

דבר משה

פרק שנים אוחזין

דף ב' ע"א

(א) ויחלוקו.

בענין אם הוי יחלוקו מספק או משום מוחזקות. וכן האם כל אחד מהם מיקרי מוחזק בכולה או רק בחצי.

א. ביאור הצדדים.

הנה בדף ז' ע"א מייתנין ברייתא דתניא שזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין בשוה, והמשנה שאמרה שחולקים את כל הטלית איירי באופן ששניהם אוחזין רק את הכרכשתא, ופירש"י שם וז"ל, בגרדין שבשני ראשין עכ"ל.

והנה הטעם שאומרים יחלוקו הרי זה כי אין לאחד מהם יותר כח ממה שיש להשני וכמו שפירש"י כאן. מיהו יש שני דרכים איך שאפשר להבין דבר זה.

א', דחשיב שאין כאן שום מוחזקות כלל על מה שאינו בתוך ידו ממש, רק דיש דין מסוים של יחלוקו בגלל עצם המצב של ספק גם בלא שיהיו בגדר מוחזקים. ואע"פ שהיכא שאחד מחזיק רק חלק מהבגד, או אפילו רק את הכרכשתא, והשאר תלוי באויר, הרי זה בודאי נקרא

שהוא מוחזק על הכל, אבל שאני הכא דכיון שאדם שני מחזיק את הקצה השני אין כל אחד נחשב מוחזק אלא על מה שבתוך ידו ממש.

ב', דשפיר נקרא ששניהם מוחזקים גם על מה שאינו בתוך ידו, ודלא כמו הצד שכתבנו לעיל בסמוך שאין זה נקרא שהוא מוחזק, אלא שפיר יש כאן מוחזקות ותפיסה, אשר לפ"ז יוצא שכל אחד נוטל חצי מדין מוחזק, ולא משום שיש דין מסוים של יחלוקו במצב של ספק.

מיהו באמת אפילו אם נאמר כהנ"ל שזה נחשב ששניהם מוחזקים מצד המציאות, אבל בכל זאת אכתי שפיר יש לומר שנאמר כאן דין מסוים של יחלוקו מספק, ולא משום מוחזקות, והרי זה תלוי באיך נגדיר את מה שכתבנו ששניהם מוחזקים, דמצד אחד יש להגדיר שכל אחד מיקרי מוחזק רק על חצי, אשר לפ"ז יוצא באמת שכל אחד מקבל חצי בגלל שהוא מוחזק באותו חצי, אבל מצד שני יש להגדיר שכל אחד נחשב מוחזק על הכל, אשר לפ"ז י"ל שכיון שיש כאן שני כחות של מוחזקות הסותרים זה את זה הרי זה גורם שהמוחזקות של כל אחד מהם נחשבת כמאן דליתא, ונשאר שאין כאן שום דין מוחזקות כלל, וממילא שוב יוצא

שה"יחלוקו" הוא בגדר יחלוקו מספק.

מיהו ה"ה שיש לצדד שהמוחזקות של כל אחד מהם על הכל נחשבת שפיר כמאן דאיתא, ומש"ה הפסק דין של יחלוקו הוא באמת מדין מוחזקות.

נמצא שיש שני דרכים איך לומר שהיחלוקו כאן הוא מספק, א', שבמציאות מיקרי שאין כאן מוחזק, ב', שמצד המציאות מיקרי שכל אחד תופס את כולה אבל אין כאן דין מוחזקות כי שניהם מבטלים זה את זה, וכן יש שני דרכים איך לומר שהוא שפיר יחלוקו של מוחזקות, א', שמיקרי שכל אחד תופס רק חצי, ב', שמיקרי שכל אחד תופס את כולה ואינם מבטלים זה את זה.

ב. בענין אם צריכים כאן את הכח של אנן סהדי. ודברי הקו"ש בחלק ב' סי' ט'. ובענין טלית מוזהבת.

ועי' בקו"ש בחלק ב' סי' ט' אות י' שדן בהענין הנ"ל אם כל אחד מיקרי מוחזק בכולה או רק בחצי, וכתב שאם נאמר שכל אחד מוחזק בכולה, א"כ הדין נותן שלא תועיל כאן מוחזקות, כי אין בכה"ג האנן סהדי שמה שתחת ידו שלו הוא, כי האנן סהדי של כל אחד מהם סותר את האנן סהדי של השני, וסתם מוחזקות בלי הכח של אנן סהדי אינה מועלת היכא שאין דררא דממונא וכמו שביאר לעיל שם, וא"כ בע"כ צ"ל שכל אחד נחשב מוחזק רק על חצי אשר לפ"ז שפיר יש לכל אחד אנן סהדי על החצי שלו ואמרינן יחלוקו (ובסוף הסימן שם כתב להוכיח שהיחלוקו כאן הוא מטעם מוחזקות וכמו שנקט

בדבריו הנ"ל, ולא יחלוקו מספק, ולהלן בסמוך בסוף הסי"ק נביא את דבריו).

ברם צריכים להבין שאפילו אם חשיב שכל אחד מהם מוחזק רק על חצי, אבל אין הכוונה שהראשון חשיב מוחזק על החצי הקרוב אליו, וכן השני, כי אילו הי' הדבר כן אם הי' נמצא זהב קרוב לאחד מהם הי' הזהב הולך רק אליו, ואילו בדף ז' ע"א אמרינן להדיא בגמ' לא כן, אלא אמרינן יחלוקו גם על הזהב ההוא, וא"כ בע"כ צ"ל שכל אחד חשיב מוחזק על חצי של כל הטלית שאין מקומו מוגדר.

ובאמת הקו"ש שם בסוף הסימן הוכיח מההיא דזהב שבכלל אי אפשר לומר שהוא מוחזק (טבעי, עיי"ש) רק בחצי, אלא צ"ל שהוא נחשב מוחזק בכל הטלית (אלא שכבר הקשה הקו"ש על זה שא"כ אין אנן סהדי וכמו שהבאנו כבר), כי הבין שהכוונה בהצד שכל אחד מוחזק בחצי היא שהוא מוחזק בהחצי הקרוב לו, וא"כ הדין נותן שהזהב שבצדו יהי' רק שלו.

ועוד העיר הקו"ש שם באות י' ובסוף הסימן שאם היחלוקו כאן הוא מספק ולא משום מוחזקות אכתי קיימא בדוכתה קושיית תוס' כאן דנימא כל דאלימ גבר, ובעל כרחך צ"ל ששפיר יש כאן הכח של מוחזקות.

ג. שט"מ בדף ז' ע"א.

והנה כבר הבאנו שבדף ז' ע"א מייתינן ברייתא דתניא שזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת והשאר חולקין, והא דתנן בהמשנה כאן שיחלוקו את כל הטלית הרי זה כי איירי באופן ששניהם מחזיקים בהכרכשתא.

והשט"מ בדף ז' בשם הר"ר יהונתן הקשה למה לא מוקמינן להמשנה באופן שכל אחד תופס ממש עד חצי של הטלית, דלכך יוצא שחולקין. ותי' משום שציור זה אינו שכיח. מיהו אכתי קשה דנוקמה באופן שכל אחד תופס בו שיעור שוה. מיהו י"ל דס"ל שגם זה לא שכיח, ולכך נקטו שהם תופסים בהכרשתא, ואע"פ שגם לא שכיח שכל אחד מהם תופס אותה מדה של כרכשתא כמו השני, אבל י"ל שבאמת אחד מהם תופס יותר כרכשתא מהשני, רק שאין קפידא אם לא הזכיר התנא שאחד תופס קצת יותר כרכשתא מחבירו ומקבל קצת יותר כרכשתא מהשני כיון שאת הטלית עצמה הרי הם חולקים, כי התנא לא איירי בהכרשתא. ועוד דאולי כל אחד מקבל את כל הכרכשתא שבצדו כי חשיב חתיכה בפני עצמו שחבירו אינו נחשב מוחזק בו כלל.

מיהו לפי הצד שהיחלוקו בהמשנה הוא יחלוקו מספק, לכאורה הי' אפשר ליישב את קושיית הר"ר יהונתן ולומר שלא נקט התנא את הציור ששניהם תופסים עד חצי הטלית כי התנא רצה לנקוט ציור של יחלוקו מספק, ואילו בהציור הנ"ל כל אחד לוקח את מה שהוא תפוס בו מדין מוחזק, ואין זה ציור של יחלוקו מספק, וא"כ הי' לו להתנא לומר שזה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת.

וע"ע בש"ך בסי' קל"ח סק"ה ובנתיחה"מ שם, וכן בתורת חיים בדף ז' ע"א בד"ה הכי גרסינן וכו', וכן בנחלת דוד שם בד"ה ובש"ך וכו', בענין הקושיות הנ"ל למה לא מעמידים את המשנה כששניהם אוחזין עד האמצע (והש"ך תי' קושיא זו כדרכנו

הנ"ל) או שאוחזין שיעור שוה, הובא להלן באות רצ"ד.

ד. הגמ' בדף ה' ע"ב, ורש"י בדף ב' ע"ב.

ועי' בדף ה' ע"ב דפרכינן וכי מאחר שזה תפוס ועומד וזה תפוס ועומד שבועה זו למה וכו', ומלשון זה מבואר שהם חולקים מדין מוחזקות ולא מספק, ולכך פרכינן שכיון שכל אחד תפוס ועומד, אשר משום כך חשיב מוחזק, למה צריכים שבועה ולא סגי במוחזקות.

ועי' ברש"י בע"ב כאן בד"ה בשבועה פלגי לה שכתב וז"ל, דהאי תפיס בכולה והאי תפיס בכולה עכ"ל. הרי שכתב שלכל אחד יש דין מוחזק על הכל.

ה. הגמ' בדף ג' ע"א שיש אנן סהדי.

והנה בדף ג' ע"א מבואר בגמ' בפשטות דחשיב שיש לכל אחד אנן סהדי חיובי, ולא אמרינן שחשיב כמאן דליתא ונשאר יחלוקו של ספקות, דהא ס"ד שם שהטעם שנשבעים בהמשנה הוא משום שאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא ומאי דתפיס האי דידי' הוא, וחשיב משום כך שיש העדאת עדים שמגיע להשני חצי, ומש"ה כל אחד מהם חייב לישבע על החצי שהוא מקבל מדין רבי חייא קמייטא שאמר שהעדאת עדים על מקצת מחייבת שבועה דאורייתא על השאר שהוא כופר כמו שהודאה במקצת מחייבת שבועת מודה במקצת על השאר שהוא כופר. ועיי"ש ברש"י בד"ה אנן סהדי דמאי דתפיס האי שכתב וז"ל, היינו פלגא עכ"ל (וצ"ע

מדבריו בע"ב כאן שהבאנו לעיל בסמוך שכתב שהוא מוחזק על הכל).

מיהו להלן באות ס"ט ואות ע"ב נביא בשם המשוכב נתיבות ביאור אחר בדברי הגמ' שם, והיינו שהדמיון להעדאת עדים הוא משום שחייב על פי ב"ד על מקצת מהתביעה הרי זה נחשב כמו העדאת עדים על מקצת, וממילא הרי זה מחייב שבועה על השאר, ואין כוונת הגמ' לומר שיש אנן סהדי מחמת המוחזקות ושב"ד פוסקים על פי האנן סהדי ההוא, והאנן סהדי ההוא הוא כמו עדים ומחייב שבועה, אלא כוונת הגמ' היא רק לומר שמכיון שב"ד צריכים לפסוק יחלוקו מספק מש"ה יש לנו מעתה אנן סהדי (מחמת הפסק דין) שחצי הוא לכל אחד. ונראה שגם הקו"ש בדבריו בחלק ב' סי' ט' אות ט"ו סובר את הפירוש הזה בדברי הגמ' הנ"ל בדף ג' עיי"ש.

ו. תוס' כאן, וכן בב"ב דף ל"ד ע"ב, בנוגע להגמ' הנ"ל בדף ג'.

והנה תוס' אצלינו בד"ה ויחלוקו כתבו וז"ל, וי"ל דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' עכ"ל. הרי שכתבו את לשון הגמ' להלן בדף ג'. ובפשטות כוונתם היא להוכיח משם שיש כאן באמת אנן סהדי מחמת עצם תפיסתם שכל מה שת"י אדם שלו הוא, וכן הבין את דבריהם הקו"ש שם באות י' וכן בסוף הסימן עיי"ש.

מיהו ע"ע בב"ב דף ל"ד ע"ב בתד"ה שהוא ארבע שכתבו וז"ל, ומפרש ר"ת דאוחזין שאני דכיון ששניהם מוחזקים אין לנו להניח שיגזול האחד לחברו, דחשיב

כאילו אנו יודעין שיש לשניהן חלק בה, שכל דבר יש לנו להעמיד בחזקת מי שהוא בידו כדאמרינן גבי נסכא דרבי אבא דאע"ג דאמר דידי חטפי חשבנין לי' גולן וחייב לשלם כאילו הוא ברור שהיתה הנסכא של אותו שהי' מוחזק בה וכו' עכ"ל. הרי שהוכיח שיש אנן סהדי מנסכא דר"א. וצ"ע למה לא כתבו גם שם כדבריהם כאן שיודעים אנו את החזקה הנ"ל ממאי דאמרינן לענין טלית גופה שאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא. ועי' גם ברא"ש בסוגיין שהביא את הגמ' בב"ב של נסכא דר"א ולא את הגמ' להלן בדף ג' כאן.

וי"ל שלא הביאו מדף ג' כאן כי אולי הגמ' אמרה כן רק לפי הס"ד שהשבועה בהמשנה היא שבועה דאורייתא של רבי חייה קמייתא כי חשיב שיש כאן העדאת עדים נגד כל אחד שחצי הטלית שייכת להשני, אבל לפי מאי דדחינן שהשבועה היא רק מדרבנן מהטעם שאמר רבי יוחנן א"כ שוב אין צורך לומר שיש אנן סהדי כדי להסביר את השבועה של המשנה, וא"כ אולי באמת ליכא אנן סהדי כזה שכל מאי דתפיס האי דידי' הוא, אלא היחלוקו הוא מספק.

ועוד שכבר כתבנו לעיל בסק"ה שיש ביאור אחר בהגמ' שם בכוונת האנן סהדי. גם י"ל שמנסכא דר"א חזינן גם שלא מהני תפיסה.

ז. תוס' בד"ה וזה.

וע"ע בקו"ש שם בסק"ח שהוכיח עוד דחשיבי מוחזקים, וממילא היחלוקו הוא מטעם מוחזקות, מתירוצם של תוס' בד"ה

וזה וכו', דעיי"ש שכתבו שמיגו שהי' יכול לומר כולה שלי במקום לומר חצי שלי חשיב מיגו להוציא, וא"כ חזינן שכל אחד חשיב מוחזק ושהיחלוקו הוא מטעם מוחזקות, דלכך חשיב שהמיגו בא להוציא.

ח. הרמב"ן.

ובסק"ט הוכיח הקו"ש שהיחלוקו הוא מטעם מוחזקות ושאינו יחלוקו מספק מדברי הרמב"ן להלן בדף ו' ע"א בד"ה מדקאמרינן (קרוב לסופו) שכתב שאע"פ שהיכא שחולקים מספק מהני תפיסה אבל בכל זאת שפיר מבואר בדף ו' ע"א שהכא בשנים אוחזין בטלית לא מהני תפיסה, והיינו משום שכל אחד מוחזק במחצה ואנן סהדי שהמחצה ההיא שייכת לו.

ט. הריב"א.

והנה תוס' בב"ב דף ל"ד ע"ב הביאו את שיטת הריב"א שהדין של יחלוקו בהמשנה כאן קיים אפילו כשאינם מוחזקים, כי אע"פ שאינם מוחזקים לא אמרינן כאן כד"ג כיון שאין ודאי רמאי, וביאר הקו"ש שם בסקט"ז שטעמו של הריב"א הוא משום דס"ל דמיקרי ששניהם מוחזקים בכולה ומש"ה לא שייך לומר שיש אנן סהדי וכמו שהבאנו כבר בשמו, ומש"ה אין טעם לחלק בין אוחזין לאין אוחזין. מיהו שמעתי מעירים על ביאור זה בהריב"א, דהא הריב"א עצמו כתב שהיכא שאוחזין הדין הוא יחלוקו גם כשאיכא רמאי, הרי דשפיר ס"ל שיש כאן דין של מוחזקות.

וע"ע באות כ' בנוגע לשיטת הריב"א.

י. בענין אם אפשר לומר "מפקינן" כדי לומר יחלוקו.

והנה ראיתי מקשים על הריב"א מהסוגיא בב"ב דאמרינן שלאחר שהתפסו ביד ב"ד את הארבא לא אמרינן כל דאלים גבר אלא אמרינן לא מפקינן, ואילו לפי הריב"א הדין נותן שנימא יחלוקו, כי כיון שאי אפשר לומר כד"ג הדין נותן שנאמר את היחלוקו של ספקות אע"פ שאינם אוחזין, ואע"פ שאיכא למיקם עלה דמילתא, ואע"פ שיש ודאי רמאי (מיהו אולי לא קשה משום שברגע שהחליטו לומר יחלוקו הרי מתבטל ה"תפסינן" אפילו אם למעשה החפץ נמצא עוד בידם, וא"כ חל הדין שצריכים לומר כד"ג ולא יחלוקו, והרי לא מפקינן כדי לומר כל דאלים גבר ולכן אי אפשר להוציא).

וכדי ליישב את הקושיא הנ"ל תירצו שכמו שלא מפקינן לומר כד"ג הה"נ שלא מפקינן לומר יחלוקו. ובאמת כן הדין נותן, כי לכאורה הטעם לומר לא מפקינן הרי זה משום השבת אבידה, דאין רשות להשיב את הדבר אלא למי שנתברר שהוא בעליו, וא"כ הרי זה ג"כ סיבה לא לומר את היחלוקו של ספקות.

ובאמת כן יוצא מהתוס' הרא"ש כאן דלא מפקינן כדי לומר יחלוקו, דעיינן בדבריו שהקשה את הקושיא ממנה שלישי בסגנון דאיך רצו לומר שם יחלוקו הלא כיון שהוא ביד השומר חל הדין של לא מפקינן (ותי' שהשומר תופס בשביל שניהם, פי' ולכן אין כאן משום השבת אבידה), הרי להדיא שלא מפקינן לומר יחלוקו.

מיהו מהתוס' רבינו פרץ כאן יוצא

אחד מהם, וא"כ למה אמרינן יחלוקו ולא כל דאלים גבר דהא מתוס' יוצא שהיכא שאין שניהם אוחזין אמרינן כל דאלים גבר. ות' שהרמב"ם אזיל שגם היכא שאינם אוחזין שייך לומר יחלוקו מספק, רק שעדיף לומר כל דאלים גבר, אבל היכא שאי אפשר לומר כל דאלים גבר הדין נותן שנאמר יחלוקו, והרי גם היכא שרק אחד מהם הוא תפוס, רק שאין אנו יודעים מי הוא, אי אפשר לומר כל דאלים גבר כי גם בכה"ג י"ל את הסברא שכתבו הראשונים שאי אפשר לתת לאחד לגזול את השני כי גם כאן אולי יגבור זה שאינו שלו.

מיהו הנ"ל ניחא רק אם נאמר שכד"ג אינו בנוי על הסברא שמי שהדין עמו ימסור נפשו טפי, דאילו לפי הסברא הנ"ל הרי אדרבה ע"י כד"ג יגבר זה שהגיע ראשון ושהוא המוחזק, ורק היכא ששניהם אוחזין, דנקטינן שיש לשניהם חלק בו, אי אפשר לומר כד"ג כי רק אחד מהם יגבור ויגזול את השני שיש לו ג"כ חלק בו.

יב. תקפה אחד בפנינו.

והנה להלן בדרך ו' ע"א בעי רבי זירא מה יהי' בהציור של המשנה של שנים אוחזין בטלית אם תפס אחד מהם בפנינו והלה שתק והדר צוות. ובפשטות איבעיא לי' אם מיקרי הודאה או לא. מיהו בחי' הר"ן שם פ' דהא ודאי שלפי שני הצדדים של רבי זירא הרי זה נחשב בגדר ספק הודאה, רק שאיבעיא לי' לרבי זירא אם בשנים אוחזין בטלית כל אחד מקבל חצי רק מדין יחלוקו מספק, אשר לפ"ז מהני תפיסה בהדי ספק הודאה כדי להעמידה ביד התופס, או האם כל אחד מקבל חצי

ששפיר מפקינן כדי לומר יחלוקו, דעי' בדבריו שהקשה את הקושיא למה במנה שלישי לא אמרינן כד"ג, ובתירוצו הראשון ת' כתוס' דמיקרי ששניהם מוחזקין, ושוב ת' משום הדין של לא מפקינן, ובתירוצו הזה השני אזיל שלא אמרינן שמיקרי ששניהם הם מוחזקין, וחזינן שבכל זאת הקשו בגמ' שנימא שם יחלוקו, וא"כ יוצא ששפיר מפקינן כדי לומר יחלוקו.

ועי' גם ברמב"ן שכתב שבמנה שלישי לא אמרינן כד"ג משום הדין של לא מפקינן, והרי בכל זאת חזינן שמקשינן שנימא יחלוקו.

מיהו עי' ברמב"ן בב"ב דף ל"ד ע"ב שהבין בכונת הר"י מיגש שם שה"ה שלא מפקינן כדי לומר יחלוקו, וז"ל הרמב"ן שם, ולא אמרינן דהתם (במנה שלישי) כיון דמונח ביד שלישי לא מפקינן ליחלוקו ולא לכל דאלים גבר והלכך יהא מונח, שלא כדברי הרב רבי יהוסף הלוי ז"ל עכ"ל, כלומר שהר"י מיגש כתב שהטעם למה במנה שלישי לא אמרינן יחלוקו או כד"ג הרי זה משום הדין של לא מפקינן (ועי' בחידושי הר"י מיגש שם).

יא. דברי הרמב"ם ביושבים בצד הערימה.

עי' ברמב"ם בפ"ט מהל' טוען ונטען ה"ז שכתב שאם שניהם יושבים בצד הערימה בסימטא אמרינן יחלוקו כמו בשנים אוחזין בטלית. והקשה האבן האזל דהא חייב להיות שאחד מהם הגיע שם ראשון, והרי בסימטא זה שהגיע שם תחילה מיקרי שהסימטא הוא ברשותו, וא"כ יוצא שאין שניהם מוחזקין אלא רק

בתורת ודאי בגלל שהוא מוחזק אשר לפ"ז לא מהני תפיסה. וביאר הקו"ש שהדבר תלוי במה הוא טיב המוחזקות, דאם מיקרי שכל אחד מוחזק בחצי, אז יש כאן אנן סהדי ומיקרי שהחצי הוא ודאי שלו, אבל אם כל אחד מוחזק בכולה, אז הוי יחלוקן מספק כי אין בכה"ג שום אנן סהדי.

יג. עוד בענין סוג היחלוקן.

וע"ע בקו"ש בח"ב שם בסקי"ג וי"ד שדן בענין סוג היחלוקן בהסוגיא של סומכוס ורבנן להלן בע"ב כאן, ודבריו בסקי"ג הובאו להלן באות נ"ה.

וכן ע"י באות ט' בענין איך שייך לומר בשנים אוחזין בטלית את היחלוקן של ספקות הלא הוי בגדר "איכא למיקם עלה דמילתא" אשר בכה"ג אמרין בב"ב דף ל"ה ע"א שלא אמרין את היחלוקן של ספקות.

א* (או שיש להם עדים חולקים בלא שבועה).

הנה יש לעיין באם הכוונה היא שיש לכל אחד מהם שני עדים שמעידים כדבריו, או האם הכוונה היא שיש כת אחת שמעידה ששניהם הגביהו יחד.

והטעם לומר כהצד השני הנ"ל, ולא שאירי שלכל אחד מהם יש כת נפרדת שאומרת שהוא הגבי' תחילה, הרי זה משום דעת הש"ך בסי' פ"ז סקט"ו שבכגון זה מסלקים את שתי הכתות והבעל דין נשאר חייב להשבע את השבועה שהיתה מוטלת עליו.

ברם אי משום הא הרי יש חולקים על הש"ך שסוברים שתרי ותרי כמאן דאיתנהו

דמו. והרש"ש כאן כתב שגם לפי הש"ך "הכא דכל השבועה תקנת חכמים היא שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף וכו', ובמידה דלא שכיח כהאי, שיביא עוד עדים שקרים, על זה לא תקנו חכמים".

והטעם לומר שלא איירי בכת אחת שמעידה ששניהם הגביהו יחד הרי זה על פי מאי דאמרין בב"ב דף קכ"ח ע"ב שאם הלואה אומר שפרע חצי, ויש עדים שמעידים שפרע את הכל, אין העדים מועילים לפוטרו אפילו מהחצי שגם הוא טוען שפרע, כי הוא עצמו פסל את העדים על עצמו, שהרי לפי דבריו הרי הם שקרנים, וא"כ גם כאן, נהי שהעדים אומרים שחצי הוא של, אבל הרי הוא עצמו אומר שכולה שלו, וא"כ פסל את העדים על עצמו שהרי הוא אומר שהם שקרנים.

והנה השער משפט בסי' קל"ח סק"ד העיר כהנ"ל שהכא הרי הוא עצמו פסל את העדים על עצמו, אלא שהוא הביא כדוגמא לזה היכא שהמלוה תובע מנה והעדים מעידים שחייב לו מאתים, דאין העדים מועילים מפני שהוא עצמו פסל אותם על עצמו. ושוב כתב לחלק דהכא שאני וז"ל, אבל אם העדים מעידים בפחות מהתובע (כגון אצלינו שכל אחד תובע את הכל ואילו העדים נותנים לו רק חצי) הרי יש בכלל מאתים מנה ונוטל עכ"פ כדברי העדים וכדמוכח בסי' ל' סעיף ב' וסעיף ג' יע"ש ודו"ק עכ"ל. מיהו לא הבנתי סברא זו שכתב שיש בכלל מאתים מנה, דהא בכל זאת הרי הוא עצמו פסל את העדים על עצמו, והרי הם לגבי עצמו כידועים לשקר.

ועי' בחי' הגרש"ש כאן בסי' ג' סק"ב שהעיר גם הוא כהשער משפט מב"ב דף קכ"ח, ואילו הגרש"ש כתב ביאור אחר איך לחלק בין ההיא דב"ב לבין הציור שלנו בשנים אוחזין וז"ל, והאמת שבכה"ג (כגון בטלית) אין העדים נפסלים כמש"כ בב"ב (שהתם הרי הם שפיר נפסלים עליו), דרק היכא שנאמן על עצמו במציאות שהוא אומר, כגון אם יש בדבריו איזה חוב לעצמו, ממילא העדים נפסלים כיון דלגבי עצמו כבר נתבררה המציאות היפך דבריהם (כלומר שבאמת אינו נאמן לפסול את העדים על עצמו בדרך ישיר, רק דכיון שהוא נאמן על עצמו לחובתו בגלל הכח של הודאת של בעל דין א"כ מעתה בדרך ממילא יוצא שהעדים פסולים לגבי עצמו (ויש לעיין אם יהיו נאמנים עליו בעדות אחרת לזכותו), אבל בכה"ג דאמר כולה שלי אין בדבריו שום חיוב לעצמו, ולא נתאמת כלום על מציאות הדבר שהטלית כולה שלו, וממילא כשהעדים אומרים היפך דבריהם אין העדים נפסלים וכו' וזה ברור עכ"ל.

והנה מעתה יש לעיין מה יהי' בהציור של שנין אוחזין היכא שאין עדים אלא רק עד אחד, וגם בזה יש שני ציורים, דהיינו או שיש לכל אחד ע"א שאומר שכולה שלו או שיש רק עד אחד שאומר שהגביהו יחד. ובביאור הצד לומר שהיכא שיש לכל אחד מהם ע"א (שפוטר משבועה) חולקים בלא שבועה, י"ל דהיינו משום שגם לפי הש"ך שבשתי כתי עדים המכחישות זו את זו הרי הם כמאן דליתנהו, אבל שני עדי אחד המכחישים זה את זה הרי הם כמאן דאיתנהו (כיון שכל אחד מהם לא הוכחש

ע"י שני עדים). וכ"ש שיהיו פטורים מלהשבע לפי החולקים על הש"ך שסוברים שגם בשתי כתי עדים המכחישות זו את זו הרי הם כמאן דאיתנהו.

והרש"ש לפי דרכו הבין שבהציור הנ"ל שלכל אחד מהם יש ע"א הרי הם שפיר נשבעין כי לפי הש"ך גם בשני עדי אחד אמרינן שכמאן דליתנהו דמי, רק שבשתי כתי עדים לא תיקנו שבועה אע"פ שכמאן דליתנהו דמו כי חשיב מילתא דלא שכיחא, אבל הציור שיש לכל אחד רק ע"א חשיב שפיר בגדר מילתא דשכיחא.

והשער משפט שם כתב טעם אחר למה בהציור הנ"ל שיש לכל אחד ע"א יהיו חייבים להשבע, דחידש השער משפט שם דין חדש, והיינו שאפילו אם עדי המסייע פוטר משבועה אבל הרי זה רק אם הוא מעיד ממש כדברי הבעל דין, ומספר אותו סיפור ממש. והביא שכן כתב המשנה למלך בפ"ה מהל' שאלה לענין מנה לי בידך והלה אומר איני יודע ויש ע"א שמעיד שאינו חייב, דאין עדותו פוטרת אותו משבועה. אבל הגרש"ש הוכיח מדברי השט"מ בב"ב דף ל"ד בשם הרשב"ץ שגם בכגון הנ"ל עדי המסייע פוטר משבועה, דהיינו היכא שהבעל דין אומר שלא חטף ואילו העד מעיד ששפיר חטף אבל שדידי' חטף.

והיכא שיש ע"א שמעיד ששניהם הגביהו, הטעם לומר שהם צריכים להשבע הרי זה כדברי השער משפט שעד המסייע פוטר משבועה רק אם הוא אומר ממש כדברי הבעל דין.

והנה באמת צריכים להבין מה הוא הטעם לומר שעד המסייע פוטר רק אם

אחר ולא ידוע אם הוא פרוע או לא, הבנים גובים אותו, אבל הרי הם צריכים להשבע שלא גילה להם האב אם הוא פרוע או לא, ואמר רבן גמליאל שאם יש עדים שהאב אמר שאינו פרוע הרי הבנים גובים בלא שבועה, והקשה הרא"ש להלן כאן שאם עד המסייע פוטר משבועה למה צריכים שם שני עדים ולא סגי בעד אחד, וכתב לתרץ וז"ל, ואיכא למימר שלא דקדק התנא בלשונו לשנות עדים ולא שמועין דע"א לא מהני, אלא אגב ריהטא נקט, דאורחי' בכל דוכתא למיתני עדים, ופירושו עדות המועלת לו עכ"ל. ובח' רעק"א על ב"מ כאן הקשה למה לא הקשה הרא"ש ותי' כהנ"ל בנוגע למשנתינו כאן דתנן שבזמן שיש עדים ולא תנן שיש ע"א, ונשאר בצ"ע.

והשער משפט כתב לתרץ דהיינו משום דאיירי המשנה בכת א' שמעידים שהגביהו יחד, וא"כ בכה"ג אם יש רק ע"א שמעיד שהגביהו יחד הרי הם שפיר נשבעין, וכשיטתו הנ"ל שע"א פוטר משבועה רק כשהוא מעיד ממש כטענת הבעל דין (מיהו לא הבנתי דהא כתבנו ששייך לומר כהנ"ל רק אם עם הטעם למה עד המסייע פוטר הרי זה משום שנעשה מצב של טענה אלימתא, וא"כ למה בשבועות שם סובר הרא"ש שע"א שפיר מהני לפוטרם משבועה הרי התם הם אומרים אין אנו יודעים ולא שייך טענה אלימתא, וכבר הבאנו שהמל"מ כתב באמת שבכה"ג שהבעל דין אומר איני יודע אין העד (פוטר).

והרש"ש לפי דרכו כתב שהכא איירי בשני כתי עדים דאע"פ שכמאן דליתנהו

הוא מעיד ממש כדברי הבעל דין ולא כשהוא פוטר אותו ע"י סיפור אחר. והנה אם נאמר שעד המסייע פוטר משום שהעד עצמו נאמן לפוטרו, וכמש"כ הראשונים שאם הוא נאמן לחייב שבועה ה"ה שהוא נאמן לפטור משבועה, א"כ לכאורה אין טעם לחלק כחילוקו של השער משפט, אבל אם הטעם משום שכיון שיש ע"א לצדו של הבעל דין, נחשבת טענתו כטענה אלימתא אשר אין צורך להשבע עלי', א"כ הרי זה נכון רק כשהעד אומר כהמעשה שהבעל דין טוען, אבל אם הבעל דין טוען שהגב"י לבדו, והעד מעיד שהגביהו יחד, א"כ הרי זה נחשב בגדר טענה אחרת. וכן בציורו של המל"מ דהיינו היכא שהבעל דין אומר איני יודע, והעד מעיד שהוא פוטר, לא שייך לומר שטענתו נעשית טענה אלימתא שהרי הוא אומר איני יודע. ויש לעיין מה יהי' אם הלוח אומר שפרע הכל ואילו העד מעיד שפרע חצי האם יצטרך להשבע שבועת היסת על החצי שגם הוא וגם העד אומרים שפרע, דאולי בכה"ג לא חשיב סיפור אחר בנוגע להחצי, כי באמת פרעון כל מקצת ומקצת חשיב סיפור עצמאי בפני עצמו, ולא דמי להגבהת חצי טלית והגבהת כל הטלית דזה נחשב בגדר שני סיפורים שונים, וצ"ע, ומכל שכן אם העד מעיד שביום א' פרע חצי ושביום ב' פרע את החצי השני, ואילו הבעל דין טוען שפרע רק את החצי של יום א', דכ"ש שבכה"ג י"ל דחשיב שהעד מעיד כסיפורו של הבעל דין על החצי.

והנה הרא"ש בסי' ג' כאן הביא הא דתנן בשבועות דף מ"ה ע"א שאם מת ויש ביד בניו שטר חוב של אביהם על אדם

דמי אבל הוי מילתא דלא שכיחא, ולכן בע"א נגד ע"א אינם פטורים משבועה כי גם בע"א נגד ע"א אמרינן שכמאן דליתנהו דמו, וכה"ג חשיב שפיר מילתא דשכיחא כמו שכתבנו לעיל.

(ב) רש"י ד"ה שנים אוחזין בטלית.

וז"ל, דוקא אוחזין דשניהם מוחזקים בה, ואין לזה כח בה יותר מזה, שאילו היתה ביד אחד לבדו הוי אידך המוציא מחבירו ועליו להביא ראיה בעדים שהיא שלו ואינו נאמן זה ליטול בשבועה עכ"ל. והנה יש לעיין מה היא כוונת רש"י בכפל הלשון של "דשניהם מוחזקים בה" וכן "ואין לזה כח בה יותר מזה". ועוד דלמה הוצרך לכתוב שאילו היתה ביד אחד מהם ה' זוכה בכלה, הלא דבר פשוט הוא שאין צריך לאומרו.

ונראה לבאר דבריו, דמה שכתב "דוקא אוחזין דשניהם מוחזקים בה" כוונתו היא לאפוקי היכא שאף אחד אינו מוחזק כמו בארבא, כי אז אמרינן כל דאלים גבר, וכן פי' דבריו בהגהות מרדכי השניות בריש מכילתין עיי"ש.

ומה שהוסיף לכתוב ואין לזה כח בה יותר מזה, רצה להוסיף בזה שלא איירי כשידו של זה מגעת בהטלית יותר מזה, כי מבואר בדף ז' ע"א שבכה"ג אין אומרים יחלקו על כל הטלית אלא זה נוטל עד מקום שידו מגעת, וכן השני, ורק את השאר חולקים. ומביא רש"י ראיה לזה מהיכא שכולה ביד אחד מהם, וזהו שכתב שאילו היתה וכו', דנתכוין להוכיח משם להיכא שידו של אחד מגעת יותר מהשני

ויש לו כח בה יותר מהשני. ועי' ברש"י שעל הרי"ף דאיתא "ואין לזה בידו יותר מזה", וזהו כמו שביארנו. ועי' במהר"ם שיף על דברי רש"י שהביא את הדין הנ"ל של זה נוטל עד מקום שידו מגעת וכו' אבל לא ברור אם כוונתו היא להכניס את זה לכוונת רש"י.

עוד יש לפרש שכוונת רש"י במש"כ שאין לזה כח בה יותר מזה היא לומר שכל אחד תופס את גוף הטלית, ולאפוקי כשאתד תופס את חצי הטלית והשני תופס רק את הכרכשתא, וקמ"ל רש"י שזה שאוחז את הכרכשתא אינו מקבל כלום כי חשיב כמו היכא שאחד תופס והשני מסרך סרוכי דאמרינן להלן בדף ו' ע"א שסרכא לאו כלום הוא.

מיהו עיין בהגהות חשק שלמה כאן שנסתפק אם בכה"ג חשיב זה שתופס את הכרכשתא רק בגדר סרוכי או האם עדיף הוא מסרוכי.

ועוד נסתפק מה הדין היכא שהאחד מחזיק רק את הכרכשתא והשני סרוכי. וכתב שמדברי הרמב"ם והשו"ע משמע שרק היכא שאחד מחזיק את הכל והשני סרוכי אמרינן שסרוכי לאו כלום הוא, אבל אם אחד אוחז רק את הכרכשתא אז ה"סרוכי" של השני הוי שפיר מידי. וכתב שאולי משמע מדבריהם שגם בהציוור הראשון שאחד תופס חצי והשני תופס את הכרכשתא הרי זה שתופס את הכרכשתא עדיף מסרוכי (מיהו יש להקשות על מה שכתב שסרוכי לאו כלום הוא איירי רק כשאתד תופס את כל הטלית והשני רק מיסרך סרוכי, דהא בכה"ג למה צריכים דין מיוחד שסרוכי לאו כלום הוא הלא תיפוק

ג) בא"ד.

וז"ל, ואינו נאמן זה ליטול בשבועה עכ"ל. נראה שצריכים למחוק את המלה "זה", דהא כוונתו היא לה"אידך" שהזכיר, ובדידי' איירינן. ועי' ברש"י על הרי"ף שהושמטה מלה זו באמת.

ג*) בא"ד.

הנה מדברי רש"י כאן משמע שבהציוור הזה של זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי, החצי הראשון בכלל אינו נחשב חלק מהדין תורה, כלומר שלא אמרינן שגם הוא בכלל הדין תורה כי באמת דנים על כל הטלית ושעל חצי יש הכרעה על פי הדין של הודאת בעל דין, אלא הרי זה נקרא שהחצי ההוא בכלל אינו בכלל מה שדנים עליו, אשר לפ"ז י"ל שגם כאן נוסח השבועה היא שאין לי בה פחות מחצי, כלומר חצי ממה שהדין תורה הוא עליו, ומה שכתוב שזה נשבע שאין לו בה פחות משלשה רבעי אין הכוונה שזהו באמת נוסח השבועה, אלא הרי הוא נשבע שבועה שיוצא ממנה שאין לו פחות משלשה רבעי, והוא הדין שהוא יכול לישבע גם בנוסח שאין לו בה פחות מחצי וכהנ"ל.

וגם ביארנו שאולי לפ"ז לא קשה קושיית תוס' שנאמר שאין ספק מוציא מידי ודאי כי אולי כלל זה נאמר רק כשהוא 'ודאי' על חלק ממה שדנים עליו. מיהו לפי מה שהבאנו להלן באות ל"ב שאין ספק מוציא מידי ודאי כי הוא נחשב המוחזק, לכאורה אין חילוק.

ולהלן באות ר"ה* נאריך יותר בענין זה עיי"ש.

לי' שהתופס מקבל את כל הטלית משום הדין של זה נוטל עד מקום שידו מגעת. מיהו לפי מה שצדדנו באות רצ"ב שהכוונה בזה נוטל עד מקום שידו מגעת היא רק למה שמקופל בתוך ידו ממש ולא מה שבצדי ואחורי ידו א"כ שפיר צריכים את הדין שסרוכי לאו כלום הוא כדי לומר שזה שמיסרך סרוכי אינו מקבל חצי ממה שאינו ממש תוך ידו של התופס).

(ועכ"פ לפי איך שתיארנו באות רמ"ה את המציאות של סרוכי לפי הרמב"ם א"כ יוצא שהציוורים הנ"ל אינם בכלל בגדר סרוכי אלא בגדר תופס ממש עיי"ש.)

והחידושי הרי"ם כתב דאתי רש"י לאפוקי היכא שאחד תופס את כל הטלית והשני תופס רק את הכרכשתא, דקמ"ל שזה שתופס את הכרכשתא אינו מקבל כלום בהטלית, אלא שביאר שדבר זה הוא חידוש רק לפי סומכוס, אבל לפי רבנן ליכא בזה שום חידוש, כי לפי רבנן הרי הוא מקבל את כל הטלית מצד הדין של זה נוטל עד מקום שידו מגעת, אבל לפי סומכוס שפיר יש בזה חידוש, כי סומכוס סובר יחלוקו כל היכא שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם, וא"כ הו"א שגם בכה"ג מיקרי שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם, וקמ"ל שעד המקום שידו מגעת אין שום ספק לב"ד. ושוב ציין בסוף דבריו שהרשב"ץ בשט"מ פי' כעין דבריו.

ועכ"פ עי' בנחלת דוד בד"ה ודברי רש"י סתומים וכו' שהבין דלא ככל הנ"ל, אלא שכל דברי רש"י קאי רק על סוף דבריו, ובאים לאפוקי רק שהיכא שאחד מהם מוחזק לבדו אמרינן הממע"ה.

(ד) תד"ה שנים.

וז"ל, אידי דאיירי בהגוזל בתרא בחלוקת נסורת נגר ובעל הבית וכו', תני הכא נמי דיני חלוקת, ואע"ג דבתרי מסכתא אין סדר למשנה ואיכא למ"ד כולה נזיקין לאו חדא מסכתא הוא, הני מילי לענין מחלוקת ואח"כ סתם וכו', אבל כשחברם, על הסדר חברם, וצריך בכל מסכתא טעם למה נשנית אחר שלפני וכו' עכ"ל. וכתב המהר"ם וז"ל, אבל יש לישב דהמשך דברי התוס' כך הן, דמתחלה הוקשה להם למה התחיל התנא בדיני חלוקת המציאה, הוה ל" למיתני תחלה דין קנין מציאה בעצמה, במה נקנית, והי' לו להתחיל במתני' דלקמן דתנן ראה את המציאה וכו', ומתריץ אידי דאיירי בהגוזל בתרא מחלוקת נסורת וכו' עכ"ל. ומדבריו יוצא שאע"פ שהי' נכון להתחיל עם המשנה בדף י' דאיירי בתחילת קנין מציאה, אבל בכל זאת התחיל התנא עם שנים אוחזין בטלית כי הוה ציור של חלוקה כמו הציור בסוף ב"ק.

מיהו לכאורה הדבר תמוה, כי נהי שיפה לסדר את המשניות בדרך שדבר נופל על דבר אבל הכא הרי זה גורם עקמימות בסדר הצגת דיני המסכתא הזאת, דהא מן הראוי להתחיל מסכתא זו עם המשנה בדף י' דאיירי בעיקר קנין מציאה, וא"כ למה מעדיפים להתחיל בשנים אוחזין בטלית בגלל הטעם הנ"ל שמס' ב"ק מסתיימת עם ציור של חלוקה. ועוד דההיא דסוף ב"ק אינו מטעם ספק ואין שם בכלל ציור של יחלוקו לחצאין, וא"כ כ"ש שקשה איך דוחים את הסדר הנכון של מסכתא זו בגלל קשר קלוש זה שכתבו תוס' (ועי' במה

שכתב החי' הרי"ם כאן כדי לקרב את שני הענינים באופן ששפיר יש קשר ביניהם). ויש ליישב, דהנה תחילת לימוד חדש הוא זמן המסוגל לחיזוק, כי העובדא שמתחילים לימוד חדש הרי הוא סיבה להרגשה של התחדשות ושל התלהבות חדשה בלימוד.

מיהו לפעמים קורה אצל הלומד שאדרבה העובדא שהוא עומד להתחיל לימוד חדש מחלשת אותו, ולכן שומעים לפעמים דיבורים כגון ש"לקח לי פרק זמן מסוים עד שהצלחתי להכנס להסוגיות החדשות", או "עד שהתרגלתי להמגיד שיעור החדש".

ובמכילתא על שמות י"ט ה' איתא שכל התחלות קשות (ואיירי שם בענין התחלה בדבר רוחני), והובא בתוס' בתענית דף י' ע"ב בד"ה פסיעה (בענין דבר גשמי).

ונראה שיש עצה איך להתגבר על הקושי להתרגל ללימוד חדש, והיינו שלמרות שהלימוד הוא חדש אבל בכל זאת ישתדל למצוא צד השוה בין הלימוד החדש לבין הלימוד הישן, כי עי"ז נפשו תרגיש גם מדה מסוימת של המשך.

ולפ"ז יוצא שהמתחיל ללמוד לימוד חדש צריך שתהיינה לו שתי ההרגשות, דמצד אחד הרי הוא צריך להסתכל על זה כלימוד חדש כדי להפיק את התועלת של הרגשת התחדשות, אבל מצד שני אם הוא מרגיש בעצמו קושי להתרגל להלימוד החדש הרי הוא צריך גם להמציא לעצמו דרך איך להסתכל על זה כהמשך של הישן.

וי"ל שזו היא כוונת התנא כאן, והיינו שלמרות שבבא מציעא הוא לימוד חדש,

אבל בכל זאת טרח התנא להתחיל בדרך שיהי נדמה כאילו הוא בעצם המשך ממה שלמדו עד עכשיו, וכאילו ממשיכים הלאה את הלימוד הישן אודות חלוקה, והיינו כדי ללמדנו את היסוד הנ"ל שלפעמים צריכים להסתכל על הלימוד החדש כהמשך מהישן וכמו שביארנו. והודעת ענין זה הוא שפיר מספיק חשוב כדי לשנות בגללו את הסדר ההגיוני של הצגת דיני המסכתא.

(ה) תד"ה ויחלוקו.

וז"ל, תימה דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאלים גבר וכו' עכ"ל.
 "קושיית תוס' רק למ"ד שם אי תפיס מפקינן, דלמ"ד לא מפקינן א"כ כ"ש כשהן עצמם תפוסין דלא מפקינן להיות הדין כד"ג". (חידושי הרי"ם.)

(ו) בא"ד.

בענין אם שייך בשנים אוחזין בטלית הבירור שיש בכד"ג.

וז"ל, תימה דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאלים גבר פרק חזקת הבתים עכ"ל. הנה לפי מה שכתב הרא"ש בב"ב דף ל"ד, וכן בסוגיין, שאמרו כד"ג כי סמכו שאותו שהדין עמו ימסור נפשו טפי, א"כ לכאורה לא שייך לומר כן בשנים אוחזין בטלית, כי בגמ' מבואר שנקטינן שאין בשנים אוחזין בטלית ודאי רמאי כי יכול להיות שכל אחד חושב שהוא הגבי' תחילה, וא"כ בכגון זה לא שייך הסברא הנ"ל שכתב הרא"ש, כי כל אחד ימסור נפשו בשוה, כי כל אחד חושב שהוא הגבי' תחילה, וא"כ מזה שינצח אחד מהם לא יהי' כאן שום בירור ולק"מ קושיית תוס'.

מיהו צ"ע דהא הרא"ש עצמו שכתב את הסברא הנ"ל הקשה את קושיית תוס' ותי' כהדרך שכתבו תוס' דהיינו שכיון ששניהם מוחזקין אי אפשר לפסוק שאחד מהם יגזול את חברו, וצ"ע כהנ"ל דלפי מש"כ הוא עצמו בטעמא דכד"ג, אין צורך לתרץ כן. ועי' בחי' רעק"א בד"ה ונראה דכוונת וכו' שכתב וז"ל, וא"כ ע"כ כאן באין אוחזין כד"ג, אף דליכא ודאי רמאי, וכל אחד סובר שהוא הגבי' תחלה, מ"מ מי שמחזיק בלבו שהוא הגבי' תחלה ימסור נפשו יותר עכ"ל. ולא הבנתי דבריו שהרי להדיא הזכיר שגם חברו חושב שהוא הגבי' תחלה וא"כ גם הוא ימסור נפשו.

(ז) בא"ד.

בענין אם שייך לפרש ש"יחלוקו" בהמשנה הוא באמת מדין כד"ג.

וז"ל, תימה דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאלים גבר פרק חזקת הבתים עכ"ל. עי' בחידושי הרי"ם בדף ז' ע"א בד"ה עוד י"ל בס"ד וכו' שהקשה דמה קשה להו לתוס', אולי באמת הטעם למה יחלוקו הרי זה משום ששניהם גברו ע"י תפיסתן, ולעולם יסוד הדין של המשנה הוא שכד"ג.

וכתב שתוס' הבינו שאין הטעם של דין המשנה משום כד"ג, כי אילו כן לא היו צריכים לישבע (צ"ע למה לא, הלא גם בזה קיים הטעם של שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חברו משא"כ בארבא שהוא תוקף על פי ב"ד).

ועוד כתב דמשמע שכל אחד מקבל את חצי' לחלוטין ואין השני יכול לתפוס ממנו, ואילו בכד"ג הרי השני יכול לתפוס בחזרה.

אלא שהביא שתוס' בדף ו' הסיקו שאינו יכול לתפוס בחזרה, וכן סובר הרא"ש (ולהלן באות כ"ב סק"א נבאר שזה אתי שפיר בין אם סוברים שכד"ג הוא בגדר בירור ובין אם סוברים שהוא בגדר סילוק ב"ד).

ואולי יש לומר עוד, דהנה אם נאמר שכד"ג הוא בגדר סילוק ב"ד א"כ לכאורה אין הגובר יכול לקדש בו אשה, משא"כ היכא שנפסק הדין שיחלוקו הרי זה נעשה ממונו כמו שאר הממון שלו, דהיינו גם לענין לקדש בו אשה, וא"כ י"ל דמשמע להו לתוס' מהמשנה שחצי הטלית הוא שלו ממש לענין כל דיני התורה, וא"כ מזה יוצא דהוי באמת משום דין מסוים של יחלוקו, ולא משום כל דאלימ גבר, וזהו כעין דבריו השניים הנ"ל של החידושי הרי"ם.

ח) בא"ד.

ביאור "אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא".

וז"ל, תימה דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאלימ גבר פרק חזקת הבתים, וי"ל דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' עכ"ל. הנה מש"כ תוס' שיש אנן סהדי, כן איתא להלן בדף ג' ע"א כדי להסביר שבהמשנה יש העדאת עדים שכל אחד יש לו חלק. מיהו בדף ז' ע"א מוקמינן את המשנה באופן שהם תופסים רק את הכרכשתא, ולפ"ז נראה שמצד הגמ' בדף ג' ה' אפשר לפרש שיש אנן סהדי רק על הכרכשתא, כי גם עי"ז הרי זה נקרא שיש כאן העדאת עדים על

מקצת, כי לכאורה הכרכשתא שוה פרוטה. ועי' באמת בלשונם בכ"ב דף ל"ד ע"ב בד"ה ההוא ארבא שכתבו רק שיש אנן סהדי שיש לכל אחד חלק בה ולא כתבו שיש לו חצי. ברם חזינן שתוס' אצלינו כתבו שיש אנן סהדי שלכל אחד שייך חצי הטלית. וכן צ"ל כי אל"כ אכתי נשארת קושייתם קשה על אמצע הטלית דנימא כל דאלימ גבר. ועי' גם ברש"י על דף ג' ע"א בד"ה אנן סהדי דמאי דתפיס האי שכתב וז"ל, היינו פלגא עכ"ל.

וצ"ל שכוונת רש"י ותוס' היא לומר דכיון שאנן סהדי שמאי דתפיס האי בידו, דהיינו הכרכשתא, דידי' הוא, וכן מאי דתפיס האי בידו, דהיינו הכרכשתא, דידי' הוא, א"כ מעתה מזה נובע אנן סהדי גם על החלק האמצעי, דהיינו אנן סהדי שהוא שייך לשניהם. וכן י"ל גם בכוונת תוס' בכ"ב, רק שהתם כתבו רק את ההתחלה.

ט) בא"ד.

בענין שכד"ג עדיף מ"יחלוקו" של ספקות.

וז"ל, וי"ל דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' עכ"ל. הנה מתירוצם יוצא דהיכא שאינם אוחזין ולא שייך יחלוקו של מוחזקות, אלא רק יחלוקו מספק, עדיף לומר כד"ג, וצ"ב למה. וי"ל דהיינו משום דס"ל שיש בכל דאלימ גבר מדה מסוימת של בירור, וזה עדיף מלומר יחלוקו מספק (וע"ע לעיל באות ו').

גם י"ל דס"ל שבכד"ג אין מדה של בירור, אלא הרי זה בגדר סילוק ב"ד, וס"ל

שעדיף להסתלק מלומר יחלוקו מספק, כי ע"י לומר יחלוקו מספק יכול להיות שאנו עושים שלא כדין אם באמת הגב' רק אחד מהם.

גם י"ל דאמרינן כד"ג משום דלא אמרינן את הדין של יחלוקו מספק היכא דאיכא למיקם עלה דמילתא ע"י עדים כמו שמבואר בב"ב דף ל"ה ע"א, ופי' הרשב"ם שם כי "אין ב"ד נזקקין להם לדון דין שסופו לבוא לידי עיוות".

והנה לעיל באות א' הבאנו צד שבאמת גם היחלוקו בשנים אוחזין הוא היחלוקו של ספקות, כי באמת אין להם דין של מוחזקין, וצ"ע באמת איך אומרים את היחלוקו של ספקות כשאיכא למיקם עלה דמילתא. מיהו י"ל שהצד ההוא יסבור שאע"פ שאין להם דין של מוחזקין אבל בכל זאת מכיון שבמציאות הרי הם אוחזין א"כ אין זה שורת הדין לומר להאליים תקוף את החלש וכמש"כ התוס' רי"ד כאן, אבל כששייך כל דאליים גבר מעדיפים כל דאליים גבר יותר מיחלוקו בגלל הטעם הנ"ל של שמא יתברו.

והנה הרא"ש כאן כתב את שתי הסברות הראשונות שכתבנו. וצ"ע למה לא כתב את הטעם של איכא למיקם עלה דמילתא. ובני הר' אהרן נ"י ר"ל שהרא"ש סובר שאין הכרח לומר שכוונת הגמ' בב"ב היא כהרשב"ם היא שבאיכא למיקם עלה דמילתא אי אפשר לומר יחלוקו, אלא הכוונה היא שבליכא למיקם עלה דמילתא לא שייך לומר כל דאליים גבר, והיינו משום שלא שייך שיגבור בראיות, וגם אין כאן הסברא של מסירות נפש כי כיון שליכא למיקם עלה דמילתא מסתמא גם

הם עצמם טוענים רק שמא (וכ"כ החת"ס בב"ב שם בד"ה ולהריב"א), אבל באיכא למיקם עלה דמילתא שפיר שייך לומר כל דאליים גבר, ומעתה אכתי צ"ע למה באיכא למיקם עלה דמילתא עדיף לומר כד"ג ולא יחלוקו, ועל זה כתב הרא"ש הטעמים שכתב.

(י) בא"ד.

בענין שיטת תוס' שהיכא שהם מוחזקין לא אמרינן כד"ג.

וז"ל, תימה דמאי שנא מההיא דארבא דאמר כל דאליים גבר פרק חזקת הבתים, וי"ל דאוחזין שאני דחשיב כאילו כל אחד יש לו בה בודאי החצי דאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' וכו' עכ"ל. הנה יש להבין את דבריהם בשני דרכים.

א', דמה שכתבו שיש כאן אנן סהדי אין זה כי רק בכה"ג לא אמרינן כד"ג, אלא באמת גם במקום סתם מוחזקות לא אמרינן כד"ג, והיינו משום עצם העובדא שהוא מוחזק, כי אי אפשר להוציא ממוחזק ע"י תפיסה, רק דהזכירו שיש כאן אנן סהדי כי בצירור כגון שנים אוחזין בטלית מכיון שאין דררא דממונא אלא כל הספק הוא רק מחמת טענותיהם לא מהני סתם מוחזקות אלא בעינן שיהי' אנן סהדי שהוא שלד (וכמו שנבאר באות י"ז).

ב', שבאמת מוחזקות היתה מועלת בשנים אוחזין בטלית אפילו אם לא הי' אנן סהדי שהוא צודק, רק דאי משום סתם מוחזקות אכתי הי' אפשר לומר כל דאליים גבר, דכדי לא לומר כל דאליים גבר בעינן

בדוקא שיהי' אנן סהדי, כי כיון שיש אנן סהדי לטובת כל אחד א"כ אם נאמר כד"ג הרי זה כאילו אנחנו נותנים לאחד מהם לגזול את חברו, וכן היא לשון תוס' בב"ב דף ל"ד ע"ב בביאור תי' זה.

והנה הסברא למה לא לומר כל דאלים גבר כשיש לכל אחד אנן סהדי היא כך, דלא מיבעיא אם נאמר שכד"ג הוא סילוק ב"ד דאז בודאי עדיף להסתמך על האנן סהדי שהוא בגדר בירור ולא ליתן לאחד לגזול את חברו, אלא אפילו אם נאמר שכל דאלים גבר חשיב בירור אבל בכל זאת הבירור של אנן סהדי עדיף טפי וא"כ יוצא שע"י כד"ג אנו נותנים לאחד מהם לגזול מהשני.

מיהו צריכים לבאר מה הן הסברות למה לומר או לא לומר כל דאלים גבר כשיש רק סתם מוחזקות.

ונראה שהסברא למה לא לומר כד"ג אפי' כשיש רק סתם מוחזקות היא כי סתם מוחזקות חשיב בגדר חזקה חיובית (עי' בזה באות ט"ז), וא"כ לא מיבעיא אם כד"ג הוא סילוק ב"ד דאז פשיטא דעדיף לעשות פסק דין מטעם מוחזקות, אלא אפילו אם כד"ג חשיב בירור אבל הרי חזינן שלא כל הבירורים מועילים נגד מוחזק, שהרי יש מ"ד שמיגו להוציא לא אמרינן, וכן שאין הולכים בממון אחר הרוב, וכן שברי ושמא לאו ברי עדיף, ואפילו לפי הצדדים שהדברים הנ"ל הם כחות של בירור (ואכמ"ל בזה), וכן חזינן שגזרה התורה שע"א לא מהני נגד מוחזק (משא"כ כשאינו מעיד נגד מוחזק יש אומרים דמהני אפילו בממון), וא"כ י"ל שה"ה להבירור של כד"ג.

והסברא למה להעדיף כל דאלים גבר יותר מיחלוקו על פי סתם מוחזקות (ולומר שרק כשיש אנן סהדי לא שייך לומר כל דאלים גבר) הרי זה לפי הצד שיש בכל דאלים גבר מדה מסוימת של בירור, ובצירוף הצד שסתם מוחזקות אינה בגדר חזקה חיובית, אלא הדין האמור בסתם מוחזקות הוא רק שלא משנים את המצב בלי סיבה, דלפ"ז י"ל שסגי גם במדת הבירור שיש בכל דאלים גבר כדי לשנות את המצב, וכמו שיש אומרים שלפי הצד הזה בביאור סתם מוחזקות גם ברי ושמא ורוב מועילים, ולפי הסוברים שלא מהני הדברים הנ"ל אלא משנים את המצב רק כשיש שני עדים, י"ל שכששנים תופסים את הטלית אין זה נחשב שיש כאן מצב ברור ומוחלט שאי אפשר לשנותו, ומש"ה סגי גם במדת הבירור שיש בכד"ג.

והנה בהמשך דבריהם כתבו תוס' וז"ל, וכן במנה שלישי דמדמי בגמ' לטלית חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו, לכך משני דהתם בודאי דחד מינייהו הוא ואין חלוקה יכולה להיות אמת ולכך יהא מונח אבל טלית דאיכא למימר דתרוייהו הוא יחלוקו עכ"ל. ולכאורה כוונת תוס' היא לומר שמיקרי ששניהם מוחזקים כי השומר מתכוין להחזיק לשניהם, דהיינו גם בשביל זה שאינו הבעלים האמת. ובפשטות גם לפי התירוץ שאין החלוקה יכולה להיות אמת, חשיבי מיהא שניהם מוחזקים, רק שבכל זאת אמרינן יהא מונח כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת, וכן גם בהה"א ידעו את המציאות שאין החלוקה יכולה להיות אמת, ומעתה צ"ע דהא

עובדא זו שאין החלוקה יכולה להיות אמת הרי היא גורמת שאין כאן אגן סהדי שלכל אחד יש מחצה, אלא יש כאן רק המדריגה של סתם מוחזקות, וא"כ אכתי נימא כד"ג לפי הדרך שהזכרנו שרק כשיש אגן סהדי לא אמרינן כד"ג. ולכאורה מוכח שתוס' סוברים שגם היכא ששייך רק סתם מוחזקות לא אמרינן כד"ג, וכן הרי הם סוברים שגבי מנה שלישי מהני גם סתם מוחזקות (ובאות י"ז נכתוב טעם לזה).

ועי' בקהלות יעקב בסוף סי' א' שהוכיח כהנ"ל שתוס' סוברים שגם היכא ששייך רק סתם מוחזקות בלי אגן סהדי לא אמרינן כד"ג, אלא שהוא כתב שהטעם למה תוס' הזכירו לעיל שיש אגן סהדי אינו כהדרך שהזכרנו שבטלית לא מהני סתם מוחזקות, אלא תוס' הביאו את לשון הגמ' של אגן סהדי רק כדי להוכיח שיש כאן מוחזקות. מיהו צ"ע על דבריו למה צריכים להוכיח דבר זה, הלא פשיטא שהם מוחזקין בו. מיהו אולי כדי להוכיח שלא אמרינן את הצדדים שכתבנו באות א' סק"א שבאמת אין כאן מוחזקות עיי"ש.

וע"ע להלן באות כ"ג סק"א שנביא את דברי הקה"י בדרכו של הרא"ש כאן. וע"ע באות י"ב מה שנבאר עוד בכוונת תוס' בנוגע למנה שלישי.

יא) בא"ד.

ביאור קושיית הגמ' בדף ג' שלימא מתני' דלא כרבי יוסי ורבנן.

וז"ל, וכן במנה שלישי דמדמי בגמ' לטלית עכ"ל. כוונתם היא למאי דפרכינן להלן בדף ג' ע"א לימא מתני' דלא כרבי יוסי וכו', אלא מאי כרבנן, כיון דאמרי

רבנן השאר יהא מונח הא נמי כשאר דמי דספיקא היא. ולכאורה כוונת הגמ' היא להקשות שלפי תנא דמתניתין דידן נימא במנה שלישי יחלוקו, ועל זה מקשים תוס' שביותר צריכים לומר כד"ג כיון שאינם מוחזקין.

מיהו הרמב"ן כאן פי' שכוונת הגמ' שם היא להקשות שלפי רבי יוסי ורבנן נימא גם כאן בשנים אוחזין בטלית יהא מונח עד שיבא אליהו, ועל זה קשה קושיית תוס' דנימא שכמו שהיכא שהם אוחזין לא אמרינן כד"ג הה"נ דלא אמרינן יהא מונח ולפי הפירוש הזה לא חזינן שמקשה הגמ' שנימא במנה שלישי יחלוקו עד שנקשה שנימא שם כל דאלימ גבר.

מיהו באמת בע"כ צ"ל שגם לפי הרמב"ן נכלל בקושיית הגמ' גם שנאמר במנה שלישי יחלוקו, כי אם נאמר שלא שייך לומר שם יחלוקו כי אינם אוחזין א"כ מי יימר שרבי יוסי ורבנן חולקים על המשנה של שנים אוחזין בטלית, אולי בשנים אוחזין בטלית גם הם מודים שאומרים יחלוקו, והא דהם סוברים שבמנה שלישי יהא מונח הרי זה כי התם לא שייך יחלוקו, והרי הם סוברים שעדיף לומר יהא מונח מלומר כד"ג, ונהי שלפ"ז יוצא שאינם סוברים כרב נחמן, אבל מי יימר שאינם סוברים כהמשנה של שנים אוחזין, וא"כ מוכח שהגמ' נקטה שהתנא של שנים אוחזין יאמר יחלוקו גם במנה שלישי.

ומעתה יש לומר שנכללות בדברי תוס' שתי הקושיות, א', שלפי דבריהם לעיל למה נקטה הגמ' שרבי יוסי ורבנן יאמרו יהא מונח בשנים אוחזין, אולי כמו שלא

אומרים כד"ג היכא שהם מוחזקין הה"נ
שלא אמרינן יהא מונח, וב', דחזינן
שנקטה הגמ' שהתנא של המשנה יאמר
יחלוקו גם במנה שלישי והרי לפי תוס'
הדין נותן שנאמר כד"ג או יהא מונח כיון
שאינם אוחזין.

יב) בא"ד.

ביאור מה שכתבו תוס' שבמנה שלישי מיקרי ששניהם מוחזקין.

וז"ל, וכן במנה שלישי דמדמי בגמ'
לטלית חשיב ההוא שהנפקד תופס בחזקת
שניהם כאילו הם עצמם מוחזקים בו, לכן
משני דהתם בודאי דחד מינייהו הוא ואין
חלוקה יכולה להיות אמת ולכן יהא מונח,
אבל טלית דאיכא למימר דתרווייהו הוא
יחלוקו עכ"ל. וצ"ע למה מיקרי שהוא
מוחזק לשניהם, דהא הוא מוחזק רק
בשביל המפקיד האמתי.

וי"ל (כמו שהזכרנו באות י') שכוונתם
לומר דמיקרי שניהם מוחזקים כי השומר
מתכוין באמת להחזיק לשניהם, דהיינו גם
בשביל זה שאינו הבעלים האמתי.

ועי' ברעק"א שהקשה מהגמ' בדף כ"ח
ע"א שסימנין וסימנין ניח, דלמה ניח הלא
ע"י השומר הוי כאילו שניהם מוחזקין.
מיהו לפי הנ"ל י"ל שבכה"ג אין השומר
מוחזק בשביל שניהם משום שהוא חושב
מי יימר שאינו שייך לאדם שלישי.

ובאמת גם מדינא, אם יסכימו שני
אנשים אלו שנתנו סימנין, שהמוצא אבידה
יחזיר להם בשותפות, לא יהי' רשאי, כי
לא מיבעיא אם נגיד ששני הסימנין הם
כמאן דליתנהו הרי בודאי לא יהי' רשאי
להחזיר להם בשותפות, אלא אפילו אם

כמאן דאיתנהו דמי אבל כל זמן שאין
הכרעה מי יימר שאין גם אדם שלישי שיש
לו סימן. וראיתי בשט"מ להלן בדף כ"ח
ע"א שכתב עוד יותר מהדברים הנ"ל,
והיינו שאפילו היכא שיש הכרעה לטובת
אחד מהשנים בכל זאת חוששין לאדם
שלישי, דעיי"ש דאמרינן שסימנין וסימנין
וע"א ניח, וכתב השט"מ בשם שיטה וז"ל,
כתב הרא"ש וצריך אותו שכנגד העד
לישבע, ואם לא רצה לישבע יתנו לבעל
העד, ואין זה ברור אצלי, דאפשר לומר
כיון דשנים נתנו בה סימן, מוכחא ומיגליא
מילתא שאינה של שנים אלו אלא למי
שיתן סימן מובהק יותר או שיביא עדים
עכ"ל.

עוד י"ל שרק במנה שלישי הוא מוחזק
בשביל שניהם כי התם הרי הוא שומר
בשביל כל אחד את המנה הראשון של כל
אחד ואחד, ולכן הרי הוא מתכוין להחזיק
בשביל שניהם את המנה השלישי, וגם
בשביל זה שהוא השקרן, אבל באבידה הרי
הוא מוחזק רק בשביל האמתי, וכעין זה
כתב הנתיחה"מ בסי ס"ה סק"ו.

מיהו נהי ששומר אבידה גרע, אבל
אכתי גוף הדבר צ"ב, מה הסברא לומר
שבמנה שלישי השומר מוחזק גם בשביל
זה שאינו הבעלים האמתי, הלא ביותר י"ל
שהוא מוחזק רק בשביל הבעלים האמתי.

עוד י"ל ששומר אבידה בכלל אינו
מתכוין להיות השומר שלהם, רק שהתורה
עשאו שומר וכדאיתא בב"ק דף נ"ו ע"ב.
שו"ר בחידושי הרי"ם כאן שנתקשה
בכוונת תוס' למה מיקרי ששניהם מוחזקין.
והקשה עוד דהא בכלל אינו יכול לתפוס
בשביל אותו שאינו שלו כי הוי בגדר חב

לאחריני. ועוד כתב דזה מיהא אין להקשות על תוס' למה בב"ב דף ל"ד יש מ"ד שסובר מפקינן הלא מכיון שב"ד תפסו הו"ל כאילו שניהם מוחזקין, כי י"ל ד"כיון שהתפיס את החפץ אחרי שכבר הדין כל דאלים גבר, אין תופסין כלל בחזקת שניהם, ולכן עדיין מפקינן כמו קודם שתפסו להיות כד"ג, משא"כ כאן בנפקד דהדין מיד יחלוקו, והוי בחזקת שניהם".

וכתב החידושי הרי"ם להסביר סברת תוס' בזה"ל, ונראה או דדוקא בנפקד שם דמירי שהפקידו בכרך אחד דאמר אנת גופייכו לא קפדיתו וכו', וחשיב כאילו הפקידו שניהם ג' מאות, ומהאי טעמא חשוב גם התפיסה בחזקת שניהם וכו', עוד י"ל דכיון דנפקד משאיל ביתו לשמירת ממון המפקיד, ביתא דמפקיד קרינן כמש"כ הרא"ש פ"ק דפסחים ע"ש, וא"כ כיון שהפקידו זה ק' וזה ר' הוי לענין זה כמונח בחצר של שניהם וכו' עכ"ל. ולפי סברותיו של החי' הרי"ם לא שייך לומר כדברי תוס' גבי סימנין וסימנין, ומיושבת קושיית רעק"א.

ואולי י"ל דרך אחרת, והיינו שלא נתכוונו תוס' לומר שכיון שהשומר מחזיק בשביל שניהם הרי שניהם יחד חשיבי מוחזקין בבת אחת, אלא לעולם השומר מחזיק רק בשביל הבעלים האמתי, וממילא רק הוא לבד מיקרי המוחזק, והא דלא אמרינן כד"ג הרי זה כי כיון שהשומר מחזיק בשביל הבעלים האמתי א"כ אם נאמר כד"ג הרי יש כאן ספק שמא הוא חוטף ממי שהוא מוחזק בו. מיהו דרך זה אינו משמע מלשון תוס'. ועוד דאם כל דאלים גבר הוא בגדר בירור א"כ נימא

כד"ג ושעי"ז יתברר מי הוא המוחזק והבעלים האמתי (אבל אם שניהם בודאי מיקרי מוחזקים, כבר ביארנו לעיל באות י' שי"ל שלא מהני הבירור הקלוש של כד"ג להוציא ממוחזק, דוגמת מיגו ורוב).

וע"ע בחידושי הר"ן מה שכתב לבאר למה מיקרי במנה שלישי ששניהם מוחזקין. והברכת שמואל בסי' א' ד"ה עוד וכו' ביאר את דבריו עיי"ש.

וע"ע בתרומת הדשן בסי' שי"ד שדן על היכא שהפקידו שנים, זה מנה וזה מאתים, ונאבדו חלק מהמעות ולא ידעין אם נאבדו מעותיו של ראובן או של שמעון, וכתב התה"ד שתלינן שנאבדו מזה שהפקיד מאתים כי אזלינן בתר רוב המעות, והקשה על זה דהא אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק, ובהציור הנ"ל הרי כתבו תוס' ששניהם נקראים מוחזקין, וא"כ הדין נותן שלא יועיל רוב, ותי' וז"ל, דלא חשיב חזקת ממונא כה"ג רק לענין ההוא מילתא דקאמר עלה בתוס' דחשיב כמו שהן עצמם מוחזקין דלא נימא כל דאלים גבר, דבלא"ה דינא דכל דאלים גבר דומה קצת לדינא דפרסאי, והיכא דאיכא קצת טעמא דחינן ל"י ואמרינן יחלוקו, וכן לא אמרינן מיגו בחזקה כי ההיא סוגיא דדחינן למיגו, אבל לעולם לענין שתעמוד החזקה של ממון כנגד הרוב לדחותו בעינן חזקה גמורה שהוא עצמו מוחזק בממון עכ"ל.

יג) בא"ד.

א. גדר חלוקה יכולה להיות אמת. וז"ל, לכך משני דהתם ודאי דחד מינייהו הוא ואין החלוקה יכולה להיות אמת ולכך יהא מונח וכו' עכ"ל. עי'

ברא"ש שכתב לבאר את התירוץ של הגמ' שם כך, שבטלית ידוע שהחלוקה יכולה להיות אמת גם לפני שבאו לב"ד משא"כ במנה שלישי גם לפני שבאו לב"ד לטעון הרי השומר יודע שהמנה שייך רק לאחד מהם. וצ"ע למה הוצרך לומר שידוע גם לפני שבאו לב"ד. ולהלן באות כ"ג נאריך בביאור דבריו.

ב. מתי אומרים כל דאלים גבר ומתי אומרים יהא מונח.

וז"ל, לכך משני דהתם ודאי דחד מינייהו הוא ואין החלוקה יכולה להיות אמת ולכך יהא מונח וכו' עכ"ל. הנה יש לעיין למה בארבא אמרינן כד"ג ולא אמרינן יהא מונח.

ועי' ברמב"ן כאן שעמד על זה וכתב וז"ל, והתם (בארבא) לא אמרו יהא מונח דכיון דלא מזדקינן להו לית לן למיחש לרמאי עכ"ל, פי' דס"ל שכד"ג הרי זה בגדר סילוק ב"ד, אבל ע"י יהא מונח הרי זה נקרא שנוזקין להם, ומעתה מכיון שבארבא ליכא מוחזק, אין אנו חייבים להזקק להם ולכן אומרים כד"ג, אבל במנה שלישי דחשיבי שניהם מוחזקים, שפיר חייבים להזקק להם, ולכן אומרים יהא מונח.

יד) בא"ד.

וז"ל, וכן שנים אדוקים בשטר דמדמי לקמן למתני' משום דשניהם אדוקים בו דהחלוקה יכולה להיות אמת דאפשר דפרע לו החצי עכ"ל. צ"ע דלא שייך בכה"ג לומר שיש אגן סהדי, דכי ס"ד שזהו דרכו של הפורע מחצה להחזיק ולתפוס חצי

השטר, ואין זה דומה למציאה דהיכא ששניהם הגביהו אותה יחד הרי הם שניהם אוחזים בה, ועוד תוס' עצמם כתבו רק שיתכן שפרע לו החצי, הרי דליכא אגן סהדי.

טו) בא"ד.

בענין טעמיהם של סומכוס ורבנן.

וז"ל, ולסומכוס אע"ג דאין מוחזקין בו ואין חלוקה יכולה להיות אמת היכא דאיכא דררא דממונא פירוש שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד יחלוקו עכ"ל. פי' דכוונת תוס' היא להקשות על סומכוס דיש בציורוו שתי סיבות לא לומר יחלוקו, חדא משום שאינם מוחזקין, ועוד משום שהיכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת לא אמרינן יחלוקו אפילו היכא שהם אוחזין וכמו במנה שלישי, ועל זה כתבו סומכוס סובר באמת יחלוקו אע"פ שאינם מוחזקים ואין החלוקה יכולה להיות אמת.

מיהו עי' בתוס' בדף צ"ז ע"ב בד"ה לימא וכו' שכתבו שטעמו של סומכוס הוא משום דס"ל דהוי לי' כאילו שניהם מוחזקין, וא"כ צ"ע למה כתבו תוס' כאן שלפי סומכוס אמרינן יחלוקו אע"פ שאינם מוחזקין, הלא טעמו של סומכוס הוא משום דהוי באמת כאילו שניהם מוחזקין, וא"כ יוצא שאין מחלוקת בין סומכוס לרבנן בענין אם אמרינן יחלוקו כשאינם מוחזקין, אלא לכו"ע אמרינן יחלוקו רק היכא ששניהם מוחזקין, רק דפליגי אם מיקרי בדררא דממונא ששניהם מוחזקין או האם רק התופס מיקרי המוחזק (כן כתב הקונטרס הספקות בכלל ח' אות ז' דהיינו דהא דפליגי רבנן על סומכוס הרי זה משום

שהם חולקים על הסברא שבדררא דממונא שניהם נחשבים מוחזקין, מיהו כבר הקשה עליו הנחל יצחק שתוס' בדף קט"ז ע"ב בד"ה לימא וכו' הזכירו את הסברא הנ"ל שתרוייהו מיקרי מוחזקין גם לפי רבנן היכא שאין אחד מהם מוחזק במציאות, וא"כ מוכח שגם רבנן סוברים את הסברא הנ"ל, רק שהם סוברים שאין אומרים כן היכא שאחד מהם הוא מוחזק ותפוס (ממש).

טז) בענין מוחזקות ותד"ה ויחלוקו.

בענין אם סוף הדין של מוחזקות הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה או האם נחשבת המוחזקות שלו לחזקה חיובית.

ע"י בב"ק דף מ"ו ע"ב דאמר ר' שמואל בר נחמני שילפינן שהממע"ה מהפסוק דכתיב מי בעל דברים יגש אליהם דדרשינן יגיש ראוי אליהם, ופריך רב אשי למה לי קרא סברא הוא דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ומסיק רב אשי שהפסוק בא ללמדנו את הדין של נזקקין לתובע תחילה. מיהו ע"י ברש"י בגיטין דף מ"ח ע"ב בד"ה המוציא מחבירו עליו הראי' שכתב דילפינן שהממע"ה מהפסוק של מי בעל דברים,

והקשה הפ"י שם שדברי רש"י הם דלא כמסקנת רב אשי, ות"י שרב אשי אזיל כהמ"ד שסובר שברי ושמא ברי עדיף, וכן כהמ"ד שסובר שהולכים בממון אחר הרוב, דהם סוברים שהממע"ה הוא מהסברא שאמר רב אשי, ומש"ה היכא שיש מצב של ברי ושמא או מצב של רוב הרי זה מועיל כי בכה"ג שפיר יש סיבה להוציא, אבל להלכה קי"ל שלא מהני דברים אלו משום שדורשים את הפסוק של מי בעל דברים להממע"ה וכו' שמואל בר נחמני, ובעינן את הפסוק כדי לרבות שגם דברים אלו אינם מועילים להוציא, ולכן הרמב"ם אינו מביא להלכה את הדין של נזקקין לתובע תחילה כי הוא פוסק שאין הולכים בממון אחר הרוב, וכן שברי ושמא לאו ברי עדיף, אשר לפ"ז צריכים את הפסוק להממע"ה וכהנ"ל עכ"ד הפ"י. וכדברים אלו כתב גם בב"ק שם. וע"י גם במהר"ם בב"ק בדף מ"ו ע"ב שכתב שמה ששמואל סובר שאין הולכים בממון אחר הרוב אין זה בגלל הסברא של רב אשי של דכאיב לי' כאיבא וכו' אלא צריכים לזה את הפסוק*).

ולכאורה ביאור הדבר הוא שהפסוק משמיענו שסוף הדין של הממע"ה אינו רק הסברא הנ"ל של דכאיב לי' כאיבא וכו',

הרוב.

ברם יש ליישב דנהי שמצד הסברא של רב אשיא הדין נותן ששניהם יועילו, אבל אכתי יכול להיות שאם סוברים את הדרשה של מי בעל דברים שפיר יתכן לחלק ולסבור שאף על פי שקמ"ל הפסוק שאחד מהדברים הנ"ל אינו מספיק חזק כדי להועיל אבל אכתי השני הוא שפיר מספיק חזק כדי להועיל.

* והנה מדרכו של הפני יהושד יוצא שהמאם דאמר שסובר ברי עדיף יצטרך לסבור גם שהולכים בממון אחר הרוב, וכן המאן דאמר שסובר שהולכים בממון אחר הרוב יצטרך לסבור גם שברי עדיף, ומלבד ממה שדוחק לומר כן, ע"י בכתובות דף י"ב ע"ב בתוס' בסוף ד"ה רב הונא דמבואר דס"ל שיתכן לומר שהמאן דאמר שסובר ברי עדיף סובר שאין הולכים בממון אחר

פי' שאין משנים את המצב בלי סיבה, אלא העובדא שהוא מוחזק הרי זה נחשב בגדר חזקה חיובית.

מיהו כבר נחלקו הקדמונים בזה וכדלהלן, דיש אומרים שגם אחרי הפסוק של ר"ש בר נחמני סוף הדין הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, וקמ"ל הפסוק שאפילו רוב וברי ושמא אינם סיבות מספיקות לשנות את המצב, אבל לא אתי למימר שמוחזקות חשיבא חזקה חיובית.

ונסדר את דעות אחרונים בזה:

ע"י בקונטרס הספקות בכלל א' סק"ו שהביא בשם חכמי דורו של המהר"י באסאן שסברו שהממע"ה הוא ענין של חזקה חיובית, אבל הקונטרס הספקות עצמו סובר שסוף הדין של הממע"ה הוא רק הך סברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, דעיי"ש שהביא את קושיית המהר"י באסאן שאיך מוקמינן ביד המוחזק הלא הדין נותן שנחשוש לספק איסור גזל, ותי' המהר"י באסאן שגם אם ניתן להמוציא הלא יש כאן מצד המוציא ספק איסור גזל. והביא הקונטרס הספקות שתמהו עליו חכמי דורו שהקושיא מעיקרא ליתא, כי הרי איירי שיש לו חזקת ממון, וחזקה מהני באיסורין, ולכן אין כאן איסור גזל. והקונטרס הספקות עצמו כתב שאין הדבר כן, כי מוחזקות אינה בגדר חזקה חיובית, אלא סוף הדין הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, וא"כ שפיר הקשה המהר"י באסאן למה אין חוששין לאיסור גזל (אלא שהוסיף הקונטרס הספקות להעיר שגם תירוצו של המהר"י באסאן אינו מספיק כי אכתי קשה למה סובר שמואל שאין הולכים בממון אחר

הרוב, הלא באיסורין שפיר מהני רוב, וא"כ נהי שמצד כללי ממון לא אזלינן בתר רוב אבל אכתי צריך להיות נחשב שהמוחזק עובר על איסור גזל כי יש רוב שזה גזל בידו. ותי' הקונטרס הספקות על קושיית המהר"י באסאן דמכיון שמצד כללי ממון מותר לו להחזיק את החפץ או הממון כי אין משנים את המצב בלי סיבה, א"כ גם איסורא ליכא, כי התורה אסרה גזל רק כשהוא מחזיק בו שלא כדין על פי כללי ממון אבל היכא שזה שפיר כדין על פי כללי ממון ליכא איסורא).

וכדברי הקונטרס הספקות סוף הדין של מוחזקות הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה סובר גם הנתיחה"מ בסי' ל"ד סקט"ו, והקצה"ח שם כנראה סובר לא כן, דהנה הרמ"א בסעיף כ"ג שם פסק דהיכא שיש שני עדים שעבר עבירה ונפסל לעדות, רק שלא ידעינן אם העיד עדות מסוימת לפני שעבר את העבירה ועדותו היתה כשירה או אם העיד אחרי שעבר את העבירה ועדותו היתה פסולה, מוקמינן לי' על חזקתו שהי' כשר לעדות, והקשה הקצה"ח איך מוציאין ממון על פי עדותו הלא יש כאן תרתי לריעותא דהיינו החזקת ממון של הנתבע וכן מה שהעד פסול לעדות לפנינו, וא"כ מ"ש ממקוה שנמדד ונמצא חסר ולא ידעינן אם נפסל קודם שנטבלו שם הטהרות או אם נפסל אחרי כן דאמרינן שהטהרות טמאים משום שיש תרתי לריעותא דהיינו החזקת טומאה שלהם וכן מה שהמקוה חסר לפנינו. ותי' הנתיחה"מ דשאני התם שהחזקת טומאה הרי היא חזקה חיובית, אבל הכא החזקת ממון אינה בגדר חזקה חיובית אלא סוף הדין

הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה ומש"ה לא חשיב תרתי לריעותא.

וגם בסי' ע"ה סק"ד כתב הנתייה"מ כהדברים הנ"ל לענין דין אחר, דעיי"ש שפסק הרמ"א דהיכא שב"ד מחייבים אותו חלק מהממון כי אינו נאמן, אין זה נחשב כמו העדאת עדים על מקצת לחייב שבועה על השאר, וכתב הש"ך דהיכא שיש סיבה חיובית למה מחייבים אותו, אז חשיב שפיר כמו העדאת עדים, והוכיח כן מהא דאמרינן בדף ג' ע"א שהעובדא שאנן סהדי שמאי דתפיס דידי' הוא הרי זה מספיק סיבה כדי לחייב את השני שבועה. והשיג הקצה"ח דהא מסקינן שכמו שלהאי יש אנן סהדי הה"נ שלהשני יש אנן סהדי ואין בכה"ג שבועה דאורייתא, וא"כ חזינן שאפילו אם יש סיבה לחייבו, אבל בכל זאת מכיון שיש גם סיבה לפוטרו משבועה, דהיינו מה שיש לצדו אנן סהדי על מה שהוא תופס, אמרינן שאינו נשבע, וא"כ גם בהציור של הש"ך נהי שיש סיבה לחייבו מקצת אבל יש גם סיבה לפוטרו ממה שנשאר, דהיינו החזקת ממון, ועל זה השיג הנתייה"מ דחזקת ממון לא חשיב סיבה חיובית לפוטרו, אלא סוף הדין הוא רק שמאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא.

מיהו בסי' ל"ד כתב כן הנתייה"מ בין לפי רב אשי שלומד מסברא ובין לפי ר"ש בר נחמני שלומד מפסוק, ואילו בסי' ע"ה כתב כן רק בגלל שהממע"ה הוא מצד הסברא לחוד ואינו למד מפסוק, דהיינו כרב אשי.

וכשיטתו הנ"ל כתב גם בהתשובה ממנו שנמצאת בשו"ת חמדת שלמה חלק או"ח

סי' ב', וכן בהתשובה ממנו שנמצאת שם בחלק אה"ע סי' כ"ד אות ט"ו, ובשני המקומות כתב משום שהממע"ה הוא רק מסברא.

וע"ע בתוס' בב"ק דף כ"ז ע"ב בד"ה קמ"ל וכו' שסוברים שמוחזקות היא חזקה חיובית, דמבואר בדבריהם שם שהטעם למה אין הולכים בממון אחר הרוב הרי זה כי מוחזקות חשיבא חזקה חיובית והרי היא מצטרפת עם המיעוט, וכ"כ רעק"א בשו"ת סי' ק"ו בד"ה גם הנני. ועי' גם בשט"מ בב"ב דף צ"ב ע"ב שהובאו דברי התוספי הרא"ש שטעמו של רב למה הולכים בממון אחר הרוב הרי הוא משום "דכל חזקה שנשנית (נר' דצ"ל שמשנתנית), דלפעמים זה מוחזק ולפעמים זה מוחזק, לא חשיבא חזקה", ומשמע שלפי שמואל הטעם הוא משום דחשיבא שפיר חזקה חיובית. וגם הקצה"ח בסי' ר"פ סק"ח כתב שטעמא דאין הולכים בממון אחר הרוב הוא משום שמוחזקות היא חזקה חיובית עיי"ש. והיינו בע"כ לפי ר' שמואל בר נחמני שיליף מוחזקות מקרא.

והנה הנתייה"מ בהתשובה הנ"ל בחמדת שלמה בחלק אה"ע הוכיח שסוף הענין של הממע"ה הוא רק הסברא של דכאיב לי' כאיבא וכו' ממה שרב סובר שהולכים בממון אחר הרוב. מיהו דבריו תמוהין דהא אדרבה שמואל סובר שאין הולכים בממון אחר הרוב.

וע"ע בקובץ הערות בסי' ע"א אות ב' וג' שכתב לתלות את המחלוקת אם תקפו כהן מוציאין אותו מידו או לא בהשאלה הנ"ל, דאם הממע"ה הוא רק משום הסברא שאין משנים את המצב, א"כ

עכשיו הכהן שתפס הוא המוחזק, וגם את המצב הזה אין משנים, וכתב שלפ"ז יוצא שהדין של הממע"ה הוא ממש דינא דכל דאלים גבר (וכן איתא בתוס' בכתובות דף כ' ע"א בד"ה ואוקי וכו' שהדין של הממע"ה הוא בעצם כמו כד"ג עיי"ש), אבל אם מוחזקות היא בגדר חזקה חיובית, אז שפיר מוציאים מיד התופס, ותמה שם על רב אשי בדף מ"ו שתמה למה לי קרא סברא היא, והרי הוא סובר שמספיק בהסברא של דכאיב לי' כאיבא וכו', דהא צריכים את הפסוק כדי לחדש את הדין של חזקה חיובית שיש במוחזקות. ועוד כתב שלפי רב אשי יוצא כפסקו של הרמב"ם שתקפו כהן אין מוציאים אותו מידו וכהנ"ל דכן יוצא לפי הדרך שמוחזקות אינה בגדר חזקה חיובית. מיהו זה סותר את מה שכתב הפ"י שהרמב"ם פוסק שילפינן הממע"ה מהפסוק. וצ"ל שהרמב"ם סובר כהדרך שכתבנו שאין כוונת הפסוק לחדש שמוחזקות היא בגדר חזקה חיובית, אלא לעולם סוף הדין הוא רק הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ומש"ה אין מוציאים מהתופס, רק שכוונת הפסוק היא לרבות שאין לשנות את המצב אלא א"כ יש עדים.

יז) עוד בענין מוחזקות ותוס' ד"ה ויחלוקו.

בענין מתי מהני מוחזקות אע"פ שאין בזה הראי' של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא.

הנה תוס' כאן הזכירו שבשנים אוחזין בטלית חשיב שאנו יודעים שיש לו בודאי

החצי כי אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא, וכן אידך, וכדאמרינן בדף ג' ע"א. ברם באמת יתכן שמודים תוס' שמוחזקות מהני לפעמים גם כשלא שייך האנן סהדי הנ"ל, רק שתוס' סוברים ששנים אוחזין בטלית הוא מהציורים שצריכים בדוקא את האנן סהדי הנ"ל, ולכן הזכירו תוס' דבר זה. וכבר ביארנו לעיל באות י' שלפ"ז יתכן שגם היכא שמספיק בסתם מוחזקות, בלי אנן סהדי, גם שם לא אמרינן כל דאלים גבר. ועוד ביארנו שם שמצד שני י"ל שתוס' סוברים ששנים אוחזין בטלית הוא מהציורים שסגי בסתם מוחזקות גם בלי האנן סהדי, רק שהוצרכו להאנן סהדי כדי להסביר למה לא אמרינן כד"ג, כי היכא שיש רק סתם מוחזקות אמרינן שפיר כל דאלים גבר. ועוד ביארנו שם מה הם הצדדים בענין אם שייך לומר כד"ג כשיש רק סתם מוחזקות עיי"ש.

ועכשיו נברר מתי סגי בסתם מוחזקות ומתי בעינן את האנן סהדי.

הנה להלן בדף ו' ע"ב מיייתנן שבספק בכור אמרינן שהמע"ה, והישראל זוכה מצד שהוא מוחזק בו, והרי התם אין שום ראי' מהמוחזקות שלו לעצם הספק אם זה בכור או לא, ובכל זאת חזינן דמהני המוחזקות, וא"כ מוכח שמהני מוחזקות אפילו היכא שאין המוחזקות מהווה אנן סהדי.

וכן להלן בדף ק' ע"א במחליף פרה בחמור ולא ידוע אם ילדה לפני המכירה או אחרי המכירה, מבואר דמהני מוחזקות היכא דקיימא ברשות חד מינייהו, אע"פ שגם שם אין שום ראי' מהמוחזקות.

וכן חזינן מהציור הרגיל של מנה לי

בידך והלה אומר אין לך בידי כלום דזוכה מחמת היותו מוחזק בממונו אע"פ שאין מזה ראיה לגוף השאלה אם לזה או לא לזה.

אמנם מצד שני חזינן בב"ב דף ל"ו ע"א שגודרות אין להם חזקה כי אין מזה שהוא מוחזק ראיה שהבהמות הן שלו כי אולי באו מעצמן, הרי ששפיר צריכים את האנן שהדי.

ועוד אמרינן להלן בב"מ כאן בדף קט"ז ע"א, וכן בשבועות דף מ"ו ע"ב, שבדברים העשויין להשאל ולהשכיר לא מהני מוחזקות כי אנו חוששין שמא באו לידו בדרך שאילה או שכירות ואין כאן אנן שהדי שהם שלו. הרי שמוחזקות מהני רק כשיש אנן שהדי.

מיהו יש לחלק ולומר דהיכא שיש דררא דממונא, דהיינו שגם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד, אז מהני גם סתם מוחזקות אפילו אם אין אנן שהדי, אבל היכא שכל הספק הוא רק ע"י טענותיהם אז בעינן את הכח של ראיה שיש במוחזקות.

וכהדרך הנ"ל לחלק בין היכא שיש דררא דממונא לבין היכא שאין דררא דממונא איתא בתוס' להלן בריש דף ק' כדי להסביר למה במחליף פרה בחמור אזלינן בתר מוחזקות ואילו בגודרות לא אזלינן בתר מוחזקות.

וראיתי גם בקו"ש בח"ב סי' ט' שהאריך בדרך זה, והסביר שכדי ללכת אחרי סתם

מוחזקות בעינן שיהי' בגדר "ממון המוטל בספק", ורק היכא שיש דררא דממונא, דהיינו שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם, הרי זה נחשב בגדר "ממון המוטל בספק", אבל לא היכא שאין דררא דממונא וכל הספק הוא רק מחמת טענותיהם, דאז אין זה נקרא בגדר ספק אלא בגדר חסרון ידיעה כי אחד מהם מסתיר מאתנו ידיעה מסוימת. מיהו צ"ע ממה שכתבו תוס' שבמנה שלישי מיקרי ששניהם מוחזקים, דהא בהציור של מנה שלישי אין דררא דממונא, וא"כ צריכים את כח הראיה שיש במוחזקות, והרי אפילו אם מיקרי שהשומר מחזיק בשביל שניהם אבל אין מתפיסתו שום ראיה (וכן הקשה הקו"ש על ב"ב באות קנ"ג, ועיי"ש במש"כ על זה).

מיהו י"ל שבמנה שלישי מה שהשומר מוחזק בו והוא עצמו אינו יודע למי להשיב הרי זה נחשב כמו שיש ספק בלי טענותיהם, כי ב"ד מתיחסים להספק של השומר ולא לטענותיהם, ומש"ה סגי התם בסתם מוחזקות*).

ולפ"ז יוצא שרבנן דמנה שלישי סוברים יהא מונח היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת אפילו היכא דאיכא דררא דממונא.

ולפ"ז כן יסברו גם במחליף פרה בחמור, וכן משמע באמת מסוף דברי תוס' כאן (ואע"פ שדוחק לומר שיש עוד שיטה במחליף פרה בחמור שאינה מזוכרת

הדרך שתוס' נתכוונו לומר שרק בגלל האנן שהדי לא אמרינן כל דאלימ גבר, א"כ אכתי יוצא שלא ביארו למה במנה שלישי לא אמרינן כל דאלימ גבר. וכבר הבאנו כעין דברים אלו לעיל באות י' בשם הקהלות יעקב בסוף סי' א'.

* וממנה שלישי מוכח כהדרך שתוס' נתכוונו לומר שגם בסתם מוחזקות לא מהני כל דאלימ גבר מחמת עצם העובדא שהוא מוחזק בו, ולא הזכירו את האנן שהדי אלא משום שבהציור של שנים או חזין לא מהני סתם מוחזקות, דהא לפי

בהמשנה ובהגמ', דהיינו רבנן דמנה שלישי שסוברים יהא מונח, אבל אין זה קשה, כי כעין זה כתב רבינו יונה בב"ב דף ל"ה ע"א, דכתב שם שלפי שמואל והתנאים שסוברים ששודא דדייני עדיף מיחלוקו א"כ הדין במחליף פרה בחמור הוא שאומרים שודא דדייני).

מיהו יש להעיר, איך שייך לומר שמנה שלישי חשיב דררא דממונא, הלא לפ"ז איך רצו תוס' לומר שנגיד שם כד"ג, הלא בדררא דממונא לא אמרינן כד"ג כדאמרינן בב"ב דף ל"ה ע"א (ובספרי על ב"ב בח"ב אות תצ"ג סק"ב בההערה השני' כתבתי שבאמת תוס' לא נתכוונו בקושייתם להקשות שנימא במנה שלישי כד"ג, אלא להקשות איך רצתה הגמ' לומר שבמנה שלישי נימא יחלוקו ולא יהא מונח, הלא לא שייך לומר שם יחלוקו, וא"כ שפיר אמרינן יהא מונח).

מיהו י"ל שתוס' סוברים שהסוגיא בב"ב שם אזלה כסומכוס, ורק לפי סומכוס לא אמרינן כל דאלימ גבר כשיש דררא דממונא, ודלא כתוס' בב"ב שם שמפרשים שבעל כרחך צ"ל שהסוגיא בב"ב שם מתכוונת גם לפי רבנן כי ההלכה כרבנן, אלא כהרשב"ם שסובר בב"ב דף ס"ג ע"א בד"ה תנו חלק לפלוני שההלכה היא כסומכוס, אשר לפ"ז י"ל שהסוגיא שם הקשתה באמת רק מסומכוס, וממילא י"ל שהתי' של דררא דממונא הוא רק לפי סומכוס, ורק לפי סומכוס לא אמרינן כד"ג כשיש דררא דממונא משום דסבירא לי' דהוי כאילו שניהם הם מוחזקין, אבל רבנן לית להו הך סברא דהוי כאילו שניהם מוחזקין (וכהקונטרס הספקות שהבאנו

באות ט"ו ודלא כהנחל יצחק שהבאנו שם). מיהו זהו דלא כמו שנקטה הגמ' להלן בדף ק' ע"א שגם לפי רבנן דסומכוס היכא שאין מוחזק ממש, או חזקת מרא קמא, אמרינן בדררא דממונא (כגון במחליף פרה בחמור) יחלוקו ולא כל דאלימ גבר, ולכאורה קיימא דבר זה גם בהמסקנא שם עיי"ש, וא"כ חזינן שגם רבנן דסומכוס אינם סוברים כל דאלימ גבר בדררא דממונא, וי"ל דהיינו משום שגם הם מודים שהו"ל כאילו שניהם מוחזקים, ואם כן הדרה קושיא לדוכתה איך הקשו תוס' שנגיד כל אלימ גבר במנה שלישי.

(וביותר קשה על תוס' בב"ב, שהרי בדף ל"ד ע"ב שם הקשו דנימא כד"ג במנה שלישי, ותירצו משום שהשומר מחזיק לשניהם והוי כאוחזין, וא"כ גם שם צ"ל שהם סוברים שמנה שלישי חשיב בגדר דררא דממונא, ואילו הם עצמם להלן שם בדף ל"ה ע"א כתבו שגם לפי רבנן דסומכוס מקשינן שם ממחליף פרה בחמור ומתריצין שלא אמרינן כד"ג בדררא דממונא).

וצ"ל בדעת תוס' שאע"פ שנקטה הגמ' להלן בדף ק' שרבנן דסומכוס מודים שיחלוקו בכגון מחליף פרה בחמור היכא שאין מוחזק ואין חזקת מרא קמא, אבל גם בלא"ה הרי זה בעל כרחך דלא כרבנן דמנה שלישי כי לפי רבנן דמנה שלישי הדין נותן שנגיד יהא מונח אע"פ שיש דררא דממונא וכמו שהם סוברים במנה שלישי לפי פירושנו בדברי תוס', וא"כ שפיר מקשים תוס' למה לא נאמר במנה שלישי כל דאלימ גבר. מיהו נהי שרבנן דמנה שלישי יסברו במחליף פרה בחמור

יהא מונח אבל מהיכא תיתי שאינם סוברים את החילוק שלא אמרינן כד"ג כשיש דררא דממונא.

ועוד יש להעיר על הדרך שהבאנו בענין מתי צריכים את האנן סהדי, דלפי הדרך הנ"ל למה במנה לי בידך אזלינן בתר המוחזקות של הנתבע, הלא אין שם דררא דממונא והרי ליכא שם שום אנן סהדי.

וצ"ל דרך אחרת איך לתרץ את מה שהערנו למה במנה שלישי רצו שנגיד יחלוקו הלא ליכא שם אנן סהדי, ולא את הדרך הנ"ל שכתבנו שמנה שלישי חשיב דררא דממונא דהא הדרך הנ"ל אינה מספקת בשביל מנה לי בידך, וא"כ צריכים להמציא דרך שאפי' אם מנה שלישי לא חשיב דררא דממונא, בכל זאת מהני שם סתם מוחזקות, וכן במנה לי בידך, אע"פ שאין שם אנן סהדי.

וי"ל דהיינו משום שאין להתובע חזקת מרא קמא, והיכא שאין חזקת מרא קמא מהני גם סתם מוחזקות, אפילו בלי הכח של אנן סהדי, וכן אפילו כשאין דררא דממונא.

וכהחילוק הנ"ל חזינן בנוגע לגודרות, דהא מה שאין לגודרות חזקה (כי אין את הכח של ראי' של מוחזקות) הרי זה רק כשיש חמ"ק אבל אם אין חמ"ק שפיר יש להן חזקה.

ויש לבאר את החילוקים הנ"ל כך, דסתם מוחזקות מהני רק כשיש גדר של ספק, והיכא שאין דררא דממונא אין זה בגדר ספק וכמו שהבאנו כבר מהקו"ש, אלא שנוסיף עכשיו שהיינו רק היכא שיש חזקת מרא קמא, אבל היכא שאין כאן

חמ"ק אז מחמת טענותיהם לחוד הרי זה מיקרי שיש מצב של ספק.

מיהו אכתי צריך ביאור כי כבר הבאנו שהקו"ש כתב שהיכא שאין דררא דממונא אין זה בגדר ספק כי כיון שאין כאן דבר מופשט שמעורר ספק לב"ד הרי זה רק בגדר חסרון ידיעה דהיינו שאחד מהם מסתיר ידיעה מב"ד, ומעתה הרי גם כשאין חמ"ק הרי זה רק בגדר חסרון ידיעה כי אין כאן דבר מופשט שיעורר ספק. מיהו באמת יש להגדיר דלא כהקו"ש אלא י"ל שלא בעינן בדוקא דבר מופשט, אלא גם טענה מעוררת ספק, רק שלא סגי בטענה לחוד לעורר ספק במקום חמ"ק כיון שחמ"ק היא בגדר חזקה חיובית, אלא צריכים שגם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד, אבל היכא שאין חמ"ק, שפיר סגי בטענה לחוד כדי לקבוע ספק.

(והנה בנוגע למה שכתבנו שחמ"ק היא חזקה חיובית יש להוסיף שלפי הצד שחקר הקונטרס הספקות בכלל א' אות ה' שחמ"ק היא בגדר חזקה קמייתא כמו באיסורין הרי היא בודאי בגדר חזקה חיובית, ולפי הצד שחקר דהוי בגדר סוג מסוים של מוחזקות, ג"כ י"ל שמוחזקות היא בגדר חזקה חיובית ולא רק שאין משנים את המצב מספק, עי' בזה באות ט"ז.)

מיהו צ"ע על הדרך הנ"ל, למה בשנים אוחזין בטלית בעינן את האנן סהדי, הלא הדין נותן שתועיל מוחזקות גם בלי אנן סהדי, ואע"פ שאין כאן דררא דממונא, אבל הלא אינו אומר נגד חמ"ק (ואין לומר כהדרך שאה"נ, גם סתם מוחזקות מהני בשנים אוחזין בטלית, רק שתוס' הוצרכו לומר את האנן סהדי כדי להסביר למה לא

אמרינן כד"ג, וכהדרך שכתבנו באות י' שבאמת נגר סתם מוחזקות הדין נותן שנגיד כד"ג, דזה אינו, כי כבר הפרכנו דרך זה כי לפי הדרך הנ"ל הדין נותן שגבי מנה שלישי נגיד כד"ג ולא מהני מה שכתבו תוס' דחשיבי שניהם מוחזקין כיון דהוי רק בגדר סתם מוחזקות בלי אנן סהדי).

יח) דברי התוס' רי"ד כאן בענין כל דאלים גבר.

א. ע' בתוס' רי"ד שהקשה כתוס' למה לא אמרינן כאן כד"ג, ות' וז"ל, דכיון דהוא בידם לא אמרינן כד"ג, שאין זה דין שנאמר לאלים תקוף את החלש ותוציא את שבידו ותזכה בו עכ"ל. ולהלן שם הביא דהיכא דאיכא דררא דממונא לא אמרינן כד"ג, ובביאור הדבר כתב וז"ל, פי' דהתם השפחה רשות שניהם שלטה עלי', שיצאה מרשות המוכר ונכנסה לרשות הלוקח, ונסתפקנו ברשות מי ילדה (כפירושו של הרשב"ם בב"ב דף ל"ה ע"א בדורא דממונא ודלא כתוס' שפירשו שהכוונה היא שבלא טענותיהם יש ספק לב"ד), ודמיא כאילו שניהם אוחזין בה עכ"ל. ולכאורה צ"ע דנהי דהוי כאילו שניהם אוחזין בה אבל מכיון שאינם אוחזין במציאות א"כ לא שייך סברתו שכתב שאין זה דין לומר להאלים תקוף את החלש. ואם נאמר שלא דוקא כתב כן, אלא גם בלא"ה אין זה דין לומר להם לזכות ע"י תקיפות א"כ גם כשאינם בגדר מוחזקים נאמר כן.

מיהו י"ל שלעולם לאו דוקא כתב שאין זה דין לומר להאלים תקוף את החלש ותוציא מידו, אלא גם בלא"ה אין זה שורת הדין לפסוק פסק של כד"ג, רק דהא

דאמרינן כד"ג כשאין שניהם מוחזקין אין זה בתורת פסק דין, אלא הרי זה משום שב"ד מסתלקין, וכן כתב שם להדיא בתוך דבריו דהוי בגדר סילוק ב"ד, רק דהיכא שהם בגדר מוחזקין ע"י שהם אוחזין במציאות או ע"י שיש דררא דממונא, אין ב"ד רשאים להסתלק אלא הרי הם חייבים לפסוק, ולכן אי אפשר לומר כד"ג כי אין זה בגדר דין לומר להם לזכות ע"י תקיפה, אבל היכא שאינם אוחזין אומרים כד"ג בתורת סילוק ב"ד כי התם אינם חייבים לדון.

ב. הנה התוס' רי"ד כתב שם בתוך דבריו וז"ל, אבל אם לא היו שניהם תפושין, כגון דמנח בסימטא קמיייהו ומריבין עליו, אמרינן כד"ג כדמוכח בפרק חזקת הבתים גבי ההיא ארבא וכו', והמטלטלין והקרקעות בזה שוין וכו' עכ"ל. וצ"ע דפשיטא שהם שוים ולמה היינו אומרים שאינם שוים. ועי' גם ברמב"ן שטרח לבאר שגם במטלטלין אמרינן כד"ג.

יח*) בענין אם אומרים כד"ג היכא ששניהם יושבים בתוך קרקע עלי'.

הנה יש לעיין היכא ששניהם יושבים בתוך קרקע, האם אמרינן כד"ג או לא. דהנה בכה"ג י"ל דלא שייך לומר את הסברא שכתבו הראשונים שכיון שאנן סהדי שכל מה שתחת יד אדם שלו הוא אי אפשר לתת לאחד לגזול את חברו, כי בקרקע ליכא אנן סהדי, כי אין תפיסה בקרקעות, אבל מצד שני סברת התוס' רי"ד

שהבאנו בהאות הקודמת שפיר שייכת, דהא גם בכה"ג אין זה דין לומר להחזק תקוף את החלש ותוציא אותו מהקרקע. מיהו לפי הדרך שכתבנו בהאות הקודמת בהבנת דברי התוס' רי"ד יוצא שגם בכה"ג נאמר כד"ג, כי כיון שאין להם דין מוחזק יכולים ב"ד לומר כד"ג בתורת סילוק.

יט) דברי רש"י בזה אומר אני ארגתי, ושיטתו בנוגע למתי אומרים יחלוקו, יהא מונח, וכל דאלים גבר.

א. ביאור שיטת רש"י.

ע"י ברש"י בד"ה במקח וממכר שכתב וז"ל, אבל זה אומר אני ארגתי וזה אומר אני ארגתי, לא יחלוקו, דודאי חד מינייהו רמאי הוא, ותהא מונחת עד שיבוא אליהו עכ"ל. הרי דס"ל שלא אמרינן יחלוקו היכא שיש ודאי רמאי אפילו אם הם אוחזין. וצ"ע מאי שנא משנים אדוקים בשטר דאמרינן יחלוקו אע"פ שאחד מהם ודאי רמאי. וי"ל דשאני התם שהחלוקה יכולה להיות אמת, אבל באני ארגתי סובר רש"י שאין החלוקה יכולה להיות אמת כי מהיכא תיתי לומר שאחרי האריגה מכר להשני חצי, אבל שטר לפרעון קיימא וא"כ אולי פרע לו רק חצי*) (ועי' ברא"ש שכתב

שבאני ארגתי אמרינן יחלוקו, וכתב הפלפולא חריפתא באות ד' דחשיב שפיר חלוקה יכולה להיות אמת כי אולי ארגו אותה יחד).

ברם לפי הנ"ל הי' רש"י צריך לכתוב שלא אמרינן יחלוקו משום שאין החלוקה יכולה להיות אמת וכמו דאמרינן גבי מנה שלישי שלפי רבנן לא אמרינן שם יחלוקו משום שאין החלוקה יכולה להיות אמת. וצ"ל שרק התם במנה שלישי סגי בטעם זה כי רש"י סובר דהתם לא מיקרי אוחזין (וכן סובר הריב"א בב"ב דף ל"ד ע"ב כמו שנבאר להלן באות כ'), אבל היכא ששניהם אוחזין אז מלבד ממה שאין החלוקה יכולה אמת בעינן שיהי' גם ודאי רמאי, ורק כשיש את שני החסרונות אמרינן יהא מונח ולא יחלוקו (והא דלא אמרינן בזה אומר אני ארגתי וכו' כד"ג י"ל שרש"י יגיד כמו תוס' דהיינו משום שהם אוחזין, ורש"י יסבור כן אע"פ שיש ודאי רמאי ואין אנן סהדי).

ועוד י"ל שבאמת טעמייהו דרבנן גם במנה שלישי הוא משום שיש גם ודאי רמאי ואין אנן סהדי, דהא להלן בדף ג' שם הוזכר דבר זה גם לפי רבנן עיי"ש.

מיהו אכתי צ"ע כי אכתי הי' רש"י צריך להזכיר גם את החסרון של אין החלוקה יכולה אמת ולא רק החסרון של ודאי רמאי. ועוד דיש להעיר על סברת הדבר, למה

ושניהם אדוקים בו, אבל זה אומר אני ארגתי, רחוק הוא שבין שניהם ארגוה, וכיון דאיכא ודאי רמאי יהא מונח עכ"ל.

ועי' בספר קונטרסי השיעורים בסי' א' אות ד' בד"ה ובשטמ"ק וכו' מה שכתב בביאור דברי השט"מ הנ"ל.

*) ועי' בשט"מ להלן בע"ב בד"ה והא דתניא וכו' שכתב בשם "מורנו הרב נר"ו" וז"ל, יש לומר דמש"ה אמרינן יחלוקו (בשנים אדוקין בשטר) ולא אמרינן יהא מונח, משום דרגלים לדבר שפרע מחצה, והוציאו ללכת לסופר לכתוב בו שפרעו מחצה או לכתוב אחר במחצית החוב שבו, ונפל,

צריכים דוקא את שני החסרונות יחד, דהיינו גם ודאי רמאי וגם שאין החלוקה יכולה להיות אמת.

וכן למה דוקא כשהם אוחזין משא"כ כשאינם אוחזין סגי באין החלוקה יכולה להיות אמת (לפי הדרך הראשון שכתבנו).

ונראה לבאר סברת הדבר כך, דהיכא שהם אוחזין, הרי ב"ד חייבים לפסוק, והיכא שחייבים לפסוק אי אפשר לומר יהא מונח, ולכן אמרינן יחלוקו אפילו אם אין החלוקה יכולה להיות אמת, אבל היכא שאינם אוחזין, אז אינם חייבים לפסוק, ולכן במנה שלישי אמרינן יהא מונח, וכן היכא שהם אוחזין רק שיש ודאי רמאי אינם חייבים לפסוק, אבל בכה"ג שהם אוחזין הרי הם חייבים לשמור על המוחזקות של זה שאומר אמת, ומש"ה גם בכה"ג אמרינן יחלוקו, לא בתורת פסק דין, אלא לשם לשמור על המוחזקות, ולכן בשנים אדוקים בשטר אמרינן יחלוקו, אבל היינו רק כשהחלוקה יכולה להיות אמת, אבל היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת מעדיפים לשמור על המוחזקות ע"י יהא מונח ולא ע"י יחלוקו כמו בזה אומר אני ארגתי' כי כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת, לומר יחלוקו אינו דרך איך לשמור על המוחזקות, וכל זה אמור רק כשאין דררא דממונא, אבל היכא שיש דררא דממונא, דהיינו כשיש ספק לב"ד בלי טענותיהם, הרי ב"ד חייבים תמיד לפסוק כי חשיב שיש ספק מחמת הדררא דממונא, ואפילו כשיש ודאי רמאי ואין החלוקה יכולה להיות אמת ואינם אוחזין כי חשיב בגדר ספק (ורש"י יכול שפיר לסבור כהנ"ל אע"פ שאינו מפרש שזהו

כוונת הגמ' בע"ב כשהזכירה דררא דממונא).

ועכשיו נבאר את הנ"ל באריכות יותר, ובהקדם דברי הקו"ש בריש ב"ב, דהנה בב"ב דף ל"ה ע"א אמרינן שהיכא שיש דררא דממונא לא אמרינן כד"ג, ופי' התוס' רי"ד כאן דהיינו משום שהיכא שיש דררא דממונא הרי זה כאילו שניהם מוחזקים והיכא ששניהם מוחזקים לא אמרינן כד"ג. מיהו הקו"ש בב"ב אות ט' כתב טעם אחר, והיינו משום שכד"ג הרי זה בגדר סילוק ב"ד, ורק היכא שאין דררא דממונא, אלא כל הספק הוא מחמת טענותיהם, יש לב"ד רשות להסתלק, כי התם לא מיקרי שיש ספק, אלא הרי זה בגדר חסרון ידיעה כי אחד מהם מסתיר מאתנו ידיעה מסוימת ע"י טענתו, או בזדון או בשגגה, והיכא שיש חסרון ידיעה אין ב"ד מחויבים לפסוק, אבל היכא שיש ספק לב"ד בלא טענותיהם, הרי זה בגדר ספק ולא בגדר חסרון ידיעה, כי בכה"ג אין הספק בנוי על זה שיש מי שהוא שמסתיר מאתנו ידיעה, ולכן בכה"ג הרי הם שפיר מחויבים להזקק ואינם יכולים להסתלק ומש"ה לא אמרינן כל דאלים גבר.

ויש להוסיף, דהנה בפשטות נראה דהיכא ששניהם אוחזין הרי ב"ד עושים יחלוקו בתורת פסק דין אפילו אם אין דררא דממונא, והיינו משום שגם היכא שהם אוחזין אין ב"ד יכולים להסתלק, כי אע"פ שיש כאן חסרון ידיעה, אבל בכל זאת מכיון ששניהם מוחזקין אין ב"ד יכולים להסתלק, וכוונת הראשונים כאן היא ליתן טעם למה אינם יכולים לומר כד"ג בתורת פסק דין, ועל זה כתבו משום

שאינן זה פסק דין הגון לתת לאחד מהם לגזול את חברו, אבל בתורת סילוק ב"ד בודאי אינם יכולים לעשות כד"ג כי הרי הם חייבים לפסוק.

ויש להוסיף דהיינו רק היכא שאין ודאי רמאי ואין הספק בא דוקא מחמת רמאות, דאז הרי אנו חייבים לפסוק כיון שהם מוחזקין אע"פ שאין דררא דממונא אלא הוי בגדר חסרון ידיעה, וממילא מכיון שאנו חייבים לפסוק הרי אנו אומרים אז יחלוק בתורת פסק דין של יחלוק במקום ספק, ולכן הרי אנו אומרים כן אפילו היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת, כי אין לנו ברירה אז לומר יהא מונח, כי יהא מונח אינו בגדר פסק דין אלא הרי אנו דוחים ולא פוסקים*), אבל עכ"פ כל זה הוא רק היכא שאין ודאי רמאי, אבל היכא שיש ודאי רמאי אין אנו חייבים לפסוק את הדין, אבל הרי אנו שפיר חייבים להזקק להם ולשמור על המוחזקות של הבעל דין שאינו משקר ולדאוג שלא יפסיד את המוחזקות שלו על חצי, דהיינו לפעול בתורת "שוטרים", והרי אנו עושים כן על ידי לעשות חלוקה, ואין אנו יכולים לומר כד"ג כי אין זה הגון לתת לאחד מהם לגזול את חברו אלא הרי אנו צריכים לשמור על המוחזקות, אלא שהיינו רק היכא שהחלוקה יכולה להיות אמת כמו בשנים אדוקים בשטר, אבל היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת אין עושים יחלוק, כי

כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת, לומר יחלוקו אינו דרך איך לשמור על המוחזקות, ולכן אומרים יהא מונח עד שיבוא אליהו, וכמו שכתב רש"י בזה אומר אני ארגתי, ונהי שיש בדרך זה צד שלילי, כי עד שיבוא אליהו אף אחד לא יהנה מהחפץ, אבל בכל זאת הרי אנו מעדיפים יהא מונח מלעשות חלוקה שאינה יכולה להיות אמת, אבל עכ"פ כל זה הוא רק כשיש ודאי רמאי, כי אז אין אנו חייבים לפסוק, אע"פ שהם אוחזין, כי אין אנו חייבים לפסוק היכא שהספק בא לנו רק מחמת שאחד מהם אומר דברי שקר, אבל היכא שאין ודאי רמאי הרי אנו חייבים לפסוק כיון שהם מוחזקין, ואין אנו רשאים להשהות את הדבר ע"י יהא מונח, ולכן הרי אנו אומרים יחלוקו בתורת פסק, ולא יהא מונח, אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת.

והיכא שיש דררא דממונא, דאמרינן שם יחלוקו, הרי זה כי התם ב"ד חייבים תמיד לפסוק, כי חשיב תמיד בגדר ספק מחמת הדררא דממונא, ולכן אי אפשר לומר יהא מונח, ואפילו היכא שיש ודאי רמאי הרי זה נקרא בגדר ספק ולא בגדר חסרון ידיעה כיון שיש דררא דממונא.

ולפי כל הנ"ל יוצא שלפי רש"י מכיון שבציוור של שנים אוחזין בטלית אין ודאי רמאי, א"כ יוצא שאנו עושים יחלוקו בתורת פסק דין, ואפילו היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת עושין כן.

* והנה ע"י לעיל באות י"ג ס"ב שכתבנו בדעת הרמב"ן שיהא מונח מיקרי שפיר להזקק להם. מיהו אכתי יש לומר כדברינו כאן, כי אע"פ שמיקרי

והיכא שיש ודאי רמאי רק שהחלוקה יכולה להיות אמת כמו בשנים אדוקים בשטר, התם אמרינן יחלוקו כדי לשמור את המוחזקות של זה שאומר אמת, ועדיף לומר יחלוקו מלומר יהא מונח ושלא יהנה זה שאומר אמת, אבל היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת כמו בארגתי, אז הדרך איך לשמור על המוחזקות של זה שאומר אמת הוא ע"י יהא מונח ולא ע"י יחלוקו.

מיהו אכתי לא הסברנו למה כשאין מוחזקין ואין החלוקה יכולה להיות אמת, אשר בכה"ג אין חייבים לפסוק, כיון שאינם מוחזקין וליכא דררא דממונא, וכן אין צורך לשמור על המוחזקות כיון שאין כאן מוחזק, א"כ למה אומרים יהא מונח ולא כל דאלימ גבר. ובאמת כבר הקשו תוס' בב"ב דף ל"ד ע"ב בד"ה ההוא ארבא קושיא זו על הריב"א שסובר גם הוא שבמנה שלישי לא חשיבי מוחזקין, ולהלן באות כ' נביא את דבריהם ואת דברי הנחלת דוד.

ב. הרמב"ם ורבינו ירוחם (לפי הש"ך) שהיכא שבודאי אין רמאי חולקים אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת ואינם אוחזין ואין דררא דממונא.

וכעין הביאור הנ"ל י"ל גם בשיטת הרמב"ם ורבינו ירוחם לפי ביאורו של

הש"ך, דעי' בס"י שס"ה סק"ב שביאר הש"ך (וכן מבואר בדבריו לעיל שם בס"י ש' סק"ה) בדעת הרמב"ם ורבינו ירוחם דהיכא שבודאי אין כאן רמאי אמרינן יחלוקו אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת, ולכן פסקו שאם אחד אומר לשני אנשים גזלתי מאחד מכם מנה ואיני יודע מאיזה מכם, הרי הוא נותן מנה וחולקים אותו, כי אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת אבל בכל זאת לא אמרינן יהא מונח כי התם בהציוור של גזלתי לאחד מכם הרי בודאי אין שום רמאי כי הם אינם תובעים אותו אפילו בטענת שמא, משא"כ היכא שתובעים אותו בשמא נהי שאין ודאות שיש רמאי כי יכול להיות ששניהם ישרים בלבותם, אבל הרי גם יתכן שאחד מהם משקר ואינו שמא.

ויש לבאר את השיטה הנ"ל על פי הדרך הנ"ל שכתבנו, והיינו דהיכא שבודאי אין רמאי, אז חייבים לפסוק אע"פ שאין דררא דממונא אלא חסרון ידיעה, וכן אע"פ שאינם אוחזין, ולכן בכה"ג אמרינן יחלוקו, אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת כי יהא מונח אינו בגדר פסק דין*).

ג. דברי הרשב"א הפ"י והתומים בענין למה לא אמרינן יהא מונח בשנים אדוקין בשטר.

והנה כבר הקשינו לעיל בסק"א על רש"י דמאי שנא אני ארגתי משנים

אין רמאי אמרינן שחייבים לפסוק כשאין החלוקה יכולה להיות אמת, אבל אין לומר דחשיבי מוחזקין, כי נראה שלפי הרמב"ם הדין נותן שנאמר אז יחלוקו, כי מכיון שלפי הרמב"ם שייך לפעמים פסק דין של יחלוקו אע"פ שאין החלוקה

* ברם צריכים להוסיף שצ"ל דאזלי שבמנה שלישי לא חשיבי מוחזקין (ומש"ה אמרינן יהא מונח כיון שיש ודאי רמאי ואין החלוקה יכולה להיות אמת, ובאמת גם אם לא ה"י בגדר ודאי רמאי היינו אומרים יהא מונח, כי רק כשבודאי

בדאי רמאי, דהיינו שהיכא שיש ודאי רמאי לא אמרינן יחלוקו ולכן באני ארגתי אמרינן יהא מונח, ודלא כדרכנו הנ"ל שרק היכא שיש גם החסרון של אין חלוקה יכולה להיות אמת לא אמרינן יחלוקו, ולכן נתקשה להרא"ש מה שהקשינו שא"כ למה בשנים אדוקים בשטר אמרינן יחלוקו הלא יש ודאי רמאי, ועל זה תי' שהתם אתי כחכמים אבל רש"י קאי כרבי יוסי שסובר שהכל תלוי בודאי רמאי.

מיהו בדף ג' בסוף הסוגיא שם הזכירה הגמ' "ודאי רמאי" גם לפי רבנן, וא"כ חזינן שלאחר שאמרינן כן לפי רבי יוסי הה"נ לפי רבנן, וכ"כ הנחלת דוד. וכ"כ הבית הלוי בח"ג סי' ל"ב סק"ב, אלא שנסתפק הבית הלוי האם סגי בזה לחדוד שאין ודאי רמאי כדי לומר יחלוקו, או האם בעינן ג"כ שהחלוקה יכולה להיות אמת וצריכים את ב' המעלות כדי לומר יחלוקו (וכתב שלפי תוס' שחולקים על רש"י וסוברים יחלוקו בזה אומר אני ארגתי' כי לפי רבנן סגי בחלוקה יכולה להיות אמת, ואמרינן יחלוקו אפילו אם יש ודאי רמאי כגון בארגתי', א"כ רבי יוסי בודאי סובר שצריכים את ב' המעלות, דהיינו גם שהחלוקה יכולה להיות אמת וגם שלא יהא ודאי רמאי, כי לא מסתבר לומר שהוא סובר שהכל תלוי רק בודאי רמאי ולעשות עי"ז מחלוקת מן הקצה אל הקצה).

ועי' בפ"י בדף ז' שם שהעיר עוד על הדרך של התוס' הרא"ש, דהא איתא בדף

ודאי רמאי, דגם אז נאמר שחייבים לפסוק יחלוקו משום שהם אחזין.

אדוקים בשטר דאמרינן התם יחלוקו, ולא יהא מונח, אע"פ שיש ודאי רמאי.

מיהו עי' ברשב"א בע"ב בסד"ה אי תנא מציאה וכו' שביאר שלא שייך בשנים אדוקים בשטר לומר יהא מונח כי אם נאמר יהא מונח על המעות של הלוח הלא צריכים להוציא מעות ממנו והרי זה נקרא שהפסדנו אותו לגמרי כי מהו הנפ"מ להלוה אם המעות מונחים אצל המלוה או אצל ב"ד. וכ"כ הפ"י להלן בדף ז' בד"ה שנים אדוקין בשטר וכו' דלא אמרינן יהא מונח אלא היכא שאין מוחזק בהדבר שטוענים עליו וכמו במנה שלישי דמונח ביד שלישי, א"נ בטלית דתופסין בהכרכתא, דאז שייך לומר שיהא מונח כמו שהוא עכשיו, אבל לא אמרינן יהא מונח להוציא מהלוה ולהפסידו עי"ז. וכדברים אלו כתב גם האו"ת בסי' קל"ח סק"ב עיי"ש. ועוד ביארו שאם נאמר יהא מונח על השטר נהי שאומרים שישאר הדבר כמו שהוא עכשיו אבל עי"ז הרי מזכין את הלוח לגמרי דהא מיפטר מלפרוע את החוב.

וע"ע להלן בסק"ד ובאות כ"א שנביא שיש צד לומר שרבי יוסי דמנה שלישי סובר יהא מונח גם בשנים אדוקים בשטר.

ד. התוס' הרא"ש.

והתוס' הרא"ש בד"ה וסיפא וכו' כתב שהברייתא של שנים אדוקים בשטר הוא כחכמים דמנה שלישי, ואילו רש"י קאי כרבי יוסי, והיינו משום שהתוס' הרא"ש הבין שרש"י מתכוין לומר שהכל תלוי רק

יכולה להיות אמת, דהיינו כשבודאי אין רמאי, א"כ למה לא נאמר כן גם כשהוי רק בגדר אין

ז' שרבי יוסי חולק על הסיפא של הברייתא הנ"ל של שנים אדוקין בשטר וא"כ משמע שהוא מודה להרישא שאמרינן יחלוקו אע"פ שהוא ציור של ודאי רמאי.

(כ) פירוש הריב"א בב"ב.

א. עי' בתוס' בב"ב שהביאו את פירושו של הריב"א דהיכא שהם מוחזקין אמרינן יחלוקו אפילו אם יש ודאי רמאי כדחזינן גבי שנים אדוקין בשטר. וגם היכא שאינם אוחזין אמרינן יחלוקו כדחזינן ממה שהקשו דנימא יחלוקו גבי מנה שלישי אע"ג דלא חשיבי שם מוחזקין. והא דלא אמרינן במנה שלישי כל דאלים גבר הרי זה בגלל הדין שלא מפקינן וכמו שנבאר להלן. והא דלא אמרינן גבי ארבא יחלוקו הרי זה כי בארבא יש ודאי רמאי, והיכא שאינם מוחזקין לא אמרינן יחלוקו כשיש ודאי רמאי, אבל היכא שאין ודאי רמאי אמרינן יחלוקו אפילו כשאינם מוחזקין.

ולכאורה ביאור שיטת הריב"א הוא כך, דהיכא שהם מוחזקין, ואפשר לומר יחלוקו משום המוחזקות שלהם, א"כ בכה"ג אמרינן יחלוקו אפילו כשיש ודאי רמאי, אבל היכא שאינם מוחזקין, אשר התם יש אפשרות לומר רק את היחלוקו של הכרעת ספקות, א"כ כשיש ודאי רמאי לא אמרינן את היחלוקו של הכרעת ספקות משום שאין זה נקרא בגדר ספק אלא בגדר חסרון ידיעה כיון שאחד מהם מסתיר מאתנו ידיעה, עי' בזה לעיל באות י"ז ובאות י"ט סק"א (וע"ע באות ט' בענין איך רצתה הגמ' לומר בכגון מנה שלישי את היחלוקו של ספקות הלא הוי בגדר "איכא למיקם

עלה דמילתא" אשר בכה"ג אמרינן בב"ב דף ל"ה שלא אמרינן יחלוקו של ספקות).

מיהו צ"ע על הריב"א למה בארבא לא אמרינן יהא מונח, והנה הרמב"ן (הובא לעיל באות י"ג סק"ב) כתב דהיינו משום דכיון "שלא מזדקינן להו לית לן למיחש לרמאי", פי' דכיון שאינם מוחזקין אין אנחנו חייבים להזקק להם ולחשוש שמא הרמאי יגבר, ומכיון שאין נזקקין להם הרי אנו אומרים כד"ג ולא יהא מונח כי ע"י יהא מונח הרי זה נקרא שאנו שפיר נזקקין להם, ולכן רק במנה שלישי אמרינן יהא מונח כיון דחשיבי מוחזקין אבל לא בארבא, אבל לפי הריב"א הרי חזינן במנה שלישי שאומרים יהא מונח אע"פ שלפי הריב"א אינם נחשבים מוחזקין, וא"כ צ"ע כהנ"ל דגם בארבא למה לא נזקק להם לומר יהא מונח במקום כד"ג.

והנה אנחנו הקשינו בדברינו הנ"ל למה בארבא לא אמרינן יהא מונח לפי הריב"א. מיהו ראיתי במפרשים כאן שדנו איפכא, והיינו למה לפי הריב"א לא אמרינן במנה שלישי כד"ג, דהנה המהר"ם שיף כאן הבין שהריב"א סובר לחלק בין ארבא למנה שלישי משום שבמנה שלישי חשיבי שניהם מוחזקין וכמש"כ תוס' ומש"ה אין אומרים כד"ג, מיהו הנחלת דוד בד"ה אך בעיקר וכו' השיג עליו דאם הריב"א סובר שבמנה שלישי מיקרי ששניהם מוחזקין א"כ מנא לי' להריב"א לחדש שגם היכא שאינם מוחזקין אמרינן יחלוקו היכא שאין ודאי רמאי, והביא שמתוס' בב"ב מבואר שטעמו של הריב"א הרי זה כי הוא סובר שבמנה שלישי אינם נחשבים אוחזין ומש"ה חידש

הריב"א מהגמ' בדף ג' שהיכא שאין ודאי רמאי (וכמו שסברה הגמ' בדף ג' בהקושיא) אמרינן יחלוקו אע"פ שאינם אוחזין, ורק היכא שיש ודאי רמאי אמרינן כד"ג, ומעתה מכיון שלפי הריב"א במנה שלישי לא מיקרי מוחזקין א"כ אכתי טעמא בעי מ"ש דגבי ארבא אמרינן כד"ג ואילו גבי מנה שלישי אמרינן יהא מונח ולא אמרינן כד"ג.

ותי' הנחלת דוד על זה, דהיינו משום שתפיסת השלישי חשיבא כתפיסת ב"ד ויש מ"ד בב"ב דף ל"ד ע"ב שלא מפקינן מב"ד לומר כל דאלים גבר, ואפילו למ"ד מפקינן, הרי זה כי ב"ד תפסו בתחילה על מנת להוציאו מתחת ידם אם לא יביא ראיה, משא"כ במנה שלישי שלא לקח בתחילה על מנת כן לכו"ע לא מפקינן, והביא שתוס' בב"ב שם הקשו באמת על הריב"א למה במנה שלישי לא אמרינן כד"ג, וכתבו דבשלמא למ"ד לא מפקינן נחא, אבל למ"ד מפקינן א"כ גם במנה שלישי נימא מפקינן, ועל זה תי' הנחלת דוד כהנ"ל שבמנה שלישי כו"ע סוברים שלא מפקינן (אלא שנשאר הנחלת דוד קשה על הריב"א דנהי שלפי הבנתו של הריב"א שמנה שלישי לא מיקרי אוחזין א"כ חזינן מקושיית הגמ' שאוחזין לאו דוקא הוא, דמש"ה מקשינן שגם במנה שלישי נימא יחלוקו, אבל הא גופא קשיא, דמנא לה להגמ' עצמה שכן הוא, דהא אולי באמת אוחזין הוא דוקא ולכן במנה שלישי לא אמרינן יחלוקו).

ועכ"פ תוס' בב"ב, והמהר"ם שיף, והנחלת דוד, דנו רק למה במנה שלישי לא

אמרינן כד"ג, אבל לא דנו למה בארבא לא אמרינן יהא מונח וכקושייתנו הנ"ל.

ב. עי' בתוס' בב"ב שם שהקשו על הריב"א ד' קושיות. א', איך הקשו בהסוגיא בב"ב שם שבשני שטרות שיוצאין ביום אחד וכן במחליף פרה בחמור נימא כל דאלים גבר, הלא התם ליכא ודאי רמאי וא"כ עדיף לומר יחלוקו (אע"פ שאינם אוחזין), ב', דלהלן בדף ג' כאן אמרינן את הכלל של ודאי רמאי רק לפי רבי יוסי אבל לפי רבנן אמרינן שתלוי באם החלוקה יכולה להיות אמת, ג', אכתי קשה איך מקשינן שבמנה שלישי נימא יחלוקו, הלא התם אינם מוחזקין ובכה"ג לא אמרינן יחלוקו היכא שיש ודאי רמאי, ד', דלהלן בדף ז' ע"א אמר רבי שבשנים אדוקין בשטר מחזירין להמלוה והוא גובה הכל ופרכינן וכי לית ליה לרבי מתני' דשנים אוחזין בטלית, ואילו לפי הריב"א אולי שפיר אית ליה מתניתין דשנים אוחזין רק שהוא סובר שאפילו היכא שאוחזין צריכים שלא יהי' ודאי רמאי.

ועי' בנחלת דוד כאן, ובבית הלוי ח"ג סי' ל"ב, ובאבן האזל על פ"ט מהל' טוען ונטען ה"ז (קטע "ובישוב" ולהלן שם), מה שכתבו ליישב את הקושיות הנ"ל.

ג. והנה שיטת הרי"ף להלן בע"ב היא שהציר של מקח וממכר בהמשנה איירי כשהמקח הוא ביד המוכר. ומזה יוצא מהציר של מקח וממכר בהמשנה כמו הריב"א שאומרים יחלוקו גם בלא אוחזין. וראיתי מקשים שא"כ למה לא אמרינן בהצריכותא שצריכים את הבבא של מקח

וממכר כדי להשמיענו שאמרינן יחלוקו גם כשאנינם אוחזין.

כא) בענין שיטת רבי יוסי במתי אומרים יהא מונח.

הנה במנה שלישי קאמר רבי יוסי שהכל יהא מונח עד שיבוא אליהו. ואמרינן להלן בדף ג' ע"א נימא מתניתין דלא כרבי יוסי כי לפי רבי יוסי גם בשנים אוחזין היינו צריכים לומר יהא מונח, ודחינן שרבי יוסי קאמר יהא מונח רק במנה שלישי כיון שיש שם ודאי רמאי, דכל היכא שיש ודאי רמאי אומר ר"י יהא מונח, אבל בשנים אוחזין בטלית אין ודאי רמאי, א"נ דאפילו היכא שאין ודאי רמאי אמרינן יהא מונח, אבל היינו רק בכגון מנה שלישי, דהיינו בציור שאם יש כאן באמת רמאי הרי ע"י שאמרינן הכל יהא מונח יודה כדי שלא להפסיד את המנה שלו, אבל בשנים אוחזין אכתי הדין נותן שנגיד יחלוקו כי אין סיבה שיודה ע"י יהא מונח. ושוב פרכינן על ה"אי נמי" דאכתי יוצא שרבי יוסי ה' צריך לומר יהא מונח גבי מקח וממכר, כי התם שניהם נתנו מעות, וא"כ ע"י שנאמר שהכל יהא מונח יודה על האמת כדי לא להפסיד את מעותיו, ומסקינן שמחזורתא כמו הסברא הראשונה שרבי יוסי קאמר רק בודאי רמאי.

ועי' בתוס' שכתבו שאפשר להבין את המסקנא בשני דרכים: א', שרבי יוסי אומר יהא מונח רק היכא שיש ודאי רמאי, אבל לא במציאה ומקח וממכר, וטעמו הוא כדי שהרמאי לא ירויח, ובהציור של מנה שלישי גם יפסיד את שלו, וכן בשנים אדוקים בשטר כדי שלא ירויח הרמאי את חצי

השטר, אבל היכא שאין ודאי רמאי וכגון במציאה או במקח וממכר אינו סובר יהא מונח אלא יחלוקו. ב', דנהי שרבי יוסי אומר יהא מונח רק בודאי רמאי אבל לא במציאה ומקח וממכר שאין ודאי רמאי, אבל גם בודאי רמאי הרי הוא אומר כן רק כדי שיודה על האמת כדי שלא יפסיד את שלו, וכלשונו של רבי יוסי שא"כ מה הפסיד הרמאי (אלא שרק בודאי רמאי הרי הוא סובר כן). ולפי הדרך הזה יוצא שבהציור של שנים אדוקים בשטר לא יגיד רבי יוסי יהא מונח כי אע"פ שיש ודאי רמאי אבל אין סיבה למה יודה ע"י יהא מונח. וכן לא יגיד יהא מונח בהציור שהביאו תוס' לעיל שאחד אומר אני מצאתי היום ואחד אומר אני מצאתי אתמול.

ותוס' הכריעו כהדרך הראשון כי הגמ' בדף ג' רצתה שבין לרבנן ובין לרבי יוסי נאמר יהא מונח גם בהציור של חנוני על פנקסו (ורק משום סיבה צדדית דחתה שהתם לא אמרינן יהא מונח), והרי התם לא שייך הטעם של כי היכי דלודי שהרי אינו מפסיד את שלו, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונת הגמ' היא לומר שרבי יוסי אומר יהא מונח כדי שהרמאי לא ירויח, ולא כדי לפעול שיודה, ומש"ה שפיר נקטה הגמ' שצריכים לומר כן גם בחנוני על פנקסו.

מיהו עיין במהדורא בתרא על תוס' שם שכתב שלעולם י"ל שטעמו של רבי יוסי במנה שלישי למה הוא אומר יהא מונח על כל הג' מנים וקונס גם את שלהם הרי זה כי היכי דלודי, רק שבכל זאת הגמרא סברה שהוא מודה לרבנן שה"ה שאומרים יהא מונח על הממון שטוענים עליו כל היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת,

ומש"ה הקשה הגמ' שיאמר יהא מונח גם בחנוני על פנקסו, כי אע"פ שהשקרן לא יודה אבל הרי זה ציור שאין החלוקה יכולה להיות אמת, אבל בשנים אדוקים בשטר לא יגיד יהא מונח כיון שלא שייך לומר שם "כי היכי דלודי" וגם החלוקה יכולה להיות אמת.

והנה המהדורא בתרא הוכיח שמודה רב יוסי שאומרים יהא מונח גם היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת, כי אם לא כן קשה למה הוא אומר יהא מונח גם על המנה השלישי (ולא שיחלוקן מיהא את המנה השלישי) אע"פ שעל המנה השלישי אין סיבה שיודה על האמת. מיהו י"ל שהוא אומר יהא מונח גם על המנה השלישי כי זה נראה כחוכא ואיטלולא לומר יהא מונח על שלהם ולא על המנה השלישי עצמו.

וע"ע לעיל באות י"ט סק"ג שהבאנו מהרשב"א והתומים והפ"י סברא שאי אפשר לומר יהא מונח בשנים אדוקים בשטר.

כב) בענין אם כל דאלים גבר הוא בגדר בירור או בגדר סילוק בית דין.
א. הרא"ש והרשב"ם.

הנה הרא"ש כאן, וכן בב"ב דף ל"ד ע"ב, כתב שכל דאלים גבר הרי הוא בגדר בירור משום שנקטינן שזה שהדין עמו יתאמץ יותר, ובב"ב שם כתב עוד שלאחר שגבר אחד מהם שוב אין השני רשאי לתפוס ממנו כי לא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה.

ונראה ששני הדברים הנ"ל אינם תלויים

דוקא זה בזה, כי אפילו אם נאמר שכל דאלים גבר הרי הוא בגדר סילוק ב"ד, אבל בכל זאת אכתי יתכן שתיקנו חכמים שלא יריבו כל ימיהם ושרק הגובר הראשון יזכה. וכן אפילו אם נאמר דהוי בגדר בירור אכתי יתכן שיכול השני לחזור ולתפוס (וכהשיטות שהביא הש"ך בסי' קל"ט סק"ב שאפשר לתפוס בחזרה) משום שמעתה מתברר שהשני מתאמץ יותר, ומיקרי שהמריבה הראשונה שהתה הרבה זמן, שהרי גם המריבה הראשונה שוהה זמן מה, אשר במשך הזמן ההוא יתכן שהי' נראה בתחילה שאחד מהם הולך לגבור ושוב גבר השני. מיהו לפ"ז יוצא שאם נאמר דהוי בגדר בירור, וכן אם נאמר שאינו יכול לחזור ולתפוס, נצטרך לומר שאע"פ שבאמת עכשיו נתברר שהתופס השני הוא האמתי אבל בכל זאת תיקנו שישאר אצל התופס הראשון, והוי כעין הפקר ב"ד הפקר.

והנה מדברי הרשב"ם בב"ב דף ל"ד ע"ב בד"ה תפסינן או לא תפסינן, וכן בד"ה לא מפקינן, וכן מדבריו בדף ל"ה ע"א בסד"ה התם (הראשון), מבואר שהוא סובר שכל דאלים גבר הרי הוא בגדר סילוק ב"ד, וכן כתב הקו"ש בב"ב באות קנ"ב שהיא שיטת הרשב"ם. ומדברי הרשב"ם שם בד"ה תיפסוה וכו' מבואר עוד ששפיר אפשר לחזור ולתפוס, דהא ביאר הרשב"ם שהבעל דין בהסוגיא שם רצה שב"ד יתפסו את הארבא כי חשש שמא ימכרנה הבעל דין השני לפני שיספיק להביא עדים, אבל לא חשש שמא יתפסנה השני ושוב לא יוכל להוציאה ממנו כי הוא המוחזק, כי אנן סהדי שבאה לידו בתקיפה.

ברם אכתי צ"ע למה לא חשש שמא יגבור כחו ויהי' הוא הגובר ושוב לא יוכל להוציאה ממנו, ובע"כ צ"ל ששפיר יוכל לחטוף בחזרה.

והנה גם הקו"ש נקט בתוך דבריו כמו שכתבנו בתחילת האות שלפי הרא"ש כד"ג הרי הוא בגדר בירור, אלא שנראה מדבריו שהוא נסתייע ממה שכתב הרא"ש שאין השני יכול לתפוס בחזרה, ודלא כדרכינו הנ"ל שמזה לחוד אין ראי', אלא שכך משמע מדברי הרא"ש שהוא בגדר בירור.

מיהו באמת יש לפקפק בכל עיקר המשמעות הנ"ל שכתבנו דמשמע מדברי הרא"ש שכד"ג הוא בגדר בירור, דהנה הרא"ש כתב שחכמים סמכו עצמם על ההנחה שמי שהדין עמו ימסור נפשו טפי ויגבור, ובאמת אין ראי' מלשון זה, כי לעולם יתכן שהרא"ש סובר שכד"ג הוא בגדר סילוק ב"ד, רק שכוונתו לומר שב"ד לא היו מסתלקים אם לא משום שסמכו שמי שהדין עמו יגבור, אבל לעולם אין בדבר זה לחוד כדי להכריע, כי אינו נחשב ראי' גמורה על פי דין תורה, ואינו אפילו על מדריגת מיגו או ברי ושמא.

וכן נראה מלשון הרא"ש בב"מ כאן שאינו בירור גמור אלא סילוק ב"ד על סמך שהאמתי יגבור וז"ל, דהתם שאני שאין אחד מהן מוחזק בדבר שמערערין עליו, ואין בית דין מחוייבין למחות למי שבא ליקח דבר שאין אנו יודעין של מי הוא והוא אומר שלו הוא וכו', וסומכין על זה שמי שהדין עמו קרוב להביא ראיות, ועוד שמי שהדין עמו מוסר נפשו להעמיד את שלו, אבל הכא דשניהם מוחזקין בגוף

הטלית אנו מחוייבין למחות שלא יגזול האחד את חברו עכ"ל.

ובאמת אם נדייק בלשונו בב"ב, כן נראה מלשונו גם שם, שהרי כתב וז"ל, האי כל דאלים גבר דינא הוא דכל מי שגבר ידו בפעם ראשונה היא שלו עד שיביא חברו ראי', וכל זמן שלא יביא ראי' אף אם גבר ידו לא שבקינן לי' לאפוקי מיני', דלא מסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת וכו', אלא חכמים פסקו כל דאלים בפעם הזאת גבר וכו' עכ"ל, ואילו אם נאמר דהוי בגדר בירור גמור, ומה שחכמים עשו הרי זה רק שנתנו להדבר להתברר בדרך זה, ולעולם הרי זה נחשב בירור מדאורייתא, א"כ לא שייך להגדיר שאם יוכל לתקוף בחזרה נמצא שתיקנו חכמים שיהיו במריבה כל ימיהם (וכמו שביארנו לעיל דהוי מריבה ארוכה), דהא חכמים לא תיקנו כלום, אלא כן הוא הדין דאורייתא שהדבר יתברר על דרך זה, ולכל היותר שייך לומר רק שחכמים באו ותיקנו שלא יהיו במריבה כל ימיהם, אלא שמי שגובר הפעם הראשונה יהי' שלו, אבל לא שייך לומר שע"י כד"ג תיקנו שיהיו במריבה כל ימיהם, כי אין זה חכמים שתיקנו דבר זה אלא הרי זה בירור מדאורייתא.

וכן מבואר מדבריו בשו"ת הרא"ש כלל ע"ז אות א' וז"ל, והא דפסקינן כל דאלים גבר לאו דינא הוא, דמצי למימר ב"ד פסקו לי כד"ג וגברה ידי וזכיתי מכח ב"ד ואין לי לישבע, אלא מחמת שאין ב"ד יכולין לברר של מי הוא, ואין אחד מוחזק, אמרו חז"ל כד"ג, וסמכו חכמים על זה כי אותו שהממון שלו ישים נפשו בכפו להלחם

שלא יגזול אחר ממונו, והמשקר לא יטרח כולי האי, וגם ירא שמא ימצא הלה עדים לאחר זמן שהוא שלו ויצטרך להחזירו וכו', הלכך נסתלקו חכמים מן הדין ואמרו כל דאלים גבר, אולי יתברר הדבר לאחר זמן של מי הוא, וסמכו קצת על הסברה שכתבתי לעיל עכ"ל.

ב. מיגו או רוב או ע"א נגד הגובר.

והנה לפני שאחד מהם גובר על חבירו, מכיון שאין מוחזק, הי' מועיל מיגו או רוב וכדומה. ויש לעיין לאחר שגבר אחד מהם, ושוב נתברר שיש להשני אחד מהכחות הנ"ל, האם מהני או לא.

גם יש לחקור, דהנה אם הי' מביא עד אחד לפני שגבר חבירו הי' מועיל, לפי הסוברים שמהני עד אחד אפילו בממון היכא שאינו בא להוציא ממוחזק, וא"כ יש לעיין מה יהי' היכא שהביא עד אחד אחרי שגבר חבירו.

והנה אם נאמר שכד"ג הוא בגדר סילוק א"כ לכאורה גם עכשיו יועילו הדברים הנ"ל, דהא הגובר לא נעשה מוחזק על ידי תפיסתו לפי שיטת רוב הראשונים שתקפו כהן מוציאין אותו מידו ואינו נעשה מוחזק, אבל אם הוי בגדר בירור, א"כ אפילו אם הך בירור אינו עדיף מרוב או מיגו או עד אחד, אבל אולי מהני להחשיבו כבר בגדר מוחזק, וממילא שוב צריכים ב' עדים כדי להוציא ממנו.

ג. דעת הרמב"ם בביאור הדין של כל דאלים גבר.

הנה הרמב"ם בפט"ו מהל' טו"נ ה"ד כתב וז"ל, שנים שהיו עוררין על שדה, זה

אומר שלי וזה אומר שלי, ואין לאחד מהן ראי', או שהביא כל אחד מהן עדים שהיא שלו, מניחין אותה בידיהם וכל המתגבר ירד בה ויהי' האחר מוציא מידו ועליו הראי' עכ"ל. הרי שכתב שהגובר מקבל דין של מוחזק, ומבואר מדבריו שהדין של כל דאלים גבר אינו בגדר בירור גמור, כי א"כ כחו של הגובר הוא יותר גדול ממוחזקות, שהרי יש לו ראי' גמורה לצדו. וזהו הטעם למה הוא זוכה ואין צורך להוסיף שמעתה השני הוא בגדר מוציא מחבירו שעליו הראי', וא"כ גדר הדבר הוא שהגובר מקבל דין של מוחזק, וממילא על השני מוטל להביא ראי'.

ולפ"ז לא יוכל השני להוציא אא"כ יביא שני עדים, ולא יספיק בע"א, אע"פ שכשאין שום מוחזק סגי בע"א.

מיהו חטיפה בחזרה שפיר תועיל לפי הרמב"ם, כי שיטת הרמב"ם היא שתפיסה מהני אפילו ממי שמוחזק מתחילתו, שהרי פסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, ועוד נוכל לומר שזהו באמת הטעם למה הגובר נעשה מוחזק (מיהו יתכן שהרמב"ם סובר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו רק כשיש דררא דממונא, דהיינו שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם, ולהלן באות ר"ס נדון בזה).

ועכ"פ לפי הרמב"ם מובן שפיר למה בשנים אוחזין לא שייך לומר כל דאלים גבר, והיינו משום שכיון שכל פעולת הדין של כל דאלים גבר הרי היא תקנה כדי ליצור מוחזק, א"כ בשנים אוחזין לא תיקנו כי שניהם הם כבר מוחזקים לפנינו.

וכלשון הרמב"ם מצאתי גם בר"י מיגש בשט"מ בב"ב סוף דף ל"ה וז"ל, אלא כל

דאלים גבר והוי אידך המוציא מחבירו עכ"ל.

כג) דברי הרא"ש כאן.

א. ע"י ברא"ש שכתב כתוס' שמאי דמדמינן להלן בדף ג' ע"א את הציור של מנה שלישי לשנים אוחזין בטלית הרי זה משום שגם שם הרי הם נחשבים אוחזין ע"י שהשומר מוחזק מכח שניהם. ואת הדיחוי הגדיר הרא"ש שרק במנה שלישי אמרינן יהא מונח כי קודם שהתחילו לריב ולטעון ידע השומר שהמנה שייך רק לאחד מהם. וצ"ע מה היא כוונתו בזה, הלא מספיק אם הי' כותב רק את עצם העובדא שאין החלוקה יכולה להיות אמת כי ברור הדבר ששייך רק לאחד מהם, ולמה כתב שהי' ידוע כן להשומר לפני שהתחילו לטעון.

והתומים בסי' קל"ח סק"ב כתב שמדברי הפלופולא חריפתא באות ד' נראה שהוא רוצה להשוות את דברי הרא"ש לדברי תוס' ושהעיקר הוא מה שבמנה שלישי אין החלוקה יכולה להיות אמת משא"כ בטלית החלוקה שפיר יכולה להיות אמת. והתומים עצמו כתב שאין זה משמעות הרא"ש אלא משמע שכוונתו היא לסברא חדשה ולא להחילוק של חלוקה יכולה להיות אמת שכתבו תוס'.

ועיי"ש שהקשה הפ"ח על הרא"ש מה נאמר בהציור של מקח וממכר דחזינן שהמשנה אומרת יחלוקו אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת שהרי נתרצה רק לאחד מהם. ותי' דגם שם החלוקה יכולה להיות אמת כי אולי אח"כ נשתתפו, אבל במנה שלישי אי אפשר לומר שאולי

אח"כ נשתתפו. ונראה שכוונתו היא לומר דבשלמא במקח וממכר מכיון שהם מחפשים לקנות ולסחור א"כ אולי אח"כ החליטו לעשות שותפות, אבל במנה שלישי לא מצינו בכלל שהם עוסקים במקח וממכר, למכור ולקנות, אלא חזינן רק שכל אחד רוצה לשמור את שלו אצל השומר, ולכן התם לא אמרינן שאולי נשתתפו.

ועכ"פ חזינן כמו שהבין התומים את דברי הפ"ח, דהיינו שהפ"ח הבין שכוונת הרא"ש היא כתוס' שהעיקר הוא מה שאין החלוקה יכולה להיות אמת, ולכן הקשה הפ"ח על הרא"ש ותי' גם אליבא דהרא"ש שהציור של מקח וממכר אתי שפיר כי גם שם החלוקה יכולה להיות אמת.

מיהו התומים עצמו הבין שכוונת הרא"ש היא לסברא חדשה וכמו שהבאנו, ולכן נשאר קשה שם על הרא"ש מהציור של מקח וממכר, אבל על תוס' מודה התומים שם שלא קשה מידי כי הציור של מקח וממכר הוא ציור שהחלוקה יכולה להיות אמת וכמו שכתב הפ"ח.

וע"ע בקצה"ח שם בסק"א שכתב שגם על תוס' קשה מהציור של מקח וממכר כי ס"ל להקצה"ח שמקח וממכר הוא ציור שאין החלוקה יכולה להיות אמת.

ומעתה צריכים לבאר איך הבין התומים את סברת חילוקו של הרא"ש וכמו שהערנו בתחילת דברינו כאן שדברי הרא"ש צריכים ביאור.

וצ"ל שהבין שכוונת הרא"ש היא דמכיון שהשומר ידע מן ההתחלה דהוי רק של אחד, א"כ נקטינן שנתכוין להחזיקו רק בשביל אחד מהם, ומש"ה גם אחרי

שהתחילו לריב אי אפשר לומר שזה נחשב ששניהם מוחזקים בה, כי השומר מחזיק רק בשביל אחד, ומש"ה אמרינן יהא מונח ולא יחלוקו, כי אין שניהם אוחזין.

מיהו זה אינו כי הרא"ש חזר וכתב גם בה"כללא דמילתא", שהוא אחרי הדיחוי, שהוא נפקד מכח שניהם ושמשה חשיבי מוחזקין בהטלית. וז"ל, בר ממנה שלישי דפקדון דאע"ג דהוי כאילו שניהם מוחזקין בו משום דהנפקד מוחזק מכח שניהם והספק נולד ברשותו ויד הנפקד כידם, אפ"ה יהא מונח עד שיבוא אליהו כי ידוע לנפקד קודם שנודע מחלוקתן שאין של שניהם עכ"ל. מיהו יש לדחות שכוונתו היא שלאחר שזכינו לדין שהנפקד ידע מראש שאינו של שניהם א"כ מעתה באמת לא חשיבי שניהם מוחזקין בו.

(מיהו אכתי לא מוסבר למה הקפיד הרא"ש לומר שבטלית הדבר ידוע גם לפני שבאו לב"ד שהיא יכולה להיות של שניהם, דמאי איכפת לן אם התחילו להיות שניהם מוחזקין רק אחרי שבאו לב"ד. מיהו י"ל שאתי לאפוקי רק היכא שאחד מהם הי' מוחזק ושוב תקף אחד מהשני בב"ד.)

ובקהלות יעקב בסוף סי' א' ראיתי שהסביר שכוונת הרא"ש היא לומר שבמנה שלישי אין בתפיסתם ע"י השומר הבחינה של אנו סהדי וכמו שהערנו לעיל באות י"ז, דהא הי' תפוס גם כשידענו שהוא רק של אחד מהם, משא"כ בטלית הויא תפיסתן שפיר ראי' שהיא של שניהם דהא בטלית מאז שהיו תפוסים בו הי' אפשרי שהיא של שניהם וממילא התפיסה היא שפיר ראי' שהיא של שניהם. ובדעת תוס'

כתב שלא בעינן שהתפיסה תהי' ראי' שהיא של שניהם, אלא גם עצם הדבר שהם מוחזקין בה הרי זה סיבה לומר יחלוקו ולא כד"ג, ומה שהביאו תוס' את הגמ' של אנו סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא, הרי זה רק כדי להוכיח שהם נחשבים מוחזקין.

מיהו צ"ע על מש"כ על דברי תוס', דהא פשיטא שבטלית שניהם הם מוחזקין בה ולמה צריכים להוכיח דבר זה. מיהו אולי כדי להוכיח שלא אמרינן את הצדדים שכתבנו באות א' סק"א שאין כאן מוחזקות.

וביותר יש לומר שתוס' הביאו דבר זה או כדי לומר שרק בכה"ג לא שייך כד"ג אשר לפ"ז צ"ע באמת על דבריהם ממנה שלישי דהא התם ליכא אנו סהדי וא"כ נימא כד"ג וכמו שהערנו כבר באות י', או שתוס' הביאו דבר זה משום שבטלית לא מהני מוחזקות בלי הכח של אנו סהדי כיון דליכא דררא דממונא וכמו שצדדנו באות א' סק"ב ובאות י"ז בשם הקובץ שיעורים, משא"כ מנה שלישי חשיב שפיר דררא דממונא וכמו שצדדנו באות י"ז.

ב. והנה כבר הבאנו בסק"א שהקשו האחרונים למה בהציוור של מקח וממכר אמרינן יחלוקו, הלא אין החלוקה יכולה להיות אמת, וגם קודם שהתחילו לטעון ידע המוכר שהוא רק לאחד מהם.

והנה הקצה"ח תי' דאמרינן במו"מ יחלוקו כי אין ודאי רמאי, וכתב שהש"ך כתב בסי' ש"א ושס"ה דהיכא שאין ודאי רמאי אמרינן יחלוקו אע"פ שאין החלוקה יכולה להיות אמת. מיהו באמת הש"ך לא

כתב דבר כזה, אלא כתב דאמרינן יחלוקן היכא שאין החלוקה יכולה להיות אמת רק אם ידעינן בודאות שאין רמאי, אבל לא כתב כן על היכא שרק אין ודאי רמאי אבל יכול להיות שיש רמאי. ועי' בזה לעיל באות י"ט סק"ב.

ועוד קשה על הקצה"ח מה יענה על ההור"א של הגמ' שהציוור של מו"מ הוא היכא שנקט זווי מחד דהא הציוור ההוא איירי שכל אחד אומר שהוא זה שנתן כסף וא"כ יש ודאי רמאי (מיהו עי' בבית הלוי בח"ג סי' ל"ד איך שביאר את הציוור ההוא לפי רש"י בע"ב בד"ה דמי קא יהיבנא).

וע"ע בחידושי רעק"א על ע"ב בד"ה שם ל"צ וכו' מה שכתב ליישב למה במו"מ אמרינן יחלוקן. ולהלן שם בד"ה ובל"ז וכו' כתב כדרכו של הקצה"ח.

וע"ע בחידושי הגרש"ש בסי' ג' סק"א מה שכתב ליישב.

כד) תד"ה וזה נוטל.

בענין יסוד הדין של מיגו.

וז"ל, וא"ת יהא נאמן דחציו שלו מיגו דאי בעי אמר כולה שלי כדאמרינן בגמ' האי מיגו גופי' לפטרו משבועה אי לא משום דאיערומי קמערים עכ"ל. צ"ע דהא אמרינן בדף ג' ע"א שהציוור של שנים אוחזין בטלית הוא ציוור שאין ודאי רמאי, ולפ"ז בודאי גם הציוור של כולה שלי וחציו שלי הוא ציוור שאין ודאי רמאי, כי יכול להיות שזה שאומר חציו שלי סבור שהרים ביחד עם חברו אבל באמת חברו הרים קודם, ומעתה צ"ע איך שייך שיועיל מיגו, הלא מיגו הוא בגדר ראי' משום שאם

רצה לשקר הי' יכול לומר שקר יותר טוב, דמזה חזינן שהוא אומר אמת, ואילו הכא לא שייך ראיית מיגו שהרי הכא הרי אנו חוששים גם שמא הוא טועה.

ואפילו אם נאמר שמיגו אינו בגדר ראי', אלא כדברי הקו"ש בח"ב סי' ג' שהוא בגדר זכות טענה, דהיינו שהתורה נתנה לו גם את הנאמנות של הטענה שהי' יכול לטעון, אבל זהו רק היכא שעל טענה זו שהוא טוען חסרה לו רק נאמנות, אבל הכא הרי אנו חוששים גם שמא הוא טועה, ואי אפשר לתת לו נאמנות כשחוששין שהוא טועה, דרק כשהחשש הוא שמא הוא משקר שייך לומר שנותנים לו נאמנות שאינו משקר (מיהו יש לעיין לפי הגדר במיגו שכתב הגרש"ש בחי' הגרש"ש כאן בסי' ה', דהיינו שכיון שהי' יכול לנצח עם טענה אחרת הרי זה משוה אותו למוחזק [ולהלן בתחילת אות כ"ז ביארנו את דבריו עיי"ש], דהא לפ"ז גם כאן לכאורה הדין נותן שיהי' לו הכח של מיגו, שהרי הי' יכול לקבל חצי' ע"י לומר כולה שלי, וא"כ הדין נותן שזה ישווהו מוחזק על חצי'.

ועכ"פ בדף ח' שפיר אמרינן הך מיגו, כי התם איירי לענין השבועה, והרי מה שאנחנו מחייבים אותו שבועה הרי זה על הצד שהוא משקר במזיד כי הלך ותקף טליתו של חברו, דמשביעים אותו כדי שיפרוש, וא"כ על זה שפיר מקשה הגמ' איך חוששים שהוא משקר במזיד הלא אם הי' רוצה לשקר הי' יכול לומר שקר יותר טוב, דהיינו שכולה שלו, אבל הכא תוס' מקשים שנאמין לו וניתן לו חצי כיון שהי' יכול לקבלו ע"י לשקר ולומר כולה שלי,

כה) בא"ד.

א. בענין מיגו להוציא היכא שגם בעל המיגו הוא מוחזק.

וז"ל, ומפרש ריב"ם דמיגו להוציא לא אמרינן עכ"ל. הנה מדבריהם משמע בפשטות שכוונתם היא דהוי כמו מיגו להוציא בכל מקום. מיהו באמת הכא גם האומר חצי שלי הרי הוא מוחזק בכל החצי וכמו היכא שכל אחד אומר כולה שלי דכל אחד מהם חשיב מוחזק בכולה וכמו שכתב רש"י בע"ב בד"ה בשבועה פלגי לה, וא"כ צ"ע דאולי כששניהם מוחזקין שפיר מהני מיגו כי חשיב מיגו להחזיק.

ועי' בתוס' רי"ד כאן שדחה באמת את התירוץ של מיגו להוציא מהאי טעמא.

מיהו בחידושי הר"ן כאן מבואר דס"ל שמיגו להוציא לא אמרינן אע"פ ששניהם מוחזקין בכל וז"ל, דכיון שזה תופס ועומד וזה תופס ועומד הוה ל' כל חד וחד כאילו מוחזק בכולה וחבירו כאילו מוציא מידו והוי האי מיגו לאפוקי ממונא עכ"ל.

והקובץ שיעורים בחלק ב' סי' ט' אות ח' כתב להסביר דעת תוס' דס"ל שכל אחד חשיב מוחזק רק על חצי ממה שהוא טוען (והוסיף להוכיח כן עוד באות י' עיי"ש), ומש"ה בכולה שלי וחצי שלי רק חבירו הוא המוחזק על הרבע השני ומש"ה הוי שפיר מיגו להוציא.

וכדרך זה מבואר בעליות דרבינו יונה בב"ב דף ל"ב ע"ב בד"ה אמר רבא וכו' וז"ל, כיון דדין ב' אוחזים, אחד דתם להיות כל אחד כמו שתפוס המוחזק בחצי מה שחולקין, נמצא הטוען כולה שלי

וא"כ על זה שפיר יש לתרץ שאי אפשר לתת לו את החצי שהוא טוען כי נהי שהמיגו מראה שאינו משקר אבל אולי הוא טועה וחושב שהגב' ביחד עם חבירו ובאמת הגב' אחריו.

שו"ר בשט"מ בשם השר מקוצי שתי את קושיית תוס' כהדרך שכתבנו. וגם בחי' רעק"א כאן בד"ה ובעיקר קושיא וכו' תי' כהנ"ל את קושיית תוס', וגם חילק כהנ"ל בין כאן לבין הגמ' בדף ח'. וע"ע בשער משפט סי' קל"ח סק"ב שדן בזה.

עוד צ"ע דכיון שאין כאן ודאי רמאי אלא יכול להיות שהוא טועה, א"כ איך משביעים אותו שיש לו לכה"פ רביע, הלא צריכים לחשוש שמא הוא טועה וחושב שהרים ביחד עם חבירו ובאמת הרים אחריו ואין לו כלום, וא"כ איך משביעים אותו בזמן שיש חשש שמא ישבע שקר בטעות. ובשלמא היכא שכל אחד אומר כולה שלי, י"ל ששפיר משביעין אותו שיש לו לכה"פ חצי, כי י"ל שאין חוששין שמא חבירו הרים לבדו, ובאמת אין לו בה כלום, ואילו הוא חושב שהוא הרים לבדו והכל שלו, כי טעות גדולה כזו בודאי אינו טועה, ולכל היותר הרי הוא חושב שהוא הרים קודם ואילו לפי האמת הגביהו ביחד, ולכן שפיר אפשר להשביעו שיש לו לכה"פ חצי, אבל הכא איך משביעין אותו שיש לו לכה"פ רביע, הלא מכיון שנקטינן שאין כאן ודאי רמאי א"כ בעל כרחך הכוונה בזה היא שאנו חוששין שמא באמת אין לו בה כלום רק שהוא טועה טעות קטן לחשוב שהרים ביחד עם חבירו ובאמת הרים אחריו.

דמהני ל' תפיסה לג' (חלקים) שהרי אין חברו חולק עליו אלא בחצי, הלכך לא אמרינן בה תו מיגו לאפוקי ממונא עכ"ל.

ב. בענין ברי ושמא בשנים או חזין בטלית, ועוד בענין כשיש לאחד מהם מיגו.

וע"ע בקו"ש שם באות ו' שהביא מהרמב"ן והריטב"א שבשנים או חזין בטלית ברי ושמא ברי עדיף משום שלא חשיב ציור של להוציא. ובהמשך דבריו באות ח' מבואר דס"ל שזהו דלא כדברי תוס' אצלינו דס"ל דחשיב מיגו להוציא. מיהו הרמב"ן עצמו הביא כאן את התי' של מיגו להוציא לא אמרינן (ואע"פ שפקפק בזה אבל הרי זה מטעם אחר ולא מהטעם הנ"ל עיי"ש).

ונראה שיש לומר שאין סתירה בין שני הדברים, אבל נקדים שלעולם כל אחד חשיב מוחזק בכל מה שהוא טוען, ובכל זאת שייך לומר שמיגו להוציא לא אמרינן כיון שגם חברו מוחזק בכולה, ומעתה י"ל כך, דנהי שתוס' סוברים שמיגו להוציא לא אמרינן אפילו היכא שגם הוא מיקרי מוחזק, כיון שעכ"פ צריכים להוציא מהמוחזקות של השני, אבל בכל זאת אכתי יתכן שברי ושמא שפיר יועיל בכה"ג כיון שגם הוא מוחזק, כי י"ל שהטעם למה ברי ושמא לאו ברי עדיף להוציא ממוחזק הוא כך, דבאמת להשמא אין את החזקה החיובית שיש במוחזקות, כי כיון שהוא טוען שמא במקום דהו"ל למידע (וכמש"כ תוס' בב"ק דף מ"ו ע"א בד"ה דאפילו וכו' שבהכי איירי המחלוקת אם ברי

ושמא ברי עדיף או לא), א"כ הרי זה נחשב ריעותא נגדו, ולכן לא מהני הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות, וכן לא שייך בכה"ג האנן סהדי שכל מה שתחת ידו שלו הוא כיון שהוא עצמו טוען רק שמא, אבל עכ"פ אכתי נשאת הסברא של דכאיב ל' כאיבא אזיל לבי אסיא דלא משנים את המצב אלא משאירים את הדבר אצל המוחזק, ומש"ה לאו ברי עדיף. ויש לבאר עוד שלכן איתא בכתובות דף י"ב ע"ב שהיכא שיש ברי ושמא בהדי המיגו שפיר מוציאין, די"ל שאין הכוונה לצירוף שני כחות קלושים, אלא הכוונה היא שכיון שיש מיגו א"כ הרי זה מבטל את הכח של חזקה חיובית שיש להמוחזק, ומעתה מועיל גם ברי ושמא להוציא ממנו, כי גם ברי ושמא הוא סיבה לשנות את המצב. ומעתה בשנים או חזין בטלית שפיר מהני ברי להוציא ממה שגם השמא מוחזק בכולה כי להברי יש את החזקה החיובית שיש במוחזקות ואילו להשמא אין דבר זה וכהנ"ל, אבל מיגו לא מהני בשנים או חזין בטלית היכא ששניהם ברי, כי התם יש לכל אחד את הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות, ואם כן יש לומר שמיגו לא מהני להוציא מהחזקה החיובית של מוחזקות אפילו היכא שגם בעל המיגו עצמו הוא מוחזק.

מיהו לפי מה שנכתוב בסוף אות כ"ח אכתי יש לעיין למה לא מהני כאן המיגו, דהנה לקמן נבאר שאע"פ שמיגו להוציא לא אמרינן אבל בכל זאת החזקה החיובית שיש במוחזקות שפיר יורדת ע"י המיגו, רק שאין מוציאין משום שאכתי

נשארתי הסברא של דכאיב לי' כאיבא אויל לבי אסיא, וא"כ אע"פ שמיגו להוציא לא אמרינן אבל בכל זאת אכתי היינו צריכים לתת את חצי הטלית לבעל המיגו שטוען חציו שלי, כי הוא מוחזק בכל מה שהוא טוען, וא"כ יש לו החזקה החיובית שיש במוחזקות, משא"כ לזה שטוען כולה שלי ליכא חזקה זו כי כבר ירדה ע"י המיגו וכהנ"ל. ברם יש ליישב דנהי שלזה שטוען כולה שלי אין את החזקה החיובית שיש במוחזקות וכהנ"ל, אבל הלא הציור של שנים אוחזין הוא ציור שיש בו גם אנן סהדי שמה שתחת ידו שלו הוא (כיון שדנים על חפץ מסוים ולא על חוב), וא"כ כיון שהוא טוען ברי ויש לו את האנן סהדי הנ"ל א"כ י"ל שמיגו אינו יכול להוציא מהאנן סהדי הנ"ל אע"פ שיש לבעל המיגו את הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות (אבל כשטוען שמה אין לו את האנן סהדי וכמו שכתבנו לעיל).

כו) בא"ד.

עוד בענין מיגו להוציא לא אמרינן.

ע"י בדבריהם ששוב הקשו ממה שרבה סובר בב"ב דף ל"ב ע"ב שמהני המיגו שם גם בזווי אע"ג דהוי להוציא ממוחזק. מיהו צ"ע איזה דמיון הוא זה לכאן, הלא הכא, מאחר שהנידון הוא על חפץ מסוים ולא על חוב, יש לכל אחד גם הכח של אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא, וא"כ אולי רק בגלל זה לא מהני המיגו, אבל כנגד מוחזקות לחוד היכא שאין אנן סהדי כמו בב"ב שם שפיר מהני מיגו להוציא.

וצ"ל שתוס' לא נתכוונו להוכיח את הכלל של מיגו להוציא לא אמרינן מכאן, אלא כבר הי' ידוע להם כלל זה, ואפילו באופן שאין להמוחזק הכח של אנן סהדי, רק שנתכוונו תוס' לתרץ ע"י הכלל הנ"ל גם את הקושיא ממשנתינו, וא"כ לפ"ז י"ל שמה ששוב הקשו מרבה בב"ב אין זה על סמך הציור שלנו אלא על סמך מה שידעו שמיגו להוציא לא מהני גם כשאין אנן סהדי.

מיהו ע"י ברמב"ן כאן שהביא שהשיטה שסוברת שמיגו להוציא לא אמרינן הוכיחה כן באמת מכאן, וא"כ לפ"ז בודאי אי אפשר להקשות על רבה בב"ב שם וכמו שהערנו שיש ראי' מכאן רק שמיגו אינו מועיל נגד אנן סהדי.

והנה ע"י ברעק"א שציין לדברי תוס' להלן בדף קט"ז ע"א שכתבו שרבה בב"ב סובר שמיגו להוציא שפיר אמרינן. ולפי תוס' שם צ"ע איך יתרץ רבה את קושיית תוס' כאן על המשנה. ובפשטות י"ל שרבה יתרץ כאחד מהתירוצים האחרים שנאמרו בדברי הראשונים כדי לתרץ קושיא זו, דע"י בחי' הרמב"ן כאן וביתר דברי הראשונים שכתבו תירוצים אחרים. מיהו לפי דברינו הנ"ל י"ל שתוס' שם סוברים שרבה יתרץ ששאני הכא דהוי גם כנגד האנן סהדי דמאי דתפיס דידי' הוא.

כז) בא"ד (בענין מיגו והפה שאסר).

בענין דברי תוס' שהיכא שהי' יכול לשתוק הרי זה מועיל גם להוציא.

הנה תוס' כאן כתבו שמיגו להוציא לא

אמרינן, רק שרבה סובר שאם הי' יכול לשתוק הרי זה מהני גם להוציא.

והנה יש ג' הגדרות בענין למה מהני מיגו: א', משום שהוא ראי' שאומר אמת. ב', משום "זכות טענה", דהיינו שדינא הוא שצריכים לתת לו לא רק את הנאמנות של הטענה שהוא טוען אלא גם את הנאמנות של הטענה שהי' יכול לטעון, וכן כתב הקו"ש בח"ב סי' ג' (אלא שלכאורה אין שום סברא לזה אלא הוי הלל"מ וצ"ע). ג', הגדר שכתב הגרש"ש כאן בסי' ה' דכיון שהי' יכול לנצח ע"י הטענה האחרת הרי זה עושהו מוחזק על החפץ, והרי הוא מנצח מכח מוחזקות זו (ויש לבאר דבר זה ע"י שנאמר שמוחזקות אינה דוקא תפיסה, אלא מוחזקות היא העובדא שיש קשר מסוים בינו לבין החפץ, ותפיסה הרי היא רק סוג אחד של שייכות וקשר, אבל יש גם סוגים אחרים, וכגון חמ"ק לפי הצד שכתב הקונטרס הספקות בכלל א' סק"ה שהיא מועלת מדין מוחזקות, דהיינו שהעובדא שהחפץ הי' שייך לו אתמול הרי זה נחשב בגדר קשר בינו לבין החפץ גם היום, ומעתה י"ל שמיגו מהני משום שגם מה שהי' יכול לנצח ע"י הטענה האחרת הרי זה נחשב קשר בינו לבין החפץ).

והנה לפי כל שלשה הדרכים מובן איך שייך לומר שמיגו להוציא לא אמרינן. דלפי הדרך שמיגו הוא בגדר ראי' שאומר אמת, י"ל שלא סגי בראי' זו להוציא ממוחזק. וכן לפי הדרך של זכות טענה, י"ל שלא נתנה לו התורה את הנאמנות של הטענה השני' לענין להוציא ממוחזק. וכן לפי הגרש"ש, י"ל שהמוחזקות של להיות

תפוס עולה היא על הך מוחזקות שיש לו לבעל המיגו מצד שהי' יכול לנצח כי המוחזקות של להיות תפוס נחשב קשר יותר חזק (כמו שהמוחזקות של להיות תפוס עולה היא על המוחזקות של חזקת מרא קמא).

ומעתה יש לעיין במה שכתבו תוס' שהיכא שהי' יכול לנצח ע"י שהי' שותק, שפיר מהני המיגו אף להוציא, דלפי הסברא שמיגו מהני בתורת ראי', י"ל שהיכא שהי' יכול לשתוק הרי זה מהני גם להוציא כי בכה"ג הראי' היא יותר גדולה, כי אפילו אם נאמר שאולי לא רצה לטעון טענה אחרת, אבל לשתוק במקום לשקר בודאי הי' רוצה, ואם לא שתק הרי יש כאן ראי' גדולה מאד שהוא אומר אמת, וראי' גדולה כזו מהני אפילו להוציא, אבל לפי הדרך של זכות טענה צ"ע, דאם לא נתנה לו התורה את הנאמנות של הטענה השני' היכא שאיירי לענין להוציא א"כ מה לי בזה שהברירה השני' היתה לשתוק, הלא גם בזה נימא שלא נתנה לו התורה את מה שהי' יכול לנצח ע"י שתיקה היכא שאיירי לענין להוציא ממוחזק. וכן לפי הגרש"ש, גם היכא שהי' יכול לנצח ע"י שהי' שותק הרי זה נשאר אמת שהתופס הוא המוחזק היותר גדול (ואפילו אם נאמר שהיכולת לזכות ע"י שתיקה חשיבא קשר יותר גדול עם החפץ מהיכולת לזכות ע"י טענה אחרת, אבל אינה יותר גדולה מתפיסה).

וי"ל שאין כוונת תוס' למיגו דאי בעי שתק, דהיינו שיועיל מצד הדין הרגיל של מיגו, אלא כוונתם היא שיועיל מדין הפה שאסר, ונהי שתוס' בפ"ב דכתובות כתבו

כמה פעמים לשון של מיגו על הציור של הפה שאסר, וכן איתא בגמ' בדף ט"ז ע"א שם, אבל רש"י על המשנה בדף י"ח ע"ב שם, וכן בדף ק"ט ע"ב שם בד"ה נאמן, סובר שהפה שאסור הוא הפה שהתיר הוא סברא חדשה של כי היכי שהימנית לי אהא הימני נמי אהא, דהיינו דכיון שידועים שיש ריעותא רק ממנו, הרי אנו צריכים להאמין לו גם על איך שהוא מסלק את הריעותא (ועי' במחנה אפרים בפ"ח מהל' איסורי ביאה ד"ה ולכאורה וכו', וכן בקו"ש על כתובות באות מ"ג, שביארו שלפי זה ה"ה שאם הוא אומר את החצי השני אחרי תכ"ד הרי זה מועיל אע"פ שמיגו כזה, דהיינו "מיגו למפרע", לא מהני). וביארו האחרונים שכן יש להבין גם את התי' של הגמ' בדף ט"ז ע"א שם, דהיינו שבאמת אינו מדין מיגו, ודלא כמו שהזכירה הגמ' בהקושיא שם.

ומעתה לפ"ז שהפה שאסר הוא סברא חדשה ולא מטעם מיגו, אין קושי לומר שהפה שאסר מהני באמת גם להוציא.

ועי' עוד במאירי בכתובות דף י"ח ע"ב שהביא בשם גאוני ספרד שהפה שאסר מהני גם להוציא, דהיינו שהיכא שידועים שיש שאלה על הממון רק ממנו הרי הוא נאמן לפתור את השאלה אפילו לענין להוציא, אבל המאירי עצמו חולק עליהם עיי"ש.

ועי' עוד בבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ג שדן בענין היכא שלפי הטענה השני' של המיגו הי' הוא עצמו מוחזק, רק שע"י הטענה שהוא טוען עכשיו הרי הוא עושה את השני למוחזק, האם חשיב בכה"ג מיגו

להוציא, דהיינו ציור של הפה שאסר על עיקר המוחזקות דהיינו שהוא זה שמגלה לנו שהשני הוא מוחזק.

ודע שיש סברא שלישית בביאור הדין של הפה שאסר, דהנה תוס' בב"ק דף ע"ב ע"ב ועוד ראשונים כתבו שהפה שאסר מהני אפילו אם דבריו השניים הם נגד עדים, וכגון באשה שאמרה הייתי אשת איש ונתגרשתי במקום פלוני ויש עדים שמעולם לא נתגרשה אשה באותו מקום, וכדי לבאר שיטה זו יש אומרים שהגדר של הפה שאסר הוא שמסתכלים כאילו לא אמר כלום, דכיון שאמר שיש ריעותא ושוב התיר את הריעותא הרי זה כאילו לא אמר כלום, ובאשה שאמרה אשת איש הייתי ונתגרשתי, דנאמנת משום שיש לה הפה שאסר, הרי אנו מתירין אותה על פי ההנחה שמעולם לא היתה אשת איש וכנהנ"ל דהוי כאילו לא אמרה שהיתה אשת איש, ולא על פי ההנחה שהיתה אשת איש ונתגרשה (רק שמ"מ הרי היא אסורה לכהן משום ששויא אנפשה חתיכה דאיסורא דהא היא עצמה אומרת שנתגרשה).

מיהו לכאורה יש להעיר על הנ"ל, דהא גם הכא, בזה אומר כולה שלי, וזה אומר חצי שלי יש להאומר חצי שלי את הכח של הפה שאסר וא"כ לא קשה קושיית תוס', שהרי הוא זה שגילה לנו שיש שאלה רק על חצי הטלית ושהחצי השני שייך לחבירו. ועוד דהכא ע"י שטען רק את החצי שני הרי זה הוא שעשה את האומר כולה שלי למוחזק על שלשה רבעי ולא רק על מחצה וכמו בציורו של הבית הלוי, שהרי ע"י שהודה לו שחצי שלו ושכל

(כח) בא"ד (בענין חמ"ק, ובענין מיגו נגד חמ"ק).
בענין יסוד הדין של חמ"ק, וכן בענין יסוד הדין של מיגו להוציא לא אמרינן.

הנה שוב נחתו תוס' לבאר למה רב יוסף אינו סובר שמהני המיגו בב"ב שם. וצ"ע למה לא הי' מספיק לומר משום דס"ל שלא מהני מיגו להוציא אפילו היכא דאי בעי שתק. מיהו לק"מ כי הציור בב"ב שם של קרקע אינו ציור של להוציא, ורק הציור של זוזי שמוכא שם הוא ציור של להוציא, ומש"ה הוצרכו להמציא טעם אחר בשביל רב יוסף, וכן מבואר בלשון תוס' עצמם כאן.

מיהו בב"ב הביאו בשם הריב"ם שטעמו של רב יוסף הוא באמת משום שמיגו להוציא לא אמרינן, ושטעם זה מספיק גם בשביל הציור של קרקע, כי גם בהציור של קרקע הרי זה נקרא שבעל המיגו בא להוציא, והיינו משום שהוא אומר נגד חזקת מרא קמא, והמיגו שלו בא להוציא מחזקת מרא קמא, וגם זה נחשב מיגו להוציא.

והנה תוס' אצלינו שלא כתבו כהריב"ם, כנראה סוברים שמיגו נגד חמ"ק אינו בגדר מיגו להוציא, וצ"ב במה פליגי.

והנה עי' בקו"ש בח"ב סי' ח' שהביא מקורות בראשונים ואחרונים בענין אם מיגו מהני נגד חמ"ק. וכתב לבאר שזה תלוי בהצדדים שכתב הקונטרס הספקות בכלל א' סק"ה בביאור מהות חמ"ק, דהיינו האם היא בגדר חזקה קמייתא כמו באיסורין, או האם ממנוא מאיסורא לא ילפינן, רק דמהני

הסכסוך הוא רק על החצי השני, בזה הרי עשה אותו מוחזק על עוד רביע (לפי הדרך שכל אחד מוחזק רק על חצי ממה שטוען ולא על כל הטלית).

עוד י"ל שתוס' סוברים בביאור סברת רבה שכיון שהי' יכול לשתוק ולנצח הרי זה קובע שבאמת הוא המוחזק האמתי, וכן כתב הרשב"א בב"ב שם בביאור דעת רבה למה לא חשיב מיגו להוציא, אלא שכתב שני הסברים בזה, ומדבריו נראה שהסברו הראשון הוא שכיון שכבר ניצח את הדין תורה ע"י שקיימו את השטר א"כ גם עכשיו הרי זה נקרא שיש לו מוחזקות, ונראה שכוונתו היא דכיון שאתמול הי' עומד לנצח א"כ גם היום הרי זה נחשב שיש קשר בינו לבין החפץ. ושוב כתב דחשיב מוחזק משום שהי' בידו שטר, פי' דכיון שהי' לו שטר הרי זה כאילו הי' לו החפץ בידו. וגם בזה אפשר לומר שכוונתו היא לומר דכיון שאתמול הי' לו החפץ בידו הרי זה נחשב קשר בינו לבין החפץ גם היום, אלא שזה נראה מפוקפק קצת, כי י"ל שרק מה שהיתה לו בעלות אתמול הרי זה נקרא קשר בינו לבין החפץ גם היום, דהיינו חזקת מרא קמא, וכן העובדא שהי' יכול לנצח את הדין תורה וכדרכו הראשון, אבל מה שהי' מוחזק בהחפץ אתמול אין זה נקרא קשר גם היום. וביותר יש לבאר את הדרך השני שכתב הרשב"א שכוונתו לומר שמיגו מהני מדין זכות טענה, דהיינו שנותנים לו הנאמנות של כל מה שהי' יכול לטעון, דלפ"ז י"ל שהוא הדין שנותנים לו את הכח של מוחזקות שהי' יכול לקבל ע"י להשאר עם השטר הראשון, ולכן חשיב מוחזק.

משום דחשיב מוחזקות. וביאר הקו"ש שאם היא בגדר חזקה קמייתא א"כ י"ל שמיגו עדיף מחזקה קמייתא, אבל אם היא בגדר מוחזקות א"כ הדין נותן שלא יועיל מיגו נגד חמ"ק כי חשיב מיגו להוציא ממוחזק. והנה עי' בקונטרס הספקות עצמו בכלל ו' אות י"א שדן על רוב כנגד חמ"ק, וכתב שזה תלוי בהצדדים הנ"ל שכתב בנוגע לביאור חמ"ק, דאם היא בגדר חזקה קמייתא א"כ רובא וחזקה רובא עדיף, אבל אם היא בגדר מוחזקות א"כ אין הולכים בממון אחר הרוב להוציא ממוחזק. ובכלל א' סק"ז הביא מחלוקת הראשונים בענין אם אמרינן שברי ושמא ברי עדיף נגד חמ"ק, ובכלל ו' שם כתב שהדין בברי ושמא נגד חמ"ק הוא שוה לרוב נגד חמ"ק.

ומעתה י"ל שתוס' אצלינו סוברים שחמ"ק חשיב כמו כל חזקה קמייתא ומש"ה מיגו נגד חזקת מרא קמא לא חשיב מיגו להוציא, ומש"ה הוצרכו לומר טעם אחר בדעת רב יוסף גבי ארעא, אבל בב"ב שם הרי הם סוברים שהיא בגדר מוחזקות, ומש"ה סגי בהדין של מיגו להוציא לא אמרינן כדי לבאר את סברת רב יוסף גם גבי ארעא.

עוד י"ל שגם אצלינו סוברים תוס' שהיא בגדר מוחזקות, רק שבכל זאת י"ל שלא סגי בארעא בטעמא דמיגו להוציא, והיינו משום שיש לחדש שאע"פ שמיגו להוציא לא אמרינן אבל אין הכוונה שאין המיגו מועיל כלל להחליש את המוחזקות, אלא לעולם שפיר מועיל המיגו לסלק את הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות, רק שבכל זאת אין מוציאינן כי נשאר הסברא

של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, כלומר שאין משנים את המצב בלי סיבה, ויש לבאר עוד שלכן איתא בכתובות דף י"ב ע"ב שהיכא שיש ברי ושמא בהדי המיגו שפיר מוציאינן, ד"ל שאין הכוונה לצירוף שני כחות קלושים, אלא הכוונה היא שכיון שיש מיגו א"כ הרי זה מבטל את הכח של חזקה חיובית שיש להמוחזק, ומעתה מועיל גם ברי ושמא להוציא ממנו, כי גם ברי ושמא הוא סיבה לשנות את המצב. ומעתה אם נאמר כהנ"ל, יוצא שבהציוור של רב יוסף בקרקע שפיר יועיל המיגו נגד החמ"ק, כי בהציוור של רב יוסף, בעל השטר, שיש לו המיגו, הוא הי' זה שהי' נמצא בתוך הקרקע, ומש"ה אחרי שהמיגו מסלק את הכח של חזקה חיובית שיש בהמוחזקות של חמ"ק ונשאר רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, א"כ מעתה הדין נותן שנשאיר את בעל המיגו בתוך הקרקע, ומש"ה הוצרכו תוס' לחפש טעם אחר להא דסובר רב יוסף שנותנים את הקרקע להראשון.

כט) בא"ד.

בענין מיגו מממון לממון.

הנה הראשונים כתבו עוד תי' על קושיית תוס', והיינו שלא אמרינן הכא מיגו כי הוי ממקצת ממון ליותר ממון, כלומר שבהטענה השני' הי' צריך לתבוע יותר ממה שהוא תובע עכשיו, דהא עכשיו הרי הוא תובע את חצי הטלית, ואילו המיגו הוא שהי' יכול לתבוע את כל הטלית, ובכה"ג לא אמרינן מיגו. ועוד יש אומרים שכל היכא שהי' צריך לתבוע חפץ אחר במקום חפץ זה לא אמרינן מיגו אפילו אם

החפץ השני שוה אותה שויות כמו חפץ זה. ועי' גם בשט"מ בד"ה האומר וכו' שכתב תי' זה שאין לו מיגו לתבוע את כולה בשם תלמיד הר"פ. ועי' גם בחידושי הר"ן ובנ"י שהובאו כללים אלו והוסיפו טעם לדבר, והיינו שחוששין שמא לא רצה להעזי ולתבוע יותר, וכן לא רצה את החפץ השני.

והנה השט"מ שם הביא שהשר מקוצי הקשה על דרכו של תלמיד הר"פ מלהלן בדף ג', דמקשינן שמודה במקצת יהי פטור משבועה במיגו שהי' יכול לכפור את הכל, הרי ששפיר חשיב מיגו. מיהו לכאורה דבריו תמוהין, דהא אדרבה עיי"ש בגמ' דמתרין רבה שאינו מיגו כי אין אדם מעזי פניו בפני בעל חובו וא"כ לפ"ז הה"נ הכא י"ל שאינו מעזי לתבוע את הכל. מיהו אולי מפרש השר מקוצי כרש"י בב"ק דף ק"ז ע"א שכוונת רבה היא רק למלוה משום שעשה לו טובה בזה שהלוה לו בתחילה, דרק בגלל עובדא זו אינו מעזי פניו.

ובאמת גם מהגמ' בדף ח' כאן שהביאו תוס' חזינן דאמרינן מיגו זה, ולא אמרינן דאינו מיגו כי חשיב העזה, דהא רצו לומר שם מיגו זה לענין לפוטרו מהשבועה שהוא צריך לישבע על הרביע שהוא נוטל. וכן העיר השט"מ כאן בשם גליון וז"ל, כתוב בתוס' כדאמרינן בגמרא האי מיגו גופי' וכו', צריכין התוס' להביא ראי' דאל"כ הוה אמינא דלא הוי מיגו טוב דשמא אינו מעזי פניו ברצון לתבוע הכל כדאמרינן במודה במקצת וכופר הכל עכ"ל.

ועי' עוד במרדכי כאן שהביא תי' זה של מממון לממון, והקשה מדברי רבה בדף

ג' דאמר מיגו זה, וכתב שכיון שהתם איירי רק לענין לפוטרו משבועה, א"כ לענין זה סמכו גם על מיגו כל דהו. ונראה שמוכח מדבריו שאינו סובר את סברתם של החי' הר"ן והנ"י, כי לדידהו אין כאן מיגו כלל, שהרי כל הראי' של מיגו הוא משום שאם הוא משקר הי' צריך לומר שקר אחר, וא"כ ברגע שיש סברא למה לא רצה לומר את השקר ההוא, אזלה לה כל הראי' של מיגו ולא נשאר כלום, וא"כ הדין נותן שלא יועיל אפילו לפוטרו משבועה. וכן מבואר באמת בהתירוץ של רבה שלא מהני המיגו לפוטרו משבועה כיון שיש בו העזה (אלא שרש"י בב"ק כתב שרק במלוה חשיב העזה כמו שהבאנו כבר).

וצ"ל בדעת המרדכי שהוא סובר טעם אחר למה לא מהני מיגו מממון לממון, והטעם ההוא שייך רק לענין ממון אבל לא לענין שבועה. ונראה שהטעם הוא כך, דהמרדכי סובר שלעולם גם מממון לממון קיימת הראי' של מיגו, רק שהטעם למה מיגו תמיד מועיל אינו בגלל הכח של ראי' שיש בו, כי התורה לא סמכה על ראיות אלא רק על עדים, רק שמיגו מועיל מטעם זכות טענה, דהיינו שצריכים לתת לו את הנאמנות לא רק של מה שהוא טוען אלא הנאמנות שהיתה לו על הטענה האחרת, וכבר הבאנו לעיל באות כ"ד שכתב הקו"ש דרך זה בח"ב סי' ג' (ולכאורה צ"ל שאין זה דבר של סברא אלא הוי הלל"מ, וצ"ע), ומעתה י"ל שהדין האמור בזה הוא שנותנים לו את הנאמנות רק של טענות שהי' יכול לטעון בתוך הדין תורה הזה, אבל לא טענות שהי' יכול לטעון במסגרת של דין תורה אחר, דהיינו שהי' יכול

לעשות דין תורה על חפץ אחר ולטעון טענות אלו, וכן הוא אצלינו כי אם הי' טוען כולה שלי א"כ אז הי' דין תורה על כל הטלית, ואין נותנים לו את הנאמנות שהיתה לו על הטענה שהי' יכול לטעון בהדין תורה ההוא. ומעתה לפ"ז שפיר יש מקום לדברי המרדכי, כי נתכוין לומר שהיכא שבעצם יש לו כח לנצח כי הוא הוי המוחזק, וכמו במודה במקצת שהוא מוחזק על החלק שהוא כופר, וכן בטלית שהוא מוחזק על הרביע, רק שרוצים להחמיר עליו ולדרוש שישבע, א"כ לענין שלא להשביעו מהני מיגו כל דהו, דהיינו הכח של ראי' שיש במיגו (שקיים גם בהציוור של מממון לממון) אע"פ שאין כאן הכח של זכות טענה.

שו"ר במהר"ם שיף בדף ט' ע"א על תד"ה זה נוטל וכו' שכתב כדברי המרדכי, וכתב המפרש באות צ' וז"ל, ואף דלטעם הנ"י דהוי מיגו דהעזה, במקום שבועה פשיטא דלא אמרינן אפילו להרא"ש וכדרכה, י"ל דבשבועה דמן התקנה, אף מיגו דהעזה לאפטורי משבועה אמרינן כמש"כ הרא"ש בסוגיא דשכיר עכ"ל. ובאמת עי' בהגהות הב"ח על המרדכי דיש גירסא אחרת בדברי המרדכי שאין כוונתו להקשות מדף ג', אלא מדף ח', ושעל זה תי' דשאני התם "דבמיגו כל דהו פטרינן לי' משבועה שאינה אלא כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו'". וכן גורס הנחל"ד בדברי המרדכי, עי' בדבריו על תוס' כאן. וע"ע בפ"י כאן שנסתמך על התירוץ של רבה בדף ג' לומר שאינו חשיב מיגו כי חשיב העזה, וממילא הקשה על תוס' כאן איך רצו לומר מיגו זה ממקצת ממון לכל

הממון, וכתב חילוקים למה הכא שפיר הוי מיגו עיי"ש.

ודע, דיש אומרים ששפיר מהני מיגו דהעזה גם לענין ממון ולא רק לענין לפוטרו משבועה דרבנן, עי' בזה בש"ך בכללי מיגו סי' פ"ו סק"ו, ובתוס' בב"ק בסוף דף ק"ז ע"א, ובב"ב דף נ"ב ע"ב בד"ה דברים וכו', ולהלן כאן באות ע"ד.

(ל) בא"ד.

וז"ל, ורב יוסף אית לי' דאפילו מיגו לא הוה כיון שטענה ראשונה שהוא טוען בהאי שטרא הוא שקר, ואין לומר מיגו אלא היכא שטענתו ראשונה היא אמת מיגו שהי' טוען אחרת, ולכן אינו מיגו אפילו להחזיק עכ"ל. והנה בהשקפה ראשונה הי' נראה שכוונתם היא לתרץ שלא חשיב מיגו היכא ששיקר תחילה כי נהי שמיגו הוא ראי' שאינו משקר עכשיו, אבל היינו רק באדם שאינו מוחזק אצלינו כשקרן, אבל היכא שידעינן שכבר שיקר כדי לקבל ממון זה, א"כ באדם כזה לא מספיק בהראי' של מיגו כדי לזכותו. מיהו לפ"ז היו תוס' צריכים להדגיש יותר את העובדא שהוא עצמו שיקר, ולא את העובדא שהטענה היא שקר.

ועוד דגם לפי ביאורינו הנ"ל אכתי יש לעיין בלשונם של תוס' בב"ב דף ל"ב ע"ב, דהנה גם שם כתבו תוס' כעין הסברא הנ"ל בביאור דברי רב יוסף וז"ל, ונראה לר"י דטעמא דרב יוסף דלא אמרינן מיגו הכא כיון דלית לי' הכא מיגו אא"כ שיקר תחלה, שהוצרך לשקר תחלה ולומר והא שטרא עכ"ל, ואילו לפי הביאור הנ"ל שכתבנו הי' מספיק אם הר"י הי' אומר רק

שכבר נמצא שקרן בטענתו הראשונה על ממון זה, ולמה הוצרך לומר שעיקר המיגו זקוק הוא להא דשיקר תחילה, דהא לפי ביאורנו הנ"ל גם היכא ששיקר תחילה ועכשיו הרי הוא טוען טענה שני' ויש לו מיגו שהי' יכול לטעון טענה שלישית, גם בכה"ג אין לו מיגו, ואילו מהר"י בב"ב משמע שאין לו מיגו רק היכא שהעובדא ששיקר הרי הוא הדבר שממציא לו את המיגו.

ובאמת יש להבין את תירוצם הנ"ל של תוס' לפי לשונם בסוגיין גם בדרך אחרת, והיינו לפי הדרך שמיגו מהני משום זכות טענה, דהיינו שנותנים לו את הנאמנות לא רק של הטענה שהוא טוען אלא גם של הטענה שהי' יכול לטעון, די"ל דהיינו רק לענין טענה שלא הוכחה להיות שקר, דהיינו שכשהוא טוען טענה א' הרי אנו נותנים לו את הנאמנות של טענה ב' כי גם טענה ב' היתה יכולה לשמש כאן כטענה, ואע"פ שעצם העובדא שהוא טוען טענה א' הרי זה הודאת בעל דין שטענה ב' הוא שקר אבל לא ידעינן כן משום מקום אחר, אבל בהציוור של רב יוסף הרי קודם כל הודה שטענתו של הא שטרא היא שקר ושוב בא לטעון טענה חדשה והרי כבר נתברר קודם שטען טענה ב' שהטענה של המיגו היא שקר, וא"כ אין זו נקראת בגדר טענה אפשרית (אע"פ שהי' יכול לטעון אותה לפני שנתבררה להיות שקר), ולכן אין נותנים לו את הנאמנות של הטענה ההיא, וא"כ אתי שפיר לשון תוס' כאן שהדגישו רק את העובדא שהטענה היא שקר ולא הדגישו שהוא עצמו שיקר. והנה יש עוד דרך איך להבין את כוונת

תוס' כאן, והיינו שכוונתם היא כפירושם האחרון בב"ב שם, דעיי"ש שפירשו שלא מהני המיגו משום שהוא בגדר חוזר וטוען, ואינו יכול לחזור ולטעון את הטענה ששטרא מעליא הוה לי ואירכס, ומכיון שאינו יכול לחזור ולטעון נמצא שהמיגו שלו הוא מיגו בלא טענה עכ"ד, ומעתה כן יש להבין גם את לשון תוס' אצלינו, והיינו שאין לומר מיגו כיון שטענתו הראשונה נמצאת שקר והיא בעל כרחו נשארת הטענה שלו.

לא) בא"ד (בענין הביאור שכתבו תוס' בב"ב בדעת רב יוסף דאינו חוזר וטוען).

ומעתה יש לעיין יותר בהפירוש שהביאו תוס' בב"ב שטעמו של רב יוסף הוא משום שאינו חוזר וטוען.

והנה עיין ברא"ש שם שמקשה על זה דהא טענתו היא רק מה שהוא אומר שהקרקע היא שלו או שמגיע לו זוזי, אבל מה שהוא אומר הא שטרא הרי זה בגדר ראי', וא"כ מי יימר שאינו יכול לחזור בו לראי' אחרת. מיהו דברי הרא"ש אינם ברורים כל כך, כי הטעם למה אינו יכול לחזור ולטעון הרי זה משום שטענתו הראשונה הרי היא בגדר הודאת בעל דין נגד טענות אחרות, וכמש"כ הרשב"ם בסוף דף ל' שם, וכתב הרשב"ם שמשום כך אפילו אם יש עדים כטענתו השני' לא מהני כי הודאת בעל דין עדיף מעדים, ומעתה לפ"ז נהי שהיכא שהביא ראי' מסוימת צודק הרא"ש שאין בזה הודאת בעל דין שאין לו ראי' אחרת, אבל הכא הרי איירי

שהוא מביא שטר, וא"כ אע"פ שאיירינן בראי' מסוימת אבל לכאורה הרי זה שפיר כהודאת בעל דין שאין לו שטר אחר, כי יותר משטר אחד אין כותבים, וא"כ כשאמר הא שטרא הרי זה כאומר שאין לו שטר אחר.

ועכ"פ לכאורה הי' אפשר לומר שטעמו של רבה הוא כקושיית הרא"ש, דלכך ס"ל שאין כאן חסרון של אינו חוזר וטוען. מיהו באמת אי אפשר לומר כן, כי בהמשך הסוגיא שם אמרינן כסברת רבה גם בהציוור של ערבא אשר שם רצה לחזור בו מטענתו ממש (ולא רק מראי') ולומר שהלוה לו פעם אחרת.

ונראה לומר ביאור אחר בדעת רבה לפי הפירוש ההוא שטעמו של רב יוסף הוא משום שאינו חוזר וטוען וכמו שנבאר, דהנה שיטת הרמב"ם בסוף פרק ט"ז מהל' טוען ונטען היא שמפטור לפטור שפיר אפשר לחזור ולטוען, והיינו דהדין של אינו חוזר וטוען הרי זה רק היכא שכבר נתחייב בב"ד על פי טענתו הראשונה ועכשיו הרי הוא רוצה לשנות את טענתו, אבל היכא שהוא משנה את טענתו בזמן שהוא עדיין פטור על טענתו הראשונה, הרי הוא שפיר יכול לחזור בו אפילו אם אח"כ נתגלה שהי' מתחייב על פי טענתו הראשונה. וכתב המ"מ שטעמו של הרמב"ם הוא משום שבאותה שעה יש לו מיגו, דהיינו שהי' יכול להשאר עם טענתו הראשונה ולנצח. מיהו לכאורה צ"ע דהא הוי מיגו

במקום הודאת בעל דין שהרי עשה הודאת בעל דין שטענתו השני' היא שקר, וכן הקשה הקו"ש בב"ב אות קי"ג. ועיי"ש באות קי"ד שתי' דהנה מצינו ששני עדים אינם יכולים לחזור מעדותם אפילו אם הם אומרים שמעולם לא העידו, וכגון אם אמרו שהשטר הוא מזויף ושמעולם לא חתמו עליו, והיינו משום שכל היכא שאצלינו נתקבלה הגדתם, אינם יכולים לחזור בהם, והיינו משום שיש גזיה"כ שאינו חוזר ומגיד, אבל בהודאת בעל דין, היכא שהוא חוזר בו ואומר שלא נתכוין להודות, וכגון הכא בחוזר וטוען, הדין גותן ששפיר יוכל לחזור, כי לא נאמר בהודאת בעל דין הגזירת הכתוב של אינו חוזר ומגיד, רק שכיון שראינו הודאת בעל דין אין לו נאמנות לומר שלא הודה בתחילה, וא"כ היכא שיש לו מיגו לצד חזרתו הרי זה שפיר מועיל. ולפ"ז שפיר מובן למה הוא יכול לחזור בו מפטור לפטור ע"י מיגו.

מיהו הקצה"ח בסי' פ' סק"ג הקשה על המ"מ דלפי הטעם של מיגו שכתב המ"מ למה ממשין הוא להיות נאמן גם אחרי שלבסוף נתגלה שהי' מתחייב ע"י טענתו הראשונה, הלא מצינו שהאשה שאמרה אשת איש אני ונתגרשתי הרי היא נאמנת רק עד שבאים עדים שהיתה אשת איש, אבל לא אחרי זה, כי כבר נתבטל המיגו, כי עכשיו כבר אינה יכולה לומר שלא היתה אשת איש*).

(* והנה עיין בקו"ש שהקשה על הדין ההוא דהא גם אחרי שמתבטל המיגו אכתי נשאר העובדא שיש ראי' שאמר אמת כי אל"כ הי' צריך לומר את הטענה השני' דהא לא ידע שתבטל

טענתו הראשונה. והקו"ש שם תי' שאחרי שהחזיקה את עצמה כאשת איש ודבר שבערוה א"כ מעתה לא סגי בהכח של ראי' שיש בהפה שאסר כדי להתיר את עצמה, אלא צריכים גם את

והקצה"ח עצמו כתב טעם אחר לשיטת הרמב"ם, והיינו שהודאת בעל דין מהני רק היכא שע"י ההודאה הרי הוא מחייב את עצמו ממון, אבל הכא כשטען את טענתו הראשונה הרי היתה הטענה בגדר טענת פטור, ולכן מה שהוא מודה בזה נגד טענות אחרות אינו כובל אותו אלא יכול לחזור בו, כי אין כאן שום הודאה בממון. ומעתה לפי כל הנ"ל י"ל שרבה סובר דעת הרמב"ם ששפיר אפשר לחזור מפטור לפטור, ורב יוסף סובר שאינו יכול.

לב) בא"ד (בענין אין ספק מוציא מידו ודאי היכא שהספק הוא מוחזק).

וז"ל, וא"ת ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי, דהאומר כולה שלי יש לו בודאי חצי, והאומר חצי שלי ספק אם יש לו בה כלום, כדאמרינן בפרק החולץ ספק ויכס שבאו לחלוק בנכסי סבא וכו', וי"ל

הכח של נאמנות שיש בהפה שאסר, דהיינו שכי היכי שמהימנין לה אהא הימנין לה נמי אהא, וא"כ הרי זה מועיל רק עד שבאים עדים שהיתה אשת איש, כי אחרי זה הרי אנחנו יודעים אודות הריעותא גם בלעדה.

והנה לכאורה יש להקשות על דברי הקו"ש שנקט שגם אחרי שבאו עדים אכתי יש כאן הכח של ראי', דאדרבה לכאורה אין כאן הכח של ראי' כי אולי לא שתק כדי שיהי' נאמן אפילו אם יבואו עדים.

והנה מצאתי בפוסקים שכתבו שלא חיישינן שאדם מסדר טענותיו מחשש שמא יבואו עדים, ואפילו באופן שהיתה אפשרות שידע שיתכן שיבואו, וא"כ יוצא שבאמת שפיר נשאר קיים הכח של ראי' של הפה שאסר וכמו שנקט הקו"ש. ועי' בנוגע לזה בחו"מ סי' פ' בסמ"ע סק"ה, וכן בסי' ע"ט ברמ"א בסעיף ט' ובסמ"ע בסק"ג ובש"ך

דהתם יכס שהוא בנו של סבא, הוי ודאי יורשו, ולא יוציא הספק מספק ממונו, אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציו שיועיל לו לחציו השני עכ"ל.

ועי' בשט"מ כאן בד"ה והאומר וכו' בשם גליון שהקשה על קושיית תוס' כאן דאולי לא אמרינן כאן אין ספק מוציא מידי ודאי כי הכא הספק הוא מוחזק, וביאר קושיית תוס' בזה"ל, דכיון דאין ספק מוציא מידי ודאי, אז הודאי הוי כמוחזק, ואי אמרת מיגו (כלומר שהאומר חצי מקבל רבע כי יש לו מיגו שהי' יכול לומר כולה שלי, ובנוגע לרבע הוי מיגו להחזיק - אין הדבר כן אלא), הוי מיגו להוציא עכ"ל, הרי שכתב שהודאי חשיב בגדר מוחזק, וכן איתא ברש"י ביבמות דף ל"ז ע"ב בד"ה ספק ובני יבם וז"ל, הספק (שהוא ודאי לעומת בני היבם) מוחזק בהן יותר דממה נפשך אית לי זכיי' בגוייהו וכו' עכ"ל, וכן כתב בדף ל"ח ע"א שם

בסקכ"ב. אולם עיין בטור בסי' פ' שם שהביא את דעת הרמ"ה וביאר הב"י שהרמ"ה סובר שהפה שאסר מתבטל לאחר שבאו עדים משום שכיין שבאו עדים חיישינן שמא עשה בגלל שידע ופחד מהעדים ודלא כהפוסקים הנ"ל. מיהו הקו"ש על ב"ב באות קי"א הראה שאין זה כוונת הרמ"ה, והב"י כתב מה שכתב משום שלא הי' לפניו ספרו של הרמ"ה אלא רק מה שהביא הטור בקצרה אבל טעמו של הרמ"ה הוא משום שנתבטל כח הנאמנות. ובחידושי הגרש"ש על ב"ב דף ל' כתב כדברי הקו"ש שהפה שאסר מתבטל משום שאע"פ שאכתי יש כאן הכח של ראי' אבל לא סגי בכך, אבל כתב וז"ל, ומשמע אף אם יבואו עדים כאלו שברור לנו שהלוה לא ידע מהם ולא עלתה על דעתו שיבואו לכאן וכו' עכ"ל. ולפי מה שהבאנו מהפוסקים לא הי' צריך לזה אלא גם בלא"ה לא אמרינן שחשש שמא יבואו עדים.

בד"ה הוי יבם ודאי וז"ל, הוי יבם ודאי יורש ויודע מכח מי הוא בא ומוחזק בנכסים וכו' עכ"ל. ויש לבאר דבר זה לפי מה שכתבנו באות כ"ז (קטע "והנה יש") שמוחזקות אינה דוקא ע"י שהוא מחזיק את החפץ בידו או ברשותו, אלא הכוונה במוחזקות היא שרואים קשר מסוים בינו לבין החפץ, ומה שהוא מחזיקו בידו או ברשותו הרי זה סוג מסוים של קשר, אבל יש גם סוגים אחרים של קשר, וכגון העובדא שהי' שייך לו אתמול, דבגלל זה מיקרי שגם היום יש קשר בינו לבין החפץ, כי מה שהי' שייך לו אתמול חשיב קשר בינו לבין החפץ גם היום, וזהו כוונת הצד שכתב הקונטרס הספקות בכלל א' אות ה' שחמ"ק מהני מדין מוחזקות, וכן י"ל גם כאן, דמה שבתורת ודאי חלק מהממון הרי הוא שלו, הרי זה נחשב קשר בינו לבין כל הממון, ומש"ה חשיב מוחזק בכולו.

מיהו מלשון השט"מ שהבאנו משמע קצת אחרת, והיינו שמקודם אמרינן שאין ספק מוציא מידי ודאי, ורק כתוצאה מדין זה הרי הודאי נעשה מוחזק, ודלא כדברינו הנ"ל שהא גופא שאין ספק מידי ודאי הרי זה משום שהודאי נקרא מוחזק. מיהו יש גם לבאר את לשון השט"מ ולומר ששיעור לשונו הוא כך, דכיון שאין ספק מידי ודאי, הרי זה מראה שהודאי הוא מוחזק כי זהו כל הטעם למה אמרינן שאין הספק יכול להוציא ממנו (ובאמת בע"כ כן צריכים לפרש את כוונתו, כי אל"כ למה לא נאמר כן בכל מקום שיש להמוחזק מיגו ועומד לנצח, דנימא שכיון שבלי המיגו הי' מפסיד א"כ משום כך חשיב התובע מוחזק, וחשיב בגדר מיגו להוציא. מיהו י"ל דלא אמרינן

כן היכא שיש מוחזק מוחלט אלא רק היכא שאין מוחזק במציאות או היכא ששניהן נחשבים מוחזקים על הכל).

ועי' גם בריטב"א ובפ"י כאן שכתבו לתרץ על קושיית תוס' שלא אמרינן הכא אין ספק מוציא מידי ודאי כי הכא הספק הוא מוחזק. והנה הריטב"א כתב ששאני הכא שלהספק יש את האנן סהדי דמה שתחת ידו שלו הוא, ואילו הפ"י הזכיר רק מוחזק, ומשמע אפילו היכא שאין לו אנן סהדי אלא רק סתם מוחזקות, אבל עכ"פ שניהם הזכירו רק את המוחזקות, אבל לא את העובדא שיש לו להספק מיגו, וא"כ משמע שהם סוברים שגם בלא מיגו אין הודאי יכול להוציא ממוחזק.

לג) בא"ד (בענין אין ספק מוציא מידי ודאי היכא שהספק הוא מוחזק וגם יש לו מיגו).

עי' בב"ב דף ל"ג ע"א שהובא המעשה של קריבי' דרב אידי בר אבין שמת והניח אילן, ורב אידי ואדם אחר טענו כל אחד שהוא הקרוב טפי, ולפי הר"ח (הובא בתוס' שם) איתא בגמ' שם שלבסוף באו עדים שרב אידי הוא קרוב, ואת ההוא גברא לא הכירו, וגם לא ידעו אם רב אידי הוא קרוב שבודאי ראוי לירש, דהיינו בן, אלא העידו רק שהוא קרוב, וכגון בן אחיו, וא"כ אכתי יכול להיות שהשני הוא בן וראוי לירש את הכל, ואמר רב חסדא שאין ספק מוציא מידי ודאי ונותנים את האילן לרב אידי כי עליו יודעים לכל הפחות שהוא בגדר קרוב משא"כ בנוגע לההוא גברא. מיהו בנוגע להפירות, סובר רב

חסדא שם שפטור ההוא גברא מלשלם את הפירות של האילן שאכל כל הזמן עד עכשיו, כי בנוגע להפירות הרי הוא שפיר נאמן לומר אכלתי אבל דידי אכלתי, כי יש לו מיגו שהי' יכול לכפור ולומר שלא אכל, ואילו אביי ורבא סוברים שהוא צריך לשלם גם עבור הפירות כי הפירות נגררים אחרי הקרקע.

ועי' בקו"ש שם באות קמ"ד שכתב שאי אפשר לומר שרב חסדא סובר שמיגו מהני מדין ראי' כי א"כ אי אפשר לחלק את הפירות מהאילן, דהא אם יש ראי' שהפירות הם שלו א"כ בע"כ צ"ל שגם האילן הוא שלו עכ"ד. מיהו בדעת אביי ורבא לכאורה שפיר י"ל שהם סוברים שמיגו מהני מדין ראי', שהרי הם אינם מחלקים בין האילן להפירות. מיהו הא ליתא, כי אילו כן היו אביי ורבא צריכים לומר איפכא, דהיינו שהוא מקבל גם את האילן וגם את הפירות, דהא על הפירות יש ראיית מיגו שהם שלו.

ועי' עור בח"ב בסי' ג' אות י"ג שביאר שגם רב חסדא וגם אביי ורבא סוברים שמיגו מהני מדין זכות טענה, ולכן סובר רב חסדא שאפשר לחלק את דין הפירות מדין האילן, ואילו אביי ורבא סוברים שרק היכא ששני דברים תלויים שניהם בגורם שלישי אפשר לחלק, וכמו שהראה שם, אבל הכא הבעלות על הפירות הרי היא בגדר תוצאה מהבעלות על האילן, ובכה"ג סוברים אביי ורבא שאין לחלק.

ועכ"פ צ"ע, דהא לפי הפירוש הנ"ל של הר"ח בתוס' שם יוצא ש"ודאי" אינו יותר טוב ממי שיש לו מיגו להחזיק, אלא זה שיש לו המיגו להחזיק הרי הוא זוכה,

ומש"ה מיפטר שם מלשלם פירות לפי רב חסדא, ואפילו אביי ורבא מחייבים רק משום גרירה, ואילו הכא מקשים תוס' שנימא אין ספק מוציא מידו ודאי, ושזה שאומר חציו לא יקבל אפילו רביע אע"פ שיש לו מיגו להחזיק על הרביע (ובהאות הקודמת הבאנו שהריטב"א והשט"מ בשם גליון והפ"י תירצו באמת על קושיית תוס' ש"ודאי" אינו יותר טוב ממי שהוא מוחזק, אלא שעכשיו אנו מוסיפים לשאול על תוס' שהכא לא רק שהוא מוחזק אלא יש לו גם מיגו, ובכה"ג מוכח בב"ב לפי פירושו של הר"ח (שתוס' בעצמם הביאו) שאין הודאי זוכה.

מיהו יש ליישב דשאני התם שהודאי הוא סוג של "ודאי" יותר חלש מבסוגיין, וכמו שהזכרנו כבר שבאמת לא הי' בגדר ודאי יורש, אלא הי' ודאי רק שהוא בגדר קרוב, אבל לא שהוא ראוי ליורשו, וא"כ י"ל שמשום כך סובר רב חסדא שהספק עדיף מהודאי ההוא היכא שיש לו מיגו להחזיק, וגם אביי ורבא היו מודים לו אם לא משום שהפירות הם תולדה מהאילן.

ובאמת עי' בט"ז באה"ע סי' קס"ג בסוף דבריו על סעיף ג' שכתב את החילוק הנ"ל, אלא שהוא סובר שבאמת בכגון ההיא דרב אידי בר אבין שאינו ודאי גמור הדין נותן שלא שייך לומר כלל שאין ספק מידי ודאי, והקשה שא"כ למה באמת אמרינן כן גבי רב אידי בר אבין בב"ב שם ולמה נתן לו רב חסדא את האילן, ותי' דשאני התם שגם הספק הוא יותר חלש מגבי ספק ויבם בנכסי סבא, כי בספק ויבם הרי יש סיבה בהמצאות להסתפק לצד הספק, שהרי חזינן שהיבמה היא מעוברת ולא ידעינן

ממי, אבל התם אצל רב אידי בר אבין כל הכח של הספק בא רק מכח טענתו. והנה עי' עוד בקו"ש בב"ב שם באות קמ"ג שהביא שהריב"ש פי' שסברת אביי ורבא למה הם סוברים שרב אידי מקבל גם הפירות הרי זה כי הכח של ודאי עדיף גם ממיוגו להחזיק וכמו שנקטו תוס' אצלינו. וע"ע בריטב"א בב"ב שכתב שהכא לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, כי הכא הרי זה שאומר חציו שלי, הוא זה שעשה את השני לודאי ע"י שהודה לו שחציו שלו, ומש"ה יש לו את הכח של הפה שאסר לומר שלכל הפחות רבע הוא שלו. וע"ע ברשב"א כאן שכתב וז"ל, אבל הכא לא נודע אלא מפיו של זה, ומפני שאינו רוצה לכפור אינו בדין שיפסיד עכ"ל, וכן איתא בשט"מ בד"ה והאומר וכו' בשם הרא"ש. מיהו לא משמע שכוונת הרשב"א היא להפה שאסר, דהיינו שהדין נותן שנאמין לו כיון שאנו יודעים שיש ריעותא רק ממנו, אלא משמע שכוונתו היא לסברא אחרת, והיינו שמכיון שהפסיד את עצמו ע"י שהודה על חצי אין הדבר ראוי שיצא מופסד (משא"כ בכל הפה שאסר, וכגון האשה שאמרה אשת איש הייתי ונתגרשתי שאינה מפסידה את עצמה). ברם גם בב"ב כתב הרשב"א כדבריו הנ"ל, ולהלן שם הזכיר הפה שאסר.

לד) בא"ד.

וז"ל, וא"ת ונימא דאין ספק מוציא מידי ודאי, דהאומר כולה שלי יש לו בודאי חצי, והאומר חצי שלי ספק אם יש לו בה כלום, כדאמרינן בפרק החולץ ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא וכו', וי"ל

דהתם יבם שהוא בנו של סבא, הוי ודאי יורשו, ולא יוציא הספק מספק ממונו, אבל הכא אין סברא מה שהוא ודאי בחציו שיועיל לו לחציו השני עכ"ל. ויש לעיין מה היא כוונת תוס' בתירוץ.

וי"ל שכוונתם היא לומר שרק התם בספק ויבם אמרינן שאין ספק מוציא מידי ודאי, כי כשאדם מת ומניח כמה בנים, כל בן חשיב יורש על הכל, ואין הכוונה שהוא יורש רק חצי או שלישי, רק שלעת עתה אין מבורר איזה חצי או שלישי הוא שלו, אלא הכוונה היא שהוא יורש את הכל, רק שמכיון שגם השני יורש הכל, ושניהם הם בעלים על הכל (וכמו צד ידוע אחד בביאור המהות של שותפות), הרי הם מוכרחים להתפשר ביניהם ולחלוק, וא"כ י"ל שרק משום כך הרי הוא נחשב בגדר ודאי, דהיינו כי אפילו אם יש כאן עוד יורש, אכתי נשאר אמת שהוא בגדר יורש על הכל.

מיהו קשה על זה מהמ"ד שסובר שהאחין שחלקו יורשים הם, ושכשהם חולקים הוברר הדבר שבתחילה ירש כל אחד את חלקו לחוד, דהא לפי דברינו הרי בתחילה ירשו שניהם את הכל ולא רק חצי. ולכאורה הדרך שכתבנו מתאים רק אם נאמר שהאחין שחלקו לקוחות הן זה מזה. ומצאתי בקו"ש בב"ב אות ת"ד שהקשה כעין קושיא זו על יסוד אחר שכתב שם, דעיי"ש שר"ל שכשיש כמה יורשים, לפני חלוקה הרי הם נחשבים כמו ציבור ולא כיחידים שנשתתפו, דהיינו שכל אחד מהם אינו נחשב בגדר בעלים אשר חלקו מעורב עם החלקים של האחרים, אלא הרי זה בגדר נכסי ציבור (והוכיח ששותפין וציבור

הם שני מושגים שונים מהא שאפשר להביא קרבן עוף בשותפות, אבל ציבור אינו יכול לנדב עוף), וכתב שלכן סובר הרשב"ם בב"ב דף קכ"ו שאפילו לפי המ"ד שסובר שבכור יכול למכור את הפי שנים לפני חלוקה אבל את החלקים של בן פשוט אי אפשר למכור, דלפי הנ"ל הרי זה מובן, כי בחלקי פשוט אין להם עכשיו שום חלק פרטי כלל, אלא כולם נחשבים ציבור אחד, וציבור אינו בגדר שותפים, ושוב הקשה על זה מהמ"ד שסובר שאחין שחלקו יורשים הם, וזהו כקושייתנו הנ"ל לעיל.

עוד יש לפרש כוונת תוס' בתירוצם, שרק בספק ויבם אמרינן שאין ספק מוציא מידי ודאי כי לפני שנודע שהיא מעוברת ה' היבם מוחזק להיות היורש היחידי, וא"כ יש לו חזקה קמייתא שנהג עמו כמו היורש היחידי. מיהו צ"ע על זה דאיזו חזקה היא זו, הלא אחרי שנתגלה שהיא מעוברת איגלאי מילתא שבטעות החזקנו אותו כהיורש היחידי של הסבא. והנה אם חזקה קמייתא היא בגדר בירור א"כ אז בודאי קשה הקושיא הנ"ל שעכשיו הקשינו, כי בהצירור של ספק ויבם אין שום בירור כיון שהחזקנו כן בטעות, אבל לפי הסכמת רוב המחברים שחזקה היא בגדר גזירת הכתוב של התנהגות בספק, א"כ שפיר י"ל שאע"פ שהתנהגנו כן בטעות מתוך חסרון ידיעה, אבל בכל זאת גם בכה"ג גזרה התורה להמשיך ולהתנהג כמו שהתנהגנו עד עכשיו.

ונראה שמחלוקת רש"י והרמב"ן היא בכתובות דף כ"ו ע"ב אם חשיב בכה"ג בגדר חזקה או לא, דהנה מבואר שם

שהיכא שיצא קול על כהן שהוא פסול, והורדנו אותו, ושוב בא ע"א להכשירו, והכשרנו אותו, ושוב באו שנים לפוסלו, ופסלנו אותו, ושוב בא עוד ע"א להכשירו, א"כ מעתה יש כאן תרי כנגד תרי ומכשירין אותו על פי החזקת כשרות, ופירש"י שיש לו חזקת כשרות מהשעה שהכשרנו אותו על פי הע"א, והרמב"ן הקשה עליו דהא מה שהכשרנו אותו אז, ה' בטעות, כי לא ידענו שיש שנים לפוסלו.

ועכ"פ עי' בערל"נ ביבמות דף ל"ח ע"א שכתב את הביאור הנ"ל בהתירוץ הנ"ל שכתבו תוס' כאן (וגם ביבמות).

עוד יש לפרש כוונת תוס', שלא אמרינן אין ספק מוציא מודאי אלא בירושה, כי העובדא שהוא יורש, אשר עובדא זו מזכה אותו לכל הפחות בחצי הירושה, עובדא זו גופא היתה מזכה לו גם בהחצי השני אם לא ה' כאן האדם השני, אבל הכא נהי שזה שאומר כולה שלי הרי הוא נקרא ודאי בחצי כיון שהשני מודה לו, אבל כדי לקבל את החצי ההוא הרי מספיק בזה שהרים הרמה פורתא יחד עם השני, דאז הוי החצי ההוא שלו אפילו אם ההרמה היא באופן שאם השני לא ה' כאן ה' החצי השני נסחב על הארץ, אבל כדי לקבל את הכל הרי הוא צריך לעשות הגבהה כזו שהחצי השני אינו נסחב על הארץ. ועי' בחמדת שלמה שדן על הפירוש הזה. ועוד דן שלפי הפירוש הזה א"כ ברוכב ומנהיג שאמר אחד מהם כולה שלי והשני אמר חצי שלי נגיד באמת אין ספק מוציא מידי ודאי ולא יקבל זה שאומר חצי שלי כלום כי מה שהשני רוכב או מנהיג הרי זה מספיק מעשה כדי לקנות

הכל. ועי' שם בפלפולו של החמד"ש בענין זה.

והנה תוס' ביבמות שם הראו עוד שגבי נפל הבית עליו על אביו לא אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי, וא"כ צריכים לפרש תירוצם שם בדרך שישאיר מקום לחלק בירושה גופא, ובאמת רק הדרך השני שכתבנו משאיר מקום להדין ההוא, כי לפי הדרך ההוא יוצא שרק בספק ויבם אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי כי הודאי הי' מוחזק להיות הירוש היחידי.

וע"ע בספרי על יבמות בח"ב אות תקצ"ב שהארכתי בענינים אלו.

לד**) הוה אמינא מאי מצאתי ראיתי וכו'.

פירש"י לפי גירסת המהרש"א בזה"ל, ראיתי קודם שהגבהתי אותה עכ"ל. וביאר המהרש"א שרש"י כתב כן כי גם אם קנה בראי' אבל בע"כ צ"ל ששוב הגבי' שהרי תנן שהם אוחזין את הטלית. אמנם צ"ע על התנא עצמו דאם השאלה היא מי ראה קודם א"כ למה נקט התנא שהם אוחזין, דהא הי' יכול לצייר כשאינם אוחזין.

ואולי אפילו אם ראי' קונה, אבל היינו בתנאי שלבסוף בא לידו, דאז נקבע שקנה משעת הראי'.

ובזה מיושבת קושיות תוס' כאן מהמשניות שמוכח מהן שלא סגי בראי' לחוד, דלפי הנ"ל לק"מ כי התם לא אתא לידו לבסוף.

עי"ל דתני שהם אוחזין כי אם אינם אוחזין הדין נותן שנאמר כל דאלים גבר כמו שמבואר בתוס'. ברם לפי הריב"א (הובא בתוס' בב"ב דף ל"ד ע"ב) אמרינן

יחלוקו ולא כל דאלים גבר (כשאינן ודאי רמאי) גם כשאינם אוחזין. ברם הריב"א עצמו כתב שלפי שיטתו אוחזין הוא לאו דוקא וא"כ לא קשה מידי למה תני אוחזין גם אם קונים בראי' לחוד.

לד**) תני כולה שלי דבראי' לא קני.

הנה להלן בסמוך קאמר רב פפא ואיתימא רב שימי בר אשי ואמרי לה כדי, שבאמת תרתי קתני. ולפ"ז י"ל שהכוונה במצאתי' היא באמת לראיתי', וכלשון בני אדם ולא כלישנא דקרא, ולעולם בראי' בעלמא שפיר קני.

והנה תוס' כאן מקשים על מאי דאמרינן כאן שבראי' לא קני מהא דאמרינן בדף קי"ח שהבטה בהפקר קונה. מיהו התם איתא שרבה אומר שהבטה בהפקר תנאי היא, ואילו רבא חולק עליו, ולפי הלישנא קמא שם רבא עצמו סובר שלפי כו"ע הבטה שפיר קונה, ואילו לפי האיכא דאמרי רבא סובר שלפי כו"ע ראי' הבטה קונה. ומעתה צ"ע מה היא קושיית תוס', הלא י"ל שהדרך כאן שמפרש שהתנא כאן סובר שבראי' בעלמא אינו קונה הרי זה לפי רבא שם בהאיכא דאמרי שלפי כו"ע הבטה אינו קונה, א"נ לפי רבה והמשנה היא כהתנא שסובר שאינו קונה, ואילו הסוברים ששפיר קני יפרשו את המשנה כרב פפא.

לה) והא אמר רבינא ומצאת דאתאי לידי' משמע.

ופירש"י וז"ל, ואפילו הכי אחיך ולא עובד כוכבים, ולא תימא כי מיעט רחמנא

עובר כוכבים היכא דלא אתי לידי' דישאל, לא מחייב למטרח עלה ולא הדורה, אבל אתא לידי' מיחייב להחזירה דאבידתו אסורה עכ"ל.

והנה לכאורה יש להקשות דברך כ"ו ע"ב מבואר שאם ישראל רואה אבידתו של ישראל ואינו מגבי' אותה הרי הוא עובר בלא תוכל להתעלם גרידא אבל אינו עובר בהשב תשיבם, והיכא שהגבי' אותה על מנת להחזירה ושוב נמלך לקחת אותה לעצמו הרי הוא עובר בהשב תשיבם אבל אינו עובר בלא תוכל להתעלם, וביבמות דף ז' ע"א מבואר של"ת חמור מעשה, ומעתה צ"ע למה צריכים ילפותא לומר שאבידת עכו"ם מותרת אפילו אם אתא לידי', הלא אם מותר לו להתעלם כשלא אתא לידי', שדבר זה הוא בל"ת באבידת ישראל, א"כ כ"ש שמותר לו לא להשיבו היכא שכבר אתא לידי' אשר דבר זה באבידת ישראל הוא רק בעשה.

ולכאורה הי' אפשר לומר שהחידוש הוא שאינו עובר באבידת עכו"ם אפילו היכא שהרים מתחילה על מנת שלא להשיב אשר בכה"ג הרי הוא עובר בישראל גם בלא תוכל להתעלם וגם בהשב תשיבם. מיהו אולי זה דוחק כי מסתימת לשונו של רבינא משמע דאיירי בכל ציור של אתא לידי', דהיינו אפילו היכא שהרימו על מנת להשיב ואח"כ נמלך שלא להשיב, דגם ציור זה סגי כדי להצריך פסוק שגבי גוי אין איסור, ואילו על ציור זה אכתי קשה כהנ"ל למה צריכים פסוק לזה.

מיהו אחר העיון בלשון רש"י נראה שרש"י נתכוין ליישב דבר זה בלשונו הנ"ל, דהנה חזינן שכתב שבלי הפסוק

היינו אומרים שאם "אתא לידי' מיחייב להחזירה דאבידתו אסורה", ולכאורה צ"ע דביותר הי' לו לכתוב דמיחייב להחזירה וממילא אבידתו אסורה, דהיינו שהוא חייב להחזירה משום מצות השבת אבידה וזה גורם שאבידתו אסורה, ואילו רש"י כתב שמייחייב להחזירה דאבידתו אסורה, כלומר שהעובדא שאבידתו אסורה הרי זה הסיבה והגורם להא דחייב להחזירה. ונראה שכוונתו היא כך, דבאמת גם בלי הפסוק היינו יודעים שאינו חייב בהשבת אבידה, וכהנ"ל בק"ו מהא דאינו חייב בלא תוכל להתעלם, רק דאי משום הא, אכתי הו"א שנהי שאינו חייב להכריז אבל אכתי הו"א שהאבידה אסורה משום גזל, ואסור לו להשתמש בה, ושאם לקח את האבידה ובא הגוי ותבע את שלו אסור לו לעכבה לעצמו משום גזל עכו"ם, וזהו שכתב רש"י דאכתי הו"א דמיחייב להחזירה כשהגוי בא ותובע משום שאבידתו אסורה כלומר משום גזל, ועל זה בא הפסוק לחדש שבאמת אין כאן משום גזל משום שאפילו אם גזל עכו"ם אסור אבל אבידתו מותרת גם משום גזל.

לו) תד"ה דבראי בעלמא לא קני.

בענין הבטה קונה בהפקר.

וז"ל, והא דאמרינן בפרק הבית והעלייה הבטה בהפקר קני, היינו שעשה מעשה כל דהו כגון שגדר גדר קטן עכ"ל. והנה לכאורה יש לתמוה מה הוא צירוף זה בין הבטה ומעשה כל דהו. וגם בלא"ה צ"ע מה עושה הבטה.

ולכאורה הי' אפשר לומר דלאו דוקא

בעינן הבטה, אלא הכוונה היא שצריכים שירצה לקנותו, ונקטו הבטה כי בדרך כלל הדרך איך נהי' מודע להפקר הרי זה כי ראהו, וזה גורם לו לרצות לקנותו, אבל העיקר הוא רצונו לקנותו. והא דלא בעינן מעשה קנין י"ל דהיינו משום שהטעם למה תמיד צריכים מעשה קנין הרי זה רק כדי לסלק את המקנה, אבל כדי להכניסו לרשות הקונה סגי ברצון לחוד, ולכן בהפקר מכיון שאין בעלים, סגי ברצון לקנותו לחוד, והא דבעינן מעשה כל דהו הרי זה כי בעינן לכל הפחות שרצונו יהי' מגולה לעין כל. ברם כמוכח שכל זה הוא דוחק ומחודש מאד.

מיהו עי' בחו"מ סי' רע"ג סעיף י"א דמשמע גדר אחר בעינן איך ההבטה מצטרפת עם המעשה פורתא, דעיי"ש שפסק המחבר שהבטה אינה קונה בהפקר אלא צריכים קנין גמור אבל מדבריו מבואר מה הוא הגדר לומר דשפיר מהני, וז"ל, דבר המופקר שבא אחד ושמרו, והי' מביט בו שלא יטלנו אדם, לא זכה עד שיגביהנו אם הוא מטלטל, או יחזיק בקרקע כדרך שקונים לקוחות עכ"ל, ומדבריו נראה שהתכלית של ההבטה הרי זה כדי לשמור שאנשים לא יקחו אותו, ומעתה י"ל שההבטה והמעשה פורתא הרי הם באמת ענין אחד, כי י"ל שהכוונה היא למעשה פורתא של שמירה כגון לעשות גדר קטן, והיסוד הוא שצריכים לעשות שמירה, והיינו ע"י מעשה פורתא של שמירה וכן שיעמוד שם ויביט בו כדי לשמרו, ומעתה מכיון ששני הדברים הם ענין אחד מוכן יותר איך ההבטה מצטרפת עם המעשה פורתא.

