא, ועפי"ז נראה דבספק של שמוטת הושט אם יעיד השוחט שהסימן ה' שלם קודם השחיטה שיהו, נאמן ע"ז, אף שזה הוא דבר שאינו בידו, אבל נאמן מטעם ע"א נאמן באיסורים, כמו שנאמנת האשה על שלילת הרא'י, דהכא ג"כ אין עדותו עלשלמות הסימנים קודם שחיטה סותרת שום חזקה, ואדרבה חזקת שלמות הסימנים מסייעים לעדותו: ולפי"ז נראה דיש להוכיח ולחלק דלאו כללא הוא דכל חזקות המכריעות את הספיקות יהיו מעכבות את הנאמנות של הע"א, דבספק שמוטה דאמרינן שמעמידים בחזקת אינו זבוח, מ"מ יהני בזה עדותו של ע"א כמש"כ, והטעם בזה דהכלל בעניני הספיקות אם גם הספק בא ע"י תולדה, כגון בספק שמוטה שבעיקר הספק ליכא חזקה המכרעת לאיסור, דאדרבה ה' בבע"ח חזקת הגוף, אבל כיון דאיכא ריעותא לפנינו והוי ספק שקול אז חזקת איסור שאינו זבוח מכרעת לאיסור, וכן כל כה"ג כגון במקוה שנמצא חסר דקיי"ל דכל הטהרות שנעשו ע"ג טמאות דמחמת ספק של המקוה נולד ספק על הטובל בה בתולדה, מוקמינן את הטובל בחזקת טומאה שהוחזק מעיקרא, וכן בספק של סכין פגום וכל כה"ג, אבל אם יעיד ע"א על עיקר הספק דבעיקר עדותו אין שום חזקה מנגדתו הוא נאמן, אף שבתולדה יועיל עדותו לסלק איזו

חזקה, ומשו"ה הדבר ברור שאם יעיד ע"א על המקוה הזאת שנולד בה ספק מתי נחסרה, שהיתה שלמה בשעת הטבילה, שיהי' נאמן ע"ז כמו שנאמנת האשה על הנקיים משום דע"א מעיד על עצם המקרה, והחזקה אינה על עצם המקרה, רק להכריע על דבר הנולד בו הספק בתולדה, דגם בכה"ג שאינה מכרעת את עצם הספק מהני דין חזקה כמו דמוכח מכל זה שהבאנו כאן וכמו שבארנו ענין זה בשע"ב פ"ב: ובס' אבני מלואים בתשו' סי' כ"ג כתב לענין אשה שמוצאה דם בבדיקה וספק אם דם מכה היא, וז"ל ונראה כיון דבשבעה נקיים לא מיקרי חזקת איסור, וכמש"כ בס' ש"ש ש"ג פי"א, מהא דכתוב תוס' ריש גיטין ד"ה ע"א נאמן באיסורים, וא"ת מנא לן דע"א נאמן באיסורים וי"ל דילפינן מנדה וכו', וא"ת א"כ אפילו איתחזק איסורא, וי"ל דאינה בחזקת שתהא רואה כל ז' וכו', מבואר מדבריהם דלא מיקרי איתחזק איסורא במה שראתה פעם אחת שתראה כך לעולם וכו', ובש"ת נ"ב סי' נ"ז נסתפק לדעת התוס', תוך ז' נקיים אי מיקרי איתחזק איסורא ע"ש, והדברים ברורים דזה לא מיקרי איתחזק איסורא, דא"כ לא היתה נאמנת תוך ז' נקיים על ספירתה, דהא ע"א אינו נאמן נגד חזקת איסור אלא ע"כ דליכא חזקת איסור, ואע"ג דקודם שטבלה עדיין טמאה היא אין מחזיקים מאיסור לאיסור לומר כיון שראתה פעם אחת חזקה שתראה עוד, וכמש"כ בס' ש"ש ש"ו פ"ו ע"ש.

עכ"ל.

ועפ"מש"כ אין דבריו נכונים בזה דאף דלענין נאמנות ע"א אין זה נגד חזקה אבל לענין הספק חזקת טומאה מכרעת וכמו שמכרעת חזקת אינה זבוחה לענין ספק שמוטה וחזקת טומאה דגברא לענין ספק מ' סאה שבמקוה וכמש"כ. ועוד לפימש"כ למעלה דענין הספירה שאמרה תורה הוא דהבדיקה, היינו מה שיודעת שהיא נקי', הוא ג"כ דבר המצטרף לטהרה, ובלי זה היא טמאה כמו העדר טבילה, לפי"ז אם מסופק לה אם דם מכה הוא או דם המקור הרי אז ליכא בזה ספירה כלל, והרי היא טמאה ודאית, ואין אני בא בזה לסתור את דבריו בנוגע לעיקר השאלה שנשאל שם, כי לא שמתי לבי לזה, ואין אני כדאי להכניס ראשי בזה, ורק מה שנוגע לעניננו לברר ביאור זה, נלענ"ד שאין דבריו מחוורים בזה: אמנם גם דברי הנב"י שהביא שם ג"כ אינם מובנים כ"כ דאחרי שהביא שם דבענין זה אם האשה בתוך ימי ספירתה בחזקת טהרה או בחזקת טומאה נחלקו התוס' ורש"י במס' זבחים ד' כ"ט ע"א דהתוס' סברי דהוי בחזקת טומאה, כתב בזה"ל אף שהתוס' כתבו בריש גיטין בד"ה ע"א בסה"ד, וא"ת א"כ אפילו איתחזק איסורא, וי"ל דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה וכשעברו ז' טהורה ממילא וגם בידה לטבול, וא"כ משמע מדברי התוס' דנדה לא מיקרי איתחזק איסורא, מיהו נלענ"ד דהיינו לענין נאמנות דע"א דנאמן במה שבידו אפי' איתחזק איסורא ממש, אלא שהי' קשה להתוס' דנדה מיקרי אינה בידה שמא לא תפסוק מלראות, וע"ז כתבו שעל זה לא איתחזק איסורא, אבל עכ"פ מיקרי איתחזק איסורא כ"ז שלא טבלה אלא שזהו בידה, עכ"ל, מה שכ' דנאמן ע"א במה שבידו אינו מובן, מה זה ענין לנאמנות על הראי', אבל אפשר שכונתו כמש"כ, דאף דקודם הטבילה היא בחזקת טומאה על כל ספק שמתילד, אבל לענין נאמנות ע"א על הראי' אינו נגד חזקה דעל זה לא איתחזק: ומעתה יתבאר לנו היטב מה דאמרינן בריש גיטין דעל הספק אם נכתב הגט לשמה אין ע"א נאמן משום דאתחזק איסורא דאשת איש, אף שעדיין קודם נתינת הגט אין איסור אשת איש מסתלק

ממנה כלום, אבל כיון דלענין התרת האשה צריך כתיבת הגט לשם גירושין, הרי הכתיבה הוי מעשה המצטרף לסלק איסור אשת איש, וכל מעשה המועלת לסלק ולהכשיר הוא נגד הדין המוחזק מעיקרא, שאין ע"א נאמן ע"ז, וכמו שבארנו דברי הרמב"ן בשם התוס', דגם הספירה חשבינן שהוא נגד החזקה, ורק משום דבידה הוא לעשות הספירה להתודע על הנקיים היא נאמנת, מכש"כ שכתבת גט לשמה הוא מעשה המצטרף לסלק חזקתה, ומשו"ה אין ע"א נאמן ע"ז, אבל בנידון שדן הגרע"א ז"ל לענין עגל שספק לנו אם הוא נפל או לא, דאף שאם לא הי' בזה ענין מכריע הי' הדין נותן לאוקמה על חזקה חזקת אינו זבוח דכיון דאם הוא נפל לא מהני שחיטה להכשיר ה"ז ככל ספק בשחיטה, אבל במה שמעיד העד דכלו לו חדשיו ליכא שום התנגדות מאיזו חזקה, ה"ז דומה לנאמנות האשה על העדר ראי' חדשה כיון שאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, כ"כ הכא אינו בחזקת נפל.

וכן במה שהקשה בס' תו"ג מדין העדות על כתיבת הגט לדין עדות על שלמות המקוה לא קשה כלל, ואין שני ענינים אלה שייכים זה לזה כלל, דשלמות המקוה אינה שום התחלה והצטרפות לסלק דין טומאה של הטמא כלל, וכשהעד מעיד שהמקוה שלמה היתה אין בזה שום חזקה מנגדת לזה כלל, דחזקת הטמא אינה שייכות לשלמות המקוה, אבל כתיבת הגט הוא מעשה המצטרף להתיר את האשה, ולפי"ז נראה לי דגם אם יפול ספק על המקוה לאחר טבילת הטמא כמו במקוה שנמצא חסר שאם יעיד ע"א שהמקוה היתה שלמה בשעת טבילת הטמא שיהני עדותו, אף דעכשיו הוא מעיד רק לטהר את הטמא, אבל כיון דאין חזקת הטומאה של הטמא מתנגד כלום לעיקר העדות הוא נאמן, וכמו דמהני עדות של האשה על התבררות הנקיים אף שמעידה לאחר הטבילה, כ"כ מהני עדות ע"א לאחר הטבילה ולאחר השחיטה אם מעיד ענין שאינו מתנגד לעיקר החזקה שהוחזק הדבר מעיקרא, ועיקר החלוק בין מקוה או סכין שמעיד על שלמותם, לענין כתיבת הגט, לשמה, דגט שצריך לשמה הוא התחלת המעשה להועיל לגרש, אבל מקוה שאי"צ כונה ומחשבה להכין את המקוה שגם אם היתה מתמלאת ממילא ג"כ נטהר הטמא, וכשמעיד על שלמות המקוה אין עדותו מנגדת לשום חזקה: ובהא שהקשה בס' ש"ש ש"ו פ"ו מהא דתני במס' נדה ד' ס"ו נאמנת אשה לומר מכה יש לי באותו מקום שהדם יוצא ממנה, כיון דנאמנות האשה הוא משום ע"א נאמן באיסורים ובהא היא מעידה נגד חזקת הגוף וכמו בהיו בה מומים דחשבינן לחזקת הגוף שלא היו בה מומים, וכן לענין ספק בהרת קדמה לשער לבן, וחזקת הגוף עדיפא משאר חזקות וע"א אינו נאמן נגד חזקה, ותירץ עפ"י דברי הרמב"ן שכ' בשם התוס' דמשו"ה נאמנת על הטבילה והספירה דאעפ"י שאין בידה לתקן אם לא שלמו ימי', מ"מ היא יכולה לספור ולטבול, ומבאר כנתו דמה שעתיד להשתנות עכ"פ חשיב כבידו יעו"ש.

וכן נשנה דבריו בשמעתתא זו פי"ט, יעו"ש שהשוה דברי הרמב"ן בשם התוס' אלו, למש"כ התוס' בקדושין פ' האומר בהא דנאמן לומר בני זה בן י"ג משום דכיון דסופו ליגדל עשאוהו כדבר שבידו יעו"ש. ולענ"ד אין דברי הרמב"ן מורים כן, ולפי"מ שבארנו בדברי הרמב"ן שעל עצם הנקיים הוא משום דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, ורק על הבדיקה שהוא ענין המצטרף להטהר שכתבו הטעם משום שהוא בידה, י"ל דכונתו בפשטות שאעפ"י שאין בידה לתקן עכשיו בשעה שהיא מעידה, דבשלמא



על הטבילה הוי בידה גם עכשיו, אבל על הספירה להשגיח על ז' הימים שיהי נקיים שזה צריך הארכת זמן ז' ימים, מ"מ גם זה חשיב בידה, כיון שיכולה לספור ולטבול הוי בידה, כיון דעיקר הענין מה שמעידה בידה הוא לתקן, דעיקר עדותה אינו על הזמן אלא על הטהרה, והטהרה זו בידה הוא לתקן להתחיל מיד לספור ולטבול, והארכת הזמן הוא רק שהות מעשה המטהר דרק אם הי' צריך שהות זמן על התחלת הספירה, דאז הי' זמן זה זמן.

שאינו ראוי לענין זה של ספירה, אז הי' ראוי לומר דאינה נאמנת בזמן זה, שבזמן זה אינו בידה, אבל כיון דהיא ראוי' מיד להתחיל ולספור אין הארכת הזמן מגרע בזה הכלל של בידו, דהרי בידה הוא לעשות כפי דין הספירה, וכ"ז נראה לפי הגירסא שבחי' הרמב"ן שלפנינו שכתוב שם יכולה היא "להמתין", אבל לפי הגירסא שהביא בש"ש ש"ג פי"א ובש"ו פ"ו ופי"ט שאינו מעתיק שם תיבת "להמתין" רק יכולה הוא לספור ולטבול, יש לפרש בכונתו בדרך פשוט יותר, דאעפ"י שעכשיו אין בידה לתקן אבל מעיקרא הי' בידה לספור ולטבול, כמו שהשוטח נאמן על השחיטה משום בידו אעפ"י שעכשיו אין בידו אבל מעיקרא הי' בידו, כ"כ הכא כיון שעל העדר ראי' חדשה היא נאמנת משום ע"א נאמן באיסורים, כ"כ נאמנת על הספירה שהי' בידה לספור ולטבול, ועוד נראה לי דגם אם נדחוק לפרש כונת הרמב"ן דכיון דסופה להטהר באיזה זמן של אח"כ חשיב כבידו כשיטת התוס' בפ' האומר בקדושין, אין זה ענין לאומרת מכה יש לי באותו מקום שמוציאה דם, שענין זה אין סופו להיות כך, ומה שבידה להטהר הוא ע"י ענין אחר, ובענין כזה צריך לבוא מדין מיגו ומיגו ודאי ליכא בזה כיון דעכשיו אין בזה להטהר, והדרא הקושיא לדוכתה: ונלענ"ד לבאר בזה עוד כלל חדש בהא דע"א אינו נאמן נגד חזקה, דלא כל החזקות שוות בזה, דהנה יש לדקדק במקור הענין שהובא במס' יבמות בע"א שמעיד על האשה שמת בעלה שאמרו בגמ' דאינו ראוי להיות נאמן מחמת ע"א באיסורים משום דאיתחזק איסורא דאשת איש, ולמה לא אמרו בגמ' שהוא נגד חזקת חי שהוא ג"כ חזקה ואם נאמר כשיטת הש"ש שהעלה עפ"י דברי התוס' בפ' האומר, דכל דבר שעומד להיות באיזה זמן נאמן ע"א ע"ז דחשיב כדבר שבידו, ומשו"ה כיון דכל חי סופו למות הוי כבידו, קשה להיפוך כיון שנאמן על עצם הדבר שזה האיש מת מה איכפת לן אם היא בחזקת אשת איש, אלא ודאי עכ"פ עלינו להוכיח מזה דענין הכלל שאמרו בש"ס דע"א אינו נאמן היכא דאיתחזק הוא אם הנידון הדבר שמעיד עליו להתיר או לאיסור, אם מעיד לשנות דינו ממה שהוחזק מעיקרא אז אינו נאמן ואם הדבר שקול נאמן, ומשו"ה מה שמעיד על החי שמת לא איכפת לן כלום, רק בנוגע להאשה שמעיד שנתחדש מקרה המתירה מאיסור אשת איש על ענין זה לא נתנה תורה לו כח נאמנות, אבל אם לא היתה האשה בחזקת אשת איש הי' נאמן במה שנוגע אלי' אף שהוא נגד חזקת חי, ומה שנאמנת על הספירה היינו על הנקיים שלא נתחדש בה דבר המעכב את הטהרה, אף שע"ז היא נטהרת מטומאתה שהוחזקה בה, אבל כיון שמקרה זו אינה מקרה המטהרת רק להיפוך שאינה מעכבת את הטהרה, כמו שבארנו לעיל, משו"ה היא נאמנת, ולפי"ז נתבאר לנו ששני ענינים בזה, האחד שיעיד על הנידון להפקיעו מחזקתו ושיעיד שנתחדש מקרה בפועלת הפקעה זו, ובהתחבר ענינים אלו ביחד אז אין ע"א נאמן, והנה במה שמעידה מכה יש לי באותו מקום אין זה עדות על מקרה שמשנה את

דין טהרתה או טומאתה, ועיקר עדותה הוא שלא ראתה מן המקור ובמנין זה אינה מפקעת דינה ממה שהוחזקה, דהרי הוחזקה רק שאם תראה דם נדה תהא טמאה וגם עכשיו הדין כן, ומשו"ה אף אם ה' ענין זה של התחדשות המכה נגד חזקת הגוף, ע"א נאמן ע"ז, דע"א נאמן נגד כל חזקה ורק אינו נאמן לחדש דין ע"ד שהוחזק בו להיפוך, ונראה לי דכן מוכח מדברי תוס' בכתובות ד' ע"ה ד"ה ספק, דנגע שאינה מטמאת לא חשיב השתנות בגוף כיון שאינה משנה ומתחדשת שום דין ורק נגע המטמאת הוי נגד חזקת הגוף — וכן יש לפרש עפ"י דברינו בהא דאמרינן במס' קדושין ד' ס"ו ע"ב התחיל ר"ע לדון מקוה פסולו ביחיד ופירש"י בא אחד ואמר אני מדדתי ונמצא חסר נאמן דקיי"ל ע"א נאמן באיסורין עכ"ל.

ושם ג"כ איכא חזקת הגוף דחזקה שהיתה שלמה, אלא דכיון שאין אנו דנים עכשיו על המקוה לפוסלו מכאן ולהבא, כמו דמוכח שם בעיקר המחלוקת בין ר"ט ור"ע דמיירי שם לענין הטהרות שנעשה קודם הידיעה, דעיקר הנפ"מ לדינא הוא על הטובלים מעיקרא, ומשו"ה לא איכפת לן מה שעדותו נגד חזקה: אמנם יש להעיר במש"כ התוס' דע"א נאמן באיסורים ילפינן מנדה דנאמנת על הספירה, משום דהתם ג"כ חשוב כלא איתחזק, משום דלא הוחזקה שתהא רואה כל שעה, וכשעברו שבעה היא טהורה ממילא, דלכאורה קשה למה לא נימא דהוי כאיתחזק היתירא, וכמו דאמרינן ביבמות פד לענין צרת ערוה אם נולד ספק גירושין בהערוה דאמר רבה שם אשה זו בחזקת היתר לשוק עומדת כשימות בעלה כפירש"י שם], ה"נ נימא דבחזקת טהרה עומדת כשיעבור זמן ז' ימים ותטבול, ועתה אנו דנים שמא ראתה ראי' חדשה, נוקמה בחזקת טהרה, ומה שהוכחנו לעיל מסוגית הש"ס דחולין ד' י' בספק שמוטת הגרירת דאמרינן שם דהוי בחזקת שאינו זבוח, נלענ"ד דל"ד לנידון דידן ולא לסוגית הש"ס דפד"א, דהא דלא מהני שחיטה בסימן השני בעוף אם סימן אחד שמוט הוא דין בעיקר השחיטה, דאפשר דמצטרף ליציאת הנפש גם הסימן השמוט, וכן נקיבת הושט אפשר דלא מהני שחיטה בשחיטת הקנה מה"ט, או כמש"כ בתוס' חולין דכן ה' הקבלה דבעינן.

שיהי' שני הסימנים ראויים לשחיטה וזה בלי זה אינו מכשיר ועכ"פ הוי ספק בעיקר המכשיר, אבל בספק גירושין שמיתת הבעל הוא המתיר, והיתה בחזקת שכשימות תהי' מותרת לשוק, והספק שמא נתחדש דבר האוסר, וכן בנידון שכ' התוס' לענין נדה יש לדון ולדמות לספק גירושין דפד"א, דאם ראתה ראי' שני' אינו ענין להטבילה רק דליכא נקיים, וענין הנקיים הוא דבר ממילא שלא נתחדש ראי' חדשה וע"ז אנו מסופקים, וראוי לומר העמידנה על חזקת היתר, ואם יש בזה חזקת היתר ליכא למילף על ספק שקול, ובס' אבני מלואים בתשו' סי' כ"ג שהבאנו לעיל כתב ג"כ להוכיח מדברי תוס' והר"ן דסברי דבימי ספירתה ליכא שום חזקה לאיסור ולהיתר, דאל"כ ל" מוכח מזה דע"א נאמן יעו"ש.

אבל לא העיר כלום מהך דפד"א שהבאנו: ונ"ל די"ל עפ"י"מ שבארנו בשע"ב פ"ב דהכלל. בדיני החזקות שאינן בגדר בירור להכריע על המציאות, אלא הכרעת דין ספק לענין הנהגה שלא לחוש על הספק.

והכא לענין שבעה נקיים שהצריכה תורה בדיקה וספירה, היינו שיבורר באחד הימים או ראשון ושביעי שלא ראתה, וכשאנו מסופקים אם נתקיים ענין זה לא מהני בזה חזקה דרבה לומר דבודאי הי' הדבר כן דבשעה שבדקה מצאה עצמה טהורה, כיון דחזקה אינה מבררת את המציאות כלום, שהרי הצריכה תורה בדיקה שלא תסמוך על החזקה, אלא ידיעה ודאית, ואיך נסמוך על החזקה לומר שבודאי הי' לה ידיעה ודאית, אף שאנו מאמינים אותה שבדקה א"ע שהוא דבר שבידה, אבל ע"ז שמצאה עצמה טהורה בשעת הבדיקה אין לנו שום מוכיח כלל, דאף שאין לנו לחוש על ראי' חדשה מחמת דין החזקה, אבל על ידיעתה שיודעת שהיא נקי' אין לנו מוכיח ורק מה שאנו מאמינים אותה מדין ע"א, ומשו"ה ילפינן מזה דע"א נאמן באיסורים: ועל מש"כ בס' אבני מלואים שם להוכיח דליכא חזקת היתר מדברי התוס' וחיל' הר"ן אתפלא מאד, דאם נאמר דכל ענין הבדיקה הוא לצאת מידי ספק איסור נדה ובלא בדיקה הוא איסור ספק הי' לו להוכיח מדין עיקר הבדיקה, דאם בתוך ימי ספירתה היא בחזקת היתר בדיקה למה לה, תסמוך על החזקה, ואין לומר משום דאפשר לברר אין סומכים על החזקה, הנה אף אם נימא דהך כללא הוא מה"ת, בנידון כזה אין שייך כלל זה, דאף אם בדקה ראשון ושביעי עכ"פ עלינו לסמוך על חזקה שלא ראתה בנתיים, אלא ודאי דגזיה"כ הוא שתבדוק ויתברר לה ידיעה ודאית, וכן לשיטת הרמב"ם דספק מה"ת לקולא בע"כ עלינו לומר שגזיה"כ הוא שתהא בזה ידיעה ודאית, וכיון דגזירת הכתוב שיהי' בזה ידיעה ודאית לא מהני בזה הכרעת חזקה, וכיון דאמרה תורה אצל האשה עצמה שלא יועיל לה חזקה, איך יהני חזקה אצלינו לומר שבודאי ידעה האשה ונתברר לה, ע"כ נראים הדברים כמו שכתב דרק לענין חזקת איסור הוצרכו התוס' לפרש דאין דברי עדותה מנגדים לשום חזקה, אבל להיפוך לענין חזקת היתר לא הוצרכו לפרש בזה וכמו שבארנו.

כנלענ"ד: פרק ב תנן בפ"ה דטהרות מ"ט עד אומר נטמא ועד אומר לא נטמא אשה אומרת נטמא ואשה אומרת לא נטמא ברשות היחיד טמא ברשות הרבים טהור, וקשה לשיטת הפוסקים דע"א אינו נאמן נגד חזקה, אמאי טמא ברה"י, הלא איכא חזקת טהרה, ובש"ש ש"ו ספכ"ג הביא משנה זו להוכיח דעד אחד נאמן בספק טומאה, ומוכיח לפרש דמיירי שהספק נולד בזה שלא עפ"י העדים, דאל"ה איך נאמן ע"א נגד חזקה יעו"ש.

אבל עדיין ראוי לבאר מה עדיף בזה שהספק נולד בלי העדים, אבל עכ"פ הרי איכא בזה חזקה ואיך נאמן ע"א להכריע, דהרי מוכח דאם הי' בזה רק ע"א לטמא, הי' נאמן בין ברה"ר בין ברה"י, ואף דבספק טומאה לא אזלינן בתר חזקה כלל, בין ברה"ר בין ברה"י, משום דהתורה עשתה ספק כודאי, כ"ז הוא רק אם נשאר דין ספק אז לא מוקמינן אחזקה משום דספק הוי כודאי, ודין חזקה לא נאמר רק היכא שהדין ספק, וכמו שנתבאר ענין זה בס"ד בש"א, אבל הכא אם הי' הספק ברה"ר, דאיכא בזה שני ענינים לטהר, אחד מצד דין ספק טומאה ברה"ר, והשני מצד חזקת טהרה, לו יהא דמצד דין ספק טומאה ברה"ר נאמן ע"א, אבל איך נאמן נגד חזקת טהרה ועוד לשיטת תוס' בסוטה ד' כ"ח ע"ב ד"ה מכיון ספק טומאה ברה"ר דטהור הוא משום חזקת טהרה והלכה היתה בזה רק לחלק בספק טומאה ברה"י יעו"ש: ונראה לי דמזה מוכח דהיכא דמעיד ע"א לא מהני חזקה כלל, דדין חזקה לא נאמר, רק היכא שהדין מסופק לנו, אבל כיון שע"א מעיד ונאמן לברר את הספק, שוב אין כאן ספק, וכמו דלא מהני חזקה בספק טומאה

משום דאיכא דין ודאי, כ"כ היכא דאיכא הגדת ע"א ליתא לדין חזקה, ולפי"ז עלינו לומר דהא דע"א אינו נאמן נגד חזקה הוא רק היכא דבלא הגדת העד לא הי' בזה ענין ספק, שלא נולד לנו ספק, אז אינו נאמן ע"א להעיד לחדש דין על דבר שמוחזק לנו להיתר או לאיסור, אבל היכא שנולד לנו ספק, ואין מוחזק לנו עוד איך הוא, ועלינו להכריע עכשיו את הדין לענין הנהגה, הכרעת ע"א עדיף מהכרעת חזקה דחזקה אינה מכרעת את המציאות, אלא מכרעת דין הנהגה וע"א נאמן להכריע המציאות, וממילא ליכא שום דין חזקה כיון דבטל תורת הספק מזה, והוא מסתבר ומוכרע עפ"י סברא, דהרי ע"א יש לו תורת נאמנות באיסורים כשני עדים, ואיך אפשר שיהי' הכרעת החזקה מבטלת דין עדות, אלא הא דאינו נאמן היכא דאיתחזק לאיסורא או להיתרא, הוא רק שלחדש דין חדש ממה שהוחזק אינו נאמן, שבסוג כזה לא נתנה תורה לו כח נאמנות, כמו שאינו נאמן לענין ממון, היינו שאין החזקה מבטלת נאמנות העד, אלא שסוג הענין גורם, שבסוג כזה לא האמינה תורה ע"א, וסוג זה, הוא ענין לחדש דין, בדבר שלא נפל עדיין ספק קודם הגדת העד, ולפי"ז מה שהאמינה תורה את האשה על ספירת הנקיים, שכתבו תוס' משום דלא הוחזקה להיות רואה כל שעה, אף שקודם הטבילה היא לעולם בחזקת טומאה, הטעם בזה שעל ענין ראי' חדשה אינו מוחזק לנו כלל והדבר שקול משו"ה נאמנת מתורת ע"א, ומה"ט ע"א נאמן לטהר ולטמא בספק טומאה ברה"ר וברה"י, דע"א מברר את הספק השקול, ושוב ליכא דין ספק דנימא ספק כודאי, ועפ"י ד בזה נתבארו היטב כל הענינים שהבאנו בפרק הקדום, דמה שהוכיח בס' אבני מלואים דנדה בימי לבונה אינה בחזקת איסור, מהא דנאמנת מדין ע"א, לפי"ז אין מזה ראי', דאם רק יש בזה איזה ענין ספק שצריך להכריעו מחמת חזקה קמייתא נאמן ע"א, וכן בנידון שדן הגרע"ח לענין עגל אם כלו לו חדשיו או לא, כיון שעכ"א איכא בזה תורת ספק נאמן ע"א, ואין חזקת אינו זבוח מכרעת כלום נגד הגדת ע"א.

ובהא דאמרינן ריש גיטין דלענין לברר אם הכתיבה של הגט הי' נכתב לשם גירושין אין ע"א נאמן משום דאיתחזק איסורא דאשת איש, אף דהתם ודאי לא גרע מספק שקול, אם נכתב כדין או לא, וגם לר"מ דחייש למיעוטא, אמרינן שם דאינו נאמן ע"א מדינא, ולולא הטעם דמסיק שם דסתם ספרי דדייני מיגמר גמירי, אכן בזה הי' אפשר לומר דהוא רק לפי"מ דפריך שם דהוי דבר שבכערה, אבל עכ"פ גם מה דפריך מחמת איתחזק איסורא, בע"כ הוי ס"ד דלא גרע מספק, ולפי"ד דכל היכא דהוי תורת ספק נאמן ע"א, קשה למה לא יהי' נאמן ע"א לומר דנכתב לשמה: לכן נלענ"ד שבכל דבר שהוחזק באיסור או בהיתר ונולד אח"כ ספק, ומצד הדין לולא עדותו של ע"א הי' ראוי להעמיד על חזקה ראשונה, דבכה"ג אין ע"א נאמן, והטעם בזה דאף שלברר ספיקות נאמן ע"א, וממילא לא נוקים אחזקה, דכיון שבטל הספק מחמת עדותו של ע"א, אין מקום להעמיד אחזקתו, אבל כיון שמעיד על מקרה שנתחדש דבר חדש שנשתנה הדין בדבר שהי' בחזקת איסור או בחזקת היתר, וגם עכשיו לולא עדותו, הי' נשאר עוד איזה דין מחמת חזקה ראשונה שאף שעכשיו איתרע החזקה ונולד לנו ספק, אבל עכ"פ היתה מועלת חזקה ראשונה להכריע את הספק, בכה"ג חשבינן שעדותו של העד הוא נגד חזקה ראשונה, אבל היכא שעכשיו שנולד הספק ליכא דין העמד על החזקה, אז נאמן ע"א אף שמעיד שנשתנה הדבר מחזקתו, וראי' לזה מהא דשקיל וטרי בפ' האשה ביבמות בע"א

שמעיד את בעלה, רק מחמת שהוא נגד חזקת אשת איש אינו נאמן, ולא מחמת חזקת חי שמעיד שמת מזה מוכח שאם לא הי' נגד חזקת א"א, לא איכפת לן אם מעיד על מקרה התחדשות בדבר המוחזק, אם עכשיו אינו נוגע עדותו לדבר שהי' בחזקת איזה דין, ומשו"ה י"ל בנולד ספק טומאה לאדם שהי' מוחזק בחזקת טהרה, אם מעיד ע"א שנטמא, נאמן אף שמעיד נגד חזקת טהרה, כיון שעכשיו איתרע החזקה, וגם אינו נוגע לדינא החזקה הראשונה, דבין ברה"ר ובין ברה"י ליתא לדין חזקה, אלא הלכה היא דברה"י ודאי טמא וברה"ר ודאי טהור, ה"ז כמעיד על חי שמת דלולא חזקת אשת איש הי' נאמן, אבל בדין בפ"נ לענין כתיבת הגט לשמה אינו נאמן, דלו יהא שעכשיו הוא ספק לפנינו, אבל כיון שמעיד על התחדשות האישות שהוא נגד חזקה ראשונה, וגם עכשיו בלי עדותו הי' נשאר איזה נפ"מ לדינא מחמת חזקה הראשונה, שהי' מעמידים אותה על חזקה הראשונה ובעדות של ספירת ז' נקיים, אף שעכשיו כשיהי' אצלינו ספק על נקיים הי' מעמידים אותה בחזקת טומאה, אבל כיון שאינו מעיד נגד חזקה, דאינה בחזקת שתהא רואה כל שעה, והעדר הראי' אינו דבר המתיר, שממילא הוא, ומשו"ה נאמן, ומיושב היטב.

אמנם כ"ז הוא רק לשיטת הסוברים דבספק טומאה ברה"ר שטהור היא משום הלכה, אבל לשיטת תוס' במס' סוטה שהוא משום חזקת טהרה הדרא הקושיא לדוכתה, ולשיטה זו נראה לי די"ל בדוחק שאף שאם הי' מעיד העד שנטמא ולא הי' נגדו העד השני שלא נטמא לא הי' נאמן הא', בכ"ז מהני עדותו לבטל עדותו של העד השני שמעיד שלא נטמא שיתבטל עדותו מכאן לגמרי, ויהי' הדין כספק טומאה בלי עדות, ובדין זה צריך לעיין אם מהני הכחשה של עד בדבר שאין לו תורת נאמנות, דהרי בע"א לממון היכא שמחייב שבועה לא מהני הכחשה בלי שבועה, ומנ"ל דלענין איסורים שאני דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, אף שאין כח נאמנות להמכחיש.

וצ"ע: וכן משמעות הדברים מדברי הרשב"א בחי' ליבמות ד' פ"ח וז"ל, ולענין פסק הלכה משמע מהכא בשאר האיסורים שאין ע"א נאמן בדאיתחזק איסורא ואין בידו לתקן וכו' וא"ת תיפשוט מנדה דאמרו רחמנא וספרה לה לעצמה, ואע"ג דאיתחזקה נדה ואין בידה לתקן דבימים תלה רחמנא, איכא למימר דהתם כיון שדרכה להיות רואה ופוסקת והיתר הבא מאליו נאמנת, ואי משום טבילה בידה לתקן הוא עכ"ל.

דמזה משמע כדברינו, דאף שעל עצם הראי' הוא ספק שקול, כיון דאיתחזקה נדה לא היתה נאמנת, אם הי' העדות על מקרה המתיר, ורק משום דהעדר ראי' חדשה הוא היתר הבא מאליו נאמנת, ולפי"ז בספק אם נכתב הגט לשמה, כיון דהאשה עדיין בחזקת אשת איש גמורה, והספק הוא במעשה המתיר, שכתבת הגט לשמה מצטרף עם הנתינה, אין ע"א נאמן, דהרי לענין הספירה שג"כ אינם מתירים בלי טבילה לו הי' בזה ענין שאינו בא מאליו לא היתה נאמנת היכא שאין הדבר בידה: אח"ז ראיתי בש"ש ש"ו פ"ז, שהביא בשם הפנ"י בפ' האומר, לענין אם ע"א מעיד נגד רובא, בתערובות חלב ושומן, דכתב הפנ"י דנאמן גם נגד רובא, ומייתי ראי' ממעשים בכל יום שאדם נאמן כשיש במקוליס רוב טריפות, ואומר זו הכשירה, וטעמו של דבר דהא דלא מהימן ע"א נגד חזקה, היינו דוקא היכא שבלי העד הוי חזקה גמורה ולא איתרע כלל וכו' דחזקה כי האי דלא איתרע

כלל, עדיף מרובא, כמש"כ בכמה מקומות, משא"כ היכא שיש מקום ספק בלי דברי העד, דאיתרע חזקה, שפיר סמכינן אעד אחד, וה"ה לגבי הרוב כיון דאיכא מיהו מיעוטא המסייע לדברי העד ואינו אלא כמברר המיעוט מתוך הרוב, והביא שם דבכ"ז מסיק הענין בצע"ג: והנה מסוגית הש"ס דגיטין הנ"ל מוכח דגם היכא שנולד ספק לפנינו, אם רק נשאר תורת חזקה ראשונה אין ע"א נאמן כמש"כ.

דהרי גט כתוב לפנינו ואנו מסופקים אם נכתב לשמה, מ"מ כיון, שמעיד שנתחדש דברי המבטל חזקת א"א, אינו נאמן אמנם כ"ז אינו משום דחזקה מכרעת נגד הגדת העד, דלא יתכן לומר כן לבטל עדותו של עד מחמת חזקות והשערות, אלא דהכלל בזה מחמת התחלקות הסוג, שלא האמינה תורה ע"א רק כשבא לברר ספיקות, אבל לשנות דבר מכפי המוחזק אינו נאמן, ומשו"ה בכל דבר שהי' מוחזק לנו, וגם כשנולד הספק עדיין מן הדין להחזיק הדבר על חזקה ראשונה, חשבינן גם עכשיו כאילו אנחנו מוחזקים בדבר, אבל אין זה שייך כלל לענין רובא וחזקה רובא עדיף, דרוב אינו בתורת בירור עדות, ורוב מהני אף לשנות דין בדבר המוחזק להיתר או לאיסור, ולכן נאמן ע"א להעיד נגד רוב היכא שלא הוחזק הדבר מחמת הרוב, ובמעיד על בהמה שנטרפה, דאף שחזקת כשרות דבהמה, הוא מחמת רוב בהמות כשרות הן, אבל עכ"פ הוחזק לנו הבהמה בכשרות, אבל אם יעיד על חתיכה שנמצא בין החנויות, דאמרינן כל דפריש מרובא פריש, והעד מעיד היפוך הרוב, אז נראה דנאמן ע"א, שעדיין לא הוחזק הדבר בכשרות, ובזה מתורץ הענין מה שנאמנים הטבחים לברר איזו חתיכה כשירה, ודברי הש"ש שכתב לתרץ קושית הפנ"י אינו מובן, ולדברינו הכל תלוי אם חשוב כמוחזק או לא.

וכן משמע מדברי תוס' גיטין והרשב"א שהבאנו דמשו"ה נאמנת על ספירת נקיים משום דלא הוחזקה להיות רואה כל שעה דלכאורה אינו מובן מה ענין זה לאיתחזק איסורא אם היינו מחזיקים שתהא רואה כל שעה אינו בגדר חזקה דעלמא, אלא כעין רוב טבעי, ולפימש"כ הוא הכל ענין אחד שכל ענין שמוחזק לנו מאיזה טעם שיהי' אין ע"א נאמן לחדש ולשנות דין אחר: אח"ז ראיתי בחי' הגרע"א בלקוטיו למס' כתובות ד' י"ג דכתב לחלק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, משום דרובא דאיתא קמן הוא גזיה"כ לתלות אחר הרוב, היכא שהדבר בספק, והיכא דאיכא ע"א ליכא ספק, וברובא דליתא קמן סובר דאינו נאמן יעו"ש.

ולפי מש"כ תלוי רק בדין איתחזק, ולא איתחזק אבל בלא"ה לא שייך לומר שיהי' ענין רוב מכריע נגד העד, ובנוב"י מ"ק סי' ס"ט מחליט שם דברובא דליתא קמן ודאי ע"א נאמן נגד הרוב, ורק ברובא דאיתא קמן לא בריר לי', ורק דקשה לי' ממעשים בכל יום שהטבח נאמן על הכשרות במקום דאיתא רוב טריפות יעו"ש.

והביא הוכחה שע"א נאמן נגד רובא דליתא קמן, מהא דאשה שרוב ימי' טמאים נאמנת על ספירת נקיים, ולפי מש"כ הכל תלוי באם הוחזק או לא, שאם היינו מוחזקים שלא תטהר לעולם אז באמת לא היתה נאמנת, והרי בפירוש כתבו התוס' והרשב"א דמה"ט נאמנת משום דלא הוחזקה שתהא רואה כל שעה אבל.

אם הוחזקה אינה נאמנת. ובס' ש"ש ש"ו פ"ז כתב דתרי גווני איתחזק איכא, חדא חזקה קמייתא וחדא מה שהוחזק לפנינו, וכתב דגם לשיטת הראשונים, הרשב"א והריטב"א

והר"ן דסברי, דע"א נאמן באיסורים גם היכא דאיתחזק איסורא, מ"מ מודים דהיכא שהוחזק לפנינו שאינו נאמן, ומסתייע לזה מהא דאמרינן בפ' הניזקין ד' נ"ד בההוא דאתא לקמי' דר' אמי וא"ל ס"ת שכתבתי לפלוני אזכרות שלו לא כתבתי לשמה, א"ל ס"ת ביד מי, א"ל ביד לוקח א"ל נאמן אתה להפסיד שכרך ואי אתה נאמן להפסיד ס"ת עיי"ש.

ואישתמיטתי להגאון יסוד דברי הראשונים ז"ל, דהלא בחי' הרשב"א שם בגיטין כתב להדיא על הא דרב אמי שהטעם בזה משום דפועל שאני דכיון דלא אמר לו בשעה שנתנם לידו חזקה דמשקר, אבל ע"א דעלמא בכה"ג נאמן יעו"ש. וכן הוא בחי' הריטב"א והר"ן בפ' האומר בקדושין יעו"ש.

ולכן נראה שהכל ענין אחד הוא, דלשיטת הסוברים דבאיתחזק אינו נאמן, הוא רק אם איתחזק לפנינו, ולשיטת החולקים, נאמן גם היכא דאיתחזק לפנינו: אמנם צריך להבין, לשיטת הרשב"א, הריטב"א והר"ן דסברי, דלעולם נאמן ע"א באיסורים אף היכא דאיתחזק איסורא והיתירא, וגם נגד רובא דליתא קמן, כמש"כ, למה בפועל שלא אמר לו בשעה הראשונה מדחינן עדותו ומחזקינן ליה למשקר, היתכן שנפסול בכה"ג בעדות דעלמא, כגון בע"א לשבועה וכדומה מחמת השערה כזאת, דהלא לא עדיפא חזקה זו שאנו אומרים אילו אמת כדבריו הי' לו לומר בפעם הראשונה, משאר חזקות והוכחות מחמת רובא דליתא קמן שמוכיחים נגד עדות של הע"א, ומ"מ נאמן, מחמת שאין כל השערה וחזקה מכרעת נגד הגדת העד, ובפועל כה"ג מבטלינן עדותו, ונלענ"ד דיש לומר דשאני הוכחות שמוכיחות על העובדא מהוכחה המוכחת על העד עצמו, שזהו כעין הוכחה על העד שהוא משקר, ולית ליה להעד תורת נאמנות, ומדחינן עדותו בזה שלא מחמת הראיות שיש לנו על עיקר הענין, אלא מחמת הריעותא בגוף המגיד, ובכה"ג גם בשני עדים יודחה עדותם, שאם תהי' חזקה זו כעין רובא דליתא קמן על גוף העדים שמשקרים הם, לא נקבל עדותם, דע"ז לא שייך לומר דעדות עדיף מרוב, דהרי על זה אנו דנים, אם הוא ראוי להעיד, והוא אינו נאמן ע"ז להכשיר את עצמו, ויש להעמיס דברינו בדברי והרשב"א ז"ל דז"ל אבל בשמצאו ולא אמר לו או בשעה שנתנם מידו לידו.

חזקה לא קלקל וכחש לו שאילו כדבריו מתחילה הי' לו לומר, אבל ע"א דעלמא שמא לא נזכר בשעה ראשונה דלאו עלי' רמיא, או שלא רצה להעיד לו ולבתר כן נמלך ואמר עכ"ל. דמה שהאריך לומר חזקה לא קלקל וכחש לו, לכאורה למה לנו לידע אם כחש או לא, אם יש לנו הוכחה שלא כדבריו די בזה, ולדברינו עיקר הטעם בזה שמבטלים עדותו לא מחמת ההוכחה בלחוד, אלא משום דיש לנו הוכחה ממנו גופו שמכחש ולכן אין אנו מאמינים לו: עכ"פ נתבאר לנו בזה דלכו"ע ע"א נאמן באיסורים אף נגד רובא דליתא קמן וגם נגד שאר הוכחות ובירורים, דע"א שנאמן הוא בתורת עדות ולא מחמת הוכחה, אלא שנגד המוחזק לנו) כלומר על ענין שהוחזק כבר מאיזה טעם שיהי' בעינן שני עדים לשנותו, ולא משום שחזקה זו מכרעת יותר לענין בירור מהוכחת הגדת העד, אלא שעל סוג כזה לא האמינה לו תורה כלל, וכמו שאינו נאמן בדבר שבממון אף היכא דליכא רק ספק שקול, אלא שעל ענין זה לא מהני עדותו של ע"א, כ"כ הוא בדבר ענין איתחזק, אם מעיד לשנות את המוחזק, אבל אם מעיד על ענין שאיתחזק להועיל לשנות

הדין מצד אחר, היינו במעיד שלא נתחדש בזה דבר שיעכב הדברים המתירים, כמו לענין נדה שאומרת שלא נתחדש בה ראי' חדשה, או שמעיד על עגל שכלו לו חדשיו ועל ספק שמוטת הגרגרת שלא היתה שמוטה בשעת שחיטה, או על המקוה שהיתה שלמה בשעת טבילה, בכל כה"ג אף שע"י עדותו משתנה דינו של המוחזק נאמן ע"א כמו שנתבאר.

וכל מה שנתקשה בס' ש"ש ש"ו פ"ז מה שנאמנת לומר שאין דם זה מן המקור נגד רובא דרוב דם הוא מן המקור, וכן ברואה מחמת תשמיש שרוב נשים אינן רואות מחמת תשמיש, יעו"ש דלפי"מ שבארנו בכל דבר שלא הוחזק לנו בזה הענין, ואנו רוצים להכריע את הספק ע"י רובא דליתא קמן מהני ע"א להכריע את הספק נגד רוב.

כן נלענ"ד בענין זה, וכן סובר הגאון בעל נוב"י שהבאנו דבריו לעיל רק שלא ביאר הענין כ"כ: פרק ג ביו"ד סי' קכ"ז כתב הרמ"א בסעי' ג' בהגה וז"ל וכל היכא דאיתחזק דבר באיסור כגון טבל או חתיכת בשר שאינה מנוקרת אין העד נאמן עליו להתירו אא"כ בידו לתקנו. עכ"ל.

והקשה הט"ז ע"ז הלא הבשר הוא היתר גם קודם הניקור רק מחובר אליו גיד וחלב והוי כשאר תערובות שנאמן ע"א לברר ההיתר מתוך האיסור, והביא דברי תוס' בקדושין ד' ס"ה ע"ב ד"ה נטמאו טהרותיך בסה"ד שכתבו שע"א נאמן באיסורים הוא באומר בשר זו מנוקרת או חתיכה זו של שומן היא יעו"ש, ועי' בנקה"כ ובש"ש מש"כ בזה, ונראה לי לתרץ דברי הרמ"א עפ"י מש"כ הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין ה"ו וז"ל אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק כיצד אמר ע"א חלב כליות הוא זה כלאי הכרם הם פירות אלו גרושה או זונה אשה זו ואכל או בעל בעדים אחר שהתרו בו ה"ז לוקה, אעפ"י שעיקר האיסור בעד אחד.

עכ"ל.

והקשה על דבריו בס' ש"ש ש"ו פט"ו מהא דמוכח בסוגית הש"ס דקדושין ד' ס"ו דבן גרושה וחלוצה פסולו בשנים, וכן הביא דברי תוס' רי"ד שם שכ' להדיא דהוי דבר שבערוה וז"ל ובמעיד על אשה שנשבת או שהיא גרושה ורוצה לפוסלה לכהונה הוי דבר שבערוה וכדמוכח בשמעתין. עכ"ל.

ובס' ש"ש רוצה לחלק בין בן גרושה שהוא פסול מתולדה לבין גרושה או זונה שהוא פסול ע"י מקרה, ונסתייע לחילוק זה בשיטת הרמב"ם מהא דלא כתב גם חללה, משום דחללה שפסולה מלידה הוי פסול הגוף, יעו"ש בסוף דבריו שנשאר בצ"ע לשיטת הרמב"ם מהא דתנן בפ' האומר בקדושין דאין האב נאמן לומר על בתו נשבת ופדיתה משום דלאו בידו, נהי דאינו נאמן בתורת אב להימני' מתורת ע"א, דהיכא דע"א נאמן גם קרוב ואשה נאמנים, יעו"ש, ובאמת נראים הדברים שמה שמחלק בין פסול בתולדה לפסול המתחדש ע"י מקרה הוא חילוק דק ואינו מוכח מגמ' וסברא ועיקר ענין דבר שבערוה הוא במקרה של זנות לאסרה לבעלה: ובפשטות נראה דכל דין לחדש על האדם לפסול לעדות או לשחיטה וכל כיוצא בזה הוא כעין דבר שבערוה, אלא נראה לענ"ד שעיקר החילוק בזה בין איתחזק או לא, דבמס' יבמות ובריש גיטין תלי הש"ס ענין דבר



שבערוה באיתחזק דהיכא דאיתחזק איסורא דאשת איש הוי דבר שבערוה ועפ"י מה שבארנו בפרק הקדום דאיתחזק חשוב מה שהי' מוחזק לנו הדבר כך וכך אז מסתפק הש"ס דלא יהא ע"א אמן באיסורים, ובאיסור א"א פשוט להש"ס דאינו נאמן משום דבר שבערוה, ולפי"ז באשה הבאה ממדינת הים שלא ידענו אותה דקודם ואומר ע"א שהיא גרושה או זונה דלא איתחזקה לפנינו בכה"ג הוי כע"א באיסורים דלכו"ע נאמן, דכיון דלא איתחזק לא הוי דבר שבערוה, ואף שבודאי לא נולדה כך והיתה בחזקת כשרות לכהונה, אבל חזקה כזאת אינה מועלת רק בהכרעת הספיקות, אבל לא נגד עדות של ע"א, וכן מה דיש בזה רובא דרוב נשים אינן זונות ולא גרושות ג"כ אינו כלום לסתור עדות של ע"א, ורק אם איתחזק לפנינו קודם הגדת העד אין לו תורת נאמנות, לשנות דין של הדבר המוחזק, ולשיטת התוס' והרא"ש גם בשאר איסורים, ובהשתנות דין גוף האדם לכו"ע משום דבר שבערוה, אבל באשה שלא הוחזקה לפנינו נאמן ע"א לומר זונה היא או גרושה, וכן מצאתי להדיא בתוס' רי"ד למס' כתובות ד' כ"ג בש"ס ווילנא בגליון בהא דאמרינן שם אחד אומר נתקדשה ואחד אומר לא נתקדשה תרווייהו בפנוי' קא מסהדי ואין דבריו של אחד במקום שנים, וכן בגירושין תרווייהו באשת איש קא מסהדי וכו' והקשו בתו"י שם תימה דמה לנו לעד שאומר לא נתגרשה בלא איהו נמי תצא דאין דבר שבערוה פחות משנים יעו"ש, וכן כתבו בתוס' בד"ה תרווייהו בפנוי' קא מסהדי וז"ל לא הוי צריך להא דאפי' ליכא אלא ההוא דאמר נתקדשה לא תצא דאין דבר שבערוה פחות משנים, וכתב ע"ז בתוס' רי"ד וז"ל לאו במוחזקת לפנינו שהיא אשת איש מיירי, דא"כ מה צריך להכחשת העד שאומר לא נתגרשה וכו' ולא מיתוקמא אלא באשה הבאה ממדינת הים שלא ידענו מי היא ובאים אלה השנים ומעידים עלי' כי אשת איש היתה, אלא שאחד אומר נתגרשה ואחד אומר לא נתגרשה וכו' וכי היכא דבגירושין לא מיתוקמא אלא באשה הבאה ממדינת הים שאין לה חזקה מה היא, ה"נ עדות דקדושין לא מיתוקמא אלא בבאה ממדינת הים שלא הוחזקה מה היא וכו', אבל אשה העומדת לפנינו בחזקת פנוי' ובא ע"א ואמר נתקדשה בפני פלוני ופלוני וכו' אינו נאמן לאוסרה עד שיבואו שנים כדרבא דאמר רבא אין דבר שבערוה פחות משנים, עכ"ל.

הרי שהתוס' רי"ד מחלק בין הוחזק לפנינו או לא דהיכא שלא הוחזקה לפנינו כתורת פנוי' נאמן ע"א לומר אשה זו פנוי' היתה ונתקדשה ותהי' עי"ז אסורה היכא דליכא הכחשה, ולפי"ז דברי הרמב"ם אינם סותרים לדברי התוס' רי"ד, דמש"כ התוס' רי"ד בקדושין שהביא בס' ש"ש דאם מעיד על אשה שנשבת או שהיא גרושה ורוצה לפוסלה לכהונה דהוי דבר שבערוה, הוא רק בכה"ג שהאשה היתה מוחזקת לפנינו בחזקת כשרות לכהונה והוא רוצה לפוסלה לכהונה הוי דבר שבערוה, והוכיח ענין זה מסוגית הש"ס דאמרינן דבן גרושה פסולו בשנים, דהיכא שמכירים את אביו בחזקת כשרות לכהונה גם הבן בחזקה זו, והעד רוצה לחדש דין בן גרושה עליו אינו נאמן דהוי דבר שבערוה, ודברי הרמב"ם אמורים היכא שלא היתה מוחזקת לפנינו, ומעיד אשה זו זונה היא או גרושה, נאמן ע"א ע"ז כמו שמעיד חלב כליות הוא זה, ולשון הרמב"ם מוכיח כן שלא כתב אשה זו זנתה או נתגרשה, דבזה הי' קרוב לפרש שהעיד על אשה המוחזקת בחזקת כשרות לכהונה, אבל בלשון זה שכתב הרמב"ם נוטה יותר לפרש שמעיד על אשה שאינה מוחזקת לפנינו: ולפי"ז לק"מ מה שהקשה בס' ש"ש על הרמב"ם מהא דאין

אב נאמן לומר על בתו שנשבת דלו יהא דאינו נאמן משום בידו ליהמני' בתורת ע"א, דלפי מה שבארנו היכא דידוע לנו שהיא בתו והיא בחזקת כשרות לכהונה אין ע"א נאמן לפוסלה דהוי דבר שבערוה, ולכן נראה לי דמש"כ הרמ"א דכל היכא דאיתחזק איסורא כגון טבל או חתיכת בשר שאינה מנוקרת אין העד נאמן עליו להתירו אא"כ בידו לתקנו, הוא דוקא שידענו מעיקרא בחתיכה זו והוחזקה לפנינו בחזקת איסור אז אינו נאמן.

ומש"כ בתוס' קדושין דע"א נאמן לומר על חתיכה שהיא מנוקרת, מיירי דלא הוחזקה החתיכה לפנינו בחזקת איסור, וכשנדייק בלשון הרמ"א והתוס' ממשמעות דבריהם מוכח דהרמ"א מיירי כשהוחזק לפנינו והתוס' מיירי כשלא הוחזק, דלכאורה מש"כ הרמ"א בחתיכת בשר שאינה מנוקרת אינו מוכן דהרי רוב בשר צריך נקור מגידין או מחלב, והוי לי' למימר דאין ע"א נאמן על עדות הנקור רק מי שבידו, ולכן מוכח מדבריו דאם ע"א מביא לנו בשר ואומר שהוא מנוקר שנאמן כיון דלא הוחזק לפנינו, אף שידענו דודאי הי' קודם הנקור בחזקת איסור, ולשון התוס' מורה ע"ז דמיירי שמעיד על חתיכת בשר שלא הוחזק ואומר שהיא מנוקרת, ולפי"ז מה שכל אדם נאמן לומר על טבל שהוא מעושר ועל השחיטה, שכתבו התוס' משום בידו עפ"י דברי הש"ס ביבמות, צריך לומר שהוא ג"כ היכא שידענו מעיקרא על פירות אלו שהיו טבולים וכן על השחיטה, אבל אם לא ראינו הפירות בטבלם, וכן לא הכרנו הבהמה בחיי' בלא"ה ע"א נאמן כיון שלא הוחזק בפנינו, וגם בפשטות ראוי לומר כן דהיכא דלא הוחזק לפנינו נאמן ע"א, דהרי כמה חתיכות מנוקרות איכא בעולם, וכן איכא זונות וגרושות וכשאומר ע"א אשה זו זונה היא או חתיכת בשר זו מנוקרת היא אינו מוציא דבר מחזקתו, ואינו רק כמברר הספק ולא כמחדש מקרה על הדבר, ובכה"ג גם בדבר שבערוה ע"א נאמן.

אמנם בתשו' רע"א סי' קכ"ד הביא שיטת הר"ן בענין זה אם נאמן ע"א לברר בדבר שבערוה שדבריו סותרים זא"ז שבמס' גיטין כתב דאינו נאמן ובמס' קדושין כתב דנאמן יעו"ש: והא דכתב הר"ן בפ' מי שאחזו בהא שכתב הרי"ף אחד אומר בשחרית ואחד בערבית זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפים, דאע"ג דלגבי ממון קיי"ל דהלואה אחר הלואה מצטרפים, לגבי אישות דשייך בדיני נפשות בכת אחת בעיא להו.

עכ"ל, דלכאורה לפי"ז אין להאמין ע"א לומר אשה זו מקודשת, וכן ע"א על חתיכת חלב שע"ז יבוא לנפשות באמת נראה לי דשני ענינים הם, דהא דאפשר לחלק בין החזקה לענין איסור לבין העונש של נפשות, הוא רק בענין הבירור, דלענין הבירור נוכל לומר כיון דעכשיו אינו נוגע לנפשות נאמן עד אחד, אבל בשעת חלות הקדושין שהעדים מועילים לקיום הדבר, דחלות הקדושין הוא שיחול האיסור, ואיסור זה הוא איסור חמור של נפשות, בעינן עדים דמהני לדיני נפשות, דלא שייך קדושין לחצאים, ועפי"ז נלענ"ד דמש"כ בתשו' רע"א סי' צ"ד לדון עפ"י דב' הרשב"א בתשו' שהביא בתשו' הרא"ם לענין דרישה וחקירה דמהני בעדות על קדושין בלי דו"ח משום דהשתא לאו בנפשות קא מסהדי, דליהני מה"ט עדות בשעת קדושין דפסולים בדי"נ, לפי"ד ל"ד עדים לבירור לעדות בשעת קדושין, אכן יש לדון בזה דהנה לפי מש"כ הרשב"א להאמין עדים המעידים על קדושין בלי דרישה וחקירה משום דהשתא לאו בנפשות קא מסהדי, ומשמע דמהני עדותם אף לנפשות מחמת דבשעה שהעידו לא הי' נוגע לנפשות, וכשיטת

הרמב"ם בעדות ע"א להחזיק האיסור, ולפי"ז אם נאמר דהרמב"ם סובר כשיטת תוס' רי"ד דע"א נאמן להחזיק אשה באשת איש, היכא דלא הי' מוחזק לנו להיפוך, להיות שיהני גם אח"כ לדיני נפשות, אבל י"ל דל"ד ענין דרישה וחקירה לעדות ע"א, דע"א אינו נאמן כלל לענין נפשות, אבל ענין דרישה וחקירה, י"ל דלא הצריכה תורה רק בשעה שאנו דנים לנפשות ממש, ובשעה שהעידו נתקבל העדות על כל חומר אשת איש אף לענין דיני נפשות אם עכשיו אינו נוגע לדיני נפשות כנלענ"ד בענין זה: אמנם מדברי הרמב"ם שחשב הדברים שאיסור בע"א יוחזק ולא הזכיר גם ענין אשת איש שיוחזק ע"י ע"א, משמע דלענין זה לא מהני להחזיק באשת איש לענין דיני נפשות, ולא נתבאר לי היטב, במה חלוק דין אשת איש מדין גרושה וחללה, ואולי יש מקום לומר דבמעיד נתקדשה נוגע העדות גם להמקדש להאסר בקרובותי, ורחוק הדבר שלא יתערב בזה איסור חדש למי שהוחזק בהיתר, ומשו"ה בכה"ג ליכא נאמנות שלמה, ולא נתחזק רק לאיזה פרטים, וממילא לא יהני גם לענין נפשות, דרק היכא שהוחזק עכשיו בנאמנות גמורה, מהני אח"כ גם לנפשות וצע"ג: ועלה לנו בענין זה, דגם לשיטת הפוסקים דע"א אינו נאמן היכא דאיתחזק לאיסור או להיתר, אם מעיד על דבר שלא הוחזק לפנינו כלל ואומר שהוא היתר או איסור נאמן, אף שמוכרח הדבר שנשתנה מאיסור להיתר או להיפוך הוא נאמן, כגון אם מעיד שפירות אלו מעושרים הם, וחתיכה זו בשר שחוטה היא או מנוקרת היא, ה"ז כלא איתחזק ולפי"ז נאמר דמש"כ תוס' ורש"י בריש גיטין דבהפרשת תרומה ושחיטה נאמן ע"א משום בידו לתקנם, הוא על ענין הפרשת תרומה, היכא שידענו שפירות אלו טבולים היו ובהמה זו ראינוה בחיי, וכשאומר הפרשתי תרומה ושחטתי את הבהמה אז אינו נאמן רק היכא שבידו הי' לתקן, אבל הבשר שלא ידענו מאין הוא נאמן משום ע"א, וכן לענין ניקור.

ומה דמסיק שם בש"ש בפ"ו דאם לקח בשר מחותך דלעולם לא הי' בידו כגון שלקח מנכרי דבכה"ג אינו נאמן, ולפי"ז גם בבשר שחוטה כן אם יקח בשר מנכרי ויעיד שבבית הנכרי נשחט ע"י ישראל לא יהי' נאמן, ולא שמענו חדוש כזה, ועפ"י מש"כ לעולם נאמן בכה"ג, ורק אם אנו רואים ומכירים בהמה זו שראינו אותה בחיי ועתה היא מתה, אז אם היא של הנכרי ולא הי' בידו של העד לשחוט או לשכור שוחט, אז אינו נאמן, וכן בניקור כה"ג אם איתחזק לאינו מנוקר אז אין ע"א נאמן, אלא א"כ הי' בידו לתקנו כמש"כ הרמ"א, ודברי הרמ"א מדויקים היטב.

ומש"כ הט"ז להוכיח נגד הרמ"א ממעשים בכל יום שמאמינים לכל אדם לומר שזה בשר מנוקר ואוכלים על פיו אעפ"י שאותו הבשר אינו יכול לנקר, לק"מ דבכה"ג גם להרמ"א נאמן אם מביא לנו בשר ואומר שהוא מנוקר, כיון שלא ראינו בשר זו קודם הניקור. והוא ענין נכון בס"ד: פרק ד כתב הרמ"א ביו"ד סי' קכ"ז בהגה סעי' ג"ק ואדם נאמן על שלו אפילו היכא דאיתחזק איסורא, וכתב הש"ך הואיל ובידו לתקנו.

הרא"ש פרק הנוזקין חילוק ד', והכי מוכח בש"ס ר"פ האשה רבה עכ"ל. והנה בחילוק י"א שם ברא"ש כתב דהטעם דמהני בידו משום דהוי כבעלים, דז"ל שם כל דבר שהוא בידו של אדם אפי' איתחזק היתירא נאמן ע"א לטמא ולאסור ואפי' מכחישו, או אמר אינו יודע, כדתניא הכא הי' עושה עמו בטהרות ואמר לו טהרות שעשיתי עמך נטמאו

נאמן, ומפרש אב"י טעמא הואיל וברשותו הן הרי הן כשלו ונאמן עליהן ולא מטעמא דאי בעי מטמא להו דאי טמאינהו בעי שלומי, ועוד דמשמע גבי ס"ת דאי ס"ת ביד לבלר נאמן לומר לא כתבתי אזכרות לשמן אעפ"י שכבר נכתבו, ועוד אמרינן בפ' האשה רבה דאי סבר תורם משלו על של חברו אי"צ דעת משום דבידו לתקנו ואטו בשופטני עסקינן שיתרום מטבלו על של חברו אלא כיון שבידו לתקנו הוי כבעליו ואפילו תרם משל חברו עכ"ל.

וקשה טובא דמש"כ בחילוק ד' מוכח דבעלים לא מהני רק משום בידו, ובחילוק י"א כתב להיפוך דטעמא דידו הוא משום בעלים, ובש"ש ש"ו פ"ו נתקשה בזה ונשאר בצ"ע, וכן הקשה מסוגית הש"ס דפ' האשה רבה דאמרינן שם בטבל נאמן משום דבידו לתקנו, דמשמע דבעלים לחוד לא מהני רק משום בידו, וכן הקשה בהא דנאמן לומר נתנסך יינך היכא שהי' בידו, אף שהבעלים מכחישים אותו, ואם נאמר דעיקר כח הנאמנות היכא שבידו הוא משום דהוי כבעלים ולמה נאמן יותר מהבעלים עצמם, עיי"ש שנשאר בצ"ע: ונלענ"ד דעיקר החילוק בזה הוא דלהתיר אינו נאמן רק משום בידו, ולאסור סגי אם הוא רק כבעלים, דהנה ביסוד הענין מה שנאמן היכא שבידו ילפינן מוספרה לה שנאמנת על הטבילה ועל הבדיקה משום דבידה לספור ולטבול, והרא"ש ביאר ענין זה דאינו בגדר מיגו משום מה לו לשקר, דהרי אם עכשיו בשעה שמעיד אין בידו ליכא מיגו, ועוד דהרי לא שייך מיגו דבידו לטמא דהרי בעי לשלומי, אלא דמי שהי' בידו לעשות הוי כבעליו, היינו דמי שהדבר מסור בידו נתנה לו תורה הנאמנות, ואין הדבר תלוי בקנין אלא מי שהוא בעלים על כח המעשה שבידו הי' להוציא לפועל ענין זה, ולפי"ז היכא שמעיד לאסור דבר המותר עיקר הכח בזה הוא מסור למי שהוא בעלים בקנין, דמי שהוא הבעלים הרי בכחו למנוע תשמיש זה ע"י אופנים שונים לאבד או לשרוף וכיו"ב, אבל להתיר את דבר האסור אינו כן, דלענין זה אין שליטת הבעלים גורמת רק בגבולים ידועים, דאין בכח בעלים להתיר את הטבל רק ע"י הפרשת תרומה וכן בשחיטה ונקור, ומה"ט אמרינן בגמ' פ' האשה בטעמא דמילתא דאדם נאמן על טבלו שכבר נתרם משום דבידו לתרום, דאי אפשר לומר משום דהוי בעלים בקנין, דבעלים בקנין אינו מועיל בזה כלום אם אין בידם כח התרה בענין זה, ורק היכא שמעיד לאסור דלמנוע התשמיש הוא מסיר לעולם מיד הבעלים, אז סגי לן במה שהוא בעלים: ולפי"ז יתיישב גם מה שהקשה הש"ש למה נאמן לומר השומר כשהי' בידו יותר מן הבעלים עצמם, דכיון דהעד מעיד לאסור והבעלים להתיר, ועל כח התרה להתיר יין נסך אין בכח בעלים כלום, ומשו"ה חשבינן דרק השומר שמעיד לאסור הוא כבעלים לענין זה שמעיד הוא, אבל הבעלים עצמם אם היו מעידים לאסור אז הי' נאמנים יותר מן השומר דהרי למנוע תשמישי הדבר הוא לעולם בידם, אבל כשמעידים להיתר אין להם כח נאמנות כלל, דלהתיר יין נסך אין בידם שום כח ומשו"ה אין כח בעלים מועיל לזה כלום, ולפי"ז נלענ"ד שאם השוחט שנמסר לו הבהמה לשחוט מעיד שנשחטה כהוגן והבעלים מכחישים אותו דבכה"ג הכחשת בעלים עדיפא, דלאסור הם נאמנים לעולם.

ועפ"י מש"כ מדוקדקים דברי הרא"ש דבחילוק ד' כתב דכל אדם נאמן על שלו אפי' איתחזק איסורא כדאמר גבי טבל והקדש וקונמות הואיל ובידו לתקנו ולפדותו, דלהתיר

אין מועיל כח בעלים רק אם בידם להתיר, ולאסור דמהני כח בעלים לעולם כתב בחילוק י"א להיפוך דגם שומר שהי' בידו להוציא לפועל חשוב כבעלים לענין זה.

כן נראה לענ"ד: ולכן נפלאים בעיני דברי הט"ז מש"כ הלכה למעשה על מש"כ הרמ"א באם מעיד אחד על חתיכת בשר שהיתה בחזקת שאינה מנוקרת שאינו נאמן אם לא הי' בידו לנקר, וכתב הט"ז שימכרנה או יתננה לזה שמעיד עליו דאז הוא נאמן משום שהוא שלו, ואח"כ יחזור ויקנה ממנו, דמפרש שהדבר תלוי בקנין דכל אדם נאמן על שלו, אף שהוא נגד חזקה, אף שאין בידו להתיר, ולפי מש"כ אין הדין כן דבעלים בקנין לא מהני רק לאסור ולא להתיר, ואף דלשון מהרי"ק מורה כהט"ז, וכמו שהובא דברי מהרי"ק בש"ש דכתב דבדבר של ממון אדם נאמן על שלו בין לאיסור ובין להיתר, נלענ"ד דהוא שיגרא דלישנא, דלענינו מה שכתב שם אי"צ רק לבאר דנאמן משום בעלים לאסור, דז"ל המהרי"ק שם בשורש ע"ב בתוה"ד דהא טעמא דבידה לטבול לא מהני אלא לגרוע חזקת איסור שהי' לה וכו' ואע"ג דבפ' הניזקין משמע דטעם דבידו מהני אפילו לאסור, אפילו כגון שהדבר בחזקת היתר והעד מעיד שנאסר דהתם לא שייך טעמא שפירשנו לעיל דשאני גבי ממון כיון שבידו א"כ הוי כמו שלו ואדם נאמן על שלו לאסור או להתיר, וכן כתב המרדכי ריש פ' האשה רבה.

עכ"ל הצריך לנו, כל הרואה יראה דאין בדבריו הכרח לחדש דין זה שיהי' הדין בממון שנאמנים הבעלים להתיר היכא שאין בידם, ועי' רש"י ר"פ האשה רבה שכתב דפשיטא לן דסמכינן אע"א משום דאיל"ה אין לך אדם אוכל משל חבירו ואין לך אדם סומך על בני ביתו עכ"ל. אבל מכל זה לא מוכח אלא היכא שבידו להתיר.

וכמש"כ בגמ' שם. וכן מקרא דוספרה לה ליכא למילף רק אם בידו להתיר, אבל בעלים בקנין ליכא שום מקור ללמוד זה, ורק לאסור יש לנו סברא, דכל אדם כשהוא שלו יכול למנוע ההשתמשות ומה"ט הוי כבידו והכל תלוי אם הוא בידו או לא: והנה לפי מש"כ לפרש דברי הרא"ש כ"כ יתפרשו דברי המרדכי שבדבריו מפורש יותר ענין זה, שכ' בחילוק י"א דמה דאמר אביי כל שבידו נאמן אם אומר נטמאו טהורתך, דאי"צ שיהי' בידו לטמא, אלא כל שהדבר ברשותו הוא כשלו ונאמן עליהם.

עכ"ל.

דבאמת שוה הנאמנות לאיסור ולהיתר דלעולם הבעלים נאמנים, אבל בעלים חשובים בזה מי שהענין מסור בידו, וכל היכא שמסור בידו כח ההיתר הוא בעלים אף להתיר ולאסור לעולם הוא מסור ביד בעלים דבידם לאבד כח התשמיש, וכן מוכח ענין זה מהא דכתב הרשב"א בתשו' הובאבש"ך יו"ד סי' ס"ז סקכ"ג דנכרי שמעיד על אותו ואת בנו דנאמן אם מעיד קודם שמכר משום מיגו דאי בעי לא מזבין להו או מיקלי קלי להו, ונראה לי שאין הכונה בזה משום מיגו ממש דמה לו לשקר, דהרי רוצה למזבין ולא לאבד, אלא הוא כיון שבידו לשרוף או שלא למכור הוא בעלים ע"ז ונאמן לאסור וכן כתב הרא"ש פ' אלו מגלחין סי' ל"ב על מש"כ הראב"ה להוכיח דנאמן נכרי במסל"ת מהתוספתא דדמאי הובא בסוף מס' יבמות, נכרי שהי' מוכר פירות בשוק ואמר של ערלה הן לא אמר כלום, לא נתכון זה אלא להשביח את מקחו, ומסיים בתוספתא דברי רשב"ג, רבי אומר נאמן הנכרי להחמיר אבל לא להקל וכו', ואין נראה לרבינו מאיר, דשאני

התם שהפירות הן שלו ונאמן הוא לאוסרם, אבל לאסור פירות חבירו שהיינו מוחזקים בהם היתר לא מהימן.

עכ"ל, היינו דאף דנכרי במסל"ת אינו נאמן לאסור דבר המוחזק להיתר, אבל היכא שהפירות שלו ובידו לאבדם או שלא למכור הוא נאמן לאסור: ובדרך זה הי' מקום לפרש מה דאמרינן ביבמות ד' מ"ז ע"א מעשה באחד שבא לפני ר"י ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי וכו' אמר לו נאמן אתה לפסול את עצמך ואי אתה נאמן לפסול את בניך, וכתבו בתוס' ביבמות ד' כ"ה ע"ב בד"ה דהא דנאמן לפסול א"ע הוא לאוסרו על בת ישראל דשוויי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, יעו"ש, וכן כתבו בדף מ"ז ע"א ד"ה נאמן וז"ל, נאמן אתה לפסול את עצמך, היינו דוקא במילי דשוויי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, אבל אם בא על בת כהן לא פסלה עכ"ל.

ודבריהם מרפסין איגרי דאיך שייך בזה שאח"ד, דעל נכרי ליכא איסור לישא בת ישראל, ועל האשה אינו נאמן דשוויי' אנפשי' ולא על אחרים, ואם הוא ישראל הוא מותר, וא"כ הוא מותר ממ"נ, ועל אחרים לאסור אינו נאמן, והוא פלא, ושמעתי כבר שבקושיא זו שקיל וטרי בס' חמדת שלמה ואין הס' ת"י, ולפי מש"כ י"ל דכונת התוס' דאף דאינו נאמן לפסול א"ע להחזיקו בתורת פסול ממש, אבל לענין הנהגת איסור והיתר כיון שבזה הוא בעלים על עצמו שלא לישא בת ישראל, משו"ה נאמן לאסור א"ע על בת ישראל כמו שנאמן נכרי על אותו ואת בנו ועל פירותיו לומר שהן של ערלה, אי לאו דחשדינן לי' שלהשביח מקחו אומר כן, ומש"כ בתוס' שוויי' אנפשי' חתיכה דאיסורא הוא לאו דוקא, רק שוויי' "נפשי" חתיכה דאיסורא לאוסרו על בת ישראל, ויעו"י בתוס' שם בד' מ"ז ד"ה נאמן אתה שכתוב שם משו"י נפשי' חתיכה דאיסורא, אבל ברא"ש פ' החולץ סי' ל"ה כתוב להדיא דעדותו מהני רק לעצמו דהוא אסור בבית ישראל, ולענין שור של ישראל שנגח שור של נכרי, ומביא דמצינו כיוצא בזה באומר קדשתך והיא אומרת לא קדשתני דאסור בקרובותי, מדבריו מוכח להדיא דהוא מטעם הודאת בע"ד כמו בכל דוכתא דמשו"י אנפשי' חתיכה דאיסורא, ונראה די"ל דבכה"ג אינו נאמן משום בעלים, דרק באיסורים מצינו שנאמן משום בידו מטעם בעלים, אבל בדבר שבערוה לא מהני דין בעלים, ורק היכא דאיכא דין מיגו ממש, וכמו שהעלה בזה בס' ש"ש ש"ו פ"א וכן כתב המהרי"ק בשורש ע"ב, וכן מסתבר לומר דהאי דין שבידו ילפינן ג"כ מוספרה לה דנאמנת על הטבילה, וזה רק באיסורים, אבל לממון ודבר שבערוה ליכא למילף, ולפי"ז באומר נתגיירתי ביני לבין עצמי שבא לפסול א"ע שהוא כמו דבר שבערוה וכמו דבעינן שני עדים לפסול אדם לעדות או לכהונה, כ"כ בעינן שני עדים לאסור א"ע בבית ישראל, דלאסור אדם לעולם או לפסלו לעדות לא מהני תורת בעלים ע"ז, וכדאמרינן אין אדם משים עצמו רשע מה"ט, ומשו"ה אין דומה דין זה לנכר שהביא פירות וכיוצא בזה, והעירני לזה חכם אחד בהציעי לפני' ענין זה, אבל התמי' גדולה מאד אין אפשר ענין שווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא בכה"ג דאם הי' נכרי מוזהר על לפני עור הי' מקום לומר דעל ענין זה הוא נאמן על עצמו דאסור לו לישא בת ישראל להכשיל אותה באיסור, אבל לפי מש"כ בתוס' ע"ז ד' ט"ו ע"ב דנכרי אינו מוזהר על איסור לפני עור, א"כ ליכא שום איסור עלי' לפי דבריו: ולכן יותר נראה לפרש בדברי התוס' כמש"כ, ואף שהוי דבר שבערוה, אבל י"ל דגם דבר שבערוה אם אנו דנים עכשיו

על איסור הנהגה לחוד ובידו למנוע השתמשות זו לענין זה אדם נאמן על עצמו, דהנה כשאנו מאמינים אותו שהוא נכרי לא מחזיקינן אותו לנכרי לענין שאם בא על בת ישראל, וכמש"כ התוס' והרא"ש, ורק לענין איסור תשמיש, ולענין זה הוא נאמן לאסור על אחרים והטעם בזה י"ל דגם בממון אמרה תורה דמהני הודאת בע"ד וכן בדבר שבערוה אדם נאמן על עצמו למשווי' חתיכה דאיסורא, משום דעל ענין שהוא בעל היכולת הוא נאמן על עצמו, כ"כ נאמר דעל ענין שיש לו למנוע ההשתמשות מאחרים הוא כבעלים שהאמינה תורה גם על אחרים, ול"ד לבעל שאמר גרשתי את אשתי דאינו נאמן אלא בתורת מיגו ולא מטעם בעלים, דהתם אין ביד הבעל למנוע זכותי האשה קודם שגרשה, ואף שבידו לגרשה, אבל כשאומר גרשתי ואנו חוששים שמא לא גרשה ורוצה לגרעה מזכותה או להתירה לאחרים, על ענין זה בלי גט להתירה או למנעה לאו בעלים הוא, ולכן רק מתורת מיגו נאמן, אבל בנידון זה באומר שנתגיר בינו לבין עצמו שלדבריו אסור לבת ישראל להנשא לו, ועל ענין זה שהוא למנוע את נשואי' מבת ישראל היכולת בידו ורשאי הוא למנוע ענין זה, והרי הוא כבעלים ע"ז, ואדם נאמן על דבר כזה, היינו לפרט זה לאסור לכתחילה להנשא לו, ולא בתורת נאמנות ממש לענין אם בא על בת ישראל שיפסלנה, ואולי אפשר להעמיס דברינו גם בדברי הרא"ש: ולפי"ז י"ל דבאשה שאומרת אשת איש אני דאמרינן במס' כתובות ד' כ"ב דאינה יכולה לחזור בה משום דשווי' לנפשה חתיכה דאיסורא, יש לפרשג"כ, דהוא שמשוי את עצמה חתיכה דאיסורא גם לאחרים, שנאמנת גם על אחרים, כיון דבשעה שהיא פנוי' הרשות בידה למנוע את נשואי' מכל העולם והוי כבעלים לענין זה: וראיתי בביאור הגר"א חו"מ סי' ל"ד סקי"ד שכ' שם על דברי הרמ"א בהגה שכתב אף דאין אדם נפסל ע"פ שאין אדם משים עצמו רשע, מ"מ אין עושים אותו עד לכתחילה, וכתב הגר"א ע"ז וז"ל כמש"כ בכריתות י"ב א' דאדם נאמן על עצמו יותר וכו' רק דאין נאמן לחוב לאחרים, וכמש"כ ביבמות מ"ז ע"א נאמן אתה לפסול א"ע ואין וכו' ועיי"ש תוס' ד"ה נאמן היינו דוקא וכו' אבל וכו' וד"ה ואין עדות וכו' עכ"ל הגר"א ז"ל.

ונלענ"ד בכונתו, דקודם שראה העדות, רשאי העד שלא לראות והוא בעלים ע"ז, ואם אמת שהוא רשע אסור לו להעיד, ולכן נאמן על עצמו שאינו רשאי לראות כדי שלא יהי' מוכרח להעיד, ורק אם ראה לאו בידו דמחויב כבר להעיד, ומשו"ה אינו נאמן לפסול א"ע, ומשו"ה אין עושים אותו עד לכתחילה, והוא דבר נכון ומקובל בעזה"י: אכן לפי המתבאר יהי' ענין זה מה שנאמן הנכרי על פירות שלו ענין של נאמנות בעלים כאדם שנאמן על עצמו שנאמן גם בדיני ממונות, ויצא ענין זה מתורת הנאמנות של עד אחד באיסורים, ולפי"מ שנתבאר בפוסקים דלדידן נאמן אם גם השתא בשעה שמעיד אינו בידו ורק הי' כבר בידו נאמן, דבכה"ג י"ל דנכרי אינו נאמן אף לאסור, דמה דמצינו שנאמן הנכרי הוא רק אם הפירות שלו בשעה שמעיד וכמש"כ בטעמו של דבר דהוי כעין בע"ד שנאמן, אבל בדין ע"א שנאמן באיסורים י"ל דנכרי אינו נאמן, ולפי"ז אין ענין זה ראי' למש"כ לחלק בין איסור להיתר לענין בידו, אבל רק קצת דמיון דכמו דלענין כח בעלים דהשתא חשיב בעלים משום כחו למניעת השתמשות, משו"ה יש לו כח נאמנות לאסור ולא להתיר, כ"כ נאמר לענין ע"א נאמן באיסורים, דלפי"מ דקיי"ל כרבא דמהני אם רק הי' בידו מעיקרא, שאני איסור מהיתר, דלענין איסור לא בעינן

שיהי' בידו דוקא לאסור בפרט זה שמעיד, וסגיא לן אם הי' בידו למנוע כח ההשתמשות, ולענין היתר בעינן גם בבעלים גמורים שיהי' בידם להתיר.

כנלענ"ד בענין זה: ועפ"י מה שבארנו מדין כח בעלים שנאמן אף נכרי לאסור מחמת שליטתו על מניעת ההשתמשות, יש לדון באשה האומרת שהיא טמאה מחמת נדה, שהקשה בס' ש"ש ש"ו פי"ט לשיטת הראשונים דסברי דע"א אינו נאמן נגד חזקה לאסור ולהתיר, וכיון דכל הנשים בחזקת טהרה לבעליהן, איך נאמנת, ואם נאמר שהוא מדין שווי' אנפשה חתיכה דאיסורא, קשה מסוגיא דפ' ידיעות הטומאה דתנן התם הי' משמש עם הטהורה ואמרה לו נטמאתי ופירש מיד חייב, ואם אינה נאמנת רק על עצמה מדין שאחד"א, למה יתחייב' הבעל קרבן, עיי"ש בש"ש מה שהאריך בזה, ולפי מש"כ י"ל דכיון שיש כח בידה למנוע תשמיש ממנו עי"ז שהיא נאמנת על עצמה מדין שווי' אנפשה חד"א, הרי היא כבעלים ע"ז שנאמנת גם לגבי אחרים, כמו שנאמן הנכרי על פירות שלו.

ומש"כ בס' ש"ש לדחות ענין זה והוכיח דאין תורת בעלים רק בממון, דאל"כ איך ילפינן מוספרה לה על נאמנות ע"א דעלמא עיי"ש. לדברינו לק"מ, דלפי מש"כ אין זה תלוי בבעלים בקנין רק בכח שליטת מניעת ההשתמשות וזה שייך רק לענין איסור ולא להתיר, ולפי"ז יש לומר דאסור נאמנת מכח שליטתה למנוע ממנו תשמיש ע"י שבידו לאסור על עצמה מדין שאחד"א, וממילא נאמנת גם לגבי' דידי' כדין בעלים, אבל כ"ז לאסור אבל להתיר לא שייך ענין זה, ומדנאמנת על ספירת ז' נקיים שהוא להתיר ילפינן דע"א נאמן באיסורים היכא דלא איתחזק ולא בידו, מהא דנאמנת לומר שלא ראתה ראי' חדשה, דעל ענין זה אין לה כח התרה והרי היא כע"א דעלמא, ולפי"ז י"ל כיון דנאמנת לומר טמאה אני גם לגבי הבעל, אם עבר אח"כ ופירש מיד חייב גם בקרבן, אמנם יש לדון בזה דאולי אף שנאמנת לענין איסור לכתחילה אבל לחייבו בקרבן אולי לא מהני זה, דהנה בע"א דעלמא שמעיד על חתיכה שהיא חלב היכא דיש לו כח נאמנות מדין ע"א אם אכל איש אח"כ במזיד לוקה, עפ"י שיטת הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין, וכן מטעם זה אם אכל בשוגג חייב חטאת, מפני שהחזק האיסור ע"י ע"א או שנאמר דלענין קרבן לכו"ע מהני דמה שמעיד על חיוב חטאת הוא ג"כ כמעיד על איסור דחיוב בכפרה אינו חיוב ממון או מלקות, רק כמצוה דעלמא אף דאיכא גם שעבוד נכסים, ורק במעיד אכלת חלב אינו נאמן משום שהוא נגד חזקה, ולשיטת הרשב"א וסייעתו דע"א נאמן נגד חזקה, אולי יפרשו דרק לאביי אינו נאמן באכילת חלב, אבל לרבא נאמן גם שלא מחמת שתיקה כהודאה, וכ"ז בע"א שנאמן על ענין זה, אבל בנכרי שאינו נאמן מדין ע"א רק מדין בעלים, י"ל דאינו נאמן רק לענין איסור לכתחילה שעל ענין זה הוא הבעלים למנוע ההשתמשות, אבל לענין קרבן ומלקות אם עבר ואכל, אינו נאמן משום דהיכא דנאמן בתורת ע"א האמינה אותו תורה על גוף הדבר להעיד שהוא כך וכך, כ"ז שאין העדות נוגע רק לענין איסור, ונתברר הדבר עפ"י תורת עדות שהוא חלב וכדומה וממילא אם עבר אח"כ ואכל לוקה, אבל אם הנכרי מעיד שהוא חלב שאין לו תורת נאמנות, רק משום שהוא בעלים על השתמשות של אכילה, משום דאי בעי מיקלי קלי, י"ל דלא אמרינן בנאמנות כזאת שכבר הוחזק, ולפי"ז יש לדון דגם לענין קרבן לא יהני, ולכן אם נאמר כן לא יתורץ מה שחייב הבעל בקרבן עפ"י דבורה, וכמו בנכרי שאומר



נתגירת ביני לבין עצמי שאף שנאמן לענין איסור לכתחילה, מ"מ אם בא על בת ישראל לא פסלה, כיון שכחו רק מדין בעלים, כ"כ הכא לענין קרבן.

וצ"ל לעוד נ"ל די"ל בהא דנאמנת לומר טמאה אני אף שהוא נגד חזקת טהרה, עפ"י מה דאמרינן במס' גיטין מתוך שנאמן אתה להפסיד שכרך אתה נאמן להפסיד ס"ת, כ"כ י"ל הכא מתוך שנאמנת על עצמה לאסור מדין שאחד"א, כ"כ נאמנת גם על אחרים, ואם תהי' נאמנת מטעם זה יהי' הדין שיהני גם לענין קרבן ומלקות, כמו כל ע"א שנאמן באיסורים דמהני אח"כ לקרבן ומלקות, והנה ראיתי בט"ז יו"ד סי' קכ"ז סק"ד שהקשה כן באשה שאומרת קדשתני והוא אומר לא קדשתך דהיא אסורה בקרוביו והוא מותר בקרובותי, למה לא נימא מתוך שנאמנת על עצמה, כ"כ תהא נאמנת על אחרים, ועיי"ש שמתרץ בדוחק דבס"ת ליכא חזקה דמעיקרא להיתר, ובקרובות איכא חזקת היתר דמעיקרא, יעו"ש ודבריו אינם מתקבלים כ"כ, דהרי בס"ת שנמצאת ביד לוקח חשבינן כחזקת היתר, ולענ"ד נראה לתרץ קושית הט"ז בפשטות, דהאי טעמא דאמרו בגמ' מתוך שנאמן על עצמו לא מהני רק באיסורים, אבל לא בדבר שבערוה, וכן מצאתי בחי' הר"ן למס' גיטין שכתב שם וז"ל ס"ת ביד מי ביד לוקח, א"ל מתוך שאתה נאמן להפסיד שכרך וכו', ודאמרינן דמשום מתוך מהימן דוקא במילתא דאיסורא לפי שהדבר חוזר דע"א נאמן באיסורים אבל בממונא ודאי לא מהימן משום מתוך, שהאומר לחבירו אני ואתה חייבים לפלוני מנה, אעפ"י שנאמן הנא הוא על עצמו אינו נאמן על חבירו, עכ"ל.

ולפי אאא הקשה הט"ז דלענין לאסור בקרובותי הוי דבר שבערוה, ולזה לא מהני הך טעמא כמו דלא מהני לענין ממון, אבל הכא לענין איסורא באומרת טמאה אני בטומאת נדה, י"ל מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת גם לגבי בעלה, ויהי' נאמנות זאת כשאר ע"א דנאמן באיסורים, כמו שכ' הר"ן, ויתחייב הבעל גם בקרבן ומלקות: ולענין מש"כ בש"ש ש"ו פי"ט דהיכא שאומרת שראתה אחר תשמיש שמפקעת א"ע מבעלה לגמרי דאינה נאמנת, והוא עפ"י שיטתו שכתב דאינה נאמנת רק מדין שאחד"א, יעו"ש, והנה בדין זה נוכל לומר דגם לפי מש"כ דנאמנת גם על אחרים כשאר ע"א שנאמן באיסורים, אבל כיון דרק משום מתוך שנאמנת על עצמה נאמנת גם על אחרים, והיכא דמפקעת א"ע מבעלה שאינה נאמנת לעצמה, כ"כ אינה נאמנת גם על אחרים, וזה פשוט וכן י"ל גם לענין אמתלא דמפרש בגמרא דאם אמרה אמתלא דמהני, שכתב בס' ש"ש ש"ו פ"ח להקשות על שיטת חכמי פרובינצ'י שכתבו דבאב שאמר קדשתי את בתי לא מהני אמתלא לחזור מדבריו הראשונים כיון שהאמינתו תורה, דסברי דרק אם נאמן על עצמו מהני אמתלא, אבל אם נאמן לגמרי לא מהני אמתלא, ובאומרת טמאה אני מהני אמתלא, וכתב לתרץ דגם בטמאה אני יסברו דאינה נאמנת נגד חזקת טהרה ורק נאמנת על עצמה מדין שאחד"א, ולפי מש"כ י"ל דאף שהיא נאמנת כדין ע"א באיסורים, אבל כיון דרק משום מתוך שנאמנת על עצמה הוא, י"ל דכמו שלהתיר לעצמה מהני הך אמתלא, כ"כ להתיר לאחרים, דאין להכח נאמנות לאסור על אחרים, רק כפי הכח שיש לה על עצמה דאם נאמר דלגבי עצמה תוכל לחזור ע"י אמתלא ולגבי אחרים תהא נאמנת לגמרי, אפשר דבטל מזה עיקר הדין של מתוך, וכמו היכא דמפסיד לעצמו דבר מועט, כשכר אזכרות לחוד, אינו נאמן להפסיד הס"ת כ"כ הכא: ועי' קצה"ח סי' פ' סק"א במה שהביא דעת האומרים דגם בממון מהני אמתלא אם הודה ואח"כ חזר בו, ולשיטתם י"ל דאם

חזר ותבע שכר הס"ת ונתן אמתלא לדבריו, אז תהא כשרה גם הס"ת ובלא"ה הלא לשיטת הראשונים דסברי דע"א נאמן נגד חזקה ונאמנת האשה לומר שנטמאה בטומאת נדה, מדין ע"א נאמן באיסורים, ובכ"ז יכולה לחזור ע"י אמתלא, לשיטתם ודאי אם חזר לתבוע שכרו ונתן אמתלא לדבריו אף אם לא תהני אמתלא לענין תביעת שכר ס"ת, מ"מ תוכשר הס"ת ע"י המתלא ודאי, לפי"ז אין מן התימה אם נאמר דמהני אמתלא גם לתביעת השכר ס"ת, שתוכשר הס"ת אם חזר ותבע שכר הס"ת כנלענ"ד בזה: פרק ה כבר נתבאר שיטת הראשונים דסברי דע"א אינו נאמן באיסורים היכא דאיתחזק איסורא ולא בידו, אבל לא נתבאר אופני העדות הצריכים לנו, אם בעינן שיהי' כל פרטי העדים, בכשרות העדים ואם צריך הגדה בבי"ד, כמו בדיני ממונות ועריות, או לא, והנה מהא דאמרינן במס' יבמות ד' קי"ז ע"ב ללישנא בתרא, דגם היכא שהאמינה תורה ע"א שתי נשים באיש אחד כפלגא ופלגא דמיא, וכן נקטינן להלכה, עי' אהע"ז ס' י"ז סעי' ל"ז, וכן פסק הרמב"ם בה' רוצח וה' סוטה דמאה נשים נגד ע"א כשר כפלגא ופלגא דמיא, מזה יש להוכיח דבאיסורים היכא דאיתחזק איסורא, דע"א כשר אינו נאמן דכ"כ מאה נשים או עבדים אינם נאמנים, וגם בפשטות ראוי לומר כן, דכיון דגם היכא דלא איתחזק איסורא בלא ילפותא מהך דוספרה לה לא היו יודעים שיהא דין נאמנות לאשה באיסורים, ובאיתחזק איסורא דליכא גלוי מקרא, הדרינן לכללות דין נאמנות בעדים, וכן נראה לענ"ד ראי' מהא שכתב הרמ"א ביו"ד סי' קכ"ז סעי' א' וז"ל שני אחים אינם אלא כעד אחד לענין איסורים.

(תשובת הרשב"א סי' תקמ"ד) עכ"ל. והנה לענין הדין דבפסולי עדות הלך אחר רוב דעות דשתי נשים באשה אחת כשני אנשים באיש אחד, ודאי דלא שייך גרעון בשני אחים או שתי אחיות משאר שני עדים פסולים, וכמו דהווי שתי דעות בשאר שני עדים פסולים, ועוד עדיף בזה, דהרי בשני אחים איכא חד ע"א כשר דשקול כהרבה עדים פסולים, אלא ודאי כונתו דהיכא דבעינן שני עדים כשרים באיסורים אז שני אחים נחשבים רק כע"א כשר, ואף דהרשב"א סובר דע"א נאמן באיסורים גם נגדחזקה, נפ"מ לענין הכחשה, דשנים נאמנים להכחיש ע"א, אבל מוכח עכ"פ דגם באיסורים איכא מעלת עדים כשרים על פסולים, ולפי"ז ודאי שצריך שני עדים כשרים, ונשים ועבדים אינם נאמנים, וכן שני אחים ושני קרובים אינם נאמנים: אמנם לענין הגדה בבי"ד אם השני עדים אלו צריכים להגיד לפני בי"ד של שלשה, כמו בדיני ממונות ועריות, לא ראיתי בפוסקים גלוי לדין זה, והנה בע"א באיסורים היכא דנאמן, בודאי אי"צ בי"ד כמו"ש הש"ש בש"ו פ"ח דהרי בנדה דילפינן משם דין נאמנות דע"א נאמנת בלי בי"ד, אבל היכא דע"א אינו נאמן ובעינן שני עדים כשרים, לכאורה צ"ל דבעינן כל דיני הגדה לפני בי"ד של שלשה, וכלל הדינים של דיני ממונות ועריות, דמהיכי תיתי לחלק, דהרי לא נתבאר לנו בדיני עדות רק שני אופנים, ע"א באיסורים ושם כל הפסולים כשרים רק החשודים לשקר, ומשו"ה אי"צ גם לדין הגדה לפני בי"ד, ועדות של דיני ממונות ועריות, דהצריכה תורה עדים כשרים והגדה לפני בי"ד דוקא, ואם נאמר דבאיסורים היכא דאיתחזק איסורא לא בעינן דיני הגדה לפני בי"ד, הוא עדות מסוג שלישי, שנצרך הגדה עדים כשרים דוקא, ומשה ואהרן יהי' פסולים ובדין הגדה יהני אף חוץ לבי"ד ועדות כזאת לא מצינו דוגמתה בתורה, אבל באמת אם נאמר דבדבר שהוחזק ולא בידו

בעינן דוקא הגדה לפני בי"ד, לא מצאנו ידנו ורגלינו, דהרי מדין תורה צריך לקבלת עדות דוקא בי"ד סמוכים, ובהודאות והלואות דכשרים בי"ד בזה"ז הוא משום דשליחותיהו עבדינן.

וענין זה הוא מתקנת חז"ל ובדיני ממונות הוא מכח הפקר בי"ד, ובגיטין היכא דצריך בי"ד הוא משום אפקעינהו לקדושין, דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, כן כתב בבאר היטב ח"מ סי' א' בשם הרמב"ן והרשב"א ז"ל, וכן הביא בשם בס' נתיבות המשפט סי' א' סק"א יעו"ש. ולפי"ז לענין להתיר איסור של תורה היכא דאיתחזק איסורא, אין כח ביד בי"ד בקום ועשה, ולפי"ז מוכח דלענין איסורים לא בעינן הגדה לפני בי"ד, וכל אדם מקבל עדות זה, אבל עלינו למצוא מקור לזה: ונלענ"ד עפ"י מה דאמרינן במס' סנהדרין דגם בהודאות והלואות סגי בחד ולא סמוך, אי אמרינן לאו עירוב פרשיות, ובתוס' ד' ג' ע"א ד"ה ומדאורייתא חד נמי כשר כתבו דלמאן דאית לי' עירוב פרשיות, אי"צ לקרא דבצדק תשפוט למילף דבחד כשר, הרי פשוט להש"ס דהיכא דלא גלי קרא לכתוב אלקים, ממילא ידעינן דחד כשר לדון, ומעתה נאמר דגם לענין קבלת עדות מהני לענין איסורים, דהנה בנתיבות המשפט סי' ג' סק"ג העלה דבכל מקום שמותר לו לדון יכול לקבל עדות, ועושים כל מה שבי"ד יכולים לעשות, ומביא ראי' לדבריו מדברי הרשב"א בחי' לב"ק ד' צ' שכתב דיחיד מומחה יכול לדון עפ"י שני עדים, ולפי"ז נראה דלענין או"ה כל שרשאי לדון ולהורות יכול לקבל עדות, וכן נראה ממה שכ' הרמב"ן בפ"י על החומש בריש פ' שופטים דעת האומרים דלענין דיני נפשות בעינן קבלת עדות לפני בי"ד של כ"ג, דמזה מוכח דקבלת עדות צריכה להיות לפני מי שבידו הכח לדון ולהורות הלכה בענין זה, ולפי"ז באיסורים נמי ראוי להיות קב"ע לפני בי"ד שיכולים להורות בענין זה, ומעתה נאמר דגם באיסורים צריך קבלת עדות כבי"ד, כמו בעדות של דיני ממונות ועריות, רק דלענין איסור והיתר חד נמי כשר לבי"ד אם יודע להורות ובר הוראה הוא: ונלענ"ד דמה שדחה בס' ש"ש דברי הט"ז בס"י ל"ט שכתב דמה שאמר להמוכר חוץ לבי"ד לא מהני כלום, ולכן כשבאו אח"כ לבי"ד בב"א הוי חד לגבי חד, וכתב ע"ז בש"ש ש"ו פ"ח וז"ל ומשמע מדבריו דהגדת ע"א באיסורים נמי בעי בי"ד דוקא, ולא נהירא דנראה דע"א באיסורים לא בעי בי"ד, דהא ילפינן ע"א באיסורים מוספרה לה וספירתה לאו בפני בי"ד אומרת, וכן בע"א בהפרשת תרומה ושחיטה וטבל לאו בפני בי"ד, עכ"ל הצריך לנו, ולפי מש"כ י"ל דבאמת אין תלוי בזה בשם בי"ד, אלא הענין דעדות לא חשיבא אלא רק אם מגיד לפני מי שיכול להחליט עפ"י הגדת העד את בירור הדין, ומשו"ה באיסורים אם מעיד על ענין שהוא מסור לכל אדם, מהני גם עדות אם מעיד לפניו, אבל בענינים של איסורים שמסור רק לבי"ד, גם עדות בענין זה חשובה רק אם מעיד לפני בי"ד, ומשו"ה בענין הספירה של אשה, שעפ"י הרגיל הוא ענין פשוט המסור לכל, משו"ה מהני הגדתה לפניו, וכן לענין טבל ושחיטה אם אין בזה ענין ספק הוראה, אבל בענין האמור בשו"ע יו"ד לענין סירכא שאומר הקונה שהי' במקום המטרף, שהוראה זו אינה מסורה לכל, אין עדותו לפני המוכר חשיבא עדות גמורה עד שיוגש הענין לפני בי"ד, ולכן אם באו אח"כ לבי"ד בב"א הוי חד לגבי חד, ומה שאמר תחילה חוץ לבי"ד לפני המוכר אינו כלום.

וכן מורים דברי השו"ע שם כהט"ז, וכן משמע מדברי הש"ך דרק אם באו לבי"ד ביחד, ואמירתם חוץ לבי"ד אינו מגרע: אח"כ מצאתי בנתיבות סי' כ"ח סק"ז שכתב דבאו"ה גם במקום דבעינן שני עדים אין צריך הגדה בבי"ד יעו"ש: והנה ראוי עוד לבאר לענין קבלת עדות אם סגי לן בי"ד שיכול להורות או צריך בי"ד שיכול לכופ לקיים את הדין דהתוס' בריש סנהדרין כתבו דלענין כח כפי' ילפינן מקרא דאשר תשים לפניהם אלו כלי הדיינים, והובא דבריהם בקצוה"ח סי' ג' סק"א, דלפי"ז גם למ"ד יחיד כשר לדון בדיני ממונות, אבל לכפי' בעינן דוקא מומחים, וכן כתב הב"ח הובא שם בקצוה"ח, ובפשטות ראוי לומר דלענין קבלת עדות לא בעינן רק בי"ד שיכול להורות הדין, ולפי"ז לענין איסור והיתר, די ש כח להורות כל מי שבקי בהוראה יכול לקבל עדות, ואף אם נאמר דבי"ד המקבלים עדות צריך להם כל דין בי"ד, היינו גם לכח כפי' לקיים הדין, הנה נראה דגם לענין כפי' דילפינן מקרא דלפניהם דבעינן מומחים היה ג"כ דוקא בדיני המשפטים, כדכתיב ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם, אבל בדיני איסור והיתר כל ישראל יכולים לכופ לקיים דין תורה, וכמו דמוכח להדיא מסוגית הש"ס ב"ק ד' כ"ח ע"א דתניא התם מנין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרב בו לצאת וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור וכו', רב נחמן בר יצחק אמר בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירא והשתא איסורא, ופירש"י ז"ל איסורא, ורשאי להלקותו, ולהפרישו דהאי דינא לאו לנפשי' הוא.

עכ"ל.

וראיתי בענין זה בקצוה"ח סי' הנ"ל ובנתיבות דברים שאינה מתקבלים לי, דהקצו"ח כתב לפרש בהא דאמרינן במס' גיטין ד' פ"ח ע"ב דרב יוסף הוי מעשי אגיטא ואמר לי' אביי אנן הדיוטות אנן, ואמר לי' ר' יוסף אנן שליחותיהו קא עבדינן, מידי דהוי אהודאות והלואות, וכתב לפרש דמוכח ר"י מהא דכייפינן בהלואות למ"ד שעבודא לאו דאורייתא שהוא משום דהוי כמו לולב וסוכה, כמו, דאמרינן בפ' הכותב, דהיינו משום דלענין כפי' בעינן בי"ד, יעו"ש, ובנתיבות דחה דבריו וז"ל, גם מש"כ דאי שעבודא לאו דאורייתא והבי"ד כופים בעי בי"ד דוקא לכפותו, דבהדיוטות לאו בני עשווי נינהו, נלענ"ד דליתא כיון דדמי לעשה סוכה ואינו עושה דכופים לקיים המצוה כל אדם מצוה להפריש חבירו מאיסור, אפילו מי שאינו בכלל בי"ד, כדמוכח בב"ק כ"ח גבי נרצע שכלו ימיו דיכול רבו להכותו כדי להפרישו מאיסור שפחה.

עכ"ל, והנה אם נאמר כדברי הנתיבות הוא לגמרי נגד דברי תוס' דסנהדרין, וגם כמעט נגד סוגית הש"ס דגיטין הנ"ל, דהלא בכל דוכתא שבי"ד כופים הם כופים לקיים דין תורה, וכשאינו מקיים עושה איסור, וא"כ למה אמרינן במס' גיטין דרב יוסף שכפה ליתן גט היכא שמחויב כן, דהוא רק משום דשליחותיהו עבדינן, ובלא"ה אינו יכול לכופ ליתן גט, וגם דברי הקצוה"ח אינם מובנים, דמפרש דרק למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, דענין הכפי' מצד בי"ד ככפית עשית מצות סוכה ולולב, התם בעינן בי"ד מומחים, אבל למ"ד שעבודא דאורייתא דבי"ד יורדים לנכסיו מצד דין גזל, אז אי"צ בי"ד מומחים, ודבר זה תמוה, הלא כח גוביינא בע"כ של בעלים גם זה ענין כפי' הוא, וכיון דבעינן לכפי' מומחים, איך גובים בי"ד שאינם מומחים בע"כ של הלוה ונראה

דקצוה"ח מפרש דרק היכא שבי"ד באים לכוף את אדם לקיים דין התורה צריך מומחים, אבל למ"ד שעבודא דאורייתא שבי"ד יורדים להנכסים להעמיד את המלוה על זכותו שיש לו בהנכסים, אי"צ לזה מומחים, ויכול כל יחיד לירד להנכסים של הלוה ולהגבות למלוה, אבל גם זה דבר זר ורחוק, והתוס' דסנהדרין שחלקו בין כפי' לבין דין בלא כפי', כונתם מבואר בפשטות, והיינו דהוראת הדין למ"ד אין עירוב פרשיות או למאן דיליף מקרא דבצדק תשפוט, יכול יחיד לדון ולהורות ולומר חייב אתה ליתן לו, אבל לקיים את הפסק לגבות בע"כ של הבעלים זהו דין כפי', ובלא"ה הוא ענין שאי אפשר זה בלא זה, דהרי אם לא יהי' לבי"ד כח כפי', ע"י הכאה וכדומה, הלא אז אם ירצו בי"ד לגבות: ינקוט פזרא ולא יניחם: ולכן נלענ"ד דאף דלענין איסור מוכח להדיא מדברי הש"ס דפ' המניח דיש כח לכל אדם לכוף את חבירו להפרישו מאיסור, אבל בענין משפטי או בדבר שבערוה, אף שגם בזה עושה איסור מי שאינו מקיים דין המוטל עליו, מ"מ באיסור כזה לא ניתן הכח אלא לדיינים מומחים לכוף לקיים דין התורה ולאפרושי מאיסורא, וילפינן זה מקרא דאלה המשפטים אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות, ומשו"ה בהודאות והלואות לא מיבעיא למ"ד שעבודא מה"ת ובי"ד יורדים לנכסיו מטעם תורת המשפטים למלא את זכות המלוה שיש לו בנכסי הלוה, דאז ודאי בעינן מה"ת מומחים שזהו כפית המשפטים, אלא אפילו למ"ד שעבודא לאו דאורייתא, שכח כפית בי"ד בזה הוא משום מצות פריעת בע"ח, ככפית עשית סוכה ולולב, מ"מ בעינן בזה מומחים, כיון דבמצוה זו עיקר יסודה הוא ענין משפט, וחלוקה מצוה זו משאר המצוות שבין אדם לשמים, דהרי במצוה זו לא יהי' עד אחד נאמן אף לשיטת הסוברים ע"א נאמן באיסורים נגד חזקה ופטור על הספק וכדומה, וכמו שנתבאר בשע"ה, דגם לענין כפי' אינו כדרך שכופים אותו על שאר המצוות דלא בעינן שיאמר רוצה אני, אלא שיטול המלוה את החוב המגיע לו וממילא תתקיים המצוה, ומשו"ה בכפית מצוה זו בעינן דוקא מומחים משום דכפי' זו היא ענין משפטי אלא שע"י כח הכפי' שיש לכל אדם בכל דיני איסור והיתר לכוף לקיים דיני התורה, כ"כ יש כח לבי"ד מומחים לכוף לקיים משפט זה ע"י צד המצוה והאיסור שיש בזה, ועד"ז כופין ומעשין לגרש מי שמחויב לגרש ושם כופים עד שיגרש מרצונו ויאמר רוצה אני, ולפי"ז נראה דאף אם נאמר דלענין קבלת עדות בעינן שיגיד לפני מי שהיכולת בידו לכוף לקיים את דין התורה סגי לן בי"ד שיכול להורות באיסור והיתר, דמי שיכול להורות הוראה באיסור והיתר יכול גם לכוף, וכן בענין שאי"צ הוראה כלל שהוא ענין מסור לכל וכעובדא שהובא בגמ' פ' המניח שידוע לכל שמיצא לחירות הוא אסור בשפחה כנענית, יכול כל אדם לכופו ע"ז.

כנלענ"ד: ולענין מגבת רבית קצוצה שיוצאה בדיינים, שבארנו בשער ה' שהוא ענין מצוה, שלא כדרך מגבת חוב למ"ד של"ד, וכשכופים להחזיר הרבית בעינן שיאמר רוצה אני, יש להסתפק אם סגי בזה עד אחד כשאר איסורים, או בעינן דין עדות גמור כמו בדיני ממונות, וכן יש להסתפק אם צריך בי"ד מומחים לגבות רבית או סגי בכל בי"ד כמו באיסורים, והנה נראה דדין של חזרת רבית דומה למגבת כופר, לפי"מ דקיי"ל כופרא כפרה, ובמס' ב"ק ד' מ"א תניא ובעל השור נקי ר"א אומר נקי מחצי כופר, א"ל ר"ע והלא הוא עצמו אין משתלם אלא מגופו וכו' א"ל ר"א אין דיני אלאכשהמית עפ"י ע"א או על פי בעלים, עפ"י בעלים מודה בקנס הוא קסבר כופרא כפרה, יעו"ש.

ומשמע לכאורה דגובים כופר עפ"י עד אחד כדין איסורים וקיום מצוות, ולפי זה אין צריך בית דין מומחים, ולפי זה ה"י ראוי כ"כ לומר בדין מגבת חזרת רבית שיהי' בדין אחד ובע"א, אבל מהא דפסק בשו"ע יו"ד ס"כ קס"ט ובסי' קע"ז סעי' י"א, דבטענה וכפירה של חזרת רבית משבעינן היסת בכופר הכל, מוכח דהוי תביעת ממון כשאר טו"ת של ממון, אח"כ מצאתי בס' מנחת החנוך בפ' משפטים שכתב לענין כופר דבעינן ג' מומחים כשאר דיני חבלות, והביא דברי תוס' ריש סנהדרין ד"ה דיני ממונות, שכתבו דלמאן דס"ל דכשאין השור בסקילה משלם כופר, הוא בג' מומחים, והוי בכלל דיני חבלות יעו"ש.

ומזה מוכח דאף דכופרא כפרה ואינו יכול למחול, כמש"כ תוס' ב"ק ד' מ"ג ע"א ד"ה מאי לאו יעו"ש. מ"מ כיון דאיכא בזה הוצאת ממון הוא ככל דיני ממונות לענין בי"ד מומחים, ולפי"ז ודאי דבעינן עדות גמורה כמו בכל דיני ממונות, ובע"כ עלינו לתרץ מה דאמר ר"א אין דיני אלא כשהמית עפ"י ע"א, שע"י שתובע ע"א ולא ירצה לישבע ישלם, ורק אם כופרא בתם קנס לא ישלם כה"ג דהוי כמרשיע א"ע, כמש"כ בתוס' שם ד"ה מודה בקנס הוא יעו"ש.

ומוכח דאיכא חיוב שבועה בכופר אף אם כופרא כפרה, ולפי"ז צריך לחלק מהא דכתב הרמ"א בחו"מ סי' פ"ז במי שתקע כפו ליתן לחבירו מתנה והוא כפר דאין משביעים ע"ז עיי"ש. דהתם מטעם דאין שבועה על שבועה, עי' ש"ך שם שהביא תשו' מהר"ם דמוכח להדיא מדבריו דגם על תביעת, קיום שבועה בעינן שני עדים כשאר דיני ממונות ורק כתב דאף דכל היכא ששנים מחייבים אותו ממון ע"א מחייב שבועה, בנידון זה.

ע"א אינו מחייב שבועה משום דאין שבועה על שבועה, יעו"ש. וביאור ענין זה שאין שבועה על שבועה שהביא הש"ך סי' פ"ז ס"ק פ"א בשם תשו' מהר"ם ז"ל אינו מוכן כ"כ, דהרי הש"ך שם מבאר האי דינא דהתוקע כפו לחבירו לא נפטר משבועה, אינו משום דשבועה דלהבא קיל לאיניש משבועה דלשעבר, אלא משום דסברי דכל שבועת בי"ד היא בנקיטת חפץ, ולכן אינו נפטר משבועת היסת ע"י תקיעת כפו שהיתה בלי נק"ח יעו"ש.

ולפי"ז יש לדין דגם אם לא נתחייב ממון רק ע"י תקיעת כף, כיון שאם ה"י מודה או ה"י שנים מעידים ה"י משלם מהראוי להיות שאם כופר שיתחייב לישבע ובנק"ח, ואיך מיפטר ע"י תקיעת כף דמעיקרא, ובביאור הגר"א כתב ע"ז בזה"ל אע"ג דאם יש עדים על ת"כ חייב, כיון דאינו חייב רק לקיים הת"כ, הרי כאילו אינו חייב לישבע רק בת"כ והוא כבר נשבע ע"ז יעו"ש.

ונראה ביאור הענין דכיון דהחיוב הוא מחמת דין קיום השבועה, אם מטילים עליו לברר ע"י שבועה שאין עליו חיוב לקיים שבועה ראשונה, סגי שישבע עכשיו שבועה שיש בה חומר כשבועה ראשונה, דל"ד לכל שבועת בי"ד לענין ממון דשם הוא חייב לברר על עיקר חיוב ממון, אבל הכא אף שמחייבים אותו שבועה משום דנוגע לממון, אבל דין הממון בא בתולדה מחמת חיובו לשמים שלא יעבור על שבועתו, ואם יברר שאינו עובר על שבועתו, ממילא בטל דין ממון, ועל ברור זה שאינו עובר על שבועתו, סגי אם ישבע עכשיו שבועה שיש בה חומר כשבועה ראשונה, שאנחנו חושדים אותו שמא הוא

עובר, וכיון שאי אפשר לחייבו בשבועה בנקיטת חפץ, ממילא חזר הדין שכבר יצא בשבועה ראשונה, ופטור לגמרי מן השבועה, ושם בליקוט מסיק הגר"א די"ל עוד דנשבע ליתן לחבירו לא שייך כלל לדיני ממונות, יעו"ש, ולשיטתו צ"ל דיש חילוק בין מצות חזרת רבית לדין נשבע ליתן לחבירו, דברבית עיקר המצוה להחזיר הרבית, שהוא מצות נתינת ממון, ובשבועה עיקר המצוה לקיים שבועתו, וכמו שבארנו בשער ה' פ"ב: ומה שכתב הרמ"א בסי' פ"ז בהגה סעי' כ"ה דבדבר שעיקר התביעה משום איסור אין משביעים, כגון באומר קדשתיך, עי' ש"ך שם, אבל בכה"ג שתובע ממון מחמת שבועה או תובע כופר וחזרת רבית משביעים ע"ז, אף שעיקר הדין בזה מחמת מצוה, אבל כיון שיש בזה הוצאת ממון חשבינן שעיקרו משום ממון, משום דעיקר הדין שנוגע למעשה בזה הוא תשלום הממון וחשיב דין של ממון.

ובש"ש ש"ו פ"ד הביא דברי הר"ן בחידושי' לפ' ז"ב דלהעיד על פירות חבירו שהם מעשר שני אין ע"א נאמן, משום דכיון דמע"ש ממון גבוה הוא, חשוב הוצאת ממון מרשות לרשות, וכן כתב הר"ן בהלכות בקדושין פ' האומר ד' רל"ח בשם הרמב"ן ז"ל יעו"ש. ועלה לנו מכ"ז דלענין רבית וחייב כופר וכן חייב ממון שבא ע"י נדר ושבועה, צריך עדות גמורה ודיינים מומחים, וצ"ל דבתביעת חזרת רבית חשבינן למילתא דשכיחא דעבדינן שליחותיהו דקמאי, דאל"ה איך יכולים בי"ד דידן לדון בזה, ועשו זה כהודאות והלואות, משום דשכיח שבני אדם עוברים על איסור זה אף שהוא חמור, וכמו שדנים בדיני עריות וזנות, כנלענ"ד בענין זה: והנה מה שבארנו בזה עפ"י שיטת תוס' סנהדרין שכתבו דלענין כופר בעינן בי"ד של שלשה, אבל הרשב"א בחי' לב"ק כתב בשם הראב"ד בהא דאמרין שם ד' מ"א ע"ב, א"ל ר"א אין דיני אלא כשהמית אדם עפ"י ע"א או עפ"י בעלים, עפ"י בעלים מודה בקנס הוא קסבר כופרא כפרה, וכתב הראב"ד דלא גרסינן עפ"י בעלים מודה בקנס הוא דכופר אינו קנס, אלא גרסינן קסבר כופרא כפרה משום ע"א, דאי הוי ממונא בע"א אינו מחויב ממון, אבל כיון דכופרא כפרה אי לאו קרא דבעל השור נקי הי' מתחייב עפ"י ע"א, כמו שמביא חטאת עפ"י ע"א באומר לו אכלת חלב, הרי מפורש בדבריו דכופר אינו כדני ממונות לענין עדות, ולכאורה ענין זה שכתבנו במחלוקת הוא, ולשיטת הראב"ד גם ברבית שיוצאה בדיינים יהי' נגבה עפ"י ע"א אם אינו מכחישו כמו באכלת חלב, וגם אינו צריך עד כשר, אבל לפי"ז יהי' תימה גדולה על שיטת תוס', דהרי עכ"פ מוכח מדברי הש"ס דאם כופרא כפרה משלם עפ"י ע"א, דאף שהתוס' גרסי בגמ' הך קושיא עפ"י הבעלים מודה בקנס הוא, וע"ז מתרצינן כופרא כפרה, אבל עכ"פ מפורש בדברי ר' אליעזר שדינו שהמית עפ"י ע"א, ואי לאו קרא דבעל השור נקי הי' משלם כופרא עפ"י ע"א, לכן נלענ"ד די"ל דגם לשיטת תוס' חייב לשלם כופר עפ"י ע"א כמו באכלת חלב דחייב קרבן, אבל כ"ז הוא אם רוצה לצאת ידי שמים, היינו אם ציית הדין, אבל אם צריך לכופו ע"ז אין בי"ד כופים ע"י ע"א כיון שהוא ענין ממון, ואפשר דגם באכלת חלב שחייב קרבן הוא ג"כ הדין שיכולים בי"ד להורות שחייב להביא קרבן אבל צריך לכופו אין בי"ד כופים אותו רק ע"י עדים, שהוא ענין ממון, ואולי גם להראב"ד כן, דבאכלת חלב תנא אמרו לו אכלת חלב שהוא הדין לענין הנהגה לו לעצמו כנלענ"ד: פרק ו' עוד צריך לבאר באיסורים היכא דבעינן שני עדים כשרים, היכא דאיתחזק ולא בידו, אם מעיד עמהם

גם פסול אי אמרינן בזה נמצא אחד קרוב או פסול כולם בטלים, דהנה בתשו' רע"א סי' קכ"ד כתב לענין עדות אשה שמת בעלה, דכל הפסולים כשרים חוץ מגזלן, שאם גזלן מצטרף אם שאר עדים דלא בטלה עדות הכשרים, דפסול זה של נמצא אחד מהם פסול הוא רק כשאר פסולים, וכיון דלעדות אשה כשרים כל הפסולים, לא גרע פסול זה משאר פסולים, יעו"ש, לפי"ז הי' ראוי לומר בנידון זה דבעינן דוקא עדים כשרים, שיהי' הדין שיתבטל כל העדות, אם נמצא קרוב או פסול, אכן לפי"מ שכתב הגרע"א בתשו' סי' קכ"ה בשם הגאון בעל חוות דעת, דהיכא דלא בעינן שיעיד בפני בי"ד, לא שייך בזה דין נמצא אחד קרוב או פסול, והגרע"א ז"ל הסכים עמו בזה, יעו"ש, יש להסתפק בענין זה, דלפי"מ שבארנו גם באיסורים בעינן בי"ד, אלא דסוג הבי"ד באיסורים הוא, מי שיכול להורות בדין זה הבא לפני, לפי"ז יש לומר דגם בכה"ג שייך לומר נמצא א' קרוב או פסול בטל כל העדות, אבל כאשר דברי הגאון הנ"ל באו בקצרה ולא ראיתי הרצאת דבריו, וכנראה ענין זה תלוי בדין הגדה דהיכא דבעינן כל תורת הגדה אז שייך דין נמצא קרוב או פסול, לפי"ז י"ל דאף אם נאמר גם באיסורין לא נגמר העדות עד שיעיד בפני בי"ד וכמש"כ, אבל כיון דלא בעינן בזה כל תורת הגדה, י"ל דליתא בזה דין נמצא קרוב או פסול, אבל עדיין לא נתבאר ענין זה, איזו דינו הגדה בעינן באיסורים: ונראה לענ"ד עפ"י מה שיתבאר לקמן ביאור ענין דיני עדות שאינו רק בירור אמת ושקר, אלא שע"י כח העדים יקום דבר חדש ליתן כח בבי"ד לכופף את הנידון לקיים את דין התורה ובלי עדים אין כח ביד הדיינים לכופף, אף אם בעצמם יודעים את המעשה, כל היכא דלא קרינן בהו עפ"י שנים עדים יקום דבר, וכמו דלא מהני קדושין בלי עדים, לפי"ז נאמר כיון דלענין כפי' חלוק דין איסורים מדיני ממונות, דרק בדיני משפטים ילפינן מקרא דאשר תשים לפניהם דרק בי"ד מומחים יש להם כח כפי', אבל באיסורים כל אחד מישראל מחויב לכופף את חבירו בכל אופני כפיות לקיים דין התורה, וכמו שהבאנו סוגית הש"ס דב"ק ד' כ"ח, לפי"ז נוכל לומר דמה דילפינן מקרא דעפ"י שנים עדים או שלשה יקום דבר מקיש שלשה לשנים, הוא רק היכא שע"י העדים מתקים דבר חדש, אז אמרה תורה שאם נתערב בהעדות קרוב או פסול לא יתקים הדבר ע"י העדים, אבל היכא דליכא קיום דבר חדש ע"י העדים, רק בירור האמת לחוד, בכה"ג לא אמרה תורה שלא נאמין הכשרים מחמת תערובות הגדת פסולים, ומשו"ה י"ל דבדיני איסור והיתר, ליכא דין זה של נמצא אחד מהם קרוב או פסול שיהי' בטל כל העדות כיון דליכא בזה ענין עדות לקיומו של דבר, ואי"צ עדים רק לברר האמת וכל מי שיודע האמת אי"צ לעדים ועל נאמנות של עדים לא אמרה תורה שלא להאמין עד הכשר מחמת הגדת עד פסול, ובפשטות מוכח כן מהא דכתב הרמ"א בסי' קכ"ז ביו"ד דשני אחים הם כעד אחד, ומשמע שהוא בענין דבעינן שני עדים לענין איסורים, ובכ"ז נשאר מעדותם עד אחד, ואם הי' באיסורים דין נמצא קו"פ, הלא בשני אחים אם כונו להעיד בטל כל העדות, אלא מוכח כמו שכתבנו דבדיני או"ה ליכא דין זה של נמצא קרוב או פסול שבטל כל העדות: ולפי"ז בנידון מה שכתב הגרע"א ז"ל בתשו' הנ"ל לענין עדות אשה דלא נגרע העדות אם נצטרף הפסול עם הכשר, משום דכיון דכל הפסולים כשרים, יש לדון בזה הרבה, דהרי גם סברא זו לומר שמחמת הפסול נפסל גם הכשר, הוא ג"כ נגד השכל, שיומשך איזה פסול על הכשר ע"י הצטרפותם בהגדה או בראי', והדברים מסתברים



עפ"י מש"כ שהוא רק על קיום הדבר של בי"ד אמרה תורה שמחמת הגדת הפסול נגרע כח בי"ד בענין זה, ולפי"מ שפסק הרמ"א בסי' י"ז סעי' ל"ט דגם לעדות אשה צריך בי"ד כשר, וז"ל והבי"ד צריכים להיות ג' כשרים ולא קרובים זה לזה ולא לעדים.

עכ"ל, וכן העלה הב"ש שם דבעינן בי"ד גמור בין לקב"ע ובין לענין הוראת הדין, עיי"ש, וכן העלה הגר"א שם ומסיק בזה"ל ואף דאקילו בעדות היינו משום עיגונא כמ"ש ברפ"י שם, משא"כ בבי"ד אוקמוה אדינא דאורייתא, שהרי יש בה ד"נ או ד"מ,, ואף דרישה וחקירה צריך לר"ע ור"ט, כיון דליתא משום תקנת עגונות, אבל לעד מפי עד כשר, אעפ"י שלא נחקר העד הראשון דשם שייך משום עיגונא, ועצ"ש.

עכ"ל, לפי"ז גם בעדות אשה יש לומר דהעד המעיד מועיל לקיומו של דבר לחדש כח אצל בי"ד להתיר אשה זו, אלא שהקילו חז"ל משום עיגונא, שיהי' הכח נגמר גם עפ"י הגדת אשה וקרוב ובע"ד, אבל אם מצטרף בהגדה מי שפסול להעיד לעדות אשה, לענין זה הדר לדין תורה שתערובות הגדה של הפסול מגרע כח בי"ד, ומש"כ בס' בית מאיר בסעי' ט' דכל היכא דאחד כשר לא שייך לאקושי שלשה לשנים, אינו נראה טעם הגון דהרי לענין ע"א לשבועה ג"כ קיי"ל דקרוב או פסול מבטל כל העדות ובתשו' נוב"י אהע"ז סי' מ"ה הוכיח דלא אמרינן בעדות אשה דין נמצא קו"פ, מהא דלא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דבעדות שמת בעלה נוגע תמיד לענין נחלה שאין מורידים לנחלה ע"פ, ובירושלמי תלה דין זה של עדות שבטלה מקצתה לדין נמצא קרוב או פסול, וכמו שהביא הרא"ש ספ"ק דמכות, ומסיק בבירור גמור דליתא בעדות אשה דין נמצא קו"פ, והנה אף כי ראי' זו יש לדחות דלענין זה ודאי הקילו חכמים משום עיגונא, דאל"כ לעולם לא יהני העדות גם להתיר האשה, אבל כיון שכל הגאוני עולם, הנוב"י, והב"מ הגרע"א והנתיבות נקטו כן, ודאי כונו אל ההלכה, אבל לא נתבאר היטב הטעם בזה והנה מצאתי בס' ברית אברהם סי' ל"ד אות ז שכתב בזה עפ"י דברי הירושלמי שהובא בתוס' סוטה ד' ל"א ע"ב ד"ה הא חז בזה"ל וז"ל, ומסיק נמי התם דבעדי טומאה לא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה מפני שרגלים לדבר.

עכ"ל.

ונלענ"ד בכונת ענין זה, דמה שהאמינה תורה ע"א בסוטה אין זה כדרך נאמנות עדות באיסורים, דעכ"פ הוא ענין דבר שבערוה, אלא דבענין זה האמינה תורה להעד שמעיד על טומאה, שעיי"ז יש לבי"ד ענין הוכחה וגלוי מילתא על הטומאה, ודין עדות שבטלה מקצתה לא נאמר רק בדיני עדות, אבל על ענין הוכחות שכליות, שרואים בי"ד על בירור האמת, ודאי דלא שייך בזה שע"י התערבות הוכחה בדוי', שיוגרע בזה ענין ההוכחה של האמת, ויהי' ביאור דברי הירושלמי בזה, דמשו"ה לא אמרינן בטלה כולה בעדי טומאה, מפני שעכ"פ יש בזה רגלים לדבר, ועיקר נאמנות העד בטומאה הוא לחזק את הרגלים לדבר, ולפי"ז י"ל כ"כ בעדות אשה דהאמינו חכמים לכל הפסולים ועמפ"ע הוא שלא בתורת עדות, אלא בתורת הוכחה ורגלים לדבר משום דאשה דייקא ומינסבא, ולכן נאמר דאף אם צריך בזה דין בי"ד לדון עפ"י הוכחת העד המעיד, ור"ט ור"ע הצריכו גם דרישה וחקירה הוא רק על בירור האמת אבל עכ"פ אין זה עפ"י דין עדות, ולפי"ז אם נאמר דגם בזה מתחדש כח בי"ד לדון ולהורות, וכמש"כ הגר"א ז"ל דלענין

בי"ד אוקמוה אדין תורה אבל לא ע"י עדים רק ע"י התגלות ראיות והוכחות, ואפשר לומר דמתקים בזה ענין של תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, מה שהבי"ד רואים אמת הענין עפ"י ראיות והוכחות שכלוית, וכעין שמצינו בעדי יחוד שאמרינן הן הן עדי ביאה, ומשו"ה לא שייך בנידון כזה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא פסול של נמצא אחד קרוב או פסול: ולפי"ז מתורץ היטב מה שהקשה בתשו' רע"א סי' קכ"ד בדברי הר"ן פ"ק דגיטין לדון בקרוב שהביא גט אשה שכתוב בו גם נכסים ואומר בפ"נ, אם בטלה עדותו גם לענין גט האשה, משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, והרי גם בגט כל הפסולים כשרים להעיד בפ"נ יעו"ש שנשאר בצע"ג, והנה לענין בפ"נ נתבאר בתשו' רבי"ש סי' ר"מ לענין עדות בפ"נ עפ"י כתב, שהעלה שם דלענין בפ"נ צריך כל דיני הגדה, והקילו חכמים רק להכשיר בעדות זו כל מי שכשר להיות שליח להביא, וכן פסק הרמ"א אע"ז סי' קמ"ב, ובס' בית מאיר באר ענין זה בטוב טעם משו"ה שפיר יש לדון בזה דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה דמש"כ הגרע"א ז"ל לפרש בדין נמצא קו"פ, הוא שמתפשט הפסול על כל העדים, הוא דבר זר ותמוה אלא שגזיה"כ הוא להחשיב כל ההגדות להגדה אחת, ותערובות פסול מגרע כולה, ומשו"ה שייך לדון גם בעדות של בפ"נ אבל בעדות אשה לא בענין כלל דין הגדה, אלא הוכחה ובירור לא שייך ענין זה כלל, וזה נכון, ואף שהר"ן בפ"ק דגיטין סובר דמהני בפ"נ עפ"י כתב, מ"מ י"ל דבכלל הענין הוא כמש"כ: ועפ"י מש"כ דברי הנוב"י מ"ק סי' מ"א נכונים ומסתברים מש"כ לחזק דברי הב"ש בשני עדים שמכחישים זא"ז בחקירות דמ"מ ע"א אומר אמת, שהקשו עליו דבדיני ממונות פסק הרמ"א היפוך זה, דכתב בשני עדים המכחישים זא"ז בטלה כל העדות, ולא מהני אפילו לחייב שבועה, וכתב הנוב"י דשאני דיני ממונות מעדות אשה דשם בענין עדות דוקא, ומשו"ה כל שבטל דין עדים לא מהני, אבל בעדות אשה לא בענין עדים כלל רק שנדע אמיתת הענין שמת בעלה, ולענין בירור האמת אינו מגרע התערבות של עדי שקר יעו"ש שבס' בית מאיר באהע"ז סי' י"ז סעי' ח' הקשה ע"ז דהרי גם לענין דיני ממונות אמרינן לא איברו סהדי אלא לשקרא, ודוקא גיטין וקדושין אין להם קיום בלי עדים, יעו"ש, ולפי מש"כ האמת כדברי הנוב"י שבדיני ממונות אין כח לבי"ד רק ע"י עדים ומה דאמרו בגמ' דבמון לא בענין עדים לקיום הדבר הוא רק לענין קיום הדבר בתחילה ע"י הבעלים, כמו שהובא בגמ' על חלוקת השותפים, שהחלוקה קיימת אם חלקו בלא עדים, ובקדושין לא מהני הקדושין בלא עדים אבל לענין בירור האמת אצל בי"ד, שוה דיני ממונות לקדושין, אבל בעדות אשה שמת בעלה הקילו חכמים שלא להצריך עדים וסמכו על הוכחת רגלים לדבר עפ"י ע"א ועמפ"ע ונכרי מסיח לפי תומו, וכל שאין אנו דנים עפ"י דין עדות רק מחמת הוכחות לא שייך בזה דינים הפוסלים בדיני עדות: וכן מצאתי בס' ש"ש ש"ז פ"א שכ"כ דמה שהמינו חכמים אשה ועבד לעדות מיתה אינו בתורת עדות אלא בתורת אומדנא, ומשו"ה בפסולים הלך אחר רוב דיעות, ועד כשר נגד מאה פסולים הוא כמע"מ, יעו"ש שמתרץ בזה מה דתנן דשבועת העדות אינה נוהגת בנשים, ורב פפא אמר דהכל מודים בע"א במיתה, והוא דבעד כשר במיתה כיון שהוא עד כשר ומועיל עדותו משו"ה חייב קרבן שבועה, אבל בפסולי עדות שנאמנים שלא בתורת עדות רק משום הוכחה ליכא דין קרבן שבועת עדות, עיי"ש.

אבל מה שמסיק לדמות להא דאמרין בירושלמי והוא עד לאפוקי אומר הרי אתה מקובל עלינו כשנים משום שאינו עד, קשה דלפי"ז גם בעד כשר לענין עדות אשה מה דמהימן, אינו מדין שנים עדים, אלא מטעם הוכחה ורגלים לדבר, אלא כיון דתורת עד עליו ומועיל בהגדתו, כ"כ ראוי בעד כשר לענין ממונות שמהימן כבי תרי מחמת שקבלו עליהם להתחייב בקרבן שבועה.

אח"כ מצאתי בתשו' רע"א ז"ל סי' קע"ט שהקשה כן ומתרץ כיון דמ"מ חכמים האמינו ושם עדות עליו, ובקבלו עליהם אינו כשנים אפילו מדין חכמים, יעו"ש. וחילוק זה אינו מובן כ"כ, דמ"ש אם חכמים האמינו או בע"א כיון דבשניהם אינו מדין עדות עפ"י דין תורה, ונראה די"ל דהיכא שקבלו עליהם הבע"ד קבלתם גרמה להועיל להנאמנות, אבל בע"א במיתה עכ"פ כל הענין נעשה עפ"י הגדת העד.

אכן לפי"ז נאמר דאיכא נפ"מ לדינא גם בעדות אשה אם נמצא קו"פ, דאז אף דמהימן הכשר, הוא רק בתורת הוכחה ואומדנא, ואם שנים פסולים יכחישוהו ניזיל בתר רוב דיעות ובעד כשר הוי כמע"מ, וכן יש לדון לענין כל מקום שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים לשיטת הפוסקים שהוא דוקא בעד כשר, יעו"ש באהע"ז סי' י"ז סעי' ל"ח וצ"ע: ובעיקר הדבר בהא דחייב קרבן שבועה בע"א במיתה, אף דאינו נאמן רק מדרבנן, נלענ"ד לבאר ענין זה במובן אחר שלא כמו שבארו הגאונים הנ"ל, דהנה הדברים מסתברים דעד כאן אינו חייב קרבן שבועה, אלא אם העדות של העד מועיל לחייב ממון עפ"י דין תורה, אבל אם אינו מועיל רק מדרבנן ומה"ת יזכו הבע"ד משום הפקר בי"ד, שלפי"ז הגדת העד אינו רק בגדר גרם, כל כה"ג אין זה בכלל עדות של תורה, אמנם בעד כשר שמעיד בעדות אשה, י"ל דכל היכא ששנים מעידים על ממון, כ"א מועיל לפי חלקו, וכמו שפירש"י בכתובות לענין נכי ריבעא דממונא אפומא דחד, דעפ"י שנים עדים אמרה תורה חציו על פיו של זה, וחציו על פיו של זה וכמו שיתבאר ענין זה לקמן, ומ"מ חייבים שניהם בקרבן, אם יצטרף חלקו עם השני לחייב ממון בפועל, והנה בעד כשר שמעיד בעדות אשה, שהקילו חכמים להאמינו משום עיגונא, יש לומר דמה שהקילו הוא רק על דין ההצטרפות, היינו שמה שמועיל חצי עדותו הוא מה"ת, ומה שחסר החצי האחר הוא משום עיגונא, ומשו"ה י"ל דבכה"ג הכל מודים שחייב שבועה, דלענין עדותו של זה אין נפ"מ אם חצי השני נעשה ע"י הצטרפות של עד שני או ע"י תקנת חכמים וחייב מחמת חלקו אם רק יצטרך להוראת דין בפועל, אבל בנידון הירושלמי שמקבלו לשנים אין כאן חלוקת חצאים, אלא רק ע"י קבלת הבע"ד יצא הדין ומשו"ה פטור מקרבן: ולפי"ז נתבאר לנו דבעדות אשה ובסוטה ליכא דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא דין נמצא אחד קרוב או פסול מטעם אחר, משום דהנאמנות אינו בתורת עדות אלא בגדר הוכחה ורגלים לדבר, ולכן אף דבעינן בי"ד גמור לא שייך בזה כללי דין עדות, אבל בנוגע לאיסורים היכא דבעינן דוקא עדים כשרים, ה"ל מקום לומר דגם דין נמצא אחד מהם קרוב או פסול שייך בזה, ורק י"ל כיון דשם לא בעינן דין בי"ד וכל מי שבידו להורות מקבל העדות, משו"ה ליכא שם דין זה, וכמש"כ לעיל, ונאמר דדוקא בהצטרף שני ענינים יחד, דין עדות ודין בי"ד, אז איכא כלל זה של ביטול עדות ע"י התערבות הגדה פסולה, והיכא דחסר פרט אחד מזה ליכא דין זה אמנם קשה לפי מה דפסקו האחרונים באהע"ז סי' י"ז בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג דלא תנשא

משום דהוי הכחשה בחקירות, ע"י ח"מ שם ס"ק כ"ט דפסק כן להלכה דלא עדיף מד"מ דהכחשה בחקירות בטלה כל העדות, וכן העלו רוב הפוסקים האחרונים, ע"י פ"ת שם, וכן איתא בירושלמי יבמות פ' האשה שלו', דלר"י ור"ש דאמרו בצרות אחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג ינשאו, מודים בעדים, מה בין צרה לעדים לא עשו דברי צרה אצל חברתה כלום, והנה בהא שבדיני ממונות בהכחשה בחקירות בטלה כל העדות כמש"כ הב"י והסמ"ע דאפי' שבועה אי"צ, כתב הגרע"א ז"ל בתשו' סי' פ"ז בטעמו של דבר דלא חשבינן בזה כע"א כשר וע"א משקר, משום דהוי כנמצא אחד מהם קרוב או פסול דבטל כל העדות יעו"ש.

ולפי"מ שהעלינו דבעדות אשה לכו"ע ליכא דין נמצא קרוב או פסול משום דכל הנאמנות בעדות אשה הוא בגדר אומדנא והוכחה ולא מתורת עדות, לפי"ז קשה מפני מה בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג לא תנשא, הלא עכ"פ איכא ע"א: ונראה לענ"ד די"ל דמה"ט גופא שבעדות אשה כל כח התרה הוא משום הוכחה ורגלים לדבר, מה"ט מיגרע גרע עוד מדיני ממונות, דהנה בלא"ה הטעם שכתב הגרע"א אינו מובן כ"כ דהרי בתוס' ב"ב וסנהדרין כתבו בחד תירוץ דבהכחשה לא אמרינן נמצא אחד קרוב או פסול בטלה העדות, אלא הוא גזיה"כ בדיני העדות שאם מכחישים זא"ז בחקירות שמתבטלת העדות, ובדיני ממונות דאי"צ חקירה י"ל כיון דהחקירה היתה שלא עפ"י הצרכת תורת העדות אינה מגרעת העדות, וזה יש לומר שהוא טעם הסוברים דבד"מ אין הכחשה בחקירות מגרעת דין העדות, ע"י תשובת רע"א שהביא שיטת הרמב"ן דסבר כן, ושיטת הרמב"ם והשו"ע דפסקו דהכחשה בחקירות פסולה הוא דסברי דכיון דמדין תורה גם ד צריך חקירות רק שהקילו חז"ל שלא להצריך לכתחילה, אבל אם מכחישים זא"ז, בכה"ג לא הקילו וחזר הדין לדין תורה, אבל עכ"פ הוא דין מיוחד בדין עדות, ובדין עדות אשה שהוא מטעם הוכחה ורגלים לדבר, י"ל דהיכא שמכחישים זא"ז בדבר שהוא שייך לענין עיקר העדות, אז ליכא הך רגלים לדבר, דכיון דמכחישים זא"ז אז נגרע כל הנאמנות דאולי שניהם משקרים, או אמרי בדדמי, ורק בצרה אמרו ר"י ור"ש לא עשו דברי צרה אצל חברתה כלום, ולחד מ"ד אליבא דר"מ שאני אחת אומרת מת ואחת אומרת לא מת, מאחת אומרת מת ואחת אומרת נהרג, משום דבכה"ג מוכח דאמרי בדדמי, ע"י תוס' יבמות ד' קי"ח ע"א ד"ה דכל לא מת וכו', ומה"ט י"ל דגם למאן דפסק בדיני ממונות הכחשה בחקירות כשר, דבדין עדות של תורה אין שום הוכחה או חשש משקר מבטלים דין העדות רק בדין תרומה וכה"ג, אבל היכא שעיקר הנאמנות הוא מחמת הוכחה, חשש של משקר או חשש בדדמי מגרעת ההוכחה של הנאמנות, וראי' לזה מהא דאין נאמנות הני חמש נשים שחשדינן למשקר מחמת שנאה, ובדיני ממונות שונא כשר לעדות, שהטעם בזה דכמו דמיגו נגד עדים לא מהני, שאין הוכחה ובירור דעלמא מגרע כלום מדיני הגדת עדות, כ"כ חשש משקר של שנאה אינו מבטל כח העדות.

אבל היכא שהנאמנות מחמת הוכחה, חשש של משקר מחמת שנאה מגרעת ההוכחה של מה לו לשקר או אין אדם חוטא ולא לו וכה"ג, ולכן נלענ"ד שהטעם בעדות אשה בע"א אומר מת וע"א אומר נהרג דאמרינן בירושלמי דר"י ור"ש מודים לר' מאיר דלא תנשא, הוא מטעם שכתבנו, שלא מטעם שכ' הח"מ שהוא דומה לדיני ממונות: והא דפליגי ר"ע ור"ט בסוף מס' יבמות אם בודקים עדי נשים בדרישה וחקירה ומוקי בגמ' דפליגי אי

דמיא לדיני ממונות משום הכתובה דצריכה נגבות, או דמיא לדיני נפשות דהיתר אשת איש לעלמא כדיני נפשות, דמשמע לכאורה דנאמנות בעדות אשה הוא ככל דיני עדות, הנה בלא"ה קשה מאד כיון דאשה ועבד נאמנים, וכן עד מפי עד, וגם משיאים עפ"י כתב דאקילו רבנן בעדות אשה, והכא סובר ר"ט דצריך דו"ח כדיני נפשות, ונראה דמה"ט יש מפרשים דזה קודם שהוחזקו להיות משיאים עפ"י ע"א, הובא בחי' הרמב"ן יעו"ש.

ובחי' הרשב"א שם הביא בשם הרמב"ם וז"ל והרמב"ם ז"ל כתב אין בודקים עדי נשים בדרישה וחקירה שלא אמרו חכמים בדבר להקל אלא להחמיר משום התרת עגונה, וזה תימה שלא הוזכר הטעם הזה בגמ' כלל, יעו"ש שהאריך בקושיא זו, ועפ"י מה שהביא הרמב"ן היש מפרשים, י"ל דגם הרמב"ם סובר כן, ולכן כלל הרמב"ם בסוף ה' גירושין מה דאי"צ דו"ח עם שאר הבדלים שבין עדות אשה לכל עדות שבתורה.

אח"כ מצאתי בס' קרבן נתנאל על הרא"ש שכתב כן לתרץ דברי הרמב"ם, אבל הקשה מ"מ למה לא הביא הטעם שאמרו בגמ', ולפי מש"כ ל"ק דאף אם מדיני עדות אי"צ דו"ח, יש מקום לומר דרק בשני עדים כשרים שמעידים בעדות אשה מהאי טעמא דמדמינן לדיני ממונות, אבל בע"א או אשה ועבד שמעידים, דנאמנים רק משום הוכחה שלא בתורת עדות, הי' מקום לומר דבעינן דו"ח לחזק כח הברור, וע"ז מסיק הרמב"ם בפ"ג מה' גירושין ה' כ"ח שלא אמרו חכמים להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה, היינו כיון שבשני עדים כשרים אי"צ דו"ח מה שהקילו חכמים בע"א וכדומה לא באו רק להקל ולא להחמיר בדו"ח יותר מבעדים, והוא דבר נכון בביאור דבריו ז"ל פרק ז כתב הרמב"ם בפ"ג מה' נזירות ה"ט מי שהיו שתי כתי עדים מעידים אותו, אלו מעידים שנזר שתיים ואלו מעידים שנזר חמש הרי זה נזיר שתיים שבכלל חמש שתיים והרי כולם מעידים בשתיים עכ"ל.

והקשה בס' לחם משנה אף דמשנה סתים כן דפליגי ב"ש וב"ה בשני כתי עדים, אבל בגמ' אמרינן שם דמתני' דלא כהאי תנא, דלרב"י בנו של ב"ב פליגי בכת אחת ולב"ה גם בכת אחת הוי נזיר שתיים, ובכה"ג בדיני ממונות פסק הרמב"ם בה' עדות כר"ש בן אלעזר באחד אומר מנה ואחד אומר מאתים דיש בכלל מאתים מנה, והי' לו לפסוק כן גם בכת אחת, ונשאר בקושיא, ובתומים סי' ל' סק"ז הקשה כ"כ קושיא זו, ותירץ דכיון דהאחד אומר שתיים וא' אומר חמש עכ"פ איכא הכחשה בבדיקות, ובממון דאי"צ דו"ח משום נעילת דלת, ובנזירות דלא שייך נעילת דלת בעינן דו"ח, ומסיק והא דצריך בעדי נזירות דו"ח צ"ל דגם שזו שייך הזמה דאם הי' נזיר ושתה יין חייב מלקות א"כ אף הזוממים חייבים מלקות, וא"כ בעינן דו"ח כדיני נפשות.

עכ"ל.

וכן כתב בתשו' רע"א סי' פ"ז יעו"ש ודבריהם תמוהים מאד כיון דבאיסורים לא בעינן דו"ח דרק בדיני ממונות אמרו משום דילפינן ממשפט אחד יהי' לכם, צריך מדינא דו"ח, אבל באיסורים אי"צ דו"ח, ומהיכי תיתי יהי' דין נזירות חלוק משאר איסורים, ומה דמסתעף מזה ענין מלקות אם עבר ושתה יין דחייב מלקות, לפי"ז גם במעיד על חלב ודם ג"כ אפשר לבוא לידי מלקות, ואיך אפשר שיתחייבו העדים אם הוזמו מלקות, הלא לא באו לחייבו מלקות קודם שעבר על נזרו, וכן מפורש ברמב"ם ה' נזירות פ"ט הי"ז

וז"ל נהג נזירות עפ"י ע"א ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים לוקה, אעפ"י שעיקר הנזירות בע"א עכ"ל, והוא כשיטתו דפסק בפט"ז מה' סנהדרין דאי"צ שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק, ולכן לא מצאתי בכדי לתרץ דברי הרמב"ם, וגם מה שכתב בס' אורח מישור על מס' נזיר לתרץ ולחלק בין מנה ומאתים לשתיים וחמש, ומדמה לאומר שתי מרדעות וא' אומר חמש דלא עבידא למיטעי, בכה"ג אין דבריו נכונים בזה, דרק היכא שמעידים על ראית מעשה יש חילוק בין שלש לחמש, וכן בא' בחודש כה"ג, אבל אם מעידים על שמיעה ששמעו מפי הנודר מה לי שתיים וחמש או שתיים ושלש, אח"כ מצאתי במפרשיהירושלמי שדחו דבריו ע"י בשירי קרבן שם, וכן מה שתירץ בשירי קרבן כיון דבדיני נפשות לא מפצרינן, ש"מ דהוי קצת ספק ומשו"ה הוי ספק נזירות להקל יעו"ש גם דבריו אינם מסתברים כלל, כיון דמהני להוציא ממון בכה"ג, ואיך אפשר שלא יהני לדין נזירות: וראיתי בס' המאירי למס' נזיר שם שכתב ג"כ דשאני נזירות מדיני ממונות, וז"ל מי שהי' שני כתי עדים מעידים אותו וכו' ואעפ"י שבדיני ממונות אחד אומר מנה ואחד אומר מאתים חייב במנה שיש בכלל מאתים מנה, בדין זה אינו כן, ואעפ"י שבגמ' אמרו לדעת ר' ישמעאל שאף בכח אחת נחלקו ב"ה לומר שיש בכלל חמש שתיים, יחידאה הוא וסתם משנה עדיף, ומ"מ יש פוסקים כן ומזו של דיני ממונות וכן שכ' ישמעאל אמר, עכ"ל הצריך לנו.

הרי שכתב ג"כ לחלק מדיני ממונות, אבל לא גלה לנו הטעם בזה: ונראה לענ"ד לומר בזה דעפ"י מש"כ לעיל דענין עדות באיסורים חלוק מעדות בדיני ממונות, דבממון אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר שמעדים מקיימים דבר חדש אצל בי"ד, כלומר דאף אם בי"ד יודעים המעשה עפ"י ראיתם אין להם כח לחתוך הדין רק ע"י עדים כמו שמוכח מדברי הרשב"א לענין יחיד מומחה שראה ביום שאינו יכול לפסוק דין עפ"י ראותו דבעינן עפ"י שנים עדים יקום דבר, לפי"ז נראה לי דלענין עדי צירוף עפ"י מעשים מחולקים דקיי"ל בדי"מ כר' יהושע ב"ק, דבזה יהי' חמור עדות באיסורים מבדיני ממונות, משום דענין צירוף עדות באחד מעיד על מעשה בפ"ע וא' מעיד על מעשה בפ"ע איך עדותם מצטרף לדבר שלם, הוא ענין נפלא, דממ"נ אם שניהם נאמנים הי' ראוי לגבות שני מנים בהלואה אחר הלואה, ואם אחד אינו נאמן אין כאן עדות כלל, ובנתיבות המשפט סי' קמ"ה סק"ב כתב בזה דבר זר ורחוק, ולענ"ד נראה דאף דלענין בירור האמת אין כאן רק ע"א על כל מעשה בפ"ע, אבל כיון שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, שהוא חצי דבר ע"פ של זה וחצי דבר על פיו של זה, כמש"כ רש"י בכתובות ד' כ"א ע"א ד"ה ונפקע מינה, יעו"ש, וכיון דלקיומו של חצי דבר סגי לן הגדת ע"א ואצל בי"ד נתקיים שני חצאים ונצטרף לדבר שלם, ונתקיים בהם עפ"י שנים עדים יקום דבר חצי דבר על פיו של אחד וחצי דבר עפ"י עד השני, אף דלענין בירור המעשים אין כאן בירור רק ע"א על כל מעשה ומעשה, ואין כאן שום הצטרפות של בירור שני עדים, ולפי"ז יש לומר דלענין איסור והיתר דלא נאמר שם ענין זה של קיום דבר אצל בי"ד, והיכא דבעינן שני עדים כמו היכא דאיתחזק היתירא או איסורא, הוא לענין בירור האמת דוקא, ובעדות מיוחדת על מעשים נפרדים דליכא בירור מעדות שנים לא יהני עדי צירוף, ובעיקר הענין של עדי צירוף בדיני ממונות ובדבר שבערוה יבואר עוד לקמן באריכות.

בס"ד: והנה ברש"י בסנהדרין ד' ל"א ע"א, דאמרינן שם אחד אומר בדיוטא העליונה ואחד אומר בדיוטא התחתונה אמר ר' חנינא מעשה בא לפני רבי וצירף עדותם, כתב בזה"ל וצירף עדותם, כר' יהושע בן קרח דתרווייהו מנה מחייבי ואע"ג דמכחשי בבדיקות כדר' יהודא, עכ"ל. וכן כתב בנמ"י שם כלשון רש"י ולכאורה אינו מובן דמה ענין דברי ר' יהושע לכאן, דהנה בגמ' אמרינן נהרדעי אמרי אפי' אחד אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן מצטרפים כמאן כריב"ק, אומר דשמעת לי' לריב"ק היכא דלא מכחשי אהדדי היכא דמכחשי אהדדי מי שמעת לי', אלא הוא דאמר כהאי תנא, דתניא אמר ר"ש בן אלעזר לא נחלקו ב"ש וב"ה על שני כתי עדים וכו' על מה נחלקו על כת אחת שא' אומר מנה וא' אומר מאתים שב"ש אומרים נחלקה עדותם וב"ה אומרים יש בכלל מאתים מנה, והטעם בזה אמרו הראשונים משום דתלינן בטעות בכה"ג דאיכא למיטעי ותרווייהו אחד מנה מסהדי, לפי"ז גם לרבנן דפליגי על ר' יהושע ומצרכי שיראו שניהם כאחד מצטרפי כה"ג, ומצאתי בהגהת רש"ש שם שעמד על דברי רש"י אלו: ונראה לענ"ד בביאור דברי רש"י והנמ"י דסברי דרק אליבא דריב"ק מהני בכה"ג, דהאי סברא דאמרינן עבידא למיטעי הוא רק למצוא אופן שאפשר דתרווייהו לא משקרי במזיד ותלינן שזה ראה מנה וזה ראה מאתים, שלפי מראה עיניהם זה ראה כן וזה ראה כן, וכל אחד מעיד באמת כפי שראה, ומה"ט פסק בשו"ע חו"מ סי' ל' דבמנה שחור ומנה לבן בעינן שהתובע תובע את שניהם, שיהי' באפשרות שהגדת כ"א יהי' אמת גם במציאות עפ"י טענת התובע דאל"ה אין העד השני מועיל כלום, ולקמן יבואר עוד ענין זה בס"ד, ומהאי טעמא לתנא דפליג על ריב"ק דמצריך שיראו שניהם כאחד לא מהני בא' אומר מנה שחור וא' אומר מנה לבן דהרי לא ראו כאחד, דזה ראה דבר אחר וזה ראה דבר אחר, דלו יהא שטעו בראיתם, אבל עכ"פ הלא לא ראו שניהם דבר אחד, דהרי הגדתם עפ"י ראייתם הוא ועכ"פ לא ראו ענין אחד, ורק אליבא דריב"ק דמהני הגדת ע"א להועיל לחדש אצל בי"ד חצי דבר והגדת עד שני על ענין אחר לחדש חצי דבר ובהצטרף אצל בי"ד שני חצאי דבר מתקיים הכתוב עפ"י שנים עדים יקום דבר, היינו חצי על פי עד זה וחצי דבר על פי עד השני, אבל למ"ד דבעינן שיראו שניהם כאחד, בכה"ג ג"כ לא ראו שניהם דבר אחד, ועל כל ראי' איכא עד אחד לחוד: ועפי"ז נלענ"ד דבאיסורים היכא דבעינן שני עדים לא יהני עדות מיוחדות משני מעשים נפרדים, וכן לא יהני גם במעידים על זמן אחד ומעשה אחת היכא דמכחישים זא"ז בבדיקות כגון בנזירות שא' מעיד נזר שתיים וא' מעיד נזר חמש אף דעבידא למיטעי בכה"ג, אבל עכ"פ אינם מסייעים זה לזה שיהי' חשובים כשני עדים לעניןבירור האמת, ועפי"ז דברי הרמב"ם מובנים היטב דפסק כסתם משנה דנזיר דב"ש וב"ה פליגי בשתי כתי עדים ודלא כר' ישמעאל ב"ב דסבר דגם בכת אחת סובר ב"ה דיש בכלל חמש שתיים, ובד"מ פסק כרשב"א דמצטרפים עדותם גם בכת אחת דשאני דיני ממונות מאיסורים כמש"כ, וכמו שהבאנו דברי המאירי שחלק דיני ממונות מדין נזירות: והנה ראיתי בב"י אהע"ז סי' י"א דהוכיח דכי היכא דמצטרפי לעדות ממון מצטרפים לענין איסור לדידן דקיי"ל כריב"ק, דאפי' ראו זה אחר זה מצטרפים, מהא דמוקי בפ"ב דכתובות ד' כ"ו ע"ב דפליגי רשב"ג ור' אלעזר אם מצטרפים ב' העדים להאכילו בתרומה על פיהם, וקאמר דפליגי בפלוגתא

דריב"ק ורבנן, והרי אכילת תרומה איסורא הוא, אלא ודאי לריב"ק לעדות מילתא דאיסורא נמי מצטרפים עכ"ל.

ולכאורה הוא נגד דברינו, אבל כד מעיינין שפיר אין מזה סתירה כלל, דבאמת בכתובות שם אין שייך לפלוגתא דריב"ק ורבנן, אלא לפלוגתא דר' נתן ורבנן, דלר"נ שומעים דבריו של זה היום וכשיבוא חבירו למחר שומעים דבריו ורבנן סברי דבעינן שיעידו שניהם כאחד, דהרי התם שני העדים מעידים על דבר אחד, ידענא בל' דכהן הוא, רק שלא העידו יחד בב"ד, וכן כתב שם רש"י להדיא דרשב"ג ור"א בפלוגתא דר"נ ורבנן פליגי, ולענין זה מסתברים הדברים, דלענין איסורים לא גרע מעדות בדיני ממונות, ורק בנפשות גלי קרא דבעינן שיעידו כאחד, אבל לענין צירוף עדות דקיי"ל לריב"ק כשלא ראו כאחד דמצטרפים, יש חילוק בין דיני ממונות לאיסורים מטעם שכתבנו, ומדברי הב"י הנ"ל נתחזקו דברי, דהרי הב"י מסתפק בזה דאפשר לומר דאיסורים גרע מדיני ממונות, וממה שהוכיח אין ראי' רק לענין הגדות מיוחדות, אבל לענין ראיות מיוחדות אין ראי', ועפ"י מש"כ מצינו יסוד נאמן לחלק ביניהם, ובדיני אישות דילפינן דבר ממון, ודאי דמהני עדי צירוף כמו בדיני ממונות, ורק היכא דשייך לנפשות כעדי קדושין וגיטין אז לא מהני עדי צירוף והדברים נכונים בעזה"י, אבל כ"ז כתבנו לשיטת הרמב"ם ליישב דבריו, דמדברי הרמ"א חו"מ סי' ל' סעי' ו' מוכח דמצרפין עדות באו"ה יעו"ש.

והא דבעינן לענין נזירות שני עדים כשרים ולא סגיא בע"א כדין ע"א נאמן באיסורים, הנה לשיטת תוס' והרא"ש הוא משום דהוי נגד חזקה ולשיטת הראשונים דמהימן נגד חזקה, וכן כתב הש"ך בשיטת הרמב"ם, מיירי היכא דמכחיש, כמש"כ ברמב"ם בפ"ט מה' נזירות דבע"א אם הכחישו אינו חייב כלום ורק במסתפק חייב לנהוג נזירות, ואם נהג נזירות עפ"י ע"א ואח"כ שתה לוקח יעו"ש.

וכן כתב הר"ע מברטנורה על המשנה ז' בפ"ד דנזיר דמיירי שהוא אומר שלא נדר כלום יעו"ש: ועפ"ד יש לתרץ חומר הקושיא בהא דפסק הטוש"ע חו"מ סי' ל' דעדים המחייבים מנה ע"י צירוף אינם מחייבים שבועת התורה על השאר, יעו"ש בט"ז ובאחרונים שלא בארו דבר המתקבל בזה, במה גרע עדות של צירוף מעדות דעלמא, ועפימ"ש"כ י"ל דכיון דאמרינן בגמ' ב"מ ד' ד' דר' חייא יליף מק"ו מפיו וע"א, וק"ו זה הוא לענין נאמנות דע"י שנתברר על המקצת בעדות ברורה התחזקת תביעת התובע לחייבו שבועה על השאר, ובעדי צירוף ליכא ברור גמור משני העדים על המקצת, רק מתחייב על המקצת ע"י הצטרפות של קיום הדבר, ולענין לחייבו שבועה על השאר בעינן דוקא ברור גמור משני עדים לשיטת הטוש"ע, דלשיטת הש"ך דסגיא אם רק מתחייב עפ"י ב"ד, מהני גם עדי צירוף, וזה תלוי בשני סברות שכ' התוס' אם הוי כעין גלגול שבועה או משום התחזקות תביעת התובע כנ"ל: ובזה יתישב מה דנתקשו האחרונים לענין עדי חזקה דפסקו הטוש"ע דאם העיד ע"א על א' ג' ה', ועד השני על ב' ד' ו' דלא מהני עדותם, דכל אחד מעיד על ג' שנים שאינם רצופים, ואם מעידים ששה עדים, כ"א על שנה אחת, א' ב' ג' ד' ה' ו', מצטרפים לעדות, כאילו אחד מעיד על ג' שנים א' ב' ג', וע"א מעיד על ב' ה' ו', עי' בנה"מ סי' קמ"ה ובס' אבני מלואים בתשו' סי' ד', והנה לפי מש"כ י"ל, כיון דבעינן שיהי' חצי קיום הדבר עפ"י ע"א וחצי עפ"י עד



השני, הנה בכה"ג שע"א מעיד על א' ג' ה', עדיין לא נתהווה חצי קיום הדבר עפ"י עד זה, ומשו"ה אין מועיל עדותו לקיום הדבר, אבל בששה עדים מיוחדים, שכ"א מעיד על שנה אחת, הרי מועיל עדותו משל כ"א על חצי קיום של שנה אחת, אבל לענין בירור קשה לחלק בין אם מעיד אחד על מפוזרות לבין אם מעידים ששה עדים על שנים מיוחדות: פרק ח כתב הרמב"ם בפ"כ מה' איסורי ביאה הי"ג מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן ואין מעלים אותו לכהונה עפ"י עצמו וכו' עד שיהי' עד אחד, אבל אוסר עצמו בירושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים, ואם נשא או נטמא לוקה והנבעלת לו ספק חללה עכ"ל.

וכתב הרה"מ שם דאוסר על עצמו הוא משום דשוניהו לכל פסולי כהונה אנפשי' חתיכה דאיסורא, ואם נשא או נטמא לוקה מחמת שהחזיק עצמו בכהן שהוא נאמן על עצמו להחמיר, אבל האשה אינה לוקה על פיו, ובמשנה למלך כתב ע"ז וז"ל, דברי רבינו ז"ל צריכים ביאור, שסתם וכתב ואם נשא לוקה וע"כ בדהחזק כבר מיירי, וכמש"כ הוא עצמו לעיל בפ"א מ"ה אלו שמי שהחזיק בשאר בשר שורפים וסולקים על החזקות, אבל בלא החזק כבר כתב הוא עצמו בס' הנזכר דאין אדם לוקה ומת על פי עצמו, וכן נמי הוצרך שהחזיק ל' יום, אבל פחות מכאן לא, וכאן סתם הדברים, ובודאי שסמך על מש"כ לעיל דאין לומר שיהא לוקה אם לא החזיק, אלא שדברי ה"הקשים הם בעיני כפי זה שכתב והנבעלת לו ספק חללה וכו' ולפי מה שפרשנו דבהחזק מיירי נהי דאין האשה לוקה על פיו, ממה שהחזיק הוא עצמו בכהן, דמהני מה שהחזיק הוא לגבי דידי', מיהו זרעי' ליהוי חלל ודאי דברא כרעא דאבוה עכ"ל.

ובס' ש"ש ש"ו פי"א כתב להקשות כיון דהחזק בזה ל' יום למה לא תהני הך חזקה לכו"ע, כמש"כ הרמב"ם בפ"א מה' א"ב דאם החזקו ל' יום הורגים עלי' משום אשת איש, ומתרץ דהתם כשאמרו זה בעלי וזו אשתי החזקו אצל כל העולם בחזקת אשת איש, משו"ה הוי כאשת איש ודאי והורגים לאיש השוכב עמה, אבל כהן המחזיק עצמו בכהונה כיון שאין מעלים אותו לכהונה עפ"י עצמו, לכן אין בו משום חזקה אלא לגבי נפשי', משום דשויא אנפשי' חד"א מהני הך חזקה שלא יוכל לחזור ע"י אמתלא, משו"ה הוא לוקה, והאשה הנבעלת אינה לוקה, זה תו"ד שם.

ודבריו אינם מתקבלים אצלי כלל, דמה שייך לענין חזקה לחלק בין דידי' ולכל העולם, ואדרבה ראיתי בתשו' הרמ"א סי' ב' שרצה לדון להיפוך, דבהחזקה נדה בעלה לוקה עלי' והיא אינה לוקה מפני שיודעת בעצמה אמתת הדבר, ורק הוכיח אח"כ דהך חזקה מהני גם לגבי דידי' יעו"ש, אבל להיפוך אין מקום לחלק, והנה בעיקר ענין החזקה כנראה מפרש הגאון בעל ש"ש שהוא ענין חזקה שהחזק אצל העולם כעין איתחזק איסורא האמור בגמ', ומה"ט יש מקום קצת לומר דלא אתחזק האיסור רק לגבי דידי' שנתחזק לענין הנהגה שאסור לי' ולא לאחרני', אבל מדברי הרמב"ם שם בפ"א מה' איסורי ביאה ה"כ שכתב להוכיח על מעלת חזקה ממכה אביו, והוא עפ"י דברי הירושלמי בקדושין פ' עשרה יוחסין, דלכאורה הוא נגד הש"ס דידן פ"ק דחולין דילפינן מזה דאזלינן בתר רוב, אלא נראה דהרמב"ם מפרש שהירושלמי ותלמוד דידן אינם חלוקים בזה, והכל מטעם אחד הוא, וכמו דמצינו בגמ' חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו

וחזקה שאין אשה מעיזה פני' בפני בעלה שהוא ענין הוכחת רוב ואנן סהדי, שעפ"י הרגיל מוכח הענין שכך וכך הוא הוא רובא דליתא קמן, ורוב מעליא כזה מועיל גם להוציא ממון, ומזה נראה לי דהיכא דשויה אנפשי' חד"א דלא הוחזק הענין בתורת ודאי, רק דאסור עלי' לחוד דליכא שום הוכחה על עצם האי' אין לוקים עליו, ואף אם נאמר כיון דנתחזק הענין אז אין לנו לדון על סבת הדבר, ע"י איזה ענין נולדה הך חזקה, אבל כיון דמתחילה הי' שוברת עמה שלא הוחזק רק לגבי דידי' לחוד, איך יתכן שנחלק אח"כ לומר דלגבי דידי' מחזיקינן לודאי שיהי' לוקה ע"י זה, ולגבי אחרים יהי' היתר, ענין כזה הוא רחוק מן הדעת, ולא מצאנו כענין זה בש"ס ובפוסקים: והנה גם בעיקר הענין שנקט הש"ש לדבר ברור דבנאמנות ע"א שכתב הרמב"ם שהאיסור בע"א יוחזק, הוא רק אם נתחזק הענין כן שלשים יום, רחוק הדבר בעיני שישמיט הרמב"ם כל הענין ויסמוך עצמו על מה שכתב בה' נזירות, ולכן נלענ"ד לבאר שמכל ההוכחות שהביא הגאון הנ"ל אין כל יסוד לזה, והנה ראשונה מה שהקשה בס' ש"ש ש"ו פ"י על דכתב הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין אין צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק וכו' דאם מהני אמתלא בע"א האיך לוקים על עדותו, דכל היכא דמהני חזרה ע"י אמתלא אין לוקים על פיו, וכמו דמוכח מדברי הרמב"ן והרשב"א גבי הוחזקה נדה בשכנותי' בעלה לוקה עלי', שכתבו דלא מהני אמתלא דידה מדלוקה עלי' אלמא הנדה ודאי משוינן לה, ומחמת קושיא זו הוכיח דלא לקי רק בשהוחזק ל' יום, דאז לא מהני חזרה אף ע"י אמתלא, הנה לפי מש"כ הר"ן בתשו' סי' מ"ז דבע"א שהעיד על אשה שהיא זקוקה ליבם ואח"כ העיד להיפוך, אחרי שהביא ראי' מהתוספתא דכל שהעיד חוץ לבי"ד חוזר ומגיד, ואין חילוק בין דברים הצריכים להגיד בבי"ד או לא, הביא אח"כ ראיות דכל היכא דלאו אורחיהו דאינשי למידק יכולים הם לחזור ולהגיד, ומביא מהא דאמרינן בפ' גט פשוט אמר אביי אע"ג דאמור רבנן כיון שהגיד אינו חוזר ומגיד צורבא מרבנן לאו אורחיה' למידק, ועוד הביא מדברי הרז"ה שכ' שכל טעות שהעדים מצויים לטעות בה, נאמנים הם בעצמם ע"ז ואין בזה משום חוזר ומגיד.

ומסיק בזה"ל ובנידון שלפנינו ג"כ הדבר ברור דאיכא אינשי טובא דלא ידעי דעד מפ' עד סגיא בעדות אשה, ולפיכך לא מיקרי על זה חוזר ומגיד ובודאי לפי שמוטל על הכל כדי להוציא הדין לאמתו וכו' שלפי זה ראוי לבי"ד לדרוש ולחקור העד הראשון למה אמר בתחילה שהיא זקוקה ליבם, ואם נתן אמתלא לדבריו, על הדרך שכתבתי פשיטא דסגיא.

עכ"ל.

ומדברי הר"ן אלו הביא בש"ש פ"ט דע"א המעיד חוזר ומגיד ע"י אמתלא, ובאמת כל הרואה בדבריו יראה שלא חלק כלל בין ע"א לשני עדים, אלא כל שמעיד חוץ לבי"ד יכול לחזור ולהגיד אף בלי אמתלא, היינו שיכולים לומר מבודים היינו היכא דלאו אורחיהו למידק גם בשני עדים יכולים לחזור, וע"ז כתב שאם נתן אמתלא לדבריו שלא ידע הדין שעמפ"ע מהני בעדות אשה, פשיטא דמהני, וכ"ז גם בשני עדים, כן נראה ברור לכל מעיין בדברי הר"ן ועפ"י"ז נלענ"ד דאם ע"א מעיד לפני בי"ד באיסורים דינו שווה להגדת שני עדים, וכל היכא ששני עדים אינם יכולים לחזור ולהגיד, גם ע"א אינו

יכול לחזור ולהגיד, כן מוכח הענין משיטת הר"ן, וכן פסק בח"מ סי' כ"ט עפ"י דברי הר"ן אלו בשני עדים ג"כ: וכן נראה לענ"ד בענין דין אמתלא דאמרינן בגמ' דהיכא דנאמן מדין שויה אנפשי' חתיכה דאיסורא יכול לחזור ע"י אמתלא, דודאי נראה דעדים כה"ג אינם יכולים לחזור ולהגיד, שהכל תלוי עפ"י אומדן דעת, שאם רגיל איניש לשקר בבי"ד ע"י אמתלא זו מהני גם בעדים, אבל בשאר אמתלאות אין אדם מעיד שקר ע"י אמתלאות, ורק אם אין עדותו נוגע לאדם אחר רק לעצמו עביד איניש לשקר ע"י אמתלא, וכה"ג אמרינן לענין אב שאמר עבדיואח"כ אמר בני, דהרי גם בהוחזקה נדה כתבו האחרונים דאם אומרת אמתלא כזו שהוצרכה לעשות מעשה ולא יכלה לומר טמאה אני שג"כ נאמנת, אלא דמשו"ה לוקה דלא חיישינן להכי משום דרחוק הדבר שתברר באמתלא מתקבלת על הלב בענין זה, ובעדים ג"כ מציינו דאם אמרו אין אנו יודעים ונתנו אמתלא חוזרים ומגידים כמש"כ הרמ"א בחו"מ סי' כ"ט בהגה, יעו"ש, ועוד נראה לי דאף אם נאמר דע"א יכול לחזור ע"י אמתלא אפשר דלוקים על פיו, שכ"ז שלא חזר מעדותו אין אנו חוששים שמא יחזור, וכמו שאין חוששים שמא יבאו עדים אחרים ויכחישו אותו, ומה שמוכיח הרמב"ן והרשב"א בהוחזקה נדה בשכנותי' דלא מהני אמתלא דידה מדלוקה בעלה עלי', י"ל דלענין זה גרע לובשת בגדי נדותה מאמירה, דכיון דאפשר לתלות באיזו אמתלא אין זה חזקה, אבל אמירה כ"ז שאינה חוזרת מדבורה הרי דבורה קיים: והנה אחר שנתבאר דאין להוכיח מהא דלוקים עפ"י ע"א שיוצרך התחזקות שלשים יום, לכן מה שמביא הש"ש להוכיח כשיטתו מהא דכתב הרמב"ם בפ"ט מה' נזירות, וכן עד שאמר לאחד בפני נזרת בנזירות אם הכחישו אינו חייב כלום, ואם לא הכחישו נוהג נזירות על פיו וכו' נהג נזירות עפ"י ע"א ושתה יין או נטמא והתרו בו שנים לוקה, אעפ"י שעיקר הנזירות בע"א, עכ"ל.

ומזה הוכיח בש"ש דאם לא נהג עדיין נזירות עפ"י העד, אע"ג דהנדר חל תיכף עליו ואפילו בבית הקברות אין לוקים עפ"י ע"א, ומש"כ הרמב"ם בה' שגגות בפ"ב אמר לו ע"א חלב הוא ושתק וחזר ואכלו בשוגג מביא חטאת ואם התרו בו לוקה עליו אעפ"י שעיקר האיסור בע"א, ולא כתב לשון הוחזק, שסמך עצמו על מש"כ בפ"ט מה' נזירות, הנה מלבד הדוחק המורגש בזה לכל מעיין שישמיט הרמב"ם עיקר כזה וכמש"כ לעיל, הנה מהירושלמי שמזה הוא פסקי הרמב"ם מוכח להדיא שלא כדברי הש"ש, דבירושלמי פ"ח דנזיר איתא בזה"ל, מה דר' יוסי אמר פלוני אכל חלב והתריתי בו אינו לוקה, אמר לו אחד חלב הוא והתרו בו שנים לוקה, ועיקר עדותו לא בע"א הוא, מה דר' יודא אמר פלוני נזיר ונטמא התריתי בו אינו לוקה, אמר לו אחד נזיר אתה והי' נוהג בנזירות על פיו ושתה יין ונטמא למתים והתרו בו שנים לוקה, עיקר עדותו לא בע"א הוא, מה דר' מנא אמר פלונית כהנית וזנתה ובא עלי' בעלה כהן והתריתי בו אינו לוקה נסתרה בפני שנים אמר אחד מהם אני ראיתי שנטמאת ובא עלי' בעלה והתרו בו שנים לוקה ועיקר עדותו לא בע"א.

עכ"ל, ובדברי הירושלמי לא שייך לומר דסמך על מה שמסיק אח"כ להוסיף שנהג נזירות על פיו, דאם תנאי זה עיקרי הוא הי' צריך למיתני בדין הראשון, ועוד דהרי אמוראים מיוחדים הם, ר' יוסי אמר לענין חלב, ור' יודא אמר לענין נזירות, ור' מנא אמר לענין כהנית וסוטה, ובודאי שלא סמך ר' יוסי על ר' מנא ור' יודא, וע"כ נראים

הדברים מסתברים כמו שמפרש הרדב"ז על דברי הרמב"ם אלו, וז"ל נהג נזירות עפ"י ע"א וכו' זה מתבאר ממה שכתב לעיל כיון שנהג נזירות משמע שהודה לדברי העד או שנסתפק לו והוי כאילו קבל עליו נזירות ואם שתה יין או נטמא לוקה. עכ"ל.

וע"כ נלענ"ד שענין החזקה שכ' הרמב"ם שהאיסור יוחזק עפ"י ע"א הוא עפ"י עדותו, שע"י כח העדות נתחזק האיסור לאיסור ודאי ואם עבר אח"כ לוקה: ולתרץ דברי הרמב"ם שהבאנו בראש הפרק נלענ"ד שהוא עפ"י מש"כ לעיל בפ"ג לפרש דברי הרמב"ם שכ' דע"א שאומר אשה זו גרושה או זונה דנאמן להחזיק איסור, והוא משום דכיון דאשה זו לא נתחזקה לפנינו ה"ז כמעיד באיסור והיתר, וכל היכא דע"א נאמן גם ב"ד מהימן, ומהראוי להיות הדין במעיד על עצמו כהן אני שנאמן שיוחזק האיסור על ידו.

שאם ישא גרושה או יטמא ילקה, וכן ראוי להיות הדין שהנבעלת תוחזק לחללה ודאית, דהא דע"א אינו נאמן להאכילו בתרומה של תורה לשיטת הרמב"ם, כמו דמוכח להדיא מדבריו בפ"כ ה"א, דתרומה של תורה אינו אוכל רק כהן מיוחס שהעידו עליו שני עדים גם על היחוס, הוא משום דמעלים מתרומה ליוחסין, כמו שביאר דבריו במגיד משנה באורך יעו"ש, אבל מדינא הי' נאמן ע"א, ומה דלכו"ע אינו נאמן עפ"י עצמו, אף למ"ד אין מעלים מתרומה ליוחסין, הוא משום חשש משקר, וכמש"כ הרא"ש בפסקיו בפ' הנזקין וז"ל אינו נאמן לומר כהן אני להאכילו בתרומה, כדאמרינן בכתובות, דאפי' ע"א אינו נאמן להאכילו בתרומה היכא דאיכא למיחש לגומלין, כש"כ דהוא עצמו אינו נאמן, ואע"ג דעביד לגלויי, והיינו טעמא משום דהוי שבח כהונה וריוח מתנות כהונה לו ולזרעו לדורות, עכ"ל ונראה דחשש זה אינו פוסל לגמרי את העדות, רק שחכמים עשו להסתפק בעדות כזה לחוש שלא להאמינו, ולפי"ז במעיד על עצמו שהוא כהן, שלענין להחזיק איסור לעצמו בע"כ נאמן על עצמו, שמדין שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא, אדם נאמן על עצמו לעולם, ואין חשש משקר מגרע הגדתו, משו"ה נאמן בכה"ג גם מדין ע"א באיסורים, לענין שיוחזק האיסור על ידו, כיון דלענין דין הנהגה בפועל, גם מדרבנן נאמן על עצמו מדין שאחד"א, ממילא חזר הדין תורה של כח עדותו מדין ע"א נאמן באיסורים להיות לוקה אם עבר ונשא גרושה או טמא עצמו למתים, אבל לגבי הנבעלת שהוא רק מדין ע"א הוא רק דין ספק, היינו שלא פסלו לגמרי עדותו לגבי אחרים, רק שלא האמינו מחמת חשש משקר, ומשו"ה פסק הרמב"ם דנעשית ספק חללה, וגם אם נאמר שיתבטל עדותו לגמרי ויש לדון לומר הלך אחר הרוב ורוב ישראלים המה ולא כהנים, גם מטעם זה הוא דין ספק מדין קבוע כמע"מ מדרבנן, כמו דאמרינן לענין דין צא וקדש לי אשה סתם דאסור בכל הנשים משום דהזרא לניחותה, ונתבאר ענין זה בס"ד בשער הקבוע: אמנם יש לדון בזה עפ"י מה שדן בס' פני יהושע בפ"ק דכתובות דאף היכא שע"א נאמן באיסורים בעל דבר אינו נאמן, שכתב בסוגיא דפ"פ וז"ל, ועוד נראה דאפילו בספק השקול נמי לא מהימנא, דאף למאי דקיי"ל דבחתוכה ספק חלב ספק שומן ע"א נאמן ואפילו הבע"ד, מ"מ אפשר כיון שהספק בגופה לא מהני, כדאשכחן

בשבוי' דעד אחד נאמן בה שלא זנתה והיא עצמה לא מהימנא עכ"ל' ובגליון רש"א ליו"ד סי' קכ"ז הביא דברי הפנ"י אלו ומסיק וצ"ע בהתוס' גיטין ד' ב' ע"ב עכ"ל.

והיינו דהרי ילפינן ע"א באיסורים מקרא דוספרה לה, והרי שם ג"כ היא מעידה על עצמה, ובס' פנ"י למס' כתובות ד' כ"ז במשנה עיר שכבשוה כרכום דתנן שם ואין אדם נאמן ע"י עצמו, הקשה שם על לשון זה דהרי בזבה נאמנת על עצמה, ומסיק בצ"ע יעו"ש. והנה מהקושיא דוספרה לה ל"ק כ"כ, דיש לומר דענין זה שייך כל כך לגוף האשה, דאינו השתנות דין עולמי רק דין טומאה לשעתא לא חשיבא לבעל דבר, ומה"ט לא הוי כדבר שבערוה, דהרי בדבר שבערוה, לא מהני טעם דבידה אלא רק היכא דאיכא מיגו כמו בבעל שאמר גרשתי את אשתי דאינו נאמן למפרע, ובנדה נאמנת על הטבילה גם למפרע מטעם שהי' בידה כבר, וכמו דמסיק בזה הש"ש ש"ו פ"א, יעו"ש.

אבל מדברי הרא"ש שהבאנו לעיל שכ' דלהכי אינו נאמן על עצמו לומר כהן אני משום חשש משקר מחמת שבח יוחסין, מוכח דסובר דהיכא דע"א נאמן באיסורים גם בע"ד מהימן, וכן כתב בשיטה מקובצת למס' כתובות בסוגיא דפ"פ בסוף ד"ה נאמן לאוסרה עליו, וז"ל ולא גרע פ"פ ממי שראינוה שנבלעה וצוחה ואמרה אנוסה אני דנאמנת, והרי היא כחתיכת ספק חלב ספק שומן דעד אחד נאמן עלי', ואעפ"י שזו עדות אשה בגופה הא אמרינן דנאמנת כדאיתא בברייתא לקמן, זו היא עדות שהאשה כשרה לה, כלומר לעצמה, וסוטה שנסתרה היינו טעמא משום דרגלים לדבר שהרי קנא לה ונסתרה יעו"ש.

הרי אף שהיא מעידה על עצמה כיון דאין זה עדות בדבר שבערוה, משום דמעידה שמתרת היא כמו שהיתה, הוי כע"א באיסורים, ובאיסורים אין חילוק בין בע"ד לעד אחר, ורק דשבוי' מצינו שכל פסולי עדות כאשה ועבד ושפחה נאמנים להתירה אבל היא ובעלה אינם נאמנים, שאמרו במשנה כתובות ד' כ"ז ע"ב אין אדם מעיד על עצמו, והנה אף דמלישנא דהש"ס משמע דהוא משום חסרון עדות כמו שהעיר בזה בס' פנ"י שהבאנו, אבל באמת מוכרח הענין דלאו מה"ט הוא, דהרי גם בנה ובתה ועבדה ושפחתה אינם נאמנים, הרי מפורש דמשום חשש משקר הוא, ומכש"כ היא ובעלה דאיכא יותר חשש משקר, ומה דמהימנא בספק אונס ספק רצון יותר מבשבוי', ע"ז הובא במס' כתובות ד' י"ג ע"ב הברייתא דר' יהושע.

פליג מה על ר"ג, ור"ג מחלק בין שבוי' לספק אונס ספק רצון יעו"ש. אבל בפשטות נראה דהיכא דע"א נאמן באיסורים אין חילוק בין עד דעלמא לבע"ד, וכן העלה בס' מנחת החנוך מצוה שס"ה לענין סוטה, דבאומרת טמאה אני דאינה שותה, שהוא מתורת ע"א ולא מדין שאחד"א, דכיון דכל הפסולים כשרים לזה גם בע"ד כשר, יעו"ש.

לכן לפי"מ שכתבנו דלשיטת הרמב"ם דכל היכא דלא איתחזק ע"א נאמן להחזיק איסור ואח"כ אם עבר לוקה, הנה בכה"ג אף דלא מהימן על עצמו לענין אכילת תרומה וממילא הי' ראוי להיות שגם לא ילקה אם עבר ונטמא, אבל כיון דלענין הנהגת איסור ליכא בזה דין דרבנן דגם מדרבנן הוחזק איסור בודאי, משום דין דשאחד"א, משו"ה חזר בזה לדין תורה מתורת ע"א נאמן להחזיק איסור ולוקה אח"כ, אבל היכא דאינו נאמן בתורת עדות כלל רק משום שאחד"א לא ילקה עפ"י עצמו, משו"ה באומרת נתקדשתי אינה נסקלת אלא בנתחזקה כמו שסוקלים עפ"י חזקות, כנלענ"ד בזה בשיטת הרמב"ם, ובשיטת תוס'

בענין זה יבואר לקמן בס"ד: עוד נראה לי לבאר בכלל זה שאמרו בכתובות ד' כ"ז ע"ב בעובדא דר' זכרי' בן הקצב אין אדם מעיד על עצמו, דבפשטות הוא משום חשש משקר, כמש"כ, הנה גם אם נפרש כמו שרצה לפרש הגאון בעל פנ"י ז"ל, י"ל דאין תלוי אם המקרה תלוי בגוף המעיד, אלא אם דין הנהגה שייכת לו או לאחרים, ולכן אם הנהגה שייכת אליו, ליכא ע"ז תורת עדות, דענין עדות הוא רק בנוגע לאיש אחר, אמנם בכל ענין השייך למעיד על עצמו, קבלו חז"ל דכל היכא שהדבר שקול יכול אדם לומר ברי לי, כמו דאמרינן בכתובות ד' כ"ב ע"ב, בתו"ת ונשאת לא' מעדי' שלא תצא משום דאומרת ברי לי, והתם ודאי שלא מדין עדות הוא דהרי איכא תו"ת אלא מדין ברי, ולפי"ז במה שנוגע להנהגתה מותרת משום ברי ובנוגע לאחרים מדין ע"א.

ומה שהקשה בס' דו"ח להגרע"א ז"ל למה לא תהי' נאמנת משום ברי גם בשבוי' בעובדא דר' זכרי' בן הקצב נלענ"ד פשוט דהך דינא דמהני ברי הוא רק אם אצלינו הדבר שקול כמו בתו"ת וכה"ג, אבל אם אצלינו הדבר מוחזק לודאי איסור, אין לבי"ד להניח לעבור איסור ע"י ברי שלו, ומה"ט בספק סוטה דאסורה לבועל, אף שהוא והיא טוענים ברי, דהתורה עשתה כודאי, וכן מצאתי בס' מנה"ח מצוה שס"ה שכתב כן לענין סוטה יעו"ש.

ומה"ט גם בשבוי' שגזרו חז"ל שתהא כנבלעת ודאי כמש"כ תוס' כתובות ד' ל"ו ע"ב, בכה"ג לא מהני ברי, ומשום ע"א לא מהני על עצמו, ובזה י"ל דמה שכתבו הראשונים בסוגיא דפ"פ להתיר משום ברי, דלפי מש"כ הוא מדין ע"א וכמו שהבאנו דברי השטמ"ק, דאם מטעם ע"א הי' מקום לומר דאין אדם מעיד לעצמו, ומשו"ה צריך להוסיף גם דין ברי, כנלענ"ד בזה: פרק ט גרסינן במס' כתובות פ"ב בברייתא הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה דברי רבי, אמרלו ר' חייא אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה תאמינו להשיאו אשה ואם אי אתה מאמינו להשיאו אשה אל תאמינו להאכילו בתרומה, א"ל אני מאמינו להאכילו בתרומה שבידו להאכילו בתרומה, ואיני מאמינו להשיאו אשה שאין בידו להשיאו אשה עד כאן לשונו הש"ס.

ופירש בתוס' בזה הלשון נאמן להאכילו בתרומה פי' אע"ג דליכא אלא הוא שהוא קרוב דקסבר רבי אין מעלים מתרומה ליוחסין, ואין נאמן להשיאו אשה, פי' להצטרף עם אחר להשיאו אשה כיון שהוא קרוב, והשתא אתי שפיר הא דאמר ר' חייא אם אתה מאמינו יחידי להאכילו בתרומה אעפ"י שהוא קרוב האמינהו עם אחר להשיאו אשה.

עד כאן לשונו הצריך לענינו. והנה התמי' בזה לכל מעיין כיון דלענין תרומה סגי' בע"א, דהוי כעדות לאיסורים למה לא יתכשר גם קרוב או בע"ד, וכן תמה בזה בס' פנ"י על דברי תוס' וז"ל בד"ה נאמן להאכילו בתרומה וכו' והשתא אתי שפיר דאמר ר' חייא אם אתה מאמינו יחידי לתרומה אעפ"י שהוא קרוב, האמינהו ע"י צירוף להשיאו אשה, ויש לדקדק אכתי מאי אמר ר"ח דילמא דוקא בתרומה דסגי' בע"א משו"ה מכשיר רבי אפילו בקרוב כמו בכל איסורים, דקיי"ל ע"א נאמן באיסורים, לא שני לן קרוב לשאינו קרוב, משא"כ ביוחסין דבעינן שני עדים דהיינו עדות גמורה משו"ה לא מהימן אפילו ע"י צירוף, כמו בכל עדות דעלמא היכא דבעינן ב' עדים מיפסל בקרובים וצ"ע עכ"ל: ונראה לענ"ד דיש לדון בענין זה עדות שבטלה מקצתה, היינו דכיון שמעיד עליו שכהן

הוא, שענין זה כולל כל דין כהונה בין ליוחסין ובין לתרומה, ואם אי אפשר לקבל עדותו לענין יוחסין משום דקרוב הוא, בטלה עדותו גם לענין תרומה, אף שדין זה הוא כדין איסורים, כלומר אף דלא מצינו לענין איסורים גלוי בתורה שיהי' דין נמצא אחד קרוב ופסול לבטל עדות הכשרים, ומה דדרשינן משפט אחד הוא ג"כ רק בדיני ממונות ודבר שבערוה ונפשות, אבל ענין זה י"ל דידעינן ממה שגלתה תורה שאם מתערב בהגדת עדים איזה פסול שפסלה תורה, שלא נתנה תורה כח נאמנות להאמינם אף לדברים שמצד עצמם ראוי להאמינם, כמו כן יש ללמוד דאם נמצא בהגדת עדים שמעידים על ענין ממון וגם ענין איסורים, ונמצא פסול לענין דיני ממון, שנטל מהם גם כח הנאמנות גם לענין איסור, באופן שנוכל לומר שאם יעיד מי שפסול להעיד באיסורים עם עדות הכשרים שלא יתבטלו עדות הכשרים, משום דהאי דינא שיבטל הפסול עדות הכשרים הוא חדוש התורה, והיכא דלא גלי קרא לא נאמר מסברא אכן אם מעיד העד גם לענין ממון או נפשות דשם גלי קרא לבטל כל עדותו, אז בטל גם העדות של איסורים, ולפי"ד אין ראי' ממש"כ הר"ן בפ"ק דגיטין לדון בקרוב של אשה שהביא גט וכתוב שם גם נכסים שיתבטל עדותו על קיום הגט מחמת עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, להוכיח שאם יעיד באיסורים גם פסול שיתבטל עדות הכשרים, כמו שהוכיח בתשו' רע"א סי' קכ"ד, דלפי מש"כ י"ל דבאיסורים לא שייך דין עשבמב"כ ולא דין נמצא קו"פ, אלא שכ"ז תלוי בדיני ממונות ונפשות שבהם גלתא תורה לבטל כל העדות, ובזה י"ל דפסול זה גורם למנוע הנאמנות גם בנוגע לעדות של איסורים, ובאמת יפלא בעיני על הגרע"א והגאון בעל חוות דעת וכן הגאון בעל בית מאיר והנוב"י, הובא בתשו' רע"א סי' פ"ז וסי' קכ"ד, שדנו לענין עדות אשה שכל הפסולים כשרים, אם העיד עמהם גזלן, אם יבטל העדות של הכשרים להעיד, דבאמת יש לדון בעדות של איסורים היכא דבעינן שני עדים כשרים, לשיטת הראשונים דסברי היכא דאיתחזק אינו נאמן ע"א, אם גם בכה"ג אמרינן נמצא בהם קו"פ או עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דהלא במשנה פ"ק דמכות מפורש, דדין זה ילפינן מקרא דכתיב עפ"י שנים או שלשה עדים מקיש שלשה לשנים, ומנין לנו לחדש באיסורים דליכא קרא, דלרבנן דפליגי על ר' יוסי דגם בדיני ממונות מבטל הפסול כל העדות, הוא ודאי ג"כ מקרא דעפ"י שנים או ג' עדים, וע"כ נלענ"ד דמסתברים הדברים לומר כמש"כ: ולפי"ז י"ל בע"א שמעיד על אחד שהוא כהן שעדותו כולל יוחסין ותרומה, תלוי אם העד הוא פסול ליוחסין בתורת עד פסול אז בטלה עדותו גם לענין תרומה, אבל אם מעיד על עצמו שהוא בע"ד שאינו בתורת עדות ראוי להאמינו לענין תרומה, ומשו"ה כתב הרא"ש בפ' הנזקין שהבאנו לעיל בפ"ח דאם אומר כהן אני שאינו נאמן הוא רק משום חשש משקר, אבל בלא"ה הי' נאמן, דל"ד לקרוב דהתם י"ל דפסול מה"ת כמש"כ, אבל כשמעיד על עצמו, מה"ת נאמן על עצמו לענין תרומה שהוא דין איסורים ולענין יוחסין אינו בתורת עדות כלל, ואינו מגרע בזה דין הנאמנות לענין תרומה, וכמש"כ הר"ן לדון ולחלק בין האשה עצמה מביאה גיטה לדין קרוב שהביא גיטה וכתוב בו גם נכסים, וכן לא יקשה עפ"י מדברי הרמב"ם שהבאנו לעיל בפ"ח, דגם בדברי הרמב"ם מבואר ג"כ רק שמעיד על עצמו, הבאנו דבריו לעיל בפ"ח באורך, וכן יש לחלק גם לענין קרוב דאם העיד לפני בית דין שאינם כשרים לדון דיני ממונות ודבר שבערוה וכשרים לדון איסור והיתר, שלא יוגרע בזה

דין נאמנות לענין איסורים, דכיון דלענין דיני ממונות אין הגדתו בתורת הגדה כלל ואינו בתורת פסול לבטל שאר עניני נאמנות, והנה לפי"ז אם בא קרוב להעיד עליו שהוא כהן להאכילו בתרומה והעיד לפני בי"ד הכשרים לדון באיסור והיתר ופסולים לדון דיני יוחסים, י"ל דמהני מה"ת להאכילו בתרומה כמש"כ.

ואין לסתור דברינו מהא דפריך ר' חייא לרבי אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה תאמינו להשיאו אשה, ואם אי אתה מאמינו להשיאו אשה אל תאמינו להאכילו בתרומה, אף שלדברינו משכחת לה שיהי' נאמן לתרומה ולא ליוחסין אף שקרוב הוא היינו משום שמדברי רבי מוכח שבא להעיד לפני בי"ד הכשרים לדון בדיני יוחסין, דאל"ה פשיטא שאינו נאמן ליוחסין דליכא הגדה לפני בי"ד, ולפי"ז תתפרש הסוגיא כפירוש תוס' בלי דוחק, שאם לא תאמינו בהצטרף עוד אחד ליוחסין משום דקרוב הוא, היינו אף שלתרומה הוא נאמן אף שהוא קרוב, אבל כיון שמעיד לפני בי"ד הראויים לדון גם לענין להשיאו אשה תלוי זה בזה, שאם פסול הוא לענין יוחסין מתבטלת עדותו גם לענין תרומה, אבל אם מעיד עד כשר אז נאמן לענין תרומה, אף שאינו נאמן להשיאו אשה, דמה שאינו נאמן להשיאו אשה אינו משום פסול רק משום חסרון עד שני: והנה לפי"ז יש לדון בעדות אשה אם מעיד קרוב או פסול שמת בעלה, שעדותו נוגע גם לנחלות, שלא תהני עדותו גם להאשה להתירה לינשא, דאם האשה עצמה אומרת מת בעלי נאמנת משום דלענין נחלה אין האשה בתורת עד כלל, כמש"כ באו"ת ונה"מ סי' ל"ו סק"ב, אבל אם מעיד קרוב או פסול כיון דאינו נאמן לענין נחלה, לא יהני עדותו גם להיתר נשואי האשה, אבל באמת לא מצינו שום חילוק בזה, והטעם בזה הוא כמש"כ לעיל בפ"ה והבאנו דכ"כ כתב בעל הש"ש בש"ז פ"א, שבעדות אשה התירו חז"ל משום אומדנא והוכחה שלא בגדר עדות כלל, שמה"ט לא שייך לדון בזה מדין עשבמ"כ, וכמו דמהני לענין תרומה דנאמן להאכילו בתרומה משום מיגו דבידו להאכילו בתרומה, דרק היכא שאנו באים מתורת עדות, אף שהוא עדות לאיסורים, אבל מ"מ ענין עדות הוא, ובעדות בטלה תורה כל תורת הנאמנות אם איכא ערבוב של פסול, אבל בטול עדות אינו מבטל תורת נאמנות של מיגו, כ"כ ודאי דלא שייך לבטל איזה ענין של אנן סהדי והוכחות אומדנא וכל כה"ג: ובהא דכתבו תוס' שם להקשות למה אינו נאמן במיגו דאי בעי אמר אינו בני ויהי' נאמן גם ליוחסין (היינו עם עד שני) ותירצו בזה"ל וי"ל דאע"ג דאיכא מיגו לא מהימן דלדבריו קרוב הוא עכ"ל.

ודבריהם מוקשים מאד איזה פסול קרוב שייך לענין מיגו, וכן תמה בזה בס' דו"ח להגרע"א ז"ל, ובשטמ"ק בסוגיא זו כתב בזה"ל א"ל ר"ח אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה וכו' פירש"י שהרי בידו ליתן לו תרומה, והקשו עליו שהרי אין בידו לחלוק לו תרומה בבית הגרנות, ועוד הניחא בעודו עמו וכו', אבל הנכון בעיני מה שפ"י רבינו הגדול הרמב"ן בשמועתנו ליישב כל מה שהקשינו, דסוגיין דהכא כשלא נודע לנו עד עכשיו שהי' בנו, וכדקתני בני זה וכהן הוא וכו', הילכך כשאומר בני זה וכהן הוא, יש לנו מיגו להאמינו כי הפה שאסר הוא הפה שהתיר, וע"ז אמר רבי נאמן הוא לבדו להאכילו בתרומה ואינו נאמן ליוחסין אפי' כשיש אחר מן השוק להצטרף עמו, וא"ל ר"ח אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה מפני שבידו להאכילו בתרומה ושיחלקו לו בגורן אילו לא אמר שהוא בנו, ואינו מאמינו ליוחסין לפי שאין בידו להשיאו אשה



לבדו, כלומר דלענין יוחסין כיון דבעינן שני עדים אלמא עדות גמורה בעינן ואין תורת עדות משום מיגו, וכדאמרי' בב"ב אטו משה ואהרן משום דלא מהימני, אלא גזיה"כ הוא, הילכך אף בצירוף אחר עמו אינו נאמן, אע"ג דאיכא האי מיגו דרחמנא פסלי', אבל לענין תרומה שהאמינה בו תורה ע"א, אין זו מדין עדות ממש אלא מדין בירור, וכשם שהאמינו בו מסיח לפי תומו, שייך בו מיגו.

עכ"ל הצריך לנו לענין זה. והנה מבואר שהרמב"ן ז"ל לא סבר כשיטת התוס' דלשיטתו מהני האי מיגו דאי בעי אמר אינו בני לענין תרומה, ורק ליוחסין לא מהני, והתוס' סברי דלא מהני האי מיגו גם לענין תרומה, וכמו ששיטתם סתומה, כ"כ שיטת הרמב"ן, דהרי מפורש בכל הש"ס דמהני מיגו גם לענין ממון ולדבר שבערוה אף דבעינן עדות גמורה: ונראה לענ"ד בביאור שיטת הרמב"ן ז"ל עפ"י מה שזכרנו לעיל בפ"ז דבעדות של ממון ודבר שבערוה שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר קבלו חז"ל שהצריכה תורה בזה שני ענינים, ענין א' הוא הבירור האמת לפני בי"ד ע"י העדים, וענין ב' שיהי' קיומו של דבר עפ"י העדים, שהענין המחודש המתחדש אצל בי"ד, שהוא הכח לחתוך את הדין, לא יחול רק עפ"י שנים עדים, ומה"ט כתב הרשב"א ז"ל דאם יחיד מומחה ראה מעשה אף הי' ביום ואיכא ק"ו לא תהא שמיעה גדולה מראי', מ"מ אינו יכול לדון בזה משום דבעינן עפ"י שנים עדים, ורק אם ראו בי"ד של שלשה שמתקיים ע"י בי"ד שהם גם עדים לענין זה, ובמק"א יבואר ענין זה בס"ד — ולפי"ז יש לדון דמיגו לא מהני במקום דבעינן עדים לקיום הדבר, דאף דאיכא בירור האמת, אבל פרט השני מה שהצריכה תורה עדים לקיום הדבר, הרי חסר בזה, והנה כשבי"ד דנים, ע"י הוכחות ובירורים של רובא וחזקה וכדומה לזה, י"ל דמהני, משום דענין זה שאמרה תורה שצריך עדים לקיום הדבר, הוא רק בכל ענין שמתחדש ע"י אדם בכונה ודעת, כמו מעשה של קדושין והגדת עדים לפני בי"ד, אבל דבר שמתחדש ע"י מקרים טבעיים פועלים ממילא בלא עדים, כמו מיתת הבעל המתרת בלא עדים וכן מעשה זנות של אשת איש, ולפי"ז כשבי"ד מבינים איזה בירור ע"י הוכחות ברורות או מדין רוב וחזקה, אי"צ על עצם ענין הבירור קיום של עדים, ורק הבי"ד שרואים ענין זה צריך להם עדים לקיום הדבר הזה, שידיעתם תחדש אצלם דין ועל ענין זה הם עצמם עדים, ולפי"ז נאמר דלענין מיגו שהבירור מתחדש ע"י טענת ואמירת האדם, בכה"ג ראוי לומר שלא יתחדש רק ע"י עדים, וכמו דגזרה תורה שלא יהני עדות של משה ואהרן אף דאיכא בירור, אבל אין בהגדתם כח לקיום הדבר לחדש דין חדש, ולכן עלינו לומר דהא דמהני מיגו בממון ובדבר שבערוה הוא עפ"י מה שגלתה לנו תורה דמהני הודעת בע"ד לפני בי"ד, וכן מהני קנינים במכירה ומתנה בלי עדים, ונעשים עפ"י בעלי דברים שהיכולת בידם בענין זה, כ"כ קבלוחז"ל דמיגו מהני משום שהיכולת בידו להועיל לענין זה ע"י טענה אחרת או שבידו לגרשה ולקדשה מתחדש לו ג"כ כח זה ע"י טענה השני', אבל לולא זאת לא הי' מועיל דין מיגו: ולכן בנידון זה באומר זה בני וכהן הוא, דאנו דנים להאמינו משום מיגו, י"ל דלענין יוחסין דבעינן עדות גמורה, כלומר מלבד הבירור גם עדים לקיום הדבר, לא מהני האי מיגו, אף דאיכא בירור מעליא דאי בעי הי' שותק והי' מעיד דכהן הוא, אבל חסר בזה פרט השני לקיום הדבר דבכה"ג אין לומר שיהי' להם כח חדש עכשיו ע"י שהיו יכולים להקים הדבר ע"י שהיו אומרים כהן הוא דבאמת כיון שהוא

הרוב אין לו כח להקים הדבר, אלא שהי' משקרים לפני בי"ד והי' בי"ד עושים מעשיהם שלא כדין תורה, שלא עפ"י האמת כמו שהוא, ולכן גם עכשיו חסר להם כח זה לקיומו של דבר, ואיכא בזה בירור ע"י מיגו, אבל פרט השני שצריך עדים לקיום הדבר ליכא בזה, ומשו"ה לענין להאכילו בתרומה דאי"צ עדים לקיום הדבר, כיון דסגי' בזה ע"א, משו"ה סגי' לן כ"כ בירור של מיגו, אבל ליוחסין לא מהני, והא דנאמן בכל דוכתא ע"י מיגו שהי' יכול לשקר, כמו בפרוע מיגו דמזויף, החזרתי מיגו דנאנסו וכל כה"ג, משום דבעל דבר אם משקר לפני בי"ד ע"י חלופי הטענות וזוכה עי"ז בדין, היכא שבעיקר הזכיה הי' כדין, לא היה בזה מכשול אצל בי"ד, אף שמדין שמים אסור לטעון שקר, אבל לענין כח המשפט אין בזה שום גרעון כח, ומשו"ה נוכל לומר דגם במה שטוען עכשיו לא אבד כחו שיתחדש אצל בי"ד הכח לחתוך ולפסוק את הדין, ובכה"ג אי"צ עדים לקיומו של דבר, כמו שגלתה תורה דמהני קיום הדבר ע"י הודאת בע"ד, אבל בעדים אם יש בהם איזה חסרון אמנה, מאיזה טעם שיהי', אם חסרון הזה הוא בעיקר עדותם, לא יהני שום מיגו, ועי' בחי' הרמב"ן לב"ב בסוגיא דזה אומר של אבותי מש"כ שם לפרש אופן דמהני מיגו בעדים, יעו"ש: ובשיטת התוס' דסברי דגם לענין להאכילו בתרומה לא מהני האי מיגו דאי, בעי אמר אינו בני, נלענ"ד דסברי דגם היכא דאי"צ רק בירור האמת, בעינן שישתוה כח מה שהי' יכול לומר עם הכח של עכשיו, דאם מעיקרא הי' כחו ע"י דין עדות כשר, צריך גם עכשיו שיהי' כ"כ כחו מחמת כשרות עדות, וכיון שאומר זה בני ולדבריו קרוב הוא ופסול לעדות זה, לא מהני האי בירור דאי אפשר שיהי' כח נאמנותו עכשיו יותר מכפי שהי' נאמן מעיקרא, וכמו שבמה שהי' יכול לומר אינו בני הי' כחו מוגבל ע"י תנאים וגדרים של עד כשר, כ"כ צריך עכשיו בהגדה זו שלא יחסר בה כל גדרי חוקים אלה.

ומשו"ה מפרשי דמה שנאמן להאכילו בתרומה הוא שבידו ליתן לו תרומה וזהו דמסקו התוס' בזה"ל ואע"ג דרבי קאמר שסמוך אני מאמינו להאכילו בתרומה, אלמא אע"ג דקרוב הוא לדבריו נאמן במיגו, התם ודאי מהימנינן לי' משום דאית לי' מיגו אפילו ידעינן שהוא בנו ליכא מיגו, עכ"ל.

היינו דמיגו זה הוא כח שהי' בידו בלא דין עדות, ומשו"ה לא שייך בזה גרעון מה שלדבריו קרוב הוא אבל במיגו מה דאי בעי אמר אינו בני שהי' נאמן מדין עדות לא מהני אם ידעינן עכשיו שפסול הוא לעדות, וכן כתבו התוס' כתובות ד' י"ח ע"ב ד"ה אין נאמנים, דהיכא שכתב ידם יוצא ממקום אחר אינם נאמנים לומר פסולים היינו במיגו דאי בעי אמרי פרוע הוא, משום דחוזרים ומגידיים הם, יעו"ש, וגם שם תמה הגרע"א ז"ל בחדושיו שם דמה שייך לענין נאמנות של מיגו פסול של חוזר ומגיד, ולפי"ד דבריהם מכוונים, כיון דבהגדת פרוע הי' כחם מוגבל בדין עדות, צריך גם עכשיו בהגדה של עכשיו תורת עדות, וכיון שעכשיו באמרם פסולים היינו הם חוזרים ומגידיים לא מהני מיגו.

כנלענ"ד בזה ואכמ"ל: והנה לכאורה לפי מש"כ דלענין תרומה הי' מועיל עדות של קרוב אם הי' מעיד לפני בי"ד שאינם ראוים לדון דיני יוחסין דאז סגי' עדות של ע"א הנאמן באיסורים, ורק במעיד לפני בי"ד הכשרים, דחשוב כמעיד גם לענין יוחסין,

דהגדת כהן הוי הגדה על הכל, ומחמת זה מתבטלת גם עדות של איסורים, לפי"ז גם באומר בני זה וכהן הוא איכא מיגו שאם הי' מעיד שלא בפני בי"ד הי' נאמן לענין תרומה אף אם הי' אומר בני זה, אבל לפי דיני כללי מיגו לא מהני כה"ג מה שהי' יכול להועיל אם לא הי' בא לפני בי"ד כיון דאצל בי"ד אין בידו להועיל, אבל מה שבידו להאכילו בתרומה בעצמו, זה יכול לעשות גם עכשיו כשהוא בבי"ד.

כנלענ"ד: ועפ"י הדרך שכתבנו יש לדון לענין כופר ג"כ, דהרשב"א בחי' לב"ק ד' מ"א ע"ב כתב דכיון דכופרא כפרה משלם עפ"י ע"א, כמו דחייב חטאת באמר לו אחד אכלת חלב והוא שותק, וכן כתב בשטמ"ק שם בשם הרא"ש. יעו"ש.

ובפשטות ענין זה הוא כע"א הנאמן באיסורים דגם קרוב ופסול נאמנים, אכן מדברי תוס' ריש סנהדרין מוכח להדיא דדין תשלומי כופר הוא ככל תשלומי ממון דצריך, שלשה דיינים, וכן מוכח לענ"ד ענין זה מהא דאמרין במס' מכות ד' ב' ע"ב דעדים זוממים אין משלמים את הכופר משום דכופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו, ואם נאמר דענין תשלומי כופר הוא כעדות של מצוה ואיסור והיתר, לא שייך בזה ענין הזמה, דאין בזה תורת הגדה כלל, וכמש"כ בס' נתיבות המשפט סי' ל"ח דבעדות של נתנסך יינך אם העידו שנים ליכא דין תורת הזמה, ורק היכא דשייכא תורת עדות גמורה שייך דין הזמה, ועפ"י הכלל שבארנו דבעדות של ממון ודבר שבערוה העדים פועלים לקיומו של דבר ליתן כח ביד בי"ד לענין כפי', הענין מתבאר יותר בטוב טעם, דכל היכא שהעדים פועלים בהגדתם לחדש כח בי"ד קרינן בזה כאשר זמם לעשות, דזהו עשי' מה שמחדשים כח לבי"ד אבל בעדות שלאיסורים שהעדים באים רק לברר, והם רק כגורמים להטות את בי"ד אין בזה ענין התורה כאשר זמם לעשות, עכ"פ מוכח מסוגית הש"ס דריש מכות דעדות של תשלומי כופר הוא ענין של דיני ממונות רק דלא שייך בזה כאשר זמם משום דלאו בני כפרה נינהו, ונראה לי בביאור ענין זה דאף דעיקר חיוב תשלומי כופר אינו בגדר שאר חיובי ממון, אלא בנדרי כפרה ואי"צ בזה שיהי' זכות לתובע, ואף אם מחל לא מהני מחילתו, ואם מת המזיק ליכא כופר דאין כפרה לאחר מיתה כמו חטאת ואשם, דאין באים לאחר מיתה, כמש"כ התוס' ב"ק ד' מ"ג ע"א, אבל מ"מ לענין כפית בי"ד איכא בזה תורת הוצאת ממון מזה לזה, ואין כח ביד בי"ד לכוף רק עפ"י שני עדים ככל גבית ממון, אמנם כ"ז הוא אם באים אנו לדון על כח כפית בי"ד, אבל אם נבוא לדון לענין כופר אם בא ע"א לפניו להעיד ששורו המית אם מחויב הוא לשלם כופר, לדידי' הוא ענין של מצות כפרה שמחויב הוא להאמין ע"א לשיטת הסוברים דע"א כה"ג מהימן בשאר איסורים, ולפי"ז נאמר דגם בענין חיוב חטאת ג"כ דוקא לענין חיוב עצמי מהני, אבל לענין כפית בי"ד לא יהני ע"א.

וכן מדויק לשון הש"ס במס' קדושין וגיטין דאיתא הלשון אמר "לו" אכלת חלב, שאומר לו ולא לפני בי"ד. וכן נלענ"ד דגם לענין החזרת רבית, אם יצויר שע"א יעיד לו שקבל רבית, והוא אינו יודע, שמחויב להחזיר, דנאמן ע"א כמו שנאמן לענין כופר: אבל אם יוגש הדבר לפני בי"ד צריך עדות ממש כתורת דיני ממונות, ועי' לעיל בפ"ה מש"כ שם, ולפי"מ שנתבאר בזה, מתבאר כל הענין על נכון, ולכן אם מעידים על אדם לחייבו כופר הוי הגדת עדות של דיני ממונות ואם הוזמו הי' ראוי לחייבם לשלם כאשר זמם, אלא

שפטורים משום דלאו בני כפרה נינהו, היינו שמה שבי"ד היו כופים לשלם הוא משום כפרה ולא משום השלמת חסרון ממון של חבירו, באופן שבהוצאת הממון הי' תועלת עצמי להנתבע להתכפר בהם, ואם נבוא לחייב את המוזמים לשלם יהי' תשלומי ממון סתם ולא להתכפר, וזה הוא לדעתי כונת רש"י ז"ל שכתב דלא הרג שורם אדם, ואף דלפי האמת היתה כונתם לאבד ממון הנתבע שלא לכפרה דהרי בשקר העידו אבל הדין כאשר זמם הוא לפי ענין הגמר דין של בי"ד, והגמר דין הי' לכופו להתכפר בהוצאת ממונו אבל, בשאר חיובי ממון אף דג"כ הי' ענין הכפי' משום מצוה של פריעת בע"ח כמו דאמרינן בכתובות פ' הכותב, אבל התם גם המצוה הוא משום חיוב הדמים, ובזה הוא להיפוך דהוצאת הממון הוא לצרכו כדי להתכפר, ויש לדון דגם לענין החזרת רבית יפטרו עדים זוממים מהאי טעמא כמו בכופר ומכש"כ לפי"מ שכ' הריטב"א בחי' למס' מכות בטעמא דמילתא דלא משלמי את הכופר, משום דבי"ד לא נחתי לנכסי' ורק כופים אותו לומר רוצה אני, היינו שישלם מרצונו, ואגב אונסא גמר ומקני דניחא לי' בכפרה, יעו"ש, ודאי דלשיטתו גם ברבית הדין כן דגם שם הכפי' ע"י רצונו, וכמו שנתבאר ענין זה בשע"ה: ולפי"ז נראה דאם יעיד בבי"ד קרוב או פסול ששורו הרג את הנפש, י"ל דאי"צ להאמינו לתשלומי כופר, אף דקרוב או פסול נאמן ע"ז כיון דהוי כעדות של איסור והיתר, אבל כיון שמעיד בבי"ד שהוא עדות של ממון והוי הגדה פסולה בטלה כל תורת נאמנות מכאן כמו באומר בני זה וכהן הוא, אבל אם יעיד לו שלא בפני בי"ד ראוי לו להאמינו אף אם קרוב ופסול הוא, וכן לענין חטאת חלב כ"כ יהי' חלוק הדין בקרוב או פסול אם יאמר לו שלא בפני בי"ד או בבי"ד, דגם בחטאת חלב איכא הוצאת ממון אם יכופו בי"ד ע"ז.

אמנם עדיין אינו מבואר הענין כהוגן דלמה שאני דין בי"ד מדינו לעצמו, דכמו דאמרינן לענין בי"ד דאיכא בזה תורת דיני ממונות, דבי"ד מפקו ממונו, כ"כ נאמר גם לעצמו שאין צריך להאמין עד אחד משום דאיכא בזה הוצאת ממון מרשותו לרשות אחר, ונראה דעיקר הטעם בזה דאם מעיד לפני' עד אחד שאכל חלב או ששורו הרג את הנפש שהוא מחייבו בכפרה, ובעיקר חיוב זה אין בזה תורת הוצאת ממון, כל כמה שאנו דנים מה שהוא מחויב לעשות מעצמו ומרצונו שאז הוא מוצא ממונו לתועלת עצמו לצורך כפרתו, אבל כשאנו דנים לענין כפית בי"ד אם לא יתרצה להביא מעצמו דאז בי"ד כופים אותו ליתן ממונו, אף דגם ביד בי"ד אין כח ליתן ולהוציא ממון לכפרת כופר או לחטאת חלב עד שיאמר רוצה אני, אבל כיון שרצונו זה הוא ע"י כפי' חשוב כדין הוצאת ממון.

וכן מוכח מדברי הרמב"ם ה' נזקי ממון פ"ח הי"ג וז"ל אין הנזקין משתלמים ממון ואין חייבים בכופר ואין הבהמה נהרגת אלא בראי' ברורה ובעדות הכשרים להעיד, שלא תאמר הואיל ואין מצוים באורוות הסוסים וכו' אלא העבדים וכו', אין הדבר כן, אלא אין מחייבים לעולם ממון על פי עדים עד שיהיו עדים הכשרים להעיד שאר עדות עכ"ל.

והרי פסק בפ"י ה"ד דכופרא כפרה, מ"מ לענין עדות פסק דבעינן עדים הכשרים לחיוב ממון כנלענ"ד: פרק י כתב בס' ש"ש ש"ז פ"ד על הא דנחלקו הרמב"ם והראב"ד בהלכות תרומות פ"ט ה"ד, שהרמב"ם פסק כר"ט, וז"ל אמר לה צרתה או אחת מחמש

נשים שאינן נאמנות להעידה שמת בעלה, הואיל ואינה נישאת על פיהן הרי זו אוכלת בתרומה בחזקת שבעלה קיים, עד שיעיד לה מי שהוא נאמן להשיאה על פיו עכ"ל.

והראב"ד כתב ע"ז וז"ל, א"א הוא פוסק כר"ט ואנן קיי"ל כר"ע שאסורה להנשא ואסורה לאכול בתרומה עכ"ל, וז"ל הש"ש, ועוד נראה הא דס"ל לר' עקיבא דלא תאכל בתרומה והראב"ד פסק כוותי', היינו משום דע"א נאמן באיסורים, וכשם שנאמן אדם לומר פלוני זה כהן להאכילו בתרומה משום דע"א נאמן באיסורים, וכמבואר בר"ן פ"ב דכתובות, ה"נ ראוי לומר בע"א שמעיד מת בעלה דלא תאכל בתרומה מדינא, ומשו"ה אפי' צרתה נאמנת בה, כיון דאפשר דלא אמרה לשנאה והו"ל ע"א מדינא, אבל לישנא, דהו"ל דבר שבערוה, דמדינא בעי שנים אפי' במקום דליכא חשש שנאה ואינו אלא מדרבנן ומשום עיגונא הקילו וכו' והרמב"ם ם דפסק דנאכל בתרומה כר"ט, אע"ג דע"א נאמן באיסורים, ולפי מש"כ הש"ך בסי' קכ"ז יו"ד אפי' איתחזק היתירא או איסורא ע"א מהימן, ולכאורה ראוי לומר שלא תאכל בתרומה מחמת ע"א, דהא אינו ברור שתאמר מחמת שנאה וכמו שיבואר לקמן, נראה לפי מש"כ הר"ן בחידושו פ' ז"ב ד' ל' בהא דאיתא שם בע"א שאמר המעות של מעשר שני הם לא אמר כלום אם הם בבית, וכתב עלה הר"ן ז"ל ואע"ג דע"א נאמן באיסורים, והי' בדין שיהי' לענין מע"ש, אפשר שעדות זה של מע"ש דין ממון גבוה הוא, והוא בא להוציא הממון מחזקתו, ודבר שבממון אינו פחות משנים, ואעפ"י שיש איסור בדבר, וא"כ הו"ה בעד המעיד שמת בעלה, כיון שעדות זו בדבר שבערוה הוא מעיד דהו"ל דין ממון, דהא יליף דבר דבר מממון, תו אינו נאמן אפי' לאיסור שבו דהיינו אכילת תרומה, וכמו היכא דאית בי' דין ממון אינו נאמן אפי' לאיסור שבו, ומשו"ה תאכל בתרומה דמדינא אין ע"א נאמן בה אלא מדרבנן ועדות צרה דאין הדבר לחכמים ראוי להאמין אוקמוה אדינא וכמש"ש עכ"ל: והנה לפי דברי הש"ש ראוי להיות דגם לענין עדות לכהונה אינו ראוי להאמין ע"א כיון שמעיד גם על יוחסין, היינו לשיטת הרמב"ם דפסק כר"ט, ולהראב"ד דפסק כר"ע אם יעיד ע"א על אשת כהן שנתגרשה תאסר בתרומה אף דמעיד על דבר שבערוה, אבל ענין איסור אכילת תרומה הוא דבר של איסורים, וכן להיפוך אם יעיד על בת כהן לישראל שנתגרשה שתאכל בתרומה, ולענ"ד כל דברי הש"ש בזה תמוהים, דמה שנדמה ענין נאמנות לאסור האשה באכילת תרומה, במעיד ע"א שמת בעלה, ולדין עדות ע"א שאמר על המעות של מע"ש הם, ההבדל בין שני ענינים אלה הוא מורגש לכל מעיין, דבעדות של מיתת הבעל רק המעשר כוללת הרבה דינים המסתעפים ע"י מקרה זו, כמו היתר נשואים להאשה ואיסור אכילת תרומה, וכן הורדה לנחלה, וכמו שלכו"ע מחלקינן בין הורדה לנחלה להיתר נשואים, כ"כ ראוי לחלק לענין אכילת תרומה להיתר נשואים, משא"כ בדין של מע"ש שהאיסור הנהוג במע"ש ודין ממון גבוה, הם דינים מקושרים זל"ז שאינם מתחלקים, וכל ענינים דיני מע"ש אינם נפרדים, דלמ"ד מע"ש ממון גבוה הוא י"ל שהאיסור לאכול חוץ לירושלים הוא ג"כ מחמת שממון גבוה הוא, וכן שאר עניני הקדושה שאסור לאונן ולטמא, אבל באשת כהן שמת בעלה שאסורה בתרומה, אינו מחמת היתר נשואים, ושני דינים נפרדים הם, ולכן הי' ראוי להיות שע"א המעיד על אשת כהן שנתגרשה שתאסר בתרומה ככל ע"א המעיד באיסורים, וכמו שנאמן ע"א להעיד על איש שהוא כהן להאכילו בתרומה למ"ד אין מעלים מתרומה ליוחסין: ונראה

לענ"ד שהטעם בזה מה דסובר ר"ט דבנשים שאינן נאמנות להעידה שמת בעלה להשיאה ע"פ, שאינן נאמנות גם לאסרה באכילת תרומה, משום דמדין תורה כמו דע"א אינו נאמן לחדש עלי' דין אישות מאיסור להיתר, וכן מהיתר לאיסור, שהוא בכלל אין דבר שבערוה פחות משנים, כ"כ דין זה לפסלה מאכילת תרומה הוא ג"כ ענין דבר שבערוה, וכמו דאמרינן במס' קדושין ד' ס"ו דבן גרושה וחלוצה פסולו בשנים, ובארנו לעיל בשע"ז פ"ג ענין זה, ומשו"ה מדין תרומה אף בע"א כשר אינו נאמן לאוסרה בתרומה, ורק היכא דנאמן להשיאה מחמת תקנת חז"ל, היא אסורה מדרבנן לאכול בתרומה, שלא יהי' דברי חכמים כחוכא, ומכש"כ לשיטת רש"י דהיתר נשואים מה"ת ע"י אפקעינהו רבנן לקידושין מינה, דודאי אסורה גם בתרומה מה"ת, דהרי הוא כפנוי, אבל בה' נשים שאינן נאמנות שלא תקנו חז"ל להאמינן, ממילא מוקים הדבר על דין תורה, שאין ע"א נאמן לשנות דינה אף לענין אכילת תרומה.

ובהא דכתב הרמב"ם בפט"ז דע"א מעיד על אשה שהיא זונה או גרושה שנאמן לאוסרה לכהונה, בארנו לעיל בפ"ג דהטעם בזה דסובר דרק היכא שאנו מחדשים על אשה או איש היפוך חזקתו אבל היכא דלא איתחזק הוא כעדות של איסורים, ומה"ט נאמן ע"א להאכילו בתרומה, כיון שמעיד שכהן הוא ולא איתחזק אצלינו היפוך זה, ורק לענין יוחסין החמירו משום מעלה עשו ביוחסין: אמנם בתשו' רע"א סי' קכ"ד וקכ"ה שקיל וטרי שם עם הגאון בעל חוות דעת לענין זונה לכהונה אם חשוב כדבר שבערוה, עיי"ש מה שהביאו דברי המרדכי פ' מצות חליצה, שתלה ענין זה אם ע"א נאמן ביבמה לשוק, אם קדושין תופסים ביבמה, ולדבריהם נראה דלענין לאסור אשה באכילת תרומה אינו בכלל דבר שבערוה, ומה שהביא שם דברי הגאון בעל חוות דעת שכתב דכיון שהדין בא מחמת זנות של אשת איש כל דין שמסתעף מזה הוי דבר שבערוה, אינו מסתבר כלל, דמה איכפת לן מה שמעיד על מקרה איזה שתהי', אם עדותו נוגע רק לדין איסור לחוד ודאי ע"א נאמן, ובעיקר הענין אם דבר שבערוה חשוב דוקא מה שתלוי בתפיסת קדושין, אף שכ"כ נקט בפשיטות בס' מנחת החנוך מצוה תקצ"ט יעו"ש.

כבר כתבנו דמדברי תוס' רי"ד שכתב דבן גרושה פסולו בשנים הוא בכלל דבר שבערוה, מוכח דאין תלוי בתפיסת קדושין, אלא נראה דכל דין מחודש על האדם חשוב כדבר שבערוה כמו שכתבנו, אבל כיון דלענין טומאת נדה ע"א נאמן ולא חשיב כדשב"ע, ובע"כ הטעם בזה שאין דין איסור נדה כהשתנות דין בעצמות האשה, כיון שניתרת ע"י טבילה, ועפ"י"ז יש לדון באיסור יבמה לשוק שניתרת ע"י חליצה אם חשיב זיקת יבום כקנין אישות ממש, והחליצה הוא בהפקעתקנין של גט, ואז ראוי לומר שענין יבמה לשוק לאיסור ולהיתר חשוב כדבר שבערוה, או אפשר דענין התרת חליצה אינו כהפקעה של גט, ויש מקום לומר שדומה לאיסור של נדה דחשוב איסור בעלמא וע"א נאמן ע"ז, והנה לענין לפסול אדם המוחזק כשרות לענין עדות דקיי"ל דבעינן שני עדים כשרים ואין אדם נפסל עפ"י עצמו, אף דיכול לחזור לכשרותו ע"י תשובה, ולענין לפסול שו"ב מכשרותו נקטו הרבה גדולי האחרונים דנאמן ע"א, הובא בס' דרכי תשובה יו"ד סי' א' ס"ק רנ"ב יעו"ש.

דלכאורה מזה משמע דרך לענין עדות דאם פסול הוא, הוי גרעון בכחו דאינו מועיל בעדותו, אבל בשו"ב דאינו פסול בעצמותו דאם שחט כהוגן מועילה שחיטתו אלא שחושדין אותו אינו חשוב כגרעון כח, אבל בכ"ז עדיין אינו מתיישב ענין זה: ונראה לענ"ד כיון דמוכח מסוגית הש"ס דקדושין ד' ס"ו דלענין עדות על אשה שנשבית חשוב כדבר שבערוה, דאביי דסובר דבאשתך זנתה ושותק נאמן, מביא ראי' לדידי' מהא דינאי המלך שהי' אוסרים אותו לכהונה, ורבא דחי דמיירי שהי' שני עדים, וכן מוכח מהא דאב אינו נאמן לומר על בתו שנשבית, ואם הי' ענין זה לפוסלה לכהונה כשאר איסורים, גם קרוב נאמן בכה"ג, לשיטת הראשונים דע"א נאמן נגד חזקה, וכמו שהעיר בכ"ז בס' ש"ש ש"ו פט"ו, עלינו לנקוט האי כללא של דבר שבערוה, שאינו ענין רק בדבר שבערוה ממש, שאינו תופס קדושין, דמה ענין זה שייך לתפיסת קדושין, דעיקר דין שכתבה תורה בסוטה שאינה נאסרת על בעלה דוקא בשני עדים, וקדושין תופסים בה, ומנין לנו לחדש שיהי' ענין זה תלוי בתפיסת קדושין, ובפשטות הי' ראוי לומר דהאי כללא הוא לענין היתר ואיסור של אישות, כענין האמור בתורה ומצא בה ערות דבר, דאם נאמר שתלוי רק אם המעשה שמעידים עלי' שעברה ועשתה מעשה ערוה שזנתה בעודה אשת איש, כמו שכ' בתשו' רע"א בשם הגאון מליסא, כבר כתבנו שהוא דבר זר שאינו מתקבל כלל, שיהי' תלוי באיזו מעשה, דהרי בכל דיני עדות תלוי לאיזה ענין נוגע העדות ומהא דמצריך ר"י למילף מקרא דיכיר דכמו שנאמן אב לומר בני זה בכור, כ"כ נאמן לומר בני זה בן גרושה ובן חלוצה, אבל בלא"ה לא הי' נאמן, מוכח ג"כ דלעשות בנו לחלל צריך שני עדים, וכן לעשותו ממזר, מכ"ז מוכח דאינו תלוי בתפיסת קדושין אלא תלוי הכל באיסור והיתר של ביאה ונשואים, דחלל מותר לישא חללה וכהן אסור, וכן ממזר מתירו לישא ממזרת ואוסרו לישא כשרה, כל כה"ג הוי דבר שבערוה, ודברי המרדכי שכ' דעדות לענין חליצה צריך שני עדים דהוי כדבר שבערוה, משום דלרב אין קדושין תופסים ביבמה לשוק, י"ל כמש"כ לעיל דכיון דאיסור זה ניתר ע"י חליצה יש לדון דהוי כאיסור נדה, אבל מהא דאין קדושין תופסים מוכח דענין זיקה הוא כקנין אישות ממש והתרת החליצה הוא כהפקעת קנין כמו גרושין, וכן י"ל דכיון דאין קדושין תופסים הרי היתר החליצה נוגע לדבר שבערוה, שאם תתקדש לאחר תהני החליצה שיתפסו הקדושין, אבל לולא זאת הי' מקום לומר דאיסור יבמה לשוק הוא כאיסור נדה דע"א נאמן לאסור ולהתיר: אבל לפי"ז עדיין קשה מסוגית הש"ס דקדושין ממה דשקיל וטרי אביי ורבא בעובדא דינאי המלך שרצו לאסור אותו לעבודה כמו שאמר לינאי האי זקן הנח כתר כהונה לזרעו של אהרן, ומדמו אביי ורבא דין זה לדבר שבערוה, ואם נאמר דדין דבר שבערוה הוא דוקא לענין איסור והיתר של אישות, אבל לענין היתר ואיסור תרומה הוי כשאר איסורים דע"א נאמן, מאי מדמו לעובדא דינאי דהרי לא רצו רק לפוסלו מעבודה, ולענין זה סגי בע"א, ומוכח מזה דגם לענין איסור אחר הוי כדבר שבערוה, דלא כמש"כ בס' ש"ש, אמנם מזה עדיין לא מוכח שלכל דין שאנו דנים על התחדשות באדם שיהי' בכלל דבר שבערוה, אלא נוכל לומר שכל דין המתחדש בדיני אישות והורדת קדושה הוא בכלל דבר שבערוה, וכמו בסוטה שמתחדש עלי' דין איסור לבעלה, ולכהונה ולתרומה ע"י ביאת זנות, שהאשה נתחללה מקדושתה שענין זה כולל גם תרומה, הוי בכלל דבר שבערוה, כ"כ הבן הנוולד ע"י חללה לכהן

נתחדש דין על הנולד שיהי' אסור לעבודה ושאר הדינים שהוא הורדת דין קדושה, ומה"ט קבלו חז"ל דקדושין וגרושין הם בכלל דבר שבערוה מפני שמחדשים דיני האישות, ולפי"ז ענין לפסול אדם לעדות אינו שייך כלל לדבר שבערוה, כיון שדין זה אינו שייך לדיני אישות, אבל ממזרות וחללות, יבמה לשוק, בת ישראל לכהן לענין תרומה וכל ענינים השייכים לדין אישות, הכל בכלל דבר שבערוה, ובדין לפסול אדם לעדות, נראה לי שתלוי על איזה ענין עדות או נפשות או לדבר שבערוה, גם ענין זה מישך שייך לדיני ממונות ונפשות, דהרי זהו עיקר הדין שאנו דנים אם יועיל מה שיעיד אח"כ לענין ממון ונפשות, ומשו"ה כמו דלעיקר דין עדות של ממון בעינן שני עדים, כ"כ לבטל דין עדות של ממון הוי דבר של ממון, אבל אם יהי' ענין הנידון להכשיר ולפסול אדם לענין עדות של איסורים, אז יש להאמין ע"א כדין ע"א נאמן באיסורים, ובזה יובנו לנו שיטת המהרי"ק שורש ל"ג שנקט בפשיטות בע"א שמעיד על השוחט ששחט שלא כהוגן, שהוא שוה לכל ע"א באיסורים, דאם אינו מכחישו נאמן, ובהכחשה אינו נאמן, יעו"ש, הובא בפמ"ג יו"ד סי' א' ס"ק מ"א במשב"ז, יעו"ש, כיון שהוא עדות של איסורים לאסור שחיטתו, ע"א נאמן ע"ז ככל ע"א שנאמן באיסורים: ולפי"ז יש לדון בהא דקיי"ל אין אדם משים עצמו רשע, שכתב רש"י ביבמות ד' כ"ה שאינו נאמן לפסול א"ע וכן כתבו שם בתוס' ד"ה ואין אדם משים עצמו רשע שהוא לפסול א"ע, יעו"ש, ולפי מש"כ שדין זה לפסול אדם לעדות תלוי לאיזה ענין עדות שאנו דנים ההכשר והפסול, מהראוי לומר דכמו דע"א נאמן לפסולו כ"כ הבע"ד בעצמו נאמן, דלענין איסורים גם האשה שאמרה נטמאתי נאמנת כמו שנאמנת על ספירתה וטבילתה, והנה מסוגית הש"ס דיבמות דבאומר הרגתי אינו נאמן לפסול א"ע אף לעדות אשה שכל העדים כשרים, לכאורה מוכח דגם לענין עדות דאיסורים ג"כ אינו יכול לפסול א"ע, דעדות אשה להעיד שמת בעלה נאמן ע"א וגם עבד ואשה, דאל"ה יהי' נאמן על עצמו שרשע הוא ופסול לעדות אשה, אבל באמת אין ראי' מזה דאם אינו נאמן לפסול א"ע לעדות של ממון ונפשות וישער בכשרותו להעיד על כל עדות שבתורה איך יופסל לעדות של איסורים שענין זה הוא דבר שאי אפשר, שאם העד כשר לכל עדות שבתורה ולא יהי' נאמן על איסורים, ולפי"ז לא יצויר חלוקה זה שכתבנו בין עדות לדיני ממונות לעדות של איסורים.

ורק לענין להכשיר עד שנפסל לברר שעשה תשובה יהי' חילוק, דלהכשירו לעדות של ממון ונפשות צריך שני עדים ולהכשירו לעדות של איסור והיתר סגי בע"א ויהי' כשר לעדות של איסורים ויהי' פסול לעדות של ממון, אבל להיפוך לפסול לאיסורים ולהכשירו לשאר עדות, לא יתכן בשום פנים.

ומה שכ' המהרי"ק דלענין לפסול שוחט סגי בע"א אם אינו מכחישו, ולשאר עדות ודאי דלא יופסל בזה, אין סתירה לדברינו, דבאמת גם השוחט אינו נפסל לעדות של איסורים עי"ז ששחט שלא כהוגן ועבר על לפני עור, אלא שנעשה חשוד על ענין זה להאכיל טריפות, וכל החשוד לאותו דבר אינו דן ואינו מעידו, אף שיש לדון בשוחט בהמת חבירו שלא בהכשר שיהי' כגזלן ויופסל לכל עדות, אבל זה רק אם עושה במתכון להפסיד ממון חבירו אבל אם נעשה שלא בכונה אף אם יהי' באופן שחייב לשלם ולא הודיע לבעלים ומאכילים טריפה, הוא רק כבע"ח שלא שלם חובו שאינו נפסל משום זה,



ומשו"ה אין אנו דנים בזה לפוסלו לעדות, אלא דינו כחשוד לאותו דבר, אבל לאיסורים אחרים יהי' נאמן כבתחילה, אבל בכ"ז ענין זה צריך ביאור, דלפי"ד אם יאמר שוחט על עצמו שהאכיל טריפות יהי' נאמן, דלענין איסורים ע"א נאמן, וכל היכא שע"א נאמן גם בע"ד נאמן, וכל הפוסקים האחרונים נקטו דרך היכא דמוכח שהודה דרך תשובה נאמן, עי' פ"ת יו"ד סי' א' ס"ק כ"א שהביא מתשו' שיבת ציון והחת"ס, וכן מוכח מהגמ' כתובות ד' י"ט ע"א דלמ"ד דסובר דעדים שאמרו להם חתמו שקר יהרגו ואל יחתמו בשקר, אינם נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות, ופי' שם הרשב"א בחי' דבאומר על עצמו שאינו חסיד ג"כ אינו נאמן, וכמו שביאר בזה בס' ש"ש: ובהא דכתב בהגה בשו"ע ח"מ סי' ל"ד סעי' כ"ה שאין אדם נפסל עפ"י עצמו שאין אדם משים עצמו רשע, דמ"מ אין עושים אותו עד לכתחילה, כתב שם בביאור הגר"א ז"ל וז"ל, ומ"מ אין עושים וכו' כמש"כ בכריתות י"ב ע"א דאדם נאמן על עצמו יותר וכו' רק דאינו נאמן לחוב לאחרים וכמש"כ ביבמות ד' מ"ז ע"א נאמן אתה לפסול עצמך ואין וכו' ועיי"ש תוס' ד"ה נאמן היינו דוקא וכו' אבל וכו' וד"ה ואין עדות וכו'.

עכ"ל.

הבאנו דברי' לעיל בפ"ד — ונראה לי בכונתו דהנה אם באמת רשע הוא ופסול לעדות אסור לו להעיד, דהרי ביודע בחבירו שהוא רשע אסור לו להעיד, כמש"כ בשו"ע ח"מ ריש סי' ל"ד, משום אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס, ומכש"כ שלו לעצמו אסור, ולפי"ז יש לדון דיהי' נאמן על עצמו דשויה אנפשי' חד"א, אלא דמשו"ה אינו נאמן על עצמו דחב לאחריני דמחויב להעיד ואינו בע"ד לעצמו בזה, אבל כ"ז אם כבר ראה העדות שאז מחויב להעיד, אבל לילך לראות עדות דאין בזה חיוב ומצוה לראות כדי להתחייב להעיד, ממילא אסור לו לילך לראות, נאמן על עצמו ומשויה אנפשי' חד"א.

כנלענ"ד בכונת הגר"א ז"ל, אלא שכתב בקצרה כדרכו בקודש. ולפי מש"כ יש לדון דיהי' אצלנו איסור לעשותו עד מדין ע"א נאמן באיסורים, דאיסור זה שלא להשתמש בעד חמס הוא איסור גם לבעלי דברים, והוא ענין של איסור ולא משפט של דיני ממונות, וע"א נאמן ע"ז, וכמו דע"א דעלמא הי' נאמן ע"ז לאסור לנו לעשותו עד לכתחילה, כ"כ גם בע"ד מהימן, ולפי מש"כ לעיל בפ"ד לפרש מה דאמרין ביבמות באומר נתגיירתי ביני לבין עצמי שנאמן לפסול א"ע, דהוא כדין נכרי המעיד על אותו ואת בנו שהוא ג"כ מדין נאמנות באיסורים, יעו"ש, שהארכנו שם בענין זה, ועפי"ז אולי י"ל דגם הגר"א ז"ל נתכון בזה להורות דגם דברי הרמ"א יש לפרש כן.

וצ"ע: ועלה לנו בזה שענין דבר שבערוה הוא כל דין המתחדש על אדם, השייך לעניני אישות, בין לאיסור ובין להיתר, באופן דלפי"ז דין יבמה לשוק הוי ודאי כדבר שבערוה, וכמו דמוכח להדיא מסוגית הש"ס דמיבעי אם ע"א נאמן ביבמה, אם שייך סברת דייקא ושאר הטעמים שהקילו רבנן לענין מת בעלה, אבל מדינא פשוט להש"ס דאין ע"א נאמן, והטעם בזה כיון שדין זיקת יבום אוסרתה ומיתת היבם מתירה, הוא דיני אישות והוי בכלל דבר שבערוה, וכיון שלא נזכר בגמ' שיהי' תלוי ענין זה בתפיסת קדושין אם קדושין תופסים ביבמה לשוק, מוכח להדיא דאין תלוי זב"ז כלל, ועכ"פ נתבאר ענין זה דלענין לאסור אשת כהן באכילת תרומה דהווי כדבר שבערוה, משום דענין זה הוי פרט

בקניני אישות, וכמו דמוכח מסוגית הש"ס גיטין ד' פ"ה דמיבעי שם אם מגרש חוץ מתרומותיך אם הוי שויר, יעו"ש, דלפי"ז ודאי כל ספק אם נפקע ממנה קנין זה הוא ספק בהפקעת אישות, ורק לענין קנין זיקה אם קנין זה הוי כקנין אישות כתב המרדכי ביותר ביאור דגם זה קנין אישות הוא, דהרי איכא למ"ד דגם קדושין אין תופסים בה, ומזה מוכח דלכו"ע הוי כדבר שבערוה, דאם היל' דין זה תלוי באמת אם קדושין תופסים ביבמה הוי ליל' לאסוקי דלמ"ד ספיקא הוי יהי' כ"כ ספק לענין צריך עדים, ולכן יותר מסתבר שכונת המרדכי במה שהביא ענין תפיסת קדושין ביבמה לשוק שהוא בדרך הוכחה כנלענ"ד: פרק יא תנן ביבמות פ' כיצד ד' כ"ה מת הרגתיו הרגנוהו לא ישא את אשתו, רבי יהודא אומר הרגתיו לא תנשא אשתו הרגנוהו תנשא אשתו, ובגמ' שם הוא ניהו דלא ישא את אשתו הא לאחר תנשא, והאמר רב יוסף פלוני רבעני לאונסי הוא ואחר מצטרפים להורגו, לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס, וכ"ת שאני עדות אשה דאקילו בה רבנן והא"ר מנשה גזלן דדבריהם כשר לעדות אשה, גזלן דדברי תורה פסול לעדות אשה, נימא רב מנשה דאמר כר' יהודא, א"ל רב מנשה אנא דאמרי אפילו לרבנן וטעמא דרבנן הכא כדרבא, דאמר רבא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עימו רשע, עכ"ל הש"ס.

והנה מוכח דפליגי ר"י ורבנן אליבא דר' מנשה אי פלגינן דיבורא או לא, וכן כתבו התוס' בד"ה לימא, היינו דלר"י משום דסובר דלא פלגינן דיבורא אינו נאמן כלל ולא תנשא, ולרבנן פלגינן, וכן מפורש במס' סנהדרין דטעמא דרבא דפליג על רב יוסף באומר פלוני רבעני לרצוני, משום דפלגינן דיבורא, עי' בסוגיא בהש"ס ד' ט'.

והנה בענין זה אם פלגינן דיבורא שקיל וטרי בש"ס באורך בפ"ק דגיטין ד' ט' לענין עבד שהביא גיטו וכתוב בו כל נכסי דנאמן הוא על שחרורו ואינו נאמן על הנכסים, דאביי סובר לא פלגינן דיבורא, ורבא סובר פלגינן דיבורא, והביא שם מכותב נכסיו לעבדו, ומשכ"מ שכתב נכסיו לעבדו שבענינים ההם אין זה ענין לנאמנות, אלא אם דבור הצריך להועיל לאיזה ענין, אם קצת מן הדיבור בטל אם בטל כולו או מועיל לאותו דבר שראוי להועיל, ובמס' ב"ב ד' קל"ד ע"ב הובא ענין זה של פלגינן דיבורא לענין בעל שאמר גרשתי את אשתי אם אומר למפרע אם נאמן מכאן ולהבא, ומביא הש"ס מהא דאמר רבא פלוני בא על אשתי שנאמן להורגו ולא להורגה וראוי לבאר אם שייכים כל ענינים אלה זל"ז, לענ"ד דכיון דבשתי סוגית הנ"ל, בגיטין ובב"ב, לא הביא הש"ס מהך משנה דיבמות פלוגתא דתנא קמא עם ר' יהודא, מוכח דסובר הש"ס דפלוגתא זו של ר' יהודא ורבנן אינה שייכת כלל לענין פלגינן דיבורא האמור במס' גיטין וב"ב, ולכן צריך לבאר ענינים אלה בפרטות וכל הדינים המסתעפים מהם: והנה באומר פלוני בא על אשתי או פלוני רבע שורי, וכן באומר גרשתי את אשתי, אם פלגינן דיבורא אין לנו שום צורך לשנות עצם המעשה לומר שהי' באופן אחר, אלא דלא הוטייל דיבורו על כל הדינים שאומר ומועיל רק למקצת, וכמו בעבד שהביא גיטו ובכותב כל נכסיו חוץ משדה פלונית, שאנו דנים רק לענין כח הדיבור, כ"כ נאמר דבאומר פלוני בא על אשתי.

דסובר רבא פלגינן דיבורא, הוא שמועיל כח עדותו על פלוני אף שאינו מועיל להרגה או להיפוך אף שמועיל להורגו אינו מועיל להרגה, אבל כשאנו דנים לענין קיום עדותו

להרוג את פלוני, לא איכפת לך אם נאמר שבאמת כן הי' שבא על אשתו, ורק אם נבוא להוציא איזה דין גם על האשה, אין אנו משתמשים כלל בעדות זו שהעיד עני' דקרוב הוא אצל אשתו, ולכן נראה דשני ענינים אלה, האי פלגין דיבורא האמור לענין עבד שהביא גיטו, ופלגין דיבורא דפלוני בא על אשתי ובאומר גרשתי את אשתי הם שייכים זה לזה וענין אחד להם, וכן כתבו הראשונים ז"ל, עי' בר"ן פ"ק דגיטין, ורא"ש ספ"ק דמכות שכתבו, דרבא שאמר נאמן על עצמו ואינו נאמן על הנכסים, הוא לטעמא דס"ל דפלוני בא על אשתי דפלגין דיבורא יעו"ש.

ולפי"ז נאמר דמה שאמור בענינים אלו פלגין דיבורא, אין הכונה שמקצת מן הדיבור מתבטל וקצתו מתקיים, אלא שפלגין כח הדיבור, שמקצת כח הדיבור מתקיים ופעל בכח הדין, ומקצת אינו מתקיים, וענין זה כולל גם בדיבור שאינו מדין עדות, וכמו שהובא במס' גיטין לענין קנין שטר אם בטל כחו לפרט אחד אם מתקיים לפרט אחר או בטל כולו: ובהא דפלוני רבעני לרצוני דאמר רב יוסף רשע הוא ופסול לעדות, ורבא פליג ע"ז ואומר אדם קרוב אצל עצמו ואין האדם משים עצמו רשע, בענין זה לא סגי לך אם נאמר לחלק כח הדיבור, לומר דלא מהני לפסול א"ע, ויהני להעיד על פלוני שיהרג, דכשאנו דנים לענין כח עדות על הפלוני אם נחזיק שכן הי' המעשה שהי' לרצונו והוא רשע הרי חסר לנו עדות של כשרים ואי אפשר לקיים העדות בזו שהי' נהרג על פיו, אם לא שנאמר לבטל הדיבור שאמר לרצוני ולומר דהמעשה הי' באופן אחר, שהי' לאונסו או רבע איש אחר, ובזה פליגי פליגי רב יוסף ורבא, דרב יוסף סובר דלא פלגין דיבורא לבטל קצת הדיבור לחשוב כאילו לא אמר כלום, היינו כאילו לא אמר דיבור של לרצוני, אלא מחשבינן את כל הדבור כולו בתורת הגדת עדות, וכיון שעפ"י הגדה זו אי אפשר לדון שיתחייב הפלוני מיתה, דבהגדה זו מתברר הענין שרשע מעיד והתורה פסלתו לעד, ורבא סובר דמה שאמר לרצוני אינו דיבור של הגדת עדות והוא דיבור בעלמא שאינו שייך כלום להגדתו, משום דכיון דדיבור זה משים עצמו רשע ואין אדם משים עצמו רשע, ולכן מה שנשאר בדיבורו תורת הגדה והוא רק הדיבור של פלוני רבעני לחוד, ומה שמוסיף בדבריו הדיבור שמים עצמו רשע, אינו מזיק כלום שדברים בעלמא שאינם בתורת הגדה, אינם מגרעים כחה של הגדה, והדברים הטפלים בטלים, והדברים של הגדה בתוקפם עומדים, ולפי"ז אפשר לומר דפלגין בא על אשתי גם לרב יוסף פלגין דיבורא לומר דמהני כח עדותו להורגו ולא להורגה, דלענין להרוג את פלוני כל הדיבור מתקיים, דגם אם נחזיק את כלהמעשה כמו שמעיד הוא, אין כאן שום חסרון בעדות זו, דאם המעשה אמת, ג"כ הוא כשר להעיד על פלוני, ורק לענין להרוג את האשה לא מהני כח עדותו משום דקרוב הוא אצל אשתו, ובזה הי' מתורץ מה דלא הובא בגמ' לענין פלגין דיבורא בעבד שהביא גיטו וכן לענין פלוני בא על אשתי וכן לענין בעל שאמר גרשתי את אשתי בזמן קדום אם נאמן מכאן ולהבא, שיהי' תלוי בפלוגתא דר"י ורבנן באומר הרגתיו אם תנשא אשתו, דפלוגתא דרבנן ור"י לפי מש"כ הוא רק אם אדם משים עצמו רשע, כלומר אם דיבור זה בכולו הוא הגדת העדות, או הוא דבור בעלמא שאינו שייך להגדה, וכן מוכח להדיא מדברי הרמב"ם בפ' המשנה כאן שכ' בטעמא דר"י דסובר אדם משים עצמו רשע יעו"ש.

ולא כתב דסובר דלא פלגינן דיבורא, דעיקר היסוד בפלוגתא זו אם דיבור זה הוא בכללו דיבור של הגדת העדות, דאם הוא בכולו תורת הגדה, לא יתכן שיהי' הדין לשנות להוסיף ולגרע לעשות מזה דין עדות אם הגדתו כמו שהיא אינה מועלת להדין דזה לא מצינו בשום מקום, דהרי כל כח עדות בהגדה תלוי, ואם כפי משמעות הגדתו אינה מועלת, איך נחדש הגדה אחריתא מה שלא אמר העד: ובהא דמוכח דלר' יהודא ולרב יוסף אדם משים עצמו רשע, אם הכונה בזה דמהני עדותו על עצמו להעשות רשע עפ"י עצמו, כמו דמשמע פשוט לישנא דרב יוסף דאמר רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, הנה מלבד שענין זה שיהי' אדם נאמן על עצמו הוא דבר רחוק, ולא מצינו בש"ס מ"ד שיאמר כן, הלא לפי"ז יסבור רב יוסף דפלגינן דיבורא, שנאמן בעדות זו על עצמו ואינו נאמן על חבריו, וכמו דאמר ר' יהודא באומר נתגיירתי ביני לבין עצמי שנאמן לפסול א"ע ואינו נאמן לפסול את בני, ובתוספות הקשו מדברי ר' יהודא בזה על דברי ר' יהודא שם בנתגיירתי, והנה בתשו' נוב"י מ"ק סי' ע"ב הקשה כן ונקט לדבר ברור שלא יתכן דיסבור רב יוסף שיופסל אדם עפ"י עצמו, ומחמת קושיא זו חדש ענין נפלא, והוא עפ"י מש"כ רש"י ותוס' בסנהדרין ד' י' בהא דבעי רבא באומר פלוני רבע שורי והדר פשטה אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אדם קרוב אצל שורו לא אמרינן, היינו דכיון שמעיד על פלוני גם השור נסקל עפ"י עדותו, והא דאמרינן דאינו נסקל עפ"י בעלים הוא רק אם מעידים על השור לחוד, אבל כשמעידים על הרובע, אמרינן מיגו דמהימן על פלוני נאמן גם על השור, וכן כתבו תוס' בב"ק ד' מ' ע"ב, וכן נראה שיטת הרמב"ם בפ"ב מה' עדות ה"ב, דכתב פלוני רבע שורי הוא ואחר מצטרפים להורגו שאין אדם קרוב אצל ממונו, עכ"ל.

ועפ"י שיטתם העלה דהא דפלגינן דיבורא בפלוני רבעני, דהיכא דמעיד על עצמו ממש או על אשתו ולא אמרינן מיגו, הוא משום דאפשר למיפלג דבורו, אבל היכא דאי אפשר למיפלג דבורו, כמו באומר אני זניתי עם אשתך שסובר הרשב"א דלא פלגינן דיבורא, אז אמרינן מיגו ומיפסל עפ"י עצמו ונעשה רשע לכל עדות, ומסיק בזה"ל וזה ברור ונכון למי שיש לו מוח בקדקדו ושיקול הדעת ישר בדברי הפוסקים, ולענ"ד אין דבריו מתקבלים לכל רואה דבריו, דהנה בעיקר סברת רש"י ותוס' דנאמן על שורו משום מיגו כבר תמהו קדמאי ובתראי כמו שיובא לקמן, אבל אם גם ננקוט כלל זה, לא אבין דבריו, מה דמפרש בזה דברי רב יוסף דכיון דנאמן על הפלוני נאמן על עצמו שהוא רשע ופסול על חבריו, איך יתכן מיגו זה כיון דסוף סוף פסול הוא ואינו נאמן על חבריו האי ליכא מיגו, דהרי בפלוני רבע שורי מתקיים העדות על חבריו וגם על השור, אבל היכא דאינו מתקיים מאי מיגו איכא, ועוד לפי דברי הנוב"י בעדים שאומרים אנוסים היינו מחמת ממון דאינם נאמנים משום דאין אדם משים עצמו רשע דלא פלגינן דיבורא, ולא נזכר בשום פוסק שיהי' העדים נפסלים עפ"י עדות זו, דהרי אם יתקיים השטר אח"כ יהי' שטר כשר, ולפי"ד הנוב"י ראוי להיות נפסלים משום מיגו דנאמנים על השטר נאמנים על עצמם, ועוד קשה בעיקר הדין דאמר רבא שם דבאין כת"י יוצא ממק"א ואומרים כת"י אבל אנוסים היינו מחמת ממון מתקיים השטר ע"י אמירתם כת"י הוא, ומה שאומרים אנוסים היינו מחמת ממון בטל משום דאמע"ר, ולשיטת הנוב"י הדין להיפוך

כיון דלא פלגינן מקבלין את כל הדבור, ע"כ נראה בעיני שאין דברי הנוב"י מסתברים כלל בזה.

אח"כ מצאתי בפ"ת לאהע"ז סי' קט"ו ס"ק ל"ב שהביא בשם ס' קהלת שכ' על דברי נוב"י אלו שדבריו דחויים ואינם מסתברים: ובשיטת תוס' ורש"י והרמב"ם דנקטו דבאומר פלוני רבע שורי דאמרינן מיגו דנאמן על פלוני נאמן על השור ג"כ, דקשה מאד מאיזה טעם הוא דבכל דוכתא הוא להיפוך, וכן תמה ע"ז בחי' הר"ן במס' סנהדרין בזה"ל ולא מחזור דהא לא אמרינן עדות שנקיימה מקצתה נתקיימה כולה אדרבה אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה יעו"ש, ועוד קשה מהך דאילעי וטובי' קריבי' דערבא הוו, במס' מכות ד' ז', דמסקינן שם דפסולים גם ללוה משום דאי לית לי' ללוה בטר ערבא אזיל מלוה, ואי אמרינן מיגו נימא להיפוך, מיגו דנאמנים לגבי' לווה יהיו נאמנים גם לגבי' ערב, וכן קשה מהירושלמי פ"ק דגיטין דאיתא התם כתב כל נכסיו לב' ב"א כאחד והיו העדים כשרים לזה ופסולום לזה דפליגי ר"י ור"ל, דר"י סובר מתוך דפסולים לזה פסולים לזה, ור"ל אמר פסולים לזה וכשרים לזה, אבל לכו"ע לא אמרינן מיגו דנאמנים לזה כשרים לזה, ועוד קשה מ"ש דלגבי אשתו לא אמרינן מיגו כזה, ורק פירשו דסלקא דעתא לומר ג"כ מיגו דנאמן על חבירו מהימן על אשתו, ומסיק דאדם קרוב אצל אשתו ולא פלגינן, ולא פירשו הטעם בזה למה שאני שורו מאשתו לענין סברת מיגו, ועוד אינו מואן מה שאמר רבא במסקנא אדם קרוב אצל שורו לא אמרינן, הריבאמת אמרינן דקרוב הוא אלא דמהימן משום מיגו, ואם הכונה בזה שאינו קרוב כ"כ ומה"ט מועיל בזה סברת מיגו, כ"ז דחוק מאד ואינו מושג בשכל שלקרוב גמור לא מהני מיגו ולקרוב קליש מהני מיגו: ונראה לענ"ד לישב ענין זה בס"ד במושג מתקבל דהנה בדין עדות שפסלה תורה קרובים קבלו חכמים שני ענינים, ענין אחד פשוט דלא מהני עדות של קרובים לא לזכות ולא לחובה, וענין שני בזה דגם אם עיקר העדות הוא לרחוק, ובתולדה יתחדש דין על הקרוב, אז ג"כ פסולה העדות ואינה מועלת לרחוק שאם יתקיים העדות לרחוק, בע"כ יחודש דין להקרוב, וכמו בקרובים לערב ורחוקים ללוה ומעידים על פרעון החוב שאם יתקיים העדות על הלוה יתחדש דין על הערב דאם נפטר הלוה פטור הערב ממילא, ובנידון זה אין אנו צריכים כלל להגדת העדות על הערב, שאם רק יפטר הלוה ממילא יפטר הערב, ובכ"ז בטלה העדות כדי שלא יתחדש דין ע"י קרובים, וכמש"כ בתוס' ב"ק ד' ח' ע"ב ד"ה דינא הוא דאזיל ראובן ומשתעי דינא בהדי', הקשו דלמאי נפ"מ, דאין לומר שאם העדים המעידים על פרעון החוב קרובים לשמעון ורחוקים לראובן, דבכה"ג גם לראובן פסולים להעיד, כיון דיש ריוח לשמעון שמעיד הקרקע בידו כמו באילעי וטובי', ומסקו דנפ"מ לראי' אחרונה כגון שאמר שמעון אין לי עדים ואין לי ראי' ואח"כ מצא עדים דשמעון אינו יכול להביאם וראובן שלא אמר אין לי עדים יכול להביאם, יעו"ש, והנה הטעם בזה שעדים הפסולים לשמעון מחמת קורבה פסולים גם לראובן, ואם פסולים לשמעון מחמת הודאת בע"ד כשרים לראובן משום דכשאינו דנים לראובן אנחנו מחזיקים אותם לכשרים גם לשמעון, וכשראובן נפטר בדין שוב אין אנו צריכים עדות אחרת לשמעון דאם פטור הלוה נפטר הערב, אבל אם הם באמת פסולים לשמעון הם פסולים לראובן, כיון שיש ריוח לשמעון, ולפי"ז נראה לי דמה דאמרינן אדם קרוב אצל ממונו הוא רק אם השור ראוי להשתמשות שאינו בר

סקילה, אבל אם השור בר סקילה ומצוה על הבעלים לסוקלו לקיים מצות התורה, שור כזה אינו קרוב לבעליו, ולפי"ז נאמר דיש הבדל בין אם באים הבעלים להעיד על השור לחוד, דעדותם הוא לברר את האמת, ובכה"ג בעינן שלא יהי' קרובים אל השור בשום צד, היינו כיון דאם לאו בר סקילה הוא הם קרובים ופסולים להעיד אין עדותם עדות, דבעדים בעינן שיהי' כשרים על כל פנים, אבל אם מעידים פלוני רבע שורי, דלענין בירור האמת נתברר הדבר מחמת הגדתם על הרובע, ומה שע"ז יסובב גם הריגת השור לא איכפת לן דעיקר הגדה נתקבלה על הרובע, ובזה שגורמים על הריגת השור שאם לפי האמת בר סקילה הוא אינו קרוב להם, לכן מהני עדותם, אבל בפלוני בא על אשתי שאף אם אמת הדבר שזינתה ומצוה להביאה לידי מיתה עדיין אשתו היא, ואי אפשר שתהרג ע"י עדותו אף אם יסובב דין זה ע"י עדותם על הפלוני כמו באילעא וטובי, אף שיש לחלק בין לזה וערב לדין זה של נאמנות על השור, דהתם אם רק נפטר הלזה ממילא נפטר הערב ובשור לא שייך זה, אבל לענין סברת מיגו הדמיון נכון כמש"כ: וקצת סמך לדברי הראה לי חכם אחד מבני הישיבה מש"כ בס' יד רמ"ה להרמ"ה ז"ל למס' סנהדרין שכ' ז"ל, ואמר רבא וכו' פלוני בא על אשתי וכו' מהו דתימא וכו' אצל אשתו הא אמרינן פי' רבינו שלמה וכו' הואיל דמהימן אהוא דיבורא למיקטלי לחבר' ליקטלה נמי לדידה קמ"ל וכו' אטו משום דאסהיד אקרוב ורחוק בהדי הדדי תיסוק אדעתין דניקטלי לקרוב אטו רחוק, אדרבה נפטרי' לרחוק אטו קרוב, ואיכא דמטו בה משום דשווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, ואכתי קשיא עדות שתחילתה בפסלות וסופה בכשרות היא אי איכא לפרושה משום דאיתסרא עלי', הכי איכא לפרושה מהו דתימא אדם קרוב אצל אשתו לא אמרינן דמשעת בעילה איתסרא עלי' והו"ל משעת ראי' רחוק לגבה וקטלה, קמ"ל דכל כמה דלא מיפטר ממיני' בגיטא קרוב הוי לגבה וכו' מהו דתימא אדם קרוב אצל עצמו אמרינן דאע"ג דרבע לא אתרחק מנפשי', אבל אצל אשתו דמאידנא דזנאי איתסרא עלי' אימא לא קמ"ל עכ"ל, ונלענ"ד בכונתו דרק משום מיגו הוא, דבלא"ה לו יהא דאם באמת שזנתה נעשה רחוק, אבל אם לא זנתה הוא קרוב, ולענין עדות נראה פשוט דבעינן שלא יהי' קרוב על כל אופן, עוד מוכרח ענין זה מדין עדות שאתה יכול להזימה דאם הדבר שקר הוא קרוב ובטלה ההגדה מטעם פסול קרוב ולא יתקיים הזמה ע"י בס' מנחת החנוך מצוה ד' ד"ה ונסתפקתי שכ' כעין זה, יעו"ש, ועפי"ד דענין מיגו הוא כיון שנתברר בבי"ד הענין שבא על אשת איש, ובירור ענין שאשה זו היא הנבעלת הוא כעין בדיקות בעדות, ושוב לא בעינן עדות בפ"ע כשאנו דנים לענין האשה, אלא שאף אם אמת הדבר אינו מועיל הדין לקרובים, והכא אם גם אמת הדבר אינו קרוב, אבל אם יעיד על האשה בפ"ע לא מהני דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה.

כנלענ"ד בביאור דברי תוס' ורש"י והרמ"ה ז"ל. עוד י"ל דגם אם נחליט בהיפוך דלענין פסול קרובה דגזיה"כ הוא, אף דלא חשדינן למשקר, רק שאמרה תורה אף שהדבר אמת לא יהי' הדין רק ע"י עדים כשרים סגי לן שאם הדבר אמת לא יהי' קרוב, מ"מ לא מהני אם הבעלים מעידים על השור, דקודם גמר דין שאינו עומד להסקל עדיין קרוב הוא אצל שורו ואין מקבלים עדותו, אבל ע"י מיגו דעיקר עדותו הוא על הרובע, ומה שיהי' גמ"ד על השור לא איכפת לן דבשעת גמ"ד אינו קרוב אצל השור, דהרי עומד

להסקל, ונמצא שנהרג שלא ע"י קרוב, והוא דבר מתקבל, ובלא"ה כבר כתבנו דיהי' החסרון בזה משום עדות שאי אתה יכול להזימה: ולכן נראה לענ"ד דגם לר' יהודא ורב יוסף אינו נפסל לעדות ואינו נעשה רשע ע"י הגדתו שאומר הרגתי או פלוני רבעני לרצוני, ומה שאמר רב יוסף רשע הוא הכונה בזה שלדבריו רשע הוא, וכמו דאמרי' במס' יבמות ד' מ"ז מעשה באחד שבא לפני ר' יהודא ואמר לו נתגירתי ביני לבין עצמי, א"ל ר"י יש לך עדים, א"ל לאו, יש לך בנים, א"ל הן, א"ל נאמן אתה לפסול את עצמך ואין אתה נאמן לפסול את בניך ומי אר"י אבנים לא מהימן והתניא יכיר יכירנו לאחרים מכאן אר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר בני זה בן גרושה הוא וכו' אמר רנב"י ה"ק לדבריך עכו"ם אתה ואין עדות לעכו"ם, וכ"כ נפרש כאן דטעמייהו דר' יהודא ורב יוסף דסברי לא פלגינן דיבורא, ואם לקבל העדות כמו שאומר הרי הוא רשע ורשע פסול לעדות, ומשו"ה אינו נאמן כלל, וכן מוכח להדיא ענין זה כדברינו מהירושלמי דיבמות פ"ב הי"א דאמרינן שם על דברי ר' יהודא שאמר הרגתי לא תנשא אשתו וז"ל, הרגתי' מה נפשך קטלי' החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו לא קטלי' בחיים הוא, עכ"ל.

הרי מפורש בהירושלמי דלר"י ג"כ אין אדם נפסל ע"י עצמו אלא דאי אפשר לנו לקבל העדות להאמינו להשיא את האשה כיון דלא פלגינן דיבורא, הרי ממ"נ אינו נאמן דאם אמת כדבריו שהוא הרג אינו כשר להעיד ואם אינו אמת חי הוא, ועפ"י נפרש דמה דאמרינן בגמ' דילן דלרבא דאמר אדם קרוב לעצמו ואמע"ר הוא משום דסבר פלגינן דיבורא, ומשו"ה לא שייך בזה לומר לדבריך רשע אתה, שהדבור זה מה שמשים עצמו רשע כאילו אינו, ומקבלים עדותו באופן שאנו מוציאים שהי' המעשה באופן אחר שלא כמו שאמר הוא, ובפלוני רבעני לרצוני אמרינן שהי' לאונסו או שרבע לאחר, ורב יוסף סובר כר' יהודא דלא פלגינן דיבורא, ועלינו לקבל העדות כפי שמגיד העד, ולדבריו אין כאן עדות כלל ובטלה עדותו בין לעצמו ובין לחבירו: ועתה נבוא לבאר ענין זה, בס"ד, עפ"י שיטת הראשונים ז"ל, דהנה לפי מש"כ אין שום הוכחה מדברי ר"י דאם מעיד על עצמו ועל חבירו שכמו שאינו נאמן על עצמו לא יהי' נאמן על חבירו, ובפשטות מוכח מהגמ' דגם לרב יוסף אם גזלן כשר לעדות אשה, שנאמן להשיא את האשה, אף שאינו נאמן על עצמו שהוא הרגו להעשות רשע עפ"י עצמו, ועלינו לומר דבנוגע לחבירו אנו מקבלים עדותו שהי' המעשה שהוא הרג את בעל האשה, ובנוגע לעצמו אין לנו מאמינים לו, והוא התחלקות כח הנאמנות, ובענין זה לא פליג רב יוסף, וכמש"כ לעיל, דמה"ט לא הובא פלוגתא דר"י ורבנן בגיטין לענין עבד שהביא גיטו, באופן דלפי"ז באומר פלוני בא על אשתי אפשר שגם לרב יוסף נאמן להורגו ולא להורגה דלגבי הבעל מהני עדותו ולגבי אשתו לא מהני עדותו, ולכאורה נסתרים דברינו ממה דאמרינן במס' סנהדרין אחרי שהובא שם מה שאמר רבא דלא כרב יוסף דבפלוני רבעני משום דאדם קרוב אצל עצמו ואמע"ר, מביא הש"ס מה שאמר רבא בפלוני בא על אשתי הוא ואחר מצטרפים להורגו ולא להורגה, מאי קמ"ל דמפלגינן דיבורא, היינו הך יעו"ש.

ולפי מש"כ בדין זה דבא על אשתי גם לרב יוסף מהימן להורגו ולא להורגה, ואינו ענין כלל לדינא דפלוני רבעני, אמנם י"ל דשפיר פריך הש"ס דכיון דסובר רבא שם דפלגינן דיבורא, מכש"כ בדין זה דאפשר למיפלג דיבורא ולהאמין שבא על אשה אחרת, ומה

דאיכא בענין זה עוד ענין דאפשר גם לחלק הנאמנות, הלא לא נגרע בזה כלום, כן הי' נראה לומר ענין זה מסברא, אבל באמת נלענ"ד דבענין זה פליגי רבוותא, דהנה בתוס' יבמות שם בד"ה לימא כתבו וז"ל, לימא רב יוסף דאמר כרבי יהודא, תימה דהכא לר' יהודא לית לי' פלגינן דיבורא, ובפ' החולץ אמרינן ההוא דאתא לקמי' דר' יהודא ואמר נתגיירתי ביני לבין עצמי א"ל נאמן אתה לפסול א"ע ואי אתה יכול לפסול את בניך אלמא פלגינן דיבורא, ומיהו י"ל דהתם לא מטעם עדות נאמן (דהא אדם קרוב אצל עצמו ועוד דאם נאמן לפסול א"ע איך יתכן שיהיו בניו כשרים) אלא הא דפסלינן היינו לאוסרו בבת ישראל דשויה' אנפשי' חתיכה דאיסורא או אם נגח שור של ישראל את שורו פטור מטעם הודאת בע"ד עכ"ל, ולפי מש"כ לחלק בין התחלקות דיבור של עדות לבין חילוק דין הנאמנות, באופן דגם רב יוסף ור' יהודא סברי דמחלקינן כח הנאמנות, אין קושייתה מובנת כלל, דהתם לא פלגינן הדיבור לומר שהי' המעשה באופן אחר, אלא לגבי עצמו מחזקינן שנתגייר בינו לבין עצמו ולגבי בניו מחזקינן שנתגייר כהוגן, והכא באומר הרגתי אי אפשר להאמין להתיר את האשה אם לא נפליג את הדיבור דלדבריו רשע הוא כמו שהבאנו מדברי הירושלמי, וביותר תמוה דמסקו ומיהו י"ל דהתם לא מטעם עדות נאמן, דמלשונם משמע דגם תירוץ זה אינו ברור להם כ"כ רק דאפשר לומר כן, ולפי השקפת שכלנו אין כאן מקום לכל עיקר הקושיא: וליישב קצת דבריהם הק' נלענ"ד עפי"מ דחולקים הראשונים בשיטותיהם בביאור דין דאילעא וטובי' במס' מכות ד' ז', דאמרינן שם אילעא וטובי' קריבי' דערבא הוו, סבר רב פפא למימר גבי לוח ומלוה רחיקי נינהו, א"ל ר"ה ברי' דרב יהושע לר"פ אי לית לי' ללוה לאו בתר ערבא אזיל מלוה, ע"כ, ופי' רש"י שם דעדי הלואה היו קרובים אל הערב, וכן משמע בתוס' שם שכ' וז"ל, מכאן דיש ליזהר בעדי ממון שלא יהיו קרובים לא ללוה ולא למלוה ולא לערב עכ"ל.

וברא"ש שם האריך בענין זה וז"ל פירש"י דעדי הלואה הוו, ודמיא להא דירושלמי כתב נכסיו לשני ב"א והעדים כשרים לזה ופסולים לזה, ה"נ כיון דאי לית לי' ללוה אזל בתר ערבא א"כ נכתב השטר על הלוח ועל הערב וכיון דפסולים לערב פסולים אף ללוה, והראב"ד כתב שטענותיהם על עסקי פרעון כגון שאמר לוח למלוה פרעתיך ובטענה זו נפטר הערב והביא עדים שלא פרעו ונמצא הערב מתחייב, וא"ת ונהימני' לגבי לוח שלא פרע ולא נהימני' לגבי' ערב דפלגינן דיבורא מידי דהוי אההיא דפ"ק דסנהדרין פלוני רבעו לרצוני הוא ואחר מצטרפים להורגו דפלגינן דיבורא וכו' וכן בפ' זה בורר בר בניתו וכו' ומהימנינן דאוזיף ברביתא ולא לדידי', וכן ביבמות עד שאמר הרגתי לבעלה של אשה זו שמישיאים אותה, דמהימנינן לי' שנהרג ולא שהוא הרגו, ה"נ ליפלוג דיבורא ולהימני' לגבי' לוח ולא לחיובא ערב, ויש מתרצים דל"ד התם הני סהדי לאחיובי גברא או למיפסלי' קאתו, הילכך בעיקר שהם אומרים שרבע או שלוח ברבית נאמנים, ובמה שאמר לדידי האי אחרינא נינהו ולא מקבלינא מיני', אבל להאמינם לחייב הלוח ולא הערב אי אפשר, כיון שיש שטר שהוא ערב.

והראב"ד ז"ל כתב בתשובותי' שכל עדות שבטלה מקצתה מחמת פסול קורבה בטלה כולה ולא פלגינן דיבורא, דהא לא פליג בהו רחמנא דאמר מה שנים נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותם בטלה אף שלשה, אלמא לא פלגינן עדותם, והא דאמר אדם קרוב



אצל עצמו ואין משים עצמו רשע, היינו דוקא כשמעיד על עצמו שאין זה עדות כלל, אלא כמי שאינו דמי שאין אדם נקרא לעצמו עד פסול כדי שנאמר עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ודמיה להא דאמר לעיל במקיימי דבר הכתוב מדבר.

עד כאן לשונו הצריך לנו ונראה להדיא דבתרתי פליגי היש מתרצים עם הראב"ד דלשיטת היש מתרצים לא אמרינן פלגינן דיבורא, אלא היכא דאפשר להחזיק שהי' המעשה באופן כזה שאין הדבר נוגע להקרוב או לעצמו, כמו בפלוני רבע, דאמרינן שרבע לאחר וכן ברבית, אבל בעובדא דאילעא וטובי' שאנו דנים אם היתה הלואה או שלא הי' פרעון דחד עובדא הוא, לא פלגינן דין הנאמנות, דכיון שהוחזק הדבר עפ"י עדים שכן הי' המעשה בע"כ עלינו לחייב גם את הערב, דלא בעינן על כל איש עדות בפ"ע, ומשו"ה אם יהי' דין פסוק עפ"י העדים על הלוח יסובב דין גם על הערב, ונמצא הערב מתחייב ע"י קרובים, ומשו"ה בטלה העדות לגמרי, אבל היכא דאפשר לחלק את המעשה לומר שהי' באופן שיתקיים העדות לרחוק ולא לקרוב אז פלגינן דיבורא, ולא אמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דסברי דרק בעדות לאיש אחד ולענין אחד אמרה תורה עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אבל בעדות שנוגע לשני בני אדם אם אפשר לחלק את גוף המעשה מחלקינן, ויפרשו דברי הירושלמי בכותב לשני ב"א והעדים כשרים לאחד ופסולים לשני, דאיפליגו שם ר"י ור"ל, אם פסולים לרחוק מחמת הקרוב, דאינו משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה רק מטעם אחר, כמו שהובא ברא"ש שם בשם רבינו יואל הלוי, יעו"ש.

והראב"ד ז"ל סובר דאם פסולים לאחד משום קורבה בטלה כולה אף היכא דאפשר לחלק את הענין או הדיבור, אבל היכא דהפסול הוא משום בע"ד, אז אף שאי אפשר לחלק הענין באופן שאם נאמן לגבי' אחרים בע"כ נוגע הענין גם לגבי' דידי' פלגינן כח הנאמנות, דאל"ה לא הי' צריך בעובדא דאילעא וטובי' לתרץ תירוץ אחר מכמו שתרצו היש מתרצים, כ"ז מבואר בדבריהם לכל מעיין: ובתוס' פ"ק דסנהדרין ד' ט' ע"ב ד"ה ואין אדם מפורש דסברי כהיש מתרצים שהביא הרא"ש שכתבו שם דהא דפלגינן דיבורא בפלוני רבעני הוא דמהימן לומר שרבע אבל לא שרבעו, דאם הוי פלגינן דיבורא לומר שרבעו באונס דזה הוי פלגינן דיבורא בחד גופא, וכן בפלוני רבע שורי אם הי' קרוב אצל שורו הי' מהימן לומר שרבע שור אחר, וכתבו בזה"ל ותדע דאם הי' כהן נשוי אחותו והוא ואחר מעידים שפלוני בא עלי' סברא הוא לרבא דמצטרפים להורגו אבל לא להורגה אפי' לאוסרה על בעלה אעפ"י שנאסרת באונס.

עכ"ל.

הרי מפורש שיטתם דסברי דגם בפסול מחמת קורבה אמרינן פלגינן דיבורא דלא כשיטת הראב"ד, ובענין פלגינן דיבורא מפרשי דאנו מאמינים שהי' המעשה באופן אחר, אבל להימן לגבי חד בכל הענין כפי משמעות הגדתו, ולא להימני' לגבי עצמו או לקרובו זה אי אפשר, והנה לפי מש"כ להוכיח דרב יוסף סובר דמחלקינן הנאמנות מדאמר לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, דמזה מוכח דאם לא הי' מיפסל לעדות זו הי' מהימן להרוג את הרובע אף שאינו נאמן על עצמו ליהרג עפ"י עצמו ולפי"ז קשה מנא להו לפרש דרבא בתרתי פליג על רב יוסף מקצה אל הקצה, דלרב יוסף פלגינן

הנאמנות ולא פלגינן המעשה, ולרבא פלגינן המעשה ולא הנאמנות, הלא אפשר לפרש דרבא סובר, דהיכא דצריך לחלק אופן המעשה כמו בפלוני רבעני דאם נאמין לגבי הרובע שהי' העובדא כמו שהעיד, לדבריו רשע הוא וחסר בזה דין עד, ובכה"ג מחלקינן המעשה לומר שרבע איש אחר, אבל בפלוני בא על אשתי דאי"צ לחלק המעשה, מהימן לגבי הבעל כפי כל משמעות הגדתו ואינו מהימן לגבי אשתו, וליישב דבריהם נלענ"ד דלפי"מ דסברי שלא כהראב"ד בדין עדות שבטלה מקצתה, שיטתם מוכרחת להלכה דדין נאמנות אינה מתחלקת מהך דאילעא וטובי', דכיון דמפרשי כפירש"י שהיו עדים מעידים על הלואה, ונקטו רב פפא ורב הונא ברי' דרב יהושע דאם היו קרובים לערב פסולים גם לגבי לוח, ולא אמרינן שיאמנו דבריהם לגבי לוח ולא לגבי ערב, ולהראב"ד ז"ל דסובר דבכה"ג אמרינן עשבמב"כ מסתבר לומר דהיכא דליכא חסרון מחמת עדות שבטלה מקצתה כגון במעיד על עצמו דפלגינן הנאמנות כמו שסובר רב יוסף דלא מצינו מי שחולק עליו בסברא זו, בזה לשיטתייהו הראב"ד ז"ל והתוס' דהא בהא תליא כמש"כ: ועפי"ז יש לתרץ דברי התוס' יבמות שהבאנו לעיל מה דמקשו מדברי ר' יהודא שאמר באומר הרגתי לא תנשא על דברי ר' יהודא באומר נתגירתי ביני לבין עצמי שנאמן אתה לפסול א"ע ואין אתה נאמן לפסול את בניך.

דהיו מפרשידגם בדברי ר' יהודא צ"ל שאנו מחלקים את גוף המעשה לומר שנאמן לפסול א"ע, הוא ג"כ באופן שאנו מחזיקים לומר אולי מחמת ענין אחר הוא ראוי להיות כדין נכרי בכל הנהגותיו, ואינו נאמן על הענין שנתגייר בינו לבין עצמו, דכיון דנקטו להלכה עפ"י דברי ר"פ ור"ה ברי' דרב יהושע דאין נאמנות מתחלקת, משו"ה רצו לפרש בדברי ר' יהודא שהוא משום פלגינן הדיבור, היינו חלוקת הענין של גוף המקרה ומשו"ה מקשו מר"י אר"י דסובר במעיד הרגתי דלא מפלגינן המעשה לומר שמת בעל האשה ע"י סבה אחרת שלא ע"י הריגתו ועפי"ז יש ליישב קצת מה דמסקו בתירוץ בלשון מסופק "ומיהו י"ל" דהתם לא מטעם עדות הוא, אלא הא דפסלינן היינו לאוסרו בבת ישראל דשוי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, דבאמת ענין זה מוקשה כמו שהבאנו לעיל בפ"ד דאם נכרי הוא ליכא עליו איסור לישא בת ישראל, ובארנו שם דנאמן לעשות איסור לגבי העולם מחמת שהוא בעלים על הנהגה זו ובאופן זה הוא התחלקות הנאמנות, דלגבי ענין זה נאמן על אחרים ג"כ ועל הבנים אינו נאמן, והטעם בזה נראה דמה שאנו מאמינים אותו לגבי העולם שתאסר בת ישראל עליו, אינו בתורת נאמנות על גוף הדבר אלא על דין איסור, שאיכא בזה איסור מחמת מקרה שאינה ידועה לנו, וזה ביאור לשון חתיכה דאיסורא בלא שם, שלא נתברר לנו סבת האיסור, רק נתברר לנו שהוא חתיכה דאיסורא והוא ענין מחודש מה דלא מצינו כ"כ להדיא בש"ס, ומשו"ה כתבו בלשון "מיהו י"ל".

ומה דהקשו רק על הגמ' ולא הקשו על דברי ר' יהודא במשנה, נלענ"ד די"ל דאי לאו דאמרו בגמ' דדברי ר' יהודא ורבנן מישך שייכי לפלוגתא דרב יוסף ורבא, הי' מקום לומר דכיון דמה שנאמן ע"א לעדות אשה, אינו בתורת עדות, כיון שנאמנים כל הפסולים וע"כ עלינו לומר שהוא משום גדרי הוכחה ואומדנא, כמו שכ' בש"ש, הבאנו לעיל בפ"ה ענין זה, ומיסתבר לומר דרק בענין שדברי העד מתקבלים איכא אומדנא, אבל אם עלינו לקבל קצת מדבריו לגרוע ולהוסיף, אין ענין זה מתקבל לנו להכרעת אמתית דבריו.

ובתשו' מהרשד"ם חלק יו"ד סי' רנ"ד כתב לתרץ קושיא זו דהי' אפשר לומר שמטעם גזירה הוא שלא תנשא, לו ולא אבין דבריו דא"כ למה באומר הרגנוהו תנשא לאחרים ולא גזרינן שתנשא לו, ובתשו' זו הובא שנתקשו שואלי' בדברי תוס' אלו דהרי לרב יוסף נאמן על עצמו לפסול א"ע ואין נאמן על חבירו, ועיי"ש בדבריו מה שמתרץ קושיתם ולא ירדתי לסוף דעתו בענין זה, ומדבריו נראה דנקט לדבר פשוט דלר"י ורב יוסף נאמן ע"ע לגמרי וכבר כתבנו שדבר זה הוא רחוק ודחוק: ובהא דאמרי' במס' כתובות דלרבא דסבר אאמע"ר, אם עדים אומרים כתב ידינו הוא זה, אבל אנוסים היינו מחמת ממון, אין נאמנים אף שאין כתב ידם יוצא ממק"א והשטר מתקיים על ידם, היינו שנאמנים בעדותם שכ"י הוא, ואין נאמנים על מה שמעידים שאנוסים היו, הקשה הגאון רע"א ז"ל בס' דו"ח למס' כתובות ד' י"ח וז"ל ק"ק בההיא דפלוני רבעני דאמרינן אאמע"ר, היינו דאינו נעשה פסול עפ"י עצמו וכו', וה"נ הכא אם היו אומרים דהשטר אמת כדינו מדעת הלוה אלא דאנו פסולי עדות והשטר חספא, בזה אמרינן דאינו נפסל עפ"י עצמו והשטר כשר, אבל בזה דאומרים דהמלוה אנסם לחתום, והשטר פסול בעצמותו, שלא נעשה מדעת הלוה וראוי להאמינם במיגו, א"כ מה בכך דאינו נפסל עפ"י עצמו, מ"מ נהימנינהו שהמלוה אנסם והשטר פסול בעצמותו, מזה מוכח דכללא הוא דאאמע"ר לאו דוקא שאין דנים אותם לפסולי עדות, אלא דהבי"ד אין שומעים לדבריהם שעשו כך וכך מעשה רשע, אמנם תמוה לי מסוגיא דיבמות דמבואר באומר הרגתיו אף אם לא פלגינן דיבורא, מ"מ אם גזלן כשר לעדות אשה מהימן ומשיאים אותה על פיו הא מ"מ נימא דאאמע"ר ולא מהימנינן לי' דעשה מעשה זאת שהרג. עכ"ל.

ולא ירדתי לסוף דעת קדשו בקושיתו זאת, דבפשטות כונתו דיועיל העדות לגבי השטר להחזיק שנעשה ע"י אונס מחמת ממון ולא יהיו נפסלים העדים בעדות עצמם, היינו לחלק דין הנאמנות ולא לחלק המעשה, אבל אם זו הוא כונתו הלא אין כאן מקום לקושיא, דהרי זה דומה לאומר פלוני רבעני לרצוני לרב יוסף, דלדבריו רשע הוא ואין להאמינו לומר שהשטר נעשה שלא מדעת הלוה, ואם היו אומרים אנוסים היינו ועכשיו עשינו תשובה וכשרים הם עכשיו לעדות זו לומר שהשטר פסול בעצמותו, מלבד שלא נזכר ענין זה בדבריו, הנה בכה"ג אם היו אומרים לפסול השטר מחמת חסרון עדות ראוי להאמינם, שאין מעידים לפסול א"ע כלום, וכנראה כונתו דנהימנינהו על השטר שלא בתורת עדות אלא משום מיגו כיון דאין כ"י יוצא ממק"א, ולענין מיגו ליכא חסרון לומר שלדבריו רשע הוא, דגם רשע מהימן ע"י מיגו שלא בתורת עדות: ובס' ש"ש ש"ז פ"ה כתב להוכיח דהאי כללא דאאמע"ר הוא אפילו במקום שאינם נפסלים לעדות, אלא כל שאומר על עצמו שעשה שלא כדין התורה, הו"ל משים עצמו רשע ואין אדם נאמן על עצמו כך, והוכיח כן מדברי הרשב"א בחי' לכתובות בהא דאיתא בברייתא דר"מ סובר דגם באומרים אנוסים היינו מחמת נפשות אין נאמנים אף אם אין כ"י ממק"א, ואמר רב חסדא בטעמא דר"מ דקסבר עדים שאמרו להם חתמו שקר ואל תהרגו דיהרגו ואל יחתמו בשקר, וז"ל ואע"ג דקיי"ל אין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אלא ג' דברים בלבד וכו' מ"מ מדת חסידות הוא דליקטלי' ולא יחתמו שקר, ואי לא עביד משוי נפשי' רשיעא וקסבר ר"מ דאפילו בכה"ג אאמע"ר שאינו חסיד.

עכ"ל.

והקשה ע"ז בס' ש"ש מהא דאמרינן במס' יבמות דאף לרב יוסף דלא פלגינן דיבורא אם גזלן כשר לעדות אשה מהימן ומשיאים האשה על פיו, הרי מוכח דאף דמשים א"ע רשע אם אינו פוסל עדותו נאמן בעדותו, ומתרץ דלענין עדות נאמן אם אינו נפסל ע"י מעשה רשע, ובאומר אנוסים היינו אין מאמינים אותם בתורת עדות, משום דחוזרים ומגידיים הם אלא משום מיגו נאמנים אם אין כת"י יוצא ממק"א, והיכא דמשים עצמו רשע אף אם אינו נפסל אינם נאמנים דהוי מיגו במקום חזקה, דמסתמא כדין וכשורה עשו.

ע"כ תו"ד, ולענ"ד נראה שבע"כ הא דנאמנים היכא דאין כ"י יוצא ממק"א הוא ג"כ בתורת עדות ולא חשיבי כחוזרים ומגידיים, כיון דעכשיו הם מקיימים את השטר, דאל"כ לא אתי מיגו ומבטל לשטרא, דהשתא השטר מתקיים ע"י בתורת עדות. ואכמ"ל.

ובמקום אחר הארכתי בסוגיא ההיא: והנה עפ"י מה שביארנו לעיל שיטת התוס' ושיטת הראב"ד בדין פלגינן דיבורא, הנה לשיטת התוס' דסברי דרב יוסף ורבא בתרתי פליגי דלרב יוסף לא פלגינן דיבורא אבל הנאמנות מתחלקת, ואם רק עיקר המעשה כפי הגדת העדות ראוי להתקבל, בנוגע לדין הנאמנות להרוג את הרובע או להשיא את האשה, אז מהימנינן לי' לגבי הרובע ולא לגבי דידי' לא ליהרג ולא להפסל ע"י עצמו, ומשו"ה אם גזלן כשר לעדות אשה משיאים עפ"י העד שאומר הרגתיו, אבל אם גזלן פסול לעדות אשה, אינו נאמן לגבי האשה משום שלדבריו רשע הוא, דלא פלגינן דיבורא לומר שהי' המעשה באופן אחר, ולרבא הוא להיפוך דהיכא דאפשר לחלק הדיבור, מחזיקינן שהי' המעשה באופן אחר כדי שיתקיים עדותו, והיכא שאי אפשר לחלק העדות ולומר שהי' באופן אחר, בטלה העדות, דלא אמרינן בעדות שיהני לגבי זה ולא לאחר, וכמו באילעא וטובי' כיון דאי אפשר להאמינם לגבי ערב אין נאמנים גם לגבי הלוח, ולפי"ז לשיטת תוס' אין מקום לקושית הש"ש והגרע"א ז"ל, דבאומרים אנוסים היינו מחמת ממון אי אפשר להאמינם על השטר שנעשה שלא מדעת המתחייב, כיון דמעידים גם על עצמם שעשו שלא כהוגן ועל עצמם אינם נאמנים כלום, אין להאמינם גם על השטר שנעשה שלא מדעת המתחייב, כיון דמעידים גם על עצמם שעשו שלא כהוגן, ולא פלגינן גוף המעשה לומר שלא חתמו מדעת הלוח מחמת סבה אחרת, לפי"מ דסובר רבא דהיכא דלא פלגינן המעשה אין הנאמנות מתחלקת.

ומה שהקשו מסוגית הש"ס דיבמות דאם גזלן כשר לעדות אשה משיאים על פיו, הרי התם אליבא דרב יוסף אמרו כן, ורב יוסף סובר כן מדאמר לרצוני רשע הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד, דמזה מוכח דאם הי' רשע כשר לעדות זו שהוא מעיד עכשיו, הי' נאמן לעדות זו אף שאינו נאמן על עצמו כלום, אבל לרבא ולדידן דקיי"ל כוותי' אם רק משים עצמו רשע אף שמעשה רשע זו אינו מזיק כלום לעדות זו שהוא מעיד עכשיו, לא מהימן בעדות זו כלום, ומשו"ה י"ל בטעמא דרב חסדא דמפרש דלר"מ גם באומרים אנוסים היינו מחמת נפשות אינם נאמנים, דהמצוה עליהם ליהרג ולא לחתום בשקר, ואם אומרים על עצמם שעשו שלא כהוגן שאינם נאמנים ע"ז, אינם נאמנים לבטל כח השטר דלא פלגינן הנאמנות: ובטור ח"מ סי' מ"ו סעי' ל"ד כתב דבאומרים אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים אפי' אומרים עשינו תשובה, דכיון דהעדות מתבטל מחמת

שעושים עצמם רשעים אין להאמינם, ואין מבואר, כ"כ בכונת הדברים מש"כ שהעדות מתבטל מחמת שעושים עצמם רשעים, ואם כוונתו מה שמעידים לבטל עדותם של חתימת השטר ע"י שעושים עצמם רשעים, ה"ל לו לומר מה שרוצים לבטל, ועוד אין סבת הרשע מבטלת, רק מחמת שלא ראו המעשה, ולענ"ד עפ"י מש"כ דמה שנאמנים באין כת"י יוצא ממק"א הוא ג"כ בתורת עדות ולא משום מיגו לחוד, דלא אתי מיגו ומבטל שטרא, אלא כמו שנאמנים לקיים את השטר עכשיו בתורת עדות, כ"כ כל מה שאומרים לפסול את השטר, הכל הוא בתורת עדות, וכשמשים עצמו רשע דע"ז אי אפשר לקבל מה בבאים להעיד נגד השטר בתורת עדות, אלא סתם משום מיגו, ומיגו לא מהני לבטל השטר, ויתפרשו דברי הטור שהעדות זו של עכשיו מה שמעיד אנוסים היינו מתבטל מחמת שעושים עצמם רשעים, ובלא תורת עדות אין להאמינם מחמת מיגו לחוד, ומזה ראי' נגד דברי הש"ש שהבאנו, ומזה מוכח להדיא דאף שלפי דבריהם הם כשרים עכשיו לעדות זו, וליכא בזה חסרון לומר לדברייך רשע אתה ורשע פסול להעיד, דהרי כשרים הם עכשיו, אבל עכ"פ הם מעידים על עצמם שהיו רשעים, ועלינו להאמין כ"ז בתורת עדות, וזה אי אפשר דעל עצמו אינו נאמן, ומשו"ה כל עדותו בטלה, ואף שהי' מקום לומר דגם בכה"ג יש לומר לדברייך רשע אתה דהרי מ"מ תחלתו בפסול הוי אבל הרי לשיטת הש"ך בחו"מ סי' ל"ז לא בעינן בפסול מחמת עבירה תחילתו בכשרות, ועוד יש לדון בזה אם נאמר דאינו נעשה רשע ופסול רק אחר גמר העבירה היינו החתימה, כמו שהעלה בקצוה"ח סי' נ"ב, יהי' בכה"ג תחילתו וסופו בכשרות דמה שמעיד שחתם א"ע ע"י אונס ממון, ידיעתו זאת מתחלת משעת החתימה שהי' עוד כשר לעדות, ועכשיו כבר עשו תשובה, ע"כ נראה לענ"ד ברור דאין כונת הטור משום שהוא פסול לעדות זו משום דלדברייך רשע אתה, וגם הלשון שהעדות מתבטל מחמת שעושים עצמם רשעים אינו משמע רק מחמת שעושים א"ע רשעים ולא משום שהם רשעים, דהרי רב יוסף אומר שאינם נאמנים מפני שהם רשעים, ולרבא הוא להיפוך מפני שעושים עצמם רשעים.

ונתיישבו בזה כל הקושיות [בס"ד: אמנם לשיטת הראב"ד ז"ל דבארנו דשיטתו הוא דגם היכא דאינה מתחלקת המעשה מתחלקת הנאמנות, ומה"ט בדין דאילעא וטובי' דע"י שהעדים היו קרובים לערב, אין נאמנים גם לגבי הלוח, הוצרך הראב"ד ז"ל לפרש משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה. ובלא"ה הי' ראוי לחלק הנאמנות שיהיו נאמנים לגבי הלוח ולא לגבי ערב, ולשיטתו בדין זה לא פליג רבא על רב יוסף, ולדבריו לכאורה ראוי לומר דבאומרים אנוסים היינו מחמת ממון ועכשיו עשינו תשובה, או לר"מ אם אומרים אנוסים היינו מחמת נפשות שמעידים על עצמם שלא עשו מדת חסידות, באופן דלגבי השטר נוכל להאמין כפי שהם אומרים, דלא שייך בזה לדברייך רשע אתה, ראוי לחלק הנאמנות שהעדים ישארו בכשרותם ככל אדם דאין נאמנים על עצמם כלום, אבל לגבי השטר יהיו נאמנים, כיון דליכא בזה חסרון משום לדברייך רשע אתה, וכן ליכא חסרון מדין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, דמה שנוגע לגבי עצמם אינו בתורת הגדה, והנה מסוגית הש"ס במה דאמרי' דלרבא אינם נאמנים באנוסים מחמת ממון, י"ל דמיירי דאין אומרים עכשיו עשינו תשובה, וכן מה דאמר רב חסדא אליבא דר דקסבר דעדים שאמרו להם חתמו שקר יהרגו ואל יחתמו בשקר, אפשר דמפרש כפירש"י

דמשוו נפשייהו רשעים, דמפרש דר"מ סובר דדינא הכי, אף דלפי"ז קשה מה דמהדר רבא אילו אתו לקמן לאמלוכי אמרינן להו חתומו, אם נאמר דר"מ סובר באמת לדינא דיהרגו ואל יחתמו בשקר, אבל מ"מ הלא רש"י ז"ל מפרש כן, ובשטמ"ק הביא כמה פירושים בזה, וכולם נתקשו בביאור דברי רב חסדא יעו"ש.

אבל כ"ז דחוק לתרין כן שיטת הראב"ד ז"ל: ונראה לענ"ד לומר בסברת הראב"ד דאף דסובר בדין אילעא וטובי' דמה דלא מהימני לגבי לוח הוא משום עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, ובלא"ה היו נאמנים לגבי לוח ולא אגבי ערב, הוא דוקא בכה"ג דחסרון הנאמנות לגבי לוח אינו משום חסרון של תורת הגדה, דאדרבה מחמת זה שהגדת קרובים חשיב הגדת עדות, מה"ט סובר הראב"ד דאמרינן עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, אלא דגזיה"כ הוא אף שהגדת קרובים הגדה היא שלא יועיל עדותם, בכה"ג סובר הראב"ד דאי לאו משום עשבמב"כ היו נאמנים לגבי לוח, אף שאינם נאמנים לגבי ערב, אבל כשמשים עצמו רשע דהחסרון בזה דאדם קרוב אצל עצמו שאינו בתורת הגדה כלל, אלא בתורת בע"ד כמו שכ' הראב"ד ז"ל, אז אם הענין אפשר להתחלק, כמו בפלוני רבעני או פלוני בא על אשתי, דפלגינן דיבורא להחזיק הענין רק בנוגע לפלוני, ואז אף שמתבטל קצת מהגדתו, עדיין נשאר בזה הגדה שלמה, אבל באונסים היינו שענין אחד הוא שאינו מתחלק, וכשאנו דנים לענין השטר, בע"כ עלינו לדון גם לגבי עצמם של העדים, כיון דשם לא פלגינן דיבורא, וכיון דכשאנו דנים לגבי עצמם איכא חסרון בדין עדות, דבע"ד לא חשיב עד כלל, וחסרון זה שולט בעיקר ההגדה, ושולל מכאן כל תורת הגדת עדות, ומשו"ה אינם נאמנים דבטל מזה כל דין עדות, אבל בקרובים אף דסובר הראב"ד דהגדה אחת היא גם בפלוני רבעני וכדומה, ומכש"כ בעובדא דאילעא וטובי' כיון דקרובים ליכא שלילת הגדה גם כשמעידים רק על הקרוב בלחוד, רק להיפוך דין קרובים מבטל עדות מעליא, בכה"ג סובר הראב"ד דאם לא הי' בזה דין עשבמב"כ, הי' הדין להאמין לגבי לוח אף שאינם נאמנים לגבי ערב, ולפי"ז נראה לומר דבזה פליגי רב יוסף ורבא, דרב יוסף סובר דבמה שנוגע להרובע כל הדיבור הוא בתורת הגדה, אף דמה שמשים עצמו רשע הוא הכל ענין ההגדה, ועלינו להתחשב עם כל הדיבור, ומשו"ה רשע הוא ואין להאמינו, דאי אפשר לחסר מדיבורו כלום, כיון שכל הסיפור הכל הגדת עדות הוא, ורבא סובר כיון דמשים עצמו רשע ואדם קרוב אצל עצמו אין דיבור זה בכלל הגדה, ומשו"ה משיירים מדיבורו מה שנשאר תורת הגדה, ועל מה דשיירינן נאמן.

וכן יש להעמיס גם בדברי הרמב"ם בפ' המשנה שכ' דר"י סובר אדם משים עצמו רשע, היינו דליכא חסרון בהגדה אם משים עצמו רשע, ומשו"ה אם גזלן כשר לעדות אשה משיאים על פיו אף שמשים עצמו רשע, דלרב יוסף ליכא חסרון מה שמשים עצמו רשע, אבל לפי"מ דקיי"ל כרבא דאם משים עצמו רשע מתבטל העדות אז יש חילוק אם הענין מתחלק, פלגינן דיבורא ונשאר הגדה שלמה, ואם אין הענין מתחלק בטלה העדות מכאן לגמרי משום חסרון תורת הגדה.

והוא דבר מתקבל בעזה"י: ומעתה הנה לדינא אין הבדל בין שיטת הראב"ד לשיטת התוס' רק בדבר אחד, שהוא במעיד לרחוק ולקרוב באופן שאפשר לחלק הדיבור, דלהראב"ד לא פלגינן משום דעשבמב"כ, ולהתוס' פלגינן, כמו שכתבו להדיא בפ"ק

דסנהדרין דאם הי' כהן נשוי אחותו שהוא ואחר מצטרפים להרוג את הבעל, אבל אם מעיד בענין שנוגע לו לעצמו ולאחר, ואי אפשר לחלק הדבור והמעשה, אין כאן עדות, בין להתוס' ובין להראב"ד כמש"כ.

ולכאורה קשה מהא דפסק בחו"מ סי' ל"ז סעי' ו' אם טען אחד מהשותפים דבר שהוא חובה לו ולחבירו, נאמן כעד לחייב שבועה את חבירו, ולפטור משבועה את שכנגדם, ואם שני שותפים העידו חובתם נאמנים לחייב את חבריהם, עכ"ל. והנה מה שנאמן לחוב לעצמו הוא משום הודאת בע"ד ולא בתורת עדות ואיך מהני עדותו לחבירו הרי הוא בע"ד באותו עדות, ומזה מוכח לכאורה דפלגינן דין הנאמנות אף שהוא משותף בענין זה ועדות אחת היא לשניהם, אבל לאחר העיון נראה דל"ק דכיון שנאמן לחוב לעצמו משום הודאת בע"ד, ממילא אין העדות המשותפת נוגע אלי' כלום אם נאמן או לא, שהרי מתחייב בין כך ובין כך ע"י הודאת בע"ד, וענין דין הנאמנות משום תורת עדות נוגע רק לחבירו ולא לדידי' ואין כאן השתתפות בהגדה זו להמעיד, ומשו"ה נאמן, אבל אם לעצמו אינו נאמן משום הודאה בע"ד כגון שמשים עצמו רשע, אז הוא משותף בהגדה ומחמת זה מתבטל העדות.

וזה פשוט לענ"ד: ועפי"ד יש מקום לתרץ שיטת הרשב"א ז"ל מקושית הנוב"י מ"ק סי' ע"ב דהרשב"א כתב בתשובותיו, דבאומר אני זיתי עם אשתך לא פלגינן דיבורא, משום דכשאתה לוקח תיבות אני זיתי עם אשתך לא נשאר בעדותו שום טעם, והוכיח ענין זה גם מסוגית הש"ס דלא נזכר בגמ' רק בפלוני רבעני לרצוני ולא נקט אני רבעתי את פלוני, וכן נקט בש"ס רק פלוני בא על אשתי, ולא נקט להיפוך אני באתי על אשת פלוני (כן הביא הנוב"י בשמו ואין ת"י תשובה זו), והקשה הגאון הנ"ל על דבריו מפלוני בא על אשתי, דאם נימא דרק היכא דאפשר למיגו דבורו פלגינן, א"כ אם נגיז תיבות על אשתי ונשייר תיבות פלוני בא ואין כאן עדות, יעו"ש שהאריך בסתירת דברי הרשב"א, ולפי מש"כ יש לומר דרק היכא שמעיד על עצמו שאינו בתורת הגדה כלל, אז סובר הרשב"א דבכהאי גוונא צריך לגיז דבריו כדי שישאר דיבור של הגדת עדות כראוי, אבל במעיד על קרוב ורחוק, י"ל דיודה הרשב"א דאי"צ לגיז דוקא הדיבור, אלא שמחלקים החזקת הנאמנות לומר שאנו מחזיקים שהי' המעשה באופן כזה שאינו נוגע הענין להקרוב, משום דכיון דהגדת קרובים ג"כ חשיבה הגדת עדות רק שאינה מועלת מגזיה"כ לחדש דין על הקרוב, אבל אם אנו מחדשים ע"י דבריהם דין על הרחוק לחוד, ובאופן שלא יהי' איזה הכרח שיהי' נוגע ענין זה אל הקרוב, בכה"ג לישא שום חסרון בדיבור של הגדה ומתקיים העדות בלי גזיזת הדיבור, וי"ל דהרשב"א סובר דקריבת אשה לבעלה הוא לענין עדות כדין קרוב ולא כשיטת הראב"ד דסובר שהוא משום בע"ד, ומשו"ה בפלוני בא על אשתי אי"צ למיגו את התיבות "אל אשתי" ולשייר התיבות "פלוני בא", רק לענין תכלית ההגדה אנו מחזיקים להאמינו שפלוני זנה עם אשת איש, ולא נתחזק אצלנו שום נאמנות שאשתו זנתה.

והדוגמאות שכ' הרשב"א כגון אני רבעתי את פלוני ואני באתי על אשת פלוני הוא רק באופן שמעיד על עצמו, אבל במעיד לרחוק ולקרוב לא נזכר בדברי הרשב"א חידוש זה שצריך למיגו הדיבור ולהשאיר דבור שלם להגדת עדות, ובדין עדות שבטלה מקצתה

בטלה כולה ס"ל להרשב"א כהתוס' שהבאנו לעיל דהיכא דאי אפשר לחלק את המעשה לא אמרינן עשבמב"כ: עוד שם בס' נוב"י נשתבח שמצא תנא דמסייעא שנקט בהדיא דלא כהרשב"א והוא ממש"כ הרמב"ם ז"ל בפ"י המשנה סוף נדרים על משנה אחרונה, האומרת טמאה אני לך וכו', וז"ל אי אפשר זה הדין, דנוטלת כתובה ויוצאה, באשת ישראל בשום פנים, לפי שאם אמרה שנטמאת באונס הרי היא מותרת לבעלה ואם אמרה שנטמאת ברצון אין לה כתובה, לפי שכל שמודה שזנתה ברצון אבדה כתובתה וכו' והבחירה לו אם ירצה יגרש ואם רוצה תהי' תחתיו אחר שאין שם עדים וכו', ולא נאמר אילו היית מכחיש אותה ומפני כן היית בא עלי' א"כ אתה מחויב בכתובתה לפי שהעיקר אצלינו פסוק ומוסכם עלי' בכל התורה כולה דפלגינן דיבורא, ר"ל שאנו נאמינהו הדבר בעצמו לענין זה ולא לענין אחר.

עכ"ל.

ומסיק הנוב"י בזה"ל הרי שכתב בהדיא שנאמן על הדבר בעצמו ולא לענין אחר הרי לך בהדיא דלא כהרשב"א, דלהרשב"א לא פלגינן אלא בשני עדים, כדי שלא יבוטל אותו דיבור שאנו מקיימים, ואותו הדיבור בעצמו שאנו מקיימים לא פלגינן, ועוד שהרי הרמב"ם כתב זה לענין אשה שמודה שזנתה שהפסידה כתובתה, ואעפ"כ מותרת לבעלה לפי דפלגינן דיבורא ואנו מאמינים כלל היוצא מדברי שאבדה כתובתה, אבל אין אנו מאמינים לה שזנתה ונאסרה על בעלה, וא"כ הרי תיכף שאין אנו מאמינים לה זנותה ומתירים אותה לבעלה, א"כ בטלה דבורה לגמרי ולא זנתה, ואיך אבדה הכתובה, אלא ודאי דלא משגחינן בהאי סברא דהרשב"א כלל, והרי לך תנא רבה דפליג בהדיא על סברת הרשב"א ז"ל.

עכ"ל: ונפלאתי מאד על דבריו, מה ענין זה של הרמב"ם לדברי הרשב"א, דבהודאת בע"ד ודאי לא שייך לומר דבעינן שישתייר דיבור או למיגז דיבור, דכל ענין של הרשב"א שייך בהגדת עדות דבעינן הגדה מפיו דוקא, אבל בהודאת בע"ד דמהני גם שתיקה והוכחה וכה"ג, כל שמוכח מדבריו ענין הודאה לחוב לעצמו חשוב הודאת בע"ד.

אמנם דברי הרמב"ם בעצמם צריכים ביאור מש"כ על ענין זה שהעיקר אצלינו פסוק ומוסכם בכל התורה כולה דפלגינן דיבורא, איזה ענין מחודש כאן, הלא לכאורה הוא דבר מוסכם בש"ס דלחוב לעצמו נאמן ולחוב לאחרים אינו נאמן, והאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ונאמן על שליטת הפרעון ולא על שלילת ההלוה, ולא נזכר בש"ס בשום מקום שיהי' תלוי בדין פלגינן דיבורא, וכן באומר גנבתי דמשלם הקרן, ובודאי לא יופסל לעדות עפ"י עצמו וכן באומר לא פרעתי נאמן על עצמו ולא על הערב, והנראה לי בכונת הרמב"ם ז"ל דכאן מצא ענין מחודש יותר מבשאר דוכתי, דבכל דוכתי אין הענינים סותרים זא"ז, כי באומר גנבתי שהנתבע זוכה בתשלומי הקרן עפ"י הודאתי, לא נזכר בש"ס להדיא שיקבלנו הזוכה בעצמו את הגנב לעד להעיד לטובתו, וכן באומר לא לויתי אין שום סתירה אם מאמינים לו על שלילת הפרעון ולא על שלילת ההלוואה, וכן באומר אמנה הי' דברינו, אינו נאמן בחב לאחריני, ויהי' נאמן על עצמו, כשאומר מלוה, דאין כאן דבר והפוכו באיש אחד, אבל כאן הוא דבר והפוכו באיש אחד שמן הדין הוא רשאי לקיימה מפני שאינו מאמין בדברי' שאומרת שזנתה, וכשמגרשה אינו נותן



כתובתה, וע"ז אומר הרמב"ם שפלגינן דיבורא, רוצה לומר שנאמינהו הדבר בעצמו לענין זה ולא לענין אחר, היינו דאין אנו מחלקים לומר שהי' קצת מן המעשה ולא כולה, אלא הדבר בעצמו כפי שהוא לענין זה נאמן ולא לענין אחר כמו באשה שע"א מעיד שמת בעלה, שנאמן להשיאה ולא להורידה לנחלה על פיו, וענין זה לא שייך כלום להא דרב יוסף ורבא, דשם לרבא פלגינן את הדיבור, שמקצת מן הדיבור מתקבל לעדות ומקצת אינו מתקבל לנו כלום, דאמרינן שרבע לאישאחר או לזה לאונסו, והכא כשאנו דנים לענין כתובה י"ל דהודאת בע"ד מהני להאמין שהפסידה כתובתה ע"י זנות כדברי', ולענין היתר לקיימה נשאר כמקודם, דלאו כל כמינה לאסור א"ע עליו בלי עדים, וסברת הרשב"א בתשו' הלא הוא כעין עובדא דרב יוסף ורבא, דגם לגבי האשה אי אפשר להאמינו אם נקבל המעשה כפי הגדתו שהוא זנה עמה, דאז רשע הוא ולדברי' רשע הוא כמו שאמר רב יוסף, או משום דמשים עצמו רשע כמו דאמר רבא וצריך לחלק הדיבור, שקצתו יתקיים וקצתו יתבטל, וכגון דא סובר הרשב"א ז"ל דבעינן שישתייר דיבור הראוי להתקבל, ולפי"ז דברי הרמב"ם ודברי הרשב"א נפרדים הם זמ"ז משני טעמים, האחד דהרשב"א מיירי בדין נאמנות בתורת עדות, והרמב"ם מיירי בהודאת בע"ד, והשני דהרשב"א קאי על ענין של חילוק הדבור, והרמב"ם קאי על חילוק הנאמנות ובוזה מדויק מש"כ הרמב"ם שהעיקר אצלינו פסוק ומוסכם בכל התורה כולה דפלגינן דיבורא, דלכאורה הוא דבר תימה איך יתכן לומר על ענין דפליגי רב יוסף ורבא ואפשר גם ר' יהודה ורבנן, שהוא ענין פסוק ומוסכם בכל התורה כולה.

ולפי מש"כ שכונת הרמב"ם על התחלקות הנאמנות אין תימה בדבריו אם סובר דענין זה הוא מוסכם בכל התורה, שבדיבור אחד הוא נאמן לענין זה ואינו נאמן לענין אחר, כמו באומר גנבתי, וכן בעדות אשה שאין מורידים לנחלה על פיו ולית מאן דפליג ע"ז. כנלענ"ד ברור ופשוט.

ומה שכתבו התוס' ביבמות ד' כ"ה לפרש מה דאמר ר"י נאמן אתה לפסול א"ע ואין אתה נאמן לפסול את בניך, דל"ד להא דאמר ר"י באומר הרגתי דלא תנשא, דהתם נאמן על עצמו מטעם הודאת בע"ד או משום דשווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, וכתבו בלשון מסופק, כתבנו לעיל לישב קצת דבריהם: פרק יב ובמס' ב"ב קל"ד ע"ב גרסינן אמר רב יוסף אר"י אמר שמואל מפני מה אמרו זה בני נאמן מפני שבידו לגרשה, אמר רב יוסף השתא דאמרינן הואיל, בעל שאמר גרשתי את אשתי נאמן הואיל ובידו לגרשה, כי אתא ר' יצחק בר"י אמר ר' יוחנן בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן איני והאמר ר"ח ב"א אר"י נאמן, ל"ק כאן למפרע כאן להבא, איבעיא להו אמר למפרע מהו בלהבא מי פלגינן דיבורא או לא, רב מרי ורב זביד חד אמר פלגינן וחד אמר לא פלגינן, מאי שנא מדרבא דאמר רבא פלוני בא על אשתי הוא ואחר מצטרפים להורגו ולא להורגה, בתרי גופי פלגינן בחד גופא לא פלגינן עד כאן.

והנה הרשב"ם והתוס' בסנהדרין מפרשים דאם פלגינן דיבורא הוא שאנו אומרים דעכשיו גירשה, שהוא חילוק מקרה המעשה, והיכא שידוע לנו דעכשיו לא גרשה אינו נאמן כלל, וכן מפורש בתוס' גיטין ד' כ"ז ע"ב ד"ה בזמן שהבעל מודה. יעו"ש ואזלי לשיטתייהו דאם נחזיק את המעשה כמו שאומר אי אפשר לחלק את תולדת הדינים לומר

שלענין זה יועיל הנאמנות ולא לענין אחר, וסברי דכמו שלענין עדות גמורה לא מחלקינן הנאמנות, כ"כ הדין לענין נאמנות שמדין מיגו, שאם אי אפשר לומר שהמעשה הי' עכשיו לא אמרינן שיהיני מה שאומר גרשתי מכבר להועיל לכל ענינים הנוגעים מכאן ולהבא, שאם נאמין מכאן ולהבא בע"כ עלינו להאמין גם למפרע ופליגי רב מרי ורב זביד אם פלגינן דיבורא לחדש אופן נאמנות המעשה לומר שהמעשה הי' בזמן אחר מכמו שאומר הבעל, וכמש"כ הרשב"ם בזה"ל או לא פלגינן דיבורא, אלא כיון דלא מהימנינן לי' בגירושי למפרע משום דאין בידו לעשות וליכא מיגו, נמצא שלא גרש אשתו למפרע והשתא נמי לא גרש, דאיהו לא טעין אלא גרושי למפרע, אנן טענינן לי', בתמי', עכ"ל.

והמ"ד פלגינן סובר דאנו מחזיקים ומחדשים בעצמינו לומר שעכשיו גירש, אבל לומר שנאמין המעשה כמו שאומר רק שיהיני לענינים שמכאן ולהבא אי אפשר, דאם נחזיק בתורת נאמנות שכך וכך הי' המעשה, עלינו להאמין גם לענינים הנוגעים למפרע, ומשו"ה אינו נאמן כלל, אמנם לכאורה לפי"ז למה נאמן באומר זה בני לפוטרה מן החליצה משום דבידו לגרשה, והרי הנאמנות בזה הוא שזה בנו לענין להועיל לפטור מחליצה שהוא ענין של מכאן ולהבא, ולמה לא נאמר כ"כ דלענין שמכאן ולהבא נאמן לומר שכבר גרשה למפרע, ונראה לענ"ד שכיון דמה שאינו נאמן מכאן ולהבא הוא מטעם דאי אפשר להאמין על למפרע, וכ"ז הוא רק אם יש בענין זה לחוש גם לענינים של למפרע, אבל אם יצויר דלמפרע ליכא שום ענין להסתפק בו לדינא, אז מהני מה שאומר כבר גרשתי לענינים הנוגעים מכאן ולהבא, ומשו"ה באומר זה בני שענין זה אינו נוגע להאשה כלום רק לענין מכאן ולהבא, נאמן מחמת שבידו לגרשה לומר שזה בנו, אבל באומר גרשתי כבר יש לחוש שמא זנתה כבר והדבר נוגע גם למפרע, משו"ה אינו נאמן גם לענין של מכאן ולהבא כן הי' נראה לומר דלשיטת תוס' דמיא נאמנות מכח מיגו לנאמנות של עדים שנאמנות של ענין זה מכריח שנאמינו לגמרי, ואם אי אפשר שנאמינו לגמרי, אינו נאמן כלל, דכיון דגם בעדים שיטת התוס' הוא דלא כהראב"ד משום עשבמב"כ אלא להיפוך משום דאם נאמן למקצתו נאמן לכולו, ומה"ט סברי דבמעיד פלוני רבע שורי מיגו דנאמן על פלוני נאמן גם על השור, וכיון דאם יהי' נאמן גם על השור משום מיגו לא יהי' חסרון בדין, משו"ה נאמן לגמרי, אבל בקרוב ממש כמו בעובדא דאילעא וטובי' אינו נאמן גם ללוה כמש"כ לעיל, ומשום הכי י"ל דגם בדין נאמנות של מיגו אין דין הנאמנות מתחלקת ול"ד להודאת בע"ד דלכו"ע מחלקינן הנאמנות שנאמן לחוב לעצמו ולא לחוב לאחריני, דמה שנאמן לגבי עצמו אינו מכריח כלום שתפשוט הנאמנות לגבי אחריני, אבל היכא שהנאמנות גמורה לגבי כו"ע לענין אחד.

ענין זה מכריח לכל ענינים, ואם אי אפשר להאמין אינו נאמן כלל. והנה לכאורה מצינו היפוך זה בכמה ענינים של מיגו, דבאשה שאמרה א"א אני וגרושה אני נאמנת משום מיגו, ואם באו עדים אח"כ אף אם נשאת תצא, כמו דאיתא במס' כתובות ד' כ"ג, דלמ"ד לא תצא הוא משום דסובר דגם שלא בפני בעלה אינה מעיזה, יעו"ש, הרי דמתחלקת הנאמנות דכל היכא דלא באו עדים נאמנת ואח"כ אינה נאמנת, וכ"כ באומר על שטר שאינו מקוים פרוע הוא נאמן מיגו דמזויף, ואם אח"כ נתקיים השטר אינו נאמן, כמבואר בח"מ ריש סי' מ"ו, אבל אין זו קושיא כ"כ דהתם קודם שבאו עדים שהיא אשת איש

לא נתחזקה באשת איש בנאמנות גמורה רק מדין שוי' אנפשה חד"א, ולהתיר איסור זה סגי'א במיגו זו, ונמצא שאין נאמנות גמורה גם על המיגו, דעכשיו אי"צ לנאמנות גמורה, וכ"כ באומר פרוע דנאמן מיגו דמזויף אי"צ עכשיו נאמנות גמורה כיון שלא נתחזק השטר למקוים אלא עפ"י הודאתו, ומשו"ה כל כה"ג אם אח"כ צריך לעדות גמורה בטלה הנאמנות.

עוד יש להעיר לכאורה ממש"כ התוס' ריש ב"מ דמשו"ה באומר חצי' שלי אינו נאמן במיגו דאי בעי אמר כולה שלי משום דהוי מיגו להוציא, ובגמ' נאמר האי מיגו לאפטורי משבועה אי לאו משום דאיערומי קמערם, יעו"ש, אבל זה לק"מ דאי לאו משום איערומי קמערם הי' נאמן ליטול רביע בלא שבועה, אף דלא מהני האי מיגו ליטול חצי', דשם אין זה חילוק הנאמנות רק חילוק המעשה, היינו דמחזיקינן דרק רביע שלו ולא חצי': אמנם אף שלא מצאתי כעת להדיא בסתירת דברינן בשיטת התוס' שיהי' דין חילוק נאמנות בדין מיגו, נראה לענ"ד דאפשר לומר דגם להתוס' אפשר שיתחלק דין הנאמנות לחצאים, והא שהוצרכו לפרש בבעל שאמר גרשתי את אשתי דפלגינן דיבורא לומר שעכשיו גרשה, הוא עפימש"כ לעיל דענין מיגו אינו רק בירור גרידא, אלא דמהני ג"כ כעדים לקיום הדבר, והוא משום שבידו להקים ענין זה ע"י טענה או מעשה אחרת, כמו שבארנו לעיל בפ"ט, יעו"ש, והנה כשאומר גרשתי את אשתי כבר, אף דאיכא בזה בירור הענין דמה לו לשקר, שבידו עכשיו ליתן לה גט ויועיל לכל ענינים של להבא, אבל באמת אם גרשה כבר הלא אין בידו עכשיו להתירה, דכבר אינה אשתו ופסק ממנו כח הגירושין, ונמצא שלדבריו שכבר גירשה הלא לא הי' בידו עכשיו להתירה ואין לו כח נאמנות ולא מהני מיגו, דהוי רק בירור בעלמא, וחסר בזה דין קיום הדבר, וכעין שכ' התוס' דבאומר זה בני וכהן הוא אינו נאמן משום מיגו דאי בעי אמר אינו בני וכהן הוא, משום דלדבריו קרוב הוא, היינו אף דאיכא בירור משום מה לי לשקר, אבל לקיום הדבר ליכא בזה, דאם קרוב הוא אין בכחו להועיל מדין תורה בתורת עדות, כ"כ הכא אם כבר גירשה שוב אין בכחו להתירה בגירושין שניים, ומשו"ה אין בכח מיגו זה להועיל גם להבא, ורק למ"ד פלגינן דיבורא הוא דמחלקינן את הדיבור לומר שעכשיו גרשה ולא למפרע, היינו דאנו אומרים שלא פסק ממנו כח הגירושין עד שבא לבי"ד, ובשעת אמירתו כבר התירה בגט, והוי פלגינן דיבורא בזה, כמו באומר פלוני בא על אשתי דמחלקינן את המעשה שהי' באופן אחר שלא נתברר בעדותו מי האשת איש הנבעלת, אבל באומר זה בני שגם אם הוא בנו בידו לגרשה, גם לדבריו לא פסק כחו להתירה ע"י גירושין.

מיהו מדברי הרמ"ה בס' יד רמ"ה לב"ב שם משמע דמפרש ענין פלגינן דיבורא במיגו שהוא התחלקות הנאמנות יעו"ש: והנה לענין הודאת בע"ד פשטות כל סוגיות הש"ס, דאם משים עצמו רשע בהודאתו, אין זה מגרע כלום דין הודאת בע"ד לענין ממון, דהרי באומר גנבתי משלם הקרן, וכן באומר מלוה שטר אמנה הוא זה, אכן בשטמ"ק לכתובות ד' י"ט הביא בשם הרא"ש בזה"ל הקשה הר"מ אמאי לא קאמר לעולם דקאמר מלוה ואינו נאמן לעשות עצמו רשע לומר ששוהה שטר אמנה בתוך ביתו, ותירץ דל"ק דבשלמא עדים אין נאמנים לעשות עצמם רשעים, דאין עושים בזה שום טובה משל עצמם במה שאומרים שטר אמנה הוא, אלא מפסידים למלוה ולא לעצמם, ולהכי משוו

נפשייהו רשעים, אבל מלוה הוא מפסיד לעצמו ולא הוי רשע כיון שבא לעשות תשובה ולהפסיד ממון לעצמו, הרא"ש ז"ל, עכ"ל.

וכן מטין דברי תוס' פ"ק דב"מ ד' ג' ע"ב ד"ה מה אם ירצה וכו' בסה"ד וז"ל וא"ת האיך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע כדאמר פ"ק דסנהדרין גבי פלוני רבעני לרצוני, וי"ל דאין נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה עכ"ל. וכן נראה שיטת הראב"ד ז"ל שהביא דבריו הר"ן בפ' המדיר לענין עוברת על דת שכ' דאם ליכא עדים רק היא אומרת שהאכילתו שאינו מעושר וכדומה, אינה מפסדת כתובתה, משום דאינה נאמנת דאין אדם משים עצמו רשע, והקשו עליו דמודה לחבירו שגזלו או שחבל בו או שגנב ממנו חייב לשלם ממון, יעו"ש בר"ן ובשטמ"ק שם, ולכאורה הי' מקום לומר דשאני עוברת על דת דכיון דלענין איסור לא מהימנא ורשאי הוא לסמוך עלי' ואינו מוכרח לגרשה, וכן מצאתי אח"כ בס' הפלאה שמתרץ כן דברי הראב"ד: אבל לענ"ד אין הדברים מכוונים, דהרי גם מה שמפסדת כתובתה ע"י זנות הוא ג"כ משום דעי"ז אינו רשאי לקיימה, ומ"מ באומרת טמאה אני לך שזנתה ברצון אף שרשאי לקיימה למשנה אחרונה דסוף נדרים מפסדת כתובתה, כמו שהבאנו דברי הרמב"ם לעיל, וכן מוכח מדברי תוס' כתובות ד' ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כתובה שאף אם אינו נאמן לאוסרה עלי' נאמן להפסיד כתובתה, ומזה מוכח דאף שבעיקר הדבר כן הוא, שמחמת שעי"ז הוא מוכרח לגרשה, אבל מעתה אמרו שעיקר מעשה הזנות הוא סבה להפסד כתובתה ולא הידיעה שאח"כ תהי' הסבה, ובודאי כ"כ הוא בעוברת על דת, שהמעשה עצמה מה שהאכילתו דבר שאינו מעושר גורם להפסד כתובתה ולא הידיעה של אח"כ, ואם יבורר הדבר אחרי הגרושין או מיתת הבעל ג"כ תפסיד כתובתה, וכן מוכח מהא דאינה מפסדת כתובתה אם היא אוכלת שאינו מעושר כמבואר בפוסקים, שאם הכלל מחמת שאינו יכול לדור עמה, הי' ראוי להיות דגם בכה"ג יגרשנה בלי כתובה, מכל זה מוכח דבזנות ועוברת על דת, המעשה עצמה גורם דין הפסד כתובתה, ודוחק לומר דלהראב"ד ז"ל גם בכל מה שהבאנו ישתנה הדין, אלא נראה דסובר דגם בהודאת בע"ד לענין ממון לא מהני אם משים עצמו רשע, כשיטת הרא"ש שהובא בשטמ"ק: ושיטה זו צריכה ביאור מה בכך שעושה עצמו רשע, דהרי לענין הודאת בע"ד לכו"ע פלגינן הנאמנות, ונלענ"ד די"ל דטעמם בכל היכא שהאמינה תורה מגיד האמת, הוא רק היכא שלפי האמת מחויב המעיד להגיד לפני בי"ד, אבל היכא שאינו רשאי להגיד אין מקבלים בי"ד את דבריו, וכיון דרק לענין ממון האמינה תורה את הבעלים, ומשום דלענין זה ראוי באמת לעשות צדק ולהודות האמת, אבל לעשות עצמו רשע שלא נתנה לו תורה כח נאמנות ע"ז אינו רשאי להגיד ענין זה לפני בי"ד, ומשו"ה כשאומר ענין שמודה בזה לחובתו לחייב א"ע בחיוב ממון ומשים עצמו רשע ג"כ, אז אם דרוש לו להודאתו של ממון להשוות א"ע רשע, רשאי הוא ומחויב להגיד, מקבלים דבריו לפי כח הדין נאמנות שנתנה לו תורה, כאומר גנבתי שכונתו להודות דרך תשובה שגנב ממנו, אבל אם לענין הממון אינו דרוש לו להשים עצמו רשע, אינו רשאי לומר ענין זה לפני בי"ד ואין מקבלים דבריו, ומה"ט כתבו בתוס' דבאומר מזיד הייתי לענין אכילת חלב דמוכרח הוא לומר כן שלא להביא חולין לעזרה, אז מקבלים דבריו כפי שורת הדין של הנאמנות, והנה בעוברת על דת שכ' הראב"ד שאם

היא בעצמה אומרת כן שאינה נאמנת, משום דהתם ליכא ענין שמכריחה להודות ע"ז, כיון דלענין היתר לקיימה לא יהי' שום תועלת בהודאתה, ולענין הפסד הכתובה אין נפ"מ כ"ז שאינו מגרשה, ומשו"ה לא שייך בזה דאומרת דרך תשובה.

כנלענ"ד בזה לחומר הענין: פרק יג גרסינן במס' יבמות ד' מ"ז מעשה באחד שבא לפני ר' יהודא ואמר לו נתגיירתי ביני לבין עצמי א"ל יש לך עדים א"ל לאו, יש לך בנים א"ל הן, א"ל נאמן אתה לפסול את עצמך ואין אתה נאמן לפסול את בניך, ומי אר"י אבנים לא מהימן והתניא יכיר יכירנו לאחרים, מכאן אר"י נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר בני זה בן גרושה וכן חלוצה הוא וחכ"א אינו נאמן, ארנב"י ה"ק לי' לדברייך נכרי אתה ואין עדות לנכרי, רבינא אמר ה"ק לי' יש לך בנים הן, יש לך בני בנים הן א"ל נאמן אתה לפסול בניך ואין אתה נאמן לפסול בני בניך וכו' והילכתא כוותי' דרנב"י, והתניא כותי' דרבינא ההוא לענין יכיר איתמר.

עכ"ל הש"ס. ובנמ"י שם הביא קושית הראשונים וז"ל וא"ת ואמאי יהיו נפסלים אפי' הי' נאמן והא קיי"ל עכו"ם ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר, י"ל דמיירי בגר וגירות ושניהם היו טוענים כן הרי בניהם עובדי כוכבים גמורים, עכ"ל.

וכן כתב הריטב"א, יעו"ש, והנה לא בארו מה נפ"מ בטענת האם, אם הוא נאמן מטעם יכיר לומר שהבן בן נכרית, לא תועיל הכחשתה, ובחי' הרמב"ן ליבמות האריך בזה וז"ל קשיא לי' להראב"ד ז"ל כיון דקיי"ל נכרי ועבד הבא על בת ישראל הולד כשר למאי נפ"מ וכו' וניחא לי' דגר וגירות הוא שבאו לפני ר"י והיו מוחזקים לנו בישראל מעליא, וקשיא לי' שהרי לדבריו הכל תלוי בגירותה של אשה, ואין האב נאמן לפסול את האשה ולא האשה נאמנת לפסול את בנה ולמה הי' צריך לומר לדברייך נכרי אתה, וא"ת הוא נאמן על הבנים והאשה על עצמה, והלא כיון שהבן נפסל בדיבורה של אשה אף על עצמה אינה נאמנת וכן האב אינו נאמן על הבן לומר אמו שפחה היתה במקום שפוסל את אמו, כדאמרין לענין (יבו"ם) צ"ל יכיר, ואינו נאמן על בנו גדול, ולא קשיא דכיון דאמר נתגיירנו שנינו בינינו לבין עצמינו והיא מודה לדבריו נאמנת על עצמה בשאין לה בנים, והוא נאמן על בנו לומר מן השפחה נולד לי, והרי עדותם מצטרפת לפסול הכל, עכ"ל הצריך לנו והדברים אלה נפלאים מאד דמש"כ דהאשה נאמנת על עצמה בשאין לה בנים, וביש לה בנים אינה נאמנת על עצמה תמוה, ראשונה מאיזה טעם תהי' נאמנת על עצמה הלא אדם קרוב אצל עצמה ואם נאמנת על עצמה כשאין לה בנים למה לא תהא נאמנת על עצמה כשיש לה בנים.