מיהו לפי הנ"ל יוצא שגם בקושייתם ידעו תוס' שצריכים הבטה בכוונה להשיג שלא יקחנו אחר, רק שחידשו שצריכים גם מעשה, וא"כ מה היתה קושייתם, הלא י"ל שהכא איירי בראי' בעלמא בלי כוונה להשיג שלא יקחנו אחר.

ועי' ברש"י בדף קי"ח ע"א בד"ה כאן בהגבהה.

דף ב' ע"ב

לז) וליחזי זוזי ממאן נקט. א. דברי רש"י ששניהם תובעים.

עי' בקידושין דף ע"ג ע"ב דמייתינן דברי התוספתא דנאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ומסקינן דאיירי בלקח זוזי מתרוייהו. ופירש"י בד"ה לזה מכרתי וכו' וז"ל, אם שנים מעוררים על המקח עכ"ל. ואולי יש לדייק מדבריו שאם רק אחד תובע את המקח, הדין יהי' אחרת, והיינו דהיכא שאחד מהם אומר שהוא זה שנתן בעל כרחו של המוכר, ואין הוא תובע את החפץ, כי אין החפץ שלו כיון שנתן בעל כרחו של המוכר, ואילו המוכר מכחיש אותו ואומר שלקח ממנו מרצונו, א"כ בכה"ג לא יהי' המוכר נאמן כיון שהלוקח ההוא הודה לחבירו שאין החפץ שייך לו, אלא יצטרך המוכר לתתו להלוקח השני ולהחזיר להלוקח הזה את מעותיו.

מיהו מצד שני י"ל שבכה"ג לא שייך לומר שהלוקח עשה הודאת בעל דין, אלא הרי זה נקרא שהוא תובע את מעותיו בחזרה מהמוכר, ועליו להביא ראי', ואם

אינו מביא ראיה הרי המוכר רשאי להחזיק לעצמו את המעות, וצ"ע.

ב. דברי רש"י ששניהם נתנו דמים שלמים.

עוד כתב רש"י באותו דיבור שם וז"ל, לקמן מוקי לה ששניהם נתנו לו דמים כל אחד ואחד דמים שלמים וכו' עכ"ל, ומשמע שאם כל אחד נתן רק חלק מהדמים אז הדין יהי' אחרת, וצ"ע למה. ואולי אתי לאפוקי רק היכא שאחד נתן דמים שלמים והשני נתן רק חלק, מיהו גם זה צ"ע.

לח) וליחזי זוזי ממאן נקט.

א. שיטת רש"י בנקט זוזי מתרוייהו: האם הוא נאמן לפעמים כעד אחד.

ע"י בקידושין דף ע"ג ע"ב דמייתנין דברי התוספתא דתניא נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי, ומסקינן דאיירי בלקח זוזי מתרוייהו. ופירש"י שם וז"ל, ושניהם אוחזין בה עכ"ל. פי' שהוא נתן אותו לאחד מהם, ולכן לא רמיא עלי' עכשיו למידכר, ואחרי שנתן למי שנתן, תקף השני והחזיק בו גם הוא, אבל אין הכוונה שחטפו שניהם מהמוכר כי א"כ הרי הוא בודאי מחויב לזכור למי מכר כיון שהסכסוך קרה מיד עם נתינת המעות.

ועכ"פ צ"ע למה לא העמיד רש"י גם באופן ששניהם אינם אוחזין בה אלא הרי הוא באגם, כלומר שנתן אותו לאחד אבל אח"כ ברח הדבר מההוא חד להאגם.

ויש ליישב דס"ל לרש"י שלפי המסקנא

דמוקמינן לה בנקט זוזי מתרוייהו, נהי שהיכא שאין מקחו בידו אינו נאמן כשנים, אבל לא גרע מעד אחד, ומש"ה הוצרך להעמיד כששניהם מוחזקים, כי ס"ל כדעת הר"ן בחולין דף צ"ו בד"ה אמר רבא וכו' (בדף ל"ד ע"א בדפי הרי"ף) שהיכא שאין מוחזק הרי עד אחד נאמן כשנים כיון שאינו בא להוציא ממוחזק, וא"כ אילו לא היו שניהם מוחזקים, אלא הי' נמצא באגם, הי' המוכר נאמן כשנים גם כשאין מקחו בידו, ומש"ה העמיד באופן ששניהם הם מוחזקים (וע"ע בענין ע"א בממון כשאינו מעיד נגד מוחזק להלן באות שי"ד).

ברם עיין בתוס' ר"י הזקן בקידושין שכתב שממה שכתב רש"י שהיכא שאין מקחו בידו אינו מדייק הרי יוצא שאינו נאמן אפילו כאחד משום שאנן סהדי שלא דייק, והרי הוא גרע מסתם בן אדם שרואה. מיהו המ"מ בפ"כ מהל' מכירה ה"ד כתב שהוא שפיר נאמן כע"א (לכל הפחות כשעוד לא נסתלקו מלפניו וכמו שאיירי שם המ"מ עיי"ש). וכדברי התוס' ר"י הזקן מבואר גם ברשב"א בקידושין שם שכתב שאנן סהדי שהוא מכולכל ואינו זוכר שפיר (אע"פ שלא כתב להדיא מלים אלו שאינו נאמן אפילו כחד). והבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ד סק"ג העיר מהתוספתא שהביאו הרי"ף והרא"ש כאן דתניא שהיכא שאין מקחו בידו הרי הוא ככל אדם, ומשמע שכמו עד אחד מיהא הוי (ואיירי בנקט זוזי מתרוייהו דהא כשנקט רק מחד הרי הוא נאמן לפי רש"י כשנים גם כשאין מקחו בידו). וע"ע במה שנביא בענין זה באות פ"ג סק"א מהמרחשת.

ב. עוד בענין הנ"ל, ובענין שיטת רש"י באין מקחו בידו ולקח דמים רק מאחד.

והנה שיטת רש"י בקידושין היא שהיכא שלקח זווי רק מחד הרי הוא נאמן כשנים אפילו אם אין מקחו בידו, וכתב הר"ן שם שהרי זה משום תקנת חכמים משום שלפעמים אי אפשר בלא"ה, והרי זה דומה למה שהאמינו חכמים לחי', וכן למה שהאמינו דין כל זמן שהבעלי דינין עומדים לפניו, ועל פי זה כתב הר"ן שמסתבר לומר שהוא נאמן לפי רש"י רק כמו דיין, דהיינו כל זמן שהלוקחים עומדים לפניו (אע"פ שכבר אין מקחו בידו), אבל לא לאחר שכבר נסתלקו. והבית הלוי שם הקשה על הר"ן מסוגיית הגמ' ורש"י בב"מ כאן דאיירי כאן באופן ששנים באו לב"ד תפוסים בהמקח וכל אחד אומר לדידי מכר, ופרכינן שניחזי ממי קיבל המוכר מעות, והיינו משום דס"ד דאיירי בנקט זווי מחד, ואילו לפי הר"ן מאי פריך הלא י"ל דאיירי באופן שכבר הלכו מהמוכר, והביא שכן הקשה גם המקנה. וכתב הבית הלוי שיש להקשות עוד דהא רש"י כאן כתב שהיכא שנקט זווי מתרוייהו אינו נאמן כשהלכו מלפניו, אבל נקט זווי מחד מידכר דכיר, הרי להדיא שהיכא שנקט זווי מחד הרי הוא נאמן גם כשהלכו מלפניו.

ותי' הבית הלוי שהר"ן סובר שלפי רש"י היכא שנקט זווי מחד והלכו מלפניו, נהי שאינו נאמן כשנים אבל כחד הרי הוא שפיר נאמן, כי כיון שנקט זווי רק מחד מידכר דכיר, וכוונת הגמ' בסוגיין היא להקשות שניחזי זווי ממאן נקט ואפילו אם

כבר יצאו מהמוכר אבל בכל זאת יהי נאמן כחד ונפטור משבועה את אותו שהמוכר מעיד כמותו ונחייב את שכנגדו שבועה דאורייתא וכמו שפירש ר"ת, ועל זה מתרצינן שנקט זווי מתרוייהו דאז אינו נאמן אפילו כחד. וכתב שמזה יוצא כדברי הרשב"א שהבאנו בסק"א שהיכא שנקט זווי מתרוייהו ואין מקחו בידו אינו נאמן אפילו כאחד כיון דלא דכיר.

וסיים הבית הלוי שם שקשה על זה מדברי התוספתא דאיתא שהרי הוא ככל אדם, כלומר כעד אחד, ואיירי בנקט זווי מתרוייהו, הרי דהיכא שנקט זווי מחד הרי הוא נאמן כשנים.

מיהו לכאורה יש לחלק ולומר שאע"פ שלפי רש"י היכא שנקט מתרוייהו אינו נאמן אפילו כחד היכא שאין מקחו בידו, אבל מ"מ הרי זה רק כשכבר הלכו מלפניו אבל היכא שהם עדיין עומדים שם הרי הוא שפיר נאמן מיהא כחד ובהכי איירי התוספתא, וכוונת הגמ' בב"מ כאן היא לומר שהמשנה כאן איירי באופן שכבר הלכו מעם המוכר וכמו שנקט הבית הלוי וא"כ שפיר אינו נאמן אפילו כחד.

ולפ"ז אכתי אפשר לומר כדברינו לעיל שרש"י נקט ששניהם אוחזים בו ולא שנמצא באגם או בסימטא כי בכה"ג גם בנקט זווי מתרוייהו היכא שעודם עומדים לפניו הרי הוא נאמן כע"א וס"ל שע"א מהני בממון כשאינו להוציא. ורש"י רצה להעמיד גם בעומדים לפניו ומש"ה העמיד באוחזין.

ולפי הנ"ל יוצא ששיטת רש"י היא שהיכא שאין מקחו בידו, א"כ היכא שעודם עומדים לפניו, אז אם נקט זווי

לט) נאמן אדם לומר לזה מכרתי וכו'.

א. בענין פירושו של רש"י בקידושין שאירי שעוד לא עשה הלוקח האמתי מעשה קנין.

ע"י בקידושין דף ע"ג ע"ב דמיייתנין דברי התוספתא שאם אין מקחו בידו אינו נאמן לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי ומסקינן דאירי בלקח זוזי מתרוייהו. ופירש"י שם וז"ל, אם שנים מעוררין על המקח, זה אומר מכרת לי וזה אומר לי מכרת ושלי המקח, לקמן מוקי לי' ששניהם נתנו לו דמים, כל אחד דמים שלמים, אחד מדעתו ואחד בעל כרחו, בזמן שמקחו בידו, דרמיא עלי' למידק שלא לחזור לו מזה ולהחזיר לו דמיו ויתן המקח למי שלא נמכר לו, דקם לי' במי שפרע, הילכך מידק דייק עכ"ל.

והנה חזינן שרש"י פי' דאירי שעוד לא עשו קנין. ובפשטות היינו משום שאם הלוקח כבר משך או הגבי' א"כ הרי זה כבר בגדר אין מקחו בידו של המוכר, כי אם עזב החפץ את ידו של המוכר פעם אחת א"כ אפילו אם שוב חזר לידו הרי זה בגדר אין מקחו בידו.

מיהו אכתי הי' רש"י יכול לפרש דאירי באופן שעשו קנין סודר, ואם המוכר חוזר בו הרי הוא גולן ממש ולא רק חייב במי שפרע, ובנקט זוזי מתרי, אם הוא נאמן, הרי הוא חייב לתתו לזה שהוא אומר שעשה את הקנין, ואם אינו נותן לו הרי הוא גוזלו, אבל אם לא הי' נאמן אז הי' אסור לו ליתן לו, וב"ד יעכבו אותו מלתתו, כי הוי בעיניהם ספק גזילה, ואע"פ שבענין איסור והיתר רשאי אדם לומר

מתרוייהו הרי הוא נאמן כחד, ואם נקט זוזי מחד הרי הוא נאמן כשנים, ואם אינם עומדים לפניו, אז אם נקט זוזי מתרוייהו אינו נאמן כלל, ואם נקט זוזי מחד הרי הוא נאמן כאחד.

ונראה שהבית הלוי לא רצה לתרץ את התוספתא כדרכנו הנ"ל כי ס"ל שכיון שהתוספתא סתמא קאמר שהיכא שאין מקחו בידו הרי הוא ככל אדם א"כ משמע שה"ה שכשאינם עוד לפניו הרי המוכר נאמן מיהא כע"א.

והנה בתוספתא שם תני הך לשון של הרי הוא ככל אדם גם על דין היכא שכבר הלכו הבעלי דינין. ולפי הדרך הנ"ל שכתבנו יוצא שאע"פ שדיין לא רמיא עלי' כל כך היכא שכבר יצאו הבעלי דינין ולכן לא תיקנו שיהי' נאמן כשנים, אבל בכל זאת אכתי רמיא עלי' קצת כמו כל אדם ומש"ה הרי הוא נחשב מיהא כעד אחד, משא"כ מוכר שנקט זוזי מתרוייהו היכא שכבר יצאו מלפניו לא רמיא עלי' כלל, אבל היכא שעוד לא יצאו מלפניו גם הוא רמיא עלי' קצת והרי הוא ככל אדם.

מיהו עיין בבית הלוי שם שכתב שלפי דרכו שהיכא שנקט זוזי מתרוייהו אינו נאמן היכא שאין מקחו בידו אפילו כאחד א"כ כן יהי' גם בדיין היכא שכבר יצאו מלפניו וכדעת הב"ח שהביא שם שדקדק כן מדברי רש"י שכתב שהטעם הוא משום דלא דכיר (ודלא כדעת הש"ך שהביא שם, והש"ך נסתמך על הלשון הנ"ל שהבאנו מהתוספתא שהרי הוא ככל אדם). מיהו לכאורה יש לומר שרק מוכר אינו נאמן כלל אבל לא דייק.

שקים לו שהדבר מותר, ואין ב"ד יכולים לעכבו מלנהוג היתר, אבל הכא הבעל דין השני תובע, ויש ספק שמא החפץ שיין להבעל דין השני, ומש"ה צריכים שלהמוכר תהי' נאמנות. ועכ"פ חזינן שרש"י פי' שזה שמכר אותו לו עדיין לא עשה קנין, ואם המוכר יחזור בו אז יהי' רק במי שפרע.

ב. בענין איך נוהגים בציור שהוא נאמן, ואיך נוהגים כשאינו נאמן.

ברם מעתה קשה להבין את פירושו, כי מה הוא הנפ"מ בזה שהמוכר נאמן, ומה הי' שונה אילו לא הי' נאמן, דהא השתא שהוא נאמן הדין הוא שהוא יכול לתתו להבעל דין שהוא אומר כמותו, וכמו שהוא רוצה באמת לעשות, שהרי הוא אומר שהוא הקונה האמתי, ואינו מתחייב במי שפרע, והרי גם אם לא הי' נאמן, הי' ג"כ הדין כך, כי אפילו אם אנחנו לא מאמינים לו אבל בכל זאת הרי הוא יכול לתתו לו, ולא נוכל לתת לו מי שפרע, כי סו"ס אולי הוא הקונה האמתי, ואי אפשר לתת להמוכר מי שפרע מספק, וגם אי אפשר לעכבו מלעשות מעשה אשר בעינינו יש ספק אם הוא חייב מי שפרע עבור זה כי המוכר הרי טוען שברי לו שמתר לו.

מיהו י"ל שאה"נ שאי אפשר לעכבו אבל הנפ"מ הוא במי שציית דינא, דהשתא שהוא נאמן אומרים לו לתת לזה שהוא אומר שנתן מדעתו, אבל אם לא הי' נאמן היינו אומרים לו שלא לסמוך על זכרונו אלא לחשוש לטעות.

ועוד י"ל שהיינו באמת מעכבים אותו, ודלא כמו שנקטנו לעיל שמהני הברי שלו, כי י"ל שברי לי מהני רק היכא שאנו

חושדים שהוא משקר, אבל היכא שאנו סהדי שאולי טועה הוא, לא מהני ברי לי. מיהו עי' בכתובות דף כ"ב ע"ב שפרש"י שמה שמהני ברי לי שמת בעלי הרי זה איירי גם כשלא טענה שראתה אותו מת, אלא שהיא משערת בדעתה שהוא מת כי "אילו הי' חי הי' בא", הרי שמהני ברי לי גם כשי"ל שיש חשש טעות. מיהו הר"ן שם כתב דאיירי שאומרת שראתה אותו מת.

ועכ"פ גם בלא"ה יש לתרץ את קושייתנו הנ"ל ולהמציא נפ"מ בין אם הוא נאמן או לא, דהנה עי' בדברי המחבר בריש סי' רכ"ב שכתב שהיכא שהמוכר אומר שאינו זוכר ממי קיבל מדעתו וממי קיבל בעל כרחו, הדין הוא שהוא נותן להם והם עושים יחלוקו. ולכאורה י"ל שאם אינו ציית להדין הנ"ל הרי הוא חייב במי שפרע כי הרי זה מיקרי שחזר מדיבורו, כי מן הסתם הסכמתו למכור להקונה כוללת שיעשה "כדת משה וישראל", וגם שיציית לחז"ל מה לעשות במקרה שיפול ספק בדבר. ומעתה י"ל שזהו הנפ"מ בין אם הוא נאמן לבין אם אינו נאמן, דהשתא שהוא נאמן הרי הוא נותן לזה שהוא אומר שקיבל ממנו מדעתו ואינו במי שפרע, אבל אם לא הי' נאמן אז הי' צריך להוציאו מתחת ידו והם יחלוקו ביניהם, ואם לא הי' מוציאו מתחת ידו הי' חייב במי שפרע.

ועכ"פ מה שנקטנו שאלו לא הי' נאמן הי' הדין שהם חולקים אין זה ברור, כי י"ל שרק בהציור של המחבר הרי הם חולקים מפני שכיון שהוא עצמו אומר שאינו יודע א"כ הרי הוא כמו השומר

בהציוור של מנה שלישי שמיקרי ששניהם מוחזקים על ידי השומר וכמש"כ תוס' בריש מכילתין, אבל היכא שהוא אומר שראובן הוא זה שקנה ולא שמעון אם כן הרי הוא מתכוין להחזיקו רק לראובן, וא"כ רק ראובן הוא המוחזק, וא"כ גם אם אינו נאמן הדין נותן שיתן אותו לראובן כיון שהוא המוחזק, וא"כ שוב אין נפ"מ בין אם הוא נאמן או לא, כי לפי ב' הצדדים יוצא שהוא נותנו לזה שאמר עליו שקיבל ממנו המעות מדעתו. ועכ"פ בדברי הנ"ל נקטתי ששייך מוחזקות גם לענין למי יש הזכות לחייב את המוכר להקנותו לו, דהא לפי רש"י יוצא שעוד לא ה' כאן שום קנין אלא הרי זה שייך עוד להמוכר.

(מ) ביאור הציור של נקט זווי מחד.

הנה בגמ' מבואר שבהס"ד חשבנו שהציור של מקח וממכר בהמשנה, דתנן יחלוקו, איירי היכא שנקט זווי מחד. והנה לכאורה הציור של נקט זווי מחד הוא ציור ששניהם מודים שרק אחד מהם שילם כסף (ולא ששניהם נתנו, א' מדעתו וא' בעל כרחו), אלא שכל אחד טוען שהוא זה שנתן את הכסף ולא חברו. וכן מבואר לכאורה מרש"י בד"ה וליחזי וכו' שכתב נשאל את המוכר ממי קיבל את המעות דמבואר בפשטות שזהו הסכסוך ביניהם, דהיינו מי נתן את המעות. וכן מבואר מפירושו של ר"ת שפי' שנשאל את המוכר ממי קיבל מעות וליהוי בגדר עד המסייע לזה שהוא אומר כמותו, דמבואר שהם מחולקין מי נתן המעות והמוכר מסייע לאחד מהם.

והקשה הבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ד בתחילתו בד"ה אמנם וכו' דהנה בהציוור הנ"ל יש ודאי רמאי, והרי רש"י סובר שהיכא שיש ודאי רמאי כגון בזה אומר אני ארגתי' וזה אומר אני ארגתי' לא אמרינן יחלוקו אלא יהא מונח עד שיבוא אליהו. מיהו כבר ביארנו לעיל באות י"ט בדרך אחד שכוונת רש"י היא רק לכגון זה אומר אני ארגתי' דאיכא תרתי לריעותא, חדא שאין החלוקה יכולה להיות אמת, ועוד דאיכא ודאי רמאי, ולכן בשנים אדוקים בשטר אמרינן יחלוקו, כי אע"פ שיש ודאי רמאי אבל החלוקה יכולה להיות אמת, והרי גם כאן נהי שיש ודאי רמאי אבל החלוקה יכולה להיות אמת וכמו שכתב הפלפולא חריפתא באות ד', ע"י בזה לעיל באות כ"ג סק"א.

מיהו כתבנו שם גם דרכים אחרים, והיינו שכוונת רש"י היא לכל היכא שיש ודאי רמאי, ואפילו אם החלוקה יכולה להיות אמת, ושאני בשנים אדוקים בשטר משום שהתם אי אפשר לעשות יהא מונח, א"נ ההיא דשנים אדוקין בשטר רבי יוסי היא, וכמו שביארנו כל זה שם בשם המפרשים. ולפ"ז שפיר הקשה הבית הלוי למה הכא שפיר אמרינן יחלוקו הלא יש ודאי רמאי.

ועוד הקשה הבית הלוי שמרש"י לעיל בסמוך מבואר שהכוונה בנקט זווי מחד היא לציור אחר, שהרי בגמ' אמרינן ואי תנא מקח וממכר הו"א התם הוא דרמו רבנן שבועה עלי' משום דמורי ואמר חבראי דמי קא יהיב ואנא דמי קא יהיבנא וכו' ופירש"י וז"ל, דמי קא יהיבנא, דמים אני רוצה ליתן עכ"ל. ומלשונו מבואר

דאיירי שהוא מודה שחבירו הוא זה שנתן את המעות, רק שהוא טוען שחבירו נתן את הכסף בעל כרחו של המוכר, ואילו הוא רוצה עתה לקנותו ולתת כסף מדעתו של המוכר, וחבירו טוען שהוא שפיר נתן את הכסף מדעתו, וא"כ הרי זה סותר את מה שמבואר מרש"י בהדיבור השני דאיירי באופן שהם חלוקים בנוגע למי נתן את המעות.

ותי' הבית הלוי שאה"נ הציור הוא כמש"כ רש"י לעיל, רק שכל הטעם למה הוא יכול לטעון שחבירו נתן את המעות בעל כרחו של המוכר הרי זה במיגו שהי' יכול לומר שהוא עצמו נתן את המעות ולא חבירו, ולכן פרכינן שנשאל את המוכר ממי קיבל מעות ועל ידי זה נקלקל את המיגו, כי לאחר שהמוכר יאמר שקיבל את המעות מאחד מהם, שוב אין להשני מיגו שהי' יכול לומר שהוא זה שנתן את המעות, כי אם יאמר כן הרי המוכר יכחיש אותו ויאמר שהראשון נתן את המעות ויהי' המוכר נאמן.

מיהו לא ביאר הבית הלוי למה אינו יכול לטעון שהשני נתן בעל כרחו של המוכר גם בלא מיגו. וי"ל דהיינו משום שהיכא שהוא מודה שהשני נתן את המעות, רק שהוא אומר שנתן בעל כרחו של המוכר, א"כ לפי דבריו אין הוא בגדר בעל דין, שהרי אינו עומד להפסיד כלום אם יהי' מכור להשני, שהרי הוא עצמו לא נתן מעות, רק שגם הוא רוצה לקנותו, וא"כ מכיון שעכשיו אינו בגדר בעל דין אין לו הכח לטעון טענה בכלל.

מיהו יש לעיין דאם אינו בעל דין לומר שהלה נתן את המעות להמוכר בעל כרחו

של המוכר, א"כ מה לי בזה שיש לו מיגו, הלא מיגו מהני רק בשביל בעל דין, אבל אם אינו בגדר בעל דין, הרי הוא יכול להיות נאמן רק מדין עדות.

מיהו י"ל שזה תלוי במה הוא יסוד הדין של מיגו, דאם מיגו מהני מדין רא"י א"כ גם בלי שיהי' בעל דבר י"ל שמהני מיגו, כי סו"ס יש כאן רא"י שמה שהוא אומר הוא אמת, אבל אם מיגו מהני מדין זכות טענה, דהיינו שנותנים לטענתו גם את הנאמנות של הטענה השני', א"כ אז י"ל שמיגו מהני רק אם הוא בגדר בעל דבר כי אז יש לו דין לטעון טענה, ורק בטענה נאמר דין זה שנותנים לטענתו את הכח של הטענה השני'.

ולכאורה י"ל בדרך אחרת, והיינו שלעולם שפיר חשיב בעל דבר עבור זה שהוא רוצה לקנות וטוען שחבירו לא קנה, רק שהוא צריך מיגו כי יש ריעותא נגד טענתו, כי לא מסתבר לומר שחבירו נתן כסף בעל כרחו של המוכר.

מיהו צ"ע מה לנו בזה שעכשיו אנו יודעים מהמוכר שהראשון נתן את המעות וממילא שוב אין השני יכול לשקר ולומר שהוא נתן, הלא מ"מ לפני כן כשאמר שחבירו נתן את הכסף בעל כרחו ועדיין לא דיבר המוכר, שפיר הי' יכול לשקר, וא"כ עדיין קיימת רא"י שאמר אמת (ויש לעיין לפי הדרכים האחרים שהבאנו באות כ"ז בביאור למה מהני מיגו ושאינו מועיל מדין רא"י), ונהי שהאשה שאמרה אשת איש אני ונתגרשתי נאמנת מדין הפה שאסר, אבל אם אח"כ באים עדים שהיתה אשת איש הרי היא מפסידה את נאמנותה, אבל הרי זה משום טעם מיוחד כמו

שביאר הקו"ש בב"ב אות קי"ב עיי"ש, הובא לעיל בהערה על אות ל"א. גם יש לעיין בגוף המיגו, דהנה המיגו הוא שנאמין לו שחבירו נתן בעל כרחו של המוכר כי ה' יכול לומר שהוא עצמו הוא זה שנתן את המעות ולא חבירו ואם ה' טוען כך היינו עושים יחלוקו וא"כ גם עכשיו נימא יחלוקו. ברם צ"ע דהא הבית הלוי עצמו נקט בדעת רש"י שאם ה' אומר שהוא עצמו הוא זה שנתן את המעות, אז היינו אומרים יהא מונח ולא יחלוקו, וא"כ למה עדיף לו לומר שהוא עצמו נתן מלומר שחבירו נתן בעל כרחו של המוכר, הלא בזה שהוא אומר שחבירו נתן בעל כרחו של המוכר הרי הוא מפסיד, וגם אם ה' משקר ואומר שהוא עצמו הוא זה שנתן המעות ה' מפסיד, כי הדין הוא יהא מונח עד שיבוא אליהו ויגלה את שקרו.

וי"ל שאין הכוונה כאן שהוא נאמן מדין מיגו, אלא הכוונה היא מדין הפה שאסר הוא הפה שהתיר, דכיון שידוע לנו שהשני הוא זה שנתן את המעות רק מפיו של זה הראשון, הרי הראשון נאמן לומר שהשני נתן בעל כרחו של המוכר, דכי היכי דמהימנינן ל' אהא מהימנינן ל' נמי אהא. והנה שיטת תוס' בכמה מקומות בפרק ב' דכתובות היא שהכוונה בהפה שאסר הוא הפה שהתיר היא דמה לו לשקר הלא ה' יכול לשתוק, אבל רש"י בכתובות בדף י"ח ע"ב ודף ק"ט ע"ב ביאר כהסברא שכתבנו, וא"כ י"ל שהכא באמת ליכא שום ראי' כלל שהוא אומר אמת, כי לא ה' עדיף לו לומר שהוא עצמו הוא זה שנתן את המעות וכמו שביארנו, רק דסוף סוף מכיון שידוע לנו שחבירו נתן רק ממנו, הרי הוא נאמן

לומר שנתן בעל כרחו של המוכר, אבל לאחר שהמוכר אומר שקיבל מהשני, ושוב אין אנו צריכים לדעת דבר זה מהטוען הזה, שוב אין לו נאמנות לומר שהשני נתן בעל כרחו של המוכר.

וע"ע שם שביאר הבית הלוי שלפי ר"ת דאיירי שכל אחד אומר אני נתתי ולא השני א"כ יוצא שיש כאן ודאי רמאי, ובכל זאת הדין הוא יחלוקו, וא"כ צ"ל שגם בזה אומר ארגתי' הדין הוא יחלוקו וכמו שכתבו תוס' לעיל בסמוך.

ועוד ביאר שלפי ר"ת צ"ל שהצריכותא לעיל דאמרינן דמימר אמר אנא נמי יהיבנא, הרי זה קאי לפי המסקנא שנקט זווי מתרוייהו ולכן אמרו שהוא מודה שחבירו נתן, רק שהוא טוען שגם הוא נתן. וע"ע שם ביתר דברי הבית הלוי.

וע"ע בחידושי הרשב"א כאן שעמד על הקושיא מזה אומר אני ארגתי', ועוד נראה מדבריו שנחית שיש לפרש ששניהם מודים מי נתן את המעות, וז"ל, וקשיא לי טובא, חדא דכיון דמחמת נאמנותו של מוכר הוא, למה לי דאמר ניחזי זווי ממאן נקט, זווי מאי עבדתייהו, והלא אין הדמים ראי' כאן כלל לפי פירושו, שהרי אין הכל אלא מחמת נאמנותו של מוכר, ולא ה' לן למימר אלא וניחזי מוכר מאי קאמר וכו', ועוד דמדקאמר נחזי זווי ממאן נקט, ופירש הוא ז"ל נשאל את המוכר ממי קבל את המעות, משמע שיש הכחשה בין הלקוחות אפילו בנתינת המעות, כגון שזה אומר אני נתתי את המעות וזה אומר לא כי אלא אני נתתי, וזה היפך פירושו שפי' למעלה אבל זה אומר אני ארגתי' וזה אומר אני ארגתי' יחלוקו עכ"ל. הרי שהקשה מזה אומר אני

ארגתי, ועוד חזינן שכשהקשה את קושייתו הראשונה לא נחית עוד לפרש שיש פלוגתא ביניהם בנוגע למי נתן המעות, אלא אזיל ששניהם מודים מי נתן המעות, רק שהבעל הדין הזה טוען שהשני נתן בעל כרחו של המוכר, ולפ"ז כוונתו היא להקשות דא"כ הי' צריך להיות כתוב שנשאל את המוכר למי נתרצה ולא ממי קיבל המעות, ולא פי' כהבית הלוי שע"י שאומר המוכר מי נתן המעות מסתלק הפה שאסר של הטוען ושכלי הפה שאסר אינו יכול לטעון את טענתו.

מא) וליחזי זוזי ממאן נקט.

עוד בענין שיטת רש"י שבנקט זוזי מחד הרי הוא נאמן אפי' אין מקחו בידו, למה עדיף מעד אחד.

הנה כבר הבאנו באות ל"ח סק"ב מרש"י בקידושין וכן בסוגיין, שהיכא שנקט זוזי מחד הרי הוא נאמן אפילו אם אין מקחו בידו. ותמהו תוס' על זה דהא אינו אלא ע"א. ותי' הר"ן שם שנאמר כאן דין מיוחד להאמינו כיון שאין ברירה אחרת.

מיהו עי' בשט"מ כאן בד"ה וז"ל הריטב"א בשם מו"ה נר"ו שכנראה רוצה לומר שיש לו נאמנות מדינא, דעיי"ש שכתב שהוא נאמן משום דחשיב רק גילוי מילתא, וכיון דשניהם מוחזקין הרי הוא נאמן. והנה מה שכתב דחשיב רק גילוי מילתא, יש לבאר על פי מה שהובא בשט"מ להלן שם בשם הראב"ד בד"ה והראב"ד וכו' שטעמא דנאמן הוא משום שאדם נאמן על מעותיו לומר ממי הם, פי' ומעתה דנאמן על מעותיו לומר ממי הם

א"כ ממילא יוצא שהחפץ מכור לזה שהוא אומר שקיבל ממנו את המעות, וא"כ י"ל שזוהי כוונת השט"מ במש"כ גילוי מילתא בעלמא, דהיינו גילוי מילתא למי מופנית הנאמנות שלו לומר ממי קיבל המעות, אבל אכתי אין מוסבר מה היא כוונתו במה שכתב ששניהם מוחזקים, כי אפילו אם רק אחד הי' מוחזק י"ל את הסברא הנ"ל.

מב) וליחזי זוזי ממאן נקט. בענין טעמי רש"י ותוס' למה נאמן כשמקחו בידו.

הנה רש"י בקידושין כתב שבזמן שמקחו בידו הרי הוא נאמן כי אינו טועה, ותוס' שם הוסיפו שיש לו מיגו שהי' יכול לומר לא מכרתי, או חזרתי וקניתי. והנה טעמו של רש"י הוא טעם למה לא לומר שהוא טועה, אבל טעמם של תוס' הוא טעם לומר למה אינו משקר, וצ"ע למה לא נחית רש"י להסביר למה יש לו נאמנות ולא חיישינן שמא הוא משקר דהא אינו אלא עד אחד.

והנה י"ל עוד טעמים למה להאמין להמוכר, די"ל כהמהרי"ק דהיכא שאינו אומר נגד מוחזק הרי ע"א נאמן בממון כשנים, והכא אין המוכר אומר נגד מוחזק. ולפ"ז יוצא שתוס' סוברים דלא כהמהרי"ק ולכן הוצרכו להגיע למיגו, ואע"פ שאינם סוברים כהמהרי"ק שסגי בע"א אבל בכל זאת לא בעינן שנים אלא סגי בע"א בהדי מיגו (ועי' באות שי"ד בענין דברי המהרי"ק).

עוד י"ל שגם בלא מיגו עושים כדברי המוכר, כי האדם שהמוכר מחזיק את החפץ בשבילו הרי הוא מוחזק, והרי הוא

זוכה בגלל המוחזקות שלו. ובדברי אלו נקטתי ששייך מוחזקות גם לענין למי יש הזכות לקנותו, דהא רש"י בקידושין פי' שעוד לא הי' כאן שום קנין אלא הרי זה שייך עוד להמוכר.

מג) וליחזי זוזי ממאן נקט.
בענין אם היכא שנקט זוזי מחד ואין מקחו בידו הרי הוא נאמן לומר לא רק ממי קיבל אלא גם שקיבל ממנו בעל כרחו ולא נתרצה.

ע' ברא"ש כאן שכתב שלפי דרכו של רש"י בסוגיית הגמ' בקידושין יוצא שהיכא שנקט זוזי מחד הרי הוא נאמן אפי' אם אין מקחו בידו ואפי' נגד הוכחת מתן מעות, דהיינו שהוא נאמן אפילו לומר שנקט זוזי מאחד אבל רצונו הי' למוכרו להשני, דהיינו שההוא זרק לו את הזוזי בעל כרחו בזמן שרצה למוכרו להשני. ובתחילה כתב כן הרא"ש על הציור של מקחו בידו, ומשמע שבא להגביל ולומר שהיכא שאין מקחו בידו אינו נאמן על זה, אבל להלן שם כתב כן גם על הציור של אין מקחו בידו, ולכאורה דבריו סותרים זה את זה מיני' ובי'. מיהו ע' בב"ח באות כ' שהוסיף בדברי הרא"ש הראשונים וכתב שצ"ל "ולפי דבריהם אם מקחו בידו נאמן לא שנא אי נקיט זוזי מתרוייהו מחד מדעתו ומחד בעל כרחו", ולא שנא אי נקט זוזי מאחד אפילו לומר לאחר נטרציתי וזה השליך מעותיו בעל כרחו", ומעתה י"ל שמה שהגביל את הדבר למקחו בידו הרי זה קאי רק על הציור של נקט מתרוייהו אבל לא נתכוין להגביל גם את הדין בנקט זוזי מחד ואומר נגד מתן מעות, אלא הרי

זה איירי גם באין מקחו בידו כמש"כ להלן. ונראה שלכן הוסיף באמת הב"ח נקט זוזי מתרוייהו.

והנה התפארת שמואל כתב שהכרחו של הרא"ש לומר את הנ"ל הרי זה כי כן יוצא מהברייתא לפי רש"י, שהרי בההו"א חשבנו שהברייתא איירי בנקט זוזי מחד, ותני בזמן שמקחו בידו נאמן לומר לזה מכרתי, ולא קתני שנאמן לומר מזה קבלתי מעות, אלא קתני לזה מכרתי, ומשמע אפילו אם הוא אומר שקיבל מעות מהשני, דבכל זאת הרי הוא נאמן לומר שזרק לו המעות בעל כרחו אבל רצה למכור לחבירו, וא"כ חזינן שהיכא שהוא נאמן בנקט זוזי מחד הרי הוא נאמן אפילו נגד ההוכחה של נתינת מעות, וא"כ הה"נ שכן הוא גם לפי מה שסובר רש"י שנאמן גם כשאין מקחו בידו. אלא שכשחשבנו שאיירי בנקט זוזי מחד א"כ מאי דאמרין בזמן שאין מקחו בידו אינו נאמן פירושו הוא שאינו נאמן כלל, ולכן הקשה הגמ' וניחזי זוזי ממאן נקט דהיינו שלכל הפחות צריך להיות נאמן לומר ממי נקט זוזי, אבל לפי המסקנא הרי הוא נאמן אפילו נגד הוכחת נתינת המעות.

מיהו צ"ע מנ"ל להרא"ש שכן הוא הדין גם כשאין מקחו בידו. ברם לכאורה כן מוכח מהגמ' לפי דרכו של התפארת שמואל בקושיית הגמ', כי אל"כ מה מקשים שאפילו כשאין מקחו בידו הרי הוא צריך להיות נאמן לומר ממי נקט זוזי, אולי הרי הוא נאמן באמת, רק שאינו נאמן לומר למי נתרצה נגד ההוכחה של קבלת המעות כמו שהוא נאמן היכא שמקחו

בידו, וא"כ מוכח שהגמ' הבינה שבנקט זווי מחד הרי הוא צריך להיות נאמן גם על זה, ולכן מקשה הגמ' על מה שמהברייתא משמע שרק במקחו בידו הרי הוא נאמן על זה אבל לא באין מקחו בידו. מיהו לפ"ז יוצא שהגמ' לא פרטה את כל הקושיא כולה, כי היא שאלה רק שגם כשאין מקחו בידו יהי' נאמן לומר ממי קיבל מעות ואילו הקושיא היא באמת שיהי' נאמן לומר גם למי רצה למכור.

ועוד צ"ע דלפ"ז יוצא שבאמת הדין של הרישא שהוא נאמן כשמקחו בידו לומר לזה מכרתי הרי הוא אמת גם כנגד הוכחת המעות, ומצד הרישא אין לנו שום סיבה לומר דאיירי בנקט זווי מתרי, אלא הרישא אתי שפיר גם אם איירי בנקט זווי מחד, וא"כ למה בקידושין כתב רש"י כבר על הרישא שלקמן מוקי לה בנקט זווי מתרי, דמזה חזינן שהיכא שנקט זווי מחד אינו נאמן לומר שרצה למכור להשני דהיינו נגד ההוכחה של נתינת מעות, כן הקשה הבית הלוי בח"ג סי' ל"ד סק"ד. ות"י דאה"נ הדין של הרישא שהוא נאמן לומר שרצה למוכרו להשני נגד הוכחת קבלת המעות הוא אמת, אבל בכל זאת אי אפשר להעמיד את הרישא בנקט זווי מחד, כי ממ"נ הלשון של הברייתא אינה מתוקנת, כי אם הויכוח הוא מי נתן מעות, אז הי' צ"ל שהמוכר נאמן לומר מי נתן המעות, ואם הויכוח הוא למי נתרצה המוכר, דהיינו האם לזה שנתן את המעות או להשני, הי' צ"ל שנאמן לומר למי נתרצה ולא למי מכר כי הוא אומר שנתרצה לזה שבאמת לא מכר כי לא נתן מעות ולא עשה קנין, ולכן בגלל הלשון של הברייתא בהרישא בע"כ

צ"ל דאיירי באופן ששניהם נתנו מעות ונאמן לומר למי נתרצה ומכר באמת. ודברי הבית הלוי סותרים את דברי תפארת שמואל שהבאנו לעיל שכתב ש"לזה מכרתי" מתפרש שפיר "רציתי למכור".

מד) וליחזי זווי ממאן נקט.

ע"י בתוס' בקידושין שפירשו שבנקט זווי מחד ומקחו בידו יש לו מיגו להיות נאמן ממי קיבל המעות כי הי' יכול לומר לא מכרתי או חזרתי וקניתי, אבל היכא שאין מקחו בידו אין לו מיגו. ומלשונם משמע שאם שפיר הי' לו מיגו הי' נאמן גם כשאין מקחו בידו, וצ"ע למה, הלא לעיל בע"א כאן כתבו שהיכא ששניהם אוחזים לא מהני מיגו כי הוי מיגו להוציא, חוץ ממיגו דאי בעי שתיק, והכא לא הוי מיגו דאי בעי שתיק. ולכאורה צ"ל שבכ"ה"ג לא מיקרי מיגו להוציא כיון שאינו רוצה להוציא לעצמו. מיהו יש לדחות שלעולם שפיר חשיב מיגו להוציא, ותוס' היו יכולים באמת לומר שאינו נאמן משום דהוי מיגו להוציא, רק דעדיפא מיני' קאמרי, דהיינו שאין לו בכלל המציאות של מיגו.

מה) וליחזי זווי ממאן נקט.

פי' ר"ת על קושיית הגמ' בקידושין. ע"י בתוס' בקידושין דף ע"ג ע"ב שפירשו בשם ר"ת שקושיית הגמ' במס' קידושין של וליחזי זווי ממאן נקט קאי על מקחו בידו וז"ל, ופריך וליחזי זווי ממאן נקט, נהי נמי דמקחו בידו אמאי נאמן אם יאמר אמי שלא קבל המעות לזה נתרציתי, דמשמע דנאמן בכל ענין,

ואמאי נאמן, הוה מיגו במקום עדים, דאנן סהדי דלאותו שנתן המעות נתרצה, ומשני דנקיט זוזי וכו', ולפ"ז גרסינן ולא ידע, ולא גרסינן ולא ידיע, דמשמע שאין אנו חוששין לידיעתו, דודאי חיישינן לידיעתו אי הוה ידע וכו' עכ"ל. וצ"ע איך אפשר לגרוס ולא ידע הלא חזינן דשפיר ידע שהרי קאמר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי.

ונראה שכוונת ר"ת היא כך, דאיירי שאינו יכול לראות בדמיונו עכשיו את המעמד ההוא איך שקיבל מעות, ואינו רואה עכשיו בעיני זכרונו איך שקיבל מהראשון מדעתו ומהשני בע"כ, אבל זה הרי הוא שפיר זוכר איך שרצה באותה תקופה למכור להראשון ולא להשני, ולכן נקטינן שבודאי מההוא שרצה למכור לו קיבל את המעות מדעתו. וכן אם הוא רואה עכשיו בזכרונו איך שקיבל את המעות מהראשון מדעתו, אז אפילו אם אינו זוכר עכשיו את ההרגשה שהרגיש אז שרצה למכור לו, נקטינן שבודאי לאותו אחד רצה למכור ואינו נאמן לומר שנתרצה להשני, וכן פ"י המהרש"א.

מו) וליחזי זוזי ממאן נקט.
פירושם של תוס' כאן על קושיית הגמ' כאן, ובענין שבועת עד אחד. הנה תוס' כאן פירשו שקושיית הגמ' כאן היא על שנים או חזין בטלית בהציור של מקח וממכר דיהי' המוכר נאמן כע"א לפטור את זה שהוא מסייע לו משבועה ויתחייב השני שבועה דאורייתא. ומתצינן דאיירי בנקט זוזי מתרוייהו מחד מדעתו ומחד בעל כרחו ואינו יודע ממי לקח

מדעתו וממי לקח בעל כרחו, אבל אם הי' שפיר יודע אז הי' מועיל לחייב את השני שבועה. והוכיח הקצה"ח בסי' ע"ג סק"ב מפירוש זה שע"א מחייב שבועה אפילו אם אין עדותו אודות הפסד ממון, וכגון הכא שכל השאלה בקיבל זוזי מתרוייהו היא אם הוא יקבל את החפץ או אם יקבל את מעותיו בחזרה, אבל זה ודאי שאין לו שום הפסד ממון, וחזינן שגם בכה"ג ע"א מחייב שבועה.

מז) וליחזי זוזי ממאן נקט. **בענין שבועת עד אחד.**

הנה תוס' כאן פירשו שקושיית הגמ' כאן היא על שנים או חזין בטלית בהציור של מקח וממכר דיהי' המוכר נאמן כע"א לפטור את זה שהוא מסייע לו משבועה ויתחייב השני שבועה דאורייתא. והנה תוס' לא כתבו שהקושיא היא גם על תוכן השבועה דהיינו על מה שכתוב בתוך המשנה שהוא נשבע שאין לו פחות מחצי, והיינו משום שזה יכול להתפרש באמת כשבועה דאורייתא של ע"א. ואין לומר שאם העד מחייב את השני שבועה דאורייתא הרי הוא צריך לישבע שכולה שלו שהרי העד מעיד על כולה, דזה אינו, כי כיון שהוא יקבל רק חצי אי אפשר לומר לו לישבע על כולה כיון שלא נאמין לו על כולה, וכמו שאמרה הגמ' בדף ה' ע"ב לענין שבועה דרבנן.

מח) דרכו של הרי"ף **ב"וליחזי זוזי ממאן** **נקט".**

הנה הרי"ף כאן הביא את הברייתא

בתוספתא דאיתא שבזמן שאין מקחו בידו הרי הוא ככל אדם. וכתב שקושיית הגמ' בקידושין היא על היכא שאין מקחו בידו וכמו שפירש"י, ושכוונת הקושיא היא דכיון שנקט זוזי מחד אמאי אינו נאמן, ומשני דאיירי שנקט זוזי מתרוייהו, מחד מדעתו ומחד בעל כרחו, ואינו נאמן לומר איזה, ועל זה הקשה דהא הכא איירי באין מקחו בידו ואיתא (לפי גירסתו) שאינו יודע ממי מדעתו, ומשמע שאם הי' אומר שידוע, אז שפיר הי' נאמן. ומש"ה כתב הרי"ף שהציוור של מקח וממכר איירי באופן שהוא ביד המוכר ואינם אוחזים.

והנה לכאורה הי' הרי"ף יכול לתרץ את קושייתו כר"ת, דהיינו שאילו הי' המוכר יודע אז הי' מועיל כע"א לפטור משבועה את זה שהוא אומר כמותו, שהרי הרי"ף הביא את מאי דתני בהתוספתא הרי הוא ככל אדם דמשמע שכע"א הרי הוא שפיר נאמן (וכהמ"מ [לכה"פ היכא שהם עומדים עור לפניו עיי"ש]), ודלא כהתוס' ר"י הזקן והרשב"א בקידושין, עי' בזה באות ל"ח סק"א). ולכאורה לא תי' כן הרי"ף כי ס"ל שעד המסייע אינו פוטר משבועה. מיהו א"כ למה כתב הרא"ש להלן שמר"ת חזינן שעד המסייע פוטר משבועה ולא כתב שמהרי"ף חזינן שאינו פוטר.

וצ"ל דהיינו משום שאפילו אם הרי"ף סובר שעד המסייע שפיר פוטר, אבל בכל זאת הכא אינו פוטר, כי י"ל שהטעם למה הוא נשבע אינו משום שחושדים אותו בהציוור הזה, אלא לעולם החשש הזה הוא יותר מדי קטן כדי להשביעו, רק שזה ידוע

שיש מיהא מספר קטן מאד של אנשים שרואים את חברם מגביהים מציאה והולכים ותוקפים, ולכן קאמר רבי יוחנן שמשביעין אותו כדי שלא יעשו כן, ומה שאמר לשון של "שלא יהא כל אחד הולך ותוקף טליתו של חבירו", אין כוונתו לומר שאנו חוששים שבאמת כל אחד יעשה כן, אלא הכוונה היא שכל אחד יוכל לעשות כן, אבל רק מספר קטן מאד באמת יעשו כן, וא"כ מכיון שהשבועה היא כעין גזירה אטו מקרים אחרים, ולא שבהציוור הפרטי הזה אנו חושדים אותו מספיק כדי להשביעו, לכן י"ל שבכה"ג עד המסייע אינו פוטר משבועה.

והנה אכתי יש להקשות על הרי"ף דמה קשה לו, אולי כוונת הגמ' היא שאילו הי' יודע הי' מחייב שבועה דאורייתא, ולא שהי' נאמן לגמרי. מיהו כבר ביארנו לעיל באות מ"ז שמצד לשון המשנה הי' אפשר לומר שבאמת השבועה של אחד מהם הרי היא שבועה דאורייתא.

ועכ"פ לפי הרי"ף דקאי מקח וממכר בהמשנה על הציוור שהמוכר מוחזק, צ"ל דהא דאמרינן יחלוקו הרי זה כי הוי כמו מנה שלישי דחשיב כאילו שניהם מוחזקים כי השומר מחזיק בשביל שניהם, דגם כאן המוכר מחזיק בשביל שניהם. ואם נאמר דאיירי בלא עשו קנין אלא הוי רק שאלה של מי שפרע וכמו שפי' רש"י בקידושין א"כ יהי' מוכח ששייך מוחזקות על ענין זה שיש לו הזכות לקנותו.

גם י"ל שהרי"ף סובר כהריב"א שגם כאן היכא שאין שניהם מוחזקים אמרינן יחלוקו היכא שאין ודאי רמאי.

מח* בענין עד המסייע.

טעמו של ר"ת, שיטת המהרי"ק
שע"א נאמן כשנים לענין להחזיק.

הנה שיטת המהרי"ק בשורש ע"ב היא
שהיכא שע"א אינו מעיד להוציא ממוחזק
הרי הוא מועיל בממון כשנים. ולפ"ז
לכאורה פשיטא שעד המסייע פוטר את
הנתבע משבועה, שהרי אינו בא בזה
להוציא ממוחזק.

ובאמת ראיתי שהשואל בשו"ת מהר"ם
מרוטנבורג שהובא בהגהות מרדכי כאן
באות תי"ז הבין שבאמת טעמו של ר"ת
למה עד המסייע פוטר משבועה הרי זה כי
כיון שאינו מעיד להוציא ממוחזק הרי הוא
נאמן כשנים, ומש"ה הקשה על ר"ת מהא
דאמרינן להלן בדר"ק כ"ח ע"א שסימנין
וסימנין וע"א יניח דלפי ר"ת למה אין העד
אחד נאמן כיון שאינו מעיד להוציא
ממוחזק (וכבר הקשה הש"ש בשמעתא ו'
פרק ג' משם על דברי הר"ן על חולין דף
צ"ו (בדר"ק ל"ד ע"א בדפי הרי"ף) שע"א
נאמן לומר למי שייכת האבידה. והמהר"ם
השיב שאין זה טעמו של ר"ת אלא ר"ת
נתכוין לדין מיוחד שע"א פוטר משבועה
ולא שהוא נאמן כל היכא שאינו מעיד
להוציא ממוחזק.

ועי' גם בשט"מ בד"ה וכתב עליו
הראב"ד ז"ל וכו' שהובאה השגת הראב"ד
על הבעל המאור שסובר כר"ת, דהשיג
עליו הראב"ד מהגמ' הנ"ל של סימנין
וסימנין וע"א.

ולהלן באות שי"ד נדון באריכות על
דברי המהרי"ק.

מט) עוד בענין עד המסייע.

א. שני דרכים בהבנת הדעה שעד
המסייע פוטר משבועה.

הנה יש שני דרכים איך להבין את הצד
שעד המסייע פוטר משבועה. א', שהעד
פוטר באמת מעיקר החיוב של שבועה, כי
התורה האמינה אותו לענין זה. ב', שאין
העד פוטר מעיקר החיוב לישבע אלא הרי
הוא משמש במקום שבועה, דמה שיש
להבעל דין עד הרי זה כמו שנשבע.

ועי' בקצה"ח בסי' פ"ז סק"ח שהביא
את הצד השני שהזכרנו מהתרומת הכרי,
ותמך הקצה"ח בדבריו, וכן להלן בסק"ט
הזכיר דרך זה שכיון שיש להבעל דין עד
הרי זה נחשב כאילו נשבע.

מיהו הנ"ל תלוי במה היא כוונת התורה
בזה שחייבה את הנתבע שבועה, ורק אם
נבין דבר זה נוכל לשקול אם שייך לומר
שעל ידי העד הרי זה נחשב כאילו נשבע.

**ב. יסוד הדין של חיוב שבועה:
חיוב תשלומין להבעל דין או חיוב
בירור לב"ד.**

הנה הגרש"ש בב"ב סי' י"ט סק"ב כתב
ששבועה אינה רק ענין של בירור לב"ד,
אלא הרי היא גם בגדר תשלומין להבעל
דין, דהיינו שהתורה אמרה שהוא צריך
לשלם שבועה לבעל דינו, והוכיח כן מהא
דתנן בשבועות דף מ"ה ע"א ששמיטה
משמטת חיוב שבועה (אפילו בציור שאינה
משמטת את החיוב ממון אם חייב באמת
ממון כמש"כ הר"ן שם). ולכאורה כוונת
הגרש"ש היא שבזה שהוא סובל את עשיית
השבועה והאיומים וכדומה, הרי זה נקרא
שנתן דבר מסוים להתובע, והתורה חייבה

אותו בתשלום זה. ויש לעיין אם שייך לומר שעד המסייע פוטר משבועה גם לפי הדרך הנ"ל שבועה היא בגדר תשלומין להבעל דין. ונראה שזה תלוי בשני הצדדים הנ"ל שכתבנו בסק"א, כי אם השבועה היא בגדר תשלומין א"כ אי אפשר לומר שע"י הע"א הרי זה נחשב כאילו נשבע דהא ע"י העד אחד אין שום אופי של תשלומין, אבל אם נאמר שיש בכח הע"א לפוטרו משבועה א"כ זה שייך גם אם נאמר שבועה היא בגדר חיוב תשלומין.

והנה הגר"ש כתב את היסוד הנ"ל שבועה היא בגדר תשלומין לענין כל הג' שבועות דאורייתא, דהיינו שבועת ע"א ושבועת מודה במקצת ושבועת השומרים, אבל באמת יש יותר סברא לומר כן לענין שבועת השומרים מלענין שבועת ע"א ושבועת מודה במקצת, כי בשבועת השומרים הרי גם לדברי הנתבע הרי הי' פעם שומר שהיו לו חיובים להמפקיד, וא"כ קל יותר לומר שהוא צריך להחזיר את החפץ או שבועה.

ובנוגע לשבועת השומרים י"ל שהאופי של התשלומין הוא באמת הבירור שבדבר, כי סתם שבועת השומרים איירי כשהמפקיד טוען שמא, וא"כ שייך לומר שמהות התשלומין היא שהשומר צריך לתת להמפקיד את הבירור של שבועה. ולפי הגדר הזו בהגדרת האופי של תשלומין שיש בשבועה א"כ שפיר י"ל כהצד שעד המסייע פוטר משבועת השומרים כי חשיב כאילו נשבע כי י"ל שסגי גם אם הוא משלם להמפקיד את הבירור של עד אחד. ברם דברים אלו שייכים רק היכא שהמפקיד טוען שמא, דהיינו כשהוא עצמו

אינו יודע אם השומר פשע או האם לא פשע רק שנאנסה, אבל כשהמפקיד טוען ברי אז אכתי יוצא שהתשלומין הם בזה שהשומר סובל את הסבל של שבועה אשר דבר זה אינו מתקיים ע"י ע"א (והש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו פוטר שומר משבועה כשהמפקיד טוען ברי).

ג. השיטה שבשבועת השומרים לא מהני עד המסייע.

והנה הרא"ש ועוד ראשונים כאן נוקטים שגם בשבועת השומרים עד המסייע פוטר משבועה. מיהו התרומת הדשן בסי' של"ד הביא בשם גליון שבשבועת השומרים עד המסייע אינו פוטר, וצריך ביאור מאי שנא שבועת השומרים (ואדרכה לעיל בסמוך ביארנו שבשבועת השומרים יותר שייך לומר שעד המסייע פוטר כי שייך שיחשב בגדר תשלומין מסוימים כמו שבועה).

ולפי הנ"ל י"ל דס"ל להגליון שיסוד הדין של שבועת עד אחד ושבועת מודה במקצת הוא להמציא בירור לב"ד, ועל זה יליף המהר"ם מרוטנברג מ"קם הוא לשבועה" בין לחייב שבועה ובין לפטור משבועה, דגם עד אחד חשיב מספיק בירור, ומעתה אם גם שבועת השומרים ענינה הוא להמציא בירור לב"ד א"כ גם על זה קאי הילפותא הנ"ל שע"א הוא מספיק בירור, דכמו שילפינן שעד אחד פוטר משבועת מודה במקצת מהא שהוא פוטר משבועת עד אחד הה"נ שלומדים שעד אחד פוטר משבועת השומרים מהא שהוא פוטר משבועת עד אחד, אבל אם שבועת השומרים הוא ענין של תשלומין להבעלים, דהיינו שהוא חייב לתת

שאינו יכול לישבע משלם.

והנה ע"י בתוס' בב"ק דף מ"ו ע"א בד"ה דאפילו וכו' שכתבו שאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק בכגון חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דהו"ל למידע, אבל היכא שאינו אשם בזה שאינו יכול לישבע לא אמרינן שמתוך שאיל"מ. ועיין בקצה"ח בסי' ס"ט סק"ז שהביא מהראשונים שהטעם לומר מתוך שאיל"מ רק היכא דהו"ל למידע הרי זה משום שבכה"ג יש ריעותא בהטענה שלו מאחר שהי' לו לידע, וכן היכא שאינו יכול לישבע מפני שהוא חשוד אמרינן מתוך שאיל"מ משום שגם שם הרי זה נחשב שיש ריעותא בהטענה שלו, וכן ס"ל להמאירי בשט"מ בב"ק שם בד"ה דאפילו וכו' (הראשון) דהוא משום דריע טענת' עיי"ש, ולכאורה הכוונה בזה היא שחיישינן לרמאות והערמה כמש"כ הרא"ש בהכונס בסי' ט"ז והראב"ד בפ"ה משאלה ה"ו, וכן בחשוד כיון שהוא שקרן.

מיהו החזו"א על חו"מ בסי' ה' סק"ז בד"ה ואפשר וכו' כתב סברא אחרת, והיינו שלעולם הדין של מתוך אינו משום שריע טענת', אלא כן היא שורת הדין שהיכא שאינו יכול לישבע הרי הוא משלם, רק שהיכא דלא הו"ל למידע א"כ מעיקרא לא חל עליו חיוב שבועה משום שלא שייך חיוב שבועה במי שאינו צריך לדעת, משא"כ היכא דהו"ל למידע, שפיר נותנת לו התורה דין חיוב שבועה, ומש"ה אמרינן מתוך.

ועי' בספר קהלות יעקב בסוף סי' ב' שר"ל שאם השבועה היא ענין של תשלומין לא שייך חילוקם של תוס', כי

להבעלים את הבירור של שבועה, א"כ אולי לגבי הבעלים בעינן דוקא הבירור של שבועה והבעלים יכולים לומר שאינם רוצים את הבירור של עד אחד ואי אפשר ללמוד משבועת עד אחד שהיא ענין של בירור לב"ד.

והנה בדברי הנ"ל נקטתי שהילפותא של קם לשבועה בין לחייב ובין לפטור קאי במיוחד על שבועת ע"א, כלומר שע"א קם או לחייב שבועת ע"א או לפטור מאותה שבועה שאיירינן בה, דהיינו שבועת ע"א. מיהו באמת אין זה מוכח כי ה"ה שיש להבין את הילפותא שע"א קם בין לחייב שבועה ובין לפטור את המחויב שבועה מכל שבועה שהוא חייב, אשר לפ"ז קאי הילפותא גם על שבועת השומרים ואין הבעלים יכולים לומר שאינם רוצים את הבירור של ע"א אלא דוקא את הבירור של שבועה כמו שב"ד אינם יכולים לומר כן מאחר שהתורה קבעה ששפיר סגי בכך.

מיהו יש לבאר בדרך אחרת את שיטת התה"ד בשם הגליון, והיינו שלעולם התה"ד סובר שרק שבועת השומרים היא בגדר תשלומין להבעלים, אבל אין הכוונה שהוא חייב לתת להם את הבירור של שבועה, אלא את הסבל של שבועה, ונצטרף לזה את הצד שכתבנו שעד המסייע אינו פוטר את עיקר החיוב של השבועה, אלא הרי הוא במקום שבועה, וחשיב כאילו נשבע, ומעתה לא שייך לומר שע"א המסייע מועיל להשומר, כי ע"י הע"א אכתי לא נתן השומר להבעלים את הסבל של שבועה.

ד. יסוד הדין של מחויב שבועה

אזיל עם הדרך של ריע טענתי' וס"ל שאם הוי ענין של תשלומין הרי הוא נשאר חייב גם אם לא ריע טענתי' כי סו"ס לא עשה את התשלומין של שבועה, וכתב כהדרך שכתבנו לעיל שרק בשומרים הוי השבועה ענין של תשלומין, וממילא גם לפי תוס' אמרינן בשומרים מתוך שאיל"מ גם אם אינו אשם בזה שאינו יכול לישבע.

**מט*) כמה נפ"מ בין הצד
שעד המסייע פוטר
מעיקר החיוב של
שבועה לבין הצד
דחשיב כנשבע.**

א. דברי רב בב"ק דף ק"ו.

הנה בב"ק דף ק"ו ע"א אמר רב שאם הוי חייב שבועה ונשבע, ושוב באו עדים ששקר נשבע, הרי הוא פטור מלשלם, כי דרשינן ולקח בעליו ולא ישלם, דהיינו שאם הבעלים לקחו את השבועה הרי הנתבע פטור מלשלם. ויש לעיין מה הדין היכא שנתחייב שבועה אבל יש עד המסייע שפוטר אותו האם גם בכה"ג יסבור רב שהוא פטור מפילו אם אח"כ באו עדים לחייבו כמו שהוא פטור היכא שהוא נשבע. ונראה שזה תלוי בהנ"ל, דאם עד המסייע פוטר משבועה א"כ בודאי יתחייב על פי העדים, כי לא נשבע, אבל אם עד המסייע חשיב במקום השבועה א"כ י"ל שגם בכה"ג יאמר רב דמיקרי "ולקח בעליו" וממילא לא ישלם.

ב. היכא שדינו הוא שמתוך שאי"ל משלם אבל יש לו עד המסייע.

ע"י ברא"ש כאן שהביא מקשים (והיא

קושיית הרמב"ן במלחמות כאן) שבשומר שמסר לשומר נימא שהשומר השני פוטר את השומר הראשון משום שעד המסייע פוטר משבועה. ותי' הרא"ש שבכה"ג הרי זה נקרא שהוא פוטר מחיוב ממון, ובפשטות כוונתו היא להחייב ממון של מתוך שאינו לישבע משלם.

מיהו ע"י באות נ"ב שהבאנו שהקצה"ח בסי' פ"ז סק"ט הקשה על הרא"ש שבכל זאת למה אין העד יכול להעיד שהוא פטור משבועה וכזה יסתלק החיוב ממון.

והסיק הקצה"ח שכוונת הרא"ש אינה להחייב ממון שנובע מהדין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא כוונתו היא לחייב ממון שנובע ממה שהשומר הראשון הוא בגדר אינו יודע אם פרעתיך, דהיינו שאינו יודע אם יצא ידי חיובו לפרוע את הפקדון.

מיהו ע"י בחי' הר"ן שכתב כהרא"ש ואילו מדבריו משמע יותר שכוונתו היא להחייב ממון של משאי"ל משלם.

ועכ"פ אם ע"י עד המסייע חשיב כנשבע צ"ע טובא למה אינו פוטר דהא זה נחשב שהשומר נשבע. ואפילו אם בתחילה לא ידענו אודות העד, אבל בכל זאת הדין נותן שיהי' פטור כי הרי זה דומה להיכא שחשבנו שאינו יכול לישבע ושוב נתברר שהי' טעות אלא ששפיר יכול לישבע, דבודאי אינו חייב לשלם. ואין זה דומה למש"כ הקצה"ח בסי' ס"ט סוף סק"ז שאם הוי חשוד על השבועה ונתחייב לשלם משום הדין של משאי"ל"מ, ושוב עשה תשובה, הרי הוא נשאר חייב כי אמרינן שקם דינא, דשאני התם שקרה דבר הנולד, אבל הכא הרי כל הזמן הוי יכול

"לישבע" ע"י עדותו של השומר השני, אבל אם התפקיד של עד המסייע הוא שהוא פוטר משבועה א"כ הכא הרי זה בגדר חיוב ממוץ.

וע"ע בענין שומר שמסר לשומר להלן באות נ"ב ונ"ב*.

ג. עד המסייע בהציור של נסכא דרבי אבא.

הנה ע"י בב"ב דף ל"ד ע"א שהובא הציור של נסכא דרבי אבא, דהיינו שע"א אומר שחטף, והוא אומר אין חטפי ודידי חטפי, דאמר רבי אבא שהוא בגדר מחויב שבועה ואינו יכול להשבע ומש"ה הרי הוא חייב לשלם, והקצה"ח בסי' פ"ז סק"ט חקר אם בכה"ג עד המסייע יפטר אותו או האם לא יפטר אותו כיון שכבר הגיע לחיוב ממוץ. ולכאורה דבריו תמוהין דהא הוא עצמו כתב לעיל שם על דברי הרא"ש שהדין נותן שעד המסייע שפיר יפטר אותו גם היכא שאינו יכול לישבע. ועכ"פ ע"י בשט"מ כאן בשם הרשב"ץ, בתוך דברי הרשב"ץ על דברי ר"ן, שכתב שבכה"ג עד המסייע שפיר יפטר אותו.

מיהו אפי' אם חשיב שיש עליו חיוב שבועה יש לדון באם עד המסייע יפטר אותו, ויש לתלות בהצדדים הנ"ל בענין למה עד המסייע מהני להמחויב שבועה, דהנה הרבה מפרשים פירשו שהטעם שם למה נסכא דר"א חשיב ציור של מתוך שאינו יכול לישבע הרי זה כי הוא מתחייב שבועה להכחיש את העד, דהיינו שבועה שלא חטף, והרי אינו יכול לישבע שבועה זו כי הוא עצמו מודה ששפיר חטף, רק שאומר שדידי חטפי, והרי על טענה זו של

דידי חטפי אין לו נאמנות אפילו בשבועה, ומעתה יש לומר שלפי הצד שעד המסייע פוטר משום דהוי כאילו נשבע, א"כ לא שייך לומר בנסכא דרבי אבא שעד המסייעו האומר שדידי' חטף יפטר אותו, שהרי גם שבועה ממש שדידי חטפי אינו פוטר, אבל אם נאמר שפעולת עד המסייע היא בזה שהוא פוטר אותו משבועה, א"כ גם בזה י"ל שהעד שמעיד כטענתו שדידי' חטף פוטר אותו מהשבועה שמוטלת עליו דהיינו שבועה שלא חטף.

ד. בענין עד המסייע הבא לפטור מגלגול שבועה.

ע"י בקצה"ח בסי' פ"ז סק"י דמבואר מדבריו שעד המסייע פוטר גם מגלגול שבועה (ורק בנוגע לגלגול שבועה על קרקע דן שם עיי"ש), וכ"כ השער משפט בסי' צ"ד סק"ב בשם המהר"י באסאן, והשער משפט עצמו סובר שם שאינו פוטר.

מיהו לכאורה לפי שני הצדדים בלמה עד המסייע פוטר הדין נותן שיפטר, וצ"ע.

ה. בענין היכא שהעד מסייע למי שדינו להיות נשבע ונוטל.

ע"י בסי' פ"ז סעיף ו' שכתב הרמ"א שיש אומרים שעד המסייע יכול לפטור גם מי שדינו הוא להיות נשבע ונוטל ולגרום שיכול ליטול גם בלא שבועה. וכתב הגר"א שמקורו הוא מהרא"ש בסוגיין שהקשה על הסוברים שעד המסייע אינו פוטר ממקומות שחזינן שם ששפיר פוטר, והביא הרא"ש גם מהיכא שהשבועה היא בגדר נשבע ונוטל. ועוד הביא הגר"א מקור מדברי ר"ת שהביאו תוס' כאן שהקושיא של הגמ' כאן

של וליחזי זוזי ממאן נקט היא שהמוכר יפטור משבועה מדין עד המסייע אע"פ שאירי בלהיות נשבע ונוטל. והפתחי תשובה בסק"ז הביא בשם התומים לחלק דהיכא שהדין דאורייתא היא ליטול בלא שבועה רק שחכמים החמירו להצריך שבועה א"כ בכה"ג עד המסייע שפיר פוטר, אבל היכא שמדאורייתא אין דינו ליטול רק שחכמים חידשו לו הזכות ליטול ע"י שישבע א"כ בכה"ג לא מהני העד אחד. וי"ל שחילוקן של התומים תלוי בהנ"ל, דאם העד פוטר מעיקר החיוב לישבע א"כ לא שייך שיועיל היכא שחכמים חידשו את הדין של נשבע ונוטל כי נהי שהעד פוטר משבועה אבל בכל זאת אין מאיפוא לקחת זכות ליטול, אבל אם ע"י העד הרי זה נקרא שנשבע, שפיר יכול ליטול גם כשמהתורה אינו נוטל כלום.

ו. דברי המרדכי לפי איסי בן יהודה.

ע"י במרדכי כאן בסי' רי"ט שהביא את דברי איסי בן יהודה להלן בדף פ"ג ע"א דהיכא שנתחייב שבועה, ומצויים לו עדים, הרי הוא צריך להביא את העדים ואינו יכול לפטור את עצמו על ידי שבועה, וכתב המרדכי שה"ה שעד אחד המסייע לו לא יועיל בכה"ג כמו ששבועה לא מהני. ודבריו אתי שפיר רק אם כחו של עד המסייע הוא בזה דחשיב כנשבע, דלפ"ז שפיר י"ל שכמו ששבועה לא מהני ה"ה נמי להעד, אבל אם כחו של עד המסייע הוא בזה שהוא פוטר משבועה א"כ נהי שיש עדים ולא מהני שבועה היכא שהוא חייב באמת שבועה, אבל מה"ת שלא יועיל העד לפוטרו משבועה ויפטור בלא שבועה.

ויש לעיין עוד לפי איסי בן יהודה אם היכא שנתחייב שבועת וגם יש מצוי ע"א (אבל לא שני עדים) האם הוא יכול להשבע או האם הוא צריך בדוקא להביא את העד כמו כשיש לו שני עדים. ולפי הדרך שכחו של עד המסייע הוא בזה שהעד נחשב כמו שבועה א"כ בודאי יוכל להשבע, אבל אם כחו של עד המסייע הוא בזה שהוא פוטר משבועה, א"כ יתכן שיצטרך להביא את העד כי אי אפשר שתועיל שבועה כשאין חיוב לישבע והרי אינו חייב לישבע כי יש לו ע"א (מיהו כל זמן שהעד לא העיד שפיר יש חיוב שבועה).

וע"י ברש"ש כאן שנקט שאיסי בן יהודה עצמו איירי באמת באופן שיש לו רק עד אחד ושבכה"ג הרי הוא צריך להביא את העד אחד לפוטרו משבועה ואינו יכול להשבע.

מיהו כבר הבאנו שהרא"ש והר"ן כאן נוקטים שהיכא שדינו הוא שמתוך שאינו יכול לישבע משלם אין עד המסייע פוטר אותו, ולכאורה צ"ע דהא אדרבה בכה"ג שיש עד הרי מתחילה לא נתחייב שבועה לפי איסי בן יהודה שהרי הוא חייב להביא את העד, ובע"כ צ"ל שאינו חייב להביא את העד אלא יכול הוא לישבע ומש"ה הרי הוא נקרא באמת מחויב שבועה.

ז. חיוב שבועה בקנס.

הנה יש להוסיף שהדרך שכתב התרומת הכרי שעד המסייע מהני משום דחשיב כנשבע אינו עולה יחד עם הדרך שנביא

נ) עוד בענין עד המסייע.**א. דברי הרא"ש.**

ע"י ברא"ש שכתב שמפירושו של ר"ת בקושיית הגמ' כאן של וליחזי זוזי ממאן נקט מוכח שעד המסייע פוטר משבועה. והנה אף על פי שר"ת איירי בשבועה דרבנן, אבל סבירא ל"י להרא"ש שכיון שכל דתיקון רבנן כעין דאורייתא תיקון, ממילא אם ע"א אינו פוטר משבועה דאורייתא, לא היו רבנן מתקנים שיפטר משבועה דרבנן.

ב. בענין ראיית המהר"ם מרוטנבורג שהביא הרא"ש כאן.

ושוב הביא הרא"ש את ראיית המהר"ם מרוטנבורג שעד המסייע פוטר משבועה מלהלן בדף ד' ע"א דמוכח שאחרי שע"א העיד לחייבו שבועה, אם יבוא עד שני ויעיד להיפך, הרי הוא מהני לפוטרו משבועה. ובשט"מ בשם הר"ן הקשה על זה מה היא הראי', הלא י"ל שהיינו רק בציוור של ע"א נגד ע"א, והטעם שהבעל דין פטור אינו משום שהע"א השני מהני לפוטרו מחיוב שבועה, אלא אפילו אם אין להעד השני מספיק נאמנות כדי לפוטרו משבועה, אבל הרי העד השני יכול להכחיש את העד הראשון. ואע"פ שהיכא שהעידו בזה אחר זה אמרינן שכל היכא שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים, אבל הכא הרי זה נחשב בבית אחת, כי אפילו אם כבר חייבוהו לישבע אבל בכל זאת הרי זה נחשב עוד בבית אחת ולא חשיב גמר מעשה כיון שעוד לא נשבע, ואין זה כמו בעד טומאה בסוטה שאחרי שגמרו את הדין שאינה שותה הרי זה גמר

בסמוך שהסיבה למה חייבה התורה שבועה הרי זה כדי לאלצו להודות על שקרו, כי לפי הנ"ל אי אפשר לומר שע"י העד אחד חשיב כמו שנשבע כי ע"י העד ליכא אילוץ, אבל שפיר י"ל שעד המסייע מהני לפטור אותו משבועה כי י"ל שכשיש לו הנאמנות של ע"א לא חשדה אותו התורה עד כדי לחייבו שבועה כדי לאלצו להודות.

וע"י בתוס' בב"ק דף מ"א ע"ב בד"ה מודה וכו' ובדף מ"ו ע"א בד"ה דאפילו וכו' שסוברים שעל קנס ליכא חיוב שבועה, וכן כתב הרשב"א בדף מ"א שם בד"ה אלא כשהמית וכו', וביאר כי כל הטעם למה חייבה התורה שבועה הרי זה כדי לאלצו להודות על שקרו ולשלם והרי בקנס אפילו אם יודה יהי' פטור וא"כ אין טעם להשביעו וכן היא כוונת תוס' בדבריהם בהמקומות הנ"ל עיי"ש, וכן הבין רעק"א בשו"ת מהדורא תניינא סי' נ"ו וסי' ק"מ את כוונת תוס', וע"י מהרש"א שם.

מיהו בשט"מ שם בשם התוס' שאנץ מבואר שהוא סובר ששפיר יש חיוב שבועה גם על קנס (וע"י בקהלות יעקב שם בסי' ל"ג), ושפיר יש טעם לחייב שבועה כי זה פועל שאם לא ירצה לישבע יהי' חייב לשלם אע"פ שלא הודה, וכוונת התורה בהחייב שבועה היא לדבר זה, דהיינו לחייבו ממון אם לא ירצה לישבע, אע"פ שאינו מודה, וכן אפילו בקנס שאילו יודה יהי' פטור.

ומעתה התרומת הכרי יכול לסבור כהטעם הזה בענין למה חייבה התורה שבועה, ולכן אין זה נקרא שסירב לישבע אלא הוי כאילו נשבע.

מעשה עכ"ד, וכוונתו היא משום שבסוטה אחרי שגומרים את הדין ואומרים שאינה שותה אין מה לעשות יותר, אבל הכא אחרי שחייבוהו לישבע הרי הוא צריך עוד לישבע, ועוד לא נגמר הדין תורה.

ועי' בחידושי הגר"ח על פ"ט מהל' רוצח שהאריך בענינים אלו וביאר את הסוגיא בסוטה דף ל"א ע"ב ע"י הנקודה הנ"ל שאפילו היכא שאין להעד השני נאמנות על ההיפך אבל הרי הוא יכול להכחיש את הראשון ולהורידו, דהנה אמרין שם שהיכא שקינא לה בעלה ונסתרה ועד אחד מעיד שנטמאת, ועד שני מעיד בבת אחת עם הראשון ואומר שלא נטמאת, הרי השני מועיל והרי היא שותה, אבל היכא שהעיד אחריו, אמרין שכל היכא שהאמינה התורה ע"א (הראשון) הרי הוא כשנים, וביאר הגר"ח דהנה התם יש לע"א נאמנות לומר רק להצד שנטמאת, אבל אין לו נאמנות לומר לא נטמאת, רק שאעפ"כ הרי הוא יכול להכחיש את הראשון, כי סו"ס הראשון הוא רק ע"א, ובזה אמרין שהיכא שהעידו בזה אחר זה, כבר נעשה הראשון כשנים ואין דבריו של אחד מועילים במקום שנים, אבל בהעדות של ע"א נאמן באיסורין שע"א נאמן לשני הצדדים, הרי השני מועיל אפילו כשהעידו בזה אחר זה, כי בכה"ג גם השני נעשה כשנים כיון שיש לע"א נאמנות בסיסית גם על הצד הזה, וכדעת הפוסקים שבכגון ע"א נאמן באיסורין הרי השני יכול להעיד אפילו לאחר שכבר נגמר הדין ע"י הראשון.

ועי' בקצה"ח בסי' פ"ז סק"ח שכתב שכוונת המהר"ם היא להיכא שבא השני

אחרי שפסקו כבר את החיוב שבועה, וס"ל להמהר"ם שזה נחשב בגדר בזה אחר זה (ודלא כהר"ן שסובר דחשיב בבת אחת), וממילא יש כאן מצב שכבר נעשה הראשון כשנים ואי אפשר לאתויי עלה מדין הכחשה, רק שבכל זאת עד המסייע פוטר כי גם הוא נחשב כשנים כי יש לו נאמנות גם על צד הפטור כמו בעד אחד באיסורין, והביא את דברי הש"ך שם בסקט"ו שעד המסייע פוטר אפילו כשבאו בזה אחר זה. וכדרך זה בביאור המהר"ם כתב גם רעק"א בדו"ח כאן. אלא שהביא הקצה"ח שם שיש פוסקים שגם בע"א באיסורין בזה אחר זה אמרין שהראשון נעשה כשנים ואין דבריו של אחד במקום שנים, ושכן פסק הש"ך עצמו ביו"ד. והביא הקצה"ח שביאר התרומת הכרי שגם לפי הפוסקים ההם בכל זאת הכא השני נאמן בזה אחר זה כי להסוברים שעד המסייע פוטר הכוונה היא שהבאת ע"א הרי זה נחשב כנשבע.

והנה הש"ש בשמעתא ו' פרק כ"א כתב ליישב את המהר"ם רוטנבורג מהשגת הר"ן, דהמהר"ם סובר שמאי דאמרין שבבת אחת מהני השני, הרי זה רק בכגון ע"א נאמן באיסורין שלהשני יש נאמנות בעצם, ואע"פ שאינו נאמן בזה אחר זה, הרי זה כי כיון שהראשון כבר נעשה כשנים אין השני יכול להעיד, ולא אמרין שגם הוא יעיד וייעשה כשנים, אבל בכגון עד אחד לשבועה, מכיון שע"א שמחייב שבועה צריך להיות עד כשר ולא אשה וקרוב, וגם צריכים שיעיד בב"ד, אין עד אחר יכול להכחישו אפילו בבת אחת כיון שאין לו נאמנות על ההפוך. מיהו צ"ע

דהא במס' סוטה שם איירי בעד טומאה דסוטה, והתם ג"כ צריכים שיהי' עד כשר ושיעיד בב"ד ואין לע"א נאמנות על ההפוך, ובכל זאת ע"א נאמן להכחישו בהציור של בבת אחת*).

וע"ע בניי שהובאה שיטת המהר"ם מרוטבורג בצורה אחרת, והיינו שבאמת רק במי שמחויב שבועת ע"א מהני ע"א אחר לפוטרו כי אינו משום שעד המסייע פוטר משבועה אלא הרי זה באמת מדין הכחשה כי חשיב בבת אחת כל זמן שלא עשו מעשה על פי הראשון.

נא) עוד בענין עד המסייע.
עוד בענין ראיית המהר"ם מרוטנבורג שהביא הרא"ש כאן מלהלן בדף ד' ע"א.

ע"י ברא"ש שכתב וז"ל, ואי ס"ד דעד אחד אינו פוטר מן השבועה ליפרוך מה לפיו וע"א, כשהן מחייבין שבועה, אין כיוצא בהן פוטר מאותה שבועה, שאם הי' אחד בא ומעיד כדברי הנתבע אינו פוטר מן השבועה, וכן פיו אם הי' בא אחד ואומר אינו חייב כלום, ואפילו שנים אומרים כן, אינם פוטרים מן השבועה שחייב את עצמו, דהודאת בעל דין כמאה עדים דמי עכ"ל. וע"ע למה לא נתן לדוגמא בנוגע לפיו ציור שהוא עצמו חוזר בו מההודאת בעל דין שעשה, ואיך נחשב

מה שאדם אחר או עדים באים וסותרים את הודאתו כציור שאין כיוצא בו פוטר מן השבועה, הלא אינם כיוצא בו, ורק כשהאדם אומר על עצמו הרי זה בגדר 'כיוצא בו'.

ובאמת אפילו אם הי' נוקט ציור שהוא עצמו חוזר בו הי' קשה להבין דבריו, כי אין זה נקרא כיוצא בו כי חסר כאן כל האופי של בעל דין שמודה נגד עצמו.

ועכ"פ מה שכתב שאם היו עדים מעידים שאינו חייב כלום אכתי הי' חייב לישבע הרי זה משום שהוא עצמו פסל את העדים על עצמו, שהרי לפי דבריו שהוא חייב מקצת הרי יוצא שהעדים שיקרו בעדותן על המקצת, ומש"ה אינם מועילים בשבילו על המקצת השני לפוטרו מן השבועה. וע"י בב"ב דף קכ"ח ע"ב ובתוס' שם דמבואר שאם עשה הודאה נגד העדים שוב אינם מועילים להעיד על החלק שגם הוא טוען שאינו חייב.

נב) עוד בענין עד המסייע.
הרא"י מהדין של שומר שמסר לשומר.

ע"י ברא"ש שהביא מקשים (וכן הקשה הרמב"ן במלחמות כאן) שאם עד המסייע פוטר משבועה א"כ למה שומר שמסר לשומר חייב משום שאת מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן והו"ל מחויב

אף על פי שאין לו נאמנות על ההפוך, אבל מדבריו גבי עד אחד באיסורין משמע איפכא שהרי משמע שאם באיסורין לא הי' נאמן על ההפוך אז לא הי' יכול להכחיש את הראשון אפילו בבת אחת והרי עד אחד באיסורין יכול להיות גם אשה וסומא.

* עוד צ"ע דיש סתירה בדבריו מה הדין היכא שאין צריכים שיהי' עד כשר שמעיד בבית דין, אבל אינו נאמן על צד ההפוך, האם הוא יכול להכחיש את הראשון בבת אחת, דמדבריו לענין שבועה משמע שאם לא הי' צריך להיות עד כשר ולהעיד בבית דין אז הי' שפיר אפשר להכחישו

שבועה שאינו יכול לישבע, הלא הדין נותן שהשומר השני יפטור אותו משבועה מדין עד המסייע. ותי' הרא"ש דכיון שיש כאן עכשיו חיוב ממון כיון שאינו יכול לישבע לא מהני העד לפוטרו כי זה נקרא שהוא מעיד על ממון.

והקצה"ח בסי' פ"ז סק"ט הקשה דהא בכל זאת למה אינו יכול להעיד שהוא פטור משבועה, ובזה יסתלק מאליו החיוב ממון. והביא דוגמא לזה ממה שעד אחד מהני לחייב שבועה את הטוען איני יודע, וכן את החשוד על השבועה, ואע"פ שידוע כבר עכשיו שיצטרכו לשלם כיון שאינם יכולים לישבע, אבל בכל זאת הרי זה נקרא שהעד בא לחייב שבועה ולא לחייב ממון.

ועי' בספר קהלות יעקב בסי' ב' שר"ל שקושיית הקצה"ח לא קשה כי בטוען איני יודע ובחשוד על השבועה הרי העד בא בשעה שאינם חייבים עוד כלום, וא"כ בזה שפיר י"ל שזה נחשב שהוא מעיד לחייב שבועה, ואע"פ שמזה שהוא חייב שבועה יוצא מיד שהוא חייב ממון, אבל בכל זאת הרי החיוב נבנה בשני שלבים, דהיינו שראשית כל הרי העד מחייב שבועה, ורק אז בגלל שהוא חייב שבועה ואינו יכול לישבע הרי הוא חייב לשלם, וא"כ מכיון שכשהעד בא אינו חייב עוד כלום הרי זה נקרא שהעד בא לחייב שבועה, אבל בשומר שמסר לשומר הרי השומר הראשון חייב לישבע בגלל השמירה, וכיון שאינו יכול לישבע הרי הוא חייב לשלם, ועכשיו כשבא העד, דהיינו השומר השני, הרי הוא בא על מצב שכבר מבורר חיובו של הראשון לשלם, ולכן הרי זה שפיר מיקרי שהעד בא לפוטרו ממון ולא משבועה.

ועי' בקובץ שיעורים בח"ב סי' ז' שכתב כעין דברי הקהלות יעקב, דעיי"ש שהקשה שלפי הרא"ש שהיכא שאינו יכול לישבע הרי זה נקרא חיוב ממון א"כ למה בהציוור של נסכא דרבי אבא מהני הע"א שמעיד שחטף, הלא כיון שהבעל דין אינו יכול לישבע הדין נותן שיהי' נחשב שהעד אחד בא על ממון, וז"ל שם, והשתא דברי הרא"ש מבוארין לפי פירוש השני, דבאינו יכול (כגון השומר הראשון בהציוור של שומר שמסר לשומר) ליכא חיוב שבועה אלא חיוב ממון, ומשום הכי אין עד המסייע (דהיינו השומר השני) פוטרו מממון, ומ"מ עד אחד (שמעיד שחטף בהציוור של נסכא דרבי אבא) מחייבו בכה"ג, דסוף סוף חיוב ממון הוא בתולדה מחיוב שבועה, אלא דגזירת הכתוב הוא דבאינו יכול החיוב לישבע משתנה לחיוב ממון, אבל עיקר נאמנותו של העד הוא לחייבו שבועה, אלא שאח"כ נולד מזה ממילא חיוב ממון, והוי כמו ע"א אומר נתנסך יינך דנאמן לאסור אפילו להסוברין דאיסורי הנאה הוי הפקר, משום דהפקעת הממון הוא בתולדה מהאיסור, וכמ"ש הרמב"ם דבע"א אומר שהוא חלב לוקה אח"כ, וג"כ כנ"ל דחיוב מלקות הוא בתולדה מהאיסור עכ"ל.

ולעיל שם כתב שלפי הצד שבאינו יכול לישבע חל מעיקרא חיוב ממון א"כ יוצא שמי שמחויב ואינו יכול לישבע לא יוכל התובע לגלגל עליו שבועה אחרת כי ליכא הכא בכלל חיוב שבועה, וכן היכא שאינו יכול לישבע את הגלגול שבועה לא יצטרך לשלם כי בגלגול שבועה הלא מסוטה לא נאמר הך חיוב ממון. והביא שבשו"ע סי'

נב* (עוד בענין עד המסייע היכא שהבעל דין אינו יכול לישבע.)

הנה כבר הבאנו בהאות הקודמת את דברי הרא"ש שהיכא ששומר אינו יכול לישבע, ויש לו עד אחד, אין זה נקרא שהעד בא לפטור משבועה אלא הרי זה נקרא שהוא בא לפטור מממון (ודלא כדעת הרמב"ן בקושייתו שנקט שגם בכה"ג הדין נותן שעד המסייע יפטור). וגם הבאנו את קושיית הקצה"ח על הרא"ש דהא בכל זאת למה גם עכשיו אינו יכול להעיד שהוא פטור משבועה, ובזה יסתלק מאליו החיוב ממון. והוכיח שאומרים כן ממה שעד אחד מהני לחייב שבועה את הטוען איני יודע, וכן את החשוד על השבועה, דאע"פ שידוע כבר עכשיו שיצטרכו לשלם כיון שאינם יכולים לישבע, אבל בכל זאת הרי זה נקרא שהעד בא לחייב שבועה ולא לחייב ממון. ובאמת יש מקום להקשות גם קושיא אחרת, דהנה ידועה החקירה אם עד אחד מחייב בעיקרו שבועה רק שאם הבעל דין מסרב לישבע חל עליו חיוב ממון, או האם הע"א מחייב ממון רק שהתורה נתנה להבעל דין זכות לישבע ולהפטר. ומעתה לפי הצד השני אין דברי הרא"ש מובנים כי גם היכא שהבעל דין יכול לישבע הרי מה שרכיב עליו קודם השבועה היא חיוב ממון ואפשר לומר שהעד המסייע בא לפוטרו מחיוב ממון וא"כ למה שונה היכא שאינו יכול לישבע מהיכא שיכול לישבע. מיהו יש לדחות שבכל זאת היכא שאינו יכול לישבע הרי העד פוטר אותו מתשלומין שהי' צריך לשלם בפועל, משא"כ היכא שהבעל דין שפיר יכול

צ"ד סעיף ז' וסעיף ט' נחלקו הפוסקים בשני הדינים הנ"ל, וכתב שלפי ביאורו הרי שתי הפלוגתות תלויות זו בזו, ושכן נראה מהמחבר, אבל שהסמ"ע שם כתב להיפך, דעיין בסמ"ע שם בסקי"ג דמבואר שיש סוברים שהיכא שאינו יכול להשבע את השבועה שגלגל עליו לא אמרינן שמשלם (אשר זה מראה לפי הקו"ש שעיקר החיוב בכה"ג הוא חיוב ממון ולכן לא שייך חיוב זה בהגלגול), אבל היכא שאינו יכול לישבע את הטענה המקורית שפיר יכול לגלגל עליו עוד שבועות (אשר זה מראה לפי דרכו של הקו"ש שעיקר החיוב הוא חיוב שבועה ולכן יכול לגלגל עליו).

והקצה"ח עצמו שם תי' שאין כוונת הרא"ש לזה שהשומר הראשון חייב ממון מסיבת שהוא חייב שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם, אלא כוונתו לומר שהוא חייב ממון משום דהוי כאינו יודע אם פרעתין (עי' בזה בהמפקיד אות קס"ד וקס"ה), כי שומר משעת משיכה משתעבד, ואפילו לפי המ"ד שסובר שמשעת פשיעה משעבד אבל בשעה שמסר להשומר השני הרי זה נקרא כבר שעת הפשיעה כמו שהביא מהנ"י, ומש"ה הרי הוא נחשב בגדר אינו יודע אם פרעתין והרי הוא חייב לשלם, וא"כ הרי זה נקרא שהעד המסייע בא לפוטרו מחיוב ממון שאינו נובע מחיוב שבועה.

מיהו עי' עוד בלשון החידושי הר"ן בסוף ד"ה ולחזי וכו' שכתב ג"כ כדברי הרא"ש כדי לתרץ את קושיית הרמב"ן ואילו מלשונו משמע יותר שכוונתו היא באמת להחייב ממון של מתוך שאינו יכול לישבע משלם ודלא כהקצה"ח.

לישבע א"כ נהי שיש עליו חיוב ממון אבל בפועל לא יצטרך לשלם כי הוא יכול לישבע. ולא עוד אלא שהיכא שאינו יכול לישבע כבר הוחלט דינו בתורת ודאי שיצטרך לשלם ממון וכדברי הקצה"ח בסי' ס"ט סוף סק"ז וסי' ל"ד סק"ב שאפילו אם שוב נשתנה הענין ונתהפך להיות ציור שהוא שפיר יכול לישבע (כגון בחשוד שעשה תשובה עיי"ש) בכל זאת הרי הוא חייב ממון כי כבר קם דינו לשלם ממון.

נב***) עוד בענין הנ"ל.

ע"ע בענין עד המסייע למי שאינו יכול לישבע, לעיל באות מ"ט סק"ב.

נג) רש"י ד"ה אימור בהדי הדדי אגבהוה.

וז"ל, וכל אחד ואחד סבור אני הגבהתי תחילה וכולה שלי וכי משתבע על חצי קושטא משתבע עכ"ל. צ"ע למה הוצרך רש"י לומר שכל אחד סבור שהוא הגבי' תחילה, הלא מספיק בעצם העובדא שיתכן שהגביהו ביחד אפילו אם אין אפשרות של טעות אלא שניהם יודעים שהגביהו יחד וכל אחד בא לגזול חצי, בכל זאת אין ודאות של שבועת שקר כי יתכן שהגביהו יחד. ועי' בנחלת דוד שכתב שפשוט הוא שרש"י כתב כן רק אגב גררא דלהלן בדף ג' ע"א כי התם שפיר צריכים לומר את האפשרות שטועים, ולכן נקט כן רש"י גם כאן.

מיהו גם רעק"א עמד על דברי רש"י, וכתב שרש"י בא ליישב למה בחנוני על פנקסו לא יחלוקו בשבועה, דהיינו שהחנוני ישבע שפרע לכל הפחות חצי,

והפועל ישבע שלכל הפחות חצי לא קיבל, ובכה"ג אין ודאי רמאי כי הרי יכול להיות שפרע לו חצי, ואת הדבר הזה בא רש"י ליישב, והיינו דהתם בחנוני על פנקסו כיון שאין חשש שמא אחד מהם טועה א"כ אי אפשר לומר להם לישבע על סמך שבאמת אין כאן שבועת שוא, כי שניהם הרי הם טוענים נגד אפשרות זו, ולפי טענתם אחד מהם משקר ומש"ה אי אפשר להשביעם שבועה שמשמעותה היא ששפיר קרה אפשרות זו, אבל הכא מכיון שיש חשש טעות א"כ באמת גם הם צריכים להודות שיש חשש טעות, רק שאינם רוצים להודות על זה, אבל אדם מן הצד בודאי הי' מעלה על דעתו אפשרות זו שהם טועים, ומש"ה אע"פ ששניהם טוענים כנגד היחלוקו אבל בכל זאת הרי הם שפיר יכולים לישבע על סמך שאולי קרה שהוא שייך לשניהם ואין כאן שבועת שוא.

מיהו צ"ע דלפ"ז הגמ' היתה צריכה להדגיש שאין ודאי רמאי כמו שעשתה להלן בדף ג' ע"א.

ועוד צ"ע דלפי רעק"א קשה למה בשנים אדוקים בשטר אמרינן יחלוקו בשבועה, דהא נהי שהחלוקה יכולה להיות אמת כי יתכן שפרע חצי, אבל הלא שניהם טוענים נגד אפשרות זו, והתם ליכא אפשרות של טעות מצדם.

והנה גם יתכן שהסברא שכתב רעק"א אינה עולה עם מה שיוצא מדברי תוס' כאן וכמו שנבאר, דהנה תוס' כאן כתבו שגם בהס"ד כשאמרנו לימא מתניתין דלא כבן ננס ידענו שיתכן שבמציאה שניהם הגביהו יחד, רק שחשבנו שגם

בכה"ג יאמר בן ננס כיצד אלו ואלו באין לידי שבועת שוא, מיהו צ"ע מה היתה הס"ד, דמאי שנא מכל מקום שמשביעין אע"פ שיתכן שיאמר שקר, דבכל זאת משביעין כי יתכן שישבע אמת ולא תהי' כאן שבועת שוא, וא"כ גם כאן הרי זה כך, דיתכן ששבועת שניהם תהי' אמת, וא"כ למה ס"ד שבן ננס לא יודה בכה"ג.

מיהו י"ל בפשיטות שהך אפשרות ששניהם הגביהו ממש ביחד היא קטנה ביותר וס"ד שבן ננס לא יחשוש לזה, ושוב מסיק ששפיר חושש לזה.

מיהו גם י"ל עוד דרך במה סובר המסקנא, דהנה יש לחקור אם טעמו של בן ננס הוא משום איפרושי מאיסורא או האם טעמו הוא משום דהוי כעין זילותא דבי דינא להביא מצב שידוע שאחד שיקר בשבועה במזיד לב"ד. ומעתה י"ל שבהס"ד חשבנו שטעמו הוא משום בזיון ב"ד ומש"ה כיון שהסיכוי שתרוייהו בהדי הדדי אגבהוה הוא קלוש ביותר, אכתי יצא מזה זילותא דבי דינא, ובזה קמ"ל שהטעם אינו משום זילותא דבי דינא אלא כדי לאיפרושי מאיסורא, ומעתה מכיון שיש אפשרות שהשבועה היא אמת אין טענה של איפרושי מאיסורא.

מיהו ה"ה נמי שיש לתלות איפכא, והיינו שבהס"ד חשבנו שהטעם הוא משום איפרושי מאיסורא, ובנוגע לאיפרושי מאיסורא לא מסתכלים על אפשרות קלושה כזו ששתי השבועות אמתיות הן, אבל המסקנא סוברת שהטעם הוא משום זילותא דבי דינא ומש"ה כיון שב"ד יוכלו לתרץ

עצמם ע"י הטענה שמא תרוייהו בהדי הדדי אגבהוה, סגי בזה.

גם י"ל שס"ד שבן ננס מודד לפי טענותיהם, ולפי טענותיהם הרי יוצא שאחד מהם נשבע לשקר, ומש"ה גם בשנים אוחזין בטלית יסבור שאין נשבעין כי גם בשנים אוחזין בטלית הרי לפי טענותיהם אחד מהם ישבע לשקר כי שניהם מודים שאין הטלית שייכת לשניהם. ועל זה מתרצים ששפיר דנין על האפשרות שהיא שייכת לשניהם אע"פ שאינה בתוך המסגרת של טענותיהם.

שו"ר בשם ספר דברי חיים שלפי תוס' סברנו בהס"ד שבאמת אפילו אם הגביהו שניהם יחד אבל בכל זאת אין שניהם קונים כי לא נתכוונו להועיל כל אחד בשביל השני, והמגב' מציאה לחבירו קנה חבירו דוקא אם נתכוין באמת לחבירו, ועל זה מתרצינן שנקטינן שהגביהו שניהם יחד וכל אחד נתכוין שפיר גם בשביל חבירו, כלומר שיש לכה"פ אפשרות זו, ועל סמך אפשרות זו מודה בן ננס שאפשר להשביעם. וזהו דלא כרש"י שאפילו אם שניהם הגביהו אבל כל אחד חושב שהוא הגב' תחילה.

מיהו מעתה יוצא דלא כהעקרון שכתב רעק"א, כי יוצא שאנו מתחשבים עם אפשרות מסוימת ששניהם טוענים נגדו ואין חשש טעות, דהיינו האפשרות שהגביהו וידעו ששניהם הגביהו ונתכוונו כל אחד בשביל השני, והרי זהו נגד טענותיהם.

מיהו יש לשנות קצת את הדרך הנ"ל בביאור המסקנא ולומר שסגי בזה שאם הי' יודע שהגב' יחד עם חבירו הי' מתכוין גם

בשביל חבריו, דגם זה מספיק בשביל מגבי' מציאה לחבירו קנה חבריו, ועל סמך אפשרות זו שאינו נגד טענותיהם (כיון שיתכן שטעו וכמו שסובר רעק"א) מודה בן ננס שאפשר להשביעם.

נד) לימא מתניתין דלא כסומכוס.

ע"י ברמב"ן בריש דבריו על ע"ב שדן דהא מהסוגיא בתחילת העמוד מבואר לכאורה שהטעם למה משביעין הרי זה משום שאולי הרי הוא מורה היתר וא"כ ניחא למה בהציוור של סומכוס אין שבועה כי התם ליכא אפשרות של הוראת היתר.

נה) ואלא מאי רבנן הא אמרי הממע"ה.

פירש"י וז"ל, בעדים, ואי לא לא גבי מידי, והכא חולקים [בשבועה] עכ"ל. הנה אם לא גורסים בדברי רש"י את המלה "בשבועה" אז הרי זה ברור שהקושיא היא שלא נגיד כאן יחלוקו אלא נגיד יהא מונח עד שאחד מהם יביא ראיה, וכהפירוש שהביא הריצב"ש בשט"מ. ובטעמא דמילתא י"ל דכיון ששניהם מוחזקים א"כ חשבינן להו כל אחד מוחזק בכולה אשר בכה"ג מיקרי כל אחד גם בגדר המוציא מחבירו כיון שהוא צריך לסלק את חבריו, ומש"ה אי אפשר לתת לו מחצה אלא יהא מונח, ועל זה מתרצינן שאין זה נקרא מהתורה שהוא מוציא מחבירו כיון שגם הוא מוחזק בכולו וכמו שנבאר להלן בכוונת רש"י בהתי'.

ואם גורסים ברש"י "בשבועה" אז יכול

להיות שהקושיא היא כהפירוש השני שהזכיר השט"מ שם, דהיינו למה צריכים שבועה, הלא הדין נותן שנגיד יחלוקו בלא שבועה, כי כל אחד מיקרי באמת מוחזק רק בחצי, ואין חברו מוחזק עמו, אלא חברו הוא מוציא מחבירו בקשר להחצי ההוא, וא"כ נאמר שאין המוחזק צריך לישבע כמו שאומרים בכל מקום.

מיהו מלשון רש"י לא משמע כהדרך הזה, כי רש"י כתב "ואי לא לא גבי מידי" כלומר ואילו הכא איתא דשפיר גובה חצי בלי שום ראיה, וא"כ גם אם גורסים את המלה "בשבועה" צריכים לפרש שהקושיא אינה שנגיד כאן יחלוקו בלא שבועה, אלא הקושיא היא שנגיד יהא מונח, כי כיון שכל אחד מיקרי מוחזק בכולו א"כ כל אחד חשיב מוציא מחבירו ועליו הראיה, ושבועה אינה בגדר ראיה, כי ראיה פירושה עדים וכמו שהזכיר בתחילת הדיבור, וא"כ מכיון שאין לו עדים למה גובה, הלא הדין נותן שלא נגיד בכלל יחלוקו.

ועוד דלפי הפירוש הנ"ל שהקושיא היא שנגיד יחלוקו בלא שבועה א"כ הי' מספיק אם רש"י הי' כותב ואילו הכא נשבעין, ולמה כתב חולקין בשבועה.

והנה המלה "שבועה" ברש"י היא הוספת איזה מגי'. וצ"ע דלפי דברינו הנ"ל שהקושיא היא שנגיד יהא מונח ולא יחלוקו למה הוסיפו מלה זו, הלא גם בלי המלה "בשבועה" אפשר לפרש שהקושיא היא שנגיד יהא מונח (וכמו שביארנו שזוהי הקושיא). וי"ל שהוסיפו את המלה בשבועה כי חזינן שרש"י לעיל בסמוך הקפיד לומר ש"ראיה" פירושה בעדים,

וכתב כן כדי שלא נחשוב שמספיק גם בראיית שבועה והרי הכא יש לו שבועה, וא"כ לכן הוסיפו כאן המלה שבועה, כלומר שהממע"ה בעדים, והכא יש לו רק שבועה, וא"כ למה חולקים בשבועה הלא הדין נותן שנגיד יהא מונח.

והנה בתוך הגמ' בהתירוץ המלה "פלגי" היא בחצאי ריבוע. והי' נראה שהי' כתוב בתחילה "הכא דתרוייהו תפסי לה, בשבועה". ומזה הי' שייך להבין שהקושיא היתה על השבועה, כלומר דלמה צריכים שבועה הלא הדין נותן שיחלקו בלא שבועה על פי הכלל שהממע"ה כיון שכל אחד מוחזק בחצי, ודלא כמו שהסקנו לעיל בביאור הקושיא, ולכן הגיהו והוסיפו את המלה "פלגי" כדי להורות שהקושיא היתה למה חולקים הלא הדין נותן שנגיד יהא מונח כי כל אחד מחזיק בכולה.

מיהו מרש"י משמע שרק בהתירוץ אזלינן שכל אחד מוחזק בכולה, אבל בהקושיא חשבנו שכל אחד מוחזק רק בחצי, אשר לפ"ז הדין נותן שיחלקו בלא שבועה, ולא יהא מונח, וצ"ע.

ועי' בקו"ש בח"ב סי' ט' אות י"ג שהביא את שני הדרכים הנ"ל שכתבנו בביאור הקושיא של הגמ' זו"ל, ובסוגיין שם לימא מתניתין דלא כסומכוס, אלא מאי רבנן הא אמרי הממע"ה, ועייין בשיטה שני פירושים בזה א) דקושיית הגמרא כיון דהממע"ה, ובלא ראי' אינו יכול להוציא, וכיון דבשנים אוחזין אין ראי' לשום אחד מהן, הי' צ"ל יהא מונח, ולפירוש זה נראה דכל אחד מוחזק בכולו, וממילא ליכא אנן סהדי כלל, דאי אפשר לומר אנן סהדי

דכולה דמר וכולה דמר, וכיון דכל אחד נקרא מוציא מחבירו ואין לו ראי' צ"ל יהא מונח, ב) עוד פירשו דקושיית הש"ס דהיה צ"ל יחלקו בלא שבועה דהמוחזק אינו צריך להביא ראי', ולפי"ז נראה דכל אחד אינו מוחזק רק בחצי, ובחצי השני הוא מוציא גמור. אמנם לשינויא דהש"ס דהכא תפסי לה תרוייהו ופירש"י דאין כאן מוציא מחבירו נראה דהגמ' משני דכל אחד מוחזק בכולה וכן מבואר להדיא מלשון רש"י שם עכ"ל.

ועכ"פ הש"ט"מ שם ביאר את התי' דלא כרש"י, אלא שגם בהתירוץ אזלה הגמ' שכל אחד מוחזק רק על חצי רק שעצם העובדא שגם לחבירו יש יד באותה טלית מגרעת את כחו ולכן צריכים שבועה, וצ"ע.

נו) אא"ב רבנן התם דלא תפסי תרוייהו אמרו רבנן הממע"ה, הכא דתרוייהו תפסי פלגי לה בשבועה.

ופירש"י זו"ל, תרוייהו תפסי, ואין כאן המוציא מחבירו: בשבועה פלגי לה, כיון דמחוסר גוביינא במה שחבירו תופס, דהאי תפיס בכולה והאי תפיס בכולה, לא קים להו לרבנן להוציא ממון מחזקתו בכדי, כדאמרינן התם לרבנן דבעי ראי', הצריכום שבועה עכ"ל. והנה לכאורה אין דבריו מובנים, דבתחילה כתב שאין כאן המוציא מחבירו, ושוב כתב דשפיר הוי מחוסר גוביינא. ועוד דכתב שכיון שצריכים ראי' הרי הם נשבעים, וצ"ע דהיכן מצינו שאם הוא צריך ראי' הרי הוא יכול לישבע.

וצ"ל שכוונתו היא כך, דמן התורה

באמת אינו בגדר מוציא מחבירו, כי גם הוא תפוס בכולה, רק דכיון שסו"ס הרי זה מחוסר גוביינא וצריכים לסלק את השני, הרי זה דומה קצת למוציא מחבירו, ומש"ה אמרו רבנן שיצטרך לכה"פ שבועה.

מיהו יש להקשות על זה, דמלשון הגמ' להלן משמע שרק להלן מחדשים ששבועה זו היא מדרבנן, אבל עכשיו אזלינן שהשבועה היא מהתורה.

וי"ל שגם עכשיו ידענו שהשבועה היא מדרבנן, רק שסברנו שאינה ביסודה דין חדש, אלא רבנן תיקנו הכא כעין המוציא מחבירו עליו הראי', כי כיון דהוי מחוסר גביינא הרי הוא דומה למוציא מחבירו, וכיון שאין להם ראיות תיקנו שישבעו, אבל להלן מסקינן ששבועה זו היא מדרבנן מסיבה חדשה לגמרי, דהיינו משום שחששו שמא כל אחד ילך ויתקוף טליתו של חבירו.

ועי' בראשונים, וכן ברש"ש בתחילת דף ג', שכתבו שבאמת גם מקודם לכן ידענו שהשבועה היא מדרבנן.

נז) אלא אי אמרת סומכוס השתא ומה התם דלא תפסי תרוייהו חולקין בלא שבועה הכא דתרוייהו תפסי לה לא כ"ש.

צ"ע מה הוא הק"ו הלא מאי דתפסי תרוייהו הוי מעליותא לענין מוחזקות אבל לא לענין שלא להשביעו, ולמה אם שניהם תופסין יש יותר סברא לא להשביעם, הלא שניהם שוים כמו בצירוף שניהם אינם תופסים.

ורצה אחד לומר דמה התם דלא תפסי תרוייהו, כלומר והשקן לא עשה פעולה מחוצפת של תפיסה, ויש מקום גדול לומר שישוג אם נשביעו, בכל זאת לא משביעין, א"כ כל שכן הכא שהשקן החציף לחטוף דלא נשביעו כי יש חשש יותר גדול שלא יסוג.

מיהו זהו דלא כתוס', כי לפ"ז הק"ו הוא משניהם, ואילו מתוס' יוצא שהק"ו הוא רק מאותו בעל דין שאין לו חמ"ק, שהרי כתבו שהכוונה היא שלא תפסי תרוייהו אלא רק אחד מהם תופס ע"י החמ"ק, כלומר וממנו אין ק"ו אלא רק מהשני שאין לו חמ"ק, ואילו לפי הנ"ל הק"ו הוא משניהם כיון ששניהם לא תפסו במציאות.

ועכ"פ לפי תוס' ניחא בפשיטות הק"ו, כי הק"ו הוא מזה שהוא מקבל חצי בלא שבועה אע"פ שאינו שוה להשני אלא יש להשני חזקת מרא קמא.

נח) אפילו תימא סומכוס, כי אמר סומכוס בשמא ושמא, בברי וברי לא אמר, ולרבה בר רב הונא דאמר אמר סומכוס אפילו בברי וברי וכו'.

הנה יש לעיין באיזו סברות פליגי רבה בר רב הונא ורבה (להלן בדף ק') בענין אם אמר סומכוס אפילו בברי וברי.

והנה בנוגע לגוף טעמו של סומכוס, עי' בתוס' להלן בדף צ"ז ע"ב בד"ה לימא, שכתבו שלפי סומכוס הו"ל כאילו שניהם מוחזקין. ובפשטות נראה שכוונתם

לומר דכיון דאיירי בציוור של דררא דממונא, דהיינו שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם, לכן חשיבי בגלל זה מוחזקים, כי מוחזקות אין פירושה דוקא תפיסה, אלא פירושה היא שרואים קשר בין הבעל דין לבין החפץ, ונראה שלכן סובר הקונטרס הספקות בכלל א' אות ה' ששייך לומר שחמ"ק מהני משום מוחזקות, כי גם מה שהי' שייך לו אתמול הרי זה מהוה קשר בינו לבין החפץ היום, וכן מה שיש ספק בלי טענותיהם, כלומר שרואים בהמציאות שיש צד לומר כמותו, הרי זה ג"כ מהוה קשר בינו לבין החפץ, ולכן היכא שיש ספק לב"ד בלי טענותיהם חשיבי שניהם מוחזקין, וממילא אמרינן יחלוקו (מיהו עי' בקו"ש ח"ב סי' ט' שר"ל לומר שאדרבה כוונת תוס' היא לומר שרק אחרי שסומכוס סובר יחלוקו, מסתעף מזה דהו"ל כאילו שנים מוחזקין). מיהו עי' בכתובות דף י"ב ע"ב שכתבו תוס' בחד פירושה שרב יהודה ורב נחמן שפליגי באם ברי ושמא ברי עדיף או לא, הרי הם חולקים רק אליבא דרבנן, אבל לפי סומכוס גם רב יהודה שסובר ברי עדיף מודה שלאו ברי עדיף, אלא אומרים יחלוקו אפילו היכא שאחד מהם ברי. והקשה המהר"ם שיף שם שלכאורה דבר זה הוא היפך הסברא, כי אם לפי רבנן אמרינן ברי עדיף להוציא ממוחזק א"כ כ"ש שלפי סומכוס היינו צריכים לומר ברי עדיף כיון שסומכוס אינו מחשיב את העובדא שהוא מוחזק אלא הרי הוא אומר יחלוקו וא"כ כ"ש שלפי סומכוס צריך הברי להכריע כמו לפי רבנן. והנה המהר"ם שיף נקט בקושיא זו שסומכוס אינו מחשיב

מוחזק ולכן הקשה בדרך ק"ו דהיינו שכל שכן שלפי סומכוס נימא ברי עדיף, אבל באמת גם אם נאמר שסומכוס שפיר מחשיב מוחזק רק שהוא סובר דהוי כאילו שניהם מוחזקים, גם לפ"ז קשה, וקשה גם שלא בדרך ק"ו, דקשה שכמו שלפי רבנן מהני הברי להוציא מהמוחזק הה"נ לפי סומכוס נימא שהברי מוציא מהמוחזק, ותי' המהר"ם שיף שתוס' בדרך זו סוברים שלעולם גם לפי סומכוס רק התופס או המרא קמא חשיב בגדר מוחזק, רק דס"ל לסומכוס דהיכא שיש דררא דממונא, דחשיב בגדר ספק מוחלט, א"כ יש דין של יחלוקו ולא מתחשבים עם המוחזקות (אולי מהלכה למשה מסיני), ומעתה כמו שסומכוס אינו מתחשב עם מוחזקות היכא דהוי ספק מוחלט, הה"נ שאינו מתחשב עם ברי ושמא.

ברם עי' בב"ב דף צ"ג ע"א דמבואר שלפי רב שסובר שהולכים בממון אחר הרוב, גם לפי סומכוס מהני רוב להוציא את הכל, וצ"ע מאי שנא מברי ושמא לפי מה שכתבו תוס' שלפי סומכוס לעולם חולקים ולא מהני המעלה של ברי ושמא, דלמה מהני המעלה של רוב.

וצ"ל דשאני רוב שהוא בגדר בירור, ולכן אין זה נקרא שיש כאן מצב של ממון המוטל בספק (וכלשון הרשב"ם בב"ב שם בד"ה ורביע נזק עיי"ש), אבל ברי ושמא אינו בגדר בירור. ואפילו אם נאמר שגם ברי ושמא הוא בגדר ראי' והוכחה אבל הראי' היא רק מהטענות, אבל לא מגוף המעשה שהי', וא"כ י"ל שמשום כך הרי זה אכתי מיקרי בגדר ממון המוטל בספק,

ומש"ה גם על זה נאמר הדין של יחלוקו. (וצ"ל לפ"ז דהא דלא אזיל סומכוס בעלמא בתר החזקה של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא, הרי זה משום שגם החזקה של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא אינה בגדר חזקה שמבררת, אלא הרי היא מועלת רק לעשות ספק, ושוב מנצח המוחזק ע"י זה שהוא תפוס כמו שביארו הקובץ שיעורים בב"ב אות ק"ס והגרנט בריש ב"ב. מיהו עיין בדרכו של הקובץ שיעורים בחלק ב' סי' ט.)

ברם יש להעיר, דהנה הפ"י בכתובות דף ט' ע"ב על תד"ה אי למיתב וכו' בדבריו בד"ה וקשה וכו' כתב שלפי סומכוס לא מהני ספק ספיקא בממון המוטל בספק, וצ"ע מאי שנא מרוב לפי הסברא שספק ספיקא מהני מטעם רוב.

מיהו כבר ביארתי בספרי על כתובות בחלק א' אות קמ"ה שאפילו אם ספק ספיקא מהני מטעם רוב אבל בכל זאת אינו בגדר רוב המברר עיי"ש.

ומעתה לפי הנ"ל י"ל שרבא שסובר שסומכוס קאמר רק בשמא ושמא הרי הוא סובר שטעמו של סומכוס הוא משום הלכה מחודשת שהיכא שיש שם של ספק אמרינן יחלוקו, והרי זה דין של יחלוקו מטעם ספק (ולא משום מוחזקות דהיינו משום דהו"ל כאילו שניהם מוחזקים), אשר לפ"ז י"ל דבעינן שיהי' ספק גם מצד טענותיהם, דהיינו שגם להם יהי' ספק, אבל לא בכרי וברי, אלא היכא שהם ברי וברי הרי זה נקרא בגדר חסרון ידיעה כי אחד מהם מסתיר מאתנו ידיעה במזיד ומשקר. ורבה בר רב הונא

סובר שמספיק בזה שיש ספק מצד המעשה ומש"ה ס"ל שאמר סומכוס אפילו בכרי וברי. א"נ ס"ל לרבה בר רב הונא שטעמו של סומכוס הוא משום דהו"ל כאילו שניהם מוחזקים, ושהיחלוקו הוא משום מוחזקות, אשר לפ"ז פשיטא שהדין נותן שנגיד כן בכרי וברי כמו בשמא ושמא (ולפי דרכינו יוצא שמש"כ תוס' שטעמו של סומכוס הוא משום דהו"ל כאילו שניהם מוחזקים הרי זה רק לפי רבה בר רב הונא).

נט) אפילו תימא סומכוס כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא.

יש לעיין מה היא סברת חילוק זה. ועי' בשט"מ בסוף ע"ב שכתב וז"ל, ומ"ה נר"ו כתב וז"ל אבל הכא דליכא דררא דממונא וכו', קשה לי מה עלה בדעת המתרץ, ותו אמאי צריך לעשות סניפין לק"ו, וי"ל דהמתרץ ס"ל דכיון דאיכא דררא דממונא ואפילו הכי טעין ברי לי, משמע דאיכא חד מינייהו דחשיד אממונא, ומש"ה לא נרמי שבועה עלי' דחשיד נמי אשבועתא, והמקשה ס"ל דאדרבה כיון דאיכא דררא דממונא מצי למימר אינו רוצה להפסיד בחנם עד שישבע, ואיכא למימר הכי ואיכא למימר הכי ומש"ה עביד סניפין כיון דאיכא למימר כולה דמר ועביד מתרוייהו ק"ו ודחי לי' מאוקימתא עכ"ל.

ועי' לעיל בד"ה וז"ל גליון וכו' שכתב טעם אחר להמתרץ וז"ל, לפירש"י ז"ל י"ל

**(ס) ומה התם דאיכא דררא
דממונא למר ואיכא דררא
דממונא למר ואיכא
למימר כולה למר וכו'.**

ופירש"י ש"כולה למר" הוא חילוק שני, דהיינו "ועוד" דאיכא למימר כולה למר ואיכא למימר כולה למר. ושני חילוקים נפרדים הם, דהחילוק הראשון הוא שהתם הלא אם פוטרים את המזיק מלשלם עבור העובר בשעה שהאמת היא שהמזיק חייב, א"כ הפסדנו את הניזק, כי עד עכשיו הי' לו עובר ועכשיו הרי הוא מפסיד אותו, וכן אם מחייבים את המזיק בשעה שהוא פטור, הרי עד עכשיו הי' לו ממון ועכשיו מפסידים אותו את ממונו, אבל הכא הרי עד עכשיו לא הי' להם שום מציאה, ורק עכשיו זוכים בה, וא"כ לכל היותר הרי אנו רק מעכבים אותו מלקנות ממון חדש. והחילוק השני הוא שהתם ה"יחלוקו" הוא בודאי שלא כדין, אבל הכא יש צד לומר שעושים כמו האמת.

מיהו לכאורה הי' רש"י יכול ללמוד שהכל הוא טעם אחד, דהיינו שהתם איכא בודאי הפסד ממון לזה שהאמת עמו כי פסק דין של יחלוקו הרי הוא בודאי דלא כמו האמת, ואילו הכא יכול להיות שעושים כדין, ומאי דאיתא דאיכא למימר כולה למר וכו' הרי זה בגדר פירוש על מה שאמרו שהתם איכא דררא דממונא.

מיהו רש"י לא פי' כן כי אילו כן היתה הגמרא צריכה לומר דבר זה כבר לעיל כשאמרה כי קאמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא, דכבר שם היתה הגמ' צריכה לומר מה הוא הפירוש של דררא דממונא, ולכן למד רש"י שזה חילוק שני,

דה"פ שאחד מהם מתחסר שלא כדין, לא רצו לתקן שבועה, דדי לו בחסרון ממונו, ולא יטילו עליו גם שבועה עכ"ל (ובדעת המקשה כתב כדברי השט"מ שהבאנו לעיל וז"ל, ופריך ומה התם, אדרבה בשביל שמתחסר שלא כדין ניחא לו לישבע כדין, כדי שהאחר שכנגדו יהי' עליו עונש נשבע לשקר, וגם בלא סברא זו, כיון שודאי האחד נוטל שלא כדין אין לנו כח לחלוק בלא שבועה וכו' עכ"ל).

ושמעתי עוד ביאור בסברת המתרץ, והיינו שבהציוור של סומכוס יש פחות סברא לתקן שבועה, כי יש לחשוש שאם נתקן שבועה, הרמאי יעשה שבועת שקר, והשני לא ירצה לישבע, ואז יפסיד את ממונו כי זה שנשבע לשקר יקבל את הכל, ואין אנו רוצים מצב שהפורש לא יקבל כלום ואילו השני יקבל הכל מחמת שהוא לא פירש אלא נשבע לשקר, משא"כ בשנים אוחזין בטלית זה שאומר אמת אינו מפסיד אם לא ישבע אלא רק אינו מרויח.

ויש סמך לפירושו זה בדברי רש"י, דהנה היכא שקאי רש"י בדעת המתרץ פי' שהפסידא בדררא דממונא היא משום שאם השקרן יזכה בדין א"כ יוצא שזה שהוא אמתי מפסיד ממון, וזהו כהסברא הנ"ל שכתבנו שאם נתקן שבועה א"כ אם רק הרמאי ישבע הרי הוא יקבל את הכל והשני שדיבר אמת יפסיד את הכל, משא"כ במשנתנו הרי הוא רק לא מרויח, אבל כשקאי רש"י בדברי המקשה פי' שהפסידא בדררא דממונא הוא משום שעכשיו שאומרים יחלוקו הרי זה שהדין עמו מפסיד החצי כלומר ומש"ה סברא לומר שיש לכל אחד זכות לדרוש שבועה.

ובזה לא טעתה הגמ' לחשוב סברא הפוכה שאדרבה העובדא שכולה למר או כולה למר הרי זה סיבה לא להצריך שבועה, ורק בנוגע להחילוק של דררא דממונא טעתה הגמ' כי התם יש גם סברא הפוכה וכמו שהבאנו בהאות הקודמת.

(סא) רש"י ד"ה בשבועה פלגי לה.

עי' לעיל באות נ"ה.

(סב) תד"ה התם.

מדבריהם מבואר דס"ל שהיכא שיש לו חזקת מרא קמא הרי זה נקרא שהוא תופס, וזהו כהצד שכתב הקונטרס הספקות בכלל א' אות ה' שחמ"ק מהני מדין מוחזקות ולא מדין חזקה קמייתא כמו באיסורים. ובאמת כן מבואר מגוף הגמ' בדף ק' ע"א דקרי היכא שיש לאחד מהם חמ"ק ציור של המוציא מחבירו עליו הראי', הרי דמיקרי הלה בגדר מוציא מחבירו. ברם בתוס' כאן הדבר מפורש יותר כי כתבו להדיא שהוא נקרא תפוס.

דף ג' ע"א

(סג) אפילו תימא סומכוס שבועה זו מדרבנן היא כרבי יוחנן וכו'.

עי' בשט"מ כאן בתחילת דף ג' שכתב בשם תלמידי ר"פ והרא"ש והריטב"א, וכ"כ הרש"ש, שגם עד עכשיו ידענו שהשבועה היא מדרבנן, רק שחשבנו שטעם השבועה הוא משום חשש משקר בציור זה, וע"י השבועה נברר את הדבר,

ולכן ס"ד שגם בהציור של סומכוס היינו צריכים לתקן שבועה כדי לברר את הדבר, ועכשיו חידשו בשם רבי יוחנן משום ציור זה לבד לא היינו משביעים, כי הסיכוי שיש כאן חוטף הוא קטן מאד, ולכן אם הי' זה הציור היחידי שהדבר קרה לא היינו מתקנים שבועה, רק שאנו יודעים שפעם יקרה שאדם יראה שחבירו מגבי' מציאה ויחטפנו, ולכן כדי למנוע את הציור ההוא משביעים בכל ציור, ותיקנו כן רק במציאה כי דבר שכיח הוא שאחד ימצא מציאה והשני רואה, אבל הציור של שור שנגח אינו שכיח, ולכן לא תיקנו שם שבועה כיון שאין חוששין שבהציור הזה שלפנינו הרי הוא משקר.

מיהו לפ"ז לא אתי שפיר כל כך לשונו של רבי יוחנן שאמר שלא יהא "כל אחד", כי אם החשש בלי שבועה הוא שכל אחד יעשה כן א"כ למה לא נחשוש שכן קרה גם בהציור הזה שלפנינו ושהוא משקר.

(סד) אפילו תימא סומכוס שבועה זו מדרבנן היא כרבי יוחנן וכו'.

עי' לעיל בדף ב' ע"ב בשט"מ בשם מהר"י כ"ץ שכתב שלפי המסקנא נקטינן שגם רבנן ס"ל כרבי יוחנן, ואי לאו הך טעמא היינו אומרים יחלוקו בלא שבועה, ואין צ"ל שרבי יוחנן קאי רק כסומכוס, והוכיח כן מהא שבדף ה' ע"ב אמרינן טעם זה בסתמא ולא רק אליבא דסומכוס.

ועי' בקו"ש בח"ב סי' ט' אות י"ג שביאר שהטעם למה חשבנו שלפי רבנן ניחא למה חולקין בשבועה הרי זה כי כל

כשאינם אוחזין. ונראה שכוונתו היא למה שהביאו שם בשם הריב"א שאוחזין הוא לאו דוקא, ושגם בלא אוחזין אומרים יחלוקו, והבין רעק"א שכוונת הריב"א היא שגם נשבעים. מיהו לא ידעתי הכרחו לזה, הלא אפשר לומר שכוונת הריב"א היא רק למאי דאיתא בהמשנה יחלוקו, דרק זה הוא לאו דוקא באוחזין.

סו) אמרי התם היינו טעמא דאמר לי' חנוני לבעל הבית וכו'.

ע"י בגמ' דאמרינן אמרי התם היינו טעמא דאמר לי' חנוני לבעל הבית אנא שליחותא דידך קא עבידנא, מאי אית לי גבי שכיר, אע"ג דקא משתבע לי לא מהימן לי בשבועה, את האמנתי דלא אמרת לי בסהדי הב לי, ושכיר נמי א"ל לבעל הבית אנא עבדי עבידתא גבך, מאי אית לי גבי חנוני, אע"ג דמשתבע לי לא מהימן לי, הלכך תרוייהו משתבעי ושקלי מבעל הבית.

והנה נראה שכוונת הגמ' היא לבאר ג' דברים, חדא למה הבעל הבית חייב להאמין להחנוני ואינו יכול לומר לא מהימן לי, ב', למה אין החנוני חייב לקבל את שבועת השכיר, ג' דאפילו אם הבעל הבית מאמין להחנוני אבל מכיון שהוא חייב לשלם גם להשכיר למה אינו יכול לומר להחנוני אתה הזקת לי במה שלא מסרת להשכיר בפני עדים. וכלפי הדבר הראשון קאמר הש"ס שהבעל בית חייב להאמין להחנוני כי האמינו תחילה בזה שלא אמר לו למסור להשכיר בעדים, וזהו הכוונה במאי דאמרינן

אחד מיקרי מוחזק על הכל, וממילא חשיב קצת כמו מוציא מחבירו וכמו שביארנו לעיל באות נ"ה. ובאות י"ד כתב וז"ל, ובשיטה הקשה דמסוגיא זו נראה דלרבנן דסומכוס אין צ"ל בטעמא דשבועה כרבי יוחנן, וא"כ לימא דר' יוחנן כסומכוס ולא כרבנן, וסתמא דגמ' דמייתי מדר' יוחנן לא משמע דאתי רק כסומכוס, ותירץ בשם מהר"י כהן דלמסקנא דמייתי מדר' יוחנן מסתבר לי' להגמרא דגם אליבא דרבנן צריך להך טעמא, ואי לאו הך טעמא הי' צ"ל יחלוקו בלא שבועה, וא"כ י"ל דלמסקנא ס"ל דכל אחד אינו מוחזק רק בחצי" (אשר לפ"ז בודאי הדין נותן שלא נצטרך שבועה אי לאו משום דרבי יוחנן וכמו שביארנו באות נ"ה שם), ומ"מ אין הכרח מזה, די"ל דאפילו אי נימא דכל אחד מוחזק בכולו מ"מ שפיר אפשר לומר יחלוקו בלא שבועה כיון ששניהם שוין (פי' ואין זה דומה למוציא מחבירו ומחוסר גוביינא) עכ"ל.

סה) שלא יהא כל אחד ואחד הולך ותוקף טליתו של חבירו ואומר שלי הוא.

יש לעיין למה לא תיקנו שישבעו משום החשש הזה גם במחליף פרה בחמור וכן בשור שנגח את הפרה. וכתבו הראשונים משום שהציורים ההם לא שכיחי.

ורעק"א בדבריו על תוס' ד"ה ומה התם וכו' רצה בתחילה לומר שלא תיקנו אלא כשהם אוחזין, והיינו משום שעיקר התקנה היתה שלא ילך וירמה ע"י תקיפות, אלא ששוב כתב רעק"א שבתוס' בב"ב בהסוגיא של כל דאלים גבר מבואר שתיקנו גם

שהחנוני אומר להבעל הבית אנא שליחותא דירך קא עבידנא. והא דאין החנוני חייב לקבל את שבועת השכיר הרי זה כי הוא יכול לומר "לא מהימן לי". והא דאין הבעל הבית יכול לבוא בתביעה על החנוני שהזיק לו ושללקוני שדרתיך ולא לעוותי הרי זה כי בכלל לא הזכיר הבעל הבית להחנוני שימסור להשכיר בפני עדים וכמו שביארו תוס' שבכגון זה אינו יכול לבוא עליו בטענות, אלא "את האמנתי" וכמו שפירש"י שקלקלת לעצמך בזה שלא הזכרת שאתן לו בפני עדים. ועי' בשט"מ.

סז) לא מהימן לי בשבועה.

עי' ברש"י שכתב וז"ל, איני מאמינו בשבועה, אני אומר שהוא רשע, ואין לי להאמין אדם בשבועה על כרחי אלא א"כ האמנתי מתחילה להפקיד אצלו או להתנות עמו עכ"ל.

הנה להלן בדף ל"ו מבואר ששומר שמסר לשומר חייב משום שהמפקיד אומר להשומר הראשון את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן לי. ועיין בתוס' בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה את מהימנת וכו' שכתבו שאם השני הוא יותר נאמן מן הראשון, הרי הראשון פטור משום שבכה"ג אין המפקיד יכול לומר שאיהו לא מהימן לי. ברם הרא"ש לקמן בפרק המפקיד בסוף סי' ו' כתב שגם בכה"ג

הרי הוא יכול לומר לו שאין לך להאמין עלי מי שאין לי עסק עמו.

ובביאור מחלוקתם יש לומר שתוס' סוברים כדברי רש"י הנ"ל בסוגיין שכתב שהטעם למה המפקיד צריך לקבל את שבועתו של השומר הרי זה משום שהוא עצמו האמינו תחילה בזה שהפקיד אצלו, אשר לפ"ז יוצא כתוס' שה"ה שהוא צריך להאמין את השבועה של מי שהוא נאמן יותר, שהרי להדיא האמין על עצמו נאמנות כזו (אלא שצ"ע למה בעינן שיהי' נאמן יותר, דלמה לא סגי בשוין), אבל הרא"ש י"ל דפליג על סברת רש"י, וס"ל שהטעם למה הוא מוכרח לקבל את שבועתו של השומר אינו משום שהראה בתחילה שהוא נאמן אצלו, דאי משום הא אכתי לא הי' חייב לקבל את שבועתו, אלא הטעם הוא משום שהתורה נתנה זכות לשומר לפטור את עצמו בשבועה, ולכן צריך המפקיד לקבלה, וא"כ לפ"ז יוצא שאינו חייב לקבל על עצמו שבועתו של אדם אחר אפילו אם הוא נאמן יותר, כיון שהוא אינו השומר שלו, דהא גם את הראשון אינו חייב להאמין בשבועה משום שהאמינו בתחילה, אלא משום שזכותו של שומר היא שהוא יכול לפטור את עצמו בשבועה*).

והנה להלן בדף ל"ו ע"א ובפוסקים מבואר שאם גם המפקיד רגיל להפקיד אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור וכן סובר הרא"ש שם, ולפי סברת רש"י

ולא בא הרא"ש לומר אלא שלא מספיק בזה שאצלינו הרי הוא אדם צדיק וכשר, ולעולם גם תוס' נתכוונו לפטור רק היכא שהשני נאמן אצל המפקיד ולא מחמת שאצלינו הוא איש צדיק וכשר.

(* מיהו עיין בים של שלמה על בבא קמא בפרק ראשון בס"י ל"ב שכתב שאפשר לומר שבאמת לא פליג הרא"ש על תוס', אלא לעולם גם הרא"ש מודה לתוס' באופן שידוע שהמפקיד עצמו מחזיק את השני כאדם נאמן ולא שקרן,

בסוגיין יוצא דהיינו משום שבכה"ג הרי השני שפיר נאמן על המפקיד, ולכן המפקיד חייב לקבל את שבועתו אע"פ שלא הראה שהוא מאמינו לענין השבועה הפרטית הזאת, אבל לפי הרא"ש הביאור של הדין הנ"ל הוא שמכיון שהוא רגיל להפקיד אצלו הרי הוא נעשה גם עכשיו השומר שלו (מכיון שידעינן שניחא לי' להמפקיד בשמירתו), וממילא גם עליו חלה הגזיה"כ ששומר יכול לפטור את עצמו ע"י שבועה.

(אמנם לכאורה צריכים להוסיף בדעת רש"י, שזה ברור שאדם זר שאינו שומר כלל, לא של המפקיד ולא של השומר הראשון, בודאי אינו יכול לישבע ולפטור את השומר משבועתו אפילו אם יהי' האדם הנאמן ביותר, והיינו משום שמכיון שאינו חייב שבועה א"כ חסר כאן בהשם של שבועת השומרים, וגם רש"י מודה שלא חייבתו התורה לקבל על עצמו אלא שבועה שהיא בגדר שבועת השומרים, רק שנוסף לזה בעינן גם שהאמינו תחילה, וצ"ע.)

והנה בסוגיין מבואר שאין השכיר חייב לקבל את שבועתו של החנוני (שנשבע שנתן לו פירות בשכרו) משום שהוא יכול לומר שלא מהימן לי'. ועיין בקצה"ח בסי' רצ"א סק"ט שהביא את דברי החכם צבי שנשאל אם גם באופן שרגיל השכיר להפקיד אצל החנוני הרי הוא יכול לסרב מלקבל את שבועתו של החנוני, והשיב הח"צ שגם בכה"ג הרי הוא יכול לסרב, והיינו משום שדוקא בשומר שמסר לשומר אמרינן שאם המפקיד רגיל להפקיד אצל השני חייב המפקיד לקבל את שבועתו, והיינו משום שבכה"ג שהוא רגיל להפקיד אצלו הרי השני נכנס תחת הראשון ונעשה

השומר של המפקיד וממילא הרי הוא חייב לקבל את שבועתו, אבל בחנוני על פנקסו אין שום סיבה לחייב את השכיר לקבל את השבועה של החנוני. ודבריו דומים לדברינו בשיטת הרא"ש שדוקא העובדא שנעשה השומר של הבעלים מזכהו להפטר בשבועה, וכמו שביארנו שזהו דינו של שומר שהוא יכול לפטור את עצמו מהמפקיד שלו ע"י שבועה, דאילו לפי רש"י נראה שהיכא שהשכיר האמין להחנוני בפקדונות, שוב יהי' מחויב לקבל את שבועתו גם בהציור של פנקסו כיון שכבר גילה דעתו שהוא נאמן אצלו.

סח) והעדים מעידים אותו שיש לו חמשים זוז.

הנה בפשטות רבי חייא איירי כשהעדים מעידים שלוה חמשים זוז ושעדיין לא פרע. והקשה הרשב"א דהא המלוה גובה את החמשים זוז גם מהקרקעות שמכר הנתבע ללקוחות, כי שיעבודא דאורייתא, וא"כ איך נשבע הנתבע, הלא אין נשבעין בציוור של שיעבוד קרקעות, לא היכא שכפר שיעבוד קרקעות ולא היכא שהודה שיעבוד קרקעות, וא"כ לא משכחת דינו של רבי חייא מן התורה.

ותי' הרשב"א דאיירי שהתובע תובע מנה, והלוה כופר הכל ואמר שלא לזה, אשר בזה נכלל גם שלא פרע כי כל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, והעדים מעידים שלוה חמשים זוז אבל אינם יודעים אם פרע או לא, אבל הנתבע הוא כאומר לא פרעתי וכהנ"ל, ובכה"ג הנתבע חייב חמשים, אבל אין התובע גובה מלקוחות כי הם יכולים לומר שהלוה שפיר

פרע, והודאתו של הלוח שלא פרע אינה מועלת לחוב לאחריני, ומש"ה לא חשיב שיעבוד קרקעות (עי' בזה באות קנ"א סק"ג), ומעתה בכה"ג העדים מחייבים שבועה בצירוף מה שהנתבע הודה שלא פרע את החמשים שהעדים מעידים עליו שלוחה.

מיהו עי' בריטב"א שכתב דאיירי שהעדים מעידים שהוא עדיין שפיר חייב, רק דכיון שתיקנו רבנן שמלוה על פה אינו גובה מלקוחות אין כאן שיעבוד קרקעות. ואע"פ שלפ"ז דינו של רבי חייא שייך רק אחרי שתיקנו שמלוה על פה אינו גובה מלקוחות, ולא משכחת דינו מהתורה, אבל אין שום קושי בדבר זה, אלא אין הכי נמי, הק"ו של רבי חייא נוגע למעשה רק אחרי התקנה הנ"ל.

ולכאורה צ"ע למה לא רצה הרשב"א לתרץ כהריטב"א. וי"ל בפשטות שדחיק ל"י להרשב"א לפרש שדינו של רבי חייא אינו נוגע מדאורייתא.

מיהו גם י"ל בדעת הרשב"א שהוא סובר שמה שתיקנו רבנן שמלוה על פה אינו גובה מלקוחות, הרי זה רק בגדר עיכוב גבי', אבל אין הכוונה שחז"ל ביטלו את השיעבוד*, ומש"ה הרי זה אכתי נקרא שהשבועה היא על שיעבוד קרקעות.

והנה הריטב"א כתב גם כפירושו של הרשב"א, אבל באמת יש דרכים וטעמים למה לשלול את הפירוש הנ"ל של הרשב"א וכמו שנבאר.

דהנה י"ל בפשטות דלא משמע שאיירי בהציוור של הרשב"א. מיהו גם י"ל כדלהלן:

דהנה עי' במחבר בסי' פ"ז סעיף ה', ובסמ"ע שם, דמבואר שהמחבר סובר דלא כהרשב"א, אלא שבהציוור של הרשב"א אינו נשבע, והסמ"ע תמך בשיטת המחבר, כי אי אפשר לחייבו שבועה מדין הודאה כי הוא הרי אומר לא לויתני, ונהי שהוא נשאר חייב משום דהוי כאומר לא פרעתי, אבל העובדא שהוא נשאר חייב מקצת אין זה מחייב שבועה, כיון שלמעשה לא הודה שחייב, וכן מדין העדאת עדים אינו חייב שבועה, כי אין זה נקרא שהוא חייב מקצת על פי העדאת עדים, כי העדים אומרים רק שלוחה אבל אינם יודעים אם פרע או לא.

ועי' בש"ך שם בסקי"ב שהביא סוברים דשפיר חייב לישבע כשנתחייב לשלם מקצת שלא על פי הודאתו, וכגון היכא שהוא אומר חמשים איני חייב וחמשים איני יודע אם פרעתיך, דהר"ן מחייב שבועה בכה"ג, כיון שהוא חייב חמשים אע"פ שאינו חייב בגלל הודאה אלא בגלל

שאין העדיות משועבדות להבעל חוב, וכן שאין העדיות והבינוניות משועבדות להכתובת אשה, אלא הוי רק דין בסדר גבי'.

ועכ"פ הא ודאי שהכא דחוק יותר לומר כן, כי הכא הרי אי אפשר בכלל שיבואו הקרקעות שאצל הלוקח לידי גבי', וא"כ מהיכא תיתי לומר שחכמים תיקנו בצורה כזאת שהשיעבוד עודנו ישנו רק שיש כאן עיכוב גבי'.

* וקצת דוגמא יש לדבר זה בחידושי הגרנ"ט על ב"ק בסוגיא דמיטב, דרצה הגרנ"ט לומר שאע"פ שאין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, אבל אין הכוונה שבזמן שיש בני חורין אין שיעבוד על הקרקעות שאצל הלוקח, אלא בודאי השיעבוד לא פקע, רק שיש עיכוב גבי'. וכן ר"ל גם בנוגע להא דניזקין גובין מן העדיות ובעל חוב מבינונית וכתובה מזיבורית, דאין הכוונה

הדין שאיני יודע אם פרעתיך חייב, ועוד מחייב הר"ן שבועה היכא שהנתבע חייב מקצת משום שהתובע נשבע שחבל בו, דתיקנו רבנן שישבע ויטול. וע"ע בזה לעיל בסי' ע"ה סעיף ה' ובקצה"ח ונתיה"מ ובמשובב נתיבות שם, ולהלן באות ע"א.

ומעתה לפי הסמ"ע לא שייך לומר כהרשב"א, אבל בדעת הרשב"א י"ל שהוא סובר שעצם העובדא שהוא חייב מקצת שפיר מחייב שבועה וכהש"ך.

גם י"ל שלעולם עצם העובדא שהוא חייב מקצת אינו מחייב שבועה, רק שהרשב"א סובר דמיקרי שהוא משלם ע"י צירוף שני הדברים, דהיינו ע"י העדאת העדים יחד עם מה דהוי כאומר לא פרעתי, כי כיון שכל האומר לא ליתתי כאומר לא פרעתי דמי א"כ ידעינן שלא פרע ושעדיין חייב לו, והרי זה שפיר מיקרי הודאה דהיינו הודאה שלא פרע, רק שלא סגי בכך כי הוא עצמו אומר שלא לוח, ולכן צריכים לצרף גם את ההעדאת העדים שלוה, ומעתה אם לא הי' בכח העדאת עדים לחייבו שבועה לא היו יכולים העדים להשלים את החיוב שבועה כאן.

(מיהו דברינו הנ"ל עולים שפיר רק בצירוף שבאו עדים שלוה, ורק כתשובה להעדים אמר שלא לוח, דבכה"ג שפיר י"ל שהעובדא שלוה נעשה עובדא מוגמרת לפני שאמר שלא לוח והודה ע"ז שלא פרע, ולכן הרי זה נקרא שהוא מתחייב על פי הודאת פיו לחוד, אבל היכא שטען לא ליתתי, ורק אח"כ באו עדים שלוה, א"כ אדרבה ההודאה קודמת, והרי זה בגדר הודאה שקדמה להתביעה שאינה מחייבת שבועה, עי' בזה באות ע'. מיהו יש לדחות

שבאותה שעה לא היתה בגדר הודאה כי הוא אומר גם שלא לוח, ורק אחרי שהעדים מעידים ששפיר לוח הרי זה מתהפך להיות הודאה אע"פ שאז לא הוסיף לומר כלום, ומש"ה הרי זה נחשב הודאה שבאה אחרי התביעה, ועוד נדון על זה באות ע'.

מיהו מצד שני י"ל שאין זה נקרא שמחייבים אותו על פי העדאת עדים, כי מאחר שהעדים מעידים שלוה הרי זה נחשב עובדא מוגמרת שלוה, ועכשיו יש שאלה רק אם פרע או לא, והרי הוא נשאר חייב לשלם בגלל שכל האומר לא ליתתי כאומר לא פרעתי, ומש"ה הרי זה נקרא שהוא חייב על פי הודאת פיו לחוד ויש כאן שבועה בגלל הודאת פיו לחוד, אבל הרשב"א סובר ששפיר צריכים לחדש שעדים מחייבים שבועה, כי הרשב"א אינו סובר את הסברא הנ"ל שנעשה עובדא מוגמרת שלוה לו, אלא הרשב"א סובר שמשתכלים על הכל יחד, והרי זה נקרא שהוא משלם עכשיו גם על פי מה שעדים מעידים שלוה, וא"כ הרי זה שפיר נקרא שחיובו נגמר על פי העדים.

והנה כבר כתבנו טעמים למה הרשב"א לא רצה לפרש כצירוף של הריטב"א שהעדים מעידים שהוא עדיין חייב. ועי' בקצה"ח בסק"ה שם שכתב טעם אחר למה אי אפשר לפרש כן, והיינו משום שבצירוף של הריטב"א שהוא הצירוף הפשוט, דהיינו צירוף שהעדים מעידים כל מה שצריכים לדעת כדי לחייבו, באמת אין העדים מחייבים שבועה, כי בהצירוף הזה אם גם הוא הי' מודה וקובע על עצמו את כל החיוב לא הי' חייב לישבע מחמת הודאת

פיו, כי הוי הודאה בממון שאינו יכול לכפור בו כיון שיש עדים, והיכא שהודה בדבר שאינו יכול לכפור בו אין כאן דין מודה במקצת כי אין צריכים בכלל להודאתו, והודאתו אינה מוסיפה כלום, ומעתה מאחר שבכה"ג הרי הוא פטור על הודאתו א"כ גם על פי העדים אינו חייב, רק דהכא איירי בהציור הנ"ל שכתב הרשב"א שהעדים מעידים רק שלוה, דהיינו שהעדים אומרים רק חלק ממה שצריכים לדעת בשביל החיוב, ולכן בכה"ג הרי הוא שפיר חייב שבועה כיון שצריכים את הודאתו בשביל חלק ממה שצריכים לדעת כדי להיות חייב ובלי הפיו לא היינו יודעים חלק זה.

מיהו צ"ע על הקצה"ח דהא בגמ' ס"ד שהשבועה של המשנה היא השבועה דאורייתא של רבי חייא ואילו בהמשנה האנן סהדי פועל את כל החיוב והקצה"ח סובר שבכה"ג אין עדים מחייבים שבועה.

ובאמת חוץ מהקושיא הנ"ל מסוגיית הגמ', גם סברת הקצה"ח קשה להולמה, כי בשלמא היכא שהודה ויש גם עדים, התם אין פיו מחייבו שבועה כי בלא"ה הרי הוא מחויב בגלל העדים, אבל היכא שיש רק עדים לחודייהו, למה אינם מחייבים שבועה כמו היכא שיש פיו לחודי', דמה לי בזה שאם בהציור הזה הי' גם הוא מודה לא הי' פיו מחייבו שבועה, דלמה זה גורם שעדים אינם מחייבים אותו עכשיו שבועה, הלא פיו דוגמת הציור הזה של עדים הי' שפיר מחייבו שבועה, דהיינו היכא שיש רק פיו כמו השתא שיש רק עדים.

ועי' ברעק"א בדף ד' ע"ב שר"ל

שהטעם למה המודה בממון שאינו יכול לכפור בו פטור אינו משום שאין צריכים את הודאתו, אלא הרי זה משום שהוא בגדר כופר הכל, כי כיון שהודה רק במה שהוא מוכרח להודות, שוב הרי הוא פטור מלישבע על השאר כי בכה"ג הרי זה העזה לכפור בשקר בהשאר, כי בזה הרי הוא כופר בכל מה שהוא יכול לכפור, וממילא אמרינן שאין אדם מעיז פניו לכפור בשקר את הכל והוא פטור מלישבע. ומדבריו נראה דס"ל שכיון שאי אפשר לו לכפור בשקר את החלק שהודה א"כ אין נקרא בגדר הודאה, ומש"ה הרי הוא נחשב ככופר הכל ואמרינן שאין אדם מעיז פניו לכפור את הכל. ולפי סברתו של רעק"א אי אפשר לומר כדברי הקצה"ח שמכיון שבכה"ג אינו חייב על הודאתו הה"נ שאינו חייב על העדאת עדים וכמו שביאר הקצה"ח דהיכא שאין הודאת פיו מחייבו הוא הדין שאין העדאת עדים מחייבו, כי מה שאינו חייב על הודאתו הרי זה משום שלא מיקרי בכלל בגדר הודאה ובע"כ צ"ל שהקצה"ח סובר דשפיר מיקרי בגדר הודאה רק דכיון שאין צריכים להודאתו אין חיוב שבועה.

(ט) ביאור אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא.

עי' בגמ' דאמרינן ותנא תונא שנים אוחזין בטלית וכו' והא הכא כיון דתפיס אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא וכו' וקתני ישבע.

הנה בסוף הסוגיא דחו הך ותנא תונא בזה"ל, מי דמי התם למלוה אית לי' סהדי ללוה לית לי' סהדי דלא מסיק לי' ולא

מידי, דאי הוו לי' סהדי ללוה דלא מסיק לי' ולא מידי לא בעי רבי חייא לאשתבועי, הכא כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי להאי. ולכאורה קושיא עצומה היא זו, ואין מובן מה היתה בכלל ההו"א לומר שבהמשנה השבועה היא שבועה דאורייתא של העדאת עדים.

ונראה לפרש שבהס"ד חשבנו שאין הכוונה לאנן סהדי שהיא ממש על מדריגת שני עדים, אלא הכוונה היא שיש חזקה לזה ולזה, דהיינו חזקה שכל מה שתחת יד אדם שלו הוא, והוי על מדריגת חזקה ולא על מדריגת שני עדים*, וחשבנו שגם מה שיש כנגדו חזקה על חמשים הרי זה מספיק כדי לחייבו שבועה, ומעתה י"ל שההו"א סבר שאע"פ שגם לצדו יש חזקה אבל לא מספיק בזה שיש חזקה לצדו לפוטרו משבועה דאורייתא, אלא צריכים עדים ממש (או לכל הפחות עד אחד, ונימא שע"א עדיף מהחזקה שכל מה וכו' לפי הך ס"ד).

מיהו אכתי צ"ע כי בשלמא להשיטות שעד המסייע אינו פוטר משבועה, שפיר מצינו כגון זה, דהיינו שעד אחד מחייב שבועה אבל אינו פוטר משבועה, וא"כ ס"ד שגם הך חזקה מחייבת שבועה אבל אינה פוטרת, אבל לפי השיטות שעד המסייע שפיר פוטר, כי כמו שהוא מחייב שבועה כך הרי הוא פוטר משבועה, א"כ כך צריך להיות גם לענין הך חזקה.

מיהו י"ל שבההו"א שפיר סברנו שיש דבר שמחייב שבועה אבל אינה פוטרת

משבועה, ושכן יהי' גם בעד המסייע, אבל בהמסקנא יתכן שדבר זה משתנה.

עוד י"ל שאין הכוונה שחצי הוא שלו מסיבת אנן סהדי או חזקה מצד המעשה שהי', אלא הכוונה היא שיש פסק דין שחצי הוא שלו מסיבת המוחזקות שלו, וכמו שנביא להלן שנקט המשובב נתיבות, וכן הקו"ש בסי' ט' בדרך אחד (ולהלן בהקטע הבא נבאר שלפ"ז הכוונה ב"אנן סהדי" היא שאחרי הפסק דין הרי מעתה אנן סהדי שמאי דתפיס דידי' הוא מחמת הפס"ד), ואולי בזה, כיון שאינו בגדר ביורר, יותר קל לומר שס"ד שאע"פ שפסק דין של ב"ד על מקצת שהוא שלו מספיק לחייב את הבעל דין שבועה על השאר, אבל בכל זאת פסק דין מחמת המוחזקות על השאר לא סגי כדי לפטור אותו משבועה, וצ"ע.

ועכשיו נבאר באריכות יותר את דברי הקו"ש שם, דהנה הקו"ש שם ביאר שאם בשנים או חזין בטלית הרי זה נחשב שכל אחד מוחזק רק בחצי אז יש לפרש את מאי דאמרינן כאן ש"אנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא" כפשוטו, דהיינו שיש ראי' שחצי הוא שלו, אבל אם סוברים שכל אחד מוחזק בכולה א"כ קשה איך שייך לומר שיש שני אנן סהדי הסותרים זה את זה, ולכן רצה לפרש שאין הכוונה שיש כאן העדאת עדים ע"י האנן סהדי, אלא הכוונה היא שיש כאן פסק ב"ד וגם זה מחייב שבועה על השאר. מיהו לא ביאר

כל הנשאת יש לה קול (בכתובות דף ט"ז ע"ב), אז לא משגחין כלל על העדים וחשבינן להו למשקרים ודאי, אבל שיהי' שקול אנן סהדי כעדים ממש בשוה לא נמצא בשום מקום עכ"ד.

* ועי' בחידושי הגרש"ש על ב"ב בסי' י"ז סק"ב שכתב שלא מצינו בשום מקום אנן סהדי שהוא שקול כמו עדים, אלא בודאי עדים עדיפי אם לא כענין בא הרוג ברגליו או כגון דאמרינן

לנו הקו"ש איך מפרשים לפ"ז את הלשון של אנן סהדי. וצ"ל שאין הכוונה לומר שיש אנן סהדי שהיא שלו ושמשה פוסקים שהיא שלו, אלא הכוונה היא שפוסקים יחלוקו משום שכל אחד מוחזק בכולה, ומעתה על פי הפסק דין הזה נפעל שחצי הולך לזה וחצי הולך לזה, וממילא מעתה אנן סהדי שיש לכל אחד חצי, כלומר האנן סהדי הוא התוצאה של הפסק דין ולא הסיבה להפסק דין. מיהו אין זה המובן ב"אנן סהדי" בכל מקום. ועוד דהי' צ"ל ש"אנן סהדי שמאי דפסקן לזה דידי' הוא", ולא ש"מאי דתפיס דידי' הוא". אבל עכ"פ המשובב נתיבות בסי' ע"ה בהקטע הראשון כתב להדיא ביאור זה בהגמ' דהיינו שהכוונה היא שאחרי הפסק דין מעתה אנן סהדי שחצי הוא שלו.

ע) ותנא תונא שנים אוחזין בטלית וכו' (בענין הודאה קודם להתביעה).

צ"ע איך ס"ד שהשבועה בהמשנה היא משום דינו של רבי חייא, הלא הציור של המשנה הוא ציור שקיימת ההעדאת עדים כנגדו לפני שהתובע תובע את הכל, והרי זה כמו היכא שבאה ה"הודאה קודם להתביעה" שאינו חייב שבועה בכה"ג כמש"כ הרמב"ן הר"ן בשבועות דף מ' ע"ב בשם הר"י מיגש, דהא הכא האנן סהדי קיים לפני שאמר את תביעתו.

מיהו י"ל דהא שצריכים שהתביעה תהי' קודם להודאה אין זה דין בהחייב שבועה של מודה במקצת, דהיינו שיש חיוב שבועה רק כשהיתה תביעה קודם להודאה, אלא

הרי זה משום דלא מיקרי בגדר הודאה אלא כשהיא באה כמענה לתביעה, אבל היכא שאינה באה כמענה לתביעה הרי היא בגדר סתם התחייבות אבל לא בגדר הודאה, וא"כ בהעדאת עדים לא שייך חסרון זה כיון שלא אתינן עלה מצד השם של הודאה.

ועי' בקצה"ח בסי' ע"ה סק"ב דמבואר שבהעדאת עדים לא איכפת לן אם העידו העדים לפני התביעה, ולפי הנ"ל הדבר מבואר היטב.

ועי' במשפטי שבועות לרב האי גאון בחלק א' בהתנאי החמישי, וכן בשו"ע סי' פ"ח ובביאור הגר"א שם בסקנ"ט, דמבואר שהטעם למה הודאה קודם לתביעה פטור הרי זה כי חשיב משיב אבידה, כלומר שיש לו אז מיגו שהי' יכול שלא להודות. וגם דבר זה הוא סיבה לפטור רק בהודאת פיו אבל אם באו עדים קודם התביעה הרי הוא שפיר מתחייב שבועה כי לא שייך בכה"ג לפטור מטעם מיגו.

מיהו עי' בחידושי הגר"ח על הש"ס על דף ג' ע"א "בענין העדאת עדים" (בדפוס הישן בעמוד קפ"ט של הספר) דאיתא שגם בהעדאת עדים בעינן שיעידו אחרי התביעה. ומדבריו יוצא שהדין של הודאה קודם תביעה הוא דין בהחייב של שבועת מודה במקצת דהיינו שליכא חיוב שבועה אלא אם נתחייב בהמקצת לאחר שקרה תביעה.

והנה הר"ן בשבועות שם על "מה שהנחת אתה נוטל", בד"ה מתני' זה אומר עד הויו (בדף כ"ד ע"א בדפי הרי"ף), כתב שהודאה קודם לתביעה פטור משום שכבר יצא דינו לפטור. ונראה ש"ל שגם הר"ן

ע"א) און סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא וכו'.

דברי המחבר והרמ"א והנו"כ בענין
אם חייב שבועה היכא שלא באו
עדים, אלא שמחמת סיבות מסוימות
ב"ד פוסקים עליו חיוב.

ע"י בחו"מ סי' ע"ה סעי' ה' שכתב
המחבר בזה"ל, מנה לי בידך מהלואה
פלוגית, ומנה מהלואה אחרת שהלוייתך
בזמן אחר כך וכך, והנתבע משיבו אין לך
בידי כלום לפי שמהלואה ראשונה פרעתך
כך וכך, ומהלואה שני' פרעתך כך וכך,
ומתוך טענתם הכירו הב"ד שעדיין חייב לו
מאותם שתי הלואות עשרין דינרין (פי' כי
הסכומים שהנתבע הזכיר ששילם אינם
עולים לכל סכום התביעה), הו"ל כשנים
מעידים אותו שיש בידו חמשים, שהרי ב"ד
עדים במה שהודה שנשאר, וישבע שבועה
מן התורה על השאר עכ"ל, פי' דא"א
לחייבו מדין הודאת פיו, רק שבכל זאת
מכיון שב"ד רואים מדבריו שהוא עדיין
חייב לו חלק, הרי זה בגדר העדאת עדים.
והא דאי אפשר לחייבו מדין הודאת פיו
יש להסביר דהיינו משום שלא נתכוין
לחייב את עצמו. ועי' בקצה"ח בסי' פ'
סק"ב שדן בזה והביא שהכנה"ג הביא
שו"ת מהר"י אדרבי בסי' קמ"ט שסובר
שלא חשיב הודאה, וכתב הקצה"ח שאין
בידו הספר הנ"ל ואינו יודע טעם הדבר.
ועוד הביא הקצה"ח משו"ת שב יעקב
שהיכא שעשה שויא אנפשי' חתיכה
דאיסורא, אם לא הי' מודע שהוא אוסר את
הדבר על עצמו, אינו נאסר. ושוב תלה
הקצה"ח את הדבר באם הודאת בעל דין
מהני מדין התחייבות וכדברי המהרי"ן לב

מודה להסברא של משיב אבידה, רק שהר"ן
סובר שנהי שבועה שהודה הי' בגדר משיב
אבידה כי הי' לו מיגו, אבל אח"כ כשיש
תביעה הרי הוא מאבד את המיגו שלו,
ובכה"ג הדין הוא שהוא מפסיד את
נאמנותו, וכמבואר בכתובות דף כ"ב ע"א
שאשה שאמרה אשת איש הייתי ונתגרשתי
הרי היא נאמנות מפני שיש לה הפה שאסר,
אבל רק עד שבאים עדים שהיתה אשת איש,
אבל אם שוב באו עדים אינה נאמנת כי
מעתה אין לה הפה שאסר, וא"כ גם כאן
הדין נותן שאח"כ כשיש כבר תביעה,
יתחייב מעתה שבועה, וכן לפי הדרך
שכתבנו שבלי לבוא כמענה לתביעה לא
מיקרי בגדר הודאה, הדין נותן שאחרי שיש
תביעה א"כ מעתה ההודאה שפיר תחייב
שבועה, כי מה שהודה קודם ממשיך
להתקיים גם עכשיו אחרי התביעה גם בלי
שידבר עוד הפעם, ולכן כתב הר"ן שבכל
זאת מכיון שיצא דינו לפטור אינו מתחייב
שבועה אח"כ. ורה"ג ביאר רק למה בתחילה
הוא פטור, ואילו הר"ן ביאר למה אינו
מתחייב אחרי שהסיבה לפטור מתבטלת.
מיהו מדברי הקו"ש בב"ב אות קי"ב יוצא
שבכגון הציור הנ"ל אצלינו שפיר יועיל
הפה שאסר גם אחרי שתבע כי אכתי נשאר
כח הראי' שנוולד בשעה שהודה, ובכגון
הציור אצלינו סגי בכח הראי' שיש בהפה
שאסר כמו שביאר שם.

וע"ע בהגהות כסף הקדשים בסי' ע"ה
על הש"ך בסקי"ב שנסתפק לומר שבהודאת
עדים אין צריכים בכלל שתהי' תביעת ברי,
ורעק"א הובא ברמב"ם הוצאת רש"פ בפ"ה
מהל' טו"נ ה"ט כתב בדעת הרמב"ם שאין
צריכים אלא שתמה על זה עיי"ש.

או משום נאמנות וכהשיטה שלו לעיל בסי' ל"ד סק"ד, דאם הוא משום התחייבות א"כ בודאי הרי הוא צריך לדעת שהוא מתחייב, אבל אם הוא משום שהוא נאמן על המעשה א"כ אין סברא לחלק ולומר דבעינן שידע שהוא מתחייב עי"ז.

וע"ע ברמב"ן בב"ב דף ל"ג ע"א שכתב דהא שפסק רב חסדא בהגמ' שם שההוא גברא אינו חייב להחזיר את הפירות שהודה שאכל הרי זה כי כשאמר שאכל הרי אמר כן כדי לזכות את עצמו וליפות את כחו ולא ידע שיתחייב בגלל זה, וכה"ג לא חשיב הודאת בע"ד).

ובאמת לפי הדרך הנ"ל מובן למה היכא שטען שאכל פירות ג' שנים, אבל אין לו חזקת ג' שנים כי אין לו עדים שאכל, אינו חייב לשלם להמערער את הפירות, די"ל דהיינו משום שמה שאמר שאכל הרי זה הי' כדי ליפות את כחו ולא לשם להתחייב. מיהו הראשונים בב"ב שם כתבו טעמים אחרים.

והנה הרמ"א על דברי המחבר הנ"ל בסי' ע"ה כתב וז"ל, ודוקא שהכירו ב"ד שהודה עדיין במקצת לפי חשבונו (נראה דצ"ל שחייב עדיין במקצת), אבל אם נתחייב במקצת לפי שאינו נאמן בדבריו לא מיקרי הודאה במקצת עכ"ל. וגם המחבר עצמו כתב דין זה בסי' פ"ז סעיף ה' וז"ל, אין שבועה למודה במקצת בכופר בכל ומחויב מתוך טענתו, כגון שתבעו מנה והוא אומר לא לויתי וחזר ואמר לויתי ופרעתין שהוחזק כפרן לאותו ממון, וכן אין המתחייב במקצת מתוך טענת הכפירה מחויב שבועת התורה עכ"ל. והנה בפשטות כוונת הרמ"א במש"כ שמתחייב לפי שאינו

נאמן היא לכגון היכא שעל מקצת הרי הוא אומר איני יודע אם פרעתין, דבכה"ג הרי הוא חייב משום שיש לו חזקת חיוב, אבל אין כאן לא הודאה ולא ידיעת ב"ד. ברם אי אפשר לומר שהרמ"א נתכוין במלים אלו להציור ההוא כי לא מתאים לומר על הציור ההוא לשון של "אינו נאמן" דהא הוא עצמו לא כפר בודאות.

ונראה שכוונת הרמ"א היא לכגון הציור של המחבר בסי' פ"ז שאינו נאמן משום שהוחזק כפרן על אותו ממון. ועוד י"ל שכוונתו (וכן כוונת המחבר בסי' פ"ז במש"כ וכן וכו') היא לכגון שיש ע"א שחטף והוא אומר אין חטפי וידי חטפי, דבכה"ג הרי הוא משלם כי אינו נאמן שדידי' חטף, אבל בכל זאת אין הודאה ואין ידיעת ב"ד, אלא יש רק פס"ד שהוא חייב מטעם מתוך שאל"מ. והסמ"ע בסי' פ"ז סקט"ז על דברי המחבר שכתב וכן וכו' הוסיף עוד ציור, והיינו היכא שהוא אומר על מקצת שאינו חייב מפני שכבר שילם לו על ידי ששילם בשבילו ריבית שהי' חייב לאדם אחר, והרי הדין הוא שהלוה אינו חייב לשלם ריבית קצוצה, וא"כ נמצא שהמשלם הזה הניח מעותיו על קרן הצבי. וז"ל, הסמ"ע שם, כגון שטוען איני חייב לו כלום כי זה הי' כך וזה כך, וטעה וסבר שבהיותו כך הוא פטור, והב"ד אינם מאמינים לו שהי' כך וחייבוהו במקצת וכדמפורש בסי' ע"ה סעיף ה' בהג"ה, או כעין שכתב בתשובות הרשב"א שהביא ב"י וד"מ ריש סי' זה לענין אם טוען נתתי עבורך ריבית וכו', ושם בס"ב כתב ד"מ בשם ב"ת, וכתבו המחבר בסי' ע"ה סעיף ה', דדוקא בכה"ג הוא דפטור, הא אם טוען

איני חייב לך כי היום פרעתוך כך וכך ואתמול כך וכך ומתוך דבריו נראה שנתחייב לו, זה מיקרי מודה במקצת וחייב עכ"ל.

והנה חזינן שהסמ"ע כתב דהא דחייב בצירורו של המחבר בסי' ע"ה שטעה בחשבונו הרי זה משום דחשיב בגדר הודאה במקצת, ולא משום דחשיב העדאת עדים. מיהו מלשון המחבר שהבאנו מבואר שהוא משום דחשיב בגדר העדאת עדים, וכן איתא להדיא בבעל התרומות שהוא המקור לדינו של המחבר שהרי כתב "דהא קי"ל כר"ח קמייטא" (ועוד הקשו על מה שמחייב הסמ"ע משום דחשיב בגדר הודאה, ומשמע שלא מספיק בהעובדא שהוא נשאר חייב על פי פסק דין, דקשה עליו ממה שהוא עצמו כתב בסי' פ"ז סק"ב כהר"ן בשבועות שהנתבע חייב שבועת מודה במקצת אם הוא נתחייב מקצת על ידי שהיתה נגדו טענת חבלה והתובע נשבע דהדין הוא שבחבלה הרי הוא נשבע ונוטל).

ועי' בש"ך בסי' ע"ה סקי"ט שהבין את דברי הסמ"ע כהנ"ל, והיינו שהסמ"ע סובר שבהצירור של המחבר בסי' ע"ה הרי הוא חייב שבועה משום דחשיב בגדר הודאה, ועוד הבין שהסמ"ע סובר שהרמ"א שם פוטר לא רק בהצירור של הוחזק כפרן שכתב המחבר בסי' פ"ז, אלא גם בהצירור של ריבית, והש"ך עצמו חולק על הסמ"ע בנוגע להצירור של ריבית וסובר שבודאי בהצירור של ריבית גם הרמ"א מחייב שבועה כי פס"ד שהוא מבוסס על מה שב"ד רואים כמו עיניהם בירור גמור הרי זה לא גרע מהעדאת עדים, והוכיח כן

מסוגיין דאמרינן שהאנן סהדי דמאי דתפיס האי דידי' הוא הרי זה כמו העדאת עדים וא"כ הה"נ להצירור הנ"ל של ריבית כי גם שם אנן סהדי שעדיין חייב לו נ'. ועוד הביא שהרמב"ם מביא את שיטת הגאונים שהיכא שהוא נשאר חייב מקצת משום שיש ע"א שחטף והוא אומר על מקצת אין חטפי ודידי חטפי ונעשה עליהם מחויב שבועה שאינו יכול לישבע הרי הוא חייב שבועה דאורייתא על שאר התביעה, והרמב"ם עצמו סובר שאינו חייב, וכתב הש"ך שאפילו הרמב"ם מודה שהיכא שהפס"ד הוא על פי בירור גמור הרי הוא חייב שבועה.

וע"ע בסי' ל' סעיף ג' שפסק המחבר שאם נתחייב מקצת על ידי עדות מיוחדת אין זה מחייב אותו בשבועת מודה במקצת, ועיי"ש בסמ"ע וביאור הגר"א.

והנה הקצה"ח בסי' ע"ה סק"ב החזיק בדעת הסמ"ע, והגדיר דהיינו משום שאינו חייב היכא שדייעת ב"ד באה מכח הודאת פיו, וכמו בהצירור של ריבית שדייעת ב"ד שהוא חייב באה מכח שהוא הודה שלוח, והי' חייב בתחילה, ואחרי שהודה, ב"ד רואים בעצמם שלא פרע. והוכיח הקצה"ח שאינו חייב בכה"ג מהא דתנן בשבועות דף מ"ב שאם אמר הנתבע מה שהנחת אתה נוטל, והי' שם רק מקצת מהתביעה, א"כ אע"פ שהוא מודה במקצת הרי הוא פטור כי כשהודה הודה בדבר שאינו במדה משקל ומנין, ואע"פ שעכשיו מדדו ויודעים ב"ד שהוא חייב כך וכך אבל בכל זאת מכיון שבתחילה הי' פטור אינו נעשה חייב אח"כ. והקשה הקצה"ח דהא יש כאן הידיעה של ב"ד של עכשיו וא"כ למה לא

יתחייב משום ידיעת ב"ד, ובע"כ צ"ל משום שהידיעה היא תוצאה מהודאתו. וכן הוכיח מהא דפטור מלהשבע משום שהודה לפני התביעה, דהא על ידי הודאתו יש כאן ידיעת ב"ד (וס"ל להקצה"ח שבהעדאת עדים לא בעינן שיעידו אחרי תביעה) ובע"כ צ"ל משום שהידיעה היא תוצאה מהודאתו, וא"כ גם בריבית ידיעת הב"ד היא תוצאה מהודאתו שלוה (מיהו צ"ע דגם לפ"ז יש לחלק שבכל זאת בהצירור של ריבית ה"לא פרעתין" הרי ב"ד יודעים מעצמם משום שכיון שהודה שלוה את כל הסכום, והדין תורה הוא אודות אם פרע או לא, א"כ את העובדא שלא פרע הרי ב"ד יודעים מעצמם מחמת החזקת חיוב). מיהו מלשון הנתייה"מ שם מבואר שהבין שמה שכתב הקצה"ח שידיעת הב"ד באה מכח הודאה אין כוונתו למה שהודה שלוה וכמו שהבננו את דברי הקצה"ח, אלא כוונתו היא לידיעת ב"ד שלא פרע שבאה מכח הודאתו שמה שפרע הי' תשלומי ריבית ששילם עבורו, ולכן הקשה עליו דהא בריבית יש כאן ידיעת ב"ד עצמם שלא פרע, ואין זה בנוי על הודאה שלא שילם, דהא אדרבה הוא עצמו אומר ששפיר פרע, אלא הרי זה כאילו ראו ב"ד בעצמם שלא שילם. מיהו הקצה"ח הבין שכוונת הנתייה"מ היא להשיג להיפך, והיינו שגם בהצירור של ריבית חשיב הודאה גמורה מצדו כמו בשילמתי כך וכך כמש"כ הסמ"ע עצמו.

עוד הקשה הנתייה"מ על הקצה"ח דשאני בהצירור של מה שהנחת אתה נוטל דאילו הי' הנתבע עצמו חוזר עכשיו ומודה הודאה מפורשת לא הי' נשבע כי אינה

הודאה המחייבת אותו ממון כי הוא כבר מחויב ועומד על פי מה שהי' מוכח ממה שאמר "מה שהנחת" וא"כ הי' שאי אפשר לחייבו מדין העדאת עדים כי העדאת עדים נלמדת מפיו וא"כ אינה יכולה לחייב שבועה בצירור שפיו אינו מחייבו.

מיהו לכאורה השגת הנתייה"מ הנ"ל מתאימה גם על ריבית, כי כיון שהודאתו אינה מחייבת שבועה כי אינה הודאה מפורשת א"כ גם אם יחזור ויודה הודאה מפורשת לא יתחייב שבועה כי אינה הודאה המחייבת ממון כי הוא כבר מחויב ועומד ומש"ה ידיעת ב"ד לא תועיל. מיהו י"ל כהר"י אדרבי שהביא הקצה"ח בסי' פ' בסק"ב שהודאה שאינה מפורשת אינה מחייבת ממון וממילא בריבית אם יחזור ויודה שפיר יהי' חייב ומש"ה גם ידיעת ב"ד מחייבת שבועה.

גם ראיתי מעירים שי"ל קצת אחרת מהנתייה"מ, דהנתייה"מ כתב שאין העדאת עדים מחייבת שבועה בהצירור של "מה שהנחת אתה נוטל" משום שהודאת פיו לא היתה מחייבת כיון שהוא כבר מחויב ועומד בהממון. מיהו י"ל שגם בהעדאת עדים עצמה נאמר תנאי שהיא צריכה לחייב ממון.

עב) עוד בדברי הש"ך והקצה"ח.

והנה הקצה"ח בסק"א שם הביא את דברי הרמב"ם שהבאנו שפוטרי משבועה היכא שהוא חייב על המקצת מחמת פס"ד של מחויב שבועה שאינו יכול לישבע, וכתב שהש"ך הקשה על זה מהא שבסוגיין מחייבים שבועה בגלל הא שחייב מקצת

מחמת האנן סהדי, דקשה למה שונה ציורו של הרמב"ם מהציור של הגמ' כאן של אנן סהדי. מיהו באמת הש"ך לא הקשה מכאן על הרמב"ם אלא אדרבה נסתייע מכאן שבהציור של ריבית גם הרמב"ם מודה שיהי' חיוב שבועה ורק בציור של מתוך שאינו יכול לישבע משלם מקצת הרי הרמב"ם פוטר משבועה על השאר כי התם הרי הוא משלם רק מסיבת היותו אינו נאמן ולא משום שהוברר שהוא חייב מקצת.

ובדעת הקצה"ח שסובר ששפיר קשה מכאן על הרמב"ם י"ל דהיינו משום שהקצה"ח סובר שאין הכוונה בהגמ' לאנן סהדי בתורת ראי', אלא כמו שהבאנו כבר משמו במשובב נתיבות שהכוונה היא שהוא מקבל חצי' בגלל פסק דין של מוחזקות, ורק כתוצאה מהפסק דין יש אנן סהדי ואנחנו יודעים בודאות שחצי הוא שלו, אבל הפס"ד עצמו אינו בנוי על אנן סהדי, ומש"ה הרי זה שפיר דומה לציורו של הרמב"ם.

ועי' גם בקו"ש בחלק ב' סי' ט' אות ט"ו שהביא שהקצה"ח מביא את קושיית הש"ך הנ"ל (וצ"ע כמו שהערתי), ומתריך הקו"ש כהדברים הנ"ל וז"ל, וזו אינה קושיא אלא אם נאמר דכל אחד מוחזק בכולה ואין כאן בירור כלל של מי היא, ועל כרחך הא דמדמי לה בגמרא להעדאת עדים הוא מטעמא דחיוב ב"ד ג"כ חשוב כעדים, אבל אם נאמר דכל אחד אינו מוחזק רק בחצי' וא"כ בהחצי שתופס לבדו איכא אנן סהדי ממש שהיא שלו והוא בתורת בירור, א"כ אין זה שייך לחיוב ב"ד במקום דליכא בירור על גוף המעשה, ואם הרמב"ם סובר כן שכל אחד מוחזק בחצי'

ולא בכולה לא קשה עליו קושיית הש"ך עכ"ל.

ועכ"פ כדי ליישב את הקושיא מסוגיין על הרמב"ם כתב הקצה"ח שטעמו של הרמב"ם אינו משום חלישות של פסק דין, אלא משום שכמו שיש פסק דין על החצי הראשון שהוא חייב בגלל שמתוך שאיל"מ ה"ה שיש פס"ד על החצי השני שהוא פטור, משא"כ בהודאת פיו או העדאת עדים ליכא דברים אלו לזכותו על החצי השני, ומה שהגמ' סברה שבהמשנה יש חיוב שבועה בגלל הפס"ד הרי זה לפני שהקשתה בדף ד' ע"א שיש גם לזכותו אנן סהדי על החצי השני.

מיהו יש שני דרכים איך להבין את דברי הקצה"ח למה הרמב"ם פוטר משבועה, דמצד אחד יש להבין שבהציור של הרמב"ם הכח שמחייבו את המקצת הראשון והכח שפוטר אותו על המקצת השני הרי הם שוים, דהיינו ששניהם הם פסקי דין, משא"כ בהציור של העדאת עדים הדבר שמחייבו את המקצת הראשון הוא בירור גמור על פי עדים, אבל הכח שפוטר אותו הוא רק פסק דין.

מיהו יש עוד דרך איך להבין את הקצה"ח, והיינו שאין זה משנה מה הוא הכח של הדבר שמחייב את החצי שהוא חייב, אלא הכל תלוי בזה שנולדה הסיבה להחיוב שבועה לפני שנפסק שהוא פטור על החצי השני, דכיון שעוד אין כאן הפסק דין שהוא פטור על החצי השני הרי הוא מתחייב שבועה עליו, וכן הוא בכל מודה במקצת, דמיד עם ההודאה הרי הוא מתחייב שבועה, עוד לפני שב"ד פסקו שהוא חייב לשלם החצי ואמור להיות

פטור על החצי השני, ולכן הרי הוא מתחייב שבועה, וכן הוא גם בהעדאת עדים, דמיד עם הגדת העדות הרי הוא מתחייב בהשבועה, אבל היכא שהוא חייב לשלם משום שהוא מחויב שבועה שאינו יכול לישבע, אז החיוב שבועה של מודה מקצת חל באמת רק בשעת הגמ"ד כשב"ד פוסקים שהוא חייב לשלם את המקצת והרי באותה שעה יש גם פס"ד שדינו להיות פטור על החצי השני בגלל מוחזקות ולכן לא חל החיוב שבועה.

ולפי הדרך השני יוצא שהיכא שכפר בכל ויצא מב"ד פטור, ושוב באו עדים על חמשים, לא יהי' חייב שבועה כי כבר חל הפס"ד של פטור על החלק ההוא וממילא שוב אין סותרים אותו בשביל חיוב שבועה, אבל לפי הדרך הראשון שכתבנו בביאור כוונת הקצה"ח יהי' שפיר חייב שבועה.

והנה מלשון הקצה"ח מבואר כהדרך השני, שהרי כתב שבהעדאת עדים הרי "ההעדאת עדים היא הסיבה לחייב שבועה ולזאת היא קודמת", דנראה שכוונתו היא כך, דכיון שההעדאת עדים היא הסיבה להחייב שבועה, לזאת, כלומר לכן היא קודמת, כלומר השבועה קודמת, דהיינו שהחיוב שבועה חלה עוד לפני הפסק דין שהוא חייב את הממון על פי העדים ושהוא פטור על החצי השני.

והנה הנתיחה"מ השיג על הקצה"ח שלפעמים אין שני הפסקי דין שוים, ובכל זאת נוקט הנתיחה"מ שהקצה"ח סובר שהרמב"ם פוטר בכה"ג משבועה, והיינו בהציור שעל מקצת הרי הוא אומר איני יודע אם פרעתיך, דהתם הרי הוא מתחייב

על פי חזקה דמעיקרא, דהתם הפסק דין שהוא חייב מקצת הרי זה בגדר פסק שבנוי על בירור (כי אזל שחזקה דמעיקרא הרי היא בגדר בירור, מיהו באמת גם בלא זה סגי לומר שהיא כח חיובי של הכרעה), אבל על החלק שהוא פטור הסיבה היא הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא שאינו כח חיובי אלא פוסקים שהוא פטור משום שאין משנים את המצב בלי סיבה. ומזה חזינן שהנתיחה"מ הביין את הקצה"ח כמו הדרך הראשון שכתבנו, כי לפי הדרך השני אין זה משנה מה הוא החוזק של הפסק, אלא העיקר הוא האם באותו זמן שחל החיוב שבועה נולד עמו הדין פטור על החלק השני, וגם בהציור הנ"ל של הנתיחה"מ שניהם חלים בשעת הגמ"ד.

והנה הקצה"ח במשובב נתיבות ענה להנתיחה"מ, ובהקטע הראשון שם נכללות בדבריו שתי תשובות, א', שמוחזקות היא כח חיובי ולא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, ואפילו היכא שלא שייך הראי' של כל מה שתחת יד אדם שלו הוא אבל בכל זאת עצם העובדא שהוא תופס הרי זה כח חיובי, וביאר הקצה"ח בזה את כוונת הגמ' כאן, והיינו שמה דאיתא שאנן סהדי דמאי דתפיס דידי' הוא אין הכוונה שיש ראי' לצדו (וכבר הבאנו בשם הקו"ש בח"ב סי' ט' שלא שייך כאן ראי' לפי הצד דחשיב מוחזק על הכל), אלא הכוונה היא שיש כאן אנן סהדי מחמת הפסק, דהיינו שאחרי הפסק יודעים שזה שלו מחמת הפסק, אבל באמת הפסק בנוי רק על מוחזקות, ומעתה זה אתי שפיר רק אם מוחזקות היא בגדר כח חיובי, כי אל"כ לא

שייך לומר שיש כאן אנן סהדי מחמת הפסק, כי אם זה נשאר שלו רק משום שאין משנים את המצב בלי סיבה אי אפשר לומר על זה שמעתה ידעינן שזה שלו. ועוד דאם סוף הדין הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה א"כ דבר זה לא הי' מחייב שבועה.

ב', עוד ענה הקצה"ח על השגת הנתייה"מ שכל פסקי דין שוים הם, ולא איכפת לן מה הסיבה להפס"ד.

ועכ"פ חזינן שהקצה"ח לא השיג על הנתייה"מ שטעה בכוונתו וכמו שיוצא לפי הדרך השני שכתבנו לעיל בכוונת הקצה"ח. (איברא, יתכן שכוונת הנתייה"מ היא באמת להקשות שהיכא שיש חזקת בירור הרי זה נחשב כמו הציור של הודאה או העדאת עדים כי החיוב שבועה חל באמת מיד עם ההתגלות שיש כאן חזקה, עוד לפני שפסקו את הדין.)

עג) מאי שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו.

פירש"י וז"ל, מהיכא תיתי לן למידק דתיסק אדעתין דתהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים דאיצטריך לתנא למילף מק"ו דלא תהא הודאת פיו גדולה עכ"ל. ושוב ביאר הגמ' טעם למה הו"א שבעינן דוקא הודאת פיו. מיהו צ"ע דבפשטות הי' אפשר לומר דבעינן ק"ו כדי שלא נאמר דהוי גזירת הכתוב דבעינן דוקא הודאה, דהנה חזינן שתוס' כאן הסיקו שמה שכופר הכל פטור משבועה הרי זה משום שכי הוא זה הוא בגדר גזירת הכתוב דבעינן דוקא הודאה במקצת, וא"כ ה"ה דהו"א שגזיה"כ

היא דבעינן דוקא הודאת פיו ולא העדאת עדים, וא"כ נימא שמש"ה צריכים את הק"ו.

וי"ל שאה"נ, אבל ממה שאמר רב חייא לשון של "שלא תהא הודאת פיו גדולה" משמע שאם רק הודאת פיו מחייבו שבועה הי' יוצא שהודאת פיו היא "גדולה" מהעדאת עדים, ומשמע גדולה במהותה, מצד הסברא, וא"כ מזה משמע שהטעם לא הי' רק משום גזיה"כ, כי דבר זה עדיין לא הי' מראה שהיא גדולה מצד הסברא לענין שבועה, וא"כ משמע שמלבד הטעם של גזירת הכתוב, גם מצד הסברא הרי היא יותר גדולה לענין לחייב שבועה, וקאמר רבי חייא שלא נלך אחרי הסברא שהודאת פיו היא גדולה, ולכן מקשינן מה היא הסברא לומר שרק פיו תחייב שבועה ולא עדים.

מיהו יש לדחות דיש לפרש שלשון גדולה קאי רק על עצם התוצאה מהגזיה"כ שהודאת פיו מחייבת שבועה משא"כ העדאת עדים, דהיינו שאם רק הודאת פיו היתה מחייבתו הי' יוצא מצב שהודאת פיו היא גדולה בדיני' מהעדאת עדים. וע"ע באות צ"ג בשם הבית הלוי.

עד) בענין מיגו לאיפטורי משבועה וקושיית רבה למה מודה במקצת חייב שבועה.

א. הקושיא על הר"י מיגש מסוגיין, ודרך אחד איך ליישב.

ע"י בסוגיין דאמר רבה מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע, חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו. ופירשו

תוס' שכוונת רבה היא להקשות שיהי' נאמן בלא שבועה כי יש לו מיגו. והנה שיטת הר"י מיגש היא שמיגו לא מהני לאיפטורי משבועה*). והר"ן בשבועות דף מ"ה ע"ב הקשה עליו מסוגיין דחזינן שאם הי' לו מיגו הי' שפיר מהני לפטור משבועה. ובאמת התימה היא עוד יותר גדולה, כי הר"י מיגש הוכיח כשיטתו מהא גופא שמודה במקצת חייב שבועה ואינו נפטור במיגו, וזה תימה דהא מדברי רבה על מודה במקצת מבואר ששפיר הי' מועיל מיגו רק שאין לו מיגו כי אין אדם מעיז. וכבר הקשה כן הרא"ש בסי' ג' שם וז"ל, מה שכתב דבמודה במקצת איכא מיגו, הא אמרינן חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו וליכא מיגו עכ"ל.

והנה אם היינו יכולים ללמוד את קושיית רבה בדרך אחרת א"כ אז לא הי' קשה מידי על הר"י מיגש, אלא אדרבה גם אחרי דברי רבה הי' עדיין נשאר קשה שיהי'

נאמן במיגו, ועל זה שפיר יש לתרץ שלא מהני מיגו לפטור משבועה. וכך למדתי מתוך דברי התומים בסי' פ"ב בכללי מיגו אות קי"ג, דהנה תוס' בכתובות דף י"ח ע"א בד"ה מפני מה וכו' הביאו פירוש בדברי רבה שאין כוונתו להקשות מדין מיגו אלא כוונת רבה היא להקשות למה כופר הכל פטור דמאי שנא כופר הכל ממודה במקצת ומפני מה אמרה התורה שמודה במקצת נשבע בזמן שכופר הכל פטור משבועה, ועל זה מתרץ רבה שהטעם למה כופר הכל פטור הרי זה משום שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו, אלא שתוס' שם דחו פירוש זה מהא דכופר הכל פטור אפילו כשהי' שפיר יכול להעיז כמו בבנו וכמו שהביאו תוס' גם בסוגיין כאן, ולמדתי מתוך דברי התומים שם שר"ל שלפי פירוש זה לא קשה על הר"י מיגש, והיינו כהנ"ל, כי אדרבה גם לאחר תירוצו של רבה אכתי קשה שיהי' מודה במקצת פטור משום שיש

(* הנה דברי הר"י מיגש קאי על הגמ' בשבועות דף מ"ה ע"ב, דהנה בדרך מ"ד ע"ב שם תנן שאם הבעל הבית טוען שכבר נתן להשכיר את שכרו, והשכיר טוען שלא קיבל, הרי השכיר נשבע ונוטל. ובדף מ"ה ע"ב איתא אמר רב נחמן אמר שמואל לא שנו אלא ששכרו בעדים אבל שכרו שלא בעדים מתוך שיכול לומר לו לא שכרתיך מעולם יכול לומר לו שכרתיך ונתתי לך שכרך וכו', אמר רמי בר חמא כמה מעליא הא שמעתא, אמר לי' רבא מאי מעליותא א"כ שבועת שומריין דחייב רחמנא היכי משכחת לה מתוך שיכול לומר לו לא היו דברים מעולם יכול לומר לו נאנסו, ומתריצין ששבועת שומריין איירי כשהפקיד אצלו בעדים אשר בכה"ג אינו יכול לומר לא היו דברים מעולם. והקשו הראשונים למה הקשה רבא רק על ר"ג אמר שמואל ועל רמי בר חמא, הלא לכולי עלמא

מהני מיגו וא"כ איך משכחת שבועת השומרים, ותי' על זה הר"י מיגש שרבא סובר שמיגו לאיפטורי משבועה לא מהני, ולכן לא קשה על שבועת שומרים, אבל רמי בר חמא הרי סובר ששפיר מהני מיגו לפטור משבועה (מהא דלא מטיל את השבועה על הבעה"ב), וא"כ על רמי בר חמא שפיר הקשה רבא, ולכן אליבא דרמי בר חמא מוכרחים לומר ששבועת שומרים משכחת לה רק היכא שהפקיד בעדים, ומעתה מאחר שלא נזכר בשאר מקומות ששבועת שומרים איירי רק כשהפקיד אצלו בעדים א"כ חזינן שלהלכה מיגו לא מהני לפטור משבועה. ועוד הוכיח הר"י מיגש שלא מהני מיגו לפטור משבועה מהא דהתורה חייבה שבועת עד אחד אפילו כשיש לו מיגו, וכן מהא דחייב שבועת מודה במקצת אע"פ שיש לו מיגו שהי' יכול לכפור את הכל וכמו שנביא להלן בסמוך.

לו מיגו (כי מיגו דהעזה מהני וכמו שנביא בסמוך), וצריכים לומר משום שלא מהני מיגו לפטור משבועה.

וכדרך זה כתב גם הקהלות יעקב על ב"ב בסי' כ"ד, אבל באופן אחר, והיינו שהר"י מיגש לומד קושיית רבה כהדרך שפי' רש"י כאן ולא משום מיגו, דהנה רש"י כתב שכוונת רבה היא להקשות שיהי' פטור משום משיב אבידה, ויש לפרש באמת שכוונת רש"י היא למיגו אבל הקהלות יעקב כתב שכוונת רש"י היא לדין מיוחד של משיב אבידה, דהיינו דכיון שהוא עושה מעשה צדקות שאינו מוכרח לעשות אי אפשר לחדש עליו חשדות בגלל זה ולהשביעו, אבל לא שיש ראי' חיובית לצדו, ועל זה מתרץ רבה דלא חשיב צדקות כי לכפור בכל מיקרי העזה, רק שאכתי קשה דגם לאחר תירוצו של רבה יהי' פטור מיהא מדין מיגו, דהיינו שיש ראי' לצדו שהרי הי' יכול לכפור הכל (א"נ זכות טענה), ועל זה מתרץ הר"י מיגש שמיגו לאיפטורי משבועה לא מהני.

והנה עי' בפ"י בכתובות דף י"ח ע"א, וכן אצלינו בב"מ, שכתב שיתכן שרש"י מודה שמיגו לאיפטורי משבועה לא מהני רק דשאני הכא שהוא בגדר משיב אבידה, וכן הביא הפ"י מהמגיני שלמה, וי"ל שכוונתו היא להדרך הנ"ל שאין כוונת רש"י למיגו.

וע"ע בחת"ס בכתובות דף י"ח בד"ה מפני מה וכו' עוד פירושים בכוונת רש"י בב"מ כאן.

והנה עי' בתוס' בב"ק דף ק"ז ע"א בסד"ה עירוב וכו' שהוכיחו דמהני מיגו דהעזה (וכמו שנקטנו לעיל בישוב שיטת

הר"י מיגש), וכן סובר הר"ן בשבועות שם, והקשה הר"ן דא"כ למה לא מהני במודה במקצת המיגו שהי' יכול לכפור בכל, ואיך אמרינן משום שאין אדם מעיז פניו הלא מיגו דהעזה שפיר מהני.

מיהו לפי הדרך הנ"ל לק"מ, כי אה"נ מדין מיגו הי' מועיל אע"פ שזה העזה, רק דמה שאמר רבה חזקה אין אדם מעיז אין זה כדי להסביר למה לא מהני מיגו, אלא למה לא מהני הגדר החדש הנ"ל של משיב אבידה, אבל הא דלא מהני מיגו הרי זה משום דהוי לאיפטורי משבועה.

ב. עוד דרך איך ליישב את הקושיא על הר"י מיגש.

והנה יש דרך אחרת איך ליישב את הקושיא מסוגיין על דינו של הר"י מיגש, והיינו שיש לפרש שאין כוונת רבה להקשות שהמיגו יועיל להוריד את החיוב של שבועה לאחר שכבר חל, אלא לעולם י"ל שהיכא שיש כבר חיוב שבועה לא מספיק במיגו להורידו, רק שהקושיא היא למה בכלל קבעה התורה חיוב שבועה, הלא יש לו מיגו שהי' יכול לכפור בכל.

מיהו צ"ע בסברת הפירוש הנ"ל, כי אם מספיק במיגו א"כ למה לא יספיק גם עכשיו אחרי שחייבה התורה שבועה.

וי"ל שאם שבועה היתה רק בגדר חובת בירור לב"ד, שפיר יש להקשות כהנ"ל, אבל י"ל ששבועה אינה רק בגדר חובת בירור לב"ד, אלא התורה חייבתו לתת להתובע שבועה, וא"כ י"ל שהתורה קבעה חיוב לתת להתובע דוקא שבועה (עי' בזה לעיל באות מ"ט), דהיינו שיסבול עשיית שבועה, ולכן אחרי שכבר חייבה התורה

שבועה לא מהני מה שאירע ציור שיש לו מיגו, רק שאם הי' קיים תמיד בירור של מיגו אז מתחילה לא היתה התורה קובעת חיוב שבועה להבעל דין.

ברם אכתי קשה על זה קושיית בעל הביאור על המהר"ם שיף שנביא בסק"ג דאיך הביא הר"י מיגש ראי' ממורה במקצת הלא למורה במקצת אין מיגו כי אין אדם מעיז וכו'.

והסמ"ע והש"ך והט"ז בריש סי' רצ"ו כתבו טעמים אחרים למה מיגו לאיפטורי משבועה לא מהני משא"כ לאיפטורי מממון שפיר מהני (ולא הטעם שכתבנו ששבועה היא בגדר חיוב שהוא חייב להבעל דין), דהסמ"ע כתב כי סמכינן על מיגו לפטור מממון כי קשה להוציא ממון, אבל להוציא ממנו שבועה אינו קשה לנו, ולכן לא סמכינן על ראיית מיגו לפטור משבועה. והש"ך כתב בשם העיר שושן דמיגו מהני רק לפטור מממון אבל היכא שהוא עומד להתחייב שבועה אין לו מיגו שהי' יכול לפטור את עצמו בלי שבועה כי אולי לא איכפת לו בשבועת שקר אלא הרי הוא רוצה בדוקא להתחייב שבועה כדי שנאמין אותו ע"י שבועתו. והט"ז כתב שמיגו אינו פוטר משבועה כי כל מה שאפשר לברר מבררין ולכן לא סמכינן על מיגו היכא שאפשר לברר ע"י שבועה.

ג. סברות שדוקא כאן מהני מיגו לאיפטורי משבועה.

עוד כתב התומים, וכן כתב הב"ח בר"ס רצ"ו, דשאני בהציוור של רבה דהוה מיגו להרויח וא"כ י"ל שמיגו כזה שפיר מהני גם לאיפטורי משבועה. מיהו עי' לעיל

באות כ"ט שהבאנו סוברים שאדרבה היכא שהמיגו הוא שהי' יכול לכפור יותר ממון, לא הוי מיגו מעלייתא. מיהו לפי מה שהבאנו שהנ"י כתב דהיינו משום שאולי לא רצה להעיז כן, א"כ י"ל שכאן מקודם שרבה חידש שחזקה אין אדם מעיז פניו, שפיר י"ל שאדרבה הוי מיגו יותר טוב. ברם גם כתבנו שם עוד סברא, והיינו שלפי הדרך שמיגו הוא בגדר זכות טענה א"כ נותנים לו רק את הכח של טענה שהי' יכול לטעון בדין תורה זה על ממון זה אבל לא את הנאמנות שהי' מקבל אילו הי' טוען על ממון אחר כי זה נחשב דין תורה אחר. ועי' בתומים שם שצירף לדבריו עוד סברא ויישב בזה למה הכא שפיר אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה, והיינו שבהציוור הרגיל של מיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן מיגו כי מאי איכפת לן אם ישבע (וזה דומה לסברת הסמ"ע), אבל הכא שפיר איכפת לן כי אם לא יועיל המיגו לפוטרו משבועה א"כ פעמים שיכפור בכל כדי להנצל מן השבועה ויזיק בזה את חברו עוד יותר.

והמהר"ם שיף כאן כתב ליישב וז"ל, ואפשר לומר דבשבועה דאורייתא אמרינן כן (ורק משבועה דרבנן אין מיגו פוטר), וכן לעיל בשבועת המשנה הביא התוס' בד"ה זה נוטל רביע (דמיגו פוטר משבועה) עכ"ל.

מיהו הדרך של המהר"ם שיף קשה מאד מצד הסברא. ועוד דהא כבר הבאנו שהר"י מיגש שסובר שלא אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה הוכיח כשיטתו מהא דמודה במקצת חייב שבועה אע"פ שיש לו מיגו, וא"כ חזינן שהוא נוקט שמיגו אינו פוטר

משבועה דאורייתא ודלא כהמהר"ם שיף (וכבר העיר כן בעל הבאור על המהר"ם שיף).

ד. הסוברים שהר"י מיגש נתכוין רק למיגו דהעזה.

והש"ך בכללי מיגו אות ו' רצה לומר שהר"י מיגש נתכוין לומר שרק מיגו דהעזה לא מהני לפטור משבועה אבל מיגו רגיל שפיר מהני, ולכן בהקושיא שעוד לא ידענו שלכפור הכל הוא בגדר העזה, שפיר הקשה רבה שהמיגו יפטור גם משבועה, ועל זה מתרצינן שלא מהני המיגו כי לכפור הכל הוא בגדר העזה, וסובר הר"י מיגש שרק לפטור משבועה לא מהני.

וכ"כ הר"ן בשבועות שם דאע"פ שמיגו דהעזה מהני לפטור מממון, וכן מהני מיגו רגיל לפטור משבועה ודלא כהר"י מיגש, אבל מיגו דהעזה אינו מועיל לפטור משבועה. וזהו כעין מה שייחס הש"ך להר"י מיגש עצמו, אבל הר"ן נוקט שהר"י מיגש קאמר שגם מיגו רגיל לא מהני לפטור משבועה, רק שהר"ן עצמו כתב לחלק כהנ"ל.

והקצה"ח בסי' פ"ב סקי"ד כתב לבאר את החילוק הנ"ל דהיינו משום דהיכא שהוא חשוד להחזיק ממון של חבירו שלא כדין א"כ שפיר אמרינן שיעיז גם לטעון טענה דהעזה, ומש"ה שפיר יש לו מיגו, אבל במודה במקצת או בשומר או מי שיש כנגדו ע"א דמחייבים שבועה משום דחיישינן לאשתמוטי או לספק מלוה ישנה א"כ התם לא יעיז, ומש"ה אין לו מיגו.

וע"ע במש"כ הקו"ש בבאור דינו של

הר"ן בח"ב סי' ג' אות כ"ב - כ"ג, וכן בקו"ש על ב"ב באות כ"ז, וז"ל בחלק ב' שם, ובזה אפשר לבאר מה שמצינו במיגו דהעזה דלא מהני לאיפטורי משבועה כדאמר רבה לענין מודה במקצת, ומ"מ מהני לאיפטורי מממון כמש"כ הראשונים מהני עיזי דאכלי חושלי מיגו דיכול לומר לקוח הוא בידו יכול לטעון עד כדי דמיהן, ולכאורה אינו מובן החילוק מה בין שבועה לממון. אמנם לפי הנ"ל נראה דבמיגו דהעזה ליכא גריעותא אלא בההוכחה והבירור, דאפשר שהוא רוצה לשקר ואינו יכול להעיז, אבל כח הנאמנות שיש בדין מיגו איכא גם במיגו דהעזה, דמ"מ אם הי' טוען הי' נאמן, ולאפטורי מממון סגי בדין נאמנות גרידא, אבל לאפטורי משבועה צריך לטעמא דאנן סהדי שיהא בירור במקום שבועה שהיא מבררת עכ"ל.

והתומים עצמו כתב לבאר את שיטת הר"ן שבאמת בכל מיגו דהעזה הדבר הוא ספק אם הוא מאלו שמעיזים או מאלו שאין מעיזים, ומעתה לגבי ממון מכיון שיש ספק שמא הוא מיגו טוב א"כ נשאר שאי אפשר להוציא ממנו ממון כי שמא יש לו את המיגו, אבל להשביעו שפיר אפשר כי תמיד משביעים על ספק.

וע"ע בש"ך בכללי מיגו אות ו' שכתב לבאר כוונת תוס' בב"ק דף ק"ז סוף ע"א ששאני בהציוור של חושלי דהתם שפיר מעיז כי חבירו לא האמינו תחילה.

והקצה"ח בסקי"ד שם כתב בשם אחיו בדעת תוס' שם שמיגו דהעזה לא מהני רק כשצריך לכפור יותר כמו במודה במקצת וכופר הכל.

עה) רש"י ד"ה מפני מה.

א. הסתירה בענין אם משיב אבידה פטור משבועה מדאורייתא או רק מדרבנן.

פירש"י וז"ל, ולא חשבו כמשיב אבידה לפטרו שלא כפר בכולו עכ"ל. ויש לפרש שכוונתו היא משום שיש לו מיגו, וכן יש לפרש שאין כוונתו למיגו אלא לסברא חדשה שכיון שבא לעשות צדקות אי אפשר לחדש עליו חשדות, וכבר ביארנו שני דרכים אלו לעיל בהאות הקודמת בסק"א.

והנה עי' בכתובות דף י"ח ע"א דפרכינן ורבי אליעזר בן יעקב (שסובר שמודה במקצת נשבע גם כשאמר מנה לאביך בידי ושילמתי לו החצי) לית לי' שמשיב אבידה פטור, ופירש"י וז"ל, הא תקנתא דרבנן היא במס' גיטין המוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם עכ"ל. הרי שפי' שמשיב אבידה פטור מדרבנן. והקשו תוס' עליו בד"ה ורבי אליעזר וכו' דמשיב אבידה מיפטר מדאורייתא מטעם מיגו. וע"ע להלן כאן בדף ד' ע"ב גבי סלעים דינרים שהביאו בגמ' את דעת ר"ע שאומר שבסלעים דינרים הרי הוא כמשיב אבידה ופטור משבועה, ופירש"י שם בד"ה אינו אלא וכו' כמו שפי' בכתובות דהיינו מכח המשנה בגיטין שהמוצא מציאה לא ישבע מפני תיקון העולם דחכמים פטרו אותו משבועה. וכן משמע מדבריו בגיטין דף נ"א ע"ב בד"ה ורבי אליעזר לית לי' וכו', וכן מדבריו בשבועות דף ל"ח ע"ב ד"ה שהוא כמשיב אבידה.

והנה יש שני דברים קשים על רש"י, חדא קושיית תוס' הנ"ל למה פי' מכח

תיקון העולם ולא משום שיש לו מיגו. ובאמת כן יש להקשות גם על המשנה בגיטין של תיקון העולם דתיפוק לי' משום מיגו.

ועוד קשה על רש"י דאם נאמר שאין כאן מיגו אלא רק תקנה דרבנן משום תיקון עולם א"כ איך פי' רש"י כאן שרבה מקשה מכח משיב אבידה הלא הכא איירי בהדין דאורייתא של מודה במקצת.

(ועכ"פ רש"י בגיטין דף נ"א ע"ב בד"ה ורבי אליעזר לית לי' וכו' כתב שהתיקון העולם הוא כי אם יצטרך לישבע "שביק לה (להאבידה) ואזיל", וביאר הנחל"ד כאן שמשמע מדבריו שכל החשש הוא שמא מתחילה לא ירצה להגבי' את האבידה כדי שלא יתחייב שבועה כי אין זה נראה בעיניו עבירה כל כך שהרי לפעמים אין חיוב להרימה כגון זקן ואינו לפי כבודו, אבל היכא שכבר הרימה אין חשש שמא יעכבנו לעצמו ולא יודה כדי שלא יתחייב שבועה. וכתב שלפ"ז יוצא שכל החשש הוא רק במציאה כיון שיש שם אפשרות שהוא יכול לא להרימה, אבל במודה אין במקצת הלואה ליכא שום חשש כלל ואין טעם לפוטרו, וא"כ גם מזה קשה על רש"י כאן, וכתב ליישב דבר זה שצ"ל שבכל זאת לא ישבע מפני לא פלוג, וכתב הנחל"ד שזה דוחק.)

והנה המהר"ם שיף בגיטין דף נ"א ע"א שם בד"ה בגמ' אמר ר' יצחק וכו' כתב שרש"י מפרש שהכוונה בתיקון העולם היא שהוא פטור מן התורה כי התורה חששה לתיקון העולם, ולפ"ז לא קשה הקושיא על רש"י מרבה כאן, והביא שכעין זה אמר רבינא בדף מ"ט ע"ב שם בביאור בבא

אחרת של תיקון העולם דתנן התם. מיהו הנחלת דוד תמה עליו ממה שכתב רש"י עצמו בכתובות דף י"ח ע"א בד"ה ורבי אליעזר וכו' שהתיקון העולם הוא תקנתא דרבנן. ובאמת כן כתב גם להלן כאן בדף ד' ע"ב עיי"ש (אבל בשבועות ובגיטין אע"פ שכתב שהכוונה היא לתיקון העולם אבל לא כתב להדיא שהוא תקנה דרבנן).

ב. הדרך לחלק בין היכא שיש תביעה, וממילא אין מיגו, דהתם פטור מדרבנן, לבין היכא שאין תביעה. וכן בענין אם פטרו אותו גם כשהתובע ברי גמור או האם רק כשאינו ברי גמור.

וע"ע בשט"מ כאן בשם הרמב"ן שכתב שרש"י סובר שהיכא שהוא משיב אבידה ממש הרי הוא פטור מדאורייתא, רק שבהיה דגיטין הרי זה רק משום תיקון העולם כי איירי באופן שהלה תובעו. ושוב הביא השט"מ דרך זה גם בשם "מורנו הרב נר"ו", שהוא הרדב"ז, והשט"מ הקשה על דרך זה דהא גם כאן בסוגיין איירי שהלה תובעו ובכל זאת מבואר שמהתורה הרי הוא צריך להיות פטור. מיהו נראה פשוט דנהי שלפי קושיית רבה הרי הוא צריך להיות פטור גם כשהלה תובעו, אבל זהו כי עוד לא ידענו שאין אדם מעיז פניו, אלא חשבנו שהוא שפיר מעיז, ולכן הרי הוא בגדר משיב אבידה גמור שצריך להיות פטור מהתורה, ועל זה מתרצינן שאין אדם מעיז, אבל גם לפי התירוף נשאר שהיכא שלא תבעו אותו אשר בכה"ג הרי הוא יכול לשתוק ואין בזה שום העזה הרי הוא פטור מן התורה, רק שהתם בגיטין איירי

כשתבעו אותו, ולכן מהתורה הרי הוא שפיר נשבע, רק שבכל זאת תיקנו באבידה תקנה שלא יצטרך לישבע כדי שלא יהי' "שביק לה ואזיל".

מיהו צ"ע דהא משמע שהמוצא מציאה לא ישבע משום תיקון העולם איירי באופן ששפיר יש לו מיגו וליכא העזה ובכל זאת הוי רק משום תיקון העולם, דהא הכי איירי בכתובות דף י"ח שם דהא איירי לפני שתירצנו שאיירי בתביעה ע"י שטענו קטן ובכל זאת כתב רש"י שהוא רק משום תיקון העולם כמו המשנה בגיטין, וכן בדף ד' ע"ב כאן איירי שיש לו מיגו לכפור הכל משום שהשטר הי' מסייעו ובכל זאת כתב רש"י משום תיקון העולם.

מיהו שמעתי ליישב ההיא דכתובות שאע"פ שלא טענו אבל בכל זאת אין לו מיגו, כי כיון דאיירי בהלואה אשר בכה"ג לפי רש"י אינו מעיז לכפור את כל התביעה כיון שעשה לו טובה א"כ י"ל שה"ה שאינו מעיז לא להודות לו מעצמו על מקצת.

והנה הנחלת דוד כאן הרבה להקשות על הדרך הנ"ל שמחלק בין היכא דאית לי' מיגו לבין היכא דלית לי', חדא דמשמע בכל דוכתא דהיכא שאין לו מיגו אז הרי הוא שפיר חייב לישבע, והדין שהוא פטור מדרבנן משום תיקון העולם איירי כשיש לו מיגו ואילו הכא נוקט רש"י שהוא פטור מהתורה.

ועוד הקשה דלפי רש"י, במציאה, גם היכא שהלה תובעו יש לו מיגו שהי' יכול לכפור בכל, דהא לא עשה לו טובה ובכה"ג לפי רש"י הרי הוא שפיר מעיז לכפור הכל, וא"כ למה הוי רק משום תיקון העולם. אלא שקושיא זו יישב הנחלת דוד

שבכל זאת אין לו מיגו כי אדרבה גם אם ה' כופר בכל ה' חייב שבועה לפי שיטת רש"י בב"ק דף ק"ז ע"א וא"כ אין לו מיגו כי חיישינן שמא איערומי קא מערים להודות במקצת ולא לכפור בכל כדי להיות פטור משבועה ע"י המיגו כי אם ה' כופר בכל ה' שפיר חייב שבועה.

וע"ע בסי' רס"ז בסמ"ע סקמ"ב שכתב דאיירי המשנה של תיקון העולם רק באופן שאינו תובע אותו בברי ממש, אלא בתביעה כמו הציור של ר' יצחק בגיטין דף נ"א ע"א שם, דהיינו שתובעו שהיו ב' כיסים קשורים ומודה לו שמצא אחד, דאין כאן תביעה של ברי ממש על השני, אלא מן הסתם לא ניתק השני מן הראשון, אבל היכא שתובעו בברי גמור הרי הוא נשבע ככל מודה במקצת ולא עשו תיקון העולם. הרי שגם הסמ"ע סובר כהנחל"ד שהיכא שאין לו מיגו הרי הוא נשבע באמת, אלא שלפי הסמ"ע לא קשות הקושיות שהקשה הנחל"ד, כי עדיין י"ל שאצלינו הרי הוא פטור מהתורה כי יש לו מיגו חזק כי אזלינן בהקושיא שהי' שפיר יכול להעזיז, ומכיון שיש לו מיגו חזק הדין נותן שיהי' פטור משום משיב אבידה גם מהתורה, ואילו המשנה של תיקון העולם איירי לפי האמת שאמרינן שאין אדם מעזיז, רק שבכל זאת יש לו מיגו כי איירי שאינו תובעו בברי גמור, אלא שאין זה מיגו חזק כל כך כי בכל זאת הלה תובעו ואין אדם מעזיז לכפור את הכל, ואע"פ שלפי רש"י באבידה שפיר מעזיז כי לא עשה לו טובה, וא"כ הדין נותן שיהי' נחשב מיגו חזק, אבל הרי לפי רש"י גם כופר הכל חייב שבועה כשלא עשה לו טובה וא"כ הרי זה

גורם שאין המיגו חזק כל כך כי דלמא איערומי קא מערים כמו שהעיר הנחל"ד, רק שבכל זאת כיון שאינו תובע בברי גמור פטרו אותו משום תיקון העולם, אבל לעולם אם ה' תובעו בברי גמור לא היו פוטרים אותו כי הרי זה כמו שאין לו מיגו כיון שחוששין שאיערומי קא מערים.

וכן לא קשה על רש"י כאן מדבריו להלן כאן בדף ד' ע"ב, כי י"ל שהתם הרי הוא פטור רק מדרבנן משום שגם שם יש לו רק מיגו חלש, כי מצד אחד יש לו מיגו משום שהי' יכול לומר שתים כיון שהשטר מסייעו, אבל מצד שני אין אדם מעזיז כיון שעשה לו טובה.

וגם לא קשה מכתובות דף י"ח כי אע"פ שבההוא אמינא שם איירי בלי תביעה וא"כ יש לו מיגו אבל בכל זאת כתב רש"י שהוא פטור רק מדרבנן כי אינו מיגו חזק כיון שאיירי בהלואה שעשה לו טובה, וכיון שעשה לו טובה אולי הרגיש שהוא מוכרח להודות על חלק.

ועכ"פ הט"ז שם בסוף הסי' חולק על הסמ"ע והקשה עליו דהא הדין הוא שכשהמוצא מודה שמצא שניהם אלא שטוען שהחזיר אחד מהם, גם בכה"ג אינו נשבע מפני תיקון העולם, והרי בציור זה הוא ברי גמור, ובכל זאת מיפטר משום תיקון העולם מחשש שמא לא ירימו אבידות, וא"כ הה"נ להיכא שתובעו בברי שהרים את שני הכיסים, "שבכל גווי שמוצא בענין שיש עליו שם מציאה אין עליו שום שבועה כנלענ"ד".

ג. דרכו של הקהלות יעקב.

וראיתי בקהלות יעקב על ב"ב עוד דרך

איך ליישב את שיטת רש"י, דהנה הקשינו שהכא פי' רש"י שמשיב אבידה הוא סיבה דאורייתא לפטור אותו, ואילו בעלמא פי' משום תיקון העולם, וכן תנן בגיטין, ויישב הקהלות יעקב דאתי שפיר אפילו אם המשנה בגיטין איירי בלא תביעה אשר בכה"ג יש לו מיגו והוי משיב אבידה גמור, דבכל זאת הרי הוא פטור רק מדרבנן ולא מהתורה, דהנה מצינו לפעמים שאע"פ שהתורה קבעה את הדין בגלל טעם מסוים אבל אחרי שקבעה כן, הדין נשאר אמת אפילו בציור שלא שייך הטעם והוי כעין לא פלוג, ולכן אפילו אם הטעם למה התורה פטרה שן ורגל ברה"ר הרי זה משום שאין הדרך של בני אדם ללכת תמיד אחרי הבהמות שלהם אבל בכל זאת גם ארי פטור ברה"ר אע"פ שבודאי אין רשות לאדם לתת לארי שלו להסתובב ברה"ר, וא"כ הכא כוונת רבה היא שבודאי היכא שיש לו מיגו הדין נותן שיהי' פטור מלישבע ולכן הקשה למה מודה במקצת נשבע הלא יכול להעיז ויש לו מיגו, ועל זה מתרץ כי מודה במקצת רגיל אינו יכול להעיז לכפור את הכל, ומש"ה הרי הוא חייב שבועה, ומעתה הדין נותן שיהי' חייב אפילו בציור ששפיר יש לו מיגו כגון באבידה היכא שלא תבעו, דבכל זאת הדין נותן שיהי' חייב שבועה מהתורה משום לא פלוג וכהנ"ל, רק שתיקנו תקנה מיוחדת לפוטרו.

וגם הקובץ ביאורים בחלק ב' על ב"ק באות י"א כתב כעיקר יסודו של הקהלות יעקב לענין רגל ברה"ר (ועוד מקומות עיי"ש), דהיינו שהתורה עשתה לא פלוג

וקבעה את הדין גם היכא לא שייך הטעם. והנה מצינו בכמה מקומות שרבי שמעון דורש טעמא דקרא, וממילא היכא שלא שייך הטעם אין הדין נוהג, ואילו רבנן חולקים, ובפשטות טעמם של חכמים הוא משום שהם סוברים שאין אנו יודעים באמת מה הוא הטעמא דקרא, אבל אילו היו מסכימים שיודעים את הטעם גם הם היו סוברים שהיכא שלא שייך הטעם אין הדין נוהג. ברם לפי הקובץ ביאורים והקהלות יעקב י"ל שלעולם גם רבנן מודים לרבי שמעון שזהו באמת טעמא דקרא, רק שהם סוברים שאין זה משנה את הדין אלא הדין נוהג גם היכא שלא שייך הטעם וכדברי הקו"ב והקה"י.

ברם התיו"ט בסנהדרין בפרק חלק משנה ה' כתב שהיכא שאין נפ"מ לדינא גם רבנן סוברים שדורשים טעמא דקרא. הרי שהוא סובר שאין דורשים טעמא דקרא כי אילו היינו קובעים מה הוא הטעמא דקרא הי' יוצא מזה נפ"מ לדינא, ולכן אין לנו רשות לקבוע מה הוא הטעמא דקרא, ודלא כהקו"ב והקה"י שסוברים שאפילו אם תמיד יש לנו רשות לקבוע מה הוא הטעמא דקרא רק שאין זה משנה לדינא כי אמרינן שהתורה עשתה לא פלוג.

ולכאורה גם משיטת רש"י בב"ק דף ק"ז ע"א חזינן דלא כהיסוד הנ"ל שהתורה עשתה לא פלוג, דהנה בשבועות דף מ' ע"ב מבואר שכופר הכל אינו נשבע מהתורה כי נקטינן שאינו מעיז, ורש"י בב"ק שם סובר שהיכא שאינו העזה לכפור בכל הרי הוא שפיר חייב שבועה, הרי שלא עשתה התורה לא פלוג לפטור אותו.

ד. עוד דרך.

עוד ראיתי מיישבים שהא דתנן המוצא מצייאה לא ישבע מפני תיקון העולם הרי זה בא להסביר למה אינו נשבע לכה"פ שבועת היסת, אבל שבועת מודה במקצת אינו נשבע כי אין תביעה ויש הפה שאסר, רק שאע"פ שיש לו מיגו אכתי הדין נותן שישבע שבועת היסת. מיהו ע"י בב"ב דף ל"ג ע"א ברשב"ם ד"ה מהימנא שכתב שהיכא שיש לו חזקת ג"ש אינו נשבע שבועת היסת, הרי שהיכא שיש לו כח המסייעו אינו נשבע שבועת היסת, וא"כ הה"נ למיגו. מיהו תוס' בב"ב שם כנראה חולקים על דברי הרשב"ם הנ"ל עיי"ש.

עו) תד"ה מפני מה.

יסוד הדין של מוחזק ושל מיגו.

וז"ל, פי' יהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא נימא מיגו בעלמא עכ"ל. הנה מהתירוץ של רבה חזינן שכל הקושיא היתה למה נשבע הלא יש לו מיגו כמו שפירשו תוס' (ורש"י כתב משום משיב אבידה), ועל זה תירץ שאין לו מיגו, ולכאורה קשה למה דן רבה רק מצד מיגו ולא מצד מוחזק, דהא ה"ה שיש להקשות שיזכה בלא שבועה משום שהוא מוחזק.

ויש ליישב, דהנה חזינן שתוס' סיימו את קושייתם ב"או נילף מהכא דלא נימא מיגו בעלמא". ונראה שהוצרכו לזה כי הי' אפשר לומר שגזירת הכתוב היא שבמורה במקצת לא אזלינן בתר מיגו, רק דקשה למה לא נילף ממודה במקצת שגם בעלמא לא אזלינן בתר מיגו. ומעתה י"ל שלא הקשה רבה ממוחזק כי לא שייך הך סיוס

לענין מוחזק, כי מוחזקות היא סברא וכדברי רב אשי בב"ק דף מ"ו ע"ב דמאן דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, וא"כ לא שייך לומר שלא נזיל בעלמא בתר מוחזק. מיהו א"כ איך שייך לומר שלא נלך בתר מיגו הלא גם מיגו היא סברא, דהיינו הסברא של מה לו לשקר, ובע"כ צ"ל שבכל זאת שייך שקיימת ילפותא שלא נילך בתר סברא זו, וא"כ הה"נ שיי"ל כן בנוגע לסברת מוחזק, והדרה קושיא לדוכתה.

וי"ל שרבה סובר כר' שמואל בר נחמני בב"ק שם, דהנה ר' שמואל בר נחמני קאמר בב"ק שם שילפינן מוחזק מדרשה דקרא, וא"כ לדידי' בודאי אי אפשר לומר שנילף מהכא שלא אזלינן בעלמא בתר מוחזקות דהא יש דרשה דקרא למוחזקות, וא"כ י"ל שרבה לא הקשה ממוחזק כי בנוגע למוחזקות י"ל שגזייה"כ היא שהכא במודה במקצת לא נלך בתר המוחזק ולא שייך הך סיוס של נילף מהכא דלא מהני, אבל בנוגע למיגו שפיר שייך להקשות כן כי למיגו אין פסוק, אלא מיגו מהני מצד הסברא, דהיינו הרא"י של מה לו לשקר, וסובר רבה ששפיר שייך ללמוד ממודה במקצת שגם בעלמא מיגו אינו מועיל אע"פ שזה נגד הסברא (ואנו נוקטים דלא כהדרך שיסוד דין מיגו הוא שצריכים לתת לו את הנאמנות לא רק של מה שהוא טוען אלא גם את הנאמנות של כל מה שהי' יכול לטעון, ודבר זה אינו מסברא אלא לכאורה הוו מהלכה למשה מסיני, ומעתה לפי הדרך הזה גם במיגו אי אפשר לומר שנילף ממודה במקצת שלא אזלינן בתר מיגו דהא אזלינן שיש הלל"מ).

עז) בא"ד.

בענין מיגו היכא שהנאמנות על הטענה השני' היא בגדר חידוש.

וז"ל, פי' יהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל או נילף מהכא דלא נימא מיגו בעלמא עכ"ל. הנה בסוף דבריהם הסיקו שכופר הכל פטור מגזירת הכתוב אפילו היכא שהוא שפיר מעיז והסברא היתה נותנת שיהי' חייב שבועה, דבכל זאת חידוש הוא שכופר הכל פטור מגזירת הכתוב. ובאמת עכשיו בקושיית רבה בכל כופר הכל הרי זה כך, דהיינו שהוא פטור משבועה אע"פ שאדם שפיר מעיז לכפור הכל, והרי זה דבר של חידוש.

ולפ"ז יש להעיר על מה שכתבו כאן שרבה מתכוין להקשות שמודה במקצת יהי' פטור משבועה כי יש לו מיגו שהי' יכול לכפור הכל, דמזה חזינן שתוס' סוברים שמהני מיגו אפילו אם מה שהי' נאמן על הטענה השני' הי' זה בגדר דבר חידוש מצד התורה ולא מסברא, וכהנ"ל שאזלינן עכשיו בקושיית רבה שכל כופר הכל שפיר מעיז ובכל זאת הרי הוא פטור משבועה.

מיהו זהו דלא כהת"י בכתובות דף י"ט ע"ב על הגליון שכתבו בחד תירווצא שלא מהני מיגו כשהנאמנות על טענת המיגו היא בגדר חידוש, וכ"כ הר"ן בקידושין דף ס"ד ע"א (בדף כ"ז ע"ב בדפי הרי"ף) בסד"ה גמ' לאיש.

והנה י"ל שתוס' אזלי בזה לשיטתם, דהנה הקו"ש בחלק ב' סי' ג' אות ד' ביאר שסברת הת"י והר"ן היא משום דס"ל שמיגו מהני מדין זכות טענה, דהיינו שנותנים לו את הנאמנות לא רק של

הטענה שהוא טוען אלא ה"ה שנותנים לו את הנאמנות של הטענה השני' שהי' יכול לטעון, ומש"ה היכא שזה חידוש להאמינו על הטענה השני' אין לך בו אלא חידוש, דהיינו שהוא נאמן רק כשהוא טוען את הטענה ההיא, אבל אינו נאמן על טענה אחרת מחמתה, אבל לפי הדרך שמיגו מהני מכח ראי' כי מה לו לשקר, א"כ אין דיניהם מובן, כי גם בכה"ג יש ראי' לצדו כי סוף סוף הי' יכול לטעון את הטענה השני' עכ"ד הקו"ש, והרי לעיל בהאות הקודמת הוכחנו שתוס' כאן סוברים שמיגו מהני מכח ראי', וא"כ לפי שיטתם הרי הם שפיר נוקטים שמיגו מהני כאן אע"פ שהנאמנות על טענת המיגו היא בגדר חידוש.

מיהו באמת הכא אין זה ציור שטענת המיגו היא בגדר חידוש, כי מה שכופר הכל פטור משבועה חשיב בגדר חידוש הרי זה רק אחרי שקבעה התורה שמודה במקצת חייב שבועה, דמאחר שמודה במקצת חייב שבועה א"כ חשיב בגדר חידוש לפטור כופר הכל אפילו כשהוא מוכן להעזיז, אבל כוונת קושיית רבה היא שגם מודה במקצת יהי' פטור משום שיש לו מיגו, ומעתה אם התורה היתה קובעת את הדינים הנ"ל לא הי' קיים שום חידוש בכופר הכל.

עח) בא"ד.

בענין מיגו של טענה עדיפא.

וז"ל, ומשני דאין זה מיגו דאין אדם מעיז לכפור הכל הואיל וחבירו מכיר בשקרו עכ"ל. הנה מלשון תוס' משמע קצת שרק לכפור את הכל אינו מעיז, אבל שפיר

הי' מעיז לכפור עוד מקצת. מיהו לפ"ז צ"ע דעדיין נשאר מיגו שהי' יכול לכפור יותר ממה שכפר ולהודות בפחות ממה שהודה.

מיהו באמת אין זה קושיא כי גם אם הי' כופר קצת יותר, אכתי הי' חייב שבועת מודה במקצת, ואע"ג דהוי טענה עדיפא כיון שיהי' פטור מיותר כסף, אבל בכל זאת אין כאן מיגו כי אמרינן שאיערומי קא מערים וכמו דאמרינן כעין זה בדרף ח' ע"א עיי"ש, דהיינו שחיישינן שהוא טוען את הטענה הפחותה כדי שיהי' לו מיגו ועל ידי זה יהי' פטור משבועה, כי כדאי לו לקבל פחות כסף ולהיות פטור משבועה, ולכן אין לו מיגו אלא היכא שע"י הטענה השני' הי' נפטר אפילו מלישבוע, דאז באמת אין לו סיבה לטעון טענה זו שטען ולשלם יותר אם לא משום שהיא אמתית. ולהלן באות פ' נעיר שיש עוד מקום בדברי תוס' כאן שאפשר להעיר שאכתי יש לו מיגו של טענה עדיפא, ותירצנו כהנ"ל שמיגו של טענה עדיפא לא מהני, וביארנו שם את הענין של מיגו של טענה עדיפא באריכות יותר.

עט) בא"ד.

וז"ל, וא"ת כופר הכל מנ"ל דפטור עכ"ל. הנה המשך דבריהם הוא כך, דהי' אפשר לפרש שכוונת רבה אינה לשאול על מודה במקצת למה הוא נשבע הלא יש לו מיגו, אלא כוונתו היא להקשות מאי שנא מודה במקצת מכופר הכל, דמפני מה אמרה התורה שמודה במקצת הטענה חייב שבועה ואין כופר הכל חייב שבועה, דלמה אין גם כופר הכל חייב שבועה, ועל זה

מתרץ רבה שכופר הכל פטור משבועה משום שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו לכפור הכל משא"כ לכפור במקצת הרי הוא שפיר מעיז, ולפ"ז יוצא שכופר הכל פטור מצד הסברא, רק שבאמת אי אפשר לפרש כן את דברי רבה כי כופר הכל פטור משבועה אפילו היכא שהי' שפיר יכול להעיז, וכגון כלפי בנו של המלוה שטוען שמא, וכמו שהביאו תוס' שבכ"ה ג' מודה במקצת פטור באמת משום מיגו שהי' יכול לכפור את הכל ולהיות פטור משבועה (דאם כופר הכל חייב שבועה אין כאן מיגו אלא אמרינן שאיערומי קא מערים), וא"כ מכיון שחזינן שכופר הכל פטור גם היכא ששפיר מעיז, שוב אי אפשר לומר שכוונת רבה היתה לתת טעם למה כופר הכל פטור, אלא צריכים לפרש דבריו כמו שביארנו, דהיינו שהוא מתכוין להקשות על הדין של מודה במקצת דלמה אינו פטור מדין מיגו, ומעתה נשאר שאין אנו יודעים את הטעם למה כופר הכל פטור משבועה, ולכן אחרי שכתבו תוס' את הפשט הנ"ל בכוונת רבה, הקשו דא"כ מנלן שכופר הכל פטור.

וכהנ"ל מתבאר מתוך דבריהם בכתובות דף י"ח ע"א בד"ה מפני מה וכו' דהתם דנו להדיא למה אי אפשר לפרש שכוונת רבה היא לבאר למה כופר הכל פטור, וכתבו כהדחי' הנ"ל שכתבנו, ושוב הקשו מנלן שכופר הכל פטור.

פ) בא"ד.

בענין מיגו של טענה עדיפא, ובענין יסוד הדין של מיגו, ומיגו לאיפטורי משבועה.

וז"ל, ואין לומר מטעם חזקה דאין אדם

מעיו דהא אפילו במקום שיכול להעיו פטור כגון בבנו, ואפילו מודה במקצת פטור התם מיגו דאי בעי כפר הכל כדאיתא פ"ב דכתובות עכ"ל. פי' דבכתובות שם מבואר שאם הוא מודה במקצת לבנו של המלוה הרי הוא פטור משבועה כי בכה"ג הרי שפיר יש לו מיגו כי שפיר יכול להעיו ולכפור את הכל ולהיות פטור משבועה. מיהו יש להקשות על ראייתם כי אולי לעולם הטעם למה כופר הכל פטור הרי זה משום שאין אדם מעיו פניו, והיכא שהוא יכול להעיו גם כופר הכל חייב שבועה, רק שבכל זאת היכא שהודה במקצת הרי הוא פטור, כי סוף סוף יש לו מיגו שהי' יכול לכפור את הכל, ואע"פ שגם אז הי' חייב שבועה אבל בכל זאת חשיב מיגו כי כפירה בכל היא טענה עדיפא כי אז לפי טענתו הרי הי' פטור לגמרי.

מיהו י"ל שמיגו של טענה עדיפא מהני רק לפי הדרך שמיגו מהני מדין ראי' והוכחה שאומר אמת, דלפ"ז י"ל שגם בכה"ג יש ראי' והוכחה שהוא אומר אמת, אבל אם מיגו מהני מדין זכות טענה הרי הכא אי אפשר לומר שנותנים לו את הנאמנות של הטענה השני', כי גם על הטענה השני' לא הי' נאמן בלי שבועה, וא"כ י"ל שתוס' סוברים שמיגו מהני משום זכות טענה.

מיהו חזינן שהם סוברים שמיגו מהני גם לפטור משבועה, והרי אפשר להמציא דרך שכל האפשרות לומר שמיגו מהני לפטור משבועה הרי זה רק לפי הדרך שמיגו מהני מדין זכות טענה, כי אז י"ל שכמו שעל הטענה השני' הי' נאמן בלא שבועה הה"נ על הטענה הזאת, אבל אם

מיגו מהני מדין ראי' והוכחה א"כ צריך לצאת שלא מהני לפטור משבועה, לפי מה שהבאנו באות מ"ט סק"ב מהגרש"ש שהחייב לישבע הוא בגדר חיוב תשלומין, וביארנו שהתורה חייבה אותו לתת להבעל דין את הצער והבזיון של עשיית שבועה, והרי אינו פועל דבר זה ע"י מיגו (והנה עוד ביארנו שם שלכאורה הי' מקום לומר דלא כהגרש"ש, אלא שרק שבועת שומרים היא מדין תשלומין, אבל שבועת מודה במקצת וכן שבועת עד אחד הרי הן בגדר חיוב בירור לב"ד, ולפ"ז יש להסביר את השיטה שהביא המ"מ בפ"ב מהל' שכירות ה"ח שגם החולקים על הר"י מיגש מודים שבשבועת שומרים לא מהני מיגו לאיפטורי משבועה).

(ובאמת אפילו אם נאמר שסגי באחד מהכחות בשביל מיגו, דהיינו שיכול להועיל בין מכח ראי' ובירור ובין מכח זכות טענה, אבל בכל זאת יוצא שאפילו אם מהני מיגו של טענה עדיפא, כי יכול להועיל מכח ראי' ובירור, אבל לא יועיל לאיפטורי משבועה כי לענין לאיפטורי משבועה בעינן דוקא את הכח של זכות טענה וכמו שביארנו, וכח זה אינו קיים במיגו של טענה עדיפא וכהנ"ל).

ובאמת במיגו של טענה עדיפא אין אפילו את הכח של ראי' שיש במיגו כי אמרינן שאיערומי קא מערים וכמו דאמרינן כעין זה בדף ח' ע"א עיי"ש, דהיינו שחיישינן שהוא טוען את הטענה הפחותה כדי שיהי' לו מיגו ועל ידי זה יהי' פטור משבועה, כי כדאי לו לקבל פחות כסף ולהיות פטור משבועה, ולכן אין לו מיגו

אלא היכא שע"י הטענה השני' הי' נפטר אפילו מלישבע, דאז באמת אין לו סיבה לטעון טענה זו שטען ולשלם יותר אם לא משום שהיא אמתית.

ולעיל באות ע"ט הערנו שיש עוד מקום בתוס' כאן שאפשר להעיר שאכתי יש לו מיגו של טענה עדיפא, ותירצנו כהנ"ל שמיגו של טענה עדיפא לא מהני, וכאן ביארנו את הענין הזה יותר.

מיהו צ"ע דבכתובות דף י"ב ע"ב מבוואר דשפיר מהני מיגו של טענה עדיפא, דהא אמרינן שם שלפי רבן גמליאל אשה שאומרת משארסתני נאנסתי נאמנת משום שיש לה מיגו שהיתה יכולה לומר מוכת עץ אני, ואע"פ שאין סיבה להאמינה יותר על טענת מוכת עץ מעל טענת אונס אבל בכל זאת בעיני האשה הרי היא טענה יותר נעימה ומש"ה חשיב מיגו, וכבר העיר הרש"ש בכתובות שם על זה מהסוגיא להלן כאן בדף ח' דאמרינן שחוששין לאיערומי קא מערים, וא"כ גם בכתובות שם למה יש לה מיגו, אולי טענה משארסתני נאנסתי כדי שיהי' לה מיגו, כי אילו טענה מוכת עץ לא היתה נאמנת, ולכן הדין נותן שלא יהי' לה מיגו אלא היכא שעל הטענה השני' היתה נאמנת, דאז באמת אין סיבה למה לא טענה כן אם לא משום שהיא אומרת אמת ואינה משקרת.

ועי' בתוס' בריש דף י"ג שם שכתבו שבאמת טעמו של רבי יהושע שלא ס"ל את המיגו הנ"ל של מוכת עץ הרי זה כי ס"ל שמיגו של טענה עדיפא לא מהני. וגם רש"י בדף ט"ז ע"א שם בד"ה הכא כתב שטעמו של רבי יהושע הוא משום איערומי קא מערים עיי"ש.

ולהלן באות קמ"ד נבאר שרבן גמליאל סובר שאמרינן איערומי קא מערים רק היכא שהטענה שהוא טוען עכשיו הוא על פחות כסף, דבזה אמרינן שהוא מערים להפסיד קצת כסף כדי שיהי' לו מיגו ולא יצטרך לישבע, אבל היכא שהטענה שהוא טוען עכשיו היא טענה פחות נעימה (כגון נאנסתי לעומת מוכת עץ, או שלשה במקום שנים בזמן שהשטר מסייעו לענין שנים), לא אמרינן שהוא טוען את הפחות נעימה כדי שיהי' לו מיגו.

פא) בא"ד.

וז"ל, וא"ת כופר הכל מנ"ל דפטור עכ"ל. הנה השט"מ בד"ה מפני מה וכו' בשם מורינו הרב נר"ו כתב שהקושיא היא בדרך כל שכן, וכן איתא במרדכי בסוף פרק הגזול עצים, והיינו שאם מודה במקצת חייב שבועה אע"פ שהוא דומה למשיב אבידה כ"ש כופר הכל. מיהו מזה שתוס' לא הדגישו דבר זה נראה דסבירא להו בקושיא זו שכופר הכל ומודה במקצת הם בעינינו על מדריגה אחת, וקשיא להו שנדמה כופר הכל למודה במקצת, ושוב הסיקו שכי הוא זה הרי זה בגדר מיעוט כי אל"כ למה כתיב דוקא הציור של מודה במקצת ולא הציור של כופר הכל.

מיהו באמת יש להשוות את דברי השט"מ והמרדכי לדברי תוס' כאן, כי השיטה דיבר להדיא לפני שהגענו להבנה שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו לכפור את הכל, אלא אדם שפיר מעיז לכפור את הכל, ולכן הקשה שאם מודה במקצת חייב אע"פ שהוא בגדר משיב אבידה א"כ כל שכן שהיינו צריכים לחשוד

את הכופר הכל ולחייבו שבועה שהרי אדם מעיז לכפור את הכל, וגם המרדכי קאי לפני שיודעים שאין אדם מעיז, דעיי"ש שהוא לומד כתוס' שקושיית רבה היא שיהי' פטור משום מיגו, ועל זה הקשה מנא ידע רבה בקושייתו שכופר הכל פטור, וא"כ י"ל שלכן הקשו בדרך כ"ש, אבל תוס' קאי אליבא דאמת שיודעים כבר שאין לו מיגו כי אין אדם מעיז פניו, ולכן לא הקשו מצד כ"ש כי ס"ל שכפירה בכל אינה טענה יותר חשובה, כי כמו שלמורה במקצת יש את המעלה של משיב אבידה ה"ה שלכופר בכל יש את המעלה של אין אדם מעיז פניו (ושוב דנו דאולי פטור משום שאין אדם מעיז פניו פועל שכפירה בכל היא גם טענה יותר אמינה מהודאה במקצת).

מיהו צ"ע, דהנה השט"מ מתרץ כמו תוס' שכי הוא זה הרי זה בגדר מיעוט, וצ"ע דקודם שזכינו לדין שאין אדם מעיז פניו לכפור הכל, אשר לפ"ז יש יותר רבותא לומר שמורה במקצת חייב שבועה, א"כ מנלן לומר דהוי מיעוט, אולי כתיב כי הוא זה לרבותא, דהיינו שאפילו מודה במקצת חייב שבועה אע"פ שהוא נחשב משיב אבידה בזה שלא כפר את הכל, דלכן כתיב מודה במקצת ולא כופר הכל.

מיהו י"ל שכוונת הך תירוץ היא כדברי הר"ן בשבועות דף מ"ב, שהלימוד הוא מהא דכתיב כי הוא זה, דהיינו מודה במקצת, ולא כתיב חיוב שבועה בלשון שמשמע גם מודה במקצת וגם כופר הכל, וא"כ מזה שפרט הכתוב מודה במקצת יש כאן גילוי דהוי בגדר מיעוט, כי אם לרבותא הי' אפשר לכתוב סתמא.

(ועיין עוד בנחלת דוד כאן בד"ה דף ג' ע"א וכו' שכתב שיש לומר גם סברא הפוכה, והיינו שיותר מסתבר לחייב שבועה במודה במקצת מבכופר הכל כי במודה במקצת חזינן שיש להתובע שייכות בממון זה משא"כ בכופר הכל אין רואין דבר זה). ועי' בתוס' בדף ד' ע"א בד"ה הצד השוה.

פב) בא"ד.

וז"ל, דהא אפילו במקום שיכול להעיז פטור עכ"ל.

הנה בב"ק דף ק"ו ע"ב - ק"ז ע"א מבואר שר' חייא בר יוסף סובר שעירוב פרשיות כתוב כאן, ומה שכתוב כי הוא זה דהיינו כפירה במקצת והודאה במקצת, אין זה קאי על שבועת השומרים אלא על מלוה וכדומה, ואילו רמי בר חמא סובר שגם שומר חייב שבועה רק כשיש כפירה במקצת והודאה במקצת. ויש ג' שיטות ברש"י ותוס' שם בענין מה סוברים ר' חייא בר יוסף ורמי בר חמא.

א', שיטת רש"י שם היא שלפי ר' חייא בר יוסף שסובר שכי הוא זה קאי על מלוה א"כ בפקדון גם כופר הכל נשבע, והטעם הוא מפני שהוא יכול להעיז כי התובע לא עשה לו טובה, וזהו דלא כתוס' כאן שכתבו שכופר הכל פטור אפילו במקום שיכול להעיז.

והנה בכתובות דף י"ח ע"א בתד"ה חזקה וכו' כתבו שלפי רש"י בב"ק שם שבפקדון אדם מעיז לכפור הכל א"כ מודה במקצת בפקדון הי' צריך להיות פטור משבועה מיגו שהי' יכול לכפור בכל. ולא הבנתי דבריהם כי לפי רש"י יוצא שכופר

הכל בפקדון חייב שבועה וכמש"כ רש"י להדיא בב"ק שם, וא"כ למה כתבו שהדין נותן שמודה במקצת יהי' פטור משבועה מיגו דאי בעי כפר הכל, הלא אינו מיגו כי גם אם הי' כופר בכל הי' חייב שבועה, וא"כ הרי זה רק מיגו של טענה עדיפא דלא מהני משום דאמרינן שדלמא איערומי קא מערים וכמו שביארנו לעיל באות ע"ח ואות פ'.

ב', ר"ת שם סובר שכופר הכל פטור גם בפקדון, וכוונת ר' חייא בר יוסף היא לומר שמכיון שעירוב פרשיות כתוב כאן הרי כי הוא זה קאי גם על מלוה, אבל הה"נ דקאי גם על פקדון, ולכן כופר הכל פטור גם בפקדון, ורק מודה במקצת חייב, ועוד ביאר ר"ת שכי הוא זה משמע שיש כאן גם כפירה גמורה של להד"ם, כלומר שמעולם לא לזה או הופקד אצלו, ולא רק טענת נאנסה, אלא שלפי ר' חייא בר יוסף שומר חייב לישבע אפילו אם המפקיד טוען שהפקיד אצלו רק ב' פרות ועל אחת מהן השומר מודה ועל אחת מהן הרי הוא אומר נאנסה, כי כיון שר' חייא בר יוסף סובר שכי הוא זה קאי גם על מלוה מש"ה אמרינן שמה שמשמע מכי הוא זה שיש כאן פרה של כפירה גמורה של להד"ם, מלבד הפרה דאיירי בה שאר הפרשה שטוען עלי' נאנסה, הרי זה קאי על מלוה, ואילו רמי בר חמא סובר שאין כאן עירוב פרשיות, אלא כי הוא זה איירי רק בפקדון, ומש"ה הרי הוא סובר שהוא נשבע רק כשהמפקיד טוען שהפקיד אצלו ג' פרות, ועל אחת השומר מודה שהוא חייב, ועל אחת הרי הוא כופר ואומר שמעולם לא

הפקיד אותה אצלו, ועל אחת הרי הוא אומר נאנסה (ולפי רמי בר חמא י"ל שילפינן שבמלוה בעינן מודה במקצת במה מצינו מפקדון, כ"כ תוס' שם).

ג', הריב"א סובר שלפי ר' חייא בר יוסף שסובר עירוב פרשיות כתוב כאן וש"כי הוא זה" קאי על מלוה א"כ לפעמים כופר הכל בפקדון חייב ולפעמים הרי הוא פטור, כי "כי הוא זה" קאי גם על מלוה וכן גם על פקדון אבל רק היכא שהשומר טוען "טענת מלוה", דהיינו שהמפקיד תובע שפרתו נמצאת אצל הנתבע והנתבע אומר להד"ם, דבכה"ג הרי הוא פטור משבועה כי בעינן הודאה במקצת, אבל היכא שהשומר טוען טענת פקדון, דהיינו שהמפקיד תובע מהשומר פרה אחת, והשומר טוען שנאנסה, א"כ בכה"ג הרי הוא חייב לישבע אע"פ שהוא כופר הכל, והטעם הוא כי בטענת נאנסה הרי הוא יכול להעיז ולכפור את הכל כי אין המפקיד יודע מה קרה להפרה, דהיינו האם היא נאנסה או האם השומר פשע, אבל היכא שהוא כופר הכל בטענת להד"ם אז הרי הוא פטור משבועה כי בכה"ג המפקיד שפיר מכיר בשקרו ולכן אין השומר מעיז פניו לכפור הכל.

ד', ובדברי הטור בסי' פ"ז מבואר שהבין שכוונת רש"י היא לחייב כופר הכל בשבועה בין כשטען להד"ם ובין כשטען נאנסה ודלא כהריב"א. ברם הפ"י בב"ק דף ק"ז ע"א בדבריו על רש"י ד"ה מעיז ומעיז ר"ל שרש"י מחייב כופר הכל בפקדון בשבועה רק כשטען נאנסה, אבל לא כשטען להד"ם, וכהריב"א, אבל מטעם

אחר, והיינו דנהי שמעיו לטעון להד"ם, ודלא כהריב"א, אבל בכל זאת לא מצינו שחייבה התורה שבועה אלא על הודאה במקצת, וא"כ הרי זה בגדר גזירת הכתוב שרק מודה במקצת חייב ולא כופר הכל, אבל מכיון שר' חייא בר יוסף סובר שעירוב פרשיות כתוב כאן הרי אנו אומרים שהגזירת הכתוב הנ"ל קאי רק על טענת מלוה דהיינו כשטען להד"ם אבל לא על טענת פקדון דנאנסה, אלא הדרינן להסברא שהדין נותן שיתחייב כיון שיכול להעזיז. ועוד כתב סברא אחרת, והיינו דגם רש"י סובר שאינו מעזיז כשהתובע מכיר בשקרו, רק שבהלוואה לא יעזיז אפילו אם לא יכיר בשקרו כיון שעשה לו טובה, כי גם מה שעשה לו טובה הרי זה סיבה לא להעזיז, ועל זה כתב רש"י שבפקדון לא קיים טעם זה, אבל צריכים גם שלא יכיר בשקרו וכגון כשטוען נאנסה.

פג) בא"ד.

א. בענין אם עד אחד מחייב שבועה כשהבעל דין אינו תובע או כשהוא תובע רק בשמא.

וז"ל, ואין לומר דילפינן מדאיצטריך למכתב שע"א מחייבו שבועה ואי כופר הכל חייב מאי נפקא מינה מעד אחד הא בלאו הכי חייב, דהא איצטריך במקום שהוא אינו תובע כלום ואינו יודע והעד מעיד שהוא גנב או שאביו הלוה לו עכ"ל. הרי שתוס' סוברים שע"א מחייב שבועה גם כשהבעל דין אינו תובע. מיהו יש ראשונים שחולקים על תוס' וסוברים שצריכים תביעת ברי כמו שמבואר בראשונים בשבועות דף מ' עיי"ש.

ועי' במרחשת בח"ב סי' ל"ו סק"ד וסק"ה שכתב לבאר את המחלוקת, דהסוברים שנשבעין רק כשהבעל דין טוען ברי הרי זה כי הם סוברים שע"א מחייב שבועה רק בצירוף החזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו, והסוברים שע"א מחייב שבועה גם בטענת שמא סוברים שע"א מחייב שבועה גם בלא חזקה זו. והוכיח שם שרש"י הוא מהסוברים שע"א מחייב שבועה רק בהדי החזקה הנ"ל בטענת ברי, וכתב שלפ"ז אתי שפיר למה בהסוגיא של וניחזי זוזי ממאן נקט סובר רש"י שהיכא שנקט זוזי מתרוייהו ואין מקחו בידו אין המוכר נאמן אפילו כע"א (עי' בזה באות ל"ח), והיינו משום שגם בכה"ג ליכא להבעל דין שהמוכר אומר כמותו את החזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו, אלא אדרבה הרי הבעל דין ההוא מורה היתר כיון שהשני בין כך יקבל בחזרה את מעותיו וא"כ בכה"ג אין ע"א מחייב שבועה.

ב. בענין אם עד אחד מחייב שבועה על תביעה שהיא פחותה משני כסף.

והנה לכאורה י"ל עוד נפ"מ למה צריכים את החיוב של שבועת עד אחד אפילו אם כופר הכל חייב, דהנה עי' בשבועות דף ל"ט ע"ב דרב סובר שמודה במקצת חייב שבועה רק אם כפר שתי כסף, ושמואל סובר שהוא נשבע גם אם כפר אפילו שוה פרוטה, אבל צריכים שהתביעה תהי' שתי כסף (והוא מודה על הכל, וכופר אפילו רק שו"פ), ובדף מ' ע"א שם קאמר שמואל ששבועת עד אחד משביעים אפילו אם תבע רק שו"פ וכפר

בו וא"כ צריכים שבועת ע"א להיכא שתבע פחות משתי כסף, דמצד כופר הכל לא הי' נשבע בכה"ג כמו שמודה במקצת אינו נשבע בכה"ג, אבל שבועת ע"א ישנה אפילו כשתבע שוה פרוטה. מיהו עיי"ש בתוס' ד"ה אבל וכו' שכתבו שאע"פ ששמואל סובר שנשבעין שבועת ע"א גם על תביעת שו"פ, אבל רב חולק על זה וסובר שגם ל שבועת ע"א בעינן כפירת שתי כסף. ובשו"ת רע"א תניינא סי' קכ"ג, ובתומים בסי' פ"ח סק"ב, כתבו שתוס' כאן אזלי לשיטתם בשבועות שם שלפי רב גם שבועת ע"א היא רק בב' כסף ולכן לא כתבו נפ"מ זה.

ועכ"פ עי' בר"ן בשבועות שם שכתב באמת הנפ"מ הנ"ל שכתבנו אבל בשינוי קצת, והיינו דאיצטריך שבועת ע"א להיכא שהוא מודה במקצת על תביעה שהיא פחותה משתי כסף, דהא משום מודה במקצת הרי הוא פטור בכה"ג, אבל שבועת ע"א הרי הוא שפיר חייב בכה"ג, הרי שלא כתב הר"ן דאיצטריך להיכא שהוא כופר הכל על תביעה שהיא פחותה משתי כסף, אלא כתב דאיצטריך להיכא שהוא מודה במקצת על תביעה שהיא פחותה משתי כסף, והי' נראה מזה שהוא סובר שאם כופר הכל הי' חייב שבועה אז הי' חייב גם על טענה שהיא פחותה משתי כסף. מיהו להלן שם כתב הר"ן בפירוש לא כן וז"ל, ול"נ כך ראוי לומר, שאפילו נאמר שכופר הכל חייב אין לנו לחייבו בפחות מב' כסף עכ"ל.

וע"ע בשער משפט בסי' פ"ח סק"א שהביא משערי שבועות שבהעדאת עדים, דהיינו רבי חייא קמייתא, אין צריכים שתי

כסף, והשיג השער משפט דהא ילפינן העדאת עדים מפיו.

ג. הציוור של נסכא דרבי אבא.

והנה יש עוד נפ"מ בהא דיש חיוב של שבועת ע"א, והיינו בנסכא דרבי אבא, דאי משום הא דהוי כופר הכל הי' יכול לישבע שדידי חטפי, אבל השתא שע"א מחייב שבועה א"כ הרי הוא חייב לישבע לא חטפי כדי להכחיש את העד, ומכיון שאינו יכול לישבע שבועה זו הו"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם.

ועי' בשו"ת רעק"א תניינא בסי' קכ"ג שכתב שי"ל שתוס' לא כתבו נפ"מ זה כי רצו לתרץ גם אליבא דרב שאינו סובר שמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

ד. עוד בענין עד אחד בטענת שמא.

ועכ"פ חזינן שתוס' נקטו שיתכן שכופר הכל חייב שבועה ושכלל זאת בעינן שבועת ע"א להיכא שהבעל דין אינו תובע. והקשה רבי משולם איגרא דאיך יתכן דין כזה, הלא לא יהי' שום תועלת במה שהע"א מחייב שבועה, כי במקום לישבע הרי הוא ישלם, ושוב יתבע את הכסף בחזרה, וכיון שכופר הכל חייב שבועה, והרי אינו יכול לישבע כי הוא שמא, יצטרך לשלם, ואע"פ שיש לו ע"א אבל עד המסייע אינו פוטר משבועה בציוור שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ודינו הוא לשלם (מיהו הרמב"ן במלחמות לעיל בדף ב' ע"ב, הובא ברא"ש שם נ"יש מקשים הבל"ן] כתב שגם בכה"ג שכבר הגיע למתוך שאינו יכול לישבע עד המסייע פוטר משבועה, והקצה"ח בסי' פ"ז סק"ט תמך בסברת הרמב"ן, ועוד כתב

הקצה"ח שבאמת גם הרא"ש סובר שעד המסייע פוטר משבועה גם היכא שאין הנתבע יכול לישבע, ורק התם סובר הרא"ש שהעד לא מהני כי הנתבע חייב שם את הממון בחיוב ממון גמור מסיבה אחרת דהיינו מהטעם שביאר הקצה"ח שם ולא משום שאינו יכול לישבע נגד העד, מיהו ע"י בלשון ח"י הר"ן שם דמשמע שפיר שעד המסייע אינו פוטר היכא שהנתבע אינו יכול לישבע).

ורעק"א בשו"ת תניינא סי' קכ"ג כתב שלפי דבריו הקודמים לק"מ כי תוס' אזלי כרב דלית ל' מתוך שאינו יכול לישבע משלם דהא אם סוברים שמתוך שאינו יכול לישבע משלם הרי אפשר ליישב קושיית תוס' דאיצטריך שבועת ע"א לנסכא דרבי אבא וכמו שהבאנו בסק"ג.

והמהר"ן חיות תי' שבהציורים שכתבו תוס' שהעד מעיד מגנב או שאביו הלוה לא נגיד מתוך שאיל"מ אם יתבענו בחזרה (וכקושיית ר' משולם איגרא) כי לא הוה ל' למידע וכשיטת תוס' בב"ק דף מ"ו ע"א בד"ה דאפילו וכו' שאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק היכא דהו"ל למידע, ומש"ה נקטו תוס' את הדוגמאות הנ"ל כי הם ציורים של לא הו"ל למידע.

ועוד תי' רעק"א שם שכל זמן שלא נשבע הרי ע"א כשנים ולכן אינו יכול לחזור ולתבוע כי חשיב שיש להלה שני עדים לצדו.

והבית הלוי בח"ג סי' ל"ז אות ב' בקטע והנה מפורסם וכו' תי' דהכא אם יתבענו בחזרה לא יתחייב שבועת כופר הכל כי ליכא החזקה שאין אדם תובע אא"כ יש לו

כי הוא יודע שחבירו יהי' שמא ולא יוכל לישבע.

פד) בא"ד.

וז"ל, ואין לומר מטעם חזקה דאין אדם מעיז, דהא אפילו במקום שיכול להעזיז פטור, כגון בבנו, ואפילו מודה במקצת פטור התם מיגו דאי בעי כפר הכל וכו', וי"ל דמכי הוא זה משמע דגזירת הכתוב הוא דדוקא מודה במקצת הטענה חייב ולא כופר הכל עכ"ל. והנה מצד אחד י"ל שהם נוקטים במסקנתם שהסברא של אין אדם מעיז אינה סברא מספקת כדי לפוטרו משבועה, כי נהי שאמר רבה במודה במקצת שאולי לא רצה להעזיז לכפור את הכל, אבל בכל זאת היכא שחזינן שכפר בכל אי אפשר לסמוך שאומר אמת על סמך סברא זו. מיהו גם י"ל שלעולם בציוור רגיל של כופר הכל אפשר לפוטרו באמת משום הסברא של אין אדם מעיז, ורק על היכא שהוא שפיר מעיז נתכוונו תוס' לומר שהוא פטור משום גזירת הכתוב.

ולהלן באות פ"ט נבאר שהצדדים הנ"ל נוגעים להלן בפשט הסוגיא.

והנה יש להעיר על הדרך הנ"ל, דלפ"ז יוצא שלפי רבה לא בעינן ק"ו כדי לומר שעדים מחייבים שבועה (ודלא כרבי חייא), דהא בגמ' מבואר לפי רש"י שכל הטעם הוא משום דחשוד אממונא חשוד על שבועתא, אבל בלי זה לא היינו צריכים ק"ו.

ברם בבית הלוי בח"ג סי' ל"ו סק"ו מבואר דהיינו משום שהיינו מפרשים שהכוונה ב"אשר יאמר" (כי הוא זה) היא גם כשעדים אומרים כן, כי אשר יאמר

משמעותו היא גם שעדים אומרים כן, וא"כ י"ל שרבה חולק בזה על הסתמא דגמ' וס"ל שהמשמעות של אשר יאמר היא שהבעל דין אומר כן, ולכן שפיר בעינין ק"ו כדי לומר שה"ה לעדים.

פה) והאי בכולי בעי דנכפרי' והא דלא כפרי' משום דאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו.

הנה לכאורה הביאור בהך סיום של "בכולי בעי דנכפרי'" הוא כך, דבאמת אם הוא שקרן אז בודאי הי' רוצה לכפור את הכל, אשר לפ"ז קשה למה אין לו מיגו, ועל זה מתרצינן שאין לו ההעזה לכפור את הכל. מיהו לכאורה הרי זה רק חזרה על מה שרבה כבר אמר. ומעתה אם ההוספה הזאת היא מדברי רבה עצמו קשה באמת למה כפל רבה דבר זה.

ולכאורה הי' נראה לומר שאין זה מדברי רבה אלא הרי זה דברי הסתמא דגמ', והסתמא דגמ' קאמרה ג"כ כמו רבה. והנה שוב מקשינן לפי רש"י "והאי בכולי בעי דלודי", כלומר למה מניחין לו לישבע הלא מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, ועל זה מתרצינן שנותנים לו לישבע כי אנו מניחים שהוא כופר משום שהוא לחוץ ורוצה להשתמט עד שיהיו לו זוזי, אבל לישבע לשקר אינו מוכן. ולפ"ז הרי זה קושיא חדשה שאינה בנוי דוקא על הא דאין אדם מעיז. ואנו צריכים את התירוץ הזה של אשתמוטי כדי להסביר את דברי רבי חייא וכמו שמבואר בהמשך הגמ'. מיהו לפ"ז קשה למה

הוצרכו להביא את דברי רבה, וכן למה הוצרך הסתמא דגמ' לומר את החלק הראשון של אין אדם מעיז. ובשלמא אם הכל הוא מדברי רבה א"כ י"ל שאגב גררא הביאו את כל דברי רבה, אבל אם ההוספה הזאת היא דברי הסתמא דהגמ' א"כ למה לא סגי להסתמא דגמרא להקשות כאן רק את הקושיא של מיגו דחשיד אממונא ולתרוץ שאשתמוטי הוא דקא מישתמט (אבל לפי ביאורם של תוס' שפיר הוצרכו להביא גם את הענין של אין אדם מעיז כי תוס' פירשו שהקושיא של בכולי בעי דלודי הרי זה המשך מהענין ההוא).

ולהלן בדרך ה' ע"ב מבואר שהך הוספה של אשתמוטי היא מדברי רבה עצמו.

דף ג' ע"ב

פו) תד"ה בכולי וכו'.

וז"ל, אבל מדאורייתא חשוד לזה חשוד לזה וכו' עכ"ל. צ"ע מהיכא תיתי לומר שבזמן מתן תורה הי' הדבר שונה ושהחשוד אממונא הי' חשוד אשבועתא.

פז) בא"ד.

וז"ל, וכן בנסכא דר' אבא משמע דאי אמר לא חטפתי הי' נשבע להכחיש את העד שבועה דאורייתא מדאמר מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאשבועה דרבנן לא אמר הכי עכ"ל. עי' במהרש"א שביאר שמעצם העובדא שהתורה חייבה שבועת ע"א אין קושיא כי י"ל שהתורה חייבה רק היכא ששייך אשתמוטי.

פח) בא"ד.

א. וז"ל, וכן בנסכא דר' אבא משמע דאי אמר לא חטפתי הי' נשבע להכחיש את העד שבועה דאורייתא מדאמר מתוך שאינו יכול לישבע משלם דאשבועה דרבנן לא אמר הכי עכ"ל. הנה דברי תוס' כאן קשים, דהיכן ראו שכתוב בהסוגיא שם שאם הי' אומר לא חטפתי הי' נשבע להכחיש את העד, אולי באמת לא הי' יכול לישבע להכחיש את העד כי מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא והי' צריך באמת לשלם, רק שאתא להשמיענו שגם היכא שאמר דידי חטפי הרי הוא נקרא מחויב שבועה כי הוא חייב לישבע להיפך מהעד אפילו כשאינו מכחיש בטענתו את דברי העד.

וי"ל שתוס' סוברים שלפי רש"י שהוא חשוד על השבועה א"כ אם העד מעיד שחטף והוא טוען לא חטפי אין זה נקרא שהוא מחויב לישבע שבועת לא חטפי, ולא הי' צריך לשלם, וממילא היכא שטען דידי חטפי לא מיקרי שהוא מחויב לישבע שבועת לא חטפי.

מיהו זה נראה תמוה, כי אדרבה אפילו אם אינו יכול לישבע לא חטפי הדין נותן ששפיר יהי' נקרא שנתחייב בשבועה זו ושישלם כיון שאינו יכול לישבע.

ועי' בדו"ח לרעק"א שכתב דרך אחרת איך לדחות את ראיית תוס' מנסכא דר"א.

ב. עוד קשה על תוס', דהנה תוס' רצו לתרץ שלעולם בהדורות הראשונים מי שהי' חשוד אממונא הי' חשוד שפיר על שבועתא, רק שמה שמבואר בהסוגיא שם שהוא יכול לישבע לא חטפי הרי זה רק בהדורות האחרונים שנשתנה הדבר ואינו

חשוד על השבועה, אבל בהדורות הראשונים לא הי' נשבע, ודחו שא"כ הרי באומר אין חטפי ודידי חטפי הי' מחויב שבועה רק מדרבנן והרי בכה"ג לא אמרינן שהמחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם, ולכאורה דבריהם תמוהין כי אע"פ שהוכשר לישבע רק בהדורות האחרונים אבל בכל זאת לאחר שהוכשר הרי הוא חייב לישבע מדאורייתא.

ברם באמת הרי זה תלוי, דאם נאמר שצורת החיוב של שבועת ע"א מצד התורה היא שהתורה אמרה באופן כללי, שכל מי שע"א מעיד כנגדו, והרי הוא ראוי לישבע, הרי הוא חייב לישבע, א"כ יוצא כמו שהקשינו, דהיינו שאע"פ שבשעת מתן תורה לא היו ראויים לישבע בציור מסוים, אבל אם אח"כ נשתנה הדבר, הרי מעתה חייבים לישבע מן התורה, אבל אם התורה נתכוונה לכל המיקרים הפרטיים שהיו קיימים אז בזמן מתן תורה, והחיוב נאמר בפרטיות על כל ציור וציור שהי' קיים אז, ולא היתה הכוונה לומר "כלל", א"כ אז יוצא שאם ציור אחד לא הי' ראוי אז לשבועה, ולא נקבע על הציור ההוא דין שבועה, לא יעזור מה שאח"כ נשתנה הדבר ונעשה שפיר ראוי לשבועה. מיהו באמת גם לפ"ז צ"ע למה אי אפשר ללמוד את הציור ההוא משאר הציורים במה מצינו. ועי' בבית הלוי בח"ג בסי' ל"ז אות ה' בהקטע הראשון במה שכתב כדי ליישב את קושייתנו הנ"ל כאן.

פט) בא"ד.

וז"ל, לכן י"ל ובכולי' בעי דלודי לי' כלומר ומאחר דאין מעיז א"כ אמת הוא

שאינן חייב לו יותר ולמה ישבע יהא נאמן במיגו דאי בעי כופר הכל וכו' עכ"ל. הרי דהוצרכו לצרף מיגו ולא מספיק בזה ששייך לומר שאין אדם מעיז, וצ"ע למה. והנה לעיל באות פ"ד חקרנו אם למסקנא נשאר אמת שהיכא ששייך לומר שאין אדם מעיז פניו לכפור הכל הרי זה מספיק טעם לפטור כופר הכל משבועה או האם לפי המסקנא שיש גזירת הכתוב לפטור כופר הכל משבועה שוב נקטינן שזהו באמת כל הטעם למה כופר הכל פטור, והא דאין אדם מעיז אינו מספיק טעם לבדו כדי לפטור כופר הכל משבועה. ומעתה אם נאמר דהוי שפיר טעם מספיק א"כ צ"ע כהנ"ל למה צריכים מיגו, ואם כפירה בכל חשיבא העזה יותר גדולה א"כ באמת אין כאן מיגו, אבל אם נאמר שלפי המסקנא שיש גזירת הכתוב לפטור כופר הכל משבועה שוב נקטינן שזהו באמת כל הטעם למה כופר הכל פטור, והא דאין אדם מעיז אינו טעם שמספיק לבדו כדי לפטור כופר הכל משבועה, א"כ אז אפשר להבין שהגמ' סברה עכשיו שגם במודה במקצת יש אותה סברא לומר שאין אדם מעיז כמו שיש בכופר הכל, כי לכפור במקצת חשיב אותה מדריגה של העזה כמו לכפור בכל, רק שאין זה סיבה לפוטרו משבועה ומש"ה הוצרכו תוס' להמיגו. וכדרך זה כתב המהרש"א עיי"ש.

צ) בא"ד.

וז"ל, ואם תאמר כופר הכל נמי אשתמוטי קא מישתמט ואינו העזה וכו' עכ"ל. פי' וא"כ אכתי יש לומר מיגו שהי' יכול לכפור את הכל.

מיהו נראה שאין זה דבר מוחלט, כי היכא שאנו יודעים שעל החלק שהוא מודה בו אינו צריך להשתמט כי יש לו מעות לשלם א"כ בכה"ג אין לו מיגו, כי אי אפשר לומר שנאמין לו על מה שהוא כופר כי אם הוא מתכוין להשתמט לפי שעה הרי הי' יכול להשתמט על הכל, דזה אינו, כי אין לו צורך לכפור את הכל שהרי יש לו מעות, אבל היכא שבאמת גם אין לו לשלם את מה שהוא מודה שחייב, א"כ אז שפיר יש מיגו שנאמין לו על החלק שהוא כופר כי אילו רצה להשתמט הי' מישתמט על הכל, ושפיר צריכים עוד לתרץ שאין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו להשתמט על הכל וכמו שתירצו תוס'.

ומעתה לפ"ז לכאורה יש ליישב קושיית תוס' ולומר שהתורה לא פטרה מודה במקצת משבועה כי אולי על החלק שמודה אין לו שום סיבה להשתמט כי יש לו סכום זה או יודע הוא שיצליח לקבלו בקלות.

מיהו לפי הצד שמיגו מועיל משום זכות טענה, דהיינו שצריכים לתת לו את הכח של הטענה שהי' יכול לטעון, ואפילו אם אין כאן הכח של בירור (כגון כשיש סיבה לומר שלא רצה לטעון את הטענה ההיא) א"כ גם בהציור הנ"ל שלא הי' לו צורך להשתמט על הכל אכתי יש לו מיגו.

צא) בא"ד.

וז"ל, וי"ל דמ"מ העזה יש יותר בכופר הכל מבכופר חצי וליכא מיגו עכ"ל. עי' במהר"ם שיף שביאר שדבר זה קשור דוקא בהסברא של אשתמוטי הוא דקא מישתמט, כי אע"פ שפירשו בקושיית הגמ' דשפיר יש לו מיגו שהי' כופר הכל במקום לכפור

מקצת, אבל היינו משום שעוד לא זכינו לדעת שהוא כופר כדי להשתמט לפי שעה, אלא נקטנו שהוא רוצה לגזול, ומש"ה בזה נקטינן שכיון שאין לו מצפון הה"נ שהי' כופר הכל, אבל מאחר שזכינו לדין שהוא כופר משום שיש לו צורך להשתמט א"כ באדם כזה שפיר י"ל שלא הי' מעיז לכפור את הכל עם כוונה להשתמט.

צב) בא"ד.

בענין למה כופר הכל אינו נשבע משום שאשתמוטי הוא דקא מישתמט.

וז"ל, וי"ל דמ"מ העזה יש יותר בכופר הכל מבכופר חצי וליכא מיגו עכ"ל. והנה מהגמ' בשבועות שהביאו תוס' יוצא שגם כופר הכל מישתמט. ולפ"ז יוצא שהתורה פטרה כופר הכל משבועה מגזירת הכתוב אע"פ שמסברא הי' צריך לישבע. וכבר צדדנו לומר כעין זה לעיל באות פ"ד ופ"ט והיינו שאפילו אם כופר הכל רגיל פטור משום שאין אדם מעיז אבל בכל זאת יש גזירת הכתוב שכופר הכל פטור אפילו כשהוא שפיר יכול להעיז.

מיהו אכתי צ"ע כי התם הי' מדובר שבכופר הכל רגיל יש סברא לפוטרו, וא"כ י"ל שלכן פטרה התורה גם בצירור בודד שלא שייכת שם הסברא, אבל עכשיו קיימינן שבכל כופר הכל יש סברא לחייבו שבועה כי אולי הוא מישתמט, וא"כ יוצא שהתורה פטרה בכל הציורים אע"פ שזהו נגד הסברא, והרי לעיל לא רצה רבה לסבול דבר כזה בנוגע למודה במקצת שהרי הקשה למה מודה במקצת חייב שבועה הלא יש לו מיגו.

(ואנו נוקטים בזה כהצד השני שהזכרנו באות פ"ד, והיינו הצד שבאמת אפשר לפטור כופר הכל רגיל משום שאין אדם מעיז, ואת הגזירת הכתוב צריכים רק בשביל הציור של בנו כיון שנגד בנו הרי הוא שפיר מעיז, דאילו לפי הצד הראשון שהזכרנו שם שאחרי שזכינו לדין שיש גזירת הכתוב שוב נקטינן שבכלל אי אפשר לפטור על סמך הסברא של אין אדם מעיז, רק שכופר הכל פטור משום גזירת הכתוב, א"כ גם מזה יוצא שהגזירת הכתוב פטור אע"פ שבכל ציור יש סברא לחייבו.)

מיהו י"ל שעיקר קושיית רבה היתה שאם גזירת הכתוב היא שמודה במקצת נשבע אע"פ שיש טעם לפוטרו, דהיינו מיגו, א"כ נילף מזה שגם בעלמא לא מהני מיגו (וכן כתבו תוס' שם), והרי קיימינן שבעלמא שפיר מהני מיגו, אבל אה"נ בכופר הכל אפשר לומר שכל הפטור כולו הוא בגדר גזירת הכתוב נגד הסברא.

גם י"ל דרך אחרת, והיינו שרק מקצת אנשים מוכנים לכפור את הכל כדי להשתמט, ולא חששה התורה להמקצת אנשים ההם, וממילא מה שכופר הכל פטור משבועה אין זה בגדר גזירת הכתוב נגד הסברא, אבל חכמים שפיר חששו להמקצת אנשים שמשתמטים ולכן תיקנו שבועת היסת.

מיהו אכתי צ"ע, דבשלמא לפי הדרך שכופר הכל פטור משום גזירת הכתוב היפך הסברא, א"כ שפיר מובן למה חכמים חייבוהו בשבועת היסת, כי חכמים רצו שהדין לא יהי' נגד סברא (מיהו צ"ע למה חכמים דאגו לדבר זה כשהתורה לא דאגה), אבל לפי הדרך שהוא פטור כי

כמות האנשים שמשתמטים היא פחותה מאד א"כ מכיון שהתורה לא חששה לזה מה ראו חכמים לחשוש.

וי"ל שבזמן חכמים נשתנה הדבר ונתרבו האנשים שעושים אשתמוטי, ולכן החמירו חכמים וחייבו שבועה.

מיהו לפ"ז שוב צ"ע למה בזה"ז אין למודה במקצת מיגו שהי' יכול לכפור הכל (אם סוברים שמיגו לאיפטורי משבועה מהני).

וי"ל דנהי שנתרבו אלו שעושים אשתמוטי על הכל, אבל בכל זאת הרי זה יותר קשה מלעשות אשתמוטי רק על מקצת, ולכן אין לו מיגו.

והנה תוס' בהדיבור הבא פירשו שמאי דאמרינן "אבל בהעדאת עדים דליכא למימר הכי אימא לא" פירושו הוא משום דהוי אמינא שאמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, ומש"ה אינו נשבע היכא שכפר בכל ובאו עדים על חמשים, ובנוגע למה קמ"ל הק"ו יש שתי גירסאות בתוס', ולפי הגירסא שלפנינו (ודלא כגירסת המהר"ם בדבריהם) יוצא דקמ"ל הק"ו שאמרינן שהוא יכול לישבע משום דאשתמוטי הוא דקא מישתמט. וזהו כהדרך הראשון שכתבנו שבאמת יש בכופר הכל מדת האשתמוטי שמספקת כדי לחייבו שבועה, רק שיש גזירת הכתוב שהוא פטור, ומש"ה היכא שעדים מעידים אותו על חמשים הרי הוא שפיר חייב.

צג) אבל בהעדאת עדים דליכא למימר הכי אימא לא, קמ"ל ק"ו.

ע"י ברש"י שפי' דס"ד שלא ישבע

משום שמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. והקשה הרמב"ן דא"כ מה מועיל הק"ו, הלא נהי שעדים עדיפי מפיו אבל בכל זאת אין טעם להשביעו כי ישקר גם בשבועתו.

ובתוס' בתחילת ד"ה אבל וכו' לפי הגירסא שלפנינו איתא שקמ"ל הק"ו שאומרים שהוא משתמט, ולפי גירסת המהר"ם איתא דקמ"ל שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא. וגם על פשטים אלו קשה איך מלמדנו הק"ו דברים אלו, הלא נהי שעדים עדיפי מפיו אבל מי יימר שאינו חשוד אשבועתא או שהוא מתכוין להשתמט.

וע"י בריטב"א בהחידושים החדשים בסד"ה אבל וכו' שהקשה כהנ"ל וז"ל, דמאי מהני האי ק"ו כיון דהוא חשוד וגזלן ולא בר שבועה, דהא מגופא דק"ו לא נפקא לן שהכופר במלוה כשר לעדות עכ"ל. וע"ע בפ"י.

ובישוב הנ"ל יש להקדים עוד דבר קשה בענין ק"ו, דהנה בב"ק דף כ"ה ע"א מבואר שר"ט אינו סובר דיו היכא דמיפרך ק"ו, אלא לומדים את הק"ו ולא אומרים דיו (ודלא כחכמים שסוברים שגם היכא דמיפרך ק"ו אין דורשים את הק"ו אלא אומרים דיו), ואילו הי' מיפרך ק"ו הי' ר"ט לומד ק"ו לשכינה י"ד יום. ולכאורה אין סברת הדבר מובנת, כי לכאורה מהותה של מדת ק"ו היא שהתורה נתנה רשות להשתמש בהסברא של ק"ו כדי לחדש דינים, ואמרינן דיו כי ה"הסברא" של הק"ו אינה מכריחה לחדש בהנלמד אלא רק מה שמוצאים בהמלמד אבל לא את ההוספה, וא"כ מאי איכפת לן אם אין שימוש בשביל

הק"ו, דהא בכל זאת הק"ו אינו כלי כדי לחדש בהנלמד דבר שאינו נמצא בהמלמד, דהא לא הוה כמו פסוק מיותר שחייבים להשתמש בו.

וצ"ל שר"ט סובר שאה"נ, במדת ק"ו נאמר לא רק שיותר להשתמש בק"ו כדי לחדש דינים, אלא הרי זה כעין גזירת הכתוב, והיינו שכל מקום שיש יחס של קל וחמור בין שני דינים שבתורה הרי אנו חייבים לעשות ק"ו ולהוציא מזה הלכה, ולכן היכא שהדבר היחידי להוציא הוא דבר שאינו נמצא בהמלמד, גם את זה אנו עושים.

ומעתה יש לעיין בדעת רבנן, דמצד אחד י"ל שהם סוברים דלא ככל היסוד הנ"ל אלא שק"ו הוא רק בגדר היתר להוציא דינים ע"י הסברא של ק"ו, אבל מצד שני י"ל שגם הם מודים דהוי כעין גזירת הכתוב, רק שהם סוברים שגם להגזירת הכתוב הזאת יש הגבלות ונאמר בה שאי אפשר לחדש דין חדש שאין בהמלמד.

והנפ"מ בין שני הביאורים הנ"ל בדעת חכמים יהי" היכא שרוצים לתת להנלמד אותו הדין ממש שיש להמלמד, אבל בהמלמד אין אותו הדין ממלא את התפקיד שהוא ממלא בהנלמד, א"נ שיש תנאים יותר גרועים בשביל הדין ההוא בהנלמד, דאם ק"ו הוא היתר לחדש דינים על פי הסברא של ק"ו א"כ גם בכגון הנ"ל לא נוכל ללמוד ק"ו, כי הסברא של ק"ו אינה מחייבת להעביר את הדין למקום שיש תנאים יותר גרועים, אבל אם הוי כעין גזירת הכתוב, וחייבים להשתמש בהק"ו, א"כ בהציור הנ"ל י"ל שגם רבנן סוברים

ששפיר נוכל ללמוד ק"ו כיון שאינו דבר חדש כמו י"ד יום.

ומעתה אתי שפיר דרכו של רש"י כאן, והיינו משום דנהי שבהעדאת עדים י"ל מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, אבל בכל זאת חייבים להשתמש בהק"ו גם לפי רבנן כיון שרוצים לחייב רק שבועה ולא יותר.

מיהו יש להקשות על הנ"ל דהא אדרבה בכה"ג גרע טפי מללמוד לשכינה י"ד יום, כי י"ד יום לשכינה הוי דבר שהשכל סובלו, רק שאי אפשר להכריח דבר זה מהסברא של ק"ו, אבל הכא רוצים לחדש חיוב שבועה בציור שאין שום טעם ומקום בסברא לחיוב שבועה, וא"כ בכה"ג בודאי לא היו צריכים חכמים לדון ק"ו.

מיהו זה קשה רק אם אומרים שקמ"ל שהוא נשבע אע"פ שהוא חשוד באמת על השבועה, אבל אם נאמר שקמ"ל הק"ו שחשוד אממונא אינו חשוד אשבועתא או שקמ"ל הק"ו שאמרינן שאשתמוטי הוא דקא מישתמט א"כ יוצא שלבסוף הק"ו אינו מחדש דבר שהוא יותר גרוע מצד הסברא ממה שיש בהמלמד.

ועכ"פ לפי דברינו הנ"ל יוצא שאי אפשר לדחות ק"ו בגלל סברא שאומרת שיש טעם למה הדבר ינהג רק בהקל ולא בהחמור, אלא שייך לפרוך רק פירכא של הלכה, דהיינו פירכא שאומרת שגם בהקל יש צד חמור, ושגם בהחמור יש צד קל.

(וע"ע בברכות דף כ"ג ע"ב במאי דאמרינן שם הכי קאמר הא מילתא וכו' דמבואר שם שפירכא של סברא אינה מועלת לפרוך ק"ו כל שהדבר ברור שהקל הוא באמת קל ושהחמור הוא באמת חמור,

רק שמבואר שם גם שבכל זאת יש ברירה לא לדון את הק"ו ולא לדון את הסברא, וצ"ע כעת.)

ועי' בבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ז אות ו' שפי' בשם בנו שכוונת רש"י היא כך, שבלא שום טעם וסיבה היינו אומרים שבדאי גם בהעדאת עדים יש שבועה, כי מהיכא תיתי לומר שגם העדאת עדים אינה בכלל הפסוק של אשר יאמר כי הוא זה, דהא "אשר יאמר" יכול להתפרש אשר יאמרו העדים, רק דזה ידעינן שבזמן התורה לא הי' נשבע על העדאת עדים כי אז מי שהי' חשוד על ממונא הי' חשוד גם אשבועתא, וא"כ בע"כ צ"ל שהפסוק עצמו כולל רק פיו, וא"כ אולי כוונת הפסוק היא באמת לקבוע גזירת הכתוב שרק ע"י פיו הרי הוא נשבע אבל לא על העדאת עדות, גם בלא הטעם של חשוד אשבועתא, ונגד אפשרות זו מהני הק"ו, אבל הא ודאי שהק"ו מהני רק על עכשיו כיון שעכשיו חשוד אממונא לא חשוד אשבועתא, אבל לא מהני הק"ו לזמן התורה כיון שאז הי' חשוד גם על שבועתא.

וע"ע בריטב"א בהחידושים החדשים בנוגע לפירושו של רש"י.

צד) ומה פיו שאין מחייבו ממון מחייבו שבועה וכו'.

בענין הס"ד שלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

פירש"י וז"ל, פיו שאינו מחייבו ממון בהודאתו וכו' מחייבו שבועה על השאר

עכ"ל. וצ"ע דלפי הך ס"ד יוצא שאינו משלם את המקצת שהודה אבל בכל זאת הרי הוא נשבע על מה שכפר, ואין זה מובן, דאיזו תועלת יש בשבועה זו, הלא כל הטעם למה משביעים אותו הרי זה כדי להכריחו להודות, וכתבו תוס' בב"ק דף מ"א ע"ב בד"ה מודה וכו' ובדף מ"ו ע"א בד"ה דאפילו וכו' שזהו הטעם למה אין חיוב שבועה על קנס כי אפילו אם יודה לא יצטרך לשלם כי מודה בקנס פטור וא"כ אין תועלת בהשבועה (וכן הבין רעק"א בשו"ת מה"ת סי' נ"ו את כוונתם, ועי' מהרש"א שם), וכ"כ הרשב"א בדף מ"א ע"ב שם כרעק"א,, והרי גם הכא אפילו אם יודה לא יהי' חייב לשלם כי פיו אינו מחייבו ממון.

וי"ל שאה"נ אין אנו מאמינים להודאתו, אבל בכל זאת אם ירצה לשלם הלא אין מעכבים בידו, וא"כ אולי משביעין אותו כדי שיודה ולא ישבע ואחרי שיודה ישלם מעצמו כיון שאנשים מסתכלים עליו כמי שחייב, אבל באמת לא יהי' עליו חיוב לשלם מעצמו ולא נכריח אותו לשלם (והא דאין חיוב שבועה בקנס הרי זה כי התם הודאתו פוטרת אותו אפילו אם כלפי שמיא גליא שעשה את המעשה. מיהו היינו רק אם הודה בפני ב"ד, אבל אם הודה חוץ לב"ד אין הודאתו פוטרת אותו, רק שגם בכה"ג נאמר שאי אפשר לחייבו קנס על פי הודאתו, אלא רק אם אח"כ יבואו עדים יהי' חייב, והא דאי אפשר להשביעו כדי שיודה חוץ לב"ד וישלם מעצמו, הרי זה כי למה לו להודות חוץ

צד**) והא הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

א. בענין למה לא מהני הודאת בעל
דין כשחב לאחריני.

צ"ע דאכתי אפשר לעשות ק"ו מהא
שפיו אינו מחייבו ממון לענין לחוב
לאחריני.

ועי' בשט"מ בד"ה ומאי ק"ו וכו' בשם
המהר"י אבוהב שם שמפרש שבאמת זו
היתה כוונת הק"ו של הגמ', דהיינו שפיו
אינו מחייבו ממון היכא שיש לקוחות כי
חיישינן שמא יש קנוניא ויטרפו מהלקוחות
שלא כדין, ועל זה דחינן דכיון שהודאת
בעל דין כמאה עדים דמי לכן לא חיישינן
לקנוניא. מיהו לא הבנתי דהא הדין הוא
שבאמת אינו נאמן היכא שהוא חב
לאחריני.

מיהו אולי יש לדחוק שכוונת המהר"י
אבוהב היא כך, דהיכא שהודאתו חב
לאחרים אין זה נקרא שהוא אומר על
עצמו אלא הרי זה נקרא שהוא אומר על
אחרים ולכן אינו נאמן, ואין זה נחשב
קולא בהודאת בעל דין, כי אדרבה הא
דאינו נאמן הרי זה משום דלא הוי על
עצמו, רק שהמהר"י אבוהב איירי באופן
שבזמן שהודה עדיין היו כל נכסיו בידו,
אשר בכה"ג אם שוב מוכר אותם הדין
נותן ששפיר יגבה מלקוחות, כי כשהודה
היו אצלו והודה רק על עצמו, רק
דסברנו שגם בכה"ג אינו נאמן כי
חיישינן לקנוניא, ודבר זה נחשב שפיר
חסרון בהנאמנות של פיו, ועל זה דחינן
שבאמת הרי הוא שפיר נאמן בכה"ג, ורק
היכא שהנכסים הם כבר ביד אחרים אינו
נאמן כי אין זה נחשב שהוא אומר על

לכ"ד, הלא בודאי יעדיף להודות בפני
ב"ד כדי להיות פטור גם כלפי שמיא).
מיהו לפ"ז צ"ע דא"כ איך ילפינן באמת
הודאת בעל דין מקרא דכי הוא זה
וכמש"כ רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב,
וכמו שהסיק הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ד,
אולי באמת אינו נאמן, ובכל זאת שייך
שבועת מודה במקצת כדי שיודה גם על
החלק שכפר וישלם מעצמו. וצ"ל שלפי
האמת ידעה הגמ' שהסברא הנ"ל
שמשביעין אותו כדי שיודה וישלם מעצמו
אינה סברא נכונה.

ועיין בשט"מ בד"ה ומאי ק"ו וכו' בשם
מהר"י אבוהב שהקשה איך חשבנו שפיו
אינו מחייבו ממון הלא במודה במקצת
עסקינן שמשלם מה שהודה, וא"כ למה לא
הקשה הגמ' דבר זה. מיהו י"ל כהנ"ל
שהגמ' סברה בההו"א ששייך שבועת מודה
במקצת אפילו אם אין הודאתו מחייבת
אותו לשלם כי פעולת החיוב שבועה היא
כדי לגרום שיודה וישלם מעצמו, וגם
בהחלק שהודה מספיק בזה שאחרי שהודה
ישלם מעצמו.

והנה מה שהבאנו מתוס' שלא שייך
חיוב שבועה היכא שאם יודה יהי' פטור,
אינו לפי כו"ע, דעי' בתוס' שאנץ בשט"מ
בב"ק שם דמבואר דס"ל ששפיר יש חיוב
שבועה גם על קנס (ועי' בקהלות יעקב
שם בסי' ל"ג), והיינו משום שאם לא
ירצה לישבע (בלי להודות) יהי' חייב
לשלם, וכוונת התורה בהחיוב שבועה היא
לדבר זה, דהיינו לחייבו ממון אם לא
ירצה לישבע, ואפילו אם לא יודה, וזה
שייך גם בקנס אע"פ שאם שפיר יודה
יהי' פטור.

עצמו, ודבר זה אינו נחשב חסרון בהנאמנות של פיו על עצמו.

ובענין אם הסיבה למה אינו נאמן היכא שהוא חב לאחריו הרי זה משום קנוניא או משום שאין זה נחשב שהוא אומר על עצמו, ע"י בכתובת דף י"ט ע"א דאמרינן שאם הודה המלוה על שטר חוב שיש בידו שהוא שטר אמנה אינו נאמן כי הוא מפסיד בזה את המלוה שלו שהי' יכול לגבות מהלוה מדין שיעבודא דרבי נתן, והרמב"ם בפ"ב מהל' טו"נ ה"ו כתב לענין הציור ההוא את הטעם של קנוניא, דהיינו דחיישינן שהאמצעי שמודה עשה קנוניא עם הלוה שלו, וכן איתא בשט"מ להלן כאן בדף י"ג ע"א בד"ה לא חיישינן וכו' בשם הריטב"א וכמו שהביא בספר בית יעקב בכתובות שם.

ב. בענין הנ"ל, ובענין שיש גם אנן סהדי להאמין להמודה.

ובספר זכרון שמואל בסי' ל"ח חידש שבהודאת בעל דין מלבד ממה שהוא נאמן מהפסוק של כי הוא זה וכמו שביאר הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ד, יש גם אנן סהדי שהוא אומר אמת משום שאנן סהדי שאם אינו אמת לא הי' מחייב את עצמו, וחידש שלפ"ז צריכים גם את הטעם של קנוניא, כי נהי שמצד הדין של נאמנות אינו נאמן היכא שהוא חב לאחריו כי מיקרי שהוא אומר על אחרים ולא על עצמו, אבל אכתי בדין הוא שיהי' נאמן בגלל האנן סהדי שהוא אומר אמת, ולכן צריכים גם את הטעם שחוששין שמא עשו קנוניא ביניהם. ובקצה"ח בסי' צ"ט סק"ב מבואר שהב"ח והש"ך והתומים סוברים שדוקא

היכא ששייך החשש של קנוניא אינו נאמן, ואילו הקצה"ח עצמו סובר שאינו נאמן היכא שהוא חב לאחריו אפילו כשאין חשש של קנוניא. והוכיח כן הקצה"ח מקידושין דף ס"ה ע"ב דאמרינן שאיש ואשה אינם נאמנים לומר שנתקדשו כי הם חבים להקרובים כי הקרובים נאסרים, והרי התם לא שייך החשש של קנוניא ובכל זאת אמרינן שאינם נאמנים.

מיהו לפי מה שהבאנו לעיל יש לדרחות את ראיית הקצה"ח ולומר שהתם בקידושין שייך רק הדין של נאמנות שנלמד מכי הוא זה, אבל ליכא אנן סהדי שהם אומרים אמת, כי אולי באמת לא נתקדשו רק שעכשיו הרי הם אומרים שנתקדשו לפני כן כי עכשיו החליטו לחיות יחד, וא"כ מכיון שלא שייך האנן סהדי אין צריכים את החשש של קנוניא, אלא גם בלא החשש של קנוניא אינם נאמנים כי בכה"ג שייך רק הכח של נאמנות של הודאת בעל דין על עצמו ואילו היכא שחב לאחרים לא מיקרי שהם אומרים על עצמם, אבל בהודאת בעל דין בממון דשייך הסיבה של אנן סהדי מלבד מהגזירת הכתוב של נאמנות, התם אכתי י"ל שהיכא דלא שייך לחשוש לקנוניא הרי הוא נאמן גם בחב לאחריו כי יש את האנן סהדי.

ועי' עוד להלן כאן בדף י"ג דאמרינן שהמוצא שט"ח לא יחזירנו על פי הלוה כי חיישינן שמא עשה קנוניא עם המלוה לגבות מהלקוחות, ולא אמרינן שהטעם הוא משום שלא מהני הודאתו היכא שהיא חב לאחריו.

ועי' להלן באות צ"ז סק"א בענין למה צריכים בכלל את הגזירת הכתוב של

נאמנות מאחר שגם בלא"ה יש אנן סהדי להאמינו.

צה) ומה פיו שאין מחייבו ממון וכו' והא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

א. עוד בענין הס"ד שלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

הנה לכאורה אין מוכן מה היתה הס"ד של הגמ' דכי לא ידענו את הדין המפורסם שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי. מיהו עי' ברש"י שפי' וז"ל, פיו שאינו מחייבו ממון בהודאתו ולקמי' מפרש לה עכ"ל, ויש לעיין למה הוצרך להוסיף שלקמי' מפרש לה, הלא זה הדבר הבא מיד בהשקלא וטריא. ונראה דהי' קשה לו כהנ"ל דאיך יתכן שלא ידענו את הדין המפורסם שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, ועל זה מתרץ רש"י שבאמת לא הי' הו"א לומר שהודאת בעל דין אינה כמאה עדים, אלא גם מתחילה נתכוין בעל הק"ו למה ש"לקמי' מפרש" שהכוונה היא לקנס, רק שהמקשה לא הבין את כוונתו ולכן תמה איך שייך לומר שפיו אין מחייבו ממון, ותי' לו שגם מתחילה נתכוין לקנס. ובאמת כן מבואר מלשון הגמ' של "מאי ממון קנס", הרי שלא אמרו "אלא קנס" אלא אמרו "מאי ממון קנס", כלומר שבא לפרש שזו היתה הכוונה מתחילה. וכדרך זה מבואר בשט"מ בד"ה מאי ממון.

ב. בענין הנ"ל, ובענין אם הודאת בעל דין מהני מדין התחייבות או מדין נאמנות.

עוד י"ל בביאור מה הי' הס"ד של הגמ'

כאן, דהנה מצד שני יש לעיין בהדיחוי של הגמ' דמדחה שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, דצ"ע דהא לפי המהר"י אבן לב שהביא הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ד הודאת בעל דין מהני משום התחייבות אבל באמת אינו נאמן, וא"כ אכתי יוצא שפיו אינו נאמן לחייבו ממון. ועי' בקצה"ח שם שהקשה עליו מלהלן בסוגיין כאן, אבל לכאורה קשה על המהר"י אבן לב גם מכאן וכנהנ"ל. ועכ"פ י"ל שהס"ד של הגמ' לומר שפיו אינו מחייבו ממון היתה כהמהר"י אבן לב דהוי משום התחייבות ולא משום נאמנות.

ג. בענין הנ"ל, ובענין שיש גם אנן סהדי להאמינו.

עוד י"ל, דס"ד שהא דמהני הודאת בעל דין אין זה משום שפיו נאמן באמת, אלא הרי זה משום אנן סהדי מצדנו, דאם לא הי' חייב לא הי' מודה (והא דלא מהימן היכא שחב לאחרני הרי זה כי אולי הודה כדי לחוב לאחרני ועשו קנוניא). ועל זה מקשינן דהא תניא שהודאת פיו היא כעדים, ואי משום אנן סהדי לא היתה מועלת כשיש עדים, כי סתם "אנן סהדי" שאינו על המדריגת "בא הרוג ברגליו" הרי הוא גרוע מעדים וכמו שכתב הגרש"ש בב"ב סי' י"ז סק"ב, ולכן מקשה הגמ' דוקא מהלשון של כמאה עדים דמי (מיהו מרש"י בד"ה הודאת בעל דין יש להבין שנתקשה לו באמת למה הוצרכו לומר שהודאת בע"ד היא כעדים, ועל זה תי' שבאמת אין דבר זה נחוץ כאן רק שזהו הלשון של התוספתא שהשמיעה לנו את גוף הדין שהודאת בע"ד מהני).

ועי' עוד לעיל באות צ"ד* שדננו בענין האנן סהדי הנ"ל והחשש של קנוניא. וגם הבאנו שם את דרכו של המהר"י אבוהב בביאור הגמ' כאן.

צו) רש"י ד"ה פיו שאינו מחייבו ממון.

פירש"י וז"ל, פיו שאינו מחייבו בהודאתו וכו' מחייבו שבועה על השאר, עדים שמחייבים אותו ממון במה שהעידו אינו דין שיחייבוהו שבועה על השאר עכ"ל. הנה מזה שכתב "על השאר" גם בנוגע לפיו וגם בנוגע לעדים חזינן שהכוונה ב"פיו אינו מחייבו ממון" ו"עדים מחייבין אותו ממון" אינה לכל דיני ממונות דעלמא, אלא הכוונה היא להחצי הראשון של המנה בצירורו של רבי חייא.

מיהו יש לעיין למה גבי פיו נקט לשון "בהודאתו" ואילו גבי עדים נקט "במה שהעידו", ולמה לא כתב גם בנוגע לעדים שמחייבים אותו ממון "בעדותן" דוגמת לשון "בהודאתו", או שיאמר בנוגע לפיו שאינו מחייבו ממון "במה שהודה" דוגמת הלשון של "במה שהעידו". ובאמת הלשון של "במה שהעידו" משמע יותר שהכוונה היא להחלק שהעידו, דהיינו חמשים מתוך המנה בצירורו של רבי חייא, אבל הלשון של "בהודאתו" כוללת גם כל הודאות דעלמא ולא רק הצירור של ר"ח.

ועכ"פ לפי המסקנא שהכוונה בממון היא לקנס א"כ לפ"ז בודאי צריכים לפרש שהכוונה ב"פיו אינו מחייבו ממון" הרי היא לצירורים אחרים, דהיינו היכא שהוא מודה בקנס, ואין הכוונה להצירור שמודה על חלק ושהוא נשבע על השאר, לפי

הסוברים שבקנס ליכא חיוב שבועה (הובא לעיל באות צ"ד).

צז) בענין הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

א. נאמנות או התחייבות - חזרה ע"י אמתלא - כעדים או יותר מעדים - אנן סהדי.

הנה רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב כתב שילפינן שהודאת בעל דין מהני מכי הוא זה. וצ"ע דאכתי מנ"ל שהיא שוה לעדים. והקצה"ח בסי' ל"ד סק"ד תמה מנלן שהיא עדיפא מעדים.

עוד צ"ע למה צריכים ילפותא, תיפוק לי' דאנן סהדי שאם לא הי' חייב לא הי' מודה, וגם לפי טעם זה ניחא הא דלא מהימן היכא דחב לאחריני והיינו משום דחיישינן שמא הודה כדי לחוב לאחריני ועשה קנוניא, ולכן לא מהימנינן לי', ולהסיר חשש זה מספיק בזה שאין מאמינים רק על החלק שחב לאחריני.

וי"ל שאה"נ, רק שמצד האנן סהדי הי' יכול לחזור בו ע"י אמתלא, אבל עכשיו שיש לו נאמנות אינו יכול לחזור בו כי הגזירת הכתוב של אינו חוזר ומגיד אפילו ע"י אמתלא נאמרה גם על נאמנות זו ולא רק על עדות, א"צ אפילו אם לא נאמר בהודאת בעל דין הלכה של אינו חוזר ומגיד (עי' בזה להלן באות ק' סק"ד) אבל בכל זאת אינו יכול לחזור בו כי יש לו נאמנות לומר שהוא חייב אבל אין לו נאמנות על ההפוך דהיינו להגיד על עצמו זכות (מיהו אי משום הטעם הזה, מיגו שפיר יועיל, עי' בזה באריכות להלן), אבל מצד אנן סהדי שפיר הי' יכול לחזור בו כי

הוא אומר עכשיו שהאנן סהדי בטעות יסודו כי מה שהודה אינו ראוי שהוא חייב כי היתה לו סיבה אחרת להודות.

גם י"ל דאי משום אנן סהדי לא הי' מהני נגד עדים כי סתם "אנן סהדי" שאינו על מדריגת "בא הרוג ברגליו" הרי הוא גרוע מעדים וכמו שהבאנו באות צ"ה סק"ג מהגרש"ש, אבל עכשיו שיש פסוק אמרינן שאתא להשמיענו שעדיף כעדים כי נאמר ב"פיו" כח של נאמנות (אלא שאכתי צ"ע מנ"ל דעדיף יותר מעדים, וכמו שהקשה הקצה"ח), ולכן מקשה הגמ' דוקא מהלשון של כמאה עדים דמי.

מיהו אכתי צ"ע מנ"ל באמת מכי הוא זה שיש כאן יותר מאנן סהדי, הלא כי הוא זה אינו פסוק מותר.

ב. בענין הודאת בעל דין חוץ לב"ד, והיחס בין הודאת בעל דין ושווא אנפשי' חתיכה דאיסורא.

עי' בקצה"ח בסי' ל"ד סק"ד שהביא שיש אומרים ששווא אנפשי' חד"א מהני מדין נדר, ושהמהרי"ט הקשה על זה דא"כ למה לא מהני שאלה כמו בנדר. והקצה"ח עצמו הסיק דהוי דין אחד עם הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, דהיינו שאדם נאמן על עצמו לחובתו, והביא שרש"י בקידושין דף ס"ה כתב שילפינן הודאת בעל דין מכי הוא זה (ודלא כדעת המהרי"ן לב שהביא שם שהוא משום התחייבות), וכתב הקצה"ח שם שגם שווא אנפשי' חד"א ילפינן משם. וגם בסי' רמ"א סק"א כתב הקצה"ח כשיטתו הנ"ל בהודאת בעל דין ושווא אנפשי' חד"א, ובסי' ל"ד שם נשאר הקצה"ח בצ"ע בענין

מהיכן ידעינן שהודאת בעל דין עדיפא משני עדים וכמו שהבאנו בסק"א. ועי' ביו"ד סי' א' סעיף י"ב דמבואר שגם שווא אנפשי' מהני נגד עדים.

מיהו ראיתי בתרומת הכרי בסי' א' בסד"ה ואת אשר וכו' שכתב דרך אחרת מהקצה"ח וז"ל, ואשר נראה בעיני בפירוקא דהאי מילתא, דאף דהודאה בפני ב' חשיבא ואלמא כאלו הודה בפני שלשה מומחים וסמוכים, מ"מ אין טעמם שוה, כי הודאה בב"ד הוא מילתא דנאמנות, שהתורה האמינה לבעל דין לגבי דידי' יותר ממאה עדים וכדפירש"י בהאומר דהודאת בעל דין ילפינן לה מכי הוא זה דמודה במקצת דהתורה סמכה על הודאתו לחייב שבועה על השאר, ומודה במקצת בב"ד הוא, אבל הודאה בפני עדים לאו מילתא דנאמנות הוא, שהרי לא מצינו למילף לה ממודה במקצת, דמודה במקצת בב"ד הוא, ולפיכך צריכים אנו לחקור מאיזה טעם הוא וכו', ע"כ לפענ"ד מילתא חדתא ולומר דהודאה בפני עדים הוא מתורת שווא אנפשי' חד"א וכמו האשה שאמרה אשת איש שאסורה להנשא, ואפי' נשאת כופין אותו להוציא, וזה לאו מתורת נאמנות, אלא כיון שלפי דברי' היתה אסורה להנשא, ואילו היא היתה יודעת האמת שהיא אשת איש, אף שכל העולם מחזיקין אותה כפנוי', היא לגבי עצמה אסורה להנשא, ולכן גם הב"ד יכולין לכוף אותה שלא תנשא, ומהאי טעמא נמי גבי ממון המודה בפני עדים שהוא חייב לחברו מנה, אף שאין אנו מאמינים לו שהוא חייב, כופין אותו לשלם, כיון שהוא אומר שהוא יודע שחייב לחברו, אנו כופין

אותו להוציא הגזילה מתחת ידו, כי גזל נמי איסורא הוא כשאר איסורים, אבל הודאה בפני ב"ד הוא מתורת נאמנות כדילפינן מכי הוא זה עכ"ל.

וביאר שם התרומת הכרי שלכן סובר הרמב"ן שמודה בקנס חוץ לב"ד אינו פטור אם אח"כ באו עדים אפילו אם אמר אתם עדי, כי אע"פ שהיא הודאה גמורה לחייבו ממון אבל בכל זאת הרי זה רק מדין שויא אנפשי' חד"א אבל אין לו נאמנות בכה"ג בעינינו, ולכן אין זו הודאה לפוטרו מקנס.

ג. ביאור דבריהם בענין גדרו לאיפרושי מאיסורא.

הרי שהתרומת הכרי נוקט ששויא אנפשי' חד"א בפני עדים מהני מצד הסבורא, כי הוא שיודע שאסור חייב לפרוש, וה"ה שב"ד חייבים מצד הסבורא להפרישו, אבל אינו מטעם נאמנות, אבל היכא שהודה בפני ב"ד ילפינן לי' מכי הוא זה וחדושה התורה שבכה"ג יש לו באמת נאמנות בעינינו לגבי עצמו.

ברם מדברי הקצה"ח שם מבואר שהוא סובר דבעינן קרא דכי הוא זה גם להיכא שהודה בממון בפני עדים ואמר אתם עדי, דהא קאי שם גם על מה שהביא לעיל שם את הציור של בפני עדים ואמר אתם עדי, וא"כ מבואר שהקצה"ח סובר שגם הודאת בעל דין בממון בפני עדים עם אמירת אתם עדי הרי זה מדין נאמנות מכי הוא זה. ברם הא מיהא נראה ברור שגם הקצה"ח מודה שגם בלא הפסוק מהני מה שהוא עצמו אומר שחייב כדי לפעול שהוא לגבי עצמו אסור להחזיק בהממון, ושגם מורים לו כן,

רק די"ל שצריכים את הפסוק כי ס"ל שבלי הפסוק אכתי לא היינו אנחנו חייבים להפרישו ולכופו לשלם, ומש"ה בעינן קרא גם לשלא בפני ב"ד, ואילו התרומת הכרי כתב שגם זה היינו יודעים ולכן כתב דבעינן קרא רק לבפני ב"ד כדי לחדש שבכה"ג גם בעינינו יש לו נאמנות לגבי עצמו.

ואם נאמר שפליגי באמת הקצה"ח והתרומת הכרי בהנ"ל, דהיינו באם בלי הפסוק שייך לומר שיש חיוב של לאיפרושי מאיסורא, א"כ לכאורה ביאור מחלוקתם הוא כך, דהתרומת הכרי סובר שהחיוב של לאיפרושי מאיסורא הוא שב"ד חייבים לראות שאדם יקיים את דינו, וא"כ כיון שלפי דבריו הדבר אסור עליו, ופשיטא שהוא שיודע הרי הוא חייב לנהוג איסור, א"כ הרי אנחנו חייבים לראות שיקיים את חיובו, ובשלמא אם מה שאנחנו בעצמינו אין אנו מאמינים לו הרי זה כי אנחנו מסתכלים עליו כעל משקר, אז ליכא חיוב לאיפרושי מאיסורא, כי אנחנו נוקטים שהוא יודע בנפשו שאינו אסור, אבל אם אנחנו מסתכלים עליו כטועה אז יוצא שהוא שסובר שאסור הרי הוא חייב לנהוג איסור, וא"כ חייבים אנו לחשוש שמא הוא טועה ולא משקר ולהפרישו.

ובאמת גם בלא שחייבים לראות שיקיים את דינו, אלא אפילו אם כל החיוב של לאיפרושי מאיסורא הוא כשבעינינו הרי הוא עושה איסור, ואילו הכא בעינינו אינו אוכל דבר שהוא אסור, אבל בכל זאת נהי' חייבים להפרישו, והיינו משום שבאמת גם

בעינינו הרי הוא עובר על איסור מסוים, כי גם לדידן שנוקטים שהוא טועה הרי הוא כמתכוין לאכול בשר חזיר ועלה בידו בשר כשר דצריך כפרה כמו שאמרו בנזיר דף כ"ג ע"א וקידושין דף פ"א ע"ב במי שנדרה בנזיר ולא ידעה שהפר לה בעלה והיתה שותה יין, וא"כ בודאי חייבים להפרישו מכוונתו לאכול חזיר, וכל זה הוא בדעת התרומת הכרי.

אבל הקצה"ח סובר שבלי פסוק מסתכלים עליו כמשקר, ולכן בלי פסוק אין צורך להפרישו.

א"נ דמסתכלים עליו כטועה אבל אין חיוב להפרישו אלא כשבעינינו הרי הוא עובר על איסור, והכא הרי מחזקינן ליה כטועה, וגם אין צריכים להפרישו בגלל העובדא שבעינינו הרי הוא בגדר מתכוין לאכול בשר חזיר, כי אפילו אם נפרישנו הרי נשאר שנתכוין לעשות את האיסור, וא"כ אין מרויחים כלום ע"י ההפרשה, וא"כ צריכים את הפסוק של כי הוא זה כדי לומר שיש לו באמת בעינינו נאמנות לגבי עצמו אשר מעתה שפיר חייבים להפרישו.

ובסברת התרומת הכרי יש להוסיף שאע"פ שאפילו אם נפרישנו ישאר אמת שנתכוין לאכול בשר חזיר, וגם השתדל, אבל בכל זאת יש תועלת בזה שנפרישנו, כי אז ישאר רק בגדר מחשבה רעה שאין הקב"ה מצרפה למעשה, ואולי גם אינו צריך שום כפרה על עצם המחשבה כיון שלא נהנה (ועל כל פנים לא כפרה גדולה כמו כשהוא ממש אוכל), משא"כ אם לא נפרישנו ויתגלגל הדבר לידי מעשה, אז

שפיר יצטרך כפרה ואולי הקב"ה גם מצרפה למעשה אע"פ שבעינינו אכל בשר כשר, ולכן איתא בנזיר ובקידושין שם שעלה בידו בשר כשר ולא סתם שנתכוין לאכול בשר חזיר ולא עלה בידו כלום, אבל הקצה"ח סובר שאין נפ"מ בין אם לבסוף אכל בשר כשר או לא אכל, אלא אפילו אם לבסוף אכל בשר כשר הרי זה רק בגדר מחשבה רעה כיון שלא עשה מעשה איסור, דמה שנהנה ממעשה היתר אינו מגרע, וממילא אין ריווח בזה שנפרישו אם בעינינו אין כאן איסור.

צז*) בענין הודאת בעל דין כשעושה את עצמו רשע.

א. ביאורו של הריטב"א למה מהני הודאת בעל דין כשהוא עושה את עצמו רשע.

הנה בכתובות דף מ"א ע"ב תנן שאם אמר גנבתי הרי הוא משלם את הקרן על פי עצמו, והטעם הוא משום שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. מיהו צ"ע למה מאמינים לו, דנהי שהודאת על דין כמאה עדים דמי אבל מצד שני יש כלל שאין אדם משים עצמו רשע.

וכעין זה הקשה הריטב"א במכות דף ג' ע"א על הא דאמרינן שם שהוא נאמן לומר על עצמו שהעיד עדות שקר משום שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, דגם על זה קשה דהא אין אדם משים עצמו רשע, ות"י הריטב"א שמאמינים לו רק על התוצאה שהוא חייב את הממון אבל

באמת אין מאמינים לו על המעשה אלא פלגינן דיבורי.

א*'. דברי האור שמח והקובץ שיעורים בענין הנ"ל.

ועי' בקו"ש בב"ב אות תנ"ח שכתב וז"ל, באומר גנבתי ואין לו לשלם כתב בספר אור שמח דאינו נמכר על פי עצמו, דאין מחזיקין אותו בגנב דאין אדם עושה עצמו רשע, אלא דחייב ממון על פי הודאתו, ואינו נמכר אלא בגניבתו, ואינו נראה, דבאומר גנבתי פלגינן נאמנות, דלענין לפסול עצמו אינו נאמן, אבל לענין ממון מאמינים לו שגנב וכו', ותדע דהא מכפל לא מיפטר אלא מטעמא דמודה בקנס, אבל אי לאו האי טעמא היו כ"ד מחייבים אותו כפל על פי הודאתו, וכפל דומיא דמכירה דאינו מתחייב אלא בשביל גניבה לחודה עכ"ל. ודברי האור שמח הם כדברי הריטב"א הנ"ל, ואילו דברי הקו"ש הם דרך אחרת דהיינו שפלגינן נאמנות ולעולם לענין לשלם הרי הוא נאמן גם שעשה את גוף המעשה.

ב. עוד ביאור.

מיהו לכאורה גם בלא הדרכים הנ"ל של הריטב"א והקו"ש יש ליישב את קושיית הריטב"א, דהנה הטעם למה אין אדם משים עצמו רשע הרי זה משום שאין אדם נאמן על עצמו לפסול את עצמו מחזקתו כי אדם קרוב אצל עצמו ויש בזה פסול קורבה, וכמש"כ רש"י בכתובות דף י"ח ע"ב בד"ה אלא שאמרו ובר"ה אין אדם משים עצמו רשע, וא"כ י"ל שכמו שנאמר בהגזיה"כ של כי הוא זה שהוא נאמן על

עצמו שחייב ממון, ואין חסרון בזה שהוא אומר כן על עצמו, א"כ הוא הדין שזה כולל גם ציורים שעדותו כוללת שהוא רשע דגם על זה הוא נאמן על עצמו כשהוא אומר כן כדי לחייב את עצמו ממון. מיהו יש לפקפק בזה ולומר שלא האמינתו התורה שעשה מעשה שמחייבו ממון אלא היכא שזהו באמת הדבר היחידי שהוא אומר על עצמו, וכגון במודה בהלוואה, אבל לא היכא שהוא אומר גם שעשה רשעות.

ג. דברי הרא"ש שלא מהני הודאת בעל דין כשהוא עושה את עצמו רשע.

והנה בכתובות דף י"ט ע"א איתא שהמלוה נאמן לומר שטר אמנה הוא זה משום שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. והקשה התוס' הרא"ש שם דאמאי לא אמרינן שאין אדם עושה עצמו רשע שהרי אסור לעשות שטר אמנה. ותי' הרא"ש שהיכא שהוא מודה על עבירותיו בדרך תשובה, לא אמרינן שאממע"ר, ובכה"ג נאמן המלוה לומר שעשה שטר אמנה.

ומהרא"ש יוצא שהיכא ששפיר שייך לומר שאין אדם עושה עצמו רשע לא אמרינן שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי. וצ"ע מהמשנה שהבאנו דתנן שנאמן לומר גנבתי. מיהו י"ל שגם על זה יתרץ הרא"ש שאיירי באומר כן דרך תשובה.

והנה לכאורה יש להקשות על הרא"ש למה לן קרא למימר שמודה בקנס פטור תיפוק ל' משום שעושה את עצמו רשע, ובשלמא אם בממון הרי הוא נאמן גם

כשהוא אומר על עצמו שהוא רשע, א"כ ניחא, כי בלי הגזירת הכתוב שמודה בקנס פטור היינו נותנים לקנס את אותו הדין שיש לממון, אבל לפי הרא"ש למה צריכים קרא.

וכבר הבאנו שהקו"ש שהבאנו בסק"א כלל בתוך דבריו את ההערה הנ"ל בתור קושיא על דרכו של האור שמח (והריטב"א) דהיינו שאם הוא נאמן רק על התוצאה שהוא חייב ממון למה צריכים לפטור את המודה בכפל משום דין מיוחד של מודה בקנס פטור תיפוק לי' משום שבקנס צריכים שיהי' נאמן גם על המעשה.

ברם גם על זה י"ל שצריכים פסוק כדי לומר שמודה בקנס פטור היכא שהוא אומר כן דרך תשובה.

גם י"ל שצריכים את הפסוק של מודה בקנס פטור להיכא שהוא אומר שעשה כן בשוגג (אם נאמר שבכה"ג לא שייך לומר שאאמע"ר). וכן י"ל שהמשנה של האומר גנבתי איירי באומר שהי' שוגג. מיהו לפ"ז צ"ע למה לא תי' הרא"ש שהכי איירי בדף י"ט שם דהיינו שהמלוה אומר שהי' שוגג על האיסור של שטר אמנה. ואולי ס"ל שהאוקימתא שאומר כן דרך תשובה הוא יותר מרווח. ועכ"פ בדברינו הנ"ל נקטנו שיש חיוב קנס גם על שוגג, ועי' באמת בקו"ש על ב"ק באות ל"ו שהוכיח שיש חיוב קנס גם בשוגג מקידושין דף כ"ד ע"ב (הציור של רופא עיי"ש), וכן הוכיח מההיא דטבי עבדו של ר"ג בב"ק דף ע"ד ע"ב כי בודאי לא הוציא ר"ג את עינו של טבי במזיד, וכתב הקו"ש שזהו דלא כמו שמבואר בקצה"ח בריש סי' כ"ה.

ד. מח' הראב"ד והר"ן בזה, וביאורו של הפ"י.

והנה עי' עוד בכתובות דף ע"ב דתנן שאם אשתו מאכילה אותו דבר שאינו מעושר הרי היא מפסידה את כתובתה, ופרכינן בגמ' מנא ידעינן שעשתה כן, והקשה הראב"ד דאולי ידעינן שעשתה כן על פי הודאתה, ותי' שאינה נאמנת משום שאין אדם משים את עצמו רשע, והקשה הר"ן דהא הוה הודאה בענין ממון והודאת בע"ד כמאה עדים דמי. ולכאורה דברי הראב"ד עולים יחד עם דברי הרא"ש שבמקום שעושה את עצמו רשע לא אמרינן שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי.

מיהו עי' בפ"י שם שתי' את קושיית הר"ן על הראב"ד בדרך אחרת וז"ל, ולענ"ד נר' ליישב שיטת הראב"ד דלא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אלא כשמודה בעיקר הדבר, משא"כ הכא דמה שמודה שהאכילתו שאינו מעושר אינה מודית כלום בהפסדת כתובתה, דמה שמפסדת כתובתה בכך אינו אלא משום קנס שעברה על דת, וא"כ כיון שלא מהימנא בהכי שעברה על דת, ממילא אית לה כתובה, כן נר' לי עכ"ל. פי' דלא שייך הודאת בע"ד אלא כשהוא מודה שעשה מעשה של התחייבות בממון, כלומר שהמעשה מחמת עצם טבעו הרי הוא מעשה של התחייבות בממון, אבל בכתובות שם הרי מה שהאכילתו דבר שאינו מעושר אין זה מעשה של התחייבות בממון, ואע"פ שתיקנו רבנן שהיא מפסידה את כתובתה אבל זהו תוצאה צדדית מכח תקנת חכמים, ומש"ה לא אמרינן שם

שהיא מפסידה את כתובתה משום הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

מיהו דברי הפ"י הנ"ל הם נכונים רק על פי ההנחה שבהודאת בעל דין נאמר רק שהוא נאמן על המעשה, דלפ"ז שפיר י"ל כהנ"ל דבעינן שיהי' מעשה של התחייבות בממון, אבל לפי הריטב"א במכות דף ג' ע"א שבהודאת בעל דין נאמר נאמנות על התוצאה, דהיינו שהוא חייב, גם בלי להיות נאמן על המעשה, א"כ גם כאן למה שלא תהי' לה נאמנות על התוצאה שהיא חייבת להפסיד את כתובתה.

ה. דברי הקצה"ח בענין מודה בקנס חוץ לב"ד.

ועיין עוד בקצה"ח בסי' א' סק"ו שהביא דעות שהבינו שאע"פ שמודה בקנס פטור אבל באמת גם בקנס שייך הדין של הודאת בע"ד, רק שקמ"ל הפסוק שכשיש התנאים של הגזיה"כ של מודה בקנס, וכגון הודאה בפני ב"ד, אז הרי הוא פטור, וממילא הם סוברים שאם הודה חוץ לב"ד הרי הוא חייב באמת מכח הודאת בעל דין, והקשה הקצה"ח עליהם מדברי רבי יהושע בב"ק דף ע"ד ע"ב שכשהודה רבן גמליאל חוץ לב"ד אמר לו רבי יהושע שרק אם יבואו עדים הרי הוא חייב קנס על זה שהפיל עינו של טבי עבדו אבל לא על פי הודאתו שהודה חוץ לב"ד, הרי שגם חוץ לב"ד נאמר שבקנס אין הודאתו מחייבת אותו, רק שבפני ב"ד נאמר דין נוסף שההודאה פוטרת ואפילו אם אח"כ באו עדים.

מיהו על פי דברי הפ"י שהבאנו לעיל בסק"ד יש לדחות את הראי' של הקצה"ח

מדברי רבי יהושע, כי יש לומר שרק התם לא שייך הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כשהוא מודה חוץ לב"ד, והיינו משום שהתם באמת אין הוא מודה על שום דבר של ממון, שהרי מה שסימא את עין עבדו הרי זה רק בגדר עבירה בעלמא אבל אינו חייב להעבד את נזקו וכדאמרינן שם שפוטר עצמו מכלום הי' שהרי החובל בעבד כנעני שלו פטור, ונהי שהתורה קבעה קנס על ראשי אברים, אבל זהו כבר דבר צדדי, אבל עצם המעשה מחמת טבעו אינו מעשה שמחייב אותו ממון כמו ניזקין או גניבה, וא"כ י"ל שדוקא בכה"ג לא שייך לחייבו חוץ לב"ד משום הודאת בע"ד (וכן גם בפני ב"ד לא בעינן קרא לפוטרו לפני שבאו עדים), כי הודאת בע"ד כמאה עדים דמי אמרינן רק כשהמעשה הוא מעשה של התחייבות בממון, דאז הרי הוא נאמן לומר שעשה את המעשה, וא"כ אכתי י"ל שהיכא שהוא מודה על מעשה שהוא בגדר מעשה שמחייבו ממון אז אפשר באמת לחייבו גם את הקנס, וכגון היכא שהוא אומר גנבתי, דהתם י"ל שהוא מתחייב גם בהקנס כשהודה חוץ לב"ד כיון שאין אז התנאים של מודה בקנס, והיינו משום שלעולם הכח של הודאת בעל דין מהני גם על קנס כשאין כאן הדין פטור של מודה בקנס.

מיהו גם דברינו אלה הם על פי ההנחה שבהודאת בעל דין נאמר רק שהוא נאמן על המעשה, דלפ"ז שפיר י"ל כהנ"ל דבעינן שיהי' מעשה של התחייבות בממון, אבל לפי הריטב"א במכות דף ג' ע"א שבהודאת בעל דין נאמר נאמנות על התוצאה, דהיינו שהוא חייב, גם בלי להיות

נאמן על המעשה, א"כ גם כאן למה שלא תהי' לה נאמנות על התוצאה שהיא חייבת להפסיד את כתובתה.

ו. דברי רש"י ביבמות דף כ"ה ע"ב.

ועיין ביבמות דף כ"ה ע"ב ברש"י ד"ה אין אדם משים עצמו רשע שכתב וז"ל, אין עדותו עדות אצל עצמו ליעשות רשע, והא דק"ל הודאת פיו כמאה עדים דמי הני מילי לממונא אבל לקנסא ולעונש מלקות ולפסול לא עכ"ל, הרי שכתב דהא דאינו מתחייב קנס על פי עצמו משום הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי הרי זה משום הדין שאין אדם משים את עצמו רשע. וצ"ע דא"כ למה בעינן דרשה כדי לומר שמודה בקנס פטור תיפוק לי' משום שאאמע"ר. וי"ל כמו שכתבנו כבר לעיל בסק"ג דבעינן לי' להיכא שהוא אומר שעשה בשוגג או להיכא שהוא אומר כן דרך תשובה דהא בהני גווני לא שייך הטעם של אאמע"ר.

ועכ"פ מזה שכתב רש"י שא"א לחייבו על פי עצמו משום שאאמע"ר חזינן שהיכא שהוא משים את עצמו רשע לא מהני הכח של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי.

מיהו העירוני שיש לפרש כוונת רש"י שם גם בדרך אחרת ממה שנקטנו, והיינו שלעולם היכא ששייך הודאת בעל דין כמאה עדים דמי הרי הוא נאמן אפילו אם עי"ז הרי הוא עושה את עצמו רשע וכמו בהמשנה בכתובות דף מ"א, ואין כוונת רש"י לומר שמודה בקנס פטור ולא אמרינן שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי משום שאאמע"ר, אלא כוונת רש"י היא לומר שבקנס לא שייך הכלל של הודאת בעל דין

כי אינו בגדר ממון, ואפילו כשאינו עושה את עצמו רשע, והיינו משום שהדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי נאמר רק על ממון, ושיעור דברי רש"י הוא כך, דהי' קשה לו דלכאורה הכלל של הודאת בעל דין סותר את הכלל של אאמע"ר, דהא הטעם למה אאמע"ר הרי הוא משום שאינו נאמן להעיד על עצמו, ואילו בממון חזינן ששפיר הכשירה התורה עדות על עצמו, ועל זה תירץ רש"י שזהו דין מיוחד רק בממון, אבל בשאר דברים כגון לחייב את עצמו בקנס או לעשות את עצמו רשע או פסול לעדות אינו נאמן להעיד על עצמו. וע"ע בקרן אורה ובספר נהור שגרא ביבמות שם שעמדו על דברי רש"י הנ"ל.

זח) עדים שמחייבים אותו קנס אינו דין שמחייבים אותו שבועה.

ע"י בשט"מ בד"ה עדים וכו' בשם גלינן שהקשה דנימא דיו, ואיך ילפינן ממה שעדים מחייבים אותו קנס שה"ה שהם מחייבים אותו גם שבועה. ות"י דהיכא דמיפרך ק"ו לא אמרינן דיו אלא שפיר דורשים את הק"ו. מיהו צ"ע דהא רק ר"ט סובר כן בב"ק דף כ"ה אבל רבנן חולקים. והנה יש לעיין למה חשיב בכלל ציור של דיו, הלא דיו הוא סברא, ואילו הכא מצד הסברא הוי שפיר קל וחומר, כי שפיר חזינן מפיו שיותר קל לחייב שבועה מלחייב קנס, אשר ממילא מכיון שעדים מחייבים קנס כ"ש שהם מחייבים שבועה. מיהו י"ל שבכל זאת שפיר י"ל דיו כי אולי יש איזו שהיא סיבה שלשבועה בעינן דוקא פיו, ולכן אע"פ שעדים מחייבים קנס אכתי

אין ראי' שהם מחייבים גם שבועה ושליכא סיבה מסוימת למה בעינן רק פיו. ועכ"פ יש להעיר למה הקשה השט"מ רק על הק"ו מקנס ולא גם על הק"ו מממון.

צט) ומה פיו שאין מחייבו קנס.

צ"ע דמה שפיו אין מחייבו קנס אין זה משום חלישות בהכח של פיו, אלא הרי זה משום דין מסוים שהודאתו פוטרת אותו בפועל, וכדקי"ל שאפילו אם אח"כ באו עדים הרי הוא נשאר פטור, וא"כ חזינן שהודאתו היא דבר הפוטרת.

מיהו ע"י בקצה"ח בסי' א' סק"ו שהוכיח מב"ק דף ע"ד ע"ב שנאמרו שני דינים במודה בקנס, חדא הדין שכבר הזכרנו שאם הוא מודה הרי הוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים, ודין זה נאמר רק במודה בפני ב"ד, אלא מלבד הדין הנ"ל נאמר עוד דין שהיכא שהוא מודה חוץ לב"ד אע"פ שאם יבואו עדים יהי' חייב אבל כל זמן שלא באו עדים אי אפשר לחייבו על פיו (ודלא כהסוברים שהביא שם ששפיר אפשר לחייבו על פיו). ומעתה יוצא שהיכא שהודה בקנס חוץ לב"ד אין הודאתו בגדר דבר הפוטר שהרי אם הדר באים עדים הרי הוא חייב, אבל בכל זאת אי אפשר לחייבו על פיו, וא"כ שפיר חזינן שפיו אינו מספיק חזק כדי לחייבו קנס גם היכא שאי אפשר לאתויי עלה דפיו כדבר הפוטר, וא"כ י"ל שהק"ו הוא מהיכא שהודה בקנס חוץ לב"ד.

מיהו לפ"ז צריכים לומר שגם המודה במקצת חוץ לב"ד מתחייב שבועה כי

אל"כ אכתי לא חזינן שיותר קל לחייב שבועה מלחייב קנס, כי אולי פיו מחייבו שבועה משום דהוי בפני ב"ד והרי אולי בפני ב"ד יש בכח פיו גם לחייבו קנס אלמלא הדין של פטור שנאמר במודה בקנס דהיינו שפיו הוא דבר הפוטר. ולעיל באות צ"ו סק"ב הבאנו מהתרומת הכרי שמודה במקצת חייב שבועה רק כשהוא מודה בב"ד.

מיהו צ"ע על דרכנו הנ"ל מהסיום של הק"ו שהרי מסיימים עדים שמחייבים אותו קנס אינו דין שמחייבים אותו שבועה והרי חוץ לב"ד גם עדים אינם מחייבים קנס (כגון שיש עדים שכת עדים העידה שלא בפני ב"ד) כמו שפיו אינו מחייב קנס. מיהו י"ל שאין דבר זה נקרא קולא בעדים כי י"ל שמה שאין העדים מחייבים חוץ לב"ד הרי זה כי במציאות המהות של הגדת עדות היא הגדת עדות בב"ד, אבל המהות של הודאה היא הודאה להבעל דין, וממילא אם יש דין נוסף שצריכים בפני ב"ד הרי זה שפיר נחשב קולא. מיהו אכתי צ"ע, כי אולי גם בעדים, אפילו אם הי' שפיר שייך המהות של הגדת עדות גם חוץ לב"ד, אבל אולי גם בעדים היינו מוצאים שהם מועילים רק בפני ב"ד.

ועוד צ"ע על דרכינו הנ"ל, דהנה ע"י בב"ק דף ס"ד ע"ב דדרשינן מאם המצא תמצא בידו הגניבה שמודה בקנס פטור, דדרשינן שאם המצא בעדים תמצא בדיינים, אבל לא היכא שנמצא חייב על פי עצמו דהיינו היכא שהודה בקנס, ומקשינן למה בעינן גם את הדרשה של אשר ירשיעון אלהים פרט למרשיע את עצמו, ומתרצינן שמהדרשה של אשר

ירשיעון אלהים דרשינן שהוא פטור אפילו אם אח"כ באו עדים. ולפ"ז יוצא שאת הדין שמודה בקנס הרי הוא דבר הפוטר היכא שהודה בפני ב"ד ילפינן מאשר ירשיעון אלהים, ואילו את הדין שאי אפשר לחייבו על פי הודאתו ילפינן מאם המצא תמצא, ומעתה צ"ע דלפי דברינו הנ"ל בביאור הגמ' כאן הי' רש"י צריך להביא כאן את הדרשה של המצא תמצא ולא את הדרשה של אשר ירשיעון אלהים, דהא ביארנו שהכוונה כאן היא למודה בקנס חוץ לב"ד, וצ"ע.

והנה יש להקשות עוד למה לא עשו ק"ו מהא דפיו אין מחייבו מלקות או מיתה, דהא התם לא נאמר דין שפיו פוטר, דהא אם הדר באו עדים הרי הוא חייב, וא"כ התם חזינן שיש חולשה בפיו אפילו בתוך ב"ד, דהיינו שאינו יכול לחייבו עונשים. ועי' בשט"מ בד"ה מאי ממון (בשם שיטה) שהעיר דבר זה, ות"י שהתם אין זה קולא בפיו אלא אדרבה חומרא, וצ"ב.

מיהו נראה לתרץ שהטעם למה פיו אינו מחייבו עונשים הרי זה כי אין אדם משים עצמו רשע כי הרי הוא קרוב אצל עצמו ויש כאן הפסול של קורבה וכמו שפירש"י בכתובות דף י"ח ע"ב, והרי גם עדים פסולים כשהם קרובים להבעל דין, וא"כ יוצא שאין זה תופעה שעדים עדיפי מפיו.

ק) בענין חזרה מהודאת בעל דין.

דיונים בדברי הנ"י בענין זה.

עי' בסוגיין דאמרינן מה לפיו שאינו

בהכחשה והזמה, כלומר שהוא נשאר חייב לשלם אע"פ שעדים פוטרים אותו.

והנה יש ג' סיבות לומר שאינו יכול לחזור בו מהודאת בעל דין, א', אם נאמר שגם בכל סוגי נאמנות נאמר הדין שאינו חוזר ומגיד ולא רק בשני עדים, ב', אפילו אם לא נאמר כן בשאר סוגי נאמנות, אלא רק בב' עדים, אבל בכל זאת אינו יכול לחזור בו מהודאת בעל דין כי אין לו נאמנות על ההפוך, דהתורה נתנה לו נאמנות רק על הצד של הודאה, ג', אפילו אם היתה לו נאמנות גם על ההפוך אבל עכ"פ אינו בדין שיוכל לעקור ולבטל את ההודאה, אלא הדין נותן שישאר בגדר הכחשה.

ומכיון שגם היכא שהוא חוזר בו אכת"י נשאר הודאתו הקודמת, הדין נותן שגם אם יש עדים כחזרתו אין חזרתו מועלת כי הודאת בעל דין עדיפא מעדים.

ומעתה יש לעיין בדברי הראשונים והאחרונים על היכא שהוא רוצה לחזור בו ויש עדים כחזרתו.

ובהאות הבאה נביא את דברי הראשונים והאחרונים על היכא שהוא רוצה לחזור בו בלי עדים אבל יש לו אמתלא.

א. עי' בני"י כאן שכתב שבע"כ צ"ל שהכוונה כאן היא שפיו אינו בהכחשה מעדים אפילו אם חזר לומר כהעדים, כי אל"כ, אלא הרי הוא עומד בדיבורו, מה שייך לומר שאינו בהכחשה ושאינו שומעים להעדים, אולי שפיר שומעים להעדים, ומאמינים להם, רק שאין מזה נפ"מ כי בכל זאת נשאר הדבר כאמירת פיו כי אי אפשר לאסור עליו לשלם אם הוא רוצה לשלם,

וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי שחזר לומר כהעדים, ועל זה אמרינן שאינו בהכחשה אלא הרי הוא נשאר חייב כהודאתו.

מיהו צ"ע, דלכאורה אין זה מוכרח, כי לעולם י"ל שלא חזר בו, רק שבכל זאת יש נפ"מ מזה שאינו בהכחשה ושאינן מאמינים את העדים, וכגון אם מת, דאם ישנו בהכחשה אז אין היורשים חייבים לשלם, והיורשים הרי אינם רוצים לשלם, אבל אם אינו בהכחשה אז היורשים חייבים לשלם.

א"נ י"ל דאיירי שלא חזר בו, רק שהתרשל מלשלם דכיון שפיו אינו בהכחשה רשאים אנו לכופו לשלם.

ב. שוב הביא הנ"י ראי' שלא מהני חזרתו מהגמ' בב"ב שאם המלוה אומר שלא נפרע מהשטר כלום, והלוה אומר שפרע מחצה, והעדים מעידים שפרע הכל, יש לו דין מודה במקצת וחייב לישבע, ואין העדים מועילים לפוטרו מלשלם או מלישבע כי הוא פסל את העדים על עצמו (ועי' בתוס' שם שהקשו למה נותנים לו לישבע הרי מאחר שפסל על עצמו את העדים הרי נשאר שיש להמלוה שטר על המקצת שכפר, ותיצרו תוס' שהרי הלוה הוא זה שנותן להמלוה את השטר וא"כ יש לו הפה שאסר ולכן א"א להשתמש בהשטר כנגדו ויש כאן לכל היותר רק מלוה על פה והרי כפר מחצה). ויש לעיין איפוא ראה הנ"י בהגמ' הנ"ל בב"ב שאינו נאמן לחזור לצד העדים. ובאמת המ"מ על הרמב"ם שהביא הנ"י להלן כתב ד"ל שהתם איירי רק אם הוא עומד בדיבורו.

מיהו י"ל שסובר הנ"י שאת"ל שאם הי'

חוזר ואומר כהעדים הי' נפטר א"כ גם עכשיו למה הוא נשבע על מה שכופר הלא יש לו מיגו שהי' יכול לעבור לצד העדים ולכפור הכל, ואין בזה העזה כיון שגם העדים אומרים כמותו, ד"ל שבכה"ג אינו מרגיש כמעיוז אע"פ שהלה מכיר בשקר ו גם עשה לו טובה כיון שיש כאן עוד משקרים והרי הוא רק אחד מכמה. מיהו זה נראה דוחק גדול.

ובדעת המ"מ י"ל דס"ל שאין לו מיגו כי באמת גם בכה"ג אין אדם מעיוז.

ג. ושוב הביא הנ"י ראי' מההיא דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי, דהיינו שאם הוא אומר לא לויתי והעדים מעידים שלוה ופרע הרי הוא חייב משום שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ויש כאן הודאת בעל דין מצדו שלא פרע, ונוקט הנ"י שהוא חייב אפילו אם הוא חוזר ואומר לויתי ופרעתי כמו שאומרים העדים. מיהו עי' בש"ך בסי' ע"ט סק"ב שהביא מהמב"ט דאה"נ הרי הוא שפיר יכול לחזור בו לצד העדים ולומר לויתי ופרעתי, והגמ' איירי כשהוא עומד בדיבורו.

ד. שוב הביא הנ"י את דברי הרמב"ם ששפיר יכול לחזור לצד העדים, ואם אמר בתחילה חייב אני לך, ושוב אמר נזכרתי ששלמתי, ויש עדים שמעידים כן הרי הוא פטור, אלא שביאר הנ"י שכוונת הרמב"ם היא רק להיכא שחזר לפני שבאו העדים, אבל אם חזר אחרי שבאו העדים אינו נאמן, אלא אמרינן שחזר בו בגלל העדים, וכן ביאר הנ"י את לשונות הרמב"ם שם. עוד ביאר הנ"י בכוונת הרמב"ם שהוא

יכול לחזור בו רק היכא שבתחילה אמר חייב אני לך ושוב אמר נזכרתי ששילמתי, אבל לא היכא שבתחילה אמר לויתי, ושוב חזר לומר לא לויתי, דהיינו שהוא מכחיש בהכחשה גמורה את דיבורו הראשון עיי"ש.

והנה שיטת הרמב"ם צריכה ביאור מצד הסברא, כי מכיון שבלי עדים אין לו נאמנות לחזור בו, וכן גם עדים לחודייהו אינם נאמנים נגד הודאת בעל דין, למה שניהם יחד שפיר מצטרפים. ועוד דמה הוא הנפ"מ אם הוא סותר דיבורו לגמרי או לא, הלא בשניהם יש חזרה מהודאת בעל דין.

ויש לבאר, דהנה בעדות יש דין של אינו חוזר ומגיד אפילו ע"י אמתלא כמבואר בסנהדרין דף מ"ד ע"ב, וכן אפילו אם הם אומרים שמעולם לא העידו וכמו שמבואר בקצה"ח בסי' מ"ו סק"י שאם הוא אומר שחתמתו על השטר היא מזויפת אינו נאמן כי כל היכא שהי' מקובל אצלינו שיש מצדו הגדת עדות אינו יכול להפוך את הדבר.

מיהו בהודאת בעל דין אע"פ שילפינן מכי הוא זה שהוא נאמן, אבל י"ל שלא נאמר אצלו הך גזירת הכתוב שאינו חוזר ומגיד, אלא הא דאינו יכול לחזור בו מהודאת בעל דין ולומר שטעה הרי זה רק משום שעל צד הפטור אינו נאמן כי אינו נאמן לומר דבר לזכותו והרי הוא נשאר רק עד אחד, וגם גרע מעד אחד כיון שהוא קרוב אצל עצמו ונוגע בדבר, אבל אם על דרך משל יהי' לו מיגו, אשר אז שפיר יש סיבה להאמינו, הדין נותן ששפיר יהי' נאמן, כי יש מיגו שמראה שאומר אמת

במה שאמר טעיתי, וא"כ כ"ש שהיכא שיש עדים כחזרתו יש כאן סיבה להאמין את דבריו בחזרתו.

מיהו הנ"ל אמת רק היכא שאומר טעיתי, כי בכה"ג יוצא שבאמת אין העדים מכחישים לשום הודאת בעל דין, כי יוצא שלפי דבריו האחרונים בכלל לא היתה שום הודאת בעל דין כיון שאמר את המלים בטעות, ובהודאת בעל דין לא נאמרה גזירת הכתוב כמו בעדות דהיכא שהוחזק אצלינו אינו יכול להפוך את הדבר, אבל היכא שאומר ששיקר בתחילה א"כ בכה"ג לא יעזור להביא עדים כי גם לפי חזרתו הרי יוצא ששפיר עשה פעולה של הודאת בעל דין, רק שעשאו בשקר, אבל שפיר מיקרי שהי' מעשה הודאה, והרי לא הוא ולא עדים יכולים להכחיש הודאה. מיהו באמת יש לפקפק גם על היכא שאומר שטעה ומביא עדים, כי סוף סוף אין מהעדים ראי' שטעה ולא שיקר, ורק הוא זה שאומר שטעה ושלא היתה כאן הודאה כלל, וא"כ אולי כיון שאינו נאמן לזכותו לחזור בו ולומר שהודה בשקר, אולי גם אינו נאמן לומר לנו שבאמת לא היתה כאן שום הודאת בעל דין, אלא כל זמן שלא ידעינן שטעה צריכים לנקוט שהיתה הודאה במודעות ולא בטעות, ואין העדים נאמנים נגד הודאתו.

ועכ"פ כל הנ"ל הוא רק באופן ששייך לומר שטעה, אבל לא היכא שיש אנן סהדי שלא טעה, וכגון היכא שאומר לויתי ואח"כ אומר טעיתי ולא לויתי, דאין אנשים טועים בדבר כזה, אבל היכא שלוח, שפיר יכול לומר שטעה ואמר שהוא חייב כי לא נזכר שפרע, ולכן סובר הרמב"ם

שהיכא שאמר לויתי וחזר לומר לא לויתי אינו נאמן בחזרתו.

מיהו להלן בהאות הבאה בקטע "והנה מעתה" הבאתי מהקו"ש שגם היכא שאמר שיקרתי בהודאתי הרי זה נקרא שלא עשה את המעשה של הודאת בעל דין.

וע"ע ברא"ש בגיטין דף י"ד ע"א שכתב שמדברי הר"ח ור"ת שהביא שם מבואר שאינו נאמן לומר טעיתי אפילו במיגו, כי אין הדרך לטעות. וביאר הק"נ דהוי מיגו נגד אנן סהדי וכ"כ הרשב"א שם להדיא (וכבר כתבנו שזהו הטעם למה סובר הרמב"ם שהיכא שאמר לויתי אינו יכול לחזור בו עם אמתלא דטעיתי ולומר לא לויתי אפילו אם יש לו עדים, דביארנו כי בכה"ג יש אנן סהדי שלא טעה וא"כ אכתי יש הודאת בעל דין דעדיף מעדים).

וגם המרדכי בריש פרק חזקת הבתים בסי' תקכ"ד כתב שאפילו ע"י מיגו אינו יכול לחזור ולומר טעיתי ולא הייתי חייב לך, אלא שבדבריו מבואר דהיינו משום ההלכה של אינו חוזר ומגיד. ונראה דהיינו משום דס"ל שילפינן הודאת בעל דין מעדים לענין שגם בהודאת בעל דין נאמר הדין של אינו חוזר ומגיד. דעיי"ש שכתב שאינו נאמן לומר טעיתי אע"פ שיש לו מיגו ד"כיון דהודה מעיקרא הו"ל הודאת בעל דין כק' עדים דמי, ואילו יש עדים שמעידים עליו שלא טעה ויודעים שהוא חייב להם והוא אומר העדים טעו כי לא הייתי חייב לא מהימנינן לי' לומר העדים טעו במיגו דאי בעי אמר העדים אומרים אמת אבל אח"כ פרעתי, מ"ט מיגו במקום עדים לא אמרינן, השתא נמי דהודאת פיו כמאה עדים דמי, מיגו במקום הודאת פיו

לא אמרינן", פי' דאע"פ שלפי מה שהוא אומר טעיתי הרי יוצא שמעולם לא הודה, אבל בעינינו הרי קבלנו ממנו הודאת בעל דין, ולכן אינו יכול לחזור ולבטלו, כמו שאינו יכול לבטל דברי עדים ע"י שהוא אומר שטעו ואפילו אם יש לו מיגו, והתם אפילו העדים עצמם אינם יכולים לחזור בהם ולומר שטעו, ואע"פ שלפי דבריהם עכשיו יוצא שמעולם לא העידו עדות כי הי' טעות, אבל מ"מ מכיון שאצלינו היו דבריהם מקובלים כעדות, שוב אינם יכולים להפוך דבר זה, כמו היכא שעדי השטר אומרים שהשטר מזויף, דאינם נאמנים אפילו במיגו.

והנה הנ"י הביא שהרשב"א והר"ן חולקים על הרמב"ם וסוברים שאינו יכול לחזור מהודאת בעל דין אפילו אם יש עדים כחזרתו.

ועי' בב"ב דף ל' ע"ב בסוף דברי הרשב"ם שם שכתב שאינו יכול לחזור בו מהודאת בעל דין אפילו אם יש עדים כחזרתו, ולכן אינו יכול להיות "טוען וחוזר וטוען" אפילו אם יש עדים כטענתו השני' (כי טענתו הראשונה חשיבא הודאת בעל דין שאין לו טענה אחרת), ודלא כהיש מפרשים שהביא שם. ויש מקום לומר שהיש מפרשים סוברים כהרמב"ם ששפיר מהני חזרתו היכא שיש עדים כחזרתו. מיהו גם י"ל שהיש מפרשים שם סוברים שההיא דהתם אינו ציור של הודאת בעל דין, כי סבירא להו כהדרך שהטעם למה אינו חוזר וטוען אינו משום שטענתו הראשונה חשיבא הודאת בע"ד נגד שאר טענות, אלא הטעם הוא משום שהחזק כפרן בטענתו הראשונה, ולכן אי אפשר להאמינו על

טענתו השני, ולכן היכא שיש עדים כטענתו השני הרי הם שפיר מועילים.

והנה שיטת הרמב"ם היא שמפסור לפסור אפשר לחזור ולטעון. וכתבו הראשונים דהיינו משום שיש לו מיגו שהי' יכול להשאר עם טענתו הראשונה, וביאר הקו"ש בב"ב אות קי"ד כהדרך שכתבנו לעיל דכיון שאין בהודאת בעל דין הלכה של אינו חוזר ומגיד, רק שא"א להאמינו בחזרתו, א"כ כשיש לו מיגו הרי הוא שפיר נאמן. מיהו צריכים להוסיף לזה שע"י האמתלא הרי הוא כאומר שאין כאן דבריו הראשונים כי אל"כ אכתי עומדים דבריו האחרונים נגד ההודאת בעל דין של דבריו הראשונים שעדיפא ממיגו וממאה עדים.

קא) מקומות שמצינו שמהני חזרה ע"י אמתלא גם בלי עדים לחזרתו.

ע' בשב שמעתתא בשמעתא ו' פרק ח' שהביא את ספיקת חכמי פרויבניציא בענין הנאמנות של אב לומר על בתו שהיא מקודשת האם הוא יכול לחזור בו ע"י אמתלא, ותלה הש"ש את הדבר בשני ביאורים בהגמ' בכתובות דף כ"ב ע"א דאיתא שהאומרת טמאה אני לך יכולה לחזור בה ע"י אמתלא, דאם הנאמנות של טמאה אני לך היא רק משום שויה אנפשה חתיכה דאיסורא, אבל לא משום ע"א נאמן באיסורין כי הוי נגד החזקת היתר שלה, וע"א אינו נאמן נגד חזקה וכמו שסובר הרא"ש בגיטין דף נ"ד ע"ב, א"כ אכתי יתכן שהיכא שיש נאמנות גמורה, ולא רק לגבי נפשה, וכגון ע"א באיסורין, ואב על

בתו, לא מהני אמתלא, אלא גם עליהם נאמר הדין של אינו חוזר ומגיד אפילו ע"י אמתלא, אבל אם נאמר שהנאמנות של טמאה אני לך היא משום ע"א נאמן באיסורין, וכהרמב"ן והרשב"א ביבמות דף פ"ח ע"א שע"א נאמן אפילו כנגד חזקה, א"כ יוצא שאע"פ שהוא משום נאמנות אבל בכל זאת מהני אמתלא, ולא ילפינן מעדות שיש דין של אינו חוזר ומגיד, וא"כ הה"נ לאב על בתו, עכ"ד הש"ש.

(וע"ע בש"ש שם שהביא משו"ת הר"ן שאם העיד ע"א באיסורין חוץ לב"ד הרי הוא יכול לחזור בו בב"ד אפילו בלא אמתלא.)

והנה מעתה צ"ע דאם לא נאמר דין של אינו חוזר ומגיד א"כ למה צריך אמתלא ולמה אינו יכול לחזור בו גם בלא אמתלא, וביאר הקו"ש בב"ב אות ת"ט ות"י שבע"א נאמן באיסורין אינו יכול לחזור בו בלא אמתלא כי אכתי הוי הכחשה של חד כנגד חד, ועוד דכל מקום שהאמינה התורה ע"א הרי הוא כשנים ולא היתה מועלת חזרה כלל, וכן בשויה אנפשי' חתיכה דאיסורא לא הי' נאמן כי אין לו שום נאמנות כלל לצד ההיתר אלא רק לצד האיסור, ולכן לא היתה מועלת חזרה, אבל אמתלא פועל שמיקרי שמעולם לא שויה אנפשי' או אמר עדות (והנה דבריו אלו סותרים את מה שכתבנו בהאות הקודמת שהודאת בעל דין בשקר מיקרי שפיר מעשה הודאת בע"ד [משא"כ כשהודה בטעות]).

מיהו באמת יש לעיין בזה, איך הוא יכול לחזור בו ע"י אמתלא, ואיך יורד העובדא שיש כאן הכחשה, הלא סו"ס

דבריו הראשונים הם נגד האמתלא, וא"כ למה אין הדבר נשאר לכה"פ הכחשה. ולעיל בהאות הקודמת השתמשנו בדבר זה שע"י טעיית הרי הוא כאומר שמעולם לא אמר דבריו הראשונים רק להיכא שיש עדים כחזרתו.

עוד צ"ע דמדברי הש"ש הנ"ל יוצא שמשויא אנפשי חד"א הרי הוא בודאי יכול לחזור בו ע"י אמתלא גם בלי עדים, והרי הקצה"ח בסי' ל"ד סובר ששויא אנפשי חד"א נלמד מכי הוא זה כמו הודאת בעל דין, וא"כ צריך לצאת שגם מהודאת בע"ד הרי הוא יכול לחזור בו ע"י אמתלא.

ועי' באמת בקצה"ח בסי' פ' סק"א שהביא מחלוקת אחרונים בענין אם הוא יכול להיות "טוען" וחוזר וטוען ע"י אמתלא, ואיירי בלי עדים לצד חזרתו, והרי הטעם למה אינו חוזר וטוען הרי זה משום הודאת בעל דין (דטענתו הראשונה נחשבת הודאת בעל דין שאין לו טענה אחרת), והביא שיש שנסתייעו מהא דמהני חזרה ע"י אמתלא בשויא אנפשי חד"א, והקצה"ח עצמו כתב שרק באיסורין מהני אמתלא אבל לא בממון דהוי דבר שבינו לחבירו. ויש לבאר שכוונתו היא שבכה"ג אינו נאמן על האמתלא כי הוא חשוד לשקר משא"כ באיסורין (וצ"ע). גם י"ל משום שבממון יש פסול קורבה ואדם קרוב אצל עצמו משא"כ באיסורין. ולפ"ז אם יש לו מיגו לצד חזרתו אז הרי זה שפיר יועיל, וכן עדים יועילו.

והנה בספר דברי יחזקאל בסי' כ"א קטע ו"ראיתי" הביא את קושיית החמדת שלמה

על הש"ש דשאני אב על בתו מע"א באיסורין כי באב על בתו אין לו שום נאמנות בסיסי על הצד ההפוך, משא"כ ע"א באיסורין נאמן גם על צד האיסור וגם על צד ההיתר, וא"כ אולי באב על בתו אינו יכול לחזור בו אפילו ע"י אמתלא. ברם לעיל צידדנו שגם היכא שאין נאמנות על הצד ההפוך אבל לפעמים ע"י האמתלא הרי הוא כאומר שאין כאן דבריו הראשונים, ודבר זה הרי הוא שפיר יכול לומר.

והדברי יחזקאל תי' על קושיית החמדת שלמה דאע"פ שאין לו נאמנות על ההפוך, אבל להכחיש הרי הוא שפיר יכול (ויש דוגמא לדבר זה, הובא לעיל באות נ' סק"ב, בעד טומאה, דביאר הגר"ח שאע"פ שע"א אינו נאמן לצד הטרהרה אבל להכחיש הרי הוא שפיר יכול כל זמן שהראשון לא נעשה כשנים ע"י קבלת העדות או פסק דין).

קב) המחלוקת בין רבי מאיר ורבנן.

א. המשנה והברייתא במס' כריתות.

הנה בהמשנה בכריתות דף י"א ע"ב תנן שאם שנים אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי רבי מאיר מחייב ורבנן פוטרים משום "מה אם ירצה לומר מזיד הייתי". מיהו בהברייתא שם (וכן ביבמות דף פ"ז ע"ב) איתא שהיכא שע"א אומר אכלת חלב והוא מכחיש הרי הוא פטור משום דכתיב והודע אליו ולא שיודיעהו אחרים, ובאמת סגי בהטעם של מה אם ירצה לומר מזיד הייתי גם כשהוא מכחיש ע"א, רק

שצריכים הודע אליו כדי לפטור גם כשהוא אומר איני יודע וכמו שנבאר.

ב. הדרך שסברת רבנן היא שנאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש.

והנה בכריתות דף י"ב ע"א איתא בגמ' ב' לשונות בענין מה הוא טעמם של רבנן, דדרך אחד הוא משום שנאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש, ופירש"י שם שהטעם למה הוא נאמן הרי זה כי בודאי אם אכל לא הי' משקר אלא הי' מביא ברצון קרבן כדי להתרצות לפני קונו.

מיהו הרמב"ן בסוגיין וכן ביבמות דף פ"ז ע"ב כתב שאין הכוונה שיש לו ממש נאמנות, אלא הכוונה היא שנוהגים עמו כאילו הוא נאמן אפילו נגד מאה איש, כי

הוי מילתא דנפשי', ואם הוא אומר שפטור אין לנו להתערב, כמו שמצינו שאין ממשכנין אותו*).

ועוד אפשר לפרש שהטעם הוא משום הגזיה"כ הנ"ל שיש תנאי של "והודע אליו" דבעינן שהוא עצמו יסבור שהוא חייב, וכיון שהוא אומר שלא אכל, מאמינים לו שאינו מתכוין לשקר אלא שהוא עצמו סבור שלא אכל כיון שאין עדים כנגדו בנוגע לדבר זה, ולכן אין כאן והודע אליו והרי הוא פטור גם בעינינו בתורת ודאי.

ולפי הדרך הנ"ל השלישי יש לפרש את כוונת הדרך של נאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש בב' דרכים, א', שהוא נאמן

(* והנה בדבריו אלו נקט הרמב"ן שהטעם למה אין ממשכנין אותו הרי זה כי הוי מילתא דנפשי' ואין לנו להתערב, אלא אם ירצה יתכפר ואם לא ירצה א"כ אין זה עסקינו אם ישאר בלי כפרה. וכדברים אלו כתב הרמב"ן גם ביבמות וז"ל, דכיון דמילתא דנפשי' היא, וחייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותו, מה יש לב"ד עליו, אם ירצה להתכפר יביא קרבן ויתכפר, ואי לאו לא יתכפר עכ"ל.

מיהו ברש"י בערכין דף כ"א ע"א על המשנה שאין ממשכנין אותן מבואר שהטעם הוא כי אנו בטוחים שיביא מעצמו ולא ישהה את הדבר כי הוא בודאי רוצה את הכפרה. ולפ"ז אין זה ענין לכאן שהוא אומר בפירוש נגד עדים, כי לפי רש"י אם בצירורים אלו אינו נאמן א"כ שפיר הי' לנו להתערב, וא"כ בע"כ צ"ל שהטעם הוא משום שהוא נאמן באמת וכמו שהבאנו שפירש"י ביבמות.

ולפי טעמו של הרמב"ן הדין נותן שאפילו אם הוא אומר בפירוש שלא יביא חטאתו, או שכבר עברו ג' רגלים, גם בהני גווני אין ממשכנין, משא"כ לפי רש"י הרי בהני גווני שפיר רואים שהוא משהה את הדבר. ונביא את דעות הראשונים בצירורים אלו.

והנה הגרש"ש בב"ק סי' ג' הוכיח מדברי הרמב"ן במכות דף ב' שאם כופרא הוא כפרה גם היכא שאמר שאינו מביא אין ממשכנין. מיהו יש כמה ראשונים שחולקים על זה, וס"ל שאם ב"ד רואים שאינו רוצה לשלם כופר הרי הם שפיר ממשכנין על הכופר אע"פ שכופרא כפרה הוא, וכן סוברים תוס' בב"ק דף מ' ע"א בד"ה חייבי וכו' וכמו שביאר הרשב"א שם את דבריהם, וכן היא דעת הרמב"ם בפ"י מהל' נ"מ ה"ד כמש"כ המ"מ שם ועיי"ש בלח"מ. ובספר ברכת שמואל על ב"ק בסי' ל' סק"ג כתב שבאמת גם הרמב"ן במכות סובר כן.

וע"ע במלחמות בב"ק בריש פרק דו"ה בסוף ד"ה ועוד אנן וכו' שהביא סוברים שגם בחטאת ואשם כופין לאחר ג' רגלים והסכים הרמב"ן עמהם. וגם תוס' בר"ה דף ו' ע"א בד"ה יקריב כתבו שממשכנין לאחר ג' רגלים. ועי' גם בתוס' ביבמות דף פ"ז ע"ב בד"ה ר"מ דמבואר דס"ל שאם הוא אומר שאינו רוצה להביא, אז גם בחטאת ממשכנין, אבל בכריתות דף י"ב ע"א בד"ה או וכו' כתבו שגם ככה"ג אין ממשכנין, אבל כשאינו מהביא כי הוא סובר שהוא פטור שפיר ממשכנין.

שהוא עצמו סבור שלא אכל, אלא שלפ"ז צ"ע מה הוא הסיוע של יותר ממאה איש, דהא אין כאן עדים בנוגע למה הוא עצמו חשב, ב', יש לפרש כהרמב"ן שנוהגים עמו כאילו ה' נאמן יותר ממאה איש.

ג. הדרך שטעמם של רבנן הוא משום מיגו ושגם מתרצינן דיבורו.

והדרך השני של הגמ' בכריתות שם הוא שטעמם של רבנן הוא משום מיגו דאי בעי אמר מזיד הייתי, ולהלן בכריתות שם אמרינן שיש בזה תופעה של מתרץ דיבורו, ופירש"י בכריתות שם שהמיגו הוא שהי' יכול עכשיו לתרץ את דיבורו ולומר שמה שאמר קודם לא אכלתי פירושו הוא לא אכלתי שוגג אלא מזיד, וי"ל דהא דלא נקט מיגו שבמקום לומר בתחילה לא אכלתי הי' יכול לומר אכלתי מזיד, הרי זה משום שהוא סובר שכדי להיות נאמן נגד עדים צריך מיגו שבידו לעשות גם עכשיו, וצריך בירור. ועוד דאם הכוונה היא שהי' יכול בתחילה לומר שאכל במזיד אין כאן תופעה של מתרץ דיבורו.

ד. כוונת רש"י בב"מ כאן שהזכיר מיגו, וגם את הדרשה של והודע.

ברם אצלינו כתב רש"י שיש לו מיגו שבמקום לומר בתחילה לא אכלתי הי' יכול לומר אכלתי מזיד. מיהו לפ"ז לא מובן איך יש כאן תופעה של מתרץ דיבורו. וי"ל שאין כוונת רש"י כאן להדרך השני בכריתות שם שטעמייהו דרבנן הוא שנאמן נגד עדים משום מיגו, אלא כוונתו היא להדרך הראשון של אדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש, ואזיל כהדרך שכתבנו שצריכים שהוא עצמו מאמין שהוא חייב

והרי הוא נאמן לומר שהוא עצמו מאמין שאינו חייב, וזהו כוונת הדרך הראשון שם, ועל זה כתב רש"י שהטעם למה הוא נאמן לומר שהוא עצמו מאמין שלא אכל הרי זה כי יש לו מיגו ואין כנגדו עדים בנוגע למה שהוא אומר שהוא עצמו מאמין שלא אכל (מיהו צ"ע על זה, למה צריכים מיגו כדי להאמינו שהוא עצמו מאמין שלא אכל, ולמה אינו נאמן גם בלא מיגו כיון שאין מי שמכחיש אותו).

והנה רש"י כאן הביא גם את הדרשה של והודע אליו. וי"ל דהיינו משום שמהדרשה ילפינן את הדין הנ"ל שצריכים שהוא עצמו יסבור שאכל.

גם י"ל כהנ"ל שרש"י אזיל כהדרך הראשון שנאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש, וס"ל שלפי הדרך הראשון הרי הוא נאמן באמת שהעדים משקרים משום שיש לו מיגו רגיל ומהני משום שקמ"ל הפסוק שהכא שפיר מהני מיגו רגיל במקום עדים.

ה. דברי תוס' בכריתות על הטעם של מיגו.

ותוס' בכריתות שם, וכן בסוגיין, הקשו על הדרך השני שם דהא מיגו במקום עדים לא מהני (והוסיפו הראשונים שאפילו מיגו שבידו לעשות עכשיו לא מהני במקום עדים). מיהו י"ל שקמ"ל הפסוק של והודע אליו שמיגו (שבידו לעשות עכשיו ע"י שיתרץ את דיבורו) במקום עדים שפיר מהני הכא וכמו שכתבנו לעיל בסמוך לפי רש"י כאן.

ותוס' בכריתות, וכן המרדכי כאן, הקשו עוד שאין כאן מיגו כי אולי אינו רוצה לומר שעבר במזיד. מיהו אם מיגו מהני

מדין זכות טענה ולא מדין ראי' א"כ לא איכפת לן בזה שלא רצה לומר את הטענה השני' כמו שלא איכפת לן בזה במיגו דהעזה וכמו שכתב הקו"ש בחלק ב' בסי' בג' אות כ"ב - כ"ג, וכן בב"ב אות כ"ז. ומפרשים תוס' שכוונת הדרך של מיגו היא שבאמת אנחנו מעצמינו מפרשים את דיבורו ואומרים שהוא נתכוין לומר לא אכלתי שוגג אלא מזיד, ואין הכוונה בכריתות שם למה שנקרא תמיד בשם "מיגו", אלא הכוונה היא שמיגו שהי' הוא עצמו נאמן לא אכלתי שוגג אלא מזיד מש"ה כשאמר שלא אכל מתרצים את דיבורו שכך נתכוין.

מיהו אכתי יש להעיר על רש"י, כי רש"י כתב כאן את הדרך שהכוונה היא למיגו רגיל ובכל זאת כתב לשון של "מה לו לשקר" דהיינו לשון של בירור, וא"כ אכתי קשה עליו קושיית תוס' שאולי אינו רוצה לומר שעבר במזיד.

ו. דברי הרשב"א בביאור המיגו ומתריצין דיבורו.

והרשב"א כאן פי' שהטעם למה מתרצים את דיבורו הוא משום שיש לו הכח של מיגו דאי בעי אמר לא אכלתי שוגג אלא מזיד, דכיון שיש לו את הראי' הנ"ל של מיגו, אע"פ שלא מהני לענין מה שהוא אומר לא אכלתי משום דהוי במקום עדים, אבל הרי זה גורם לנו לתרץ את דיבורו, וצ"ב.

ז. דברי תוס' בב"מ כאן בביאור מה שאמרו חכמים מה אם ירצה לומר מזיד הייתי.

והנה תוס' בסוגיין כאן כתבו שאם

נאמר שטעמם של רבנן הוא משום שנאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש א"כ צ"ל שמה שאמרו רבנן מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הרי זה לדבריו דרבי מאיר. והריטב"א כאן כתב לפרש שהטעם למה האמינה אותו התורה יותר ממאה איש הרי זה כי היתה לו הברירה לומר מזיד הייתי, אבל אין הכוונה להכח של מיגו, אלא מכיון שהי' יכול לומר מזיד הייתי לכן האמינה לו התורה, וצ"ע.

ח. בענין שמאחר שיש סברות לדברי חכמים למה צריכים את הדרשה של והודע.

ולפי כל הנ"ל יוצא כך, שלפי הדרך של נאמן אדם על עצמו וכו' הא דצריכים את הדרשה של והודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים הרי זה כדי להשמיענו נאמנות זו, כי מעצמינו לא היינו אומרים את הסברות של רש"י והרמב"ן והריטב"א. ולפי הדרך השלישי שכתבנו בביאור נאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש צריכים את הפסוק כדי להשמיענו שהוא עצמו צריך להאמין שהוא חייב. ולפי הדרך של מיגו א"כ לפי רש"י שמפרש מיגו כמו בכל מקום א"כ י"ל שצריכים את הפסוק כדי לומר שהכא מהני מיגו במקום עדים וכמו שכתבנו כבר. ולפי רש"י בכריתות שם אתי לאשמועינן שמיגו של בידו לעשות עכשיו מהני נגד עדים. ולפי תוס' י"ל שצריכים את הפסוק כדי לומר שמתריצין דיבורו אע"ג דהוי דבר רחוק קצת לומר שכך נתכוין, ומכ"ש שצריכים פסוק לפי הרשב"א.

ועוד י"ל כמו שכתבנו שצריכים את הפסוק כדי להשמיענו שיש תנאי חדש של

והודע אליו, ושלכן אם עד אחד אומר
אכלת והוא אומר איני יודע הרי הוא פטור.

ט. בענין היכא ששנים אומרים שאכל חלב והוא אומר שאינו יודע.

והנה תוס' בכריתות דף י"א ע"ב בד"ה
אלא וכו' סוברים שהיכא ששנים אומרים
אכלת חלב והוא אומר איני יודע פשיטא
שהוא חייב גם לפי רבנן. ובאמת אם טעמם
של רבנן הוא משום מתרצינן דיבורו או
משום מיגו א"כ היכא שאומר איני יודע
לא שייך לומר טעמים אלו. וכן אם טעמם
הוא כהדרך הראשון של נאמן אדם על
עצמו יותר ממאה איש, דהיינו שהוא ממש
נאמן וכדברי רש"י בכריתות, א"כ היכא
שהוא אומר איני יודע לא שייך לומר
שהוא נאמן, אלא הרי הוא שפיר מתחייב
על פי העדים. אבל אם הכוונה היא משום
דבעינן והודע אליו, לכאורה גם היכא שיש
שני עדים והוא אומר איני יודע חסר
בוהודע אליו כיון שהוא אומר שאינו יודע.
מיהו הרמב"ן ביבמות דף פ"ז ע"ב כתב
שבכה"ג הרי זה נחשב שהוא עצמו מודה
לדבריהם, וא"כ הרי זה שפיר נחשב והודע
אליו ויהי' חייב, וכן לפי דברי הרמב"ן
שאינן ב"ד מתערבין במילי דנפשי, ב"ד
צריכים להודיעו שהוא עצמו חייב להביא
כי דעתו בטילה לגבי העדים, ולאחר שב"ד
מודיעים לו הרי זה כבר מילתא דנפשי.
ולהלן באות ק"ט נבאר דבר זה יותר ונביא
שיש אומרים שהוא פטור באמת.

קג) עוד בענין טעמם של רבנן דר"מ.

הנה כבר הבאנו בהאות הקודמת שהגמ'

בכריתות חקרה אם טעמם של רבנן הוא
משום שאדם נאמן על עצמו יותר ממאה
איש, או האם טעמם הוא משום מיגו כמו
שפירש"י א"נ משום שמתרצים דיבורו כמו
שפירשו תוס', וגם הבאנו שביארו תוס'
כאן שלפי הצד שטעמם הוא משום שנאמן
אדם על עצמו יותר ממאה איש הא דאמרו
לו לרבי מאיר מה אם ירצה לומר מזיד
הייתי הרי זה לדבריו רבי מאיר, אבל אין
זה טעמא דנפשיהו. ונראה שהסיבה לצדד
שטעמם הוא משום שאדם נאמן על עצמו
וכו', ולא ללמוד כהפשטות שמה שאמרו
מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הרי זה
טעמא דנפשיהו, הרי זה משום שאע"פ
שבהמשנה איתא שאמרו לו לר"מ מה אם
ירצה לומר מזיד הייתי, אבל הרי יש גם
את הברייתא דתניא והודע אליו ולא
שיודיעוהו אחרים דמזה משמע שיש גזירת
הכתוב שהוא נאמן יותר ממאה איש כי
ס"ל להלשון הראשון שבשביל לומר מיגו
או מתרין דיבורו לא בעינן קרא.

ולפי הצד ש"מה אם ירצה לומר מזיד
הייתי" הרי זה באמת טעמא דנפשיהו
לכאורה צ"ל שהברייתא היא תנא אחר ולא
רבנן דרבי מאיר.

מיהו לפ"ז יוצא שא"א לומר גם יחד
את הטעם של ולא שיודיעוהו אחרים וכן
את הטעם של מיגו ומתרין דיבורו, ואילו
רש"י כאן על מה שאמר הש"ס שעדים אין
מחייבים אותו קרבן פי' דהיינו משום ולא
שיודיעוהו אחרים, ואילו בפירושו על רבנן
דר"מ פי' שטעמם הוא משום מיגו, ואילו
מרהיטת הסוגיא משמע שהכוונה במאי
דאמרינן שעדים אין מחייבים אותו קרבן

היא לדעת רבנן דרבי מאיר שהביאו בההמשך.
וצ"ל כמו שכתבנו בהאות הקודמת שהפסוק בא לומר שהכא מהני המיגו אע"פ שהוא במקום עדים. ולפי תוס' קמ"ל הדרשה שצריכים לתרץ את דיבורו אע"פ שהוא דבר רחוק.

ולפי הדרך שכתבנו בהאות הקודמת שכוונת רש"י כאן במיגו היא להדרך של נאמן על עצמו ושרש"י מפרש שהכוונה היא שנאמן על עצמו שהוא עצמו מאמין שלא אכל כי יש לו מיגו א"כ י"ל שקמ"ל הפסוק שיש תנאי שהוא עצמו צריך לסבור שהוא חייב.

וכבר ביארנו רוב האמור כאן גם בהאות הקודמת בסדר שונה.

קד) היכא שהוא אומר אכלתי ושנים אומרים לא אכלת.

הנה היכא שהוא אומר אכלתי ועדים אומרים לא אכלת, כתבו תוס' כאן בד"ה מה לפיו וכו', שלפי רבי מאיר שסובר שעדים עדיפי מפיו הרי הוא פטור. והריטב"א בשט"מ סובר שהוא חייב בכה"ג לפי רבנן בגלל שיש פסוק מיותר שהרי כתיב גם והתודה וגם הודע אליו, ואע"פ שוהתודה כתוב גבי אשם, אבל בכל זאת חזינן משם גם שסומכים עליו שהוא חייב באמת קרבן, וא"כ ה"ה לחטאת, וא"כ ל"ל קרא דוהודע, וצ"ל כדי להשמיענו שהוא נאמן נגד עדים שפוטרים אותו. וע"ע באות ק"כ סק"א. וגם הרמב"ן בסוגיין כתב שהוא חייב לפי רבנן (ועיי"ש בדרכו האחרון).

והשט"מ הביא בשם שיטה חיצונית ור"פ שסומכים על דבריו שאומר אכלתי, אבל דנו בענין כמה סומכים עליו בכה"ג, דהיינו האם גם אנחנו נקריב את הקרבן, או האם רק נותנים לו עצמו להקריב אם הוא כהן. וע"ע בזה באות ק"ח.

קה) היכא ששנים אומרים אכלת והוא אומר איני יודע.

הנה היכא שב' עדים אומרים אכלת והוא אומר איני יודע, לפי רבי מאיר הרי הוא בודאי חייב, וכן לפי רבנן י"ל שהוא חייב בגלל הנאמנות של שנים, א"נ בגלל שהוא עצמו חייב להודות ולקבל את העדים. וכן סוברת הס"ד ביבמות דף פ"ז ע"ב (שאמרה "הא קרא למה לי" בתמי') שהוא חייב. ותוס' כאן, וכן תוס' בכריתות סוף דף י"א, סוברים שהוא חייב. וכן סובר הרמב"ן ביבמות שהוא חייב, וביאר כי בכה"ג גם הוא צריך להודות להעדים. מיהו מפשטות דברי הרמב"ן בסוגיין נראה שהוא פטור. וכן סובר הריטב"א בשם יש שתירצו שהוא פטור, אבל הריטב"א עצמו כאן סובר שהוא חייב. והמהרש"א בקידושין דף ס"ה סובר שהוא פטור.

ולפי הפוטרים צ"ל שמאי דנקטה הסוגיא ביבמות שהוא חייב הרי זה כי רק אח"כ בה"תדע" הגיעה הגמ' להסברא של "מילתא דנפשי", וכמו שנביא להלן באות ק"י מהרמב"ן, אשר לפ"ז י"ל שכיון שהוא אומר איני יודע הרי הוא פטור.

והנה ממה שנקטו את המחלוקת בין רבי מאיר ורבנן בצירור שהוא אומר לא אכלתי אי אפשר להוכיח שאם אמר איני

יודע גם רבנן מחייבים, כי י"ל שלרבותא דרבי מאיר נקטו כן, אבל רבנן פוטרים גם באיני יודע.

קו) היכא שע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע.

הנה היכא שע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע, עי' בהסוגיא ביבמות דף פ"ז ע"ב דהס"ד סוברת שאם ע"א מהימן אז הרי הוא חייב, והמסקנא סוברת שי"ל שהוא פטור ושרק אם הוא שותק הרי הוא חייב משום ששתיקה כהודאה דמיא, והבינו תוס' כאן דהיינו משום שע"א לא מהימן, דהכל תלוי במהימן או לא מהימן.

מיהו הרמב"ן כאן, וכן ביבמות שם, כתב שאפילו אם עד אחד מהימן אבל אכתי יכול להיות שאין מחייבים אותו בהציור הנ"ל כי הוי מילתא דנפשי ואין אנו מתערבים בזה. מיהו צ"ע דא"כ למה מהני שתיקה כהודאה הלא גם בזה נימא שאין מתערבים דוגמת אין ממשכנין אותו (ועי' בזה בההערה על אות ק"ב).

ואם נאמר שנתחדש כאן תנאי מסוים של והודע אליו שצריכים שהוא עצמו יסבור שהוא חייב וכמו שהבאנו כבר, א"כ לפ"ז הרי הוא פטור.

ועיין עוד בתוס' בכריתות שסוברים שבהציור הנ"ל שע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע הרי הוא פטור. וגם תוס' בקידושין דף ס"ה ע"ב בדעת אביי שם סוברים שפטור.

ולהלן באות ק"י נביא את דברי הרמב"ן שסובר שלפי רבי מאיר ע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע שפיר מחייב.

קז) היכא שעד אחד אומר אכלת והוא שותק.

הנה ביבמות דף פ"ח ע"א מבואר שהיכא שע"א אומר אכלת והוא שותק, אמרינן שתיקה כהודאה דמיא הרי הוא חייב.

וכתבו תוס' שם בד"ה דשתיקה וכו' שהוא חייב כי נקטינן שהוא מאמין להע"א כי יש לו רגלים לדבר לחשוב שבאמת אכל.

מיהו הר"ן בקידושין דף ס"ה ע"ב כתב שאם הוא שותק הרי הוא חייב אפילו אם בלבו אינו יודע, דכיון שהדבר נראה לעינים כאילו הוא מודה הרי הוא חייב להביא קרבן עיי"ש.

והנה לכאורה מדברי הר"ן יוצא שאין תנאי של והודע אליו כי בכה"ג הרי לא הודע אליו שהרי הוא יודע בלבו שאינו יודע. מיהו אולי סגי בנראה לעינים שהודע לו.

קח) מה לפיו שכן מחייבו קרבן תאמר בעדים שאין מחייבין אותו קרבן.

עוד בענין היכא שהוא אומר אכלתי ועדים אומרים לא אכלת (לעיל באות ק"ד).

הנה הראשונים הקשו על הפירכא הנ"ל דממ"נ, אם איירי באופן שאין הכחשה א"כ כמו שפיו מחייבו קרבן כשאין עדים מכחישינן אותו הה"נ שעדים מחייבים אותו קרבן כשאין פיו מכחיש אותם, ולא עוד אלא שביבמות דף פ"ז ע"ב מבואר שדבר פשוט הוא שאינו צריך קרא, ואם איירי באופן ששפיר יש הכחשה ואין העדים

מחייבים אותו קרבן כי פיו מכחיש אותם ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש א"כ איך שייך לומר שפיו שפיר מחייב אותו קרבן כשעדים מכחישים הלא לכאורה אינו חייב בכה"ג.

והנה דברי רש"י בענין זה צריכים ביאור, כי מצד אחד כשביאר שפיו מחייבו קרבן הביא רק הא דכתיב והתודה והביא, אבל על הא דעדים אין מחייבים אותו קרבן הביא את הציור של פיו מכחיש.

עוד צ"ע דבהדיבור הראשון הביא רש"י קרא דוהתודה כדי לומר שפיו מחייבו, ואילו בהדיבור השני בנוגע להכחשה הביא או הודע אליו כדי לומר שעדים אין מחייבים אותו. ולכאורה משם יש ללמוד גם את גוף הדין שפיו מחייבו.

(עוד צ"ע דוהתודה בא לומר שצריכים וידוי על החטא בשעת ההקרבה. וקושיא זו קשה גם על גוף הגמ' בכריתות דף י"ב ע"א שהביאה פסוק זה כדי לומר שפיו מחייבו קרבן, ועי' בתורה תמימה על והתודה מש"כ לתרץ.)

ועי' בריטב"א בשט"מ כאן שכתב שכוונת רש"י היא להיכא שיש הכחשה, ורש"י הביא שני פסוקים כדי שוהודע אליו יהי פסוק מיותר שמלמדנו שהוא נאמן שאכל גם נגד עדים.

מיהו צ"ע דהא הריטב"א כתב שהפסוק שמרבה שפיו מחייבו גם כשעדים פוטרים הרי זה או הודע וכהנ"ל ולא והתודה, ואילו רש"י הביא על זה והתודה ולא או הודע.)

ברם לכאורה יש לפרש דלא כהנ"ל אלא שרש"י איירי בלי הכחשה ולכן בהדיבור הראשון לא הזכיר הכחשה, ומה

שכתב בהדיבור השני שעדים מעידים שאכל והוא מכחיש הרי זה משום שהציור הזה מוזכר בהמחלוקת בין ר"מ ורבנן שהובאה כאן, אבל באמת לאו דוקא הזכיר רש"י כן בהפירכא, כי הפירכא לא איירי בציור זה, ועיקר כוונת רש"י היא רק לומר שאינו מודה להעדים ואומר שאכל כי בכה"ג הרי יש כאן פיו אלא איירי כשאומר איני יודע ובכה"ג ס"ל לרש"י שהוא פטור באמת. והא דהביא והתודה ולא או הודע אליו, הרי זה משום שהודע אליו יכול להיות שנודע לו אפילו ע"י ע"א, וכוונת הודע אליו היא רק שאינו מכחיש, דהכוונה הוא רק שמודיעים לו אבל לא שהוא עצמו יודע, אבל והתודה משמע שהוא עצמו יודע.

והנה תוס' כאן מפרשים דאיירי בהכחשה וכהריטב"א, וכן סוברים התוס' חיצונים ותוס' ר"פ בשט"מ, והקשו וז"ל, וא"ת כשהעדים מכחישים אותו היאך יסמכו הכהנים על פיו להקריב קרבן הא הוי חולין בעזרה, וי"ל כיון דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש אם באו הכהנים להקריבו אין מוחין בידם, נ"א אם בא להקריב אין הכהנים מוחין בידו עכ"ל, הרי דפליגי ב' התירוצים אם גם אנו יכולים להקריב את קרבנו.

ובביאור המחלוקת כתב הקובץ הערות בסי' כ"ה אות י"ח וז"ל, וחילוק הנוסחאות בזה, דלנוסחא הראשונה הא דנאמן על עצמו היינו דלגבי עצמו צריכין כל העולם להאמינו, וכיון שאנו מאמינים לו שהוא חייב קרבן, ממילא אינו חולין בעזרה, ולנוסחא אחר הוא נאמן על עצמו כמו

באומרת ברי לי במקום תרי ותרי, אבל כל העולם אין מאמינים לו גם לגבי עצמו, ואף דאם הוא בעצמו מקריב אין צריכים להפרישו כיון שלגבי עצמו מיהא נאמן, דחיוב הפרשה הוא רק בתולדה מהאיסור שלו, אבל אנחנו אין רשאים להקריב בשבילו עכ"ל. מיהו יש להעיר דממ"נ, אם לפי הדרך הראשון גם אנחנו מאמינים לו לגבי עצמו א"כ למה כתבו הראשונים הנ"ל רק שאין מוחים בהכהנים ולא כתב שהם חייבים להקריב.

והנה המחלוקת הנ"ל נוגעת גם להסוגיא ביבמות דף פ"ז ע"ב וכמו שנבאר, דהנה הגמ' שם דן אם ע"א יכול לחייבו קרבן כשהוא עצמו אומר איני יודע, והביאו ברייתא דתניא או הודע אליו פרט שיודיעהו אחרים, יכול אפילו אינו מכחיש ת"ל או הודע אליו מכל מקום, ובתחילה רצו לומר שמאי דתניא שאם אינו מכחיש אמרינן שהוא חייב הרי זה איירי באופן שע"א אומר שאכל והוא אינו מכחיש אלא אומר איני יודע, ודחינן שאולי איירי באופן ששותק ומשום ששתיקה כהודאה דמיה. וצ"ע למה צריכים שתיקה כהודאה דמי ולא סגי בזה שהוא מאמין להע"א גם בלי הודאה על ידיעה עצמית, ונבאר דברינו, דהנה בב"ב דף קל"ה ע"א פליגי אביי ורבא אם ברי ע"י אחר מיקרי טענת ברי או לא, דהיינו היכא שהוא טוען ברי מפני שהוא מאמין אדם אחר. והבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ו אות ב' הביא מהר"ן בשם הרמב"ן שההלכה היא כאביי דלא חשיב טענת ברי, וכן פסק רעק"א במשניות כתובות באות ע"ד (והרש"ש על ב"ק דף ל"ה תמה

מנ"ל לרעק"א לפסוק כן), מיהו אעפ"כ ע"י בשב שמעתתא בשמעתא ב' פרק כ' שכתב שאם הוא מאמין לאדם אחר אודות יחוס בנו הרי זה מיקרי בגדר יכיר, כי מיקרי ע"י שגם הוא מכיר. וצ"ל דהיינו משום שליכיר מספיק בזה שהוא עצמו מכיר, אפילו אם בעינינו אין הכרתו מבוססת מספיק, כיון שעכ"פ הוא עצמו מכיר, אבל לטענת ברי בב"ד בעינן שגם בעינינו יצדק בהעובדא שהוא ברי. וע"י בתוס' בנדריים דף צ' ע"ב שכתבו שהיכא שהוא מאמין לאדם אחר שהדבר אסור עליו הרי זה בגדר שויא אנפשי' חתיכה דאיסורא כי הרי זה מיקרי שהוא עצמו מחזיקו לאיסור. וע"י עוד בקידושין דף ס"ו ע"א שאמר שמואל לההוא גברא שאם הוא מאמין להע"א שאשתו זינתה, עליו לגרשה, וע"ע בזה ברי"ף שם, וכן בתוס' ר"ד בקידושין דף י"ב. ומעתה צ"ע כהנ"ל למה גבי קרבן לא מספיק אם הוא מאמין להע"א כדי להיות נחשב הודע אליו גם בלי לומר ששתיקה היא כהודאה.

מיהו לפי מה שהבאנו לעיל י"ל דעדיפא להגמ' לומר ששתיקה כהודאה כי ע"י יש לו לכה"פ נאמנות לגבי עצמו, וניתן לכהנים להקריב, משא"כ כשהוא רק מאמין לאדם אחר נהי שאם הוא כהן לא נמחה בידו אלא ניתן לו להקריבו אבל לא ניתן לכהנים אחרים להקריב, כי לא שייך לומר בכה"ג שהוא נאמן אצלנו לגבי עצמו, שהרי אותו פלוני שהוא מאמין אינו נאמן אצלנו, והוא עצמו אין לו ידיעה עצמית.

וע"י בתוס' ביבמות שם בדף פ"ח ע"א בד"ה דשתיקה שכתבו וז"ל, פ"י דכיון

דשתיק נראה לו אמת ויודע קצת שיש רגלים לדבר, אבל ליכא למימר הודאה ממש שיודע ודאי שכן הוא כיון שהוא שותק, דא"כ וכו' עכ"ל. ונראה שכוונתם היא לפרש באמת שהכוונה שם היא דאיירי כשהוא מאמין להעד בלי ידיעה עצמית, ועל זה קאי הפסוק (ויתכן שכוונת הפסוק היא לומר שגם אנחנו מקריבים בשבילו כיון שיודע קצת שיש רגלים לדבר ולא רק שהוא עצמו יכול להקריב אם הוא כהן).

וע"ע בר"ן בקידושין דף ס"ה ע"ב שהקשה למה צריכים פסוק לומר ששתיקה כהודאה, ותי' שהכוונה היא אפילו להיכא שהוא יודע בלבד שאינו יודע, דבכל זאת כיון שהדבר נראה לעינים כאילו הוא מודה הרי הוא חייב להביא קרבן. והנה לכאורה מדברי הר"ן יוצא שאין תנאי של והודע אליו כי בכה"ג הרי לא הודע אליו שהרי הוא יודע בלבד שאינו יודע. מיהו אולי סגי בנראה לעינים שהודע לו.

קט) דברי הרמב"ן כאן וכן ביבמות.

עי' ברמב"ן שפי' שמאי דאמרינן שפיו מחייבו קרבן הרי זה איירי כשאין עדים מכחישים אותו לומר שלא אכל, ומאי דאמרינן שעדים אינם מחייבים אותו קרבן גם זה איירי כשהוא אינו מכחיש את העדים, ואע"פ שבודאי הרי הוא שפיר חייב קרבן בכה"ג אבל אין זה נקרא

שהעדים מחייבים אותו אלא הרי הוא חייב משום פיו, כי אם הוא מודה להעדים הרי זה פיו שמחייבו, וכן אם הוא שותק אמרינן ששתיקה כהודאה. מיהו צ"ע דהא אכתי חזינן שעדים מחייבים אותו קרבן מהא דמתחייב קרבן כשהוא אומר איני יודע. וע"ע להלן בשט"מ בשם הריטב"א שהביא את הפי' ההוא בשם יש מי שתירצו, והקשה הריטב"א כהנ"ל מאיני יודע.

מיהו יש ליישב על פי מש"כ הרמב"ן ביבמות דף פ"ז ע"ב בד"ה והא וכו' דכיון שהעדים מעידים והוא אינו מכחיש אלא אומר איני יודע הרי זה נקרא שיש לו עצמו ידיעה כי הוא חייב לקבל את דברי העדים, דכמו שמיקרי שהדבר הוברר לב"ד הה"צ שצריך מעתה להיות מבורר גם לו, והובא בקובץ הערות בסי' ס"ג סק"ב וסק"ד. ומדברי הרמב"ן שם מבואר שרק בשני עדים אמרינן כן, אבל לא בע"א, אלא הרי זה נקרא שרק הע"א מחייב ואין זה נקרא שהודע גם אליו ומש"ה הרי הוא פטור.

מיהו באמת מהלשון של הרמב"ן כאן והיש שתירצו שבהריטב"א לא משמע כן שהרי הם הזכירו רק הודאה ושתיקה. וביותר נראה לומר שהם סוברים שהיכא שעדים מעידים שאכל והוא טוען איני יודע הרי הוא פטור באמת, כי עדים אין מחייבים אותו קרבן. וכבר כתבנו כדרך זה לעיל באות ק"ח בדעת רש"י*). ועי' בדברי הרמב"ן שנביא בריש אות ק"כ.

וה"ה לשתיקה, אלא כיון דפיו עדיף הכא מעדים קאמרינן הכי עכ"ל, וכוונתו בזה היא לפרש את דברי הגמ' כאן כך, שהפירכא היא מה לפיו שמחייבו קרבן כשאין הכחשה מעדים, משא"כ

*) מיהו אכתי לא הבנתי את סוף דברי הרמב"ן כאן שכתב עוד פירוש בפירכת הגמרא וז"ל, ועוד יש לפרש דה"ק מצינו שאין עדים יכולין לחייבו קרבן כגון באומר לא אכלתי, ופיו מחייבו בהודאתו

והנה ממה שנקטו את המחלוקת בין רבי מאיר ורבנן בצירור שהוא אומר לא אכלתי אי אפשר להוכיח שאם אמר איני יודע גם רבנן מחייבים, כי י"ל שלרבותא דרבי מאיר נקטו כן, אבל רבנן פוטרים גם באיני יודע.

קי) ביאורים שונים בה"תדע" במס' יבמות - דברי הרמב"ן ביבמות.

והנה עכשיו נביא את דברי הרמב"ן ביבמות שם, דהנה בגמ' שם מספקין האם ע"א נאמן כשהוא עצמו אינו מכחיש או האם אינו נאמן, ומייתנין את הברייתא הנ"ל שהבאנו לעיל, ואמרינן שאי אפשר לומר שאירי באופן ששני עדים מחייבים אותו כי בכה"ג לא צריכים ילפותא לומר שאם אינו מכחיש הרי הוא חייב, וא"כ בע"כ צ"ל דאירי בע"א ושכלל זאת אם אינו מכחיש הרי הוא חייב. ודחינן שאולי כשהוא אומר איני יודע הרי הוא פטור, וגם זה הוא בכלל הרישא של ולא שיוודיעוהו אחרים, רק שכוונת הסיפא היא להיכא שהוא שותק דאז אמרינן ששתיקה כהודאה דמיא. ושוב אמרינן תדע שזה משום שתיקה כהודאה שהרי אם שנים אומרים אכלת והוא מכחיש הרי הוא פטור, וא"כ הדין נותן שיהי' פטור גם היכא שע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע, ורק

בשותק הרי הוא חייב משום ששתיקה כהודאה דמיא.

ולכאורה אין זה מובן, דאיך חזינן מזה שעדים אינם מחייבים כשהוא מכחיש שה"ה היכא שע"א מחייב והוא אינו מכחיש אלא אומר איני יודע.

ויש לבאר שאין הכוונה שם להיכא שהוא מכחיש את העדים להדיא, אלא הכוונה היא להיכא שהוא אומר איני יודע, דגם לזה קרי הש"ס מכחיש כיון שאינו מודה להם, והכוונה היא לומר תדע, שהרי רבנן פוטרים כששנים מחייבים והוא אומר איני יודע, וי"ל שהטעם הוא משום שצריכים שיהי' אצלו מצב של והודע אליו, וא"כ כ"ש כשרק עד אחד מחייב והוא אומר איני יודע, וא"כ בע"כ צ"ל שבשותק הטעם הוא משום ששתיקה כהודאה דמיא.

מיהו הרמב"ן שם הבין שמכחיש הוא כפשוטו, אבל באומר איני יודע הרי הוא שפיר חייב על פי שני עדים. ולדידי' הדרה קושיא לדוכתה מה הוא הראי' מהצירור של ב' עדים כשהוא מכחיש להצירור של ע"א כשהוא אומר איני יודע, דאולי כשהוא אומר איני יודע הרי אנו סומכים על הע"א כמו שעושים כששני עדים מחייבים והוא אומר איני יודע.

ויש ליישב, דהנה כשהסביר הרמב"ן שם את ה'תדע' כתב שהטעם למה רבנן מחייבים היכא ששנים מחייבים אותו והוא

עדים אינם מחייבים היכא שיש הכחשה מפיו, אבל היכא שאין הכחשה הרי זה באמת העדים שמחייבים, ולפ"ז יוצא שאנו מדמים פיו בלי הכחשה לעדים כשיש הכחשה. אלא שלכאורה

קשה מאד להבין מה היא ההשוואה, ונראה פשוט שלכן כתב הרמב"ן את סוף דבריו, דהיינו מה שכתב "אלא כיון דפיו וכו'", אלא שלא הבנתי כוונת סוף דבריו, איך הוא מיישב באמת קושי זה.

אומר איני יודע הרי זה כי בכה"ג הרי זה נקרא באמת שגם הוא יודע, וכוונת הרמב"ן היא כי גם הוא חייב לקבל את דברי העדים, דכמו שמיקרי שהדבר הוברר לב"ד הה"נ שצריך מעתה להיות מבורר גם לו, וטעם זה הרי לא שייך היכא שרק עד אחד אומר אכלת והוא אומר איני יודע, ואינו חייב אלא בשותק משום ששתיקה היא כהודאה. ומעתה לפ"ז אתי שפיר דברי ה'תדע', דכוונת ה'תדע' היא כך, דהנה כבר ביארנו לעיל שלפי הדרך במס' כריתות שרבנן פוטרים משום שאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש הכוונה בזה היא שהוא פטור משום שצריכים שיהי' אצלו מצב של והודע אליו והרי הוא מכחיש, וא"כ ה"ה להיכא שיש ע"א והוא עצמו אומר איני יודע דגם בכה"ג אין אצלו מצב של והודע אליו, וא"כ בע"כ צ"ל דשאני שותק משום ששתיקה כהודאה דמיא ושפיר יש כאן מצב של והודע אליו, אבל בכל זאת כשיש שני עדים והוא עצמו אומר איני יודע הרי הוא שפיר חייב, כי הרי זה שפיר נקרא שיש אצלו מצב של והודע אליו וכמו שביאר הרמב"ן.

[והנה הרמב"ן לעיל שם כתב שהטעם למה בשנים אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי הרי הוא פטור הרי זה כי הוי מילתא דנפשי' ואין אנו מתערבים בזה, וא"כ לפ"ז יש לבאר שהכוונה של ה'תדע' היא שלפ"ז הה"נ להיכא שע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע, וא"כ בע"כ צ"ל שבשותק הטעם הוא משום שתיקה כהודאה.

מיהו צ"ע, דלפי הטעם הזה של מילתא

דנפשי' מה מהני העובדא ששתיקה היא כהודאה, הלא בכל זאת אין אנו מתערבים במילתא דנפשי', וכן הדין נותן שיהי' פטור גם כששנים אומרים אכלת והוא אומר איני יודע, ואילו בה'תדע' משמע שפטור רק אם הוא מכחיש לומר לא אכלתי. וצריכים ליישב איך כל דברי הרמב"ן עולים יחד.

והנה שוב הקשה הרמב"ן, דהנה תנן בכריתות דף י"א ע"ב, והובא ביבמות שם, שאם אמר לו ע"א אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי הרי הוא פטור, ומשמע שאם אמר איני יודע הרי הוא חייב ולא רק כשהוא שותק מטעם שתיקה כהודאה.

ותי' שהדיוק הנ"ל קאי לפי רבי מאיר, דהנה רבי מאיר סובר שבשנים אומרים אכלת והוא אומר לא אכלתי הרי הוא חייב (כי תלינן שהוא משקר, א"נ תלינן שהוא טועה ושלא בעינן שיהי' אצלו מצב של והודע אליו), וא"כ הה"נ שכשעד אחד אומר אכלת והוא אומר איני יודע ר"מ מחייב על פי הע"א, אבל רבנן כמו שאינם מחייבים על פי שני עדים היכא שהוא אומר לא אכלתי (כי תלינן שהוא טועה ושפיר צריכים שיהי' אצלו מצב של והודע אליו) הה"נ שאינם מחייבים על פי ע"א היכא שהוא אומר איני יודע.

ולפ"ז יוצא שיש שתי מחלוקות בין רבי מאיר ורבנן, חדא בשנים אומרים אכלת והוא אומר לא אכלתי, וב' היכא שע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע.

מיהו עי' בתוס' בכריתות שם שסוברים שגם היכא שלא הכחיש את דברי הע"א ע"י שאומר לא אכלתי, אלא גם היכא שאומר שאינו יודע, הרי הוא פטור, ולא

קיא) עוד בדעת הרמב"ן, ובענין שנים אומרים אכלת והוא אומר איני יודע.

הנה הרמב"ן ביבמות דייק את דינו שם שכששני עדים אומרים אכלת חלב והוא אומר איני יודע הרי הוא חייב מלשון הגמ' ביבמות בה'תדע' דמשמע שרבנן פוטרם רק כשהוא מכחיש את העדים, דהיינו כשהוא אומר לא אכלתי.

מיהו עי' במהרש"א בקידושין דף ס"ה ע"ב שהבין בדעת תוס' שם שהיכא שהעדים מעידים שאכל והוא אומר איני יודע אינו חייב קרבן לפי רבנן אלא רק לפי רבי מאיר. ולפי המהרש"א יוצא שטעמייהו דרבנן בזה הוא משום דבעינן שיהי' אצלו מצב של והודע אליו וס"ל שאין כאן והודע אליו, אע"פ שיש שני עדים (ודלא כהרמב"ן).

ועכ"פ הקרני ראם שם הקשה על המהרש"א מנ"ל לעשות פלוגתא כזה בין ר"מ ורבנן. מיהו לפי כל הנ"ל י"ל דהיינו על סמך הסוגיא ביבמות, דהיינו מה'תדע', כי מזה שמדמים שני עדים לע"א מבואר שגם בשני עדים הרי הוא פטור אם הוא אומר איני יודע, וכוונת ה'תדע' היא שכמו שבשני עדים פטרי רבנן אפילו אם הוא עצמו אומר איני יודע (וגם זה הוא בכלל הלשון של מכחיש כיון שעכ"פ אינו מודה להם), ורק בהודה או שותק הרי הוא חייב, א"כ הה"נ בע"א, והטעם בשני עדים הוא משום שאכתי אין אצלו מצב של והודע אליו.

דוקא תנן שם והוא אומר לא אכלתי, ומשמע שכוונתם היא גם לפי רבי מאיר. וי"ל דהיינו משום דס"ל לדינא שע"א אינו נאמן נגד חזקת פטור, וכדעת הרא"ש בגיטין דף נ"ד ע"ב, אבל הרמב"ן ביבמות דף פ"ח ע"א סובר לדינא שע"א שפיר נאמן נגד חזקה עיי"ש, ומש"ה הרי הוא סובר שרבי מאיר שפיר מחייב כשהוא עצמו אומר איני יודע.

ועי' עוד בני"י ביבמות שם (בדף כ"ז ע"ב בדפי הרי"ף קרוב לסופו) שכתב שהנחת הגמ' ביבמות שם שלפי רבנן הטעם למה ע"א מחייב קרבן הרי זה רק משום ששתיקה כהודאה דמיה הרי זה לפי הדרך שטעמם של רבנן בשנים אומרים אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי הרי זה משום שאדם נאמן על עצמו יותר ממאה איש, משום דהכי ילפינן מוהודע אליו (כלומר שיש תנאי מיוחד שהוא עצמו צריך לדעת שאכל חלב), דלפ"ז גם ע"א לא מהני, ואפילו כשהוא עצמו אומר איני יודע (כי אין אצלו מצב של והודע אליו, ורק שני עדים יחייבו בכה"ג משום סברת הרמב"ן שבכה"ג הרי זה נקרא שהדבר מבורר גם אצלו), ואינו חייב אלא כשהוא עצמו שותק משום ששתיקה כהודאה דמיה, אבל לפי הדרך שטעמם של רבנן הוא משום מה אם ירצה לומר מזיד הייתי א"כ טעמם הוא משום שמפרשינן שנתכוין לומר מזיד הייתי אבל בעצם מודים הם לרבי מאיר שסגי בעדים (ואין תנאי של והודע אליו), וא"כ ה"ה שסגי בע"א היכא שהוא אומר איני יודע אע"פ שלא עשה שתיקה כהודאה (כי העד אחד נאמן נגד החזקת פטור).

ק"ב) עוד בענין היכא שע"א אומר אכלת והוא אומר לא אכלתי או שותק.

הנה הסוגיא ביבמות סברה בתחילה שהיכא שאמר לו עד אחד אכלת חלב והוא מכחיש ואומר לא אכלתי הרי הוא פטור, ושוהו מאי דדרשינן בהרישא של הברייתא מוהודע ולא שיודיעוהו אחרים, אבל היכא שאומר איני יודע הרי הוא שפיר חייב, ושוהו מאי דמרבינן בהסיפא מאו הודע אליו מ"מ. ושוב הסיקו שי"ל שגם כשהוא אומר איני יודע הרי הוא פטור, וכוונת הסיפא היא להיכא שהוא שותק דאמרין ששתיקה כהודאה דמיא. ולפ"ז י"ל שהרישא איירי באומר איני יודע. ועכ"פ הגמ' לא הקשתה כלום על הס"ד שהרישא איירי באומר לא אכלתי. ולפ"ז קשה דלהיכא שהוא אומר לא אכלתי פשיטא דפטור ולמה צריכים פסוק כדי להשמיענו דבר זה. ובאמת כן העירו על הרישא תוס' בכריתות דף י"א ע"ב בתחילת הפרק, וכן בתחילת דף י"ב ע"א שם, דתוס' דנו מעצמם לפי האוקימתא שהדרשה איירי בעד אחד, האם הרישא איירי באומר לא אכלתי או האם איירי שאומר איני יודע, והוכיחו דאיירי באומר איני יודע כי להיכא שהוא אומר לא אכלתי לא בעינן קרא. והסיקו תוס' משום כך שהרישא איירי באומר איני יודע, והסיפא של י"כול אע"פ שאינו מכחיש וכו' איירי בשותק. וכבר תמה הקר"א ביבמות על זה שנעלמה מעיניהם הסוגיא ביבמות דף פ"ז ע"ב דשפיר רצתה הגמ' בתחילה לומר שהרישא איירי באומר לא אכלתי.

ועכ"פ תוס' שם כתבו שהטעם למה

ע"א אינו מחייב קרבן היכא שהבעל דין מכחיש הרי זה משום שע"א מחייב רק שבועה ולא ממון. מיהו אי משום הא, בודאי יש מקום לומר שחייב קרבן שונה מכל חיוב ממון וע"א שפיר מהני לזה ושפיר בעינן ילפותא שאין העד מחייב.

והנה בספרי דרשינן לא יקום עד אחד באיש וגו' ולכל חטאת לענין שאינו נאמן לחייב קרבן, ומעתה צריכים לבאר למה לן תרי קראי, דהיינו גם קרא דאו הודע אליו וגם לא יקום וגו' ולכל חטאת, ובשלמא לפי מסקנת הגמ' ביבמות שם שגם אם הוא אומר איני יודע הרי הוא פטור, הרי צריכים חד להיכא שהוא מכחיש, וחד להיכא שהוא אומר איני יודע, אבל לפי הס"ד שאם הוא אומר איני יודע הרי הוא חייב חטאת כדברי העד, ורק אם הוא מכחיש הרי הוא פטור, למה לן תרי קראי למכחיש ואומר לא אכלתי.

וי"ל דיש שני מחייבים בשביל קרבן, א' החיוב מצוה כלפי שמיא, ב', תביעת ממון מצד הקדש כלפיו לקבל קרבן, ויש להוסיף עוד שי"ל שהדין של ממשכנין הוא מצד החיוב ממון להקדש. ומעתה י"ל שאם הי' כתוב רק פסוק אחד היינו ממעטים רק שאין כאן חיוב ממון אשר מעתה אין כאן הדין של ממשכנין, אבל אכתי י"ל שהוא עצמו חייב להביא את הקרבן בגלל החיוב מצוה, רק שמהני המיעוט לסלק את הדין של ממשכנין (היכא שרואים שאינו מביא, עי' בההערה על אות ק"ב), ולכן צריכים את הפסוק השני כדי לומר שגם אין כאן חיוב מצוה כלפי שמיא.

ק"ג) תאמר בעדים שאין מחייבין אותו קרבן.

פירש"י משום שיש לו מיגו. וצ"ע דא"כ אין זה תופעה שעדים נאמנים פחות מפיו שהרי אינו משום הכח של פיו אלא משום שיש לפיו הראי' של מיגו, וא"כ חזינן רק שמיגו עדיף מעדים ולא שפיו עדיף מעדים (ועכ"פ קושייתנו היא רק לפי הפירוש שמה שהזכירו בתוך הפירכא שפיו מחייב ועדים אינם מחייבים הרי זה קאי על פיו ועדים המכחישים זה את זה, אבל לפי הפירוש דאיירי בפיו לבדו ועדים לבדם ושעדים אינם מחייבים אפילו כשפיו אינו מכחיש לק"מ, כי אז שפיר חזינן שעדים הם פחות מפיו).

ויש ליישב על פי מה שביארנו לעיל באות ק"ב שי"ל שאין כוונת רש"י לומר שמחמת המיגו מאמינים לו שבאמת לא אכל, אלא מאמינים רק שהוא עצמו סבור באמת שלא אכל, ואחרי שמאמינים לו על זה שוב חסר כאן בהודע אליו ולכן אינו מביא קרבן, ומעתה לפ"ז לא קשה מה שהקשינו כי שפיר יוצא שיש כאן עדיפות של פיו לעומת עדים כי עדים אינם מחייבים אותו קרבן כי צריכים הודע אליו ורק הוא עצמו יכול לחייב את עצמו קרבן.

ק"ד) תד"ה מה לפיו.

וז"ל, עדים נמי מחייבין אותו קרבן אם אין מכחישן עכ"ל. עי' לעיל באות ק"ה ק"ח ק"ט ק"י וק"א שהבאתי את דעות שאר המפרשים בנוגע לציון זה שהעדים אומרים שאכל והוא אומר איני יודע.

קטו) בא"ד.

עוד בענין ע"א אומר אכלת והוא אומר איני יודע.

וז"ל, ואפילו ע"א אם אינו מכחישו מחייבו קרבן עכ"ל. הנה הא דכתבו כן תוס' הרי זה כי ס"ל שטעמם של חכמים הוא משום דקמ"ל הדרשה של והודע אליו ולא שיודיעוהו אחרים שבאמת הרי הוא נאמן על עצמו יותר ממאה איש, ולכן לפי האמת שע"א מהימן א"כ בודאי חייב קרבן היכא שע"א מעידו והוא אומר איני יודע, אבל לפי הדרך שטעמם של חכמים הוא משום שיש תנאי עצמי של והודע אליו, א"נ כי הוי מילתא דנפשי, א"כ גם לפי האמת שע"א מהימן אכתי אין הכרח לומר שמחייבים אותו קרבן.

ובתוס' בכריתות דף י"א ע"ב מבואר באמת שע"א אינו מחייבו באיני יודע, וכמו שיוצא מהאוקימתא השני' של הגמ' ביבמות דף פ"ז ע"ב בנוגע להברייתא של והודע ולא שיודיעוהו אחרים.

וע"ע בזה לעיל באות ק"ו, וק"ט - קי"ב.

קטז) בא"ד.

עוד בענין היכא שהוא אומר אכלתי ועדים אומרים לא אכלת.

וז"ל, וזאת הסוגיא סוברת כלישנא דפרק אמרו לו דמפרש טעמייהו דרבנן דלקמן דהיכא שאמרו לו אכלת חלב והוא אומר לא אכלתי דפטור משום דנאמן אדם על עצמו יותר ממאה איש ולכן פיו מחייבו קרבן אפילו עדים מכחישין אותו ועדים אין מחייבים אותו קרבן אם מכחישן עכ"ל.

והנה מכיון שתוס' סוברים שטעמם של רבנן הוא באמת משום שגזירת הכתוב היא בקרבן שפיו נאמן יותר מעדים, לכן הרי הם סוברים שפיו נאמן יותר בין לחייב ובין לפטור, אבל לפי הרמב"ן שפי' שטעמם של חכמים כשאומר לא אכלתי הוא משום דהוי מילתא דנפשי' א"כ כשהוא אומר אכלתי ועדים מעידים שלא אכל אכתי יתכן שהולכים אחרי העדים. ועי' בזה באות ק"ד וק"ח.

ק"ז) בא"ד (בענין אין אדם עושה עצמו רשע).

א. וז"ל, וא"ת והיאך נאמן לומר מזיד הייתי הא אין אדם משים עצמו רשע כדאמר בפ"ק דסנהדרין גבי פלוני רבעני לרצוני, וי"ל דאינו נאמן לפסול עצמו אבל הכא עושה תשובה ואינו רוצה להביא חולין לעזרה עכ"ל. הנה יש להסתפק האם כוונתם היא לומר שהוא נאמן באמת מפני שהוא אומר על העבר, דהיינו שהי' רשע בהעבר אבל עכשיו כבר שב, או האם כוונתם היא לומר שהוא נאמן משום שע"י אמירה זו גופא הרי הוא שב, או האם באמת אינו נאמן רק שכוונתם לומר שאי אפשר להכריחו להביא קרבן שהוא עצמו אומר שאסור לו להביא.

והנה על הפירוש הראשון קשה דלא משמע שכוונתם לומר שאיירי שנוסף על מזיד הייתי הרי הוא אומר גם שכבר שב מעון חלב.

ועל הפירוש השני קשה דמי יימר שהוא עושה תשובה על אכילת החלב, הלא נהי שהוא אומר שאינו רוצה להביא חולין לעזרה, אבל יותר מזה לא חזינן.

ועל הפי' השלישי קשה איך הוא עובר על חולין בעזרה הלא הנהנים מקריבים ואוכלים.

ובתוס' ביבמות דף כ"ה ע"ב בד"ה ואין אדם וכו' מבואר להדיא כהפירוש השלישי וז"ל, דאין לנו לכופו להביא חולין לעזרה לפי דבריו עכ"ל. וכן פי' החת"ס בשו"ת חלק יו"ד סי' ד' בד"ה בתשו' חו"י וכו' את דברי תוס' בסוגיין.

ועי' בתוס' הרא"ש בכתובות דף י"ט ע"א גבי שטר אמנה דאולי משמע מלשונו דבעינן שעכשיו באמירה זו גופא הרי הוא עושה תשובה.

ועי' גם בדברי הר"י הלוי שהביא הרמב"ן (מיוחס להרשב"א) בכתובות דף י"ח ע"ב שכתב שנאמנים העדים לומר משחקים בקוביא היינו כי הם אומרים על העבר (כלומר כי הם אומרים לשון עבר של "היינו" דזה מורה שכבר עשו תשובה, אבל אם היו אומרים עדות שקר העדנו לא היינו נוקטים שעשו תשובה אלא היינו תולים שאומרים לשון עבר של "העדנו" כי איירי במעשה חד פעמי שקרה בהעבר, ועי' בהשגת הרמב"ן שם על הר"י הלוי).

והטור בחו"מ סי' מ"ו כתב שאין אדם עושה עצמו רשע אפילו בהעבר.

ב. עוד צ"ע על תוס' מה קשה להו הלא ביבמות דף כ"ה ע"ב איתא אדם קרוב אצל עצמו ואין אדם משים עצמו רשע, הרי שכל הטעם למה אינו נאמן הרי זה בגלל פסול קורבה וא"כ בקרבנות מכיון דלא בעינן תורת עדות, אלא הוי ענין של איסורין, אין כאן פסול קורבה, וא"כ למה לא יהי' נאמן על עצמו (ועי' בקובץ הערות

בסי' ס"ה סק"א בענין אם יש פסול קורבה באיסורין).

מיהו י"ל דס"ל לתוס' דלא סגי כאן בהכח של עד אחד נאמן באיסורין כי הם סוברים שלא מהני עד אחד באיסורין כנגד חזקה, וכן מבואר ברש"י בכתובות דף י"ח ע"ב בד"ה אין אדם משים עצמו רשע שכתב וז"ל, אינו נאמן לפסול את עצמו מחזקתו דקרוב הוא אצל עצמו וקרוב פסול לעדות עכ"ל, וביאור דבריו הוא דס"ל כשיטת הרא"ש בגיטין דף נ"ד ע"ב שע"א באיסורין אינו נאמן כנגד חזקה (ודלא כהרשב"א והרמב"ן ביבמות דף פ"ח שסוברים שהוא שפיר נאמן), וממילא הטעם למה אין אדם משים עצמו רשע מדין עד אחד נאמן באיסורין הרי זה כי אינו נאמן כנגד חזקה, ומה שהוסיף רש"י שיש פסול של קורבה הרי זה כי התם איירי באופן שיש עוד ע"א עמו שגם הוא אומר שהי' פסול, ושני עדים שפיר נאמנים נגד חזקה, רק דהיכא שצריכים שני עדים שייך פסול קורבה, והרי יש שם פסול קורבה כי אדם קרוב אצל עצמו, אבל אלמלא הפסול קורבה הי' שפיר נאמן כנגד חזקה כי יש עוד ע"א עמו וכהנ"ל*), ומעתה גם בנוגע לקרבן מכיון שהוא מעיד נגד חזקתו בעיני שני עדים ולא סגי בע"א, ועוד דנאמר בזה גם פסול קורבה.

והנה עי' בקובץ הערות בסי' כ"ה בתחילתו שהבין שאדם שפיר משים עצמו רשע ע"י כחות אחרים שלא שייך בהם

(* ונקטנו בזה דלא כהנתיח"מ בסי' ל"ח סק"ב שסובר שבאיסורים אפילו כשצריכים ב' עדים אין צריכים הגדה בב"ד, ואינם מתחייבים בכאשר זמם

הפסול של קורבה, ומש"ה הקשה מכמה מקומות דחזינן דגם שם אאמע"ר, וכגון הכא גבי קרבן דסוברים תוס' שאינו נאמן אע"פ שבע"א באיסורין לא נאמר פסול של קורבה. מיהו לכאורה לק"מ כי גם ע"י כוחות אחרים אינו עושה עצמו רשע אם אותם כוחות אינם מועילים נגד חזקה, ולכן לא מהני כאן ע"א נאמן באיסורין כי הוי נגד חזקתו, ורק היכא שיש שני עדים שמועילים נגד חזקה צריכים את הטעם של אדם קרוב אצל עצמו.

ק"ח) בא"ד.

הנה תוס' כתבו שלפי הדרך שטעמייהו דרבנן הוא משום שאדם נאמן על עצמו א"כ צ"ל שמה שאמרו מה אם ירצה לומר מזיד הייתי הרי זה לדבריו דר"מ. וכתב המהר"ם שנתכוונו להראות לר"מ שלפעמים עדים אין מחייבים אותו קרבן, דהיינו כשאמר מזיד הייתי, וא"כ אולי הה"נ כשהוא אומר לא אכלתי. מיהו לכאורה אין הדבר מובן, כי היכא שאומר מזיד הייתי מה שאינו חייב קרבן אינו משום חלישות בהעדים, אלא משום שאין כאן התנאי של שוגג, והעדים אינם יכולים להכחישו בנוגע לאם הי' שוגג או מזיד.

ק"ט) תד"ה רב חייא כר"מ ס"ל.

וז"ל, וא"ת א"כ נימא ק"ו דר"מ אם הביאוהו לידי מיתה החמורה לא יביאוהו

אם הוזמו, ונקט הקובץ הערות בסי' ס"ה סק"א שלפ"ז גם אין פסול של קורבה (הקצה"ח שם בסק"ד סובר דשפיר מתחייבים בכאשר זמם).

לידי שבועה הקלה עכ"ל. צ"ע למה תלו את הדבר במה שרבי חייא ס"ל כרבי מאיר, הלא אפילו אם לא ס"ל כר"מ אלא כרבנן אבל הרי זה רק משום סיבה מיוחדת בקרבן דגזיה"כ היא שהוא נאמן, אבל בשבועה בודאי צריך הק"ו הנ"ל להועיל. וי"ל דאם ס"ל כרבנן א"כ יש פירכא על הק"ו דהיינו העובדא שאינם יכולים לחייב קרבן הקל אע"פ שהם מחייבים מיתה חמורה. מיהו אם טעמם של רבנן הוא משום מילתא דנפשי' או תנאי של הודע אליו או משום שמתרצינן דיבורו, א"כ אין זה פירכא, אלא שתוס' עצמם לעיל סוברים שטעמם הוא משום נאמנות, ע"י בזה באות קט"ז.

קכ) אשם נמי היינו קרבן.

א. בענין הגדר של "והתודה" דכתיב גבי אשם, ושיטת רבי מאיר באשם.

ע"י ברמב"ן שהקשה איך יתכן לומר שרבי מאיר יחייב אשם ע"י עדים כשפיו מכחיש הלא בעינן והתודה, והרי גם לפי רבנן אע"פ שבחטאת הרי הם סוברים שאם עדים אומרים אכל והוא אומר איני יודע הרי הוא חייב, פ"י משום שגם זה מיקרי והודע (כלומר שהוא יודע שחטא), אבל באשם צריכים דוקא שיודה, וההודאה היא גופה הדבר שמחייבת אותו בהקרבן, ואינו כמו בחטאת שצריכים רק לברר שאכל אבל לעולם האכילה היא המחייבת אותו, וא"כ הדין נותן שגם לפי רבי מאיר ניבעי הודאה. ות"י שרבי מאיר סובר שהק"ו משמיענו שבאמת אין צריכים הודאה, דאם במיתה החמורה הרי הוא חייב משעת

המעשה ק"ו בקרבן הקל עכ"ד. ולפי דבריו אתי שפיר מה היתה ההו"א לומר שרבי מאיר סובר שעדים אין מחייבים אותו אשם, והיינו כהנ"ל שבאשם ההודאה היא הדבר שמחייבו קרבן. וכן איתא להדיא בריטב"א בהחידושים החדשים שזה ה"י ההו"א.

מיהו אכתי צ"ע על ההו"א, כי מהיכא תיתי שנתחדש בקרא דוהתודה שההודאה היא הדבר שמחייבת אותו באשם, דכיון שהכוונה היא רק להודאה והסכמה מצדו להעובדא שהוא חייב, א"כ אמאי לא נפרש כמו הפשטות שההודאה היא רק הדבר שמגלה שהוא חייב, וכמו ההודאה של הודאת בעל דין בממון שהיא מגלה לנו שכבר נתחייב לפני זה.

מיהו ע"י בספרי על ב"ק ח"ב אות כ"א שדנתי לומר שהכוונה בוהתודה אינה להדין הודאה של הודאת בעל דין, דהיינו הודאה שבאה לגלות לנו ידיעה מסוימת, אלא הכוונה היא לוידי על החטא, וא"כ לפ"ז שפיר י"ל שהפשטות היא שזה מעכב, והרי אי אפשר לו להתודות אם הוא עצמו אומר שלא אכל (ואולי אפילו אם הוא אומר איני יודע). ולפ"ז צ"ל שכוונת התירוץ של אשם נמי היינו קרבן היא שרבי מאיר יליף מק"ו שהוידוי אינו מעכב.

והנה בתו"כ פר' ויקרא דיבורא דחטאת פרק ז' ברייתא ג' הובא שרבי יהודה טען נגד רבי מאיר דאיך אפשר לומר שעדים מחייבים אותו ד"האיך אומרים לו עמוד והתודה והוא אומר לא חטאתי". ולפי הנ"ל יוצא שזה ה"י באמת ההו"א לומר שרבי מאיר מודה באשם אלא שמסקינן שס"ל שוידוי על החטא אינו מעכב.

ב. בענין חומש.

והנה שוב פרכינן מה לפיו שמחייבו חומש תאמר בעדים שאין מחייבים אותו חומש, וגם על זה מתרצינן שרבי חייא כרבי מאיר ס"ל ושלפי ר"מ עדים שפיר מחייבים אותו חומש בק"ו ממיתה החמורה. וכתב הריטב"א בהחידושים החדשים שההו"א לומר שעדים אינם מחייבים חומש הי' משום דהוי ממונא. ודבריו צ"ב דמה לי בזה דהוי ממונא הלא גם על זה אפשר לעשות את הק"ו של רבי מאיר דאם הביאוהו שנים לידי מיתה החמורה ק"ו לממון הקל.

מיהו י"ל דכיון שחומשא הוא בגדר חיוב ממון ולא רק כפרה כדאיתא בב"ק דף ק"ד ע"ב א"כ שוב י"ל שאין עונשין ממון מן הדין וכהמכילתא שהביאו תוס' בב"ק דף ב' ע"א, ועל זה מתרצינן שרבי מאיר סובר ששפיר עונשין ממון מן הדין וכמו שמוכח באמת מהמשנה בריש ב"ק ודלא כהמכילתא, והרי סתם מתניתין רבי מאיר היא. מיהו לפ"ז יוצא שעיקר הדחי', דהיינו שר"מ סובר שעונשין ממון מן הדין, חסר מן הספר.

גם י"ל שקמ"ל דנהי שהתורה עשתה את החומש חיוב ממון, אבל הסיבה היא כפרה, דהיינו שהתורה קבעה חיוב ממון כי עי"ז הרי הוא מתכפר, ומש"ה שפיר מהני ק"ו כי הוי ממון מסיבת כפרה ולא מסיבת עונש. מיהו גם לפ"ז יוצא שעיקר החילוק בין הפירכא והדחי', דהיינו שבהפירכא סברה הגמ' שחומש הוא מסיבת עונש ואילו בהדחי' סברה שהוא מסיבת כפרה, חסר מן הספר.

ובספרי על ב"ק חלק ב' אות ל"ח הארכתי ביסוד הדין של חומש.

וע"ע בריטב"א שם שהמשיך לבאר דהא שהאריכו בלשונם כאן בנוגע לחומש הרי זה כי גבי חומש הי' הו"א יותר חזק לומר שרבי מאיר מודה לרבנן שעדים אין מחייבים אותו כיון דהוי ממונא, אבל באשם הי' הדבר יותר פשוט ולכן אמרו בקיצור שאשם נמי היינו קרבן.

ועוד ביאר שלפי רבי מאיר הא דכתיב גבי חטאת או הודע אליו הרי זה כדי לומר שבעינן שבשעת האכילה של החלב לא הודע אליו אלא הי' שוגג. מיהו צ"ע דהא להדיא כתיב שם "בשגגה", וכי הוה ס"ד שבשגגה פירושו הוא אפילו בשגגה וכ"ש מזיד. ועוד תי' הריטב"א שוהודע אליו בא לומר שהוא חייב היכא שהוא אומר שאכל ואין כאן עדים שמכחישים אותו דקמ"ל שסומכים על פיו ולא חיישין לחולין בעזרה. ולהלן בנוגע לזה התורה דכתיב גבי אשם כתב שרבי מאיר סובר שקמ"ל שפיר מחייבו קרבן אפילו אם עדים שפיר מכחישים. וצ"ע למה שינה ממה שכתב גבי חטאת שרק אם אין עדים מכחישים. ועכ"פ כבר הבאנו לעיל שהרמב"ן מסתפק מה סובר ר"מ בכה"ג שהוא מחייב את עצמו ועדים מכחישים, ותוס' כאן פוטרים.

קכא) מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה.

עי' בקצה"ח בסי' ל"ד סק"ד שהקשה מנ"ל באמת שפיו אינו בהכחשה ושהוא נאמן נגד עדים, הלא מכי הוא זה, שמשם ילפינן שהודאת בע"ד כמאה עדים דמי,

מוכח רק שהוא נאמן על עצמו שלא במקום עדים.

עוד העיר שם, שלפי המהר"י י' לב סוסבר שהודאת בעל דין מהני מדין התחייבות, לא אתי שפיר הפירכא כאן, כי נהי שפיו מהני נגד עדים אבל אין זה משום שפיו נאמן יותר מעדים אלא הרי זה משום שהוא מחייב את עצמו עכשיו. וע"ע בזה לעיל באות צ"ה.

קכב) מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה.

ע"י בשט"מ בשם שיטה שכתב שרש"י השמיט כאן הזמה מפירושו על מה לפיו וכו' כי בפיו לא שייך בכלל ציור של הזמה, וא"כ עיקר הפירכא היא מה לפיו שכן אינו בהכחשה.

מיהו צ"ע דהא להלן בדרך ד' ע"א אמרינן מה להצד השוה שבהן, דהיינו פיו וע"א, שאינם בתורת הזמה הרי דשפיר שייך לעשות פירכא מהזמה, שהרי התם בנוגע לע"א אפשר לפרוך רק מה לע"א שאינו בהזמה.

ובאמת שפיר שייך בפיו ציור של הזמה, דהיינו היכא שבאו עדים ואמרו שבאותו יום שאומר שלוח במקום פלוני הי' עמנו במקום אחר. וכן איתא בשט"מ בשם הר"ח.

ובדעת השיטה י"ל דס"ל כמו שמביאים מהרמב"ם בפ"ח מהל' עדות ה"ב שהיכא דהוי הכחשה והזמה בבת אחת הרי זה נחשב ציור של הכחשה ולא של הזמה, וכן הוא בהציור הנ"ל, שהרי כשהם אומרים שהלוח הי' עמם במקום אחר הרי הם גם

מכחישים את תוכן הודאתו שאמר שלוח במקום פלוני.

קכג) מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה.

פירש"י שהכוונה היא שעדים אינם יכולים להכחיש הודאת פיו. וע"ע דא"כ למה צריכים לסיים תאמר בעדים שישנן בהכחשה ע"י עדים אחרים, הלא מהציור הזה גופא של פיו נגד עדים חזינן שפיר שפיו עדיף מעדים.

מיהו י"ל דאי משום הא, הי' אפשר לומר שאין זה משום שפיו עדיף מעדים אלא משום שתמיד תופסים את צד החיוב ופוסקים כאותו שמעיד שיש חיוב, שהרי גם בהציור שעדים מחייבים ופיו פוטר הרי הוא חייב כמו שאומרים העדים, ולכן צריכים לסיים תאמר בעדים שישנם בהכחשה ע"י עדים אחרים, דהיינו שאע"פ שהם מחייבים הרי הם נעשים מוכחשים ע"י עדים אחרים, וא"כ חזינן שאין כלל כזה ללכת תמיד אחרי המחייב וא"כ בע"כ מה שפיו חייב אע"פ שיש עדים שפוטרים הרי זה משום שפיו היכא שהוא נאמן הרי הוא עדיף מפילו מעדים משא"כ עדים היכא שהם נאמנים אינם עדיפי מעדים אחרים.

ולפי הנ"ל יוצא שעיקר הפירכא היא שפיו עדיף מעדים כמו שחזינן היכא שעושה הודאת בעל דין נגד עדים והסיום של תאמר בעדים שישנם בהכחשה הרי זה רק כדי להוכיח שאי אפשר לתלות הא דפיו מהני נגד עדים בזה שפיו הוא הכח שמחייב. ובאמת הכי מוכח, כי באמת באותו ציור שעדים הם בהכחשה, דהיינו

כשבאים עדים אחרים כנגדם, הרי גם פיו ישנו בהכחשה, וכגון היכא שעשה הודאת בעל דין לראובן, וראובן ג"כ עשה הודאת בעל דין שלא מגיע לו כלום, דהיינו ציור של הודאה כנגד הודאה, דהא זהו ציור דוגמת הציור של עדים נגד עדים, וחזינן שגם פיו ישנו בהכחשה (ואע"פ שהיכא שעשה הודאת בעל דין אינו יכול לחזור בו, אבל נראה שאין זה נקרא שפיו אינו בהכחשה ע"י פיו, כי לצד הפטור מעיקרא אין לו שום נאמנות, ו"אינו בהכחשה" איירי כשגם להכח המכחיש יש נאמנות), וא"כ בע"כ צ"ל כהנ"ל שהפירכא היא רק מהך ציור גופא של פיו נגד עדים.

ועי' בחו"מ סי' רמ"ה בסמ"ע סק"ח ובפ"ת שם פרטי הדינים של הודאה נגד הודאה.

קכד) מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה.

עי' בני"א כאן שכתב לפרש שהציור של פיו אינו בהכחשה נגד עדים איירי אפילו כשגם הוא עצמו רוצה להתחרט ולומר כהעדים ודלא כדעת הרמב"ם שהביא שם, וכבר הארכנו בדבריו ובדברי הרמב"ם לעיל באות ק' וק"א עיי"ש.

קכה) מה לפיו שכן אינו בהכחשה והזמה.

בענין הודאה בפני יחיד מומחה או בפני עדים, או קודם תביעה, לענין אם כמאה עדים דמי, ולענין אם חייב שבועת מודה במקצת.

עי' בקצה"ח בסי' ג' סק"ב שחקר אם הודאה שהודה לפני יחיד מומחה מהני

לחייבו שבועת מודה במקצת, דהנה הדין הוא שאחרי הודאה כזו הרי הוא יכול להתחרט ולא נאמר בנוגע להודאה כזו שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וא"כ יש לחקור אם חשיב מיהא הודאה לחייבו שבועת מודה במקצת. והסיק דכיון שאינה הודאה לענין להיות כמאה עדים דמי, א"כ חזינן שאינה נכללת בכי הוא זה אשר משם ילפינן שהודאת בעל דין כמאה עדים דמי, וא"כ מאחר שאינה בכלל כי הוא זה ה"ה שאין על הודאה כזו שבועת מודה במקצת, כי גם שבועת מודה במקצת נלמדת מהך פסוק שכתוב כי הוא זה. והנתיח"מ שם בסק"א קרוב לסופו חולק על הקצה"ח משום שלא מצינו שום פוסק שיאמר שפטור בכה"ג משבועת מודה במקצת, וא"כ אע"פ שלא נאמר על הודאה כזו שכמאה עדים דמי בכל זאת הרי הוא חייב שבועת מודה במקצת (אלא שצ"ע בטעם הדבר).

ולכאורה צ"ע על הנתיח"מ מסוגיא דידן דהא לפי הנתיח"מ שפיר מצינו שפיו ישנו בהכחשה מעדים ובכל זאת יש בכה"ג שבועת מודה במקצת, וא"כ למה לא נימא שפיו בהציור הנ"ל יוכיח ושה"ה שעדים אע"פ שישנם בהכחשה אבל בכל זאת הרי הם מחייבים שבועה.

מיהו העירוני שבכל זאת יש להקשות פירכא ולומר דמה לפיו שיש מיהא ציור שאינו בהכחשה, וא"כ אולי בגלל הציור ההוא חייבה התורה שבועה אפילו בציור שישנו בהכחשה, תאמר בעדים שלעולם ישנם בהכחשה ואין שום ציור שאינם בהכחשה.

ועי' בשט"מ כאן בשם התשב"ץ שכתב

שאם הודה לפני עדים אינו יכול להתחרט מעצמו, אבל ישנו בהכחשה ע"י עדים אחרים בב"ד אם הוא יסכים להם, אבל היכא שהודה בב"ד, אינו בהכחשה.

ובחי' הגרנ"ט כאן כתוב לחדש שבכל זאת בהציורים הנ"ל של הודאות גרועות אם יחזור ויודה בפני ב"ד הרי זה יפעל שמעתה שפיר יש כאן הודאת בע"ד שהיא כמאה עדים דמי ושמעתה יתחייב שפיר שבועת מודה במקצת גם לפי הקצה"ח.

וע"ע בקצה"ח בסי' פ"א סק"י וסקכ"ב שדן אם מהני הודאת בעל דין היכא שהודה מעצמו בלי תביעה. והוכיח שמכיון שהודאה כזו אינה מחייבת שבועת מודה במקצת הה"נ שאין לה הכח של הודאת בעל דין, כי מכיון דלא הוא בכלל כי הוא זה לענין לחייב שבועה הה"נ שאינה בכלל הפסוק לענין הכח של הודאת בעל דין. והא דהודאה כזו אינה מחייבת שבועה הוכיח הקצה"ח משיטת הרמב"ן והר"ן בשבועות דף מ' ע"ב בשם הר"י מיגש שאם הודה קודם להתביעה ליכא חיוב שבועה, כגון היכא שהודה שחייב לו חמשים ואחרי שהודה תבעו השני ואמר לו הלא אתה חייב לי מאה. והקשה הגרנ"ט דמשמע מהר"ן והרמב"ן שם שאפילו אם יחזור ויודה אחרי התביעה לא יעזור דבר זה להביא עליו שבועת מודה במקצת ואילו לפי דבריו הנ"ל דבר זה קשה מאד, כי לפי הקצה"ח יוצא שההודאה הראשונה אינה כמאה עדים, ואילו ההודאה הזאת השני' היא שפיר כמאה עדים, וא"כ הדין נותן שתחול ותחייב מעתה שבועת מודה במקצת, וא"כ בע"כ צ"ל דלא כהקצה"ח אלא לעולם גם כשהודה לפני התביעה

היתה הודאתו כמאה עדים (ומש"ה לא מהני הודאה שני'), רק שבכל זאת ס"ל לר"ן והרמב"ן דלא סגי בזה בשביל שבועת מודה במקצת.

קכו) אלא אתיא מע"א.

ע"י בשט"מ בשם הר"י אבוהב שהקשה למה צריכים ללמוד בק"ו חדש מע"א, דלמה לא נשאר עם הק"ו מפיו, וכתשובה על הפירכא יאמרו שע"א יוכיח שישנו בהכחשה והזמה (ואע"פ שאינו בתורת הזמה וכדפרכינן להלן, אבל כעת לא זה הי' הפירכא). ות"י משום שעל צד השוה פרכינן פירכא כל דהו ולכן העדיפו ללמוד מע"א לבד כדי שנצטרך פירכא גמורה.

עוד י"ל שיש גם נפ"מ לדינא, כי אם נוכל ללמוד מע"א לחודי' הדין יהי' שהוא חייב שבועה אפילו אם התביעה היתה רק פרוטה כמו בשבועת עד אחד וכדאיאתא בשבועות דף מ' ע"א שיש שבועת עד אחד גם אם התביעה היתה רק פרוטה (מיהו ע"י בתוס' שם), משא"כ אם לומדים מהצד השוה מפיו וע"א צריכים דוקא שתי כסף וכמו שביאר השער משפט בריש סי' פ"ח עיי"ש.

קכז) רש"י ד"ה מחייבו שבועה.

בענין אם יש שבועת עד אחד כשהתובע הוא שמא.

וז"ל, טענו חבירו מנה לי בידך והוא אומר אין לך בידי כלום וע"א מעידו וכו' עכ"ל. לכאורה מוכח דס"ל שע"א אינו מחייב שבועה היכא שהבעל דין טוען שמא כי אם הוא שפיר מחייב למה הוצרך

רש"י לומר שהבעל דין טענו, דלכאורה הי' מספיק לומר שע"א מעידו שהוא חייב לו, ויש לדחות.

ועי' בשט"מ בד"ה ורש"י ז"ל וכו' שהביא שדייקן הראשונים שע"א אינו מחייב שבועה בטענת שמא מהא דאמרין להלן הצד השוה שבהן (פיו וע"א, ולא גלגול שבועה דע"א, עיין בהאות הבאה) שעל ידי טענה וכפירה הן באין.

דף ד' ע"א

קכח) מה לעד אחד שעל מה שהוא מעיד הוא נשבע.

עי' ברש"י שביאר שכיון שבעדים על מה שלא העיד הוא נשבע א"כ "מנין לך להחמיר עליו כל כך". ונראה שכוונתו היא לומר דאינו בגדר סתם פירכא, כי בכל פירכא דעלמא רצינו ללמוד שאותו דין שמצינו בהמלמד ינהוג גם בהנלמד, ודוחים דאולי רק בהמלמד נוהג הדין ההוא מפני שיש בהמלמד חומרא מסוימת בענין אחר, אבל עכ"פ אותו הדין שרצינו להעתיק להנלמד אינו יותר חמור בהנלמד ממה שהוא אצל המלמד, אבל הכא רוצים ללמוד שעדים מחייבים סוג של שבועה שלא מצינו בכלל בע"א, דהיינו שהוא נשבע על מה שהעדים לא העידו, וסוג השבועה שאנו רוצים להעתיק להציוור של רבי חייא הוא סוג של שבועה שלא מצינו בע"א, וא"כ הדין נותן שנגיד "דיו לבא מן הדין להיות כנדון" דאי אפשר להחמיר על

הנלמד יותר ממה שמצינו בהמלמד, וזהו שכתב רש"י מנין לנו להחמיר כל כך. מיהו לפ"ז לא שייך לומר פיו יוכיח, כי הכוונה בפיו יוכיח אינה שנלמד עדים מפיו, אלא הכוונה היא שפיו יוכיח שאפשר ללמוד מע"א, והרי הכא אי אפשר לומר כן, כי בשלמא היכא שמקשים פירכא ורוצים לתלות את הדין שמצינו בהמלמד בחומרא מסוימת שיש בהמלמד בענין אחר, א"כ התם אפשר שפיר לומר שדין פלוני יוכיח, כי כיון שבדין פלוני מצינו שנוהג הדין בלי החומרא א"כ שוב אפשר ללמוד מהמלמד כי חזינן שהדין שאנו רוצים ללמוד אינו תלוי דוקא בהחומרא, אבל הכא הרי אינו בגדר פירכא אלא בגדר דבר אחר לגמרי שאינו דומה לשבועת עד אחד, וא"כ אכתי נשאר שאי אפשר ללמוד דבר זה מעד אחד.

וי"ל שמה שאמרו להלן פיו יוכיח הרי זה המשך מהק"ו השני' שלמדנו, דהיינו העדאת עדים בק"ו מגלגול שבועה דע"א, דעל זה פרכינן מה לגלגול שבועה דע"א שכן שבועה גוררת שבועה משא"כ בעדים, ודבר זה הרי הוא רק בגדר פירכא כי השבועה שאנו רוצים להעתיק לציוור של רבי חייא היא אותו סוג של שבועה, ומש"ה על זה שפיר י"ל פיו יוכיח.

ומצאתי בחי' הרמב"ן בסוגיין את ההערה הנ"ל שהערנו שלא שייך לומר פיו יוכיח בנוגע להק"ו מעיקר שבועה דע"א, דהנה המשך דברי הגמ' הוא כך, דבתחילה למדנו עדים מעיקר שבועה דעד אחד, ומקשינן מה לע"א שעל מה שהוא מעיד הוא נשבע תאמר בעדים, ושינו את הילפותא ואמרו שלומדים עדים מגלגול

שבועה דעד אחד, ועל זה פרכינן מה לגלגול שבועה דע"א ששבועה גורת שבועה, ועל זה אמרינן פיו יוכיח, ומקשינן מה לפיו שאינו בהכחשה, ואמרינן עד אחד יוכיח, ומקשינן מה לע"א (דהיינו עיקר שבועה דעד אחד) שעל מה שהוא מעיד הוא נשבע, ושוב אמרינן פיו יוכיח, הרי שאחרי שאמרנו דילפינן מגלגול שבועה דע"א והקשינו שהתם שבועה גורת שבועה והוצרכנו לומר פיו יוכיח, הרי אנו חוזרים להק"ו הראשון מעיקר שבועת עד אחד ופרכינן שמה לעיקר שבועה דע"א שעל מה שהוא מעיד הוא נשבע, ובכל זאת אומרים פיו יוכיח, והרמב"ן שם סובר שבאמת אין חוזרים להק"ו מעיקר שבועה דעד אחד, והרי הוא משנה את הגירסא להלן וגורס גם להלן מה לע"א ששבועה גורת שבועה ועל זה אמרינן פעם שני' פיו יוכיח (ועל גירסת הרמב"ן צ"ע למה צריכים פעמיים לומר פירכא זו של מה לע"א, כלומר גלגול שבועה דע"א, שכן שבועה גורת שבועה). והרמב"ן כתב את הטעם הנ"ל שכתבנו כדי להסביר למה א"א לחזור וללמוד מעיקר שבועה דעד אחד, דהיינו משום שעל זה לא שייך לומר פיו יוכיח וכמו שביארנו.

ברם ברש"י להלן שם בד"ה פיו יוכיח מבואר שאינו גורס כהרמב"ן אלא כמו הגירסא שלפנינו עיי"ש.

והנה להלן אמרינן שהצד השוה מפיו וע"א הוא שעל טענה וכפירה הן באין, וכתבו תוס' שעל טענה וכפירה הן באין פירוש הוא שהטענה של התובע היא טענה חשובה מפני שהנתבע נראה כמשקר בכפירתו, ברם לכאורה רק בנוגע לעיקר

שבועה דע"א הרי הוא נראה כמשקר, אבל א"א לומר כן בנוגע לגלגול שבועה דע"א, דהא א"א לומר שכיון שיש ע"א כנגדו בהטענה המקורית הרי הוא נראה כמשקר גם בהגלגולים. ומעתה מתוס' יוצא שחזרנו להלימוד מעיקר שבועה דע"א. ולכאורה נשאר קשה על זה מה שהקשינו איך אפשר ללמוד מעיקר שבועה דע"א, הלא אינו דומה בכלל לעיקר שבועה דע"א, כי בע"א הרי הוא נשבע על מה שהע"א מעיד וא"כ איך אפשר ללמוד מזה שכשנתחייב חמשים ע"י שני עדים שישבע על השאר שלא העידו עליו שזהו דבר יותר חמור.

מיהו באמת לפי דברי תוס' הנ"ל אין זה קשה כל כך, כי יסוד החיוב שבועה הוא שהוא צריך לישבע כל היכא שנעשה חשוד על טענתו, וגם היכא שע"א מעיד כנגדו, וגם היכא שנתחייב חמשים הרי הוא נעשה חשוד על כפירתו, וכמו שהביאו תוס', ולכן שפיר רוצים ללמוד מעיקר שבועה דע"א דאם ע"א מחייבו שבועה על שנעשה חשוד על טענתו, כ"ש שעדים מחייבים שבועה על החלק שכפר כיון שנעשה חשוד על טענתו. ועל זה פרכינן בתורת פירכא (ולא בתורת דיו) דמה לע"א שעל מה שהוא מעיד הוא נשבע.

ועכ"פ יש להקשות על דברי תוס' הנ"ל דלפי דבריהם למה אי אפשר לומר שהטעם למה כופר הכל פטור הרי זה משום שאינו נראה כמשקר, כיון שאין כנגדו עד אחד (ע"י בתוס' לעיל בסוף דף ג' ע"א).

קכט) אתיא מגלגול שבועה דעד אחד.

צ"ע דע"י בחו"מ בסי' ע"ה סעיף ט"ו

שהביא המחבר מחלוקת על היכא שאינו יכול לישבע את שבועת הגלגול האם אומרים שמתוך שאינו יכול לישבע משלם, ובסי' צ"ד סעיף ט' פסק שעל שבועת הגלגול לא אמרינן שאם אינו יכול לישבע משלם. ולפ"ז יוצא שאם לומדים מגלגול שבועה דע"א, אז גם בהעדאת עדים אם אינו יכול לישבע לא יצטרך לשלם, ומעתה צ"ע איך קאמר רבי חייא שלא תהא הודאת פיו גדולה מהעדאת עדים מק"ו, הלא שפיר נשאר שהודאת פיו גדולה שהרי הודאת פיו גורמת שאם אינו יכול לישבע על החלק השני הרי הוא משלם, אבל בהעדאת עדים אם אינו יכול לישבע הרי הוא פטור.

ועי' בבית הלוי בח"ג סי' ל"ח סק"א שנתעורר על זה וכתב שי"ל שרבי חייא סובר כרב ושמאל בשבועות דף מ"ז שאינם סוברים כרבי אבא שסובר שמחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם. א"נ לכך חזר רב פפא ולמד מעיקר שבועה דע"א כדי שרבי חייא יהי' כהלכתא דפסקינן כרבי אבא. ועיי"ש שם שפלפל בכל זה.

ובסק"ב כתב שלפי הגירסא בגמ' שנשארים עם הילפותא מגלגול שבועה דע"א י"ל כהשיטה בהראשונים שבהצד השהו עושים כחומרת אחד מהם, ולכן בהעדאת עדים שפיר נגיד שמתוך שאיל"מ כמו בהודאת פיו אע"פ שאין אומרים כן בגלגול שבועה דע"א.

ועי' באו"ת בסי' צ"ד סק"ח שהביא את דברי הרמב"ן שסובר כהגירסא שילפינן מגלגול שבועה, והוכיח מזה האו"ת שגם

על גלגול שבועה אמרינן מתוך, ודלא כפסק השו"ע.

ורעק"א בהגהותיו על שו"ע בסי' ע"ה סעיף ד' הביא משו"ת בשמים ראש בסי' ז' שבהעדאת עדים אין אומרים מתוך שאיל"מ כיון שילפינן לי' מגלגול שבועה דע"א.

קל) מה לגלגול שבועה דעד אחד שכן שבועה גוררת שבועה.

עי' בחו"מ סי' צ"ד סעיף ז' שהובאה מחלוקת הפוסקים היכא שעל השבועה הראשונה הוא בגדר מחויב שבועה שאינו יכול לישבע האם יש חיוב של גלגול שבועה. וכתב הבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ח בתחילתו שלפי הסוברים ששפיר יש חיוב של גלגול שבועה א"כ אי אפשר לפרוך מה לגלגול שבועה דע"א שכן שבועה גוררת שבועה דהא חזינן שיש גלגול שבועה אפילו היכא שאינו נשבע את השבועה המקורית אלא משלם. ותי' דאכתי יש לפרוך מה לגלגול שבועה דע"א שכן חיוב שבועה גוררת שבועה. וכתב לדייק כן מלשון רש"י כאן שהדגיש "אם נתחייב לו שבועה" דחזינן מלשונו שאין צריכים שממש ישבע.

מיהו לכאורה אין ראי' מרש"י, כי זה ברור שאם הוא יכול לישבע את השבועה הראשונה רק שהוא משלם משום שלא רצה לישבע, שפיר אפשר לגלגל עליו, וכן מבואר בסעיף ד' שם (וכן איתא בירושלמי בשבועות בפרק ז' הלכה ח', והובא ברי"ף בסוף מסכת שבועות), והיינו משום

קלב) רש"י ד"ה כשר לעדות.

גדרי פסול רשע לעדות. וכן בענין אם רשע, וכן רשע דחמס, פסולים בפסול הגוף או משום חשוד לשקר.

וז"ל, ולא אמרינן גולן הוא והתורה אמרה אל תשת רשע עד וכו' עכ"ל. הנה לשונו של רש"י מגלה לנו את שיטתו בענין פסול רשע לעדות, ואבאר דברי:

הנה בסנהדרין דף כ"ז ע"א סובר אביי שגם סתם רשע פסול לעדות ורבא סובר שרק רשע דחמס פסול. והקובץ הערות בסי' כ"ה סק"ג כתב שלפי רבא טעם הפסול הוא משום חשש משקר, ומש"ה הרי הוא סובר שרק רשע דחמס פסול כי רק הוא חשוד לשקר בגלל ממונו, רק שצידד לומר שהיכא ששייך חשש משקר קבעה התורה גם תורת פסול הגוף. ולפי אביי חקר האם גם הוא סובר שטעם הפסול הוא משום חשש משקר רק דס"ל שגם ברשע בשאר עבירות יש חשש משקר, או האם אביי סובר שטעם הפסול הוא רק משום גזירת הכתוב של פסול הגוף.

ועוד כתב שיש נפ"מ בין אם הוא משום חשש משקר או משום פסול הגוף היכא שנתכוין לעשות את האיסור ולא עלה בידו, דחשש משקר איכא, אבל אם הוא בתחילתו פסול הגוף הרי בכה"ג לא שייך פסול הגוף כי לא עשה את העבירה.

ועוד כתב שם עוד נפ"מ, והיינו היכא שהוא יודע בעצמו שהוא רשע ופסול לעדות אבל הרי הוא גם יודע שהוא אומר אמת, דאם הפסול הוא משום חשש משקר הרי הוא יכול להעיד ואינו צריך לגלות להדיינים שהוא רשע כיון שהוא יודע

שבכה"ג שפיר יש כאן שבועה בעולם, וא"כ יכול להיות שרש"י נתכוין לרבות רק דבר זה דהיינו שכיון שחייב שבועה אפשר לגלגל אפילו אם אינו רוצה לישבע. מיהו סוף סוף לשונו כוללת גם היכא שאינו יכול לישבע ולא רק היכא שאינו רוצה לישבע.

קלא) בענין גלגול שבועה.

ע"י ברש"י שכתב וז"ל, אם נתחייב לו שבועה ע"י ע"א והיתה עליו טענה אחרת וכו' עכ"ל. ומשמע דבעינן שבשעה שנתחייב השבועה כבר טען התובע כנגדו גם את הטענה השנייה. וצ"ע דהא גלגול שבועה ילפינן מסוטה וכמו שהביא רש"י כאן, ובפשטות משביעין אותה שם גם על שעת אירוסין ושומרת יבם אע"פ שלא טען על זה קודם שנתחייבה השבועה על הסתירה שעשתה בנישואי.

ובשו"ע סי' צ"ד סעיף ד' מבואר להדיא שהתובע יכול לבוא על הנתבע בטענות חדשות גם אחרי שהנתבע נתחייב לו את השבועה המקורית כל עוד שלא נשבע או אמר שאינו רוצה לישבע אלא לשלם.

קלא*) הצד השוה שבהן שעל ידי טענה וכפירה הן באין וכו'.

ע"י בתוס' בכתובות דף י"ח ע"א בסד"ה מפני וכו' שכתבו ששבועת מודה במקצת היא דוגמת גלגול שבועה כי הממון שנתחייב על ידי הודאתו מגלגל שבועה. מיהו לפ"ז ה"י אפשר לומר "הצד השוה שבהן שמגלגלין שבועה אף אני אביא העדאת עדים שמגלגל שבועה על השאר".

שהוא אומר אמת, אבל אם הוא פסול הגוף א"כ אע"פ שהוא יודע שהוא אומר אמת אבל בכל זאת הרי יש כאן הפסול הגוף.

והנ"י בסנהדרין שם (בדף ה' ע"ב בדפי הרי"ף) בד"ה שבועת שוא, כתב שלפי אב"י יש בזה פסול הגוף ומש"ה הרי הוא כשר לעדות איסורין כי אינו חשוד לשקר ולא נאמרו פסולי הגוף בעדות איסורין שהרי אפילו ע"א ואפילו אשה נאמנים.

והנה לכאורה גם לפי אב"י צריכים לומר שנתחדש שם מיוחד של פסול עדות שנקרא רשע דחמס, דהא רשע דשאר עבירות נפסל רק אם עבר על לאו שיש בו מלקות כמו שפסק הרמב"ם בפ"י מהל' עדות, והרי על גזילה אין מלקות, וא"כ בע"כ צ"ל שנאמר פסול מיוחד של רשע דחמס גם לפי אב"י.

והקצה"ח בסי' מ"ו סק"ז כתב שהפסול של סתם רשע הוא בגדר גזירת הכתוב של פסול הגוף ולא משום חשש משקר, ואילו הפסול של רשע דחמס הוא משום חשש משקר. והוכיח שהפסול של סתם רשע הוא בגדר גזירת הכתוב של פסול הגוף מהנ"י הנ"ל, אלא שהוא הביא שהנ"י מכשירו לעדות אשה (כלומר עדות שמת בעלה), וכבר דנתי על דבריו בספרי על סנהדרין בפרק זה בורר אות כ'.

והנתי"מ שם בסק"ז השיג וז"ל, והוא תמוה דהא מבואר ביו"ד סי' קכ"ז ובש"ך סק"ב שאפילו באיסורין אינו נאמן לאיסור, רק להתיר מטעם אין אדם חוטא, וקרובין נאמנים, אלמא דכל רשע חשוד לשקר, ולעדות אשה אף הנ"י מודה דאינו נאמן דחשוד שנתן עיניו בה כמבואר ביבמות

ובאה"ע סי' י"ז דכל פסול דאורייתא פסול לעדות אשה עכ"ל.

והנה מאי דאמרינן כאן שהכופר במלוה כשר לעדות כי אמרינן שכפר כדי להשתמט לפי שעה, הרי זה מובן רק אם הוא ביסודו משום חשש משקר, דלפי זה שפיר י"ל דהיכא שעשה כדי להשתמט לפי שעה אין חשש שישקר בעדות, אבל אם הוא בגדר פסול הגוף א"כ מכיון שסו"ס עבר על האיסור במזיד הדין נותן שיש כאן פסול הגוף.

ומעתה נחזור למה שכתבתי שמדברי רש"י כאן מתבאר מה היא שיטתו בענין יסוד הדין של פסול רשע לעדות, דהנה רש"י כאן הזכיר רק סתם רשע ולא הזכיר רשע דחמס, ומזה נראה שכדי להפסל משום סתם רשע אין צריכים עבירה שיש בה מלקות. ועוד מבואר מפירושו שיסוד הדין פסול של סתם רשע הוא משום חשש משקר ואין בזה פסול הגוף כי אם יש פסול הגוף מה מועיל מה שהוא עושה כן להשתמט הלא בכל זאת הרי הוא עובר על האיסור, ואשתמוטי הוי מעלה רק כשדנין מצד חשוד לשקר.

ברם באמת אין הדבר מוכרח שרש"י כאן חולק על הרמב"ם וסובר שפסול משום רשע גם כשעבר עבירה שאין עלי' מלקות, דהנה עי' בתומים בחו"מ ריש סי' ל"ד שכתב שגם הרמב"ם בהל' עדות שם מודה שלא שניתן לאזהרת מיתת בית דין הרי הוא חמור כלאו שיש בו מלקות ונפסלין עי"ז לעדות, אע"פ שאין לוקין עליו, ואינו כמו לאו שאין בו מעשה, והיינו משום שהטעם למה אין לוקין על

החזירו הרי הם עדיין פסולים (ויש לדחות דרך זה).

קלג) בענין מסקנת הגמ' ש"ותנא תונא" קאי על הילך.

א. דברי תוס'.

הנה בגמ' מקשינן שאין הציור של המשנה דומה להציור של רבי חייא קמייתא כי בהמשנה כמו שאנן סהדי להאי ה"ה שאנן סהדי להאי, ומסקינן שיש ראי' לאירך דרבי חייא שהילך חייב דלכך בהמשנה נשבעין. והקשו תוס' דהא גם על זה קשה למה יש שבועה בהמשנה הלא אנן סהדי נמי להאי, ואם בכל זאת יש ראי' א"כ יש גם ראי' לרבי חייא קמייתא. ותירצו שעכשיו חזרנו ממה שחשבנו שהמשנה דומה להעדאת עדים, אלא חשיב כאילו הוא עצמו הודה, ולכן אינו דומה לרבי חייא קמייתא, ובאמת מהתורה אין מקום לשבועתו כיון דהוי כאילו כל אחד מודה לחבירו, אלא השבועה היא רק מדרבנן, רק שאם הילך לא הי' חייב שבועה לא היו מתקנין שבועה דרבנן כי כעין דאורייתא תיקנו. אלא שכתבו תוס' שפירוש זה הוא דוחק כי לא נזכר בהגמ' עיקר הסיבה למה יש ראי' רק להילך ולא לרבי חייא קמייתא דהיינו העובדא שחוזרים מההנחה דהוי כהעדאת עדים וסוברים עכשיו דחשיב כאילו הוא עצמו מודה.

והנה לפי דרכם של תוס' יש לפרש את מאי דאמרינן שטעמו של רבי חייא הוא משום דבעינן כעין דאורייתא בשני דרכים. דמצד אחד י"ל שהכוונה היא שרבי חייא

לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אינו משום דקיל, אלא אדרבה משום דחמיר בזה שניתן לאזהרת מיתת ב"ד. ועוד כתב התומים כעין זה גם בנוגע ללאו הניתק לעשה, דהיינו דמה שאין לוקין עליו אינו משום שהוא איסור קל אלא משום שהוא חייב לתקן ולבטל את האיסור, ובאמת הרי שפיר לוקין עליו בציור שביטל את העשה או לא קיימו. ולפי התומים לכאורה הוא הדין ללאו הניתן לתשלומין (אע"פ שהתם אין לוקין לעולם), דהא גם שם הטעם שאין לוקין עליו אינו משום שהוא קל אלא משום שהוא חייב לשלם ולתקן את האיסור.

מיהו הנתיות המשפט שם בסק"א הבין כנראה אחרת בכוונת התומים, והיינו שהטעם למה לאו הניתק לעשה לא חשיב קל הרי זה דוקא משום שיש שם באמת ציור של מלקות, אבל בלאו הניתן לתשלומין הדין נותן שלא יהי' פסול כיון שלא יתכן שם ציור של מלקות, ולכן כתב הנתיה"מ שם שעל לאו דגזילה דלא משכחת בו לעולם מלקות משום הטעם של ניתן לתשלומין הרי הוא פסול רק משום השם של רשע דחמס. ועי' גם בכסף משנה על דברי הרמב"ם שם בתחילת ה"ד שכתב שגבי גניבה הביא הרמב"ם את הפסוק של חמס כי לא מספיק שם בהשם של רשע כיון שאין שם מלקות, והיינו כהנתיה"מ. מיהו עיין שם שכוונת הכסף משנה היא רק להיכא שכבר החזירו הגזלנים את הממון, וא"כ אולי רק אז אינם בגדר רשעים, ולכן בשביל היכא שכבר החזירו שפיר הוצרך הרמב"ם להביא קרא דרשע דחמס וכמו שסיים הרמב"ם שם שגם אם

לית ל'י טעמו של רבי יוחנן של שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו', אלא ס"ל שהטעם של השבועה הוא משום דדמי למודה במקצת בהציוור של הילך, והא דתיקנו י"ל דהיינו משום שחששו שאם לא ישבע אז יחשבו שהטעם הוא משום שהילך פטור ולכן חייבו שבועה כדי שכולם ידעו שהילך חייב.

ולפי הדרך הנ"ל נראה שה"ה שיצטרך לישבע על מה שבתוך ידו ממש, דהיינו החלק שעד מקום שידו מגעת, כי אם הי' בגדר מודה במקצת דאורייתא הי' צריך לישבע על כל מה שהוא כופר אפילו אם הוא נמצא תחת ידו ממש.

מיהו מצד שני יש לפרש שגם רבי חייא מודה שהטעם של התקנה הוא משום רבי יוחנן, רק שאין החשש הזה של שלא יהא כל אחד הולך ותוקף חזק מספיק, ולכן לא היו מתקנים אם לא מצינו כעין שבועה זו גם בדאורייתא. וכן מצאתי בשט"מ בד"ה ותנא תונא וכו' בשם תוס' מכתיבת יד. ובאמת גם מלשון הגמ' משמע שבנוגע לעיקר הסיבה למה יש שבועה דרבנן אין רבי חייא חולק על רב ששת אלא הרי הוא חולק רק בנוגע לאם צריכים ג"כ שיהי' כעין דאורייתא. ולפי הדרך הזה יוצא שהנידון הנ"ל שהערנו בנוגע להחלק שהוא בתוך ידו ממש תלוי באם לפי טעמו של רבי יוחנן צריכים לישבע גם על החלק הזה שבתוך ידו ממש או לא, ועי' בזה להלן באות קל"ה.

אבל עכ"פ א"א לומר שתמיד כדי לתקן שבועה דרבנן חייבים שיהי' כוונה גם בדאורייתא, דהא חזינן מנשבעין ונוטלין

שאינן צריכים כן וכמו שהעיר הריטב"א בסוף דבריו כאן.

ב. דרכו של הקצה"ח.

והנה כבר הבאנו שתוס' כתבו שדרכם הוא בגדר דוחק כי יוצא שהטעם למה מסיקין שאין כאן ראי' לר"ח קמייתא, אינו כתוב בכלל בתוך הגמ', דהיינו הטעם שהציוור של המשנה דומה להודאת פיו ולא להעדאת עדים, והעובדא של "כי היכי דאנן סהדי להאי אנן סהדי נמי להאי" אינו הסיבה למה לא הוי ראי' לרבי חייא קמייתא אלא לרבי חייא בתרייתא, כי באמת זה קשה גם אם חשיב כהודאת פיו והוי ראי' להילך, דגם לפ"ז קשה דכי היכי שיש כאן מצדו הודאה לחבירו הה"נ שיש הודאה מחבירו לצדו, ומה שמתרצים דהוי רק שבועה דרבנן הרי זה תירוץ טוב גם בנוגע לר"ח קמייתא, רק שאי אפשר להביא ראי' לר"ח קמייתא כי הציוור של המשנה אינו דומה להעדאת עדים וכהנ"ל, ואילו נקודה זו אינה נזכרת בהגמ'.

ועי' בקצה"ח בסי' ע"ה סק"א שכתב לקיים את דרכם של תוס' בלי דיוחוקם, והיינו על פי מה שכתב שם שמה שסברנו שיש מהמשנה ראי' לר"ח קמייתא אין זה בגלל שחשבנו דחשיב בגדר העדאת עדים ממש וכהלשון של "אנן סהדי", אלא הרי זה בגלל שגם מה שנשאר חייב על פי פסק ב"ד על חלק מסוים הרי זה כמו העדאת עדים ומחייב אותו בשבועה, ועל זה מקשים שכמו שיש פסק דין שהוא צריך לתת להשני חצי הלא יש גם פסק דין על החצי השני שהוא מגיע לו, ובגלל קושיא זו מסיקים שאינו דומה להעדאת עדים,

אלא הרי זה ציור של הודאת פיו אשר לפ"ז לא קשה הקושיא הנ"ל שיש גם הודאת בעל דין מחבירו לצדו (וכמו שנבאר), וא"כ יוצא שהסיבה שמוזכרת בהגמ', דהיינו העובדא שיש גם כח לצדו, הרי זה באמת הסיבה להתחרט ולומר שדומה להודאת פיו, כי לפי"ז לא קשה הקושיא הנ"ל שיש כח גם לצדו.

מיהו הקצה"ח לא ביאר למה אם סוברים דהוי בגדר הודאת פיו לא קשה הקושיא הנ"ל, והנתיח"מ שם באמת כתב על דברי הקצה"ח האלו ש"אין להם שחר", אבל הקצה"ח במשובב נתיבות כתב לעיין בדבריו וששם "תמצא שחר מקומו", אבל לא האריך לבאר יותר את פירושו" וא"כ הדבר עדיין סתום וצריך ביאור.

ויש לבאר שהשתא דאמרינן שדומה להודאת פיו שפיר יש לומר שהשבועה היא באמת רק מדרבנן משא"כ אם הוי ראי' לר"ח קמייתא ושהחויב שבועה הוא משום שהוא חייב מקצת על פי פסק דין אז אי אפשר לומר דהוי שבועה דרבנן, והיינו משום שלפי הדרך דחשיב פסק דין א"כ בכל הציורים של פסק דין על מקצת לטובת חבירו יש תמיד גם פסק דין לצדו על החלק השני וליכא בכלל ציור שיתחייב שבועה דאורייתא, וא"כ י"ל שבכה"ג לא תיקנו רבנן שבועה כי אין כאן כעין דאורייתא, ולא סגי אם יש ציורים של שבועה דאורייתא בהעדאת עדים או במודה במקצת, אלא צריכים שבציר כעין הציור שלפנינו, דהיינו הציור שחייב מקצת על פי פסק דין, יהי' ציור של שבועה דאורייתא, ועל זה מתרצינן דהוי ראי' לציור של הילך,

כי חשיב שהוא עצמו מודה, ונהי שבהציר הזה שלפנינו גם חבירו מודה לו אבל שפיר יש ציורים אחרים שרק הוא מודה ולא חבירו, אשר שם השבועה היא דאורייתא. אלא שדרך זה מתקמה רק לפי פירושו של הקצה"ח שרצינו להביא ראי' לר"ח קמייתא משום שיש פסק ב"ד על מקצת, אבל אם נאמר שחשבנו דחשיב בגדר העדאת עדים ממש משום דהוי אנן סהדי ממש שמה שתחת יד כל אחד מהם הוא שלו, א"כ הי' אפשר להשאר שדומה לר"ח קמייתא ולתרץ דהוי שבועה דרבנן, כי שפיר יש ציורים אחרים של העדאת עדים דאיכא שם שבועה דאורייתא, דהיינו היכא שרק לאחד מהם יש עדים, אבל מכיון שהכוונה היא שיש פסק דין להצד השני, שפיר קשה, שהרי תמיד יש פס"ד לצדו, וזה גורם שאין כאן אפשרות לא לשבועה דאורייתא ולא לשבועה דרבנן. ובגלל קושיא זו חזרו לומר שדומה להודאה ולא לעדים, אשר לפ"ז י"ל שיש שבועה דרבנן. ומעתה לפ"ז יוצא שאע"פ שעצם החזרה לא כתובה בפירוש בהגמ', אבל הטעם למה חזרו שפיר כתובה, דהיינו כדי שלא יהי' קשה שלא שייך אפילו שבועה דרבנן.

ג. דרכו של החידושי הר"ן כאן.

והנה לפי הנ"ל יוצא שקשה על שיטת הגאונים שהביא הרמב"ם בפ"ג מהל' גזילה הט"ז שסוברים שאם נתחייב בב"ד לשלם על חלק מסוים, וכגון היכא שהי' על חלק מסוים מחויב שבועה שאינו יכול להשבע דחייב לשלם, הרי זה מחייב אותו שבועה דאורייתא על השאר, דקשה על זה דהא כמו שיש פס"ד על חלק מהממון שהוא

חייב לשלם אותו הה"נ שיש פסק דין על החלק השני שאינו צריך לשלם אותו. ובמשוכב נתיבות שם בההג"ה איתא לתרץ שי"ל שהגאונים סוברים כמו פירושו של החידושי הר"ן בסוגיין. דהנה הר"ן פי' שכוונת הגמ' עכשיו בהמסקנא היא לומר שהסיבה למה יש כאן שבועת מודה במקצת אינה בגלל השם של העדאת עדים כמו שסברנו עד עכשיו כי אילו כן הרי יש כאן אותו השם גם לצדו הוא, אלא הטעם למה יש כאן שבועה הרי זה כי אינו דומה לכל כופר הכל דעלמא, כי כל כופר הכל נשאר עם כל מה שהוא כופר, ואילו הכא הרי חלק ממה שכפר לא ישאר בידו, ועצם העובדא שאינו דומה לכל כופר הכל הרי הרי זה מחייבתו שבועה, כי כיון שלא ישאר בידו כל מה שכפר, וכמו שבמודה במקצת לא נשאר הכל בידו, הרי אנו רואים אותו באמת כאילו הודה במקצת, וזהו כוונת הגמ' שאין כאן ראי' לר"ח קמייתא, אלא הרי זה כמו הילך, וגם בהילך אע"פ שאינו בגדר מודה במקצת אלא בגדר כופר הכל אבל הרי זה דומה למודה במקצת בזה שהתובע מקבל רק מקצת מתביעתו, ומש"ה גם בהציור של הגאונים יהי' חיוב שבועה (מיהו לפ"ז לכאורה גם בהציור של העדאת עדים ממש ג"כ יהי' חיוב שבועה, רק לא מטעם השם של העדאת עדים כמו שאמר רבי חייא, וצ"ע).

אלא שלפי הדרך של הר"ן צ"ע למה מודה רבי חייא לרב ששת דהוי כאן רק שבועה דרבנן הלא יכול להיות שבועה דאורייתא כיון שאינו דומה לכל כופר הכל, וכתב הר"ן שם משום דהוי בגדר הודאה

קודם לתביעה וז"ל, שכיון שהודאתו אינה מתבררת מתוך דבריו, דאדרבה בכל הוא כופר, ואינה הודאה, אלא מתוך הדין בעצמו שהוא כך, נמצא שקדמה הודאה לתביעה, שמכיון שבאו לפנינו והיו שניהם אוחזין בטלית אנו רואין כאילו כל אחד הודה לחבירו בחצי, וכל שקדמה הודאה להתביעה אפילו במודה במקצת גמור אין שבועת התורה חלה עליו וכו' עכ"ל. מיהו לא הבנתי דהא לפי דבריו הרי הדמיון להודאה הוא רק על ידי הפסק דין, והפסק דין הרי נולד לאחר התביעה.

ד. דרכו של הראב"ד כאן.

וע"ע בשט"מ בשם הראב"ד בביאור למה הוי רק מדרבנן שכתב בזה"ל, ליכא הכא תובע ונתבע שיהי' נתבע יותר מוחזק מן התובע, וליכא הכא שבועה דאורייתא, אבל היא מעין דאורייתא עכ"ל, ובהגהות אמרי ברוך בשו"ע חו"מ סי' פ"ז הבין שכוונתו היא לומר כיסודו של הנתיה"מ בסק"א שם שרק בשיעבוד הגוף שייך שבועת מודה במקצת, דהיינו שהוא מודה שיש עליו חיוב מסוים לפרוע לחבירו, אבל היכא שאין כאן שאלה אם הוא חייב לחבירו או לא, אלא השאלה היא למי שייך חפץ מסוים, והוא מודה שחצי שייך לחבירו, אין כאן שבועת מודה במקצת.

ובשיעורי הגר"ש כתב לבאר שכוונת הראב"ד היא משום דהוי ציור של "נוטלין" ולא ציור של "נפטריין". והרשב"א לעיל על ותנא תונא כתב באמת שהגמ' היתה יכולה לדחות את הראי' לר"ח קמייתא מצד דהוי ציור של נשבעין ונוטלין. מיהו צ"ע דלעיל על "וליחזי וזוי

ממאן נקט" כתב הרשב"א שהקושיא היא שאותו אדם שהמוכר אומר כנגדו יהי מחויב שבועה דאורייתא של שבועת עד אחד, ואילו לפי הנ"ל דחשיב נשבעין ונוטלין לא יתכן שבועה דאורייתא. וכפירושו של הרשב"א בדף ב' שם פי' גם הראב"ד שם.

קלד) פירוש הבעל המאור.

ועי' בבעל המאור שפי' בדרך אחרת לגמרי, והיינו שאין כוונת הגמ' לומר שהמשנה היא ציור של שבועת הילך, אלא לעולם גם לפי רבי חייא השבועה בהמשנה היא משום שלא יהא הולך ותוקף, והא דהוכיח רבי חייא מהמשנה שהילך חייב הרי זה כי מזה שרבנן תיקנו לישבע כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו' מוכח שהילך חייב, והיינו משום שכדי לחייב את השבועה דרבנן הנ"ל צריכים לומר שאין הדבר נחשב כאילו כבר הגיע חלקו לידו ושכמאן דנקיט דמי, כי אחרי שכבר הגיע לידו אין חכמים מטילין עליו שבועות אלא אמרינן הממע"ה, ומעתה מכיון שאינו נחשב כאילו כבר הגיע לידו א"כ גם בהילך אין זה נחשב כאילו כבר שילם אלא הרי זה נקרא בגדר הודאה.

ועי' בריטב"א כאן שהביא את פירושו של הבעל המאור, והריטב"א כתב שמרש"י בסוף העמוד משמע כפירוש זה, ונראה שכוונתו היא למה שרש"י בסוף העמוד כתב שהשבועה בהמשנה היא כעין דאורייתא של מודה במקצת ולא כתבו כעין דאורייתא של העדאת עדים, אע"פ שרש"י לעיל שם בד"ה והא הכא ובד"ה תקנת חכמים פי' שעוד קיימינן שהציור של

המשנה דומה להעדאת עדים, ומעתה לפי הבעל המאור אתי שפיר, כי בשלמא אם הכוונה היא ששבועת משנתינו היא שבועה דרבנן גזירה אטו הציור דאורייתא, ולכן צריכים שהציור יהי' כעין דאורייתא, א"כ, הי' בדין שיאמר רש"י כעין דאורייתא של העדאת עדים, אבל אם השבועה היא מהטעם שאמר רבי יוחנן, והכוונה היא רק שמהמשנה חזינן נקודה מסוימת שמוכח מנקודה זו שהילך חייב כי גם הילך תלוי באותה נקודה, והכוונה היא רק שצריכים שיהי' כעין דאורייתא בזה שאינו נחשב כמאן דנקיט, א"כ שפיר יכול רש"י לנקוט את הציור המקורי של הילך שהוא הציור של הילך במודה במקצת ולא בהעדאת עדים כי גם מהציור של הילך במודה במקצת חזינן שאינו נחשב כמאן דנקיט.

אלא שנתקשה הריטב"א דהא רש"י לעיל בסמוך בד"ה ותנא תונא ובד"ה והא הכא וכו' כתב שלפי רבי חייא השבועה של המשנה היא באמת שבועת מודה במקצת בציור של הודאת עדים והילך, ונשאר הריטב"א קשה על רש"י.

מיהו עי' ברמב"ן שכתב שדברי רש"י הראשונים לעיל הם רק לפי הס"ד, אבל לאחר שחידש רב ששת שהשבועה היא משום שלא יהא כל אחד הולך ותוקף, אז גם לפי רבי חייא הרי זה הטעם, והראי' להילך הוא על הדרך שביאר הבעל המאור. וע"ע בשט"מ בד"ה וכתב עליו הראב"ד (השני) שהביא את השגת הראב"ד על פירושו של הבעל המאור, דהא אי אפשר להביא ראי' מהמשנה שבהציור של הילך לא אמרינן כמאן דנקיט דמי, כי בהציור של שנים או חזין בטלית הרי הבעל דין

טוען שכולו שלו, כלומר דנהי שב"ד מחייבים אותו לתת, אבל מ"מ מכיין שהוא עצמו אינו רוצה לתת, פשיטא דלא אמרינן שהשני הוא כמאן דנקיט, ואין זה דומה להילך שהוא מודה ורוצה לתת. ועוד השיג דיש עוד טעם למה אינו דומה להילך כי הלא לפני השבועה באמת אינו חייב לתת לו כלום וא"כ אינו עוד כהילך (ומשמע שם דזה הוי השגה נפרדת וטעם נפרד למה אינו דומה להילך, ואין כוונתו לומר דבעינן שני הטעמים גם יחד).

קלה) בענין אם צריכים לישבע על מה שבתוך ידו ממש.

ע"י בריטב"א שכתב שנראה לו פירושו של הבעל המאור, והוסיף שבין לפי רבי חייא, ובין לפי רב ששת, צריכים לישבע לא רק על אמצע הטלית אלא גם על החלק שבתוך ידו של כל אחד מהם.

ונראה שיש בזה רבותא לפי רבי חייא יותר מלפי ר"ש, כי רבי חייא לא מחשיב את האמצע העומד לחלוקה כמאן דכבר נקיט אותו השני, ורק בגלל זה הרי הוא סובר ששייך שבועה, והרי הוא מוכיח מדבר זה שהילך אינו כמאן דכבר נקיט אותו השני, וא"כ לפי רבי חייא הי' מקום לחלק ולומר שמה שבתוך ידו הרי זה שפיר כמאן דפסיק ואינו צריך לישבע על זה כי כבר הגיע לידו ולא תיקנו רבנן לישבע על מה שכבר הגיע לידו, אבל רב ששת הרי חזינן שהוא סובר שאע"פ שמה שאינו בתוך ידו הרי זה כמאן דכבר נקיט אותו השני (ומש"ה אין נשבעין בהילך), אבל בכל זאת תיקנו רבנן בשנים

אוחזין בטלית שהוא צריך לישבע על זה, וא"כ חזינן שלא התחשבו רבנן בהעובדא דהוי כמו שכבר נקיט אותו השני, וא"כ אולי גם לא התחשבו בזה שמה שבתוך ידו ממש הוא כמאן דפסיק וכבר הגיע לידו, אלא שסובר הריטב"א שגם לפי רבי חייא הרי הוא צריך לישבע על מה שבתוך ידו. ומהרמב"ם הביא שאינו צריך, והרמב"ם פוסק כן אע"פ שהוא פוסק כרב ששת שהילך פטור כי ס"ל שגם לפי רב ששת יש לחלק בין האמצע לבין מה שבתוך ידו ממש.