ואם נימא משום דלא פלגינן הנאמנות, הלא מ"מ אר"י נאמן אתה לפסול א"ע ואין אתה נאמן לפסול את בניך, ובחי' הריטב"א שם כתב בזה"ל נאמן אתה לפסול את עצמו וא"ת והא אין אדם משים עצמו רשע, י"ל דזהו בישראל גמור אבל לא בזה שלא נתברר שהוא ישראל, אלא שהי' מוחזק בכך ימים רבים, א"נ דהכא לאו דוקא לפסול אלא לשווי' נפשי' חתיכה דאיסורא להיות אסור בבת ישראל וכן לכל שאר חומר עכו"ם.

עכ"ל.

והנה שיטה זו שיהי' נאמן על עצמו מחמת שלא נתברר כ"כ שהוא ישראל ולא יהי' נאמן על בני' קשה להבין, מאיזה טעם יהי' נאמן על עצמו יותר מעל אחרים, אבל עכ"פ הרמב"ן לא סביר לה, דהלא לריטב"א אף ביש לו בנים נאמן על עצמו אף שאינו נאמן על הבנים, ובחי' הרמב"ן שם בדיבור השני כתב להדיא דהא דנאמן על עצמו הוא רק משום חתיכה דאיסורא, דז"ל ומיהו לגבי עצמו אם בא ליכנס בקהל אסור, דהא שווי' נפשי' חתיכה דאיסורא, עכ"ל: ונראה לענ"ד לפרש דברי הרמב"ן עפ"י מש"כ הרמב"ם בפט"ו מה' א"ב הט"ז וז"ל, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור כך נאמן לומר בני זה ממזר וכו' ויהי' ממזר ודאי, והאומר על עצמו שהוא ממזר נאמן לאסור עצמו בבת ישראל, ואסור בממזרת עד שיודע ודאי שהוא ממזר ובנו כמוהו ואם יש לו בני בנים אינו נאמן לפסול בני בניו ולא יפסול אלא עצמו.

עכ"ל.

וביאור דבריו הוא דבאומר על עצמו שהוא ממזר, ועי"ז פוסל את בנו לומר שהוא ג"כ ממזר מחמת שנולד מן הממזר, כיון שאינו נאמן על עצמו בנאמנות גמורה, כ"כ אינו יכול לפסול את בנו, כמו שאינו נאמן על בנו כשיש לו בני בנים, דבכה"ג לכו"ע לא פלגינן הנאמנות משום דזה הוי כתרתי דסתרי וכמו דפסק הטוש"ע חו"מ סי' רע"ט דבאומר על בנו שהוא עבד אינו נאמן רק כשאינו פוסל את אמו אבל אם עי"ז פוסל את אמו אינו נאמן כלל ועי' בהגר"א שם סק"ז שכתב דזה דומה לאומר על בנו היכא שיש לו בני בנים, אכן כיון דנאמן על עצמו להחמיר מדין שווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, לפי מדה זו יהי' נאמן גם על בנו ויהי' הבן כמוהו אסור בבת ישראל ובממזרת, דלענין דין זה מהני עדותו על בנו מדין יכיר, כיון דלדין זה לא יהי' סתירה, ומשו"ה כשאומר על בנו שהוא ממזר יהי' הדין שהוא ממזר ודאי ומותר בממזרת, אבל כשבא לפסול את בנו מחמת שהוא ממזר אינו נאמן לדינא רק כפי הדין שנאמן על עצמו להחמיר.

זה פשוט וברור בדברי הרמב"ם: ועפ"י"ז באומר על בנו שהוא נכרי מחמת שנולד מן הנכרית שהוא נאמן על בנו רק אם אין האם לפנינו, אבל אם האם לפנינו ואינו נאמן לפוסלה אינו נאמן גם על בנו, אבל אם האם אומרת ג"כ על עצמה שהיא נכרית דנאמנת על עצמה להחמיר מדין שווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, אז יהי' נאמן האב לפסול את בנו להיות כדין האם להחמיר, ולכן תתפרש הסוגיא דילן דמה דאמר ר"י דלהכי אינו נאמן רק לפסול א"ע ואינו נאמן לפסול את בני' משום דלדבריו נכרי הוא, ואין לו תורת נאמנות על בניו משום דין יכיר, הא לאו הכי הי' נאמן על בניו כפי תורת הדין של האם כנ"ל: אמנם ביאור דברי הרמב"ן עדיין אינו מתורץ כראוי, ונלענ"ד בכונתו דלכאורה יש מקום לומר כיון דבלא הגדת האשה על עצמה לא הי' האב נאמן לפסול את הבנים כנ"ל ונמצא דהגדת האשה על עצמה גורמת לפסול את הבנים והיא אינה, נאמנת על הבנים כלום, ויש מקום לומר דבכה"ג גם על עצמה לא תהא נאמנת, כמו היכא דחב לאחריני שאינו נאמן כלום, וע"ז מסיק כיון דמ"מ על עצמה היא נאמנת לולא פסול הבנים, והאב נאמן על הבנים אם אינו פוסל את האם, דהרי היא פוסלת את עצמה ע"י הגדתה, ונמצא שפסול הבנים אינו מחמתה רק בגרמתה, ובכה"ג לא שייך כ"כ ענין חב לאחריני.

כנלענ"ד לחומר הענין. אבל בעיקר הדין נלענ"ד שהוא פשוט כדברי הרמב"ם ושו"ע אהע"ז סי' ב' שהבאנו דכפי הדין של האם והאב יכול האב לפסול את בנו מדין יכיר ולא יותר: והנה יש להוכיח מענין זה דבנאמנות שבא מדין יכיר מחלקינן הנאמנות, דהרי לפי מש"כ האב נאמן על בנו רק להחמיר ולא להקל, ובעדות ובמיגו כה"ג בחד גופא לא פלגינן הנאמנות לחצאים, אבל בנאמנות פרטית כעין חדוש שחדשה תורה כמו באב שנאמן על בנו מדין יכיר, אי"צ שיהי' נאמן בכל היוצא מפיו, וכל מה שאפשר להאמין הוא נאמן, משום שאין הנאמנות מחייבת שיהי' נאמן לכל דבר, דרק לפרטים מיוחדים האמינה אותו תורה אכן היכא שהדינים מתנגדים זל"ז אין הנאמנות מתחלקת, וכמו דאינו נאמן כלל היכא דיש לבן בנים, דאם יהי' הדין של הבן דין ממזר ובניו יהיו כשרים הוא תרתי דסתרי, כ"כ למדו הראשונים ז"ל דאם אומר על הבן שהוא נכרי והאם בחזקת ישראלית, וכן אם אומר על עצמו שהוא ממזר, אי אפשר שיהי' הבן מותר בממזרת והוא אסור בממזרת שהדינים סותרים זה את זה, אבל אם אין הדינים סותרים זא"ז שפיר מחלקינן הנאמנות, אף שלפי היוצא מדבריו הוא מקיף ענינים שונים שאי אפשר להאמינם, וכן צריך לומר לשיטת הרמב"ם הובא בחו"מ סי' רע"ז סעי' י"ב דגם היכא דלא הוחזק לבנו נאמן לומר זה בני ובכורי הוא לענין ירושה עיי"ש.

ולפטור את אמו מחליצה אינו נאמן רק משום מיגו דבידו לגרשה, כמש"כ בב"ב ד' ק"ל, וכתב בס' ש"ש ש"ב פ"כ שהטעם בזה דכיון דענין זה של חליצה אינו ענין הנוגע לגוף הבן אלא להאשה אם זקוקה ליבום או לחליצה לא מהני אמירתו בזה יעו"ש. ועיי"ש מש"כ בטעמו של הרמב"ם ש"כ בפ"ג מה' יבום דבאומר על בן הנולד ע"י זנות שהוא בנו נאמן לענין ירושה ואינו נאמן לענין יבום יעו"ש.

הרי מבואר דלענין יכיר מתחלקת הנאמנות אם רק הדינים נפרדים הם כמו ענין זה של יבום דמה שהאם נזקקת לחליצה אינו גורם שום דין על בן זה, רק המעשה בכללה מקפת שני הדינים: ועפ"ז אמרתי לפרש מה דלכאורה קשה דלא מצינו שיהי' האב נאמן מדין יכיר רק על בן ולא על בת, דהרי לפי מש"כ תוס' בקדושין ד' ע"ד לפרש המקור שלמד ר' יהודה שנאמן על בנו לפסול, וז"ל וי"ל דהא דנאמן לומר זה בני בכור מיירי בתינוק בין הבנים דאומר על קטן שבניו שזה בכור, ואע"ג שע"י שהוא מעיד על זה שהוא בכור מחזיק את הגדולים לממזרים עכ"ל.

ולפי"ז בתינוק בין הבנות מחזיק את הבנות לממזרות, והי' ראוי שיהי' נאמן לפסול או להכשיר בנותיו, ועפ"י מש"כ י"ל דבאומר על תינוק בין הבנים מוכרח דיש לו תורת נאמנות על הגדולים לומר שאינו בכור דאל"ה מה תועיל אמירתו על התינוק דהרי הגדול בע"כ ג"כ בכור, ובע"כ שהתורה האמינתו גם על הגדולים לומר שאינם בניו, ומכיון שילפינן שהתורה האמינתו, ילפינן שלכל דבר הנוגע להבן האמינתו, אבל אם אומר על תינוק בין הבנות דלדינא של בן זה אין נפקותא אם יהי' דין של הבנות בחזקת כשרות, נוכל לומר אף שנאמן לומר על הבן הקטן שהוא בכור, מ"מ הבנות הגדולות ממנו הן בחזקתן חזקת כשרות, ואין דין זה סותר דין הבן אף שהעובדא סותרת זא"ז כנלענ"ד.

ועי' בתשו' רע"א סי' ק"י דשקיל וטרי בענין זה: ושם בתשו' רע"א סי' רכ"ב פלפל בנו הגאון רש"א ז"ל דאם אומר על בן מאשתו הגיורת שהיא נכרית, שיהי' נאמן על הבן

אף שאינו נאמן על האם, ותלה דין זה בפלוגתא דפלגינן דיבורא יעו"ש. ואין זה נכון דבכה"ג לכו"ע לא פלגינן וכמו שהבאנו מהשו"ע ח"מ סי' רע"ט, ומדברי הרמב"ם הובא באהע"ז סי' ד', וכן כתבו בתוס' יבמות ד' כ"ה ע"ב דאי אפשר שיהיה הוא פסול ובניו כשרים, וכמו דאמרינן בגמ' היכא דאיכא בני בניו דאינו נאמן כלל, וזה פשוט וברור, ולפי"ז גם באומר בני זה בן גרושה לא יהי' נאמן רק אם אין האם בפנינו, אבל אם ידעינן את אמו ואומר שהוא גרושה, כשם שאינו יכול לפסול את אמו, כ"כ אינו נאמן על הבן וכנ"ל.

ובחו"מ סי' רע"ט הובא להלכה מש"כ הרמב"ם בה' נחלות פ"ד וז"ל, ויראה לי שאפי' הי' לבן בנים אעפ"י שאינו נאמן עליו לומר אינו בני לענין יחוס ואין מחזיקים אותו ממזר על פיו נאמן הוא לענין ירושה ולא יירשנו, ובהגה שו"ע כתב ואם מת הבן ואמר על בני בניו אין אלו בני בני כי לא הי' אביהם בני אינו נאמן אף על הירושה מאחר שאין בנו קיים עכ"ל.

והוא מדברי הרב המגיד פ"ד דנחלות, והנה מוכח מדברי הרה"מ והרמ"א דאם הי' הבן קיים בשעת אמירתו, אז אף שמת הבן אח"כ בחייו לא יטלו הבני בנים ירושה כיון שכבר הי' נאמן על הבן, דכמו דלענין יחוס נאמן על בנו וממילא יהיו תולדותיו כ"כ פסולים, כיון דבשעה שאמר לא הי' הדין נוגע לתולדותיו, כ"כ לענין ירושה כיון דבשעת אמירתו לא הי' הדין נוגע לבני בניו מהני הנאמנות גם לתולדותיו, אבל עכ"פ מוכח גם מזה דפלגינן דין הנאמנות, דהרי לענין ממזרות אינו נאמן על בנו כשיש לו בנים, ועל ענין ירושה נאמן, משום דשני דינים אלה, דין היחוס ודין הירושה, הם דינים נפרדים, שאין דין זה גורם על הדין השני, בכה"ג מחלקינן הנאמנות, אבל אם בניו בחזקת כשרות או אמו בחזקת כשרות, או כשרות דידי' סותר את הדין שאומר על הבן, בכה"ג אינו נאמן כלל: ובקצוה"ח סי' רע"ט סק"ד תמה שם, על הא דמבואר בנמ"י פ' י"ג דבאומר על בנו שהוא ממזר נאמן היכא שמכירים את אמו רק משום שהאם אינה נפסלת ע"י אמירתו דשמה שוגגת היתה, וכן הבנים שיוולדו אח"כ כשרים לכהונה, וכן אינו נאמן להפסידה מכתובתה, ובאומר בני בן גרושה אף שהאם מוחזקת בחזקת כשרות נאמן, ועיי"ש מה שמתרץ בדוחק שגם על האם נאמן לומר שהיא גרושה עפ"י מש"כ הרמב"ם בפט"ו מה' סנהדרין שנאמן ע"א לומר אשה זו גרושה היא יעו"ש.

וכבר נתבאר אצלנו בשער זה פ"ג דרק באשה שבאה לפנינו שאינה מוחזקת כלל נאמן, אבל בכה"ג ודאי אינו נאמן, אבל תמה אנכי בעיקר קושיתו דלפימ"ש"כ גם באומר בני בן גרושה וחלוצה אם מכירים את אמו אינו נאמן, ובאומר בני זה ממזר אף שמכירים את אמו והיא בחזקת כשרות אבל כשרות דידה אינו סותר לדין של הבן, שאין הבן ממזר מחמת פסול דידה, דאף זנתה בשוגג הולד ממזר, אבל אם אומר שהבן ממזר מחמת שנולד מחייבי כריתות אז אם מכירים את אמו והיא בחזקת כשרות אינו נאמן, שדין האם סותר לדין הבן: והנה בדין זה באומר על בנו שהוא ממזר, ראוי לבאר אם נאמן לעונשים אם בא על בת ישראל, או אומר על בנו שנולד מנכרית היכא דנאמן, כגון שאין האם לפנינו או שהיא מודה בזה כמו שנתבאר לעיל, דבכה"ג נאמן, אם מהני עדותו לדבר שבערוה אם קדש אשה שיהי' קדושו בטלים דלדברי האב הוא נכרי, די"ל דאף



שהאמינו תורה לעשותו כממזר וכנכרי הוא רק לאיסור והיתר, אבל לא לעונשים ולדבר שבערוה הנולד אח"כ, וצדדי הספק בזה הוא עפ"י מה דנקטינן כרב דאמר בקדושין בהא דהאמינה תורה לאב לאסור את בתו לומר שנתקדשה, אבל א"נ לסקול על ידו, וכ"כ סובר ר"ח ואמרי' שם ואזדא ר"ח לטעמי' דאמר ר"ח בני זה בן ט' שנים ויום אחד בתי זו בת ג' שנים ויום אחד נאמן לקרבן אבל לא למכות ולא לעונשים ותניא כוותי' בני זה בן י"ג שנה וכו' נאמן לנדרים ולחרמים ולהקדשות ולערכים אבל לא למכות ולעונשים, וכן פסק הרמב"ם ז"ל, והנה לא נתבאר בגמ' בטעמא דמילתא שסובר רב דלאיסורא הימני' רחמנא ולא לקטלא, אי משום חומר דין נפשות, או משום דלא הימני' רחמנא רק מה שנוגע לדין הנהגה עכשיו ולא לענינים הנולדים אח"כ, דאם נפרש שהוא רק חומר לדין נפשות, אבל אם יהי' ענין של ממון יהי' נאמן, כגון באומר קדשתי' לפלוני יועיל גם לחייבו בכתובה, וכ"כ באומר בני זה בן י"ג מהני לענין ממון שאם יזיק אח"כ ישלם, ומכירתו ומתנתו מהני מד"ת, ובריטב"א שם במס' קדושין כתב בענין זה וז"ל והא דתניא דנאמן על בנו ובתו שהם גדולים לנדרים ולערכין ולהקדשות, אע"ג דאיכא אפוקי ממונא מיני', נאמן משום חומר גבוה, כיון דבסתמא ידע בשני בניו כמה הם, וכו' וכתבו בתוס' בשם ר"י בר שמואל ז"ל דלהשלים לעשרה בב"ה, האב והאם נאמנים דומיא דערכין וחרמים, אבל לא לחליצה דומיא דמכות ודעונשים דדבר שבערוה הוא.

עכ"ל.

ובדיבור השני אח"כ כתב לענין נאמנות האב לענין קדושין דנאמנות האב הוי כשני עדים, ומסיק בזה"ל ומיהו אע"ג דהוי כעדים אין סוקלים על ידו שאין עונשים אלא בב' עדיה ממש, אבל גבי איסורא דנפשא נאמן כב' עדים שאין דבר שבערוה פחות משנים. עכ"ל.

ואם נאמר דהטעם דמחלקינן בין איסורא לקטלא הוא משום חומר של דין נפשות, א"כ איך כתב לדמות דלא מהימן האב לענין חליצה דומיא דמכות ועונשים, אלא נראה דמפרש דהא דנאמן האבלומר שהוא גדול בשנים שהוא מדין ע"א נאמן באיסורים, וכמו דמפרש בתוס' ד' ס"ד ד"ה נאמן שהוא משום ע"א נאמן באיסורים, ומשו"ה כתב דכמו שאינו נאמן לענין מכות ועונשים, כ"כ אינו נאמן לחליצה, דדבר שבערוה אין ע"א נאמן, ובאב שנאמן לאסור ולא לקטלא, אף שנאמן כשני עדים ממש דהוי דבר שבערוה הוא, אבל לא גלתה לנו תורה חדוש זה רק על האיסור ולא על התולדה שאם תזנה מה יהי' דינה, משו"ה אין לך בו אלא מה שחדשה תורה: אמנם זה ודאי דאף שאינו נאמן על בני בנים, אבל אם בשעה שהעיד על בנו שהוא ממזר לא הי' אז נוגע לבני בנים שלא היו בעולם מהני עדותו גם לבני בנים שיתילדו אח"כ, וכן לענין ירושה כמו שהוכחנו לעיל מדברי הרב המגיד, אבל לענין עונשין י"ל דלא מהני עדותו, אף דבשעה שהעיד כבר נתקבל עדות שהוא ממזר, והטעם בזה נלענ"ד דרק היכא שדין הראשון מכריח את דין השני, אז הכלל בזה אם בשעה שהעיד כבר הי' נוגע גם לדין השני אז אינו נאמן כלל, דאי אפשר בכה"ג לחלק לומר שיהי' הבן ממזר ובניו לא יהיו כממזרים, ואם בשעה שהעיד לא הי' לו בנים ונולדו אח"כ, אז גם הם כממזרים ודאים כמו אביהם, והנה דין איסור ודין העונש הנולד על העובר על האיסור, נראה לי שהם דינים נפרדים שאין אחד

מכריח את השני, וכמו דמשמע מענין זה של האומר קדשתי את בתי, דלרב ורב חסדא דקיי"ל כוותייהו שנאמן לאסור ולא לקטלא, שאם הי' ענין העונש בא בהכרח מדין האיסור הי' ראוי ודאי לומר כיון דלענין איסור הי' נאמן מה"ת להחזיק לודאי איסור ממילא חייבת קטלא, ובאמר קדשתי את בתי והלכה וקבלה קדושין מאחר, נראה פשוט דאינה צריכה גט דענין זה ודאי שסותר זה את זה לומר שהיא מקודשת לזה וגם מקודשת לשני, כ"כ י"ל דגם באומר בני זה ממזר או בני נכרי הוא, דלענין כל דין שהתולדה מוכרחת, אם בשעה שהעיד כבר נתקבלה הנאמנות, אז.

כל התולדות כמו"כ דינם, כגון אם העיד על בנו שהוא נכרי, ודאי אם קדש אשה שאין חוששים לקדושיו ששני דינים אלה מוכרחים ואי אפשר לחלק ביניהם, ובאומר בני זה בן י"ג שנה לשיטת תוס' שהבאנו שעיקר הנאמנות הוא מדין ע"א נאמן באיסורים, מתחלקים הדינים, דמה שדינו כגדול לענין נדרים וחרמים שהם קיימים, אינו מכריח שממכריו ומתנותיו יהיו קיימים ורק לענין הקדש כתב הריטב"א שהוא משום חומר גבוה, וכן לענין חליצה דינו כקטן, וכ"כ לענין עונשין דאין דין האיסור מכריח דין קטלא, היינו אף דמהני עדותו להחשיבו לגדול לאפרושי אותו מאיסורא, ואפשר דלענין זה מכין אותו עד שתצא נפשו, כיון דדינו כגדול לענין איסור, ודין הפרשה זו אינו דין עונש, רק שדין הפרשה הוא להכריחו בכל האפשרות עד שתצא נפשו, אבל אם כבר עבר על העבירה שהוא דין בפ"ע, ואינו מוכרח מדין האיסור אינו נאמן, וכ"כ י"ל באומר קדשתי את בתי שלא יתחייב אותו פלוני בכתובה אם אינו מודה בזה, דדין האיסור שבא ע"י קדושין, אינו מכריח לחייב כתובה, רק מעשה הקדושין והנשואים מכריחים לזה, וע"ז לא האמינתו תורה, ולפי דרך זה מה דאמרינן בגמ' ואזדא ר"ח לטעמי, דלכאורה קשה מה שייך ענין זה נאמנות האב בקדושי בתו שהאמינתו תורה כשני עדים, לדין עדות על בנו שהוא בן י"ג, שהוא מדין ע"א נאמן באיסורים, אבל לפי מש"כ שעיקר הטעם בחילוק הנאמנות בזה הוא מטעם שאין דין איסור מכריח את דין העונש, שפיר שייכים ענינים אלה זה לזה ורב חסדא אזיל לטעמי, אבל אם נאמר דטעם החילוק בין איסור לקטלא הוא משום חומר של דיני נפשות, מה שייך לומר דר"ח אזיל לטעמי דשאני התם דנאמן רק כע"א באיסורים, והתם גם לענין חליצה ודבר שבממון ג"כ אינו נאמן, משא"כ בקדושי בתו דהאמינתו תורה כשני עדים, דהרי דבר שבערוה הוא, וכמו שכתב הריטב"א, ואפשר דהתם גם לרב אסי דסובר דהתורה האמינתו לאב לענין קדשתי את בתי לכולא מילתא אף לענין קטלא, מודה דבאומר בני בן י"ג שנה שאינו נאמן למכות ולעונשים, דע"א נאמן רק לענין איסור ולא לעונשים, ולדברינו י"ל דלרב אסי, גם התם אין לחלק בין איסור למכות, דמתחילה שנאמן לאסור, נאמן ג"כ לענין אם יעבור על האיסור, היינו אף שאין דין האיסור מכריח שיהי' אח"כ בתולדה דין עונש, אלא משום דלכולא מילתא הימני' רחמנא.

ועלה לנו מזה דלהלכה דנקטינן כרב ור"ח דלא אמרינן לכולא מילתא הימני' רחמנא, גם בדין נאמנות של יכיר, שהוא ג"כ חידוש, ראוי לומר דלענין עונשים לא הימני' רחמנא, ורק לענין איזה דין שבא בהכרח מדין הראשון, וכמו שבארנו, התם נאמן גם על כל דברים הבאים בתולדה כמו דמהני עדותו על בני בנים הנולדים אח"כ.

כנלענ"ד בענין זה. אח"כ ראיתי שבתו"י שם הקשה וז"ל, ולא לעונשין תימא היכי מייתי דרב חסדא לטעמי', הא מסתמא רב אסי לא פליג אמתניתין דלקמן דאשבויל לא הימני', ולמכות ולעונשים אין להאמינו טפי משבויל, עכ"ל, ולפי מש"כ ל"ק משבויל, דזה פשיטא דלא מהימן לענין שבויל גם לרב אסי דהא דקאמר לכולא מילתא הימני' רחמנא, הוא על כל ענין הנולד מחמת הקדושין, וכ"כ לרב אסי באב שמעיד על בנו בשנים, נאמן על כל ענין הנולד אח"כ: אמנם שיטת הרמב"ם בזה צריכה ביאור, דלפי"מ דפסק הרמב"ם בפט"ז מה' סנהדרין דאי"צ שני עדים רק בשעת מעשה, אבל האיסור עצמו בע"א יוחזק, ואח"כ אם עבר לוקה, הבאנו דבריו לעיל בפ"ג ובפ"ח, וכמו שנתבאר אצלינו שיטתו מן הירושלמי, דהכלל בזה כיון דבשעה שהעיד לא הי' נוגע הענין רק לאיסור, נתקבל ונתחזק גם לענין עונשין הנולד אח"כ, ובאומר בני זה בן י"ג אף שנאמן לענין אחזוקי בדין איסורים להחשיבו לגדול, מ"מ אם עבר אח"כ אינו נענש, ונלענ"ד דשאיני עדות זו על השנים מעדות ע"א על החזקת דבר האסור, דהתם כשמעיד על הדבר שהוא חלב כליות, הי' אז עדות שלמה בלי שום התפלגות בנאמנות, דאז לא הי' נוגע הענין לשום דבר ודין אחר, רק לענין דין איסור, והי' אז דין ע"א נאמן באיסורים ונתברר הדבר עפ"י עדות מעליא שזה חלב האסור, ואח"כ כשעבר ואכל עפ"י התראת עדים אי"צ לבירור חדש על אותו הדבר, שכבר נתברר עפ"י תורת עדות לפי ערך דין העדות שהי' צריך מה"ת בזמן ההוא, אבל להעיד על האיש שהוא בן י"ג הוא אינו עדות באיסורים, שענין זה אינו איסור והיתר, ורק מתחילה אנו מקבלים עדות זה בהתפלגות דלענין נדרים, ערכין והקדשות ולאפרושי מאיסורא מועיל עדותו, אבל לענין חליצה וכדומה ושאר ענינים דבירורם.

צריך שני עדים לא מהני, ולפי"ז הרי לא נתקבל עדות זה להחזיקו לבן י"ג, ומה שכבר נתקבל העדות לאפרושי מאיסורים אינו מכריח לענין עונשים דנולדים אח"כ כמו שבארנו, אבל בע"א מה שעונשים אח"כ אינו מחמת שדין האיסור מכריח לעונש של אח"כ, אלא משום שכבר נתברר עפ"י עדות המועיל שדבר זה הוא חלב, ואז לא הי' שום התפלגות, ונענש אח"כ ממילא אבל בעדות של שנים לא נתברר בעדים שהוא בן י"ג בכללות, אלא בפרטות לענין אפרושי מאיסורא וכה"ג, ובעדות על חלב נתברר בכללות בלי שום יוצא מן הכלל שדבר זה הוא חלב כנלענ"ד.

והוא דבר מתקבל. ומהתימה על הגאון בעל פנ"י שמתמה על שיטת הרמב"ם הנ"ל מהך דינא דרב חסדא דאין סוקלים ע"י האב באומר בתי מקודשת לזה, למה לא אמרינן שהאיסור הוחזק כבר, וכן נתחבט בקושיא זו בס' ש"ש ש"ו פי"ב, ולא זכרו מדין השני לענין עדות בשנים לענין איסור שהוא ג"כ מדין ע"א נאמן באיסורים, כמו שכתבו בתוס' ובחי' הרשב"א והריטב"א: עוד נלענ"ד די"ל דהרמב"ם ז"ל סובר שעדות זו להעיד על הבן והבת הוא מדין יכיר ג"כ, היינו דכמו שהאמינתו תורה על אופן מולדתו כמו בן גרושה או ממזר, כ"כ האמינתו תורה על זמן מולדתו שע"י"ז הוא מברר את דינו של הבן עכשיו לומר שהוא בן י"ג שנים, וע"ז אמרו דלענין מכות ועונשים אינו נאמן, ועפ"י"ז מתפרש היטב מה דאמרינן ואזדא ר"ח לטעמי', דכמו דסובר דלענין נאמנות האב שהאמינתו תורה לאסור את בתו באומר קדשתי' דאינו נאמן לקטלא, משום דכיון דנאמנות זו הוא חידוש ואין לך בו אלא חידושו כ"כ בנאמנות של יכיר שהוא ג"כ חידוש,

ולא האמינתו תורה רק לפרט זה ולא על התולדות שאין דין זה מכריח עליהם, וכמש"כ לעיל.

אח"כ אמר לי רב גדול שכדברי מפורש בשלטי הגבורים, ומצאתי כן בשלטי הגבורים פ' עשרה יוחסין וז"ל ובס' התרומה אומר בה' חליצה שאין האב נאמן על בנו להחזיקו גדול בחליצה, ואין שיטת התלמוד כדבריו שהאב נאמן על תולדת בנו לומר שבזמן פלוני נולד או בענין זה בין אם בא להעיד עליו בממון כגון להחזיקו בבכור ולתת לו פי שנים וכו' וכן אם בא להעיד עליו בשאר האיסורים להחזיקו בגדול לכל דבריו, חוץ מן המכות והעונשים שאין בי"ד מענשים אותו עפ"י האב או עפ"י עצמו אלא עפ"י עדים כשרים או עפ"י החזקה שהוא כמו עדות עכ"ל.

אח"כ מצאתי בהגהת הב"ח בפ' האומר על הרי"ף אות ו' שכתב כן, והוסיף דעי"ז שמעיד בני זה בכור הוא מעיד שמנין שניו מרובים על שנות אחיו ומזה ילפינן דגם בלי הכרת בכורה נאמן על השנים יעו"ש. והנה מה שדוחה שיטת בעל התרומות כנראה לא ראה דברי הריטב"א והרשב"א דמפרשי כשיטת תוס' שהוא מדין ע"א נאמן באיסורים, ומשו"ה אינו נאמן לענין חליצה, אבל אם נפרש שהוא מטעם יכיר בודאי ראוי לומר שנאמן על כל הענינים והדינים המתיחסים אל הבן, היינו דכמו שנאמן לומר שהוא בן גרושה או ממזר, כ"כ נאמן לומר שהוא בן י"ג שנה לענין חליצה שהוא בר חליצה, וכ"כ נלענ"ד לענין עדות להכשירו לעדות ושהוא בר קדושין, אבל ענין עונשים ומכות אינם דינים של הבן לומר שהוא בר עונשים, שענין זה הוא דין המתיחס לבי"ד וע"ז לא האמינה תורה לאב, וכן מורים דברי הרמב"ם בזה שהוא מדין יכיר ולא מדין ע"א נאמן באיסורים, כמו שכ' בה' אישות פ"ב הכ"ב והכ"ג וז"ל אין סומכים על הנשים במנין השנים ולא על הקרובים אלא עפ"י שנים אנשים כשרים להעיד, האב שנאמן לומר בני זה בן תשעה שנים ויום אחד בתי זו בת שלשה שנים ויום אחד נאמן לקרבן אבל לא למכות ולא לעונשים, בני זה בן י"ג שנה ויום אחד בתי זו בת י"ב שנה ויום אחד נאמן לנדרים ולערכים לחרמים ולהקדשות אבל לא למכות ולא לעונשים, עכ"ל.

הרי מוכח להדיא דסובר דרק אב נאמן ע אבל ע"י עדות אחרת בענין שני עדים כשרים, וע"א אינו נאמן כלל, אף לענין איסור והיתר, משום דעיקר העדות הוא עליו להכירו שהוא בן י"ג, ועדות זו להחזיק את האדם הוי כדבר שבערוה, והרשב"א כתב להדיא דע"א דעלמא נאמן, ומה שאמרו שהאב נאמן הוא לרבותא, אף שהוא קרוב, ולשיטתו גם שאר קרובים נאמנים כדין ע"א באיסורים, ולפי"ז י"ל דשיטת הרמב"ם בזה דע"א שנאמן באיסורים שהוא מדין עדות, וכיון דבשעה שהעיד לא הי' נוגע עדות זו רק לענין איסור, ונתקבל עדותו בלי שום התחלקות, ומועיל עדות זה על החתיכה ככל עדות שבתורה, ואם אכלו אח"כ מענשים ע"ז, דעכשיו אינו נענש ע"י ע"א, שנתחזקה חתיכה לחלב ע"י עדות המועיל לשעתו, וכ"ז שהי' דין הנאמנות בלי חידוש, אבל בנאמנות שהוא בתורת חדוש שחדשה תורה, אין לך בו אלא חדושו, היינו מה דמפורש בתורה אבל לא לעונשים, ובזה מתורץ קושית הפנ"י בחי' למס' קדושין והובא בס' ש"ש ש"ו פי"ב שהקשה לשיטת הרמב"ם שהאיסור בע"א יוחזק ומהני אח"כ לעונשים, ובאב שמעיד על קדושי בתו אין סוקלים ע"י, ולפי מש"כ הוא פשוט דענין זה להעיד על

קדושי בתו שהוא דבר שבערוהשהצריכה תורה שני עדים כשרים והאמינתו תורה בתור  
חדוש ומשו"ה לא מהני רק לענין מה דמפורש בתורה, וכן כתב הר"ן לענין אחר  
שנאמנות זו חדוש אחר בהא דקשיא שאינו נאמן האב לומר נשבית ופדית', למה לא  
יהא נאמן מדין מיגו דאי בעי אמר קדשת' וגרשת', כתב הר"ן וז"ל ואחרים אמרו דכיון  
דמה שהאמינה תורה לאב חידוש הוא, שהרי לא ה' ראוי להיות נאמן יותר מע"א  
דעלמא, דינו שנאמין אותו באותה טענה עצמה, אבל אין אומרים מיגו מחמת זה דאין  
לנו בו אלא חדושו בלבד עכ"ל: ובירושלמי פ' עשרה יוחסין איתא על המשנה האומר  
בני זה ממזר, בזה"ל תמן תנן האומר בני זה נאמן, רבי אבהו בשם ר' יוחנן לתת לו ולא  
ליקח ממנו וכו' דילמא על דרבי יהודא איתאמרת, דר' יודא אומר נאמנים עלי', ר' אבהו  
בשם ר' יוחנן לתת לו אבל לא ליקח ממנו עכ"ל.

ונראה לענ"ד בביאור מאמר זה, דיש לדון באומר בני הוא, ומת בן זה, אם יורש אותו  
האב שהעיד, או אם אין האב אם יורשים אותו בני האב ושאר קרובי האב, דכיון שדין  
זה שהאמינתו תורה הוא רק על הדינים המתיחסים אל הבן, אבל לא לענין לפטור את  
אשתו מחליצה, וע"ז לא מהני רק מדין מיגו, כמו שכ' בש"ש, ובענין זה של דין ירושה  
כח הירושה הוא להירש ולא להמוריש, ומשו"ה אם מעיד זה בני נאמן לעשות איש זה  
ליורש בנכסיו, כמו שאומר על בנו שהוא בכור, וכן אם אומר אינו בני פסק הרמב"ם  
שנאמן להפסידו מירושתו כמו שהבאנו דבריו לעיל וי"ל דזה הוא ביאור דברי הירושלמי  
לתת לו ולא ליקח ממנו, דלתת הוא דין המתיחס אל הבן, אבל לא ליקח, שזהו דין של  
הזוכה בדין ירושה, אכן מהא דמסיק שם בירושלמי משמע קצת דהכונה דר' אבהו סובר  
שבאומר אינו בני אינו נאמן אם היו מוחזקים בו שהוא בנו, והרמב"ם דפסק שנאמן  
לומר אינו בני להפסידו מירושתו הוא עפ"י מה דמביא שם מ"ד דסובר דנאמן, אבל עכ"פ  
נלענ"ד בפשיטות דבאומר זה בני לא יהי' נאמן להעשות עצמו ליורש את זה שמחזיק  
אותו לבן עפ"י דבורו: ובזה נלענ"ד ליישב מה דהקשה בס' קצוה"ח סי' רע"ז סק"ב על  
שיטת הרמב"ם והרא"ש דסברי שנאמן לומר שהוא בנו ובכורו אף שלא ידעינן שהוא  
בנו, מהא דאמרינן בכתובות בפ"ב ד' כ"ה באומר בני זה וכהן הוא שנאמן להאכילו  
בתרומה משום מיגו דבידו להאכילו בתרומה, ולמה אינו נאמן מתורת יכיר כמו שנאמן  
לפוסלו לומר שהוא בן גרושה וחלוצה או ממזר, עיי"ש שנשאר בצ"ע, ונראה דלשיטת  
הרמב"ם והרא"ש צ"ל דדין נאמנות שנתנה תורה לאב הוא על אחד משני אופנים, היינו  
או שאנו מוחזקים בו שהוא אב ואומר שהוא אינו אב כגון באומר אינו בני, שלדבריו  
אינו אב, ומ"מ נאמן מחמת שאנו מוחזקים בו שהוא אב, או להיפוך שאנו מחזיקים בו  
שהוא איש נכרי והוא אומר שהוא בנו ומחזיק עצמו לאב, ובמוחזקים בו שהוא בנו  
ואומר להכיר את מולדתו שהוא בן גרושה או ממזר אבל באומר על איש שאינו מוחזק  
לבן ואומר שהוא בנו ומעיד עליו שהוא ממזר וכה"ג, י"ל דאינו נאמן דכיון שאינו נאמן  
רק להחזיקו לבן בכל הדינים המתיחסים אל הבן, אבל להדינים הנוגעים ומתיחסים אל  
האב לא מהני עדותו וכמו שכתבנו, דלענין ירושה שירש האב את הבן לא יהני הכרתו  
ודין זה שנתנה תורה נאמנות להעיד על יחס בנו הוא דין מתיחס להאב, שלאב נתנה  
תורה ולא לאיש אחר, וכ"ז אם אנו מוחזקים בו שהוא אב, אבל להחזיק את עצמו לאב  
אינו נאמן, ולפי"ז באומר זה בני והוא בן גרושה או אינו בן גרושה, יתחלק הנאמנות

דלהחזיקו לבן הוא נאמן, אבל להחזיק את עצמו לאב שיהי' לו הכח להכירו לבן גרושה אינו נאמן, ורק אם ע"י העדות שהוא בנו מוכרח מולדתו מהני עדותו, כמו להעיד עליו שהוא כהן כשאנו מכירים את אמו, אבל כשאין מכירים את אמו ואנו חוששים שמא בן גרושה הוא, לא מהני עדות שהעיד עליו האב שאינו בן גרושה, כ"ז שלא נתברר שהוא אביו ויש לו כח על עדות זו, ולפי"ז י"ל דהא דנאמן לשיטת הרמב"ם והרא"ש לומר זה בני ובכורי הוא, הוא רק בכה"ג אם רק יתחזק לבנו בזה גופא מוכח שהוא בכור מפני שהוא גדול בשנים יותר מכל הבנים המוחזקים, אבל אם גם אחר ההכרה שהוא בנו, צריך הכרה שני' שהוא בכור לא מהני עדותו עליו שהוא בכור, ועפי"ז מתורץ קושית הקצוה"ח שהבאנו, דאף שנאמן לומר שהוא בנו, אבל מה שמעיד וכהן הוא, היינו שאינו בן גרושה וחלוצה, ע"ז לא מהני עדותו מדין יכיר, ורק מדין ע"א, וכיון שקרוב הוא אינו נאמן, אלא מחמת מיגו, וכמבואר בירושלמי הובא בקצוה"ח שם דאף שנאמינו שהוא בנו אבל שמא בן גרושה הוא.

עיי"ש.

ובפשטות יש לתרץ קושית הקצוה"ח דהלא רק לפי ההלכה דקיי"ל כר"י שנאמן לפוסלו לומר שהוא ממזר יש לדון שכ"כ יהי' נאמן להכשירו אבל לרבנן דפליגו על ר' יהודא אינו נאמן רק כשאר ע"א קרוב, ואפשר לומר דרבי ור' חייא סברי כרבנן ולא כר' יהודא וזה פשוט: והנה עפ"י מה שנתבאר דענין החזקת איסור ודין העונשים הם דינים נפרדים, שאין אחד מכריח על השני, הנה באומר בתי מקודשת היא מכבר באופן שכבר זנתה ע"י התראה המועלת למאן דסובר התראת ספק שמה התראה, באופן דבשעת עדות האב כבר נוגע העדות לאיסור ולעונש, נראה פשוט דפלגינן הנאמנות, דלענין זה נאמן להחזיקה באשת איש מכבר, ולענין עונש אינו נאמן, וכן בדין יכיר בכה"ג יתחלקו הדינים, אבל בע"א כה"ג שמעיד על דבר שהוא חלב כליות ובשעת עדותו כבר נוגע עדותו גם לענין עונשים, נלענ"ד שענין זה יהי' תלוי אם איכא חילוק נאמנות בע"א, דלהרמב"ם שפסק דבע"א הוחזק האיסור לכל הדינים הנולדים, משום דעכשיו אינו נוגע רק לאיסור, י"ל דאם עכשיו נוגע גם לעונשים אינו נאמן כלל, כיון דנאמנות שלמה הואאם מהימנינן לי' על האיסור ראוי להאמינו לכולא מילתא, וכיון דאי אפשר להאמינו לעונשים אינו נאמן כלל, אבל לשיטת הרשב"א ובעל התרומות י"ל דכמו דמחלקינן הנאמנות עכשיו במעיד על שניו, דלענין איסורים מחזיקינן אותו לבן י"ג, ולענין חליצה וכהאי גוונא אינו נאמן, שלשיטתם הוא מדין ע"א באיסורים, לשיטתם נראה בפשטות שכ"כ יתחלק הנאמנות, אם מעיד על חתיכה שהוא חלב ונוגע עכשיו גם לענין עונשים, ובפתחי תשובה יו"ד סי' קכ"ז סק"ח הביא בשם תשו' שכות יעקב שנשאל באחד שהניח לעשות יינו בהכשר ע"י פועל ומכר היין ביוקר, ואח"כ העיד הפועל שהיין לא נעשה בהכשר, ובאופן שמן הדין ראוי להאמינו מדין ע"א נאמן באיסורים, שרוצה להפסיד שכרו, אבל אם יהי' נאמן יתבטל המכר שמכר בעל היין, ונוגע עכשיו עדותו של הפועל גם לדיני ממונות ולכן אין להאמינו כלל, וכתב שהביא ראי' לזה מהש"ס, יעו"ש, ואין הס' ת"י לעיין בו, ולפי מש"כ אין דין זה ברור, דלשיטת הרמב"ם דסובר דנאמנות של ע"א הוא כנאמנות שני עדים דאינו מתחלקת, י"ל כיון דנוגע גם לממון לא פלגינן הנאמנות לחצאים ואינו נאמן כלל, אבל לשיטת התוס' והרשב"א והריטב"א ובעה"ת

דמפרשי דנאמנות על שניו הוא מדין ע"א נאמן באיסורים, ומחלקינן הנאמנות, י"ל דגם בכה"ג מחלקינן הנאמנות, היינו אף שנאמן לענין איסור היין, אבל בנוגע להמכירה אין לבטל המכירה ע"י עדותו, ויכול המוכר לטעון שמא שקר העיד העד והיין הי' כשר, ובכה"ג אין דין אחד מכריח את חבירו, דל"ד לדין יכיר היכא שמעיד על בנו שהוא ממזר ויש לבן בנים שאינו נאמן כלל, דהתם אם הבן דין ממזר עליו ממילא גם בניו ממזרים, אבל דין איסור היין אינו מכריח לבטל המקח, כמו שאין נאמנות על האיסור מכריח לדין העונשים.

כנ"ל.

ול"ד ענין זה לע"א שמעיד על פירות שהם של מע"ש שכ' הר"ן בשם התוס' דכיון דקיי"ל מע"ש ממון גבוה הוא, אינו נאמן גם לענין איסור שבו. דהתם דין אחד מכריח את השני וכמו שכתבנו לעיל בפ"י, והרי זה דומה למעיד על בנו שהוא ממזר ויש לו בנים דאינו נאמן כלל.

והש"ש שכ' בש"ז פ"ד לדמות ענין זה של מע"ש לאומר בני זה וכהן הוא, לענ"ד אינו כן, דענין זה של בני זה וכהן הוא דומה למעיד על שניו שהוא בן י"ג דלשיטת הראשונים דמפרשי מדין ע"א מחלקינן הנאמנות, ולשיטת הרמב"ם שכתבנו דלשיטתו בעדות של ע"א אם בשעה שמעיד נוגע לעונש ולאיסור לא יהי' נאמן כלל.

מהא דתנינא בברייתא דכתובות ד' כ"ה שהבאנו בפ"ט דאמר ר"ח לרבי אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה תאמינו להשיאו אשה, ואם אי אתה מאמינו להשיאו אשה אל תאמינו להאכילו בתרומה, והשיב רבי לר"ח שמאמינו בתרומה רק משום מיגו, יש לומר עפ"י מש"כ דהרמב"ם מפרש בפשטות דעדות של ע"א אינו מתחלק, כמו עדות של שנים דלא מפלגינן הנאמנות, ואם אי אפשר להאמינו בכולו אינו נאמן כלל, ולשיטתו גם עד כשר דעלמא אינו נאמן כיון שנוגע גם לענין יוחסין.

וכן פסק הרמב"ם בפ"כ מה' איסורי ביאה דלתרומה דאורייתא בעינן שני עדים כשרים, והר"ן בפ"ב דכתובות תמה עליו למה לא יהי' נאמן ע"א כיון דע"א נאמן באיסורים, יעו"ש, ולפי מש"כ הרמב"ם אזיל בזה לשיטתו, והראשונים שכ' דע"א נאמן בזה לתרומה דסברי כשיטתם דבעדות של ע"א באיסורים מפלגינן הנאמנות, ופשטות הסוגיא בברייתא הנ"ל מתפרשת היטב לשיטת הרמב"ם, ובעיקר שיטת הרמב"ם בנידון זה כתבנו בפ"ח יעו"ש, ולפי"מ שבארנו בזה לשיטת הרמב"ם מתורץ יותר כל הקושיות בסוגיא זו, דלשיטת התוס' ושאר הראשונים קשה טובא למה אינו נאמן לומר בני זה וכהן הוא בממ"נ אם הוא אב באמת הלא יש לו כח נאמנות לומר שהוא כהן מדין יכיר, ואם אינו בנו יש לו כח נאמנות מדין ע"א כשר, אמנם בלא"ה כל ענין זה אינו מובן, דהרי אם נדון שלהחשיבו לכהן לענין אכילת תרומה הוא כע"א לאיסורים הרי אז גם קרוב נאמן, ואם נאמר שהוא כענין דבר שבערוה, הלא אז צריך שני עדים כשרים, ובע"כ עלינו לומר שהצריכו עד כשר בכדי שאם יצורף עוד שני יוחזק בכהן גם לענין יוחסין, וחשו חכמים להאמין לתרומה ע"י קרוב שמא יעלוהו ליוחסין, על ידי הצטרפות עד שני, ולפי זה י"ל דבעינן בהגדה זו כל דין הגדת עדות, היינו גם לענין הזמה, ובכה"ג לא יהני דין ממ"נ לומר אם הוא אב יהי' מטעם יכיר, ואם אינו אב יהי' נאמן מטעם ע"א,

אבל אם יוזם לא יענש דהרי הגדתו הוא בספק: פרק יד הא דקיי"ל בממון דבעינן שני עדים הכריע בס' ש"ש ש"ו פ"ג דלא כמהרי"ק דאין חילוק בין להוציא ובין להחזיק, וכן מיסתבר לומר דכיון דאמירה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, מנין לנו לחלק ולומר דרק להוציא מן המוחזק איירי קרא, והנה לפי"ז לכאורה קשה מש"כ הר"ן בפ' גיה"נ דאם אחד מעיד על המציאה שהיא של פלוני דנאמן, דכיון דלית לי' הנאה מיני' לא חיישינן דמשקר, ואם בעינן בממון שני עדים אף להחזיק מה מועיל ע"א, דהרי בכל עדות של ע"א ליתא חשש משקר, ובפשטות דברי הר"ן הם נגד פשטות הש"ס דב"מ ד' כ"ח דאמרינן התם סימנים וסימנים וע"א יניח, וכבר עמדו ע"ז האחרונים, וכמדומה לי שהפמ"ג בפתחות' העיר מזה, ונלענ"ד בביאור ענין זה, דבדיני ממונות שהטענות של בעלי דברים באופנים רגילים מכריעים את הדין, שאם אחד מהם יהי' תופס בחפץ בלי שום טענה, והשני יטעון שהוא שלו בטענת ברי מועלת טענתו להוציא מן התופס, דרק להוציא קיי"ל כמ"ד דברי ושמא לאו ברי עדיף, אבל אם תופס בלי טענה רק טוען שמא אינו שלך בזה לכו"ע מוציאים, וכמו שכ' תוס' ספ"ק דכתובות, דאף לשמואל שסובר אין הולכים בממון אחר הרוב, הוא דוקא להוציא מן המוחזק שיש לו טענה על תפיסתו, כגון שבהיתר באו לידו ומדעת הבעלים, אבל במוצא אבידה מודה שמואל יעו"ש.

ועפ"י"ז יש לדון בכל מוציא אבידה אם בא אחד וטוען שהחפץ הוא שלו, והמוצא טוען שמא אינו שלך, ראוי להיות עפ"י כללי המשפטים של דיני ממונות, שיוציא הטוען ברי את החפץ מן המוצא, דאף שהתורה עשתה את המוציא לשומר, ואם יפשע בשמירתו חייב לשלם, ענין זה יועיל רק אם יטעון המוציא טענת ברי, אף שטוען בעד אחר, אבל כיון שהוא שומר ועומד במקום הבעלים הוי טענתו כטענת הבעלים עצמם, אבל בטוען שמא אינו שלך, לא שייך בזה לומר, שנחשיב כאילו אנו מוציאים מן הבעלים המוחזקים, דלפי טענתו הוי ספק בעיקר הדבר אם איכא בעלים אחרים בעולם חוץ מזה התובע, אלא הא דאין מחזירים אבידה רק בסימנים או עדים הוא מחמת מצות התורה והי' עמך עד דרוש אחיך אותו, שקבלו חז"ל דרשהו אם רמאי הוא או אינו רמאי, בסימנים או בעדים, ועפ"י"ז מצות התורה בדין השבת אבידה שלא יחזיר רק ע"י בירור, וענין זה הוא דין המצוות לשמים כמו דיני האיסורים ולא מדיני המשפטים בדיני ממונות, ואין להקשות איך אפשר שיחזיק המוצא אבידה את החפץ מחמתו, משום שרוצה לקיים מצותו לשמים, אם הטוען זוכה ליטול את החפץ עפ"י תורת המשפט, והיכן מצינו כה"ג שיהי' אדם רשאי לגזול שלא במשפט, כדי לקיים מצוותיו לשמים, דהכלל בזה דרק אם המצוה שעל האדם מצות גברא שאין הצווי בא על החפץ עצמו ככה"ג נדחית מצותו, אבל בנידון זה המצוה הוא רק בשביל החפץ, והיתה רצון התורה שהחפץ יהי' ת"י המוצא עד שיבורר ע"י עדים או סימנים, אבל עכ"פ לפי"ז הוא ענין מצות התורה בדין השבת אבידה, ולכן י"ל דבדין זה סגיא לן בעדות של ע"א, כמו שהאמינה תורה ע"א על שאר קיום המצוות, כמו תפלין וציצית וכדומה, כ"כ אם עד אחד מעיד שאבידה זו של פלוני היא, מתברר ע"י ע"א שנתקים בזה השבת אבידה כהוגן: ולפי"ז כיון דבדיני איסור והיתר האמינה תורה כל אדם, כ"כ נאמנים באבידה גם הבעלים, ומשו"ה מחזירים אבידה בטביעת עין לצורבא דרבנן דלא חשיד למשקר, דאין בזה תורת המשפטים, דמדין תורת המשפטים כיון שטוען ברי ראוי להחזיר לו, ורק משום מצות



השבת אבידה, שאינה מתקימת רק ע"י עדים או סמנים, הרי הטוען זה כע"א דעלמא שנאמן ע"ז, ולא יניש דעלמא שאינו צורבא מרבנן שחשוד לשקר, בשביל ממון, אין להחזיר, וכמו שדרשו חז"ל דרשהו אם רמאי הוא או לא, ועפ"ז אם איכא שני בעלי דברים שטוענים על האבידה, כמו בסימנים וסימנים, בסוגית הש"ס דב"מ ד' כ"ח, התם ודאי לא מהני ע"א רק לחייב שבועה ככל דיני המשפטים, דשם איכא שני בעלי דברים, צריך להיות הדין עפ"י תורת דיני ממונות ובדיני ממונות אינו נאמן ע"א רק לחיוב שבועה, ומשו"ה הוי הדין התם דיניח, ולשיטת הרא"ש שם גם בנידון זה דסימנים וסימנים וע"א צריך לישבע להכחיש העד ואח"כ יניח, ואם אינו נשבע ינתן לבעל העד, גם מן המוחזק מוציאים אם אינו נשבע, וזה דין משפט בדיני ממונות, ומדין מצות השבת אבידה הרי סגי בע"א כמש"כ ולבד זה נראה לי דבסימנים וסימנים כבר בטלה מכאן דין השבת אבידה לגמרי, דכיון דע"י הסימנים נתבררו הבעלים, רק שהספק מי מהם הבעלים, אבל עכ"פ אחד מהם הוא בעל אבידה, וכשבעל אבידה לפנינו שוב אין המוצא מחויב בשמירת האבידה ובהשבתה כלל, ומה שבעל האבידה אינו בטוח בשמירת האבידה על ידי השני שרוצה לגזול ממנו על ידי טענה בשקר, ענין זה אינו נוגע להמוציא, כי בדבר זה אינו יכול להצילו מיד עושקו, וכן צ"ל בדין ניפול הנמצא בין שני שובכות דבמע"מ יחלוקו, כמו דתנן בב"ב פ"ב, דאף דמדין השבת אבידה אינו יכול להוציא מת"י עד שיה' בזה איזה בירור כסימנים או עדים, אבל כיון דהבעלים לפנינו מניח ביניהם ומסתלק, דהרי גם בגזילה איכא מ"ד דמניח ביניהם ומסתלק, אף שכבר נתחייב בהשבה משעת הגזילה, שאינו נפטר עד שיעשה השבה גמורה לרשות הבעלים, מכש"כ באבידה דחייב השבה אינה עליו רק כ"ז שהיא אבידה, ומשעה שבטל מזה דין אבידה נפטר מהשבה, ומשו"ה כיון שידוע שהניפול הוא לאחד משני בעלי השובכים אין בזה דין השבת אבידה, וחזר הדין לתורת משפט דיני ממונות, ובספק כזה שהוא כדורא דממונא הדין יחלוקו, ועוד דמשעת מציאה כבר ה' ראוי להיות הדין בניפול זה שיחלוקו, והרי זה כאילו מצא חפץ כזה השיך לשניהם, וכדינו בשעת מציאה, כן הוא השבתו.

וזה פשוט: ובס' פני יהושע למס' כתובות ד' י"ב ע"ב כתב בענין זה דברים שאינם מתקבלים על הלב, וז"ל איתמר מנה לי בידך וכו' ר"ה ור"י אמרי חייב ברי ושמא ברי עדיף, קשיא לי א"כ אמאי איצטריך קרא לאהדורי אבידה בסימנים, וכתוב נמי עד דרוש אחיך דרשהו אם הוא רמאי,, ות"ל דבלא"ה מהדרינן אפי' בלי סימנים אלא בטביעת עין, כיון שטוען ברי, ואין אדם מכחישו בברי, והמוצא טוען שמא, ותו הא לית לי' למוצא חזקת ממון וכמש"כ בתוס' ספ"ק דב"מ, ולשיטת תוס' דמחלקים בין ברי טוב ושמא גרוע א"ש, מיהו לשיטת הרמב"ם וסייעתו דלא מחלקי בכך קשה, ויש ליישב דשאני התם לענין מציאה דהמוציא מצי אמר דלאו ממנו נפל אלא מרובא דעלמא, ואע"ג דאין הולכים בממון אחר הרוב, היינו להוציא מן המוחזק דוקא, משא"כ הכא דלא הוחזק.

עכ"ל והנה מש"כ ליישב עפ"י שיטת תוס' משום דהשמא גרוע אינו נלענ"ד, דזה דוקא אם המוחזק מסתפק שמא הוא שלו, אבל זה ודאי דאיש זה אינו יכול למנוע ממי שיש לו טענה עי"ז שיאמר שמא אינו שלך, וכיון שהמוצא אינו טוען כלום רק שמא אינו

שלך, בודאי ראוי להיות שעפ"י דין טוען ונטען, יזכה מי שאומר שהאבידה שלו וכמש"כ, ורק מה שאמרהתורה להחזיר דוקא ע"י סימנים ועדים, הוא מצוה כשאר מצוות התורה, וגם מש"כ לתרץ משום רובא דעלמא אינו נראה לענ"ד, דדין רובא דעלמא הוא רק היכא שהרוב יש להם איזה דין אחד ע"י הצטרפות, והמיעוט דין אחר, והוא נגד הרוב, אבל אם המיעוט הוא ג"כ מן הרוב ואינו חלוק ממנו כלום, והספק הוא על כ"א, וקצת הוכחה שיש להמיעוט הוא לברר על כאו"א בפרטות, בכה"ג אין כח רוב לסלק הוכחת המיעוט.

וענין זה בארנו לעיל בשע"ד פ"י בארוכה, יעו"ש: אמנם לפי"ז שבארנו בשיטת הר"ן דמה שנאמן ע"א באבידה, משום דמדין המשפט של דיני ממונות סגי לן בטענת ברי של הטוען שהוא שלו, צריך לעיין במש"כ הר"ן באחד שמעיד על אבידה שנאמן, וז"ל והו"ה דבמציאה נמי נאמן אדם לומר אלו כליו של פלוני, כיון דלית לי' הנאה מיני' לא חיישינן למשקר.

עכ"ל.

אם דין זה הוא דוקא היכא דאיכא בזה טענת ברי של פלוני או גם בלי טענת ברי, והנה לשיטת הסוברים דברי ע"י אחר חשיב ג"כ טענת ברי הוא פשוט, דאין נפ"מ, דע"י ע"א זה איכא ג"כ טענת ברי, ומדין המשפטים מהני הברי ולדין מצות השבת אבידה מהני דין עדותו יעו"י חו"מ סי' ע"ה סעי' כ"ג ברמ"א אבל לשיטת הפוסקים דלא מיקרי טענת ברי אם אינו יודע בעצמו, כמש"כ הש"ך ובאחרונים שם, הנה לפימש"כ לא יהי' נאמן ע"א באבידה, דאף דסגי לענין מצות השבת אבידה עדות ע"א, אבל כיון דאינו נאמן לדיני ממונות, איך יחזיר החפץ לאיש זר, ואף דיש מקום לומר דכמו דמועיל ע"א לענין מצות השבת, כ"כ יועיל לענין איסור גזל, היינו דעל מה דמספקינן שמא הוא מוסר חפץ של אחרים ליד איש זר, וכגזלן הוא חשוב, ע"ז נסמוך על הע"א כמו דמהימן לשאר איסורים, אבל אין הדבר כן, דכל שאנו דנים ע"ד ענין ממוני אם מן הדין הוא של פלוני או לא, אין לנו לדון ע"ד איסור גזל שבו אלא ע"ד המשפט וכמו דכששני הבע"ד לפנינו שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, כ"כ אם ליכא לפנינו רק בע"א: אח"ז מצאתי ת"ל בחי' הריטב"א למס' גיטין במה דאמרינן שם ד' כ"ז ע"ב רבה בב"ח אירכס לי' גיטא בי מדרשא, אמר אי סימנא אית לי בגווי', אי טביעת עינא אית לי בגווי', אהדרוה ניהלי', אמר לא ידענא אי משום סימנא אהדרוה וקסברי סימנים דאורייתא, אי משום טביעת עינא, ודוקא צורבא מדרבנן אבל איניש בעלמא לא.

עכ"ל הש"ס. וכתב בזה הריטב"א ז"ל וז"ל וכי אמרינן בגמ' דלא מהדרינן בטביעת עינא אלא לצורבא מרבנן דלא משני בדיבורי', אבל ע"ה אף דאית בטביעת עינא דילמא משקר ומשני בדיבורי', כי היכא דלא לפסיד אגרי' וכו' והיינו טעמא ג"כ גבי מציאה דלא מהדרינן אלא לצורבא מרבנן וכו', ומיהו אפילו לצורבא מרבנן כי מהדרינן לי' אבידתא בטביעת עינא, אומר רבינו נר"ו דדוקא בדבר שהוא שלו, אבל היכא דשמעי' שאומר דבר זה מפלוני הוא ואית לי טביעת עינא בגווי' לא, דהא ודאי עדות הוא כיון שמעיד לאחרים, ובעדות לא מהימן צורבא מרבנן טפי מע"ה.

עכ"ל.

ובדבריו מפורש דרק בע"ד נאמן כשהוא צורבא מדרבנן, ובע"כ הטעם דטענת בע"ד מהני כשאין אדם טוען כנגדו, ומשו"ה אי"צ עדים, אבל כשאחר מעיד הוא דין עדות בדיני ממונות ובעדות לא עדיף צורבא מדרבנן משאר ע"א הרי דסובר להדיא דגם באבידה שאין שם מוחזק בעינן שני עדים אף שאין בע"ד כנגדו, ולפי"ז צריך לבאר מש"כ הר"ן דגם ע"א נאמן באבידה, או דסובר דברי ע"י אחר הוי כברי וכמו דמשמע מהגהת הרמ"א בחו"מ סי' ע"ה שהבאנו דכילל את הר"ן ג"כ עם הסוברים דמהני טענת ברי ע"י אחר להייב שבועת היסת, יעו"ש, או אפשר כונתו היכא שהבע"ד טוען שהוא שלו ואינו צורבא מדרבנן דלא מהימנינן לי, ומביא ע"א אז שפיר מהני הע"א, דמדין טוען ונטען גם טענת ברי של ע"ה מהני, ומדין השבת אבידה סגי בע"א ובעובדא דרבב"ח במס' גיטין מסתעף הענין לבד השבת אבידה ודין המשפטים, גם לדין בירור על כשרות הגט, והנה בנוגע לכשרות הגט לברר אם גט זה של מגרש זה, ג"כ סגי בע"א, דכיון שהגט כבר נכתב בכשרות, אלא אנו מסופקים אם הוא של מגרש זה, אין זה כמעיד בדבר שבערוה, דהא דאמרינן ריש גיטין לענין עדות השליח על הגט שהוא נכתב לשמה דהוי דבר שבערוה, הוא משום דענין כתיבת הגט שהוא התחלת המעשה המצטרף להתיר אשת איש, ה"ז כמעיד על גירושין, וכמו שביארנו ענין זה לעיל בשער זה פ"א, אבל בכה"ג שאינו מעיד על איזה מעשה של כתיבה ונתינה, אלא שגט זה הנכתב הוא של בעל זה, הוי כע"א באיסורים, ובנוגע לדין המשפטים דגם שטר גט הוי כחפץ ממוני שראוי לדון עליו, י"ל דכיון דהוא שליח ושומר עליו, שבעלים מסרו לידו הרי הוא כבע"ד, וטענת שומר ותביעתו הוא כתביעת בע"ד וכן הודאה שמודה בפני שומר הוי כאילו הודה בפני בעלים, ומה"ט אהדרוהו לרבה בב"ח, שמדין המשפטים מהני טענתו בלי עדים, ומדין השבת אבידה והכשרת הגט לגירושין סגי בע"א, כנלענ"ד בענין זה: ועוד נ"ל עפ"י פשטות דברי הריטב"א הנ"ל דצורבא דרבנן דמהדרין אבידתא, אין בזה ענין עדות כלל, היינו דהיכא דעפ"י משפט דיני ממונות אי אפשר לעכב החפץ ת"י המוצא, זהו קיום השבת אבידה, דכמו דאיסור של גזילה תלוי במשפט, וכל היכא שעפ"י תורת המשפטים מיחסים את החפץ למי שהוא, כ"כ נגרר אחר זה דיני האיסור של גזילה, כ"כ ראוי להיות גם מצות השבת אבידה שיהי' נגרר אחר זה, ומשו"ה בצורבא דרבנן שטוען על המציאה שהיא שלו, והוא זוכה עפ"י דיני המשפט, מפני שאין בע"ד אחר כנגדו, ממילא מתקיים בזה גם מצות השבה, ורק מה דלא מהדרין לכל אדם ע"י טביעת עינא, משום, דלא מהימן וחשוד לשקר, אף דבכה"ג בלא מוצא אבידה לאמחלקינן בין צורבא מרבנן או לא, כגון בשנים שטוענים על חפץ זה אומר שלי וזה אומר שלי, אין חילוק בין צורבא מרבנן או לא, בין אם הדין כל דאלימ גבר ובין אם הדין יחלוקו או יהי' מונח, י"ל דזה ילפינן מקרא עד דרוש אחיך אותו דרשהו אם רמאי הוא או לא, ולהבין ענין זה י"ל, דהא דבאמת בדיני המשפטים אין חלוק בין צורבא מרבנן או איש אחר, משום הדין שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, וכל היכא דליכא אנן סהדי גמור, אין לחרוץ משפט שבין אדם לחבירו בדיני ממונות, והיינו אעפ"י שהדבר אמת אין לעשות רק עפ"י עדים כשרים, ומה"ט לא מקיים דבר בדיני ממונות אפי' עפ"י משה ואהרן, וכ"ז היכא דאיכא שני בעלי דברים שטוענים על החפץ, דאף אם הדבר נוטה עפ"י שכלנו שהחפץ של האחד שהוא צורבא מדרבנן, אבל עכ"פ הרי

איכא עוד אחד שטוען על החפץ, ואין לנו כח לסלקו רק עפ"י עדים כשרים, אבל במציאה אם צורבא מרבנן טוען שהאבידה שלו ואיכא הוכחה שאומר אמת, ואין לנו טוען כנגדו, לא שייך בכה"ג לומר אעפ"י שהדבר אמת אין לעשות רק עפ"י עדים, דאם הדבר אמת אין כאן בע"ד חוץ ממנו, דבמציאות הוא הבעלים וגם ליכא לפנינו שום טוען אחר חוץ ממנו, אבל איניש דעלמא שטוען על המציאה, כיון דהוא חשוד לנו למשקר, ואנו מסופקים שמא איכא בעלים אמתים שהאבידה שלהם, חזר הענין בזה לדין תורת המשפטים מחמת המציאות, ואף שבלי המוצא אבידה אם הי' אחד טוען שהוא שלו אין לנו כח לעכבו שמא של אחרים הוא, כ"ז בדליכא טוען אחר, וענין זה ג"כ דין בדיני המשפט שהטענה גורמת הדין י"ל דבכה"ג מסור כח הטענה למוצא האבידה שיעכב ת"י ע"י כח של הבעלים האמתיים, ואף שטוען שמא, ואיכא מ"ד דגם בשמא טוב וברי גרוע ג"כ ברי עדיף, זהו דוקא אם הבע"ד לפנינו נגרע כחו ע"י טענתו, אבל אם אינו לפנינו ואנחנו טוענים בעדו הוי כטענת ברי, כמו שטוענים ללוקח וליוורש, ולפי"ז יתפרשו דברי הריטב"א בפשטות דאם טוען שהוא שלו, וכיון דמהני מדין המשפטים, ממילא מקיים בזה דין השבת אבידה, אבל אם מעיד לאחרים שמדין המשפטים לא מהני, דלענין דיני ממונות ע"א כמאן דליתא, דרק לחיוב שבועה מהני עדותו, וטענת, ברי ג"כ ליכא בזה משו"ה לא מהני עדותו, וזהו לשיטת הריטב"א, והר"ן שכ' דמהני ע"א באבידה, י"ל דסובר דכמו דמהני טענת הבע"ד משום דלא חשיד לשקר, כ"כ מהני עדות של ע"א, דהא דאמירה תורה דוקא עפ"י שנים עדים יקום דבר, הוא משום הכלל אעפ"י שהדבר אמת אין לעשות רק עפ"י עדים כשרים, והוא דוקא אם שנים דנים ומריבים זע"ז כמש"כ, וכאן אם הדבר אמת ליכא בזה ענין המשפטים דאין כאן אדם בעולם שיהי' הדין שייך לו, ובכה"ג מהני כל עדות שיהי' גם קרוב או פסול, אם רק אינו חשוד לשקר, אבל אם איכא שנים שטוענים על החפץ, כמו בסימנים וסימנים דזה ענין משפט של דיני ממונות, ודאי דע"א לא מהני כלום, דכל כה"ג אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר: ובטעם הפלוגתא שבין הריטב"א והר"ן הוא על יסוד זה שכתבנו, דהר"ן סובר כיון דבאיסורים שצריך בירור האמינה תורה ע"א ואפ"י אשה וקרוב, כ"כ ראוי להאמין גם לענין ממון, רק היכא דאיכא שני בעלי דברים אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, היינו אעפ"י שהדבר אמת אין הדבר מתקים אלא עפ"י עדים כשרים, ובאבידה אם הדבר אמת אין כאן שני בע"ד, כמש"כ, ומשו"ה סגי בזה בע"א כעדות שאר איסורים, והריטב"א סובר כיון דעכ"פ הוא ענין משפט של ממון, שזה גופא לברר אם צריך בזה דין משפט או לא, הוא ג"כ דבר שבממון, וכל דבר שבממון אין ע"א נאמן, ורק אם בא בתורת בע"ד שטוען שהוא שלו, נאמן אם צורבא מרבנן, דטענת בע"ד שטוען שאין כאן בע"ד שני מהני, כמו שאר טענה היכא דליכא אחר שיהי' לו טענה בזה, אבל באיניש דעלמא לא מהני טענתו, כיון דחשוד לשקר, המוצא טוען בעד בעלים אחרים: וראיתי בס' תשובת רבי אליעזר לדו"ז הגאון ר' אליעזר גורדון ז"ל בס"י כ"ז שהאריך בענין זה אם נאמן ע"א היכא דליכא מוחזק וברר לו שיטה חדשה דאף דנאמן ע"א אבל דוקא עד כשר ולא אשה וקרוב, דכל היכא דאיכא גררא דממונא אשה וקרוב חשידי לשקר, והוכיח שיטתו מהך סוגיא דכתובות ד' כ"ה דלענין תרומה בעינן דוקא עד כשר, וכן הוכיח מסוגית הש"ס דב"ק ד' קי"ד דאמר ריבב"ב נאמנות אשה וקטן לומר מכאן יצא

נחיל זה, ופריך בגמ' אשה וקטן לאו בני עדות נינהו, ומסיק בגמ' דמיירי שהבעלים מרדפים ואשה וקטן מסיחין לפי תומן, ונחיל הוא קנין דרבנן האמינהו רבנן יעו"ש.

וקשה למה לא תהא אשה נאמנות כיון דליכא מוחזק, דאם נתישב אצל אחד ג"כ לא מיקרי מוחזק כמש"כ תוס' ספ"ק דכתובות, דברוב ישראל מחזיר לתינוק הנמצא ואינו יכול לטעון המוצא שמא נכרי הוא, משום דגם לשמואל אזלינן בכה"ג בתר רובא, יעו"ש ומכל זה החליט דכל היכא דאיכא איזה שייכות לענין ממון אשה וקרוב לא מהימנא, יעו"ש שהאריך בזה, ולענ"ד אין הדברים מתקבלים על הלב, דהיכן מצאנו ענין זה שתהא אשה חשודה לשקר בעדות יותר מאיש, וגם מש"כ דקרוב שאינו כמשה ואהרן חשיד לשקר, מאן מפיס ואיזה גבול בזה, והנה מש"כ להוכיח מסוגית הש"ס דכתובות, כבר בארנו בזה בכמה דרכים לפרש סוגיא הנ"ל, עי' לעיל פ"ט, ומה שהקשה מסוגית הש"ס דב"ק נלענ"ד בפשטות, דאף דמוצא אבידה אינו חשוב כמוחזק לענין הכלל דאין הולכים בממון אחר הרוב, אבל עכ"פ כיון דאם ליכא בעלים מבוררים הי' הדין שהוא של המוצא, מחמת שרובא דעלמא הם נכרים או הפקר, איכא בזה דין משפט של דיני ממונות, ובכה"ג אין ע"א נאמן, דרק היכא דליכא שום טוען כמו באבידה שהמוצא חייב להכריז, וליכא שום טענה למוצא שהיה לו איזה ספק של זכות, בכה"ג סובר הר"ן דנאמן ע"א, וגם בזה פליג הריטב"א, אבל אם רק איכא בזה טוען אחר שראוי לדין מחמתו ג"כ אז איכא בזה תורת המשפטים לכו"ע, ובעינן דוקא שני עדים כשרים, כנלענ"ד בזה, ונראה לי דאפשר לומר דמש"כ בתשו' מהרי"ק דבממון דוקא להוציא ממון מחזקתו בעינן שני עדים, ענין זה יש לפרש דבממון כל היכא דאיכא טענה של שני בע"ד, דבלא עדים יזכה זה כזה, ובכה"ג אם יוכרע הדין ע"י עדות העדים מוציאים הממון מחזקתו, דבממון לעולם איכא איזו הכרעה ודאית מחמת הספק, או יחלוקו או כל דאליה גבר, עכ"פ איכא דין המכריע ואם ישתנה הדין ע"י עדות, הרי הם מגרעים איזו חזקת הממון כנלענ"ד: פרק טו גרסינן במס' סנהדרין ד' ל' ת"ר אמר להם אחד אני ראיתי אביכם שהטמין מעות בשידה תיבה ומגדל ואמר של פלוני הן, של מע"ש הן.

בבית לא אמר כלום, בשדה דבריו קיימים, כללו של דבר כל שבידו ליטלן דבריו קיימים, אין בידו ליטלן לא אמר כלום, וכתב הר"ן בפ' האומר למס' קדושין דהא דלא מהימן על מע"ש היכא דלאו בידו, הלא מע"ש איסורא הוא, וז"ל ורמב"ן ז"ל תירץ דמע"ש נמי אפוקי ממונא הוא שהוא מוציא מרשות הדיוט לרשות גבוה וע"א לא מהימן אלא באיסור גרידא.

עכ"ל.

הובא דבריו בס' ש"ש ש"ו פ"ד. והקשה בס' הנ"ל מהא דמבואר במס' יבמות ריש פ' האשה רבה דע"א נאמן לומר על הקדש קדושת דמים שנפדה משום דבידו לפדותו, והרי עי"ז מפקיע ממון מרשות הגבוה ומה לי ממון גבוה ממון הדיוט, וכיון שאינו נאמן להפקיע קנין הממון כ"כ אינו נאמן על האיסור, וכמו שכ' הר"ן בשם הרמב"ן לענין מע"ש, וכתב לתרץ ע"ז ולחדש דרק להוציא מרשות הדיוט לרשות גבוה חשוב הוצאת ממון, אבל להיפוך להוציא מרשות גבוה לרשות הדיוט, אין בזה תורת הוצאת ממון, והביא ראיה לזה מדברי תוס' במס' מעילה ד' כ"א שהקשו בהא דמבואר שם במשנה

שאם נפל פרוטה של הקדש בכיס מלא מעות והוציא אחת דמעל מספיקא, אמאי לא בטלה הך פרוטה של הקדש ברובא, יעו"ש, והלא מסקינן בגמ' דממונא לא בטיל, ומזה הוכיח דבנכסי גבוה לעולם אין, דנים בו תורת ממון רק תורת איסור שבו זה תו"ד שם, ולענ"ד אין דבריו מחוורים בזה כלל, דכיון דיש קנין לגבוה ואם פגע ונהנה מנכסי גבוה חייב לשלם כמו נהנה ומזיק נכסי הדיוט, כמו שכל בתוס' כתובות ד' ל' ע"ב למה יתבטל ברוב קנין הגבוה, כיון דקיי"ל ממונא לא בטיל, אכן מה שנוגע לדין ביטול ברוב יפלא בעיני מה שהוצרך הש"ש להביא מדברי תוס' הלא ברייתא מפורשת היא, הובא במס' נדרים ד' נ"ח ע"א, דתניא ר"ש אומר כל דבר שיש לו מתירים כגון טבל והקדש ומע"ש וחדש לא נתנו בהם חכמים שיעור, יעו"ש, הרי דשייך ביטול בממון הקדש רק משום דהוי דשיל"מ, ואם יהי' מין בשאינו מינו יתבטל גם מדרבנן, ובטעמו של דבר כתבנו לעיל בשע"ג פ"כ דאף דקנין הגבוה לא בטל ויתחייב לשלם, אבל דין האיסור משום קדושת החפץ מיבטל בטל כשאר איסורים, ונתבאר שם ענין זה בארוכה, אכן מה שהקשה לענין נאמנות ע"א דמוכח מסוגית הש"ס דיבמות דנאמן ע"א לומר על הקדש שנפדה ויצא מרשות הגבוה צריך ביאור, מ"ש מדין מע"ש שכתבו הראשונים דאינו נאמן כיון דאיכא בזה הוצאת ממון מרשות הדיוט לרשות גבוה: ונראה לענ"ד לבאר ענין זה, ראשונה עפ"י מה שבארנו לעיל בפרק הקודם שיטת הר"ן דע"א נאמן באבידה, דהוא משום דכיון שמעיד שזהו בעל אבידה, מהני בירור של ע"א לסלק מזה תורת המשפטים, דבפועל ליכא בזה רק בע"ד אחד ועל החשש שמא זה אינו בעל האבידה, אנו מאמינים את העד שמעיד דאין כאן בע"ד חוץ מזה, משא"כ בכל דיני ממונות דאיכא שני בעלי דברים, אף אם נאמין לע"א מ"מ איכא לפנינו שני בע"ד בפועל, והרי זה משפט של דין ממון, שע"ז אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, שאעפ"י שהדבר אמת אין לעשות אלא בעדות כשר, לפי"ז י"ל דגם בהקדש אם אין לפנינו טוען ונטען, אם ע"א מעיד שהחפץ שהי' הקדש כבר נפדה, ואינו חשוד למשקר מהני עדותו גם לדין ממון, כמו דמהני לענין איסור מעילה, וגם לשיטת הריטב"א דסובר דגם באבידה כל שבא בתורת עדות לא מהני ע"א, אבל עכ"פ כל שטוען לעצמו נאמן אם אינו חשוד למשקר, הנה הכא בהקדש שמעיד שנפדה, י"ל דמיירי שהוא אומר, שהוא שלו ופדה לעצמו, והרי זה כמו באבידה, שנאמן צורבא מדרבנן, משום שלדין ממון אינו בא בתורת עדות רק מדין בע"ד, ורק בנוגע לקדושת החפץ להתיר לאחרים לענין זה הוי כע"א באיסורים, עוד י"ל דאם ע"א מעיד שהדבר יצא מרשות הקדש ולא חשוד למשקר, ליכא בזה לדון מדין דיני ממונות, שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר.

דהרי בהדיוט אם הוא לפנינו ואומר נאמן עלי ע"א, הלא ודאי אין לבי"ד מקום בזה, כ"כ בהקדש דידיעין שלרשות הגבוה ניהא שיוחזר החפץ למי שהוא שלו, ומשו"ה כל שמעיד ע"א על הקדשות שכבר נפדה אף אם יעיד לאחר, בכה"ג אף לשיטת הריטב"א דלא מהני ע"א באבידה כל שבא בתורת עדות, מ"מ בהקדשות נאמן אף להוציא מיד גיזבר, כיון דניהא לרשות הגבוה שיוחזר למי שהוא הבעלים באמת ולענין בירור האמת אין הבדל בין איסור והיתר לדיני ממונות, וכל הכתוב בפרשה לענין עדות בדיני ממונות לא שייך בהקדשות, דאם נאמר להצריך עדים כמו בכל דין ממון, הלא אז ליכא עדים בעולם, אם בעינן בדיני ממונות עדות שאתה יכול להזימה, דלא קרינן בזה ועשיתם לו

כאשר זמם לעשות לאחיו, ועוד מזיק ממון הקדש פטור, וגם לאו דלא תענה ברעך, דהקדש לאו רעהו הוא, וכן הכתוב לא יקום ע"א באיש לכל עון ולכלחטאת דמפרשינן מה שנאמר "לכל חטאת" הוא לחסר ולגרוע זכות ממון, לא שייך כ"כ ברשות הגבוה, ולכן נלענ"ד דלענין להוציא מרשות הגבוה סגיא בע"א, כמ"ש בס' ש"ש אבל לא מטעמי, כלומר אף דקנין של רשות גבוה הוא ככל קנין דהדיוט, ולענין הדין דקיי"ל דממונא לא בטיל גם קנין הקדש לא בטיל, אבל לענין בירור אם יצא מרשות הקדש סגי בע"א כמו שכתבנו, ואם יעיד להיפוך שדבר זה הקדישו הבעלים ודאי צריך ב' עדים, ומה"ט כתב הרמב"ן דע"א אינו נאמן לומר שהם של מע"ש, כיון דמע"ש ממון גבוה, הוא עדות על הוצאת ממון: וכן מוכח דלא כשיטת הש"ש מדברי הנמ"י ב"ב פ' מי שמת בהא דמיבעי בגמ' שם בשכ"מ שהקדיש כל נכסי ועמד אם יכול לחזור, ומסיק הש"ס בתיקו, כתב הנמ"י וז"ל הילכך בין הקדש בין עניים הם המוציאים, דנכסי בחזקת נותן קיימי ועליהם להביא ראיה, הילכך אם עמד חוזר, ואע"ג דאמרי' דאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי היינו דלא מצי למיהדר על מה שידענו בבירור דעתו, אבל הכא מי ימר דדעתו הי' להקדיש אפילו אם עמד, הילכך ודאי נכסים בחזקת נותן קיימי ואף ספק איסור מעילה ליכא, דאיהו ידע בנפשי, עכ"ל והנה הנמ"י מפרש דספק זה בשכ"מ שהקדיש אם הקדיש על דעת מיתה או הקדיש על כל צד שיהי', שהוא ספק עובדא לא ספיקא דדינא, ולכל אחד שהקדיש בכה"ג הוי ספק בפ"ע, שאם חשב בשעת מעשה שעל דעת כן הקדיש מהני מחשבתו, ואינו כהספק של ענין תפוס לשון ראשון או לשון אחרון, שאינו תלוי לפי מחשבת של כל אדם בפ"ע, וכן לענין מעכשיו ולאחר ל' דמבואר במס' קדושין ריש פ' האומר דלרב דסובר ספק תנאי ספק חזרה אין הענין משתנה לפי מחשבת המתנה, שאם הוא תנאי לפי שקול הדעת, לא מהני כלום מה שיחשוב המתנה לחזרה, וכאן תלוי בדעת המתנה, ומשו"ה לענין איסור לחוש שמא הנכסים מוקדשים ואסור להנות מהם מחמת התפסת קדושה, הוי כשאר איסור והיתר, וכיון שאומר שיודע בנפשי שהקדיש רק ע"ד מיתה מותר לו להנות וגם אחרים מותרים אבל מה שנוגע לדין ממון יש לדון שלא יהי' נאמן, דגם באבידה רק לצורבא מדרבנן מהימנינן, אבל לאיניש דעלמא לא, שמא משקר, אבל, ענין זה קשה לומר דלענין איסור נאמן ולענין ממון חשדינן למשקר דאם חשוד למשקר גם לענין איסור אינו נאמן, ובאמת ראוי לומר דהא דכתב הר"ן בפ' גיה"נ בטעמא דמילתא דלצורבא מדרבנן מהדרינן אבידה ולאיניש דעלמא לא משום דחשדינן למשקר, אף דהתם אדם נאמן על איסור והיתר אף שנוגע לו להפסד ממון, אבל ענין גזל לרוב בני אדם אינו חמור כשאר איסורים, ובהקדש שהוא איסור כשאר איסורים ראוי להיות נאמן כל אדם.

אבל בדברי הנמ"י אי אפשר לפרש כן דאם נאמר דאינו חשוד לשקר למה לן טעמא משום דהנכסים בחזקת נותן קיימי, תיפוק לי' דאין כאן ספק דהרי טוען שכן הי' דעתו רק ע"מ שאם ימות, ונראה לי דהנמ"י סובר, דכמו דחשודים רוב בני אדם על גזל הדיוט, כ"כ חשודים על גזל גבוה, ומשו"ה לדידן לעולם הוא ספק, וגם לענין איסור מעילה יהי' בספק איסור, ורק מה שנוגע למקדיש עצמו אין ביד בי"ד למונעו בשעה שהוא יודע בנפשי, וכמו דמצינו לענין תרי ותרי במס' כתובות ד' כ"ב דבנישאת לאחד מעדי' והיא אומרת ברי לי, וכן משמעות לשון הנמ"י שכתב דלספק איסור מעילה לא חיישינן דאיהו

ידע בנפשי, דלשון זה מתפרש שלאחרים יהי ספק איסור מעילה, אבל עכ"פ מבואר להדיא דבהקדש יש לדון בכל הספיקות מלבד איסור מעילה גם על ענין הממון כמש"כ: עוד הקשה שם בס' ש"ש ש"ו פ"ד בהא דנאמן אדם מישראל לומר על בהמה המבכרת שילדה איך שכבר מכר את הולד לנכרי, כיון דהוא נכסי כהן, וכל שיש בו משום ממון אף לענין איסור שבו אינו נאמן לפי מש"כ הרמב"ן גבי מעשר שני, וכתב שם לדון כיון דספק ממון לקולא והמע"ה, א"כ אין לכהן חלק ממון בו ואין בו אלא משום איסור גרידא, ומפקפק בזה ומסיק בצ"ע, והנה לפי מש"כ לפרש בדין אבידה דמהימן צורבא מרבנן, משום כל היכא דלא חשוד לשקר, ליכא בזה תורת דין משפט לכו"ע, כל זמן דליתא לפנינו בע"ד שני שיטעון כנגדו, כ"כ ראוי להיות כל אדם נאמן על המבכרת לומר שכבר מכר לנכרי וליכא בזה דין משפט להצריך עדים, ואין שום הבדל בזה מדין אבידה לענין זה, אמנם אם לא ידעו הבעלים אם נעשה ענין מכירה בזה וע"א אחר מעיד ע"ז, הנה לפי מש"כ בביאור שיטת הר"ן דנאמן ע"א באבידה, דלענין זה נאמן ע"א לומר דליכא בזה דין משפט להצריך עדים, כיון דבפועל ליכא לפנינו בע"ד שני שטוען על חפץ זה, ובמציאות אמתית לפי דברי העד אין בעלים אחרים חוץ מזה, כ"כ הכא נאמן ע"א לומר דאין בולד זה חלק ממון הכהנים, כיון דבפועל ליכא בע"ד שטוען עליו, אכן לשיטת הריטב"א דסובר דגם על זה אין עד אחד נאמן לומר דאין בזה תורת המשפטים, היינו דגם על זה אמרה תורה על פי שנים עדים יקום דבר, ולפי מה דנקט בספר ש"ש להכריע כמש"כ בתשו' מיימוני דהיכא דהספק לנו אם הוא דבר שבערוה וע"א מעיד שאין כאן דבר שבערוה דנאמן ע"א ע"ז, עי' מש"כ בפ"ג ש"ו, כ"כ מיסתבר לומר הכא אם ע"א מעיד באבידה או במתנות כהונה, שאין כאן דיני משפטים של דיני ממונות שיהי' נאמן ע"ז, ואולי יש לחלק קצת דרך במה שבודאי משתנה דין האשה מאיסור להיתר ומהיתר לאיסור חשוב דבר שבערוה, והיכא שלפי דברי העד דין האשה כדמעיקרא לא חשיב דבר שבערוה, ובספק בדין ממון אם צריך בזה עדים או לא, גם זה חשוב משפט ממוני וצ"ע: אמנם ע"פ מה שהעלינו לעיל לענין הקדש דלהוציא מרשות הקדש לא הצריכה תורה שני עדים, דלפי מה דאיתא בספרי דהא דאמרהתורה לא יקום ע"א באיש לכל חטאת, הוא לענין לחסר ממון מאיש, לפי"ז בדין ממון השבט של מתנות כהונה או ממון עניים, ודאי לא שייך בזה לומר שהוא פגיעת חסרון ממון של איזה איש פרטי או כללי דממון של שבט אינו מיוחס לאישים פרטים, דלו יצויר עת וזמן שלא יהי' שום איש משבט זה בעולם, בכל זה קרינן על הממון שהוא מתנות כהונה או מתנות עניים, וממון של שבט הוא רק שם מושאל, אבל אינו זכות של אנשי השבט, ומשו"ה בענין זה אם עד מעיד על הדבר שאינו ממון של השבט מהני עדותו כמו בדין האיסורים, וכן ענין הזמה ודאי לא שייך בזה, דמזיק ממון מתנות כהונה וממון עניים פטור, לפי"ז בענין הוצאת ממון מבעלים לשבט כהנים ולעניים ודאי צריך שני עדים, אבל להיפוך להעיד לזכות הבעלים ולחוב לכהנים ולעניים סגי בע"א.

והנוב"י מה"ת סי' קנ"ד ח' יו"ד שכתב להכריע בהא דלא מהני שאלה בתרומה דאתי ליד כהן, משום דכיון דבעינן חרטה דמעיקרא, ויכול הכהן דאתי לידו לומר לא מהימן לי שנתחרט חרטה דמעיקרא, וקודם שבא ליד כהן הוא נאמן כע"א יעו"ש. ועפ"י מש"כ הלא יש מקום לדברי הנוב"י הנ"ל דבלא"ה מה חלוק בזה אם בא ליד כהן או לא, דממ"נ



אם הדין בזה שאין לו תורת נאמנות, גם קודם שבא ליד כהן הרי יש בזה גם ענין ממון של השבט ולא יהי נאמן, ואם מחלקינן הנאמנות, אם יש בענין זה אפשרות לחלק הנאמנות, נאמר גם בבא ליד כהן שיהי נאמן על האיסור ולא לענין ממון, ולפי מה שכתב החילוק בזה מבואר, אמנם מה שכתב שם בנוב"י עפ"י שיטתו דגם בצדקה דאטי ליד גבאי לא מהני שאלה משום דהגבאי אינו מאמינו, ולא יתכן לפי"ז, דהרי בצדקה גם אחר שבא ליד גבאי אין בזה זכ"ל וקנין ממון לאנשים פרטיים, דאם כל עניי העיר, שהם עתה עניים, יתעשרו, מ"מ הצדקה היא ממון עניים, והוי ממון שאין לו תובעים, העולה לנו מזה דמש"כ בס' ש"ש לדמות ענין ביטול ברוב לדין נאמנות של ע"א, לפימש"כ אין ענינים אלו דומים זל"ז, דלדין ביטול ברוב הקדשות ומתנות כהונה וגם ממון עניים כלקט שכחה ופאה וצדקה, למאן דסובר אמירה לגבוה בצדקה, בכל אלו אין קנין הממון בטל ככל ממונא דהדיוט, אבל לענין נאמנות ע"א, נאמן ע"א להוציא מרשותם כמש"כ, רק היכא דאיכא מכירי כהונה, י"ל דהוי כמו שזכה הכהן פרטי, ובמשפט כזה י"ל דצריך שני עדים בכל ספק שיפול בזה כנלענ"ד: פרק טז ובדין מע"ש שהוא ממון גבוה צריך לבאר, מה דמוכח מדברי הש"ס ב"מ ד' נ"ג דאם נתבטל מע"ש ברוב חולין דלא תפיס פדיונו מן התורה, דהרי קיי"ל ממונא לא בטיל, דלפי"ז אף שהאיסור בטל, ורשאי הוא לאוכלו חוץ לחומה, אבל רשות הגבוה לא בטיל, וכל מקום שהוא, של גבוה הוא, ואם ימכור את כל הפירות לא תחול המכירה רק על רוב הפירות, אבל על חלק מע"ש שהוא ממון גבוה לא תחול המכירה דלאו דידי' נינהו, ולפי"ז עדיין חל פדיון על חלק המעשר בכל מקום שהוא, דבהקדש כה"ג המתבטל ברוב, לפי"מ שבארנו דאף שאיסור מעילה והנאה מהקדש פקע ע"י דין ביטול, ככל האיסורים המתבטלים ברוב היתר, אבל קנין הגבוה לא בטיל כמו קנין של הדיוט, לפי"ז אם יפדה את ההקדש בכל מקום שהוא יתפוס פדיונו מה"ת, ומע"ש שהוא ממון גבוה מבואר בגמ' דאם בטל ברוב אינו תופס פדיונו מה"ת, וסוגיא זו בב"מ אזלא אליבא דר"מ דסובר מע"ש ממון גבוה הוא, דבמשנה זו דקתני משא"כ במעשר קתני דתרומה ובכורים הם נכסי כהן, משא"כ במעשר כמש"כ רש"י שם, וז"ל והם נכסי כהן לקדש בהם את האשה, משא"כ במעשר סתם מתני' ר"מ היא דאמר מעשר ממון גבוה הוא והמקדש בו לא קדש עכ"ל.

ונלענ"ד דקנין הגבוה במע"ש שאני מקנין הקדשות, דבהקדש אין קנין רשות הגבוה תלוי באיסור המעילה של חפץ המוקדש, וכעין דבר הנקנה להקדש ע"י חצר של הקדש, שכ' הראשונים דקנה הקדש אבל אין מועלים בו שלא הוקדש ע"י אדם, עי' שטמ"ק ב"ב ד' ע"ט בהקדיש בור ואח"כ נתמלא מים שאין מועלים במה שבתוכו, יעו"ש בשם הר"ן שכ' כן, וכן בהא דמשני רב פפא בב"מ ד' נ"ז ע"ב בהא דפריך שם רבית דהקדש ה"ד אלימא דאוזפ"י גזבר מאה במאה ועשרים, והלא מעל הגזבר וכיון שמעל הגזבר יצאו לחולין והוו להו דהדיוט, ומשני רב פפא אמר הכא באבני בנין המסורת לגזבר עסקינן כדשמואל דאמר שמואל בונים בחול ואח"כ מקדישים, ובע"כ הענין שהאבנים האלה קונים להקדש, דאל"כ איך שייך בזה רבית להקדש, דאם הם של הבעלים, הגזבר שמלוה אותם מאה במאה ועשרים הוא רבית של הדיוט, אלא ודאי שהם קונים לגבוה רק שלא הוקדשו להיות נתפס איזה קדושה על האבנים, ומשו"ה רשאי הגזבר להלוות אותם מאה במאה ועשרים, ושמעתי מגדול אחד שכן כתוב בריטב"א בביאור דברי

שמואל בבונים ואח"כ מקדישים, ולפי"ז אם יתבטל הקדש ברוב ופקע דין איסור מעילה מן החפץ, אבל קנין הגבוה לא בטיל, אבל במע"ש אינו כן דאם יתבטל דין האיסור מן המע"ש יופקע קנין הגבוה וכמו שנבאר: דהנה יש לדון למ"ד מע"ש ממון גבוה הוא כשפודים מע"ש ונעשה המעשר ממון של הפודה, אם הוא כפדיון הקדשות שהקנין כסף גורם להפודה לקנות קנין חדש כקונה מן ההדיוט, דהרי ילפינן מקרא דונתן הכסף וקם לו דרשות הגבוה בכסף, ולר"י דסובר דבר תורה מעות קונות כתב רש"י דמהאי קרא יליף, ע"י ב"מ ד' מ"ו ע"ב, וכן כתב רש"י בקדושין ד' כ"ו ע"א, ובמעשר לא נזכר ענין זה בתורה שיהי' הכסף קונה, ועוד מהא דמופלא הסמוך לאיש פודה מע"ש כמו שכ' תוס' בגיטין ד' ס"ה דמביא הש"ס ממשנה דמערימים על מע"ש דקטן זוכה לאחרים מהא דאומר לשפחתוועבדו העברים הא לכם מעות האלו ופדו בהם מע"ש זה בלי חומש, וכתבו בתוס' להקשות והאיך מהני פדית קטן והא אין מעשה קטן כלום, ותרצו דאתיא כמ"ד במס' תרומות דבהגיעו לעונת נדרים תרומתם תרומה, וכשם שחל שם תרומה על פיו ומשתרי טבל באכילה, ה"נ מתחלל מע"ש ע"י, ואם נאמר דפדיון מע"ש הוא כקונה דבר מן ההקדש, איך נוכל ללמוד מתרומה שחל שם תרומה על ידו וחל היתר על השיריים, שיש כח בקטן לקנות קנין חדש במע"ש שהוא של גבוה לזכות ע"י קנין כסף, דבשלמא על הקנאת הכסף מהני כמו דמהני בתרומה, וכמו דאיתא להדיא במס' נדה ד' מ"ו דבקטן שהקדיש מהני אם הוא מופלא סמוך לאיש, אבל איך יקנה ע"י הכסף, ולענין פדיון הקדש קרוב הדבר בעיני דמופלא הסמוך לאיש אינו פודה הקדש, דלענין לקנות דבר חדש אין מעשה קטן כלום, אמנם אולי י"ל דבפודה מן ההקדש חשוב כדעת אחרת מקנה, דדעת שכינה איכא שיזכה הפודה מן ההקדש, וקצת ראי' לזה יש להוכיח משיטת הרמב"ם, דהנה במס' קדושין איתא פדאו במנה ולא הספיק למושכו עד שעמד במאתים אינו נותן אלא מנה, ולא אמרינן לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, דאטו הדיוט לאו במי שפרע קאי, וכתב הר"ן בסוגיא זו דלפי"ז היכא דיהיב גזבר מעות של הקדש אפירו וזול לא מצי למיהדר בי' מהאי טעמא, דהדיוט קאי במי שפרע, אבל הרמב"ם בפ"ט מה' מכירה כתב שאם נתן גזבר מעות של הקדש והוזלו הפירות חוזר שהרי לא משך ולא יהא כח הדיוט חמור מהקדש ומסיק בסוף הלכה שם ואין הגזבר חייב לקבל מי שפרע, והר"ן תמה ע"ז ונשאר בצ"ע, ונלענ"ד בסברת הרמב"ם דסובר דשאני פודה מן ההקדש, מגזבר שקונה בעד הקדש פודה מן ההקדש הוא כעושה משא ומתן עם רשות הגבוה בלי אמצעית שום סרסור ושליחות, אבל בגזבר שעושה מסחר וקנין בעד הקדש הגזבר הוא השליח בקנין זה, וכל שנעשה הקנין ע"י שליח אין בזה מי שפרע, כמו שפסק הרמב"ם בפ"ט מה' מלוה ולוה ה' ה', והוא מהגמ' ב"מ ד' ע"ד ע"ב, וכמו שבאר הרמב"ם ז"ל וז"ל ואינו מקבל מי שפרע בשליח שהרי המשלח אומר לתקן שלחתיך ולא לעוותי, ומשו"ה בפדאו מן ההקדש שייך לומר הך סברא, כיון דבהדיוט כה"ג אינו יכול לחזור עד שיקבל מי שפרע, ליכא מזה האי דינא לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש, אבל הגזבר שנתן דמים בפירות והוזלו יכול לחזור, דבהדיוט כה"ג חוזר בלא מי שפרע, דשליח אינו מקבל מי שפרע, ולפי"ז משמע דבכל פודה מהקדש חשבינן כאילו נעשית ההקנאה ע"י רשות הגבוה, אבל בכ"ז רחוק בעיני לומר שנחשוב בענין זה כדעת אחרת מקנה להקטן, אלא רק כגלוי דעת ונתינת רשות מצד הגבוה, ולענין מי שפרע בהדיוט כה"ג אם גלה

דעתו להקונה ומתרצה על המקח אם חוזר לאחר קבלת הכסף, ה' בזה דין קבלת מי שפרע, ולכן אין ראי' מזה שיהי' דין פדי' מהקדש ע"י קטן מופלא סמוך לאיש, ולפי"ז מוכח דפדיית מע"ש שאני דאי"צ קנין חדש מרשות הגבוה, וצריך לומר דגם למ"ד מע"ש ממון גבוה הוא לא נפסק לגמרי קנין הבעלים מעיקרא, דאיל"ה האיך יוחזר קנין לבעלים כיון דפסקה פסקה, ואיך נעשה הדבר שלהם ע"י פדיון בלי קנין מחדש: אמנם בעיקר דין פדיית הקדש ומע"ש תלוי באשלי רברבי, דראשונה צריך לבאר דאף דילפינן מקרא דונתן הכסף וקם לו דרשות הגבוה בכסף, בכ"ז לא יתכן לומר דכל פדיון הקדשות הוא ע"י קנין כסף, דהרי מצינו דסלע של הקדש מתחלל ע"י כסף ושוה כסף, ובכה"ג אי אפשר לומר שהוא ע"י קנין כסף, דכסף קונה את שוה כסף, אבל שיהי' כסף נקנה ע"י שוה כסף אי אפשר בשום פנים, דאין אדם יכול לשנות את המציאות לעשות את הכסף לסחורה והסחורה לכסף, דלר"י דסובר ד"ת מעות קונות צריך דוקא שיקבל המוכר תחילה את הכסף ולהקנות עי"ז את הסחורה, אבל אם יקבל הלוקח את המטלטלים ויאמר אני מוכר לך בעד זה את הכסף שבביתו לא אמר כלום, ודוחק לומר דהפדיון אינו מועיל רק לחלל קדושת הסלע, ולענין שיקנה להעשות שלו צריך קנין משיכה, אלא נראה בפשטות דע"י החלול עצמו קונה, וכעין שראיתי בפני משה בירושלמי פ"ד דמע"ש דמפרש דלרשב"ג משיכתו הוא פדיונו, היינו דהפדיון הוא כקנין משיכה, ולקמן יבואר ענין זה, ולפי"ז קשה איך ילפינן מקרא דונתן הכסף וקם לו שהוא משום קנין כסף, ובשטמ"ק ב"מ ד' מ"ז הקשו על רש"י דיליף מקרא זה מטעמים אחרים איך ילפינן הדיוט מהקדש, יעו"ש, אבל בהקדש מפרשים כל השיטות שהוא משום קנין כסף, ואם נאמר שהכסף אינו מועיל רק על החלול והחלול עצמו חשוב כהכנסה לרשות, אין זה ענין לקנין כסף, ונלענ"ד די"ל דמש"כ רש"י דיליף ר' יוחנן מקרא זה דונתן הכסף וקם לו, הוא דוקא בקרקע ומטלטלים דבזה שייך ענין מקח וממכר, וסובר ר"י דמטלטלים הנקנים ע"י מכירה צריך דוקא כסף שיקבל המוכר תחילה הכסף, אבל בסלע של הקדש דלא שייך בזה דין מו"מ, דכסף אינו בסוג סחורה בכה"ג סגי בהכנסה לרשות גרידא, כמו במתנה שמודה ר"י שנקנית ע"י חצר או יד וכדומה, אבל דברים הנשומים בכסף אינם נקנים ע"י חלול, כמו שאינם נקנים ע"י שאר הכנסה לרשות, אלא שקנין כסף גומר בהם, ועפי"ז ה' נלענ"ד דקטן מופלא סמוך לאיש יכול לפדות הקדש לחלל קדושתו, אבל לקנות דברים הצריכים קנין כסף, גם מיד הקדש אינו קונה, וגם לפדות סלעים של הקדש ג"כ לא יועיל פדית, הקטן רק לחלל הקדושה, אבל לענין קנין אף אם נאמר דפדייתו זהו קנינו, אבל כיון שענין זה הוא מעשה קנין בפ"ע שלא ע"י הדבור לא מהני בקטן, וכן נלענ"ד בטעמא דמילתא דלא מצינו שיועיל הפקר ע"י מופלא הסמוך לאיש אף דהפקר מטעם נדר, דענין הפקר נתבאר בדברינו לעיל שע"ה פ' כ"ג דמה שהדבר יוצא מרשות הבעלים אינו ע"י הנדר, אלא שע"ז שחל הנדר שיהי' רשות לכל אדם להשתמש בו, ענין זה הוי כהוצאה מרשות בעלים, והוי בסוג דרכי הקנינים, ובמופלא סמוך לאיש מהני הקנינים הנעשים ע"י דבור כתרומה והקדש, אבל בהפקר לא מהני, וכ"כ נלענ"ד דלא יהני בקטן מופלא סמוך לאיש לקנות מהקדש גם ע"י חלול, ולא מצאתי כעת גלוי לדין זה: ובמס' מע"ש פ"ד מ"ו תנן משך הימנו מעשר בסלע ולא הספיק לפדותו עד שעמד בשתים נותן לו סלע ומשתכר בסלע, וסלע מע"ש שלו, משך

ממנו בשתים ולא הספיק לפדותו עד שעמד בסלע, נותן לו סלע מחולין וסלע של מע"ש שלו, ומפרש הר"ב כשיטת הראב"ד דמשנה זו אתיא גם לר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה הוא, דהלוקח קונה המעשר מיד המוכר, והחילול נעשה רק ע"י כסף, וכן נקט התו"ט שם, ומתיר שם מה דבש"ס דילן בפ"ב דקידושין מוקי משנה זו לר"י דוקא, יעו"ש, והנה שיטתם צריכה ביאור, כיון דהוי ממון גבוה האיך יקנה הלוקח ומה קנה כיון שעדיין המעשר ממון גבוה כמו שהי', ונלענ"ד דלשיטתם גם למ"ד מע"ש ממון גבוה איכא קנין גם לבעלים, היינו דלכל הענינים שנתנה תורה רשות לבעלים לפרטים אלו הם של הבעלים, כמו לאכלו בירושלים, וכ"כ לעשות בהם פדיון, הם הבעלים ע"ז רק שיהי' דין הכסף כדין המעשר ומשו"ה אם מוכר מע"ש שלא בדרך חלול לא מהני מכירתו ומתנתו כלום למ"ד מע"ש ממון גבוה הוא, דע"ז הוא ממון גבוה, וכן אם רצה לאוכלו חוץ לירושלים, ענין איסור זה אינו כשאר מאכלות אסורות אלא גם פוגע בממון גבוה, אבל אם מוכר ע"מ שיתחלל ע"י הכסף שיתן בעד המעשר ויהי' הכסף בקדושת מעשר ויזכה בהם המוכר, בכה"ג שרי למוכרו וכמו שכתב הרע"ב, מכירה זו היא מכירת ממון בעלים ונקנה במשיכה כשאר מכירת ממון הדיוט, כן מוכח להדיא לענ"ד שיטת הראב"ד והרע"ב והתו"ט, ובהא דאמרינן בירושלמי על הך משנה זו מתני' דלא כרשב"ג, דתנינן רשב"ג אומר לעולם משיכתו של מע"ש הוא פדיונו, נראה דאין הכונה שמתחלל מע"ש ע"י משיכה בלי כסף דהלא מקרא מפורש בתורה וצרת הכסף בידך, אלא דהמשיכה הנעשית כדי שיתחלל ע"י דמי מכירה קובעת שומת הדמים בין להקל ובין להחמיר, וברישא שמשך בסלע אף דבשעת נתינת הדמים עמד בשתים אי"צ ליתן רק סלע ובזה נפדה, דכיון דהתורה נתנה לו ע"ז כח בעלים למכור ע"מ שיתחלל חל המכירה כפי שעת המשיכה, וכן בסיפא במשך בשתים צריך לפדות דוקא בשתים.

ובזה מתורץ מה שראיתי בספרי אחרונים שתמהו על הראב"ד והגר"א דמפרשי דמשיכתו זהו חלול, ולפי מש"כ לכו"ע אין הפדיון רק בכסף. וכן נלענ"ד מוכח מלשון הראב"ד פ"ח מה' מע"ש ה"ח דמסיק שם בזה"ל וכל זו המשנה דלא כרשב"ג דהוא דאמר חללו כשעת משיכתו עכ"ל.

הרי מפורש בדבריו דגם לרשב"ג אין החלול ע"י משיכה אלא כשעת משיכתו: והנה מה דקשה בזה, לר"י דקיי"ל כוותי' דגם בהדיוט ד"ת מעות קונות, איך מהני לרשב"ג לפדות המע"ש בשעת משיכה, וענין הפקר בי"ד לכאורה לא שייך במע"ש שהוא ממון גבוה, אבל באמת ל"ק כ"כ דהלא ענין הפקר בי"ד מהני גם היכא דצריך הקנאה, וכמו שנתבאר לעיל בשע"ה פ"ט, לפי"ז כמו שיכול המוכר בעצמו למכור המע"ש ע"מ שיתחלל ע"י הכסף שיקבל מהלוקח, כ"כ מהני הקנאות חכמים שתקנו לקנות מטלטלים ע"י משיכה, ומשו"ה כל ענין הנוגע לבין המוכר והלוקח דין מכירה בזה כמו מכירה בדבר של חולין, ולתנא דמתני' דין מכירה אינה שייכת כלום לכל מה שנוגע לדין פדיון, ולעולם פודים כפי מה ששוה המע"ש בשעת פדיונו, ורשב"ג סובר כיון דמע"ש ממון גבוה הוא, ומה שנתן לו רשות למכור, הוא ג"כ רק ע"מ שיתחלל המעשר על הכסף שיתן הלוקח, משו"ה משיכתו קובעת דמי פדיונו שיתן כסף פדיון למוכר כפי מה שהי' שוה בשעת משיכה: ועפיד"ז יש לבאר גם מה דאמרינן בב"ק דבפדית מע"ש וכרם רבעי בעינן שיהי' הפירות ברשות בעלים, ולמ"ד אין אדם מקנה ומקדיש דבר שאינו ברשותו כ"כ אינו

יכול לחלל מע"ש וכרם רבעי היכא דהפירות אינם ברשותו, ובתוס' שם כתבו, בד"ה הוא דאמר כצנועים, הא דשאני הקדש ממע"ש, משום דבמע"ש וכרם רבעי אע"ג דהוי ממון גבוה, מ"מ הבעלים זכאים לאכול בירושלים יעו"ש, ואם נאמר דמע"ש ממון גבוה הוא ממש, הלא אז מה דיש זכות לבעלים לאכול בירושלים הוא ג"כ משולחן גבוה קא זכו, ומה ענין זה לפדי', ולפי מש"כ דזכות אכילה בירושלים הוא קנין ממש כמו למ"ד מע"ש ממון בעלים, מובנים דבריהם בפשטות, דכמו דלענין אכילה בירושלים המעשר של הבעלים, כ"כ לענין חלול הוא זכות ממש של בעלים דוקא, ומשו"ה אם הפירות ביד גזלן אינו יכול לחלל, למ"ד אין אדם מקדיש דבר שאינו ברשותו.

ובהא דאמרו בגמ' שם אי לאו דאמר ר"י צנועים ור"ד אמרו דבר אחד הוי אמרינן מאן תנא צנועים ר"מ, לאו אמר ר"מ מע"ש ממון גבוה הוא ואפי"ה לענין פדי' אוקמי' רחמנא ברשותי' כל היכא דאיתא, מדמוסיף חומש וקרינן בי' מעשרו, ולכאורה דברי הש"ס המה נגד דברינו דהלא לפי"ד הוא לענין פדי' ממון בעלים ושלו ממש, אבל כ"ז הוי אמרינן אי לאו דאמר ר"י, אבל לפי"מ דאמר ר"י לדמות פדיון מע"ש לכל ענינים שבאים מכח בעלים אז מה שאמרה תורה שהבעלים מוסיפים חומש, אינו פרט מחודש לענין פדי', רק מפני שהם בעלים בעצם גם למ"ד מע"ש ממון גבוה הוא, והוא מש"כ בתוס' דלענין אכילה בירושלים הוא של בעלים.

ומה דלכאורה קשה לפי הס"ד דגמ' הלא גם בהקדש הבעלים מוסיפים חומש אף שאין לבעלים שום זכות ויתרון מכל אדם, י"ל דשאני הקדש שהתירה תלתה במקדש היינו במי שהקדיש ולא במי שעכשיו שלו, דכתיב ואם המקדיש יגאל את ביתו וגו' אבל במעשרכתיב בתורה ואם יגאל איש ממעשרו, היינו שעכשיו המעשר שלו ואינו תלוי במי שהתפיס קדושת המעשר: וכן נלע"ד לפרש מה דפליגי אמוראי במס' סוכה ד' ל"ה אם בעינן לענין אתרוג רק היתר אכילה או גם דין ממון, ואמרו בגמ' מאי בינייהו, איכא בינייהו, מע"ש בירושלים אליבא דר"מ, למ"ד לפי שאין בה היתר אכילה הרי יש בה היתר אכילה, למ"ד לפי שאין בה דין ממון, מע"ש ממון גבוה הוא, ומסוגיא זו הוציא הרמב"ם דינו דאתרוג של מע"ש יוצא בו וכן במצה וחלה, אף דפסק כר"מ דמע"ש ממון גבוה הוא, כן כתב בכ"מ פ"ו מה' בכורים ה"ד בשם הר"י קורקוס, יעו"ש, ולכאורה קשה אם נאמר דממון גבוה הוא לגמרי וזכות אכילה בירושלים הוא ג"כ משולחן גבוה, היכי קרינן בזה לכם במצה ואתרוג, ולפי מה שכתב דכל שמוש שהתירה לו תורה הוי שלו לגמרי, ומה שאוסרה תורה הוא של גבוה, כלו' לענין אכילה בירושלים הוא שלו, ולענין מכירה שלא לצורך מע"ש הוא ממון גבוה, ואם מוכר ע"מ שיתחלל בכסף שיקבל מיד הלוקח אז יש בדין מכירה זו ענין משותף, ועיקר הפירות נקנים במשיכה כדין פירות חולין, ולרשב"ג חל בזה גם תורת חלול שיתחייב הלוקח הדמים כשעת משיכה, ומשו"ה למ"ד דלא בעינן בכ"מ מה שהצריכה תורה "לכם" שיהי' רק היתר אכילה, כלו' שיהי' שלו ומותר באכילה ולא בעינן שיהי' שלו לכל דבר למכור וליתן ולקדש בו האשה, מהני במע"ש אף לר"מ דסובר ממון גבוה כיון דלענין אכילה בירושלים הוי של בעלים.

והא דאמרי' במס' ב"מ ד' צ' ע"א לענין איסור חסימת פרה בדישה שאם הי' הדיש של מע"ש, לר"מ דסובר ממון גבוה הוא לא חשיב דיש שלו, אין סתירה לדברינו, דרק לענין

אכילה דידי' הוא שלו, ולא לענין אכילת בהמה, ויש לספק לפי"ז אם הזיק אדם אחר מע"ש של חבריו, דלר"י דסובר ממון בעלים הוא ודאי חייב אם הוא בירושלים, ובחוץ לירושלים תלוי בשיטת הראשונים, הובא בתוס' קדושין ד' נ"ו ובסנהדרין קי"ב, והכרעת התוס' דלר"י לעולם ממון בעלים הוא רק איסור אכילה חוץ לחומת ירושלים, אבל לר"מ דסובר ממון גבוה הוא נראה בפשטות שפטור המזיק ככל מזיק ממון גבוה, אבל לפי מע"כ דלענין השתמשות אכילה חשוב של בעלים, לכאורה ראוי להתחייב ככל מזיק חפץ של חבריו אם יש לבעלים איזה קנין, אבל אפשר לומר דכיון דלכל עניני ממון חשוב ממון גבוה, הנה גם דין זה שהמזיק מתחייב בתשלומי הנזק ג"כ דין ממון גורם לזה, ולפרט זה הוא של גבוה, דל"ד לשאר התחלקות קנינים של הדיוטות, דלפרט שהוא שלו גם דין ממון שלו דהרי יכול למכור וליטול דמים, משא"כ כאן דרק דרך חלול הוא יכול למכור: והרמב"ם בפ"ג מה' מע"ש הכ"ד כתב וז"ל כבר בארנו שהמעשר ממון גבוה הוא, לפיכך אנו אומרים שהגונב מע"ש אינו משלם תשלומי כפל והגוזלו אינו משלם חומש.

עכ"ל.

והנה לא נתבאר בדבריו רק על דין כפל בגנב ודין חומש בגזלן, היינו היכא שנשבע עליו, ומדין חיוב קרן לא כתב כלום אם חייב ולמי חייב, אם לבעלים או לרשות הגבוה, והרדב"ז בפירושו כתב ע"ז וז"ל דבכל הני רעהו כתיב ולא הקדש, אבל הקרן משלם דממון שיש לו תובעים הוא. עכ"ל.

ולא ביאר למי משלם הקרן אם לבעלים או למעשר, והנה היכא שהקרן בעין הדבר פשוט שהוא כמו שהי', אבל אם נאבד יש לדון למי ישלם, דלהקדש פטור דמזיק הקדש פטור, ולענ"ד נראה דאם נאבדו הפירות או נאכלו דאין כאן שום תשלומים, דכיון שהוא ממון גבוה ליכא לבעלים שום זכות תביעת ממון, דענין זה של תשלומים הוא זכות ממון, ולענין זה הוי מע"ש ממון גבוה, ולשלם לגבוה לא שייך כ"כ כיון דלא הי' במע"ש שום השתמשות לגבוה כקדשי מזבח ובדק הבית, והנה מהא דפסק הרמב"ם בפ"ז מה' מע"ש ה"כ האוכל מע"ש בתורת חולין אפי' במזיד אם פירות המעשר עצמם אכל יצעק לשמים, ואם כסף מעשר אכל יחזרו דמים למקומם ויעלו ויאכלו בירושלים, או יאכל כנגדן בירושלים אם אינו יכול להחזיר את הדמים.

עכ"ל, והוא מן הירושלמי, פ"ק דמע"ש ותוספתא כמו שמביא שם הכ"מ, דבפשטות משמע מזה דאם אכל מי שהוא מע"ש בתורת חולין ה"ז כמו שהפסיד הפירות והזיקם, ונקטינן דאין ע"ז דין תשלומים רק שיצעק לשמים שמחלו לו, כן בארו המפרשים שם, והחילוק שבין פירות לדמים הוא פשוט, דבדמים דהם בעולם, כל היכא דאיתנהו הם של מע"ש, ויכול לאכול כנגדם לחלל על כסף אחר, אבל כשאכל הפירות וצריך לבוא מדין תשלומים ליכא תשלומים ע"ז, אכן מזה אין להוכיח רק על פרט אחד דאף דמע"ש ממון גבוה אם אכלו הבעלים בתורת חולין אין עליהם תשלומים, אבל אם אכל איש נכרי שאינו בעל המעשר אפשר דצריך לשלם לבעלים, אבל יותר נראה מדסתם הרמב"ם ופסק סתמא משמע דאין כאן תשלומים כלל ומטעם שכתבנו, ואף דמצינו מעין זה בקונמות דיש בהם דין מעילה וכן מעילה הוא קרן וחומש ואשם, ותשלומי קרן הם

תשלומים ולא כפרה והלא שם ודאי לא הי' שום השתמשות לגבוה, ואולי התם כיון  
דהוי התפסה בהקדש יש בהם דין הקדש לענין תשלומים.

אבל עכ"פ מדברי הרמב"ם מוכח, אף אם נפרש דמיירי שהבעלים אכלו, דליכא דין  
תשלומים לגבוה, ואולי הטעם בזה כיון דלפי מש"כ עצם השתמשות האכילה הוא קנין  
לבעלים וחשוב כאוכל דבר, שהוא שלו רק אכלו באיסור, וקצת יש להוכיח מהא דלא  
מוקי בגמ' ב"ק הא דקתני במשנה נכסים שאין בהם מעילה הא מקדש קדשי, בפירות  
של מע"ש לר"מ דסובר ממון גבוה הוא, אף דלא משכחת בנזקי בור דאינו רק בבע"ח,  
דהרי גם לפי"מ דרצה הש"ס לאוקמא בשלמים ואלביא דר' יוסי ג"כ לא משכחת בבור  
דהרי לא הוי המת שלו כמו פסולי המוקדשים, ומזה נראה דמע"ש לא מחייב על נזקן:  
אמנם לכאורה יש להוכיח מהך דינא המבואר במשנה דמע"ש פ"ד שהבאנו לפי מה  
דמפרשים הראב"ד והרע"ב והתוי"ט דמוקמי גם אליבא דר"מ דסובר מע"ש ממון גבוה  
הוא, והרי דין מכירה לא שייך רק היכא דע"י משיכת החפץ הוא מתחייב בדמי המקח,  
ואם נאמר דאוכל מע"ש אינו מתחייב כלום לא בעד הנאתו ולא בעד החסרון של הבעלים  
האיך חשוב שם מכירה להתחייב כשעת משיכה, אלא ודאי משיכת המע"ש מחייב דמים  
כמושך פירות חולין, אבל עפ"י מה דמצינו דמזיק מתנות כהונה או אכלן פטור משום  
דהוי ממון שאין לו תובעים, והיכא דמשתרשי לי' חייב כמו באנס בית המלך את גרנו  
בחובו שחייב לעשר, ובארנו לעיל בשע"ג פכ"א שהיסוד בענין זה מה דמחלקינן בין  
הנאה למשתרש, הוא דהיכא דיש לדון שנשאר אצל הנהנה דבר בעין ע"י המתנות  
כהונה, חשבינן כאילו יש ת"י עכשיו מתנות כהונה ממש והרי הוא של השבט כדין  
מתנות כהונה, לפי"ז גם במוכר מע"ש ומשך הלוקח דמשתרש לי', מתחייב שפיר כאילו  
הי' ת"י המע"ש גופי', ומכש"כ בכה"ג דאם לא יחול שום חיוב עליו יתחייב להחזיר  
המע"ש, ומשו"ה מתחייב בדמים, ודין הדמים כדין הפירות, וחל על הדמים דין מע"ש,  
שזכות אכילה ושאר תשמישים המותרים לבעלים הם כקנין עצמי, ודין ממון הוא של  
גבוה, דמה לו הן ומה לי דמיהן, אבל היכא דאם הזיק מע"ש או אכלן י"ל דפטור לגמרי  
כמו שכתבנו דהוי ממון שאין לו תובעים, דלגבוה ליכא תשלומים משום דלא הי' לגבוה  
שום כח של השתמשות, ולבעלים ליכא תשלומים דלא הי' להם רק קנין על אכילה ולא  
על דין ממון, ותשלומים הוא דין ממון, ולפי"ז נאמר בהא דכתב הרמב"ם דגונב מע"ש  
פטור מכפל ובגוזל פטור מחומש, דמוכח דסובר שהקורן חייב אף היכא דליכא בעין,  
דאל"ה הו"ל לאשמעינן דגם מקורן פטור היכא דליתא בעינא, דלפי מש"כ י"ל דגם גנב  
וגזלן חייב משעת הגניבה והגזילה משום משתרשי לי' כמו לוקח שמתחייב בדמים,  
ובמתנות כהונה דפטור בלא הספיק ליתן עד שצבעו אף דמשתרשי לי', כתב הר"ן בפ'  
הזרוע משום דהתם הפקיע מצותו, נלענ"ד בכונתו דהתם משתרש אחר שכלה המתנות  
מן העולם, דקודם שצבען עדיין לא נכנס לרשותו כלום, ורק אחר שנשתנה וליכא  
בעולם, אז משתרש ומרויח, וכן מפרש הר"ן באכלן שפטור אף אם משתרש באופן  
שאינו יכול לומר הייתי מתענה, משום דנהנה רק אחר שאכלן, אבל בגזילה אם הדין  
שכל זמן שהוא בעין חייב להחזיר, הוא משתרש מדבר שבעין: וכן נלענ"ד לבאר מה  
דפסק הרמב"ם ובשו"ע יו"ד סי' ס"א סעי' ל"א וז"ל המתנות עצמם אסור לישראל  
לאכלם אלא ברשות כהן, עבר ואכלם והזיקם או מכרם אינו חייב לשלם מפני שאין לו

תובעים ידועים והקונה אותם אעפ"י שאינו רשאי ה"ז מותר לאוכלם מפני שמתנות כהונה נגזלות עכ"ל.

שקשה הענין להבין דהרי המוכר משתרש לי', ולפי"מ שבארנו היכא דמשתרש אחר התבטלות מזה דין מת"כ פטור, כ"כ הכא דאימתי הוא משתרש רק אחר שיקנה הלוקח ויתחייב בדמים, ואז בטל דין מתנות כהונה, משום הדין דמתנות כהונה נגזלות, דמה"ט רשאי הלוקח לאכלם אחר הקנין, אבל במע"ש דאין הדין בזה שיהי' נגזלים ויופקע דין מע"ש ע"י גזילה, וכ"ז שהם בעין ודאי דין מע"ש על הפירות, ומשתרש בזה מה שיש ברשותו המע"ש בכונה לגזולו, הוא חייב משום משתרשי לי', ומשו"ה אף אם נאבד אח"כ או אכלו, לא נפטר מחיובו כנלענ"ד בענין זה: ועפ"י מה שבארנו חלוק דין מע"ש שהוא ממון גבוה משאר הקדשות, דבהקדש אם יופקע האיסור הקדש מן הדבר המוקדש לא יופקע קנין הגבוה, ואם יצויר שיופקע קנין הגבוה, יהי' הדבר כהפקר ולא יוחזר לבעלים הראשונים, דכבר פקע קנינם לגמרי אבל במע"ש אם רק נפקע האיסור חזר הקנין ממון לבעלים, ומשו"ה דין זה דמשכחת במע"ש שיתבטל ברוב, ולא יהי' דבר שיש לו מתירים כשאינ בו שוה פרוטה, משום דאי אפשר לצרף עם מע"ש אחר, משום דאורייתא ורבנן לא מצטרפי כמו דמסיק הש"ס ב"מ ד' נ"ג, הנה דין זה לא שייך בהקדש המתבטל, דרק דין האיסור יתבטל, אבל קנין הגבוה לא בטיל, וכל היכא דאיתא הוא קנוי לגבוה, ומשו"ה גם מה"ת שייך בהקדש זה דין פדיון ויכול לצרף עם שאר הקדש אם אין בזה שוה פרוטה, אבל במע"ש אם רק בטל האיסור פקע מזה גם קנין הגבוה, דרק דין מע"ש גורם להיות ממון גבוה, וכשבטל מזה דין מע"ש, ליכא שום קנין לגבוה, וממילא חזר הדבר לבעלים, דגם מעיקרא לא נפקע קנין הבעלים, ולכל תשמיש המותר, הי' המע"ש שלהם, ועכשיו שהותרו כל התשמישים, הוא שלהם לגמרי, ובהקדש מה שהי' קנוי להקדש אינו מחמת התפסת קדושה והאיסור של דבר המקודש, ומשו"ה גם אם יופקע דין האיסור, הקנין לא בטל, יצויר שיופקע גם קנין הגבוה יהי' כהפקר אבל לא לבעלים הראשונים, וכן מוכח להדיא מדברי תוס' ב"ב ד' ע"ט ע"ב ד"ה אבל בשדה ואילן שכתבו דאף למ"ד אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אם אין מעילה בגידולין, אם הקדיש אילן ואח"כ נתמלא פירות לא מהני מה שיקדיש מעיקרא את האילן ואת גדוליו שיתגדלו אח"כ משום דכשבאו לעולם ג"כ לא זכה בהם, אם לא שהכניסם לרשותו אח"כ יעו"ש.

הרי מוכח דלא נשאר לבעלים שום זכות בהאילן, ואם לא מהני קנין של גבוה לקנות את הגידולין ע"י שבאו מהדקל, הרי הגידולין כהפקר וצריך המקדיש לזכות בהם כשאר אדם שזוכה מן ההפקר: ועוד יהי' חילוק בין פדיון הקדש לפדיון מע"ש, דבפדיון הקדש אם ירצה לזכות ע"י פדיונו לאחרים שיהי' החפץ הפדוי נקנה לאחרים, יהני בזה דין זכי', אבל במע"ש דלפי מש"כ גם למ"ד מע"ש ממון גבוה יש לבעלים בהם קנין לא שייך שיזכה ע"י פדיון לאחרים, ולעולם אם רק נפקע דין קדושה מן הפירות הם של הבעלים לגמרי, ועלינו לבאר עפ"י סוגית הש"ס בגיטין ד' ס"ה בהא דפליגי שאם אמוראי ר"י ורב חסדא אם קטן דישי לו זכי' לעצמו מה"ת היכא שדעת אחרת מקנה לו, זוכה לאחרים מה"ת או לא, מביא הש"ס מתיב רב אויא מערימים על מע"ש כיצד, אומר



אדם לבנו ובתו הגדולים וכו' הא לכם מעות האלו ופדו בהם מע"ש, האי שפחה ה"ד אי דאתיא ב' שערות מאי בעיא גבי', אלא לאו דלא אתיא ב' שערות, עכ"ל הש"ס.

והנה לא נתבאר בזה מה שייך ענין זה לזוכה לאחרים, ובתוס' שם ד"ה ופדו בהם מע"ש כתבו וז"ל וא"ת מאי מהני פדית קטן וכו' וי"ל דאתיא כמ"ד במס' תרומות הגיעו לעונת נדרים תרומתם תרומה, וכשם שחל שם תרומה על פיו ומשתרי טבל באכילה ה"נ מתחלל מע"ש על ידו, וא"ת האיך פודה לאחרים הא אפי' למ"ד זוכה לאחרים, היינו כשדעת אחרת מקנה אותו לאחרים, ופדיית מעשר נהי דחשבינן לי' כזוכה לאחרים, מ"מ אין דעת אחרת מקנה אותו לאחרים ע"י זכות קטן והוי כמו מציאה דלא זכי מדאורייתא, וי"ל כיון דמופלא הסמוך לאיש דאורייתא ותרומתו תרומה וחלולו חלול, אם לגבי ממון זוכה לאחרים מה"ת כשדעת אחרת מקנה אותו, א"כ לענין חלול מעשר יש לו להועיל אפי' בלי דעת אחרת, אבל לרב חסדא דאינו זוכה לאחרים אעפ"י שלעצמו זוכה, גם בחלול מעשר לא יזכה לאחרים אעפ"י שלעצמו מחלל עכ"ל.

ומהרש"א שם כתב על דבריהם וז"ל מיהו ק"ק כיון דפדית מעשר לאחרים הו"ל זוכה לאחרים ה"נ פדי' לעצמו חשבינן לי' כזכי' לעצמו, תיקשי להו נמי בפדי' לעצמו האיך יזכה לעצמו והא אין דעת אחרת מקנה לו והוי כמו מציאה ודו"ק עכ"ל. והנה בהשקפה ראשונה מוכח מדברי תוס' דפדית מעשר הוא כקונה מן ההקדש, וכשאחר פודה בשביל הבעלים, צריך לזכות בפירות בשביל הבעלים, וכן מורים בזה דברי הר"ש על משנה זו וז"ל, ופדה לך כלו' פדה לעצמך, כדקתני בתוספתא פ"ד, ובלבד שלא יאמר פדה לי בהם את מעשר זה, אבל כשפודה לעצמו אעפ"י שפודה במעות של בעה"ב אינו מוסיף חומש, והכי תני בירושלמי פדה לי משלך פדה לך משלי אינו מוסיף חומש, אר"י וכל מעשר שאין הוא ופדיונו משלו אינו מוסיף חומש, ר"י בר בון בשם ר' יונה טעמא דר' יוחנן ואם יגאל איש ממעשרו חמישיתו יוסף עלי' כדי שיהא הוא ופדיונו משלו, ודייק בירושלמי גבי שפחתו וכו' אם בקטנה קטן זוכה בתמי', ומשני כמד"א קטן תורם, ופריך אפילו קטן תורם וכי קטן זוכה, על דעת' דרבנן דתמן אמרי וכו' אגוז ומצניעו וכו' זוכה לעצמו ואינו זוכה לאחרים, רב הונא אמר אינו זוכה לאחרים, וסיים הר"ש מ"מ משמע דמתניתין מיירי בזכי' לעצמו כמאן דאמר אינו זוכה לאחרים, וקשה דבפ' התקבל דייק מזה דזוכה לאחרים וכו' ושמא ברייתא היא, ומזכה להם המעות והם פודים המעשר לבעה"ב ולא לעצמו ונמצא בפדייתו כזוכה לאחרים, ואין זה כעין משנתנו עכ"ל.

וזה סותר למה שכתבנו: אבל באמת מה מאד תמוה לומר כן, דהרי למ"ד מע"ש ממון בעלים הוא, ודאי לא יתכן לומר כן, דאיך יתכן שאם היו מעיקרא הפירות של הבעלים יתבטל קנינם עכשיו ע"י הפדיון, דאם הי' נותן כסף לבעל המעשר באופן שע"ז יתחללו הפירות הי' מקום לומר שקונה הפירות ע"י כסף בכה"ג, אבל אם פודה כשאר פדיון בלא נתינת כסף לבעל המעשר, במה יזכה בפירות שהיו קונים לבעלים, ורק אליבא דר"מ דסובר ממון גבוה הוא, יש מקום לומר דלא כדברינו, ולפי"ז כדפריך בגמ' בפ' התקבל להוכיח ממשנה זו דזוכה לאחרים, יתרץ דמ"ד דסובר דאינו זוכה לאחרים יתרץ דמשנה זו אתיא אליבא דר"י, ואין כאן זכי' לאחרים כלום, דכיון דפקעה קדושת מע"ש הוו הפירות שלהם כבתחילה, וע"כ נלענ"ד דענין זכי' לאחרים דנקט בש"ס דילן בפדיית

מע"ש של בעה"ב, הוא משום דכח הפדי' של מע"ש הוא לבעלים, וכמו בתרומה אין כח בהפרשת תרומה רק לבעלים, כ"כ במע"ש בין למ"ד מע"ש ממון בעלים ובין לר"מ, וכמו שכתבו בתוס' ב"ק שהבאנו למעלה דל"ד להקדש דנפק מבעלים לגמרי, אבל במע"ש דזכות אכילה בירושלים הוא לבעלים, ומכש"כ לפי"מ שבארנו דזכות זה של אכילה בירושלים אינו זכות לשולחן גבוה אלא קנין ממש, ודאי מסתברים הדברים לומר כן שלא יהי' הכח לאיש אחר לשנות קדושת הפירות שהם של איש אחר, ואם פודה איש אחר מע"ש של חברו, אי אפשר אלא מדין שליחות או זכי', וכמו שהקשו בתוס' ב"ק ד' ס"ח ע"ב דלמה לא יוכל לחלל היכא שאינו ברשותו, כיון דיכול אדם לתרום שלא מדעת בעלים מטעם זכי', כ"כ יחלל מדין זכי', ובתוס' קדושין ד' נ"ו תרצו בקושיא זו כיון דגם הגזלנים אינם יכולים לחלל דאינו שלהם לא שייך זכי', יעו"ש, ולפי"ז נפרש בסוגית הש"ס דילן דמקשה ממשנה זו דמערימים להוכיח דקטן זוכה לאחרים במילתא דאיתא בנפשי', דאף שמקנה להקטנה את הכסף וזכתה בהם מה"ת משום דעת אחרת מקנה לה, אבל האיך תוכל לפדות מע"ש של אחרים אם לא ע"י שליחות או זכי', כמו תורם דשלו על של חברו, ומוכח מזה דקטן מופלא הסמוך לאיש שתורם לעצמו כ"כ יכול לתרום משלו על של חברו כמו הכא שפודה במעותיו את המעשר של אחר: ועד"ז נפרש גם דברי התוס' בגיטין שהבאנו בפשטות, והוא דביסוד הדבר דלמ"ד בהגיע לעונת נדרים יכול לתרום, ובתרומה צריך להועיל לקרות שם תרומה ולפטור את השיריים, ואף ע"ז מהני מעשה הקטן אעפ"י שהפטור אינו ענין לנדרים, אבל כיון שהפטור וחלות התרומה הכל ביחד הוא עשית תרומה, משו"ה שייך ענין זה לענין הפלאת נדרים, כ"כ מהני חלול מע"ש שהוא התפסת מע"ש על הכסף והפקעת קדושה מן הפירות, ומה דרצה הש"ש להוכיח מזה כמ"ד זוכה לאחרים אף דהתם לא מהני רק כשדעת אחרת מקנה, והכא בפדיית מע"ש ליכא דעת אחרת, אבל כיון דאם הי' הפירות והכסף של הקטן הי' מהני בלי דעת אחרת דאי"צ כאן דעת אחרת כמו דמהני תרומתו כ"כ מהני אם פודה במעותי פירות אחרים כיון דאיתא בדנפשי', ודברי תוס' מתפרשים בלי גמגום ומה שהביא הר"ש דברי הירושלמי והתוספתא ובלבד שלא יאמר פדה לי משלי ופדה לך משלך, הוא כמו דמסיק הירושלמי בשם ר"י דאם הכסף והמע"ש של בעל אחד חייב בחומש, ורק אם הכסף של אחד והפירות של אחר פטור מחומש, וכן מפרש בשנות אליהו להגר"א ז"ל.

ומה דמשמע בירושלמי דגם למ"ד קטן זוכה לעצמו ל"ק מהך משנה, נלענ"ד דדברי הירושלמי המה אדות קנות הכסף, דאיך זוכה המעות, דאם לא יזכה בהם הרי הכסף והפירות של בעל אחד הם, וע"ז משני כמ"ד קטן זוכה, ועל פדיית מע"ש של אחרים אולי סובר כמו דרצה הש"ס דילן לומר אי לאו דאר"י צנועים ור"ד אמרו דבר אחד, דאי"צ בעלים גמורים על פדיית מע"ש, ולפי"ז יש מקום לומר דאי"צ ע"ז דין זכי' ושליחות, ועפי"ז כל הענין של פדיית מע"ש של חברו אין חילוק בין למ"ד ממון בעלים הוא או ממון גבוה כנלענ"ד בענין זה, ובחי' הריטב"א מצאתי שכ' שענין הזכי' הוא כזוכים לאביהם מיד המעשר, אבל לענ"ד נראה כמש"כ, ואולי יש לכוון בדבריו כמש"כ: אבל יש לדון בזה עוד מה יהי' דין הכסף המתקדש בקדושת מע"ש מי יזכה בהם לאכלם בירושלים, דהנה בזכית הפירות שיצאו לחולין הרי כתבו תוס' בב"ק ד' ס"ח ע"ב ד"ה

הוא דאמר כצנועים, דהיכא דצריך דעת בעלים לפדיון דומה הי' דפדיונו פדוי לבעלים, מזה מוכח דנשארו לבעלים הראשונים, ולפי מש"כ הוא בין למ"ד מע"ש ממון גבוה ובין למ"ד ממון בעלים הוא, אבל הכסף שהוא מקודש בקדושת מע"ש איך יזכו בהם הבעלים, ומהראוי להיות שזכות אכילה בירושלים הוא של הפודה, דהרי גם בתורם משלו על של חבירו מיבעי במס' נדרים ד' ל"ו אם טובת הנאה של נתינה, הוי לתורם או לבעל הכרי, ומסיק הש"ס שהוא של תורם, וכ"כ נלענ"ד שזכות אכילת הכסף בירושלים הוא של הפודה ולא של בעל המעשר, דבמה יזכה בהם, וכעת לא מצאתי גלוי לדין זה: עוד יש לדון אם מהני שאלה בחלול מע"ש וכרם רבעי, כיון דנקטינן דחלול מע"ש הוי כהפרשת תרומה, ותלוי בהפלאת נדרים, וקטן שנדרו נדר מחלול מע"ש, ראוי להיות לגמרי כתרומה גם לענין שאלה, ובפדיון הקדשות מסתבר לומר דלא מהני שאלה, דלפי מש"כ כל פדיון בהקדש הוא ג"כ קנין ע"י מעשה קנין, דהרי ילפינן מונתן הכסף וקם לו דהקדש נקנה בכסף, וכל דאיכא בזה מעשה קנין חוץ מדין הדבור לא מהני שאלה, דדין שאלה הוא רק בדברים שכח הדבור מועיל בהם, כמו הקדש שאמירתו לגבוה כמסירה, וכן בתרומה, אבל בפדיון הקדש אף שהכסף נקנה לגבוה ע"י הדבור, אבל מה שקונה מרשות הגבוה הוא ע"י מעשה של קנין כסף, אכן במע"ש שבארנו דגם למ"ד ממון גבוה הוא אי"צ לקנות שום דבר מרשות הגבוה יש לדון שיהני שאלה כמו שנשאלים על הפרשת תרומה וצ"ע: והנה העולה לנו מכל מה שכתבנו בזה דענין מע"ש שהוא ממון גבוה לפי"מ דקיי"ל כר"מ, קנין זה של גבוה לעולם תלוי בדין האיסורים של מע"ש, ואם נפקע דין האיסור, בטל מזה קנין הגבוה, ועיקר הוצאת ממון מן הבעלים בחלות מע"ש, הוא סבת חלות קדושת מע"ש, וכל דיני האיסורים שחלים ע"י קריאת שם מע"ש, ומשו"ה אם ע"א מעיד על פירות או מעות שהם של מע"ש הרי מעיד על הוצאת ממון ג"כ, באופן שאי אפשר בשום פנים לחלק ולומר שיהי' נאמן העד על האיסור ולא על הוצאת ממון, דהא בהא תליא, ומה"ט כתבו הרמב"ן והר"ן שהבאנו בריש דברינו, דע"א אינו נאמן לומר שהם של מע"ש.

אבל אין להוכיח מזה על דין הקדש שאם ע"א יעיד שהוא של הקדש שלא יהי' נאמן, דהתם שהוצאת הממון מרשות הבעלים, אבל מ"מ לענין איסור נאמן ואסור להשתמש בהם בלי פדיון, וזה תלוי במש"כ לעיל אם בנאמנות ע"א מתחלק דין הנאמנות, דלשיטת הראשונים דמפרשי באומר בני זה בן י"ג שנה דנאמן לנדרים וערכין וקרבתות, שהוא מדין ע"א נאמן באיסורים, וכל ענין שנוגע לדבר שבערוה וממון אינו נאמן, כ"כ נאמן בזה שיהי' חלוק הנאמנות ולשיטת הני דסברי דלענין חלוק נאמנות ע"א שוה לעדות של שני עדים, כ"כ הכא לא יהי' נאמן כלל.

כנלענ"ד: פרק יז ואחרי שזכינו לבאר בדין הקנין של מע"ש אליבא דר"מ דקיי"ל כוותי' דהוי ממון גבוה, ראיתי לבאר בזה עוד ענין אחד, והוא דיש להסתפק אם יכול אדם לפדות מע"ש קודם שקרא שם מע"ש שיחול הפדיון לאחר שיחול דין מע"ש על הפירות, דלכאורה בהשקפה ראשונה אין מקום לספק בזה דהלא קיי"ל כל שבידו לאו כמחוסר מעשה, והרי בידו לקרות מיד שם מע"ש והרי בכה"ג עדיף מתורם תלוש על מחובר או מחובר על תלוש דמהני אם אומר שיחול לאחר שיתלשו, כמו דאיתא במס' קדושין ד' ס"ב ע"ב ושם מחוסר מעשה תלישה, וכאן בידו לקרות שם ע"י דבור, אבל כשנענין

בענין זה בהך כללא דבידו, נראה דיש אופנים דלא מהני מה שבידו לסלק עי"ז דין דבר שלא בא לעולם, דגרסינן במס' יבמות ד' נ"ב אמר רמב"ח הרי אמרו אמר אחד לבלר כתוב גט לארוסתי לכשאכנסנה אגרשנה ה"ז גט, מפני שבידו לגרשה, ולאשה בעלמא אינו גט מפני שאין בידו לגרשה, בעי רמב"ח ליבמתו מהו כיון דאגידא בי' כארוסותו דמיא, או דילמא כיון דלא עבד בה מאמר לא.

תיקו.

וברא"ש שם כתב בענין זה וז"ל ולאשה דעלמא אינו גט וכו' ונראה דהיינו דוקא למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל, אבל למ"ד אדם מקנה דשלב"ל הוי גט, כי היכא דמהני לענין שחרור בלוקח עבד ע"מ לשחררו וכתב לי' לכשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו, כדמוכח לקמן בפ' האשה רבה ד' צ"ג ובקדושין פ' האומר ד' ס"ג וגט שחרור וגט אשה שווים דהא ילפינן לה לה מאשה: בעי רמי בר חמא כתב גט ליבמתו לכשאכנסנה אגרשנה וכנסה וגרשה מהו מי אמרינן כיון דאגידא בי' כארוסותו דמיא והוי גט, אע"ג דאין בידו לגרשה ולהתירה לשוק, מ"מ יכול לבוא עלי' בע"כ, ואז יכול לגרשה ולהתירה לשוק, נמצא תלוי' בו ואין אחר יכול לעכב על ידו הילכך כארוסותו דמיא וחשיב בידו לגרשה, או דילמא כ"ז שלא עשה בה מאמר כאשה אחרת דמיא, ומן הדין הוי לי' לסיומא לבעי דידי' הכי או דילמא השתא מיהא לא בא עלי' ואין בידו לגרשה, אלא למידק דמספקא לי' דאפשר גם ריח הגט אין בזה, כיון דלא עבד בה מאמר, ע"כ תוכן דבריו בקוצר קצת, הרי מפורש בדבריו דביבמה חשוב כדבר שבידו משום דיכול לבוא עלי' בע"כ, ומ"מ מספקא לי' לרמב"ח דלא מהני כתיבת הגט השתא, וכן כתבו להדיא התוס' במס' נזיר ד' י"ב ע"א בהא דמסיק שם הש"ס דלא מצי איניש למשווי שליח, אלא במילתא דמצי עביד השתא, כתבו התוס' וז"ל וא"ת והא מעשים בכל יום שהאשה אומרת לחבירתה לושי לי קמח והפרישי חלה בעבורי, וגם תלמידים של בית רבן אומרים כן, ואיך נעשה שליח בדבר הזה, הא בשעה שעושה אותה לשליח לא היתה יכולה בעצמה להפריש חלה מקמח זה שאינו בר חיובא, שאין מפרישים חלה מקמח, ואומר ר"ת דיש בידה להביא עיסה מגולגלת ולומר עיסה זו תהא חלה על הקמח לכשיהי' נילוש ודברים שבידה קיימים דאין זה דשלב"ל, כיון שבידה ללוש ולגלגל העיסה, קרוי שפיר בא לעולם כיון שבידה לעשות, כדאמר פ' האומר קדושין ד' ס"ב פירות ערוגה זו תלושה יהי' תרומה על פירות ערוגה זו מחוברת לכשיתלשו ונתלשו דבריו קיימים, דכל שבידו לאו כמחוסר מעשה דמי ובידו לתולשם, ומ"מ בהאי טעמא לחודה לא סגי לן למימר דמצי למיעבד שליח כאן כיון דבידו ללוש ולגלגל, מדאמר פ' ר"ג ביבמות ד' נ"ב האומר לחבירו כתוב גט לארוסתי וכו' ובעי התם ליבמתו מהו ומאי קא מיבעיא לי' והא בידו לבוא עלי' ולגרשה, אלא ודאי כיון דהשתא לא מצי משווי שליח כיון דמחוסר מעשה לבוא עלי', ה"ל כיון דהשתא איהו לא מצי להפריש אינו קרוי בידו מה שבידו ללוש ולגלגל לענין זה שיכול לעשות שליח כיון דמחוסר לישא ולגלגל עכ"ל.

והנה בס' אורח מישור למס' נזיר האריך הרבה להקשות על דברי תוס' אלו, שלדעתו במסקנת דבריהם העלו דאי אפשר לעשות שליח בעודו קמח אף שהיא בעצמה יכולה עכשיו לקרות שם חלה שיחול לאחר שיהא נלוש, ולדעתו סברי התוס' דגם בתרומה

שיכול לקרות שם מתלוש על מחובר לכשיתלוש, הוא רק בעצמו יכול לעשות כן וע"י שליח לא מהני, ולכן מתמה על דבריהם, וכן הבין בכונת דבריהם בס' אבני מלואים סי' ל"ה ומקשה ומתרץ שם וכל דבריו רחוקים ותמוהים יעו"ש.

וכל זה הוא מפני שהבינו שדברי תוס' שכונתם דביבמה מהני אם הי' כותב עכשיו הגט בעצמו ומגרשה לאחר שיכנסנה הי' מהני, ורק באומר ללבלר מיבעיא לי' לרמב"ח, אבל במחכת"ה לא ירדו להבין פשטות דברי התוס', דבאמת דברי תוס' מתפרשים בדרך מישור, וזהו כונתם, דמשו"ה יכולה לעשות שליח בעודו קמח משום דהיא בעצמה יכולה עכשיו לקרות שם חלה שיחול לאחר שתעשה עיסה, אכן אם מאיזה טעם שיהי' לא הי' מועיל קריאת שם השתא, אם אפשר לעשות שליח שתפריש לאחר שתהא עיסה מחמת הטעם דבידו ללוש ונחשב עי"ז כמצי עביד השתא מחמת שבידו ללוש, ע"ז העלו דלענין שליחות לא מהני מה שבידו ללוש, כיון דהשתא לא מצי לקרות שם, ולענין זה הביאו ראי' מיבמה, דמדאמר אמר ללבלר משמע דגם אם הלבלר יכתוב הגט לאחר שיכנסנה ג"כ לא יהני משום דהשתא לא מצי לגרש והרי בידו לבוא עלי', אלא מוכח דלענין שליחות לא מהני מה שבידו לקרב הענין שיהי' מצי עביד, אלא בעינן שיכול לעשות השתא, ומשו"ה גבי חלה ג"כ לולא הה שהעלו דמהני קריאת שם דהשתא מקמח על עיסה, לא הוי מצי משווי שליח מחמת מה שבידו ללוש ולגלגל.

וכן ראיתי בבאור הגר"א יו"ד ה' חלה סי' שכ"ז סק"א וז"ל ואומר ר"ת דיש בידה וכו' כדאמרינן וכו' ומ"מ בהאי טעמא לחודא וכו' פי' דמשום האי טעמא מה שבידו ללוש שיכול לעשות שליח, אלא משום ה"ט כיון שיכול להפריש עתה מעיסה מגולגלת משא"כ ביבמה שאי"א לגרש בלי ביאה בשום תקנה עכ"ל.

אבל עדיין לא נתבאר למה באמת לא מהני לענין גירושין האי טעמא שבידו לבוא עלי', בע"כ, שיהני לגרש עכשיו שיחולו לאחר שיכנסנה, ומ"ש גירושין ממעשה תרומה וחלה וממעשה קדושין דפריך בש"ס שם בקדושין דליהני באומר לשפחתו שתתקדש לאחר שישחררה, וכן נתקשה בזה בתשו' רע"א סי' קמ"א ונשאר בצ"ע: ונראה לי די"ל בטעמא דמילתא דלא מהני לענין גירושין ביבמה לגרשה קודם ביאה אף שבידו לבוא עלי' בע"כ, עפ"י מה דמשני שם במס' קדושין דלהכי לא מהני קדושין באומר לשפחתו הרי את מקודשת לאחר שאשתחרריך משום דהכי השתא התם מעיקרא בהמה השתא דעת אחרת, ובחי' הרשב"א למס' קדושין ד' נ"ו ע"ב כתב דמה"ט במקדש בסאה של פירות ערלה אינה מקודשת אף דלאחר שריפה יהי' שוה פרוטה באפרן, משום דהשתא ליתנהו בעולם, אף שבידו לעשות אפר דבידו לא מהני, רק אם אין הגוף משתנה יעו"ש, וביאור הענין נלענ"ד דבעינן הכלל של לא בא לעולם יש שני סוגים) הסוג האחד כפשוטו שעושה קנין על דבר שלב"ל ממש, וסוג שני היכא שהדבר בא לעולם רק שהענין מה שרוצה לעשות עכשיו אי אפשר לחול עכשיו, וכמו בפירות מחוברים שהפירות הם בעולם, אלא עכשיו א"א לחול דין תרומה עליהם, דאין תרומה חל על פירות מחוברים, ולדידן דקיי"ל דבשני סוגים אלו אין אדם מקנה דשלב"ל, הנה מה שבידו לסלק החסרון שלא בא לעולם, הוא רק היכא שחשוב כלא בא לעולם מחמת שאינו ראוי עכשיו לאותו דבר שהוא עושה, דהתם שייך לומר כיון דבידו לאו כמחוסר

מעשה, חשבינן כאילו הדבר ראוי עכשיו, אבל אם הדבר הוא לא בא לעולם לגמרי, אז אף אם יצויר שבידו להביא לעולם, אי אפשר לומר להחשיב הדבר כאילו בא לעולם, דהרי עכשיו ליתא הדבר בעולם להחשיבו כאילו בא לעולם, וזהו שאמרו בגמ' דבשפחה לא מהני מה שבידו לשחררה, כיון דבהתחדשות השחרור הוי כמו שנעשית ברי' חדשה, וברי' זו ליתא עכשיו בעולם כלל, והרי עושה עכשיו על דבר שאינו בעולם כלל, משו"ה לא מהני אף שבידו לחדשה ולתקנה שתעשה ברי' חדשה, וכן באפרו של איסורי הנאה סובר הרשב"א כיון דעכשיו ליכא בפירות חלקים של אפר כלל, הרי עושה על דבר שלא בא לעולם, ומשו"ה לדידן דקיי"ל אין אדם מקנה דשלב"ל, לא מהני אף שבידו לתקן שיבוא לעולם ועפי"ז נלענ"ד דלענין גירושין לא מהני היכא שהאשה עדיין אינה מקודשת אף שבידו לעשות קנוי' לו, דענין גירושין הוא להתיר ולהפקיע קנין האישות וממילא היא פנוי', וכשמגרש אשה עיקר הענין שעושה השתנות בקניני' ולא התחדשות בגוף האשה, ומשו"ה לא מצי לגרש יבמתו שיחולו הגירושין לאחר שיכנסנה אף שבידו לבוא עלי' בע"כ, דהרי הוא עושה עכשיו על דברי שלא בא לעולם כלל, דעכשיו אינה אשתו וליכא בעולם קנין האישות שתחדש אח"כ ע"י ביאתו, והרי זה כעושה קנין על דבר שלב"ל: וכן י"ל דמה"ט לא מהני לענין שליחות הך כללא דבידו, היכא דעכשיו לא מצי עביד שיעשה שליח עכשיו שיהי' כמותו בשעה שיהי' מצי עביד, דענין שליחות הוא הרחבת כח המשלח, שמה שבכחו לעשות, הוא ממנה איש זולתו שיפעול הוא מחמתו, ויהי' פיו כפיהו וידו כידו, וכשעושהו שליח על זה שמה שיתחדש בכח המשלח, יתרחק כח זה גם על השליח, ה"ז עושה ענין על דבר שלא בא לעולם כלל, ויהי' ענין זה ג"כ כלול בדיני הקנינים והמעשים, דלא מהני לדידן דקיי"ל אין מקנה דשלב"ל, ואפשר דלר"מ דסובר אדם מקנה דשלב"ל, יהני גם מנוי שליחות על דשלב"ל, אף אם איהו לא מצי עביד השתא, רק דקשה למצוא לדידי' ציור זה, דלדידי' לעולם הוי מצי עביד, ואפשר למצוא אופן כזה לענין הקנאה לדבר שלב"ל דלא מהני לר"מ, כמו דאמרינן בגיטין ד' י"ג ע"ב, לענין הקנה לנולדים, דאם יעשה שליח שיעשה ההקנאה לאחר שיוולד דמהני, דאף דאיהו לא מצי עביד השתא, מהני מנוי שתחול השליחות כשיהי' המשלח מצי עביד, אכן ממה שכ' הרשב"א שהובא בב"י סי' קמ"א אה"ע, דאם מנתה אשה שליח ואמרה כל מי שירצה הבעל ליתנו יהי' שלוחי דאין ברירה, משמע דסובר דשליחות צריך לעולם שתחול בשעה שממנה את השליח, ולפי"ז גם בדבר שבא לעולם לא מהני אם יאמר שממנהו לשליח שתחול השליחות לאחר ל' יום, דאל"ה ליכא חסרון מה שעכשיו אינו מבורר אם לאח"ז יהי' מבורר.

ובקצוה"ח סי' ס"א לא הבין כן בדברי הרשב"א. והדברים נראים כמש"כ ואכמ"ל: ועפי"ז מתפרשים דברי תוס' נזיר הנ"ל כפשוטן, דהוכיחו ענין זה דהיכא דאיהו לא מצי עביד השתא לא מצי משווי שליח אף אם בידו לתקן הדבר שיהי' אח"כ מצי עביד, מהא דמיבעיא ביבמה אם אמר ללבלר לכתוב, דהכונה בזה אף אם יכתוב הלבלר את הגט אחר שיכנסנה, דאל"ה דמיבעיא לי' רק אם כתב הגט עכשיו, למה נקט לבלר, אלא נראה דתלוי זב"ז, דאם נימא דביבמה דומה לאשה דעלמא, ומה שבידו לבוא עלי' בע"כ לא מהני לענין זה, שיהי' מצי עביד השתא לכתוב גט ולגרשה שיחולו הגירושין לאחר שיכנסנה, כמש"כ דלהתיר הקנין אישות שעתיד לבוא לא מהני דהוי כדשלב"ל ואז לא

מצי משווי שליח אף אם יעשה השליח אח"כ, ומזה הוכיחו דלענין שליחות לא מהני מה שבידו לבוא עלי' אלא הא דמהני לענין חלה למשווי שליח בעודו קמח, משום דאיהו מצי עביד השתא לקרות שם שיחול שם חלה לאחר שיהי' נלוש, אבל ביבמה מיבעיא לי' לרמב"ח אי מצי מגרש השתא שיחולו הגירושין לאחר שיכנסנה, היינו דמה דמספקא לי' לרמב"ח, אינו משום דלא פשיט לי' האי כללא דלא מהני בידו על דשלב"ל, אלא דביבמה י"ל דהאישות שמתחדשת אח"כ ע"י ביאה אינה מחודשת לגמרי דהא אגידא ב', אלא דעכשיו לא מהני הגירושין, וע"ז מהני מה שבידו לבוא עלי' כמו דמהני בתרומה במחובר, או אפשר דחשיב כאילו אח"כ מתחדשת אישות דעכשיו אינה קנוי' לגמרי, זהו הענין דמספקא לי' לרמב"ח ועפ"י שיטת הרא"ש והתוס' בנזיר.

כנלענ"ד בביאור ענין זה: והנה לכאורה הי' מקום לומר דהתוס' בנזיר סברי דמשו"ה לא מצי השתא לכתוב גט משום דהוי שלא לשמה, וכמש"כ במשנה למלך פ"ו מה' גירושין בשיטת הרמב"ם פ"ג ה"ו שכתב בזה אמר לסופר כתוב גט לפלונית ויהי' עמי לכשאשאנה אגרשנה בו וכתב ונשאה וגרשה בו אינו גט, מפני שלא היתה בת גירושין ממנו כשנכתב גט זה, ונמצא שנכתב שלא לשם גירושין עכ"ל.

ומזה הוכיח במל"מ שהרמב"ם נטה משיטת התוס', והרא"ש והמרדכי שכ', דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל מהני אף לאשה דעלמא, והוכיחו מהך דלשאקחך הרי עצמך קנוי לך מעכשיו, ולהרמב"ם לא מהני גם למ"ד אדם מקנה דשלב"ל, וכן נקט בס' א"מ, אבל באמת נלענ"ד שאין שום רמז בשיטת הרמב"ם דלמ"ד אדם מקנה דשלב"ל שיהי' חסרון משום לשמה, דהנה בשאר שטרות אם יכתוב שטר מכירה על שדה שאינה שלו קודם שלקחה, ויכתוב לכשאקחנה תהא קנוי' לך, יהי' השטר בטל למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל, אבל זה רק למ"ד עדי חתימה כרתי, אבל למ"ד עדי מסירה כרתי אם ימסור בפני עדים לא יהי' בזה שום פתרון, והא דאמרי' במס' ב"מ ד' ט"ז מכדי האי לוקח במאי קנה, האי שטרא חספא בעלמא הוא, משום דהתם נכתב סתם שמוכר לו שדהו ולא כתב לכשאקחנה, ועוד לא מסר בפני עדים אח"כ, ולפי"ז לדידן דקיי"ל ע"מ כרתי, אין בגט הנכתב לאשה דעלמא לכשאכנסנה אגרשנה שום חסרון משום אין אדם מקנה דשלב"ל אם ימסור בפני עדים, דהרי גם במצאו באשפה כשר היכא דאיכא ע"מ ורק מיפסל משום דבעינן לשמה, ומפרש הרמב"ם דכל שאינו ראוי עכשיו לעשות בה מעשה גירושין חשוב כמו שלא נכתב לשם גירושין אבל לר"מ דמהני גירושין של עכשיו שיחולו לאחר שיכנסנה, כ"כ מהני הכתיבה וחשוב כנכתב לשם גירושין, כיון שראוי עכשיו לעשות גירושין, וכן צ"ל בשיטת תוס', הרא"ש והמרדכי מה דלא מהני לדידן באשה דעלמא שנכתב הגט עכשיו, משום דכיון דאין ראוי עכשיו לגרש בו הוי כמו שלא נכתב לשם גירושין.

כנלענ"ד ברור: ומש"כ במל"מ לענין מש"כ תוס' במס' נזיר לפרש דברי הגמ' ביבמות משום חסרון בשליחות דאיהו לא מצי עביד, שזה תלוי במחלוקת הראשונים אם צריך שליחות בכתיבת הגט, לענ"ד אין זה מוכרח כלל, דכיון דבעינן לשמה צריך ג"כ שליחות כמש"כ הר"ן בפ' התקבל לענין מילי לא מימסרי לשליח בכתיבת הגט.

יעו"ש.

וזה פשוט.

ולכן נלענ"ד שדברי תוס' נזיר הנ"ל מתפרשים רק עפ"י מש"כ דלא מהני בידו לגרש אשה שעדיין ליכא קנין האישות בעולם: אמנם עדיין חובת ביאור עלינו, בהא דמהני בתרומה במחובר שיחול לאחר שיהי' תלוש אף שעכשיו עדיין ליכא דין טבל בעולם, ומ"ש גירושין קודם קדושין, מתרומה קודם חלות דין טבל, והנה ענין התרומה והפטור של השיריים נראה בפשטות שהוא ענין חלוקת שותפים ששבט הכהנים עם הבעלים משותפים בטבל, וכן כתבו בתוס' סוכה ד' ל"ה ע"א בטעמא דמילתא דאין יוצאים באתרוג של טבל משום דין שותפות, וכן נראה שיטת הרמב"ם שכ' דלהכי אין תרומה נחשבת לדבר הנדור, משום דאינו נידר ונדב, לפי"ז י"ל דבכה"ג מהני האי כללא דבידו, דהנה ענין חלוקת שותפים באמת הוא רק שם המושאל, היינו דאינו הפקעת או התרת השותפות, אלא שעושה קנין על דבר זה שיהי' לאחד ודבר השני לשני, ואם החפצים הם בעולם הוא עושה ומחדש קנין על דבר שלב"ל, וכ"כ י"ל דחלות התרומה והפטור של השיריים הוא רק התיחדות וקריאת שם על הפירות שהם בעולם שלאחר שיתלשו יהי' חל על פירות אלו שם תרומה ויהי' קנוי לשבט הכהנים, ונגד זה לפי חשבון יהי' בפירות אחרים שהם בעולם קנוי לבעלים, וכיון שהם בעולם רק דעכשיו אי אפשר לחול ענין זה מחמת שהם מחוברים, ע"ז מהני האי כללא דבידו לאו כמחוסר מעשה דמי, וכן גם בתורם משלו על של חבירו שפותר תבואת חבירו ע"י התרומה שעושה מפירותיו, הוא ג"כ עד"ז, שע"ז שמיחד מפירותיו בעד חלק התרומה שעולה לפי חשבון מפירות של חבירו, נפטרים הפירות של חבירו, שכבר הורם ונתיחד בעד ערך חיובם בחלק התרומה שנתן משלו, ואין בזה ג"כ שום ענין הפקעת והתרת איזה חיוב, אלא שממילא הם נפטרים ע"י כונת החלוקה הזאת, וגם אין סתירה מזה ממש"כ הרא"ש בפ"י למס' נדרים ד' י"ב דמשו"ה אין תרומה נחשבת לדבר הנדור שעיקרן להתיר את השיריים, שכונת הרא"ש שם רק להורות שאין מתחדש איסור חדש ע"י קריאת שם, שגם מקודם הי' אסור מחמת טבל, ועכשיו משתנה מאיסור לאיסור, ורק אדרבה מתחדש היתר בשיריים, אבל באופן המעשה של תרומה שהוא התיחדות חלק אחד לכהנים וחלק הנשאר לבעלים, י"ל דגם הרא"ש מודה בזה.

כנלענ"ד בענין זה. ומדברי תוס' נזיר הנ"ל משמע דסברי דבעינן שיהי' חלק אחד תלוש שיהי' כבר בעולם איזה יחס של שותפות, אבל אם שניהם מחוברים לא מהני, דהרי כתבו שבידו להביא עיסה מגולגלת מן השוק.

אכן הגר"א ביו"ד ה' חלה ס' שכ"ח נקט בפשיטות דלאו דוקא הוא יעו"ש: ובהא דאיתא בפ"י הרא"ש למס' נדרים בשם הרמ"א ממיץ שאם הי' כבר בתוך ד' אמותיו שבידו לזכות בו ואמר כבר זה הקדש לאחר שאזכה בו דמהני, משום דבידו לאו כמחוסר מעשה דמי, יעו"ש ד' ל"ד ע"ב, לכאורה קשה דהרי בכל הקנאה נצרך לנו שני ענינים, הפקעת קנין של בעלים הראשונים והתחדשות קנין לבעלים חדשים, והפקעת קנין קודם שחל הקנין הוי כגירושין קודם קדושין, ואפ"ה מהני בקנינים בכה"ג היכא דחשבינן כבידו, וגם בפוסק על שער שבשוק כתבו הראשונים דמה"ט לא הוי כדשלב"ל, משום דכיון דיצא השער הוי כבידו, נלענ"ד דאף שבע"כ בכל קנינים שבעולם שאדם מקנה לחבירו



יש בזה ענין של הפקעת קנין של בעלים ראשונים, וכן מתפרש ענין זה בהא דאמרינן במס' ב"ב ד' נ"ד ע"ב נכסי עכו"ם הרי הן כמדבר שהנכרי הקנה ע"י כסף והישראל לא קנה, משום דלא סמכא דעתו לקנות בלי שטר, דבע"כ הטעם בזה משום דע"י הקנאה שעשה הנכרי הפקיע קנינו בהקנאתו ללוקח, והקנאתו ללוקח אינה מתקימת שאינו סומך דעתו לקנות, אבל הפקעתו שהפקיע קנינו אינה מתבטלת, אבל כשנעיינן היטב בזה רחוק לומר שכל מקנה עושה שני דברים מיוחדים הפקעת קנינו והקנאה חדשה לבעלים אחרים, דאם מפקיע קנינו איך מקנה אח"כ לאחר, ואף דיש לתרץ זה דאפשר דכיון דעכשיו הוא בעלים יכול לחדש על הדבר קנין חדש גם לאחר שיופקע ממנו דין בעלים, וכעין זה מתפרש ענין אחריו לפלוני לשיטת כמה ראשונים ואכמ"ל.

אבל פשוט הדברים נראים, דבמה שמחדש סבה חדשה להעשות בעלים חדשים, סבה זו בעצמה פועלת על שני ענינים יחד שיתחדש על דבר זה בעלים חדשים ויופקע קנין של הבעלים הראשונים, ולפי"ז י"ל דל"ד הפקעת קנין של בעלים הראשונים לגירושין, דהתם בגירושין כל עיקר המעשה הוא להפקיע קנין האישות, וכיון דעכשיו ליכא אישות, הוא כעושה ענין על דבר שלב"ל, אבל במקדיש ומקנה דבר שבידו לזכות, כיון דעיקר המעשה הוא עושה על דבר שבא לעולם, וממילא בזה יופקע גם קנינו שיבוא אח"כ לעולם, אין זה ענין כעושה הפקעה לחוד, ואין סתירה מזה מהא דנכסי עכו"ם הרי הם כמדבר, שההקנאה בטלה והפקעת קנין של הבעלים הראשונים לא נתבטלה, דבע"כ עלינו לומר דעיקר סבת ההקנאה אינה בטלה, דהכסף שנתן הישראל הי' עבור השדה אף שאינו מכון לקנות מכל מקום איכא בזה כסף קנין, דכסף אין צריך כונה לקנין רק שיתן הכסף בתמורת החפץ, כן משמע מדברי תוספות קדושין דף כ"ז ע"ב ד"ה בד"א, ולכן מהני הפקעת קנינו, אף שהישראל לא קנה כנלענ"ד.

ולפי"ז נ"ל דאם יפקיר אדם דבר שאינו שבידו לזכות, ויאמר שיחול ההפקר לאחר שיזכה בו, דלא יועיל, מה"ט שכתבנו, דבנידון כזה הרי כל המעשה הוא להפקיע את קנינו שיתהווה אח"כ, וה"ז דומה לגירושין קודם קדושין, וכן לבטל חמץ קודם שקנה לשיטת הסוברים שהוא מטעם הפקר לא יועיל גם אם יהי' בידו, וכן נלענ"ד בהא דשקיל וטרי במל"מ אם יכול לגרש אשה שקדש לאחר ל' יום שיחולו הגירושין לאחר שיחולו הקדושין, עי' בדבריו בפ"ו מה' גירושין שהאריך שם בענין זה, ולפי מש"כ אף אם נאמר דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי והוי כבידו, אבל בגירושין קודם קדושין לא מהני, דמ"מ האישות לא בא לעולם כלל: ובהא דפליגי רב ושמואל במס' בכורות ד' מ"ט בפודה בנו תוך ל' יום ונתאכלו המעות דלרב מהני ולשמואל לא מהני, נלענ"ד אף שבפדיון הבן בארנו לעיל בשע"ה דהוא שני ענינים פריעת חוב של מתנות כהונה ופדיון איזו קדושה מהבן, ולכאורה יקשה לנו על ענין הפדיון שהוא כהפקעת ענין שמתחדש אח"כ, אבל מאן יאמר לנו שקדושה זו מתחדשת על הבן לאחר ל' יום, דהרי אפשר חלה עליו קדושה זו משעת לידתו, כמו קדושת בכור בהמה רק דגזיה"כ הוא דלא מהני הפדיון רק כשיגיע לל' יום, ומשו"ה סובר רב דמהני מעשה הפדיון של עכשיו לחול לאחר ל' ומהני גם אם נתאכלו המעות כמו דמהני בקדושין לאחר ל', ולענין זה מה דאי אפשר לחול עכשיו מהני הך סברא דמחוסר זמן לא חשוב כדל"ל, ולענין פריעת החוב של חמש סלעים שעכשיו עדיין לא נתחייב ויתחייב רק אח"כ, ג"כ ל"ק, דענין פריעת חוב

אינו הפקעת החוב, רק אם פרע את החוב אינו מחויב יותר וכשפורע עכשיו את חוב זה שיחול אח"כ ממילא כשבא הזמן ונתחייב מיפטר מחיובו שכבר פרע אותו ומשו"ה מהני לרב, ולשמואל לא מהני בנתאכלו המעות ורק אם לא נתאכלו מהני מה שמכוון עכשיו על הפדיון והפרעון שלאח"כ: ובתשו' רע"א סי' קמ"א.

הקשה על דברי תוס' דנזיר הנ"ל מהא דמהני מנוי שליחות על נתינת גט קודם כתיבת הגט, וכן הקשה בס' נה"מ סי' רמ"ג, לענ"ד הוא פשוט, דאף דבפועל אינו יכול ליתן הגט קודם הכתיבה, אבל כשנבוא לדון לענין הכח אי אפשר לומר שע"י הכתב נתחדש אצל הבעל כח הגירושין, דאדרבה ע"י שיש לו כח גירושין הוא יכול לכתוב הגט ומה שבפועל אינו יכול ליתן גט קודם שנכתב, אין זה מעכב כלום, דהרי גם מגויד או צלוב שאינו יכול לכתוב וליתן עושה שליח, וכמו דמסיק במס' קדושין לרשב"א שאין העבד יכול לקבל גט בעצמו מ"מ עושה שליח לקבלה, כיון שסבה צדדית מעכבתו, והענין הוא כמו שבארנו לעיל, שכח השליחות הוא הרחבת כח הבעלים, וכח זה יש לבעלים גם קודם כתיבת הגט, וזה פשוט.

ול"ד ענין זה להא דאיכא מאן דסברי, דבאומר לעדים כתבו שטר זה וזכו אותו לפלוני, דלא מהני משום דשלב"ל, כמבואר בחו"מ סי' רמ"ג. דהתם ענין הזכ"ל הוא על דבר פרטי לזכות בשטר זה, וכשאנו דנים על הדבר בפרט הוא חפץ שצריך לחדשו מחדש כבריאה חדשה והוא דשלב"ל, ואף שבידו לכתוב לא מהני בידו על דשלב"ל.

ומאן דסובר שם בח"מ דמהני כתבו וזכו, י"ל דסובר דאי"צ שיהי' בזכ"ל שליח של הנותן. עי' תוס' ב"מ ד' ע"א: ועפי"ז נ"ל שאם יפדה איש מעשרו קודם שקרא שם מעשר דלא מהני האי פדיון, אף שיאמר שיחול לאחר שיחול המע"ש, דכיון שבארנו שענין פדיון הוא הפקעת קדושה מן המעשר, וקדושה זו עדיין אינה בעולם כלל, דלא שייך לומר שיהי' ענין פדיון מע"ש כמו שכתבנו לבאר ענין הפקעת קנין הבעלים בכל ההקנאות, שמתחדשת ע"י סבת ההקנאה, דהלא עיקר הענין הוא להתפיס קדושת מע"ש על הכסף ע"י הפקעת והסתלקות קדושה מן הפירות, וכשעושה ענין זה קודם חלות הקדושה על הפירות, הרי הוא לחדש ענין של דבר שלא בא לעולם כלל, וכן בכל עניני ההתפסות והורדת קדושה מחפץ אחד על חפץ אחר, הוא ענין הנעשה ומתחדש בעיקר הקדושה, ובכל כה"ג לא יהי' הך כללא דבידו שיהי' מעשיו גם קודם שחלה הקדושה, ולכן נראה כמש"כ דלא מהני פדיון מע"ש קודם קריאת שם מע"ש וכן משמע קצת מהך משנה דהלוקח יין מבין הכותים ואומר שני לוגין שאני עתיד להפריש וכו' ומיחל ושותה מיד, דדוקא אחר שקרא שם מע"ש יכול לחלל ולא קודם קריאת שם מע"ש, אמנם גם בפדיון הקדשות, שבארנו בפ' הקודם, שהוא בגדר הקנינים, שהוא קונה מרשות הגבוה, י"ל דלא יועיל פדיון קודם שחל ההקדש, דאף שלענין הקנין יועיל משום בידו, אבל לחלל ולהתפיס את הקדושה על הכסף, ה"ז שוה כפדיון מע"ש.

כנלענ"ד בענין זה: פרק יח כתב רבינו יונה, הובא ברא"ש ובר"ן פ"ק דכתובות בהא דאמר ר"א האומר פ"פ מצאתי נאמן לאוסרה עליו, דמיירי במכישתו ואומרת בתולה הייתי, אבל אם אומרת תחתיו נאנסה, כמו דקיי"ל לר"ג באומרת משארסתי נאנסתי נאמנת, ואע"ג דהיא פלוגתא דר"ג ור"י לענין כתובה אתניי, אפ"ה לענין איסורא נמי,

כיון דאיהי טוענת הכי בברי, ואיהו לא מצי למיטען איפכא אלא בשמא, לא שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא, והכי איתא בירושלמי דגרסינן התם (בפרק זה הלכה ו') עלה דההיא דר' ירמיה בעי מעתה אין טענת בתולים כר"ג וכר"א אלא כר' יהושע חזר ואמר יש טענת בתולים כר"ג וכר"א בשותקת, אפילו תימא במדברת באומרת מצא ואבדו ותהא נאמנת לית יכול, דאמר ר' הילא בשם ר"א מצא פתח פתוח אסור לקיימה משום ספק סוטה, הכא איתמר נאמנת והכא איתמר אינה נאמנת, תמן שניהם מודים שהפתח פתוח כלו' במשנתנו אלא שהיא טוענת ברי משארסתני נאנסתי או מוכת עץ הייתי ומשו"ה נאמנת, ברם הכא אין שניהם מודים שהפתח פתוח, כלו' משו"ה איהו נאמן כיון דברי הוא, אלמא כי אמרינן דנאמן לאוסרה דוקא במכחישתו, עכ"ל הר"ן הצריך לענינו והנה ענין זה של ברי ושמא לא מצאנו רק בהלכות טוען ונטען שהטוען ברי טענתו עדיפא לענין ממון, דודאי למ"ד ברי ושמא ברי עדיף אינו בגדר בירור, ומכש"כ היכא דהטוען שמא, הוא שמא טוב, שאינו יכול לידע, איזו הוכחה ורגלים לדבר יש בזה שטוען אמת, ורק בממון הטענה גורמת להחזיק בממון מי שיש לו טענה טובה ולהשני אין לו טענה, אבל לענין בירורי האמת והשקר לענין איסור והיתר מה מקום בזה לדין ברי ושמא ובכה"ג רק דין נאמנות עדות שייך בזה, וראיתי בס' תשובת רבי אליעזר לדו"ז הגרא"ג זצ"ל שהביא בתשובה סי' כ"ז שכבר תמהו ע"ז הרבה גאונים, ומש"כ בתשו' שם לתרץ דכיון דילפינן דבר דבר מממון כמו דמהני בממון ברי ושמא, כ"כ מהני באיסורים של דבר שבערוה, יעו"ש.

ענין זה אינו נראה בעיני, דרק היכא שהוא משום נאמנות ילפינן דבר שבערוה מממון, אבל מה דמהני בממון משום משפטי דיני ממונית כטענת ברי וכדומה, לא שייך למילף דבר שבערוה מממון. והנה בשטמ"ק בפ"ק דכתובות שם בסוגיא דפ"פ כתב דנאמנת כדין ע"א באיסורים הבאנו לעיל בפ"ח, ושם הבאנו מה שכ' הפנ"י לחדש, דבכה"ג אינה נאמנת מדין עדות, שהרי היא מעידה על עצמה ולעצמה, ובס' פנ"י לד' כ"ז במשנה שם דתנן אמר ר' זכרי' בן הקצב המעון הזה לא זזה ידה מתוך ידי משעה שנכנסו עכו"ם לירושלים ועד שיצאו, א"ל אין אדם מעיד על עצמו, דמלשון זה משמע דכללא הוא דבכ"מ לא שייך עדות על עצמו, אף באיסורים שהאמינה תורה ע"א, וקשה לפי"ז דהלא באיסורים בע"ד מהימן והרי ילפינן לשיטת רוב הראשונים מקרא דוספרה לה, כן הקשה בס' פנ"י שם ונשאר בצ"ע, ועי' בתוס' רעק"א למשניות מס' כתובות פ"ב אות ל' שכתב ג"כ לפרש בלשון המשנה דהבעל ואינו עד כלל במעיד לעצמו יעו"ש.

ובאות ל"ב העלה נפ"מ אם הבעל כהן או ישראל לענין אם תתאלמן יעו"ש, ולעיל בפ"ח הבאנו ג"כ מה שהקשה הגרע"א למה בתו"ת מהני ברי וכאן בשבוי' לא מהני גם אם טוענים שניהם ברי, וענין זה מסובך הרבה ולעיל הבאנו עוד מה שקשה בענין זה ותרצנו שם אבל עדיין לא נתבאר היטב כל הענין, ומצאתי בזה בס"ד דרך לבאר ענין זה והעיקר מה שהוצרכו הראשונים ז"ל לבוא בספק סוטה מדין ברי ושמא: ונראה לענ"ד דראשונה עלינו לבאר דלענין הנהגת אדם בדבר שיש לספק בו אם רשאי לעשות הדבר או לא, צריך לו שני אופני עדות, עדות העיקרית הוא שידע לעצמו אם מותר לו הדבר או לא היינו לצאת י"ש, ועדות שני' צריך לצאת ידי בי"ד, כיון שמוטל על בי"ד לעכב את איש ישראל שלא לעבור על דברי תורה, ואם לפי דעת בי"ד הוא דבר אסור, עליהם לכופו

ולהכותו עד שתצא נפשו, אף אם יאמר להם שבירי לו שהוא רשאי לעשות כן, ולהנצל מכפית ב"ד עליו להביא עדות המועלת לענין זה, והיכא שהאדם יודע שהוא דבר המותר, ולב"ד הוא בתורת ספק, אי"צ בזה שום עדות דמה שנוגע לו לעצמו לצאת י"ש, כל שיודע ידיעה ברורה שרשאי להשתמש שהדבר מותר לו, בודאי אי"צ לעדות שלא תהיה שמיעה גדולה מראי, ומה שנוגע להנצל מכפית ב"ד ג"כ אי"צ עדות כיון שהוא טוען ברי לי שהדבר מותר ולב"ד הוא בתורת ספק, בכה"ג ברי ושמא ברי עדיף, ואין לב"ד שום כח למנוע את הנידון בזמן שהוא טוען ברי, והם טוענים שמא אסור עליך הדבר, וענין זה הוא מה דאמרי' במס' כתובות ד' כ"ב וביבמות ד' פ"ח דבתו"ת שנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת אם נשאת לא תצא, דפריך הש"ס הלא באשם תלוי קאי, ומשני בנישאת לא' מעידי', והיא אומרת ברי לי, ושם ודאי אינו מועיל שום הוכחה להכריע בין העדים, אלא הענין כמש"כ דלעצמם אי"צ לעדות ולהנצל מיד ב"ד מהני טענת ברי, ובכה"ג ענין הברי בזה כענין טענת ברי המועלת בדיני ממונות ובנידון זה יש פלוגתא דרבוותא, דלשיטת תוס' אם הי' דין בספק של תו"ת אם מת בעלה או לא להעמידה בחזקת אשת איש, שמתורת דין חזקה נידונת בחנק, אז לא מהני טענת ברי שלהם, כיון שעליהם לעשות דין ברור עפ"י תורת דין חזקה אינה מועלת טענת ברי של הנידון, ולשיטת הרשב"א גם בכה"ג מהני טענת ברי דסובר כיון דחזקה שייכת רק היכא שהדין בספק לענין הנהגה, ולפי טענת הנידון שאין לו תורת ספק בזה, החזקה אינה מועלת להפקיע כחו ובטל מזה כח ב"ד, כיון שהוא והיא שניהם טוענים ברי, אמנם נראה מיסתבר דגם לשיטת הרשב"א הוא דוקא היכא שנולד ספק כמו בתו"ת, אבל היכא שלא נולד לב"ד שום ספק, לא יועיל בכה"ג טענת ברי של הנידון כמו קודם המעשה לענין אפרושי מאיסורא, כ"כ לאחר המעשה אם נוגע לענין עונשים שמוטל על ב"ד לעשות כשורת הדין כפי המוחזק אצלם, וקצת מדברי כמדומה לי שלמדתי מדברי הפנ"י בסוגיא שם בכתובות, אלא שלדעתי נראה שהגאון הנ"ל הפריז על מדותיו קצת שכתב שם בזה"ל, וכזה מצאתיטעם לשבח במה שאין הבי"ד עונשים לא מיתה ומלקות עד שיקבל עליו התראה ויאמר אעפ"י כ והיינו משום דאי לא קבל עליו התראה מצי למיטען ברי נגד הרוב או החזקה היכא דשייכי, וסובר הרשב"א ז"ל דמה"ט גופא לא מפקינן אשה מבעלה היכא ששניהם טוענים ברי, וכמו שכתב דבדינא קאמרי, שלפי דבריהם לא עבדי איסורא כלל ולא שייך לגבייהו האי חזקה כלל אלא למי שמסופק.

וזה ברור, בכונת הרשב"א ז"ל עכ"ל. ולפי מש"כ גם הרשב"א ז"ל לא כתב כן רק היכא שהוא בתורת ספק ורק מדין התורה שאמרה העמד דבר על חזקתו בכה"ג יש מקום לומר דמהני ברי, אבל היכא שלב"ד לא נולד שום ספק אין מקום לטענת בע"ד, שאל"כ איך מועיל כל התראה הלא יכול לחזור מקבלת התראה ע"י אמתלא וכדומה ויתבטלו העונשים: ובזה ניחא לי מה דלא מהני ברי בשבוי שנשבית כמו בעובדא דר' זכרי' בן הקצב שנתקשה בזה הגאון רע"א ז"ל בס' דו"ח למס' כתובות, דבשבוי גזרו רבנן להחזיקה בנבעלת ודאי ולא בתורת ספק, כמש"כ בתוס' כתובות הבאנו לעיל בפ"ח, דכל היכא שנראה לב"ד להחזיק הדבר בתורת ודאי לא מהני טענת ברי של בעלי דברים, וכמו שהבאנו לעיל דברי הגאון בעל מנה"ח שכ' דמה"ט לא מהני טענת ברי בסוטה שקנא לה ונסתרה דאסורה לבעול ולענין זה מה שנוגע לב"ד אין הבעל מעיד

לאשתו ולא האשה להבעל דמה"ט אמרו חכמים בלשון המשנה בעובדא דר' זכרי' בן הקצב אין אדם מעיד לעצמו, והוא כמו דנקטינן במס' סנהדרין ד' ט' כפי מה דמפרש הראב"ד ז"ל הובא דבריו ברא"ש ספ"ק דמכות דאדם קרוב אצל אשתו כמו לעצמו היינו שאינו בתורת עד כלל, רק אצל שורו הוא בגדר עד פסול שהוא קרוב, ומשו"ה אסרו עליו על ר' זכרי' בן הקצב אף שהם יודעים שכשרה היא ולעצמם מה שנוגע להנהגתם לשמים אינם צריכים לשום עדות, אבל בנוגע להנהגתם אצל בי"ד אין להם הצלה, דטענת ברי שלהם לא מהני כמש"כ ועדות של הבעל והאשה לא מהני לעצמם ולא זל"ז דאשתו כגופו: אמנם כ"ז הוא בנוגע אצל בי"ד, אבל אם נוגע הענין להנהגתם לשמים בזה לא שייך לומר אשתו כגופו, ונאמנת האשה לבעלה בכל איסור והיתר כע"א דעלמא ומקרא דוספרה לה ילפינן דיכול הבעל לסמוך על האשה בטהרת נדה, דרק בכל ענין שעל אחרים לענוש או לזכות להבעל או להאשה, אז אינם מעידים זל"ז כלל אף היכא דנאמן קרוב או פסול אבל בנוגע להנהגתם לשמים, לא שייך בזה כלל ענין אשתו כגופו, והם מעידים זל"ז ככל עד אחד דעלמא, ועפ"ז נפרש דמש"כ רבינו יונה והראשונים ז"ל באומר פ"פ מצאתי דהיכא שהיא אומרת משארסתני נאנסתי דנאמנת מדין ברי ושמא, ובשטמ"ק כתב שהוא מדין ע"א נאמן באיסורים, דשני ענינים אלה צריכים זה לזה, דלענין הנהגה לשמים לידע בעצמו אם רשאי הוא ע"ז מהני דין ע"א נאמן באיסורים, כמש"כ השטמ"ק, ולענין מה שנוגע להנצל מכפית בי"ד שעל ענין זה לא מהני עדות של האשה לבעלה וכן לעצמה, על ענין זה מהני לעצמה טענת ברי שלה, כמש"כ, ובנוגע להבעל שאינו יכול לטעון טענת ברי להנצל מכפית בי"ד, מועיל לדידי טענת ברי שלה כל שהדבר מסופק אצלו, משני טעמים, האחד, דכמו שדיינינן לענין כל דבר הנוגע להאשה ולבעל שאין אחד מעיד לשני מפני שע"ז נחשבים כגוף אחד, כ"כ י"ל דמהני טענת ברי של אחד מהם להועיל להנצל מכפית בי"ד, ועוד טעם בזה לומר דכיון דלענין הנהגת עצמו מהני לבעל עדות האשה, כ"כ בכה"ג שהוא ספק לבי"ד מהני עדותה לבשל בתורת ברי, ובכללות נלענ"ד דלענין להנצל מכפית בי"ד הדין בזה כדין טענת ברי השייך בדיני ממונות, ובהגה בח"מ סי' ע"ה סעי' כ"ג הביא דיעות מתי מהני ברי ע"י אחר יעו"ש, וכמו דמהני שם ברי ע"י אחר כ"כ מהני הכא, ובזה יש לכוון מש"כ רבינו יונה דכמו דמהני לר"ג ברי ושמא לענין ממון, כ"כ הכא מהני ברי דידה לגבי הבעל שטוען שמא, שידונו בי"ד עם הבעל כברי של האשה ולא כשמא של הבעל: ובשנים אומרים מת ושנים אומרים לא מת מצריך הש"ס ברי לבעל ולאשה, ולא מהני ברי של אחד לשני משני טעמים, האחד והוא העיקר, דכיון דהוי תו"ת ובאשם תלוי קאי, ועדות של בעל או של אשה לא מהני בזה כלום, כיון דהוי תו"ת, מה יוסיף בזה עוד עדות של ע"א, ומכש"כ בדבר שבערוה, ולענין זה לא שייך ברי של אחד לחבירו לענין הנהגה לשמים, ומשו"ה צריך שידע כ"א מהם ידיעה עצמיית, ומשו"ה מוקמינן דהוא והיא טוענים ברי, ועוד טעם שני בזה, דגם בנוגע להנצל מיד בי"ד לא מהני התם ברי של אחד לחבירו דמטעם אשתו כגופו שכתבנו לעיל ליתא התם, דהרי ע"ז אנו דנים אם הוא בעל או לא, דאם לא מת בעלה הראשון אז הבעל הזה אינו בעל וכאיש נכרי הוא, וגם לשיטת הסוברים דמהני ברי ע"י אחר, י"ל דלא שייך ברי ע"י אחר אלא היכא דליכא אחר הטוען להיפוך, אבל היכא דאיכא עדים המעידים היפוך אין שייך לומר ברי

ע"י אחר, מכל הלין טעמים התם בתו"ת בודאי צריך שיהי' שניהם טוענים ברי ובזה הם נצולים מיד בי"ד ורשאים לעשות כן בנוגע לעצמם בהנהגתם לשמים, אבל בשבוי' שעשו חז"ל להחזיקה כנבעלת ודאי לא מהני טענת ברי שלהם כלום בנוגע להנצל מכפית בי"ד, אז לא מהני עדות של בעל לאשה ועדות של האשה לבעל, דאין אדם מעיד על עצמו, ובנידון זה אשה כבעל ובעל כאשה שאין מעידים זל"ז שאשתו כגופו, אף היכא דמהני ע"א קרוב ופסול, אשה ועבד, אבל לעצמו אין זה בגדר עד כלל להנצל מכפית בי"ד.

ובזה נתיישב לענ"ד כל ענין זה בלי גמגום בעזה"י: והנה לפי"מ שבארנו דלענין בי"ד אין אדם מעיד על עצמו, ורק אם לבי"ד ספקמהני ברי כמו בתו"ת, ראוי לבאר בספק טומאה ברה"י, דהעלה בס' ש"ש דנאמן ע"א, ולכל העולם מהני עדותו שהחזיק הדבר בטרה, ולהעד עצמו יהיה בתורת טומאה ודאי, דהרי טענת ברי לא מהני בכה"ג, דכיון דבלא עדותו הוא כדין ודאי, וגם דין עדות לא מהני דאין אדם מעיד על עצמו, וזה ודאי אי אפשר לומר כן, ונראה לי דהא דאמרינן אין אדם מעיד על עצמו הוא רק שכל עיקר העדות הוא לעצמו, שעכשיו אין הדין נוגע לאדם אחר רק לעצמו להנצל מיד בי"ד, אבל אם הדבר נוגע גם לאחרים לברר איסור והיתר, אז מקבלים העדות ומהני גם לעצמו להנצל מיד בי"ד, דכיון שנתקבל העדות לכו"ע אין זה בכלל אדם מעיד לעצמו, וראי' לזה מכל עדות דעלמא לענין גירושין וקדושין דמהני העדות גם לעצמם, שאם יעידו על אשה שנתקדשה אם תזנה עמהם ידונו במיתת בי"ד ככל אדם, וכן בגירושין מותרים לישא אותה ואין בי"ד מוחים בהם.

אלא ודאי כיון שבשעה שהעידו ה' תורת עדות בעדותם לא שייך בזה לומר אין אדם מעיד על עצמו, ולפי"ז בכל ענין שצריך להעיד לגבי אחרים לא נאמר כלל זה דאין אדם מעיד על עצמו, ורק בעובדא דר' זכרי' בן הקצב, דעכשיו ליכא שום נפ"מ לשום אדם בעולם אם זנתה או לא, רק להם נוגע הדבר להנצל מיד בי"ד, ע"ז אמרינן אין אדם מעיד על עצמו ולכן בספק טומאה ברה"י דנאמן ע"א לאחרים מהני עדותו גם לעצמו, ואי"צ בזה לדין ברי כלל להנצל מיד בי"ד.

והא דכתבו הראשונים בדין פתח פתוח לדון מדין ברי, והתם בלא"ה צריך לבוא מדין ע"א באיסורים, כמש"כ בשטמ"ק שהבאנו, והיכא דאיכא עדות אי"צ לדין ברי לענין בי"ד, נראה לי הטעם בזה, דבאמת באומר פ"פ אין לבי"ד שום ענין ספק כלל, דדבר שבערוה הוא ואינו נאמן כלל, רק לעצמו מדין שווי' אנפשי' חתיכה דאיסורא, וענין זה הוא לענין בי"ד, דכיון שלא נתחדש דין איסור מחודש ע"י אמירתו, ורק הוא ענין נאמנות, כמו שהעלה בזה בקצוה"ח סי' ל"ד ובש"ש, והוא דבר פשוט ומוכח מלשון הש"ס דאמרינן נאמן לאוסרה עליו שמפורש בגמ' שהוא ענין נאמנות, וכ"ז הוא רק אצל בי"ד, שע"י אמירתו נתקבל נאמנות לכופו אם יתנהג היפוך זה, אבל מה שנוגע להם לעצמם, הוי הדין כפי המציאות שידוע להם, ולכן בכה"ג אם היא אומרת נאנסתי שלהבעל לענין הנהגת עצמו לשמים הוא בתורת עדות, אבל אצל בי"ד אין כאן ענין עדות כלל, דלגבי דידן אין הבעל נאמן כלל, וכל אמירתה לגבי בי"ד הוא רק להנצל מיד בי"ד, וע"ז ליכא דין עדות, כמו בדין של ר' זכרי' בן הקצב, ולכן כתבו הרא"ש, והר"ן

ורב"י, מדין ברי, דלגבי בי"ד מהני דין ברי, וכן בתו"ת דלא שייך התם דין עדות יותר מתו"ת התם שייך דין ברי לגבי בי"ד.

כנלענ"ד בענין זה. ובספק סוטה ע"י קנוי וסתירה שעשתה תורה כודאי שהאשה טוענת ברי, לא מהני אמירתה לא מדין עדות ולא מדין ברי, דמטעם עדות לא מהני אמירתה ואמירת המתיחד עמה, משום דחשודים הם מחמת היחוד שאסור מה"ת וע"י הרגלים לדבר, וממילא גם ברי לא מהני משום דאסורה לבעל, והוא צריך לדעת האמת, ועוד כיון דלדידן הוא בתורת ודאי, בי"ד יכופו גם אותה, אבל בספק טומאה ברה"י דמהני ע"א, אז מותר גם להעד, כמש"כ: שער שביעי פרק א קי"ל דקדושין בלא עדים לא מהני משום דאין דבר שבערוה בלי עדים, דילפינן דבר דבר מממון, ולא מצאתי ביאור נכון ע"ז, כיון דבממון כל קנין מהני בלא עדים, כמו דהעלה הש"ס במס' קדושין ד' ס"ה ע"ב, וכן נקטינן להלכה בטוש"ע ח"מ סי' רמ"א, ומאין למדו חז"ל שבקדושין לא יתקיימו בלא עדים, כיון שענין זה ליתא כלל בממון דהתם לא איברו סהדי אלא לשקרי, וכבר עמד ע"ז גם בקצוה"ח סי' רמ"א ומה שתירץ הקצוה"ח ובאר דגם בממון בעינן עדים לקיום הדבר, אלא כיון דבממון מהני הודאת בע"ד, מהני ידיעת בעל=דבר במקום עדים, דהוא במקום עדים, עיי"ש, אינו מתקבל כ"כ על הלב, דהא תינח בקנין שעושה לחובתו, אבל לזכותו כמו במציאה ומתנה איך מהני אם זוכה בלי ידיעת עדים ובלי ידיעת מקנה, אלא ודאי פשוט דבכל קניני ממון, מהני הקנין בלא עדים, ומה שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר הוא רק לענין בי"ד, ומהיכן למדו חז"ל לחדש שיהיו עדים מועילים לעיקר חלות הקדושין, וכבר זכרנו קצת ענין זה לעיל בכמה מקומות, אבל לא נתבאר בדברינו כראוי וכאן נבוא בס"ד לכאר עניינה בפרטות יותר, וראשונה נביא בזה דברי הרשב"א הובא בשטמ"ק ב"ק ד' צ' וז"ל, ואפי' את"ל דר"י הנשיא מומחה הי', ודן יחידי הי', וראה ביום, ועפ"י ראיתו הי' דן, לא מסתברא שיהא דיין מומחה מוציא ממון עפ"י ראייתו עצמו, דעפ"י שנים עדים יקום דבר אמר רחמנא ודי אם יהי' מומחה דן יחידי עפ"י עדים, או דיינים עפ"י ראיית עצמם, כדי שלא תהא שמיעה גדולה מראי', אבל שתהא ראי' של דיין מומחה כשמיעה עפ"י שנים עדים להוציא ממון אינו בדין עכ"ל.

וכן כתוב גם בחי' הרשב"א למס' ב"ק בשנוי לשון קצת. ולכאורה דבריו אינם מובנים, כיון דגם ביחיד מומחה איכא האי ק"ו שלא תהא שמיעה גדולה מראי', למה מהני ביחיד מומחה אם שמע מעדים, ואם ראה בעצמו לא מהני, ובס' קצוה"ח ס' ז' סק"ה כתב בזה ועי' בחידושי הרשב"א פ' החובל דיחיד מומחה אע"ג דיכול לדון יחידי, אבל אינו יכול לדון עפ"י ראייתו, משום דאינו נאמן לעדות יותר מהדיוט ויכול הבע"ד להכחישו ולכך אינו יכול לדון עפ"י ראייתו לחוד, כ"א עפ"י שנים עדים יקום דבר ע"ש עכ"ל.

ודברים אלה שכ' הקצוה"ח שהטעם שיכול הבע"ד להכחישו לא נזכר בדברי הרשב"א, רק הקצוה"ח חשב להטעים בזה דברי הרשב"א, ולענ"ד נראה שדברי הרשב"א הם מדויקים שהורה לנו יסוד גדול בעיקר משפט העדות בדיני ממונות, והוא דמה שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, אין כונת התורה שהעדים יבררו רק האמת לפני בי"ד, אלא שהעדים פועלים לחדש אצל בי"ד כח חדש להתוך הדין ולכוף לקיימו כשורת

הדין, וביחיד מומחה שיכול לדון יחידי עפ"י שמיעת עדים, לא מהני לדון אם ראה יחידי ביום, אף דלענין בירור האמת איכא ק"ו דלא תהא שמיעה גדולה מראי', אבל לענין קיום הדבר, אין מתחדש אצל בי"ד כח לחתוך את הדין, ולכוף את הנתבע לקיים הדין, רק עפ"י עדים, משום שהתורה אמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר, שלא יתחדש אצל בי"ד כחם רק עפ"י עדים, ואם בי"ד של שלשה ראו ביום הם דיינים ועדים יחד, דלענין זה אין לדון שאין עד נעשה דיין, דרק לענין הגדה שייך ענין זה, שאין לדיין לדון עפ"י הגדת עצמו, אבל לענין קיום הדבר ע"י ראי' שפיר נעשה עד ודיין: ואחרי שגלתה לנו תורה בהאי קרא דעפ"י שנים עדים יקום דבר, שהעדים מחדשים ופועלים ענין מחודש, הי' ראוי לומר שכל ענין מחודש בממון ובדבר שבערוה, לא יחול רק עפ"י עדים, ואם יעשה אדם ענין זה בינו לבין עצמו לא יועיל, אבל כיון שילפינן מקרא אחרינא מהאי קרא "דכי הוא זה", דגם ע"י בעל-דבר בעצמו מתחדש כח אצל בי"ד, דלו יהא דנתברר אצל בי"ד בירור האמת ע"י הודאת בע"ד שהוא כמאה עדים, אבל הלא נחסר בזה עדים לקיום הדבר דהרי לא עדיף הודאת בע"ד מראי' ממש שרואה יחיד מומחה, מזה למדו חז"ל כלל חדש, והוא דמה שאמרה תורה להצריך עדים לקיום הדבר, הוא רק אם קיום הדבר נוגע לאחרים חוץ מעושי הדבר, אבל אם אינו נוגע רק לעושי הדבר אז לא הצריכה תורה עדים לקיים הדבר, ומשו"ה היכא שהבע"ד מודה לפני בי"ד והודאתו אינה נוגעת לאחרים, מהני הודאתו לבירור וכן לקיום הדבר לחדש אצל בי"ד כח חדש ג"כ, שכח זה המתחדש אצל בי"ד הבע"ד פועל ועושה רק לחוב לעצמו, ומה"ט בכל הקנינים אי"צ עדים לקיום הדבר ולא איברו סהדי אלא לשקרי, דכשאדם מוכר או נותן, בדבר שהוא שלו, ואינו פוגע בשל אחרים כלום, וכן כשזוכה מן ההפקר הוא עושה ענין לעצמו לזכות, ואף שלענין המגבי' מציאה לחבירו חשבינן כתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים, הוא רק לענין זה לבד, ובכה"ג חל הדבר בלי עדים, ורק במקום שהאדם מחדש ענין הנוגע גם לאחרים אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, שהעדים מחדשים ענין חדש אצל בי"ד לחוב להנתבע, ומזה למדו חז"ל לענין חלות של קדושין, שלא יחולו בלא עדים, דקנין קדושין אינו כשאר קנינים, שעיקרו לאסור האשה על העולם, וכיון דילפינן דבר דבר מממון, שדין עריות יהי' שוה לממון, ממילא גם עשיית הקדושין לא מהני בלא עדים.

וענין זה למדתי מדברי הרשב"א בחי' לקדושין שם בסוגיא בהא דאמרינן התם דקדושין הוי חב לאחריני, דהקשה הרשב"א מה זה חב הלא בדעתה תלוי, מסיק בזה"ל, וי"ל דגבי ממון דאי לאו דכתב רחמנא אשר יאמר כי הוא זה, דמיני' גמרינן הודאת בע"ד הו"א דלעולם לא מיקיימי מילתא אלא בסהדי משום דכתיב עפ"י שנים או שלשה עדים יקום דבר, וכדאיסתפקא מילתא למר זוטרא ורב אחא דבסמוך, אלא דאתא כי הוא זה וגלי לן דיקום דבר במקום דאיכא חובה לאחריני כתיב, והילכך עריות דכתיב בהו דבר על כרחין לצד ממון שיש בו חובה הוקשו ולא לצד שאין בו חובה ולומר דלא מקיימא להו מילתא אלא במקיימי דבר, ומשום דאית בהו כעין חוב לאחריני, אקשינהו לצד ממון דאית בי' חובה, ולא שתהא חובתו של זה כזה, דזה חב ממש וזה אינו חב ממש כדאמרן, ותדע לך דאילו חב לאחרים ממש אע"ג דאמר כזה וכזה הי' ובפני עדים הי' והלכו להם למ"ה אינו נאמן, ואילו הכא אילו אמרה נתקדשתי בפני שנים עדים והלכו להם למ"ה



או שמתו נאמנת, דאנן לא קפדינן אלא שתתקדש באפי סהדי, וכיון דאמרה דהכי הוי נאמנת, דהא לא מיחייבי ממש לאחריני, ומיהו עיקר מילתא לא מיקיימא אלא במקיימי דבר, והודאתה כמי שאינה אעפ"י שהיא נאמנת שנתקדשה לו.  
כנ"ל.

עכ"ל הרשב"א ז"ל. ויסוד זה שאמרנו בדיני עדות שיש בו ענין נוסף לבד בירור האמת, מוכח מכמה פרטים בהלכות עדות וביותר בדין צירוף עדות, דקיי"ל דמצרפינן עדות שכ"א מעיד על מעשה בפ"ע, שאין לנו בירור על שום מעשה, דהרי על כל מעשה ליכא רק ע"א, ומש"כ בנ"מ סי' קמ"ה לבארדמשו"ה מהני צירוף, דאם לא נאמין לשניהם אנחנו חושדים שניהם לשקרנים, והתורה לא חשדה רק אחד ולא לשנים, הוא דבר זר ותמוה, דלפי"ד בשלשה עדים שמעידים כ"א על מעשים נפרדים הי' ראוי לגבות בעד שני מעשים, ובאמת גובים רק בעד מעשה אחת, ושם בנה"מ הקשה בעצמו קושיא זו, יעו"ש.

ועפ"י יסוד הנ"ל מתבאר הענין בדרך אחר לגמרי, והוא דמה שאמרה עפ"י שנים עדים יקום דבר, קבלו חז"ל שהוא חצי קיום עפ"י עד אחד וחצי קיום עפ"י עד השני, כמש"כ רש"י בכתובות ד' כ"א ע"ב, בהא דאמרינן התם דהיכא דנפק נכי ריבעא דממונא אפומא דחד לא מהני משום דאי טעמא דעפ"י שנים עדים יקום דבר חצי עפ"י זה וחצי עפ"י השני.  
יעו"ש.

והיינו ידיעת בי"ד מה שמתברר אצלם ידיעת האמת שראובן חייב לשמעון עפ"י הגדת העדים, עדיין אינו מועיל שיהי' להם הכח לכופ את ראובן לשלם, ורק ידיעת העדים גורם להצטרף עם ידיעת בי"ד לחדש כח אצל בי"ד לחתוך הדין ולכופ את הלוח לשלם, וענין זה שאמרנו שצריך להתחדש אצל בי"ד כח חדש ולא מהני ידיעת האמת לחוד מוכן מהא דקיי"ל דמדין תורה בעינן לענין כפי' בדיני ממונות ובדיני דבר שבערוה שיהיו בי"ד מומחים, ובדיני איסור והיתר יכול כל אדם לכופ לקיים דין תורה, כמו דמפורש במס' ב"ק ד' כ"ח ע"א, ומשו"ה י"ל דכיון דענין זה של כפי' הוא דבר מחודש אצל בי"ד, גדרה תורה שלא יקום ענין זה רק עפ"י עדים היודעים בדבר זה, והעדים בשעה שמגידי' לפני בי"ד פועלים שני דברים, בירור האמת לפני בי"ד ולחדש בזה כח חדש אצל בי"ד, לחדש הכח להם לחתוך הדין ולכופ את הנתבע לקיימו.

ובזה נוכל לבאר ענין צירוף, דכיון כשמעיד ע"א נתחדש אצל בי"ד חצי כח על כפית ממון, וכשמעיד אח"כ עד שני נתוסף אצל בי"ד עוד חצי כח על ענין זה, ונצרף אצלם כח שלם לחייב את ראובן במנה, אף שלענין בירור האמת אין כאן בירור של שני עדים, דעל חצי כח לא הצריכה תורה רק בירור של ע"א, ועפי"ז כתבנו לעיל בשע"ו פ"ז ליישב מה דמוכח בטוש"ע ח"מ סי' ל' דעדי צירוף אינם מחייבים שבועה על השאר.  
יעו"ש.

וכן מתבאר ענין זה בהא דפסק בטוש"ע חו"מ סי' ל"ד דעד פסול שיודע האמת אסור לו להעיד לפני בי"ד, ומה"ט גם עד הכשר שמצטרף עמו אסור להעיד יעו"ש, והיינו משום

דמכשיל את בי"ד שחותכין הדין שלא במשפט, כיון דהעדים פסולים אין לבי"ד כח לכוף את הנתבע אעפ"י שהדבר אמת, ומשו"ה גם עד הכשר עושה איסור, אף אם לא יהי' פסול בהגדתו כיון דבי"ד עושים מעשה ע"י שניהם בהצטרפות, הרי גם עד זה גורם מכשול לבי"ד.

ובחנם מתקשה שם הש"ך בס"ק ג' בדין זה יעו"ש. והוא פשוט.

וכ"ז שייך רק אם נאמר דמה שלמדה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר הוא לקיומו של דבר, אבל אם נאמר דלא הקפידה תורה רק לידע האמת עפ"י העדים קשה להבין ענין זה, למה אסור להעד להעיד ולרמות את בי"ד כיון דעכ"פ יהי' דין אמת, ועי' ש"ך שם שרצה לפרש דין זה בעדות של קדושין, יעו"ש, ולפי מש"כ כל עדות בדיני ממונות ודשב"ע דומה לקדושין, וכן יש לפרש בהא דפסלה תורה עדות הקרובים, דהוא לענין קיום הדבר דלענין בירור האמת והשקר קשה להבין ענין זה, כיון דגם לפי מה דפסלה תורה, עדיין לא חשדינן אותם למשקרים, כמו דמוכח בסוגיא דגט פשוט, בשטר שחתם עד שלא נעשה חתנו, ובטוש"ע ח"מ סי' מ"ו סעיף ל"ה ובש"ך שם ס"ק צ"ב, וענין זה קשה להבין שיהי' גזיה"כ שיהי' חשודים לשקר ואנן לא חשדינן אותם למשקרים, ועפ"י ד"ל דכל גזיה"כ בעדות קרובים הוא לענין קיום הדבר שלא יועילו שיקום דבר עפ"י עדות כאלה, ולקמן בדברינו יתבאר עוד ענינים מחודשים המתבארים עפ"י דרך זה.

ומה שכתבנו לענין עדי צירוף שכל ע"א מועיל לחדש כח אצל בי"ד חצי דבר, נלענ"ד מוכח מדברי תוס' מכות ד' ו' ע"א בהא דאיתא שם במשנה דר' יוסי אומר דרק בדיני נפשות נמצא אחד מהם קרוב או פסול בטלה העדות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר, ופירש"י משום דבדיני נפשות כתיב והצילו העדה, והקשו בתוס' שם דהרי משפט אחד יהי' לכם כתיב והוי לן למילף מנפשות, ועוד דבדיני ממונות נמי כתיב עפ"י שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר ונקיט שלשה לשנים, ותירצו בזה"ל דבדיני נפשות שייך שפיר למילף משנים דעדותן בטלה, משום דמה שנים כי נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה לגמרי ומעתה אינה מועלת כלום, הילכך בשלשה נמי כולם בטלים לגמרי, אבל בדיני ממונות דשנים נמי כי נמצא אחד מהם קרוב או פסול השני אינו בטל לגמרי דחייב לו שבועה, לכך שלשה נמי נמצא אחד מהם קרוב או פסול תתקיים העדות בשאר עדים עכ"ל.

ולכאורה אין דבריהם מובנים דמה ענין שבועה לממון, דמ"מ לענין ממון יש להקיש שלשה לשנים, וגם לא תרצו כלום על קושיא ראשונה, ועפ"י מש"כ י"ל דשאני ענין שני עדים בממון משני עדים בנפשות, דבממון שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר הכונה חצי עפ"י ע"א וחצי עפ"י עד השני, ואצל בי"ד מצטרף שני חצאים לכח שלם, וי"ל דגם ענין חיוב שבועה שע"א מחייב או לישבע או לשלם הוא ע"י דין המחצה שפעל ע"א וחייבה תורה כעין פשר שישבע או ישלם, ומה"ט אין ע"א קם לשבועה רק אם שנים כיוצא בזה מחייבים ממון, וקרוב או פסול דלא מהני לענין ממון לא יחייב גם שבועה ול"ד לע"א באיסורים, דהרי ענין השבועה הוא כעין פשר מחמת דין החצי כח שמתחדש ע"י, ע"א וראיתי בכמה ספרי אחרונים שחתרו למצוא טעם למה שאני ע"א

לענין שבועה מכל הענינים שע"א נאמן שגם קרוב ופסול נאמן ולענין שבועה דוקא עד כשר, ולפי מש"כ הוא פשוט, ובנפשות העדות של שני העדים פועלים ביחד בכולו וע"א לחוד אינו פועל כלום, ומה"ט בעינן שיעידו שניהם כאחד שאין בזה שום ענין הצטרפות, ולפי"ז מורגשים היטב דברי התוס' הנ"ל, דבנפשות אם נקיש שלשה לשנים יוצא הדין דמתבטל העדות כמו בשנים אם נמצא אחד קו"פ, דגם השני אינו כלום דע"א בנפשות הוא כמאן דליתא, אבל בממון שכל אחד פועל חצי הדין אם נקיש שלשה לשנים, יוצא הדין דמהני עדותם, כמו בשנים אם נמצא קו"פ, נשאר כחו של האחד לפי חלקו, כ"כ בשלשה ישארו כח השנים לפי חלקם וישאר עדות שלמה, ולפי"ז ל"ק גם קושיא ראשונה דאיך שייך בזה למילף מנפשות כיון דממון חלוק מנפשות בעיקר יסוד העדות, ואדרבה מהך הקישא של שלשה לשנים יוצא הדין שלא יתבטל העדות, וזה דבר נכון ומסתבר בעזה"י.

ועפ"י דברי אלה כתב אלי רב גדול אחד שאפשר בזה להטעים מה דאמרינן במס' מכות משלשים בממון ואין משלשים במכות, דבממון כ"א פועל לפי חלקו, ולכן אם הוזמו משלם כ"א לפי חלקו אבל במכות כל העדים פועלים ביחד ואינו מתחלק לחלקים כלל, אבל לדעתי הוא רק דבר נאה אבל אינו מתקבל להלכה, דהרי אם מעידים שלשה עדים או יותר כ"א פועל החצי, דהרי אין כח של כל עד מתמעט ע"י הוספת עדים הרבה, ולפי"ז הי' ראוי שנשלם כ"א חצי התשלומים, ובע"כ עלינו לפרש כפשוטו, דבממון אמרה תורה לשלם למי שרצו לחייבו ויקבל המקבל כפי שהי' מפסיד אילו היתה מתקיימת העדות.

ואם ישלמו כ"א כל התשלומים יקבל הנפסד יותר מהפסדו, וכמו שכ' רש"י בפ"ק דמכות ד' ה' בד"ה ממון מצטרף וז"ל והרי קבל מה שרצו להפסידו בין כולם, ומשו"ה משלשים, אבל במכות לא שייך זה, והתורה חייבה את המוזמים לסבול כ"א כאילו הי' נגמר הדין על פיו לבד. וזה פשוט: ועפ"י"ד יפתח לנו פתח לפרש סוגית הש"ס החמורה בקדושין לענין מקדש בע"א, דאיפליגו אמוראי שם בקדושין ד' ס"ה דאיכא מ"ד שחוששין לקדושיו ואיכא מ"ד אין חוששין לקדושיו, ומסיק שם מאי הוי עלה רב כהנא אמר אין חוששין לקדושיו, רב פפא אמר חוששין לקדושיו, אמר לו רב אשי לרב כהנא מאי דעתיך דילפת דבר דבר מממון, אי מה להלן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, אף כאן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי א"ל התם לא חב לאחריני הכא חב לאחריני, והנה כל הענין בזה סתום דמלשון חוששין לקדושין הי' ראוי לפרש שהוא איזה חשש דרבנן, אבל ממה דא"ל רב אשי לרב כהנא מוכח להדיא דפליגי אי חוששין מה"ת דהרי אמר מה דעתיך דילפת דבר דבר מממון, ואם מה"ת הוא מה זה ענין חוששין דמשמע שהוא ענין מסופק, ועוד קשה טובא דמשמע דמ"ד חוששין לא יליף דבר דבר מממון, והרי גם למ"ד זה רק במקדש בע"א חוששין אבל אם מקדש בלא עדים כלל ליכא למ"ד, כדפריך הש"ס בסוגיא זו לענין מקדש בע"א למ"ד דאין חוששין, מהא דאומר לאשה קדשתיך דאסור בקרובותי, אי דליכא עדים אמאי אסור בקרובותי, וברש"י שם כתב בזה"ל, ואי ליכא עדים ואפי' מודה אמאי אסור בקרובותי עפ"י עצמו הלא אינם קדושין אפילו לדבריו, דאי נמי אמר בע"א הוו קדושין בששניהם מודים, היכא דאין ע"א לא אמרת, דע"א חשוב לחייב שבועה בדיני ממונות, הילכך בערוה נמי חשוב להתקיים קדושין

בפניו ובלבד שיהיו שניהם מודים: אלא לאו בע"א וקתני הוא אסור בקרובותי' אלמא זה שמודה לו נאסר דחשיב לאתפוסי קדושין קמי' עכ"ל.

ולכאורה הוא דבר פלא מה ענין ע"א לענין התפסת קידושין, לדמות לדין ע"א בממון לענין שבועה, ועפימש"כ שבממון שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, קבלו חז"ל שכל אחד מהשני עדים פועל לחצי דבר, וע"א שקם לשבועה הוא ג"כ מיסוד זה, שמחמת שהועיל בעדותו על חצי דבר חייבה תורה, כעין פשר לישבע או לשלם, לפי"ז אם ילפינו דבר דבר מממון שיתקיימו קדושין עפ"י שני עדים, הוא ג"כ כעין הקיום שמתקיים דבר של ממון אצל בי"ד, היינו חצי קדושין עפ"י ע"א, וחצי עפ"י עד השני, ועי"ז חלין הקדושין בהצטרפות של שני העדים, ומשו"ה יש לדון אם נתקדשה בפני ע"א לחוד שנתפס עי"ז חצי קדושין, אם נאסרת מחמת זה באיסור אשת איש, דבדין התפסת קדושין מצינו דגם התחלת חלות של קדושין מהני לאסור על העולם שלא תנשא בלא גט, דבמקדש מעכשיו ולאחר ל' סובר ר' יוחנן דמפרשינן הלשון דמעכשיו מתחילים ונגמרים לאחר ל' יום, ואם קדשה אחר בתוך ל' תופסים קדושי שניהם, דכיון דחיילי קצת שוב לא פקעי, וכמש"כ בתוס' ב"מ ר"פ המפקיד, ולכן סוברים כמה אמוראי דמקדש בע"א חוששין לקדושין, היינו דמחמת שחצי חלות נעשה עפ"י ע"א יש לחוש לאסור, אף שלא נגמרו הקדושין, ואם תתקדש לאחר יתפסו קדושיו ג"כ וכמש"כ אליבא דר"י, ואם תזנה לא תתחייב קטלא, ומדויק לשון חוששין, אף שהוא מדין תורה, אבל כיון שאינם קדושין גמורים ורק איסור קצת ה"ז כעין חששא.

והא דפריך רב אשי לרב כהנא מאי דעתיך דילפת דבר דבר מממון, אף דלכו"ע ילפינו דאם מקדש בלא עדים לכו"ע לא מהני כלום, נלענ"ד דהך ילפותא גז"ש דבר דבר מממון, יש לפרש בשני אופנים, אופן הפשוט דילפינו דבר שבערוה מדין ממון, וכל הדינים המתחדשים ע"י עדים בממון מתחדשים גם בדבר שבערוה, וכל מה דלא מהני בממון לא מהני גם בדבר שבערוה, ועוד יש לפרש באופן אחר, דמה דכתיב בתורה ומצא בה ערות דבר מפרשינן כאילו ה' כתוב בהאי קרא עפ"י שנים עדים יקום הדבר, והנפ"מ בין הני שני אופנים הוא, דאם נפרש כאופן הראשון ראוי להיות דבמקדש בע"א אין לחוש לשום איסור בזה, דכמו דבממון לא נתחדש שום דין בפועל ע"י ע"א רק חיוב שבועה היכא דשייכא, אבל חיוב ממון בפועל ליכא, כ"כ הכא אף שראוי להיות קצת התפסה ע"י ע"א, זהו רק לענין הצטרפות לחלות של קדושין ע"י עד השני, אבל אם ליכא מה להצטרף, ה"ז כמאן דליתא, אבל אם נפרש כאופן השני דלא כונה תורה לדמות שני דינים אלה, אלא שאמרה תורה שיהא קיום הדבר של דבר שבערוה כעין הקיום של עדים בממון שהוא חצי על פיו של זה וחצי על פיו של זה.

וכ"א כפי דינו, ובממון דחצי קיום אינו יכול להועיל לאיזה דין ממון בפועל, היכא דלא שייך דין שבועה, הוי כמאן דליתא, אבל בקדושין דחדי חלות שייך להועיל לאיסור מהני קדושין עפציי ע"א לאתפוסי קדושין קמי', וכן איכא נפקותא לענין שאר ברורים, כמו הודאת בע"ד, דאם הקישה תורה בגז"ש זו של דבר דבר מממון, דין דבר שבערוה לדיני ממון, כ"כ יש ללמוד גם לענין הודאת בע"ד, אבל אם נימא שלא הקישה תורה שני הדברים האלה זל"ז, אלא דהוי כאילו נכתב בתורה ומצא בה ערות דבר עפ"י שנים

עדים מקיימי הדבר, אין שום קושיא להקשות שיועיל בדבר שבערוה הודאת בע"ד, כיון שלא גלתה לנו תורה להשוות שני ענינים אלה זל"ז, וזהו דפריך רב אשי לרב כהנא מאי דעתך דסברת דאין חוששין לקדושין במקדש בע"א, דילפת דבר דבר מממון, שהגז"ש ניתנה להשוות שני דינים אלה זה לזה, א"כ צריך להיות דגם לענין הודאת בע"ד יהיו שווים זה לזה, וכיון דלא מהני בקדושין הודאת בע"ד מוכח דהך גז"ש לא ניתנה להשוות זה לזה, רק לגלות דגם בדבר שבערוה מתקיים הדבר עפ"י שנים עדים, וכ"א כדינו, וכיון דבקדושין שייך להיות איסור על העולם גם אם לא נצרף עוד חצי הקיום, ומשו"ה מסתבר לחוש לקדושין שנעשה בפני ע"א, ומשני רב אשי דאף דילפינן דבר שבערוה מממון ל"ק דגם בממון לא מהני הודאת בע"ד רק היכא דקיום הדבר אינו נוגע רק לעצמו, ובקדושין שאוסר על העולם יש להשוות לממון היכא שחב לאחרים דלא מהני הודאת בע"ד.

ובתשו' נוב"י מ"ת סי' ע"ה ראיתי שהאריך שם בענין זה ודעתו מכרעת דלמ"ד חוששין במקדש בע"א הוא חשש דרבנן, וכן הביא בשם מהרי"ט, וכן העלה בס' שעה"מ ה' אישות, אבל כל השקלא וטריא בסוגית הש"ס תמוה כמש"כ ועפ"י מש"כ הדברים מובנים בלי שום מגומ, ומקום הניחו לנו להתגדר.

בעזה"י פרק ב והנה הדרך שכתבנו לעיל הוא לענין חלות התפסת קדושין, אם קדשו בפני ע"א, ומעתה עלינו לבאר גם לענין בירור הדבר כשבא ע"א ומעיד בפני נתקדשה או גם אם מעיד שנתקדשה קדושין גמורים בפני שנים, דלכאורה כיון דאין דבר שבערוה פחות משנים לענין בירור לפני בי"ד איך תאסר בכה"ג ע"י ע"א, וזה דוחק לומר דלענין להאמין שהי' קצת התפסת קדושין לא חשיב כדבר שבערוה, משום דלא מעכב ענין זה תפיסת קדושין מאחרים, דהרי עכ"פ יהי' שינוי בתפיסת קדושין, דאם תתקדש אח"כ גם קדושי שני לא יהי' קדושין גמורים כמו במעכשיו ולאחר ל' לר"י דאפילו קדושי מאה תופסים בה, ומלבד זה בארנו לעיל דכל דין שהוא התחדשות בדין האישות הוא בכלל דבר שבערוה, ועוד אם מעיד אחד שנתקדשה בפני שנים הרי הוא מעיד בדבר שבערוה ממש, ואיך נאמין לו לחצאים, לומר שהי' קדושין רק בפני ע"א, ונלענ"ד דבע"כ למ"ד חוששין לקדושין אם נתקדשה בפני ע"א, דיש לע"א זה כח להעיד אח"כ לפני בי"ד, דהרי עיקר הענין שאמרה תורה שיהי' קדושין דוקא בפני עדים כשרים, הכונה שאם יעידו אח"כ לפני בי"ד יהיו נאמנים לאוסרה על העולם, דמה זה ענין של עדות בראי' לחוד אם לא יוכלו להעיד אח"כ, ולקמן יתבאר ענין זה בס"ד, ומשו"ה כיון דסובר האי מ"ד דחוששין לקדושין בע"א, משום דמפרשינן דהך גז"ש נאמרה שמועיל ע"א על קיום הדבר של תפיסת קדושין לפי חלקו, היינו חצי קיום כמו דמהני בהגדת עדים לפני בי"ד, והתם אמרה תורה שעל חצי קיום לענין ממון מהני בירור של ע"א, שלענין להועיל לחייב שבועה סגי האי בירור של ע"א, כ"כ סגי בירור של אחד כשמעיד, לפני בי"ד שנתקדשה, בין אם מעיד שנתקשה לפני שנים לענין זה שיפסקו בי"ד דין חצי חלות של קדושין, ולא יהי' הבדל בזה בין אם שנים יעידו שנתקדשה בפני ע"א, בין אם אחד מעיד שנתקדשה שנתקשה בפני ע"א, ורק לענין הכחשה יהי' הבדל בזה כמו שיבואר לקמן, אבל בלא הכחשה אין חילוק ביניהם, דלענין דין זה לפסוק דין קצת התפסת קדושין כקדושין בפני ע"א סגי לן בעדות של ע"א, ומשו"ה גם במעיד ע"א

שנתקדשה בפני שנים מהני עדותו על חצי דין קדושין, כמו דמהני עדותו בממון להועיל על חצי דין שבממון כעין חיוב שבועה, דאם לא הי' מועיל לענין בירור לפני בי"ד לא הי' מהני כלום לענין קיום הדבר והענין הוא דגם בדבר שבערוה האמינה תורה לע"א כפי חלקו כמו לענין קיום כ"כ לענין בירור לפני בי"ד, והא בהא תליא, דלפי כחו לענין בירור אצל בי"ד כן הוא כחו בקיום התפסת קדושין, והוא דרך נכון ומסתבר לענ"ד.

אמנם לפי"ז קשה טובא הא דמבואר בסוגיא שם דאף למ"ד חוששין לקדושין במקדש בע"א הוא דוקא אם שניהם מודים, אבל אם מכחישים אותו הבע"ד או עד אחר אין חוששין כלל לדברי העד, ושם בסוגיא ע"ב דאמרין שם ותיסברא ע"א בהכחשה מי מהימן כתב רש"י ז"ל בז"ל, ע"א בהכחשה דאיכא חד סהדא דמכחיש לי' מי מהימן, ואפי' לא מכחשא לי' אלא איהי ליכא למ"ד, דאין האחד בא אלא לשבועה והכא שבועה לא שייכא, עכ"ל עפ"י הגהת הב"ח.

וכל ענין זה מתמיל, דאם יש תורת נאמנות לע"א בקדושין כמו בדיני ממונות לענין חיוב שבועה הוא בע"כ שמועיל עדותו לאסרה על העולם, וא"כ האיך תתבטל עדות זו ע"י הכחשת בע"ד, דבאיסורים שגם לבע"ד יש תורת נאמנות, ועוד יש יתרון קצת לנאמנות הבעלים, התם מובן לנו כח הכחשת בע"ד, אבל הכא איזה כח לבע"ד לבטל עדותו של ע"א כשר שהאמינתו תורה ולבע"ד אין דין עדות כלל, ואם נדמה זהלדיני ממונות לגמרי הי' ראוי לומר דלא מהני כלל קדושין בפני ע"א, כיון דשם ליכא בפועל שום דין אחר היכא דלא שייכא שבועה, ולפי מש"כ זהו טעמא דמ"ד דאין חוששין לקדושין ולמ"ד חוששין לקידושין סובר דרק לענין זה שוה דבר שבערוה לממון דבעינן שני עדים לקיום הדבר כמו בממון, וכן לענין זה דחצי קיום נעשה עפ"י עד אחד וחצי עפ"י עד השני, וכן אח"כ כשנוגע לענין הבירור, אבל מה שבממון ליכא שום דין בפועל היכא דלא שייכא שבועה לענין זה לא מדמינן לממון, וכמש"כ לעיל בפ' הקדום, דסובר מ"ד זה שלא הקישה תורה דשב"ע לדיני ממונות לגמרי, ולפי"ז קשה למה מהני בענין זה הכחשת בע"ד, וכ"כ צריך ביאור בדין ע"א בממון אם איכא ע"א דמכחיש לי' אם בטלה עדותו לגמרי, או דומה לשני כתי עדים המכחישים זא"ז דקיי"ל דהוי ספק, ואיכא מ"ד דהוי ספיקא דאורייתא ולא מוקמינן אחזקה, ולמ"ד דסובר שהוא מדרבנן הוא משום דמוקמינן אחזקה והכא פריך בגמ' ע"א בהכחשה מי מהימן, דמשמע דלא מהימן כלל: והנה לענין הכחשת בע"ד אפשר לומר דלענין זה ילפינן מממון, שהתורה נתנה כח לבע"ד להכחיש את העד, דמה שאמרה תורה שישבע, הוא שיכחיש את העד, ולא משום בירור ונאמנות לחוד, דהרי בנסכא דר' אבא שהעד מעיד שחטף ובע"ד אומר אין חטפי ודידי חטפי, הוי מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם, כמבואר בגמ' פ' ח"ה, ולא מהני אם ישבע שדידי חטף, ואם הי' ענין השבועה רק לברר שאינו חייב כלום, הי' נאמן בשבועה שדידי חטף, אלא שלא נפטר רק אם יכחיש את העד ע"י שבועתו, ומשו"ה לא מהני מה שישבע ששלו חטף, כיון דלא הוכחש עדותו של העד, עדיין מחויב שבועה הוא ואינו נפטר עד שיכחישנו בשבועה או ישלם, ובקדושין דילפינן לענין זה מממון, דחצי קיום נעשה ע"י ע"א בין בשעת חלות הקדושין ובין בשעת הגדתו לפני בי"ד, כ"כ יש להשוות לממון, כמו התם מתבטל כל כח הדין של העד ע"י הכחשה דשייכא התם, היינו הכחשה ע"י שבועה, כן הכא לענין קדושין לא מהני חצי קיום

הנעשה ע"י ע"א לפני בי"ד רק כשמודים, אבל אם מכחישים ע"י הכחשה דשייך בדשב"ע מתבטל כח עדותו לפני בי"ד, וכן מוכח מדברי הב"ש באהע"ז סי' מ"ב ס"ק ו' שמדמה ענין זה לממון ממש, כמו שיבואר דבריו דז"ל, אם אחד מכחיש והשני מודה לדברי העד מחלק הב"ח וכתב אם אחד מכחיש ואומר שלא הי' קדושין כלל, אז זה שאמר כדברי העד שהי' קדושין צריך לחוש, אבל אם אחד מכחיש ואמר שהי' קדושין אלא שכונתו הי' לשחוק, אז אף השני אי"צ לחוש, אע"ג דאיתא בסמוך דאינו נאמן לומר לשחוק כוונתי היינו כששני עדים מעידים, אבל נגד ע"א נאמן במיגו שהי' יכול להכחישו, ואנ"ל דהא דומה לאומר חטפתי ודידי חטפתי דאינו נאמן במיגו דהי' יכול להכחישו, כמש"כ בתוס' פ' ח"ה בשם ריב"א ובח"ה סי' ע"ה גם ח"מ משיג עליו, ומ"ש הרשב"א אם אמר משטה הייתי הוי הכחשה היינו כשאומר בשעת הקידושין אמר בפירוש להשטות ולא לשם קדושין עכ"ל: ובס' בית מאיר בס' זה תמה על הב"ש מה ענין זה לנסכא דר' אבא דשם הוי הטעם שע"א לשבועה הוי כשנים לממון וכל שאינו יכול לישבע כדינו, המיגו לא מהני, והכא שאין מקום לשבועה, כמש"כ רש"י והת"ה בפסקיו ביאר דאפי' שבועת היסת לא שייך בזה, א"כ הכא שפיר שייך מיגו, עיי"ש שהאריך הרבה בזה לדחות דברי הב"ש ולפי מה שכתב דברי הבית שמואל נכונים ומסתברים לפי שיטתו שפי' דברי הב"ח משום מיגו, היינו דמצד עצמה טענתה שכוונה לשחוק לא מהני, דאף דנאמר דלא הוי דברים שבלב, כמו שכ' הנוב"י והח"ס הובא דבריהם בפתחי תשובה סי' הנ"ל דשאני קדושין בפני שני עדים דאין בידה להכחיש את העדים, לכן אם חשבה לשחוק הוי כדברים שבלב, אבל בקידושין בפני ע"א שיש בכחה להכחיש אותו לא הוי דברים שבלב, ולדעתי צריך להוסיף בזה דל"ד לקנינים הנעשים שלא בפני עדים, דאם חשב לשחוק הוי דברים שבלב, משום דאם יכחישנו יהי' שבועת היסת, אבל בכ"ז לענין נאמנות אינה נאמנת לומר שכוונה לשחוק, דכיון דע"א נאמן לחוש לקדושין מה"ת למ"ד דס"ל דחוששין לקדושין, מאיזה טעם תהי' נאמנת ע"ז הלא דבר שבערוה הוא, כמו שהחליט בס' בית מאיר שם, ולכן פי' הב"ש בטעמו של הב"ח שנאמנת משום מיגו, וע"ז הקשה הב"ש בטוב טעם, כיון דבע"כ עלינו לומר דרק במכחשת את העד נאמנת כמו שהאמינה תורה בממון אם מכחיש את העד ע"י שבועה, והכא דליכא שבועה סגי בהכחשה גרידא, נמצא דכל כחה לבטל עדות העד הוא רק בהכחשה ולא בטענה אחרת, והרי זה דומה ממש לדין נסכא דר"א, דמש"כ בס' ב"מ דשם הוי כשנים, זה אינו דהרי גם אם היו שנים מעידים שחטף הי' מהני אם היה ביד החוטף לברר ששלו חטף ע"י מיגו הי' מהימן, ובע"כ עלינו לומר דבכה"ג המיגו לא מהני, כיון שכל עיקר כחו בטענה ראשונה ע"י החלשת כח העד ע"י הכחשה, ובטענה השני' שכח העד נשאר בתקפו, משו"ה לא מהני האי מיגו, כ"כ הכא שאין בכחה רק להכחיש העד ולבטלו עי"ז, וכשטוענת טענת השטאה, אינה מכחשת את העד, ובלי הכחשת העד אענה נאמנת בשום טענה, ודברי הב"ש נכונים ומסתברים, דלא כמש"כ להחליט בס' ב"מ והח"ס הובא דבריהם בפתחי תשובה: אמנם במה שכתב בס' בית מאיר דטענת האשה אי אפשר להאמין בתורת עד אחד, משום דהוי דבר שבערוה צריך ביאור, ואף שבהשקפה ראשונה מסתברים דבריו, דהנה מה דמהני הכחשת המקדש או המתקדשת שכתבנו דהטעם בזה דכאן סגי בהכחשת בע"ד כמו התם בשבועה, וענין

זה שייך רק לכל דין השייך לבע"ד עצמם כמו לענין לאסור אותו בקרובותי או איזה איסור עליו לגבי דידה, אבל בנוגע להקרובים או לכל העולם מה שייך בזה לומר שהכחשת הבע"ד תהני להם, והנהאפשר לומר דמהני הכחשת בע"ד גם בנוגע לאחרים, שע"ז שהוכחש העד ע"י הבע"ד הוחלש כל כח של העד, עוד נראה לי עפ"י דברי תשובת מיימוני שהביא בש"ש שכתב דמשו"ה נאמן השליח לבטל את הקדושין במה שאומר שטעה, משום דלענין לברר שלא חלו הקדושין לא חשוב כמעיד בדבר שבערוה דאדרבה מעיד שלא נתקדשה, והוי כמעיד בשאר איסורים, וגם לא הוי כמעיד נגד חזקת איסור שאומר דלא הי' כאן איסור, כ"כ הכא נאמנים הבע"ד כע"א דעלמא באיסורים, והרי זה כהכחשת עד אחר, ומהני הכחשת הבע"ד בזה משני טעמים משום בע"ד ומשום ע"א, ונראה לענ"ד דיש לומר במה שהוכרח לפי רש"י לפרש בזה משום הכחשת בע"ד לדמות לממון ולא הונח לו לפרש דלעולם הוי הכחשת ע"א, דלענין זה גם הבע"ד הוי כעד דעלמא כמש"כ, דהנה לפי מש"כ לעיל שע"ו פי"ז דלכל ענין לא מהני עדות לגבי עצמו, אם דרוש לו העדות להנצל מיד בי"ד, דלענין כזה אין אדם מעיד על עצמו, לפי"ז בנידון זה שע"א מעיד על הקדושין למ"ד חוששין לקדושין הלא הכח ביד בי"ד לכוף הבע"ד שלא לעבור, וע"ז לא מהני לא עדות בע"ד ולא טענת ברי, דרק במקום שלבי"ד הוי תורת ספק מהני טענת ברי, משו"ה צריך לומר דלהכי מהני הכחשת בע"ד בכה"ג מתורת הכחשה דמהני בממון, ובמה שנוגע לאחרים מהני הכחשת בע"ד משני טעמים יחד כמש"כ, ולפי"ז בדינו של הב"ח שכ' דאם אחד טוען שכוונתו בזה לשחוק דאז מותר גם השני לפי מש"כ דברי הב"ח ש"ש מוכיחים מכל צד, דלפי מש"כ בכה"ג דלא הוכחש העד שהרי מודה לדבריו, אלא שטוענת מצד אחר, לא מהני עדות של הבעלי דברים לגבי עצמם כלום, אם לא מתורת מיגו, וע"ז הקשה שפיר הב"ח ש"ש מדין נסכא דר"א, ועלינו לקבל הדוחק שמפרש הב"ח בדברי הרשב"א שכתב דמהני טענת השטאה, היינו שטוען שאמר בפירוש משעת מעשה שמכוון לשחוק, ומכחיש את העד, ובלא"ה קשה לפרש הנאמנות מדין מיגו לגבי השני, דהרי אם הי' מכחיש לא הי' מהני לגבי מי שמודה לדברי העד ובטענה זו תיהני הנאמנות גם לגבי השני כמש"כ הב"ח, ע"כ עלינו לפרש דברי הרשב"א כמש"כ הב"ח.

כנלענ"ד בענין זה. והנה עפ"י מה שבארנו אף למאן דסובר דחוששין לקדושין הוא דוקא בנתקדשה בפני ע"א כשר וגם אח"כ אם מעיד עד כשר וכמש"כ רש"י ז"ל משום דע"א חשוב לחייב שבועה בדיני ממונות, וכן לגבי הכחשה מדמה ענין זה להכחשת בע"ד בדיני ממונות, וכן כתב בתשו' תשב"ץ חלק א' סי' ע' וז"ל, עוד שאלת מי שקדש אשה בפני נשים והיא מודה בדבר אלא שאומרת משטה הייתי בך, כיון שהייתי יודעת שעדות נשים אינו כלום מהו לחוש לקדושיו.

תשובה זו שאילתן של נשים היא, שדבר ברור הוא שאין נשים בתורת עדות כלל, מדכתיב ועמדו שני האנשים ולא נשים ובעדים הכתוב מדבר וכו' דהא קי"ל אין דבר שבערוה פחות משנים, ושמא נסתפקת בזה משום דקי"ל בכ"מ שהאשה נאמנת מאה נשים כע"א וכו' וכיון דאיכא מ"ד בפ' האומר בקדושין שהמקדש בע"א חוששין לקדושין, ה"נ חוששין, והא ודאי ליתא, חדא דלא קי"ל הכי אלא כמ"ד שאפילו שניהם מודים אין חוששין לקדושיו, וכן פסקו הגאונים ז"ל והסכימו עמהם האחרונים ז"ל,



שהרי שיטה מפורשת היא בכל התלמוד שאין דבר שבערוה פחות משנים, ועוד שאפילו לדברי בעל ספר המצוות שחוששין לעדות ע"א, לעדות נשים לא חיישינן כלל, דע"א עדיף טפי מעדות נשים דחזי לאצטרופי בהדי אחר וקם הוא לשבועה, אבל נשים לא, ועוד דאפי' בע"א לא חשש החושש אלא כששניהם מודים אבל אם יש הכחשה ביניהם אין חוששין לקדושיו, וכ"כ הרשב"א ז"ל, וכיון שהאשה טוענת שלא לקחה אותן בתורת קדושין ומשטה היתה בו ליכא מ"ד חוששין לקדושיו אפי' בע"א המכחישה וכש"כ בעדות נשים.

עכ"ל, מביאה הב"י בקצרה בסי' מ"ב דבעדות נשים ליכא מ"ד. יעו"ש.

ומש"כ התשב"ץ בעדיפות דעד כשר דחזי לאיצטרופי יש להעמיס בזה גם את הדרך שכתבנו דבעדות של ממון ודשב"ע לעולם נתקים חצי עפ"י ע"א וחצי עפ"י השני ומשו"ה סובר חד מ"ד דלענין קדושין חייל דין איסור קצת עפ"י ע"א. אמנם בשטמ"ק למס' כתובות ד' כ"ג הביא שיטת הרא"ה דמוכח לכאורה בהיפוך דגם בעד פסול חוששין לקדושיו, דז"ל הרא"ה ז"ל אמר רב פפא תרגומא בע"א אומר נתקדשה וכו' תרווייהו בפנוי' קא מסהדי ואין דבריו של אחד במקום שנים קשיא לן בלא"ה נמי אטו ע"א בקדושין כלום הוא, ורבינו נר"ו תירץ דר"פ לטעמיה דאמר התם בקדושין דהמקדש בעד אחד קדושיו קדושין, ומיהו אכתי קשה לי היכי דמי אי דלא מכחשי אהדדי הא אמרת דר"פ סבר דקדושי וקדושין ואי דקא מכחשו אהדדי הא פשיטא דהוי ע"א בהכחשה דכו"ע לאו כלום הוא וכו' ואפשר לומר דר"פ היינו דקמ"ל לטעמי' דסבר דהמקדש בע"א קדושיו קדושין מהו דתימא כיון דהכי הוא דתיהוי אילו אתי בקמייתא ניהימני' כתרי וכי אתי אידך הוי לי' גבי האי חד במקום שנים דומיא דע"א אומר מת וע"א אומר לא מת דהימנוהו רבנן לקמא כתרי ותו לא מהימן אידך ותיתסר אפומי' קמ"ל דכי קיי"ל דע"א נאמן בקדושין לומר שהוא כשאר איסורים דקיי"ל דע"א נאמן, וכל דאיכא אחרינא דמכחיש לי' לא מהימן כלל דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, הילכך הכא נמי לא מפקינן לה בהכי ואפי"ה לכתחלה מיהת לא תנשא, ול"ד להיא דע"א אומר מת דאמרינן דהימנוהו רבנן כבי תרי וחשבינן אידך גבי חד במקום תרי דהתם הוא דאילו מדינא תרי בעינן וכיון דהימנוהו רבנן ודאי במקום תרי קאי וכתרי חשבינן לי', אבל הכא אליבא דר"פ הרי הוא כשאר איסורים ומדינא נמי ע"א נאמן וכיון דאיכא אחרינא דמכחיש לי', בכי הא ודאי חד בהכחשה לאו כלום הוא, וכן דעת רבינו נר"ו.

עכ"ל ומדממה לע"א באיסורים משמע לכאורה דגם פסול מהימן, אבל לענ"ד נראה דלא יתכן לומר דסובר הרא"ה ז"ל דמקדש בפני עד קרוב או פסול שיועילו הקדושין למ"ד חוששים, חדא דאם פליג על פי' רש"י הי' מביא שיטתו וטעמו ונמוקו מה שמצא לחלוק על פי' רש"י ז"ל, ועוד קשה מאד לומר כן דהלא מפורש בגמ' שם דבלא עדים כלל ליכא למ"ד שיהני הקדושין, ואם נאמר דלמ"ד חוששין לקדושין ענין זה של קדושין הוא כשאר איסורים, למה לא יהני אם מקדש בלי עדים כלל דענין זה להצריך עדים לקיום הדבר הוא דבר חדוש שילפינן מקרא דעפ"י שנים עדים יקום דבר וילפינן דבר דבר ממון, ואם נאמר דקדושין לא ילפינן ממון למ"ד חוששין לקדושין למה לא יהני בלא עדים, ואם נאמר דסובר דמסברא נקטינן כן כיון דאסר לה אכו"ע בעינן שיעשה

בפני עד שיעיד על הדבר, וכמו שנקטו כן כמה אחרונים: כמו שיובא לקמן שיטתם, הלא סגי לזה מה שהמקדש והמתקדשת יכולים להעיד, דכ"מ שעד פסול כשר להעיד גם הבע"ד כשר, ועוד עדיפא סהדותיהו מעד דעלמא בעדות של איסורים, וגם זה דוחק לומר דגם הרא"ה ז"ל סובר דלקיום הדבר בעינן דוקא עד כשר, ורק לברר אח"כ לפני בי"ד סגיא בעד פסול כשאר איסורים, דכבר בארנו דהא בהא תליא דמי שראוי להעיד אח"כ לפני בי"ד הוא העד המקיים הדבר, ואם נאמן אח"כ גם קרוב ופסול הי' ראוי שיהני עד כזה גם לקיום הדבר, לכן נלענ"ד שדברי הרא"ה ז"ל נוטים לענין אחר, והוא לענין מה ששקיל וטרי לענין הכחשה שאם בא אח"כ עד אחר ומכחישו לעד הראשון, אי אמרינן נגבי עד הראשון שהעיד על הקדושין שיתחשב כתרי כענין שאמרו בגמ' כ"מ שהאמינה תורה ע"א הרי הוא כשנים ואין דבריו של אחד במקום שנים, על ענין זה כתב דכלל זה לא נאמר רק היכא שהי' ראוי מן הדין להצריך שנים ונתנה תורה לע"א כח שנים התם אמרינן שדינו כשנים ולא מהני הכחשת ע"א, אבל אם סגיא לענין עדותו עדות של אחד אין דינו רק כע"א, ולכן אם מכחישו אח"כ ע"א חשוב ע"א בהכחשה.

וכמו שכ' הריטב"א ביבמות ד' פ"ח הביאו הנמ"י וז"ל נראים הדברים כדברי ר"י ז"ל דדוקא בעדות דבר שבערוה דבעי שנים שהאמינהו לזה כשנים, אבל באיסורי' דעלמ' דסגי בחד כיון של' האמינהו אלא כחד, כי אתא אחריןא ואכחשי' הוא הכחשה כחד לגבי חד עכ"ל. ולפי"ז כ"כ הכא למ"ד דחוששין לקדושין עפ"י ע"א לא שייך לומר שיתחשב כשנים, דלפי"מ שבארנו בטעמא דמילתא דסובר מ"ד דחוששין לקדושין, הוא דע"א פועל לפי כחו חצי קיום, והרי זה דומה כע"א באיסורין שלא האמינהו רק כחד, ומשו"ה אם מכחישו ע"א הוי כחד לגבי חד, אבל בעיקר הדבר גם הרא"ה ז"ל סובר דרק בעד כשר דחזי לאיצטרופי עם עד שני להיות כשנים מהני ע"א לחוש לקדושין, אבל בע"א קרוב או פסול לכו"ע לא חיישינן לקדושין בין לקיום הדבר ובין לבירור אח"כ לפני בי"ד.

כנלענ"ד בענין זה: ובס' ש"ש ש"ו פכ"א כתב לענין חד לגבי חד כלל חדש וז"ל, ודע שראיתי בשטמ"ק ריש ב"מ בענין עד מסייע פוטר משבועה ובמה שהוכיחו דא"כ כי מייתי להעדאת עדים מק"ו מעד אחד ליפרוך מה לע"א שכן אינו בהכחשה כיוצא בו, אע"כ דעד המסייע פוטר, וכתב שם דאפי' למ"ד אין עד המסייע פוטר מ"מ מכחיש הוא הראשון וכו' ע"ש אמנם לענ"ד נראה דהא דאמרי' ע"א בהכחשה לאו כלום הוא, היינו דוקא באיסורים שהאמינה תורה אפי' לאשה וקרוב, ומשו"ה כל שהוא מוכחש, הו"ל ע"א בהכחשה ולא כלום הוא, אבל ע"א הקם לשבועה דבעינן שיגיד בפני בי"ד והוא שיהי' כשר, זה אינו בתורת הכחשה כלל, ותדע דהא בכ"מ ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ואפי' בע"ד מכחישו, ואילו בע"א לשבועה דבע"ד מכחישו ואפי"ה ע"א נאמן לשבועה, ומשו"ה נמי אין ע"א אפי' כשר נאמן להכחישו, אי לאו עד מסייע פוטר משבועה, ומשום דע"א לשבועה כשנים לממון, ומשו"ה אפי' באו בבת אחת אי נימא דע"א קם לשבועה לחיוב ולא לפטור א"כ אפי' בבת אחת הוי לי' השני כמו קרוב ואשה דאין בדבריהם כלום לעד שהאמינה תורה וזה נראה לענ"ד ברור עכ"ל.

עוד מסיק שם בסוף הפרק לענין עד המסייע שפוטר וע"א מכחישו כתב וז"ל ויתיישב בזה מה שהקשה אחי הרב וכו' בדברי תה"ד סי' של"ד שכ' דעד המסייע פוטר משבועה אפי' משבועת מודה במקצת ושבועת שומרים וע"א מכחישו, והקשה אחי הנ"ל דהא קיי"ל דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, וא"כ אין עד המסייע פוטר כל שיש אחד המכחישו, דנהי דיהבי' תורה לע"א נאמנות לפטור משבועה, היינו דוקא היכא דאין אחר מכחישו, כמו בכ"מ דע"א נאמן ואם אחר מכחישו אין בעדותו כלום, והובא דברי' בס' קצוה"ח סי' פ"ז סק"ח ע"ש, ולפי מש"כ דלא אמרינן ע"א בהכחשה לאו כלום הוא אלא במקום דאפי' קרוב ופסול ובע"ד ונוגע יכולים להכחישו, אבל ע"א דקם לשבועה כשנים לממון ליתא כלל בהכחשה אלא דע"א המכחישו הו"ל נמי עד והו"ל עד נגד עד, וס"ל לתה"ד דכה"ג לא אמרינן סלק עדותן כמאן דליתא, אלא כמאן דאיתנהו דמי ופוטר מספיקא עכ"ל.

ונראה קוטב דבריו דע"א בהכחשה לאו כלום הוא דוקא היכא שנאמן מדין ע"א כמו באיסורים, וחשוב ג"כ ע"א המועיל להתיר אז בטלה עדותן כמאן דליתא, אבל אם עד המעיד לחייב שבועה הוא כשנים והשני בא לפטור הוא ע"א וע"א אינו יכול להכחיש שנים, ואם עד המסייע פוטר אז גם השני כשנים והווי שנים כנגד שנים, ואז הוי כתרי ותרי דהוי ספק.

זה תורף דבריו: ולפי שיטת הש"ש צריך לומר דלמ"ד מקדש בע"א חוששין לקדושו אינו כשבועה וחשוב רק כע"א, ומשו"ה אם מכחישו ע"א הוי כמאן דליתא, והא דמהני גם הכחשת בע"ד, הוא דלענין זה אינו כדבר שבערוה, ונאמן ע"א כמש"כ בתשו' מיימוני. וכל דבריו אינם מוכרחים, דמנין לנו לומר דלענין שבועה חשבה תורה ע"א כשנים, דבפשטות ראוי לומר דלענין שבועה סגי בע"א, ועוד דלפי"ד ה' צריך להיות דלמ"ד חוששין לקדושו ע"א, הוא ג"כ כשנים, ורש"י ז"ל כתב להדיא דמ"ד זה סובר משום דע"א מהני לשבועה, כ"כ מהני לענין חוששין לקדושו, ולפי שיטתו קשה למה אמרינן בגמ' דאף למ"ד חוששין לקדושו ע"א בהכחשה לאו כלום הוא ולא הוי גם ספק לכן נלענ"ד שדברי השטמ"ק מסתברים עפ"י סוגית הש"ס דקדושו, דכמו דלמ"ד חוששין לקדושו ע"א בהכחשה לאו כלום הוא, כ"כ בע"א המחייב שבועה אם מכחישו ע"א הוי ע"א בהכחשה ובטל כל העדות כמאן דליתא, והטעם בזה הוא משום שדין זה של חיוב שבועה הוא תולדה של חצי עדות, ובעיקר הדבר אין שום הבדל בין עד המעיד במטלטלים לבין עד המעיד בקרקע, ורק בתולדת הדין איכא הבדל, דבמטלטלים איכא פועל יוצא ע"י עדות ע"א שמחויב הבע"ד שבועה, ובקרקע כ"ז שלא יצורף לעדותו עוד אחד ליכא בפועל שום דין, ולפי"ז במעיד ע"א על ראובן שהוא חייב ממון ועד מכחישו, אין שום יתרון לעד הראשון נגד השני, דכמו דהראשון הוא חצי קיום לממון כ"כ השני הוא רק חצי קיום לממון, והוי ע"א בהכחשה וממילא ליכא דין שבועה: אמנם בעיקר הענין מה דחלוק עדות ע"א לעדות שנים, דבתרי כתי עדים שמכחישים זא"ז לא אמרינן סליק עדותן כמאן דליתא אלא דהוי ספק, ובעדות של ע"א אם אחד מכחישו אמרינן סליק עדותן, צריך ביאור, דלפי מש"כ בש"ש דרק היכא שהעד הראשון אי"צ להגיד לפני ב"ד אז אמרינן ע"א בהכחשה לאו כלום הוא, ה' אפשר לומר דזהו היסוד בענין זה, דהיכא שענין העדות הוא לברר האמת ולא משום גזיה"כ עפ"י שנים עדים יקום

דבר, אז כיון דאיכא דמכחיש ליה וליכא בירור, בטל ענין של העדות, אבל היכא שהוה משום גזיה"כ של דין עדות, דאפ"י משה ואהרן פסולים, וע"י העדים נעשה קיום הדבר אצל ב"ד, והוא בגדר סבה לחייב או לפטור, אז אם איכא אחר דמכחיש ליה מתהוה דין ספק, דלא ידעינן מי הם העדים המעידים האמת, אבל לפי מש"כ דגם בעד כשר דינו דוקא בהגדה בפני ב"ד ככל תורת עדים בממון ובדבר שבערוה, ג"כ ע"א בהכחשה לאו כלום הוא צריך טעם לזה מ"ש עדות של ע"א משנים, ובאמת מלבד מה שהקשינו לעיל על דברי הש"ש, אין דבריו מספיקים בזה, דהלא במס' עירובין ד' ל"ה אמרינן דתרי ותרי בשאר איסורין הוי פסיקא דאורייתא, דאמרינן שם רבה ורב יוסף דאמרי תרווייהו הכא בשתי כתי עדים אחת אומרת מבעוד יום נטמאה ואחת אומרת משחשיכה, ופירש"י ותוס' דר"מ סובר דכיון דאיכא כת דמפקע ליה מחזקי' בספיקא דאורייתא לא אזלינן בתר חזקה עכ"ל והתם הלא לא בעינן הגדה לפני ב"ד באיסורין, אף היכא דבעינן שני עדים כשרים לשיטת הסוברים דבאיתחזק איסורא ע"א אינו נאמן, לא בעינן דיני הגדה בב"ד כמו שנבאר לעיל בשע"ו, ומ"מ אמרינן דתו"ת הוי ספיקא: והנה מלבד כל זה קשה על עיקר הכלל דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, מהא דתנן במס' כריתות פ"ג מ"א ע"א אומר אכל וע"א אומר לא אכל מביא אשם תלוי, וקושיא זו כתובה בש"ך יוד סי' קכ"ז ס"ק י"ד, וכן הוכיח מזה בס' מח"א ובתוס' רע"א ז"ל למשניות במס' כריתות, וכן הוכיח מפ"ה מ"ט דמס' טהרות בע"א אומר נטמא וע"א אומר לא נטמא דברה"ר טהור וברה"י טמא יעו"ש.

ולכן ה"י נראה לי לומר היפוך מדברי הש"ש דהא דאמרינן במס' קדושין דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, הוא דוקא בע"א בקידושין שנלמד מע"א בממון, דהתם אין דין נאמנות לע"א רק כח חצי לענין הצטרפות עם עד שני, אלא לענין זה מהני עדות ע"א, דהיכא דשייכא שבועה חייבה תורה לנתבע להכחיש את העד ע"י שבועה, והיכא דלא שייך שבועה כגון בקדושין סגיא בהכחשה גרידא כמו שפירש"י שם, וכן סגיא בהכחשת עד אחר, כמו שהגיה הב"ח שם בפירש"י, היינו דכל דין בפועל הראוי להיות עפ"י ע"א הוא רק כ"ז שלא נכחש העד, אבל אם נכחש ע"י הבע"ד או ע"י עד אחר, דברי העד הראשון אינם מועילים כלום לשום דין בפועל עד שיצטרף עמו עד שני, וכ"ז הוא רק בממון ובדבר שבערוה, אבל באיסורים שנאמן ע"א נאמנות גמורה להחזיק איסור ולקבוע האיסור עד שאח"כ לוקין את העובר עלי' מאיזה טעם יתבטל עדותו ע"י הכחשת עד אחר, ומה הבל בזה בין כת אחת המכחישים זא"ז לבין שתי כתי עדים המכחישים זא"ז, וכיון דלא מצינו בגמ' האי כללא דע"א בהכחשה הוי כמאן דליתא רק בקדושין למ"ד חוששין לקידושין, ובאיסורים מצינו משניות מפורשות דמשמע בפשטות דע"א בהכחשה הוי ספק כמו שתי כתי עדים, ראוי לומר דבאיסורים לא אמרינן האי כללא דע"א בהכחשה לאו כלום הוא, אלא דהוי ספק כמו בתו"ת, ויש להקשות לפי"ז למה מוקמי רבה ורב יוסף התם בעירוב דוקא בתרי כתי עדים ולא מוקי באחד אומר מבעוד יום נטמאה ואחד אומר משחשיכה, ואפשר לומר דרק בתו"ת אמרינן דשאני ספק זה מכל ספק דעלמא, דבכל ספק מוקמינן אחזקה דמעיקרא וספק הבא ע"י עדים איכא למ"ד דהוי ספיקא דאורייתא ולכו"ע הוי ספיקא דרבנן, דאי אפשר לפסוק דין ודאי נגד עדים מדרבנן או גם מה"ת, אבל בהכחשת ע"א נגד ע"א לכו"ע הוי ספק זה כשאר

ספיקות, ולשיטת הראשונים דסברי דע"א אינו נאמן היכא דאיתחזק היתירא או איסורא, יש מקום לומר בטעמא דמילתא דשאני לענין זה הכחשת עד נגד עד מהכחשת תרי כתי עדים, דאף אם נחליט דע"א נאמן היכא שהדבר בספק ואף שאם לא הי' מעיד הי' ראוי להיות להעמיד על חזקה הראשונה, אבל כיון שכל תורת הדין להעמיד על חזקה ראשונה הוא רק אם הדין בספק ומכיון שהעד מברר את הספק ממילא אין מקום להעמיד על חזקה ראשונה כמו שנתבאר ענין זה בשע"ו, אבל כ"ז אם ע"י העד בטל הספק, אבל בכה"ג שמכחישים זא"ז ונשאר דין ספק, אין כח עדות של ע"א לעכב שלא נעמיד על חזקה ראשונה, אבל שני עדים שאין שום גבול לכח הנאמנות שלהם, הם מעכבים את דין החזקה, ורק כל דין המוכרח לצאת ע"י שני כתי עדים היינו דין ספק, אבל לאיזה דין מכריע כמו חזקה וכדומה סובר מ"ד דמדאורייתא אין דין מכריע, ולדין הוא מדרבנן, אמנם לשיטת הראשונים דסברי דע"א נאמן גם באתחזק צ"ל בפשטות דדוקא בתו"ת שהספק אלים כ"כ שרחוק במציאות אפשרות שיתבטל צד אחד דתרי כמאה אם לא ע"י הזמה היכא דשייכא הזמה סובר מ"ד שבספק כזה לא אמרה תורה להכריע את הספק ע"י דין חזקה, אבל בעד נגד עד שאפשר שיתבטל צד אחד ע"י הצטרפות עוד אחד, שוה ספק זה לכל הספיקות דאמרינן העמד על חזקה הראשונה, כנלענ"ד בענין ה' אבל ברמ"א יו"ד סי' קכ"ז הובא י"א והש"ך נקט להלכה כן דגם בע"א באיסורים נא' כלל זה דע"א בהכחשה לאו כלום הוא אבל עכ"פ מש"כ הש"ש להיפוך דבממון לא אמרינן ע"א בהכחשה לאו כלום הוא, ודוקא באיסורים אמרינן ע"א בהכחשה לאו כלום הוא, לענ"ד הוא תמוה מסוגית הש"ס דקדושין הנ"ל, דשם כל עיקר הדין נובע מדין ע"א בממון.

כמש"כ רש"י שם: פרק ג תניא בתוספתא הביאה הרי"ף בפ' מי שאחזו ראווה שנים שנתיחדה עמו צריכה גט שני, אחד אינה צריכה גט שני, אחד בשחרית ואחד בין הערבים זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפים, וכתב הר"ן בזה וז"ל אחד אי"צ גט שני שאפילו קדש ממש בפני' אין חוששין לקדושין שאין דבר שבערוה פחות משנים, כדאיתא פ' האומר בקדושין: זה הי' מעשה ואמרו אין מצטרפין, דאע"ג דלגבי ממון קיי"ל בפ' זה בורר דהלואה אחר הלואה מצטרפין לגבי אישות דשייך בהו דיני נפשות בבת אחת בעיא להו, עכ"ל.

ודברי הר"ן צריכים ביאור, וכבר תמה בזה הגרע"א ז"ל בספר תשו' רע"א סי' רכב אות י"ח, דהלא כיון דכל קדושי בפ"ע שנעשו בפני ע"א לא תפסו כלום, ומה יועיל בזה ענין צירוף דבהלואה אחר הלואה לענין בירור בי"ד, דהלואה מחייבת גם בלא עדים שייך צירוף, דעכ"פ איכא בירור בבי"ד שנתחייב, וכן הכא בקדושין אם הי' ע"א מעיד שנתקדשה שחרית בפני שני עדים, ועד שני מעיד שנתקדשה ערבית בפני שני עדים, יש לדון אם מהני צירוף, אבל בכה"ג שנתיחדה שחרית בפני ע"א וערבית בפני ע"א, דכל מעשה בפ"ע לא הועילה כלום, מה יועיל בזה דין צירוף, עיי"ש דמסיק בצע"ג, והנה עפ"י מה שבארנו דעדים המועילים לקיום הדבר בקדושין דומים לגמרי לעדים המועילים לקיום הדבר בממון אצל בי"ד, נלענ"ד דכמו דמהני צירוף אצל בי"ד ע"י שני עדים מיוחדים אף אם לא העידו ביחד, ואף אם העידו על קרקע וכדומה, שבפועל לא הועיל בעדותו כלום עד הראשון כ"ז שלא בא עד השני, מ"מ אח"כ מצרפינן כח הדין

של שני עדים, ובע"כ עלינו לומר דאף שלא הועיל לשום דין בפועל, אבל בכח נעשה ע"י עד הראשון חצי קיום הדבר, ומשו"ה אם נתחדש אח"כ עוד חצי קיום: נשלם דין עדות לקיום הדבר, כ"כ יש לדון במקדש בפני ע"א בשחרית ובפני ע"א ערבית, אף למ"ד מקדש בפני ע"א אין חוששין לקדושין, היינו דלא חל שום דין איסור בפועל, כמו בממון היכא דלא שייכא שבועה, אבל מ"מ חצי קיום הדבר נעשה עפ"י ע"א, ואח"כ שקדש עוד מפני ע"א נגמר קיום הדבר, דענין מה שהדריכה תורה לקדושין עדים, אין העדים חלק והצטרפות אל עצם מעשה הקנין כמו הכסף ושטר, אלא המעשה היא מעשה שלמה וסבה הראוי' להועיל לחלות הקדושין, אלא שאמרה תורה שלא יחול חלות הקדושין בלא עדים, ומשו"ה בנידון כזה שנעשה שני מעשים של קדושין שכל אחת היא סבה שלמה לקדושין, ומה שחסר בזה עדים כיון דלכל מעשה הי' עד אחד ובהצטרפות הרי איכא כאן שני עדים, ומשו"ה לולא שכתב הר"ן דענין קדושין שייך לנפשות, הי' מועיל בזה דין צירוף עדות, עוד י"ל דאף אם נאמר דלמ"ד אין חוששין במקדש בע"א, לא חל עכשיו כלום, מ"מ כשנתוסף עוד ע"א ע"י מעשה השני' אז חלין הקדושין, משום דעיקר המעשים היו בלי חסרון כלום רק שהי' חסר עדים לקיום הדבר, משו"ה אם מתחדש אח"כ עדים, חל הדין מכאן ולהבא, ואין לדמות זה לשאר ענינים אם עשה קנין עכשיו ולא חייל השתא דלא חייל גם אחר זמן, כמו דמוכח מהא דשנינו באומר פירות ערוגה זו תרומה על מחוברים לא אמר כלום ולא חייל גם לאחר שיתלשו, ודוקא אם אמר בפירוש לכשיתלשו דבריו קיימים, כן הוכיח הריטב"א בחי' לגיטין ד' מ"ה שכ"כ למ"ד אדם מקנה דשלב"ל מהני דוקא אם אמר שדה זו לכשאקחנה תהא קנוי' לך, אבל אם אמר שדה זו קנוי' לך לא מהני אף אם קנה אח"כ, דהתם אם מקנה סתם שאין בכח המעשה להועיל עכשיו כלום, הרי דבריו דברים בטלים שהמעשה שעשה לקרות שם תרומה על פירות מחוברים הוא חסרון בעיקר סבת המעשה, אבל בקדושין שמקדש בלא עדים אין כאן שום חסרון בעיקר המעשה, אלא שלענין חלות הקדושין הצריכה תורה דבר נוסף חוץ ממעשה הקדושין שיהיו עדים הרואים את המעשה, משו"ה אם גם לא חלו הקדושין מחמת חסרון דין עדות יחולו הקדושין גם אח"כ אם יהי' הצטרפות העדים, אף שהמקדש והמתקדשת כוונו שיחולו הקדושין עכשיו, וכ"כ אין בכה"ג לדון משום כלתה קנינו כמו במקדש לאחר ל', דהכא נגמרה המעשה עכשיו וראוי' להועיל לחלות הקדושין עכשיו, וכמו כן מועלת על להבא, כמו כל מעשה של קדושין שמועילות עכשיו וגם אחר זמן לעולם, אבל בשדה זו לכשאקחנה ובפירות לכשיתלשו עיקר הכח יתחדש אח"כ ע"י קניית השדה ותלישת הפירות, משו"ה צריך בעל המעשה לומר עכשיו בפירוש שעושה מעשה ע"י כח שעתידי לבוא, ובקצרה הכלל בזה, אם מניעת גמר החלות עכשיו הוא מצד הבעלים או מצד חסרון בחפץ, ואח"כ יתוקן חסרון זה, אז צריך העושה להתנות בפירוש שעושה מעשה שיחול אח"כ לכשיתוקן הענין, אבל אם מניעת חלות הקנין הוא מחמת חסרון איזו השלמה הצריכה לחלות הקנין, אז אם אמר שיחול עכשיו מהני אח"כ כשיושלם ההשלמה הצריכה לחלות הדבר, וקצת ראי' לזה מדברי תוס' כתובות ד' ט' ד"ה ומי אמר ר"א וז"ל, וי"ל דס"ל למקשן דאין דבר שבערוה פחות משנים ואפי' ראה אדם שזנתה אשתו רק שלא הי' עדים לא היתה נאסרת עליו וכו' אבל מהא דאמר ר"א דנאמן בלא עדים לומר שמצא פ"פ פריך שפיר.

עכ"ל.

ומלשון התוס' מוכח שאם הי' מביא עדים שהי' פ"פ, הי' ניהא, ולכאורה מה מהני עדים על מציאת פ"פ אם לא הי' עדים בשעת הזנות, ועי' בחי' הגרע"א ז"ל בס' דרוש וחדוש למס' כתובות ד' ב' שהוכיח מזה למש"כ הב"ש בס"מ"ב בראיית עדים מיד אחר הנתניה את הטבעת בידה. יעו"ש, ולפי"ז מוכח דמהני אם גם לא הי' עדים בשעת מעשה ואח"כ נתחדשו עדים, ומכש"כ בכה"ג במקדש שחרית בפני ע"א ובערבית בפני ע"א שכל מעשה נעשה בפני ע"א אם הי' הדין דמצרפים עדים, שכל מעשה ומעשה בהצטרפות היתה עפ"י עדים דליכא חסרון כלום, ומשו"ה החליט הר"ן מטעמו של דבר דלא מהני הוא משום דלגבי אישות דשייך בדיני נפשות בעינן שני עדים בבת אחת.

כנלענ"ד בזה: והנה מה דמסיק הר"ן דלגבי אישות דשייך בדיני נפשות ליכא צירוף עדות, לא נתבאר בדבריו אם הוא כלל בכל דיני אישות בין לקיום הדבר ובין לבירור, אם ענין האישות מישך שייך לדיני נפשות כדיני נפשות דמיא אף אם עכשיו אינו נוגע לנפשות, ובתשו' רע"א ז"ל סי' צ"ד מביא תשו' הרא"ם (ח"א סי' כ"ו) שכ' בשם תשו' הרשב"א לענין דרישה וחקירה דאפ"ל לר"ע דמצריך בעדי נשים דו"ה, היינו דוקא כשבאים להתירה כדאמרינן כיון דשרי אשת איש לעלמא כנפשות דמי, אבל בעדי קדושין אע"ג דע"י עדותן מביאים את כל הבא עלי' תחת בעלה בחיוב מיתה השתא מיהו לאו בנפשות מסהדי.

עכ"ל.

ולכאורה דברי הר"ן שכ' לגבי קדושין דשייך לנפשות הם שלא כדברי הרשב"א הנ"ל, ולפלא בעיני מה שלא העיר כלום הגרע"א ז"ל בזה שבתשו' זו הזכיר דברי הר"ן הנ"ל ובענין זה לא הביא שיטתו, והנה מש"כ שם לבאר דברי תוס' והרא"ש פ"ק דמכות, דהתוס' שם בד"ה שמואל אומר הלכה כר"י (דאומר בד"א בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר) הקשו בזה"ל קשה האיך מצינו ידנו ורגלינו כשנותנים גט שיש במעמד קרובים, והי' לנו לומר דעדות הכשרים בטל, והאי דומיא דדיני נפשות דשרינן אשת איש שיש בה מיתת בי"ד וטעם דפרישית לעיל גבי עדות נפשות שייך נמי בגט, עכ"ל.

והרא"ש שם הוסיף להקשות גם מקדושין שנעשים בפומבי במעמד קרובים, וכתב ע"ז הגרע"א ז"ל משום דבתוס' הקשו דהוי כנפשות מתרי טעמי' הא', מסברא כיון דנוגע לנפשות, והב', דשייך בי' הדרשה שלשה דומיא דשנים, דמה שנים נמצא אחד מהם קו"פ וכו' דדוקא בממון דשנים גופא ג"כ אינו בטל לגמרי, דע"א קם לשבועה, משא"כ בגיטין, משו"ה נקטו בדבריהם רק גיטין, דאילו בקדושין ליכא למיפרך מטעמא קמא, דקדושין לא דמי לנפשות בזה דלא מיקרי בא לידי נפשות, וכדדייקו בלשונם דשריא א"א דיש בה מיתת בי"ד, וכסברת הרשב"א הנ"ל, והרא"ש ז"ל דהזכיר הקושיא בקוצר האיך מצינו ידנו ורגלינו בקדושין וגיטין, י"ל דהיינו מכח הסברא השני' של התוס' הנ"ל דשייך בזה להקיש שלשה לשנים, דזה שייך גם בקדושין דמקדש בע"א אין חוששין לקדושין, יעו"ש מה שנוגע להלכה שם, ולענ"ד יש לדון בזה לדידן דקיי"ל דמהני עדי צירוף בממון ודשב"ע כממון דמי, אם נימא דקדושין הוי כדיני נפשות הי'

ראוי להיות הדין בנתקדשה שחרית בפני ע"א וערבית בפני ע"א, דיהני לחול הקדושין ע"י צירוף, וכמש"כ הר"ן, ולפי"ז ליכא להקיש ג' לב', דגם בשנים אם הי' אחד קרוב לא בטל לגמרי העד השני ומהני לענין צירוף, ומש"כ בתוס' הטע' מה שבממון ע"א קם לשבועה, ולא כתבו כדברינו דמהני לענין צירוף חדא דדבריהם אזלי אליבא דר"י, ואולי ר"י לא ס"ל כריב"ק דמהני צירוף, ועוד נלענ"ד דמה דנקטו בדבריהם ענין שבועה הוא רק להוכיח דבממון העדות מתקיימת בפירוד, שכל אחד פועל כפי חלקו, דאל"כ קשה לדבריהם דהלא ר"י אומר בד"א בדיני נפשות אבל בדיני ממונות תתקיים העדות בשאר, ומוכח דגם בעדות של קרקעות דליכא שבועה, ג"כ תתקיים העדות בשאר אלא ודאי ענין השבועה שכתבו הוא רק גלוי הענין, ובאמת גם בקרקעות דליכא שבועה תתקיים העדות בשאר וכמש"כ, ולדברינו צ"ל דמש"כ בתוס' דבגיטין שייך ההיקש ג' לב', דבשנים אם אחד קרוב בטל גם עדות השני לגמרי, הוא עפ"י הלכה דנקטו דלא מהני אם נתגרשה בפע"א אף לענין צירוף, מאיזה טעם שיהי', אף דלפי מש"כ דברי הר"ן עולים הכל לטעם אחד משום דשייך לנפשות, אבל כיון דעכ"פ לא מהני צירוף וע"א לאו כלום הוא, ממילא שייך להקיש ג' לב', ולפי"ז גם התוס' והרא"ש אזלי בשיטת הר"ן, ודלא כהרשב"א הנ"ל: אמנם נלענ"ד די"ל דאין סתירה מדברי הרשב"א לדברי הר"ן, הרא"ש והתוס', דהנה בפשטות קשה לומר דמה שאפשר להתגולל שיהי' נוגע לנפשות יהי' דין זה כנפשות, והרי בעדות ע"א על חתיכה של חלב אף שנוגע לנפשות אם יאכל אדם אח"כ ילקה, כמו שכ' הרמב"ם ז"ל עפ"י הירושלמי דהאיסור בע"א יוחזק, אלא נ"ל דגם הר"ן, הרא"ש והתוס' יסברו דלענין בירור הדבר לפני בי"ד לא דמי קדושין לדיני נפשות דהשתא מיהו לאו בנפשות קא מסהדי, אבל לענין קיום הדבר של קדושין, י"ל דגם חיוב מיתה שחייבה תורה לאשת איש שזנתה, בא ע"י חלות הקדושין וכשחלו הקדושין, שייך חלות זה לדינינפשות, ולא שייך לומר שיחולו הקדושין רק לאיסור גרידא דאין קדושין לחצאים, ולפי"ז יהי' חלוק דין קדושין מגיטין רק לענין בירור אצל בי"ד, דבגיטין שחשיב כדיני נפשות מה שמתירים א"א לעלמא, זה שייך בין בשעת חלות הגט ובין בשעת בירור הנאמנות, וכדאמרינן לענין חקירה ודרישה דסוף מס' יבמות, אבל בקדושין שאני ענין בירור לפני בי"ד מעיקר חלות הקדושין, ולפי"ז דברי הרשב"א ז"ל אמורים לענין בירור הקדושין, ודברי התוס' והרא"ש שכתבו לענין חלות גיטין וקדושין, אינם שייכים זל"ז, וכן מש"כ הר"ן לענין צירוף עדות י"ל שזה דוקא בשעת חלות הקדושין, אבל לענין בירור לפני בי"ד אם יאמר ע"א שנתקדשה בפני שנים שחרית וע"א אומר שנתקדשה בפני שנים ערבית, יהני צירוף עדים להחזיקה באשת איש דהשתא לאו בנפשות קא מסהדי: והנה לכאורה לפי"ז קשה ממ"ד דמקדש בע"א חוששין לקדושין משום דמשה ענין זה לקיום הדבר לפני בי"ד בממון שפועל כ"א לפי חלקו, דהרי קדושין הוי לענין עדות לקיום הדבר כנפשות, ובנפשות שני העדים פועלים ביחד וכ"א בפ"ע אינו מועיל כלום כמש"כ בפרקים הקודמים, אבל לאחר העיון לק"מ דשני ענינים הם, דאף שכ"א פועל לפי חלקו יש בזה עוד ענין צירוף, כל' דע"א בממון מלבד מה שהועיל בעצמו, עוד יש בכח עדותו לענין הצטרפות, שע"י כח העדות של כ"א יחודש דין חדש כשיצטרפו העדות ביחד, ומשו"ה י"ל דאף שכ"א מועיל לפי חלקו, מ"מ כשהם שנים ביחד יש בכח עדות של כ"א להועיל



גם לדין הנוסף ע"י צירוף שיחולו קדושין גמורים, ואם הי' ע"א בפ"ע, תועיל בעדותו רק לפי חלקו, ולמ"ד חוששין לקדושין נתחדש ע"י קדושין אלו קצת איסור אשת איש אבל ענין השני שיחולו קדושין גמורים ע"י הצטרפות עוד ע"א ליכא בזה, דלענין קדושין גמורים דדמיא לנפשות לא מהני עדי צירוף: ועפ"י מה שבארנו לשיטת הר"ן יתורץ מה שהעיר הגרע"א זצ"ל בס' תשו' רע"א סי' רכ"ב אות י"א מה דלא נזכר בגמ' ובפוסקים הראשונים רק מקדש בע"א ולא מגרש יעו"ש.

ולשיטת הר"ן החילוק בין קדושין לגירושין הוא מורגש, דלענין קדושין מה שהועיל ע"א לפי חלקו שיחולו קצת קדושין להאסר אכו"ע, אין דין זה נוגע לנפשות, דהרי ע"י איסור זה לא יהי' עונש מלקות או מיתה, ואם יקדש פעם שני לפני ע"א לא יהני צירוף שיחולו קדושין גמורים ע"י שני עדים מיוחדים, וסובר מ"ד דחוששין לקדושין מה שחל עפ"י ע"א, אבל בגירושין אם יהי' איזה חלות עפ"י ע"א לגרע קצת מדין האישות, יופקע דין מיתה דרק על א"א גמורה חייבים מיתה, וענין התרת דאם מיתה הוא שייך לדיני נפשות, כמש"כ התוס' והרא"ש בפ"ק דמכות, ומשו"ה י"ל, דלענין גירושין ליכא למ"ד שיהי' חשש גירושין עפ"י ע"א.

אח"כ ראיתי שהט"ז והב"ש בס' קל"ג ג"כ הזכירו ענין זה דלמ"ד מקדש בע"א חוששין לקדושין, כ"כ חג ב לפני ע"א, וכן כתב הב"ש לדון לענין הצטרפות אם גרש שחרית בפני ע"א וערבית בפני ע"א שיהני כמו דקיי"ל בדיני ממונות דמהני צירוף, ועיי"ש דתמה על הר"ן שכ' בטעמא דמילתא דלא מהני בקידושין עדי צירוף משום דשייך לנפשות, ונקט לעיקר מה שכ' הב"י בטעמא דמילתא דלא מהני צירוף, משום דלא כיון לקדושין ודרך השטאה הוא, ואנכי לא אבין ענין זה מ"ש לענין השטאה קדושין מגרושין, מאין פשוט לי דבגירושין לא שייך השטאה אם לא משום דטרח לכתוב שטרא, אבל אתפלא איך אפשר לדחות דברי הר"ן בסברות קלושות, ובפרט שלפי מש"כ סוברין כן גם התוס' והרא"ש בפ"ק דמכות: וראוי לבאר עפ"י שיטת הראשונים הנ"ל דגו"ק דמיא לנפשות לענין קיום הדבר, למה לנו ללמוד דבר דבר מממון שצריך שני עדים לענין קיום הדבר בקדושין, הלא לענין נפשות בודאי צריך עדים, ובס' נתיבות המשפט בס' ל"ו העיר מזה ולא מצאתי בדבריו תשובה מספקת, ונלענ"ד שהענין בזה שחדוש זה שעדים מקיימים הדבר ומחדשים דין חדש לא למדנו רק מקרא האמור בדיני ממונות עפ"י שנים עדים יקום דבר, שבדיני נפשות כתיב רק עפ"י שנים עדים יומת המת, ומשו"ה אי לאו גז"ש דבר דבר מממון לא הי' לנו לומר שיוצרך בשעת עשיית הקדושין עדים לקיום הקדושין, דאף שנוגע לנפשות, אבל לא מצינו בנפשות שיועילו לקיום הדבר, דהורג נפש בלא עדים ג"כ חייב מיתה, ורק להרוג נפש בבי"ד צריך עדים לברור, אבל עכשיו דילפינן מקרא דכל קיום ענין חדש מתחדש ע"י עדים היכא שקיום הדבר נוגע לאחרים, ובעינן עדים לקיום חלות הקדושין, וכיון שקיומו של דבר של קדושין נוגע גם לנפשות יש לנו לומר שסוג העדים שבעינן לקדושין לא סגי לן בעדים שמועילים לברר בבי"ד בדיני ממונות, אלא בעינן סוג עדים שיכולים להעיד בדיני נפשות, ומה"ט אם העדים העומדים בשעת קדושין לא יהי' להם תורת נאמנות אח"כ לענין נפשות, מחמת שנמצא ביניהם קרוב או פסול, או מחמת שלא ראו כאחד, לא חלין הקדושין כלל, שלחלות הקדושין צריכים עדים על כל מה שהקדושין מחדשים והוא

בכלל האמור בתורה יקום דבר, דגם אם יתחדש דבר לענין נפשות צריך ללמוד מממון לענין קיומו של דבר: אבל עדיין קשה הא דשקיל וטרי במס' יבמות ד' פ"ח לענין ע"א בעדות אשה אם נאמן דמי לע"א באיסורים, ופריך בגמ' משום דאיתחזק איסורא דאשת איש והוי דבר שבערוה, הלא היתר א"א דינו כנפשות ואיך אפשר להעיד ע"א בנפשות, וכן העיר בזה חכם אחד למה נאמן ע"א להתיר ספק חלב ולא אמרינן התרת חלב הוי נפשות, ומ"ש הסרת עונש מלקות מהתרת עונש מיתה, וכן לענין היתר שבת ועכו"ם החמורים סמכינן לענין היתר עפ"י ע"א, ונראה לענ"ד דגם לענין היתר אשת איש עיקר הענין בזה הוא ענין של איסורים ולא של נפשות, ואם הי' לעיקר הענין סגי בע"א כדס"ד דגמ' ביבמות הנ"ל, לא הי' איכפת לן מה שע"ז יותר איסור של א"א שעונשו במיתה, ורק לפי מה דמסיק הגמ' שהוא דבר שבערוה וילפינן דבר דבר מממון דכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר, היינו שהעדים מקיימים ומחדשים דין ע"י בי"ד להתיר את איסור אשת איש, שבזה כלול בטול ופטור מעונש מיתה, ע"ז אמרינן דעדים אלה צריכים להיות מסוג עדות המועילים גם לדיני נפשות, אבל אם הי' ענין זה כאיסורים דלא צריך בזה קיום הדבר לפני בי"ד וצריך רק בירור האמת, וכיון שלענין זה האמינה תורה ע"א, לא איכפת לן מה שמתירים איסור שיש עליו עונש מלקות או מיתה, אבל אם בעיני עדים לקיום הדבר לפני בי"ד והבי"ד מחדשים דין היתר אשת איש, שכרוך בזה פטור של מיתה, שהבי"ד מתירים להאשה להנשא בכה"ג אמרינן דדמיא לנפשות, ומ"מ גם בענין זה מחלק הרשב"א ז"ל דין גרושין מקדושין, דלענין בירור הדבר בבי"ד לענין קדושין שבי"ד עושים דין לאסור על האשה, היינו שלא תנשא ולא תעבור על איסור, אמרינן השתא לאו בנפשות קא מסהדי, ורק אם יעבור ויעשה היפוך הוראת בי"ד יבוא לדיני נפשות, אבל בגירושין שבי"ד מתירים להנשא והיא עושה עפ"י בי"ד ומיפטרה מעונש מיתה הוי כנפשות, שהעדים צריכים להיות מסוג עדים של נפשות, שהם מקיימי הדבר, גם מה שכרוך בזה ענין של נפשות, אבל כ"ז הוא רק אם בעיקר הדבר צריך עדים המקיימים, אבל אם הי' סגי לן בע"א שהוא רק בירור האמת ולא בעיני דין עדים ממש, לא איכפת לן כלל מה שיש בזה ענין נגיעה להיתר נפשות.

אח"ז ראיתי בתשו' נוב"י מ"ק סי' ע"ב בסתירת היתר הג' שכ' להוכיח להיפוך דרך לענין קדושין סברי הר"ן והרשב"א דלא מהני עדי צירוף, כיון שנוגע לנפשות, שאם נאמין שנתקדשה שוב הבא עלי' מעתה במיתה, אבל בגירושין שהוא היתר אינו שייך לנפשות, ודבריו תמוהים מאד, דהרי התוס' והרא"ש כתבו להדיא דעדי גיטין הוי כעדים לנפשות, והרי הרשב"א עצמו כתב להיפוך הבאנו לעיל דבריו ומה שכתב להוכיח מדברי הירושלמי אינו מוכרח, דזה לשון הירושלמי פ"ק דסוטה ה"א נסתרה בע"א בשחרית ובע"א בין הערבים ייבא כהדא, נתיחדה עמו בפני שנים צריכה הימנו גט שני באחד אינה צריכה הימנו גט שני, באחד בשחרית ובאחד בין הערבים זה הי' מעשה ושאל ר' לעזר בן תדאי את החכמים ואמרו אין זה יחוד, קנא לה בע"א שחרית ובע"א בין הערבים מאחד שהוא איש והיא אשה אין קנוי קנוי ייבא כהדא אין מקבלים עדים אא"כ ראו שניהם כאחת, ר' יהושע בן קרחה אומר ואפילו באו בזה אחר זה עכ"ל.

ומשמעות הירושלמי מתפרשת שכל השקלא וטריא בזה הוא לענין קיום הדבר, כמו בנתיחדה לענין הצרכת גט, ולפי"ז צריך לומר דבסתירה אחר קנוי דלר' יהושע צריך

שני עדים על הסתירה סובר הירושלמי דבלא עדים אינה נאסרת, וכן משמע דלענין סתירה פשיט ל'י דאף דלריב"ק דס"ל דמהני בממון עדי צירוף, לא מהני הצטרפות עדים לענין סתירה כמו דלא מהני לענין יחוד לחוש לקידושין, ורק לענין קנוי מספקא ל'י, ולפי הגירסא שלפנינו מסיק דלריב"ק מהני עדי צירוף, ולגירסת הב"י בח"מ סי' ל' דגריס או ייבא כהדא אסיק הירושלמי דין זה בספק, ומפרש הב"י דאו ייבא כהדא קאי על כל הענין דגם לענין סתירה מספקא ל'י, ורק בקדושין עכ"פ תניא בתוספתא דלא מהני עדי צירוף, ומפרש הב"י דזהו יסוד הספק דאפשר דבקדושין הוי הטעם דלא כווננו לקדושין, יעו"ש, דכל זה כתב שלא כדברי הר"ן וסובר דהמרדכי שכ' דלענין עדי כיעור מהני עדי צירוף הוא חולק על הר"ן, ועפ"י מש"כ לעיל דדברי הר"ן אמורים רק לענין קיום הדבר, ולענין בירור אצל בי"ד אפשר דסובר כהרשב"א דמהני עדות שמועילים לענין ממון, עלינו לפרש עפ"י שיטת הר"ן דכל האמור בדברי הירושלמי הוא ג"כ לענין קיום הדבר כמו בנתיחדה לענין קדושין: והנה לכאורה הוא קשה לומר דבלא עדים לא תאסר אם נסתרה אחר קנוי, ומה חלוק זנות מן סתירה, דהלא לכו"ע אם זנתה בלא עדים נאסרת, ונראה לענ"ד לומר בזה על פי מה שכתב בתוספת קדושין ד' ס"ו לחלק בין קדושין לזנות, וז"ל תימה והא אמרת המקדש בע"א אין חוששין לקדושיו דאין דבר שבערוה פחות משנים, וי"ל דהתם אפשר כיון דלא קדשה בפני עדים המעות מתנה, אבל הכא הביאה אוסרת בין בעדים ובין שלא בעדים ואין אנו צריכים אלא שידע הבעל האמת.

עכ"ל, ודבריהם סתומים קצת, ופשטות דבריהם מורים שבדבר שתלוי במחשבת העושה, אם חשב וכוון לכך או לכך, בכה"ג אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר אבל במעשה שאינה תלוי במחשבה אי"צ עדים, ולפי"ז בענין סתירה שעשתה תורה ספק כודאי משום רגלים לדבר מחמת שנסתרה אחר קנוי, יש לדמות קצת לקדושין ולא לזנות, כיון דעצם הסתירה לחוד אינה אוסרת, אלא מחמת שהיא הולכת ברצון להסתר שזה מוכיח על התרצות לזנות, ובזה אמרה תורה לחדש איסור חדש, היינו שגם אם קמי שמיא גליא שלא זנתה, היא נאסרת מחמת הסתירה, בזה י"ל שהעדים מועילים בזה לקיום הדבר לחלות האיסור כמו בקדושין: אח"ז הראה לי חכם אחד דברי הגרע"א ז"ל בתוס' רע"א במס' סוטה פ"ק אות א' עמ"ש הרע"ב בדברי ר' אליעזר שאומר מקנא לה עפ"י שנים ומשקה עפ"י ע"א או עפ"י עצמו בזה"ל, אפי' אין עדים שנסתרה אלא ע"א או הוא עצמו אומר ראיתי שנסתרה אחר שקנאתי לה, נאסרת בסתירה זו עד שתשתה, שסתירתה אוסרתה עליו מספק, כתב ע"ז הגרע"א ז"ל וז"ל, וכן לשון רש"י ז"ל, ומשמע לכאורה דלר"י אינה נאסרת עפ"י ע"א או עפ"י עצמו, אבל ברמב"ם פכ"ד מה' אישות ופ"א מה' סוטה כתב דעפ"י עצמו אסורה עליו ואינה שותה, וכמש"כ התוי"ט ד"ה רי"א, עכ"ל, וכן פסק הטוש"ע סי' קע"ח סעי' ח', ולכאורה מפורש להלכה דסתירה אוסרת כזנות בלא עדים, ולפי זה הי' מוכרח לפרש דברי הירושלמי שהוכיח מעדי קדושין דלא מהני צירוף לעדי סתירה, דהכל תלוי בנאמנות לענין בירור, דכיון דלא מהני בקדושין ע"י עדי צירוף לענין קיום הדבר, מוכח דלא מהני עדי צירוף לענין בירור, דאם הי' מועיל לענין בירור בבי"ד הי' מועיל גם לקיום הדבר לקדושין, ומדמה עדי קדושין לענין בירור בבי"ד לעדי סתירה לענין בירור, אבל כ"ז דחוק: ונראה לענ"ד דיש לומר דאפילו

למה דפסק הרמב"ם דאם ראה הבעל שנסתרה אחר הקנוי דאסורה עליו, אפי"ה אם לא ראה לא חל האיסור, ובכה"ג מועילים העדים לקיום הדבר, דהנה זה ודאי דעיקר הענין מה דקיי"ל בדבר שבערוה דלא מהני בלא עדים, הוא כדי שיהי' נעשה הדבר באופן שיהי' אח"כ בירור למי שהדבר נוגע אליו, וזהו מה שאמרו בגמ' דבממון מהני קנין בלא עדים, משום שקיום הדבר אינו נוגע לאחרים וקידושין קיום הדבר נוגע לכל העולם, והנה אם יצויר ענין של דבר שבערוה, שכל מי שהי' נוגע הדבר אלי' הי' רואה בעצמו, אז לא הי' צריך לעדים שיעמדו בשעת מעשה, דמה שצריך עדים הוא רק למי שאינו יודע בעצמו, וכעין שאמרו בגמ' לא תהא שמיעה גדולה מראי' והנה בזנות של אשת איש חלות האיסור הוא על הבעל ולכהונה, ולפי"ז י"ל דאף אם נימא דסתירה דומה לקדושין דצריך עדים לקיום הדבר, ובלא עדים אינה נאסרת, הוא רק למי שאינו רואה המעשה, והיכא שהבעל לא ראה הסתירה אז לא חל עליו האיסור, ואף אם יהי' ע"א שראה הסתירה והבעל יסמוך עליו שנאמן לו כשני עדים לא תאסר עליו, אבל אם ראה הבעל סתירה אז לדידי' מהני בלא עדים כיון שרואה בעצמו, ולענין זה אינו דומה סתירה לקדושין, דקדושין אינם חלים לחצאים שאם ראה אחד קדושין שהיו בלא עדים מותרת לו, וכן להמקדש והמתקדשת לו הועילו הקדושין כלום משום דאין קדושין לחצאים, אבל האיסור של סתירה אף שנאמר שצריך עדים לקיום הדבר ולא חל האיסור בלא עדים למי שלא ראה המעשה, אבל מי שראה נאסר בלא עדים דאיסור זה חל לחצאים, ואם ראה כהן הסתירה נאסרה עליו והבעל שלא ראה היא מותרת לו אף אם יאמין אח"כ להרואה, וכן משמע מדברי הרמב"ם בפ' כ"ד מה' אישות, דבה' כ"ג כתב לענין זנות שאם אמר לו אדם שהוא סומך על דבריו יוציא ויתן כתובה, ובה' כ"ה לענין סתירה כתב רק אם ראה הבעל שנסתרה ושהתה כדי טומאה ה"ז אסורה עליו, ובענין זה לא כתב שאם ראה אדם שהוא סומך עליו שתהא אסורה עליו, משום דמעשה הזנות אוסרת גם בלא עדים, ואם אומר לו אח"כ שמהימן לו כתרי נאסרת עליו אבל הסתירה אוסרת רק ע"י עדים אם לא ראה בעצמו.

ואף שכתבנו לעיל דגם בקדושין אם בשעת מעשה לא הי' עדים ואח"כ יתחדשו עדים, יחול הדין משעה שיהי' עדים על הדבר ומ"מ בנידון זה אם הבעל סומך על איש להאמין לו כבי תרי, לא הוי כעדים לגבי הבעל, דענין זה להאמין הוא השערה וסמיכת דעת דמהני לחוש לאיסור, אבל אין זה כעדים שיועיל לחדש איסור חדש: ועפ"י מש"כ יש לפרש דברי הירושלמי עפ"י שיטת הר"ן דסובר בטעמא דמילתא דלא מהני עדי צירוף לקדושין משום דנוגע לנפשות, דהירושלמי סובר דלר"י דס"ל דסתירה בפני שנים לקיום הדבר, וכל היכא דבעינן שני עדים לקיום הדבר אם נוגע הדבר גם לנפשות, לא מהני עדי צירוף ומדמה זה לקדושין דלא מהני עדי צירוף משום דשייך לנפשות, וכ"כ הסתירה שייכת לנפשות, שהסתירה מחייבת דין השקאה, שע"ז אם זנתה יגרמו מים המאררים שתמות, ולולא הסתירה אין הזנות פועל שיועילו מים המאררים.

ועי' בתשו' רעק"א סי' רכ"ב אות י"ח שכ' שאפשר לומר דענין השקאה הוי כדיני נפשות, יעו"ש והנה לפי מש"ש דבסתירה אפשר שתהני לפרטים, לפי"ז י"ל דמה שהחליט הירושלמי דאם נסתרה שחרית בע"א וערבית בע"א לדמות לקדושין דלא מהני צירוף, הוא רק לענין השקאה, אבל לענין שתאסר על בעלה שענין זה אינו נוגע לנפשות

שפיר מהני עדי צירוף, ולר' אליעזר דסובר דמהני סתירה עפ"י ע"א, דלכאורה קשה קצת לומר דגם בזה פליגי, דלר"א השקאה אינו שייך לנפשות, ומנ"ל לחדש פלוגתא חדשה, אבל לפי מש"כ לעיל דרק היכא דבעינן עדים לקיום הדבר אז בעינן סוג עדים המועילים לנפשות, לפי"ז י"ל דגם ר"א מודה בהך סברא דהשקאה נוגע קצת לנפשות, אבל כיון דמדמה סתירה לטומאה, ולא בעינן עדים לקיום הדבר כעצם הזנות, משו"ה לא איכפת לן אם נוגע לנפשות, כיון שעיקר הענין הוא בירור האמת, ולא דין תורת עדות ממש, אבל לר"י דסובר דבעינן דוקא עדים והוי דבר שבערוה שנוגע גם לנפשות, ה"ז דומה לקדושין דלא מהני עדי צירוף, אח"כ מיבעיא לי' לענין קנוי אם מהני צירוף והנה עפ"י הכלל האמור בגמ' דילן דרק היכא אם הענין הנעשה נוגע לאחרים בעינן עדים לקיום הדבר, אבל אם חלות הדין הוא נוגע עכשיו רק לבעלי דברים לחוד, לא הצריכה תורה עדים לקיום הדבר, וילפינן זה מקרא דכי הוא זה דמהני בבי"ד הודאת בע"ד שנעשה קיום הדבר אצל בי"ד ע"י הבע"ד בעצמו, לפי"ז י"ל דקנוי שמתרה אותה שלא תסתר עם פלוני הוא ענין הנעשה בין שניהם לחוד שאינו נוגע לשום אדם, ומשו"ה אי"צ בזה עדים לקיום הדבר, ורק אח"כ צריך בירור לפני בי"ד לידע אמתת הדבר, ואיכא עדי צירוף על הקנוי, בזה ראוי לומר דלריב"ק דמהני בממון עדי צירוף מהני גם הכא לברר על הקנוי ונלענ"ד די"ל דהא דאמר בירושלמי מאחר שהוא איש והיא אשה אין קנויו קנוי, הכונה בזה עפ"י מש"כ שענין זה נוגע רק להם, להמתרה והמותרה, אין קנויו קנוי הוא לשון שאלה אי קנויו קנוי, ייבא כהדא, דריב"ק סובר דמצרפים עדים, והכל מיושב על נכון, בס"ד:והב"י בח"מ סי' ל' כתב שהמרדכי חולק על הר"ן מהא דכתב המרדכי פ"ב דיבמות שפסק לענין עדי כיעור דאם היה שני עדים שראו בזאח"ז מצטרפים לשני עדים כמו בממון, והוכיח ענין זה מן הירושלמי הנ"ל, וכנראה גירסא אחרת הי' לפניו בירושלמי, או דמוכיח מסברא מן הירושלמי מהא דמסיק לענין קנוי, דלפי הלשון דאיתא לפנינו במרדכי קשה קצת מה שאמר וכן משמע בירושלמי, דז"ל וכן משמע בירושלמי פ"ק דסוטה נסתרה בע"א בשחרית ובע"א ערבית זה הי' מעשה ושאל ראב"ת לחכמים אם זה יחוד ואמרו אין מקבלים עדים אא"כ ראו שניהם כאחד, ריב"ק אומר אפילו בראו שניהם זאח"ז, עכ"ל, ולא יתכן שיהי' לפני גירסא כזאת, דהרי המעשה שבא לפני ראב"ת ושאל לחכמים הוא בתוספתא פ"ה דגיטין לענין יחוד אם צריכה הימנו גט שני, ובודאי הוא שבוש מן המדפיסים, רק המרדכי מוכיח מן מסקנת הירושלמי לענין קנוי, ומה"ט כתב רק דכן משמע מהירושלמי, דלפי מה שכתוב לפנינו בדברי המרדכי לא שייך משמעות, דהרי מפורש דמהני עדי צירוף לענין סתירה, אלא נראים הדברים דחסר בזה כל המאמר מטעות הדפוס, ובעיקר הענין מה שהוכיח הב"י דלא כהר"ן לפי מש"כ לעיל אין ראי' שהמרדכי חולק על הר"ן, דהר"ן אמר רק לענין קיום הקדושין, אבל לענין בירור אפשר דסובר נמי כהמרדכי דמהני עדי צירוף וכמש"כ בשם הרשב"א: והנה הב"י הוכיח נגד הר"ן מסוגית הש"ס בפ' השולח ד' ל"ג ע"ב דבאומר לשני עדים לחתום גט ואמר לזה בפ"ע ולזה בפ"ע דמהני לריב"ק לס"ל מצרפים עדות כשלא ראו כאחד, והרי גט דנ"מ לענין נפשות, כיון דלאו למידן דיני נפשות הוא דאתי האי סהדותא מצטרפים.

עכת"ד.

אמנם ענין עדות זה של חתימה בשטרי קנין וגו"ק צריך ביאור, ובנה"מ סי' כ"ח האריך בזה והעלה שכל עיקר עדותן בחתימתם הוא שחתמו בצווי הבעל, ואינם מעידים כלום על עיקר הגירושין, ועדות זה הוי רק כגילוי מילתא וכעדות באיסורים, ומה"ט מהני עד מפי עד כאומר אמרו, ומהני מפי כתבם דאי"צ הגדה בבי"ד ואי"צ עדות שא"י להזימה, יעו"ש, וכן כתב הפנ"י בחי' לגיטין ד' ל"ו בד"ה מפני תקון העולם לתקן שיטת הרמב"ם דעדות שבשטר אינו מה"ת משום מפייהם ולא מפי כתבם, וז"ל בסוף הענין דגט לא מיקרי עדות גמור שנוסח הגט הוא ספור לשון הבעל ולא מהני חתימת עדים אלא שיהא מוכח מתוכו שנכתב בצווי הבעל, ולענ"ד אין דבריהם מספיקים לבאר סתימת ענין זה, ראשונה קשה טובא דאם הי' ענין עדות זו להעיד שחתמו בצווי הבעל, הי' ראוי שיכתבו בפירוש שאנחנו חתמנו בצווי הבעל, או אנחנו שלוחי הבעל לחתום, והם אינם חותמים רק ראובן בן יעקב עד, ונמצא שהעיקר חסר מן הספר, וענין כזה לא נמצא בשום עדות.

עוד קשה טובא מה דמפורש בגמ' דבעדים החתומים על השטר אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול דבטלה כל העדות, דלפי"ד הנה"מ והפנ"י שעדות זו כעין עדות באיסורים היכא דאתחזק איסורא, ושם ליכא דין נמצא קו"פ, וע"כ דבריהם תמוהים בעיני: ונראה לענ"ד בביאור ענין זה דעדים החותמים על השטר הם מעידים שהבעל מגרש את אשתו, דמלשון השטר הנכתב שפב"פ מגרש אשתו ליכא הוכחה, וכשהעדים חותמים על זה הם מעידים שכן הוא אמת כמו שנכתב בשטר, ומקור ידיעת העדים על ענין זה הוא ע"י חתימת עצמם שחותמים על השטר לגמור הוכחת השטר, דלר"מ כשר אף אם מצאו באשפה, ועיקר השטר נעשה ונגמר ע"י חתימת העדים, שע"ז מוכח מן השטר שפב"פ מגרש את אשתו, והבעל גומר את שטר הגט ע"י העדים שהם שלוחי הבעל לעשות הוכחה ניכרת מתוך הכתב על עיקר הגירושין, ולפי"ז באמת העדים מעידים על עיקר הגירושין, רק עדות זו משונה משאר עדות דעלמא, דבכל עדות הם מגידים ומעידים מה שראו או שמעו איזה מקרה ומעשה שהי', ובנידון שטר החתום בעדים על שטר קנין, אינם מעידים כלום על מה שהי' קודם חתימתם, אלא שבחתימתם נגמר הכתב שהם מעידים עליו, דהוא שבזה נגמר הכתב של הבעל שבלא חתימתם לא הי' הוכחה מן הכתב, וע"י חתימתם הם מעידים שפב"פ מגרש את אשתו פב"פ, ונמצא שהחתימה היא העדות שמעידה על עצמה ועל כל האמור בשטר זה: והנה בהא דאמרינן בגמ' בפ' השולח היכא שאמר הבעל לשני עדים לחתום אלא שאמר לזה בפ"ע ולזה בפ"ע, דתלוי בפלוגתא דרבנן וריב"ק, דלרבנן דס"ל אין עדותם מצטרפת עד שיראו שניהם כאחד, לא מהני בכה"ג אם אמר לזה בפ"ע ולזה בפ"ע, ולריב"ק דמהני בממון עדי צירוף, מהני כ"כ בשטר גט אם אמר לזה בפ"ע ולזה בפ"ע, ופשוטות הסוגיא מתפרשת כדברי נה"מ שעיקר העדות מה שמעידים ע"ח שהבעל שלחם לחתום, ומשו"ה לרבנן בעינן שישמעו יחד מפי הבעל ולריב"ק מהני צירוף אבל כד נעייין בזה היטב קשה טובא מה ענין זה לצירוף, דבכל עדי צירוף אין אנו מאמינים שניהם על כל מה שהעידו, דהרי אם העידו על שני מנים כ"א על מנה בזמן מיוחד, ואנו גומרינן הדין רק על מנה אחד, וכאן עלינו להאמין נאמנות גמורה לכל עד ועד, ואם בכה"ג יש כח נאמנות גמורה לכל ע"א שחתם עפ"י ציווי הבעל שנאמן כבי תרי, על ענין זה שחתם עפ"י צווי הבעל, למה לא יהני לרבנן, דהתם דליכא רק כח נאמנות של ע"א על כל מעשה בפ"ע, סברי דלא מהני לצרף

דליכא בירור גמור על כל מעשה בפ"ע, אבל הכא דאיכא תורת נאמנות גמורה על כל חתימה וחתימה, למה לא יהני גם לרבנן: ע"כ נלענ"ד דגם מסוגית הש"ס דכאן מוכח הענין דלא כהנה"מ אלא שהעדים בחתימתם מעידים על עיקר הגירושין האמור בנוסח לשון הגט שפב"פ מגרש את אשתו, אלא כיון דעיקר ידיעתם שע"ז הם מעידים על כל הכתוב בשטר שהוא אמת, הוא רק ע"י חתימתם הנעשית בשליחות הבעל, ולכן אם אמר הבעל לשניהם יחד לחתום שיוודעים שניהם שחתימת כ"א מהם היא בשליחות הבעל ועל פי צויו, הוא דומה לכל עדות שראו כאחת, אבל באומר לזה בפני עצמו ולזה בפ"ע, שכ' אינו יודע אם חתימת חברו היא בשליחות הבעל, הוא דומה לעדים שכ"א מעיד על מקרה שיוודע הוא בפ"ע, אשר השני אינו יודע אותה כלל.

ואף דגם לדברינו אכתי קשה איך עדותן מצטרפת, דבכל דוכתא שמצרפינן עדות, כ"א מעיד על דבר שלם, שפלוני לזה או הודה שחייב עכ"פ מנה, אבל הכא כ"א מעיד על חצי דבר, דהלא אם לא ה' עד השני שלוחו, אין כאן גט כשר, ונמצא דכ"א אינו יודע אם עשה הבעל גט כשר, אכן נלענ"ד דהענין כך הוא, דמה שכ"א חותם בשליחות הבעל, שענין החתימה הוא השלמת כתב הגט ומעיד העד שהכתב אמת, אף שאינו יודע אם תהי' לגמרי מגורשת ע"ז, אבל זה יודע שמה שכתוב בשטר בשם הבעל הוא אמת, שהרי הוא גומר כתיבת השטר בשליחותו, דהרי גם אם שני העדים חותמים ע"י שראו כאחד, ג"כ אינם יודעים אם תהי' מגורשת, דאם לא יתן לה הגט לא תתגרש, אלא מוכרחים אנו לומר שמעידים רק על מעשה השטר, שכל האמור בשטר בשם הבעל הוא אמת שהבעל אומר כן עפ"י הכתב, ומשו"ה לריב"ק כמו דמהני צירוף בכל עדות, אף שעל כל מעשה בפ"ע ליכא רק ע"א, מ"מ מצרפינן חצי קיום הנעשה ע"י כ"א מהם, להועיל להיות קיום דבר שלם, כ"כ הכא אי"צ לנו להאמין לכ"א נאמנות שלמה, אלא דלענין חצי קיום מהני ע"א, וכ"א פועל חצי קיום בכח השטר, והנה אם ה' כ"א חותם על שטר קנין בפ"ע, ואח"כ נתן המקנה שני השטרות למקבל, לפי"ד ראוי שיהני לקנות על ידי שני השטרות יחד, רק בגט לא יהני משום ספר אחד ולא שני ספרים, אבל אם מצרפינן החצאים בספר אחד, מהני לריב"ק, כנלענ"ד בענין זה: ועפי"ז נלענ"ד דיש לתרץ הקושיא הגדולה שהקשה הב"י על הר"ן מסוגית הש"ס דפ' השולח דהרי לענין גירושין דנוגע לנפשות אמרינן דלריב"ק מהני צירוף עדות אף שלא ראו כאחת, דלפי"מ שבארנו בפ' הקדום בשיטת הר"ן דדוקא לענין קיום הדבר שהעדים פועלים לחלות של קדושין או גרושין, ועל ידם חל הדין גם לנפשות, שבקדושין מה דאיכא חיוב מיתה באשת איש אינה בתולדה, אלא כל זה נעשה ונגמר בשעת חלות הקדושין, וממילא בשעת גירושין שהוא הפקעת קנין הקדושין חשבינן כאילו נעשה הפקעת חיוב מיתה, ומשו"ה יש לדון ולומר שהעדים גורמים לקיים גם ענין של נפשות, ולהכי מצריכינן סוג עדות דמהני גם לדיני נפשות, והנה לפי"ז בעדים החותמים על שטר גט וקדושין, דחלות הדבר הוא רק בשעת נתינת השטר ליד האשה, והעדים החותמים על השטר מועילים רק לאשוויי שטרא, שיהי' הוכחה מתוך השטר שהוא שטר של פב"פ, נמצא דאכתי אין שום חלות לדין נפשות, משו"ה אף שנוגע לענין נפשות מהני עדות מיוחדת, ואף דמשמע מדברי הראשונים ז"ל דלמ"ד עדי חתימה כרתי, פועלת חתימת העדים לעיקר חלות הגירושין, ובמהרש"א ב"מ ד' כ' כתב דלר"מ עדיו בחתומיו זכין לו הוא

מה"ת דהחתימה הוא עיקר הכריתות, והנתינה הוא כעין תנאי בזכות, ובדבר שבחובה הוא זמן שחל הקנין בשעת נתינה, בכ"ז נלענ"ד דל"ק על הר"ן, די"ל דבאמת בדי"נ ליכא לגמרי האי כללא של עדים לקיום הדבר ושפיר מהני קדושין ע"י עדות מיוחדת, ועדות מיוחדת הוא חסרון בהגדה שכ"א מעיד על דבר בפ"ע, והר"ן סובר דכיון דקדושין פועלים גם לנפשות, בעינן שיהי' העדים להעיד אח"כ לנפשות, ואם כ"א ראה מעשה מיוחדת לא יהי' עדות אח"כ, וממילא אין עדותו מהני עכשיו, אבל הכא בעדי חתימה אי"צ להעיד אח"כ, משום דאח"כ אנו סומכים על חתימתם, אכן י"ל דלענין קיום הגט אם יעיד כ"א על כתב ידו, דבכה"ג אם נאמר דעל מנה שבשטר הם מעידים, תהי' עדות מיוחדת וצ"ע: ובסי' קל"ג כתבו הב"ש והט"ז לדון שיהני עדות מיוחדת ולא חשו לדברי הר"ן, מחמת שהב"י הקשה עליו מסוגית הש"ס הנ"ל, ולענ"ד אין לסתור דברי הר"ן מחמת קושיא זו כמש"כ, וכבר כתבנו בפ' הקדום שתמה אנכי הלא התו' והרא"ש בפ"ק דמכות כתבו כדברי הר"ן, ומה"ט כתבנו דבמגרש בע"א אף למ"ד דמקדש בע"א חוששין לקדושין, אבל בגט לכו"ע לא מהני משום דשייך לנפשות.

ובס' בית מאיר ראיתי שכתב בסי' קל"ג על דברי הט"ז שכ' שלהפוסקים שחשו בקדושין במקדש בפני ע"א כ"כ במגרש בפני ע"א, וכ' בס' הנ"ל לחלק בין קדושין לגרושין, משום דבקדושין הודאת האשה מצטרפת משום שהוא לחובתה ובגט שבא להתירה הודאתה לאו כלום הוא, ובעיני לא אראה בזה שום טעם לחלק, ורק לשיטת הר"ן יש בזה חלוק מורגש כמש"כ בפרק הקדום, דאם יחולו הגירושין אף במקצת בטל איסור מיתה, דרק באשת איש גמורה איכא מיתה: וכן נלענ"ד לבאר שיטת התוס' בפ' השולח ד' ל"ג ע"א ד"ה רבי וז"ל בתוה"ד, וי"ל דמשמע לי' מילתא דרבי דיכול לבטל אפי' בפני אחד, אע"ג דאין דבר שבערוה פחות משנים כיון שלשליח עצמו אומר שהוא מבטלו הוא מבטל א"נ אפילו לא מהני בלא שנים מ"מ יכול לבטל בפני שנים זה שלא בפני זה ואי בטלה כולה אפי' רבי מודה דאינו מבטל אפי' בדיעבד כדפרישית לעיל, דדוקא בפני ג' לרב ששת או בפני שנים ביחד לר"נ הוא דמבטל עכ"ל וכמו שהקשה הגרע"א על הר"ן כ"כ יש להקשות על דברי התוס', מה הועילו שני הביטולים שבטל כ"א בפני ע"א כיון דבעינן גם לענין זה שני עדים לקיום הדבר, ולפי מש"כ לתרץ על הר"ן כ"כ נתרץ דברי התוס' דכל ביטול בפ"ע הוא דבר שלם מצד המבטל, ומצד חסרון עדים חלחצי קיים ואח"כ יצורף כיון דקיי"ל כריב"ק, ובכה"ג ודאי חלוק מקדושין שכ' הר"ן דלא מהני צירוף עדים לקיום הדבר, דבקיום הדבר של ביטול השליחות, ודאי ליכא שום ענין לקיום דין נפשות, רק בטול של שליחות לחוד: פרק ד גרסינן בגמ' פ"ב דקדושין איתמר רב אמר שליח נעשה עד דבי רב שילא אמרי אין שליח נעשה עד וכו' אלא רב אמר שליח נעשה עד אלומי קא מאלימנא למילתי', דבי רב שילא אמרי אין שליח נעשה עד, כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו הוי לי' כגופי', והקשה בס' אבני מלואים סי' ל"ה וז"ל ואיכא למידק כי הו"ל כגופי' מאי הוי, הא בע"ד גופי' היכא דנסתלק מגרמת ממון יכול להעיד, כדאמרינן השותפים מעידים זה לזה, וכן אמרו נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, ואפי' אין מקחו בידו הו"ל עד לחייבו שבועה וכמבואר בפ"ק דב"מ, גבי וליחזי זוזי ממאן נקט, בתוס' שם וא"כ ה"נ נהי דהו"ל כגופי', כיון דאין נגיעת ממון, למה לא יוכל להעיד, ומ"ש ממוכר דהוי ג"כ בשעת מעשה המכירה



בע"ד וכן בשותפין וכל שנסתלקו מנגיעת ממון מעיד וצ"ע, אח"כ מסיק דכל הני הלכות הוא עפ"י מה דנקטינן להלכה שלא כדברי דבי רבי שילא יעו"ש.

וכל זה דוחק לענ"ד: והנה בפשטות י"ל דכל הני ענינים שהביא אינו ענין לכאן, דהתם אי"צ עדים לקיום הדבר, והמוכר בשעה שמוכר אף אם לא יהי' עלי' תורת עד, למ"ד אין שליח נעשה עד, מ"מ יכול להעיד אח"כ, וכמש"כ השטמ"ק בב"ב ד' מ"ג בהא דאמרינן שם ולסתלקו תרי מינייהו ויעידו וז"ל, ואיכא למידק וכי מסתלקים מאי הוי, והא בעיא תחלתו וסופו בכשרות ואפי' בדיני ממונות וכו' ולשון אחר פרשו דגבי ממון לא מיקרי תחלתו בפסלות, דכיון דמטי לי' הנאה מני' לאו בר עדות הוא כלל, והשתא הוא דאתחיל עליו שם עד והו"ל תחלתו וסופו בכשרות, וההיא שעתא לאו עד הוא כלל וכו' והרמב"ן ז"ל תירץ שלא נאמר תחלתו בפסול אלא במי שהי' קרוב ונתרחק או פסול הגוף, שהרי זה מעיד למי שהי' קרובו בשעת ראי' וכו' אבל הי' פסול בשעת ראי' מעיד לאחרים, שהרי תחלתו כשר הוא אצלם, וכו' וזה הלשון הגון לי יותר דלשון ראשון קשה לי דלממונו עד הוא וכו' וכדמשמע בפ"ק דסנהדרין בעי רבה פלוני רבע שורי וכו' בתר דבעיא הדר פשטה אדם קרוב אצל עצמו אמרינן אצל ממונו לא אמרינן, אלמא לגבי ממונו נמי עד הוא והדרא הקושיא לדוכתה.

עכ"ל הצריך לנו, והנה מה דרצה לסתור תירוץ הא' ממה דאמרינן שם בסנהדרין דאדם קרוב אצל ממונו לא אמרינן כפי מה שמפרש הראב"ד שם דלגבי עצמו הוא בתורת בע"ד, ולגבי שור הוא בתורת קרוב ועד פסול, לענ"ד הוא דבר תמוה, דרק לענין עדות להעיד ששורו הרג אדם לחייב מיתה לשור, אמרינן שהבעלים נחשבים רק כקרוב ולא כבע"ד, שהשור הוא הבע"ד, והבעלים המה כקרוב אצל השור, אבל אם יהי' הענין שראובן ושמעון דנים על השור של מי הוא, איך יתכן לומר שראובן ושמעון יהיו נחשבים כעדים, הלא הם המה בע"ד, שעיקר הדין עליהם ולא על השור, אבל עכ"פ בעיקר הדבר מבואר דאם אדם יודע עדות משעה שהי' בע"ד, יכול אח"כ להעיד שחשבינן כאילו נעשה עכשיו עד, וכן מצאתי בחי' הריטב"א למס' קדושין בסוגיא דשליח נעשה עד שכתב כן, דהיכא דמעיקרא הי' בע"ד נעשה אח"כ עד, ולפי"ז ניחא בפשטות, דבקדושין דבעינן עדים לקיום הדבר, ולדבי רבי שילא שהשליח שהוא במקום הבעלים אין עליו תורת עד, ה"ז כמקדש בלא עדים, אף שאח"כ יתחדש עליו תורת עד, אבל התם לענין דיני ממונות דלא איברו סהדי אלא לשקרא, מהני אם אח"כ חל עליו שם עד כנ"ל.

ורב סובר דגם בשעת מעשה הקדושין השליח מתחשב לעד, אף שהוא במקום הבעלים לענין עשית מעשה הקדושין, אבל חלות הדין הוא על המקדש והמתקדשת, ולהשליח אינו נוגע ענין חלות הקדושין, משו"ה שליח נעשה עד, ודבי רבי שילא סברי דכיון שהוא בע"ד על העשי' אינו יכול להתחשב לעד: ולדברי הראשונים הנ"ל קשה לענ"ד, דלפי"ז אם הי' יודע עדות כשהי' נכרי או עבד ואח"כ נתגיר ונשתחרר, דנכרי ועבד לאו בר עדות הוא כלל, וכן בקטן כתב בתומים סי' ל"ו וכן הביא דבריו בנה"מ דאינו פוסל עדות כשרים, ובהי' יודע עדות משעה שהי' קטן מוכח בגמ' דלא מהני רק לענין קיום שטרות ואיכא גדול בהדי', במה עדיף בזה שאינו בתורת עד כלל, דהרי מקור הדין הוא

מן הכתוב או ראה או ידע, דבראי' והגדה תלי רחמנא, כמו דאיתא במס' ערכין ד' י"ח יעו"ש: והנה יש מקום לדון לפי מש"כ בפרק הקדום להוכיח מדברי תוס' כתובות ד' ט' ד"ה ומי אמר ר"א, דאם יצויר בדשב"ע שבשעת מעשה לא הי' עדים ואח"כ נתחדשו עדים שיהני, דהמעשה הוא ענין בפ"ע וחלות הדין הוא בשעה דאיכא עדים, לפי"ז יקשה על דבי ר' שילא דאם אמנם בשעת מעשה הקדושין לא הי' עדים, אבל אח"כ הלא נתחדש לנו עדים, אמנם מלבד דיש לדחות דשאני מעשה זנות ממעשי הקנינים הנעשים ע"י אדם, נראה דגם אם נאמר דכ"כ בקדושין יועיל אם נתחדש אח"כ עדים — ולקמן יבואר ענין זה בס"ד — הנה בנידון זה בשליח המצטרף לעד, לדבי ר' שילא דאין שליח נעשה עד, לא מהני גם אחר המעשה, כיון דחלות הקדושין מיתלי תלי עד שיהי' עדים על הקדושין, וכ"ז שלא חלו הקדושין עדיין לא עשה שליחותו, ועדיין הוא במקום הבעלים ואינו נעשה עד, וגדולה מזו כתב הריב"ש בס"פ פ"ג הובא באבני מלואים שם בס"ל ל"ה דאם השליח אומר קדשתי למשלח והיא אומרת לא נתקדשתי המשלח אסור בקרובותי מפני דברי השליח שהוא כמותו, שכל מה שהשליח אומר בענין השליחות הרי זה כאילו אמר המשלח, יעו"ש, ולשיטת הריב"ש לדבי ר' שילא גם בדיני ממונות לא יוכל השליח גם אחר מעשה השליחות להיות לעד, כיון שעדותו הוא ענין הנעשה על ידו והוי גם עכשיו במקום הבעלים, וכן משמע קצת רהיטת הסוגיא דפליגי בין לענין קדושין ובין לענין דיני ממונות, וברש"י בדברי רב שאומר שליח נעשה עד כתב שהוא בין לקדושין ובין לדיני ממונות, ומשמע דלבי רבי שילא גם בדיני ממונות אין שליח נעשה עד, אף שאין הדבר נוגע כלל להשליח, דאל"ה גם לרב לא מהני כמו דאיתא שם בסוגיא במסקנא, ולפי מש"כ עפ"י שיטת הריב"ש גם אח"כ עדיין חשוב כבע"ד ואינו יכול להצטרף לעדות, וכל זה הוא רק בשליח, אבל במוכר שאחר המכירה שדנים בזה שני בעלי דברים, שפיר נאמן לומר לזה מכרתי גם לדבי ר' שילא, דאף דבשעה שהי' מוכר הי' בע"ד ולא נחשב לעד, נעשה עכשיו לעד ולפי"ז אי"צ לדחוקי לומר דלבי ר' שילא אין המוכר נאמן לומר לזה מכרתי, ומתורץ הכל על נכון: אמנם עיקר ענין זה ראוי לברר, אם ענין זה מה דילפינן דבר מממון שצריך עדים לקיום הדבר, הוא גזיה"כ דוקא עדים, משום דילפינן מקרא דעפ"י שנים עדים יקום דבר, או דסגי לן שיהי' מוכן בשעת מעשה אנשים שיכולים אח"כ להעיד בבי"ד לברר הדבר, ובפשטות הי' נראה לומר דעל הראי' עצמה לא שייך לגמרי ענין עדות, דעדות שייך רק על זה מה שרואים ענין שאח"כ יעידו לברר מה שראו, אבל לראות לחוד לבלי להגיד אח"כ אין זה ענין של עדות כלל, ולפי"ז הי' מקום לומר דגם בקדושין אי"צ שיהי' תורת עדות עליהם לקיום הדבר, אלא אם עומדים בשעת הקדושין ואח"כ יהיו כשרים לברר לפני בי"ד, כבר חלו הקדושין מיד בשעת ראי', דזוהי כונת התורה שיהי' נתקיים הדבר עכשיו עי"ז שראו אנשים שיהי' כשרים להעיד אח"כ, ונראה לענ"ד להוכיח ענין זה מדברי הריטב"א למס' קדושין בסוגיא דשליח נעשה עד וזה לשונו, מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולים או קרובים צריך לייחד עדי הקדושין, דאי לא כיון דאיכא עד פסול ביניהם עדות כולם בטלה, ואע"ג דאמרי למיחזי אתינן, דכי אמרינן התם במס' מכות ד' ו' דאי אמרי למיחזי אתינן תתקים העדות בשאר, היינו בדיני ממונות ובדיני נפשות, שאין העדות מתקימת עד שבאים לבי"ד, ושעת ראי' לא חשיבא עדות, אבל הכא בקדושין אין העדות באה

לאמת הדבר בלבד, אלא אפי' ידעינן דהכי קושטא דמילתא שקדשה אינה מקודשת בלי עדות, ואין לקדושין קיום בלא עדות, וגזיה"כ הוא, וכיון דכן שעת מעשה הוא שעת עדות, וכיון דאיכא צירוף פסולי עדות עמהם, עדות כולן בטלה, דומיא דבעלמא כשיש צירוף פסולי עדות כשבאים להעיד בבי"ד, שעדות כולן בטלה, וכי אמרינן למיחזי אתיתון היינו דאתו למיחזי בשעת מעשה.

כך הורה רבינו. נר"ו, הלכה למעשה, אבל אין זה דעת המפרשים ז"ל וראוי להחמיר. עכ"ל.

ומשיטה זו מוכרחים הדברים שגזיה"כ הוא שיתקומו הקדושין ע"י עדים שיש עליהם תורת עדות בשעת חלות הקדושין, דאם נימא דסגיא לן בראית אנשים שיהיו כשרים אח"כ לברר לפני בי"ד בתורת עדות, מה איכפת לן אם יש במעמד הזה גם קרובים ופסולים באותו מעמד, ועדות כולן בטלה, והם נחשבים כאנשים דעלמא, אבל מ"מ אח"כ יכולים הכשרים לבוא לפני בי"ד להעיד לברר על הקדושין, דלענין בירור מהני אם אומרים למיחזי אתינן, אלא מוכח דלשיטה זו אין הקדושין מתקיימים אלא ע"י רואים שיש עליהם כל תורת עדות, היינו דראית האנשים בשעת מעשה הוא שעת עדותם, ואין לדחות ולומר דכיון שכל דין נמצא קרוב או פסול הוא גזיה"כ, אף דאיכא כשרים שהעדויות יכולה להתקיים על ידם, מ"מ מתבטלת העדות של הכשרים ע"י השתתפות הפסולים, כ"כ הכא אף שהקדושין יכול להתקיים ע"י הכשרים שמוכנים להעיד אח"כ בלי השתתפות הפסולים, מ"מ יבטלו הקדושין ע"י השתתפות הפסולים שאינם ראוים להעיד אח"כ, אבל זה אינו דאם נאמר דאי"צ תורת עדות בשעת ראיית הקדושין, אלא שיעשו הקדושין במעמד אנשים שיהיו כשרים אח"כ להעיד על מעשה הקדושין, א"כ ליתא גם להאי דינא של נמצא קרוב או פסול, דזה הדין נאמר בתורה רק היכא שצריך תורת עדות, ובשעת ראי' אי"צ לדין עדות, והרי בע"ד ג"כ אינו מבטל עדות, ומכש"כ היכא דאי"צ כלל שם עדות, אלא ודאי נראה ברור שיטת הריטב"א שהדברים כפשוטן, שהקדושין מתקיימים ע"י העדים הרואים את המעשה שמאז הם עדים ועל פיהם מתקיימים הקדושין, וכל הדינים שתלוי בקיום הדבר של עדים בעלמא כמו בדיני ממונות ונפשות, שהוא בשעת הגדתם לפני בי"ד, כל דינים אלה שייכים גם בעדי קדושין בשעת ראי': ושיטת הראשונים דסברי דכיון דעדים שנצטרפו בראי' ולא בהגדה מתקימת עדות הכשרים, דמה שרואים יחד אינו מזיק כלום, כ"כ גם בקדושין אין הצטרפות הרואים מזיק כלום, ומתקיימים הקדושין ע"י הכשרים לחוד, כמש"כ התוס' והרא"ש בפ"ק דמכות, ג"כ אין ראי' דסברי דלא בעינן תורת עדות בשעת הקדושין לקיום הדבר, אלא דסברי דאף דקיום הדבר בקדושין הוא ע"י עדי ראי' אין הפסולים מגרעים כח הכשרים שדין זה שיהי' הפסולים מבטלים את הכשרים לא אמרה תורה רק על הגדה ולא על שעת ראי', ובקיום הדבר הבא ע"י ראית העדים ליכא האי דינא שאמרה תורה להקיש שלשה לשנים, ועיקר מחלוקתם בזה, דלהריטב"א כיון דקיום הדבר בקדושין נעשה בשעת הראי' ה"ז כקיום הדבר הנעשה בעדים בשעת הגדה, דכיון דקרינן בשעת הראי' של עדי הקדושין האי קרא דעפ"י שנים או שלשה עדים יקום דבר, כ"כ ראוי להיות הדין גם להקיש לענין זה שלשה לשנים, שאם נמצא בין הרואים קרוב או פסול

שלאיתקומו הקדושין ע"י הכשרים, ולשיטת החולקים ע"ז, סברי דמה שהצריכה תורה עדים לקיום הקדושין, שיהי' עליהם תורת עדים בשעת ראי' שיהיו כשרים להעיד, וכיון דהכשרים ראויים להעיד בלי הצטרפות הפסולים, מהני ראית עדים הכשרים שיתקומו הקדושין על ידם, דכיון דעדי הקדושין מקימים הקדושין רק ע"י האפשרות שיכולים להעיד אח"כ לפני בי"ד, והכא איכא אפשרות שיתברר על ידם המעשה אם לא יצטרפו בהגדה, משו"ה מהני שעת ראיתם לקיום הקדושין, ואף אם יבואו אח"כ עדים הפסולים ג"כ להעיד, ה"ז כאילו מתו העדים או נעשו גזלנים אחר המעשה שאין הקדושין בטלים.

ובקצרה נוכל לומר דלהריטב"א בעינן תורת עדות בקדושין כעדות של הגדה בבי"ד, ולהתוס' והרא"ש בעינן תורת עדות כעדות של ראי' בכל התורה, וכיון דבכל התורה בכה"ג שנצטרפו בשעת ראי' לחוד קרינן בהו תורת עדים משעת ראי' וחשבינן תחלתן בכשרות, מתקימים הקדושין על ידם: ולענ"ד נראה דגם הרמב"ם ז"ל סובר כהריטב"א שכ' בה' גירושין פ"ו ה"ט וז"ל וקטנה אינה עושה שליח לקבלה, אעפ"י שחצרה קונה לה גיטה כגדולה, מפני ששליח קבלה צריך עדים, ואין מעידים על הקטן שאינו בן דעת גמורה.

עכ"ל וענין זה שאין מעידים על הקטן הוא חסרון רק בהגדה, כמו שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, ולפי"ז קשה מה איכפת לן אם רואים עדים בשעה שהיא קטנה, הלא יכולים להעיד אח"כ בשעה שתהי' גדולה, דהרי עדים לקיום הדבר אי"צ שיכולים להעיד תיכף בשעת המעשה, דקדושין שנעשים בלילה אף שאין העדים יכולים להעיד רק ביום מ"מ מיקרי מקדש בפני עדים, ומ"ש זה מזה, אלא נראה דסובר דעדים שבעינן לקיום הדבר הוא כדין קיום הדבר של עדים בשעת הגדה, וכמו שאין מעידים על הקטן, כ"כ אינם מועילים לקיום הדבר על הקטן, כמו שאין מועיל עדות בפני בי"ד על הקטן, ול"ד לקדושין הנעשים בלילה, דפסול של לילה אינו חסרון בעדות, אלא בבי"ד, שאין מקבלים עדים בלילה, דבלילה הדיינים פסולים לדון, וקבלת עדות הוא תחלת דין, אבל דין זה שאין מקבלים עדות אלא בפני בע"ד הוא חסרון בהגדת עדות, דאם העדים אינם מכירים ורואים את הבע"ד לא מהני אף אם בי"ד יכירוהו, וכן מוכח מדברי הכנה"ג שהובא בפ"ת ח"מ סי' כ"ח סקכ"ד, ומוכח מזה דסובר כשיטת הריטב"א דלקיום הדבר היכא דבעינן עדים צריך עדים שמועילים לקיום הדבר בהגדה.