וע"ע ברמב"ן שמחלק באמת וסובר שלפי רב ששת יצטרך לישבע גם על מה שבתוך ידו, אבל לפי חייא אינו צריך לישבע, ועוד צידד דשפיר יצטרך לישבע כי רבי חייא אולי אינו סובר שאמרינן על מה שבתוך ידו שכמאן דפסיק דמי. וע"ע להלן באות רצ"ג ואות רצ"ד.

קלו) ביאורו של הרמב"ן.

וע"י עוד בפירושו של הרמב"ן עצמו שנקטינן עכשיו שבהמשנה הרי זה כמו שיש הודאה וכמו שכתבו תוס', והשבועה היא באמת שבועה דרבנן של מודה במקצת וכמו שביארנו בדעת תוס', רק שתוס' כתבו שהטעם למה לפ"ז אין זה ראי' לרבי חייא קמייתא הרי זה בגלל העובדא דהוי ציור של הודאה, אבל אילו הי' נחשב ציור של אנן סהדי אז שפיר הי' נחשב ראי' לרבי חייא קמייתא, כי גם אז היינו אומרים שהשבועה היא מדרבנן ושתיקנו כעין דאירייתא, ואילו הרמב"ן סובר לא כן אלא היינו אומרים שכיון דאנן סהדי להאי ואנן סהדי להאי אי אפשר לומר שכעין

כל תביעה ותביעה כאלו היא בפני עצמה, אבל ללישנא קמא אי אנן סהדי דהאי וסהדי דהאי, וכאחת חלה עדותנו שאנו מעידים על זה אנו מעידים גם כן על האחר דמאי דתפיס דידי' הוא, לא הוה לתקוני שבועה כלל וכו' עכ"ל.

קלז) הילך.

א. שיטת רש"י לפי הר"ן בשבועות והריטב"א בב"מ.

ע"י ברש"י בד"ה והילך שכתב וז"ל, לא הוצאתים והן שלך בכל מקום שהם עכ"ל. והר"ן בשבועות דף ל"ח ע"ב בד"ה גרסינן וכו' (בדף י"ז ע"ב בדפי הרי"ף) הביא דברי רש"י ושוב כתב וז"ל, משמע דאי אמר הילך מעות אחרים תחתיהם, אע"ג דנקיט להו בבי דינא ובעי למיתבינהו, לאו הילך הוא, ולפי דברים הללו לא משכחת (הילך) אלא בפקדון וכו' אבל במלוה לא משכחת לה וכו' דמלוה אע"פ שהיא בעינה ברשות ליה היא ולא ברשות מלוה כלל לא לחזרה ולא לאונסים עכ"ל. מיהו באמת מפשטות לשונו של רש"י משמע שכוונתו היא גם למלוה, כי רק על מלוה שייך לומר לשון של "לא הוצאתים", כי המעות היו מיועדים להוצאה, ולכן מתאים לומר שהנתבע אומר שלא הוציא אותם, אבל אם איירי בפקדון לא הי' נחוץ לומר שלא הוציאם, כי בכלל לא היו מיועדים להוצאה, וא"כ מפשטות לשון רש"י משמע דאיירי במלוה, ולהלן נבאר את סברת שיטתו בזה.

ברם באמת גם הר"ן לא כתב להדיא שרש"י עצמו מעמיד את הציור של הילך דוקא בפקדון שהרי לא כתב "לפי דבריו",

דאורייתא תיקנו, ורק אם אתינן עלה מדין הודאה, דהיינו דחשיב שיש כאן הודאה, רק אז י"ל שכעין דאורייתא תיקנו, והיינו משום שאע"פ שיש הודאה להאי ולהאי אבל בכל זאת גזרינן אטו ציור שיש רק הודאה אחת, כי בכה"ג שיש הודאה להאי ולהאי הרי זה בגדר ציור כפול, ומש"ה מסתכלים מדרבנן כאילו כל אחד מודה לבדו, אבל אם לא הי' נחשב שכל אחד מודה להשני אלא הי' נחשב שיש כאן כח של אנן סהדי על שניהם א"כ הרי זה כח אחד של עדות ולא היינו מסתכלים כאילו כל אחד הוא לבדו. מיהו הרמב"ן לא ביאר כוונתו למה שונה בזה אנן סהדי מהודאה. מיהו בריטב"א הדבר מבואר יותר, והיינו שהטעם הוא משום שהודאה שייך רק אחרי תביעה, וממילא כשהראשון אומר כולה שלי, רק אז חל שעצם העובדא שהוא תופס הרי זה כהודאה מצד השני, ושוב כשהשני אומר כולה שלי, רק אז חל שעצם העובדא שהוא תופס הרי זה כהודאה מצד הראשון, וא"כ שתי ההודאות באות זו אחר זו, וממילא בכה"ג שפיר תיקנו רבנן שבועה וחייבו את כל אחד מהם בשבועה כאילו הודאתו היתה לבדה, אבל בנוגע לאנן סהדי הרי האנן סהדי קיים מיד כשנכנסים לב"ד והרי הוא נהי' על שניהם בבת אחת ומש"ה התם לא תיקנו רבנן להסתכל כאילו הוא היחיד שיש אנן סהדי עליו.

וז"ל הריטב"א, ור' חייא אמר לך אה"נ אלא רבנן כעין דאורייתא תקון וחשבינן כל אחד ואחד כאילו הוא טוען הכל והלה מודה ואומר הילך במקצת וכן האחר, שהרי מצד תביעותיהן אינן כאחת, רואין

וכן להלן כתב "אלא ודאי לפי דברי רש"י הילך לא משכחת אלא בפקדון", וא"כ יתכן שהר"ן הבין שרש"י עצמו מתכוין גם למלוה וגם לפקדון, רק שהר"ן בא לומר את דעת עצמו, דהיינו שהוא עצמו סובר שלפי מה שכתב רש"י שהילך איירי רק באותו חפץ ושהוא שלו בכל מקום שהוא א"כ צריכים להעמיד רק בפקדון ולא במלוה כי מלוה להוצאה ניתנה, ודלא כרש"י.

וע"י עוד בריטב"א כאן שכתב ג"כ כדברי הר"ן, ואולי מדבריו משמע יותר שהבין שרש"י עצמו מעמיד באמת רק בפקדון וז"ל, ולפי פירושו משמע דלא שייך הילך אלא בפקדון וכו' עכ"ל.

ולהלן בסק"ג נביא מהגר"א בהגהתו כאן כהדרך שכתבנו כאן שבאמת כוונת רש"י היא גם למלוה ושהר"ן חולק עליו (וכן מבואר בכוונת רש"י בהריטב"א כאן בהחידושים החדשים ובהגהות אשר"י בשם האור זרוע).

עוד יש להעיר, דהנה נקטנו לעיל בסמוך שהר"ן סובר שלפי דרכו של רש"י לא שייך הילך במלוה כי המעות כבר שייכים להלוה. מיהו באמת הר"ן לא כתב כדברים אלו בפירוש, אלא כתב רק שאינם ברשות המלוה לענין חזרה ואונסים, וא"כ יתכן שלעולם מודה הר"ן שהמעות בעצמותם שייכים עוד להמלוה כל זמן שהלוה לא הוציאם, רק דמכיון שאינו שולט עליהם שום שליטה, כי הלוה רשאי לחזור בו ממה שאמר הילך ולהוציאם, סובר הר"ן שלא מיקרי הילך.

והנה יש להקשות על שיטת רש"י הנ"ל, דאם מה שקובע דהוי הילך הוא העובדא

שהחפץ הוא בכל מקום שהוא, א"כ למה להלן בד"ה והא וכו' כתב רש"י בנוגע להציוור של המשנה שזה בגדר הילך משום שהטלית הוא בפנינו, הלא ביותר הי' לו לומר שזה בגדר הילך מפני שלפי העדאת העדים, דהיינו האנן סהדי (שזהו במקום ההודאה של הבעל הדין), הרי חצי הטלית שייך לו, ואפי' אם לא היתה הטלית בב"ד.

ולכאורה צ"ל שלעולם לפי רש"י צריכים ב' דברים כדי להחשב הילך, חדא שהם שלו בכל מקום שהם, ועוד שיש לו גישה חפשית אליהם ואין חבירו מעכב על ידו, וזהו שכתב הרי הם שלך בכל מקום שהם, כלומר שאתה יכול ללכת ולקחת אותם, ומעתה הרי זה שייך רק היכא שהנתבע מודה בעצמו, אבל היכא שהוא כופר, רק שיש העדאת עדים, א"כ אע"פ שלפי העדים הרי הם שלו בכל מקום שהם, אבל מכיון שהנתבע מתעצם בדין אין זה נקרא שיש להתובע גישה חפשית אל החפץ אלא א"כ הדבר מונח לפנינו בב"ד, דאז הרי זה שפיר נחשב שיש לו גישה אל החפץ, דהיינו ע"י ב"ד לאחר שיפסקו לו את הדין.

וע"ע במה שכתבנו בענין אם צריכים מונח לפנינו בב"ד להלן בדף ד' ע"ב באות קס"ה על רש"י שם בד"ה דומיא דכלים וקרקעות, וכן בדף ה' ע"א באות קפ"ג על רש"י שם בד"ה לאו.

וע"ע בביאור הגר"א בסי' פ"ז סקי"ז שכתב שהפשטות של "מנה לי בידך" דקאמר רבי חייא מורה על מלוה. ומבעל התרומות הביא שאם סוברים דאיירי רק

בפקדון צריכים למחוק את המלה "מלוה" מהגמ' כאן.

ב. שיטת הגאונים.

וע"ע בר"ן בשבועות שם שהביא את שיטת הגאונים שהילך משכחת באמת בשני אופנים, דהיינו או בפקדון מצד שהוא שלו בכל מקום שהוא, וכן גם במלוה היכא שמודה לו ויש לו בידו כאן בב"ד מעות שמוכן לשלם אותם ואפילו אם אינם אותם מעות שהלוהו. ונראה לבאר שגדר הדבר הוא שכל היכא שזה נחשב שאין דנין על המעות שהודה הרי זה נחשב הילך ושכפירתו היא בגדר כפירה בכל, ולכן שני הצדדים הנ"ל נחשבים הילך, כי היכא שהוא כבר שלו בכל מקום שהוא הרי זה נחשב שאין דנין על הפקדון ההוא, וכן היכא שהוא עומד ומוכן לשלם עם מעות שישנם כאן בב"ד הרי גם בכה"ג הרי זה נחשב שאין דנין על המעות ההם, ורק היכא שאינו מוכן עכשיו לשלם ויצטרכו לתת להתובע פסק דין הרי זה נחשב שאנו דנין על המעות של ההודאה, אבל היכא שהוא מודה ומוכן עכשיו לשלם לא יצטרכו שום פסק דין על המעות ההם.

והנה עי' בביאור הגר"א בסי' פ"ז סק"א שהביא את המחלוקת בין רש"י והגאונים בענין מה הוא הציור של הילך, ושוב הביא את פירושו של הבעל המאור בענין מה הוא התנא תונא מהמשנה להא דהילך חייב, ומשמע שרוצה להוכיח מזה כאחד מן הצדדים. וי"ל שכוונתו היא משום שהבעל המאור הרי פי' שהראי' מהמשנה היא רק להא לחוד שלא אמרינן שכמאן דנקיט דמי (ולכן שייך להשביעו

שבועת שלא יהא כל אחד הולך ותוקף) אשר זהו גם היסוד של רבי חייא שמחייב בהילך, ומעתה מזה נראה שהבין שהציור של הילך הוא כהציור שכתבו הגאונים שהוא מודה ורוצה לפרוע עכשיו בב"ד ע"י מעות שמזומנים עכשיו בידו דלפ"ז אתי שפיר מה שמשמע שאם על חצי הטלית אומרים כמאן שנקיט דמי הה"נ לענין מעות שנמצאים בב"ד, אבל אין ראי' מטלית שה"ה לפקדון שאומר לו הרי שלך לפניך בכל מקום שהם.

ג. דעת הריטב"א בהחידושים החדשים, וההגהות אשר"י בשם האור זרוע, והגר"א, במה היא כוונת רש"י כאן.

והנה עי' בריטב"א בהחידושים החדשים ובהגהת אשר"י שכתבו שכוונת רש"י היא גם למלוה אבל רק היכא שעוד לא הוציא את המעות, ודלא כהדרך שכתבנו לעיל שכוונת רש"י היא רק לפקדון. וצ"ל שהם סוברים בדעת רש"י שהמעות הם עוד של המלוה. וכן הבין הגר"א כאן את כוונת רש"י ולכן כתב שהר"ן חולק על זה משום שמלוה להוצאה ניתנה. וע"ע באות קל"ח קטע "ועכ"פ מעתה".

ד. דרכו של הפ"י ברש"י.

והנה להפ"י כאן יש דרך אחרת בביאור שיטת רש"י, והיינו שהיכא שהוא רוצה לשלם עכשיו את המלוה בב"ד הרי זה ציור יותר קרוב להילך מהיכא שהוא אומר הרי הן שלך בכל מקום שהם (ודלא כדעת הר"ן שאדרבה לפי דברי רש"י רק היכא שאומר הרי הן שלך בכל מקום שהם הרי זה בגדר הילך), והיכא שאומר לו הילך

והמעות מזומנים בידו לשלם הרי הוא פטור לכו"ע, דרבי חייא מודה לרב ששת בכה"ג. וכתב לבאר כן את לשון הגמ' דכמאן דנקיט דמי, כלומר ולא איירי שהוא ממש רוצה לתת לו עכשיו בב"ד (אלא שמלשונות הפ"י שם משמע שכוונתו היא שנעשה הילך רק ע"י שהוא ממש נותן לו בידו והם עכשיו ביד התובע אבל לא כשהם ביד הנתבע והוא רק אומר שהוא מוכן לתתם עכשיו).

ונראה שגם הנ"י הביין שהציור של מעות מזומנים הוא יותר קרוב להיות נחשב הילך, דע"י בדבריו שהביא את הגמ' בדף ק' ע"א דאיתא שם שהציור של הודה לו עבד קטן הוא ציור של הילך, וכתב הנ"י ש"הלכך" הילך איירי בין במלוה ובין בפקדון, ומשמע שרוצה להוכיח דאיירי לא רק במלוה אלא גם בפקדון, דהיינו ציור של הרי הוא בכל מקום שהוא, דוגמת הציור של עבד, כי הציור של מעות מזומנים הוא יותר פשוט, וכהפ"י, רק שהנ"י סובר שם שלמעשה פליגי בשניהם ודלא כהפ"י שסובר שבהציור של מעות מזומנים מודה רבי חייא לרב ששת.

ה. דרכו של הב"ח, ובענין למה הילך בפקדון פטור לפי רש"י בב"ק שבפקדון גם כופר הכל חייב שבועה.

והנה ע"י בהגהות הב"ח על ההגהות אשר"י שרצה לומר דרך מחודשת בביאור הילך לפי רש"י, והיינו שגם רש"י מודה להגאונים שהיכא שמודה במלוה ויש לו מעות אחרים מזומנים בב"ד לשלם הרי זה ציור של הילך (ודלא כהר"ן שסובר שאין

זה הילך ושגם רב ששת מודה שחייב, וכן דלא כהפ"י שסובר שאדרכה בכה"ג גם רבי חייא מודה שפטור, אלא שפליגי בשני הצדדים), רק שרש"י כתב את הציור של פקדון שאומר לו הרי הן שלך בכל מקום שהם כדי להשמיענו כחו דרבי חייא שאפילו בכה"ג הרי הוא מחייב, אבל רב ששת שפוטר הרי הוא פוטר באמת גם בהציור של מעות מזומנים. מיהו צ"ע על דבריו, כי למה לא השמיענו רש"י גם כחו דרב ששת, דהיינו שרב ששת פוטר גם בהציור הנ"ל במלוה, ולמה סתם הדברים בדרך שאפשר לחשוב שהציור של מעות אחרים מזומנים אינו ציור של הילך ושאפילו רב ששת מחייב בכה"ג.

ועכ"פ גם בפירושו על טור בס"י ע"ה ובס"י פ"ז כתב הב"ח את הדרך הנ"ל, אלא שהכא בדבריו על ההג"א הוסיף עוד דבר, דהנה הב"י כתב כהדרך שלפי רש"י הילך הוא רק בפקדון, והב"ח בדבריו על הטור חלק עליו וכתב כדבריו על ההג"א כאן שרש"י רק נתכוין לומר כחו דרבי חייא, אלא שהכא הוסיף הב"ח והקשה על הב"י איך שייך לומר כן הלא שיטת רש"י בב"ק דף ק"ז ע"א היא שבפקדון גם כופר הכל חייב שבועה כי הוא שפיר מעיז לכפור הכל כיון שהמפקיד לא עשה לו טובה, וא"כ מה יעזור לפי רב ששת להחשיב אותו כופר הכל הלא גם כופר הכל חייב שבועה בפקדון, וא"כ בע"כ צ"ל שמודה רש"י שגם הציור של מלוה הוא בגדר הילך ופטור לפי רב ששת. מיהו לא הבנתי את דברי הב"ח דכיון שרש"י סובר שבפקדון גם כופר הכל חייב שבועה, א"כ איך כתב רש"י את הציור של פקדון.

ועכ"פ מה שכתב רש"י בב"ק שם שכופר בפקדון חייב שבועה הרי זה רק לפי ר' חייא בר יוסף שם שסובר שעירוב פרשיות כתוב כאן, אבל לא לפי ר' חייא בר אבא בשם ר"י ורמי בר חמא עיי"ש. ועי' בשו"ת נוב"ת בחו"מ סי' כ"ח שהוא תשובה מבן המחבר שהעיר כהנ"ל איך כתב רש"י שהילך הוא כשאומר לו הרי הן שלך בכל מקום שהן, דמשמע פקדון, הלא לפי רש"י בב"ק שם גם כופר הכל נשבע בפקדון, ורצה לומר כמו שהערנו שרש"י שם הרי אזיל רק לפי המ"ד שסובר שעירוב פרשיות כתוב כאן, דלדידי י"ל שכי הוא זה קאי רק על מלוה אבל בפקדון גם כופר הכל נשבע, וא"כ י"ל שרב ששת אתי כמו המ"ד שסובר שאין עירוב פרשיות כתוב כאן, אלא שכתב שא"כ יוצא שקשה הלכתא אהלכתא לפי רש"י דהא קי"ל כרב ששת וגם קי"ל שעירוב פרשיות כתוב כאן. ושוב כתב ליישב שרש"י יעמיד באופן שטענו ב' טענות יחד, דהיינו מלוה ופקדון, והודה בפקדון, ואמר הרי הן שלך בכל מקום שהן, אבל כפר בהמלוה, דעי' ברמב"ם בפ"ג מטו"נ הי"ד שסובר שגם זה מיקרי מודה במקצת.

אלא שבסוף התשובה הקשה על רש"י בב"ק מהמשנה בשבועות דמייתנין להלן בדף ד' ע"ב דטענו כלים וקרקעות דהא איתא שם שאם הודה בקרקעות וכפר בכלים הרי הוא פטור משבועה מפני שההודאה היא על קרקעות, והרי בפשטות נראה שקרקעות וכלים איירי בפקדון וא"כ מה מפריע מה שהודה בקרקעות הלא בפקדון לא צריכים שום הודאה כלל אלא

גם כופר הכל חייב. וכתב דצ"ל דאיירי בשאילה דבכה"ג מיקרי ששפיר עשה לו טובה כמו במלוה, ולכן כופר הכל פטור, א"נ דאיירי במלוה (מיהו צ"ע איך שייך לומר בקרקע מלוה, ואולי כוונתו היא שרק המטלטלין היו במלוה). ועכ"פ אי אפשר לומר שגם מה שכתב רש"י שהוא אומר הרי הן שלך בכל מקום שהן איירי בשאילה, כי רב ששת איירי במעות, דהיינו "מנה לי בידך", ומה שייך לומר שאילה במעות הלא השימוש היחידי ששייך במעות הוא הוצאה וא"כ היינו מלוה.

ו. עוד שיטות במה הוא הציור של הילך.

ועי' בב"י בסי' פ"ז אות ג' שהביא שיטה שגם בהלואה שייך הילך והיינו אפילו אם אינו נותן לו עכשיו מעות בב"ד אלא ה"ה אם הוא אומר לו שיש לו מעות בביתו הרי זה בגדר הילך.

ועוד הביא שהמ"מ מדייק מלשון הרמב"ם שאפילו בפקדון בעינין שיתן לו בב"ד עכשיו.

קלח) בענין מלוה להוצאה ניתנה.

עי' בקידושין דף ו' ע"ב דאמר אביי שהמקדש במלוה אינה מקודשת, וכתב רש"י דהיינו משום שמלוה להוצאה ניתנה, ואפילו אם המעות הם עוד בעין הרי "כבר הן שלה".

מיהו גם בדף מ"ז ע"א שם מייתנין שהמקדש במלוה אינה מקודשת כי מלוה להוצאה ניתנה ואילו התם פירש"י שהכוונה היא שהלוה רשאי להוציאם

כרצונו ואינו חייב להעמידם בעיסקא. ויש ד' דרכים איך להבין את כוונתו בדף מ"ז:

א', שבין המ"ד שסובר להוצאה ניתנה ובין המ"ד שסובר לאו להוצאה ניתנה הרי הם סוברים שכל זמן שלא הוציאם הרי הם שייכים להמלוה, ודלא כמשמעות דבריו בדף ו', רק דכיון שהיא רשאית להוציאם ולא להעמידם בעיסקא אינה מקודשת בזה שהמלוה מקנה לה הבעלות על המעות כי אין זה בגדר "כסף שיש בהם הנאה" כי גם בלי שיקנה לה הרי היא יכולה לעשות עם המעות כל מה שהיא רוצה, אבל המ"ד השני סובר שלא להוצאה ניתנה ואינה יכולה להוציאם ולהשאיר את עצמה בלי מעות, וא"כ יוצא שכשהוא מקנה לה את המעות הרי הוא שפיר נותן לה הנאה בזה. ולפי דרך זה אתי שפיר לשון רש"י בדף מ"ז שם שכתב "כי דידה" ולא כתב דהוי דידה ממש. וע"ע שם לענין מכר שכתב "בעינייהו".

ב', שכו"ע סוברים שאע"פ שעוד לא הוציא את המעות הרי הם שייכים כבר להלוה, רק שהמ"ד שסובר לאו להוצאה ניתנה הרי הוא סובר שכיון שהוא חייב להעמידם בעיסקא ולהבטיח שיהי' מקום גב' להמלוה א"כ הרי זה נקרא שחלק מנכסי הלוה שייכים להמלוה, ושוב יכול לקדשה בהחלק הזה של נכסי' ששייכים לו, אבל המ"ד שסובר להוצאה ניתנה ושאינה חייבת להעמיד בעיסקא הרי הוא סובר שאינה מקודשת כי אינו נותן לה כלום.

ג', דפליגי בזה גופא למי שייכים

המעות לפני שהלוה הוציאם, דהמ"ד שסובר שמקדש במלוה אינה מקודשת הרי הוא סובר שהם שייכים להלוה, רק שבנוסף לזה הרי הוא סובר שאינו חייב להעמידם בעיסקא כי אילו היתה חייבת להעמידם בעיסקא הי' יכול לקדשה בהחלק מנכסי' ששייך לו. וה"ה שלא סגי לומר שאינה צריכה להעמידם בעיסקא כי גם לפ"ז אם גוף המעות היו שייכים להמלוה אז הי' יכול לקדשה בגוף המעות, אלא שיוצא שהי' יכול לקדשה בהם אע"פ שאין בהם הנאה דהא גם בלא"ה הרי היא יכולה להוציאם ולא להעמידם בעיסקא.

והמ"ד השני סובר שהמעות שייכים עוד להמלוה ומש"ה הרי הוא שפיר יכול לקדשה, אלא שצריכים להוסיף את העובדא שהיא צריכה להעמידם בעיסקא כי אם אינה צריכה א"כ יוצא שהם כסף שאין בהם הנאה.

מיהו דרך זה דוחק כי יוצא שיש מחלוקת גם בענין אם צריכים כסף שיש בהם הנאה.

ד', דרכו של הפ"י שם שסובר שהמחלוקת היא בענין למי שייך הכסף קודם שהלוה הוציא את המעות, רק שזה גופא תלוי בהשאלה השני' האם הלוה חייב להעמידם בעיסקא, דאם הוא חייב להעמידם בעיסקא א"כ אז אינם נחשבים שלו כי אינו יכול לעשות בהם כל מה שהוא רוצה אבל אם אינו חייב להעמידם בעיסקא הרי הם שפיר נעשים של הלוה.

ועי' בתוס' רי"ד בקידושין שם שכתב שלא מסתבר לומר כרש"י שהמ"ד שלא

להוצאה ניתנה סובר שהלוה חייב להעמידם בעיסקא, אלא בודאי אינו חייב להעמידם בעיסקא, וסברת המ"ד שסובר מקודשת היא מפני שהוא סובר שהמעות שייכים להמלוה, ומשמע שבדעת רש"י ס"ל שאינם שייכים להמלוה רק שבכל זאת יכול לקדשה כי היא חייבת להעמידם בעיסקא.

ועכ"פ מעתה י"ל שמה שרש"י כאן סובר לפי כמה ראשונים (הובאו באות קל"ז סק"ג) שגם בהלוואה מיקרי הילך כי לפני שהוציאם הרי המעות שייכים עוד להמלוה, הרי זה רק לפי המ"ד שסובר מלוה לאו להוצאה ניתנה, לפי הדרך השלישי והרביעי שכתבנו, ואילו לפי הדרך הראשון שכתבנו הרי זה לכו"ע.

(וע"ע ברמב"ם בפ"ה מהל' אישות הי"ג שכתב שהמקדש במלוה אינה מקודשת כי כבר הוציאה את המעות עיי"ש ומשמע שאם לא הוציאה אותם הרי היא שפיר מקודשת בהם.)

והנה עי' במחנ"א בהל' קנין מעות סי' ג' שכתב שאי אפשר לקדש בהנאת מחילת מלוה לפני שמגיע זמן פרעון כי אין עוד שום חיוב פרעון, וכן למ"ד המקדש במלוה מקודשת הרי זה רק כשכבר הגיע זמן הפרעון (כן משמע מדבריו שם), והוכיח כן מתוס' בב"ק דף צ"ט ע"א. מיהו תוס' שם איירי במקדש בהמלוה עצמו, וס"ל שאפילו אם סוברים שמקדש במלוה מקודשת אבל אינו יכול לקדשה בהמלוה לפני שמגיע זמן הפרעון, וא"כ אכתי אין ראי' להנאת מחילת מלוה, אלא י"ל שהנאת מחילה יש גם בתוך הזמן, וכן הקשה השער המלך בפ"ה מהל' אישות ה"כ בתחילת דבריו על

המחנה אפרים, אבל עכ"פ הקצה"ח בסי' קכ"ו סקי"ג כתב דלא כהמחנה אפרים אלא שלפי המ"ד שסובר שהמקדש במלוה מקודשת הרי הוא יכול לקדשה גם בהמלוה עצמו אפילו בתוך הזמן, ושאינו בב"ק שם שעדיין אין שם שום מלוה כלל וכמו שביאר הקצה"ח שם.

ונראה ששייך לומר שאפילו למ"ד שהמקדש במלוה מקודשת אינו יכול לקדשה במלוה לפני שמגיע זמן הפרעון רק אם נאמר כהדרך שכתבנו שטעמו של המ"ד שסובר שהוא יכול לקדשה במלוה הוא משום שהוא יכול לקדשה גם אם המעות אינם שייכים לו כי הרי הוא יכול לקדשה בהחלק מנכסי' ששייך לו מאחר שהיא חייבת להשאיר חלק בעיסקא, דלפ"ז שפיר שייך לחלק ולומר שלפני זמן הפרעון אינה חייבת להשאיר מעות בעיסקא, אלא רק כשמגיע זמן הפרעון הרי היא חייבת לעשות כן, אבל אם נאמר שסברתו היא מפני שגוף המעות שייכים לו א"כ אי אפשר לומר שקודם זמן הפרעון המעות אינם שייכים לו ושוב כשמגיע זמן פרעון הרי הם שפיר שייכים לו.

קלט) תד"ה וש"מ דהילך פטור.

בענין למה אין למודה במקצת מיגו שיכול לומר הילך, או להודות פחות.

ועוד בענין למה הילך פטור משבועה לפי רש"י שבפקדון גם כופר הכל חייב שבועה.

וז"ל, וא"ת יהא נאמן במיגו דבעי אמר שתים, וי"ל כיון דהילך פטור אם יאמר

שתים הו"ל כופר הכל ואין אדם מעיז, ולר"ע לא הוי עזות דמסייע ל"י שטרא עכ"ל. ועי' בשט"מ בד"ה ונראה וכו' בשם ר"פ שכתב טעם אחר למה לפי ר"ש בן אלעזר הרי זה חשיב העזה לומר שתים ואין לו מיגו וז"ל, י"ל משום דהוי מיגו דהעזה דהשטר משמע שתים, ואין כאן הודאה, אלא כופר הכל הוא אי אמר הכי עכ"ל, פ"י דחשיב העזה ולא מיקרי שעושה שום הודאה כי גם מהשטר משמע שתים, אבל בהילך רגיל לא אמרינן דהוי העזה לומר הילך, והא דכל מודה במקצת אינו פטור במיגו שהי' יכול להודות על פרוטה ולומר הילך, כבר הקשה כן השט"מ בד"ה ורב ששת אמר בשם מהר"י כ"ץ ותי' דשמא אין לו עכשיו פרוטה מזומנת לתת. וכתב הבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ט דנפ"מ בין שני הדרכים הוא באופן שהודה על מאה מתוך מאתים, ועל חמשים מהם אמר הילך ועל חמשים לא אמר הילך דבכה"ג לפי הדרך השני שהבאנו יש לו מיגו שהי' יכול לכפור על החלק שלא אמר עליו הילך כי עדיין נשארת ההודאה על החלק שאמר הילך ואין זה נחשב העזה לפי הר"פ, אבל לפי תוס' אין לו מיגו שהי' יכול להודות רק על החלק שהוא אומר עליו הילך כי שפיר חשיב העזה בזה שהוא עושה את עצמו כופר הכל.

והנה הנחלת דוד כאן תמה על סברת תוס' דאיך יתכן לומר שבמודה במקצת רגיל, שהוא מודה ואינו משלם עכשיו, אמרינן שאין זה העזה, ואילו כשהוא מודה וגם מוסיף לשלם אמרינן שהרי זה שפיר נחשב העזה. ומש"ה רצה לדחות סברת תוס', וכתב כתירוץ להלן דלא חשיב מיגו

משום שאולי אינו רוצה לומר כמו שכתוב בהשטר כי נראה שהוא עושה כן בגלל השטר (וזה דומה לתירוץ של ר"פ שהשטר הוא הסיבה שאין מיגו), דמספיק בזה כדי לתרץ גם כאן. ושוב כתב שבכלל אין כאן קושיא למה אין לו מיגו כי י"ל שאילו הי' מיגו א"כ ה"ה שלכל מודה במקצת יהי' מיגו שהי' יכול להודות פחות. ובע"כ צ"ל שנקטינן שאינו מקפיד בכמות הודאתו. מיהו לא הבנתי, כי בכל מודה במקצת אין זה מיגו כי גם אם הי' מודה על פחות הי' חייב שבועה ומש"ה חיישינן שאיערומי קא מערים כדי שיהי' לו מיגו, וכל המיגו בסוגיין הוא רק בגלל שעל שתים הי' פטור משבועה. ועוד דאפי' אם נאמר שבכל מודה במקצת אינו מקפיד בכמות ההודאה אבל הכא הי' לו לומר שתים כדי להיות פטור משבועה.

ועכ"פ גם הנחלת דוד כתב שלכאורה מרש"י בב"ק מוכח כדברי תוס' שהילך חשיב העזה, דהא רש"י בב"ק דף ק"ז ע"א סובר שהיכא שאין זה העזה לכפור את הכל הרי גם כופר הכל חייב שבועה ולכן כתב שכופר הכל בפקדון חייב שבועה וא"כ אם הילך לא הי' נחשב העזה הרי הוא צריך להיות חייב שבועה אע"פ שהוא נחשב כופר הכל.

ושוב כתב הנחלת דוד לדחות את הראי' מרש"י בב"ק, דהנה הדין הוא שאם הוא מודה במקצת להבן הרי הוא פטור משבועה כי כלפי הבן הרי הוא שפיר יכול להעיז וממילא יש לו מיגו שהי' יכול לכפור הכל, ולכאורה צ"ע על רש"י בב"ק מהדין הנ"ל, כי לפי רש"י למה אמרינן שמכיון שבבנו מעיז הרי המודה במקצת

פטור משבועה כי יש לו מיגו שהי' יכול לכפור בכל ולהיות פטור, הלא אדרבה בכה"ג כופר הכל צריך להיות חייב שבועה לפי רש"י, אשר לפ"ז אין לו מיגו כי אמרינן שאיערומי קא מערים (וכבר העירו תוס' דבר זה לעיל בדף ג' סוף ע"א). וכתב הנחלת דוד שבע"כ צ"ל שרש"י סובר שאע"פ שתחילת הטעם למה כופר הכל פטור הרי זה כי אין אדם מעיז אבל בכל זאת בגלל כן פטרה אותו התורה משבועה אפילו בציור שהוא שפיר מעיז, ולכן שפיר אמרינן שאם הוא מודה במקצת מלוה להבין הרי הוא פטור משבועה כי הי' יכול לכפור הכל ולהיות פטור משבועה, אבל רק במלוה אמרינן כן, כי כיון שברוב הציורים של מלוה הרי זה העזה לכפור את הכל, לכן פטרה אותו התורה משבועה אפילו בציור שאין זה העזה, אבל פקדון חשיב מילתא אחריתי ממלוה, ולכן התם סובר רש"י שמכיון שהוא שפיר יכול להעיז גם כופר הכל חייב שבועה. וכתב שלפ"ז י"ל שלעולם רש"י סובר שהילך אינו העזה ובכל זאת מכיון שהוא נקרא כופר הכל הרי הוא פטור משבועה. ולפ"ז אתי שפיר בפשיטות למה רש"י להלן בע"ב כתב טעם אחר למה ליכא מיגו שהי' יכול לומר שתים ולהפטר, ולא כתב משום שאינו מעיז, והיינו כהנ"ל שרש"י סובר שאינו העזה ודלא כתוס'.

ועכ"פ גם הבית הלוי וגם הנחלת דוד לא נחתו להקושיא דמכיון שלכל הפחות גבי פקדון סובר רש"י שכופר הכל נשבע כי אין שם החזקה שאין אדם מעיז, א"כ למה סובר רש"י שהילך פטור גם בפקדון וכמש"כ רש"י שהילך הוא

כשאומר לו הרי הן שלך בכל מקום שהן, הלא בפקדון סובר רש"י שאדם מעיז לכפור הכל ושלכן גם כופר הכל חייב שבועה. וכבר הבאנו לעיל באות קל"ז סק"ה שהקשה הב"ח קושיא זו. וע"ע בשער משפט בס"י פ"ז סק"ג שהראה שההלכה שהביא המחבר שם מהבעל התרומות והטור בנוי' היא על ההנחה שאין לו מיגו שהי' יכול לומר הילך כי הרי זה נחשב העזה, ואילו מדברי הראב"ד שהביא שם רצה להוכיח שהוא סובר ששפיר יש לו מיגו ודלא כהגהת הלח"מ בדבריו, כי אין זה העזה לטעון הילך, וזהו הטעם למה ר"ע סובר שהוא כמשיב אבידה, ודלא כתוס' בסוף ע"א שטעמו הוא משום שמסייע ל"י שטרא, אלא גם בלא זה אין זה נחשב העזה. ושוב הסיק שגם הראב"ד מודה שזה העזה לומר הילך, רק שבציור של הראב"ד יש טעם אחר למה יש לו מיגו, והיינו משום שהמשכון מסייעו עיי"ש.

דף ד' ע"ב

קמ) סלעים דינרים.

ע"י בשט"מ דאיתא שנקטו את שני הציורים, דהיינו גם סלעים וגם דינרים, כי בסלעים יש יותר סברא להחשיבו משיב אבידה כיון שהוא משיב סכום יותר גדול של כסף, וממילא אם הי' נוקט רק את הציור של סלעים היינו אומרים שרק בכה"ג מחשיבו ר"ע משיב אבידה, וכן אם הי' נוקט רק את הציור של דינרים הו"א שבסלעים מודה ר"ש בן אלעזר דפטור

משום משיב אבידה. מיהו לכאורה אפשר לומר כדבריו רק אם נוקטים שכוונת ר"ע היא שיש תקנה דרבנן לפטור משיב אבידה, דבזה י"ל שהו"א שפטרו אותו רק אם השיב הרבה, אבל אם נאמר שהטעם למה הוא פטור הרי זה משום מיגו רגיל א"כ אין שום סברא לחלק כהנ"ל.

קמא) סלעים דינרים.

פירש"י שהכוונה היא לשני ציורים נפרדים, ואין הכוונה להיכא שכתוב בתוך שטר אחד גם סלעים וגם דינרים. ויש לעיין מה יהי' בציוור שכתוב בתוך שטר אחד "סלעים ודינרים" והמלוה אומר חמש סלעים אבל הוא מודה שהכוונה בדינרים היא לשני דינרים, והלוה אומר שני סלעים. ויש לומר שבכה"ג גם ר"ש בן אלעזר יפטור משום שמסייע ל"י שטרא, שהרי אפילו המלוה מודה שהכוונה בדינרים היא לשני דינרים, וא"כ בודאי שזהו גם הכוונה בסלעים.

מיהו מצד שני יש להמלוה מיגו שהי' יכול לומר גם ה' דינרים. מיהו י"ל שבכה"ג ה"מסייע ל"י שטרא" להלוה הוא על מדריגת אנן סהדי, דאנן סהדי שהפירוש של סלעים הוא שני סלעים כיון שזהו הכוונה בדינרים, וא"כ הוי מיגו במקום אנן סהדי. ועוד דהוי מיגו מממון לממון. ולענין מיגו להוציא ע"י בתוס' בב"ב סוף דף ל"ב.

קמב) סלעים דינרים.

ע"י בהגהות פורת יוסף שהביא גמ' בב"ב דף קס"ו ע"ב שהי' ציור של שטר שהי' כתוב בו שש מאות וזוז (וזוז היינו

דינר), וחקרו שם האם הכוונה היא שש מאות סלעים וזוז, או האם הכוונה היא שש מאות פרוטות וזוז. והכריע אביי שא"א לומר שש מאות פרוטות כי אין כותבים פרוטות אלא מעגלים אותם לדינרים, דבמקום קצ"ב פרוטות כותבים דינר. וכתב הפורת יוסף שבכל זאת י"ל שרק בפרוטות אמרינן כן אבל בדינרים שפיר מדברים על דינרים ולא מעגלים אותם לסלעים. וכתב הפורת יוסף שלפ"ז ניחא למה נקטו שהמלוה אומר חמשה דינרים ולא שאמר ארבעה, כי באמת אינו יכול לטעון ארבעה, כי היכא שהיו ארבעה הדרך הוא בודאי לכתוב סלע, כי היכא שיוצא סלע בדיוק בלי עודף אז בודאי מעגלים גם דינרים לסלעים, אבל הרי הוא שפיר יכול לטעון חמשה כי כיון שבין כך ובין כך צריכים להזכיר את הדינר החמישי יש שכותבים כבר חמשה דינרים ודלא כהמנהג בפרוטות. והנה ע"י בחידושי הגר"ח על הש"ס כאן שחקר מה יהי' היכא שכתוב בשטר מאה פרוטות, האם הלוה יכול לשלם מנה, או האם המלוה יכול לומר שהוא רוצה דוקא פרוטות כדי לחסוך את שכר השולחני. וכתב שיש ראי' מסוגיין אבל לא ביאר מה היא הראי' וכן לאיזה צד היא הראי'.

ולכאורה הראי' היא כך, דקשה כהנ"ל למה לא נקטו שהמלוה אומר ארבעה, וסובר הגר"ח כתירוצו של הפורת יוסף שבכה"ג יש אנן סהדי נגד המלוה, כי למה לא כתבו סלע, ומזה מוכח שאין המלוה יכול להקפיד על תשלום מטבעות קטנות, כי אילו כן שפיר יש להעמיד שהמלוה טוען ארבעה, ואין טענה למה לא כתבו

סלע, כי המלוה יכול לומר שכתבו דינרים כדי שהלוה לא יוכל להכריחו לקבל סלע אלא המלוה יוכל לתבוע דוקא ד' דינרים, ובע"כ צ"ל שגם אם ה' כותב ד' דינרים לא ה' יכול להכריחו להחזיר לו ד' דינרים ולא סלע.

מיהו לפ"ז ה' הגר"ח יכול להוכיח כדבריו מהגמ' הנ"ל בב"ב, דהיינו מזה שאמר אביי שאין הדרך לכתוב פרוטות, דהא אם המלוה יכול להקפיד על תשלום פרוטות אולי כתב פרוטות כדי שיוכל לתבוע פרוטות, ובע"כ צ"ל שאינו יכול לתבוע פרוטות.

קמג) ר"ע אומר אינו אלא כמשיב אבידה ופטור.

ופירש"י בד"ה אינו אלא כמשיב אבידה שכתב וז"ל, מדהוה ל' למימר שתים והשטר מסייעו עכ"ל. ויש להקשות על דבריו דהנה בהמשך הסוגיא מבואר ג' טעמים למה לפוטרו אם ה' אומר שתים. א', משום דהוי הילך והילך פטור (פי' ששתים חשיב הילך משום שמשמע מהשטר שתים ושטר הוי הילך משום השיעבוד, אבל מה שהוא מודה על השלישית אינו חשוב הילך כי השלישית אינה בתוך השטר ואין כאן שיעבוד). ב', משום שהשטר מסייעו. ג', משום ששטר הו"ל שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על שיעבוד קרקעות.

ועכשיו אזלינן שאם ה' אומר שתים ה' פטור משום שהילך פטור דהא זוהי הסברא הראשונה של הגמ' כאן, דהיינו ששתים פטור משום דהו"ל הילך. ולפ"ז צ"ע למה נקט רש"י הטעם של שטר מסייעו.

ועי' בנ"י שהבין שכוונת רש"י היא לומר רק למה יש כאן מיגו ולא חשיב מיגו דהעזה וכמש"כ תוס' לעיל דהוה העזה לומר הילך כיון דחשיב כופר הכל ועל זה מיישב רש"י כמו שיישבו תוס' שם דליכא העזה כיון דמסייע ל' שטרא. וז"ל, אינו אלא כמשיב אבידה, דהוה מצי למימר שתים והשטר מסייעו (שזהו לשון רש"י), דכיון דלא פירש ניכרים הדברים ששתים הם ולכן לא הוצרך לפרש דמיעוט סלעים שתים, ובזה ליכא העזה כיון דהשטר מסייעו ולא דמי למודה במקצת דעלמא דאמרינן אין אדם מעיז פניו וחייב שבועה עכ"ל.

קמד) בענין איערומי קא מערים.

עי' בגמ' דדחינן שלעולם אימא לך שתים חייב, והאי דקתני שלש הרי זה לאפוקי מדרבי עקיבא דאמר משיב אבידה הוי ופטור, דקמ"ל דמודה במקצת הטענה הוי וחייב, ופירש"י דרק כשתני שלש הרי זה דלא כרבי עקיבא, אבל אם ה' תני שתים חייב לא ה' דבר זה דלא כרבי עקיבא כי גם רבי עקיבא מחייב שבועה באומר שתים, רק שבכל זאת ס"ל לרבי עקיבא שכשהוא אומר שלש יש לו מיגו. אלא שצ"ע למה יש לו מיגו הלא י"ל שאיערומי קא מערים ומודה על השלישית כדי ליצור לעצמו מיגו ועי"ז להיות פטור משבועה (וכן הק' התוס' הרא"ש). וי"ל שאיערומי קא מערים אמרינן רק היכא שמדת הנאמנות שנשקפת משתי הטענות שוה היא, אבל היכא שהטענה השני' נראית בעצמותה טענה יותר נאמנת, אז לא

אמרינן שבכל זאת טען את הראשונה כדי שיהי' לו מיגו, כי מטעם זה לא הי' טוען טענה שנראית פחות מהימנא, אלא הי' טוען את היותר מהימנא והי' נשבע, ולכן אצלינו יש לו מיגו כיון שאם הי' טוען שתיים השטר מסייעו.

וזהו כוונת תוס' בד"ה לעולם, שכתבו שאפילו אם שתיים חייב אבל בכל זאת ס"ל לר"ע שיש לו מיגו כי שתיים נראית טענה יותר מהימנא, דלכאורה צ"ע דבכל זאת נימא שאיערומי קא מערים, וצ"ל כהנ"ל דהיכא שהטענה השני' היא יותר מהימנא לא שייך לומר איערומי קא מערים.

ועי' גם בפ"י שביאר כהנ"ל, דהנה המהר"ם הקשה למה לא כתבו תוס' שיש לו מיגו משום שע"י לומר שתיים הי' מרויח עוד סלע, ותי' דא"כ לכל מודה במקצת יש מיגו שהי' יכול להודות בפחות, ובע"כ צ"ל שאין זה מיגו כיון שגם אז הי' חייב שבועה, ובטעם הדבר כתב דלא אמרינן מיגו ממזון לשבועה, וכוונתו אינה ברורה, וגם הפ"י השיג על דבריו. והפ"י עצמו כתב שבכל מודה במקצת אינו מיגו משום הסברא של איערומי קא מערים משא"כ הכא ליכא למיחש להערמה וכמו שכתבו תוס'.

ולפ"ז מיושבת הקושיא שהבאנו לעיל באות פ' בשם הרש"ש בכתובות, דהנה בכתובות דף י"ב ע"ב מבואר שר"ג סובר שכשהיא אומרת משארסתני נאנסתי הרי היא נאמנת במיגו שהיתה יכולה לומר מוכת עץ הייתי, ועל מוכת עץ היתה נאמנת במיגו שהיתה יכולה לומר מוכת עץ אני תחתך, ואפילו אם נאמר שאם היתה אומרת מוכת עץ תחתך אין סיבה

להאמינה, אבל בכל זאת מכיון דהוי טענה עדיפא ס"ל לר"ג שיש לה מיגו, ותוס' בריש דף י"ג שם כתבו שבאמת הטעם למה רבי יהושע שם אינו סובר את המיגו הרי זה כי כיון שלא היתה נאמנת יותר, רק דהוי טענה עדיפא, אמרינן איערומי קא מערים. ותמה הרש"ש על ר"ג דהא מהגמ' בדף ח' כאן משמע דדבר ברור הוא דאמרינן איערומי קא מערים. מיהו לפי הנ"ל לק"מ כי התם בכתובות איירי באופן שהטענה השני' היא טענה יותר נעימה, וכמו בסוגיין כאן, וא"כ בכה"ג סובר ר"ג שלא אמרינן איערומי קא מערים, אלא סובר ר"ג שבודאי היתה טוענת את הטענה ההיא (ורבי יהושע סובר שגם בכה"ג אמרינן איערומי קא מערים), אבל להלן בדף ח' כאן הטענה השני' אינה יותר נעימה.

ולפי הדרך הנ"ל אתי שפיר למה בתחילת הסוגיא הוכיחו שהילך פטור רק מר"ש בן אלעזר, דהנה לכאורה יש להוכיח כן גם מר"ע דהא מר"ע מבואר שאם הי' אומר שתיים הי' פטור, והיינו משום שהילך פטור, ולפי הנ"ל לק"מ כי לעולם י"ל שאם הי' אומר שתיים הי' חייב כי הילך חייב רק שבכל זאת פטור ר"ע כשהוא אומר שלש כי יש לו מיגו וכהנ"ל דלא חיישינן בכה"ג לאיערומי קא מערים.

ועכ"פ הלשון השני בהגמ' כאן סוברת שאם שתיים חייב אז גם בכה"ג שמסייע לי' שטרא אמרינן שמא איערומי קא מערים. וצ"ל שהלשון השני יפרש שטעמו של ר"ג בכתובות שם אינו משום מיגו אלא כהלשון שמפרש שם שטעמו של ר"ג הוא משום שיש לה חזקה (אם לא שנחלק

שאפילו אם הכא לא חשיבא טענה מספיק עדיפא אבל התם חשיבא שפיר טענה עדיפא).

קמא) והאי שטרא כיון דקא מודי ב' הילך הוא.

ע' ברש"י שכתב דלא גרסינן "כיון" כי גם בלא הודאתו שטר הוא הילך מחמת ההעדאת עדים. מיהו א"כ ה"ה שלא הי' צ"ל את המלים "דקא מודי", כי אין זה מוסף כלום, אלא הי' צ"ל רק האי שטרא הילך הוא.

וע' בשט"מ בשם הרדב"ז שביאר דאירי בשטר שאינו מקוים דשפיר בעינן הודאתו, רק שאם גורסים "דכיון דקא מודי ב' הילך הוא" אז המשמעות היא שהשטר נעשה הילך ע"י ההודאה, וזה אינו, אבל אם גורסים "האי שטרא דקא מודי ב' הילך הוא" אין משמעות כזו כי יש לפרש שהכוונה היא ששטר זה שהוא מודה בו, הרי הוא מחמת עצמותו בגדר הילך, כ"נ כוונתו שם.

מיהו ע' בתורת חיים שביאר גם את הגירסא דגריס "כיון" על הדרך הנ"ל, והיינו דכיון דקא מודה ב' הרי השטר מקוים, ושטר בעצמותו הוא הילך.

קמו) והאי שטרא דקא מודי ב' הילך הוא.

ע' ברש"י שפי' ששתיים חשיב הילך משום שמשמע מהשטר שתיים ושטר הוי הילך משום השיעבוד, אבל מה שהוא מודה על השלישית אינו חשוב הילך כי השלישית אינה כתובה בתוך השטר ואין כאן שיעבוד. ולכאורה קשה דאם כבר

ידענו אודות שיעבוד קרקעות למה לא ידענו שזהו הטעם למה הוא פטור משבועה. והפ"י כתב שעכשיו לא ידענו את הדין שאין נשבעין על כפירת קרקעות, וחשבנו שהטעם למה במודה בקרקע הרי הוא פטור משבועה הרי זה כי חשיב הילך. והנחלת דוד תי' שס"ד שפטור רק כשהוא מודה (או כופר, כן נראה לומר בכונתו) בקרקע ממש, אבל לא היכא שהודה על מעות שיש עליהם שיעבוד קרקע. ולכאורה יש לתרץ עוד דס"ד שפטור רק על כפירת קרקעות אבל לא על הודאת קרקעות כי בכפירת קרקעות יוצא שהוא ממש נשבע על קרקע, דהיינו שאינו חייב לו קרקע, אבל היכא שלא כפר בקרקע אלא הודה על קרקע אכתי הו"א שהוא שפיר חייב שבועה.

קמו) והאי שטרא דקא מודי ב' הילך הוא.

ע' ברש"י שביאר בגלל השיעבוד קרקעות. ועוד כתב שהיכא שהלוה אומר שלש, השלישית אינה בגדר הילך משום שהיא נשאת מלוה על פה. ובפשטות ביאור הענין הוא שאפילו לפי דברי המלוה שהיו חמש, ואפילו לפי דברי הלוה שהיו שלש, אבל אע"פ שהם אומרים שנתכוונו שהשטר יהי' על חמש או שלש, אבל לפי האמת השטר הוא רק על שתיים משום שזהו הפירוש של המלה סלעים או המלה דיגרים.

מיהו לכאורה הי' מקום לומר שבאמת לפי דברי הלוה שהיו שלש א"כ כל השלש הן מלוה בשטר, רק שאין אנו נותנים להשלישית דין של מלוה בשטר כי הודאת בעל דין לא

מהני לחוב לאחרים, דהיינו להלקוחות, ולכן השלישית נשאר רק מלוה על פה.

מיהו לכאורה דוחק לפרש כן כי רש"י לא הזכיר כלום מענין לקוחות, דהיינו שיש כאן לקוחות שטוענים שאולי היו שתיים.

ועוד דלפי היסוד של הגר"ז בהל' גירושין שנאמן בעל השטר לומר על השטר שהוא כשר אפילו כשחב לאחריני א"כ שפיר ה' הלוה נאמן לקבוע שפירושו של השטר הוא שלש, ואבאר דברי, דהנה בדף ע"ב ע"ב אמרינן שאם הלוה מודה שהשטר הוא אמתי ולא מזויף הרי המלוה גובה מנכסים משועבדים, וביאר הגר"ז בהל' גירושין שם דהא דלא חשיב הודאת בעל דין במקום שחב לאחריני הרי זה משום שהנאמנות של הלוה אינה משום הודאת בעל דין אלא הרי היא נאמנות מחודשת של בעל השטר לומר על השטר אם הוא מקיים או מזויף. ומעתה לפ"ז י"ל שהה"נ שהוא נאמן לומר שהכוונה בסלעים היא שלש ולא שתיים, וא"כ בע"כ צ"ל כדרכינו הראשונה שאפילו אם היו באמת שלש אבל השלישית נשאר מלוה על פה ואינה בכלל לשון השטר.

ועכ"פ הש"ך כתב טעם אחר בענין למה לא מיקרי בדף ע"ב שם הודאת בעל דין לחוב לאחרים, והיינו משום שהיכא שלא טען הלוה מזויף לא בעינן שום קיום כלל, וממילא אין זה נקרא בכלל שזכינו להשטר ע"י ההודאת בעל דין של הלוה ושהוא חב לאחריני, דהא כל זמן שלא טען הלוה מזויף אין אנו חסרים כלום (וברמב"ן בדף ע"ב שם מבואר שבאמת מדין הודאת בעל דין איתנין עלה, והודאתו מהני רק לגבות מן

הלקוחות מה שימכור להם מעכשיו והלאה).

קמח) בענין שיעבוד. בענין אם שיעבוד הוא בגדר מקצת קנין או בגדר ערבות.

הנה רש"י בסוגיין ביאר שמלוה בשטר מיקרי הילך כיון שהקרקעות שלו משועבדות. ויש לבאר דהיינו משום שכשהוא מודה לו שיעבוד קרקעות הרי זה כאומר הרי הן שלך בכל מקום שהן (שזהו הציור של הילך כמו שפי' רש"י לעיל), כי שיעבוד הוא בגדר מקצת קנין וא"כ הרי הוא מודה שיש לו קנין בקרקעותיו בכל מקום שהם.

ועי' בריטב"א בקידושין דף י"ג ע"ב בד"ה אמר רב יהודה שכתב שטעמא דמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא הרי זה משום דס"ל שלא שייך לעשות הקנאה לחצאין. ולהלן שם בד"ה רבי יוחנן משמע דס"ל כן גם בדעת המ"ד שסובר ששיעבוד הוא שפיר דאורייתא, דגם הוא סובר שלא שייך לעשות הקנאה לחצאין, רק שהוא סובר שהיינו רק "בהקנאה גמורה אבל שיעבודא דמיתלא תלי וקאי חיילי", ואולי כוונתו היא דמהני מדין ערבות, דהיינו שנכסיו הם בגדר ערב, וכן איתא באמת בב"ב דף קע"ד ע"א.

מיהו עי' בקצה"ח בסי' ל"ט סק"א שכתב שטעמו של המ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא הוא משום שהוא סובר שמהני באמת מדין מקצת קנין כי אע"פ שאדם אינו יכול לעשות מקצת קנין אבל התורה שפיר יכולה לעשות כן. ולדידי' צריכים לפרש שמאי דאיתא בב"ב שם דהוי כמו

ערבות הכוונה היא רק לומר שדין מקצת קנין הוא כמו ערבות שאינו יכול לגבות מן הערב תחילה.

קמט) עוד בענין שיעבוד.

א. בענין אם המ"ד שסובר שיעבודא לאו דאורייתא סובר כן גם בבני חורין.

הנה להלן באות קנ"א נביא את שיטת הקצה"ח שלפי המ"ד שסובר ששיעבודא לאו דאורייתא הדין הוא שאפילו כשהנכסים הם אצל הלוח עצמו אין כאן שיעבוד, וגובין רק מדין כפי' על המצות, דהיינו המצוה של פריעת בעל חוב, וא"כ צ"ל דמאי דאיתא כאן דהוי הילך משום השיעבוד הרי זה רק מדרבנן לפי המ"ד ששיעבודא לאו דאורייתא.

ב. בענין אם המ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא סובר כן גם בנוגע למטלטלין.

ואם סוברים שיעבודא דאורייתא הרי זה אפילו במלוה על פה כמו שמבואר בקידושין דף י"ג ע"ב, וכן אפילו ממטלטלין וכמו שהביא הקצה"ח בסי' ל"ט סק"א מהרשב"א. מיהו עי' בקו"ש בב"ב אות שצ"א שחקר בנוגע למטלטלין, והוכיח שמטלטלי לא משתעבדי מהא דמטלטלין דיתמי לא משתעבדי, דהא אם גם מטלטלין הם משועבדים מן התורה אין סיבה למה חכמים יפקיעו את השיעבוד כשהם מגיעים ליד יתומים, דרק בלקוחות יש את הטעם של פסידא דלקוחות. אלא שהוכיח הקצה"ח שהם שפיר משועבדים אצל אביהם מהמ"ד שסובר גבו מעות יש לו להבכור פי שנים כי

חשיב בגדר מוחזק אצל אביהם ולא בגדר ראוי, הרי דשפיר היו המעות משועבדים לאביהם, והיינו מדאורייתא כי אין שום סיבה למה רבנן יתקנו שיעבוד כיון שבין כך ובין כך אינו גובה מלקוחות משום פסידא דלקוחות (ובשביל שיגבה הבכור פי שנים לא היו מתקנים, וכן בשביל לגבות מיתומים לא היו מתקנים, אע"פ שאם שיעבודא דאורייתא לא היו מבטלים את השיעבוד וכהנ"ל לעיל בסמוך).

קנ) רש"י ד"ה א"נ.

הנה מבואר כאן דהיכא שאמר שנים הרי זה נקרא שהודה על קרקעות ופטור משבועה אע"פ שכפר במטלטלין והשבועה אמורה להיות על המטלטלין, וכן איתא לקמן שהודה בקרקעות וכפר בכלים פטור. והנה שיטת רש"י בב"ק דף ק"ז ע"א היא שלפי ר' חייא בר יוסף מכיון שכופר הכל פטור משום שאין אדם מעיז א"כ היכא שהוא שפיר יכול להעיז, כגון בפקדון, הרי הוא חייב באמת. ולכאורה לפי רש"י הכל תלוי באם הוא יכול להעיז או לא, דאם הוא יכול להעיז הרי הוא חייב שבועה אפילו אם הוא כופר הכל, ואם אינו יכול להעיז הרי הוא פטור, וצריך לצאת שהוא פטור אפילו אם הוא מודה במקצת. ומעתה צ"ע איך משכחת הך דין דתנן שהודה בקרקעות וכפר בכלים פטור, דהנה כבר הבאנו לעיל שהקשה ר"ש בנו של הנו"ב על רש"י בב"ק שם מדין זה, דלפי רש"י מאי איכפת לן בזה שהודאה בקרקעות אינה יכולה לחייב שבועה, דבכל זאת הלא בפקדון אפילו כופר הכל חייב כיון שהוא יכול להעיז, ובפשטות כלים וקרקעות איירי

בפקדונות, וכתב שצ"ל דאיירי בשואל אשר בכה"ג כיון ששפיר עשה לו טובה אינו יכול להעזי, א"נ דאיירי באמת במלוה דהיינו שלוח ממנו קרקעות וכלים, ברם אכתי צ"ע דנהי שאיירי באופן שאינו מעזי לכפור את הכל אבל בכל זאת לא משכחת לדין זה שהודה בקרקעות וכפר בכלים פטור, כי ממ"נ, אם בציוור זה הרי הוא יכול להעזי ולכפור את הכלים כיון שהודה על קרקעות א"כ למה אינו חייב שבועה הלא לא עדיף מכופר הכל בציוור שיכול להעזי, דמאי איכפת לן בזה שהוא מודה על הקרקעות, הלא אין צריכים בכלל את חלק ההודאה, אלא כיון שמה שהוא כופר על המטלטלין הרי זה נחשב כפירה בדבר שאפשר להעזי, הדין נותן שיהי' חייב שבועה, והעובדא שהסיבה למה הוא יכול להעזי היא הודאתו על קרקע אינו צריך לפוטרו משבועה כיון שההודאה על הקרקעות אינה הדבר שמחייב את השבועה, ואם אין אדם מעזי בכה"ג לכפור את המטלטלין כי בדעתו הרי זה כסוג אחר וכאילו הוא כופר הכל א"כ אפילו אם נשבעין על הקרקעות הדין נותן שיהי' פטור כיון שאין אדם מעזי לכפור בכה"ג. ובשלמא לפי הנחלת דוד שכתב שגבי מלוה מודה רש"י לתוס' שיש בסופו של דבר גזירת הכתוב שצריכים הודאה, כי כיון שבמלוה על פי רוב כופר הכל פטור כיון שאין אדם מעזי בהלואה לכפור את הכל א"כ מש"ה אפילו בציוור שהוא שפיר יכול להעזי פטרתו התורה היכא שהוא כופר הכל, א"כ לפ"ז לא קשה מידי, כי י"ל דשפיר יכול להעזי לכפור את המטלטלין רק דכיון דאיירינן במלוה א"כ מכיון

שהודה בקרקעות אין כאן חלק ההודאה, אלא חשיב כמו כופר הכל דפטור במלוה אפילו כשהוא שפיר יכול להעזי, אבל לפי שאר המפרשים רש"י קאמר גם במלוה, דהיינו שגם במלוה כופר הכל חייב היכא שהוא יכול להעזי, א"כ מאי איכפת לן בזה שהודה בקרקעות.

ולכאורה צריכים לתרץ ולומר שרש"י סובר ששני דברים יכולים לחייבו שבועה, חדא מה שהוא יכול להעזי, דזה מחייבו שבועה אפילו אם הוא כופר הכל, ועוד דהיכא שהוא מודה במקצת הרי הוא חייב שבועה אפילו היכא שיש הסברא שאין אדם מעזי, ומעתה י"ל שלעולם בכה"ג שמודה בקרקעות אין אדם מעזי לכפור את המטלטלין, כי בדעתו הרי הם כשני סוגים, ובדין הוא שיהי' פטור משבועה, רק שהיכא שיש כאן הודאה במקצת הרי הוא חייב שבועה אפילו היכא ששייך לומר על חלק הכפירה שאין אדם מעזי, ומש"ה צריכים להא שאין נשבעין על הודאת קרקעות ושאינן הודאת קרקעות יכולה למלאות את התנאי של הודאה.

ואע"פ שחזינן שרבה טרח למצוא סברא למה מודה במקצת הטענה נשבע, ואילו לפי דברינן כי הוא זה מחייבו אפילו כשאין סברא להשביעו, אבל י"ל דהיינו רק בגלל שעל פי רוב שפיר יש סיבה להשביע את המודה במקצת, דמשום כך חייבה התורה שבועה בדרך לא פלוג כל היכא שיש עליו שם של מודה במקצת, ולכן שפיר הוצרך רבה למצוא סברא למה מודה במקצת נשבע.

והנה עי' ברי"ף כאן שכתב ששמעין מהך דין של סלעים דינרין שהיכא שתבע

ממנו חמשים במלוה בשטר וחמשים במלוה על פה והודה לו על המלוה בשטר הרי הוא פטור משבועה כי חשיב הודאה בשיעבוד קרקעות. ואיתא בש"ט"מ בשם הר"י דמבואר מהר"ף שאם תבע ממנו שתי הלואות בעל פה והודה באחד מהם הרי זה נחשב מודה במקצת אע"פ שהיו בשני זמנים, והיינו משום שהתביעה כוללת יחד לתביעה אחת. מיהו נראה שעל פי דברינו הנ"ל אכתי י"ל שבכה"ג על הכפירה שייך לומר שאין אדם מעיז פניו כמו בכופר הכל, כי במחשבתו הרי זה כמו שתי תביעות נפרדות אשר על אחת מהם הודה בכל ועל השני" כפר בכל, רק שבכל זאת יש חיוב שבועה כי על פי דין מיקרי הכל תביעה אחת והרי הודה במקצת והיכא שיש לו שם של מודה במקצת הרי הוא חייב שבועה אפילו אם קיימת הסברא שאין אדם מעיז.

קנא) תד"ה אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות.

בענין אם המ"ד שסובר שיעבודא לאו דאורייתא סובר כן גם בבני חורין.

א. ביאורו של הקצה"ח בתוס'.

עי' בדבריהם שהקשו שאם שיעבודא הוא דאורייתא איך משכחת לה לשבועת מודה במקצת, ותירצו כשאין לו קרקע אפילו משועבדין, או כשמחל לו השיעבוד. ושוב הקשו על הא דאמר רבי יוחנן שכופר במלוה שיש עליו שטר פטור ושיש עליו עדים חייב, דהא רבי יוחנן סובר שיעבודא דאורייתא וא"כ גם כשיש עליו רק עדים

יש כאן כפירת שיעבוד קרקעות, וא"א להעמיד בציוור שאין לו משועבדים כי א"כ גם במלוה בשטר לא חשיב שיעבוד קרקעות וכמו שביארו להלן בדבריהם. ותירצו דאיירי לאחר שתקנו רבנן שאין גובין מלקוחות דהוי כמחל לו השיעבוד. ושוב ביארו דאיירי כשאין לו בני חורין כי אם יש לו בני חורין אכתי חשיב כפירת שיעבוד קרקעות בגלל השיעבוד של הבני חורין.

והקצה"ח בסי' ל"ט סק"א הוכיח מדבריהם שאם שיעבודא לאו דאורייתא הרי זה גם מהלוח עצמו, דגם כשהקרקעות הן אצל הלוח אין כאן שיעבוד, אלא הרי המלוה גובה אותן רק בגלל החובת הגוף, דהיינו בגלל שכופין את הלוח לקיים את המצוה של פריעת בעל חוב, והוכחת הקצה"ח היא כי הבין שמה שכתבו תוס' שאיירי כשאין לו בני חורין הרי זה לפי המ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא כי אע"פ שהפקיעו את השיעבוד אבל מיני' לא הפקיעו ולכן צריכים להעמיד באין לו בני חורין, וא"כ יוצא שהמ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא סובר כן גם מיני' דידי' ולא אמרינן שהקרקע נעשית משועבדת רק כשהלוח מוכר אותה להלוקח אלא הרי היא משועבדת גם כשהיא אצלו, וא"כ מזה יוצא שהמ"ד שסובר ששיעבודא לאו דאורייתא סובר כן אפילו מיני' דידי', כי על כל מאי דס"ל להמ"ד הראשון ששיעבודא דאורייתא, סובר המ"ד השני ששיעבודא לאו דאורייתא.

וז"ל הקצה"ח שם אחרי שהביא את דברי תוס', ומשמע דאע"ג דהשתא אינו גובה ממשעבדי מתקנת חכמים, אפילו הכי

הוה שיעבוד קרקע, כיון דמיני' שיעבוד קרקעות יש לו, וממילא מוכח למ"ד שיעבודא לאו דאורייתא אפילו מיני' דידי' אין לו שיעבוד קרקעות עכ"ל.

מיהו באמת יש עוד דרך איך להוכיח כן, דהא חזינן שתוס' העמידו את המימרא של רבי יוחנן באופן שאין לו בני חורין רק בגלל שהוא סובר ששיעבודא דאורייתא וכמו שנקט הקצה"ח, אבל לאידך מ"ד אין צריכים להעמיד כן, וא"כ שפיר חזינן שאין שיעבוד אפילו כשהן אצל הלוה והנה לפי הבנתו של הקצה"ח יוצא שתוס' סוברים שלמ"ד שיעבודא דאורייתא אע"פ שהפקיעו חכמים את השיעבוד במלוה על פה אבל לא הפקיעו אותו מיני' דידי'.

והנה יש לעיין למה לא הוכיח הקצה"ח כבר מתחילת דברי תוס' שלמ"ד שיעבודא לאו דאורייתא הרי זה אפילו מיני' דידי', והיינו מהא שהקשו למה כל מודה במקצת חייב שבועה אם סוברים שיעבודא דאורייתא, דמשמע שלמ"ד ששיעבודא לאו דאורייתא לק"מ, והרי אין הדבר כן, אלא גם אם שיעבודא לאו דאורייתא קשה דעכ"פ כשהקרקעות הן אצל הלוה יש כאן שיעבוד.

מיהו אולי יש לדחוק שלא הוכיח כן הקצה"ח כי הבין שאולי תוס' לא הקשו על המ"ד סובר ששיעבודא לאו דאורייתא כי הבינו שבפשטות יש להעמיד באופן שאין להלוה עצמו עכשיו קרקעות, רק שלא נחתו להעמיד כשאין לו עכשיו אפילו אצל הלוקח (או כשמחל לו השיעבוד), ולכן הקשו שכשיש לו אצל הלוקח קשה לכה"פ לפי המ"ד סובר ששיעבודא דאורייתא, ועל זה תירצו דשפיר יש

להעמיד כשאין לו אפילו אצל הלוקח (או כשמחל לו השיעבוד).

ברם אפילו אם נדחוק כן, אבל אכתי שפיר יש להוכיח ששיעבודא לאו דאורייתא אפילו מיני' דידי' מהמשך דברי תוס' וכדברי הקצה"ח.

ב. עוד ביאור בתוס'.

מיהו באמת יש לפרש דלא כהקצה"ח אלא שאדרבה מה שכתבו תוס' שהדין של יש עליו עדים חייב איירי כשאין לו בני חורין הרי זה דוקא בגלל המ"ד שסובר ששיעבודא לאו דאורייתא, ומשום שהבינו שדינו של רבי יוחנן שם הוא אמת אפילו אם סוברים ששיעבודא לאו דאורייתא מאחר שלא תלתה הגמ' שם את הדבר בהא דס"ל לרבי יוחנן ששיעבודא דאורייתא, ולכן הוצרכו תוס' להעמיד כשאין לו בני חורין כי אילו יש לו בני חורין הרי הן משועבדים כשהן אצל הלוה למ"ד ששיעבודא לאו דאורייתא, אבל לפי המ"ד סובר שיעבודא דאורייתא אין צורך להעמיד כן, כי מאחר שתיקנו רבנן שלא יגבו ממשעבדי א"כ הפקיעו בתקנתם את השיעבוד לגמרי ואפילו כשהן אצל הלוה, וכלשון תוס' שכתבו דהוי כאילו מחל לו השיעבוד, דצ"ע מה נתכוונו תוס' בהוספה זו, ולהנ"ל ניחא שנתכוונו לומר שחכמים עשו את הדבר כאילו מחל השיעבוד לגמרי מתחילת ההלואה (ולא רק מאז שמוכר אותן ללוקח).

ועי' בתוס' רעק"א על משניות בפרק ה' דשבועות בתחילתו בשם ר' בונם איגר אחיו של רעק"א שהבין את דברי תוס' כהקצה"ח, שמה שהעמידו את דברי רבי

יוחנן שכשיש עליו עדים חייב כשאין לו בני חורין הרי זה בגלל שהוא סובר שיעבודא דאורייתא כי ביטלו את השיעבוד רק מלקוחות אבל לא מהלוה עצמו, וביאר שם שהנפ"מ במאי דאמרינן שכשהן אצל הלוה הרי הם משועבדים הוא שממילא רק הבעל חוב המוקדם יכול לגבותם כי כבר נשתעבדו לו מתחילת ההלוואה משא"כ אם אינם משועבדים אז גם הבעל חוב מאוחר יכול לגבותם.

קנא* (בא"ד).

א. בענין מה שציירו תוס' כשמחל לו השיעבוד - בלשון עבר, או כשאין לו - בלשון הוה.

הנה תוס' כתבו שלמ"ד שיעבודא דאורייתא איירי קרא דמודה במקצת באופן שמחל לו השיעבוד או כשאין לו קרקעות לא משעבדי ולא בני חורין. הרי שכתבו 'שמחל' בלשון עבר או 'שאיין לו' בלשון הוה.

ונראה דהיינו משום שבנוגע להיכא שאין לו קרקעות הכל תלוי בזה שאין לו עכשיו, ולא איכפת לן אם היו לו לפני ההלוואה רק שמכר אותם לפני ההלוואה, וכן לא הי' איכפת לן אפילו אם היו לו אחרי ההלוואה ונשתעבדו להלוקח כי אמר דאקני, אם רק הי' שייך שעכשיו בשעת הדין תורה כבר אינם קיימים לא אצלו ולא אצל לקוחות, כי סגי בזה שאין לו עכשיו, כי כיון שאין לו עכשיו אין כאן עכשיו שום שיעבוד, אבל לענין מחילה כתבו שמחל לו בלשון עבר כי צריכים בדוקא שמחל לו בשעת תחילת ההלוואה אבל לא יעזור מה שמחל לו אחרי ההלוואה לפני

הדין בב"ד, כי י"ל שסוברים תוס' שבאמת אין מחילתו מועלת בכה"ג כי ס"ל ששיעבוד הוא בגדר מקצת קנין וא"כ מכיון שיש לו קנין ממש בנכסי הלוה או הלוקח, צריכים קנין ממש להפקיעו, ואולי לא נאמר קנין על דבר כזה, ובשלמא בנוגע לחלות השיעבוד י"ל שעצם ההלוואה הוא הדבר שמקנה להמלוה את המקצת קנין, וכן כשמוחל לו בשעת ההלוואה מתחילה לא חל השיעבוד, אבל בשביל להפקיע את השיעבוד אחרי ההלוואה אולי אין דרך לעשות קנין, ובשלמא אם יסוד הדין של שיעבוד הוא ערבות, א"כ אז שפיר י"ל שהוא יכול למחול את הערבות גם אחרי ההלוואה כי לכאורה אין הכוונה שיש לו מקצת קנין בנכסי הערב, אלא סוף הדין הוא רק שיש על הערב חובת הגוף לשלם (וצ"ע איך יהי' בערב קבלן).

והנה לכאורה הי' אפשר לומר שאפילו אם שיעבוד מהני מדין ערבות, אכתי צ"ל שאיירי כשמחל לו או בתחילת ההלוואה או לפני שבאו לב"ד, כי אם הוא מוחל רק עכשיו אחרי שדנים בב"ד והרי הוא מוחל את השיעבוד כדי שהנתבע יהי' חייב שבועה, לא מהני, כי יוצא שתביעתו מתחילה לחייב שבועה רק אחרי הודאת הנתבע וא"כ י"ל שהרי זה כמו היכא שקדמה ההודאה להתביעה.

מיהו זה אינו, כי הטעם למה צריכים הודאה אחרי התביעה הרי זה או משום שהיכא שהודה בלי תביעה אין זה בגדר מושג של הודאה, כי המושג של הודאה הוא רק היכא שהיא באה כמענה לתביעה, א"נ משום שאם הוא מודה לפני התביעה אז הודאתו אינה בגדר הודאה במקצת כי

לא קדמה לה תביעה על סכום יותר גדול. ומעתה לפ"ז לא איכפת לן אם לא היתה התביעה יכולה לחייב שבועה, דבכל זאת הרי הודאתו באה כתשובה לתביעה, וכן הרי היא הודאה רק על מקצת, וא"כ אם מחילה שלא בשעת ההלואה היתה מועלת לא ה' איכפת לן אם הוא מוחל אחרי ההודאה, אלא הרי היא שפיר היתה יכולה לגרום שבועה, ומש"ה צ"ל כמו שכתבנו שתוס' סוברים שבכלל לא שייך למחול אחרי ההלואה אלא רק בשעת ההלואה, וזהו הטעם למה כתבו שמחל לו בלשון עבר.

ב. שהציור שאין לו קרקעות הוא תירוץ יותר מחודש מהציור של מחילה.

והנה לכאורה התירוץ שכתבו תוס' שאין לו קרקעות הוא תירוץ יותר מחודש מהציור שמחל לו את השיעבוד, כי נהי שאין לו עכשיו קרקעות אבל יתכן שיקנה קרקעות בעתיד ואז יהיו משעובדים להמלוה אם אמר דאקני, וא"כ אכתי יוצא ששבועתו היא על שיעבוד קרקעות כי ע"י שבועתו הרי הוא נפטר מהשיעבוד ההוא, וכן הודאתו היא הודאה שיחול שיעבוד אם יקנה קרקעות, רק שסוברים תוס' דלא איכפת לן בזה כיון שעכשיו אין כאן שיעבוד קרקעות. מיהו יש לדחות שתוס' נתכוונו רק להיכא שלא אמר הלוה דאקני אשר בכה"ג מה שהוא קונה אחרי ההלואה אינו משתעבד. מיהו לפ"ז היו תוס' צריכים להוסיף שגם לא אמר לו דאקני. ועכ"פ בשבועות דף ל"ז ע"ב כתבו תוס' רק את התירוץ של מחילה ולא כתבו את הציור

שאינן לו קרקעות, וי"ל שטעמם הוא כהנ"ל.

ג. הרמב"ן והרא"ש במס' שבועות.

והנה הרמב"ן בשבועות דף ל"ז ע"ב תירץ על קושיית תוס' דבכל מודה במקצת אין זה נקרא שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות, כי אי אפשר לגבות מהלקוחות על פי הודאתו, כי הלוקח יכול לטעון שאינו מאמין למה שהלוה מודה שהוא חייב אלא הרי הוא חושש לקנוניא, ואין הודאתו של הלוה מהני לחוב להלוקח. והרא"ש שם השיג עליו דראשית כל אכתי קשה מהיכא שיש בני חורין דלמה בכה"ג יש שבועת מודה במקצת לפי המ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא (כן הבין הקו"ש בב"ב אות תכ"ח את כוונת הרא"ש בתחילת דבריו בהשגתו על הרמב"ן), ושוב כתב הרא"ש שגם מצד הסברא אינו מסכים עם הרמב"ן כי גם כשיש רק משעבדי אבל מ"מ נהי שאין המלוה יכול לגבותם כי אין הלוה נאמן בהודאתו לחוב להלוקח, אבל עכ"פ אם כלפי שמיא גליא שהוא חייב שפיר יש כאן שיעבוד רק שאין המלוה יכול לגבות. והנה חזינן שהרא"ש הקשה מהיכא שיש לו בני חורין רק לפי המ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא וזהו כהנחת הקצה"ח שהמ"ד שסובר שיעבודא לא דאורייתא סובר שגם כשהן בני חורין אין הן משועבדות.

והנה בתוס' איתא שמה שמודה במקצת חייב שבועה הרי זה איירי כשאין לו קרקע, לא משעבדי ולא בני חורין, אבל הרא"ש בשבועות שם כשהביא את תירוצם של תוס' כתב רק שאין לו קרקע ולא הוסיף

שגם אין משועבדים, ומשמע שלא איכפת לן אם יש לו משועבדים.

וי"ל דהיינו משום שמן הסתם אע"פ שאין לו קרקע אבל יש לו מעות וכן מטלטלין, והרי אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין.

מיהו לפי מה שהשיג הרא"ש על הרמב"ן, הדין נותן שגם בכה"ג תיחשב שבועה על שיעבוד קרקעות, כי יש כאן שיעבוד, רק שא"א לגבות כשיש בני חורין. וצ"ל שהרא"ש חולק על הרמב"ן רק בהציוור של הודאת הלוה, כי התם באמת דינו הוא לגבות גם ממשועבדים, רק שהלוקח אינו חייב להאמין להודאתו כי הוא יכול לומר שעשה קנוניא עם המלוה, א"נ כהסברא שמיקרי שהוא אומר על אחרים ואין לו נאמנות לעשות כן, אבל אם כלפי שמיא גליא שהוא חייב, אז הדין הוא לגבות גם מהלוקח, רק שלמעשה אין גובין כי יש לנו חסרון ידיעה, אבל היכא שיש לו כסף או מטלטלין, הדין הוא באמת שאין גובין ממשועבדים, ולא רק משום חסרון ידיעה, שהרי לא חסירה לנו שום ידיעה ובכל זאת אין גובין, וא"כ בכה"ג י"ל שגם הרא"ש מודה שלא מיקרי שיש כאן שיעבוד קרקעות, ואפילו אם נאמר שלא ביטלו בכה"ג את השיעבוד, אלא האמור הוא רק עיכוב גבי', דהיינו שחכמים לא נתנו לו לגבות מהמשועבדים, ג"כ י"ל שכיון שלמעשה א"א לגבות אין זה נחשב שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות, אבל תוס' סוברים שגם בכה"ג הרי זה נחשב שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות כיון שזה רק בגדר עיכוב גבי'.

והנה הרא"ש בדבריו בשבועות שם

הוסיף להקשות גם על שבועת ע"א למה הבעל דין נשבע לפי המ"ד ששיעבודא דאורייתא.

ושוב הביא את תירוצו של הרמב"ן שהבאנו לעיל, אבל לכאורה תירוצו של הרמב"ן שייך רק על מודה במקצת ולא על שבועת ע"א כי התם אם אינו נשבע לכאורה הדין הוא שגובין גם ממשועבדים וא"כ כשהוא נשבע הרי זה נחשב שהוא נשבע כדי שלא נגבה מקרקעות. ובאמת הרמב"ן בתירוצו הזכיר רק מודה במקצת. מיהו אולי י"ל שדברי הרמב"ן יכולים לתרץ גם את הקושיא על שבועת ע"א, כי אולי י"ל שהטעם למה הוא חייב אם אינו נשבע, אין זה משום שהע"א נחשב כשנים כל זמן שלא נשבע (אשר לפ"ז בודאי גובין ממשועבדים כי הרי זה נחשב שיש שני עדים שהוא חייב), וכן אינו משום שהתורה הטילה עליו חיוב כשאינו נשבע (אשר גם לפ"ז הדין נותן שיגבה גם ממשועבדים), וכן אין זה משום שהעובדא שאינו רוצה להשבע הרי זה מוליד אנן סהדי שהוא חייב כי אם הוא פטור למה אינו רוצה להשבע (אשר גם לפ"ז בודאי גובין ממשועבדים), אלא הטעם הוא משום שהעובדא שאינו רוצה לישבע הרי זה נחשב הודאה שהוא חייב, רק שלא מתאים לו לומר כן בפה מלא, וא"כ לפ"ז יוצא שבאמת לא יגבו מלקוחות כי הודאתו אינה מועלת כדי לחוב לאחריני.

ברם צריכים להוסיף שאם הטעם למה הודאת בעל דין אינה מועלת לחוב לאחריני הרי זה משום שחיישינן שהוא מודה כי עשה קנוניא עם המלוה להפסיד את הלוקח, א"כ לא שייך לחשוש לזה

בהציוור שלפנינו שלא הודה בפירוש אלא שאינו רוצה להשבע, כי אם הוא רוצה לעשות קנוניא למה לו ללכת בעקיפין הלא הי' יכול להודות בפה מלא, ולא עוד אלא בתחילה כפר לגמרי, ומסתמא לא ידע שיבוא ע"א, אבל אם נאמר שהטעם הוא משום שכשהוא חב לאחריני אין זה נקרא שהוא אומר על עצמו אלא שהוא אומר על אחרים ואין לו נאמנות לעשות כן, א"כ גם כאן י"ל כן, דהיינו שכיון שמה שאינו נשבע הרי זה נחשב כהודאה אין זה מועיל לחוב להלוקח כי זה נחשב שהוא אומר על אחרים.

ד. הרשב"א והריטב"א לעיל על רבי חייא קמיתא.

והנה תוס' כאן תירצו שמודה במקצת איירי כשאין קרקעות או כשהמלוה מחל את השיעבוד, וגם הרא"ש בשבועות שם הביאו את התירוץ של תוס', ואח"כ הביאו את תירוץ של הרמב"ן ודחה אותו, ומשמע שהוא סובר כהתי' של תוס' שהביא לפני זה.

והנה לעיל באות ס"ח הבאנו את קושיית הרשב"א והריטב"א איך שייך דברי רבי חייא שעדים על מקצת מחייבים שבועה לפי המ"ד שסובר ששיעבוד הוא דאורייתא דהא יוצא שהשבועה היא על שיעבוד קרקעות, והרשב"א תי' דאיירי בציוור שצריכים גם להודאת הבעל דין אשר בכה"ג אין גובין מהלקוחות כי הודאתו אינה מועלת לחוב להלקוחות, והריטב"א תי' דאיירי אחרי שתיקנו חכמים שמלוה על פה אינו גובה מלקוחות. והנה חזינן שהרשב"א סובר כהרמב"ן דמה שהודאתו

אינה מועלת לחוב לאחריני הרי זה גורם שאין זה נקרא שהשבועה היא על שיעבוד קרקעות, וא"כ ה"ה שאתי שפיר הציוור של התורה שמודה במקצת חייב שבועה, אלא שצ"ע למה הרשב"א הקשה רק על רבי חייא ולא הזכיר שקשה גם על עיקר מודה במקצת. וכ"ש שקשה על הריטב"א דהא גם אחרי תירוצו שם שרבי חייא איירי אחרי התקנה לא לגבות מלקוחות אבתי קשה על הציוור של התורה של מודה במקצת.

וצ"ל שהריטב"א יתרץ כתירוצי תוס' כאן, רק שס"ל שעל רבי חייא שם יש לומר תירוץ יותר מרווח, ואין צורך להעמיד בציוורים מסוימים, כי י"ל שרבי חייא איירי לאחר התקנה.

אבל על הרשב"א עדיין קשה למה לא הקשה על הציוור של מודה במקצת בהתורה, ואם הוא סובר שי"ל שם כתירוצי תוס', הרי כך הי' יכול לתרץ גם על רבי חייא, ולא הי' לו להעמיד את רבי חייא בהציוור שכתב שבאמת העדים לא הספיקו אלא איירי כשצריכים לצרף גם את הודאתו של הלוה שזהו ציוור יותר דחוק מלהעמיד כתוס'.

וצ"ל שגם שם יתרץ כתירוצי של הרמב"ן שלא סגי בהודאתו לגבות מלקוחות, רק שהקשה על רבי חייא כי בפשטות רבי חייא איירי בציוור שהעדים מספיקים לחדש את כל החיוב דהיינו היכא שמעידים שגם לזה וגם לא פרע. ועל זה תי' שצריכים לדחוק שרבי חייא איירי כשצריכים גם את ההודאה של הלוה שלא פרע.

והנה חזינן שתוס' הקשו רק על הציוור

של התורה ולא הקשו על רבי חייא. ונראה דהיינו משום שהם סוברים שהתם אפשר לתרץ בפשטות כמו הריטב"א דאיירי לאחר התקנה, ולכן הקשו על הדין של התורה.

ה. סיכום הציורים שכתבו הראשונים שלא נחשב בהם שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות

והנה מעתה יוצא שיש כמה ציורים שסוברים הראשונים שאין זה נחשב שהוא נשבע על כפירת קרקעות.

(א) דברי הריטב"א לעיל על רבי חייא קמיתא שגם לפי המ"ד שסובר שיעבודא דאורייתא, אבל לאחר התקנה אין זה נחשב שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות. ויש בזה חידוש כמו שכתבנו לעיל באות ס"ח שהרשב"א אינו סובר תירוץ זה כי ס"ל שבאמת יש גם עכשיו שיעבוד רק שחכמים עיכבו את הגבי', אבל הריטב"א סובר שבאמת ביטלו את השיעבוד לגמרי, א"נ שהריטב"א סובר שגם כשיש רק עיכוב גבי' אין זה נקרא שהוא נשבע על קרקעות.

(ב) דברי תוס' כאן שהיכא שאין לו עכשיו קרקעות אין זה נקרא שהשבועה היא על שיעבוד קרקעות, ויש בזה חידוש דלא אמרינן שזה נקרא שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות כי יתכן שבהעמיד שפיר תהיינה לו קרקעות (אא"כ נאמר שתוס' איירי רק כשלא אמר דאקני).

(ג) דעת הרמב"ן שאפילו אם כלפי שמיא גליא שיש כאן שיעבוד, רק שלמעשה אין כאן מי שנאמן על זה, ולכן אי אפשר לגבות מהלוקח, אין זה נחשב שהשבועה היא על שיעבוד קרקעות.

(ד) דייקנו שתוס' סוברים שגם בצירור

שאינן גובין ממשועבדים כי יש מטלטלין בני חורין הרי זה נחשב שיש כאן שיעבוד קרקעות ואין נשבעין, ואילו הרא"ש סובר שבכה"ג אין זה נחשב שיש כאן שיעבוד קרקעות.

קנב) בא"ד.

בענין למה מיפטר על כפירת מלוה בשטר משום דהוי שיעבוד קרקעות, הלא הוא כופר גם במטלטלין, וכן הרי הוא כופר בשיעבוד הגוף.

וכן למה הדגישו שכופר בשיעבוד קרקעות ולא סתם שכופר בקרקע.

הנה חזינן שהגמ' אמרה כאן שאין נשבעין על הודאת מלוה בשטר כי זה הודאה בשיעבוד קרקעות וכמו שפירש"י. וצ"ע למה הדגישה הגמ' "שיעבוד" קרקעות, הלא גם בלא זה הרי כשיש לו קרקע בני חורין הרי זה נקרא הודאה בקרקעות כיון שיגבו מקרקע, וא"כ למה נקטה הגמ' ציור של לקוחות.

ועי' גם בתוס' שהקשו שאם שיעבודא דאורייתא איך משכחת לה לשבועת מודה במקצת הלא הוי כפירת שיעבוד קרקעות, וכבר צדדנו לעיל שכוונתם היא גם על היכא שיש לו בני חורין כי גם בכה"ג הרי הם משועבדים רק אם סוברים שיעבודא דאורייתא אבל אם שיעבודא לאו דאורייתא אין שיעבודא אפילו כשהן בני חורין, ולפ"ז קשה גם על תוס' למה הקשו רק מהא דאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות, הלא גם בלא זה קשה דאין נשבעין על גוף קרקעות. וקושיא זו קשה גם על המ"ד שסובר שיעבודא לאו דאורייתא. מיהו באמת תוס' רצו לכלול בקושייתם גם ציור

שיש לו רק משועבדים ואין לו בני חורין, דהיינו שגם על הציור הזה קשה איך משכחת לה לשבועת מודה במקצת, ועל הציור הזה אפשר באמת להקשות רק שאין נשבעין על שיעבוד קרקעות. ועכ"פ על הגמ' אכתי קשה כהנ"ל אם לא שנדחוק שגם הגמ' רצתה לכלול בהקושיא גם היכא שאין לו בני חורין.

עוד יש להעיר, דהיכא שיש להלוה מטלטלין הדין נותן ששפיר יתחייב שבועת מודה במקצת משום שיש כפירה והודאה גם על המטלטלין.

וי"ל דמיקרי כפירה והודאה בקרקעות כי נקטינן שעיקר סמיכות דעתו, וכן תביעתו, היא על הקרקעות כיון שאפשר לגבותן גם מלקוחות.

ולפ"ז מיושבת גם הקושיא הראשונה למה נקטו לשון של שיעבוד קרקעות, כי הא דאין שבועה הרי זה דוקא בגלל שהקרקעות משועבדות לגבותן גם מלקוחות וכמו שביארנו, דבגלל זה נקטינן שתיבועתו היא בעיקר על הקרקעות.

ועי' בנחלת דוד בהקטע הראשון על התוס' שכתב את הדרך הנ"ל, וגם ביאר את דברי הרמב"ן בשבועות על פי זה, דהנה הרמב"ן כתב לתרץ את קושיית תוס' דלק"מ כי על פי הודאתו אין גובין את המשועבדים מהלוקח וא"כ נמצא שאין הכפירה וההודאה אודות השיעבוד קרקעות. והרא"ש הקשה עליו דבכל זאת הרי גובין מיני' דידי' קרקעות בני חורין (כן הביין הקו"ש בב"ב אות תכ"ח את החלק הראשון של קושיית הרא"ש על הרמב"ן), ושוב הקשה הרא"ש דגם כשיש רק משעבדי אבל מ"מ נהי שאין המלוה

יכול לגבותם כי אין הלוה נאמן בהודאתו לחוב להלוקח, אבל עכ"פ אם כלפי שמיא גליא שהוא חייב הרי שפיר יש כאן שיעבוד רק שאין המלוה יכול לגבות. ועל זה תי' הנחלת דוד שהרמב"ן סובר שכל זמן שלא יוכל לגבות את הקרקעות מהלוקח אינו סומך דעת בתביעתו על הקרקעות יותר מעל המטלטלין שנמצאים אצל הלוה ומש"ה לא חשיב כפירת שיעבוד קרקעות אלא חשיב שיש כאן גם תביעת וכפירת מטלטלין (מיהו צ"ע דהרמב"ן כתב שבכה"ג "לא מיקרי שיעבוד", וגם הרא"ש הביא את הלשון הזה של הרמב"ן).

ועי' גם בתוס' רעק"א על משניות בשבועות ריש פרק ה' שכתב דהיכא שאין שיעבוד "א"כ גם אם אית לי' קרקע, אינו אלא כמטלטלין בעלמא דלאו בני שיעבוד נינהו, דהא אינו גובה אלא בתורת מיני', וא"כ לא אזלא תביעתו יותר על הקרקע מעל מטלטלין, ששניהם אפשר לו ליתנם לאחר ולהפקיע חובו", ולכאורה כוונתו היא לסברת הנחל"ד, מיהו באות קנ"ד נכתוב ביאור אחר בדבריו עיי"ש.

והנה באמת את עיקר סברתו של הנחלת דוד מציינו מוזכר מפורש בהרמב"ן בנוגע לשיטה אחרת שהביא כדי ליישב קושיית תוס', דהנה הרמב"ן בשבועות שם הביא עוד תי' על קושיית תוס', והיינו שאפילו בציור שיש עדים על ההלואה, וכן עדים שעדיין לא שילם, בכל זאת אין זה נקרא כפירת שיעבוד קרקעות כי גם בכה"ג אמרינן שהתובע סומך גם על המטלטלין ואינו סומך רק על הקרקעות, ורק היכא דהוי מלוה בשטר אמרינן שהוא סומך

במיוחד רק על הקרקע כי לכן כתב שטר כי לא כתבין שטרא על מטלטלין. והרמב"ן שם השיג על זה וכתב שבדאי גם בכה"ג שיש עדים הרי הוא סומך במיוחד על הקרקעות, וכן סוברים תוס' ולכן דנו על כופר בממון שיש עליו עדים ככופר בשיעבוד קרקעות.

והנה יש עוד קושיא שיש להקשות כאן, והיינו למה מיקרי כפירת שיעבוד קרקעות, הלא עיקר כפירתו הוא שאין לו שיעבוד הגוף לשלם את החוב, וזה הרי כמו מטלטלין ולא כקרקע, וכן הקשה הקו"ש בב"ב באות תכ"ט. מיהו לפי הנ"ל לק"מ כי גם בזה י"ל שבכל זאת עיקר סמיכות דעתו של התובע היא על הקרקע. ובהאות הבאה נביא תירוצו של הגר"ח על הקושיא הנ"ל.

קנג) בענין הנ"ל.

והנה מדברי הקו"ש בב"ב אות תכ"ח ותכ"ט מבואר דרך אחרת בהנ"ל. דהנה כבר הבאנו את תירוצו של הרמב"ן על קושיית תוס' איך שייך מודה במקצת אם שיעבודא דאורייתא, דהרמב"ן תירץ דלא חשיב כפירת שיעבוד קרקעות משום שעל פי הודאתו אין המלוה גובה מלקוחות, והקשה הרא"ש דהא גובין מיני' דידי' קרקעות בני חורין, (כן הבין הקו"ש בב"ב אות תכ"ח את החלק הראשון של קושיית הרא"ש על הרמב"ן), ועוד הקשה דגם כשיש רק משעבדי אבל מ"מ נהי שאין המלוה יכול לגבותם כי אין הלוח נאמן בהודאתו לחוב להלוקח, אבל עכ"פ אם כלפי שמיא גליא שהוא חייב הרי שפיר יש כאן שיעבוד רק שאין המלוה יכול לגבות.

וכבר הבאנו שהנחלת דוד תי' שאע"פ שיש שיעבוד אבל בכל זאת מכיון שהוא גובה רק מבני חורין דעתו היא על המטלטלין כמו על הקרקע. ברם הקובץ שיעורים תי' שבכה"ג אע"פ שיש שיעבוד קרקעות אבל הלא אין שום נפ"מ למעשה מהשיעבוד כי א"א לגבות מהלוקח על פי הודאת הנתבע, ומש"ה מה שהוא כופר בהשיעבוד לא חשיב כפירת ממון, וכן אין זה נקרא שהוא תובע את השיעבוד כי אין להשיעבוד דין ממון (מיהו בנוגע להקושיא על הרמב"ן שהרי יש לו בני חורין, על קושיא זו אכתי צריכים לתרץ כהנחלת דוד שהוא סומך על המטלטלין כמו על הקרקע).

והנה ע"ע בקו"ש שם באות תכ"ט שהקשה שנהי שיש כאן שיעבוד קרקעות אבל הרי הוא כופר גם את החובת הגוף שיש לו לשלם, ודבר זה אינו ענין לקרקעות וא"כ למה אינו חייב לישיבע מפאת דבר זה. והנה כבר כתבנו שלפי דרכו של הנחלת דוד י"ל דהיינו משום שכיון שיש שיעבוד נכסים א"כ עיקר כוונת המלוה בתביעתו היא על השיעבוד נכסים. מיהו הקו"ש תי' בשם הגר"ח דהיינו משום שלא סגי בכפירה על השיעבוד הגוף לחוד, דהא אילו יתכן שיכפור את השיעבוד הגוף אבל השיעבוד נכסים ישאר בעינו הרי יהי חייב לשלם מחמת השיעבוד נכסים, ומה שכפר את השיעבוד הגוף לא הי' מגרע ומפסיד את המלוה כלום, וא"כ יוצא שהכפירה של השיעבוד הגוף לחוד אין עליו דין של כפירת ממון וא"כ מש"ה אינו חייב שבועה עבור דבר זה לחוד.

מיהו יש להעיר כי לפ"ז הדרה לדוכתה הקושיא למה הדגישו כאן ששטר הוא

קנה) דברי הרי"ף כאן.

ע"י ברי"ף שכתב ששמעין מהא דאמרינן כאן שעל שתיים פטור משום דהוי שיעבוד קרקעות, שאם תבע ממנו חמשים בשטר וחמשים בעל פה והודה לו על החמשים בשטר אינו נשבע כי הוי שיעבוד קרקעות. ובש"מ הביא בשם ה"ר יהונתן דשמעין מדברי הרי"ף שלא איכפת לן בזה דהו"ב הלואות אפילו בשני זמנים, דבכל זאת חשיב מודה במקצת וחייב שבועה היכא שאינו שיעבוד קרקעות.

וצ"ע על הרי"ף מה נתכוין הרי"ף בהוספה זו, דלכאורה פשוט הוא. ולא משמע שנתכוין לומר לנו כדיוקן של ה"ר יהונתן שגם שתי הלואות בשני זמנים חשיב מודה במקצת, ועוד צ"ע על הרי"ף דתפוק ל"י משום ששטר הוא בגדר הילך מאחר שהרי"ף פוסק שהילך פטור, ומש"ה יהי' פטור גם בכתב ידו שיש בו נאמנות אע"פ שאין בו שיעבוד קרקעות.

וע"ע באות קנ"ח בנוגע לדברי הרמב"ם שהזכיר גם הוא על ציורו של הרי"ף דהוי שיעבוד קרקעות.

קנו) דברי הרמב"ם שאם הודה בממון שאינו יכול לכפור בו הרי הוא פטור משבועה.

הסוברים דפטור מטעם הילך. ע"י בפ"ד מהל' טו"נ ה"ד שכתב הרמב"ם וז"ל, אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו, כיצד, מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר, אין לך בידי אלא חמשים

שיעבוד קרקעות, הלא גם אם אין כאן שיעבוד קרקע הרי מכיון שיש להלוה גוף הקרקע נמצא שהוא כופר קרקע, ותיירצנו משום שכשאינן שיעבוד אין עיקר דעתו של המלוה על הקרקע אלא גם על המטלטלין, ואילו לפי הגר"ח אכתי קשה כי אין הכפירה על המטלטלין מספיק כדי לחייב שבועה, דהא אם אינו כופר את הקרקע הרי הוא עדיין חייב לשלם את הקרקע, וא"כ יוצא שאין על הכפירה של המטלטלין לחודייהו דין של כפירת ממון, אלא רק בהדי הכפירה על הקרקע, וא"כ הרי זה נקרא שהוא נשבע על כפירת קרקעות.

מיהו יש לחלק שכפירת שיעבוד הגוף לחוד אינו מגרע ומפסיד את המלוה כלום וכמו שכתבנו, אבל כפירת המטלטלין מגרעת כחו של המלוה בזה שהיא גורמת שאי אפשר לו לגבות ממטלטלין.

וע"ע באות קס"ב בדרכו של הגר"ח.

קנד) עוד בענין הנ"ל.

והנה כבר כתבנו בשם הנחלת דוד שבעינן בדוקא ששטר יהי' בגדר שיעבוד קרקעות כי בלי השיעבוד אין דעתו על הקרקע יותר מהמטלטלין.

והנה לעיל על האוקימתא ששתיים פטור משום דהוי הילך פירש"י דחשיב הילך בגלל השיעבוד נכסים, וכבר הקשינו לעיל דאם כבר ידענו שיש שיעבוד נכסים למה לא ידענו שהוא פטור משבועה משום דהוי שבועה על שיעבוד קרקעות. מיהו לפי הנחלת דוד י"ל שעוד לא ידענו שדעתו היא על הקרקעות יותר מעל המטלטלין.

שבשטר, אין זה מודה במקצת, שהשטר לא תועיל בו כפירתו, והרי כל נכסיו משועבדין בו, ואפי' כפר בו היה חייב לשלם וכו' עכ"ל.

ועי' בניי שהביא את האוקימתא ששתים פטור משום כפירת שיעבוד קרקעות וכתב דמשמע שאלמלא טעם זה הי' חייב אע"פ שהוא ממון שאי אפשר לכפור בו ודלא כהרמב"ם. ויש לעיין למה לא דייק דלא כהרמב"ם מהתירוף הראשון של מסייע לי' שטרא דחזינן שבלא טעם זה הי' חייב. וי"ל דהיינו משום שיש לתרץ שהאוקימתא ההוא קאמר טעמא עדיפא והיינו שיש ראי' מהשטר לכפירתו של הלוח ומש"ה אינו צריך לישבע, אבל מהתירוף השני שפיר יש לדייק כי התירוף השני בא לפוטרו משום שיש חסרון בההודאה בזה שהיא על קרקעות, ועל זה שפיר יש להקשות שיש חסרון יותר יסודי בההודאה, והיינו העובדא שאינו יכול לכפור בו, דזה מפקיע את דבריו מכל עיקר המושג של הודאה.

ועל כל פנים הנ"י ביאר שלא קשה מהמשמעות הנ"ל על הרמב"ם שסובר שפטור היכא שלא הי' יכול לכפור, כי טעמו של הרמב"ם הוא משום דחשיב הילך, והרי הגמ' אזלה עכשיו שהילך חייב.

ועי' בהרא"ש בריש פ"ב דכתובות שכתב ג"כ דהוי בגדר הילך (וכ"כ הרשב"א כאן), והביא שאיתא בירושלמי כהדין הנ"ל שפטור משבועה היכא שלא הי' יכול לכפור בו.

מיהו אם טעמו של הרמב"ם הוא משום הילך א"כ הי' לו להרמב"ם להביא ציור

זה לעיל שם בפ"א מהל' טו"נ בהדי מה שפסק שם שהילך פטור.

קנז) עוד בענין ממון שאינו יכול לכפור בו.

א. דברי הב"י בבדק הבית שאינו מטעם הילך.

הנה עי' בב"י בסי' פ"ז אות ג' שהביא מחלוקת אם בשביל הילך בעינן שיוציא את הכסף בפנינו בב"ד מוכן לתת, או האם חשיב הילך אפילו כשהוא אומר שיש לו כסף בביתו ושיתן לו, ורק כשאין לו עכשיו בביתו אלא שהוא מודה שחייב לו, רק אז לא הוי הילך. והכריע כהדעה שהילך הוא רק כשמוציאו בב"ד. ושוב בהמשך דבריו באות ה' הביא את דברי הרא"ש הנ"ל בכתובות שממון שאינו יכול לכפור בו מיקרי הילך, והקשה בבדק הבית דהא בכה"ג אינו מוציאו בב"ד ואיך שייך להחשיבו הילך. ותי' שי"ל באמת דלא כהרא"ש, והיינו שאינו בגדר הילך אלא הרי הוא פטור מטעם אחר, והיינו משום דלא מיקרי הודאה. כלומר שבהציוור של הילך שהוא מוציא את המעות בב"ד ומוכן לפרוע הרי זה נקרא שפיר שעשה הודאה, רק דכיון שהוא עומד עכשיו לשלם הרי זה כאילו בדין תורה אחד עשה הודאה וכבר שילם, ועכשיו הולכים לנהל דין תורה שני על חלק הכפירה, ובהדין תורה הזה הרי הוא כופר הכל, משא"כ בהציוור של ממון שאינו יכול לכפור בו אין זה מיקרי בכלל בגדר הודאה.

ב. דברי הקצה"ח בענין הנ"ל.

והנה הקצה"ח בסי' פ"ז סק"ה הקשה

דלפי הבדק הבית איך מוכיחין משטר שהילך פטור הלא שאני שטר דהוי משום ממון שאינו יכול לכפור בו שזה פטור מטעם אחר וכהנ"ל דלא מיקרי הודאה. והנה התר"פ הובא בשט"מ ביאר שזהו באמת הת"י של מסייע ל"י שטרא, דהיינו שמסייע ל"י שטרא להתובע בנוגע לשתיים, ומש"ה הוי ממון שאינו יכול לכפור בו דליכא בכה"ג שבועת מודה במקצת, אלא שהתר"פ הגדיר שהוא משום שלא נתכוין התובע לכלול ממון זה בכלל תביעתו.

והנה הקצה"ח הסיק דלא כהבדק הבית, אלא שממון שאינו יכול לכפור בו הוי שפיר בגדר הילך, והיינו על ידי שהמציא גדר חדש בהילך כדי לכלול את שניהם בתוך הילך, והיינו שהילך מיקרי כל היכא שאין צריכים הודאתו, והיכא שהוא מוכן לשלם בב"ד הרי זה בגדר הילך כי אין צריכים הודאתו משום שבין כך הרי הוא מקנהו עכשיו, וכן היכא שאינו יכול לכפור בו אין צריכים הודאתו, וכל היכא שאין צריכים הודאתו אין הממון ההוא נחשב בכלל הדין תורה וממילא על החלק שהוא כופר הרי הוא בגדר כופר הכל. וכתב שלפ"ז אתי שפיר ראיית הגמ' דהילך פטור כי שפיר מוכח מהא דממון שאינו יכול לכפור בו פטור שכל ציור של הילך פטור. והנה מדברי הקצה"ח לא משמע שהוא רוצה לפרש בזה את דברי הבדק הבית, אלא הרי זה שיטת עצמו, ומה שכתב הקצה"ח שהוא בא בזה ליישב את הסוגיא אליבא דהבית יוסף, כוונתו היא ליישב את מה שהבית יוסף הכריע כמו הדעה שהילך הוא רק כשהוא משלם בב"ד דהקשה הבדק הבית דזהו דלא כהרא"ש בריש פ"ב

דכתובות שהביא הבית יוסף שם שפוטור מלישבע היכא שהודה על ממון שאינו יכול לכפור בו משום דהוי הילך, דעל זה כתב הקצה"ח שהוא בא ליישב את קושיית הבדק הבית ולומר דשפיר עולה יחד עם הרא"ש.

והנה לפי הגדר של הקצה"ח שהילך מיקרי היכא שאין צריכים להודאתו א"כ יוצא שבציור שהוא אומר על פקדון הרי הוא שלך בכל מקום שהוא, אין זה נקרא הילך, כי בכה"ג שפיר צריכים הודאתו. ובאמת כבר הוכיח המ"מ מדברי הרמב"ם בסוף פ"ג מהל' טו"נ דס"ל להרמב"ם שבכה"ג לא חשיב הילך ודלא כרש"י כאן עיי"ש, והכ"מ שם כתב שאין מדברי הרמב"ם שם הכרע אלא שכתב הכ"מ שכן מוכח מדבריו בפ"א ה"ג.

ג. חידושו של הקצה"ח שהיכא שהעידו עדים על מקצת מהתביעה חיוב מוחלט אין הם מחייבים שבועה.

הנה כבר הבאנו באות קנ"ו את דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' טו"נ שכתב וז"ל, אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו, כיצד מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר, אין לך בידי אלא חמשים שבשטר, אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו, והרי כל נכסיו משועבדין בו, ואפילו כפר בו היה חייב לשלם וכו' עכ"ל. ושוב הקשה הקצה"ח שם על הרמב"ם למה אינו מתחייב משום העדאת עדים כיון שיש שטר שהוא חייב חמשים. והקצה"ח

כתב שזה קשה רק על הבדק הבית, והיינו משום שלפי הדרך של הקצה"ח עצמו שהילך מיקרי כל היכא שאין צריכים הודאתו א"כ גם השטר הוא בגדר הילך כי אין צריכים את העדאת העדים כי בלא השטר יש מיהא הודאתו (מיהו צ"ע דמצד הודאתו אכתי אינו גובה ממשועבדים בלי שיהי' שטר), וכן הביא להלן שם מהש"ך בסי' ל"א ססק"ב שאי אפשר לחייבו משום ההעדאת עדים של השטר כי חשיב הילך כיון שגם הוא עצמו מודה, אבל על הבדק הבית שפיר קשה כי הוא ביאר שהיכא שאינו יכול לכפור בו אין זה בגדר הילך אלא אינו נשבע כי לא מיקרי בכלל בגדר הודאה, והרי בעדים לא שייך לומר כן שהרי שפיר מיקרי עדות.

ועכ"פ הקצה"ח תי' את הקושיא הזאת על הבית יוסף דכיון שהיכא שיש עדים על חמשים לא מהני הודאתו לחייבו שבועה כי הוי ממון שאינו יכול לכפור בו א"כ הה"נ שאין העדים מחייבים שבועה. והציוור של רבי חייא שהעדאת עדים מחייבת שבועה הוא כהריטב"א שהעדים מעידים רק שלוה אבל אינם יודעים אם פרע או לא דבכה"ג אם הי' הוא עצמו מודה שלוה ולא פרע הי' שפיר חייב שבועה כי שפיר הי' יכול לכפור ולומר שלוה אבל פרע.

מיהו לכאורה אין דברי הקצה"ח מובנים, דהנה הקצה"ח מחדש שאם בציוור מסוים ההודאה אינה מחייבת שבועה משום סיבה מסוימת, אז גם העדאת עדים אינה מחייבת אע"פ שאצל העדים לא קיים החסרון ההוא, דבכל זאת אינם מחייבים שבועה, ולא מספיק בזה שבעלמא פיו

מחייבו שבועה, ומעתה צ"ע על הקצה"ח כי הציוור שלפנינו אינו רק בגדר ציוור שיש הודאת פיו רק שאינו מחייבו שבועה, אלא הרי זה ציוור שבכלל אין כאן הודאה, וא"כ על כגון זה לא שייך הכלל של הקצה"ח.

אמנם דבר זה תלוי באיך מבינים את הכלל של הקצה"ח, דמצד אחד י"ל שהכוונה היא שלעולם לומדים שהעדאת עדים מחייבת שבועה מהדין הכללי שפיו מחייבו שבועה, רק שאם בהציוור הזה גופא פיו אינו מחייבו שבועה הרי זה משמש כפירכא, ולפ"ז אנו מקשים שפיר, כי מסוגל להחשב פירכא רק אם נחשב שיש כאן באמת ציוור של הודאת פיו, רק שאינו מחייב שבועה, משא"כ בהציוור של הבדק הבית אין כאן הודאת פיו, שהרי אין זה בגדר הודאה, אבל אם כוונת הכלל היא שבאמת אין לומדים העדאת עדים מהדין הכללי שפיו מחייבו שבועה, אלא צריכים ללמוד ממה שפיו מחייבו שבועה בהציוור הזה שלפנינו, אז לא קשה קושייתנו על הקצה"ח, כי נהי שבהציוור שלפנינו לא שייך בכלל גדר של פיו, אבל בכל זאת אין בכה"ג מאיפוא ללמוד העדאת עדים.

ד. דברי הרמב"ם בפכ"ב מהל' עדות בהוציא ב' שטרות אחד על מנה ואחד על מאתים, והסתירה מדבריו בהל' טו"נ, ודברי הראב"ד והכ"מ והש"ך והקצה"ח על זה.

והנה שוב הביא הקצה"ח את דברי הרמב"ם בפכ"ב מהל' עדות ה"ב שכתב שהיכא שהוציא על הנתבע ב' שטרות, א' של מנה וא' של מאתים, והלוה כופר בשניהם, וידעינן שאחת מהכתות של

השטרות פסולה כי הכחישו אלו את אלו בעדות אחרת, אשר בכה"ג אי אפשר לגבות את ב' השטרות הנ"ל אלא רק מנין כיון שחייב מנה ממה נפשך, א"כ מכיון שחייב לו ממ"נ מנה, הרי הוא נשבע שבועת מודה במקצת מדין רבי חייא קמייתא.

והקשה הראב"ד שם שזה סותר את דברי הרמב"ם בפ"ד מהל' טו"נ שאינו נשבע כשהוציא עליו שטר על מקצת, ונהי שבפ"ד שם דן הרמב"ם מצד שהודה, וכתב שאין הודאתו מחייבתו שבועה, אבל בכל זאת חזינן שגם אין מחייבים אותו שבועה מצד השטר, ואילו בהל' עדות שם שפיר מחייב הרמב"ם שבועה מכח השטר, כן נראה לפרש את כוונת הראב"ד במה שכתב שדברי הרמב"ם סותרים את מה שפסק בפ"ד מטו"נ.

ועי' בכ"מ שם שהקשה בדרך אחרת על הרמב"ם בהל' עדות שם, והיינו דכיון שאילו ה' מודה לא ה' נשבע על פי הודאתו משום דהוי הודאה בדבר שאינו יכול לכפור בו א"כ הדין נותן שיהי' פטור.

וכתב הש"ך בסי' ל"א סק"ב דלא קשה מידי כי נהי שבפ"ד מהל' טו"נ שם היכא שהודה בממון שאינו יכול לכפור בו הרי הוא פטור משבועה כי הוי בגדר הילך, אבל בהל' עדות שם היכא שלא הודה והעדים מעידים למה יהי' פטור.

וכתב הקצה"ח שהש"ך אתי לשיטתו שהמודה בממון שאינו יכול לכפור בו חשיב בגדר הילך, ולכן כתב שכשאינו מודה, כמו בהל' עדות שם, אכתי אפשר

לחייבו בגלל ההעדאת עדים, משא"כ היכא שמודה, כיון דחשיב בגדר הילך, והרי זה כמו דנקיט ביד' דמי, ועל השאר הוא בגדר כופר הכל, גם עדים אינם יכולים לחייבו כיון שהוא בגדר כופר הכל (ובאמת י"ל טעם אחר, והיינו משום שגם העדאת העדים חשיבא כמו הילך כיון שיש גם הודאת פיו), אבל לפי שיטת עצמו שהבאנו בסק"ג דלא הוי בגדר הילך אלא דלא חשיב בגדר הודאה, א"כ צריך לצאת שגם כשהוא כופר אין העדים יכולים לחייבו בגלל היסוד שחידש לפי דרכו שאין העדים מחייבים בציוור שגם פיו לא ה' יכול לחייבו.

ועכ"פ חזינן שהש"ך תי' על הסתירה שהקשה הראב"ד דשאני התם בפכ"ב מהל' עדות שהוא עצמו לא הודה ולכן בכה"ג השטר שפיר יכול לחייב שבועה, אבל בהל' טו"נ כיון שהוא עצמו הודה מש"ה אין השטר מחייב שבועה כי זה ציוור של הילך.

והנה את זה מיהא מוכרחים לומר שהטעם למה השטר חשיב הילך היכא שמודה הרי זה כמו שביארנו דחשיב כופר הכל, א"נ שאין צריכים בכה"ג את העדים, אבל אי אפשר לומר משום ששיעבוד קרקעות חשיב הילך, דזה אי אפשר לומר בדעת הרמב"ם שהרי הרמב"ם בע"כ סובר ששיעבוד קרקעות לבדו אינו עושה הילך כי אילו כן למה הוצרך בהל' טו"נ בהציוור שהוא מודה להשטר את הטעם של א"א לכפור בו תיפוק ל' דהוי הילך משום השיעבוד קרקעות (וע"ע באות קס"ב מה שהבאנו מהגר"ח).

ה. עוד דרך בישוב הסתירה בדברי הרמב"ם.

והנה לכאורה יש ליישב את הסתירה בהרמב"ם בדרך אחרת, והיינו משום שכבר כתבו הרמב"ן והר"ן בשבועות דף מ' ע"ב בשם הר"י מיגש שצריכים שההודאה תבוא אחרי התביעה, וא"כ י"ל שגם בנוגע להעדאת עדים בעינן שיעידו אחרי התביעה, וכן נפסק בסי' פ"ח סעיף ט"ו, וא"כ י"ל שמש"ה בהל' טו"נ שם אין השטר מחייב שבועה כי השטר הוא כנחקרה עדותן בב"ד גם לפני שתבע, אבל בפכ"ב מהל' עדות מכיון שאחד מהשטרות פסולים א"כ נהי שהוא יכול להשתמש באחד מהם כיון שהדין הוא שזו באה בפני עצמה ומעידה וזו באה בפני עצמה ומעידה, אבל כל זמן שלא החליט איזה שטר להוציא לא אמרינן דהוי כנחקרה עדותן בב"ד, כי עוד לא התחיל להיות כח מעשי של עדות, כי שניהם יחד אינם יכולים להועיל, ועל כל אחד מהם י"ל שאולי לא יוציא אותו בב"ד אלא יוציא את השני, ואם יוציא שניהם אז יועילו רק בדרך מ"מ"נ על הסכום הקטן, וא"כ אכתי לא התחיל פעולה מעשית של שטר עד שהוא מחליט על פי איזה מהם לטעון בב"ד, או כשהוא מחליט להוציא שניהם יחד.

מיהו עי' בקצה"ח בסי' פ"ז סק"ה שנקט שבהחייב שבועה של העדאת עדים אין צריכים שההעדאת עדים תבוא אחרי התביעה, ודלא כמו שנקטנו כאן ששפיר צריכים כן. מיהו בחידושי הגר"ח כאן "בענין העדאת עדים" נקט דשפיר בעינן וכמו שנביא להלן בסמוך בסק"ו.

ו. ישובו של הגר"ח.

ועכ"פ כעיקר דברינו הנ"ל ששטר מיקרי עדות קודם התביעה איתא בחי' הגר"ח על הש"ס כאן, אבל הוא נוקט שגם בהל' עדות שם הרי זה נקרא שיש כח השטר לפני שבא לב"ד, ויישב שם את דברי הרמב"ם בהל' עדות בדרך אחרת, והנני מעתיק את דבריו, וגם את מה שכתב בישוב סתירת דברי הרמב"ם:

ונראה לומר בזה, דהנה באמת קשה אמאי לא יתחייב התם בהודה במקצת שבשטר משום העדאת עדים המחייבים חמשים ומשום לא תהא וכו', וצ"ל דדינא דרבי חייא אינו אלא בעדים שבעל פה שתובעו מנה וכפר, והביא עדים על חמשים, אבל אם הוציא שטר על חמשים לא שייך דין של העדאת עדים, דבשטר הדין [הוא] דנחקרה עדותן בבית דין מכבר, והרי קדמו עדותן לתביעת המנה, ונקרא דקדמה הודאה לתביעה, דאינו מחויב שבועה. אכן עדיין צ"ע דהרי כמו שהשטר הוא כמו הודאה, כן מציאות השטר היא תביעה על הבעל חוב, וההודאה והתביעה הוי כאחת, ושוב לא קדמה הודאה לתביעה. וצ"ל דהכא התביעה הרי לא הוי [אלא] רק על המקצת שבשטר, ו[ב]קדמה תביעה להודאה בעינן תביעת כל הטענה וגם תביעת הכפירה, והכא קדמה הודאה לתביעת הכפירה דאין יכול לחייב שבועה, וכדאיתא ברמב"ם הל' טוען ונטען כור חטים יש לי אצלך, ואמר הן, וכור שעורים יש לי אצלך, וכפר, פטור משבועה, דהודה במקצת קודם שכפר במקצת השני. והסברא נותנת כן, דהמחייב שבועה הוא הודאה במקצת הטענה שתובעו התובע

דכתיב אשר יאמר כי הוא זה, דהיינו כפירה במקצת הטענה והודאה במקצת, וחייב שבועה על הכפירה, ולכן כשתובע חמשים בשטר וחמשים בלא שטר, דמה שיש לו שטר על חמשים הוא התביעה, ולא קדמה ההודאה לתביעה זו (כי סגי בבת אחת), אבל החמשים בעל פה הוי תביעה רק כשבאו לבית דין, ונמצא דקדמה העדאת עדים לתביעת החמשים בעל פה שכופר עליהם. וזהו אם אנו באים לחייבו מדין העדאת עדים, אבל עדיין יכול להתחייב משום הודאת פיו על החמשים שבשטר, על זה כתב הרמב"ם דהודאה שאין יכול לכפור בה אינה הודאה לחייב. ומעתה הרי מיושב הרמב"ם מב' שטרות, דהרי הכא מיירי בהוציא ב' שטרות, שטר על מנה ושטר על מאתים, ואם הי' מוציא בבית דין כל אחד בפני עצמו, בודאי הי' גובה בו, דכל אחת באה בפני עצמה ומעידה, ואף שידעו בית דין שיש לו שטר מכת השני, אם לא הי' מוציא שניהם ביחד לפנינו הי' גובה בכל אחד וכן איתא בשו"ע, ורק הוא בתביעתו שניהם ביחד הפסיד בעצמו שיד בעל השטר על התחתונה ואין גובה אלא מנה, אבל קודם שהוציא שניהם ביחד הי' אצלו שטר כשר על מאתים ועדות שהי' יכול לגבות בו ויש בו דין תביעה על מאתים, ורק עכשיו אינו גובה אלא מנה, ונמצא דיש כאן העדאת עדים המחייבו מנה והתביעה על מאתים, ולא קדמה הודאה לתביעה, דהתביעה היא במה שיש לו מציאות השטר, והשטר שהוא התביעה היתה שוה בזמן אחד עם ההעדאת עדים, ולכן חייב שבועה משום דרבי חייא דלא תהא הודאת פיו גדולה

מהעדאת עדים מק"ו. אלא דאכתי צ"ע דמלשון הרמב"ם משמע דנשבע על השאר והיינו על שני המאות משום תביעתו עכשיו, ולפי מה שביארנו הרי תביעתו של עכשיו אין לה דין תביעה לחייב שבועה דהרי היא אחר הודאה, והחייב שבועה הוי רק משום תביעת השטר, והרי שטר של שלש מאות הרי ליכא הכא, דחד ממ"נ אין לו דין שטר, וממילא דאין לו תביעה על מנה השלישית. וצ"ל דהשבועה על מנה השלישית היא מטעם גלגול שבועה, דכיון שנתחייב שבועה על מנה אחת מגלגלין עליו גם על המנה השלישית עכ"ל.

קנח) עוד בדברי הרמב"ם אודות ממון שאינו יכול לכפור בו.

א. בענין למה הזכיר הרמב"ם גם שיעבוד קרקעות.

עי' בפ"ד מהל' טו"נ ה"ד שכתב הרמב"ם וז"ל, אין מודה במקצת חייב שבועה עד שיודה בדבר שאפשר לו לכפור בו, כיצד, מי שטען חבירו ואמר מאה דינרין יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר, אין לך בידי אלא חמשים שבשטר, אין זה מודה במקצת, שהשטר לא תועיל בו כפירתו, והרי כל נכסיו משועבדין בו, ואפילו כפר בו היה חייב לשלם וכו' עכ"ל. והעירו המפרשים למה הכניס לכאן דאיכא שיעבוד נכסים הלא כתב שטעם הפטור הוא משום שאינו יכול לכפור בו.

ועי' בקרית ספר שהשמיט באמת את הענין של שיעבוד נכסים.

ב. דרכו של הנחל"ד.

והנחלת דוד בד"ה ומעתה וכו' ר"ל שבאמת כוונת הרמב"ם היא לפוטרו רק משום שיעבוד קרקעות (כי בגלל זה הוי הילך וכמו שפירש"י בסברת המקשה), ומה שהזכיר שאינו יכול לכפור בו הרי זה הטעם למה אפשר לגבות מלקוחות, כי כיון שאינו יכול לכפור אין זה נקרא שצריכים להודאתו, אבל אם ה"י יכול לכפור בו, אז ה"י נקרא שצריכים להודאתו, ולא ה"י המלוה יכול לגבות מלקוחות כי אין הודאת הלוה מהני לחוב לאחריני, ומאחר שה"י המלוה יכול לגבות רק מבני חורין לא ה"י סומך דעת בתביעתו על הקרקעות יותר מעל המטלטלין, ולא ה"י נקרא שדין על קרקעות.

מיהו דברי הנחלת דוד אינם במשמע מדברי הרמב"ם כי משמע ששפיר אתי הרמב"ם לחדש הלכה חדשה של ממון שאי אפשר לכפור בו ושזה עצמו הוא הטעם למה פטור.

ג. דרכיו של הלח"מ.

ועי' בלח"מ שכתב ב' דרכים למה הזכיר הרמב"ם גם שיעבוד קרקעות:

א', שהטעם למה אינו יכול לכפור בו ולטעון פרעתי הרי זה משום שהשטר גובה ממשועבדים, (ומוזכרים בפוסקים ב' הסברים לדבר זה, א', דכיון דגובה ממשועבדים, יש עליו טענה למה השאיר את השטר גבי המלוה, דהא עי"ז יוולו קרקעותיו כי שום לוקח לא ירצה לקנות, אבל היכא שאינו גובה מלקוחות, כמו בכתב ידו שאין כתוב בו נאמנות, הרי הוא שפיר יכול לומר פרעתי ולא אמרינן שטרך בידי

מאי בעי. ב', עוד הזכירו עוד טעם למה רק בשטר שגובה ממשועבדים אמרינן שלא ה"י לו להשאיר את השטר אצל המלוה משא"כ בכתב ידו, והיינו משום שבכתב ידו מכיון שאינו גובה מלקוחות חושב הלוה שאפילו אם המלוה יתבענו עוד הפעם הרי יוכל להבריח את הנכסים ע"י למוכרם והמלוה לא יוכל לגבותם. ועוד י"ל דרך שלישית למה בכתב ידו הרי הוא יכול לומר פרעתי ואין כאן טענה של שטרך בידי מאי בעי, והיינו כדברי הגר"ח בחי' הגר"ח על הש"ס במס' שבועות דף מ"א ששטרך בידי מאי בעי אינה בגדר חזקה מצד הסברא, אלא הרי זה חלק מהגזירת הכתוב של שטר, דהיינו שבזה שחידשה התורה גזירת הכתוב של שטר כללה התורה שלא יוכל הלוה לומר פרעתי אלא יצטרך לקחת אותו מהמלוה, ולכתב ידו של הלוה אין דין של שטר.

ב', עוד כתב הלח"מ עוד הסבר, והיינו שהרמב"ם סובר שכדי להחשב הילך בעינן שני דברים, א', שלא ה"י אפשר לו לכפור בו, ועוד שיהי' שיעבוד קרקעות, כלומר דמה שנקטה הגמ' בתחילה ששתים פטור משום דחשיב הילך אין זה רק בגלל שיש שיעבוד קרקעות וכמו שפירש"י אלא הרי זה רק בצירוף הא דהוי ממון שאינו יכול לכפור בו. מיהו לא הבנתי דאם לא סגי בשיעבוד קרקעות לחוד או באינו יכול לכפור בו לחוד לקבוע דהוי הילך א"כ איך אחד משלים את השני. ועכ"פ מוכרחים לומר בדעת הרמב"ם שהוא סובר ששיעבוד קרקעות לחוד לא מיקרי הילך כי אפילו אם נאמר שע"י השיעבוד יש לו מקצת קנין והוי כמו "הרי הן שלך בכל מקום שהם" אבל הרי הרמב"ם אינו סובר שדבר זה

חשיב הילך וכמו שהראנו לעיל באות קנ"ז
סק"ב מהמ"מ והכ"מ.

והנפ"מ בין שני הפשטים של הלח"מ
יהי' במה יסבור הרמב"ם בכתב ידו שכתוב
בו נאמנות אשר בכה"ג ליכא שיעבוד
קרקעות אבל אינו יכול לומר פרעתי, דלפי
הדרך הראשון שכתב הלח"מ לא יהי' חייב
שבועת מודה במקצת כיון שאינו יכול
לטעון פרעתי, משא"כ לפי הדרך השני
שפיר יהי' חייב כיון שאין כאן שיעבוד
קרקעות.

ד. מ"מ ומל"מ.

והנה המ"מ הביא על דברי הרמב"ם
שהרמב"ן הוסיף לומר שאם הודה לו על
כתב ידו שיש בו נאמנות הרי הוא שפיר
נשבע שבועת מודה במקצת כי אע"פ
שאינו יכול לכפור אבל בכל זאת אינו גובה
ממשועבדים. והכ"מ הבין שהמ"מ רוצה
לומר שהרמב"ם מסכים להרמב"ן, והיינו
או כהנחלת דוד או כפירושו השני של
הלח"מ. מיהו המל"מ השיג על הכ"מ
שבודאי כוונת המ"מ היא שהרמב"ם חולק
על הרמב"ן ולכן לא הזכיר המ"מ בדעת
הרמב"ם את השיעבוד קרקעות כי באמת
אין צריכים לו (וכוונת הרמב"ם והמ"מ
במה שהזכירו שיעבוד נכסים אינה
לשיעבוד קרקעות, אלא להעובדא שכל
נכסיו משועבדים דהיינו גם המטלטלין,
עיי"ש בדבריו).

וע"ע בדרוכו של השער משפט בסי' פ"ח
סקי"ד שכתב לבאר למה הכניס הרמב"ם
כאן את השיעבוד קרקעות, ויישב גם למה
הכניס דבר זה באמצע דבריו אודות ממון
שאינו יכול לכפור בו, שהרי אחרי שכתב

שנכסיו משועבדים חזר הרמב"ם להזכיר
עוד הפעם שאינו ממון שיכול לכפור בו.

ה. בענין למה לא ס"ל להרמב"ם שמספיק בהטעם של שיעבוד קרקעות.

ועכ"פ יש לעיין דאם צריכים באמת הא
שיש כאן שיעבוד קרקעות, למה הוצרך
הרמב"ם להא דהוי ממון שאינו יכול
לכפור בו תיפוק לי' משום עצם השיעבוד
קרקעות דהא אין נשבעין על כפירת או
הודאת שיעבוד קרקעות. ולכאורה חזינן
שהרמב"ם סובר שמצד השיעבוד קרקעות
שפיר הי' נשבע. וי"ל דהיינו משום מה
שהעירו הראשונים על ה"אי נמי" למה
חשיב שהוא נשבע על שיעבוד קרקעות
הלא ה"ה שהוא יכול לגבות גם
ממטלטלין, ונהי שתייצו שיעקר סמיכות
דעתו בתביעתו היא על הקרקעות בגלל
השיעבוד, אבל הרמב"ם לא ס"ל כן
להלכה אלא ס"ל שמשום כך לא תי'
התירוץ הראשון משום שיעבוד קרקעות
אלא תי' משום דמסייע לי' שטרא, וכן לכן
בתחילה סברנו שטעם הפטור הוא משום
הילך ולא משום שיעבוד קרקעות אע"פ
שכבר ידענו שהקרקעות משועבדות וכמו
שפירש"י.

קנט) השגת הראב"ד בפרק כ"ב מהל' עדות.

בענין אם יותר משני סלעים או שני
דינרים חשיבי מלוה בשטר או מלוה
בעל פה. וכן בענין מתני חשיב
תביעה א' ומתני חשיבי ב' תביעות.
נהג בפכ"ב מהל' עדות ה"ב פסק

הרמב"ם שאם הוציא על הנתבע ב' שטרות אשר ידעינן שהעדים של אחד מהם פסולים אבל לא ידעינן איזה, והנתבע כופר בשניהם, הרי הוא משלם את הסכום המועט ונשבע שבועת מודה במקצת על השאר. והשיג הראב"ד שם למה חשיב מודה במקצת הלא יש כאן ב' תביעות נפרדות כיון שבא עליו בב' שטרות. והכ"מ כתב שהרמב"ם סובר שמכיון שהוא תובע שניהם יחד הרי זה קובע שחשיב מודה במקצת. והנה כשיטת הרמב"ם בזה הבאנו לעיל באות ק"ג מהרי"ף וכן הר"י, וכתבנו שכן מוכח מפירושו של רש"י בהגמ' שהרי רש"י מפרש שאפילו אם באמת היו שם ג' או חמש בכל זאת רק ב' חשיבי מלוה בשטר והיתר חשיב מלוה על פה, והרי מ"מ חזינן שלהודאתו על שתיים יש דין של מודה במקצת לענין לחייב שבועה על היתר שכופר.

ובדעת הראב"ד צ"ל שהוא מפרש שאם באמת הלוה ג' או חמש הרי גם הם נחשבים מלוה בשטר יחד עם השתיים הראשונות, ורק משום כך חשיב הכל תביעה אחת, אם כלפי שמיא גליא שכן הרי, רק שמכיון דידעינן כן רק על פי הודאת הלוה אי אפשר לגבות מלקוחות מספק, כי הודאתו לא מהני לחוב לאחריני, ולכן בנוגע ליותר מב' המלוה סומך דעתו בתביעתו על מטלטלין כמו קרקע ולא חשיב תביעה והודאה בשעבוד קרקעות.

והנה ע"ע בפ"ג מהל' טו"ג הי"ד שפסק הרמב"ם בשם רבותיו שאם תבע ק' משום מלוה והודה לו נ' משום מזיק הרי הנתבע נשבע שבועת מודה במקצת. והראב"ד השיג דאם טען אותו מלוה ופקדון והודה

במלוה אינו נשבע וא"כ ה"ה להיכא שטען ממנו ק' בטענת מלוה והודה לו נ' משום מזיק או פקדון. והמ"מ הביא שהרמב"ן תמה על הראב"ד למה אם טענו מלוה ופקדון והודה לו באחד מהם אינו נשבע הלא הוי כמו טענו חטיף ושעורין והודה לו באחד מהם דשפיר נשבע. מיהו נראה שטעמו של הראב"ד הוא משום דס"ל שמלוה ופקדון חשיבי ב' תביעות נפרדות וכאילו יש כאן ב' דיני תורה ובאחד מהם הודה הכל ובהשני כפר הכל, וכן בצירור של הרמב"ם הרי זה כאילו כפר לו הכל בהדין תורה שעל המלוה ושוב הודה לו מעצמו על מקצת בדין תורה שני של מזיק, ומש"ה אין כאן שבועה, משא"כ בטענו חטיף ושעורין בטענה אחת, דהיינו שנתן לו הכל בפקדון או הכל במלוה, חשיב הכל תביעה אחת ודין תורה אחד, ומש"ה שפיר נשבע. שוב מצאתי בב"י בסי' פ"ח בשם תלמידי הרשב"א שכתבו סברא זאת דחשיב שני דיני תורה, ושוב הביא הב"י שיטות בענין אם שאלה ושכירות חשיבי טענה אחת או שנים עי"ש.

ולפי כל הנ"ל יוצא שיש שני ציורים שנחשבים ב' דיני תורה לפי הראב"ד, א', אם הוא תובע שני שטרות, ב', היכא שהוא תובע מצד ב' דינים וכגון מלוה ופקדון, ואפילו אם הוא טענו שעשה שניהם בבת אחת.

קס) דברי הרמב"ם בכתובה.

עי' בפט"ז מהל' אישות הכ"ה שפסק הרמב"ם שאם האשה תובעת כתובה של מאתים והבעל מודה לה מנה הרי הוא

משלם מנה ונשבע שבועת מודה במקצת. והקשה הראב"ד דהא חשיב שיעבוד קרקעות ואין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. ותי' המ"מ שלאחר שתיקנו הגאונים שגובין כתובה ממטלטלין א"כ תו לא חשיב כפירת שיעבוד קרקעות. וביאור הענין הוא כך, דהנה לעיל שם הביא הרמב"ם שמדינא דגמ' כתובה נגבית רק מקרקע, ויש שתי גרסאות בדברי הרמב"ם שם, גירסא אחת ש"אשה" גובה רק מקרקע, כלומר כל אשה, דהיינו גם גרושה וגם אלמנה, וגירסא שני' דגריס ש"אלמנה" גובה כתובתה רק מקרקע, כלומר אבל גרושה גובה גם ממטלטלין גם מדינא דגמ', וביאר הלח"מ שהמ"מ קאי לפי הגירסא דגריס "אשה", ולכן תי' שאחרי שתיקנו הגאונים שגובה כתובתה גם ממטלטלין לא חשיב שיעבוד קרקעות, אבל לפי הגירסא השני' דגריס ש"אלמנה" גובה כתובתה רק מקרקע, כלומר אבל גרושה גם מדינא דגמ' גובה גם ממטלטלין, א"כ לפי דרכו של המ"מ גם בלי תקנת הגאונים אין קושיית הראב"ד קשה כלום כי גם מדינא דגמ' גרושה גובה גם ממטלטלין ולכן נשבע הבעל המגרש כי לא חשיב כפירת שיעבוד קרקעות, והרמב"ם הרי איירי בגרושה.

ושוב הקשה הלח"מ על עיקר תירוצו של המ"מ, דהא בחוב רגיל גם מדינא דגמ' גובין גם ממטלטלין ובכל זאת חשיב בסוגיין כפירת שיעבוד קרקעות, וא"כ מה לי בזה שהגאונים תיקנו שכתובה גובה גם ממטלטלין.

מיהו כבר תי' התומים דהא הגאונים

תיקנו שגובין גם ממטלטלין דיתמי ולא רק מהמטלטלין שנמצאים אצל הבעל, וא"כ י"ל שמש"ה דעתו בתביעתו היא על המטלטלין כמו על הקרקע, אבל חוב רגיל גובין מדינא דגמ' רק ממטלטלין דידי' דהיינו בני חורין, ומש"ה התם י"ל שעיקר תביעתו חשיבא על הקרקע.

ולפי התומים גם לפי הגירסא השני' דגריס אלמנה צריכים את תירוצו של המ"מ ששאני אחרי תקנת הגאונים, כי נהי שגרושה גובה גם ממטלטלין גם מדינא דגמרא אבל אינה גובה ממטלטלי דיתמי.

מיהו צ"ע, דאם כוונת המ"מ בהל' אישות היא כהתומים א"כ לא מספיק מה שכתב שתיקנו שיגבו גם ממטלטלין, אלא הי' צריך להדגיש ממטלטלין של יתומים כיון שזהו עיקר התירוצ' ועוד די' להקשות על עיקר סברת התירוצ' הנ"ל דסו"ס אין המטלטלין משועבדים כמו קרקעות שהרי גובין את המטלטלין רק מיתומים אבל לא מלקוחות כמו קרקע.

והנה עי' עוד בפכ"ב מהל' עדות ה"ב שפסק הרמב"ם שהיכא שהוציא ב' שטרות, אחד של מנה ואחד של מאתים, וידעינן שהעדים של אחד מהשטרות פסולים ולא ידעינן איזה, הרי הוא משלם לו מנה ממה נפשך ונשבע שבועת מודה במקצת על השאר, וגם שם השיג הראב"ד דהא אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. וגם על זה תי' התומים שהרמב"ם איירי בזמן הזה שתיקנו שגובין חוב גם ממטלטלין דיתמי (שהרי הגאונים תיקנו על כל חוב ולא רק על כתובה), ומש"ה לא חשיב שעיקר

תביעתו היא על קרקע יותר מהמטלטלין.

קס*) עוד בדברי הרמב"ם בשני שטרות, ופירושי הנושאי כלים בדבריו.

והנה הכ"מ בדבריו על הל' עדות שם תי' על השגת הראב"ד דלא מיקרי שיעבוד קרקעות מפני שלא ידעינן מכח איזה שטר גובין את המנה. ויש לעיין אם כוונתו היא לומר שבכה"ג אי אפשר לגבות את המנה מלקוחות כי יש תנאי שצריכים לדעת מכח איזה שטר גובין, או האם שפיר גובין מלקוחות, רק שכוונת הכ"מ היא לומר שלא נאמר בזה הדין של אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות, ובאמת שני הדברים הנ"ל טעונים ביאור כי מהיכא תיתי לחלק כן.

והנה הכ"מ שם המשיך לכתוב שבכל זאת בפ"ד מהל' טו"נ שפיר כתב הרמב"ם שאינו נשבע שבועת מודה במקצת כיון שלא הי' יכול לכפור בו ויש בו שיעבוד קרקעות, והיינו משום שהתם שפיר מכירין את השטר שגובין בו. מיהו כבר הבאנו לעיל באות קנ"ח סק"ג שהלח"מ בהל' טו"נ שם כתב ב' ביאורים בכוונת הרמב"ם, חדא שעיקר הגורם הוא מה שא"א לכפור בו ומה שהזכיר הרמב"ם שם שיעבוד קרקעות הרי זה כי בלי שיעבוד קרקעות שפיר הי' יכול לכפור ולומר פרעתי וכמו שביארנו שם, ואלו בדרכו השני כתב הלח"מ שהרמב"ם סובר שרק ב' הגורמים יחד מועילים לפוטרו, דהיינו גם מה שאינו יכול לכפור בו וגם מה שיש שיעבוד קרקעות, ומעתה אם נאמר שכוונת הכ"מ

לעיל שם היתה לומר שכיון שאין ידוע איזה שטר הוא האמתי אינו גובה מהלקוחות א"כ יוצא שכוונת הכ"מ בהמשך דבריו היא לחלק ולומר שהתם בהל' טו"נ שפיר גובה מלקוחות כי שפיר מכירים את השטר, ולפ"ז דבריו אתו שפיר לפי שני פשטיו של הלח"מ בדברי הרמב"ם בהל' טו"נ, אבל אם נאמר שכוונת הכ"מ לעיל היתה לומר ששפיר גובה מהלקוחות רק דהיכא שאין ידוע איזה שטר הוא הנכון אין נוהג הדין של אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות א"כ אז יוצא שכוונתו בהמשך דבריו היא לחלק ולומר שבהל' טו"נ שפיר נאמר הדין של אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות וא"כ הרי זה אתי שפיר רק לפי פירושו השני של הלח"מ שם שכוונת הרמב"ם שם היא לפטור משום שאין נשבעין על שיעבוד קרקעות אבל לא אתי דבריו שפיר לפי פירושו הראשון של הלח"מ שכוונת הרמב"ם שם אינה בכלל להדין של אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות.

והנה עי' בש"ך בסי' ל"א סק"ב שהשיג על הכ"מ שאיננו מבין את סברת הדבר, וניסה לומר דס"ל להכ"מ כהב"ח שגם את השטר הקטן הרי הוא גובה רק מבני חורין, והשיג הש"ך דזה אינו אלא בודאי הרי זה גובה מלקוחות, הרי שרוצה הש"ך לומר שהכ"מ נתכוין לומר כהדרך שצדדנו בכוונתו שהיכא שאין ידוע איזה הוא השטר האמתי אינו גובה מלקוחות.

מיהו מדברי הכ"מ להלן שם מוכח שכוונתו לעיל היתה לומר שכיון שאין ידועים איזה שטר הוא הכשר לא נאמר

הדין שאין נשבעין על שיעבוד קרקעות אבל הרי הוא שפיר גובה את הסכום הקטן מלקוחות, דהנה הכ"מ המשיך שם להקשות למה בהל' עדות שם הרי הוא נשבע, הרי אילו הי' מודה על השטר הקטן אז לא הי' נשבע כי הודה בדבר שאינו יכול לכפור בו, וא"כ גם ע"י העדים לא ישבע וכמו שביארנו דבר זה לעיל קנ"ז סק"ג, הרי שהכ"מ נוקט שאם הי' מודה על הסכום הקטן הדין הוא שאינו נשבע כי הודה בממון שאינו יכול לכפור אותו, והרי לעיל בהל' טו"נ שם כתב הרמב"ם שצריכים לצרף לזה גם את העובדא שכל נכסיו משועבדים, וא"כ חזינן שהכ"מ סובר שלעולם נכסיו שפיר משועבדים, רק דמכיון שאין מכירין עם איזה שטר גובין לא נאמר הדין שאין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות.

מיהו י"ל שאילו הי' הלוח מודה אז הי' נקרא שאנו שפיר יודעים עם איזה שטר גובין מהלוח, כי הודאת הלוח היתה מועלת לברר דבר זה, ואע"פ שלא מהני הודאת בעל דין כדי לחוב לאחריני והכא הרי הודאתו גורמת שנגבה ממשעבדי, אבל י"ל דשאני הכא דידעינן שהוא חייב לו לכה"פ מנה, רק שאינו גובה ממשעבדי משום סיבה צדדית שאין אנו יודעים איזה שטר הוא הנכון, וא"כ י"ל שבכה"ג אין זה נקרא שעל ידי הודאתו הרי הוא חב לאחריני כי אין זה נקרא הודאה כיון דבלא"ה ידעינן שהוא חייב אלא הרי זה רק כגילוי מילתא בעלמא. מיהו יש להשיג על זה, דאדרבה מכיון שאינו נקרא הודאה א"כ אין כאן הכח של הודאת בעל דין וא"כ ניבעי עדות גמורה, ומה זה שכתבנו

דהוי רק בגדר גילוי מילתא בעלמא.

קסא) דברי הירושלמי שהביא הרא"ש בריש פרק שני דכתובות.

א. פירושו של הרא"ש בהירושלמי.

הנה ע"י ברא"ש ברפ"ב דכתובות שכתב וז"ל, ואף שבועה דאורייתא לא בעי אע"פ שהיא תובעת מאתים והוא מודה לה במנה, ולא חשבינן ל' כמודה מקצת משום דהוה ל' כהודאת שיעבוד קרקעות, דכתובה שיעבוד קרקע היא, ואפילו לבתר דתקינן דכתובה גובה ממטלטלי, לפי שאינו יכול לומר פרעתי וכו', הלכך האי מנה דמודה ב' הוה ל' הילך כיון דאין לו טענה ליפטר הימנו, ואאידיך מנה הוה ל' כופר הכל ופטור משבועה, והכי איתא בירושלמי דפרקין סלעים דינרים ונמחקו אין פחות משנים, מכאן ואילך מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש בן עזאי אומר הואיל והודה במקצת הטענה ישבע וחכמים אומרים אין ההודאה ממין הטענה, פי' שההודאה בקרקעות היא, נהי נמי דשטרא לית בה אלא שנים, מ"מ כיון שהודה בשלישי הוי כאילו נכתב בשטר, והכפירה במטלטלין, ובעי עלה הא אם ההודאה ממין הטענה יהא חייב והכא כמי שההודאה ממין הטענה, כלומר שהרי אין לה שטר והיא טוענת מאתים והוא אומר מנה, ופריק כו"ע מודה שהוא חייב מנה, פירוש שאינו יכול לכפור באותו מנה, שהטוען אחר מעשה ב"ד לא אמר כלום, הלכך כאילו יש לה שטר על אותו מנה, ושיעבוד

קרקעות הוי, והיא תובעת ממנו מאתים והממע"ה עכ"ל.

והנה לכאורה דברי הירושלמי איך שפירש הרא"ש אינם מובנים, למה לא חשיב ממין הטענה הלא תביעת המלוה של חמש חשיב תביעה על חמש של שיעבוד קרקעות. ועוד מה זה שביאר הרא"ש שאין ההודאה ממין הכפירה הלא בירושלמי איתא שאינה ממין הטענה. ועוד למה באמת מיקרי כפירה במטלטלין הלא כופר לו את השנים הנותרים של שיעבוד קרקעות שהמלוה תובע ממנו.

ב. ביאור אחר בדברי הירושלמי.

מיהו נראה שיש להמציא דרך שבסלעים דינרים ההודאה נחשבת ממין התביעה, אבל לא ממין הכפירה, וכלשון הרא"ש, אבל בנוגע לדברי הירושלמי לענין כתובה נצטרך לפרש דלא כהרא"ש, דהנה בשבועות דף מ' ע"א פליגי היכא שטענו חטים ושעורים והודה לו באחד מהם האם הוא חייב שבועה או לא, ומ"ד פטור סובר שאע"פ שבכה"ג הודה לו אותו המין שטען, שהרי טען חטים והודה חטים, אבל לא הודה אותו המין שכפר, כי הודה חטים וכפר שעורים. ולפ"ז י"ל שמה שהרא"ש הזכיר הודאה ממין הכפירה הרי זה כי אזיל שטענו חטין ושעורים והודה באחד מהם פטור, דמפרש את כוונת הירושלמי גם לפי המ"ד הזה. ומעתה יש לבאר כך, דהיכא שהמלוה טוען שהי' כתוב בהשטר ה', א"כ הרי זה נקרא שהוא טוען ה' של שיעבוד קרקעות, אבל הלוי כשהוא כופר ואומר שהי' כתוב רק ג' הרי הוא כופר ב' של מטלטלין כי הוא צריך לכפור בעיקר

הסיבה המחייבת, דהיינו שמעולם לא קיבל את הב' סלעים הנוספים שטוען המלוה, אבל מה שהוא מודה על הסלע השלישי הרי זה נקרא הודאת קרקעות, והיינו על פי דברי הריטב"א במכות דף ג' ע"א דאמרינן שם שעד זומם משלם כפי חלקו היכא שאומר עדות שקר העדתי, ומקשינן דהא אינו חוזר ומגיד, והקשה הריטב"א דגם בלא זה הלא אין אדם משים את עצמו רשע, ותי' דפליגינן ומאמינים רק את עצם העובדא שהוא חייב, בלי לקבל את הסיבה, וכבר דננו באריכות על דברי הריטב"א לעיל באות צ"ז*, ולפ"ז י"ל שבאמת כשהוא מודה את הסלע השלישי הרי זה נקרא שהוא מודה לו חיוב של שיעבוד קרקעות של הסלע השלישי ואין זה נקרא שהוא מודה לו שלקח ממנו את הסלע השלישי בהלואה, כי כיון שלא בעינן את הסיבה כדי שההודאה תחייב אותו, א"כ באמת הסיבה אינה נכנסת להדין של הודאת בעל דין, ואינו נאמן באמת על הסיבה, אלא הרי זה נקרא שהודה לו חיוב של סלע שלישי של שיעבוד קרקעות ותו לא, וא"כ שפיר יוצא שהכפירה היא במטלטלין וההודאה היא בשיעבוד קרקעות. אלא שכל זה הוא במלוה רגיל בשטר, אבל בכתובה הלא לא הי' שום מעשה בתחילה של הלואה, אלא רק חלות חיוב לחוד, ובזה האשה טוענת שחל חיוב של ר' והבעל טוען חיוב של ק', וא"כ הוי שפיר הודאה ממין הטענה והכפירה, דהכל הוא על שיעבוד קרקעות, ועל זה מתרצינן שבכתובה פטור משום הטעם של הודאה שאי אפשר לכפור בו. מיהו ביאורנו הנ"ל בדברי הירושלמי

לענין כתובה הוא דלא כביאורו של הרא"ש, כי הרא"ש פי' שבכתובה חשיב באמת שאין ההודאה ממין הכפירה כי גם בכתובה מיקרי שההודאה היא בקרקע ואילו הכפירה היא במטלטלין.

ועכ"פ לפי ביאורינו בהירור' אכתי צריכים לבאר למה אין בכתובה החסרון של אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות. וי"ל דהיינו משום דכיון שאינה מוציאה שטר א"כ אין היא סומכת דעת בתביעתה על הקרקע יותר מעל המטלטלין, וכמו היש מפרשים שהביא הרמב"ן שסומך דעתו על קרקע רק כשהי' מלוה בשטר, אלא שצריכים להוסיף דס"ל להירושלמי שאפילו היכא שבתחילה שפיר הי' שטר כתובה, אבל מ"מ מכיון שאינה מביאה אותו עמה כי נאבד אין היא סומכת על הקרקע יותר מעל המטלטלין. וכן צ"ל דאזיל הירושלמי שמיני' דידי' שפיר גובין כתובה אף מן המטלטלין, ואף לדינא דהגמרא, וכהגירסא בדברי הרמב"ם שהבאנו באות ק"ס שרק מהיתומים תיקנו שאינה גובה.

מיהו צ"ע דהא חזינן בהציור של מלוה אומר חמש ולוה אומר שלש דס"ל להירושלמי שההודאה בשטר על הסלע השלישי חשיבא שפיר שיעבוד קרקעות אע"פ שלא יוכל לגבות את השלישי מהלקוחות (כי הלקוחות יכולים לטעון שאין הודאתו מחייב אותם ושאו"ל עשו קנוניא), ולכאורה הרי זה כי סוף סוף מכיון שתוכן הודאתו היא שיעבוד קרקעות, שהרי מודה שכן הי' כתוב בהשטר, א"כ תו לא איכפת לן בזה שלמעשה לא יוכל להגשים

את השיעבוד, וזהו כשיטת הרא"ש בשבועות שהבאנו לעיל שחולק על הרמב"ן וסובר שהשיעבוד איתי' רק שאי אפשר לו להגשים אותו. ומעתה אכתי צ"ע דתיפוק לי' שאינו נשבע כי אין נשבעין על כפירת שיעבוד קרקעות.

וצ"ל שהירושלמי אזיל דשפיר נשבעין על שיעבוד קרקעות, ורק על גוף הקרקע אין נשבעין.

ולפ"ז י"ל שבכתובה הרי היא שפיר סומכת דעת בתביעתה על הקרקע יותר מעל המטלטלין ודלא כמו שנסינו לומר לעיל בדעת הירושלמי.

מיהו אכתי צ"ע על דרכינו הנ"ל, למה אינו חייב לישבע מצד החיוב שהוא מתחייב על שנים, ונהי שהיכא שמודה אין מאמינים את הסיבה, וא"כ אכתי יוצא שכח הודאתו על הג' אינה ממין הכפירה, אבל אכתי יתחייב שבועה מדין העדאת עדים על השתים שהיא גם על הסיבה (ולפי מה שהבאנו כבר מהקצה"ח דהיכא שאינו נשבע משום הודאת פיו הוא הדין נמי להעדאת עדים לא קשה מידי).

ג. ביאורו של הקרבן העדה, וכן פי' הרמב"ן בכתובות.

והנה יש עוד פירוש בהירושלמי, דעי' בקרבן העדה שפי' שהחכמים שם מתכוונים לומר שהוא משיב אבידה וכמו ר"ע והיינו משום שהי' יכול לומר שתים ולהיות פטור משבועה משום שמסייע לו שטרא, ואע"פ שהירושלמי איירי שהי' כתוב שם מספר ונמחק, וא"כ איזה מסייע שטרא יש בזה, אבל י"ל שאילו הי' כתוב מספר אחר היו צריכים לתקנו, ומזה שלא

תיקנו אותו חזינן שהי' כתוב שתיים דמשום כך לא טרחו לתקנו כי גם מן הסתם פירושו הוא שנים, והמלים של חכמים מתפרשים כך, שאין ההודאה "מן" הטענה, כלומר שלא הי' מוכרח להודות בגלל שהלה טענו, אלא הי' יכול להודות רק על שתיים, וממילא מה שהודה על שלש אין זה "מן הטענה", כלומר אין זה "מן הטענה", כלומר אין זה בא מן הטענה, דהיינו בגלל לחץ הטענה, אלא מעצמו. ועל זה שוב מקשינן דהא בכתובה ליכא מיגו שהרי לכל הפחות חייב לה מאה ובכל זאת אינו נשבע. ושוב מצאתי פירוש זה ברמב"ן בכתובות דף ט"ו ע"ב כי נראה שזוהי כוונתו בה"א נמי" שכתב שם.

ד. פירושו הראשון של הרמב"ן.

עוד פירש שם הרמב"ן בפירושו הראשון וז"ל, אין ההודיי' ממין הטענה פי' שההודיי' בקרקעות היא עכ"ל. וזהו כהרא"ש שכוונת הירושלמי היא באמת משום שאין נשבעין על שיעבוד קרקעות, וכוונת הירושלמי במה שאמר שאין ההודאה ממין הטענה, היא לומר עיי"ז שההודאה היא על קרקע ודלא כהכפירה שהיא על מטלטלין.

ה. פירושו של הרא"ה.

ועי' בשט"מ בכתובות דף ט"ו ע"ב בשם הרא"ה (באמצע ד"ה וז"ל הרא"ה ז"ל תלמידו וקשיא לן וכו') שכתב וז"ל, וחכמים אומרים אין הודיי' ממין הטענה, כלומר דאי משום שלש דמודה לי' משיב אבדה הוא, דהכא ודאי יכול להעזי הוה,

שלא יודה אלא בשתיים משום דמסייע לי' שטרא, וכל היכא דאיכא מידי דמסייע לי' לא אמרינן אין אדם מעזי פניו לפני בעל חובו, אלא ודאי מעזי ומעזי, ומדלא העזי משיב אבדה הוא, ואי משום שתיים נמי דמודה, כיון דמדינא דשטר מחייב בהו הוה לי' כהודאה בקרקעות, דהא בהנהו שתיים דקא מודה שעבוד קרקעות הוא ואין נשבעין עליהם, והיינו דקאמר אין ההודיי' ממין הטענה דהוה תבע לי' חמש דאיכא בתביעתו מלוה על פה, דמדין השטר לא מחייב אלא בשתיים, ואיהו מודה לי' בשתיים דהוי מלוה בשטר ושיעבוד קרקעות, ודכוותה בבבא מציעא פ"ק, ודייקינן עליה טעמא לפי שאין ההודיי' ממין הטענה חייב, א"כ במתניתין אמאי אינו חייב, דהא נמי שהודיי' ממין הטענה הוה, דמתני' מסתמא במקום שכותבין כתובה ולית לה שטר כתובה אלא תביעה על פה היא, ואיהי טוענת מאתים ואיהו טוען מנה הוה לי' מודה מקצת הטענה ודין הוא שיהא חייב שבועה, ומהדרינן כל עמא מודו שהוא חייב לה מנה, כלומר הכא אע"ג דליכא שטר דינה כשטר שאין יכול לומר פרעתי כדין שטר, והכל מודים דחייב לה מנה, כלומר שאי אפשר לו לכפור בו, ואין נשבעין עליו כשם שאילו הי' בשטר, דהא נמי שיעבוד קרקעות הוא וכו' עכ"ל. ומשמע שכוונתו לפרש בכוונת הירושלמי שאינו נשבע עבור הודאת הסלע השלישי כי הוי בזה משיב אבידה, ושדבר זה לא נזכר בהירושלמי, והא דאינו נשבע עבור הודאת השנים הרי זה כי הוי הודאה בשיעבוד קרקעות וזוהי כוונת הירושלמי במה שאמרה שאין ההודיי' ממין הטענה.

קסב) דברי הגר"ח בהל' אישות.

בדעת הרמב"ם למה שטר חשיב שיעבוד קרקעות, וכן בכוננת הרמב"ם בממון שאינו יכול לכפור בו.

הנה הגר"ח הביא את עיקר הקושיות שיש בדברי הרמב"ם שהבאנו לעיל, דהיינו למה בנוגע לכתובה פוסק דנשבע, הלא הוי כפירת שיעבוד קרקעות, ואי משום דגובה בזמן הזה ממטלטלין, הלא כל מלוה בשטר גובה גם ממטלטלין ומ"מ חשיב כפירת שיעבוד קרקעות. ועוד דלפי גירסא אחת ברמב"ם גם כתובה הי' גובה מיני' דידי' גם ממטלטלין גם בזמן הגמ' ובכל זאת אמרינן בכתובות דף פ"ז ע"ב דחשיב כפירת שיעבוד קרקעות. ועוד דבפ"ד מהטו"נ למה כתב הרמב"ם את הטעם של ממון שאינו יכול לכפור בו ולא כתב משום כפירת שיעבוד קרקעות. ועוד דבפכ"ב מהל' עדות למה מחייב אותו הרמב"ם שבועה ואינו פוטרו משום כפירת שיעבוד קרקעות וכמו שהשיג הראב"ד.

ועל זה כתב הגר"ח לחדש טעם חדש למה שטר מיקרי הילך, וכן למה שטר מיקרי שיעבוד קרקעות, דהנה עד עכשיו נקטנו ששטר חשיב שיעבוד קרקעות משום שעיקר סמיכות דעתו בתביעתו היא על הקרקע, וכדרך שביאר הנחלת דוד, וכן הבננו ששטר מיקרי הילך משום ששיעבוד הוא כמקצת קנין וממילא הרי זה כאומר לו על הקרקע הרי היא שלך בכל מקום שהיא. מיהו הגר"ח כתב לחדש ששטר חשיב שיעבוד קרקעות אע"פ שהוא גובה גם ממטלטלין כי חשיב כפרוע כבר ורק

קרקע חשיב כפרוע כבר וז"ל, דהא דמחלקינן לשנים החיוב קרקע והחיוב מטלטלין הוא רק היכא דחשיב עוד מחוייב ועומד בהודאתו, אבל היכא דבהודאתו חשוב פרוע ותשלומין בקרקע, אז פשיטא דדינו כהודאת קרקע, ואע"ג דמודה גם במטלטלין מ"מ הפרוע והתשלומין שחל על השעבוד קרקעות משוי לי' להודאת שעבוד קרקעות עכ"ל (פי' דרק הקרקעות חשיבי כפרוע כבר, כיון שא"א להבריחם). ועוד ביאר דגם מה ששטר חשיב הילך הרי זה משום דחשיב כפרוע וכתשלומין כי חשיב ששיעבודו בידו על ידי שהוא מחזיק את השטר, והוי כאילו נפרע כבר הקרקע שמשעבד ע"י קנין השטר.

ומכיון דבעינן שיחשב שיעבודו בידו, לכן לא שייך להחשב הילך והודאה בשיעבוד קרקעות, אלא היכא שהשיעבוד קרקעות הוא ע"י שטר אבל לא כשאינו ע"י שטר, כי היכא שאין לו שטר בידו לא חשיב שיעבודו בידו.

ומעתה לפ"ז אתי שפיר למה בכתובה פסק הרמב"ם שיש שבועה אע"פ שיש שיעבוד קרקעות, והיינו משום דאיירי שאין לה כתובה בידה.

ועוד חידש דמה שכתב הרמב"ם "ממון שאינו יכול לכפור בו" אין כוננת הרמב"ם לכלל חדש בפני עצמו, אלא כוונתו היא להטעם למה אינו יכול לכפור בו, דהיינו העובדא שיש להתובע שטר, דמכיון שיש לו שטר א"כ מש"ה הוי הילך כי הוי שיעבודו בידו (והא דכתב הרמב"ם את הטעם הזה של הילך ולא כתב משום שיעבוד קרקעות הרי זה כי זהו הטעם העדיף, כי בתחילה זוכים לדין דהוי הילך,

כלומר כפרוע דמי, ורק עובדא זו גורם דחשיב בגדר הודאה בקרקעות יותר ממטלטלין וכמו שביארנו כבר בשמו).

ועוד כתב שגם לפי רבי חייא שסובר שהילך חייב הרי זה כך ששטר מיקרי שיעבודו בידו וכפרוע ותשלומין, רק שבכל זאת ס"ל דחייב בגלל הודאתו, אבל מכיון שחשיב כפרוע, ממילא גם למ"ד הילך חייב שפיר אמרינן בגמ' ששטר מיקרי ציור של שבועה על שיעבוד קרקעות ושדנין שיעבוד קרקעות.

ועוד כתב דאכתי קשה למה פסק הרמב"ם בפכ"ב מעדות גבי ב' שטרות שהוא נשבע ולא חשיב כפירת שיעבוד קרקעות או הילך. ותי' דכיון שהתם הרי הוא כופר הכל, רק שיש העדאת עדים על חלק, כי שטר אחד כשר, א"כ י"ל שאין בהעדאת עדים פטור של הילך (מיהו לא ביאר למה, ולעיל באות קנ"ז סק"ד דננו על זה). ועוד כתב די"ל דהיינו משום שכיון שהוא כופר לא שייך להחשיב את השטר להילך (וכבר כתבנו דרך זה לעיל באות קל"ז סק"א בביאור מש"כ רש"י לעיל שהטלית לפנינו בב"ד), ושיש לבאר על דרך זה מה שהגמ' אמרה האי שטר כיון דקא מודה בי' הילך הוא, כלומר דאילו לא הי' מודה לא הי' נחשב הילך. ויש לעיין דלפי הטעם הראשון שכתב בענין למה אין כאן הפטור של הילך אכתי צ"ע למה אין בב' שטרות הפטור של שיעבוד קרקעות דהא טעמו מהני להוריד רק את הפטור של הילך אבל לא את הפטור של שיעבוד קרקעות, אבל טעמו השני מהני גם להסביר למה לא חשיב שיעבוד קרקעות כי כיון שהוא כופר א"כ

נמצא שאין זה נקרא כפרוע וכשיעבודו בידו של המלוה, ומש"ה אין זה נקרא שדנין קרקעות יותר ממטלטלין.

קסג) רש"י ד"ה טענו.

וז"ל, חבירו בב"ד כלים וקרקעות עכ"ל. הנה לכאורה אין כאן הוספה בדבריו חוץ ממה שכתב דאירי שטען בב"ד, ולכאורה צ"ע מה היא כוונתו בזה.

והנה הקצה"ח בסי' ב' סק"ג חקר מה יהי' היכא שהודה בפני יחיד מומחה, דהדין הוא שהוא יכול לחזור בו, האם הוי הודאה לחייב שבועת מודה במקצת. והסיק הקצה"ח דאינו חייב כי כיון שילפינן שהודאת בעל דין כמאה עדים מ"כי הוא זה" כמש"כ רש"י בקידושין דף ס"ה ע"ב, והרי זהו הפסוק של שבועת מודה במקצת, א"כ חזינן שבשביל שבועת מודה במקצת בעינן הודאה כזו שיש עלי' הדין של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אבל לא הודאה בפני יחיד מומחה.

ומעתה לפ"ז י"ל שזוהי כוונת רש"י כאן, דהיינו דבעינן הודאה בב"ד בשביל החיוב של מודה במקצת, ולכן כתב שטענו בב"ד, כי היכא שטענו חוץ לב"ד מן הסתם גם ההודאה היתה חוץ לב"ד. מיהו יש להקשות על הביאור הנ"ל למה בחר רש"י להשמיענו דבר זה דוקא כאן.

עוד י"ל, דהנה מן הסתם הכלים והקרקעות היו שני פקדונות בשתי הזדמנויות, רק שבכל זאת הרי כבר הבאנו את שיטת הרמב"ם והרי"ף שאם תבע ממנו חמשים בשטר וחמשים בעל פה והודה על אחד מהם הרי נקרא שהודה במקצת כי חשיבי טענה אחת, ועוד הבאנו את דברי

קרקעות, מודה רש"י דבעינן טענה אחת וכדברי הרמב"ם, וס"ל דנקבע להיות טענה אחת רק ע"י שב"ד דנין על שניהם יחד.

קסד) רש"י ד"ה פטור.

וז"ל, דלא כפירתו ולא הודאתו מביאתו לידי שבועה עכ"ל. לכאורה ה"י צ"ל שכפירתו או הודאתו אינה מביאתו לידי שבועה כי בציוור אחד הרי זה בגלל הכפירה, ובציוור שני הרי זה בגלל הודאתו, דהיכא שהכפירה היא בקרקעות הרי הכפירה אינה מביאתו לידי שבועה, והיכא שההודאה היא בקרקעות הרי ההודאה אינה מביאתו לידי שבועה, ואילו מה שהזכיר רש"י גם את הכפירה וגם את ההודאה ביחד הרי זה מתאים לציור שטענו רק קרקעות והודה במקצת וכפר במקצת.

קסה) רש"י ד"ה דומיא דכלים וקרקעות.

וז"ל, שכלים שהודה עליהם מונחים לפנינו וא"ל הילך עכ"ל. ע"י בריטב"א בשט"מ שהקשה למה כתב רש"י שהכלים מונחים לפנינו, הלא גם אם הם באגם הרי זה הילך כיון שהם בעין, וכן כתב רש"י עצמו לעיל שהילך הוא כשאומר לו הרי הם שלך בכל מקום שהם.

והנה כדי ליישב את דברי רש"י יש להקדים את דברי הנתיחה"מ בסי' פ"ז סק"א וכן בסי' פ"ח סק"ב שכתב לחדש דהיכא שהי' אצלו הדבר בגזילה, והרי הוא מודה לו ואומר לו הילך, לא מהני מה שהם נמצאים באגם, אלא רק בפקדון מהני דבר זה, כי פקדון כל היכא דאית' ברשותא דמרא אית', אבל גזילה אכתי קיימא

הר"ר יהונתן בשט"מ שדייק מדברי הרי"ף שהיכא שחבט ממנו שתי הלואות בשני זמנים והודה על אחת מהן הרי הוא נחשב בגדר מודה במקצת, ועוד הבאנו שהרמב"ם סובר כן גם על מלוה ופקדון ומלוה ומזיק, וגם ברש"י לעיל גבי סלעים דינרים מוכח כן לענין שתי הלואות חדא בשטר וחדא בעל פה, וכל זה הוא דלא כהראב"ד בפכ"ב מהל' עדות שסובר שב' שטרות הם ב' דיני תורה נפרדים ולא שייך בזה מודה במקצת, וכן היא שיטתו בפ"ג מהל' טו"ג הי"ד בנוגע להלואה ופקדון או מזיק. ומעתה י"ל שרש"י סובר שכדי להחשב טענה אחת לא סגי בזה שטען את שניהם ביחד, אלא בעינן שב"ד ידון על שניהם יחד ויקבל את שתי התביעות ביחד, דרק זה עושה אותן כטענה אחת ותביעה אחת, ולכן כתב שטענו בב"ד. מיהו גם על זה צ"ע כי א"כ ה"י צריך רש"י לומר כן לעיל גבי סלעים דינרים בהדי מה שכתב שם שהשתים חשיבי מלוה בשטר והשלישי חשיב מלוה על פה.

וביותר נראה לומר, דהנה בהמשך הסוגיא אמרינן שבהודה במקצת כלים הרי הוא נשבע גם על הקרקעות בגלגול שבועה, וכתב הרמב"ם בפ"ה ה"ג דהיינו משום שהכל הוא טענה אחת, וא"כ י"ל שלעולם רש"י סובר שכדי להתחייב שבועה משום מודה במקצת לא בעינן שיחשב ממש טענה אחת, אלא לעולם היכא שטענו מלוה על פה ומלוה בשטר הרי הן נחשבות ב' טענות, ובכל זאת אם הודה על אחת מהן הרי זה בגדר מודה במקצת, אבל לענין גלגול שבועה, דהיינו כשהודה במקצת כלים דנשבע אף על

קסו) הא קמ"ל הודה במקצת כלים חייב אף על הקרקעות.

ע"י ברמב"ם בפ"ה מהל' טו"נ ה"ג שכתב שהוא נשבע גם הקרקעות בגלגול מפני שהכל טענה אחת. ולכאורה כוונתו היא מפני שהכל הי' פקדון אחד לפי דבריו, אי נמי דאפילו אם היו ב' פקדונות אבל הרי הם נחשבים טענה אחת ע"י שטען אותם יחד וכמו שביארנו באות קס"ג.

מיהו לכאורה יש לתמוה מדבריו בפ"א מטו"נ הי"ב שהביא את הגמ' בקידושין דף כ"ח ע"א שגלגול שבועה היא אפילו אם הוא מגלגל עליו השבע לי שלא נמכרת לי בעבד עברי, והרי דבר זה אינו טענה אחת עם תחילת טענתו דהא משמע שדבר זה לא טענו בתחילה לפני שנתחייב שבועה, ועוד דאם צריכים טענה אחת א"כ הי' הרמב"ם צריך להזכיר כבר בפ"א שם שצריכים טענה אחת כיון ששם הוא עיקר המקום שהזכיר גלגול שבועה.

מיהו עיי"ש בפ"א שלשון הרמב"ם היא כך, כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם, מגלגל עליו המשביע כל מה שירצה מדברים שאם יודה בהן יתחייב ממון, ועד היכן כח גלגול שבועה עד שיאמר לו ובכלל שבועה זו שלא נמכרת לי בעבד עברי ועדיין עבדי אתה עכ"ל. ומעתה י"ל דס"ל להרמב"ם שהגדר הוא שתמיד בעינין שיהי' כאן דבר מסוים שפועל לגלגל את השבועה השני, והיכא ששני הדברים הם בעצמותם טענה אחת א"כ עצם העובדא שהם טענה אחת הרי זה הדבר שמועיל לגלגל את השבועה,

ברשות הגזולן ולא חשיב הילך אלא היכא שהוא מודה לו והכלים לפנינו בב"ד (והנה מה שכתב שהיכא שאומר לו הרי הם שלך בכל מקום שהם אכתי אינם ברשות הנגזול, כן הוא לפי מש"כ הרמב"ן במלחמות בב"ק דף ל"ו ע"א בד"ה ועוד אנן וכו' שהיכא שהגזולן רוצה להשיב אכתי חשיב ברשות הגזולן ולא ברשות הבעלים כיון שאכתי יש להגזולן בהם קניני גזילה, מיהו אפילו לפי הבעל המאור בב"ק שם, וכן תוס' להלן כאן בדף ו' ע"א בד"ה הקדישה, שסוברים דחשיבי שפיר ברשות הבעלים אבל אכתי י"ל כדינו של הנתייה"מ כי י"ל שלענין הילך לא מיקרי הילך כיון שעדיין יש להגזולן קניני גזילה).

ולפי הנתייה"מ י"ל שרש"י נקט שהכלים מונחים לפנינו כדי לכלול בהמשנה גם היכא שטענו טענת גזילה.

מיהו לפי הנתייה"מ הא גופא קשיא, איך מוכיחים מהכא שהילך חייב, הלא רב ששת שסובר שהילך פטור לומר שאין הכרח לומר שהכוונה ב"כלים דומיא דקרקעות" היא להציור של הילך כמו שקרקע הוא ציור של הילך, אלא אפשר לומר שהכוונה ב"כלים דומיא דקרקעות" היא לציור שאינם לפנינו בב"ד כמו שקרקע אינה לפנינו בב"ד, ולכן חייב שבועה כי אין זה הודאה של הילך כי איירי בטענת גזילה, ונהי שקרקע עצמה חשיבא שפיר הילך כיון שאין בה קניני גזילה אבל "כלים דומיא דקרקעות" לא חשיבי הילך.

וע"ע במה שכתבנו להלן בדף ה' ע"א על רש"י ד"ה לאו.

ואפילו אם התובע עצמו אינו תובע את הדין של גלגול שבועה, כי מכיון שהם טענה אחת הרי ב"ד יכולים לחייב את הנתבע לישבע בגלגול, אבל היכא שלא היו טענה אחת אז בעינן שהתובע ע"י תביעתו יגלגל את השבועה, ולכן באמת הזכיר הרמב"ם בפ"א שם שאיהו קא תבע שישבע לו בגלגול, אבל בכלים וקרקעות לא הזכיר הרמב"ם דבר זה אלא סתם וכתב שהוא חייב לישבע גם על הקרקעות והיינו משום שהנשבע חייב לישבע גם בלי שהתובע יתבע אותו כיון שהכל הוא טענה אחת.

והנה לעיל רצתה הגמ' ללמוד את הדין של רבי חייא קמייתא, דהיינו הדין שהעדאת עדים מחייבת שבועה, מגלגול שבועה דע"א. וכתב הנ"י שמוכח מזה שמגלגלין אפילו בלי שיתבע כן הבעל דין, כי אם צריכים שיתבע כן הבעל דין איך אפשר ללמוד מזה לרבי חייא קמייתא, הלא כוונת רבי חייא היתה שב"ד משיביעין אותו בלי שיתבע כן הבעל דין וכמו שמשמע מלשונו שאמר "ישבע על השאר". והוסיף הנ"י דהא דפליגי אמוראי בשבועות דף מ"ט ע"א אם ב"ד פותחין לו בגלגול או אם הוא עצמו צריך לתבוע, הרי זה איירי היכא שהשבועה המקורית היתה שבועה דרבנן, אבל היכא שהיתה שבועה דאורייתא לכו"ע פותחין לו. מיהו לפי הנ"ל אין ראוי מהגמ"ל של רבי חייא קמייתא שמשביעין תמיד גלגול שבועה בלי שיתבע כן הבעל דין, אלא לעולם י"ל דהיכא שאינם בעצמותם בגדר טענה אחת שפיר צריכים שהתובע עצמו יתבע את

הגלגול שבועה, רק שהיכא שהם בעצמותם טענה אחת אז לא בעינן שהוא יתבע, אלא עצם העובדא שהכל הוא טענה אחת זהו הדבר שמגלגל, ומש"ה שפיר לא בעינן ברבי חייא קמייתא שהוא עצמו יתבע שישבע כי התם כל המנה הוא רק טענה אחת.

קסז) תד"ה הא כלים וכלים.

ע"י בדבריהם שכתבו דהו"מ לשנויי שהודה בקרקעות איירי בחפר בהן בורות שיחין ומערות, כלומר דבכה"ג כלים דומיא דקרקעות איירי בהודאה בעלמא ולא בהילך. והנה יתכן שכוונת קושיית תוס' היא שעדיף באמת להעמיד כן, והיינו משום שלפ"ז אין צורך להמשיך ולומר שבהודה במקצת כלים מגלגלין שבועה גם על הקרקעות, כי אמרנו כך רק כדי ליישב למה נקטה המשנה קרקעות מאחר שגם כלים וכלים פטור משום הילך, דעל זה תירצנו שנקטה קרקעות כדי להשיענו שבהודה במקצת כלים הרי הוא נשבע גם על הקרקעות, אבל אם הודה בקרקעות איירי בחפר בורות שיחין ומערות שאינו ציור של הילך, אז לק"מ למה נקטה קרקעות, כי נקטה כן כי הפטור הוא באמת רק משום היותה קרקע.

מיהו אכתי קשה מה הוא בכלל החידוש של המשנה הזאת, הלא כבר תנן ב"ב ע"ב שם שאין נשבעין על קרקעות.

ברם י"ל דמהתם שמעינן רק שהכופר בקרקעות אינו נשבע, אבל אכתי לא ידעינן שגם הודה בקרקעות וכופר במטלטלין פטור משבועה שהרי בכה"ג הרי הוא נשבע על מטלטלין.

ועי' בשט"מ בשם הרא"ש שהביא קושיית תוס' שנוקמה בחפר וכו', ותי' באמת משום שאכתי קשה מה הוא החידוש של המשנה הלא הכי תנן בדף מ"ב שם, וא"כ בין כך ובין כך צריכים להגיע להתי' של גלגול שבועה.

ובאמת גם בדעת תוס' י"ל שלא נתכוונו לומר שעדיף להעמיד בחפר בה בורות שיחין ומערות כי אז אין צריכים להעמיד בגלגול שבועה, אלא לעולם גם הם מודים להרא"ש שאכתי צריכים להעמיד בגלגול שבועה, אלא נתכוונו לומר רק שאת הקושיא על הילך אפשר ליישב בדרך אחרת, והיינו שלעולם קרקעות הוא דוקא, ושככלים וכלים יהי' חייב שבועה, כי איירי בחפר וכו', אשר בכה"ג כלים דומיא דקרקעות אינו ציור של הילך.

והנה שוב הביא השט"מ את דברי הר"ן שהקשה בתורת קושיא למה לא אמרה הגמ' שנקטה המשנה קרקע כדי להשמיענו שאין נשבעין על קרקעות, ולא מפריע להר"ן דהוי משנה מפורשת להלן.

ותי' הר"ן שבאמת את הרישא של הודה בקרקעות וכפר בכלים והודה בכלים וכפר בקרקעות יש ליישב על דרך זה, דהיינו דאיצטריך להשמיענו קרקע כדי להשמיענו שאין נשבעין על הקרקעות, רק שצריכים שיהי' חידוש גם בהסיפא של הודה במקצת קרקעות פטור, והודה במקצת כלים חייב, והדיוק של הגמ' הוא מהבבא ההוא, דמשמע שבציור של כלים דומיא דקרקעות הרי הוא חייב והוי בכלל הודה במקצת כלים, כי אי אפשר לומר שגם זה פטור כי א"כ למה צריכים הך בבא, דהא הדין שאין נשבעין על קרקעות כבר ידעינן מהרישא,

ואם לא להשמיענו שכלים דומיא דקרקעות, דהיינו הילך, הרי הוא חייב, א"כ מה הוא החידוש של הך בבא שהודה במקצת קרקעות פטור ומקצת כלים חייב, ועל זה מתרצינן שהחידוש הוא גלגול שבועה.

והנה הפירוש הפשוט במה שאמרה הגמ' "הא כלים וכלים דומיא דכלים וקרקעות" הוא שהכוונה היא להבבא של הודה בכלים וכפר בקרקעות הודה בקרקעות וכפר בכלים, דעל זה אמרה הגמ' דהא כלים וכלים, שזהו ציור שאנחנו מחדשים ולא הציור של המשנה, דומיא דכלים וקרקעות הרי הוא חייב. מיהו לפי הר"ן צריכים לדחוק שהכוונה בהלשון של "הא כלים וכלים" היא להבבא של הודה במקצת כלים דעל זה אמרו שכלים וכלים איירי דומיא דהציור של הרישא של כלים וקרקעות ובכל זאת הרי הוא חייב. ולכאורה ביותר הי' להם לומר הא כלים וכלים דומיא דקרקעות וקרקעות (דהיינו הבבא של הודה במקצת קרקעות) חייב.

קסח) תד"ה הודה במקצת כלים חייב.

בענין מיגו מממון לממון.

וז"ל, וא"ת יהא נאמן במיגו דאי בעי כפר בכלים והי' מודה במקצת קרקעות, וי"ל שמא חפץ בקרקעות יותר עכ"ל. והנה מדבריהם יוצא שמיגו מממון לממון מהני וכשיטתם בתחילת המס' שהקשו שהאומר חצי שלי יהי' נאמן במיגו שהי' יכול לומר כולה שלי, ודלא כהראשונים

דף ה' ע"א

קסט) ביאורים בדברי רש"י על הציור של חפר בה בורות שיחין ומערות.

ע"י ברש"י שכתב וז"ל, דלאו הילך הוא שהרי קלקלה עכ"ל. וכן איתא בשט"מ בד"ה איצטריך וכו' בשם הר"י מיגש. ולכאורה אין הדבר מובן למה לא הוי הילך, הלא על מה שהוא מחזיר, דהיינו הקרקע שנשארה, הרי הוא אומר לו הרי היא שלך במקומה. וכן הקשה רבינו יונה הובא בשט"מ כאן בד"ה וזה לשון תוספי תוספות הרא"ש.

ועכ"פ מדברי רש"י יוצא שהוא מפרש דאיירי שתבע אותו גם את גוף הקרקע שנשארה, דלכן נחית רש"י להסביר למה ההודאה על גוף הקרקע לא חשיב הילך, אלא שצ"ע למה באמת לא חשיב הילך וכמו שהעיר רבינו יונה.

ועכ"פ נראה שיש ד' אפשרויות בענין מה הוא הציור לפי רש"י, ונבאר כל אחד מהם.

א', שתבע אותו שגזל ממנו קרקע אחת וגם חפר בה בורות, והודה לו שהקרקע היא שלו אבל כפר ואמר שלא הוא חפר את הבורות, דבכה"ג י"ל דחשיב כפירה במטלטלין כי דמי קרקע אינם כקרקע, רק שההודאה היא הודאה בקרקע ומש"ה פטור, וההודאה בהקרקע לא חשיב הילך משום שקלקלה וכמש"כ רש"י.

מיהו צ"ע על הציור הזה כי אפילו אם נאמר כדברי רש"י שאין זה נחשב הילך כיון שקלקלה אבל הלא זהו רק לפי דברי

שתירצו שם דלא אמרינן מיגו מממון לממון, דהא גם כאן הרי זה מיגו מממון לממון דהיינו שנאמין לו על המקצת כלים שכפר כי במקום זה ה' יכול לכפור מקצת קרקעות.

מיהו מה שנקטנו שהכא הרי זה נקרא מיגו מממון לממון הרי זה תלוי במה הוא הטעם למה לא מהני מיגו מממון לממון, דהנה הבאנו שם טעם אחד שהוא משום דחשיב העזה לכפור יותר ממון ממה שהוא כופר עכשיו, ומעתה לפי טעם זה, בציור שלנו ליכא שום העזה, כי יצטרך רק להחליף כפירה בכלים בשביל כפירה בקרקעות ומה הוא הנפ"מ אם כפר כלים או קרקעות.

מיהו עוד כתבנו שם טעם אחר לומר דלא מהני מיגו מממון לממון, והיינו דמיגו מממון לממון לא מהני כי מיגו אינו בגדר רא' ובירור, אלא בגדר זכות טענה, דהיינו שנותנים לו את הכח לא רק של הטענה שהוא טוען אלא גם של כל הטענות שהי' יכול לטעון, אבל היינו רק טענה שבתוך הדין תורה הזה שלפנינו, אבל אם ה' כופר ממון אחר, א"כ אז ה' מתנהל דין תורה אחר על ממון אחר, ואין נותנים לו את הכח של הטענה שבתוך דין תורה אחר, ומעתה לפ"ז הכא הוי שפיר בגדר מיגו מממון לממון, כי אם ה' כופר בכל הכלים, ובמקום זה ה' מודה במקצת בקרקע, א"כ ה' אז מתהפך לדין תורה אחר אודות הכלים האלו שעכשיו אינם בכלל הדין תורה כיון שהודה עליהם. ומעתה יוצא שלפי הביאור הזה מיקרי שפיר ציור של מממון לממון.

התובע שטוען שהנתבע קלקלה, אבל לפי דברי הנתבע הרי זה באמת הילך כי הוא אומר שלא קלקלה.

ועכ"פ הציור הנ"ל, הרי הוא ציור שרק ההודאה היא בקרקע ולא הכפירה, כי הכפירה היא בדמי קרקע שאינם כקרקע וכהנ"ל, וא"כ הרי זה ציור לגמרי שונה מה"אי נמי", כי הציור הזה הראשון הוא ציור שהוא פטור משבועה כי ההודאה היא בקרקע ואילו הציור השני הוא ציור שהוא פטור משום שהכפירה היא בקרקע.

ואם נאמר שדמי קרקע הרי הם שפיר כקרקע, אז יוצא שבהציור הנ"ל גם הכפירה וגם ההודאה הן בקרקע, ויש כאן גם הפוטר של כפירה בקרקע כמו בה"אי נמי", רק שיש גם הפוטר של הודאה בקרקע. והא דלא מספיק בה"אי נמי" שהוא ציור פשוט הרי זה כי רצו להשמיענו שאפילו היכא שהודאה בקרקע יתכן ציור שאין כאן הפטור של הילך אלא רק הפוטר של קרקע.

מיהו קשה על הציור הזה קושיית רבינו יונה שהבאנו.

ב', כהנ"ל שתבע אותו שגזל ממנו קרקע אחת וגם חפר בה בורות, והנתבע הודה לו שהקרקע היא שלו, וכן הודה במקצת מהבורות וכפר במקצת מהבורות. ובציור זה הרווחנו שגם לפי דברי הנתבע יש כאן הודאתו במקצת בורות שאינה בגדר הילך כי הוא מודה שקלקל מקצת. ולכאורה לפי האוקימתא הזאת חייבים לומר שדמי קרקע הם כקרקע, כי אם אינם כקרקע א"כ יוצא שיש לנו גם כפירה וגם הודאה במטלטלין, והרי זה בגדר כמודה

במקצת כלים, והי' צריך להיות חייב שבועה, וא"כ בע"כ צ"ל שדמי קרקע הם כקרקע, אלא שלפי זה יוצא שיש כאן גם הסיבה הפוטרת של כפירה בקרקע וכמו בה"אי נמי" וכמו שכבר הערנו כבר לעיל.

ג', שתבע ממנו כלים וקרקעות והודה בהקרקע וגם הודה שחפר בה בורות אבל כפר בהכלים. וגם בהציור הזה צ"ל שדמי קרקע הם כקרקע כי אם אינם כקרקע א"כ יש כאן גם כפירה במטלטלין, דהיינו הכלים, וגם הודאה במטלטלין, דהיינו דמי הקרקע.

מיהו קשה על הציור השני והשלישי שכתבנו כי מכיון שצ"ל שדמי קרקע הם כקרקע א"כ למה נחית רש"י לומר שהקרקע עצמו אינו כהילך, הלא אפילו אם שפיר הוו בגדר הילך, אבל בכל זאת יש כאן הודאה בקרקעות שאינו בגדר הילך דהיינו מה שהוא מודה בדמי היזק החפירה כי דמי היזק החפירה אינם הילך, ולכן שפיר צריכים לפוטרו משום שאין נשבעין על קרקעות. ועוד קשה למה צריכים בכלל להעמיד באופן שהוצרך לתבוע ממנו גם את גוף הקרקע, הלא אפשר להעמיד באופן שתחילת התביעה היתה רק על היזק החפירה (וכן מפרש הרמב"ם כמש"כ המ"מ בפ"ה מהל' טו"ז ה"ב).

ואולי י"ל דרך אחרת בביאור הציור לפי רש"י, והיינו שמה שכתב רש"י שאינו בגדר הילך כי קלקלה אין כוונתו לומר שמש"ה ההודאה על גוף הקרקע אינה בגדר הילך, אלא לעולם ההודאה היא היא שפיר בגדר הילך, ועוד דאולי איירי שבכלל לא הוצרך לתבוע ממנו את גוף

הקרקע, אלא תבע רק את היזק החפירה, וכוונת רש"י היא לומר שמכיון שקלקלה א"כ הרי הוא מודה שחייב דמי החפירה, וא"כ דבר זה, דהיינו דמי הקרקע, הרי הוא הודאה בקרקע שאינו בגדר הילך. מיהו לא משמע שזוהי כוונת רש"י, אלא משמע שנתכוין לומר שההודאה על גוף הקרקע אינה בגדר הילך. ברם עי' בנ"י שהוסיף אחרי דברי רש"י כמה מלים וז"ל, דלאו הילך הוא שהרי קלקלה והוא תובע לו דמי' עכ"ל, ולכאורה כוונתו היא לפרש כהנ"ל (לכה"פ בדעת עצמו ואולי גם בכוונת רש"י), והיינו שהקרקע היא באמת הילך, רק שיש כאן הודאת קרקע שאינה הילך, דהיינו דמי החפירה.

ד', שתבע ממנו ב' קרקעות, וכפר אחת מהן, ואת השני' הודה, וכן הודה שחפר בה בורות, ואת הציור הזה ברש"י כתב המ"מ, וכתב שצ"ל שרש"י אזיל שדמי קרקע הן כקרקע כי אם אינן כקרקע א"כ יוצא ששפיר יש כאן הודאה גם במטלטלין, וא"כ יוצא שכל הסיבה למה אינו נשבע הרי זה רק משום שיש כפירה בקרקע, וא"כ הרי זה ממש כמו ה"אי נמי", ומשמע שהלשון הראשון רוצה להוסיף ציור שיש בו גם העובדא שההודאה היא בקרקעות, רק שאין כאן הפטור של הילך, וא"כ צ"ל שרש"י אזיל שדמי קרקע הם כקרקע.

מיהו צ"ע למה הוצרך המ"מ לזה, הלא הי' יכול להעמיד כמו הציור השלישי שכתבנו, דהיינו שתבע ממנו כלים וקרקעות וכפר את הכלים, דכיון שדמי קרקע הן כקרקע הרי זה ציור של הודאה בקרקע וכפירה במטלטלין, וציור זה עדיף כי יוצא

שאינן כאן כפירה בקרקע כלל והוי שונה לגמרי מה"אי נמי" (ואולי נקט המ"מ שתבע ממנו ב' קרקעות בגלל דיוקו של הש"ך בסי' צ"ה סק"ח באמצע דבריו שדייק מהא דאמרו "חפר בה" ולא "חפרה" דאיירי שתבע עוד קרקע. מיהו אכתי צ"ע על הגמ' עצמה למה נקטה כן).

ועכ"פ עי' בשט"מ כאן בד"ה וז"ל תוספי תוספות הרא"ש שהובא בשם רבינו יונה שפי' כהציור הרביעי שכתבנו, ושכתב המ"מ, וכמו שהבאנו, רק שהמ"מ פי' ציור זה על פי ההנחה שדמי קרקע הן כקרקע, ואילו רבינו יונה פי' ציור זה לפי ההנחה שדמי קרקע אינם כקרקע, והיינו דאיירי שתבע ממנו ב' קרקעות וכפר באחת מהן ובשני' הודה וגם הודה שחפר בה בורות, ואזלינן שדמי קרקע אינם כקרקע, אשר לפ"ז הרי זה ממש ציור של כפר בקרקע והודה בכלים כמו הציור של האי נמי, וכתב שבכל זאת נקטו גם את הציור הזה כי הוא ציור שתחילת התביעה היתה רק על קרקעות. ואת הציור הזה כתב גם הר"ן בשבועות, אבל מ"מ שלל דרך זה כי א"כ הרי זה ממש כמו הא"נ ולא ניחא לו בתירוצו של רבינו יונה על זה.

ה', והנה המ"מ בפ"ה מהל' טו"נ ה"ב כתב עוד ציור, והיינו שאיירי שלא תבע ממנו לשלם בשביל החפירות, אלא תבע רק את חזרת הקרקע, ומשמע שכוונתו היא לפרש שכוונת רש"י היא לציור זה, ושעל ציור זה כתב רש"י שבזה שמודה לו על הקרקע יש כאן הודאה בקרקעות שאינה בגדר הילך. ולפי האוקימתא הזאת מתורץ למה הוצרך רש"י להא שתבע גם את

הקרקע ושהוא מודה לו על הקרקע, אבל עכ"פ המ"מ לא כתב שמוכרחים לומר שאינו תובע את חפירת הבורות בגלל הקושיא שהקשינו לעיל שאילו תובע גם את החפירות למה הוצרך רש"י לומר שהוא תובע גם את הקרקע.

קע) דעת תוס' בחפר בה בורות שיחין ומערות.

הנה תוס' לעיל בד"ה הא כלים וכלים כתבו שהגמ' היתה יכולה להעמיד את הבבא של הודה בקרקעות וכפר בכלים בחפר בה בורות שיחין ומערות אשר בכה"ג אינו הילך. ומש"ה אי אפשר לדייק הא כלים וכלים דומיא דכלים וקרקעות, דהיינו הציור של הילך, כי איירי בהודאה בקרקעות שאינה בגדר הילך.

ובפני יהושע מבואר שקושייתם איירי שהודה רק בהקרקע, אבל לא הודה בהחפירה, כי דמי היוק החפירה הן בגדר מטלטלין, כי אזיל הפ"י שדמי קרקע הם כמטלטלין, וא"כ יש כאן כפירה והודאה במטלטלין, וא"כ צ"ל שלא הודה בהחפירה, והא שההודאה אינה בגדר הילך הרי זה כי הקרקע אינה כמו שלקחה וכמו שפירש"י, וצריכים להוסיף שאע"פ שלפי דברי המודה הרי זה שפיר ציור של הילך כי הוא טוען שלא קלקלה ושהיא בלי שינוי, אבל לפי דברי התובע אין זה בגדר הילך כי הוא טוען שאינה כמו שלקחה.

ועל עיקר קושייתם תי' הפ"י שלא אמרו כן בהגמ' כי את הבבא של כפר בקרקע והודה בכלים אי אפשר להעמיד כן, כי אם כפר בגוף הקרקע הוא הדין שנכללת בזה כפירה על החפירה, וא"כ הרי זה כפירה

במטלטלין כי ס"ל שדמי קרקע אינם כקרקע וכהנ"ל וא"כ יש כאן כפירה בדמי קרקע שהם כמטלטלין והודאה בכלים וצריך להיות חייב (כן נראה לומר בכונת הפ"י עיי"ש שקיצר).

(והנה לכאורה יש לפרש בדרך אחרת את כונת הפ"י, והיינו שכוונתו היא לפרש שתוס' נתכוונו להיכא שהודה גם בהקרקע וגם שחפר בה, אשר לפ"ז גם לפי דברי הנתבע אין זה ציור של הילך כי אינה כמו שלקחה, כי גם הוא מודה שחפר. מיהו אי אפשר לפרש כן את כונת הפ"י כי א"כ הי' לו להפ"י לדחות את דברי תוס' כי גם הציור של הודה בקרקע וכפר בכלים הרי זה ציור של הודאה בכלים וכפירה בכלים שהרי הוא הודה בדמי קרקע [שאינם כקרקע] וכפר בכלים, ולא הי' הפ"י צריך להגיע להציור ההפוך, דהיינו שהציור של כפר בקרקעות והודה בכלים הוא ציור של כפירה בכלים בגלל הכפירה בדמי החפירה) והודאה בכלים, אלא גם הציור שהוא עוסק בה, דהיינו הציור של הודה בקרקעות וכפר בכלים הוא ציור של כלים וכלים.)

מיהו בדעת תוס' בקושייתם י"ל דאזלי, או שלא תבע ממנו את החפירה אלא רק את הקרקע כי אינו יודע שהוא החופר או שהוא מוחל לו את החפירה, ומש"ה בכפר בקרקע יש רק כפירת קרקע ולא כפירת מטלטלין, או דס"ל לתוס' שדמי קרקע הן כקרקע.

ועי' גם בשט"מ בד"ה וד"ל תוספי תוספות הרא"ש שהביא בשם רבינו יונה שמכיון שדמי קרקע הם כמטלטלין א"כ לא קשה קושיית תוס' הנ"ל, ונראה לומר בכונתו שהוא אזיל שבודאי הודה גם על החפירות בהקרקע שמודה וא"כ הוי הך

הודאה כמו הודאה במטלטלין וא"כ יש כאן גם הודאה וגם כפירה במטלטלין. ובטעם הדבר למה אזיל שהודאה גם על החפירות י"ל כי אל"כ הרי לדברי המורה הרי זה עוד ציור של הילך, ונהי שלדברי התובע אינו ציור של הילך, אבל לדברי הנתבע הרי זה שפיר ציור של הילך, וא"כ אכתי קיים הדיוק הא כלים דומיא דקרקע בציור של הילך, אבל הפני יהושע סובר שסגי בזה שלדברי התובע אינו ציור של הילך ומש"ה העמיד באופן שאין הנתבע מודה שחפר בה.

קעא) פירושם של הרמב"ם והראב"ד בהאוקימתא של חפר בה בורות שיחין ומערות.

ע"י ברמב"ם בפ"ה מהל' טו"נ ה"ב שכתב וז"ל, וכן החופר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסידה והרי הוא חייב לשלם, בין שטענו שחפר והוא אומר לא חפרתי, או שטענו שחפר שתי מערות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת, או שהי' שם עד אחד שחפר והוא אומר לא חפרתי כלום, הרי זה נשבע היסט על הכל עכ"ל. וכתב הראב"ד וז"ל, א"א נראין דברים שתבעו למלאות החפירות ולהשוות החצירות אבל אם תבעו לשלם פחתו הרי הוא כשאר תביעות ממון וכמי שאמר לו חבלת בי שמים והוא אומר לא חבלתי אלא אחת עכ"ל.

והנה המ"מ שם הבין שהרמב"ם והראב"ד מתכוונים להאוקימתא אצלינו בהגמ', ושהרמב"ם חולק על הראב"ד ומעמיד אפילו באופן שתובע ממנו דמי

החפירות, והנתבע מודה במקצת מהחפירות, וחשיב הודאה בקרקעות משום שדמי קרקע הם כקרקע, ואילו הראב"ד מעמיד דוקא באופן שתבע ממנו למלאות משום דס"ל שדמי קרקע אינם כקרקע. וכן סובר גם הר"ן בשבועות (בדף י"ט ע"ב בדפי הרי"ף בד"ה טענו וכו' קרוב לתחילתו) בכיבור כוונת הראב"ד, הובאו דבריו בש"ך סי' צ"ה ריש סקי"ח. ובאמת בשט"מ כאן הובאו דברי הראב"ד בתור פירוש על הגמ' ומפרש שם הראב"ד שכוונת הגמ' היא להיכא שתבע ממנו כלים וקרקעות וגם תבע ממנו היזק החפירה של הקרקעות, ואיירי שהודה בהקרקע וכן בהחפירה, וכפר בהכלים, ומפרש הראב"ד שם דאיירי שתבע ממנו למלאות והודה לו שהוא חייב למלאות, ומש"ה הרי זה נחשב ציור של הודה בקרקעות וכפר בכלים, ולא ציור של הודה במטלטלין, אבל היכא שתבע ממנו דמי החפירות הרי זה נחשב ציור של הודאה במטלטלין כי דמי קרקע אינם כקרקע.

והנה הר"ן שם כתב שדברי הראב"ד אינם מחוורים כי אינו חייב למלאות את החפירות אלא הרי הוא יכול לשלם דמים, ומש"ה כדי ליישב את פירוש הגמ' צריכים לחדש שדמי קרקע הרי הם כקרקע.

מיהו הש"ך שם השיג על הר"ן שאפילו אם סוברים שאינו חייב למלאות את הקרקע אכתי אין ראי' שדמי קרקע הן כקרקע, כי יש להעמיד באופן שתבע ממנו ב' קרקעות, ואת אחת מהם כפר לגמרי, ועל השני' הודה, וגם הודה שהוא זה שחפר בה את הבורות, ואע"פ שיש כאן הודאת מטלטלין, דהיינו דמי הקרקע, ואם

קרקע הרי הן כמטלטלין ושאם הודה במקצת מדמי מקח קרקע הרי הוא נשבע. מיהו יש לחלק שרק בהיזק הרי זה נחשב כקרקע כי המעות מיועדים לתקן את הקרקע וכמו שנביא להלן בהאות הבאה, משא"כ בדמי מקח אע"פ שהגורם להתשלומין הוא קרקע, אבל המעות אינם מיועדים לצרכי קרקע. ברם אין זה מספיק ליישב לפי המ"מ שהרי המ"מ כתב שדמי קרקע הן כקרקע משום שבאו מחמת קרקע.

קעב) דרכים שונים בביאור שיטתו של הראב"ד בחפר בה בורות שיחין ומערות.

ע"י בשט"מ שהביא בשם הראב"ד לפרש שכוונת הגמ' בהציוור של חפר בה בורות שיחין ומערות היא שהתובע תבע ממנו גוף הקרקע וגם למלאות את החפירות, וגם תביעה זו למלאות את החפירות חשיבא תביעת קרקע כי הוא תובע ממנו לשפר את גוף הקרקע, והרי זה כמו שהוא תובע ממנו איכות קרקע ולכן חשיב תביעת קרקע, אבל לא איירי בתובע ממנו דמים, כי אילו כן ה"י נקרא תביעת מטלטלין כי דמי קרקע אינם כקרקע, וכן כתב גם בההשגות בפ"ה מהל' טו"ג וכמו שהבאנו באות קע"א. והבין המ"מ שכוונת הראב"ד היא לומר שחיובו של המזיק הוא לתקן את ההיזק בעצמו או ע"י שהוא מטריח לשכור פועלים ולא לשלם דמי ההיזק. והמ"מ עצמו (וכן הר"ן בשבועות) חולק על הראב"ד וכתב שחייב רק לשלם דמי פחת ההיזק. והש"ך בסי' צ"ה סק"יח באמצע הס"ק כתב שהראב"ד סובר כהנ"ל

הי' כופר בכלים הי' חייב כי יש כאן הודאה וכפירה במטלטלין, אבל בכל זאת אינו נשבע כי איירי שכפר בקרקע ממש וא"כ יש כאן כפירת קרקע (ודייק שם הש"ך שהגמ' איירי שהיתה שם גם קרקע של כפירה מהלשון של "חפר בה" ולא אמרו "חפרה", דמלשון "בה" משמע שהם טוענים גם על קרקע אחרת). ועוד כתב הש"ך שיתכן שגם הראב"ד עצמו מפרש שכן הוא הציוור של הגמ', וכן הרמב"ם, ולא באו בכלל לפרש את הציוור של הגמ' אצלינו, ודלא כהנחת הר"ן שהראב"ד נתכוין לפרש את הציוור של הגמ' כשטענו רק חפירות והודה במקצת מהן (מיהו נהי שיתכן שגם הראב"ד מפרש את הציוור של הגמ' כהש"ך, אבל אכתי גם יתכן שהוא מפרש שאיירי בטוענו רק חפירות רק שטוענו למלאות, ולכן הוי הודאה וכפירה בקרקעות).

ועוד כתב שיתכן שהרמב"ם מודה להראב"ד ושבאמת הראב"ד רק מפרש את דברי הרמב"ם ואינו חולק עליהם.

מיהו קשה על האוקימתא שכתב הש"ך דא"כ הרי זה ממש כמו האי נמי, דהיינו ציוור שיש כאן הודאה במטלטלין, דהיינו דמי קרקע, וגם כפירה בקרקע, והרי הוא פטור משום שכפר בקרקע, וא"כ זהו ממש כמו האי נמי. ובאמת כבר העיר המ"מ שם כהנ"ל על אוקימתא זו.

מיהו כבר הבאנו שמדברי הראב"ד בשט"מ מבואר כהבנת הר"ן שהראב"ד נתכוין לפרש כך את הגמ', וכבר העיר כן בהגהות אמרי ברוך על הש"ך שם.

וע"ע בדברי הש"ך שהוכיח שדמי קרקע הם כמטלטלין מהא שדמי מכירה של

שהוא חייב לתקן את ההיזק ולכן תביעתו של הניזק מיקרי תביעת קרקע וכהנ"ל. ושוב צידד לומר בדעת הראב"ד שאפילו אם נאמר שהוא יכול לשלם דמי ההיזק אבל בכל זאת מכיון שתובע ממנו לתקן את הקרקע א"כ הדמים בודאי ילכו למלאות את הקרקע ומש"ה חשיב תביעת קרקע.

והנה לפי הדרך הראשון שכתב הש"ך בדעת הראב"ד יוצא שהראב"ד סובר שעיקר חיובו הוא לתקן, רק שבכל זאת בהציור השני שכתב הראב"ד שהוא תובע ממנו דמים בשביל הפחת הרי זה דין תורה על מטלטלין וכמו שכתב שם הראב"ד בפירושו. וצ"ל דהיינו משום שזה מיקרי שמחל לו על תביעת תיקון הקרקע, והרי הוא מבקש ממנו רק דמים, ולכן חשיב דין תורה על מטלטלין, ואע"פ שהדמים האלו באים במקום חיוב לתקן את הקרקע, אבל הראב"ד סובר שדמי קרקע אינם כקרקע. מיהו צ"ע דא"כ למה חשיב בכה"ג בגדר דמי קרקע, הלא מיקרי שהניזק מחל לו על חיובו לתקן את הקרקע, אלא שעשה כן רק על מנת שישלם לו דמים, וא"כ הדמים הם בגדר מתנה בעלמא. וצ"ל שבאמת אינו משום מחילה, אלא הניזק יכול באמת לכוף את המזיק לתת דמים אפילו היכא שהמזיק רוצה בדוקא לתקן, אלא שלפ"ז יוצא שאין עיקר חיובו של המזיק רק לתקן את הקרקע אלא הנתבע יכול לתבוע איזה שהוא רוצה. ולפי דרכו השני של הש"ך בדעת הראב"ד שבהציור הראשון שהוא תובע שיתקן את הקרקע, הרי הוא חייב רק לשלם דמים, רק שמכיון שהדמים ילכו לתקן את הקרקע הרי זה נקרא דין תורה

של קרקע. ומזה יוצא שאע"פ שאין מסתכלים מאיפוא באים המעות, אלא דמי קרקע הן כמטלטלין, אבל שפיר מסתכלים לאן ילכו המעות (ולפי הדרך הזה נראה שאינו יכול לכופו לקבל את תיקונו, דכיון שעיקר התביעה היא על מעות, אם המזיק מתקן בגופו, הרי זה כנותן לו מתנה בעלמא, ולא נסתלק חיובו אע"פ שההיזק הוסר, והרי זה כמו אם אדם אחר הי' ממלאהו, דבודאי אין החופר נפטר ע"ז. מיהו עי' בב"ק דף פ"ה ע"א דאמרינן שאם המזיק אומר שהוא עצמו ירפא את הניזק במקום לתת לו דמי ריפוי יכול הניזק לומר דמית על' כאריא ארבא, ומבואר מזה שאלמלא הטענה ההיא, ששייכת רק לענין ריפוי, הי' הניזק חייב לקבל את ריפוי, והרי יש צד בריפוי שחיובו של המזיק הוא לשלם דמי ריפוי ולא לרפאותו).

ועכ"פ החזו"א על ב"ק בסי' ו' אות ג' (ד"ה אח"כ ראיתי בש"ך) הבין אחרת את כוונת פירושו השני של הש"ך, והיינו שגם בפירושו השני אזיל הש"ך שעיקר חיובו של המזיק הוא לתקן, רק שבכל זאת הרי הוא יכול לשלם דמים, והיינו משום שהתורה הרשתה לו לתקן בדרך זה שהוא ישלם להניזק דמים לתקנו, וכאילו הניזק יהי' הפועל שלו, אבל בכל זאת מה שהוא משלם הרי זה בגדר לתקן את הקרקע ולא בגדר להשלים להניזק את פחת ההיזק, ומש"ה כתב הש"ך שאפילו אם הוא משלם רק מעות אבל בכל זאת חשיב כקרקע כי המזיק צריך לתקן את הקרקע רק שזהו הדרך איך הוא מתקן.

והנה בהשט"מ דקדק הראב"ד לומר שגם המזיק אומר שהוא ימלא וא"כ משמע

שאם נתרצה לשלם רק דמים הרי זה שפיר מיקרי דין תורה על מטלטלין ודלא כדרכו השני של הש"ך דחשיב דמי קרקע משום שלמעשה הממון ילך לתיקון קרקע או כמו הבנת החזו"א שבכה"ג מסתכלים על הניזק כפועלו של המזיק.

(וע"ע בשט"מ בב"ק דף מ"ח ע"א בד"ה והראב"ד ז"ל כתב וכו' דכתב הראב"ד בפירוש שהוא יכול לשלם דמים, ולפי דרכו הראשון של הש"ך בכוונת הראב"ד צ"ל דכתב כן כי איירי כשהתובע מחל ותבע רק דמים.)

והנה הראב"ד בדבריו הנ"ל בההשגות סיים בלשון שאם תבעו "פחת" הרי זה מיקרי מטלטלין, ולשון פחת משמעותה היא שאין בדעתו להשתמש עם הכסף לתקן אלא לקבל על עצמו את הפחת תמורת הכסף, ולעיל הסקנו שלפי הראב"ד הרי הוא שפיר יכול לדרוש כן כי הוא יכול לדרוש או תיקון הקרקע או דמי פחת, ואם הוא דורש דמי פחת הרי זה כמטלטלין, ומעתה יש לעיין מה יהי' היכא שתבע ממנו את הדמים כדי שהוא עצמו ימלא החפירות כי הוא עצמו רוצה לטפל בזה ואינו סומך על מומחיותו של המזיק, האם בכה"ג הרי זה נחשב קרקע או מטלטלין. ולפי דרכו השני של הש"ך א"כ בודאי הרי זה מיקרי תביעת קרקע, כי הדמים ילכו למלאות את החפירות, אבל לפי דרכו הראשון י"ל שגם בכה"ג הרי זה נחשב דין תורה על מטלטלין, כי דבר זה אינו חל בהדין תורה, כי חיובו הוא למלאות בגופו או ע"י שהוא, המזיק, ישכור פועלים, וא"כ רק תביעה כזו חלה בתוך הדין תורה וגורם שנקרא דין תורה על קרקע, אבל תביעה

שיתן לו ממון כדי למלאות הרי זה כמו תביעת הפחת היכא שאין דעתו למלאות. והש"ך בתחילת דבריו בפירושו הראשון ציטט באמת את סוף דברי הראב"ד בלשון של אבל אם תבעו "דמים" בלי להזכיר "פחת", ומה שהזכיר הראב"ד "פחת" הרי זה רק להורות ולהזכיר הסכום שיצטרך ליתן לו. וגם הנ"י כאן הזכיר את הראב"ד בדרך זה.

ועי' ברשב"א בשבועות דף מ"ב ע"ב בהדיבור האחרון שם דמבואר מדבריו שהראב"ד מעמיד באופן שתבע ממנו ממון למלאות ולא שהמזיק עצמו ימלא, אבל אם תבע ממנו דמי הפחת ולא כדי למלאות אז הרי זה נחשב תביעת מטלטלין, ולפ"ז יוצא שמה שסיים הראב"ד בההשגות שאם תבע ממנו דמי פחת הרי זה כמו מטלטלין הרי זה כפשוטו דהיינו שתבע ממנו לשלם בתורת פחת, ושבהרישא לא נתכוין לומר דוקא שתבע ממנו למלאות אלא הה"נ כשתבע ממנו דמים כדי למלאות, וזהו כדרכו השני של הש"ך שדמי תיקון קרקע הם כקרקע גם לפי הראב"ד.

ובאמת מהש"ך משמע אפילו יותר שהרי כתב בפירושו השני להראב"ד שכוונת הראב"ד בסוף דבריו כשכתב שתבע ממנו דמי פחת היא להיכא שאי אפשר בכלל לתקן וא"כ משמע דהיכא ששייך לתקן הרי תביעת דמים חשיבא תמיד כמו קרקע, וצ"ע.

קעג) קושייתו של רבינו יונה על הראב"ד מב"ק דף מ"ח.

והנה בשט"מ בשם תוספי תוספות

הרא"ש הובא בשם רבינו יונה להוכיח שאינו חייב ממש לתקן את ההיזק מב"ק דף מ"ח ע"א דאמר רבא שם שאם הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות, וחפר בו בורות שיחין ומערות, בעל השור חייב בנזקי החצר, ובעל החצר חייב בנזקי הבור, ואע"ג דאמר מר כי יכרה איש בור ולא שור בור (וא"כ למה בעל החצר חייב על נזקי הבור) אבל מ"מ מכיון דהו"ל לבעל החצר למלויי' ולא מליי' כמאן דכרי' דמי, ומעתה אם איתא שבעל השור חייב למלאות את הבור ולא רק לשלם את היזק הקרקע א"כ למה לא יתחייב בעל השור בנזקי הבור הלא הוא עצמו הו"ל למלויי'. מיהו לא הבנתי את ראיית רבינו יונה כי נתאר לעצמינו שיש בור ברה"ר ונשבע עליו שימלאנו ולא מילא, וכי נימא שהוא חייב על ההיזקים כיון שהי' חייב למלאות ולא מילא, הלא בודאי לא, כי החיוב למלאות הוא בגלל שבועתו, ורק היכא שהחיוב למלאות הוא כדי שלא יוזקו אנשים עליו, רק אז אמרינן שאם לא קיים את חיובו הרי הוא חייב, אבל היכא שיש עליו חיוב צדדי למלאות משום סיבה אחרת, בודאי אינו נעשה חייב בנזקי הבור, וא"כ גם כאן הרי חיובו למלאות הוא מחמת החיוב מזיק שלו כלפי בעל החצר ולא כדי שאנשים לא יוזקו, וא"כ שפיר אינו מתחייב בנזקי הבור אפילו אם חיובו של בעל השור הוא למלאותו ממש ולא לשלם את הפחת.

ברם עי' בטור בחו"מ סי' קנ"ז שהביא את שיטת הרמ"ה דהיכא שהי' חייב לבנות כותל של היזק ראי' ולא בנה, ובאו גנבים, הרי הוא חייב לשלם לחבירו מה

שנגנב (היכא שהתרו בו בתחילה שהוא חייב לבנות כותל), כי חשיב גרמי, והביא הטור שהרא"ש חולק עליו כי אפילו הפורץ גדר בפני בהמת חבירו פטור על הבהמה כי חשיב רק גרמא, וכוונת הגמ' בב"ק דף נ"ה ע"ב היא לחייבו בכה"ג רק על הכותל אבל לא על הבהמה עיי"ש, וא"כ כ"ש שפטור היכא שרק לא בנה גדר שהי' חייב לבנות. מיהו המפרשים תירצו שהרמ"ה הולך לשיטתו שמפרש שהתם בב"ק בפורץ גדר הרי הוא שפיר חייב על מה שהבהמה הולכת לאיבוד, ורק על מה שהבהמה הולכת ומזיקה הרי הוא פטור. ועכ"פ חזינן שהרמ"ה סובר שהיכא שהי' צריך לבנות מחיצה ולא בנה הרי הוא חייב על גניבה אע"פ שהי' צריך לבנות מחמת סיבה אחרת ולא כדי שלא יבואו גנבים, וא"כ יוצא דכברי רבינו יונה שאילו הי' בעל השור חייב למלאות את הבור, אע"פ שחיובו הוא בגלל הדין מזיק שלו כלפי בעל החצר ולא כדי שאנשים אחרים לא יוזקו, בכל זאת מכיון שסו"ס הרי הוא חייב לבנות, אם לא בנה הרי הוא חייב משום גרמי על התוצאות.

שוב ראיתי בחזו"א על ב"ק בסי' ו' סק"ג בד"ה והנה לדברי וכו' שהקשה את קושייתנו הנ"ל על ראיית רבינו יונה, והסיק שבאמת רבינו יונה לא נתכוין להביא ראי' גמורה אלא אגב שיטפ"י כתב כן, וצ"ע.

אמנם הא מיהא צ"ל שרבינו יונה לא ס"ל כתוס' בב"ק שם, דעי' בתוס' שם בד"ה אע"ג וכו' שכתבו שה"ה שאם הוא עצמו הי' חופר הדין הוא שפטור על מה שהבור מזיק, ולכאורה על זה בודאי קשה

קעה) פירושו של הר"י מיגש במה הוא חיובו היכא שחפר בה בורות שיחין ומערות.

והנה בשט"מ בד"ה איצטריך הביא בשם הר"י מיגש פי' שהוא כעין פירושו של הראב"ד ודחהו, אבל באמת יש לעיין באם זהו באמת כפירושו של הראב"ד או לא, וזה"ל שם, איכא מאן דמפרש הא דאמרינן כי איצטריך קרא למעוטי היכא דחפר בה בורות שיחין ומערות וקאמר משום דלאו ממונא קטעין לי' אלא לתקוני בעלמא (זה נראה כמו הראב"ד), דמשמע דכי מתקן להו להנהו בורות, כגון דאייתי עפרא וקא מלינהו, אי נמי ההוא עפרא גופי' דנפק מינייהו קא מהדר לי', והא מילתא משבשתא היא דלאו היינו טעמא דמילתא וכו' עכ"ל. והנה ממה שכתב "אלא לתקוני בעלמא" משמע כהראב"ד שחיובו של מזיק הוא לתקן. ברם צ"ע דהא חזינן שעל היכא שהוא משיב אותו עפר ממש שלקח כתב הר"י מיגש רק שהוא משיבו, אבל על היכא שהוא משיב עפר אחר, כתב שהוא ממלא את החפירות, וצ"ע למה חילק כן. ועוד דלמה לו בכלל לעסוק באיזה עפר הוא מביא.

ולכאורה הי' נראה מזה שהכוונה היא לפירוש אחר, ולא לפירושו של הראב"ד, והיינו דס"ל לפירוש זה שחיובו אינו לשלם מעות, וכן לא למלאות, אלא מסתכלים עליו כגזולן שגזל עפר, וחיובו הוא להשיב עפר, ולכן אם הוא משיב אותו עפר די בכך ואינו חייב למלאות את העפר לתוך החפירה, כי כבר קיים והשיב ע"י שהשיב את העפר, אבל אם אינו משיב אותו עפר שלקח אז הרי הוא צריך למלאות וגם זה

למה הוא פטור הלא עשה חפירת בור ממש, ובע"כ צ"ל דכיון שיש כאן בעלים על גוף הבור, הרי הוא חייב יותר, וא"כ מעתה לפ"ז אזלה ראיית רבינו יונה כי לעולם י"ל שבעל השור שפיר חייב לתקן ומה שהקשה רבינו יונה שא"כ יהי' חייב על נזקי הבור יש ליישב דאינו חייב כי יש את בעל החצר שהוא צריך להיות חייב יותר.

ועכ"פ לפי מה שמבואר בשט"מ בב"ק שם בשם הראב"ד עצמו יוצא שקושיית רבינו יונה לק"מ כי הראב"ד כתב שם שמה שבעל החצר חייב בנזקי הבור הרי זה רק אחרי שבעל השור שילם לו אבל לפני זה בעל השור חייב בנזקי הבור.

קעד) עוד בענין אם המזיק חייב לתקן או רק לשלם דמים.

והנה כבר הבאנו באות קע"ב וקע"ג את השאלה אם חיובו של המזיק הוא לשלם את הפחת או לתקן את החפץ. ואולי יש לתלות את הדבר במה הוא האיסור להזיק, דהנה רבינו יונה בריש מס' אבות כתב שכל המזיקים הם בכלל לא תגזול, וא"כ לפ"ז י"ל שיש במזיק מצוה של והשיב, ולכן הרי הוא חייב לתקן ממש כדי להשיב את הדבר בעינו.

מיהו לפ"ז יוצא דהיכא דחשיב מעשה שינוי, אע"פ שאפשר לתקנו, וכגון בשינוי החוזר לברייתו למ"ד דחשיב שינוי, לא יצטרך לתקנו, כי כיון דחשיב שינוי ליכא מצות השבת החפץ עצמו אלא תשלומי דמים.

נקרא השבה ולא תשלומין, כי החזיר את המצב לאיך שהי' בתחילה והמציא מצב שאין כל סיבה להחזיר את העפר. ומעתה מאחר שחיובו הוא להשיב את העפר, לכן לא חשיב הילך, כי חשיב תביעת והודאת מטלטלין, דהיינו העפר, אבל בכל זאת לענין שבועה אמרינן בזה שאין נשבעין על קרקעות כי עפר קרקע כקרקע דמי ולכן מיקרי דין תורה על קרקע, דהיינו דין תורה אם גזל חלק מהקרקע, אבל בכל זאת העפר עצמו שפיר נגזלת.

קעו) בענין השגת הראב"ד על הרמב"ם הנ"ל.

עוד בענין אם דמי קרקע הן קרקע.

וכן בענין אם בן חורין הוקש לקרקע כמו עבד.

הנה פשטות דברי הרמב"ם גבי בורות שיחין ומערות היא שהתובע תובע ממנו היזק שתי בורות, והוא מודה לו היזק של בור אחד, והרי הוא פטור משבועה משום שדמי קרקע הן כקרקע. והנה הראב"ד השיג שם על הרמב"ם מהדין בשבועות דף מ"ד ע"ב דהיכא שידוע על פי עדים שהיתה חבלה, רק שהחובל והנחבל מתדיינים כמה הי' שוה, אז תיקנו שהנחבל נשבע ונוטל, וקאמר שם רבי יהודה דהיינו רק היכא שהחובל הודה במקצת, וכגון שתבע ממנו שתי חבלות והודה לו באחת דחייב שבועה דאורייתא, ועל זה תיקנו חכמים להפך את השבועה על הנחבל שישבע ויטול, ואילו לפי הרמב"ם מכיון שדמי קרקע הן כקרקע א"כ ה"ה שדמי אדם הם כאדם והדין נותן שלא יהי' חייב

שבועה דאורייתא של מודה במקצת כיון שעבדים הוקשו לקרקעות. ותי' המ"מ שהרמב"ם סובר שרק עבד הוקש לקרקע אבל לא בן חורין.

מיהו עי' בש"ך בסי' צ"ה סקי"ח שהוכיח מפשטות הסוגיא בסנהדרין דף ט"ו שכן חורין הרי הוא שפיר כקרקע, דקאי שם הגמ' על המשנה שלפדיון קרקע מהקדש בעינן תשעה וכהן בשביל השומא, ושגם בשביל שומת אדם צריכים כן, ופרכינן אדם מי קדוש, ומוקמינן באומר דמי עלי דשמין אותו כעבד ו"אדם" הוקש לקרקע (אצלינו איתא "ועבד הוקש לקרקע"), והבין הש"ך שכוונת הגמ' היא לומר שבכה"ג שאמר דמי עלי הרי זה ציור ששמין אדם, וכדאיתא ששמין אותו כעבד, וכיון ששמין אותו א"כ אדם הוקש לקרקע ובעינן עשרה כמו בקרקע, אבל אין הדבר דוקא בגלל ששמין אותו כעבד אלא הגמ' מייתי דבר זה רק אגב אורחא. מיהו מתוס' בקידושין דף ז' ע"א בד"ה אם כן וכו' הביא שהכוונה היא דוקא משום ששמין אותו כעבד ועבד הוקש לקרקע.

וגם מקידושין דף ז' ע"א הביא שכן חורין הוא כקרקע, דאמרינן שם שאם אפשר לקנות אשה בקידושין יחד עם מטלטלין בקנין אגב הרי זה ציור של נכסים שיש להן אחריות נקנין אגב נכסים שאין להן אחריות ואנן איפכא תנן, וכתב רש"י שאשה חשיבא נכסים שיש להן אחריות כי אדם הוקש לקרקע, ותוס' שם השיגו עליו שרק עבד הוקש לקרקע, וכתבו תוס' שמאי דקרי שם לאשה נכסים שיש להן אחריות לאו דוקא הוא אלא הרי היא כמטלטלין אבל הלא הוא הדין שמטלטלין

אינן נקנין אגב מטלטלין, מיהו כתב הש"ך שהפשטות הוא כרש"י.

ועוד הביא גם מקידושין דף כ"ח שבן חורין הוקש לקרקע, דאמרינן שם שיש חיוב של גלגול שבועה אפילו כשאומר לו השבע לי שלא נמכרת לי כעבד עברי, ומבואר שם שהרבנות היא משום דחשיב שהוא מגלגל עליו שבועה על קרקע עכ"ד הש"ך.

והנה הקצה"ח שם כתב לתרץ את קרשיית הראב"ד מחבלת בי שתיים על פי מה שכתב הר"ן בשבועות שם שרבי יהודה אינו מקפיד על כל התנאים של שבועת מודה במקצת, אלא אפילו אם על החלק של ההודאה הרי הוא אומר הילך, הדין הוא שהנחבל נשבע ונוטל, וא"כ י"ל שהה"נ אע"פ דחשיב כקרקע.

ושוב הקשה הקצה"ח מהא דתנן בשבועות דף ל"ו ע"ב שאם תבע ממנו אנסת את בתי ונשבע שלא אנס, ואח"כ הודה שנשבע לשקר, דת"ק מחייב קרבן שבועה ור"ש פוטר משום שאין חייבין קרבן היכא שנשבע על קנס, ובגמ' מבואר שטעמו של ת"ק הוא משום דס"ל שנתכוין לתבוע את הבושת והפגם דהוי ממונא, והקשה הקצה"ח דבכל זאת לפי הרמב"ם הדין נותן שיהי' פטור גם בכה"ג משום שדמי אדם הם כאדם, ובע"כ צ"ל שהרמב"ם סובר כתוס' שבן חורין לא הוקש לקרקע.

ושוב כתב הקצה"ח דבכל זאת אכתי קשה כי אע"פ שהיא עצמה הרי היא כמטלטלין אבל כיון ששמין את הפגם שלה כשפחה א"כ יש כאן דין קרקע כמו בדמי עלי וכמש"כ תוס' בקידושין

שצריכים עשרה כמו בשומת קרקע משום ששמין אותו כעבד כנעני שהוקש לקרקעות. וכן קשה משומת חבלות שהן כעבד כנעני לפי הרא"ש בריש פרק החובל ודלא כרש"י שם שכתב שהם כעבד עברי, דקשה לפי הרא"ש למה יש שבועת מודה במקצת לפי הרמב"ם באומר חבלת בי שתיים והוא אומר לו שחבל בו רק אחת הלא מכיון ששמין אותו כעבד כנעני שהוא כקרקע הדין נותן שיהי' נחשב דמי קרקע בגלל ששמין אותו כעבד אפילו אם בן חורין עצמו הוא כמטלטלין. ותי' דנהי שלענין דיני השומא יש לאדם דין של קרקע ובאומר דמי עלי צריכים לעשות את השומא כמו בקרקע דהיינו על ידי עשרה, אבל בכל זאת הוא עצמו הרי הוא כמטלטלין ולכן שפיר שייך על זה הדין של קרבן שבועה כי חשיב דמי מטלטלין.

ושוב הביא את הדין בשבועות דף ל"ו ע"ב שאם העבד תובע אותו הפלת את שיני אין דין של קרבן שבועה כי הוי קנס והקשו תוס' בכתובות דף מ"ב ע"א בד"ה הפלת וכו' דתיפוק לי' משום שעבד הוקש לקרקע ותירצו דאתי כרבי מאיר שסובר דשפיר נשבעין על העבדים כי הוי כמטלטלין, והקשה הקצה"ח דאכתי קשה על הרמב"ם כי הוא פוסק שאין נשבעין על העבדים ובכל זאת כתב את הטעם של קנס ולא את הטעם דהוה כקרקע. ותי' הקצה"ח כי באמת התביעה והשבועה בכה"ג חשיבי תביעה ושבועה על בן חורין, כי העבד תובע את האדון שהוא חייב לתת לו בן חורין, ונהי שהבן חורין ההוא יולד מהעבד שהי' להאדון, אבל תביעת העבד כלפי האדון היא שיתן לו בן

חורין, והאדון נשבע שאינו חייב לו בן חורין, ומש"ה חשיב שבועה על בן חורין ולא על עבר, אלא שאכתי קשה שגם בן חורין הרי הוא כקרקע, ועל זה כתב הקצה"ח דלפי דבריו לעיל לק"מ כי הרמב"ם סובר שבן חורין לא הוקש לקרקע (ועל תוס' נשאר קשה מאי מקשי הלא חשיב שבועה על בן חורין והם הרי סוברים בקידושין דף ז' שבן חורין לא איתקש לקרקע).

ועי' בחידושי הגר"ח על הרמב"ם בהל' טוען ונטען שהביא את קושיית הקצה"ח מאנסת את בתי דבושת ופגם קא תבע, דהקשה הקצה"ח שבכל זאת הרי לפי הרמב"ם דמי אדם הם כאדם ולמה יש דין קרבן שבועה. ועוד הקשה משבועות דף ל"ו ע"ב דתנן חבלת בי ועשית בי חבורה דנוהג דין קרבן שבועה, דגם על זה קשה דכיון שדמי אדם הם כאדם לפי הרמב"ם א"כ הדין נותן שיהי' פטור משום שאדם הוקש לקרקע. ועוד הקשה על הראב"ד למה לא הקשה הראב"ד מדין זה.

וכתב ליישב שצריכים להסתכל על הגורם להשבועה, ובזה שאני דין קרבן שבועה מהחויב שבועה של מודה במקצת, דבשבועת מודה במקצת חבלות הרי הגורם של השבועה הוא גוף האדם כי עיקר חיובו לשלם הוא על גוף האדם, ולכן עיקר חיוב שבועתו הוא לישבע על גוף האדם, ועל זה מיפטר כי אדם הוקש לקרקעות, ולכן גם על הדמים אינו נשבע כי הגורם להשבועה הוא עיקר חיובו על גוף האדם והרי על דבר זה ליכא חיוב שבועה, אבל לענין קרבן שבועה, התם הגורם להדין קרבן שבועה הוא עצם הדבר שטענו

שמחזיק בממון שהוא חייב לו, והוא נשבע על זה, והגורם לשבועתו שם הוא השאלה האם הוא מחזיק בממון שחייב לחבירו, והוא נשבע על כפירתו שאינו מחזיק ממון שחייב לחבירו, ולכן שפיר חייב קרבן שבועה כי דמי התשלומין הם מטלטלין.

ועוד חילק שבנוגע להחויב שבועה של מודה במקצת מכיון שהוא חייב לישבע א"כ צריכים לדון על מה הוא הדבר שמחייבו והרי הדבר ההוא הוא גוף האדם וכנה"ל, אבל בקרבן שבועה מכיון שנשבע מרצונו, צריכים להסתכל על מה הוא מדבר בתוך השבועה והרי בתוך השבועה הוא מדבר על חיוב תשלומין שהוא מטלטלין.

ושוב הקשה שלפ"ז יוצא ששבועת מודה במקצת לא תנהג בחבלות, כי התם החיוב שבועה הוא על מעשה שאירע באדם, והדמים שדנין עליו הרי הן תמורת אותו אדם, וא"כ מכיון שאדם הוקש לקרקע, הדין נותן שלא יהי' חיוב שבועה, ואילו הרמב"ם פסק דשפיר יש חיוב של שבועת מודה במקצת בחבלות.

ותי' תירוץ חדש שמישב את כל הקושיות הנ"ל מחבלות על הרמב"ם, והיינו דשאני חבלות שאין זה נקרא שהדמים הן תמורת האדם, כי בחבלות התשלומין אינן עבור הפסד שגרם, דהיינו תשלומי הפסד, אלא הרי הן גזירת הכתוב של תשלומין, ואינן כמו היכא שהזיק ממון. והוכיח כן מהא דמשלם בושת וצער אע"פ שאינם תשלומין בשביל הפסד ממון, וכן ממה שמשלם תשלומי שבת אע"פ דחשיב רק גרמא, דחזינן מכל זה שנאמר כאן גזירת הכתוב של תשלומין, וא"כ הה"נ שי"ל כן בנוגע לתשלומי נזק.

ועי' בספרי על ב"ק בח"א אות ס"א מה שהארכתי בענין יסודו הנ"ל של הגר"ח בתשלומי חבלות.

קעז) ת"ש דתני רמי בר חמא ארבעה שומרים צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת.

תירוץ למה צריכים פסוק שנשבע על זאת שטוען נאנסה, תיפוק לי' משום גלגול שבועה.

פי' דחייב שבועת השומרים שנאנסה רק אם חוץ מהפרה שהוא טוען עלי' נאנסה הרי הוא מודה בפרה אחת שהוא חייב לשלם וכן הרי הוא כופר בפרה אחת לומר להד"ם. ועי' ברמב"ן שהקשה דא"כ למה הוצרכה התורה לחדש שבועת השומרים על הפרה שהוא טוען עלי' נאנסה, הלא גם בלא זה הרי הוא חייב שבועת מודה במקצת על הפרה שהוא טוען עלי' להד"ם וכמש"כ גם תוס' בב"ק דף ק"ז ע"א שגם רמי בר חמא מודה ששומר חייב שבועה על כפירה והודאה בלי נאנסה, וא"כ שוב יצטרך לישבע על הפרה שהוא טוען עלי' נאנסה מדין גלגול שבועה (אבל מדין מודה במקצת רגיל אינו חייב לישבע על זאת שטוען עלי' נאנסה כי המפקיד תובע רק בשמא).

ותי' הרמב"ן בתירוץ הראשון שאה"נ, רק שלמעשה אין כאן פסוק מיותר כי צריכים את הפסוק לחדש שבועת מודה במקצת, ובאמת אין צריכים את הפסוק לחדש שבועת השומרים על הפרה שהוא טוען עלי' נאנסה מאחר שחייב כבר שבועת מודה במקצת על הפרה שהוא טוען עלי'

להד"ם. ולפי הדרך הזה לכאורה יוצא שאין שום צורך בשביל חיוב חדש של שבועת השומרים.

ועוד תי' דכתיבא שבועה גם על ההיא שטוען עלי' נאנסה כדי לחדש שאינו חייב כפל כשנמצא שהוא עצמו גנבה אלא כשנשבע שנגנבה בתורת שבועת הדיינים, כמו היכא שהיו ג' פרות, אבל אם נשבע מעצמו כשאין שם אלא פרה אחת ליכא כפל, ומשמע מלשונו שכדי להתחייב כפל אין צריכים לומר שחידש הפסוק שכשיש ג' פרות יש חיוב עצמי של שבועת השומרים על ההיא שטוען עלי' נגנבה, אלא סגי בזה שהוא נשבע משום גלגול כדי לחייבו בכפל של טוען טענת גנב וז"ל, דהרי לא בא הכתוב אלא לומר לך שאם נשבע שנגנב ונמצא שגנבו שישלם תשלומי כפל, ולמד דיני השבועות שאינו חייב שבועה ולא כפל בטוען טענת גנב בפני עצמו אא"כ הי' שם מודה במקצת שעליו הוא מתחייב שבועה עכ"ל.