כנ"ל: והנה לפ"ד נסתרים דברי הפנ"י שכ' בסוגין דעד נעשה דיין דאי"צ עדים לקיום הדבר רק שיהי' מי שיברר הדבר, דז"ל כיון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו הו"ל כגופי', קשיא לי דכי נמי הוי כגופו מאי הוי, הא אמרינן לקמן ד' ס"ד דהא דשניהם מודים לא מהני בעדות אשה היינו משום דמחייבי לאחריני וכו' ואי משום דגזיה"כ הוא דהו"ל כבע"ד, הא אמרינן דלאו גזיה"כ הוא דילפינן דבר דבר מממון דהיכא שהדבר ברור דקושטא קאמר אפי' הבע"ד מהימן, אלא משום דאיכא חוב לאחריני אמרינן דלאו קושטא קאמר וא"כ האי סברא לא שייך בשליח, דהא אנן סהדי דקושטא קאמר, וכן בשניהם שלוחים, דמה לי אם יאמרו בפנינו קדשה, תדע דהא אפי' בבע"ד אמרינן כתב בכ"י ואין עליו עדים כשר משום דאנן סהדי דקושטא הוא, יעו"ש, דהעלה ענין זה בצ"ע, וכן כתב בענין זה בחי' לגיטין ד' ג' ע"ב על דברי תוס' ד"ה שלשה גיטין יעו"ש.

ולפי מש"כ מדברי הריטב"א והרמב"ם דין זה גזיה"כ הוא שיהי' דוקא עדים בשעת קיום הדבר של דבר שבערוה, ולא מהני מה שנעשה עכשיו באופן כזה שיהי' בירור אח"כ. ומה שהוכיח הפנ"י מהא דכתב בכ"י ואין עליו עדים, ראי' זו לכאורה גדולה היא, אבל כבר כתובה על ספרי הראשונים ז"ל, הרשב"א, והריטב"א והנמ"י ליבמות פ' ד"א, דהרשב"א ז"ל כתב בהא דתנן התם בספק גרושין כתב בכת"י שבקדושין כה"ג אין חוששין לקדושין, דמקדש בלא עדים ואפי' בע"א אין חוששין לקדושין, ובגיטין דמהני כתב ידו, או משום דלא מחייב לאחריני או משום דכתיב וכתב לה. יעו"ש.

ובריטב"א ונמ"י כתבו די"ל דגם בקדושין כשר כתב בכ"י משום דאיתקש הוי' ליציאה, וכיון דגלי קרא דמהני בגירושין, דכתיב וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה, ילפינן קדושין מגרושין, אף דיש לחלק דגירושין אינו חב לאחריני אבל היקישא הוא. יעו"ש.

ומלשון הר"ן בהלכותיו במס' קדושין פ' האומר בהא דמסקינן דקדושין קא מחייב לאחריני שכ' בשם הרמב"ן ז"ל דשטר קדושין שכתב בכ"י אעפ"י שאין עליו עדים מהני, כתב בזה"ל דכשהיא מוציאתו כאילו יש עדים בדבר דמי, דהא לשוויי שטרא לא בעינן עדים, לדידן דקיי"ל כר"א דאמר עדי מסירה כרתי, ובגירושין נמי אעפ"י שהוא דבר שבערוה מהני בדיעבד דהא כתב בכ"י וכו' אם נישאת הולד כשר, וה"נ אם קדשה בשטר כזה מקודשת, עכ"ל, מרהיטת לשונו כיון כשהיא מוציאתו כאילו יש עדים בדבר דמי, משמע קצת כדברי הפנ"י, אבל מה דמסיק אח"כ דלשוויי שטרא לא בעינן עדים משמע, דמה שכתב דכשהיא מוציאתו כאילו יש עדים בדבר דמי הוא נתינת טעם על ענין אשוויי שטרא, וכמש"כ בתוס' גיטין ד' ג' ע"ב ורש"י ד' פ"ו ע"א דלר"מ דס"ל ע"ה כרתי כתב ידו כמאה עדים דמיא, שכלל זה הוא לענין אשוויי שטרא בין בגו"ק ובין בשאר שטרי קנין, ומה דצריך עדים לקיום הדבר, זה ילפינן מגיטין כמש"כ הריטב"א והנמ"י: ונראה לענ"ד בכונת הר"ן בזה עפ"י מש"כ בפ' המגרש להכריע בין שיטות הראשונים וז"ל, ומעתה מה שמודה ר"א דגט החתום בעדים כורת אעפ"י שלא נתן בעדי מסירה, כמו שמוכיחות כל אותן הראיות שכתבתי למעלה, לאו משום דס"ל דע"ה כרתי, אלא שהמסירה כורתת.

מכיון שיש עדים על עיקר הדבר, דהווי' להו עדי חתימה כעדי מסירה, שהרי הגט יוציא מת"י בעדים הללו, ובידוע שתבעל מסרו לה ונמצאו כאילו הם עצמם מעידים על המסירה, עכ"ל. וכל זה השקלא וטריא אינו דוקא בגו"ק משום דבר שבערוה, אלא בכל שטרי קנין לענין אשוויי שטרא, ועפ"י"ז כתב דגם בכתב בכ"י מהני לענין אשוויי שטרא, דהרי לר"א אין יתרון בעדים החתומים יותר מכתב בכ"י, דלר"א אי"צ עדים חתומים בשטר לענין אשוויי שטרא, אלא דע"י ע"ה יהי' ידוע המסירה שהיתה ע"י הבעל, כ"כ תהא ידועה המסירה ע"י כ"י, והנה באמת קשה לי על מה שהקשו הראשונים ז"ל רק על כתב בכ"י ולמה לא הקשו על גט החתום בעדים, דמהני לר"מ בלא עדי מסירה, וכן לשיטת הרי"ף והרמב"ם גם לר"א מהני בע"ה בלא ע"מ מאיזה טעם שיהי', הלא כ"ז הוא רק לענין אשוויי שטרא, אבל איך יועיל לגמר הגרושין והקדושין שצריך עדים לקיום הדבר ושיטת ר"ת הובאה בתוס' גיטין ד"ד ע"א דס"ל דגם לר"מ בעינן עדים

בשעת נתינת הגט משום דבר שבערוה, אבל הראשונים הנ"ל דלא סברי כר"ת לא גלו לנו שום טעם בדבר, ובקצוה"ח סי' צ' סק"ז הביא דברי הב"ש היכא שלא ראו עדי הקדושין את עצם הנתינה רק כמעט רגע ראו את טבעת הקדושין בידה, ומקודם לרגע זו ראו את הטבעת בידו, באופן שברור לעדים שהמקדש נתן לה, דכתב הב"ש דהוי קדושין בעדים, כמו דמהני בדיני ממונות ידיעה בלא ראי', ובתומים השיג ע"ז, דבדיני ממונות דלא איברו סהדי אלא לשיקרא מהני ידיעה בלי ראי' דהרי אנן סהדי שהוא אמת, אבל בקדושין שגזיה"כ הוא שיהי' קדושין ע"י עדים, לא מהני מה שהעדים יודעים שהיא נתקדשה, אבל בלא עדים לא מהני, והקצוה"ח, השיב ע"ז מדברי הר"ן שהבאנו דכיון שע"י ע"ח ידוע לנו שהבעל מסר לה הרי זה כאילו מעידים על החתימה, רק מצא לנטות נגד שיטת הב"ש משום דהמקדש והמתקדשת לא ידעו בשעת נתינה שידוע אחר הנתינה לעדים, וה"ז דומה לעדים שראו אחורי הגדר דלא מהני משום דלא נתכוננו לקדושין, יעו"ש, ומה שדחה דברי הב"ש מטעם דהמקדש והמתקדשת לא כווננו לקדושין, לענ"ד דבריו אינם מתקבלים, דבכה"ג קרוב הדבר שלא הרגישו המקדש והמתקדשת ענין זה של העדר ראיית העדים, ומה שהוכיח נגד התומים מדברי הר"ן הנ"ל, כנראה נקט דמה שכ' הר"ן דמה שידוע לנו ע"י הגט שיוציא מת"י ע"י ע"ח דהוי כע"מ, הוי גם לענין מה דבעינן עדים לקיום הדבר בגו"ק, ובאמת לא נזכר ענין זה כלל בדברי הר"ן, שכל דברי הר"ן מטין רק לענין ע"ח וע"מ דפליגי ר"מ ור"א בכל שטרי קנין, ואם נאמר להשוות מה דמהני בכה"ג לר"א להחשיב כאילו יש עדים על עצם המסירה, שיהני מה"ט ידיעה בלא ראי' שיהי' ידיעת עדים כאילו ראו עצם הקדושין ודאי לא ניתן להאמר, דהרי ע"ז אנו דנים, דהב"ש סובר דידיעה בלא ראי' מהני, והתומים סובר דלא מהני בקדושין, ולפי"ז אין מדברי הר"ן שום ראי' נגד דברי התומים, ובטעמו של דבר דמהני לר"מ ולר"א בע"ח בלא עדי מסירה בגו"ק לא נתבאר בהדיא בדברי הראשונים ז"ל: ע"כ נראה לענ"ד דמכל מה שהבאנו מוכח דבקדושין בעינן דוקא עדים לקיום הדבר, ולא סגי לן מה שנעשה הדבר באופן שיהי' אח"כ בירור לפני בי"ד, ומה"ט כתב הרשב"א ז"ל לדון דבשטר קדושין לא מהני כתב בכ"י, אף שאח"כ כשהיא מוציאתו את השטר, יהי' ידוע לנו שמסר לה והא דמהני בע"ח בלא עדי מסירה גם בקדושין, נראה לי שהטעם בזה, כיון שהעדים עכ"פ מועילים בענין זה לאשוויי שטרא, היינו שעיקר הקנין בשעת מסירה גורמת שטר החתום בעדים, לר"מ דס"ל ע"ח כרתי, קרינן בזה עפ"י שנים עדים יקום דבר, וכן גם לשיטת הר"ן שכתב דמה דמהני גם לר"א ע"י ע"ח בלא ע"מ, הוא משום דכיון שע"י ע"ח יהי' בירור על המסירה הוי כעדי מסירה, אבל עכ"פ העדים שחתמו הועילו בזה שתועיל המסירה, והוי כאילו נעשה קיומו של דבר על ידי עדים, אבל בכתב בכתב יד שהוא בעצמו הועיל לאשוויי שטרא שיהי' ידוע אח"כ שהוא מסר לה, אין כאן עדים על כל הענין, רק ידיעה לבי"ד בשעה שבא השטר לפניהם ולא מהני בדשב"ע היכא דחב לאחריני, והר"ן שכתב דמהני גם בקדושין, הוא כשיטת הראשונים שהביא הריטב"א, דילפינן מגט משום דאיתקש הוי' ליציאה כנ"ל: והנה מה שכתב הב"ש לענין קדושין שיהני עדי ידיעה בלא ראי', והוא עפ"י שיטת המרדכי בפ' האומר, והרשב"א כתב בתשו' דלא מהני בקדושין אלא ראי' ממש, ורק בקדושי ביאה מהני עדי יחוד כעדי ביאה, ולכא' אינו מובן במה שאני קדושין לענין

קיום הדבר, מד"מ לענין בירור, דבפשטות משמע דגם הרשב"א סובר דבדיני ממונות מהני ידיעה בלא ראי', וז"ל הרמ"א שם בסי' מ"ב סעי' ד' וצריכים העדים לראות הנתינה ממש לידה או לרשותה, אבל אם לא ראו הנתינה ממש לידה, אעפ"י ששמעו שאמר התקדשי לי בחפץ פלוני ואח"כ יצא מתחת ידה, אינם קדושין עד שיראו הנתינה ממש, (תשו' רשב"א סי' תש"פ) ואין הולכים בזה אחר אומדנות והוכחות עכ"ל, ומדברי הב"ש משמע דמחלוקת זו תלוי אם עדי קדושין סגי בעדים דמהני בדיני ממונות או דבעינן עדים שמועילים בדי"ג, וכן העלה בתומים שם בסי' צ' ס"ק י"ד דסברת המרדכי דגם בדיני נפשות מהני אומדנות דמועילים בדי"ג, כמש"כ התוס' בשבועות ד' ל"ד ד"ה דאי וכו' ומסיק דיפה פסק המרדכי דהוי קדושין לכו"ע כמו בדיני נפשות, והרשב"א דחולק לא ס"ל תי' התוס' עכ"ל שם: ולענ"ד נראה בסברת הרשב"א דאף אם תהי' האומדנא ברורה דמהני בכה"ג בדי"ג מ"מ בקדושין דבעינן עדים לקיום הדבר לא מהני, דהיכא דהעדים צריכים לברר האמת, אם מעידים שראו דבר המוכיח על עצם המעשה, יש לומר דחשובים כעדים ממש לברר האמת, דסגי לדין עדים ידיעה בלא ראי', וענין זה י"ל דגם בדיני נפשות מהני, אבל בקדושין שהמעשה עצמה אינה פועלת רק אם ראו עדים את המעשה, ובכה"ג שהעדים לא ראו את המעשה רק ראו את דבר המוכיח, ונמצא דעל עצם המעשה ליכא עדים ואינה פועלת בלא עדים, אבל בנפשות לא בעינן עדים לקיום הדבר, דראית העדים אינו מסייע כלום לעצם הדין, רק ההגדה בבי"ד מועלת, ואם הי' קרוב או פסול בשעת ראי', ואח"כ העידו הכשרים לחוד, מועלת הגדתם לחיוב מיתה לשיטת כמה ראשונים, ובקדושין כתב הריטב"א דלא מהני כמו שהבאנו לעיל, ושיטת המרדכי דגם בקדושין לא בעינן שיראו דוקא את המעשה וסגי בידיעה, ומאותה שעה שנתודע לעדים קרינן בזה עפ"י שנים עדים יקום דבר, ומתחילת דברי התומים משמע דמה דיש חילוק בין קדושין לדיני ממונות הוא כמש"כ, אבל ממה דמסיק דאם אומדנא בלא ראי' מהני גם בדיני נפשות, מהני לכו"ע גם בקדושין מוכח דלא סביר כסברתנו בזה, ולכן לא אבין מה שמחלק בין קדושין לדיני ממונות בזה: ובס' דו"ח להגרע"א ז"ל למס' כתובות ד' ב' הובא מש"כ בנו הגרש"א להעיר על דברי הב"ש, דכיון דקדושין בלא עדים לא מהני, לו יהא דסגי בקדושין ידיעה בלא ראי', אבל שתועיל הידיעה של אח"כ למפרע מנ"ל, דמה דמהני עדי יחוד כעדי ביאה, התם הידיעה היא בשעת מעשה הביאה, אבל בעובדא דהב"ש שלא היתה הידיעה רק אחר הנתינה, ובשעת הנתינה לא היתה לא ידיעה ולא ראי' מנ"ל דמהני, אכן מדברי תוס' ד"ט שכ' לענין פ"פ, משמע קצת דגם בכה"ג מהני יעו"ש, ולענ"ד נראה דאין ראי' מדברי תוס' שיהני למפרע דלענין זנות ודאי דגם לס"ד דגם זנות אינה אוסרת בלא עדים, מ"מ מעשה ודאי אינה בטלה, ובשעה שיהי' עדים יחול האיסור, ובאמת י"ל דגם לענין קדושין כן כמש"כ לעיל, ולפי"ז אין הכרח לומר דלהמרדכי והב"ש דאזיל בשיטתו שס"ל דמהני הידיעה של אח"כ לחול למפרע, ולקמן יבואר עוד ענין זה בס"ד, עוד יש לדון בזה דבעובדא דהב"ש והמרדכי שהידיעה היתה תוכ"ד של מעשה הנתינה, חשבינן כאילו היתה המעשה בפני עדים, כמו דמהני לשאר ענינים תוכ"ד, ואינו ענין למש"כ להוכיח מדברי תוס' לענין פ"פ, שהידיעה היתה אח"כ: ובהא דקיי"ל שליח נעשה עד כתב בטוש"ע אהע"ז סי' ל"ה וז"ל, השליח נעשה עד, לפיכך אם עשה שנים שלוחים לקדש לו אשה אי"צ עדים

אחרים, בד"א כשאין שם כפירת ממון כגון שקדשה בשטר או אפילו בכסף והיא מודה שקבלתו, אלא שאומרת שלא קבלתו לשם קדושין אלא לשם פקדון, אבל אם יש שם כפירת ממון שאומרת שלא קבלה מהם כסף (או שטר שיש בו שוה פרוטה) הרי זו ספק מקודשת, ע"כ, והוא ברא"ש ור"ן והרשב"א, וקשה לי טובא בענין זה, דענין ההכחשה וההודאה מצד האשה מתחדשת אח"כ, ודין חלות הקידושין הוא משעת מעשה הקדושין, וקשה ממ"נ אם נאמר דמעיקרא חשבינן כאילו קדשה בפני עדים, משום דאפשר שלא יהי' אח"כ הכחשה על הכסף, דהרי גם בכל עדים דעלמא אי שיהי' בודאי אח"כ עדים לענין בירור דאפשר שימותו העדים, אלא דסגי לן שאפשר שיהי' ע"י העדים אח"כ בירור, ולפי"ז גם אם אח"כ נולד הכחשה ביניהם, אין הקדושין בטלים, אלא דלענין בירור ליכא עדים, אבל מי שיודע, הענין צריך להזהר משום קדושין, ואיך סתמו ענין זה לומר מקודשת או אינה מקודשת, ע"י בר"ן וברא"ש דמה דפסק בטוש"ע ספק קדושין הוא עפ"י הירושלמי דאר"י לחוש לקדושין, יעוי' בדבריהם, ואם נאמר דמעיקרא חשבינן כנוגע בעדות, רק אח"כ כשהיא מודה בטלה הנגיעה ונכשרו העדים, איך חלין הקדושין, הלא מעיקרא הי' מקדש בלא עדים, ולא מצאתי מי שיתעורר בדבר זה: וכן קשה כעין זה בלשון הש"ס בעיקר דין עדות לקדושין.

דאמרינן שם בהא דאמר ר"י המקדש בע"א אין חוששין לקדושין, בעי מיני' מרב יהודא שניהם מודים מאי, ופירש"י בזה"ל מהו הא דתניא אין חוששין לקדושין משום דלא הימני' הוא והא הימני', או דילמא משום דאין קדושין חלין בלא עדים ויליף דבר דבר מממון, ע"כ. ואינו מוכן ענין זה דאם הקדושין חלין ע"י ע"א אלא אח"כ כשאנו באים לדון ולברר הדבר לפני בי"ד והבע"ד מכחישים את העד ליכא תורת נאמנות להעד, איך שייך ע"ז לומר המקדש בע"א אין חוששין לקדושין הלא בכה"ג גם אם היו הקדושין בפני שני עדים ולא באו לבי"ד יכולים הבע"ד להכחיש את המעשה, והי' מקום לומר בכל זה הענין, דכיון דמעשה הקדושין הוא דבר בפ"ע וחלות הקדושין אפשר שתחול אח"כ, כמו שבארנו ענין זה לעיל לענין עדי צירוף בשיטת הר"ן, דלולא מה שנוגע לנפשות הי' מהני מה שנעשה חצי קיום בשחרית וחצי קיום בערבית, כ"כ יש לומר דגם אם מעיקרא לא הי' עדים בשעת מעשה הקדושין ואחר כך נתחדשו עדים שיחולו הקדושין משעה שנתחדשו העדים, ואז יחולו הקדושין מהשתא ולא למפרע, אבל פשטות הסוגיא שהבאנו, וכן שיטת הראשונים בשליח שנעשה עד, לא משמע כן, דהלא נפ"מ הוא אם פשטה ידה וקבלה מתוך כך קדושין מאחר ואיך יסתמו ענין זה ולא יפרשו שרק מהשתא חלין הקדושין, ולומר דכח עדות כזאת מיתלי תלי וקאי, אם ליכא הכחשה אח"כ איגלאי מילתא למפרע שקדש בפני עדים, ואם איכא הכחשה איגלאי למפרע דהי' בלא עדים, הוא דבר פלא לומר כן, דאיך שייך לומר איגלאי מילתא למפרע, כיון דמעיקרא מ"מ הי' בלא עדים, ובס' פנ"י למס' קדושין בסוגיא דמקדש בע"א ראיתי דהבין בזה שתלוי ועומד דז"ל ועוד נ"ל דאפשר דנהי דמספקא לי' לר"י בשניהם מודים, אפ"ה פשיטא לי' היכא שהמקדש לחוד מודה והיא מכחישתו דהמקדש גופא אין חושש לקדושין ומותר בקרובותי, דאף על גב שהוא יודע באמת שקדשה בעד אחד אפילו הכי לא הוו קדושין כלל, כיון שמכחשת את העד בטלו הקדושין למפרע מגזיה"כ, ודוקא בשניהם מודים הוא דמספקא לי', כן נ"ל.



עכ"ל.

ובעניני יפלא ענין זה, ועי' תוס' ב"ק ד' ל"ג ע"ב לענין דיני קנסות שחלין ע"י העמדה בדין, דלא אמרינן שחלין למפרע אלא היכא דגלי קרא כמו בשור תם ובשן ועין, יעו"ש, אבל היכא דליכא גלוי תורה, אין לומר ענין כזה מסברא: ולחומר הענין נלענ"ד די ש מקום לומר דעדים שלא היו ראויים להעיד בשעת מעשה הקדושין, ואח"כ נעשו ראויים להעיד, מכאן ולהבא יהי' דין הקדושין כאילו חלו כבר למפרע, היינו אף דבאמת כ"ז שלא נכשרו להעיד לא הי' שום דין מקודשת על האשה, אבל עכשיו חל הדין בכל תוקף כאילו חלו הקדושין מכבר, וענין זה יש להבין עפ"י היסוד שענין העדות בקדושין אין שום הצטרפות למעשה הקדושין, אלא כעין תנאי בחלות הדין, וכל שנוגע לסבת הקנין כבר נגמר בשלמות ע"י הכסף ושטר והביאה, ורק בנוגע לדין להתנהג כדין אשת איש, אמרה תורה שבלא ידיעת העדים ע"י ראית המעשה לא יתחדש שום דין, ולכן אם יתכשרו העדים אח"כ ויהיו ראויים להעיד בבי"ד, אז יחודש הדין מעכשיו ככל דין אשת איש למפרע, שכפי ידיעת העדים עכשיו שהם יודעים שהיא מקודשת כבר, כן הוא הדין, אם זנתה קודם תהי' עלי' עכשיו דין מיתה, וכן אם קדשה אחר יתבטלו קדושי שני למפרע, וכמו בדיני התנאים שבהתקיים התנאי חל למפרע, ולכן מקדש עפ"י ע"א למ"ד חוששין לקדושין, כיון שיכולים להכחישו אין תורת עד עליו שיתחדש על ידו דין קדושין, דרק עדים שיכולים להעיד בלא הודאת בע"ד נקראו עדים לקיום הדבר, ורק אם הודו בבי"ד דבשעה זו שהודו אינם יכולים להכחישו, אז נתכשר העד להתקיים על ידו דין קדושין, ואם אחד כופר והשני מודה, י"ל דגם המודה מותר בקרובותי' משום דאין דין קדושין לחצאים, ול"ד לאומרת נתקדשתי והוא כופר שהיא אסורה, דהתם הוא מדין שוויי' אנפשה חתיכה דאיסורא, ולדבר'י' כבר חל הדין בשלמות, מפני שהי' קדושין בפני עדים אבל הכא אם לא נתכשר העד לגמרי, מפני שאחד מכחישו, אין תורת עד עליו ולא חל עדיין דין קדושין, וכ"כ נאמר לענין שליח נעשה עד לדין, אם קדשה בכסף, כיון שאם יהי' הכחשה לא יהי' נאמן השליח, מטעם זה עדיין לא חלין הקדושין משעת המעשה, עד שיהי' זמן שלא יהי' אפשר להכחישו, ורק אח"כ כשהודו הבע"ד חל עליו דין עד, וחל דין קדושין כאילו הי' למפרע בעדים כשרים, ול"ד למה שכתב הריטב"א שאם הי' קו"פ ביניהם בטלים הקדושין, אף שאח"כ יכולים להעיד, שההצטרפות בראי' אינה מגרעת עכשיו כלום כשבאים לבדם לפני בי"ד דהתם בנמצא קו"פ המבטל עדות אינו משום העדר עדים כשרים אלא שהפסולים מבטלים הדין שראוי לחול עפ"י הכשרים, כמו שמבטלים בדין הראוי לחול ע"י עצמם, בכה"ג סובר הריטב"א אם נצטרפו קו"פ בשעת ראי', הם מבטלים דין הקדושין, ועפיד"ז יובן לנו גם דברי הר"ן בפ' מי שאחזו שכתב הטעם דלא מהני עדי צירוף בקדושין, משום שנוגע לנפשות, משום דלולא זאת הי' מהני עדי צירוף, שיחול דין אשת איש עליו משעה שנצטרפו שתי הידיעות משני העדים.

כנלענ"ד לחומר הענין: פרק ה' ובס' נתיבות המשפט סי' ל"ו כתב לחדש שם דכיון שבעל שאומר גרשתי את אשתי נאמן משום דבידו לגרשה, מהני לכתחילה מעשה הגירושין בלא עדים, רק בקדושין לא מהני אף אם שניהם מודים, משום דלענין קטלא לא מהני האי טעמא דבידו, ובנה יסודו עפ"י דברי הפנ"י שנטה משיטת הראשונים לומר דכל

עיקר דין קדושין שצריך עדים לקיום הדבר, לא למדו חז"ל מקרא דהך גז"ש דבר דבר, דהך גז"ש נאמרה רק לענין בירור לפני בי"ד, ורק מסברא נקטו חז"ל לומר כן, דכיון דקדושין הוא שאסרה אכו"ע כהקדש, בעינן שיעשו באופן כזה שיהי' מי שיברר הדבר אח"כ לפני בי"ד, ועפ"י דרך זה רוצה לפרש שיטת הרשב"א והנמ"י דסברי דלא בעינן עדים לקיום הדבר בחליצה, כיון שאם יאמרו אח"כ שנחלצה יהי' נאמנים כמו בעל שאומר גרשתי, וכל דברי הנה"מ תמוהים בעיני, דהרי יסוד זה שכ' הפנ"י הוא נגד שיטת הרשב"א כמו שכ' שם ולולא דברי הרשב"א ופירש"י הי' נ"ל לפרש כן, ואיך נעמיס שיטה בדברי הרשב"א עצמו, ומלבד זה נ"ל דגם אם נסכים כשיטת הפנ"י, מש"כ בנה"מ דיועיל בגירושין בלא עדים, משום שיהי' בירור לפני בי"ד ע"י הבעל שאומר גרשתי, זה לא יתכן כלל, דהלא בעל שאמר גרשתי את אשתי אינו נאמן רק מכאן ולהבא ולא למפרע, וגם כל ענין החדוש בזה למותר, דהרי הרשב"א בחי' ליבמות והנמ"י כתבו להדיא דבגט סגי בכתב בכ"י משום הכתוב וכתב ונתן בידה, וכתב הטעם משום דרק בקדושין דחב לאחריני בעינן עדים לקיום הדבר, וגירושין אינו חב לאחריני, וכל היכא דאינו חב לאחריני מהני בלא עדים, כמו בקנין ממון, מתנה, ומכר וכל כה"ג, וכ"ז שלא כשיטת התוס' דסברי דגם גירושין חשבינן כחב לאחריני משום דאסר לה אכהן, ושיטת רבינו תם דסובר דגם לר"מ בעינן עדים בשעת נתינת הגט משום קיום הדבר, ודאי סותרת דבריו, ולפלא בעיני שלא הזכיר בדבריו כל אלה, ומה שהוכיח שיטתו מדברי הרשב"א והנמ"י דסברי דאם החולץ והאשה אומרים שהי' חליצה בלא עדים מהני כמו בעל שאומר גרשתי, למש"כ דהרשב"א והנמ"י סברי דגירושין לא חשיב כחב לאחריני דל"ס כהתוס' דמה שנאסרת לכהן הוי כתב לאחריני, מכש"כ דחליצה דמה"ת אינה אסורה לכהונה ודאי דלא בעינן עדים לקיום הדבר, אם לא שנאמר דהיכא דאיכא אחים חשיב כחב לאחריני מה דנאסרת על האחים, יבואר ענין זה בפרטות בס"ד: עוד כתב שם הגאון בעל נה"מ לחדש שאם היו במעמד הקדושין שלשה שכשרים להיות דיינים, והי' שם ג"כ עדים כשרים ופסולים, באופן שמטעם עדות בטלה העדות, שיתקמו הקדושין ע"י דין בי"ד, כמו בממון בשלשה שנכנסו לבקר החולה דרצו עושים דין, והתם פשיטא לי' שאם היו שום עדים פסולים, אין מגרעים כח הדיינים, דאין עדים מבטלים דיינים, כ"כ יהי' דין זה גם בקדושין לקיום הדבר, חדוש זה צריך עיון, מהא דכתב הרשב"א דאם יחיד מומחה ראה ביום אינו יכול לעשות דין עפ"י ראייתו, דאף דאמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי', אבל בעינן עפ"י שנים עדים יקום דבר, הבאנו דבריו לעיל בפ"א, דלפי"ז גם בג' שראו ביום שהם דיינים מטעם הק"ו דלא תהא שמיעה גדולה מראי', הם ג"כ עדים לקיום הדבר, דאף דגוף המעשה אי"צ עדים לקיום הדבר, אבל לענין זה שיהי' להם כח בי"ד, כח זה אינו מתקים בלא עדים, ומשו"ה דוקא בשלשה שיש להם גם כח עדות מהני ראייתם מחמת בי"ד, אבל יחיד מומחה אף שיש לו כח בי"ד, אבל בלא עדים גם כח בי"ד אין לו קיום, ולפי"ז אם יהי' במעמד זה עדים פסולים אף שכח בי"ד לא יופסל ע"י עד קו"פ, אבל דין העדות נגרע מזה ובעינן עפ"י שנים עדים יקום דבר, ולכן מאי דפשיט לי' להגאון הנ"ל דבשלשה שראו ביום בדיני ממונות שעדים פסולים שהיו במעמד זה אין מגרעים כלום כח הבי"ד, לפי מש"כ עפ"י שיטת הרשב"א צע"ג בזה.

ולענ"ד מסתברים הדברים שלא מהני גם בדיני ממונות ומכש"כ בקדושין, ופשטות דברי כל הראשונים ז"ל ששקלו וטרו בקדושין וגרושין הנעשים במעמד הרבה אנשים ויש ביניהם גם קו"פ, משמע דלא מהני בענין זה מה שנאמר דאיכא כאן שלשה שיהי' להם כח דיינים, דהיכא דבעינן עדים לקיום הדבר גם כשהם בי"ד בעינן עדים לקיום הדבר, וכל עיקר היסוד של עדים לקיום הדבר מקרא דעפ"י שנים עדים יקום דבר ילפינן, ושם לענין בי"ד נאמר, וכמש"כ לעיל בפ"א באורך בס"ד: והנה בהא שעמד הגאון בעל נה"מ בדין חליצה צריך לבאר ענין זה, דגרסינן במס' יבמות פ' מצות חליצה דתנן במתני' חליצה בשנים או בשלשה ונמצא אחד מהם קרוב או פסול חליצתה פסולה, ר"ש ור' יוחנן הסנדלר מכשירים, ומעשה באחד שחלץ בינו לבינה בבית האסורים ובא מעשה לפני ר"ע והכשיר: ופריך בגמ' בינו לבינה מי ידענא אמר רב יהודא אמר שמואל ועדים רואים אותו מבחוץ.

ע"כ לשון הש"ס. וכתב שם הנמ"י וז"ל בינו לבינה מוקי לה בגמ' ועדים רואים אותם מבחוץ משום דאפי' מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום דאין דבר שבערוה פחות משנים, וכיוצא בזה שילהי פ' יש נוחלין בבעל שאומר גרשתי את אשתי אסיקנא זיל חוש לה ואינו נאמן אעפ"י שבידו השתא לגרש, וכי אמרינן שמא חליצה סנדל לאחד מהם בפני עדים קאמרינן, עכ"ל ולשון זה תמוה דמריש דבריו משמע דגם בחליצה בעינן עדים לקיום הדבר, דהרי אומר דאפי' מודים ויהיו נאמנים אצלנו אין זה כלום דאין דבר שבערוה פחות משנים, וכן סוף דבריו דמסיק דכי אמרינן שמא חליצה סנדל לאחד מהם בפני עדים קאמר, הוא ודאי משום דבעינן עדים לקיום הדבר, ולפי"ז לא יתכן מה שכתב בתוך הדבור, וכיוצא בזה שילהי פ' י"ג בבעל שאמר גרשתי את אשתי דאסיקנא זיל חוש לה, ושם ודאי אפי' אומר שגרשתי עפ"י עדים, אלא שאינו נאמן אצלנו מדרבנן, וריש דבריו וסוף דבריו סותרים למש"כ בתוך הענין, ובחי' הריטב"א שם כתב בזה"ל בינו לבינה מי ידענא, פי' דבהודאתם לא סגי ואעפ"י שבידו לחלוץ, וכדאמרינן התם בבעל שאמר גרשתי את אשתי שאפי' להבא אינו נאמן לגמרי וכדאמרינן התם זיל חוש לה, ויש שפירשו דה"ק מנא ידעו דהרי אין דבר שבערוה פחות משנים, וכי אמרינן לעיל שמא חליצה סנדל של אחד מהם בפני עדים קאמר, ומה דפרכינן הכא מנא ידענא לאו דוקא אלא ה"ק מנא ידעי דמהני שאפי' הם מודים ויהו נאמנים אלינו אין זה כלום, כיון שהי' בינו לבינה ובלא עדים, וה"ל כאומר גרשתי את אשתי בלא עדים או קדשתי בלא עדים שאינו כלום, ונכון הוא עכ"ל.

ועפ"י דברי הריטב"א מוכח דאיזה טעות המעתיק נפל בדברי הנמ"י, וערבוב שני הפירושים הכתוב בדברי הריטב"א. ובחי' הרשב"א כתב רק השיטה הא' שכ' הריטב"א שסובר דלא בעינן עדים לקיום הדבר בחליצה, ואפשר מטעם דסובר דגם בגט לא בעינן עדים לקיום הדבר דלא חב לאחריני כמש"כ לעיל, ובתשו' רע"א סי' קכ"ה כתב דלהריטב"א והנמ"י מספקא להו אם חליצה הוי בכלל דבר שבערוה או לא, ומסיק בזה"ל ובאמת נלענ"ד דבכלל חליצה ראוי ליחד עדים דהא הבי"ד הם יושבים ולא בשם עדים נינהו עכ"ל ובשלטי הגבורים פ' ב"ש ביבמות ד' העתיק דברי הרי"א ז"ל וז"ל וכן נראה בעיני שאם לא כנס היבם יבמתו ולא נתיחד עמה בעדים ושניהם מודים שבעל בלא עדי יחוד, לא נקנית לו באותה הביאה קנין גמור ואינו יכול לפוטרה בגט בלי חליצה, שכשם

שקדושין וגירושין צריכים עדים, כך יבם וחליצה צריכים עדים, כמבואר בקונטרס הראיות עכ"ל.

וברמ"א אהע"ז סי' קס"ו סעי' ב' בהגה ובד"מ הביא דבריו לענין יבום, ובה' חליצה לא הביא דבריו, ונראה בטעמו דלכאורה דברי השה"ג תמוהים, דענין זה לדון שיהי' עדים בחליצה הוא רק לר"ע דהכשיר חליצה בלא שלשה וסובר דלא בעינן בי"ד לחליצה, יש לדון אם צריך לכה"פ שני עדים, כמו בקדושין וגירושין משום דבר שבערוה, אבל לדידן דקיי"ל דבלא שלשה לא מהני, אי"צ לעדים אחרים, דאם נימא דכל היכא דאיכא בי"ד אי"צ כלל לעדים, דכמו דמהני עדים לקיום הדבר, כ"כ מהני בי"ד, משום דלא תהא שמיעה גדולה מראי', וכמו שכתב הנה"מ שהבאנו לעיל, וכן מצאתי בתשו' נוב"י מ"ת אהע"ז סי' קי"ד להוכיח דבגט אי"צ בי"ד, דאם הי' צריך בי"ד למה צריך עדי מסירה, כיון דאמרינן לא תהא שמיעה גדולה מראי' אי"צ לעדים יעו"ש.

ואף לפי מש"כ עפ"י דברי הרשב"א דגם היכא דמתקיים ע"י בי"ד בעינן ג"כ תורת עדות, משום דלעולם בעינן עפ"י שנים עדים יקום דבר, ויחיד מומחה יכול לדון עפ"י שני עדים שמקיימים הדבר ע"י הגדה, אבל בלא עדים לא מהני, מ"מ מוכח דבי"ד של ג' שרואים ביום הם בי"ד ועדים ג"כ שמה שרואים חשוב כקבלת עדות משום האי ק"ו דלא תהא שמיעה גדולה מראי', ולענין קיום הדבר הם כעדים, ובנידון זה לא שייך לומר אין עד נעשה דיין, דרק בהגדה שייך ענין זה שיהי' מגיד ושומע כאחד, ועפ"י בחליצה לדידן דצריך שלשה משום בי"ד למה לן לעדים אחרים, ומש"כ הגרע"א שהבאנו לעיל דמשו"ה צריך עדים אחרים נוספים על הבי"ד משום דהבי"ד הם יושבים ולא בשם עדים נינהו, דבריו תמוהים מאד, דרק בעדי הגדה אמרינן דעדים הם בעמידה כדכתיב ועמדו שני אנשים לפני אלהים, אבל בעדי ראי' אי"צ עמידה, ולא שמענו לעולם שיוצרכו לעדי קדושין שיהי' דוקא בעמידה, כיון שמקיימים הדבר ע"י הראי' בלא הגדה, ולכן ברור בעיני שמשו"ה לא הביא הרמ"ה דברי השה"ג רק לענין יבום ולא לענין חליצה, כיון דבלא"ה איכא בי"ד ומתקיים הדבר עפ"י ג' והם בי"ד ועדים יחד, ובשיטת הריא"ז שהביא השה"ג י"ל דנפ"מ לענין קרוב ופסול דס"ל כשיטת הסוברים דבדיינים לא מתבטלים הכשרים ע"י התערבות קו"פ, ומחמת דין עדים יהי' חסרון אם יהי' ביניהם קרוב או פסול.

ועי' בביאור הגר"א אהע"ז סי' קס"ט ס"ק י"ז דפסק להלכה דגם בדיינים איכא האי דינא דנמצא קו"פ, ומשו"ה כתב דאם השנים הנוספים הם פסולים, צריך לייחד הג' לבי"ד, ולשיטתו אין נפ"מ כלל מה שנאמר דבחליצה בעינן עדים לקיום הדבר, אבל בשיטת הריא"ז י"ל דל"ס כן, כנלענ"ד בענין זה: אמנם מה שהקשה בס' נה"מ בהא דמשני בגמ' שם בפ' מצות חליצה אר"י א"ש ועדים רואים אותם מבחוץ, ובדבר שבערוה לא מהני עד שיראו הם את העדים ולא סגי שהעדים יראו אותם, כמבואר בשו"ע אהע"ז סי' מ"ב, קושיא זו צריכה לפנים, להך שיטה שהובא בריטב"א ונמ"י דס"ל דלחליצה צריך עדים לקיום הדבר, והנה בריטב"א בחי' לקדושין ד' מ"ג בסוגיא דשליח נעשה עד כתב בטעמא דמילתא דלא מהני עדי הטמנה בקדושין שני טעמים, וז"ל, חדא דלא חשיבא עדות בדבר שגוף הדבר צריך לעדות, אלא בדבר שצריך עדות משום שיקרא, ועוד דהיא מצי למימר

לי לא שתקתי בשעת קדושין, אלא בשביל שלא היו שם עדים, וכסבורה שלא הועילו מעשיך, והוי לי כמקדש בלא עדים שאין חוששין לקדושין, עכ"ל, והנה לפי מש"כ הרמ"א בסי' מ"ב בשם מהרמ"פ שאם מכחשת את העדים ואומרת שלא קבלה קדושין, דשוב אינה נאמנת לומר לשחוק נתכונתי, הוי קדושין, יעו"ש, וכן הובא בפ"ת שם סק"י שהגרע"א כתב בגליון שכדברי מהרמ"פ כתב הב"י סי' י', דמוכח דנקטי דאם המקדש והמתקדשת כונו לקדושין חלו הקדושין, אלא שאם טוענת כך שלא כונה לקדושין נאמנת, ולדבריהם ל"ק כלל בהא דאמרינן בגמ' דהי' עדים רואים אותם מבחוץ, די"ל דמיירי ששניהם מודים שכונו לשם חליצה, אבל הריטב"א ודאי דלא סביר כן, ולשיטתו כל היכא דהיא יכולה לטעון לשחוק נתכונתי לא מהני גם אם כונה לקדושין דהוי כמקדש בלא עדים, דלא כמש"כ הרמ"א: אמנם לענין הקושיא מסוגית הש"ס הנ"ל הנה לפי טעם השני שכ' הריטב"א ל"ק, דז"ל דמיירי ששמעו העדים ששניהם אמרו שמכונים לשם חליצה, ובאופן כזה משמע מדברי הריטב"א דמהני גם בקדושין ע"י עדי הטמנה, אף דאפשר לדון דגם היכא שאמרה בפירוש שמכונת לקדושין, יכולה לומר דגם זה מה שאמרה כן הי' לשחוק, ויותר מזה כתב הח"מ והב"ש שם באהע"ז סי' מ"ב דבכה"ג אנו סהדי שכונו לשחוק, יעו"ש, אבל מדברי הריטב"א מוכח דלטעם השני היו חלין הקדושין אם היו שניהם אומרים בשעת קדושין שמכונים לקדושין, דהרי כתב רק שהיא מצא למימר לי לא שתקתי בשעת קדושין, אלא בשביל שלא הי' עדים, היינו דעל ענין זה שקבלה הכסף ולא אמרה היפוך דבריו, מצי אמרה שכונה לשחוק אבל אם היתה אומרת בפירוש שמקבלת הכסף לשם קדושין, שוב לא מצי למימר כן, וכן מוכח דמצד המקדש ליכא חסרון, דמשום שאומר הרי את מקודשת אם גם כיון לשחוק הוי דברים שבלב, כיון שמה שאומר בפ' סותר למה שחושב בלבו, וכעין זה כ' הריטב"א בחי' למס' קדושין ד' נ' בהא דאמר רבא דדברים שבלב אינם דברים, ואמר אביי להוכיח מהא דתנן בכולן אעפ"י שאמרה בלבי הי' להתקדש לו אעפ"י כ' אינה מקודשת ואמאי הא קאמרה בלבי הי' ודילמא שאני התם דכיון דאתני' לאו כל כמינה דעקרה לה לתנאי', וכתב בזה הריטב"א וז"ל פירוש וסותר בדברים שבלבו מה שהתנה בפיו, דהוי לבו סותר לדברי פיו, משא"כ בהאי דזבין נכסי סתם שאינו סותר דברי פיו ממש, אלא שמוסיף עליהם, ושמעינן מהכא דדברים שבלבו ובלב כל אדם דהוי דברים, אם הוא עוקר מה שהתנה עליו בפירוש לא מהני לי' דברים שבלבו ותנאו קיים.

עכ"ל: אבל לפי מש"כ בטעם הא' דלא חשיבא עדות בדבר שגוף הדבר צריך לעדות, אלא בדבר שצריך עדות משום שיקרא, קשה איך יפרש מה דמשני ועדים רואים אותם מבחוץ, וי"ל דהיש מפרשים שהביא הריטב"א בפ' מצות חליצה דסברי דגם לחליצה צריך עדים לקיום הדבר, לא סברי דהך טעמא שכתב הריטב"א וכמו שנראה מהרשב"א והריב"ש שהובא בב"ש סי' מ"ב דכתבו רק הטעם השני, עוד יש לדון בעיקר ענין זה שכ' הריטב"א שבדבר שצריך עדים לקיום הדבר לא מהני עדי הטמנה, לא ביאר טעמו של דבר, והנה בדין יחוד עדים שנקטו האחרונים להלכה לייחד העדים כדי שלא יתבטל העדות ע"י קרובים ופסולים, היינו דאם המקדש והמתקדשת אינם רוצים בהפסולים, אינם יכולים להיות עדים בעל כרחם של הבעלי דברים, וכמו שכתב הרא"ש בפ"ק דמכות ובטוש"ע ח"מ סי' ל"ו שאם המלוה מיחד עדים כשרים, ועמדו שם קרובים

ופסולים אפ"י אם כווננו להעיד ובאו והעידו בבי"ד לא נתבטלה עדות הכשרים דכיון שייחד את עדיו לאו כל כמינייהו להפסיד לזה את ממונו, כ"כ י"ל גם בקדושין לענין קיום הדבר לא מצי עדים להיות לעדים בע"כ של הבעלי דברים, כן כתב בס' אבני מלואים בס"י מ"ב ובקצוה"ח סי' ל"ו, ובאמת כתוב ענין זה של יחוד עדים בקדושין בהריטב"א שם, וז"ל מיהו כל היכא שיש באותו מעמד כשרים ופסולים צריך לייחד עדי הקדושין, יעו"ש ולפי"ז י"ל דהיכא דהמקדש והמתקדשת כווננו לקדש בפני עדים הנראים להם, ועמדו עדים אחורי הגדר, אין העדים הטמונים נחשבים לעדים, דהוי כמו שיחדו עדים, ואינם רוצים שיתערבו עמהם עדים אחרים, וכן כתב המהרי"ט הובא כן בספר אבני מלואים שם להסתפק בזה דאפשר דהוי כמו מיחד עדים, עיין שם, אבל היכא דלא כווננו לעדים אחרים, ולא שייך בזה טעם הנ"ל שכתבנו בשם הרא"ש, דאדרבה מיסתבר לומר דאם הי' יודעים הי' ניחא להם בעדות אלה, אינו מובן מאיזה טעם לא יועילו עדים הרואים אחורי הגדר: אח"ז ראיתי בס' אבני מלואים שם שהביא דברי הריטב"א וכתב בזה"ל, והיינו משום דנהי דקדושין לא בעי אתם עדים, אבל כוונה לעדים מיהו בעי, דהיינו ששניהם יכווננו לקדש בפני עדים, וא"כ הכא שהעדים היו אחורי הגדר לא מהני, כיון שלא הי' כוונתם להעדים הטמונים ע"כ תו"ד, ולכאורה אין דבריו מובנים, דענין זה שייך רק במעשה הקנינים שצריך כוונה לקנין, ומעשה הנעשית בלא כונה לא מהני, מצינו דאם מכוון לקנין אחר, המעשה השני נחשבת בלא כונה, כמש"כ בטוש"ע ח"מ סי' קצ"ח, אבל ענין העדות אינו מעשה קנין שיהי' צריך בזה כוונה לעשות הקדושין ע"י עדים אלה, והי' נראה לומר דהחסרון בזה אינו משום כוונה, אלא דהחסרון בכה"ג הוא בעיקר העדות, דכיון שאם היו מיחדים עדים אחרים בדוקא, לא מצי להיות עדים בע"כ, הנה בכה"ג שהמקדש והמתקדשת אינם רואים אותם, אינו ברור להעדים אם רוצים בהם, דשמא מקפידים שלא יראו אחרים מעשה זו, ומשו"ה אינם נחשבים לעדים בקדושין לקיום הדבר, דעדי קדושין צריכים לראות מה שצריך לחלות הקדושין, היינו כמו שצריכים לראות גוף המעשה, כ"כ צריכים לראות את עדי הקדושין, ובכל קידושין דעלמא אף שלא אמרו המקדש והמתקדשת אתם עדים, אבל כיון שמתרצים לעשות המעשה בפניהם, רואים העדים ויודעים את כל הענין, שהם יודעים שמתרצים שיהי' גם הם לעדים, אבל כשהם בהטמנה אינם יודעים שהם מתרצים לקבלם לעדים, וחסר בזה ידיעה וראי' לפרט זה, ואין כאן עדים גמורים לקיום הדבר: אכן יש לדון בזה לפי מש"כ הרא"ש בפ"ב דקדושין סי' ז' והובא בשו"ע סי' ל"ה סעי' ד' דאם גלה דעתו שהוא חפץ באשה פלונית יכול איש אחר להעשות שליח שלא מדעתו מטעם זכות, והעדים העומדים בשעת הקדושין הם לגבי המקדש כעדים שאחורי הגדר ושלא מדעתו, אלא עלינו לומר דכמו שהשליח העושה מעשה הקדושין מטעם זכות, כ"כ מהני מה שהעדים מסייעים לחלות הקדושין, דהכלל בזה דאף לאביי דסובר דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכ"כ כל היכא דבעינן רצון המצטרף לא מהני לאביי, אף דאמדינן לדעתו אילו הוי ידע הי' מתרצה, מ"מ עכשיו לא ידע דבעינן שיהי' רצון זה בפועל שידע ויתרצה, זהו בניחותא סתם דליכא זכות, אבל היכא דאיכא זכות וטובה, ילפינן מקרא דונשיא אחד למטה שזכין לאדם שלא בפניו, וכן כתבו תוס' בב"מ שם בסוגיא דיאוש שלא מדעת, דהיכא דאיכא ניחותא דמצוה מהני גם לאביי, יעו"ש, ולפי"ז למה לא יועילו

עדים שאחורי הגדר, היכא שאי אפשר לחול הקדושין בלעדם, הלא זכות הוא להם, דהרי בכה"ג חשיב זכות יותר משאם גלה דעתו, דהרי עשו מעשה של הקדושין, וטוב להם שיחולו הקדושין ע"י מעשה זאת לבלי הצטרך להקדש מחדש, לכן יותר מסתברים הדברים כמש"כ בס' אבני מלואים דלא סגי בזה רצון לחוד, אלא בעינן בזה כונה ומחשבה לעשות מעשה הקדושין בפני עדים, דכיון שהעדים גורמים ומסייעים לתלות הקדושין, בעינן שיכון המקדש לעשות המעשה בפני העדים, וכונה זו הוא במעשה הקנין ואם לא כונו לעשות המעשה בפניהם לא מהני אף היכא דאנן סהדי דניחא להו, דהרי ענין זה הוא פרט בעשיית הקדושין, שיעשה באופן המועיל, שיעשה מעשה הקדושין בדרך כזה שיראו עדים, ומשו"ה מהני כשמגלה דעתו, ואחר נעשה שליח שלא מדעתו כמו שמהני עיקר מעשיו, כ"ה מה שמכוון לעשות בפני עדים אלו מהני, כאילו עשה כל זה המקדש עצמו, אבל אם לא ראה המקדש את העדים, לא מהני מה שהעדים עצמם יכוונו מדין זכ"ל להעשות עדים על הקדושין, דבעינן שעושה מעשה הקדושין יכוון לעשות בפני העדים, אבל העדים שאינם עושים מעשה אין מחשבתם וכונתם מועלת בזה, ואף שבארנו לעיל בפרקים הקודמים, דעדות בגו"ק אינם רק כהשלמה ודבר נוסף להמעשה, ומשו"ה אם קדש שחרית בפני ע"א וערבית בפני ע"א היו ראויים לחול הקדושין אח"כ, אם לא מחמת דאישות שייך לנפשות, אף שהם כוונו שיחולו עכשיו, ולא כוונו שיחולו אח"כ, יעו"ש, אבל ענין זה לעשות את העדים לדבר מצטרף לחלות הקדושין צריך המקדש או שלוחו לעשות, היינו שיעשה המעשה בפני עדים שיראו העדים את המעשה, ואם לא ראו המקדש והמתקדשת את העדים, העדים רואים ממילא, ולא ע"י הבע"ד, שלא כוונו לעשות בפניהם כדי שיראו, ועדי הטמנה בקדושין לא מהני, משום דהו קדושין טמונים כנלענ"ד: ועפ"י דברינו יש לומר דבגירות שצריך בי"ד לקיום הדבר, מהני בהטמנה אם נתגייר שלא בפני בי"ד וראו בי"ד אחורי הגדר, דלכאורה הי' מקום לומר דליכא חלוק בין אם צריך עדים לקיום הדבר, בין היכא שצריך בי"ד לקיום הדבר כמו בגירות, דכמו בגו"ק הסבה הגורמת לחלות הדין הם העדים, כ"כ הבי"ד בגירות הם המקיימים את הדין, ובפשטות נראה מדברי תוס' סנהדרין ד' סח ע"ב דבי"ד יכולים להיות גם בלא ידיעת המתגייר, דכתבו שם דמשו"ה מהני גר קטן שמטבילים אותו על דעת בי"ד, אף דאין זכין לקטן מה"ת, משום דאין בי"ד זוכים בעבורו אלא הוא זוכה בעצמו ובגופו שנעשה גר, וכתבו שם דגם בתינוק דלאו בר דעת הוא חשיב גר, מדמייתי במס' כתובות ד' י"א מקטנה פחותה מבת שלש שנים יעו"ש.

ואם נאמר דבי"ד בלי ידיעת הבע"ד שוה לעדים, איך מהני בקטן פחות מכן ג', ואף דלפי מש"כ בתוס' יבמות ד' מ"ה דאפשר לומר דהא דבעינן בי"ד בגר הוא רק לקבלת המצוות ולא למילה וטבילה, אבל מפשטות דברי תוס' שם בסנהדרין לא משמע דאזלי התם מהאי טעמא, דהרי לא זכרו התם כלום חלוק זה, ומלבד זה גם לשיטת תוס' יבמות הוא רק בדיעבד ולא לכתחילה כמש"כ בטוש"ע הי' גרים סי' רס"ח, ועוד והוא העיקר דהרי כתב שם בדגול מרובה, דבגר קטן לכו"ע בעינן דוקא ביד במילה וטבילה, דבגר גדול שמקבל עליו המצוות בתחילת גרות, חשבינן המילה והטבילה לגמר גירות שאי"צ בי"ד, אבל בגר קטן הטבילה היא תחילת הגירות בעינן דוקא בי"ד וביום ולא בלילה, ובגדול מהני גם בלילה כמו דאמרי' במס' יבמות מי לא טבלה לנדוטה, ומכל הלין מוכח דבגירות

סברי התוס' דמהני הבי"ד בלי דעת המתגייר, ולפי"מ שבארנו בטעמו של דבר דלא מהני עדי הטמנה, משום דבעינן שיעשה המקדש המעשה בפני עדים שיוכלו להעיד, ענין זה לא שייך בדין הבי"ד אצל גר, דהתם אי"צ שיעשה המעשה כדי שיראו את הבי"ד, אלא בי"ד יראו את המעשה ודנים אותו עי"ז לעשותו לגר: ועפ"י מש"כ הנה בדין מש"כ הרמ"א באהע"ז סי' קס"ו סעי' ב' בהגה דליבום בעינן ג"כ דוקא בפני עדים, וכן הוכיחו האחרונים מדברי תוס' קדושין ד' י"ב ע"ב ד"ה משום פריצותא, עיי"ש, וכן כתב הריטב"א שם בזה"ל, דגבי יבום לא סגיא דליכא עדי ביאה שהרי ביאה גורמת בה, נלענ"ד ברור דמהני עדי הטמנה, ודלא כמש"כ בפ"ת שם סק"ו דלטעם הראשון שכ' הריטב"א, דדבר שגוף הדבר צריך לעדות, לא מהני עדי הטמנה, גם ביבום אם לא מהני בלא עדים, לא מהני עדי הטמנה יעו"ש.

דכיון דיבום קונה בע"כ ובלי כונה וחרש שבא על יבמתו קנה, ודאי אי"צ שיראה היבם את העדים, אכן בחליצה לשיטת הסוברים דצריך עדים לקיום הדבר יש לעיין בזה, דהרי בחליצה בעינן שיכוננו שניהם לשם פטור, כמו דנקטינן במס' יבמות ד' ק"ו ובטוש"ע סי' קס"ט סעי' מ"ד, וכיון דצריך כונה ראוי לומר בהשקפה ראשונה דעדי הטמנה לא מהני, בין מטעם השטאה ובין לטעם הראשון, ומפשטות דברי הגמ' דמשני ועדים רואים מבחזין משמע דמהני עדי הטמנה, כמו שהוכיח בנה"מ שהבאנו למעלה, והנה חקירה זו נפ"מ גם לפי"מ דקיי"ל דלא כר"ע ובעינן בי"ד של שלשה, אבל מ"מ בעינן גם דין עדות משום דבר שבערוה, ויהי' נפ"מ דמדין בי"ד מהני בלי כונת הבע"ד ומדין עדות בעינן שיראו אותם הבע"ד, וכגר י"ל דאי"צ עדים לקיום הדבר, אף דאפשר דהוי כדבר שבערוה שמחדש דין על האדם, אבל אינו חב לאחריני, אבל בחליצה אם נחשיב כדבר שבערוה י"ל דלא מהני בלא עדים, ולא יועיל בהטמנה, ואם ראו החולץ והחולצת את הבי"ד יהי' הבי"ד בי"ד וגם עדים כמש"כ לעיל, דלא שייך בזה משום אין עד נעשה דיין, אבל אם לא ראו אותם הבע"ד, לו יהא דמדין בי"ד מהני, אבל חסר בזה דין עדות לקיום הדבר וכמש"כ: ונראה לענ"ד דהא דמהני עדי הטמנה בחליצה אף לדעת הסוברים דחליצה הוי כדבר שבערוה שצריך עדים לקיום הדבר, דשאני ענין חליצה מגו"ק, דבגו"ק חשבינן שכל החלות היוצא מן המעשה תלוי ברצון של הבע"ד, ובחליצה אינו כן, דלא בעינן רק שיתכוננו לשם חליצה, אבל לחלות הקנין של חליצה אי"ל רצון של הבע"ד, וכמו שיבואר ענין זה לפנינו בס"ד, ומשו"ה לענין עדים לקיום הדבר, י"ל דכיון דעיקר הדבר של העדים, הוא לענין חלות הדין, שידעו העדים שע"י מעשה זו יחול הדין ויהי' עי"ז מתפרסם הדין הנוגע למעשה, וכמו דמוכח מלשון הרמב"ם פ"א מה' גירושין הי"ג וז"ל ומנין שיתננו לה בפני עדים, הרי הוא אומר עפ"י שנים עדים או שלשה עדים יקום דבר, ואי אפשר שתהי' זו היום ערוה והבא עלי' במיתת בי"ד, ולמחר תהי' מתרת בלא עדים, לפיכך אם נתן לה גט בינו לבניה ואפי' בע"א אינו גט כלל עכ"ל.

ומשו"ה י"ל דרק היכא דחשבינן שחלות הדין נעשה ע"י בע"ד כמו בגו"ק, בעינן שגם הצטרפות העדים תהא ע"י הבע"ד, כמו שבארנו, דהיכא שהבע"ד רואים את העדים ועושים המעשה ומכונים לעשות באופן זה שיראו גם העדים, והיכא דלא ראו הבע"ד שהיתה הצטרפות העדים שלא מחמת הבע"ד, י"ל דלא מהני כמש"כ הריטב"א לפירוש ראשון אבל בחליצה דאי"צ רק שהבע"ד יכוננו לחליצה, אבל אי"צ שירצו לעשות חלות



הפטור, כמו שיבואר ענין זה בס"ד כל' דחלות הפטור נעשה ממילא, משו"ה גם הצטרפות העדים דבעינן לגמר החלות, אי"צ שתהא ע"י הבע"ד, ומשו"ה מהני עדי הטמנה לכל השיטות, כנלענ"ד: פרק ו ובענין כונת חליצה כתב הטור בסי' קס"ט וז"ל, צריך שיכונו היבם והיבמה שתהא מותרת לזר בחליצה זו, נתכון הוא ולא היא או היא ולא הוא לא הותרה, עכ"ל.

והנה יש לדון אם מהני שיור בחליצה, שאם אמר הריני מתירה לכל העולם חוץ מפלוני, דבגט כה"ג לכו"ע אינה נפטרת למי שלא התירה, רק פליגי בכה"ג ר"א ורבנן אם נתבטלו הגירושים לגמרי משום חסרון כריתות כמבואר בגמ' ריש פ' המגרש, ובחליצה לא מצאתי מפורש ענין זה אם יכול לשייר בהתרתו לאיזה איש, והנה בגמ' מצינו דלא מהני תנאי בחליצה, משום דכל תנאי בדבר שאי אפשר לקיימו ע"י שליח לא מהני, עי' גמ' כתובות ד' ע"ד ע"א, ולכאורה לפי"ז היכא דמשייר חוץ מפלוני דלא שייך לדיני התנאי מהני השיור, וראיתי בב"י סי' קס"ט שכ' בב"ה על מה שכתב הרא"ש בתשובות דאם התנה בשעת חליצה אני חולץ על מנת שלא תנשאי לשום אדם, ואם תנשאי לשום אדם לא תהי' החליצה מותרת להנשא, וז"ל ואני תמה ע"ז דאע"ג דמדין תנאי לא הוי תנאי כדבסמוך, מ"מ כיון שהוא סובר שתנאו קיים שלא תנשא לשום אדם נמצא שלא נתכון להתירה בחליצה זו, וכל שלא נתכון להתירה בחליצה זו לזר לא הותרה, כמו שנתבאר בסי' זה, ושמא יש לחלק דשאני הכא שהוא סובר שחלוצה זו מתירה להנשא לזר ולכך נתכון, ואינה נאסרת לפי דעתו אלא מצד התנאי עכ"ל.

והנה בפשטות דברי הב"י אינם מובנים, דהלא ענין זה מה שחלוק תנאי משיור, הוא מפורש בגמ' גיטין ר"פ המגרש, וכן נקטינן להלכה דחוץ מפלוני הוי שיור, ואם התנה ע"מ שלא תנשאי לפלוני מהני תנאו, ולמה מתמה על הרא"ש, ואף דבסי' קל"ז הביא הרמ"א שיטת הסוברים דגם בע"מ הוי שיור, אבל הלא הרא"ש ורוב הפוסקים סברי דמהני ע"מ, וכן קשה קצת על הרמ"א שלא הביא בחליצה לחוש אם התנה בכה"ג לשיטת הפוסקים דע"מ הוי כחוץ, וכמדומה לי שבס' נהורא שרגא על יבמות עמד בזה ואין הס' ת"י: ונראה לענ"ד דשיור בחליצה להתירה חוץ מפלוני אינו כלום, דהנה ענין הכונה בחליצה אינה בגדר כונת מעשה הקנינים בכל דוכתא, וכמש"כ בקצוה"ח סי' רע"ה ס"ק ד', דלא כמש"כ בתשו' חכם צבי, דאם ה' ענין זה בגדר הקנאה למה צריך כונת האשה, הלא היכא דאיכא דעת אחרת מקנה אי"צ לכונת קונה, יעו"ש, ולענ"ד גם דברי הקצוה"ח מיותרים בזה, דאי אפשר לומר כלל שהחליצה הוא בגדר הקנאה דאם ה' החליצה בגדר מקנה ומתיר, ה' ראוי לומר דיהני גם בע"כ של האשה, כמו דמהני בגירושים ושחרור, משום שאין האשה והעבד קונים שום דבר, דבכל הקנינים שיש בהם שני ענינים, הפקעת קנין של הבעלים הראשונים והתחדשות קנין קדש להקונה, צריך רצון של הקונה, אבל בגירושים ושחרור, דסגי בהם רק הפקעת קנין של הבעל והאדון, ולהקונה אין בזה לקנות שום דבר חדש רק ממילא כיון דפקע קנין של הבעל היא פנוי וכ"כ בעבד, ה' צריך להועיל גם בע"כ, לפי"ז ברור הענין דגם בחליצה שאם נפקע הזיקה ממנו היא נתרת לשוק, ה"ז כמו התרת גרושים ושחרור, וכיון דבעינן שיתכונו שניהם מוכח הענין שכונה זו אינה בגדר מעשה הקנינים דעלמא, אכן גם בדברי הקצוה"ח לא נתבאר ענין כונת החליצה, דהרי בתשו' חכם צבי נסתפק אם כונת חליצה

הוא בגדר כונת המצוות, כמו דאמרינן מצוות צריכות כונה, או כונת קנינים, והכריע  
דהוא בגדר כונת קנינים, ובקצוה"ח מסיק שלא כדבריו, ולכאורה נראה דנוטה להאי צד  
שנאמר דהוי בגדר כונת המצוות, אבל לענ"ד הוא רחוק לומר כן, דהרי מפורש בטוש"ע  
שהבאנו שצריכים לכוון שתהא נותרת לשוק ע"י החליצה, ואין זה כונת המצוות דבעינן  
שיכוון לשם מצוה, לקים מצות השם, אלא ענין הכונה בזה דאם חלצה נעלו סתם אין  
מעשה חליצה זו נחשבת לחליצה המתרת רק לחליצת נעל בעלמא, והכונה מועלת  
להחשיב את המעשה, וכיון שהמעשה נעשית ע"י שניהם בעינן כונת שניהם, אבל  
מחשבה ורצון להפקיע זיקתו כמחשבת גירושין ושחרור לא בעינן בזה, וכן כונה לשם  
מצוה לא מהני בזה, וכמו דכתב הרמב"ם וטוש"ע סי' קס"ט סעי' נ"א: וכן יש להוכיח  
ענין זה דבחליצה אי"צ רצון להתרה מדברי התוס' גיטין ד' כ"ב ע"ב ד"ה והא לאו בני  
דיעה נינהו, שכתבו דהא דאמרינן בחרש וחרשת דלאו בני חליצה נינהו משום דלאו בני  
קריאה הם, וכן קטן משום דאיש כתיב, ולא ממעטינן משום דלאו בני כונה נינהו, והרי  
בחליצה בעינן שיתכוננו שניהם, משום דמטעם כונה הי' מהני כשגדול עומד ע"ג ומלמדו  
לעשות לשמה, יעו"ש, והנה בכל הקנאה דעלמא ודאי לא מהני מה שיהי' גדול עומד  
ע"ג, דכל היכא דבעינן שיעשה הענין ע"י בן דעת שמבין עניניו מה לקרב ומה לרחק,  
לא יועיל בזה שמלמדו אחרים, דבעינן שיהי' בר שכל להבין אם שוה לפניו דבר זה ולא  
יפסיד מזכותו, אשר כל זה לא יתוסף לו בגדול עומד ע"ג, ומזה מוכח דענין ההתרה  
שבא ע"י חליצה הוא דין שמים, דאינו תלוי בדעתו של החולץ והחולצת, רק בענין כונה  
שידעו ענין של החליצה ומטרת החליצה דבלא הך כונה אינה נחשבת למעשה חליצה  
רק חליצת נעל בעלמא ולא חליצת יבמים, ועל כונה כזאת מהני כשגדול עומד ע"ג  
ומלמדו, והנה אף כי שהדברים פשוטים וברורים, אבל בכ"ז הם נסתרים לכאורה מדברי  
הירושלמי ריש תרומות הובא בתוס' חולין ד' י"ג דמדמה הפרשת תרומה לכתיבת גט  
לענין מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו ולענין גדול עומד ע"ג, והרי הפרשת תרומה הוא  
ענין הקנאה והקדש, דבעינן רצון של בן דעת ככל ההקנאות, ובדבר זה נתקשיתי זה  
רבות בשנים, אבל אחרי ראי דברי הירושלמי כל הענין שם דמביא פלוגתא דריב"ב  
לענין קדושי חשו"ק דסובר דבינו לבין עצמו אין קדושי קדושין, בינו לבין אחרים  
קדושי קדושין, ואח"כ מקשה מהא דתנן נתחרש הוא או נשתטה לא יוציא עולמית,  
יעו"ש, ונוראות נפלאתי דלפי"ז יש מקום לדון גם בקדושין וגירושין שיהני בחשו"ק  
אם גדול עומד ע"ג, ועתה ת"ל מצאתי כל החזיון הזה בס' בית מאיר אהע"ז סי' קכ"א,  
שהעלה לדבר ברור כמש"כ, דשאני ענין חליצה שאינה בגדר הקנאה כלל, רק כונה  
גרידא, ובכל דבר קנין לא מהני כלום גדול עומד ע"ג, ומתמה ג"כ על דברי הירושלמי,  
ולהלכה העלה שעכ"פ אין לצרף גמלסניף בעלמא שיטת הירושלמי בזה, שהרי מפורש  
דבנשתטה או נתחרש לא יוציא עולמית, ואם הי' מהני בחרש גדול עומד ע"ג, איך תנן  
לא יוציא עולמית, עוד נלענ"ד די"ל דמה דמדמה בירושלמי תרומה לכתיבת הגט  
ולמחשבת הכשר זרעים, הוא רק לענין מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו, וסובר דהיכא  
דמחשבתו ניכרת מתוך מעשיו חשבינן לו כבן דעת שמבין הענין על בוריו, ובהא דמחלק  
בירושלמי מתרומה שעיקרה במחשבה משו"ה לא מהני מחשבתו ניכרת מתוך מעשיו,  
י"ל שבתרומה לא מהני אם צריך להוכיח על מחשבתו ע"י מעשה, ובעינן שיהי' נחשב

לבן דעת ע"י מחשבה גרידא, כנלענ"ד, וכמו דסובר רשב"ג לענין גרושין בפקח ואח"כ נתחרש דכותב ואחרים חותמים, דהכתב מוכיח שהבין ענין זה, רק הש"ס מסיק התם בגיטין ד' ע"א דחלוקין חבריו על רשב"ג ומייתי אביי שם להוכיח כן מהא דתנן נתחרש לא יוציא עולמית, ולענין עומד ע"ג גם לשיטת הירושלמי לא מהני בתרומה וגו"ק, והא דמביא שם פלוגתא דריב"ב לענין קדושין מצאתי שהגר"א ז"ל ובס' תו"ג כתבו לפרש דקדושין של קדוש אפר פרה הוא, עכ"פ מש"כ בענין כונת חליצה נתחזקו דברינו, שהרי כן העלה גם בס' ב"מ זצ"ל, וכן ראיתי עכשיו שגם הגאון בעל חתם סופר זצ"ל הסכים כן, בח"ב אהע"ז סי' ק"נ, לבטל דעת גאון אחד שרצה לצרף לסניף קדושי שוטה ע"י גדול עומד ע"ג, יעו"ש: ולפי"ז נ"ל דבודאי לא יהני שום שיור בחליצה, דאם רק נתכון שתהא החליצה חליצת יבמים למטרת הפקעת זיקה, ממילא היא ניתרת לכל אדם דאין חליצה לחצאים, וכמו שכתבו התוס' בנזיר ד' י"א ע"א ד"ה האי ע"מ כחוץ דמי וז"ל, וא"ת והא מקדש ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות הוי מקודשת והתנאי בטל ולא אמר כחוץ דמי, וי"ל דגבי קדושין שאני דאפי' אמר בפירוש חוץ לא מהני דבורו דאין קדושין לחצאים, וכי אמר הרי את מקודשת היא מקודשת וכי אמר חוץ משאר לאו מידי קאמר ולכך חייב בכולם, אבל גבי נזיר ילפינן מקראי דצריך שיזיר מכולם דאם נדר מאחד מהם לא הוי נזיר.

עכ"ל, וזה כבר ראיתי בס' נודע בשערים שמקשה בדברי תוס' אלו אמאי אמרינן לרבנן בפ' המגרש באומר חוץ מפלוני שהגט בטל ולא אמרינן להיפוך שיתבטל דבורו מה שאומר חוץ משום דאין גירושין לחצאים, ובאמת דברי התוס' פשוטים וברורים, דבנזיר בעינן שיזיר מכולם לר"ש היינו שיקבל הנודר על עצמו לפרוש מכולם, וכשאומר חוץ חסר בזה קבלת הנזירות ובטלה הנזירות, אבל בקדושין אי"צ שיתחייב א"ע בשעת קדושין בשאר וכסות, אלא שהתורה חייבה אותו בזה, ומשו"ה מה שאומר חוץ לא מהני, ולק"מ מה שמקשה מהא דמגרש חוץ מפלוני לרבנן בטל הגט, דבגט דומה ממש לנזירות אליבא דר"ש שהתרת נשואים לכל אדם הוא עיקר הגירושין שאם לא יתיר אותו לאיש אחד לא תהא ניתרת ממילא וזה פשוט, ושיור בחליצה יהי' כשיור בנזירות לרבנן דאם רק קבל עליו פרט אחד של נזירות הוי נזיר לכל דאין נזירות לחצאים, היינו שהתורה מחייבתו בכל עניני הנזירות, כ"כ בחליצה אי"צ שיכוננו לכל פרטי התרה של חליצה, רק שתהא חליצת יבמים וממילא חלין כל פרטי הדינים של התרה, ורק בתנאי אם מתנה ע"מ שתתן לי מאתים זוז, יש לדון דיהני תנאו, דהרי מתנה שבאם לא יקום התנאי, לא תהא החליצה מתרת כלום וכאילו היתה חליצת נעל בעלמא, וע"ז לא שייך לומר אין חליצה לחצאים, ומסיק הש"ס דגם תנאי לא מהני בחליצה משום דאי אפשר לקיים ע"י שליח: ועפ"י דרך זה יש לבאר דברי הב"י בב"ה שהבאנו, בהא שכתב הרא"ש דאם התנה ע"מ שלא תנשאי לשום איש, דבטל תנאו והחליצה מועלת, שכתב לתמוה דבכה"ג הוי כמו שלא נתכון להתירה, אף דבגירושין אמרינן להדיא דשאני ע"מ מחוץ, דל"ד גירושין לחליצה, דבגירושין שהוא כעין הקנאה בעינן רק שיכון לעשות מעשה, שבכח מעשה זו הוא מתירה, ומה שתהא אסורה להנשא מחמת התנאי, הוא מילתא אחריתא, כלומר שאין זה חסרון במעשה הגירושין, וכיון שבמעשה הגירושין ליכא חסרון, ליכא חסרון משום כריתות, אבל בחליצה שהתרה לשוק הוא ממילא ולא הוי מתירה, אלא

דבעינן שיכון לזה שממילא תהי' ניתרת, אם התנה ע"מ שלא תנשאי לשום אדם, ולפי דעתו שהי' סבור שהי' תנאי שיועיל ותהא אסורה להנשא, הרי לא נתכון שתהא ממילא מותרת, דהלא הי' סבור שתהא אסורה מחמת התנאי, דבגט אם הי' סבור שתהא ממילא נאסרת ליכה חסרון, דלא בעינן שיהי' חושב שתהא ממילא מותרת, רק שלא ישייר בכח מעשה שלו איזה פרט של התרה, ואם לא שייר כלום לא איכפת לן מה שהי' סבור שתהא אסורה, וכן נלענ"ד מוכח ענין זה מדברי תוס' קדושין ד' ו' ע"א ד"ה לא יהא לן עסק עמהן וז"ל, והר"ר עזריאל פי' שלא ידבר עם הנשים על עסקי קדושין לקדשם שפעמים שתהא מקודשת באמירתם או בנתינתם ולא יבין.

עכ"ל.

דבפשטות קשה ענין זה כיון שלא יבין שהקדושין מועילים איך מועילים הקדושין, אם לא שנפרש כמש"כ שעשה מעשה קדושין ומכון מצדו לעשות מעשה המועלת, אבל לא יבין אם אחר כל זה הועילו מעשיו, וענין זה מה שאינו מבין אם הועידו מעשיו אינו מגרע כח המעשה, אם רק רצה וחשב לעשות מעשה כהוגן, אבל בחליצה אם לא יבין שתהא המעשה מועלת הוי חסרון בכונת החליצה, דעיקר הכונה הצריכה היא שיכוון שעושה מעשה חליצה למטרת היתר שתהא עי"ז ממילא ניתרת, ואם סובר שלא יהני מעשיו ותהא עכ"פ אסורה, הרי חסר בזה כונה הצריכה בחליצה, זהו תורף קושית הב"י, לפענ"ד, ועי"ז משני דמ"מ י"ל דאף בחליצה אם סובר שתהא אסורה מחמת תנאי, מ"מ גם לפי דעתו תועיל, מעשה החליצה להתירה מדין זיקת יבמים ותהא אסורה רק מחמת תנאי, ולפי"ז זהנה אין מקום להחמיר בחליצה חומרא זו שהביא הרמ"א בס"י קל"ז לחוש לשיטת הראשונים דגם בע"מ פליגי רבנו, דהרי הטעם של הסוכרים דגם בע"מ פליגי רבנו, אינו משום דסברי דע"מ הוי כחוק, אלא דסברי דכיון דמאגדה להנשא ע"י תנאי שלא תנשאי ולא התירה בפועל הוי חסרון בהיתר נשואים ולא הוי כריתות, אף שבעיקר קנין אישות התירה, אבל בפועל היא נאסרת להנשא, וטעם זה לא שייך בחליצה לומר שע"י"ז שהוא סובר שיועיל תנאו ותהא אסורה בפועל, להחשיב כמו שלא נתכון שתהא מותרת, דעכ"פ יודע שתועיל החליצה שתהא בזה ענין חליצת יבמים והפקעת זיקה, וסגי לן בכונה זו, דלא בעינן שיכון להתירה היתר גמור, רק כונת חליצת יבמים, שלא תהא כחליצת נעל בעלמא, ותו לא מידי.

כנלענ"ד: והנה לפי"מ שבארנו דעיקר ענין חליצה אינה רק המעשה והכונה להחשיב את המעשה למעשה חליצה, יפלא לכאורה איך שייך כלל ענין תנאו בחליצה דאיך שייך להתנות שאם לא יהי' כפי שמתנה שתבטל החליצה, הלא על מעשה לא שייך תנאי, דתנאי שייך רק בענין שתלוי ברצונו, ומתנה שעל אופן כזה וכזה אינו רוצה, אבל על ענין מעשה או גם כונה איך שייך להתנות ע"ז, כיון דמ"מ נעשית המעשה עם כונה לשם חליצה, ולמה לי' להש"ס לומר דמשו"ה ליכא תנאי בחליצה משום דאי אפשר לקיימו ע"י שליח, אמנם נראה דכל ענין של כונה הוא שחושב לעשות המעשה בכדי שע"י"ז יסובב איזה תכלית ומטרה, ולענין זה צריך ג"כ רצון שרוצה בזה שכך וכך יהי' לבסוף, ואם יחסר בזה ענין הרצון ליכא כונה הצריכה בזה, וכן משמע מלשון הש"ס ביבמות ד' ק"ו ע"א דבחליצה מעושית בעינן שיאמר רוצה אני כמו בגט מעושה, ולא סגי שיאמר

אני מכון לשם חליצה, ולפי"ז אם אינו רוצה לעשות המעשה שתועיל להפקעת זיקת יבמים, לא מהני מידי מה"ת, רק אם רוצה שתהא ההתרה מוגבלת, היינו שרוצה לשייר לאיזה איש, דבר זה אינו מגרע כלום כונת החליצה, כיון דעכ"פ רצה וחשב שתהא החליצה חליצת יבמים להפקעת זיקה, אבל אם לא רצה להתירה כלל הוי כחליצה בלא כונה, ולכן שפיר יש לדון אם מהני תנאי בחליצה, דענין התנאי הוא גלוי דעתו שרוצה שיהי' ענין זה על תנאי, שאם לא יקוים התנאי אינה רוצה שיסובב שום התרה כלל, ובהעדר רצונו לא מהני מחשבתו וכונתו, ומשו"ה צריך הש"ס ליתן טעם מה דלא מהני תנאי בחליצה מטעם דאי אפשר לקיים ע"י שליח, שהוא כלל במשפטי התנאים, ובכ"ז ענין רצון זה של כונת חליצה אינו דומה לרצון שצריך בהקנאות והתרות בשאר דוכתי, דבכל ההקנאות שתכלית הענין מה שיסובב ע"י המעשה, בא ע"י המקנה שהוא הבעלים, הצריכה תורה שיעשה ע"י בן דעת, שיכול לחשוב הנזק וההפסד נגד הטוב והריוח שיהי' לו בזה, ומה"ט אין מעשה קטן כלום ולא מהני מה שיהי' גדול עומד ע"ג וילמדנו לחשוב כך וכך, דעכ"פ המקנה הוא לאו בר דעת, אבל בחצילה לא בעינן רק שירצה לעשות המעשה בדרך זה שיהי' באופן המועיל, ולא משום שהוא הבעלים על התכלית המסובב, והכי מוכח מהא דבעינן גם כונת האשה הניתרת ובגט אשה ושטר שחרור לא בעינן רצון האשה והעבד, דהתם בעינן דעת מקנה לחוד, והכא בחליצה בעינן רצון ודעת העושים, והיא ג"כ עושה מעשה בחליצת הנעל, ומשו"ה אי לאו דמעטה תורה קטנים וחרשים מחליצה הי' סגי בקטן שעומד ע"ג.

כנ"ל: ובענין זה נ"ל לפרש מה דאמרינן בקדושין ד' י"ח אמר רבא אר"נ אומר אדם לבתו קטנה צאי וקבלי קדושך מדר"י בר' יהודה, לאו אמר ריב"י מעות הראשונות לאו לקדושין נתנו וכי משייר בה שוה פרוטה הוי קדושי, ה"נ ל"ש, ומקשו התוס' שם כמה קושיות, וכתבו בתוס' דילפינן מר"י בר' יהודא דקטנה יש לה יד וז"ל, אלא הכי מוכיח ע"כ קטנה יש לה יד לקבל קדושין מדאשכחן גבי יעוד דאמר רחמנא שתתיעד ע"י עצמה, שאם לא הי' מועיל בעלמא כשנותן לה רשות להתקדש מדעת ע"י עצמה, לא הי' אומר הכתוב שיהי' מועיל לענין יעוד.

עכ"ל.

ונ"ל בכונת דבריהם דכיון דלריב"י מעות הראשונות לאו לקדושין נתנו, ומעשה הקדושין נעשה עי"ז שנשתיר בה שוה פרוטה, ובקדושין בעינן שתבטל את דעתה לעשות עצמה כהפקר, כמש"כ הר"ן בנדרים ד' ל', ובע"כ ביעוד הקטנה עושה ענין זה, והסכמתה ודעתה מועילים לקדושי, ודעת אבי' אי"צ שמה, שע"י המכירה שמכרה לאמה, בטל מזה רצונו לענין קדושין של האדון אם ירצה ליעדה, ומזה למד ר"נ דבאומר לבתו קטנה צאי וקבלי קדושך, שמצרף דעתו למעשה הקדושין שתעשה הקטנה מהני שלעיקר המעשה יש לה דעת וכח לעשות קדושין, אם רק אין בזה חסרון מצד העדר דעת אבי', וכן אם נתקדשה שלא לדעת אבי' ואח"כ מתרצה האב, מועילים קדושי, ויש שסוברים דחלין הקדושין אח"כ משעה שהאב מתרצה: ובזה יש לפרש מש"כ בתוס' קדושין ד' מ"ו ע"א ד"ה בין היא ובין אבי' יכולים לעכב, שהקשו מה יועיל שתעכב אחר שיתרצה האב, ותרצו כיון דמשום זכי' מהני הקדושין למפרע, אמרינן שאם הי' יודע

שתעכב לא הי' מתרצה, ולפירוש הקונטרס לא קשה מידי דפי' הואיל דבשעת קבלת הקדושין לא נתרצה האב, אם באת לחזור קודם שיתרצה האב חוזרת ולא מהני תו רצוי האב.

עכ"ל.

ואינו מובן בפשטות שאם לפי' הקונטרס. לק"מ מה מכריחתם לפרש שלא כפי' הקונטרס, אכן לפי מש"כ י"ל דלפי' רש"י ז"ל חלין הקדושין רק משעה שיתרצה האב ולא למפרע משום זכי' דאף שכתוב מדברי רש"י בד' מ"ד ע"ב ד"ה והוא ששדכו וז"ל, שמא נתרצה כששמע והווי להו קדושין למפרע, מלשון זה אין להכריח שדעת רש"י ז"ל שיהי' חלין למפרע ממש, דהרי בד' ס"ב ע"א כתב רש"י ג"כ בזה"ל לענין תורם ממחובר על תלוש לכשיתלשושאם נתלשו הוי תרומה למפרע, ובע"כ הכונה שאם נתלשו איגלאי למפרע שהקריאת שם תרומה מועלת לענין שיהי' תרומה אח"כ, וזה ברור כפי' רש"י שם דמחובר אי"א להיות תרומה, כ"כ י"ל מש"כ רש"י דהווי קדושין למפרע, ועפי"ז י"ל דכמו שמעשה הקדושין נעשית ע"י הקטנה ויש לה יד וכח לעשות המעשה, כ"כ אם חוזרת קודם שחלו הקדושין מתבטלים הקדושין, כמו בגדולה שנתקדשה שיחולו הקדושין לאחר זמן דאתי דבור ומבטל דבור, אבל שיטת התוס' דקטנה שנתקדשה שלא לדעת אבי' כשמתרצה האב חלו הקדושין למפרע ממש מדין זכי', ולשיטתם אין מקום לחזרת הקטנה, משום דין חזרה, דאחר חלות המעשה, אף שתלוי באיזו מקרה של עתיד, אי אפשר לחזור, ומשו"ה הוכרחו לשיטתם לתרץ באופן אחר, כנלענ"ד בזה, ולפי"ז מוכח דאף שקטנה יתומה אינה מתקדשת מה"ת משום שאין לה דעת, והיכא דאיכא דעת האב או שאי"צ דעת האב מהני מעשה הקטנה, והיינו דכיון שאין הקטנה בעלים על ענין הקדושין שהתורה זכתה כח זה לאבי', והרי זה כעושה בדבר של אחרים שאי"צ שתשקול בשקול דעתה' הטוב' והרעה שנמצא בעסק זה, אז מהני דעתה על עיקר המעשה, אבל ביתומה שהיא הבעלים על עצמה לא מהני מעשי' כלום, כמו דלא מהני מעשה קטן וקטנה בכל הקנאות דעלמא, ולכן י"ל דבענין חליצה דלא בעינן רק כונת המעשה ולא ענין הקנאה מהני דעת קטנים אם יהי' גדול עומד ע"ג, ולחליצת קטן וקטנה בעינן גלוי מקרא למעט, כמש"כ בתוס' שהבאנו: וראוי לבאר לפי"ד מה דמהני מודעה בחליצה, דהנה לפי"מ דמשמע פשטות דברי הרשב"ם ב"ב ד' מ' ע"ב שהמודעה מגלה שהי' אנוס, וכן נראה מדברי הריב"ש הובא בב"י סי' קס' ניחא, דהרי גם חליצה ע"י אונס לא מהני, אמנם כבר בארנו במק"א שלא יתכן כלל לפרש כן, דאם נאמר כן קשה טובא למה מועיל ביטול מודעה,, כיון שהמודעה עכ"פ מגלה שעתה נעשית ע"י אונס, כיון דבלא בטול לא מהני מה שאומר רוצה אני, ולכן הוכחנו דלכו"ע המודעה היא מעשה הפועלת וגורמת לבטל המעשה שיעשה אח"כ, כעין חזרה שמועלת אחר המעשה קודם חלות, מטעם אתי דבור ומבטל דבור, אכן י"ל דהמעשה הנעשית אח"כ אלים, משום שעושה אח"כ וכבר יודע מן המודעה, משו"ה צריך שיהי' קצת אנוס בשעת המעשה, באופן שלא הי' די באונס זה לבטל את המעשה, ורק המודעה פועלת לבטל את המעשה, ומשו"ה כשמבטל אח"כ את מעשה של המודעה בטל כח המודעה, ונשאר הענין בלי כח מודעה, והאונס לחוד אינו מבטל את המעשה, או משום שאינו אונס גמור, או משום דאגב אונסי' גמר ומקני, הכל כפי הענין.

ומה"ט בארנו דכל שלא מהני גלוי דעתא בחזרת שום קנין כמו דקיי"ל כאביי דלא מהני גלוי דעתא בגיטא, משום דלא אתי מחשבה ומבטלת דבור, כ"כ מודעה לא תהני רק ע"י דבור מפורש, דאם היתה ענין המודעה רק לגלות על האונס, אין חילוק בין גלוי דעת לדבור מפורש, והארכת בענין זה במק"א והנה לפי"ז לכאורה במוסר מודעה על חליצה, וקשה לפי"ד שאין חליצה בגדר הקנאה מה תועיל המודעה כיון שאח"כ עושה החליצה בכונה כראוי ובלי אונס, ואיך יבטל דבור את מעשה החליצה, דבכל דוכתא דמהני מודעה הוא דחשבינן המעשה קודם חלות כדיבור ואתי דבור ומבטל דבור, אבל בחליצה איזה דבור שייך בזה, אמנם י"ל כיון דגם בחליצה צריך רצון על המעשה והכונה שירצה לעשות באופן המועיל, ורצון זה אפשר לבטל מקודם, שלא יועיל רצון זה, כמו דמהני בשאר הקנינים מודעה לבטל את המעשה, כ"כ מהני המודעה שלא יפעול רצונו במעשה החליצה להתרת הזיקה, והוי חליצה פסולה כדין חליצה בלי כונה, דיותר מזה אי אפשר שתועיל המודעה, שהרי עכ"פ נעשית מעשה חליצה, וכן הי' מועיל תנאי בחליצה הי' הדין שתהא חליצה פסולה, כיון שהמעשה נעשית עכ"פ, כנלענ"ד בענין זה: פרק ז ובהא דלא מהני תנאי בחליצה אמרינן במס' כתובות ד' ע"ד ע"א מכדי כל תנאי מהיכא גמרינן מתנאי בני גד ובני ראובן, תנאה דאפשר לקיומי ע"י שליח כי התם הוי תנאי, דלא אפשר לקיומי ע"י שליח כי התם לא הוי תנאי, והא ביאה דלא אפשר לקיומי ע"י שליח כי התם וקא הוי תנאה, התם משום דאיתקוש הויות להדדי, וכתבו בתוס' שם בד"ה תנאי וז"ל, וא"ת מה סברא יש כאן, דלא גמרינן מהתם אלא מה שהוא סברא דהא לא ילפינן דלא מהני אלא בנתינת קרקע, וי"ל דהואיל והמעשה כ"כ בידו שיכול לקיימו ע"י שליח, סברא שיהא כ"כ בידו לשוויי בי' תנאה, אבל חליצה שאין בידו לקיימו ע"י שליח, לא הוי בידו נמי למירמי בי' תנאה ואפילו לא יתקים התנאי יהי' המעשה קיים, ומשום הך סברא מודו כו"ע דבעינן שאפשר לקיימו ע"י שליח דומיא דבגו"ר, אבל לענין תנאי כפול ולענין תנאי קודם למעשה, בשני דברים אלה משמע בפ' מי שאחזו דדוקא ר"מ אית לי' ולא רבנן, דלענין זה אין סברא כ"כ ללמוד משם להכי פליגי עלי' עכ"ל.

ובס' פני יהושע לגיטין ד' ע"ה כתב בזה"ל ולענ"ד הסברא תמוה יותר דאדרבה כל שהמעשה בידו מסתבר יותר דהתנאי בטל ומעשה קיים, ולבאר שיטתם נלענ"ד דראשונה עלינו לבאר למה לא מהני באמת ענין שליחות בחליצה, לא מצד החולץ ולא מצד החולצת, ולכאורה הי' מקום לומר שמצד החולץ לא שייך שליחות משום דלא עביד מעשה, והרא"ש כתב בפ' לנדרים ד' ע"ב ע"ב דשמיעת אפוטרופוס לא הוי כשמיעת הבעל דממילא לא שייך מנוי שליחות יעו"ש.

ובקצוה"ח סי' קפ"ב בנה ליסוד ענין זה בכל דיני השליחות יעו"ש. אבל לענין חליצה כיון דבעינן כונה אצל החולץ נראה דחשבוהו לעושה מעשה, דענין כונה לא מצינו רקשיכון על המעשה שתהי' למטרה, אבל אם אינו עושה שום דבר, מה תועיל הכונה, ועוד באשה החולצת לא יתורץ בזה: אבל נלענ"ד עפ"י מה שנראה לי ביסוד ענין השליחות שלא יתכן שליחות בחליצה, דהנה בעיקר יסוד השליחות יש בזה שני ענינים, ענין אחד מה שחשבה תורה ליחס המעשה הנעשית ע"י שליח כאילו עשאה המשלח, וילפינן זה מקרא דתרימו גם אתם, וכן בשחיטת הפסח דכתיב ושחטו, ומטעם זה שקלו וטרו בגמ' שיתחייב השולח את הבעירה ביד פקח, ומסיק הש"ס משום דאין שליח לדבר

עבירה, והיכא דלא ידע השליח סברי כמה ראשונים להלכה דחייב המשלח, וענין שני הוא מה שנוגע לקנינים וכדומה שמעשה השליח מועלת ופועלת כמו מעשה של הבעלים עצמם, שהיסוד בזה שלענין זה חשבה תורה את השליח כבעלים עצמם, שמעשיו פועלים כאילו הוא הי' הבעלים כמו שיבואר ענין זה בס"ד: דהנה בשליחות של אשה לקבל גט מיד בעלה שרבתה תורה, אי אפשר לומר דלהכי מועיל מעשה השליח, משום דמדין שליחות חשבינן כאילו עשתה האשה קבלה זו, דהרי יד השליח אי אפשר שתהא כיד האשה, דהרי זה כמידי דממילא, וכן כשמקבל השליח הגט ע"י חצירו, אם נבוא לומר דמהני דהוי כאילו עשתה האשה לא מהני כלום, דמעשה זו של השליח אם תעשה האשה לא תועיל כלום, דהרי אי אפשר ליחס המעשה על המשלח רק כפי המעשה של השליח, דהרי אם יעשה כהן שליח לזר לעבוד עבודה תהא העבודה פסולה כאילו עשה הזר מעצמו, וכן בגו"ק אין עבד נעשה שליח משום שאינו בתורת גו"ק, וגדולה מזה גם היכא שעשו שנים דמוכח מסוגית הש"ס בשבת ד' צ"ג דאם לא מעטה תורה לענין שבת הי' כ"א חייב, נלענ"ד ברור דמיחסים על כ"א את מעשה חבירו, משום דכ"א משלים וגומר את מעשה חבירו ומכשירה להיות ענין גמור, אבל אין מחשבים כאילו עשה כ"א בפועל, ומה"ט אם נכרי וישראל שחטו בסכין אחד, הוי שחיטה פסולה, כמבואר בשו"ע יו"ד סי' ב' דאף דהוי כאילו עשה הישראל שחיטה כולה, אבל מ"מ עשאה הנכרי והוי כאילו הישראל עשה שחיטת נכרי ואכמ"ל.

ומה"ט עלינו לומר דלענין קנינים לא יועיל לנו האי כללא מה שניחס מעשה השליח אל המשלח, אלא משום כלל אחר דחשבה תורה השליח לקנינים כבעלים עצמם שיכול להועיל ע"י מעשיו כמו בגופו וע"י חצירו כבע"ד עצמו, שהוא הוא נעשה כבעלים שמעשיו מועילים, ומה"ט יכול השליח לעשות גם ע"י צירוף של כחותיו, שאי אפשר ליחסם על המשלח, ולכן נלענ"ד דשני ענינים נפרדים הם שני הכללים הנ"ל בדיני השליחות, וחז"ל קבלו זה מלשון הכתוב דכתיב תרימו גם אתם: ובזה אמרתי לפרש מש"כ התוס' בקדושין ד' כ"ג ע"ב ד"ה דאמר רב הונא, בהא דאמר ר"ה ברי' דרב יהושע הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו דאי ס"ד שלוחי דידן נינהו מי איכא מידי דאינהו מצי עבדי ואנן לא מצינן עבדינן, ובנדרים בעי הני כהני שלוחי דרחמנא הוו או שלוחי דידן ולא איפשיטא, ומתרצי בתירוץ שני בזה"ל, אי נמי י"ל דהתם הכי קמיבעיא לי' הני כהני שלוחי דרחמנא דוקא נינהו ולא שלוחי דידן כלל או דילמא הוו נמי שלוחי דידן, ונפ"מ באם הי' כהן מקריב שלא לדעת הבעלים אי שלוחי דרחמנא נמי נינהו הוי קרבן כשר, ואי הוו דוקא שלוחי דידן אינו כשר כיון שהקריב שלא מדעת הבעלים, עכ"ל, ובפשטות אינו מבואר מה זה ענין אי הוו נמי או דוקא, ועפ"י מש"כ יש לבאר בכונתם על שני הכללים בדיני השליחות, דלענין הכשרת הקרבן אמר ר"ה ברי' דר"י דבע"כ הני כהני שלוחי דרחמנא נינהו, כלו' דיש להם כח להכשיר הקרבן בלי דעת הבעלים, דאם נימא דכח ההכשרה תלוי בבעלים כמו תרומה וכדומה, איך מהני שליחות דמי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושליח מצי משוי, אבל כ"ז הוא בנוגע לכלל השליחות, שהשליח במקום הבעלים שיהי' מעשיו מועילים, אבל בנוגע לכלל השני בשליחות להחשיב מה שנעשה ע"י השליח כאילו עשו הבעלים לענין זכות וחוב, י"ל דגם בקרבנות הצריכה תורה לענין מצות ההקרבה שיהי' הבעלים עושים כל פרטי העבודה



ע"י שלוחיהם הכהנים, ודין זה נפ"מ לענין מודר הנאה, דאם הכהן עושה שליחות הבעלים אסור במודר הנאה, ובעיא זו לא איפשיטא, דלענין זה לא שייך לומר מי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד, דכלל זה הוא רק לענין ההכשרה, ולא לענין יחס הפעולה, ועפ"ד אלה מתורץ כמה קושיות של האחרונים, ע"י בס' המקנה לקדושין לענין מצות מילה, שלמדו בגמ' מקרא אם אשה מחויבת למול את בנה אף אם נימא דאשה פסולה למול, וכן במצות כתיבת ס"ת יש לדון שאשה חייבת במצוה זו, אף אם אשה פסולה לכתוב.

ע"י בס' מנה"ח ואכמ"ל: וכן יתבארו היטב דברי התוס' בב"מ ד' י' ע"ב דסברי בתירוץ א' דכהן ששלח שליח לקדש לו אשה גרושה דאף שאין שליח לדבר עבירה מ"מ חלין הקדושין, והכלל דאשל"ע הוא רק שהמשלח אינו לוקה על הקדושין, יעו"ש, וכן הוא בשטמ"ק שם, ולכאורה הוא דבר תימה, שיהי' חלין הקדושין כאילו עשה המשלח ולענין עונש לא יתחייב המשלח, כמו שתמה ע"ז בס' נוב"י מ"ק ח' אה"ע"ז סי' ע"ה, וביותר קשה ע"ז מסוגית הש"ס ב"ק ד' נ' לענין שליחות לחפור בור ברה"ר, דאמרינן התם דלא משכחת בור של שני שותפים אם שלחו שליח לחפור בור ברה"ר, משום דאין שליח לד"ע, יעו"ש, ואם נאמר בכונת התוס' כפשוטו, דגם בדבר עבירה אין השליחות מתבטלת, ורק לענין עונש לא חייבה תורה מה שעושה ע"י שליח, הנה בבור ברה"ר מה שחייבה תורה בנזקין אינו כעונש על עבירה, דהעבירה היא מה שאסור לקלקל ברה"ר, והרי גם בעושה בור ברה"ר ברשות כמו בשעת הוצאת זבלים ג"כ חייב, משום שהוא בעל הבור, שעל עסקיפתיחה וכרי' באה לו, ולמה לא יתחייב המשלח בנזקי בור היכא שחפר הבור ע"י איסור, כיון שלשיטתם אין השליחות מתבטלת ע"י דבר עבירה, וזוהי תמיה רבתא, ולפי"ד דבריהם מוכנים היטב, דגם בתירוץ א' סברי דאם השליחות אינה מתבטלת בע"כ חייב המשלח, אלא כיון דבשליחות איכא שני ענינים, חדא להחשיב המעשה על המשלח, והשנית מה שנתחדש כח בהשליח שמעשיו מועילים כאדם העושה בתוך שלו, וכשמעטה תורה לענין דבר עבירה דליכא דין שליחות, יש לדון מאיזה בחינה בשליחות מעטה תורה, אם על ענין הא' שאין להחשיב הפעולה על המשלח או גם על ענין השני שבדבר עבירה לא נעשה השליח במקום הבעלים שיועילו מעשיו, ובתירוץ א' סברי דרק לענין הראשון מעטה תורה, וכמו בשחוטי חוץ דאמרה תורה הוא ולא שלוחו, דאינו חייב על מעשה השליח, וכן לענין טביחה ומכירה ושליחות יד, הוא רק לענין יחס הפעולה, אבל לדין השני שבשליחות, י"ל דלא מעטה תורה, וכשכהן שלח שליח לקדש אשה גרושה, י"ל דחלין הקדושין, דלענין מעשה הקדושין נעשה השליח במקום הבעלים ומהני מעשיו, אבל ליחס הפעולה אל המשלח אי אפשר, דבכה"ג מעטה תורה, דליכא בכה"ג דין שליחות, והוי כאילו קנה האשה ממילא שלא ע"י מעשיו, ומשו"ה אינו לוקה על הקדושין, שהוא לא עשה ולא כלום, ומשו"ה אם שלח שליח לחפור בור ברה"ר, היכא דאיכא איסור לקלקל ברה"ר, אינו חייב על נזקי הבור דאשל"ע ולא חל השליחות לענין זה ליחס הפעולה עליו, ולא קרינן בזה בעל הבור, דלאו שלוחו הוא לענין זה, וזה נכון בס"ד: אמנם מצינו ענין שליחות במס' ב"מ פ' השואל ד' צ"ו דלכאורה אינו מובן לאיזה סוג שליחות נפרש התם, דאמרינן התם א"ל רבינא לרב אשי האומר לשלוחו צא והשאל לי עם פרתי מהו, בעליו ממש בעינן וליכא

או דילמא שלוחו של אדם כמותו ואיכא, ומסיק שם דאפילו אם בעינן בעליו ולא אמרינן שלוחו של אדם כמותו לענין זה, אבל אם אמר לעבדו מהני דיד עבד כיד רבו דמי, יעו"ש, ופירש"י והשאל לי, בשבילי, היינו שאומר לו שמה שישאל את עצמו להשואל יהי' בשביל המשאל, ובכל שליח דעלמא כגון באומר צא והרוג את הנפש, אי"צ שיאמר עשה בשבילי, מוכח דענין שליחות זו מתפרשת לענין שיהי' השליח במקום המשלח, דהיכא ששייך ענין השליחות ליחס המעשה על המשלח אי"צ שיעשה בשבילו, ומלבד זה אי אפשר כלל שיועיל לענין שאלה בבעלים מה שנאמר שמה שעשה השליח מעשה ההשתעבדות בשביל המשלח שיהי' נחשב כאילו עשה המשלח, דבאופן כזה יהי' נחשב כאילו עשה המשלח שיהי' משועבד השליח ואין כאן שאלה בבעלים כלל, ודוחק לומר דמה שאומר צא והשאל לי הוא שיעשה מלאכה בשעת שאלת הפרה, דא"כ הי' לומר צא ועשה מלאכה להשואל בשעת שאלת הפרה, אלא ודאי הכונה במה שאמר צא והשאל עם פרתי, הוא כדרך שאלה בבעלים דעלמא, שיהי' משועבד למלאכה, ושעבוד זה אי אפשר ליחס על המשלח לומר דהמשלח משועבד, ועוד נראה לי ברור דלענין ליחס המעשה על שם המשלח לא עדיף בכה"ג עבד משליח, דמה דאמרינן הכא במסקנא מסתברא יד עבד כיד רבו דמיא, היינו דאף שמדין שליחות לא מהני דבעינן בעליו ממש מ"מ יד עבד כיד רבו דמיא מהני בזה, שדין זה לא מתורת שליחות הוא, והרי בגמ' ב"ק ד' נ' לא מצינן לאשכוחי בור של שני שותפים לענין בור ברה"ר, משום דאם שלחו שליח אין שליח לד"ע, ולא מוקי לה שיהי' להם עבד בשותפות ושלחו את עבדם לחפור בור, אלא ודאי דלענין ליחס המעשה על המשלח לא מהני עבד ופועל יותר משליח, ולענ"ד מש"כ בס' נתיבות המשפט בסי' קפ"ח לבאר דיד פועל כיד בעה"ב מהני ליחס המעשה אל המשלח גם היכא שדין שליחות לא מהני, ומזה נסתבך הענין לכמה קושיות, יעו"ש שהאריך בענין זה ומפלפל כמש"כ בס' מחנה אפרים בענין זה, כל דבריו הם רחוקים לענ"ד, ויד פועל כיד בעה"ב האמור במס' ב"מ ד' י' לענין מציאת פועל לבעה"ב, הכונה דסבת הקנין היא שייכת לבעה"ב אף אם חשב הפועל לעצמו וכן הבין בזה הגר"א ז"ל בביאורו לח"מ סי' קפ"ג סע"ק ה' בליקוט, יעו"ש: ולכן נלענ"ד דענין השליחות בצא והשאל עם פרתי הוא מסוג השליחות הנאמר גבי קנינים, שהשליח הוא במקום הבעלים, וכמו שמדמה התם הש"ס דין שליחות זה לענין שליחות בהפרת בעל דפליגי ר' יאשי' ור' יהונתן, והנה בפשטות הוא תמוה, דבכל דוכתא לענין קנינים דהכח לענין המעשה מסור ביד הבעלים כתרומה וגירושין, שייך לומר שע"י השליחות הוא נעשה במקום הבעלים לדבר זה, שיהי' להשליח כח הפרשה וכח גירושין כבעלים עצמם, אבל הכא שאומר לו צא והשאל עם פרתי שמה שהשליח משעבד עצמו להשואל, אינו מחמת כח המשלח, אלא כח עצמי שהוא משעבד א"ע להשואל, מה שדבר זה אין שום כח להמשלח לשעבד את השליח למלאכה, ולאיזה ענין הוא במקומו, אבל לאחר העיון מצאתי פיתרא לזה, דהנה מה דאמרי' דלענין כל הקנינים נעשה השליח במקום הבעלים, בע"כ היא שלא מחמת מסירת הכח של הקנאה והפרשת תרומה, דאם הי' אפשר למסור לאחר כח גירושין והקנאה למה צריך כלל ענין השליחות, אלא בע"כ הוא להיפוך שע"ז שהשליח הוא במקום הבעלים, עי"ז משיג ומקבל השליח כח גירושין והפרשת תרומה, מחמת שדין שליחות משווהו להיות כבעלים לדבר זה ששלחו, ולפי"ז יש מקום לומר

דגם לענין היכא שמה שעושה שליח לעשות דבר כזה, שרק בכח השליח הוא ולא בכח המשלח, מ"מ חשוב כמותו, ולכל דין שהי' מהני מעשה הבעלים מהני גם מעשה השליח, וכשאומר לו צא והשאל עם פרתי, היינו שאומר שיעשה מעשה זו בשבילו, עי"ז עומד השליח במקומו, ומשו"ה מה שהשליח שאול להשואל מהני לדינא כאילו היו הבעלים עצמם שאולים, דהוא במקום בעלים עומד, והוי שאלה בבעלים, דהשליח כבעלים הוא, רק דתלה הש"ס ענין זה בהפרה, דשם מעטה תורה לחד תנא אישה יפרנו ולא השליח, כ"כ הכא י"ל דבעליו ממש בעינן, יעו"ש בתוס' דכתבו דכ"כ י"ל דמיעטה תורה שאלה בבעלים מיתורא עי' בדבריהם, ולהלכה מסיק הש"ס דעכ"פ עבד מהני שיד עבד כיד רבו דמיא, היינו דעבד ודאי עומד במקום הבעלים, דרק שליח מעטה תורה ולא יד עבד, ונוכל ללמוד מזה דלענין כל קנין דאי אפשר להועיל מדין שליחות שיהני דין יד עבד כיד רבו, אמנם זה רק אם העבד הוא בתורת אותו דבר, ומשו"ה בנותן גט ביד עבדה לא מהני רק מדין חצר ובעינן כפות וישן, שמדין יד עבד לא מהני אף שבמקום בעלים הוא, אבל אינו בר כריתות, ובע"ד עצמו ג"כ צריך שיהי' בר כריתות: וכן יש לפרש דברי הר"ן בנדרים ד' עב"ב בהא דבעי רב"ח בעל מהו שיפר בלי שמיעה, ומביא הש"ס ת"ש מאומר לאפוטרופוס כל נדרים שתדור אשתי הפר לה, דפליגי ר' יאשי' ור' יונתן, והא לא שמיע לי' וכתב הר"ן וכ"ת דשאני הכא דאיכא שמיעה דאפוטרופוס, וכיון דשלוחו של אדם כמותו הוי לי' כאילו שמע בעל, תרצו בתוס' בשם הרב רבי יוסף ז"ל דליתא, דאם איתא דבעי שמיעה מי איכא מידי דבעל לא מצי מיפר ושלח מצי משווי, דהא מהאי טעמא גופי' וכו', הילכך שפיר מוכח דלא בעי שמיעה, דכי שמע אפוטרופוס מאי הוי, כיון דבעל לא מצי מיפר דהא לא שמע, שליח נמי לא מצי מיפר, עכ"ל.

ובפי' הרא"ש שם כתב וז"ל, ושמיעת אפוטרופוס אינה כשמיעת בעל ואעפ"י שעשאו שליח להפר, דבמידי דממילא לא שייך מנוי שליחות, ובנזיר מוקים לה כר"א דאמר בעל מיפר עד שלא נדרה דאל"ה מי איכא מידי דאיהו לא מצי מיפר וכו' הילכך פריך מי איכא מידי דאיהו לא מצי עביד ושלח מצי עביד דמכח הך פירכא מוקי לה הש"ס בנזיר כר"א, עכ"ל.

והנה בפשטות דבריהם אינם מובנים, כיון דשמיעת אפוטרופוס לא הוי כשמיעת בעל דעל שמיעה ליכא דין שליחות, וליכא בזה שמיעה, ואיך יתכן שיהני הפרת השליח בלא שמיעה, אם בבעל עצמו לא מהני הפרה בלא שמיעה, ולענין זה לא צריך לבוא לכללא דבמידי דאיהו לא מצי עביד ושלח מצי עביד, ובגמ' דנזיר דמוקי לה כר"א, משום דלרבנן דסברי דאינו יכול להפר קודם שתדור, לא מצי משווי שליח משום מי איכא מידי, הכונה שגם אם יפר השליח לאחר שתדור לא מהני אם מנוי השליחות הי' קודם הנדר, אבל לומר שיהני הפרת השליח קודם הנדר, שיהי' כח השליח עדיף מהבעל עצמו, הוא דבר שאי"צ לפנים: ולכן נלענ"ד לומר בביאור דברי הר"ן והרא"ש, דיש מקום לומר דאף שמדין שליחות על השמיעה גופא, לא אמרינן בזה שלוחו של אדם כמותו, כמו שכתב הרא"ש, דמנוי שליחות לא שייך רק כששולחו לעשות איזה דבר והשליח עושה מחמת צווי המשלח, אבל שמיעה שהשליח שומע ממילא, לא שייך ע"ז לקרות שם שליחות, אבל יש מקום לומר כיון דעל ענין הפרה חל דין שליחות שיהי' במקום הבעל ממילא מהני שמיעה דידי', שעכשיו שהשליח הוא המיפר הרי הוא כבעל עצמו

לכל דין שצריך להצטרף להפרה, וע"ז תרצו דלא מהני מטעם דכל מידי דאיהו לא מצי עביד, כלומר אף שמצד השליח נשלם בזה כל תנאי ההפרה דכיון שאיהו מיפר ראוי שתיהני שמיעה דידי, אבל כיון שלא שמע הבעל עצמו, הרי נשאר הבעל בלי כח הפרה, שכח הפרתו מיתלי תלי וקאי, שאם לא שמע ליכא גביל כח הפרה, ומשו"ה השליח שבא מכח הבעל לא מצי עביד, ואף שגם עפי"ד בכה"ג הוי החסרון יותר מכגון דמיירי הש"ס בנזיר, דהתם לאחר שתדור יתוסף כח הפרה אצל הבעל, אלא דאפי"ה לא מהני משום דבעינן שיהי' מצי עביד בשעת מנוי השליחות, והכא ישאר הבעל חסר כח לעולם, אבל בכגון דא צריך לפנים, דהרי יש מקום לומר דכמו שאמרה תורה "ושמע הבעל" כ"כ מהני אם שמע המיפר העומד במקום הבעל, והוא דבר נכון ומסתבר בעזה"י: והנה בקדושין ד' ז' באומר לאשה הילך מנה והתקדשי לפלוני דאמרינן התם דילפינן זה מדין עבד כנעני אם נותן אחר כסף לאדון שישחרר את העבד בזה, נחלקו רש"י והריטב"א ז"ל, דרש"י כתב שם שהאומר הי' שליח המקדש לקדשה, אלא שנותן כסף משלו, והריטב"א כתב שם שאם הי' הנותן שליח הבעל אי"צ לבוא מדין עבד כנעני, אלא שנתן מדעת עצמו הכסף ואח"כ מקדשה המקדש ע"י הכסף שקבלה מהנותן, יעו"ש, ושתי שיטות אלו אינו ענין לדמות לשמיעת השליח לענין הפרה, דלענין כסף קדושין בלא דין עבד כנעני לא שייך לומר שיהני כסף של השליח מחמת שהוא עומד במקום המקדש, שהשליח עומד במקום הבעל רק לענין מעשה הקדושין אבל הכסף צריכה לקבל מן הקונה ולא מן העושה מעשה הקנין, ומה"ט סובר רש"י ז"ל דאפי' עשהו שליח על מעשה הקדושין, צריכים לבוא מדין עבד כנעני אם נותן כסף שלו, ואף לשיטת הט"ז בח"מ סי' ק"צ דלא בעינן כסף פרעון בעד החפץ, ולשיטתו גם מתנה נקנית בכסף, מ"מ גם לדבריו בעינן שיתן הקונה הכסף ולא השליח דהשליח אינו קונה כלום, וזה פשוט ושיטת הריטב"א היא שיטה מחודשת, ולענ"ד דס"ל דכמו דאמרינן במס' ב"ק ד' ק"ב לענין סברת בני מערבא דסברי דאמרינן מי הודיע לבעל החטים שיקנה חטים לבעל המעות, דאפי"ה אם לא שנה מהני משום דשליחותא קא עביד, יעו"ש וביאור ענין זה מבאר היטב בביאור הגר"א ח"מ סי' קפ"ג, ומדמה ענין זה להא דאמרינן בב"מ ד' י' יד פועל כיד בעה"ב, היינו אף אם הגביה הפועל לעצמו, יעו"ש, וביאור ענין זה דסבת הקנין של הפועל מהני לבעה"ב, וכמו דמפרש הראב"ד בקדושין בענין הנותן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות שאי"צ שיזכה תחולה העבד ואח"כ האדון, אלא שהאדון קונה מחמת סבת הקנין של העבד, יעו"ש בריטב"א בסברת המחלוקת לר"מ ורבנן, כ"כ זוכה הבעה"ב מחמת סבת הפועל, וכ"כ מהני גם לבני מערבא אף שלא ידע בעל החטים שהוא שליח, אם רק עביד שליחותא, וסבה שהיתה מועלת לו מועלת להמשלח, עי' היטב בדברי ק' של הגר"א זל שם בס"ק ה' ובס"ק י' דאם עביד שליחותא מהני גם אם קנה במעות שלו, ולפי"ז י"ל דסובר הריטב"א ג"כ דאם הי' שלוחו על מעשה הקדושין אי"צ לבוא מדין עבד כנעני, דכל שהסבה ראוי' להשליח מהני להמשלח לקנות עי"ז, והוא ענין מחודש בס"ד.

ואכמ"ל: ולענין שאלה בבעלים שאמרנו יש לדמות שפיר לענין השמיעה שכתבנו לשיטת הר"ן והרא"ש, דאי לאו הכלל דכל היכא דאיהו לא מצי עביד הי' מועיל שמיעת השליח, כ"כ י"ל דכיון שהמשאיל אומר לו צא והשאל עם פרתי, שיהי' במלאכתו בשעת

שאלה, והכא איכא מנוי שליח שהרי הוא משלחו לעשות מעשה ההשתעבדות למלאכה, ועומד במקומו על ידי דין שליחות להיות כמותו, ומשו"ה אף שלא מהני דין שליחות להיות נחשב כאילו המשאיל משועבד להשואל אבל כיון שהשליח שעומד במקום המשאיל בשעה זו שהוא משעבד א"ע, וגם בשעת חלות ההשתעבדות עדיין הוא עומד במקום המשאיל, מועיל דין זה שהוא משועבד, לקרות בזה בעליו עמו, משום דשלוחו של אדם כמותו, כלומר כל דין המועיל ע"י סבת המשלח מועיל כ"כ ע"י סבת השליח העומד במקומו בשעה זו, ואף דלכאורה עדיין אינו מובן דמעשה השליחות הוא רק המעשה שעושה השליח לשעבד א"ע, ומיד שעשה שליחותו אינו עומד במקום המשלח, ולענין שאלה בבעלים תלוי רק במה שהמשאיל משועבד ולא במה שעשה סבה להשתעבד, אבל באמת נראה לי מסוגית הש"ס בגיטין ד' כ"ד וד' ס"ג דמבואר שם דבעינן שיהי' חזרה שליחות אצל הבעל, דשליחות אינה נגמרת בשעת עשיית השליח את פעולתו שנשלח עליו, רק נמשכת עד גמר התכלית הראוי לבוא מן הפעולה, ובלאו הכי ליכא דין שליחות, ונבאר ענין זה בקצרה, דאמרינן התם שהשליח שנעשה להוליך גט אם תעשה אותו האשה לשליח לקבלה, לא מהני, משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל, ופירש"י דבעינן שיחזור השליח ויאמר עשיתי שליחותך, וענין זה הוא מופלא בלא ביאור, ולענ"ד יש לבאר ענין זה כמש"כ, היינו דאף דמצד ענין שתי פעולות הצריכות בזה שיהי' שליח להולכה וגם שליח לקבלה, לא הי' חסרון בזה, כיון דקבלה מתחלת אחר גמר הנתינה וגם מה דבעינן שתהא הנתינה מכח הבעל, י"ל דכיון שמה שמנתק א"ע משליח להולכה להעשות שליח לקבלה, בזה חשבינן שמכח שליח הולכה בא הגט ליד שליח לקבלה, דהרי ענין זה עשה השליח הולכה, דהכונה והמחשבה הי' בעוד שהוא שליח להולכה, ועכ"פ צ"ל דליכא בזה שום חסרון אחר, רק דלא חזרה שליחות, דאל"ה הוי לי' להש"ס למימר דשליח להולכה וקבלה ליתא בחד גברא, וחסרון זה האמור בגמ' דבעינן שתהא שליחות חוזרת הוא הענין שבארנו, דבעינן שיעמוד במקום המשלח גם אחר שעשה השליח השליחות, עד שיתהוו התכלית היוצא מן פעולתו, רק כיון דלא משכחת ענין שליחות שיהי' השליח במקום הבעלים, רק אם יהי' איזה ענין של עבודה ומעשה שעל השליח מוטל לעשות, לזה פירש"י שעליו מוטל אחר המעשה לומר למשלח עשיתי שליחותך ואכמ"ל.

ולפי"ז הוא שליח במקומו גם רגע אחד אחר חלות ההשתעבדות וה"ז כהי' עמו בשעת שאלה, עוד מוכח ענין זה מהריב"ש הובא בס' אבני מלואים סי' ל"ה סק"א דהודאת השליח הוי כהודאת המשלח דהוא במקום הבעלים, מפני שגם אח"כ לכל ענין השייך להשליחות הוא במקום המשלח יעו"ש. כנלענ"ד ביאור ענין זה של שליחות לענין שאלה בבעלים, אבל כ"ז הוא לשיטת הרמב"ם דלא כשיטת תוס' ב"מ ד' צ"ט, דלשיטת תוס' המשלח משועבד ושולח שליח במקומו, עי' בהגר"א בח"מ בדין זה, ולשיטת תוס' אי אפשר לפרש כמש"כ וצ"ע, דבתוס' ב"מ ד' צ"ט בד"ה באומר כתבו בזה"ל.

והא דאמרינן יד עבד כיד רבו, היינו שנשאל הרב עצמו עם הפרה ושלח עבדו במקומו עכ"ל. ובביאור הגר"א בח"מ סי' שמ"ו סקי"א כתב דהרמב"ם לא לא סבר כהתוס' יעו"ש.

אבל לענ"ד גם לשיטת התוס' קשה לפרש שהרב הוא שאול, דאם הוא שאול אף אם לא שלח אחר במקומו הוי שאלה בבעלים מחמת שעבודו וחיובו לעשות מלאכה, וכמו דאמרינן לענין שעבוד אשה לבעלה ורב לתלמיד, כמש"כ שם בח"מ סעי' י"ג, לכן נלענ"ד בכונת תוס' דמתחילה נשתעבד הרב א"ע לשלוח את העבד במקומו, שאינו משועבד לעשות בעצמו, רק משועבד לשלוח שליח במקומו וכן בעבד, ונראה דהעיקר בזה לכל השיטות, דהמשאיל שולח את השליח לא לענין לשעבד א"ע, אלא להתחלת מלאכה, כמש"כ בתוס' לפרש בהא דאמרינן בגמ' בעלים באמירה שהוא מכין א"ע למלאכה יעו"ש: פרק ח ועפ"י היסודות שבארנו בדיני השליחות, עלינו לבאר הא דלא מהני שליחות בחליצה דעפ"י מה שנתבאר הנה ענין שליחות לחדש קנין חדש כמו תרומה, וגירושין, מכירה ומתנה, הוא מפני השליח עומד במקום הבעלים ונתוסף להשליח כח חדש לגרש ולהפריש תרומה וכדומה, וכל היכא שהמשלח הי' מצי עביד לחדש הקנין, חל כח זה מעיקרא, בשעת מנוי השליחות, אצל השליח שיתוסף לו כח זה, עי"ז שחשבה תורה אותו כמותו, אבל מחמת דין שליחות מסוג האחר מחמת שיחסה תורה מעשה השליח על המשלח ששלחו לעשות מעשה כמו בגנב שטבח ע"י שליח, או מעילה ושליחות יד, שרבתה תורה דין שליחות, אף שהוא דבר עבירה, לא הי' מועיל לענין קנינים, מחמת שבכל קנין אין המעשה מועלת בלי רצון, כונה ומחשבה, ולענין רצון ודאי לא שייך שליחות, דהרי זה ודאי מידי דממילא, וגם לענין כונה ומחשבה שהם ענינים דאינם נעשים ממילא ושייך ע"ז ענין שליחות, כמו פעולת ידים, אבל הם מקושרים עם גוף החושב והמכון, ומטעם שליחות לומר ליחס הכונה והמחשבה על המשלח, ה"ז כאילו נאמר שחשב המשלח ע"י כח המחשבה של השליח, ומה"ט לא מהני כשמנה שליח לקדש אשה בשעה שהיא אשת איש, וקדשה השליח אח"כ או כשמינה שליח לגרש אשה לאחר שיקדשנה, דאם הי' הענין מה דמהני שליחות בקנינים, דחשבינן כאילו נעשה המעשה ע"י המשלח, הי' ראוי לומר דיהני אף שבשעת מנוי לא הי' מצי עביד, ואין לומר דלהכי לא מהני שאם ניחס המעשה על המשלח הוי כמו שעשה המשלח את המעשה מעיקרא בשעה שעשה את השליח, ואז אין מעשיו כלום, דזה ודאי לא יתכן, דמנוי השליחות אינו כזורק חץ שכתב הנמ"י בב"ק דחשבינן כאילו עשה הזורק המעשה משעת זריקה, דהרי התם כתב הנמ"י שאם זרק חץ והזיק גובים מנכסי הזורק אף אם מת ונעשה ההיזק לאחר מיתתו, ובשליח הדבר ברור שלא יתחייב הגנב אם שלח שליח לטבוח ומת וכל כה"ג, דבשליחות ודאי לא שייך לומר כאילו כבר נעשה המעשה, כיון שתלוי בעשיית השליח, אלא ודאי מה דחייב המשלח הוא משום דחשבה תורה ליחס על המשלח רק משעה שעשה השליח, ולפי"ז למה לא יהני אם מנה שליח בשעה דלא מצי עביד, הרי אח"כ עשה השליח בשעה שראוי לעשות, ולכן מוכרח הענין דבקנינים לא מהני כלל מחמת סוג זה של התיחסות המעשה על הבעלים, אלא משום שנתוסף כח חדש אצל השליח, ומשו"ה בעינן שיהי' כח תכלית המעשה ביד המשלח בשעת מנוי השליחות, ולפי"ז בחליצה שבארנו בפרק הקדום דשאני התרת זיקה של חליצה מהתרת קנין א"א ע"י גירושין, דגירושין גם תכלית ההפקעה נעשה ע"י המגרש והא בעלים ע"ז, וכשמשייר חוץ מפלוני אי אפשר שיותר הפלוני, כיון שהוא הוא המתיר וברצונו תלוי הדבר, ובחליצה אין תכלית ההתרה תלוי בהחולץ והנחלצת, רק פעולת המעשה

עם כונת ורצון המעשה תלוי בהם, ואם רק עשו המעשה כהוגן, אין תכלית ההתרה תלוי בהם כלל, ומשו"ה אם ירצה לשייר התרת זיקה לאיש, לא מהני השיור כלום, אף דבכל ההקנאות חשבינן ענין השיורים כחסרון בעיקר המעשה, דהרי זה הוא עיקר ההבדל בין שיור לתנאי, ומ"מ לא מהני שיור בחליצה, דמזה מוכח דכח המעשה ג"כ אינו מסור ביד הבע"ד, אלא דין שמים הוא כמו ביבום, אלא דביבום אי"צ כונה ורצון על המעשה, ובחליצה צריך כונה ובלא"ה אינה נחשבת למעשה חליצה, אבל בכח ההתרה שוה חליצה ליבום, ומה"ט נראה לי דלא מהני שליחות בחליצה, דכמו שאינו מסור בידם כח ההתרה כשעושים בעצמם, כ"כ אין בידם להעמיד שליח במקומם שיהי' מעשה השליח מועיל, דהרי לא מצינו שגלתה תורה שיהני מעשה השליח העומד במקום הבעלים להתיר ולאסור, רק בענינים שכח ההיתר והאיסור מסור לבעלים, והשליח שנעשה במקום המשלח הוא רק על כח ההתרה והאיסור, והמעשה שעושה השליח הוא ענין של השליח מצד עצמו, שפועל ע"י מעשיו, מחמת שהוא כבעלים על תכלית הענין להתיר ולאסור, ובחליצה שכח ההתרה הוא דין שמים ואינו מסור ביד הבע"ד, לא שייך שיהי' השליח במקומם כיון שגם הם אינם בע"ד על ההתרה, כנלענ"ד בזה: והנה עפ"י דרכנו עלינו לבאר גם ענין תנאי שתלה בש"ס מה דלא מהני תנאי בחליצה משום דאי אפשר לקיים ע"י שליח, שכתבו בתוס' דנקט הש"ס דיש סברא בזה לחלק בין היכא דאפשר לקיים ע"י שליח או לא, ועיקר היסוד בזה משום דעיקר דין תנאי הוא חדוש שחדשה תורה, דמסברא לא הי' שום תנאי מועיל לבטל את המעשה, דז"ל התוס' בכתובות ד' נ"ו ע"א ד"ה הרי זו מקודשת, ואור"י דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן הו"א דשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף המעשה קיים, עכ"ל הצריך לנו, וביאור דבריהם הוא, דבכל הקנינים מה שאדם עושה המעשה, הענין הוא, שע"י רצון והכונה נתחדש בזו המעשה כח זה שע"י יחול הדין, ומצד האדם המקנה אי"צ יותר מזה, ומה"ט כתבו הראשונים ז"ל דלר"מ דס"ל אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, מהני מעכשיו גם לענין זה דלא מצי הדבר בי', כיון שכבר נגמר מעשה הקנין מעכשיו, וכמו דסובר ר"ל דגם במקדש לאחר ל' לא מהני חזרה, כיון דכבר עשה המעשה שבה נתחדש כח זה להועיל לאחר ל' יום, ור"י סובר כיון דהתם בעינן שיהי' המעשה קיים דאם נקרע השטר לא מהני, וצריך שתהא המעשה פועלת בהגעת זמן ל' יום, חשבינן עד זמן ההוא כדבור.

אבל במעשה שכבר גמרה פעולתה, לכו"ע לא מהני דבור לבטל את המעשה, ומשו"ה אי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, לא הי' מהני שום תנאי לבטל את המעשה, דכמו דלא שייך תנאי פעולת ידים, להפוך בור על תנאי וכדומה, כ"כ לא שייך תנאי על גרושין וקדושין וכדומה, כיון דתנאי אינו חסרון בעיקר מעשה הגירושין, דעכ"פ מעכשיו נתחדש במעשה זו שהוא עושה כח גירושין, ואיך אפשר שע"י שלא תקים את התנאי לבסוף, לומר איגלאי מילתא למפרע שלא הי' כח גירושין במעשה הגירושין, ואם נאמר להיפוך שעכשיו עדיין לא נתחדש במעשה כח גירושין, איך נאמר שאם תקים את התנאי איגלאי למפרע שהי' במעשה הגירושין כח גירושין, ובע"כ עלינו לומר דמחמת התנאי אין המתנה רוצה שיגרע עכשיו כח המעשה כלום, דא"כ לא יועילו מעשיו כלום אף אם יקוים התנאי, אלא שרוצה בכך שאף שעשה מעשה המועיל, להועיל

בהחלט ובלי שום גרעון וחסרון כלל, מ"מ רוצה שאם לא יקוים התנאי שיתבטל תכלית הענין, וענין זה אין בכח האדם לעשות אי לאו דגלתה תורה ענין זה בתנאי דבני גד וב"ר:אמנם גם לאחר שגלתה תורה ענין זה דמהני תנאי לבטל את המעשה, יש לחקור את הכונה שנתבטלת המעשה אם לא נתקים התנאי, או אף שהמעשה אינה מתבטלת למפרע, מ"מ אין חל הדין, ודבר זה יש ללמוד מדברי הראשונים ז"ל, שכתבו דיכול אדם לבטל התנאי קודם שבטל החלות, משום דאתי דבור ומבטל דבור, ואם נאמר שע"י התנאי נעשה חסרון בעיקר המעשה, לאחר שגלתה תורה ענין זה, מה יועיל מה שמבטל התנאי, במה יושלם אח"כ החסרון, דהרי אם יעשה שיור בגירושין וכדומה, אם ירצה אח"כ לבטל את השיור, צריך שיעשה מעשה חדש להשלים מה שהחסיר מעיקרא, אלא ודאי גם לאחר שגלתה תורה שיועיל תנאי לבטל את המעשה, אין הכונה שע"י התנאי נעשה חסרון בכח המעשה, אלא שמצד אחר אין המעשה מועלת, וכמו שכתבו הראשונים ז"ל שתנאי הוא מילתא אחריתא, היינו אף שהמעשה במקומה עומדת, גלתה תורה שלא יחול תכלית הראוי, לחול אם לא יקוים התנאי, ולפי"ז ענין התנאי הוא על תכלית היוצא מן המעשה, ומשו"ה מסתברים הדברים דרק בענינים שהבע"ד עושים ברצונם את תכלית היוצא מן המעשה, גלתה תורה שיכול לעשות תנאי גם נגד המעשה שעשה הוא, אבל בחליצה שתכלית היוצא מן מעשה החליצה הוא דין שמים, לאו בע"ד הם החולץ והחולצת להתנות על התכלית, שאם לא יקוים התנאי לא יחול הדין, ולסברת התוס' ענין זה שיהי' אפשר לקיימו ע"י שליח מסתבר יותר משאר משפטי התנאים, דבשאר משפטי התנאים פליגי רבנן ור"מ, ולענין זה דאין תנאי בחליצה לכו"ע לא מהני, דלענין זה מסתבר יותר לחלק, והרא"ש ביבמות פ' מצות חליצה סי' ט"ו כתב בזה"ל, דמן הדין אין כח בשום תנאי לבטל המעשה ואפילו לא נתקים התנאי ראוי המעשה להתקים, אלא דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר, הילכך בעינן דוקא כי התם שיכול המעשה להתקים ע"י שליח וכו', אבל חליצה דאי אפשר ע"י שליח, דבעינן וחליצה נעלו מעל רגלו, אעפ"י שלא נתקים התנאי המעשה קים, עכ"ל, והנה פשטות דברי הרא"ש מורים, דענין זה דלא מהני בחליצה שליחות, ילפינן ממשמעות הכתוב וחליצה נעלו מעל רגלו, אבל אינו מבואר איך ילפינן זה מהאי קרא למעט שליחות, ואם נאמר דלענין זה דבעינן מעל רגלו לא שייך שליחות, לפי"ז הי' ראוי דלגבי האשה החולצת, יהני שליחות ככל מעשה דעלמא, שחיטה והפרשת תרומה, אבל איך שיהי' כונת הרא"ש בזה, עכ"פ נוכל לפרש ענין זה מה שלמד בש"ס דהיכא דאי אפשר לקיים ע"י שליח, מסתבר לומר שלא יהני התנאי לבטל את המעשה, היינו דהיכא דהדין שיכול לגמור הדבר ע"י שליח, מובן הענין שאין עיקר סבת החלות בעצם המעשה, כיון שרבתה תורה שיכול לגמור הענין ע"י אחר, מזה נוכל להבין שעיקר כח החלות תלוי ברצון, והמעשה הוא אמצעי כגדר מעשה הקנינים, והיכא שלא רבתה תורה ענין שליחות מאיזה טעם שיהי', עכ"פ אין לנו להחליט את עיקר סבה הגורמת את חלות הדין שנאמר שתלוי ברצון הבעלים, ויש מקום לומר דרק מעשה הנעשית בכונה גורמת הדין, ומה"ט מסתבר לחלק ולומר דלא מהני תנאי לבטל את המעשה, ויש מקום לומר לפי"ז בביאור דברי הרא"ש, דבאמת הי' מקום לומר דרק אצל החולץ גלתה תורה דלא יהני שליחות משום דבעינן מעל רגלו, אבל בזה שגלתה תורה ידעינן דאצל החולץ בעינן רק כונת המעשה, ולפי"ז לא יתכן לומר דאצל



האשה יהי' ענין הכונה ככל הקנאות דעלמא, שנאמר שהיא הבעלים על הפקעת זיקה, ולא הוא, ומזה ילפינן דגם האשה לא תוכל לעשות שליח, דענין שליחות תלוי בבעלים על תכלית הענין: ובזה יובן מה דמקשה במס' כתובות מקדושין ע"י ביאה דמהני תנאי, אף דלא אפשר לקיומי' ע"י שליח ומשני משום דאיתקוש הויות להדדי, דלכאורה אינו מובן הקושיא וכן מה דמשני, דהרי מה דלא מהני שליחות בביאה הוא, מחמת דלא שייך שליחות ע"ז, דאם יהי' ביאה ע"י שליח הוא היפוך הקדושין שתהא נאסרת לכל אדם, ואיזו סברא שייך לענין דין תנאי שלא יבטל את המעשה, וכן מה דמשני משום היקישא דהויות להדדי, אינו מובן, דהרי מצינו לענין היקש דהוי' ליציאה שכל ענין שאינו שייך בשניהם בשוה, לא אמרינן בזה אין היקש למחצה, ובפרט מה שנוגע לביטול הקנינים, דהרי מקדש חצי אשה לא מהני, ובגירושין לשחרור מהני חצי אשה אם לא יהי' חסרון משום כריתות, דהרי בשחרור חצי ומכר חצי, אמרינן בגמ' גיטין ד' מ"ב ע"א, דמהני כיון דנפיק מיני' כולי', ובקדושין אם קדש שני חצאי אשה ביחד, ג"כ לא מהני, כמו דמבואר במס' קדושין ד' ז' ע"ב, ובע"כ עלינו לומר דסבר הש"ס דעיקר ההיקש הי' לענין חלות הקנינים ולא לביטול הקנינים, אם איכא סברא לחלק, וכיון דיש מקום לחלק דרק לענין קדושין שהוא הוספת קנין אמרה תורה דחצי אשה אינה מתקדשת, אבל גירושין ושחרור שהם הפקעת קנין של הבעל והאדון, ועל הפקעה לא שייך חסרון שיעור הראוי, דהפקעה הוא ענין שלילי, וחסרון שיעור שייך רק בענין חיובי, ומשו"ה לא הי' חסרון בענין כריתות מהני בגט ושחרור לחצאים, ולכן יש לומר דגם לענין תנאי המבטל את המעשה אם יש סברא דבקדושי ביאה לא יהני תנאי לבטל המעשה, מנ"ל דיהני מחמת היקישא, דהרי עיקר ההיקש נאמר לענין חלות הקנין ולא לענין בטול הקנין, והא דמצינו דשטר קדושין לא מהני במחובר ושלא לשמה, משום דילפינן מהאי קרא דויצאה והיתה דמקשינן הוי' ליציאה, אין סתירה לדברינן, דהתם עיקר דין שטר דמהני בקדושין, ילפינן מהיקישא דויצאה והיתה, ומשו"ה מה דלא מהני בגירושין אי אפשר שיהני בקדושין: ועפ"י מש"כ יש לפרש דעיקר מה דמקשה בגמ' מקדושי ביאה, הוא דכיון דמ"מ בקדושי ביאה לא מהני שליחות, ראוי לנו לומר דלא יהניתנאי, דאולי קדושי ביאה אינו כשאר קניני אישות, דהמעשה היא עיקר הסבה ודומה לחליצה דלא מהני תנאי, מחמת דאי אפשר לקיומי, ע"י שליח, ומשני הש"ס כיון דאיתקוש הויות להדדי, עלינו לומר דגם בקדושי ביאה עיקר החלות הוא מחמת רצון הבעלים, כמו בקדושי כסף ושטר, והביאה הוא בגדר מעשה הקנין ככסף ושטר, ומשו"ה מהני תנאי בקדושי ביאה אף דאי אפשר לקיומי' ע"י שליח: ועפ"י נלענ"ד דבמכר ומתנה הנעשה ע"י חזקה של הנאת הגוף, כמו דמבואר בח"מ סי' קצ"ב סעי' ט' הציע מצעות בבית ובשדה ושכב עליהם שקונה הקרקע עי"ז, דאף שלא יהני בקנין כזה ע"י שליח, דבהנאת הגוף לא שייך שליחות, וגם הוא היפוך כונת הקנין, דהכונה בקנין זה מה שהקרקע משמשת ומנהית לבעלים, וכמו בעבד המשמש לרבו שסכו וגרדו, וכשהקרקע משמשת להשליח ולא להאדון והבעלים הוא היפוך מטרת וכונת הקנין, מ"מ נלענ"ד ברור שתנאי יהני בזה לבטל את המעשה, דאף דבמעשה קנין זה לא מהני שליחות, אבל כיון דבעיקר ההקנאה אפשר לקיומי' ע"י שליח ע"י שאר מעשי הקנינים, כיון דגם ענין זה של מציע מצעות הוא בגדר מעשה הקנין, ואף שכ' הרשב"ם שם ב"ב ד' נ"ג ע"ב דילפינן זה מקרא

דכתיב ושבבו בעריכם במה תפשתם בישיבה, וכששוכב על הקרקע הוא בכלל ישיבה, יעו"ש, אבל גם זה מגדר חזקה כשאר מעשה הקנינים, ועיקר כח החלות הוא מחמת רצון הקונה והמקנה, ולכן מיסתבר לומר דמהני תנאי, ורק בקדושי ביאה אם לא הי' נלמד בהיקש הי' מקום לומר דמה שאמרה תורה ובעלה שנעשה בעל ע"י ביאה, שאינו ענין לשאר מעשה קנינים של קדושין, אלא שע"י ביאה נעשה בעל ודמי לחליצה, אלא משום דאיתקוש הויות להדדי, ידעינן דגם ביאה הוי מעשה קנין ככסף ושטר.

כנלענ"ד בזה: והרמב"ם בפ"ו מהלכות אישות הי"ז י"ח כתב, כל האומר מעכשיו לא יצטרך לכפול תנאו ולא להקדים התנאי על המעשה, אלא אעפ"י שהקדים המעשה תנאו קיים וכו' וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו, ואינו צריך לכפול התנאי ולא להקדימו להמעשה: כיצד האומר לאישה הרי את מקודשת לי ע"מ שתתני לי ר' זוז וכו' הי"ז גיטך ע"מ שתתני לי ר' זוז הרי חצר נתונה וכו' תנאו קיים וכו', ואם לא נתנו לא תהי' זו מקודשת ולא מגורשת ולא תזכה בחצר ואעפ"י שלא כפל תנאו, ואעפ"י שהקדים המעשה לתנאי ונתן הקדושין או הגט בידה והחזיקה זו בחצר ואח"כ השלים תנאו שהרי כשיתקים התנאי תזכה זו בחצר ותתקדש זו ותתגרש משעה ראשונה שבה נעשה המעשה כאילו לא הי' שם תנאי כלל.

עכ"ל.

וכתב הרב המגיד בביאור דבריו דרך בתנאי דאם, שאין המעשה חל עד שיתקים התנאו, והתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול עכשיו צריך חזוק יותר, אבל בע"מ או מעכשיו שאם יתקים התנאי חל מעכשיו אי"צ למשפטי התנאים, יעו"ש, וכן הביא הרא"ש במס' גיטין פ' מי שאחזו סי' ט' בשם הראב"ד שכ' בטעמו של דבר דסברי הגאונים דבע"מ אי"צ לכפילת התנאי, משום דמהשתא חייל המעשה בתנאי הוא דחייל דהשתא מתנה עמו, אבל על תנאי דאם כיון שהתנאי בא לבטל את המעשה, לא הוי תנאי אם לא שכפל אותו.

יעו"ש, והרמב"ן הקשה על דבריהם מהא דאמרינן במס' כתובות לענין חליצה דלא מהני תנאי באומר לה ע"מ שתתני לי מאתים זוז, משום דכל תנאי ילפינן מבגוב"ר, ומשו"ה בעינן דאפשר לקיומי ע"י שליח, הרי דגם בע"מ בעינן, דומיא דבגוב"ר: ונראה לענ"ד דסברי הגאונים הנ"ל דאף דזה ודאי שבכלל מה שיש בכח תנאי לבטל את המעשה הוא חדוש התורה שגלתה לנו בבני גד ובני ראובן, ובלא"ה לא הי' מהני תנאי לבטל המעשה וכמו שבארנו לעיל, דבע"כ עשה האדם המעשה שתהא סבה שלמה להועיל, דאי אפשר לעשות בכח המעשה שתהי' על צד אחד, וכיון שעשה ברצונו סבה שלמה להועיל אין בכחו לבטל החלות ע"י אמירת התנאי, ומשו"ה בעינן דומיא דבגוב"ר, אמנם עלינו לומר דרק לענין מה דיש סברא לחלק ולומר דרק באופן שמיסתבר שיהני התנאי בכה"ג יותר, בעינן דומיא דבגוב"ר, והנה מצאו חז"ל דבכפילת התנאי מתברר יותר כונת המתנה שרוצה דוקא שיהי' על תנאי, וכן בהן קודם ללאו, ובתנאי קודם למעשה, ומשו"ה בעינן דומיא דבגוב"ר, וסברי הגאונים ז"ל דבע"מ ומעכשיו מתברר מלשון המתנה שהוא רוצה דוקא על תנאי גם בלי כפילת התנאי, דעושה מעכשיו שיחול ע"מ כך וכך, ולפי דעתו אינו עושה דבר וסותרו, אבל בתנאי "דאם" שאינו רוצה שיחול רק עד שיתקים התנאי,

שגם לפי דעתו הוא עושה דבר והפוכו, שבכח המעשה הוא לחול עכשיו, והוא אומר שלא יחול מעכשיו כלום רק כשיתקים התנאי, בכה"ג בעינן שיחזק בדבריו ויברר החלט רצונו שרוצה שיהי' רק באופן זה, ומשו"ה בעינן כפילת התנאי ושאר הדברים כמו שמנאם הרמב"ם שהם ארבעה דברים, וכ"ז לענין התגלות דעת המתנה, יש לחלק בין תנאי "דאם" ובין תנאי "דע"מ ומעכשיו", אבל לענין מה דאפשר לקיים ע"י שליח, די ש לחלק דהיכא דאי אפשר לקיומי' ע"י שליח אי אפשר כלל לעשות על תנאי, גם אם יברר החלט רצונו בכל ביאור היותר מפורש, ע"ז אמרינן דבכה"ג לא מהני, משום דלא דמי לתנאי דבגו"ר, דמסברא גם בתנאי דע"מ לא הי' מהני תנאי לבטל את המעשה.

ובקצרה נבאר דברינו דלענין מה שיש בכח התנאי לבטל המעשה, גם בתנאי דע"מ צריך למילף מבני גד וב"ר, אבל אופני דבור התנאי לברר בפירוש את החלט דעת המתנה, סברי הגאונים הנ"ל דרק בתנאי "דאם" מסתבר לומר דומיא דהתם, אבל בע"מ מתברר רצונו גם בלי כפילת התנאי וגם אם הקדים המעשה לתנאי, ומשו"ה כשכתב הרמב"ם בפ"ו מה' אישות משפטי התנאים, לא הביא פרט זה מה דבעינן שיהי' אפשר לקימו ע"י שליח, דעניינה הוא כלל בעיקר הדבר מה שיש בכח תנאי לבטל את המעשה, ובהלכה זו כתב את הפרטים איך לעשות ולפרש את דבור התנאי, ואיזה תנאי יכול להתנות.

ומה שכ' הרמב"ם בפ"ד מה' יבום וחליצה הכ"ד דבאומרים לו חלוץ ע"מ שתתן לך מאתים זוז דחליצה כשרה אעפ"י שלא קימה התנאי "שהרי נתכון לחלוץ לה", אין זה טעם על מה דלא מהני תנאי בחליצה, אלא כלפי מה שכתב שם בהלכה דחליצה מוטעת פסולה, היכא שאומרים לו חלוץ לה ובכך אתה כונסה, כתב דהטעאה של תנאי אינה מגרעת משום שהרי נתכון לחלוץ לה, אבל בטעמא דמילתא דלא מהני תנאי בחליצה לא כתב כלום, והרי גם בפ"ו מה' אישות שכתב ד' דברים הצריכים בתנאים, ג"כ לא כתב שום טעם, אבל הטעם בכל זה הוא משום דילפינן מבני גד ובני ראובן, וכמו שהביא ענין זה בהלכה י"ד פ"ו מה' אישות לדחות שיטת הגאונים שאמרו דבדיני ממונות אי"צ למשפטי התנאים, וכתב דהרי למדו חכמים מבני גד ובני ראובן יעו"ש: ומה שנתקשו האחרונים בהא דמהני תנאי בנדריים אף דליתא ע"י שליח, עי' גליון רע"א בנזיר ד' י"א ע"א שנשאר בצ"ע, הנה עפ"י מש"כ נלענ"ד דלק"מ, דרק היכא שהתנאי סותר להמעשה, דבמעשה ליכא ענין תנאי שיהי' כח המעשה תלוי ועומד והתנאי הוא שיהי' החלות תלוי ועומד, ומשו"ה אי לאו דגלי קרא לא הי' מהני תנאי לבטל את המעשה, אבל בנדריים שאינו עושה כלום, והוא מדבר שיהי' חלות הדין על תנאי, וחל הדין כפי מה שאומר ומהני תנאי לבטל את הנדר מסברא גם בלי הילפותא מבני גד ובני ראובן, שאין התנאי סותר כלום שהרי מפרש את הדבור, ורק לתנאי כפול יש מקום לומר שמכלל הן אי אתה שומע לאו והא שהקשו בתוס' נזיר על הא דמוכח בגמ' דמהני תנאי בנזירות, מהא דאמר שם דבאומר הריני נזיר ע"מ שאטמא למתים דהוי מתנה עמשכ"ב, דמוכח דתנאי אחר מהני בנזירות, והרי כל היכא דליכא ע"י שליח לא מהני תנאי ונזירות ליכא ע"י שליח, יעו"ש מה שתירצו, ולדברינו הרי בכל הנדריים מהני תנאי אף דליכא ע"י שליח: ונראה לענ"ד עפ"י מה שנתבאר אצלי במק"א בענין הנזירות, ששקלו וטרו האחרונים אם הענין בזה שאוסר היין עליו, או שאוסר גופו לדברים אלה לטומאה ויין ותגלחת, או שמקדש גופו וממילא נאסר בכל אלה ע"י איסור תורה.

ע"י בתשו' לס' אבני מלואים סי' כ"ב שהאריך בענין זה, ואמרנו לפרש ענין זה בדרך אחר, כי לכל השיטות שהובא בתשו' שם אינו מובן איך חל נזירות, על נזירות דאיך שייך שתחול קדושה על קדושה וע"כ נלענ"ד, דענין הנזירות הוא קבלה על עצמו להתנהג בפרישות של נזירות, כענין קבלת תענית, וכשגומר בדעתו את הזמן שמיחד לקיים נדרו זה, אז מקדש גופו ונקרא קדוש, ולכן שייך לחול נזירות על נזירות, דאף שמחויב להתנהג בנזירות עפ"י הקבלה הראשונה, וצריך לפרוע ולקיים אחר שישלים נדרו מחמת קבלה הראשונה, ועפ"י דרך זה מתישב הרבה ענינים בענין נזירות, ואכמ"ל, ולפי"ז אם מקבל על עצמו להתנהג בנזירות היום, לא שייך בזה ענין תנאי כמו דלא שייך ענין תנאי בכל מעשה, דעכ"פ הוא מקבל על עצמו היום להתנהג בפרישות והתנהג שלא תחול הנזירות רק על תנאי, והוא סותר לקבלת הנזירות, וצריך למילף מתנאי בגוב"ר, ומשו"ה מקשו התוס' דבנזירות ראוי לומר שלא יועיל שום תנאי כיון דאי אפשר לקיים ע"י שליח, אכן מה שתרצו תוס' שם משום דכיון דאחרים יכולים להביא קרבנות תחתיו נחשב כאילו כל המעשה יכול לעשות ע"י שליח, קשה להבין, דהרי הכלל שבעינן אפשר לקיים ע"י שליח הוא על המעשה שעושה עכשיו בשעת המעשה עם התנאי ואף אם נדחוק לפרש בכונתם שבקבלת הנזירות איכא גם נדר של הבאת קרבנות, וכמו שמפרש הרמב"ם דחטאת נזיר הוי דבר הנדור שבא ע"י נדרו, אבל גם זה נראה דאי אפשר ע"י שליח לקבל עליו נדרים של קרבנות, דמ"ש משאר נדרים, ועוד קשה דבפשטות נראה דבקרבנות ודאי דליכא תנאי, דאף אם לא ירצה לקבל הקרבנות ממילא חל עליו, וכבר נתקשו רבים בזה ואכמ"ל.

ובכללות נראה דמה דבעינן במשפט התנאים שתהא המעשה אפשר לקיים ע"י שליח הוא רק היכא שעושה תנאי על איזה ענין שהאדם עושה עכשיו ומחדש איזו מציאות חדשה ע"י דבור או מעשה, וכיון דמחדש מציאות חדשה, בכה"ג בע"כ התנאי סותר לזה, דעל מציאות לא שייך תנאי, ומשו"ה צריך למילף מגוב"ר, וכל היכא שאין האדם מחדש ומשנה עכשיו כלום, רק הוא מדבר ומגלה רצונו שרוצה שיחול דין שמים כפי תנאו ורצונו, כענין הנדרים שמה שחל קונם או שבועה, אינו מעשה האדם רק אזהרת שמים, ומצד האדם רק דבור ורצון, והרי פיו ולבו שווים שיהי' הדין שמים עליו על תנאי.

כנלענ"ד בענין זה: ועפ"י דרך זה יש מקום לומר בכללא של אסמכתא דקיי"ל כל דאי הוי אסמכתא, דלכאורה קשה ענין זה דהרי דברים שבלבו סותרים למה שאומר בפיו, דהרי אומר מפורש שאם יהי' כך יקנה חבירו, ובלבו חושב שלא יחול שום קנין כלל, ומפורש בריטב"א למס' קדושין ד' נ' ע"א דהיכא שהדברים שבלב סותרים לגמרי למה שאמר בפיו לא מהני דברים שבלב כלל, אף אם יהי' דברים שבלבו ובלב כל אדם, וכן כתב הר"ן בנדרים ד' כ"ח בנודר להרגין, ואף שמצינו בנדרים זרוזים דמהני גם אם מחשבתו סותרת לגמרי למה שאומר בפיו, כמו באומר בפיו, כמו באומר ע"מ שלא אוסיף לך על השקל וחושב בלבו להוסיף עד ג' דינרים, ועלינו לומר דכיון דדרך הסותרים לדבר כן, חשובים הדברים שבלב כדיבור ממש, והדיבור שבפיו מתפרש כן, ובנודרים להרגים וכן מה שכתב הריטב"א דלא מהני דברים שבלב, הוא במעשים מקריים, דאף שעכשיו הכל מבינים מה שחושב בלבו, אבל מכל מקום כדיבור ממש לא הוי, אבל כשדרך סותרים

לדבר כן הוי כדיבור ממש, ובאסמכתא קשה לומר שיהי'נחשב כדיבור לומר שדרך סוחרים לדבר כן, אבל בענין אסמכתא שיש בזה כמה וכמה חלוקי דינים קשה לומר שיהי' נחשב לדבור ממש לומר שדרך הסוחרים לדבר כן, ועפ"י מה שאמרנו בענין התנאים, יש לומר כיון דעפ"י מה שאומר התנאי אין מקום כלל להמעשה, כיון דבמציאות ליכא על תנאי, ורק היכא דאמדינן לדעת המתנה, דעכ"פ רוצה שיקוים הענין על צד אחד בע"כ עושה המציאות באופן המועיל, אבל באסמכתא דאיכא אומדנא להיפוך, וממילא נשאר הענין כפי מה שאומר בפיו, וכפי שאומר ומתנה, ליכא מקום למציאות, ומשו"ה לא חל כלל, ולפי"ז בנדרים וכה"ג לא יהי' דין אסמכתא: אמנם לפי"ז הי' ראוי לומר דרך תנאי הוי אסמכתא, אבל אם יאמר בלשון "לאחר זמן" דקיי"ל כל שאומר "לאחר", אינו ענין כלל לדיני התנאים, דכל היכא שרוצה שיחול הקנין לאחר זמן, אין בזה שום סתירה להמעשה, וענין זה מפורש ברא"ש פ' מי שאחזו, ועיי"ש שמביא בשם הירושלמי דפריך על כל תנאי בלשון "אם" שהוא כ"לאחר", דכשמתנה ב"אם" אף שמקיים התנאי אינו חל רק אחר קיום התנאי, אבל עכ"פ כן הוא, דשאני תנאי בלשון "אם" מאומר בלשון "לאחר", דבלשון "אם" ליכא חסרון בכח המעשה של עכשיו, רק מניעת קיום התנאי מעכב שלא יחול הקנין מעכשיו, ואם מוחל או מבטל התנאי חל הקנין תיכף, ומזה מוכרח הדבר שלא הי' בענין זה העדר כח הקנין, והיכא שיאמר "לאחר" לא יהני אם ימחול או יבטל התנאי, ורק יוצרך בכה"ג לעשות המעשה מחדש, והוא ענין עמוק בדיני התנאים: אבל משיטת הרמב"ם נראה דסובר להיפוך, דפשטות דברי הרמב"ם בפ"א מה' מכירה מורין דכל קנין שנעשה דרך תנאי ממש, דצריך משפטי התנאים, ליכא דין אסמכתא, דכיון דהוי בדרך תנאי בע"כ יש בכח קנין זה גם לחול מעכשיו, דהרי אם יחסר בזה דבר ממשפטי התנאים יהי' תנאי בטל ומעשה קיים ויקנה מעכשיו, ואם הי' חסרון עכשיו בכח הקנין, איך יתוסף כח קנין ע"י התבטלות דין התנאי, ומשו"ה כיון דעכ"פ גמר בדעתו שיהי' בכח הקנאה לקנות מיד ליכא אסמכתא, אף שע"י התנאי ומשפטו נתבטל הקנין עכשיו ולא יחול רק משעה שיקים התנאי, אבל אם עושה על זמן שאם יעשה כך וכך יקנה לאחר עשייתו, שלא גמר כלל בדעתו להקנות עכשיו רק לאחר זמן, כעין קנין לאחר שלשים, בענין זה הוי אסמכתא, ומסיק הרמב"ם בזה"ל, אבל אם לא קנה עתה וכו' שזו אסמכתא היא שהרי סמך קנייתו לעשייתו כך וכך, וכל אסמכתא אינו קונה שהרי לא גמר בלבו להקנותו, דבאומר לאחר שלשים שהזמן הוא ודאי, הוי קנין לאחר ל' ומהני אם לא חזר בו ולא כלתה קנינו, אבל זמן המקריי שתלוי אם יעשה ואם לא יעשה, בכה"ג הוי אסמכתא, ובה"ג כתב בזה"ל אבל אם התנה ואמר לו אם תלך וכו' או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה וכו' אעפ"י שהחזיק בבית אחר שקים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא, וכן הוא לשונו בהלכה ו' אם יהי' כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה, שכל האומר אם יהי' אם לא יהי' לא גמר והקנה, שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהי' שמא לא יהיה עד כאן לשונו.

ובהלכה ז כתב כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה, מכל זה נראה לי שהרמב"ם מחלק בין תנאי גמור ובין תנאי דלאחר, היינו דבתנאי עכ"פ איכא כח קנין מעכשיו, אף דבאמת לא יקנה רק משעת קיום התנאי, אבל בתנאי דלאחר ליכא עכשיו שום קנין, וכמו שכתב הרמב"ם בה' גירושין פ"ט ה"ה דחלוק תנאי ד"אם" לאומר

"לאחר זמן", שהמגרש על תנאי יש שם גירושין ואינם גומרים עד שיתקיים התנאי, ובאומר "לאחר זמן" ליכא עכשיו גירושין כלל יעו"ש.

והיינו דמסיק דבאומר מעכשיו, דאם יתקים התנאי חל למפרע ממש, אין כאן אסמכתא כלל, ובתנאי של "אם" דעכ"פ איכא קצת קנין מעכשיו וכמש"כ, דעכ"פ כח הקנין איכא גם עכשיו, ג"כ ליכא דין אסמכתא, ורק היכא דמקנה לאחר זמן של איזו מעשה, דעכשיו ליכא שום קנין וביאת הזמן תלוי במעשה אם יהי' ואם לא יהי' בכה"ג הוי אסמכתא, ושיטת הרמב"ם לענ"ד מוכרחת לשיטתו דסובר דבכל התנאים שייך אסמכתא, אף אם עושה מרצונו ולא מחמת להסמיך את חברו, ואיך מהני בכל הקנינים דין תנאי, והמעשה קיים אם קים התנאי, ולכן הכריח את שיטתו זו, דרק באומר שיהי' הקנין לאחר קיום התנאי, איכא דין אסמכתא, אבל בתנאי ממש ליכא אסמכתא, והרב המגיד כתב לפרש בכונת הרמב"ם דמש"כ בהלכה ב' דכשקנה באחד מן הדרכים שקונים בהם ליכא דין אסמכתא, מיירי שהחזיק בקרקע והוא מוחזק בבית, ודבריו נפלאים בעיני, דהלא בהלכה ב' אין שום רמז לחלק בין אם הוא ת"י או לא, וכן מש"כ הב"י, הסמ"ע והט"ז בח"מ סי' ר"ז אינם מתקבלים על הלב, שהרמב"ם ז"ל לא זכר כל החלוקים שהזכירו האחרונים, והדרך שכתבנו הוא דרך נכון ומתקבל, ודברי הרמב"ם ז"ל מתפרשים בפשטות בלי גמגום כלל, ונכון הוא בעזה"י: והנה לפי"ז יש להסתפק בחליצה אם אמר לאחר שתתן לי מאתים וזו תהא נפטרת ממני ע"י חליצה זו, איך נדון בזה, דענין זה לא שייך כלל לדיני התנאים, ואם נאמר שלא יחול עכשיו לא יהני כלל גם לאחר זמן, דהרי כלתה קנינו, דאח"כ ליכא חליצה בעולם, עוד יש לדון בזה מדין אסמכתא אף לשיטת שאר ראשונים ז"ל י"ל דהוי אסמכתא בכה"ג שאינו רוצה מעצמו רק באים להטעותו, ומכש"כ לשיטת הרמב"ם דבכל דאי הוי אסמכתא, אם אומר שיחול לאחר קיום התנאי וכמש"כ, אמנם נלענ"ד דהרי בכל קנין שאומר שיחול לאחר זמן ג"כ איכא עכשיו כונה לקנין, דמכון שע"ז שמכין עכשיו מעשה יהי' חל הקנין לאח"ז, שלא יצטרך כונה אחרת לאח"ז, ולר"ל מהני אח"כ אף אם חזרו קודם ל' יום, משום דכבר נעשה מעשה ולא אתי דבור ומבטל מעשה, ואף דמלשון הרמב"ם בפ"ט מה' גירושין שכתב שם, דמגרש לאחר ל' חשוב עכשיו כמו שמונח הגט אצל האשה בפקדון, משמע דעכשיו לא נעשה שום מעשה קנין, אבל בע"כ עלינו לפרש דבריו שעד הגעת זמן המוגבל חשוב כפקדון, אבל לכשיגיע זמן המוגבל כבר הוכן בזה המעשה, ואי"צ כונה שני' לזה דהרי גם לר"י דקיי"ל כוותי' דאתי דבור ומבטל דבור, צריך דבור מפורש לבטל ואם לא הי' דבור מפורש רק גלוי דעתא, אף אם יהי' גלוי דעת גמור, שיהי' כעין דברים שבלבו ובלב כל אדם, ג"כ לא תבוטל המעשה, משום דלא אתי מחשבה ומבטלת דבור, כן מוכח מסוגית הש"ס ריש פ' השולח, וכן כתב הריטב"א להדיא, מכל זה מוכח דבעושה קנין שיחול לאח"ז, איכא כונת קנין שיועיל לאחר זמן, רק כיון דרוצה שיחול לאח"ז בעינן שתהא המעשה בעינן, שתהא המעשה פועלת לאח"ז, ואם כלתה המעשה שנקרע השטר וכדומה לא מהני, לכן יש לומר דבחליצה אם מכונים שניהם שחליצה זו תיהני לפטור את הזיקה לאח"ז ליכא בזה חסרון כונה, דעכ"פ כונו במעשה זו להתרת זיקה, וכיון דאיכא כונה לא איכפת לן מה שכונו שלא תיהני עכשיו החליצה כלום, כיון שענין חלות הקנין אין תלוי בהם: וכן נראה לי לענין יבום דקיי"ל דקנה בע"כ ונעשית כאשתו לכל דבר, ובפ' הבא על יבמתו

ד' נ"ו מסיק הש"ס בלישנא בתרא דמן האירוסין לכו"ע לא אכלה, היינו דלא נעשית  
כאשתו גמורה ע"י ביאת שוגג כמזיד.

יעו"ש.

דלכאורה יש לדון אם יאמר בפירוש שאינו רוצה לקנות רק לדברים האמורים בפרשה,  
אם זה הוי כביאת שוגג או לא, ולענ"ד יש להוכיח ענין זה מסוגית הש"ס יבמות ד' כ"ט  
ע"ב דמוכח שם, דאם בא עלי' בע"כ קונה אותה לגמרי כנשואים גמורים, גם אם היתה  
ארוסה מבעלה, דהרי מוקי התם מאי מיפר בשותפות, וכיון דמהני בע"כ דידה להוסיף  
בה גם קנין נשואים, כ"כ ראוי לומר דמהני גם בע"כ דידי', משום דאשה הקנו לו מן  
השמים, והא דמסקינן בביאת שוגג דלא קנה לכל אם נפלה מן האירוסין, הוא רק היכא  
דליכא כונה לקנין, הוי חסרון במעשה הקנין, אבל אם מכון לקנות אז נקנית בלי רצונו  
כמו שנקנית בלי רצונה, וכן י"ל דגם לענין מה דקיי"ל כל הבועל דעתו על גמר ביאה,  
שכתבו הראשונים ז"ל דזה לא שייך ביבמה שאינו תלוי בדעתו, עי' ריטב"א לקדושין  
ד' י', דמישב בזה קושית הש"ס ביבמות ד' כ' באלמנה לכ"ג מן האירוסין יבוא עשה  
וידחה ל"ת, דאם נאמר דסוף ביאה קונה יתוסף עשה דבעולת עצמו, יעו"ש.

ובס' אבני מלואים סי' ל"ג סק"ד הקשה דכיון שבנפלה באירוסין לא קנה לכל ע"י ביאת  
שוגג, הלא ע"י תחילת ביאה לא קנאה רק כארוסה, אם דעתו על גמר ביאה ותהי' בעולת  
עצמו קודם נשואים, ובכ"ג אזלינן בתר נשואים כמו בכ"ג שקדש הקטנה ובגרה תחתיו,  
ולפי מש"כ י"ל דאם דעתו על גמר ביאה ג"כ קונה בע"כ, דרק ביאת שוגג אינו קונה,  
אבל בכה"ג הוא רק כאינו רוצה לקנות, דהרי עושה תחילת ביאה כדי לקנות ע"י סוף  
ביאה, ואין כאן חסרון כונה רק חסרון רצון, וביאה ביבמה קונה לעולם כמו שאי"צ  
רצונה, כמו שהוכחנו, דגם בנפלה מן האירוסין היא נעשית נשואה בע"כ דידה, כ"כ  
בע"כ דידי', ורק בביאה גרועה שאינו מכון כלל לקנין, אינה נעשית כנשואה אם נפלה  
מן האירוסין.