ועוד הביא מהראב"ד דבעינן את החידוש שהוא נשבע שבועת השומרים על זאת שטוען עלי' נאנסה להיכא שמחל לו המפקיד על הפרה של כפירה. והנה לכאורה כוונת הראב"ד היא שאחרי שכפר מחל לו המפקיד את כל עיקר התביעה על הפרה של כפירה, דהיינו שהוא מוחל לו את הפרה השלישית אע"פ שלפי דבריו הרי הוא שפיר חייב לשלם, וכן איתא בחידושי הר"ן שמחל לו את כל החיוב. ולפ"ז יוצא שבכל זאת מכיון שהיתה כאן בתחילה תביעה על הפרה השלישית, וכפר בה ואמר להד"ם, הרי זה מספיק כדי לחייבו שבועת השומרים על זאת שהוא טוען עלי' נאנסה.

מיהו בריטב"א בהחידושים החדשים הובא פירוש כעין זה בדרך אחרת (אבל לא משמו של הראב"ד, ואדרבה להלן שם כתב שהראב"ד תי' בדרך אחרת, בלי להזכיר את הדרך), והיינו שמחל רק את החיוב שבועה של מודה במקצת אבל לא מחל את הפרה עצמה.

והנה אם נאמר דאירי כשמחל לו על עצם החיוב תשלומין על הפרה השלישית, א"כ יתכן שאם רק מחל לו את השבועה המקורית, אכתי יש חיוב של גלגול שבועה כיון שבתחילה הי' חייב לו שבועה, ורק היכא שמחל לו את עצם החיוב תשלומין אין כאן גלגול שבועה, ומאידך אם נאמר שאירי שמחל לו רק את השבועה ושאו אין גלגול שבועה ולכן צריכים קרא דשבועת שומרים, א"כ יתכן שאם מחל לו את כל עיקר התביעה אז גם שבועת שומרים אין כאן.

ועכ"פ לפי מה שכתבו תוס' להלן בדרך צ"ח ע"א באמצע ד"ה משכחת וכו' שרמי בר חמא אינו מחייב שומר על כפירה והודאה בלי נאנסה, ודלא כדבריהם בב"ק דף ק"ז, א"כ אין כאן התחלת קושיא, כי באמת אין כאן בכלל שום שבועה רגילה של מודה במקצת אלא רק שבועת השומרים על זאת שטוען עלי' נאנסה וא"כ לא שייך כאן גלגול שבועה.

וכן לא קשה לפי השיטה שהבאנו באות קס"ו שסוברת שכדי להתחייב גלגול שבועה צריכים שיתבע הבעל דין שישבע גלגול שבועה אבל ב"ד מעצמם אין מחייבים אותו לישבע, דלפ"ז צריכים את הדין של שבועת שומרים להיכא שהבעל דין לא ידע שיכול לגלגל עליו.

ובשט"מ בשם תלמיד הר"ף תי' דנפ"מ היכא שהשומר לא אמר בודאות שנאנסה אלא אמר איני יודע, דאי משום החיוב של גלגול שבועה לא הי' משלם כי על הגלגול שבועה לא אמרינן שאם אינו יכול לישבע משלם, אבל עכשיו שהוא חייב חיוב עצמי לישבע שנאנסה, שפיר אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ועי' בחו"מ בסוף סי' צ"ד שנפסק כהנ"ל שעל גלגול שבועה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

עוד יש לצייר נפ"מ על פי מה שמבואר בסעיף ד' שם דהיכא שאמר שישלם ואינו רוצה לישבע לפני שתבע לו את הטענות האחרות אין מגלגלין, וא"כ היכא שאמר שישלם את הפרה של כפירה כי אינו רוצה לישבע, לפני שתבע ממנו את הפרה של נאנסה, שפיר בעינן חיוב חדש של שבועת שומרים. מיהו לכאורה כיון שאמר שלא ישבע הרי זה כאילו מודה לו שחייב על זה, וא"כ תו ליכא פרה של כפירה בשעה שהוא טוען על השלישית נאנסה.

קעת) ארבעה שומרים צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת.

א. מנ"ל לרמי בר חמא שצריכים פרה של כפירה גמורה.

עי' בתוס' בדרך צ"ח ע"א בד"ה משכחת וכו' שכתבו באמצע הדיבור שרמי בר חמא ידע שצריכים כפירה במקצת והודאה במקצת מלבד זאת שטוען עלי' נגנבה או נאנסה כי כן היא משמעות הפסוק של כי הוא זה, דהא משמע שיש כאן שתי פרות חדא של הודאה וחדא של כפירה מלבד

הפרה שטוען עלי' נגנבה או נאנסה שהוזכרה לפני כן בהפרשה.

ולפ"ז יתכן שסגי בעוד פרה שטוען עלי' נאנסה ולא בעינן דוקא טענת להד"ם. מיהו מצד שני י"ל ששתים של נאנסה הרי הן כמו פרה אחת. ובאמת תוס' בב"ק דף ק"ז ע"א נקטו שלא סגי בשתים של נאנסה, שהרי הקשו על רמי בר חמא דיהי' פטור משבועה במיגו שהי' יכול לטעון נאנסה גם על ההיא דכפירה, הרי שבכה"ג הרי הוא פטור באמת ולא סגי בשתים של נאנסה.

ועכ"פ הריטב"א כאן כתב טעם אחר לרמי בר חמא, והיינו שאותה של טענת נאנסה לא חשיבא בגדר כפירה כי התובע טוען שמא, ואפילו אם הוא טוען ברי שמתה בפשיעה אבל בכל זאת בעינן כפירה דוגמת הכפירה של מלוה שהיא טענת להד"ם. ולפי הריטב"א ברור שלא סגי בשתים של נאנסה אלא צריכים בדוקא חדא של להד"ם.

ברם מה שכתב הריטב"א דבעינן כפירה גמורה כדי שיהא דומיא דהכפירה של מלוה צ"ע, דהא גם בנוגע לההודאה ניבעי כן והרי ההודאה של פקדון אינה דומה להודאה של מלוה כי ההודאה של פקדון מהותה היא הודאה שפשע ואינה דומה לההודאה של מלוה שמהותה היא הודאה שלוה ממנו כסף באמת, דזה דומה להודאה שהופקד אצלו. מיהו י"ל שרק להד"ם לעומת נאנסה חשיבי כפירות שאינן דומות כי הכפירה של להד"ם קיצונית יותר, אבל הודאה שלוה והודאה שפשע שוות הן. ועוד דאם נאמר ששומר מתחייב משעת הפקדון אז יוצא ששתי ההודאות דומות שפיר אהדדי, כי גם הודאה שפשע הרי

היא בגדר הודאה שנתחייב בשעת לקיחה כמו במלוה.

ב. מנא לי' לרמי בר חמא שמודה במקצת בהלואה חייב.

והנה הרמב"ן, וכן תוס' בב"ק דף ק"ז ע"א, כתבו שלפי רמי בר חמא ידעינן שחייבים שבועה על הודאה וכפירה במלוה במה מצינו מפקדון, כלומר דכי הוא זה כתיב רק בפקדון, וידעינן מודה במקצת במה מצינו מפקדון. מיהו נראה שמהריטב"א הנ"ל מוכח לא כן, שהרי כתב דהא דידע רמי בר חמא שצריכים כפירה גמורה הרי זה משום דבעינן דומיא דכפירת מלוה, והרי שייך לומר דבר זה רק אם ננקוט שהפסוק של כי הוא זה כתוב בשוה על שניהם דהיינו גם על מלוה ושהדין של מודה במקצת במלוה הוא דין נפרד עצמאי, אבל אם הוא גופו נלמד מפקדון לא שייך ללמוד דיני הכפירה בפקדון ממלוה. ולפ"ז הכוונה במה שרמי בר חמא סובר שאין עירוב פרשיות כתוב כאן היא שכי הוא זה קאי לא רק על מלוה לחוד ושרק עירוב פרשיות כתוב כאן, אלא קאי גם על פקדון, אבל לעולם קאי גם על מלוה.

ג. ביאור הציור בדף צ"ח של פרה אחת של כפירה ואחת של הודאה ואחת שטוען עלי' שכורה מתה.

והנה עי' בדף צ"ח ע"א דמבואר שלפי רמי בר חמא היכא שיש חדא דהודאה, וחדא דכפירה, וחדא שאומר עלי' ששכורה מתה ולא שאולה מתה, והתובע טוען ששאולה מתה, הרי הוא נשבע ששכורה מתה. וכתבו תוס' שמוכח משם שלפי רמי בר חמא אין השומר נשבע על

כפירה והודאה בלא נאנסה (ודלא כדבריהם בב"ק דף ק"ז ע"א), כי אילו שפיר נשבע למה צריכים בהציור הנ"ל ההיא דכפירה, הלא סגי בההיא דשכורה מתה, הרי דס"ל לתוס' שהשבועה ששכורה מתה אינה בגדר שבועת השומרים כמו היכא שנשבע שנאנסה, כי אילו כן לא הי' קשה מידי, אלא בודאי היינו צריכים ההיא דלהד"ם כמו שצריכים לה היכא שטוען נאנסה, וא"כ בע"כ צ"ל שטענת שכורה מתה הרי זה בגדר כפירה בעלמא, ומש"ה שפיר כתבו שאילו הי' סגי בכפירה והודאה בלא נאנסה, א"כ תיסקי בההיא דשכורה מתה, ובע"כ צ"ל שלא סגי בכפירה והודאה לחוד.

מיהו צ"ע דא"כ למה סגי בהג' פרות הלא אין כאן טענת נאנסה.

ובע"כ צ"ל שכוונת תוס' שם לא היתה שליכא בשומר שבועת מודה במקצת בלי טענת נאנסה, כלומר דאיכא בשומר רק חיוב שבועת שומרים, אלא כוונת תוס' היתה לומר שגם לשבועת מודה במקצת לא סגי בשומר בכפירה והודאה לחוד אלא בענין פרה שלישית, ומש"ה בענין שם ג' פרות, דהיינו ב' דכפירה וחדא דהודאה, או חדא דכפירה וב' דהודאה.

מיהו לכאורה ההיא דלהד"ם וההיא דשכורה מתה חשיבי שתיהן בגדר חד טענה, דהא שתיהן הן טענת להד"ם, דהיינו שלא קיבל אותן בשאלה, ומהו נפ"מ בזה שכאן הטעם הוא משום שלא קיבלה כלל וכאן הטעם הוא משום שקיבלה בשכירות ולא בשאלה, הלא בשתייהן הטענה היא שלא קיבלן בשאלה. וצ"ל דס"ל לתוס' דסגי בג' פרות וב' טענות, אלא שכבר

כתבנו בסק"א שלא נראה כן כי א"כ תיסקי בב' שנאנסה.

ועכ"פ בב"ק דף ק"ז לא כתבו תוס' כדבריהם בדף צ"ח כאן, אלא כתבו שרמי בר חמא סובר שמודה במקצת פקדון שפיר חייב שבועה, ורק בשביל לישבע שבועת שומרים על ההיא דטענת נאנסה צריכים עוד שתיים. ולפי דבריהם בב"ק צ"ל דההיא דשכורה מתה חשיב כמו טענת נאנסה ולכן צריכים עוד ב' פרות בהדה.

ונראה שאת הנידון הנ"ל אם שכורה מתה חשיב כטענת נאנסה יש לתלות באיך מגדירים את השבועת השומרים של נאנסה, דאם ההגדרה היא שבועה שקרה אונס א"כ לפ"ז שבועה ששכורה מתה אינה בגדר שבועת השומרים, כי שניהם מודים שנאנסה ואינו נשבע שנאנסה אלא שהי' שוכר, אבל אם ההגדרה היא שבועה שיש לו את הפטור של נאנסה א"כ גם שבועה ששכורה מתה הרי היא שבועה כזו, כי גם כוונת השבועה ששכורה מתה היא לומר שיש לו את הפטור של נאנסה.

קעט) ארבעה שומרים צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת.

בענין למה אין לו מיגו על ההיא דכפירה.

עי' בתוס' בב"ק דף ק"ז סוף ע"א שהקשו למה אינו נאמן במיגו שהי' יכול לומר נאנסה על הפרה של להד"ם. ותירצו תוס' שם דאיירי שהפרה שהוא אומר עלי' להד"ם איתא קמן, והרי הוא טוען שמעולם לא קיבל אותה בשמירה אלא הרי היא

שלו, וכיון שהיא לפנינו לא הי' יכול לומר עלי' נאנסה.

מיהו לכאורה זהו להיפך מהגמ' כאן שהסיקה שי"ל שרמי בר חמא איירי בטוען ג' פרות מסרתי לך ומתו כולן בפשיעה, דהא מזה מבואר שאינן קמן אלא יתכן שמתו באמת.

ועי' בשט"מ כאן בד"ה צריכים וכו' בשם גליון שהקשה כן, ותי' שלפי האוקימתא הזאת בסוגיין י"ל שאין לו מיגו כי איירי שיש עדים שאחת מתה בפשיעה, רק שהוא אומר שזאת שמתה בפשיעה היתה שלו ומעולם לא קיבלה בשמירה, וזהו הכוונה במה שהוא אומר להד"ם, וא"כ מכיון שיש עדים שמתה בפשיעה לא הי' יכול לומר שנאנסה. מיהו צ"ע דאכתי יש לו מיגו כי הי' יכול להודות על זאת שהעדים מעידים עלי' ולומר נאנסה על השתים האחרות. וי"ל משום דהוי מיגו מממון לממון.

קפ) ארבעה שומרים צריכין כפירה במקצת והודאה במקצת.

שיטות הראשונים בדעת ר' חייא בר יוסף שחולק על רמי בר חמא.

הנה בב"ק דף ק"ז ע"א מייתנין שר' חייא בר יוסף שסובר עירוב פרשיות כתוב כאן הרי הוא חולק על רמי בר חמא וסובר שבשומר שטוען נאנסה לא בעינן כפירה והודאה, דהיינו ג' פרות, אלא הציור של כפירה והודאה איירי במלוה. ויש ג' שיטות שם בענין מה סובר ר' חייא בר יוסף בפקדון, דרש"י שם מפרש שהוא סובר שבפקדון גם כשהתובע תובע רק פרה אחת

והנתבע כופר הכל או שטוען נאנסה הרי הוא נשבע כי בפקדון כופר הכל חייב שבועה כי הוא שפיר מעיז כיון שהתובע לא עשה לו טובה. והריב"א סובר שהטעם למה בפקדון הרי הוא מעיז וטוען נאנסה אינו מפני שהמפקיד לא עשה לו טובה אלא מפני שהמפקיד אינו מכיר בשקרו, שהרי המפקיד אינו יודע אם נאנסה או לא, ולכן היכא שיש רק פרה אחת והשומר טוען נאנסה הרי הוא חייב שבועה אע"פ שכפר בכל, אבל היכא שהוא טוען להד"ם אינו חייב שבועה כי בכה"ג אמרינן גם בפקדון שאין אדם מעיז פניו, וביאר הש"ך בסי' ע"ב שגם בטענת נאנסה הרי הוא חייב שבועה בכופר הכל רק היכא שהמפקיד טען שמא, אבל היכא שהוא טוען ברי לי שמתה בפשיעה הרי השומר פטור כי אמרינן שאין אדם מעיז פניו כמו בטענת להד"ם.

ובין לפי רש"י ובין לפי הריב"א יוצא שהם סוברים שלפי ר' חייא בר יוסף כי הוא זה לא קאי בכלל על פקדון, אלא הדין של פקדון תלוי בסברא לחוד, דהיינו שתלוי באם שייך לומר אין אדם מעיז או לא, דהיכא ששייך לומר אין אדם מעיז הרי הוא פטור משבועה, אבל היכא שיש אפשרות שהוא מעיז הרי הוא שפיר חייב שבועה.

ודעת ר"ת היא שגם לפי ר' חייא בר יוסף צריכים תמיד בפקדון הודאה במקצת, והיינו משום שהוא סובר שכי הוא זה מוסיף פרה דהודאה גם בפקדון וגם במלוה, רק שאין צריכים עוד פרה שלישי בשביל כפירה. מיהו לכאורה יש להקשות על ר"ת למה אינו נאמן במיגו שהי' יכול

לומר נאנסה על ההיא דהודאה דאז הי' בגדר כופר הכל ופטור משבועה, והכא שפיר מעיז כי אינו מכיר בשקרו וכן לא עשה לו טובה. ודוחק לומר דאיירי שבועת שומרים דוקא היכא שמכיר בשקרו וטוען בודאות שמתה בפשיעה. ואולי י"ל שר"ת סובר שלכפור הכל מיקרי העזה גם בלא מכיר בשקרו וכן גם בלא עשה לו טובה. גם יש לתרץ דאיירי באיכא עדים שמתה אחת בפשיעה כמו שהבאנו בהאות הקודמת מהשט"מ בשם הגליון.

קפא) היכי דמי לאו דאמר ל"י הילך.

סברת הס"ד דאיירי שההיא דהודאה נמצאת קמן.

ומתריצין דאיירי שטענו שכל הג' מתו בפשיעה, והוא מודה לו על אחת שמתה בפשיעה וא"כ ליכא הילך. והעיר הפ"י מה הי' הס"ד להעמיד כשההיא דהודאה נמצאת קמן ולא להעמיד שמודה שמתה בפשיעה, ועוד למה הקפיד התרצן לפרט את התביעה של המפקיד שטוען שמתו בפשיעה.

ותי' הפ"י משום שהס"ד הי' שאם איירי שהפרה של הודאה אינה בעין אלא מתה בפשיעה א"כ יש להשומר מיגו שהי' יכול לומר נאנסה במקום להודות שמתה בפשיעה. מיהו לא הבנתי כי אילו הי' טוען על ההיא דהודאה שנאנסה א"כ הי' עושה את עצמו בכפירתו של להד"ם על השלישית לגדר של כופר הכל, כי אז הי' יוצא שהוא כופר בלי שום הודאה, והרי זה בגדר העזה כיון שהתובע יודע שהוא משקר, ואין אדם מעיז, וא"כ אין כאן מיגו.

והנה הפ"י כתב בתוך לשונו שהי' יכול לומר על שלשתן שנאנסו, ונראה שכתב כן כדי להוריד את העזה כי כשהוא טוען נאנסה ושלא מתה בפשיעה אין התובע מכיר בשקרו וכהנ"ל (ותוס' בב"ק דף ק"ז סוף ע"א כתבו שבע"כ צ"ל שההיא דכפירה היא קמן כי אל"כ יש לו מיגו שהי' יכול לומר עלי' נאנסה).

ועכ"פ הפ"י הוסיף לבאר שנגד הס"ד הנ"ל מתריצין שהתובע טוען בודאות שמתו כולם בפשיעה אשר מעתה כבר אין לו מיגו שהי' יכול לומר שמתו כולם באונס כי התובע שטוען בודאות שמתו בפשיעה מכיר בשקרו של השומר.

ברם לכאורה ה"ה שהי' אפשר לדחות את הס"ד ולומר שההיא דהודאה אינה קמן, ושכל זאת אין לו מיגו לומר על כולן נאנסו, והיינו ע"י לומר שההיא דכפירה היא שפיר קמן אשר מעתה אין לו מיגו שהי' יכול לומר נאנסה על ההיא דהודאה כי ע"י זה הי' עושה את עצמו כופר הכל על ההיא דכפירה בדרך שמכיר בשקרו והוי העזה.

והנה עוד י"ל בביאור הס"ד שנקט שההיא דהודאה היא קמן, דלעולם י"ל דה"ה שאפשר לומר דאיירי גם במודה שמתה בפשיעה (ודלא כדרכו הנ"ל של הפ"י שבכה"ג יש לו מיגו שהי' יכול לומר שכולן נאנסו, כי י"ל שאין לו מיגו כי איירי שההיא דכפירה היא קמן), רק דס"ד שבע"כ צ"ל דאיירי גם באופן שמודה והיא קמן, כי אם נאמר דאיירי הפרשה דוקא כשאינה בעין אלא מתה בפשיעה א"כ הגבלנו את הפרשה ונדחקנו להעמידה

בציור מיוחד דוקא, ואילו בפשטות משמע דאיירי בכל האופנים.

קפב) היכי דמי לאו דאמר לו הילך.

ע' בשו"ת נוב"ת בחלק חו"מ סי' כ"ח שהיא תשובה מבן המחבר שהקשה דאולי רב ששת סובר כר' חייא בר יוסף שעירוב פרשיות כתוב כאן ולא בעינן ההיא דהודאה לפי רש"י אלא גם כופר הכל חייב. ותי' דהנה הציור של הילך לפי רש"י הוא בפקדון, דהיינו שאומר לו הרי הוא שלך בכל מקום שהוא, וא"כ אי אפשר לומר שרב ששת סובר כר' חייא בר יוסף כי הטעם למה רב ששת פוטר הילך הרי זה כי הוא מחשיבו כופר הכל וא"כ בע"כ צ"ל דס"ל שכופר הכל בפקדון פטור וכרמי בר חמא. ושוב דחה שאכתי קשה כי אכתי י"ל שרב ששת סובר כר' חייא בר יוסף שסובר שעירוב פרשיות כתוב כאן ושכופר הכל בפקדון חייב, רק שהציור של הילך שאמר רב ששת שהוא פטור הוא כשטענו מלוה ופקדון והודה לו בפקדון ואמר הילך וכפר בהמלוה, דכופר הכל במלוה פטור עיי"ש באריכות.

קפג) רש"י ד"ה לאו.

בענין אם כדי להחשב הילך צריכים שיהי' מונח לפנינו בב"ד.

וז"ל, דקיימא קמן ואמר לי' קחנה בכל מקום שהיא דהיינו הילך עכ"ל. הנה חזינן שרש"י כתב שקיימא קמן, ובכל זאת סיים "קחנה בכל מקום שהיא", ומזה יוצא

שכוונתו ב"קמן" אינה דוקא לפנינו ממש בב"ד, אלא הכוונה היא רק שהיא קיימת בעין ונמצאת לפני עין שכלנו, ולאפוקי שלא הלכה לאיבוד. ומעתה לפ"ז אין מקום להדיוקים שדייקנו לעיל באות קל"ז סק"א מרש"י לעיל בדף ד' ע"ב בד"ה דומיא דכלים וקרקעות, וכן בדף ד' ע"א בד"ה והא הכא, שכתב שהיא "לפנינו" שהילך הוא רק כשהחפץ הוא לפנינו בב"ד, די"ל שבאמת גם שם לא נתכוון רש"י לומר לפנינו ממש. ועכ"פ בדף ד' ע"ב כתב רש"י "מונחים לפנינו", ומהמלה "מונחים" משמע יותר לפנינו ממש.

קפד) תד"ה שומר חנם.

בענין בעליו עמו.

וז"ל, שומר חנם פטור מכל חוץ מפשיעה, ושואל חייב בכל חוץ ממתה מחמת מלאכה, ונושא שכר והשוכר במקצת חייב ובמקצת פטור וכו' עכ"ל. והנה יש לעיין למה לא הזכירו תוס' גם ששואל פטור בציור של בעליו עמו, ואי משום שכל השומרים פטורים הלא גם מה שכתבו ששומר חנם חייב בפשיעה הרי זה נוהג בכל השומרים.

וי"ל שלא נקט התנא בעליו עמו כי נקט רק דברים הנולדים שאירעו בתוך ימי השמירה, ולא בעליו עמו שהוא מצב שקיים כבר בתחילת ההפקדה.

גם יש ליישב על פי יסודו של הגר"ח, הובא בברכת שמואל על ב"ק בסי' ל"ב, שהמ"ד שסובר שפשיעה בבעלים פטור הרי הוא סובר שהיכא שהיו בעליו עמו

אינו נחשב בכלל בגדר שומר*), וא"כ י"ל שמשום כך לא נקטו תוס' שמירה בבעלים כי אינו ציור ששואל פטור, אלא אינו נחשב בכלל בגדר שואל, ותוס' סידרו דבריהם אליבא דהלכתא שפשיעה בבעלים פטור, אבל לפי המ"ד שסובר שפשיעה בבעלים חייב משום ששפיר נחשב שומר, אה"נ אפשר לומר ששואל חייב בכל דהיינו דגם פשיעה וגם גניבה ואבידה ואונסין ואינו פטור אלא על מתה מחמת מלאכה וכן על גניבה ואבידה ואונסין כשבעליו עמו.

קפה) וחד למודה ממין הטענה.

בענין טעמם של רבנן.

וכן בענין אם הם יודעים את טעמם הנ"ל מסברא או ממיעוטא דקרא.

וכן בענין אם רבן גמליאל מחייב גם בתשלומין.

הנה בגמ' אמרינן חד למודה ממין הטענה, פ"י דצריכים פסוק אחד כדי לומר שטענו חטין והודה לו בשעורין פטור. וצ"ע דהא כבר ביארו הראשונים שהטעם למה הוא פטור הרי זה מצד הסברא, דהיינו או משום דמשטה הוא בו בזה שמודה לו בשעורין, או משום דכיון

שהתובע תבע רק חטין הרי זה בגדר מחילה על השעורין, או משום דחשיב שהתובע עושה הודאת בעל דין שהנתבע אינו חייב לו שעורין, וא"כ למה לי קרא. מיהו י"ל בפשיטות שאין הסברות פשוטות כל כך, שהרי חזינן שכל אחד לית לי הסברא של חברו, ועוד דהא חזינן שר"ג מחייב ופירשו תוס' בחד פירושא שהוא מחייב לשלם את השעורין ודלא כהסברות הנ"ל, וא"כ גם מזה חזינן שאין הסברות הנ"ל פשוטות כל כך, וא"כ י"ל שצריכים את הפסוק כדי להשמיענו סברות אלו, ושבלא הפסוק לא היינו יודעים אותן (ועי' כעין זה בתוס' בשבועות סוף דף כ"ב).

גם י"ל דהנה תוס' בשבועות דף מ' ע"א בד"ה והודה וכו' כתבו בדרכם השני דמה שר"ג מחייב הרי זה רק שבועה, אבל הרי הוא מודה שפטור מלשלם דמי שעורין, וחזינן מדבריהם ששייך לומר שאע"פ שפטור מלשלם דמי שעורין אבל בכל זאת הרי הוא חייב שבועה, וא"כ י"ל שלפי רבנן באמת אין צריכים פסוק כדי לפוטרו מלשלם דמי שעורין אלא הרי זה מצד הסברא לחוד, רק שצריכים פסוק כדי לומר שאינו חייב שבועה.

והנה שוב אמרינן בגמ' ואידך, כלומר אבוא דר"א, מודה ממין הטענה לית לי

בזה סובר הרמב"ם שעל פשיעה הרי הוא שפיר חייב, כי כיון שהוא נשאר שומר הרי הוא חייב לשמור, ולכן הרי הוא נחשב מזיק אם הוא פושע ואינו שומר, אבל הציור של בעליו עמו נתמעט מכל עיקר השם של שומר, ולכן אינו חייב לשמור, וממילא הרי הוא פטור אפילו מפשיעה. ולפ"ז יוצא שהמ"ד שמחייב פשיעה בבעלים הרי הוא סובר שגם הפטור של בעליו עמו הוא רק בנוגע לחיובי תשלומין של שומר ולא לענין השמירה.

*) הנה דברי הגר"ח נאמרו כדי ליישב את דברי הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ג שפסק שאע"פ שליכא חיובי תשלומין של שמירה על קרקעות אבל על פשיעה הרי הוא שפיר חייב כי פושע חייב משום מזיק, והקשה הראב"ד שהרי הרמב"ם פוסק כהמ"ד שפשיעה בבעלים פטור, וא"כ מ"ש הפטור של בעליו עמו מהפטור של קרקעות, ועל זה אמר הגר"ח שבהציור של קרקעות הרי הוא שפיר נחשב בגדר שומר רק שנתמעט מחיובי תשלומין, וא"כ

וסבר ל' כר"ג וכו'. והגר"א מוחק הא דאיתא שסובר כר"ג, וי"ל דהיינו משום שלעולם י"ל שהוא סובר כרבנן רק דס"ל כמו שהערנו שאין צריכים פסוק לזה (וסבירא להו שאין צריכים את הפסוק אפילו למעטו משבועה כי מצד הסברא לחוד הרי הוא פטור משום שאין זה נקרא הודאה כיון שאינו חייב לשלם), אלא הפסוק בא למעט ר"ח קמייתא.

גם יש לישב את מה שהערנו למה צריכים פסוק כדי למעט הודאה שאינה ממין הטענה, דאין הכוונה למעט את הציוור של טענו חטין והודה לו בשעורין, כי באמת לזה אין צריכים פסוק, אלא הכוונה היא לטענו חטין ושעורין והודה לו באחד מהן, דאפילו זה פטור, ובאמת יש מ"ד בשבועות דף ל"ח שסובר שהוא פטור, ועל זה אמרינן שרבי חייא לומד מקרא דפטור, ואבוה דרב אפוטריקי סובר שחייב, וגם לפ"ז אתי שפיר הגהת הגר"א כי אין זה ענין לרבן גמליאל.

שו"ר שהבית הלוי בח"ג ס"י מ"א כתב כעיקר הדברים הנ"ל שכתבנו, דהנה תוס' בשבועות שם הביאו את דברי רבה בר נתן בב"ק דף ל"ה ע"ב שרבנן פוטרים גם מלשלם ולא רק משבועה, והקשו תוס' מנ"ל לרבה בר נתן כן אולי רבנן פוטרים רק משבועה אבל לעולם הרי הם מחייבים בתשלומין וכמו שעושה רבן גמליאל, ופליגי עם רבן גמליאל רק לענין אם הוא חייב שבועה, ובדרכם הראשון כתבו דמשמע ל' לרבה בר נתן מהלשון של פטור שאמרו רבנן שהוא פטור לגמרי ואפילו מתשלומין, ובדרכם השני כתבו שכן ס"ל לרבה בר נתן עצמו מצד הסברא

ושאפילו רבן גמליאל פוטר מלשלם. והקשה הבית הלוי על דרכם הראשון דאכתי קשה על רבנן עצמם דמכיון שמצד הסברא יתכן שהוא חייב לשלם מנא להו שהפסוק בא לפוטרו גם מתשלומין, אולי בא לפוטרו רק משבועה, וכתב הבית הלוי שצ"ל שתוס' בדרכם הראשון סוברים שאע"פ שרבן גמליאל מחייב בתשלומין אבל רבנן פוטרים מתשלומין מצד הסברא, ומעתה צ"ע למה צריכים רבנן את הפסוק (דאין לומר כדי לפוטרו משבועה כי כיון שפטור מתשלומין פשיטא שאין שבועה כי לא חזינן לפי הדרך זה שר"ג סובר ששייך לחייב שבועה גם כשפטור מתשלומין), וכתב הבית הלוי שי"ל שהפסוק בא לפטור משבועה היכא שטענו חטין בתאריך אחד והודה לו בשעורין בתאריך אחר דבכה"ג כתב הרא"ש בסוף פרק המניח דחייב לשלם, רק שבכל זאת רבנן פוטרים אותו משבועה וידעינן כן מהרישא של המשנה בשבועות שם דאיתא ששלא ממין הטענה פטור, אלא שהקשה הבית הלוי דא"כ למה אמרינן שאבוה דר"א סובר כר"ג שטענו חטין והודה לו בשעורין חייב לשלם, הלא הוא יכול לסבור גם כהדין של רבנן בהמשנה שם שטענו חטין והודה לו בשעורין פטור מלשלם כיון שיודעים את הדין הנ"ל מסברא ואין צריכים את הפסוק לדבר זה. וכתב דצ"ל שהכוונה היא שאבוה דר"א ס"ל כר"ג בעיקר הדין שלא בעינן ממין הטענה, דהא חזינן מיהא מדברי ר"ג שאין צריכים ממין הטענה, ולכן אינו ממעט את ציורו של הרא"ש משבועה, וכן סובר אבוה דר"א ולכן לא בעינן קרא לממין הטענה, אבל לעולם

בהציוור הרגיל של טענו חטין והודה לו בשעורין הרי הוא יכול לסבור גם כרבנן דפטור מצד הסברא מלשלם. ושוב הביא שמחק הגר"א את הגירסא שלפנינו דגרסינן וסבר ל"י כר"ג וגרס הגר"א רק שהודאה ממין הטענה לית ל"י, וכתב הבית הלוי שלפי גירסא זו "אתי ת"י התוס' ברווחה בלא שום דוחק". ועוד כתב כהדרך שכוונת הגמ' כאן בחד להודאה ממין הטענה היא שרבי חייא סובר שהפסוק בא למעט משבועה את הציוור של טענו חטין ושעורין והודה לו באחד מהן ולמימר דפטור, והעיר שגם לפ"ז צריכים להגיה כהגהת הגר"א.

ועוד כתב הבית הלוי שלפ"ז יוצא שלפי התי' הראשון של תוס' א"א לומר ביחד את הדברים דלהלן: א', שטענו חטין והודה לו בשעורין פטור גם מלשלם, ב', כרבי חייא, ג', דלא כהרא"ש בהמניח אלא שגם בטענו חטין בתאריך אחד והודה בשעורין בתאריך אחר פטור מלשלם, וד', שטענו חטין ושעורין והודה לו באחד מהן חייב שבועה, כי לפ"ז יוצא שאין צריכים את המיעוט, והא דפסקינן בשו"ע ונו"כ ככל הדברים הנ"ל י"ל שזהו כתי' השני של תוס' שהי' מקום לחייב שבועה אע"פ שהוא פטור מלשלם וכמו שעושה ר"ג ולכן צריכים את הפסוק לומר שטענו חטין והודה לו בשעורין פטור משבועה.

ועכ"פ לכאורה גם לפי התי' הראשון של תוס' י"ל שהי' סברא לומר שאפילו אם הוא פטור מלשלם הרי הוא חייב שבועה ושלכן צריכים את הפסוק לפטור גם משבועה. אלא דצ"ע לפ"ז מנ"ל באמת שר"ג מחייב גם לשלם, אולי הרי הוא

פטור מלשלם ובכל זאת הרי הוא מחייב שבועה, דהא אזלינן שגם לפי התי' הראשון של תוס' יש מקום מצד הסברא לומר דבר זה ושלכן צריכים פסוק לפי רבנן. מיהו י"ל שכמו שמשמע שרבנן פוטרים לחלוטין דהיינו גם מלשלם, כמו כן משמע שר"ג מחייב לחלוטין דהיינו גם לשלם. ועי' בבית הלוי שם שכתב גם הוא דרך זה בדרבנן, אלא שכתב טעם אחר למה לא ס"ל להת' הראשון שלפי ר"ג חייב רק שבועה עיי"ש בדרכו המפולפל בד"ה והנה עוד וכו'.

קפו) בענין טענו חטין והודה לו בשעורין.

סברת רבן גמליאל לפי הדרך שהוא פטור מתשלומין ומחייב רק שבועה.

עיין בשבועות דף מ' ע"א בתוס' ד"ה והודה שכתבו בדרכם השני שלעולם גם ר"ג מודה שהוא פטור מלשלם דמי שעורין ואינו מחייב אלא שבועה לחוד עכ"ד. וגם בבב"ק דף ל"ה ע"ב כתבו תוס' בדרכם השני שם דרך זה בהבנת דברי ר"ג. ולכאורה מוכח דס"ל לר"ג דחשיב מודה במקצת משום הודאה בפה לחוד אע"פ שאין ההודאה מחייבת אותו ממונ' (וכן ביאר דבריהם בן המחבר בחי' הגרש"ש בסי' ל"א אות א').

והקשה הקובץ ביאורים כאן באות י"ט, דמכיון שהוא פטור מלשלם א"כ הדין נותן שיהי' פטור משבועה בק"ו מהילך.

ברם יש לחלק דהכא חשיבא הודאתו בגדר מעשה גמור של הודאה, ונהי שאינו מתחייב כלום כיון דאיכא הודאת בעל דין כנגדו, אבל מ"מ הרי עשה מעשה הודאה

ואמר מלים של הודאה, אבל היכא שאמר הילך א"כ חשיב בגדר כופר הכל כי כיון שהוא נותן לו אין זה נקרא בגדר הודאה ושהוא אומר מלים של הודאה, ולכן הרי הוא פטור משבועה. מיהו באות קנ"ז סק"א כתבנו שהילך מיקרי שפיר בגדר מלים של הודאה עיי"ש.

שו"ר בבית הלוי בח"ג סי' מ"א שר"ל באמת שתירוצם הראשון של תוס' סובר שאם ר"ג סובר שהוא פטור מלשלם שעורין א"כ ה"ה שהי' צריך להיות פטור גם משבועה משום דהוי כהילך, ואילו התי' השני של תוס' סובר שעדיף מהילך עיי"ש. והנה לפי הרמ"ה דס"ל שטענו חיטין והודה לו בשעורין פטור מלשלם משום טעמא דמשטה אני כך במה שהודיתי שעורין א"כ בודאי א"א לומר כסברת תוס' הנ"ל בדברי ר"ג דהא לפי הרמ"ה יוצא שמכיון שפוטור ר"ג מלשלם משום סברת משטה אני כך א"כ גם מעשה הודאה בפה ליכא, וא"כ בודאי לא שייך לומר שהוא חייב שבועה. ועיי"ן עוד בקצה"ח בסי' פ"ח בסוף סק"י שכתב שגם לא יתכן דבריהם של תוס' לפי הטעם של מחילה, שהרי מכיון שהתובע מחל לו, לא שייך בכלל לקרותו הודאה ולחייבו בשבועה, וא"כ בע"כ צ"ל שתוס' אזלי רק לפי הטעם של הודאת בע"ד וכמו שנקטנו לעיל.

מיהו הקצה"ח שם כתב ביאור אחר בענין למה הוא מתחייב שבועה בכה"ג אע"פ שהוא פטור מממון ודלא כהביאור שכתבנו שהוא משום שעשה מעשה הודאה, דעיי"ש בקצה"ח שכתב שהוא משום שהמודה בשעורין חייב לשלם את השעורין מדיני שמים, וזה שנתחייב מיהא

בד"ש סגי למיחשבי' מודה במקצת. מיהו דברי הקצה"ח צ"ע כי הוא עצמו ציי"ן לדבריו בסי' פ"ז סקכ"ג, ואילו המעיין בדבריו בסי' פ"ז שם יראה שכתב שם דרך אחרת, והיינו שהיכא שעל מה שהודה הרי הוא פטור משום קים לי' בדרכה מיני' הרי הוא בכל זאת חייב לישבע על מה שהוא כופר משום שבקלב"מ הרי הוא חייב באמת מדינא רק שגזירת הכתוב היא שב"ד לא יגבו ממנו, והרי זה כמו היכא שהוא חייב אבל הוא גבר אלים שאי אפשר לגבות ממנו עכ"ד, ומעתה לפי מה שדימה הקצה"ח טענו חיטין והודה לו בשעורין לקלב"מ צ"ל שבטענו חיטין והודה לו בשעורין הרי הוא חייב באמת לשלם בחיוב גמור כיון שיודע האמת שהוא חייב לו, רק שאין ב"ד יכולים לדונו, ומש"ה סגי בהודאה כזו בשביל מודה במקצת, אבל היכא שחייב באמת רק מדיני שמים וכמו בגרמא בניזקין אין זה מספיק בשביל מודה במקצת.

קפז) בענין הנ"ל.

והנה הקובץ ביאורים כאן באות י"ט הביא שהקשה הקצה"ח על תוס' איך שייך לומר שלפי ר"ג יש כאן חיוב שבועה אע"פ שהוא פטור מממון, הלא מכיון שהוא פטור מממון, הה"נ שהוא פטור משבועה, דהא רש"י בקידושין דף ס"ה כתב שהודאת בעל דין כמאה עדים ילפינן מכי הוא זה, וביאר הקובץ ביאורים שכוונת הקצה"ח היא דאי לאו שנאמן על עצמו לא היתה התורה מחייבתו שבועה, וא"כ מכיון שסובר ר"ג שהוא פטור מדמי שעורין ואין זה הודאה המחייבת איך הוא

מחייבו שבועה, ואם יתכן חיוב שבועה בלי שיהי' חייב ממון א"כ מה היא הראי' מכי הוא זה שהודאת בעל דין מחייבת ממון. ותני' הקובץ ביאורים שתוס' אזלי לפי הטעם של מחילה אשר לפ"ז שפיר מיקרי שיש כאן הודאת בעל דין המחייבת כי שפיר מאמינים להודאתו, רק שמשום סיבה צדדית הרי הוא פטור, דהיינו משום שיש מחילה כנגדו, ועל זה הקשה עוד הקו"ב דהא מכיון שמחל לו כבר קודם שהודה א"כ אין זה נחשב בגדר הודאה. מיהו כבר הבאנו בהאות הקודמת שהקצה"ח בעצמו דחה מטעם זה את הסברא של מחילה מכוונת תוס'.

קפח) תד"ה רבי חייא תנא הוא ופליג.

וז"ל, אי גרס לעיל אמר רבי חייא אתי שפיר, ואפילו אי גרסינן תני רבי חייא י"ל דהכי קאמר דאפילו לא הוה ברייתא תנא הוא ופליג עכ"ל. ובפשטות כוונתם היא כן, דאם גרסינן אמר רבי חייא, ורבי חייא עצמו אמר כן, א"כ בודאי ניחא מאי דאמרינן שתנא הוא ופליג, אלא אפילו אם לא אמר כן מעצמו, אלא הביא ברייתא שאומרת כן, אבל בכל זאת אתי שפיר מאי דאמרינן שר"ח תנא הוא ופליג, כי הכוונה היא שאפילו אם לא הי' ברייתא, אלא הי' הוא עצמו אומר כן, אבל הרי גם הוא עצמו יכול לחלוק. מיהו לכאורה אין הדבר מובן, דמאי איכפת לן מה הי' אם הוא עצמו הי' האומר כן, הלא למעשה לא הוא אמר כן אלא הביא ברייתא שאומרת כן. וביותר יש לפרש כוונתם, דהנה הלשון של תנא הוא ופליג פירושו הוא שאע"פ

שהוא אומר כן בתוך מימרא, והרי הוא נראה אמורא ולא תנא, אבל בכל זאת יש לו מדריגת תנא ופליג, ומעתה י"ל שכוונת תוס' היא כך, דלעולם גם אם גרסינן תני רבי חייא הכוונה היא שרבי חייא עצמו אמר כן, והכוונה ב"תני" היא שרבי חייא קבע כן בתוך ברייתא (כי רבי חייא לא נהג להביא ברייתות אחרות כמו שאמוראים עושים), וא"כ כוונת תוס' היא כך, דאם גרסינן אמר רבי חייא, דהיינו שאמר כן בתור מימרא ולא קבע כן בתוך ברייתא, א"כ אז ניחא בפשטות הלשון של תנא הוא ופליג, כלומר אע"פ שהוא נראה אמורא אבל בכל זאת תנא הוא ופליג, אבל אם אמר כן בתוך ברייתא א"כ אז הרי הוא נראה באמת כמו תנא, רק שנקטו לשון של תנא הוא ופליג, שהוא לשון שמתאים להיכא שהוא אומר כן בתור מימרא, כי גם אילו הי' אומר כן בתור מימרא הי' יכול לחלוק, ועכשיו לא קשה כל כך כיון שהכל הוא אודות רבי חייא עצמו.

והנה עי' בנדה דף כ"ו ע"א דמיייתינן שרבי חייא קאמר שאזוב צריך להיות טפח. ובתחילה חשבו ש"תני" רבי חייא כן, ושהוא ברייתא, ושוב קאמר אביי ש"אמר" רבי חייא כן, בתור מימרא, וכתב רש"י וז"ל, אמר אביי לא תימא תני רבי חייא אזוב טפח דמשמע מתני' היא, אלא אימא אמר ר' חייא ומנפשי' קאמרה, ורבי חייא תנא ואמורא הוא, והיכא דאמר מנפשי' בלשון מימרא הוא שמעתא עכ"ל. ויש לעיין מה היא כוונת רש"י. וי"ל שכוונתו היא שלפעמים היתה לרבי חייא המדריגה של תנא, ולפעמים היתה לו המדריגה של אמורא, וכשאימא בגמ' תני רבי חייא

הכוונה היא לדברי רבי חייא עצמו ושומר את הדבר ההוא עם מדריגת תנא, וממילא הרי הוא יכול לחלוק בזה על תנא אחר וכן אין אמורא יכול לחלוק עליו, אבל כשאייתא אמר רבי חייא הכוונה היא שאמר את הדבר ההוא רק עם מדריגת אמורא. ולפ"ז צריכים לגרוס אצלינו תני רבי חייא ולפרש ש"תנא הוא ופליג" כי אמר כן בתוך ברייתא, דהיינו עם המדריגה של תנא. מיהו לפי פירושנו הנ"ל בדברי רש"י לא אתי שפיר מה שכתב רש"י שהיכא שאיתא אמר רבי חייא הכוונה היא ש"מנפשי" קאמר, דהא לפי הנ"ל גם כשאייתא "תני" רבי חייא הכוונה היא שאמר כן מנפשי.

ויש לבאר כוונת רש"י בנדה בדרך אחרת, והיינו דהיכא שאיתא "תני" רבי חייא אין זה דברי עצמו, אבל היכא שאיתא אמר רבי חייא אז הרי זה שפיר דברי עצמו, ומצד אחד רבי חייא הוא כמו תנא כי הוא מוסר לנו דברי התנאים ע"י שמביא ברייתות, ומצד שני הרי הוא אמורא, וכשאומר כן מעצמו, דהיינו היכא שאיתא "אמר" רבי חייא, הרי זה דברי עצמו ויש לו דין אמורא. ברם לפ"ז יוצא שהוא עצמו אינו יכול לחלוק על תנא, דהא לפי דרכנו עכשיו זהו כוונת רש"י במה שכתב שאמורא הוא, וא"כ הרי זה להיפך מסוגיא דידן שתנא הוא ופליג. ועוד דדוחק מאד לומר שנקרא תנא בגלל שהוא מביא דברי תנאים.

לכן נראה שכוונת רש"י היא כך, דלעולם "תני" רבי חייא אינו דברי עצמו, אבל "אמר" רבי חייא הוא דברי עצמו, וכשהוא אומר דברי עצמו יש לו בין דין

תנא ובין דין אמורא, דמצד אחד יש לו דין תנא בזה שהוא יכול לחלוק על אחרים כדאייתא בב"מ כאן, אבל מצד שני יש לו דין אמורא בזה שאחרים יכולים לחלוק עליו.

מיהו מתוס' בכתובות דף ח' סוף ע"א מוכח דלא כהדרך הנ"ל שכתבנו בכוונת רש"י, אלא הרי הם סוברים דהיכא שאמרינן שתנא הוא ופליג אין אמוראים אחרים יכולים לחלוק עליו, דעיי"ש שכתבו דהא דרבי יוחנן חולק תמיד על רב הרי זה כי רבי יוחנן אינו סובר שרב הוא בגדר תנא ופליג, הרי שאילו הי' מודה שתנא הוא ופליג לא הי' יכול לחלוק עליו.

ולפי תוס' בכתובות שם לכאורה צריכים לומר שאין שום נפ"מ שיוצא מזה שדברי רבי חייא שם הם מימרא דנפשי ולא ברייתא.

ועי' עוד בקו"ש על ב"ב באות תרל"ג שהראה מרש"י והרמב"ן ורבינו יונה שאמורא יכול לחלוק על תנא היכא שאין דברי התנא מובאים בתוך משנה או ברייתא, אלא יש לנו אותם רק בקבלה. ולפי דבריהם יוצא שאפילו אם רבי חייא לא הי' גם כמו אמורא אלא רק כמו תנא, יכול אמורא לחלוק על מימרא שלו שאינה כתובה בתוך משנה או ברייתא, וזהו דלא כביאורנו בדבריו במס' נדה שאפשר לאמורא לחלוק עליו רק משום שיש לו גם דין של אמורא.

קפט) מסרי ליי' בסהדי.

עי' בתוס' שכתבו וז"ל, ומיירי דאמרי ליי' אל תחזיר אלא בעדים דאל"כ הא קי"ל המלוה את חבירו בעדים אין צריך לפרעו

בעדים עכ"ל. עי' בשט"מ בד"ה מסרי לי' וכו' שכתב שבאו ליישב את ההתנהגות של המפקידים, דמה היתה התועלת בזה שהיו מוסרים לו כל יום בעדים הלא עדיין הי' יכול לומר החזרתי, ולכן הוסיפו דמיירי שאמרו אל תחזיר אלא בעדים אשר בכה"ג אינו יכול לטעון החזרתי. מיהו המהור"ם כתב שבאו ליישב את ההתנהגות של הרועה למה לא כפר עד ההוא יומא ע"י טענת החזרתי.

מיהו אכתי קשה למה בכלל הזכירה הגמ' שהיו מוסרים לו כל יום, הלא בשביל דברי רבי זירא שאם איתא לדרבי חייא קמייתא משתבע אשאר א מספיק בזה שתבעו שמסרו לו באותו יום והוא טוען להד"ם ואתו סהדי דאכל תרתי מינייהו. ועי' בריטב"א בשט"מ שכתב על זה וז"ל, לא הוי מצטריך לי' לתלמודא לארוכי כולי האי אלא לימא ההוא רעיא דמסרי לי' חיותא בלא סהדי ולבסוף אמר להם להד"ם, אלא דבעי למינקט כולא עובדא היכי הוי, וי"ל דקמ"ל דאפילו בהא איתא לדרב נחמן לקמן ולא אמרינן איהו דאפסיד אנפשי' דמסר לי' בלא סהדי כיון דכולי עלמא לא מסרי לי' אלא בסהדי עכ"ל, הרי שכתב דס"ד שהרועה יכול לטעון הלא כל הטעם של שבועת היסת הוא לטובת התובע, כדי להגן עליו מהכפירה שלי, אבל הכא הוא עצמו ידע היטב איך להגן על עצמו, דהיינו ע"י מסירה בפני עדים, אלא שיום אחד הוא שכח, וא"כ איהו דאפסיד אנפשי', ולמה אני חייב לישבע בגלל שהוא זלזל ולא עשה כמנהגו שהי' עושה כל יום, וקמ"ל שלא אמרינן כן, אלא הרי הוא שפיר נשבע שבועת היסת. איברא,

מהריטב"א משמע אחרת ממה שכתבנו עכשיו, דמשמע מלשונו שהבין שאנשים אלו שמסרו לו היום בלא עדים לא היו אותם האנשים שהיו מוסרים לו כל יום בעדים (כך מבואר מלשון הריטב"א שכתב "כיון דכולי עלמא לא מסרי לי' אלא בסהדי"), ובכל זאת ס"ד שיכול הרועה לומר שאינהו דאפסידו אנפשייהו כיון שכולי עלמא מסרי לי' בסהדי, כלומר וגם האנשים האלו שמסרו היום בודאי יודעים שכו"ע מסרי בסהדי. ומעתה לפ"ז אולי רק בכה"ג לא אמרינן אינהו דאפסידו אנפשייהו, אבל כשאותם אנשים שמפקידים כל יום בעדים מסרו יום אחד בלא עדים אולי באמת יכול הרועה לומר שאינהו דאפסידו אנפשייהו. מיהו יותר מסתבר לי' לומר שטעות סופר נפלה בדברי הריטב"א. וצ"ל "דכולי יומא" ולא "דכולי עלמא".

והנה לפי תוס' לכאורה הי' אפשר לצייר את המעשה באופן אחר, והיינו שבאמת גם ההוא יומא מסרו לו בעדים רק שלא אמרו אל תחזיר אלא בעדים והרועה טוען שהחזיר בלי עדים. מיהו י"ל שאולי באמת אינו צריך לומר כל יום אל תחזיר לי אלא בעדים, אלא סגי בזה שדרכם לומר כן בכל יום אפילו אם יום אחד לא אמרו כן כי נקטינן שבודאי רוצים שגם ההוא יומא יחזיר רק בעדים (ונקטנו בזה שאלו שנתנו היום הם אלו שנותנים בכל יום).

והנה יש לתלות את השאלה הנ"ל מה יהי' אם יום אחד לא אמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים במהו בכלל הטעם למה כשאומר לו אל תחזיר לי אלא בעדים הרי הוא צריך להחזיר לו בעדים וכמו שנבאר, דהנה עי' בר"ן על המשנה בשבועות דף

ל"ח ע"ב בד"ה מתני' וכו' שכתב בשם הרמב"ן שיכול לומר לו אל תחזיר לי אלא בעדים רק בשעת ההלואה אבל לא לאחר שכבר הלואה. ובשם הר"י מיגש והרמב"ם הביא ששפיר יכול לומר כן גם לאחר ההלואה. וכתב הר"ן שאם הטעם למה צריך להחזיר בעדים הוא משום שכיון שנותן לו המעות רק על דעת כן הרי זה משעבד את המקבל, א"כ בודאי צריך לומר כן בשעת מתן מעות, אבל הרמב"ם והר"י מיגש סוברים שאין זה הטעם אלא הטעם הוא משום שהיכא שאמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים אנן סהדי שהמקבל עצמו יחזיר לו רק בעדים, כי כיון שהוא רואה שהנותן אינו מאמינו, ואינו אדם תמים, אלא עולה בדעתו אפשרות של גניבה ושקר, הרי הוא חושש שהוא עצמו ישתמש בנטי' זו להוציא עליו לעז שלא שילם (אע"פ שב"ד יפטר אותו), ומש"ה אנן סהדי שאם שילם בודאי ה"י משלם בפני עדים, ומש"ה ה"ה להיכא שאמר לו כן לאחר מתן מעות, כי גם בציור זה הרי הוא רואה שהוא חשוד בעיניו ואנן סהדי שלא יחזיר לו אלא בעדים. והמ"מ בפט"ו מהל' מלוה כתב טעם אחר, והיינו שבאמת המלוה יכול שפיר לחייבו להחזיר בעדים גם לאחר ההלואה כי עבד לזה לאיש מלוה.

ומעתה לפי הטעם שצריך להחזיר לו בפני עדים כי הנותן משעבדו לזה בשעת מתן מעות א"כ אם יום אחד לא אמר לו הרי לא שיעבדו, אבל אם נאמר כהטעם של אנן סהדי שפיר י"ל שגם אם יום אחד לא אמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים הרי הוא צריך להחזיר לו בעדים כי כיון שבכל

יום הרי הוא אומר לו אל תחזיר לי אלא בעדים יש אנן סהדי שלא יחזיר אלא בעדים כדי שלא יוציא עליו לעז אע"פ שלא אמר לו היום כלום כי ממנהגו בכל יום הרי הוא יודע שהוא חשוד בעיניו.

מיהו באמת יש לדון על זה, דהנה הסמ"ע בסי' ע' סק"א והש"ך שם בסק"ח כתבו שהאמירה של אל תחזיר אלא בעדים צריכה להיות בפני עדים, אבל אם אמר לו כן בינם לבין עצמם, והלוא מודה שאמר לו כן אלא שטוען ששילם לו שלא בפני עדים, הרי הוא נאמן, וכתבו משום שיש להלוא מיגו שהי' יכול לומר שלא אמר לו אל תחזיר אלא בעדים, אלא שהעיר הנתיחה"מ שם בחידושים אות ה' דהא הוא אומר נגד אנן סהדי, שהרי אנן סהדי שהיכא שאמר לו אל תחזיר לי אלא בפני עדים הרי הוא מחזיר באמת רק בפני עדים, והרי מיגו אינו מועיל נגד עדים או אנן סהדי. והקצה"ח שם בסק"ד הביא שהכנה"ג חולק באמת על הסמ"ע והש"ך מהטעם הנ"ל. אבל הנתיחה"מ הביא שמיגו על הנאמנות עצמו שפיר מהני, וצייין לסי' ע"א, ובסי' ע"א בסק"ד ביאר שהטעם לזה הוא משום שהפה שאסר שפיר מהני נגד עדים וכמו שהביא מתוס' בב"ק דף ע"ב ע"ב בד"ה אין, וכן כאן הרי זה בגדר הפה שאסר שהרי רק ממנו הרי אנו יודעים שאמר לו אל תחזיר לי אלא בעדים. מיהו באמת יש לומר טעם אחר לפטור את הלואה בהציור הנ"ל, דהנה המעיין בדברי הר"ן בשבועות יראה שאולי מדויק בלשונו שכל האנן סהדי הוא רק בגלל שאמר לו בפני עדים אל תפרעני אלא בעדים, דרק בגלל שרואה שהוא חשודן כל כך גדול עד

שאומר לו כן בפני עדים יש אנן סהדי שיקפיד להחזיר לו בפני עדים, כי אנן סהדי שלא ירצה להכניס את עצמו למצב שיש עדים שאמר לו לפרוע רק בעדים ואילו לדידי אין עדים שפרע אלא בודאי יקפיד לפרוע לו בעדים, אבל אם התובע אמר לו שלא בפני עדים אין הנתבע מקפיד כי חושב שיוכל לכפור ולומר שלא אמר לו כן ולא יפסיד מנאמנותו בפני אנשים. ומעתה אם נאמר כהכנה"ג שגם אם אמר לו שלא בפני עדים אל תחזיר אלא בעדים יש אנן סהדי, א"כ חזינן שהאנן סהדי הוא חזק וקשה לבטלו, וא"כ י"ל כדרכנו הנ"ל שגם היכא שחיסר יום אחד יש אנן סהדי, אבל לפי הדרך שכתבנו שהאנן סהדי בא רק ע"י שאמר לו בפני עדים, א"כ לפ"ז חזינן שאינו אנן סהדי כל כך חזק אלא צריך סעד לתומכו, וא"כ לפ"ז י"ל שאם יום אחד לא אמר לו ליכא על ההוא יומא אנן סהדי. מיהו כמובן שיש לדחות תלי' זו ואין סעד לתומכו.

וע"ע בהאות הבאה שנכתוב עוד טעם למה הקפידו לומר שכל יום היו מפקידים אצלו בעדים.

קצ) אמר רבי זירא אם איתא לדרבי חייא וכו'.

אפשריות שונות בדעת רמי בר חמא, ושיטת רש"י בכופר הכל בפקדון.

עיי' במהר"ם שיף שהקשה, דהנה שיטת רש"י בב"ק דף ק"ז ע"א היא שכופר הכל בפקדון חייב שבועה כי מעיז ומעיז כיון שהמפקיד לא עשה לו טובה, וא"כ קשה למה צריכים כאן לרבי חייא קמייתא הלא

כיון דאיירי בפקדון א"כ אפשר להשביעו גם בלי התנאים של מודה במקצת כמו בכופר הכל.

ותי' המהר"ם שיף דרש"י שם אזיל לפי ר' חייא בר יוסף שסובר שעירוב פרשיות כתוב כאן, וכי הוא זה כתיב על מלוה, ואמרינן שם שהוא סובר שבפקדון מעיז ומעיז, ולכן גם כופר הכל חייב שבועה, ופירש"י שמעיז כי המפקיד לא עשה לו טובה וממילא כופר הכל חייב שבועה בין כשטוען נאנסה ובין כשטוען להד"ם שהרי בשניהם הוא מעיז כיון שלא עשה לו טובה, אבל רבי זירא בסוגיין י"ל דס"ל כרמי בר חמא דס"ל שאין עירוב פרשיות כתוב כאן, ושגם בפקדון בעינן מודה במקצת, ואם טען נאנסה צריכים מלבד הפרה ההיא עוד ב' פרות.

והוסיף המהר"ם שיף שלפ"ז צ"ל שגם רמי בר חמא מודה שחייב שבועה בפקדון על כפירת להד"ם ביחד עם הודאה, אע"פ שאין כאן טענת נאנסה, וכמו שבמלוה חייבים שבועה בכה"ג, דהא כן הוא בהציור שבסוגיין, דיש רק כפירה של להד"ם בהדי העדאת עדים, וא"כ צ"ל שרק לענין הטענה המיוחדת של שומרים, דהיינו נגנבה או נאנסה, גזרה התורה ע"י "כי הוא זה" שכדי להתחייב לישבע על נגנבה או נאנסה צריכים ג' פרות, דהיינו גם כפירה של להד"ם וכן הודאה, אבל ה"ה שחייב שבועת מודה במקצת על כפירה והודאה לחוד, וכן כתבו באמת תוס' בב"ק שם, ודלא כדבריהם להלן בדף צ"ח ע"א בד"ה משכחת וכו' שכתבו שלפי רמי בר חמא אין השומר חייב שבועה על כפירת להד"ם בהדי הודאה.

והנה לכאורה יש מקום לומר דרך הפכי לגמרי מתוס', והיינו שרמי בר חמא סובר שעל טענת להד"ם הרי הוא נשבע גם בלי הודאה כלל, דהיינו אפילו על כפירה בכל, ומה שכתב רש"י שכופר הכל חייב בפקדון הרי זה גם לפי רמי בר חמא בטענת להד"ם, ורק על טענת נאנסה סובר רמי בר חמא שאינו חייב כי יש את הגזירת הכתוב של כי הוא זה. ולפ"ז יוצא שרמי בר חמא סובר שאע"פ שבמלוה רק מודה במקצת חייב אבל כופר הכל פטור, אבל בפקדון על טענת להד"ם אפילו כופר בכל חייב, אבל על נאנסה הרי הוא חייב שבועה רק אם יש עוד כפירה והודאה. ולפ"ז אכתי קשה כהנ"ל למה צריכים בסוגיין לרבי חייא קמיתא הלא לפי רש"י בפקדון גם כופר הכל חייב ואזלינן עכשיו שגם לפי רמי בר חמא הוא כך.

מיהו י"ל שלכן איתא באמת שהיו מוסרים לו כל יום, די"ל שבגלל זה הי' נקרא שעושים לו טובה בזה שיש לו מהם פרנסה, אבל מסירה חד פעמית י"ל דאין זה נקרא טובה, אפילו בשכר, כי אולי עדיף לו לוותר על השכר ולא לטרוח לשמור, וא"כ הוא זה שעושה טובה להמפקיד, אבל כאן שבמקצועו הי' רועה, א"כ י"ל דחשיב שעושים לו טובה בזה שנותנים לו פרנסה קבועה, וא"כ בכה"ג מודה רש"י שכופר הכל בפקדון אינו נשבע כי אינו מעיז.

קצא) אמר רבי זירא אם איתא לדרבי חייא וכו'.

ע"י בתוס' שכתבו שההלכה היא כרבי חייא כי אנן פסקינן שטענו חטין והודה לו

בשעורין פטור וזהו כרבי חייא שממעט דבר זה מכי הוא זה ודלא כאבוה דר"א שממעט מכי הוא זה את דינו של רבי חייא. וכתבו תוס' שאע"פ שנקט רבי זירא לשון של "אם איתא" אבל מ"מ ההלכה היא באמת כרבי חייא, והביאו שכן מצינו גם בעלמא שנקטו לשון של "אם איתא" אפילו כשבאמת כן היא ההלכה.

מיהו ע"י במהר"ם שהביא מגליון תוס' דלא כתוס' אלא שאע"פ שממעטים מכי הוא זה טענו חטין והודה לו בשעורין אבל בכל זאת אכתי אפשר לחלוק על רבי חייא כי יש לפרוך שמה לפיו וע"א שאינם בהזמה, והוכיח כן הגליון תוס' מרבי יוחנן דס"ל שטענו חטין והודה לו בשעורין פטור ובכל זאת ס"ל בירושלמי דלא כרבי חייא.

והנה נהי שתוס' כאן כתבו שאין ראי' מהלשון של "אם איתא לדרבי חייא", אבל אכתי קשה על תוס' מהלשון של "השתא נמי דליתא לדרבי חייא", דהא מזה נראה להדיא שבאמת אין ההלכה כרבי חייא.

מיהו הרא"ש (וכן עוד ראשונים) אינו גורס המלים "דליתא לדרבי חייא", אלא רק "השתא נמי" לחוד, ומפרש הרא"ש שהכוונה היא השתא נמי שרבי זירא נסתפק אם ההלכה היא כרבי חייא או לא אשר לפ"ז אי אפשר לחייבו שבועה מספק אבל אכתי חייב לישבע מדרב נחמן.

ומדברי הרא"ש האלו יוצא שרבי זירא נסתפק באמת איך ההלכה.

מיהו צ"ע דלעיל שם הביא הרא"ש בשם הר"ח את ראיית תוס' מהגמ' בכתובות דף ע' ע"ב דאמרינן "ואם איתא להא דרב הונא" אע"פ שההלכה היא

באמת כרב הונא, דחזינן מזה דהכי הוא לישנא דש"ס, ואילו מדברי הרא"ש בביאור "השתא נמי" יוצא שרבי זירא אמר "אם איתא" כי נסתפק באמת אם הלכה היא כרבי חייה או לא, ורבי זירא דוקא קאמר, ויש ליישב.

קצב) תד"ה אי איתא לדרכי חייא.

וז"ל, תימה אפילו אי איתא לדרכי חייא לא משתבע הכא דאסהידו עלי דאכל תרי מינייהו, דמה לצד השוה שבהן שכן לא הוחזק כפרן תאמר הכא דהוחזק כפרן כדפריך לעיל והכא לא שייך משתמיט עכ"ל. ועיי' במהר"ם שביאר שאין זה קושיית הגמ' כאן של "והא גזלן הוא", כי כוונת הגמ' היא שאפילו אם אפשר ללמוד גם ציור זה מהילפותא של רבי חייה קמייאתא, דהיינו מפיו וע"א, והרי הוא נעשה חייב שבועה, אבל למעשה אינו יכול לישבע, ועל זה מתרצינן שיש עצה של כנגדו נשבע ונוטל, אבל גם בלי קושיית הגמ' הרי קשה שמכיון שהוא גזלן א"כ דבר זה מפריך את כל הילפותא בציור זה, באופן דליכא הכא מעיקרא שום חיוב שבועה, וממילא לא שייך לומר שכנגדו נשבע.

והנה אע"פ שהמהר"ם כתב כהדברים הנ"ל, אבל בדבריו מבואר שאין עיקר כוונת תוס' להקשות את הדבר הנ"ל, דהיינו למה אמרינן "כנגדו נשבע", הלא יש להקשות על עיקר הילפותא באופן שלא נוכל לומר כנגדו נשבע ונוטל, אלא משמע שתוס' עצמם באו בעיקר להקשות קושיא אחרת, והיינו למה צריכים לזה שהעידו

שאכל תרי מינייהו הלא גם בלא זה שנעשה "גזלן מבורר" ע"י שהעידו שאכל תרי מינייהו אלא גם אם רק העידו בו שהיו בידו והוחזק כפרן הרי אי אפשר ללמוד מפיו וע"א.

מיהו לא הבנתי למה אם העידו שהם בידו (אחרי שכפר ואמר להד"ם) הרי הוא פחות גזלן מבורר מהיכא שאכלם. וגם לא ברירא לי איך ראה שתוס' מתכוונים להקשות למה נקטו שהעידו שאכל.

ועכ"פ עוד כתב המהר"ם שע"י דבריו מיושב מה שהקשו התלמידים דאולי זוהי באמת קושיית הגמ' במה שהקשה והא גזלן הוא, דאולי הקושיא היא שא"א ללמוד מהצד השוה כי מה להצד השוה שלא הוחזק כפרן, דע"י דבריו א"א לומר כן, כי על זה לא שייך לומר שכנגדו קאמינא.

קצב) בא"ד.

וז"ל, ושמא י"ל אחרי שלמד שיש שבועה בהעדאת עדים במלוה מעתה אין לחלק בין מלוה לפקדון עכ"ל. ולכאורה אין תירוץ מובן כי סוף סוף איך שייך לחייב שבועה בציור שלא שייך בו הילפותא.

ונראה, דהנה על מה הצד פרכינן גם פירכא כל דהו אפילו אם מצד הסברא אין שום קשר בין הפירכא לבין הדין שאנו רוצים ללמוד. ומעתה יש לעיין אם הפירכא של מה לפיו וע"א שלא הוחזק כפרן תאמר בעדים שהוחזק כפרן הוא רק בגדר פירכא כל דהו כי אע"פ שהוחזק כפרן אבל הלא חשוד אממונא לא חשוד על שבועתא, או האם הוא בגדר פירכא של סברא כי סוף

סוף הרי הוא יותר חשוד אשבועתא מאדם רגיל או מי שהוכחש על פי ע"א. ומעתה אם הוא פירכא גמור א"כ בודאי לא שייך התירוץ של תוס', כי בודאי אי אפשר לחדש את הדין בציור שיש פירכא גמור, אבל אם אינו פירכא גמור אלא רק פירכא כל דהו, אז שפיר י"ל כדברי תוס' שגם על מה הצד לא פרכינן פירכא כל דהו על ציור פרטי היכא שעל כלל הדין ליכא פירכא כל דהו.

קצד) תד"ה שכנגדו.

וז"ל, וי"ל הכא (בחשוד) אי אמרינן משלם לא שבקת לי חיי, דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו עכ"ל. פי' דיטלו כל אשר לו ע"י שיתבענו יותר ממה שהוא חייב לו דאז יהי מודה במקצת (דהיינו מה שבאמת חייב לו) ויתחייב שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. ומה שכתבו תוס' "כל העולם" כוונתם היא שכל אדם יוכל לחפש להלוות לו ממון כדי שיוכל לתבוע יותר ממה שהלוה לו ואחרי שיודה לו על מה שהוא באמת חייב לו יהי מחויב שבועה שאינו יכול לישבע. והקשה השט"מ בד"ה שכנגדו וכו' בשם גליון דהא יש לו עצה לכפור את הכל. ותי' דנפ"מ כשירצה לומר האמת, א"נ דאין לו ההעזה לכפור הכל וכדאמרינן אין אדם מעיז פניו.

והנה לכאורה צ"ע על תוס', דהא בהציור של רועה לא הי' קיים החשש של לא שבקת שהרי נעשה חשוד רק אחרי שבא לב"ד והעידו עליו שאכל תרי מינייהו. וצ"ל שאה"נ רק שתיקנו בדרך לא

פלוג שבכל ציור של חשוד שכנגדו ישבע ונוטל.

קצה) בענין יסוד התקנה של כנגדו נשבע ונוטל.

ע"י בתוס' שהקשו למה בחשוד על השבועה לא אמרינן שמחויב שבועה שאינו יכול לישבע משלם, ותירצו וז"ל, וי"ל הכא (בחשוד) אי אמרינן משלם לא שבקת לי חיי, דכל העולם יביאוהו לידי שבועה ויטלו כל אשר לו, ועוד דהתם אמר לי שבועה דאורייתא אית לי עליך, או תשבע או תשלם, אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו, ולכן לא ישלם עכ"ל. והנה יש שני דרכים איך להבין את תירוצם הראשון, דמצד אחד יש לפרש שכוונתם לומר דהוי סברא דאורייתא, והיינו דאע"פ שהדין של משאיל"מ הוא דין דאורייתא, וכמו שהוכיח הקצה"ח בסי' ע"ה סק"א וסי' צ"ב סק"י, ודלא כהמהרש"ך שהביא שם שסובר שהוא רק דין דרבנן, אבל בכל זאת נקטינן שהתורה עצמה לא נתכוונה להיכא שעיי"ז יהי מצב של לא שבקת חיי, אלא בכה"ג מתוך שאינו יכול לישבע הרי הוא פטור, רק ששוב באו רבנן והחמירו על החשוד שהתובע יוכל לישבע וליטול. ולפי הדרך הזה התקנה של כנגדו נשבע ונוטל היא לרעת החשוד, כי מהתורה הרי הוא פטור. מיהו מצד שני י"ל שלעולם מן התורה גם בכה"ג שנוצר מצב של לא שבקת חיי אמרינן משאיל"מ, כי התורה לא חששה שירמו אותו, אבל רבנן שפיר חששו לזה ולכן תיקנו שלא יצטרך לשלם עד שהתובע נשבע, אבל כשהוא משלם הרי הוא משלם מדין משאיל"מ, ולפי

יוצא שלא תיקנו חכמים חיוב תשלומין חדש של כנגדו נשבע ונוטל כמו לפי הדרך הראשון שכתבנו, אלא התשלומין הם מדינא מכיון שאינו יכול לישבע, רק שהחמירו על התובע שלא ישלם החשוד עד שהתובע נשבע. ולפי דרך זה התקנה היא לטובת החשוד.

והנה עי' ברש"ש שהקשה על תירוצם הראשון של תוס', דלפי תוס' למה בשניהם חשודים יש מ"ד שחוזרים לומר משאיל"מ, הלא אכתי יש לחשוש ללא שבקת חיי.

מיהו קושייתו קשה רק לפי הדרך הראשון שכתבנו בביאור תירוצם הראשון, דהיינו שמהתורה לא אמרינן משאיל"מ בציוור של חשוד, משום לא שבקת חיי, רק שהחמירו על החשוד ואמרו שכנגדו נשבע ונוטל, דלפ"ז שפיר קשה כהנ"ל, למה היכא ששניהם חשודים הרי הוא חייב לשלם, הלא אכתי נשאר שהתורה פטרה אותו משום לא שבקת חיי, וחכמים החמירו עליו רק כשכנגדו נשבע, אבל אם נאמר ששפיר אמרינן משאיל"מ גם בכה"ג, רק שחכמים הקילו על החשוד והחמירו על התובע שיצטרך לישבע, א"כ אין שום קושי לומר שהיכא שאין התובע יכול לישבע לא החמירו על התובע אלא השאירו את הדבר על הדין דאורייתא דלא חיישינן ללא שבקת חיי.

והנה את הצדדים הנ"ל יש לצדד גם בנוגע לתירוצם השני של תוס' שכתבו שלא אמרינן בחשוד שמתוך שאיל"מ כי הוא רוצה לישבע רק שאנחנו אין אנו נותנים לו, דגם בזה יש לחקור האם זו סברא דאורייתא, דסברא היא שהתורה לא אמרה שישלם היכא שהוא עצמו רוצה

לישבע, ולכן מן התורה הרי הוא פטור, רק שחכמים החמירו עליו ואמרו שהתובע יכול לישבע וליטול, או האם מהתורה גם בכה"ג הדין נותן שנאמר שמתוך שאיל"מ רק שחכמים הם שהקילו עליו לומר שכנגדו צריך לישבע.

והרש"ש קבע את קושייתו על התי' הראשון שכתבו תוס' וכמו שהזכרנו כבר, ואם נרצה לומר שבדוקא עשה כן ושס"ל שעל התי' השני לק"מ, א"כ נצטרך לומר דהיינו משום שהוא סובר שהתי' השני סובר שמהתורה שפיר אמרינן משאיל"מ גם בחשוד, רק שחכמים הקילו עליו לדרוש שבועה מן התובע משום הטעם שכתבו תוס', שהנתבע (החשוד) רוצה באמת לישבע, דזהו טעם להקל עליו ולדרוש שבועה מן התובע, אבל עכ"פ מכיון שמהתורה אמרינן גם בכה"ג משאיל"מ א"כ לק"מ על הא שבשניהם חשודים הדרינן לומר משאיל"מ.

ועי' להלן בדף צ"ח ע"א בתד"ה מתוך וכו' שכתבו כדרכם הראשון של לא שבקת חיי, ומבואר בדבריהם שם שהכוונה היא שבאמת מהתורה הרי הוא חייב לשלם כיון שאינו נשבע רק שתיקנו חכמים שהתובע לא יגבה עד שישבע מטעם לא שבקת חיי, וז"ל תוס' שם, מתוך שאינו יכול לישבע משלם, הכי נמי הוה לן למימר מן הדין בחשוד על השבועה, אלא תקנו שיהא כנגדו נשבע ונוטל, דבענין אחר לא הוי אפשר, שמי שהי' רוצה הי' מלוה לו פרוטה ויתבע כל אשר לו ויהא מודה במקצת במה שחייב ויתחייב שבועה ומתוך שאינו יכול לישבע יקח כל אשר לו בלא שבועה, לכך תיקנו שישבע שכנגדו עכ"ל.

ולפי מה שביארנו לעיל יוצא שלפ"ז לק"מ קושיית הרש"ש כי שפיר י"ל שבשניהם חשודים השאירו את הדין על דין התורה כיון שלא שייך לתקן.

ועי' באמת בהגהות אהל משה להגאון ר' אלעזר משה הורוביץ כאן שכתב שלפי שני הדרכים בתוס' מהתורה עדיין הדין נותן שנאמר משאיל"מ, רק שחכמים תיקנו לטובת החשוד שכנגדו ישבע, וכתב שאל"כ ישאר קשה למה בשניהם חשודים חזרה שבועה למחויב לה ומשאיל"מ.

מיהו מתוס' בכתובות דף פ' ע"א בד"ה ישבע, וכן בדף פ"ז ע"ב שם בד"ה ואלו, מוכח שמדינא הרי החשוד פטור, רק שהחמירו עליו ותיקנו שהתובע נשבע ונוטל, שהרי כתבו שאלו שכתובים בהמשנה בריש פרק כל הנשבעין שהתובע נשבע ונוטל הרי הם כתובים בהמשנה כי הרי הו"א לומר שאינם נוטלים אפילו ע"י שבועה עכ"ד תוס', והרי איתא בהמשנה שם שהחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל, הרי שאם חשוד לא ה' כתוב בהמשנה היינו אומרים שאפילו ע"י שבועה אינו נוטל, וא"כ חזינן שמדינא הרי החשוד פטור, ואדרבה התקנה היא בגדר חומרא על החשוד. וכן הוכיח הבית הלוי בחלק ג' סי' ל"ח אות ג' מדבריהם, אלא שהביא שהר"ן בריש פרק כל הנשבעין כתב כדברי תוס' בכתובות שם ושוב הקשה באמת שא"כ למה תני חשוד על השבועה, הלא התם ליכא הו"א שאינו נוטל שהרי בלי הדין של כנגדו נשבע ונוטל היינו אומרים שהחשוד משלם בלי שהתובע ישבע, ועיי"ש שתי' הר"ן שהמשנה אזלה כרבי יוסי שבכלל אינו סובר את הדין של

משאיל"מ ומש"ה לדידי' שפיר יוצא שבלי המשנה אין התובע נוטל אפילו ע"י שבועה. ושוב צידד הבית הלוי שאולי גם תוס' בכתובות נתכוונו כהר"ן, דהיינו שבלי שיהי' כתוב בהמשנה ה' פטור משום שהמשנה אזלה כרבי יוסי.

ובביאור תוס' אצלינו ראיתי בקצה"ח בסי' ע"ה סקי"א, וכן בבית הלוי שם, שכתבו להיפך ממה שדייקנו מהרש"ש, והיינו שלפי דרכם הראשון של תוס' צורת הדברים היא שמדינא הרי הוא חייב לשלם רק שתיקנו לטובתו שהתובע יצטרך לישבע וכדברי תוס' בדף צ"ח כאן, אבל לפי תירוצם השני צורת הדברים היא שמדינא הרי הוא פטור, רק שהחמירו עליו ותיקנו שכנגדו נשבע ונוטל, ודלא כהאהל משה שכתב שלפי שני הדרכים בתוס' מדינא הרי הוא חייב.

ובאמת מצד הסברא מסתבר לומר כהבנת הקצה"ח בתירוצם השני של תוס', כי אם מדינא גם בכה"ג אמרה התורה שמתוך שאיל"מ א"כ למה הקילו עליו רבנן לומר שכנגדו נשבע ונוטל, דאיזה תקלה תצא מזה שנאמר כהדין דאורייתא וישלם, ובשלמא בנוגע לתירוצם הראשון יש לומר שרבנן חששו לפי דורם יותר ללא שבקת חיי, אבל בנוגע לתירוצם השני לכאורה אין סיבה שיקילו, וא"כ בע"כ צ"ל בדעת תירוצם השני שמדינא הרי הוא פטור, דלפ"ז שפיר י"ל שחכמים לפי מצב דורם ראו להחמיר על חשודים ותיקנו שכנגדו ישבע ויטול.

(והנה יש להעיר על מה שכתבנו שלפי תירוצם הראשון של תוס' מהתורה הרי הוא חייב לשלם, רק שרבנן לפי המצב של

דורם חששו ללא שבקת, ומש"ה תיקנו שכנגדו ישבע ויטול, דאם זהו הטעם למה תיקנו, אכתי צ"ע למה היכא ששניהם חשודים חוזרים לומר מתוך, הלא נהי שמהתורה החשוד צריך לשלם בלי שישבע כנגדו, אבל הרי זה רק משום שאז היו הדורות יותר כשרים ולא הי' חשש של לא שבקת, אבל אילו היו הדורות כמו עכשיו, גם התורה לא היתה אומרת שישלם.)

ועי' ברש"י כאן שכתב וז"ל, אם שבועה מוטלת עליו נשבע שכנגדו ונוטל כדאמרינן בשבועות שחשוד על השבועה תיקנו חכמים שכנגדו נשבע עכ"ל. הרי שכשכתב דהוי תקנת חכמים הזכיר רק מה שכנגדו נשבע, אבל השמיט את המלה "ונוטל", וא"כ יש לדייק מזה שמה שמשלם הרי זה באמת מדינא, רק שחכמים תיקנו להקל עליו בזה שהצריכו שהתובע ישבע. ועי' בב"ח בחו"מ סי' צ"ב בד"ה מי וכו' דנראה שכוונתו היא לדייק כהנ"ל מרש"י.

והנה עי' בבית הלוי שם שכתב שבע"כ צ"ל שגם תירוצם הראשון של תוס' מודה שיש מקום מצד הסברא לומר כתירוצם השני שהתקנה של כנגדו נשבע היתה בגדר חומרא על החשוד, דהא כן צ"ל לפי רב ושמואל במס' שבועות דלית להו דינו של רבי אבא של משאיל"מ, דהא לדידהו בודאי יוצא שמדינא הרי הוא פטור והתקנה של כנגדו נשבע ונוטל היתה לרעת החשוד, רק שבדעת רבי אבא סובר התירוץ הראשון שהיתה בגדר קולא על החשוד כי מדינא אמרינן גם בחשוד משאיל"מ.

ועוד כתב הבית הלוי שלפי תירוצם הראשון של תוס' א"כ היכא שגם לפי רבי אבא לא אמרינן משאיל"מ אז לא

יהי' תקנה של כנגדו נשבע ונוטל, אלא לא יצטרך לשלם, כי לא מצינו שתיקנו עוד תקנה שהיא לרעת החשוד, דלא מצינו שתיקנו אלא שהיכא שהוא חייב לשלם משום משאיל"מ ישבע התובע קודם, אבל לא מצינו שתיקנו לרעתו שהיכא שהוא פטור ישבע התובע ויטול, דחד תקנה שנינו ולא ב' תקנות, ועיי"ש שהמציא ציור כזה בגלגול שבועה, דהיינו שנתחייב גלגול שבועה, ואינו יכול לישבע כי הוא חשוד על השבועה, דיש פוסקים שסוברים שהיכא שחייב לישבע גלגול שבועה ואינו יכול לישבע לא אמרינן משאיל"מ, וא"כ בכה"ג לפי תירוצם הראשון של תוס' לא נאמר שכנגדו נשבע ונוטל.

קצו) עוד בתד"ה שכנגדו.

וז"ל, ועוד דהתם אמר לי' שבועה דאורייתא אית לי עליך או תשבע או תשלם אבל הכא הוא ברצון ישבע אם נניחנו ולכך לא ישלם עכ"ל. הנה עי' בתוס' בב"ק דף מ"ו ע"א בד"ה דאפילו וכו' שכתבו שאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק היכא דהו"ל למידע כגון בחמשין ידענא וחמשין לא ידענא, וצ"ע דגם הכא בחשוד הרי זה אשמתו שאינו יכול לישבע וא"כ מאי שנא מחמשין ידענא וחמשין לא ידענא.

והנה עי' בקצה"ח בסי' ס"ט סק"ז שביאר שטעמם של תוס' בב"ק הוא משום דהיכא דהו"ל למידע ריע טענתו. ועי' עוד ברא"ש בב"ק פרק הכונס סי' ט"ז ובראב"ד בפ"ה משאלה ה"ו שכתבו דכיון דהו"ל למידע א"כ הרי זה נראה כרמאות והערמה

כשהוא אומר שאינו יודע, ומעתה לפי הרא"ש והראב"ד לק"מ, כי רק היכא דהו"ל למידע אמרינן מתוך שאיל"מ כי בכה"ג נראה שטענה זו עצמה היא רמאות כיון דהו"ל למידע והוא אומר שאינו יודע, אבל בחשוד אין טענה זו נראית כרמאות ולכן לא אמרינן שמתוך שאיל"מ אע"פ שגם בכה"ג מה שאינו נשבע הרי זה באשמתו, אבל לפי סברתו של הקצה"ח של ריע טענתו א"כ שפיר קשה קושייתנו הנ"ל כי גם בחשוד יש כאן גדר של ריע טענתו כיון שהוא חשוד וכמש"כ הקצה"ח שם.

והנה קושייתנו הנ"ל על תוס' בנוי' על ההנחה שכוונתם כאן היא לומר שמדינא לא אמרינן בחשוד משאיל"מ, דעל זה הקשינו שלפי תוס' בב"ק שפיר נגיד כאן מתוך שאיל"מ. ולעיל באות קצ"ה הבאנו מפרשים שפירשו כהנ"ל בכוונתם כאן. מיהו גם הבאנו מפרשים בכוונת תוס' כאן שגם כאן מדינא אמרינן משאיל"מ, רק שכוונת תוס' היא לומר שמהטעמים שכתבו תיקנו רבנן לטובת החשוד שלא יגבה התובע בלי שבועה, ולפ"ז לא קשה מידי מדבריהם הנ"ל בב"ק.

דף ה' ע"ב

קצו) בענין תקנתא לתקנתא לא עבדינן.

בענין למה "שכנגדו נשבע שבועת היסת ונוטל" חשיב תקנתא לתקנתא.

הנה בהמשך דברי הגמ' מקשינן שגם היכא שנתחייב שבועת היסת נימא

בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל, ומתריצין שתקנתא לתקנתא לא עבדינן. ובהגהות אהל משה להגאון ר' אלעזר משה הורוביץ בסוף המסכת הקשה דלפי מה שכתב שם שמדינא הרי החשוד חייב לשלם משום שמתוך שאיל"מ רק שתיקנו לטובתו שהתובע יצטרך לישבע, א"כ לא חשיב תקנתא לתקנתא וז"ל, וא"כ אינו מובן תקנתא לתקנתא לא עבדינן דמסיק הכא, דהא התקנה היתה רק לטובת החשוד עכ"ל.

ויש לבאר כוונתו דבשלמא לפי הדרך שמדינא הרי החשוד פטור, א"כ בהציור של חשוד התקנה הראשונה שהנתבע ישבע שבועת היסת לא פעלה את שלה, שהרי הוא פטור, ומש"ה אם נתקן שהתובע ישבע הרי השבועה הזאת היא בגדר תקנתא לתקנתא כי התקנה השני' באה להשלים את מה שחיסרה התקנה הראשונה לפעול, אבל לפי הדרך שמדינא הרי החשוד חייב, א"כ יוצא שהתקנה הראשונה שהנתבע ישבע שפיר פעלה את שלה והשאירה את החשוד חייב מאחר שאינו נשבע, ומה שהדר תיקנו לטובת החשוד שהתובע ישבע הרי זה התחלת תקנה חדשה ולא המשך של התקנה הראשונה.

ולפי הביאור הנ"ל יוצא שהתקנתא השני' שהיא בגדר תקנתא לתקנתא הרי היא השבועה שאנו אומרים להכנגדו לישבע.

מיהו מדברי הקצה"ח בסי' ע"ה סק"א מבואר פירוש אחר, והיינו שהבין שתקנתא לתקנתא לא עבדינן פירושו הוא שרבנן אינם מחדשים על הנחבע חיוב תשלומין אשר מקורו הוא בשבועה שהיא תקנה

שמה שהוא חייב לשלם בגלל שאינו יכול לישבע הרי זה חיוב תשלומין חדש של רבנן שמקורו הוא בתקנה דרבנן כי מדינא הרי הוא שפיר יכול לישבע.

מיהו לכאורה קשה על דרכו הנ"ל של הקצה"ח איך שייך לומר על זה שתקנתא לתקנתא לא עבדינן, הלא זה שייך לומר רק היכא שהטעם של התקנה השני' הוא לחזק את התקנה הראשונה, וכגון אם אומרים שהחשוד פטור מדינא, רק שהחמירו עליו שכנגדו ישבע ויטול, דאז יוצא שעשו תקנה שני' כדי לשמור על החיוב שבועה דרבנן של התקנה המקורית, אבל מה שפסלו חשוד מלישבע הרי זה בגלל טעמים אחרים חיצוניים, וא"כ אחרי שהוא פסול, כשבאים לשבועה דרבנן, למה לא נאמר משאיל"מ גם בכה"ג, שהרי אין זה ציור של תקנתא לתקנתא, אלא הרי זה ציור של שתי תקנות שבאו יחד בציור אחד, וא"כ למה אי אפשר לתפוס את שתיהן ולנהוג על פי שתיהן.

והנה עי' בתוס' בריש ע"ב שנתקשו שנהי שתקנתא לתקנתא לא עבדינן, אבל הדין נותן שישאר שמתוך שאינו יכול לישבע ישלם, וכתבו שלא שייך לומר הכא משאיל"מ "כדפרישית". וכתב המהר"ם שני ביאורים בדבריהם, דמצד אחד י"ל שכוונתם היא שבחשוד לא שייך לומר משאיל"מ וכמו שביארו תוס' לעיל בע"א, אבל מצד שני י"ל שכוונתם היא שעל שבועה דרבנן לא שייך לומר משאיל"מ וכמש"כ לעיל בדף ג' ע"ב בד"ה בכולי'. והקצה"ח בסי' צ"ב סק"י הביא שהמהרש"ך הבין שכוונת תוס' היא לדבריהם לעיל בע"א כאן, והקשה

דרבנן, ואזיל הקצה"ח בתחילת דבריו כמו שביארנו שהחשוד פטור מדינא, רק שרבנן החמירו עליו ונתנו להתובע זכות לישבע וליטול, אשר מעתה יש כאן מדרבנן חיוב תשלומין חדש שנובע מחיוב שבועה שגם הוא רק מדרבנן, שהרי החיוב הזה שיצטרך לשלם אחרי שבועת התובע הוא חיוב חדש מדרבנן, שהרי מדינא הרי הי' פטור, אבל אם נאמר כהדרך שבאמת מדינא חייב החשוד לשלם רק שהקילו רבנן עליו ותיקנו שהתובע ישבע לפני שנוטל, א"כ יוצא שאחרי שהתובע נשבע הרי החשוד מחויב ועומד מחמת התקנה הראשונה, ואינו משום תקנה נוספת, ואין זה נקרא תקנתא לתקנתא עכ"ד. הרי שהבין הקצה"ח שהתקנתא השני' המכוונת כאן אינה השבועה שאנו אומרים להתובע לישבע כמו לפי ביאורנו לעיל, אלא התקנתא השני' היא החיוב תשלומין שאנו רוצים לחייב את החשוד אחרי שהתובע נשבע.

ועל פי דרכו בביאור תקנתא לתקנתא לא עבדינן שוב המשיך הקצה"ח להקשות דלפי מה שביאר שם שהדרך הראשון של תוס' סובר שמדינא הרי החשוד חייב לשלם כי הוי בגדר מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם, רק שהקילו עליו והצריכו שהתובע ישבע וכמו שהבאנו משמו לעיל באות קצ"ה, א"כ למה חשיב תקנתא לתקנתא, הרי לאחר שהתובע נשבע הרי החיוב של החשוד אינו חיוב חדש אלא החיוב הוא עבור התקנה הראשונה.

ותי' שבכל זאת חשיב חיוב תשלומין חדש מדרבנן שמקורו הוא בתקנה דרבנן, כי מה שחשוד אינו יכול לישבע אין זה דין תורה אלא רק פסול דרבנן, וא"כ יוצא

המהרש"ך למה לא כתבו משום שעל שבועה דרבנן לא שייך לומר משאיל"מ כי כל הדין של משאיל"מ הוא רק מדרבנן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן. ועוד הביא הקצה"ח שהמהר"ש הלוי השיג על המהרש"ך דמי יימר שאין זה באמת כוונת תוס' (וכהפירוש השני של המהר"ם). והקצה"ח השיג על שניהם איך שייך לומר שמשאיל"מ הוא רק מדרבנן הלא ילפינן כן מקרא בשבועות דף מ"ז.

ועכ"פ לפי המהרש"ך והמהר"ש שסוברים שמשאיל"מ הוא מדרבנן, ושלא שייך לומר משאיל"מ בשבועה דרבנן משום שתקנתא לתקנתא לא עבדינן, א"כ יש ליישב את הקושיא שהבאנו לעיל שאם מדינא החשוד צריך לשלם, רק שרבנן תיקנו לטובתו שישבע התובע, א"כ אין זה נחשב תקנתא לתקנתא, ומעתה לפי הנ"ל יש לומר שאלו שסוברים שמדינא החשוד צריך לשלם רק שתיקנו לטובתו שהתובע ישבע הרי הם מפרשים כך, דהכא כיון ששבועת היסת היא רק מדרבנן, ולכן הכא אינו חייב לשלם מדינא, משום שלא אמרינן משאיל"מ על שבועה מדרבנן כי כל הדין של משאיל"מ הוא רק מדרבנן, ותקנתא לתקנתא לא עבדינן.

שו"ר בחזו"א שכתב שהתקנה השני' כאן היא החיוב תשלומין, דהנה הקצה"ח שם הביא עוד שהקשה המהר"ש הלוי על תוס' בדף ג' דאם בשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ א"כ למה לא אמרו בשבועות דף מ"א ע"א את הנפ"מ הזה בין שבועה דאורייתא לשבועה דרבנן, והיינו שעל שבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ. ותי' החזו"א שזהו באמת כוונת הגמ'

בשבועות שם, שהרי אמרו דנפ"מ לענין חשוד על השבועה, שבשבועה דאורייתא כנגדו נשבע ונוטל אבל בשבועה דרבנן לא אמרינן הכי כי תקנתא לתקנתא לא עבדינן, דהכוונה היא שבשבועה דרבנן החשוד נשאר פטור כי לא אמרינן משאיל"מ על שבועה דרבנן משום שתקנתא לתקנתא לא עבדינן ורק בשבועה דאורייתא אמרינן משאיל"מ, אלא שכדי להקל על החשוד תיקנו שהתובע ישבע.

ועי' בגיטין דף נ"א ע"ב בתד"ה ובכולי וכו' שכתבו להדיא שהטעם למה לא אמרינן מתוך שבועה דרבנן הרי זה משום שתקנתא לתקנתא לא עבדינן, וזהו כדרכם של המהרש"ך והמהר"ש הלוי שמשאיל"מ הוא דין דרבנן ולכן אין אומרים כן כשאינו יכול לישבע שבועה דרבנן ואפילו בציוור שאומר לא ידענא, ודלא כהקצה"ח שרק בחשוד שהסיבה למה אינו יכול לישבע היא דרבנן, וכן דלא כהקצה"ח שמשאיל"מ הוא מהתורה.

ועכ"פ הקצה"ח עצמו הסיק שאין דין עצמי כזה שלא אמרינן משאיל"מ על שבועה דרבנן, כי למה לא נגיד משאיל"מ, הלא הדין של משאיל"מ הוא מהתורה וכהנ"ל, רק שכוונת תוס' בדף ג' היא שלמעשה לא שייך ציוור של משאיל"מ על שבועה דרבנן, והיינו משום שיש שני ציורים של משאיל"מ, חדא היכא שהוא אומר איני יודע או דידי חטפי (דהיינו היכא שהע"א העיד על קרקעות עבדים ושטרות שאין נשבעין עליהם מן התורה וחייב רק שבועת היסת מדרבנן), והרי בכה"ג אם השבועה היא מדרבנן הרי הוא יכול באמת לישבע, כי מספיק אם הוא

נשבע שאינו יודע או שדידי' חטף, כי התקנה של שבועה דרבנן לא היתה שישבע על כפירה או להכחיש את העד, אלא שישבע על אמיתות מה שהוא טוען, ולכן מכיון שהוא טוען שאינו יודע או שדידי' חטף, זהו השבועה שהוא צריך לישבע, ועוד יש ציור של משאיל"מ היכא שאינו יכול לישבע מחמת סיבה בהגברא, דהיינו היכא שהוא חשוד, וגם בהציור הזה אי אפשר לומר משאיל"מ בשבועה דרבנן, והיינו או משום שבכלל על חשוד לא שייך לומר משאיל"מ כמו שהסבירו תוס' בע"א כאן, או משום שחשוד על השבועה פסול רק מדרבנן ושוב אמרינן שתקנתא לתקנתא לא עבדינן, דהיינו שלא עשו רבנן חיוב חדש לשלם כשהסיבה למה אינו יכול לישבע הוא רק מדרבנן כמו בחשוד, אבל היכא שלא שייכים הטעמים הנ"ל אז באמת גם על שבועה דרבנן אמרינן משאיל"מ וכמו שצייר שם בסוף דבריו עיי"ש.

קצח) תקנתא לתקנתא לא עבדינן.

יש לעיין מה הן הסברות של ההו"א והמסקנא באם עבדינן תקנתא לתקנתא או לא. ועוד דהא כללא הוא שאין גוזרים גזירה לגזירה, דהיינו לאסור את הדבר השלישי אטו הדבר השני, חוץ מהיכא ששייך לומר כולה חדא גזירה, דהיינו שגם הדבר השלישי נאסר בדרך ישיר אטו הדבר הראשון, וא"כ מה הי' הס"ד למימר שעבדינן תקנתא לתקנתא.

מיהו י"ל שהגדר של גזירה היא סייג וגדר להאיסור דאורייתא, אבל הכא הרי

מה שחייבו אותו שבועת היסת אינו משום גזירה שמא יעבור על איסור גזילה, אלא הטעם הוא משום הצלת הנגזל ותיקון העולם, ולכן הרי זה נקרא תקנתא ולא גזירה, וא"כ י"ל דס"ד שבתקנתא שפיר עבדינן תקנתא לתקנתא.

ובהטעם של המסקנא י"ל דס"ל דהוי שפיר בגדר גזירה וסייג למונעו מלא תגזול, רק שנקרא תקנתא כי אינו כמו שאר הגזירות שהן חיובים של שב ואל תעשה, דהיינו שלא יעשה מעשה פלוני פן יבוא לעשות מעשה פלוני היותר חמור, אלא הרי זה חיוב לעשות מעשה בקום ועשה, דהיינו שישבע, וא"כ י"ל שלכן הרי זה נקרא תקנתא.

גם י"ל עוד דרך למה ס"ד שעבדינן תקנתא לתקנתא אע"פ שאין גוזרים גזירה לגזירה, והיינו דהכא בכלל אינו ציור שהתקנה השני' היא כדי לשמור על התקנה הראשונה כמו בגזירה לגזירה, ואבאר דברי, דהנה לפי הדרך שהבאנו באות קצ"ה שבעצם גבי חשוד לא שייך לומר משאיל"מ, אלא הדין נותן שיהי' פטור, רק שהחמירו על החשוד שהתובע ישבע ויטול, א"כ יוצא שתיקנו בתחילה שהנתבע ישבע שבועת היסת, והיכא שאינו יכול לישבע תיקנו שהתובע ישבע ויטול, וא"כ אין זה בגדר גזירה לגזירה אלא כעין תקנה חילופית, דהיינו שבמקום התקנה שישבע היסת תיקנו שהתובע ישבע ויטול. ואע"פ ששתי התקנות הן לטובת התובע אבל אין זה בגדר תקנתא על תקנתא אלא תקנתא במקום תקנתא, אבל לפי הדרך שבחשוד צריכים מעיקר הדין לומר משאיל"מ א"כ יוצא שהתקנה של כנגדו נשבע ונוטל היא

לטובת הנתבע ובאה לצמצם את התקנה הראשונה וא"כ הרי זה שפיר נקרא תקנתא לתקנתא, וא"כ י"ל שההו"א היא כהסברא הראשונה שכתבנו ולכן לא הוה בגדר תקנתא על תקנתא אלא תקנתא במקום תקנתא.

(מיהו לעיל באות קצ"ז הבאנו שהגראמ"ה סובר שבאמת אין זה נקרא תקנתא לתקנתא כיון שהתקנה הראשונה היא לטובת התובע והשני' היא טובת הנתבע, ואדרבה רק אם מצד התקנה הראשונה של שבועת היסת הרי דינו להיות פטור רק אז התקנה של כנגדו נשבע ונוטל חשיבא תקנתא לתקנתא.)

והמסקנא היא כהסברא השני', א"נ שגם המסקנא היא כהסברא הראשונה רק שבכל זאת נחשב תקנתא לתקנתא משום שהתקנה השני' היא לשמור על התובע גם בציור שהתקנה הראשונה לא הצליחה.

ועוד הבאנו באות קצ"ז שלפי הסוברים שמשאיל"מ הוא דין דרבנן א"כ יש לפרש שתקנתא לתקנתא לא עבדינן פירושו הוא שבשבועה דרבנן אין אומרים את התקנה של משאיל"מ, ומעתה אם שפיר היינו אומרים מתוך שאיל"מ א"כ גם זה לא הי' נחשב בגדר גזירה לגזירה אלא הי' נחשב רק חומרא בהתקנה הראשונה דהיינו שתיקנו להשבועה חומרא זו שאם אינו נשבע הרי הוא משלם ואינו כמו גזירה לגזירה.

קצט) ותיפוק לי' דהוה לי' רועה.

פירש"י שהכוונה היא להקשות על אביי למה הקשה רק מהא דהוי גזלן על פי

העדים שהעידו שאכל הלא גם בלא"ה הרי הוא חשוד על השבועה ופסול לישבע משום שהוא רועה. ובשט"מ הקשה התר"פ דאיזו קושיא היא זו הלא עדיף לומר שהוא גזלן ודאי על פי העדים שגזל שאז הרי הוא פסול מדאורייתא. וכתב לפרש בדרך אחרת, והיינו שהקושיא היא על רבי זירא איך אמר שכנגדו ישבע ויטול הלא הכא מכיון שהוא רועה וכולי עלמא יודעים שהוא חשוד א"כ התובע הפסיד את עצמו בזה שלא הפקיד ההוא יומא בעדים וממילא הדין נותן שלא יוכל לישבע וליטול כי אילו כן לא שבקת חיי דהרועה כי יתבעו אותו ויוכלו לישבע וליטול כל אשר לו.

מיהו צ"ע על פירושו כי אם הוי קושיא על רבי זירא היו צריכים להקשות בלשון של "דהא רועה הוא" ולא בלשון של "ותיפוק לי' משום רועה", כי הכוונה בהלשון של "תיפוק לי'" היא שכל מה שאמרנו הוא אמת רק שהיינו יכולים לבסס את כל האמור על העובדא שהוא רועה ולא על העובדא שהוא גזלן ידוע במקרה זה, ואילו לפי תר"פ הקושיא היא שמה שאמר רבי זירא שכנגדו קא אמינא אינו ניתן להאמר בציור זה.

ולהלן שם בשט"מ איתא הסברא הנ"ל של התר"פ בשם גליון, ואילו התם הרי זה משולב בתוך הקושיא על אביי, והיינו שאביי הי' צריך להקשות מצד רועה (וכמו שפירש"י) כי על זה אי אפשר לתרץ כמו שתי' רבי זירא שכנגדו קא אמינא וכסברת התר"פ.

והנה תוס' לעיל הקשו למה אמרינן בחשוד שכנגדו נשבע ונוטל ולא אמרינן

שמתוך שאין החשוד יכול לישבע הרי הוא חייב לשלם, ותירצו משום שאם הי' הדין שמתוך שאיל"מ הי' יוצא מצב של לא שבקת לו חיי כי כולם יחפשו להלות לו כדי שיוכלו אח"כ לתבוע יותר ולחייבו בשבועת מודה במקצת, ועי"ז להביאו למצב של משאיל"מ. מיהו לפי התר"פ א"א לומר את הדרך הנ"ל שכנגדו נשבע ונוטל הוא בגדר עצה איך למנוע את החשש של לא שבקת חיי, כי התר"פ הרי סוברים שגם יזיד התובע לישבע שקר.

ר) ותיפוק לי' דהוה לי' רועה.

בענין אם מי שפסול לשבועה מדרבנן, פסול רק אחרי הכרזה, כמו בעדות.

עי' במהר"ם שי"ף שהקשה דהא מכיון שרועה פסול רק מדרבנן אינו נפסל עד שיכריזו עליו וכמו לענין עדות.

ותי' שרק לענין עדות צריכים הכרזה כי בלי הכרזה יכול להיות שיצא לאנשים הפסד כי ישתמשו בו לעדות בלי לדעת שהוא פסול, אבל בשבועה לא יהי' שום הפסד גם אם נפסול אותו בלי הכרזה.

מיהו לכאורה צ"ע דגם בשבועה יתכן הפסד כי עכשיו שהוא חשוד ואינו יכול לישבע הרי התובע יצטרך לישבע במקומו, וא"כ אילו הי' יודע שהוא חשוד לא הי' מתעסק עמו כדי שלא יצטרך הוא לישבע. ועוד דהיכא שהנתבע הוא שומר וממילא התובע הוא שמה אם נאנסה או לא א"כ בכה"ג סובר הרמב"ם שהשומר שהוא חשוד פטור באמת משבועה ולא אמרינן

מתוך שאיל"מ, ודלא כהרמ"ה והר"ר ישעי' שבכה"ג אמרינן שמתוך שגם התובע אינו יכול לישבע הרי הנתבע משלם כמו בשניהם חשודים, וא"כ לפי הרמב"ם יפסיד התובע את כספו כתוצאה מזה שלא ידע שהנתבע הוא חשוד על השבועה.

והנה לכאורה אפשר לומר שאפילו אם גם כדי להיות פסול לשבועה צריכים הכרזה מחשש הפסד וכמו שציירנו, אבל ברועה י"ל שאין צריכים הכרזה, כי בעל כרחו הרי המפקיד צריך לתת בהמותיו לרועה וא"כ מה הי' עוזר לו לדעת שרועה פסול לשבועה. ועכ"פ מהמהר"ם שיף לא משמע שכוונתו היא לציור של רועה לחוד, אלא שתמיד נפסל לשבועה גם בלי הכרזה.

ודע שהב"ח בסי' צ"ב כתב לבאר את המחלוקת שבין הרמב"ם לבין הרמ"ה והר"ר ישעי' דפליגי בשני התירוצים של תוס' בע"א, דהרמ"ה והר"ר סוברים שהטעם למה לא אמרינן בחשוד שמשאיל"מ הרי זה כי לא שבקת חיי להחשוד, וא"כ בשומר לא שייך טעם זה כי כיון שידע שהוא חשוד א"כ לא הי' לו להיות שומר, ומש"ה בשומר שפיר אמרינן משאיל"מ, אבל הרמב"ם סובר כהטעם השני שכתבו תוס' שבעצם הרי החשוד מוכן לישבע וא"כ טעם זה שייך גם בשומר. מיהו לא הבנתי את מה שכתב בדעת הרמ"ה והר"ר דהא הרמ"ה והר"ר כתבו להדיא דהיכא שהמפקיד הוא ודאי אז גם בשומר אמרינן שכנגדו נשבע ולא אמרינן משאיל"מ על השומר, ואילו לפי סברת הב"ח גם בכה"ג היינו צריכים לומר משאיל"מ.

רא) הא דידי' הא דעלמא וכו' לפני עור לא תתן מכשול.

ע"י בריטב"א בשט"מ שהקשה למה יש כאן לפני עור הלא בין כך הרועה הולך לרעות את בהמות דידי' ולעבור על גזל וא"כ למה יש כאן לפני עור בזה שמוסרים לו בהמות דידהו הלא גם בלא"ה יעבור ע"י הבהמות שלו. וכתב שלא דוקא אמרו לפני עור אלא הכוונה היא למסייע ידי עוברי עבירה וגם כשבלא"ה יעבור יש משום מסייע ידי עוברי עבירה, ועוד תי' דיש להעמיד באופן שאין לו בהמות דידי'. מיהו לכאורה אין קושייתו מובנת כי גם היכא שיש גם להרועה בהמות למה אין לפני עור משום שמכשילים אותו בעוד איסורים של גזל ע"י עוד בהמות שיאכלו עוד מרעה.

והנה ידועים דברי הגרי"ז שכשאדם גוזל חפץ אחד ששוה הרבה פרוטות הרי הוא עובר במספר לאוין כמו מספר הפרוטות שהחפץ שוה, כי השיעור של איסור גזילה הוא שוה פרוטה, ומספר העבירות נמדד לפי מספר השיעורים, רק שאם היו לוקים על גזילה הי' לוקה רק פעם אחת, כי כמה מלקות מלקים אותו נמדד לפי מספר המעשים שעשה, והרי עשה רק מעשה אחד. ומעתה לפי דברי הגרי"ז בודאי קשה מה שהקשינו, כי ע"י הבהמות של בני העיר הרי הוא מוסיף מספר לאוין, אבל אם מספר העבירות נמדד לפי מספר המעשים אז הכא לכאורה הכל הוא בגדר מעשה אחד, אם לא שנאמר שהכנסת הבהמות לשדהו של אדם אחר נחשב הרבה מעשים כי הבהמות מחלקות,

ואולי הרי זה תלוי בהמציאות איך בדיוק הכניס את כל הבהמות, וצ"ע.

רב) דאלת"ה אנן חיותא לרועה היכי מסרינן והא כתיב לפני עור לא תתן מכשול.

בענין אם הבעלים חייבים לשלם דמי היזק כשהרועה שלהם רועה בשדות של אחרים.

הנה מהגמ' כאן מוכח שהבעלים של הבהמות אינו חייב להשתתף עם הרועה בתשלומי ההיזק אלא רק הרועה לבדו חייב, דהא אילו היו גם הבעלים חייבים א"כ מוכח שהם עוברים על האיסור להיזק (ועי' בספרי על ב"ק אות א' שהארכנו באיפוא כתוב איסור כזה בתורה), וא"כ למה הוצרכו לאסור משום לפני עור, דהיינו שהבעלים גורמים להרועה לעבור על איסור מזיק, תיפוק לי' משום שהבעלים עצמם עוברים על איסור מזיק, וא"כ מוכח שאין הבעלים חייבים לשלם (ועי' באות ב') שם בענין אם שייך להתחייב גם בלי שעבר על האיסור מזיק, ואם שפיר שייך א"כ אולי אצלינו הבעלים חייבים לשלם גם אם אינם עוברים על האיסור מזיק). ויש לעיין בזה וכמו שנבאר.

הנה בב"ק דף נ"ו ע"ב אמרינן שהמעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו, המעמיד חייב, כלומר ובעל הבהמה פטור, והרי גם רועה שמרעה בהמות חבירו בשדות אחרים הרי הוא בגדר מעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו, וא"כ יוצא כמו שכתבנו שהבעלים פטורים.

מיהו לעיל שם בדף כ"ד ע"ב מספקא

להש"ס בציוור של משסה כלבו של חבירו בחבירו האם הבעלים חייבים משום שהי' להם לשומרו או האם אינם חייבים כי המשסה עשה פעולה ואילו הבעלים לא עשו שום פעולה, וא"כ לפ"ז גם אצלינו אולי הבעלים חייבים.

ברם צ"ע באמת למה במעמיד הבעלים פטורים ואילו במשסה יש צד לומר שהם חייבים. ועוד צ"ע דאמרינן שם שהמשסה בודאי פטור משום שהוא בגדר גרמא, וצ"ע למה שונה היא ממעמד ששפיר חייב. ולכאורה נראה לומר שגבי משסה איירי שהבעלים פשעו בהשמירה וכהנ"ל, ומש"ה יש צד לומר שהם חייבים, וכן בגלל זה המשסה בודאי פטור, אבל במעמיד איירי שהבעלים לא פשעו. ומעתה לפ"ז יוצא שהציוור של רועה דומה להציוור של משסה ולא להציוור של מעמיד, ושגם ברועה אולי המפקיד צריך להיות חייב שהרי פשע ע"י מסירתו להרועה.

ע"ל שהמשסה כלב פטור כי זה גופא שהכלב הוא כוונתו להזיק מפקיע מהמשסה את השם של מעמיד, ומש"ה הבעלים חייבים, משא"כ הציוור של מעמיד הרי איירי בהזיקא דשן ולא בכוונתו להזיק ומש"ה המעמיד חייב והבעלים פטורים. ומעתה לפ"ז יוצא שהציוור של רועה דומה למעמיד ולא למשסה כי גם הציוור של רועה איירי בהזיקא דשן, ומש"ה הבעלים פטורים.

רג) רש"י ד"ה דידי'.

וז"ל, רועה בהמות שלו פסול, דבשביל הנאתו רועה אותן בשדות אחרות, אבל רועה בהמות העיר בשכר, בשביל הנאת

אחרים אינו חוטא להרעות עד שיגיע למרעה המופקר לכל עכ"ל. ולא הבנתי דבריו למה בבהמות שלו אינו ממתין עד שמגיע למרעה הפקר. וביותר הי' לו לפרש דאיירי שהבעלים נותנים לו כסף לשלם בשביל המרעה, דהתם אינו מרעה בשדות אחרים בגזל כי למה לו לגזול הרי נתנו לו מעות, ולא אמרינן שיגזול כדי שיוכל לעכב בידו המעות, אבל את הבהמות שלו שפיר ירעה בשדות אחרים בחנם כדי שלא יצטרך לשלם כסף משלו עבור להאכילם. גם י"ל דאיירי שהשדות של האחרים הם מרעה דשן וטוב יותר מהשדות של הפקר ומש"ה בשביל אחרים לא יגזול בשביל שיהיו לבהמותיהם מרעה יותר דשן וטוב, אבל בשביל בהמה דידי' שפיר יגזול.

רד) על דאית לי' משתבע או על דלית לי' משתבע.

פירש"י וז"ל, הבא לישבע וליטול חצי' צריך הוא לישבע שיש לו בה חצי' או לישבע שאין לו בה פחות מחצי', שמא אין לו בה כלום וכי משתבע שאין לו בה פחות מחצי' באמת הוא נשבע שהרי אין לו בה כלום וכו' עכ"ל. ואין הדבר ברור מלשונו אם כוונת הגמ' היא לקושיא או לאיבעיא. ונבאר את הפירושים השונים שנאמרו בדברי הגמ'.

א. מהר"ם שיף.

ע"י במהר"ם שיף בדבריו על הגמ' שביאר שכוונת לשון הגמ' היא לקושיא ולא לאיבעיא, והקושיא היא כן, האם ראוי לו לישבע בלשון חיובי שיש לו בה חצי', או האם ראוי לו לישבע כהלשון של

המשנה שאין לו בה פחות מחצי, הלא בודאי ראוי לו לישבע שיש לו בה חצי משום הטעם שכתב רש"י, דהיינו כי הלשון של שאין לו בה פחות מחצי משתמע נמי שאין לו כלום, וא"כ למה הוא נשבע שאין לו בה פחות מחצי. ועל זה מתרצינן שהוא אומר בתוך השבועה שיש לו בה ושאין לו בה פחות מחצי.

ב. חכמת מנוח.

מיהו עי' בהגהות חכמת מנוח שפי' שהכוונה היא לאיבעיא, והיינו שכוונת לשון הגמ' היא כך, האם כוונת התנא היא שהוא נשבע באמת על דאית לי' ואומר את המלים שיש לו בה חצי, אבל אינו נשבע בלשון של אין לו בה פחות מחצי כי שמא הרי הוא מתכוין לומר שאין לו בה כלום וכמש"כ רש"י, ואע"פ שעל דעת ב"ד משביעין אותו אבל בכל זאת מאי דאפשר לתקן מתקנין, וא"כ משביעין אותו שיש לו בה חצי, רק דנקט התנא הלשון של אין לו בה פחות מחצי כי באמת זה הוא הכוונה שלנו כי אין אנו מתכוונים להוציא משבועתו שיש לו בה רק חצי אלא אנו רוצים להוציא משבועתו שיש לו לכל הפחות חצי, או האם כוונת התנא היא שעל דלית משתבע, כלומר שהוא נשבע באמת את הלשון שכתוב בהמשנה, ועל זה מסקינן שהלשון של המשנה הוא הלשון של התנא עצמו בכוונת השבועה, אבל הוא עצמו נשבע בלשון שיש לו בה ואין לו בה פחות מחצי דבכה"ג אינו יכול להערים.

ג. הרי"ף והרמב"ם וביאורו של הב"י בשיטתם.

והנה הרי"ף הביא שאומר כולה שלי,

ולדברייכם שבועה שאין לי בה פחות מחצי, ולא הביא שהוא כולל בתוך השבועה שיש לו בה וכדברי רב הונא. והרמב"ם לא הביא אפילו שהוא אומר שכולה שלי ולדברייכם וכו', אלא הביא רק את לשון המשנה כצורתה. והביא הנ"י שהרנב"ר תמה על זה, וכתב הב"י בסי' קל"ח שהרי"ף והרמב"ם מפרשים שאין כוונת רב הונא לומר שהוא אומר באמת "שבועה שיש לי בה" אלא שכך מתפרשת לשונו.

ולפ"ז יש לפרש לפי הרמב"ם כך, דכוונת הגמ' בהשאלה של על דאית לי' משתבע או על דלית לי' משתבע היתה שיש במשמע הלשון שכתוב בהמשנה גם שאין לו בה כלום, וא"כ אולי הוא מתכוין לישבע שאין לו בה כלום, ועל זה מתרץ רב הונא שמשמע יותר שבאמת יש לו בה, משא"כ הפי' שאין לו בה כלום רחוק הוא מאד, ולכן סמכינן על הכלל שעל דעת ב"ד הוא נשבע ואע"פ שאפשר לתקן.

מיהו שו"ר את דברי הדרישה בסי' קל"ח, והוא הבין שכוונת רב הונא לפי הב"י היא שאין שום צד כלל לומר שיש גם משמעות של אין לו בה כלום, אלא משמע שבודאי יש לו בה, ואין צורך להגיע להא שעל דעת ב"ד הוא נשבע, ואדרבה הדרישה עצמו כתב לפרש שטעמו של הרמב"ם הוא משום דס"ל שכוונת רב הונא היא משום שעל דעת ב"ד הוא נשבע. ושוב הקשה שאם השבועה בנוי על הא שעל דעת ב"ד הוא נשבע, א"כ למה בהציוור של זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי שלי הרי הוא נשבע שאין לו בה פחות משלשה רבעי, דלכאורה קשה דכיון

שדנים רק על חצי הטלית למה גם שם אינו נשבע שאין לו בה פחות מחצי, והרי התירוץ על זה הוא משום שא"כ יוכל להתכוין שהחצי שיש לו הוא החצי הראשון שחבירו מודה לו עלי' ולא החצי שדנים עליו, ואילו לפי הנ"ל מה החשש הלא על דעת ב"ד הוא נשבע, וא"כ למה אינו יכול לישבע בנוסח של אין לי בה פחות מחצי, ותי' על זה בזה"ל, היינו טעמא דכיון דאינו מרבה בדיבור השבועה (כלומר שאין הבדל בין אם הוא מזכיר פחות משלשה רבעי ובין אם הוא מזכיר פחות מחצי, משא"כ בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי הרי מדובר בזה שהוא מוסיף עוד אימרה שלימה, דהיינו שיש לו בה) מש"ה הזקיקהו לסלק הרמאות בפירוש גם בשעת השבועה עכ"ל, אלא שכתב שתי' זה הוא דוחק.

ד. התומים והנחלת דוד.

ובתומים בריש סי' קל"ח ראיתי שפי' אחרת לפי הרמב"ם, והיינו שבודאי אין משמעות כזו שאין לו בה כלום, רק שכוונת הגמ' היא להקשות דאם הדין נותן שישבע רק על מאי דאית לי', כלומר על מה שניתן לו, דהיינו חצי, א"כ ישבע להדיא שחצי שלו, ואם אי אפשר לישבע כן כי מרע לדיבורי' א"כ ישבע שכולה שלו דהיינו על מאי דלית לי', וממ"נ נוסח של אין לו בה פחות מחצי אינה שבועה מעליא, ומתרצינן שהוא נשבע בלשון של אין לי בה פחות מחצי' כי לשון זה משתמע שיש לו בה אבל אינה מפרטת אם חצי או אם הכל, אלא אפשר לפרשה לתרי אנפין, דהיינו שיתכן שיש לו חצי,

וכן יתכן שיש לו כולה, וזה עדיף מלהשביעו להדיא על כולה או על חצי' כמו שהגמ' מפרשת בההמשך (וכתב שבאמת נראה שזהו גם כוונת הב"י בדבריו הנ"ל, וכוונתו היא שכך גם הב"י מפרש את דברי רב הונא לפי הרמב"ם, אבל את הקושיא הב"י שם מפרש שם בפירוש כמו רש"י, ומעתה צ"ע דא"כ כדי לתרץ את הרמב"ם לא הי' התומים צריך לחדש את פירושו בקושיית הגמ').

והתומים הביא עוד בשם גאון אחד פי' אחר לתרץ את מה שהרי"ף והרמב"ם השמיטו את מה שאמר רב הונא שהוא אומר שבועה שיש לי בה, דמה שרב הונא אמר שהוא אומר לשון של שבועה שיש לי בה הרי זה כי אזיל שחשוד אממונא לא חשוד על שבועתא, אבל לפי אביי במסקנת הסוגיא הוי שפיר חשוד אשבועתא רק שהכא משביעין על ההנחה שהוא משקר כי ספק מלוה יש לו עליו אשר לפ"ז אינו חשוד אממונא וממילא נקטינן שבגלל השבועה יפרוש, ומעתה לפ"ז אינו צריך לומר שבועה שיש לי בה אלא הרי הוא יכול לומר את הנוסח שכתוב בהמשנה כי אי אפשר לומר שיתכוין להכניס בהמלים של השבועה כוונה שאין לו בה כלום כי בודאי לא יתכוין כן שהרי הוא מסופק שמא יש לו מלוה ישנה עליו אשר לפ"ז הטלית משועבדת לו.

והתומים עצמו הקשה על זה דהא הוא עצמו מסופק אם יש לו מלוה ישנה עליו או לא, וא"כ הוא עצמו חושש שמא אינו חייב לו כלום, ועל הצד הזה בודאי אינו רוצה לישבע (אע"פ שהוא מוכן לקחת כסף על הספק שמא יש באמת מלוה

ישנה), וא"כ אכתי יכוין שאם באמת אינו חייב לו אז הרי הוא רוצה שהמלים שלו יתפרשו שאין לו בהטלית כלום.

מיהו עי' בנחלת דוד כאן שהביא את השגת התומים וכתב שאינה השגה כי כשהוא נשבע הרי הוא צריך לכוין פירוש אחד בלבד, ואינו יכול להתכוין שני פירושים, אלא צריך הוא להחליט איזה פירוש להכניס להמלים שלו, וא"כ שפיר יפרוש בגלל השבועה כי אזלינן שהכא אינו חשוד אשבועתא (כי אינו חשוד אממונא) והרי לא יוכל להכניס אף פירוש אחד שמא אותו פירוש הוא שקר.

ה. המרומי שדה.

והמרומי שדה כתב שטעמו של הרמב"ם הוא משום שלאחר שזכינו לדין שהוא אומר כולה שלי ולדבריכם, א"כ שוב אין צורך להכניס לתוך השבועה את הלשון של שבועה שיש לי בה, כי ע"י הקדמה זו אי אפשר לפרש את דבריו שאין לו בה כלום. מיהו הניחא להרי"ף שהביא לכה"פ שהוא אומר כולה שלי ולדבריכם, אבל הרמב"ם לא הביא אפילו דבר זה. ועוד דאע"פ שהוא אומר כולה שלי אבל אינו אומר כן בתוך השבועה וא"כ את השבועה אכתי אפשר לפרש שאין לו בה כלום.

והדרישה בסוף דבריו על הלכה זו רצה לתרץ את הרי"ף כדרכו של המרומי שדה, ושוב הביא שהנ"י בשם הרנב"ר תמה גם על הרמב"ם ולא רק על הרי"ף, אבל סיים הדרישה "והנראה לענ"ד כתבתי", ולא ברור אם כוונתו לנחות להעובדא שלפי הרמב"ם אכתי קשה.

ועי' ביתר דברי הדרישה הקודמים שם מה שכתב ליישב את הרי"ף והרמב"ם.

ו. מקור לדברי הרמב"ם.

ועכ"פ על פי דרכו של הב"י נראה שמקורו של הרמב"ם ללמוד שלא היתה כוונת רב הונא לומר שהוא צריך ממש לומר שבועה שיש לי בה הוא כך, דהנה תוס' הקשו דמאחר שהוא אומר גם עכשיו כולה שלי רק שלדבריכם אני נשבע שאין לי בה פחות מחצי, למה יש כאן מרע לדיבורי ולמה אינו יכול לישבע להדיא שחצי שלו, ותירצו שבכל זאת יש כאן מרע לדיבורי, ולכאורה תירוצם הוא דוחק דהא הוא אומר בפירוש שאני אומר כולה שלי ואני נשבע על חצי רק לדבריכם וא"כ למה אינו יכול לישבע בפירוש שחצי שלו, ולכן מפרש הרמב"ם שבאמת אינו אומר לשון זה של כולה שלי ולדבריכם וכו', אלא הכוונה היא כך, דבתחילה הקשינו שישבע להדיא שחצי שלי ומתריצין כי הוא מרע בזה לדיבורי כי הוא נראה כחוזר בו ממה שטען קודם, ולכן לא היינו נותנים לו לישבע בצורה כזאת אפילו אם הוא עצמו לא איכפת לי מהלעז, ולכן הרי הוא נשבע שאין לי בה פחות מחצי, ומקשינן שגם בזה הרי הוא מרע לדיבורי כי הוא נראה כחוזר בו, ועל זה מתריצין שאין זה נראה כחזרה כי הכוונה היא שאין לו בה פחות מחצי אבל לעולם יתכן שיש לו בה כולה וכמו שאמר בתחילה, רק שלדבריכם אני נשבע בנוסח כזה, וא"כ מאחר שמה דאיתא דאמר כולה שלי ולדבריכם וכו' אין הכוונה שהוא אומר כן להדיא, א"כ משה מפרש הרמב"ם שגם מה שאמר רב הונא

שהוא אומר שבועה שיש לי בה וכו' אין הכוונה שהוא אומר כן להדיא.

והנה מעתה י"ל שלפי הרמב"ם אם יאמר בפירוש כולה שלי ולדבריכם וכו' אז יוכל באמת לישבע שבועה שיש לי בה חצי' כי אין כאן מרע לדיבורי'.

וע"ע ברא"ש שכתב כפשטות משמעות הגמ' שצריך לומר את הכל, דהיינו שהוא צריך לומר בשעת השבועה כולה שלי ולדבריכם שבועה שיש לי בה ואין לי פחות מחצי'.

והמחבר בסי' קל"ח סעיף ב' כתב שהוא אומר שבועה שיש לי בה ואין לי בה פחות מחצי', ומבואר שאינו צריך לחזור ולומר קודם השבועה שכולה שלו ולדבריכם, היפך מדברי הרי"ף.

רה) ונימא שבועה דכולה שלי, ומי יהבינן לי כולה.

פירש"י דאם ישבע שכולה שלו וניתן לו רק חצי' א"כ יצא לעז על ב"ד. מיהו לכאורה הי' אפשר לפרש אחרת, והיינו שהקפידא היא בזה שאנו גורמים שיהי' נראה כאילו הוא נשבע לשקר.

ועכ"פ הרש"ש כתב לפרש שאם ישבע כל אחד מהם שכולה שלו א"כ יש כאן בודאי שבועת שקר והיכא שיש עצה גם רבנן דבן ננס מודים שאין מביאין לידי שבועת שקר, והכא הרי אין צורך שכל אחד ישבע על כולה שהרי גם ע"י השבועה נותנים לו רק חצי'.

וכהפירוש הנ"ל של הרש"ש פי' הריצב"ש בשט"מ.

ועי' בשט"מ בשם הרא"ש שהעיר ג"כ

נקודה זו אבל הוא העיר כן בתורת הערה על קושיית הגמ' דהיינו דאיך ישבע שניהם שכולה שלו הלא אחד מהם נשבע לשקר, וכתב לבאר את קושיית הגמ' וז"ל, דסלקא דעתין שעכשיו נמי כשהוא נשבע שאין לו פחות מחצי' אדעתא דטענתו הראשונה שאמר כולה שלי הוא נשבע וא"כ ישבע להדיא שכולה שלי עכ"ל.

רה*) בענין איך נשבעין בהציוור של זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי.

הנה יש לעיין בהציוור של זה אומר כולה שלי וזה אומר חצי' שלי באיזה נוסח הוא נשבע. ומהמשה מבואר בפשטות שהנוסח הוא שאין לו פחות משלשה רבעי. ובהשקפה הראשונה על פי סוגיית הגמ' כאן הרי הוא צריך לומר כולה שלי ולדבריכם הריני נשבע שיש לי בה ואין לי בה פחות משלשה רבעי.

מיהו כל הטעם למה הוא צריך להשבע בנוסח של שבועה שיש לו בה הרי זה כי בלי לומר כן יוכל להתכוין שאין לו בה כלום, ואילו בהציוור הזה אי אפשר לומר שהוא מתכוין כן, כי זה ברור שיש לו החצי שהרי הבעל דין השני מודה לזה. והגר"א בסי' קל"ח סקי"ז כתב באמת שאין צורך בכה"ג לישבע בנוסח של "יש לי בה". מיהו המחבר שפיר כתב שנשבע שיש לו בה, וצ"ע כהערת הגר"א,

והנה יש לחקור בציוור זה, האם נחשב שהדין תורה הוא על כל הטלית כמו בזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי, רק שעל חצי יש הכרעה על פי הודאת בעל

דין, או האם מכיון שהשני טוען רק שחצי' שלו הרי זה גורם שחצי מן הטלית אינה נחשבת חלק מהדין תורה, ואין זה נחשב בכלל שדנים עליו, אלא הרי זה נחשב שכל הדין תורה הוא רק על החצי הזה שטוענים עליו.

ואם נאמר כהצד הזה הרי יוצא שהחצי הראשון בכלל אינו בכלל השבועה, אלא רק החצי שטוענים עליו, ואפילו אם הוא נשבע בנוסח של אין לי בה פחות משלשה רבעי אבל הרי זה רק הדרך איך הוא מבטא את תוכן דבריו, אבל באמת רק החצי שטוענים עליו נכנס לתוך השבועה. ובאמת אם ירצה, יוכל להשבע בנוסח של אין לי בה פחות מחצי, ומה שאיתא בהמשנה שהוא נשבע שאין לי בה פחות משלשה רבעי הכוונה היא רק שזהו מה שיוצא משבועתו אבל לא שכך צריך להיות נוסח השבועה.

ומעתה לפי הצד שהשבועה כוללת רק את החצי שטוענים עליו, א"כ אם לא יאמר שבועה שיש לי בה הרי הוא שפיר יכול להתכוין שאין בה כלום כי הכוונה היא שאין לו כלום במה שנשבעים עליו דהיינו החצי שטוענים עליו, והרי הוא יכול להתכוין כך אפילו אם הוא נשבע בנוסח של אין לי פחות משלשה רבעי, כי מה שנכנס לתוך השבועה הוא רק החצי שדנים עליו.

ויש לעיין לפי הצד שכתבנו שהחצי שהבעל דין מודה עליו אינו נחשב חלק מהדין תורה, האם שייך קושיית תוס' לעיל בדף ב' ע"א שנאמר שאין ספק מוציא מידי ודאי, כי אולי כדי לומר אין ספק מוציא מידי ודאי צריכים שיהי' בגדר ודאי על

חלק ממה שדנין עליו. ברם לפי הדרך שהבאנו שם שאין ספק מוציא מידי ודאי משום שהעובדא שהוא ודאי בחלק הרי זה משווהו למוחזק על הכל, לכאורה אין חילוק.

והנה המעיין בלשון רש"י על המשנה יראה שכמעט מפורש בדבריו שגם בהסיפא הרי הוא נשבע באותו נוסח כמו בהרישא, דהיינו שאין לו בה פחות מחצי' (כלומר מהחצי שטוענים עליו) כי כל הדין תורה הוא רק על החצי שטוענים עליו, ולפי זה הא דתנן שהוא נשבע שאין לו בה פחות משלשה רבעי הכוונה היא שזהו מה שיוצא משבועתו אבל לא שזהו נוסח השבועה, וכמו שביארנו.

(רו) לא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא.

עיין בב"ק דף ק"ח ע"א שהביאו ציור שטען טענת גנב ונשבע, ובאו עדים שהוא עצמו גנבו, ושוב ט"ג ונשבע, ובאו עדים, ושאלו האם הוא חייב תרי כפל או רק אחד, וכתבו תוס' וז"ל, מחמת שנעשה פסול בשבועה שני' משעה שנמצא שקרן בראשונה אין לפוטרו, משום דחשוד על השבועה מדרבנן הוא דמיפסל (וכמו שכתבו גם בסוגיין בד"ה דחשיד) כדמוכח בשבועות דקתני ושכנגדו חשוד על השבועה ומשמע התם דמדרבנן הוא, וכיון דמאורייתא שבועתו שבועה מחייב כפל עכ"ל. ויש לעיין מה היא המשמעות מהגמ' בשבועות שהוא שפסול רק מדרבנן.

והנה כבר הבאנו לעיל את דברי הקצה"ח בסי' ע"ה סקי"א, וכן בסי' צ"ב סקי", שכתב דהא דלא אמרינן מתוך

בחשוד דאינו נראה בציור זה כמשקר שהרי הוא עצמו רוצה לישבע לא אמרינן מתוך. מיהו הקובץ הערות שם כתב ביאור אחר בתוס' בע"א, והיינו כי חשוד על השבועה אינו בגדר פסול הגוף כמו פסול קורבה בעדות, או פסול רשע אם נאמר שהוא פסול הגוף, והתם אם אין ב"ד מכירים בפיסולו והוא עצמו יודע שהוא אומר אמת בכל זאת אסור לו להעיד, משא"כ בחשוד על השבועה אם ב"ד אינם מכירים שהוא חשוד והוא עצמו יודע שהוא נשבע אמת מותר לו לישבע ולהפטר, וא"כ לכן אין זה נקרא שאינו יכול לישבע אלא הרי הוא שפיר יכול לישבע רק שאנחנו אין נותנין לו, וכתב הקובץ הערות שתוס' בב"ק דף ק"ח סוברים דלא כמשמעות תוס' הנ"ל אצלינו אלא היכא שהוא פסול לשבועה מהתורה הרי הוא נחשב באמת בגדר אינו יכול לישבע אבל היכא שהוא פסול מדרבנן אכתי נקרא שהוא שפיר יכול לישבע ולכן כתבו תוס' שם שמהדין בשבועות שם שכנגדו נשבע ונוטל, ולא אמרינן שמתוך שאין החשוד יכול לישבע ישלם, חזינן שחשוד פסול רק מדרבנן.

ועכ"פ עי' בקצה"ח בסי' צ"ב סק"א שהקשה על דברי תוס' שחשוד פסול לשבועה רק מדרבנן מהגמ' אצלינו, דהנה הכא מקשינן למה אמרה התורה שמודה במקצת נשבע הלא י"ל שמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, והרי מכיון שתוס' סוברים שאפילו גזלן ישן לא מיפסל לשבועה מן התורה, א"כ איך אפשר לומר שמי שחשוד על ממון מיפסל לשבועה מן התורה. וחילק הקצה"ח דתוס' איירי כשכבר נשבע לשקר, ובכה"ג נקטינן שכבר

שאי"ל"מ על שבועה דרבנן וכמש"כ תוס' לעיל בדף ג' ע"ב בד"ה בכולי' וכו' הרי זה כי אין בכלל ציור כזה, כי היכא שאינו נשבע את השבועה דרבנן בגלל שהוא חשוד א"כ על חשוד לא אמרינן שמתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון שהוא עצמו רוצה לישבע וכמש"כ תוס' לעיל בע"א בתירוצם השני, ועוד דחשוד על השבועה פסול רק מדרבנן (וכדברי תוס' הנ"ל בב"ק ובסוגיין) וא"כ על שבועה דרבנן אמרינן שתקנתא לתקנתא לא אמרינן, כלומר שאין נוהגים בו הך תקנתא שני' שחשוד נפסל לשבועה ושכנגדו ישבע ויטול אלא הרי הוא פטור. ועוד כתב הקצה"ח שם שי"ל שזהו כוונת הגמ' לעיל כאן במה שאמרו שעל שבועה דרבנן לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל כי תקנתא לתקנתא לא עבדינן. ומעתה לפ"ז י"ל שתוס' בב"ק שם הבינו שמאי דאמרינן גם בשבועות דף מ"א ע"א שם שבשבועה דרבנן לא אמרינן שכנגדו נשבע ונוטל משום שתקנתא לתקנתא לא עבדינן הכוונה בזה היא דחשיב תקנתא לתקנתא משום שחשוד פסול לשבועה רק מדרבנן וכהקצה"ח.

שו"ר בקובץ הערות בסי' כ"ב סק"ד שכתב ביאור אחר בכוונת תוס' בב"ק שם, דהנה כבר הקשו תוס' לעיל בע"א למה בחשוד לא אמרינן שמתוך שאי"ל"מ, וכתבו בדרכם השני דהיינו משום שהוא עצמו רוצה לישבע רק שאנחנו אין נותנין לו, ומשמע מדבריהם שכוונתם היא אפילו אם חשוד פסול מן התורה, וכבר ביארנו לעיל דאולי שמתוך אמרינן רק היכא דהו"ל למידע והוא אומר שאינו יודע כי בכה"ג הרי הוא נראה כמשקר ומערים, משא"כ

שב בתשובה, ומש"ה הרי הוא פסול רק מדרבנן, אבל הכא במורה במקצת הרי איירי לענין אותו ממון בזמן שדנין עליו וא"כ בזה נקטינן שאם הוא חשוד לגזולו א"כ ה"ה שהוא מוכן לישבע לשקר כדי לקבלו.

והקובץ הערות שם העיר על הקצה"ח דהא בסי' ל"ד סעיף כ"ח נפסק שמי שעבר על עבירה ונפסל לעדות אינו חוזר לכשרותו עד שיוודע בבירור שעשה תשובה אבל מן הסתם לא נקטינן שעשה תשובה וא"כ למה בחשוד שפיר חוששים לזה. מיהו אולי אה"נ מן התורה הרי אנו נוקטים גם בעדות שעשה תשובה ורק מדרבנן חוששין וצריכים עדות ששב.

והנה באמת הקצה"ח עצמו הקשה מעדות ות' וז"ל, ודוקא גבי עדות הוא דחדית רחמנא אל תשת רשע עד, אלא מכי אתברר שעשה תשובה, אבל לשבועה לא כתיב, ורשע נמי משביעין אותו דאפשר עשה תשובה עכ"ל.

ועכ"פ הקובץ הערות לא הביא שהעיר כן הקצה"ח עצמו, אלא העיר כן הקובץ הערות מעצמו על הקצה"ח וכמו שהבאנו, וכתב לתרץ בזה"ל, ואף דרשע פסול לעדות עד שיתברר בעדים שחזר בו, היינו משום דמוקמינן ל' בחזקתו, כיון שחל עליו דין פסול מעמידין אותו בחזקת פסול שכבר נפסל לעולם עד שיחזור בתשובה ויתחדש עליו דין כשר, אבל בחשוד לא שייך לומר שחל עליו דין חשוד לעולם, דכל רגע ורגע הוא מילתא באפי נפשי' ואין ראי' מרגע זו לרגע אחרת, וכשחזר בתשובה אינו התדשות בדינו לומר אוקמי' אחזקתו דמעיקרא, וביאור החילוק לפי מה

שכתבנו במקום אחר (בסי' ס"ז סקי"ב) דהא דמעמידין דבר בחזקתו אין הטעם משום דכיון דאתמול ה' אסור ראוי לומר שגם היום הוא אסור, דאינו כן, אלא דוקא אם אתמול ה' הדין שיהא אסור גם היום, ועכשיו הספק שמא נתחדש דבר המתיר, אבל אם האיסור ה' מתחילה רק לזמן, ובכלות הזמן פקע האיסור ממילא, ואין ההיתר דבר מחודש, בכה"ג ליכא חזקת איסור לומר שנאסר לזמן מרובה ולא לזמן מועט אם מסתפקין בזה, אלא אדרבה איכא חזקת היתר לומר שלא ה' מתחילתו איסור מרובה אלא איסור מועט, וזהו החילוק בין פסול לחשוד, דבפסול הוא דין פסול, ושייך לומר שנפסל מתחלתו לעולם עד שיתחדש בו דבר המכשירו, אבל בחשוד ליכא דין חשוד, ולא שייך לומר שחל עליו דין חשוד לעולם, אלא בכל רגע הוא חשש בפני עצמו עכ"ל.

(רז) תד"ה דחשיד אממונא.

וז"ל, וא"ת א"כ (דחשיד אממונא לא חשיד אשבועתא) אמאי גזלן פסול לשבועה דאמר שכנגדו נשבע ונוטל, וי"ל דגזלן לא פסול לשבועה אלא מדרבנן ולעדות הוא דפסול מדאורייתא משום אל תשת רשע עד עכ"ל. והנה עיין במהר"ם שיף שהקשה דא"כ הדין נותן שנאמר לכל הפחות מדרבנן שמיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, כמו דאמרינן בגזלן, וממילא בשנים או חזין בטלית לא ישבע, ות' שאה"נ הדין נותן שנאמר כן, רק שאמרינן כן רק היכא שהנתבע לחוד חשוד על ממונא, דאז אמרינן שאינו נשבע משום שמדרבנן הרי הוא חשוד על השבועה,

אלא שכנגדו נשבע ונוטל, אבל היכא שאי אפשר לומר שכנגדו נשבע ונוטל השאירו את הדבר על הדין דאורייתא שאינו חשוד על השבועה, וכן הוא בשנים אוחזין בטלית שאי אפשר לומר שכנגדו נשבע ונוטל שהרי שניהם צריכים לישבע כדי שלא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו', ומש"ה השאירו את הדבר על הדין דאורייתא שאינו חשוד על השבועה. ועי' גם בשט"מ בשם גליון שהקשה קושיית המהר"ם שיף ובתירוצו השני תי' כתירוצו של המהר"ם שיף וז"ל, אבל במקום דאין שיך לומר שכנגדו כמו במתניתין דכל אחד תקף וכו' עכ"ל.

והנה יש לעיין מה היא הכוונה במה שכתבו תוס' שמדאורייתא גזלן כשר לשבועה ורק רבנן פסלו אותו, דלכאורה ה' אפשר לפרש שהכוונה היא שנשתנו הזמנים ואלו שחשודים על ממונא הם עכשיו חשודים גם על שבועה כי כבר לא מפחדים כל כך משבועה כמו פעם. מיהו אם זהו הפשט א"כ לא שיך לומר כדברי השט"מ והמהר"ם שיף כי יוצא שעכשיו הרי הוא באמת פסול מדאורייתא לשבועה וא"כ איך נותנים להם לישבע בהציוור של שנים אוחזין, ובע"כ צריכים לפרש בדרך אחרת, והיינו שגם בזמן התורה היו כאלו שהיו חשודים על ממונא וגם ישבעו לשקר, רק שהיו מיעוטא ולא חששה התורה לזה אבל רבנן גזרו ששפיר נחשוש לזה כי ראו שבאופן כללי מתחילים להקל ראש בשבועות ומש"ה פסלו כל מי שחשוד אממונא.

והנה בתירוצו הראשון תי' השט"מ שכיון דפסול רק מדרבנן א"כ במסגרת של

פסול דרבנן בודאי אפשר לחלק בין מי שהוא גזלן ישן לבין מי שהוא רק חשוד וז"ל, ומיהו יש לומר כיון דלא פסיל אלא מדרבנן אז הוא פשוט לחלק בינו (גזלן) לבין חשוד עכ"ל, ולכאורה הטעם לחלק הוא כסברת ר"י חסיד. מיהו דבריו צ"ב למה אינו מוכן לומר כחילוקו של ר"י חסיד גם אם גזלן פסול מהתורה.

ונראה שאין כוונת השט"מ לסברת ר"י חסיד, אלא כוונתו היא כך, דמה שחכמים פסלו גזלן לשבועה אין הכוונה שדנו שמכיון שהוא חשוד אממונא הרי הוא נמי חשוד אשבועתא, דאילו כן ה"ה שהיינו צריכים לחשוד אותו אשבועתא גם בנוגע לממון זה שהוא בא עכשיו לגנוב כמו בשנים אוחזין בטלית, אלא זה נשאר אמת שלא אמרינן מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא, רק שהכוונה היא שפסלו גזלן פסול הגוף משום השם של גזלן ולא משום שחשוד לשקר, ורק מדרבנן הרי הוא פסול כי מן התורה לא נאמר שום פסול הגוף לענין שבועה כמו שיש לענין עדות (ועי' לעיל באות קל"ב באריכות אם הפסולים של רשע ורשע דחמס לעדות הם פסולי הגוף או משום דחשוד לשקר), ומעתה לפ"ז יוצא דהיינו רק היכא שידעינן שגזל, אבל היכא שרק חשדינן שהוא רוצה עכשיו לגזול ממון זה הרי אין עליו עוד שום פסול הגוף כי עוד לא גמר את גניבתו.

מיהו צ"ע על זה למה לא מיקרי שגמר את גזילתו, הלא כבר הלך ותקף. ברם מדברי ר"י חסיד להלן בתוס' חזינן דמיקרי באמת שלא גמר עוד את גזילתו.

ובאמת ה"ה שי"ל בדרך אחרת, והיינו

שהרי זה רק ספק אם יש עליו פסול הגוף, ובכה"ג לא החמירו רבנן להחשיבו כמי שיש עליו פסול הגוף.

ועכ"פ צ"ע על הדרך הנ"ל מהו הטעם שחידשו רבנן פסול הגוף אם באמת אינו חשוד ליטבע לשקר.

רח) בא"ד.

וזה"ל, וי"מ בשם ה"ר יהודה חסיד הא דחשיד אממונא כשר לשבועה משום דשמא צ"י שבועה יפרוש מגזל, אבל גזלן ודאי, כמו שמממון אינו פורש, ה"ה משבועה, ולא קשה מההיא רעיא דאסהידו בי' דאכל תרתי מנייהו אמאי פסול דבהנך תרי דאכל צריך לשלם ומהשאר יפרוש על ידי שבועה, דמה שהוא משלם על ידי עדים אין זה השבה מעליא דעל כרחו משלם, והיינו טעמא דכופר בפקדון פסול עדות עכ"ל. והנה לכאורה י"ל שסברתו של ר"י חסיד היא דכיון שכבר השלים גזילה אחת א"כ הרי זה כבר כעין מדה קבועה אצלו, וכאילו הדבר נעשה לו כהיתר, ומש"ה נקטינן שלא יחזור בו משום השבועה, אבל היכא שעוד לא גזל, אלא עכשיו הרי הוא עומד להיות גזלן, א"כ בכה"ג אמרינן ששפיר יחזור בו בגלל השבועה.

ועל זה ממשכימ תוס' להקשות מההיא רעיא דהא התם נהי שניסה לגזול שתי בהמות, אבל הרי לא הצליח, ויצטרך לשלם, וא"כ אכתי לא נעשה הדבר אצלו כהיתר, ועל זה מתרצים תוס' דמ"מ מכיון שכבר אכל אותם וגמר גזילתו א"כ שפיר נעשה לו כהיתר, ואע"פ שצריך עכשיו

לשלם אבל אין זה מרצונו אלא בעל כרחו וממילא אין זה נקרא שעשה תשובה. מיהו צ"ע על תוס', דמשמע שהי' קשה להם ממה שצריך לשלם, ולכאורה צ"ע מה קשה להם, מאי שנא מכל גזלן שפסול אע"פ שהוא צריך לשלם. וביותר הי' להם להקשות שאולי לא נקרא שגמר גזילתו ע"י שאכל כיון שהוא יודע שעוד יעמוד בדין על זה כי המפקיד בודאי יחבע אותו, ולתרוץ על זה שכיון שכבר אכל אותם הרי זה שפיר נחשב שגמר את גזילתו.

והנה הנ"י לעיל בדבריו על ההוא רעיא הביא בשם ר"ת הסבר אחר ודלא כההסבר שכתבנו בדברי ר"י חסיד דנעשה לו כהיתר, והיינו דהיכא שכבר גזל א"כ קשה לשלם גזל הנאכל, ומש"ה לא ימנע עצמו מליטבע על הממון הזה השני כי לא ירצה לעשות תשובה לחצאין דהיינו רק על הממון השני, וכתב הנ"י שזהו גם הטעם למה בההוא רעיא נפסל הוא לשבועה, דהיינו משום שכבר אכל אותן שתי בהמות, והי' בגדר גזל הנאכל. מיהו לא הבנתי, דהלא ב"ד בעל כרחו יכריחונו לשלם את השנים שאכל שהרי יש עדים לפנינו על זה ואין הדבר תלוי ברצונו, וכן קשה גם על כל גזלן, דמאי איכפת לן אם נאכל הלא בין כך יצטרך לשלם. ודוחק לומר דפסול רק אם לא ידוע לנו ממי גזל. ועכ"פ אם שפיר נעמיד כן א"כ יוצא שבכל זאת לא יעשה תשובה, כי הוא עצמו יצטרך להוציא כסף לצרכי הרבים וכדומה אם הוא רוצה כפרה, והרי את זה אינו מוכן לעשות. ועכ"פ גם לפ"ז לכאורה לא שייך סברת ר"ת היכא שהנגזל הראשון מחל לו על הגזילה, כי בכה"ג לא יצטרך להוציא

כלום, אבל סברת ר"י חסיד שייכת גם בכה"ג.

והנה לפי הנ"י יוצא שאם הגזילה הראשונה היא בעין א"כ לא שייך סברת גזל הנאכל. ובאמת הרמב"ן הביא את דברי ר"ת בלי הך הדגשה שקשה גזל הנאכל אלא משמע שמשום עצם העובדא שצריך להחזיר ממון ישן, ואפילו אם הוא בעין, לא ירצה לשוב.

והנה באמת הרמב"ן כשהביא את פירושו של ר"ת הרכיב את ב' הטעמים יחד, דכתב דכיון שכבר גזל א"כ נעשה לו כהיתר, ואע"פ שעכשיו יש חומר שבועה אבל בגלל השבועה לא ישיב הגזילה הראשונה וממילא לא יעשה תשובה לחצאין. וצע"ק למה הוצרך את הטעם הראשון של נעשה לו כהיתר הלא נקט שאי משום הא הי' צריך לשוב מפני חומר שבועה, וצריכים להגיע לטעמו השני. וצ"ל דס"ל שכן הוא האמת שצריכים גם את הטעם הראשון כי אם לא משום שנעשה לו כהיתר הי' מסכים לעשות תשובה לחצאין.

רט) תדע דאמר רב אידי בר אבין וכו' במלוה כשר לעדות.

צ"ע מה הוא הסייעתא מרב אידי בר אבין לרבה, הלא רב אידי בר אבין אינו תנא, וא"כ נהי שחזינן שגם הוא אומר אשתמוטי אבל אין דברי רב אידי בר אבין יכולים לשמש כראי' לרבה, ולכל היותר הי' אפשר לומר "וכן אמר רב אידי בר אבין", אבל לשון "תדע" היא לשון של הבאת ראי'.

וי"ל שהכוונה היא כך, שאל תאמר שיש מדה של דוחק בדברי רבה של אשתמוטי, רק שהוא מוכרח לחדש סברא זו כדי ליישב את הדין של מודה במקצת לפי שיטתו שמיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, דזה אינו כי חזינן שגם רב אידי בר אבין סובר כן ולא מצינו שתלה מאן דהו את הדין של רב אידי בר אבין באם מיגו דחשיד אממונא חשיד על שבועתא או לא ושגם ר"א בר אבין הוכרח לומר את סברתו של אשתמוטי כי אל"כ קשה למה מודה במקצת נשבע הלא חשיד אשבועתא, וא"כ חזינן שגם המ"ד שסובר שלא חשיד אשבועתא סובר שאשתמוטי ושאיין בזה אין בה שום דוחק.

רי) אלא הא דתני רמי בר חמא ד' שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת נימא מיגו דחשיד אממונא וכו'.

ומתריצין התם נמי אשתמוטי קא משתמיט סבר משכחנא לגנב ותפיסנא ל', א"נ משכחנא ל' באגם ומייתנא ל'.

א. טעמו של פ"י למה הקשו רק מהפרה של כפירה.

והנה מהא שהקפידו להקשות דוקא מרמי בר חמא חזינן שהקושיא היא מהפרה של כפירה אבל לא מהפרה של נאנסה וכמו שפירש"י, והיינו משום שאולי נאבדה בפשיעה רק שהוא משתמט כי אין לו עכשיו מה לשלם. מיהו צ"ע דא"כ גם בנוגע להפרה של כפירה י"ל שאשתמוטי הוא דקא משתמיט.

ועי' בפ"י שביאר על פי מה שכתבו תוס' בב"ק דף ק"ז ע"א סד"ה עירוב וכו' דאיירי שהפרה של כפירה היא לפנינו, כי אל"כ יש לו מיגו שהי' יכול לטעון עלי' נאנסה, וא"כ מכיון שהיא לפנינו לא שייך לומר עלי' אשתמוטי, ועל זה מתרצינן שלעולם איירי בשאינה לפנינו ולכן י"ל שאשתמוטי הוא דקא משתמיט, רק שאע"פ שאינה לפנינו לא פטרינן לי' במיגו שהי' יכול לומר שנאנסה כי מיגו לא מהני לאיפטורי משבועה, אבל אם סוברים שלא חשוד אשבועתא י"ל כתוס' שם דשפיר מהני מיגו לאיפטורי משבועה רק שאיירי כשהיא לפנינו בב"ד כי אע"פ שהיא לפנינו בב"ד ולא שייך לומר אשתמוטי קא משתמיט אבל בכל זאת הרי הוא יכול ליטבע כי לא חשוד אשבועתא ואין צורך לומר שמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן.

ולפ"ז מה שהגמ' אמרה בהדיחוי שסובר שהוא עוד ימצא את הבהמה עצמה היא שלא לצורך אלא י"ל כמו קודם שהוא משתמט עד שיהי' לו כסף לשלם, משא"כ לפי ביאורו של הרש"ש שנביא בסק"ב שפיר הוצרכה הגמ' לומר שהוא רוצה לחפש אחרי הבהמה עצמה.

ב. עוד טעם להנ"ל.

והנה הרש"ש כתב טעם אחר למה הקשו רק מהפרה של כפירה, והיינו משום שהגמ' סברה שעל ההיא לא מסתבר לומר אשתמוטי כי א"כ למה כפר לומר להד"ם שהלה מכיר בשקרו ולא טען נאנסה, ועל זה מתרצינן שכיון שלא מתה לא רצה לומר נאנסה כי כיון שלא מתה אלא נאבדה

בפשיעה א"כ הרי הוא רוצה עוד לחפשה ולמוצאה ואז לטעון שמרשות הבעלים נגנבה אבל הוא מעולם לא הי' שומר עלי', רק שחיפש אחרי' כדי לשמור על שמו הטוב, ולכן השתמט ע"י טענה של להד"ם כי אז כשימצאנו יוכל לומר כהנ"ל שמצא אותה אע"פ שמעולם לא הי' שומר עלי', אבל אם יאמר נאנסה אז אם יביאנה יתגלה כשקרן בזה שאמר נאנסה.

ולפי דרך זה בדוקא קאמר הגמ' שהוא משתמט כי הוא מקוה להביא את הבהמה. והנה רש"י בד"ה בפקדון פסול לעדות כתב שבפקדון לא שייך אשתמוטי כי עליו להחזירו ואם אבד למה הוא כופר הלא יכול לומר האמת ולהיות פטור, והנה לכאורה אין דבריו מובנים כי אולי נאבד בפשיעה, ופשיטא שצריכים להוסיף בכוננתו ולומר שגם לפ"ז לא הי' לו לומר להד"ם אלא הי' לו לומר שאבדה שלא בפשיעה או שנאנסה כי אז אין המפקיד מכיר בשקרו, הרי שגם רש"י סובר סברא זו של מכיר בשקרו וא"כ י"ל שהוא לומד בנוגע לרמי בר חמא כהרש"ש שההוא לומר מיגו דחשיד אממונא וכו' ולא לומר שהוא משתמט, הרי זה מפני שטען להד"ם ולא טען נאנסה ועל זה מתרצינן שהוא מקוה למצוא את בהמה עצמה ולכן לא רצה לומר נאנסה.

ברם לפי דרכו של הרש"ש אכתי קשה על שומר חנם שטען על אחת מהפרות להד"ם דבכה"ג הרי הוא אכתי חשוד אממונא כי למה לו לטעון להד"ם שהלה מכיר בשקרו הלא הי' יכול לטעון נאבד שלא בפשיעה שאז אין המפקיד מכיר בשקרו וכן מכיון שלא טען נאנסה אלא

נאבדה הרי הוא יכול עוד להחזירה ולטעון שמצא אותה בלא להיות נראה כשקרן.

ועיין עוד בדרכו של הריטב"א.

ריא) לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו.

בענין לא תחמוד וגונב על מנת לשלם.

הנה בב"ק דף ס"ב ע"א פרכינן מה בין גולן לחמסן, ואמרינן חמסן יהיב דמי אבל גולן לא יהיב דמי, ופרכינן אם יהיב דמי למה נקרא חמסן והא אמר רב הונא שזביני זבינא, ומתריצינן שרב הונא קאמר כן רק אם אמר רוצה אני. ופירשו תוס' שם שאם לא אמר רוצה אני הרי הוא עובר בלא תחמוד אע"פ שנתן דמים אבל אינו פסול לעדות מן התורה כי אנשים חושבים שעוברים בלא תחמוד דוקא אם לא נתן דמים, אבל האמת היא שעוברים גם אם נתן דמים.

מיהו תוס' בסוגיין סוברים שעוברים בלא תחמוד דוקא אם לא נתן דמים וכמו שנבאר להלן באות רי"ג - רט"ו, אבל אם נתן דמים אינו עובר בלא תחמוד ואינו פסול מדאורייתא אפי' אם לא אמר רוצה אני.

ועי' בקו"ש בב"ק שם שהביא את הדרך של תוס' בסוגיין דהיכא דיהיב דמי אינו עובר לא תחמוד, והקשה דאכתי יש לא תגזול כי אסור לגזול אפילו על מנת לשלם. ותי' דליכא הכא לא תגזול כשהוא נותן דמים משום שאירי שנתן קודם את הדמים ואח"כ לקח את החפץ, אבל היכא שלקח קודם

את החפץ יש באמת משום לא תגזול על מנת לשלם ופסול לעדות מן התורה. מיהו צ"ע על דרכו דהא אצלינו בשומר שאומר נגנבה ורוצה לשלם לכאורה הרי זה ציור שלקח את החפץ ואח"כ משלם.

מיהו לכאורה י"ל שאה"נ גם תוס' בסוגיין מודים שיש מיהא לא תגזול, רק דס"ל שאעפ"כ אינו פסול משום כך לעדות ולשבועה מן התורה, והיינו משום שעל לא תגזול אמרינן שהוא מורה ואומר דמי יהבנא לי' וכדאיתא בסוגיין, רק שהדר פרכינן שאכתי יש משום לא תחמוד ועל לא תחמוד הרי הוא שפיר מבין שעוברים אפילו בנתן דמים, ולפי תוס' בסוגיין מתריצינן שבאמת אינם עוברים בנתן דמים. ולפי תוס' בב"ק מתריצינן שבאמת שפיר עוברים בלא תחמוד אע"פ שנותנים דמים רק שאנשים חושבים שאינו עובר.

ולפי דרכם של תוס' בסוגיין מתורץ שינוי לשון הגמ', דהנה לכאורה יש להקשות למה לענין גזילה אמרו לשון של "מורה ואמר" ולא אמרו לשון של "לא תגזול לאינשי בלא דמים משמע להו" כמו שאמרו לענין לא תחמוד, ומעתה לפי הדרך הנ"ל שכתבנו אתי שפיר כי כתבנו שלענין לא תגזול הכוונה היא שהוא עובר באמת בלא תגזול רק שאינו נפסל מהתורה כי הוא מורה היתר לעצמו וחושב שאינו עובר, אבל בנוגע ללא תחמוד הכוונה היא שבאמת אינו עובר כי לא תחמוד איירי דוקא בלא נתן דמי, וא"כ י"ל שלכן אמרו לשון של לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו דהכוונה היא שמכיון שהתורה השתמשה בלשון שמשמע לאינשי בלא דמי

א"כ ש"מ שנתכוונה באמת לקבוע לאו רק אם לא נתן דמים.

ולפי תוס' בב"ק יש לתרץ את שינוי הלשון כך, שבגזילה הרי הוא שפיר יודע שהוא עובר על איסור רק שבכל זאת הרי הוא מרשה לעצמו כיון שעומד לתת דמים וכמו דאמרינן לענין מלוה שאשתמוטי הוא דקא משתמט, אבל בנוגע ללא תחמוד הרי הוא חושב שבאמת אין בכלל לא תחמוד היכא שהוא נתן דמים.

ריב) בענין גונב ע"מ לשלם.

והנה כבר הבאנו את דרכו של הקו"ש שליכא משום לא תגנובו על מנת לשלם היכא שהוא משלם קודם, והקשינו שהרי הציוור של שומר בסוגיין הוא ציוור שהוא משלם אח"כ ובכל זאת אינו עובר על לאו. ותירצנו שאין כוונת הגמ' כאן לומר שבכה"ג ליכא לא תגזול עיי"ש. מיהו נראה שהקו"ש הי' יכול לומר טעם אחר למה בחמסן דיהיב דמי ליכא משום תגנובו אפילו על מנת לשלם, והיינו די"ל שהאיסור הנ"ל נאמר רק בגניבה אבל לא בגזילה, וכבר כתב כן הקו"ש עצמו, דהנה בב"ב דף ט"ז ע"א אמרינן שאיוב השתבח בזה שהי' גוזל שדות יתומים ומשביחן ומחזירן משובחות, והקשה התורת חיים שם דהא אסור לגנוב על מנת לשלם, ותירצו הקו"ש והפני שלמה שם שרק לישראל אסור אבל לא לבן נח (וכן איתא ביד רמה שם), ועוד תירצו שרק גניבה אסורה בכה"ג אבל לא גזילה. והפני שלמה כתב משום שרק בגניבה שייך הטעם שכתב הרמב"ם כדי שלא יתרגלו, כי גניבה היא בצניעה ויש לחשוש יותר לשמא יתרגלו.

והקו"ש כתב גם בלי סברא שאי אפשר ללמוד גזילה מגניבה. והב"ח בסי' שנ"ט כתב כסברת הפני שלמה, אבל הש"ך שם כתב שדוחק (וצ"ע על הפני שלמה והקו"ש שלא הביאו את דברי הרמ"ה הב"ח והש"ך). מיהו הריטב"א בב"מ דף ס"א כתב וז"ל, לא תגנובו על מנת למיקט, וצ"ע למה לא אמר לא תגזול על מנת למיקט, ואפשר דמגניבה אתיא ולא איצטריכא לי' עכ"ל.

ומעתה לפי תירוצם השני של הקו"ש והפני שלמה י"ל דהכא בציוור שהשומר נשבע שאינו ברשותו א"כ אם הוא באמת ברשותו הרי זה ציוור של גזילה ולא של גניבה כי הבעלים יודעים את מי לתבוע, ונהי שאינם יודעים אם גנב את הפקדון לעצמו או לא, וגם הוא עשה מעשהו בצניעה, אבל מ"מ מכיון שהבעלים יודעים את מי לחשוד ולתבוע הרי זה נקרא גזילה, והרי חזינן שתוס' כאן הזכירו לא תגזול ולא הזכירו לא תגנובו. ובאמת מצאתי באבן האזל שכתב כדברינו הנ"ל שהיכא שידוע את מי לתבוע הרי זה ציוור של גזילה ולא גניבה, דהנה כבר דנו המפרשים מהו החידוש בזה שטוען טענת גנב חייב כפל, וגם למה אמרה התורה שחייב כפל רק אם נשבע, הלא הוי גנב רגיל, והרי פסק הרמב"ם ששומר שגנב מרשותו סלע מן הכיס או טלה מן העדר חייב כפל, והאבן האזל בפרק ד' מהל' גניבה כתב לתרץ שטוען טענת גנב חשיב ציוור של גזילה כיון שהבעלים יודעים את מי לתבוע וכדרכינו הנ"ל, משא"כ שומר שגנב מרשותו איירי שאין הבעלים מכירים בכלל בהגניבה וכגון

בהציורים הנ"ל של סלע מן הכיס וטלה מן העדר שהגניבה אינה ניכרת.

שו"ר בסה"מ להרמב"ם שהוציא לאור הגר"ח העליר בעמוד ק"ס שהוכיח כהחילוק בין גניבה לגזילה, דהנה בב"ק דף ס' ע"ב הוכיחו בגמ' שאסור ליטול שעורים על מנת לשלם עדשים מקרא דדברי קבלה דכתיב חבול ישיב רשע גזילה ישלם, ולא הוכיחו מלא תגנובו על מנת לשלם כפל, וא"כ מזה מוכח שהדרשה מלא תגנובו קאי רק על גניבה אבל לא על גזילה, ובגזילה הרי זה אסור רק מקרא דחבול ישיב רשע (ובהא כתב הרא"ש שם שאם התשלומין הם עדיפי, וכגון מעות מזומנים, וכן הרי הן בעין ואפשר לתתם, ליכא איסור עיי"ש בב"ח ובש"ך).

ברם לפי המבואר בב"ק דף ס' שם אכתי צ"ע על הציור בסוגיין, כי אפילו אם נאמר שליכא לא תגזול כשהוא יהיב דמי אבל אכתי צריך להיות אסור משום חבול ישיב רשע גזילה ישלם (ולא שייך להתיר על סמך דברי הרא"ש הנ"ל כי הכא הבעלים מתנגדים להתשלומין ורוצים את החפץ).

ריב*) עוד בענין הגמ' על איוב.

והנה ע"ע בריטב"א בב"ב דף ה' ע"א בד"ה רוניא וכו' שכתב וז"ל, וא"ת הא אמרינן לא תגנובו ע"מ למיקט או על מנת לשלם, וי"ל דפירות אלו היו עומדין לשכר ודמיהן היו קצובין דבכה"ג שרי למישקל על מנת לפרוע דמיהן וכו', א"נ דבכה"ג שאינו עושה לצער חבירו אלא להוציא לאור שרי וכן עיקר עכ"ל, הרי שהיכא שהוא עושה כן בלי מחשבה רעה אלא

לשם תכלית טובה שרי, וא"כ לק"מ על איוב. מיהו מרש"י בב"מ דף ס"א ע"ב בד"ה ע"מ לשלם כפל מבואר שגם זה אסור.

וגם בספר באר יעקב ביו"ד סי' קס"א תירץ על ההיא דאיוב כהנ"ל אבל רק משום דס"ל שהאיסור לגנוב על מנת להחזיר הרי הוא רק מדרבנן (וכ"כ הלח"מ בריש הל' גניבה, וכ"כ הגר"ח מואלאזין בשו"ת חוט המשולש בסי' י"ז בד"ה ומה שכתב כת"ר וכו' על פי מה שנתן הרמב"ם טעם לדבר כדי שלא ירגיל עצמו לגנוב), וביתומים, כגון בהמעשה של איוב שהי' לתועלת שלהם, לא גזרו.

והנה צ"ע על המחברים שתירצו שבאיוב לא הי' אסור מצד לא תגנובו על מנת לשלם כפל כי הי' ציור של גזילה דלמה לא הי' אסור משום הגמ' בב"ק דף ס' של חבול ישיב רשע גזילה ישלם.

מיהו י"ל דאיסור זה הוא רק כשבדעתו להחזיר דבר אחר וכגון התם בשעורים ועדשים אבל לא היכא שאינו רוצה ליטול לעצמו אלא להחזירו, וכ"ש כשדעתו להחזירו משובח טפי כמו באיוב כי בכה"ג הרי זה דומה לציורו של הרא"ש שהבאנו.

מיהו אכתי צ"ע על הריטב"א כי הוא מתיר גם לשלם דמים (כדמשמע בתירוצו הראשון) לשם תכלית טובה (כמו בתירוצו השני), וא"כ בשעורין ועדשים בב"ק שם למה הי' אסור.

ריג) תד"ה בלא דמי.

ע"י בדבריהם שהקשו שבלא דמי תיפוק ל"י משום לא תגזול, ותירצו שאה"נ יש גם

רטו) בא"ד.

א. מהרש"א, מהר"ם, מהר"ם שיף,
על תוס' כאן.

וז"ל, וא"ת והא כי יהיב דמי נמי חמסן
הוה כדמוכח שלהי הכונס וחמסן פסול
לעדות כדכתיב אל תשת ידך עם רשע
להיות עד חמס והפסול לעדות פסול
לשבועה דכל הנהו דחשיב בפסולי עדות
בפרק זה בורר פוסל להו לשבועה בפרק
כל הנשבעין עכ"ל. וכתב המהרש"א שגם
מקושייתם הזאת מבואר דס"ל שכוונת
הגמ' כאן היא שלפי האמת אינו עובר בלא
תחמוד היכא דיהיב דמי. וכוונת המהרש"א
היא דכיון שבאמת אינו עובר בלא תחמוד
לכן שפיר נקטו תוס' שאין לחלק בין עדות
לשבועה ואם חזינן בפרק הכונס שהוא
פסול לעדות משום שחשוד לשקר ה"ה
שיפסל לשבועה כי כל מי שפסול לעדות
משום שהוא חשוד לשקר הרי הוא פסול
גם לשבועה, אבל אם הכוונה כאן היא רק
שלאינשי משמע שלא תחמוד איירי בלא
דמים, אבל באמת שפיר איכא לא תחמוד
אפילו בדמים, לא קשה מידי מהא דמבואר
בהכונס שהוא נקרא חמסן ופסול לעדות,
כי נהי שמשמע לאינשי שאין לא תחמוד
היכא שנותן דמים, והרי זה מהני להכשירו
לשבועה כי אינו חשוד לשקר, אבל אין זה
מועיל להכשירו לעדות, כי בכל זאת הרי
הוא פסול לעדות משום רשע, ובשלמא אם
רשע פסול משום חשוד לשקר א"כ הדין
נותן ששפיר יועיל מה שלאינשי משמע
שאינו עובר כדי לפעול שאינו פסול
לעדות, אבל אם נאמר שמה שרשע פסול
הרי זה בגדר פסול הגוף ולא משום
שחשוד לשקר אז שפיר י"ל כמו שנוקט

משום לא תגזול רק שעובר גם משום לא
תחמוד והתורה באה לחייבו שני לאוין.
ועי' במהרש"א שכתב שמדברי תוס' אלו
נראה שהם מפרשים שמאי דאמרינן שלא
תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו, כן
הוא האמת שהלאו איירי בלא דמים.
וכוונתו היא משום שאם לפי האמת לא
תחמוד איירי בנותן דמים א"כ לק"מ
קושיית תוס' הנ"ל כי לפ"ז שפיר צריכים
לא תחמוד להיכא שנותן דמים אשר בכה"ג
ליכא משום לא תגזול (עי' בזה באות רי"ב
ולהלן באות רי"ד) ואילו על דעת בני אדם
אי אפשר להקשות שלפי טעותם איך הבינו
למה בעינן גם לא תחמוד וגם לא תגזול.

ריד) בא"ד.

והנה מדברי תוס' משמע שאם לא
תחמוד איירי בנותן דמים אז אי אפשר
להקשות למה צריכים לא תחמוד תיפוק לי'
משום לא תגזול, כי צריכים לא תחמוד
להיכא שנותן דמים אשר בכה"ג ליכא לא
תגזול. וצ"ע על תוס' דהא גם כשנותן
דמים יש איסור של לא תגזול על מנת
לשלם.

מיהו כבר כתבנו באות רי"ב ורי"ב*
תירוצים על זה: א', דרק לאו דלא
תגזול איירי גם על מנת לשלם אבל לא
תגזול הוא רק כשאין דעתו לשלם. ב',
דאפילו אם נאמר שגם בגזילה יש איסור
שלא לגזול אפילו על מנת לשלם אבל
היינו רק כשלקח את החפץ ואח"כ משלם
אבל היכא ששילם קודם ליכא איסור,
אבל לא תחמוד יש גם בכה"ג וכמו
שביאר הקו"ש בחלק א' בב"ק אות א'.

המהרש"א שלא מהני מה שלא ינשי משמע בלא דמים לפעול שישאר כשר לעדות.

ברם מדברי המהרש"א לפי הביאור הזה יוצא דבר שלכאורה א"א לאומרו, והיינו שהיכא שאינו מודע להעובדא שהוא עובר אלא הרי הוא אומר מותר שייך הפסול הגוף אע"פ שבאמת אינו עובר בהאיסור, ולהלן בסמוך נכתוב שבאמת יתכן שהמהר"ם אינו סובר כן.

מיהו עי' במהר"ם שפי' דלא כהמהרש"א, אלא שקושיא זו של תוס' אתי שפיר גם אם נאמר שרק לאינשי משמע להו בלא דמים, אבל באמת שפיר עובר בלא תחמוד, דגם לפ"ז קשה קושיית תוס', והיינו משום שכמו שמהני מה שמשמע להו בלא דמים להכשירו לשבועה הה"נ שהדין נותן שישאר כשר לעדות. והיינו משום שהמהר"ם סובר שפסול רשע הוא משום חשוד לשקר. אי נמי דהוי פסול הגוף רק שכיון שהוא מורה היתר אינו נקרא רשע.

ועי' גם במהר"ם שיף שכתב כהמהרש"א שמקושייתם הזאת משמע שתוס' מפרשים שמשמע להו לאינשי ושכן הוא האמת, וצייין לדברי תוס' בסנהדרין, ולהלן בסק"ב נדון בדברי תוס' בסנהדרין שם.

והנה תוס' תירצו על קושייתם הנ"ל שמה שמבואר בהכונס שחמסן פסול לעדות הרי זה רק מדרבנן, ופסלו אותו רק היכא שחומס בגלוי אבל לא היכא שהוא מעלים חמסנותו כמו בסוגיין. והוקשה לו להמהרש"א דלפי חילוק זה היו יכולים לומר שלעולם חמסן פסול

לעדות מהתורה רק שאינו פסול היכא שהוא מעלים חמסנותו, וכתב המהרש"א דצ"ל דס"ל לתוס' שאם חמסן פסול לעדות מהתורה הרי זה משום שהוא עובר בלא תחמוד וא"כ מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. וכתב המהר"ם שיף שהמהרש"א סותר בזה את דבריו לעיל, ומבואר בחצאי ריבוע שם שכוונתו היא משום שלעיל קאמר המהרש"א שתוס' אזלי שכן הוא האמת דליכא לא תחמוד היכא שנותן דמים. ובאמת גם בדבר אחר סותר המהרש"א את עצמו כי לעיל נקט שאם הוי דאורייתא שפיר אפשר לחלק בין עדות לשבועה וכמו שביארנו כבר.

ב. דברי תוס' והמהרש"א בסנהדרין, ודברי הפ"י כאן.

ועי' בסנהדרין דף כ"ה ע"ב דאיתא שמעיקרא הכשירו חמסנין כי דמי קא יהיב ואקראי בעלמא הוא אבל לאחר שראו דחטפי, פסלו אותו, והקשו תוס' שם דגם מעיקרא מה לי בזה שנתנו דמים הלא עוברים על לא תחמוד וא"כ בדין הוא שיהי' פסול לעדות, ותירצו שכיון שנותן דמים ליכא לא תחמוד כי לא תחמוד משמע רק בלא נתן דמים, ושוב הקשו דהא אמרינן שלא תחמוד לאינשי בלא דמים משמע להו וא"כ משמע שלפי האמת שפיר יש לא תחמוד, ותירצו בתירוצם הראשון שהכוונה היא שגם לפי האמת ליכא לא תחמוד, ועוד תירצו שהכוונה בסנהדרין שם היא שמעיקרא היו מפייסים אותם עד שאמרו רוצה אני. הרי שנקטו שאם רק אינשי חושבים שליכא לא תחמוד, אבל לפי האמת שפיר איכא לא תחמוד, הדין

שתוס' אזלי שרק לאינשי משמע בלא דמי, אבל לעולם שפיר יש לא תחמוד, והרי בכל זאת חזינן שהקשו תוס' שמכיון שפסול לעדות כדאיתא בפרק הכונס למה אינו פסול לשבועה, והרי זהו כהמהר"ם ודלא כהמהרש"א.

ד. דברי התומים, והנחלת דוד.

ועי' עוד באו"ת בסי' ל"ד סקי"ב שהביא את קושיית תוס' בסנהדרין שחמסן יהי' פסול לעדות מהתורה כי עובר בלא תחמוד, והקשה כמו המהרש"א שם דמה בכך הלא בכל זאת לאינשי בלא דמי משמע להו וא"כ הדין נותן שיהי' כשר, וכמו שעדים על שטר שיש בו ריבית אינם נפסלין כיון שהם מורים היתר וכמש"כ תוס' בב"ק דף ל' ע"ב בד"ה וחכמים וכו'. ובהמשך דבריו כתב לבאר דבריהם וז"ל, הא דאמרינן דלאינשי נעשה כהיתר, אין זה כלל מוחלט, דאטו לא יש אנשים בעלי תורה וכדומה שיודעים שהוא אסור איסור תורה, וא"כ עשית לכל העולם עמי הארצים שדיני תורה נעלם מהם, ואם הוא ספק אם ידע איסורו ומ"מ עברו עליו או דלא ידע ואשם, איך נוציא ממון מספק, וצ"ל הואיל ויש לו חזקת כשרות אוקמינן בחזקתו דסתמא דלא ידע ואילו ידע לא הי' עובר עליו, רק זהו אי לא איתרע חזקתו, אבל כיון דרבנן פסלוהו לחמסן והוא עבר, א"כ הרי איתרע חזקת כשרותו מדחזינן דעבר באיסור דרבנן, וא"כ חזר הדבר לשל תורה, דאולי ידע ועבר, והרי זה ספק פסול מהתורה, כך קושיית התוס', דעל כל פנים הי' לו להיות ספק פסול של

נותן שיהי' פסול לעדות. והקשה המהרש"א שזה אינו, כי כמו שמהני מה שחושבים שאין לא תחמוד לפעול שאינו פסול לשבועה, הה"נ שאינו פסול לעדות. וכתב המהרש"א שאה"נ רק שכוונת תוס' היא להקשות שכיון שבאמת יש לא תחמוד א"כ היו חכמים צריכים לפוסלו מדרבנן אע"פ שהוא עצמו מורה היתר (ועי' בנחלת דוד כאן שהקשה על פירושו). ולכאורה דברי המהרש"א סותרים את מה שהוא נוקט בסוגיין שלא מהני מה שלאינשי משמע להו לפעול שאינו פסול לעדות, וצ"ע.

ועי' בפ"י כאן שכתב שמתוס' בסנהדרין נראה כהמהרש"א בב"מ כאן. ולכאורה כוונתו היא משום מה שביארנו שמתוס' שם יוצא שאם באמת יש לא תחמוד רק שלאינשי לחוד בלא דמים משמע להו הדין נותן ששפיר יהי' פסול לעדות וכהמהרש"א כאן ודלא כהמהר"ם.

ג. דברי רעק"א.

הנה מדברי רעק"א על תוס' כאן יש להוכיח דס"ל כדרכו של המהר"ם שהבאנו לעיל ודלא כדרכו של המהרש"א, דהנה תוס' הסיקו שמה שכתוב בתורה שחמסן פסול לעדות הרי זה איירי בלא יהיב דמי אבל היכא דיהיב דמי הרי הוא פסול רק מדרבנן, והקשה רעק"א למה הוצרכו לזה הלא יש לומר שגם חמסן שפסול מהתורה איירי ביהיב דמי כי לא תחמוד איירי גם ביהיב דמי ובזמן התורה גם ידעו אנשים כן ולכן חמסן דיהיב דמי הי' פסול, אבל בהדרות האחרונים נעשה מצב שלאינשי בלא דמי משמע להו ולכן הרי הוא פסול עכשיו רק מדרבנן. הרי שהבין רעק"א

תורה שלא להוציא ממון על פי עדותו אפילו בלי הכרזה כדין פסול תורה, וכן שארי נפ"מ שיש בין פסול התורה לדרבנן, וקושיית תוס' שפיר עכ"ל.

ועיין גם בנחלת דוד כאן שהעיר כקושיית התומים על תוס' בסנהדרין שם, מדבריהם בב"ק דף ל'.

רטז) דברי הר"י מיגש להלן בדף ו' ע"א.

והנה להלן בדף ו' ע"א הסיק אביי שבאמת מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא, רק שבהמשנה הרי הוא נשבע כי חיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. ובשט"מ בשם הר"י מיגש הובא שהקשו לו דא"כ למה אמרינן שהכופר בפקדון פסול לעדות נימא שהוא כופר כי ספק מלוה ישנה יש לו עליו. ותי' הר"י מיגש וז"ל, עיקר מה שנאמר דילמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו הוא לענין שלא נחשוד אותו שהוא נשבע לשקר, אמנם לענין הכשרות והפסלות אפילו שנתברר שמלוה ישנה יש לו עליו, בהיותו כופר בפקדון הוא פסול לעדות, לפי שאין לו לקחת אותו בחובו, להיות גוף הפקדון של מפקיד ויש לו לפדותו ממנו, ואם לקחו בחובו מבלתי שיתרצו בעליו בזה, אכתי גולן הוא ופסול לעדות, הלא תראה מי שאנס את חברו שימכור לו נכסיו גולן הוא, אע"פ שנותן דמים משלם וכו' עכ"ל. הרי שהוא סובר שלא מהני מורה היתר לענין להכשירו לעדות כמו שרואים בלא תחמוד דפסול אע"פ שמשמע לאינשי שלא תחמוד הוא בלא דמי.

ריז) מח' רמב"ם וראב"ד אם יש לא תחמוד באומר רוצה אני, ואם מיקרי לאו שיש בו מעשה.

בענין אם יסוד האיסור הוא החימוד בלב, או האם הוא ההשתדלות לקנותו, או האם הוא הלקיחה שעושה בסוף.

א. דברי הרמב"ם והראב"ד והמ"מ.

ע"י ברמב"ם בפ"א מהל' גזילה ה"ט שכתב וז"ל, כל החומד עבדו או אמתו או ביתו וכליו של חברו או דבר שאפשר לו שיקנהו ממנו, והכביד עליו ברעים והפציר בו עד שלקחו ממנו, אע"פ שנתן לו דמים רבים הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר לא תחמוד, ואין לוקין על לאו זה מפני שאין בו מעשה, ואינו עובר בלאו זה עד שיקח החפץ שחמד וכו' עכ"ל. והשיג הראב"ד בזה"ל, א"א לא ראיתי תימה גדול מזה, והיכן מעשה גדול מנטילת החפץ וכו' עכ"ל. וכתב המ"מ וז"ל, הלך הרב המג"י לשיטתו שכתב (בההשגה הראשונה שם) שאם אמר רוצה אני, המוכר, שהלוקח פטור, אבל דעת רבינו ז"ל שהאיסור אף ברצון המוכר הוא, ועל כן כתב שאין בו מעשה לפי שנטילת החפץ ברצון המוכר הוא נעשה אבל ההשתדלות אשר השתדל כדי לרצותו הוא האיסור, ונגמר בשעת המקח, ובהשתדלות לא הי' מעשה וכו' עכ"ל.

הרי שהמ"מ מפרש שהרמב"ם סובר שגוף האיסור הוא ההשתדלות, בתנאי שלקח לבסוף, אבל הלקיחה אינה גוף האיסור, שהרי סובר הרמב"ם שעובר אפילו

אם הלקיחה היתה מתוך מצב של רוצה אני, אבל הראב"ד סובר שגוף האיסור הוא הלקיחה, שהרי הראב"ד סובר שעובר רק אם לא אמר רוצה אני, ולכן אפשר לומר שהלקיחה היא גוף האיסור, וכיון שגוף האיסור הוא הלקיחה לכן סובר הראב"ד דחשיב לאו שיש בו מעשה.

הרי שהרמב"ם סובר שגוף האיסור הוא ההשתדלות. ולכאורה הכוונה היא שרק ההשתדלות היא האיסור ולא החימוד בלב. ובאמת על החימוד בלב נאמר לאו אחר, והיינו הלאו של לא תתאוה וכמו שכתב הרמב"ם בהמשך דבריו שם שהוא עובר על לא תתאוה כשהוא רק מתכנן איך שישתדל להשיגו.

ועכ"פ מבואר מדברי המ"מ שהוא סובר שלפי הרמב"ם הלקיחה אינה חלק מגוף האיסור אלא רק ההשתדלות, ולכן הוי לאו שאין בו מעשה לפי הרמב"ם.

ב. דרכו של הברכת פרץ בדעת הרמב"ם.

ובספר ברכת פרץ הקשה על המ"מ דהא יתכן השתדלות גם ע"י מעשה, וכגון תליוהו וזבין, ומשמע מהרמב"ם שבכל ציור שהשתדל אינו לוקה (ואולי יש לתרץ דהיכא שתלה אותו עד שאמר רוצה אני אין התלי' בגדר השתדלות אלא בגדר לקיחה כמו ויגזול את החנית מיד המצרי, דכמו שהתם הכריח ע"י מעשה את ידו של הנגזל לשחרר את החפץ, גם כאן הוא הכריח ע"י מעשה את פיו לשחרר את החפץ).

ורצה לומר דלא כהמ"מ אלא שיסוד הלאו הוא החימוד שבלב, רק שנאמר תנאי

שאינו עובר על החימוד שבלב אם לא השתדל והוציאו מתחת ידו, וא"כ לפ"ז יוצא שהלאו הוא שפיר לאו שאין בו מעשה כי החימוד שבלב תמיד אין בו מעשה.

ולפי הברכת פרץ יוצא שגם לא תחמוד וגם לא תתאוה הם לאוין על החימוד שבלב, רק שכדי לעבור על לא תחמוד נאמר תנאי דבעינן השתדלות וגם שהוא יקבל את החפץ, ואילו בשביל לא תתאוה מספיק בזה שהוא מתכנן להשתדל לקבל את החפץ וכמו שכתב הרמב"ם שם.

וע"ע באבן עזרא על לא תחמוד שהביא מתמיהים איך שייך לצוות לאדם שישלוט על לבו ויכריח את עצמו לא לרצות, והאבן עזרא עצמו ביאר שם ששפיר אפשרי, אבל לכאורה צ"ע מה היא הקושיא, הלא אין עוברים בלי השתדלות ולקיחה, ומדברים אלו שפיר אפשר להמנע. ברם אם נאמר שעצם הקפידא היא על החימוד שבלב ואילו ההשתדלות והלקיחה הרי הן רק בגדר תנאים, שפיר קשה איך יתכן שהתורה הקפידה וקבעה לאו על החימוד שבלב.

ג. ביאור דבריו של המ"מ.

ועכ"פ על דרכו של המ"מ קשה דלפי דבריו שהשתדלות הוא האיסור א"כ למה קאמר רחמנא לא תחמוד הלא הלאו אינו החימוד שבלב.

ונראה לבאר שאמרה התורה לא תחמוד כי גם ההשתדלות הרי היא בגדר חימוד, דהיינו פעולה של חימוד, והגדר של הלאו הוא לא לעשות פעולה של חימוד.

ד. דיונים בדעת הראב"ד.

והנה כבר הבאנו שהראב"ד שם סובר

שלא תחמוד איירי דוקא בלא אמר רוצה אני, ולכן נקט שהלאו הוא על עצם הנטילה, ושלכן חשיב שפיר לאו שיש בו מעשה. ולכאורה כוונת הראב"ד היא לומר שרק הנטילה לחוד היא המעשה של הלאו אבל לא ההשתדלות, כי אם גם ההשתדלות הוא חלק מעצם הלאו א"כ אכתי יוצא שחלק מהלאו אינו ע"י מעשה וא"כ אי אפשר ללקות עליו.

והנה ראיתי חוקרים אם גם לפי הראב"ד צריכים ההשתדלות, או האם סגי בזה שחטף, ולפי דברינו לעיל בסמוך יוצא שמספיק בלקיחה, כי אם צריכים גם ההשתדלות הדין נותן שיחשב לאו שאין בו מעשה. מיהו את זה אפשר ליישב שאע"פ שרק הלקיחה היא גוף מעשה האיסור אבל נאמר תנאי שצריכים ההשתדלות. ועכ"פ לפי מה שכתבנו שישוד הלאו הוא שלא לעשות פעולה של חימוד א"כ לכאורה סגי גם בלא ההשתדלות, כי עצם הגזילה לא גרע מפעולה אחרת של חימוד, וכן יהי גם לפי הרמב"ם.

(ועכ"פ לפי הראב"ד שעוברים רק אם לקחו באיסור, הא דצריכים שני לאוין, דהיינו גם לא תגזול וגם לא תחמוד, הרי זה כדי לעבור עליו בב' לאוין וכמש"כ תוס' בסוגיין.)

והאחיעזר בחלק ב' סי' כ"ב אות ו' כתב שלפי הראב"ד באמת רק הלקיחה היא האיסור ושאר צריכים ההשתדלות כלל, ואפילו לא בתורת תנאי, ולכן כתב שם שלפי הראב"ד כל גזלן עובר גם בלא תחמוד.

(והנה עד כאן נקטנו שהדרך היחידי

לומר לפי הראב"ד שצריכים גם ההשתדלות היא ע"י לומר שההשתדלות אינה חלק מגוף האיסור אלא רק בגדר תנאי [והבאנו שהאחיעזר לא רצה לומר שכן סובר הראב"ד]. ברם לפי לשונו של האחיעזר שנביא להלן בסק"ה אפשר לומר שלעולם גם ההשתדלות היא חלק מגוף האיסור רק שאינה עיקר האיסור [כמו שבמגדף החלק שבלבו הוא עיקר האיסור עיי"ש] ולכן אכתי חשיב לאו שיש בו מעשה.)

ה. קושיא על דרכו של המ"מ בדעת הרמב"ם.

ולפי האמור לעיל יש להקשות על המ"מ, למה הוצרך לומר שהרמב"ם סובר שרק ההשתדלות היא האיסור, הלא אפילו אם גם הלקיחה היא בכלל גוף מעשה האיסור, ולא רק תנאי, אכתי צריך להחשב לאו שאין בו מעשה כיון שצריכים ההשתדלות ואין מעשה בההשתדלות.

וכן כתב באמת האחיעזר, דעי' באחיעזר שם שכתב שלפי הרמב"ם היכא שלא שילם והשיג את הדבר באיסור הרי גם הלקיחה היא בכלל המעשה איסור, רק שבכל זאת חשיב לאו שאין בו מעשה כיון "שעיקר" האיסור דהיינו החלק של ההשתדלות הוי מיהא בגדר אין בו מעשה, והביא דוגמא לדבר מהא דאמרין בסנהדרין דף ס"ה ע"א שמגדף חשיב לאו שאין בו מעשה אפילו אם עקימת שפתיו הוי מעשה כיון שישנו בלב, הרי שאע"פ שגם עקימת שפתיו הוי חלק מגוף האיסור אבל בכל זאת חשיב לאו שאין בו מעשה כיון ש"ישנו בלב".

ו. עוד קושיא על דרכו של המ"מ בדעת הרמב"ם.

והנה המ"מ תלה יחד את השאלה אם מיקרי לאו שיש בו מעשה או לאו שאין בו מעשה באם הלקיחה היא גוף האיסור או האם ההשתדלות היא גוף האיסור, ואת השאלה הזאת אם הלקיחה היא גוף האיסור תלה באם איירי באומר רוצה אני או לא, וכיון שהרמב"ם מעמיד אפילו בהסכמת הבעלים לכן מוכרח הוא לסבור שהלקיחה עצמה אינה גוף האיסור, וכן כיון שהראב"ד מעמיד בלי הסכמת הבעלים לכן מוכרח הוא לסבור שהלקיחה היא שפיר גוף האיסור. מיהו באמת צ"ע על כל עיקר התלי' הזאת כי אפילו אם הלקיחה היתה בהסכמת הבעלים, למה אי אפשר לומר לכה"פ שהלקיחה היא חלק מהאיסור, דהיינו שהחמדה יחד עם הלקיחה הרי הן המעשה איסור, וחשיב לאו שאין בו מעשה כיון שחלק מהאיסור הוא בלי מעשה. וכן אפילו אם הלקיחה היתה באיסור אבל בכל זאת מה הכריח את הראב"ד לסבור שהיא גוף האיסור דלמה אי אפשר לומר שהיא רק בגדר תנאי אבל גוף האיסור הוא ההשתדלות.

ריח) עוד בענין המחלוקת בין הרמב"ם והראב"ד באומר רוצה אני.

והנה מקורו של הראב"ד הוא הסוגיא בב"ק דף ס"ב ע"א דפרכינן מה הוא ההבדל בין חמסן שפסול לעדות לבין גולן שפסול לעדות דמה הם שני הדברים, ומתריצין שחמסן יהיב דמי וגולן לא יהיב דמי, ופרכינן דהיכא שיהיב דמי אינו בדין

שיהי' פסול עדות דהא המקח קיים וכמו שהביאו שם מרב הונא, ומתריצין שרק היכא שאמר רוצה אני המקח קיים, וא"כ מבואר שהיכא שאמר רוצה אני אינו נחשב חמסן, וא"כ מבואר שאינו עובר על לא תחמוד. וכתב המ"מ שהרמב"ם סובר שגם היכא שאומר רוצה אני איכא לא תחמוד, רק שבכל זאת המקח קיים. והלח"מ בפ"י מהל' מכירה ה"א הקשה על זה שאם אפשר לחלק כן, דהיינו שאע"פ שהמקח קיים בכל זאת עבר בלא תחמוד, א"כ מה היתה תחילת קושיית הגמ' בב"ק שם דהקשו איך שייך לומר שחמסן יהיב דמי הלא רב הונא אמר שהמקח קיים ומה קשה הלא י"ל שאע"פ שהמקח קיים אבל מ"מ מיקרי חמסן על שהוא עובר על לא תחמוד, וכמו שסובר הרמב"ם היכא שאמר רוצה אני.

מיהו י"ל שהרמב"ם סובר שהגמ' שם לא איירי בהלאו של לא תחמוד אלא זה תמיד ידענו שיתכן שאע"פ שהוא עובר בלא תחמוד בכל זאת המקח קיים, רק שהגמ' איירי באם הוא פסול לעדות או לא, ודבר זה תלוי באם המקח קיים או אם אינו קיים, דאם אין המקח קיים אז הרי הוא פסול לעדות ואם המקח שפיר קיים אז אע"פ שהוא עובר על תחמוד הרי הוא כשר, ועל זה הקשו דהא המקח קיים וא"כ למה פסול הוא לעדות, ותירצו דמה שהוא פסול לעדות איירי כשלא אמר רוצה אני שאז אין המקח קיים. והרמב"ם בפ"י מהל' עדות ה"י סובר שגם בכה"ג הרי הוא פסול רק מדרבנן כלומר שאע"פ שלא אמר רוצה אני ואין המקח קיים וכן עובר בלא תחמוד אינו פסול מהתורה. וי"ל דהיינו משום

שסו"ס יהיב דמי וזה מפקיעו מלהיות נחשב רשע דחמס.

והנה אכתי יש לעיין בדעת הראב"ד, דהראב"ד הבין שהחילוק של הגמ' בב"ק שם קאי על מתי עוברים בלא תחמוד וא"כ מוכח שהבין שמאי דאיתא שם שחמסן פסול לעדות הרי זה תלוי בהדי הא דעובר על לא תחמוד וא"כ קשה דבפ"י מהל' עדות ה"י דפסק הרמב"ם שחמסן פסול לעדות מדרבנן למה לא השיג הראב"ד שהוא פסול מהתורה. וי"ל דס"ל שאינו מן התורה משום שלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וממילא אינו מזיד. ולפ"ז כן י"ל גם בטעמו של הרמב"ם, והיינו שאע"פ שהוא תמיד עובר בלא תחמוד ואפילו כשאומר רוצה אני בכל זאת אין זה פוסל אותו מדאורייתא כי לאינשי בלא דמי משמע להו.

דף ו' ע"א

רי"ט) ותו הא דאמר רב ששת שלש שבועות משביעין אותו.

ע"י בגמ' דאמרין ותו הא דאמר רב ששת משביעין אותו שלש שבועות שבועה שלא פשעתי בה שבועה שלא שלחתי בה יד שבועה שאינה ברשותי נימא מיגו דחשיד אממונא חשיד אשבועתא. ופירש"י שהקושיא היא משבועה שאינה ברשותי. וע"י במהר"ם שיף שביאר דמשבועה שלא שלח בה יד אין קושיא כי אולי באמת שלח בה יד ושוב נאנסה רק שהוא אומר שלא שלח בה יד כי אין לו עכשיו מה

לשלם. וצריכים להוסיף שגם עבור ששלח בה יד מקודם אינו פסול לשבועה מהתורה כי י"ל שכבר עשה תשובה, אבל משבועה שאינה ברשותי שפיר קשה, וכן וכתב הקצה"ח בסי' צ"ב סק"א בביאור רש"י.

מיהו תוס' לעיל בדף ג' ע"ב בד"ה בכולי' בעי דלודי וכו' כתבו להוכיח מגמ' בב"ק ששבועה שלא שלחתי בה יד היא מהתורה, ושוב הביאו את הקושיא בסוגיין שנימא דחשוד אשבועתא, דמשמע שלמ"ד לא חשוד אשבועתא אתי שפיר, והוכיחו מזה שהמ"ד שסובר לא חשוד אשבועתא הרי הוא סובר כן גם על שבועה דאורייתא, וכתב המהרש"א כאן שתוס' שם סוברים שאין כוונת הגמ' כאן להקשות על שבועה שאינה ברשותי כי באמת על שבועה שאינה ברשותי לק"מ (וכמו שנבאר להלן בסמוך), ונראה שכוונת המהרש"א היא כי אילו הי' אפשר להקשות גם על שבועה שאינה ברשותי א"כ למה הוצרכו תוס' שם להקדים ולהוכיח ששבועה שלא שלחתי בה יד היא דאורייתא, הלא שבועה שאינה ברשותי הרי היא בודאי דאורייתא וא"כ משבועה שאינה ברשותי יש רא"י שהמ"ד שסובר לא חשוד אשבועתא סובר כן גם בשבועה דאורייתא (מיהו ע"י במהר"ם שיף בדבריו על רש"י בד"ה נימא (השלישי) שכתב שתוס' בדף ג' סוברים שיש קושיא "גם כן מלא שלח", כלומר גם משבועה שאינה ברשותי וגם משבועה שלא שלחתי בה יד. מיהו לעיל בדף ג' כתב כהמהרש"א).

והנה המהרש"א ביאר דהא דס"ל לתוס' שעל שבועה שאינה ברשותי אי אפשר להקשות דמיגו דחשיד אממונא חשיד

אשבועתא הרי זה משום שהם סוברים שהתוכן של שבועה שאינה ברשותי היא שבועה חיובית שנגנבה (בש"ח) או נאנסה (בש"ש) או מתה מחמת מלאכה (בשואל), והטעם שהוא נשבע על זה הרי זה כי אולי אכל אותה, ודבר זה אינו בכלל שבועה שלא פשעתי בה וכמו שכתבו תוס', וא"כ לפ"ז יוצא שאכתי אינו חשוד אממונא כי י"ל שחושדים אותו שאכל אותה ואין לו עכשיו לשלם ומש"ה הרי הוא משתמט, ועל האכילה שלפני כן כבר עשה תשובה, אבל רש"י סובר שכוונת שבועה שאינה ברשותי היא לשבועה שאינה ברשותו עכשיו ממש.

מיהו צ"ע כי לפ"ז יוצא שתוס' סוברים שדנין לומר שעשה תשובה, ואילו לפ"ז גם משבועה שלא שלחתי בה יד לק"מ וכמו שהבאנו בתחילת האות מרש"י, כי י"ל שהוא משתמט כי אין לו מה לשלם וגם דנין שעל עצם השליחות יד כבר עשה תשובה.

וי"ל שאין דנין שעשה תשובה, אלא שעל שליחות יד י"ל שהוא מורה היתר כיון שאינו מזיק להבעלים עי"ז משא"כ על אכל לא שייך הוראת היתר. מיהו אם שליחות יד צריכה חסרון הרי גם על שליחות יד לא שייך הוראת היתר.

והנה נקטתי בדברי הנ"ל שהטעם למה משביעין אותו שבאמת נגנבה (בש"ח) או נאנסה (בש"ש) או מתה מחמת מלאכה (בשואל) הוא משום שחוששין שמא אכל אותה ואין לו עכשיו מה לשלם ומש"ה הרי הוא משתמט, ומש"ה הי' קשה לנו למה אינו נקרא חשוד מחמת האכילה, וכתבנו כי אנו נוקטים שעשה תשובה. ברם

במהרש"א עצמו מבואר שלא זו היתה כוונתו, אלא כוונתו היא שבש"ש שטען נאנסה הרי הוא נשבע שנאנסה כי חיישינן שמא נגנבה רק שהוא משתמט כי אינו רוצה לשלם וחושב שהוא עצמו ימצא את הגנב. מיהו אם זהו כל החשש למה ש"ח נשבע שנגנבה דהתם א"א לומר שחוששין שמא פשע ואינו רוצה לשלם כי הוא מקוה למצוא את הגנב שהרי גם בלא"ה הרי הוא נשבע בפירוש שלא פשעתי בה. מיהו עי' בהאות הבאה.

עוד צ"ע דעי' ברש"י לעיל בדף ה' ע"א בד"ה ד' שומרים דמשמע דס"ל שהשבועה שאינה ברשותי היא שבועה חיובית שנגנבה ואילו לפי האמור לעיל הרי זה סותר את דברי רש"י אצלינו שהרא"י אצלינו היא משבועה שאינה ברשותו.

רכ) שלש שבועות משביעין אותו.

דרכים לומר שכשטוען נאבדה או נאנסה אינו נשבע שאינה ברשותו, אלא רק כשטוען נגנבה.

פירש"י לשומר חנם שטען נגנבה. ובפשטות י"ל שכוונתו היא רק לאפוקי שלא מדובר בטוען טענת חיוב כגון פשיעה כי אז מכיון שהוא משלם לא משביעין אותו שלא פשע ושלא שלח בה יד, אלא רק שאינה ברשותו שמא עיניו נתן בה, אבל אין כוונתו לאפוקי היכא שאמר נאבדה אלא גם כשטוען נאבדה משביעין אותו ג' שבועות.

מיהו שמעתי אומרים שכוונתו היא לאפוקי היכא שטען נאבדה דבכה"ג באמת אינו חייב לישבע שבועה שאינה ברשותי,

והיינו משום שבועה שאינה ברשותי משביעין אותו רק בטענת נגנבה כי אם הוא משקר בשבועה זו יש דין של טוען טענת גנב שמשלם כפל, וממילא נקטינן שהתורה חידשה את השבועה של אינה ברשותי רק בש"ח שטוען נגנבה כדי להביאו לידי כפל, אבל בטענת נאבדה שאין כפל אפילו אם נמצא שהוא עצמו גנבה, ליכא שבועה שאינה ברשותי. מיהו זהו דבר רחוק.

ועכ"פ הדרך הנ"ל הוא דלא כדברי האור שמח (כפ"ד מהל' גניבה ה"י) שהטעם למה אמרה התורה שטוען טענת גנב חייב כפל רק אם נשבע הרי זה כי בלי השבועה עוד לא נשלמה הגניבה כי לפני שנשבע הרי עוד לא פטר את עצמו אלא חייב הוא לשלם, וא"כ לא נשלמה הגניבה, ואילו לפי הדרך הנ"ל אדרבה שלא יהי' חייב שבועה ושיהי' פטור מלשלם גם בלא שבועה אשר לפ"ז יהי' חייב כפל גם בלא שבועה (ובספרי על ב"ק בח"ב אות י' סק"ב בקטע "שור" ולהלן שם הבאתי שיש כמה קושיות על דברי האור שמח).

מיהו אכתי יש להמציא דרך אחרת למה לומר שהיכא שטוען נאבדה ליכא שבועה שאינה ברשותי, והיינו דזה נשאר שהטעם הוא משום שהיכא שהוא טוען נאבדה לא יהי' חיוב כפל, דהנה עי' בב"ק דף ק"ז ע"ב דאיכא ג' שיטות בהגמ', א', שטט"ג חייב רק אם לא שלח בה יד קודם, ב', דוקא אם שלח בה יד קודם, ג', בין אם שלח בה יד ובין אם לא שלח בה יד. ופרכינן מהא דמשביעין אותו ג' שבועות מאי לאו שבועה שלא שלחתי בה יד דומיא דשבועה שאינה ברשותו, מה שבועה

שאינה ברשותי כי מיגליא מילתא דאיתי' ברשותי' חייב, אף שבועה שלא שלחתי בה יד כי מיגליא מילתא דשלח בה יד חייב (פי' וא"כ חזינן שהטט"ג חייב כפל גם אם כבר שלח בה יד), א"ל לא, שבועה שלא שלחתי בה יד דומיא דשלא פשעתי בה, מה שבועה שלא פשעתי בה כי מיגליא מילתא דפשע פטור מכפל, אף שבועה שלא שלחתי בה יד כי מיגליא מילתא דשלח בה יד פטור מכפל, והנה צ"ע על ההו"א של הגמ' שם למה סברה דבעינן דומיא דשבועה שאינה ברשותי ולא מספיק בדומיא דשבועה שלא פשעתי בה, ועוד דלמה בכלל בעינן דומיא וכו', אבל עכ"פ הא מיהא חזינן דבעינן "דומיא", וא"כ מעתה י"ל שרש"י הבין שכמו ששבועה שלא שלחתי בה יד איירי דומיא דהאחרות הה"נ ששבועה שאינה ברשותי איירי דומיא דהאחרות בזה שאם שיקר הרי הוא מתחייב בחיוב מסוים, דהיינו או קרן או כפל, ומש"ה בע"כ צ"ל דאיירי בטענת נגנבה, כי בטענת נאבדה כי משתכח ששיקר והיא נמצאת אצלו אין שום חיוב כלל אלא המפקיד נוטל את שלו, ולכן פירש"י דאיירי בטענת נגנבה דכי משתכח ששיקר שפיר יש חיוב דומיא דשבועה שלא פשעתי ושלא שלחתי בה יד, דהיינו חיוב קרן וכן יש חיוב כפל.

רכא) בענין שבועה שלא פשעתי בה ושלא שלחתי בה יד.

בענין אם הם עיקר שבועה או גלגול שבועה.

עי' בתוס' שחידשו ששבועה שלא

שלחתי בה יד היא בגדר גלגול שבועה, ומאי דכתיב אם לא שלח יד במלאכת רעהו אינו תוכן השבועה, אלא התורה אומרת דבר נוסף דהיינו שאם שלח בה יד הרי הוא חייב.

ועי' ברמב"ם בפ"ד מהל' שאלה ופקדון ה"א שכתב שגם שבועה שלא פשעתי בה היא בגדר גלגול שבועה, ורק שבועה שאינה ברשותי היא עיקר השבועה. ולפ"ז אם הביא עדים שנגנבה שוב אינו צריך לישבע שלא פשע בה ושלא שלח בה יד. מיהו בפ"א שם ה"ב כתב הרמב"ם שאם טען השואל מתה מחמת מלאכה, כדי להיות פטור משבועה הרי הוא צריך להביא עדים שמתה בשעת מלאכה וכן שלא שינה בה, וא"כ חזינן שלא מספיק בזה שהביא עדים שמתה, אלא הרי הוא אכתי צריך לישבע שלא פשע בה, וא"כ יוצא שהשבועה שלא פשע הרי היא חלק מעיקר החיוב של שבועה ודלא כדבריו בפ"ד. וכן הקשה הלח"מ שם (ועי' עוד שם במה שהביא בנוגע למה היא עיקר השבועה ומה היא גלגול).

מיהו נראה דלא קשה מידי כי במתה מחמת מלאכה אם השומר פשע א"כ יוצא שלא מתה מחמת מלאכה אלא מתה מחמת הפשיעה, וא"כ התם העובדא שלא פשע אינה כדי לברר שלא הי' כאן מחייב צדדי של פשיעה אלא אם פשע חסר בעיקר המעשה שפוטר אותו, דהיינו מתה מחמת מלאכה, משא"כ אם נגנבה הרי בין אם פשע ובין אם לא פשע קרה כאן גניבה, רק שאם פשע יש פשיעה שמחייבת אותו, וא"כ בזה קיימינן שלברר שלא פשע הרי הוא חייב רק בתורת גלגול, ובלי גלגול

מספיק בזה שיודעים שקרה גניבה, אבל בשואל המעשה שפוטר אותו הוא מתה מחמת מלאכה, וא"כ כל זמן שלא בירר שלא פשע הרי עוד לא הוכיח שקרה בכלל המעשה הפוטר, דהא אם פשע אין כאן מתה מחמת מלאכה אלא מתה מחמת פשיעה.

ובביאור המחלוקת אם שבועה שלא פשעתי בה היא בגדר גלגול או לא י"ל כך, דהנה שיטת הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות ה"ג היא שפשיעה היא משום מזיק (ועי' בראב"ד שם), כלומר דאע"פ שאדם רגיל אינו נחשב מזיק ע"י שלא שמר חפצו של חברו, אבל מכיון שהוא שומר ויש לו חיוב שמירה א"כ כשהוא פושע הרי זה נחשב שהזיק, ולשומר יש דרך חדש איך להחשב מזיק. והרי זה דומה לשליחות יד שלשומר יש דרך חדש איך להיות גזלן דהיינו ע"י שליחות יד במקצת דנעשה גזלן על הכל. ומעתה י"ל שעיקר שבועת שומרים היא רק שבועה שקרה דבר ששומר פטור עליו, כגון גניבה בש"ח ואונסים בש"ש, ושלא קרה אחד מהדברים שהתורה קבעה ששומר חייב עליהם מצד החיובים המיוחדים של שומר, אבל כשאנו דנין אם השומר עשה דברים שמחילים עליו חיובים של פרשיות אחרות דהיינו חיוב גזלן או חיוב מזיק א"כ על זה לא חייבה התורה את השומר לישבע אלא הרי הוא נשבע על דברים אלו רק ע"י גלגול. ומעתה מכיון שהרמב"ם סובר שפושע חייב משום מזיק הרי הוא סובר ששבועה שלא פשעתי בה הרי היא רק בגדר גלגול שבועה. ובדעת תוס' שסוברים שהוא בגדר עיקר שבועה י"ל שהם סוברים שפשיעה

חייב משום מזיק וכמו שכבר כתבנו בהאות הקודמת בלא"ה שכן סוברים תוס' כאן. מיהו אכתי יש לעיין בדברינו הנ"ל, כי י"ל שגם כשאכל, נהי שהוא מתחייב מדין מזיק רגיל, אבל הרי יש כאן גם חיוב של שומר שפשע, וא"כ כשנשבע שלא חל עליו החיוב פשיעה של שומר למה אין נכלל בזה גם שלא אכל.

רכג) עוד בדברי ר"ת.

הנה ר"ת פי' שהכוונה בשבועה שלא שלחתי בה יד היא שהוא נשבע שלא אכל אותה. וצ"ע דתיסגי אם ישבע נאנסה דהא זה כולל גם שלא אכלה. ולכאורה חזינן שר"ת סובר שצריך לישבע בנוסח שלילי דהיינו שלא פשע ושאינה ברשותו ושלא אכלה, אלא שצ"ע למה.

וביותר נראה לומר שאה"נ, אם הוא נשבע שנאנסה או שנגנבה שוב אינו צריך לישבע שלא שלח בה יד, וכוונת רב ששת היתה רק שהוא צריך לישבע על שלש נקודות, דהיינו שיש כאן שלש נקודות שצריכות שבועה, חדא שאינה ברשותו, וחדא שלא אכל, וחדא שלא פשע, אבל אה"נ אפשר לישבע על שלשתן ע"י שבועה אחת שנאנסה. תדע, דגם לדין קשה למה צריך לישבע גם שלא פשע וגם שאינה ברשותו, תיסגי בשבועה שנאנסה בהדי שבועה שלא השתמש בה קודם שנאנסה, ובע"כ צ"ל כהנ"ל.

רכד) אביי אמר וכו'.

ע"י ברי"ף ורא"ש שצירפו את אביי לרבי יוחנן, ודלא כרש"י, אלא כמש"כ השט"מ באמצע דבריו בדעת הרי"ף בשם

אינה משום מזיק אלא הרי היא כמו גניבה ואבידה בשומר שכר, כלומר דהוי חיוב מיוחד בתורת שומר, ולכן השבועה היא מדין עיקר שבועה. ובשליחות יד גם תוס' סוברים שהחיוב אינו מחיובי שומרים, אלא הרי הוא ביסודו חיוב גזילה, רק שלשומר יש דרך חדש איך להעשות גזלן וכמו שביארנו.

ומהרמב"ן בשמות כ"ב ז' נראה שעיקר השבועה היא שבועה שנגנב.

רכה) דברי ר"ת.

ע"י בדברי ר"ת בסוף התוס' שביאר שהחשש שמא אכל אינו בכלל השבועה שלא פשע בה. ולכאורה צ"ע למה דכי יש פשיעה ואי שמירה גדולה מלאכול את הפקדון. מיהו י"ל שר"ת סובר שהכוונה בהשבועה של שלא פשעתי אינה שלא עשה פשיעה, אלא הכוונה היא שלא נתחייב בחיוב פשיעה, ומעתה אם נאמר שפושע הוא משום מזיק א"כ כשהוא נשבע שלא נתחייב משום פושע הרי זה כנשבע שלא נתחייב משום מזיק, וא"כ בודאי נכלל בזה גם שלא אכל, אבל אם פושע אינו משום מזיק אלא הרי זה חיוב חדש של פרשת שומרים, דאם פשע הרי הוא חייב עבור זה שהלך לאיבוד, א"כ בזה שנשבע שלא נתחייב בחיוב פשיעה אכתי לא נשבע שלא נתחייב בחיוב רגיל של מזיק ולכן הרי הוא צריך לישבע גם שלא שלח בה יד אשר שבועה זו היא במיוחד על שלא נתחייב בהחיוב הרגיל של מזיק ע"י שאכל.

ומעתה י"ל שר"ת סובר שפושע אינו

הגליון שאביי סובר כרבי יוחנן. וי"ל שרש"י לא רצה ללמוד כן משום הלשון של כל אחד שאמר רבי יוחנן. והשט"מ מפרש שהכוונה בכל אחד היא כל אחד שיש לו מלוה ישנה.

ועוד י"ל שרש"י לא רצה ללמוד כן משום שאם הוא בא רק לתרץ את הקושיא של מיגו דחשיב אממונא חשיד אשבועתא שהקשינו על רבי יוחנן הי' צ"ל אמר אביי ולא אביי, אמר כי הסגנון של אביי אמר מורה שבא לחלוק על האמור קודם, ואילו הסגנון של אמר אביי מורה שבא לתרץ קושיא מסוימת שהקשינו קודם.

והנה תוס' כתבו וז"ל, וההיא דמשביעין אותו ג' שבועות ודשניהם נשבעין ונוטלין נמי חיישנן שמא מלוה ישנה יש לו עליו, ולכן אין לפוטרו בלא שבועה וגם לא ליטול בלא שבועה עכ"ל. ובאמת גם תוס' לא כתבו שאביי עצמו בא לתרץ את הקושיות הנ"ל, אלא שלמעשה דבריו יכולים גם לשמש כתירוץ על הקושיות הנ"ל. וכן משמע גם ממה שכתבו "נמי חיישינן" דמשמע שזהו דבר נוסף על מה שאביי עצמו בא לומר. וי"ל דס"ל כן בגלל הלשון של אביי אמר וכהנ"ל, ולעולם י"ל שגם רש"י סובר כתוס' שלמעשה דברי אביי מתרצים גם את הקושיות ההן.

וע"ע שם בשם הרמב"ן פי' שלישי באביי דלעולם מודה הוא דלא חשיד אשבועתא.

רכה) אביי אמר חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו.

הנה בסוגיין מבואר שאם סוברים מיגו

דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא אז הדין נותן שלא נשביע אותו (אם לא טעמו של אביי). ויש לומר בזה אחד משני טעמים, א', משום שאין תכלית להשביעו כי כמו שהוא משקר בטענתו הה"נ שישבע לשקר, ב', כי אנו גורמים לו בזה לעבור על העבירה של שבועה (ושו"ר שבאמת בהריטב"א החדש בד"ה א"ר יוחנן וכו' איתא משום לפני עור).

והנה בגמ' אמרינן שהיכא ששייך לומר אשתמוטי אז שפיר משביעין אותו, והא ודאי שאין הכוונה שנקטינן לדבר ברור שהוא עושה כדי להשתמט אלא הכוונה היא רק שיש אפשרות כזה, אבל לעולם יתכן שהוא טוען כן משום שהוא גזלן. מיהו יש לעיין למה מספיק באמת באפשרות לחוד כדי להשביעו.

ולפי הטעם הראשון שכתבנו הרי זה כי בכה"ג שפיר יש תכלית להשביעו, כי אולי אינו שקרן גמור אלא הרי הוא משקר כדי להרויח זמן וע"י השבועה יפרוש, ואה"נ אם הוא גזלן לא הרווחנו כלום ע"י השבועה, אבל יש טעם להשביעו שמא הוא עושה לאשתמוטי. מיהו לפי הצד שאין אנו רוצים לגרום לו לישבע לשקר א"כ נהי שיש סיכוי שהוא עושה רק כדי להרויח זמן ויפרוש בגלל השבועה, אבל הלא יש גם סיכוי שהוא גזלן, ועל הצד הזה הרי אנתנו גורמים לו לישבע לשקר. ולכאורה מוכח מהנ"ל כהדרך הראשון שכתבנו.

והנה גם בנוגע להחשש של מלוה ישנה, בודאי אי אפשר לומר שדבר ברור הוא שאינו חשוד אממונא, אלא בודאי יתכן שבאמת כוונתו היא לגזול ואין לו מלוה

ישנה עליו. ולכאורה כן מבואר מהלשון של "חיישינן שמא" מלוה ישנה יש לו עליו. ברם באמת אין מזה ראי', כי י"ל שהלשון של "חיישינן שמא" באה לומר רק שאין הדבר ברור שבאמת הגב' יחד עם השני, אלא חיישינן שהוא משקר כי מלוה ישנה יש לו עליו, אבל לעולם זה ברור שאינו בא לגזול, רק דלא ידעינן אם הגב' יחד עם חברו או אם מלוה ישנה יש לו עליו, אבל לעולם אין לנו צד לומר שהוא מתכוין לגזול. מיהו אפילו אם אין ראי' מהלשון אבל לאמתו של דבר בודאי יש צד לומר שהוא בא באמת לגזול.

ולפ"ז שלא נקטינן בברירות שיש לו מלוה ישנה עליו אלא יכול להיות שהוא שפיר מתכוין לגזול א"כ יוצא שהכוונה במאי דפרכינן שא"כ ניתב לי' בלי שבועה היא כך, דאין טעם להשביעו, כי אם באמת הגב' יחד עם חברו הרי מחצה שלו, ואם יש לו מלוה ישנה עליו א"כ ג"כ אפשר לתתו בלא שבועה, ואם הוא שקרן במזיד אז לא יעזור להשביעו, וא"כ נעשה יחלוקו בלא שבועה.

מיהו מלשון רש"י בד"ה אי הכי משמע קצת שנוקט לדבר ברור שיש לו מלוה ישנה עליו, וצ"ע.

והנה עי' בתוס' שכתבו שהחשש של מלוה ישנה סגי לתרץ ההיא דג' שבועות, אבל על סמך זה לא מכשירין כופר בפקדון. וביאר הפ"י דהיינו משום שהחשש הוא רק מדרבנן וא"כ מהני החשש רק כדי להחמיר עליו לחייבו שבועה בשנים או חזין בטלית אבל לא להכשיר היכא שכפר בפקדון. מיהו אם הוי רק חשש דרבנן א"כ איך מתורץ ע"י זה ההיא דשלש שבועות

הלא התם רוצים לומר שהתורה חייבה שבועה על סמך חשש זה של מלוה ישנה. ברם י"ל שהרי תוס' לעיל פירשו שהקושיא היתה רק משבועה שלא שלחתי בה יד שהיא בעצם גלגול שבועה, וא"כ י"ל שאה"נ בזמן התורה לא הי' יכול לגלגל עליו כי הי' חשוד אשבועתא ורק בימי החכמים נשתנה הדבר כיון שחידשו את החשש של מלוה ישנה.

רכו) רש"י ד"ה אביי אמר.

וז"ל, שמא מלוה ישנה יש לו עליו על זה ומכיר בו ששכחה ויכפור בו עכ"ל. צ"ע למה הוצרך לזה שיכפור בו תיסי אפילו אם יטעון שמא. וי"ל דהוצרך לזה לפי המ"ד שברי ושמא ברי עדיף דלפי המ"ד ההוא אם סובר שהלה יאמר שמא א"כ מה לו לשקר הלא הי' יכול לזכות בטענת ברי שלו כי ברי ושמא ברי עדיף.

גם י"ל דאפילו למ"ד לאו ברי עדיף אבל תפיסה מהני בכה"ג (אע"פ שבעלמא תפיסה לא מהני) וא"כ למה לו לשקר ולומר אני מצאתי הלא הוא תפוס, ולכן הוצרך רש"י לומר שהלה יטעון ברי.

מיהו אכתי צ"ע למה הוצרך רש"י לומר שהוא מכיר בו ויודע שיכפור ברי הלא סגי בזה שהוא חושש שמא יכפור, דגם החשש הוא טעם מספיק כדי לאלצו לשקר ולא לטעון שמלוה ישנה יש לו עליו, שמא יכפור בטענת ברי.

רכז) אי הכי נשקול בלא שבועה.

עי' בבעל המאור שהקשה למה לו להתחכם ולטעון שמצא את הטלית ולא

לומר באמת שיש לו מלוה ישנה עליו ולזכות ע"י שתופס, והוכיח מזה שתפיסה לא מהני. מיהו לפ"ז יש להקשות מה היא קושיית הש"ס שניתן לו בלא שבועה הלא לפי הצד שהוא תופס משום שמלוה ישנה יש לו עליו והוא יודע שהלה יכפור א"כ באמת לא מהני תפיסה וא"כ איך ניתיב לי' בלא שבועה. מיהו י"ל שהטעם למה תפיסה לא מהני הרי זה כי השני הוא המוחזק, ואילו הכא עכשיו שהוא טוען שהוא מצא אותה הרי השני לא הי' מוחזק בהחצי, אלא הוא עצמו מוחזק בחצי, ואע"פ שבלבו הוא תופס משום שמלוה ישנה יש לו עליו אבל בכל זאת אין זה נקרא שהוא תופס ממוחזק כיון שעל פי טענתו הרי הוא המוחזק, ולכן מקשינן למה צריכים להשביעו שהוא מצא אותה, ולתת לו בגלל שנוקטים על פי שבועתו שהוא מצא, הלא אפשר לתת לו על סמך שתפס מלוה ישנה כיון שהוא נקרא המוחזק (ברם יש לפקפק בדרך זה שמה שהוא מוחזק על פי טענתו יכול לעזור לו גם על הטענה שבלבו), ועל זה מתרצינן שנקטינן שיש לו רק ספק אם יש לו מלוה ישנה, ומש"ה א"א לתת לו על סמך שתפס מפני שיש לו ספק מלוה ושהוא עצמו הוא המוחזק בגלל טענתו, כי מוחזקות לא מהני למי שתופס בטענת שמא (ואנו נוקטים בזה שאע"פ שהטעם למה תפיסה לא מהני הוא בגלל שהשני הוא מוחזק אבל תפיסה עם טענת שמא לא מהני בעצמותו גם בלי שהשני הוא מוחזק).

רכח) תד"ה ספק.

ע"י ברא"ש שכתב כתוס' שאביי יתרו

את הקושיות מחנוני וג' שבועות ע"י שיאמר דחיישינן שמא ספק מלוה ישנה יש לו עליו. מיהו הרא"ש כתב שלפ"ז אין נפ"מ בין רבי יוחנן לאביי, ועי' בפלפולא חריפתא. מיהו עי' בנ"י שכתב נפ"מ היכא שידוע שמחל לו כל מלוה ישנה שיש לו.

רכט) בא"ד.

ע"י בדבריהם שהקשו למה כופר בפקדון פסול לעדות הלא י"ל שכפר משום שספק מלוה ישנה יש לו עליו. וכתבו שלא מכשירים כופר בפקדון על סמך חשש זה אבל לא ביארו למה. ועי' בפ"י שכתב משום שכל החשש הוא רק מדרבנן, ולא הקילו להכשיר עי"ז אבל החשש של לאשתמוטי הרי הוא חשש מעלייתא. מיהו כבר הקשינו לעיל בסוף אות רכ"ה דא"כ איך דברי אביי משמשים כתי' על ג' שבועות עי"ש.

גם י"ל שכוונתם היא כהרמב"ן שתי' שרק בכגון הכא בטלית שיש ג"כ ספק שמא באמת הוא מצא את הטלית, רק אז משביעין אותו בצירוף הספק של מלוה ישנה, אבל על סמך אותו חשש לבד לא מכשרינן לי' לעדות להוציא ממון.

והנה ע"י בשט"מ בשם הר"י מיגש שכתב תי' אחר על הקושיא הנ"ל, והיינו שאפילו לפי אביי הרי אסור לו לתפוס על הסמך של ספק מלוה ישנה, ואם הוא עושה כן הרי הוא גולן ופסול לעדות, רק שאביי מחדש שאם עשה כן עדיין אינו חשוד לישבע על שקר אע"פ שמן הסתם הרי הוא יודע שאסור לעשות כן, כי סו"ס יש לו לעצמו תירוץ למה הוא עושה, אבל

בכל זאת הרי הוא נעשה גזלן ופסול משום הפסול הגוף של גזלן. וצריכים להוסיף שבמלוה, שאין כאן חפץ בעין, והוא כופר משום אשתמוטי, א"כ אע"פ שאסור לו לעשות כן אבל מ"מ אינו נעשה גזלן כיון שאין כאן חפץ בעין (ובאמת יש אריכות דברים בנוגע לאם לזה ולא שילם נחשב גזלן), רק שמ"מ הי' צריך להיות פסול לעדות משום חשוד, ועל זה אנחנו אומרים שאינו חשוד משום אשתמוטי.

ובדעת תוס' שלא תירצו כן י"ל דהיינו משום דס"ל שליכא פסול הגוף בגזלן אלא טעם פסולו הוא משום חשוד לשקר. א"נ י"ל דס"ל לתוס' שהתופס סבור שמותר לתפוס את המלוה ישנה ומש"ה אע"פ שהוא גזלן אינו נפסל כי הוא גוזל בשוגג ואינו מקבל את פסול הגוף היכא שהוא שוגג.

ר(ל) דשתיק מעיקרא והדר צווח.

שיטות הראשונים בענין עד מתי מהני צווחה.

עי' בריטב"א בהחידושים החדשים שפי' שאפילו אם צווח רק בסוף התקיפה הרי זה נחשב בגדר צווח מעיקרא כיון שעוד לא יצאה הטלית מידו (אולי משום שעד אז חשב שהוא יגבר), והדר צווח מיקרי כשהתחיל לצווח מיד כשכבר אינה בידו ואם התחיל לצווח רק אחרי זה הרי זה כמו שלא צווח כלל.

ובשם רבו כתב לפרש דצווח מיד פירושו הוא מעיקרא ממש, והדר צווח

פירושו הוא בסוף התקיפה לפני שיצאה מידו, אבל אם התחיל לצווח רק אחרי גמר התקיפה ואפילו מיד כשיצאה מידו הרי זה כמו שלא צווח כלל.

והרשב"א כתב שהדר צווח מיקרי אפילו אחרי שיצאה כבר מידו כל זמן שעוד לא יצא מב"ד (ולפ"ז י"ל שהתקיפה שהתה רגע כמימרי).

ר(לא) תקפה אחד בפנינו.

א. היכא שלא תקף מידו של הראשון אלא תקף אחרי שהראשון הניחה על הארץ.

והנה יש לעיין למה נקט לשון של תקפה שפירושו הוא בחזקה וכמש"כ רש"י, הלא ה"ה שיש לצייר באופן שאחד מהם הניח ארצה משום איזה צורך את המחצה שהי' תפוס בה, והשני תפס מתוך המצב הזה. מיהו י"ל שלא נקט כן כי בכה"ג בודאי לא מהני הדר צווח, כי י"ל שהסברא של חזו רבנן מהני רק בהדי מה שסבר שהוא ינצח.

ובאמת לפי שתי השיטות הראשונות שהבאנו בהאות הקודמת הרי גם בלא"ה לא מהני הדר צווח בהצויר הנ"ל, כי כיון שהיתה מונחת על הארץ א"כ בודאי הי' לו לצווח מיד כשלקחה התוקף לתוך ידו כי כבר אינה בידו של הראשון וא"כ כבר עבר הזמן של הסוף.

מיהו יש לפקפק בזה כי נקטנו בזה שהעובדא שלא צווח כשכבר לא הי' בידו הרי זה בגדר ריעותא מוחלטת ועצמאית, וממילא בהצויר הנ"ל ג"כ קיימת הריעותא

רלב) זילו פליגו.

בענין אם ב"ד צריכים להשגיח אין שחולקים.

לכאורה מוכח מכאן שאין ב"ד חייבים להשגיח על החלוקה, לכל הפחות היכא שנראה להם שהם יצייתו להפסק של יחלוקו.

מיהו בשט"מ מבואר דאיירי בלא שבועה, כי מחלו זה לזה את השבועה, וא"כ לפ"ז יש לדחות שאולי רק בכה"ג שמחלו את השבועה אין ב"ד חייבים להשגיח כי זה נחשב בגדר חלוקה שהם עצמם עושים ולא חלוקה על פי ב"ד ומש"ה אין ב"ד חייבים להשגיח.

וז"ל השט"מ בד"ה ואמרינן וכו', ואמרינן להו זילו פלוג, קשה לי, אי בלא שבועה היכי אמרי להו בי דינא פליגו בלא שבועה, ואי בשבועה היכי אמרינן לי' עד השתא חשדת לי בגולן והשתא מוגרת לי בלא סהדי, אדרבה אימא איפכא, אמרינן לי' לאידך דתפיס ואמר אודויי אודי לי', השתא נשבע בפנינו שאין לו בה פחות מחצי ומיד הודה לך שהיא שלך ונשבע לשקר, יש לומר דלעולם בלא שבועה כדמשמע פשטא, וכגון שמחלו זה לזה השבועה, ואמרינן להו זילו פלוגו מ"ה נר"ו עכ"ל (וע"ע באות רמ"ב סק"ג).

מיהו חזינן שכססבר השט"מ דאיירי שחלקו בשבועה לא הקשה כמו שהקשינו למה לא השגיחו ב"ד על החלוקה.

רלג) בענין תקפה אחד בפנינו.

א. צדדי השאלה.

עי' בסוגיין דבעי רבי זירא בתקפה אחד

כשלא צווח בהרגע הראשון שהוא בידו של השני כיון שכבר אינו בידו, אבל ה"ה שי"ל בדרך אחרת, והיינו שכל הסיבה למה נחשב ריעותא מוחלטת אם לא צווח כשאינה בידו, הרי זה כי אם הוא אינו צווח כי סבר קא חזו רבנן למה לא צווח בהפרק האמצעי מהשלשה זמנים כיון שכבר חזו רבנן בהפרק הראשון, אבל הכא אם לא צווח מיד הרי הוא יכול לומר שלא צווח מיד אע"פ שכבר לא היתה בידו כי סבר קא חזו רבנן.

ועכ"פ לפי הרשב"א הרי רבי זירא מסתפק שמהני צויחה אפילו אם צווח לאחר שהפסיד את התקיפה ויצאה מידו, כל זמן שלא יצא מב"ד, וא"כ לפי הרשב"א בהציור הנ"ל בודאי שייך ספיקת רבי זירא.

ב. היכא שתקפה אחד בפנינו ולא לקחה כולה בידו אלא תלוי היא בהאור.

עי' ברש"י ד"ה תקפה אחד שכתב וז"ל, והרי כולה בידו עכ"ל. נראה דאתי לאפוקי אם הטלית תלוי' בהאור כי י"ל שבכה"ג הראשון לא צווח כי הוא חושב שהוא יכול לחזור ולתופסה. מיהו גם י"ל איפכא והיינו שבכה"ג שהיא תלוי' בהאור אפילו אם צווח לא מהני כי למה לא חזר והחזיק בה. ולפי הצד השני שכתבנו אתי שפיר לשון הגמ' דאיתא שהצד לומר שצווח מהני הוא כי "מאי הוה לי' למעבד", דמשמע שאם הוה לי' מאי למיעבד אז "צווח" אינו מועיל, די"ל שאתי לאפוקי הציור הנ"ל שכתבנו דהתם צווח לא מהני כי הי' לו מאי למיעבד.

בפנינו ושחק והדר צווח האם שתיקתו היא כהודאה או האם אמרינן ששחק בגלל שחשב קא חזו ל' רבנן. והוכיח רב נחמן שתפיסה מהני מהא דתניא שאם היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן הממע"ה וכו' וסבר רב נחמן דאיירי כשתקפה אחד בפנינו וכו' וא"כ חזינן שאין מוציאין מידו של התוקף. והנה בפשטות נראה לומר שהספק הוא בדעת בני אדם. מיהו יש להבין דבר זה בשני דרכים:

א', שמספקא ל' לרבי זירא על כלל אנשי העולם כשהם מגיבים בצורה של שחק והדר צווח, האם דעתו של אדם שמגיב כך היא להודאה, או האם שחק כי חשב קא חזו ל' רבנן ולא מסתכלים על השתיקה שלו כהודאה.

ב', שזה הי' ידוע לרבי זירא שיש אנשים בעולם שבכה"ג מתכוונים להודאה, וכן יש כאלו שמתכוונים לקא חזו ל' רבנן, רק שאנו מסופקים על אדם זה שלפנינו מאיזה סוג אנשים הוא. מיהו לפי הדרך השני הזה צ"ע מה בדיוק נתכוין רבי זירא לחקור, הלא הדבר ידוע שיש שני סוגים של אנשים וכן הדבר פשוט שיש ספק על כל אדם פרטי לאיזה סוג שהוא שייך. וצ"ל שנתכוין לחקור איך נוהגים בכה"ג שיש ספק.

ועכ"פ מהלשון של הגמ' לא משמע כהדרך השני שכתבנו, אלא משמע שרבי זירא שואל באמת איזה משני הצדדים לתפוס כהצד האמתי, ולא שהוא מציג מצב של ספק ידוע ומסתפק מהו שורת הדין בספק כזה.

גם יש לפרש את הספק בדרך אחרת

לגמרי, והיינו שלעולם שחק והדר צווח חשיב בעיינינו בגדר מעשה הודאה, רק שאפילו היכא שעשה מעשה הודאה הרי הוא נאמן אח"כ לומר שבלבו לא נתכוין להודות אם הוא נותן אמתלא למה עשה מעשה הודאה (ועי' בקצה"ח בסי' פ' סק"א שהביא מחלוקת אחרונים אם מהני אמתלא לעקור הודאת בעל דין או לא), ומעתה י"ל דהכא איירי שהוא עצמו אומר אח"כ שנתכוין ל"קא חזו ל' רבנן", ומיבעיא ל' לרבי זירא אם מאמינים להאמתלא שלו או לא, דהיינו האם מהני אמתלא לבטל הודאת בעל דין או לא. א"נ לשני הצדדים לא מהני אמתלא, רק דמספקא לן דאולי הך סברא של חזו ל' רבנן עדיפא מאמתלא כי חשיבא התנהגות ברורה וידועה ממש וכעין אנן סהדי.

מיהו גם דרך זה לא משמע מלשונו של רבי זירא, דהיינו שהתוקף עצמו טוען שסבר קא חזו ל' רבנן ומספקין אם להאמין לו או לא.

ב. בענין למה מהני עדים לפי הצד שנתכוין להודות.

והנה כבר הבאנו שרב נחמן רצה לפשוט את השאלה מהא דתניא שאם היתה הטלית יוצאת מתחת יד אחד מהם הממע"ה, ועי' בריטב"א שביאר שבע"כ צ"ל שהברייתא איירי בשחק והדר צווח כי היכא ששחק כל הזמן לא מהני הבאת עדים. ולכאורה צ"ב למה אם שחק כל הזמן אמרינן שכיון ששתיקה כהודאה דמי אינו יכול להתחרט אפילו ע"י הבאת שני עדים כי הודאת בע"ד עדיפי מעדים, ואילו לפי הצד שבשחק והדר צווח אמרינן

שתיקה כהודאה דמי שפיר מהני הבאת עדים.

ולפי הדרך שכתבנו שהוא עצמו אומר את האמתלא של קא חזו לי רבנן ושמשפיקא לי לרבי זירא אם אמתלא מהני לעקור הודאת בעל דין א"כ ניחא בפשיטות, כי אפילו אם אמתלא לא מהני, אבל שיטת הרמב"ם הובא לעיל באות ק' סק"ד היא שבהדי עדים שפיר מהני, וא"כ בצירוף של שתק והדר צווח שיש לו אמתלא שפיר מהני עדים, אבל בשתק גם בסוף דהתם אינו יכול לטעון קא חזו לי רבנן התם לא מהני עדים.