כנלענ"ד: אמנם ראוי לבאר בשיטת הרמב"ם שכתבנו לעיל דסובר דענין אסמכתא הוא,  
כל שלא הקנה מעכשיו כלום כמו בקנין לאחר ל', ותלה בזמן המקריי, ובאמת מפורש  
ברמב"ם פ"ט מה' גירושין דבאומר ה"ז גיטך ולא תתגרשי בו עד שתתני לי מאתים זוז,  
דמגורשת לאחר שתתן, אם לא נקרע השטר, יעו"ש, ונלענ"ד דיש לחלק בין אומר "אם"  
לבין אומר "לאחר", היינו דבאומר "אם" תתן לי מאתים זוז אקנה לך או אגרש אותך,  
שעכשיו הוא מסופק בעיקר הקנאתו אז הוי אסמכתא, אבל באומר ולא תתגרשי בו עד  
שתתן, שמצדו ליכא חסרון גמירת דעת, שהקנה שיחול הקנין בהגעת זמן המקרי והוי  
כמו הקנאה לאחר ל', והרי כללא דאסמכתא הוא לשון דאי, כמו דאמרינן בגמ' פ' איזהו  
נשך, ולשון זה ולא תתגרשי בו עד שתתן לי, אינו לשון דאי רק הארכת זמן, רק שתלה  
בזמן של מקרה, ובלשון דאי הוי אסמכתא אם לא הקנה עכשיו רק סמך עיקר הקנאתו  
בתנאי זמן ביחוד, דבתנאים ממש הרי עשה כח הקנין מוחלט וכמו שכתבנו, ובכה"ג  
ליכא אסמכתא, וזמן בלא תנאי, כמו באומר ולא תתגרשי עד שתתן, ג"כ ליכא אסמכתא,  
דגמר בדעתו לזמן מוגבל, ואסמכתא לא הוי רק באומר אם תעשה כזה וכזה אז תקנה  
ע"י מעשה קנין, ולאחר שקיים תנאו החזיק בזה, או שהי' מטלטלים ומשך לא קנה,

משום דבשעה שאמר לו לך חזק וקני, ה' מסופק אם יקים התנאי ולא גמר בדעתו רק על הספק, זהו כלל דאסמכתא לשיטת הרמב"ם, ובמי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו ואומר, אם לא נתתי לך עד יום פלוני תן לו שטרו דפסק הרמב"ם דהוי אסמכתא, דלכאורה ענין זה אינו רק שליחות, ולשיטתו דסובר דכל היכא דאיכא בזה ענין מעכשיו ליכא אסמכתא, ולפי"ד ליכא לפרש לשיטתו כמו שמפרשים שאר הראשונים שמתנה שאם לא יתן המותר עד יום פלוני, יהי' כסף מקצת הפרעון במתנה, כמש"כ הר"ן בנדרים ד' כ"ז, אלא שאומר ליתן השטר ויתחייב ע"י השטר חיוב חדש כשיתן ע"י עדי מסירה, וכן הביא הרמ"א להלכה בח"מ סי' מ"ח בהגה שם עפ"י דברי המרדכי, וכן כתב הכ"מ שם בפ"א ה"ד לפרש כן לשיטת הרמב"ם כדי לתרץ קושית הר"ן על הרמב"ם ממשנה זו, יעו"ש, ולפי"ז מה שאומר תן לו שטרו הוא ענין שליחות, ומה זה ענין לאסמכתא, ועוד דכל ענין שליחות הוא מעכשיו, דעשהו במקומו מעכשיו לעשות כך וכך בתנאי כזה, וכמו שהביא הקצוה"ח סי' ס"אסק"ג דברי הרשב"א בתשו', ומה"ט נלענ"ד פסק הרמב"ם דאין השליחות מתבטלת בדברים עפ"י דברי הירושלמי, הובא בדברינו לעיל שע"ה פכ"ג, ועפ"י מש"כ ניחא דעיקר אסמכתא הוא היכא דלא עשה עכשיו שום קנין, רק אומר שאם יהי' כך וכך יחזיק ויקנה, שהוא כמו נתינת רשות על מעשה קנין, אבל עכ"פ יקנה הקונה ע"י גמר דעתו של המקנה עכשיו, וכשהוא מסמיך עכשיו איזה תנאי, לא מהני דלא גמר להקנות, כ"כ באומר לשלוחו אם יהי' כך וכך תעשה שליחותי, דאף שכח דין שליחות שנעשה כמותו מעכשיו, אבל עיקר המעשה יהי' אח"כ בשעה שיעשה השליח, ובכה"ג שתלה בתנאי הוי אסמכתא, וגדולה מזו נלענ"ד דבהתחייבות גמורה מעכשיו על תנאי שאם יהי' כך ישלם הוי אסמכתא, כיון דבפועל לא יזכה הזוכה רק אח"כ דבע"ח מכאן ולהבא הוא גובה, ומעכשיו הועיל רק שיהי' הכח והזכות מעכשיו, אבל המתחייב אינו מתחסר משלו כלום רק כשיגבה, הוי אסמכתא ומעכשיו אינו מסיר חסרון דאסמכתא לשיטת הרמב"ם, רק אם יקנה מעכשיו קנין גמור על תנאי כזה וכזה, וראי' ברורה לזה מהא דאמרינן' בפ' גט פשוט דכל ערב הוי אסמכתא אי לאו משום דבהאי הנאה דקסמיך עלי', יעו"ש, והרי ערב מתחייב מעכשיו משעת הלואה, אלא כיון דבפועל מתחייב לשלם אח"כ חשוב אסמכתא, ובזה מתורץ מה שכ' הרמב"ם בה' י"ח דכשעושים שדוכים מתחייבים מעכשיו בלי תנאי ואח"כ עושים תנאי על המחילה, יעו"ש, ונתקשו הכ"מ וסמ"ע ומל"מ שם, לשיטת הרמב"ם דבמעכשיו ליכא אסמכתא הלא אפשר להתחייב על תנאי, ולפימש"כ ניחא, כנלענ"ד בזה: אמנם קשה מהא דמהני לענין גט באומר אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש כתבו ותנו והוא בסוף פ' מי שאחזו, דלפי"מ שבארנו בכה"ג הוא עיקר דין אסמכתא, כמו במשליש שטרו שהוא ג"כ תנאי עם השליח, ואחר העיון מצאתי בב"י סי' ר"ז שהקשה כן על הרמב"ם ומתיר ד"ל דבגיטין וקדושין דחמיר לאיניש גומר בדעתו וליכא דין אסמכתא, יעו"ש, ולפי"ז אי"צ לחלק מה שחלקנו לעיל לתרץ דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' גירושין: פרק ט כתב הרמב"ם בפ"ג מה' עדות ה"ד וז"ל, דין תורה שאין מקבלים עדות לא בדיני ממונות ולא בדיני נפשות אלא מפי העדים שנאמר עפ"י שנים עדים מפיהם ולא מכתב ידם, אבל מדברי סופרים שחותכים דיני ממונות בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדים קיימים, כדי



שלא תנעול דלת בפני לווים, ואין דנים בעדות שבשטר בדיני קנסות ואצ"ל במכות ובגלות אלא מפיהם ולא מכתב ידם עכ"ל.

ובפ"ח מה' עדות הי"ד כתב וז"ל, הואיל והדבר כן שטר שיצא לבי"ד ובאו עדים ואמרו כתב ידינו הוא זה, אבל מעולם לא ידענו עדות זה ואין אנו זוכרים שזה לזה מזה או מכר לו, לא נתקם השטר, והרי הן כחרשים, עד שיזכרו עדותם, כל מי שאינו דן כן לא ידע בדיני ממונות בין ימינו לשמאלו, אבל אם ה' כתב ידן יוצא ממקום אחר, או שה' שם עדים שזה כתב ידם, מקימים את השטר ואין משגיחים על דבריהם שאומרים אין אנו זוכרים עדות זו, שמא חזרו בהם, וזה שאמרו אין אנו זוכרים כדי לבטל השטר, וכאילו אמרו קטנים היינו פסולי עדות היינו שאינם נאמנים, הואיל ומתקים השטר שלא על פיהם, ומפני טעם זה מקימים כל השטרות ואין אנו צריכים להביא עדים ולשאול אותם אם הם זוכרים עדות זו או אינם זוכרים אותה, שאפילו באו ואמרו אין אנו זוכרים אותה אין שומעים להם הואיל ואפשר לקיימו שלא מפיהם עכ"ל.

ובהשגות הראב"ד כתב ע"ז וז"ל, א"א ויש מי שאין מורים כן ויודעים בדינים כמותו, שאם אמרו אין לנו זכרון כלל אין זו סתירה, ויותר מזה שאפילו אמרו כתב ידינו הוא אבל מעולם לא היתה מלוה, כ"א אמנה ה' אינם נאמנים וכו', ובכ"מ כתב ע"ז ואני אומר דאדרבה כי אמרי אמנה שבאים לסתור השטר אינם נאמנים, אבל כשאומרים אין אנו זוכרים עדות זו, כיון שאינם באים לסתור השטר איכא למימר, אפומא דמאן בעית למיגבא האי מנה, אפומא דהני סהדי הא לא דכירי, וא"כ אפומא דמאן מגבת להו עכ"ל.

והנה דברי הרמב"ם בשני פסקי הלכות הנ"ל צריכים ביאור, דמפשטות דברי הרמב"ם בפ"ג נראה דסובר דדין שטרות הוא רק מדרבנן, אבל כבר תמהו ע"ז כל המפרשים והפוסקים, דבגמ' מפורש בכמה מקומות, דרק קיום שטרות הוא מדרבנן, וכן קשה טובא שיטתו בפ"ח דמצריך שיזכרו עדים החתומים על השטר את ההלואה אף אם כ"י יוצא ממקום אחר, אלא דאם כ"י יוצא ממק"א לא משגיחין בהו, דאף אם אומרים שאינם זוכרים אינם נאמנים, כמו באומרים קטנים היינו, וענין זכירה זו אינו מובן כלל, כיון דכבר נגמרה הגדתם, ואינם יכולים לחזור בזה, או לשנות ולהוסיף מכל האמור בשטר זה, מה לנו עוד זכירתם כשהם יושבים בביתם ואינם מגידים כלום, והיא תמיה רבתא: והנה הש"ך ח"מ סי' מ"ו ס"ק ל"ב כתב בזה"ל וגם נ"ל טעם לדברי הרמב"ם דכיון דאין זוכרים העדות כלל, הו"ל כמו שמעידים מפי כתבם, דהא קיי"ל לעיל סי' כ"ח סעי' י"א דאסור לשלוח עדותם בכתב מהאי טעמא, ואפילו למאן דמכשיר התם כשהעדים אינם חרשים היינו כיון שראוים להעיד וכן עדות בשטר קיי"ל דכשר מטעמא דדבר תורה עדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותם בבי"ד, וכמו שהוכחתי שם סעי' י"ב, אבל כשהם לפנינו ואינם זוכרים העדות הרי הם כחרשים כיון שאינם ראוים להעיד בפ"ה כלל, ונ"ל שלזה כיון הרמב"ם ז"ל במ"ש לא נתקם השטר והרי הם כחרשים וכו', ר"ל כמו חרשים שאסורים להעיד בכתבם, כדאיתא בפ' מי שאחזו, משום מפיהם ולא מפי כתבם, וכתבו הרמב"ם פ"ה מה' עדות ונתבאר לעיל סי' ל"ה סי"א.

עכ"ל הצריך לנו, ודברי הש"ך צריכים ביאור לפ"מ דנקט בשיטת הרמב"ם כמו שנראה פשטות דבריו דכל דין שטרות הוא מדרבנן ומה"ת לא מהני כלל משום מפיהם ולא מפי

כתבם, וכאן כתב לפרש עפ"י הכלל של תורה, אכן לפי"מ שכ' בס' קצוה"ח סי' מ"ו ס"ק י"ט לבאר דגם בעדות של קיום שטרות דמהני מפי כתבם, מ"מ אלם פסול לכו"ע מה"ת, יובנו דברי הש"ך, דאף דשטר כשר מפי כתבם מה"ת או מזרבנו, אבל חרש פסול, זהו פשטות דברי הש"ך, אבל עדיין לא מצאתי שום ביאור, מה לנו עכשיו בכשרותו של עד, אם כבר נגמרה הגדתו בשעה שחתם על השטר, ובתומים ראיתי שהוסיף ביאור בשיטת הרמב"ם בס"ח לחרץ הקושיות שהקשו על הרמב"ם והוא דגם הרמב"ם סובר דשטר מועיל מה"ת, אלא משום דסובר הרמב"ם דבשעה שבא השטר לבי"ד בעינן שיהיו העדים ראויים להגיד, שאם אין זוכרים העדות הם כחרשים, ואף דהרמב"ם לא סבר כר"ת ולא מהני הגדה ע"י כתב, אכן כמו שסובר ר"ת לשיטתו דבעינן שיהי' ראוי להגיד ואלם פסול אף שיכול להגיד ע"י כתב, כ"כ סובר הרמב"ם לענין שטר דמהני מפי כתבם, אבל בעינן שיהיו העדים ראויים להגיד בשעה שבא השטר ליד בי"ד, ולפי"ז הי' קשה למה מהני בשטר אם מתו העדים כשבא השטר ליד בי"ד, הלא אם מתו עוד גריעי מחרשים, לזה הוצרך הרמב"ם לבאר דהא דמהני אם מתו העדים הוא תקנת חכמים כדי שלא תנעול דלת בפני לווים, וכעין זה כתב בלחם משנה, אבל עדיין לא נתבאר ענין זה וכמו שהקשינו, כיון שכל הדין הנעשה עכשיו בבי"ד הוא ע"י החתימה, ובשעה שחתם על השטר הי' כשר וזכר את העדות, מה איכפת לן עכשיו אם מתו העדים או נעשו פסולים, כיון שהם אינם מסייעים עכשיו כלום בבירור האמת והשקר, והכל מתברר ע"י חתימתם, איזה יפוי כח עדות בזה כשרות של העדים החתומים על השטר, בשעה שהם אינם שייכים כלום לחתימתם, והוא דבר פלא שלא בארו המאורות הגדולים ענין הנפלא בזה: והנה בתוס' כתובות ד' כ' ע"ב כתבו ג"כ ענין זכירת עדות בזה"ל, ומ"מ נהי דע"א לא חשיב שטר, לענין שאם יבואו עדים ויאמרו כך ראינו בשטר, דחשבינן להו כעד מפי עד, עדות מיהו הוי ויכול לשלוח כ"י לבי"ד, ולא חשיב מפיהם ולא מפי כתבם, כיון שהוא זוכר העדות עכ"ל.

וכן כתבו שם להלן, בהא דהקשו האיך מהני במחאה מה שיכתבו העדים את זכרון המחאה, כדאמרינן מחאה בפני שנים וא"צ לומר כתובו כיון דלא הוי שטר, שאינו עשוי מדעת המחזיק, כתבו בזה"ל, ומיהו לפי מה שפרשנו דעדות מיהו הוי כ"ז שזוכר אתי שפיר עכ"ל. דבפשטות ג"כ אינו מובן עד מתי צריך שיזכרו העדים, דאם נאמר בכונתם דלעוצם עד שיבוא הכתב לבי"ד צריכים לזכור העדות, וכשיבוא כתב המחאה לבי"ד בעינן שיהיו העדים קיימים ויזכרו העדות, זה דבר רחוק לומר כן, אכן י"ל דכונת התוס' דבעינן שיזכרו העדות בשעה שהם מוציאים הכתב מתחת ידם, וכמש"כ הרי"ף בפ' ד"א, דהגדה בכתב נגמרת רק בשעה שהעד מוציא מת"י ונותן לבעל דין, אבל כל כמה דלא נפקא לה סהדותא מתותי ידיהון דסהדי כמו דלא מסהדי עד השתא דמי, דאי בעו כבשי לשטרא ולא מסהדי, יעו"ש, ולכן אם כתב העד זכרון העדות לעצמו אם רוצה לשלוח כתב ידו לבי"ד, לא מהני רק אם זוכר העדות, דאם זוכר עכשיו העדות הוא מעיד עכשיו ע"י הכתב דמהני לשיטת ר"ת אבל אם אינו זוכר עכשיו לא מהני, דמעיקרא בשעה שכתב לא הי' שום הגדה, בשעה שמעכב הכתב ת"י, ועכשיו כשמוציא מת"י, כבר שכח העדות וליכא שום הגדה מצד העד, ולפי"ז י"ל דלר"ת בשולח כ"י לבי"ד בעינן שיזכור העדות בשעה שמוציא מת"י להגיעו ליד בי"ד, באופן שאינו יכול לחזור וליטלנו, דמאז

נגמרה הגדת העד ע"י הכתב, וכן במחאה אם כתבו העדים עדות של המחאה והניחו ת"י כשבאים למסור ליד המערער, בעינין שיזכרו העדות בשעת מסירתם את הכתב ליד המערער, ואם שכחו העדות עד שאינם נזכרים גם ע"י הכתב, אינם רשאים למסור, אבל אם שכחו אח"כ לא איכפת לן, דמשעה שנגמרה עדותם לא בעינין זכירתם כלל ומהני אף אם מתו העדים, כן נראה פשוט בביאור דבריהם, אבל להרמב"ם ז"ל דמצריך בשטר גמור שכבר בא ליד המלוה זכירת העדים את המנה שבשטר, בשעה שאין העדים עושים כלום ואינם משתתפים בבירור הדבר, הוא דבר פלא ולא מצאתי מי שיבאר ענין זה: ולכן נלענ"ד דדברי הרמב"ם הם יסוד נכון למש"כ לעיל בעיקר דין עדות בדבר שבממון ובדבר שבערוה, שמה שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, הכונה שמלבד בירור האמת והשקר שעלינו לקבל את דברי העדים, העדים מקיימים את הדבר, היינו שאין לבי"ד כח לחתוך את הדין עפ"י הידיעה גרידא שנתברר להם ע"י הגדת העדים, אלא שהעדים פועלים לחדש כח אצל בי"ד, שיפסקו את הדין ולכוף לקיים את הדין, ורוב דיני העדות כמו פסול קרובים ודין נמצא אחד מהם קרוב או פסול וכדומה, היכא דליכא חשש משקר, הוא גזיה"כ לענין קיום הדבר שגזרה תורה שלא יתקים ע"י עדים כאלה כח בי"ד, כמו שהארכנו בענין זה בזה השער פ"א, יעו"ש, ולפי"ז יש לבאר שיטת הרמב"ם דסובר ג"כ כשיטת כל הראשונים, דבשטר ליכא פסול משום מפיהם ולא מפי כתבם, וכל שנעשה למסור כח הראי' מאדם לחבירו סומכים על עדות זו מה"ת, ועדותם נגמרה משעת חתימתם, או משעת מסירה לבעל הזכות, כמש"כ הרי"ף בפ' ד"א, ואינם יכולים העדים לחזור מעדותם, דכבר נגמרה הגדתם, וכמו דאמרינן עדים החתומים על השטר נעשה כמו שנחקרה עדותם בבי"ד, אמנם במה שנוגע לענין קיום הדבר, שהעדים בעצמם מקיימים את הדבר לחדש כח אצל בי"ד, והיינו שע"י הגדתם לבי"ד הם פועלים שני ענינים, בירור הדבר וקיומו, שהבירור מתברר ע"י אמירתם, והקיום הוא ע"י העדים עצמם, וההגדה היא אמצעי, שע"ז פועלים העדים לקיים דבר חדש זה, וכמו שבענין קדושין הנלמד מממון, עדי ראי' מקיימים הקדושין, שהראי' היא אמצעי שיקיימו העדים עצמם את חלות הקדושין, כ"כ עדים המעידים בע"פ לפני בי"ד, הגדה שלהם היא אמצעי לקיום הדבר אצל בי"ד, והנה בשטרות דקיי"ל שהוא כמו שנחקרה עדותם בבי"ד, יש מקום לדון דכ"ז הוא רק בנוגע לענין בירור, אבל לענין קיום הדבר, י"ל דכ"ז שלא הגיע השטר לבי"ד לא שייך שיתחדש אצל בי"ד כח זה לחתוך את הדין, כיון שעדיין אינם יודעים מאומה, הרי אין בכחם לעשות שום מעשה בי"ד, ולפי"ז י"ל וסובר הרמב"ם כיון דדין קיום הדבר הוא בהגעת השטר לבי"ד, וחתימת העדים הם אמצעי שעל ידיהם יחדשו העדים את קיום הדבר, שיה' הכח לבי"ד לחתוך את הדין, והעיקר הכח המחודש הוא בעצמם של העדים, ומשו"ה אם העדים קיימים וזוכרים העדות, הדבר מתקים ע"י, אף שעכשיו אינם עושים כלום, אבל האמצעי שלהם וסבתם קיימת כלו' חתימת השטר, ובסבה הזאת העדים מחדשים הדבר עכשיו אצל בי"ד, אבל אם מתו העדים או נפסלו או ששכחו העדות, ובטל כחם לחדש עכשיו דבר חדש, ונשאר עכשיו רק חתימתם, הרי חסר בזה דין קיום הדבר, ויש בזה רק בירור הדבר בלי קיום: ואף דיש לדון ולומר שכח זה עשו העדים בשעת החתימה להועיל על זמן שלאח"כ, בשעה שיתברר הדבר לפני בי"ד, באופן שלא נצטרך עוד כח העדים וכשרותם לאחר זמן, י"ל

דענין כזה לא מצינו רק בדרכי הקנינים שיעשה עכשיו מעשה להועיל אח"כ וגם בקנינים הנעשים שיחולו לאח"ז, איתא בירושלמי מס' גיטין ר"פ מי שאחזו הובא בחי' הרשב"א והר"ן שם דאם נתן גט שיחול למחר ונעשה קורדייקום דלא מהני, דבעינן בשעה שחל הגט שיהי' אז ראוי לגרש, היינו שאח"ז חל הגט ע"י כח המגרש שיש לו בשעת חלות הגירושין, והמעשה היינו השטר גט הנתון ביד האשה הוא אמצעי וסבה שעל ידה פועל המגרש: כ"כ סובר הרמב"ם בענין עדות שבשטר, דהכח להועיל שיתחדש אצל בי"ד לחתוך הדין, הוא בעצמות העדים, והשטר החתום בחתימת העדים הוא אמצעי וסבה שע"י פועלים העדים לחדש הכח אצל בי"ד, ולכן בעינן בשעה שהשטר בא ליד בי"ד שיהי' כח עדות להעדים החתומים על השטר, שבכחם יפעלו ע"י חתימת השטר להועיל על מנה שבשטר, אבל אם בטל עכשיו כחם אין השטר בלבד פועל כלום, ולפי"ז מה שמצריך זכירת המנה שבשטר אינו בגדר הגדה, שנאמר שעכשיו הם מעידים על ענין זה, דהרי אם מתקים השטר ע"י אחרים ג"כ מצריך הרמב"ם שיהיו זוכרים, אף שהעדים אינם משתתפים עכשיו כלום שום הגדה, אלא הזכירה מקיימת כח העדים שע"י לא נתבטל עדיין כחם ויכולים להועיל ע"י השטר החתום בחתימת ידם, ומדויק לשון הרמב"ם שם שאם אינם זוכרים הם כחרשים, היינו שאין להם כח לחדש מעכשיו דין זה: והנה הרמב"ם ז"ל הקדים ליסוד מאמרו בשיטה זו בזה"ל, הואיל והדבר כן, היינו לפי"מ שכתב שם בהלכה א' דמי שחתם על השטר ובא להעיד על כ"י בבי"ד אם אינו זוכר העדות, אסור לו להעיד, שאין אדם מעיד על כ"י שהוא זה, אלא על הממון שבשטר הוא מעיד שזה חייב לזה וכו', נלענ"ד דמזה למד הרמב"ם ז"ל שיטתו הנפלאה, דהנה ממה דסברי רבנן בזה אומר זה כתב ידי וזה אומר זה כתב ידי דאי"צ לצרף עד אחר להעיד על כתב ידי שניהם, משום דאמרינן על מנה שבשטר הם מעידים כמבואר במס' כתובות, מזה מכריח ענין זה שעכשיו פועלים העדים ע"י חתימתם על מנה שבשטר, דאם נאמר שעדים החתומים על השטר כבר גמרו עדותם משעת החתימה, ושוב אין להם יחס והתקשרות עם השטר, והם עכשיו כשאר עדים מן השוק, למה מהני אם אומר כ"א זה כתב ידי, הלא ליכא רק ע"א על כל חתימה, ואם נאמר שמעיד עכשיו על מנה שבשטר, ה"ז כמלוה על פה לחוד, ואנן בעינן שיהי' השטר מקוים על ידם, אלא מוכח מזה שחתימת ידי עדים, שבשטר גם עכשיו הם מקושרים יחד עם העדים עצמם שאין פועלים זה בלי זה, וכמו שבעדות בע"פ כ"א פועל על חצי דבר, כ"כ העד עם חתימתו יחד פועלים עכשיו על חצי קיום המנה שבשטר, משא"כ בעדים אחרים המקימים חתימת השטר, שאין להם שום יחס אל המנה שבשטר: אלא מעידים כתב ידי העדים, משו"ה צריך שני עדים על כל חתימה וחתימה, אבל אם נעשה הקיום ע"י עדי השטר שעכשיו הם גומרים את עדותם לתת כח לבי"ד לחתוך את הדין, סגי לן כשאומר זה כתב ידי, אף דליכא רק ע"א על כל חתימה, כיון שהחתימה עם הגדתם עכשיו הוא הכל עדות אחת, הרי נעשה חצי קיום על מנה שבשטר ע"י כ"א מעדים החתומים בשטר וקרינן בזה עפ"י שנים עדים יקום דבר חצי עפ"י של זה וחצי על פיו של זה, והואיל והדבר כן שעכשיו ג"כ עיקר כח הדין אצל בי"ד נעשה ע"י העדים עצמם ולא ע"י החתימה לחוד, לפי"ז אם שכחו העדים את ענין המנה שבשטר, בטל כחם ואין יכולים להועיל עכשיו כלום בענין זה, גם החתימה שלהם אינה מועלת רק לבירור הדברים ולא לקיום הדבר כנ"ל:

ועפ"י דברינו יתבאר היטב שיטת הרמב"ם ז"ל עפ"י הדרך שמפרש התומים בשני פסקי הרמב"ם ז"ל שהבאנו, היינו דגם לשיטתו כל שטרי ראי' הם מועילים מה"ת, כיון דנעשה למסור לבע"ד ליכא חסרון משום מפיהם ולא מפי כתבם, דאף אם יסבור דלא כשיטת ר"ת ז"ל דאם יכתוב עדותו בבי"ד ע"י.

כתב לא מהני, משום דבעינן הגדה מפיהם, זה דוקא היכא שהוא בתורת עדות סתם, שלא נעשה הכתב למסור לבע"ד, אלא להעיד בבי"ד, ואצל בי"ד לא שייך ענין מסירת ראי' דלאובעלי דברים הם, ומשו"ה צריך דוקא הגדה בפה, אבל בשטר הנעשה למסור לבע"ד, חתימתם מקושרת עם המסירה לבע"ד, והמסירה לבע"ד היא גומרת עדותם בכה"ג אי"צ הגדה בפה, שהעדים עצמם אחר החתימה במסירתם לבע"ד הם גומרים עדותם, וקרינן בזה מפיהם, אלא כל זה הוא לבירור הדבר, ולא לקיום הדבר אצל בי"ד, ומשו"ה אם מתו העדים לא מהני מה"ת, אלא דבכה"ג מהני מתקנת חז"ל כדי שלא תנעול דלת בפני לווים, אבל אם לא מתו והם קיימים ושכחו העדות, בזה לא תקנו חכמים ונשאר על דין תורה, ולפי"ד מדויק לשון הרמב"ם שכתב אבל מדברי סופרים שחותכים דיני ממונות בעדות שבשטר אעפ"י שאין העדים קיימים, היינו שמה שחותכים את הדין לומר שיש כח לבית דין לחתוך הדין, על ידי חתימת העדים לחוד בלי העדים עצמם, שהעדים כבר מתו, הוא מדרבנן מפני התקנה, אבל אם העדים קיימים אעפ"י שאין באים להעיד עכשיו מהני מה"ת, דאם הי' כונת הרמב"ם ז"ל כמו שנקטו הרבה מפרשים שעיקר שטר ראי' הוא מדרבנן, לשון הרמב"ם אינו מדוקדק כלל, מה נפ"מ בין אם עדים קיימים או לא, הי' לו לומר אעפ"י שאין העדים מעידים לפנינו ותו לא, ומלשון זה מוכח להדיא דאם היו קיימים הי' מהני מה"ת, אמנם צ"ל דבכלל תקנת חכמים הוא גם אם העדים נפסלו בגזלנות מחמת או קורבה, דקיי"ל דמהני בעדות שבשטר, ורק אם שכחו העדות בכה"ג לא מהני, דלא תקנו ע"ז: ולפי"ז נלענ"ד בהא דנחלקו רוב הראשונים ז"ל על הרמב"ם בדין זה שיוצרך זכירת העדות, הוא בביאור הענין הנאמר בגמ' בעדים שחתמו על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בבי"ד, בכתובות ד' י"ח ע"ב ובגיטין ד' ג' ע"א, היינו דלשיטת הרבה ראשונים ז"ל הוא לכל הדין היוצא מהגדת עדות בבי"ד אחר החקירה ודרישה, וכמו שע"י הגדה נגמר כל כח בי"ד לחתוך הדין, היינו הבי"ד ששמעו את הגדת העדות, כ"כ בחתימת השטר נגמר כח זה לכל בתי דינים בישראל, ומשו"ה אי"צ כלל אחר מסירת השטר ליד הבע"ד או אחר חתימתם לדין כשרות או זכירת העדים, ואף אם מתו העדים מהני מה"ת, דאין להעדים שבשטר אחר חתימתם שום יחס והתקשרות עוד עם השטר, והרמב"ם ז"ל סובר דמה דאמר ר"ל דנעשה כמו שנחקרה עדותן בבי"ד, הוא רק לענין בירור העדות, שכבר גמרו עדותם בהגדה ואינם יכולים לחזור, ואם רוצים לחזור הווי להו כחוזרים ומגידים, אבל לענין קיום הדבר, עדיין תלוי ועומד הדבר, עד שיבוא השטר לבי"ד לעשות מעשה עפ"י השטר, אז יקום הדבר ע"י העדים עצמם ובאמצעות חתימתם שבשטר, ולכן אם מתו העדים לא מהני מה"ת: והנה לפי"ז עלינו לבאר בדין מי שנמחק שטרו, דאמרינן בגמ' בב"ב פ' גט פשוט ובב"ק ד' צ"ח דעדים יכולים להעיד מה שראו כתוב בשטר, שכתבו בתוס' כתובות ד' כ' בטעמא דמילתא דלא הוי כעד מפי עד, משום האי טעמא דעדות בשטר הוי כמו שנחקרה עדותם בבי"ד, ד, וכמו דמהני בעדים שיעידו ראינו עדות

שנחקרה בבי"ד, וברמ"א ח"מ סי' ל' סעי' י"א בהא דכתב המחבר, העיד האחד בבי"ד זה והעד השני בבי"ד אחר, יבא בי"ד אצל בי"ד ויצטרפו עדותם, הגה: אבל אחרים ששמעו הענין אינם יכולים להצטרף דהוי כעד מפי עד (ב"י בשם מרדכי ישן) עכ"ל.

ומפרש הט"ז בזה דוקא בעדים ששמעו עדות ע"א אינם יכולים להעיד בבי"ד דהוי עמפ"ע, אבל אם שמעו עדות שלמה של שני עדים יכולים להעיד, וכמש"כ בתוס', וכן נקט התומים ונה"מ להלכה דכ"כ אם הי' שטר בע"א, אין עדים אחרים יכולים להעיד שכך ראו בשטר זה דהוי עמפ"ע, דהא דמהני בנמחק שט"ח שיעידו עדים שכך ראו בשטר, הוא שטר החתום בשני עדים, והנה אף שלא בארו ההבדל בין שמעו חקירת בי"ד של ע"א בין חקירת בי"ד של שני עדים, הטעם מבואר דהא דלא מהני עמפ"ע, דבעינן שיעיד העד האחרון לפני בי"ד על ראית או שמיעת ענין המחייב, הלואה או הודאה, אבל אם שמע הגדת עדות, לא שמע דבר המחייב רק שמע בירור הדברים, דהודאת בע"ד, אף שעיקר ענין הודאה הוא רק נאמנות ובירור דברים, אבל עכ"פ הודאה מחיבת ג"כ משום קנין אודיתא, ומשו"ה אם שמע חקירת בי"ד של שני עדים, הרי שמע שנתחדש אצל בי"ד כח לחייב את ראובן במנה, אבל אם שמע חקירת ע"א, שבלי צירוף עוד ע"א, אין זה סבה המחייבת על תשלומים, ומשו"ה נקטו התוס' בפשיטות, דעדים ששמעו חקירת בי"ד מהני עדותם שיעידו בבי"ד אחר, כאילו ראו או שמעו דבר המחוייב ממון, ומה"ט נקטו דאם ראו בשטר מקוים שראובן חייב לשמעון יכולים להעיד בבי"ד, כיון שדין שטר הוא כמו שנחקרה עדותן בבי"ד, והסמ"ע שכ' להלכה בסי' ל' דגם אם שמעו חקירת בי"ד של שני עדים דאין יכולים להעיד לפני בי"ד אחר, שהקשו עליו מהא דנמחק שטרא י"ל דמחלק בין שטר לחקירת בי"ד מעידים בע"פ, דבעדים בע"פ באמת לא נתחדש שום חיוב חדש על המתחייב, רק נתחדש לבי"ד כח לכופ את המתחייב, וכח זה הוא רק ביחוד לבי"ד זה שבפניהם, העידו העדים, אבל בנוגע לבי"ד אחר, אינם יכולים להעיד רק בירור הדברים, ולא רא' ושמיעה מעצם דבר המחייב, אבל שטר דחשבינן כאילו נחקרה עדותם בכל בתי דינים וכשבאים עדים להעיד לפני בי"ד על שטר שנמחק הם מעידים שיש לבי"ד זה כח לחתוך את הדין, אבל עכ"פ דברי הסמ"ע הם נגד דברי תוס' ואין לסמוך על דבריו והנה כ"ז הוא לשיטת תוס' ושאר הראשונים דסברי שבעדות בשטר נגמר כל דין חקירת בי"ד וכמש"כ: אבל לשיטת הרמב"ם שבארנו דהא דאמרינן בשטר דהוי כמו שנחקרה עדותם בבי"ד, הוא רק לענין הגדה שאינם יכולים לחזור דהו כחוזרים ומגידיים, אבל לענין קיום הדבר אין נגמר הדבר עד שבא השטר ליד בי"ד, ואז נעשה קיום בדבר ע"י העדים עצמם ביחוד עם ההגדה האמורה בשטר, יקשה איך מהני עדות שראו בשטר לחייב על ידם, הרי לא ראו דבר המחייב רק בירור דברים, והוי כעד מפי עד, ונלענ"ד דגם לשיטת הרמב"ם שאני שטר משאר עדות, דהנה בעד שמעיד מפי עד איכא תרתי לריעותא, חדא דעד הראשון לא העיד בפני בי"ד, ולא הי' על הגדה ההיא תורת הגדה, והשני שמעיד, מפי עד הראשון לא ראה ולא שמע דבר המחייב אבל בשטר שנגמרה הגדת העדים ומי שרואה שטר חתום בעדים, רואה בזה סבה שלמה שבכחה לתת כח לכל בתי דינים בישראל, שגם הרואה יודע שהעדים החתומים על השטר הם מועילים לקיום הדבר לכל בתי דינים, אף שבפועל לא נתחדש כח זה לבי"ד עד שיתברר ענין זה שהי' שטר כזה וכזה עם עדים

חתומים, אבל הרי דבר זה כבר הי', והי' חסר רק שיובא לפני בי"ד, וסגי לן אם הובא לבי"ד העתקת השטר ע"י עדים אחרים, גם אז יתחדש כח לבי"ד ע"י העדים הראשונים אם זוכרים את המנה שבשטר, ואם יבואו העדים שהיו חתומים בשטר להעיד על שטר נמחק ויאמרו שכן הי' כתוב בשטר, אבל אין אנו זוכרים העדות אם לזה פלוני מפלוני לא יהני עדותם כלום לשיטת הרמב"ם, וכשאחרים מעידים אנחנו מחזיקים שעדים הראשונים זוכרים העדות, וככל הדינים שבשטר עצמו כ"כ הדין בהעתקת בירור הדברים שהי' כתוב בשטר, ואין לדמות ענין זה לשטר קנין הניתן לקונה שיקנה לאחר ל' יום, שבטל הקנין אם נקרע השטר בתוך ל' יום, אף אם יעתיקו עדים מה שהי' כתוב בשטר הראשון ויעשו שטר אחר, דהתם הי' כל כח הקנין בשטר הזה, ואי אפשר שיולד כח קנין בשטר אחר שהעתיקו מהראשון, אבל בעדות שבשטר ראוי, שעצמות השטר הוא רק ראוי ובירור האמת, רק שדבר זה, שבסבתו מתברר האמת, הוא אמצעי להעמיד הכח הנתון להעדים עצמם החתומים על השטר שיועילו שעל ידם יתחדש כח לבי"ד לחתוך הדין, ולענין זה יהי' כ"כ העתקת השטר ובירורו אמצעי להעמיד את הכח של העדים להועיל לבי"ד לקיום הדבר, ומשו"ה י"ל דמהני מה"ת אם נמחק השטר ויש מי שיעיד מה שראו בשטר, עוד י"ל דכמו דסובר הרמב"ם שאם מתו העדים או נעשו פסולי עדות דבטלה עדותם מה"ת, מ"מ גובים ע"י שטר כזה מתקנת חכמים שלא תנעול דלת בפני לווים, כ"כ מהני מדרבנן אם נמחק או נשרף השטר, והתוס' לשיטתייהו דעדות בשטר מהני מה"ת אף אם מתו העדים, הוקשה להם מהא דגובים ע"י שטר שנמחק או נשרף, אבל לשיטת הרמב"ם דאיכא תקנת חז"ל בשטרות לענין מיתת העדים או התחדשות פסול בגופם, כ"כ נכלל גם השתנות בעצמותו של השטר ע"י מחיקה או שריפה, כנלענ"ד בביאור שיטת הרמב"ם ז"ל בעדות שבשטר ראוי, באופן שיהי' כל דבריו מיוסדים על דין עדות שבע"פ: פרק י והנה בירושלמי פ"ב דכתובות ה"ד במשנה זה אומר זה כתב ידי וזה כתב ידו של חבירי וזה אומר זה כתב ידי וזה כתב ידו של חבירי הרי אלו נאמנים, זה אומר זה כתב ידי וזה אומר זה כתב ידי צריכים שיצטרף עמהם אחר דברי רבי, וחכמים אומרים אינם צריכים שיצטרף עמהם אחר, אלא נאמן אדם לומר זה כתב ידי: גמ' למה נצרכה לרבי אע"ג דרבי אומר צריכים שיצטרף עמהם אחר, מודה הוא הכא שהן נאמנים, אמר רבי זעירא תני בכתובות דבית רב, דברי רבי על השטר ודברי חכמים כמעיד על המלוה, תני כותב אדם עדותו ומעידה אפילו לאחר כמה שנים, רב חונא אמר והוא שיהא זכור עדותו, רבי יוחנן אמר אעפ"י שאינו זכור עדותו, ואתייה דרב חונא כרבי ור' יוחנן כרבנן.

עכ"ל הירושלמי, והובא בתוס' כתובות ד' כ' ע"ב ד"ה ור' יוחנן ופרשו בזה"ל, פירוש כשהעדים באים לקיים חתימתם אם זוכרים המלוה בלא שטר אפי' לרבי אי"צ לצרף עמהם אחר מן השוק, דעל מנה שבשטר הם מעידים, וכשאין זוכרים המלוה אפילו ע"י השטר אפי' רבנן מודו דצריכים לצרף עמהם אחר, דעל כרחין אין מעידים אלא על כתב ידם, וכי פליגי היינו כשזוכרים המלוה ע"י השטר, דלרבנן חשיב זכירה ועל מנה הם מעידים, ולרבי לא חשיב זכירה, עכ"ל.

ולשיטת הרמב"ם דאם אינם זוכרים כלל בטל עדותם שבשטר, ולא מהני גם צירוף, וכמו שכתב הש"ך, קשה איך יפרש דברי הירושלמי, דכיון דגם רבי סובר שאם היו

זוכרים המלוה מעצמם סגי בזה אומר זה כתב ידי וזה אומר זה כתב ידי, רק דסובר דזכירה ע"י השטר אינה זכירה, להעיד על מנה שבשטר, כמו שסובר רב הונא, א"כ איך תני במתניתין שאם מעידים שני העדים על שתי החתימות מהני לכו"ע, כיון דמיירי מתני' שאין זוכרים המלוה רק ע"י השטר, ובכה"ג סובר דאינו יכול להעיד על מנה שבשטר, א"כ לא יתקים השטר על ידיהם, ורק אם יתקים ממקום אחר יוכשר השטר, דאז אינם נאמנים לומר שאינם זוכרים, ואם נאמר דרבי פליג על עיקר דין זכירה, והרמב"ם כתב שיטתו עפ"י הלכה דקיי"ל כרבנן, דהרי מוכח מדברי הירושלמי דרק בזה פליגי רבי ורבנן, דרבי סובר כרב הונא ורבנן כר' יוחנן, ואם היו זוכרים מעצמם גם לרבי מהני באומר זה כתב ידי וזה אומר זה כתב ידי, ורק כשזוכר ע"י השטר סובר דא"י להעיד על מנה שבשטר, ומ"מ מודה רבי דמהני עדותו לקיים השטר ע"י צירוף אחר, ולשיטת הרמב"ם ה"י ראוי לומר דלא מהני גם עי צירוף אחר: ונראה לענ"ד ד"ל דהרמב"ם יפרש דברי הירושלמי דאף שרבי סובר כרב הונא דבעינן שיזכור מעצמו, וכשזוכר ע"י השטר אינו יכול להעיד בע"פ על מנה שבשטר, מ"מ מהני זכירה זו לענין קיום הדבר ולא הוה כחרשים, דלענין עדות בע"פ שהשטר אינו מצטרף לכח הדין של העדות, בעינן שיהי' זוכר מעצמו, אבל כשהשטר מתקיים ע"י עדי השטר כשאר קיום שטרות, ועיקר הבירור כבר נגמר ע"י השטר עצמו, אז סגי לענין קיום הדבר, מה שזוכרים העדות ע"י השטר, אבל לענין קיום השטר כשזה אומר זה כתב ידי וזה אומר זה כתב ידי, בעינן זכירה המועלת להעיד בע"פ על מנה שבשטר, וביאור הענין נלענ"ד, דהנה לכאורה אינו מובן עיקר היסוד דנקטינן שאם מעיד על מנה שבשטר סגי באומר זה כתב ידי, הרי עכ"פ ליכא רק ע"א על כל כתב וכתב, ואיך נעשה שטר מקוים בזה כעדות שני עדים שיהי' כמלוה בשטר ולא כמלוה ע"פ, וצ"ל דכמו שהאמינה תורה בדיני ממונות אם ראה אחד מחלון זה ואחד מחלון אחר, ואין העד יודע אם ראה גם חבירו, וליכא על כל ראי' ושמיעה רק ע"א, ועלינו לומר דלענין זה שהוא ע"א סגי בירור של ע"א, כ"כ אם אומר זה כתב ידי הוא מעיד על הגדתו שהגדת אמת היא נתקימה בזה הגדתו שתהא הגדת ע"א שלמה, שעל ענין זה האמינה תורה לעולם לכל ע"א, ומשו"ה אי"צ לצירוף אחר, כמו שמקים הגדתו שמעיד בעל פה, דלענין בירור הדבר לפני בי"ד על הגדתו, האמינה תורה לכל ע"א בלי צירוף חבירו, אבל לדין זה צריך שיהא זוכר זכירה המועלת להעיד בע"פ, אבל אם אינו זוכר העדות רק מכיר שזה כ"י, דשאינו מעיד על הגדתו רק מעיד על ענין אחר, על הכתב יד, בעינן שני עדים כשאר עדות דעלמא.

והנה לשיטת הרמב"ם דגם בשטר המתקים ע"י הצטרפות בעינן זכירת העדות שיהי' ראוי להעיד, איך אפשר שיהי' ראוי להעיד עכשיו על מנה שבשטר, כיון דקיי"ל דעדים החתומים על השטר הוי כמו שנחקרה עדותם ואם רוצה לחזור הוי כחוזר ומגיד, וא"כ איך נחשבים עדי השטר כראויים להעיד, כיון שאם יעידו אין תורת עדות על הגדתם והרי הם כקרובים ופסולים, אלא צ"ל דאי"צ, עכשיו שיהיו ראויים להגיד הגדה אחרת בע"פ, אלא שיהיו ראויים שעל ידם יחול הדין שתועיל חתימתם לחדש כח אצל בי"ד, ולענין זה בעינן רק שיהי' להם כח עדות לקיום הדבר ולא כח בירור הדבר, דלענין בירור כבר נפסלו משום חוזר ומגיד, ומשו"ה י"ל דלהכי מהני לרבי בזה אומר זה כתב



ידי וזה כתב יד חברי, כשזוכר העדות ע"י השטר, אף דלא מהני זכירה כזאת להעיד בע"פ על המנה שבשטר, דלענין קיום הדבר שיצורף כח העדים עם החתימה שבשטר סגי לן אם השטר מזכירם על הדבר, ועדיין יש לעדים עם החתימה ביחד כח זכירה, וכשרים הם שעל ידם יחול הדין אצל בי"ד, כנלענ"ד בענין זה: וכל ענין זה שבארנו הוא רק לענין שטרי ראי' בדיני ממונות, אבל עדיין קשה לשיטת הרמב"ם איך יתרץ בהא דאשה נשאת עפ"י הגט אעפ"י שמתו העדים, הלא בעינן זכירת העדות בשעה שבא השטר לבי"ד, וכשמתו העדים או נפסלו מועיל השטר רק מדרבנן בדיני ממונות מפני נעילת דלת בפני לווים, ואין לומר דגם היתר זה להנשא עפ"י הגט הוא מדרבנן ולענין דין התורה נאמר דאפקעינהו רבנן לקדושין מינה, שהלא מדברי הרמב"ם עצמו בפ"ג מה' עדות מוכח דרק בדיני ממונות תקנו דאם סובר דגם בנשואים ע"י גט תקנו הוי לי' לפרש בהדיא דגם בדיני נשים תקנו, ולתרץ ענין זה עלינו לבאר ראשונה מהו עיקר כח העדות בשטרי קדושין, וגיטין, מכירה ומתנה שעיקרן נעשו לקנין, אם הם מעידים דבר מה שראו ושמעו, או לא, דלפי נוסח השטר שכתוב בו פלוני בן פלוני מגרש אשה פלונית, ועל זה חותמים העדים, ועדיין אין העדים יודעים כלום שאשה זו נתגרשה, והבאנו לעיל דברי הפנ"י ונה"מ — שער זה פ"ג — שג"כ העירו בזה, ומה שהקשינו על דבריהם, יעו"ש, ועכ"פ נלענ"ד שאין העדים החותמים בשטרי קנין מעידים שום דבר לפני בי"ד, אלא הם עדים להעיד לפני רואים שיהי' נקרא בשעת מעשה הקנין, היינו בשעת נתינת הגט העדים מעידים שראובן מגרש את אשתו, ובזה נגמר הכשרת השטר להועיל לקנין, ואי"צ שיהי' קיים השטר אחרי גמר הקנין להיות עדות לפני בי"ד, ומשו"ה שאני עדות זו מכל דיני עדות, דהכא לא שייך לדון משום מפי כתבם, דרק בעדות המעידים בבי"ד אמרה תורה שיעידו מפיהם ולא מפי כתבם, והכא אמרה תורה דוקא מפי כתבם שיהי' ענין שטר ע"י חתימתם, שכל הרואה יראה בו שראובן מגרש את אשתו וכל כה"ג בכל שטרי קנין, וכן אי"צ בזה דיני הזמה, כיון שאין באים להעיד לפני בי"ד, אמנם גם בענין זה בעינן תורת עדות עפ"י הכלל שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, וכמו העדים המועילים בקדושין לקיום הדבר, כ"כ מועילים עדים החתומים בשטר לקיום הדבר שיחול הקנין על ידם, ומשו"ה גם בעדי שטר קנין בעינן שלא יתערב בחתימת השטר קרוב או פסול, שאם גם הקרוב חתם לשם עדות בטלה כל העדות, וכמו דמבטל קרוב או פסול עדות הכשרים העומדים בשעת קדושין, ואף דלפי"ז יקשה עלינו לשיטת תוס' במס' מכות ד' ג' ד"ה שמואל, דבראית מעשה הקדושין ליכא פסול נמצא קרוב או פסול, ובעדים החתומים על השטר פוסל התערבות קרוב או פסול, אכן יש לחלק דבעדים שעומדים בשעת קדושין מוכרח הענין שהם עדים להעיד לפני בי"ד אם יוצרך הדבר, דבלא זה קשה לצייר את שם עדות, ומשו"ה כתבו התוס' דכמו בכל עדות אם נצטרפו בראי' ולא בהגדה ליכא פסול התערבות קו"פ כ"כ ליכא חסרון בהתערבות קו"פ בשעת קדושין, כיון שהכשרים ראוים להעיד אח"כ בבי"ד, גם עכשיו תורת עדות עליהם, והריטב"א חולק ע"ז כיון דקיום הדבר של קדושין נעשה עכשיו ע"י העדים, ראי' זו כהגדה בבי"ד הוא, אבל בעדים החתומים על השטר שעיקר עדותם הוא בשעת מעשה הקנין, שיהי' נקרא בשטר שעדים מעידים שראובן מגרש אשתו, ומשעת גמר הקנין ואילך אי"צ שיתקיים השטר בעולם, וכה"ג שזה גמר עדותם דומה

לעדות של הגדה, ומשו"ה פוסל התערבות של קו"פ לכו"ע, ומטעם זה מהני המסירה לר"מ בלא עדי חתימה בשעת קדושין, ובכסף וביאה בעינן עדים, דכיון שהעדים עושים כח השטר שזה עיקר סבת הקנין, קרינן בזה עפ"י שנים עדימיקום דבר, אלא אם נכתב שטר קדושין ע"י כתב ידו בלא עדים בזה יש לדון דמאי שנא מכסף וביאה ועל זה תירץ הר"ן בקדושין פ' האומר בסוגיא דמקדש בע"א אי חוששין לקדושין בזה"ל, ומיהו אמרו בשם רמב"ן ז"ל דדוקא קדושי כסף וביאה הוא דלא מהני בלא עדים, אבל קדשה בשטר שהוא כ"י, אעפ"י שאין עליו עדים מהני, דכשהיא מוציאתו כאילו יש עדים בדבר דמי עכ"ל: ומעתה יבואר לנו גם מה דאנו סומכים אח"כ להשיא האשה ע"י שטר גט שבידה אף אם מתו העדים, דכיון שאנו רואים השטר גט בידה, אנו רואים עכשיו בעצמנו את כל מעשה הגירושין, וכן בכל שטרי קנין, וכשב"ד מתירים את האשה להנשא עפ"י הגט שבידה, אינו קבלת עדות כעדות שבשטרי ראי', שנעשה אז קיום הדבר אצל ב"ד ע"י העדים הקיימים ובאמצעות הגדתם שבשטר, אלא כח ב"ד נתחדש ע"י ראייתם כראיית ב"ד שראו ביום דמהני ראייתם לענין בירור הדבר מק"ו שלא תהא שמיעה גדולה מראי', ולענין קיום הדבר הב"ד בעצמם כעדים המקיימים הדבר ע"י ראי' או הגדה, ולפי"ז יהי נפ"מ לענין יחיד מומחה, דבשטרי ראי' סגי גם ביחיד מומחה שיקוים השטר ע"י עדים החתומים או ע"י קיום עדות אחרים, אבל בשטרי קנין לא יהני יחיד מומחה, כמש"כ הרשב"א ז"ל ביחיד מומחה שראה ביום: וכן נלענ"ד מוכח מדברי הר"ף פ' המגרש שהוכיח דלר"א ג"כ מהני עדי חתימה בלא עדי מסירה מהא דאמרו בגמ' פ' השולח שהעדים חותמים על הגט לר"א מפני תקון העולם, זימנין דמייתי עדי מסירה דאי ס"ד דלר"א לא סגי לן בע"ח, ליחוש דילמא לא איתיהיב לה בעדי מסירה, יעו"ש, והראשונים דלא סברי הכי כתבו דסמכינן דמסתמא בהכשר נעשה, דלכאורה לכו"ע צריך לנו לסמוך על חזקה זו, שמסתמא בהכשר נעשה, וכמו שכ' הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' גירושין דלא חיישינן שמא בטל הבעל את הגט, וכמו דאמרינן בגמ' ריש גיטין דלא חיישינן שמא נכתב שלא לשמה משום דסתם ספרי מיגמר גמירי, וכל כה"ג לענין שאר דיני הגט, וההבדל בזה נלענ"ד דבכל ענינים אם סומכים אנחנו על החזקה דמסתמא בהכשר נעשה, אז אנחנו רואים את הגט שהוא בכשרותו, וכמו בכל ענין נאמנות של עדים, אנו מחזיקים את העדים בחזקת כשרות, ואז אנחנו שומעים את דבריהם מה שאומרים הגדה מפורשת, אבל אם לא נשמע בפירוש דבריהם ונסמוך על ענין חזקות שמסתמא אומרים כהוגן, איכא חסרון בעיקר הגדה, כ"כ הוא סברת הרי"ף בנידון זה, שאם הי' הדין לר"א דעדי חתימה בלא עדי מסירה לא מהני כלום, הלא אז מה שרואים ב"ד את השטר גט חתום בעדי חתימה, אין אנו רואים את מעשה הגירושין כלום, ואם נסמוך על שמסתמא בהכשר נעשה, הוא השערה בעלמא בלא ראי' וידיעה, ומזה הוכיח דע"ח מהני בלא עדי מסירה, ומשו"ה כשבא הגט ליד ב"ד רואים ב"ד ביד האשה את מעשה הגירושין, אבל לפי"ז יש מקום לדון שאם ימותו עדים החתומים על הגט קודם שניתן הגט ליד האשה שלא יהני, אכן מסתבר לומר דרק בשטרי ראי' הצריך הרמב"ם ז"ל שיקוים הדבר אצל ביד ע"י גוף העדים, בשעה שבי"ד רואים בשטר הגדת העדים, אבל בשטרי קנין עושים העדים את קיום הדבר, שיהי' בשטר כח קנין משעת החתימה, ואי"צ עוד לזכירת העדים וקיומם: פרק יא והנה לענין עדות אשה נתבאר אצלנו בשער

ו' פ"ו, דכל עדות שמעידים במיתת הבעל אינו בתורת עדות כדבר שבערוה שיוצרך עדים לקיום הדבר אצל בי"ד, והבי"ד שחותכים הדין הוא רק מכח הוכחה ורגלים לדבר, ועפ"י"ז קשה טובא מהא דמבואר במס' יבמות ד' כ"ה דלמ"ד גזלן דדברי תורה פסול לעדות אשה, ולא ס"ל פלגינן דיבורא, אם אומר הרגתי את פלוני לא תנשא אשתו, וזהו טעמו דרב יהודא במשנה שאומר הרגתיו לא תנשא אשתו, היינו דממ"נ אי אפשר לקיים הדין ע"י, דאם הרגו הוא רשע ואם לא הרגו חי הבעל, וכמבואר ענין זה בירושלמי על משנה זו בזה"ל הרגתיו, מה נפשך, קטלי' החשוד על הדבר לא דנו ולא מעידו, לא קטלי' בחיים הוא עכ"ל.

וענין זה שייך רק אם צריך עדים לקיום הדבר, שאעפ"י שהדבר אמת, גזיה"כ הוא שלא יחודש דין אצל בי"ד רק עפ"י עדים כשרים, אבל אם אי"צ עדים רק הוכחה ובירור, אין מקום לממ"נ לומר אם קטלי' ליכא עד כשר, דמה שגזלן פסול הוא משום חשש משקר, ובכה"ג שלא יצויר שיופסל העד רק אם הרגו, ואם איכא לנו הוכחה שנהרג אז אי"צ לנו לכשרותו של העד, ומוכח מזה דבעינן בזה כל תורת עדות, וכן בהא דקיי"ל כרבא דבאומר הרגתי תנשא אשתו משום דפלגינן דיבורא ומהימן שנהרג ע"י אחרים, ובמה שאומר שהוא הרגו אינו נאמן, ולרב יוסף דסובר דלא פלגינן דיבורא אינו נאמן כלל, כ"ז שייך רק בדין עדות ממש, אבל בדבר שצריכים רק איזה בירור והוכחה, אינו מוכן חילוקים אלו, כיון שאין הדיבור פועל הדין רק אומדן הדעת מועיל בזה, היתכן לומר דלרבא דס"ל פג"ד איכא אומדן דעת יותר מלרב יוסף דס"ל לא פג"ד, וקושיא גדולה היא לי, ולא מצאתי מי שיתעורר בזה: אמנם יש להקשות בלא"ה בסוגיא דיבמות, למה אינו נאמן לרב יהודא באומר הרגתיו, אף דלא פלגינן דיבורא וגזלן דדברי תורה פסול לעדות אשה, יהא נאמן משום מיגו דאי בעי אמר נהרג ולא הרגתיו, וכמו שהקשו התוס' ושאר הראשונים בסוגיא דכתובות באומר בני זה וכהן הוא, שיהא נאמן במיגו דאי בעי אמר אינו בני וכהן הוא, והתירוצים שכתבו התוס' שם דלדבריו קרוב הוא, והרמב"ן ז"ל שכתב דלענין תרומה מהני מיגו מדין בירור, ולענין להשיאו אשה בעינן עפ"י שנים עדימיקום דבר, — בארנו דבריהם לעיל בשע"ו פ"ט — כל התירוצים האלו לא שייך הכא לענין עדות אשה, דכל הפסולים כשרים ומסיח לפי תומו כשר, ורק מי שחשוד לשקר אינו נאמן, ובכה"ג דאיכא בירור גמור משום מה לו לשקר למה לא יהא נאמן באומר הרגתי משום מיגו דאי בעי אמר נהרג ולא הרגתיו, והנה מה שהובא בש"ך ח"מ סי' פ"ב בכללי מיגו בשם הר"ש מקנין וז"ל באות כ"ד בזה מיגו לא אמרינן היכא שמשים עצמו רשע, דאינו נאמן אכלתי במיגו דיכול לומר מזיד הייתי, גבי שנים אומרים אכלת חלב, וגבי פלוני רבעני לרצוני, ולא מהימן במיגו דאי בעי אמר לאונסי יעו"ש, הנה בדיני של רב יוסף דמיירי לענין קטלא להרוג את הרובע, ודאי דלא מהני מיגו, כמו דלא מהני מיגו לענין להשיאו אשה באומר זה בני וכהן הוא, ועוד עדיף מזה דלא מצינו מיגו לענין נפשות, אבל לענין עדות אשה דלא בעינן תורת עדות, קשה למה לא יהני מיגו, ואף לפי מש"כ הש"ך יו"ד סי' קס"ט ס"ק ע"ט לדון אם הלוח טוען שהמלוה הי' ברבית שאינו נאמן אף דאיכא מיגו דהי' יכול לטעון פרעתי, משום דאאמע"ר, וכן נקט להלכה בסי' קע"ז סעי' י"ב ס"ק כ"ז, דסובר דגם בטענה של בע"ד אינו נאמן לשום עצמו רשע, אבל כ"ז לפי"מ דקיי"ל כרבא דאאמע"ר, אבל לרב יוסף דסובר אמע"ר,

ואם הי' גזלן דבר תורה כשר לעדות אשה, הי' משיאים את אשתו באומר הרגתי כמבואר בסוגיא שם, ולא איכפת לן מה שמשים עצמו רשע, ורק בפלוני רבעני דאם נאמין לו כל הדיבור הוא פסול לעדות זו, וכמו שבארנו ענין זה בס"ד בשע"ו פי"א, קשה טובא למה לא יהי' נאמן במיגו, וגם לפי"מ דקיי"ל כרבא דאאמע"ר, אם כלל זה מגרע נאמנות שמדין מיגו, אינו מוסכם, וכמו שהאריך בענין זה בס' דו"ח למס' כתובות ד' י"ח שהביא ראי' משיטת התוס' פ' אעפ"י ועוד משאר דוכתי ומהגהת שו"ע יו"ד סי' קס"ט סעי' כ"ה דמוכח דאאמע"ר אינו מגרע נאמנות של מיגו יעו"ש.

וכן מוכח להדיא פשטות הסוגיא בפ"ב דכתובות ד' י"ח: דאמרינן התם אמר רב"ח לא שנו אלא שאמרו אנוסים היינו מחמת ממון, אבל אנוסים היינו מחמת נפשות הרי אלו נאמנים, א"ל רבא כל כמיני' כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, ומוכח דלרב"ח באין כתב ידם יוצא ממק"א דנאמנים באומרים אנוסים היינו מחמת ממון אף דמשוו לנפשיהו רשעים, ורק בסיפא אינם נאמנים באומרים אנוסים היינו מחמת ממון, אף שיש להם מיגו שיכולים לומר אנוסים היינו מחמת נפשות, והטעם בזה דבסיפא שכ"י יוצא ממק"א, א, שכבר נתקיים השטר לא מהני מיגו לחוד לבטל השטר רק צריך עדות גמורה, והיכא דמשוו נפשיהו רשעים, אי אפשר להאמינם בתורת עדות, דשם ליכא ענין פלגינן דבורא, כמש"כ בתוס' שם, ורק כשאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות סובר רבב"ח דנאמנים דלא חשיבי כחוזרים ומגידי, כשאומרים דלא חתמו רק מחמת אונס, ורבא פליג ע"ז דלעולם אינם יכולים לחזור דחשיבי כחוזרים ומגידי, ומפרש רבא להיפוך, דברישא שאין כת"י יוצא ממק"א איכא לחלק בין אנוסים מחמת נפשות לאנוסים מחמת ממון, דאף דאיכא מיגו אינם נאמנים, אם משוו לנפשיהו רשעים וכבר נתקשו בזה בס' הפלאה ובס' דו"ח, דבמה שמסיק רבא בענין זה דלא מהני נאמנות מיגו היכא דמשוו נפשיהו רשעים דלא כרבב"ח, לא באר רבא כלום בזה, ולפי מש"כ י"ל דהא בהא תליא, דלרב"ח דסובר דאם אומרים שחתמנו שלא מדעת המתחייב היינו שהיו אנוסים אינו נחשב כחוזר ומגיד, משום שאומר שלא הגיד בראשונה שהי' מפי כתבם דלא הוי הגדה כלום, דמה"ט סובר דגם אם כת"י יוצא ממק"א נאמנים עכשיו בתורת עדות לומר אנוסים היינו מחמת נפשות ורק באומרים אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים, דכיון דעכשיו צריך להאמינם בתורת עדות לבטל השטר שכת"י יוצא ממק"א, ואם משוו נפשיהו רשעים א"א להאמינם, משום דלדבריהם רשע אתה, ולשיטתו נאמנים ברישא שאין כת"י יוצא ממק"א גם באומרים אנוסים היינו מחמת ממון, דנאמנים משום מיגו בלי תורת עדות, דהרי עכשיו אומרים כתב ידינו הוא, אבל כתב זה אינו הגדה כלום שלא חתמו מדעת המתחייב, ואינה הגדה כלום, וכיון דנאמנות זו אי"צ לדין עדות כלל, ולענין נאמנות מיגו ליכא שום חסרון אם משוו נפשיהו רשעים, אבל לרבא דמסיק דגם אם אומרים אנוסים היינו מחמת נפשות אינם נאמנים בסיפא שכת"י יוצא ממק"א, משום דגם זה נחשב כחוזר ומגיד, כיון דמי שרואה החתימה בשטר רואה הגדה מעליא, ומשו"ה אם אומרים שהיתה ע"י אונס חשיבי כחוזרים ומגידי, מה"ט גם ברישא שאין כת"י יוצא ממק"א, כשאומרים כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים, דאם נאמין אותם על מה שאומרים אנוסים היינו בתורת מיגו לחוד בלא דין עדות, לא יתבטל השטר, שהרי עכשיו נעשה השטר מקוים כשאומרים כת"י הוא זה,

ומה שבאים לבטל השטר עי"ז שאומרים אנוסים היינו מחמת ממון, שאי אפשר להאמינם בתורת עדות משום דאמע"ר, אין מיגו מבטל שטר, כמיגו במקום עדים, ורק כשאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות נאמנים ברישא, כל הדיבור מתורת עדות, דכיון דעכשיו מקיימים הם בעצמם ליכא דין חוזר ומגיד, והוא נכון ומתקבל, ולפי"ז מוכח מכל הסוגיא דלענין מיגו ליכא חסרון הכלל זה שאמע"ר, אכן יש לחלק קצת לומר דרק במיגו דאי בעי שתיק דהוי הפה שאסר הפה שהתיר, מהני כשעושה עצמו רשע, ובמיגו דעלמא אינו נאמן אם משים עצמו רשע, אבל עכ"פ כ"ז הוא לשיטת רבא דסבר אאמע"ר, אבל לרב יוסף ולרב יהודא דסברי אמע"ר, דבאומר פלוני רבעני לרצוני אי לאו דאמרה תורה אל תשת רשע עד, הי' נאמן להרוג את הרובע, וכן אמרו בגמ' שם, דאם גזלן כשר לעדות אשה, הי' נאמן להשיא את האשה אף באומר הרגתי, בכה"ג ודאי ראוי לומר שיהי' נאמן משום מיגו אף שגזלן פסול לעדות אשה, דלענין נאמנות משום מיגו ליכא חסרון מה שהוא גזלן, דלענין מיגו גם גזלן וכל הפסולים נאמנים, והיא קושיא גדולה לענ"ד: ולתרץ שני תמיהות שכתבנו נלענ"ד דנקט הש"ס דגזלן של תורה אם פסול לעדות אשה משום חשש משקר, אז לא תקנו חז"ל כלום להכשירו מדבריהם, אף אם יהי' איזו הוכחה שאומר אמת, דלא פלוג רבנן והניחו ענין זה על דין תורה, וכמו דמשמע מלשון הש"ס לקרותו בשם "פסול", ולא אמרו שאינו נאמן, דהפסולים שפסלה תורה מאיזה טעם שיהי', אינו בכחו להועיל בדבר שבממון ובדבר שבערוה, אף אם יהי' הוכחה דאינו משקר בענין זה, ואף דנקטו הפוסקים דגם גזלן של תורה מהימן כשהוא מסיח לפי תומו, הוא רק אם אינו אומר בתורת עדות כלל, רק מסיח לפי תומו אבל באומר בתורת עדות ומכון להשיא את האשה, אז לא עשו חז"ל תקנה, ונשאר ענין זה כמו שהוא מה"ט לא מהני מיגו כשאומר הרגתי, כמו דלא מהני מיגו באומר בני זה וכהן הוא, ומטעם זה סובר ר' יהודא דבאומר הרגתי אינו נאמן משום דאם הרג רשע הוא ופסול לעדות, אף דאיכא הוכחה שאומר אמת, דהדר הדין לדין תורה ובעינין שיהי' הדבר אמת ויהי' כשר לעדות זה, ולכן באומר הרגתי סובר ר"י דלא תנשא אשתו כמו דאמר בירושלמי דאם הרג הוא פסול לעדות זו דליכא בזה תקנת חז"ל להאמין ע"י הוכחה מדבריו שאומר אמת: והנה בנוב"י מ"ק אהע"ז סי' מ"ה העלה שם לענין אם הגידו ג' אנשים בעדות אשה ונמצא ביניהם גנב שפסול לעדות אשה, דלא נתבטל עדות הכשרים משום נמצא קו"פ, וכתב שם בזה ועד כאן לא שנינו רבים שהעידו ונמצא אחד מהם קו"פ אלא בדבר הצריך עדים כשרים, אבל בעדות אשה שכל הפסולים כשרים להעיד רק הפסול בעבירה דאורייתא מטעם שחשוד לשקר, אבל אי לאו שחשוד לשקר והיינו יודעים שבדבר זה מעיד אמת הי' נאמן לכן נאמן במסל"ת, משא"כ בשאר עדות אף אם האמת כדבריו, מ"מ עדותו בטל מטעם גזיה"כ אל תשת רשע עד, וכיון שבעדות אשה הוא עצמו כשר לולא מטעם דמשקר, וא"כ אותם שנצטרפו עמו וכי גרועים ממנו בעצמו, וכיון שהמה אנשים נאמנים ולא חשידי למשקר, למה יופסל עדותם מחמתו, ולכן לית דין צריך בשש שעדות הכשרים קיימת ואפילו להעיד מחדש אי"צ עכ"ל.

ודבריו הקדושים הם היפוך דברינו אבל האמת יורה דרכו, דמסוגית הש"ס שהבאנו מוכח דגזלן של תורה הוא פסול אף אם יהי' אמת בדבריו, ומה שהוכיח מהא דנאמן במל"ת, בע"כ עלינו לחלק, דהתם שאני שאינו בא בתורת עדות כלל, וכמש"כ, אמנם

לענין הדין שהכשיר הגאון הנ"ל את עדות הכשרים, גם לפי"ד יש להכשירם, די"ל דרך בנוגע לעדות של הגזלן עצמו לא תקנו חז"ל להאמינו אף אם יהי' הוכחה שאומר אמת, אבל לענין שאר העדים שהעידו עמו, י"ל דלא חשו חז"ל לבטל תקנתם ויאמנו דבריהם מטעם הוכחה, כמו שתקנו להאמין כל פסולי עדות דלא חשידי לשקר, אבל עכ"פ לענ"ד נפל היסוד ממה שבנה הגאון בעל נוב"י זצ"ל, דהרי יש מקום לומר דכיון שהעידו יחד עם הגנב כמו שהעמידו דבריהם על דין תורה לענין עדות של הגנב שלא להאמינו גם ע"י הוכחה שאומר אמת, כ"כ בכה העמידו על דין תורה על כל הגדת העדים שהעידו יחד, ולפי"ז אין ראי' מה שמוכיח שם הגאון הנ"ל ל מהא דמוכח מהש"ס דליכא בעדות אשה דין עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה, מהא דאין מורידים לנחלה עפ"י עדות האשה, וכן הוא להלכה בשו"ע ח"מ סי' רפ"ד, דלפי"ד אין מזה ראי' כלל, דהתם מה שנאמנים קרובים ופסולים הוא עפ"י תקנת חז"ל שתקנו להאמינם שלא בתורת עדות רק מדין אומדן דעת והוכחה, וע"ז לא שייך כלל לבטל הוכחה משום עדות שבטלה מקצתה, שהוא דין של עדות, ובהוכחה ליכא גרעון, אבל היכא שמעיד גזלן עם שאר עדים שהעמידו חכמים עדות של הגזלן על דין תורה, יש לדון שבכה"ג כל העדים לא יאמנו דבריהם מחמת הוכחה ואומדן דעת, כמו שלא האמינו את הגזלן אם איכא הוכחה שאומר אמת, וצ"ל ע"ג בזה לענ"ד: פרק יב כתב בס' אבני מלואים על דברי הרמ"א בס' כ"ז סעי' ב' באומר הרי את זקוקתי דמקודשת אם הבינה דבריו, כתב הגאון הנ"ל וז"ל, ואם הבינה דבריו ומשמע דאפילו אין העדים יודעים אם הבינה, כל שהיא אומרת שהבינה הוי קדושי ודאי, וקשה דהא הוי כמקדש בלא עדים, ואפשר כיון דעיקר הקדושין מצד המקדש, כמש"כ הר"ן בנדרים ד' ל' ע"ש, כיון שהתורה אמרה כי יקח איש אשה ולא אמרה כי תלקח אשה לאיש, לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל, ומשו"ה אמרינן בקדושין דאי אמרה הריני מאורסת לך אין בדברי' כלום, אלא מכיון שהיא מסכמת לקדושי האיש היא מבטלת דעתה ורצונה ומשוי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר, והבעל מכניסה לרשותו, הילכך אין אנו דנים בקדושין מצד האשה אלא מצד הבעל עכ"ל וכיון דעיקר הקדושין מצד הבעל, א"כ עיקר דבר שבערוה מצד הבעל הוא, ולכן לא בעינן תרי סהדי אלא לגוף הקדושין ששמעו מן המקדש אבל רצון האשה לא בעי עדים וסגי בהודאתה, וכן נראה מוכח בש"ס פ' האומר ד' נ' דברים שבלב אינם דברים, מנ"ל לרבא וכו' אמר אביי מהכא בכולם אעפ"י שאמרה בלבי הי' להתקדש לו אעפ"י כ אינה מקודשת ואמאי הא קאמרה בלבו, ודחי דילמא שאני התם דאתנאי לאו כל כמינה דעקרה עיי"ש.

והנ"ל דקדושין בעי סהדי, ואם הי' בלבה להתקדש לו מאי הוי כיון דליכא עדים בזה וכו', ולדעת הראב"ד ודעמי' דסברי דמחילת התנאי נמי בעי סהדי, א"כ מאי קאמרה בלבי הי' להתקדש לו, דהא ליכא סהדי בזה שבלבה, ומכח דרצון האשה לא בעי סהדי, עכ"ל הצריך לנו. ובפתחי תשובה סק"ו הביא בשם ס' טיב קדושין שג"כ עמד על קושיא זו, וכתב דאפשר משום דכיון שיש לספק שמא הבינה הוי ספק קדושין יעו"ש.

והנה בכלל אינו מובן דברי הא"מ, לו יהא דעיקר הקדושין הם מצד הבעל ורצון האשה אינו פועל כלום, אבל עכ"פ אם אנו מסופקים אם נתרצה האשה והוי ספק אם חלין הקדושין או לא, הלא צריך ע"ז בירור של שני עדים, דהרי בירור זה הוא בירור על

עיקר חלות הקדושין, והרי גם לענין דין חליצה ויבום דנקטינן דאפילו אשה וקרוב נאמנים להעיד שזה הוא אחי המת כתב הריב"ש הובא בב"י אהע"ז סי' קנ"ז, דמוכח מדברי הרי"ף שאינם אלא אם העידו קודם מעשה החליצה, שאז אין עדותם נוגע לא לממון ולא לאיסור, אבל אם באים להעיד בשעת מעשה אינם נאמנים, ואף שהב"י מסיק שלא כהריב"ש, אבל כ"ז בעדות שהוא כעין גלוי מילתא בעלמא שזהו אחי המת, אבל בענין זה לברר על רצון האשה בעיקר הקדושין בודאי אין לומר שיהי' נחשב כגלוי מילתא בעלמא, ולכן עיקר דיוקו של הא"מ אינו מקובל לי כלל, וצריך לומר דמש"כ הרמ"א בשם הראשונים ז"ל דבכל לשון שאפשר שלא הבינה, צריך לדעת אם הבינה, היינו שיהי' לנו בירור גמור שהבינה, אבל האשה עצמה אפשר שאינה נאמנת, ויועיל רק לעצמה מדין שוי' אנפשה חתיכה דאיסורא ורק להיפוך אם אומרת שלא הבינה י"ל דנאמנת, דלפי דבר'י שלא הי' בזה קדושין ואין כאן דבר שבערוה, והוי כשאר איסורים, וכמו שנתבאר ענין זה בשער הקדום: אמנם בעיקר הדבר מש"כ הא"מ לחדש עפ"י דברי הר"ן, שמה שהאשה מסייעת בקדושין, אינו נחשב כדבר שבערוה, ואי"צ עדים לקיום הדבר, צריך ביאור דברים, וראשונה צריך לבאר מה ענין זה שהאשה מחדשת ע"י הסכמתה, אם זה רק כרצון המצטרף וניחותא בעלמא, או הוא ענין הפועל ומחדש ענין חדש, וענין זה נפ"מ לכמה דינים בהלכות קדושין, והוא דאם גלתה אשה דעתה שמתרצה להתקדש לאיש פלוני, ואח"כ יזרוק האיש ההוא בפני עדים הקדושין בחצרה של האשה, דאם נימא דמצד האשה לא בעינן רק התרצות בעלמא, הי' מהני בכה"ג שיחולו הקדושין אף שנעשה שלא מדעתה, דהיכא שהדבר זכות אי"צ ידיעה בפועל, אף לאביי דקיי"ל כוותי' איאוש של"מ, וכן היכא שיש בזה ענין מצוה מהני היכא דאיכא אומדנא, שאם הי' יודע הי' מתרצה, כמ"ש בתוס' שם פ' אלו מציאות, אבל אם נימא דהאשה מחדשת ע"י רצונה איזה דבר חדש, בודאי בעינן מחשבה בפועל, וכמו שלא יתכן לומר שתרומה שניטלת במחשבה שיהני אם לא חשב על ההפרשה מחמת אומדנא, שאילו הי' יודע הי' מחשב להפרשת תרומה, ועי' בקצוה"ח סי' רס"ב סק"א מש"כ שם לענין ביטול חמץ שיועיל כששכח ולא בטל, והדברים רחוקים, דודאי גם ענין ביטול חמץ הוא ענין מיוחד ולא גלוי דעת בעלמא: ולענ"ד נראה להוכיח שגם האשה פועלת בהסכמתה ענין מיוחד, מהא דאמרינן במקדש במלוה ופרוטה, דאם דעתה אמלוה לא מהני הקדושין, וענין זה וודאי הוא משום חסרון כונה, שמכונת להקנאתה ע"י המלוה עם הפרוטה, ולכן אי אפשר שיהני הפרוטה לחוד, ואם הי' ענין רצון האשה רק נחותא בעלמא, באופן שאין שייך בזה ענין כונה ולא מעשה קנין, מה נפ"מ אם סברה האשה שמתקדשת ע"י המלוה עם הפרוטה, או דעתה על פרוטה לחוד, כיון דליכא בזה קפידה על עיקר רצונה לומר דאדעתא דהכי לא נתרצתה, אלא בע"כ מוכח מזה דגם מצד האשה בעינן כונה לקנין וגם מעשה לקנין, ומש"כ הר"ן לומר דעיקר הקדושין הם מצד הבעל והאשה משוי נפשה כהפקר, הוא מדויק לפי"ד, דגם ענין הפקר אינו מתחדש ע"י רצון לחוד, אלא צריך עשי' וכונה בפועל, ועיקר הענין מה שמפרש הר"ן לחלק בין שאר הקנאות הוא, דבכל הקנאות דעלמא אפשר להתחדש הקנין ע"י המקנה לחוד, וכמו שהוכיחו הראשונים ז"ל מסוגית הש"ס ב"ב ד' מ"א וגיטין ד' כ"א, דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה, סגי בלי כונת קונה, ובקדושין אמרה תורה כי יקח ולא כי תלקח, דלא מהני

שתכניס א"ע לרשות הבעל, ומשו"ה אם אומרת הריני מאורסת לך לא מהני אבל לומר ולהוכיח מקרא דקדושין אי"צ מצד האשה רק ניהותא בעלמא ליכא הוכחה, ומשו"ה נקטו חז"ל דגם מצד האשה בעינן כונה ומעשה הקנין ככל הקנאות דעלמא, וכמו שאמרו לענין כתיבת שטר קדושין דבעינן דעתה משום דעת מקנה, ובאמת דברי הר"ן מפורש שם דלא כמש"כ בס' אבני מלואים דז"ל, דהא הכא האשה ג"כ מכנסת עצמה לרשותו במקצת, עכ"ל, ומדבריו אלה מוכח דגם האשה מחדשת איזו התחלה לענין הקדושין: ואין להקשות, לפי"ז איך מתהווה הקנין ע"י מעשה הקנין אחד, דהרי זה ודאי דמצד הבעל ג"כ אינו מתחדש רק ע"י מעשה קנין, והי' ראוי שיהי' בזה שני מעשים, אבל זה לק"מ די"ל שכן הוא בענין זה דרכי הקנינים שיתן הוא כסף שע"י"ז תוכל האשה להקנות א"ע או למשווי נפשה כהפקר גבי קדושי דידי', וכן בקדושי ביאה ושטר, היינו כיון שעיקר הקדושין מתהוים ע"י המקדש, משום דכתיב כי יקח ולא כי תלקח, צריך שיעשה הוא המעשה ויכין ע"י מעשיו, שיהי' בזה דבר שתוכל האשה לפעול, מה שצריך להתחדש על ידה, ובשאר קנינים סגי במעשה הקנין רק מצד אחד לחוד, ומצד שני אי"צ רק התרצות, היינו דהיכא שהבעלים מתרצים סגי בקנין מצד הקונה לחוד, וכמו דמהני אם מקנה הנגזל דבר הגזול להגזולן עצמו, כמו דמוכח מסוגית הש"ס דקדושין ד' י"ג ע"א, וכן היכא דידעינן שאין הבעלים מקפידים, יכול הקונה לקנות בקנין דידי', כ"כ מהני אם מקנה הנגזל להגזולן עם יהי' בזה קנין מצד הגזולן, יד או חצר, יהי' נקנה ע"י כונת הקונה, אבל קנין מצד המקנה בלא כונת קונה, ודאי דלא מהני בזה כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, והיכא דאיכא דעת אחרת מקנה סגי בקנין מצד המקנה לחוד, ובקדושין בעינן שיעשו ויפעולו שניהם ע"י מעשה קנין, שיכין ויעשה המקדש, ככסף, שטר וביאה: ועפי"ד יש לתרץ מה שהקשו על שיטת הרמב"ם ז"ל שמחלק בין קדושין למכר, לענין קנין כסף ע"י מלוה, דפסק דבמכר קנה ובקדושין אינה מקודשת, ומש"כ בס' אבני מלואים סי' כ"ח סקט"ז לאחד שיטתו במלוה כשיטתו לענין קדושי כסף ע"י להחזיר, דטעמו של הרמב"ם בשני ענינים אלו דלא מהני משום דבקדושין בעינן שיהי' הנאה ובמכר לא בעינן הנאה, יעו"ש, לדעתי אין דבריו מתקבלים בזה, דעכ"פ הוא כהילכתא בלא טעמא, ולהסביר שיטת הרמב"ם דמפרש דבקדושין מתנה ע"מ להחזיר לא מהני מה"ת כמו חליפין, נראה שהוא מטעם דאמרינן בגמ' אשה בפחות משוה פרוטה לא מקניא נפשה, והוא דכשאדם מקנה לחבירו חפץ בעד כסף של תורה, שאין למקנה בו תועלת מורגשת, בע"כ הוא מוזיל בנפשו את החפץ שהוא מוכר, או שהוא מוכן ליתן במתנה ולא בעד הכסף, ומשו"ה בקדושין שהיא מוכרת א"ע בעד הכסף, קשה לה להרגיש הרגש זה לזלזל א"ע להמכר בעד כסף זה, אם לא שתכון בעצמה להקנות א"ע בלי כסף, וזה לא מהני דבעינן שתקנה א"ע בעד הכסף, וכן מפרש הרמב"ם דמה"ט אמרינן בגמ' דכסף במתנה ע"מ להחזיר לא מהני בקדושין מה"ת, אף דבמכירה מהני משום דכסף כזה, הוא רק כסף של תורה ולא כסף מדינה, ואם אדם מקנה חפץ בכסף כזה הוא דמוזיל את החפץ למכור בעד כסף, שלא יהי' לו שום תועלת בפועל ולדעתי יש לדון דגם בעבד עברי לא יהני כסף כזה לשיטת הרמב"ם, וטעם זה אינו ענין כלל למקדש במלוה דשם הוא להיפוך דמצד הרגש האנושי, שעבוד של חוב הוא כסף, ורק מדין תורה אינו ככסף, אכן לפי מש"כ י"ל דבזה יש חילוק בין מכירה



לקדושין, דהרמב"ם מפרש שהמקדש במלוה הוא שמקדש אותה בחוב שהיא מחויבת לו, כמש"כ רש"י בקדושין ד' ו' ע"ב, וכן כתבו בתוס' כתובות ד' ע"ד ע"א, יעו"ש, ובמכר דמהני קנין מצד המקנה, כשמוכר החפץ בעד שעבוד הכסף שהוא מחויב, מהני ההקנאה, שהוא מרגיש שיש לו בעד מה להקנות חפצו מפני שעבוד הכסף שהוא משועבד, וכמו דקיי"ל דבקנין כסף הנעשה שיחול הקנין לאחר ל' יום דמהני, שלא דמי לשאר מעשי הקנינים דאמרינן בכה"ג כלתה קנינו, דכתבו הראשונים ז"ל משום דבקנין כסף איכא אח"כ שעבוד הכסף, דמזה מוכח דגם אח"כ איכא סבת הקנין מחמת שעבוד הכסף, אבל בקדושין דלא מהני הקנאתה שתכניס א"ע לרשות הבעל, משום דבעינן כי יקח ולא כי תלקח, ולא מהני במלוה, דאף שמצדה איכא סבת ההקנאה, אבל מצדו ליכא בזה שום מעשה קנין דלא יהיב לה מידי ובוזי יובן הענין היטב מה דמהני במקדש בכסף לאחר ל' משום שיהי' אח"כ שעבוד הכסף, ובמקדש מתחילה במלוה לא מהני עי' ריטב"א למס' קדושין בפ"ק ד' ו', ולפי מש"כ בשיטת הרמב"ם מבואר הענין היטב, דבמקדש לאחר ל' המקדש נתן עכשיו הכסף והכין בזה גם סבת שעבוד הכסף, שיהי' אח"כ סבה מוכנה מצד האשה שתוכל אח"כ ג"כ להקנות א"ע, אבל במלוה דעלמא שלא נתן לשם קדושין, הסבה שיש בזה מצדה במה להקנות א"ע, לא עשה המקדש לשם קדושין: וכן מוכח ענין זה מדין שתיקה דלאחר מתן מעות דלא מהני אף בשדיך מעיקרא, כמש"כ הר"ן שם בסוגיא ד' י"ג, דלכאורה אינו מובן כיון דאיכא גלוי דעת גמור שמתרצית בקדושין, מחמת ששדכו מעיקרא, וגם עכשיו כשנתן לה האי ציפתא דאסא ואמר לה בפירוש הרי את מקודשת לי והיא קבלה לשם קדושין, וכשאמרו לו העדים דלית בי' שוה פרוטה, אמר תיקדוש בד' זוזי דאית בה והיא שותקת, דבכה"ג אין שום חסרון בהתגלות רצון מצד האשה, אלא ודאי החסרון בזה מצד כונת מעשה הקנין היינו דכיון דבעינן מעשה קנין מצד האשה על ענין זה למשוי נפשה כהפקר, דבכל קדושין חשבינן המעשה מצדה מה שהיא מקבלת כסף קדושין, שענין זה הוא מעשה מוכיח שמקבלת על דעת זה שהוא אומר לה, דבלא"ה אין לה רשות לקבל הכסף, אבל בשתיקה דלאחר מתן מעות, דליכא הוכחת מעשה מה שתופסת הכסף ואינה זורקת כמו דאמרינן בגמ', והוי חסרון בעיקר מעשה הקנין, אף שמכונת לשם קנין לא מהני, דהוי ככונה בלא מעשה, שאין המעשה מוכחת כלום על ענין הכונה, ועפ"י מש"כ י"ל מה דלא נזכר בפוסקים ענין זה של שתיקה דלאחר מתן מעות במכירה ע"י קנין כסף, דבמכירה דסגי קנין מצד אחד ומצד השני סגי בהצטרפות רצון לחוד, הנה אם הלוקח נותן הכסף לשם קנין והמוכר מתרצה, י"ל דמהני, דכשם שכסף פועל מצד המקנה לחוד, כ"כ י"ל דמהני כסף גם מחמת הקונה לחוד, רק בקדושין דבעינן גם כונת קנין מצד האשה לא מהני שתיקה דלאחר מתן מעות: וכן מתפרשים עפ"ז דברי התוס' בקדושין ד' י"ח מש"כ דילפינן מר"י בר' יהודא דקטנה יש לה יד לקבל קדושין, הבאנו דבריהם לעיל בפ"ו, ובארנו דענין זה מה שצריך מצד האשה לבטל דעתה ורצונה לצרף עשייתה למעשה קדושין של המקדש, לדבר זה יש יד לקטנה לעשות, אם הצטרפות הרצון הי' מצד האב כשאומר לה צאי וקבלי קדושין, וילפינן ענין זה מקדושי יעוד שחלין בע"כ של אב, שהתורה נתנה רשות לאדון ליעדה בע"כ של אב, אבל כיון דסבר ר"י בר"י מעות הראשונות לאו לקדושין נתנו, ומקדש עכשיו במחילת שעבוד שעלי' וקדושין לחצאים

ליכא, ובודאי שנעשו ככל קדושין משני הצדדים, ובכל קדושין גם האשה מסייעת קצת מה שמסכמת ומבטלת דעתה, ומזה ילפינן דבאומר צאי וקבלי קדושך, שמצד האב ניתן רשות לבתו לקדש א"ע, אז גם הקטנה יכולה לעשות מעשה הקנין מה שצריך להעשות מצד האשה המתקדשת, וכ"ז מובן רק אם נימא דהאשה מחדשת איזה ענין מחודש ע"י כונה ומעשההקנין, אבל אם נימא שמצד האשה אי"צ רק הסכמה וניחותא, אין שייך כלל ללמוד מקדושי יעוד דקטנה יש לה יד לקבל קדושין, כיון שהתורה נתנה רשות לאדון לקדשה בע"כ של אב, איזה יד צריך התם ביעוד: והנה לפי מה שנתבאר שהאשה המתקדשת פועלת ענין מחודש ע"י כונה ומעשה קנין, מהראוי לכאורה לומר דצריך עדים לקיום הדבר, והנה מה דמביא בס' אבני מלואים, להוכיח דלרצון האשה לא בעינן עדים לקיום הדבר, מהא דאמר אביי אלא מהכא, בכולם אעפ"י שאמרה בלבי הי' להתקדש לו אעפ"כ אינה מקודשת ואמאי הא קאמרה בלבי הי' ולשיטת הראב"ד ודעמי' דסברי דמחילת התנאי נמי בעי סהדי מאי קאמר הא קאמרה בלבי הי' להתקדש לו, דהרי ליכא סהדי בזה, ומוכח דרצון האשה לא בעי סהדי, נראה לי דלק"מ דבכה"ג אינו דומה למחילת התנאי, דהיכא דנעשה מעקרא תנאי ואח"כ בא לחדש למחול התנאי הוא ג"כ דבר מחודש וכל דבר מחודש בענין הקדושין סובר הראב"ד דצריך עדים לקיום הדבר, אבל כאן שהיא אומרת בלבי הי' להתקדש היא שוללת שלא חלו מעיקרא על תנאי, ואינה מוסיפה שום דבר חדש, אלא אומרת שלא חל התנאי כלל, בכה"ג אינו ענין לדבר שבערוה ורק בנוגע לענין נאמנות, ודאי צ"ל דרק לחומרא היתה נאמנת למשווי נפשה חתיכה דאיסורא, וכמו שכ' הריטב"א שם בד"ה אלא אמר רב יוסף יעו"ש.

ולכן עלינו לתרץ מה שהקשה בס' אבני מלואים איך מהני אם הבינה האשה את דברי המקדש, כיון שעדי הקדושין לא ידעו אם הבינה או לא, דלפי"מ שבארנו אין הבדל בין רצון האיש לרצון האשה, והנה ענין זה בכלל צריך ביאור, איזה פרטים הדרושים לחלות הקדושין צריכים העדים לידע, וכמו שאמרו בגמ' לענין עדות ראי' בלא ידיעה במס' שבועות ד' ל"ד, כגון שראו שנתן לו כסף כך וכך ואין יודעים אם במתנה או פקדון או פרעון חוב וכדומה יעו"ש.

דלפי"ז יש לדון בהא דקיי"ל דמהני בקדושין נתן ולא פירש, אם דברו תחילה על עסקי קדושין, אי בעינן שידעו העדים העומדים בשעת נתינת הכסף, שמתחילה דברו על עסקי קדושין, או בעינן שידעו העדים העומדים בשעת נתינת הכסף שמתחילה דברו על עסקי קידושין או סגי גם אם איכא סהדי אחריני שידעו שדברו תחילה על עסקי קדושין, וראיתי בבאר היטב אהע"ז סי' כ"ז סק"ו על ענין זה במדבר עמה על עסקי קדושין כתב בזה"ל, כתב כנה"ג יראה פשוט דבעינן שהעדים יעידו שהי' מדבר עמה על עסקי קדושי' עכ"ל.

אבל מלשון זה אין להוכיח אם כונתו שבעינן שעדים העומדים בשעת קדושין יעמדו בשעה שדברו על עסקי קדושין, ובכלל אם בעינן לקיום הדבר עדים בשעה שמדברים על עסק זה, אינו מבואר בדבריו ואין הס' ת"י: והנה בחי' רע"א ז"ל למס' גיטין ד' ג' הקשה שם, עמ"ש בתוס' שם ד"ה ורבנן הוא דאצריך.

דאם הוחזקו שני יוסף בן שמעון בעיר אחת לא מהני, כתבו בזה"ל, ואפי' לר"א צריך עדי מסירה שידעו שעשאו הבעל שליח וליכא עכ"ל והקשה ע"ז הגרע"א ז"ל מנין להם ענין זה, והרי משנה ערוכה היא, האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכים שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים שיאמרו בפנינו קבל, ועלה בקושיא יעו"ש, והנה מה שדן הגרע"א ז"ל הוא לענין עדי מסירה, ואינו מזכיר ענין עדים בדבר שבערוה, שכ' ר"ת דגם לר"מ בעינן עדים בשעת נתינה כמו בקדושין, אבל עכ"פ מה שמוכיח הגרע"א ז"ל מן המשנה הנ"ל, כ"כ יש להוכיח לענין דבר שבערוה לשיטת ר"ת, דכמו דמהני בגט אם לא ידעו עדי קבלה שעשתה האשה איש זה שליח קבלה, כ"כ יהני בקדושין אם לא ידעו קדושין את ענין השליחות מצדו או מצדה, וגם לענין עדי מסירה נלענ"ד דאפשר לומר ולפרש בכונת התוס' דלא כמו שהבין הגרע"א ז"ל, דלדבריו אין דברי התוס' מדויקים דהל"ל צריך שידעו עדי מסירה שעשאו הבעל שליח, ולשון זה שכתבו צריך עדי מסירה שידעו משמע דבעינן עדים אחרים, היינו שיתברר לנו שעשאו הבעל שליח הולכה, והכונה בזה דבכל שליח הולכה יודעים בי"ד שהבעל שלחו, דגם אם נתן לו בפקדון מהני לגירושין, אם השליח אומר לגירושין כמו דקיי"ל להלכה אבל אם הוחזקו שני יוסף בן שמעון ליכא הוכחה כלל על השליחות, שמא יוסף בן שמעון אחר מסר לידו, אבל עכ"פ משמע דלא בעינן עדים לקיום הדבר, ידיעת העדים בשעת נתינת הגט פרט זה של שליחות, וכן מוכח בפשטות דלא בעינן שידעו עדי הקדושין אם שוה פרוטה החפץ שנתן להאשה, וכמו דאמרינן במס' קדושין ד' י"ב ע"ב אמרי לי' רבנן לרב חסדא אמאי הא איכא סהדי באידית דידיעי דבהווא יומא הוי בי' שוה פרוטה, יעו"ש, דמוכח שאם הי' מתברר אח"כ ששוה פרוטה הי' חלין הקדושין, אף שלא היו יודעים עדי הקדושין, וכן מוכח בפשטות מהא דחיישינן שמא שוה פרוטה במדי, ולשיטת הרמב"ם שאם שוה פרוטה במדי, הוי קדושין מה"ת, מכל זה מוכח דלא בעינן שידעו העדים בשעת קדושין שהועילו הקדושין, ואם נתברר אח"כ ע"י עדים אחרים הוו קדושין גמורים: ובס' נוב"י מ"ת אהע"ז סי' ע"ז שכתב לדון בעדי הקדושין שלפי דעתם הי' החפץ שנתן המקדש להאישה גזל באופן שלפי דעתם לא הועילו הקדושין ואח"כ נתברר בעדים שהחפץ הי' שלו, דלא חלו הקדושין כלל משום דהוי כמקדש בלא עדים, ובזה מפרש מש"כ הרמב"ם והשו"ע בס"י כ"ח בגזל לאחר יאוש שנודע שנתיאשו, יעו"ש.

הובא דבריו בפ"ת סי' כ"ח סק"ג, ודברי הנוב"י ושיטתו בזה אינה מובנת לי, דהנה ממש"כ להחליט דאם לפי דעת העדים לא חלו הקדושין, הוי לי' כמקדש בלא עדים, מוכח דסובר דבעינן שידעו העדים שחלו הקדושין, ובלא ידיעת העדים אינם חלין, ולא סגי בראית המעשה, ובתשו' בנוב"י מ"ק סי' נ"ח הביא דברי הרשב"א שמפרש מה דאמרינן בגמ' יבמות ד' ל"א בספק קדושין שהוא בכת אחת, דמספקא להו אם הי' קרובלו או קרוב לה, וכתב שם הטעם, דכיון שראו מקום הנחת הקדושין, רק שספק להם על מקום זה שראו אם הוא קרוב לו או קרוב לה, ואם הוא קרוב לה הרי ראו העדים כל מעשי הקדושין, וכן צייר שם דאם העדים לא ידעו אם החצר שזרק המקדש הקדושין הוא חצרה או לא, ואח"כ נתברר שהוא חצרה, בודאי חלין הקדושין, ומדבריו בתשו' זו מוכח דסובר דלא בעינן ידיעת העדים אם הועילו הקדושין, וגם במ"ת בתשו' סי' ע"ז תלה עצמו במש"כ במ"ק עפ"י דברי הרשב"א ז"ל, וזה תרתי דסתרי, אבל נראה

דסובר דאם העדים מסופקים בחלות הקדושין מהני להיות ודאי אם אח"כ נתברר, אבל אם העדים סוברים דלא חלו כלל הוי כמקדש בלא עדים, ולדעתי הוא ענין מוקשה מאד, איך יהי' ספק ידיעה כידיעה ודאית, ואם הם מסופקים איך יחולו הקדושין במציאות קדושין גמורים, ואם אינם חלין במציאות קדושין גמורים, איך יהי' לפי שורת הדין קדושי ספק, דהרי כל הספיקות הוא שאנו מסופקים שמא במציאות האמתית הוא ודאי ואם נאמר דקודם הדיבור חל באמת רק קדושי ספק הנה ענין זה הוא דבר חדש שלא שמענו בכה"ג ועוד איך יהי' קדושי ודאי לאחר שיתברר, ואולי כונת הנוב"י דלענין עדות לקיום הדבר בעינן שיכוננו לעדות, ואם לפי דעתם אין כאן קדושין לא כונה להעיד, אבל גם זה הוא מופרך מכל הפוסקים, ואף בעדי קדושין מוכח מכל הפוסקים דמהני גם אם לא כונו להעיד, עי' בית מאיר סי' מ"ב ובפ"ת שם שהעלו להלכה דמהני עדי קדושין גם אם לא כונו להעיד יעו"ש, לכן נראה לענ"ד לבאר ענין זה עפ"י כלל אחר ביסוד ענין קדושין שצריך עדים לקיום הדבר: והנה ביסוד ענין זה עלינו להתבונן בדברי התוס' קדושין ד' ס"ו ע"ב ד"ה אמר אביי וז"ל תימה והא אמרת המקדש בע"א אין חוששין לקדושין דאין דבר שבערוה פחות משנים, וי"ל דהתם אפשר כיון דלא קדשה בפני עדים המעות מתנה, אבל הכא הביאה אוסרת בין בעדים ובין שלא בעדים, ואין אנו צריכים אלא שידע הבעל האמת, עכ"ל, ודבריהם אלו סתומים, ולענ"ד נראה בכונתם דמה דילפינן מקרא דעפ"י שנים עדים יקום דבר, הוא דוקא בדבר שקיומו נעשה ע"י דעת האדם וכונתו אמרה תורה שלא יתקים רק בעדים.

אבל דבר שקיומו בא ע"י מעשה שאינו תלוי בדעת וכונה ורצון, בכה"ג חל הדין בלא עדים, וביאור זה לדעתי הוא דבר מוכרח, דכ"כ קשה ממיתת הבעל שמתרת בלא עדים, דאין לומר שמה שאלמנה ניתרת לעלמא, הוא מחמת שאין לה בעל, באופן שאין מיתת הבעל כדבר המחודש היתר, אלא דליכא בזה סבה שתאסר, ואין זה שייך כלל לדבר שבערוה שצריך עדים לקיום הדבר, דהרי במס' קדושין ד' י"ג ע"ב מסיק דילפינן היתר מיתת הבעל מהיקישא דגירושין, מה גירושין שריא וגומרת, אף מיתת שריא וגומרת, מלשון זה מוכח שמיתת הבעל הוא ענין התרה, כמו גירושין שמתירים, ולא משום העדר סבה האוסרת, ובני הרב הג' משה מרדכי שליט"א הביא עוד ראי', מהא דאמרין במס' קדושין ד' י"ד ע"א למילף בק"ו דיבמה ניתרת במיתת היבם, מאשת איש, ופריך מה לא"א שכן אוסרה מתירה, ופירש"י שהבעל אוסרה, ורב אשי משני יבם אוסרה יבם שרי לה, ואם נאמר שענין התרה במיתה, הוא משום דליכא אוסר, לו יהא שהבעל אוסרה, אבל כיון דמ"מ עכשיו שמת היבם וגם הבעל הוא מת מאיזו סבה תהי' אוסרה, אלא ודאי סובר הש"ס דעכשיו ליכא התרת הבעל דליכא עכשיו מיתת בעל, ודבריו נכונים ומתקבלים: ועוד יש להוכיח ענין זה מהא דאיתא בטוש"ע יו"ד, סי' רס"ז סעי' ס"ה בגר שמת והניח עבדים קטנים, שאין להם יד לזכות בעצמם, כל הקודם בהם זכה, ואם לא זכה בהם אדם עד שיגדלו אין להם תקנה, והוא בטור בשם הרמ"ה, וכתב הש"ך וז"ל אין להם תקנה דבמיתת הגר לא פקע איסורא מינייהו, כי גדלי נמי בתר הכי אע"ג דפקע ממונא איסורייהו לא פקע, דבמאי פקע השתא הא ליכא מיתת האדון דליפקע איסורא מינייהו, עכ"ל הרמ"ה שבטור, ועד"ר, עכ"ל הש"ך, והענין בזה משום דבגמ' גיטין ד' ל"ט אמרין בטעמא דאבא שאול בגר שמת שקנו עבדיו עצמם בני חורין משום

דעבדו דגר כי אשתו מה אשתו משתלחת בלא גט אף עבדיו משתלחים בלא גט, ואמרינן שם מה אשה איסורא ולא ממונא, וגדולים שזוכים בממון בעצמם נפקע האיסור ע"י מיתת האדון, וקטנים דלא זכו בעצמם על ענין הממון אין המיתה מתרת, ואם גדלו אח"כ וזכו בעצמם בדין הממון ונשאר בהם קנין איסור אז ליכא מיתת האדון להתיר, מזה מוכח שאין ההיתר במיתת הבעל משום שלילת החיים, דאם הי' הענין משום שלילה, הרי גם אחר זמן אינו חי, אלא שמקרה זו שמשנתנה מחי למת זו היא הסבה המתרת, ואם לא חל היתר זה בשעתו, שוב ליכא דבר בעולם להתיר, ומשו"ה מיתת האדון המתרת איסור עבדים כאשתו, אינה מתרת רק בשעת מיתה, ועבדים קטנים שלא הותר איסורן בשעת מיתה, משום דלא זכו אז בעצמם בקנין הממון, כשהגדילו אח"כ וזכו בעצמם דין ממון, אין להם תקנה להתיר את האיסור, דעכשיו ליכא מיתת האדון וזו היא ראי' מוכרחת דמיתת הבעל היא מעשה המתרת כגירושין, ואפי"ה מתרת גם אם מת ולא הי' שם במעמד עדי ראי', ובע"כ עלינו לומר דהמתירים והאוסרים בדבר שבערוה שהצריכה תורה עדים לקיום הדבר, הוא דוקא מה שנעשה ע"י רצון וכונת האוסרים והמתירים, אבל הדברים המועילים בלי כונה ורצון הפועלים, לא הצריכה תורה עדים לקיום הדבר, וכן נתבאר בדברינו לעיל בפ"ה, והטעם בזה הי' מקום לומר דכשאדם עושה בפני עדים הוא גומר בדעתו יותר מכמו שעושה שלא בפני עדים, ומה שאי"צ גמירת דעת אי"צ עדים.

אבל מהא דפסק הרמ"א באהע"ז סי' קס"ו סעי' ב' דיבמה אינה נקנית בביאה רק בפני עדים, וכן מוכח בפשטות בתוס' קדושין ד' י"ב ע"ב ד"ה משום פריצותא, מוכח דלאו מהאי טעמא הוא דיבום קונה בלי כונת קנין, אכן בביאור הגר"א שם בס"י קס"ו מפרש בדברי התוס' להיפוך דאי"צ עדים בביאת יבום, וגם מלשון הרמב"ם בפ"א מה' גירושין הבאנו לעיל בפ"ה, משמע דלאו משום גמירת דעת הוא, יעו"ש: והנה על כל אופן שיהי' הטעם בזה, אבל זה מוכח להדיא דכל ענין המועיל לקנין שלא מחמת כונת הפועלים מהני בלא עדים, דגם ביבום צריך איזו כונה קצת, היינו כונת ביאה, ואם הוא ישן לא קנה, משו"ה י"ל דאפשר שצריך עדים לקיום הדבר, אבל זנות ומיתת הבעל אוסרים ומתירים גם בלא עדים, ולפי"ז נראה לי דגם בדברים הנעשים ע"י רצון וכונה שהצריכה תורה עדים לקיום הדבר, הוא רק על חלק המעשה שתלוי בכונת הבעלי-דברים, היינו הנתינה והקבלה והאמירה, אבל מה שצריך שיהי' שוה פרוטה הכסף שנותן לה, או שיהי' הכסף של המקדש, ושתהי' האשה בת קדושין, או ענין השליחות, אם מקבל הקדושין הוא שלוחה, וכן כה"ג דברים המוכיחים לקיום הקדושין, אבל אינם שייכים לענין כונה, בכל אלה הדברים אף שהם פרטים מהמעשים המוכרחים לחלות הקדושין והגירושין, הם מועילים גם בלא ידיעת העדים בשעת עשיית הקדושין, ורק אם אנו מסופקים צריך בירור ע"י שני עדים כמו במיתת הבעל וכדומה, ולכן נלענ"ד דגם בנידון שכ' הנוב"י שאם לפי דעת העדי קדושין לא הי' בזה שום חשש קדושין, שהיו סבורים שהכסף אינו של המקדש רק גזול הוא, אם אח"כ נתברר בעדים שהכסף הי' של המקדש, שהקדושין קדושין גמורים הם בלא ידיעת העדים, וגם אם לא נתברר בעדים אם הם יודעים כן הם נאמנים לעצמם מדין שאחד"א, וכן בנידון שהקשה בס' אבני מלואים לענין אמירת הקדושין שהעדים לא ידעו אם הבינה האשה מה שהמקדש אמר לה, אף שבארנו דגם

מצד האשה מה שהיא מבטלת דעתה ורצונה היא עשיית דבר חדש, והוי דבר שבערוה שצריך עדים בין לקיום הדבר ובין לבירור, אבל כ"ז הוא רק על הפרט השייך לרצון והכונה, והנה עיקר הרצון והכונה של הבע"ד אי אפשר להעדים לידע אותם, רק המעשים המוכיחים על זה, כלומר שישמרו אמירת המקדש ונתינתו וקבלת האשה את כסף הקדושין, וכיון שראו העדים את קבלת הכסף ושמעו את הדיבור שאמר לה המקדש, אם גם לא ידעו אם הבינה, או שאינם יודעים אם הוא מבין את הלשון, אף שכל זה הם דברים עקריים שבהם תלוי עיקר חלות הקדושין, כל זה צריך אח"כ לברר לענין הנהגה להם ולעולם, אבל האמת כפי שהוא פועל גם בלא ידיעת העדים בשעת קדושין, שהרי אם הבינה ג"כ העדים רואים רק המעשה המוכיח, היינו קבלתה, והרי ראו את הדבר המוכיח, וכן שמעו הלשון שאמר המקדש בשעת הקדושין, אף שאינם יודעים אם הוא מבין מה שאמר, או אם גם הם אינם מבינים לשון זה, עכ"פ ראו ושמעו הדברים המוכיחים, אף אם אינם יודעים בשעת מעשה על איזה ענין מוכיחים דבריהם ומעשיהם, כל כה"ג אין כאן חסרון בעדים לקיום הדבר, שכל אלה הפרטים הם ענינים ומציאות שאינם מתחדשים ע"י בעלי הדברים ע"י רצון וכונה, וזהו דרך נכון לפענ"ד: ובזה יובן היטב דין ספק קדושין, דלכאורה קשה ענין זה במושג דאם נאמר דחלות הקדושין תלוי בידיעת העדים, וכיון שהעדים מסופקים בזה אם מחמת חסרון הכסף אם שוה פרוטה או ספק אחר איזה שיהי', הרי אז אי אפשר שחל במציאות יותר מידיעת העדים, ובמציאות ראוי שיחול חלות גמורה, וכאן אף שקמי שמיא גליא שראוי להיות קדושין גמורים, אי אפשר לחול חלות גמורה מחמת חסרון ידיעת העדים, וא"כ איך אפשר שיהי' לנו דין ספק קדושין, ולומר דבכה"ג חל במציאות דין ספק קדושין והוא דבר פלא, דמלבד שלא שמענו ענין כזה, הלא בפשטות בכל ספק קדושין אמרינן אם יבוא אליהו, וכן אם יתברר אח"כ יהיו קדושין ודאים, ואם נאמר דמעיקרא לא חלו הקדושין רק כדין ספק, איך יתוסף אח"כ דין ודאי ועפ"י מש"כ דרק פרטי הדברים שמוכיחים על כונת בעלי הדברים צריכים עדים לקיום הדבר, ועפ"י רוב דיני הספיקות, הם מפרטים שהם דברים מוכרחים במציאות, שהכונה אינה מוסיפה ומגרעה מציאותם, ולכן תלוי הדין כפי שהוא במציאות, שאם הי' הכסף שוה פרוטה הועילו הקדושין קדושין ודאים אף שלא ידעו העדים, ומשו"ה כשאנו מסופקים בזה הלא תורת ספק זה כשאר ספק איסורים וזה פשוט: והרשב"א בחי' לקדושין בהא דאמרינן התם ד' ה' נתן הוא ואמרה היא ספיקא וחיישינן מדרבנן כתב וז"ל, וא"ת נתן הוא ואמרה היא אמאי אינה מקודשת גמורה, דהא אמרינן לקמן בסמוך הי' מדבר עמה על עסקי גיטה וקדושי' ולא פירש ריה"ג אומר דיו, ותרצו בתוס' דהכא בשלא דברו מעיקרא על עסקי קדושין כלל, אלא השתא הוא דאמרה לו תן לי דינר ואתקדש אני לך ונתן לה ולא פירש, דהא לא אמר איהו מידי לא השתא ולא מעיקרא וכו' ואעפ"י שהדברים מראים דלדעת מה שאמרה לו נתן הוא וכמו שפירש דמי, מ"מ העדאת עדים בעינן, דהמקדש בלא עדים אין חוששין לקדושין, א"כ כיון שלא פירש כאן ואפשר שלשם מתנה נתן ולא לשם קדושין, אעפ"י שהוא מוכח דלשם קדושין נתן כמו שאמרה, אפי"ה אין כאן עדות שמיעה ולא ראי' לשם עדות, אלא שהם דנים כונת הלב ואין כאן עדות, אבל בשהיו

עסוקים באותו ענין, כיון שהוא בעצמו נתרצה בהם מעיקרא, ה"ז כאילו פירש עכשיו בשעת נתינה דאדיבורא דנפשי' קא סמיך ויהיב עכ"ל.

ולכאורה קשה דכיון דמוכח מדבריו, דבעשיית קדושין לא בעינן דבור מפורש, וסגי לן אם איכא הוכחה שנתן לשם קדושין, והטעם דלא מהני בנתן הוא ואמרה היא, היא משום חסרון עדים לקדושין, דלעדות בעינן שמיעה וראי', לפי"ז למה מהני בנתן הוא ואמר הוא, והאשה מקבלת הכסף בשתיקה, דרק בשתיקה דלאחר מתן מעות לא מהני, אבל בשעת מתן מעות מהני מחמת ההוכחה, שמקבלת על דעת זה שהוא נותן לה, ובמה חלוק שתיקתו משתיקתה, ובר"ן מפורש דזהו ענין הספק אם מהני שתיקה דידי' כשתיקה דידיה, ומדבריהרשב"א מוכח דלענין בירור הענין לא גרע שתיקתא דידי' מדידה, ורק לענין עדים שצריך בקדושין לקיום הדבר, בזה חלוק שתיקה דידיה מדידי', וזה אינו מובן, ולשיטת הגאון בעל אבני מלואים דלהתרצות האשה אי"צ עדים לקיום הדבר ניחא, אבל לפי מש"כ לעיל לסתור שיטתו, דברי הרשב"א צריכים ביאור: ונלענ"ד בביאור כונתו דההבדל בזה הוא בין הוכחה מנתינה להוכחה דקבלה, דבנתן הוא ואומר לה שלשם קדושין הוא נותן והיא מקבלת בשתיקה, המעשה עצמה היינו קבלתה מוכחת על כונתה והסכמתה לקבל הכסף בתורת קדושין, משום שאין לה רשות לקבל למטרה אחרת, ואם תקבל למטרה אחרת הוי גזל בידה דגם לפקדון אין לה רשות לקבל שלא ברצון הבעלים, ומשו"ה יש כאן עדות גמורה על ראיית המעשה המוכחת על הדבר, אבל באמרה היא והוא נותן לה בשתיקה, שהוא רשאי ליתן כספו במתנה או בפקדון, אם אנו אמדינן לדעתו שמסתמא אינו נותן לה במתנה, הוכחה זו אינה מחמת הכרת המעשה, אלא הכרה בשעת מעשה ולא מן המעשה, שאמדינן לדעתו שמסתמא אינו רוצה ליתן במתנה, ואין כאן עדות של ראי' ושמיעה, רק הוכחה על כונת הלב וליכא עדים לקדושין.

כן נלענ"ד בביאור דבריו הק', והוא דבר נכון ומתקבל, אבל הרשב"א לא כתב צדדי הספק שבזה, דהרי בגמ' מסיק בזה בדין ספק, וצ"ל לפי פשוט לשון הרשב"א ז"ל דבזה גופא מספקא לי' להש"ס אם הוכחה זו נחשבת להוכחה מן המעשה או להוכחה מן החוץ וצ"ע: והא דכתבו בתוס' קדושין ד' ד' ע"ב ד"ה היכא דיהבה, דמקרא דכי יקח ולא כי תקח ילפינן דלא מהני נתן הוא ואמרה היא, יעו"ש, אין סתירה לדברי הרשב"א הנ"ל, דבלא"ה עלינו לבאר דברי התוס' שלא יהיו סותרים דברי הגמ' בד' ה' דאמרינן דנתן הוא ואמרה היא ספיקא הוא וחיישינן מדרבנן, אלא נראה ודאי דשני ענינים הם, דמה שכ' התוס' בד"ה הנ"ל, הכונה שגלתה לנו תורה דשאני קנין קדושין משאר הקנאות דעלמא דמהני קנין מצד המקנה לחוד, ורצון הקונה אינו פועל כלום בעיקר התחדשות הקנין, ומה"ט סגי לן גם שלא מדעתו היכא דזכות הוא, ובקדושין אין האשה יכולה להקנות עצמה לבעל, וענין זה ילפינן מקרא דכי יקח, ובגמ' דאמרינן ספיקא הוא, מיירי שהאשה אמרה תן לי כסף וקדשני שיהי' הוא המקדש, והספק אם חשבינן מה שנתן בשתיקה כאילו אמר הרי את מקודשת, וזה ברור, ולפי"ז אין שייך זה לשיטת הרשב"א הנ"ל, דהתם אי לאו דגלי קרא מכי יקח והי' סגי בקדושין מצד הקנאת האשה לחוד, אז לא הי' שייך לומר חסרון מחמת עדים לקיום הדבר, כיון שרצון הבעל לא הי' פועל בעיקר הקנין, אז לא הי' צריך עדים רק לבירור ולא לקיום הדבר, וכמש"כ לעיל, וזה

פשוט: פרק יג אמנם ראוי לבאר בקדושין לענין עדים לקיום הדבר, אם שייך בזה חסרון של חצי דבר שאם שתי כתי עדים ראו יחד מעשה הקדושין וכל כת ראתה רק חצי דבר, אם חלו קדושין בכה"ג, עי' בפ"ת אהע"ז סי' ל' סק"ב שהביא בשם ס' קהלת יעקב, שנקט להלכה דאם ראו מה שיכולים לראות, לא היו חצי דבר, ואם היו יכולים לראות יותר הוי חצי דבר יעו"ש, אבל זה תלוי בפלוגתא דהרי"ף ושאר ראשונים ז"ל.

—ולכאורה יש מקום לומר דזה תלוי בפלוגתא דהראשונים אם ראיית העדים בקדושין דומה לכל דין ראיית העדים, או דומה להגדת העדים, שבארנו לעיל שע"ז בפ"ד, שורש מחלוקתם לענין אם נצטרפו קרובים ופסולים בשעת ראיית הקדושין, דהתוס' נקטו, דכיון דבכל עדות דעלמא אם נצטרפו רק בראי' קו"פ אין העדות מתבטלת, כ"כ בקדושין אין הקו"פ מגרע חלות הקדושין, והריטב"א נקט דעדי קדושין לקיום הדבר מדמינן לעדי הגדה, יעו"ש, ולפי"ז נאמר דלשיטת התוס' כיון דליכא חסרון בראיית עדים משום חצי דבר, כ"כ גם לקיום הדבר של עדי ראי' בשעת קדושין, ליכא חסרון משום חצי דבר, דהדין דדבר ולא חצי דבר הוא רק בהגדה לפני בי"ד, אבל ממה שהביא הטור ושו"ע אהע"ז סי' קמ"ב סעי' י"ב שיטת הרמ"ה, דבשעת מסירת הגט מן השליח להולכה ליד האשה, היכא דאיכא עדים שהבעל שלחו, ואינו אומר בפ"נ ובפ"ג, בעינן שימסור הגט דוקא בפני עדי השליחות, ולא בפני עדים אחרים כדי שלא יהי' עדותם כחצי דבר, מזה מוכח דלענין כשרות הגט בעינן שלא יהי' העדות כחצי דבר, אמנם דברי הרמ"ה צריכים ביאור, וכמו שהקשה בהגהת ב"י בב"ה שם וז"ל, ומ"מ דבריו צריכים תלמוד, דכשמסרו בפני עדים אחרים אמאי קרי לי' חצי דבר, הרי עדי שליחות לחוד, ועדי מסירה לחוד עכ"ל.

ובאמת לכאורה דבריו המה נגד המשנה פ' התקבל, וכמו שהוכיחו בתוס' ב"ק ד' ע' ע"ב ד"ה למעוטי, דהרי תנן בפ' התקבל האשה שאמרה התקבל לי גיטי צריכה שתי כתי עדים, שנים שיאמרו בפנינו אמרה ושנים שיאמרו בפנינו קבל, והנה מה שהוכיחו בתוס' נגד שיטת הרי"ף שכתב הטעם בעדי חזקה דלא הוי כחצי דבר, משום דעדות של שנה אחת מהני לענין שלומי פירי, והתם בשליחות אף דלא מהני עדות של כת אחת מ"מ מהני, כבר תרצו הראשונים ז"ל, הרמב"ן והרשב"א ז"ל במס' גיטין ד' ס"ג ע"ב, דז"ל הרשב"א בחי' שם בד"ה ואפילו הן הראשונים וכו' ק"ל מאי אפילו, אדרבה דכשהראשונים הם אחרונים טפי עדיף דקא מסהדי אכולא מילתא וה"ל דבר שלם, אבל כשהראשונים אינם האחרונים תמה על עצמך האיך הם נאמנים דהו"ל חצי דבר, ואנן בעינן דבר ולא חצי דבר, ובזה תרצו בתוס' דלא מיקרי חצי דבר, כיון דבשעה שראו האמירה ראוכל מה שיכולים לראות באותה שעה, וכן כשראו הקבלה, ראו כל מה שיכולים לראות באותה שעה וכו', והרמב"ן ז"ל כתב דהכא לא הוי חצי דבר, דכיון שמינהו שליח נעשה ידו כידה מעכשיו ולכשיתן לו תגרוש, וכן אלו שראו שקבל ראו שקבלה היא בעצמה שהרי ידו כידה עכ"ל, ולפי"ז בענין שליחות ומסירה לכו"ע לא הוי חצי דבר, דשליחות הוי לעולם דבר שלם אף לשיטת הרי"ף דרק לענין חזקה דכל שנה הוי באמת חצי דבר, ובהא סובר הרי"ף ז"ל דאם לא הי' איזה דין מחמת חזקת שנה אחת, לא הי' מועיל בזה עדות מיוחדות על ג' שנים, ולהכי כתב דרק משום שלומי פירי מהני, אבל ענין השליחות הוא דבר שלם בפ"ע, שהשליח נעשה כידה שיהני קבלתו,



ומשו"ה הקשה הב"י על הרמ"ה דאיך אפשר לומר דעדי שליחות ועדי מסירה הוי כחצי דבר: והנה בתשו' הריב"ש סי' שי"ח הביא דברי הרמ"ה ז"ל בביאור רחב לתרץ קושיית הב"י וז"ל, והרמ"ה ז"ל שהוא מבעלי סברא זו דכל שיש עדים על השליחות הוי כאתויה בי תרי, אמנם הוסיף להחמיר והצריך שיהיו עדי השליחות עצמם עדי מסירת הגט מיד השליח ליד האשה וכו', אבל אם עדי מסירת הגט ליד האשה אינם עדי השליחות, לא מהני סהדותיהו וצריך שיאמר השליח בפ"נ ובפ"ע משום דכל כת וכת מעידים על חצי דבר וכו' ול"ד לשליחות קבלה דלא בעינן שיהיו עדי השליחות הם עדים מסירת הגט כדתנן בגיטין (ד' ס"ג): ולא חשבינן ל"י חצי דבר, דהתם כיון שהיא עשתה יד השליח כידה בעניני הגירושין, זהו עדות שלם הוא, שאינו צריך למסירת גט זה דכל שימצא גט חתום ומקוים ביד השליח, הרי הוא כאילו נמצא ביד האשה עצמה, והרי היא מגורשת ולא חצי דבר הוא, וכו', אבל בעדי שליחות הולכה, אינו שליח אלא על גט זה למוסרו ליד האשה, ואין מסירתו ליד האשה כלום בלא עדות השליחות, כיון שאינו מקוים, וגם לא עדות השליחות בלא עדות המסירה, כיון שחכמים תקנו בגט שאין עדים מצוים לקיימו לסלק ערעורו של הבעל מעתה קודם נתינתו, או בקיום חותמיו או כשיאמר השליח בפ"נ ובפ"נ, כל שלא נתקיים כן, אילו יבוא הבעל ויערער אין ערעורו מסתלק אלא כשתביא האשה עדים שהבעל מסרו לשליח והשליח מסרו לידה, וא"כ הכל עדות אחת לסלק ערעורו של בעל, וכל כת וכת הוי חצי דבר, כ"ז כתב הרמ"ה בפרטי' בפ' התקבל באריכות מופלג כמנהגו, וכבר הובאה סברתו זאת בפשיטות בשמו בס' אהע"ז עכ"ל.

ואחר כל האריכות בזה עדיין צריכים אנו למודעי להבין עיקר ההבדל בין ענין זה לנידון עדי אמירה, ועדי קבלה שבפ' התקבל, והב"ש בס' קמ"ב ס"ק כ"א אחרי שהביא שיטת תוס' בב"ק ד' ע' ע"ב דסברי דהכל תלוי אם היו יכולים לראות יותר, ושיטת הרי"ף ושיטת הרמ"ה שהוא כשיטת הרי"ף כתב בזה"ל, והא דמהני כשהיא עושה ש"ק, וכת א' מעידים שעשתה אותו לש"ק וכת א' מעידים דקבל הגט, לפיכך שפיר, דלא היו יכולים לראות יותר, ולהרי"ף צ"ל משום דעדי אמירה אי"צ לעדי קבלה כיון שהגט בידו, והאי תירוץ דחו תוס' שם, וכ"כ הריב"ש סי' שי"ח אליבא דרמ"ה ומזה מוכח נמי דהרמ"ה ס"ל כהרי"ף, עכ"ל הב"ש.

ולענ"ד אין כונת הריב"ש כמו שחשב הב דאם היתה כונתו למש"כ התוס' בב"ק שם דעדי אמירה אי"צ לעדי קבלה, מטעם דהשליש נאמן, הרי העיקר חסר מן הספר, דלא זכר כלום מנאמנות השליש, וכל האריכות בזה הוא באין שום מובן: ונראה לי דעיקר הכונה בזה דבשליח קבלה שנעשה כיד האשה לקבל גט להתגרש הוא ענין שלם בפ"ע, שאינו שייך לקבלת גט זה שאנו דנים עכשיו, שאם לא קבל גט זה, יכול לקבל גט אחר שינתן לו, לכשהעדים מעידים על אמירתה הם מעידים על דבר שלם שאינו שייך דוקא לקבלת גט זה, שעדי קבלה מעידים עליו, וכמ"ש הרמב"ן ז"ל שהבאנו לעיל, אבל בנידון זה שהשליח להולכה נעשה למסור גט זה שנמסר לידו, ועפ"י תקנת חז"ל אי"א למסור גט זה, רק באופן שיהי' בשעת מסירת הגט מוכן התיקון לסלק עירעור הבעל, וכשאינן השליח יכול לומר בפ"נ ובפ"נ, צריך שיהיו עדים על השליחות ועל המסירה, ושני ענינים אלה מסלקים ערעור הבעל, כל כת וכת הוי חצי דבר, דבאמת בנידון זה העדים,

על השליחות הוא באופן אחר מכל עדי השליחות דבכל עדי השליחות הם עדים שנתחדש באיש זה כח שליחות היינו שיכול לעשות מעשה שיועיל כאילו הי' עושה המשלה, ובשעה שהשליח עושה יכול לעשות בלי התבררות העדות בשעת עשייתו, ובנידון זה לא יועיל מעשה השליח רק באופן שתהא ההתבררות של העדים בשעת מסירת הגט, וזה שהוסיף דלא מהני מסירת השליח בלא עדות השליחות, ועדות השליחות בלא עדי המסירה לא מהני, ועדות זו בכלל הוא לסלק ערעור הבעל, והוי הכל ענין שלם, ולענ"ד מוכח כל הענין שרק בכה"ג שצריך לומר בפ"נ כתב הרמ"ה ז"ל את דינו שצריך שיהיו עדי השליחות עדים על המסירה, דלדברי הב"ש גם בשאר שליחות הולכה כגון בגט כתוב בלא ע"ח ונשלח ע"י שליח, דבעינן עדי שליחות ועדי מסירה יהי' צריך שיהיו עדי השליחות עדי המסירה, ולמה לא פירש הרמ"ה את דבריו, ומדבריו מוכח הפוך זה דדוקא בנידון זה משום תקנת חז"ל לסלק ערעור הבעל הוי חצי דבר וכמש"כ: ועפ"י מש"כ י"ל דדין זה שפסק הטוש"ע באהע"ז למסור בפני עדי השליחות הוא לכו"ע, גם לשיטת התוס' דסברי דכל היכא שהעדים ראו מה שהי' אפשר לראות לא הוי חצי דבר, דהטעם בזה כיון שמעידים על מקרה של חזקה שהוא דבר שמתהווה בהמשכת הזמן, שאי אפשר להיות חזקת ג' שנים בענין אחר, הוי כל משך זמן דבר שלם, ורק לענין שתי שערות שצריך להיות בבת אחת, אם מעידים כל כת על שער אחת הוא חצי דבר, כ"ז הוא רק היכא דלא בעינן עדים לקיום הדבר, שהדין במציאות אינו תלוי בעדים, ומשו"ה כיון דמעשה של החזקה מועלת בלא עדים, והעדים שמעידים אח"כ לברר הדבר לפני בי"ד, כיון שמעידים כל כת על דבר שלם מהני עדותם לדין חזקת ג' שנים אבל בנידון של הרמ"ה ז"ל דבעינן עכשיו בשעת מסירה עדים לקיום הדבר, היינו שיהי' עכשיו מוכן עדים לסלק ערעור הבעל ואם נאמר שיהני ע"י שתי כתי עדים עדות של השליחות ועדות של המסירה הוי חצי דבר, אף שבאמת אח"כ הי' מועיל עדות של כל כת דבשעה שראו עדים הראשונים שאיש זה נעשה שליח לא הי' אפשר לראות יותר, אבל עכשיו צריך שיתקיים ע"י שתי כתי עדים ענין אחד שלם שהוא עדות על שני הענינים יחד, שצריך להיות בבת אחת, וכל דבר שצריך בבת אחת, לא מהני שיהי' חצי ע"י כת אחת וחצי ע"י כת שני' ולכן נלענ"ד אף שבאמת הרמ"ה ז"ל סובר כשיטת הרי"ף ז"ל, דכן כתב להדיא בספרו "יד רמה" על ב"ב בפ' חזקת הבתים.

שהטעם דג' שני חזקה דלא הוי חצי דבר הוא כדברי הרי"ף משום דמהני לענין שלומי פרי, אבל דין זה הוא מוסכם גם לשיטת תוס', ועי' בפ"ת ח"מ סי' רע"ז שהביא מתשו' חת"ס להוכיח שהטוש"ע נקטו להלכה כשיטת הרי"ף ולא כשיטת התוס', ולפי מש"כ אינו מוכרח כלל: ולפי"ז נ"ל דקדושין שצריך עדים לקיום הדבר, לא יועיל אם כת אחת ראו התחלת המעשה, וכת השני' ראו את גמר המעשה, אף אם יהי' באופן שבהתחלה אי אפשר לראות הגמר, דבכה"ג לשיטת תוס' אם יבואו העדים אח"כ לברר לפני בי"ד הי' מהני עדותם, דכל כת מעידה מה שהי' אפשר לראות בשעה ההיא, כמו בעדי חזקה, אבל כיון דחלות הקדושין הוא רק ע"י העדים, וכל כת הוי חצי דבר, ולא שייך ענין זה לענין מה שכתבו התוס' והרא"ש לקרוב ופסול שנצטרפו בשעת ראיית מעשה הקדושין, שהבאנו לעיל בפ"ד, דהוכחנו מזה דלשיטתם לא בעינן בראית עדי קדושין יותר מראיית עדים בכל דוכתא, משום דהתם מתקיימים עכשיו הקדושין ע"י עדים הכשרים לחוד,

דמה שרואים עכשיו גם הקרובים ופסולים אינו מגרע לשיטתם, דחסרון צירוף קו"פ לא נאמרה בתורה רק בהגדה ולא בראי', אבל לענין חצי דבר, לכו"ע כמו דלא מהני חצי דבר בהגדה, כ"כ לא מהני בקדושין לענין חלות הקדושין, דהרי עיקר היסוד דצריך עדים בקדושין לקיום הדבר, הוא משום הכתוב עפ"י שנים עדים יקום דבר, וכיון דדרשינן דבר ולא חצי דבר, אי אפשר שיתקמו הקדושין חצי דבר עפ"י כת אחת וחצי עפ"י כת שני', וכללו של דבר דלענין עדים בקדושין צריך שני דברים, שיהיו עדים מזומנים בשעת ראית המעשה, שיכולים אח"כ לברר לפני בי"ד ע"ד מעשה הקדושין, דאל"ה אין שייך כלל שם עדים עליהם, דלראות לחוד אם לא יוכלו להעיד אח"כ, אין זה עדות כלל, והשנית שע"ז שהם מזומנים להעיד אח"כ מתקים עכשיו הקנין על ידם, ולעיל בפ"ד הבאנו דברי האבני מלואים, בהא דאמרינן במס' קדושין ד' מ"ג, למ"ד אין שליח נעשה עד משום דהו"ל כגופו, שהקשה מ"ש ענין זה מהא דנאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי, ולפי מש"כ הוא פשוט, דבקדושין שצריך עדים לקיום הדבר, ובע"ד אינו עד, אבל במכירה שמתקימת בלא עדים, וקיום הדבר הצריך אח"כ בשעת הגדה לפני בי"ד, אז מתקים אח"כ גם ע"י המוכר שאז אינו בע"ד, ותחילתו בפסול ליכא בכה"ג, כדאמרינן במס' ב"ב ד' מ"ג וליסתלקו תרי מינייהו, וכמו שבארו בזה הראשונים ז"ל כ"א לפי טעמו, יעו"ש: והנה מה דשקיל וטרי בתשו' מהרי"ט הובא בקצוה"ח סי' נ"ב, לענין עדי קדושין שעמדו בשעת קדושין, במקום שהי' חרם על העדים, שלא יהיו לעדים בקדושין הנעשים שלא בפני החכם ופרנסי הקהל, שחקר שם מתי נפסלים העדים מחמת החרם, אם בשעת ראית הקדושין, שאז הקדושין בטלים, או אחר גמר ראייתם, ואז הקדושין קיימים, דבשעה שראו עדיין כשרים הם, יעו"ש כל הפלפול בזה, והנה לכאורה לפי מש"כ דעכ"פ בעינן שיהיו העדים ראויים להעיד אח"כ, דאל"ה אין תורת עדים עליהם, דלראות באופן שלא יהי' כח להעיד לא חשיבי עדים כלל, ובכה"ג שאחר הראי' הם נפסלים מחמת החרם ולא יהיו כשרים להעיד, ואיך יתקים על ידם הקדושין, ואפשר לומר דאף דבעינן שיהי' ראויים להעיד על ראייתם, מ"מ כיון דעכשיו בשעת ראי' ליכא בהם שום פסול להעיד, אף דידעינן שבע"כ תיכף יפסלו לעדות, אבל כיון דלא בעינן שיעידו אח"כ בפועל, אלא שיהיו ראויים להעיד, ועכשיו עדיין הם ראויים רק מחמת שיודעים אנו מה שיתחדש עליהם תיכף הפסול, ענין זה אינו מגרע, וקרינן בזה עפ"י שנים עדים יקום דבר, אבל אין לתרץ ולומר דמה"ט הם חשובים כראויים להעיד, דכשיבואו לבי"ד יאמנו דבריהם מחמת פלגינן דיבורא, היינו שיאמנו דבריהם על ראיית מעשה הקדושין, ולא נאמינן שבכונה באו להעיד, ולעמוד ולראות הקדושין, דבכה"ג שראו שלא במתכון לא עברו על החרם, וכמש"כ מהרי"ט שם, דזה אינו דאף דבי"ד מאמינים אותם ע"י דין פלגינן דיבורא, אבל אם באמת הם עברו על החרם, והם מכשילים לבי"ד להאמינם ע"י דין פלגינן דיבורא, אין זה תורת עדות, וכל מה שיעשה בי"ד ע"י עדותם הוא שלא כדין, דאף שהדבר אמת אין לעשות רק ע"י עדים כשרים, וכמו שבארנו ענין זה בהרבה מקומות בשער זה, אכן יש לתרץ בפשטות, דנחשבים עכשיו כראויים להעיד לפני בי"ד ע"י שיעשו תשובה כהלכה ואח"כ יבואו להעיד לפני בי"ד, ואז יש בזה שני ענינים הצריכים בעדי קדושין, דעכשיו הם כשרים וגם יש אפשרות שיהיו יכולים להעיד אח"כ לפני בי"ד, דהרי לעולם לא בעינן רק שיהי'

אפשרות להעיד אח"כ, ואפשר שבנידון כזה תלוי בשיטת הראשונים ז"ל, אי בעינן כה"ג תחילתו בכשרות: ובהא שכ' בתשו' מהרי"ט לדון דאף אם נימא שנפסלים בשעת הראי', יש לקיים הקדושין, כיון שאנחנו לא ראינו המעשה, רק העדים מעידים עכשיו לפנינו שכן הי' המעשה שבאו בכונה לראות מעשה הקדושין להיות לעדים, והדין בבי"ד לומר פלגינן דיבורא, ואנו מאמינים אותם שראו הקדושין, ומה שאומרים שהיתה ראי' זו בכונה, אין אנו מאמינים אותם דאין אדם מע"ר וממילא מתקימים הקדושין, ובס' קצוה"ח שם בסי' הנ"ל דחה דבריו, דבכה"ג לא שייך לומר פלגינן דיבורא, כיון דלפי דברי העדים היתה מעשה הקדושין בפני עדים פסולים ולא הועילו הקדושין כלום, איך נאמר ע"י פלגינן דיבורא להוסיף עדות על עדותם, דעדים המעידים על הקדושין צריכים להעיד שנעשה בפני עדים כשרים, כמו שצריכים להעיד על שאר המעשים המועילים לקיום הקדושין, ובכה"ג הם מעידים להיפוך יעו"ש, ובפשטות דברי הקצוה"ח נכונים ומסתברים, אבל לענ"ד יש לדון בזה, וענין זה תלוי אם צריכים עדי הקדושין לדעת שהועילו הקדושין, הבאנו לעיל בפרק י"ב דברי הנודע ביהודה, דלשיטת הנודע ביהודה דאם סברו העדים שאין הקדושין מועילים בטלו הקדושין, אז ודאי דברי הקצוה"ח אמת, דהרי העדים אומרים שלא הי' הקדושין בפני עדים כשרים, אבל לפי מש"כ לסתור דברי הנוב"י דלא בעינן ידיעת העדים על עיקר חלות הקדושין, הנה בכה לענ"ד דברי המהרי"ט נכונים, דאף דבעינן שיעידו שהי' מעשה הקדושין בפני עדים, הרי הם מעידים שהי' בפניהם, ואצלינו הם מוחזקים בכשרות, הרי יש לפנינו עדים כשרים על המעשה וגם על ראיית העדים את המעשה, ובאמת נלענ"ד יש להוכיח כדברי המהרי"ט.

מהא דאמרין במס' כתובות בעדים שאומרים כ"י הוא זה, אבל אנוסים היינו מחמת ממון אינם נאמנים אף אם אין כ"י יוצא ממק"א א ומתקים השטר על ידם, דפלגינן דיבורא, ונאמנים על כ"י, ואין נאמנים על מה שאומרים אנוסים היינו והכי נקטינן להלכה בטוש"ע ח"מ סי' מ"ו, דקיי"ל כרבנן דעל מנה שבשטר הם מעידים היינו דמעידים אנחנו ראינו המלוה וחתמנו כמו שפירש"י, הרי אף שצריכים להעיד שראו המלוה, והם מעידים שלא ראו שום מלוה, אלא אנוסים היינו, ומ"מ מתקים השטר על ידם, ואין לומר דבכה"ג יתקים השטר כמו לרב, דסובר שעל כתב ידם הם מעידים, דא"כ יהי' דין זה דוקא אם כ"א מעיד על כ"י ועל כ"י השני ויהיו שני עדים על כל כתב וכתב, ובטוש"ע סי' מ"ו סתם ולא חלק דבאומרים כ"י הוא, אבל אנוסים היינו מחמת ממון לא יתקים השטר אם כ"א אומר זה כתב ידי, ובסעי' י' בדין אם אומרים שאינם זוכרים המלוה כתב להדיא לשיטת החולקים על הרמב"ם דלא בעינן זכירת המלוה, כתב להדיא דבכה"ג צריך שיעיד כ"א על כ"י ועל כ"י חבירו, או שיצטרף אחר עמהם להעיד על כ"י שניהם יעו"ש.

מזה מוכח דכיון דאין נאמנים לומר אנוסים היינו מחמת ממון, אנו מקבלים עדותם רק על מה שאומרים זה כ"י, ואמרין על מנה שבשטר הם מעידים, וסגי גם אם כ"א מעיד רק על כתב ידו, ולפי"ז גם בנידון זה שאומרים שראינו מעשה הקדושין ע"י הזמנה, אף שלפי דבריהם המעשה קדושין בטלה, אבל כיון שאינם נאמנים לומר שהי' ע"י הזמנה, הרי נשאר לפנינו עדות מעליא, לכן נלענ"ד אף אחרי שהתבוננתי בדברי הקצוה"ח ומצאתי עוד כונה עמוקה בדבריו, היינו דבאומרים שהזמנו על הקדושין הם כאומרים

שהמקדש והמתקדשת לא כווננו לשם קדושין, אלא בהשטאה, דהכל יודעים דמקדש לפני עדים פסולים אין המעשה מועיל כלום, ולפי דבריהם לא הי' בזה מעשה הקדושין כלל, ובאופן כזה לא פלגינן דיבורא, שהרי חסר בזה עיקר הגדת העדות על המעשה, זה תו"ד שם, בכ"ז קשה על דבריו מהא שהבאנו, דגם שם חסר בעדותן עיקר העדות, על מנה שבשטר שאומרים אנוסים היינו ולא ראינו המלוה, אלא כיון שאומרים שעשו מעשה רשע שאין להאמינם, אנו מחזיקים שהמעשה הי' באופן אחר, כ"כ בנידון זה אם אינם נאמנים שהוזמנו על הקדושין, ממילא אנו מחזיקים שגם הבע"ד כונו לשם קדושין כנלענ"ד: פרק יד כתב הרמב"ם בה' אישות פ"ג הט"ו, כל העושה שליח לקבל הקדושין צריך לעשותו בפני עדים, 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 אינם צריכים עדים, כמו שליח הגט, וכמו שליח שהרשהו להפריש לו תרומה, וכיוצא בהם בכל מקום ששלוחו של אדם כמותו ואינו צריך עדים עכ"ל, ובהשגות הראב"ד כתב וז"ל אין הנידון דומה לראי', דלענין שליח הגט גיטו מוכיח עליו, ולענין תרומה אי"צ עדים כלל, אבל בקדושין דאפילו שניהם מודים אינו כלום, כי מודו השליח והמשלח נמי לאו כלום הוא עכ"ל.

והר"ן בקדושין ריש פ' האומר כתב ע"ז ודברים אלו תמוהים בעיני הרבה, מה בין שליח קבלה לשליח הולכה, ומש"כ כמו שליח הגט, אינו יודע לו ענין, דהתם כיון דנפיק לי' גיטא מתותי ידי' בדין הוא שיהי' נאמן, דהא הימני' בעל, כדאיתא בפ' התקבל, אבל בשליחות קדושין אין הוכחה עכ"ל.

ובתשו' מהרי"ט חלק אהע"ז סי' מ"ג תמה על דברי הר"ן דאף דמהימן השליח המביא את הגט משום דנפיק גיטא מתותי ידי', אבל הרי גם השליח אומר שעשהו שלא בעדים, ואם הי' ענין שליחות כדבר שבערוה, מה מהני בזה נאמנותו, דהוי כמקדש בלא עדים דלא מהני כלל ובס' אבני מלואים סי' ל"ה מבאר דברי הר"ן עפ"י שיטת הר"ן בפ' המגרש, שכתב שם לפרש מה דמהני לר"א ע"ח בלא עדי מסירה, אף אם נאמר דר"א סובר דדוקא עדי מסירה כרתי, משום דכיון שע"י עדי חתימה מתבררת המסירה, שכשהגט יוצא מתחת ידי האשה אינו יודעים שהבעל מסר לה, ומה"ט יש חלוק בגירושין בין שליח הולכה לשליח קבלה, דבשליח הולכה אי"צ עדים בשליחות, דהגט שבידו מוכיחו והוי כעדים, אלו דברי האבני מלואים יעו"ש.

ולענ"ד נראה דענין זה מה שמוכח מהגט שתחת ידו שיהני כעדים גם לקיום הדבר, יש להוכיח קצת מדברי הר"ן בפ' האומר בקדושין דכתב שם בזה"ל, ומיהו אמרו בשם רמב"ן ז"ל דדוקא קדושי כסף וביאההוא דלא מהני בלא סהדי, אבל קדשה בשטר שהוא כתב ידן, אעפ"י שאין עליו עדים מהני, דכשהיא מוציאתו כאילו יש עדים בדבר עכ"ל.

דמדברי הר"ן בפ' המגרש אין רמז כלל לענין זה, שיהני סברא זו מה שמתברר ע"י ראיית הגט במקום עדים לקיום הדבר, ושם כתב הר"ן רק לענין דין שער שיהני בלא עדי מסירה, ועדי חתימה הוו במקום עדי מסירה, אבל לא זכר כלום לענין עדים לקיום הדבר, דענין זה יש לדון גם לר"מ דס"ל ע"ח כרתי, וכמו שכ' ר"ת הובא בתוס' גיטין ד' ע"א, דגם לר"מ בעינן עדים בשעת מסירת הגט משום דשב"ע, יעו"ש, ולעיל בפ"ד

כתבנו דגם מדברי הר"ן בפ' האומר יש לפרש כדבריו בפ' המגרש, אכן גם אם נאמר כסברא זו דמסירת שטר חתום בעדים מהני כעדים גם לקיום הדבר, הוא רק מסירת שטר ליד האשה דהמסירה הוא מעשה הקדושין והגירושין, י"ל שבדבר כזה שהמעשה עצמה מבררת על עצמה, בכה"ג אי"צ עדים אחרים לקיום הדבר, דהרי יש תחת ידה בירור על המסירה, אבל בשליחות שדין השליחות אינו חל ע"י מסירת הגט ליד השליח וחל ע"י אמירה, ואם אמר לו הוי שליח קודם מסירת הגט לידו, לא מהני בלא עדים, וכשמסר הגט ליד השליח לא חזר למנותו שליח מחדש, וליכא כאן דין שליחות, ומה יועיל בזה שע"י הגט שבידו מוכח שמסר לו הבעל, אבל עיקר השליחות הרי נעשה שלא בעדים, ולכן דברי המהרי"ט מסתברים בזה דלא מהני מה שהגט נפיק מתותי ידי רק לענין נאמנות ולא לקיום הדבר, ואפשר שענין זה תלוי בחקירה שכתבנו בפ"ג, אם מהני בדשב"ע כשעושה בלא עדים ואח"כ יתחדש עדים ע"י מעשה הראשונה וצ"ע: ולבאר שיטת הרמב"ם בזה נלענ"ד דסובר, דעיקר דין דבר שבערוה שהצריכה תורה עדים, בין בשעת המעשה לקיומו של דבר, ובין לאחר המעשה לבירורו של דבר, הוא רק כל ענין שנתחדש אצל האשה בין לגירושין ובין לקדושין, והנה באשה שעשתה שליח קבלה בין לגירושין ובין לקידושין שנתוסף אצלה יד שני' לגמור הגירושין או הקדושין, הוי התחדשות אצל האשה, וכל חדוש והתחלה בדין התרת האישות או איסור אישות הוי דבר שבערוה, שהצריכה תורה עדים לקיום הדבר, בין בשעת מעשה בין לענין בירור אצל בי"ד, אבל לענין שליחות האיש, שע"י השליחות מתוסף אצלו יד שני', אינו בכלל דבר שבערוה, שהאיש אינו נאסר ואינו ניתן, ורק האשה היא הנאסרת והניתרת, ולכן כשאנו דנים אצל האיש, הוא ככל שליחות דעלמא דאי"צ עדים לקיום הדבר, ואף שע"י שליחות האיש יוגרם דין על האשה, אבל כיון שעיקר הענין אינו דבר שבערוה, לא משגחינן על הדברים המסתעפים עי"ז בתולדה, ומוכיח ענין זה משליח הגט, דהרי מוכח מסוגית הש"ס ריש גיטין דשליח הולכה המביא גט אי"צ להביא עדים שנעשה שליח בעדים, וכן מוכח מסוגית הש"ס ריש פ' התקבל, אף כי שבתולדה יהי' נוגע הדבר לדשב"ע.

והנה לשיטת הראשונים דסברי דצריך עדים בשליחות לקיום הדבר יפרשו בסוגיות הנ"ל שהשליח אומר שנעשה בפני עדים, וכיון שנאמן הוא לענין זה שהבעל מסר לידו הגט, אמרינן מסתמא בהכשר נעשה, וכמו דמהני באשה המביאה גיטה חתום בע"ה, אף דלשיטתם לא מהני ע"ח ע"מ אלא אמרינן מסתמא בהכשר נעשה, כמש"כ בתוס' גיטין ד' ע"א ד"ה דקיי"ל יעו"ש.

והרי"ף בפ' המגרש הוכיח מהא שנישאת ע"י עדי חתימה דר"א סובר דמהני ע"ח בלא ע"מ, דאי ס"ד דבעינן דוקא עדי מסירה, איך נשאת ע"י הגט, ליחוש דילמא לא היו עדי מסירה בשעת נתינה, ולשיטת הרי"ף מוכח דאי"צ עדים לקיום הדבר במנוי שליח להולכת הגט, דאל"ה איך נאמן השליח כשמביא הגט שהבעל עשהו בפני עדים, דעל זה אין הגט מוכיח, ומפרש הרמב"ם בטעמא דמילתא משום דאי"צ עדים בשליחות הולכה, דהתחדשות של שליחות זו לא נתחדש עדיין כלום אצל האשה המתגרשת אלא באיש המגרש, וכ"כ באיש שעושה שליח לקדש, אי"צ עדים לקיום הדבר אבל בשליח קבלה בין לגירושין ובין בקדושין שמתחדש דין אצל האשה, הוי דבר שבערוה דלא מהני בלא

עדים: ובהא דכתב הרמב"ם בפ"ט מה' גירושין הל"ב וז"ל אמר לסופר כתוב לי גט לאשתי, כתבו ונתנו לבעל בלא עדים ונטלו הבעל ונתנו לשליח ואמר לו תן גט זה לאשתי בפני עדים, והלך השליח ונתנו לה בפני עדים הרי זו ספק מגורשת, שאין השליח נאמן להתיר הערוה, אעפ"י שהוא ע"א, אלא מפני כתב העדים שחתמו על הגט שהן כמו שנחקרו עדותם בבי"ד עד שיהי' שם מערער כמו שבארנו שם, ואם היו שני עדים שיעידו על גט זה שהבעל נתנו לשליח לגרשה בו הרי זו מגורשת, עכ"ל, והקשו מדברי הרמב"ם אלו למש"כ בפ"ג מה' אישות שהבאנו, הובא בכ"מ בפ"ג מה' אישות וז"ל כתב הרמ"ך כמו שליח הגט והוא עצמו כתב בה' גירושין פ"ט שאם עשה שליח צריך עדים, ונראים דבריו סותרים זה את זה, עכ"ל, ובלח"מ שם מקשה כ"כ איך מוכיח הרמב"ם משליח הגט דאי"צ עדים, כיון דגם הוא סובר לחלק בין גט החתום בעדים או לא, יעו"ש, במשנה למלך ובהגה שם: ונראה לענ"ד דאין שום סתירה בפסקי הרמב"ם הנ"ל, דהרי זה מוכח גם מדברי רמב"ם בפ"ט מה' גירושין הנ"ל, שאי"צ עדים בשליח הולכה לקיום הדבר, דהרי אומר בהלכה זו שאם לא הי' עדים הרי זו ספק מגורשת, ואם הי' צריך עדים לקיום הדבר, צריך להיות גט בטל, כמקדש בלא עדים, אלא מוכח דאי"צ עדים לקיום הדבר, ומצריך עדים רק לבירור, וכיון שאינו מבורר משו"ה הוי ספק מגורשת, ומה דמצריך בדין זה עדים לברר על שליחותו, ובעושה שליח לקדושין אינו מצריך עדים גם לבירור נלענ"ד דסובר הרמב"ם דכמו דאי"צ עדים בשליחות על קיום הדבר, וכמו שמוכיח משליח הגט כמו שבארנו, כ"כ אי"צ עדים לבירור, דכיון דענין השליחות של בעל לא חשיב כדבר שבערוה, ממילא גם על הבירור אי"צ עדים וסגיא בנאמנות ע"א, ובע"ד מהימן, כמו בנאמנות לענין שליחות על הפרשתתרומה, אבל בנידון זה שהגט נכתב שלא ע"י כ"י המגרש, וגם בלא עדי חתימה, דאין הוכחה ע"י הגט אם נכתב לשם גירושין ע"י הבעל, ע"ז צריך בירור עפ"י עדים כדבר שבערוה, וענין זה מפורש להדיא בגמ' ריש גיטין, שלברר אם נכתב הגט לשם גירושין, הוי דבר שבערוה, וע"א אינו נאמן, ומה דמסיק שם בגמ' דמה"ת הי' מהימן השליח משום דסתם ספרי דדייני מיגמר גמירי, הוא רק בגט חתום בע"ח, שהוברר שנעשה הגט ע"י המגרש ובעדים, ובודאי כדן עשו, ועל הספק שמא אינם בקיאים אם צריך לשמה, ע"ז אמרינן סתם ספרי יודעים שצריך לכתוב לשמה, אבל בגט שנכתב בלא ע"ח, ואין ידוע אם נעשה ע"י הבעל, לא מהני בזה לומר דסופרים מיגמר גמירי, שמא קנוניא עשו השליח והאשה וכדומה, ולכן אם יתברר בעדים שהבעל מסר לשליח גט זה לשם גירושין, אז מתברר כל הענין, כיון שנעשה, ע"י הבעל ודאי עשה לשם גירושין, וכמו כתב בכ"י דכשר, ולפי"ז נאמר דמה דמצריך בנידון זה עדים על השליחות, לא משום דין שליחות הוא, אלא משום בירור על כשרות הגט וכתובתו, וענין זה מפורש בגמ' שהוא דבר שבערוה, וכמו דאמרינן התם כיון דאיתחזק איסורא דא"א, הוי דבר שבערוה, וכמו שבארנו בשע"ו, דכתיבת הגט חשיב כהתחלת מעשה הגירושין, וכל התחלה בעיקר הגירושין, הוי דבר שבערוה, וצריך ע"ז שני עדים, ואין להקשות כיון דסובר הרמב"ם ז"ל דלכל בירור של שליחות מצד הבעל אי"צ לעדים, למה צריך עדים בנידון זה בכדי לברר על כשרות הגט, נהימני' לשליח על השליחות, וממילא יתברר גם כשרות הגט, כמו שמתברר ע"י שני עדים שמעידים על השליחות, זה לא קשה מידי, דכיון דבכה"ג עדות

של ע"א נוגע גם לדבר שבערוה ממילא אינו נאמן כלל, דרק אם בשעה שמעיד אינו נוגע לממון ולדשב"ע ולעונשים נאמן ע"א, ואז מהני עדותו גם אם יהי נוגע אח"כ לדיני נפשות, אבל בכה"ג שנוגע עכשיו לדשב"ע אינו נאמן כלל: והנה לכאורה בדין הראשון של הרמב"ם ז"ל שכ' בפ"ג מה' אישות, דלענין קדושין אי"צ עדים על בירור שליחות מצד המקדש, מיירי שהשליח אומר קודם הקדושין שהוא שליח מצד המקדש, דהרי צריך לומר שמקדשה עבור פלוני, יתקבל עדותו כע"א באיסורים וממילא מהני גם אח"כ, אף דאז מהני ענין זה לדבר שבערוה וכשיטת הרמב"ם דהאיסור עפ"י ע"א יוחזק, ומהני גם אח"כ אם יהי עי"ז דין עונשים, אבל אם יצויר שלא הגיד השליח קודם מענין השליחות ורק אחר המעשה מעיד שהי' שליח אז ראוי לומר דאינו נאמן בלא עדים דעכשיו הוא בירור על דבר שבערוה, וכן ראיתי בתשו' מהרי"ט סי' מ"ג חאהע"ז שכתב כן, דלשיטת הרמב"ם והרשב"א דוקא אם אמר קודם המעשה, אבל אמר לאחר המעשה, אינו נאמן, ומדמה זה לדין ע"א שמעיד על חתיכה שהיא חלב, דלאחר אכילה אינו נאמן, ומסיק שצריך להתישב בדבר, יעו"ש, אבל לענ"ד נראה דמדברי הרמב"ם משמע דגם אחר המעשה מהני הודאת המשלח והשליח, דקודם המעשה לא שייך לומר הודאת המשלח, דאם רוצה למנות אותו לשליח למה צריך להודות, יאמר לו שיהי' שליח לקדש, ודוחק לומר שמודה שעשאו שליח ועכשיו אינו רוצה בו רק שאינו מבטל השליחות, כ"ז דחוק ורחוק לפרש כן בדברי הרמב"ם, וכן משמע מדברי הרשב"א בחי' ריש פ' האיש מקדש וז"ל, ושליח דידה צריכה שתמנה אותו בעדים דומיא דגירושין, כדאיתא בפ' התקבל צריכה שתי כתי עדים שנים שיאמרו בפנינו אמרה וכו' וה"נ צריכה עדים שיאמרו בפנינו אמרה, אבל שליח דידי, לא צריך, אלא כל ששניהם מודים שזה אומר מניתיו שליח וזה מודה לי' סגיא לי' וכ"כ הרמב"ם ז"ל, עכ"ל, ואם נפרש דרק קודם המעשה מהני הודאתם, ואם לא נתברר קודם המעשה, צריך אח"כ שני עדים לברר על שליחות דידי, מאי ראי' מפ' התקבל דיש חילוק בין שליחות דידה לדידי, דהתם מיירי לאחר שנתקבל הגט ונקרע, דבכה"ג גם בשליח דידי צריך שני עדים שיאמרו בפנינו אמר, ולומר דהרשב"א ז"ל מוכיח מהלשון שצריך שיאמרו בפנינו אמרה, שבפניהם מנתה את השליח, שאם לא מנתה בפני עדים לא הי' מועיל מנוי השליחות, אף שיודעים העדים לברר, זה דחוק מאד דהרי עדים לבירור צריכים להגיד מאין יודעים שעשאתן שליח, ואם היו אומרים דבפנינו הודית, אפשר דג"כ מהני: עוד יקשה ביותר בענין זה דברי הרשב"א ז"ל, דלפי"מ שכ' הרשב"א בחי' ליבמות ד' ל"א לחלק בין קדושין לגירושין אף דשניהם הוו דבר שבערוה, אבל כיון דמה דצריך עדים בקדושין לקיום הדבר, הוא משום דקא מחייב לאחריני, ובגירושין לא קא מחייב לאחריני, יעו"ש, ולפי"ז אי"צ כלל בגירושין עדים לקיום הדבר, ולשיטה זו יפרשו בודאי מה דאמרינן צריכה שתי כתי עדים, הוא לברר הדבר דלענין בירור להתיר א"א לעלמא בעינן שני עדים וכמו שצריך שני עדים לאסור אשה על בעלה ע"י זנות, אף דאי"צ עדים לקיום הדבר, וכמ"ש בתוס' קדושין ד' ס"ו לפרש בטעמא דמילתא, וכן צ"ל לשיטה זו מה דאמרינן בריש גיטין לענין בירור שהגט נכתב בכשרות, דצריך שני עדים משום דהוי דבר שבערוה, דלענין בירור הדבר לכו"ע צריך שני עדים, וכדומה לי' ראיתי זה בס' טוב קדושין שהקשה לשיטת הרשב"א מסוגית הש"ס דריש גיטין, והדבר פשוט וברור,



ולפי"ז מה מוכיח הרשב"א ז"ל דלענין קדושין בעינן עדים לקיום הדבר בשליחות דידה, מהך דפ' התקבל, דהתם לכו"ע בעינן עדים לבירור, דלפי שיטתו דגירושין אינו חב לאחרני, הצרכת עדים לשליחות אי אפשר לפרש כלל שהוא לקיום הדבר, דלא גרע שליחות מעצם הגירושין, ואם לא בעינן עדים בגירושין לקיום הדבר, משום דהוּו כקניני ממון, דמהני בלא עדים, דלא איברו סהדי אלא לשקרי, מכש"כ דאי"צ עדים לקיום הדבר לשליחות של גירושין: ולכן לענ"ד דלשיטת הרמב"ם והרשב"א ז"ל, גם אחר המעשה של קדושין וגירושין יהי' הבדל בין שליחות דידי' לשליחות דידה, דאם יהי' איזה ספק בשליחות דידי', יהי' ע"א נאמן לברר את הספק כמובא בסור והיתר, ואם יהי' ספק בשליחות דידה, לא מהימן ע"א להעיד על השליחות, והטעם בזה נראה עפ"י מה דמוכח מלשון הגמ' ריש גיטין וכן בפ' האשה רבה ביבמות.

דמשום דאיתחזק איסורא דא"א הוי דבר שבערוה, משמע דרק אם מעיד על ענין, שלפי דבריו נעשה מעשה לבטל החזקה באישות, מאיסור להיתר או מהיתר לאיסור, זה חשבינן לדבר שבערוה, וע"ז ילפינן דבר דבר מממון, אבל בנידון כזה שהשליח מעיד רק על השליחות, שענין השליחות של המקדש והמגרש, הוא לענין התחדשות כח חדש רק אצל האיש, וכח גדול של האיש אינו שום התחלה נגד חזקת אשת איש או חזקת היתר של האשה, ע"ז נאמן ע"א, אף שע"ז יוגרם דין חדש לאסור או להתיר האשה שהוא דבר שבערוה, אבל כיון שהעד אינו מעיד על השתנות באישות, מהני עדותו, גם אם בזה תלוי כל דין הקדושין והגירושין, דבכה"ג הוא כע"א באיסורים, וזה דומה לכל ענין נאמנות של ע"א באיסורים לשיטת התוס' ושאר הראשונים דילפינן מוספריה לה, מה שנאמנת על הנקיים שלא ראתה ראי' חדשה, דענין זה אינו נגד חזקה שלא הוחזקה להיות רואה כל שעה, וגם אינה כמעידה על דבר המתיר ומטהר, דכשעברו שבעה היא טהורה ממילא, הרי אף שע"ז היא ניתרת על מה שהוחזקה באיסור, אבל עדותה בזה אינו על דבר המתיר וגם לא הוחזק להיפוך, כ"כ הכא אינו מעיד נגד חזקת אשת איש כלל, וכל שבאיסורים אינו נגד חזקה, מהני גם בדבר שבערוה דבגמ' תלה זה בזה, דאם הוא נגד חזקת אשת איש, הוי דבר שבערוה, ובלאו הכי אינו דבר שבערוה ועפ"י זה יתבאר לנו הוכחת הרשב"א ז"ל בפשטות, דמהא דאמרין בפ' התקבל שצריכה להביא עדים שיאמרו בפנינו אמרה, לברר שהמקבל הגט הי' שלוחה, יש להוכיח דענין שליחות מצד האשה הוא התחדשות באשה וחשבינן לדבר שבערוה, דאל"ה הי' סגי בע"א או גם עפ"י האשה עצמה כשאר איסורים, ומשו"ה לענין שליח קבלה בקדושין צריך שתמנה אותו בעדים לקיום הדבר, כיון שחשבינן ענין זה כעין התחלת מעשה של קדושין, לא מהני בלא עדים כקדושין עצמם, ויתפרשו גם דברי הרמב"ם ז"ל כפשטן, דגם אחר מעשה הקדושין מהני אם הוּדו השליח והמשלח, דבכה"ג מהני ע"א כמו באיסורים וגם בע"ד מהימן, אם רק ליכא הכחשה, וכן משמע פשטות דברי הטוש"ע אהע"ז סי' ל"ה דהביאו להלכה כלשון הרמב"ם ז"ל, וסתמו ולא חלקו בין קודם המעשה ובין לאחר המעשה: ולפי מש"כ בזה יש לבאר ג"כ דברי התשו' מיימוני, שהביא בס' ש"ש ש"ו פ"ג שכ', דנאמן המקדש לומר שטעה ולא נתכון למה שאמר, כמו במתכון לומר עולה ואמר שלמים דהוי כע"א באיסורים.

שמבאר הגאון הנ"ל שהוא משום שלדברי העד לא הי' בזה ענין דבר שבערוה יעו"ש. דלפי אם יצויר שע"י עדותו יש בענין זה דבר שבערוה לא יהי' נאמן, ועפ"י מש"כ אינו תלוי בזה ותלוי רק אם מעיד על איזה ענין נגד חזקה של אישות, וממילא אם מעיד על ענין שלילי שלא הי' מעשה, ודאי אינו נגד חזקה, אם הדבר אינו מוחזק להיפוך, והוא ענין מחודש בעזה"י: ול"ד ענין זה למש"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' גירושין, דאם הי' הגט בלא ע"ח ולא כתב ידי הבעל דבעינן שני עדים שהבעל נתן להשליח לגירושין, ואין השליח נאמן על זה, דהתם דבעינן בירור על עצם הגט, ומתברר ענין זה ע"י התבררות השליחות, ובירור אמיתת הדבר של כשרות הגט הוי דבר שבערוה, משו"ה אינו נאמן, אבל בנידון זה של שליחות על הקדושין אין אנו מבררים בזה על איזה מעשה של קדושין עצמם, שכל המעשה היתה בפני עדים אחרים, ואי"צ לנו רק לברר אם הי' כח שליחות לזה שקדש אשה בעד המשלח, ולבירור זה סגי ע"א וגם קרוב או פסול, אף שבזה תלוי עיקר חלות הקדושין, אבל כיון שהבירור ע"י העד הוא ענין שאינו נגד חזקת האשה, הוא נאמן כע"א באיסורים: אמנם הענין הזה צריך עיונא רבא, כי כמה ענינין סותרים לזה, דהנה בעדות שנים, פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב מה' אישות דבעינן שני עדים כשרים דוקא, וכן פסקו להלכה בה' חליצה, הטוש"ע בסי' קס"ט, דעל השנים בעינן עדות שלמה ובריטב"א ומרדכי כתוב בטעמא דמילתא דלענין חליצה דהוי דבר שעררה בעינן שני עדים, הבאנו דבריהם לעיל בשע"ו, ורק לענין בירור שזה אחי המת הוא, פליגי אמוראי במס' יבמות ד' מ' חד אמר בשני עדים, וחד אמר דסגי עפ"י אשה וקרוב, משום דגלוי מילתא בעלמא הוא, וברי"ף שם משמע דרק קודם המעשה מהני עפ"י אשה וקרוב משום דעכשיו אינו נוגע לאיסורא ולממונא, ומזה הוכיח הריב"ש דרק קודם המעשה נאמנים ולא בשעת המעשה, ובב"י סי' קנ"ז נקט דגם בשעת מעשה, ומזה כתבו בתשו' האחרונים, הובא בפ"ת אהע"ז סי' קמ"ב סק"ז, דלאחר המעשה לא מהני לכו"ע רק בעדים כשרים, יעו"ש, והרמב"ם כתב בפ"ד מה' יבום ה' ל"א דשאני עדות זו משאר עדות של תורה, משום שזה דבר העשוי להגלות הוא, ואפשר לידע אמתת הדבר שלא מפיהם, יעו"ש מכל זה מוכח דכשאנו דנים לענין הקדושין או לענין החליצה, אם איש זה אחי המת הוא, או אם הוא בן י"ג שנה והביא שתי שערות, צריך ע"ז בירור עדים הכשרים לדבר שבערוה, אף שהעדים אינם מעידים על שום מעשה של חליצה וקדושין, ולפי"ז מהראוי להיות דכ"כ אם אנו דנים אם האיש זה, המקדש או המגרש, הוא שלוחו של הבעל, יהי' צריך שני עדים, כמש"כ בתשו' מהרי"ט שהבאנו, אבל מדברי הרמב"ם והרשב"א ז"ל מוכח היפוך זה כמש"כ: ונראה לענ"ד דאפשר לומר ולחלק בין הענינים הנ"ל לדין שליחות מצד המקדש, דהיכא שאנו מסופקים על המקדש אם הוא ראוי לקדש שהגיע לשנות גדלות או לא, וכן לענין חליצה אם הוא גדול או קטן, או אם הוא אחי המת, הוא ספקבדבר שבערוה, שהספק הוא אם יש לאיש זה כח המתיר או האוסר להתיר אשה זו או לאסור, וזה דומה קצת להספק שעל כתיבת הגט, דמפורש בגמ' ריש גיטין דעל בירור זה צריך שני עדים, אבל בנידון הספק אם זה שקדש בעד ראובן, הוא שלוחו של ראובן הוא ספק אם ניתן לאיש זה כח מאת המשלח לקדש אשה בעדו וספק זה אינו שייך כלום בעיקר הדבר אצל האשה, רק אצל האיש אם נתוסף לו יד שני ע"י ב אבל אין בזה ספק אם יש לאיש זה המקדש כח לאסור אשה זו ע"י קדושין, דהרי יכול

לקדשה בשביל אחר או לעצמו, ומשו"ה אף שעכשיו לאחר המעשה הוא ספק בדבר שבערוה ממש, אם נתקדשה או נתגרשה אשה זו, אבל כיון שהגדת העדות של העד, מה שמעיד שאיש זה נעשה שליח על קדושין אלו מראובן, אינו נגד חזקת האשה, הוא נאמן כע"א באיסורים, וכן נראה לי בענין שליחות להפרשת תרומה, דלשיטת התוס', הרא"ש והמרדכי דלא מהימן ע"א רק היכא שבידו, משום דהוי נגד חזקת טבל, שיהי' נאמן השליח, אף היכא דליכא כאן בעל הפירות לשאלו ע"ז מה"ט שכתבנו, דהבירור על השליחות אינו נגד חזקת טבל, וכן בשאר ענינים הדומים לזה, ובכל זה הדבר צריך תלמוד: פרק טו אמרינן במס' קדושין ד' מ"ה, הני בי תרי דהוו קא שתו חמרא תוסי ציפי בבבל, שקל חד מינייהו כסא דחמרא, יהיב לי' לחברי', אמר מיקדשא לי ברתך לברי, אמר רבינא אפילו למ"ד חיישינן שמא נתרצה האב, שמא נתרצה הבן לא אמרינן, אמרי לי' רבנן לרבינא ודילמא שליח שווי', לא חציף איניש לשוויי' לאביו שליח, ודילמא ארצויי ארצי קמי', א"ל רבה בר שמי בפירוש אמר מר דלא סבר לה לדבר ושמואל.