וכן לפי הדרך שכתבנו שהא ודאי שיש שני סוגים של אנשים וכוונת רבי זירא היא לשאול שממילא איך אנו צריכים לנהוג, גם לפ"ז אתי שפיר כי היכא שיש עדים י"ל שזה מגלה שהוא מאותם שאינם מתכוונים להודות אלא חושבים קא חזו לי רבנן, כי למה לומר שנתכוין להודאה ולהמציא הכחשה נגד העדים בזמן שיש דרך לומר שאין כאן הכחשה כלל.

אבל לפי הדרך הפשוטה שמספקא לי על כל העולם איך הם, צ"ע למה מועילים עדים, דכיון שאמרינן הממע"ה ונוקטים כהצד דהוי בודאי בגדר הודאת בעל דין א"כ איך מהני עדים, הלא היכא שעשה הודאת בעל דין לא מהני עדים, וכן לא שייך לומר שבגלל העדים על המקרה הזה הרי אנו מכריעים איך היא דעת כל העולם, וא"כ לפי הצד שזה בודאי בגדר הודאת בעל דין צריכים לנקוט שהעדים משקרים. וצ"ל לפי הדרך ההוא, שבשתק והדר צווח הצד לומר ששתיקתו היא כהודאה

אינו צד ודאי, אלא אותו צד סובר שיש שני סוגים של אנשים, ויכול להיות שהוא מאותם שמתכוונים להודות ולא נתכוין לחזו לי רבנן, וכן יכול להיות שהוא מאותם שמתכוונים לקא חזו לי רבנן ולא היתה שתיקתו מקודם בגדר מעשה הודאה, וגם כשיש ספק הודאה הרי זה מספיק כדי לגרום שלא נוציא מיד התופס, משא"כ הצד השני של רבי זירא סובר בתורת ודאי ששתק משום שסבר קא חזו לי רבנן, כי זהו דרך העולם. ומעתה אם הנתקף מביא עדים הרי זה שפיר מהני גם לפי הצד הראשון, וכעין מה שביארנו לעיל שזה מראה ששתק משום שחשב קא חזו לי רבנן ולא נתכוין להודות, כי למה לנו לומר שנתכוין להודאה ולהמציא הכחשה נגד העדים בזמן שיש דרך לומר שאין כאן הכחשה כלל.

מיהו צ"ע באמת דסו"ס מה מכריחנו לומר שאין כאן הכחשה, דכי מפני שיותר נוח להשוות אותו להעדים הרי זה סגי כדי להכריע. מיהו אולי י"ל, דהנה אם יש ספק הודאת בעל דין ויבואו שני עדים ויעידו שידוע להם שלא נתכוין לעשות הודאת בעל דין, בודאי יועילו, כי הם בגדר עדים שלא היתה כאן בכלל הודאת בעל דין, וא"כ י"ל שהכא מכיון שמעידים שהטלית שייכת חצי' להנתקף, וזה יתכן רק אם לא נתכוין להודות, א"כ הרי הם נשאים בגדר עדים שלא היתה כאן הודאה.

וכדרך זה שהצד הראשון של רבי זירא הוא צד ספק מבואר בחידושי הר"ן כאן בביאורו השני וז"ל, ומ"מ כי אמרינן כיון דאישתיק אודויי אודי לי לומר שאפשר לתלות בהודאה, וכיון שטלית זו בספק

היתה עומדת מתחלה אף בספק הודאה סגי'א ל' וכו' עכ"ל.

גם אתי שפיר לפי פירושו הראשון של הר"ן, דהנה עי' בדברי הר"ן בפירושו הראשון שכתב שזה ברור ששתק והדר צוות חשיב בגדר ספק הודאה לפי שני הצדדים של רבי זירא (ויש לפרש כהנ"ל שזה ודאי שיש שני סוגים של אנשים והספק הוא מאיזה סוג הוא האדם הזה), רק שכוונת רבי זירא היא להסתפק אם בשנים אוחזין הרי זה נקרא שיש אנן סהדי לכל אחד, דאם חשיב שיש אנן סהדי לכל אחד א"כ לא מהני ספק הודאה להוציא מידי האנן סהדי, כי אין ספק מוציא מידי ודאי, והרי זה כמו היכא שיש עדים שלא נתכוין להודות, וזהו ביאור הצד השני של רבי זירא, או דלמא אין אנן סהדי, ולכן שפיר מהני ספק הודאה כי עכשיו הטלית היא אצל התופס וכמו שנבאר באות רל"ו (וכבר הבאנו לעיל באות ס"ט את דברי הקו"ש בח"ב סי' ט' וכן את דברי המשובב נתיבות בסי' ע"ה בענין אם יש בשנים אוחזין אנן סהדי, או האם אין אנן סהדי וכוונת לשון הגמ' לעיל בדף ג' ע"א ב"אנן סהדי" היא רק שלאחר שיש פסק דין שמגיע לו חצי א"כ מעתה ידעינן שמאי דתפיס האי דידי' הוא). ומעתה יוצא שאם יבואו עדים א"כ גם לפי הצד הראשון של הגמ' הרי יש עדים שהוא שלו, ושוב לא מהני ספק הודאת בעל דין להוציא מידי ודאי עדים שהוא שלו. וכדברים אלו כתב הקצה"ח בסי' קל"ח סוף סק"ג.

עוד יש לבאר בדרך אחרת למה מהני עדים גם לפי הדרך שרבי זירא מסתפק על כל העולם האם דעת בני אדם בכה"ג היא

להודות או לחזו ל' רבנן, דהקשינו איך מועילים עדים על המקרה הזה להכריע על כל עולם, ויש לבאר דהנה הב"ח בסי' קל"ח כתב בתוך לשונו "שהביא עדים", ומשמע שהוא מעמיד כשהנתקף עצמו מביא עדים ולא סגי אם יבואו מעצמם, ויש לומר שנקט כן כי כיון שהנתקף הביא את העדים א"כ מכיון שהיו לו עדים בודאי לא נתכוין לפני כן להודאה, וסברת הדבר היא כך, דהנה מה היא בכלל סברת הצד לומר ששתיקתו היא כהודאה, דלמה החליט להודות אחרי שהתוקף תקף ולא הודה עד עכשיו, ולכאורה הסברא לומר שנתכוין להודות הרי זה כי כיון שהוא רואה את הטלית ביד התוקף הרי הוא מתיאש מלהשיגו ולכן הרי הוא מחליט להודות על האמת, וא"כ אם הוא יודע בנפשו שיש לו עדים אין סיבה להתיאש, וזהו הטעם למה עדים מועילים כי כשהביא עדים נקטינן שלא נתכוין להודות. ומעתה לפ"ז אכתי י"ל שהספק הוה ספק שוה לכל העולם, והצד לומר שנתכוין להודות הרי זה שכל אנשי העולם מתכוונים בכה"ג להודות, רק שהיינו היכא שלא הביא עדים אבל היכא שהביא עדים א"כ זה גופא מכריח לנו לומר שלא נתכוין להודאה, והרי הוא בגדר יוצא מן הכלל, אלא שהיינו רק אם הוא עצמו הביא את העדים, אבל אם באו עדים מעצמם לא אמרינן שזה מראה שהוא יוצא מן הכלל, כי מן הסתם לא ידע שיש עדים. מיהו צ"ע דלפ"ז כן צריך להיות גם בשתק גם בסוף, ואילו הב"ח עצמו סובר לא כך, אלא רק כשלבסוף צווח ובצירוף הסברא של קא חזו רבנן כמו שנביא בסמוך. ועכ"פ כהסברא הנ"ל משמע באמת

מלשון הב"ח שכתב וז"ל, אם אח"כ מביא עדים שהוא שלו איגלאי מילתא למפרע דמאי דקא שתק מעיקרא לאו משום דאודי לי' דהא אית לי' עדים דשלו היא אלא משום דסבר הא קא חזו לי' רבנן עכ"ל (ועכ"פ הב"ח לא קאי בתוך הצד הראשון של הגמ' אלא בא לבאר למה אליבא דהלכתא דהוי איבעיא דלא איפשטא מהני עדים).

ג. עוד בענין אם מהני עדים היכא ששתק כל הזמן.

והנה הטור בסי' קל"ח כתב בשם הרא"ש שאם הביא עדים אין זה מועיל, והב"ח הבין שכוונת הרא"ש היא רק להיכא ששתק כל הזמן, אבל לא לשתק והדר צווח, אלא התם מכיון שלבסוף מביא עדים נקטינן שלא נתכוין להודות, וזהו כדברי הריטב"א בביאור הגמ'.

ד. שתק כל הזמן, וכן שתק והדר צווח, חוץ לב"ד.

והנה עי' בריטב"א כאן שכתב שהיכא שתקף חוץ לב"ד בפני עדים ושתק והדר צווח אז אמרינן ששתיקה כהודאה דמיה כי לא שייך הצד השני של קא חזו לי' רבנן, ושוב הקשה שא"כ נוקמה בהכי את הבריייתא ואין ראי' לתקפה אחד בפני ב"ד, ותירץ שאי אפשר להעמיד כן את הבריייתא כי בכה"ג לא מהני הבאת ראי' כי דבר ברור הוא שנתכוין להודות. ושוב הביא הריטב"א דעה אחרת שאדרבה חוץ לב"ד לא חשיב הודאה אפילו אם שתק מתחילה ועד סוף כי נקטינן שחשב שעוד יגיד טענתו בפני ב"ד ולא איכפת לי' לשתוק חוץ לב"ד, והוכיחו בעלי דעה זו כשיטתם

כי את"ל שגם חוץ לב"ד הוי כהודאה א"כ למה לא מוקמינן את הבריייתא באופן ששתק והדר צווח חוץ לב"ד, וכתב הריטב"א שלפי דבריו לעיל לק"מ כי אדרבה אי אפשר להעמיד כן כי אם קרה חוץ לב"ד לא מהני ראי'. ולכאורה יפה כתב הריטב"א וראיית הדעה השני' הנ"ל צ"ב וכהנ"ל.

ועי' גם ברשב"א שסובר שחוץ לב"ד לא הוי בגדר הודאה, וכתב את הראי' הנ"ל מהגמ' נגד הדעה הראשונה שסוברת שחוץ לב"ד הוי שפיר בגדר הודאה, דהיינו שאם הוי בגדר הודאה נוקמה בשתק ולסוף צווח חוץ לב"ד דלא שייך בכה"ג צד של קא חזו לי' רבנן, וצ"ע על הרשב"א כהנ"ל דהא לעולם י"ל דהוי שפיר בגדר הודאה רק שהדין נותן שגם ראי' לא מהני.

ובע"כ צ"ל שהדעה השני' בהריטב"א שסוברת שחוץ לב"ד נקטינן דלא הוי הודאה, וכן הרשב"א, הרי הם סוברים שהצד ששתק והדר צווח חשיב הודאה הרי זה כמו שביארנו דהוי בגדר ספק הודאה ולא בגדר ודאי הודאה, אלא שאנחנו נקטנו שהצד לומר דלא הוי בגדר הודאה הרי זה כי חשב קא חזו לי' רבנן, כלומר שהצד הראשון של האיבעיא מספקא לי' בהך סברא של קא חזו לי' רבנן, והצד השני סובר אותה בתורת ודאי, אבל נראה שהדעה השני' בהריטב"א, וכן הרשב"א, הרי הם סוברים שהצד הראשון של רבי זירא מספקא לי' בשתק ואח"כ צווח גם שלא מטעם קא חזו לי' רבנן, אלא גם בלא זה י"ל דלא אמרינן בכה"ג שתיקה כהודאה, כי אולי לא הספיק עוד לצווח מאיזה טעם אחר, או ששהה קצת בלי

סיבה, ומש"ה גם בתפס בעדים חוץ לב"ד והראשון שתק והדר צווח יש לומר את הצד הראשון של ר"ז דהוי רק בגדר ספק הודאה אע"פ שבכה"ג לא שייך לומר קא חזו לי' רבנן, ומש"ה שפיר הקשו שאם גם חוץ לב"ד יש לומר שמתכוין להודות א"כ נימא שהברייתא איירי חוץ לב"ד ומהני התפיסה כי לא שייך לומר קא חזו לי' רבנן ושייך לומר רק את הצד הראשון של רבי זירא דחשיב הודאה אלא שגם לפי הצד הראשון מהני הבאת רא"י כי גם לפי הצד הראשון הוי רק ספק הודאה וכהנ"ל ומש"ה שפיר הוכיחו שבע"כ צ"ל שחוץ לב"ד בודאי לא שייך לתלות בהודאה.

מיהו יש להעיר דאם הספק של הצד הראשון של רבי זירא אינו מצד קא חזו לי' רבנן, אלא גם בלא זה י"ל שלא אמרינן בכה"ג שתיקה כהודאה, א"כ למה לא אמר אמרה הגמ' צד זה בתור צד ודאי בהצד השני ולמה הוצרך לחדש את הצד של קא חזו לי' רבנן.

וצ"ל בדוחק שהגמ' ידעה שרק את הסברא של קא חזו לי' רבנן אפשר לומר בתורת צד ודאי, אבל הך אפשרות ששהה בלי סיבה ידועה בשום אופן אינה בגדר צד ודאי, וא"א לומר שיש צד שבתורת ודאי נקטינן ששהה בלי סיבה ידועה.

ולפי הנ"ל יוצא שספיקת רבי זירא היא האם הוי ספק הודאה גם בלי הסברא של חזו לי' רבנן, או האם בודאי לא הוי הודאה משום קא חזו לי' רבנן.

ועכ"פ הא מיהא משמע שהגדר עד מתי נקרא עוד בגדר הדר צווח הרי הוא שוה ומשותף גם להצד השני של רבי זירא של קא חזו לי' רבנן וכן גם להצד בהצד

הראשון של רבי זירא, ודבר זה לכאורה אינו פשוט כיון דהוי מב' סיבות.

והנה גם בחידושי הר"ן הובאה הך דעה שאם תקף בפני עדים חוץ לב"ד חשיב הודאה כי לא שייך הצד של קא חזו לי' רבנן, והקשה הר"ן שא"כ למה לא מוקמינן בהכי את הברייתא, וכתב לתרץ משום שא"כ פשיטא שהממע"ה. ומדבריו חזינן ששפיר הי' מועיל רא"י בהציור הנ"ל. וי"ל כהדרך הנ"ל שכתבנו, שגם חוץ לב"ד יש צד לומר שאינו מתכוין להודות ומש"ה מהני רא"י, אלא שסובר הר"ן שדבר פשוט הוא שיש מיהא צד דשפיר חשיב הודאה, ומש"ה פשיטא דצריך להביא רא"י, וסובר הר"ן שמשמע שהחידוש של הברייתא היא הא גופא שעליו להביא רא"י ולא שמהני רא"י, ומש"ה חייבים להעמיד שקרה בתוך ב"ד כי אז הרי זה באמת חידוש לומר שצריך להביא רא"י כי הי' מקום לומר את הצד של קא חזו לי' רבנן.

והנה הקצה"ח בסי' קל"ח סק"ב סובר שאפילו היכא ששתק מתחילה ועד סוף בתוך ב"ד מהני רא"י, כי לא מפרשינן שתיקתו כהודאה ממש שהשני מצא את הטלית, אלא מפרשינן את שתיקתו כאומר שאינו רוצה לישבע (שאינו יכול לחזור בו מזה), אבל לא כהודאה על גוף העובדא (ואולי י"ל שאחרי שנשבע אע"פ שכבר אי אפשר לומר שהוא כאומר איני נשבע אבל בכל זאת גם אז לא מספקינן לומר שמא נתכוין להודות כי נקטינן ששתק כי הוא סובר שכבר נשבע וניצח ומה לו לצווח).

ולפי שיטתו צ"ע דנוקמה את הברייתא באופן שתפס בפני ב"ד ושתק מתחילה ועד סוף, דהא כבר הבאנו שהריטב"א כתב

שלא מוקמינן בהכי כי אז לא מהני ראי', אבל הקצה"ח סובר דשפיר מהני ראי'. וצ"ל שהקצה"ח יגיד דוגמת דברי הר"ן שהבאנו לעיל שלא מוקמינן הכי כי אז פשיטא שמהני התפיסה ושצריך ראי', והחידוש של הברייתא הוא שעליו להביא ראי' ולא שמהני ראי'.

והנה הקצה"ח בדרכו הנ"ל נקט שאם הוא אומר איני נשבע הרי הוא מפסיד חלקו. מיהו עי' ברעק"א, הובא בכתב וחותם בדף ב' ע"א, שנוקט שהיכא שהוא אומר איני נשבע אינו מפסיד חלקו, אלא משמתינן ל' כמו שמבואר בשבועות דף מ"א ע"א שבשבועה דרבנן אם לא נשבע לא נחתינן לנכסי' אלא רק משמתינן ל'.

והנה גם הט"ז כתב שאפילו בשתק כל הזמן מהני עדים, אבל לא מטעמו של הקצה"ח דהוי רק כאומר איני נשבע, אלא הרי זה כי לא איירי באומר שקרתי במה שהודיתי אלא באומר טעיתי במה ששתקתי והודיתי. ועי' בנתי"מ שם שמשגי על הט"ז שרק אם הודה חוץ לב"ד בפני עדים הרי הוא יכול לחזור בו ולומר טעיתי אם באים עדים כדבריו השניים אבל אם הודה בפני ב"ד אינו יכול לחזור בו ע"י טעיתי אפילו אם באים עדים.

ה. הש"ך שגם בשתק והדר צווח לא מהני עדים.

והנה כבר הבאנו בסק"ג שהטור בשם הרא"ש כתב שגם בשתק ולבסוף צווח עדים לא מהני, והב"ח עצמו כתב שכוונת הטור בשם הרא"ש היא רק בשתק מתחילה ועד סוף, אבל היכא שהדר צווח שפיר מהני ראי'. וכוונתו היא משום שלהלכה

נשאר ספק אם חשיב הודאה או לא, וכמו שביאר בדבריו שם וכן לעיל שם, ומש"ה מהני עדים. והשיג הב"ח על הרמ"א שפסק שגם כשהדר צווח לא מהני ראי'. מיהו הש"ך השיג על הב"ח שבאמת גם בכוונת הרמ"א אפשר לפרש כמו שפי' הב"ח בדעת הטור בשם הרא"ש, והיינו שדברי הרמ"א קאי רק על שתק כל הזמן. מיהו ש"ך עצמו כתב שאפילו היכא ששתק והדר צווח לא מהני ראי'. וקשה עליו מהאוקימתא בסוגיין שהברייתא איירי בשתק והדר צווח דהא תניא שראי' שפיר מהני, וכן הקשו הט"ז והתומים והגר"א.

ועכ"פ י"ל שסברת דינו של הש"ך היא משום דפסקינן כהצד הראשון של רבי זירא מכח ה"את"ל" שבהגמ', וס"ל שהש"ך שהצד ההוא דחשיב הודאה הרי הוא צד ודאי ולא ספק, ומש"ה לא מהני עדים.

מיהו מלשון הש"ך משמע דאזיל דהוי ספק הודאה, ובכל זאת לא מהני עדים, אלא יכול התוקף לטעון שישאר בידו על הצד שהשני עשה הודאה ולא אמרינן שמכיון שהנתקף הביא עדים הרי זה מגלה שמקודם לכן לא נתכוין להודות.

גם י"ל שהש"ך סובר שאפילו אם הוי רק בגדר ספק הודאה, אבל הספק הוא ספק שקיים בשוה על כלל העולם, ולא שחלק הם כך וחלק הם כך ומספקינן בעל האדם הזה שלפנינו, וס"ל שמש"ה לא שייך שיועיל מה שמביא עדים על המקרה הזה וכמו שהערנו כבר לעיל.

והנה גם הרש"ש כאן הקשה על הש"ך מהגמ' כאן דחזינן שלפי מאי דמוקמינן את הברייתא בשתק ולסוף צווח שפיר מהני עדים, ותי' שכוונת הברייתא היא לעדים

שהתוקף עצמו עשה הודאת בעל דין, כי אע"פ שעדים שהוא שייך להנתקף לא מהני לפי הש"ך אבל עדים שהודה התוקף שפיר מהני, כי הודאת התוקף שהיא מפורשת, עדיפא מהשתק והדר צווח של הנתקף שאינה הודאה מפורשת אלא רק בגדר שתיקה כהודאה. והנה הרש"ש לא כתב סברא למה עדיפא, אבל כתב להוכיח כדבריו מדברי הרמ"א להלן בסעיף ז' שם שהרי כתב הרמ"א שאם חזר הנתקף ותקף מהתוקף לא מהני אא"כ הביא רא"י לדבריו, הרי דרא"י שפיר מהני, וזה סותר את דברי הרמ"א הקודמים, וא"כ בע"כ צ"ל שבסעיף ז' כוונתו היא לרא"י שהודה התוקף וכפירושו בכוונת הברייתא וכהנ"ל. מיהו מלבד ממה שדוחק לומר כן בכוונת הרמ"א בסעיף ז' שם, הרי לפ"ז תיסגי בעדים שהודה התוקף גם בלי שיתקוף בחזרה וכפירושו בכוונת הברייתא, ואילו מהרמ"א בסעיף ז' משמע דמהני רק בצירוף מה שתוקף בחזרה.

רלד) דברי רש"י ששאלת רבי זירא איירי קודם שבועה.

וכן מה יהי לפי רש"י בשתק מתחילה ועד סוף לאחר שבועה.

עי' ברש"י שהזכיר שאירי לפני שנשבע, ומבואר מדבריו דס"ל שלאחר שנשבע לא מספקינן כלל אלא נקטינן שאין שתיקתו כהודאה. ולכאורה י"ל שהטעם הוא מפני שאחרי שנשבע מסתבר יותר לתלות את שתיקתו בחזו ל"י רבנן ולא בהודאה כי לא מסתבר לומר שנשבע לשקר ושוב הודה שנשבע לשקר. ויש להסתפק

מה יסבור רש"י בשתק כל הזמן לאחר שנשבע, כי אולי כתב קודם שנשבע רק בגלל הציור של שתק והדר צווח.

ועכ"פ צ"ע, דנהי שיש מקום בסברא לומר כדברי רש"י, אבל מנא ל"י לרש"י דבר זה, אולי מספקא לן גם אחרי שנשבע. וי"ל כי אילו נסתפק רבי זירא גם על לאחר שנשבע א"כ נימא שהפשיטות מהברייתא שמהני תפיסה היא רק על קודם שבועה אבל לא על לאחר שבועה, אלא לאחר שבועה לא אמרינן שנתכוין להודות, וא"כ אין כאן פשיטות על כל הציורים שנסתפקנו בהם, ואילו מהגמ' משמע שיש כאן פשיטות מלאה, ומש"ה פירש"י שהשאלה היתה רק על קודם שבועה אבל לאחר שבועה בתורת ודאי אין כאן הודאה. ברם אכתי צ"ע, כי אי משום הא, נהי שמוכח שמספקינן רק על ציור אחד, אבל אולי מספקינן רק על לאחר שבועה, אבל קודם שבועה פשיטא לן דהוי כהודאה.

וי"ל כי א"כ בכלל אין שום רא"י מהברייתא שמהני תפיסה לאחר שבועה, כי אולי איירי הברייתא לפני שבועה (ונוסיף שאין זה בגדר פשיטא כל כך אלא שפיר הוצרך הברייתא לאומר), וא"כ מוכח שהבעיא היא רק על ציור אחד, וכן שהציור חייב להיות הציור של לפני שבועה אבל לאחר שבועה לא מהני תפיסה.

גם י"ל שהכרחו של רש"י הוא כי רש"י סובר כהריטב"א בשם הרמב"ן שמהא דמספקינן רק על הציור של שנים או חזין בטלית חזינן "דפשיטא לן דכל אחד שתקף לחבירו מה שבידו דאי אישתק לאו הוכחה היא, אלא הכא דמעיקרא תרוייהו תפסי בה וכל אחד אומר כולה שלו והשתא

תקפה מיני' ואישתוק בה, מספקא לן אי הוי הודאה אי לאו, וא"כ י"ל דס"ל לרש"י שלאחר שבועה הרי זה נקרא שנחלט החצי אליו והוי השתא כתוקף ממון שהוא בידו של השני, וא"כ מכל עיקר העובדא שחקרו רק בשנים אוחזין בטלית מוכח דאיירי רק לפני שבועה.

ולפי הדרך הזה הה"נ שאם חטף לאחר שבועה והנחטף שתק כל הזמן לא נימא דהוה כהודאה כי משמע שכוונת הריטב"א היא גם לשתק כל הזמן.

והנה העירוני שגם לפי דרכו של הר"ן כאן יש להמציא כמו שיוצא מדברי רש"י שהשאלה היא רק על קודם שנשבע וכמו שנבאר, דהנה הר"ן פי' את שאלת רבי זירא כך, דזה ברור ששתק והדר צווח הרי זה בגדר ספק הודאה, רק שכוונת רבי זירא היא להסתפק אם מיקרי שיש אנן סהדי לכל אחד, ואם יש אנן סהדי שיש לו חלק בה לא תלינן בהודאה כי אין ספק הודאה מוציא מידי ודאי, או האם אין אנן סהדי כזה אלא יש רק סתם מוחזקות והרי יש כאן ספק הודאה ועכשיו התופס מקבל את הדין של מוחזקות וכמו שנבאר באות רל"ו ואת ר"ס (וכבר הבאנו לעיל באות ס"ט את דברי הקו"ש בח"ב סי' ט' וכן את דברי המשוכב נתיבות בסי' ע"ה בענין אם יש בשנים אוחזין אנן סהדי, או האם כוונת לשון הגמ' לעיל בדף ג' ע"א ב"אנן סהדי" היא רק שלאחר שיש פסק דין שמגיע לו חצי א"כ מעתה ידעינן שמאי דתפיס האי דידי' הוא). ומעתה י"ל שרש"י סובר כהר"ן, אלא שרש"י סובר גם שאפילו אם נאמר שבתחילה אין כאן אנן סהדי אלא רק מוחזקות, אבל לאחר שנשבעו שפיר

נולד אנן סהדי ממש שהטלית שייכת באמת לשניהם, ומש"ה לא מהני תפיסה לאחר שנשבעו וכהנ"ל שאין ספק הודאה מוציא מידי ודאי.

ולפ"ז יוצא שאם תפס לאחר שבועה והנתפס שתק מתחילה ועד סוף, שפיר תועיל תפיסתו של התופס כי בכה"ג יש כאן ודאי הודאה.

ולקצה"ח בסי' קל"ח סק"ב (הובא לעיל באות רל"ג סק"ד) יש דרך אחרת בהבנת דברי רש"י, והיינו שהבין שרש"י סובר שדנינן על שתיקתו כאומר איני נשבע, ולא כהודאה ממש שלא הגביו, ושלכן כתב רש"י דאיירי לפני שבועה, ובהאות הבאה נאריך בביאור דרכו. ועכ"פ הקצה"ח שם כתב שלפי דרכו יוצא שלאחר שבועה לא תועיל תפיסה אפילו אם הנתפס שתק מתחילה ועד סוף.

רלה) דרכו של הקצה"ח בביאור דברי רש"י הנ"ל.

עי' בקצה"ח בסי' קל"ח סק"ב שכתב שרש"י סובר שמאי דמספקינן כאן בשתק ואח"כ צווח שאולי אודויי אודי, אין הכוונה להודאת בעל דין שהטלית שייכת לחבירו, אלא הכוונה היא דהוה כאומר איני נשבע, ועל פי זה חידש הקצה"ח שאם הדר יביא עדים הרי זה מועיל אפילו אם שתק כל הזמן. מיהו יש לעיין, דמהיכא תיתי לתלות באיני נשבע ולא בהודאה ממש, דנהי שרש"י סובר שמספקינן רק קודם שנשבע אבל מי יימר שהכוונה באודויי אודי היא לתלות באיני נשבע ולא בהודאה ממש הלא יש גם לתלות בהודאה

ממש, ולומר שלאחר שנשבע לא תלינן כן כי לא מסתבר שנשבע לשקר ואח"כ נתכוין להודות שנשבע לשקר אלא תלינן ששתק כי סבר שכבר נשבע ולמה לו לצווח.

והנה אנחנו בהאות הקודמת המצינו הכרח מתוך הסוגיא ללמוד דאיירי דוקא קודם שנשבע, אבל עכשיו אנחנו מקשים דנהי שמוכח שרק לפני שבועה יש צד לומר שהוא מתכוין לוותר, אבל מנלן לא לתלות בהודאה ממש, ומהיכא תיתי לתלות שכוונתו לומר רק שאינו נשבע, ושמשה מהני עדים.

ומהקצה"ח עצמו נראה שהוא הבין שכל הטעם למה פי' רש"י דאיירי קודם שבועה הרי זה כי ס"ל מצד הסברא שבאמת כל מה ששייך לחשוש כאן הוא רק לאיני נשבע ולא לשתיקה כהודאה. מיהו לכאורה אין זה מובן למה א"א לחשוש באמת גם להודאה ממש וכהנ"ל.

והנה הקצה"ח שם כתב שהשאלה בשתק והדר צווח היא האם נתכוין לומר איני נשבע, ואם נתכוין באמת לומר איני נשבע, לא מהני מה ששוב צווח, כי נהי שעיי"ז הרי הוא מראה שהוא מתחרט ורוצה עכשיו לישבע אבל אי אפשר להתחרט מאיני נשבע. ויש להסתפק מה יהי אם תפס קודם שב"ד חייבו אותם לישבע, דמצד אחד י"ל שלפני שחייבו אותן לישבע אי אפשר לומר שהוא מתכוין לומר איני נשבע, כי לכאורה צריכים לנקוט שאינו יודע בכלל שיצטרך לישבע, כי אם הוא שפיר יודע, וכן הרי הוא יודע שלא ירצה לישבע, א"כ למה הגיע בכלל לב"ד. ברם מצד שני אולי נקטינן שהוא שפיר יודע שיחייבוהו לישבע וכן שאין בדעתו

לישבע, רק שבכל זאת הרי הוא בא לב"ד כי אולי עיי"ז הבעל דין יודה, וא"כ גם לפני שפסקו לו לישבע יש להסתפק במתכוין לומר איני נשבע. מיהו יתכן שבכה"ג מכיון שעוד לא חייבוהו הרי הוא יכול באמת להתחרט ולחזור ולומר שהוא שפיר ישבע וא"כ שפיר יועיל מה שהדר צווח אפילו אם נתכוין באמת לומר איני נשבע.

רלו) עוד בדרכו של הר"ן.

הנה כבר הבאנו לעיל את דרכו של הר"ן בביאור הבעיא של רבי זירא. ויסוד ביאורו הוא שהיכא שעושה ספק הודאה, א"כ אם יש לו אנן סהדי הרי הוא עדיין זוכה ולא מהני התפיסה, כי אין ספק הודאה מוציא מידי מה שיש כאן ודאות של אנן סהדי שחצי הטלית שייכת לו (אלא נקטינן בתורת ודאי שלא נתכוין להודות), אבל אם אין לו אנן סהדי, אז אם הוא עושה ספק הודאה התפיסה מהני והרי הוא מפסיד.

וצריכים לבאר את סברת הר"ן למה אם אם אין אנן סהדי שפיר מהני התפיסה. ויש לבאר שהר"ן סובר שזה ברור שבלי לומר שיש כאן שתיקה כהודאה אין התפיסה מועילה כלום אלא מחזירים להראשון כי הוא נחשב המוחזק, והעובדא שהשני תפס אינו מגרע את הדין מוחזק של הראשון, דהא תקפו כהן מוציאין אותו מידו, אבל אם יש צד לומר ששתיקה כהודאה א"כ מעתה יש ספק באמת מי הוא המוחזק, דהיינו האם הראשון הוא המוחזק כי לא נתכוין להודות, או האם השני הוא המוחזק כי הראשון שפיר נתכוין להודות, ובזה הרי

הוא עצמו מתפיס את התוקף, ונוקט הר"ן שהיכא שמסתפקים בזה גופא מי הוא המוחזק משאירים את החפץ במקומו ומש"ה אין מוציאין מהתופס.

מיהו יש להקשות שהראשון יוכל להוציא מהתופס גם אם אין כאן אנן סהדי, כי לפני התפיסה הרי ה' להראשון הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות, ולא רק הכח שאין מוציאין בלא סיבה, דהיינו הכח של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא עי' בזה לעיל באות ט"ז, ואילו עכשיו שאנו מסתפקים מי הוא עכשיו המוחזק הגמור הרי יש להתוקף רק הכח של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, וא"כ למה לא מהני מה שהי' הראשון מוחזק גמור כדי שיוכל שפיר להוציא מיד התוקף, כי אע"פ שיש עכשיו ספק מי נקרא המוחזק, אבל יש להראשון כעין חזקת מרא קמא בנוגע למוחזקות והדין נותן שנחזיק הלאה שהוא המוחזק.

ברם יש ליישב שעכשיו מתגלה שיכול להיות שמה שחשבנו עד עכשיו שהיתה לו הכח של חזקה חיובית של מוחזקות הי' בטעות כי יכול להיות ששתיקה כהודאה, וא"כ לא שייך להחזיק מאז.

מיהו בכעין זה כתב רש"י בכתובות דף כ"ו ע"ב דשפיר מהני חזקה, אלא שכבר הקשה הרמב"ן שם על דבריו כהנ"ל שעכשיו נתברר שהחזקוהו בטעות. ועי' בזה בספרי שם באות רל"ד.

ועי' בשער משפט בסי' קל"ח סק"ח שהוכיח דאזלינן בתר מוחזק קמא מסי' פ"ח סעיף י"ב שנפסק שם שבטענו חטין והודה לו בשעורין פטור הנתבע מהשעורין משום שיש כאן הודאת בעל דין מצד

התובע שאין הנתבע חייב לו שעורין, ואע"פ שהנתבע מודה ששפיר חייב וא"כ הוי הודאה נגד הודאה אבל משאירים את הממון בחזקתו, ומבואר שם במחבר וברמ"א ובש"ך סקכ"ג שאם התובע תפס מחזירין להנתבע והיינו משום שיש שם ספק בעיקר המוחזקות וא"כ אזלינן בתר המוחזק הראשון.

מיהו מהתם אין ראי' לכאן כי התם לא איירי שתפס חפץ מסוים שדנין עליו אלא איתא שתפס דמי שעורין והרי בכה"ג הי' הראשון מוחזק ודאי אבל הכא איגלאי שאולי הי' טעות וא"כ י"ל שבכה"ג לא שייך להחזיק מאז.

ועכ"פ באמת נראה שהר"ן נתכוין לבאר בדרך אחרת את הצד השני, וכן הבין הקו"ש בחלק ב' סי' ט' אות י"ז את דברי הר"ן עיי"ש, והיינו שכששניהם אוחזין חשיב כל אחד מהם כמוחזק בכלול וכמש"כ רש"י בדף ב' ע"ב בד"ה בשבועה פלגי לה (אבל אנן סהדי שייך רק בחצי'), וא"כ גם להתוקף יש דין מוחזק ואפילו לפני שתקף, וזהו הטעם לומר שמאחר שהטלית היא עכשיו אצלו משאירים אותה אצלו משום הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא.

מיהו צ"ע על ההסבר השני הנ"ל, כי לפי ההסבר הנ"ל הדין נותן שתועיל תקיפה גם אם הנתקף צווח מתחילה ועד סוף, כי גם בכה"ג הרי התוקף הי' מוחזק בכל הטלית עוד מלפני התקיפה והרי עכשיו הטלית היא אצלו (אבל לפי ההסבר הראשון שכתבנו הרי הוא נעשה ספק מוחזק על החצי השני רק עכשיו ע"י השתיקה). מיהו ראיתי בספר

קונטרסי השיעורים בד"ה ובזה יתורץ (הראשון) דהא דלא מהני תקיפה היכא שצווח מתחילה ועד סוף הרי זה כי נאמר דין מסוים שלא מהני אלימות.

ועכ"פ ככל הדיון הנ"ל יש לדון גם בדעת הרשב"א כאן, דהנה הרשב"א פוסק שבשנים או חזין בטלית ותקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח אין מוציאין מהתוקף משום דהוי איבעיא דלא איפשטא, וצ"ע דהא הרשב"א פוסק שתקפו כהן מוציאין אותו מידו. ואפילו לפי מה שציידר הקונטרס הספקות בכלל א' אות ב' לומר שתקפה אחד בפנינו ושתק ולבסוף צווח מיקרי ספיקא דדינא כיון דהוי איבעיא דלא איפשטא (אע"פ שהספק מיוסד על ספק במציאות) אבל הרי שיטת הרשב"א בסוגיין היא שגם בספיקא דדינא לא מהני תפיסה, ודלא כהסוברים דשפיר מהני. ולפי מה שביארנו אתי שפיר כי הכא הספק הוא בעיקר המוחזקות כי אם נתכוין להודות א"כ יוצא שאינו מוחזק וכמו שביארנו ומש"ה אין מחזירין לו (והנה באמת גם הרמב"ם פוסק שבתקפה אחד בפנינו אין מוציאין אבל על הרמב"ם לק"מ לפי מה שציידר המ"מ דהיינו משום דאמרינן בגמ' את"ל אין מוציאין וא"כ הגמ' פוסקת שאין מוציאין ואין הדבר בגדר ספיקא דדינא, ועוד דהרי הרמב"ם פוסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו).

עי"ל בביאור דעת הרשב"א שהך ספק אם הוא מודה או לא חשיב ספק חדש שמתעורר עכשיו, ולא הספק הישן מי הגבי' תחילה, ומש"ה מכיון דחשיב ספק חדש הרי זה גורם שתפיסתו היא תפיסה קודם שנולד הספק דמהני להרבה פוסקים.

וכעין זה כתב הנתיחה"מ בכללי תפיסה אות ג' לבאר למה בבא בסוף החודש כולו לשוכר משום דמהני תפיסתו של השוכר, דביאר משום דחשיב ספק חדש, דהיינו ספק הודאה מצד המשכיר, ומש"ה הוי תפיסת השוכר בגדר תפיסה קודם שנולד הספק החדש הזה (ועי' להלן באות רס"ג שהבאנו גם שם את דברי הנתיחה"מ).

(והא דסובר הרשב"א שם שאם הנתפס חוזר ותופס חולקין כמו בתחילה הרי זה אתי שפיר לפי הקונטרס הספקות בכלל ג' אות ז' שבתפיסה קודם שנולד הספק יכול הנתפס לתפוס בחזרה. מיהו הנתיחה"מ בכללי תפיסה אות ט"ז סובר שאינו יכול. וע"ע בזה באות ר"ע* סק"ג).

מיהו יש לדון טובא באם הציור של שתק והדר צווח חשיב ציור של תפיסה קודם שנולד הספק, דהנה אם נאמר שמיד בשעת תפיסת הטלית הרי זה נחשב ודאי הודאה לטובת התופס, ורק אח"כ בשעה שהדר צווח מתעורר ספק שמא אין כאן הודאה, א"כ אם מיקרי תפיסה קודם שנולד הספק או לא תלוי במתי קרה ההדר צווח, וכבר הבאנו כמה דעות בענין זה לעיל באות ר"ל, ולפי דעת הרשב"א שהבאנו שם שהדר צווח איירי שצווח אחרי התפיסה כל עוד שלא יצא מב"ד א"כ הוי תפיסה קודם שנולד הספק לרעתו (וכהנ"ל שלפני הצווח נקטנו בתורת ודאי שיש כאן הודאה), וכן יוצא לפי הסוברים שהבאנו שם שהדר צווח מיד אחרי שיצאה מידו, אבל לפי אלו שסוברים שצווח ברגע האחרון שהיא בידו א"כ הוי תפיסה אחרי שנולד הספק.

ואם נאמר איפכא, והיינו שמיד אחרי

התפיסה אין אנו מסתפקים כלל בהודאה, אלא נקטינן שבודאי יצווה, ורק אחרי כן כשהמשיך לשתוק זמן מה, הרי זה מתחיל להיות ספק הודאה או ודאי הודאה (ואח"כ צווח לפני שיצא מב"ד וכהרשב"א הנ"ל) א"כ אז הוי כמו תפיסה לאחר שנולד הספק כי תפס בזמן שהכל הי' לרעתו, ולא מהני התפיסה. מיהו הקוה"ס שם בכלל ג' אות ו' הראה שכמה ראשונים נקטו שגם זה מיקרי תפיסה קודם שנולד הספק, ותמה על הקוה"ס על סברת הדבר. וע"ע בזה באות ר"ע* סק"ג.

ועכ"פ בדרך זה הרי אנו נוקטים שהרשב"א סובר שתפיסה קודם שנולד הספק מהני, ואילו בכתובות דף ט"ז ע"ב הובא בשט"מ בשמו דלא מהני שם. ברם בב"ב דף ד' ע"א הרי הוא סובר דשפיר מהני. והקונטרס הספקות בכלל ב' אות ב' נקט שהרשב"א בתשובותיו סובר כהרמב"ן דלא מהני.

רלז) היתה טלית יוצאת מתחת ידו של אחד מהן הממע"ה.

פירש"י וז"ל, בעדים עכ"ל, כלומר שהמוציא מחבירו צריך להביא עדים. וע"ע מאי קמ"ל רש"י בזה.

וי"ל דהנה כבר ביארנו שי"ל שהצד הראשון של רבי זירא הוא צד ספק, דהיינו שאין הכוונה שבתורת ודאי אמרינן דאודויי אודי לי, אלא ספיקא הוא, אשר לפ"ז יוצא שלפי הצד הראשון של רבי זירא יש ספק מי מיקרי המוחזק, האם הראשון כי לא נתכוין להודאה והוי כמו היכא שצווח מיד דאז בודאי לא נעשה התופס מוחזק אלא

הראשון נשאר עוד המוחזק, או האם הוי שפיר כהודאה אשר אז השני הוא המוחזק כי הראשון ממש התפיסו על ידי הודאתו, וא"כ יש ספק מי הוא המוחזק האמתי, ולכן אמרינן שזה נשאר אצל השני שתפס בגלל הסברה של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ומעתה לפ"ז י"ל שבאמת אין הנתקף צריך עדים אלא ה"ה דסגי בע"א או ברוב, ולכן הוצרך רש"י לומר דלא כהנ"ל אלא שלפי הצד הראשון של רבי זירא (שאנו מביאין רא"י מהברייתא להצד הזה) הרי הוא צריך בדוקא עדים, ונבאר דברינו.

הנה בב"ק דף מ"ו ע"ב שאלה הגמ' מנלן שהמע"ה, ואמר רב אשי דסברא היא כי דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, כלומר שאם התובע רוצה לשנות את המצב הרי הוא צריך להראות סיבה, ור' שמואל בר נחמני הביא שם דרשה דקרא כדי לומר שהמע"ה, ורש"י בגיטין דף מ"ח ע"ב הביא את הדרשה של ר' שמואל בר נחמני, וכתב הפ"י שם, וכן בב"ק שם, שלפי רב אשי שסובר שיש רק את הסברה של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא לא בעינן שיביא דוקא עדים, אלא הה"נ שסגי ברוב או ברי ושמא (או מיגו) כי גם דברים אלו הם סיבות לשנות את המצב, ור' שמואל בר נחמני שלומד הממע"ה מקרא הרי הוא סובר שקמ"ל הפסוק שלא מהני הדברים הנ"ל, וכתבנו לעיל באות ט"ז שני ביאורים במה קמ"ל הפסוק לפי ר' שמואל בר נחמני, א', דגזירת הכתוב היא שנגד הסברה של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא לא מהני הדברים הנ"ל, אלא כדי לשנות את המצב צריכים את

הסיבה הגדולה של עדים, ב', שהפסוק מחדש שיש להמוחזק כח של חזקה חיובית ולכן לא מהני הדברים הנ"ל. ומעתה לפי הדרך שר' שמואל בר נחמני סובר שיש להמוחזק כח של חזקה חיובית, הרי יוצא שהיכא שנשאר רק המדריגה של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, יספיק באמת בשאר ראיות כגון רוב או ברי ושמא או מיגו, וכן י"ל שגם ע"א יועיל בכה"ג לפי ר' שמואל בר נחמני (אם נאמר שע"א נאמן גם בממון כשאינו בא להוציא ממוחזק, ואכמ"ל בזה), וא"כ ה"ה שגם הכא הי' שייך לומר שיש להתופס לכל היותר רק את הכח של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא כי יש כאן ספק למי יש את החזקה החיובית של מוחזקות וכמו שביארנו, וממילא יספיק אם הנתקף יביא עד אחד ולא יצטרך להביא עדים, ולכן כתב רש"י שהוא צריך עדים, ויש לבאר דהיינו משום שהפסוק קמ"ל שגם מצד דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא בעינן בדוקא שני עדים.

רלח) דברי הרמב"ם שפוסק שבשתק והדר צווח אין מוציאין מהתוקף, וכן דבריו בחזר הראשון ותקפה.

ע"י ברמב"ם בפ"ט מהל' טו"נ הי"ב שכתב וז"ל, חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקין עכ"ל. והנה לעיל בסמוך שם פסק שבשתק והדר צווח אין מוציאין מיד התוקף, וביאר המ"מ דהיינו משום דהוי

איבעיא דלא איפשטא, א"נ משום שהרמב"ם פוסק כאת"ל והרי אמרינן להלן את"ל תקפה אחד בפנינו אין מוציאין אותה מידו, וביאר הלח"מ דאע"ג דאיתא ג"כ את"ל מוציאין, אבל האת"ל שאין מוציאין הוא האחרון, ועוד שבגמ' דנו יותר על כך את"ל שאין מוציאין.

ושוב כתב המ"מ שהטעם למה הרמב"ם פסק שאם חזר השני ותקף חולקין כמו בתחילה הרי זה כי כיון שהי' ספק אם התוקף השני נתכוין להודות א"כ עכשיו התוקף השני חזר להיות תפוס ולכן גם ממנו אין מוציאין. מיהו קשה דלפי הדרך שכתב המ"מ שטעמו של הרמב"ם הוא משום האת"ל א"כ למה פסק בחזר ותקף שחוזרים וחולקים הלא התוקף השני כבר עשה הודאה.

וע"י בלח"מ שהרגיש בקושי זה אבל לא ביאר מה היא כוונתו שם לתרץ. וגם הקצה"ח בסי' קל"ח סק"ג כתב שלא ירד לסוף דעתו של הלח"מ, דהנה הלח"מ שם תי' שאע"פ שהרמב"ם פוסק כהאת"ל אבל מ"מ מכיון שעיקר הדבר הוא ספק לכן אם תפס בחזרה חוזרים וחולקים, וכתב הקצה"ח בסי' קל"ח סק"ג שאין דבריו מובנים, כי כיון שמכריעים על פי האת"ל כהצד הראשון שנתכוין להודות א"כ כבר אין ספק.

והקצה"ח עצמו כתב שהרמב"ם סובר שהצד הראשון של רבי זירא הוא צד ספק וכהר"ן ולכן אתי שפיר כי אע"פ שהוא פוסק כמו האת"ל אבל בכל זאת הדבר נשאר ספק.

והנה הראב"ד השיג על דברי הרמב"ם וכתב שאין בהם טעם, והיינו משום

שהראב"ד סובר ששפיר מחזירין להתוקף הראשון, ובפשוטות י"ל דהיינו משום שהוא פוסק כהאת"ל והרי הוא סובר שהצד הראשון של רבי זירא הוא צד ודאי.

וגם הטור כתב כדברי הראב"ד וז"ל, ונראה כיון שזכה התוקף מתחילה משום הודאתו של זה, אין האחר יכול לתוקפה ממנו בלא ראי', וכן השיג עליו הראב"ד ז"ל עכ"ל.

מיהו הטור שם כתב שראי' שפיר תועיל להשאיר את הטלית ביד התוקף השני, וצ"ע דהא לעיל הביא הטור בשם הרא"ש שעדים לא מהני, ויש פירוש אחד בדבריו דקאי אפילו על שתק והדר צווח. מיהו י"ל דס"ל להתור שספק הוא אם עדים בהדי אמתלא מהני (והכא הרי איירי שנותן אמתלא לדבריו ואומר ששתק כי סבר קא חזו לי רבנן), וממילא נהי שאינו יכול להוציא מן התוקף, אבל היכא שתקף בחזרה ומביא עדים, שפיר מועילים העדים בהדי אמתלא דידי' כדי שלא נוציא ממנו.

עוד י"ל בביאור הראב"ד למה מחזירין להתופס הראשון, דלעולם הצד הראשון של רבי זירא הוא צד ספק, אבל מכיון שהדין הוא שהטלית נשארת אצל התופס מדין הממעה"א א"כ תו לא מהני תפיסה מהתופס אע"פ שלא הי' לו להתופס שום כח חיובי רק שאין משנים את המצב בלי סיבה. וכן מבואר בדרכי משה שם מהמרדכי, וכן מבואר בהג"מ על דברי הרמב"ם שם, וכן סובר היד רמה בפרק חזקת הבתים אות מ' הובא להלן כאן באות רס"ג ור"ע, דכולם סוברים שגם היכא שמשאירים אצלו משום דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא לא מהני תפיסה ממנו.

והב"ח כתב פי' אחר בדברי הראב"ד, והיינו שהטור והראב"ד הבינו שהרמב"ם נתכוין אפילו להציוור של שתק אחרי התקיפה הראשונה מתחילה ועד סוף, דגם בכה"ג מהני מה שחזר ותקף, ועל זה משיג הראב"ד שלא מהני, אבל גם הראב"ד מודה שמהני תפיסה בחזרה בהציוור של שתק והדר צווח, ולפי האמת גם הרמב"ם נתכוין רק להציוור הזה.

והנה לפי הב"ח צ"ל שהראב"ד אינו סובר כהרשב"א שכל עוד שלא יצאו מב"ד הרי זה נקרא הדר צווח, כי אם הוא סובר כהרשב"א א"כ עצם הדבר שתקף בחזרה הרי זה בגדר הדר צווח (כי בפשוטות איירי שחזר ותקף באותו מעמד לפני שיצא התוקף מב"ד), וא"כ א"א לומר כהב"ח שהראב"ד קאמר רק בגלל ששתק מתחילה ועד סוף, דהא היכא שתקף הרי זה בגדר צווח.

ומאיך אם נאמר שהרמב"ם שפיר סובר כהרשב"א א"כ יוצא שדבריו הם מדויקים כראוי, כי הרמב"ם כתב סתמא שאם חזר ותקף חוזרים וחולקים ומשמע דקאי אפילו על הציוור שבתחילה אחרי התקיפה הראשונה שתק כל הזמן, וזה קשה מאד כי כבר הערנו שאחרי שעשה הודאה ודאית למה יועיל מה שחזר ותקף כשהשני צווח, אבל אם נאמר שהרמב"ם סובר כהרשב"א אתי שפיר, כי לפ"ז יוצא שמה שחזר ותקף הרי זה תמיד בגדר הדר צווח לפני שיצא מב"ד.

והנה לפי הדרך שהטור והראב"ד נתכוונו רק להיכא ששתק מתחילה ועד סוף הקשה הב"ח דא"כ איך כתב הטור

שמהני ראי' הלא בכה"ג מכיון שיש הודאת בעל דין ברורה למה מהני ראי'. ועכ"פ זה קשה רק לשיטת הטור בשם הרא"ש לעיל שראי' לא מהני, אבל הט"ז והקצה"ח סוברים שאפילו בשתק כל הזמן ראי' מהני וכמו שהבאנו כבר לעיל.

גם יש לעיין מה היא כוונת הרמב"ם במה שכתב אע"פ שצווח מתחלה ועד סוף, הלא בודאי מספיק בזה שצווח בתחילה ואינו צריך לצווח כל הזמן וא"כ הי' צריך לכתוב רק אע"פ שצווח בתחילה.

רלט) עוד בדעת הרמב"ם.

והנה הרמב"ם כתב וז"ל, חזר השני ותקפה מראשון אע"פ שהראשון צווח מתחלה ועד סוף חולקין עכ"ל. פי' דאע"פ שהנתקף השני צווח כל הזמן, הרי הוא מפסיד חציו. ויש עוד גירסא דגרס בדבריו "אע"פ שלא צווח מתחילה ועד סוף". פי' דאע"פ שהנתקף השני לא צווח כלל אבל בכל זאת הרי הוא עודנו מקבל את החציו שהי' אמור לקבל מתחילה.

והנה היכא שבעל דין אחד עשה הודאה ודאית, ואילו הבעל דין השני עשה ספק הודאה, י"ל שהולכים אחרי הודאי הודאה כי אין הספק הודאה מוציאה מידי הודאי הודאה. וכן מצאתי בש"ך ונתיה"מ בסי' קל"ח, דהנה הש"ך בסק"ז שם כתב דהיכא שהנתקף הראשון שתק מתחילה ועד סוף, ושוב חזר ותקף, אז שפיר מחזירין להנתקף השני את כל הטלית היכא שהוא צווח, ומהנתיה"מ בסק"ח נראה שהבין (או שגרס) בדברי הש"ך שחזר וצווח, דהיינו שהנתקף השני שתק והדר צווח, וא"כ יוצא שמחזירין לו כי הנתקף הראשון עשה

בתחילה ודאי הודאה ואילו הנתקף השני עשה עכשיו רק ספק הודאה וכמש"כ הש"ך שם ששתק והדר צווח הוי ספק. והנה יש שני דרכים איך להבין את הגירסא בדברי הרמב"ם דגריס "שלא צווח מתחילה ועד סוף", דמצד אחד יש לפרש כמו שנקטנו לעיל שכוונתו היא לומר שנהג מנהג זה של "לא צווח" מתחילה ועד סוף, כלומר ששתק כל הזמן ועי"ז עשה ודאי הודאה. מיהו לפ"ז צ"ע למה הוא מקבל את חציו, הלא הוא עשה עכשיו ודאי הודאה, ואילו הנתקף הראשון עשה בתחילה רק ספק הודאה ע"י ששתק והדר צווח. ברם גם יש לפרש ביאור שני בכוונת הרמב"ם בלשונו הנ"ל, והיינו שלא נהג מנהג של "צווח" כל הזמן, דהיינו מתחילה ועד סוף, אלא צווח רק בסוף, פי' שגם הוא עשה רק ספק הודאה.

מיהו באמת לפי הדרך שהרמב"ם פוסק שאין מוציאין מהתוקף הראשון כי הוא פוסק כהאת"ל, א"כ אתי שפיר גם הדרך הראשון בביאור כוונתו, כי לפ"ז יוצא שגם הראשון וגם השני עשו ודאי הודאה.

שו"ר בשער משפט בסי' קל"ח סק"ח שדן על דברי הרמב"ם וכתב כהדברים הנ"ל, דפי' את כוונת הגירסא השני' דגרס "שלא צווח מתחילה ועד סוף" כך, דכוונת הרמב"ם היא ששתק כל הזמן, וביאר את כוונת הרמב"ם במש"כ "אף על פי" כהנ"ל, דלא מיבעיא אם הנתקף השני שתק והדר צווח דאין משאירים את כל הטלית אצל הנתקף הראשון, אלא אפילו אם הנתקף השני שתק כל הזמן אשר בכה"ג יש הו"א ששפיר ראוי להשאיר את כל הטלית אצל הנתקף הראשון כיון

שהנתקף השני עשה ודאי הודאה, אבל בכל זאת קמ"ל הרמב"ם שגם בכה"ג אין משאירים את כל הטלית אצל הנתקף הראשון כי מיקרי שגם השתק והדר צווח שעשה הוא בתחילה היתה בגדר ודאי הודאה כי הרמב"ם פוסק בתורת הכרעה ודאית שאין מוציאין אותו מהתוקף.

ועוד הביא השער משפט את דברי הריטב"א להלן בדף ז' ע"א בד"ה אלא מאי וכו' (קרוב לסופו) שכתב שהיכא שהנתקף השני שתק, משאירים את כל הטלית אצל התוקף השני, וביאר השער משפט דס"ל כן כי הוא איירי שהנתקף השני שתק כל הזמן משא"כ התוקף השני, שהוא הנתקף הראשון, שתק והדר צווח, וס"ל להריטב"א ששתק ולבסוף צווח הרי היא רק בגדר ספק הודאה.

ולפי הדרך שכתבנו שכוונת הרמב"ם במה שכתב "אע"פ שלא צווח מתחילה ועד סוף" היא שצווח רק בסוף, או יש לפרש את כוונת ה"אע"פ" כך, דלא מיבעיא אם הנתקף השני צווח כל הזמן דאז מחזירין ליחלוקו כי הנתקף הראשון עשה ספק הודאה (ודלא כהדרך שהרמב"ם פוסק ודאי הודאה כי אם הוי ודאי הודאה היינו מחזירין את הכל להנתקף השני כיון שהוא לא עשה אפילו ספק הודאה) אלא אפילו אם השני לא צווח מתחילה ועד סוף אלא רק בסוף ג"כ מחזירין ליחלוקו.

רמ) תקפה אחד בפנינו מהו.
בענין אם התוקף צריך לישבע את השבועה של המשנה או רק שבועת היסת.

הנה כבר הבאנו שיש פוסקים שסוברים

להלכה שאין מוציאין מיד התוקף כי הוי איבעיא דלא איפשטא, וכן יש אומרים משום שאמרינן בגמ' את"ל אין מוציאין וכו'. ועוד הבאנו סוברים שגם הצד הראשון של רבי זירא שאין מוציאין אותו מידו אינו צד ודאי, דהיינו שאין כאן צד ודאי לומר שאודויי אודי לי, אלא הרי זה רק צד ספק, ולפי הצד הראשון הדין הוא שרק מספק אין מוציאין מהתוקף.

ויש לעיין אם התוקף צריך לישבע את שבועת המשנה (שהיא מטעם לא יהא כל אחד הולך ותוקף וכו') אשר לפ"ז יצטרך לישבע בנקיטת חפץ וכמו שפסק המחבר בסי' פ"ז, או האם הוא צריך לישבע רק שבועת היסת כמו כל כופר הכל שזוכה בגלל מוחזקות שהוא צריך לישבע שבועת היסת, אבל אין התוקף חייב לישבע את שבועת המשנה כיון שיש כאן ספק הודאה.

ועי' באור שמה בפ"ט מהל' טוען ונטען הי"ב שנוקט דליכא בכה"ג שבועת המשנה.

מיהו לפי הקצה"ח שהבאנו לעיל באות רל"ג סק"ד (ובאות רל"ד ורל"ה) שכוונת הצד של אודויי אודי אינה להודאת בעל דין אלא הכוונה היא דהוי כאומר איני נשבע א"כ נראה שהתוקף שפיר יצטרך לישבע שבועת המשנה כמו היכא שהבעל דין השני אומר איני נשבע.

רמא) תקפה אחד בפנינו.

בדיני תפיסה.

עי' בריטב"א שהביא מהרמב"ן שכל היכא שתקף אדם אחד מהשני עם טענה, והשני שתק, אין תפיסתו מועלת, ואין

אומרים ששתיקת הנתקף מורה שאודויי אודי לי, אלא רק כאן מהני תפיסה, כי כיון שאיירי שהיו שניהם תופסים בה, וכל אחד אמר כולה שלי, יש צד לומר שלא הי' לו לשתוק אלא אודויי אודי לי.

ויש לעיין האם עיקר כוונת הרמב"ן היא משום ששניהם תופסים בה, דהיינו שגם התוקף הי' תפוס, דזה צריך לגרום להנתקף לצווח, או האם עיקר כוונתו היא משום שכבר היו טוענים על החפץ, ונפ"מ יצויר היכא שרק הנתקף הי' מחזיק את החפץ, אבל כבר טענו את טענותיהם, האם בכה"ג מהני תקיפה, דהיינו האם בכה"ג הי' לו להנתקף לצווח, ובפשטות משמע שכוונתו לומר שצריכים את שני הדברים. ועוד יש לצדד שאולי כששניהם תופסים, ועוד לא טענו, ואח"כ תקפו אחד מהשני עם טענה, הרי זה נחשב שכבר טענו כשהיו שניהם תופסים.

ולפי מה שנקטנו שצריכים בדוקא ששניהם תופסים בה יתכן שהיכא שלא תפס התוקף את כולה, אלא הצליח רק להוציא קצת מה"ידו מגעת" של השני, ועבר החלק ההוא להיות חלק מהאמצע, דלא מהני בכה"ג התקיפה לפעול שנאמר יחלוקו על החלק ההוא, כי לא הי' לו לצווח כיון שהחלק ההוא הי' תחת חזקתו לחוד (אע"פ שכבר טענו טענותיהם).

ובאמת גם בלא"ה אי אפשר לומר בהצויר הנ"ל שאודויי אודי לי כי אי אפשר לומר שאודויי אודי לי רק על החלק הקטן ההוא כי הדיון הוא על כל הטלית, וכן א"א לומר שהודה לו על כל הטלית שהרי הוא תופס בחזקה את מה שנשאר.

ונראה שכוונת רש"י בד"ה תקפה אחד היא למעט את הצויר הנ"ל, דעיין בדבריו שכתב וז"ל, הוציאה מיד חבירו בחזקה והרי כולה בידו עכ"ל, כלומר דלא סגי בזה שמיעט את החלק של "ידו מגעת" בלי להוציא את כל הטלית מיד חבירו.

ועכ"פ לפי הנ"ל יוצא שהיכא שתקף כולה, החלק שצריך להפריע להנתקף הוא רק החלק שהי' באמצע, ורק החלק ההוא צריך להרגיזו לצווח, אבל לא החלק של ידו מגעת, רק שאם אינו צווח אלא מראה שאודויי אודי לו א"כ הרי זה נקרא שהודה על כל הטלית.

רמב" (והשתא מוגרת לי' בלא סהדי.

א. למה בלי הריעותא הנ"ל היתה מועלת טענת אגרתי להוציא מזה שמוחזק בו עכשיו.

הנה מהגמ' מבואר שאם לא היתה קיימת הריעותא הנ"ל בטענתו, הי' הנתקף מוציא את הטלית מהתוקף בהטענה הזאת שהשכירה לו, וצ"ע למה לא מהני המוחזקות של התוקף שהוא מוחזק עכשיו בכל הטלית.

וי"ל דאיירי בטלית העשויה להשאיל ולהשכיר, אשר בכה"ג לא מהני החזקה החיובית שיש במוחזקות, אלא נשאר רק הסברא של דכאיב לי' כאיכא אזיל לבי אסיא, ובכה"ג מוציאים כשיש להתובע חזקת מרא קמא, ומש"ה גם כאן היינו מחזירין להנתקף כי הוא המוחזק הראשון, דוגמת הא דאזלינן בתר חזקת מרא קמא. מיהו אכתי יש להקשות דהכא לא שייך ללכת אחרי המוחזק הראשון, כי שייך

ללכת אחרי המוחזק הראשון רק היכא שיש ספק אם אודויי אודי לי, כי זהו בגדר ספק בעיקר המוחזקות, כי אם הראשון לא נתכוין להודות הרי הראשון נשאר עוד בגדר מוחזק ולא מהני תפיסתו של השני לעשותו מוחזק, אבל אם שפיר נתכוין להודות אז התופס הוא מוחזק, וא"כ היכא שיש ספק מי הוא המוחזק אזלינן בתר המוחזק הראשון, אבל הכא בהציור שלפנינו הרי זה ברור שהראשון אינו מוחזק עכשיו כי יש כאן ספק חדש אם השכיר או הודה אשר לפי שני הצדדים אינו עכשיו בגדר מוחזק (מיהו אולי זה תלוי באם מחזקינן מאיסור לאיסור), וכן השני לא חשיב מוחזק כיון שאירי בדבר העשוי להשאל ולהשכיר, וא"כ הדין נותן שנשאיר את הטלית אצל השני שמחזיק אותה עכשיו כי אע"פ שאין לו החזקה החיובית של מוחזקות אבל בכל זאת נשארת הסברא של דכאיב לי כאיבא אזיל לבי אסיא דהיינו שאין מוציאין בלי סיבה, והכא הרי ליכא להראשון חזקת מרא קמא, וא"כ הדין נותן שנשאיר את הטלית אצל התוקף, גם בלי הריעותא שיש בטענתו של הנתקף, וא"כ צ"ע כהנ"ל למה בלי הריעותא היינו מחזירין להנתקף.

ועוד דהנה להלן נבאר שתוס' כאן סוברים שאם הי' אומר תקפה הי' נאמן, וגם על זה צ"ע למה מהני טענתו להוציא ממה שהשני הוא המוחזק. מיהו הכא שייך באמת ללכת אחרי העובדא שהנתקף הוא המוחזק קמא, כי הכא יש ספק מי הוא עכשיו המוחזק האמתי בקשר להספק הראשון, דהיינו האם הנתקף נשאר המוחזק כיון שהשני תקף ממנו, או האם השני הוא

המוחזק כי הראשון הודה לו. מיהו אכתי צ"ע כי הכא יש עכשיו להשני את הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות ואינו בדין שנלך בתר המוחזק קמא כמו דלא אזלינן בתר חזקת מרא קמא להוציא ממוחזק. ברם הר"ן כתב שכיון שהיו רבים על הטלית א"כ הוי בגדר דבר העשוי להתפס, דוגמת דברים העשויין להשאל ולהשכיר, וא"כ גם כאן אין להתופס הכח של חזקה חיובית שיש במוחזקות.

ועכ"פ אכתי קשה מה שהקשינו על הציור של אגרת למה בלי הריעותא שבטענת אגרת הי' יכול להוציא מהתופס הלא התופס הוא עכשיו המוחזק ומאן דכאיב לי כאיבא אזיל לבי אסיא ולא שייך ללכת כאן אחרי חזקת המוחזק קמא.

מיהו י"ל שיש לו חזקת מרא קמא של בעלות ממש מאז שב"ד פסקו יחלוקו, ואע"פ שהתופס טוען שהודה לו ושבטעות פסקו לו ב"ד בעלות, אבל רש"י בכתובות דף כ"ו ע"ב סובר שגם דבר כזה מיקרי חזקה כיון שסוף סוף החזקנוהו בכך, עי' בזה לעיל באות ל"ד, ובאות רל"ו.

עוד יש ליישב, דהנה תוס' כאן מקשים למה אינו נאמן לומר אגרת במיגו שהי' יכול לומר תקפה, ותירצו שהריעותא של אגרת הרי היא על מדריגת אנן סהדי וממילא חשיב מיגו במקום עדים. ומעתה י"ל שבלי הריעותא שבטענת אגרת הי' מוציא מכח מיגו, ואין להקשות דהוי מיגו להוציא, דהנה עי' בשט"מ בשם תלמיד רבינו יונה ובמאירי שתי' באמת על קושיית תוס' שמיגו להוציא לא אמרינן, ויש לעיין למה לא תירצו תוס' כן גם בלי לומר שהריעותא היא על מדריגת אנן סהדי, וי"ל

דס"ל לתוס' דכיון שאין להתופס החזקה החיובית שיש במוחזקות וכמו שביארנו לעיל, אלא יש לו רק הסברא של דכאיב לי' כאיבא א"כ י"ל כהדרך שכתבנו באות ט"ז שמיגו שפיר מועיל כנגד זה, ומש"ה הוצרכו תוס' לתרץ דהוי בגדר אנן סהדי.

גם י"ל עוד טעם למה מהני כאן המיגו אע"פ שהוא ציור של להוציא, והיינו משום שי"ל שיש ריעותא פורתא בהטענה של אודויי אודי, והריעותא הזאת יחד עם המיגו שפיר מועילים להוציא, דוגמת מאי דאמרינן בכתובות דף י"ב ע"ב שמיגו להוציא מהני היכא שיש גם ברי ושמא.

ב. המיגו שכתבו תוס'.

מיהו אכתי יש לעיין בהתירוץ הנ"ל שבלי הריעותא שבטענת אגרת' הי' מוציא במיגו, כי כיון דאזלינן שאין ריעותא בטענת אגרת' א"כ למה יש לו מיגו דאי בעי אמר תקפה, דלמה חשיב תקפה טענה יותר טובה, הלא כמו שאינו יכול לנצח בטענת אגרת' (בלי שיהי' לו מיגו) ה"ה שאינו יכול לנצח ע"י טענת תקפה, ובשלמא תוס' כשהקשו שיש לו את המיגו הנ"ל הרי אזלי שיש ריעותא בטענת אגרת' וא"כ תקפה הוי שפיר טענה יותר טובה, אבל אנחנו רוצים לומר שבלי שהי' קיים הריעותא הנ"ל הי' קיים המיגו, וא"כ צ"ע כהנ"ל למה עדיפא טענת תקפה.

וי"ל שתקפה מיקרי טענה עדיפא כי ע"י טענת תקפה הרי הוא מטיל בספק את כל עיקר המוחזקות של השני, משא"כ בטענת אגרת' הרי השני צריך להיות נחשב מוחזק גמור כי יש ספק חדש אם השכיר או הודה, רק דלא חשיב מוחזק כי הוי טלית

שהעשויו' להשאיל ולהשכיר, אבל הנתקף עצמו אינו מטיל בספק את המוחזקות של השני.

מיהו עיין לעיל באות ע"ה ואות פ' בענין אם מהני מיגו היכא שהטענה השני' שהי' יכול לטעון היא רק טענה עדיפא אבל באמת גם בה לא הי' יכול לזכות.

גם י"ל שע"י טענת תקפה הי' שפיר מנצח ע"י שיש כאן ספק מי הוא עכשיו המוחזק האמתי, והרי הנתפס הוא המוחזק קמא.

ג. עוד דרך בכיאר הגמ'.

עוד י"ל שבלי הריעותא שבטענת אגרת' היינו מוציאינן מהתוקף שתפוס בה בגלל מה שכתבנו כבר שיש ריעותא נגד טענת התוקף שאודויי אודי לי, דלא מסתבר לומר שהודה לאחר כל הדיון בב"ד והשבועה, ועכשיו יש להוסיף שהריעותא הזאת היא על מדריגת אנן סהדי, ולכן היינו מוציאינן מהתופס, דהיינו שהיינו מוציאינן על פי האנן סהדי.

והנה כבר הבאנו שתוס' מקשים שגם עכשיו שיש גם בטענת הנתקף ריעותא אכתי יוציא כי יש לו מיגו שהי' יכול לומר תקפה, ומתריצים תוס' דהוי מיגו במקום עדים, מיהו לפי דברינו הנ"ל שגם נגד טענת אודויי אודי יש ריעותא שהיא על מדריגת אנן סהדי א"כ יוצא שיש כאן אנן סהדי נגד כל אחד מהם והרי זה כמו תרי ותרי, וא"כ צ"ל שתוס' כאן סוכרים שמיגו לא מהני במקום תרי ותרי וכדברי תוס' בב"ב דף ל"א ע"ב בד"ה וזו. וע"ע באות רל"ב.

ד. דברי הרמב"ן בנוגע לטענת תקפה.

והנה מדברינו לעיל יוצא שיש ב' טעמים למה מועילה הטענה של תקפה. א', משום שהוא המוחזק קמא, ב', משום שיש ריעותא נגד טענת אודויי אודי לי. ונראה שהרמב"ן כאן סובר את הטעם הראשון, והנה הרמב"ן כתב שאם הי' טוען שתקפה ממנו הי' נאמן וזה שתופס עכשיו לא הי' נאמן לומר אודויי אודי לי, וגם לא שקנה אותה ממנו. ומעתה צ"ל שהטעם הוא משום שכיון שיש ספק בעיקר המוחזקות, אזלינן בתר המוחזק הראשון, כי טעם זה שייך גם היכא שטוען קניתי, אבל אם הטעם הוא משום שיש ריעותא נגד טענת אודויי אודי לי כי לא מסתבר שהודה לו א"כ אין לזה קשר להיכא שטוען קניתי כי נגד טענת קניתי אין ריעותא.

ה. הסוברים שאינו נאמן לטעון תקפה.

והנה הריטב"א כאן סובר שאם טען הראשון שהשני תקפה, אין הראשון נאמן, אלא התופס זוכה משום שהוא עכשיו המוחזק. ולכאורה צ"ע דכיון דלא אזיל בתר המוחזק קמא, וכן ס"ל שאין ריעותא בטענת אודויי אודי לי, ומש"ה אין הראשון זוכה בטענת תקפה, א"כ קשה למה הי' הראשון זוכה בטענת אגרתו אם לא הי' ריעותא בטענה זו (ועי' במה שכתבנו לעיל כאן בסק"ב אודות מיגו של טענה עדיפא). וי"ל דס"ל להריטב"א שהטענות של תקפה ואודויי אודי, או אגרתו ואודויי אודי, הרי הן בגדר דין תורה חדש, כי הרי

הם באים עכשיו בטענות חדשות על מעשה חדש של השינוי מידו לידו, וכשהתחיל הדין תורה החדש הזה הרי השני הי' התפוס בו, ולכן יש לו החזקה חיובית של מוחזקות והוא עכשיו המוחזק המקורי, ועוד ס"ל להריטב"א דלא מהני הריעותא שיש נגד טענת אודויי אודי לי כדי להוציא ממוחזקות חיובית, ולכן הרי הוא זוכה עם טענת אודויי אודי נגד טענת תקפה, אבל כשהראשון טוען אגרתו הרי איירי בדבר העשוי להשאל ולהשכיר, ולכן נגד טענת אגרתו לא מהני המוחזקות של התופס, ואע"פ שגם בלי מוחזקות חיובית לא משנים את המצב בלי סיבה, וכהסברא של דכאיב לי כאיבא אזיל לבי אסיא, אבל לענין זה מהני כבר הריעותא שיש בטענת אודויי אודי לי, כי זה גורם שמעתה שפיר יש סיבה לשנות את המצב (ואנו נוקטים בזה דלא כהר"ן שהבאנו דחשיב הכא דבר העשוי להתפס ושדינו הוא כמו דבר העשוי להשאל ולהשכיר).

ו. הרמב"ן והרשב"א והר"ן בנוגע לטענת תקיפה.

עי' ברשב"א שצידד לומר שהריעותא נגד טענת אגרתו אינה על מדריגת אגרתו, אלא על מדריגת חזקה, רק דכיון שספיקא הוא (בכ"ב דף ה' ע"ב) אם מהני מיגו נגד חזקה א"כ גם לפ"ז לא קשה שנאמינו במיגו שהי' יכול לומר תקפה כי הוי מיגו נגד חזקה דהוי ספק אם מהני, ומש"ה משאירים בידי התופס עכשיו.

וע"ע ברשב"א שהביא מפרשים שאם טען תקפה ממני לא מהני כי יש ריעותא גם נגד טענה זו, כי לא מסתבר שפתאום

קיבל כח ותקפה, מה שלא הצליח לעשות קודם שבאו לב"ד בתחילה, וכתב הרשב"א שאינו נכון.

וגם הרמב"ן בסוף דבריו הביא את הדרך הנ"ל וז"ל, ואיכא דאמרי דאי אמר תקפה לא מהימן, דכיון דעד השתא תפיס לה תרוייהו, לא אמרינן השתא איברי האי גברא וגבר מחברי ותקפה מיני, ולא שמיע לן עכ"ל. ונראה שהרמב"ן נתכוין לשתי סברות נפרדות, א', הסברא הנ"ל שכתב הרשב"א, ועוד דלא מסתבר לומר שתקף ממנו ושלא שמענו אודות זה מאנשים כי בודאי הי' נעשה רעש סביב התקיפה, וזהו מה שהוסיף "ולא שמיע לן" (מיהו אולי כוונת הרמב"ן היא לומר ולא שמיע לן הפירוש הנ"ל).

ועכ"פ כבר הבאנו שבחידושי הר"ן איתא איפכא, והיינו שאדרבה טענת תקפה מהני ולא אזלינן בתר המוחזקות של השני כי הוי דבר ששפיר רגיל לקרות, כי שפיר עשוי השני לתקוף כיון שהיו רבים עליו והוי כמו דבר העשוי להשאיל ולהשכיר.

רמג) בענין השכרתי בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים.

עוד כתב הרמב"ן שאפשר שהיכא שאמר אגרותי בפני פלוני ופלוני והלכו למדינת הים הרי הוא נאמן, כי בכה"ג אין נגדו ריעותא, כי באמת לא סמך על נאמנותו של השני אלא הקפיד שיהיו עדים,

וכתב הרמב"ן שבכה"ג הרי הוא נאמן משום המיגו שהי' יכול לומר תקפה ממני*.) וצ"ב למה כתב כן הרמב"ן בדרך אפשר. וי"ל כי מספקא לי' להרמב"ן שאולי גם בכה"ג יש ריעותא כי יש סברא לומר שבכלל לא הי' רוצה להתעסק עמו, רק שהגמ' אמרה ריעותא עדיפא דהיינו הריעותא שלא הי' משכיר לו שלא בפני סהדי, ועי' בריטב"א שהביא מפרשים שכוונת הגמ' היא באמת להריעותא הנ"ל שלא הי' מתעסק עמו כלל, וכוונת הגמ' היא לומר כך, דכי אפשר להאמין לו שהשכיר לו בלי שיביא לנו עדים שהשכיר לו, הלא הוא מחזיקו לשקרן ובודאי לא הי' משכיר לו בכלל, וא"כ י"ל שהרמב"ן מספקא לי' בריעותא זו ולכן מספקא לי' אם מיגו מהני.

ועי' עוד במ"מ שהביא מהרמב"ן את הדין הנ"ל שאם אמר שהשכיר לו בפני פו"פ והלכו למדה"י הרי הוא נאמן, והביא כן בתורת ודאי, ולא כדאיתא לפנינו בהרמב"ן שהוא מסתפק בדבר.

ועי' עוד בקצה"ח בסוף סי' קל"ח שהביא את קושיית התומים בסק"ח שם למה הוצרך הרמב"ן להמיגו, הלא בהגמ' מבואר שבלי הריעותא שיש בטענת אגרותי בלא בסהדי, הי' נאמן בטענת אגרותי בתורת טענה מחמת עצמה, וא"כ מכיון שבהציוור של הרמב"ן אין ריעותא, א"כ למה צריכים מיגו. פי' שהתומים הבין בהגמ' שבלי הריעותא לא הי' מהני לי'

* ונהנה באמת גם אם יאמר שיש לו עדים בלי לומר שהלכו למדינת הים אלא יכול להיות שהם כאן, גם בכה"ג אין בדבריו שום ריעותא, רק

המוחזקות של התופס גם בלי שיש להנתקף מיגו, והיינו משום הריעותא שבטענת אודויי אודי לי.

ותי' התומים שהגמ' איירי בדברים העשויין להשאל ולהשכיר, ולכן בלי הריעותא של אגרת בלא סהדי לא הי' מהני להתופס מה שהוא מוחזק בו, וגם לא היינו אומרים דכאיב לי' כאיבא וכו' בגלל הריעותא שיש בטענת אודויי אודי, אבל הרמב"ן איירי בדברים שאינם עשויים להשאל ולהשכיר, ולכן שפיר יש להתופס את החזקה החיובית שיש במוחזקות ולכן בלי המיגו לא הי' הראשון מנצח, כי הריעותא שיש בטענת אודויי אודי אינה מספיק חזקה להוציא מהחזקה החיובית שיש במוחזקות, אבל מיגו שפיר מהני בהדי הריעותא הנ"ל שיש בטענת אודויי אודי וכמו שביארנו כבר שמצינו דוגמת דבר זה בכתובות דף י"ב ע"ב, עכ"ד התומים בתוספת ביאור.

מיהו לכאורה התומים כתב מה שכתב כי לא ראה את דברי הרמב"ן במקורם, אלא רק את מה שהביא המ"מ בשמו, דהא בחי' הרמב"ן מבואר דס"ל שגם בהציור של הגמ' טענת אגרת אינה מספקת, גם בלי הריעותא, אלא הי' זוכה רק בגלל המיגו.

(איברא, המעיין בדברי התומים שם יראה שהוא מתכוין לומר שהרמב"ן סובר גם בתוך הגמ' שבלי הריעותא צריכים מיגו ושהרמב"ן סובר שהגמ' עצמה איירי גם בעשויין להשאל ולהשכיר וגם בשאינן עשויין להשאל ולהשכיר, ובעשויין להשאל ולהשכיר בלי הריעותא נאמן גם

בלי מיגו, ובאינן עשויין להשאל ולהשכיר נאמן רק בגלל המיגו.)

ובטעמא דמילתא למה טענת אגרת אינה מספקת כתב הבית הלוי בח"ג סי' מ"ב דס"ל להרמב"ן שגם באגרת בסהדי יש קצת ריעותא כי מן הסתם לא הי' מתעסק עמו, רק שמיגו מהני כנגד ריעותא זו כי אינה במדריגת אנן סהדי, אלא הי' לכל היותר ראי' פורתא דמיגו מהני נגד זה, וא"כ אתי שפיר, כי אפילו אם נאמר שמשמע מהגמ' שאלמלא הריעותא הי' מנצח גם בלא מיגו, אבל השתא שיש ריעותא סובר הרמב"ן שגם בטענת בפני פלוני ופלוני יש ריעותא ומש"ה בעינן מיגו, ומהני מיגו כיון שהריעותא היא קטנה ולא על מדריגת אנן סהדי וכהנ"ל.

ועי' גם בקצה"ח בסי' קל"ח סק"ה דמבואר שיכול להיות שהרמב"ן איירי אפילו בדבר שהעשוי להשאל ולהשכיר מחמת עצם מהות הכלי או הבגד, ובכל זאת הרי הוא זקוק למיגו, והוא הסביר דהיינו משום שבאמת אם לא היתה קיימת ריעותא שלא הי' משכיר לו בלא עדים, אז היתה טענת אגרת נחשבת טענה מנצחת והיתה מועלת בלא מיגו כיון דהוי דבר שעשוי להשאל ולהשכיר, רק שלאחר שיש ריעותא כזאת, וכל האפשרות לומר שהי' משכיר לו היא רק בפני עדים, א"כ הרי זה גורם שיהי' נחשב כבר דבר שאין דרכו להשאל ולהשכיר, כי נהי ששייך לומר שהשכיר לו בעדים, אבל אין הדרך להשכיר בפני עדים, ולכן אם טען שעשה כן הרי התופס עוד נחשב בגדר מוחזק ולכן צריכים מיגו. ומהני המיגו כי הוי רק בגדר ריעותא בעלמא ולא אנן סהדי.

רמד) שיטת הרמב"ם.

ע" ברמב"ם בספ"ט מהל' טו"נ שכתב שגם אם טען תקפה אינו נאמן ודלא כתוס'. וביאר הבית הלוי בח"ג סי' מ"ב שטעמו של הרמב"ם הוא כך, דהנה יש לדייק מדברי הרמב"ם שבטענת אגרתו אינו נאמן אפילו אם אמר בפני פלוני ופלוני, וביאר הבית הלוי שהטעם לסבור כן הרי זה כי גם בכה"ג יש ריעותא בטענתו, דהיינו הסברא שהזכיר הריטב"א שגם בפני עדים לא ה"י נכנס לעסקים עם מי שכבר נתדיין עמו בב"ד ושהוא מחזיקו לשקרן, והרמב"ם סובר שזהו באמת הכוונה של הגמ' בהציור של אגרתו, דהיינו שהוא אומר שהשכיר לו בפני פו"פ והלכו להם למדינת הים, והא דמעמיד הרמב"ם את הגמ' כך הרי זה כי אי אפשר לומר שהברייתא איירי באופן שאומר אגרתו שלא בפני עדים, כי הרי תניא שהממע"ה, ובפשטות הכוונה היא לראי' שהשכיר לו, ולא לטענתו המקורית שהוא מצא את הטלית, ואילו לפי הרמב"ן איך איתא הממע"ה הלא גם ע"י שיוסיף ויאמר אגרתו בפני פו"פ מספיק, גם בלי להביא אותם*, ועוד דאיך תניא שהוא יכול להביא עדים, הלא הדין הוא שהיכא שאמר שאין לו עדים אינו יכול לחזור ולהביא עדים. ומש"ה מפרש הרמב"ם דאיירי שאמר באמת בפני פו"פ, רק שאינו סובר

כהרמב"ן, אלא גם בכה"ג איתרע טענתו, ומש"ה הרי הוא חייב להביא את העדים שהשכיר לו בפניהם, אלא שהי' קשה להרמב"ם למה צריך להביא עדים הלא יש לו מיגו שהי' יכול לומר תקפה, והרי אינו מיגו במקום עדים כי הרמב"ם סובר שהריעותא שלא הי' משכיר לו אפילו בפני עדים אינה ריעותא שהיא על המדריגה של אנן סהדי, ולכן הכריח הרמב"ם שבע"כ צ"ל שגם אם הי' אומר תקפה ממני לא הי' נאמן ודלא כתוס' (מיהו לכאורה הי' אפשר לומר שטענת תקפה שפיר מהני, ולהעמיד באופן שאומר שהשכיר לו ולא שם לב אם היו בסביבה עדים או לא, דבכה"ג שפיר יועיל אם יביא עדים, אבל בלי עדים לא מהני אע"פ שיש לו מיגו שהי' יכול לומר תקפה כי שפיר יש אנן סהדי שלא הי'עושה דבר כזה, וא"כ אכתי י"ל שהיכא שאומר שהקפיד להשכיר בפני פו"פ הרי הוא שפיר נאמן במיגו שהי' יכול לומר תקפה).

ובדעת הרמב"ן שכתב דאיירי באומר שהשכיר בלא עדים, א"כ י"ל שהכוונה בהממע"ה היא שיביא ראי' לטענתו המקורית שהוא מצא את הטלית ולא השני, ואע"פ שאם הוא מצא לא הי' לו להשכיר לו בלא עדים, אבל בכל זאת אין זה נקרא שעשה בזה הודאת בע"ד שלא מצא, ולכן אכתי הי' מועיל להביא עדים שהוא מצא.

עדים, אבל את הקושיא הראשונה שהקשה שייך להקשות רק על ציור שאמר בתחילה שהשכיר לו בלי להזכיר אם הי' בפני עדים או לא, דעל ציור כזה הי' יכול להקשות איך תניא שהמוציא מחבירו עליו הראי' הלא מספיק אם הוא מוסיף שהי' בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדינת הים.

(* והנה לא הבנתי כוונתו בזה דהא הכא כבר אמר שאין לו עדים וא"כ בודאי אם שוב יאמר שיש לו הרי הוא צריך להביא אותם, וא"כ הי' לו להקשות רק את הקושיא השני' דאיך תניא שהוא יכול להביא עדים הלא הדין הוא שהיכא שאמר שאין לו עדים אינו יכול לחזור ולהביא

רמה) מודה סומכוס דסרכא לאו כלום.

ע"י ברמב"ם בפ"ט מהל' טוען ונטען הי"א שתיאר את הציור של סרוכי שאחד מחזיק את הטלית כולה והשני "מתאבק ונתלה בה". ונראה שכוונת הרמב"ם היא שכולה בידו של אחד מהם, רק שקצה אחד בולט החוצה, והשני אוחז בליטה זו, וקמ"ל שאין זה נקרא שהוא מחזיק חלק מהטלית, אלא רק נוגע בה, כי הטלית נקראת כולה בידו של זה, וא"כ אינו אלא כמי שמשתדל לתפוס חלק מהטלית. מיהו לא איתפרש לן מה הוא השיעור של גודל הקצה.

וע"י בחשק שלמה בתחילת המסכתא שדן אם אחד תופס חצי הטלית והשני תופס את הכרכשתא האם זה כמו סרוכי ואינו מקבל כלום. וכן אם אחד תופס את הכרכשתא והשני סרוכי, האם בכה"ג גם הסרוכי חשיבא תפיסה.

והסיק שלפי הרמב"ם הציור השני שנסתפק בו עדיף מהציור של הגמ' של סרוכי, כי מהרמב"ם יוצא שסרוכי לאו כלום הוא רק אם הראשון תופס את כל הטלית. מיהו לפ"ז כן יהי' גם אם הראשון תופס יותר מהכרכשתא כגון כשהוא תופס חצי הטלית.

ושוב כתב שאולי גם הציור הראשון עדיף מסרוכי כי כרכשתא עדיף מסרוכי. מיהו לפ"ז אולי ה"ה אם הראשון תופס כל הטלית שהרי לפי דבריו הקודמים אפילו סרוכי מהני כשהראשון תופס רק חצי הטלית.

רמו) ואפילו לסומכוס וכו' מודה סומכוס דסרכא לאו כלום.

הנה יש שני דרכים להבין את כוונת הגמ'. א', שלא מיבעיא שלפי רבנן הדין הוא שסרכא לאו כלום הוא אלא אפילו לסומכוס הרי זה כך, אבל החידוש שבדבר הוא רק לפי סומכוס, ולשון "אפילו" (דמשמע שגם לרבנן הרי זה כך) לא קאי על העובדא דהוי בגדר חידוש, אלא רק על העובדא שכך היא ההלכה. ב', שלא מיבעיא שלפי רבנן יש בזה חידוש אלא אפילו לפי סומכוס יש בזה חידוש.

וע"י ברש"י שכתב וז"ל, אפילו לסומכוס, כלומר ואליבא דסומכוס וכו' עכ"ל, ונראה שכוונתו לומר שהברייתא אזלה רק לפי סומכוס, כי רק לפי סומכוס יש בזה חידוש וכהדרך הראשון שכתבנו.

מיהו ע"י בהגירסא שלנו בהרי"ף שהביא רק שקמ"ל הברייתא שסרכא לאו כלום ולא הזכיר את סומכוס, וא"כ משמע שזה חידוש גם לפי רבנן. ועוד דשיטת הרי"ף היא שההלכה היא כחכמים ולא כסומכוס וא"כ אם החידוש הוא רק לפי סומכוס, אבל לפי רבנן פשיטא, לא הי' לו להרי"ף להביאו. וברי"ף שם בחצאי ריבוע איתא קמ"ל שסרכא לאו כלום היא "ואפילו לסומכוס", וגם את הלשון הזה יש לפרש באופן שגם לפי רבנן חשיב חידוש.

וע"י עוד בשט"מ בשם תוס' חיצוניות שביאר שלפי רבנן ליכא חידוש, כי הא פשיטא שסרוכי לא חשיב תפיסה, ורק לפי סומכוס יש ס"ד שיקבל, והס"ד היא שיקבל רביע, כי אם הי' תפוס בה הי'

מקבל חצי בגלל העובדא שהוא תפוס, אבל לא בגלל הדין של סומכוס כי לא אמרינן שיש בהתפיסה ספק לב"ד בלי טענותיהם בנוגע למי הגבי' את המציאה, אלא כל הספק הוא רק מחמת טענותיהם, ועכ"פ אם הי' תפוס הי' מקבל חצי, רק שהכא אינו תפוס אלא רק סרוכי, וגם העובדא שהוא סרוכי אינו עושה ספק לב"ד בנוגע למי הגבי', וא"כ הדין נותן שבהציור של סרוכי לא יקבל כלום, כיון שאינו תפוס וגם אין ספק לב"ד בלי טענותיהם בנוגע למי הגבי', רק שבכל זאת י"ל שסרוכי עושה ספק לב"ד בנוגע לאם הי' תפוס בה קודם, ולכן לפי סומכוס יש ס"ד שיקבל חצי ממה שהי' מקבל אם הי' תפוס בה מקודם דהיינו רביע, כי אם הי' תפוס בה הי' מקבל חצי.

מיהו צ"ע למה אי אפשר לומר לפי סומכוס שהור"א שה"ה שסרוכי עושה ספק לב"ד על כל הטלית שאולי זה שמסרן סרוכי הגבי' את הטלית לבדו.

רמז) את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו, הקדישה אינה מקודשת.

בענין תקפה וגם הקדישה.

פירש"י וז"ל, ואת"ל בשאילתנו לפשוט דמוציאין אותה מידו ויחלוקו, הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת עכ"ל.

והנה בגמ' לא אמרו בה"אם תמצא לומר" הראשון שאירי בהקדישה "בלא תקפה", והיינו משום שגם אם תקפה ואח"כ הקדישה הדין הוא שמוציאין אותו

מידו. מיהו רש"י הוסיף שאירי בלא תקפה, וכתב המהר"ם שיף שלא בא לשלול תקפה ואח"כ גם הקדישה, אלא כתב כן כי כן איתא בהאת"ל השני.

מיהו יתכן שרש"י בא באמת לשלול היכא שגם תקפה לפני שהקדישה, כי לפי שני הדרכים שהבאנו באות ר"ל מהריטב"א בנוגע להשיעור של הדר צווח דהיינו שצריך לצווח בהרגע האחרון שהיא בידו או בהרגע הראשון אחרי שיצאה מידו א"כ אם יצאה מידו בשתיקה ושוב הקדישה התוקף ורק אז צווח הרי זה מאוחר מדי, וכן לפי הרשב"א שסובר שהוא יכול לצווח כל זמן שהוא בב"ד יכול להיות שאם התוקף מוסיף עוד להקדישה ובכל זאת ב"ד שותקים שפיר הי' לו לצוות.

ויש לבאר גם בדרך אחרת, דהנה בנדרים דף ז' בנוגע להשאלה אם יש יד לפאה, וכן אם יש יד לצדקה, כתב הר"ן שהרשב"א פוסק להלכה לחומרא משום שספק איסורא לחומרא, אבל הר"ן עצמו סובר שמכריעים על פי כללי ממון והממע"ה.

ומעתה י"ל דאצלינו לפי הרשב"א אם הי' תוקף וגם מקדיש הרי זה בגדר ספק הקדש, שהרי יש ספק שמא הטלית היא באמת שלו, כי יתכן שבאמת הוא זה שמצא את הטלית, וכן הרי היא ברשותו כי תקפה, וא"כ בכה"ג לפי הרשב"א הדין נותן שנצטרך להחמיר ולתת להטלית תורת הקדש לחומרא משום ספק איסור (מיהו אולי שאני הקדש שהאיסור נובע מהממון), וא"כ י"ל שרש"י סובר כמו הרשב"א ולכן כתב דאירי בלא תקפה כי מעתה אפילו

אם הוא זה שבאמת מצא את הטלית אבל בכל זאת אינו יכול להקדישה כי יש כאן החסרון של אינה ברשותו כיון שאין השני מודה וגם אם ה' תוקף היינו מוציאים אותו מידו ולכן לא שייך להחמיר מצד כללי איסורין.

רמח) את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאים אותה מידו, הקדישה אינה מקודשת.

פירש"י וז"ל, ואת"ל בשאלתנו לפשוט דמוציאים אותה מידו ויחלוקו, הקדישה בלא תקפה אינה מקודשת עכ"ל.

ויש להעיר למה כתב רש"י שאת"ל בשאלתנו "לפשוט" דמוציאים אותה מידו, דהא "אם תמצי לומר" מוציאים פירושו הוא אם נאמר מתחילה כהצד של האיבעיא שמוציאים אותה מידו, ו"לפשוט" פירושו הוא לתפוס להלכה שמוציאים אותה מידו וא"כ למה הוצרך רש"י לכתוב דבר זה, דמהו ההבדל אם סוברים שמוציאים אותה מידו משום שסברנו מתחילה כהצד הזה של האיבעיא או אם סוברים שמוציאים אותה מידו משום שפושטים את האיבעיא.

ונראה ליישב, דהנה כבר כתבנו לעיל שהיכא שתקפה ויש מצב של ספק הודאה או הדין הוא שאין מוציאים אותה מיד התוקף. וכתבנו שיש מפרשים שהצד הראשון של רבי זירא הוא באמת רק צד ספק, דהיינו ספק אם אומרים אודויי אודי או לא, ושלכן אין מוציאים אותה מיד התוקף לפי הצד הראשון. וכן אם סוברים דהוי איבעיא דלא איפשטא הדין הוא שאין

מוציאים אותה מיד התוקף. והקשינו למה לא אזלינן בתר המוחזק קמייתא, וצדדנו עוד בדעת הרמב"ם שבאמת כן הוא דהיכא דהוי ספק הודאה או אזלינן בתר המוחזק קמייתא ומוציאים ודלא ככל הנ"ל.

ומעתה י"ל שכן סובר גם רש"י, דהיינו שמספק מוציאים אותו מידו ונותנים להמוחזק קמא, ואין כוונת רש"י במה שכתב "לפשוט" לאפוקי אם הולכים בהצד הראשון של האיבעיא, כי בודאי זה אינו, כי לפ"ז מספיק לומר שהולכים כהצד השני ואין צריכים להגיע לזה שלהלכה פוסקים כהצד השני וכמו שהערנו, אלא כוונתו היא לאפוקי אם נתפוס שהצד השני של רבי זירא הוא צד ספק ולא בודאות (וכמו שהבאנו שיש סוברים בכוונת הצד הראשון), וכוונת רש"י ב"לפשוט" כהצד השני היא לפשוט שהוא צד ודאי ולא צד ספק, כי אם כוונת הצד השני היא שמוציאים מידו רק מדין ספק, כי יש רק ספק אם סבר קא חזו רבנן, וממילא אזלינן בתר המוחזק קמא, א"כ אז יש מקום לומר שהקדישה בלא תקפה שפיר תועיל, ולא נלך בתר המוחזק קמא, כי יש ספק שמא הוא של המקדיש מצד תחילת המציאה וא"כ יש כאן התנאי של "שלו", וכן יש ספק שמא הראשון עכשיו מודה לו אשר אם הראשון מודה לו הרי זה גם ברשותו של המקדיש, וא"כ י"ל שבכה"ג סובר רש"י שלא מכריעים על פי המוחזק קמא אלא אמרינן ספק איסורא לחומרא. ולכן מפרש רש"י שכוונת האת"ל היא שנוקטים שהצד השני הוא צד ודאי שהיכא שתקפה אין כאן הודאה אלא מוציאים בתורת ודאי, דלפ"ז גם בהקדישה לחוד בלא תקפה פשיטא שאין

כאן הודאה. וכבר ביארנו בהאות הקודמת שפליגי הרשב"א והר"ן בענין אם בצירור כמו אצלנו צריכים להכריע על פי כללי ממון או להחמיר כמו באיסורין, וישבנו שם עוד דבר בדברי רש"י כאן ע"י מה שכתבנו שרש"י סובר שצריכים להכריע כמו כללי איסור וכהרשב"א.

והנה על פי זה יש ליישב עוד דבר קשה בסוגיין, דהנה בהאת"ל השני אמרינן שאת"ל אין מוציאין אותה מידו הקדישה בלא תקפה מהו, האם גם בכה"ג אמרינן ששתיקה כהודאה או האם אינה כהודאה כי השתא מיהא הא לא תקפה, ומסיימים שאיש כי יקדיש את ביתו קודש מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו, כלומר דמאחר שאין השתיקה כהודאה א"כ אינו יכול להקדישה כי אינה ברשותו, והקשה המהר"ם שיף למה לא אמרינן שיש כאן חסרון של אינה שלו, וכן הקשה הקצה"ח בסי' רי"א סק"ג (מיהו עי' בתמורה דף ט' שהוזכר "מה ביתו ברשותו" אע"פ שאירי שם בענין החסרון של שלו).

ומעתה לפי הנ"ל לק"מ כי באמת יש ספק שמא היא של המקדיש מצד תחילת המציאה, וא"כ מצד החסרון של אינו "שלו" הדין נותן שנחשוש לספק איסור הקדש ולא נלך בתר מוחזקות, רק דאם לא נתכוין להודות א"כ אז בתורת ודאי חסר התנאי של ברשותו.

ועי' עוד בריטב"א שהביא גירסא שאינו גורס בהגמ' "וכתיב איש כי יקדיש וכו'", אלא רק "או דלמא השתא מיהא לא תקפה" לחוד. ושוב כתב הריטב"א שיש לפרש גירסא דידן דכוונת הגמ' היא לבאר

למה באמת אין כאן הודאה מחמת ששתק בשעה שבעל דינו הקדיש, ועל זה אמרינן דהיינו משום שהוא סובר שאין סיבה לצווח כי לפי טענתו שהוא הרים את הטלית אין כאן הקדש כי אינה ברשותו של המקדיש, וצריכים להוסיף שלכאורה אכתי הי' לו לצווח כדי שב"ד לא יחשבו שהוא מודה, כי אם הוא שפיר מודה, הרי הטלית שפיר נחשבת ברשותו וכתוס' כאן, וכן סובר הריטב"א עצמו לעיל שם, אלא שגם זה יש לתרץ שהוא חושב שב"ד לא יחשבו שהוא מודה כי ב"ד יבינו שאינו מודה, ומה שהוא שותק הרי זה כי הוא חושב [בטעות] שבכל האופנים אינו הקדש. ועכ"פ לפי דברי הריטב"א ניחא למה נקטו את החסרון של אינה ברשותו ולא את החסרון של אינה שלו, כי אם רק משום החסרון של אינה שלו לא שייך לומר ששתק כי הוא חושב שגם בלא"ה אין המקדיש יכול להקדיש לפי טענתו שלו שהוא הרים תחילה, כי אכתי הי' לו למחות כי ב"ד מסתפקים אם הוא שלו או לא.

וגם התרומת הכרי בסי' קל"ח, וכן הנחלת דוד כאן בר"ה ואחרי וכו', דנו בההערה הנ"ל למה לא אתו עלה משום החסרון של אינו שלו, והם תירצו שכוונת הגמ' היא לומר שאם שתיקתו אינה כהודאה א"כ לא חל ההקדש אפילו על החצי של המקדיש, כי אע"פ שאין בהחצי שהוא שלו חסרון של "אינו שלו" אבל יש בו את החסרון של "אינו ברשותו" כי אפילו החצי של המקדיש נחשב "אינו ברשותו" כיון שגם השני מחזיק בהטלית ואינו מודה לו.

אולם ע"י בריטב"א בהחידושים החדשים בדבריו על מסותא דמבואר שעל החצי שלו שפיר חל ההקדש, ודלא כתרומת הכרי והנחלת דוד שסוברים שאינה ברשותו. והנחלת דוד הוסיף באמת שגוף הדין צריך עיון. והמאירי הביא שיש מחלוקת בדבר. וע"ע בזה בריש אות רנ"ו.

רמט) את"ל תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו הקדישה אינה מקודשת.

בענין הקדישה והלה שתק כל הזמן.

ע"י בריטב"א דיוצא מדבריו שאפשר ששאלת הגמ' היא גם בהציוור ששתק כל הזמן, דגם בכה"ג, אע"פ שתקיפה מהני, אבל אולי הקדישה לא מהני. ונראה שלפ"ז השאלה תהי' גם לפי הצד שבתקפה ושתק ולבסוף צווח שפיר מוציאין מידו, דהא בתקף ושתק כל הזמן שני הצדדים שוים, ולפי שניהם ברור דחשיב הודאה ואין מוציאין וא"כ השאלה תהי' לפי שני הצדדים (דאין סיבה לומר שגם שאלה זו היא רק לפי הצד שבתקפה ושתק ולבסוף צווח אין מוציאין דלדידי' אולי בהקדישה ושתק כל הזמן אינה מקודשת, אבל לפי המ"ד שבתקף ושתק ולבסוף צווח שפיר מוציאין פשיטא שבהקדישה ושתק כל הזמן אינה מקודשת).

והבית הלוי בח"ג סי' מ"ב אות ב' כתב איפכא, והיינו שאם סוברים שבשתק והדר צווח מוציאין אותה מידו ואין זה בגדר הודאה, אלא רק כשתק כל הזמן הרי זה בגדר הודאה, א"כ נקטינן שההודאה חלה

רק בהרגע האחרון שהיתה מועלת צוויחתו, דרק מה ששתק באותו רגע חשיב הודאה, וא"כ בודאי אינו הקדש, כי הרגע האחרון שהי' יכול לצווח הוא מתי שבא הגזבר שזהו הרבה אחרי תכ"ד מאז שהמקדיש הקדיש, וא"כ יוצא שבשעה שהקדיש לא הי' ברשות המקדיש. וכדברים אלו תי' גם התרומת הכרי בסי' קל"ח.

והנה לכאורה הי' אפשר לומר קצת אחרת, והיינו שלעולם אין זה ברור שהרגע של הודאה הוא הרגע האחרון, אבל עכ"פ מידי ספק לא נפקא, ויכול להיות שנתכוין להודות רק אז, אע"פ שגם יתכן שנתכוין להודות בהרגע הראשון, וא"כ לכל היותר הוי רק ספק הקדש, וא"כ גם בציוור של שתק כל הזמן השאלה אינה שאלה פשוטה (וכמו עכשיו שאינה שאלה פשוטה אלא רק לפי הצד שבתקפה אין מוציאין), וא"כ לא היינו מרויחים כלום לשאול בהציוור של שתק כל הזמן כיון שגם אז הספק יהי' רק לפי צד מסוים דהיינו הצד שנתכוין להודות כבר בתחילה.

רנ) דברי הבית הלוי בניאור הוספת רש"י שהקדישה ולא תקפה.

והנה הבית הלוי המשיך לומר שזהו כוונת רש"י בזה שכתב בנוגע להאת"ל הראשון שהכוונה היא להקדישה בלא תקפה, והיינו משום שאם תקפה וגם הקדישה א"כ בתורת ודאי אין כאן חסרון של אינה ברשותו וא"כ הי' אפשר לחקור בשתק לגמרי מה הדין בתקפה והקדישה. מיהו לא הבנתי דבריו, איך הי' אפשר

לחקור כן, דהיינו בתקפה והקדישה ושתק כל הזמן, הלא בכה"ג בודאי יש כאן הודאה מצד התקפה אפילו אם לא מספיק בהקדישה לחודה שהרי גם תקפה.

ורצה אחד להליץ בעד הבית הלוי, דהנה כבר הבאנו שהרשב"א סובר שבהציוור של תקפה אם צווח עד שלא יצא מב"ד אין זה נקרא ששתק כל הזמן, אלא הרי הוא יכול לומר שחשבתי קא חזו לי רבנן, אבל כשיוצא מב"ד והתופס מחזיק את הטלית והנתפס רואה שרבנן לא אמרו כלום א"כ בודאי שתיקתו מראה שהוא מודה, ומעתה יש להוסיף שגם הרשב"א יכול להודות לדברי תוס' כאן שהיכא שהקדישה ולא תקפה ובא הגזבר לשאול ולא צווח הרי זה כבר נקרא ששתק על ההקדש כל הזמן, כי אם הגזבר בא לשאול וב"ד אין אומרים כלום אלא נראים כמסכימים לדברי הגזבר א"כ בודאי הי' לו לצווח על ההקדש. ומעתה יש לעיין אם נאמר שמחמת הקדש אינו צריך לצווח כלל כיון שלא תקפה א"כ מה יהי' היכא שתקפה וגם הקדישה ושתק כשהגזבר בא אבל אח"כ שפיר צווח לפני שיצא מב"ד, האם בכה"ג הי' צריך לצווח על ההקדש כשהגזבר שאל, או האם בכה"ג יש לו זמן לצווח גם על ההקדש עד שהוא יוצא מב"ד. ואם נאמר שבכה"ג הי' לו לצווח על ההקדש כשהגזבר בא א"כ שפיר כתב הבית הלוי שלפי הצד שתקפה מוציאין אותה מידו הי' אפשר לחקור מה יהי' היכא שתקפה והקדישה ושתק כל הזמן כי יש להסתפק אם יש כאן שתיקה כהודאה או לא, ואין להקשות שתיפוק לי' שיש כאן הודאה מצד מה שתקפה כיון ששתק כל

הזמן, דזה אינו, כי הרי י"ל דאירי שצווח לפני שיצא מב"ד, אבל הרי זה נקרא ששתק כל הזמן בנוגע להקדישה.

רנא) כיון דאמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי.

צ"ע למה הוצרכו לצטט משנה זו, ולא מספיק בהידיעה הפשוטה והידועה לכל שאפשר להקדיש חפץ, ושמהני בפה בלי לעשות קנין.

מיהו י"ל, דהנה הקו"ש בקידושין אות מ"ב ונ"ג ביאר שבקדושת בדק הבית פעולת המקדיש היא להקנות את הממונות להקדש, ואז האיסורים והקדושה חלים מצד התורה כתוצאה מהממונות, ואילו בקדושת מזבח הרי המקדיש מחיל את הקדושה והאיסורין, ואז חל הממונות והבעלות של הקדש מצד התורה כתוצאה מהקדושה והאיסורין.

ומעתה י"ל שבהמלים אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי מונח שהמקדיש אינו מחיל את האיסור, אלא הרי זה כמו מסירה להדיוט, כלומר מסירה לרשות אחרת, והמקדיש הוא זה שפועל את הממונות והשינוי בעלות (ולפי הקו"ש אירי רק בבדק הבית). ולפ"ז י"ל שהגמ' סברה שרק בגלל כן יש צד לומר שהראשון צריך למחות, דהיינו בגלל העובדא שהמקדיש עושה מעשה של הקנאה לבעלים אחרים דהיינו הקדש, מיהו זה נראה דוחק כיון שסו"ס הטלית נעשית של הקדש.

ולהלן באות רנ"ה (קטע "גם י"ל שכתב"), נכתוב עוד ביאורים בלמה נחתא הגמ' לבאר שכמסירתו להדיוט דמי.

רנב) תד"ה הקדישה.

בענין למה חל ההקדש, הלא כשהקדיש לא היתה כאן הודאה.

וזה"ל, דכיון ששתק אודוויי אודי לי והוי כפקדון עכ"ל. צ"ע דהא אודי לי אחרי גמר ההקדש, וא"כ בשעת גוף ההקדש לא היתה עוד ברשותו. ועי' בריטב"א בהחידושים החדשים שכתב שהקדשו וידו באין כאחד (וכלשון הזה כתב גם האב"מ בס' כ"ח סק"ג עיי"ש). ולכאורה כוונתו היא לכגון גיטו וידו באין כאחד. וכן כגון הגנב שהקדיש דקונה בשינוי השם, דאע"פ שלפני שקנה אינו יכול להקדישו ולשנות את השם, וכן לפני שהקדישו ושינה את השם אינו קונה, אבל בכל זאת אמרינן שקנינו וההקדש באין כאחד כמש"כ הרשב"א בגיטין דף נ"ה.

מיהו לכאורה יש לחלק בין הכא לבין המקומות הנ"ל, כי התם הכוונה היא שמכיון שההקדש בהכרח יביא שינוי השם, וכן שינוי השם בהכרח יביא חלולת ההקדש, לכן אנחנו יכולים להשתמש בהשינוי השם גם בשעת מעשה ההקדש עצמו, וכן בשחרור עבד מכיון שקניית השטר בהכרח תביא שחרור, וכן שחרור בהכרח יביא קניית השטר, וגם כל אחד אינו יכול לחול לבדו בלי השני, לכן אנחנו יכולים להשתמש בהשחרור גם בשעת קניית השטר, אבל היינו רק בגלל שהמעשה בהכרח מביא את תוצאה הנ"ל, ובאמת לכאורה אפילו אם עשיית ההקדש היתה גורמת שהשם משתנה רק אחרי תכ"ד ג"כ הי' מועיל מאותו טעם שמכיון שהמעשה מביא התוצאה הנ"ל הרי זה כאילו יש לנו את התוצאה כבר בשעת המעשה, אבל

הכא הרי נהי שבגלל ההקדש הלה שתק והודה, אבל מה שהוא מודה אינו דבר הכרחי, אלא כך בחר לעשות, וגם הרי הוא יכול להודות בלי שהלה יקדיש, וא"כ מי יימר שבכה"ג אמרינן באין כאחד.

וביותר הי' נראה לומר כדברי הבית הלוי בח"ג סי' מ"ב סק"ג שמהני כי ההודאה באה תכ"ד, ותכ"ד חשיב כמו אותה שעה ממש, וכמו בקריעה על המת דאמרינן בנדרים דף פ"ז ע"א שאם קרע תכ"ד לפני מיתת המת יצא ידי קריעה, ולכן חשיב הכא שהיתה ברשותו כבר בשעת ההקדש (אבל היכא דאמרינן באין כאחד לא הי' מספיק בהא לחוד דהוי תכ"ד כי התם בשעת המעשה היתה כאן עיכוב חיובי שגורם שלא ישתנה שמו לפני שנגמר ההקדש משא"כ הכא הי' שייך שיודה גם בלי שהקדיש, ותכ"ד מהני רק כשהדבר השני הי' יכול לקרות קודם כמו בקריעה על המת דהי' יכול למות גם בלי העובדא שעשה קריעה).

ומעתה יוצא שיש שני סוגים של דינים, א', הדין של באין כאחד, וזה אמור כשהדבר השני צריך את הדבר הראשון, וכן הדבר הראשון בהכרח מביא את הדבר השני, דבכה"ג רואים שיש כאן הדבר השני כבר בשעה שעושה את הדבר הראשון, ואפילו אם הדבר השני בא אחרי תכ"ד, ב', הדין של תכ"ד, וזה אמור כשהדבר השני אינו צריך את הדבר הראשון אלא יכול לקרות גם בלעדו, או היכא שהדבר הראשון אינו בהכרח מביאו, דאז דנינן שיש כבר את הדבר השני רק אם קרה תכ"ד.

גם יש ליישב על פי דברי השט"מ בב"ק

דף ל"ג ע"א בשם הרא"ש בשם הר"מ דהיכא שלא הי' ברשותו והקדיש, ושוב חזר לרשותו, חל ההקדש למפרע (כן נראית כוונתו שם), וא"כ גם כאן מכיון שהודה לו ונעשה כמו פקדון שוב חלה ההקדש למפרע אפילו אם נאמר שבשעת ההקדש עצמו לא הי' נקרא ברשותו.

גם יש ליישב על פי שיטת הר"ן בנדורים בסוף דף כ"ט ותחילת דף ל' שכתב שבהקדש לא אמרינן כלתה אמירתו (כי בהקדש מהני אפילו אמירה), וא"כ אפילו אם בשעת האמירה אין ההקדש יכול לחול אבל הרי ההקדש חל אחר כך.

שו"ר בשט"מ בשם המהר"י כ"ץ שהעיר באמת דהא בשעה שהקדיש אכתי לא היתה ברשותו, וביאר על פי זה את הצד השני של הגמ' וז"ל, ונראה דהכי קאמר, השתא מיהא הא לא תקפה ואינו הקדש, או מטעם שאינו ברשותו, ואפילו אם נאמר דאודויי אודי ליי, מ"מ בשעה שהקדישה אכתי לא הויה ברשותו, והשתא פשיט שפיר ממסותא עכ"ל.

רנג) בא"ד.

בענין מה הוא השיעור של הדר צווח בהקדישה.

וז"ל, ולבסוף כששאלה הגזבר צווח עכ"ל. הרי שכתבו ש"הדר צווח" לענין הקדישה הוא כשבא הגזבר עכ"ל. והנה כבר הבאנו את שיטת הרשב"א שכתב בנוגע לתקיפה שיש לו זמן לצווח עד שיצא מב"ד, ורק היכא שיצא התוקף מב"ד כשהטלית היא בידו הרי זה נקרא שהנתקף שתק כל הזמן, ונראה פשוט שגם אם הנתקף יצא מב"ד, ולא התוקף, הרי זה

נקרא ששתק כל הזמן, ולפי הרשב"א י"ל כעין זה גם בנוגע להקדישה, דהיינו שאם יצאו מב"ד בלי שיצעוק הרי זה נקרא ששתק כל הזמן, וא"כ אם תוס' סוברים כמו הרשב"א לא היו מוכרחים להמציא גבול זה של ביאת הגזבר. מיהו י"ל דשאני בהקדישה שכיון שהטלית עוד בידו לא איכפת לו ושותק גם כשיוצא מב"ד, משא"כ כשהגזבר בא לקחת אותו, שפיר הי' לו לצעוק. ברם לכאורה זהו ציור דחוק ובלתי אפשרי שהם יוצאים מב"ד אחרי ההקדש ושניהם מחזיקים עוד את הטלית.

ועכ"פ לפי השיטה שיש לו זמן לצווח רק עד הרגע האחרון לפני שיצאה הטלית מידו, א"נ רק עד הרגע הראשון אחרי שיצאה הטלית מידו, א"כ לפ"ז קשה באמת על הציור של הקדש, כי יוצא שיש לו רק רגע אחד לצעוק, דהיינו הרגע הראשון שאחרי ההקדש, כי בשלמא בתקפה הרי התקיפה לוקחת זמן, כי רבים ומתאמצים עלי', וא"כ יש לו פסק זמן לצעוק, אבל בהקדישה הרי יוצא שיש לו לכל היותר רק את הרגע הראשון שאחרי ההקדש לצעוק, וא"כ לא מסתבר לומר שאם לא צעק באותו רגע הרי זה נקרא ששתק כל הזמן, וא"כ שפיר הוצרכו תוס' להמציא שיש לו זמן לצווח עד שבא הגזבר.

רנד) בא"ד.

וז"ל, דכיון דאודי ליי הוי ליי כפקדון עכ"ל. הנה י"ל שכוונתם היא דנעשה ממש שומר, וחשיב הפקדון ברשות המפקיד. אבל ה"ה שי"ל שכוונתם היא דהוי כמו פקדון, כלומר שכיון שאינו מעכבו בידו בעל כרחו, אלא הרי הוא נותן להמקדיש

גישה כמו בפקדון, הרי זה נקרא ברשות המקדיש כמו שפקדון הוא ברשותו, והוי כמו היכא שהוא ברה"ר דחשיב ברשות הבעלים, אבל אין כוונת תוס' לומר שהוא נעשה שומר ממש, ולכן כתבו דהוי כפקדון ולא כתבו דהוי פקדון. מיהו עי' בלשוננו של הבית שמואל באה"ע סי' כ"ח סקט"ז שכתב דהוי שומר. וע"ע בזה בהאות הבאה.

רנה) בא"ד.

ביאורים בהספק של הקדישה, ודברי הרמב"ן בזה.

וז"ל, דכיון דאודי לי' הוי לי' כפקדון עכ"ל. עי' באה"ע סי' כ"ח ברמ"א שפסק שאם גזלה האשה מן האיש, וקידש האיש את האשה בהגזילה שבידה, ושתקה, אינה מקודשת כי הוה שתיקה לאחר מתן מעות ואין ראי' משתיקתה שהיא מסכימה להתקדש. ודייק הב"ש שם בסקט"ז שאם אמרה הן, אז הרי היא שפיר מקודשת, והקשה על זה דאיך הוא יכול להקנות לה את הכסף הלא אינו ברשותו. ותי' הבית שמואל שלהגזלן עצמו שפיר יכול הנגזל להקנות כי הגזלן מסכים לזה וממילא הרי הוא בגדר שומר ומש"ה החפץ הוא שפיר ברשות המקנה. ומאי דאמרינן שבגזל ולא נתיאשו הבעלים שניהם אינם יכולים להקדיש הכוונה היא שכל אחד לבדו אינו יכול להקדיש, אבל כשהגזלן מסכים הרי הנגזל שפיר יכול להקדיש. והאב"מ שם הביא את דברי תוס' אצלינו שסוברים ג"כ הכי. וע"ע בבעל המאור בב"ק בריש פרק דו"ה שסובר ג"כ כמו תוס', והביא האב"מ שם את דברי הרמב"ן במלחמות בב"ק שם

שחולק על הבעל המאור וסובר דכיון שהחפץ הוא עוד בידו של הגזלן בתורת גזל אינו נקרא ברשות הנגזל. ושהרמב"ן הוא דלא כמו תוס' אצלינו כאן. והקצה"ח בסי' רי"א סק"ג הקשה שלפי הרמב"ן נשאר קשה על הגמ' כאן מאי איכפת לן אם אודויי אודי הלא אכתי אינו ברשותו של המקדיש.

ועי' בדברי יחזקאל בסי' נ"ד שביאר את המחלוקת שבין הבעל המאור והרמב"ן, שהבעל המאור סובר שמה שקובע "אינו ברשותו" הרי זה העובדא שבמציאות אינו שולט על החפץ, ומש"ה כשהגזלן מסכים לעשות את רצון הנגזל הרי זה נחשב ברשות הנגזל (וכן ביאר הקו"ש במרובה באות ט', אבל עי' בלשון הקצה"ח בסי' רי"א), אבל הרמב"ן סובר שגם מה שיש להגזלן קניני גזילה קובע שאינו ברשותו של הנגזל ולכן אע"פ שהגזלן מודה ומסכים להחזיר אבל הרי סו"ס אכתי יש להגזלן בו קניני גזילה. והמשיך הדברי יחזקאל לומר שלפ"ז לא קשה על הרמב"ן מהכא, כי י"ל שהכא בשנים אוחזין בטלית מה שהוא מחזיק את חצי הטלית בגזילה אינו בגדר קנין גזילה כי אין זה בגדר קנין הגבהה כיון שבלי מה שהשני מחזיק את החצי השני היתה מונחת על הרצפה, ומכיון שאין לו קניני גזילה, מש"ה גם לפי הרמב"ן מהני מה שהוא מוכן להחזירה.

והנה הדברי יחזקאל בדבריו בישובו הנ"ל כתב טעם בדיני קנין גזילה, אבל בספר ציץ הקודש בשם המהרי"ל דיסקין איתא דרך אחרת, דכתב שם סברא בענין גדרי מה נקרא אינו ברשותו, והיינו דכיון שהבעל דין שמודה הרי הוא מסכים

להחזיר, והבעל דין שהקדיש הרי הוא מחזיק את החצי של הטלית, א"כ שוב אין העובדא שהבעל דין שמורה מחזיק את החצי השני שוה כלום (ולכאורה כוונתו היא שעי"ז נפקע הקנין גזילה אפילו אם מיקרי שלפני כן שפיר הי' יש לו קנין גזילה).

והקצה"ח שם כתב לפרש את הגמ' לפי הרמב"ן בדרך אחרת, והיינו שזה ברור שהקדישה הוי כמו תקפה לענין שצריך לצווח, ואין כוונת הגמ' להסתפק שמה בהקדישה אין עליו לצווח, אלא בודאי הרי הוא שפיר צריך לצווח כמו בתקפה, ולכן סובר הצד הראשון של הספק דהוי הקדש לפי הצד שאין מוציאין אותה מידו וששתק והדר צווח הוה הודאה, ואע"פ שאינה ברשותו לפי הרמב"ן שהודאה לא מהני לפעול שתחשב ברשותו אבל הצד הראשון של האיבעיא לית לי' דברי רבי יוחנן שצריכים ברשותו, אבל הצד השני בא לחדש ששפיר צריכים ברשותו, וזהו גופא ספיקת הגמ' האם צריכים ברשותו או לא. ועוד כתב הקצה"ח שלפ"ז ניחא למה הגמ' הביאה את התנאי של אינה ברשותו ולא את התנאי של אינה שלו, והיינו משום ששפיר יש כאן התנאי של שלו כי אזלינן ששתק והדר צווח הוי שפיר בגדר הודאה. ולפי הקצה"ח יוצא שלפי הצד השני של הגמ' נהי שאינה הקדש אבל בכל זאת הוה שפיר הודאה והוה של המקדיש.

ולפי הקצה"ח אתי שפיר לשון רש"י כאן, דהנה רש"י כאן בהצד השני כתב וז"ל, הא לא תקפה ואין יכול להקדישה עכ"ל, ולכאורה צ"ע מה בא רש"י להוסיף, הלא פשיטא שכוונת הצד השני היא שאינו

יכול להקדישה, ובהגמ' איתא הא לא תקפה, וממילא יש כאן חסרון של אינה ברשותו, רק שהגמ' לא פרטה את השלב האמצעי שאין כאן הודאה אשר זהו הגורם למה אינה ברשותו, וא"כ הי' לו לרש"י להוסיף דבר זה, דהיינו שכיון שלא תקפה אין שתיקתו מורה על הודאה, אבל אין צורך לפרט שאינו יכול להקדישה. מיהו לפי הקצה"ח אתי שפיר כי אדרבה כוונת רש"י היא לומר שבאמת הדין הוא רק שאינו יכול להקדישה אבל לעולם גם לפי הצד הזה יש כאן הודאה.

ועיקר הפשט של הקצה"ח איתא בחידושי הרמב"ן כאן בד"ה הקדישה וכו', דהיינו שהספק הוא בדיני הקדש אם חל או לא, ולא האם יש כאן הודאה או לא, אלא לשני הצדדים יש כאן הודאה. ויש לבאר כהקצה"ח דמיבעיא לן אם צריכים גם ברשותו או לא.

והנה יש עוד דבר בחי' הרמב"ן כאן בנוגע להצד הראשון של הגמ' שצריך ביאור, דעיי"ש ברמב"ן דאיתא שגם לפי הצד הראשון של הגמ' אע"פ ששתק והדר צווח הוא רא"י שהוא מודה, ומש"ה אין מוציאין אותה מיד התוקף, אבל בכל זאת אינה רא"י מספקת להוציא ממי שהוא מוחזק, אלא מהני רק להחזיק את המוחזק בה עכשיו, וא"כ למה מהני כאן הקדישה ולא תקפה, הלא הראשון עדיין מחזיק את הטלית, ועל זה תי' שכיון שהקדישה א"כ אם ההקדש חל הוי כמאן דתקפה, וביאור דבריו הוא משום דאזיל ששתק והדר צווח חשיב רק ספק הודאה, ולכן הרי זה מועיל רק להחזיק ולא להוציא ממוחזק. ועל פי הנ"ל נתקשה הרמב"ן דלא אתי שפיר הצד

הראשון של הגמ', כי נהי שאין צריכים שיהי ברשותו של המקדיש אבל יש כאן רק ספק הודאה וא"כ אכתי הוי ספק אם היא שלו או לא וא"כ הוי רק ספק הקדש וא"כ הדין נותן שלא נוציא מהתופס בה (כי אזיל הרמב"ן שכיון שהתפתח לספק איסור וספק ממון מכריעים על פי כללי ממון כיון שהאיסור של הקדש הוא בתולדה מהממונות). ותי' הרמב"ן שלפי הצד דהוי הודאה ושחל ההקדש א"כ הרי היא מעתה ברשות הקדש כי כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, וא"כ יוצא שיש ספק מי הוא המוחזק ומש"ה הוי שפיר ספק הקדש (כי ס"ל שלא אזלינן בתר מוחזק קמא).

מיהו צ"ע למה הוצרך הרמב"ן לכל זה ולא למד כמו הקצה"ח בפשיטות, דהיינו ששתק והדר צווח הוי ודאי הודאה ושלכן לפי הצד הראשון של הגמ' אתי שפיר בפשיטות למה הוי הקדש ומוציאין מהמוחזק ונותנים להקדש שהרי הרמב"ן עצמו שם כתב את דרכו של הקצה"ח וכמו שהבאנו לעיל כאן.

ולכאורה י"ל דהיינו משום מה שהערנו לעיל, דהערנו שלפי הקצה"ח יוצא שלפי הצד השני של הגמ' נהי שאינו הקדש אבל בכל זאת הטלית נעשית של המקדיש כיון שיש כאן הודאה, וא"כ י"ל שהרמב"ן סובר שלא משמע כן מהגמ', אלא משמע מהצד השני שכיון שההקדש לא חל הרי הטלית נשארת של המחזיק בה, ולכן פי' הרמב"ן דהוי רק ספק הודאה כי לפ"ז שפיר נשארת הטלית אצל המחזיק כיון שהוא המוחזק.

גם י"ל שכתב כן הרמב"ן בגלל הצד

הראשון של הגמ' דהוי שפיר הקדש, כי נתקשה הרמב"ן במה שהערנו לעיל למה הוצרכה הגמ' להאריך ולומר ש"אמר מר אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי כמאן דתקפה" דלמה לא אמרה רק דכיון שהקדישה כמאן דתקפה דמי, ותי' על זה הרמב"ן דהיינו משום שבאמת שתק והדר צווח הרי זה רק ספק הודאה, וא"כ נהי שסובר הצד הראשון דהוה ספק הקדש (כי אין צריכים ברשותו) אבל הדין נותן שנלך בתר המוחזק (וכהנ"ל שמכריעים על פי כללי ממון), ולכן קאמרה הגמ' שהקדש אינו רק ענין של הטלת איסורים וקדושה על החפץ, אלא הוי הקנאת ממון, אשר לפ"ז יוצא שלפי הצד שיש כאן הודאה והוי הקדש הרי הדבר נכנס לרשות הקדש והוי בי גזא דרחמנא, וא"כ אי אפשר ללכת אחרי המוחזק כי יש כאן ספק בהא גופא מי המוחזק וכמו שביארנו.

והנה לכאורה יש דוחק מסוים בפירושו של הקצה"ח כי יוצא ששאלת הגמ' היא באם הדין הוא כרבי יוחנן או לא, ואילו בב"ק דף ס"ח וס"ט איתא סוגיא שלימה שריש לקיש חולק על רבי יוחנן, וכן דנו שם אם צנועין ורבי דוסא חולקים על רבי יוחנן, וא"כ איך יתכן שהגמ' כאן תסתפק בדבר שבמקום אחר חולקים בו התנאים והאמוראים.

ולכאורה הי' אפשר לפרש בדרך אחרת קצת, והיינו שאין הספק אם בעינן ברשותו, אלא הא ודאי ששפיר בעינן ברשותו וכרבי יוחנן, אלא הספק הוא המחלוקת שבין הבעל המאור והרמב"ן, דהיינו האם מיקרי ברשותו של הנגזל היכא שהגזולן מסכים להחזיר, דהצד הראשון של הגמ' סובר

דשפיר מיקרי ברשותו ואילו הצד השני סובר שאינו נקרא ברשותו וכן יש לפרש גם בכונת הרמב"ן עיי"ש, והרמב"ן בב"ק כתב שלא מיקרי ברשותו כי ס"ל להלכה כהצד השני כאן וכ"כ תוס' כאן.

והנה גם הריטב"א בשט"מ כאן צידד לומר שהספק הוא אם קי"ל כרבי יוחנן או לא, וכמו שפי' הקצה"ח, והוא דחה פי' זה כי א"כ למה הוצרכה הגמ' לחקור כן בהציוור של שנים אוחזין ורק לפי הצד שאם תקפה אין מוציאים אותה מידו, הלא היתה יכולה לחקור כן כבעיא כללית בפני עצמה. והנה קושיא זו קשה גם על הדרך שאנחנו כתבנו דאיבעיא לן אם כהבעל המאור או הרמב"ן.

והנה צדדנו לומר שאולי כונת הרמב"ן היא לומר שהצד הראשון סובר כהבעל המאור ומש"ה אין חסרון של אינו ברשותו. ברם צ"ע דלפ"ז כדי לפעול שיהי' ספק בעצם המוחזקות לא הי' צריך הרמב"ן להגיע להעובדא שאם חל ההקדש הרי הוא בי גזא דרחמנא, אלא מספיק בזה שלפי הצד דהוי הודאה הרי הוא בגדר שומר מאז שהסכים להחזיר והרי הוא ברשות המקדיש כיון שהוא בגדר השומר שלו. ברם י"ל שלא מספיק להרמב"ן בזה כי הוא סובר שאפילו אם נאמר כהבעל המאור ותוס' אין הכוונה שהוא נעשה ממש שומר ושהחפץ הוא ממש פקדון, אלא הכוונה היא רק שכיון שאינו מעכבו לעצמו חשיב ברשות הבעלים כמו שפקדון נחשב ברשות הבעלים, אבל אכתי נשאר שהמחזיק בו הוא המוחזק, ומש"ה הוצרך להא שאם חל ההקדש הרי היא ברשות הקדש.

גם י"ל ביאור אחר בספיקת הגמ' לפי

הרמב"ן, ולמה הוצרך לומר דהוי ספק הודאה, והיינו שלפי שני הצדדים צריכים שיהי' ברשותו כרבי יוחנן ודלא כדרכנו הראשון, וכן לפי שני הצדדים מספיק בקנין גזילה כדי להחשב שאינו ברשותו של הנגזל ודלא כדרכנו השני, אלא מספקא לן שאולי הכא גם לפי שיטת הרמב"ן בב"ק שם חשיב שהכא הוי ברשות המקדיש וסגי בהודאת השני והיינו משום סברת הגרי"ל דיסקין שהבאנו לעיל, ונבאר דברינו, והיינו שאילו הי' סבור הרמב"ן ששתק והדר צווח הוי ודאי הודאה לפי הצד שאין מוציאים א"כ אז הי' שפיר נחשב הכא ברשותו, וכנה"ל דאע"פ שהרמב"ן סובר שסגי בקניני גזילה להפקיע את הברשותו של הבעלים אבל הכא י"ל דמודה דחשיב ברשותו וכסברת הגרי"ל דיסקין, רק דכיון דהוי רק בגדר ספק הודאה א"כ משום הכי מספקא לי' להגמ' אם גם כאן עוזר מה שהמקדיש מחזיק את חצי הטלית וכסברת המהרי"ל דיסקין. מיהו לכאורה קשה להבין את הצד הראשון למה נחשב שפיר ברשותו.

(רנו) ת"ש דהוא מסותא וכו'.

צדדי האיבעיא במסותא, וכן בענין כל דאלים גבר במטלטלין.

ע"י בשט"מ בד"ה פרשי וכו' שהקשה דאולי פרשי רבנן משום שאת החצי שהוא עצמו הי' מיועד לקבל הרי בודאי הי' יכול להקדיש. ותי' שהיו רבנן יכולים לומר שהם משתמשים בהחלק של השני וכמו שהראה ממס' נדרים שהמודר יכול לומר לתוך חבירך אני נכנס וא"כ מוכח שהוא

יכול להקדיש גם את של חבירו, ועוד תי' די"ל דאיירי שלא היו אוחזין בה, אשר בכה"ג הדין הוא שכל דאלים גבר וא"כ אין כאן חלק שמיועד לו וא"כ מוכח שהוא יכול להקדיש גם את של חבירו.

וגם התורת חיים בריש דף ז' העיר את ההערה הנ"ל, דעי' בדבריו שכתב שהטעם למה הגמ' הסיקה להלן שם דאיירי במסותא מקרקעי הרי זה כי אם הי' מטלטלין א"כ מאי קא מיבעיא להו הלא פשיטא שהיו צריכים לפרוש מפני שאת חצי' הרי הוא בודאי יכול להקדיש (וכהקושיא הנ"ל), וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי בקרקע אשר הדין הוא כד"ג ולא יחלוקו. וע"ע באות רמ"ח (קטע "וגם" ולהלן שם) בענין אם הוא יכול להקדיש את החלק שלו.

והנה התורת חיים נוקט בזה שבמטלטלין לא שייך כד"ג (כי אם שפיר שייך אז אכתי יש לאוקמה במסותא מטלטלין רק שלא היו אוחזין בה), ודבריו תמוהין דהא גם במטלטלין שייך כד"ג היכא שאינן אוחזין בה וכמו בההוא ארבא בב"ב דף ל"ד ע"ב, וכן בהמשך הסוגיא שם רצו לומר כד"ג על מטלטלין, וכן תוס' בריש מכילתין הקשו שנימא בטלית כד"ג. וכתמיה זו יש להקשות גם על המהר"ם, דהנה המהר"ם הבין שכוונת תוס' בסד"ה הקדישה היא לומר דמיבעיא לן במסותא אם נתכוין להודות או לא, והקשה המהר"ם דהא בהדיבור השני פירשו דמספקא לן מצד דיני כד"ג, ותי' המהר"ם שבהדיבור הראשון אזלי תוס' דאיירי במסותא מטלטלין, כלומר ובמטלטלין לא שייך כד"ג, אבל בהדיבור השני אזלי תוס' כהמסקנא שאיירי במקרקעי אשר אז שפיר

שייך דינא דכל דאלים גבר אשר לפ"ז יש לפרש את הספק בדיני כל דאלים גבר, וגם על המהר"ם יש להקשות כהנ"ל דהא גם במטלטלין אמרינן כל דאלים גבר.

מיהו באמת בלשון תוס' גופא איתא ד"כיון דקרקע היא הוי דינא כל דאלים גבר". מיהו נראה פשוט שאין כוונת תוס' לומר שאם איירי במטלטלין אי אפשר להעמיד באופן שהדין הוא כד"ג, אלא לעולם גם במטלטלין הדין הוא כד"ג היכא שאינן אוחזין, רק שכוונת תוס' היא לומר דכיון שאיירי בקרקע א"כ בע"כ צ"ל שהדין הוא כל דאלים גבר כיון שלא שייך בקרקע שיהיו אוחזין. וע"ע בפלפולא חריפתא כאן ובפ"י שהעירו למה תלו תוס' דינא דכל דאלים גבר בזה דאיירי בקרקע. ולהלן בהאות הבאה בסק"א נביא את תירוצו של האמרי בינה על זה.

והמהרש"א פי' שלא היתה כוונת תוס' לומר בהדיבור הראשון שמיבעיא לן במסותא אם שתיקה כהודאה דמי או לא בכה"ג, אלא לעולם צדדי הבעיא במסותא היא כדבריהם בהדיבור השני, כי אם השאלה היא אם שתיקתו היא כהודאה או לא א"כ איך פשטינן מהמימרא של רב נחמן שאמר שכל ממון שאינו יכול להוציאה בדיינים אינו יכול להקדישה, הלא הכא יש צד לומר שהוא מתכוין להודות אשר לפי הצד הזה חשיב שפיר ברשותו, וא"כ בע"כ צ"ל שנקטינן בתורת ודאי שאין כוונתו כאן להודות רק שנסתפקו במסותא מטעם אחר, עכ"ד המהרש"א. וכדבריו כתב השט"מ בד"ה וכתוב בגליון וכו' בשם גליון, והוסיף הגליון עוד הכרח שאי אפשר לומר שהספק במסותא הוא אם הוא מודה או לא כי לפ"ז

איך מביאין ראי' מספק בכור הלא התם אי אפשר לומר שאיירי בשתק ולבסוף צווח ושהספק הוא אם הוא מודה או לא (מיהו רש"י בע"ב פ"י באמת כן), דהא התם גם הם עצמם מסופקים. והא דפשטינן הקדישה ולא תקפה ממסותא אע"פ שבהקדישה ולא תקפה הספק הוא אם נתכוין להודות או לא, הרי זה כי ידעו דאיירי המעשה של מסותא באופן ששתק ולסוף צווח (והגליון הוסיף הכרח לומר שמדובר כן עיי"ש) ובכל זאת לא דנו מצד שאולי מתכוין הוא להודות וא"כ חזינן שנקטו שזה פשוט שאין כוונתו להודות עכת"ד.

מיהו עי' במהר"ם שכתב לפרש בכוונת תוס' שלפי כל הסוגיא כאן (עד המסקנא בדף ז' ע"א) שסברה דאיירי במסותא מטלטלין א"כ הספק הי' באמת אם השותק נתכוין להודות או לא.

ועי' ברמב"ן וברשב"א שהבינו כן בכוונת תוס' והקשו עליהם באמת דא"כ מה היא הראי' מספק בכור הלא התם לא שיין לתלות בהודאה.

ועי' גם בריטב"א שפי' שהנידון במסותא הוא אם בשתק ולבסוף צווח הרי הוא מתכוין להודות או לא.

והריטב"א עצמו עמד על הקושי הנ"ל בפירושו, דהיינו שלפי פירושו מה הוא הפשיטות מספק בכור. וכתב לפרש שבאמת אין ראי' משם ששתק ולבסוף צווח אחרי הקדישה הרי זה הודאה או לא, אלא הפשיטות הוא שמהתם חזינן שהקדישה הוא כתקפה (ואזלינן שאין מוציאין אותו מידו), דלכן יש איסור גיזה ועבודה, וא"כ הה"נ לענין השאלה שלנו

אם יש כאן הודאה או לא מסתבר לומר שהקדישה הוא כתקפה אשר לפ"ז בודאי שתיקתו היא כהודאה. מיהו לכאורה קשה טובא לפרש כן כי אין להדמיון הנ"ל שום בסיס בסברא.

וביותר י"ל לפי דרכו של הריטב"א דס"ל שהטעם למה לומר שגם בהקדישה שתיקה היא כהודאה הרי זה גופא כי הקדישה הוא כתקפה, ולכן מיייתנן ראי' מספק בכור שהקדישה היא כתקפה וכהנ"ל (וכסברא זו כתב החמדת שלמה והשתמש בו כדי להקשות על תוס', למה לא למדו תוס' שהספק במסותא הוא אם הקדישה היא כתקפה אשר אז שיין לומר בהקדישה ששתיקה היא כהודאה).

וע"ע בריטב"א גם בהחידושים הישנים שכתב לבאר מה הוא הפשיטות מספק בכור לפי הביאור הנ"ל אבל דבריו צ"ב.

והנה כבר הבאנו שהמהרש"א הקשה על דרכו של הריטב"א שהספק במסותא הוא אם הוא מודה או לא ממסקנת הסוגיא, כי לפי דרכו של הריטב"א איך פשטינן מהמימרא של רב נחמן שאמר שכל ממון שאינו יכול להוציאה בדיינים אינו יכול להקדישה, הלא הכא יש צד לומר שהוא מתכוין להודות אשר לפי הצד הזה חשיב שפיר ברשותו. מיהו י"ל שהריטב"א אינו סובר כתוס' שהיכא שמודה חשיב כבר ברשות הגזלן אלא הרי הוא סובר כהרמב"ן שחולק על דבריהם, ושאלת הגמ' בהקדישה בלי תקפה היא אם צריכים ברשותו או לא, הובא לעיל באות רנ"ה בשם הקצה"ח, ולפ"ז זהו גם השאלה במסותא, וא"כ שפיר מביאים מר"נ.

רנז) תד"ה והא הכא.

ביאורם של תוס' בענין מה הוא הספק במסותא של קרקע.

וז"ל, נראה דהכי מיבעי לי' במסותא, כיון דמקרקעי היא והוה דינא כל דאלימ גבר, וכיון דאם תקפה האחד והקדישה כשהיא בידו מסתמא תו לא פקע אפילו חזר חבירו ותקפה ממנו, כי הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש, או דלמא כיון דאפילו גבר האחד אם יכול השני לחזור ולתקפה ממנו זוכה, ה"ה הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה הי' זוכה, דלא אלימ הקדש מתקיפה עכ"ל, ודבריהם צריכים ביאור וכלהלן.

א. דבריהם שבכל דאלימ גבר אפשר לתפוס בחזרה.

הנה ראשית כל חזינן שתוס' סוברים שאחרי שגבר האחד אכתי יכול השני לתקפה בחזרה ממנו ודלא כשיטת הרא"ש שאינו יכול, ודין זה של תוס' אתי שפיר בין אם נאמר שכד"ג הוא בגדר סילוק ב"ד ובין אם נאמר דמהני משום דהוי בגדר בירור (כי זה שהדין עמו ימסור נפשו יותר), דגם לפ"ז מאחר שגבר השני א"כ מעתה נתגלה שהוא זה שמסר נפשו טפי. וכבר ביארנו דבר זה באות כ"ב סק"א.

(ועי' בספר אמרי בינה בהל' דיינים סי' מ' בד"ה והיכא וכו' ולהלן שם שכתב שרק בקרקע סוברים תוס' שאפשר לתקוף בחזרה כי אין מוחזקות בקרקע אבל במטלטלין הרי התוקף הראשון נעשה מוחזק ולכן שוב אי אפשר לתפוס ממנו. ויישב בזה למה תוס' תלו את הדבר בהא

דאיירי במסותא קרקע. ודבריו הם דלא כדברי הרמב"ם שהבאתי באות כ"ב סק"ג שגם בקרקע נעשה הגובר מוחזק, ועל השני להביא ראי', כלומר בעדים, אבל ע"א לא יועיל, משא"כ לפי האמרי בינה שפיר יועיל אם נאמר שע"א נאמן בממון היכא שאינו בא להוציא ממוחזק).

ב. דבריהם שאם תקפה והקדישה אי אפשר להשני לתקוף בחזרה.

ושוב כתבו תוס' עוד דין, והיינו שאם הקדישה, שוב אין השני יכול לתפוס בחזרה. ועי' בנתיה"מ בסי' קל"ח סק"ט שכתב שלשה טעמים לזה, חדא שאין בתפיסתו בחזרה ראי', כי תמיד הטעם למה הגובר השני זוכה הרי זה כי אמרינן שאם הגובר הראשון צודק למה אינו מביא ראי' (צ"ע אולי אין לו ראי'), משא"כ כשהגובר השני תקף מהקדש כי הראשון הקדישו, או מיורש כי הראשון מת, או מלוקח כי הראשון מכר, טענינן שאולי הראשון אילו הי' כאן הי' שפיר מביא ראי'.

ועוד כתב הנתיה"מ טעם שני, והיינו שתמיד הגובר השני זוכה כי חזינן שהוא מסר נפשו טפי מן הראשון ואילו הי' הראשון צודק הי' גם הראשון צריך למסור נפשו, והרי דבר זה לא שייך בהקדש ויורש ולוקח שאומרים שהם עצמם אינם יודעים הדין עם מי (אלא שלא הבנתי כעת למה הכניס הנתיה"מ בשם התומים שיש להגובר הראשון כעין חזקת מרא קמא עיי"ש).

ועוד כתב הנתיה"מ טעם שלישי, והיינו שלאחר שגובר הראשון יש כאן יאוש בעלים כי יש פוסקים שבסתם גזילה יש יאוש בעלים, והיכא שאין עדים וכבר פטרו

ב"ד את הגובר, לכו"ע הוי יאוש בעלים, וא"כ לאחר שהגובר הקדיש יש כאן מעתה גם שינוי רשות, וא"כ הקדש קונה ביאוש ושינוי רשות.

והנחלת דוד על תוס' כאן כתב שטעמיו של הנתייה"מ דחוקים, אלא כתב שהטעם הוא משום דהא דתמיד מהני כל דאלים גבר הרי זה כי עכשיו הגובר הוא המוחזק וגם ממנו אין מוציאין, וכששוב גבר השני הרי מעתה השני הוא המוחזק ואין מוציאין ממנו, אבל מהקדש אי אפשר לתפוס כי כל היכא דאיתי' בי גזא דרחמנא איתי' ומש"ה תמיד מחזירין אותו להגזבר. מיהו עי' בחידושי רבי מאיר שמחה להלן בסוף דבריו על ע"ב שהקשה שמחלוקת רב ושמואל היא בחולין דף קל"ט ע"א אם אמרינן כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא או לא, לענין תרנגולת של הקדש שמרדה האם פקעה קדושתה (רב) או האם אמרינן שכל היכא דאיתי' בבי גזא דרחמנא איתא (שמואל).

והאמרי בינה בהל' דיינים בסי' מ' בד"ה ולפי"ז וכו' כתב שהטעם לומר שאם התוקף הקדיש אי אפשר להשני לתוקף מהקדש הרי זה כי קדושה לא פקעה בכדי, ולא מיבעיא לפי בר פדא ורב המנונא שסוברים בנדרים דף כ"ח ע"ב - כ"ט ע"א שגם קדושת דמים לא פקעה בכדי, אלא אפילו לפי עולא ורבא שסוברים שקדושת דמים שפיר פקעה בכדי אבל בכל זאת הכא לא פקעה, כי הכא הרי הקדיש לעולם, ולא הקדיש רק לזמן, וכן אין להשני עליו שום טענה, רק שיכול לתפוס בכח ואז אין מוציאין ממנו, וא"כ בכה"ג

אין בכחו לתפוס ולהפקיע את ההקדש. ועיי"ש שכתב גם עוד ביאור.

ג. ביאורים שונים בכוונת תוס' בהצד שמהני הקדישה בלא תקפה, וכן בענין ביאורם בהצד השני.

והנה תוס' המשיכו לכתוב שכיון שאם הקדישה התוקף הראשון אי אפשר להשני לתוקף מהקדש א"כ ה"ה שאם הראשון הקדישה בלא תקפה נמי הוי הקדש. וביאר הנחלת דוד שכוונת המשך דבריהם היא כך, דהי' קשה להם לתוס' דהא בהקדישה ולא תקפה הרי אחרי שהקדישה הרי הטלית וכן המסותא עדיין בידו של השני, וא"כ למה מהני ההקדש, הלא הרי זה כמו שחזר השני ותקפה מהקדש, ולכן כתבו שאחרי שהקדיש שוב לא מהני חזר ותקפה.

והנה הנחלת דוד נוקט בזה ששניהם היו נמצאים בתוך המסותא ומש"ה כתב שהרי זה כמו חזר ותקפה. מיהו י"ל ששניהם לא היו בתוכה, רק דתוס' כתבו שלא מהני תקיפת השני לאחר שהתוקף הראשון הקדישה כי הי' קשה לתוס' דמשמע בפשטות שלפי הצד שמהני ההקדש הרי ההקדש חל לחלוטין, ושוב לא אמרינן כל דאלים גבר, ולא מהני אם השני יתקוף, ולכן כתבו שאחרי שהתוקף הראשון הקדיש אי אפשר לתקוף מהקדש.

ברם אכתי צ"ע, דביארנו רק למה הוצרכו תוס' להכניס להצד הראשון שאי אפשר להשני לתפוס לאחר שהראשון הקדיש, אבל אכתי לא ביארנו איך הראשון יכול בכלל להקדיש הלא חסר התנאי של ברשותו.

ושמעתי לבאר שתוס' סוברים שכיון שבידו לגבור א"כ משום כך הרי זה נקרא כבר עכשיו ברשותו. ואע"פ שיש גם בכחו של השני לגבור, וא"כ נימא דהוי ברשותו של השני, אבל י"ל שאה"נ, דמיקרי שנמצא ברשות שניהם, ולכן כל אחד מהם יכול להקדיש.

ברם אכתי יש להקשות דאיך שייך לומר שמה שיכול לתוקפה סגי למיחשבי' ברשותו דא"כ למה אינו נחשב ברשות הנגזל היכא שיש בכח הנגזל לתוקפו.

ועוד דמגוף דברי תוס' כאן לא נראה כהפירוש הזה, דהנה תוס' בהצד השני כתבו שהצד לומר שאינו הקדש ושאינו ברשותו הרי זה כי גם לאחר שתקף הראשון יכול השני לחזור ולתקוף ממנו ואילו לפי הנ"ל תיסגי בזה שיכול לתוקפה לפני שהראשון תקף.

ועוד צריכים לבאר מהו הביאור במה שכתבו בהצד השני ש"לא אלים הקדש מתקיפה".

ועוד דלפי הביאור הנ"ל הראי' מספק בכור מתפרשת הכי, דגם שם מכיון שיכול הכהן לתוקפה ולא נוציא מידו הרי זה נחשב ברשותו כבר עכשיו ולכן הרי זה גורם את הדינים שאסור בגיזה ועבודה, ואילו תוס' כתבו ביאור אחר בהראי' מספק בכור וז"ל, אלמא אפילו לא תקפה חשיב כאילו תקפה כבר והקדישה בעודה בידו עכ"ל, ואילו לפי הנ"ל אין צריכים שיחשב כאילו תקפה אלא סגי בזה שיכול לתוקפה. ובשט"מ להלן בע"ב בשם גליון איתא ביאור אחר בתוס', וכן נראה בתוס' הרא"ש להלן בע"ב, והיינו שמה שהוא מקדישה הרי זה עצמו בגדר תקפה, ולכן כמו שהיכא

שתקף ואח"כ הקדישה אין השני יכול לתוקפה מהקדש, הה"נ להיכא שהקדישה בלא תקפה כי הרי זה ממש בגדר תקפה והקדישה, וצריכים להוסיף שאע"פ דלפני שחשיב שיש תקיפה אינו יכול להקדיש, והרי לפני שחל ההקדש אין כאן תקיפה אבל י"ל דאמרינן שההקדש והתקיפה באין כאחד, דוגמת מה שגולן יכול להקדיש כי הוא קונה ע"י שינוי השם דגם שם קשה דלפני שחל ההקדש לא נשתנה שמו ולפני שנשתנה שמו אין לו כח להקדיש, וכתב הרשב"א בגיטין דף נ"ה דמהני משום דאמרינן שבאין כאחד, וא"כ גם כאן י"ל כן.

ועי' גם בנחלת דוד שכתב ביאור זה שהצד שמהני הקדישה בלא תקפה הרי זה כי עצם ההקדש חשיב תקיפה.

ועוד ביאר שהצד השני הוא שלא חשיב תקיפה. מיהו מלשון תוס' לא משמע כביאורו של הנחלת דוד בהצד השני שהרי תוס' לא כתבו שלא אלים הקדישה כתקיפה, אלא כתבו שלא אלים הקדישה מתקיפה, כלומר שגם אחרי שהקדישה הדין נותן שאפשר עוד לתקוף כמו אחרי תקפה, וזה גופא גורם שאין ההקדש חל כלל. וגם הנחלת דוד שם הבין שאין זה כוונת תוס' רק שכתב שלפי איך שפירשו את הצד הראשון היו יכולים לפרש כן את הצד השני.

וגם הקהלות יעקב כתב את הדרך הנ"ל ואילו הוא ביאר שהצד השני הוא שאסור לעשות תקיפה כזו ששוללת את האפשרות מהשני לתקוף בחזרה, ואע"פ שאחרי שתקפה יכול להקדישה ושוב אין השני יכול לתקוף, אבל זה איירי אחרי שכבר

תקפה, אבל אסור לעשות תקיפה כזו שעצם התקיפה שוללת מהשני את הזכות לתקוף בחזרה, וכן הוא היכא שתקף ע"י שהקדישה.

ועי' גם בחמדת שלמה בד"ה ולפי זה צריך לומר וכו', על תוס' כאן, שכתב כהנ"ל שהצד לומר דמהני הוא משום שההקדש הוא גופא מיקרי תקיפה ושהצד השני הוא שאסור לתקוף בצורה שהשני לא יוכל לתקוף ממנו בחזרה. ואת הראי' מספק בכור ביאר כי לפי הצד שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו יוצא שהממע"ה הוא דינא דכד"ג וכמש"כ תוס' בכתובות דף כ' ע"א, והרי בספק בכור חזינן שכיון שאם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו הרי גם עכשיו הרי הוא אסור בגיזה ועבודה מכה דחשיב שתקפה, הרי דשפיר מהני תקיפה כזו שהשני לא יוכל לתקוף בחזרה (וע"ע בקהלות יעקב איך שביאר את הראי' מספק בכור).

מיהו גם ביאור זה בהצד השני לא משמע מדברי תוס', כי מתוס' לא משמע שבהצד השני תחילת הדין הוא שלא מועיל ההקדש (מחמת הטעם הנ"ל שאינו יכול לתקוף תקיפה כגון זו), אלא משמע מדבריהם שתחילת הדין הוא ששפיר יועיל ההקדש, רק שגם אם יועיל הרי יוכל השני לתקוף מהקדש כי לא אלים הקדש מתקיפה, ועובדא זו שההקדש יוכל להתבטל פועלת שלא יחול ההקדש מתחילה.

ובאמת כל עיקר המושג שהקדש יועיל מדין תקיפה לא ברירא.

ועכ"פ בנוגע למה שהבאנו שיש סברא לומר שאינו רשאי לתקוף תקיפה כזו שלא יוכל השני לתקוף בחזרה, עי' בב"ק דף

קי"ז ע"א שקרה מעשה ששני בני אדם טענו על מכתשת, והדין הי' שכל דאלים גבר, וקם אחד מהם ומסר אותה להגזבר של המלך, ואמר אביי שרשאי לעשות כן מאחר שהדין הי' שכל דאלים גבר, ואילו רבא אמר שלאו כל כמיני'. ובשט"מ בשם הר"ר יהונתן ביאר דהיינו משום שאסור למוסרו למי שהשני לא יוכל להוציאו ממנו (או לתובעו לשלם) אפילו אם ימצא עדים, וכגון המלך, שאחרי שנתנו להמלך אי אפשר להוציאה ממנו, וא"כ לפ"ז לא קשה איך אצלינו יכול להקדישה, כי אם יביא עדים יתבטל ההקדש למפרע כי איגלאי שלא הי' בכחו להקדישו.

אבל הראב"ד בשט"מ שם הבין שאין הכוונה שמסרה ליד הגזבר בפיו, אלא שלקחה בידו ע"י שגבר, ושוב מסרה להגזבר, ואסור לו לעשות כן לפי רבא כי כיון שהדין הוא שהשני יכול לתקוף בחזרה מש"ה אסור לו ליתנו למי שלא יוכל לתפוס ממנו בחזרה. ולפי דבריו כ"ש שלפני שלקחה בידו אסור לו לצוות להגזבר לקחת אותו (מיהו הרר"י יכול להסבור שגם זה מותר, ורק במלך אסור כיון שגם עדים לא יועילו). ולפ"ז גם אצלינו לא יוכל להקדישו כי אי אפשר לתפוס מהקדש כיון שכל היכא דאית' בי גזא דרחמנא אית'. ולפ"ז הצד השני כאן אתי שפיר.

והרשב"א שם חולק על הראב"ד וסובר שאחרי שלקחו, יכול לתתו לכל מי שרוצה, כמו שיכול לשחוט בהמה כשנפסק עלי' כל דאלים גבר, רק הכוונה שם אינה שלקחה בידו ונתנה להגזבר, אלא צוה להגזבר לקחת אותה, וזה אסור, וה"ה שאינו יכול

לעשות שליח לתוקפה, אלא הוא עצמו צריך לגבור. ולכאורה לפי פירושו אין סתירה להצד הראשון כי הוא עצמו מוסרו להקדש ע"י שהוא מקדישו דע"ז נעשה הקדש (ואפילו אם הוא עושה רק את האיסורים אבל הוא עצמו גורם שיתהפך לממון הקדש), וצ"ל שהצד השני סובר שגם זה אינו יכול לעשות אע"פ שאם הי' לוקחו בידו הי' שוב רשאי להקדישו).

ד. עוד ביאור בהצד הראשון.

עוד יש לבאר את הצד שמהני ההקדש במסותא, דהנה צריכים לדון מצד שני דברים, חדא האם הוי שלו, ועוד האם הוי ברשותו. והנה מצד "שלו" הרי יש כאן לכל הפחות ספק דהוי שלו, וא"כ הדין הנותן שיהי' לכה"פ ספק הקדש. ולענין התנאי של ברשותו, י"ל שהכוונה בהתנאי של "ברשותו" אינה שצריכים שהחפץ יהי' ברשות המקדיש, אלא הכוונה היא שצריכים שאם החלות יחול אז החפץ יהי' נחשב ברשות הזוכה, וכן צידד הקו"ש לומר בקידושין אות צ"ג, והכא הרי תהי' ברשות הקדש כי כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ומה שדחה הקו"ש שם שאי אפשר לומר כהנ"ל כי אילו כן למה תמיד אין הנגזל יכול להקדיש י"ל דשאני התם שיש אדם שמעכבו אצלו בפועל, דהיינו הגזלן, ולכן בכה"ג לא אמרינן כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא, ורק בתרנגולת שברחה אמרינן כן, וכן אצלינו שאין אחד מהם תופס אותו וכמו שהעמדנו לעיל (ודלא כהנחלת דוד). והראי' מספק בכור היא כי גם שם יכול הכהן לגרום הקדש (בהס"ד שלא ידענו שקדושה הבאה

מאלי' שאני) כי ישראל אינו מחזיקה בכח כי הי' מסכים לתתו להכהן אם הוא באמת בכור.

והצד השני הוא דבעינן ברשותו ממש.

מיהו יש לפקפק במה שנקטנו שהתרנגולת שמרדה אינה דומה לגזלן כי לכאורה התרנגולת מרדה מלהיות בכלוב ורוצה להיות משוחררת.

רנח) בא"ד.

עוד בענין ביאורם של תוס' בהצד השני של האיבועיא.

ובענין גדרי "אינו ברשותו".

והנה בביאור הצד השני של האיבועיא כתבו תוס' וז"ל, או דלמא כיון דאפילו גבר האחד, אם יכול השני לחזור ולתוקפה ממנו זוכה, ה"ה הקדיש בלא תקפה לא יחול הקדש כלל, כיון דחבירו אם תקפה הי' זוכה דלא אלים הקדש מתקיפה עכ"ל. והנה מצד פשטות לשונם של תוס' הי' נראה לבאר כך, דאפילו אם נאמר שאחרי שגבר וגם הקדישה אין השני יכול לתוקפה, אבל לפני שהקדישה הרי השני שפיר יכול לחזור ולתוקפה ממנו, ומש"ה ה"ה שאם הקדישה בלא תקפה אפילו אם נאמר שזה שפיר מועיל אבל הא ודאי שהשני יכול עוד לתוקפה מהקדש, כי לא אלים הקדש מתקיפה, ומעתה הרי זה גורם שגם מתחילה אינו נעשה הקדש. ושיעור לשון תוס' הוא כך, "כיון דחבירו אם תקפה" אחרי שהראשון הקדישה בלא תקפה "הי' זוכה", והיינו משום "דלא אלים הקדש מתקיפה", וכמו שיכול לתקוף בחזרה אחרי תקיפה הה"נ אחרי הקדישה

בלא תקפה, א"כ הרי זה גורם שאינו הקדש כלל.

מיהו ביאור זה צ"ע טובא כי למה אם תקפה והקדישה, הרי השני מסולק לגמרי, ואילו אם הקדישה בלא תקפה, אפילו אם מהני, אבל אין השני מסולק לגמרי. והרי הבאנו בהאות הקודמת בסק"ב שהנתייה"מ כתב בשני טעמיו הראשונים שהיכא שתקפה והקדישה אין השני יכול לתוקפה בחזרה כי אין שום רא"י מתקיפתו, והנחלת דוד כתב משום שאי אפשר לתקוף מהקדש כי כל היכא דאיתי' בי גזא דרחמנא איתי', וא"כ טעמים אלו שייכים גם היכא שהקדישה בלא תקפה. ברם לפי טעמו האחרון של הנתייה"מ אתי שפיר, כי בטעמו האחרון כתב שהיכא שתקף והקדיש יש כאן יאוש ע"י שתקפה ושינוי רשות ע"י ההקדש, וא"כ זה שייך רק היכא שתקפה אבל לא היכא שהקדישה ולא תקפה.

ובהאות הקודמת ביארתי שלפי המפרשים שכוונת תוס' בהצד הראשון היא שהקדישה הוא בגדר תקיפה, והרי זה ממש כמו תקפה והקדישה, א"כ משמע מלשון תוס' שגם בהצד השני אזלי דהוי כתקפה, ושאפילו אם תקפה וגם הקדישה יכול השני לתקוף מהקדש, ודלא כמו הביאור שכתבנו עכשיו שבהצד השני אזלי דלא הוי כתקפה וגם הקדישה.

ועי' בע"ב בשט"מ בד"ה וכתב מהר"י

כ"ץ מה שכתב בשם הגליון, ולשונו שם סובלת את ב' הפירושים הנ"ל בתוס'. והתומים בכללי תפיסה אות א', הובא גם בנתייה"מ שם באות א', כתב שיש ראשונים בשט"מ שחולקים על הדין הנ"ל של תוס' בתקפה ושוב הקדישה ולא כתב שתוס' עצמם לא ס"ל כן בדרכם השני.

עוד צריכים להסביר, מה הטעם לומר שמכיון שאפילו אם ההקדש יחול, אכתי יוכל השני לתוקפה מהקדש, הרי זה גורם שלא מהני ההקדש כלל, דלמה אינו חל מספק, הלא סוף סוף יש ספק אם הדבר שייך לו, וכן שהוא ברשותו. מיהו עי' בתוס' הרא"ש שכתב משום שיש להחפץ חזקת חולין.

ואולי י"ל פירוש אחר בדברי תוס' בביאור הצד השני, דהנה יש לחקור בהא דחשיב ברשותו של אדם כשהדבר נמצא ברשות הרבים, האם זה בגלל שהמצב הזה בזכות עצמו מיקרי בגדר ברשותו כיון שאין מי שמעכב את החפץ לעצמו, או האם מצד המצב הנוכחי בזכות עצמו לא הי' מיקרי שהחפץ הוא ברשותו, רק דמיקרי ברשותו משום שבירו לברוא ולקחתו ולעשותו ברשותו. ולפי הצד השני י"ל שהיכא שזה רק בגדר ספק אם הוא יכול לקחתו ולהכניסו לרשותו, אז בתורת ודאי אין זה נקרא ברשותו, כי י"ל שספק של "בידו" אינו שוה כלום*).

ומעתה י"ל בביאור דברי תוס' דכיון

הדחק אז לכתחילה אסור אבל בדיעבד הרי זה חל, ובשט"מ שם בשם הרמ"ה איתא שהכוונה בע"י הדחק היא להיכא שהדבר ספק אם הוא יכול להציל או לא, הרי שמספק חשיב ברשותו בתורת ודאי, והוה ממש להיפך מדרכנו הנ"ל דלא

(* והנה עי' בב"ק דף קט"ו ע"ב דמבואר שאם הי' בא בדרך ומעות בידו, ואנס בא כנגדו, ורוצה לחלל מעשר שני שבביתו על המעות הללו, או אם הוא יכול להציל חל הפדיון, ואם אינו יכול להציל אין הפדיון חל, ואם הוא יכול להציל ע"י

שאפילו אם תקף יכול השני לתוקפו ממנו בחזרה, וכל שכן לפני שתקף, בהיותו עוד ברה"ר, מותר להשני לתוקפה, א"כ מש"ה הקדישה בלא תקפה לא הוי הקדש כלל כי בתורת ודאי לא חשיב ברשותו של המקדיש, כיון שחבירו רשאי לתוקפה מרה"ר, וכהנ"ל דמשום כך לא חשיב אפילו ספק ברשותו של המקדיש. ולפ"ז מה שכתבו "לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה הי' זוכה" כוונתם היא אם חבירו הי' תוקפו ממנו אחרי שגבר, ולא אם חבירו הי' תוקפו מהקדש כמו לפי הביאור שכתבנו לעיל באות זו.

מיהו לפי הדרך הזה אין מובן למה הקפידו תוס' לומר שהשני יכול לתוקפה גם אחרי שתקף הראשון, דהא סגי בהא לחוד שהשני יכול לתוקפה מרה"ר לפני שתקף הראשון כדי לגרום שלא מיקרי ברשות הראשון.

ועוד דמשמע שמש"כ "לא יחול הקדש כלל כיון דחבירו אם תקפה הי' זוכה" שכוונתם היא אם חבירו הי' תוקף מהקדש אחרי שהקדיש הי' זוכה, דלכך הרי זה גורם שלא יחול הקדש כלל, דלפי ביאורנו הנ"ל אין מובן למה הוסיפו את המלה כלל.

ועוד דלפי הדרך הזה אכתי אין מוסברים דברי תוס' ש"לא אלים הקדש מתקפה".

מיהו מהמשך דברי תוס' מבואר לכאורה כמו הדרך הזה שכתבנו, שהרי

כתבו וז"ל, והשתא אייתי והא הכא אם תקפה כהן אין מוציאין ולכך אפילו לא תקפה אסורין בגיזה ועבודה מספק משום דשמא יש לכהן חלק בו ולכך יכול לתוקפה אלמא אפילו לא תקפה חשיב כאילו תקפה כבר והקדישה בעודה בידו עכ"ל, ומעתה לפי דרכנו האחרון כוונתם לומר דחזינן שם שכיון שיכול לתוקפו, א"כ מכיון דהוי בגדר ספק אם יש בידו לעשותו בחזקתו א"כ הרי זה שפיר מיקרי ספק ברשותו, ולא אמרינן שספק בידו אינו כלום, אלא חזינן ששפיר חלים דינים מכחו. אבל לפי הדרך הראשון שכתבנו בביאור הצד השני שכתבו תוס', והיינו דכיון שאפילו אם יחול ההקדש יכול חבירו לתפוס ולהפקיעו הרי זה גורם שאינו יכול להקדיש כלל, א"כ תוס' היו צריכים להדגיש שהתם חזינן שחלים דינים אע"פ שהישראל יכול לתוקפה בחזרה.

דף ו' ע"ב

רנח* (המשך דברי תוס' בד"ה והא הכא (מתשע"ח).

וז"ל, וא"ת אמאי אין מוציאין מידו והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר עכ"ל. ותי' המחנה אפרים דהיכא שהישראל אינו רוצה לתתו לשום כהן, יכול כל כהן לתפוס, והכא הרי מכיון

שהספק אינו מפקיע את ה'ברשותו', אבל היכא שהוא ברה"ר הרי ה'ברשותו' הוא רק מצד שבכחו להכניסו לרשותו, וא"כ בכה"ג שפיר י"ל דהיכא שזה ספק אין זה נחשב לכלום.

חשיב אפילו ספק ברשותו. מיהו באמת אין הצורך ההוא דומה לנידון דידן, כי התם בב"ק איירי כשהוא עכשיו בתוך ידו אשר זהו מצד עצם מהותו מצב של ברשותו, וא"כ בזה אמרינן

שהדין הוא שהממע"ה, אין ישראל רוצה לתת לשום כהן.

מיהו לכאורה מוכח דלא כדינו של המחנ"א מחולין דף ק"ל ע"ב דאמרינן שם שהמזיק מתנות כהונה פטור, ואמרינן שאיבעית אימא משום דכתיב זה יתנו, ואיבעית אימא משום דהוי ממון שאין לו תובעים, והרי התם הישראל רוצה להיות פטור ולא לשלם (דאל"כ למה אינו משלם לאיזה כהן שירצה), וא"כ לפי המחנ"א למה הוי ממון שאין לו תובעים, הלא כל כהן יכול להעמידו לדין. ודוחק לומר שבגלל זה הביא הלשון הראשון שם ילפוטא מהמלה זה, ושחולקים באמת בדינו של המחנ"א. ועוד די"ל טעם אחר למה הביא הלשון הראשון דרשה מפסוק, והיינו משום שבממון שאין לו תובעים אכתי חייב בדיני שמים, משא"כ הפסוק י"ל שבא לפוטרו גם מדיני שמים.

רנח***) בא"ד (מתשע"ח).

וז"ל, וא"ת אמאי אין מוציאין מידו והלא הבעלים יאמרו ליתן לכהן אחר עכ"ל, צ"ע שבכל זאת הלא כבר תפסו השבט, ואי משום שיכול לומר לאיזה כהן הוא רוצה ליתן א"כ גם עכשיו שיצוה להכהן שתפס שיתן אותו לכהן אחר.

רנט) בא"ד.

בענין מכירי כהונה.

וז"ל, במכירי כהונה עכ"ל. הנה תירוצם הנ"ל לא אתי שפיר לפי ביאורו של הרשב"ם בב"ב דף קכ"ג ע"ב שבמכירי כהונה צריכים הקנאה גמורה, דהא הכא לא הקנה ישראל כלום להכהן.

וכן לא אתי שפיר לפי דרכו של הקו"ש באות שע"ד שם שמכירי כהונה מהני משום שיש לו גמירת דעת מוחלטת, וגמירת דעת מוחלטת מועילה גם בלא קנין, דהא הכא בודאי אין להישראל גמירת דעת דהא הוי רק ספק בכור.

וכן לא אתי שפיר לפי הקצה"ח בסי' רע"ח סקט"ו שסובר שבמכירי כהונה הרי זה כמו שנשבע לתת לו, ויש רק חיוב על הגברא לתת לו את המתנות, אבל אינם שייכים עוד להכהן, דהא לפי הקצה"ח בכחו לסרב ולא ליתן לו, וא"כ הכא הרי הוא אכתי יכול לומר שאינו רוצה לתתו להכהן הזה.

מיהו לפי רבינו יונה בשט"מ בב"ב שם שמכירי כהונה מהני כי עשו את שאינו זוכה כזוכה אתי שפיר, כי לפ"ז יוצא שהכא אם הוא בכור כבר זכה בו הכהן.

וכן אתי שפיר לפי ביאורו של הנתי"ה בסקי"א שם שמכירי כהונה מהני משום שבאמת כבר הוי ממון שבט, וע"י מכירי כהונה נתבטל הטובת הנאה של הבעלים, ומש"ה יכול הכהן הזה לרדת ולעשות קנין, דלפ"ז גם הכא הרי זה שייך כבר להכהן. וע"י בכל זה באריכות בספרי על ב"ב בפרק יש נוחלין אות ל'.

רנט*) בא"ד (מתשע"ח).

וז"ל, במכירי כהונה עכ"ל. הנה לפ"ז יוצא שאם אין מכירי כהונה אז לא יהי' אסור בגיזה ועבודה (לפני שרבה דחה שקדושה הבאה מאלי' שאני) כיון שבכה"ג מוציאין מידו.

רנט) בא"ד (מתשע"ח).**

וזה"ל, א"נ אינו יכול לתובעו רק טובת הנאה שיש לו למ"ד טובת הנאה ממון עכ"ל. י"ל שהתי' הראשון לא תירץ כן כי הוא סובר שטובת הנאה היא בגדר קנין בגוף החפץ.

**רס) והא הכא דאמר ת"כ
א"מ אותו מידו וכו' וכי
לא תקפו אסורים בגיזה
ובעבודה.**

דרכו של הר"ן.

הנה הר"ן כאן האריך בהספק של הקדישה ולא תקפה, וכן בהראי' מתקפו כהן, ונבאר דבריו.

הנה הר"ן ביאר בנוגע להאיבעיא של תקפה אחד בפנינו בשתק והדר צווח, דזה ברור לפי שני הצדדים דהוי בגדר ספק הודאה, והצד שאם תקפה מוציאין אותו מידו הרי זה כי יש לכל אחד אנן סהדי שמה שתחת ידו שלו הוא, וממילא לא אתי הספק הודאה שמתעורר ע"י השתיקה שלו ומוציא מידי הודאי אנן סהדי הנ"ל שיש לצדו, והצד שאין מוציאין מידו הוא שאין כאן אנן סהדי, אלא הדבר נשאר ספק למי שייכת הטלית, רק שכל אחד מקבל החצי משום מוחזקות. ועד עכשיו ביארנו שלפי הצד השני שאין אנן סהדי הטעם למה מהני התפיסה ולא מחזירין להנתקף כיון שיש לו הדין של מוחזקות הרי זה כי באמת יש כאן ספק מי הוא עכשיו המוחזק האמתי, כי לפי הצד שהנתקף מודה א"כ כבר אין הנתקף מוחזק אלא התוקף הוא המוחזק שהרי הנתקף ממש מודה לו ובזה הרי הוא עושהו

למוחזק, וא"כ יש כאן ספק למי יש הדין של מוחזקות, ומש"ה משאירים את הטלית אצל התופס כיון שהיא עכשיו אצלו ו"דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא". וע"ע לעיל באות רל"ו מה שהוספתי לדון בנוגע לדרך זה בביאור דברי הר"ן.

מיהו באמת נראה שהר"ן נתכוין לבאר בדרך אחרת את הצד השני, וכן הביין הקו"ש בחלק ב' סי' ט' אות י"ז את דברי הר"ן, והיינו שכששניהם אוחזין חשיב כל אחד מהם מוחזק בכולו וכמש"כ רש"י בדף ב' ע"ב בד"ה בשבועה פלגי לה (אבל אנן סהדי שייך רק בחצי), וא"כ גם להתוקף יש דין מוחזק ואפילו לפני שתקף, וזהו הטעם לומר שמאחר שהטלית היא עכשיו אצלו משאירים אותה אצלו משום הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא.

מיהו צ"ע על ההסבר השני הנ"ל, כי לפי ההסבר הנ"ל הדין נותן שתועיל תקיפה גם אם הנתקף צווח מתחילה ועד סוף, כי גם בכה"ג הרי התוקף הי' מוחזק בכל הטלית עוד לפני התקיפה והרי עכשיו הטלית היא אצלו (אבל לפי ההסבר הראשון שכתבנו הרי הוא נעשה ספק מוחזק על החצי השני רק עכשיו ע"י השתיקה). מיהו ראיתי בספר קונטרסי השיעורים בד"ה ובזה יתורץ (הראשון) דהא דלא מהני תקיפה היכא שצווח מתחילה ועד סוף הרי זה כי נאמר דין מסוים שלא מהני אלימות. וע"ע לעיל באות רל"ו מה שדנתי עוד בנוגע לדרך זה בביאור דברי הר"ן.

ומעתה ספיקת הגמ' בהקדישה ולא תקפה היא האם מה שהוא מיקרי מוחזק

גם בהחלק שביד חבירו הרי זה מספיק כדי להחשב ברשותו ושיוכל להקדיש או האם אין זה מיקרי בגדר ברשותו (ומה שכתב לפי הצד שאינה מקודשת "אינו שלו לשום דבר" אין כוונתו שאין כאן ספק אם היא שלו, אלא כוונתו היא שאינו יכול לבצע דינים מצד שהטלית היא שלו כי באמת למעשה אין לו הכח שיש תמיד מצד "שלו" כיון שאינה ברשותו).

(ועכ"פ כל זה הוא רק לפי הצד שאין מוציאין מידו, אבל לפי הצד שמוציאין אותו מידו כי יש אנן סהדי אז בודאי אינו יכול להקדיש כי יש אנן סהדי שאינו שלו, ועוד שאפילו אם אין אנן סהדי אבל כיון שסו"ס מוציאין אותו מידו אילו הי' תוקף א"כ הרי זה נחשב שבתורת ודאי החצי השני אינו שלו אלא של השני מחמת המוחזקות שלו ולא הי' יכול להקדיש, כן מבואר בר"ן שם.)

והנה צריכים לבאר לפי הר"ן מה היא הראי' מהא דתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו ואסור בגיזה ועבודה, הלא התם אין הכהן מוחזק וא"כ אי אפשר לומר שהטעם הוא משום מוחזקות כמו שאנו רוצים לומר כאן, ועוד דלמה מצינו באמת שהכהן גורם דינים.

ונראה לבאר כך, דהנה מהר"ן משמע שמאי דאמרין בבכור שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו הרי זה אפילו אם הלה צווח כל הזמן, ודלא כרש"י. ונראה לבאר דהיינו משום שספק בכור הרי הוא ציור של דרא דממונא, דהיינו שבלי טענותיהם יש ספק לב"ד, וכבר כתבו תוס' בדף צ"ז ע"ב שסומכוס סובר בכה"ג יחלוקו כי הוי

כאילו שניהם מוחזקים, ובאמת י"ל שגם רבנן סוברים דהוי כאילו שניהם מוחזקים, רק דס"ל שבכה"ג אין אומרים יחלוקו אלא משאירים את הממון איפוא שהוא נמצא, אבל עכ"פ מכיון שיש ספק לצדו בלא טענתו י"ל שגם רבנן סוברים דחשיב מוחזק, ופליגי עם סומכוס מה עושים כשכל אחד מהם הוא מוחזק בכל, ויש להוסיף דהיכא שיש דרא דממונא שפיר יוכל לתפוס על סמך מה שהוא עצמו נמי מוחזק, ויועיל אפילו בצווח מתחילה ועד סוף, כי בכה"ג לא איכפת לן באלמות, כי אינו תוקף על סמך טענתו לחוד אלא יש כאן צד מופשט לצדו,

ומעתה י"ל שראיית הגמ' היא כך, דהתם בספק בכור הרי זה ציור שהכהן נקרא מוחזק במה שביד הישראל כיון שיש דרא דממונא, וחזינן שהתורה קבעה בגלל זה שאסור בגיזה ועבודה, ומעתה יש סברא לומר שאם לא הי' נחשב מצב כזה בגדר ברשותו, והוא עצמו לא הי' יכול לפעול דינים, אז בודאי גם התורה לא היתה עושה כן, וא"כ מכיון שגם הכא אצלינו הרי הוא נקרא מוחזק בכולו (מחמת שגם הוא אוהז את הטלית) א"כ הדין נותן שהקדישה תועיל כי מיקרי שפיר ברשותו. ולפ"ז גם הבעיא בהקדיש את הטלית ולא תקפה איירי גם כשצווח כל הזמן וכמש"כ הר"ן כי בטלית אע"פ שאין ספק בלי טענותיהם אבל הרי הוא מוחזק במציאות בכל הטלית וכמש"כ הקו"ש.

והנה לאחר העיון מסופקני אם הפשט הנ"ל בהר"ן הוא הנכון, והיינו משום שהר"ן בכל דבריו לא הזכיר שיש לכל

תופס מוחזקות חיובית בהחצי של השני, דהיינו מוחזקות בכולה, אלא הזכיר רק שכיון ששניהם תופסים אין מוציאין בלי סיבה, וכן כשהזכיר שאם תקף אין מוציאין מידו, הגדיר שדבר זה גורם שנקרא שיש לו "איזה דין בהחלק של חבירו", ולא משמע שכוונתו היא כדרכינו הנ"ל דחשיב שיש לו מוחזקות בכולה גם קודם שתקף, אלא משמע שכוונת הר"ן היא שבאמת אין לו שום מוחזקות כלל במה שחבירו אוחז, ולא עוד אלא שמלשון הר"ן נראה שבאמת אין בכלל מושג של חזקת ממון חיובית היכא שאין האנן סהדי שמה שתחת ידו שלו הוא, אלא סוף הדין של מוחזקות הוא רק שאין משנים את המצב מספק ודכאיב ל"י כאיבא אזיל לבי אסיא, רק דכיון שאם יתקוף לא נוציא מידו כשהלה עושה ספק הודאה, א"כ עצם היכולת הזו משוי את הדבר ברשותו ויכול להקדישו לפי הצד הראשון של האיביעא של הקדישה ולא תקפה, והצד השני סובר שאין זה נקרא עוד ברשותו. ולפ"ז הרא"י מתקפו כהן אתי שפיר בפשיטות, ואין צריכים להגדיר שגם רבנן דסומכוס סוברים שחשיב כאילו שניהם מוחזקים כמו שסובר סומכוס, אלא גם בלא שיהי' נחשב שהכהן הוא ג"כ מוחזק כשהדבר הוא ברשות הישראל, גם בלא זה כיון שיש לו יכולת לתופסו ונשאיר אותו אצלו, והתם היתה תפיסתו מועלת גם בלי שהישראל יודה, כי יש ספק מופשט בלי טענותיהם, הרי זה מספיק כדי להחשב ברשותו אשר משום כך התורה קבעה דינים בגללו, כן הי' נראה מלשון הר"ן.

ברם מצד הסברא קשה מאד להלום את

הדרך הנ"ל, דהנה יש לחקור על ציור שהגזילה היא ביד הגזולן אבל הנגזל יכול בודאות לגבור עליו ולהוציאו ממנו, האם מיקרי ברשותו של הנגזל (לפי השיטה שאינו ברשותו הוא מצד שליטה ולא איכפת לן בקניני גזילה), דלכאורה יש מקום לומר שבכה"ג יוכל הנגזל להקדישו שהרי יש לו שליטה עליו, אלא שאפילו אם נאמר כן אבל היינו רק בציור שידוע שיוכל לגבור עליו, אבל הכא הרי זה ספק אם יוכל לתוקפו, וא"כ קשה מאד לומר שזה נחשב אפילו בגדר ספק ברשותו כי כל זמן שאין הדבר ברור שיוכל לגבור עליו א"כ לכאורה מה שקובע הוא העובדא שהוא עכשיו ביד הגזולן. ולא עוד אלא בטלית אם יצווח הנתקף כל הזמן הרי נוציא את הטלית מהתוקף וא"כ מי יימר שישתוק והדר יצווח, ולא יצווח כל הזמן. ועכשיו אעתיק את לשונו של הר"ן וז"ל, אבל את"ל דתקפה א' בפנינו אין מוציאין אותה מידו, אלמא אין אנו תופסין טלית זו בתחילה בודאי כאילו היתה של שניהם (כלומר שאין כאן אנון סהדי), שאם כן (כלומר כי אילו הי' כאן אנון סהדי), היאך מעמידין אותה ברשות התוקף מפני ספק הודאה זו שאינה אלא ספק וכמו שכתבנו למעלה, אלא ודאי אף בתחילה אנו רואין אותה בספק לכל אחד ואחד, אלא שאין מוציאין כל חצי וחצי שבה מרשות התופס, דמספיקא לא מפקינן (הוא אשר כתבנו שמלשונו נראה שחזן מאנן סהדי אין במוחזקות דין של חזקה חיובית, אלא רק הסברא של דכאיב ל"י כאיבא אזיל לבי אסיא), ומש"ה איכא לספוקי במקדישה כי לא תקפה מאי, ואפילו לא

שתק חבירו אלא צווח (כלומר מתחילה ועד סוף), דכיון דממון זה בספק של שניהם הוא עומד, ועדיין יש לכל אחד ואחד איזה דין אפילו בחצי האחר (בתחילה פירשתי שכוונתו היא שיש לו בכולה חזקה חיובית של מוחזקות, ובהפי' השני כתבנו שאין במוחזקות דין של חזקה חיובית, אלא שיש לו איזה דין וכח כי יכול לתוקפה והי' מועיל אם הנתקף ישתוק בתחילה), דאפילו ספק הודאה מהני לי' (אם הי' תוקף), דוקא לגבי הדיוט לא מפקינן מרשות התופס לפי שאין כחו חל ברשות חבירו דמחוסר תקיפה ומסירה (הנה לכאורה אין מלים אלו מובנות, ונראה דצ"ל "דוקא לגבי הדיוט מפקינן מרשות התופס", כלומר בצווח הנתקף בתחילה, כי יש דין שלא מהני תקיפה דרך אלימות), אבל רשות גבוה בכל מקום הוא חייל ולא מחסרא בי' מסירה (כלומר אין צריכים אלימות כי כל היכא דאיתא בי גזא דרחמנא איתא), וכיון שממון זה בספק הוא עומד, חייל עלי' הקדש מספיקא לענין איסורא דכמאן דתקפה כדיני' להדיוט דמי, או דלמא כיון דהשתא מיהא הא לא תקפה ואינה שלו לשום דבר אף לענין הקדש אינה מקודשת מכחו עכ"ל.

רסא) עוד בדברי הר"ן, וכן דרכו של רש"י.

והנה בסוגיית הגמ' אמרינן והא הכא דאמר תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו וכי לא תקפה אסורים בגיזה ובעבודה. ופירש"י שהכוונה בת"כ אין מוציאין אותו מידו היא להיכא ששתק ישראל והדר צווח, ולכאורה אין הדבר מובן כי אפילו

אם "שתק והדר צווח" נקרא בגדר אודויי אודי לי', אבל איך זה משפיע על השתא שלא תקף הכהן ולא שתק ישראל דיהי' אסור בגיזה ובעבודה.

מיהו נראה שרש"י הבין כמו הר"ן שהשאלה בהקדישה ולא תקפה אינה באם הוא מודה או לא, אלא הא ודאי דהוי ספק הודאה, רק שמיבעיא לן אם כיון שמהני תקיפה הרי זה נותן לו כח להקדיש בלי שיתקוף וכמו שביארנו בהאות הקודמת, ומייתנין מהא שהעובדא שאם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, הרי זה גורם שהאיסור של גיזה ובעודה יכול לחול כיון שיש להכהן "איזה דין" בהחפץ, רק שהר"ן כתב שהאיבעיא בהקדישה היא אפילו בצווח כל הזמן, כי היכא שתקף, וצווח הלה כל הזמן, הטעם למה מוציאין אותו מידו לפי הר"ן הרי הוא מטעם צדדי, דהיינו משום דלא מהני אלימות, אבל באמת מצד עצם הספק הדין נותן שגם בכה"ג לא נוציא מידו כי גם בכה"ג יש לו איזה דין בהחפץ דהיינו מה שתקיפה מועילה היכא ששתק ולבסוף צווח, ומש"ה גם בצווח כל הזמן מיבעיא לן אם הקדישה מהני כי בהקדישה אין כאן חסרון של אלימות וכמו שביארנו, וכן בתקפו כהן לא איכפת לן באלימות כי יש ספק לב"ד בלי טענותיהם, ואילו רש"י סובר ששפיר יש חסרון של אלימות בתקפו כהן, ולכן כתב שהכוונה היא שתקפו כהן מועיל היכא ששתק והדר צווח, אבל אין הכוונה שההודאה בהציוור של שתק ולבסוף צווח הרי היא מה שנותנת לו כח, אלא הרי זה רק מסלק החסרון של אלימות.

רסב) תוס' ד"ה פוטר ממונו בממון כהן.

עי' בדבריהם שהקשו מהדין של תקפו כהן מוציין אותו מידו על הדין שבא בסוף החודש כולו לשוכר, דהא יוצא שעשה השוכר תפיסה, דהא אם בא המשכיר בתחילת החודש הדין הוא שכולו למשכיר. ותירצו תוס' דשאני התם שנכנס בהיתר. והנה יש לעיין מה היא סברתם בקושייתם ומה הם סוברים בתירוצם, דמה היא הסברא לומר שמהני תפיסה בהיתר.

ועוד יש להעיר דלכאורה התם אין זה בכלל ציור של תפיסה, אלא שאם הי' בא בתחילת החודש הי' נחשב דין תורה על הבית, ובנוגע להבית הרי ידו של המשכיר על העליונה, כי יש לו חזקת מרא קמא, ואילו כשבא בסוף החודש הדין תורה הוא עכשיו על דמי שכירות, והרי השוכר הוא המוחזק על כספו, וא"כ נמצא שלא תפס כלום, אלא שנשתנה מלהיות דין תורה על הבית ונעשה דין תורה על הכסף, וא"כ למה זה נקרא שתפס.

ועי' ברש"י בדף ק"ב ע"ב בד"ה בסוף החודש כולו לשוכר שנראה שפי' שכן הוא באמת הטעם למה אם בא בסוף החודש כולו לשוכר דעיי"ש שכתב וז"ל, העמד ממון על חזקתו עכ"ל, הרי שפי' משום שהוא מוחזק על המעות, ולא פי' משום שתפס את דיור הבית ושהוא עכשיו מוחזק עכשיו בדיור הבית.

ויש ליישב את דעת תוס' דס"ל שגם כשבא בסוף החודש הרי זה נקרא שהוא תובע ממנו בחזרה את הבית שלו באותו חודש, כלומר הדיור של הבית, רק שמכיון שאי אפשר להחזיר דבר זה, הרי הוא צריך

לשלם כסף תמורתו, אבל בעצם גם בסוף החודש הרי זה נקרא דין תורה על הדיור שהשוכר תפס, והיינו משום די"ל שתמיד מיקרי שדנין את שורש הספק, והכא שורש הספק הרי הוא תמיד על הדיור של הבית, והרי את הדיור השוכר שפיר תפס, ולכן לא מהני מה שהוא מוחזק במעותיו. ובאמת רש"י בדף ק"ב ע"ב בד"ה ורב נחמן אמר כתב שזהו סברת רב נחמן שסובר שם שאפילו אם בא בסוף החודש כולו למשכיר, רק שהקשינו על תוס' שלכאורה י"ל שסברת שמואל היא שנשתנה להיות דין תורה על המעות, ועכשיו אנחנו אומרים שתוס' נוקטים שבע"כ צ"ל שלעולם גם שמואל מודה לרב נחמן שצריכים תמיד לדון את שורש הספק, רק ששמואל סובר שמהני תפיסה, ולכן הקשו תוס' מהא דמבואר כאן דלא מהני.

עוד יש ליישב את דעת תוס' בקושייתם אפילו לפי מה שנקטנו שנשתנה להיות דין תורה על כסף השכירות, דהנה יש לחקור, מתי נעשה הפסק דין של הממע"ה, דמצד אחד י"ל שהוא נעשה מיד בשעת המעשה כתולדה מהשאלה במציאות, עוד לפני שבאו לב"ד, דכן נפסק כבר מסיני שהמוחזק מנצח, ומש"ה אזלינן בתר המוחזק הראשון, וב"ד רק מבררים שהציור הוא באמת ציור של המוציא מחבירו עליו הראי', ועוד יש להוסיף שזהו הטעם למה תפיסה לאחר שנולד הספק לא מהני, כי הוי תפיסה לאחר שכבר נפסק שהדין הוא עם הראשון, אבל מצד שני י"ל שהדין של המוציא מחבירו עליו הראי' מתחדש באמת רק ע"י הפסק של ב"ד.

(והנה עי' בקובץ הערות בסי' ע"א

סק"ב שביאר שהצד של תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו סובר שסוף הדין של מוחזקות הוא שאין משנים את המצב מספק בלי סיבה, כלומר "דכאיב לי" כאיבא אזיל לבי אסיא", אבל אין כאן דין של חזקה חיובית, ומש"ה מכיון שעכשיו החפץ הוא אצל התוקף, גם ממנו אין מוציאין ואין אנו משנים את המצב בלי סיבה, אבל הצד הסובר שתקפו כהן מוציאין אותו מידו סובר שמוחזקות היא בגדר חזקה חיובית של חזקת ממון ומש"ה מוציאין מיד התוקף, וכתב שיש עוד נפ"מ בין שני הצדדים הנ"ל שכתב בענין יסוד הדין של מוחזקות, והיינו היכא שהמוחזק קידש בו אשה, האם היא ספק מקודשת או ודאי מקודשת, ולהלן בסק"ו הוסיף לחקור שלפי הצד שמוציאין אותו מידו א"כ יתכן שהיכא שאמרינן שהממע"ה לא רק שנותנין לזה את הדינים של ממון שהוא ודאי שלו, אלא שבאמת הממון נעשה במציאות הממון שלו ע"י התורה אפילו אם כלפי שמיא גליא שהשני צודק ושהוא שיקר. ואולי לפי הצד הזה שהממון נעשה שלו אפילו אם כלפי שמיא גליא שבאמת אינו שלו, יותר מסתבר לומר שהממע"ה נפעל דוקא ע"י פסק דין ע"י ב"ד, וצ"ע.)

ומעתה י"ל שתוס' בקושייתם סברו שהממע"ה נפסק מצד התורה מיד כשנולדה השאלה, ולכן תמיד לא מהני תפיסה כי הוי תפיסה לאחר שכבר נפסק הדין, וא"כ גם בשנה מעוברת שם הרי הדין נפסק בתחילת החודש בשעה שהמשכיר הוא המוחזק, ומש"ה הדין גותן שלא מהני דיורו של השוכר להופכו לשאלה על הכסף של שכר דירה כי הוי כבר לאחר שנפסק

הדין, ומש"ה לא הפריע לתוס' בקושייתם מה שלא הוי ציור של תפיסה (אלא ציור שהשאלה השתנה מדיוור לשכירות), כי סברו שאם תפיסה לא מהני כי הוי כבר לאחר שנפסק הדין, גם השתנות הדין תורה לא מהני כי הוי כבר לאחר שנפסק הדין. מיהו צ"ע דא"כ מה הוא תירוצם של תוס', דמה מועיל מה שנכנס בהיתר, הלא הוי כבר לאחר שנפסק הדין.

מיהו י"ל שבתירוצם סוברים תוס' שאין הדבר כן, אלא הדין של הממע"ה נפסק בזמן שב"ד פוסקים את הדין, רק שב"ד פוסקים כמו מי שהי' המוחזק הראשון ולכן לא מהני תפיסה אפילו אם תפס קודם שנפסק הדין כיון דהוי מיהא לאחר שנולד הספק, אבל הכא השוכר שינה את הדין תורה מדיוור לכסף, ועשה כן לפני שהמשכיר תבע אותו בב"ד, ואם הי' המשכיר צווה מתחילת החודש שאינו רוצה שידור שם א"כ במציאות לא הי' השוכר יכול לדור שם, ולא הי' מועיל אז מה שהוא משנה את הדין תורה מדיוור לכסף, כמו שתפיסה אינה מועלת אז, רק שהמשכיר הרשהו לדור שם ע"י שלא תבע אותו בב"ד, ולכן הי' יכול לשנות את הדין תורה מדיוור לדמי שכירות, אבל היכא שדנין על חפץ מסוים יתכן שתוס' מודים שלא יועיל תפיסה לאחר שנולד הספק אפילו אם הוי תפיסה בהיתר. מיהו אכתי צ"ע כי העיקר של דרך זה חסר מדברי תוס'.

רסג) בענין הנ"ל.

והנה תוס' בכתובות דף כ' ע"א, וכן בב"ב דף ק"ה ע"א בד"ה אבל בא, תירצו

על קושייתם ששאני בבית שם דאודויי אודי ל"י, פי' דמה שלא מיחה על דירתו הרי זה מתפרש כהודאה. וצ"ע למה אינו יכול לומר שלא נתכוין להודות, דהא לא הודה לפני עדים או בב"ד. וצ"ל דחשיב שיש אנן סהדי שלא בא בתחילת החודש משום שנתכוין להודות. ולא עוד אלא דיש כאן באמת הודאה בפני עדים ובפני ב"ד שהרי נותן לו לדור שם בפני כל העולם. מיהו צ"ע איזה אנן סהדי הוא זה הלא אולי לא בא בגלל שרצה שידור שם כדי שיוכל לתבוע ממנו את השכר אבל מעולם לא נתכוין להודות שהוא יכול לדור שם בלי השכר.

ועוד קשה על דבריהם דהא השאלה היא על כלל העולם מה היא משמעות הלשון, האם הלשון ראשון או הלשון אחרון, וא"כ מה שייך "אודויי אודי ל"י", ושמה שהיחיד הזה בא בסוף החודש הרי זה ראוי לשאלה זו. מיהו את זה יש ליישב שהכוונה היא שהוא מודה שכן הי' מדובר ביניהם למרות שאולי משמעות הלשון משמע אחרת, וצ"ע.

עוד יש להקשות על תוס' בכתובות ובבב"ב שם, דהא להלן כאן בדף ק"ב איתא להדיא בגמ' שטעמו של שמואל הוא משום ד"תפס", ולא משום הודאה. וכן הקשה התומים, הובא בנתי"מ בכללי תפיסה אות ג'. ועיי"ש בתירוץ של הנתי"מ.

ועוד דאמרינן שם שרב נחמן חולק על שמואל וסובר שגם בבא בסוף החודש כולו למשכיר משום שקרקע בחזקת בעלי' קיימא, ואילו לפי הנ"ל קשה דאיזה נתינת טעם היא זו, הלא גם שמואל מודה שקרקע

בחזקת בעלי' קיימא רק שהוא סובר שיש כאן הודאת בעל דין וא"כ ביותר הי' רב נחמן צ"ל שאין כאן הודאה.

עוד יש לתמוה על תוס' בבב"ב שם דאם הכוונה היא להודאה א"כ למה אם בא באמצע החודש הדין הוא שיחלוקו, הלא ממ"נ אם מסתכלים על העובדא שלא בא בתחילת החודש כהודאה א"כ כולו לשוכר, ואם לא חשיב הודאה אז כולו למשכיר, שהרי אזלינן שתפיסת השוכר לא מהני. ועי' בתוס' בבב"ב שם שלפי פירושו של המהרש"א שם בדבריהם כוונתם היא להקשות את הקושיא הנ"ל.

והפני שלמה בבב"ב דף ק"ה ע"א ביאר שתוס' סוברים שבא באמצע החודש הרי זה בגדר ספק הודאה רק שיש קצת רגלים לדבר שנתכוין להודות ומש"ה מהני תפיסה (ושילב דבר זה לתוך כוונת תוס' שם על פי גירסת המהרש"א בתוס'. ובאמת כסברתו יש להסביר גם את הגירסא בתוס' שם דגריס ומש"ה יחלוקו עיי"ש).

מיהו באמת גם בלי שהדברים נוטים יותר שנתכוין להודות הלא בכל הסוגיא כאן מבואר דאע"פ שתפיסה לא מהני אם צווח כל הזמן, אבל היכא שזה בגדר ספק הודאה אין מוציאים מיד התופס, דכן מבואר בהצד הראשון של תקפה אחד בפנינו לפי הדרך דהוי צד ספק שמא הוא מודה, וכן מבואר לפי הפוסקים שאין מוציאים כי הוי איבעיא דלא איפשטא, וכן מבואר מביאורו של הר"ן בהאיבעיא של תקפה אחד בפנינו מוציאים או אין מוציאים דמבואר בפירושו דהיכא שיש ספק הודאה אין מוציאים מיד התופס (היכא שאין כאן אנן סהדי), וכבר ביארנו ענין זה שבספק

הודאה מהני תפיסה לעיל באות רל"ו, וא"כ הה"נ לענין בא באמצע החודש י"ל דהוי בגדר ספק הודאה ואין מוציאין את החצי חודש שתפס ולא קשה מידי. שו"ר בנתיה"מ בכללי תפיסה אות ג' שביאר כדרך זה את כוונת תוס'. וע"ע בענין אם חשיב תפיסה קודם שנולד הספק באות רל"ו (קטע "עי"ל" ולהלן שם).

ועכ"פ התומים בקיצור תקפו כהן אות מ"ה ביאר שכוונת תוס' שם במה שכתבו שאודויי אודי היא לתפיסה בהיתר וכדבריהם כאן. והוסיף לבאר שכוונת לשונם של אודויי אודי היא שהוא מודה שהתפסו ברשות ושרצה שהשוכר ידור שם במשך החודש הי"ג כדי לתבוע את דמי השכירות עבור אותו חודש.

והנה הקשוני שאם הטעם למה יחלוקן באמצע החודש הרי זה משום שתפס את החצי החודש, ומהני תפיסה או מטעם הנתיה"מ או מטעם הפני שלמה, א"כ מי מעכבו מלהמשיך לדור שם את יתר החודש ולתפוס גם את יתר החודש. והנה לכאורה יש ליישב בפשיטות דאה"נ, אם ימשיך לגור שם במשך יתר החודש, גם מזה יהי פטור, כי תפס מתוך מצב של ספק הודאה, רק דמיירי באופן שהשוכר אינו רוצה לריב עמו ולהמשיך לגור שם בכח אלא הרי הוא רוצה לדעת אם הוא חייב לשלם עבור מה שדר עד עכשיו, וממילא אומרים לו שעד עכשיו שנעשה תפיסה הרי אתה פטור.

ועוד י"ל דאפילו אם תפיסה מהני אבל אם ב"ד יכולים לעכבו מלתפוס הרי הם מחויבים לעכבו מלתפוס. ואע"פ שאחרי התפיסה חפץ יהי אצלו ואמרינן את הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי

אסיא, אבל בכל זאת כל זמן שהחפץ נמצא אצל הראשון, יש לו באמת זכות שב"ד ישמרו את המצב ולא ישאירו את הדבר הפקר. והרי גדולה מזו כתב הרמ"ה ביד רמה בפרק חזקת הבתים אות מ' והיינו שאפילו היכא ששייך לומר רק את הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא (בלי הדין של חזקה חיובית שיש במוחזקות), אם תפס מוציאין מידו, וזהו דלא כהדרך שהטעם למה תקפו כהן אין מוציאין הרי זה משום שסוף הדין של מוחזקות הוא שאין משנים את המצב בלי סיבה אלא ס"ל להרמ"ה שגם לפי הצד הזה בביאור מוחזקות הרי אנו מוציאין אותו מידו של התופס, ועכ"פ בודאי ניתן להאמר שגם אם לא נאמר כהרמ"ה אבל הא ודאי שאנו מעכבים את תפיסתו לכתחילה.

ועוד יש ליישב על פי מה שביאר עוד הנתיה"מ שהטעם למה מהני תפיסה היכא שיש ספק הודאה הרי זה כי הוי תפיסה קודם שנולד הספק שהרי הוא תופס ואח"כ בא הספק הודאה של שתק ולבסוף צווח, וביאר שגם בהציור של שכירות בית הרי הוא תופס את חצי החודש ורק אח"כ תובע המשכיר ונולד כאן ספק הודאה, ומעתה לפ"ז אם יגור הלאה בהחלק השני של החודש הרי זה כבר תפיסה לאחר שנולד הספק של ספק הודאה.

ולהלן נכתוב עוד בענין זה.

רסד) בא"ד.

וז"ל, ועי"ל דאין נאמנים דלא מקרעינן לי' ולא מגבינן בי' ולא לענין תפיסה עכ"ל. נראה שכוונתם היא דלא קרעינן לי' כי עוד יתכן שיתכשר ע"י שיבואו עדים

לפסול את העדים האלו בגזלנותא אשר אז ישאר שטר כשר ולכן לא קרעינן ליה. והנפ"מ בזה שלא קרעינן ליה הוא שאם ביני וביני ימכור הלוח קרקעותיו ללקוחות א"כ אח"כ יוכל המלוה לגבות מהם כי נקרא שמכר בזמן שהי' קיים מלוה בשטר, משא"כ אם נקרע את השטר אז יחשב שמכר כשהי' רק בגדר מלוה על פה, ואע"פ שאח"כ נכתוב לו עוד פעם שטר אבל לא יוכל לגבות נכסים אלו מהלקוחות כי יצא מזה פסידא דלקוחות כי כשקנו הי' קיים קול שקרענו את השטר ולא מיקרי שאפסידו אנפשיהו כשקנו את הנכסים.

רסה) דברי תוס' בכתובות דף כ' ע"א.

בענין הסוברים שתפיסה מהני כשטוען ברי, ותפס בצנעה, דיש לו מיגו שהי' יכול לומר שלא תפס.

עי' בכתובות דף כ' ע"א בתד"ה ואוקי וכו' שהקשו גם שם על רש"י בכתובות שם למה כתב שבהציור של תרי ותרי על כשרות השטר מהני תפיסת המלוה הלא מסקינן שתקפו כהן מוציאין אותו מידו, וכתבו שהיכא שהוא טוען טענת ברי מהני תפיסה וכגון בהציור של שטר בכתובות שם, אבל לא היכא שהוא טוען שמא וכמו בתקפו כהן, ומש"ה אמרינן בסוגיין שתקפו כהן מוציאין אותו מידו. והנה עיין לעיל שם בדף ט"ז ע"ב בתד"ה איתנוסי וכו' שכתבו שתפיסה מועלת רק היכא שתפס שלא בפני עדים משום שבכה"ג יש לו מיגו דאי בעי אמר שלא תפס, ומשמע מדבריהם שבלי מיגו לא מהני תפיסה אפילו אם הוא טוען ברי, דהא התם איירי

בטענת ברי, וא"כ זהו דלא כדבריהם בדף כ'. מיהו יש לדחות דשאני התם בדף ט"ז שיש ריעותא נגד התפיסה, דהיינו מה שלא עשו לה סימן עיי"ש, וא"כ י"ל שרק בכה"ג ס"ל לתוס' שצריכים מיגו.

מהו אכתי צ"ע על דבריהם בדף כ' ממאי דאמרינן בסוגיין שאם תקפה אחד בפנינו מוציאין אותה מידו, דהא בכה"ג איכא טענת ברי, וא"כ אמאי לא מהני תפיסה.

ואולי י"ל בדרך אחרת, והיינו שתוס' בדף כ' שם סמכו את עצמם על מה שכתבו לעיל בדף ט"ז שם שתפיסה מהני רק כשתפס שלא בפני עדים, וכוונתם בדף כ' היא לומר שנוסף לזה בעינן גם טענת ברי, משום שדבר פשוט הוא שמיגו לא מהני למי שטוען שמא, וס"ל לתוס' שגם בתקפו כהן לספק בכור, מן הסתם איירי בתפיסה לפני שבאו לב"ד ושלא בפני עדים, ולכן הקשו אמאי מוציאין אותו מידו, ועל זה תירצו דהיינו משום שליכא התם טענת ברי. ולפי הנ"ל תו לא קשה מתקפה אחד בפנינו דמוציאין אותה מידו, כי התם ליכא מיגו מאחר שתקפה בפנינו.

ולפי דרכינו הנ"ל יש ליישב עוד קושיא, דהנה עי' בב"ב דף ב' ע"א בתד"ה לפיכך וכו' שכתבו שהיכא ששנים טוענים שבנו את הכותל שביניהם, והכותל נפל לרשותו של אחד מהם, הרי זה בגדר תפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני, והקשה הקונטרס הספקות בכלל ב' אות ז' שזה סותר את דברי תוס' בכתובות דף כ' שתפיסה לאחר שנולד הספק מהני בטוען טענת ברי. מיהו לפי דרכינו הנ"ל אין כאן סתירה כי התם בהציור של כותל אין לו

מיגו שהי' יכול לומר שלא היתה כאן תפיסה שהרי ידענין שנפל לתוך רשותו.

והנה לפי דרכינו הנ"ל יוצא דס"ל לתוס' בכתובות בדף כ' שם שמיגו מועיל במקום תו"ת, שהרי הסיפא של הברייתא בכתובות שם הוא ציור של תו"ת, והרי אנו נוקטים עכשיו שתפיסתו מהני רק משום שיש לו מיגו.

והנה עיין בשט"מ לעיל בדף ט"ז שם שהביא ראשונים שמפרשים להדיא כדברינו הנ"ל שבהסיפא של הברייתא בדף כ' מהני תפיסה משום שתפס שלא בפני עדים וממילא יש לו מיגו, והוסיפו דהא דלא מהני תפיסה בהרישא הרי זה משום שבהרישא המיגו הוא בגדר מיגו במקום עדים, דהיינו העדים שפוסלים את השטר (אבל בהסיפא מכיון שהשטר מקוים הרי זה מיגו במקום תו"ת וכהנ"ל).

מיהו עיי"ש בד"ה זמנין וכו' שהביא גם הרשב"א את הפירוש הנ"ל, ודחה אותו משום שגם בהרישא לא הוי מיגו במקום עדים משום שגם להמלוה יש עדים דהיינו עדי השטר. ולכאורה דבריו אינם מובנים דהא בהרישא מיקרי מיגו במקום עדים כי עוד לא נתקיים השטר וכתוס' בדף י"ח ע"ב שם בד"ה הרי אלו נאמנים שכתבו דכיון שעוד לא נתקיים השטר המיגו של הפוסלים לא מיקרי מיגו במקום עדים.

ולכאורה אפשר לומר דס"ל להרשב"א שגם לפני קיום הרי השטר נחשב בגדר עדות ושטר רק שחכמים עיכבו את הגבי' ותיקנו שלא לגבות על פיו קודם קיום, אשר לפ"ז שפיר שייך לומר כדבריו דלהא מיהא מועיל השטר גם לפני קיום לענין

שלא יחשב שהמיגו שלו הוא מיגו במקום עדים, דלענין זה, דהיינו לענין שלא יחשב מיגו במקום עדים, לא פסלו רבנן את השטר ומיקרי שגם לו יש עדים.

מיהו זהו דלא כדברי השט"מ שם בדף י"ט ע"ב בד"ה הרי אלו נאמנים וכו' שכתב שלא נגמרה עדות השטר עד שנתקיים בב"ד, כי אם נאמר כדברי השט"מ בדף י"ט הרי יוצא שעדיין אין כאן קבלת עדות כלל, וא"כ לא שייך לומר כדברי הרשב"א שגם בהרישא יש עדים לצד המלוה (ויש ליישב את הרשב"א גם בדרך אחרת ואכמ"ל).

ועי' באמת בשט"מ בדף י"ט ע"ב שם שהביא השט"מ בשם הרשב"א דרך אחרת השונה ממה שהביא שם בד"ה הרי אלו נאמנים.

והנה הרשב"א בדף ט"ז הסיק שתפיסה מהני בהסיפא של הברייתא בדף כ' משום שתפיסה מועלת במקום תו"ת, והא דלא מהני בהרישא הרי זה משום שבהרישא ליכא תו"ת. ולכאורה יש לתמוה איך נטה מדבריו לעיל שגם בהרישא יש עדים לצד המלוה.

רסו) עוד בענין הדרך הנ"ל בביאור שיטת תוס' בתפיסה.

הנה בהאות הקודמת הסקנו שכוונת תוס' בכתובות דף כ' ע"א היא לסמוך על מה שכבר כתבו בדף ט"ז שם שמהני תפיסה רק כשתפס שלא בפני עדים אשר בכה"ג יש לו מיגו לומר שלא תפס, ובדף

כ' ע"א הוסיפו שצריכים גם שתהי' לו טענת ברי וכמו שביארנו. מיהו לכאורה דרכנו הנ"ל נסתר מהמשך דברי תוס' בדף כ' שם, דעיי' בדבריהם שהמשיכו להקשות וז"ל, וא"ת בחזקת הבתים גבי זה אומר של אבותי וכו' אמר רב נחמן כל דאלים גבר, ופריך מהמחליף פרה בחמור זה אומר ברשותו ילדה וזה אומר וכו' יחלוקו, ומאי קושיא הא ההיא אתיא כסומכוס ורב נחמן כרבנן, דלרבנן דאמרי הממע"ה היינו דינא דכל דאלים גבר כיון שמהניא תפיסה כשטוען ברי עכ"ל. ומדבריהם יוצא שמהני תפיסה אפילו בגלוי בפני עדים כמו בכל דאלים גבר וכמו במחליף פרה בחמור דידיעין שתפס.

מיהו יש ליישב בדוחק דס"ל דהא ודאי שהתופס הראשון בכל דאלים גבר יכול לתפוס אפילו בפני עדים כי אינו תופס ממוחזק, אבל י"ל שתוס' סוברים שבכל דאלים גבר הרי השני יכול לתפוס בחזרה, דהיינו שאחרי שהראשון תפס יכול השני לתפוס ממנו בחזרה, ולענין זה אפשר להשוות כד"ג להמע"ה ולומר דמהני תפיסה הפעם השני רק אם תפס בצינעה (דיש לו מיגו לומר שקנהו ממנו) כמו שאנחנו אומרים שהיא שיטתם בהמע"ה, וא"כ כוונתם היא להקשות דמה היא הקושיא על ר"ג הלא י"ל שההיא כסומכוס ורב נחמן סובר כרבנן ומה שהוא אומר כד"ג דמשמע שאפשר להמשיך לגבור הרי זה הפסק של הממע"ה כיון שגם בהמע"ה אפשר להמשיך ולתפוס שלא בפני עדים כשיש לו מיגו, וכן יהי' הכוונה גם בכד"ג. מיהו זה נראה דוחק מאד. והנה לעיל ביארנו שבהציוור של שכירות

בית בשנה מעוברת שהביאו תוס', אם בא באמצע החודש יחלוקו משום דמהני תפיסה על תחילת החודש, וכתבנו שם בדרך אחד שבאמת ב"ד מעכבים אותו מלדור שם הלאה כי אפילו כשתפיסה מהני אבל ב"ד צריכים לעכבו מלתפוס. מיהו לפ"ז יוצא שהמע"ה אינו דינא דכד"ג כי בהמע"ה מעכבין אותו מלתפוס אבל בכל דאלים גבר אין מעכבין אותו מלתפוס בחזרה, ואפילו לפי דרכנו עכשיו שבכד"ג סוברים תוס' שמהני תפיסה בחזרה רק היכא שתפס שלא בפני עדים אבל עכ"פ אם ישאל אם מותר לו לתקוף בודאי נגיד לו שמותר.

רסז) עוד דרכים איך ליישב שיטת תוס' בכתובות.

והנה כבר הבאנו באות רס"ה ורס"ו את דברי תוס' בכתובות שתפיסה לאחר שנולד הספק מהני כשיש לו טענת ברי, והא דתקפו כהן מוציאין אותו מידו ולא מהני התפיסה הרי זה כי יש להכהן רק טענת שמא, והקשינו על זה מתקפה אחד בפנינו דמוציאין אותו מידו (היכא שאין הודאה) אע"פ שטוען טענת ברי, וכתבנו שם ליישב את שיטתם משום שצריכים גם מיגו שהי' יכול לומר שלא תפס והרי בתקפה אחד בפנינו ראינו שתפס ואין מיגו, אלא שהסקנו שהדרך הנ"ל הוא דוחק.

ועי' גם ברא"ש כאן בסי' י"ג שכתב שתפיסה מהני בטענת ברי, וא"כ גם על הרא"ש קשה מתקפה אחד בפנינו, ובדעת הרא"ש קשה לומר כדרכינו הנ"ל כי הרא"ש לא הזכיר כלל שצריכים שיהי' לו

מיגו ע"י שתפס שלא בפני עדים.

ובאמת יש עוד כמה דרכים איך ליישב למה לפי תוס' לא מהני תפיסה בטענת ברי בשנים אוחזין בטלית.

א. דרכו של מוהר"ח הכהן (אחיהם של הקצה"ח והקונטרס הספקות).

ע"י בב"ב דף ב' ע"א בתד"ה לפיכך וכו' שכתבו שהיכא ששנים טוענים שבנו את הכותל שביניהם, והכותל נפל לרשותו של אחד מהם, הרי זה בגדר תפיסה לאחר שנולד הספק ולא מהני, והקשה הקונטרס הספקות בכלל ב' אות ז' שזה סותר את דברי תוס' בכתובות דף כ' שתפיסה לאחר שנולד הספק מהני בטוען טענת ברי. מיהו לפי דרכנו הנ"ל אין כאן סתירה כי גם שם בהציוור של כותל אין לו מיגו שהי' יכול לומר שלא היתה כאן תפיסה שהרי חזינן שנפל לתוך רשותו.

ובקונטרס הספקות כתב ליישב בשם אחיו וז"ל, ואחי אלופי מוהר"ח הכהן שן השיב לי שהתוס' מחלקים בדרך זה, דהיכא שתחילת הדין היא הממע"ה אז מהני תפיסה אפילו אחר שנולד הספק כל שטוען ברי, דכיון דאילו היו באין תחילה לדין הי' ג"כ הדין הממע"ה, אלא שמתחילה הי' הראשון מוחזק ועכשיו השני, ואין הדין משתנה, אבל היכא שתחילת הדין ביניהם יחלוקו כי האי דריש בתרא, אפילו תפס אחד אח"כ, מפקינן מיני' להעמיד הדין בחזקתו עכ"ל.

ולפי דרכו יש ליישב גם מה שהקשינו על תוס' בכתובות שם מתקפה אחד בפנינו דלא מהני תפיסה אע"פ שהוא טוען טענת ברי, כי כבר הארכנו לעיל באות א' להביא

שיש אומרים שבשנים אוחזין בטלית הטעם שאומרים יחלוקו אינו משום מוחזקות והדין של הממע"ה אלא הרי זה הדין יחלוקו של ספקות, וא"כ גם בכה"ג אם מהני תפיסה הרי אנו משנים את הדין מיחלוקו לחזקת ממון ומוחזקות, ומש"ה לא מהני תפיסה, ואינו כמו הציור של תקפו כהן וכן הציור של שטר חוב בכתובות שם וכן הציור של כתובת בתולה בדף ט"ז שם שגם הפסק הראשון הוא דינא דהמע"ה.

ובאמת לפי דרכו צ"ל שהוא נוקט שגם בריש ב"ב, בכותל שבין חצר לחצר, ה"יחלוקו" אינו משום מוחזקות, כי אילו כן אין אנו משנים את הדין בגלל התפיסה, כי גם ה"יחלוקו" הוא בעצם הדין של הממע"ה.

ב. הדרך דשאני היכא שיש אנן סהדי.

עוד יש ליישב לפי הדרך שבשנים אוחזין בטלית יש אנן סהדי ממש שכל מה שתחת יד אדם שלו הוא, די"ל שלא מהני תפיסה להוציא מהאנן סהדי הנ"ל שחצי הוא שלו.

ג. הדרך שרק כשיש שיש דררא דממונא מהני תפיסה.

עוד י"ל שמה שתפיסה מהני הרי זה רק בציוור של דררא דממונא, דהיינו שגם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד, אבל בכגון שנים אוחזין דמיקרי שאין דררא דממונא כדאמרינן לעיל בדף ב' ע"ב וג' ע"א, לא מהני תפיסה אע"פ שיש לו טענת ברי, כי ע"י טענתו לחדד אינו יכול להוציא מהחזקת ממון של המוחזק.

רסח) תפיסה כשיש כנגדו גם חזקת מרא קמא.

הנה בפשטות כל הדיון בהסוגיא כאן הוא אודות הכח של מוחזקות, דהיינו האם מהני תפיסה ממוחזק או לא, אבל צ"ע למה לא דנינן גם מצד שבספק בכור ובספק פדיון פטר חמור יש להישאל גם חמ"ק.

והנה אם יסוד הדין של חמ"ק הוא סוג מסוים של מוחזקות וכמו שצייד הקונטרס הספקות לומר בכלל א' אות ה' א"כ לק"מ, כי הוי דבר אחד בהדי מוחזקות, אבל לפי הצד השני שלו דהוי בגדר חזקה קמייתא כמו באיסורין יש להעיר כהנ"ל למה לא דנינן מצד שיש להישאל חמ"ק. ובאות רע"ב רע"ג ורע"ד אכתוב כמה מהלכים בזה, דהיינו למה לא דנין מצד חמ"ק או האם באמת הסוגיא שפיר דנה בזה.

רסט) דרכו של הקובץ הערות בביאור הצדדים אם תקפו כהן מוציאין אותו מידו או לא.

ע"י בקובץ הערות בסי' ע"א אות ב' שכתב לבאר שהצד לומר שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו הוא שסוף הדין של מוחזקות הוא רק הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא וכדברי רב אשי בב"ק דף מ"ו ע"ב, כלומר שאין משנים את המצב בלי סיבה, ולכן מאחר שהשני תפס, גם את המצב הזה אין משנים בלי סיבה, ומש"ה משאירים את החפץ אצלו, והוי חד דינא עם כל דאלים גבר, ואם קידש אשה בהממון הרי היא רק ספק

ואנו נוקטים בדרך זה שספיקא דתרי ותרי בכתובות שם חשיב דררא דממונא כי גם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד מכה העדים, וכ"כ בחידושי רבי שלמה (היימן) בכתובות סי' ח'.

וראיתי תולים בזה את המחלוקת בין הרמב"ן והרשב"א לבין הרי"ף והרשב"ם בב"ב דף ל"א ע"ב אם בספיקא דתרי ותרי אמרינן כל דאלים גבר, כי היכא שיש דררא דממונא לא אמרינן כד"ג כדאיתא בדף ל"ה שם.

וכהדרך הנ"ל לחלק שתפיסה מועילה רק בדררא דממונא כתב הנתיב"מ בכללי תפיסה אות ז', והביא כן מתוס' בדף ק' ע"א בד"ה וליחזי וכו' שכתבו שבמחליף פרה בחמור מהני תפיסת הלוקח כי הוא טוען ברי ויש דררא דממונא.

מיהו בביאור הגר"א ביו"ד סי' שט"ו איתא שהרמב"ם סובר שמהני תפיסה ואין מוציאין מידו גם כשאין דררא דממונא.

וכעיקר החילוק הנ"ל כתב התומים בקיצור תקפו כהן אות נ"ג ונ"ד, דעיי"ש שכתב לתרץ קושיית תוס' למה בבא בסוף החודש מהני תפיסה וכתב משום שהתם יש דררא דממונא משא"כ בספק בכור, אלא שדבריו תמוהין דהא ספק בכור הוי שפיר דררא דממונא דהא יש ספק בלי טענותיהם וכמו שנקטנו לעיל בדברינו (והרשב"א שכתב בתשובה שי"א שספק בכור מיקרי ליכא דררא דממונא י"ל שאזיל שדררא דממונא מיקרי שיש לכל אחד שייכות ממון וכרש"י בדף ב' ע"ב, ודלא כתוס' שם שפירשו שהכוונה היא שגם בלא טענותיהם יש ספק לב"ד).

מקודשת, ואילו הצד לומר שתקפו כהן מוציאין אותו מידו ושלא מהני תפיסה הרי זה משום דס"ל שמוחזקות נחשבת כחזקה חיובית עכ"ד.

ושוב באות ג' שם כתב וז"ל, ולמסקנת הגמ' דתקפו כהן מוציאין מידו א"כ הממע"ה הוא דין ודאי ולא מטעם ספק, ועל כרחך שיש איזה לימוד מקרא, וקשה דבריש הפרה מנין להמע"ה, ופריך רב אשי למה לי קרא סברא הוא דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ותימה דמהא סברא לא ידעינן רק דאין מוציאין מטעם ספק, אבל מנ"ל בלא קרא דהוא דין ודאי, ולמסקנת רב אשי מוכרח פסק הרמב"ם דתקפו כהן אין מוציאין מידו, דדין מוחזק אינו אלא ספק ולא דין ודאי עכ"ל.

ברם לכאורה קושייתו לק"מ די"ל שהצד של מוציאין סובר כר' שמואל בר נחמני בב"ק שם שלומד את הדין של הממע"ה מקרא ולא רק מהסברא הנ"ל של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא.

וכבר ביארנו לעיל באות י"ז שבאמת יש מקום לומר שגם ר"ש בר נחמני שלומד מהפסוק סובר שסוף הדין הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, רק שצריכים את הפסוק כדי לומר שלא סגי בסיבה חלשה כגון מיגו או רוב או ברי ושמא אלא צריכים דוקא עדים, והבאנו את דברי הפ"י בב"ק שם, וכן בגיטין דף מ"ח ע"ב, שכתב שצריכים את הפסוק כדי לומר שרוב או ברי נגד שמא אינם מועילים לשנות את המצב, אלא שמדברי הפ"י אין הכרע אם כוונתו לומר שנתחדש באמת דין של חזקה חיובית ושלכן לא מהני הדברים הנ"ל להוציא ממון, או האם נשאר רק הטעם של

דכאיב לי' כאיבא ובכל זאת לא מהני הדברים הנ"ל.

ער) עוד ביאורים בהצדדים אם תקפו כהן מוציאין אותו מידו או לא.

א. הדרך שיש שתי מחלוקות בין הצדדים.

והנה היד רמה בב"ב פרק ג' אות מ' כתב דלא כעיקר דרכו של הקובץ הערות, דעיי"ש שכתב שבקרקע אין מוחזקות, רק שמשאירים אותו שם כי לא משנים את המצב בלי סיבה והיכא דתיקום תיקום, ואם השני הוציא אותו מהקרקע מחזירין את הראשון. ומדבריו יוצא שגם אם סוף הדין של מוחזקות הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, ג"כ נשאר שאם השני תקף מוציאין אותו מידו, דהא כך הוא בקרקע ובכל זאת כתב שמוציאין אותה מהתוקף, וא"כ כן הוא גם במטלטלין, דהיינו שגם המ"ד שסובר שתקפו כהן מוציאין אותו מידו ושלא מהני תפיסה יכול לסבור שמוחזקות היא רק ענין שאין משנים את המצב בלי סיבה. מיהו מהסוגיא כאן יוצא שאם סוברים שתקפו כהן מוציאין אותו מידו הרי זה משום שזה נחשב בתורת ודאי הממון של הישראל, דהא מבואר שלפי המ"ד שסובר שמוציאין אותו מידו אין חשש של פוטר ממנו בממונו של כהן, ולכאורה הרי זה סותר את דברי הרמ"ה.

ברם י"ל שהרמ"ה מפרש את הסוגיא כך, דאם נאמר שתקפו כהן אין מוציאין מידו א"כ אז בודאי צ"ל שסוף הדין של מוחזקות הוא רק שאין משנים את המצב

בלי סיבה וא"כ יש חשש שהוא פוטר ממונו בממונו של כהן, אבל אם נאמר שתקפו כהן מוציאין מידו אז במטלטלין יש אפשרות לומר שמוחזקות חשיב בגדר חזקה חיובית וחשיב בודאי הממון של הישראל, רק שאעפ"כ אכתי י"ל שהמ"ד שסובר מוציאין נתכוין לומר כן גם בקרקעות וכדברי הרמ"ה שגם בקרקע מוציאין מיד התוקף לפי הצד שתקפו כהן מוציאין אותו מידו אע"פ שהתם ליכא חזקה חיובית אלא סוף הדין הוא רק הסברא של דכאיב לי' כאיבא וכו'.

מיהו לפ"ז צריכים לדחוק שיש ב' מחלוקות בין הצד של מוציאין לבין הצד של אין מוציאין, א', אם סוף הדין של מוחזקות הוא חזקה חיובית, אשר לפ"ז אם תוקפים מהמוחזק מוציאין אותו מהתוקף, וכן אין על המוחזק חשש של פוטר ממונו בממונו של כהן, או האם סוף הדין הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, אשר לפ"ז אם תוקפים מהמוחזק אין מוציאין מן התוקף, וכן יש על המוחזק חשש של פוטר ממונו בממונו של כהן, ב', עוד יש מחלוקת אם מהני תפיסה היכא שקיים רק דין שאין משנים את המצב בלי סיבה דהמ"ד שסובר מוציאין אותו מידו סובר שגם כששייכת רק הסברא של דכאיב לי' כאיבא וכו' לא מהני תפיסה וכדברי הרמ"ה.

ב. הדרך שב' הצדדים סוברים שמוחזקות אינה בגדר חזקה חיובית.

וביותר נראה לפרש שבין המ"ד שסובר מוציאין ובין המ"ד שסובר אין מוציאין,

שניהם סוברים שסוף הדין של מוחזקות הוא הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, רק שהמ"ד שסובר אין מוציאין סובר שהכוונה בזה היא שב"ד מסתלקין ואין עושים כלום כי כדי שב"ד ישנו את המצב צריכים סיבה, ומש"ה ה"ה שאין מוציאין מהתוקף כי גם את המצב הזה לא משנים וכמו שביארנו כבר בשם הקובץ הערות, וכן לפ"ז חשיב הישראל כספק פוטר ממונו בממונו של כהן, אבל המ"ד שסובר מוציאין סובר שנהי שאין במוחזקות כח של חזקה חיובית להכריע שהמוחזק הוא הבעלים כמו שחזקה תמיד מכרעת, אבל בכל זאת משאירים את החפץ אצל המוחזק בתורת פסק שאין להזיזו ממנו בלי ראי', ומעתה הרי זה נקרא שכבר קם דינו ומש"ה מוציאין מיד התוקף, וכן אע"פ שאין כאן הכרעה על עיקר השאלה למי שייך הממון אבל בכל זאת לא מיקרי שהוא ספק פוטר ממונו בממונו של כהן כי כיון שמוציאין מהכהן התוקף הרי הכהנים מתיאשים מהשה. וכבר כתוב דרך זה בשו"ת חמדת שלמה בסי' ב' בהתשובה מבעל הנתיחה"מ.

ועי' גם להלן שנביא מהקוה"ס שנקט שאם הדין הוא שמוציאין מיד הכהן התוקף אתי שפיר למה אין כאן טענה של פוטר ממונו בממונו של כהן אפילו אם נאמר שסוף הדין הוא רק שמשאירים את המצב כמו שהוא ואין כאן חזקת ממון חיובית. וזהו כהדרך הנ"ל ששני המאן דאומרים סוברים שסוף הדין של מוחזקות היא הסברא של דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא.

ג. הדרך ששני הצדדים סוברים שמוחזקות היא שפיר בגדר חזקה חיובית.

גם יתכן לומר דרך שלישי בביאור המחלוקת אם תקפו כהן מוציאין אותו מידו או אין מוציאין, והיינו שלכו"ע מוחזקות היא שפיר בגדר חזקה חיובית, רק שהמ"ד שסובר אין מוציאין סובר שהחזקה החיובית יכולה להשתנות. מיהו לפ"ז צריך לצאת שגם לפי המ"ד שסובר אין מוציאין לא חשיב פוטר ממונו בממונו של כהן כי כל זמן שהוא נמצא אצל הישראל הרי זה ודאי ממונו. ולהלן באות רע"א נביא שכ"כ הכ"מ בדעת הרמב"ם להלכה ודלא כסוגיא דידן. ובדעת המ"ד שסובר מוציאין אותו מידו י"ל שהוא סובר שהחזקה החיובית אינה יכולה להשתנות, א"נ שאי אפשר להעשות מוחזק כשתופסים בדרך גולנות.

ער* (כמה נפ"מ בין הדרכים הנ"ל.

א. תפיסה ברשות.

הנה הרבה ראשונים סוברים שהיכא שתפס ברשות, משתנה המוחזקות, ונהי' התופס בגדר מוחזק אע"פ שלא הי' מוחזק בתחילה. וכתבו כן כדי לבאר הא שבהציוור של מרחץ הדין הוא שאם בא בסוף החודש נחשב השוכר כמוחזק. וכתב הקונטרס הספקות בכלל ז' אות א' שכל הראשונים סוברים שמהני תפיסה ברשות חוץ מהסמ"ג. וכתב הקונטרס הספקות שם שלא מצא מי שסובר כהסמ"ג שתפיסה ברשות לא מהני. מיהו מדברי הפ"י כאן יוצא שגם רש"י סובר דלא מהני, דעי' בפ"י כאן שפי'

שמש"כ רש"י שספק בכור איירי בשתק ולבסוף צווח אין כוונתו לדון מצד ששתיקה כהודאה, אלא כוונתו לדון מצד תפיסה ברשות. ולפ"ז יוצא שהמחלוקת אם מוציאין או לא איירי בתפיסה ברשות, וא"כ מבואר שלהלכה גם תפיסה ברשות לא מהני.

ומעתה, לפי הדרך שכתבנו שתפיסה לא מהני משום שאינו נעשה בגדר מוחזק היכא שתפס דרך גזילה, א"כ היכא שבא לידו ברשות שפיר מהני התפיסה והיינו משום שבכה"ג לא שייך טעם זה. וכן לפי הדרך שתפיסה לא מהני כי החזקה החיובית אינה יכולה להשתנות י"ל שע"י תפיסה ברשות שפיר יכולה היא להשתנות, וכן גם לפי הדרך שמוחזק אינה חזקה חיובית רק שבכל זאת יש כאן הכרעה ופסק דין לא להוציא ממנו, גם לפ"ז י"ל דמהני תפיסה ברשות, והיינו משום שי"ל שכיון שמצד הסברא ע"י תפיסה ברשות הי' התופס צריך להחשב עכשיו המוחזק א"כ אין זה נקרא שהדין הוכרע נגדו כי הכרעת הדין היתה שנגיד הממע"ה והרי עכשיו הנתפס הוא בצדק זה שנקרא המוציא מחבירו.

והנה ע"י בקונטרס הספקות בכלל ג' אות ז' שכתב שאע"פ שבתפיסה בטענת ברי אפשר לתפוס ממנו בחזרה, אבל היכא שתופס ברשות אי אפשר לתפוס ממנו בחזרה. ויש לבאר דהיינו משום דאזיל הקונטרס הספקות שע"י תפיסה ברשות הרי הוא מקבל גם את החזקה החיובית שיש במוחזקות ומש"ה אי אפשר לתפוס ממנו, משא"כ בתפיסה בטענת ברי הרי הוא זוכה

רק להדין שאין משנים את המצב בלי סיבה אשר נגד זה מהני תפיסה וכמו שביארנו לעיל.

ב. תפיסה בטענת ברי.

הנה שיטת תוס' להלן בדף ק' ע"א בד"ה וליחזי, וכן בכתובות דף כ' ע"א בד"ה ואוקי וכו', היא שתפיסה בטענת ברי מהני, והא דתקפו כהן מוציאין אותו מידו הרי זה משום שהכהן הוא רק שמא.

ובטעמא דמילתא למה עדיפא תפיסה בטענת ברי איתא בקונטרס הספקות בכלל ב' אות ד' ובתרומת הכרי בסי' ל"א, די"ל שהיינו על פי שיטת הרשב"א בקידושין דף ס"ו ע"א בד"ה ואינו מחוור וכו' שאפילו היכא שיש חזקת איסור אבל הרי זה אוסר רק על אנשים שאינם יודעים אם החתיכה אסורה או מותרת, אבל מי שברור לו שהדבר מותר אינו חייב להחמיר כהחזקת איסור, וא"כ הה"נ גם כאן כיון שהתופס טוען ברי אינו חייב לקבל על עצמו את המוחזקות של השני ולא את החזקת מרא קמא של השני.

מיהו שוב הביא שהרשב"א עצמו סובר שתפיסה לא מהני אפילו בטענת ברי. וכתב הקונטרס הספקות דהיינו משום שיש לדחות תלי' זו כי שאני התם בציורו של הרשב"א שזה נוגע רק לו עצמו, ולכן כשהוא עצמו אומר ברי לי הרי זה קובע את דינו, אבל הכא הרי זה נוגע לחבירו, וזה לא מצינו שהעובדא שהוא עצמו טוען שברי לו ישפיע על חבירו.

מיהו לפי הדרך שכתבנו שמוציאין כי דרך גזילה אינו מועיל לעשותו מוחזק י"ל שהטעם למה תפיסה בטענת ברי מהני הרי

זה משום שבכה"ג אין זה נחשב שהוא תופס בדרך גזילה.

ולפי הדרך שכתבנו שמוחזקות אינה חזקה חיובית רק שלא מהני תפיסה כי יש כאן פסק דין חיובי לא לשנות את המצב בלי ראי' א"כ י"ל שהפסק דין של המוציא מחבירו עליו הראי' לא נאמר כלפי מי שברי לו דלא כהפסק ההוא, וממילא אי אפשר לומר לגבי' דידי' שכבר הוכרע הדין וקם דינא כי לגבי' דידי' לא הוכרע כלום.

מיהו לפי הדרך שחזקה חיובית אינה יכולה להשתנות א"כ לכאורה טעם זה שייך גם כשיש טענת ברי.

והנה עי' בקונטרס הספקות בכלל ג' אות ז' שכתב שהיכא שתפס בטענת ברי יכול הראשון לחזור ולתפוס ממנו. ויש לבאר בשני דרכים:

א', כי התופס הראשון אע"פ שיכול לתפוס וכמו שביארנו, ואיבד הראשון את המוחזקות שלו, אבל אין התופס מקבל את החזקה החיובית שיש במוחזקות, רק שאין מוציאין ממנו בלי סיבה, ומש"ה יכול הראשון לתפוס בחזרה אפילו בטענת שמא. ולפ"ז שוב יוכל גם השני לתפוס בחזרה ממנו אפילו בטענת שמא (כגון כשחזר בו מהטענת ברי) כי הנתקף הראשון איבד ע"י התפיסה הראשונה את החזקה החיובית של מוחזקות (מיהו הדין נותן שמכיון שחזר הנתקף הראשון לטעון שמא א"כ מעתה חוזרת החזקה החיובית להנתקף הראשון).