וכתב הרא"ש ז"ל שם, אחר שמבאר שם ענין שליחות וענין ארצויי, ששליחות הוא ענין שצריך מנוי בפירוש, וארצויי הוא ענין זכי', שמהני מטעם שליחות, וכיון שמגלה דעתו שחפץ בה הוי זכות, כתב ע"ז וז"ל מכאן נראה לדקדק שאי"צ עדים במנוי שליחות של קדושין, כיון דמודה המקדש שעשאו שליח, וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' אישות עכ"ל.

והנה זה ודאי דכונת הרא"ש בראיתו מהגמ' הוא, ממה דאמרינן ודילמא שליח שוויי', דמהא דאמרינן ודילמא ארצויי ארצי קמי', ליכא הוכחה כלל, דבזה לכו"ע אי"צ עדים לקיום הדבר, דבשעה שמגלה דעתו שחפץ באשה זו עדיין לא חל שום דין שליחות, וגם אינו עושה כלום שום מעשה לחדש דין שליחות, ואף לפי מש"כ בתוס' כתובות ד' י"א ע"א ד"ה מטבילים וז"ל מטבילים אותו על דעת בית דין משום דזכות הוא, ותימה דהא זכי' הוי מטעם שליחות, דכיון דזכות הוא אנן סהדי דעביד לי' שליח, כדמוכח בפ"ק דב"מ גבי חצר משום יד איתרבאי ולא גרע משליחות, וא"כ האיך זכים לקטן כדאמרינן באיזהו נשך וכו', ולפי ספרים דגרסי בב"מ ד' ע"א זכי' מיהו אית לי' ולא גרס מדרבנן, ניחא דמצי למימר דאית לי' זכי' מה"ת וכו' ואע"ג דזכי' הוי מטעם שליחות ואין לו שליחות מה"ת, ה"מ בדבר שיש בו קצת חובה, כגון להפריש תרומתו דשמא הי' רוצה לפוטרה בחטה אחת, או שמא הי' רוצה להעדיף, אבל הכא שזכות גמור הוא יש לו שליחות עכ"ל.

ולכאורה דבריהם תמוהים, דהרי מפורש בגמ' דלמ"ד חצר משום שליחות איתרבאי, אין הקטן קונה מציאה ע"י חצר וד' אמות, אף דזכות גמור הוא, אבל ביאור דבריהם נלענ"ד, דחלות השליחות אפשר להיות בשני אופנים, או ע"י המשלח או ע"י השליח, וכעין שמצינו בחלות הקנאה דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה, נעשה עיקר הקנין ע"י המקנה, ורק צריך התרצות של הקונה, וכ"כ אפשר לעשות קנין מצד הקונה אם המקנה מתרצה, כמו שכתבנו ענין זה לעיל בפ"ב, וכמו"כ י"ל דגם בשליחות יכול לחול השליחות אם השליח עושה עצמו לשליח אם ידעיןן שהמשלח מתרצה לזה, וכן נראה מלשון הר"ן בפ"ק דגיטין, ממש"כ בסוגיא דתופס לבע"ח וז"ל, ולי נראין דברים

כפשוטן, דממתני' שמעינן דכל אדם מדעתו יכול לעשות שליח לחבירו שיעמוד במקומו, ומשו"ה כיון שהאדון אומר תן שטר שחרור לעבדי, הרי שליח יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו, והרי הוא כאילו עשאו עבד שליח לכך עכ"ל.

והנה בחצר למ"ד חצר משום שליחות, סברי התוס' דאי"א לומר רק אופן אחד שהבעלים ממנים את החצר לשליח, דבחצר לא שייך לומר שעושה א"ע לשליח, ומה דמהני בגדול קנין חצר שלא מדעת בעלים, מפרשי התוס' דאנן סהדי דעביד ל"י שליח, דהענין כמו שחושבים תמיד שיהי' החצר לשליח לכל מידי שזכות הוא להם, ומשו"ה בקטן לא קנה חצירו אף היכא שהדבר זכות, דקטן אינו עושה שליח, דמעשה קטן לאו כלום הוא, אבל אם יזכה גדול מתנה או מציאה, י"ל דמהני מה"ת גם אם יזכה בעד קטן, דהגדול יכול לעשות עצמו לשליח, דלהצטרפות הרצון אי"צ דעת היכא דאיכא זכות, כנלענ"ד בביאור דברי התוס', והנה גם לשיטתם דסברי דדין זכי' הוא שליחות ממש, רק דאיכא בזה שני אופנים, או ע"י מחשבת המשלח או ע"י השליח, אבל ענין הצרכת עדים לא שייך בזה, דמצד המשלח ודאי אי עדים, דכיון דכל עיקר הוא משום דאנן סהדי, ובדבר שאנן סהדי אי"צ עדים, ועוד שרצון לחוד אינו התחדשות שום מעשה שיוצרך ע"ז עדים לקיום הדבר, ומצד השליח ג"כ לא שייך עדים, דהרי בפשטות הוא נעשה שליח בשעה שמתחיל לעשות המעשה עבור המשלח, ואז איכא עדים על המעשה והשליחות יחד, ולכן מהא דאמרינן ודילמא ארצויי ארצי קמי', ליכא ענין הצרכת עדים, ולכן ברור דכונת הרא"ש הוא מהא דאמרינן ודילמא שליח שוויי': אמנם גם מזה אינו מובן ראיתו, דאי"צ מיש במנוי השליחות, דהרי בפשטות י"ל דכמו דלס"ד לחוש שמא מנוהו לשליח כ"כ יש לחוש שמאמנהו בעדים, וכן הקשה בתשו' מהרי"ט ח' אהע"ז סי' מ"ג וזה לשונו, ואיכא למידק האיך מוכיח הרא"ש ז"ל מהא דאמרינן שמא שליח שוויי' דאי"צ עדים, נימא דה"ק ניחוש דשוויי' שליח בעדים הואיל ואיכא רגלים לדבר שקדשה לשם בנו, וכש"כ דהכא ודאי בדשדיך מיירי דומיא דהא דרב ושמואל וכמו דכתב הר"ן ז"ל וכו', איכא למימר דאם איתא דבעינן עדים שימצאו שם, א"כ לית לן למיחש כלל לדבריו כשאומר מניתיו בפני פו"פ והלכו למד"ה, כיון דאשה זו בחזקת פנוי' הוא וכו' אלא ע"כ מוכח מהתם דשליחות לא בעו עדים, כל שהם מודים בכך, לכך אמרו ניחוש דילמא שליח שוויי' עכ"ל בקוצר, ולא אבין כונתו בזה, דאם מחמת שהאשה בחזקת פנוי' היא אין לנו למיחש, הלא אז אם גם סגי למנוי שליחות בלא עדים אין לנו למיחש, והנה יש מקום לחלק קצת, דאם ענין השליחות כדבר שבערוה, היינו שהוא כהתחלת מעשה קדושין, אז ענין זה מנגד לחזקת פנוי' של האשה, אבל אם ענין מנוי שליחות הוא דבר צדדי שאינו שייך להתחלת קדושין, אז חזקת פנוי' אינו מנגד לזה, אבל לא אדע אם יש להעמיס זה בדבריו, וגם אינו תירוץ מספיק, דמ"מ אם נבוא לדון מדין חזקת פנוי', עכ"פ יש להעמיד עכשיו על חזקתה, כיון דעכשיו אנו מסופקים אם חלים הקדושין או לא, אלא ודאי אין סומכים בספק קדושין על חזקת פנוי' כמו דאמרינן בכמה ענינים לחוש לספק קדושין, והתמי' בדברי הרא"ש במקומה עומדת: ונראה לענ"ד לבאר דבריו עפ"י מה שנראה לי ענין מחודש בדיני הספיקות בדבר שבערוה, שחלוקים משאר הספיקות באיסור והיתר, דהנה בהא דקיי"ל אין האשה נאסרת על בעלה אלא בקנוי וסתירה, כתבו הראשונים ז"ל בפ"ב דיבמות דעדים המעידים בדבר מכוער, אינה נאסרת על

בעלה, וכן הביאו מקור לדין זה מדברי ר"י בן נורי, הובא בסוף מס' גיטין, דאמר דילפינן דבר דבר מממון, שנאמר עפ"י שנים עדים יקום דבר, מה להלן דבר ברור אף כאן דבר ברור, והאריכו בענין זה הרמב"ן, והרשב"א, והריטב"א, והנמ"י והמרדכי ז"ל, וכן האריך בזה הרא"ש ז"ל, ובמרדכי שם הביא דעת הר"ם ז"ל דסובר דעדי כיעור הוי כדבר ברור, וכמו דאמרינן במס' כתובות ד' ט' דפ"פ כעדים דמיא, יעו"ש, והנה לשיטת הסוברים דהוי כדבר ברור, היא בחזקת שזנתה ודאי, ולכל הראשונים דנקטו דאין האשה נאסרת על בעלה ע"י עדי כיעור דבעינן דבר ברור, היינו דמותרת לגמרי ולא הוי שום ספק זנות בין אם ראו עדים הדבר מכוער ובין אם ראה הבעל, כמבואר שם בפוסקים, וכמו שהוכיחו מסוגית הש"ס בסוף מס' נדרים, יעו"ש, וגם לשיטת ר"ת שחזר לפרש כשיטת השאלתות, דבעדים שראו דבר מכוער תצא מבעלה דהוי כעדי טומאה, נראה מדברי הרא"ש שם דהוי רק מדרבנן, דז"ל ומיהו בבעל שראה דבר מכוער לא משווינן אנפשי' חתיכה דאיסורא בהכי אלא בדבר מכוער בעדים דאיכא לעז טפי שיתפרסם ויצא הקול, עכ"ל, ומוכח להדיא דראיית דבר מכוער לא משווי לי' גם לספק סוטה, וכמו שהוכיחו מהא דאמרינן בבעל שמחל על קנויו, דאם קנויו מחול מותרת אף דעכ"פ הי' בזה דבר מכוער, והוא דבר תימה שלא ניחוש כלל אף לספק שמא זנתה, ואם נימא דכ"ז הוא משום דין העומד על החזקה, הרי בכמה מקומות כתבו התוס', דכיון שנסתרה איתרע חזקתה, וגם לא נזכר בענין זה בכל אריכות דברי הראשונים ז"ל שהוא מדין העמד האשה על חזקתה: והנה בתשו' חת"ס ח' אהע"ז סי' קל"א כתב בזה"ל, דע כי ספק זנות א"א קיל מכל איסורים שבתורה וחמיר מכל איסורים שבתורה, קיל היינו אפ"ל למ"ד ספק דאורייתא מה"ת לחומרא, מ"מ אין אשה נאסרת על בעלה, אלא בדאיכא רגלים לדבר שקנא לה ונסתרה, אבל בלא"ה אין איסורים אפ"ל יחוד עם גוי אא"כ ראו כדרך המנאפים, ובי"ד לא מפקי בעדי כיעור, ולעומת זה ברגלים לדבר שקנא לה ונסתרה וכיוצא בזה, היינו ספק סוטה חמור מכל ספיקא דאורייתא, ומדקריי' רחמנא טומאה ילפינן מיני' לס' טומאה, עכ"ל, וכל דבריו בזה הם נגד גמ' ערוכה בפ"ק דכתובות, דמפורש התם דבחד ספיקא בין ספק תחתיו או אינו תחתיו ובין ספק אונס או רצון היא נאסרת, ומה שדחק שם בתשו' הנ"ל לתרץ, הם דברים דחויים, וכן מוכח מפשטות הגמ' כתובות ד' נ"א ע"ב דלאבוה דשמואל באשת ישראל שנאנסה דס"ל דחיישינן שמא תחילתה באונס וסופה ברצון, הוא ספק של תורה, דאמרינן התם ולאבוה דשמואל אונס דשריא רחמנא היכי משכחת לה, כגון דאמרי עדים שצוחה מתחילה ועד סוף, ועי' בתוס' שם, ומה דנקט ספק זנות בא"א הוא שייך לספק טומאה, אף שכ"כ כתב בתשו' נוב"י מ"ת ח' יו"ד סי' ל"ח, דספק בזנות אם הוא כספק, אז הוי כודאי, כספק סוטה ע"י קנוי וסתירה, כבר בארנו ענין זה בדברינו לעיל בשאר א', דספק זנות הוא ככל ספיקות באו"ה בלי שום הבדל, דחד ספיקא אסור וס"ס מותר, והיכא דאיכא חזקה מהני מה"ת, ולפי"ז קשה טובא מפני מה לא חיישינן בעדי כיעור שמא זנתה ולאסור מספק, הלא לדברי כולם איכא לכה"פ רגלים לדבר, וכמו דאמרינן בגמ' בקנוי וסתירה דאיכא רגלים לדבר, ומ"ש ספק זה מספק אונס ורצון או תחתיו ולא תחתיו: ולכן נראה לי דהיסוד בענין זה הוא כלול בדברי רבי יוחנן בן נורי, דדבר שבערוה ילפינן מממון דכתיב עפ"י שנים עדים יקום דבר, מה להלן דבר ברור, דלכאורה קשה מה מוכח מהאי קרא דבעינן

דבר ברור, אבל לפי"מ שנתבאר בדברינו בפרקים הקודמים, שקבלו חז"ל שכונת התורה בהאי קרא, שהעדים מקימים את הדין היינו שהעדים אינם רק כמגלים ומבררים את האמת, אלא מקיימים את הדבר, וע"י העדים חל הדין לעשות ולהורות כדבריהם, ומזה למדו חז"ל דקדושין אינם חלים כלל אם נעשו בלא ראית העדים, ולפי"ז צ"ל שכן קבלו חז"ל שפרט ידיעת העדים גורם לקיום הדבר, דאם נאמר שהגדת העדים גורם קיום הדבר, איך למדו מזה שראית עדים בשעת מעשה הקדושין יגרום חלות הקדושין, וכן נתבאר שם בדברינו, דהא דקיי"ל דבי"ד שראו ביום אי"צ להגדת עדים משום דלא תהא שמועה גדולה מראי', כ"ז הוא לענין הגדה ובירור האמת, מהני האי קו"ח, אבל בנוגע לפרט השני, שצריך עדים לקיום הדבר, לא יועיל קו"ח זה, ולכן אם ראו בי"ד שהם כשרים גם לעדים, מתקים על ידם גם קיום הדבר, אבל אם יחיד מומחה ראה ביום לא מהני, משום דאף דלענין בירור איכא ק"ו, אבל חסר בזה עדים לקיום הדבר, ולמדנו דבר זה מתורתו של הרשב"א ז"ל בחי' לקדושין וב"ק, יעו"ש שהארכנו בזה, וכן בארנו שם שיטת הרמב"ם ז"ל בענין השטרות, דסובר שידיעת העדים בשעת קיום השטר הוא המקום ומחדש כח הדין לעשות שה ולכן סובר דמה"ל צריך שיזכרו עדים החתומים על השטר את המנה שבשטר, וידעתם מועלת לקיום הדבר, אף שאינם באים עכשיו לפני בי"ד, יעו"ש: ולפי"ז כיון דהכלל שלענין לעשות מעשה עפ"י עדים, אמרה תורה שצריך עדים לקיום דבר זה, משום שענין זה ג"כ נקרא דבר מחדש, שמציאות הדבר באמת לאמתו והנהגת האדם ע"י התגלות האמת, הם שני ענינים, וכ"ז שייך רק אם יודעים העדים דבר ברור, אבל אם העדים מסופקים דבר המציאות, מהראוי לומר דלא יהי' בכה"ג גם דין ספק, דאף שאנחנו מסופקים שמא באמת הי' הדבר כך וכך, אבל עדיין חסר הענין של ידיעת העדים לקיום הדבר, דכל ספק הוא העדר הידיעה, ובאמת מפורש במשניות וגמ' דאיכא תורת ספק בממון, כגון בשור שנגח את הפרה, ובמחליף פרה בחמור, דאמר סומכים דבכה"ג יחלוקו משום דין ממון המוטל בספק, אכן ענין זה מתבאר עפ"י מה שבארנו לעיל בפ"ב דהאי כללא שאמרה תורה שכל דין מחודש בממון ובדבר שבערוה, אינו חל רק עפ"י עדים, הוא רק אם התחדשות הדבר נעשה ע"י דעת מחשבת האדם, אבל אם הענין המתחדש אינו ע"י דעת ומחשבת האדם, אי"צ לקיום הדבר שיהי' מצטרף ידיעת העדים, ומה"ט עצם מעשה הזנות אוסרת בלא עדים, וכן מיתת הבעל מתרת בלא עדים, ולפי"ז י"ל דגם לענין והתבררות בי"ד, להודיעם את המציאות אף שהא עיקר היסוד שאמרה תורה שידיעתם מקיימת, אבל אם מחמת התגלות המקרה בא הספק ממילא בהכרח, אז אי"צ עדים לקיום הדבר היינו דאם ראו העדים בשור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה שהולד ג"כ נהרג, ואינו ידוע אם מת קודם הנגיחה, או לאחר הנגיחה, ספק זה הוא מוכרח מצד עצמו בלא השערת הרואים, דאופן אחד בע"כ הי' בזה, וכן במחליף פרה בחמור, ושור שהי' רודף אחר שור אחר להרגו ונמצא הרוג וא"י אם בסלע לקה, הספיקות האלה נתחדשו שלא מחמת הרואים, רק עצם הענין מספק על עצמו, וביותר ביאור יש להבין ענין זה, דמה שהעדים יודעים בבירור חלק אחד מן הסבה הראוי' לגרום הדין, רק שסבה זו אינה שלמה ויש לה שני אופנים אפשריים, היינו דמה שיודעים שהיתה הפרה מעוברת, ועכשיו הולד מת, ידיעה זו היא חלק מהסבות הגורמות חיוב, אלא דאפשר דמיתת הולד הי' ע"י סבה אחרת,

בכה"ג שידיעת החלק מן הסבה המחייבת סגי לחדש דין ספק וכפי ערך הידיעה כן הוא תולדת הדין: וכ"ז הוא שייך בספיקות שצד אחר מגוף המקרים הגורמים הדין מחדש הספק, אבל בעדי כיעור, שלא ראו כלל את עצם המקרה המחייבת, רק ראו דבר צדדי שמוכיח לחשוב על מקרה המחייבת, אז אם הוי דבר מוכיח בבירור כמו בפתח פתוח, ומכש"כ שראו אותם כדרך המנאפים, חשבינן כאילו ראו את עצם דבר המחייב ומחדש את הדין, אבל אם הכיעור אינו מברר בבירור גמור, רק גורם לחשוב שמא הי' בזה זנות, הנה בכה"ג תולדת הספק כולו מחודש מחמת דעת וחשבון הרואים, וכל ענין מחודש שנעשה ע"י אדם, אמרה תורה שיתקים רק ע"י ידיעת העדים, וידיעת הספק הוא העדר ידיעה, ומשו"ה חסר בזה כח עדים לקים הדבר ובלא עדים לקיום הדבר, לא מהני שום דין מחודש בממון ודבר שבערוה, ובזה מובן לנו ההבדל בין ספק אונס ספק רצון או ספק תחתיו, בין הספק המתילד ע"י דבר מכוער דבספק של אונס ורצון ראית מעשה הזנות, שהוא עצם הדבר הגורם הדין, מהני ענין זה לחדש דין ספק אי"צ לקיום דבר זה ידיעת העדים, מחמת שדבר זה הוא מוכרח לחדש ספק, משא"כ בספק של ראית דבר מכוער, ולפי"ד אין בדין ספק הבא מחמת ראית דבר מכוער, חידוש הלכה להקל בספק זנות, כמו שנקט הגאון בעל חת"ס, אלא הוא כלל בדין בירורים בממון ודבר שבערוה, וי"ל דמה שאמר ר"י ב"נ מה להלן דבר ברור, הוא מפני שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, שידיעת העדים מקימים הדבר, והשערה מסופקת אינה נחשבת לידיעה שתקים הדבר: ולפי מש"כ יש מקום לתרץ גודל התמיל' שתמהו הראשונים ז"ל על בעל הלכות, דפסק דגם אם ראו עדים אותם כדרך המנאפים, אין בי"ד כופים את הבעל להוציא, והלא ראית דרך המנאפים סגי לענין חיוב מיתה, כדאיתא בפ' השוכר את הפועלים ובספ"ק דמכות וכיון דבדיני נפשות, דכתיב והצילו העדה, סגי בהכי, כש"כ לאוסרה על בעלה, עכ"ל הרא"ש.

ולפי מש"כ י"ל דשאני לענין זה עדות בדבר שבערוה מדיני נפשות, דבדין דשב"ע דבעינן עדים לקיום הדבר, וידיעת העדים מקימת, אז י"ל דגם הוכחה כזו שראו כדרך המנאפים אינה ידיעה ממש וכמו שבארנו ענין זה בדין טומאת התהום ובדין ספק ערלה, דאם הדין תלוי בידיעת האדם, גם הוכחה שהיא בגדר רוב אינה ידיעה ודאית, דגם רוב הוא ספק, רק התורה אמרה להתנהג עפ"י רוב, אבל אם הדין תלוי בידיעת האדם, גם השערה המוכיחה בגדר רוב אינה חשובה כידיעה, אבל בדיני נפשות דלא כתיב בתורה עפ"י ב' עדים יקום דבר, רק עפ"י ב' עדים יומת המת, אפשר דלא בעינן כלל עדים לקיום הדבר, שיהי' צריך ידיעת העדים לקיום הדין ורק הגדת העדים מועלת, ומשו"ה מהני כדרך המנאפים לענין בירור האמת: ועפ"י דרך זה י"ל דגם בבעל שראה דבר מכוער שאינה נאסרת עליו מה"ת, לשיטת הראשונים הנ"ל, הוא ג"כ נלמד מהכתוב בעדים, דכמו דבעינן בעדים שידיעתם תקים הדבר, כ"כ בבע"ד בעצמו אם הדבר נוגע לו לעצמו, בעינן שהתחדשות זו מן המציאות אל דין הנהגה בפועל תהי' ע"י ידיעה, דכמו היכא שנוגע הדבר לאחרים מתקים הדבר ע"י עדים, כ"כ היכא שהדבר נוגע לו לעצמו מתקים ע"י הבע"ד, אבל בענין זה דומים זל"ז, ומשו"ה גם אצל הבעל יהי' חלוק אם הספק בא ע"י הסבה עצמה, כגון שראה שזנתה וא"י אם באונס או ברצון, אז הוא ספק מה"ת, ורק יהי' נידון זה הספק ככל הספיקות, ליזיל בתר חזקות המועילות, אבל

בספק הבא ע"י ראית דבר מכוער וכדומה, לא משוי רא' לספק: ואחר שזכינו לבאר שענין זה דלא מהני עדי כיעור מה"ת, הוא כלל בדבר שבערוה, וכמו דמוכח מדברי ר"י ב"נ דילפינן שיהי' דבר ברור, הנה בהאי עובדא במס' קדושין, שהאב קדש בעד בנו, ושקיל וטרי אם יש לחוש שמא עשהו הבן לשליח לקדש בשבילו, ספק זה הוא דומה לעדי כיעור, דעצם מנוי השליחות לא ראינו כלל, ורק המעשה שעשה האב מעורר לנו לספק בזה, וכמש"כ הריטב"א שם בד"ה הני בי תרי וז"ל והא דחיישינן הכא משום דשדיך ורגלים לדבר לחוש, שאין אדם מקדש לבנו שלא מדעתו עכ"ל.

ולכן תלוי דין זה אם ענין מנוי השליחות הוא דבר שבערוה שצריך עדים לקיום הדבר בשעת מנוי, אז אין לנו לחוש כלל מחמת ספק הנולד ע"י התעוררות מבחון, ומדאמרינן בגמ' לחוש דילמא שווי' שליח, הוכיח מזה הרא"ש ז"ל דאי"צ עדים למנוי השליחות, וכשיטת הרמב"ם ז"ל, שענין זה הוא כשליח על הפרשת תרומה, דבכל ענינים אלו אי"צ עדים לקיום הדבר, וכ"כ בירורי הספיקות חלים בלא ידיעת העדים, דאם הי' דבר שבערוה, אין לחוש לספק הנולד ע"י רגלים לדבר וכמו שבארנו, ומלבד כ"ז שבארנו לחלק בין דין המסופק בדשב"ע לספק הנוגע לשאר איסורים מוכח ענין זה מהראשונים ז"ל שהביאו מקור לדבריהם מדברי ר"י ב"נ המובא בסוף מס' גיטין, וכמו שהביא הרמב"ן ז"ל בחי' בשם בעל הלכות גדולות והר"ח ועוד קדמונים, וכן הוא בחי' הרשב"א והריטב"א, והרי מוכח דאי לאו האי קרא דבר דבר מממון הי' לנו לחוש בעדי כיעור, ומזה מוכח דבשאר איסורים כה"ג חיישינן למשוי לכה"פ לספק כנלענ"ד: והנה בתשו' מהרי"ט שם כתב, אחר שהעלה דגם לשיטת הרמב"ם, הרשב"א והרא"ש ז"ל, דמנוי שליחות בקדושין אינו דבר שבערוה, ואי"צ עדים לברר שהוא שליח, הוא דוקא אם אומר קודם המעשה, אבל לאחר המעשה צריך שני עדים, כמו בע"א שמעיד על חלב, כתב בזה"ל והשתא ניחא דלא תיקשי לדברי הרמב"ם דבהוא עובדא דבי תרי דשתו חמרא, אמאי הוצרכו לומר שנחוש לשמא עשאו שליח, נימא שנחוש לדברי האב, דמסתמא הוא אומר שהוא שליח, והוא נאמן בכך כמו שליח הגט וכו' אלא משום דלא אמר כן קודם הקדושין, ואין אנו צריכים עכשיו לדחוק ולומר לדברי הרמב"ם ז"ל, דהתם מיירי שהאב מודה שלא נעשה שליח, ואפי"ה רצו לומר שנחוש לו ומיהדר קהדר בי, וצריך להתישב בדבר עכ"ל.

ודברי המהרי"ט לדעתי הם סותרים זא"ז, דהרי כתב לפרש דברי הרא"ש שהוכיח מהא דאמרינן ודילמא שליח שווי', דמנוי שליחות לא הוי כדשב"ע, ומשו"ה חיישינן לספיקא, דאל"ה לא חיישינן, משום דנגד זה חזקת פנוי' של האשה, הרי אף אחר המעשה של הקדושין נחשב ספק זה כספק באיסורים, ולענין נאמנות ע"א מחשב אחר המעשה כספק בדבר שבערוה, ולכן נלענ"ד דבע"כ עלינו לפרש דליכא האב לפנינו לישאל לו, דאם הי' המעשה שהאב אומר כן בפירוש, הי' הש"ס מפרש דבר זה אם נאמן האב או לא, ומה שנקט המהרי"ט דגם אם הי' האב מודה שלא נעשה שליח יש מקום לחוש שמא משקר, זה נגד תשו' מיימוני שהבאנו בשע"ו ונגד דברי הראשונים ז"ל שכתבו בסוגיא דפ"פ, דאם האשה אומרת נאנסתי דנאמנת כע"א בספק חלב, משום שלדברי העד לא נתחדש בזה דבר שבערוה, ובכה"ג כל שלא נתחזקה באיסור לפנינו נאמנת, ולכן בעובדא זו דלא נתחזקה למקודשת שהרי שקלו וטרי רבנן בזה לחוש לספיקות, אם הי'



האב מודה דלא נעשה שליח, ודאי ה' נאמן כע"א באיסורים, ולכן מדלא הזכירו כלום אמירת האב, נראה פשוט שדנו בזה העובדא קודם ששאלו את האב, אבל אם ה' האב לפנינו ה' נאמן על כל צד שה' אומר, וכמו שבארנו בפ' הקודם, דגם לאחר המעשה אם אנו מסופקים על השליחות הוא כספק באיסורים כנלענ"ד: ועל עיקר החדוש שכתבנו בזה, הקשה לי אחד מבני הישיבה, דבמגרש ולנה עמו בפונדקי דקיי"ל כב"ה דאמרינן הן עדי יחוד הן עדי ביאה, פסק הרמב"ם והטוש"ע דהוי ספק קדושין, ולפי מש"כ אי אפשר להיות כן, דאם אינה הוכחה גמורה ליכא גם דין ספק, אכן י"ל דאינו ספק עובדא אלא ספיקא דדינא, בהא דאמרינן הן עדי יחוד הן עדי ביאה, עוד י"ל דהרי בלא"ה קשה למה לא מוקמינן אחזקה, ודוחק לומר שהוא מדרבנן מחמת חומרא דאשת איש, דהוי לי' לפרש שהוא מדרבנן, ולכן נלענ"ד די"ל דבכה"ג שנתיחדה איתרע חזקה, משום דלבו גס בה, דמה"ט סברי שאר הראשונים ז"ל דהוי ודאי, כמש"כ ברש"י שם דאנן סהדי, ואם איתרע חזקת פנוי, י"ל דספק זה הוי כשאר ספיקות, דדבר שבערוה דבעינן עדים לקיום הדבר הוא דוקא אם הוא נגד חזקת פנוי או חזקת אשת איש, אבל בפשטות מוכח דגם באיתרע חזקה חשוב דבר שבערוה לענין עדים לקיום הדבר וצ"ע: פרק טז גרסינן במס' קדושין ד' י"ט ע"ב ת"ר כיצד מצות יעוד אומר לה בפני שנים הרי את מיועדת לי הרי את מקודשת לי אפי' בסוף שש ואפי' סמוך לשקיעת החמה וכו' ר"י בר"י אומר אם יש שהות ביום כדי לעשות עמו שוה פרוטה מקודשת ואם לאו אינה מקודשת, משל לאומר לאשה התקדשי מעכשיו ולאחר ל' יום ובא אחר וקדשה בתוך ל' יום שמקודשת לראשון, ואמרינן בגמ' דהאי משל הוא לרבנן, ומבואר שם בסוגיא דלרבנן מעות הראשונות לקדושין נתנו, וכשמיעדה אח"כ חלין הקדושין ע"י כסף המכירה.

ויש לעיין בזה איך חלין הקדושין למפרע, אם היתה המכירה של האמה העברית בלא עדים, וכן קשה למה צריך אח"כ בשעת היעוד ליעדה בפני עדים, כיון דיעוד דהשתא הוא בגדר תנאי, ובכל קיומי התנאים בגיטין וקדושין, אי"צ שיהי' דוקא בפני עדים לקיום הדבר, ומפשטות הסוגיא מוכח דלרבנן חלין הקדושין למפרע ממש, ומה"ט אף אם קדשה אבי' לאחר, אם רצה האדון ליעד מיעד, וכדאיתא בברייתא שם, וכן מוכח מהירושלמי הובא בחי' הרשב"א שם, ירושלמי על דעתייהו דרבנן משעה ראשונה נותן כסף ליעודין, על דעתי דר"י בר"י בסוף נותן כסף ליעודין, מ"ד בסוף נותן כסף ליעודין מעשי ידי' של בעלה, ומ"ד משעה ראשונה נותן כסף ליעודין מעשי ידי' של אבי', ואפי' כמ"ד משעה ראשונה נותן כסף ליעודין, נעשה כאומר לה הרי את מקודשת לי ע"מ שמעשה ידיך שלי עכ"ל.

הרי להדיא דלרבנן הוי כמקודשת למפרע, וכאילו לא היתה מכירה כלל. וז"ל הרמב"ם בפ"ד מה' עבדים ה' ט"ו המוכר את בתו ואח"כ הלך וקדשה לאחר אם רצה האדון ליעד מיעד, ואם לא יעד האדון לא לו ולא לבנו כשתצא מרשות האדון יגמרו קדושי' ותעשה אשת איש עכ"ל.

דמה מוכח דלא ניטל כח קדושין מאב ע"י המכירה לאדון, וכשמקדשה לאחר הקדושין תלויים, דאם ייעדה האדון חלו קדושי האדון למפרע ובטלו קדושי שני, ואם לא ייעדה

האדון חלו למפרע קדושי שני, והא דקה פסקי הרמב"ם ז"ל שם דכתב בה' י"ג, המקדש את בתו כשהיא קטנה ונתארמלה או נתגרשה אינו יכול למוכרה, שאין אדם יכול למכור את בתו לשפחות אחר אישות, אבל מוכרה לשפחות אחר שפחות, כיצד מכרה לשפחות תחלה ויעד אותה האדון ומת האדון או גרשה וחזרה לרשות האב כשהיא קטנה, הרי האב מוכרה פעם שני' אפילו לכהן עכ"ל.

ולפי"מ דפסק כרבנן דמעוה הראשונות לקדושין נתנו, מפורש בגמ' דאינו יכול למוכרה עוד, דהוי כשפחות אחר אישות, דפריך התם בגמ' אהא דקתני בברייתא ושווין שמוכרה אלמנה לכ"ג וכו' היכי מצי מזבין לה והא אין אדם מוכר את בתו לשפחות אחר אישות, ואמר רב עמרם אר"י הכא בקדושי יעוד ואליבא דר"י בר"י דאמר מעוה הראשונות לאו לקדושין נתנו וכו' אלא דשאני אירוסין דידה מאירוסין דאבי' וכו' ולרב נחמן בר יצחק דאמר אפילו לריב"י מעוה הראשונות לקדושין נתנו במאי מוקים לה מוקים לה כר' אליעזר דאמר לשפחות אחר שפחות הוא דלא מצי מזבין לה אבל לשפחות אחר אישות מצי מזבין לה, והרמב"ם ז"ל פסק כרבנן ובזה פסק דמצי מזבין לה, וחשיב ענין זה כשפחות אחר שפחות, וזה תמוה, ועיי"ש בלחם משנה שנתקשה בזה, וכתב דהרמב"ם ז"ל הי' לו גירסא אחרת בגמ', והוא דחוק ורחוק מאד, דהרי סוגיא שלמה היא: ונראה לענ"ד דשיטת הרמב"ם בזה, דסובר שענין זה תלוי בשני הלשונות בבאור דברי ר' אייבו אמר ר' ינאי אין יעוד אלא בגדול אין יעוד אלא מדעת, דבלישנא קמא אמרינן תרתי מה טעם קאמר וכו' ואיבע"א מאי מדעת מדעת דידה, יעו"ש, והרמב"ם ז"ל פסק להלכה כלישנה בתרא, וז"ל שם בה"ו אין האדון מיעד אמה עברי' לא לו ולא לבנו אלא מדעתה, אעפ"י שכבר קבל אבי' מעותי', שהרי הוא אומר יעדה מדעתה, עכ"ל, ובש"מ שם כתב דמדכתיב יעדה שהוא לשון דיעה דרשינן שהוא צריך להודיעה, והיינו כדי שתתמצה, שאל"כ מה תועלת יש בהודעתה, ובאמת אין זה פשוט כ"כ, דהרי התוס' בקדושין ד' ה' ד"ה שכן ישנן בע"כ כתבו, דהא דאמרינן שצריך ליעדה, לא שצריך לעשות מרצונה, אלא שצריך להודיעה שלשם קדושין מיעדה, עכ"ל, אבל מפשטות דברי הרמב"ם ודאי מוכח שגזיה"כ הוא שצריך לעשות היעוד מרצונה, כמו הבנת לשון הש"ס בכ"מ דאיתא לשון מדעת, שהוא ענין התרצות, ולפי"ז י"ל דכל הסוגיא שם דנקטה דלמ"ד מעוה הראשונות לקדושין נתנו אין יכול למוכרה דהוי כשפחות אחר אישות, היא לפי לישנא קמא, דלמ"ד לקדושין נתנו אי"צ דעת האמה, והקדושין נגמרים ע"י האב והאדון אבל לפי לישנא בתרא דלכו"ע בעינן רצון האמה בשעת היעוד, אין הבדל.

בין רבנן לריב"י, ולכו"ע חשיב כשפחות אחר שפחות, והוי כאירוסין דידה, דהרי גם למ"ד לאו לקדושין נתנו עכ"פ איכא הצטרפות כח האב לקדושין, דלהתקדש לאחר אין כח להבת מלבד שהיא קטנה ואין מעשה קטנה כלום, הרי היא ברשות אבי' לקדושין ורק לאדון זה תוכל להתקדש שאי"צ דעת האב בזה, שהתורה עשתה בזה כאילו אמר לה צאי וקבלי קדושך, ואפי"ה לא חשבינן זה כשפחות אחר אישות כיון שצריך עוד דעתה ורצונה, כ"כ לרבנן לפי לישנא בתרא שצריך להיות מדעתה, חשיב כשפחות אחר שפחות, אף דחלין הקדושין למפרע, אבל כיון שאינם חלין אלא ע"י הצטרפות רצון האמה, אין זה דומה לקדושין דעלמא, ולכן פסק הרמב"ם ז"ל דיכול למוכרה אחר קדושי יעוד, לפי"מ דפסק כלישנא בתרא דבעינן מדעתה, וזה דרך נכון בשיטת הרמב"ם, ואי"צ

לדחוק שהי' בזה חלופי גירסאות: ומעתה עלינו לבאר למה מהני מכירת אמה העברי' בלא עדים ואיך חלין הקדושין אח"כ, וגם למ"ד מעות הראשונות לאו לקדושין נתנו ומקדשה אח"כ, ג"כ קשה, כיון דעכ"פ המכירהגורמת שיחולו הקדושין בלי דעת האב, הרי הוי דבר שבערוה, דהרי באומר לבתו צאי וקבלי קדושך, כתב הרמ"א אהע"ז סי' ל"ז סעי' ז', דבעינן שיאמר לה בפני עדים, ולמה תיהני מכירת אמה שלא בפני עדים, לחול עי"ז קדושין בכולן או מקצתן, ואין לומר כיון דלענין מכירה ליכא חסרון, דלמכירה אי"צ עדים לקיום הדבר, אז ממילא יש בזה סבת קדושין, דגזיה"כ הוא שע"ז שחל מעיקרא מכירה תחול בזה גם קדושין, דהרי מוכח מלשון הש"ס דצריך שיהי' הכסף לקדושין, דאמרינן מעות הראשונות לקדושין נתנו, ואם קנה אמה בלי כסף רק במתנה, אז לא יהי' דין יעוד למפרע, ורק תתיעד אח"כ ע"י כסף או שטר וביאה כקדושין דעלמא, רק דאי"צ דעת האב, ואף דבעינן במכירת אמה שתהי' ראוי' ליעוד, אבל בכה"ג חשבינן ג"כ ראוי' ליעוד, דלא בעינן שיהי' ראוי' ליעוד שיהיו קדושין למפרע, ומצאתי במנה"ח מצוה ס"ג שכתב כן להכריע, דגם לרבנן משכחת לה שיהי' קדושי יעוד רק מכאן ולהבא ולא למפרע, כגון שנמכרה ע"י קנין שטר ונזקף כסף המכירה בחוב ככל מכירה הנעשית ע"י קנין שטר בלי כסף, והתוס' רי"ד סובר דגם במתנה נקנית אמה העברי' וכתב דאז מתקדשת ע"י שיהי' שהות ביום שוה פרוטה וכדבריו נראה מלשון הש"ס דאמרינן בהא דאמר ר"י בר"י יעדה והפדה צריך שיהא שהות ביום כדי פדי', מכאן אר"י בר"י אם יש שהות ביום כדי לעשות עמו שוה פרוטה מקודשת, ואם לאו אינה מקודשת, אלמא קסבר מעות הראשונות לאו לקדושין נתנו, ואם נאמר כמו שחשבנו דגם אם תתקדש אח"כ ע"י כסף, או שטר וביאה, יתחשב כיעוד מחמת שאי"צ דעת האב איך קאמר ריבר"י ואם לאו אינה מקודשת, הרי אפשר שתתקדש בקנין אחר, מזה משמע כדברי המנה"ח דרק אם אפשר לחול קדושין ע"י ענין המכירה בלא קנינים אחרים חשבה תורה ליעוד, היינו או ע"י מעות הראשונות או ע"י העבדות, שיש שהות כדי לעשות שוה פרוטה, אבל אם יהי' צריך קנין אחר אין זה בכלל יעוד, אבל עכ"פ מוכח דלכו"ע אין הקדושין חלין בלי קנין כסף, והמכירה עצמה אינה מועלת שיהיו חלין הקדושין, ולפי"ז קשה טובא דכמו דבעינן כסף, כ"כ הי' ראוי שיהי' בפני עדים כקדושין וככל דבר שבערוה שאינם מתקימים בלא קדושין, והי' ראוי להיות המכירה דוקא בפני עדים כדי שתהי' ראוי' ליעוד דאם יהי' צריך אח"כ דעת האב אין זה יעוד כלל, כמובן, וכשלא הי' בפני עדים, לא יהני אח"כ בלי דעת האב והוי כמכירה שאינה ראוי' ליעוד, ומכש"כ שלא יהיו חלין הקדושין למפרע: ונראה לענ"ד עפ"י מה שנבאר בפרקים הקודמים דרק בענינים הנעשים ע"י רצון וכונה, הצריכה תורה עדים לקיום הדבר, וכמו שהבאנו דברי תוס' במס' קדושין ד' ס"ו שכתב לחלק בין זנות שחל דין איסור בלא עדים.

לקדושין שאינם חלין בלא עדים, משום דאפשר שהכסף הוא למתנה, וכ"כ הוכחנו ממינת הבעל דמתרת בלא עדים, לפי"ז י"ל כיון דלכו"ע מה שיוכל האדון ליעד שלא מדעת האב, הוא גזיה"כ בדין מכירת אמה העברי', לרבנן אם התנה האב בשעת מכירה ע"מ שלא ליעד תנאו בטל, מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה, ולר"מ דמהני תנאו הוא משום דיליף מקרא דלאמה, פעמים שאינו מוכרה אלא לאמה בלבד, אבל גם לר"מ ענין

היעוד הוא ממילא, ורק אם התנה מהני תנאו – וענין זה מה דמועיל לר"מ תנאי ע"מ שלא ליעד, אף שבלא תנאי חל דין קדושין במכירה בע"כ של אב ואדון, נראה לי שהוא מוכרח גם לר' יהודא, דמהני במקדש ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה, משום דבדבר שבממון תנאו קים, דנראה ודאי שאין הקדושין תלויים ועומדים, שאם תמחול בשאר וכסות יחולו הקדושין, ואם לא תמחול יתבטלו הקדושין, דלא נזכר בשום פוסק שאפשר שיתבטלו הקדושין לר"י, אלא נראה דענין זה הוא עפ"י דרך שכ' תוס' בגיטין ד' פ"ג ד"ה ועמדה ונישאת, דאם גרש ע"מ שלא תנשא לפלוני ונשאת לפלוני שהגט קים, משום דנשואים אלו אי אפשר שיחולו, שאם יחולו יתבטלו למפר מחמת התנאי, וכן דבר שאין מציאות לחלות, אינו חל כלל, ומשו"ה הגט קיים והנשואים בטלים, ועפיד"ז נ"ל בענין התנאי בשאר וכסות, שמתנה בתנאי כפול שאם יהי' לה עלי' תביעת שאר כסות יתבטלו הקדושין למפרע, וכן כתבו תוס' בכתובות ד' נ"ו להדיא דדוקא ע"י תנאי כפול מהני, יעו"ש, ומשו"ה אם יחול דין שאר וכסות יתבטלו הקדושין, וממילא ממ"נ אין מציאות לחלות דין תביעת שאר וכסות ומשו"ה חלין הקדושין בהחלט ואין לה תביעת שאר וכסות, ור"מ סובר התם דלא מהני תנאו, דהוי כמתנה ע"מ שכתוב בתורה, דע"י תחבולת התנאי הוא עוקר דין של תורה שתהא מקודשת בלא דין שאר וכסות, ור"י סובר דכיון שהיא מתרצית להתקדש על תנאי זה, אין זה נגד התורה, דבדבר שבממון אם תרצה אח"כ למחול מהני כ"כ אם מתרצית מעיקרא על תנאי זה אין זה עקירת דין תורה, וביעוד מהני לר"מ תנאי ע"מ שלא ייעד, היינו כ"כ על אופן זה שמתנה שאם ייעד ויהי' דין יעוד, תתבטל המכירה למפרע, ומשו"ה ממילא יהי' היעוד בטל, ולא יהני כלום, שאם יחול – יתבטל, כמש"כ, ולרבנן לא מהני תנאי זה, משום דהוי מתנה ע"מ שכתוב בתורה, דענין זה אינו כדבר שבממון, וכמש"כ בתוס' שם בקדושין ד' י"ט ע"ב, ולר"מ יליף זה מקרא דלאמה פעמים שאינו מוכרה אלא לאמה, היינו דמכירה כזאת הוי כאילו נעשית מכירה בלי כח יעוד, אבל אם יתנה בלא תנאי כפול כדין תנאי, יהי' בזה דין יעוד בע"כ, – לפי"ז י"ל כאן דענין הקדושין באמה עברי' לרבנן או לריב"ר, הוא ענין שנעשה ע"י מכירה בלי שום רצון וכונה מצד האב או האדון, משו"ה אי"צ עדים לקיום הדבר, אף דיש מקום לדון כיון דהמכירה הוא כשאר ההקנאות הנעשים ע"י רצון וכונה, וע"י מכירה זו נולד ענין הקדושין והוי כאילו גם הקדושין חלין ע"י רצון האב והאדון, וכמו שמצינו לדוגמא לענין נדרים דהתפסה מהני רק בדבר הנדור, ומ"מ מהני בנזיר שנדר רק ליום אחד וממילא חלה נזירות עליו לשלשים יום, ואחר אם יתפיס בו לאחר יום או יומים, מהני ההתפסה, כיון שבא ע"י נדרורק בתרומה כתב הר"ן בנדרים ד' י"א ע"ב דלא הוי דבר הנדור, דהאיסור חל ממילא דרחמנא אסרה, יעו"ש, וההבדל בזה נלענ"ד, דבדבר שאי אפשר לחול מה שהאדם עושה, רק אם יחול הדבר הנולד, כגון בנזירות דליכא נזירות פחות מל' יום, אז כשעושה נזירות ליום אחד, חשבינן כאילו עשה לשלשים יום, דהרי גמר לעשות נזירות ליום אחד, ובלי ל' יום ליכא נזירות גם ליום אחד, אבל בתרומה אם גם לא הי' חל איסור לזרים הי' מהני הפרשת תרומה, דענין הפרשת תרומה אינו לא להתיר השיריים ולאסור חלק התרומה, אלא חלוקת שותפים לברר חלק מתנות כהונה, וכמו מעשר ראשון ומעשר עני דמותר לזרים, משו"ה מה שחל האיסור ע"י רחמנא לא חשיב כדבר הנדור, וכן דלענ"ד דמקדיש בבהמה אבר

שהנשמה תלוי' בו, דפשטה קדושה בכולה, גם מה שמתפשט הוי כדבר הנדור, משום דאם לא תתפשט בכולה אינו חל גם מה שהקדיש קדושת הגוף ממש, דאם ה' חל קדושת הגוף ממש לא ה' מתפשט בכולה, דרק אם חצי גוף לא מהני, אז אמרינן פשטה בכולה, ובס' א"מ בתשו' כתב היפוך דבריננו, אבל לענ"ד אין דבריו נכונים בזה, ולפי"ז בנידון דידן שבלא דין יעוד בטלה המכירה, דבעינן שיהי' ראוי ליעד, ודאי יש לדון דגם הקדושין נעשים ע"י האב והאדון ולא ממילא, וכן מוכח מהא דכ' תוס' בקדושין ד' י"ט דלמ"ד עבד עברי גופו קנוי תתקדש אמה העברי' לר"י בר"י ע"י הפקר, והתם ודאי אינו עושה שתזכה היא בעצמה רק שיחול הדבר והיא נעשית חפשית בלי רצונה דקטנה היא, אלא דבכה"ג חשבינן כאילו נתן לה כסף, אף דזכותה היא ממילא, אבל בכ"ז לענין הצרכת עדים לקיום הדבר מסתברים הדברים לומר דאי"צ ע"ז עדים, דלפימש"כ לעיל דגם בקדושין דעלמא לא בעינן עדים רק על הפרטים המועילים ע"י רצון וכונת הבעלי דברים, אבל בפרטים הנדרשים לקנין והם אינם נעשים ע"י רצון כמו ידיעת שויו של הכסף, וידיעת מקום הנחת הכסף אם המקום קרוב לה או קרוב לו מועיל אם ה' במציאות אף שלא ה' בזה ידיעת העדים, הנה בכה"ג שהקדושין חלין בלא דעת ורצון האב והאדון אי"צ עדים, אף שנחשוב שגם הקדושין נעשו ע"י הבעלי דברים, אבל רק ע"י מעשיהם ולא עפ"י רצונם וכונתם ול"ד לענין דבר הנדור דשם צריך שיהי' רק ע"י הנודר ואי"צ שיהי' ע"י רצון הנודר, ואם רק קרינן שחל עפ"י מעשה של הנודר חשיב כדבר הנדור, ולענין עדים י"ל דבעינן דוקא מה שחל עפ"י רצונם וכונתם של הבע"ד, ולענין להחשיב לשפחות אחר אישות אם א"צ אח"כ דעתה, הוי כאילו הקדושין היו ע"י האב, אף שחלין בע"כ של האב, אבל המכירה נעשית מרצונו, והוי כאילו עשה הוא, אבל בלי כונה ורצון: ומעתה יש לתרץ מה שהקשינו דבכל התנאים בגו"ק אי"צ עדים בשעת קיום התנאי ובטולו, ומועילים למפרע בין לחלות הקדושין ובין לעקור הקדושין גם כשנעשה שלא בפני עדים, וביעוד בעינן בשעת היעוד שיהיו בפני עדים כעיקר מעשה קדושין, דהכלל בזה כל ענין המועיל לחלות הקדושין או לעקירת הקדושין חשיב כדבר שבערוה, ואם בזה גם הפרט שמועיל רק ע"י כונה ורצון אז צריך עדים לקיום הדבר, ובפשטות נראה בכל תנאים דעלמא אי"צ בשעת קיום התנאי שיהי' בכונה ורצון להועיל לחלות הקנין או לעקור הקדושין, והקדושין מתקיימים ומתבטלים ממילא, דהרי אם מתנה ע"מ שירדו גשמים או אם מתי מחולי זה וכה"ג, חלין הקדושין והגרדושין בע"כ, ולפי"ז גם אם מתנה בדבר שבידו לקיימו, ג"כ אי"צ בשעת קיום התנאי לרצון וכונה, משו"ה אי"צ לעדים לקיום הדבר, אבל ביעוד שאמרה תורה שלא יחולו הקדושין למפרע, רק אם יקדשה אח"כ מרצונו ובכונה המועילים לקנין, וכיון שמעשה זו צריכה כונה ורצון על עיקר הדבר, והיא הגורמת שיחולו הקדושין למפרע, אינו חל רק ע"י עדים לקיום הדבר: ואף שגם בתנאים דעלמא משמע מסוגית הש"ס ריש כתובות דבכל קיומי התנאים אם רק לא התנא בפירוש על האונס בעינן רצון, דהטעם דיש אונס בגיטין כתב רש"י ז"ל בזה"ל, דמצינו טענת אונס מן התורה, שנא' ולנערה לא תעשה דבר, עכ"ל, וכן מפורש במס' נדרים דף כ"ז דאמר רבא אנוס הוא ואנוס רחמנא פטרי', דכתיב ולנערה לא תעשה דבר, ומזה מוכח דאין הטעם בטענת אונס משום דאדעתא דהכי לא התנה, שאם ה' בענין זה שהמתנה לא עשה שיועיל הקנין אין זה שייך כלל לאנוס

רחמנא פטרי', וכן מה דאמרינן שם בנדרים וכי תימא קטלא שאני, וכתבו בתוס' שם  
דהכא י"ל דפשע מה שלא התנה בפירוש שאם יהי' אנוס ולא יתקים התנאי, יתבטל  
הדין, יעו"ש, וכן מה דאמרינן במס' כתובות לענין אונס דפסקי' מברא, ודילמא אונס  
דשכיח שאני, דכיון דאיבעי לי' לאתנווי ולא אתני איהו הוא דאפסיד אנפשי', ואם הטעם  
שבכה"ג אתני מעיקרא, מה שייך לומר איהו הוא דאפסיד אנפשי', דאם התנה ע"מ  
שירדו גשמים מהני התנאי בלא טעם דאיהו אפסיד אנפשי', אלא שכן התנה, וכן מה  
דאמרינן התם בכתובות שבהגעת זמן חובו רבנן במזונות, ואם חלה אינו מעלה לה  
מזונות, אמר רבא בלישנא קמא ולענין גיטין אינו כן, ובלישנא בתרא וכן לענין גיטין,  
ואם הי' הטעם דיש אונס ואין אונס, אם התנא אדעתא דהכי או לא, מה שייך דמיון זה  
לתקנת חכמים לחייבו במזונות בהגעת זמן: אלא נראה שהכונה בזה שמצד דין הקנינים  
לא הי' מועיל טענת אונס, דליכא אומדנא ברורה לומר שבטל הקדושין, כדרך שאמרינן  
ביבמה שנפלה לפני מוכה שאין וחטאת שמתו בעלי', בב"ק ד' ק"י, וכיון שנתקים התנאי,  
מהראוי להיות שחל המעשה אף אם נתקים התנאי באונס, אלא כמו דמצינו בתורה  
שאונס פטור מעונש, כיון שתלה סבת קיום הגירושין ע"י קיום התנאי, ועכשיו נתקים  
התנאי ע"י סבת אונס אם נאמר שיחולו הגירושין ע"י סבה זו הוי כאילו חל עליו הדין  
באונס, וכן משמע מלשון הראשונים ז"ל הובא בשטמ"ק שם, שכ' וזה דומה כאילו הי'  
אנוס בעיקר הגירושין, יעו"ש, וזה ג"כ הטעם דבאונס דשכיח אמרינן איהו הוא דאפסיד  
אנפשי', דבכה"ג שהי' ביכולתו להתנות ולא התנה, אין האונס גרם לי' לחלות הדין,  
שהרי הי' בידו להנצל, כן ניחא מה דאמרינן שם לדמות חיוב של תקנת חכמים בהגעת  
זמן, לפטרו אם הי' סבת הדבר שלא נשא מחמת אונס, לכל אונסים הפוטרים מדין הראוי  
לחול על האדם, ועד"ז מתפרש התם כל הענין, דהרי גם בהתנה אם מתי מחולי זה,  
ואכלו ארי לא חלו הגירושין, דחשבינן שע"י אונס דלא סליק אדעת' יחולו הגירושין,  
אף דאמרינן דניחא לי' דלא תיפול קמי יבם, יעו"ש: אמנם מה שצריך בכל קיומי התנאים  
שיתקומו ברצון, אינו כענין הרצון של היעוד, דביעוד צריך רצון וכונה שע"י היעוד  
דהשתא תתקדש למפרע, ובקיום התנאי דעלמא, מלבד דאי"צ שום כונה שע"י קיום  
התנאי יחולו הגירושין וכדומה, אלא באמת גם רצון אי"צ, רק שלא יהי' אנוס בדבר,  
דהרי באונס דשכיח ג"כ ליכא רצון אח"כ, אלא משום דאיהו אפסיד אנפשי' לא חשיב  
כאנוס בחלות הגירושין, ולכן מתורץ כל הענין באמה העברי', דבשעת המכירה אי"צ  
לעדים, שמה שמועלת המכירה לקדושין, חל בלי כונת ורצון הב"ד, אבל היעוד שלאח"כ  
שגורם ע"י כונה ורצון, בעינן עדים לקיום הדבר, ובכל קדושין על תנאי הוא להיפוך,  
דמעיקרא שצריך כונה לקדושין בעינן עדים, ואח"כ בשעת קיום התנאי שאי"צ כונה  
ורצון לא בעינן עדים, כנלענ"ד בענין זה: פרק יז אמנם צריך לבאר בענין קדושי יעוד  
לר"י בר"י וגם לרבנן, לפי מה שבארנו דלמסקנא גם לרבנן בעינן דעתה ורצונה בשעת  
היעוד, כיון שקטן וקטנה חשובים לענין קבלת עדות כגדול שלא בפניו, ולשיטת  
הרמב"ם כ"כ לא מהני בדבר שצריך עדים לקיום הדבר, וכמו שכ' בפ"ו מה' גירושין  
ה"ט וז"ל, וקטנה אינה עושה שליח לקבלה, אעפ"י שחצרה קונה לה כגדולה מפני  
ששליח קבלה צריך עדים ואין מעידים על הקטן שאינו בן דעה גמורה, עכ"ל, והראב"ד  
ז"ל כתב ע"ז וז"ל זה הטעם אין לו לא טעם ולא ריח, אלא אתם גם אתם לרבות שלוחכם

מה אתם בני דעת אף שלוחכם בני דעת, נמצא שהשליח והמשלה צריכים להיות בני דעת, עכ"ל, והנה מוכח דהרמב"ם והראב"ד ז"ל בתרתי פליגי, דלשיטת הרמב"ם ז"ל סגי דעת של קטן וקטנה לענין מנוי שליחות, אלא בזה חלוק קטנה מקטן, דבקטן לא מצינו שרבתה תורה, מעשי קנינים הנעשים שלא בגופו ועצמו, ובקטנה שרבתה תורה זכות גט ע"י חצרה, ילפינן שמהני אצלה גם מעשים הגורמים לקנין שנעשים שלא ע"י גופה ועצמה, דסובר דמה שאמרינן שחצרה מידה איתרבאי, הוא רק להורות דבקטנה מהני גם מעשה זו, דעכ"פ אין זה יד ממש, ומה"ט סובר דגם בשאר קנינים כמו קנין חליפין חלוק קטן מקטנה, כמו שפסק בה' מכירה פכ"ט וז"ל, וכן קטן שקנה מטלטלים וקנו מידו ושכר מהם המקום לא קנה עד שימשוך, לפי שאינו זוכה בדרכים שזוכים בהם הגדולים, ראי' לדבר שאין חצר של קטן וד' אמות שלו קונים לו מפני שנתרבו מדין שליחות ולא מדין ידו, כמו שיתבאר, ולא יהי' הקנין ושכירות המקום גדול מחצירו, אבל הקטנה שנתרבתה חצרה מידה תקנה המטלטלים מאחרים אם קנו מידה או בשכירות מקום, עכ"ל, וכש"ך ח"מ סי' רל"ה תמה בזה מאיזה טעם יהי' הבדל בין קטן לקטנה לענין חליפין, יעו"ש, אבל הלא דבריו מפורשים, דמפרש שאין הכונה שחצר אצל קטנה חלוק מחצר אצל קטן, רק דחלקה תורה כח קנין של קטן מקטנה, ולכן לשיטתו בקטנה שעשתה שליח לקבל גיטה, הי' ראוי להועיל כיון דסגי דעת קטן לענין מנוי שליחות, וגם ראוי שיהני מעשה השליח להועיל שתזכה בה, משום דנתרבתה שחצרה קונה לה, ולכן מצא בזה טעם צדדי משום חסרון עדים לקיום הדבר, ונראה דלשיטתו גם בקנין של דעת אחרת מקנה, דמהני בקטן וקטנה מה"ת, יהי' הבדל בין קטן וקטנה היכא שמזכה ע"י אחרים דלקטן לא יהני רק מדרבנן, ולקטנה יהני מה"ת, ובעיקר הדבר דסובר דסגי לענין מנוי שליחות דעת קטנים, נראה דסובר כיון שלא נזכר בגמ' מיעוט זה שכ' הראב"ד אתם גם אתם למעט קטנים, ורק מפשטות הכתובים, וכמש"כ רש"י בב"מ ד' י' ע"ב, דכל היכא שגלתה תורה שליחות כתיב איש, וכן כתב הרא"ש בקדושין ד' ט' בקטנה שקבלה קדושין מדעת אבי', יעו"ש, וי"ל דבאמת לא משכחת ענין זה שיעשה הקטן שליח או שיהי' שליח, דהיכא דצריך רצון וכונה גמורה, אין מעשה קטן כלום, ולפי"ז בקבלת גט דלעיקר הקנין אי"צ דעת האשה כלום דמתגרשת בע"כ, סובר דבכה"ג לא נתמעט דין שליחות בקטן לקטנה, ורק דצריך לנו למילף שיהני לקטנה מעשה אחרים וזה יש למילף מחצרה, שרבתה תורה אצל קטנה, והראב"ד ז"ל סובר דקטנים נתמעטו מקרא דאתם גם אתם: ועוד פליגי בדין עדים שצריך לקיום הדבר, וכנראה פליגי בזה אם הצריכה תורה עדים המועילים בהגדה, או דסגי עדים שראויים להיות עדי ראי', וכמו שהבאנו לעיל בפ"ד מחלוקת בין הראשונים ז"ל לענין אם נצטרפו קרובים ופסולים בשעת ראי' של הקדושין, דהתוס' והרא"ש סברי כיון דליכא חסרון צרוף קו"פ בשעת ראי', לבירור אח"כ בכי"ד, כ"כ מהני בקדושין לקיום הדבר, והריטב"א סובר כיון דבקדושין נעשה ע"י הראי' קיום הדבר, ה"ז דומה להצטרפות קו"פ בשעת הגדה, וכ"כ י"ל דגם לענין דין שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, תלוי בפלוגתא זו, דהראב"ד ז"ל סובר דרק בשעת הגדה צריך לקבל עדים בפני בע"ד, שיראה הבע"ד את העדים, אבל היכא שקיום הדבר נעשה ע"י ראי' אי"צ בפני בע"ד, והרמב"ם ז"ל סובר כהריטב"א, דאם נעשה קיום הדבר ע"י ראי' צריך שיהי' בפני

בע"ד, ועפ"ז י"ל דמש"כ שם הריטב"א ז"ל דעדי הטמנה לא מהני בקדושין, מלבד טעם השטאה, משום דכיון דצריך עדים לקיום הדבר לא מהני אם המקדש והמתקדשת לא ראו את העדים, ולעיל בדברינו חתרנו למצוא טעם לזה והבאנו שם דברי האבני מלואים, יעו"ש, ועפ"י האמור בזה י"ל מטעם שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, אמנם ענין זה אם הדין שאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד הוא מה"ת או דר בנן, יש פלוגתא דרבוותא, וכמו שהאריך בענין זה בתשו' רע"א סי' צ"ט, ולפלא בעיני שלא הביאו דברי הרמב"ם והראב"ד ז"ל אלו דמוכח דסברי דמה"ת אין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד, דלענין זה לא שייך תקנת חכמים כמובן, דגם מדברי הראב"ד ז"ל דמדחה טעם של הרמב"ם ז"ל יש להוכיח דמה"ת הוא, דאל"ה הי' אומר דמה"ת מקבלים עדים שלא בפני בע"ד: ולפי"ז קשה איך מהני עדים לקיום הדבר ביעוד, בין לריבר"י ובין לרבנן, כיון דבעינן דעת ורצון של האמה הקטנה, הרי הוא כשלא בפני בע"ד, ולשיטת הרמב"ם ז"ל הי' ראוי שלא יהני, ולכאורה מוכח מזה דלא כשיטת הרמב"ם ז"ל, דאין לומר דגזיה"כ הוא ביעוד ולא ילפינן מזה, דהרי ילפינן מר"י בר"י מדין יעוד לקדושין בעלמא דמהני באומר צאי וקבלי קדושך, וכ"כ הי' ראוי למילף מזה דליכא חסרון בכה"ג משום דאין מעידים על הקטן, ונלענ"ד דאפשר לומר דשאני קדושי אמה העברי' ממנוי שליחות של קטנה, דבאמה העברי' עיקר הבעלים על קדושי' הוא האב, והקטנה אינה חשובה כבעלים ע"ז, ומה"ט מהני לר"י בר"י באמה העברי' דעת הקטנה לבטל דעתה ורצונה לקדושין, כ"כ לדידן באומר לקטנה צאי וקבלי קדושך וביתומה לא מהני דעתה שתתקדש ע"י עצמה, וכמו שבארנו ענין זה בדברינו לעיל, וענין זה שלא לקבל עדות שלא בפני בע"ד הוא שצריך להיות בפני הבעלים של ענין זה, ולא בפני מי שעושה המעשה זו, ובאמת בעדי הטמנה בקדושין הנעשים ע"י שלוחים, ויש לדון שיהני עדי הטמנה לפי הטעם שכתבנו בזה משום קבלת עדות שלא בפני בע"ד, וכן כשבטל שליחות שלא בפני השליח דמהני מה"ת כמו דאיתא ריש השולח, לשיטת הראשונים ז"ל דסברי שהוא דבר שבערוה וצריך עדים לקיום הדבר, כ"כ י"ל דלענין זה אין השליח נקרא בע"ד, כיון שעיקר הדבר אינו נוגע אל השליח: ועפ"י"ז ראוי להיות שבחליצה ומכש"כ ביבום אי"צ עדים לקיום הדבר, דגם בחליצה דצריך כונה לחליצה, אבל עיקר חלות ההתרה והפקעת הזיקה, חל בע"כ של החולץ והחולצת, כמו שבארנו לעיל בפ"ח, ומכש"כ ביבום דגם ביאת שוגג ואונס קונה ראוי להיות שיקנה בלא עדים, והנה בתוס' בפ"ק דקדושין מוכח דצריך עדים ביבום, דבהא דאמרינן שם ד' י"ב ע"ב רב מנגיד על דמקדש בכיאה משום פריצותא, כתבו בתוס' שם וז"ל, מפרש ר"ת דהיינו פריצותא לפי שצריך או עדי ביאה או עדי יחוד ודבר מכוער שמעמיד עדים על כך, וקשה דביבמות פ' ר"ג מייתי לה מצות יבמה מקדש להדר בעיל לא קדיש לוקה מכת מרדות מדרבנן כרב, והתם לאו משום עדים תליא טעמא, דהא יבמה מדאורייתא אינה נקנית אלא בכיאה, אלא נראה לר"י דהיינו פריצותא שעושים תחלת קנינם בכיאה דומיא דמקדש בלא שדכי.

עכ"ל.

ובפשטות מתבארים דבריהם כיון דמדאורייתא אינה נקנית אלא בכיאה, לא מהני מה דמקדש והדר בעיל, דאכתי בשעת ביאה יוצרך להעמיד עדים, וכן כתב הריטב"א שם להדיא בזה"ל, והתם בין בתחילה ובין בסוף לא סגיא דליכא עדי ביאה, שהרי ביאה



גומרת בה ולא כסף ושטר, עכ"ל. וכן כתב הריטב"א לענין חליצה ביבמות ד' ק"ה, בהא דאמרינן התם במעשה דר"ע שחלץ בינו לבינה מנא ידעינן בזה"ל, ומאי דפרכינן מנא ידעינן וכו' שאפילו הם מודים ויהיו נאמנים אלינו אין זה כלום, כיון שהי' בינו לבינה ובלא עדים, והרי זה כאומר גרשתי את אשתי בלא עדים או קדשתי' בלא עדים שאינו כלום, וזה נכון.

עכ"ל.

ולשיטת תוס' והריטב"א ז"ל דסברי דגם היכא שחל הקנין בעל כרחן של בעלי דברים צריך עדים לקיום הדבר, נלענ"ד שהטעם בזה כיון דמ"מ חל הקנין וההתרה ע"י מעשה וכח האדם, היבם והיבמה קרינן בזה עפ"י שנים עדים יקום דבר, ול"ד למיתת הבעל דמתרת בלא עדים, שאי"צ עדים רק לברר האמת, דענין המיתה אינה נעשית ע"י כח של האדם, וכן גם בזנות הביאה אוסרת בלא עדים, דענין איסור זה אינו ע"י כח המסור לאדם זה שיאסור אותה על הבעל, אבל כח המתיר והאוסר ביבום וחליצה, הוא נמסר לבעלי הדברים, רק שאין תלוי ברצונם, ובעל כרחם ניתן להם כח זה, דהרי עיקר הכתוב של קיום הדבר אצל בי"ד, שע"י ידיעתם וחקירת הדין חל הדין על ידם לכוף לחייב את הנתבע ג"כ אין תלוי ברצונם, רק כח זה מסור להם עפ"י שמים, ולכן י"ל כ"כ בכל עשיית דבר חדש בדבר שבערוה שניתן הכח לאדם שיתחדש על ידו אינו מתחדש בלי עדים, ולפי"ז קשה לשיטתם ממכירת אמה העברית בלא עדים, כיון דלכו"ע כלול במכירה זו ענין קדושין במקצת או בכולו, וענין זה ודאי בא ע"י כח האב והאדון ואיך מתחדש הדבר בלא עדים, וזו תמ' רבתא לפי דעת: ונראה לענ"ד דיש לומר דכיון דעיקר ענין זה מה שעדים מועילים לקיום הדבר אינו ענין הצטרפות למעשה, רק הצטרפות לחלות דין הקדושין, מהראוי' הי' לומר דרק בשעת גמר סבת חלות הדין יהי' קיום הדבר ע"י עדים, ולא בשעת תחלת המעשה, וכשמקדש קדושין לאחר ל' יום, כיון שעכשיו עדיין לא חל הדין, הי' ראוי לומר שאי"צ לעדים, אלא הטעם דבמקדש לאחר ל' שצריך עדים בשעת עשית הקדושין הוא, משום דאח"כ מתקים הדבר ממילא, ולא שייך אח"כ שיהיו העדים מקימים, משו"ה הצריכינן שיהיו עדים בשעת עשית מעשה הקדושין שיקימו הדבר, דאל"ה יתקימו הקדושין בלא עדים, אבל ביעוד דהשתא בשעת מכירה עדיין ליכא שום חלות לקדושין, ואף אם אח"כ מיעדה אי אפשר לומר שהוא התגלות למפרע ממש, שכבר היתה מקודשת משעת מכירה, שהרי הסבה הגורמת הקדושין היא היעוד של אח"כ, וכל הדין המתחדש בזה, הוא רק אח"כ, אלא שהדין עכשיו כאילו הי' למפרע, וכמו הענין בהתרת נדרים שחל למפרע, לכן מהראוי שלא יצטרך בענין כזה לעדים לקיים הדבר, רק אח"כ משעה שחל הדין בפועל, אלא אם הי' הענין באופן כזה שאח"כ כשיחול בפועל, יהי' דבר ממילא, שאין עדים מועילים כלום, אז הי' מוכרח הענין שיהיו העדים מעיקרא, אבל כיון דאח"כ בע"כ צריך לעדים בלא"ה, שעכשיו נעשה עיקר מעשה סמרעות את הדין, והרי רואים עדים עכשיו הסבה כעירמת חלות הקדושין למפרע חשבינן כאילו נתקים הדבר עפ"י עדים, ובשאר קדושין הנעשים על תנאי אף שג"כ עיקר הדין בפועל חל אח"כ מ"מ צריך עדים בשעת עשית הקדושין, מהטעם שכתבנו, כיון דאח"כ מתקים הדבר ממילא באופן שאין עדים מועילים אח"כ לקיום הדבר, משו"ה צריך עדים בשעת המעשה של קדושין: והא דבאומר לבתו קטנה

צאי וקבלי קדושיך צריך שיאמר בפני עדים, ולא סגי לן מה שיהי' עדים בשעת הקדושין בפועל, י"ל דהתם ענין זה של נתינת כח להקטנה, הוא דבר בפ"ע, שאינו תלוי כלל במקרים העתידיים, שאף אם לא יקדש אותה המקדש, מ"מ לא יתבטל למפרע דבר זה שמסר לבתו כח זה לקדש א"ע, וכמו בכל מנוי שליחות, שאינו תלוי אם יהי' אח"כ מעשה קדושין וכדומה, וכיון שענין זה בפ"ע גם כן חשוב כדבר שבערוה אינו חל בלא עדים, אבל במכירת אמה העבר'י דלרבנן דסברי מעות הראשונות לקדושין נתנו, ודאי כל התחלת קדושין תלויים ועומדים, שאם לא מיעדה אח"כ חשבינן כאילו לא הי' בזה למפרע רק מכירה גרידא, ואף לר"י בר"י דרק מסירת כח לבת הי' בשעת מכירה, י"ל דגם זה מיתלי תלוי, שאם אינה מיעדה גם ענין זה בטל למפרע, כיון שאין האב מכון לכך, רק שדין התורה הוא כן, י"ל דכ"ז רק אם יוצרך ענין זה מחמת היעוד של אח"כ, אבל אם אינו יעדה הרי כאילו לא הי' בזה שום מסירת כח לבת, ובכ"ז קשה להבין לשיטת תוס' והריטב"א, כיון דעכ"פ המכירה חשוב כדבר שבערוה שצריך עדים לקיום הדבר לו יהא דמעיקרא לא הי' צריך עדים שאכתי לא חל הדין, אבל אח"כ בשעת גמר הקדושין הי' ראוי שידעו העדים כל הסבות הגורמים לחלות הקדושי יעוד, ומי מועיל אם אינם רואים ושומעים רק אמירת הרי את מקודשת, וקבלת כסף מכירה אינם יודעים, ואיך חלין הקדושין בלא עדים, ולשיטת הסוברים דבחליצה ומכש"כ ביבום אי"צ עדים, כמו שנקט הגר"א ז"ל בסי' קס"ו בפשיטות, מיושב הכל כמו שבארנו, ולענין בירור הדבר, נראה דסומכים על החזקה שהאמה היא בבית אדונה, כנלענ"ד בענין זה: פרק יח ועפ"י היסודות שבארנו בקדושי יעוד, יתישב קצת גודל הקושיא שמקשים העולם, למ"ד אין ברירה, איך חלין הקדושין למפרע לרבנן, והנה לשיטת רש"י במס' גיטין, דבתנאי שבידו לקים מהני לכו"ע, אכתי קשה דהרי יכול אח"כ ליעד לו או לבנו, וכן קשה לשיטת הרמב"ן, דבתנאי מהני לכו"ע, ורק במתנה על שני דברים צריך לברירה, וכן גם לשיטת תוס' שם להלכה, דבדבר שעומד להתברר קיי"ל דיש ברירה קשה דהכא אינו עומד להתברר שמא לא ייעד לא לו ולא לבנו, ועפ"י מה שבארנו י"ל, דרק היכא שעלינו לומר איגלאי מילתא למפרע ממש, שכבר הי' חל הדין מעיקרא, היינו שאין מקרה העתידה לבוא גורמת לחלות הדין רק מבררת אז אמרינן אין ברירה, דלמפרע לא הי' בעולם דבר המברר, כמו בשני לוגין שאני עתיד להפריש, שההפרשה העתידה אינה גורמת שום דין לחלות התרומה, רק מסמנת ומבררת את הלוגין, ואמרינן שעל שני לוגין אלו כבר חל דין תרומה, בעת שלא הי' שום בירור בפועל כלל, וכן בשעה אחת קודם מיתתו, שהמיתה שלאחר שעה אינה גורמת לחלות הגירושין רק מבררת השעה, וכן בשאר דוכתי כיוצא בזה, אבל ביעוד שהיעוד של אח"כ הוא הגורם בעיקר הדין למפרע, היינו שבאמת בשעת מכירה לא חלו הקדושין קודם היעוד, וגם כפי שגלוי קמי שמיא, לא הי' דין קדושין על האמה למפרע, אלא שעכשיו הדין חל כאילו היתה מקודשת למפרע ככה"ג אין שייך לדין ברירה לומר הוברר הדבר למפרע, דבאמת לא חל הדין מעיקרא רק עכשיו חל הדין וכמו בהתרת נדרים דלכו"ע אין שייך לדון הוברר הדבר למפרע, כ"כ ביעוד חל עכשיו כאילו היתה מקודשת למפרע וכן יתישב בזה מה דקשה לענין ברירה למ"ד בע"ח למפרע הוא גובה, דלכאורה צריך לומר איגלאי למפרע שהשדה שגובה הובררה מעיקרא שעלי' חל הקנין, ולכל השיטות הוא שייך לדין

ברירה, אבל לפי מש"כ י"ל דכיון דבאמת עיקר הקנין מה שזוכה למפרע, הגבי' שלבסוף גורמת, וגוביינא זו אינה רק כמבררת, רק גורמת הדין שתהא שדה זו שלו מחמת זכות השעבוד דמעיקרא, וכל כה"ג שהסבה העתידה גורמת לחלות הדין אי"צ שיהי' מבורר למפרע, כיון דבאמת לא חל הדין מעיקרא, רק עכשיו, ועכשיו הוא מבורר, וכן מוכח שיטת התוס' לענין למפרע הוא גובה, שכתבו בב"ק ד' ל"ג דלענין אם הקדיש מלוה ואח"כ גבה, מ"מ הפירות לא קדשו, כיון שלא גבה לבסוף, יעו"ש, ורק לר"ע דסובר יוחלט השור, למ"ד פ"נ קנסא זוכה למפרע עם השבת, משום דהא דצריך כפית בי"ד אי"צ שתהי' בפועל על כל הדבר שזוכה למפרע, כמו שיבואר ענין זה בס"ד, אבל עיקר החלות לר"ע בשור תם שזוכה למפרע אין תלוי בדין ברירה, משום שע"י העמדה בדין שלאח"כ הוא זוכה למפרע, ועיקר הגורם הוא הכפי' של בי"ד אח"כ ולא כדבר המברר לחוד, משו"ה אינו שייך לדין ברירה: ואפשר לומר דגם שיטת הרמב"ן ז"ל דכ' שרק במתנה על שני דברים תלוי בדין ברירה ולא במתנה על דבר אחד, הוא עפ"י דרך זה, דבמתנה על דבר אחד, והוא בדרך תנאי, י"ל דכיון דקיום התנאי או בטולו, גורמים את הדין לומר שחל למפרע, וקודם שנתקים התנאי או שנתבטל, אי אפשר לומר שכבר חל למפרע ממש, רק עכשיו משעה שנתקים בפועל או נתבטל בפועל, אמרינן שחל הדין לדון כאילו חל למפרע, אי"צ לברירה, דעיקר החסרון בדבר שאינו מבורר, כתב הר"ן בנדרים פ' השותפין דאין הדין חל על הספק, ובתנאים לא חל שום דין על הספק, ורק משעת הידיעה והבירור חל הדין, אבל במתנה על שני דברים, דאי אפשר לומר שהמקרה בעתיד תגרום הדין שיחול על דבר זה ולא על דבר השני דענין זה אינו בכלל התנאים, דהתנאים מועילים רק לקים או לבטל הקנין, אבל לברר בין החפצים, אינו בכח מקרה העתידה להועיל רק בדרך בירור וסימנא בעלמא, ועלינו לומר אח"כ איגלאי מילתא למפרע ממש, וזה הוא עיקר היסוד בדין ברירה, דמ"ד יש ברירה סובר דאמרינן שכבר הי' עומד לכך, ומ"ד אין ברירה סובר, כיון שלא הי' מעיקרא בעולם שום סבה לחלות הדין, אי אפשר לומר עכשיו שכבר חל למפרע, והבירור של עכשיו אינו מועיל כלום כיון שעלינו לומר שכבר חל מעיקרא, וכן יש להתבונן מדין הנהגה בפועל, דבאומר שני לוגין שאני עתיד להפריש, למ"ד יש ברירה, הוא רשאי לשתות מיד, משום שעכשיו כבר חל התרומה על הנשארים, ובתנאים סובר הרמב"ם דמה"ת אסור להתנהג עכשיו טרם שתקים התנאי בפועל, וכן הבאנו לעיל דברי הירושלמי בתנאי דע"י שתבעלי לפלוני שאסורה להבעל, דעד אחר גמר הבעילה היא כאשת איש: ובס' דו"ח להגרעק"א ז"ל במס' עירובין ד' ל"ו, על המשנה מתנה אדם על שני עירובין וכו' הביא שם דברי הר"ן בשם הרמב"ן ז"ל שכ' דרק במתנה על שני תלוי בדין ברירה, כגון אם יבוא חכם למזרח ואם יבוא למערב, כתב שם וז"ל אינו מבין דברי קדשו, במה נקרא הך דהכא מתנה על שני דברים, דהתינח אם עירוב אחד הי' קונה או למזרח או למערב, אבל כיון דבאמת אין עירוב המזרח פועל כלום למערב וכן להיפוך, וכל אחד הוי מילתא באפי נפשי, ולגבי כ"א הוי מתנה בדבר אחד, דכשמניח במזרח ואומר אם בא ממזרח, יהא עירובי זה עירוב ואם לא יהא בטל, זה מהני, וכשמניח אח"כ במערב ואומר אם בא ממערב יהא עירובי עירוב ואם לא יהא בטל, זה ג"כ מהני, וכיון דכ"א בפ"ע מהני, למה יגרע מה שמערב בב' מקומות ובכל חד מתנה תנאי בחד מילתא וצע"ג עכ"ל.

ולענ"ד דברי הגרע"א ז"ל אינם מובנים מה הי' ניחא לו יותר אם הי' עירוב אחד קונה במזרח או במערב, דהרי גם באופן כזה יש מקום לומר, שאם הי' מתנה על מזרח בתנאי ואח"כ על מערב בתנאי שמהני, כגון אם יתן אחד כסף, לבעל שדה והוא יקנה בתנאי שאם ירדו גשמים תהא השדה קנוי' לראובן, ואם לא ירדו גשמים תהא קנוי' לשמעון, דעל כל הקנאה איכא תנאי בין אם יעשה זה בשתי הקנאות בזאח"ז, ובין אם יעשה בב"א, ואם מוצא הגרע"א ז"ל דבכה"ג חשוב כמתנה על שני דברים, כ"כ בשני עירובין הוא מתנה עכ"פ על שתי שביתות, שאי אפשר לקנות בשתייהן: ונראה לענ"ד שהטעם בזה דהכלל הוא דתנאי מילתא אחרייתא היא, כלומר דבכל ענין תנאי צריך להיות שכח המעשה עכ"פ נעשה כבר במעשה זו, רק שמקרי קיום התנאי, ובטולו יגרמו לחלות הדין לעקור או לקים, ולפי"ז אי אפשר בשום פנים לעשות שני מעשים הסותרים זה את זה, אף בדרך תנאי, דאין לו כח להכניס כח הדין במעשה השני' הסותרת כח מעשה הראשונה, וכן בנותן שני עירובין למזרח ולמערב, אי אפשר להכניס כח קנין שביתה במזרח ומערב אף ע"י שני עירובין, והנסיון יורה לנו שאם אח"כ יבטל את שני התנאים, ואז צריך שיחולו שניהם במזרח ובמערב, ואז יתבטלו שניהם, וזה לא יתכן אלא שמעיקרא לא הי' לו כח ע"ז, ולכן במתנה על שני דברים אי אפשר רק בדרך בירור, שעושה רק מעשה אחת והמקרה העתידה תברר על העדר, על מי נעשה המעשה וזהו ענין ברירה ממש.

והדברים נכונים ומסתברים בעזה"י: ומה שחלק הרמב"ן ז"ל בין מתנה על מקרה של מעשה לבין אם מתנה על מקרה של רצון, שבאומר רציתי אלך וכן בע"מ שירצה אבא אז גם במתנה על דבר אחד תלוי בכרירה, נלענ"ד שבתנאי של רצון כונת המתנה על רצון של עכשיו ורק הרצון של אח"כ יברר את הרצון למפרע, דבתחילה ברצון שלו או של אחר הוא רוצה שירצה גם עכשיו, ולמ"ד יש ברירה סובר דהוי כאילו הוברר שמעיקרא הי' רצונו כך, ולמ"ד אין ברירה לא מהני: ובזה יובן לנו גם מש"כ הר"ן בפ"ק דגיטין לענין משתעבדנא לך ולכל מאן דאתי מחמתך, דמהני אף למ"ד אין ברירה, משום דאפשר שישתעבד לכל העולם בזאח"ז יעו"ש.

דלפי מש"כ עיקר ההבדל בין מתנה על דבר אחד למתנה על דבר אחד למתנה על שני דברים, משום דאי אפשר שיה' בכח המעשה עכשיו על שני דברים שסותרים זא"ז, ובמשתעבדנא לכל דאתי מחמתך, שיש די בכח כסף דהשתא לשעבד להרבה בני אדם בזאח"ז, נמצא דגם בשני דברים אפשר שהסבה שאח"כ תגרום הדין למפרע, שמה שיבוא מחמתו יגרום הדין למפרע כמו בכל התנאים, וכל שהסבה העתידה גורמת הדין, אי"צ שיחול הדין למפרע ממש, דבאמת לא הי' שום דין קודם אף כפי שגלוי קמי שמיא, אבל בשני לוגין או בשני עירובין, דאי אפשר שמקרה העתידה תגרום הדין כמש"כ, ורק המקרה מבררת למפרע ממש, וזה תלוי בדין ברירה כמש"כ: ונלענ"ד דגם בקנינים דעלמא כה"ג, שאם יתן במתנה לראובן אחת משתי שדות, ויתנה שאם ילך למקום פלוני תהי' שדה זו קנוי' לך ואם לא תלך תהי' השדה השני' קנוי' לך, שבכה"ג יועיל גם לדידן דקיי"ל אין ברירה, כיון ששתי ההקנאות האלו אינן סותרות זל"ז כלל, דהרי יכול להקנות לו את שתייהן, או ע"י קנין סודר, או ע"י חזקה, ומשו"ה הוי כמתנה על דבר אחד, כמש"כ בשיטת הרמב"ן ז"ל, ובתרומה כשאומר על שני רמונים, אם ירדו גשמים

היום יהי זה תרומה על זה, ואם לא ירדו גשמים היום יהי זה תרומה על זה, במס' עירובין ד' ל"ז: ובתוס' שם זה ודאי הוי כמתנה על שני דברים, כיון דשתי התרומות אי אפשר להיות, והמקרים העתידיים אינם רק כמבררים למפרע ממש, זה תלוי בדין ברירה: ולשיטת תוס' ורש"י בגיטין דבתנאי דלאו בידו תלוי בדין ברירה, נלענ"ד דתלוי בדין של קיום התנאי בפועל, דהתוס' נקטו בתנאי מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת בתוך י"ב חדש דמותרת לשוק מה"ת בלא חליצה, כמש"כ בגיטין ד' ע"ו ע"ב ד"ה דהא אקיים וכו' יעו"ש, דלא כשיטת הרמב"ם, ולשיטתם עלינו לומר דלאחר קיום התנאי, הדין כאילו ה' ראוי לחול כבר למפרע, אף דקיום התנאי גורם הדין באמת, אבל כן הוא הדין שאם ידוע לנו שבודאי יתקיים התנאי מותר להתנהג עכשיו כמו אחר קיום התנאי, ולפי"ז עלינו לדון כאילו חל למפרע ממש, ומשו"ה למ"ד אין ברירה אי אפשר לומר כאילו חל למפרע, ורק למ"ד יש ברירה, דאמרינן דמתחילה כבר ה' עומד לכך, וכבר גלוי קמי שמיא שחל הדין כבר בפועל, וכ"ז הוא רק בתנאים שאדם מתנה, שבכח המעשה ה' כבר ראוי לחול, רק התנאי שהוא מילתא אחריתא גורם לעכב החלות, עד שיהי' עם המעשה עוד מקרה שיגרום הדין, אבל בתנאים של התורה, כמו ביעוד לרבנן שחלו הקדושין למפרע, שהיעוד של אח"כ גורם הדין, דגם אם יבוא אלי' ויאמר שיהי' היעוד אח"כ, מ"מ אין דין האמה כמקודשת עכשיו, טרם שנעשה בפועל ענין היעוד, וכן לאביי בגבית חוב דאמרינן למפרע הוא גובה, דלא יהני ידיעת העתידות, כה"ג דומה להתרת נדרים שחכם עוקר הנדר למפרע שעיקר חלות הדין מתחדש אח"כ כאילו ה' כבר למפרע, ומשו"ה בכל אלה הענינים אין הבדל בין למ"ד יש ברירה, או אין ברירה דגם למ"ד יש ברירה לא מהני עכשיו לחול הדין, וכן ליכא חסרון מה שעכשיו אינו מבורר כמו דליכא חסרון בהתרת נדרים מה שלא ה' מבורר מעיקרא עקירת הנדר בעתיד ע"י חכם: וכן נלענ"ד לבאר בהא דפליגי ר"י ור"ל לענין חליצת מעוברת והפילה אח"כ, דלר"י אי"צ חליצה אחרת ולר"ל צריכה חליצה אחרת, ומ"מ גם לר"י אם כנס יבמתו צרתה אסורה להנשא, שמא תלד ולד קימא וולד אינו פוטר עד שיצא לאויר העולם, והוא דבר תימה לכאורה, הלא ממ"נ צרתה נפטרה, דכמו שאם הפילה מהני החליצה למפרע, כ"כ אם ילדה ולד קימא, פקעה זיקה למפרע, דהרי חייבים בקרבן, וכן קשה לר"י דמהני חליצת מעוברת משום איגלאי מילתא למפרע, למה לא אמרינן אין ברירה, ונראה בעיקר פלוגתא דר"י ור"ל הוא, אם המקרה העתידה מה שהפילה אח"כ גורם הדין לזיקת יבום או לא, דר"י סובר דדין זיקת יבום איכא עכשיו בלי שום הצטרפות של מקרה העתידה, משום דגם עכשיו קרינן בזה ובן אין לו והא לית לי', דעובר אינו נקרא בן, כמו דאמרינן בגמ' ואיב"ע קרא ובן אין לו והא לית לי', ורק להיפוך אם תלד אח"כ בן קימא ישתנה הדין לבטל הזיקה למפרע, כמו בהתרת נדרים שנעקר הנדר למפרע, ומשו"ה אמרינן דאם יבוא אליהו ויאמר שתפיל את הולד שהיתה בת חליצה, כ"כ אמרינן איגלאי מילתא למפרע, היינו דכיון שאין מקרה מה שמפלת אח"כ גורם הדין, רק עכשיו איכא סבה שלמה לדין יבום וחליצה, דעובר לאו בן הוא, והרי מת בלא בנים, והיא בת יבום וחליצה, אלא דחיישינן שמא אח"כ תתחדש מקרה הסותרת, אבל אם ה' ידוע לנו שלא תבוא המקרה, ה' מותר ליבם עכשיו, ולכן מהני החליצה אם הפילה אח"כ, ובכה מהני גם למ"ד אין ברירה, דסבת החליצה כבר היתה

מבוררת, אבל ההתרה מחמת וולד של קימא הוא להיפוך, זכיון דהשתא קרינן שמת בלא בנים, הרי מוכרח דלידת הולד הוא סבה מחודשה, שגורמת להפקיע הזיקה למפרע, ובנידון כזה לא מהני אם יבוא אליהו, דקודם ביאת סבה המתרת בעולם ליכא היתר, והא דחייבים בקרבן למפרע, ולא אמרינן אין ברירה, הוא מה"ט שדין זה לומר, שנפקע הזיקה למפרע, נתחדש עכשיו, ולא כגלוי מילתא למפרע ממש, ובכה"ג לא שייך לדין ברירה, ולר"ל לא מהני חליצת מעוברת, דסובר דגם מקרה של ניפול גורם הדין, ועכשיו ליכא מתיר ליבום בעולם, ואף דאח"כ ראוי לומר איגלאי למפרע, דהרי פטורים מקרבן, אבל כיון דהמתיר נתחדש רק אח"כ, לפי"ז לא הי' בעולם מעיקרא היתר ליבום, חשוב כאילו אינה ראוי ליבום, ומשו"ה לא מהני החליצה, משום כל שאינה עולה ליבום, וכן מפורש בדברי הרא"ש ריש יבמות ובדברי התוס' יבמות ד' מ"א ע"ב, שהטעם לר"ל הוא משום כל שאינה עולה ליבום יעו"ש, משמע דאל"ה הי' מהני החליצה למפרע, וליכא חסרון משום אין ברירה, כמש"כ, כיון שהמקרה העתידה גורמת הדין, אבל כיון דמ"מ הי' אסור ביבום מעיקרא, קרינן בזה כל שאינה עולה ליבום, ולא חשיב זה כאיסור דבר אחר גרם לה: והא דחייב בקרבן לר"י אף דלכאורה לא הי' מתחילה סבת איסור בעולם, דהרי אליבי' מעיקרא קרינן וכן אין לו, ולמה יביא קרבן בהתחדש אח"כ ע"י וולד בן קימא איסור דלפ"ד לכל ענין שלילה לא מהני לומר איגלאי למפרע, אמנם באמת גם לר"י הי' מעיקרא סבת איסור אשת אח, אלא שהי' גם סבה המתרת ועל זה מהני עקירה למפרע לבטל סבה המתרת: אמנם בענין זה מתי אמרינן איגלאי למפרע צריך עיון רב דהנה הרשב"א ז"ל כתב בתשו' סי' תש"ז, הובא בב"ש סי' מ', דבמקדש מעכשיו ולאחר ל' למ"ד תנאי הוי, אינו יכול לגרש מיד, דכ"ז שלא נתקים התנאי לא נגמרו הקדושין, ובמשנה למלך פ"ו מה' גירושין הביא דברי הרשב"א ז"ל, אלא שראיתי להרשב"א ז"ל שנסתייע לסברא זו מדברי הירושלמי, דקאמר תוך ל' יום אינו קונה כלל, לאחר ל' יום קונה קנין גמור, וכן נסתייע הרב ז"ל ממאי דקאמר שמואל לאחר ל' יום פקעי קדושי שני וגמרי קדושי ראשון, ומאי גמרי אין כאן גמר אלא גלוי מילתא, והול"ל לאחר ל' יום פקעי קדושי שני ומקודשת לראשון עכ"ד.

והנה בשאר תנאים דעלמא לא שמעתי חלוק זה, אשר ע"כ אני מסתפק דאפשר דתנאי זה נשתנה מכל התנאים, דבתוך הזמן אינו קונה כלל, אבל בשאר תנאים לא אמרינן הכי, ומשו"ה מהני כתיבת הגט קודם קיום התנאי, אח"כ הקשה מדין חליצה לר"ל דלא אמרינן איגלאי למפרע, על שיטת הרמ"ה שכתב דבמקדש ע"מ שירצה אבא שיאמר הן, דאם מת הבן קודם שאמר אביו הן, תחלוץ, ואין מהני החליצה קודם קיום התנאי, אח"כ הביא דברי התוס' ונמ"י ריש פ' החולץ, ומפרש דיש בדבריהם חלוק בדין, דלשיטת תוס' ראוי להיות בנידון דין של הרמ"ה שלא תהני החליצה, דהתוס' כתבו דלר"ל לא אמרינן איגלאי למפרע בדבר שתלוי בעתידות, דאי אפשר לידע העתידות ובתנאי דע"מ שיאמר הן ג"כ אי אפשר לידע העתידות, והנמ"י שכתב בטעמא דר"ל דלא אמרינן איגלאי למפרע משום דשמא באותה שעה שחלץ ראוי היתה לילד וולד גמור, אלא שאח"כ גרם לה איזה דבר להפיל, נמצא דחליצה דמעיקרא לאו כלום היא, ולשיטת הנמ"י מהני החליצה בנידון התנאי של ע"מ שיאמר הן, דהתם שפיר איגלאי למפרע שהיתה זקוקה, אח"כ מסיק עיקר הספק שנסתפק לשיטת הרשב"א אם הוא דוקא בתנאי

דעכשיו ולאחר ל' או גם בשאר תנאים ומסיק בצ"ע יעו"ש ודברי המל"מ נפלאים בעיני איזה הבדל אפשר להיות בין תנאי של מעכשיו ולאחר ל' לשאר תנאים דעלמא, וכן איזה הבדל אפשר להיות בחולץ למעוברת בין פירוש התוס' לפירוש הנמ"י, דהלא גם לפירוש התוס' אם הי' מתברר דמעיקרא הי' הולד בטבעו, שאי אפשר להתקים, הוא ענין שאי"צ לידע העתידות, והוי כספק בהוה, דאמרינן אם יבוא אליהו, אלא דאמרינן שמקרה העתידה גרם לו, ולכו"ע זה דומה לתנאי שתלוי במקרה של עתיד: ולפי מש"כ ענין זה מתבאר היטב, ותלוי אם מקרה העתידה גורמת לקים או לבטל דבמקדש על תנאי אם לא יחזור מכאן ועד ל' יום, יש לפרש בשני אופנים, אם המשכת הזמן בהסכמת הקדושין בלא חזרה תגרום הקדושין למפרע, או להיפוך שלענין קיום הקדושין אי"צ שום דבר, רק שהחזרה תגרום עקירת הקדושין למפרע, ונסתייע הרשב"א ז"ל מלשון הירושלמי דאמרינן עד ל' יום אינו קונה כלל, ולאחר ל' קונה קנין גמור, וכן מלשון הש"ס דילן, גמרי ופקעי, שכונת תנאי זה הוא שמקרה העתידה תגרום קנין הקדושין למפרע ומשו"ה כתב דעד ל' יום לא מצי לגרש, דבשעה ההיא עדיין לא חל דין אישות, רק אח"כ חל כאילו הי' למפרע, ולפי"ז כ"כ לענין חליצה אם יצויר בכה"ג ראוי להיות שלא תיהני החליצה בין לר"י ובין לר"ל, דלפי מש"כ הא דפליג ר"י בחולץ למעוברת, הוא משום דסובר, דלענין זיקת יבום וחליצה אי"צ עכשיו למקרה של עתיד, דגם עכשיו קרינן בי' ובן אין לו, ולר"ל דסובר שעובר אינו כמי שאין לו בנים, וצריך להצרכת זיקה מקרה העתידה שיהי' נפל, ולכן נלענ"ד דאם נאמר להשוות דברי הרמ"ה לשיטת הרשב"א, הוא רק באופן זה שנאמר דבתנאי שע"מ שיאמר אבא הן, אין הכונה שמקרה זו תגרום קיום הקדושין, אלא להיפוך שהעדר אמירת הן תהא מקרה לעקור את הקדושין, עוד אפשר לומר עפ"י מש"כ לעיל עפ"י דברי הרא"ש ריש יבמות דבטעמא דר"ל דלא אמרינן תיגלי למפרע, הוא משום שאינה עולה ליבום אינה עולה לחליצה, דלענין יבום כיון שלא הי' מעיקרא היתר אשת אח, כ"ז שלא הפילה הוי כמי שאינה עולה ליבום, ולפי"ז י"ל דבקדושין של תנאי אף אם יהי' כתנאי שהמקרה העתידה תגמור הקדושין למפרע, כיון דיכול ליבמה בממ"נ, דאם לא יחולו הקדושין תהי' כפנוי' למפרע, י"ל דבכה"ג גם לר"ל מהני החליצה: ובס' אבני מלואים סי' מ' ס"ק ט' דחה דברי המל"מ, משום דאם נאמר דבקדושין על תנאי אי אפשר לגרש, כמו כן בגירושין על תנאי הי' ראוי לומר שלא יועילו קדושין קודם קיום התנאי, ובמס' גיטין פ' מי שאחזו מפורש דבמגרש מעכשיו אם תתיחד עמו חוששין לקדושין, ומטעם זה רוצה לפרש בטעמו של הרשב"א דלא מצי לגרש קודם קיום התנאי, משום דלא נכתב הגט לשמה, דכתיבת הגט על תנאי הוי שלא לשמה, כמש"כ הה"מ בפ"ח מה' גירושין יעו"ש, והנה מלבד שאין לנו שום רמז בדברי הרשב"א ז"ל, שהרי תלה דבריו בלשון הגמ', גמרי ופקעי, יש לדון דבכה"ג שכשרות הגט אינו תלוי במקרה של עתיד, אלא הקדושין תלויים ועומדים, אינו ענין לכתיבת גט על תנאי, דהכא ליכא שום ספק בכשרות הגט, ורק הספק בזה שמא לא תהא מקודשת, אלא נראה ברור שכונת הרשב"א הוא כמו שמפרש המל"מ, ומה דהקשה בס' אבני מלואים מגירושין על תנאי דמהני קדושין קודם קיום התנאי, נלענ"ד דיסוד הענין הוא, במה דלא אמרינן איגלאי מילתא למפרע בקדושין על תנאי, לענין שיחולו גם הגירושין למפרע, הוא דוקא לענין גירושין.

אבל להיפוך בגירושין על תנאי, אם תתקדש קודם קיום התנאי יהני. לכו"ע דכמו דאמרינן בשבועה על שבועה ובנזירות על נזירות, שאם נשאל על הראשונה שני' חלה עליו, אף שעיקר הדין מה שחכם עוקר הנדר למפרע, הוא חל מכאן ולהבא, אבל כמו שמכאן ולהבא חל הדין כאילו לא הי' שם נדר, כ"כ חל מכאן ולהבא כל הדינים שנתבטלו מחמת עכוב הנדר, ומשו"ה כיון ששבועה שני' לא חלה מעיקרא מחמת הראשונה, שמנעתה מלחול, כיון שעכשיו הדין לחשוב כאילו לא הי', כ"כ עלינו לומר שגם המניעה והעכוב הבאה מחמתה כאילו לא הי', ולכן במגרש על תנאי ונתקדשה קודם קיום התנאי, כיון שמניעת חלות קדושין שניים הוא מחמת קדושין ראשונים, וכיון שעכשיו הדין שחל למפרע הגירושין ונתבטלו קניני אישות הראשונים, כ"כ נתבטל מניעת חלות קדושין שניים, בין אם נתקדשה לאחר ובין אם קדשה המגרש, דלא מבעיא בקדשה אחר, שמניעת תפיסת קדושין אחרים, הוא רק משום דאין קדושין תופסים באשת איש, בכה"ג שעכשיו הדין כאילו היתה מגורשת למפרע, כ"כ דיינינן שהסבה המעכבת בטלה למפרע, אלא גם אם הוא בעצמו קדשה, המניעה לחלות קדושין השניים הם קדושין ראשונים שאין קדושין חל על קדושין כמו שבועה, על שבועה, אבל במקדש על תנאי באופן שאמרינן שהמקרה הבאה תגרום למפרע את קנין האישות, ובאמת מעיקרא לא הי' שום קנין, וכמו שנסתייע הרשב"א ז"ל מדברי הירושלמי שבתוך ל' לא קנה כלל ואח"כ קונה לגמרי, בכה"ג אין העדר קנין האישות מעכב את חלות הגט, שההעדר והשלילה אי אפשר שיעכבו שום דבר בעולם, אלא משום דכיון דליכא אישות בעולם לא שייך גירושין) וע"ז לא שייך לומר כיון שלאחר קיום התנאי חל הדין של אישות כאילו הי' כבר אישות בעולם, כיון דמ"מ מעיקרא לא הי': ועפי"ד יש לבאר מש"כ הר"ן ז"ל בנדרים ד' ס"ז ע"א בהא דתנן במשנה הפר הבעל ולא הפר האב אינו מופר, ואצ"ל שקים אחד מהם, ואמרינן בגמ' כי איצטריך לי' כגון דהפר אחד מהם וקים אחד וחזר המקים ונשאל על הקמתו מהו דתימא מאי דאוקי הא עקרי', קמ"ל דמפירים שניהם בבת אחת וכתב הר"ן עז וז"ל, והקשה הרשב"א ז"ל אמאי אמרינן דהפרה קמייאת בטלה לה, הא לבתר דאיתשיל על הקמתו כיון דחכם עוקר את הנדר מעיקרו, הרי הוא כאילו לא הקים כלל, וכדתניא פ' המדיר המקדש את האשה ע"מ שאין עלי' נדרים אינה מקודשת, הלכה לפני חכם והתירה הרי זו מקודשת, דחשבינן לה כאילו לא הי' נדרים כלל בשעת קדושין, ה"נ לבתר דאיתשיל נחזי' להאי גברא כאילו לא הקים מעולם, ולדידי לאו קושיא היא כלל, דקדושין מתוך שהוא מעשה גמור אע"ג דכ"ז שלא התירה לא חיילי, כי התירה אמרינן דאיגלאי מילתא דמעיקרא חיילי, אבל הפרה דחד מהני קלשה לה טפי, דבאפי נפשה לאו מידי היא אלא בצרופא דאיזך, ואפי' בצרופא דאיזך לא מהני כ"ז שאינם ראויים להצטרף יחד, וכדתניא דהפר אחד מהם ומת בטלה הפרתו, הילכך כיון דהפרה דחד אפי' כי לא הקים חברי' קלישא טובא, כל היכא דהקים כיון דההיא שעתא לא חזיא לאיצטרופי בטלה לה לגמרי, וכיון דלא חזיא ההיא שעתא לא חזיא נמי בתר זימנא עכ"ל.

ודבריו סתומים מה נפ"מ בין מעשה גמור למעשה קליש, ועפי"מ שבארנו יש לבאר דבריו באופן מורגש ומוכן. היינו דבמקדש ע"מ שאין עלי' נדרים, כיון דתנאי מילתא אחריתא הוא, וליכא חסרון בעיקר מעשה הקדושין, ורק סבת הנדרים שעלי' מעכבים



חלות הקדושין משו"ה כשהתירה הנדר ונעקר למפרע, כיון שעיקר הנדר בטל כ"כ בטלה המניעה והעכבה לחלות הקדושין למפרע, אבל בהפרה שהפרה של אחד מהם קליש, ואם לא יהי' בזה סבה של הצטרפות, בטלה לה לגמרי, וכ"ז שקיים אחד מהם לא חזיא להצטרפות, ובכה"ג אין סבת ההקמה מעכבת את הפרה של האחר בגדר חיובי אלא בגדר שלילה, ובכה"ג לא יועיל מה שנאמר איגלאי מילתא למפרע כיון דמ"מ לא הי' בעולם מעיקרא הפרה מועילה וזו ראי' נכונה למה שחלקנו בין קדושין על תנאי לגירושין על תנאי: ובקדושין על תנאי דלא מצי לגרש קודם קיום התנאי, הוא דוקא אם קיום התנאי גומר הקדושין למפרע, כמש"כ הרשב"א ז"ל לדייק מלשון הש"ס שלאחר ל' גמרי קדושי ראשון, אבל אם יהי' תנאי שכונתו להיפוך, שמקרה העתידה תעקור את הקדושין למפרע אז יכול לגרש מהשתא, וענין זה יש להוכיח מכל גירושין דעלמא, דהרי קיי"ל כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ונמצא דכל קדושין ישראל הם בתנאי שלא ימחו רבנן, ואם נאמר דבכל קדושין על תנאי לא מצי לגרש איך משכחת גט בישראל, אלא ודאי ההבדל כמש"כ דכונת התנאי של מקדש אדעתא דרבנן הוא, שאם יפקיעו רבנן הקדושין שיתבטלו הקדושין אבל לקיום הקדושין אי"צ למקרה של עתיד כלום ונחשבים כל קדושין מעכשיו לקדושין גמורים, ומשו"ה חלין הגירושין מעכשיו וזה פשוט: וכן יתורץ עפ"י דרכנו דברי הרא"ש ז"ל בתשו' כלל מ"ה סי' כ"ו וז"ל, ראובן גרש את אשתו ע"מ שלא תנשא לשמעון אם יכול לבטל תנאו אח"כ או לא, מהו שיחזור ראובן ויטלו הימנה ויתנה בלי שום תנאי ויבטל תנאי הראשון, תשובה, לבטל התנאי אינו יכול, כיון שנתן הגט בתנאי אינו יכול לבטלו, ובנטילת הגט ממנה וליתנו לה פעם אחרת אין תקנה, כי כבר אינה אשתו, כי נתן לה גט גמור בלי שיוור, אלא שהטיל בו תנאי, ואין תקנה אלא שיקדשנה ויתן לה גט גמור בלי תנאי.

אשר בן ה"ר יחיאל ז"ל עכ"ל, וכן פסק הטוש"ע סי' קמ"ג ונתקשו טובא האחרונים למה לא יוכל לגרש שנית שאם תנשא לפלוני יתבטל הגט הראשון ותהי' אשת איש למפרע, ויחול הגט השני, והאריך בקושיא זו בס' תשו' מהרי"ט הובא דברי' בס' אבני מלואים סי' קמ"ג סק"ב, והוסיף להקשות בתשו' מהרי"ט מהא דאמרינן בפ' המדיר קדשה על תנאי וכנסה סתם מקודשת, ואמרינן משום דאין אדם עושה ב בעילתו בעילת זנות, הרי אעפ"י שהיתה מתחלה מקודשת גמורה אלא שהטיל תנאי בקדושין חיילי שפיר קדושין האחרונים שהיו בלא תנאי, כיון שנתבטלו קדושין ראשונים חלו האחרונים, ואף לגבי גט כיוצא בו, ודמיה לשבועה שאם נשאל על הראשונה שני' חלה עליו, וכן מוכח להדיא מדברי הרמ"ה שהביא הטור דבריו סי' קמ"ג, דבע"מ שתנשאי לפלוני, מהני אם יתן גט שני בלא תנאי זהו תו"ד ועי' בא"מ שם מה שהאריך לישב דברי הרא"ש: ועפ"י מש"כ ענין זה מתפרש היטב דמה שהקשה המהרי"ט ז"ל מהא דקדושין חלין על קדושין, כבר בארנו דקדושין שאני, כיון דקדושין ראשונים מעכבים את השניים מלחול, כשאמרינן אח"כ שבטלו קדושין ראשונים, בטל גם דין ההעכבה, כמו בשבועה שאם נשאל על הראשונה שני' חלה עליו, אבל בגט כ"ז דאמרינן מעיקרא שהיא כגרושה גמורה, כמש"כ הרא"ש ז"ל בלשונו הטהור שכבר אינה אשתו, משום דהכונה בתנאי כזה שמעכשיו היא מגורשת בלא שום הצטרפות מקרה העתידה אלא אם תנשא לפלוני, יתבטלו הגירושין למפרע, ומה היא מותרת להנשא מיד, כמו שפסק

הטוש"ע עפ"י שיטת הרא"ש בדין זה, ולכן לא יועיל הגט השני עכשיו כלום, דגם אם יתבטל אח"כ הגט הראשון לא מהני שיחול גט השני למפרע, דמעיקרא היתה פנוי ולא הי' בה קנין אישות, ורק אח"כ יתחדש דין אישות מכאן ולהבא, דעל ענין שלילה לא מהני מקרה של עכשיו: ומה שהקשה בתשו' מהרי"ט מתנאי דע"מ שתנשאי לפלוני, שפסק הטור כהרמ"ה דמהני אם יתן גט שני, לדברינו הוא מתורץ היטב, דבתנאי דע"מ שתנשאי לפלוני שאסורה להנשא לכל אדם קודם קיום התנאי, כמו דאיתא בגמ' וכן בטוש"ע, מתפרש כונת תנאי זה להיפוך, שהמקרה העתידה מה שתנשא לפלוני תגרום חלות הגירושין, ועד קיום התנאי עדיין היא נחשבת לאשת איש, ורק אח"כ יחולו הגירושין למפרע, בכה"ג גם להרא"ש ז"ל מהני גירושין של עכשיו והיתירה לכו"ע, ואם תנשא אח"כ לפלוני ויתקמו הגירושין הראשונים לא איכפת לן כלום, אבל בתנאי דע"מ שלא תנשא לפלוני, ורוצה להתירה גם לאותו פלוני, לא מהני אם יתן עכשיו גט שני, שאם תנשא לפלוני ויתבטל הגט הראשון ויתחדש אז דין א"א למפרע, והתרת גט השני לא הועיל בזה, דמעיקרא לא היתה בדין אשת איש.

כללא דמילתא לדברינו הוא: דקדושין הנעשים באשה שהיא ספק מקודשת או ספק מגורשת, שתלוי במקרה של עתיד, לעולם מהני בכל אופני תנאים שיהי', ואם רק איגלאי מילתא למפרע, שהיתה פנוי בשעת קדושין חלין הקדושין למפרע, אבל גירושין באשה שקדושי וגרושי' תלויים ועומדים מחמת מקרה עתידה, תלוי באיזה אופן הי' התנאי, אם המקרה העתידה גורמת שתהי' אשת איש למפרע, אז לא מהני גירושין של עכשיו קודם קיום התנאי, ואם המקרה העתידה גורמת שתהי' כפנוי למפרע, אז מהני הגט גם קודם קיום התנאי ובטולו, וכן באמה העברי', אם יגרש האדון קודם היעוד, לרבנן דאמרי מעות הראשונות לקדושין נתנו, לא יחול הגט למפרע, אבל קדושין בין אם יקדשה הוא ובין אחר יהי' הקדושין תלויים ועומדים, ואם ימצאו מקום ע"י איגלאי למפרע יחולו, כנלענ"ד בענין זה: וקשה לי להבין דברי הרשב"א ז"ל בחי' לגיטין ד' פ"ד שהביא שם הירושלמי במגרש ע"מ שתבעלי לפלוני, בתחילה הוא אסור לבעול, עבר ובעל הותר הגט למפרע, וכתב ע"ז הרשב"א ז"ל, ומיהו איכא למידק דהא כל ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם נקרע הגט או נאבד, מקימת תנאה ומגורשת למפרע, א"כ איכא כשבוועל פנוי הוא בועל, דכל שמקימת תנאה הרי זו מגורשת למפרע, ומסיק שם בצ"ע.

והלא לשיטתו שכתב דכל שמקרה עתידה גורמת לקיום הדבר, עדיין חשבינן עכשיו כאינה מגורשת, ואיך תהי' מותרת לכתחלה, דהרי זה דומה למה דאמרינן ביבמות, דהולד אינו פוטר עד שיצא לאויר העולם, אף דגם שם מהני הולד לבטל הזיקה למפרע, שהרי חייבים בקרבן, ונראה לי דזה תלוי בדין קיום התנאי בפועל, אם מותר עכשיו בעת שידעינן שיתקים אח"כ, והרשב"א ז"ל נראה דסובר כשיטת תוס' ואם ידעינן שיתקים אח"כ מותר עכשיו, דלא כשיטת הרמב"ם, והא דאמרינן ביבמות דאיכא איסור אם ההיתר מחמת הולד, אף דאיכא ממ"נ, וכן איכא רוב דרוב נשים ולד מעליא ילדן, הוא כמש"כ לחלק בין תנאי של תורה לתנאי הנעשה ע"י אדם, כמש"כ לעיל לענין ברירה: אמנם מש"כ הרא"ש בתשו' הנ"ל דאינו יכול לבטל התנאי הוא קשה מאד, שסותר את משנתו שפסק בתשו' דמהני ביטול התנאי משום דאתי דבור ומבטל דבור, וביותר קשה על הטוש"ע דפסק כ"כ דמהני ביטול תנאי, ובתנאי זה פסק דאי אפשר

להתיר רק שיקדשנה ויגרשנה וכן כתב הגר"א ז"ל דזה תימה, ולפ"ד ראוי לבאר דבתנאי דע"מ שתבעלי לפלוני לא יהני בטול תנאים שיהי' גט מעכשיו, דכיון דמעיקרא חשבינן כאילו לא חל הגט, ואם יבטל סבה המקימת יתבטל הגט לגמרי, ולהיפוך בתנאי דע"מ שלא תנשאי, אם תתבטל הסבה העוקרת יחול הגט מעכשיו לגמרי, דענין אתי דבור ומבטל דבור הוא לבטל את המקרה של עתיד שלא תגרום דין, ולפי"ז פסק הרא"ש והטוש"ע בזה צ"ע.

ועי' בס' אבני מלואים מש"כ לתרץ קושיא זו, וכן קושיא הראשונה למה מהני גט אחר גט. יעו"ש: פרק פרק י"ט גרסינן במס' ב"ק ד' ע"ה איתמר מודה בקנס ואח"כ באו עדים רב אמר פטור ושמואל אמר חייב, אמר רבא בר אהילאי מ"ט דרב, אם המצא בעדים תמצא בדיונים פרט למרשיע את עצמו, למה לי מאשר ירשיעון נפקא, אלא ש"מ מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור וכו' אמר רב המנונא מסתברא מילתי' דרב באומר גנבתי ובאו עדים שגנב פטור שהרי חייב עצמו בקרן, אבל אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב וחזר ואמר טבחתי ומכרתי ובאו עדים שטבח ומכר חייב שהרי פטר עצמו מכלום, וכן פסק הרמב"ם ז"ל בפ"ג מה' גניבה ה"ט דבפוטור עצמו מכלום מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, והנה גם לשמואל דסובר מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב שהודאתו אינה פוטרתו מחיוב קנס, מ"מ עפ"י עצמו אינו משלם קנס וכן לדידן דקיי"ל כרב היכא שפוטור עצמו מכלום שהודאתו אינה פוטרתו מ"מ עפ"י עצמו אינו מתחייב, ורק אם באו עדים אח"כ חייב, והואכדאמר רבא בר אהילאי מן הכתוב אם המצא תמצא, אם המצא בעדים תמצא בדיונים, ובלא עדים ליכא חיוב קנס, אף אם ליכא סבה לפוטרו, אבל גם ליכא סבה לחייבו, ובפשטות ראוי לומר דבקנס ליכא כלל ענין של הודאת בע"ד כמאה עדים, וכן כתב רש"י ז"ל ביבמות ד' כ"ה ע"ב ד"ה ואין אדם משים עצמו רשע, וז"ל, והא דקיי"ל הודאת בע"ד כמאה עדים דמי, ה"מ לממונא, אבל לקנס ולעונש מלקות ליפסל לא, עכ"ל.

היינו דהא דילפינן ענין הודאת בע"ד מקרא דכי הוא זה, הוא דוקא לענין ממון, אבל בקנס לא גלי קרא שיתחייב אדם עפ"י עצמו, ורק להיפוך דרשינן אם המצא בעדים משום דעפ"י שנים עדים יקום דבר, ולא מהני כלום הודאת בע"ד לחיוב קנס: ובקצוה"ח סי' א' סק"ו הביא ראי' לזה דבקנס לא מהני הודאת בע"ד אף היכא דלא מיפטר משום מודה בקנס, מסוגית הש"ס דב"מ בפ"ק דיליף העדאת עדים במקצת לחייב שבועה על השאר מק"ו מפיו, ומה פיו שאינו מחייבו קנס מחייבו שבועה, עדים שמחייבים אותו קנס אינו דין שמחייבים אותו שבועה, יעו"ש, ואם נאמר דמהני הודאת בע"ד לענין קנס ורק מיפטר משום מודה בקנס, א"כ אין עדיפות בעדים מפיו, דגם בעדים אם הי' ענין של מודה בקנס הי' מיפטר, יעו"ש.

אבל לכאורה אי"צ להביא ראי' ממרחק שהרי הדבר מפורש במקומו, ועפ"י"ז קשה טובא על שיטת הפוסקים דפסקו להלכה לענין קנסות בזמן הזה דליכא מומחים, דנקטינן דאם תפס לא מפקינן מיני', שמהני אם הודה מעצמו ולא באו עדים, משום דהודאה בזה"ז אינה פוטרת, כשיטת הרמב"ן, דדוקא כשמודה בפני בי"ד המחייבים קנס מיפטר משום מודה בקנס, וכיון שאינו מיפטר משום מודה בקנס מהני הודאת בע"ד לחייבו, וכן פסק

הרמ"א ביו"ד סי' רס"ז, שכתב על הא דכתב המחבר סעי' מ' יציאת העבד בראשי איברים אעפ"י שהוא קנס נוהג בזה"ז, שאם באו עדים בדבר אינו יכול להשתמש בו, ויש מי שכתב שמשמתין אותו עד שיכתוב לו גט שחרור, וכתב הרמ"א ע"ז, וה"ה אם הודה האדון מעצמו (טור בשם הרמב"ן והרא"ש), עכ"ל.

וכן כתב הש"ך ח"מ סי' א' סקט"ז וז"ל אין מוציאים מידו וכו' ואפ"ל הודה קודם שתפס מהני תפיסה משום דבזה"ז לא מיפטר בהודאתו ואפ"ל לא באו עדים כן כתב הטור בשם הרמב"ן, וכדבריו סתם לקמן סי' שמ"ח וכ"כ הסמ"ע ס"ק י"ח, עכ"ל. וקשה על דבריהם מסוגית הש"ס שהבאנו, דמוכח דגם היכא דפוטר עצמו מכלום שאין הודאתו פוטרתו, מ"מ אינו מתחייב בקנס עפ"י עצמו כשלא באו עדים, והש"ך ביו"ד שם תמה על דברי הרמ"א מסוגית הש"ס ב"ק שם דפריך על רב דס"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ממעשה דר"ג שסימא את עין טבי עבדו וה"ל שמח שמחה גדולה, מצאו לר' יהושע א"ל אי אתה יודע שטבי עבדי יצא לחירות, א"ל למה, א"ל שסימית את עינו, א"ל אין בדבריך כלום שכבר אין לו עדים, הא יש לו עדים חייב, ושמעין מינה מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, ומשני שאני ר"ג דלא בפני בי"ד אודי, והא ר' יהושע אב בי"ד הוי, שלא בבי"ד הוי קאי, עכ"ל הש"ס, ומוכח מזה דגם בהודאה שאינה פוטרת לא סגי בלא עדים, ובש"ך העלה שם מחמת קושיא זו, דלא מהני הודאה בזה"ז לחייב קנס היכא דליכא עדים, ומדחיק לפרש דברי הרמ"א הנ"ל, מש"כ וה"ה אם הודה האדון מעצמו, כונתו שאח"כ באו עדים, אלא שהודאתו אינה פוטרתו, וכן כתב הגר"א ז"ל שם אות פ' כדברי הש"ך: ונראה לענ"ד לבאר ענין זה עפ"י דרך אחר, וראשונה עלינו לבאר שיטת הראב"ד והרמב"ן ז"ל לענין הודאה בקנסות בזה"ז, והנה בנמ"י פ' מרובה הביא שיטתם וז"ל, כתב הרא"ה ז"ל וז"ל, כתב הראב"ד ז"ל בנוסח כתובות, שבזה"ז שאין דנים דיני קנסות, וקיי"ל דאפ"ה אם תפס לא מפקינן מיני, אם קדם הלה והודה, אעפ"י שבאו עדים אח"כ, הרי הוא פטור, ואפ"ל בדברים שפטר עצמו מכלום, לפי שכשם שאין דנים דיני קנסות בזה"ז.

כך אין מקבלים עדים, וה"ז כמו שאין שם עדים, לרבינו אומר שאינו נראה, שכשם שהוא אומר שאין מקבלים עדים בזה"ז, כך הודאתו אינה כלום דבעי הודאה בבי"ד, כדאמרין לעיל לגבי ר"ג דשלא בבי"ד הודה, ובעי נמי בי"ד שיכולים לדון דיני קנסות, עכ"ל הצריך לענינו. ודברי הראב"ד ז"ל סתומים ונפלאים לכאורה, שאם הודאה לא מהני לשיטתו, דהוי מודה בקנס, וגם אין מקבלים עדים בזה"ז, איך קיי"ל דאי תפיס לא מפקינן מיני, אכן ענין זה מתבאר לענ"ד עפ"י היסוד שהורה לנו הרא"ש ז"ל בספק דב"ק וז"ל, והרמ"ה הלוי ז"ל כתב הא דאמרין אי תפס לא מפקינן מיני, היינו דוקא כשיעור נזקיו, אבל טפי מנזקיו, כגון כפל ודו"ה, אם תפס מפקינן מיני וכו' ועוד תקנתא דעבדו לי' לניזק הוא, וכי עבדו לי' לניזק תקנתא בקרנא, דלא ליפסוד ממוני, אבל לארווחי מידי ממונא דאחריני לא תקינו לי', ולא נראה לי, דלאו תקנתא היא, אלא דינא הוא דמדאורייתא מחייב לו אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ויתן לו, אבל כה"ג עביד איניש דינא לנפשי' ולא מפקינן מיני עד דיהיב כל דמחייב לי' מדאורייתא, ויראה לי שאם בא הניזק לפני בי"ד ואמר קבלו עדותי, שאם אתפוס ממונו היום או מחר, שלא יוציאנו מידי, שאין בי"ד נזקקים לקבל עדותו וכו' אבל אם תפס הניזק ותבעו המזיק

לדין אמרינן לניזק שיביא עדים, ואם יראה לדיינים שבדין תפס אומרים למזיק אין אנו דנים לחייבך קנס, אבל אם תרצה לפדות מה שתפס משלך תן לו כך וכך ממון, דהכי אמור רבנן אי תפס לא מפקינן מיני, ואם תפס יותר אמרינן לי' להחזיר המותר, ואם לא הביא עדים שראוי לזכות בהם, אומרים לו שיחזיר מה שתפס, עכ"ל.

ומדברי הרא"ש ז"ל אנחנו למדים להבין עיקר היסוד מה שבדיני קנסות נעשה זכות ממון רק ע"י העמדה בדין, שעיקר ענין העמדה בדין, הוא הכפי', שאמרה תורה אשר ירשיעון אלהים ישלם שנים, שתשלומי קנס אין אדם מתחייב מעצמו, ואינו מחויב גם לצאת ידי שמים, וכמש"כ בתוס' כתובות ד' ל"ג ע"ב ד"ה לאו משום וכו', יעו"ש.

וכן הוא בירושלמי פ"ג דכתובות נלמד ממעשה דר"ג, ובזה"ז דאין דנים דיני קנסות, אין החסרון משום בירור ההלכה, אלא דחסר כח כפי' לכוף את המתחייב לקים האמור בתורה, ובלא כפית ב"ד ליכא שום חיוב בתשלומי קנס, ועפי"ז באר הרא"ש ז"ל הא דאמרו בגמ' דבזה"ז אי תפס לא מפקינן מיני, דכיון דקיי"ל דעביד איניש דינא לנפשי, שמבואר במס' ב"ק ד' כ"ז, דיש לו כח לבע"ד לכוף את הנתבע לכל ענין הנוגע לזכותו, ובדבר שחבירו רוצה ליטול ממנו מה שכבר הוא שלו יש לו גם כח כפי' גם ע"י הכאה, כמש"כ בגמ' שם אפי' מאה פנדי בפנדי למחיי', ובקנס שלא זכה עדיין יכול לכופו ע"י תפיסה, שאם יתפוס יזכה בזה ע"י זה שיהי' הנתבע כפוי ויזכה בזה מדין תורה: ועפי"ז יתבאר לנו גם דרכי הבירורים בדיני קנסות בזה"ז, דהנה בדין עביד דינא לנפשי, כתב הטוש"ע ח"מ סי' ד' יכול אדם לעשות דין לעצמו וכו' והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין, יעו"ש.

ולכן גם בקנסות שיש לתובע כח תפיסה משום עביד איניש דינא לנפשי, צריך דוקא שיהי' ביכלתו לברר שתפיסתו היא כדין, שיתברר לפני ב"ד שלנו שכך וכך הי' המעשה, שעפי"ז יוכל לכופו ולזכות בחיוב האמור בתורה, ובירור זה שעושים ב"ד בזה"ז אינו ענין לדיני קנסות לחייב ולכוף את הנתבע, אלא כבירור של דיני גזילות הודאות והלואות, וכמש"כ הרא"ש ז"ל הבאנו דבריו, שבי"ד אומרים לו אין אנו דנים לחייבך קנס וכו' ולבירור כזה מיסתבר לומר דמהני הודאת בע"ד כמאה עדים, דזה בירור של דיני ממונות, דילפינן ממי הוא זה, דרק לענין לחייב קנס לא מהני הודאת בע"ד, אבל לברר על כח כפית הבע"ד אם עשה כדין או לא, שהוא בירור אם יש לו זכי' החפץ הנתפס או הוא בגזל ת"י, זהו ענין של דיני ממונות ולא כדיני קנסות, ולכן מקבלים עדים ע"ז גם בזה"ז, משום דשליחותיהו עבדינן, וכמו שמקבלים עדים ע"ז כ"כ מיסתבר לומר דמהני הודאת בע"ד, ולכן נלענ"ד, דמש"כ הקצוה"ח להוכיח נגד שיטת הפוסקים שכתבו, דמהני תפיסה בזה"ז גם ע"י הודאת בע"ד, ממה דמוכח בגמ' דבקנס לא מהני הודאת בע"ד אף היכא דלא מיפטר משום מודה בקנס, אין מזה סתירה כלום לשיטת הפוסקים הנ"ל, דכו"ע מודים בזה דבקנסות לא מהני כלום הודאת בע"ד, וכמו שהבאנו מסוגית הש"ס ודברי רש"י ז"ל, דהאי קרא דכי הוא זה לא נאמר כלל על חיובי קנסות, אלא משום דבזה"ז שזוכה ע"י תפיסה, הוא בירור של דיני ממונות, שהתופס באמת כופהו ע"י ידיעה עצמית, ורק צריך לברר לפני ב"ד שעושה כדין: ועתה נבוא לבאר שיטת הראב"ד והרמב"ן ז"ל מה שנחלקו אם הודאה בזה"ז פוטרת מקנס,

וראשונה עלינו לבאר דמה דילפינן מאשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע א"ע הוא דרשה כללית, היינו אף למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים חייב, או גם לדידן היכא שפוטרו עצמו מכלום, שאם גם ע"י הודאתו לא נפקע עיקר דינו, ואם יבואו עדים אח"כ יתחייב, מ"מ לענין זה גורם מה שחשוב למרשיע א"ע שלא יבוא בשום פנים שיהי' כפוי לשלם ע"י הרשעת עצמו, וכשמודה בקנס איכא שני ענינים, מלבד דלא מהני הודאתו, איכא גם ענין של מרשיע את עצמו, היינו אם יצויר שהי' מועיל הודאתו, יש בזה סבה הפוטרתו משום מרשיע א"ע, אף שהרשעתו בזה אינה פוטרתו מעצם החיוב, לענין אם יבואו עדים אח"כ משום דאז יתחייב שלא מחמת עצמו אלא ע"י עדים, אבל אם יצויר שיתחייב ע"י עצמו איכא בזה סבה הפוטרתו, מחמת מרשיע א"ע, וכן לדידן דקיי"ל במודה ואח"כ באו עדים שפטור, אם חייב עצמו בכלום, וכשפוטרו עצמו מכלום חייב, הוא ג"כ שני ענינים, דהיכא שמחייב א"ע בכלום, סבה זו פוטרתו לגמרי, וכשפוטרו עצמו מכלום, אינו נפטר מעצם החיוב, וכשיבואו עדים יתחייב שלא מחמת שהרשיע א"ע, אלא ע"י עדים, אבל בלא עדים אם יתחייב, יש בזה חסרון משום מרשיע א"ע, ולפי"ז בזה"ז דמהני תפיסת בע"ד משום עביד איניש דינא לנפשי, אבל תפיסתו לא יהני לזכות רק אם יברר לפני בי"ד שלנו שכדין תפס, ואם לא יברר צריך להחזיר, ונמצא דכח תפיסת הבע"ד תלוי ועומד, דאם יחסר לו הברור אז בטל כחו באמת, דבקנס בלא כפי' ליכא שום זכות ושעבוד, ולפי"ז אם הברור יהי' עפ"י הודאת הנתבע, נמצא שעיקר הדין של זכית התפיסה בא ע"י הרשעת הנתבע, שבהודאתו נתוסף כח זכות כפי' של התופס, ומרשיע א"ע הוא סבה לפטור, ומשו"ה סובר הראב"ד ז"ל דהודאה בזה"ז פוטרתו, ועוד הוסיף בזה, דגם אם פוטרו עצמו מכלום יפטר, משום דכשם שאין דנים דיני קנסות בזה"ז, כ"כ אין מקבלים עדים בזה"ז, וכונתו בזה שאם הי' הנתבע כופר, וליכא ברור על דין זה אם תפס בגזילה, אז מקבלים בי"ד שלנו עדים על דרך שמקבלים עדים דדיני הודאות והלואות משום שליחותיהו עבדינן, אבל אם הודה הנתבע, ונתברר עפ"י הודאת בע"ד, שהתופס עשה כדין ולא כגזלן, אלא שפטור משום מרשיע א"ע, אינם יכולים בי"ד שלנו לקבל עוד עדות לומר שנקבל עדות כדי לחייבו קנס, משום שע"י הודאתו אי אפשר לחייבו קנס, דזה אי אפשר, דכיון שאין אנו דנים דיני קנסות, כ"כ איננו יכולים לקבל עדים לענין דין קנס, ועל ברור ענין התפיסה שלא הי' בדרך גזילה, אין צריך לנו ברור כלל שהרי הודה הבע"ד: ומה שהוכיח הרמב"ן ז"ל נגד הראב"ד ז"ל מהא דאמרינן במעשה דר"ג שאם הודה חוץ לבי"ד דלא מיפטר, ובי"ד שלנו הרי הוא כמו שמודה חוץ לבי"ד, לפי"מ שבארנו אין סתירה לשיטתו דהתם הוא לענין פטור מעצם חיוב קנס, לענין שיפטור לגמרי, אז נקטינן שהודאה כזאת אינה פוטרתו, וכשיבואו אח"כ עדים יתחייב שלא עפ"י הודאתו, אבל כשמודה בזה"ז אם יהני תפיסת התובע הוא מחמת הודאתו, דאם יבואו עדים אח"כ, אין לנו כח לקבל עדים, והוי כמו שאין כאן עדים כלל, דעדים שאין הגדתם מתקבלת בבי"ד, הרי הם כמאן דליתא, ואם יתחייב יהי' מחמת עצמו והוי מרשיע א"ע, והתורה אמרה שלא יתחייב קנס עפ"י עצמו בשום פנים, אבל כשמודה חוץ לבי"ד ואיכא בי"ד מומחין, שלענין חיוב קנס אין הודאת בע"ד מועלת כלום, צריכים בי"ד לקבל העדות, ומחייבים אותו קנס עפ"י עדים,

וסבה הפוטרתו מעצם החיוב ליכא בכה"ג אם הודה חוץ לבי"ד, משו"ה יתחייב אח"כ עפ"י עדים.

כנלענ"ד בביאור דברי הראב"ד ז"ל: והרמב"ן ז"ל סובר דבזה"ז ליכא חסרון אם יתחייב קנס עפ"י עצמו דכמו דאמרינן בזמן דאיכא מומחים, דהודאה חוץ לבי"ד אינם בכלל האמור בתורה פרט למרשיע א"ע, שאם הודה בפני בי"ד מומחים, הוי סבה הפוטרתו מעצם החיוב, למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, ואם מודה חוץ לבי"ד, אף שבדיני ממונות אם הודה לפני עדים הוי הודאה המחייבת, מ"מ נקטינן שלענין פטור של מרשיע א"ע, אין הודאתו חוץ מבי"ד פוטרתו מן החיוב וכשבאו אח"כ עדים מחייבים אותו קנס, כ"כ בזה"ז לענין תפיסה, שהתופס תפס עפ"י ידיעת עצמו, אלא שצריך לברר לפני בי"ד שלא יהי' כגזולן, וכשמודה הנתבע שתפיסתו היתה עפ"י דין, ונתברר לפני בי"ד שכדין תפס, ויכול לכופו ע"י תפיסתו, אין כאן חסרון של מרשיע א"ע, שיפטר ויסלק כח התפיסה של התופס עי"ז, דחסרון זה לא גלתי לנו תורה רק לענין בי"ד, שמרשיע א"ע לפני בי"ד מומחין הוי סבה הפוטרת, וכשמודה שלא בפני בי"ד מומחין ליכא שום חסרון של מרשיע א"ע, אף דגם בזה"ז אין אדם מתחייב קנס בלא כפית בי"ד ובלי כפית בע"ד, אבל בכה"ג גם כשמודה, הוא כפוי עכשיו ע"י התופס, רק שגרם ע"י הודאתו שיהי' ביכולת התופס לכופו, נמצא שגם בהודאתו מתקים דין התורה, שמשלם קנס בכפי' והכרח, וליכא חסרון העדר כפי', וסבה הפוטרת ליכא בזה כשמודה חוץ לבי"ד, ולפי"ז אין שום יתרון אם יבואו אח"כ עדים לברר שכדין תפס, דעל ענין זה אי"צ בירור, דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, והרי על יסוד זה שכתב הראב"ד ז"ל, שאחר הודאת בע"ד בזה"ז אי אפשר לקבל עדות, לא טען הרמב"ן ז"ל כלום, כמו שהבאנו דבריהם לעיל, ולכן גם אם יבואו עדים הם כמאן דליתא, ורק עפ"י הודאתו יזכה התופס, ומוכח מזה לענ"ד הוכחה ברורה דסובר הרמב"ן ז"ל דבזה"ז מהני תפיסה אם הודה הנתבע ולא באו עדים כלל, דאף אם יבואו הוי כמו שלא באו: ועפ"ד מתורץ קושית הש"ך ביו"ד על שיטה זו מהא דאמרינן במעשה דר"ג שכבר אין לך עדים, היינו אף שהודאה חוץ לבי"ד אינה פוטרתו, מ"מ בלא עדים לא יתחייב קנס, דהנה בפשטות לק"מ, דהרי לכו"ע לא מהני הודאת בע"ד לענין חיוב קנס, וכמו שהבאנו לעיל דברי רש"י ז"ל דכי הוא זה דילפינן מינה דין הודאת בע"ד לא אמרה תורה בדיני קנסות ולפי"ז בלא עדים אי אפשר לחייב קנס בשום אופן, אלא דיש לדון, כיון דהתם הי' מעשה בעבד שהוא תפוס בעצמו, ויכול העבד לעשות דין לעצמו, באופן שלא יצטרכו הבי"ד לכופו על חיוב קנס, אלא רק לברר שכדין תפס, הנה גם אם נחזיק דגם בכה"ג, שעומד לפני בי"ד מומחין, עביד איניש דינא לנפשי', משום שיהי' לו פסידא אם לא יעשה דין לעצמו, משו"ה יכול לכופו בתפיסתו, אבל מ"מ הלא צריך העבד לברר לפני הבי"ד שכדין תפס, וכשנאמר שיהי' הי' הבירור ע"י ר"ג בעצמו, הוא מרשיע א"ע, לפני בי"ד מומחין, דרק אם יבואו עדים אח"כ, וירשיעו אותם בי"ד שלא מחמת הודאתו אז אמרינן שהודאתו שהיתה שלא בבי"ד לא פטרתו מעצם חיובו, אבל אם יהני תפיסת העבד מחמת הודאת ר"ג שהודה חוץ לבי"ד, ובירור זה יתברר עכשיו לפני בי"ד מומחין, ויפסקו בי"ד מומחין, שהעבד תופס בעצמו כדין, בכה"ג הוי כמרשיע א"ע לפני בי"ד מומחין שהרי נעשה בירור הודאתו שהודה חוץ לבי"ד סבה לחייבו קנס, וסבה זו נעשתה ע"י

בי"ד מומחין והוי מרשיע א"ע, אף אם יאמרו בי"ד מומחין שאין אנו מחייבים אותך קנס אלא שאנו מבררים שכדין תפס, לא יהני בזה כלום, דהרי זוכה התופס בקנס ע"י הבירור של בי"ד מומחין, וכל הרשעת עצמו לפני בי"ד פטרה תורה, ובזה חלוק מודה בזה"ז מהודאה חוץ לבי"ד, בזמן שבירור הדין הוא לפני בי"ד מומחין: אבל עדיין ענין זה אינו מובן כ"כ, דהנה במודה בקנס היכא שפוטט עצמו מכלום, שהודאתו אינה פוטרתו מעצם החיוב, ומ"מ יש בזה גם סבת פטור, שלא יתחייב עפ"י עצמו שלא יהי מרשיע א"ע, ואפי"ה בזה"ז מהני תפיסת הבע"ד, אם יהי הבירור ע"י הודאת בע"ד, אף שנמצא דעיקר דין זכות של התופס מתקים רק ע"י הודאת הנתבע, וצ"ל כיון שעיקר הדין מה שהתופס כופהו הוא שלא מחמת הודאת הנתבע, אלא מחמת שידוע הוא בעצמו מעצם המעשה, וכמו שבי"ד יכולים לכופו ע"י ראיתם עצמם משום שלא תהא שמיעה גדולה מראי, כ"כ יכול הבע"ד לכופו עפ"י ידיעה עצמיית, ועוד עדיף ידיעת בע"ד מבי"ד, דבי"ד אינם יכולים לעשות דין, רק אם יהי גם עדים לקיום הדבר, ויחיד מומחה אינו יכול לעשות דין משום דליכא עדים כמו שנתבאר ענין זה בדברינו לעיל, אבל הבע"ד אי"צ לעדים, דעל בעלי דברים לא אמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, ומשו"ה לא הוי כמרשיע א"ע, אף שהודאת הנתבע גרמה להועיל תפיסת התובע, משום דזה הוי רק כגרמא בעלמא דע"י הבירור נגרם שיכול התופס לעשות דין לעצמו, אבל עיקר הכפי' לא נעשה בזה מחמת הודאתו, ולפי"ז יש לדון גם בעובדא דר"ג לו יהא שיתגלה בירור זה לפני בי"ד מומחין, אבל במה יגרע בזה דין מומחין מדין בי"ד בזה"ז, הלא גם שם נוכלומר שעיקר הכפי' יהי ע"י העבד שתפס בעצמו, ובי"ד יעשו דינים רק על כח התפיסה שכדין תפס, והודאת ר"ג תהא נחשבת רק כגרמא שתועיל תפיסתו של העבד: אבל באמת כאשר נעין בזה היטב, יובן לנו ההבדל בזה, דהנה בענין מרשיע א"ע שפטרה תורה, יש בזה שתי הבחנות, הבחנה אחת בגדר שלילה, דבעינן אשר ירשיעון אלהים, ואם מרשיע א"ע ליכא בזה הענין אשר ירשיעון בי"ד, והבחנה שנית בגדר חיובי, היינו שאם מרשיע א"ע מתחדש עי"ז סבת פטור אף אם יצויר שלא יהי בזה חסרון הרשעת בי"ד, ובדין זה שאם מרשיע א"ע המחזק סבת פטור קבלו חז"ל שזה דוקא אם הרשיע א"ע לפני בי"ד מומחין, אבל אם הודה לפני עדים ובאו העדים והעידו לפני בי"ד מומחין שבפניהם הודה, אינו נפטר מן הקנס אם יבואו עדים ויעידו על עצם המעשה, אבל כ"ז הוא רק אם הבי"ד מומחין אינם משתמשים לדין הקנס עם הודאת הנתבע, וגם אין לבי"ד לקבל עדות על הודאתו, כיון שאין הודאה בקנס גורמת שום דין לא לחייב ולא לפטור כשמודה חוץ לבי"ד, והם עושים דין רק ע"י העדים שמעידים על עצם המעשה, אבל אם הבי"ד מומחין יצרפו את הודאת הנתבע לאיזה צירוף של דין קנס, אז יהי דין זה כמודה בפני בי"ד מומחין ופטור מחמת דין מרשיע א"ע, ולכן בעובדא דר"ג אם נאמר שיעשו בי"ד מומחין דין מחמת תפיסת העבד בעצמו, ויבררו על כח תפיסתו ע"י שיעידו עדים לפניהם, שבפניהם הודה ר"ג, ויזכה עי"ז העבד דין זכות הקנס, אז תהי' בירור הודאתו כמרשיע א"ע לפני בי"ד מומחין, ויהי' בזה סבה הפוטרת, אבל בזה"ז דליכא בי"ד מומחין ובי"ד שלנו עושים הבירור על כח התפיסה של התופס ע"י הודאת הנתבע, הנה בנוגע לכלל הראשון דבעינן אשר ירשיעון אלהים, בכה"ג שהתופס עושה דינו מחמת ידיעתו שלא מחמת הודאת הנתבע, אף שהנתבע גרם



בהודאתו שתועיל תפיסתו, קרינן בזה אשר ירשיעון אלהים, ובנוגע לכלל השני שלא תהי' סבה הפוטרתו, אין סבה הפוטרת דהכל נעשה שלא בבי"ד מומחין, וליכא כאן מרשיע א"ע לפני בי"ד מומחין: אמנם עדיין יש להקשות בעובדא זאת דר"ג שרצה למצוא תחבולה שישתחרר טבי עבדו, ולא מצא בשום אופן כפי הנראה מהש"ס, והלא להרמב"ן הי' לו עצה שיתבענו העבד לפני בי"ד הדיוטות והם יגמרו את הדין ע"י הודאת ר"ג, כמו דנגמר הדין בכה"ג בזה"ז ע"י תפיסת העבד, אבל לפי מש"כ באו"ת ובנה"מ סי' א' סק"ב בשם הר"ן והרמב"ן ז"ל, דבגזילות אין כח לבי"ד הדיוטות לדון במקום דאיכא מומחין, ובמקום דליכא מומחין עושים שליחותיהו, ולענין הודאות והלואות עושים שליחותיהו אף במקום מומחין, משום שלא יונעל דלת בפני לוי, דאם נצטרך לדון דוקא בפני בי"ד מומחין לא ירצה להלוות, יעו"ש.

ולפי"ז במקום ר"ג שהי' בי"ד מומחין, ר' יהושע וחביריו אם יוצרך העבד לברר תפיסתו שהוא בגדר בירור דין גזילות, לא הי' רשות לבי"ד הדיוטות לדון בזה ולחתוך הדין, ולא הי' תחבולה בזה רק שיבורר הענין לפני בי"ד מומחין, ויהי' מרשיע א"ע בפני בי"ד מומחין כמש"כ: ועפ"י מה שבארנו יש לומר דגם הראב"ד ז"ל סובר כהרמב"ן ז"ל שהודאה בזה"ז אינה פוטרת, כיון דליכא הודאה בפני מומחין, אלא דסובר דאם הבירור על התפיסה, הי' רק עפ"י הודאת הנתבע, גם התופס לא מצי לכופו על הקנס, דהוי מרשיע א"ע וחסר בזה סבה המחיבת, וכיון שאחר הודאה שוב אין מקבלים עדים, והרי זה כאילו אין שם עדים, ויהי' כפוי רק ע"י עצמו, וחסר בזה דין אשר ירשיעון אלהים, והרמב"ן ז"ל סובר דבכה"ג שהבע"ד כופה אותו עפ"י ידיעת עצמו, והבירור בזה הוי רק כעין גרמא לתנאי של עביד איניש דינא לנפשי', חשבינן כאילו יש בזה סבה המחיבת, וסבת פטור ליכא משום דלא הודה בפני בי"ד, ומה"ט מועיל בזה"ז אף ע"י הודאת הנתבע, ולהראב"ד ז"ל חסר בזה סבה המחיבת, דעפ"י עצמו אין אדם מתחייב בקנס, וכן מורים דברי הראב"ד ז"ל שכ' דאף היכא שפוטט עצמו מכלום, דליכא סבת פטור, אבל חסר בזה סבה מחיבת דכיון שאחרי הודאה אין מקבלים עדים בזה"ז, אמנם בדברי הראב"ד בספר הזכות יובא לקמן, לא משמע כן כמו שיבואר: ועדיין עלינו לבאר לדידן דקיי"ל היכא שפוטט עצמו מכלום.

שאין הודאה גורמת שום פטור, מאיזה טעם יפטר במעשה דר"ג אם הי' מודה חוץ לבי"ד בפני שנים, ויעידו אח"כ לפני בי"ד מומחין, שהעבד תופס א"ע כדין, כיון שדין פטור של מרשיע א"ע ליכא היכא שפוטט עצמו מכלום, והנה בטעמא דמילתא דלא מהני הודאה לפטור היכא שפוטט עצמו מכלום, כתב רש"י ז"ל בב"ק שם בזה"ל, שהרי פטר עצמו מכלום, כלומר אין זה הודאה שהרי אינו בא להשיב כלום בהודאתו, שיודע הוא דמודה בקנס פטור, הילכך לפטור עצמו נתכון.

עכ"ל.

ונלענ"ד דאין כונת רש"י ז"ל שיהי' תלוי באומדן דעתנו אם נתכון לפטור א"ע או לא, דלפי"ז במעשה דר"ג שהי' לנו אומדנא דמוכח שר"ג רצה לחוב א"ע, שהרי שמח שמחה גדולה, לא הי' בזה חסרון שפוטט עצמו מכלום, ורבא הוכיח מהא דהקשה רב חסדא לרב הונא ממעשה דר"ג, דלא קמשני לי' דר"ג פוטט עצמו מכלום הוי, שהם סוברים

דלא כרב המנונא, אלא נראה לי שעיקר הטעם בזה דהודאת בע"ד הוא רק אם עפ"י אמת מועלת לחייב א"ע, אבל אם לא היתה מועלת כלום, ולא יוגרם לו שום הפסד בהודאתו, אין זה הודאת בע"ד, דמחמת שמחייב א"ע הוא בע"ד על חוב זה לחוב לעצמו, אבל אם אינו גורם שום חוב לעצמו, הרי זה כהודאת אחרים שאין הדבר נוגע להם כלום, אכן י"ל דגם אם לא יתחייב עפ"י הודאתו, הוא עושה חוב לעצמו במה שמודה שהזיק לחבירו, וכמו שבארנו בשע"ו פ"א שיטת הסוברים דגם בהודאת בע"ד לענין ממון, אם עושה עצמו רשע, חשוב כחבלעצמו, אף אם לא יגמרו בי"ד עלי' דין רשע, ורק אם רוצה לעשות תשובה, ליכא חב לעצמו, מה שמפרסם שעשה מעשה רשע, יעו"ש.

ולכן י"ל בכונת רש"י ז"ל שהיסוד בזה כמש"כ, שלא נקרא הודאת בע"ד, אלא היכא שבהודאתו הוא פוגע איזה ענין לרעה על עצמו, ומשו"ה בפוטר עצמו מכלום, הוא מטיב לעצמו יותר ממה שמריע לעצמו, ומשו"ה כשמחייב עצמו בקרן, איכא הודאה גמורה, ואם פוטר א"ע, איכא הטבה לעצמו יותר ממה שפוגע לעצמו מה שאומר בפני בי"ד שעשה מעשה עול וכיוצא בזה, שעפ"י תכונת בני אדם אין אדם רוצה שיתברר ענין זה לפני בי"ד, אבל נגד זה יעשה טובה לעצמו, מה שיפטר מתשלומי קנס, ועפ"י ז"ל דכ"ז הוא בדין קנסות שלא ע"י דין תפיסה, עיקר הדין יהי' עפ"י בי"ד ובעדים, דבכה"ג הוי הודאתו כמאן דליתא, שלא גרם לעצמו שום שעבוד וחוב, רק הטיב לעצמו, אבל היכא שהי' בזה תפיסה שאם נאמר שהודאתו תגרום בירור שיהני תפיסת התובע, הרי אז מחייב א"ע בהודאתו, וממילא יהי' הדין להתחשב כהודאה גמורה הפוטר את מקנס, וממילא בע"כ אי אפשר שתועל הודאתו לחיוב, דאם תועיל לחיוב יפטר משום מרשיע א"ע, ומשו"ה אי אפשר שיזכה התופס ע"י הודאת בע"ד אם הברור יהי' ע"י מומחין דאם יזכה התופס, הרי אז אין לך מחייב א"ע גדול מזה, אבל בזה"ז לא איכפת לן כיון שהכל יהי' ע"י בי"ד הדיוטות: פרק כ והנה לענין מיגו בקנסות אי הוי כעדים, פליגי הראב"ד והרמב"ן בס"פ אלו נערו במס' כתובות בס' הזכות וז"ל, כתב הראב"ד ז"ל מיהו היכא דתפס קודם הודאה וליכא עדים בתפיסתו, דיכול לומר להד"ם, ואתו לבי דינא וכפר בי' אידך בהאי קנסא, אם הודה לאחר מיכן אסתפקא לי מילתא, אי הוי האי מיגו כעדים, כדאמרינן בעלמא מה לי לשקר כעדים דמיא, וכיון דבהאי תפיסה איכא מיגו הו"ל כעדים, ואילו היכא דכפר ואתו עדים הא מחייב, והשתא נמי מאי דתפס מקמי כפירה והודאה תפס, או דילמא כיון דאילו הודה פטור, לא עדיף האי מיגו מהודאה דנפשי', והודאת בע"ד כמאה עדים, וכל היכא דהודאה לא מהני, מה לי לשקר נמי לא מהני, האי מילתא אסתפקא לי בדיני קנסות, ולא אתבררא גבאי כהוגן, עד יבוא יורה צדק לנו, עכ"ל.

והרמב"ן ז"ל כתב שם ע"ז וז"ל, וענין ספיקו של הרב ז"ל בתופס קנס שלא בעדים והודה הלה בסוף כבר יצא דינו מכלל דברינו להתחייב בזה"ז, מפני שאין ההודאה כלום, ואפי' במודה לפני בי"ד מומחין, אני אומר שלא פטרה התורה בקנס, אלא במחייב אותו בתחילה עפ"י עצמו, דכתיב אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע א"ע, אבל זה לא עפ"י עצמו, אלא לזה אנו מאמינים, הילכך ירשיעון אלהים קרינן בי' ולא מרשיע א"ע, דמה הוסיף או גרע בהודאה זו שאין זה מודה בקנס אלא זריז ונשכר להוציא את שלו, וגדולה

מזו במס' ב"ק שאני התם דמחמת בעתותא דעדים הודה, אלמא דלא פטרה התורה אלא במחייב א"ע, ומודה שלא לצורך, אבל זה להנאת עצמו הודה ולא להתחייב א"ע בדין ובפ' דו"ה אמרינן וכו' וכגון דקדם בע"ד ותפסי' וכו' ומ"מ הדין פשוט.

עכ"ל.

וגם דבריהם בזה סתומים בלי ביאור, דמה שכ' הרמב"ן ז"ל דלפי"מ שהעלה דלא מהני הודאה בזה"ז, אין נפ"מ בספיקו של הראב"ד ז"ל, תימה, הלא נפ"מ אם מהני מיגו כעדים, היכא דליכא הודאה וגם ליכא עדים, וזה ג"כ קשה בדברי הראב"ד ז"ל למה ציר ספיקו רק אם הודה אח"כ ומצאתי שבס' שער המשפט סי' א' סק"ה הקשה כן: ונראה לענ"ד בביאור דבריתם עפ"י מה שכתבנו דלכו"ע ראוי להיות, דהיכא דתפיס ועושה כפי', משום עביד איניש דינא לנפשי', יזכה, ורק בתנאי שיכול לברר לפני בי"ד דידן שעושים דינם לברר ענין גזילות שעל ענין זה לברר, סגי לכו הודאת בע"ד כמו בדיני ממונות, שמה"ט מקבלים עדים בזה"ז לאחר שתפס, ולפי"ז כיון דחשבינן בירור זה לבירור דיני ממונות, ראוי להיות שיועיל גם בירור של מיגו, ולכן אין נפ"מ בזה"ז לדון אם מיגו הוא כעדים לענין קנסות, ולכן מסתפק הראב"ד ז"ל רק אם מיפטר אח"כ ע"י הודאתו, אם הוא כמודה אחר עדים או לא, ומעתה נבאר עיקר ספיקת הראב"ד ז"ל עפ"י שיטתו לענין הודאה בזה"ז, דנראה לענ"ד דהראב"ד ז"ל סובר כיון דקיי"ל דאי תפס לא מפקינן מיני', ומקבלים עדים לברר אם תפס כדין, כמש"כ הרא"ש ז"ל, בע"כ הוא משום דלענין זה בי"ד שלנו עושים שליחותיהו, ודינם בזה כבי"ד מומחין, משו"ה פועלים בדינם גם לעיקר דין קנס, כיון שדין זה לברר על התופס אם עשה כדין הוא דין משותף, מצד אחד הוא דין מדיני קנסות, ומצד שני הוא דין גזילות, אין שליחות לחצאים, ומה"ט סובר דהודאה בזה"ז פוטרת, אף דבעינן הודאה רק בבי"ד, אבל כיון שבי"ד דידן שמבררים על תפיסת התופס, דינם כבי"ד מומחין בענין זה גם על עיקר דין חיוב הקנס, משו"ה אם מודה לפנייהם מיפטר כמודה בפני בי"ד מומחין, ולפי"ז נלענ"ד דאם יודה בזה"ז לפני עדים שלא בפני בי"ד דידן, יזכה התופס גם לשיטת הראב"ד ז"ל, דלענין הבירור שעשה התופס כדין, מהני הודאת בע"ד בפני העדים, ככל הודאת ממון דמהני הודאה בפני עדים, וכשיבואו העדים להעיד על הודאתו, יגמרו בי"ד הדין דזכה התופס, דליכא בזה חסרון של מרשיע א"ע, דאפשר לומר דגם הראב"ד ז"ל סובר, שקרינן בכה"ג אשר ירשיעון אלהים, כיון שכפוי הנתבע אחר שהודה, וסבה הפוטרתו ליכא בזה שהודה, חוץ לבי"ד, ול"ד ענין זה למש"כ הראב"ד ז"ל שכ' הרא"ה ז"ל בשמו, שהבאנו למעלה, דאם הודה בפני בי"ד בזה"ז שמיפטר גם אם באו עדים, גם היכא שפוטר עצמו מכלום, משום דאין מקבלים עדים בזה"ז, דהתם כיון דלאחר שנתברר לפני בי"ד ענין התפיסה ע"י ההודאה, בטל כח שליחותם לקבל עדים על עצם חיוב הקנס, והוא כמו דליכא עדים, ובמודה בקנס כשלא באו עדים, אם נאמר שיזכה התופס עי"ז, אין לך מרשיע א"ע גדול מזה, וממילא מוכרח הדבר שיפטר, כמש"כ לעיל, אבל אם היתה הודאה זו חוץ מבי"ד דילן, אם נאמר שע"י זיכה התופס אח"כ אם יעידו עדים שהודה בפניהם, אף שמרשיע א"ע, אבל כ"ז עשה חוץ לבי"ד, ובמודה חוץ לבי"ד לא מיפטר אף היכא שמחייב א"ע בקרן, כמו שמוכח להדיא דין זה מהרמב"ם פ"ג מה' גניבה,

שהביא להלכה במודה חוץ לבי"ד שאינו מיפטר, ואח"כ מביא להלכה שהודאה אינה פוטרת רק אם חזב עצמו בקרן, והראב"ד ז"ל לא השיג שם כלום.

— אמנם לפי"מ שבארנו לעיל שאם בי"ד מומחין משתמשים לענין בירור, ועי"ז זוכה התופס גם זה נקרא מרשיע א"ע, כ"כ הכא אם נאמר דהראב"ד ז"ל סובר שבשעה שעושים שליחותייהו דינים כמומחין א"כ אי אפשר שיזכה התופס: ועפי"ז דן הראב"ד ז"ל מה יהי משפט דין מיגו אם התופס תפס שלא בפני עדים דיש לו מיגו לדהד"ם, אם הועיל מיגו זה רק לענין בירור, ולא לענין חיוב קנס, אז י"ל כשמודה קודם פסק דין מיפטר משום מודה בקנס, דלשיטתו מהני הודאה לפני בי"ד דידן מחמת שהם כמומחין כמש"כ, וכיון דקודם גמר דין עדיין, איכא אכתי דין קנס ע"ז להפטר, אכן בכה"ג נראה דלשיטתו ג"כ לא יפטר רק היכא שמחזיב א"ע, אבל אם פוטר עצמו מכלום לא יפטר, דל"ד זה למש"כ הראב"ד ז"ל במודה ואח"כ באו עדים, דהתם לאחר הודאה אין מקבלים עדים, ובמודה בקנס בלא עדים אי אפשר שיתחזיב, דאין לך מרשיע א"ע גדול מזה, וכמש"כ, אבל הכא דל הודאתו מזה, אכתי יש לו בירור ע"י המיגו, דלפי מש"כ דלענין בירור לא הי' מסתפק הראב"ד ז"ל אם מהני מיגו, רק מספקא לי' אם מהני מיגו לענין עיקר חיוב קנס כעדים, או לא, ויסוד הספק בזה הוא מש"כ הראב"ד ז"ל, מטעם דלא מהני הודאת בע"ד כ"כ לא מהני מיגו, אבל גם זה צריך ביאור, מה שייך ענין מיגו להודאת בע"ד, ונלענ"ד שהטעם בזה עפ"י מש"כ בשע"ו לבאר ענין מיגו שהוא דין מורכב משני ענינים, דמשום סברת מה לו לשקר, מהני לענין בירור' שבי"ד מאמינים לו שכדבריו כן הוא, אבל עדיין לא מהני ענין להוציא פסק דין, דאף אם בי"ד ראו בעצמם לא מהני ביחיד מומחה, דגזיה"כ הוא עפ"י שנים עדים יקום דבר, שעדים מקימים דין זה שיהי' בכח בי"ד לכוף את הנתבע, וכן הבאנו דברי הרמב"ן ז"ל בשטמ"ק כתובות ספ"ב לענין אומר בני זה וכהן הוא, שכתב דאף דנאמן משום מיגו דאי בעי אמר אינו בני, לא מהני בדבר שצריך שני עדים, אלא דהא דקיי"ל דמהני מיגו בממון ובדבר שבערוה, דכיון דגלה לנו קרא דכי הוא זה שמי שהוא כבעלים על ענין זה, מהני עדותו גם לקיום הדבר לפני בי"ד, כ"כ אם יש בכח הבע"ד לזכות בחפץ זה ע"י טענה אחרת הרי הוא כבעלים.

ועי' ש"ש ש"ו פ"א שהוכיח דמיגו בממון ובדשב"ע אינו משום בעלים, ולפי מש"כ ענין מיגו הוא מורכב משני טעמים, ומשו"ה יש לדון דבקנס דלא מהני הודאת בע"ד, שלא יהני כלל דין מיגו, אף דמהימן משום מה לו לשקר, חסר בזה כח בי"ד בלא עדים, דלא גלתה לנו תורה שיהני בזה לקיום הדבר עדות של בעלים: והרמב"ן ז"ל סובר דאף שבי"ד שלנו עושים שליחותייהו, הוא רק לענין דין בירור זה שתפיסת התובע היתה כדין, אבל במה שנוגע לעיקר דין קנס, לא ניתן להם שום כח, ומה"ט סובר שאין הודאה בזה"ז פוטרת דהוי הודאה חוץ מבי"ד, ולפי"ז אין נפ"מ כלום בזה"ז מה שמסתפק הראב"ד ז"ל לענין מיגו, כיון דגם לשיטת הראב"ד ז"ל מהני מיגו לענין בירור על תפיסתו, וסבה לפטרו ליכא בזה"ז, ומשו"ה כתב דכבר יצא דינו מכלל דברינו להתחזיב בזה"ז, ועוד הוסיף דהודאה כזאת אינה נחשבת כמרשיע א"ע שמה הוסיף בהודאתו כיון שאנו מאמינים לתופס ע"י מיגו, דלכאורה אין דברי' מובנים, דהרי ע"ז אנו דנים אם מהני דין מיגו בקנס או לא, ואם לא מהני, הרי הודאת הנתבע היא כמודה בתחילה, אבל

לפי מש"כ השגתו גדולה היא, כיון דלענין בירור סובר גם הראב"ד ז"ל דסגי לענין תפיסה הבירור ע"י מיגו, הרי אין זה כמחייב א"ע רק להנאתו לפטור לחוד, והראב"ד ז"ל סובר כיון שהודאת בע"ד עדיף ממיגו גם לענין בירור, וכיון שמחייב א"ע בקרן, וכמש"כ לעיל, לכן סובר דאם מיגו לא מהני כעדים לענין קנס, מיפטר אח"כ מחמת הודאתו: ולפי מש"כ נראה דשיטת הראב"ד אינה כשיטת הרמ"ה שהביא הטור סי' שצ"ט דלא מהני מיגו גם בזה"ז, שכשיטתו הוא דברי הנמ"י בס"פ המניח וז"ל, אבל למ"ד פלגא נזקא קנסא דקיי"ל כוותי' לא מהני הודאתו עד דאיכא סהדי וכו' אבל אי ליכא סהדי אפי' כדאמר מזיק לא שקיל, ואפי' תפס מפקינן מיני', דלא מהני תפיסה אלא בממונא דאי הוי מודה בי' נתבע הוי מחייב, אבל בקנסא דרחמנא פטרי' אפי' תפסי' בלא עדים ליכא מיגו, והא דאמרינן בפ"ק גבי פלגא נזקא דאי תפס לא מפקינן מיני', התם דאיכא סהדי דאזיק דאיכא חיובא גבי מזיק, אי קיימא בדינא גבי בי"ד בא"י, ולפיכך אי תפס בבבל אהני' לי' כיון דלא דיינינן קנסות בבבל, דאלהים בעינן וליכא.