ב', שלעולם התופס הראשון מקבל גם את החזקה החיובית שיש במוחזקות, והא דיכול הנתקף לתפוס ממנו בחזרה אפילו בטענת שמא הרי זה כי גם הוא לא איבד את החזקה החיובית של מוחזקות שהיתה

לו, ובכה"ג אם נאמר שהתופס הראשון שפיר מאבד את המוחזקות שקיבל על ידי שהנתקף הראשון תופס בחזרה א"כ הוא יוכל לחזור ולתקוף רק בטענת ברי כמו בתחילה.

מיהו כבר הבאנו שהקונטרס הספקות הסיק שסוף הדין של מוחזקות הוא דכאיב ל' כאיבא אזיל לבי אסיא ולא בגדר חזקה חיובית.

ג. תפיסה קודם שנולד הספק.

הנה שיטת תוס' בסוגיין, וכן בכתובות דף כ' ע"א, היא שתפיסה קודם הספק מהני. ועל פי הנ"ל י"ל דהיינו משום דלא חשיב דרך גזילה ואלמות כיון שעוד לא נולד הספק. ולפי הדרך הזה יוצא שתועיל רק אם בשעה שתופס ה' המצב לטובתו, רק שאח"כ נולד ספק לרעתו, דבכה"ג מכיון שתפס בשעה שעוד לא ה' צד כנגדו אין זה דרך גזילה, אבל אם תפס בשעה שה' הכל לרעתו, רק שאח"כ נולד צד וספק לטובתו, לא תועיל מה שתפס קודם שנולד הספק, וכן סובר הקונטרס הספקות בכלל ג' אות ו', וכתב שכן נראה פשוט לו מצד הסברא, אלא שהביא שהרבה פוסקים כתבו לא כן אלא שגם היכא שתפס כשהכל ה' לרעתו רק שאח"כ נולד ספק לטובתו מהני תפיסתו. וכתב התומים דהיינו משום שהם סוברים שהעיקר הוא מה שהוא תפוס בשעה שנולד הספק. ולכאורה זה אתי שפיר לפי הביאור שכתבנו בהאות הקודמת בסק"ב שתפיסה לא מהני משום שכבר הוכרע הדין שאין להזיזו, דלפ"ז תפיסה קודם שנולד הספק מהני משום שעוד לא הוכרע הדין כנגדו, והעיקר הוא מי הוא

המוחזק בשעה שהדין מוכרע, וצריכים להוסיף שהדין מוכרע מסיני מיד כשנולד הספק (ועי' עוד בזה להלן בסמוך), וא"כ לפ"ז מהני מה שהוא המוחזק בשעה שנולד הספק אפילו אם בשעה שתפס ה' הכל לרעתו. וכן אתי שפיר השיטה הנ"ל לפי הדרך שתפיסה לא מהני משום שאי אפשר לשנות את החזקה החיובית של מוחזקות די"ל שחזקה זו נקבעת בשעה שנולד הספק, ומש"ה תפיסה שלפני זה מהני אפילו אם תפס בשעה שהכל ה' לרעתו.

ובדעת הקונטרס הספקות י"ל דס"ל כהצד שתפיסה לא מהני משום דהוי דרך גזילה, והא דמהני קודם שנולד הספק הרי זה כמו שביארנו דבכה"ג אינה דרך גזילה, ומש"ה בעינן שיתפוס בשעה שהכל ה' לטובתו כי רק אז לא חשיב דרך גזילה.

ועי' עוד בקונטרס הספקות שם באות ז' שנסתפק אם בתפיסה קודם שנולד הספק יכול הראשון לתפוס בחזרה קודם שנולד הספק בטענת שמא, והסיק ש"יותר מסתבר ל"י לומר ששפיר יכול. מיהו הנתיה"מ בכללי תפיסה אות ט"ז סובר שאינו יכול. ויש לתלות את הדבר בהנ"ל, דהנה אם הטעם למה מהני תפיסה קודם שנולד הספק הרי זה כי התופס הוא המוחזק בשעת הכרעת הדין א"כ י"ל שחשיב משום כך שהוא המוחזק המקורי, ולא מסתכלים עליו כתופס אלא כהמוחזק המקורי, ואם יש במוחזקות חזקה חיובית א"כ יש לו גם החזקה החיובית שיש במוחזקות, ומש"ה לא מהני תפיסה בחזרה ממנו בטענת שמא, אבל לפי הדרך שתפיסה קודם שנולד הספק מהני משום שאינה דרך גזילה ומש"ה יכולה המוחזקות להשתנות א"כ

י"ל שאינו מקבל את החזקה החיובית שיש במוחזקות רק שאין מוציאים ממנו בלי סיבה וא"כ תפיסה בחזרה ממנו תועיל.

וע"ע בנתיחה"מ בכללי תפיסה אות י"ב ואות י"ג שסובר שאם תפס קודם שנולד הספק משום שידע שיוולד ספק, לא מהני, ודלא כהתומים שהביא שם סובר דשפיר מהני. ולכאורה גם זה תלוי בהנ"ל, דאם תפיסה קודם שנולד הספק מהני משום שאינה דרך גזילה א"כ י"ל שהציוור הנ"ל חשיב שפיר דרך גזילה, אבל לפי הדרכים שכתבנו דמהני משום שהמוחזקות נקבעת בשעה שנולד הספק א"כ גם בכה"ג הרי הוא זה שמוחזק בשעת הכרעת הדין. מיהו לפ"ז זה יוצא שהנתיחה"מ סובר שהטעם הוא משום שלא הוי דרך גזילה, ואילו בהא דסובר דלא מהני תפיסה בחזרה בטענת שמא רצינו לומר שהוא סובר את הטעם שהמוחזקות נקבעת בשעת לידת הספק. מיהו י"ל דבעינן שתי המעלות דהיינו שהעובדא שהוא זה שמוחזק בשעה שהדין מוכרע הרי זה קובע שהוא המוחזק המקורי ומש"ה אי אפשר לתפוס ממנו בחזרה בטענת שמא, אבל הרי זה קובע כן רק כשתפסתו לא היתה בדרך גזילה כמו היכא שתפס כי ידע שיוולד ספק.

גם יש לתלות בהנ"ל את המחלוקת בין התרומת הדשן והש"ך אם השעה ש"נולד הספק" היא השעה שהספק התחיל במציאות, או השעה שהספק הובא ונתגלה בב"ד, דהנה התרומת הדשן בסי' שכ"א הוכיח שהרא"ש סובר שתפיסה קודם שנולד הספק לא מהני מהא דכתב הרא"ש שטעמו של רב נחמן למה גם בבא בסוף החודש הדין הוא עם המשכיר הרי זה כי השוכר

תפס ותקפו כהן מוציאים אותו מידו, והרי התם השוכר תפס קודם שנולד הספק וא"כ מוכח שהרא"ש סובר שגם תפיסה קודם שנולד הספק לא מהני, והש"ך דחה רא"י זו כי הספק התחיל בתחילת השנה מיד כשניסחו את ההסכם שביניהם, רק שעוד לא הובא הספק לב"ד, ומכיון שהספק התחיל בשעת ההסכם הרי זה נקרא תפיסה לאחר שנולד הספק. ומעתה אם תפיסה קודם שנולד הספק מהני משום שאינה דרך גזילה א"כ מסתבר לומר שאם תפס לאחר שכבר קיים הספק הרי זה חשיב דרך גזילה אפילו אם עוד לא הובא לב"ד כי התופס עצמו שפיר יודע שיש ספק, אבל אם נאמר שתפיסה קודם שנולד הספק מהני משום שתפס בשעה שעוד לא הוכרע הדין יתכן שהדין מוכרע רק אחרי שב"ד קיבלו את הספק, וצ"ע.

ועי' עוד בקונטרס הספקות בכלל ג' אות ה' שהביא מהש"ך שתפיסה במקרה של ספיקא דדינא, דהיינו היכא שאיתא בגמ' תיקו, או שנשאר איבעיא דלא איפשטא, חשיב תמיד תפיסה אחרי שנולד הספק כי הספק נולד בימי חז"ל, והיינו אפילו היכא שבא לידו בשעה שעוד לא קרה כלום עם החפץ הזה שלפנינו. והקונטרס הספקות חולק על זה וסובר שמסתכלים על הספק המסוים בהחפץ שאנו דנין עליו עכשיו והרי הספק על החפץ הזה נולד אחרי שבא לידו. ולכאורה דעת הש"ך צ"ע למה לא מהני התפיסה הלא בא לידו שלא בדרך גזילה כיון שבא לידו לפני שהי' ספק על החפץ, וכן הרי הוא המוחזק בשעת הכרעת הדין של הממע"ה על החפץ הזה, וא"כ למה לא מהני מוחזקותו. ועכ"פ הקונטרס

הספקות באות ו' שם המשיך לדון מצד שבהציוור הנ"ל הרי תפס בשעה שהכל הי' לרעתו ורק אח"כ קרה הדבר שהוליד את הספיקא דדינא.

ד. תפיסה במקום תרי ותרי.

ע"י בחי' הרמב"ן בסוגיין שסובר שהיכא שיש תרי ותרי מהני תפיסה, כי תרי ותרי ספיקא דאורייתא היא, ומש"ה כמו שבאסורין בציוור של תרי ותרי לא מעמידין על חזקה קמייתא, כמו כן בממונות לא אזלינן בתר חזקת מרא קמא ומוחזקות. מיהו בחי' הר"ן כאן משמע טעם אחר, והיינו דאי אפשר להוציא מהתופס כיון שיש לו שני עדים לצדו. ונראה שהר"ן סובר שתפיסה לא מהני משום דהוי דרך גזילה ומש"ה כתב דשאני הכא שיש לו שני עדים לצדו, ואילו הרמב"ן סובר שהטעם הוא משום שאי אפשר להחזקה החיובית של מוחזקות להשתנות, ומש"ה בתו"ת כתב שהטעם דמהני הוא משום שלא שייך בכה"ג הכרעת מוחזקות.

וע"ע בקצה"ח בסי' פ"ח סק"ט שכתב דהיכא דאיכא הודאה נגד הודאה מהני תפיסה כמו במקום תרי ותרי. ולכאורה דין זה אתי שפיר לפי ב' ההסברים הנ"ל של הר"ן והרמב"ן דהא הודאה כנגד הודאה הרי זה כתו"ת שהרי כמאה עדים דמי.

וע"י עוד בנתיה"מ בכללי תפיסה אות כ' שכתב בשם התומים שתפיסה במקום תרי ותרי מהני רק אם הוא טוען ברי בעצמו ולא בגלל שהוא מאמין לעדיו.

ה. שיטת הרמב"ן.

הנה הרמב"ן בסוגיין לכאורה סובר

שתפיסה בטענת ברי, וכן תפיסה קודם שנולד הספק, לא מהני, דלכך לא כתב תירוצים אלו על קושיות תוס' אלא תי' בדרך אחרת. וכן כתב הקונטרס הספקות בכלל ב' אות ב' שהרמב"ן סובר שתפיסה בטענת ברי או קודם שנולד הספק לא מהני. ומאידך סובר הרמב"ן שתפיסה בתרי ותרי שפיר מהני, וכן תפיסה ברשות, וכן היכא שהדין הי' יחלוקו.

ויש להסביר דהיינו משום שהרמב"ן סובר שהטעם למה תקפו כהן מוציאין אותו מידו ולא מהני התפיסה הרי זה כי כבר הוכרע הדין על פי המוחזקות ואחרי שהוכרע הדין אין השני מקבל דין של מוחזק אם עושה כן דרך גזילה, דהיינו דבעינן שני דברים כדי שלא תועיל התפיסה, דהיינו שאי אפשר לשנות את המוחזקות אבל רק דרך גזילה אי אפשר לשנותה, ומש"ה ס"ל שגם בטענת ברי לא מהני תפיסה כי אי אפשר לשנות את המוחזקות וחשיב דרך גזילה ודלא כמו שצדדנו לומר לעיל בסק"ב בדעת תוס' שלא חשיב דרך גזילה, אבל היכא שהדין הוא יחלוקו, וכן היכא שיש תרי ותרי, מהני תפיסה כי בהני גווני לא אזלינן בתר מוחזקות, וכן תפיסה ברשות מהני כי אינה דרך גזילה.

מיהו אכתי צ"ע למה ס"ל שלא מהני תפיסה קודם שנולד הספק הלא אינה דרך גזילה. וי"ל דלא כהקונטרס הספקות, אלא שהרמב"ן סובר ששפיר מהני, דהא כל הכרחו לומר שלפי הרמב"ן לא מהני הרי זה מהא דלא תי' על ההיא דכתובות דאיירי שתפס קודם שנולד הספק, והרי על דבר זה י"ל בפשיטות שהרמב"ן סובר שכיון

שאירי בתרי ותרי א"כ זה לחוד משמש כתיורין, ואין צורך לומר דאירי שתפס המלוה לפני שהלוה הביא את עדיו.

ו. שיטת תוס'.

והנה דעת תוס' היא להיפך מהרמב"ן, והיינו שתפיסה בטענת ברי שפיר מהני, וכן תפיסה קודם שנולד הספק, אבל תפיסה ממצב של יחלוקו לא מהני כמש"כ בריש ב"ב, וכן הרי הם סוברים שתפיסה במקום תרי ותרי לא מהני מדלא תירצו על ההיא דכתובות שמהני התפיסה משום דהוי במקום תרי ותרי וכמו שתירץ הרמב"ן.

ונראה שהם סוברים שמה שתקפו כהן מוציאין אותו מידו הרי זה משום שכבר נפסק הדין על הממון שהוא שייך להישראל, ואחרי שנפסק הדין על הממון אין הדין משתנה. ומש"ה ס"ל שביחלוקו אי אפשר לתפוס כי כבר נפסק הדין שיחלוקו, וכן בתרי ותרי כבר נפסק הדין על הממון, אבל בטענת ברי אפשר לתפוס כי ס"ל לתוס' שלא נפסק הדין לגבי מי שטוען ברי, וכן תפיסה קודם שנולד הספק מהני כי נעשה מוחזק לפני שנפסק הדין.

רעא) שיטת הרמב"ם ודרכו של הכ"מ בדבריו.

הנה הרמב"ם בפ"ב מהל' בכורות ה"ו, וכן בפ"ה שם ה"ג, פוסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, ובכל זאת בפ"ב מהל' ביכורים פסק שהספקות נכנסין לדיר להתעשר. וצ"ע דהא בסוגיין מבואר שמהא דהספקות נכנסין לדיר להתעשר מוכח שתקפו כהן מוציאין אותו מידו כי לפי הצד שאין מוציאין אותו מידו נמצא

שהישראל פוטר את ממונו בממונו של כהן. והכ"מ בפ"ב שם כתב שהרמב"ם לא פסק כהסוגיא כאן כי ס"ל שרבה דיחויא בעלמא קא מדחי ליה. וי"ל דהיינו משום שפשטות המשנה מתפרש שהממע"ה בין כשהוא אצל הישראל ובין כשהוא אצל הכהן לאחר שתקפו, וכ"כ הרשב"א, הובא להלן באות רע"ג.

ברם צ"ע דהכ"מ הי' צריך לומר בדרך אחרת, דהנה רב המנונא הוכיח ב' דברים מהמשנה, חדא דתקפו כהן אין מוציאין מידו כי "הממע"ה" שקתני בהמשנה קאי בין על הישראל ובין על הכהן, וב', שהעובדא שתקפו כהן אין מוציאין מידו הרי זה גורם שהספק בכור אסור בגיזה ועבודה אשר מזה חזינן שהקדישה ולא תקפה מקודשת, והרי רבה אמר דיחוי רק על הדבר השני, והיינו שאין ראי' מהא דאסור בגיזה ועבודה שהקדישה ולא תקפה מקודשת כי קדושה הבאה מאלי' שאני, והוסיף רבה שבגלל כן אסור בגיזה ועבודה אפילו אם תקפו כהן מוציאין מידו, אבל לעולם י"ל שהוא מודה לרב המנונא שמה"ממע"ה" חזינן שת"כ אין מוציאין מידו. ולהלן באות רע"ג נביא שהרשב"א כתב דרך זה.

ועוד הוסיף הכ"מ שהרמב"ם סובר שגם מהברייתא שהביא רב חנני' אין ראי', כי ס"ל להרמב"ם שאפילו אם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אבל בכל זאת כל זמן שהוא אצל הישראל הרי זה נחשב ממנו, כי כל מי שהוא בידו הרי התורה מחשיבה אותו כממונו בתורת ודאי באותה שעה, וממילא אין זה נקרא שהוא פוטר ממנו בממונו של כהן.

מיהו לכאורה אין הדבר מובן איך פוסק הרמב"ם מסברא דנפשי' נגד סברת הסוגיא כאן. ועוד דדרכו של הכ"מ קשה להבין מצד הסברא, כי כיון שכל זמן שהכהן לא תקפו הרי הוא בודאי ממונו של הישראל, למה אסור בגיזה ועבודה.

וביותר הי' הכ"מ צ"ל כדרכו של הרשב"א שנביא להלן באות רע"ג בישוב דעת הרמב"ם, כי שפיר יש לדרכו של הרשב"א שורש בהסוגיא. והכ"מ עצמו ציין שם להרשב"א שכתב דרך אחרת.

מיהו הלח"מ שם כתב שהרמב"ם פסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו ושתפיסה שפיר מהני על פי הסוגיא בכתובות דף כ' שהביאו תוס' כאן שכשיש תרי ותרי אם השטר כשר או לא משאירים את הכסף אצל הלוח אצל בכל זאת תפיסת המלוה מהני וכשיטת רש"י שם, וכבר הקשו תוס' כאן, וכן בכתובות שם, מהא דמבואר הכא שתפיסה לא מהני כי מסקינן שתקפו כהן מוציאין אותו מידו, וכתבו תוס' ליישב את הסוגיות אהדדי, אבל הרמב"ם סובר שיש באמת מחלוקת הסוגיות, אשר לפ"ז יוצא שעל הסוגיא בכתובות לא קשה מידי מהמשנה של הספקות נכנסים לדיר להתעשר, ומעתה י"ל שהרמב"ם פוסק כסוגיא בכתובות עכ"ד הלח"מ.

ומעתה יש לצרף את דברי הלח"מ והכ"מ יחד ולומר שהרמב"ם פוסק כסוגיא דהתם, וסוגיא דהתם סוברת כדברי הכ"מ שאפילו אם תפיסה שפיר מהני אבל בכל זאת כל עוד שהוא אצל הישראל הרי זה ממונו של הישראל ולכן גם לפי הסוגיא בכתובות אתי שפיר למה הספקות נכנסין

לדיר להתעשר ואין זה נקרא שהישראל פוטר ממונו בממונו של כהן.

ולפי הכ"מ יוצא תופעה הפוכה ממה שיצא לפי הרמ"ה שהבאנו באות רס"ג ור"ע, דהכ"מ מקצין את הצד של אין מוציאין מיד התופס דהא מדברי הכ"מ יוצא שאפשר לסבור שאין מוציאין אפילו אם סוברים שבזמן שהי' אצל הישראל הי' בגדר ממונו, וכדברי הכ"מ הנ"ל דכל מי שהוא בידו הרי התורה מחשיבה אותו כממונו בתורת ודאי, וכן היא סברת הסוגיא בכתובות לפי הרמב"ם, ודלא כסברת סוגיא דידן בהצד של אין מוציאין אותו מידו, ואילו הרמ"ה מקצין את הצד של מוציאין מיד התופס דהא מהרמ"ה יוצא שאפשר לסבור מוציאין אפילו אם סוברים שכשהי' אצל הישראל לא היתה החזקת ממונו שלו נחשבת בגדר חזקה חיובית.

וגם דברי הכ"מ וגם דברי הרמ"ה הם דלא כדרכו של הקובץ הערות שהבאנו לעיל באות י"ז, דהבאנו שם שכתב הקובץ הערות שלפי הרמב"ם שפוסק שאין מוציאין מידו, סוף הדין של מוחזקות הוא רק הסברא של דכאיב וכי, ונקט שם שלפ"ז אינו ממונו בתורת ודאי, ואילו מהכ"מ יוצא שכל זמן שנמצא אצלו הרי זה נחשב ודאי ממונו, ובפשטות הרי זה כי מוחזקות חשיב חזקה חיובית, רק שאפשר לשנותו ע"י תפיסה. וכן דברי הרמ"ה הם דלא כהקובץ הערות כי הקובץ הערות שם כתב שהסובר שמוציאין אותו מידו הרי זה כי הוא סובר שמוחזקות היא בגדר חזקה חיובית ואילו הרמ"ה סובר מוציאין אפילו

כשאין מוחזקות חיובית.

והנה בב"ק דף מ"ו ע"ב אמר ר'

שמואל בר נחמני שילפינן שהממע"ה מהפסוק דכתיב מי בעל דברים יגש אליהם דדרשינן יגיש ראי' אליהם, ופריך רב אשי למה לי קרא סברא הוא דכאיב לי' כאיבא אזיל לבי אסיא, ומסיק רב אשי שהפסוק בא ללמדנו את הדין של נזקקין לתובע תחילה. והרמב"ם לא הביא את הדין של נזקקין לתובע תחילה וא"כ משמע דס"ל להרמב"ם דאתי למוחזקות, ודלא כרב אשי שם אלא כר"ש בר נחמני, וגם רש"י בגיטין דף מ"ח ע"ב הביא את הפסוק של מי בעל דברים כמקור להממע"ה עיי"ש. ולעיל באות י"ז הבאנו את דרכו של הפ"י בב"ק שם וגם בגיטין שם וצדדנו לבאר כוונתו שהפסוק בא לומר שאין משנים את המצב אלא כשיש סיבה גדולה כגון עדים אבל לא בגלל מיגו או רוב או ברי ושמא. מיהו לפי דרכו של הכ"מ י"ל דאתי הפסוק למימר שכל זמן שהוא אצל המוחזק יש להחפץ דין של ודאי ממונו, והיינו משום שמוחזקות היא חזקה חיובית (ויש לדחות).

רעא* (בענין אם הרמב"ם פוסק שת"כ א"מ מידו גם בה' סלעים וגם בפדיון פטר חמור (מתשע"ח).

הנה הרמב"ם בפ"ב מהל' בכורות ה"ו, וכן בפ"ה שם ה"ג, פסק לענין ספק בכור בהמה טהורה שאם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו. ובכורות דף נ"א ע"ב איתא שמנהגו של רבי חנינא הי' להחזיר את המעות

שקיבל בשביל פדיון הבן. וקרה פעם שאדם נתן לו ה' סלעים לפדיון הבן, ואחרי הנתינה ראה רבי חנינא שהי' מצפה לקבלם בחזרה, ואמר שכנראה שלא נתת עם גמירת דעת שלימה וממילא אין בנך פדוי. ופירש"י בלשונו הראשון שרק אם מחזיר לו המעות אין בנו פדוי, אבל בלשונו השני הרי הוא סובר שאפילו אם אינו מחזירם אין בנו פדוי. וכתב המחנה אפרים בהל' זכי' ומתנה סי' ח' שמדברי הרמב"ם בפ"א מהל' בכורים ה"ח נראה שהוא סובר כהלשון הראשון, דעיי"ש שכתב הרמב"ם וז"ל, רצה הכהן להחזיר לו הפדיון יחזיר, ולא יתן הוא לו ודעתו שיחזיר, ואם עשה כן והחזיר לו אין בנו פדוי עד שיגמור בלבו ליתן לו מתנה גמורה, ואם רצה הכהן אח"כ להחזיר יחזיר עכ"ל, וכתב המחנה אפרים ש"נראה" מדבריו שאם לא החזיר, בנו שפיר פדוי.

ועוד הביא המחנה אפרים שהרשב"א בתשובה קצ"ח סובר כלשונו השני של רש"י וז"ל הרשב"א, אפילו לא החזיר לו הכהן כלום אין בנו פדוי עכ"ל. ועוד הביא שכן כתב הרשב"א גם בתשובה תשצ"ח. והקשה המחנ"א על הרשב"א למה פסק כן, הלא אם ת"כ אין מוציאין מידו, וא"כ אם לא החזירם, כלומר שתקפם, למה אין בנו פדוי.

מיהו לכאורה יש ליישב בפשיטות שהרשב"א שם סובר כתוס' שפסקינן שת"כ מוציאין מידו.

ועוד הקשה המחנה אפרים על הלשון הראשון של רש"י, וכן על הרמב"ם (שכתב המחנ"א שנראה שגם הוא סובר כהלשון הראשון), דכיון שאם לא החזיר בנו פדוי

משום שת"כ אין מוציאין מידו, א"כ גם אם שפיר החזירם הדין נותן שבנו יהי' פדוי, כי הוי בגדר מתנה בעלמא שהחליט הכהן לתת אחרי שכבר קנה אותו ע"י הדין שת"כ א"מ מידו.

מיהו לכאורה גם את הקושיא הזאת יש ליישב, דכיון שהכהן החזירם כי ראה שכן רוצה הנותן א"כ נקטינן שגם בתחילה לא רצה הכהן לזכות בהם על דעת כן, אלא בדעתו לקנותם רק אם הישראל נותן אותם בלב שלם כדין פדיון הדין, ואם אח"כ יתגלה שלא הי' כך, א"כ על דעת כן לא רצה לקנותם.

ועכ"פ המחנה אפרים יצא לחדש שכל מה שהרמב"ם פוסק שת"כ א"מ מידו הרי זה רק בכגון תרומות ומעשרות שאם הם תרומה או מעשר הרי הם כבר ממון כהן ולוי, וכן בבכור בהמה טהורה אם הוא באמת בכור הרי הוא כבר קדוש בקדושת קרבן ודינו להקרב ולהנתן לכהנים, אבל בפדיון הבן הלא אין כאן ויכוח על חפץ מסוים אם הוא שייך לכהנים או לא, אלא הויכוח הוא אם הוא חייב חמש סלעים משלו, וא"כ כשהכהן תופס יכול הישראל לומר לכהן אחר אני רוצה לתת. מיהו לכאורה יש לתמוה דהא גם בספק בכור הרי הוא יכול לומר שהוא רוצה לתת לכהן אחר, וכמו שהקשו תוס', ותירצו שאין זה סיבה להוציא מהתופס אלא רק לחייב אותו לשלם להבעלים כפי טובת הנאה שבו, וא"כ ה"ה שכן צריך לצאת גם בנוגע להחמש סלעים של פדיון הבן. וביותר הי' לו להמחנ"א להקשות בנוגע לה' סלעים של פדיון הבן שהוא יכול לומר שרוצה

לתת כסף אחר ולא הכסף שהכהן תפס.

ועכ"פ צ"ע על עיקר דבריו, דמה שכתב מספיק לתרץ למה הרשב"א סובר בנוגע לה' סלעים שאם ת"כ מוציאין אותו מידו, אבל לא תי' את מה שהקשה על הרמב"ם, דהיינו שמכיון שהרמב"ם סובר שת"כ א"מ מידו גם בה' סלעים, שהרי פסק שאם לא החזירם בנו פדוי, א"כ מאי איכפת לן אם הוא מחזירם, הלא הוי מתנה בעלמא.

ובאמת יש לפקפק על מה שכתב שנראה שהרמב"ם סובר כהלשון הראשון של רש"י שאם לא החזירם הבן פדוי, כי לפי דבריו מה זה שכתב הרמב"ם "ואם עשה כן והחזיר לו אין בנו פדוי עד שיגמור בלבו ליתן לו מתנה גמורה, ואם רצה הכהן אח"כ להחזיר יחזיר" דלכאורה הרי זה פשוט שאם החזיר ושוב נתן לו הישראל במתנה גמורה בנו פדוי, וכן פשיטא שאם אחרי כן רצה הכהן להחזיר לו הרי הוא רשאי שהרי כבר כתב בתחילת ההלכה שהכהן רשאי להחזיר את הה' סלעים. וא"כ אולי כוונת הרמב"ם היא כך, היא שאם החזיר אין בנו פדוי ואם הוא רוצה שהפדיון יחול על סמך הנתניה הראשונה צריכים שהישראל יגמור בלבו למתנה גמורה, ואז בנו יהי' פדוי גם בלי נתינה חדשה מידו של הישראל להכהן, אבל כל זמן שלא עשה הישראל כך, אין בנו פדוי אפילו אם המעות נשארים ברשות הכהן, והיינו משום דינו של המחנה אפרים שלא אמרינן בה' סלעים שת"כ א"מ מידו, אלא מוציאין מידו, ושיעור לשון הרמב"ם הוא שאם החזיר אין בנו פדוי עד שיחזירם אחרי שגמר הישראל שיהיו להכהן

לצמיתות, דאז, אחרי זה, אם רצה הכהן להחזיר רשאי (מיהו גם לפ"ז לכאורה מה שכתב שאז אם רצה הכהן להחזיר רשאי הרי זה מיותר).

והנה הרמב"ם בפ"א מהל' בכורים הי"ט כתב וז"ל, מי שהוא ספק אם חייב בפדי' (בחמש סלעים) או אינו חייב הרי זה פטור שהממע"ה עכ"ל, והעיר הרדב"ז שהרמב"ם לא כתב בהלכה זו שאם תקף הכהן ה' סלעים אין מוציאים מידו כמו שפסק בבכור בהמה טהורה. ועוד הביא שהרמב"ם להלן שם בפ"ב הכ"א כתב שבספק פטר החמור הישראל פודהו על שה, והשה הוא שלו משום שהמע"ה, וגם שם לא כתב הרמב"ם שאם הכהן תקף אין מוציאים מידו. וכתב הרדב"ז כדברי המחנ"א שהרמב"ם סובר אין מוציאים רק בכגון בכור בהמה טהורה כי טפס "הדבר שנפל בו הספק", אבל הרמב"ם מודה בה' סלעים של פדיון הבן שמוציאים מידו כי לא תפס דבר שנפל בו הספק, ולפ"ז ר"ל שגבי ספק פטר חמור אם תפס אין מוציאים כי תפס את הדבר שנפל בו הספק, ושוב צידד שאולי לא מספיק בזה שתפס את הדבר שנפל בו הספק אלא דוקא בספק בכור בהמה טהורה סובר הרמב"ם שאין מוציאים כי לפי הצד שהוא באמת בכור יש בו קדושה משא"כ בפטר חמור אין בו שום קדושה אפילו אם הוא באמת בכור.

והקו"ש בח"א על ב"ק באות כ' הביא את דברי הרדב"ז יחד עם דברי המחנה אפרים, והיינו ששאני בכור בהמה טהורה או תרומות ומעשרות כי הם כבר ממון שבט. וצ"ע על מה שהשוה את דברי הרדב"ז לדברי המחנ"א, דהא בספק פטר

חמור אפילו אם הוא באמת בכור אבל אכתי אין להכהן שום חלק בו וכמו שכתב רש"י בסוגיין שאין להכהן שום זכות בהחמור, ובכל זאת צידד הרדב"ז שאין מוציאים מידו כיון שתפס את הדבר שנפל בו הספק, ורק הצד השני של הרדב"ז נשמע כמו המחנה אפרים, דהיינו מה שכתב בהצד השני ששאני ספק בכור בהמה טהורה כי התם אם הוא בכור הרי כבר חלה עליו קדושה, כלומר שהוא כבר בגדר קרבן בכור שדינו להיות של הכהנים. ובאמת צ"ע על הצד הראשון של הרדב"ז דמה איכפת לן בזה שבספק פטר חמור תפס הכהן את הדבר שנפל הספק, דהיינו החמור, כיון שאפילו אם הוא בכור אין להכהן שום חלק בו, ואינו עתיד להיות של הכהנים, אלא אם הישראל אינו פודהו דינו בעריפה.

ואולי לאו דוקא כתב הרדב"ז שתפס את הפטר חמור עצמו, אלא כוונתו היא שתפס את השה שפדה את החמור עליו, דאם החמור הוא בכור הרי השה נעשה שפיר ממון כהנים, אלא שגם זה צ"ע כי אם איירי בהשה מה הוא הצד השני שבכל זאת מוציאים כיון שאין בו קדושה (כיון שדינו הוא להיות חולין ביד הכהן) דמאי איכפת לן בזה כיון דהוי מיהא ממון שבט.

והקו"ש שם נקט שראשית הגז דומה להחמש סלעים כי גם ראשית הגז אינו ממון שבט לפני שהישראל נותנו להכהן, ולכן תמה על רש"י בב"ק דף ס"ו ע"א (שהביא רעק"א בגליון הש"ס כאן) שאם תפס הכהן ראשית הגז אין מוציאים אותו מידו.

ועכ"פ הקו"ש שם הקשה על עיקר דברי

מחנ"א והרדב"ז דהא בהמשנה שהביא רב המנונא כאן של ספק בכור קתני גם על בכור אדם ועל בכור בהמה טמאה שהממע"ה, ומזה חזינן שגם בהם אמ"כ אין מוציאין מידו וכמו שאמר רב המנונא "והא הכא דת"כ אמ"מ מידו דקתני הממע"ה" ופירש"י שהמשמעות היא משום שהכוונה היא לכל מי שהוא המוציא, דהיינו הכהן כשלא תפס, וכן הישראל אם תפסו הכהן, דאז על הישראל מוטל להביא רא'י, ובלי רא'י אין מוציאין מידו של הכהן.

והנה יש לעיין בדברי רב המנונא עצמו שהוכיח שת"כ אין מוציאין מידו מהא דקתני הממע"ה, דלמה לא הוכיח כן מהא דקתני שאסור בגיזה ועבודה, כיון שהוא עצמו סובר שדין זה א"ש רק אם ת"כ אין מוציאין מידו, שהרי אמר שזהו הטעם למה הוא אסור בגיזה ועבודה.

מיהו לפי האמור לעיל י"ל שהרי זה משום שמה שתנן שאסור בגיזה ועבודה הרי זה אמור רק על בכור בהמה טהורה, אבל לא על בכור אדם, וא"כ אכתי הי' אפשר לומר שבבכור אדם אם תפס הכהן את החמש סלעים אמרינן שמוציאין מידו וכחילוקו של המחנה אפרים, ולכן הוכיח מהא דקתני הממע"ה, דזה קאי גם על בכור אדם וא"כ מוכח שגם בחמש סלעים של בכור אדם אמ"כ אין מוציאין מידו וכמו שהוכיח הקו"ש.

והנה עדיין יש לעיין בכל זה, דהנה הרשב"א (הובא להלן באות רע"ג) סובר בדעת הרמב"ם שגם הרמב"ם מודה בהשה של פדיון ספק פטר חמור שאם תקפו כהן מוציאין אותו מידו כי יש להישראל חזקת

מרא קמא, ולכאורה יש להקשות עליו כקושיית הקו"ש דהא בהמשנה תנן שהממע"ה דמשמע בין כהן בין ישראל, וקאי גם על מה שמוזכר שם בכור בהמה טמאה. מיהו אולי י"ל דלא כהנחתו של הקו"ש, אלא שהך משמעות של בין כהן בין ישראל קאי רק על ספק בכור בהמה טהורה, כי המשמעות של הממע"ה בין כהן ובין ישראל איירי כשהטעם למה הוא צריך להביא רא'י הוא משום שהוא מוציא והשני הוא מוחזק, אבל לא איירי על היכא שיש להשני כח אחר חוץ מזה שהוא המוחזק שרוצים להוציא ממנו, ומש"ה הך משמעות קאי רק על ספק בכור בהמה טהורה, אבל לא קאי על היכא שיש להישראל עוד כח כגון חזקת מרא קמא. וכן אם הכוונה ב"אחד בהמה טמאה" היא להחמור עצמו שהוא ספק בכור, גם על זה אין את המשמעות הנ"ל, כי התם הכהן מפסיד כי בכלל אין לו שום דין על החמור, כי אפילו אם החמור הוא בכור אין להכהן שום חלק בו, ואין זה רק משום שהישראל הוא המוחזק. וכן אין זה קאי על החמש סלעים של פדיון הבן כי גם בזה הכהן מפסיד כי יש להישראל חזקת מרא קמא על מעותיו, ואפילו לפי הסוברים שלא שייך חזקת מרא קמא היכא שאין הנידון על חפץ מסוים, אבל גם לדידהו הכהן מפסיד כי בכלל אין לו שום תביעה על המטבעות המסוימות האלו שתפס, ורק גבי ספק בכור בהמה טהורה אמרינן הך משמעות כי בהציור ההוא הכהן והישראל שוים כי להישראל אין חמ"ק וכן להכהן יש תביעה על הבהמה המסוימת הזאת.

ברם לפי דברינו אלו שהמשמעות של

הממע"ה בין כהן בין ישראל קאי רק על בכור בהמה טהורה, הדרה קושייתנו לדוכתה למה לא הוכיח רב המנונא שת"כ אין מוציאין אותו מידו מהא דתנן שאסור בגיזה ועבודה, דהא גם מהלשון של הממע"ה מוכח רק בנוגע לבכור בהמה טהורה.

ועכ"פ הדרך הנ"ל אתי שפיר רק אם נאמר שחמ"ק מהני מדין חזקה קמייתא כמו באיסורים, אבל אם הוא מועיל מדין מוחזקות א"כ גם בנוגע להשה של ספק פדיון פטר חמור אין להישראל שום כח שלא יהי' להכהן לאחר תפיסה, שהרי משאירים את השה אצלו רק משום מוחזקות. ברם את זה יש לדחות ולומר שהרמב"ם מפרש דאירי בהחמור עצמו אשר בזה גם בלי חמ"ק יש להישראל כח שאין להכהן שהרי להכהן אין שום תביעה כלל על החמור, אלא הוא יכול לתובעו רק לקיים את המצוה ולפדותו, ואת זה יכול כל אחד לתבוע מהישראל.

רעב) דברי הקונטרס הספקות על מוחזקות ותקפו כהן.

ע"י בקונטרס הספקות בכלל א' אות ו'

שהביא קושיית הר"י באסן למה בממונא מהני מה שהמוחזק אומר קים לי כשיטה פלונית, ואילו באיסורים אינו יכול לומר כן, הלא גם ממונא הוא ענין של איסורא דהא איכא משום לא תגזול וא"כ הדין נותן שגם בממון לא יוכל לומר כן.

ותי' הר"י באסן כי גם אם נאמר שאינו יכול לומר קים לי, וניתן את החפץ להשני, הרי גם על השני יש חשש של לא תגזול. והביא הקוה"ס שחכמי דורו תמהו על הר"י באסן מה קשיתי', הלא יש חזקת ממון של מוחזקות, שמהני להכריע שהוא שלו וא"כ שוב ליכא לא תגזול. וכתב הקוה"ס שלא הבין את קושייתם על הר"י באסן, כי סוף הדין של מוחזקות הוא רק שלא משנים את המצב בלי סיבה, אבל אינה נחשבת בגדר חזקה חיובית, וא"כ אכתי יש חשש של לא תגזול. והקוה"ס עצמו תי' על קושיית הר"י באסן שהאיסור של לא תגזול תלוי באם התורה נותנת לו רשות להחזיק את הכסף, וממילא מכיון שהמע"ה, ורשאי המוחזק להחזיק את הכסף, א"כ בתורת ודאי אינו עובר בלא תגזול. וכעין זה הביא שתי' האו"ת*).

שוב הביא הקונטרס הספקות את קושיית אחיו הר"ר חיים דכיון שחזקת

ספק בהמציאות או ספק על פי טענותיהם הרי זה מיקרי בגדר ספק, ובכה"ג נתחדש באמת חזקה חיובית של חזקת ממון ומש"ה ליכא לא תגזול, וכמו שתירצו באמת חכמי דורו, אבל היכא שזה ספיקא דדינא הדין נותן שלא נפסוק על פי חזקת ממון, כי לא מיקרי בגדר ספק אמתי כי ב"ד אמורים לדעת ולכן הרי זה בגדר חסרון ידיעה, והתם הדין הוא רק שב"ד ישאירו את המצב ולא יעשו כלום, ולכן הקשה הר"י באסן מה הוא ההיתר להשתמש בו.

* והנה לכאורה יש לתמוה למה הקשה הר"י באסן רק על הציור של ספיקא דדינא שיכול לומר קים לי, ולא הקשה על כל ציור של הממע"ה. וראיתי מתרצים כי לעיל שם ביאר שסומכוס מודה שבספיקא דדינא לא אמרינן יהלוקו כי לא מיקרי ממון המוטל בספק, כי לא חשיב ספק אלא חשיב חסרון ידיעה, והיכא שזה ציור של חסרון ידיעה הדין הוא שב"ד אינם עושים כלום אלא משאירים את המצב כמו שהוא, וא"כ י"ל שהר"י באסן הבין שבשלמא היכא שיש

ממון אינה חזקה המכרעת רק שהתורה זיכתה לו שישאר הממון אצלו כל עוד שאין ראי', א"כ אפילו אם סוברים שתקפו כהן מוציאין אותו מידו איך נחא מה שהספקות נכנסין לדיר להתעשר, הלא אם הוי באמת של הכהן, א"כ נהי שהתורה זיכתה להישראל אע"פ שהוא של הכהן אבל הרי זה כמו לקוח כי יוצא שהתורה נותנת להישראל ממנו של הכהן, וא"כ הוי ספק לקוח ספק של הישראל מעיקרא, והרי עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק (אבל אם מוחזקות היא חזקה המכרעת א"כ אין זה נקרא לקוח כי הכרענו את עיקר הספק של מי הממון וכמו שנבאר בסמוך).

וביאר הר"ר חיים שהסוגיא כאן אינה מתכוונת לדון מצד חזקת ממון אלא מצד חזקת מרא קמא, כי הכא בין בהציור של ספק בכור ובין בהציור של ספק פדיון פטר חמור הרי יש להישראל חזקת מרא קמא, ומעתה הצד שתקפו כהן מוציאין אותו מידו היא שחזקת מ"ק היא בגדר חזקה קמייתא כמו באיסורין כי ילפינן ממנוא מאיסורא דמהני חזקה קמייתא, וחזקה קמייתא הרי היא בגדר הכרעה ודאית, ומש"ה אין זה נקרא שהוא "פוטרי ממנו בממונו של כהן", וה"ה שאין זה נחשב לקוח ושהי' של הכהן, והיינו משום שחזקה קמייתא הרי היא בגדר בירור, ואפילו אם אינה בגדר בירור אלא גזירת הכתוב של התנהגות אבל מהות הגזיה"כ היא שנדמה כאילו הדבר הוכרע במציאות, והצד שתקפו כהן אין מוציאין מידו היא שחזקת מ"ק היא רק סוג של מוחזקות אבל אינה מדין חזקה קמייתא כי לא ילפינן

ממונא מאיסורא, ומש"ה הרי זה נקרא שהוא פוטרי ממנו בממונו של כהן, ואפילו אם כל זמן שהכהן לא תקף הרי זה ממנו של הישראל וכהכ"מ אבל בכל זאת הרי זה בגדר פוטרי ממנו בממון שהי' של הכהן והרי הוא עכשיו לקוח ביד הישראל.

והנה ממה שהעיר הר"ר חיים שיש כאן גם חמ"ק יוצא שיש מקום לומר שהיכא שיש להנתקף רק מעלת מוחזק ולא מעלת חזקת מרא קמא אז לכו"ע אין מוציאין מן התופס, מיהו המפרשים לא נקטו כן, דהנה הרמב"ן לעיל בע"א כתב דהא דבצווח כל הזמן מוציאין את הטלית מהתוקף הרי זה משום הדין של תקפו כהן מוציאין אותו מידו והתם הרי יש להנתקף רק מעלת מוחזקות ולא מעלת חמ"ק. וכן מוכח ממה שהקשו הראשונים למה בתרי ותרי על כשרות שטר חוב יכול המלוה לתפוס הלא תקפו כהן מוציאין אותו מידו והרי גם התם יש להלוה רק מעלת מוחזקות על ממנו ולא מעלת חמ"ק כיון שלא מדובר בחפץ מסוים וכמש"כ הבית יעקב בכתובות דף י"ב בשם המהרי"ט שלא שייך חמ"ק אלא כשמדובר בחפץ מסוים (ודלא כרעק"א בדף כ"א ע"ב בד"ה ועוד יש לי לתרץ וכו' שסובר שגם כשאין המדובר בחפץ מסוים יש חמ"ק שהרי כתב רעק"א שברי ושמא לאו ברי עדיף רק כשיש להשמא גם מעלת מוחזק וגם מעלת חמ"ק והרי במנה לי בידך והלה אומר איני יודע, וזהו הציור שחולקים בו אם ברי עדיף או לא, לא מדובר בחפץ מסוים אלא בכלל ממנו של הלוה).

מיהו עי' בנתיב"מ כללי תפיסה סק"א

ובתומים בקיצור תקפו כהן סק"א דמבואר מדבריהם שרק כשיש חמ"ק מוציאין מהתופס.

רעג) דרכו של הרשב"א בתשובה שי"א בדעת הרמב"ם.

והנה כבר הבאנו שהרמב"ם פוסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, וכן הבאנו שהקשו עליו דהלא בהסוגיא כאן מבואר שמהדין של הספקות נכנסין לדיר להתעשר מוכח שתקפו כהן מוציאין אותו מידו, והרמב"ם הרי פוסק את הדין הנ"ל שהספקות נכנסין לדיר להתעשר. וכן הקשה הרשב"א בתשובה שי"א על הרמב"ם. ותי' שהרמב"ם פוסק אין מוציאין כי כך דייק רב המנונא מהמשנה של ספק בכור, וס"ל להרמב"ם שלפי כו"ע כן משמע באמת מפשטות המשנה היא דאיתא המוציא מחברו עליו הראי', ולעולם גם רבה מודה לזה, ורבה נתכוין לדחות רק את מה שרב המנונא תלה את האיסור של גיזה ועבודה בזה שתקפו כהן אין מוציאין מידו (והוכיח מזה שהקדישה בלא תקפה מקודשת), דבנוגע לדבר זה דחה רבה שהאיסור של גיזה ועבודה הי' קיים אפילו אם תקפו כהן מוציאין מידו. ובנוגע להבריייתא של הספקות נכנסין לדיר להתעשר סובר הרמב"ם בדעת רב המנונא שאע"פ שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו אבל היינו רק בספק בכור בהמה טהורה, אבל ספק פדיון פטר חמור שפיר נכנס לדיר להתעשר כי יש להישאל חזקת מרא קמא בהשה (לשון הרשב"א היא שהישאל "אתחזק" בהשה), ולכן בכה"ג

אמרינן שאם תקפו כהן מוציאין אותו מידו, אבל רק רב המנונא ס"ל לחלק כן, אבל רב חנני' שהוכיח מהספקות נכנסין לדיר להתעשר שתקפו כהן מוציאין אותו מידו גם בספק בכור בהמה טהורה, לא ס"ל לחלק בין היכא שיש להישאל חמ"ק או לא.

(ועי' לעיל באות רע"א* בקטע "והנה עדיין יש לעיין" מה שהקשינו על הרשב"א).

וגם הש"ך בספר תקפו כהן בתחילתו, וכן הגר"א ביו"ד סי' שט"ו, תירצו את שיטת הרמב"ם כהרשב"א, רק שהם הבינו אחרת את דעת רב חנני', והיינו שאולי גם רב חנני' שהוכיח מהספקות נכנסין לדיר להתעשר שת"כ מוציאין אותו מידו הי' מחלק כהנ"ל בין ספק בכור בהמה טהורה לספק פדיון פטר חמור, רק שבכל זאת הוכיח משם כי הוא סובר שמדובר בספק רגיל של בכור בהמה טהורה, ולא בספק פדיון פטר חמור אשר יש להישאל חמ"ק בהשה, ולכן שפיר הוכיח משם שתקפו כהן מוציאין אותו מידו אפילו כשאין להישאל חמ"ק, אבל לפי המסקנא דאיירי בספק פדיון פטר חמור י"ל שהטעם למה הספק נכנס להדיר להתעשר הרי זה משום החמ"ק של הישראל, אבל ספק בכור בהמה טהורה אינו נכנס לדיר בגלל שיהי' קדוש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש, ובאמת היכא שאין חזקת מרא קמא כמו במסותא או בטליתא אם תקף אין מוציאין אותו מידו.

מיהו דרכו של הרשב"א צ"ב כי למה בספק רגיל של בכור בהמה טהורה אין

להישראל חמ"ק, הלא בכור קדוש רק משעת לידה ולא בהיותו עובר, וא"כ יש להישראל חמ"ק משעה שהי' עובר וכמו להלן ברף ק' במחליף פרה בחמור וילדה ולא ידעינן אם ילדה לפני המכירה וממילא הולד שייך להמוכר או האם ילדה אחרי המכירה והולד שייך להקונה, דתנן שם שיחלוקו, ופרכינן בגמ' למה לא הוי של המוכר משום שיש לו חמ"ק, ומתריצינן דאזיל כסומכוס, הרי דמה שהי' של המוכר בהיותו עובר עולה שפיר לחזקת מרא קמא.

והנה הרשב"א עצמו הביא את ההיא דמחליף פרה בחמור כראי' שלא מהני להולד העובדא שהאם היתה שלו, שהרי התם לא פסקינן שהולד הוא של המוכר בגלל שהאם של הולד היתה שלו, אלא שדבריו אינם מובנים לי שהרי להדיא פרכינן שם שיש להמוכר חזקת מרא קמא בהולד עצמו מאז שהי' עובר, ומתריצינן הא מני סומכוס היא דלא אזיל בתר חזקת מרא קמאר, וא"כ גם כאן למה אין להישראל חמ"ק בהספק בכור מאז שהי' עובר.

ועכ"פ הרשב"א שם כתב וז"ל, והוה לי' (אצלינו בהציוור של ספק בכור) כעין ההיא דמחליף פרה בחמור וילדה, אלא דהתם איתא לי' דררא דממונא למר ולמר, והכא ליכא דררא דממונא לחד מינייהו והלכך כל דאלימ גבר. ולכאורה אין מובן מה רוצה הרשב"א בזה שהזכיר את הענין של דררא דממונא. ועוד דגם אצלינו יש ספק לב"ד בלי טענותיהם, דהיינו ספק אם רוח הפילה, וכן ספק אם כבר בכרה או לא. וצ"ל שהרשב"א שם סובר שהכוונה בב"ב דף ל"ה ע"א דאמרינן שם שמחליף פרה בחמור הוא ציוור שיש שם דררא דממונא

ושמש"ה הדין הוא יחלוקו ולא כל דאלימ גבר, הכוונה בדררא דממונא היא כהרשב"ם שם שפי' וז"ל, לתרוייהו אית להו דררא דממונא שהפרה והשפחה של שניהם היתה בזה אחר זה וכו' עכ"ל, אשר לפ"ז בספק בכור אין דררא דממונא ומש"ה הדין הוא כל דאלימ גבר ולא יחלוקו. ועכ"פ מדברי הרשב"א יוצא לכאורה שהיכא שיש דררא דממונא לכו"ע תפיסה לא מהני אלא מוציאין מהתופס, ולכן טרח הרשב"א לומר דבר זה.

ועי' בש"ש בשמעטא ד' פרק ה' שכתב לבאר למה בספק בכור בהמה טהורה אין לו חמ"ק, וז"ל, ואע"ג דגם בבכור אית לי' חזקת מרא קמא, והוא משום דבמעזי אמו חולין, שאין הבכור קדוש עד שיצא לאויר העולם, מ"מ לאו חזקת בעלים ממש חשיב כמו בפדיון פטר חמור, דבמעזי אמו הוה לי' דבר שלא בא לעולם, וכמש"כ בשו"ע סי' ר"ט, וא"כ לא הוי בעלים אלא אגב אמו עכ"ל.

והנה יש לתלות את יסודו של הש"ש במה הוא יסוד הדין של חמ"ק, דלפי הצד שכתב הקונטרס הספקות בכלל א' אות ה' שחמ"ק מהני מדין חזקה קמייתא כמו באיסורין, שפיר י"ל כדברי הש"ש שאפשר להחזיק רק מאותו חפץ, אבל לא מחפץ אחר להחפץ שלפנינו שהוא חפץ חדש, אבל לפי הצד שחקר שחמ"ק מהני משום מוחזקות יש לומר דלא כהש"ש, כי ביארנו כמה פעמים שהכוונה בזה שחמ"ק מהני מידן מוחזקות היא שהכוונה במוחזקות אינה דוקא לזה שהוא מחזיק את החפץ אצלו ברשותו, אלא הכוונה היא שרואים קשר מסוים בינו לבין החפץ, ומה שהחפץ

נמצא אצלו ברשותו הרי זה קשר מסוים, אבל ה"ה שסגי גם בקשר אחר, ולכן מהני חמ"ק כי העובדא שהחפץ הי' שלו אתמול הרי זה נחשב קשר בינו לבין החפץ גם היום, ומעתה לפ"ז י"ל שגם העובדא שהחפץ שלפנינו צמח מחפץ אחר שהי' שלו הרי זה נחשב קשר בינו לבין החפץ שישנו לפנינו היום אפילו אם נחשב היום חפץ חדש.

ועכ"פ יש להקשות על הש"ש מהגמ' להלן בדף ק' וכמו שביארנו.

ויש ליישב בדרך אחרת (דלא כהדרך של הש"ש) למה בספק בכור העובדא שהולד הי' שייך להישראל בהיותו עובר, אינו מהווה חזקת מ"ק, והיינו לפי הצד הנ"ל שכתב הקונטרס הספקות שחמ"ק מהני מדין חזקה קמייתא כמו באיסורין, דיש לצרף לזה את יסודו של הקובץ הערות בסי' ס"ז סקי"ב שחזקה קמייתא מהני רק היכא שמהרגע הראשון הדבר נאסר לעולם, רק שיש ספק שמא שוב נתחדש דבר שעקר את האיסור, וכן חזקת היתר מהני רק אם מהרגע הראשון הותר הדבר לעולם, רק שיש ספק שמא שוב נתחדש דבר שהפקיע את ההיתר, דבהני גווני אזלינן בתר חזקה ואמרינן שלא נתחדש הדבר ההוא, ושלא נשתנה מה שהי' אסור או מותר לעולם, אבל היכא שהי' דינו להיות אסור או מותר בגלל המצב של אותו רגע, ויש ספק אם המצב השתנה או לא, בכה"ג לא מהני חזקה, כי לא נאמר דין חזקה לענין להחזיק הלאה את הדין שהי' קיים קודם, אלא הדין של חזקה הוא שהיכא שהי' דינו להיות אסור לעולם, ואנו מסופקים אם נעקר או לא,

הרי אנו מחזיקים שלא נתחדש המעשה שעוקר, ומעתה י"ל שרק בספק פדיון פטר חמור שייך לומר שיש חמ"ק, כי לפני שהישראל השתמש בהשה לפדות את החמור הי' דינו של השה להיות של הישראל לעולם, רק שמסתפקים אם קרה דבר הנולד (דהיינו שפרו בו פטר חמור) ונעקר הך בעלות שהיתה לו בו לעולם, ומש"ה בכה"ג הרי אנו מחזיקים שלא נעקר, אבל בספק בכור י"ל שאין גדר דינו להיות של הישראל לעולם ואח"כ בשעת לידה להיות בעלותו נעקרת, אלא גדרו הוא להיות של הישראל רק עד שעת הלידה בגלל המצב של כל רגע ורגע (והתם מסתבר לומר שלא חל מתחילה לעולם כי הרי ידוע הדבר שיוולד), וא"כ בכגון זה לא נאמר הדין של חזקה. ולפ"ז לא קשה מהגמ' בדף ק' כי גם במחליף פרה בחמור י"ל שבזמן שהי' עובר הי' דינו להיות של המוכר לעולם דהיינו גם אחרי הלידה.

ועי' בחי' הגרנ"ט כאן שבספק רגיל של בכור לא אזלינן בתר החמ"ק מאז היותו עובר כי כיון שבכור קדוש מאליו ע"י הלידה הרי זה בגדר חזקה העשוי' להשתנות. וי"ל שאין זה דרך אחרת ממה שכתבנו לפי הקובץ הערות, אלא שהא גופא שחזקה העשוי' להשתנות לא מהני הרי זה מהטעם הנ"ל, דהיינו משום שבדבר שעשוי להשתנות, הדבר אסור כל שעה מפני המצב של אותה שעה, ולא נאסר בתחילה לעולם, ומש"ה לא שייך חזקה.

והנה לעיל באות רנ"ח הבאנו שהתוס' הרא"ש בסוגיין כתב על הספק של הקדישה ולא תקפה שיש חזקת חולין, ולכאורה התם מהרגע שבא לעולם הי' דינו

להיות חולין לעולם, וא"כ שפיר שייך חזקה קמייתא. מיהו עי' בביצה דף כ"ה ע"א בתד"ה בחזקת, ובתוס' ביבמות דף קי"ט ע"א בד"ה מחורתא וכו' שכתבו שיש להספק בכור חזקת חולין, והתם לפי דרכינו הנ"ל לא הי' אמור להיות חולין לעולם כמו שכתבנו בנוגע לחזקת מרא קמא.

עוד יש ליישב דהתם בדף ק' יש באמת שני ציורים, ציור אחד הוא היכא שיודעים את שעת הלידה, דהיינו למשל שיודעים שילדה בחצות, רק שלא ידעין אם מכר את הפרה לפני חצות או אחרי חצות, וא"כ בכה"ג שפיר יש להמוכר חמ"ק, כי החמ"ק אינה על העובר אלא על כל הפרה, כי הספק הוא על כל הפרה, דהיינו אם כל הפרה היתה עוד שלו בשעת חצות או לא, וא"כ הדין נותן שנאמר שכמו שהיתה שלו בתחילה הה"נ שהיתה שלו בחצות, ונקטינן שמכר את הפרה אחרי חצות, וא"כ י"ל שהש"ש למד שבכה"ג איירי הגמ' בדף ק', ומש"ה יש שם חמ"ק, אבל יש גם ציור אחר, והיינו שיודעים את שעת המכירה, דהיינו שהמכירה היתה בחצות, רק שלא ידעין מתי ילדה, וא"כ בכה"ג הספק הוא רק על העובר, האם נולד לפני המכירה, אבל אין שום ספק על הפרה עד מתי היתה שלו, וממילא החמ"ק הוא רק על העובר, דהיינו שכמו שבהיותו עובר הי' של המוכר ה"ה שגם אחרי הלידה הי' הולד של המוכר כי ילדה לפני חצות, וא"כ בכה"ג ס"ל להש"ש שלא אזלינן בתר חמ"ק כי על העובר בפני עצמו לא מהני חמ"ק. מיהו לפ"ז עדיין יש להקשות על הסוגיא בדף ק' שם, כי כבר הבאנו שמקשינן שם

למה תנן שם יחלוקו הלא הדין נותן שנלך בתר חמ"ק, ומתריצין שהמשנה היא כסומכוס, ואילו לפי הנ"ל הי' אפשר לתרץ דאזיל לפי רבנן, רק דאיירי בהציוור שהספק הוא מתי ילדה אשר בכה"ג לא שייך ללכת אחרי חמ"ק. ובאמת ממה שתוס' שם הזכירו שיש חזקת מעוברת מבואר שהם מעמידין את הסוגיא בספק מתי היתה הלידה וא"כ בכה"ג לפי הש"ש ליכא חזקת מרא קמא.

עוד ראיתי מתרצים את הקושיא מדף ק', דשאני התם כי באמת יש ספק גם בנוגע למי הי' העובר שייך רגע לפני הלידה, כי אם ילדה לפני המכירה א"כ רגע לפני הלידה הי' העובר שייך להמוכר, אבל אם ילדה אחרי המכירה א"כ גם רגע לפני הלידה הי' העובר שייך להקונה שהרי ילדה ברשותו, וא"כ יוצא שהי' ספק גם בהיותו עובר, והרי על זה בודאי מהני החזקת מרא קמא של הישראל.

רעג*) עוד בענין הרשב"א הנ"ל. דברי

והנה ראיתי מקשים על דרכו הנ"ל של הרשב"א שהבאנו, כי לפי דבריו יוצא שכל היכא שיש להנתפס חמ"ק יודה הרמב"ם שמוציאין מיד התופס, והרי בכיבור הגר"א ביו"ד סי' שט"ו סק"ב כתב כביאורו של הרשב"א בדעת הרמב"ם ששאני פדיון פטר חמור שאתחזק הישראל בהשה, ושוב הביא הרבה סוגיות שמשמשים כמקור לשיטת הרמב"ם שאין מוציאין מהתופס, ואילו המעיין שם יראה שכמה מהם הרי הם מקומות שיש להנתפס חמ"ק, וא"כ קשה באמת למה אין מוציאין במקומות ההם

מהתופס, דעי' בביאור הגר"א שם שהביא הא דמבואר בכתובות דף כ' ע"א שבתרי ותרי מהני תפיסה וכמו שפירשו הראשונים שם, והרי התם יש להלוה חמ"ק על כספו וא"כ למה באמת מהני תפיסה לפי כללו של הרשב"א, ועוד הביא הא דכור בשלשים להלן כאן בדף ק"ב, וכן הביא מהא דתנן בב"ק דף ל"ה שהממע"ה ומהא דאיתא בדף מ"ו שם שהממע"ה והרי משמע מלשון זה שאין מוציאין מהתופס וכמו שדייק רב המנוא מהמנהג של ספק בכור, והרי גם שם יש להנתפס חמ"ק במעותיו, ואילו הגר"א כתב שהרמב"ם הוציא מכל המקומות הנ"ל שתפיסה מהני.

וי"ל דס"ל להגר"א כהבית יעקב בכתובות דף י"ב ע"ב שעל מעות הלוה לא שייך חמ"ק כי חמ"ק שייך רק כשדנין על חפץ מסוים, וכן י"ל דס"ל שבספק בכור אין חמ"ק כי איירי בספיקא דדינא ובספיקא דדינא לא מהני חזקה קמייתא כי מחמת הספק לא ישתנה הדין וכמש"כ רעק"א בתשובה ל"ז (בד"ה ויש וכו') ובד"ה ויעויין) סברא זו. אבל עכ"פ אכתי קשה מההיא דב"ק דף ל"ה וההיא דב"ק דף מ"ו דאיירי בחפץ מסוים (אם סוברים הוחלט השור ולא יושם השור, כי תם משלם מגופו) ובספק במציאות ולא בספיקא דדינא.

ועוד מקשים מהא דס"ל להרמב"ם שבספק הינוח משאירים את האבידה אצל המוצא ולא מחזירים להבעלים שטוען שלא נתיאש, וביאר הגר"א דהיינו משום שמהני תפיסת המוצא וכשיטת הרמב"ם שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, והרי התם יש

להמאבד חמ"ק. מיהו יש ליישב דשאני התם שאין לבעל החזקת מרא קמא גם את המעלה של מוחזקות כי המוצא לא תפס מהמוחזקות שלו, והרמב"ם סובר שרק כשיש להנתפס גם מוחזקות וגם חמ"ק לא מהני תפיסה.

ועוד מקשים מהא דסובר הרמב"ם שחמ"ק לא מהני להטוען טענת שמא, ולכן כתב שבמחליף פרה בחמור אם הם טוענים שמא הדין הוא שיחלוקו ולא מהני החמ"ק, והרי בספק פדיון פטר חמור הישראל הוא שמא. מיהו יש ליישב דהיכא שיש לו גם מוחזקות וגם חמ"ק הרי זה שפיר מועיל גם כשהוא טוען שמא.

ועי' בספר אשר לשלמה שכתב הבנה אחרת בכוונת הרשב"א, והיינו שאין כוונתו לומר שבספק פטר חמור יש להישראל חמ"ק משא"כ בספק בכור בהמה טהורה, דזה לא מעלה ולא מוריד, אלא כוונתו היא לחלק שבספק פדיון פטר חמור הרי הישראל בגדר "מוחזק", דהיינו שיש לו החזקה החיובית שיש במוחזקות, ומש"ה לא מהני תפיסת הכהן, משא"כ בספק בכור בהמה טהורה הרי הוא רק בגדר "תפוס", דהיינו שבלי סיבה אין משנים את המצב, ובכה"ג שפיר מהני תפיסה כי עכשיו התופס הוא התפוס. ולפ"ז לא קשה על הרשב"א והגר"א ממה שמצינו שמהני תפיסה לפי הרמב"ם אע"פ שיש להנתפס חמ"ק כי בהציורים ההם אין לו החזקה החיובית שיש במוחזקות, וכן היכא שיש לו הדין של חזקה חיובית לא מהני תפיסה אפילו אם אין לו חמ"ק. ועיי"ש בכל פרטי הדרך. מיהו אכתי נשאר קשה מב"ק דף

ל"ה ודף מ"ו כי התם יש להנתפס גם חמ"ק וגם החזקה החיובית שיש במוחזקות.

ועי' ברדב"ז בפ"ב מהל' ביכורים הכ"ג שכתב שהרמב"ם סובר שרק בספק בכור בהמה טהורה מהני תפיסת הכהן כי התם יש ספק של קדושה, וצריכים להחמיר, אבל בספק פטר חמור אין קדושה אלא הוי רק ספק ממון כהן ומשום הכי לא מהני תפיסה. ולפי דבריו יוצא שהרמב"ם נתכוין לפסוק שמהני תפיסה רק בספק בכור בהמה טהורה לחוד, וא"כ גם לפי הרמב"ם צריכים לתרץ את כל המקומות שמוצאים שם שמהני תפיסה כתירוצי הראשונים האחרים.

ועכ"פ לכאורה סברת הרדב"ז לענין הקדושה היא שהדין ממון כהן בכור הוא תוצאה מהקדושה, ומש"ה מכיון שצריכים להחמיר לענין הקדושה, מזה נובע שפוסקים גם בנוגע להממונות שהוא להכהן, רק שכל זמן שהכהן לא תפס לא סגי בהספק קדושה לגרום שנוציא מידי הישראל.

מיהו צ"ע, דהא אדרבה מרב המנונא כאן מבואר להיפך מהנ"ל, דהא נתבאר בדבריו שהאיסור והקדושה הם תוצאה מהממונות, ושהטעם למה אסור בגיזה ועבודה הרי זה כי בנוגע להממונות אמרינן שמהני תפיסה, וכן ביאר הריטב"א הובא באות רע"ז, אלא שביאר הריטב"א שם שרבה שדוחה את דברי רב המנונא סובר שהאיסור והקדושה אינם נובעים מזה שאם תפס אין מוציאין, אלא הרי זה דין עצמי, וזהו כהרדב"ז. ועיי"ש באות רע"ז שהבאנו

מהגרש"ש שגם רבה מודה לרב המנונא שהאיסור והקדושה הם תוצאה מהממונות. ועי' בזכר יצחק בסי' נ"ב ונ"ד, וכן במקדש דוד בסי' י"ד, שכתבו כדרכו של הרדב"ז, והקשו כהנ"ל מהא דמבואר בסוגיין מדברי רב המנונא שהאיסור והקדושה הם תוצאות מהממונות, והזכר יצחק כתב ליישב שהרמב"ם סובר שרב המנונא סבר שספק בכור איירי בספק פדיון פטר חמור, ואתי כהמ"ד שהשה אסור בגיזה ועבודה, ובזה סובר רב המנונא שהאיסור והקדושה הם תוצאות מהממונות, אבל בבכור בהמה טהורה הממונות הוא תוצאה מהאיסור והקדושה כדמוכח מסוגיות אחרות וכמו שהוכיח הזכר יצחק שם. והמקדש דוד כתב שהרמב"ם סובר שיש מחלוקת הסוגיות בין סוגיא דידן לסוגיות אחרות בענין אם הממונות הוא תוצאה מהאיסורים והקדושה או איפכא והרמב"ם פוסק דלא כסוגיא דידן בדבר זה. ועי' ברי"ט אלגזי על בכורות בסוף אות ח' בד"ה וראיתי וכו' שהביא את דברי הרדב"ז והבין שאין כוונת הרדב"ז לומר שבפטר חמור ליכא שום קדושה, אלא לעולם שפיר יש קדושה רק שיש ביד הישראל להפקיע את הקדושה על ידי פדיון משא"כ בכור בהמה טהורה.

רעד) דרכו של הש"ש.

עי' בש"ש בשמעתא ד' פרק ה' שהביא מבנו שהקשה על סוגיא דידן איך מדמין ספק פדיון פטר חמור לספק בכור, הלא בספק פדיון פטר חמור י"ל שמוציאין מיד הכהן כי יש להישראל חמ"ק על השם משא"כ בספק בכור שקדוש מרחם אין לו

חמ"ק, כי אע"פ שבהיותו עובר הי' של ישראל, אבל זה הי' בתור חלק מאמו, והולד בתור דבר בפני עצמו הי' אז בגדר דבר שלא בא לעולם כמו שמבואר בחו"מ סי' ר"ט, והיינו משום שהולד חשיב דבר חדש, ולא העובר, וממילא כשנולד ויש ספק אם הוא של ישראל או של הכהן א"א לומר שהוא של ישראל בגלל שיש לו חמ"ק משעת היותו עובר כי אז הי' חפץ אחר, דהיינו שהי' רק חלק מאמו.

והש"ש הביא בשם בנו לבאר את הסוגיא כאן בהקדם כמה הנחות:

א', הנה היכא שחצי בהמה פירש מרוב ושייך לומר עליו כל דפריש מרובא פריש, והחצי השני נשאר קבוע, איתא בתשובות גאוני בתראי שמכיון שיש הכרעה של רוב על החלק שפירש הרי זה מהני להתיר גם את החלק שלא פירש, ולפ"ז חידוש בנו של הש"ש שה"ה שאם על מקצת יש חמ"ק הרי זה מהני להכריע גם על המקצת השני שאין עליו חמ"ק (מיהו לכאורה שייך לומר כן רק אם חמ"ק היא בגדר חזקה חיובית, דהיינו חזקה קמייתא, או מוחזקות לפי הדרך שמוחזקות היא חזקה חיובית, אבל לא שייך לומר כן אם חמ"ק מהני משום מוחזקות וכן שסוף הדין של מוחזקות הוא שלא משנים את המצב בלי סיבה).

ב', בחולין דף ס"ט יש מחלוקת בין רבה ורב הונא מתי חלה הקדושה של בכור, ומה הכוונה שהבכור קדוש מרחם, דרבה סובר שהוא קדוש מכאן ולהבא, דהיינו משעת יציאת רובו והלאה, ואילו רב הונא סובר שלמפרע הוא קדוש, דהיינו שלאחר שיצא רובו א"כ מעתה הרי זה קדוש למפרע מאז שיצא המשהו הראשון.

ג', ומעתה לפי רבה שסובר מכאן ולהבא הוא קדוש, א"כ כשיצא המיעוט הראשון הרי אותו מיעוט הי' שייך אז להישראל, וגם אח"כ כשיצא רובו אכתי נשאר שהי' שייך אותו מיעוט בתחילה להישראל, וא"כ לפ"ז שפיר יש להישראל חמ"ק על ההוא מיעוט, והרי זה מהני לכל הבהמה וכהנ"ל בשם הגאוני בתראי.

ומעתה לפי כל זה אתי שפיר סוגיא דידן, דשפיר קאמר רב חנני' לרבה שיש סייעתא לדבריו גבי ספק בכור בהמה טהורה שתקפו כהן מוציאין אותו מידו, דהא תנן שהספקות נכנסין לדיר להתעשר ואם אין מוציאין נמצא פוטר ממנו בממונו של כהן, ואין להקשות דשאני התם שיש לו בהשה חמ"ק, דהא לפי רבה הרי גם בספק בכור יש חמ"ק, אבל הרמב"ם הרי פוסק כרב הונא וא"כ לפ"ז אין ראוי מספקות נכנסין לדיר להתעשר לספק בכור, אלא אכתי יכול להיות שבספק בכור אין מוציאין מיד הכהן משום שאין להישראל חמ"ק, והכי פוסק באמת הרמב"ם שבספק בכור תקפו כהן אין מוציאין מידו, משא"כ גבי ספק פדיון פטר חמור הרי הוא פוסק שהוא נכנס לדיר להתעשר כי התם שפיר יש להישראל חמ"ק וכהנ"ל.

מיהו יש להעיר על הדרך הנ"ל שלפי רבה גם בספק בכור יש להישראל חזקת מרא קמא, דיש להעיר על הא שאמר רבה לרב המנונא בלשון של לעולם אימא לך תקפו כהן מוציאין אותו מידו, דקשה דמלשון זה משמע שאפשר גם לומר שאין מוציאין אותו מידו, והרי לפי רבה בודאי מוציאין אותו מידו כיון שיש להישראל חמ"ק. וצ"ל דאמר לשון זה כי נתכוין

לדחות את ראייתו של רב המנונא אפילו לפי רב הונא שסובר שאין להישראל חמ"ק, אשר לפ"ז שפיר יש לצדד גם בספק בכור בהמה טהורה שאין מוציאים מידו, דגם לדבריו אין ראי' מכאן שתקפו כהן אין מוציאים אותו מידו, כי אע"פ שהדבר אפשרי כיון שאין להישראל חמ"ק לפי רב הונא, אבל אין ראי' לזה מהא דאסור בגיזה ועבודה, כי אפילו אם תוקפו כהן מוציאים אותו מידו אתי שפיר למה אסור בגיזה ועבודה כי קדושה הבאה מאלי' שאני.

ולפי הדרך הנ"ל צ"ל שלפי רבה שיש להישראל חמ"ק, מאי דקתני הממע"ה אין הכוונה בין כהן בין ישראל וכמו שנוקט רב המנונא, אלא הכוונה היא שעל הכהן להביא ראי' כדי להוציא מהישראל, אבל את הכהן תקף, הישראל מוציא ממנו גם בלי ראי' כיון שיש לו חמ"ק.

ערה) עוד בענין תקפו כהן מוציאים אותו מידו - דרכו של החזו"א.

הנה בשו"ת רעק"א תניינא סי' נ"ה הקשה על כל ספק קידושין היכא שהיו הקידושין בכסף, למה היא נשארת ספק מקודשת, הלא מכיון שהיא צריכה להחזיר את הכסף, נמצא שלא היו כאן כסף קידושין כלל. וכתב רעק"א דהוי קידושי ספק כי היא שפיר רשאית להחזיק את הכסף לעצמה ואינה צריכה להחזיר, דלא מיבעיא לפי הסוברים שבספיקא דדינא מהני תפיסה שהיא רשאית להחזיק את הכסף לעצמה, אלא אפילו לפי הפוסקים שלא מהני תפיסה אבל הכא הרי זה ציור של תפיסה ברשות, וזה בודאי מהני. וכתב

החזו"א בחלק אה"ע סי' ל"ט סק"ג שלפ"ז אם קידש אותה בקרקע (וכהדעות שאפשר לקדש במחובר) אשר בכה"ג הולכים אחרי חזקת מ"ק ומחזירין את הקרקע להמקדש, ישאר שבתורת ודאי לא היו קידושין.

והחזו"א עצמו כתב לתרץ שאפילו אם סוברים שתפיסה לא מהני, אלא שמוציאים אותו מידו של התופס, אבל בכל זאת כל זמן שהוא בידו, יש על זה דין של ספק ממונו, ולפי הצד שהממון הוא באמת שלו א"כ כשמוציאים אח"כ הרי זה כאילו נוטלין את שלו ונותנין לאחרים, ואע"פ שאפילו כשהוא בידו אינו יכול להקדישו מספק, אבל הרי זה כי אין לו בזה זכות השתמשות, אבל בכל זאת אם הכסף הוא באמת שלו א"כ חשיב כלפי שמיא שלו, ולכן כל זמן שהכסף הי' ביד האשה הרי זה באמת ספק שלה, ומש"ה הרי היא מקודשת מספק, ואפילו בקרקע, כי אע"פ שמחזירין את הקרקע להמקדש משום שיש לו חזקת מרא קמא, אבל בכל זאת לפי הצד שהיו קידושין הרי הקרקע נמצאת אצלה, ומש"ה הרי היא ספק מקודשת כי הוי כמו היכא שהדבר בידה. ועוד כתב שבקידושין יש יותר סברא לומר כהנ"ל מבציון רגיל של תפיסה, כי בקידושין הרי להדיא נתן לה בכוונה שיהי' שלה, והרי רצה שהכסף יהי' שלה, רק שאח"כ נתברר שהי' ספק קידושין וחזר אליו הזכות לקבל את הכסף בחזרה, אבל בכל זאת אם היו קידושין א"כ הכסף הי' באמת שלה וא"כ שפיר הוי ספק קידושין.

ושוב צידד החזו"א שאולי אין רצונה להתקדש אא"כ הכסף ישאר אצלה, וא"כ מכיון שהיא צריכה להחזיר את הכסף א"כ

על דעת כן לא רצתה בכלל את הקידושין, אלא שכתב שאין זה ברור אלא אולי שפיר נתרצתה שיהיו לכה"פ קידושי ספק.

ובאמת יש לומר שגם כוונת רעק"א היא כהדברים הנ"ל, דהיינו שלעולם י"ל שגם רעק"א מודה שמצד העובדא שהיו כאן ספק קידושין הדין נותן שכל זמן שהכסף הוא ביד האשה הרי זה מיקרי ספק שלה, רק שרעק"א נחית לסברת החזו"א שמכיון שהכסף לא ישאר אצלה א"כ על דעת כן לא רצתה בכלל להתקדש, וא"כ שוב הדין נותן שלא יהיו קידושין כלל, ולכן הוצרך רעק"א להמציא שבאמת אינה צריכה להחזיר את הכסף.

והנה החזו"א הביא רא"י לדבריו שאע"פ שמוציאין מידו אבל בזמן שהי' עוד בידו הרי זה נחשב ספק שלו מהגמ' בב"ב דף פ"א דמבואר שבקונה שני אילנות, דהוי ספק אם המוכר נתכוין למכור לו גם את הקרקע, הדין הוא שהקונה מביא ביכורים ואינו קורא כי הוי ספק אם יש לו הקרקע, והרי התם בקרקע אזלינן בתר חזקת מרא קמא, ובכל זאת חזינן דדנינן כאילו הוי ספק של הלוקח, ובע"כ צ"ל שהרי זה משום שאע"פ שהקרקע עומדת בחזקת המרא קמא אבל בכל זאת לפי הצד ששפיר מכר לו את הקרקע הרי היא באמת שלו.

רעו) דרכו של החמדת שלמה.

והנה להחמדת שלמה יש דרך אחרת ממה שכתבנו בביאור ענין זה וכן בהגמ' בב"ב, דעי' בשו"ת חמדת שלמה בחלק או"ח סי' א' באמצע סק"א שכתב וז"ל, ואפשר לומר דעד כאן לא אמרינן דהיכא

שהדין הוא תקפו מוציאין מיקרי של המחזיק לגמרי, היינו דוקא במתנות כהונה שהוא ממון שאין לו תובעין, ואפילו במכירי כהונה, מ"מ עיקר הזכ"י הוא כשבא לרשותו, על כן כל זמן שהוא אצל הבעלים ותפיסת הכהן לא מהני, מיקרי ממון הבעלים לגמרי, משא"כ בשאר דררא דממונא י"ל הן לשיטת הרמב"ם והן לשיטת הרא"ש, אפילו היכא דתקפו מוציאין, אפילו הכי לא מיקרי רק ספק ממון אצל המחזיק וכו'. ויש להביא רא"י לזה מגמ' ב"ב דף פ"א אמר רבה דלמא רבנן בשני אילנות ספוקי מספקא להו ומש"ה מביא ואינו קורא עיי"ש וכו' עכ"ל. הרי שגם הוא סובר שאפילו אם סוברים מוציאין מידו בכל זאת הרי זה מיקרי ספק ממון של התופס, והא דבסוגיין אמרינן שאם סוברים תקפו כהן מוציאין אותו מידו אין זה נקרא שהישראל פוטר את ממונו בממונו של כהן אלא הרי זה נקרא שאין להכהן בו כלום, הרי זה רק במתנות כהונה, ואילו החזו"א אינו מחלק בין מתנות כהונה לשאר דברים, אלא הוא סובר שהטעם בסוגיין הוא משום שלפני שתפס הרי נחשב בתורת ודאי ממונו של הראשון כיון שאם השני תקף מוציאין אותו מידו, אבל בכל זאת אם תקף הרי זה נחשב ספק ממונו של השני כדמוכח בב"ב.

והנה חזינן שהחמדת שלמה כתב שבספק מתנות כהונה כל זמן שהוא ביד הישראל אינו נחשב ממון כהנים אלא מיקרי של הישראל לגמרי, משום, ש"עיקר הזכ"י כשבא לרשותו של הכהן, "על כן כל זמן שהוא אצל הבעלים ותפיסת כהן לא מהני, מיקרי ממון בעלים לגמרי".

רעו* (נמצא זה פוטר ממונו בממונו של כהן (מתשע"ח).

הנה אם נאמר שרב חנני' סובר שאיירי בספק בכור בהמה טהורה ולא בספק פדיון פטר חמור יש לעיין בלשון זה של פוטר ממונו בממונו של כהן, דהנה יש ד' דרכים בביאור קק"ל ממון בעלים בנוגע לחלק הכהנים וחלק הבעלים: א', שחלק הכהנים אינם שלהם כלל מחיים כי הם מקבלים חלק רק לאחר הקרבה, ב', שחלק הכהנים מחיים הם שלהם משולחן גבוה כלומר שאינם נחשבים ממונו אלא רק שיש להם זכות משולחן גבוה, ג', שיש מחלוקת הסוגיות אם הם ממש שלהם מחיים כמו חלק הבעלים מחיים או האם משולחן גבוה קא זכו מחיים, ד', שיש מחלוקת הסוגיות אם אין שום חילוק כלל בין מחיים ולאחר הקרבה אלא רק בין חלק הכהנים לחלק הבעלים דחלק הכהנים הוא ממון גבוה גם מחיים וחלק הבעלים הוא ממש ממון בעלים גם לאחר הקרבה. וכבר הבאתי דעות אלו בספרי על קידושין בח"ג אות קל"ז ואות ק"ע.

ולפי הדרך שלעולם אין הבכור נחשב ממון כהן, אלא משולחן גבוה קא זכו, א"כ צ"ל שאין הכוונה דהוי ממש ממונו של כהן אלא הכוונה היא שהוא פוטר ממונו בדבר שהוא ממונו של כהן במובן של משולחן גבוה קא זכו. ואם נאמר כהדרך שמחיים אין להכהן כלום וכל ה"משולחן גבוה קא זכו" מתחילה עם ההקרבה, א"כ צ"ל שהכוונה היא שהוא פוטר ממונו בדבר שהוא מיועד בהעתיד להכהן. עוד יש לעיין דאם רב חנני' איירי בספק

ולפ"ז יוצא שלהישראל יש רק הכח של מוחזק אבל אין לו הכח של חזקת מרא קמא, והיינו משום שאין כאן בכלל ספק אם הוא עכשיו של הישראל או של הכהן אשר נלך בתר חזקת מרא קמא, אלא יש רק שאלה האם הוא חייב לתת להכהן ובזה הרי הישראל מוחזק. ולפ"ז שבהיותו ביד הישראל הי' שלו צריכים להוסיף שהא דמהני תפיסת הכהן אם סוברים אין מוציאין מידו הרי זה כי ע"י התפיסה גופא הרי זה נעשה ספק שלו. מיהו יש להקשות שמעתה נלך אחרי החמ"ק של הישראל כי התהפך להיות שאלה למי הוא שייך. מיהו אולי אי אפשר לומר שנעשה יותר גרוע בשביל הכהן בגלל העובדא שתפס אלא בודאי גם אחרי תפיסתו דנין רק מצד מוחזקות כמו קודם שתפס.

ולפי החמדת שלמה יוצא שבספק פדיון פטר חמור, אם באמת תפס הכהן ושוב הוציאו ממנו על פי הדין של תקפו כהן מוציאין אותו מידו, שוב לא יוכל הישראל להשתמש בו למעשר כי כבר נתהפך להיות ספק של מי השה דהא כבר הגיע ליד הכהן, והרי זה מעתה כמו שאר חפצים שסובר החמד"ש שאינם נחשבים ודאי ממונו של הנתפס אפי' כשהם ביד הנתפס. מיהו לעיל באות רנ"ז סק"ד הבאנו את דברי הקו"ש שרצה לומר שבשביל לשנות בעלות בעינין שיהי' "ברשותו" של הקונה לאחר הקנין, ולפ"ז י"ל שאפילו אם הכהן תופס אינו קונה, כי כיון שנוציא ממנו אין זה נחשב ברשותו, והרי זה כמו הציור של היו מעות בידו וראה אנס בא כנגדו בב"ק דף קט"ו ע"ב דאם אינו יכול להציל אינו נחשב ברשותו אפילו כשהן עוד בידו.

בכור בהמה טהורה א"כ יוצא שאם סוברים שת"כ מוציאין אותו מידו, הישראל יכול שפיר לפטור בו את ממונו, וצ"ע דהא הוי ספק ממון גבוה, ווא"כ הוא פוטר ממונו בספק ממון גבוה. וצ"ל דאתי כריה"ג שסובר שקדשים קלים כמו בכור הם ממון בעלים.

מיהו אכתי צ"ע דאם הוא בכור הרי הוא אסור בהנאה כמו כל הקדשים, וא"כ אין הוא פוטר ממון באיסורי הנאה, דהא איסורי הנאה אינם ממונו. וי"ל שאפילו אם הם אסורים בהנאה ואינם שלו אבל אולי יכול לפטור ממונו גם בממון הפקר.

ועי' בקצה"ח בסי' ת"ו בסק"א קרוב לסופו שהקשה על הא דמבואר בקידושין דף נ"ב שלפי ריה"ג המקדש בקדשים קלים מקודשת, וקשה דהא המקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת, וזהו כעין הקושיא שהקשינו איך הוא יכול לפטור את ממונו באיסורי הנאה.

והקצה"ח שם הסיק לתרץ וז"ל, ואפשר לומר דערלה וכלאי הכרם אין לאשה בהם הנאת כלום דאסור בהנאה לדידה (ומש"ה אינה מקודשת) אבל קדשים קלים אית לה הנאה לאחר שחיטה וד' עבודות עכ"ל (פי' כי נאכל להבעלים חוץ מהאימורים והחזה והשוק). ותירוצו אינו מספיק ליישב אצלינו איך הוא יכול לפטור את ממונו באיסורי הנאה, וא"כ אכתי צריכים להגיע למה שכתבנו שאפילו אם הם אסורים בהנאה ואינם שלו אבל אולי יכול לפטור ממונו גם בממון הפקר

גם י"ל תי' אחר על קושיית הקצה"ח שיתרץ גם אצלינו, והיינו שהטעם למה

היא מקודשת לפי ריה"ג הרי זה כי כל הטעם למה המקדש באיסורי הנאה אינה מקודשת הרי זה משום שלא מיקרי שנתן לה מידי כיון שאיסורי הנאה אינם שלו וכמו שנקטנו לעיל כאן (לפי השיטה שאיסורי הנאה אינם שלו ולא רק שאינם ברשותו), ויש להוסיף דהא דאיסורי הנאה אינם שלו אין זה משום שמצד הסברא לא יתכן בעלות על איסורי הנאה, אלא לעולם מצד הסברא שפיר שייך לומר שהוא נקרא בעלים אע"פ שהחפץ אסור בהנאה, רק שמסתבר לומר שכמו שאסרה התורה את החפץ בהנאה הה"נ שהפקיעה התורה את בעלותו, וא"כ לפ"ז לא קשה קושיית הקצה"ח משום שהכא הרי גילתה התורה שקק"ל נשארם שפיר ממון בעלים, והכוונה היא שהם שייכים ממש להבעלים, ומש"ה שפיר יסבור ריה"ג שהמקדש בקק"ל מקודשת. ובזה מתישבות גם יתר הקושיות שהקשה הקצה"ח שם בסוף הס"ק עיי"ש (וע"ע בחידושי הגרש"ש על ב"ק בסי' ט"ז). ולפ"ז מיושב גם מה שהקשינו איך הוא פוטר ממונו בקדשים קלים הלא הם איסורי הנאה, דלפ"ז הנ"ל לק"מ כי לפי ריה"ג הרי הם שלו.

שו"ר בקהלות יעקב על ב"ק בסי' י"ג סק"ג שתי' את קושיית הקצה"ח ששאני קדשים קלים שיש מיהא היתר מסוים של קבלת הנאה דהא מותר לו למכור את הזכות של אכילת בשר לאחר הקרבה שיש לו ושפיר חלה המכירה וכמו שביאר הקצה"ח עצמו שם, וביאר הקה"י שם למה הנאה צדדית זו של מכירת האכילה שפיר מותרת עיי"ש. ומעתה לפ"ז י"ל שגם כאן

הרי זה נחשב שלו כי מותר לו למכור את הזכות של טובת הנאה לבחור כהן.

מיהו אכתי קשה על כל התירוצים הנ"ל איך מותר להאיש לקבל הך הנאה של קידושי אשה או פוטר ממנו הלא הם אסורים בהנאה.

רעז) דקדושה הבאה מאלי שאני.

הנה בגמ' כאן קאמר רבה לרב המנונא שלעולם י"ל שתקפו כהן מוציאין אותו מידו, רק שבכל זאת אסורין בגיזה ועבודה כי קדושה הבאה מאלי שאני. ולכאורה הכוונה היא כך, שרב המנונא סבר שהאסורין הם תוצאה מהממונות, דהיינו שהעובדא שיש להכהן הכח שאם תקפו כהן אין מוציאין אותו מידו הרי זה גורם להא דאסור בגיזה ועבודה, ומכיון דחזינן שמספיק בכח זה לאוסרו בגיזה ועבודה, א"כ גבי טלית, מכיון שאולינן שמהני תפיסתו הדין נותן שזה יגרום שיוכל להקדישה ולהחיל איסורים, ועל זה דחה רבה שהאסור של גיזה ועבודה אינו נובע מזה שאם תפס אין מוציאין, אלא הרי הוא דין עצמי, ומש"ה צריכים להחמיר בספק כמו בכל ספק איסור אפילו אם הדין הוא שתקפו כהן מוציאין אותו מידו, אבל אילו הי' האיסור תוצאה מהממונות אכתי י"ל שלא הי' סגי בהא לחוד שמהני תפיסה, ולכן בטלית מכיון שצריכים שהבעלים יקדיש, אכתי י"ל שלא מספיק בכח זה שמהני תפיסה. וכהדרך הנ"ל פי' הריטב"א כאן.

והשערי יושר בשער ה' ביאר את הדיחוי של רבה שלעולם גם רבה מודה

שהאיסור הוא תוצאה מהממונות, אבל אינו נובע מהא שיכול לתופסה, אלא הא דאסורין בגיזה ועבודה הרי זה תוצאה מהאפשרות שאולי הכהן הוא הבעלים האמתיים, אבל אם לא הי' סגי בזה, אלא היינו צריכים שליטה בפועל, לא הי' מספיק בזה שאם תקף אין מוציאין אותו מידו, וא"כ גבי טלית, שצריכים שתהי' ברשות המקדיש, דהיינו שליטה בפועל, ולא סגי בשלו, לא סגי בזה שאם תפס אין מוציאין אותו מידו.

רעז*) נמצא זה פוטר ממנו בממונו של כהן (משנת תשע"ח).

א. הנה אין הכוונה שהוא עובר על גזילה בזה שהוא משתמש בו בזמן שיכול להיות שהוא באמת ממנו של הכהן, דזה אינו, כי כיון שהוא המוחזק הרי מותר לו אפילו לאוכלו וכמו שביאר הקונטרס הספקות בכלל א' אות ו' את כל הסברות לזה, וא"כ בע"כ הכוונה היא בנוגע להחיוב של מעשר בהמה, והיינו דאיך הוא יוצא בו ידי החיוב של מעשר בהמה בזמן שיכול להיות שהוא של הכהן, דכמו שלפי הצד שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו הדין הוא שאם הישראל קידש בו אשה הרי היא מקודשת רק מספק וכמש"כ הקובץ הערות באות ע"א סק"ב, א"כ ה"ה שאינו יכול לצאת בו ידי מעשר בודאות.

מיהו צ"ע דנימא שהכוונה בהספקות נכנסין לדיר להתעשר היא שלאחר שהכניסם יקדיש גם את האחד עשר ולא רק את העשירי ויאכלם כמום כדן מעשר שנתערב בשלמים (עי' ברמב"ם בפ"ח

מהל' בכורות ה"ד), דאז ממ"נ פטר את ממונו בהמון של עצמו. ונראה פשוט שהמשמעות של "הספקות נכנסין לדיר להתעשר" היא דנכנסין ונוהגים כמו כל ציור רגיל של מעשר שהוא מפריש רק את העשירי.

ב. עוד יש להקשות, דהנה מהלשון של פוטר ממונו בממונו של כהן משמע (וכן אי' ברש"י) שחוששין שמא העשירי הוא הפדיון פטר חמור ששייך להכהן והרי הוא משתמש בו בשביל מעשר בהמה ופוטר עי"ז את תשעה הראשונים, וצ"ע למה דקדקו להקשות רק שמא יצא של הכהן בעשירי הלא גם אם יצא באמצע נמצא שקלקל את המעשר כי יוצא שבאמת האחד עשרה הוא העשירי, ואם הוא מקריב את העשירי הרי זה חולין בעזרה.

ג. גם קשה מה היא הקושיא איך הוא פוטר את התשעה בממונו של כהן, הלא אלו שיצאו נפטרו במנין הראוי לפי מה שאביי להלן סובר שנקרא שנפטר במנין הראוי אע"פ שיתכן שהעשירי לא יהי' בר חיובא כיון שעכ"פ יש עוד טלאים שיתכן שיצאו בעשירי (ודוחק לפרש פוטר ממונו מלתת בהמה שלו לקרבן).

רעח) ואי ס"ד ספיקא בעי עשורי לעשר ממ"נ.

בענין מנין הראוי פוטר.

הנה יש להקשות על דברי אביי איך דימה קפץ אחד מן המנויין להדין של רבא של מנין הראוי פוטר, הלא בהציוור של רבא בזמן שיצאו הראשונים היו שם עשר בהמות והי' עומד לקרוא לעשירי עשירי

כדת וכדין, רק שאח"כ מתה אחת, אבל בקפץ אחד מן המנויין הרי ידוע מראש שיתכן שהקופץ הוא זה שעתיד לצאת עשירי, וא"כ מתחילה אין הדבר ברור שיהי' כאן מנין הראוי, וא"כ מי יימר שגם בכה"ג הרי זה פוטר (ואע"פ שיש רוב שלא הקופץ יצא עכשיו עשירי, אבל הלא אין הולכים כאן אחר רוב כי עשירי ודאי אמר רחמנא ולא עשירי ספק. ואע"פ שאכתי לא ידענו דבר זה, אבל לא משמע שאחרי שזכינו להדין שעשירי ודאי ולא עשירי ספק אז הרי זה גורם שבכלל א"א לדמות דברי רבא לכאן).

ובאמת קשה גם על הצד שיצא הקופץ בחמישי, כי בכה"ג אלו שיוצאים אחריו אינם נפטרים במנין הראוי, כי משמע שכוונת אביי היא לומר שבכה"ג יעשר בצורה רגילה, דהיינו שיקרא על העשירי שם של עשירי, ושוב יתחיל למנות מאחד, ומעתה היכא שיצא הקופץ בחמישי למה נפטרו אלו שיצאו אחריו, הלא אחרי שיצא הקופץ חמישי הרי הי' עומד לספור רק עד עשר, שהוא באמת רק התשיעי, ואז להתחיל עוד הפעם מאחד, וא"כ נהי' שהיו אלו מחמש ואילך ראויים להיות פטורים אם הי' מתחיל מנין חדש, כי אז היו נעשים חלק מקבוצה של עשרה, אבל עכשיו אין הדבר כן.

והנה תוסי' הקשו על אביי דמה שייך הכא לומר שמנין הראוי פוטר, הלא בדין הוא שיקרא לעשירי וי"א בשם עשירי, כלומר ואז יוצא שעשיר באמת (ומכיון שספקות הן יאכלו במומן), ואילו אביי קאמר שאמרין כאן שמנין הראוי פוטר ושבאמת לא עישר. ועי' בשט"מ בשם הרא"ש בשם הר"מ

מתקן אותן, דנהי שכן הוא האמת, אבל גם בלא"ה הרי אפילו אם הוא מתקן רק על הצד שלא יצא המנוי, ג"כ קשה, שיעשר ויאכל במומו, כי אולי לא יצא עכשיו המנוי בהעשרה הראשונים ויצא ידי חובת מעשר בבהמות אלו.

ועי' גם ברש"י בד"ה ואי ס"ד ספיקא שדקדק לומר בתוך לשונו שהקושיא היא דוקא בגלל שגם כאן שייך ממ"נ, ולכאורה קשה כהנ"ל למה צריכים לזה (והריטב"א באמצע ד"ה ע"ב וכו' כתב שאה"נ גם בלי הממ"נ קשה רק שאלומי אלמי' לקושייתו עיי"ש).

וי"ל דליכא חיוב להחמיר אלא היכא שאחרי שיעשה את המעשה שלו ידעין שקיים את המצוה בתורת ודאי, וכגון היכא שהוא מסופק בליל ט"ו ניסן אם אכל מצה או לא, דאחרי שיחמיר ויאכל הרי ישר שבודאי יצא ידי המצוה, או עכשיו או קודם לכן, אבל היכא שבודאי לא אכל מצה ויש לו לפניו ספק מצה אשר בכה"ג הרי הוא פועל ע"י אכילתו רק שיהי' ספק אם עשה מצוה, א"כ בכה"ג אינו חייב להחמיר (וכבר טענו להגאון ר' גרשון הענך ליינער מרדזין זצ"ל טענה זו, שהוא טען למה אין מחמירים ללבוש תכלת, כי אפילו אם אינם משוכנעים שהוא צודק בענין שזהו התכלת האמתי, אבל בכל זאת מידי ספיקא לא נפקא, כי בודאי חשיב לכל הפחות בגדר ספק, וא"כ למה אינם מחמירים כדבריו כדי לעשות לכה"פ ספק מצוה, ועל זה השיבו לו כי אין חיוב להחמיר לפעול רק ספק).

מיהו לכאורה הכא עדיף משם, כי הכא

שתי' על קושיית תוס' שאם יצא הקופץ באמצע, אז קלקל את כל המנין ומה שבא אחריו אינו משלים עד עשירי, רק שאעפ"כ הרי הם פטורים במנין הראוי כי הי' ראוי להתחיל מהם עוד מנין חדש עכ"ד. הרי שכתב שאביי סובר שאמרינן שמנין הראוי פוטר אע"פ שלפי מניינו הרי הוא משייך אותם לקבוצה שלא שייך שיהיו פטורים שם, וכתב דהיינו משום שהי' ראוי להתחיל מנין חדש. ודבריו אלו מתרצים גם את קושייתנו הנ"ל.

ועכ"פ נראה שתוס' לא תירצו כן כי ס"ל שאם היינו סוברים שהמנין מתקלקל לא הי' שייך לומר שבכל זאת נפטר במנין הראוי, וא"כ צ"ל שאין המנין מתקלקל ולכן הקשו מה שהקשו (ולהלן נכתוב עוד טעם למה לא תירצו כן).

רעט) ואי ס"ד ספיקא בעי עשורי לעשר ממ"נ.

הנה לעיל בספק פדיון פטר חמור קאמר אביי שאירי בתשעה והוא, ושהוא יכול לעשר ממ"נ, והתם צריכים באמת שממ"נ יוכל לעשר, כי צריכים לסלק את החסרון של פוטר ממונו בממונו של כהן, ולכן צריכים שלפי כל האפשרויות לא יהי' חשש של פוטר ממונו בממונו של כהן, כי אי אפשר לומר לו להכניס את הספקות וליצור מצב שאולי הוא פוטר ממונו בממונו של כהן, אבל הכא ס"ד עכשיו שהטעם למה בקפץ אחד מן המנויין לתוכם כולן פטורים הרי זה משום שאין עצה מה לעשות, ולכן הרי הוא פטור, ועל זה מקשה אביי ששפיר יש עצה, וא"כ הכא קשה למה הוצרך לומר שממ"נ הרי הוא

אם יעשר את כולם א"כ בודאי יש כאן עשירות שעישורן עלה יפה. ברם יש לדחות שלפני שעושר, ועומד לפניו עכשיו העשירי הראשונה הרי הוא חייב לחשבן רק עם העשירי ההיא, והרי אין הדבר ברור שעישורה יעלה יפה. שו"ר ככל הנ"ל במהר"ם שיף כאן.

רפ) תד"ה קפ"ן.

א. ר"ת שמחלק בנוגע לחוזר וניעור בין סופו להתרבות לבין אין סופו להתרבות.

ע"י בדבריהם שהקשו שיתבטל הקופץ ברוב. והנה ביכמות דף פ"ב ע"ב אמרינן שאם היו בהמקוה מ' סאין, ונתן סאה של שאר משקין ונטל סאה, הרי זה כשר, ואמר רבי יוחנן עד רובו, כי כיון שהגיע לרובו הרי שאר המשקין חוזרין וניעורים. וכתבו תוס' שם בד"ה אמר רבי יוחנן וכו' וז"ל, משמע דברובו לא אמרינן ראשון ראשון בטל (אלא אמרינן שהוא חוזר וניעור), וכן בפרק במה אשה גבי אבנה דשמואל דעבד להו לבנתיה מקוואות ביומי ניסן שלא ירבו נוטפים על הזוחלים (פי' וא"כ חזינן שלא אמרינן ראשון ראשון בטל אלא אמרינן שחוזר וניעור), ובפ' הנודר מן הירק בצל שעקרו אותו בשביעית ונטעו אותו בשמינית ורבו גידוליו על עיקרו מותר (פי' ולא אמרינן ראשון ראשון של מה שגדל בשמינית בטל אלא אמרינן שחוזר וניעור), ותימה דבפרק בתרא דע"ז א"ר יוחנן המערה יין נסך מחבית לבור אפילו כל היום כולו ראשון ראשון בטל, ונראה לר"י דההיא דמס' ע"ז דאמרינן ראשון ראשון בטל היינו דוקא עד ס' וכו' עכ"ל (הרי

דס"ל להר"י שבכל מקום אמרינן ששפיר חוזר וניעור).

וע"ע בריש מס' ב"ב דאמרינן מחיצת הגדר שנפרצה, אומר לו גדור, נפרצה אומר לו גדור, נתיאש ממנה ולא גדרה חייב, והקשו הראשונים למה כתוב פעמיים אומר לו גדור, והרמב"ן שם תי' בשם ר"ת דהיינו כדי לומר שאם בפעם הראשון הוסיף אחד מד' מאות וגדרה, ובפעם השני הוסיף עוד הפעם א' מד' מאות, דעכשיו סך הכל הוסיף א' ממאתים שזהו שיעור מספיק כדי לאסור, בכל זאת אינו אסור, כי אמרינן ראשון ראשון בטל ולא אמרינן שחוזר וניעור. והביא הרמב"ן שהקשו על ר"ת דאם אמרינן שראשון ראשון בטל א"כ למה לא נימא כן בכל ציור של זריעה אפילו אם לא גדר באמצע. וכתב הרמב"ן דלא קשיא כי ר"ת לא נתכוין להיכא שסופו לגדול ולהתרבות מאליו, אלא אז לא אמרינן ראשון ראשון בטל, אלא שפיר חוזר וניעור, ור"ת קאמר רק היכא שאין סופו לגדול ולהתרבות מאליו, וכגון בכלאים דלא מיקרי שסוף האיסור לבוא כי העירבוב הוא האוסר והרי גדר ואחרי שגדר שוב אין סופו להתערבב וליאסר.

והנה לכאורה יש להקשות על ר"ת מהציור של מקוה, שהרי התם אין סופו להתרבות מאליו אלא הבן אדם כל פעם מחליט להכניס עוד משקה להמקוה, ובכל זאת אמרינן שם שחוזר וניעור, ורק עד רובו הרי זה בטל.

עוד צריכים להבין דבשלמא לפי תוס' שלא חילקו, אלא כתבו שלעולם אמרינן חוזר וניעור, א"כ מוכח שאע"פ שבתחילה הי' בטל ברוב אבל בכל זאת שייך לומר

שחזור וניעור, אבל לפי ר"ת קשה דמכיון שהי' בטל ברוב איך שייך לומר שלפעמים הרי הוא חוזר וניעור ולפעמים אינו חוזר וניעור.

מיהו י"ל שלפי ר"ת היכא שבטל ברוב באמת אינו חוזר וניעור ודלא כתוס', רק דהיכא שסופו להתרבות א"כ גם בתחילה אינו בטל ברוב רק שמותר לקחת משום הדין של אזלינן בתר רובא וכל דפריש מרובא פריש וליכא חסרון של קבוע כי לא הי' ניכר במקומו.

מיהו לפ"ז אכתי קשה ממקוה, כי ממ"נ מכיון שאמרינן שם חוזר וניעור אשר לפ"ז גם בתחילה לא הי' בטל ברוב א"כ איך מותר להשתמש בכל המקוה בבת אחת.

ב. דברי הרמב"ן בדעת ר"ת שהיתירא לא בטל.

ושוב הקשה הרמב"ן מההיא דבצל של שביעית למה אמרינן שחוזר וניעור ולא אמרינן ראשון ראשון בטל לפי ר"ת, וכתב משום שגם התם סוף הגידולין לבוא מאליו. ושוב כתב וז"ל, ויש אומרים התם היינו טעמא משום דגידוליו היתר, והיתירא לא בטיל, ואף לדבר זה יכולין אנו לומר דכלאים נמי היתירא הוא שהרי זה בפני עצמו וזה בפני עצמו ואין אחד מהם איסור עד שהוסיף במאתים, לפיכך זרוע ובא נאסר בתוספת ולא אמרינן ראשון ראשון בטל דהיתירא לא בטל וכו' עכ"ל.

ולכאורה סברת דרך זה שכתב הרמב"ן שהיתירא לא בטיל היא שביטול ברוב מהני רק כדי להוריד שמות, אבל לא כדי להוסיף שמות, ומש"ה הרי הוא מועיל כדי להוריד שם של איסור, אבל לא להוסיף שם של

איסור על הדבר שמתבטל, וכן היכא שיש חוט שלא נעשה לשם ציצית שנתערב בחוטינן שנעשו לשם ציצית לא נגיד שהוא מתבטל ברוב ומתכשר, כי ע"י הדין של ביטול ברוב לא ניתוסף שם. ודעת תוס' ביבמות שהוכיחו מההיא דבצל דאמרינן חוזר וניעור היא שביטול ברוב מהני גם להוסיף שם.

מיהו לפ"ז אכתי לא מוסבר מה שהוסיף הרמב"ן שגם לענין כלאים אמרינן שהיתירא לא בטיל, דלמה התם אין ההיתר בטל הלא התם אין אנו רוצים להוסיף לו איזה שם מסוים.

והקו"ש בפסחים אות קע"ט - קפ"ב הביא שגם רש"י ותוס' בזבחים פליגי בהנ"ל, דרש"י סובר שגם היתר בטל ונעשה איסור, וכן ע"י ביטול ברוב אפשר להשלים את השיעור, ואילו הרמב"ן ותוס' סוברים שהיתירא לא בטיל, וביאר הקו"ש באות קפ"ב שהדבר תלוי במה הוא יסוד הדין של ביטול ברוב, דלפי רש"י ביטול ברוב פירושו הוא שהמיעוט מתבטל להרוב, ושם הרוב מתפשט על המיעוט מדין רובו ככולו, "ואינו שייך לדין הלך אחר הרוב, אלא לדין רובו ככולו", ומש"ה הרי זה מועיל גם להוסיף שם, והיתירא שפיר בטל, וכן המיעוט שנתבטל גם יועיל להשלים את השיעור של האיסור, אבל הרמב"ן וכן תוס' בזבחים שסוברים שאינו משלים השיעור הרי הם סוברים ש"אינו מטעם רובו ככולו, אלא מדינא דהלך אחר הרוב, והמיעוט אינו נעשה כהרוב, אלא דאינו צריך לחשוש להמיעוט, וכמאן דליתא דמי", כלומר דדנינן שהאיסור שבדבר אינו נמצא כאן ומש"ה הרי זה מותר, אבל בהיתירא לא

שייך לדון שההיתר שבו אינו כאן כי היתר אינו דבר חיובי שמתיר, אלא העדר איסור הוא מה שמתיר, וא"כ בע"כ יש כאן חתיכה שמותרת ומש"ה אפשר לצרפה אח"כ לרוב.

ועי' עוד ברמב"ן בע"ז דף ע"ג ע"א שכתב וז"ל, ולי נראה דהיתירא לגו איסורא לאו משום דראשון ראשון בטל, דלא אשכחן ביטול בהיתר לפי שאין אדם עשוי לבטלו, אלא אדרבה מוסיף הוא עליו והולך וכו' עכ"ל. וכתב הקובץ הערות בסי' נ"ט סק"ד על דברי הרמב"ן האלו וז"ל, והוא כעין הסברא דדבר חשוב לא בטיל עכ"ל. מיהו צ"ע דלפ"ז יוצא דהוי רק דין דרבנן, וכמו שנקט הקובץ הערות לעיל בסמוך שם דמה שדבר חשוב לא בטל הרי הוא רק דין דרבנן, וא"כ איך אמרו כן לקולא דהיינו שהיתירא לא בטיל. מיהו מתוס' אצלינו יוצא שברי' לא בטל הרי הוא דין דאורייתא, וא"כ אולי כן הוא גם באין אדם עשוי לבטל היתירא דאולי גם זה מועיל מהתורה אע"פ שבדבר שבמנין סבירא להו לתוס' כאן דהא דאינו בטל הרי זה רק דין דרבנן.

ג. בענין יסוד הדין של "ולא שכבר עבר": האם הוי פסול או פטור. ועוד בענין היתירא לא בטל.

ובקו"ש בחלק ב' בהחידושים על מס' חולין באות מ"ג הביא בשם הגר"ח שלפי שיטת הרמב"ן הנ"ל שהיתירא לא בטיל כי ביטול ברוב אינו יכול להוסיף שמות (כ"כ שם) לא קשה קושיית תוס' כאן שנימא ביטול ברוב. מיהו באמת יש לדון בזה, דהנה יש לחקור אם הך דין של כל אשר

יעבור ולא שכבר עבר, הרי הוא דין של פטור, דהיינו שאם כבר עבר אין עליו חיוב של מעשר ומש"ה א"א לכללו בהעשירי השני, או האם הוא דין של פסול אבל בלי הפסול הי' שפיר אפשר להכניסו שוב לדיר ולכללו בהעשירי השני.

ואם נאמר דהוי רק דין של פטור א"כ לפ"ז יוצא שע"י ביטול ברוב הרי אנו צריכים לחדש חיוב על השה שכבר עבר, ואילו לפי הרמב"ן אי אפשר לעשות דבר כזה, וא"כ לפי הצד הנ"ל בהבנת הדין של ולא שכבר עבר, שפיר יכולה שיטת הרמב"ן לשמש כתי' על קושיית תוס' בסוגיין שנימא ביטול ברוב וכדברי הגר"ח. ובדעת תוס' צ"ל דס"ל ששפיר מהני ביטול ברוב לפעול חלות שם של איסור או חיוב ומש"ה הקשו כאן מה שהקשו. והקו"ש בבכורות באמצע אות ד' הביא מהגאון ר' אליעזר גורדון זצוק"ל שהוכיח מדברי תוס' כאן שביטול ברוב מהני להוסיף שמות.

מיהו באמת יש לפרש דעת תוס' בדרך אחרת, והיינו דס"ל שהילפותא של ולא שכבר עבר הרי זה בגדר פסול ומש"ה שפיר שייך ביטול ברוב לענין להוריד שם זה, ולעולם מודים תוס' שביטול ברוב לא מהני להוסיף שמות.

והנה עי' בתד"ה לפטרו וכו' שהקשו וז"ל, תימה דהכא (בקפץ אחד מן המננין וכו') לא שייך מנין הראוי וכו', אבל הכא שיש בעדר הרבה, ישלים המנין ויהא עשירי וי"א קודש ויקרא לשניהם עשירי מספק וכו' עכ"ל. ובשט"מ בשם הרא"ש תי' שכשזה שקפץ יוצא פעם שני הרי הוא מקלקל את המנין באופן שאי אפשר להמשיך ולמנות אחריו אלא צריכים

להתחיל ולמנות מאחד, ואפילו אם הוא יודע שהשביעי שעובר עכשיו הוא זה שכבר עבר, ושואל אם לסיים את המנין ולומר על השמיני שביעי, אומרים לו שכבר נתקלקל המנין, כן נראה מדבריו שם. ולכאורה שייך לומר כדבריו שהוא מקלקל את המנין רק אם סוברים שהוא דין של פסול, אבל אם הוא רק דין של פטור לא שייך לומר כן, כי הרי זה כאילו אמר את המספר שביעי בלי שעבר כלום, או שעבר גמל וכדומה וקרא אותו שביעי, דברדאי יכול הוא להעביר שה ולומר עוד הפעם שביעי, אבל אם הוא דין של פסול חיובי י"ל שהוא פוסל לא רק את עצמו אלא את כל המנין.

רפא) תד"ה קפ"ן.

דברי השט"מ בשם הרא"ש שגם כשיש רוב, הדבר נשאר במהותו ספק.

הנה תוס' בתחילת דבריהם הקשו שיתבטל ברוב, מיהו מהמשך דבריהם מבואר שהם דנים מצד כל דפריש מרובא פריש, דהא חזינן שדנו לומר דחשיב קבוע, והרי קבוע שייך רק היכא שאתינן עלה מדין כל דפריש מרובא פריש דאז נאמר שאם לקח ממקום הקביעות לא תלינן שלקח ממצב של רוב אלא שלקח ממצב של מחצה על מחצה, וא"כ יוצא שתוס' נתכוונו באמת להקשות ב' קושיות, חדא שזה שקפץ יתבטל במקומו מדין ביטול ברוב, ועוד דגם בלא זה הרי כשמתחיל להוציאם מן הדיר נאמר שכל דפריש מרובא פריש.

והנה השט"מ בשם הרא"ש כאן הקשה

את הקושיא שנימא כל דפריש מרובא פריש, ותי' על זה שרוב אינו בגדר בירור, אלא בגדר גזירת הכתוב של התנהגות במקום ספק, אבל אכתי ספק מיקרי, ומש"ה אכתי קרינן ב' עשירי ודאי ולא עשירי ספק. והקו"ש בחולין אות מ"ג כתב שי"ל שזה מיישב גם את הקושיא שנימא ביטול ברוב, כי י"ל שהדין של ביטול ברוב וכן הדין של כל דפריש מרובא פריש נלמדים שניהם מהפסוק של אחרי רבים להטות, ומש"ה מכיון שנבי מעשר לא אמרינן כל דפריש מרובא פריש, הה"נ שלא אמרינן ביטול ברוב, כי כיון שלא שייך לומר במעשר כל דפריש מרובא פריש א"כ יוצא שהפסוק הנ"ל של אחרי רבים להטות לא נאמר על מעשר, וא"כ ה"ה שלא נאמר כאן הדין של ביטול ברוב. וכדרך זה כתב גם בקונטרס דברי סופרים סי' ה' אות כ"ח ביתר ביאור עיי"ש (ובאות ל"ד שם כתב עוד דרך וז"ל, דכיון דבמעשר בהמה לא אזלינן בתר רובא לחייבם, א"כ כל אחד ואחד הוי עשירי ספק ופטור בתורת ודאי, וממילא כולן פטורין בתורת ודאי, וא"כ בלא דין ביטול אין כאן מבטל כלל, שהרי הרוב ג"כ פטור, ועל כן לא מהני ביטול בכה"ג, דלא שייך ביטול אלא אם יש שם מבטל בלאו דין ביטול וכו' עכ"ל).

ועכ"פ יש לתמוה על כל עיקר דברי הקו"ש, דהנה מה שהביא את הקו"ש לכל זה, הוא מה שהוא סובר שהשט"מ בא לתרץ את הקושיא של ביטול ברוב, דעיי"ש בקו"ש בחולין שהעיר שהשט"מ קאי על קושיית תוס' והרי אין תירוצו מתאים לקושיית תוס' כי תוס' הקשו

מביטול ברוב ואילו השט"מ מתרץ למה לא שייך לומר כל דפריש, ולכן כתב הקו"ש לבאר שתירוצו של השט"מ מתרץ גם את הקושיא מביטול ברוב. ובשם הגר"ח כתב שהשט"מ באמת לא נתכוין לתרץ קושיית תוס' כי ס"ל שקושיית תוס' לק"מ וכשיטת הרמב"ן שהתירא לא בטיל. מיהו לא הבנתי שיחתם כי המעיין בדברי השט"מ בשם הרא"ש יראה שהקשה בתחילה קושיית תוס' שנימא ביטול ברוב ועל זה תי' שבעלי חיים אינם בטלים, ושוב הקשה שנימא כל דפריש, ועל זה תי' את תירוצו שמידי ספיקא לא נפקא, הרי שהשט"מ בא ביסודו הנ"ל לתרץ רק את הקושיא של כל דפריש מרובא פריש ולא את הקושיא שנימא ביטול ברוב אלא את הקושיא של ביטול ברוב הרי הוא מתרץ משום שבעל חי לא בטל (ודלא כהקו"ש, וכן דלא כהגר"ח, שהשט"מ מתרץ משום שהתירא לא בטל).

ועי' בשו"ת רעק"א תניינא בסי' ק"ח שהביא שתוס' כאן מקשים שנימא נכבשינהו וכל דפריש מרובא פריש, ונראה שהבין שמקשים כן ממה שדנו כאן בדין קבוע וכמו שביארנו.

רפא* עוד בדברי השט"מ.

עי' ברעק"א שם שהביא שהקשו לו על תירוצו של השט"מ מהא דתניא בתוספתא בפ"ו מטהרות ברייתא ב' שאם היו ט' שרצים וצפרדע אחת, ופירש אחד מהם, ונגע בו אדם, ואינו יודע אם זה שפירש ונגע בו הי' אחד מהשרצים או הצפרדע, אמרינן כל דפריש מרובא פריש והרי הוא טמא אפילו ברה"ר, ואילו לפי השט"מ הרי

הדבר נשאר ספק וא"כ למה לא אמרינן כאן שספק טומאה ברה"ר טהור. וכתב שם ג' תירוצים.

א', דלא מטהרים ספק ברה"ר אלא היכא שהספק דומה להציוור של סוטה שהוא מחצה על מחצה, ואילו גם השט"מ מודה שיש קצת בירור ואינו ספק השקול.

ב', עוד כתב וז"ל, דבט' שרצים כשפירש, קודם שנגע צריכים ג"כ לדון בכמה דברים אם הוא שרץ או צפרדע ללקות עליו כעדשה, והיינו דנין מכח מרובא פריש דהוא שרץ, וממילא בנגע בו אח"כ הוי כמו נגע בודאי שרץ (ונראה שכוונתו היא לומר שכבר דננו לענין איסור אכילה לפני שדננו על הנגיעה, דהא מיד יש לדון אם הוא אסור בלאו כעדשה או רק בכזית, ולענין זה שפיר אזלינן בתר רוב, אבל הספק אם הוא מטמא או לא הרי הוא נולד רק לאחר שנגע בו אדם, שהרי אין איסור לנגוע רק שאם נגע הרי הוא טמא, וא"כ כל הדין נולד רק לאחר שנגע בו אדם, אשר אז כבר פסקנו לענין האיסור אכילה שהוא שרץ, ואחרי שיש פס"ד מסתכלים על הפס"ד ולא על המציאות, ולכן לא מסתכלים על זה כספק טומאה), ודוקא בהיכא דקפץ אחד מהמנויין דכל מה שדנין עליו הוי רק לענין חיוב מעשר, בזה כתבו הפוסקים דלא מיקרי עשירי ודאי, אבל היכא דדנו כבר לדברים אחרים לשרץ ודאי, ממילא כשנגע אח"כ מיקרי נגע בשרץ ודאי. וראי' לזה דהא טריפה ממעטינן מקרא דיעבור תחת השבט, וא"כ איך משכחת עשירי ודאי דלמא טריפה היא, דהא מחמת הרוב עדיין לא מיקרי

ודאי להנך פוסקים, אע"כ כיון דדנין לכל מילי דאינו טריפה מיקרי עשירי ודאי עכ"ל (ולפי מה שהדגיש בלשונו לעיל לענין שרץ שכבר קודם שנגע דננו, צריכים להוסיף שהדיון אם הוא טריפה ואסור באכילה מתחיל מיד כשנולד, קודם הדיון אם הוא טריפה ופטור ממעשר, כי מעשר חייבים רק אחרי שעוברים שמונה ימים והרי אז כבר הלכנו אחרי הרוב שאינו טריפה).

והנה הש"ש בשמעתא ד' הביא את דברי שו"ת גאוני בתראי שהיכא שהיו ט' בהמות מותרות ואחת אסורה, ופירש חצי בהמה, יש שפסקו שם שמכיון שאזלינן על החצי שפירש בתר רוב הרי זה גורם שנתיר גם את החצי שנשאר בפנים, ולא נגיד עליו שכל קבוע כמחצה על מחצה דמי, כי כבר הוכרע הספק ע"י החצי שפירש, והביא הש"ש שם שכתב הכרתי ופילתי בשם גאון אחד שלפי השט"מ שרוב הוי רק גזיה"כ איך להתנהג במצב של ספק אבל אינו מברר, א"כ הדין נותן שהחצי של רוב לא יכריע על החצי השני. והנה חזינן שאע"פ שרעק"א אזיל לפי השט"מ הרי הוא נוקט שעכ"פ היכא שהכרענו על פי הרוב קודם, הרי זה נשאר מוכרע אפילו אם אח"כ נולד ספק שלא מהני שם הרוב, מיהו יתכן שגם הוא מודה להכרו"פ שהיכא ששני הספקות נולדו בבת אחת, ושניהם נפסקו בבת אחת, כגון היכא שחצי הבהמה פירש וחצי הוא קבוע, דמיד כשנתערבו נפסק שאם יקחו מן הקבוע הרי זה אסור, ואם יפרוש הרי זה מותר, וכן בשעה שפירש ורוצים להשתמש בההיתר של כל דפריש, כבר קיים העובדא שהחצי השני הוא קבוע ולא פירש, א"כ

בכה"ג החצי שפירש אינו מכריע את החצי שהוא קבוע כי בב"א יש גם פסק על הקבוע שהוא אסור.

מיהו אולי הרי זה שפיר נחשב בגדר זה אחרי זה, כי בשעה שבא אחד לאכול את החצי שפירש, עוד לא בא אדם שני לאכול את החצי שהוא קבוע.

ועי' בקובץ הערות בסי' כ"א סק"י שהקשה על רעק"א שאע"פ דהוי בזה אחר זה למה לא נוכל לומר פלגינן, דהיינו שאע"פ שקבענו לענין האיסור אכילה דלא הוי טריפה, אבל בכל זאת לענין מעשר אכתי נימא דהוי ספק, ובשלמא אם הפטור ממעשר הוי תוצאה מהא דאסורה באכילה, א"כ מכיון שהיא מותרת, בהכרח הרי היא גם חייבת במעשר, אבל כאמת אין הדבר כן, אלא הפטור ממעשר הרי הוא תוצאה מעצם העובדא שהבהמה היא טריפה כמו שהאיסור אכילה הרי הוא תוצאה מעצם העובדא שהבהמה היא טריפה, וא"כ למה א"א לפסוק לענין מעשר דהוי ספק טריפה אע"פ שכבר הלכנו אחרי רוב לענין אכילה. ודימה לע"א אומר מת בעלה דנאמן להתירה לינשא ולא לענין נחלה.

הרי שהביא הקובץ הערות דאמרינן פלגינן אפילו היכא דהוי בירור כמו בע"א, וצ"ע על הכרו"פ מהדין הנ"ל של ע"א, שהרי הכרו"פ נוקט דהיכא דהוי בגדר בירור לא פלגינן, אם לא שנאמר שהכרו"פ סובר שע"א אינו בירור אלא גזיה"כ וכמש"כ הרמב"ם לענין שני עדים בפ"ח מהל' יסודי התורה.

עוד נראה מראייתו של הקובץ הערות מע"א שאומר מת בעלה שהבין שלפי רעק"א בכה"ג צריך להועיל לענין נחלה

אע"פ שהשאלה אם מותרת להנשא באה יחד אם השאלה לענין נחלה ודלא כמו שצדדנו לעיל שגם רעק"א מודה כשנולדו שתי השאלות ביחד.

ועוד כתב רעק"א וז"ל, ובזה מיושב מה דקשיא לי לכאורה לשיטה זו דרוב לא מיקרי ודאי איך מצינו קהל ודאי דלא יבוא (פי' דדרשינן שודאי ממזר מותר בספק ממזרת כי "לא יבוא ממזר" רק בקהל ודאי אבל בקהל ספק יבוא), הא לא הוי ודאי, דשמא זינתה אמו, ולא הוי רק רוב בעילות אחר הבעל, דמ"מ לא הוי ודאי. ולפי דברינו ניחא, דמיד כשנולד דנין לכמה דברים אם הוא בנו של זה בעל אמו (ולפי דרכינו כוונתו היא כי דנין בתחילה בינקותו לענין שחייב למולו ולפדותו וללמדו תורה וכדומה, אבל אם הוא מותר לבוא בקהל דנין רק כשנעשה בן ט' דביאתו ביאה ודלא כהקוה"ע שנקט בדבריו לענין הכאה וקללה), וכיון דהחזקנו אותו מכח רוב לבנו, ממילא מיקרי קהל ודאי, ודברי הפ"י נכונים גבי שתוקי דכשנולד ואנו דנין אם מרוב כשרים או מפסולים, דהני מילי רק לענין לבוא לקהל (כי בין כך אין אנו יודעים מי הוא אביו), זהו לא מיקרי קהל ודאי עכ"ל (ומלשון זה של רעק"א משמע שדנים אם מותר לבא בקהל מיד כשנולד).

(והנה צ"ע דלפי הבנתנו הנ"ל בדבריו מה יגיד בכת, דהא התם ליכא שום שאלה לענין אבהות לענין דברים אחרים לפני שהיא ראוי לביאה בגיל ג' שנים ויום אחד, וא"כ אכתי קשה דממזר ודאי יהי מותר בכל בת ישראל כי יש לה דין של קהל ספק).

ג', דגם לפי השט"מ רוב מיקרי מיהא בגדר מקצת בירור וכמו שנקט בדרכו הראשון, רק דלא הוי בירור גמור, ולכן לענין קפץ כיון שגם לפני שפירש לא ידענו איזה מהם הוא זה שקפץ, וכבר אז הי' ספק, א"כ בכה"ג לא מהני בירור קלוש כזה לברר את הספק, אבל בשרצים הרי לפני שפירש לא הי' לנו שום ספק כלל, כי שפיר ידענו איזה מהם הוא הצפרדע, רק שע"י שפירש נולד הספק, וא"כ בזה שפיר אמרינן שרוב הוא מספיק בירור לפעול שלא יתחדש עלינו ספק.

רפב) בענין אם דברי השט"מ הם רק ברובא דאית' קמן או האם גם ברובא דלית' קמן.

הדעות בגדר רובא דלית' קמן.

והנה הש"ש בשמעתא א' פרק א' הביא שמקשים על שיטת הרמב"ם שספיקא דאורייתא לקולא מהתורה דלפ"ז למה צריכים את הדרשה של ממזר ודאי ולא ממזר ספק.

ובשם המהרי"ט הביא לתרץ שהדרשה באה כדי להתיר בתורת ודאי (אבל לענין לתלות לקולא לא בעינן את הדרשה וכהנ"ל דספיקא דאורייתא לקולא מן התורה), וממילא מותר לו לישא ממזרת ובת ישראל יחד, ולא אמרינן שממ"נ הרי הוא עובר איסור, והיינו משום שממזר ספק מותר בתורת ודאי בישראלית כי רק ממזר ודאי אסור לבוא בקהל אבל ממזר ספק מותר, וכן הרי הוא מותר בתורת ודאי בממזרת, כי רק מי שהוא בגדר קהל ודאי אסור בממזרת אבל מי שהוא ספק ממזר

וספק קהל הרי הוא מותר בממזרת, משא"כ אם סוף הדין הי' רק שתלינן לקולא, הי' אסור לו לישא שתיהן יחד, כי ממ"נ, או שהוא ממזר שנושא בת ישראל או שהוא ישראל (כלומר מי שהוא בכלל קהל ה') שנושא ממזרת).

ועוד הביא בשם הפ"י לתרין דבעינן קרא להיכא שיש רוב או חזקה לצד האיסור. והש"ש השיג על זה וכתב שבכה"ג חשיב ממזר ודאי.

וע"ע בשמעתא ב' סוף פרק י"ד שהביא את דברי המ"מ דהא דהאם נאמנת לומר שנבעלה לכשר ושאינן הולד ממזר הרי זה כי גם בלא דברי האם הרי הולד מותר לקהל מהתורה כי ממזר ודאי אמר רחמנא ולא ממזר ספק, ואין כאן אלא איסור דרבנן, ורבנן האמינו לה. ובפרק ט"ו הביא את קושיית הב"ש דהא קי"ל שהיא נאמנת אפילו היכא שיש רוב פסולים, והרי בכה"ג חשיב ודאי ממזר ואסור מן התורה וא"כ למה מאמינים לה גם בכה"ג לומר שלכשר נבעלה. וכתב הב"ש ליישב דאכתי חשיב רק ספק כי שמא היא הלכה אצל האיש אשר בכה"ג הוי קבוע דכמחצה על מחצה דמי. והש"ש כתב ליישב דלק"מ קושיית הב"ש משום שי"ל כהשט"מ שרוב חשיב ספק, וכתב הש"ש דמה שכתב בשמעתא א' שרוב חשיב בגדר ודאי הרי זה רק ברובא דליתא קמן דתליא בסברא, אבל ברובא דאיתא קמן אמרינן כהשט"מ שרוב חשיב בגדר ספק כי מסברא יכול להיות מהמיעוט כמו מהרוב.

מיהו חזינן שרעק"א בדבריו הנ"ל שהבאנו בהאות הקודמת (בקטע "ב") נוקט שהשט"מ קאמר גם בנוגע לרובא

דליתא קמן, שהרי הקשה על השט"מ שאע"פ שרוב בהמות אינן טרפות, וכן אע"פ שרוב בעילות אחר הבעל, למה לא חשיב בגדר ספק לפי השט"מ (ותי' כי כבר הכרענו לגבי ענינים אחרים כהרוב), והרי הציוורים ההם הרי הם ציורים של רובא דליתא קמן.

וע"ע בשו"ת רעק"א קמא בסי' קל"ז שדן אם בתרי ותרי אזלינן בתר רוב, והשואל שם סבר דלא אזלינן בתר רוב, והביא השואל שהשושנת עמקים נסתפק בזה, ורעק"א עצמו כתב דשפיר אזלינן בתר רוב כמו דאזלינן בתר חזקה כיון שאינה בגדר בירור (כלומר שהדבר נשאר בעצמותו ספק וכדברי השט"מ), דרק אחרי בירורים אחרים כמו מיגו לא אזלינן כשיש תרי ותרי, כי כבר יש לנו את הבירור הכי גדול ששייך, דהיינו שני עדים, וא"כ עוד בירור אינו מוסיף כלום כמו שעוד שני עדים לא היו מוסיפים כלום כי תרי כמאה, ומשמע מסתימת דבריו שכוונתו היא גם לרובא דליתא קמן וכדבריו הנ"ל שנקט שגם רוב כזה אינו בגדר בירור.

והנה בחולין דף י"א ע"א אמרינן מנא הא מילתא דאמרי רבנן אזלינן בתר רובא, ומתריצין מאחרי רבים להטות, ומקשינן דמהתם חזינן רק רובא דאיתא קמן אבל מנ"ל דאזלינן בתר רובא דליתא קמן, ושוב הביאו הוכחות שאזלינן גם בתר רובא דליתא קמן. והנה לעיל שם ילפינן מנגעים דאזלינן בתר חזקה, והקשו תוס' והרשב"א דמהכלל של רובא וחזקה רובא עדיף חזינן שרוב עדיף מצד הסברא מחזקה וא"כ למה צריכים ילפותא לרוב אחרי שכבר ידעינן חזקה, ותי' הרשב"א דמה שרובא וחזקה

רובא עדיף הרי זה רק אחרי שכבר יש ילפותא לרוב. ולכאורה דבריו אינם מובנים, דהא אם בלי פסוק לא ידעינן רוב מחזקה, א"כ מנלן לומר אחרי הפסוק שרוב הוא עדיף מחזקה. ותי' הקו"ש על זה בב"ב אות ע"ח שחזקה היא בגדר גזיה"כ של התנהגות במקום שיש ספק אבל רוב הרי הוא בגדר בירור, וא"כ בלי הפסוק לא הוי ידעינן שסומכים על הבירור של רוב, אבל אחרי שיש פסוק וע"י הרוב חשיב שהדבר מבורר, א"כ שוב אין מקום בשביל חזקה, כי כאמור חזקה הרי היא גזירת הכתוב של התנהגות במקום שיש ספק והרי מכיון שהדבר מבורר ע"י הרוב אין כאן ספק, הרי דס"ל להקו"ש בביאור דברי הרשב"א שרוב הוא בירור (דלא כהשט"מ) ולכן אמרינן שרובא וחזקה רובא עדיף.

וע"ע באות פ"ג ופ"ד שם שדן מה הוא החילוק בין רובא דאיתי' קמן לרובא דליתי' קמן, והביא את מה שכתבו תוס' בב"ב דף כ"ד ע"א בד"ה וש"מ וכו' שרוב דמים מהמקור חשיב רובא דליתי' קמן, והביא את דברי הש"ש בשמעתא ד' פרק א' שכתב על דברי תוס' זו"ל, ואיכא למידק דהיכי מוכח מדר' חייא רובא דליתי' קמן כיון דדמי החדר מרובין מדמי עלי' ודאי הוי לי' רובא דאיתא קמן עכ"ל. ובאות פ"ג כתב זו"ל, ובש"ש תמה (על תוס' הנ"ל) למה אינו רובא דאיתי' קמן שהרי האשה לפנינו, ונראה מדבריו דאיתי' קמן פירושו כמשמעו דתלוי אם הרוב לפנינו, אבל אפשר לפרש החילוק באופן אחר, דברובא דאיתי' קמן ידיעת הרוב היא על ידי שנדע מכל פרט ופרט בפני עצמו, וברובא דליתי' קמן ידיעתנו היא מהכלל

על הפרט ולא מהפרטים אל הכלל, כי כל פרט בפני עצמו אינו ידוע לנו, כמו ברוב בהמות כשרות הן, היא רק ידיעה כללית, וממנה נדון על כל בהמה בפרט שהיא כמו הרוב אבל בכל בהמה בפני עצמה אפשר לומר שהיא טריפה, ולפ"ז הכא (בדמ) הוי רובא דליתי' קמן שהרי לא מדדנו את הדם באשה זאת אם רובו במקור או בעלי', אלא שיש לנו ידיעה כללית דרוב דם במקור, ואי לא סמכינן ארובא דליתי' קמן אלא חיישינן למיעוטא שמא בהמה זו טריפה והיא מהמיעוט, ה"נ ניחוש שמא דם זה בא מהמיעוט מעלי' ולא מהרוב מהמקור עכ"ל.

ועוד הביא את קושיית הגר"ח למה מקשינן בחולין שם תינח רובא דאיתי' קמן אבל רובא דליתי' קמן מנלן, הלא כל רובא דליתי' קמן הרי הוא ג"כ ציור של כל דפריש שהרי פירש דבר זה מכלל הדברים שבעולם. וא"כ נתלה שפירש מהרוב ולא מהמיעוט, וכתב הקו"ש שלפי דרכו אתי שפיר כי ס"ד שלא מהני כלל כיון שאין לנו ידיעה על כל פרט ופרט (כלומר אבל לפי הש"ש קשה מאי נפ"מ בזה שאין הרוב לפנינו כיון שקרה "כל דפריש").

ובאות פ"ה שם מבואר דס"ל שגם אחרי הפסוק כל הכח של רובא דליתי' קמן הוא רק כח של כל דפריש, רק דקמ"ל קרא דאמרינן כל דפריש מרובא פריש גם כשאין לנו ידיעה על כל פרט ופרט, ומש"ה המשיך להקשות שם למה ברובא דליתי' קמן לא אמרינן שאם ניגש לקנות בהמה שיהי' דין קבוע ונחשוש שמא היא טריפה, ודימה זה למה שמבואר בגמ' שאם יש רוב עכו"ם אזלינן בתר הרוב ואמרינן שאדם זה

שפירש הוא עכו"ם, אבל אם הלכה היא אצלו הוי קבוע, הרי שאע"פ שבכה"ג חשיב לדבריו רובא דלית' קמן כי ידעינן רק על הכלל שרוב העולם הם עכו"ם, בכל זאת חזינן שאמרינן דין קבוע, וא"כ הה"נ ברוב בהמות אינן טריפות.

מיהו לכאורה יש ליישב ולומר דלא כהקו"ש אלא המהות של רובא דל"ק היא כשיש סיבה וכח בהבריאה שגורם לזה שיש רוב, וכגון מה שיש כח בהבריאה שגורם שבהמה אינה טריפה, וזהו טעם למה לומר שרובא דלית' קמן הרי הוא בירור אפילו לפי השט"מ, וזוהי כוונת הש"ש במה שכתב שרובא דל"ק תליא בסברא, ולפ"ז רוב עכו"ם אינו רובא דל"ק. ובאמת הקו"ש עצמו באות פ"ו כתב כעין חילוק זה כדי להסביר למה ברובא דאית' קמן אחרי שנשאר רק שנים כבר לא שייך לומר כל דפריש אלא השנים האחרונים נשארים אסורים, ואילו ברובא דלית' קמן אפילו אם יצויר שישאר רק ב' בהמות בהבריאה ג"כ נאמר שרוב בהמות אינן טריפות, וכתב משום שהתם הרוב הוא בטבע הבריאה משא"כ בחתיכות הרוב הוא רק במקרה.

רפג) תד"ה קפ"ן.

ע"י בדבריהם שהקשו שיתבטל הקופץ ברוב. הנה מדבריהם יוצא שהיכא שאמרינן ביטול ברוב מותר לאדם אחד לאכול את הכל לכה"פ בזה אחר זה. מיהו יש לדחות שכוונת תוס' כאן היא חוץ מהעשרה האחרונים. וע"י ברא"ש בחולין בפרק גיד הנשה סי' ל"ז שכתב שמותר לאדם אחד לאכול את

הכל אפי' בב"א כי האיטור מתהפך להיתר. ותוס' שם בדף ק' ע"א ד"ה ברי' וכו' סוברים שאסור לאדם אחד אפי' בזה אחר זה. ושיטת הרשב"א, הובא ביו"ד סי' ק"ט סעיף א' ובבאר הגולה שם היא שלאדם אחד בב"א אסור אבל בזה אחר זה מותר. וע"ע בזה לעיל באות רפ"ב בקטע "וע"ע באות פ"ג".

דף ז' ע"א

רפד) עשירי ודאי ולא עשירי ספק.

יש לבאר שנאמר בזה דין פטור בתורת ודאי, וכן יש לפרש שנאמר בזה רק שיש רשות להקל. ונפ"מ אם יחמיר ויביאנו קרבן האם הוא לוקה משום חולין בעזרה כי הוא פטור בתורת ודאי וממילא בתורת ודאי אינו נעשה קרבן מעשר בהמה, או האם הדבר נשאר ספק רק שיש לו רשות להקל ומש"ה אינו לוקה משום חולין בעזרה כי אולי הוי באמת מעשר. וע"י לעיל באות רפ"ב בקטע ראשון ובקטע "ובשם" בענין הדרשה של ממזר ודאי ולא ממזר ספק.

רפה) אילימא ספק בכורות יהי' קדוש אמר רחמנא ולא שכבר קדוש.

ע"י בש"ש בשמעתא א' פרק ג' שהקשה מכאן על שיטת הרמב"ם שספיקא דאורייתא הוא לחומרא רק מדרבנן אבל מן התורה אזלינן לקולא, דלפי שיטתו הדין נתן שספק בכור יהי' חייב מהתורה

במעשר כי אין זה נקרא שהוא כבר קדוש כי התורה אמרה שאפשר להקל ולנקוט שאינו בכור ושהוא גם מותר בגיזה ועבודה, ואע"פ שרבנן החמירו אבל לא אמרו להקל לפוטרו ממעשר. ותי' על פי מה שביאר השט"מ בסוגיין את דברי רב המנונא שאם סוברים שתקפו כהן אין מוציאין מידו א"כ גם עכשיו שלא תקף חשיב שיש להכהן חלק וכח בו ומש"ה אסור בגיזה ועבודה, וא"כ אפילו לפי הרמב"ם הרי הוא אסור מהתורה כי הרמב"ם פוסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, אבל הרשב"א הרי פוסק שמוציאין מידו אשר לפ"ז צ"ל כרבה שהאיסור של גיזה ועבודה אינו משום כחו של הכהן אלא משום קדושה הבאה מאלי' שאני, ולכן ה' קשה לו שאם ספיקא דאורייתא לקולא מן התורה למה נקרא שכבר קדוש, הלא מותר בגיזה ועבודה, אלא בע"כ צ"ל שספיקא דאורייתא לחומרא מן התורה, אבל הרמב"ם שסובר שלקולא מן התורה הרי הוא לומר שבכל זאת אסור בגיזה ועבודה כי תקפו כהן אין מוציאין מידו וסובר הרמב"ם שהגמ' כאן שאמרה יהי קדוש ולא שכבר קדוש על ספק בכור אזלה שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו, (ולפ"ז י"ל שטעמו של הרמב"ם במה שפסק אין מוציאין הרי זה כי סמך עצמו על הגמ' כאן).

והנה חזינן שהש"ש סמך עצמו על השט"מ ולא על דברי תוס' לעיל שכתבו קרוב לדברי השט"מ בביאור דברי הגמ' לעיל, והיינו משום שתוס' כתבו שם רק שאם סוברים אין מוציאין יש לזה עוד דין

של ספק משא"כ אם סוברים מוציאין הרי הכהן מסולק לגמרי, אבל מהשט"מ משמע (כן סובר הש"ש) שאם סוברים אין מוציאין הרי הוא אסור בגיזה ועבודה בתורת ודאי וכהנ"ל, ובדעת הרמב"ם לא מספיק שיהי בגדר ספק כי אכתי אין זה נקרא שהוא כבר קדוש כיון שספיקא דאורייתא לקולא מהתורה וכהנ"ל.

ועכ"פ לפי הש"ש יוצא שאם סוברים מוציאין אותו מידו א"כ לפי הרמב"ם אכתי י"ל שאיירי בספק בכור כי מה שהוא אסור בגיזה ועבודה הרי זה מדרבנן.

והנה ראיתי מקשים על הש"ש דלפ"ז יוצא שהגמ' כאן בשם רב אחא מדיפתי נוקטת איפכא ממה שיוצא לעיל בסמוך שראיית רב חנני' ש"מוציאין אותו מידו" במקומה עומדת. מיהו כבר הבאנו לעיל באות רע"ד את דרכו של בנו של הש"ש, שסמך הש"ש ידו על דרכו, שראיית רב חנני' הרי היא רק לפי שיטת רבה בחולין דף ס"ט, אבל לא לפי רב הונא, וא"כ יוצא שאליבא דהלכתא דקי"ל כרב הונא ליכא ראי' שמוציאין אותו מידו.

רפה*) יהי קדושה אמר רחמנא ולא שכבר קדוש (מתשע"ח).

לפ"ז יוצא שבלי הגזיה"כ ה' אפשר להעביר תחת השבט גם שה שהוא בכור. וצ"ע דאם יצא העשירי מה יעשו בו, שהרי יש לו גם דין מעשר בהמה שדינו להיות חולין ביד כהן וגם דין בכור שדינו להקרב. וי"ל שהי' נותנו לכהן והכהן יאכלנו במומו.

רפו) הא יכול להוציאו בדיינין הקדישו קדוש וכו' והאמר רבי יוחנן.

א. ע"י בשט"מ בשם מורו (הרדב"ז) שהקשה דהקושיא הזאת היא באמת סתירה בין מה שמדייקים מדברי רב נחמן לבין דברי רבי יוחנן וא"כ מה זה שייך למסותא. ותי' שבאמת ידענו שאפשר לומר שרב נחמן איירי בקרקע ורבי יוחנן איירי במטלטלין, רק שסברנו שמסותא איירי במטלטלין כי דמינו מסותא לטלית ובכור וא"כ יוצא שבזה שהבאנו את דברי רב נחמן על מסותא הרי אנו נוקטים שרבי נחמן איירי גם במטלטלין, ולכן מקשים רק כאן מדברי רבי יוחנן על דברי רב נחמן, ועל זה תירצו שאיירי כאן במסותא קרקע, ובאמת אין ללמוד דאיירי במטלטלין ממה שדמינו לטלית ובכור. ועיי"ש שיישב בזה גם דיוקים אחרים.

ב. והנה תוס' לעיל סוברים שאם הגזלן מוכן להשיב הרי זה נחשב ברשותו של הגזלן, והיינו משום שהם סוברים שמה שקובע שנקרא אינו ברשותו הרי זה רק המציאות, ואם במציאות יש להגזלן שליטה לא איכפת לן בזה שלהגזלן יש עוד קנייני גזילה (כן ביארו הדברי יחזקאל בסי' נ"ד והקו"ש על מרובה באות ט', אבל מלשון הקצה"ח בסי' רי"א משמע שהבין שע"י הרצון להשיב פקע הקגין גזילה ונעשה שומר ממש). ולעיל באות רנ"ה הבאנו את דברי האב"מ שכתב שזהו כשיטת הבעל המאור בריש פרק דו"ה, אבל הרמב"ן שם חולק וסובר דחשיב אינו ברשותו בגלל הקנייני גזילה.

והקו"ש על מרובה באות ט' הוכיח מסוגיא דידן שגם הרמב"ן מודה שסגי מיהא גם בהעדר שליטה לקבוע שאינו ברשותו אע"פ שאין קנייני גזילה, שהרי אמרינן שאפילו קרקע שאין בו קנייני גזילה חשיב אינו ברשותו היכא שאינו יכול להוציאו בדיינים (דלכאורה היינו אפילו אם יאוש אינו קונה).

ג. הנה מסקינן כאן שבסוגיין לא הי' יכול להקדיש מסותא מטלטלין אפילו אם הוא יכול להוציאו בדיינים. ועי' בגליון הש"ס כאן שהקשה רעק"א דהנה הטעם למה היכא שיכול להוציא את הקרקע בדיינים הרי היא נחשבת ברשותו הרי זה משום שאין קנייני גזילה בקרקע, משא"כ מטלטלין גם בכה"ג חשיבי אינם ברשותו אע"פ שיכול להוציאם בדיינים כי במטלטלין יש קנייני גזילה (וסגי בזה וכשיטת הרמב"ן בב"ק, וגם מסגנון קושייתו בגה"ש בגיטין דף ל"ח ע"א משמע שאם יש קנייני גזילה סגי בזה כדי להחשב אינו ברשותו), וא"כ הכא אפילו אם איירי במסותא מטלטלין אבל הרי לא קנה השני קנייני גזילה, וא"כ גם מסותא מטלטלין צריך להיות נחשב ברשותו של המקדיש.

(ועכ"פ גם רעק"א לא נתכוין לומר שהכל תלוי רק בקנייני גזילה אלא בודאי גם הוא מודה שגם אי שליטה קובע שאינו נקרא ברשותו וכדמוכח מקרקע היכא שאינו יכול להוציאו בדיינים וכמו שהוכיח הקו"ש.)

ועי' בקו"ש שם שיישב על קושיית רעק"א שי"ל שהטעם למה מטלטלין חשיבי אינו ברשותו אע"פ שהבעלים יכולים להוציאן בדיינים אינו משום הקנייני גזילה

ושסגי בכך, אלא הטעם הוא משום שאפשר להשני להבריחם לפני שיוציאן הבעלים בדיינים, וכן הוא גם במסותא ומש"ה מיקרי שאין הבעלים שולטים עליהם.

רפז) רש"י ד"ה עשרה שיין.

וז"ל, לאפקועי איסורייהו למשרי להו בעבודה עכ"ל. צ"ע למה לא כתב כדי לקיים מצות פדיון פטר חמור ואפילו אם החמור לא הי' אסור בהנאה.

והנה כבר ביארנו לעיל באות רפ"ה שלפי הרמב"ם שסובר שספיקא דאורייתא לקולא מן התורה א"כ אם סוברים מוציאיין מיד הכהן יש כאן ספק איסור, וא"כ לפ"ז עדיף באמת לומר משום ספק מצוה, כי מצד ספק איסור צריכים להחמיר רק מדרבנן, אבל מצד ספק מצוה כבר חקרו האחרונים לומר שאפילו הרמב"ם מודה שבספק אם קיים מצוה הרי הוא צריך להחמיר מהתורה.

ואולי סובר רש"י כהר"ן והרשב"א שחולקים על הרמב"ם וסוברים שספיקא דאורייתא באיסורין לחומרא מהתורה אבל בספק מצוה הרי הוא סובר לקולא.

גם י"ל כהצד שכתבנו לעיל באות רע"ט שחייבים להחמיר בספק מצוה רק היכא שאחרי שיחמיר יהי' הדבר ברור שיצא ידי מצוה, אבל לא היכא שגם אחרי שיחמיר יהי' ספק אם קיים את המצוה או לא, וכגון להחמיר ללבוש מה שרוצים להחזיק היום כתכלת, והרי גם הכא גם אחרי שיפדה אינו יודע אם קיים מצות פדיון או לא.

מיהו נראה שהא ליתא, והיינו משום שי"ל שאפילו אלו שסוברים שאינו צריך להחמיר כדי להשיג ספק מצוה הרי זה

משום שגם אחרי שיחמיר אכתי יתכן שלא יצא ידי חובתו, וכגון בתכלת שאין הדבר יודע אם יצא ידי מצות תכלת שחייב בה או לא, אבל אכתי יתכן שהיכא שאחרי שיחמיר, בודאי לא יהי' עליו שום חובה, הרי הוא חייב להחמיר אפילו אם אינו יודע אם עי"ז יצא ידי מצוה, וכגון היכא שאינו יודע אם עכשיו הוא ליל ט"ו בניסן או לא, דאם יאכל מצה לא יהי' יודע לו אם עשה מצוה או לא, דהא אם אינו ליל ט"ו ליכא מצוה, אבל בכל זאת יהי' ברור שאין עליו שום חובה, ומעתה גם הכא הרי נהי שגם לאחר שיפדה אינו יודע אם עשה מצוה או לא אבל הא מיהא יודע שלא תשאר עליו שום חובה.

רפח) תד"ה מפריש.

וז"ל, תימה דבפ"ק דבכורות אמרינן דשה אחד פוטר כמה פטרי חמורים ומה צריך עשרה שיין עכ"ל. ועי' בזה במהר"ם שיף כאן, ובדברי תוס' בבכורות דף ד' ע"ב בד"ה ופודה.

רפט) בא"ד.

וז"ל, פשיטא דהן שלו, דאילו היו של כהן לא הי' מעשרן דהוו להו כלקוח עכ"ל. לכאורה היו צריכים לומר שאם היו של הכהן אז אינו יכול לעשר בהמות שאינן שלו, ולא שהם כלקות.

רצ) תני רב תחליפא בר מערבא וכו' שנים אדוקים בטלית.

עי' בשט"מ בשם מורו (הרדב"ז) שכתב שנקטה הברייתא לשון אדוקים כי אוחזין

משמע רק בהכרשתא. והמשיך הרדב"ז להעיר דהנה בגמ' מקשינן שלפי התני רב תחליפא למה תנן בהמשנה שחולקין, דמשמע שחולקין כל הטלית כולה, ולא קתני שזה נוטל עד מקום שידו מגעת, ומתריצין משום דאיירי שהם תופסים את הכרשתא, ומעתה מה היתה בכלל הקושיא, הלא פשיטא שהמשנה איירי באוחזין בכרשתא כי אם איירי באוחזין בגוף הטלית הי' צריך להיות כתוב אדוקים. ותירץ שכשהקשינו מהמשנה עוד לא ידענו משמעות זו, ורק אחרי שמוכיחים משורת הדין שהמשנה איירי בכרשתא, רק אז נחתינן להדיק הנ"ל. וע"ע להלן באות ש"א.

רצא) והשאר חולקין בשוה.

צ"ע למה הוצרך לומר "בשוה", הלא דבר פשוט הוא שאת האמצע חולקים מחצה לזה ומחצה לזה. וי"ל דנקט "בשוה" כדי להשמיענו שלא אמרינן שחולקין את החלק האמצעי כפי היחס של הידו מגעת של כל אחד מהם, דהיינו שאם למשל היד מגעת של אחד מהם הוא כפול מהיד מגעת של השני היינו חושבים שהוא נחשב מוחזק בשני שלישי והשני נחשב מוחזק רק בשלישי. גם י"ל דאתי לרמז לדינו של רבא שחולקין בשוה אע"פ שיש זהב קרוב לצדו של אחד מהם, דאם הי' אומר רק שחולקים היינו חושבים שחולקים את השטח מחצה על מחצה ושכל אחד מקבל את החצי שבצדו, ולכן אמר "בשוה" כדי לומר שצריך כל אחד לקבל חלק ששוה כמו חלקו של השני.

עוד נראה שבאמת אין סיבה לומר

"בשוה", ורבי אבהו נתכוין באמת לומר שצריכים לגרוס בתוך הברייתא "בשבועה" ולא "בשוה" (ולא נתכוין רק להוסיף שכן הוא הדין), ולכן עשה פעולה של "אחוי לי", שזה נראה כפעולה של מחאה, כי כן הוא הדרך לפעמים כשבאים לתקן דיבורו של השני ולומר שצריכים למחוק דבר מה (ולא רק להוסיף). מיהו לפ"ז הי' צריך רבי אבהו לומר רק "בשבועה" ולא "ובשבועה".

רצב) זה נוטל עד מקום שידו מגעת וכו'.

גדר "עד מקום שידו מגעת".

הנה מהא דלא אמר שנוטל מה שבתוך ידו משמע שהוא נוטל גם את מה שאחורי ידו, וכן גם את מה שבצד ידו. מיהו עי' בלשון הטור בסי' קל"ח שכתב וז"ל, אבל אם כל אחד ואחד אוחז קצתה בידו, כל אחד ואחד נוטל מה שבידו עכ"ל. ברם המחבר שם כתב וז"ל, אבל אם כל אחד קצתה בידו וזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי זה נוטל עד מקום שידו מגעת וזה נוטל עד מקום שידו מגעת עכ"ל.

רצג) מחוי לי רבי אבהו ובשבועה.

בענין אם צריך לישבע גם על ה"עד מקום שידו מגעת".

עי' בתוס' דמבואר שהי' להם גירסא דגריס והשאר בשבועה, ודחו גירסא זו כי מצד הסברא הרי הוא צריך לישבע גם על החלק של ידו מגעת.

וגם הרא"ש גורס "ובשבועה" וכן

הרמב"ן בשם הרב אב"ד, וכתבו שנשבע גם על מה שבתוך ידו כי אל"כ מאי קמ"ל רבי אבהו.

ועי' ברמב"ם בפ"ט מהל' טוען ונטען ה"ט שפסק שהשבועה של המשנה היא רק על האמצע, ולא על מה שעד מקום ידו מגעת, אלא על החלק ההוא הרי הוא נשבע רק מדין גלגול. וי"ל שטעמו של הרמב"ם הוא כי היתה לו הגירסא שגורסת והשאר בשבועה. והרשב"א בד"ה מחוי וכו' כתב משום שכן הבין הרמב"ם ממה שאמר רב אשי (כן היתה גירסתו, ולא רב משרשיא) כמאן דפסיק דמי, כי היכא "דפסיק לגמרי לא משביעין לי" עלי". וגם הנ"י בדף ג' ע"ב בדפי הרי"ף בד"ה תאני וכו' כתב דאם צריך לישבע אי אפשר לומר כמאן דפסיק דמי. וע"ע לעיל באות קל"ה.

רצד) אלא מתניתין וכו' היכי משכחת לה. בענין הנ"ל.

עי' בשט"מ בשם מורו (הרדב"ז) שהקשה למה לא מוקמינן דאיירי באופן ששניהם מחזיקין את הטלית עד האמצע. וכתב שלפי הגירסא ש"השאר בשבועה" ושאינו נשבע על החלק של "עד מקום שידו מגעת" לק"מ, כי לפ"ז יוצא שבהציור הנ"ל ליכא שבועה, וא"כ אי אפשר לומר שזהו הציור של המשנה, אבל לפי הסוברים שנשבעין שבועת המשנה גם על החלק של "עד היכא שידו מגעת" שפיר קשה כהנ"ל דאולי איירי המשנה בהציור הנ"ל שהם תופסים עד האמצע. ות"י משום שאי אפשר לצמצם. וכעין זה הביא השט"מ להלן

בשם הר"ר יהונתן דציור זה לא שכיח. עוד יש לעיין למה לא תירצו שהמשנה איירי כשהידו מגעת של כל אחד הוא שוה להשני. מיהו גם על זה יש לתרץ שאי אפשר לצמצם ושאינו שכיח.

והנה גם התורת חיים כאן דן בענין זה, והש"ך בסי' קל"ח סק"ה הבין שכוונתו היא להקשות את הקושיא הראשונה שנוקמה ששניהם אוחזין עד האמצע. וכתב הש"ך שם שני תירוצים, ותירוצו השני משמש כתי' רק על הקושיא הראשונה. והנתיח"מ השיג על הש"ך שי"ל שכוונת התורת חיים היא להקושיא השני. ובאמת גם תירוצו הראשון של הש"ך משמש כתירוץ רק על הקושיא הראשונה

וז"ל הש"ך, ומה שהקשה בספר תורת חיים דמאי פריך היכי משכחת לה לישני כגון ששניהם אדוקין בשוה, לק"מ, דמ"מ קשה למה לי' למיתני יחלוקו דמשמע משום ממון המוטל בספק חולקין לעולם בשוה, דהא לא תלי מידי בהכי, אלא מה שכל אחד אוחו בידו נוטל עד מקום שידו מגעת, והוה לי' למיתני זה נוטל עד מקום שידו מגעת וכו', גם בלא"ה אי אפשר לפרש מתני' בששניהם אדוקין בשוה, דא"כ בסיפא בזה אומר חצי' שלי אמאי נוטל רק רביע הוה לי' ליטול החצי, וליכא למימר דמיירי שאינו אוחו כי אם רביע וחברו אוחו ג', דא"כ למה לי' דקתני זה אומר כולה שלי. אפילו אינו אומר רק מה שאני תופס בידי שלי, נוטל מה שתפוס בידו עכ"ל.

ועי' עוד בתירוצו של הנחלת דוד על הקושיא השני, וכן לעיל באות א' סק"ג מה שכתבתי על קושיות אלו.

רצה) אמר רב פפא דתפיסי בכרכשתא.

גדר כרכשתא, ודינו.

פירש"י וז"ל, בגרדין שבשני ראשין עכ"ל. מיהו ע"י ברא"ש שכתב וז"ל, פי' בשפת הבגד שאין ביד אחד ג' על ג' שיהא דבר חשוב לומר שיטלנו קודם חלוקה עכ"ל. וכתב הש"ך בסי' קל"ח סק"ד שמשמע מדבריו שלעולם גם בהציוור של כרכשתא הרי הוא נקרא מוחזק לבדו על החלק ההוא שהוא תופס בידו, ולעולם אם הוא תובע את החלק ההוא הרי הוא שפיר מקבלו, רק שמן הסתם אינו חשוב לו והרי הוא מוחל, וממילא יוצא שבלי שימחה חולקין את כל הטלית בשוה, ולכן תני בהמשנה יחלוקו סתם. וז"ל הש"ך, וכיון שאינו דבר חשוב אין ראוי לומר עליו שיטלנו קודם חלוקה אבל ודאי אם רוצה ליטלו קודם וכו' הרשות בידו, וכן משמע ברא"ש עיי"ש ודו"ק עכ"ל.

ונראה שדיוקו של הש"ך הוא ממה שכתב הרא"ש המלה "לומר", דאם כוונת הרא"ש היא שאינו נקרא מוחזק לבדו על החלק ההוא, א"כ הי' יכול להשמיט את המלה "לומר", וא"כ משמע שכוונת הרא"ש היא שאינו חשוב עד שנייחד עליו את הדיבור לומר שיטלנו. מיהו בהש"ך שם מבואר שהוא מתכוין לפרש כן גם בדעת הטור והמחבר שלא העתיקו את לשונו הנ"ל של הרא"ש, וצע"ק.

ועכ"פ רעק"א בהגהותיו שם הביא שמהפרישה (צ"ל דרישה) משמע דלא כהש"ך, פי' כי הדרישה כתב שבכה"ג חולקים בשוה כי שיעור מועט כזה "לא

מיקרי תפיסה", וא"כ מכיון שלא מיקרי תפיסה ה"ה שאם יבקש ליטול בהכרכשתא עד מקום שידו מגעת אין נותנים לו.

וע"י ברמב"ם בפ"ט מהל' טוען ונטען ה"ז שלגבי כלי כתב יחלוקו בשבועה, ורק להלן בה"ט גבי טלית כתב שהוא מקבל עד מקום שידו מגעת, והשאר חולקים, וביאר המ"מ שהרמב"ם חילק בין טלית וכלי וקבע כל אחד לבדו משום שבאמת יש חילוק דין ביניהם, כי הדין הזה של זה נוטל עד מקום שידו מגעת נוהג רק בטלית אבל בכלי הדין הוא תמיד שחולקים הכל בשוה ואינו נוטל עד מקום שידו מגעת, ותמה הלח"מ למה שונה באמת כלי מטלית.

מיהו האור שמח שם ביאר שלא אמרינן בכלי שנוטל עד מקום שידו מגעת כי ידו מגעת לא מהני היכא שאם חותכים את אותו חלק הרי הוא מאבד שמו, וכגון בכלי, וכן כגון פחות מג' על ג' דלא מיקרי בגד (וכמו שכתב הרא"ש דפחות מג' על ג' מיקרי כרכשתא), והטעם להני"ל הוא משום שבכה"ג לא שייך לומר כמאן דפסיק דמי ולכן לא מיקרי מוחזק על זה.

ברם יש להעיר, דהנה האור שמח כתב שמשמע כדבריו בגמ', ואילו בגמ' איתא רק שהוא מקבל עד מקום שידו מגעת כי כמאן דפסיק דמי, אבל אין משמעות מהגמ' שאמרינן כמאן דפסיק דמי רק אם אינו מאבד שמו, ומה שאמר רב משרשיא שאם מחזיק ג' על ג' קיים ונתן לרעהו כי כמאן דפסיק דמי י"ל שהזכיר ג' על ג' כי כן צריכים בשביל קנין סודר כי בעינן כלי, אבל לא נתכוין

לומר שצריכים כן כדי לומר כמאן דפסיק דמי, וכן מבואר להדיא ברש"י. ועכ"פ מהנ"ל יוצא שיש ג' דרכים איך להבין אם ולמה שונה כרכשתא, דהש"ך סובר שבאמת אינו שונה והרי הוא נעשה באמת מוחזק לבדו על הכרכשתא כמו בכל ידו מגעת רק שהתנא לא דיבר על זה, והדרישה סובר שאינו נעשה מוחזק על זה כי כיון שאינו חשוב לא מיקרי תפיסה, והאור שמח כתב שאינו נעשה מוחזק משום שלא שייך לומר כמאן דפסיק דמי על דבר שיאבד את שמו.

רצו) אמר רב מרשיא ש"מ האי סודרא כיון דתפיס בי' שלש על שלש קרינן בי' ונתן לרעהו דכמאן דפסיק דמי וקני.

פירש"י וז"ל, ש"מ מדקתני עד מקום שידו מגעת קנוי לו עכ"ל. ומזה שכתב "קנוי לו" משמע שהטעם למה הוא מקבל עד מקום שידו מגעת הרי זה כי החלק ההוא קנוי לו לבדו, כי אפילו אם הגביהו את הטלית יחד אבל עד מקום שידו מגעת הרי הוא קונה לבדו, ולכן מדייקים מזה שכמאן דפסיק דמי.

מיהו צ"ע דלכאורה י"ל שהטעם למה הוא מקבל עד מקום שידו מגעת אין זה משום שאת החלק הזה קנה לבדו אפילו אם הגביהו ביחד, אלא הרי זה משום שעל החלק הזה הרי הוא מוחזק לבדו, ומש"ה דנים על החלק ההוא כאילו הוא לבדו הרים את כל הטלית, והדמיון של רב מרשיא הוא משום דס"ל שגם בסודר אין צריכים שיקנה את הסודר אלא סגי במעשה

נתינה וא"כ מזה שמצינו כאן בשנים אוחזין שמיקרי מוחזק בו לבדו יש ללמוד שמיקרי גם שנעשה מעשה נתינה.

ובאמת יש מקום לומר שכמאן דפסיק דמי מהני רק היכא שמספיק בנתינה אבל לא היכא שצריכים קנין כי באמת אינו קונה כי אין כאן קנין הגבהה כיון שהיא מוגבהת גם מכח חבירו, רק שאע"פ שאינו קונה בכל זאת שפיר מיקרי נתינה, דהנה מצינו שנתינה בעל כרחא מיקרי בגדר ונתן בידה אבל בודאי לא חשיב קנין כי אין קנין בעל כרחו של אדם, וכן אם הגט נפל קרוב לה ברה"ר הרי היא מגורשת אפילו חוץ לד' אמותי' ומיקרי ונתן בידה אע"פ שאינה קונה, וכן י"ל איפכא דהיינו שכמאן דפסיק דמי פועל קנין אבל לא מיקרי נתינה כי אינו נקרא שמונח בידו לחוד, והרי מצינו שמשכה בקול קונה אבל אולי לא חשיב נתינה ומעתה לפי דברי רש"י הנ"ל צ"ל שבחליפין צריכים שיקנה את הסודר ואין צריכים גם מעשה נתינה, כי אם צריכים מעשה נתינה מה היא הראי' שמהני בחליפין להחשב מעשה נתינה ממה דמהני בקניית הטלית.

גם יש לעיין, דהנה כבר הערנו לעיל באות רצ"ב שממה שלא אמרו "מה שבתוך ידו" אלא אמרו "עד מקום שידו מגעת" משמע שהכוונה היא גם למה שאחורי ידו, וכן מה שבצד ידו, ומעתה הרי אפילו אם נאמר שמה שבתוך ידו הרי הוא קונה בקנין יד אע"פ שגם חבירו תופס את הטלית אבל מי יימר ששייך לומר כן גם על מה שאחורי ובצד ידו (ואי משום הגבהה מכחו הלא מוגבה גם מכח חבירו, ואם איירי בטלית ארוכה אשר מכח חבירו

הי' הצד הזה מונח על הרצפה א"כ גם מה שבקדמת ידו קצת אינו מוגבה מכח חבירו), אבל אם נאמר דלא כרש"י אלא דאיירי במוחזקות א"כ בודאי יש מקום גדול בסברא לומר שהוא נעשה מוחזק גם על מה שאחורי ובצד ידו. מיהו אם צריכים בשביל מוחזקות תפיסה הראוי' לקנין אכתי קשה כהנ"ל גם על מוחזקות.

רצו) בענין כמאן דפסיק דמי.

ע"י בגמ' דמקשינן על רב משרשיא מהא דסובר רב חסדא שבגט בידה ומשיכה בידו לא אמרינן כמאן דפסיק דמי היכא שהבעל יכול לנתק ולהביא את הגט אצלו. וצ"ע דאולי רב משרשיא מיירי כשהנותן של הסודר (דומיא דהבעל) אינו יכול לנתק. והפרישה בסי' קצ"ה אות ה' כתב שמן הסתם אם המקבל מחזיק רק ג' אצבעות והנותן מחזיק בעיקר הבגד הרי הנותן של הבגד יכול שפיר לנתקו.

והב"ח שם, וכן בהגהותיו על הרי"ף, כתב ליישב על פי שיטת הרמב"ם בפ"ה מהל' מכירה ה"ז שאם המקבל את הסודר יכול להביאו אצלו אז הרי הוא קונה אפילו אם אינו מחזיק ג' על ג', וא"כ בע"כ צ"ל שרבי משרשיא איירי שאין המקבל יכול להביאו אצלו. מיהו לכאורה דבריו אינם מובנים כי אכתי אולי איירי שגם הנותן אינו יכול להביאו אצלו, ולכן המקבל קונה.

וי"ל שגבי גט גם אם שניהם אינם יכולים לנתקו אינה מגורשת, כי גם זה אינו נחשב כריתות כיון שאין האשה יכולה להביאו אצלה, ורב חסדא שאמר שאם הבעל יכול להביאו אצלו אינה מגורשת,

אבל אם אינו יכול הרי היא שפיר מגורשת, הרי זה משום שאיירי שהאשה יכולה להביאו אצלה, ולכן רק אם גם הבעל יכול להביאו אצלו אינה מגורשת, אבל אם האשה אינה יכולה להביאו אצלה אז אפילו אם גם הבעל אינו יכול להביאו אצלו אינה מגורשת, וא"כ אפילו אם רב משרשיא איירי כששניהם אינם יכולים לנתקו בכל זאת הרי זה דלא כרב חסדא, וקושיית הגמ' היא שמרב חסדא חזינן שיש חסרון היכא שהבעל עודו מחזיק בו ורב חסדא איירי כששניהם יכולים לנתקו אבל ה"ה כשאינם יכולים כמו בהציור של רב משרשיא.

ולפי הדרך הנ"ל יוצא שבגט לא מהני בין אם כל אחד יכול לנתקו ולהביאו אצלו ובין אם כל אחד אינו יכול, אבל בקנינים דלא בעינן כריתות שפיר מהני גם אם כל אחד אינו יכול לנתקו ולהביאו אצלו, וכן גם כשכל אחד שפיר יכול, אבל היכא שהנותן יכול והמקבל אינו יכול אכתי י"ל דלא מהני.

עוד יש ליישב על הקושיא הנ"ל שהקשינו שאולי רב משרשיא איירי כשהנותן אינו יכול לנתקו ומש"ה אמר שאמרינן על המקבל שכמאן דפסיק דמי אבל כשהנותן יכול שפיר לנתקו ולהביאו אצלו אולי הרי הוא מודה דלא אמרינן כמאן דפסיק דמי וכמו שנראה מרב חסדא, דיש ליישב דהנה עד עכשיו נקטנו שכמאן דפסיק דמי הרי זה תלוי באם יכול לנתקו אליו, ואם הנותן יכול לנתקו והמקבל אינו יכול אז אינו כמאן דפסיק דמי. מיהו יש להבין בדרך אחרת, והיינו שכמאן דפסיק דמי הרי זה מושג בפני עצמו, דהיינו שעל מה שבתוך ידו אמרינן שכמאן דפסיק דמי,

ואדרבה היכא ששייך לומר כמאן דפסיק דמי אז לא איכפת לן אפילו אם הנותן יכול לנתקו ולהביאו אצלו והמקבל אינו יכול, ועל זה מקשינן דכיון שרב משרשיא מחדש יסוד של כמאן דפסיק דמי הרי זה לא כמו רב חסדא, כי זה שרב חסדא מחלק בין היכא שהוא יכול לנתקו ולהביאו אצלו לבין היכא שאינו יכול חזינן דלית לי' כמאן דפסיק דמי, ואי אפשר לתרץ שאולי רב משרשיא איירי כשהנותן אינו יכול לנתקו, כי לפי היסוד של כמאן דפסיק דמי שרב משרשיא בא לחדש הרי יוצא שהמקבל קונה אפילו אם הנותן שפיר יכול לנתקו, וא"כ הרי זה דלא כרב חסדא. ועל זה מתרצינן שרק בגט לית לי' לרב חסדא כמאן דפסיק כי צריכים כריתות, וכיון דלית לן בגט כמאן דפסיק דמי לכן היכא שהבעל יכול לנתקו ולהביאו אצלו אין זה מועיל כי בכה"ג הרי זה יכול להועיל רק ע"י שנאמר כמאן דפסיק דמי והרי לית לי' כמאן דפסיק דמי, אבל היכא שהבעל אינו יכול לנתקו אז גם בלא כמאן דפסיק הרי זה נחשב כריתות.

ולפי הדרך הזה יוצא שיועיל גבי סודר אפילו אם הנותן יכול לנתקו ולהביאו אצלו והמקבל אינו יכול כיון דאמרינן כמאן דפסיק דמי.

והנה כבר הבאנו שהרמב"ם סובר שהיכא שיכול המקבל של הסודר להביאו אצלו לא איכפת לן אם אינו תופס ג' על ג'. ועי' במ"מ על הרמב"ם הנ"ל שהביא בשם הרשב"א שטעמו של הרמב"ם הוא כי הכי חזינן גבי גט דמהני מה שהבעל יכול לנתקו ולהביאו אצלו אע"פ שאינו תופס ג' על ג' אלא רק את המשיכה, ותמה

הרשב"א על זה, וכן תמה הר"ן (כמו שהביא הב"ח), דזהו דין המיוחד גבי גט כי בעינן כריתות, אבל מי יימר שמהני גם מה שהמקבל יכול לנתקו ולהביאו אצלו. מיהו י"ל שהרמב"ם סובר כדרכנו הנ"ל, דהיינו שמעולם לא אמרה הגמ' שרק גבי גט, משום הענין של כריתות, יש סברא לומר שיכול לנתקו ולהביאו אצלו מפריע, אלא לעולם גם בקנינים יש סברא לומר שאם הנותן יכול לנתקו ולהביאו אצלו הרי זה מפריע, רק שבקנינים אמרינן מצד הקונה שכמאן דפסיק דמי, אבל בגט לא אמרינן כמאן דפסיק מצד האשה, ולכן בקנינים מהני מה שתופס ג' על ג' גם אם הנותן יכול לנתקו ולהביאו אצלו, וכן אם הנותן אינו יכול להביאו אצלו מהני מה שהמקבל יכול להביאו אצלו אפילו אם הוא תופס פחות מג' על ג', כי נהי שלא אמרינן כמאן דפסיק דמי בפחות מג' על ג', אבל מהני מה שהוא יכול לנתקו ולהביאו אצלו כדי להחשב שנמצא אצלו, ולכן שפיר יש להוכיח ממה שאמרינן גבי הבעל שמהני יכול לנתקו ולהביאו אצלו דה"ה שאמרינן כן לענין המקבל של הסודר היכא שיכול לנתקו אפילו אם הוא תופס פחות מג' על ג'.

איברא, אכתי קשה כי נהי דחזינן ש"יכול לנתקו" פועל שאין הגט נחשב אצל האשה, אבל אין זה אומר שזה נחשב שהוא אצל הבעל כמו שצריכים בסודר שיהי' אצל הקונה.

רחצ) אמר רבא אם היתה טלית מוזהבת חולקין.

עי' במהרש"א שהקשה למה לא אמר

רצט) דמיקריב לגבי חד.

בקיצור פסקי הרא"ש באות י"ד משמע שאם הי' הזהב בהחלק של עד מקום שידו מגעת הרי הוא שלו לחוד, וכן נראה פשוט.

ש) דמיקריב לגבי חד.

עי' בקו"ש בח"ב סי' ט' אות ו' שהביא בשם השער משפט בשם הרמב"ן והריטב"א שבשנים אוחזין בטלית אמרינן שברי ושמא ברי עדיף כי שניהם אוחזין ולא מיקרי שהברי בא להוציא ממוחזק. וכתב הקו"ש שדבריהם אתי שפיר רק אם מיקרי שכל אחד מוחזק בכל הטלית, אבל אם כל אחד מיקרי מוחזק רק בחצי א"כ הרי זה שפיר מיקרי שבא להוציא מידי המוחזקות של השני.

והנה נראה שאפילו אם מיקרי ששניהם מוחזקים בכל הטלית, אבל על מה שבתוך הידו מגעת לא נימא ברי עדיף, כי על זה הרי הוא באמת מוחזק לבדו.

ובסוף האות שם הוכיח הקו"ש גם ממה שאמר רבא שחולקין את הזהב אפילו אם מיקריב לגבי חד, שכל אחד מיקרי מוחזק על כל הטלית, כי אם כל אחד מיקרי מוחזק רק על חצי, א"כ הדין נותן שיקבל את הזהב שקרוב אליו, וכתב דהיינו משום שלפי הצד ההוא הרי הוא נקרא מוחזק בהחצי המסוים הקרוב אליו. מיהו כבר ביארנו לעיל באות א' סק"ב שי"ל שמיקרי מוחזק על חצי הטלית אבל שהחצי אינו מוגדר במקום עי"ש.

ועכ"פ לפי מה שפי' המהרש"א שרבא איירי לענין קנין ולא לענין מוחזקות א"כ י"ל לפי הבנת הקו"ש שלענין מוחזקות

שחולקין בשבועה. ונראה שהקשה כן רק לפי תוס' שסוברים שכוונת רבי אבהו לעיל היתה שנשבעין על הכל, דהיינו גם על עד מקום שידו מגעת, וסובר המהרש"א שאין בזה שום חידוש, אלא הא דהזכיר רבי אבהו את השבועה הרי זה כי הי' סבור רבי אבהו שצריכים לומר את הדין במילואו דהיינו להזכיר גם את השבועה (ולית ל' להמהרש"א מה שהבאנו לעיל באות רצ"ג מהרא"ש שרבי אבהו בא לחדש באמת שצריכים לישבע על הכל דהיינו גם על מה שבתוך הידו מגעת ושחשיב באמת בגדר חידוש), דלפ"ז גם בדינו של רבא צריכים להזכיר את השבועה, אבל לפי הסוברים שכוונת רבי אבהו היא דנשבע רק על השאר, וכן לפי הרא"ש דחשיב חידוש לומר שנשבע גם על העד מקום שידו מגעת, לק"מ קושיית המהרש"א למה לא הזכיר רבא את השבועה, כי בשלמא רבי אבהו הזכיר שבועה כי בא לחדש את החידושים הנ"ל, אבל בדברי רבא אין צורך להזכיר את השבועה.

מיהו אכתי צ"ע מה היא קושיית המהרש"א על רבא דהא חזינן שרב תחליפא לעיל שאמר את הברייתא לרבי אבהו, סבר שאין צריכים להזכיר שבועה, וא"כ אולי גם רבא סובר כן, וצ"ע.

ועכ"פ בגלל קושייתו כתב המהרש"א שיש לפרש שרבא איירי לענין קנין, דהיינו היכא ששניהם מודים שהגביהו יחד וקנו בשותפות, רק שזה שהזהב קרוב לו טוען שהוא קנה את כל הזהב, ועל זה קאמר רבא שנקטינן שהשני שהזהב מרוחק ממנו נתכוין לקנות כל הטלית בשותפות שוה.

שב) יתקיים בחותמיו.

פירש"י וז"ל, שיקיימוהו חותמיו לומר כתב ידינו הוא עכ"ל, וכן פי' להלן בד"ה כולי עלמא לא פליגי. וצ"ע דהא אפשר לקיימו גם ע"י שעדים אחרים יעידו אנחנו מכירים את החתימות, וכן ע"י שעדים אחרים יעידו שראו איך שהעדים חתמו, וכן ע"י דמיון חתימות (אם כי שיטת רבי שרירא גאון היא שדמיון חתימות מהני רק מדרבנן).

מיהו כדברי רש"י מבואר מהלשון של רבי שאמר "יתקיים בחותמיו", דחזינן שלא אמר ש"יתקיימו החתימות", אלא ש"יתקיים בחותמיו", דהיינו שהעדים שחתמו על השטר יקיימו אותו. אלא שמעתה צ"ע על רבי עצמו למה נקט כן. ועי' בריש גיטין דתנן גם שם הלשון "יתקיים בחותמיו", ואילו שם פירש"י דהיינו ע"י שהעדים עצמם יעידו או שעדים אחרים יעידו שהם מכירים את החתימות.

שג) בענין קיום שטרות.

הנה מתוס' בכתובות דף י"ט ע"א בד"ה מודה וכו' בשם הרשב"ם בב"ב והר"י יוצא שכשאין הלזה טוען מזויף לא בעינן שום קיום כלל, ומאי דאמרינן שמדרבנן צריכים קיום שטרות הרי זה קאי על היכא שהוא טוען מזויף.

ובגיטין דף ב' ע"א בד"ה ואם יש עליו עוררין דנו תוס' שאולי גם כשאינו טוען מזויף צריכים קיום מדרבנן.

ושיטת ההגהות מרדכי בקידושין בסי' תקס"ט בשם רבינו אביגדור היא שאם הלזה או העדים טוענים מזויף אז צריכים

שפיר מהני מיקריב לגבי חד כי כל אחד מוחזק על החצי שבצדו, אבל לענין קנין נקטינן שרצו להיות שותפים שוים ולכן הקנין מתיחס לשניהם בשוה בכל הטלית.

שא) שנים אדוקין בשטר.

הנה לעיל בהברייתא של רב תחליפא איתא שנים אדוקים בטלית וכו', ובאות ר"צ הבאנו שבשט"מ בשם הרדב"ז איתא דלשון "אוחזין" שייך היכא שהם אוחזין בהכרשתא, ואילו לשון "אדוקים" שייך היכא שהם אוחזין בגוף הטלית. ויש לעיין למה נקטו לענין שטר אדוקין ולא אוחזין. והנה לפי רש"י שפי' לעיל שכרשתא היינו גרדין שבשני הראשין א"כ לא שייך כרשתא בשטר, וא"כ שפיר הוצרכו לנקוט אדוקין, אבל לפי הרא"ש שכרשתא מיקרי גם כשהוא תופס גוף הטלית פחות מג' על ג' א"כ שפיר שייך גם בשטר כרשתא. ובאמת גם לפי רש"י אולי שייך בשטר דוגמת כרשתא ממש דהיינו הגליון שאין בו כתב, וא"כ צ"ע למה תני אדוקין ולא אוחזין.

וי"ל דהנה אע"פ שנקטו לשון אדוקין דמשמע בשיעור חשוב של גוף השטר, אבל חזינן שלא אמרו שזה נוטל עד מקום שידו מגעת, והיינו משום שלא שייך בשטר לומר שזה נוטל עד מקום שידו מגעת. ומעתה י"ל שמש"ה נקטו באמת לשון אדוקין ולא אוחזין כי רצו להשמיענו שגם כשאוחזין שיעור חשוב של גוף השטר הרי הם חולקים בשוה.

ועי' בזה בהסוגיא בע"ב.

וע"ע בשט"מ ד"ה תנו רבנן וכו' בענין למה נקטו כאן לשון אדוקין.

קיום מן התורה, ומאי דאמרינן שקיום שטרות הוא מדרבנן הרי זה קאי על היכא שאין הלוח טוען מזויף.

וע"ע בתוס' בכתובות דף כ"ח ע"א בד"ה קיום וכו' שכתבו בשם הר"י שגם היכא שאין הלוח לפנינו טענינן מזויף וצריכים קיום מן התורה, ומאי דאמרינן שם שקיום שטרות הוא מדרבנן הרי זה קאי רק על הציורים המיוחדים שהביאו תוס' שם עיי"ש. ברם בסוף דבריהם שם דחו דרך זו, ועכ"פ ההפלאה שם הקשה דהא דרכם הנ"ל סותר את מה שכתבו לעיל שם בדף י"ט בשם הר"י שקיום שטרות הוא רק מדרבנן, ועיי"ש במה שתי'.

וע"ע בקצה"ח בסי' מ"ו סק"ד בנוגע לשיטת רבינו אביגדור.

דש) ולית לי מתניתין שנים אוחזין וכו'.

צ"ע דלעיל בדף ב' ע"ב וג' ע"א אמרינן לימא מתניתין דלא כבן ננס, וכן דלא כסומכוס, וכן דלא כרבי יוסי, הרי ששפיר היו מוכנים לקבל שתנאים אלו חולקים על המשנה, ולא הקשו בתמ"י ולית לי לבן ננס מתני' שנים אוחזין וכו', וא"כ אולי באמת רבי חולק על מתני' דשנים ואוחזין.

מיהו י"ל דבשלמא אם הי' רבי אומר כל דאלים גבר או יהא מונח או יחלוקו בלא שבועה, אז הי' שייך לומר שהוא חולק על מתני' דשנים אוחזין בטלית, אבל רבי הרי קאמר שיתקיים בחותמיו ונותנין את הכל להמלוה בגלל החזקת חיוב של הלוח, ואילו דבר זה קשה כשלעצמו, כי

למה אזיל בתר החזקה שיש לצד המלוה יותר מהמוחזקות של הלוח, ולכן מתמיהים וכי לית לי מתני' דשנים אוחזין דמבואר שמהני מוחזקות.

שה) ולית לי מתניתין שנים אוחזין בטלית וכו'.

דברי הקו"ש והגר"ח בענין יסוד הדין של "שטרך בידי מאי בעי".

א. דברי הקו"ש.

הנה הקו"ש בדבריו על ב"ב דף קס"ה חידש שמאי דאמרינן שהלוח אינו יכול לטעון פרעתי כי המלוה אומר לו שטרך בידי מאי בעי, אין הכוונה שיש באמת ראי' שהלוח לא שילם, דהיינו שבודאי לא ישלם בלי לקחת את השטר, אלא הדבר מתחיל להיפך, דהיינו שבדיני מלוה בשטר נאמר שיש זכות להמלוה שכל זמן שהשטר נמצא אצלו הרי הוא נאמן לומר שהלוח לא פרע, ולכן הלוח צריך לקחת את השטר, ואם לא לקח הרי זה מדיני שטר שהמלוה יזכה.

ועי' שם באות תר"ו שכתב וז"ל, וגבי שנים אדוקים בשטר מדמי לה בגמ' ב"מ ז' לשנים אוחזין בטלית, ולדברי הרשב"א (שהביא לעיל שם באות תר"ב שהכוונה בשטרך בידי מאי בעי היא לראי' נגד הלוח ודלא כהיסוד הנ"ל שכתב הקו"ש) קשה, דהא לענין טענת פרוע שטר לא מעלה ולא מוריד, והכל תלוי בחזקה (דהיינו אם שייך בכה"ג הראי' של שטרך בידי מאי בעי), וא"כ ליחזי אנן, בשטר ששניהן אדוקין בו, אי שייך בזה חזקה או לא, ומה ענין זה לשנים אוחזין בטלית, אבל אם נפרש דזהו

מדין וכח שטר, דמי שתפוס בו זוכה, שפיר דמי לאוחזין בטלית עכ"ל.

ולעיל שם באות תר"ה ר"ל שבאמת זהו הטעם למה סובר הרי"ף בסוף ב"ב (הובא בתוס' בכתובות דף כ"א ע"א בד"ה הוציא) שהלוה נאמן לומר פרעתי היכא שיש להמלוה כתב ידו, דביאר הקו"ש שאם שטרך בידי מאי בעי הוא בגדר ראי', א"כ גם בכתב ידו של הלוה קיימת ראי' זו, אבל אם הרי"ף סובר שאינו בגדר ראי' אלא זהו הגזיה"כ של שטר, א"כ מכיון שכתב ידו של הלוה אינו בגדר שטר, יכול הלוה לומר פרעתי, משא"כ כשיש להמלוה שטר, ואפילו שטר שאין בו אחריות, ואפילו שטר שנעשה בערכאות, אין הלוה נאמן לומר פרעתי, כי אלו הם שפיר בגדר שטרות. וסמך עצמו על לשון המ"מ בפכ"ז מהל' מלוה ולוה ה"א שכתב וז"ל, ויש לחלק שאינו דומה שטר גמור לכתב יד עכ"ל.

ולעיל שם באות תר"ב כתב נפ"מ, והיינו דאם הוי בגדר ראי' או אם חשב הלוה בשעה שפרע שהשטר כשר א"כ אם השאיר את השטר אצל המלוה הרי זה ראי' נגדו אפילו אם נתברר שהשטר פסול, וכן איפכא אם חשב בשעה שפרע שהשטר פסול אין זה ראי' נגדו אפילו אם נתברר שהשטר כשר, אבל אם זה מדיני שטר אז הכל תלוי באם השטר כשר או לא.

ובאות תר"ג כתב וז"ל, ומה שנזכר בכל מקום חזקה שטרך בידי מאי בעי (פי' דמלשון זה משמע דהוי בגדר ראי'), צ"ל הכוונה לחלק בין טענת לא לויתי לטענת פרעתי, דבטענת לא לויתי הוא מוכחש מן השטר, אפילו אם אין השטר ביד המלוה,

אבל הא דאינו יכול לטעון פרעתי הוא בצירוף תפיסת המלוה בשטר, דאם אין המלוה מוחזק בשטר יכול לטעון פרעתי וכו' עכ"ל.

וע"ע לעיל שם באות תר"ב שם שרצה לבאר על פי זה את שיטת הרמב"ם שאם יש להמלוה שטר שרק עד אחד חתום בו הרי העד מחייב שבועה, והקשה הרשב"א על הרמב"ם דמה שע"א מחייב שבועה הרי זה רק היכא ששנים מחייבים ממון אבל הכא בשטר של שני עדים מה שחייב לשלם אין זה משום עדות אלא משום החזקה של שטרך בידי מאי בעי, וא"כ הכל תלוי באם יש חזקה זו גם בשטר החתום על ידי עד אחד, דאם ישנה להחזקה הרי הוא חייב לשלם, ואם ליכא בכה"ג חזקה אז גם שבועה אינו חייב. וכתב הקו"ש שלפי היסוד הנ"ל ששטרך בידי מאי בעי אינה בגדר חזקת ראי', אלא דין מדיני שטר, דהיינו שנאמר בהגזירת הכתוב של שטר שהמלוה יזכה כשהוא בידו, ושנגיד להלוה שטרך בידו מאי בעי, א"כ אז דברי הרמב"ם אתי שפיר, כי בשטר של שני עדים מה שמחייב את הלוה הרי זה התורת שטר שהוא העדות שבשטר ודלא כסברת הרשב"א, וא"כ סובר הרמב"ם שגם שטר שחתום בו עד אחד הרי זה בגדר שטר ומש"ה הרי הוא מחייב שבועה.

מיהו רעק"א בשו"ת סי' קל"ז כתב דלא כהיסוד הנ"ל של הקו"ש, דעיי"ש שכתב שהטענה של שטרך בידי מאי בעי לא מהני במקום תרי ותרי משום שהיא בגדר חזקת בירור, דהיינו ראי' שלא שילם, ורק בחזקה קמייתא יש מ"ד שסובר שמהני במקום תרי

ותרי כי חזקה קמייתא אינה בגדר בירור אלא בגדר גזירת הכתוב של התנהגות במקרה של ספק, אבל עוד בירורים לא מהני במקום תרי ותרי כמו שעוד שני עדים לא היו מועילים כי תרי כמאה.

והאור שמח בפכ"ב מהל' עדות ה"א בד"ה האחרונים נסתפקו וכו' דחה באמת את דברי רעק"א מהטעם הנ"ל שאינה בגדר ראי'.

ב. דברי הגר"ח.

והנה כיסודו הנ"ל של הקו"ש ש"שטרך בידי מאי בעי" אינה בגדר ראי' אלא הרי זה דין מדיני שטר, מבואר באריכות בחי' הגר"ח על הש"ס (הישן הוצאת כהן) על שבועות דף מ"א וז"ל, והנה בדין דמלוה בשטר אינו יכול לטעון פרעתי בפשיטות הוא דשטרך בידי מאי בעי, ראי' והגדת עדות היא שלא נפרע עוד, אבל מלשון הרמב"ם לא משמע כן (וראיתי מביאין ראי' דאם נאמר דמשום ראי' הוא א"כ נימא להיפך דהיינו שיוכל לטעון פרעתי ולא יהי' ראי' ממה שמחזיק השטר שלא פרע, דבאמת פרע הלוה ולא חשש לקחת השטר משום דיכול לטעון פרעתי, ובע"כ צ"ל דהחזקה דשטרך בידי מאי בעי אינו מטעם ראי' אלא זכות ממון וכמו שמבואר כאן). דז"ל בפ"א מהל' מלוה ולוה ה"א המלוה את חבירו בעדים וכו' זו נקראת מלוה על פה ואין צריך לפרוע בעדים, לפיכך אם טען פרעתי נשבע היסת ונפטר, אבל המלוה את חבירו בשטר צריך לפרוע בעדים, ולפיכך אם טען ואמר פרעתי אינו נאמן עכ"ל, ולפי הסברא הפשוטה אדרבה משום דאינו נאמן לטעון פרעתי מש"ה

מוכרח הוא לפרוע לפני עדים, ומהרמב"ם משמע דמלוה בשטר נתחדש דינא דצריך לפרוע לפני עדים, ומש"ה הוא דאינו נאמן לטעון פרעתי, וביאור הדין כמו דאם אמר אל תפרעני אלא בעדים או שהראה לפני פלוני ופלוני אינו נאמן לטעון פרעתי, דהפרעון עצמו פרעון הוא אף כשלא קיים התנאי בו, דאם הביא שפרע פטור הוא, רק דכל זמן שלא הביא עדים אינו נאמן לטעון פרעתי, ונאמנות אצל המלוה שלא נפרעתי, דזכות ונאמנות בדיני ממונות הם, וזכותי ממון ניהו, ומתנה המלוה שיהיו זכותי ממון אלו לו, דהיינו הנאמנות על פרעון המלוה, וכן גם בשטר סובר הרמב"ם דהוא מזכותי ממון דמלוה בשטר, ומדינים וזכותים דמלוה בשטר דצריך לפרועו בעדים ואינו נאמן הלוה, וזהו שכתב לפיכך אינו נאמן, והא דאיתא בגמ' שטרך בידי מאי בעי, דאין לו זו הזכות אלא כל זמן שהשטר בידו וכו', ובזה יתבאר ג"כ מה דבכתב ידו נאמן לטעון פרעתי אף דאיכא בירור דשטרך בידי מאי בעי, דמ"מ הא לאו מלוה בשטר היא, ואין בזה הזכות ממון דצריך לפרועו בעדים עכ"ל.

ובנוגע למש"כ הגר"ח והקו"ש (וסמך הקו"ש עצמו על המ"מ) שכתב ידו לא חשיב שטר, עיין בקצה"ח בסי' מ"ו סק"ה שהביא את דברי הש"ך שכתב שכיון שכתב ידו אינו בגדר שטר לא שייך לומר בו שמהתורה הרי הוא כנחקרה עדותן בב"ד ושאינו צריך קיום, אלא צריכים קיום מהתורה. והקצה"ח עצמו שם חולק על הש"ך משום שמה ששטר אינו צריך קיום מהתורה אין זה משום הגזירת הכתוב ששטר הוא כנחקרה עדותם בב"ד, אלא

הרי זה משום חזקה שלא חציף איניש לזיופי, וא"כ זה שפיר שייך גם בכתב ידו של הלוח. ועכ"פ חזינן מדברי שניהם שכ"י של לוח לא חשיב בגדר שטר וכדברי הגר"ח והקו"ש. ולהלן בסק"ג נביא עוד מקום בש"ך שמבואר שם שהוא סובר שכתב ידו של הלוח לא חשיב בגדר שטר.

ג. דברי הרמב"ן והמ"מ והש"ך בענין למה יכול הלוח לטעון פרעתי כשיש להמלוה כתב ידו.

והנה הקדמונים לא כתבו את הטעם הנ"ל של הגר"ח והקו"ש בענין למה יכול לטעון פרעתי בכתב ידו, אלא כתבו טעמים אחרים, דעי' בש"ך בסי' ס"ט סקי"ד שהביא את סברת המ"מ בפ"ד ממלוה ולוח ה"י שבכתב ידו לא שייך הרא"י של שטרך בידי מאי בעי משום שלא איכפת ל"י להלוה להשאירו אצל המלוה לאחר פרעון משום שכיון שלא סגי בכתב ידו לגבות מלקוחות א"כ אם יתבענו המלוה פעם שני' הרי יוכל למכור את כל נכסיו.

ובשם הרמב"ן הביא הש"ך דלא איכפת ל"י להשאירו אצל המלוה משום שבאמת הלוח מאמין שהמלוה לא יתבענו פעם שני', רק שאחרים אינם סומכים על זה, וממילא הרי הם נמנעים מלקנות מהלוה נכסים אלא בזול, ומש"ה אין הלוח משאיר את השטר ביד המלוה לאחר פרעון, אבל בכתב ידו מאחר שאינו גובה מלקוחות הרי הוא שפיר משאירו אצל המלוה.

ועיי"ש בש"ך שהביא שהרשב"א הקשה על הרמב"ן מהא דבשטר פקדון שחתומים עליו עדים אין השומר נאמן לומר החזרתו אע"פ שאין המפקיד גובה מלקוחות.

ועוד הקשה הש"ך עצמו משטר שאין בו אחריות שאין הלוח נאמן לומר פרעתי אע"פ שאין המלוה גובה מלקוחות.

ותי' הש"ך שמ"מ מכיון ששם שטר עליו, אין הלוח משאירו ביד המלוה לאחר שפרע משום שמכיון שלא כולי עלמא דיני גמירי לחלק בין שטר לשטר הרי הוא עדיין חושש שמא יזלו נכסיו משום שאנשים יחשבו בטעות שהוא גובה שפיר מלקוחות משא"כ כ"י "כיון דאין עליו עדים ולעולם אין גובין ממשעבדי בלא עדים ואין שם שטר עליו" הרי הוא משאירו אצלו (ועל טעמו של המ"מ נשאר הש"ך קשה באמת מ"ש כתב ידו של לוח משטר שאין בו אחריות דהא הלוח עצמו שלוח בודאי יודע את הדינים), הרי שגם מדברי הש"ך האלו (נוסף על מה שהבאנו לעיל בסק"ב) רואים שהוא סובר שכ"י של הלוח אינו בגדר שטר.

והנה ע"ע במ"מ בפכ"ז ה"א שכתב לחלק למה בכתב ידו מכיון שאינו גובה ממשעבדי יכול לומר פרעתי משא"כ בשטר העשוי בערכאות יש אומרים שאינו יכול לומר פרעתי אע"פ שאינו גובה מלקוחות, וכתב ששטר גמור שונה הוא מכתב ידו, וכבר הבאנו שהקו"ש שם באות תר"ה הבין את דבריו כהיסוד הנ"ל שכתב ידו אינו בגדר שטר ולכן ליכא הגזירת הכתוב שאינו יכול לומר פרעתי, אבל באמת יש לבאר כוונתו כהש"ך דהיינו שאנשים חושבים ששטר שעשוי בערכאות הרי הוא כמו שאר שטרות וגובה ממשעבדי, וכמש"כ הש"ך לענין שטר שאין בו אחריות, משא"כ בנוגע לכתב ידו אנשים יודעים שאינו גובה ממשעבדי. מיהו איך

כי ע"י שגרים חתימת העדים הרי זה נקרא שגרים כתיבת השטר.

ועוד י"ל שלפי שיטת רש"י והבעל המאור הרי זה נקרא שהלוה חתם ממש, ולא רק שגרים להחתימה, והיינו משום שהעדים חותמים בשליחותו של הלוה, דהנה שיטת רש"י והבעל המאור היא שבשטר אין חסרון של מפי כתבם כי הרי זה נקרא על פי כתבו של הלוה כי הוי כאילו הלוה עצמו חתם כי העדים חותמים בשליחותו.

מיהו ע"י ברש"י בכתובות דף י"ט ע"א שכתב וז"ל, מודה בשטר שכתבו, לזה שהודה בשטר שכתבו ועל פיו נחתמו העדים עכ"ל, ולפי ביאורנו הנ"ל צ"ע למה חילק את זה לשני דברים, דביותר ה"י לו לכתוב "שעל פיו נחתמו העדים" וכהנ"ל שע"י שנחתם על פיו הרי זה נקרא שהשטר נכתב על ידו כי חתימת העדים הוי כאילו כתבו את כל מה שלמעלה ממנו, אבל מזה שכתב ועל פיו נחתמו העדים משמע שתרי מילי קאמר, דהיינו שאת השטר כתב הוא עצמו, וחתימות העדים היו על פיו, ואילו דבר זה אינו מובן כי אין צריכים שהוא יכתוב את השטר, אלא יכולים לכתוב את נוסח השטר לפני שבא לכאן בכלל.

שז) מאן קא משוי ל"י להאי שטרא לזה, הא קאמר דפריע.

הנה מרש"י בכתובות דף י"ח ע"ב ודף ק"ט ע"ב מבואר שהפה שאסר אין פירושו מיגו רגיל של מה לו לשקר, דהיינו מיגו דאי בעי שתיק, אלא הכוונה היא לסברא אחרת, והיינו שכיון שיודעים אודות השטר

שנגיד אכתי דברי המ"מ סותרים את מה שכתב הוא עצמו לעיל בפ"ד שטעמא דכתב ידו הוא משום שיוכל למכור נכסיו דהא הטעם ההוא שייך גם בשטר שעשוי בערכאות דהא הוא עצמו שלוה בודאי יודע את הדינים (והמ"מ בפ"ד הקשה באמת כעין הנ"ל, רק שהקשה משטר החתום ע"י עד אחד דאינו גובה מנכסים משועבדים, דלמה התם אינו יכול לומר פרעתי כמו בכתב ידו).

ד. עוד ביאורים בשטרך בידי מאי בעי.

וע"ע בדרכו של האור שמח בסוף הל' עדות שכתב שהדין של שטרך בידי מאי בעי הוא שהלוה נותן להמלוה נאמנות.

וב"שיעורי הגאון רבי ברוך בער" בס"י כ' איתא בשם הגר"ח שכשהשטר הוא ביד המלוה יש להמלוה מוחזקות כי החוב מונח בתוך השטר עיי"ש.

שו) מודה בשטר שכתבו.

יש לעיין, דהנה מלשון זה משמע שהלוה עצמו כותב את השטר, והרי אין הדבר כן אלא אפשר להשתמש גם בשטר שלא נכתב בשביל הלוה הזה אם העדים מעידים ע"י חתימתם על הלואה להלוה הזה.

ויש לפרש שהכוונה היא שהלוה מודה שהשטר נחתם על פיו כי הוא אמר להעדים לחתום (ושיש מצדו דעת המתחייב לעשות שטר), והרי כשחתמו העדים הרי זה כאילו כתבו את כל מה שלמעלה, וא"כ הכוונה היא שהלוה מודה שהשטר נכתב בגרמתו

או הריעותא רק מפיו, הרי אנו צריכים להאמינו גם לענין איך הוא מסלק את הריעותא, דעיין בדף י"ח ע"ב שם דתנן שאם אמרו עדי השטר כתב ידינו הוא זה אבל פסולי עדות היינו הרי הם נאמנים משום שיש להם הפה שאסר, ופירש"י בד"ה הרי אלו נאמנים וז"ל, כי היכי דמהימנת להו אהא הימנינהו אהא עכ"ל, ובדף ק"ט ע"ב שם בד"ה ואין כתב וז"ל, דהפה שאסר הוא הפה שהתיר, דמאחר שיש עדים שהיתה שלו ונגולה ממנו, אין לזה זכות באותו תלם אלא על פיו של זה שעשאה סימן לאחר, והרי חזר ואמר לקחת"י עכ"ל. וכן משמע גם מהגמ' כאן דהא חזינן שלא אמרו מה לו לשקר אי בעי אמר מזויף, אלא אמרו שהוא זה שנתן לנו את השטר ומש"ה הרי הוא נאמן לומר פרוע.

וכבר הארכתי בביאור יסוד הדין של הפה שאסר בספרי על ב"ב באות ש', ובספרי על כתובות בחלק א' אות שצ"ז, ובחלק ב' אות ו'.

שח) מאן קא משוי ל"י להאי שטרא לזה, הא קאמר דפריע.

הנה צ"ב מה היא סברת המ"ד שסובר שאין המלוה צריך לקיימו הלא יש להלוה הפה שאסר.

ועי' בכתובות דף י"ט ע"א בתד"ה מודה וכו' שהקשו מה היא סברת המ"ד שסובר שאין המלוה צריך לקיימו דלמה אין הלוה נאמן לומר פרעתי במיגו שהי' יכול לומר מזויף (וזהו כשיטתם שהכוונה

בהפה שאסר היא למיגו רגיל, ודלא כשיטת רש"י שהבאנו בהאות הקודמת).

ותירצו בתחילה שהלוה ירא לומר מזויף שמא יכחישוהו. ושוב כתבו וז"ל, ופ"ה במקום אחר (הרשב"ם בב"ב דף ק"ע ע"א בד"ה אין צריך לקיימו) דטעמא משום דדבר תורה א"צ קיום, דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד, ורבנן הוא דאצרכוהו קיום כי טעין מזויף הוא, אבל בשאר טענות כגון פרוע הוא לא הצריכוהו קיום וכן נראה לר"י עכ"ל. והנה לכאורה דבריהם אינם מבוארים, דהא סו"ס יש לו מיגו שהי' יכול לטעון מזויף ולהצריך קיום, וא"כ למה אין הלוה נאמן. וראיתי בקובץ שיעורים על ב"ב באות תכ"ו שביאר שמה שכתבו תוס' בתחילת דבריהם שהלוה מפחד הרי זה משמש כטעם רק למה אין לו הכח של רא"י של מיגו דהיינו הסברא של מה לו לשקר, דעל זה שפיר כתבו שאין כאן הרא"י של מה לו לשקר משום שבאמת הי' ירא לטעון מזויף, אבל מ"מ אכתי נשאר הכח של הפה שאסר שהיא סברא אחרת, והיינו דמכיון שהוא זה שנתן לנו את הכח של שטר ע"י קיומו הרי אנו חייבים להאמין לו גם לסלק את הכח של שטר ע"י שהוא אומר פרוע, דכי היכי שמהימנת ל"י אהא הימני' נמי אהא (וכמו שביארנו בהאות הקודמת), ועל זה באו דבריהם האחרונים להסביר שאין להלוה את הכח הזה משום שכל זמן שלא טען הלוה מזויף לא בעינן קיום, באופן שיוצא שהלוה אינו זה שנתן לנו את הכח של שטר אשר נאמר משום כך הימני' נמי אהא.

והנה ביאורו של הקו"ש אתי שפיר רק

בדעת תוס' בב"ב בדף קכ"ח ע"ב בד"ה נשבע וכו' שכתבו גם שם כדבריהם בכתובות שם בשם הקונטרס, והיינו משום שמיתר דברי תוס' בב"ב שם בד"ה אבל וכו' מוכח דאזלי שהפה שאסר מועיל גם בלא הכח של מיגו רגיל וכמו שביאר הקו"ש שם שמוכח מדברי תוס' שם, אבל בדעת תוס' בכתובות דף י"ט ע"א קשה לומר כן, שהרי בכל הסוגיא בכתובות שם הזכירו תוס' רק את הכח של מיגו דאי בעי שתיק, ולא הזכירו בכלל את הסברא הנ"ל של כי היכי וכו' (והכא הרי אין לו מיגו שהי' יכול לשתוק שהרי המלוה מוציא עליו שטר, אלא יש לו רק מיגו שהי' יכול לומר מזויף, ועל זה כתבו תוס' שהוא ירא לומר מזויף).

ועוד דמפשטות לשונם של תוס' לא משמע שהם שני חלקים של תירוץ אחד שצריכים אחד את השני, אלא משמע שכל אחד הוא תירוץ שלם בפני עצמו על אותה קושיא.

ויש לבאר את דברי תוס' בדרך אחרת, והיינו שהפירוש של הקונטרס יכול לשמש כטעם נפרד למה אין כאן הכח של מיגו, דהנה ידוע מה שחקרו המחברים באם מיגו מועיל בדרך ראוי' שהוא אומר אמת, דמה לו לשקר, או האם הוא מועיל משום נאמנות, דהיינו שהתורה נתנה לו את הנאמנות לא רק של מה שהוא טוען, אלא גם את הנאמנות של כל הטענות שהי' יכול לטעון, וא"כ י"ל דס"ל לתוס' שמיגו מועיל רק כשיש כאן שני הכחות יחד, כלומר דהיכא שקיים הכח של ראוי', אז נתנה לו התורה את הכח של נאמנות, אבל הכח של ראוי' אינו אלים מספיק כדי להועיל לבדו,

ובתחילה כתבו תוס' ליישב את קושייתם ע"י שנאמר שאין כאן הכח של ראוי', וע"י פי' הקונטרס נתכוונו לתרץ שאין כאן הכח של נאמנות, והיינו משום שלא שייך הכח של נאמנות אלא בנוגע לטענות שעולות על הדעת, דהיינו טענה שמסתברת, ורק אם הטענה שהי' יכול לטעון היא טענה שמסתברת הרי אנו נותנים לו את הנאמנות של ההיא טענה, משא"כ טענת מזויף נקראת טענה שאינה בגדר דבר המסתבר, ומהאי טעמא באמת לא הצריכה התורה קיום, רק שאם הוא טוען מזויף, אז שפיר הצריכו רבנן קיום, משום שסוף סוף הרי ידעינן שלעתים רחוקות מזיפים שטר, וא"כ כשהוא טוען מזויף, זה גופא שהוא טוען כך, מקרבת בעינינו את האפשרות שכן קרה אצלו, ולכן בעיני קיום, אבל כל זמן שלא טען מזויף לא שייך לתת לו את הכח של ההיא טענה וכהנ"ל, ולכן אין כאן מיגו דאי בעי אמר מזויף.

והנה על הדרך שכתבנו לעיל בשם הקו"ש יש להקשות למה הוצרכו תוס' להדגיש שאם טען מזויף בעיני קיום רק מדרבנן, דהא לפי הדרך ההוא אפילו אם היינו צריכים אז קיום מהתורה הי' אתי שפיר כי סו"ס עכשיו שאינו טוען מזויף אין צריכים שום קיום וא"כ מה הי' קורה אילו הי' שפיר הי' טוען מזויף אינו לא מעלה ולא מוריד, אבל לפי הדרך השני י"ל שרצו להדגיש שאינה טענה המסתברת שהרי מן התורה אפילו אם טען הלוה מזויף אין זו טענה מסתברת.

ברם גם לפי הדרך השני אכתי נשאר אמת שביאור דברי תוס' בב"ב שם הרי הוא כדרכו של הקו"ש, שהרי התם דנו

תוס' בלשונם מצד שיש לו הפה שאסר, וגם סוברים שם שהפה שאסר אינו משום מיגו וכמו שהוכיח הקו"ש שם, וא"כ יוצא שנתכוונו לומר למה אין את הכח של כי היכי דמהימנינן לי' אהא הימני' נמי אהא וכמו שביאר הקו"ש, וא"כ אכתי צ"ע למה הזכירו תוס' שם שצריכים קיום רק מדרבנן.

שו"ר בקו"ש בחלק ב' סי' ג' אות ב' - ה' שביאר את דברי תוס' כדרכנו הנ"ל שרצו להסביר למה לא שייך כאן הכח של נאמנות של מיגו, אבל ביאר את הענין בדרך אחרת קצת, והיינו שאנחנו כתבנו שהיכא שהוא טוען מזויף הרי היא מתהפכת באמת לטענה המסתברת, אבל כל זמן שאינו טוען כן הרי זה נחשב טענה שאינה מסתברת ואין אנו נותנים לו את הכח של טענה שאינה מסתברת, ואילו הקו"ש אזיל שגם אז אין היא טענה המסתברת, ובאמת חידוש הוא שמקבלים את הטענה ומצריכים קיום, ומש"ה מכיון שמה שמקבלים טענה זו הרי זה בגדר חידוש אין לו את הכח של טענה זו אלא כשהוא טוען כן אבל לא כל זמן שאינו טוען כן, ועיי"ש שהביא דוגמא לזה.

דף ז' ע"ב

שט) והיכי דמי דכתב בי' הנפק.

ע"י בהגהות הב"ח שהוסיף "כגון" דכתב בי' הנפק, וכן היא הגירסא בתוס'. ונראה שאמרו "כגון" כי הוא הדין שיתכן

ע"י שהמלוה מביא עכשיו עדים שמכירים את החתימות.

מיהו ע"י ברש"י שכתב וז"ל, שנפל "כבר" ליד דין עכ"ל, הרי שהכוונה היא להעבר וכלשון "נפל", וא"כ הרי זה יתכן רק ע"י הנפק, וא"כ מזה משמע שאינו גורס "כגון" אלא כהגירסא שלפנינו, ודלא כהב"ח.

שי) דאיכא למימר כתב ללות ולא לוא.

צ"ע למה כאן נקטו לשון של "איכא למימר", ואילו להלן בסמוך לענין החשש של פרעון נקטו לשון של "חיישינן" לפרעון.

ויש לתרץ משום שהכא כו"ע סוברים שיכול לטעון שכתב ללות ולא לוא, ואפילו מאן דלא חייש לפרעון, ולכן קאמר "דאיכא למימר", דהיינו כדי להורות דהוי יותר מ"חיישינן", וכו"ע סוברים כן (ובאות שי"ב כתבנו טעמים למה).

שיא) דאיכא למימר כתב ללות ולא לוא.

צ"ע למה לעיל בהציוור של שנים אדוקים נקטה הברייטא שהלוה טוען פרעתי ולא נקטה שהלוה טוען שכתב ללות ולא לוא ושלכן ה"י השטר אצלו וממנו נפל.

וי"ל דרצה לאשמועינן שיחלוקו אע"פ שהוא טוען פרעתי ויש נגדו הריעותא שלא קרע אותו מיד אחרי הפרעון. וכן אע"פ שיש נגדו חזקת חיוב על ההלואה, וכן חזקת מרא קמא של המלוה על השטר.

שיב) דאיכא למימר כתב ללות ולא לזה.

צ"ע למה לא נקטו שחוששין שמא הוא מזוייף.

מיהו יש לדחות שאה"נ, דהיו יכולים לנקוט חשש זיוף, רק שזהו חשש רחוק, אבל כתב ללות ולא לזה הוא חשש יותר קרוב, כי אין זה חוצפא כמו בזיוף, ועוד כי בכל הלואה יש שעה כזאת, דהא הלואה כותב את השטר ומביא אותו להמלוה וא"כ תמיד יש שעה שכתב ללות ולא לזה וא"כ י"ל שהכוונה היא שנפל מהלואה לפני שהספיק ללות, א"נ שבמשך הזמן ההוא שעוד לא לוח התחרט כליל מההלואה.

גם י"ל שמצד החשש של זיוף אין סיבה לא ליתנו להמלוה כי ממ"נ אם יקיימנו אז אין חשש, ואם לא יוכל לקיימו לא יוכל לגבות. מיהו לכאורה הא ליתא כי אולי יזייף גם הנפק.

שיג) רש"י ד"ה לא יוציאנהו מידו.

וז"ל, לא לזה ולא מלוה עכ"ל. הנה מלשון זה משמע שקמ"ל שלא יתנו אותו להלוה לחודי', וכן קמ"ל שלא יתנו אותו להמלוה לחודי'. וצ"ע איזה הו"א יש ליתנו להלוה לחוד או להמלוה לחוד.

וי"ל דס"ד ליתנו להמלוה לחודי' מחמת החזקת מרא קמא שלו בהשטר. א"נ מחמת החזקת חיוב של הלוח. א"נ מחמת הריעותא שלא קרע הלוח את השטר מיד אחרי הפרעון. וכן ס"ד ליתנו להלוה לחודי' משום המוחזקות שלו על ממונו.

ועכ"פ צ"ע למה לא פי' רש"י שבא

לשלול יחלוקו כמו בהרישא. ובאמת יש סברות לומר גם כאן יחלוקו כמו שנביא באות שט"ז סק"ב וסק"ג.

שיד) בא"ד.

בענין דברי הר"ן בחולין שע"א נאמן לומר למי שייכת האבידה.

א. ע"ע בדברי רש"י שכתב וז"ל, עד שיבא אליהו או עדים שראו מיד מי נפל עכ"ל. הרי שהקפיד על שני עדים, ומבואר דס"ל דלא סגי בע"א. ויש לעיין בזה וכדלהלן.

הנה המהרי"ק בשורש ע"ב כתב שאין צריכים שני עדים בדיני ממונות היכא שאין רוצים להוציא ממוחזק. וכדברי המהרי"ק נראה גם מדברי הר"ן בחולין בדף ל"ד ע"א בדפי הרי"ף שכתב וז"ל, דבמציאה נמי נאמן (עד אחד) לומר אלו כליו של פלוני דכיון דלית לי' הנאה מיני' לא חיישינן דמשקר עכ"ל. ולפ"ז לכאורה בנידון דידן הדין נותן שלא ניבעי שני עדים כי גם כאן הרי זה כמו היכא שאין מוחזק.

ובאמת קשה גם בהמשנה בריש פירקין דתנן שבזמן שיש עדים יחלוקו בלא שבועה דלמה צריכים עדים תיסגי בע"א. מיהו עי' לעיל בדף ב' ע"א באות כ"ה שדננו אם היכא שכל אחד מוחזק בכל הרי זה נקרא להוציא או לא.

ב. והנה הש"ש בשמעתא ו' פרק ג' הקשה על המהרי"ק מהגמ' להלן בב"מ כאן בדף כ"ז ע"א דאמר רבא סימנין וסימנין וע"א יניח, דלמה אין הע"א נאמן. וכן הקשה השער משפט בסי' ל"ג סק"א. ובאמת גם

על הר"ן הנ"ל קשה מהגמ' של סימנין וסימנין ועד אחד דהא התם חזינן שלא סגי בע"א להחזיר אבידה.

והוסיף השער משפט להקשות גם מקידושין דף ע"ד דאמרינן שדיין נאמן לומר למי זיכה רק כל זמן שהבעלי דינין עומדים לפניו אבל לאחר שכבר הלכו אינו נאמן, ואיירי שם באופן שאין מוחזק (מדפסקינן שם שודא דדייני), והרי לפי המהרי"ק בכה"ג ע"א נאמן אפילו בממון וא"כ למה אין הדיין נאמן בתורת ע"א.

ותי' השער משפט שצ"ל שמודה המהרי"ק שגם בממון (וגם בדבר שבערוה) צריכים שנים אפילו היכא שאין באים להוציא ממוחזק (או חזקה) אם יש מיהא מאן דמכחיש, ולכן בההיא דסימנין וסימנין וכן בההיא דדיין לא סגי בע"א כי יש כאן בעל דין שעומד ומכחיש. ולפ"ז לק"מ על הר"ן כי בהציוור של הר"ן ליכא קמן בעל דין שמכחיש את העד.

ולפ"ז ניחא למה הכא בעינן שני עדים כי הכא כל אחד מכחיש טענתו של השני.

ובשו"ת פרי יצחק בחלק ב' סי' נ"ו כתב ליישב שלא קשה על הר"ן בחולין שם מהדין של סימנין וסימנין וע"א כי מה שכתב הר"ן שע"א נאמן לומר למי שייכת האבידה אין כוונתו לומר שהוא נאמן בתורת עדות, אלא הרי זה מועיל מדין בירור בעלמא, דהא לפי המ"ד שסובר שסימנין הם דאורייתא חזינן שגבי אבידה סמכה התורה אפילו על סימנין, והיינו מהדרשה של עד דרוש אחיך אותו דרשהו בסימנים אם הוא רמאי או לא, דהוי גזירת הכתוב שבאבידה נאמר גדר חדש של

דרישה אם הוא רמאי, וגם על ידי סימנין הרי זה נקרא שקיימנו ענין זה, וא"כ הה"נ לע"א, ומש"ה כתב הר"ן שסגי בע"א, אבל לא עדיף הע"א מסימנין, ולכן גבי סימנין וסימנין וע"א אתי שפיר למה הדין הוא שיניח ולא מהני העד אחד, כי כבר יש המעלה של סימנין, דהיינו המעלה של עד דרוש אחיך, כמו שיש בע"א, ומש"ה כמו שלא יועיל אם יוסיף אחד מהם עוד סימן, הה"נ שאין מועיל מה שהוא מוסיף ע"א, והרי אזלינן שם שסימנין הם דאורייתא וכמו שאמר רבא שם "את"ל סימנין דאורייתא", ומש"ה ע"א אינו מועיל, עיי"ש בפרטי דרכו של הפרי יצחק.

וגם לפי דרך זה ניחא למה צריכים כאן שני עדים, והיינו משום שגם כאן יש כבר לכל אחד חזקה או חזקת ממון לצדו וכמו שביארנו.

מיהו יש לפקפק בדרך זה, כי אולי חזקה קמייתא, וכן חזקת ממון, אינם בגדר דרישה טובה (עד דרוש אחיך) כי אינם בגדר בירורים ולכן הדין נותן שיועיל ע"א.

שטו) רש"י ד"ה ורבי יוסי לא חייש לפרעון.

א. וז"ל, דמאן דמהדר לי' שטר פרוע, לאלתר זהיר ביי' לקורעו ולא משהי לי' עכ"ל. צ"ע למה לא כתב משום שיש להמלוה חזקת מרא קמא בהשטר.

מיהו אם נאמר שחזקת מרא קמא מהני מדין מוחזק, ואם נצרף לזה שמוחזקות אינה חזקה חיובית אלא סוף דינה הוא רק שאין משנים את המצב בלי סיבה, א"כ י"ל

שלא סגי בכה"ג בחזקת מרא קמא בהשטר כי אפילו אם היינו מחזירים את השטר להמלוה מכח החזקת מרא קמא עדיין הי' יכול הלוה לטעון פרוע, והיינו משום שי"ל שלא שייך בכה"ג החזקה של שטרך בידי מאי בעי כיון שנמצא השטר בידו רק בגלל שלא משנים את המצב בלי סיבה.

מיהו אם שטרך בידי מאי בעי אינו חזקת ראי', אלא דין מדיני שטר, וכהגר"ח והקו"ש שהבאנו לעיל באות ש"ה, א"כ גם בכה"ג הדין נותן שיועיל, וא"כ אכתי צ"ע למה לא כתב רש"י משום החזקת מרא קמא בהשטר.

מיהו י"ל משום שכנגד החמ"ק יש המוחזקות של הלוה במעותיו וחמ"ק לא מהני להוציא ממון.

מיהו אכתי יש להקשות למה לא אמרין שהמלוה מנצח מחמת החזקת חיוב שאומרת שהלוה עודנו חייב, וכמו באיני יודע אם פרעתוך דצריך לשלם, ולפי דרך אחד בהמפרשים הרי זה משום שיש נגד הלוה חזקת חיוב ומהני להוציא ממנו ממון. מיהו נראה פשוט ששאני התם שיש להמלוה גם הכח של ברי נגד שמא דהא חזקה קמייטא לבדה אינה יכולה להוציא ממוחזק.

ועוד י"ל דהיכא שיש ספק על השטר הרי אנו דנין רק על השטר, ודין הממון הוי תוצאה מהדין של השטר, ולכן אין דנין מצד החזקת חיוב שיש נגד הלוה.

וע"י היסוד הנ"ל שדנין על שורש הספק יש לישב את שיטת רש"י בכתובות דף כ' ע"א לענין תרי ותרי על שטר אם הוא כשר או לא, דהנה רש"י שם פסק שאע"פ שאין

מוציאין מהלוה כשיש תרי ותרי אם השטר כשר, אבל אם המלוה תפס הרי זה מועיל, וכבר דנו תוס' שם, וכן לעיל בדף ו' ע"ב כאן, למה מהני תפיסה הלא מסקינן בהסוגיא לעיל כאן שתקפו כהן מוציאין אותו מידו. מיהו לפי הנ"ל י"ל שרק התם סובר רש"י שמהני תפיסה כי לא דיינינן על הממון אלא על השטר, ודין הממון הוא תוצאה מן השטר, ולכן לא מהני מה שהלוה מוחזק במעותיו, כיון שאינו מוחזק בהשטר, ומש"ה מהני תפיסה.

והנה עי' בתוס' בב"ב דף ל"ב ע"ב בד"ה והלכתא שכתבו וז"ל, ובהכותב דאמר מיגו שיכלי למימר להד"ם יכלי למימר סיטראי נינהו, שאני התם דאיכא שטרא עכ"ל, פי' ולכן אין חסרון של מיגו להוציא. ועי' בקצה"ח בסי' ק"נ סק"ב ובסי' פ"ב סק"י שביאר את דבריהם. מיהו לפי הנ"ל י"ל שהטעם למה לא חשיב מיגו להוציא הרי זה משום שדיינינן בכה"ג על השטר ולא על המעות, אלא דין המעות הוא תוצאה מדין השטר, ולכן לא חשיב מיגו להוציא כי אין הלוה מוחזק בהשטר.

מיהו לכאורה י"ל את היסוד הנ"ל שדנין על השטר רק אם נאמר שהחוב מונח בהשטר (עי' באות ש"פ סק"ו), אבל אם הוי רק ראי' בעלמא על החוב א"כ לכאורה צ"ל שדנין את החוב. מיהו גם לפ"ז אתי שפיר למה מהני תפיסה כי סוף סוף אין הלוה מוחזק בהחוב.

ועי' בש"ך בחו"מ סי' צ"ט סק"ו.

ב. עוד צ"ע דגם בשנים אדוקים בשטר נימא הריעותא שכתב רש"י, ועי' בזה במהר"ם שיף וברש"ש.

שטז) ואחר שמצא שטר שנפל ליד דיין וכו' לא יוציאו עולמית.

א. בענין למה אמרינן יהא מונח ולא כל דאלים גבר.

הנה בסוגיית הגמ' מבואר שנפל ליד דיין איירי באופן שמצא אדם שטר שנתקיים בב"ד, והמלוה והלוה טוענים עליו, והדין הוא שלא יוציאו עולמית כלומר שיהא מונח עד שיבוא אליהו. ועי' במהר"ם שיף שהקשה למה לא אמרינן כל דאלים גבר, ותי' משום מה שאמר רב יהודה בב"ב דף ל"ד ע"ב שאם ב"ד תפסו לא מפקינן מהם, ופסקינן שם כוותי'.

מיהו לכאורה צ"ע דהא הטעם למה לומר לא מפקינן הרי זה משום השבת אבידה וכמו שביארתי בספרי על ב"ב שם באות שצ"ב*, ואילו בנוגע לשטרות עי' ברמב"ם בפ"ז מהל' שבועות ה"ד דמבואר בדבריו שאין מצות השבת אבידה על שטרות כיון שאין גופן ממון, וא"כ לפי דבריו לא שייך לומר בשטרות לא מפקינן. ברם באמת להלן בדף כ' תנן ששפיר צריכים להשיב שטרות, וצ"ל דהוי רק מדרבנן, וא"כ לק"מ כי אכתי יוצא שהוא נחשב שומר אבידה מדרבנן וא"כ נשאר הדין של לא מפקינן.

מיהו אכתי צ"ע מה יגיד רב פפא שסובר שם ששפיר מפקינן, דלדידי' למה לא אמרינן כאן כל דאלים גבר.

מיהו עי' בהמשך הסוגיא שם דאמרינן שהיכא שיש דררא דממונא לא אמרינן כל דאלים גבר, והרי הכא י"ל דמיקרי דררא דממונא כי יש ספק לב"ד למי שייך השטר

הנמצא, כמו שבמחליף פרה בחמור יש ספק לב"ד למי שייך העגל הנולד.

גם י"ל דלא שייך הכא לומר כל דאלים גבר כי חשיבי שניהם מוחזקין וכדברי תוס' לעיל בדף ב' לענין מנה שלישי דשניהם חשיבי מוחזקין כי השומר מחזיקו בחזקת שניהם, דגם כאן זה שמצא הרי הוא שומר אבידה וא"כ חשיבי שניהם מוחזקים בהשטר. וע"ע בסק"ב בענין אם שייך לומר הכא כהנ"ל שהכא שניהם מוחזקים מכח המוצא.

ב. בענין למה לא אמרינן יחלוקו.

מיהו אם נאמר דחשיבי שניהם מוחזקין יש דבר אחר שקשה בסוגיין דהיינו למה לא נגיד יחלוקו כיון שהמוצא מחזיק בשביל שניהם.

ולכאורה צ"ל שרק לעיל במנה שלישי חשיב שמחזיק בשביל שניהם כי התם הרי הוא שומר בשביל כל אחד את המנה הראשון של כל אחד ואחד, ולכן הרי הוא מתכוין להחזיק בשביל שניהם את המנה שלישי, וגם בשביל זה שהוא השקן, אבל הכא הרי הוא מחזיקו רק בשביל האמתי, וכן כתב הנתיחה"מ בסי' ס"ה סק"ו על נמצא שטר בין שטרותיו והמלוה והלוה שניהם טוענים עליו דאמרינן יהא מונח דגם שם קשה למה לא אמרינן יחלוקו.

והחידושי הרי"ם על תוס' בדף ב' שם כתב וז"ל, ונראה או דדוקא בנפקד שם דמיירי שהפקידו בכרך אחד דאמר אנת גופייכו לא קפדיתו וכו', וחשיב כאילו הפקידו שניהם ג' מאות, ומהאי טעמא חשוב גם התפיסה בחזקת שניהם וכו', עוד י"ל דכיון דנפקד משאיל ביתו לשמירת

ממון המפקיד, ביתא דמפקיד קרינן כמש"כ הרא"ש פ"ק דפסחים ע"ש, וא"כ כיון שהפקידו זה ק' וזה ר' הוי לענין זה כמונח בחצר של שניהם וכו' עכ"ל.

מיהו אכתי צ"ע, דנהי שבהסיפא ליכא מצב של שניהם מוחזקים אבל בכל זאת נימא יחלוקו כמו במחליף פרה בחמור כי חזינן משם שאמרינן יחלוקו היכא שיש דררא דממונא ואין מוחזק.

וצ"ל שהבריייתא הזאת סוברת שיהא מונח עדיף מיחלוקו של ספקות (מיהו אם דררא דממונא חשיב כשניהם מוחזקים, הרי זה יחלוקו של מוחזקות ולא של ספקות), וגם במחליף פרה בחמור תאמר יהא מונח.

וכן צ"ל בנוגע למנה שלישי, דאם נאמר שמנה שלישי חשיב ציור של דררא דממונא בע"כ צ"ל שהטעם למה רבנן סוברים יהא מונח ולא את היחלוקו של ספקות (אבל היחלוקו של שניהם מוחזקים א"א לומר כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת כדאמרינן בדף ג') הרי זה כי ס"ל שיהא מונח עדיף. וגם במחליף פרה בחמור יאמרו יהא מונח.

ולא קשה כל כך לחדש שיש תנא דסובר יהא מונח במחליף פרה בחמור ולא יחלוקו, כי עי' בעליות דרבנו יונה בשט"מ בב"ב דף ל"ה סוף ע"א שכתב שלפי שמואל והתנאים שסוברים ששודא דדיינא עדיף מיחלוקו, גבי שני שטרות היוצאים ביום אחד, א"כ במחליף פרה בחמור יסברו שודא ולא יחלוקו.

גם י"ל כדברי האבן האזל בפ"ט מהל' טוען ונטען שכתב שכמו שרב יהודה סובר בב"ב דף ל"ד ע"ב שאם תפסינן שוב לא

מפקינן כדי לומר כל דאלים גבר, הה"נ שלא מפקינן כדי לומר יחלוקו.

ובהסבר הדבר י"ל שאי אפשר לומר מפקינן כדי לעשות את היחלוקו של מוחזקות כי אינם מוחזקין וכמו שביארנו, וכן אי אפשר לעשות את היחלוקו של ספקות, כי המוצא חייב בהשבה ואסור לו להוציאו מתחת ידו אם לא להבעלים האמתיים.

מיהו לבני החשוב ר' אהרן נ"י יש בזה אריכות דברים, והוכיח מדברי הרמב"ן ותוס' רבינו פרץ בתחילת המס' דשפיר מפקינן כדי לומר יחלוקו, שהרי כתבו שם שהטעם למה לא אמרינן במנה שלישי כל דאלים גבר הרי זה כי כבר נמצא אצל השומר ואי תפסינן לא מפקינן, והרי בכל זאת חזינן שהקשה הגמ' בדף ג' ע"א שנימא יחלוקו, הרי שכדי לומר יחלוקו שפיר אמרינן מפקינן, ואפילו אם אינו יחלוקו מטעם מוחזקות (שהרי לא תירצו כתוס' שלא אמרינן כל דאלים גבר כי חשיב ששניהם מוחזקים). ועוד הביא שהרמב"ן בב"ב דף ל"ד ע"ב כנראה הבין בכוונת הר"י מיגש שהביא שם שבאמת הטעם למה במנה שלישי לא אמרינן יחלוקו הרי זה כי לא מפקינן לומר יחלוקו. ועי' במהר"ם שיף כאן.

ג. עוד בענין למה לא אמרינן בהסיפא יחלוקו במקום יהא מונח.

והנה כעין הקושיא הנ"ל הקשה רעק"א בדו"ח לעיל בדף כ"ח ע"א על הדין של סימנין וסימנין יניח, דלמה אמרינן יהא מונח ולא אמרינן יחלוקו וכדברי תוס' שהשומר מחזיק בשביל שניהם וחשיבי

שניהם מוחזקים. ולפי הדרכים שכתבנו לעיל מיושבת קושייתו.

ועי"ל שבסימנין וסימנין אין המוצא מחזיק בשביל שניהם משום שהוא חושב מי יימר שאינו שייך לאדם שלישי.

ובאמת גם מדינא, אם יסכימו שני אנשים אלו שנתנו סימנין, שהמוצא אבירה יחזיר להם בשותפות, לא יהי' רשאי, כי לא מיבעיא אם נגיד ששני הסימנין הם כמאן דליתנהו הרי בודאי לא יהי' רשאי להחזיר להם בשותפות, אלא אפילו אם כמאן דאיתנהו דמי אבל כל זמן שאין הכרעה מי יימר שאין גם אדם שלישי שיש לו סימן. וראיתי בשט"מ להלן שם על הציור של סימנים וסימנים ועד אחד שכתב כעין הדברים הנ"ל וז"ל, כתב הרא"ש וצריך אותו שכנגד העד לישבע, ואם לא רצה לישבע יתנו לבעל העד, ואין זה ברור אצלי, דאפשר לומר כיון דשנים נתנו בה סימן, מוכחא ומיגליא מילתא שאינה של שנים אלו אלא למי שיתן סימן מובהק יותר או שיביא עדים עכ"ל.

מיהו קשה מהדין של ניפול הנמצא בין שובך לשובך דיחלוקו בב"ב דף כ"ג ע"ב, דהא התם חזינן ששפיר אמרינן את היחלוקו של ספקות ולא יהא מונח. מיהו י"ל דשאני בניפול הנמצא בין שובך לשובך שיש לשני בעלי השובך דין של מוחזק כיון שנמצא בין שניהם, וכמו בשנים שיושבים בצד הערימה שכתב הרמב"ם שיחלוקו כמו בשנים אוחזין בטלית (ועי' באות א' סקי"א), ומש"ה מכיון שהתם שייך לומר יחלוקו משום שהם אוחזין, דהיינו היחלוקו של מוחזקות ולא היחלוקו של ספקות, א"כ בכה"ג

ששורת הדין פוסקת שהוא שייך לשניהם, שפיר אמרינן מפקינן.

שיז) בענין למה לא אמרינן בהרישא יהא מונח עד שיבוא אליהו.

עי' ברש"י בדף ב' סוף ע"א שכתב שבזה אומר אני ארגתי' וזה אומר אני ארגתי' לא אמרינן יחלוקו כי יש ודאי רמאי ולכן אמרינן יהא מונח. והקשה הפ"י כאן דא"כ למה בשנים אדוקים בשטר אמרינן יחלוקו הלא יש ודאי רמאי, וא"כ הדין נותן שנגיד יהא מונח כמו בזה אומר אני ארגתי'. וכתב משום שלא שייך כאן לומר יהא מונח כי לא אמרינן יהא מונח להוציא מתחת ידו ממש, ורק בטלית שם כתב רש"י כן כי איירי שתפסי רק בכרכשתא, אבל בשטר א"א לומר שנוציא את המעות מיד הלוח ונימא יהא מונח, וכן אי אפשר לומר יהא מונח על השטר ושהכסף ישאר אצל הלוח, כי אם נעשה כן הרי יוצא שזכינו בזה את הלוח לגמרי כיון שלא יוכל המלוח לגבות את החוב, ולכן אמרינן יחלוקו.

מיהו צ"ע דא"כ למה בהסיפא קאמר ת"ק שלא יוציאו עולמית, הלא זהו דינא דיהא מונח.

וצ"ל שבאמת אין זה משום דינא דיהא מונח, אלא הרי זה משום הדין של לא מפקינן כיון שנעשה שומר אבירה. מיהו אכתי צ"ע לפי רב פפא שסובר ששפיר מפקינן (ועי' בזה באות שט"ז סק"א).

ולעיל בריש מכילתין כתבנו דרך אחרת למה שונה לפי רש"י אני ארגתי' משנים אדוקין בשטר, והיינו שרש"י סובר שכדי לומר יהא מונח היכא

ששנים או חזין בעינין שני דברים, חדא שיש ודאי רמאי, וכן שאין החלוקה יכולה להיות אמת, וכן הוא בהציוור של זה אומר אני ארגתי, וא"כ בהרישא כאן שפיר אמרינן יחלוקו כי החלוקה יכולה להיות אמת כי אולי שילם מחצה.