עכ"ל.

ומוכח מדבריו דלא מהני מיגו בקנסות גם בזה"ז ומכש"כ לפני בי"ד מומחין, ולפי"ז איכא בזה שלש שיטות, דהרמ"ה והנמ"י מבארים ענין שליחותייהו בקנסות אי תפס דאז דנים ענין זה כבי"ד מומחין, ומה דמהני התם מהני לגבי בי"ד דידון, וסברי דמיגו לא מהני בקנסות משום דבעינן דוקא עדים, ולדידהו הודאה ודאי לא מהני בזה"ז כמו דלא מהני הודאה לפני בי"ד, ושיטת הראב"ד ז"ל דמיגו מהני בזה"ז לענין בירור על תפיסת התובע, ולענין בירור לפני בי"ד מומחין בכדי לחייב קנס מספקא לי', ומסוגית הש"ס ב"ק פ' דו"ה בסוגיא דשאלו תם ונמצא מועד, דמוכרח הרמב"ן ז"ל דמיגו הוי כעדים לא סבר לה הראב"ד ז"ל, או דהי' לו גירסא אחרת דתפסי' בי דינא, או משום דאזיל לשיטתו דפלגא נזקא שאני דמהני תפיסה בפלגא נזקא אף במודה לפני בי"ד מומחין, ובהודאה אי אפשר להתחייב לשיטתו גם בזה"ז משום דאם יתחייב הוי מרשיע א"ע, דסובר דכיון דבי"ד עבדי שליחותייהו דינם כדין בי"ד מומחין אם רק צריכים להזדקק לדין זה מחמת דין גזל המעורב בזה אבל לאחר הודאת הנתבע דליכא דין גזל שוב אין להם כח להזדקק, וכן לאחר בירור של מיגו, והרמב"ן והרא"ש ז"ל סברי דלא מהני שליחותייהו, רק למה שנוגע לענין בירור גזילות, ומה שנוגע לדין קנס לא מהני שליחותייהו, ומשו"ה אינו מיפטר בהודאה, ולענין מיגו סברי דבזה"ז ודאי מהני היכא דתפס, אבל יש לומר דסובר דרק היכא שתופס בלא עדים, דאיכא בזה כפית בע"ד משום עביד איניש דינא לנפשי', התם סגי במיגו לענין בירור, אבל אם יצויר מיגו בלא תפיסה, י"ל דלא מהני בבי"ד מומחין, משום דמיגו אינו כעדים, וכן נראה פשוט דברי' ז"ל וכן ממה שהביא מסוגית הש"ס פ' דו"ה, הוא רק היכא דתפיס בע"ד, ויש לומר דגם לפני בי"ד מומחין יש דין עביד איניש דינא לנפשי': ובנה"מ כתב דבר מתמיל לענ"ד, שכ' בסי' א' סק"ה וז"ל, ועש"ך ס"ק ט"ז דאפי' הודה קודם שתפס ואפי' לא באו עדים וכו', והנה ביו"ד סי' רס"ז הוכיח הש"ך בעצמו דלא מהני תפיסה בדליכא עדים מהא דר"ג שאמר שכבר אין לך עדים ומשאר הוכחות, ע"ש.

וסותר כאן דברי עצמו, ונראה דמש"כ ואפי' לא באו עדים הכונה שלא הביא העדים לפני בי"ד, בהא פליגי הפוסקים, דמאן דס"ל דמהני תפיסה אף שלא הביא העדים הוא מטעם דהא בלא"ה אנן לאו בי"ד אנן לקבל עדי קנס, רק שכתב הט"ז דכל שתפס אי"צ דיינים, ובתפיסה עביד איניש דינא לנפשי, ע"ש בט"ז.

וכיון שכן אפי' לא הביא עדים לפני בי"ד כיון שהוא בעצמו יודע מהעדות, אבל כי ליכא עדים כלל ודאי דלא מהני תפיסה, וכן במקום מומחין כיון דאיכא דיינים לא מהני עד שמביא העדים לפני בי"ד, ודוקא במקום דליכא דיינים כתב הט"ז דאי"צ לדיינים, משא"כ במקום דאיכא דיינים.

עכ"ל.

והדברים מתמיהים היתכן כזאת שיתפוס מחבירו ולא יברר לפני בי"ד בשום בירור, רק יאמר שהוא קבל עדות, ותמלא הארץ חמס, ונראה דאולי סובר דעדות בקנס הם כעדים בקדושין שראית דעדים מועילים לחלות הדין אף אם באו אח"כ לבי"ד, רק בעינן שיהי' עדים על ראית המעשה ואז הוי סבה שלמה לקיום הדבר, ובקנס אם היו העדים הראויים להעיד לפני בי"ד מומחין, הוי סבה שלמה לחיוב קנס, ועל ענין זה מה דלא נגמר חלות הדין עד שיובא לפני בי"ד, על ענין זה מהני תפיסת התובע משום עביד איניש דינא לנפשי, ובכה"ג יהני אח"כ הבירור לפני בי"ד דידן, היינו שיברר ע"י מיגו או ע"י הודאת הנתבע, שיודה הנתבע שהי' מעשה המחיבת לפני עדים כשרים, ובזה מתורץ הקושיא מעובדא דר"ג דכיון שאומר שלא היו עדים בדבר, לא מהני כלום, כמו באומר קדשתך שלא בפני עדים, וכן מורים דבריו בסי' ל' שמבאר שם דעדי צירוף לא מהני בקנס, כמו עדי צירוף בקדושין, יעו"ש: והנה אף שיש להוכיח קצת כדבריו מדברי הנמ"י שהבאנו, שנראה מדבריו שהעדים הם סבה לעיקר חיוב קנס, אבל אחרי כל זה הוא דבר פלא שלא נזכר בשום פוסקים הראשונים, שיהי' דין קנס כקדושין, שיוצרך עדים לעיקר החיוב, והיכן מרומז ענין זה בקרא דאשר ירשיעון, דהא דדרשינן אם המצא בעדים תמצא בדיינים הוא רק לענין בירור לפני בי"ד, אבל לקיום הדבר מהיכא תיתי שלא יהני בלא עדים, דהלא מיתת הבעל מתרת בלא עדים, ובע"כ רק הענינים הנעשים בכח האדם צריך עדים לקיום הדבר, ולדברי הנתיבות הי' ראוי לומר דגם מודה בקנס אינו פוטר, רק אם הודה שהי' המעשה לפני עדים, ולכן נלענ"ד שאין מקום לדבריו דבקנסות ודיני נפשות אי"צ עדים לקיום הדבר, רק בירור לפני בי"ד, אלא דהודאת בע"ד לא מהני, אכן אם התופס בעצמו אינו יודע את גוף המעשה, רק שמע מפי המזיק שכך וכך עשה, מסתברים הדברים לומר, דלכו"ע לא מהני אם לא יבואו עדים לפני בי"ד, דמש"כ הנתיבות שהתובע יקבל העדות הוא דבר זר ותמוה אף שבארנו בשע"ו דלקבלת עדות אי"צ דוקא בי"ד, אלא מי שניתן לו הכח לדון להוציא לאור את הדין בפועל, וכן כתב בנה"מ סי' ג' סק"ג, ולפי"ז יש מקום קצת לומר כיון דע"י תפיסה הוא עביד דינא לנפשי, והוא מוציא כח הדין בפועל ע"י כפיתו, כ"כ הוא מקבל עדות, ואולי זהו טעמו של הנתיבות, אבל עכ"ז הוא דבר רחוק מאד לומר כן, דבאמת כ"ז שלא בא לבי"ד לברר על כח תפיסתו אין בכחו לכופו, ותלוי גם בזה"ז במה שיפסקו בי"ד את הדין, וכשבא לפני בי"ד חושדין אותו לגזלן, אם לא יברר לפניהם, א"כ איזה ענין הוא

שיקבל הוא הגדת העדות, ורק טענת ברי ע"י אחר נוכל להחשיב ענין זה, ולכן מיסתבר לומר שהתופס אינו יכול לתפוס אם יודע בעצמו את עיקר המעשה, וכשבא לבי"ד יבורר ע"י בירורים המועילים, ולשיטת הסוברים דמהני הבירור ע"י הודאת בע"ד, מהני תפיסתו, או אם שמע שיש עדים בדבר יכול לתפוס על סמך שיביא העדים לבי"ד דילן, אבל אם הוא בעצמו אינו יודע רק ע"י הודאת בע"ד, מסתבר לומר דכמו שבי"ד אינם יכולים לכופו ע"י הודאתו, כ"כ הבע"ד אינו יכול לכופו ע"י הודאתו.

כנלענ"ד בענין זה: ועפ"מ שבארנו בפלוגתא דהראב"ד והרמב"ן ז"ל הוא דפליגי בענין הכח שניתן לבי"ד דילן, עפ"י הכלל דשליחותיהו דבי"ד מומחין עבדי, נלענ"ד דסברא זו פליגי בעל המאור והרמב"ן ז"ל בדין טוען טענת גנב בס"פ הגוזל עצים, וז"ל המאור שם, כולהו שמעתא משמעתא דר' חייא אר"יעד נגנבה באונס שלא כתבם הרי"ף ז"ל אעפ"י שהוא לא כתב מפני שיש בהם קנסות, אבל אנו דנים בהם, ופוסקים בה כדין שאר קנסות בדאיתפס עכ"ל.

ובמלחמות כתב ע"ז בזה"ל, אמר הכותב טעה בעל המאור ז"ל בזה, דשמעתא דר' חייא בר אבא כוליה בטוען טענת גנב ובתשלומי כפל איתמרן, והאיך יתחייב כפל בחו"ל בטוען טענת גנב, והלא אינו משלם כפל עד שישביעוהו בי"ד, ואין דייני חו"ל דיינין לפי שאינם סמוכים, וכנשבע חוץ לבי"ד דמי, דכתיב ונקרב בעל הבית אל האלהים לשבועה, לפיכך אינו מתחייב לעולם בתשלומי כפל, ויפה כיון רבינו הגדול ז"ל שלא כתבה עכ"ל.

ועפ"י מש"כ י"ל בטעמו של בעל המאור ז"ל, דכיון דבי"ד דילן משביעים אותו לשומר שטוען נגנבה, ועבדי שליחותיהו דבי"ד מומחין מאיזה טעם שיהי, מדרבנן או מה"ת, דינם בענין זה כבי"ד מומחין, אם רק הזדקקו לענין זה עפ"י ענין שעושים שליחות של בי"ד מומחין, לא פלגינן לומר דרק לפרט אחד של בירור דין השומרים, הועילה השבועה שנשבע לפניהם, ולא לשאר התוצאות, שאמרה תורה שהשבועה פועלת, אלא הוי כמו שנשבע לפני בי"ד מומחין, ומשו"ה אם באו עדים אח"כ שבשקר נשבע שגם בקבלת זו העדות צריכים להזדקק בי"ד שלנו, מחמת שנוגע לחיוב הקרן, מדין שומר, ונגמרה עי"ז סבה המחייבת גם על תשלומי כפל, כיון שאין שליחות לחצאים, ואז אם יתפוס יהני ולא יוצרך עוד בירור אחר, דבלא תפיסה לא יזכה, דרק לענין השלמת סבה המחייבת הועיל בי"ד דילן, אבל אין בכחם אח"כ לכופו, דענין הכפי' הוא ענין בפ"ע ולית להם כח ע"ז, והרמב"ן ז"ל לשיטתו אזיל דכמו דסובר דהודאה בזה"ז אף שבי"ד דילן מקבלין הודאתו לענין בירור דין גזילות שהתופס עשה כדין, ולא עביד מעשה גזילה, אבל בנוגע לענין חיוב קנס, אין לבי זה שום כח, ולענין זה חשבינן הודאתו כמו שהודה חוץ לבי"ד, כ"כ סובר לענין טענת גנב, אף שמשביעים לו בי"ד דידן לענין דין שומרים, מ"מ לא מהני שבועה זו כלום לענין דין חיוב כפל, ולענין זה חשבינן כאילו נשבע חוץ לבי"ד.

כנלענ"ד בזה: והנה הש"ך בס"ק ט"ז וכן הב"ח הביאו להלכה רק דברי הרמב"ן ז"ל, ולפי מש"כ הוא תלוי בפלוגתא דהראב"ד ז"ל אם הודאה פוטרת, אבל להלכה פסקו הפוסקים גם שם כשיטת הרמב"ן ז"ל משום דהרא"ש ז"ל סובר כהרמב"ן ז"ל, ואף אם יהי גם ספיקא דדינא הרי הוא תפוס, ובנה"מ סי' א' סק"ד כתב לחלק בין עדי קנסות

לשבועת טוען טענת גנב, והמעין יבחר: פרק כא כתב הר"ן ז"ל בפ"ק דקדושין בסוגיא דכ"ד ראשי איברים שהעבד יוצא בהם, וז"ל, וזה שכתב הר"ף ז"ל שמועות הללו שבעבד כנעני, אע"ג דיציאה בשן ועין קנסא הוא ובעינן בי' מומחין וליכא, כתב הרמב"ן ז"ל דהיינו טעמא, משום דקיי"ל בקנסא דאי תפס לא מפקינן מיני' כדאיתא בפ"ק דב"ק ובפ' אלו נערות, וכיון דעבד תפוס הוא בעצמו, מכיון שהפיל שינו לא יהבינן לי' רשותא להשתעבד, ומשמתינן לי' עד דכתב לי' גיטא דחירותא, ואפי' למ"ד אינו צריך גט שחרור, ה"מ בזמן דאיכא סמוכים, אבל האידנא צריך, לפי שבהעמדת בי"ד הוא שיצא לחירות, ולא משעת חבלה, כדאיתא בפ' מרובה, הילכך האידנא כיון דליכא סמוכים ליכא העמדת בי"ד וצריך גט שחרור לדברי הכל עכ"ל.

והנה בפשטות ההבדל בזה בין כפית בי"ד לכפית העבד שתפוס בעצמו, דכפית בי"ד היא כפי' כללית, בין על קנין הממון, בין על קנין האיסור אבל כפית העבד הוא רק על מה שבכחו לכופו שהוא מוחזק בעצמו, ועל קנין האיסור אינו מוחזק בעצמו, אבל לענ"ד קשה לומר כן שכפית הבע"ד יהני רק על מה שבידו, דא"כ בזה"ז אכתי יש לאדון זכויות גם בקניני הממון לענין אם יעשה אצל אחרים שלא יהי' העבד תפוס, ולמה משמתינן לאדון שישחררו, דרק אם נאמר שפקע קנינו לגמרי אז יש לכופ' לאדון שישחררו להתירו בבת חורין, אבל אם יש לו איזה זכותים קשה, עוד קשה לי טובא בעיקר דין תפיסה בשאר קנסות היכא שבתפיסתו אינו יכול לזכות רק בגדר משכון והיכא דליכא שעבוד הגוף ליכא משכון, ואם ע"י תפיסתו לא נתחייב הנתבע בשעבוד הגוף, משום דעל שעבוד הגוף אינו יכול לכופו, ובלא שעבוד הגוף האיך יזכה במשכון, ובנה"מ סי' א' סק"ה העלה להלכה נגד היש"ש דהיכא דחזר הנתבע ותפס מיד התובע שתפס מהני תפיסתו דלא זכה התופס בעד חיוב קנס שום דבר, רק יכול להחזיק הדבר עד שיפיסנו הנתבע יעו"ש.

ולשיטתו ודאי קשה למה משמתינן להאדון שישחררנו בג"ש, כיון שלא זכה העבד עדיין בגופו קנין גמור, ואם העבד נוטל מאחרים בשכר מעשי ידי' אינו קונה בהם שום קנין, רק יהי' תפוס בזה כמו שהוא תופס בעצמו, וכן במציאה ומתנה, ולמה יכופו אותו בי"ד להפסיד קנין שלו, ובלא"ה לענ"ד דברי הנה"מ הוא נגד דברי הטור בח"מ סי' ת"ז דפסק בשור תם בזה"ז דאם מכרו ניזק קודם התפיסה זכה הלוקח כשיתפסנו הניזק יעו"ש.

וכן פסק הרמ"א שם דכמו דמהני העמדה בדין בבי"ד מומחין שיזכה הניזק למפרע משעת הניזק, כמו דאיתא במס' ב"ק ד' ל"ג, דמהני אם הקדיש הניזק קודם העמדה בדין, כ"כ זוכה למפרע בזה"ז ע"י תפיסה, ולדברי נתיבות הנ"ל אין מקום להבין ענין זה, שיזכה למפרע כח תפיסה לחוד, ואיך שייך ענין מכירה על פרט זה של תפיסה שיזכה הלוקח, וכן בעבד ראוי להיות לדברי הנה"מ שכל מעשי ידיו יהיו לרבו, דכיון שעדיין גופו קנוי לרבו ככל עבד, רק שיש לו זכות לכופו ע"י שמוחזק בגופו אבל לא זכה עדיין בעצמו הפקעת קנין של רבו, ועי"ז שיש לו כח תפיסה לא יזכה במעשי ידיו הבאים מחמת קנין הגוף:וע"כ נלענ"ד שלא כהנתיבות הנ"ל, ודברי היש"ש מוכרחים, דגם בזה"ז זוכה התופס קנין גמור, כמו שזוכה ע"י כפית בי"ד של מומחין, אבל כ"ז מובן בדיני קנסות של שור תם ובשן ועין של עבד, שהזכי' הוא בדבר התפוס קנין ממש בגוף הדבר, וכמו



שזוכה ע"י בי"ד מומחין, כ"כ זוכה בזה"ז ע"י תפיסה, ולפי"ז נאמר דבשן ועין נעשה משוחרר גמור על קנין הממון, ונפקע לגמרי מן העבד דין עבדות, ומשו"ה גם לענין מציאה ומתנה הרי הוא כמשוחרר, ומכש"כ לענין מעשי ידיו, אף שהדברים האלה בנוגע לעתיד אין העבד תופס בהם, אבל פרטים אלה הם תוצאות ותולדות מקנין הגוף, וכיון שזכה בגופו מחמת תפיסתו, אז כל הבאים אח"כ מקנין הגוף הם שלו, אבל קנין איסור הוא קנין בפ"ע, ועל קנין זה אין בכחו לכופף את האדון שישחררו, משו"ה לא נפקע ע"י תפיסתו שהוא תופס בעצמו והוי דינו כמעוכב ג"ש, שכופין את רבו ועושה אותו בן חורין, אבל עדיין קשה מה שהקשינו בענין תפיסה של שאר קנסות, שהתפיסה בגדר משכון, שלשעבוד משכון צריך שיחול שעבוד הגוף, ובזה אין בכח התופס לכופו: ונראה לענ"ד לבאר ענין זה, בס"ד, עפ"י עיקר היסוד בדיני קנסות אצל בי"ד מומחין, דלכאורה אינו מובן, דהנה עפ"י מה שהורה לנו הרא"ש ז"ל שאין כונת התורה, שע"י בי"ד יתחייב חיוב מחודש, כענין המתחדש ע"י דיינים שטעו בשקול הדעת, שניתן להם כח ע"י שמים לחדש דין מחודש, לזכות את החייב ולחייב את הזכאי, אלא שבקנסות.

כח בי"ד הוא רק לענין כפי' לקים בפועל את האמור בתורה, ומשו"ה כיון דלענין כפי' יש כח גם לבע"ד לכופף את החייב ע"י תפיסה, משו"ה מהני תפיסה בזה"ז, דאם היתה כונת התורה שבי"ד מחדשים חיוב חדש, לא הי' שייך כלל ענין תפיסה בזה"ז, שאין ביד הבע"ד לחדש דין חדש כמובן, ולפי"ז אינו מובן לכאורה, איך שייך לומר שכונת התורה שבי"ד יכופו את הבע"ד לשלם, כיון שאינו חייב עדיין, כ"ז שלא נתקימה כפית בי"ד ואיך כופים אותו, שאם נאמר שבי"ד כופים אותו עפ"י דרך שאמרו במס' כתובות פ"ו שכופים בי"ד על פריעת בע"ח כמו שכופים על קיום המצוות כלולב ושופר, זה ודאי ליכא למימר, דהתם איכא מצוה על האדם לעשות מעצמו, וכופים אותו לקים המוטל עליו, אבל בקנס שאין על הנתבע שום מצוה אף לצאת ידי שמים, כמו שהוכיח בירושלמי מעובדא דר"ג, וא"כ מה ענין כפי' זו, ובע"כ עלינו לומר דבקנס איכא בעצם זכות לתובע וחייב הגוף על הנתבע, וענין העמדה בדין הוא רק בגדר תנאי, שאם בי"ד יכופו אותו על הדין האמור בתורה יזכה התובע, ואם לא יכופו אותו לא יזכה כלל, ואמרה תורה שהבי"ד יכופו אותו על ענין זה כאילו כבר נתחייב בממון זה, ואם יעשו כן יהי' האמת כן, דאם כפו אותו כבר זכה התובע משעת מעשה, דאם נאמר שהחייב של תורה מתחדש בעיקרו לאחר כפית בי"ד, עדיין קשה ענין הכפי', אם אין עליו שום דין ומה כופין אותו לשלם, אבל אם נפרש שהוא כעין תנאי, יש לקרב ענין זה אל שכלנו להבינו קצת כמש"כ, ועוד נראה לי דהלא בשור תם ובשן ועין כתבו בתוס' ב"ק הנ"ל דזוכה למפרע, וכן פסק הטור בס"י ת"ז שהבאנו לעיל, ובע"כ שם ענין הכפי' רק כעין תנאי בעלמא, לכן מסתבר לומר דגם בשאר קנסות הוא כעין תנאי בעלמא, רק ההבדל בזה באופן התנאי, וכמו שנבאר: דכבר בארנו לעיל בשער זה פ' י"ח דכתנאים הנעשים ע"י אדם, וכן בתנאים שתלתה תורה, איכא שני אופנים, אם המקרה עתידה גורמת הדין למפרע, או עוקרת הדין למפרע, וכמו שהבאנו לעיל בפלוגתא דר"י ור"ל לענין יבום וחליצה במעוברת, דר"י סובר דדין יבום חל השתא דעובר לא מיקרי בן, ורק אם תלד בן קיימא נעקר למפרע זיקת יבום וחייב קרבן, אבל אם הפילה נשאר הדין כדמעיקרא, ור"ל סובר דעכשיו ליכא דין יבום רק המקרה העתידה מה שהפילה גורמת הדין למפרע,

וביעור לכו"ע היעוד שמיעדה אח"כ גורם הדין למפרע, ומשו"ה בעינן אח"כ עדים לקיום הדבר כקדושין דעלמא, לכן י"ל דכ"כ לענין קנסות, דבשאר דיני קנס כפית בי"ד גורמת הדין למפרע, ובשור תם ושן ועין הוא להיפוך שדין הזכי' חל עכשיו, ורק אם לא יהי' כפי' נעקר הדין למפרע, ומחמת הבדל זה משתנים הדינים בכמה פרטים, דבשור תם אם הי' ענין התנאי כמו בשאר קנסות, אז הי' הדין דאם מכר הניזק או הקדיש לא הי' מהני המכירה וההקדש, כיון שעכשיו עדיין ליכא סבה שלמה, ורק המקרה העתידה גורמת למפרע, חשבינן שעכשיו חסר עדיין לניזק כח בעלים, וכמו שהבאנו לעיל שיטת הרשב"א ז"ל דבתנאי של מעכשיו ולאחר ל' יום, אם גרשה תוך ל' לא מהני, ומדאמרינן שאם הקדיש ניזק מהני לר"ע, מוכרח שאופן תנאי הכפי' בשור תם הוא להיפוך, שהעדר הכפי' תגרום עקירה למפרע, ובהא דבקנס של אונס ומפתה, דתנן במתני' ריש נערה דאם לא הספיק לעמוד בדין עד שבגרה קנסה לעצמה, שהוכיחו בתוס' ב"ק הנ"ל, דבשאר קנסות לא זכי' עד העמדה בדין, יש לפרש ג"כ עפ"י מש"כ, דכיון דהכפי' גורמת הדין, ובשעת הכפי' פקע כח האב, אי אפשר שתגרום לו מקרה הכפי' לזכות בהאי קנסא, ואמרינן איגלאי למפרע שזכתה הבת, דכל שפקע כח האב היא זכיא בזה, כמבואר שם, ובשן ועין למאן דדריש תחת עינו ולא תחת עינו ושינו, שמפרשים התוס' שם דהטעם בזה שגלה קרא שזוכה למפרע כמו בשור תם, כ"כ הטעם כמש"כ, דאם הי' המקרה העתידה של העמדה בדין גורמת למפרע, לא הי' לעבד זכות תביעת חבלה בעד השן שהפילו לאחר שסמא את עינו, שעדיין לא זכה העבד בעצמו, רק אח"כ יחול הדין למפרע, ומעיקרא לא הי' סבה לעבד לזכות בחבלה זו, ועל ענין שהי' מעיקרא בשלילה, לא מהני מה דאמרינן אח"כ איגלאי למפרע, כיון דמ"מ לא הי' שום כח לעבד על דין חבלה מהאדון, ומדגלי קרא שישלם בעד השן גלתה תורה שבזה יהי' התנאי להיפוך, כמו בשור תם, ומשו"ה משלם לו, דעכשיו נגמרה סבה של זכות העבד, ורק שלילת העמדה בדין תגרום הפקעה למפרע, והא דמבואר בריש המפקיד בשלם ולא רצה לישבע שהשומר זוכה את הכפל מן הגנב משום דאמדינן לדעתיה של המפקיד, שהקנה לו הפרה בתנאי שאם תרצה ותשלמי פרתי קנוי' לך מעכשיו, ונמצא דכשגנב הגנב היתה הפרה של השומר, דלכאורה הוא נגד דברינן, דאף שמקרה של התשלומים סבה הגורמת לקנין הפרה למפרע, מ"מ זוכה השומר בתשלומי כפל, אף דמעיקרא הי' חסר לשומר כח בעלים, אבל זה לק"מ, דהתם בלא"ה לא הי' שם שום דבורים של הקנאה והתנאי, רק אמדינן לדעתיה של המפקד שרוצה שיזכה השומר בהכפל, ע"י אופן המועיל, ואם הי' מהני פרה לכפילא, לא הוי אמרינן שהקנה לו את הפרה כמבואר שם, ולפי"ז נאמר דאיכא אומדנא שיהי' התנאי בהיפוך, שיהי' סבת הקנין מעכשיו בלעדי מקרה העתידה, ורק העדר התשלומים יהי' לסבה המבטלת את הקנין למפרע: עוד י"ל בנידון דין תשלומי כפל לשומר, דאף אם יהי' התנאי שתשלום הקרן ע"י השומר יגרום דין הקנין למפרע, יזכה השומר בהאי כפל, דהנה זה ודאי דאף בתנאי כזה יופקע כח זכות הכפל מן המפקיד, דעל ענין לעקור ולבטל למפרע, הוא כל עיקר כח התנאי, וכמו דאמרינן במקדש מעכשיו ולאחר ל' לשמואל דסובר תנאי הוי, שאם נתקדשה לאחר ונתקים התנאי אח"כ פקעי קדושי שני וגמרי קדושי ראשון, כ"כ הכא נחשוב אח"כ כאילו בטל כח הקנין של המפקיד למפרע, ולפי"ז יפטר הגנב עכ"פ מלשלם להמפקיד, ועלינו לדון בזה רק על

צד זה או שיפטר הגנב לגמרי מחמת דגם לשומר ליכא כח זכות על תביעת הכפל, בכה"ג יזכה השומר בהאי כפל מכח אחר, דהנה בשלם ולא רצה לישבע או גם אם נשבע יש לדון שיזכה השומר בתביעת כפל מן הגנב, דכמו דמבואר שם בפ' המפקיד בשוכר פרה והשאילה לאחר, דסברי רבנן דהשואל משלם לשוכר, משום דקונה במיתה, שהענין שם, דכיון שהשומר הראשון השלים תנאו בלקיחת הפרה מן רשות הבעלים הוא זוכה בכל תשלומים שיהי' בה, כ"כ הי' ראוי לומר כשנשבע או שלם יזכה בתשלומי כפל, ועי' בחי' הגרע"א ז"ל שהקשה כן, וכן הקשה בס' פנ"י שם, ומה שתרצו שם אינו מתקבל על הלב כמבואר לכל מעין, ולדעתי נראה דרק לענין תשלומים של שמירה, השומר זוכה בכל תשלומים שיהי', דגם שואל תשלומי' מחמת דין שמירה, אבל לענין תשלומי כפל בעד מעשה הגניבה, המפקיד קודם בתשלום זה, ולפי"ז י"ל דרק דין קדימה בזה להמפקיד, אבל אם ליכא דין תשלומים למפקיד, יזכה בזה השומר מחמת הדין דבשבועה או בגניבה קנה לה, ואף שלדברינו יוצא לנו דין מחודש, דהיכא דלא זכה השומר מחמת תנאי האמור בגמ' כגון בנשבע ולא רצה לשלם, או ששלם אחר השבועה דלא זכה בכפל, אלא משלם להמפקיד, שאם יפטר הגנב מן המפקיד כגון שמחל לו על הכפל, באופן שלא חזר הקרן לבעלים, שאז ישלם הכפל לשומר, ואכמ"ל: ולפי"ז לא מצאנו סתירה לעיקר היסוד שאמרנו שבכל תשלום קנס יהי' ההעמדה בדין, רק תנאי בחיוב התורה, אלא היכא דגלי קרא שזוכה למפרע, לענין מכירה בשור תם ובתשלומי חבלה בשן ועין, הוא גלוי באופן התנאי והנה בהא דאין אדם מורישי קנס לבניו, כמו דאיתא בפ' נערה, לכאורה קשה לדברינו, דבכל חיובי ממון על תנאי ודאי זוכים יורשים על כל אופן שיהי' ענין התנאי, ולמה לא יזכו היורשים בתשלומי קנס, לפ"ד שהוא כעין תנאי, אכן באמת ל"ד לשאר חיובי ממון על תנאי, דנראה לענ"ד דגם בנזקי שור תם לא יזכו למ"ד אין אדם מורישי קנס לבניו, אף לפי מש"כ התוס' דזוכה למפרע, ומהני מכירה והקדש, משום דגם בשור תם בעינן שיעמוד בדין הניזק עצמו ולא הלוקח, וכמו דמפורש בטור סי' ת"ז דאם מכר הניזק את השור תם בזה"ז מהני אם יתפוס הניזק, דאז יזכה למפרע הלוקח, וכן לאביי דס"ל למפרע הוא גובה, צריך המלוה לגבות, דאם מכר והקדיש, יזכה ההקדש רק אם גבה המלוה, אבל אם לא גבה המלוה, ליכא זכי' להקדש, וכ"כ נאמר הכא לענין יורשים, דאם אדם מורישי קנס לבניו מהני תביעתם, ועל ידם יעשו בי"ד כפי' ויזכו בכל התשלומים, אבל אם אין אדם מורישי קנס לבניו, חסר בזה כח תובע וליכא כפי' ובטל כל הזכות, ויש לדון למ"ד אדם מורישי קנס לבניו איך יהי' הדין במכר הניזק את השור, אם מהני תביעת היורשים כדי שיזכה הלוקח למפרע, אבל עכ"פ ל"ד ענין תנאי זה של העמדה בדין לשאר התנאים, דהרי על זה אנו דנים אם מתקים תנאי העמדה בדין ע"י יורשים, ולמ"ד אדם מורישי, יש לומר שפיר דנעשה זכות הממון למפרע וזוכה בהם המת בקבר ע"י דין למפרע, והיורשים יזכו אח"כ ע"י המת, וכן מוכח מדברי תוס' כתובות ד' ל"ח ע"ב ד"ה יש בגר בקבר, שכתבו דלמ"ד אדם מורישי קנס לבניו, אם יש בגר בקבר יזכו בהאי קנס בעלי חובות שחייבת הבת להם, שכוונתם שע"י תביעת יורשים תזכה הבת בקבר ויזכו ממנה הבע"ח, וקצת ראי' לדברינו דבכל קנסות הוי העמדה בדין בגדר תנאי, מהא דאמרינן בב"ק שם דאם מכרו מזיק חוזר וגובה גם לר' ישמעאל, משום דמשעבדא לי' לניזק, ובפשטות מיירי הש"ס גם למ"ד פלגא ניזקא קנסא וכמו דמפרשי

שם התוס', ולר' ישמעאל ליכא גלוי קרא, דהרי כתבו בתוס' שם דלר"ע גלי קרא משום דמפרש מה שנאמר ומכרו את השור החי דאמזיק ואניזק קאי, ולר"י דמפרש דאבי דינא קאי, ליכא בשור תם גלוי, ולפי"ז איך גובים מן הלוקח, אם לא שנאמר שחל השעבוד למפרע, אבל יש לדחות משום דשאני שעבוד דשור תם, דחשבה תורה כאילו השור עצמו משועבד לניזק שלא בגדר שאר שעבודים שהם בתורת ערבות, דגם למ"ד שעבודא לאו דאורייתא איכא שעבוד לר"י אהאי שור, ולפי"ז י"ל דגם אם חל השתא השעבוד, הוא חל גם עכשיו, שהשור קנוי ללוקח שהשור עצמו בעל השעבוד, עי' תוס' שם ד"ה אילו גבאי הוי.

יעו"ש: אמנם אחר העיון היטב נראה לומר דשיטת התוס' היא, שבכל הקנסות אינו בגדר זכות למפרע, דאם הי' כעין תנאי למפרע, לא הי' להם לחדש בשור תם ובשו"ע דגלי קרא, דאף שיהי' התנאי שהעמדה בדין גורמת למפרע את עיקר הזכות, הי' מהני למפרע מה שמכר הניזק או הקדיש, דמה שחדש לנו הרשב"א ז"ל דבתנאי של מעכשיו ולאחר ל' דלא מהני אם גרש תוך ל', הוא רק בגירושין, שענין הגירושין הוא הפקעת אישות, וכיון דמעיקרא עדיין לא חל דין קדושין, והוי בגדר שלילה, על ענין כזה לא מהני מה דעכשיו אמרינן איגלאי מילתא למפרע כאילו הי' כבר המציאות, ועוד פרט אחד בזה שאין הקדושין נותנים ומחדשים כח גירושין, אלא דקודם קדושין ליכא מה להפקיע, אבל לענין מכירה נראה דאם קנה חפץ על תנאי ומכר לאחר קודם קיום התנאי דודאי מהני, ולא שמענו שום פוסק שיאמר היפוך זה, משום דעיקר ענין מכירה והקדש הוא שעושה בעלים אחרים על החפץ, ובהקדש מתפס קדושה על החפץ, אלא שבזמן שאין המוכר בעלים לא אהני מעשיו, ובתנאי דאמרינן איגלאי מילתא למפרע, שכבר קנה את החפץ, היינו שעכשיו הדין כאילו כבר הי' חל, כ"כ עכשיו הדין גם על תולדות הדינים הבאים מחמת כח הקנין, כמו הקנאה לאחרים ואכילת הפירות וכדומה כל הדברים הבאים מכח חלות הקנין למפרע, ול"ד לנידון של הרשב"א, דקדושין אינם מוסיפים כח לגירושין, ולעיקר ענין של הרשב"א ז"ל הבו שלא להוסיף עליו, ורק אם יפקיר הקונה על תנאי קודם קיום התנאי, יש לדון ולדמות לנידון של הרשב"א ז"ל, דענין הפקר הוא כענין גירושין הפקעת קנין של הבעלים, אבל במכירה אף דג"כ איכא בזה גם הפקעת קנין של בעלים הראשונים, כמובן, אבל עיקר השבה בזה של הפקעת קנין בעלים, אם איכא סבה שלמה לקנין בעלים השניים, וכן מוכח ענין זה מהא דלאביי דסובר למפרע הוא גובה, מהני מכירה והקדש, אף דשם ודאי הגובינא גורמת למפרע, אכן בתוס' גיטין ד' מ"א כתבו דלאביי גם בעבד לענין שחרור מהני אם גבה לבסוף, ולפי מש"כ קשה דהרי שחרור הוא דומה להפקר, דעיקר שחרור אינו הקנאה וקדושה, אלא הפקעת קנין האדון כגירושין, וכמו שבארנו ענין זה בשע"ה, ולזה העירני אחד מתלמידי הישיבה וצע"ק: לכן נראה דבשאר קנסות סברי התוס' שאינו בגדר תנאי שנאמר שזוכה למפרע, אלא כעין תנאי מכאן ולהבא, שהתורה אמרה שבי"ד יכריחו את הנתבע, וכשיהי' מוכרח יחול דין התורה על הנתבע, חיוב כמו בכל חיובי ממון, וכן מוכח מהא דכתבו התוס' בכתובות ד' מ"ב ע"ב ד"ה ר"ש פוטר, דיחוד כלי בקנס לא מהני למ"ד אין אדם מקנה דשלב"ל, דכיון דליכא שעבוד הגוף קודם העמדה בדין אי אפשר לזכות זכות בכלי למשכון יעו"ש.

ואם נאמר דאיכא חיוב הגוף בתנאי, לו יהא שענין התנאי שהעמדה בדין תגרום הזכות והחיוב למפרע, הי' ראוי לומר שיוכל ליתן משכון ג"כ על דרך זה שיהי' תלוי ועומד, שאם יעמוד בדין יזכה למפרע, אלא נראה דסברי דליכא שום שעבוד השתא כלל, רק זכות תביעה להעמדה בדין, ומה שכתבו שם בסה"ד, הועתק מתוס' ישנים, ורבנן אית להו אדם מקנה דשלב"ל דלכאורה הוא תמוה, דהלא אמרינן בגמ' שם ד' מ"ג דרבנן סברי כי קתבע בושת ופגם קא תבע, וזה הוי ממונא וזכי משעת חבלה, ומה שייך לרבנן לומר דסברי אמדשלב"ל, אבל כנראה שדבריהם בזה עפ"י מש"כ בד' ל"ח ע"ב בד"ה יש בגר בקבר, דהא דתנן לא הספיק לעמוד בדין עד שמת האב הרי הן של עצמה הוא גם על בושת ופגם, משום דלמי שזה ניתן זה ניתן, יעו"ש, דלפי"ז צריך לומר דגם בושת ופגם לא זכתה תורה לאב משעת חבלה, דאם הי' זוכה כבר איך אפשר שיתבטל זכותו אח"כ כשמת או אם בגרה הבת, ולכן כתבו דגם לרבנן דסברי בושת ופגם קא תבע ג"כ לא מהני יחוד כלי לאבי הנערה על תביעת בושת ופגם, רק שייחד על זמן שלאחר העמדה בדין ואם אין אדם מקנה דשלב"ל לא הי' מהני, אבל עכ"פ ענין הכפי' הוא שע"י שבי"ד יעשו הכפי' כאילו הי' כבר מחויב לו מכבר ממון בשעבוד הגוף, ועי"ז יתחדש החיוב ע"י דין שמים ויהי' מחויב, ולפי"ז אם הבע"ד תופס חפץ בגדר משכון כאילו הי' מחויב לו כבר ממון בשעבוד הגוף, נעשה ע"י כפי' זו שתופס החפץ דין מחודש על הנתבע ומתחייב בחיוב גמור ככל חיובי ממון, ולכן נראה דבתפיסת חפץ לא מבעיא שלא יוכל הנתבע לחזור ולתפוס ממנו, כמש"כ להוכיח כשיטת מהרש"ל, אלא אף אם נאבד חפץ זה באופן שאין אחריות עליו לשלם בעדו יגבה עכשיו התובע משאר נכסיו ככל חוב דעלמא, משום דע"י הכפי' נעשה חוב גמור על הנתבע: אבל כ"ז אם לענין הכפי' דרוש ענין זה להחשיב כאילו הי' כבר מחויב, אז מחמת דין זה חיבה תורה את הנתבע, דהרי זהו התנאי של תורה, אבל אם ליכא פרט זה, דהיינו היכא שלענין הכפי' לא הי' דרוש את היקף כל חיובי ממון, אז לא הי' מועיל תפיסת החפץ על כל ההיקף, ובזה נבין ההבדל בדין שן ועין בין כפית בי"ד לכפית העבד מה שתפוס בעצמו, דהיכא שבי"ד פוסקים הדין שהעבד ראוי להיות משוחרר לגמרי אז חל הדין גם על קנין האיסור, משום דגם על ענין זה שייך כפית בי"ד, שיכולים לכופו ליתן לו גט שחרור וכדומה, אז למ"ד אי"צ ג"ש נעשה בן חורין ע"י דין שמים, אבל העבד שלדבר שבידו לכופו אי"צ לקנין האיסור, דשני קנינים אלה מחולקים הם, וכמו דמצינו בכמה אופנים דין מעוכב גט שחרור, ומשו"ה לא מהני כפית העבד רק על קנין הממון, אבל בנוגע לקנין הממון הוא חל לגמרי, משום דלענין הכפי' שלא לעשות מלאכה, צריך לזה להחשיב כאילו הוא משוחרר לענין קנין ממון, ועי"ז הוא מחזיק בעצמו למנוע מעשה ידיו, ובלא"ה אי אפשר לכופו, אז נתקים תנאי התורה ונעשה בן חורין ע"י דין שמים להיות כמעוכב ג"ש, אבל בנוגע לקנין האיסור לא עשה העבד שום דין כפי', ומשו"ה לא חל הדין לענין זה, ומה שכתב הר"ן להוכיח מפ' מרובה דאינו זוכה משעת חבלה, נראה כונתו להוכיח מהא דאמרינן שם לענין עדים זוממים דחשבינן גברא לאו בר חיובא, וכמו שהביאו בתוס' ב"ק ד' ל"ג להוכיח מהתם שהעמדה בדין גורמת עיקר החיוב: ועפ"י דרך זה נפתח לנו בס"ד דרך מחודש בדיני קנסות, דהנה בשני שוורים תמים אחד גדול ואחד קטן, שעדים מעידים שאחד מהם הזיק, ואינם יודעים מי הזיק שגובה את הקטן, אף לדידן דקיי"ל

פלגא נזקא קנסא, וכמו דפסק הרמב"ם בפ"ט מה' נזקי ממון ה"י, וכן פסק הטוש"ע סי' ת' סע"א ג', ולהפוסקים דפליגי בזה, הוא מטעם טענו חטים והודה בשעורים, כמבואר ברמ"א שם, וזה דוקא היכא שהניזק אומר ברי גדול הזיק יעו"ש, ובפשטות קשה טובא, דבשלמא למ"ד פלגא נזקא ממונא, שראוי לגבות את הקטן משום ממ"נ, או שזה הקטן הוא של הניזק, ואם הגדול הזיק, הלא זכה הניזק בגדול, ונשאר השור אצל המזיק, והרי זה כאילו נתערב שורו בין השוורים של אחר, שנוטל את הקטן בממ"נ, אבל לדין דקיי"ל פ"נ קנסא, דאינו זוכה רק ע"י העמדה בדין שהוא ענין כפי' דלפי"ז אף אם הגדול הזיק, לא זכה בו הניזק משום דליכא כפי' עלי' וא"כ ליכא ממ"נ ומאיזה כח יזכה ליטול את הקטן, אלא ודאי הענין בזה, שע"י שאמרה תורה שבי"ד יעשו מעשה כאילו הי' בזה דין ממון שכבר זכה התובע, אז כשבי"ד דנים בזה כאילו כבר זכה באחד מהם ממ"נ, ועושים הכפי' על הקטן, אז חל דין שמים כפי שהו באמת, שאם הגדול הזיק זכה הניזק בגדול, ומשו"ה נוטל את הקטן כדין, ולפי"ז אם המזיק יודע בעצמו שהגדול הזיק הוא מחויב לשלם את הגדול, דכבר זכה עפ"י דין שמים וחייב הוא לשלם ככל חיובי ממון: ובזה נסתרים דברי האחרונים ז"ל שנתקשו בפשטות דברי הרמב"ם ז"ל והטוש"ע, ובפרט בדברי הרב המגיד שכתב להדיא, דבשני תמים אחד גדול ואחד קטן כיון שיש עדים שאחד מהם הזיק, דנוטל את הקטן ונשבע שבועת התורה על השאר, ובש"ך התפלא ע"ז דהרי פ"נ קנסא ואין נשבעים על קנס, ובתומים סי' פ"ח רוצה לתרץ דבכה"ג אינו כמודה בקנס, רק כמודה בתשלומי קנס, ובקצוה"ח דחה דבריו, כיון דתשלומי נזק תם אינו רק מגופו, הוי כמודה בעיקר חיוב קנס, ומביא ראי' מדברי הרשב"א ז"ל שכתב שאם אין מכירים את השור, ואפשר לומר שנאבד, שאם מודה המזיק ואומר שזהו השור הוי מודה בקנס, ע"י בקצוה"ח שם, ולפי"מ שבארנו שבנידון כזה דאיכא כפי' על הקטן זכה הניזק את הגדול אם באמת הגדול הזיק ומחויב המזיק להשיב לניזק, ואם אינו משיב הוי כגזלן, ואם מודה הוי כמודה בממון ולא בקנס, ומשו"ה צריך לישבע שבועת התורה, ול"ד לנידון של הרשב"א ז"ל דהתם כיון דאין מכירים זה השור ואפשר שנאבד, שאין בי"ד יכולים לעשות שום דין, ונשאר הדבר בלי כפית בי"ד ופטור המזיק, ואף לצאת י"ש אינו מחויב, התם ודאי אם יודה ויראה את השור, הוי מרשיע א"ע ופטור ככל מודה בקנס, אבל הכא מה שבי"ד כופים על הקטן משום ממ"נ כבר עשו דין גם על הגדול, ונתקים תנאי של תורה, וחל דין שמים כמו בכל חיובי ממון, וכן נראה לי מוכח להדיא בדברי הרא"ש ז"ל שם בסוגיא ס"פ המניח דז"ל, ולא נהירא לי וכו' דע"כ מיירי שראו עדים הנגיחה, אלא שאינם יודעים אם גדול הזיק או קטן, דאל"כ הוי מודה בקנס, וכיון שכן הוא כשיטעון ניזק גדול הזיק הוצרך המזיק להשיב קטן הזיק ולא כמשטה, ואם לא השיב כן הי' מתחייב בגדול, הילכך ליכא לפרושי אלא מטעם הודאה.

עכ"ל.

הרי מפורש בדבריו שאם הי' מודה שגדול הזיק הי' מתחייב בגדול: וכן יש להוכיח ענין זה מהא דאמרינן בשור שנגח את הפרה וכן בשור שהי' רודף, דלסומכוס הוי הדין ככל ממון המוטל בספק דחולקין, ולכאורה למ"ד פלגא נזקא קנסא אינו מובן ענין זה, דבשלמא בכל ספק ממון, שהאמת אינו משתנה, הנה מחמת הספק נוטל פלגא, אבל בקנס

שתלוי בכפית בי"ד, וכל מה שאי אפשר לזכות ע"י כפי' הוא פטור באמת ואם בי"ד כופים רק על החצי, או אם גם באמת נגח לא נתחייב רק חצי תשלומים, ועכשיו הוי ספק שמא לא נגח ופטור לגמרי, ואם יהי' רביע יהי' הספק גם על זה, ופטור לגמרי, אלא נראה דכפית בי"ד בקנס הוא ממש כאילו הי' כבר חייב, כממון גמור, ואם בי"ד כופים אותו לשלם החצי, אז אם באמת נגח זכה הניזק בכל התשלומים, ואף שיש לדחות שענין החלוקה הוא מה שנוטל מחמת שהי' ראוי לחייב אם הי' מתברר על כל התשלומים, אבל אינו מתישב הענין על בוריו רק עפי"מ שכתבנו: ולפי"ז נלענ"ד דבנידון כזה כמו בשור שהי' רודף ובשור שנגח את הפרה, יהי' הבדל בין רבנן לסומכוס דלרבנן דאמרי המע"ה ופטור המזיק מלשלם אם יודה המזיק יהי', פטור כמודה בקנס, ולסומכוס אם יודה יתחייב, דלרבנן לא עשו בי"ד מעשה לכפות את המזיק כלום, ונשאר הדבר בלי כפי', ועדיין פטור המזיק, לכן אם יודה הוי מודה בקנס, אבל לסומכוס כיון שבי"ד כופים אותו לשלם מחצה, מחמת שדנו בזה, שאם הזיק חייב בכולו והרשיעו אותו מחמת זה לשלם מחצה, כבר נתקים תנאי התורה וזכה הניזק בכל התשלומים אם הזיק באמת, ומחוייב המזיק לשלם כולו אם יודע שכן הזיק, ואם מודה, הוי כמודה אחר העמדה בדין: ובחי' הרשב"א ריש פ' שור שנגח את הפרה, על מש"כ בתוס' ד"ה דאפי' ניזק וכו' דלא יהא מחוייב שבועה גדולה מהודאת עצמו, דמודה בקנס וכו'.

עכ"ל.

כתב ויש לדקדק, דא"כ למ"ד פ"נ קנסא ל"ל למימר דפטור משום דהמע"ה, ולסומכוס נמי אמאי קאמר יחלוקו, הא אי נמי דהוי מודה המזיק ליפטר משום דמודה בקנס הוא, ומסיק דהטעם בזה משום דאיכא הוכחה קצת כטענת הניזק, וכן בשור שהי' רודף, משו"ה לא הוי כמודה בקנס, ומדחיק להעמיס כונתו בדברי תוס' הנ"ל, ולדבריו קשה בהא דאיתא שם במשנה אחד גדול ואחד קטן דשם ליכא שום הוכחה שהגדול הזיק, ובכלל אין דבריו מתקבלים, ולפי מש"כ אין שום קושיא כלל, דהכלל בזה שעל בי"ד מוטל לדון בדיני קנסות כדין ממון גמור כאילו כבר זכה, ואם ראו עדים מעשה הגורמת ספק דהוי דררא דממונא, לרבנן דסברי המע"ה, פוטרים את המזיק, ולסומכוס, אומרים יחלוקו, אבל לענין אם יודה המזיק, לא נזכר שום רמז בגמ' דלרבנן יתחייב, דמה דאמרינן המע"ה הוא, שאם הי' הדין בממון יחלוקו, כ"כ הדין בקנס, וכמו דסובר סומכוס, ורק משום דבממון המע"ה כ"כ הכא, ודברי המהרש"א בזה נפלאים ממני.

אח"כ מצאתי בפנ"י שם שתמה ג"כ על דבריו, והאריך שם, אבל כנראה הי' קשה להמהרש"א ענין זה שהקשינו, כיון דליכא עדים, אף אם יהי' האמת כדברי הניזק ליכא חיוב על המזיק, שהרי אם יודה יפטר, ולפי מש"כ הכל מיושב בלי שום דוחק כלל: ועפי"ד יש לתרץ קושית הפנ"י שהקשה לפי מש"כ תוס' ב"ק ד' מ"ז ע"א ד"ה ליתא לפרה משתלם רביע נזק מן הולד, וז"ל לדברי רבא לא אתיא מתני' כר"ע, דכיון דשותפין נינהו הא אמרינן בהמניח אם כחש המזיק או שבח ברשותא דתרווייהו, אלא כר' ישמעאל אתיא.

עכ"ל והקשה בס' פנ"י דלפי"ז לדידן דקיי"ל כר"ע ליתא לדין זה דאי ליתא לפרה שיגבה כל חצי הנזק מולדה, והרי כל הפוסקים פסקו כר"ע ופסקו להלכה כדברי רבא דבליתא

לפרה משתלם כל החצי נזק מהולד, כמבואר בח"מ סי' שצ"ט סעי' א', ולכאורה היא קושיא גדולה, ומש"כ הפנ"י לתרץ דכונת הפוסקים דליתא לפרה ע"י פשיעת המזיק או ששחטה, וסד"א דמשלם מביתו ולא מגופו של הולד, קמ"ל דגובה מגוף הולד משום דגופה היא, זה תו"ד, ודבריו תמוהים בעיני, מלבד שהדוחק מבואר לכל מעין לפרש ליתא לפרה ע"י סבת המזיק, עיקר סברתו בזה אינו מובן, כיון שאם נאבדה ממילא אינו גובה מן הולד בעד הפרה, גם אם עושה בידים למה יגבה דוקא מגוף הולד, דעל זה שעשה עכשיו היזק, הוא ככל מזיק דעלמא שמשלם מביתו, ועפ"י מש"כ יש לתרץ בטוב טעם, דכיון דקיי"ל פ"נ קנסא ובלא כפית בי"ד ליכא זכי' למפרע, וכיון דעכשיו בשעת העמדה בדין ליתא לפרה לגמרי וליכא כפי' על גבית הפרה, ונמצא דלא זכה למפרע גם לר"ע בגוף הפרה כלום, ומשו"ה גובה כל החצי נזק מן הולד, דלענין גבי' מן הולד, אי"צ לבי"ד לעשות דינם כאילו כבר זכה בפרה, דאדרבה זכות הפרה סותרת את דין הזכי' בולד, כמבואר, לכן שפיר פסקו הפוסקים דין זה לדידן, ול"ד ענין זה לשיבח או כחש מזיק, דכיון שהשור עכשיו בשעת העמדה בדין לפנינו, ואנן דנים כאילו כבר זכה הניזק בשור המזיק משעת הנזק, כן חל דין שמים למפרע שהיו שותפים בו וברשות שניהם נשבח או נכחש, אבל בליתא לפרה דליכא עכשיו הפרה לדון עלי', לא חל למפרע כלום בזכות הפרה, ולכן נלענ"ד דאם נשחטה הפרה לאחר שנכחשה בין ע"י המזיק עצמו או ע"י אחר דאז ישתנה הדין, להיפוך השיטת הפנ"י, דכיון דבי"ד מחיבים עכשיו את השוחט הפרה כאילו כבר זכה הניזק, ונמצא דחל הדין למפרע שזכה הניזק רביעי נזק בפרה ורביעי נזק בולד, אז יפסיד הניזק אם בשעת שחיטת הפרה לא היתה שוה רביע נזק, דבכה"ג אינו יכול לגבות כל חצי נזק מן הולד, אכן בכה"ג אם פקח הוא הניזק, לא יתבע בעד שחיטת הפרה, או ימחול על היזק זה, ואז ליכא העמדה בדין על הפרה, ולא זכה בפרה כלום, ויחזור הדין שיוכל לגבות כל חצי נזק מן הולד, ולפי"ז מה שכתבו הפוסקים בליתא לפרה דגובה חצי נזק מן הולד הוא דוקא אם נאבדה הפרה באופן שאין תביעה לניזק על העדר הפרה, אבל אם יהי' באופן שיהי' תביעה לניזק על העדר הפרה, ויהי' העמדה בדין ע"ז ויחיבו בי"ד ע"ז אז אין גובה חצי נזק מן הולד ואז הדין כמו כחש מזיק: והתוס' שסתמו דבריהם וכתבו שלדברי רבא לא אתיא מתני' כר"ע, נלענ"ד שכונתם דהנה בדין פלגא נזקא פליגי ר"פ ור"ה בר"י דרב יהושע, ולרבא צריך לפרש המשנה גם אליבא דמ"ד פלגא נזקא ממונא, ומשו"ה כתבו דבע"כ יפרש המשנה כר"י, ועל דברי רבא עצמו שאמר פרה שהזיקה גובה מולדה לא העמידו דבריהם, עי' פנ"י שהקשה שם בזה, ולדברינו לק"מ, דאפשר דסובר רבא כמ"ד פלגא נזקא קנסא, ומצי אזיל גם אליבא דר"ע, אבל במה שמפרש דברי המשנה, בע"כ צריך לפרש גם למ"ד פ"נ ממונא, דלא איתותב מ"ד זה ממשנה זו, אבל להלכה גם התוס' סברי כשיטת הפוסקים, דאף לפי"מ דקיי"ל כר"ע, בליתא לפרה משתלם מן הולד משום דקיי"ל פלגא נזקא קנסא, כנלענ"ד בזה: אמנם קשה טובא מה שכתבו הב"י, והב"ח והש"ך בסי' ת"ז לפרש מה שכתב הטור בזה"ל, ואם שחטו המזיק צריך לשלם לו הפחת שפחתתו ה אפילו לדידן דלא מגבינן לי' בדינא, כיון דאי תפס לא מפקינן מיני' עכ"ל.

— הובא ברמ"א שם, — וכתבו הב"ח והש"ך שהוא משום דקיי"ל המזיק שעבודו של חבירו חייב, וכן כתב בביאור הגר"א סק"ה יעו"ש.



וכן משמע קצת בדברי הרא"ש, שכ' שם בדין שחטו מזיק, דין מזיק שעבודו, והלא לדידן דקיי"ל כר"ע וזכה למפרע ממש את כל השור, וכששחט הזיק גוף השור של הניזק, והוי מזיק ממש, דאם הי' מקום לומר שאינו זוכה למפרע רק מה שגובה לבסוף, היינו אם איכא הבשר בעין, ומה דליכא עכשיו בעין לגבות, לא זכה למפרע, הי' ניהא דחשיב המזיק ששחט כולו מזיק שעבודו לחוד, דזה ברור דלאביי דס"ל למפרע הוא גובה, אם חפר בורות בקרקע המשועבדת באפותיקי, לא יתחייב התופס רק מדין מזיק שעבודו, משום דאינו גובה למפרע, רק מה שגבה לבסוף, וכמו שכתבו תוס' ב"ק ד' ל"ג לענין שבח שאם הקדישהמלוה וגבה לבסוף את הגוף, אין השבח קדוש אם נפרד מן הגוף יעו"ש.

אבל הלא כתבו התוס' שם דלר"ע גם השבח קדוש, דל"ד לדין למפרע הוא גובה לאביי, וכן מוכח להדיא מדין כחש מזיק, כמש"כ הטור בסי' ת"ד שאם כחש מזיק ברשותו כחש, ומפורש הדין שאף שעכשיו אי אפשר לזכות רק מה שנשאר, אמרינן שזכה למפרע כל מה שהי' בשעת הנזק, ולפי"ז קשה טובא למה לא ישלם אם שחטו מזיק כדין מזיק ממש, ואין לומר דכיון דבשעה ששחט הי' הדבר תלוי ועומד על מקרים שבעתיד, לא נקרא מזיק ממש, והוי רק כמזיק שעבודא בעלמא, דזה ודאי מוכח להיפוך מסוגית הש"ס ריש המפקיד שהבאנו לעיל, שהגנב חייב לשלם כפל לשומר, משום דעכשיו נתקים התנאי שהי' בזה, לכשתגנב ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו, וכיון שגנב חייב בכה"ג, ודאי דגם מזיק חייב, ושם עוד התנאי גרוע מהכא, דשם הגנב גרם לו שיזכה בפרה, שאם לא הי' גונב הפרה לא הי' זוכה השומר בהאי פרה כלום, ומ"מ כן הוא הדין בענין תנאי דעלינו לדון עכשיו כאילו כבר זכה בפרה למפרע, ובנידון זה אם לא שחט את המזיק, הי' זוכה הניזק למפרע, וגם עכשיו אף לאחר ששחט ג"כ נתקים התנאי וזכה למפרע, ולמה לא יתחשב כמזיק ממש, ובדברי הטור לא נזכר שום רמז שתלוי דין זה בדין מזיק שעבודו, ויש לפרש שהוא מדין מזיק ממש, אבל על הב"י, הב"ח, והש"ך והגר"א ז"ל קשה טובא, ועוד קשה שכל הפוסקים האלה פסקו להלכה כדברי הטור והראב"ד שאם נשתמש בו חייב לשלם לניזק שכירות, הובא ברמ"א שם, ודין השכירות הוא מדין זה נהנה וזה חסר כחצר דקיימא לאגרא, הרי חשבינן לענין תשלומים כאילו כבר זכה, והי' קיימא לאגרא ג"כ, ולענין מזיק לא יתחשב למפרע כאילו הזיק את שור שלו וזה דבר תימה: ואולי י"ל דסברי כיון שזכית הניזק בהאי שור תלוי בדין כפי' בעתיד, ואם לא יהי' כפי' אח"כ, לא זכה למפרע באופן דלפי"ז אם לא ישלם עכשיו המזיק בעד פחת השחיטה, לא זכה הניזק בזה למפרע, ורק אם ישלם אז איגלאי למפרע שהי' חייב לשלם, בכה"ג יש לומר דפטור מלשלם, דאם נפטרנו הוא פטור באמת שלא זכה הניזק למפרע, ורק בדין עצם חיוב קנס אמרינן להיפוך, דע"י שמחייבים אותו בי"ד הוא חייב, דעל זה גלתה תורה בקרא דאשר ירשיעון, אבל לחיבו מדין מזיק כשאר נזקי ממון מסתבר לומר להיפוך, דלעולם אין מזיק משלם, רק אם יש עליו דין מזיק גם אם לא ישלם, ולכן סוברים שהחיוב בזה הוא רק כמזיק שעבודו מדין גרמי, אכן עדיין קשה דבשלמא אם הי' שוחט ואוכל גם הבשר באופן דליכא עכשיו כפי' על עיקר שור המזיק, ולא זכה כלום למפרע, אבל כיון דשחטו והבשר קיים וגובה מבשרו, משום דין גוביינא מגופו, ונמצא דזכה למפרע ממש, גם אם לא ישלם עכשיו מדין מזיק, והדרא

קושיא לדוכתה אבל אפשר לדחוק ולומר דזוכה למפרע רק בשר בעלמא ולא שור חי, דכפי שהוא עכשיו בשר, כן זוכה למפרע רק הבשר, אבל את יתרון החי מן המת לא זכה למפרע, ורק אם הי' משלם הי' זוכה, ומשו"ה אינו משלם ולא זכה הניזק וליכא על מה לחיבו, אבל אם נשתמש חייב לשלם שכר, דכיון דזוכה למפרע את השור כפי שהוא עכשיו, ונמצא שנשתמש בשור של הניזק, ולשיטתם אם גם הזיק אחר, כ"כ יתחייב רק מדין מזיק שעבודו, אבל קשה מדין כחש מזיק דפסק הטור דאמרינן ברשותו כחש, וחשבינן כאילו זכה למפרע יותר ממה שגובה עכשיו, אם לא שנחלק בין כחש, שגוף זה עצמו הי' מעיקרא אלא שכחש, אבל בנטל חיותו הוא דבר נפרד מן הבשר, וכל זה דחוק, עוד קשה טובא לפי"מ דמפרשי התוס' דבהפיל את שינו וסמא את עינו דיוצא בשינו ומשלם לו דמי עינו, משום דשם ג"כ גלי קרא דזוכה למפרע, הרי מוכח להדיא דאף שעכשיו בשעת העמדה הוא בלא עין ולא אמרינן דזכה למפרע את כל הגוף חוץ מן העין, אלא להיפוך כיון דבי"ד יכולים לחיבו בעד העין מדין חובל, מטעם זה גופה זכה למפרע, ושפיר חייב כדין חובל, ולפי"ז ודאי גם בשחטו את המזיק בתם חייב לשלם פחת שחיטה כדין מזיק ממש, דהרי בשן ועין נקטו התוס' שמה"ת חייב ולא משום מזיק שעבודו ולכן נלענ"ד דמש"כ הטור דחייב לשלם פחת שחיטתן הוא מדין מזיק ממש, וכן כתב בקצוה"ח בסי' ב' דלדין דקיי"ל כר"ע חייב מדין מזיק, ולכן נראה דגם אם שחטו ואכל את בשרו או אבדו מן העולם באופן דליכא עכשיו כלום לגבות מגופו ג"כ יחייב לשלם, כפי שבארנו שאם ישלם יזכה למפרע, ועל בי"ד לדון בדיני קנסות כאילו זכה כבר, וממילא יתקים הדין של תורה, ודברי הב"ח והש"ך והגר"א צ"ע: ושיטת הרמב"ם ז"ל בדין שן ועין נראה שהוא דלא כשיטת התוס', דבשן ועין גלי קרא שזוכה למפרע דבה' עבדים פ"ה הי"ד כתב המפיל שן עבדו וסימא את עינו, הרי יצא לחירות בשינו ונותן לו דמי עינו, וכתב הראב"ד שם, א"א דבריו סותרים זא"ז, שכבר כתב בה' חובל ומזיק שאינו משלם דמי עינו אא"כ תפס, דשם כתב הרמב"ם כל עבד שיצא לחירות ולא הגיע גט שחרור לידו אין לו קנס וכו' לפיכך המפיל שן עבדו ואח"כ סמא את עינו יוצא בשינו ואינו נותן לו דמי עינו ואם תפס אין מוציאים מידו, וכתב בכ"מ דטעמו הוא עפ"י מה דאיבעיא לן בפ' השולח מעוכב ג"ש אם יש לו קנס ובעינן למיפשט מדתניא הפיל את שינו וסימא את עינו יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו, ודחינן דילמא כמ"ד אינו צריך ג"ש, וכיון דלא איפשטא פסק הרמב"ם בה' חובל דרק אם תפס אין מוציאים, ולכן קשה מה דפסק בה' עבדים דנותן לו דמי עינו, ובס' מגדל עוז מתרץ בזה, דבה' חובל שכ' הרמב"ם כל עבד שיצא לחירות, היינו שהוא מעוכב ג"ש, וכאן בה' עבדים מיירי שסימא את עינו קודם שנגמר דינו על הפלת השן, והב"ח מה' עבדים סי' רס"ז האריך שם לתרץ שיטת הרמב"ם כדברי המגדל עוז, אבל דבריו אינם מובנים, דכתב שם דההבדלה הוא בין הי' לו שהות לכתוב ג"ש, ובין לא הי' לו שהות לכתוב ג"ש, יעו"ש, וחילוק זה אינו מתקבל, ולכן תמה הט"ז על דברי המגדל עוז, יעו"ש בסי' רס"ז ס"ק י"ד: ולענ"ד נראה דדברי המגדל עוז נכונים ומסתברים בענין זה, דהנה בגמ' פ' מרובה איתא מתקיף לה ר' זירא אימא.

סימא את עינו ניפוק בעינו, הפיל את שינו ניפוק בשינו, סימא את עינו והפיל את שינו ניפוק בעינו ושינו, אמר אביי עליך אמר קרא תחת עינו ולא תחת עינו ושינו, ולשיטת

התוס' צ"ל דקושיא דר' זירא ופירוקא דאביי, הוא אם גלי קרא שזוכה למפרע, והרמב"ם מפרש כפשוטו, דהרי לא נזכר בגמ' ענין זה כלל שחדשה תורה שיזכה למפרע, אלא דר' זירא מקשה דאף דבסימא את עינו סגי לקנסו לשחררו, ואם הפיל אח"כ את שינו ג"כ איכא סבה לקנס זה, אבל מנ"ל לחדש דע"י מעשה השני' יהי' דין קנס תשלומים, שענין קנס זה לא נזכר בתורה, ואם אי אפשר שיתוסף עוד קנס של שחרור, ישתחרר ע"י שני המעשים, ומתרץ אביי דגלי קרא שיתחדש עליו ע"י מעשה השני' עוד דין קנס, וכיון דאי אפשר לשחררו שני פעמים, בע"כ עלינו לפרש כונת התורה קנס של תשלומים, ולפי"ז דין תשלומים אלה, הוא דין קנס של שן ועין, רק מחמת שאי אפשר שיוקנס על המעשה השני' בקנס של שחרור, חיבה תורה תמורת שחרור תשלומי דמי עין, וחיוב זה אינו כדין חובל ומזיק כשאר חבלות דעלמא, אלא מדין יציאת עבדים בראשי איברים, והנפ"מ בזה לכמה דינים, דבשן ועין יש חלוק בין נתכון לשחתה או לא, ועוד הבדל באיזה אבר, אם אבר שבגלוי או לא, וכן אין בזה ארבעה דברים, והחלוק העיקרי בזה, שדין שן ועין הוא דוקא קודם העמדה בדין שהוא עבד גמור, שאז איכא בזה קנס העיקרי של יציאת עבדים לחירות, אז אם כבר נתחייב בקנס של שחרור, מתחלף הקנס על המעשה השני' לשלם דמי עין, אבל לאחר העמדה בדין, דכבר פקע כספו ממנו, לא שייך כלל עוד דין יציאת איברים, אבל לאחר העמדה בדין, יש לדון מדין חובל ומזיק, כיון דכבר נפקע קנין ממון מן העבד לגמרי, והוא מעוכב ג"ש מחמת קנין איסור, ועל ענין זה מבעיא לן בגמ' פ' השולח אי חשוב עדיין כקנין כספו לענין קנס של שלושים של עבד וכן לענין חבלה אי חבלי בי' אחריני וכן אם חבל בו האדון, ולא איפשיטא, ולכן דברי הרמב"ם ז"ל מזהירים ומאירים דבה' חובל ומזיק כתב מי שיצא לחירות ולא הגיע ג"ש לידו וכו', לפיכך אם הפיל שינו ואח"כ סימא את עינו, אינו משלם דמי עינו אא"כ תפס, וזה הדין מדין חובל ומזיק, ובה' עבדים שמדין יציאת ראשי איברים, הביא דברי הגמ' בב"ק שיוצא בשינו ונותן לו דמי עינו, וכמובן דין זה מיירי שלא עמד בדין בינתיים, דיציאת ראשי איברים ליכא לאחר העמדה בדין, ודברי המגדל עוז בענין זה עמוקים ומסתברים: אמנם קושית הט"ז מסוגית הש"ס בפ' השולח קושיא גדולה היא, דבגמ' שם מביא בהא דאיבעיא אם מעוכב ג"ש יש לו קנס או לא, ת"ש הפיל את שינו וסימא את עינו יוצא בשינו ונותן לו דמי עינו ואי אמרת יש לו קנס וקנס לרבו, השתא חבלי בי' אחריני יהבי לי' לרבו, חבל בי' רבו גופי' יהיב לי' לדידי', ומשני דילמא כמ"ד אי"צ ג"ש.

יעו"ש.

ואם נימא דאם לא הי' בינתיים העמדה בדין, אז בודאי משלם דמי עינו, למה לי' להש"ס לאוקמא דלא כהילכתא, כמ"ד יוצא בשו"ע אי"צ ג"ש, הו"ל לתרץ דמיירי שלא עמד בדין בינתיים, ומכש"כ דיותר מיסתבר בלא"ה לפרש הברייתא שלא הי' בין חבלה לחבלה העמדה בדין, דלפי מה דמוקי כמ"ד אי"צ ג"ש, ודאי קשה, שאם היתה החבלה השני' לאחר העמדה בדין שכבר נעשה בן חורין גמור ודינו ככל ישראל, פשיטא דנותן לו דמי עינו, עי' רמב"ן וחי' הר"ן שהוכיחו מזה כשיטת התוס' דזוכה למפרע, ולשיטת הרמב"ם קשה, ולחומר הקושיא נ"ל לומר דהרמב"ם יפרש דמשו"ה לא מתרץ הש"ס בהכי דכיון דר' זירא סובר דקודם העמדה בדין יוצא בשינו ועינו, ולדידי' מיירי

הברייתא, שהיא העמדה בדין בינתיים, ומשו"ה לא רצה הש"ס לאוקמי קודם העמדה בדין, כדי שלא נפשוט האיבעיא אליבא דר' זירא, דאם ר' זירא סובר מעוכב ג"ש אין לו קנס, לא מצינו מאן דפליג, ומוקים להכי כמ"ד אי"צ ג"ש, אף שדחוק קצת לפרש כן, ולכן מה דמסיק בס' מגדל עוז להוכיח כדבריו מפ' השולח, אין דבריו מובנים כלל, דפשטות הש"ס ודאי דלא כהרמב"ם, אלא י"ל דהרמב"ם ז"ל פסק כפשטות הש"ס דב"ק שהבאנו למעלה, ומחמת זה לא חש כ"כ אם צריך לשיטתו לתרץ סוגית הש"ס דגיטין בדוחק.

כנלענ"ד בזה: וכן כתב בקצוה"ח סי' ת"ז לפרש שיטת הרמב"ם שכתב בשור תם שאם מכר המזיק קודם העמדה בדין מכור לרדיא, דהיש"ש תמה עליו, דכיון דקיי"ל כר"ע דיוחלט השור למה יהי' מכור לרדיא, ומחמת קושיא זו כתב בקצוה"ח דכיון דקיי"ל פלגא נזקא קנסא ולא זכה עד העמדה בדין משו"ה מכור לרדיא יעו"ש.

אמנם קשה לי מה דאמרינן שם בפ' המניח על הא דתניא שם בברייתא שחטו מה שעשה עשוי, לא נצרכה אלא לפחת שחיטה, אמר רב הונא ברי' דר"י זאת אומרת המזיק שעבודו של חבירו פטור, ור"ה בר"י דר"י סובר פלגא נזקא קנסא, וכיון דקודם העמדה בדין ליכא שום שעבוד, מאי ראי' מזה למזיק שעבוד.

ובגמ' פריך שם פשיטא, הרי איכא הבדל גדול בזה, אבל קושיא זו קשה גם לשיטת התוס', דלשיטת תוס' צ"ל דמפרשינן כל הסוגיא שם דהך ברייתא אזלא אליבא דר' ישמעאל, ולר' ישמעאל ליכא גלוי מקרא, דרק אליבא דר"ע דמפרש קרא דומכרו אמזיק ואניזק, איכא גלוי מקרא כמש"כ התוס' שם, ולפי"ז לר' ישמעאל דין נזקי תם ככל קנסות, וקודם העמדה בדין לא זכה כלום, אח"כ ראיתי בקצוה"ח שם בס' ת"ז שכתב, דגם אם לא זכה עד העמדה בדין חשיב מזיק שעבודא, עיי"ש בסק"ב, ודבר זה תמוה לי, דלפי"ז נימא דגם מודה בקנס שעושהתחבולה להפטר, וכן בנגח ואח"כ הפקיר, יתחייב משום מזיק שעבודו וצ"ע: ולענין שני שוורים תמים שהזיקו והם של שנים, ואחד נפטר ע"י שהודה בבי"ד, או אם נאבד השור, יש לדון אם גובים מן השני משום דינא דר"נ כיון דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי ובמנה"ח בענין זה בפ' משפטים כתב, דזה תלוי בשני השיטות המובאים בטוש"ע ח"מ סי' ת"י, אם דוקא כשאחד לאו בר חיובא אז משתלם משני, או אם גם בר חיובא וברח או אין לו לשלם, ובקצוה"ח שם בס' הנ"ל כתב דבשור תם לכו"ע אין גובים מן השני, דכיון דקיי"ל יוחלט השור וכבר זכה הניזק בגוף שור המזיק הוי כמו כחש מזיק יעו"ש והנה לעיל כתבנו דשאני אם נאבד אחד מכחש מזיק, דכיון דבשעת העמדה בדין ליכא כפי' על שור הנאבד לא זכה למפרע, ודברי הקצוה"ח בזה תמוהים בעיני וסותר דברי' מש"כ בס' ת' להוכיח נגד התומים, והביא דברי הרשב"א ז"ל שכ' דאם אין מכירים את שור המזיק, אם יודה המזיק שזה הוא, הוי מודה בקנס, הרי סובר דכיון דבי"ד אין כופים לגבות בפועל לא זכה הניזק, ואין הבדל בין ברח לאין מכירים, ולפי"ז לכאורה הי' ראוי לומר להיפוך, דגם לשיטה הראשונה דסברי דרק אם השני לאו בר חיובא משתלם מראשון בכה"ג גובים, דכיון דליכא כפי' בפועל, ה"ז כפטור לגמרי, והנה בתוס' ב"ק ד' מ"ו ע"ב ד"ה

גלית אדעתך כתבו, דאם אינו גובה מבעל הולד מחמת ספק, אינו גובה מבעל הפרה יעו"ש.

ולדברינו לכאורה הי' ראוי לומר כיון דפלגא נזקא קנסא, ואם בי"ד אין גובים הרי המזיק פטור מדין שמים אף אם קמי שמיא גליא דגם אם הי' מודה הי' פטור, ה"ז כלאו בר חיובא, אכן לפי"מ שכתבנו לעיל דלסומכוס שהדין יחלוקו, אם יודע המזיק שהוא חייב עלי' לשלם מדינא, שע"י כפית בי"ד שפסקו יחלוקו, זוכה הניזק בכולו אם האמת שהזיק, לפי"ז אין קושיא מדברי התוס', דהתוס' אזלי שם על המשנה אליבא דסומכוס, וחזר דין זה לדיני ממונות ולא לקנסות, ולפי"ז בפשטות צ"ל דשיטת התוס' הוא דרק אם פטור מדינא משתלם מהאי, אבל בברח ואין לו מה לשלם אינו גובה מהשני, ולפי"ז יש מקום מש"כ הקצוה"ח לתרץ לשיטת הרמ"ה דלא תיקשי מסוגית הש"ס דב"ק הנ"ל שאינו גובה מבעל הפרה מה שאינו יכול לגבות מבעל הולד מחמת ספק משום שכבר זכה, דהוחלט השור אליבא דר"ע ושליו נאבד, כמש"כ הקצוה"ח ולא מטעמי', וכן ראיתי בביאור הגר"א בסי' ת"י ס"ק מ"ח שכ' שמדברי התוס' הנ"ל מוכח דסברי דאם הי' בר חיובא וברח אינו חייב השני יעו"ש: ולענ"ד נראה דאפשר לומר דבכה"ג פטור גם לשיטה ראשונה, דהנה זה נראה דלכו"ע בשנים שהזיקו לא אמרינן רצה מזה גובה רצה מזה גובה, כמו בגזל ובא אחר ואכלו, והטעם בזה דהתם איכא לכ"א סבה שלמה להתחייב בכולו, דכ"א עשה מעשה בפ"ע שראו להתחייב עלי', אבל בשנים שעשו מה דאמרינן לר"נ דכ"א כולי' היזיקא עביד, אינו משום דחשבינן שכ"א עשה מעשה גמור, דזה אי אפשר לומר בשום פנים, שהרי כיון שגם חבירו עשה בזה ממילא חסר בזה איזה חלק המעשה ממנו, אלא שאנו מחייבים כ"א גם על מעשה חבירו, משום שכ"א משלים פעולת חבירו, ומה"ט ניחא בשנים ששחטו בסכין אחד אם אחד אינו בר זביחה השחיטה פסולה, עי' יו"ד סי' ב' שפסק המחבר כן, ועי' ש"ך ובגליון רש"א שם שהביא מדברי תוס' חולין ד' י"ד ד"ה השוחט דנקטו כשיטת המחבר, והוא מה"ט דאמרינן שהישראל השלים שחיטת הנכרי, ואין כאן שחיטה שלמה ע"י בר זביחה.

ואכמ"ל, – ובזה יש לתרץ מה דאמרינן במ' סנהדרין בג' דיינים שטעו השנים וחיבו את הזכאי, דלא משלמי רק שני חלקים, וחלק הג' מפסיד הניזק, ולא אמרינן שישלמו השנים מחמת דינא דר"נ, עי' קצוה"ח סי' כ"ה ס"ק י"ב שהקשה כן ונשאר בצ"ע, ולפי מש"כ י"ל דכיון דמה שעשה הדיין כדין אינו נחשב למעשה היזק כלל, ולכן גם השני דיינים אינם מחויבים בעד מעשה הדיין שעשה עפ"י התורה ולפי"ז ניחא מה דלא אמרינן בשנים שהזיקו רצה מזה גובה רצה מזה גובה, דכ"ז שאפשר לחייב בעל המעשה עצמו, אין לחייב אחר על מעשיו, ורק אם השני פטור מתחילה, נתחייב חבירו בעדו, ופליגי בזה הפוסקים, אם משעת הנזק היו שניהם בני חיובא ואח"כ ברח או אין לו לשלם, דכיון דמתחילה לא נתחייבו כ"א רק חצי התשלומים, דאי אפשר שיתחייבו יותר מחצי תשלומים, שוב לא יתחייב אחד בעד חבירו, ושיטת הסוברים דגם אם ברח משלם השני, הוא בגדר ערבות, כמו שכ' בתשו' מיימוני, הובא בביאור הגר"א שם בסימן ת"י סקמ"ח, ומדמה זה לשנים שלוו יעו"ש.

היינו כיון דמצינו חיובים כה"ג, שלאחד שעבוד הגוף לשלם בעד חיוב של חבירו, כ"כ הכא כיון שאם הי' אחד פטור מתחילה הי' מתחייב השני בכולו, אלא מחמת שהי' בר חיובא אי אפשר שיתחייב מתחילה יותר מחצי תשלומים, אבל חיוב בגדר ערבות אפשר לכ"א להתחייב מתחילת המעשה. כנלענ"ד שורש מחלוקתם של הראשונים ז"ל בזה: והנה בדין חיוב ערבות קיי"ל היכא דליכא ליה ליכא ערב, ולפי"ז י"ל דרק אם ברח או אין לו לשלם, חייב השני בגדר ערבות, אבל בנידון דידן שהשני נפטר מחיובו אם מחמת שהודה או אם העלים את השור, וליכא כפית בי"ד דאז פטור מקנס גם מדין שמים, או כמו שמירי התוס' שהשני פטור מחמת ספק, כל כה"ג ליכא לחיב את הראשון משום חיוב ערבות, ואם נבוא לחייבו למפרע בכולו, מחמת שהשני נפטר ע"י הודאתו, או שנפטר מחמת העדר כפית בי"ד, ונאמר לדמות זה כמו אילו הי' לאו בר חיובא, זה אינו, דעכ"פ משעת המעשה חל הדין על כ"א רק בחצי תשלומים, וסבה הפוטרת לאחד נתחדשה אח"כ, ולכן נלענ"ד דבכה"ג ליכא דינא דר"נ, דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי: פרק כב הנה כאשר נתבאר בדברינו שיטת הרמב"ן ז"ל דבזה"ז דקיי"ל דאי תפס לא מפקינן מיני' שאין הודאת הנתבע פוטרתו משום דהוי כהודה שלא בבי"ד, והתופס מכריחו בתשלום הקנס עפ"י ידיעת עצמו, ורק צריך לברר לפני בי"ד דידן, שכפיתו היתה כדין ולא בגזילה, ולבירור זה שעשה דין לנפשי' כראוי, סגי אם מודה הנתבע, דכמו דמהני בירור עפ"י עדים לפני בי"ד דידן, משום שליחותיהו עבדינן, שאין דנים דיני קנסות, רק דנים דיני גזילות, כ"כ מהני הודאת הנתבע, לפי"ז יש לחקור, בספיקא דדינא של תשלומי קנס, דפסק הרמב"ם בפ"ב מה' גניבה הי"ב דאי תפס לא מפקינן מיני' אם בנידון כזה מהני הודאת הנתבע להפטר מחיוב קנס, כיון דאין כח ביד בי"ד לחייבו קנס אפי' עפ"י עדים, אפשר דלענין זה אין דינם כבי"ד מומחים, דהנה בדברי הרמב"ן ז"ל בס' הזכות ס"פ אלו נערו כותב בזה"ל, ועיקר דינו של הרב ז"ל בהודאה זו לפי דעתי אי"צ: דהאידנא לא משכחת לה במודה בקנס דהודאה בבי"ד בעינן וכו', וכיון דאנן הדיוטות אנן ליכא השתא הודאה בבי"ד למיפטר מיני' חיובא דקנס דהו"ל כמודה בפני שנים או שלשה חוץ לבי"ד, דכל הודאה שאין דינא לחייבו עלי' אינה פוטרתו כשבאו עדים לבסוף עכ"ל.

ומפורש בדבריו שעיקר ההבדל בין מודה בבי"ד למודה חוץ לבי"ד, אינו גזיה"כ שצריך בי"ד מומחים שיודה בפניהם, אלא דהכלל בזה, דע"כ לא חשוב כמרשיע א"ע להפטר מקנס, אלא באופן שאם לא הי' דין פטור משום מרשיע א"ע הי' מתחייב עפ"י הודאתו, אז חשיב כמודה בקנס, אבל אם הודה לפני עדים חוץ לבי"ד, דעכשיו לא יתחייב ע"י הודאתו, רק עד שיבואו העדים להעיד לפני בי"ד, אינו חשיב מרשיע א"ע עדיין ואינו מפטר, ומהכלל זה למד הרמב"ן ז"ל לענין הודאה בזה"ז, שאף דמהני הבירור לפני בי"ד דידן לענין התפיסה, אבל כיון שבי"ד דידן אינם יכולים לחייבו קנס הוי הודאה שאינה מחייבת, ולכן אינה מועלת לפטור, ולפי"ז יש לדון בספיקא דדינא, דפסק הרמב"ם דמהני תפיסה, אבל הבי"ד אינם יכולים לחייבו קנס מחמת ספק, וכיון דגם עפ"י עדים אין בכח הבי"ד לחייבו כ"כ כשמודה לפנייהם אף שהם בי"ד מומחים אין זו הודאה המחייבתו קנס, כיון שאינו תלוי בסוג הדיינים, אלא בדין העובדא, אם בנידון כזה הוי הודאה המחייבת קנס אז פוטרתו, לכן ראוי לומר דבספק שאין כח בי"ד לחייבו רק

תפיסת התובע מהני, אין הודאה שמודה פוטרתו גם אם מודה בפני בי"ד מומחים: אכן ראשונה עלינו להבין שורש דין זה של הרמב"ם ז"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא לענין קנסות דהנה הראב"ד ז"ל שם בפ"ב מה' גניבה כתב על דברי הרמב"ם ז"ל בזה"ל, א"א לא מיחווירא לי דתפיסה מהניא בהא, כיון דיותר ממה שהזיק הוא, אין כח לחייבו אלא לבי"ד ובדין פסוק בלי ספק, וזה כיון שספק הוא אצלם, איך גמרו את דינו עכ"ל, וה"ה שם כתב על השגת הראב"ד ז"ל וז"ל, א"א לא מיחווירא לי וכו' וביאור דבריו הוא שהקנס אין אדם זוכה בו עד שעת העמדה בדין, מיהו אין זו קושיא לדברי רבינו, אע"ג דהעמדה בדין בעינן משום דאי מודה מיפטר, מכיון שכפר ובאו עדים והעידו בו סגי בהכי ובי"ד גופייהו אמרו לא ידענא אם חייב או פטור, אנן לא מגבינן מספיקא ואי תפס לא מפקינן מיני, כנ"ל לדעת רבינו עכ"ל.

ולא נתבאר היטב שורש המחלוקת של הרמב"ם והראב"ד ז"ל בדין זה: והנה בסברת הראב"ד ז"ל נ"ל דסובר, דהא דמהני תפיסה בדיני ממונות בספיקא דדינא, דהתם אם קמי שמיא גליא שחייב הנתבע לשלם, חיוב זה לא נפקע מחמת העדר הידיעה של בי"ד, ולכן כמו שאין מוציאים ממון מן הנתבע מחמת הספק, כ"כ אם תפס התובע אין מוציאים ממנו, אבל בדיני קנסות דבעינן אשר ירשיעון אלקים, שיחייבו אותו בי"ד ויהי הנתבע כפוי ע"י בי"ד, או ע"י בע"ד שעביד דינא לנפשי, וכיון שספק לבי"ד האיך הדין נוטה, אין להם כח לחייבו ולכופו, ובלא דין חיוב בי"ד הוא פטור גם כלפי שמיא, וליכא שום זכות לתובע לתפוס ממנו, דבזה"ז שמהני תפיסה בקנס, משום דהיכא דליכא ביד עביד איניש דינא לנפשי, הוא רק היכא שלבי"ד איכא כח לעשות הדין, אבל בספיקא דדינא, שאין כח לבי"ד, גם הבע"ד אינו יכול לכופו על הקנס, ובלא כח כפי' ליכא שום זכות, ואין להקשות ע"ז מהא דלסומכוס בספיקא דעובדא הדין דיחלוקו גם בדיני קנסות, אף דגם שם הוי דין ספק לבי"ד, דשאני דין יחלוקו מדין המע"ה, שדין יחלוקו הוא דין פסוק, וגם יכולים לעשות מעשה עפ"י דין זה, ולכוף את הנתבע שישלם החצי ואז י"ל שאם באמת חייב הנתבע חייב בכלול, כמו שנתבאר בדברינו לעיל שע"ה פ"י, אבל אם הדין המע"ה, ויכולים לתפוס זמ"ז לעולם, אין זה דין פסוק רק כעין הסתלקות כח בי"ד מדין זה וזה פשוט: ועוד י"ל דהראב"ד לשיטתו, הובא בחי' הרשב"א ס"פ המניח, דסובר דשאני דין פלגא נזקא קנסא משאר קנסות, דהא דאינו משלם עפ"י עצמו, או גם למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים דמיפטר גם בפ"נ קנסא, הוא רק הסתלקות כח בי"ד, אבל הבע"ד יכול לתפוס, כמש"כ הרשב"א בביאור דבריו שם, ולכן י"ל דגם מה דאיתא בגמ' דלסומכוס בשור שנגח את הפרה וכן בס"פ המניח בשור שהי' רודף דיחלוקו, הוא רק בקנס של שור תם, דגם בלא כפית בי"ד איכא חיוב באמת, ולכן יכול הבע"ד לתפוס אבל בשאר תשלומי קנס, אולי גם לסומכוס יפטר לגמרי אם הדבר בספק, וכן משמע מדברי הראב"ד ז"ל שהבאנו שדייק בלשונו דלא מהני תפיסה, מחמת שתשלום קנס דמיירי הרמב"ם לענין תשלומי דו"ה, הוא יותר ממה שהזיק ואין כח לחייבו אלא לבי"ד, אבל אם יהי' ספיקא דדינאלענין תשלומי תם, יודה שיהני תפיסה, כנלענ"ד בשיטת הראב"ד ז"ל: והרמב"ם ז"ל סובר דלעולם שווים בכה"ג דיני קנסות לדיני ממונות, דכמו שביסוד עיקר חיוב בי"ד בקנסות, אין הבי"ד מחדשים חיוב קנס, דהרי בזה"ז דליכא בי"ד נעשה חיוב קנס ע"י תפיסת הבע"ד משום דעביד דינא לנפשי, ועלינו לומר

שכונת התורה בקנס להחשיב למעשה כאילו כבר זכה הבע"ד, ולכוף את הנתבע לשלם, שע"ז באמת יתחדש דין ממון גמור, ולכן גם בספיקא דדינא דמהני בממון תפיסת התובע, מהני כ"כ בדיני קנסות, שאם יתפוס הבע"ד ויהי' כפי' על ידו, שאז אם באמת קמי שמיא גלוי שמן הדין ראוי לזכות, הוא זוכה בממון גמור, והרי זה מעכב ת"י ספק ממון של חבירו, כמו בספיקא דדינא בדיני ממון, ובזה חלוק כח הבע"ד לענין קנס מכח בי"ד דבי"ד אינם יכולים לחייב על הספק), היינו לעשות מעשה כפי' גם בדיני ממונות, והבע"ד יכול לתפוס להיות מוחזק בכח זה גם בספק של דין קנס, דכל ממון שאם יתפוס יזכה משורת הדין לעכב ת"י, יכול לתפוס לכתחילה, אף שקודם שתפס, יש זכות גמור למוחזק הראשון להשתמש בזה כאדם העושה בתוך שלו, אבל כאשר אם יתפוס יזכה גם הוא להשתמש בזה, רשאי ויכול הוא לתפוס, ומשפט זה יהי' כ"כ בספק של דין קנס, כנלענ"ד בזה.

ומעתה יש מקום לומר כיון דבספיקא דדינא בקנסות, אין כח בי"ד גורם שיזכה התופס במה שתפס, אלא הוא כח של בע"ד, אלא שעליו לברר לפני בי"ד מאיזה כח הוא תופס ממון חבירו, ובכה"ג אין הבדל בין אם בא המו"מ לפני בי"ד מומחים לבין בי"ד דידן, וכיון שלשיטת הרמב"ן ז"ל אין הודאת בע"ד פוטרתו בכה"ג, ואדרבה מועלת לענין בירור על כח הזכות של התופס, כ"כ יהני בספק קנס, אם ליכא עדים כלל על עיקר המעשה, רק שהתופס טוען שיידע המעשה בידיעת עצמו, והנתבע מודה לדבריו, וזה דין מחודש: אמנם לכאורה נסתרים דברינו מדברי הרמב"ם ז"ל שכ' בפכ"א מה' עדות ה"ד וז"ל, העידו על פלוני שהפיל שן עבדו ואח"כ סימא את עינו והוזמו משלמין לאדון דמי העבד ודמי עינו עכ"ל.

והראב"ד ז"ל כתב, א"א והוא כתב בה' חובל שהאדון אינו משלם אלא אם תפס העבד, וא"כ העדים שהוזמו למה משלמין עכ"ל. ובכ"מ שם מתרץ בדברי הרמב"ם משום דדבר קרוב הוא לתפוס משו"ה משלמין, ובס' מגדל עוד מתרץ ג"כ בדרך זה, משום דתלוי רחמנא דין זה במחשבתן כדכתיב כאשר זמם והם זממו עליו ואם יתפוס לא מפקינן מיני' עכ"ל, ומוכח לכאורה דדין ספק של בי"ד הוא ג"כ דין, דאל"ה אין עדים משלמים כאשר זמם, אא"כ שיגמר הדין על פיהם, ולפי"ז אם דין כזה יגמר עפ"י הודאת הנתבע ראוי לומר דחשיב כמרשיע א"ע בין לענין לפטור א"ע ובין לחייב א"ע, אבל כד נעיין שפיר אין ענין זה סתירה לדברינו, דאף אם נאמר דגם דין ספק שיוצא עפ"י בי"ד, חשיב גמ"ד לענין שיתחייבו עדים זוממים, שהרי העדים גרמו בעדותם שיהי' יכולת ביד התובע לתפוס נכסי הנתבע, ויסבול הפסד ע"י, אבל באמת הוא רק בירור דין של בי"ד שאמרו שהדין מסופק ואין בכחם להוציא מיד התופס, ולכן בנוגע לדיני קנסות, דבעינן כח כפי' לעיקר הדין, ובלא"ה ליכא זכות כלל לתובע, ובספק ליכא כח כפי' לבי"ד כלל, ורק הבע"ד בעצמו עושה עיקר הזכות ע"י שהוא כופהו, שבע"ד יכול לכופו גם על הספק, כמו שבארנו לעיל בשיטת הרמב"ם ז"ל דסובר דמהני תפיסה בספק תשלומי קנס, בענין זה י"ל דלא חשיב כמרשיע א"ע לפני בי"ד מומחים, כיון שהבי"ד מומחים בזה כמאן דליתא, דלברר דינים גם בי"ד הדיוטות יכולים לברר, ולכן י"ל דזה דומה כמודה לפני בי"ד דידן בזה"ז, דאין כח בי"ד של מומחים בספיקות עדיף מביד הדיוטות: ועוד נלענ"ד דלפי"מ שכתבנו לעיל בפכ"א לתרץ פסקי הרמב"ם מה' חובל וה' עבדים עפ"י דברי



המגדל עז, דהיכא שהפיל את שינו וסימא את עינו קודם שעמד בדין על הפלת השן, אז חייב לשלם דמי עין משום קנס דראשי איברים שלא מדין חבלה, ורק היכא שעמד בדין בינתיים, דליכא עוד דין יציאת ראשי איברים, הוי דין ספק מדין חבלה, הנה לפי"ז דברי הרמב"ם ז"ל כמאן לענין הזמה הם פשוטים, שחייבים העדים לשלם לאדון דמי עינו, שהרי הם חייבו לאדון לשלם בדין ודאי ואי"צ לתפיסה, אבל היכא שע"י גמ"ד לא יתחייב הנתבע רק לענין תפיסה, ליכא שום הוכחה שפליג הרמב"ם על הראב"ד.

ובלא"ה דברי הכ"מ תמוהים בעיני, דאיך אפשר לפרש בכונת הרמב"ם שישלמו העדים מחמת שהיו גורמים הפסד ע"י תפיסה, דהרי עכ"פ הי' ראוי לשלם הפסד זה, עד כמה יוזלו נכסי מחמת כח התפיסה, דמה שכ"מ הכ"מ משום דקרוב לתפוס הלא כ"כ בקרוב שיחזיר ויתפוס מן התופס, ואיך פסק הרמב"ם ז"ל שישלם דמי עין, וזה אינו אמת, ולכן נלענ"ד ברור, שהאמת הוא שהרמב"ם ז"ל כתב כאן עפ"י שיטתו לפסוק עפ"י סוגית הש"ס דמרוכה, דסימא את עינו והפיל את שינו יוצא בעינו ומכלם דמי שינו בתורת ודאי, ודברי המגדל עז כאן נפלאים בעיני, שאחרי שכפל גם כאן דבריו שכתב לעיל לחלק בין שני פסקי הרמב"ם, למה לי' לדחוק לתרץ דברי הרמב"ם שמשלמים עדים זוממים על הפסד הבא ע"י תפיסה ודברי הרמב"ם פשוטים וברורים, ולכן נראה דליכא מאן דסובר שיתחייבו עדים על גמ"ד של המע"ה היכא דמהני תפיסה.

ובקצוה"ח סי' ל"ח הוכיח ג"כ נגד שיטה זו מסוגית הש"ס דב"ק בדין מיפך והזמה, דמוכח שם שאם גרמו העדים דין ספק ליכא תשלומים על העדים אם הוזמו, ועכ"פ יש לנו ראי' גמורה משיטת הראב"ד ז"ל, שדין תפיסה אינו דין של בי"ד אלא כח בע"ד לחוד, וע"ז אין העדים משלמים, דרק מה שנגמר דין ודאי ע"י עדותם, חיבה תורה שישלמו העדים, אבל ענין תפיסה הוא כגרמא ע"י העדים, ועפ"י"ז שפיר יש מקום לדברינו שענין זה אפשר להיות גם ע"י בירור של הנתבע, ולא הווי כמרשיע א"ע לפי שיטת הרמב"ן ז"ל דבזה"ז אין הודאה פוטרת, וגם מועלת לחיוב ע"י תפיסת התובע.

כנ"ל: ועפ"י דרך זה יש מקום לתרץ דברי הרמב"ם ז"ל בפ"ט מה' נזקי ממון, שכתב שם להלכה בתמין אחד גדול ואחד קטן, שניזק טוען גדול הזיק ומזיק אומר קטן הזיק דפטור מדין טענו חטים והודה בשעורים ואם תפס לא מפקינן מיני, והקשה ה"ה דהרי מוכח משיטתו דהיכא דאיכא עדים לא מיפטר מדמי שעורים, ובתם דהוי קנס, איך משכחת בלא עדים, דבע"כ סוגית הש"ס מתפרשת למ"ד פלגא נזקא ממונא, דלא כהלכה, ועי' שם דמדחיק לתרץ שסובר כהראב"ד דקנס של פ"נ שאני, דמהני תפיסה גם ע"י הודאת בע"ד, יעו"ש, והנה קושית ה"ה נלענ"ד דלק"מ, דבאמת מלשון הרמב"ם שכתב שם "לא הי' שם ראי' ברורה", מוכח שהי' שם עדים אלא אינם יודעים אם גדול הזיק או קטן הזיק, ומה שהוכיח הרה"מ מהלכה הקודמת שכתב הרמב"ם דאם לא הי' ראי' משלם כמו שאמר מזיק, התם שאני דבתם ומועד, סובר דהוי הודאה ממין הטענה, ומה"ט כתב דחייב שבועה על השאר, משום דהוי כטענו שוה והודה בדוקא, יעו"ש, אבל קושית הקצוה"ח בסי' פ"ח סקי"ד היא קושיא גדולה, שהקשה דלשיטת הראשונים דמפרשי טעמא דמילתא בטענו חטים והודה לו בשעורים דפטור שהוא משום הודאה של התובע, עדים לא מהני בזה, שמוכח מלשון הרמב"ם בה' טוען ונטען בפ"ג ה"י

שכתב בזה"ל, כור חטים יש לי בידך אין לך בידי אלא כור שעורים, פטור אף מדמי שעורים, שהרי אומר לו אין לי בידך שעורים, ונמצא זה דומה למי שאמר לחבירו בבי"ד מנה לך בידי ואמר לו האחר אין לי בידך, שאין בי"ד מחיבים אותו ליתן לו כלום, ואם תפס התובע דמי השעורים אין מוציאים מידו.

עכ"ל.

דמוכח מזה שהעדים בכה"ג אינם מועילים ואינם מורידים, אלא משום דהוי הודאה כנגד הודאה, ובכה"ג אין לבי"ד בזה שום כח לעשות מעשה, וכמו שמביא בקצוה"ח שם סק"ט דברי הרמב"ן ז"ל שכתב בזה"ל, הואיל דזה אומר חייב אני לך וזה אומר אינך חייב לי אוקי ממונא בחזקת מאן דתפיס ולא מזדקקין להו, והכי איתא בפ' השולח גבי נתתי שדה לפלוני והוא אומר לא נתן לי, יעו"ש, ולפי"ז עיקר מה דמהני בזה תפיסה הוא משום הודאת הנתבע, והתינח בממונא אבל בפלגא נזקא דהוי קנס, איך מתחייב ע"י הודאה, ובקצוה"ח מסיק להוכיח מזה כשיטת הראב"ד דקנס של תמין שאני דמהני תפיסה בתר הודאת הנתבע, ולפי מש"כ לק"מ דכיון דבתר הודאת התובע על הקטן שאינו חייב כלום, שוב לא יהי בזה כח בי"ד על הקטן אפי' ע"י עדים, ורק הודאת הנתבע מועלת שלא יזדקקו לזה הבי"ד, כמש"כ הרמב"ן ז"ל, ובכה"ג מהני גם עפ"י עצמו דהוי כמודה שלא בפני בי"ד דאין כאן בי"ד המחיבים כמש"כ: אמנם לכאורה קשה לפי"ד בהא דכתב הרמב"ם ה' גניבה פ"ד ה"ח וז"ל תבעו הבעלים את השומר ושלם ואח"כ הוכר הגנב ותבעוהו הבעלים והודה להם שגנב ואח"כ תבעו השומר וכפר בו ובאו עדים שגנב אין מוציאים הכפל מן הגנב ואם תפס השומר את הכפל אין מוציאים מידו, וכן הדין בתשלומי דו"ה אם טבח הגנב או מכר.

עכ"ל.

ולפי"ד יהי הדין שיהני תפיסה גם אם לא באו עדים אח"כ, דלענין בירור הדבר מהני הודאת הגנב, ולשיטת הרמב"ם הובא בחו"מ סי' פ"א סעי' ח' מהני הודאה לענין ממון גם במודה שלא בפני התובע, דלא כשיטת התוס' ב"ק ד' ק"ח ע"ב ד"ה תבעו, שכתבו דגם לענין קרן לא מהני הודאה שלא בפני התובע, ולשיטת הרמב"ם וסיעתו דמהני הודאה שלא בפני התובע לחיוב ממון ורק לענין מודה בקנס לא מהני, שהטעם בזה נראה, דבממון שמחויב אדם לשלם גם בלא תביעת הבע"ד, ורק אם יודע שמרוצה להרחיב לו זמן התשלומים, אז רשאי לעכב הממון ת"י, אבל בלא"ה ליכא שום נפ"מ בין אם תובעו או לא, אז אם מודה הנתבע בהודאה גמורה, ה"ז מתחייב לעצמו, ואם מודה בפני בי"ד החיוב על בי"ד לומר לו חייב אתה לשלם, וגם לכופו משום מצות פריעת בע"ח, אבל בקנס דליכא חיוב כלל, אפי' לצאת י"ש, קודם כפית בי"ד, ובי"ד אין בכחם לכוף על קנס רק ע"י תביעת הבע"ד, ומשו"ה הודאה שלא בפני בע"ד אינה פוטרת, כמו שאינה מחיבת, אבל לענין בירור האמת, לענין שיהני תפיסת התובע, ראוי לומר דמהני גם בקנס אם הודה שלא בפני התובע, ולפי"ז בנידון זה שהודה הגנב לפני בי"ד בשעת תביעת הבעלים, הי' סגי הודאה זו גם אם כפר אח"כ ולא באו עדים, והנה מסוגית הש"ס לק"מ, דבגמ' מבעיא לענין חיוב בי"ד, ובי"ד ודאי אינם יכולים לחייב קנס ע"י עצמו, אבל בדברי הרמב"ם שכ' להלכה אחר מסקנת הש"ס בתיקו דהוי דין

מסופק אם נפטר הגנב בהודאה שהודה לפני הבעלים, ולענין תפיסה סגי גם הודאה ראשונה, כמו דמהני לענין הקרן לשיטתו, אבל באמת גם בדברי הרמב"ם ז"ל לק"מ, דהרי גם הרמב"ם צריך להודיע עיקר ההלכה שאין ב"ד מוציאים הכפל מן הגנב, שענין זה הוא האמור בגמ', ועל ענין זה צריך להעתיק כמו שאמור בגמ' שבאו עדים אחר הכפירה, דבלא עדים פשיטא דאין ב"ד מוציאים הכפל, ומה שהוסיף הרמב"ם מעצמו על ענין התפיסה, י"ל דבאמת גם אם כפר ולא באו עדים, או אם חזר והודה שנית, ג"כ יהי' הדין שיהני התפיסה, ולפי מש"כ בדברינו לעיל דגם הבע"ד אינו יכול לכופו על קנס, עפ"י הודאת הנתבע, רק אם הוא יודע מעצמו שלא מחמת הודאת הנתבע, ורק לברר לפני ב"ד שלא יהי' בפניהם כגזולן צריך לברר ע"י הודאת הנתבע, אבל אם אינו יודע בעצמו, אין כחו יפה מבי"ד, שאין כופים על הקנס עפ"י עצמו, לפי"ז לק"מ דלא מיירי הכא בכה"ג שראו הבעלים בשעת הגניבה, וזה פשוט: והנה על הכלל הזה שאין הודאה פוטרת רק באופן שאם לא הי' דין פטור במודה בקנס היתה מועלת לחיוב, קשה לי בהא דאמרין בב"ק ד' מ'בסוגיא דשאלו בחזקת תם ונמצא מועד, שאם הי' מודה הי' מיפטר, למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים, דבפשטות הי' ראוי לומר דלמ"ד פ"נ ממונא, שלא תועיל הודאת השומר שיזכה הניזק בהאי שור תם, דהרי עיקר הבעלים על השור הוא המפקיד, ואיך תועיל הודאת השומר להפסיד השור לבעלים, אף שיתחייב השומר לשלם בדמים, מ"מ הוי חב לאחריני, ולפי"ז אם הודאה כזאת אינה מחיבת איך מועלת לפטור, למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, אכן י"ל דלמ"ד פ"נ ממונא הי' מועיל הודאת השומר כדין שלישי דנאמן משום דהימני, כמש"כ בתוס' גיטין ד' ס"ד ד"ה שאני ממון דאתיהיב למחילה, יעו"ש, אבל לענין קנס קשה, דאם חשיב הודאת השומר כעדים לגבי הבעלים, ראוי להיות שיזכה הניזק ע"י הודאתו לחוד, דאין לומר דעיקר דין חיוב הקנס בכה"ג הוא על השומר מחמת שהשומר ישלם אח"כ לבעלים מדין שמירת גופו, דא"כ אם יהי' באופן שהשומר פטור מלשלם, כגון אם הי' שמירה בבעלים, לא יהי' דין תשלומי פ"נ, וזה ודאי אינו, דלא שמענו שיהי' הבדל לענין תשלומי שור תם, דלעולם נוטל הניזק את השור אם רק הי' אצל מי שעליו לשמור ובידו לשמור, כמש"כ בתוס' ריש הכונס, ובחי' הרשב"א שם לענין גזול, יעו"ש, ולומר דכמו שהשומר במקום הבעלים לענין חיוב, כ"כ הוא במקומו לענין לפטור ע"י הודאתו הוא דבר שאינו מובן, והנה אם יודו הבעלים על נזקי התם והשומר כופר, נראה ודאי דלא יהני הודאת הבעלים, כיון דמהני הודאת השומר להפטר וחשוב הוא כנתבע, איך אפשר שיהיו שניהם נתבעים על גוף אחד, ולמ"ד פ"נ ממונא ודאי שמהני הודאת שניהם, הודאת השומר משום דהימני, והודאת הבעלים משום הודאת בע"ד ומהני לגבי עצמו, והשומר שכופר יפטר מתשלומי הפסד השור, ולמ"ד פ"נ קנסא קשה להבין ענין זה: ונראה לענ"ד שהענין בזה דגם למ"ד פ"נ קנסא מתפרש כמו למ"ד פ"נ ממונא שקבלו חז"ל דבשור תם הדין שינטל השור מן בעל המזיק, בין שהוא שלו ובין אם הוא של אחרים, בין אם נתנו לו הבעלים לשמור ובין אם גזלו, וחשבינן כאילו בידו לשלם לניזק בהאי שור שהוא ת"י, וממילא יפסידו הבעלים את השור מחמת דין זה, ואם לא יהי' עדים על הנזק, אז למ"ד פ"נ ממונא, אם יודה השומר על הנזק, יזכה הניזק בהאי שור מחמת הצטרפות שני דינים, מה שנוגע להפסד בעל השור, מהני הודאת השומר משום דין שלישי, ומה שנוגע

להשומר מהני הודאתו משום הודאת בע"ד, ואם יודו הבעלים, יזכה הניזק מחמת הודאת בע"ד לחוד, דהרי הם הבעלים באמת, שבידם להקנות לאחר ולהקדיש, ולמ"ד פ"נ קנסא, אם יודה השומר מיפטר, כיון שאם לא הי' דין פטור היתה הודאתו מחיבת, אבל אם יודו הבעלים לא יופקע בזה דין קנס, אף שאם הי' ממונא, היתה הודאתם גורמת לחיוב, דשאני דין ממון שזוכה הניזק משעת הנזק, אף אם השומר כופר מהני הודאת הבעלים, אבל למ"ד פ"נ קנסא, דבלא כפית בי"ד אין הניזק זוכה כלום, ואם השומר כופר, אז לא היתה הודאת הבעלים גורמת דין זכות לניזק אף בלא דין פטור, משום מרשיע א"ע, דלענין תשלום קנס, השומר הוא הבע"ד, שהטילה התורה עליו תשלום קנס זה, רק שקנסו אותו לשלם בהאי שור שת"י, ומשו"ה לענין מודה בקנס להפטר תלוי רק בהודאת השומר כמו בהודאת הבעלים, שכל הדין הוא רק מחמתו, ועליו הדין תשלומים והכפי', אמנם לפי"ז נלענ"ד דהיכא שהשור ת"י שלא מדעת הבעלים, כגון אם תפס בעד חוב או בגזל, שלא יועיל בזה הודאת השומר לפטור מן הקנס, כיון דבכה"ג גם למ"ד פ"נ ממונא לא היתה מועלת הודאתו לחיוב.

דהוי חב לאחריני, דליכא בזה דין הימני, שנטל שלא מדעת הבעלים, וכיון דלא מהני הודאה לחיוב, כ"כ לא מהני לפטור, כמש"כ: והנה מש"כ הקצוה"ח בסי' א' לענין שן ועין בעובדא דר"ג שלא יהני הודאת ר"ג, משום דבהודאתו הוא חב לשפחה שתאסר עליו, ומ"מ היתה מועלת הודאתו לפטור, אם הי' מודה בפני בי"ד, הוא נגד דברינו, אבל בלא"ה דבריו תמוהים כשגגה היוצאת מלפני השליט דלענין איסור ודאי דלא שייך הודאת בע"ד, דכמו דלא מהני בבעל שאומר גרשתי, ורק משום מיגו נאמן כמש"כ הגאון בעל הש"ש, ורק לענין ממון מהני הודאת בע"ד, ומשו"ה לענין איסור שפחה, אין הודאת האדון כלום, וכן הוא הדין לענין אומר עשיתי עבדי בן חורין, ומש"כ הטור יו"ד סי' רס"ז בשם הרא"ש, דמהני הודאתו גם לענין איסור שמותר לישא ישראלית, אפשר שהוא מטעם מיגו, כמו בעל שאומר גרשתי אבל התם מדרבנן אסור, ובקרבן נתנאל בפ' השולח שם כתב שטעמו של הרא"ש משום דאמרינן אנן סהדי שלא הי' מכשילו באיסור, אבל עכ"פ מפורש בגמ' ובפוסקים דמהני הודאת האדון שלא כדברי הקצוה"ח, ובכלל, דבריו הם שלא בעיון, דהודאת בע"ד מתחלקת לעולם, במה שנוגע לעצמו נאמן ובמה שנוגע לאחרים אינו נאמן, ומש"כ בתוס' גיטין ד' ד' דלא מהני הודאת בע"ד לענין גירושין משום דאסר לה אכהן, הוא לענין קיום הדבר, וכמו דאמרינן במס' קדושין דלא מהני הודאת בע"ד משום דאסר לה אקרובים, אבל לענין בירור לעולם מתחלק, ומה"ט באומר קדשתי נאמן לגבי עצמו, וכן אם היא אומרת נתקדשתי, והוא פשוט וברור.

והכלל בזה שאמרנו עפ"י דברי הרמב"ן ז"ל שאין הודאה פוטרת, אלא באופן שאם לא הי' דין מרשיע א"ע היתה מחיבת, ג"כ סותרים דברי הקצוה"ח הנ"ל: כתב הטור ח"מ סי' ש"נ, גנב שור של שני שותפים וטבחזו או מכרו והודה לאחד מהם וכפר לשני ואח"כ באו עדים שטבח ומכר משלם לזה שכפר חמשה חצאי בקר, וכתב הב"ח ז"ל, ופי' רבינו דמיירי בהודה לאחד מהם כשתבעו בבי"ד, וכפר לשני כשתבעו בבי"ד אחר, דאל"כ לא יתחייב לשני, דמסתמא כיון שהודה לא מן השותפים כאילו הודה גם לשני, אלא מיירי דכפר לשני בבי"ד אחר לפיכך כשבאו עדים חייב לשלם ה' חצאי בקר.

עכ"ל.

ובקצוה"ח בסי' הנ"ל הביא בשם אחיו שתמה על הב"ח, דהרי אם נפטר ע"י הודאה בבי"ד זה לא יתחזור ויתחייב בבי"ד אחר, והקצוה"ח מישב דברי הב"ח, ומוכיח דמודה בקנס אינו נפטר רק בבי"ד זה, ואם נתבע לפני בי"ד אחר וכפר ובאו עדים יתחייב, ומביא ראיה מהא דלר"ע אם עדים זוממים מודים שהוזמנו בבי"ד פלוני אין משלמים עפ"י עצמם, אף שבבי"ד שהוזמו לא תהני הודאתם ויתחייבו לשלם, יעו"ש, ודברי הקצוה"ח תמוהים מאד, דאם נאמר שהודאה שהודה לשותף אחד מועיל גם לחבירו אלא דהכא הוא משום דהובא לבי"ד אחר, הרי ראוי שיתחייבו דו"ה ולא חצאי בקר, וגם עיקר הדין אינו מיסתבר שלא תהני הודאה לפטור רק אצל בי"ד זה, וראיה שהביא מהא דלר"ע אין העדים זוממים שאומרים הוזמנו בבי"ד פלוני משלמים עפ"י עצמם, אין מזה ראיה כלל, דהתם ודאי אין משלמים עפ"י עצמם כיון שעדיין לא נתחייבו בתשלומי קנס אין משלמים עפ"י עצמם, אבל הודאתן לא תפטר אותם אם כבר הוזמו בבי"ד, אבל בי"ד אחר אינם יכולים לחיבם.

עפ"י הודאתם, וזה פשוט. ואח"כ מצאתי שכונתי בזה לדעת הנה"מ, והוסיף עוד להוכיח מסוגית הש"ס דמרובה, דלהך תנא דמתני שר"י אמר לר"ג שכבר הודית מוכח שאם הודה בבי"ד שוב לא יתחייב לעולם, דאל"כ ה"ל אומר לו שיביא עדים בבי"ד אחר, והנה בקצוה"ח סק"ד הביא תשו' הרשב"א, שמוכח מדבריו דהודאה בבי"ד פוטרת אותו לגמרי, לכן בודאי כן הוא דליכא מאן דפליג על הרשב"א בזה, ומה שה"ל קשה ל"ל להב"ח שתהני הודאת הגנב לשותף אחד להפטר לגמרי גם מתביעת שותף השני, נלענ"ד דלק"מ, דהנה דין הודאה לפטור תלוי בדין חיוב, והנה יש לדון בכה"ג שה"ל שותפים בהשור, ותובעים מהגנב תשלומי קנס, אם יש לו לשותף אחד לגבות כל הקנס, דאף דשותף אי"צ הרשאה, אבל זה רק בגדר שליחות, ובדבר ששייך בו ענין הרשאה, אבל לא בתביעת קנס, וגם בבעל שיתבע חיוב קנס, בעד אשתו, י"ל דלא יועיל לענין קנס דרק בחיוב ממון שכבר זכתה האשה, יכול גם הבעל לתבוע משום זכותו לענין פירות אבל לא לענין חיוב קנס, ועוד י"ל דמה שהיו שותפים בשור, אינם חשובים שותפים לענין תביעת הקנס בעד הגניבה, טביחה ומכירה.

ומצאתי אח"כ בחי' הגרע"א ז"ל לב"מ ריש המפקיד לענין שאל מן השותפים ושלם לאחד מהם, ששקיל וטרי אם בתשלומים הבאים מחמת דבר משותף, יהי' דין שותפות, יעו"ש שנשאר בצ"ע בדין זה, ולענ"ד יש קצת ראיה מסוגית הש"ס וטוש"ע הנ"ל מדלא מהני הודאה לשותף אחד לפטור את הכל, מוכח דלא הוי שותפים בתשלומים, וכל אחד תובע לעצמו, ומה"ט הוי חצאי בקר, אם לא שנחלק בין תשלומי קנס לתשלומי ממון.

אבל בכ"ז קשה קצת דבגמ' ד' ע"א ע"ב מבעיא רק אם הודה לא' מהם, אבל אם שותף תובע ומביא עדים פשוט להש"ס דלא הוי חצאי בקר, וכן כתבו בתוס' שם ד"ה טבח והודה לא', דרק למ"ד מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור מבעיא ל"ל יעו"ש, ולפי מש"כ גם בתובע עפ"י עדים כ"א תובע חצאי בקר, וצ"ל דרק אם כבר נפטר לגמרי מחצי התשלומים חשיב חצאי בקר, אבל אם לא נפטר ואיכא עליו דין כל תשלום דו"ה, לא חשיב חצאי בקר, אף אם בפועל אינו משלם רק חצי תשלומים.

כנלענ"ד בזה: פרק כג ולענין אם מהני עדי צירוף בקנס, שנחלקו האחרונים ז"ל הט"ז והקצוה"ח ונה"מ בח"מ סי' ל', ראוי ראשונה לבאר דיני צירוף בכלל דהנה מסקינן במס' כתובות ד' כ"א דעד ודין אין מצטרפים, וכן קיי"ל להלכה בטוש"ע ח"מ סי' ל' וסי' מ"ו, והנה ענין זה צריך ביאור, כיון דאם היו שני עדים מעידים שמעט עדות שנחקרה בבי"ד מהני, כמו שכ' בתוס' כתובות ד' כ' וביבמות ד' ל"א ובב"ק ד' צ"ח ע"ב, וכן העלו האחרונים, הט"ז, והתומים, וקצוה"ח, ונה"מ ושער המשפט דלא כהסמ"ע יעו"ש, ולפי"ז למה לא יצטרפו אם אחד מעיד על הלואה, והשני על שמיעה ששמע שנחקרה עדות בבי"ד, כמו דמצטרפים הלואה ונזק וכדומה, וראיתי בשטמ"ק בכתובות בסוגיא שם שהביא בשם הרשב"א בזה"ל, וכתב עוד הרשב"א ז"ל ורבנו אלפסי ז"ל פירש בבבא בתרא עד ודין מצטרפים, עד שהעיד שראה הולאה ודיין שהעיד שנתחייב בבית דינו על פי עדים מצטרפים, ואסקא רבא דאין מצטרפים דסהדא מסהיד על הלואה ודיינא לא מסהיד אלא שבבית דינו נתחייב.

אבל אינו יודע אם נתחייב באמת או בשקר, ולפי פירושו ל"ד להלואה אחר הלואה שמצטרפים, דהתם תרווייהו בקושטא קא מסהדי, האי דחזי כשמנה לו מנה והאי דחזי דאודי לי' קמי' בהוא מנה, אבל הכא דילמא הני דאסהידו עלי בני דינא שקרא קא מסהדי, ודיינא מאי דשמע קא מסהיד וקיי"ל כמ"ד אין מצטרפים עכ"ל וגם ביאורו של הרשב"א ז"ל בדברי הרי"ף ז"ל צריך ביאור, דהרי במאי דקאמר רבא שעד ודין אין מצטרפים מוכח דרק לענין צירוף לא מצטרפי, אבל אם היו שני עדים מעידים שבפניהם נחקר עדות בבי"ד הי' מהני, וממה דמסיק הרשב"א דחיישינן שמא שקרו העדים משמע דגם שני עדים ביחד לא יהני: ונראה לענ"ד בביאור דבריו דביסוד ענין העדות שאמרה תורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, בדיני ממונות ובדיני נפשות, הוא חלוק מדין עדות באיסור והיתר, דבאיסור והיתר הוא בגדר בירור גרידא, וכל אדם ששמע מעד שהוא מוחזק בכשרות שמעיד על איזה דבר לאיסור ולהיתר אמרה תורה שכן ראוי להתנהג כאילו ראה הדבר בעצמו, אבל בדיני ממונות ונפשות שהצריכה תורה בי"ד מומחים, אין ענין העדות בגדר בירור גרידא, אלא גזיה"כ שהעדים מקימים את הדין ע"י הגדה בבי"ד, היינו שעל הבי"ד לפסוק הדין עפ"י העדים, ולמי שאינו בי"ד העדים אינם מועילים כלום, וגם הבע"ד אינו מחויב להתנהג עפ"י העדים רק עליולקים פסק בי"ד, ובשע"ה פ"י בארנו עפ"י דרך זה סוגית הש"ס בבכורות לענין שני יב"ש שיצא עליהם שט"ח ולקח אחד מחבירו שדה, דאמר רבא דאין גובה מהלוקח השדה בטענת ממ"נ, משום דנכסי' דבר איניש ערבין בי' וכיון דלא מצי תבע מהלוה אינו גובה מהערב, והיכא שהערב יודע שהלוה חייב רק שכופר בבי"ד חייב הערב, כמש"כ ברמ"א ח"מ סי' קכ"ט, והוא משום דעי"ז דאיכא שט"ח אין הלוקח יודע שחבירו חיוב באמת דשמא שהשטר מזויף או שמא שקרו העדים, והכלל בזה, שעדים וכן שטר מעילים רק לבי"ד לפסוק הדין עפ"י העדים מן הכתוב עפ"י שנים עדים יקום דבר, אבל לאיש צדדי אין הגדת העדות וכן השטר נחשבים כאילו יודע בעצמו, ומשו"ה אמר רבא דאי אפשר לגבות מן יב"ש הלוקח מתורת ממ"נ, דכיון דהאי לוקח אינו יודע אם באמת חייב יב"ש השני, דמה שהוא יודע שהוא לא לזה אינו נחשב לו כידיעה שבודאי לזה יב"ש השני, ורק אם הי' ככח בי"ד לחייב את השני בתורת בע"ח, אז היו גובים מן הלוקח בתורת ערבות,

ובכה"ג שאין בכח הבי"ד לגבות מהשני, חשבינן כאילו ליכא לוח, וכ"כ עלינו לומר לענין חקירת עדים בבי"ד, דענין זה אינו מועיל רק לבי"ד ששמעו הגדת העדים, ולא לאיש צדדי, אמנם אם שני עדים מעידים ששמעו חקירת בי"ד, ומעידים ענין זה לפני בי"ד אחר, סברי התוס' שיכולים בי"ד השני כ"כ לפסוק הדין עפ"י העדים הראשונים, דהעדים האחרונים נאמנים שכן העידו הראשונים, ונחקרה עדותם בבי"ד, וה"ז כאילו שומעים עכשיו בי"ד השני את הגדת העדות של הראשונים, דהא דלא מהני עד מפי עד, הוא רק אם הראשון לא העיד בפני בי"ד כראוי ע"י חקירה ודרישה, אבל אם כבר נחקר העדות, אז גם בי"ד השני יכול לפסוק הדין וענין זה של חקירת בי"ד הוא רק השלמת ענין ההגדה של העדים, אבל אין זה סבה חדשה שגורמת חיוב על הנתבע, והעדים ששמעו חקירת בי"ד אינם יכולים להעיד שידועים שהנתבע חייב לשלם לתובע דשמא שקרו העדים, ורק בי"ד שהעידו לפניהם ענין זה יכולים לחייב את הנתבע, כאילו הי' העדים הראשונים מעידים לפניהם: ובדרך זה יתבאר לנו דברי התוס' ביבמות וכתובות, דהנה במס' יבמות ד' ל"א ע"ב אמרינן זימנין דחזו בכתבא ומסהדי ורחמנא אמר מפייהם ולא מפי כתבם, והקשו בתוס' שם מפ' הגוזל דאמרינן שם לענין השורף שטר דאם ידעו העדים מה שהי' כתוב בשטר אפשר לכתוב לו שטרא אחרינא, ומתרצי דאיה"נ שאם היו העדים מעידים שכן ראו בשטר הי' מהני, אלא דחיישינן שמא לא יעידו שכן ראו בשטר, אלא יעידו על המעשה עצמה, כאילו הם זוכרים, והם אינם זוכרים, אלא על פי הכתב, זה תו"ד תוספת שם ובכתובות ד' כ' יעו"ש, ולכאורה אינו מוכן מה נפ"מ אם הם מעידים בשנוי לשון, דלכאורה הוי רק נפ"מ בבדיקות ולא בעצם העדות, ועוד מה ענין זה שייך לדין מפייהם ולא מפי כתבם, אם בכה"ג הוי עדות שקר, מה תלוי זה בדין פסול של מפי כתבם, ועפ"י מש"כ דבריהם מובנים, דכיון דבאמת השטר אינו סבה הגורמת הדין, רק שעפ"י השטר בי"ד דנים כאילו העידו עדים לפניהם, ומשו"ה אם העדים מעידים לפני בי"ד שכן ראו בשטר, אז בי"ד דנים עפ"י השטר כאילו ראו בעצמם השטר, אבל אם העדים מעידים על עצם המעשה, והם לא ראו עצם המעשה, או שאין זוכרים המעשה, שעפ"י עדות זו אין בכח בי"ד לחייב את הנתבע או לענין זמן של הקדושין דמיירי במס' יבמות, ומכשילים את בי"ד לפסוק שלא כדין, והא דאמרינן בגמ' הטעם משום מפייהם ולא מפי כתבם, הוא משום דעיקר הדין בפסול עדות מפי כתבם, הכונה שיהי' העד זוכר העדות בעצם הדבר, אבל מה שמוצא כתוב אצלו לזכרון דברים, אינו כידיעת עצם הדבר, דמזה ילפינן כלל זה, דהשערה שמשער בעצמו שהדבר אמת כמו שמוצא כתוב בכ"י, אינו כראי' ושמיעה, כ"כ מה שמשער שהדבר אמת מחמת ששמע הגדת עדים עפ"י חקירה ודרישה בבי"ד, אינו כראי' ושמיעה עצם הדבר, ועפ"י דברי הרשב"א ז"ל מובנים בטעמא דמילתא דעד ודיין אין מצטרפים, דצירוף לא מהני רק אם כל אחד מעיד שראה או שמע מעשה שהיא סבה המחייבת להנתבע, אבל שמיעת חקירת בי"ד אינו סבה המחייבת, דשמא שקרו העדים, אלא שאם מתברר לפני בי"ד זה עפ"י שני עדים, אז הם עושים דין עפ"י העדים הראשונים שהעידו על עצם המעשה, אבל עפ"י ע"א אין בזה לבי"ד זה סבה לפסוק הדין מחמתה: ונראה לענ"ד לדון בע"א שמעיד שראה בשטר גמור שראובן חייב לשמעון מנה והלוה כופר, שלא יהי' בזה דין חיוב שבועה, וכן אם מעיד ע"א ששמע חקירת בי"ד עפ"י שני עדים, ואין זה סותר להכלל

שכ"מ ששנים מחיבים ממון ע"א מחייב ש אף אילו היו שנים מעידים שכן ראו בשטר היו מחיבים ממון, מ"מ ע"א לא יחייב שבועה, דרק היכא שבשנים ב"ד מחיבים על פיהם אז ע"א מחייב שבועה, אבל בכה"ג מה שבי"ד מחיבים ממון אינו עפ"י עדים אלה, אלא עפ"י עדים הראשונים, וכ"ז שלא נתברר לפני ב"ד זה עפ"י שני עדים אינם יכולים לדון כלל מחמת הגדת עדים ראשונים, ויש להוכיח ענין זה מדין עד ודיין אין מצטרפים, דאם הי' הדין דע"א המעיד על חקירת ב"ד מחייב שבועה, הי' ראוי להיות שיצטרפו עד ודין, דהנה נתבאר אצלינו בשער זה פ"א שהיסוד בדין צירוף עדות, אינו משום דחשבינן כאילו נתברר עפ"י שני עדים שראובן חייב כך וכך, אלא משום דכתוב בתורה עפ"י שנים עדים יקום דבר, וקיי"ל שכונת התורה חצי קיום ע"י כ"א מהעדים, ולענין חלות דין חצי קיום סגי בירור של ע"א, וכשנתחדש אצל ב"ד עוד חצי קיום נצטרפו שני חצאים להעשות קיום שלם ואז מחיבים ממון, ועוד בארנו שם עפ"י דברי תוס' מכות ד' ו' ע"א, וסוגית הש"ס בקדושין למ"ד מקדש בע"א אחוששין לקדושין, דחייב שבועה עפ"י ע"א הוא דין תולדה מדין חצי קיום לממון, ולפי"ז אם נאמר שע"א המעיד ששמע חקירת ב"ד של הגדת שני עדים מחייב שבועה, אז עלינו לומר שנעשה חצי קיום לממון, ואם יהי' כן יקשה למה אין מצטרפים עד ודיין, כיון דנתברר אצל ב"ד קיום שלם ע"י שני חצאי קיום, וע"כ עלינו לומר דע"א המעיד על חקירת ב"ד או על ראית שטר, אינו מחייב שבועה, משום שלא נעשה ע"י עדותם חצי קיום לממון, והטעם בזה כמש"כ, דבי"ד שני אינם יכולים לעשות דין רק עפ"י עדות הראשונים שהגידו לפני ב"ד הראשון וכ"ז שלא נתברר לפני ב"ד זה עפ"י שני עדים, אינם יכולים לפסוק שום דין, ורק בעד המעיד על סבה המחייבת אמרה תורה שיחודש חצי קיום לממון כנלענ"ד: אמנם לכאורה עפ"י ד"ז הי' ראוי לומר בשני עדים שמעידים ששמעו חקירת ב"ד של הגדת ע"א, או שראו שטר החתום בע"א, שיועיל עדותו שיתחילו ב"ד השני שבועה, דכמו ששני עדים מעידים על חקירת שני עדים, מחייבים ב"ד שני ממון על פיהם, דמדמינן ענין זה כאילו העידו עדים הראשונים לפני ב"ד זה, כ"כ ראוי לחייב שבועה מחמת העד שהעיד לפני ב"ד ראשון, אבל מצאנו שנחלקו בזה האחרונים, דהנה בהא דכתב המחבר ח"מ סעי' י"א העיד האחד בב"ד זה והעיד השני בב"ד ד אחר יבא ב"ד אצל ב"ד ויצרפו עדותם, כתב הרמ"א וז"ל אבל אחרים ששמעו הענין אינם יכולים להצטרף דהוי עד מפי עד עכ"ל.

(ב"י בשם מרדכי ישן) וז"ל הב"י מצאתי במרדכי ישן פ' ג"פ כתב רבינו אברהם דדוקא ב"ד אצל ב"ד מצטרף, אבל שנים כהעיד אחד בב"ד זה, ויש עדים ששמעו הגדתה שני וחקירה בב"ד אחר, וגם שמעו הגדת זה כאן ובאים לפני ב"ד אחר להעיד ששמעו חקירת אותם שני עדים בפני ב"ד, לאו מידי הוא, דהוי כעד מפי עד והביא ראיות ע"ז. עכ"ל.

והסמ"ע כתב דלשיטה זו גם אם שמעו חקירת שני עדים לא מהני, והט"ז וכל האחרונים דחו דבריו, דלכו"ע מהני אם שמעו חקירת שני עדים, כמו שכ' תוס' בכתובות, ויבמות וב"ק שהבאנו לעיל, ודברי המרדכי והב"י והרמ"א מיירי רק בחקירת ע"א, ועפ"י כתב התומים דע"א בשטר אם נשרף או נמחק, אין העדים יכולים להעיד שכן ראו בשטר,



דוזה דומה כשומע ע"א מעיד בבי"ד, ובקצוה"ח סי' מ"ו סקי"א עוד הוסיף בזה דע"א בשטר לא מהני אם יקימו עדים את חתימת העד, רק באופן שיכירו בי"ד בעצמם את החתימה יעו"ש.

וכן העלה להלכה בנתיבות סי' ל' סקכ"א כהתומים, דבשטר שחתם עליו רק ע"א לא מהני רק אם השטר לפנינו, אבל עדים אינם יכולים להעיד שכן ראו בשטר. יעו"ש.

ובס' שער המשפט ס"ק ט' אחר שהביא דברי הסמ"ע, והט"ז והתומים, והחליט כדעת התומים כתב בזה"ל, ונראה דהו"ה אם שמעו חקירת ע"א בבי"ד נמי מהני לענין שבועה דע"א לענין שבועה חשיב כמו שנים לממון, דכ"מ ששנים מחיבים אותו ממון, ע"א מחיבו שבועה, אלא דהכא לענין ממון לא מהני מה שמעו שהעיד כ"א בבי"ד אחר להצטרף שיהי' נחשבים כשני עדים שנגבה העדות בבי"ד והוי כעמפ"ע, ובתומים משמע להיפוך ולא ידעתי למה.

עכ"ל.

וענין זה קשה מאד לומר שיהי' הבדל בין חקירת ע"א ובין חקירת שני עדים, וכמו שמתמה בשער המשפט, אבל גם דבריו אינם מובנים, כיון דהגדת העדים מחקירת ע"א מועלת לחיוב שבועה, וכן מועלת הגדתם מעד השני, למה לא יהי' דין צירוף, ומכש"כ לפי"מ שכתבנו שדין חיוב שבועה הוא בא בתולדה ע"י חצי קיום לממון, בודאי כה"ג איכא קיום שלם לממון אצל בי"ד זה שקבלו עדות משני עדים על כל הגדה והגדה שהגידו העדים מיוחדים בשני בתי דינים: ולגודל התמל' בזה נלענ"ד דיש מקום לומר דשאני ענין חיוב שבועה מדין צירוף לענין זה, דאף דזה ברור שע"א שהעיד בבי"ד ונחקרה עדותו כדין שנגמרה עדותו לענין חיוב שבועה כשנים לממון, אבל כ"ז לדין חיוב שבועה, שעדותו בלחוד סגי לענין זה, אבל לענין להצטרף לחיוב ממון עם ע"א שני, חשבינן כאילו עדיין לא נחקרה עדותו, דלענין צירוף עדות לא ידעינן עכשיו אם תהי' עדותו מכוונת לעד השני, ורק כשיבא עד השני אז יבורר ענין זה אם הגדתם אפשר להצטרף, ולכן חשבינן לענין זה כאילו עדיין לא נחקה, ואם עדים באים להעיד מה שמעו מחקירת ע"א, אז יש הבדל, שאם אנו דנים לענין חיוב שבועה מהני עדותם, שלענין זה כבר נחקרה עדותו של ע"א, אבל לענין הצטרפות הוי כעמפ"ע, כדברי שער המשפט, וכן נלענ"ד מוכח מדברי המרדכי שהבאנו, דאם הי' כונתו דשמיעת עדים מחקירת ע"א לא מהני כלום דהוי כעמפ"ע, הי' ראוי להשמיע דין זה לענין ע"א לחוד, וממילא הי' מובן דלא יהי' דין צירוף, כיון דכל הגדה בפ"ע אינה מועלת כלום ממילא ליכא צירוף, אלא נראה דאף דעיקר העדות מועלת לענין חיוב שבועה, אבל לענין צירוף הוי כעמפ"ע: ונלענ"ד די"ל דבכה"ג שכתב המרדכי שכת אחת מעידה על שתי החקירות של שני בתי דינים, לא יהני עדותם כלום אף לחיוב שבועה, דבכה"ג הוי כעדות שבטלה מקצתה, דכיון דלענין חיוב ממון איכא בזה פסול של עמפ"ע, ממילא לא מהני גם לענין שבועה, וכן משמע מלשון המרדכי שכתב על ענין עדות זו בזה"ל, לאו מידי הוא דהוי כעמפ"ע, ולכן נראה הדעת נוטה להלכה כדברי השער משפט, דמהני לענין חיוב שבועה אם עדים מעידים על שטר החתום בע"א שנשרף, והתומים הסתפק בזה והעלה הענין בצ"ע.

יעו"ש.

וסברת השער המשפט שכיון שבשנים מחיבים ממון ע"א מחיב שבועה היא סברא המכרעת בזה. כנלענ"ד.

ומה דשאני בי"ד מעדים, דקיי"ל דאם ע"א העיד בבי"ד אחד ועוד ע"א העיד בבי"ד שני, שבאים בי"ד אצל בי"ד ומצרפים עדותם, כמסקנת הש"ס בב"ב ד' קס"ה וטוש"ע סי' ל', הטעם בזה דכל בי"ד ובי"ד אינם צריכים להעיד בתורת עדות לפני בי"ד המצטרף עמו, אלא שנעשים לבי"ד אחד, וכלחלק ממנו הוא מעשה בי"ד, ומצטרפים החלקים יחד, היינו שכל בי"ד השיג כח חצי קיום הדבר לממון עפ"י חקירת ע"א, ומשני חצאים אלה נעשה דבר שלם לחיב ממון, וכן משמע מלשון הש"ס שם דמדמה צירוף זה לדין צירוף עדות אליבא דר"נ, יעו"ש: ואף לפי"מ שבארנו דלענין צירוף העדים יחד, חשבינן כאילו עדיין לא נגמרה חקירת בי"ד, חסרון זה הוא רק לענין עדות, דהוי כעמפ"ע, אבל לענין כח בי"ד ליכא חסרון זה, דאם עדיין לא השיג בי"ד כח זה לענין צירוף, יושלם עכשיו הכח של בי"ד ע"י התחברות של בי"ד יחד, שאם מתאימים החלקים וראוים להצטרף נגמר עכשיו החקירה, ונשלם כח של בי"ד ומצטרף לענין שלם לחיב ממון, ובזה נבין מה דשאני אם היתה החקירה משני עדים יחד בכמה בתי דינים, מדין חקירת ע"א בכל בי"ד, דבחקירת ע"א בעינן שיבא בי"ד אצל בי"ד, ובחקירת שני עדים סגי אם יבא אחד מכל בי"ד עד שיתברר בי"ד של שלשה, כמבואר בגמ' ובטוש"ע שם, דהיכא שהי' חקירת שני עדים, שכבר נגמרה חקירת העדים לחיוב ממון, אז י"ל דכמו דבעדים כ"א פועל לפי חלקו, כ"כ הדיינים משיגים הכח כל אחד לפי חלקו, ואם מתחברים אחד מכל בי"ד, שכ"א השיג כח הדין לפי חלקו, מצטרפים שלשה החלקים לדבר שלם אחד, ומחיבים ממון, אבל אם הי' רק חקירת ע"א לפני בתי הדינים, שעדיין לא השיגו כחם לענין צירוף רק לענין חיוב שבועה בלבד, כמ"ש"כ, אז בעינן שיהי' עכשיו כל הבי"ד של שלשה שהי' בשעת הגדת ע"א שיושלם כחם עכשיו ע"י השוואת שתי ההגדות, אבל אם יהי' אחד מכל בי"ד, אי אפשר שיושלם עכשיו כחם, דדיין אחד לאו כלום הוא, ובלא שני הדיינים שהי' עמו בשעת הגדת הע"א לא ישיג שום כח הדין, כנלענ"ד בענין זה: והנה עפ"י"מ שבארנו בענין זה דלא מהני דין צירוף בעד ודין, ראוי לומר דכ"כ לא יהי' דין צירוף משני עדים ששמע כ"א מהם חקירת בי"ד בזמנים מיוחדים, משום דכיון דליכא בירור על עצם הדבר, כ"ז שלא ראו כאחד, וגם ליכא שום דין לקיום הדבר דחקירת בי"ד אינה נחשבת לסבה המחיבת, מה"ט נמי לא יועיל צירוף ע"י דין ודין, כמו שאין עד ודין מצטרפים, ורק אם יבוא אחד מכל בי"ד מצטרפים, דבי"ד שאני כמו שבארנו, ולפי"ז קשה לי מה שכ' בתוס' סנהדרין ד' ל' ע"ב ד"ה בעדות בכור, וז"ל, פ"י ששמעו מאביו זאח"ז איש פלוני בן בכור הוא, יעו"ש, ובמה עדיף שמיעת הגדת אב שנאמן מטעם יכיר, משמיעת הגדת עדים בבי"ד, ובהא דנקטינן דהודאה והלואה מצטרפים ל"ק כ"כ, חדא די"ל דהודאה נחשבת לסבה מחיבת משום קנין אודיתא, ואף אם נאמר שקנין אודיתא הוא רק קנין מדרבנן ולא מה"ת, עי' בקצוה"ח סי' קצ"ד שהביא כן להוכיח מדברי תוס' ב"ק, מ"מ לענין צירוף נראה לומר, דחיוב ממון של תורה וחיוב דרבנן מצטרפים, דלא גרע משני חיובי דרבנן שבודאי יצטרפו, דכל דתקנו רבנן כעין תורה הוא, ועוד י"ל דהודאת בע"ד עדיף מהגדת עדים,

דאם שמעו עדים שהודה בהודאה גמורה, חשבינן כאילו ראו עצם המעשה, דאין לחוש שמא בשקר הודה, אבל נאמנות האב מתורת יכיר הוא מגזיה"כ, ולמה יהי' עדיף אם שמעו שני עדים בזמנים מיוחדים שהעיד האב שאיש פלוני בנו ובכור הוא להצטרף לשני עדים, משמיעת הגדת עדים בכה"ג וזוהי תמי' רבתא.

ולכן נראה לומר בהכרח מזה דגם בשמיעת חקירת בי"ד מהני צירוף אם ע"א מעיד ששמע בבי"ד בזמן אחד ועד שני מעיד על זמן אחר, אף לפי"מ שהעלינו דחקירת בי"ד אינה נחשבת לסבה מחיבת, כמו דמשמע להדיא מדברי הרשב"א שהבאנו, ומדברי התוס' ביבמות וכתובות, בכ"ז י"ל דמהני צירוף בכה"ג, אף דלא חל ע"י ע"א חצי קיום לענין תשלומי ממון, אבל חל חצי קיום הדבר אצל בי"ד על ענין זה להחזיק שהי' חקירת בי"ד על ראובן שנתחייב ממון, וכשבא שוב עד שני ומעיד כ"כ ששמע חקירת בי"ד בזמן אחר נגמר ענין זה אצל בי"ד בעדות גמורה להחזיק הדין בתורת ודאי כאילו היתה החקירה לפני בי"ד זה ואז מחיבים ממון, וכמו שכתבו בתוס' סנהדרין לענין יכיר, דמהני עדי צירוף אם ע"א שמע בזמן אחד והשני בזמן שני, כן יהי' הדין גם לצרף שני עדים על שמיעת חקירת בי"ד, וכן נלענ"ד בדין עדות על ראית השטר שנמחק או נשרף, שאם אחד מעיד שראה בשטר אחד והשני מעיד שראה בשטר שני, אם המלוה תובע את שניהם אז יצטרפו, דבזה שוה דין שטר לחקירת בי"ד שהבאנו: אמנם בדין הראשון שכתבנו לעיל לענין חיוב שבועה, אם מעיד ע"א על שמיעת חקירת בי"ד של שני עדים, דליכא חיוב שבועה, נלענ"ד שבדין זה מתחלק דין שבועה מדין צירוף, דמה שהוכחנו לעיל מדין עד ודין שאינם מצטרפים דליכא חיוב שבועה בכה"ג עפ"י ע"א, הוא יסוד נאמן, דאם חקירת בי"ד אינה נחשבת לסבה מחיבת ממון, אי אפשר להיות חיוב שבועה, דכל חיוב שבועה בא בתולדה מחצי קיום לממון, וכיון דחקירת בי"ד אינה סבה המחיבת ממון, אי אפשר שיהי' דין שבועה, אבל אם יבוא עד שני ויעיד ג"כ על ענין כזה, יצטרפו שניהם לענין זה להחזיק הדין כאילו איכא לפנינו חקירת בי"ד, אח"כ הראו לי בנה"מ סי' מ"ו סק"ו שהקשה במודה בשטר שכתבו שצריך לקימו, דמשמע דצריך לקימו ככל קיום שטרות, דבעינן ששני עדים יעידו על קיום השטר ובפשטות הי' נראה דאי"צ שיעיד רק ע"א שהשטר כשר, דאז חייב הלוח לשלם מדין מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, כמו שפסק הרמב"ם וטוש"ע בסי' נ"א, דאם מוצא שטר חתום בע"א והלוח טוען פרעתי דהוי משאי"ל, והכא נמי שמודה בשטר וטוען פרעתי יתחייב לשלם, ועיי"ש שמביא קושיא זו בשם פנ"י ויעו"ש שמדחיק באופנים שונים לישב קושיא זו, ולפי מש"כ ליתא לקושיא זו, דבאמת בכה"ג ליכא דין שבועה אם ע"א מקים השטר, והנה לפי"ד דינים אלה מתחלפים, דשני עדים ששמעו חקירת בי"ד מהגדת ע"א, יהי' דין שבועה וכמש"כ השערמשפט שהבאנו, ולענין צירוף לא יהני אם שמעו עוד חקירת עד שני בבי"ד בזמן אחר, וכמש"כ המרדכי שהביא הרמ"א בסי' ל', ואם מעיד ע"א על ראית שטר או שמיעת חקירת בי"ד של שני עדים, יהי' דין צירוף, אם יעיד עד שני על ענין כזה בזמן אחר, וכמו שהוכחנו מדברי תוס' סנהדרין, בענין הגדת עדים על אמירת האב על אחד שהוא בנו ובכור, ולענין שבועה לא יתחייב הנתבע ע"י עדות של אחד, דע"א אינו מחייב שבועה רק מעיד על סבה המחיבת ממון.

כנלענ"ד בענין זה: פרק כד והנה לענין צירוף עדים לענין תשלומי קנס, אם שני עדים מעידים על שני מעשים שכ"א מעיד על מעשה אחת שלא ראה חבירו, נלענ"ד דבודאי איכא דין צירוף, דכיון דמהני צירוף גם אם כ"א מעיד על חקירת בי"ד של שני עדים, אף שחקירת בי"ד אינה סבה המחיבת, מ"מ מועיל כ"א לגרום חצי קיום הדבר, כאילו היו שומעים בעצמם חקירת בי"ד ראשון, הרי לפי"ז עדות של אחד שמעיד על מעשה המחיבת תשלום קנס, בודאי שחשיב שנגמר, הדין ע"פ לגרום חצי קיום לענין כפית בי"ד וכשבא עד שני נגמר ענין זה שיכופו בי"ד לשלם תשלומי קנס וכן החליט הקצוה"ח בסי' ל' דלא כהט"ז והתומים, דכמו דמהני בקנס אם העידו שני עדים זאח"ז, כמבואר במס' ב"ק ד' ע"ד דלא בעינן הגדה ביחד, כ"כ לא בעינן ראי' כאחת, ובנה"מ תמה על דברי הקצוה"ח וז"ל, ולפענ"ד טעה בזה, דודאי עדות מיוחדת כשר בד"מ כגון שראה א' מחלון זה וא' מחלון אחר, שהי' על מעשה זו ב' עדות, אבל לצרף ב' עדות שכ"א ראה מעשה אחר, כגון שא' ראה היום שנגח שורו ונתחייב קנס, וא' ראה כיום שני שפתה בתו או נגיחת שור אחר, זה לא יאמר בר בי רב דחזד יומא שמצטרפים לחייבו בממ"נ, דא"כ אפילו אחד מעיד שראה שנתחייב קנס ע"י נגיחת שור, וא' ראה שלוח מעות ונתחייב יצטרפו ג"כ, והא ודאי ליתא דקנס שלא היו עדים בדבר אין בו שום חיוב, דאשר ירשיעון אלקים כתוב בקנס, ובעינן שהבי"ד יהיו יכולים לחיבו מכח מעשה זו, וזה פשוט וברור, ולזה מביא הט"ז ראי' שפיר מעדי יחוד לענין קדושין שא' ראה שחרית וא' ערבית דלא מצטרפי, והטעם כתבו כיון דבקדושין לא נגמר בלא עדים לא מהני ראית אחד כלל, וה"נ קנס אין בו שום חיוב כשלא הי' עדים בדבר.

עכ"ל.

ואנא גברא קחזינא ותיובתא לא חזינא, ובפשטות נראה דגם אם ע"א מעיד על חיוב קנס וא' מעיד על הלואה ג"כ מצטרפים, ומאיזה טעם פשוט להגאון בעל נה"מ דבכה"ג אי אפשר להצטרף, לא נתבאר לי, וכנר' סובר דכיון דבקנס בעינן אשר ירשיעון אלקים, הכונה שבי"ד מחדשים חיוב קנס בתור עונש על המעשה שמתברר לפנייהם עפ"י שני עדים, וכיון דבעדי צירוף אין לבי"ד על כל מעשה רק ע"א, אינם יכולים לחייבו, ונשאר המעשה בלי חיוב, ודבר זה נסתר מדברי הרא"ש ז"ל שהבאנו לעיל, דמבואר לנו הטעם דמהני תפיסה בקנסות בזה"ז דמה דצריך בי"ד בקנסות, הוא רק לענין כפי', אבל לעיקר סבת החיוב אי"צ בי"ד, ולענין כפי' עביד איניש דינא לנפשי', ולפי"ז אין שום הבדל לענין צירוף עדות בין דיני ממונות לדיני קנסות, דלשני ענינים אלה בעינן שיהי' מתברר לבי"ד על כח הכפי' שיש להם בענין זה לכוף את הנתבע, ואם בדיני ממונות קיי"ל שיש לבי"ד כח כפי' ע"י עדות מיוחדת ומעשים מיוחדים, כ"כ בדיני קנסות יש להם כפי', ע"י שני עדים מיוחדים, ולומר דבקנסות ראית עדים מקימים את דין החיוב, כמו בעדי קדושין, וכמו דנראה מדברי הנה"מ בסי' א' סק"ה שכ' דגם בזה"ז בעינן שיטעון התופס שהוא יודע שהיו עדים בשעת מעשה, יעו"ש, דבר זה הוא רחוק מן הדעת מאד, דהלא ענין זה שעדים מקימים הדבר, לא מצינו רק בדברים הנעשים ע"י אדם, וכח אדם מחדש הדין, כגיטין וקדושין, ויבום וחליצה לכמה שיטות, אבל מיתת הבעל מתרת בלא עדים, ובכך זנות אוסרת בלא עדים ובכל כה"ג לא איברו סהדי אלא לשיקרא, אף שבקנס אין אדם מחויב לשלם עפ"י עצמו אף לצאת י"ש, אין החסרון בעדים גורם לזה, אלא משום

חסרון כח כפית בי"ד, והיכא דאיכא כח כפית בי"ד מאיזה סבה שיהי' אם ע"י מיגו וכדומה, חל דין שמים לזכות את התובע ולשעבד את הנתבע כמו שאר חיוב ממון, ולכן נלענ"ד ברור שדינו של קצוה"ח בזה הוא דין אמת, דמהני עדי צירוף גם בקנסות, ועוד גדולה מזה נלענ"ד דגם עדים על שמיעת חקירה בבי"ד בדיני קנסות, אף שעדיין לא אמרו בי"ד צא תן לו או חייב אתה ליתן לו, מהני עדות זו שיחיבו בי"ד שני מחמת עדים הראשונים כמו דמהני בדיני ממונות, וכן מוכח לענ"ד מהא דאמר ר"ע אין עדים זוממים משלמים עפ"י עצמם, ומשמע דעפ"י עדים משלמים, והתם עדיין לא גמרו בי"ד הדין לחיבם כאשר זמם, דאל"ה הי' משלמים עפ"י עצמם, דלאחר העמדה בדין הוא דין ממון, ואעפ"י כ' אם הי' עדים ע"ז היו מתחיבים בבי"ד השני, וענין הזמה הוי רק כחקירת בי"ד, ולא כאשר מעשים המחייבים קנס, דשמא שקרו עדים שהזימו אותם, וזה פשוט לענ"ד: וכן נלענ"ד דבדין צירוף בקנסות ע"י שני עדים מיוחדים על שני מעשים מיוחדים, שבי"ד יגמרו הדין לשלם כפחות משתי התביעות, שאם הנתבע יודע בעצמו ששני המעשים אמת כדברי העדים, שאז מחויב הנתבע לשלם מדין שמים, ואם יודה יתחייב גם עפ"י בי"ד, דכיון שדין הכפי' על הפחות יוצא מחמת שתי התביעות יחד, אז זוכה הנתבע בתשלומין כמו שהדבר באמת, וכמו שבארנו לעיל בעדים שמעידים על אחד משני שוורים תמים קטן וגדול, שאם יודה שהגדול הזיק ישלם, כ"כ יהי' הדין בשני עדים ע"י צירוף כנ"ל: והנה בדין צירוף עדים מצינו אופן אחר, שאם התובע תובע שתי תביעות דמי יינודמי חבית שמן, שלפי טענתו היו שני המעשים בזמן אחד, וע"א מעיד על דמי יין וע"א מעיד על דמי שמן, דקיי"ל שגובה הפחות, משום דאמרינן דשני העדים אינם משקרים רק טעו בדמיונם, וכן במנה ומאתים, כמו שמבואר בגמ' וטוש"ע סי' ל', ודין זה לכאורה תמוה מאד, דאם אנחנו מחליטים שע"א טועה הוא איך מחייבים ממון על פיו, ומאי נפ"מ אם אחד משקר או אחד טועה, הרי עכ"פ ליכא כאן רק ע"א שראוי לחיב ממון על פיו, והנה בנה"מ שם ס"ק ג' האריך בענין זה, והעלה בזה שתלינן הטעות בעד האומר סך הפחות כגון במנה ומאתים תלינן העד האומר מנה טעה במה שאומר שלא הי' אלא מנה, יעו"ש, ולדעתי אינו מוכן דבריו כלל, דלדבריו אם היו שתי כתי עדים מכחישים זא"ז בכה"ג הי' ראוי לגבות מאתים וזה אינו אמת, דאין גובים רק הסך הפחות, ועוד בא' אומר דמי יין וא' אומר דמי שמן, אין מועיל כלום אם נתלה הטעות בהעד שאומר בסך הפחות: ונראה לענ"ד לחומר הענין שיש לומר דשאני טועה ממשקר, דבמשקר איכא חסרון מלבד חסרון בירור האמת גם חסרון פסול עדות, ודין פסול עדות הוא שאף אם אומר אמת אמרה תורה שלא יתקים דין על פיו, כמו שפסלה תורה פסול קרובים אפי' משה ואהרן, ובטועה אינו כן דעד שטועה בדמיונו הוא עד כשר ומצווה עפ"י דין תורה להעיד לפי מה שראה או שמע לפי דמיונו אלא אם מתברר לבי"ד שהעד טועה, אין לבי"ד לקבלו לעד, ולפי שחסר מעדותו בירור האמת, ולפי"ז בעדים שמכחישים זא"ז, היכא שאי אפשר לתלות בטעות שמתברר לבי"ד שאחד משקר והוא עד פסול, בודאי אי אפשר לפסוק דין על פיו, אפי' אם אחד מעיד האמת, אבל היכא דתלינן בטעות, שכ"א מעיד לפי דמיונו ושניהם עדים כשרים, ובירור הטעות הוא עפ"י מציאות האמת, שאם הי' המעשה שלוה מנה בע"כ העד שאומר מאתים טעה בדמיונו, בכה"ג ליכא חסרון עדות בזה, שכיון שע"י מציאות האמת מתברר הטעות, יכול הדין

להתקים גם ע"י הטועה לפי ערך המציאות, ונגמר דין אמת לפי הכרח המציאות, והכלל בזה שאם עד טועה בראיתו ושמיעתו אם לא יסובב ע"י טעותו מכשול לתוצאת הדין, ליכא בזה גרעון בדין עדות, ויכול הדין להתקים עפ"י העדים האלה, וכ"ז אם בע"ד תובע את שניהם כגון בדמי יין ודמי שמן כמש"כ הרמ"א דבעינן שיתבע את שניהם, אבל אם הבע"ד תובע רק תביעה אחת, שלפי"ד אין להגדת העד השני שום תורת הגדה, דאף אם נאמר שאין העד משקר אלא טעה בדמיונו, אין לעד כזה דין עד כלל, דאם ידעינן שעד זה טעה מהוכחת הודאת בע"ד, שלא מחמת מציאות האמת, דהודאת בע"ד מועלת לחצאים, דהרי באומר לא לויתי, מהימנינן לי' שלא פרע, אף שאינו נאמן במה שאומר לא לויתי, כ"כ הכא אם הבע"ד תובע מנה וע"א מעיד כדבריו, ועד שני מעיד מאתים, עדותו של עד שני בטלה לגמרי, דהודאת בע"ד מהני להחזיק את העד לטועה או למשקר, ובכה"ג אנחנו מחזיקים את העד לטועה שלא מחמת מציאות האמתית, אלא עפ"י הודאת בע"ד, ועד שמוחזק לנו לטועה, אין עדותו כלום, ובזה מיושב מה שתמהו רבים במה חלוק הכחשת בע"ד להכחשת העדים, עי' בנה"מ שם מה שהאריך בקושיא זו, ולדברינו הוא פשוט, ובשע"ו פ"ז בארנו שם דברי רש"י והנמ"י שתלו דין זה בפלוגתא דר' יהושע ורבנן.

יעו"ש: ועוד נלענ"ד לומר בזה דהנה בעיקר הדין מה דתלינן בעדים המכחישים זא"ז בבדיקות, לומר ששניהם אינם משקרים רק טעו, הוא ודאי רק הלכה מחודשת להשוות הגדת העדות, משום שכח עדות חזק עפ"י דין התורה, ואם אפשר לתלות בטעות תלינן, אבל בלא"ה לא שמענו לחוש בעדים שמעידים על מאתים או מנה שמא טעו בשמיעתם או בראיתם, ולפי"ז נלענ"ד דאם ע"א מעיד על שעה ידועה שהי' מאתים ושני עדים מכחישים אותו ואומרים שהי' רק מנה, או גם להיפוך, אם הם מעידים על מאתים ע"א מעיד ואומר שהי' רק מנה, דאז נאמנים השנים בנאמנות גמורה, והע"א יהי' פסול כעד משקר, דרק היכא שהמכחישים זא"ז הם שווים בכח הנאמנות שלהם, והכחשתם גורמת לסתור את כח עדות של כ"א, אז תלינן בכל דהוא אם רק אפשר שיטעו בכה"ג, אבל אם צד אחד הוא עדות שלמה עכ"פ, כמו בשנים אצל אחד, אז עלינו לדון רק על עדותו של ע"א, בכה"ג אין תולים בטעות כלום, רק אם ענין הטעות מצוי הרבה, והנה לפי"ז אם הבע"ד תובע רק מנה דהודאת בע"ד עדיף מכל עדות ואינם שווים זה לזה, אין בזה שום דין לתלות בטעות, ובכה"ג העדים שאומרים מאתים הם פסולים לבע"ד זה אף לעדות אחרת, ובנה"מ שם כתב בנידון זה לחייב שבועת התורה את הנתבע, מדין העדאת עדים דר' חייא, ולפי מש"כ אין כאן עדות כלל דפסולים הם לגבי התובע, והמעין יבחר: וכן מוכח כדברינו מדברי התוס' ב"ב קכ"ח ד"ה נשבע וגובה מחצה, שאם הלוח טוען על שטר שפרע מחצה ועדים מעידים שפרע כולו, שהעדים הם פסולים לגבי דידי' יעו"ש: והנה יש לדון בעדי צירוף על דבר בעין, שהתובע תובע כור חטים וכור שעורים ומזמנים חלוקים, והביא על כל תביעה ע"א, איך יהי' הדין בזה, דעל כל תביעה ליכא שני עדים, אבל הדעת נוטה בזה דעכ"פ מהני צירוף לשלם כדמי הפחות משני התביעות, דהנה בכל תביעה על דבר שבעין, איכא תביעה על דמים ג"כ, דאם אינו נותן לו החפץ, איכא דין עליו לשלם הדמים, ואף דטענו חטים והודה בשעורים פטור משבועה, משום דהודה לו מה שלא טענו, ולדברינו בטענת חטים איכא גם טענת דמי החטים, ענין דין

שבועה של מודה שאני, דהתם תלוי בכונת התביעה והתובע מכון בתביעתו על עיקר החטים ולא על הדמים, וכמו דמצינו לענין קרבן שבועה דפליגי ר"ש ורבנן לענין טענת אונסופתוי, דר"ש פוטר משום דלא תבע לי' רק הקנס משום דקיץ, ולא בושת ופגם דלא קיץ כמבואר במס' כתובות ד' מ"ג, דמוכח מזה דלענין כפירת ממון תלוי בכונת תביעת התובע, אף שהתם בודאי איכא גם תביעת בושת ופגם, ובכה"ג שכ"ז שבדעתו לגבות החטים עצמם בודאי אין כונתו על הדמים, וכ"ז שייך לענין שבועה שתלוי בטענה וכפירה, אבל לענין צירוף עדים שעדות העד שמעיד על חטים מועלת גם לענין דמי החטים, לכן אם חצי קיום הדין של תביעת חטים עצמם אי אפשר להצטרף לתביעת שעורים עצמם, אבל לענין חיוב דמים איכא צירוף מעליא, וכן נלענ"ד יהי' הדין גם בנזקי שור תם אם יש לו תביעה על שני שוורים קטן וגדול ועל כל נגיחה יש לו ע"א שישלם דמי הקטן, וזה ל"ד לדין קטן וגדול האמור בסוף פ' המניח, דהתם נוטל גוף השור הקטן, דהתם מיירי דאיכא שני עדים, אלא שאינם יודעים אם קטן או גדול, והוי כמו שנתערב שור בשוורים של אחר, דנוטל הקטן בממ"נ, אבל בצירוף שני עדים מיוחדים, דלא מהני הצירוף רק על הדמים ואינו זוכה כלום בעצמות החפצים, משו"ה לא יזכה רק בדמים דע"ז איכא צירוף: ובעיקר דין דמהני צירוף בכה"ג העיר אחד מבני הישיבה דיש להוכיח קצת מסוגית הש"ס סנהדרין ד' ל"א, בחבית יין וחבית שמן דחייבים בדמים, דס"ד דתבע לי' יין ושמן, ופריך הש"ס רק משום דכיון דעל זמן אחד מעידים הוי הכחשה, אבל משום דין צירוף הי' ניחא לי, יעו"ש, ובדרך זה שאמרנו לחלק דלענין שבועה תלוי בכונת התובע, אמרתי כבר לתרץ שיטת הרא"ש ז"ל שכ' בפ' הגוזל קמא סי' כ"ה לענין גזל חמץ ועבר עליו הפסח שאומר לו הש"ל, וז"ל בעי רבא נשבע עליו מהו, כיון דאילו איגנוב בעי שלומי, ממונא מעליא קא כפר לי', או דילמא השתא מיהא לית לי' ולא כלום ומסיק דאמרינן הואיל ואילו מיגנוב בעי לשלומי ממונא מעליא קא כפר לי', ולא מיכפר לי' עד דמשלם לי' דמי חמץ מעליא, עכ"ל, וקשה על דבריו מסוגית הש"ס ד' ק"י ע"ב דמסקינן שם בגזל הגר חמץ ועבר עליו הפסח, דמהדר לכהנים האי חמץ ולא בעי שלומי דמי, וקושיא זו כתובה בס' משנה למלך ה' גזילה ואבידה פ"ג, ועפ"י דברינו יש לומר דתלוי מתי נשבע עליו, דאם נשבע עליו קודם הפסח דאז קא תבע לי' את גוף החמץ וחשבינן הכפירה על עצם החמץ, וכפי הכפירה כן הוא הכפרה, ומשו"ה מתכפר בחזרת החמץ, והרא"ש מיירי שהיתה השבועה לאחר שעבר עליו הפסח, כמו דאיתא שם בגמ' נשבע עליו מהו, ושם כונת התביעה הוא רק על האחריות כדי שיודה ואז יזכה בממון אם מיגניב, וכיון דכונת התביעה היתה על השבת דמים, כ"כ הוא דין הכפרה דוקא בדמים, אבל בנידון האמור בגמ' בגזל הגר, י"ל דמיירי שנשבע בחיי הגר קודם שעבר עליו הפסח שמחמת אחריות ליכא דין כפירה שאין כונת התובע רק על עיקר החפץ, ומשו"ה מתכפר בחזרת גוף החמץ: וכן נראה לי שיטת הרמב"ם שכ' בה' גזילה פ"ג בזה"ל, בד"א כשהחזיר הגזילה, אבל אם נשרפה הגזילה או נאבדה אחר שנאסרה בהנאה חייב להחזיר לו דמיו כשעת הגזילה, לפיכך אם כפר בו אחר שנאסרה בהנאה ונשבע חייב לשלם קרן וחומש ואשם, ובפ"ח ה"ח כתב הכהנים בגזל הגר כמקבלי מתנה הן, לפיכך הגוזל חמץ מן הגר שאין לו יורשים ועבר עליו הפסח, חייב ליתן לכהנים את דמיו כשעת הגזילה וכו', ואילו הי' הגר קיים הי' אומר לו הרי

שלך לפניך, כמו שבארנו, עכ"ל, ולכאורה דבריו סותרים בזה ממש"כ בפ"ג, ולפי מש"כ ניהא דשם כתב אם נשבע עליו לאחר שעבר הפסח, ובהלכה זו מיירי כשנשבע קודם הפסח, ולכאורה מוכח מדברי הירושלמי פי' הגוזל קמא ה"ג היפוך זה, דז"ל הירושלמי, חילפיי אמר נשבע לו קודם הפסח אחר הפסח משלם לו חמץ יפה, אבל אפשר דגירסא משובשת היא, וצ"ל נשבע לו אחר הפסח משלם לו חמץ יפה, ובמל"מ כתב היפוך דברינו, והמעין יבחר: תם ונשלם בעזרת צורי וגואלי יתברך ויתעלה