ולפ"ז יוצא שאין צריכים לדברי הפ"י כדי ליישב את הרישא, דהיינו מה שחידש שלא שייך לומר על השטר יהא מונח (כי אנו מזכים בזה את הלוה), ומעתה י"ל שבהסיפא "לא יוציאו עולמית" הרי זה באמת מדין יהא מונח, כי כיון שאינם מוחזקים אמרינן יהא מונח. ומה שהקשה הפ"י דיוצא דהוי לטובת הלוה, י"ל שאין הדבר כן, כי ע"י שאמרינן יהא מונח ואין אנו קורעים את השטר א"כ יוצא שאחרי שיביא המלוה עדים נגבה מלקוחות גם מה שמכר להם במשך ימים אלו וא"כ קרקעותיו של הלוה נעשות זולות בגלל מה שהשטר מונח.

שיח) עוד בענין יהא מונח.

והנה המחבר בסי' ש' סעיף א' פסק גבי מנה שלישי שיהא מונח פירושו ביד השומר, וצ"י הגר"א שם שכן סובר רש"י בדף ל"ז ע"ב בד"ה ואם נטל וכו' (וכן כתב רש"י שם גם בד"ה אמר רב ספרא ויניח). והרמ"א שם הביא שי"א שיניח ביד ב"ד, וצ"י הגר"א שזהו שיטת תוס' בב"ק דף ק"ג ע"א בד"ה אבל.

והנה רש"י כאן גורס לא יוציאו "מידו" עולמית. ואם נאמר כמו שכתבנו בהאות הקודמת שלא יוציאו עולמית דהכא הרי זה דינא דיהא מונח א"כ יהי' מוכח מהגירסא הנ"ל של רש"י שהכוונה ביהא מונח היא

שיהא מונח אצל המחזיק בו עכשיו, דהא זהו הפירוש של "בידו", אבל לפי מה שיוצא מדברי הפ"י שהבאנו שם שאין הכוונה כאן לדינא דיהא מונח אלא להדין של לא מפקינן א"כ אכתי יכול להיות שהיכא דאמרינן יהא מונח הכוונה היא ביד ב"ד.

איברא, ע"י בש"ך שם בסק"י שהביא מההג"מ שהטעם למה לא לומר יהא מונח ביד השומר אלא ביד ב"ד הרי זה משום שאם הדין הי' שיהא מונח ביד השומר יש לחשוש שיאמר השומר במתכוין שאינו יודע מי הפקיד את המאמים (אע"פ ששפיר יודע) כדי שישאר החפץ אצלו, ולפ"ז י"ל שגבי שטר כו"ע מודים שהדין של יהא מונח הוא להשאיר את השטר ביד המוצא, כי גבי שטר לא שייך הטעם הנ"ל, כי מה מרויח המוצא ממה שהשטר נשאר אצלו (וכי הוא משקר ואומר שיוודע ממי נפל כדי להניחו על גבי צלוחיתו).

שיח) א"ר אלעזר מחלוקת בששניהם אדוקים בטופס וכו'.

פירש"י וז"ל, האי יחלוקו דקאמר רשב"ג דמשמע חולקין בשוה עכ"ל. וע"י בתוס' שכתבו וז"ל, מחלוקת, פירש"י דהיינו יחלוקו דקאמר רשב"ג, והדין עמו, שלא רצה לפרש פלוגתא דרבי ורשב"ג, משום דהיכי קאמר אבל אחד אדוק בתופס וכו' משמע דהתם לא פליגי, וזה אינו, דגם שם אם אינו מקוים לא שקיל לרבי מידי עכ"ל. הרי שהבינו שרש"י מתכוין לומר שהמלה מחלוקת כאן תרגומו הוא יחלוקו, וכן הבינו הרמב"ן וכן הריצב"ש בשט"מ

השיטות שונות זו מזו, ולפ"ז אין זה ענין ללשון מחלוקת בשנים אדוקים בשטר כי בשנים אדוקים בשטר אין תופעה של שוני.

שכ) ושניהם בתורף.

א. פירש"י וז"ל, ותורף גילוי של שטר, מקום הלוה והמלוה והמעות והזמן, טופס שאר כל לשון השטר עכ"ל. והנה מלשון רש"י כאן משמע שבהטופס כתוב רק דברים כגון שהלוה הסכים לשלם את החוב בזמנו וכדומה. מיהו זהו דלא כמו שכתב להלן בהמסקנא (דאיירי בדמי) שבהטופס כתוב ג"כ כל הדברים העיקריים של השטר חוץ מהזמן, ושאדרבה הטופס הוא העיקר, אלא משמע שעכשיו בתחילת הסוגיא סברנו שטופס הוא רק שאר לשונות השטר. ולכאורה הרי זה כי עכשיו סברנו שחולקים את גוף נייר השטר, וסובר רש"י שהקושיא להלן של וכי לצור על פי צלוחיתו היא גם על הלוה וגם על המלוה, דהיינו שקשה על צד המלוה בהציור שהוא אדוק בהטופס ומקבל את הטופס, דקשה לשם מה הוא צריך את הטופס, וא"כ מזה מוכח שבהטופס לא כתוב מספיק כדי לגבות את החוב, כי אילו כן הרי משמש לו הטופס לגבות לכל הפחות מבני חורין, וא"כ מוכח שטופס הוא רק שאר לשונות השטר.

והנה הרמב"ן הביין שלפי רש"י גם בתחילת הגמ' נקטנו שיש בהטופס כדי לגבות, וכתב שלפי רש"י הקושיא של לצור על פי צלוחיתו היא רק על היכא שהלוה אדוק בהטופס. מיהו מסתימת לשון רש"י בד"ה זה נוטל וכו' משמע שהקושיא היא על שניהם.

בכוונת רש"י. מיהו לכאורה הי' אפשר לפרש בדרך אחרת, והיינו שנהי שאי אפשר לפרש שהכוונה היא שגוף המחלוקת בין רבי ורשב"ג קיימת רק כששניהם אדוקים בתופס וכו' וכמש"כ תוס', אבל אכתי יש לפרש שהכוונה היא שהציור של המחלוקת בין רבי ורשב"ג איירי רק כששניהם וכו' כי רק בציור זה סובר רשב"ג שיחלוקו, ולעולם המלה מחלוקת פירושו הוא כמו בכל מקום.

וע"י בתוס' בחגיגה דף ו' ע"ב בד"ה שאין להם שהביאו את קושיית הירושלמי למה לא תנן גם תרומה בהמשנה של אלו דברים שאין להם שיעור, כמו שתנן הפאה וביכורים, ותירץ הירושלמי תיפתר מפני המחלוקת, וכתבו תוס' שם וז"ל, לשון פלוגתא דומיא דמחלוקת בשניהם אדוקים בתורף עכ"ל, פי' שהלשון "מחלוקת" שנקט הירושלמי אין כוונתה לחילוקי דעות באיזה ענין מסוים, אלא נקט הירושלמי לשון "מחלוקת" במובן של "התפרדות" החפץ, ופי' שיש חילוק מסוים בין פאה וביכורים לתרומה ויש התפרדות בין דיני תרומה לדיני פאה וביכורים, וכן הכוונה בלשון מחלוקת כאן היא למה שמביאים למצב של התפרדות השטר ע"י הדין של יחלוקו, והא גופא שחילוקי דעות נקרא "מחלוקת" הרי זה כי ב' השיטות נפרדו אחת מהשני בדעותיהם.

מיהו יש להעיר על תוס' דלכאורה הי' אפשר לפרש כוונת הירושלמי בדרך שאין זה דומה להכא, והיינו שהירושלמי משתמש בהמלה מחלוקת במובן של שוני, דתרומה שונה בדיני' מפאה וביכורים, וכן חילוקי דעות נקרא מחלוקת כי שתי

ולפ"ז יוצא שהתירוץ של לדמי מתפרש כך, דלעולם שפיר כתוב בהטופס עיקרי השטר (חורף מהזמן) אלא שאכתי קשה מה לו להלוה בהטופס כיון שלהמלוה יש את התורף דהא יוכל לגבות עם התורף, ועל זה מתרצינן שאם יש להלוה את הטופס הרי הוא מקבל חצי מהדמים ששוה כח הראי' של השטר (ובשביל לומר דבר זה צריכים שיהי' כתוב גם בהטופס עיקרי השטר).

מיהו יש דוחק בהפירוש הנ"ל כי יוצא שהעובדא שמשנתנה ההבנה במה זה טופס אינו נזכר בתוך הגמ', וצ"ע.

ב. והנה יש לעיין לפי הס"ד הנ"ל שהטופס הוא רק שאר לשונות השטר, מה יהי' אם המלוה מחזיק חלק מהתורף לחוד ולא כל התורף, והלוה מחזיק את כל הטופס, האם גם בכה"ג אמרינן שהמלוה נוטל את התורף.

ובסברת הדבר למה לומר שגם בכה"ג המלוה נוטל את התורף י"ל שמאחר שעכשיו נוקטים שהטופס אינו כלום וכהנ"ל א"כ הרי זה דומה להיכא שאחד אדוק בחלק מהטלית והשני אוחו רק את הכרכשתא, די"ל שבכה"ג המחזיק בהטלית מקבל את הכל כי השני הוא על מדריגת מסרך סרוכי, וכבר דננו על ציור זה לעיל באות ב'.

מיהו אכתי יש לעיין מה יהי' לפי המסקנא בציור שזה מחזיק חלק מהתורף וזה מחזיק חלק מהטופס, די"ל שמאי דאמרינן שזה נוטל טופס וזה נוטל תורף הרי זה רק היכא שזה מחזיק את כל הטופס וזה מחזיק את כל התורף אבל

כשזה מחזיק חלק מהטופס וזה מחזיק חלק מהתורף אולי אומרים יחלוקו, והרי זה דומה לשתי טליתות שמחוברות עם חוט ואחד אדוק בחלק מטלית זו ואחד אדוק בחלק מטלית זו די"ל שכל אחד מקבל את טליתו, וכן י"ל יחלוקו כי סוף סוף ב' הטליתות מורמות על ידי שניהם.

ויש להוכיח שגם כשכל אחד מחזיק רק חלק אמר רבי אלעזר שזה נוטל טופס וזה נוטל תורף, כי אם בכה"ג הרי הוא סובר יחלוקו א"כ כשרצו לומר שרבי יוחנן אינו חולק על ר"א, אלא מר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, למה לא אמרו שרבי יוחנן התכוין להציור הנ"ל, שהרי גם ר"א סובר שם יחלוקו, וזה עדיף מלומר שרבי יוחנן דיבר על הציור הנדיר של קאי תורף בי מיצע.

וכן יש להוכיח מדברי רבי אלעזר גופא, שהרי קאמר שאם שניהם אדוקים בתורף יחלוקו והרי בכה"ג המלוה מחזיק רק חלק מהתורף ומשמע שאם במקום שהלוה מחזיק חלק מהתורף הרי הוא מחזיק חלק מהטופס אין הלוה מקבל מחצה אלא גם בכה"ג אמרינן שזה מקבל טופס וזה מקבל תורף. וכן משמע מהלשון שאמר רבי אלעזר אבל אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף זה נוטל וכו' דמשמע שכל אחד מחזיק רק חלק מהטופס או התורף שהרי לא קאמר "זה אוחו טופס וזה אוחו תורף".

שכא) ורבי יוחנן אמר לעולם חולקין וכו'.

ואיתא בגמ' ואפילו אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף והתניא זה נוטל עד מקום שידו מגעת, ומתרצינן לא צריכא

דקאי תורף בי מיצעי וכו' דמקריב לגבי דחד. ופירש"י וז"ל, ואפילו אחד אדוק וכו' בתמיה עכ"ל, פי' שהמלים האלו אינם מדברי רבי יוחנן עצמו, אלא הרי הן תחילת קושיית הגמ'. והא דפירש"י כן הרי זה כי אם רבי יוחנן אמר מלים אלו א"כ לא שייך לומר שרבי יוחנן איירי רק כשהתורף הוא בי מצעי.

מיהו צ"ע איך קאמר רבי יוחנן "לעולם חולקין" הלא רבי יוחנן איירי רק בציוור מסוים, דהיינו הציוור של בי מצעי, והיכא שאחד אדוק בטופס וכו' לא קאמר רבי יוחנן יחלוק, וכן הקשה הש"ך בסי' ס"ה סק"מ. ועוד הקשה שמהלשון של "רבי יוחנן אמר" משמע שהוא חולק על רבי אלעזר, ודלא כפירש"י שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

והנה לכאורה כדי ליישב את שתי הקושיות הנ"ל הי' שייך לומר שבאמת בעלי הש"ס לא שמעו שרבי יוחנן בא לחלוק על רבי אלעזר ושומר מלים אלו של "לעולם חולקין", רק שהי' מקובל אצלם שבשנים אדוקים בשטר אמר רבי יוחנן יחלוקו על ציוור אחר, ולא על הציורים שאמר בהם רבי אלעזר יחלוקו דהיינו כששניהם אדוקים בטופס או בתורף, אבל לא ידעו בקבלה על מה קאי רבי יוחנן, רק שסברו שבדאי קאי רבי יוחנן גם על הציוור של אחד אדוק בטופס ואחד אדוק בתורף, ולכן הביאה הגמ' את דברי רבי יוחנן בלשון של "רבי יוחנן אמר", וכן בלשון של "לעולם חולקין". ועל זה מתרצינן שבאמת רבי יוחנן לא חלק על מה שאמר רבי אלעזר זה נוטל טופס וזה נוטל תורף, אלא רבי יוחנן איירי רק בציוור

שגם רבי אלעזר סובר שם שחולקים. מיהו לפ"ז הי' רש"י יכול ללמוד שהמלים של "ואפילו אחד אדוק בטופס וכו'" אינן חלק מהקושיא אלא גם זה הוא חלק מהלשון שייחסנו אנחנו לרבי יוחנן (כמו הלשון של "לעולם חולקין") כי חשבנו שזהו הציוור שעליו קאי.

עוד הקשה הש"ך מהלשון להלן דאמרינן "לרבי אלעזר דאמר זה נוטל טופס וזה נוטל תורף וכו'", דמשמע שרק רבי אלעזר סובר כן, ולא רבי יוחנן.

ועוד הקשה שדברי רש"י הנ"ל שהך לשון של "ואפילו אחד אדוק בטופס וכו'" הוא חלק מהקושיא הרי זה דוחק. ועוד דלמה הוצרך המקשה לפרט כן הלא פשיטא שזהו כוונת רבי יוחנן.

ועוד הקשה שעיקר התי' שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי חסר מן הספר.

ועוד הקשה דלפי פירש"י יוצא "שלא נצרכא" קאי על דברי רבי יוחנן ואילו הפשטות משמע דקאי על הבריייתא. ועי' בפירושו של הש"ך עצמו שם.

(שכב) לא צריכא דמקרב לגבי דחד, מהו דתימא א"ל פלוג הכי, קמ"ל דא"ל מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי.

צ"ע למה קמ"ל רבי יוחנן חידוש זה בשטר ולא בטלית כמו שעשה רבא.

וי"ל דהוי ס"ד שרק בטלית אמרינן דלא איכפת לן אם מיקרב הזהב לגבי חד כי רק התם יכול לומר מאי חזית דפלגת הכי פלוג הכי, אבל בשטר אינו יכול לומר כן כי אם

יחתכו את השטר לאורכו הרי הוא מקלקל את השטר לגמרי ואינו שוה כלום אלא נהרס, וקמ"ל רבי יוחנן שגם בשטר יכול לומר כן.

ויש לבאר את הס"ד ביתר ביאור וכדלהלן, דהנה ע"י בקו"ש בחלק ב' סי' ט' אות י"ט שכתב וז"ל, ולכאורה הניחא (דברי רבא בטלית) אם כל אחד מוחזק בכולה, אבל אם אינו מוחזק רק בחצי, והיינו בחצי הסמוכה לו, א"כ היכי מצי טעין מאי חזית עכ"ל. וצ"ע איך שייך לומר שרבא סובר שכל אחד מוחזק בכל הטלית הלא אם טעמו של רבא הוא משום שכל אחד מוחזק בכולה למה צריך הבעל דין השני שמרוחק מן הזהב לטעון מאי חזית, הלא גם בלא טענה זו הרי כל אחד מוחזק בכולה, ופשיטא שזה צריך להועיל גם בשטר כמו בטלית.

מיהו שוב כתב הקו"ש וז"ל, ונראה מזה (כלומר שלעולם איכא למימר שכל אחד מוחזק רק בחצי) דאפילו אם נימא דכל אחד מוחזק רק בחצי היינו משום דינא דיחלוקו כמו בכל ממון המוטל בספק דחשיב בחזקת שניהם, וכיון דמחמת דין חלוקה יכול לומר מאי חזית, ממילא הוא מוחזק ג"כ בחצי האורך או הרוחב עכ"ל, פ"י שהטעם למה הוא נחשב מוחזק בחצי הרי זה משום שהדין הוא יחלוקו, וממילא המוחזקות שלו אינה בחצי מוגדר, כי כיון שאפשר לחלוק בכל מיני אופנים מש"ה אינו מוחזק בחצי מוגדר. ולפ"ז ניחא גם למה הוצרך רבי יוחנן להשמיענו שלא מהני מיקרב לגבי חד גם בשטר, והיינו משום שבשטר אכתי ס"ד שהוא מקבל מאי דמיקרב לגבי יותר מבטלית, והיינו משום

דס"ד שבשטר אפשר לחלקו רק להרוחב וכמו שביארנו, ומש"ה גם ע"י הפסק דין של יחלוקו הרי הוא לבדו מיקרי מוחזק על החצי שקרוב לו.

שכג) ויחלוקו נמי לדמי.

כתבו תוס' וז"ל, ואין חולקין את החוב כמו שכתוב בשטר, אלא כמו ששוה לו למכור, מזה יפרע חצי החוב, דאי לא תימא הכי אלא חצי החוב ממש, גבי טלית מי חולקין ממש עכ"ל. צ"ע דבטלית בודאי אין חולקין כי אילו כן אפסדוה, אבל בחוב שפיר אפשר לחלוק את גוף החוב, וא"כ למה לא יעשו כן. והרי גם בטלית היכא שראוי לקטנים, ואין הפסד, חולקין את גוף הטלית.

שכד) לדמי.

ע"י ברש"ש.

שכה) לדמי.

בראשונים מבואר שלפי רש"י אפשר לגבות עם הטופס לחוד או אם התורף לחוד.

שכו) רש"י ד"ה שטרא דאית בי' זמן וכו'.

וז"ל, והוא עיקר כדתנן וכו' עכ"ל. צ"ע למה הוצרך לזה.

שכז) הא לא קשיא דחזיא לקטנים.

כתב הסמ"ע בסי' קל"ח דהיינו רק כשאינו שוה פחות עי"ז מאילו הי' טלית

גדול. ועי' שם בבאר היטב בשם הכנה"ג בשם התרומת הדשן בסי' של"ו שרק אם ההפסד הוא יותר מחומש שויו לא יחתכו אותו, ושהמהרש"ך הקשה עליו. והנתיחה"מ שם כתב שהיכא שההפסד הוא פחות מחומש נחלקו הפוסקים אם חותכים אותה או לא.

דף ח' ע"א

שכה) בענין זכין לאדם שלא בפניו.

עי' בתוס' בכתובות דף י"א ע"א בד"ה מטבילין אותו שכתבו וז"ל, דזכי' הוי מטעם שליחות, דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד ל' שליח עכ"ל. ותמה הקצה"ח בסי' ק"ה סק"א על זה מהסוגיא להלן כאן בדף כ"ב ע"א דמבואר שלפי אביי שסובר שיאוש שלא מדעת לא מהני, ואין זה נקרא שיש כאן עכשיו יאוש, הה"נ ששליחות שלא מדעת לא מהני, ואין זה נקרא שיש כאן עכשיו מינוי, והסיק הקצה"ח שגזיה"כ היא מהדרשה של איש זוכה שזכי' מהני מטעם שליחות גם בלא מינוי, והתורה היא שעושה אותו שליח.

ועי' ברש"י בגיטין דף ט' ע"ב בד"ה יחזור שכתב כדברי תוס' בכתובות וז"ל, וזכין לו לאדם שלא בפניו דאנן סהדי דניחא ל' דניהוי האי שלוחו להכי עכ"ל. וכן מבואר בדבריו להלן בב"מ כאן בדף י"א ע"ב בד"ה אלא אמר רב אשי, וכן בדף י"ב ע"א בד"ה גבי וכו'.

איברא, יתכן שאין כוונת רש"י לומר

שזכי' מהני בדרך מינוי שליחות כי אנן סהדי דעביד ל' שליח וכדברי תוס' בכתובות שם, דהא חזינן שרש"י לא כתב שאנן סהדי דעביד ל' שליח, אלא כתב שאנן סהדי דניחא ל', וא"כ י"ל שלעולם גם רש"י סובר כהקצה"ח דהוי בגדר גזירת הכתוב, והתורה היא שעושה אותו שליח, רק שכוונתו לומר דסברא היא שלא היתה התורה עושה כן בלי שיש אנן סהדי שהוא עצמו ניחא ל' בזה. וי"ל עוד שלכן הקצה"ח שם הביא רק את דברי תוס' בכתובות אבל לא הביא את דברי רש"י (ובחי' רבי ראובן על ב"מ בסי' י' ראיתי שרצה לפרש כן גם את כוונת תוס' בכתובות שם).

ולא עוד אלא שהקצה"ח השתמש בהביאור שלו כדי להסביר את דעת רש"י עצמו שסובר שהיכא שהוא עושהו שליח בפירוש הרי זה מועיל גם כשחב לאחרים, דביאר הקצה"ח שהיינו משום שרק זכין לאדם שלא בפניו לא מהני כשחב לאחרים כי נקטינן שהתורה לא עשתה אותו שליח כשחב לאחרים, אבל אם הוא עצמו עושהו שליח מה שעשה עשוי, ותוס' שסוברים שגם כשעושהו שליח בפירוש לא מהני חב לאחריני הרי זה כי אזלי לשיטתם שגם בזכין הרי זה נחשב שהוא עצמו עושהו שליח ובכל זאת חזינן דלא מהני מינויו כשחב לאחריני.

ועכ"פ יש ליישב את קושיית הקצה"ח על תוס' בכתובות ולומר דס"ל לתוס' דהיכא שיש אנן סהדי שהי' מתיאש אז גם אביי מודה שיאוש שלא מדעת הוי יאוש,

ומש"ה מכיון שבהציוור של זכ"י יש אנן סהדי ממש שהי' רוצה את השליחות הרי זה שפיר מהני, משא"כ בההיא דתרומה שהביא הקצה"ח ליכא אנן סהדי ממש (אלא הרי זה רק על המדריגה של אבידה שאין בה סימן ולא על המדריגה של אנן סהדי).

ויש להוכיח גם מרש"י בב"ק דס"ל את היסוד הנ"ל שכתבנו בדעת תוס' שהיכא שיש אנן סהדי שהי' מתיאש אז גם אביי מודה שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, דהנה עי' ברש"י בב"ק דף ס"ו שכתב שילפינן שיאוש מהני מהא דמותר לקחת אבידה שנאבדה בזוטו של ים ושלוליתו של נהר, ולכאורה קשה דהא התם הוי מטעם גזירת הכתוב משום שהיא אבודה ממנו ומכל אדם, דעי' להלן כאן בדף כ"א ע"ב דאיתא שהתם גם אביי מודה שמותר אע"פ שבעל השדה אינו יודע ששטפה נהר כי "רחמנא שריא", ומשמע שאינו מטעם יאוש אלא מטעם גזירת הכתוב, ועוד דאם הוא מטעם יאוש למה לא ילפינן משם שיאוש שלא מדעת הוי יאוש. מיהו לפי דרכנו הנ"ל י"ל דהוי באמת מטעם יאוש, רק שבכל זאת לא חזינן משם שיאוש שלא מדעת הוי יאוש כי שאני התם שיש אנן סהדי גמור שהי' מתיאש, וזהו הטעם של הגזירת הכתוב. אלא שלפ"ז צריכים לדחוק שכוונת הגמ' ב"רחמנא שריא" היא כך, שבזוטו של ים ושלוליתו של נהר גם אביי מודה שיאוש שלא מדעת הוי יאוש כי רחמנא שריא בכל אופן ואפילו כשאינו יודע כי התם שפיר הוי יאוש כיון שיש אנן סהדי שהי' מתיאש.

וע"ע בתוס' להלן כאן בדף כ"ז ע"א

שהביאו שרבי יוחנן בירושלמי יליף באמת יאוש מהדרשה של יצא זו שאבודה ממנו ומכל אדם וכדברי רש"י.

שו"ר בנחלת דוד בדף כ"ב בד"ה שוב ראיתי בדברי הריטב"א וכו' שהביא כהנ"ל מהריטב"א בביאור המעשה של אמימר ורב אשי שם, דהיינו שהיכא שיש אנן סהדי דניחא לי' גם אביי מודה דאמרינן שיאוש שלא מדעת הוי יאוש ושהיינו טעמא דזוטו של ים, וכתב הנחלת דוד שכוונת דברי הגמ' שמודה אביי כי רחמנא שריא היא כמו שביארנו דהיינו שרחמנא שריא בכל האופנים ואפילו כשלא שמענו שהוא מתיאש ולעולם הטעם הוא משום יאוש. וגם כתב שלפ"ז אתי שפיר דברי רבי יוחנן הנ"ל בירושלמי שלומד יאוש מזוטו של ים.

ולהלן בפרק אלו מציאות אות י"ג נביא עוד הראשונים בענין אם זוטו של ים הוא מטעם יאוש, וכן ביאורים שונים בזה.

שכט) אמר רמי בר חמא זאת אומרת המגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו.

צ"ע מה עושה רמי בר חמא עם הדין שתופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים לא קנה (וכן יש להעיר על רבי יוחנן שאמר להלן בדף י' ע"א שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו וכמו שנביא להלן בסמוך שהעירו באמת תוס' שם). ונראה שיש לומר בזה ג' דרכים.

א. דלית לי' בכלל שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים לא קנה, אלא ס"ל

ששפיר קנה, וכמו שמבואר בגיטין דף י"א ע"ב שסובר רב הונא וכן מצדד רב פפא שם. ועי' להלן בדף י' ע"א כאן בתוס' ד"ה א"ר יוחנן וכו' שהקשו על הא דס"ל לרבי יוחנן שם שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו מהא שרבי יוחנן עצמו קאמר שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, וי"ל שבדוקא הקפידו להקשות מהא שרבי יוחנן בעצמו סובר כן כי בלא זה הי' שייך לומר דס"ל שהתופס לחבירו במקום שחב לאחרים שפיר קונה וכמו שאנו רוצים לומר בדעת רמי בר חמא.

ב. עוד י"ל דס"ל לרמי בר חמא שמציאה לא מיקרי חב לאחרים וכמש"כ הרמב"ן בדף י' ע"א בדעת רבי יוחנן, כי לכל העולם לא מיקרי "חב" משום "דכיון דלא זכה בה אדם, לאו חובה היא לו אם אינו מוצאה", וכן להאובד לא חשיב "חב" כי "הואיל וכבר היא אבודה ממנו ומצוי' אצל כל אדם, בהאי הגבהה לא מפסיד ולא מידי יותר משאר בני אדם, ועוד שהרי נתיאש ויצאה מרשותו ביאוש, אבל גבי בעל חוב, כיון שהוא חייב לו, ונכסוהי אינון ערבין בי', מי שמוציאן מרשותו ושעבודו חב הוא לו, מש"ה קי"ל נמי התם לא קנה והכא קנה".

ונראה שרצה לכלול בלשונו שני דברים, דהיינו גם האפשרות שחשיב חב מצד שגורם לו צער והרגשת הפסד, וכן האפשרות שחשיב חב משום ששולל ממנו זכות או שהוא מפקיע חיוב שהיו חייבים לו. ושיעור דבריו הוא שבאבידה ליכא שום חוב כלפי האדם שאיבד את האבידה, כי אינו מחדש אצלו צער או הרגשה רעה כי

היא כבר אבודה ממנו, וכן ליכא הפקעת זכות או בעלות כי כבר יצאה מרשותו ע"י יאוש, ודלא כהנתייה"מ בריש סי' ק"ה וכן בסי' רס"ב, וכן הקצה"ח בסוף סי' ת"ו, דהוי של האובד עד דאתי ליד הזוכה, אבל בנוגע לחוב סיים ששפיר יש הפקעת שיעבוד, דהיינו מה שנכסי' דבר איניש אינון מערבין בי' (ב"ב דף קע"ד ע"א), ומה שהזכיר גם ש"הוא חייב לו" יש לבאר שכוונתו היא להצער שיש לו ממה שהלוה חייב לו ועכשיו לא יוכל לגבות מן הלוה. ומה שסיים ד"מי שמוציאן מרשותו ושעבודו חב הוא לו", הכוונה ב"מרשותו" היא להרעה במציאות שגורם להמלוה, דהיינו הצער שיש לו מהעובדא שהי' עומד לקבל את הכסף ועכשיו אינו עומד לקבלו, דלזה קרי הרמב"ן "רשותו" (ודוחק קצת). ועי' בחידושי רבי ראובן על ב"מ בסי' י' שהקשה על הרמב"ן מהא דאמרינן גבי פאה דמי שתופס פאה לעני מסוים מיקרי בגדר התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, דהא פאה דומה להציוור של מציאה שהרי בפאה אין זה נקרא שחב לבעל השדה, ותי' דשאני פאה שכבר ע"י ההפרשה נעשית הפאה ממון עניים ומש"ה הרי זה מיקרי שע"י שתופס לעני מסוים הרי הוא מפקיע את הזכויות של שאר העניים. מיהו לפי דברינו הנ"ל גם בלי להמציא שיש הפקעת זכות יש להסביר דחשיב חב לאחרים משום הרעה שהוא עושה להעניים האחרים בזה שהיו יכולים גם הם לזכות ועכשיו אינם יכולים. ולהלן בהאות הבאה נביא שהבית הלוי הוכיח מפאה שאין צריכים הפקעת זכות. ועי' בשט"מ על כתובות דף פ"ד ע"ב

קרוב לסוף דבריו שכתב שרמי בר חמא סובר שמיקרי חב לאחרים רק כשהוא מפקיע ממנו זכות מסוימת, משא"כ במציאה הרי זה מיקרי רק בגדר הרעה בעלמא. ועוד הביא שיש מחלוקת רש"י והרמב"ם איך לפרש את המלים של "במקום שחב לאחרים", דרש"י להלן כאן בדרך י' ע"א כתב שהכוונה היא שהוא מפסיד לשאר המלוים, והמלה "חב" קאי על התופס, דהיינו שהוא חב לאחרים, אבל הרמב"ם בפ"כ מהל' מלוה ולוה ה"ב כתב וז"ל, שכל התופס לבעל חוב במקום שיש עליו חוב לאחרים לא קנה עכ"ל, הרי שהרמב"ם מפרש שהמלה "חב" קאי על מה שהלוה חייב גם לאחרים.

וביאר השט"מ שהרמב"ם כתב כן משום שהוא סובר דחשיב חב לאחרים רק כשהוא מפקיע איזו זכות או חיוב ולא סגי בזה לחוד שהוא מצערו, וסובר כן הרמב"ם כדי ליישב את ההיא דמציאה, ולכן פ"י הרמב"ם שהכוונה בחב לאחרים היא שהלוה חייב לאחרים, כי ס"ל שאם הפירוש הוא כרש"י שהתופס חב ומרע לאחרים א"כ הרי זה כולל גם הרעה בעלמא לאחרים ובאבידה שפיר יש הרעה בעלמא.

וכתב השט"מ שהרמב"ם סובר בזה כהתי' הנ"ל של הרמב"ן. ומבואר מדברי השט"מ שהבין שגם הרמב"ן מתכוין לומר דבעינן הפקעת זכות ושהכל תלוי רק בזה, ודלא כדרכינו הנ"ל שלפי הרמב"ן סגי גם בהרעה סתם, דהא לפי דרכינו הנ"ל שהרמב"ן סובר שסגי גם

בסתם הרעה בעלמא, רק שבאבידה אין אפילו סתם הרעה, א"כ אם גם הרמב"ם סובר כן ה"י הרמב"ם יכול לפרש חב לאחרים כרש"י דהכוונה היא גם לסתם הרעה.

ועי' עוד בחי' רבי ראובן שם שהשיג על השט"מ שאולי מה שסובר רש"י שסגי במה שהוא מצערו כדי להחשב חב לאחרים הרי זה רק בדעת רב נחמן ורב חסדא שסוברים שמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו דהא רש"י כתב את הדברים הנ"ל בפירושו לדברי רב נחמן ורב חסדא להלן בדרך י', אבל בדעת רבי יוחנן ורמי בר חמא שסוברים שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו אולי מודה הוא שמיקרי חב לאחרים רק כשהוא מפקיע איזו זכות. וגם הבית הלוי בחלק ג' סי' מ"ד אות ב' כתב דבר זה.

והנה רעק"א בתשובה קל"ג בד"ה אמנם וכו' כתב שתוס' לא תירצו כהרמב"ן כי ס"ל שמציאה מיקרי שפיר חב לאחרים כי מניעת ריווח מיקרי שפיר חב לאחרים, כלומר ואין צריכים הפקעת זכות, ומש"ה הרי זה נקרא שהמגבי' חב לשאר אנשים.

מיהו לכאורה יש לפרש בדרך אחרת, והיינו שמה שתוס' מחשיבין אבידה חב לאחרים אין זה בגלל פסידת כל העולם אלא בגלל פסידת המאבד כי לית להו דברי הרמב"ן שאחרי יאוש כבר יצא מרשותו, אלא ס"ל כהנתייה"מ והקצה"ח, ומש"ה שפיר יש כאן הפקעת זכות, וצריכים באמת הפקעת זכות. ועוד י"ל דס"ל שאין צריכים הפקעת זכות, אלא סגי בהרעה בעלמא, אלא שיש כאן הרעה

כלפי המאבד כי אע"פ שלעת עתה הרי היא אבודה ממנו אבל מ"מ הרי זה שפיר מיקרי שמריעין לו כי אולי הי' מוצאה.

ג. גם י"ל דס"ל לרמי בר חמא כמו שכתבו תוס' בדף י' בד"ה רבי יוחנן וכו' בדעת רבי יוחנן שם, דהיינו דמיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי' (ויש מבארים דהוי בגדר סברא דהיינו שכיון שיכול לזכות לעצמו א"כ משום כך אין זה נקרא שהוא חב לאחרים. ויש מבארים שהכוונה היא לתורת מיגו כמו מיגו דהוי דופן לענין סוכה הוי דופן לענין שבת בסוכה דף ז' ע"א).

ועכ"פ צ"ע דבטלית לא הי' יכול לזכות לעצמו כי חבירו מעכב.

של) עוד בענין אם סגי בהרעה לחוד בלי הפקעת זכות כדי להחשב חב לאחרני.

ועי' גם בבית הלוי בח"ג סי' מ"ד אות ב' שסובר דמיקרי חב לאחרני משום הרעה לחוד אפילו כשאין כאן הפקעת זכות, וכתב שכן "מוכרח" מדברי רש"י להלן כאן בדף י' ע"א בד"ה הוי תופס שכתב וז"ל, כאדם הבא מאליו וכו' ובא לקדם עד שלא יתפסנו בעל חוב אחר עכ"ל, ומשמע שחשיב חב לאחרים על כל מה שהבעל חוב האחר הי' יכול לתפוס, דהיינו גם על החלק המגיע לאדם זה שהוא תופס עבורו, דגם את החלק הזה אין התופס יכול לתפוס בשביל המלוה הזה אע"פ שאת החלק הזה הי' מקבל אילו היו

באים כל המלוים יחד לב"ד לגבות מן הלוח, כי מיקרי חב לאחרים אפילו על החלק הזה, אע"פ שעל החלק הזה אין כאן אלא הרעה לחוד להמלוה האחר ולא יותר מזה, כי להמלוה הזה שהוא תופס עבורו יש זכות לקבל חלק זה, רק שבכל זאת חשיב הרעה להמלוה האחר כי אולי המלוה האחר הי' מקדים לגבות את הכל לפני שבאים האחרים, ומש"ה אפשר ללמוד מזה שגם במציאה לא מהני מה שמגבי' לחבירו אע"פ שאין שם הפקעת זכות, כי גם שם הרי הוא גורם רעה לאחרים עי"ז ששוב לא יוכלו לזכות בה. והביא שכן כתב ההפלאה בכתובות דף פ"ד.

ועוד צידד הבית הלוי לומר שאולי לעולם חשיב חב לאחרני רק כשהוא מפקיע זכות, ושמציאה חשיבא חב לאחרים רק משום שהוא מפקיע את בעלותו של המאבד ולא משום שהוא חב לכל העולם שהיו יכולים לזכות בה, והרי זה נקרא שהמוצא מפקיע את בעלותו של המאבד כי לפני שזוכה בה אדם אחר האבידה שייכת עוד להמאבד, שהרי אם ימצאנה המאבד עצמו אינו צריך לעשות בו קנין אלא בדרך ממילא היא שייכת לו כמו קודם (ולפ"ז צ"ל שמה שכתב הרמב"ן "ועוד שהרי נתיאש ויצאה מרשותו" אין כוונתו לומר שכבר אינו בעלים עליו, אלא כוונתו היא רק שיצאה מרשותו ולא מבעלותו, וס"ל שאבידה לפני יאוש מיקרי שפיר ברשותו, ואכמ"ל בזה).

ושוב דחה דרך זה כי א"כ אכתי קשה איך מדמה הגמ' פאה לבעל חוב הלא פאה

הוי הפקר גמור וא"כ אין כאן הפקעת זכות.

ועוד הביא שבביצה דף ל"ט מצינו תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים אע"פ שהוא הפקר גמור.

ושוב כתב שי"ל שמה שמוכרח מדברי רש"י שהתופס לבעל חוב לא קנה אפילו את החלק המגיעו, וביאר דהיינו משום שיש מיהא הרעה לאחרים, הרי זה רק משום שרש"י קאי שם על דברי רב נחמן ורב חסדא שסוברים שהמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו, וטעמם הוא משום שיש הרעה לאחרים שכבר אינם יכולים למצוא אותה ולזכות בה, והרי הם לומדים שסגי בהרעה לחוד מהא שהתופס לבעל חוב לא קנה אפילו את החלק המגיעו, אבל לפי רבי יוחנן י"ל דס"ל לרש"י שאה"נ כמו שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו כי יש בזה רק הרעה בעלמא, א"כ גם התופס לבעל חוב יקנה את החלק המגיעו.

אלא ששוב כתב שי"ל שגם רבי יוחנן מודה שאינו יכול לתפוס אפילו את החלק המגיעו כי גם החלק המגיע לו גרע ממציאא וחשיב שהוא מפקיע את זכותו של המלוה השני, והיינו משום שהוא מפקיע את שיעבודו של המלוה השני, כי כל נכסי הלוה משועבדים לו אע"פ שלמעשה ה' יכול לגבות רק את החלק המגיעו אם היו באים כל המלוים יחד. והביא את לשון הרמב"ן שהבאנו בהאות הקודמת שכתב שתופס לבע"ח גרע ממציאא משום הפקעת שיעבוד, וכתב שרק על חלק המגיע למלוה זה שהוא תופס עבורו צריכים את הטעם של הפקעת

שיעבודם של שאר המלוים, אבל על השאר גם בלא"ה חשיב חב לאחריני משום שמפסיד מהאחרים את זכותם לגבות.

ושוב נתקשה הבית הלוי להבין שהרי הרמב"ן שם מודה שמציאה היא של המאבד גם לאחר יאוש, רק שכבר יצאה מרשותו, וא"כ קשה להבין למה החלק המגיעו בחוב חשיב יותר חב לאחריני מאבידה כלפי המאבד (אבל לא נתקשה למה החלק שלא מגיעו חשיב יותר חב לאחריני מאבידה), וכתב דהיינו משום שסוף סוף כבר נתיאש ממנו.

ועוד כתב שאע"פ שהרמב"ן סובר שבחוב גם חלק המגיעו גרע ממציאא ושגם רבי יוחנן שסובר שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו הרי הוא מודה שתופס לבעל חוב לא קנה אפילו את החלק המגיעו, והיינו בגלל השיעבוד וכמו שביאר, אבל אין הכרח לומר שגם רש"י סובר כן, אלא יתכן שרש"י סובר שאין זה גרע ממציאא, ורבי יוחנן שסובר שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו יודה שתופס לבעל חוב שפיר קונה את החלק המגיעו.

שלא) עוד בענין אם סגי בהרעה לחוד בלי הפקעת זכות כדי להחשב חב לאחריני.

ע"י בגיטין דף י"א ע"ב שדימו את מה שהזוכה מקבל את הגט שחרור בשביל העבד, ואין האדון יכול לחזור בו (אע"פ שהאדון אמר רק "תנו", והאומר תנו לאו כאומר זכו דמי), לתופס לבעל חוב במקום

שחב לאחרים, והקשו תוס' דאיך יכול השליח לגרום שאין האדון יכול לחזור בו (כשהאדון אמר רק "תנו" דנעשה שליח להולכה), הלא גם העבד עצמו אינו יכול לעשות כן כשהאדון נתן לו את הגט שחרור על דעת שלא ישתחרר מיד בקבלתו, ועוד דלמה מיקרי העבד בעל חוב דמה האדון חייב להעבד. והר"ן הוסיף להקשות (על פי ביאורו של הברכ"ש) דאין לומר דאיירי שהאדון ניחא לי' בזה כי א"כ אין כאן בכלל חב לאחריני. והביאו תוס' את פירושו של הר"י ליישב את הקושיות הנ"ל.

ועיין בר"ן שם שדחה את פירושו של הר"י מחמת דוחקו, וכתב וז"ל, ולי נראה דברים כפשוטו, דממתניתין שמעינן דכל אדם מדעתו יכול לעשות עצמו (כצ"ל) שליח לחבירו שיעמוד במקומו, ומש"ה כיון שהאדון אמר תן שטר שחרור לעבדי הרי השליח יכול לומר הריני עושה עצמי שליח קבלה שלו והרי הוא כאילו עשאו עבד שליח לכך, ומינה בעינן למילף דתופס לבעל חוב קנה לפי שהתופס יכול לעשות עצמו כאילו עומד במקומו של הבעל חוב עכ"ל. והעיר הפ"י שלפ"ז אכתי לא מתיישבות קושיות תוס' שאיך יכול הזוכה לעשות את עצמו שליח לקבלה נגד רצונו של האדון, הלא גם העבד עצמו לא הי' לעשות כן, ואילו מהר"ן משמע שהוא בא ליישב קושיות תוס'.

ועי' בנתיח"מ בסי' קפ"ה סק"א שכתב לבאר שבשטר שחרור אם האדון עשאו שליח להולכה הרי העבד יכול לעשותו שליח לקבלה, דנהי שאם העבד הקדים ועשאו קודם שליח לקבלה והאדון עשאו

שליח להולכה הרי הוא נשאר שליח להולכה, אבל הרי זה מפני שהאדון הראה שאינו רוצה שיהי' שליח לקבלה והרי הוא מבטלו להדיא מלהיות שליח לקבלה, אבל אם האדון עשאו שליח להולכה שפיר יכול העבד לעשותו שליח לקבלה, ואע"פ שבגט אשה מבואר בדף כ"ד שאין האשה יכולה להתהפך משליח להולכה לשליח לקבלה, אבל הרי זה מפני שבגט אשה צריכים שיחזור השליחות אצל הבעל ואינו יכול להיות שלוחו גם של הנותן וגם של המקבל, אבל בגט שחרור לא בעינן מעשה נתינה אלא טול גט שחרורך מעל גבי קרקע מועיל, וא"כ לא בעינן בכלל תורת שליח להולכה, ומש"ה העבד יכול לעשות את השליח להולכה של האדון לשליח לקבלה, וכתב הנתיח"מ שזהו כוונת הר"ן במה שהסביר שהשליח להולכה של האדון יכול לתפוס ולזכות בשביל העבד כי הוא יכול לעשות עצמו שליח לקבלה בשביל העבד ולא קשה קושיות תוס' שהאדון אינו חייב להעבד ושהעבד עצמו לא הי' יכול לעשות כן.

מיהו לא הבנתי דאכתי לא מיושב עי"ז מהו הדמיון לתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים, דאיזה חב לאחריני יש כאן, הלא ממ"נ אם דנין שהאדון אינו מסכים שהשליח להולכה יתן לשליח לקבלה אלא רק להעבד עצמו א"כ אכתי קשה קושיות תוס' שהאדון אינו חייב לשחרר על דרך שליח לקבלה וגם העבד עצמו לא הי' יכול להכריחו, ואם דנין שהאדון שפיר ניחא לי' בזה א"כ איזה חב לאחריני יש כאן הלא האדון ניחא לי' בזה.

שו"ר בחמדת שלמה בגיטין שם שכתב

כדרכו של הנתיה"מ בביאור דברי הר"ן וכתב להסביר את הנקודה הנ"ל אבל גם דבריו צריכים ביאור וז"ל, ואף דבזה (שעשה עצמו שליח לקבלה) מחייב להרב שאינו יכול לחזור בו, מ"מ כיון דאמרינן דתופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים קנה יכול הוא להעשות שליח לקבלה, ולא קשה קושיית תוס' האיך יכול לזכות בעל כרחו של האדון, דודאי אילו הי' האדון אומר להדיא שלא יתנו לשליח לקבלה ודאי גם הוא לא הי' יכול להעשות שליח לקבלה, אבל כיון דהאדון לא התנה כן, ואילו הי' יכול להעשות שליח הי' יכול לקבלו, אף דהוי קצת חוב להאדון, מ"מ דברים שבלב אינם דברים, ואם מוסרו לשליח לקבלה מקיים שליחות האדון וכו' עכ"ל. וכנראה רצונו לומר שכיון שבסוף אמר האדון שבאמת בלבו לא רצה שיתהפך לשליח לקבלה, מאמינים לו שלא רצה, רק שאעפ"כ דברים שבלב אינם דברים, רק דכיון שמאמינים לו שלא רצה לכן חשיב חב לאחריני (ונקטנו כהסוברים שהכוונה בדברים שבלב אינם דברים היא שאעפ"כ שמאמינים לו אבל בכל זאת אין בכח דברים שבלב לעקור את מה שהוא אומר בפיו אבל לעולם שפיר מאמינים לו). ומדברי החמדת שלמה יוצא שכדי להחשב חב לאחריני אין צריכים דוקא שיפקיע ע"י תפיסתו זכות מסוים שיש להאחריים, דהא הכא אין להאדון שום זכות כלל לסרב שיהי' שליח לקבלה כל זמן שלא דיבר דהא כיון שדברים שבלב אינם דברים הרי ויתר על הזכות והכח, וא"כ יוצא שאין התופס מפקיע ממנו שום זכות, רק דהא לחוד שמפריע לו והוי נגד רצונו

הרי זה מספיק כדי לגרום שא"א לתפוס ממנו.

ומה שכתב החמדת שלמה דדומה "קצת" לתופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים הרי זה כי אזיל ששעיבודא הוא דאורייתא, אשר לפ"ז התופס מהלוח מפקיע שיעבוד שיש להאחריים, רק שבכל זאת ס"ל להחמדת שלמה דגם בלי זה הרי זה נחשב חב לאחריני ותפיסה לא תועיל.

שלב) דברי רש"י שהיכא שעשאו שליח הרי הוא יכול לתפוס לבעל חוב במקום שחב לאחריני.

עיין ברש"י להלן בדף י' ע"א בד"ה לא קנה שכתב שהיכא שעשאו המלוה שליח הרי הוא שפיר יכול לתפוס מהלוח אפילו במקום שחב לאחריים, והקשו עליו תוס' שם בד"ה תופס וכו' מכתובות דף פ"ד דמבואר שם שאע"פ שתפיסה מהני ממטלטלי דיתמי אבל אינו יכול לעשות שליח לתפוס כי הרי זה בגדר תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים (דהיינו היתומים), הרי שאפילו ע"י שליח לא מהני.

ובגיטין דף י"א ע"ב בד"ה התופס וכו' הוסיפו להקשות עליו מסברא, דהיינו מה מוסיף זה שעשאו שליח הלא גם בלא עשאו שליח הרי זכי' היא מטעם שליחות. והרא"ש להלן בב"מ כאן בדף י' הקשה ממה שמבואר שם שאם הרוכב אומר להמגבי' זכה לי הרי זה בגדר תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים אע"פ שזה ציור של שליח.

ועוד הקשו המפרשים על רש"י מהגמ'

ב. דרכו של הש"ך.

והש"ך עצמו כתב וז"ל, אלא נראה לי כוונת רש"י דפשיטא דבדיבורו בעלמא שאומר לו לתפוס לא הוי שליח וכדמוכח ממתני דתנה לי, אלא מש"כ רש"י מאחר שלא עשאו שליח, כוונתו ששכרו להיות שלוחו, וכוונת רש"י בזה דלא תיקשי מאי משני התם בפ"ק דמציעא שאני פועל דידו כיד בעל הבית והא פשיטא דאין פועל משועבד לבעה"ב כעבד כנעני דנימא דהוי כיד בעל הבית עצמו דהא מציעא עבד עברי לעצמו, אלא ודאי שאני פועל ששכרו ללקוט מציעאות כדאיתא לקמן בדף י"ב ע"ב, נמצא דהוי שלוחו, וכיון ששכרו להיות שלוחו הוי ידו כידו, כן נ"ל כוונת רש"י, וא"כ לא קשה מהך דיימר בר חשו דפרק הכותב (בכתובות דף פ"ד) דהתם רק אמר לשלוחו ולא שכרו עכ"ל.

והנה רעק"א במהדורא תניינא סי' קי"ב הביין שכוונת הש"ך היא שיש דין מיוחד של יד פועל כיד בעל הבית שזהו יותר מסתם שליחות, ושכוונת הש"ך היא לפרש שכוונת רש"י היא להיכא שנתן לו שכרו משום שרק אז חל הך דין מיוחד של יד פועל כיד בעל הבית. וכתב רעק"א שדוחק להעמיד דברי רש"י דוקא באופן שנתן לו שכר, ועוד קשה דלמה אי אפשר לפעול את הדין המיוחד של פועל גם בלי שכר אלא שיהי' פועל בחנם.

והק"נ בגיטין על הרא"ש בסי' י"ג באות ד' כתב לחלוק על הש"ך כי גם בלא עשאו שליח הואיל "שהשכיר אותו לזמן, והשכיר נפשו כפועל, שם עבד כנעני עליו". וע"ע שם במה שהביא מדף י"ב שם בנוגע לעבד

בדף י' שרב נחמן ורב חסדא אמרי שהמגבי' מציעא לחבירו לא קנה חבירו כי התופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים לא קנה, והקשה הגמ' מהא שמציעא הפועל היא לבעל הבית, ותירצו משום שיד פועל כיד בעל הבית, ואילו לפי רש"י למה לא תירצו דשאני התם שהוא שליח.

והתומים בסי' ק"ה סק"א הקשה מהא דפירש"י עצמו בב"ק דף ע' ע"א בלשון אחד שרב אשי שם סובר ששליח אינו יכול לתפוס (ויש להוסיף שאמימר שם שחולק על רב אשי חולק רק משום שכתב הרשאה).

והש"ך בסי' ק"ה סק"א הקשה עוד למה כתב רש"י דבר זה רק בב"מ ולא בהסוגיא בגיטין דף י"א ע"ב שהיא עיקר הסוגיא של תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריים.

א. דרכו של הב"ח.

והנה הב"ח בסי' ק"ה שם כתב שרש"י נתכוין רק להיכא שנתן לו הרשאה. ולפ"ז יוצא שרש"י אזיל כאמימר בב"ק שם שחולק על רב אשי וסובר דשפיר יכול לתפוס היכא שנתן לו הרשאה. והש"ך הקשה על הב"ח דהא הרא"ש הקשה על רש"י מרוכב שאמר תנה לי דאיירי במציעא דליכא שם הרשאה וא"כ חזינן שהרא"ש הביין שרש"י איירי בשליחות רגילה בלי הרשאה. ויעוד דהרשאה לא שייך אלא נגד הלוה שלא יאמר לו לאו בעל דברים דידי את, וכיון דהכא חייב לו לא שייך לומר לאו בעל דברים דידי את וכמ"ש הרא"ש על דברי הרי"ף ומביאו ב"י ודו"ק".

עברי, וכן במש"כ בשם אחי חמותו טעם לומר ששליח בשכר שאני.

ג. דרכו של התומים.

והנה גם התומים כתב כעיקר דרכו של הש"ך שטעמו של רש"י הוא בגלל התירוץ של יד פועל כיד בעל הבית, רק שרש"י סובר שאין נפ"מ בין בשכר לבין בחנם כמו שסובר הש"ך כי מהו הנפ"מ לגבי האחרים אם ה' בשכר או בחנם, ומשמע מלשון התומים שם דס"ל שהכוונה ביד פועל כיד בעל הבית אינה שיש דין מיוחד של פועל, אלא הכוונה היא משום שהוא שלוחו וכדברי רש"י, אלא שביאר התומים שרש"י מפרש ששליחות מהני רק במציאה או היכא שהלוה חייב גם להשליח, כי בצירורים אלו השליח יכול לתפוס לעצמו, וממילא הרי הוא יכול ליתן את הזכ"י שלו להבעה"ב, וכסברא זו העיר גם המהרש"א בכתובות דף פ"ד עיי"ש.

ד. דרכו של הנתיה"מ וגדר שלוחו של בעל הממון.

ובנתיבות המשפט בריש סי' ק"ה כתב ליישב דעת רש"י כדלהלן, דהנה הנ"י להלן על המשנה של ראה אותן רצין אחר המציאה וכו' נתקשה על הא דבבבא המשתמרת לא בעינן עומד בצד שדהו, דהא לא שייך לומר בכה"ג דמהני מדין שליחות דהא כתב הר"ן שצריכים תמיד ששליח שעליו לקנות יהי גם שלוחו של בעל הממון דהיינו שלוחו של המקנה

שקונים ממנו*), והרי החצר אינה שלוחו של בעל הממון דהיינו בעל האבידה, אבל אם שפיר בעינן עומד בצד שדהו אז י"ל שהחצר מועילה מדין יד, אבל היכא שאינו עומד בצד שדהו לא שייך למימר דהוי מטעם יד וכדאמרינן גבי גט שכדי להחשב יד בעינן עומדת בצד חצירה. ותי' הנ"י דהיכא דהוי זכות הרי חצירו חשיבא כידו אריכתא אפילו בלא עומד בצד שדהו כל שהיא משתמרת משא"כ בגט דהוי חוב עיי"ש.

והקשה הנתיה"מ דלפי הר"ן צ"ע למה הוצרכה הגמ' לומר שא"א לזכות במציאה בשביל חבירו מטעם שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, תיפוק ל' משום שזכ"י היא מטעם שליחות והרי אינו שלוחו של בעל הממון דהיינו בעל האבידה. ותי' שהר"ן יסבור שזכ"י אינה מטעם שליחות.

ועוד כתב הנתיה"מ דהא דכתב הנ"י בבבא את הטעם של אינו שלוחו של הבעל הממון, ולא כתב משום התופס לבעל חוב במקום שחב לאחריני לא קנה אפילו אם הוא שלוחו, הרי זה כי הרי הפ"י כתב שהטעם למה התופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה אפילו אם עשאו שליח הרי זה משום שאין שליח לדבר עבירה, והרי בבבא לא אמרינן שאין שליח לדבר עבירה כמו שמבואר להלן בב"מ כאן בדף י' ע"ב.

ועוד כתב הנתיה"מ דהיכא שהוא רוצה

שלו. וגם תוס' בב"מ דף ע"א ע"ב כתבו שהיכא שעכו"ם פורע חובו לישראל אי אפשר שישראל אחר יזכה בשביל הישראל כי אין שליחות לעכו"ם.

(* והמקור לזה הוא הירושלמי בגיטין בפרק התקבל ה"א דאיתא שמקבל מתנה אינו יכול לעשות שליח כי אין אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו

לתפוס מהלוה בשביל המלוה הרי אנו צריכים דוקא את הטעם של חב לאחריני אבל בלי הטעם של חב לאחריני אין כאן חסרון של אינו שלוחו של בעל הממון, והיינו משום שנכסי הלוה גם קודם התפיסה הרי הם משועבדים להמלוה, וגם אחרי התפיסה הרי הלוה יכול עדיין לפדותם, וא"כ אין זה מיקרי שיצא ע"י השליחות מרשותו של הלוה, אלא מעיקרא ה' שיעבוד וגם עכשיו אין כאן אלא שיעבוד אלים, ומש"ה לא בעינן שלוחו של הבעל הממון (מיהו המחנה אפרים בהל' שותפין סי' י"ג הוכיח ממלוה שגם בעלמא לא בעינן שלוחו של בעל הממון), ולכן צריכים את הטעם של חב לאחריים, וגם בכה"ג חשיב מיהא שחב לו.

ולפי כל הנ"ל כתב הנתיחה"מ שלא קשה מידי על רש"י מההיא דכתובות דף פ"ד, והיינו משום שמכיון שמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב א"כ התם באמת היתמי מפסידים ע"י התפיסה, ומש"ה נהי שרש"י סובר שהיכא שעשאו שליח אין כאן חסרון של חב לאחריני אבל ביתמי אכתי נשאר חסרון מצד זה שאינו שלוחו של בעל הממון (מיהו צ"ע דאיתא שם שהטעם למה לא מהני הוא משום תופס לבע"ח במקום שחב לאחריני).

ועוד כתב הנתיחה"מ לחלק בין יאוש להפקר, דבהפקר גם קודם שזכה בו הזוכה כבר יצא החפץ מבעלותו של המפקיר, אבל ביאוש עד שאתי לרשות זוכה הרי זה שייך עוד להמיאש, ומעתה הא דאמרינן שאם הרוכב אמר להמגבי' לזכות בשבילו אין זה מועיל הרי זה משום דהתם איירי במציאה לאחר יאוש ולא בהפקר ומש"ה

יש חסרון בזה שאינו שלוחו של בעל הממון, כי יש כאן בעל הממון, והרי הוא בא לשנות את הבעלות, אבל מה שכתב רש"י שתופס לבעל חוב מהני היכא שהוא עושהו שליח כוונתו היא להיכא שהוא רוצה לזכות מהפקר, או מהלוה וכהנ"ל.

וכן לא קשה על רש"י קושיית המפרשים מאי פרכינן להלן כאן בדף י' ממציאית הפועל דהוי לבעל הבית, ומתריצין דיד פועל כיד בעל הבית, ואילו לפי רש"י תיפוק לי' משום שעשאו שליח, דגם זה לא קשה כי כיון דאיירי במציאה לא מהני שליחות כי אינו שלוחו של בעל הממון.

והנה כבר הבאנו שהנתיחה"מ הקשה על הר"ן למה אמרינן שהמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו משום תופס לבע"ח במקום שחב לאחריני ולא אמרו משום שאינו שלוחו של בעל הממון, ותי' הנתיחה"מ שהר"ן סובר שזכ"י אינה מטעם שליחות. מיהו קשה שהרי שיטת הר"ן בפרק האיש מקדש בסוגיא דשליחות היא שזכ"י היא שפיר מטעם שליחות.

ולכאורה יש ליישב את דברי הר"ן בדרך אחרת, והיינו משום דלכאורה דבריו צ"ב למה צריכים שיהי' שלוחו של בעל הממון, הלא כמו שהקונה עצמו יכול לזכות בהמציאה א"כ למה אין שלוחו יכול לזכות, ולכאורה י"ל שאה"נ, מצד עיקר הכח לקנות סגי בזה שהוא שלוחו של הקונה ואינו צריך להיות שלוחו של המקנה, רק שהיכא שאינו שלוחו של המקנה אין זה מועיל משום ששליחות אינה מועלת היכא שהשליחות היא בגדר חב לאחריני, והרי הוא חב להמקנה, ולכן

בעינן שיהי' גם שלוחו של המקנה, והרי זהו גם הטעם למה תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה, דהיינו משום שזכי' היא מטעם שליחות ולא מהני שליחות היכא שהוא חב לאחריני, וכן לא מהני אפילו אם עשאו שליח לפי תוס' והר"ן כאן, והיינו משום שלא מהני שליחות היכא שזה חב לאחריני, וא"כ לפ"ז מובן היטב למה הגמ' אמרה שהמגבי' מציאה לחבירו לא מהני משום הדין של תופס לבעל חוב במקום שחב לאחריני ולא אמרה משום שאינו שלוחו של בעל הממון והיינו משום שאלמלא הטעם של הגמ', אלא אילו היתה זכי' מועילה גם היכא שחב לאחריני, א"כ גם לא הי' קיים חסרון בזה שאינו שלוחו של בעל הממון.

והנה כבר הבאנו שהפ"י כתב שהטעם למה תופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא מהני אפילו כשעשאו שליח הרי זה כי אין שליח לדבר עבירה. מיהו בדבריני הנ"ל בדעת הר"ן נקטנו לא כהפ"י, אלא נקטנו שגם בלא"ה לא מהני שליחות כדי לחוב לאחרים, שהרי לא שייך לומר כסברת הפ"י בתור טעם לדברי הר"ן שצריכים שיהי' שלוחו של בעל הממון שהרי דברי הר"ן אמורים כשיש הקנאה גמורה מצד המקנה כמו שהבאנו לעיל בהערה, והרי בכה"ג אע"פ שהשליח חב להמקנה אבל אין שם דבר עבירה, וא"כ כדי לקיים את דבריני צ"ל שגם בלא טעמא דאין שליח לדבר עבירה לא מהני שליחות כדי לחוב לאחרים.

ועכ"פ את הדרך הנ"ל שכתבנו אפשר

לומר רק בדעת הר"ן, אבל אם נרצה לומר כדברי הנתיחה"מ שגם רש"י סובר את היסוד של הר"ן שצריכים שלוחו של בעל הממון א"כ א"א לומר את ההסבר הנ"ל שבעינן שלוחו של בעל הממון כי שליחות לא מהני לחוב לאחריני, שהרי משיטת רש"י יוצא ששליחות שפיר מהני גם היכא שהשליח חב לאחריני ורק זכי' לא מהני, וא"כ צ"ל טעם אחר למה צריכים שיהי' שלוחו של בעל הממון.

ה. דברי הקצה"ח.

והנה תוס' כאן הקשו על רש"י שאם כשעשאו שליח אמרינן שהוא יכול לתפוס אפילו במקום שחב לאחריני א"כ גם כשלא עשאו שליח נימא שהוא יכול לתפוס כי זכי' היא מטעם שליחות. ויישב הקצה"ח שאם נאמר שזכי' היא מטעם שליחות משום שאנן סהדי שהוא עושהו שליח ומש"ה הרי זה נקרא שיש כאן מצד הזוכה מינוי שליחות וכדברי תוס' בכתובות דף י"א ע"א שכתבו וז"ל, דכיון דזכות הוא לו אנן סהדי דעביד לי' שליח עכ"ל, א"כ בודאי קשה כקושיית תוס', אבל נראה שאין זה הכוונה בזכי' מטעם שליחות, כי כיון שלא ידע המקבל שהלה זוכה בשבילו לא שייך לומר שיש כאן מינוי שליחות מצדו, כי גם במינוי שליחות אמרינן ש"שלא מדעת" לא מהני כמו דאמרינן לענין יאוש שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש להלן בדף כ"ב, אלא הא דזכי' מהני מטעם שליחות הרי זה משום שהתורה ממנה אותו להיות שליח, וא"כ בזה שפיר י"ל שהתורה עשתה כן

רק כשאינו חב לאחרים אבל הוא עצמו שפיר יכול לעשות שליח עכ"ד הקצה"ח. והנה יש להוסיף, דהנה כבר כתבו הברכ"ש על קידושין בסי' י"ב סק"ד, וכן בסי' י"ט, וכן האבן האזל בפ"כ מהל' מלוה ולוה ד"ה והנראה, וכן בחידושי רבי ראובן על ב"מ בסי' י', דאע"פ שזכי' היא מטעם שליחות אבל הרי היא סוג אחר של שליחות, דבשליחות רגילה המעשה של השליח חשיב המעשה של המשלח, ואילו בזכי' המעשה נחשב המעשה של השליח רק שהמעשה שייך להבעלים ופועל בשבילו (ואזלי שהתורה עשתה אותו שליח ולא המקבל), ומעתה לפ"ז אולי יותר קל לומר כדברי הקצה"ח שבזכי' התורה לא עשתה אותו שליח היכא שהוא חב לאחרים, כי עכשיו אין החילוק בין מתי שהוא ממנה את השליח לבין היכא שהתורה עושה כן, אלא החילוק הוא בסוגי השליחות, וא"כ אילו ה' הוא עצמו עושה שליחות כעין השליחות של זכי' י"ל שלא ה' יכול לעשות כן היכא שזה חב לאחרני, וכן אילו התורה היתה עושה את הסוג הרגיל של שליחות י"ל שהיתה עושה כן אפילו היכא שזה חב לאחרני.

מיהו צ"ע על דרכו של הקצה"ח דהא מלשון רש"י עצמו בגיטין דף ט' ע"ב נראה כדברי תוס' בכתובות וז"ל, וזכין לאדם שלא בפניו דאנן סהדי שניחא לי' דניהוי האי שלוחו עכ"ל. וכדבריו בדף ט' שם כתב רש"י גם להלן בב"מ כאן בדף י"א ע"ב בד"ה אלא וכו' וכן בדף י"ב ע"א בד"ה גבי וכו'. מיהו יש לדחות שלעולם מודה הוא שהתורה היא שממנה אותו להיות שליח, רק שהטעם למה עשתה

התורה כן הרי זה כי אנן סהדי שגם הוא ה' ניחא לי' בזה (ובחידושי רבי ראובן על ב"מ בסי' י' ראיתי שרצה לפרש כן גם את כוונת תוס' בכתובות שם).

ו. דברי הפ"י בכתובות דף פ"ד.

והנה הפ"י בכתובות דף פ"ד ע"ב יישב והיא דיימר בר חשו דלא קשה מזה על רש"י כי התם לא עשאו שליח לזכות אלא רק לתפוס ולהביאו אצלו והוא עצמו יעשה את הקנין. מיהו צ"ע דא"כ למה אמרו ליימר בר חשו דלא קנה.

ז. דרכו של המחנה אפרים.

ועי' במחנה אפרים בהל' שלוחין ושותפין בסי' כ"ז שכתב וז"ל, ולענ"ד נראה דלק"מ, דהתם בפרק הכותב לא איירי בתפיסת ממון כי אם בתפיסת מטלטלין, ובתפיסת מטלטלין כי תפיס מלוה לא זכה בהם זכי' גמורה כי אם למשכון בעלמא, משא"כ בתפיס זוזי דזכי בהם זכי' גמורה, ונפ"מ דאם איתניסו (היכא שתפס מטלטלין), איתניסו ללוה, ואין לו (להמלוה) בהם אלא תפיסה בעלמא לבטחון חוב, וכיון שכן בתפס זוזי, דאי עביד מלוה גופי' זכה זכי' גמורה, שלוחי' ג"כ יכול לזכות לו, אבל בתפס מטלטלין, דאי תפס מלוה גופי' לא זכה בגופן כי אם לתפיסה בעלמא, להא מילתא לא מהני שליחות כיון דאין כאן זכי' אלא תפיסה בעלמא, ומטעם זה ג"כ ס"ל לרב נחמן המגבי' מציאה לחבירו דלא קנה חבירו ואפילו עשאו שליח דא"ל זכי' לי, משום ששליחות בכה"ג לא מהני כיון שלא ה' למשלח שום זכות באותו ממון מקודם

וכדאמרין בהירושלמי שהבאתי לעיל דאין עושה שליח לקבל מתנה כיון שלא הי' לו שום זכות בה מקודם עכ"ל. וביאור דבריו הוא על פי דברי הבית הלוי בח"ג סי' מ"ד אות א' כמש"כ הביה"ל שם.

ח. דרכו של רעק"א.

ועי' בשו"ת רעק"א מהדורא תניינא סי' קי"ב שכתב שרביא להלן כאן שהקשה על רב נחמן מפועל בב"מ שם לא ס"ל ששליח שאני, אבל רב נחמן שתי' דיד פועל כיד בעה"ב סובר כן גם בכל שליח, וא"כ י"ל שרש"י שכתב ששליח שאני נתכוין לפי רב נחמן, אבל הסוגיא בכתובות דף פ"ד אזלה כרבא שאינו סובר ששליח שאני.

וע"ע בשו"ת רעק"א מה"ק סי' קל"ג.

ט. דרכו של הבית הלוי.

ועי' בבית הלוי בח"ג בסי' מ"ד אות א' שכתב גם הוא שרש"י כתב דבריו רק לפי רב נחמן אבל בביאור אחר, דלפי רב נחמן שסובר שמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו א"כ תיקשי איך קונה חצר מציאה, וצ"ל ששליח שאני, וכתב התומים שזהו הכרחו של רש"י לחדש ששליח שאני, ומעתה כן הוא רק לפי רבי נחמן, אבל לפי רבי יוחנן שסובר שמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו י"ל שטעמו הוא כמש"כ הרמב"ן (ודלא כתוס') דמציאה לא חשיב חב לאחרים, וא"כ לא קשה מחצר ואין צריכים לחדש ששליח שאני, וממילא י"ל שהסוגיא בכתובות הוא דלא רב נחמן (אבל לפי תוס') שכתבו שטעמו של רבי יוחנן הוא משום שמיגו דאי בעי זכי לנפשי' זכי נמי לחברי' אבל לעולם מציאה

חשיב שפיר חב לאחרים א"כ גם לפי רבי יוחנן צ"ל ששליח שאני, דהא בחצר לא שייך מיגו דאי בעי זכי לנפשי').

ועל ההיא דרוכב שאמר זכה לי תירץ דלא איירי שעשאו שליח אלא אמר לו סתם שיביא אותו אצלו.

ושוב כתב עוד דרך, והיינו שרק בהלואה נתכוין רש"י לומר דמהני שליחות אבל לא במציאה כי צריכים שלוחו של בעל הממון כמש"כ הנ"י בב"מ שם בשם הר"ן, אבל בהלואה המלוה מיקרי בעל הממון כיון דמשועבד לו, ומש"ה ברוכב ומנהיג לא מהני שליחות כי איירי במציאה, ובמציאה אין להמוצא שום זכות או שיעבוד לפני שהוא זוכה, וכן ביימר בר חשו לא מהני שליחות כי איירי ביתמי ומטלטלין דיתמי לא משתעבדי ומש"ה לא חשיב המלוה בעל הממון.

ודרכו הנ"ל שבהלואה אין כאן חסרון מצד שאינו שלוחו של בעל הממון משא"כ במטלטלין דיתמי שפיר קיים החסרון הנ"ל, הרי זה דומה להדרך שהבאנו בסק"ד מהנתיחה"מ.

ועיי"ש במה שהוסיף הביה"ל, וייחס דבריו להמחנ"א שהבאנו לעיל.

י. דרכו של המלא הרועים.

ועי' בהגהות מלא הרועים בב"ק דף ע' בסוף המסכתא שר"ל שהשאלה אם שליח שאני תלוי' באם סוברים ששיעבודא דאורייתא או לא, כי הא ודאי שבלי שליחות אינו יכול לתפוס במקום שחב לאחרים אפילו אם אינו ענין של הפקעת זכות אלא רק ענין של הרעה בלבד, אבל

אם עשאו שליח הרי זה תלוי, דאם זה רק ענין של הרעה אז שפיר יכול השליח לתפוס, אבל אם זה ענין של הפקעת זכות אז אינו יכול לתפוס, ומעתה י"ל שמה שכתב רש"י להלן בדף י' כאן ששליח מהני הרי זה לפי רב נחמן שסובר ששיעבודא לאו דאורייתא כמבואר בב"ק דף י"ב בתוס' שכן סובר רב נחמן, אשר לפ"ז יוצא שזה רק ענין של הרעה, ומש"ה שפיר מהני שליחות, אבל בב"ק דף ע' אויל רש"י לפי רב אשי, ורב אשי הרי סובר ששיעבודא הוא שפיר דאורייתא כמו שהראה מב"ב דף קנ"ז, וא"כ יש כאן ענין של הפקעת זכות ומש"ה גם ע"י שליח לא מהני, ומה שאמיר בב"ק שם סובר שבשליח שפיר מהני תפיסה הרי זה כי גם אמיר סובר כרב נחמן ששיעבודא לאו דאורייתא כמו שהראה שם.

יא. וע"ע בדברי האבן האזל בפ"כ מהל' מלוה ולוה ה"ב.

שלג) מה היא הסברא לומר שתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא מהני.

ע"י בפ"י בגיטין דף י"א ע"ב בד"ה תוספות ש"מ וכו' שכתב להסביר שהצד לומר שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא קנה הרי זה כי התופס הזה בא עם הכח של זכי' מטעם שליחות, כלומר שבציור של זכות הרי התורה ממנה אותו שליח אע"פ שהבעל דבר עצמו לא מינה אותו (וכמו שביאר הקצה"ח בסי' ק"ה סק"א, וע"י בזה לעיל באות של"ב

סק"ה), וא"כ י"ל שלא מסתבר לומר שהתורה מינתה אותו שליח כשזה לחובתו של אדם אחר כי מאי אולמי' האי מהאי. ומדברי הפ"י משמע דס"ל שכן הביין גם הר"ן בביאור הצד שתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא מהני. מיהו לכאורה צ"ע על הפ"י דהא לפי ביאורו יוצא שהיכא שעשאו הלוח שליח להדיא הרי זה שפיר יועיל, ואילו הר"ן בגיטין שם הסיק כתוס' שאין זה מועיל. והקצה"ח שם כתב באמת כסברת הפ"י וביאר ע"ז למה היכא שעשאו שליח בפירוש סובר רש"י דשפיר מהני.

מיהו המעיין בדברי הר"ן שם (הבאנו לשונו לעיל באות של"א) יראה שביותר נראה לומר ביאור אחר בדעתו למה התופס לבע"ח במקום שחב לאחריני לא מהני, והיינו דס"ל שזכי' מטעם שליחות פירושו הוא שבהפסוק של זכי' נתחדש שהזוכה יכול לעשות את עצמו שליח ממש ואין צריכים שהתורה תמנה אותו, ומעתה י"ל דהא דאינו מועיל כשזה חב לאחריני הרי זה כהדרך שכתבנו לעיל באות של"ב סק"ד (קטע "ולכאורה יש ליישב") שגם עיקר דין שליחות לא נאמר כשזה חב לאחריני וכמו שמסיק הר"ן שאפילו אם מינהו שליח להדיא אינו יכול לחוב בשבילו לאחרים. וע"י בספרי על קידושין בפרק האיש מקדש אות כ"ו מה שכתבתי בענין שיטת הר"ן שם בביאור זכי' מטעם שליחות.

וע"ע בקצה"ח שהביא מהפ"י בכתובות בפרק הכותב שהתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים לא מהני כי זכי' היא מטעם שליחות והיכא שחב לאחרים אמרין שאין

שליח לדבר עבירה, והקצה"ח השיג על טעם זה עיי"ש.

שלד) בענין מיגו זכאי נמי לחברי'.

יש לחקור באם מיגו זכאי לנפשי' זכאי נמי לחברי' פירושו הוא שמיגו שהוא עושה לעצמו הרי הוא יכול להיות שלוחו של השני ומהני באמת מדין זכאי מטעם שליחות, או האם הכוונה היא שמיגו זכאי לנפשי' זכאי נמי לחברי' בלי הגדר של זכאי מטעם שליחות, אלא מדין מיגו, דמיגו שהקנין שלו חל, חל גם הקנין של חברי'. ועיי' בזה להלן באות של"ו, ובאות של"ז סק"א בקטע "מיהו באמת" ולהלן שם, ובאות שמ"ה, ובאות שמ"ז.

שלד*) תדע וכו'.

בענין מה עושה רמי בר חמא עם הראי' של רבא.

צ"ע מה עושה רמי בר חמא עם הראי' הזאת, דכיון שמיגו זכאי לנפשי' מהני כנגד החסרון של אין שלד"ע א"כ הה"נ נגד החסרון של חב לאחריני.

ואולי ס"ל שמהני רק בקניני גזילה, אבל לא במציאה ומקח וממכר, כי קל יותר לעשות קנין גזילה, דוגמת מה שמצינו שיש אומרים שבקניני גזילה מהני גם משיכה לרה"ר דהיינו הרי"י בתוס' בכתובות דף ל"א ע"ב בד"ה ברשות הרבים, וכן בתוס' בב"ק דף ע"ט ע"א בד"ה או.

מיהו התם יש סברא לומר שתועיל משיכה לרשות הרבים, דעי' בדברי יחזקאל בסי' כ"ה אות ב' שביאר דהיינו משום

שבגזלן הסברא נותנת שמספיק בזה שעשה הוצאה מרשות הנגזל ולא בעינין שיעשה הכנסה לרשותו עיי"ש, וזה אתי שפיר לפי הדרך שהאיסור והתשלומין של גזלן הם משום שהפסיד את הבעלים ולא משום שלקחו לעצמו, עיי' בזה בפרק המפקיד אות ב' סק"א.

גם י"ל דס"ל לרמי בר חמא שהציוור של שותפין שגנבו הוא הציוור שכתב רש"י וס"ל כהדרך שנכתוב להלן באות של"ח סק"ב בשם רעק"א בכתב וחותם בדעת תוס' שבהציוור של רש"י יותר קל להגיד מיגו וא"כ אין ראי' שאומרים מיגו גם במגבי' מציאה לחבירו.

א"נ ס"ל שהציוור של שותפין שגנבו הוא הציוור שכתבו תוס' וס"ל כמו שנכתוב להלן שם בדעת רש"י שבהציוור של תוס' אין צריכים מיגו.

שלה) שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנוב פטור.

בענין אין שליח לדבר עבירה, והחויוב קרן בגניבה וגזילה.

פירש"י וז"ל, המשלח פטור מלשלם כפל דקי"ל אין שליח לדבר עבירה להתחייב שולחו אלא שליח עכ"ל. צ"ע למה דיבר על הכפל הלא לכאורה הה"נ שאין המשלח נעשה גנוב לענין קרן להתחייב באונסין.

ויש ליישב, דהנה עיי' להלן בדף י' ע"ב בתד"ה דאמר וכו' שכתבו וז"ל, א"נ י"ל דאף לרבא נפקא מינה דאי יש שליחות חלין הקידושין ואי אין שליחות אין חלין הקידושין עכ"ל, הרי שכתבו בתי' זה

ע"י בזה בספרי על ב"ק בחלק ב' אות ג', דהא לפי השיטה הזאת הרי יוצא דלא כדברינן שהחייב קרן הוא תוצאה מהקניני גזילה.

שלו) פטור המשלח. בענין דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין, ובענין יסוד הדין של המיגו כאן.

פירש"י וז"ל, דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין עכ"ל. הנה כן איתא בקידושין דף מ"ב ע"ב, והסמ"ע בסי' קפ"ב סק"ב פ"י שהכוונה בזה היא שהמשלח לא חשב שהשליח ישמע וממילא אין זה נקרא מינוי שליחות. וצ"ע דא"כ איך מהני לענין זה מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', הלא נקטינן שהמשלח לא התכוין ברצינות למנותו שליח (בהציור של רש"י שגנב לדעתו ולדעת חבריו).

וי"ל דמיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' אין פירושו שמיגו שהוא עושה לעצמו הרי הוא יכול להיות שלוחו של השני אע"פ שיש עבירה או שחב לאחרים, דאילו כן הכא לא שייך לומר כן כי אין כאן מינוי שליחות רציני וכדברי הסמ"ע, אלא הכוונה היא שמיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' בלי הגדר של שליחות, אלא בתורת מיגו על עצם הקנין, דהיינו שמיגו שהקנין שלו חל, חל גם הקנין של חברי'.

ועכ"פ הפ"י בקידושין דף מ"ב ע"ב כתב שהכוונה בדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין אינה לסברא עצמית לומר שאין כאן שליחות וכמו שנקט הסמ"ע, אלא הכוונה היא לפירכא, דהיינו שבנוגע לדבר עבירה אי אפשר ללמוד שליחות

שהיכא שעשה שליח לדבר עבירה והשליחות קשורה בעשיית חלות, וכגון קידושי עבירה, אז גם החלות אינה חלה. וכבר דנו המפרשים בשט"מ שם, וכן האחרונים, אם תירוצם הראשון של תוס' שם מודה לזה, או האם תירוצם הראשון סובר שאע"פ שאין שליח לדבר עבירה לענין שהשליח עובר על האיסור ולא המשלח, אבל בכל זאת החלות שפיר קיימת. ומעתה י"ל שרש"י סובר שהחלות שפיר קיימת, ולכן היכא שאומר לשלוחו צא גנוב החלות של קניני גניבה או גזילה שפיר חלה בשבילו, וממילא הרי הוא חייב בהשבה ואחריות, כי דברים אלו הם תוצאות מהעובדא שקנה קניני גניבה או גזילה, ואינם בגדר עונש על העבירה, אבל הקנס של כפל הרי הוא עונש על העבירה ומש"ה לענין כפל שפיר אמרינן שאין שליח לדבר עבירה.

ודברינו הנ"ל הם דלא כהגור ארי' בפר' קדושים על הפסוק דכתיב ולא תכחשו שכתב שהחייב קרן של גזלן הרי הוא בגדר עונש ולכן הגזלן חייב גם על מתה כדרכה אע"פ שהיתה מתה גם ברשות הנגזל. מיהו ע"י בב"ק דף ד' ע"ב דאמרינן שהקרן של גנב וגזלן הוא ממונא ולא קנסא ואילו לפי הגור ארי' הרי זה קנסא שהרי הוא משלם יותר ממה שהזיק שהרי הוא משלם גם על מתה כדרכה אע"פ שהיתה מתה גם בבית הבעלים. וכבר הארכתי בזה בספרי על ב"ק בחלק ב' אות שס"ט.

וכן דברינו הנ"ל הם דלא כהסוברים שיש חיוב קרן גם כשאין קניני גזילה (משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב באונסין) וכמו בשואל שלא מדעת,

מתרומה גירושין ופסח כי יש לפרוך ששאני לדבר עבירה שהשליח לא הי' צריך לשמוע וא"כ אולי בכה"ג לא חידשה התורה שליחות.

ועי' עוד בריטב"א בהסוגיא שם שכתב על הך סברא של דברי הרב וכו' וז"ל, פי' טעמא דקאמרינן שכן הוא על הרוב, מיהו דינא דאורייתא הוא כלקמן עכ"ל. ופי' הפ"י שכוונת הריטב"א היא לביאורו הנ"ל שדבר עבירה אינו דומה לתרומה.

ועי' בש"ך בסוף סי' שמ"ח שכתב שאין שליח לדבר עבירה כי מעילה וטביחה ומכירה ושליחות יד הם שנים ושלשה כתובים הבאים כאחד שיש שליחות על עבירות ואינם מלמדים, אלא הרי הם מלמדים איפכא, דהיינו שבשאר מקומות אין שליח לדבר עבירה, והמגיה שם כתב שכן היא כוונת הריטב"א, ודלא כהבנת הפ"י בכוונת הריטב"א (ועי' בקידושין דף ל"ה ע"א בתד"ה אלא וכו' שסוברים כהש"ך ששני כתובים הבאין כאחד הרי זה בגדר ילפותא חיובית שבשאר מקומות אין הדבר כן, ודלא כרש"י שם שסובר שאינו בגדר ילפותא חיובית שבשאר מקומות אין הדבר כן אלא הכוונה היא רק שאי אפשר ללמוד שאר מקומות מהשנים או שלשה כתובים הבאים כאחד. והש"ך לא הזכיר שם דברי רש"י ותוס').

וע"ע ברעק"א על דף י' שהקשה על הסמ"ע בדרך הפכי ממה שהקשינו בתחילת האות כאן, דאנחנו הקשינו שלפי הסמ"ע בשותפין שגנבו איך מהני המיגו, ואילו רעק"א הקשה על הסמ"ע דלפי דברי הסמ"ע הרי בשותפין שגנבו הדין נותן שיתחייבו ושלא נגיד שאין שליח לדבר

עבירה גם בלי להיזקק למיגו, דהא גם בלא מיגו הרי לא שייך בכה"ג הטעם של הסמ"ע בלמה אין שליח לדבר עבירה, כי כל אחד מהשותפין רואה שהשני גונב עמו יחד (בהציוור של תוס').

שלז) ושותפין שגנבו חייבין.
טעם למה תוס' לא ניחא להו בהציוור שכתב רש"י.

א. משום שחסר מעשה גניבה.

הנה רש"י פי' שהכוונה היא שגנב לדעתו ולדעת חבריו "כדאמרינן בב"ק". והבינו תוס' שכוונתו היא למאי דתנן בדף ע"ח ע"ב שם ששותפין שגנבו ושוב טבח שותף לדעתו ולדעת חבריו שניהם חייבים בארבעה וחמשה, והשיגו תוס' על רש"י דהתם מועיל משום שגם שליחות מפורשת מועילה לחייב דו"ה על טביחה ומכירה, כי בטביחה ומכירה אמרינן שיש שליח לדבר עבירה, וא"כ אין ראי' משם להיכא שגנב לדעתו ולדעת חבריו, והסיקו שבאמת בהציוור של רש"י לא יהי' המשלח חייב, אלא הציוור הוא היכא ששניהם הגביהו ביחד. והקשה הקצה"ח בסי' שמ"ח סק"ג על תוס' מהו החילוק בין שני הציוורים הלא בשני הציוורים צריכים מיגו וא"כ למה לא ניחא להו לתוס' בהציוור של רש"י, דנהי שס"ל לתוס' שאין ראי' משותף שטבח לדעתו ולדעת חבריו, אבל בכל זאת גם אם אין ראי' לזה, מה רע בציוורו של רש"י.

ועוד כתב שבדעת רש"י י"ל שבאמת אין חילוק בין שני הציוורים, ורש"י נתכוין רק להראות משם שמכיון שהם שותפין בהטביחה הרי בהכרח שהם שותפין גם

בהגניבה וא"כ חזינן שגניבה בשותפות מהני, וכחב ציור של הגבי' לדעתו ולדעת חבירו כי למעשה מיגו יכול להועיל גם על הציור הזה, אבל אה"נ אין ראי' על הציור המיוחד הזה כי איירי שם אודות טביחה ולא אודות גניבה ואין ראי' מטביחה לגניבה עכת"ד הקצה"ח.

מיהו יש ליישב למה תוס' לא ניחא להו בהציור של רש"י, דהנה רש"י להלן בדף י' ע"ב בד"ה גגו כתב שמאי דמרבין שנעשה גנב ע"י קנין חצר הכוונה היא להיכא שנעל את החצר בפני הדבר הנגנב כדי לגונבו, וביאר הקצה"ח בסי' שמ"ח סק"ב שאין כוונת רש"י לומר שקנין חצר צריך מעשה, אלא הא דכתב רש"י שעשה מעשה הרי זה כי כדי לקבל דין של גנב או גזלן צריכים שיעשה מעשה, וכדברי רש"י כתבו גם תוס' בב"ק דף ס"ה בריש ע"א דאיירי הריבוי הנ"ל בכגון שהכיש את הבהמה להכנס להחצר, ולפ"ז י"ל שתוס' סוברים שבהציור שכתב רש"י אין השני נעשה גזלן כי אפילו אם שייך לומר על הקניני גזילה שמיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' אבל עי"ז לא נשלם התנאי של עשיית מעשה והכא הרי השותף לא עשה מעשה. ובאמת הקצה"ח עצמו בסק"ג שם כתב שלא מהני מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' כדי להשלים את התנאי של מעשה, דהנה על שותף שטבח לדעתו ולדעת חבירו פי' רש"י בב"ק דף ע"ח ע"ב שמהני משום שחבירו עשאו שליח ובטו"מ מהני שליחות והקשה הקצה"ח דגם בלא זה מהני משום שמיגו דמהני לעצמו מהני נמי לחברי', ותי' הקצה"ח כהנ"ל שבנוגע להשלים עשיית מעשה לא מהני מיגו.

שור' שכן תי' האמרי משה בסי' ל"ג אות י"ב, והברכת שמואל בסי' ח' אות ג', אבל הרש"ש כאן הוכיח מב"ק דף נ"א ע"א שמיגו מועיל גם היכא שצריכים מעשה. וע"ע בזה בשער משפט בסי' קע"ו סק"ג.

מיהו באמת הדרך הנ"ל שלא מהני מיגו בהציור של רש"י כי חסר כאן מעשה הרי זה תלוי באיך מבינים את המיגו, דאם נאמר שכוונת המיגו היא שהכא מכיון שזכי לנפשי' הרי הוא יכול להעשות שלוחו אפילו לדבר עבירה, א"כ לפ"ז מכיון שהוא שלוחו ושלוחו של אדם כמותו הרי זה שפיר מיקרי שחברי' עשה מעשה, אבל אם נאמר שהכוונה היא שמיגו שהוא זוכה לעצמו ה"ה שנעשה כאן קנין להשני בלי "זכי מטעם שליחות" א"כ נהי שהמיגו יכול לפעול קנין אבל אכתי אין כאן עשיית מעשה.

והנה יש לתלות בהצדדים הנ"ל שכתבתי בביאור המיגו את הנידון שהעיר רעק"א להלן בדף י', דהקשה רעק"א איך מהני המיגו נגד החסרון של אין שליח לדבר עבירה, הלא בשלמא בנוגע לתופס לבעל חוב במקום שחב לאחרים הרי אין המעשה מופקע משליחות, רק שהציור שלפנינו הרי זה מקרה שהוא חב לאחרני, וא"כ על זה י"ל שמהני מיגו, אבל מי יימר דמהני גם בדבר עבירה אשר התם עצם המעשה מופקע משליחות, דכי נימא שהיכא שמגבי' בשביל עצמו וגם בשביל קטן אמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' (כן ביאר הברכת שמואל את כוונתו). מיהו בדו"ח לרעק"א על כתובות דף י"א ע"א הובאה דעת הגרש"א ששפיר

מהני מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי' גם בבא לזכות בשביל קטן.

ומעתה י"ל שאם כוונת המיגו היא שהוא יכול להעשות שליח אפילו לדבר עבירה א"כ שפיר יש להקשות כהנ"ל איך מהני על דבר שמופקע כליל משליחות, אבל אם כוונת המיגו היא רק שכיון שהוא קונה גם חבירו קונה לכאורה אין סברא להחילוק הנ"ל שחילק רעק"א. וע"ע לעיל באות של"ו שתלינו גם את דברי הסמ"ע שהבאנו שם בהחקירה הנ"ל בכוונת המיגו.

ועכ"פ לפי מה שהבאנו שהוכיח הקצה"ח מדברי רש"י בב"ק דף ע"ח ע"ב שהוא סובר שלא אמרינן מיגו לענין שמעשה יתיחס אליו צ"ע איך ס"ל לרש"י שבשותפין שגנבו על ידי שאחד מהם הרים גם בשביל חבירו מהני מיגו הלא חסר כאן עשיית מעשה, והרי בסק"ב שם הוכיח הקצה"ח מרש"י עצמו שצריכים עשיית מעשה וכמו שהבאנו לעיל כאן.

ויש לומר שרש"י סובר שמה שצריכים מעשה אין זה משום הוספת חומרא בהעבירה שלו ושבלי חומרא זה אינו מתחייב בהקנס של כפל וכן אינו נעשה גולן להתחייב באחריות, אלא הכוונה היא שבלי שיעשה מעשה אין החפץ נעשה גנוב מהבעלים, והרי זה דין בהשם גנוב מהבעלים, ולכן אצלינו מכיון שהמגבי' עושה מעשה וגם השני קונה ע"י מיגו דזכי לנפשי', א"כ שפיר מיקרי גנוב מהבעלים גם לעומת השני.

שו"ר בברכת שמואל בסי' חי' אות ד' שהובא סברא זו כהערה על תוס' למה לא

יועיל היכא שהגבי' לדעתו ולדעת חבירו, ור"ל שמיקרי גנוב רק לגבי המגבי' ולא לגבי חבירו עיי"ש.

ב. בענין איך בציוורם של תוס' יש מצדו מעשה על כל הטלית.

והנה מעתה צריכים לבאר שאם תוס' מיאנו מפירושו של רש"י כי השני לא עשה מעשה א"כ גם בהציוור של תוס', נהי שהרים מחצה דידי', אבל בהחצי השני לא עשה שום מעשה, והרי היא כמונחת על גבי קרקע, וא"כ למה נעשה גנוב גם על החלק ההוא.

מיהו יש לחדש שהחסרון של נעשה כמונח על גבי קרקע אינו שלא מיקרי שהגבי' את החלק ההוא, אלא לעולם המעשה הגבהה שלו מיקרי מעשה בכל החפץ, וחשיב שהגבי' הגבהה מסוימת את כל החפץ וגם את החלק שמונח על גבי הקרקע, וגם החלק ההוא מיקרי מורם, רק שחסר בהשיעור של הגבהה שצריכים, ומעתה לפ"ז שפיר סוברים תוס' שמהני היכא ששניהם הגביהו, כי לענין התנאי של מעשה גניבה סגי לכל אחד מהם אפילו אם הקצה השני מונח על גבי קרקע, כי חשיב שכל אחד עשה מעשה בכל הטלית, רק שחסר בהקנין גניבה, כי לקנין בעינין שיעור הגבהה של הגבהת כל החפץ, וא"כ על זה שפיר מהני מיגו.

עוד י"ל דסבירא להו לתוס' שאין צריכים שיחשב מעשה על כל הטלית, אלא סגי במעשה על חצי', והרי הוא נעשה גנוב רק על החצי' שלצדו, רק שהוא צריך את חבירו משום החסרון של מונח על גבי קרקע, ועל זה מהני מיגו.

ג. עוד בענין שצריכים מעשה גניבה.

ובענין דברי רש"י הנ"ל שהבאנו שצריכים מעשה, כבר העירו על זה מכמה מקומות.

דהנה בב"ק דף ק"ה ע"ב אמר רב ששת הכופר בפקדון נעשה עליו גולן וחייב באונסין, הרי שנעשה גולן בלי מעשה, וא"כ צ"ל שרש"י קאמר רק לענין כפל. מיהו עי' בספרי שם באות שס"ו שביארתי שבאמת אין לו בכה"ג קנין גזילה רק שבכל זאת הרי הוא חייב באונסין כי לא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב באונסין.

ועוד העירו מרש"י לקמן כאן בדף כ"ו ע"ב בד"ה עובר משום השב תשיבם דמבואר בדבריו שכדי לעבור על לא תגזול בעינין מעשה.

ועי' עוד ברש"י בריש מס' סנהדרין שכתב שהלוה ואינו משלם אינו נקרא גולן כי מלוה להוצאה ניתנה, וגזילה היא כעין "ויגזול את החנית מיד המצרי", הרי שצריכים מעשה. מיהו הלוואה גרע כי ליכא שם בכלל שום חפץ מסוים. ועי' עוד בנוגע להלוואה בגיטין דף ל"ו ע"ב ברש"י ד"ה ואמור רבנן, ובד"ה שב ואל תעשה, ובדברינו בסנהדרין שם באות ב', ובגיטין שם באות כ"א סק"א.

ובב"ק דף קי"ח ע"א אמרינן שלפי רבי אלעזר שסובר שקרקע נגזלת, אם גזל קרקע והיתה פרה רבוצה בה הרי הוא נעשה גולן גם על הפרה ע"י שעשה קנין גזילה בהקרקע, ופירש"י שהוא נעשה גולן על הפרה משום קנין אגב. ויש לדון אם סגי

בקנין אגב כדי להחשב שעשה מעשה בהפרה או האם צריכים להעמיד שגם נעל בפני', עי' בזה בספרי על ב"ק בחלק א' אות קצ"ג.

וע"ע בכתובות דף ל' ע"ב בתד"ה ואי וכו' שסובר הר"י שאם הרשה לחבירו לתחוב לתוך גרונו אוכל של אדם אחר הרי הוא מתחייב רק על הנאת גרונו אבל לא משום גזילה, והריצב"א חולק וסובר שהוא שפיר נחשב גולן בגלל שהרשה לו להניח לתוך גרונו. וכתב הקו"ש שם באות צ"ח שהר"י סובר דבעינן מעשה ולכן אינו נעשה גולן בהציור ההוא כי לא עשה מעשה, ואילו הריצב"א סובר שאין צריכים מעשה. ועי' בזה בספרי שם באות שע"ה.

שלח) עוד בענין שותפין שגנבו.

עוד טעמים למה תוס' לא ניחא להו בציורו של רש"י.

א. בציורו של רש"י הרי הוא מתכוין להדיא לחבירו.

והנה יש ליתן עוד טעם למה תוס' לא ציירו כמו שצייר רש"י, והיינו משום שבהציור של רש"י צ"ל שהמגבי נתכוין שיועיל גם לחבירו, ואילו הציור של המשנה ששנים טוענים על טלית הרי איירי שכל אחד חושב שהוא הגבי תחילה, רק שאנן ידעינן שיכול להיות ששניהם הגביהו יחד, אבל עכ"פ אפילו אם אירע כן אבל הא ודאי שלא נתכוונו אחד בשביל השני כיון שכל אחד חושב שהוא הגבי או שהוא משקר בדבר, וכן איתא להלן כאן בדברי רב אחא ברי' דרב אדא, וכן כתבו

תוס' לעיל בריש דף ג' שאנן הוא דחיישינן שמא הגביהו יחד ואינם מודעים לזה, וא"כ אולי בכה"ג שלא נתכוונו אחד להשני לא אמרינן מיגו, ולכן פירשו תוס' שגם הציור של שותפין שגנבו הוא ציור כזה ששניהם הגביהו, וכוונת תוס' היא להיכא שכל אחד רוצה להיות גנב לבדו, רק שפוסקים ששניהם חייבים כי אם אירע ששניהם הגביהו יחד שניהם נעשים גנבים מדין מיגו אע"פ שלא נתכוונו אחד להשני. מיהו רש"י באמת כתב שגם בהציור של טלית הרי הם מתכוונים אחד להשני.

ועי' באמרי משה בסי' ל"ג סקי"א שכתב כהנ"ל, והיינו שתוס' רצו לומר ציור שמהני אפילו כשאינו מתכוין לחבירו, אבל לא נחית האמרי משה לבאר שבהכרח כך איירי המשנה.

ב. בציוורו של רש"י הוא עצמו אינו צריך את המיגו.

ויש לומר עוד טעם למה תוס' אינם לומדים כרש"י, דהנה בפשטות המיגו כאן הוא כמו בשאר מקומות שאין לזה שום סברא נראית, וכגון בסוכה דף ז' ע"א דאמרינן מיגו דהוי דופן לענין סוכה הוי דופן לענין שבת, או בסנהדרין דף י' ע"א דיש שם הו"א בהגמ' שבפלוגי בא על אשתי מיגו שהוא נאמן על הפלוגי הרי הוא נאמן גם על אשתו כמו שפירשו רש"י ותוס' שם, וא"כ גם כאן הרי זה כך. מיהו יש שרוצים לומר שהטעם למה אמרינן כאן מיגו הרי זה כי כל אחד מהם בשביל הקנין של עצמו הרי הוא צריך שגם חבירו יקנה כי אם חבירו אינו קונה א"כ אין חבירו יכול להועיל בשבילו. ומעתה לפ"ז יוצא

שבהציור של רש"י שאחד הגבי' לשניהם אי אפשר לומר מיגו, כי זה שהגבי' את הכל אינו צריך בשביל להעשות גנב על החצי שלו שגם השני יקנה דהא כבר כתבו תוס' כאן בד"ה אלא וכו' שהיכא שהגבי' את הכל כדי לקנות חצי אין זה נקרא כאילו החצי שאינו קונה מונחת על גבי קרקע, וא"כ כן הוא גם בגונב.

מיהו רעק"א בכתב וחותם מה"ת ברשימות התלמיד כתב איפכא, והיינו שתוס' כתבו את הציור שלהם של שנים שהגביהו ולא הציור של רש"י שהגבי' לדעתו ולדעת חבירו כי אדרבה בהציור שלהם הרי זה חידוש יותר גדול לומר מיגו אבל בהציור של רש"י הרי זה יותר פשוט שאומרים מיגו כיון שבהציור של רש"י הרי הוא עצמו קונה בלא מיגו, ורש"י אינו מפרש כתוס' כי ס"ל שציוורם של תוס' אינו יותר מחודש כי גם בהציור של תוס' יש חלק שאינו צריך את חבירו כדי לקנותו, דהיינו מה שהוא בתוך ידו ממש, ותוס' סוברים שאי אפשר להמשיך מיגו ממה שהוא קונה ע"י קנין יד למה שרוצים שיועיל מטעם הגבהה עכ"ד.

ויש להוסיף שתוס' אולי בזה לשיטתם בכתובות דף ל"א ע"א בד"ה דאי בעי גחין, דעיי"ש שכתבו שמה שבתוך ידו הרי הוא קונה אפילו כשלא הרים אותו ג' טפחים כי מהני מדין קנין יד ולא מדין קנין הגבהה. וגם בדעת רש"י י"ל דאזיל בזה לשיטתו, כי רש"י בכתובות שם סובר שגם על מה שבתוך ידו צריכים הגבהה ג' טפחים כי מהני רק מדין הגבהה ואין קנין מיוחד של יד.

(ועי' בפ"י כאן שהקשה על מאי

ג. לפי הסמ"ע יש עוד דרך להסביר למה בציוורו של רש"י לא מהני מיגו.

עוד יש ליישב למה לא ניחא להו לתוס' בציוורו של רש"י על פי מה שכבר הערנו לעיל באות של"ו בנוגע לדברי הסמ"ע, דהנה הבאנו שהסמ"ע כתב שהביאור בדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין הוא שנקטינן שהמשלח לא חשב שהשליח יעשה שליחותו וממילא אין כאן מינוי שליחות גמור ומש"ה לא הוי שליח והערנו שאם זהו הטעם למה אין שליח לדבר עבירה א"כ איך יועיל נגד זה מיגו בהציוור שכתב רש"י. ועוד הבאנו שם שרעק"א הקשה עוד על הסמ"ע שלפי ביאורו א"כ בהציוור שכתבו תוס' אין צריכים בכלל להגיע למיגו דהא כיון שכל אחד רואה שגם חברו גונב עמו הרי הוא רואה שחבירו שפיר מוכן לגנוב וא"כ יודע הוא שיעשה שליחותו ויש כאן מינוי שליחות גמור. ועוד הבאנו שם מהריטב"א שבאמת גם בלי הסברא של דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין יש לומר שאין שליח לדבר עבירה כי אינו דומה להציוור של תרומה שמשם לומדים שליחות כי הציוור של תרומה אינו ציוור של דבר עבירה.

ומעתה י"ל שבאמת קיימים ב' טעמים למה אין שליח לדבר עבירה, חדא טעמו של הסמ"ע, ועוד גזירת הכתוב, וכמו שהבאנו מהריטב"א, ולפ"ז י"ל שלא ניחא להו לתוס' בציוורו של רש"י כי בציוורו של רש"י הרי שייך טעמו של הסמ"ע שאינו מאמין שחבירו יגנוב וא"כ לא יעזור מיגו, ולכן תוס' כתבו את הציוור שהגביהו שניהם

דמקשינן איהו לא קני לאחריני מקני, וכן הוא המסקנא שמתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש, דהא הדין נותן שהפקח שפיר יקנה את מה שבתוך ידו ממש, וא"כ על החלק הזה נאמר שמיגו דזכי לנפשי זכי נמי לחברי' אותו חלק, וממילא לגבי החרש לא הוי הקצה של צד הפקח כמונח על גבי קרקע וא"כ יקנה החרש.

מיהו אכתי יש לדון על מה שכתבנו, וגם הבאנו מרעק"א, שתוס' סוברים שבהציוור של רש"י אין צריכים מיגו כדי שהמגבי' יקנה, כי זה דומה להיכא שהגבי' את כל הטלית כדי לקנות חצי, כי יש לחלק ולומר ששאני התם שהוא רוצה שכל ההגבהה הזאת תשמש לצורך מה שהוא רוצה לקנות חצי, דהיינו שהוא מגבי' את הכל כדי שלא יהי' החלק השני מונח על גבי קרקע ויוכל לקנות חצי, אבל היכא שהגבי' בשבילו ובשביל חברו הרי נתכוין שההגבהה של החצי השני תהי' רק בשביל חברו.

מיהו יש ליישב שאין זה חסרון כי בגניבה הרי המעשה עולה לו אפילו אם אינו מתכוין שיועיל בשבילו וכדחזינן מאין שליח לדבר עבירה, שהאומר לשלוחו צא וגנוב המשלח פטור ומתחייב השליח וכמש"כ רש"י כאן, ואע"פ שהשליח אינו מתכוין שיועיל בשביל עצמו בכל זאת הרי זה מועיל לעצמו. ועי' בקצה"ח בסי' כ"ה סק"א בענין היכא שלקח חפץ של חברו כי חשב שהוא שלו. ועי' גם בשט"מ כאן בד"ה תדע וכו'.

שו"ר באמרי משה בסוף סי' ל"ג שכתב חלק מהדברים שבס"ק זה עיי"ש.

יחד אשר בכה"ג לא שייך טעמו של הסמ"ע וכמו שהעיר רעק"א, רק שבכל זאת גם בכה"ג אין שליח לדבר עבירה מטעם גזירת הכתוב, אבל על זה שפיר מהני מיגו כדי לפעול ששפיר קונה.

ועי' במהר"ץ חיות ובחי' הגרש"ש כאן שכתבו שתוס' לא פירשו כרש"י בגלל הקושיא הנ"ל שלפי הסמ"ע לא שייך מיגו בהציוור של רש"י, ולכן כתבו את הציוור ששניהם הגביהו, רק שכדי ליישב את הקושיא שהקשה רעק"א שלפי הסמ"ע אין צריכים בכה"ג דין של מיגו כתבו לפרש שזהו גופא הכוונה במיגו כאן דהיינו שבהציוור הזה הרי הוא שפיר יודע שחבירו יעשה שליחותו.

והריטב"א כתב כדרכם של תוס' ושבציוורו של רש"י לא יועיל מיגו.

שלט) עוד בענין שותפין שגנבו.

בענין למה לא ניחא לי' לרש"י בציוורם של תוס'.

ומעתה צריכים לעיין למה רש"י לא רצה לפרש כהציוור של תוס'.

וכבר הבאנו מרעק"א בכתב וחותם שרש"י סובר שאין שום ריווח בהציוור של תוס' יותר מציוורו. מיהו יש גם לומר דס"ל שאי אפשר בכלל להעמיד בציוורם של תוס' וכמו שנבאר.

דהנה י"ל שרש"י סובר שבהציוור של תוס' אין צריכים מיגו, אלא שניהם חייבים כפל גם בלי מיגו, והיינו משום דס"ל שאפילו היכא שאינו קונה קניני גניבה

וגזילה אבל בכל זאת הרי הוא עובר על הלאו, וגם ס"ל שזה מספיק כדי לחייב קרן וכפל (וכהסוברים שחייבים קרן גם בלי קניני גזילה כמו בשואל שלא מדעת [ועי' עוד באות של"ז סק"ג בנוגע לכופר בפקדון]. והיינו משום שלא גרע משואל שכל הנאה שלו וחייב באונסין), וא"כ אפילו אם כששניהם הגביהו אינם קונים קניני גניבה כי לא מהני מיגו, אבל בכל זאת הרי כל אחד עובר על הלאו, שהרי עשה מעשה על חצי טלית, ולא עוד אלא כבר כתבנו באות של"ז סק"ב שהרי זה נקרא שכל אחד עשה מעשה על כל הטלית רק שחסר בהשיעור של הגבהה, אבל מעשה יש מכל אחד מהם על כל הטלית, וא"כ יוצא שכל אחד מהם עושה את העבירה לבדו ומתחייב קרן וכפל.

ועי' באמרי משה בסוף סי' ל"ג שכתב כהנ"ל, ודימה לקרקע שאע"פ שאינה נגזלת אבל י"א שעובר על הלאו.

(ועוד כתב שאפילו אם גם בלי קנין יש איסור וכהנ"ל, אבל בכל זאת אכתי יתכן שע"י קנין הרי הוא מוסיף איסור עכ"ד. ובאמת הנתיחה"מ בסי' ל"ד סק"ה סובר שבגזל את החבית ואח"כ תברה ושתי' הרי הוא חייב כשעת השבירה משום גזלן, כי אע"פ שכבר גזל את החבית אבל בכל זאת ע"י שהוא מפקיע את ה"שלו" של הנגזל ע"י שינוי הרי הוא נעשה שוב גזלן, וא"כ הה"נ שי"ל כן היכא שעשה מעשה גזילה ושוב הוסיף לקנות קניני גזילה די"ל שעובר עוד איסור כי אע"פ שכבר עשה מעשה גזילה נגד חבירו הרי עכשיו הוסיף גם להפסיד מחבירו את ה"ברשותו").

שמ) רש"י ד"ה ולא יקנה לא זה ולא זה.

וז"ל, וכל הרוצה יחטפנה מידם עכ"ל. צע"ק למה הוצרך לזה הלא הי' יכול לומר שאחד מהם יכול לחוטפה מהשני, ולמה הוצרך לאדם שלישי.

שמא) רש"י ד"ה זאת אומרת.

וז"ל, מתני' דקתני שנים שהגביהו מציאה קנאוה ויחלוקו וכו', ולקמי' פריך דיוקא דרמי בר חמא מהיכא, מאיזו בבא ממשנתינו הוא למד כן עכ"ל. צע"ק דמכיון שרש"י מביא מלהלן שאין הדבר ברור מאיזו בבא רמי בר חמא לומד כן, א"כ לא הי' רש"י צריך לומר בתחילה "מתני' דקתני שנים שהגביהו מציאה וכו'", כי אולי רמי בר חמא לומד כן מבבא אחר, וביותר הו"ל למימר שנים שמחזיקים טלית או בהמה וכו'.

שמב) אמר רבא השתא דאמרת דאמרינן מיגו וכו' מתוך שקנה חרש קנה פקח.

פי' אבל אם לא סוברים מיגו, וסוברים שהמגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו, אז רק החרש קונה (אם נאמר שהפקח מתכוין לזכות בשביל החרש אע"פ שהוא עצמו אינו קונה, עי' בזה להלן בגמ').

מיהו בזה נקטנו שאפשר לזכות לחרש, שהרי המגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו מהני מדין זכין לאדם שלא בפניו. ולכאורה

צ"ע דהא זכי' היא מדין שליחות ואין שליחות לחרש.

ברם עי' להלן בדף ע"א ע"ב - ע"ב ע"א דאמרינן שאע"פ שמן התורה אי אפשר לזכות לקטן כי אין זכי' לקטן אבל רבנן תיקנו ששפיר אפשר, אלא שהיינו רק בקטן כי אתי לכלל שליחות אבל לא תיקנו לגוי כי גוי לא אתי לכלל שליחות. ובחור"מ סי' רמ"ג סעיף ט"ז הובאה דעת הרמב"ם שאפשר לזכות לשוטה, וה"ה לחרש (וכמו שנקטנו לעיל), והקצה"ח שם תמה דהא אינו דומה לקטן כי מי יימר שישתפה, אלא הרי הוא כמו גוי, ואע"פ שאפשר שיקרה שישתפה, אבל הלא גם גוי אפשר שיתגייר. והביא הקצה"ח את דברי הרא"ש שכתב ג"כ שאפשר לזכות לשוטה אבל רק בשוטה כזה שעתיים שוטה ועתיים חלים, ודברי הרא"ש ניחא כי שוטה כזה הרי הוא שפיר בגדר אתי לידי שליחות כי בדרך ממילא שוב ישתפה לזמן מה. ועכ"פ בדעת הרמב"ם צ"ל שהוא סובר שגם בשוטה וחרש תיקנו כיון שאפשר שיבריא אבל גוי גרע כי אם יתגייר חשיב כקטן שנולד דמי, וצ"ע.

שמג) חרש ופקח שהגביהו מציאה וכו'.

יש לעיין למה נקט רבא חרש ולא שוטה או קטן. ובפשטות י"ל דהיינו משום שחרש הוא הראשון שמוזכר בהמשנה בגיטין דף נ"ט ע"ב דתנן מציאת חרש שוטה וקטן וכו'. מיהו יש להמציא עוד סיבה למה לא נקט קטן.

דהנה עי' בגיטין דף ס"ד ע"ב שרב

חסדא סובר שקטן שהוא על המדריגה של צרור וזורקו אגוז ונוטלו הרי הוא זוכה לעצמו אבל אינו זוכה לאחרים, וכן אפילו אם הוא על המדריגה של חפץ ומחזירו לאחר שעה (שהיא מדריגה יותר גדולה) הרי הוא זוכה לעצמו אבל אינו זוכה לאחרים, ורב יהודה סובר שאם הוא על המדריגה של חפץ ומחזירו לאחר שעה הרי הוא זוכה גם לאחרים, והקשו תוס' שם דמשמע שם שבהציוור של חפץ ומחזירו לאחר שעה הרי הם חולקים אם הוא זוכה לאחרים מדאורייתא, ושלפי רב יהודה הרי הוא זוכה לאחרים מדאורייתא, וא"כ קשה דהא תנן שמציאת חש"ו הוא שלהם רק מפני דרכי שלום, וכן דרשינן לענין לזכות לאחרים שאיש זוכה ואין קטן זוכה, ותירצו שהסוגיא בגיטין שם איירי כשיש דעת אחרת מקנה, והנה תוס' שם כתבו כן רק בנוגע לרב יהודה שסובר שזוכה אף לאחרים אבל על רב חסדא שסובר שזוכה רק לעצמו לא הקשו מידי, ואולי ס"ל שבאמת ר"ח נתכוין לומר שזוכה רק מדרבנן עיי"ש, אבל ראשונים אחרים הקשו גם על ר"ח דהא תנן שמציאת חש"ו הרי היא שלהם רק משום דרכי שלום ותירצו כהנ"ל, דשאני בין היכא שיש דעת אחרת מקנה לבין מציאה. והש"ך בסי' רמ"ג סק"ו הסיק דלא כדברי הראשונים, וסלל דרך לעצמו, והיינו שהמשנה של דרכי שלום איירי בקטן שהוא פחות מצרור וזורקו אגוז ונוטלו.

והנה בסוגיין מבואר שהטעם למה לא אמרינן מיגו בחרש הרי זה כי הוא קונה רק משום דרכי שלום, ומעתה לפי הש"ך י"ל שנקט רבא חרש כי בקטן נתת דבריך

לשיעורין שהרי יש קטן שקונה מציאה קנין גמור שלא מטעם דרכי שלום דהיינו קטן שכבר הגיע להמדריגה של צרור וזורקו אגוז ונוטלו, שהרי לפי הש"ך הרי הוא זוכה לעצמו מדאורייתא גם בלא דעת אחרת מקנה.

דשמ) בשלמא חרש קנה דקא מגבה לי' בן דעת אלא פקח במה קנה.

צ"ע דאם הפקח אינו קונה א"כ הרי זה גורם שגם החרש אינו קונה כי אין מצד הפקח מיגו דזכי לנפשי' שהרי אינו זוכה לנפשי', וא"כ איך אמרינן בשלמא חרש קני, ולהלן מקשינן באמת שאם הפקח אינו קונה הדין נותן שגם החרש אינו קונה כי מאי מיגו איכא.

וי"ל שהגמ' אזלה דאיכא למימר שבאמת רבא מודה לרמי בר חמא דאמרינן המגבוי מציאה לחבירו קנה חבירו, וכל כוונתו לעיל היתה לומר רק שאי אפשר להוכיח כן מהמשנה כי גם מיגו מהני, וכוונת הגמ' כאן היא לומר שבשלמא חרש קנה משום דמגבה לי' בן דעת דהיינו הפקח וממילא אפשר לומר שהמגבוי מציאה לחבירו קנה חבירו וקנה החרש בלי שיקנה הפקח אבל פקח במה קנה. וכן ראיתי שכתב הגר"א בחו"מ סי' בסי' רמ"ג סק"כ"ח.

ועי' בשט"מ בשם מהר"י אבוהב שכתב כעין הנ"ל בדרך אחרת וז"ל, ולי נראה שהקושיא הראשונה שאמר בשלמא חרש היא אפילו לרמי בר חמא והקושיא השני' היא לרבא עכ"ל. הרי שגם הוא פי'

שהקושיא בנוי על שהחרש קונה משום מגבי' מציאה לחבירו מצד הפקח ולא שהחרש קונה במיגו שהפקח קונה, אלא שמהר"י אבוהב ייחס מגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו רק לרמי בר חמא ואילו אנחנו ציינו לייחס כן גם לרבא.

מיהו תוס' להלן בדף י' ע"א בד"ה איתבי' רבא וכו' נוקטים שרבא עצמו סובר שהמגבי' מציאה לחבירו לא קנה חבירו כי קיבל את דברי רב נחמן שאמר שלא קנה חבירו, והוכיחו כן מדברי רבא כאן שדחה את דברי רמי בר חמא, וביארו שמה שהקשה רבא בדף י' על רב נחמן שאמר שלא קנה חבירו הרי זה קודם שקיבלה אבל לבסוף קיבל את תירוצו של רב נחמן.

ועי' בשט"מ כאן בשם התוס' הרא"ש שכתב שכוונת המקשה כאן היא לומר לדבריו דרבא, כלומר שאפילו לדבריך שהחרש קונה אבל למה קונה הפקח. ועל זה מתרצינן שבאמת רק החרש קונה, והפקח אינו קונה, ועל זה שוב מקשינן שאיך קונה החרש הלא מכיון שהפקח אינו קונה אין מיגו ורבא סובר שצריכים דוקא מיגו. וזוהי גם כוונת המהר"ם שיף בתחילת דבריו כאן על רש"י, דעיי"ש שנתקשה גם הוא בהנ"ל וכתב בדרכו הראשון שהמקשן ויתר לו לרבא את מה שאמר שהחרש קונה. מיהו צ"ע על דרך זה כי לפ"ז יוצא שאין הכוונה לומר שבשלמא חרש קנה משום שהפקח פועל בשבילו באמצעות הדין של מגבי' מציאה לחבירו, אלא הכוונה היא שבשלמא חרש קנה מדין מיגו, ונוותר לרבא על זה, ואילו

על זה צ"ע כי כדי שהחרש יקנה מטעם מיגו לא בעינן להא שהפקח הוא בן דעת, דהא גם שני חרשין קונים משום מיגו לפי מאי דאכתי לא אסיק אדעתן טעמא דלא אתי לאינצויי.

וע"ע בדרכו השני של המהר"ם שיף.

ועי' בדרכו של הריטב"א בשט"מ שכתב שהכוונה היא שבשלמא חרש קונה משום שי"ל שעשו תקנה מיוחדת שיקנה כיון שמגבה ל' בן דעת (כלומר ולא מטעם מיגו).

שמה) אלא פקח במה קנה.

פירש"י וז"ל, אלא פקח במאי קני, לגבי פקח הוי ראשה שהגבי' החרש כמונח על גבי קרקע דהגבהה דחרש לא קניא אלא מדרכי שלום בעלמא עכ"ל. והנה מה שהביא רש"י שהוא קונה רק מפני דרכי שלום הרי זה דעת ת"ק בהמשנה בגיטין דף נ"ט ע"ב אבל רבי יוסי חולק על זה וסובר שהוא גזל גמור מדבריהם, ובגמ' שם בדף ס"א ע"א מבואר שהנפ"מ הוא אם אפשר להוציאו בדיינים מיד החוטף מהחש"ו, דת"ק סובר דנהי שאסור לחטוף כי תיקנו שיהי' של החש"ו מפני דרכי שלום, אבל אי אפשר להוציאו בדיינים מהחוטף, ולכאורה הכוונה בזה היא שלפי ת"ק באמת אין החש"ו קונה ואינו נעשה שלו, רק שחז"ל תיקנו מסיבת דרכי שלום שלא לקחת ממנו.

ולפי הדרך הזה מובן היטב למה אי אפשר לומר מיגו שהחרש זוכה לעצמו הרי הוא זוכה גם בשביל הפקח, והיינו משום שבאמת אינו זוכה לעצמו כלל וכהנ"ל.

ולפ"ז לכאורה אם יש לאדם בן קטן שהגיע לחינוך, ורוצה לחנכו במצות לולב ביו"ט ראשון דבעינן לכס, והקטן מצא לולב, לא יצא האב ידי החיוב של חינוך ע"י הלולב הזה כי לא הוי של הקטן ואין כאן "לכס".

מיהו לכאורה אפשר לפרש בדרך אחרת את כוונת ת"ק, והיינו שלעולם מודה ת"ק שהקטן קונה ממש, רק דס"ל שהטעם למה תיקנו כן הוא מחמת דרכי שלום, ולא משום שבעצם ראוי לתקן שהוא יקנה, ומש"ה תיקנו שאם אחד יחטוף ממנו שיקנה החוטף כי מעתה הדרכי שלום הוא שישאר של החוטף. מיהו לפ"ז לכאורה שפיר ה' שייך לומר שמיגו דזכי לנפשי' זכי נמי להפקח דהא לנפשי' זכי באמת זכי גמורה.

מיהו באמת גם לפי הדרך השני הזה י"ל שלא שייך לומר מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', כי י"ל שגם בשביל מיגו צריכים שיגבי' לחבירו (עי' בזה לעיל באות של"ו ואות של"ז), כלומר שיתכוין לחבירו, ואילו החרש אין לו דעת, וכן מבואר להלן בה"האי מאי" עי' בדברינו שם.

מיהו לפ"ז אין מוסבר למה שני חרשין קונים לפי מאי דאכתי לא אסיק אדעתן טעמא דלא אתי לאינצויי.

שמו) אלא אימא חרש קנה פקח לא קנה ומאי מיגו מיגו דשני חרשין בעלמא קנו האי נמי קני.

וצ"ע איך שייך לעשות מיגו משני

חרשין שהוא לגמרי ציור אחר. ואין זה דומה למה שרצה רבא לומר מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', כי התם באותו ציור גופא הרי הוא זוכה לעצמו, וא"כ בזה שפיר י"ל מיגו ושזכי' זו גוררת עמה גם זכי' לחברי', אבל הכא בפקח וחרש ליכא בהציור הזה שלפנינו שום זכי' מקורית.

ברם י"ל שכמו דאמרינן לענין פאה מיגו דאי בעי מפקר נכסי' והוי עני דיכול לזכות, א"כ גם כאן הכוונה היא לעשות מיגו מהאי פקח גופי', דהיינו מיגו שאילו ה' מתהפך לחרש ה' יכול לעזור להחרש א"כ עכשיו נמי הרי הוא יכול. מיהו אולי רק התם שייך לומר מיגו כיון שבידו להפקיר מה שאין כן כאן אין בידו להתהפך לחרש.

שמו) דברי המהרש"א ודברי המהר"ם שיף על "האי מאי".

הנה בהמשך הגמ' אמרינן בזה"ל, האי מאי את"ל המגבי' מציאה לחבירו קנה חבירו הני מילי היכא דקא מגבה ל' אדעתא דחברי', האי אדעתא דידי' קא מגבה ל', איהו לא קני לאחריני מקני, אלא אימא מתוך שלא קנה חרש לא קנה פקח, וכי תימא מאי שנא משני חרשין דעלמא, התם תקינו להו רבנן דלא אתי לאנצויי הכא מימר אמר פקח לא קני אנא אקני. ולכאורה צ"ע דפתח בטעמא דמגבי' מציאה לחבירו ושוב קאמר מאי שנא משני חרשין כאילו אנו דנין אם לומר מיגו.

ועי' במהר"ם שיף שכתב על זה שאה"נ הגמ' נתכוונה לדחות שלא מהני לא מטעם

מגבי' מציאה לחבירו וגם לא מטעם מיגו דשני חרשין, ובתחילה קאמר שלא מהני מטעם מגבי' מציאה לחבירו כי "האי אדעתא דידי' קא מגבי לי", איהו לא קני לאחריני מקני", ושוב קאמר דמ"מ יועיל מדין מיגו דשני חרשין, ועל זה קאמר שבאמת מה שמועיל בשני חרשין הרי זה משום תקנה מיוחדת שאינה שייכת בפקח וחרש. וז"ל המהר"ם שיף, האי מאי וכו' אפילו אם מגבי' וכו' קנה בלא טעם מיגו דזכי וכו', אפ"ה לא קנה דהאי אדעתא דידי' מגבי' וכו', וכ"ת סוף סוף קשה מטעם מיגו דשני חרשין קנה, התם תקינו וכו', ובתחילה סתר הגמ' שלא מטעם מיגו, למ"ד מגבי' קנה, מ"מ הכא לא קנה, ואח"כ סתר מיגו דשני חרשין עכ"ל.

מיהו המהרש"א כתב דרך אחרת בזה (ובהמשך דבריו הביא המהר"ם שיף גם את דברי המהרש"א וסיים "ועיין". וז"ל המהרש"א, נ"ל לפרש הסוגיא דה"פ ומאי מיגו וכו' דאע"ג דמטעם מיגו דזכי לנפשי' וכו' לא הוא הגבהה דפקח הגבהה לגבי חרש, דהא לא זכי נמי לנפשי', מ"מ משום דינא דמגבי' מציאה לחבירו קנה החרש, אע"ג דרבא לית לי' בעלמא המגבי' מציאה וכו' בחרש אית לי' משום מיגו דשני חרשין דקנו וכו' עכ"ל. ולכאורה אין מובן מה היא כוונתו במה שכתב שאע"פ שבעלמא לית לי' דינא דרמי בר חמא אבל הכא איתא לי' משום מיגו דשני חרשין דמה ענין מיגו להמגבי' מציאה לחבירו.

מיהו נראה שכוונתו היא למה שכתבנו לעיל באות של"ו ושל"ז ושמ"ה שי"ל שמהות המיגו אינה סתם שמכיון שקונה

לעצמו קונה נמי לחבירו בלי שום גדר, אלא מהות המיגו היא שמכיון שקונה לעצמו א"כ בכה"ג הרי הוא יכול לעשות את הדין של זכין לאדם שלא בפניו אע"פ שזה חב לאחריני ובכה"ג הרי הוא יכול לעשות את הדין של רמי בר חמא של מגבי' מציאה לחבירו, ולכן דחתה הגמ' את ב' הכחות.

שמח) אלא אימא מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש.

צ"ע לפ"ז איך אפשר לפרש את מה שאמר רבא "השתא דאמרינן מיגו", דהא נקטינן עכשיו שרבא אמר ששניהם אינם קונים.

ועי' במהר"ם שכתב וז"ל, וצ"ל דה"ק, השתא דאמרת אמרינן מיגו דזכי לנפשי' זכי נמי לחברי', חרש ופקח שהגביהו מציאה אמרינן נמי מתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש עכ"ל. והנה מלשונו משמע שגם על הצד של העדר קנין אמרינן מיגו דהיינו מיגו לצד השלילי. מיהו לכאורה אין צריכים לזה, אלא מספיק במה שאפשר לקנות רק ע"י שנאמר מיגו להצד החיובי ובכה"ג ליכא מיגו.

וביותר הי' נראה לפרש דברי רבא דהשתא דמהני רק בגלל שיש מיגו א"כ בחרש ופקח מכיון שאין מיגו שניהם אינם קונים.

ועי' במהר"ם שיף בדבריו על רש"י שביאר שהכוונה היא להשאר באמת בקושיא על רבא, ומאי דאמרינן "אלא אימא" אין הכוונה לפרש כך את דברי

רבא, אלא הכוונה היא שכך צריכים לומר
דהיינו שמתוך שלא קנה פקח לא קנה חרש
ושדברי רבא נשארם קשים.
ובשט"מ הובאו דברי הר"ן שלפי

המסקנא לא גורסים בדברי רבא הענין של
מיגו אלא גורסים רק שמתוך שלא קנה
פקח לא קנה חרש.
וע"ע שם בדברי עוד ראשונים.

פרק אלו מציאות

דף כ"א ע"א

(א) פירות מפוזרין.

ביאור "מפוזרין" לפי הדרך דאיירי
בדרך נפילה ולא במכנשתא.

ע"י בגמ' דאיתא וכמה, אמר רבי יצחק
קב בארבע אמות. וכתבו תוס' שרבי יצחק
הוא זה ששאל "וכמה" כי נתכוין להעמיד
דוקא במכנשתא דבי דרי ולא בדרך נפילה
כי הוא סובר כאביי שיאוש שלא מדעת לא
הוי יאוש, ועל מכנשתא דבי דרי נתכוין
לשאול כמה הוא השיעור שהוא נמנע
מלחזור, אבל אם השואל "וכמה" הוא
הסתמא דגמ', אז מה היא השאלה, הלא
אפשר להעמיד בדרך נפילה כדחזינן
מהקושיא של אי דרך נפילה וכו' שהסתמא
דגמ' מוכן להעמיד בדרך נפילה ואפילו
טובא נמי, ודלא כאביי שסובר שיאוש
שלא מדעת לא הוי יאוש.

ולכאורה יש לבאר דברי תוס' כך,
דבשלמא אם איירי המשנה במכנשתא דבי
דרי, אז הכוונה במפוזרין היא שהפירות
נמצאים על שטח רחב, והכוונה היא
לכמות מסוימת של פירות שמפוזרין על
שיעור מסוים של שטח, ולכן כיון
שהמקשן הוא רבי יצחק שידע שהכוונה

היא למכנשתא דבי דרי, שפיר שאל כמה
פירות וכמה שטח, אבל אם איירי בדרך
נפילה, אז נקטינן שהכוונה במפוזרין אינה
לכמות מסוימת של פירות ושיעור מסוים
של שטח, אלא הכוונה היא שהם לא
מסודרין דרך הינוח אלא מונחים בלי סדר
באופן שניכר שנפלו, ואפילו אם הם על
שטח קטן, וא"כ אין כאן מקום להשאלה
של "וכמה", וזהו שכתבו תוס' שאם
הסתמא דגמ' הוא זה ששאל "וכמה", א"כ
מאי בעי, הלא י"ל שאין המדובר בכמות
של פירות ושיעור של שטח כי איירי בדרך
נפילה.

מיהו מלשון הרמב"ם בפט"ו מהל' גו"א
ה"ח נראה דלא כהביאור הנ"ל, דהנה כתב
שם הרמב"ם וז"ל, מצא פירות מפוזרין,
דרך הנחה לא יגע בהן, דרך נפילה הרי הן
שלו עכ"ל, ואילו לפי דרכנו הנ"ל הרי
מכיון דאיירי הרמב"ם בסתם מקרה של
אבידת פירות, ולא במכנשתא דבי דרי, א"כ
בע"כ צ"ל שמש"כ הרמב"ם "מפוזרין"
הכוונה היא שהם מונחים דרך נפילה ולא
מסודרים, וא"כ מה זה שהמשיך לכתוב
"דרך הנחה", הלא "מפוזרין" פירושו הוא
דרך נפילה.

ולכאורה לפי הרמב"ם צריכים לפרש

בדרך אחרת ממה שפירשתי, והיינו דלא כמו שפירשתי שאם איירי בדרך נפילה הכוונה במפוזרין היא לעצם האופי של דרך נפילה, אלא פירושו של מפוזרין הוא שאינם מכונסים בצבור אחד ממש, דזה הוי בודאי דרך הינוח, אלא הרי הם שטוחים על כמות מסוימת של שטח, ובוזה שפיר שייך גם דרך הינוח, דהיינו בסדר מסוים, וגם דרך נפילה, דהיינו בלי סדר מסוים, והמשנה איירי בדרך נפילה, אבל עצם הפירוש של המלה מפוזרין אינו שהוא בדרך נפילה, אלא רק שאינם מכונסים בצבור אחד ממש, ולכן שפיר כתב הרמב"ם שאם הם מפוזרין, אז, אם הם בדרך הנחה וכו'.

ונראה שגם לפי הפירוש הנ"ל שכתבנו אי אפשר לפרש שהשאלה של וכמה היא שאלת הסתמא דגמרא, דהא כתבנו שמפוזרין פירושו הוא כל פיזור שהוא, דהיינו כל היכא שאינו גוש אחד ממש, וא"כ אי אפשר לשאול וכמה.

ב) פירות מפוזרין.

א. בענין פירות מפוזרין דרך נפילה, לפי אביי.

ע' בגמ' דאיתא וכמה, אמר רבי יצחק קב בארבע אמות, ופרכינן היכי דמי אי דרך נפילה אפילו טובא נמי, ופירש"י כי אין בהם סימן וממילא הרי הוא מיאש, ואי דרך הינוח אפילו בציר מהכי נמי לא, ואמר ר' עוקבא בר חמא במכנשתא דבי דרי עסקינן, וכתבו תוס' שהקושיא שהקשינו אי דרך נפילה אפילו טובא נמי הרי זה דלא כאביי שסובר בע"ב שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.

והנה ע' בע"ב דפרכינן על אביי מפירות מפוזרין, ומתריצין דאיירי במכנשתא דבי דרי, ושוב פרכינן ממעות מפוזרין, ומתריצין שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה וממילא הרי הוא יודע ומיאש, ושוב פרכינן מעיגולי דבילה וככרות של נחתום, ומתריצין שאגב דיקירי מידע ידע בהו, ופירש"י שהם כבדים, ושוב פרכינן מלשונות של ארגמן, ומתריצין שמכיון שהם חשובים הרי הוא ממשמש בהם. וחזינן שעל פירות לא תירצו ידיע בהו, והיינו משום שאינם כבדים, וכן אינם חשובים וממילא לא שייך לומר בהם שאדם ממשמש בהם, וא"כ הוי ממש ציור של יאוש שלא מדעת, ומש"ה אם סוברים כאביי חייבים להעמיד במכנשתא דבי דרי.

והנה הרמב"ם בפט"ו מהל' גזילה ואבידה ה"ח הביא את הדין של פירות מפוזרין בהציוור של דרך נפילה, וכן להלן שם בהי"ב הביא את הציור של מכנשתא דבי דרי. הרי שהוא סובר להלכה גם את ההיתר של דרך נפילה. והטור בסי' רס"ב השיג מהא שלפי אביי מוקמינן להמשנה במכנשתא דבי דרי, והרי אנחנו פוסקים כמו אביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. מיהו הב"י הביא שיש מי שמפרש שטעמו של הרמב"ם הוא כי מקשינן בע"א כאן אי דרך נפילה אפילו טובא נמי, הרי דהוי ניחא לן להעמיד בדרך נפילה אע"פ שההלכה היא כאביי, וסובר הרמב"ם שקשה לומר כתוס' שהקושיא היא רק כרבא, וא"כ מבואר שאפשר באמת להעמיד גם בדרך נפילה גם לפי אביי. ולפ"ז צ"ל שרבי יצחק העמיד בקב בד"א כדי להשמיענו את הדין של מכנשתא דבי דרי,

אבל הה"נ לדרך נפילה. ומה שהגמ' בע"ב תירצה שלפי אביי איירי המשנה במכנשתא דבי דרי זה רק לפני שהוכרחו לתרץ על עיגולי דבילה וככרות של נחתום את התירוץ של אידי דיקירי, אבל לאחר שאנו מתרצים כן על עיגולי דבילה וככרות של נחתום, הה"נ שיש לתרץ כן גם על פירות ולהעמיד בדרך נפילה.

והנה גם דברי הרי"ף מורים כפסקו הנ"ל של הרמב"ם, דהנה הרי"ף הביא את דברי הגמ' שאי דרך נפילה אפילו טובא נמי, ולכאורה לא הי' צריך להביאם, כי זה אתי שפיר רק לפי רבא, וכן העיר הרמב"ן על הרי"ף, ותי' כהנ"ל שאחרי התירוצים של יקירי וחשיבי הה"נ שיש לתרץ כן גם על פירות מפוזרין, וממילא אחרי הסוגיא בע"ב יוצא שהגמ' בע"א מתפרש שפיר גם לפי אביי.

ולפי הדרך הנ"ל יוצא שהרי"ף והרמב"ם סוברים שלפי האמת ב' הדברים הם בכלל כוונת התנא באומרו פירות מפוזרין, דהיינו שהמשנה מתכוונת גם למכנשתא דבי דרי וגם לדרך נפילה, כי כיון שמצי איירי גם בדרך נפילה למה לן לומר דאיירי רק במכנשתא דבי דרי. ועי' גם ברמב"ן שהביא דרך שרבי יצחק בא רק להוסיף דאיירי גם במכנשתא דבי דרי אבל ה"ה לדרך נפילה, אלא שהרמב"ן כתב כן בדעת רבא, לפני שהביא את דברי הרי"ף שגם אביי יכול לסבור דרך נפילה. וע"ע בדרישה בסי' רס"ב ובסמ"ע בסי' רס"ב סקט"ו שנתקשה על הטור, שהרי הטור כתב שהטעם בעיגולי דבילה הוא משום דמידי דמיכל הוא וחשיבי, והרי טעם זה שייך גם בפירות וגם אביי מודה

לזה וכדברי הרמב"ם, ואילו הטור עצמו השיג על הרמב"ם שפירות בדרך נפילה הוא ציור של יאוש שלא מדעת. ותי' דס"ל להטור שבאמת הטעם של חשיבי אינו שייך בפירות כי הכוונה בסתם פירות היא לתבואה שהם עוד מחוסרים כמה מלאכות וממילא עדיין אינם בגדר חשיבי. ועוד כתב הסמ"ע שגם הטעם של כבדות לא שייך בפירות כי בדרך כלל הוא מוביל את הפירות על עגלה.

ולהלן נאריך בהפירושים והגירסאות בהגמ' בע"ב בנוגע ליקירי וחשיבי ובאם שייך לומר כן גם בפירות.

ג) רש"י ד"ה אלו מציאות, מצא פירות מפוזרין.

עי' בדבריו שכתב וז"ל, נתייאשו הבעלים מהן כדאמר בגמרא והפקר הן עכ"ל. ושוב כתב וז"ל, מעות מפוזרות הואיל ואין להם סימן ניכר איאשי מיאש והווי להו הפקר וזהו טעם כולם עכ"ל. והנה יש להעיר למה לא הזכיר גם בפירות שאין בהם סימן. ועוד למה לא כתב בהדיבור הראשון בדבריו על פירות שיאוש הוא הטעם של כולם. ונראה שיש לומר ב' דרכים בכוונתו.

א', דמה שכתב "כדאמר בגמרא" כוונתו היא להעמיד כרבי יצחק במכנשתא דבי דרי, וס"ל כתוס' שהמשנה איירי רק בכה"ג (ודלא כהרי"ף והרמב"ם שהבאנו לעיל באות ב'), ולכן לא כתב שאין להם סימן כי איירי אפילו ביש להם סימן שהרי איירי באופן שאינם אבודים בכלל. וגם לכן לא כתב בהדיבור הראשון שיאוש הוא טעמא דכולם, כי באמת אינו טעמא דפירות

מפוזרין, כי במכנשתא דבי דרי יש טעם מיוחד, דהיינו שהוא ממש מפקיר אותם מדעת משום שהוא מתעצל לחזור וליטלם, ולכן כתב כן רק על מעות מפוזרין, ומש"כ שם שזהו טעם כולם כוונתו היא לכולם ממעות מפוזרין ואילך.

ב', י"ל שאין כוונתו להעמיד במכנשתא דבי דרי, אלא באבידה רגילה, ומותר מטעם יאוש רגיל של אבידה, וכוונתו במה שכתב "כדאמר בגמרא" היא למאי דאיתא בסוגיין אי דרך נפילה אפילו טובא נמי, וכן למאי דאיתא בע"ב שעיקולי דבילה ידע בהו כיון דיקירי דלפ"ז הה"נ בפירות כיון שהם יקירי, והרי הוא מתכוין לפרש דאיירי בדרך נפילה. ואע"פ שלפי דרך זה אין מיושב למה לא הזכיר כאן בפירות שאין להם סימן, וכן למה לא כתב כבר כאן בפירות שיאוש הוא טעמא דכולם, אבל מצד שני קשה לומר כהדרך הראשון, כי רש"י לא הזכיר בכלל את הציור של מכנשתא דבי דרי, ומרהיטת לשונו משמע שכוונתו היא לומר רק כדאמר בגמ' שהי' יאוש, ולא לומר דאיירי בציור מסוים, כי אם כוונתו לציור מסוים שנזכר בגמ' א"כ הי' צ"ל "בגמ' מפרש" וכלשונו בכל מקום שהוא מציין שהגמ' יפרש במה איירי המשנה.

ואולי י"ל שרש"י נתכוין להדרך שהזכרנו באות ב', דהיינו בשם הרמב"ן בדעת הרי"ף והרמב"ם שלפי האמת ב' הדברים הם בכלל כוונת התנא באומרו פירות מפוזרין, דהיינו שהמשנה כוללת גם מכנשתא דבי דרי וגם דרך נפילה, ולכן לא פרט רש"י מכנשתא דבי דרי, כי איירי גם בדרך נפילה, ובכל זאת לא כתב שאין בו

סימן כי איירי גם במכנשתא דבי דרי, ודוחק.

והנה עי' בברטנורא על פירות מפוזרין שכתב וז"ל, סתמן נתיאשו הבעלים והפקר הם עכ"ל, ועל מעות מפוזרות העתיק לשון רש"י. והתיור"ט הבין שכוונתו היא להעמיד פירות מפוזרין בדרך נפילה וס"ל כהרמב"ם, ושהטעם הוא משום שחשיבות וכבודות שייך גם בפירות. והנה לפ"ז נשאר קשה גם על הברטנורא למה לא הזכיר שאין בהם סימן. מיהו אולי י"ל בדעתו דס"ל שהוא מתיאש מפירות מפוזרים אפילו אם יש בהם סימן כיון שהם נוח להתקלקל, ודלא כרש"י שכתב גבי אי דרך נפילה שאין בהם סימן.

והנה עי' במחנה אפרים בהל' זכ"י מהפקר סימן ז' שכתב שרש"י סובר שיאוש הוא מטעם הפקר ודלא כתוס' בב"ק דף ס"ו סוף ע"א, והביא כן מרש"י בגיטין דף ל"ט ע"ב בד"ה נתיאשתי שכתב שיאוש הוא "לשון הפקר". וצ"ע למה לא הביא כן מרש"י כאן בעיקר הסוגיא של אבידה דמבואר בדבריו הנ"ל שהבאנו שיאוש הוא מטעם הפקר שהרי כתב שאחרי שמתיאש הרי הם הפקר. מיהו י"ל דהיינו משום שמרש"י כאן רואים רק שאחרי שהוא מתיאש הרי זה נשאר הפקר, ודלא כהשיטה שגם אחרי שהוא מתיאש הרי הדבר נשאר עוד שלו עד דאתי לרשות זוכה, אבל אכתי לא חזינן מרש"י שביאוש הרי זה נקרא שהוא עצמו מפקירו, אלא יכול להיות שמיקרי שהוא רק מתיאש ומסתלק, והתורה היא שעושה את הדבר הפקר, אבל מרש"י בגיטין שכתב שיאוש הוא "לשון הפקר"

שפיר חזינן דמיקרי שהוא עצמו מפקיר. מיהו לפי הדרך שכתבנו בביאור רש"י כאן שבפירושו לפירות מפוזרין הרי הוא מתכוין למכנשתא דבי דרי עדיין הי' המחנה אפרים צריך להביא מכאן, כי במכנשתא דבי דרי הרי הוא ממש מפקיר, וכדאיתא בגמ' דאפקורי מפקר להו, שהרי הוא מכיר את מקומם, ובכל זאת חזינן שרש"י קרי לזה יאוש, וא"כ גם מכאן חזינן שרש"י סובר שיאוש הוא ממש לשון הפקר (מיהו עיין בדברי הקצה"ח שהבאנו להלן באות ט' סק"ג בביאור הגמ' כאן לפי שיטת הרמב"ם בהפקר מדעת).

ועי' עוד בלשון רש"י להלן בע"ב בד"ה עם נפילתה נמאסת, וכן בדף כ"ז ע"ב בד"ה תובעין אצטריכא לי' דמבואר דס"ל שיאוש הוא לשון הפקר ממש מצדו.

ד) תד"ה אלו מציאות.

א. דיני ספק הינוח לא יטול.

הנה כדי להבין את דברי תוס' צריכים קודם לכן לסכם את דיני ספק הינוח לא יטול, דהיינו הדינים שעולים מתוך דבריהם כאן, וכן מתוך דבריהם להלן בדף כ"ה ע"ב בד"ה אחר הגפה ובד"ה ואם נטל.

והנה בדבריהם בדף כ"ה מבואר שבדבר שאין בו סימן והוי ספק הינוח הדין הוא שאם המקום שמור קצת לא יטול ואם נטל לא יחזיר לשם (אלא יהא מונח, רמ"א בשם ה"ה). ואם המקום שמור לגמרי, הדין הוא שלא יטול ואם נטל חייב להחזיר לשם (אם עוד לא הלך משם אבל אם הלך הרי הם שלו כי חיישינן שהבעלים באו ולא מצאו אותו ונתיאשו). ואם המקום אינו

שמור כלל, הדין הוא שנטול והרי הוא שלו.

ועוד מבואר בדבריהם שם דהיכא שיש בו סימן הדין הוא שאם אינו שמור כלל או אם המקום שמור קצת הרי הוא נטול ומכריו אפילו אם הוי דרך הינוח כיון שיש בו סימן. ואם המקום שמור לגמרי אז לא יטול ואם נטל מכריו.

עוד צריכים לדעת שיש אומרים שגם ברה"י קיימים שני סוגי מקומות, דהיינו מקום ששמור קצת וכן מקום שאינו שמור כלל, אשר לפ"ז יוצא שגם ברה"י בדבר שאין בו סימן יש ציור שמותר לו לקחת לעצמו, דהיינו היכא שאין המקום שמור כלל. ומאידך יש אומרים שברה"י כל המקומות חשיבי בגדר שמור קצת וא"כ אין ציור שמותר לו לקחת לעצמו.

ב. ביאור דברי תוס'.

והנה תוס' בדבריהם הביאו את המ"ד להלן בהגמ' שסובר שסימן העשוי לידרס הוא סימן וכן שמקום הוא סימן, והביאו שהמ"ד ההוא מעמיד את המשנה באופן שאין בהכריכות סימן, כי אם יש בהן סימן חייב הוא להכריז גם ברה"ר כי סימן העשוי לידרס הוא סימן, וא"כ צ"ל דאיירי שאין בהן סימן, ובכל זאת ברה"י חייב להכריז כי מקום הוא סימן כי איירי בדרך הינוח, אבל ברה"ר מקום אינו סימן כי עבידי דמנשטפא.

וככרות של נחתום ועיגולי דבילה הם שלו אף ברה"י כי איירי בדרך נפילה, אבל בכריכות שהם כבדים נקטינן שלא קרה נפילה, כי אם נפלו הי' מרגיש מיד, ולפיכך נקט התנא שהי' דרך הינוח ולכן ברה"י יש

כאן הסימן של מקום. וביאר המהר"ם שצ"ל שהם כבדים מאד כי בע"ב אמרינן גם על אינך שהם יקירי, פי' כבדים, והרי הוא מרגיש בהקדם שנפלו והרי הוא מתאש, רק שאינו מרגיש מיד ממש ומש"ה לא שייך הסימן של מקום, אבל בכריכות מכיון שהן כבדות מאד לא שייך נפילה כי ה' מרגיש מיד, אבל בהדברים האחרים שמוזכרים בהמשנה אע"פ שבודאי הרי הוא מרגיש ומתאש, אבל הרי הוא מרגיש רק אחרי שעובר קצת זמן, וממילא אינו יודע איפוא נפלו כדי שהמקום יהי סימן, ומש"ה הרי הוא מתאש.

(והרא"ש כתב שהדברים האחרים בהמשנה אין הדרך להניחם על הקרקע ומש"ה נקט התנא ציור של דרך נפילה כי אין הדרך להניחן על הקרקע, אבל בכריכות

הדרך היא להניחן על גבי קרקע כדי לפוש ולכן נקט התנא ציור של דרך הינוח.)

וככרות של בעל הבית חייב להכריז אפילו ברה"ר כי יש בהם סימן, וסימן העשוי לידרס הוי סימן, וציבורי מעות ופירות חייב להכריז אפילו ברה"ר כי מקום הוא סימן ואפילו ברה"ר כי לא עבידי שמנשטפא.

ושוב הקשו תוס' למה כריכות ברה"ר הן שלו, הלא מכיון דאיירי בדרך הינוח (דלכן ברה"י הוי מקום סימן) א"כ איך יטול הלא ספק הינוח לא יטול וכ"ש ודאי הינוח. ותירצו דהא דספק הינוח לא יטול הרי זה איירי רק היכא שהניחו במקום המשתמר קצת, אבל הכא איירי שהי' באמצע רה"ר ובכה"ג מותר לקחת אפילו

בודאי הינוח, וכבר הבאנו דין זה לעיל בסק"א.

וברא"ש איתא דכיון שהם ברה"ר בדרך הינוח, כי הניחם כדי לפוש ושוב נשאר שם ע"י שום מאורע, "מיאשי בעלים כיון שאין בהן סימן וכולי עלמא לא ידעי דספק הינוח לא יטול וכ"ש ודאי הינוח (פי' שכ"ש שודאי הינוח לא יטול), ושקלי להו". ובתוס' הרא"ש הדבר מבואר יותר, והיינו שגם כוונת הרא"ש היא כתוס' שהכא איירי במקום שאינו משתמר כלל, ולכן אע"פ שהי' דרך הינוח, אבל בכל זאת לא אמרינן כאן שלא יטול, כי הבעלים חושבים שבודאי יטלו אותו, כי אנשים אינם יודעים את הדין של לא יטול, ומש"ה הדין נשאר באמת שמותר ליטול, משא"כ היכא שהניחו במקום המשתמר קצת הרי הוא חושב שלא ימצאו אותו עד שיחזור הוא עצמו ויקחנו. וגם בהגהות תפארת שמואל כתב לבאר את הרא"ש כתוס' דהיינו שכוונתו למקום שאינו שמור כלל.

והנה עי' בתוס' בדף כ"ה ע"ב בד"ה אחר הנפה וכו' שכתבו שהטעם למה היכא שאינו שמור כלל הרי הוא שלו הרי זה כי בודאי הי' דרך נפילה, ולפ"ז לכאורה צ"ע דא"כ למה כאן בכריכות אמרינן שהן שלו, הלא נקטינן דהי' דרך הינוח. מיהו י"ל שתוס' כתבו כן להלן כי איירי בשאר דברים ולא בכריכות, ובהם מספיק לומר דכיון שאין המקום שמור כלל, בע"כ צ"ל שהי' דרך נפילה, כי אינם כבדים כל כך, אבל בכריכות אי אפשר לומר דרך נפילה וכמש"כ כאן, וא"כ בכריכות צריכים לומר משום שהבעלים מתייאשים כי הם סוברים שהמוצא אינו יודע שספק הינוח לא יטול,

ובאמת טעם זה שייך גם בכל אבידה אבל בכל אבידה עדיף לומר את הטעם של דרך נפילה שהוא טעם יותר פשוט.

ועי' במהר"ם שיף שהוסיף על דברי תוס', דהנה כריכות ברה"י חייב להכריז בגלל הסימן של מקום, והא דלא אמרינן בכה"ג שלא יטול, הרי זה כי גם זה איירי באינו משתמר כלל או במקום המשתמר קצת, שהדין בהני גווני הוא שנוטל ומכריז כיון שיש בו סימן, אבל היכא שהוא משתמר לגמרי אז אפילו אם יש בו סימן לא יטול וכמו שכתבו תוס' בדרך כ"ה ע"ב וכמו שהביא המהר"ם שיף. וכבר הבאנו דינים אלו לעיל בסק"א.

ושוב כתבו תוס' שלפי המ"ד שסובר שסימן העשוי לידרס לא הוי סימן וכן שמקום לא הוי סימן, צ"ל דאיירי הכא באופן שיש בו סימן, וברה"ר הרי הם שלו כי הוי סימן העשוי לידרס, וברה"י נוטל ומכריז בגלל הסימן, ושאר הדברים אף ברה"י הרי הם שלו כי אין בהם סימן, ואיירי כל המשנה בין בדרך נפילה ובין בדרך הינוח כי מקום לא הוי סימן. והקשה המהרש"א על זה דכיון ששאר מילי דמתניתין איירי בלא סימן ובדרך הינוח א"כ למה לא אמרינן בזה ספק הינוח לא יטול, ועל דה"ר כבר תירצנו לענין כריכות שאיירי באינו שמור כלל, ועל כריכות ברה"י לא הקשה המהרש"א כי הבין שי"ל שאיירי במקום שהוא שמור קצת, וכיון שיש סימן הדין הוא שנוטל ומכריז, אבל עכשיו אזלינן שבשאר מילי דמתניתין אין סימן ואיירי בדרך הינוח, רק שמקום לא הוי סימן, ואיירי אפילו ברה"י, וא"כ על

רה"י קשה למה אמרינן שהרי הן שלו ולא אמרינן שלא יטול.

וכתב המהרש"א שצ"ל דאיירי באינו שמור כלל אע"פ שהוא רה"י, אלא שהביא שהרא"ש בדרך כ"ה ע"ב בסי' ח' נקט שכל רה"י הוי שמור קצת, וכתב להוכיח כהרא"ש, ולא כמו תוס' עכ"ד.

ולפי הרא"ש אי אפשר לומר דאיירי שאר הדברים של המשנה בין בדרך הינוח ובין בדרך נפילה, כי אי אפשר לומר דאיירי בדרך הינוח, כי ברה"י הדין צריך להיות שלא יטול כיון ששמור קצת לפי הרא"ש. וא"כ צ"ל שהרא"ש יפרש שלפי המ"ד שסובר שסימן העשוי לידרס לא הוי סימן, וכן שמקום לא הוי סימן, איירי המשנה רק בדרך נפילה ולא בדרך הינוח, כי בדרך הינוח הדין נותן שברה"י לא יטול כיון דשמור קצת.

והפ"י בסד"ה בגמרא רצה לומר שגם מה שכתבו תוס' שכולה מתניתין איירי בין בדרך נפילה ובין בדרך הינוח לצדדין אמרו, והיינו שכריכות איירי אפילו בדרך הינוח, וברה"י נוטל ומכריז, ולא אמרינן לא יטול כי נהי שהמקום שמור קצת אבל יש בו סימן, ומש"ה נוטל ומכריז וכמש"כ תוס' לעיל, ואינך דאיירי בלי סימן איירי בדרך נפילה ומש"ה גם ברה"י הרי הם שלו ולא אמרינן לא יטול.

ה) חצי קב בב' אמות, קביים בשמונה אמות.

הנה בפשטות נראה שאין השאלות תלויות זו בזו ואינן באת"ל, כי י"ל שאפילו לפי הצד שבחצי קב בב' אמות

בחשיבות, והזכירו בהגמ' כמה שאלות כי השאלות נשאלו בבתי מדרשים שונים, ורב אשי הביא כולן.

ו) קב שומשמי, קב תמרי, קב רמוני.

ע"י בהגהות הגר"א שהביא שלהרמב"ם היתה גירסא אחרת כאן, והיינו דמיבעי ל"י מה הדין היכא שהקב מורכב מכמה מינים, כגון תמרים שומשמיין ורמונים.

וזה לשון הרמב"ם בפט"ו מהל' גזילה ואבידה הי"ב, או שהי' הקב משנים ושלושה מינין כמו תמרים שושמשין ורמונים וכו' עכ"ל. ויש לבאר שהספק הוא כך, דהכל תלוי בטירחה, וזה ברור שקב רמונים בד"א חייב להכריז כיון דלא הוי טירחה כל כך, אע"ג דלא חשיבי, וכן הא ודאי שקב שושמשין בד' אמות הרי הוא שלו כיון שיש הרבה טירחה אע"פ שחשיבי, וקא מיבעיא לן היכא שהקב מורכב גם מרמונים וגם משושמשין*).

מיהו צ"ע על זה דא"כ מה מוסף מה שיש שם גם תמרים. ועוד דמהרמב"ם משמע שבכלל אין קפידא על איזה מינים

מיהו לכאורה בע"כ צ"ל שרמונים הם שפיר פחות חשובין מחטין כי אל"כ מה השאלה לדין בקב רמוני (לחוד) בד' אמות, דלמה לא יכריז כיון שהם חשובים כמו חטין ויש פחות טירחה, דמאי שנא מקב חטין בג' אמות, וא"כ בע"כ צ"ל שהם פחות חשובים מחטין אשר לפ"ז שפיר מיבעיא ל"י בקב המונח בארבע אמות. ומעתה לפ"ז ניחא גם למה לפי הרמב"ם מיבעיא ל"י רק בקב רמונים ושומשמיין ולא בחטין ושומשמיין, והיינו משום שבחטין ושומשמיין פשיטא ל"י דחייב להכריז כיון דחשיב טפי מקב שהוא רק מחטין לחוד. ויש עוד לפלפל בזה.

אינו טורח כי לא חשיבי, ואינו טורח אע"פ שיש פחות טירחה, ובכה"ג מה שמכריע הוא העובדא שלא חשיבי, אבל אכתי יכול להיות שגם בקביים בח' אמות אינו טורח אע"פ שיש כאן חשיבות של קביים, כי אולי בכה"ג אינו טורח משום דהוי טירחה יותר גדולה, ויתכן שבכה"ג אין החשיבות מכרעת בדעתו אלא הטירחה מכרעת (וכן י"ל שבכה"ג הרי הוא שפיר טורח משום החשיבות של קביים). וכן י"ל להיפך, והיינו שאפילו אם בחצי קב בב' אמות הרי הוא שפיר טורח כי אין כאן הרבה טירחה ולכן הרי הוא טורח אע"פ שיש כאן רק חצי קב, כי בכה"ג ההעדר של טירחה גדולה מכריע, אבל אכתי יכול להיות שגם בקביים בשמונה אמות הרי הוא טורח מחמת החשיבות של קביים אע"פ שיש בזה הרבה טירחה כי בכה"ג החשיבות מכרעת בדעתו (וכן י"ל שאינו טורח בכה"ג כיון שיש הרבה טירחה).

וע"י בזה בשט"מ בשם גליון.

וע"י ברשב"א כאן שהזכיר עוד דרך, והיינו שכל הצירורים הם על משקל אחד, כי הכל תלוי או רק בטירחה או רק

* והנה לכאורה יש לפרש את השאלה לפי הרמב"ם גם להיפך, והיינו שהכל תלוי בחשיבות של קב לעומת פיזור של ד' אמות, ואין הדבר תלוי בגודל או קטנות הפרי, וזה ודאי שקב רמונים הרי הם שלו כי כמות של קב לא חשיבי כשהוא מפוזר בד' אמות, וכן זה ודאי שקב שומשמיין חייב להכריז כי חשיבי, וקא מיבעיא מה הדין בקב שמורכב משניהם.

ברם הא ליתא, כי אם הכל תלוי בחשיבות למה נקט רמוני יותר מחטין, הלא לא משמע שרמוני הם פחות חשובים מחטין, וא"כ הי' אפשר לשאול גם על קב חטין ושומשמיין.

יש שם, ואילו לפי פירושו הנ"ל השאלה הוא רק משום שהקב מורכב ממינים שיש בהם גם יותר וגם פחות טירחה מתבואה. ועי' בנחלת דוד שביאר את דברי הרמב"ם כך, דהנה תוס' כתבו שהשאלה בחצי קב בב' אמות היא שאולי הי' מוכן לטרוח היכא שיש פיזור של חצי קב בב' אמות כי אין בזה כל כך טירחה כיון דהוי רק חצי קב, ורק בקב בארבע אמות אינו מוכן לטרוח, ואפילו לקבץ חצי מהקב, כי אע"פ שהוא מפורז רק בשתי אמות, אבל בכל זאת הרי עי"ז אינו גומר את כל האיסוף, והיכא שאינו רוצה לגמור את הכל לא יעשה אפילו החצי, כי הוי רק חצי, אע"פ שאם החצי הי' נמצא הוא לבדו אז שפיר הי' טורח אחריו, ומעתה אולי מה שלא נוח לו לטרוח רק בתר החצי ולהשאיר חצי הרי זה רק היכא שהכל הוא ממין אחד, אבל היכא שמונחים ביחד שליש קב רמונים ושליש קב שומשמין ושליש קב תמרים אולי שפיר יטרח אפילו בתר שליש כי הוי בעיניו דבר שלם, ומחר יטרח אחרי המין השני, ולכן אינו מפקיר כלום מהפירות.

וצריכים להבין שלפי הנחלת דוד הוי שאלת הגמ' באת"ל מהשאלה של חצי קב בשתי אמות, דהיינו שאת"ל שהתם חייב להכריז משום דהוי דבר שלם מה הדין בשומשמי ותמרי ורמוני, אבל לפי הצד שבחצי קב בשתי אמות אינו חייב להכריז אע"פ שהוא דבר שלם א"כ כ"ש בשומשמי ותמרי ורימוני.

והנה לכאורה גם על הפירוש הזה של הנחלת דוד קשה מה שהקשינו למה צריכים ג' מינים, תיסגי בשנים. מיהו י"ל

שנקט ג' מינים כי בא לחדש שלא רק שחצי קב ממין מסוים חשיב בעיניו בגדר דבר שלם וחשוב, אלא הה"נ שי"ל שגם שליש קב ממין אחד הרי הוא בעיניו דבר שלם וחשוב, דהוי אמינא שאולי מפני קטנות הכמות אינו בעיניו דבר שלם. ולפ"ז יש לדון מה יהי' בארבעה מינים בד' אמות אשר מכל אחד יש רק רבע קב.

ובאמת גם לפי הגירסא שלנו יש לעיין בזה שנקט רבי ירמי' ג' מינים. וי"ל דנקט גם רמוני וגם תמרי לרבותא, והיינו שאפילו אם נאמר שבתמרי ליכא שאלה מצד מדת הטירחה, אלא אע"פ שהם גדולים מחטין אין לחלקם מחטין, אבל אכתי יש לחקור ברמוני שהם יותר גדולים ויש פחות טירחה.

ולפ"ז יוצא שכל המינים שהם גדולים מחטין אינם בהכרח בחדא מחטא וכהנ"ל שיש לחלק בין תמרי לרימוני. ומעתה לפ"ז יתכן שבמינים שהם יותר גדולים אפילו מרמוני ליכא שום שאלה, אלא בודאי חייב להכריז.

מיהו אכתי צ"ע למה לא נקטו גם במינים קטנים ב' דוגמאות, דהיינו עוד מין אחד שהוא יותר קטן מחטים, וכגון עדשים שהם קטנים מחטים וגדולים משומשמים.

(ז) תד"ה חצי קב וכו'.

עי' בפירושם השני של תוס' שכתבו שהכוונה בחצי קב בשתי אמות היא לחצי קב בריבוע של שתי אמות על שתי אמות דהיינו ארבע אמות מרובעות (ובקב "בארבע אמות" יש שש עשרה אמות מרובעות). והקשה התורת חיים דהא בכה"ג הריכוז הוא יותר גדול מקב בארבע

אמות, וא"כ למה לא יהי' חייב להכריז, הלא קב בקצת פחות מארבע אמות הרי הוא חייב להכריז, וא"כ למה לא חצי קב בריכוז יותר צפוף ממדת הריכוז של קב בארבע אמות. ועי' גם בנחלת דוד שכתב שהעיקר כתירוצם הראשון של תוס' "כמו שכתב התורת חיים".

מיהו יש ליישב את תירוצם השני, דהנה זה ברור שיש מדה מסוימת שהיא כל כך פעוטה ומחוסרת חשיבות שאינו טורח אחרי' אפילו אם יהי' בריכוז צפוף מאד, וכגון חטה אחת שאינה תופסת אלא מקומה ואין כאן טירחה כלל ובכל זאת בודאי אינו חייב להכריז כי אינו טורח אחרי חטה אחת, וא"כ יתכן שהה"נ לחצי קב בארבע אמות מרובעות, דנהי שהריכוז הוא יותר צפוף מקב בארבע אמות, אבל הרי הכמות היא כל כך קטנה שאולי אפילו בריכוז צפוף כמו חצי קב בארבע אמות מרובעות אינו טורח אחרי'.

ח) בעי רבי ירמי' וכו' תיקון. א. שיטות הרמב"ם בספק אבידה.

עי' ברמב"ם בפט"ו מהל' גו"א הי"ב שפסק שבהציורים האלו לא יטול ואם נטל אינו חייב להכריז.

והנה ציורים אלו הרי הם בעצם ציורים של ספק הינוח, דהא איירי במכנשתא דבי דרי, ואם הוא רוצה לחזור ולקחת אותם הרי זה בגדר הינוח, וא"כ כשאנו מסופקים אם הוא רוצה לחזור ולקחת אותם הרי זה בגדר ספק אם יש כאן הינוח.

והנה לעיל בה"א פסק הרמב"ם שבספק הינוח לא יטול, אבל אם נטל ויש בו סימן

הרי הוא חייב להכריז, אבל אם אין בו סימן הרי הוא שלו מספק, והראב"ד שם סובר שאינו שלו אלא יהא מונח עד שיכוב אליהו. ואותה מחלוקת נמצאת גם בה"ו.

ונראה שטעמו של הרמב"ם בספק הינוח בדבר שאין בו סימן הוא משום דכיון שיש כאן ספק אם החפץ נפל מהבעלים ומותר לו לקחת או האם הבעלים הניחן שם ואסור לו לקחת והרי הוא נעשה גזלן, הדין הוא שהממע"ה כמו בכל דיני ממונות שנאמר דין של מוחזק אע"פ שיש כאן ספק גזל, וכ"כ החמדת שלמה כאן בד"ה גמ' בעי וכו' שהרמב"ם אויל בדינים אלו לשיטתו שפסק שתקפו כהן אין מוציאין אותו מידו ומהני תפיסה. ובדעת הראב"ד י"ל דס"ל כמש"כ תוס' בקידושין דף מ"ה ע"ב בד"ה אוקי וכו' דהיכא שהי' אסור לו לקחת ובא לידו באיסור אינו נעשה עי"ז מוחזק.

והנה בנוגע להספקות של הגמ' כאן במשכנתא דבי דרי, בע"כ צ"ל דאיירי הרמב"ם כשיש בו סימן שהרי כתב שאינו חייב להכריז, הרי דיש מה להכריז, והיינו משום שמכנשתא דבי דרי איירי גם כשיש בידו סימן, ולכאורה לא רק שאינו חייב להכריז אלא הה"נ דהוי שלו, וכהנ"ל דהיכא שיש ספק הרי הוא נעשה מוחזק. והא דלא השיג הראב"ד גם כאן הרי זה כי לא כתב הרמב"ם להדיא שהם שלו אלא כתב רק שאינו חייב להכריז. ויש לעיין באמת למה לא כתב הרמב"ם שהם שלו. מיהו בשו"ת נוב"ת בחלק אה"ע סי' ס' כתב בן המחבר שהרמב"ם סובר באמת שבהציורים של ספק כאן הדין הוא רק

ט) בענין מכנשתא דבי דרי ודברי הרמב"ם באבידה מדעת.

א. דברי הרמב"ם והטור והב"י
והש"ך והב"ח.

עי' בגמ' דאמר רב עוקבא בר חמא
במכנשתא דבי דרי עסקינן קב בארבע
אמות וכו' אפקורי מפקר להו.

ולהלן בע"ב פרכינן על אביי שסובר
יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש מהא דתנן
שפירות מפוזרין הרי אלו שלו, ומתריצינן
האמר רב עוקבא בר חמא הכא במכנשתא
דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא.
ובפשטות הכוונה היא להפקר רגיל, דמיד
בהתחלה הרי הוא יודע שנשארו והרי
הוא מפקירם.

והנה עיין ברמב"ם בפ"א מהל' גזילה
ואבידה הי"א שכתב וז"ל, המאבד ממונו
לדעת אין נזקקין לו, כיצד הניח פרתו
ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך לו,
השליך כיסו ברשות הרבים והלך לו, וכל
כיוצא בזה, הרי זה אבד ממונו לדעתו,
ואע"פ שאסור לרואה דבר זה ליטול
לעצמו, אינו זקוק להחזיר, שנאמר אשר
תאבד פרט למאבד לדעתו עכ"ל. והנה
בגמ' לפנינו אין לנו דרשה כזו, אבל כתב
הב"ח בחו"מ סי' רס"א שבודאי מצא
הרמב"ם דרשה כזו.

והטור בסי' רס"א הביא את דברי
הרמב"ם וכתב שכן כתב הרמ"ה, אלא
שהטור עצמו חולק על שיטתם הנ"ל וסובר
שמותר להרואה לקחת את הדבר לעצמו
וז"ל, ואין נראה כן, דאבידה מדעת הוי
הפקר עכ"ל. וכתב הב"י על השגת הטור

שאינו חייב להכריז אבל אין הפירות
נעשים שלו, וקאי שם על דברי הנ"ב
שכתב שבמציאה אינו נעשה מוחזק כיון
שהחזיק שלא כדין, וכתב בן המחבר
להוכיח כן מדברי הרמב"ם הנ"ל. מיהו
צ"ע על זה מדברי הרמב"ם בספק הינוח.

ב. שיטת הרא"ש בספק הינוח.

ועי' ברא"ש כאן שכתב וז"ל, וכיון דלא
איפשטא, ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב
להכריז עכ"ל. והנה מש"כ הרא"ש שספיקא
דאורייתא לחומרא כוונתו היא שצריך
להחמיר כדי לקיים מצות השבת אבידה,
וכדי לא לעבור על לא תוכל להתעלם.
ולפ"ז יוצא שכוונתו היא שהמוצא צריך
להחמיר גם אחרי שנטלו לידו. מיהו זה
אינו דהא הציור של מכנשתא דבי דרי
בתורת ודאי אינו ציור של אבידה, שהרי
הבעלים יודעים איפוא הפירות מונחים,
והספק הוא האם הם רוצים לקחתם אשר
אז זה שלוקח אותם הוא גולן, או האם
אינם רוצים לקחתם אשר בכה"ג מותר
לקחתם, וא"כ נהי שהמוצא צריך להחמיר
ולא ליטול כי הוי ספק גזל, אבל בכל זאת
לאחר שנטל אכתי י"ל כהרמב"ם דנעשה
מוחזק.

ג. הר"ן בנדירים.

וע"ע בביאור הגר"א בסי' ר"ס סקכ"ד
שצייץ לדברי הר"ן בנדירים דף ז' שדן
בענין היכא שהספק הוא גם ספק ממון וגם
ספק מצוה האם מכריעים על פי כללי ספק
איסור או על פי ספק חיוב ממון.

וז"ל, ולאו מילתא היא, שבשביל שאינו חושש לפקח על נכסיו לא נאמר שהפקירם עכ"ל. והנה סברת הבית יוסף מובנת בנוגע להציוור של רפת, אבל קשה להבין את סברתו בהציוור של השליך כיסו לרה"ר שהרי בכה"ג הרי הוא ממש מפקירו. ואולי באמת לא נתכוין הב"י לפרש בזה את דעת הרמב"ם שהזכיר גם את הציוור של השליך כיסו, אלא נתכוין הב"י רק להציוור של רפת, דהא באמת הטור לא הזכיר בכלל את הציוור של השליך כיסו. מיהו ע"י בכ"מ על הרמב"ם שהביא את השגת הטור הנ"ל על הרמב"ם, וכתב ש"דעת רבינו" היא שבשביל שאינו חושש על ממונו לא נאמר שהפקירם, הרי שכתב כן לבאר את דעת הרמב"ם, ואילו דבר זה צ"ע דהא הרמב"ם הזכיר גם את הציוור של השליך כיסו לרה"ר.

וע"י בסי' רס"א סעיף ד' שהביא המחבר את דבר הרמב"ם, והביא הרמ"א את השגת הטור וז"ל, וי"א דאבידה מדעת הוי הפקר וכל הקודם זכה עכ"ל. והש"ך בסק"ג הביא את תירוצו של הב"י על השגתו של הטור, ושגם הב"ח כתב שהעיקר הוא כהרמב"ם, וכתב הש"ך וז"ל, ולפענ"ד לא ירדו לסוף דעת הטור, דאין כוונת הטור להשיג בסברא, דמסתמא כיון שאינו מפקח על נכסיו מפקירם (פי' דאם היתה השגתו מצד הסברא אז הי' שייך להתוכח עמו על זה), אלא כוונתו להשיג דאבידה מדעת דאמרינן בש"ס בכל דוכתא פירושו דהוי הפקר (פי' וממילא לא שייך להתוכח על זה), וכמו

שמוכח גבי אשפה שעשוי' לפנות (כצ"ל) דקאמר הש"ס דאבידה מדעת היא (להלן בדף כ"ה ע"ב), והיינו ע"כ דהפקר הוי והוא שלו וכמש"ל סי' ר"ס סעיף י"א*), וה"נ מוכח בש"ס בר"פ אלו מציאות דקאמר הש"ס (כצ"ל) פירות מפוזרין הרי אלו שלו הא לא ידע דנפל מיני', אמר רב עוקבא הכא במכנשתא דבי דרי עסקינן דאבידה מדעת היא [פירש"י דאבידה מדעת היא שלא נפלו ממנו ומדעת הניחום והוי הפקר], אלמא דאבידה מדעת בכל דוכתא פירושו שהוא הפקר, ולהרמב"ם צריך לומר דאבידה מדעת דהכא אין פירושו כמו אבידה מדעת דהתם (פי' דהתם בהציוור של מכנשתא דבי דרי הרי הוא מפקירם משא"כ בשאר דוכתי) והוא דוחק גדול עכ"ל.

והנה גם הב"ח בסי' רע"ג הקשה על הרמב"ם ממכנשתא דבי דרי, ות"י כהש"ך שגם הרמב"ם מודה שיש מקומות שיש אגן סהדי שהוא ממש רוצה להפקירן וכן הוא במכנשתא דבי דרי.

מיהו לכאורה תירוצם של הב"ח והש"ך שבמכנשתא דבי דרי הרי הוא בודאי רוצה להפקיר אינו מובן, כי איך יכול להיות שבמשכנתא דבי דרי יש יותר אגן סהדי ממה שיש בזורק כיסו לרה"ר.

ועוד כתב הב"ח וז"ל, ונראה פשוט דהרמב"ם מצא דרשה זו בדברי תז"ל, והשתא מדאיצטריך אשר תאבד דאין נזקקין להשיב, מכלל דאסור ליטלנה, דאי שרי ליטלנה לא איצטריך קרא דאין נזקקין ליטפל בה להשיבם לבעלי', דהשתא שרי

ס"ק כ"ד דגם שם לדעת הרמב"ם אינו הפקר עיין שם עכ"ל.

* וכתב הקצות החושן שם על זה באמצע דבריו וז"ל, אינו ראי' לפי מה שכתב בסמ"ע סי' ר"ס

ליטלה לעצמו, כל שכן שאין חייב להשיבה, ולפ"ז אין מקום להשגת רבינו (פי' דנהי שסברת הטור משמשת כקושיא על מה שיוצא מהדרשה הנ"ל שמצא הרמב"ם שאסור לקחת, אבל הלא דרשת חז"ל היא, וא"כ נהי שיש קושיא אבל בכל זאת אי אפשר להתוכח על זה), אמנם מה שכתב רבינו דאבידה מדעת הפקר היא קשה, הלא בסי' רמ"ג הביא רבינו לשון הרמב"ם שכתב ומהו הפקר, שיאמר נכסי אלו יהיו הפקר לכל וכו', מכלל דבלא אמר לא הוי לי' הפקר מן הסתם וכו' עכ"ל. מיהו יש לתרץ דבר זה ולומר שכיון שמעשיו מוכיחין, שהרי השאיר את הרפת פתוח, ובמשכנתא דבי דרי ליקט את השאר והניח את אלו, הרי זה כמפקיר ע"י מעשה ולא גרע מדיבור.

ב. דרכו של הגר"א דתלוי בהפקר לפני כמה.

ועי' בביאור הגר"א בסי' רס"א בסק"ט בהליקוט שכתב שטעמו של הרמב"ם הוא משום שלהפקר צריכים מהתורה שיפקיר בפני אדם אחד, ומדרבנן צריכים ג', אבל בינו לבין עצמו לא מהני אפילו מהתורה, וכתב הגר"א שהרמ"א בסי' רס"א שהביא את השיטה שאבידה מדעת הוי שפיר הפקר אתי לשיטתו בסי' רע"ג שם, שמהני הפקר בינו לבין עצמו. והנה הסמ"ע בסי' רע"ג שם כתב שהך יש אומרים שהביא הרמ"א שם שסגי בינו לבין עצמו היינו מדאורייתא, אבל גם הדעה ההיא מודה שמדרבנן לא הוי הפקר אא"כ הפקיר בפני שלשה, וכתב שהנפ"מ בזה שמהתורה הוי הפקר בינו לבין עצמו הרי זה היכא

שהשכיר בהמתו לגוי באמצע השבוע שבבא שבת יפקירנו אפילו בינו לבין עצמו כיון שגם עי"ז הוי הפקר מהתורה וניצל הוא מהעבירה של שביתת בהמתו. מיהו בביאור הגר"א שם סק"ח בהליקוט כתב שהדעה ההיא שהביא הרמ"א בסי' רע"ג סוברת שגם מדרבנן הוי הפקר בינו לבין עצמו, והא דאמרינן שהפקר צריך ג' הרי זה רק לענין להיות פטור ממעשר, והגר"א אתי לשיטתו שכתב שטעמו של הרמ"א כאן בסי' רס"א הוא משום דס"ל כהדעה ההיא. ועכ"פ אם סוברים שטעמו של הרמב"ם הוא משום דס"ל שהפקר בעי לכה"פ בפני אחד א"כ אי אפשר לומר כדברי הב"ח והש"ך שהבאנו בסק"א שיש חילוק בין הנידונים.

ג. ביאורו של הקצה"ח שמכנשתא דבי דרי מהני מדין יאוש, וביאורים במה הוא הציור של מכנשתא דבי דרי.

ועי' בקצות החושן בסי' רס"א שרצה ליישב מכנשתא דבי דרי לפי הרמב"ם שבאמת גם במכנשתא דבי דרי אין הבעלים מפקירים, רק שבכל זאת הרי הוא של המוצא גם לפי אביי, כי הם מתאישים כאשר נודע להם אחרי שהגיע ליד המוצא, ויאוש קונה, ויאוש זה מהני כי כל הטעם למה לא מהני היאוש אחרי שבא ליד המוצא, הרי זה כמו שפירשו תוס' בב"ק דף ס"ו ע"א משום שכבר נתחייב המוצא בהשבה, ויאוש אינו מועיל להפקיע את החיוב של השבה אחרי שכבר חל, ומעתה באבידה מדעת מכיון שאינו מתחייב בהשבה הרי שפיר מהני היאוש של אח"כ.

ושוב כתב ש"יותר נכון" לבאר את הדבר לפי דברי הרמב"ן, דהנה הרמב"ן כתב שהטעם למה לא מהני יאוש אחרי שבא ליד המוצא הרי זה כי כבר נעשה שומר אבידה, ומש"ה חשיב כמו תחת יד הבעלים, ולא מהני יאוש על דבר שהוא תחת ידו, ומעתה הרי כל הטעם למה המוצא נעשה שומר הרי זה כי הוא חייב בהשבה, אבל היכא שאינו חייב בהשבה אינו נעשה שומר, וא"כ כיון שבאבידה מדעת אינו נעשה שומר הרי שפיר מהני היאוש שהבעלים מתיאשים אח"כ.

מיהו לכאורה אין הדבר מובן, דלמה נקט הקצה"ח שמשכנתא דבי דרי הרי הוא ציור שהוא מתיאש רק לאחר שבא ליד המוצא, הלא מכנשתא דבי דרי איירי שהוא יודע מזה עוד לפני שהגיע ליד המוצא, ואם זה לא מיקרי יאוש לפי הרמב"ם א"כ למה יתיאש יותר אחרי שבא ליד המוצא. ונראה שכוונת הקצה"ח היא להעמיד באופן שהוא יודע מראש שמשכנתא ישארו שם פירות בשיעור קב בד' אמות, וכיון שאינו נזהר בזה הרי זה מיקרי אבידה מדעת ואין המוצא מתחייב בהשבה, אבל אין זה נקרא שהפקיר לפי הרמב"ם, רק שאכתי ה' צריך להיות נחשב שנתיאש, רק שיש להוסיף שליאוש בעינן שיהי' חפץ מסוים (אבל כדי להיות נחשב אבידה מדעת לא בעינן חפץ מסוים), ולכן לא חל אז דין יאוש, ואע"פ שאחרי שנפל יש כאן כבר חפץ מסוים, אבל אז הרי לא חשב על זה בכלל, והוי יאוש שלא מדעת, אבל כשנודע לו מזה ומתיאש אז הרי היאוש שפיר יכול להועיל, כי אז יש שפיר חפץ מסוים, ואע"פ שבא ליד המוצא קודם

יאוש אבל לא מיקרי באיסורא אתא לידי' וכמו שביאר הקצה"ח.

גם נראה שצ"ל שהקצה"ח סובר שטעמו של אביי למה ס"ל שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, הרי זה משום דס"ל שלא סגי בזה שהחפץ עומד ליאוש, אלא צריכים יאוש בפועל, ולכן כתב הקצה"ח שהכא מועיל רק בגלל היאוש שהוא מתיאש בפועל אחרי שנודע לו, אבל כל זמן שלא נודע לו אין כאן יאוש, אבל אם טעמו של אביי הוא משום שלא ברירא לן שבאמת יתיאש, א"כ הכא שפיר ברירא לן, שהרי מראש הוא מחליט שלא איכפת לי' במה שיפול וכמו שביארנו, וא"כ יכול להועיל מטעם היאוש בכח שיש לנו אחרי שנשארו שם גם לפני שהרימו המרים.

והנה באמת יש לצייר את הציור של מכנשתא דבי דרי גם באופן אחר לפי קצה"ח, והיינו שלעולם איירי שבשעה שאוסף את התבואה אינו עולה בדעתו כלל שישאר שם קב בד' אמות, אבל אילו הי' מעלה בדעתו הי' שפיר נחשב יאוש אע"פ שאין כאן חפץ מסוים, רק שאינו מעלה כלל בדעתו שיקרה דבר זה וכהנ"ל, אלא דאע"פ שעומד ליאוש לא מהני אבל עומד לאבידה מדעת שפיר מהני לפוטרו מוהשיב, ומאחר שהוא פטור מהשבה, מהני היאוש של אח"כ וכמו שביאר הקצה"ח.

ועכ"פ יש לתמוה על הקצה"ח דאתי עלה מדין יאוש, דהא הקצה"ח יישב בזה רק את הגמ' בע"ב שלא הזכירה שהוא מפקיר, דלפ"ז י"ל באמת כדברי הקצה"ח שבאמת אינו מפקיר, רק שהטעם למה הוא של המוצא הרי זה משום היאוש של

(יא) אביי אמר לא הוי יאוש.

הנה יש שני דרכים איך להבין את סברת אביי. א', שאביי סובר שאינו נקרא עומד ליאוש, כי אע"פ שאין בו סימן אבל בכל זאת אולי לא יתיאש. ב', דס"ל שהן אמת שבודאי יתיאש אבל לא סגי בזה שבודאי יתיאש, ושהדבר עומד ליאוש אלא בעינן יאוש בפועל.

ועי' בקו"ש בח"ב סי' י"ז אות ה' שכתב וז"ל, דאביי ורבא לאו ביאוש לחוד נחלקו אלא בכל התורה כדמוכח שם בסוגיא דמייתי מתרומה והכשר, והיינו דבכל מקום דאינו צריך רצון הבעלים בחיוב, אלא נוחותא דידי' שלא יהא בעל כרחו, בזה ס"ל לרבא דסגי בניחותא בכח, ואביי ס"ל דבעינן שתהא הניחותא בפועל עכ"ל. וזהו כהדרך השני שביארנו.

ומדברי הקו"ש מבואר שמודה אביי שגבי אבידה אין צריכים דעתו בתור דבר חיובי, אלא סגי במצב של נוחותא, דהיינו מצב שאינו מעכב ושאינו בעל כרחו, רק דס"ל שגם היכא שסגי בניחותא אמרינן ששלא מדעת לא מהני.

ונראה לבאר שהנידון הנ"ל אם צריכים דעת חיובית ביאוש או האם סגי בניחותא ושלא יהא בעל כרחו הרי זה תלוי במה הוא יסוד הדין של יאוש, דהנה יש כמה דרכים להבין למה מועיל יאוש.

א', רש"י בגיטין דף ל"ט ע"ב בד"ה נתיאשתי כתב דהוי לשון הפקר, וכן משמע מלשון רש"י להלן בד"ה עם נפילתה נמאסת, וכן בדף כ"ז ע"ב בד"ה תובעין אצטריכא לי'.

ב', שהוא נתינת רשות לזכות.

ג', דכיון שהוא אומר ווי לחסרון כיס

אח"כ, אבל בע"א איתא שאפקורי מפקר להו, ומן התימה שלא הקשה הש"ך משם אלא רק הביא לשון רש"י בע"ב שכתב דמהני משום שהוא מפקיר (וברש"י מבואר באמת דלא כפירושו של הקצה"ח). מיהו אם יאוש מהני מדין הפקר אז אתי שפיר.

ועכ"פ יש לעיין למה כתב הקצה"ח שדרכו השני על פי הרמב"ן הוא "יותר נכון" מדרכו הראשון על פי תוס' בב"ק, הלא אדרבה בדרכו השני יש חידוש שאין חייבים לומר לפי דרכו הראשון, והיינו מה שכתב שהיכא שאינו חייב בהשבה אינו נעשה שומר.

דף כ"א ע"ב**(י) יאוש שלא מדעת.**

פירש"י וז"ל, דבר שסתמו יאוש לכשידע, וכשמצאו עדיין לא ידעו הבעלים שנפל מהן עכ"ל. הנה בפשטות הי' נראה לבאר שכוונת המלים "יאוש שלא מדעת" היא לאימרה אחת, דהיינו שיש כאן יאוש שאינו מדעת, כלומר שיש כאן יאוש בכח אבל לא בפועל.

מיהו מדברי רש"י יש להבין שהוא מפרש שהכוונה היא לשתי אימרות, ואחרי המלה יאוש בא פסיק, והכוונה היא כך, יאוש, כלומר דבר שאם הי' יודע הי' מיאש, שלא מדעת, כלומר אבל עכשיו אינו יודע אשר לכן לעת עתה אין כאן יאוש.

מיהו לפ"ז הי' צ"ל יאוש ולא מדעת, ולא יאוש שלא מדעת, כי הם שתי אימרות, ושני דברים נפרדים, וצ"ע.

הרי זה קובע שהוא אבוד ממנו, והתורה מתירה כל היכא שהוא אבוד ממנו.

ד', גם בלי לומר דחשיב אבוד ממנו, התורה מתירה לקחת בגלל עצם העובדא שהוא עצמו מרגיש מיואש מלמוצאו. ומעתה אם נאמר דהוי בגדר לשון הפקר או בגדר נתינת רשות, א"כ יוצא שבאמת הוא עצמו פועל את ההפקר או את הנתינת רשות, וא"כ בודאי צריכים דעת חיובית, ולא רק שאינו מתנגד שיהי' הפקר ושתהי' רשות, אבל לפי הדרכים שהתורה מתירה אחרי שנקבע שהוא אבוד ממנו, או אחרי שהוא מרגיש מיואש מלמוצאו, א"כ לפ"ז י"ל דסגי בזה שאינו מעכב, כי לפי הצדדים ההם אין צריכים שדעתו תפעול דבר חיובי.

מיהו יש להעיר על הקו"ש, דהנה להלן באות י"ג סק"א נביא את מה שהראה הנחלת דוד מדברי הריטב"א בדף כ"ב ע"א שזוטו של ים מהני מדין יאוש, וכן מבואר ברש"י בב"ק דף ס"ו ע"א כמו שנביא להלן, ולפ"ז יוצא שמה שאמרה הגמ' שמודה אביי בזוטו של ים הכוונה היא שהוא מודה שהתם שפיר מועיל יאוש שלא מדעת. ומעתה בשלמא לפי הדרך שסברת אביי היא שאינו ברור שיתיאש א"כ הטעם של הדין הנ"ל מובן היטב, כי בזוטו של ים התירה התורה משום שהתם שפיר ברור שיתיאש, וצריכים את הפסוק להשמיענו שהיכא שעומד באמת ליאוש כמו בזוטו של ים, סגי בכך, ולא צריכים את היאוש בפועל, אבל אם נאמר שגם אביי מודה דמיקרי עומד ליאוש, רק שטעמו של אביי הוא דס"ל שלא סגי בעומד ליאוש, א"כ

למה מהני בזוטו של ים, והרי גם שם הוי מדין יאוש לפי הריטב"א.

ברם ראיתי בספר קהלות יעקב בסי' כ"ו קרוב לסופו שכתב שגם הריטב"א יכול להודות להצד שטעמו של אביי הוא משום דס"ל שעומד ליאוש לא מהני (והוכיח שם מהגמ' להלן בתרומה כהצד הזה וכמו שנבאר שם), ובכל זאת אתי שפיר למה מהני זוטו של ים, והיינו משום ש"ל שבהציוור של אביי רק כששמענו שנתיאש בסוף, רק אז מתגלה שהי' עומד ליאוש, ושהי' מתיאש גם אם הי' שומע לפני כן, אבל כל הזמן שלא שמענו שנתיאש לא ידענו אם הוא עומד ליאוש או לא, ורק לאחר ששמענוהו מתיאש הרי מעתה חזינן שהי' עומד ליאוש כל הזמן, וא"כ אביי סובר שעומד ליאוש כזה לא מהני, אבל בזוטו של ים הרי כבר ברור לנו מתחילה שיתיאש, וכבר כשהרימו את האבידה הדבר מבורר שהמצב הוא מצב של עומד ליאוש, וא"כ י"ל שמדריגה זו של עומד ליאוש מהני גם לפי אביי.

ושוב כתב שלכאורה אכתי יש לתמוה, דהא בכל הסוגיא מבואר שאביי סובר שגם המשנה איירי בציוורים שהדבר ברור שלאחר שנודע לו הרי הוא שפיר יתיאש, דהא אמרינן שלכן במעות ופירות וכל השאר מודה אביי, כי בודאי כבר נודע לו ובודאי כבר נתיאש, ואעפ"כ חזינן שלא סגי בעומד ליאוש אלא צריכים שידע ויתיאש.

וכדי ליישב דבר זה כתב שאה"נ בנוגע להדברים שנזכרים בהמשנה הרי זה נקרא שידוע מראש שאם יתודע הרי הוא

יתיאש, ולכן היכא שאפשר לתלות שכבר ירדע לו הרי אנו נוקטים שכבר נתיאש, אבל אעפ"כ היכא שעוד לא נודע לו, רק שאנו רוצים לומר דמהני משום שנקרא עומד ל'יאוש', א"כ בזה צריכים ודאות יותר גדולה שיתיאש לכשיודע לו, ובכה"ג צריכים את המדריגה של ודאות שיש בזוטו של ים, דהתם יש עוד יותר ודאות שכשיודע לו יתיאש.

מיהו לכאורה דרכו דחוקה טובא, כי למה נאמר שכדי שיועיל מדין עומד ל'יאוש' צריכים ודאות יותר גדולה ממה שצריכים להתיר היכא שידעינן שכבר נודע לו רק שדנים אם נתיאש או לא.

וביותר נראה לומר דרך חדש בזה, דהנה כבר הבאנו שרש"י בב"ק סובר שזוטו של ים מהני משום יאוש, ועי' בשט"מ שם בשם התוס' הרא"ש שהקשה דהא זוטו של ים מהני אפילו בעומד וצווח שאינו מתיאש, מיהו י"ל דהיינו משום שבטלה דעתו אצל כל אדם, וכ"כ בחידושי הר"ן כאן. מיהו יש גם להסביר בדרך אחרת, והיינו כהצד שכתבנו לעיל שיסוד הדין של יאוש הוא שהתורה התירה כי נחשב אבוד ממנו כיון שנתיאש מלמוצאו, ומה שהוא אומר ווי לחסרון הרי זה מהני כי מעתה הרי זה נחשב אבוד ממנו כי כבר אינו עושה פעולות לקבלו בחזרה, ומעתה יוצא שגם זוטו של ים מועיל מדין יאוש, כי בזוטו של ים גם בלא שיגיד ווי לחסרון כיס הרי זה אבוד ממנו כי אינו יכול לחפשו ולקבלו אפילו אם ישתדל, וזהו הכוונה של אלו שסוברים שזוטו של ים מועיל מדין יאוש, ולפ"ז מובן למה עומד וצווח לא מהני והיינו משום שסו"ס הרי

זה אבוד ממנו וזהו הטעם של יאוש, ומש"ה מובן גם לפי אביי למה מועיל והיינו משום שיש כאן כבר עכשיו יסוד הדבר שיש בכל יאוש.

ועי' עוד להלן באות י"ג שנכתוב עוד בענין אם ההיתר של זוטו של ים הוא משום יאוש, וכן עוד ביאורים באיך זה מהני משום יאוש. וכן עי' עוד באות כ"ח סק"א (קטע "מיהו לק"מ" וקטע "עוד קשה") בענין אם מהני עומד וצווח בזוטו של ים.

שו"ר בכתבי בני הרב אהרן נ"י שדן בהצדדים הנ"ל בענין המהות של יאוש, והעיר שלפי הצד שפעולת היאוש היא לגרום שחשיב אבוד מהבעלים ואז התורה היא שמתירה א"כ גם יאוש בטעות יועיל כיון שעכ"פ הרי האבידה אבודה מהבעלים, וכן יאוש על חצי חפץ לא יועיל כי בגלל החצי השני אכתי אינו אבוד (עי' בזה בקושיית הגרי"ז על הגמ' בב"ק דף י"ז ע"ב של זרק כלי מראש הגג וכו' ובספר משפט האבידה שהביא את כל הענין), וכן מובנת שיטת הר"ש משאנ"ץ (בשט"מ בדף כ"ו ע"ב בד"ה וזה לשון תוס' שאנ"ץ) שיאושו של שותף אחד אינו מועיל אפילו על חלקו, דלפי הנ"ל אתי שפיר כי בגלל השותף השני אינו אבוד. וכן יש להסביר עי"ז את דברי הקצה"ח בסי' רנ"ט בדעת הרמב"ן שאם הלך לאיבוד מהמוצא א"כ כדי שיאוש יועיל צריכים שגם המוצא אבידה יתיאש, דיש אומרים דהיינו משום שאם השומר אבידה אינו מתיאש אינו נקרא אבוד מהבעלים.

ולפי כל הצדדים שהזכרנו הדין נותן שאין גבי יאוש חסרון של כלתה, חוץ

מלפי הצד הראשון שהוא ממש לשון הפקר. ועי' בנתיחה"מ בסי' ר"ס סקי"ג שהוכיח מתוס' שאין חסרון של כלתה, אבל מהקצה"ח בסי' רנ"ט סק"א מוכח שהוא סובר ששפיר יש חסרון של כלתה שהרי כתב שלפי הרמב"ן רק יאוש כשהאבידה היא ברשות השומר אבידה לא מהני אבל אם היא מונחת בחצירו של הבעלים ואין הבעלים מכירים את מקומו יאוש שפיר מועיל, אבל התנה שהינו דוקא כשהיא מונחת באופן שאין חצירו קונה לו כי אם חצירו קונה לו הרי אחר יאוש החצר חוזרת וקונה אותה, ולכאורה צ"ע דמה לי בזה שחצירו חוזרת וקונה אבל הרי יאוש פועל שוב, וצ"ל שיאוש יכול להועיל רק בשעתו אבל אינו מועיל לאחר זמן משום שכבר כלתה.

וע"ע להלן באות כ"ב (קטע "ועכ"פ אם נאמר") בענין כלתה ביאוש.

יב) רבא אמר הוי יאוש.

הנה יש כמה דרכים איך להבין סברת רבא:

א, שלאחר שמתיאש חל היאוש למפרע וחשיב שיש לנו גם מעיקרא יאוש ממש. ולפ"ז אם לבסוף שמע ולא נתיאש, וכן אם מת בלי להתיאש, גם רבא יודה לאביי כי לא הגיע למצב של יאוש.

ב, דלא אמרינן שלאחר שנתיאש חל למפרע שהי' כאן כל הזמן יאוש ממש, אלא אמרינן שמעתה חל למפרע שהי' עומד ליאוש, וסגי לפי רבא בעומד ליאוש. וגם לפ"ז יוצא שאם אמר לבסוף שאינו

מתיאש, וכן אם מת בלי להתיאש, גם רבא יודה לאביי.

ג, שגם מעיקרא מיקרי שכבר עומד ליאוש כי מן הסתם סופו ליאוש, רק שאם לבסוף כששמע לא נתיאש או מת ולא נתיאש א"כ מעתה איגלאי שבאמת לא הי' עומד ליאוש, כי לבסוף נתגלה שלא הגיע להשלב של יאוש, ואנחנו נוקטים עכשיו שכל הסיבה למה מיקרי עומד ליאוש הרי זה כי מן הסתם יגיע להשלב של יאוש.

ד, כהנ"ל שהטעם של רבא הוא כי כבר עכשיו הרי זה נחשב עומד ליאוש, אבל הטעם למה מיקרי עומד ליאוש אינו משום שאנו נוקטים שלבסוף יבוא שלב של יאוש ממש, אלא הטעם הוא משום שאנו נוקטים שאילו הי' יודע עכשיו הי' בודאי מתיאש. ולפ"ז אם לבסוף שמע ואמר שאינו מתיאש א"כ מעתה איגלאי שאם הי' יודע קודם לא הי' מתיאש ולא הוי יאוש, אבל מאידך גיסא אם מת בלי לשמוע אכתי יסבור רבא דהוי יאוש כי אנו נוקטים שאם הי' יודע הי' שפיר מתיאש.

ה, מה שמבואר בריטב"א בהחידושים החדשים בד"ה אביי אמר, וכן כתב המהר"ן חיות, שלפי רבא אפילו אם יגיד אחר כך שאינו מתיאש לא יועיל כי ס"ל שדבר שאין בו סימן הוא כזוטו של ים. והנה בהגמ' איתא שבדבר שיש בו סימן מודה רבא לאביי אפילו אם לבסוף נתיאש, ואיתא בגמ' "ואע"ג דשמעינני דמיאש", ולא קאמרה הגמ' בלשון של "דאע"ג דשמעינני דמיאש", דאילו הי' כתוב "דאע"ג הי' משמע שזהו הציור היחידי של הדין של רבא (בדבר שאין בו סימן), דהיינו היכא ששמענו לבסוף שהוא

מתיאש, ואם לא שמענו א"כ גם רבא מודה, אבל לפי מאי דגרסינן "ואע"ג" משמע שזהו חידוש נוסף, והיינו דהיכא שיש בו סימן לא מיבעיא שמודה רבא אם לא שמעו לבסוף שהוא מתיאש, אשר בכה"ג סובר רבא בדבר שאין בו סימן שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, אלא אפילו אם שמעו לבסוף שמתיאש בכל זאת סובר רבא דהיכא שיש בו סימן לא הוי יאוש.

ועי' בשט"מ בד"ה ע"ב וכו' בשם הראב"ד שכתב וז"ל, הך פלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת קשיא לי דשייכא לי' ברירה ואין ברירה ולפליגי בעלמא, אלא שיש למבין להפליגו מענין ברירה עכ"ל, כלומר שהמבין יכול לחלק בין הכא לבין המחלוקת בברירה. ונראה שלפי קושייתו שתלוי באמת בברירה א"כ ביאור דברי רבא הוא שאחרי שהוא מתיאש הוברר הדבר למפרע שהי' כאן יאוש מעיקרא, א"נ הוברר הדבר שהי' עומד ליאוש, ולפ"ז בודאי צריכים שלבסוף יתיאש. ומה שכתב שיש לחלק בין ברירה להכא נראה שכוונתו היא לומר שאפילו המ"ד שסובר שם שיש ברירה הרי זה כי כבר תלה את הדבר בתחילה, וכגון היכא שאומר איזו שתצא מהפתח תחילה, אבל הכא לא הי' שום קביעה בתחילה, ומש"ה לא שייך לומר שהוברר הדבר למפרע שהי' כאן יאוש בתחילה, וכן אפילו המ"ד שסובר שם שאין ברירה הרי זה כי התם מנסים לומר שהוברר שהדבר הי' כאן במילואו גם קודם, וזה לא אמרינן להך מ"ד, אבל הכא י"ל שסגי בזה שהי' עומד ליאוש.

והנה יש לעיין לפי הארבעה דרכים הראשונים מה יהי' לפי רבא בינתיים עד

ששמע ונתיאש, האם מותר להמוצא להשתמש בו או האם גם לפי רבא אסור שמא לכשישמע לא יתיאש (אבל לפי הריטב"א הרי אפילו אם יאמר שאינו מתיאש לא נשים לב לזה). ונראה שאפילו אם נאמר שגם רבא מודה שאינו צריך לחשוש שמא לכשישמע לא יתיאש, אבל הרי זה רק לפי דרכים ג' וד' שכבר עכשיו הרי זה נקרא שהדבר עומד ליאוש, דלפ"ז יוצא שיש לנו כבר עכשיו הדבר שמתיר, אבל לפי דרכים א' וב' שרק אח"כ צריך לחול למפרע היאוש או שהי' עומד ליאוש א"כ לעת עתה אין לנו כאן הדבר שמתיר, וא"כ י"ל שבכגון זה אינו רשאי להשתמש בו עדיין.

והנה להלן פרכינן על אביי מהא שאם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה ואם לאו אין תרומתו תרומה ואילו לפי אביי אפילו אם נמצאו יפות מהן מאי הוי הלא בשעה שהשליח תרם הרי זה עוד לפני הניחותא שלו. ומבואר מהגמ' שם שלפי רבא ניחא, והרי מבואר שם שאם לא נמצאו יפות מהן ושמה שאמר לו כלך אצל יפות היתה בגדר מחאה, לא אמרינן דהוי יאוש. וזהו דלא כהריטב"א שלפי רבא עומד וצווח לא מהני.

והנה רעק"א בדבריו על תד"ה כריכות וכו' דן מה יהי' בציור של ידיעה לחצאין, האם גם בכה"ג סובר רבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, פי' בציור שהוא עומד להודיע חלק ממה שקרה להחפץ ולא יותר, וידיעת אותו חלק תגרום לו להתיאש, אבל אילו הי' יודע את כל הפרטים בנוגע למה שקרה עם החפץ, אז לא הי' מתיאש, אבל אינו עומד לדעת אותם פרטים וממילא הרי

זה עומד ליאוש, וכגון היכא שנפל ואינו יודע איפוא נפל דכשיוודע לו שנפל יתיאש משום שהוא חושש שמא נפל ברה"ר, אבל באמת נפל לרה"י, ואילו הי' יודע דבר זה לא הי' מתיאש, אבל אין סופו לדעת דבר זה, האם גם בכה"ג סובר רבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, וז"ל רעק"א דאף אם יודע דנפל ולא ידע להיכן נפל ומייתאש דשמא נפלו לרה"ר, מ"מ אנן חיישינן דשמא לא ידע דנפל, ואנו באים לדון היאוש מכח דאילו ידע דנפל, ובזה כיון דבאמת דברה"י אלו הי' ידוע לו כל ענין הנפילה שנפל ברה"י לא הי' מתיאש, מכח אלו ידע שנפל ולא ידע ברה"י נפל אז מתיאשו, א"כ ס"ל דאין אנו דנין ידיעה לחצאין כיון דהשתא לא ידע כלל דנפל, וגם אלו ידע האמת שנפל וגם ידע דנפל ברה"י לא הי' מתיאשו, בכה"ג לא הוה יאוש ועי' עכ"ל.

ונראה דזה תלוי בהצדדים הנ"ל בביאור שיטת רבא, דאם טעמו של רבא הוא משום שלבסוף נתיאש, וכאחד משלשה הביאורים הראשונים שכתבנו בזה, א"כ גם בכה"ג הרי זה עומד ליאוש וגם נתיאש לבסוף, אבל אם רבא קאמר גם היכא שלא נתיאש לבסוף, כי טעמו הוא שכיון שאם הי' יודע הי' מתיאש הרי זה נחשב שיש לנו כאן יאוש, וכהדרך הרביעי שכתבנו, א"כ י"ל שזה גם גורם חומרא דהיינו שבציור שאילו הי' יודע את הכל לא הי' מתיאש אין זה נחשב יאוש.

והנה עיין להלן בדף כ"ו ע"ב דאמרינן שאם ראה סלע שנפל משנים חייב להחזיר, מ"ט ההוא דנפל מיני' לא מתיאש, מימר אמר מכדי איניש אחרינא לא הוה בהדאי אלא האי, נקיטנא לי' ואמינא לי'

אנת הוא דשקלת'י, ופירש"י וז"ל, נקיטנא לי' ומשבענא לי' שבועת היסת, ולא נתיאש מיד כשמשמש ולא מצא, ונמצא שבא ליד זה לפני יאוש, והלכה כאביי עכ"ל. ותוס' שם בד"ה נפל וכו' כתבו וז"ל, שנפל משנים חייב להחזיר, אפילו אין בו סימן דאינו מתיאש לעולם, ומיירי ששניהם בקשוה יחד קודם שבא זה ומצאה, ולכך סבור ודאי שחבירו לקחה כשבקשה עמו ואינו מתיאש לעולם, שמחשב יחזירנה לי' כשאביינו ברבים ואוכיח לו שמצאו, ולכך נמי אמרינן בסמוך אימור שותפי ניהו כיון שראינום מחפשינן יחד, ומה שפירש"י מטעם יאוש שלא מדעת אין נראה דהא רבא סבר דהוי יאוש עכ"ל. והנה חזינן שתוס' מפרשים דאיירי שם באופן שלא נודע לו לבסוף שהחפץ נאבד באמת ולא נגנב ע"י חבירו, וסוברים תוס' שבכה"ג לפי רבא לא הוי יאוש, וא"כ חזינן שתוס' סוברים שלפי רבא בעינן שידע ויתיאש לבסוף, ולא סגי בזה שאם הי' יודע הי' מתיאש, דהא אם נאמר שגם היכא שלא נודע לו לבסוף הוי יאוש לפי רבא כי אילו הי' יודע הי' מתיאש א"כ גם התם נהי שהוא חושב שהוא גזול אבל אילו הי' יודע שהוא אבוד באמת ממנו הי' מתיאש וא"כ הדין נותן שגם התם נימא הוי יאוש לפי רבא.

שוב ראיתי מובא בשם הרב מפונוביז זצ"ל שהוכיח כהנ"ל מתוס' הנ"ל בדף כ"ו אלא שהקשה על זה מהא דאמרינן בדף כ"א ע"ב שהציור של "קציעות בדרך" הוא ציור של יאוש שלא מדעת ולפי רבא ניחא למה הוי יאוש, ואילו לפי הנ"ל צ"ע דהא גם שם אין סופו של הבעל הבית לדעת

אודות הקציעות שנפלו. וכתב לחלק שרק בהציור בדף כ"ו צריכים שידע לבסוף ויתיאש כי התם הרי זה גם ציור שסופו להתיאש בגלל ידיעה לחצאין כי כשיוודע לו שנפל ממנו ושלא נגנב ע"י חבירו הרי הוא יתיאש, אבל אילו הי' יודע שהמוצא ראה ממני נפל אז לא הי' מתיאש, אלא שאין סופו לדעת דבר זה, ומש"ה בכה"ג צריכים בדוקא שיתיאש לבסוף ע"י הידיעה לחצאין, אבל היכא שגם כשיוודע לו הכל הרי הוא עומד להתיאש אז לא בעינן שיתיאש לבסוף. ועי' להלן בשם האמרי ברוך.

יג) בזוטו של ים וכו' רחמנא שריא.

א. רש"י, תוס', ריטב"א, ונחלת דוד.

הנה כבר ביארנו באות י"א שיש לפרש את לשון הגמ' של "רחמנא שריא" שהכוונה היא שמותר מגזירת הכתוב ולא הוי מטעם יאוש. מיהו לפ"ז צ"ע מה זה שייך להמחלוקת אביי ורבא, ומה שייך לומר שמודה אביי, הלא אינו מועיל בכלל מדין יאוש וגם לפי רבא אינו מדין יאוש. ואולי יש לדחוק שלפי רבא הוי באמת משום שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, ומהתם יליף רבא דינו, ועל זה קאמר הש"ס שגם אביי מודה להדין ההוא רק שאביי סובר שאינו מטעם יאוש שלא מדעת אלא מטעם שרחמנא שריא, ושפיר שייך לומר על זה שאביי שסובר שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הרי הוא מודה בזוטו של ים, ושפיר שייך דבר זה למחלוקתו עם רבא, כי הכוונה היא שהוא

מודה להדין ההוא אע"פ שלפי רבא הוי מטעם יאוש שלא מדעת. ועוד ביארנו שם שיש גם לפרש שרחמנא שריא כי בכה"ג חידשה התורה שיאוש שלא מדעת הוי שפיר יאוש, ולעולם גם לפי אביי מהני משום יאוש שלא מדעת.

והנחלת דוד בד"ה שוב וכו' דן שזוטו של ים מהני מדין יאוש, וכתב לבאר את לשון הגמ' בזה"ל, והא דאמר רחמנא שריא הכי קאמר, כיון דרחמנא שריא בהדיא, והתורה ודאי דאיירי בכל גווני אפילו קודם שידע, וזה פשוט עכ"ל. ועי' גם בריטב"א להלן בדף כ"ב ע"א בד"ה אייתי אריסי דמבואר מדבריו שזוטו של ים מהני מדין יאוש, והנחלת דוד בתוך יתר דבריו הנ"ל הביא את דברי הריטב"א.

והנה רש"י בב"ק דף ס"ו ע"א בד"ה מוצא וכו' כתב שילפינן שמהני יאוש מזוטו של ים, וכן הביאו תוס' להלן בדף כ"ז ע"א בד"ה מה שמלה וכו' מהירושלמי. ולפ"ז חזינן דמהני באמת מדין יאוש. ובשט"מ בב"ק שם הובא שהתוס' הרא"ש הקשה על רש"י דהא בזוטו של ים מותר לו לקחת אפילו אם המאבד עומד וצווח וא"כ חזינן דהוי היתר מצד התורה ולא משום יאוש. ועיין בריטב"א בהחידושים החדשים כאן שהוכיח מזה באמת שאינו מדין יאוש, אבל על רש"י קשה. מיהו בדעת רש"י י"ל דאמרינן שבטלה דעתו אצל כל אדם, וכ"כ בחידושי הר"ן כאן. וע"ע לעיל באות י"א בקטע "ברם ראיתי" ולהלן שם שהבאנו את דברי הקהלות יעקב בביאור הך צד שזוטו של ים מהני מדין יאוש.

צ"ע למה הביא רש"י בב"ק את הדרשה של שטפה נהר ולא את הילפותא משמלה, וצ"ע.

גם צ"ע קצת על הא דלא הביאו תוס' בדף כ"ז כאן את דברי רש"י על המשנה בדף כ"ז שם, דאם גם כאן הבינו שכוונתו היא להפקר א"כ היו צריכים להביא את דבריו ולדחותם, ואם הבינו שכוונתו היא ליאוש וכמו שגם הם מפרשים א"כ הי' להם להסתמך על דבריו ולהזכירם.

ב. דברי עוד ראשונים בענין אם ההיתר של זוטו של ים הוא משום יאוש.

ע"י גם בחידושי הר"ן כאן שכתב שזוטו של ים מותר מדין יאוש וז"ל, זוטו של ים וכו' אע"ג דאית בי' סימן רחמנא שריי', פי' ואע"ג דאמר לא מייאשנא, לאו כל כמיני', ואפילו מרדף אחרי', דבטלה דעת', שהרי אבודה ממנו ומכל אדם, וכן דעת הרשב"א עכ"ל.

וכן כתב בחידושי הר"ן על גיטין דף ל"ז ע"ב בד"ה במאי עסקינן וכו' וז"ל, כדאמרינן גבי זוטו של ים ושלילותו של נהר דאע"ג דאמר דלא מיאש הוי יאוש עכ"ל.

וכן מבואר להדיא ברמב"ם בפ"א מהל' גניבה ואבידה ה"י שכתב וז"ל, המוצא אבידה בזוטו של ים וכו' יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש עכ"ל.

מיהו מאידך מבואר בעוד ראשונים דלא הוי מטעם יאוש, דעי' בריטב"א כאן בהחידושים החדשים שכתב וז"ל, בזוטו של ים וכו' פי' ואפילו ידע לאלתר ולא נתיאש כלל, דרחמנא אפקרי' כיון דאבודה

והנה להלן בדף כ"ז ע"א תנן מה שמלה מיוחדת שיש בה סימנין ויש לה תובעין, אף כל וכו' ופירש"י וז"ל, סתם שמלה יש בה סימן, וכל שמלה יש לה בעלים תובעין אותה שלא נעשית אלא בידי אדם ולא באת מן ההפקר. אף כל שיש לו תובעין, למעוטי מידי דידעינן בי' דמייאש עכ"ל. ותוס' בב"ק שם בד"ה מוצא וכו' הביאו שרש"י בדבריו על המשנה הנ"ל בדף כ"ז כאן לומד ש"שמלה" באה לאפוקי הפקר, והקשו דפשיטא דליכא בהפקר חיוב השבה דהא למי ישיב.

מיהו נהי שרש"י הזכיר הפקר אבל הרי להדיא כתב דאתי לאפוקי היכא שהוא מתיאש וכדברי תוס' עצמם, והא דהזכיר הפקר י"ל דהיינו משום שהוא סובר שיאוש הוא מטעם הפקר וכמו שמבואר בדבריו בריש פירקין, ובגיטין דף ל"ט ע"ב בד"ה נתיאשתי וכו', ולהלן בב"מ כאן בד"ה עם נפילתה נמאסת, ובדף כ"ז ע"ב בד"ה תובעין איצטריכא לי'. מיהו גם על זה קשה דסוף סוף כיון דהוי הפקר פשיטא שאין כאן חיוב דהא למי ישיב.

גם י"ל שכוונתו בהזכירו הפקר היא רק לומר שתחילת עשייתה וביאתה לעולם הוא ע"י בני אדם ולא מן ההפקר ולכן יש בה סימנים וכן בעלים שמכירים את הסימנים ותובעים אותה ולא מתיאשים, ולאפוקי היכא שנתיאש דמותרת.

מיהו לפ"ז יוצא שרש"י סותר את עצמו שהרי בב"ק כתב דילפינן יאוש משטפה נהר. ברם יש ליישב דס"ל לרש"י שמאחר דילפינן דין יאוש משמלה א"כ תו מסתבר לומר שכוונת הדרשה ששטפה נהר מותר הרי היא ג"כ מטעם יאוש, אלא שאכתי

ממנו ומכל אדם, ואע"ג דאמר לא מייאשנא ומרדף אחריי, הרי זה כמרדף אחר ספינתו שטבעה בים עכ"ל.

וגם הרשב"א כאן בד"ה זוטו של ים, וכן להלן בדף כ"ד ע"א בד"ה מפני שהבעלים מתיאשים, כתב הך לשון של רחמנא אפקריי עכ"ל.

ועי' ברא"ש בדף כ"ד ע"א בסי' ו' שכתב שהלשון של מפני שהבעלים מתיאשים דאמר ר"ש בן אלעזר שם לא קאי על זוטו של ים כי בזוטו של ים הרי זה מותר אפילו אם הוא עומד וצווח. ולכאורה מוכח דס"ל שאינו מטעם יאוש אלא משום שרחמנא אפקריי, כי אם הוי מטעם יאוש ובעומד וצווח הרי זה מותר משום שבתלה דעתו אצל כל אדם כמש"כ בחי' הר"ן כאן א"כ אתי שפיר לשון זה גם על זוטו של ים כי י"ל שהכוונה בבטלה דעתו אצל כל אדם היא שבמעמקי נפשו הרי הוא שפיר מתיאש, ולפי ביאור זה בבטלה דעתו אצל כל אדם מובנת היטב לשון הרמב"ם שכתב "שזה ודאי נתיאש", כלומר שאפילו אם הוא עומד וצווח שאינו מיאש בכל זאת יש כאן יאוש (ועכ"פ הרשב"א שם כתב שאע"פ שרחמנא אפקריי אבל בכל זאת שייך לומר מפני שהבעלים מתיאשים כי הטעם למה התורה הפקירה הרי זה כי על פי רוב הבעלים מעצמם מתיאשים.

ג. עוד ביאורים בענין איך מהני זוטו של ים מדין יאוש.

והנה האמרי משה כתב דרך אחרת בענין למה מהני זוטו של ים מדין יאוש לפי אב"י, והיינו שלעולם גם בזוטו של ים

אמרינן שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, רק שכוונת הגמ' היא שגם אב"י מודה שתהי' האבידה מותרת לאחר שנודע לו, ואפילו אם נודע לו ונתיאש לאחר שבאה כבר ליד המוצא, ואע"פ שלא מהני יאוש לאחר שבאה ליד המוצא משום שבאיסורא אתא לידיי, אבל הרי כבר כתבו תוס' בב"ק דף ס"ו שהטעם למה לא מהני יאוש לאחר שכבר באה האבידה ליד המוצא הרי זה כי יאוש אינו יכול להפקיע את החיוב השבה שכבר חל, אבל בזוטו של ים חידש האמרי משה שאין חיוב השבה גם בלי העובדא שיש כאן יאוש, ומש"ה גם לפי אב"י יוכל לזכות בו לאחר היאוש, ונהי שאכתי נשאר נפ"מ בין אב"י ורבא מה דינו של זוטו של ים לפני שנתיאש, דלרבא הרי היא כבר מותרת או כיון שיאוש שלא מדעת הוי יאוש ואילו לפי אב"י הרי היא אסורה, אבל הגמ' לא נחתה לנפ"מ זו כי הוא נוגע רק קודם שנתיאש.

יג*) בענין הא דלא מהני יאוש לאחר שבאיסורא אתא לידיי.

הנה בגמ' כאן איתא שבאבידה לא מהני יאוש לאחר שבאה ליד המוצא כי באיסורא אתא לידיי, וכבר הבאנו בהאות הקודמת שתוס' בב"ק דף ס"ו ע"א ביארו שהכוונה בזה היא להעובדא שכבר נתחייב המוצא במצות השבה, דיאוש אינו יכול להפקיע את המצוה של השבה.

א. דברי הרמב"ן, והקצה"ח בסי' רנ"ט.

והנה לכאורה הי' אפשר לפרש שמיקרי באיסורא אתא לידיי משום שנטלה על מנת

לגזולה ולא להשיבה. מיהו הא ליתא, כי לשון זה קאי גם על היכא שנטלה כדי להשיבה, ואדרבה מהרמב"ן להלן בדרך כ"ו מבואר שאם נטלה על מנת לגזולה, יאוש שפיר יועיל אח"כ, ורק היכא שנטלה על מנת להשיבה לא מהני מה שנתיאשו הבעלים אח"כ כי כשהבעלים מתיאשים הרי האבידה חשיבא תחת ידם, כי המוצא נעשה שומר אבידה, ולא מהני יאוש כשהאבידה היא ברשות המיאש ותחת ידו. ועי' בקצה"ח בסי' רנ"ט סק"א שנתקשה בהך לשון של באיסורא אתא ליד'י, והביא שגם השט"מ כאן בשם הריטב"א נתעורר על לשון זה ושכתב כעין דברי תוס' בב"ק שהבאנו, וז"ל הקצה"ח, ולדבריו (הרמב"ן) צריך לפרש הא דאמרינן ריש פרק אלו מציאות גבי יאוש שלא מדעת, אע"ג דשמעינן דמייאש אח"כ באיסורא אתי ליד'י, דאין הטעם משום דבאיסורא אתי ליד'י, כיון דבאיסורא לא הוי אלא בגזילה ממש דגזול בידים, אבל אבידה לעולם חשיב בהתירא אתי ליד'י, אלא הטעם משום דבאיסורא אתא ליד'י היינו קודם יאוש, וכבר נתחייב בהשבה, ותו לא מהני יאוש, דשומר שכר שלו הוא וידו כיד הבעלים, וכן מבואר להדיא בשיטה מקובצת שם ריש פרק אלו מציאות (ד"ה רבא) בשם הריטב"א וז"ל, אע"ג דמייאש לבסוף לא מהני, ואפילו למ"ד בעלמא יאוש כדי קני שאני הכא שלא נטלה בתורת גזל, וכיון שבשעת נטילה לא זכה בה, ידו כיד הבעלים, וכנפקד שלהם, שאין יאוש מועיל בו, והיינו דאמרינן לעיל דכי אתי ליד'י באיסורא אתי ליד'י, ולא באיסורא ממש, שהרי לא נתכוין לגזול, וחייב הוא

ליטלו כיון שיש בו סימן, אלא בשעת איסור דאמרינן, כלומר דכי אתי ליד'י ברשות בעלים קיימא, וכנוטל מידם, וזה ברור עכ"ל (כלומר שנטלו בשעה שיש איסור ליטלו שלא על מנת להשיבה).

ולהלן שם הוסיף הקצה"ח לבאר שאם ה' נוטלה אחרי שכבר נתיאשו הבעלים, א"כ אז אע"פ שנטלה על מנת להשיבה ולא על מנת לגזולה, ולא היתה לו דעת לקנות, אבל מ"מ נהי שאינו קונה עכשיו כיון שאינו יודע שהבעלים נתיאשו ואינו מתכוין לקנות, אבל אח"כ כשנודע לו על היאוש שפיר יוכל לקנות, כי לא נעשה שומר אבידה כיון שנטלה אחר יאוש. והא דלא חשיב מגבי' מציאה לחבירו כיון שהגב'י על מנת לשרת בזה את הבעלים, הרי זה כי לא הגב'י על מנת לזכות בשביל הבעלים, שהרי לא ידע שהבעלים נתיאשו, אלא הגב'י על מנת להשיב להם, ומש"ה לא חשיב מגבי' מציאה לחבירו עכ"ד הקצה"ח.

והנתייה"מ שם הקשה עליו וז"ל, דסוף סוף הגב'י בשביל הבעלים, ומיד קנאו הבעלים בהגבהה שלו עכ"ל. והנתייה"מ עצמו תי' דאיירי שכבר בשעת ההגבהה נתכוין שאם יתגלה שהבעלים כבר נתיאשו הרי הוא רוצה שההגבהה תועיל בשבילו.

ב. הקושי בדבר שאין בו סימן.

והנה בגמ' אמרינן שמה שאביי אמר יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הרי זה איירי באבידה שאין בה סימן. ולכאורה צ"ע למה בדבר שאין בו סימן לא מהני היאוש שהבעלים מתיאשים אח"כ כשנודע להם. ובגמ' לא אמרו בפירוש שום טעם

לזה, אבל לכאורה הטעם הוא משום שבאיסורא אתא לידוי, כמו בדבר שיש בו סימן, אלא שאין הדבר מובן למה לא יועיל היאוש, הלא הכא לא שייך לומר את טעמם של תוס' בב"ק, דהא אין המוצא חייב בהשבה, וכן לא שייך טעמו של הרמב"ן שנעשה שומר אבידה ושמיקרי שהאבידה היא תחת ידו של הבעלים כי אין המוצא חייב בהשבה.

ג. דרכו של הבית יוסף.

מיהו באמת כבר דנו הפוסקים בענין מה היא שיטת אב"י בדבר שאין בו סימן, ודנו בזה לפי שיטת הרמב"ם שבספק הינוח בדבר שאין בו סימן לא יטול אבל אם עבר ונטל זכה בה ואינו חייב להחזירו. דהקשו הפוסקים דהא באיסורא אתא לידוי, וכתב הב"י וז"ל, ואפשר לומר בדעת הרמב"ם ז"ל דהא דאיפסקא הלכתא כאב"י דאמר יאוש שלא מדעת לא הוה יאוש משום דהא לא ידע דנפל מיני' היינו לומר דאסור לו ליטלם אבל אם עבר ונטלם זכה בהן, דכיון שהם בידו ואינו יודע למי יחזירם שהרי אין בהם סימן, ולמקום שמצאום אין לו להחזירם כמו שנתבאר, ממילא זכה בהם, דאין לומר שיעמדו עד שיבוא אליהו אלא היכא דאיתמר הכי בהדיא עכ"ל.

וכתב על דבריו הדרישה בסי' ר"ס סמוך לסוף הסימן וז"ל, ולפי"ז צ"ל הא דקאמר תלמודא שם משום דבאיסורא אתא לידוי' היינו דוקא כשיש בו סימן אבל כשאין בו סימן כשבא כבר לידו מחזיקו לעצמו אע"פ שבא באיסורא לידו והוא דחוק דא"כ לא הוה משתמט תלמודא מלפרשו וכו' עכ"ל.

ועוד הוסיף לדון אם לפי הב"י מתוקמה קושיית הגמ' להלן מהגנב שנטל מזה ונתן לזה עיי"ש.

ד. דרכו של הדרישה.

והדרישה עצמו כתב בזה"ל, והנלענ"ד בישוב דברי הרמב"ם הוא דס"ל דע"כ לא ס"ל לאב"י כשבא לידו קודם יאוש אסור להחזיקו אלא כשתחילת לקיחתו היתה אדעתא להחזיקו לעצמו, אבל היכא שתחילת הלקיחה בידו היתה על דעת כן להכריזו ולהחזירו לבעליו אלא שטעה בדין שכיון שאין בו סימן לא שייך בו הכרזה, להכי יחזיק לעצמו וכו' עכ"ל, וכ"כ בסמ"ע שם.

והש"ך בסקכ"ו השיג עליו בזה"ל, אינו נראה כלל דהיכא רמיזא דמיירי (הרמב"ם) דוקא כשנטל אדעתא להחזירו לבעליו, ועוד דמה חילוק יש, סוף סוף באיסורא אתי לידוי, וטעמא דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש הוא כיון דבאיסורא אתי לידוי עכ"ל.

ה. דרכו של הש"ך.

והש"ך עצמו כתב לבאר דעת הרמב"ם בזה"ל, ולפע"ד וכו', אע"ג דהוי לי' יאוש שלא מדעת, מ"מ אינו צריך להניחו עד שיבוא אליהו, אלא כיון שאינו יודע למי יחזור, יכול לעשות בו מה שירצה, והא דקי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכלקמן סי' רס"ב סעיף ב', היינו דאם נתברר של מי הוא צריך להחזירו, ולא אמרינן כיון דנתייאש זכה בו, אבל כל זמן שלא נתברר של מי הוא, יוכל זה לעשות

בו מה שירצה, ואפשר גם כוונת ב"י וכ"מ
כן בישוב דעת הרמב"ם, אלא דלשונו קצת
מגומגם עכ"ל.

ו. דרכו של הקצה"ח.

והקצה"ח שם כתב בהמשך דבריו
בזה"ל, וכן כי פליגי ביאוש שלא מדעת
(בדבר שאין בו סימן) נמי מיירי כי האי
גוונא שנוטלה על מנת להשיבה (כי אם
נטלה על מנת לגזולה הרי אפילו בדבר
שיש בו סימן מהני היאוש אח"כ וכמו
שביארנו כבר על פי הרמב"ן), דלמ"ד לא
הוי יאוש כי נטלה על מנת להשיבה צריך
להחזירו לבעלים כיון דנתחייב בהשבה
והו"ל שומר אבידה וידו כיד הבעלים
עכ"ל. מיהו לכאורה אין דבריו מובנים
למה הוא חייב בהשבה, וכן למה הוא
נעשה שומר אבידה, הלא כיון שאין בו
סימן א"כ מצד דיני התורה אין עליו שום
חיוב כלל, ונהי שנטלה על מנת להשיבה,
אבל זה הרי עשה על דעת עצמו.

ואפילו אם נאמר שאע"פ שאינו חייב
בהשבת אבידה, ואין לו דרך איך לברר מי
הם הבעלים, אבל בכל זאת כיון שנטלה
על מנת להשיבה למי שיבוא ויתבענו או
למי שיכריז שאבדה לו חפץ פלוני, הרי
הוא נעשה השומר של הבעלים, אבל איך
שייך לומר כדברי הקצה"ח שיש עליו דין
של שומר אבידה [שהוא כש"ש] ושיש
עליו חיוב של השבה (ואפילו אם יש על
השומרים חיוב השבה אבל כוונת הקצה"ח
היא להחייב של השבת אבידה).

ז. דרכו של רעק"א.

והנה בב"ק דף ס"ו ע"א בעי רבה אם

יאוש מהני בגזילה כי ילפינן מאבידה
שכמו שמהני יאוש באבידה היכא שנתיאש
מקמי דאתא ליד המוצא הה"נ בגזילה, או
האם שאני אבידה שבהיתירא אתא ליד
אבל בגזילה הרי באיסורא אתא ליד.
והקשו תוס' שם בד"ה הכא נמי וכו' דמאי
מספקא ל', הלא באבידה גופה לא מהני
יאוש לאחר דאתא ליד המוצא משום
שבאיסורא אתא ליד' ואם כן כך צריך
להיות גם בגזילה. וכתבו תוס' שבאבידה
גם היכא שבאיסורא אתא ליד' הרי היאוש
מועיל לענין החפץ עצמו, דהיינו שאינו
חייב להשיב את האבידה עצמה, ומה
שדבר מוחלט הוא שבאבידה לא מהני
יאוש לאחר שאתא ליד המוצא הרי זה רק
לענין שהוא צריך לכה"פ לשלם דמים כמו
בגזילה, וגם בגזילה הצד דמהני היאוש
כמו באבידה הרי זה שמהני לענין גוף
החפץ אבל דמים הרי הוא חייב לשלם.

ומדברי הרמב"ן להלן בפירקין בדף כ"ו
יוצא תירוץ אחר על קושיית תוס' בב"ק,
דעיי"ש שכתב שהטעם למה יאוש אינו
מועיל באבידה לאחר שכבר הגיע ליד
המוצא הרי זה משום שהמוצא כבר נעשה
השומר של בעל האבידה וממילא הרי
האבידה נחשבת ברשותו של בעל האבידה
ותחת ידו, ויאוש אינו מועיל על דבר
שהוא ברשותו ותחת ידו, ומהטעם הנ"ל
יאוש אינו מועיל באבידה לאחר שהגיע
ליד המוצא אפילו לענין גוף החפץ, ולפי
דברי הרמב"ן מיושבת שפיר קושיית תוס'
הנ"ל בב"ק וכמש"כ הקצה"ח שם בסי'
רס"א סק"ב דהא הסברא הנ"ל שייכת רק
באבידה אבל בגזילה שפיר שייך לומר
שיאוש מועיל אע"פ שכבר בא ליד הגולן,

דהא הגזילה אינה נחשבת ברשותו של הנגזל וא"כ שפיר שייך יאוש.

והנה רעק"א כאן בד"ה אמנס י"ל וכו' רצה לומר שלעולם גם תוס' בב"ק שם סוברים כהרמב"ן, ושממילא יש סיבה טובה לומר למה לא מהני יאוש באבידה כשבאיסורא אתא ליד' אבל בגזילה שפיר מהני, רק שהיינו רק בדבר שיש בו סימן אשר בכה"ג שייכת סברת הרמב"ן בענין למה לא מהני יאוש באבידה אבל כוונתם היא להקשות שבכל זאת איך שייך לומר שיאוש מהני בגזילה הלא חזינן שבאבידה לא מהני כשבאיסורא אתא ליד' גם בהציור של דבר שאין בו סימן אשר בכה"ג אינו חייב להגבי' ולא שייך לומר שנעשה שומר וממילא לא שייך לומר סברת הרמב"ן, ועל זה נתכוונו לתרץ שגם באבידה היאוש שפיר מהני באמת על גוף החפץ. מיהו לכאורה אין דבריו מובנים דהא בתוס' שם איתא דלא מהני על גוף החפץ כיון שיש מצות השבה והרי על דבר שאין בו סימן איך שייך לומר שיש חיוב השבה, והלא רעק"א עצמו כתב שאינו חייב להגבי' וכן שאינו נעשה שומר אבידה.

וצ"ל דס"ל לרעק"א בדעת תוס' שאע"פ שאינו חייב להגבי' ואינו נעשה שומר, אבל אם נודע ע"י עדים או טביעות עין מי הבעלים הרי הוא חייב במצות השבה. ובני הרב אהרן נ"י רצה להסביר את טעם הדבר על פי מה שביאר הגר"ח שיש שני דינים בהשבה, חדא דין של מצוה כלפי שמיא, ועוד חיוב ממון לחבירו להשיב, דלפ"ז י"ל שהחיוב להגבי', וכן מה שנעשה שומר, הרי זה מצד הדין של חיוב ממון כלפי

לחבירו, ודין זה לא נאמר בדבר שאין בו סימן, אבל המצוה כלפי שמיא להשיב נאמרה גם בדבר שאין בו סימן.

ח. עוד שני דרכים.

והנה יש אחרונים שרוצים לומר שבדבר שאין בו סימן אין היאוש מועיל כי נאמר דין מסוים ביאוש שאינו מועיל היכא שבא ליד המוצא קודם יאוש אפילו היכא שאין חיוב השבה ואינו נעשה שומר, וכ"כ הקהלות יעקב כאן כדי ליישב כמה דברים בדיני באיסורא אתא ליד' עיי"ש.

ועוד יש אומרים שאע"פ שבדבר שאין בו סימן אין חיוב השבה, אבל אכתי קיימת הסיבה של חיוב השבה, דהיינו מה שהתורה רוצה שהבעלים יקבלו בחזרה את האבידה, רק שכיון שאין בו סימן אי אפשר לקבוע חיוב של מצות השבה, אבל עכ"פ מכיון שקיימת הסיבה של מצות השבה הרי זה מספיק כדי לגרום שלא מהני יאוש היכא שבא לידו קודם יאוש דהיינו בשעה שקיימת הסיבה של מצות השבה.

יד) עוד בענין הא דלא מהני יאוש לאחר שבאיסורא אתא ליד'.

הנה בגמ' כאן איתא בזה"ל, ואע"ג דשמעינ' שמיאש לבסוף לא הוי יאוש דכי אתא ליד' באיסורא הוא דאתא ליד' וכו', הרי שלא מהני מה שבעל האבידה נתיאש אחרי שהגיע ליד המוצא משום שבאיסורא אתא ליד'.

והנה בב"ק דף ס"ו ע"א בעי רבה אם יאוש מהני בגזילה כי ילפינן מאבידה שכמו שמהני יאוש באבידה היכא שנתיאש

מקמי דאתא ליד המוצא הה"נ בגזילה, או האם שאני אבידה שבהיתרא אתא ליד' אבל בגזילה הרי באיסורא אתא ליד'. והקשו תוס' שם בד"ה הכא נמי וכו' דמאי מספקא לי', הלא באבידה גופה לא מהני יאוש לאחר דאתא ליד המוצא משום שבאיסורא אתא ליד' ואם כן כך צריך להיות גם בגזילה. וכתבו תוס' שלפי הצד שמהני בגזילה, אע"פ שבאיסורא אתא ליד', א"כ גם באבידה מהני לאחר שבא ליד המוצא לענין החפץ עצמו, דהיינו שאינו חייב להשיב את האבידה עצמה, ומה שדבר מוחלט הוא שבאבידה לא מהני יאוש לאחר שאתא ליד המוצא הרי זה רק לענין שהוא צריך לכה"פ לשלם דמים כמו בגזילה.

ועי' בקצה"ח בסי' שנ"ג סק"ב שהעיר דבשלמא בגזילה שייך לומר שאע"פ שקנה את גוף החפץ אבל בכל זאת הרי הוא חייב לשלם דמים, והיינו משום שגזלן חייב באחריות, נוסף על מה שחייב בהשבת גוף החפץ, דהיינו שחייב לשלם אם הולך לאיבוד או אם קונה בשינוי, וא"כ הה"נ אם קונה ביאוש, אבל באבידה ליכא אלא חיוב השבת החפץ לחוד (וכן חיוב תשלומין מדין שומרים אם לא קיים דיני שומר אבידה), אבל ליכא חיוב נפרד של תשלומין היכא שנאנס או שקנה, וא"כ למה היכא שקונה ביאוש אכתי חייב בתשלומין. וכתב הקצה"ח שצ"ל בכוונת תוס' שהוא חייב בתשלומין כי התורה שיירה בקנינו, דהיינו שע"י יאוש שהוא באיסורא אתא ליד' הרי הוא קונה רק את גוף החפץ ולא את השויות של החפץ (וע"ע בחי' הגרש"ש בב"ק ריש סי' ל"ז

שכתב על דברי הקצה"ח וז"ל, ולא אדע בזה שום מושג שיהי' שיוור לשלם דמי החפץ עכ"ל).

והנה חזינן שהקצה"ח שם נוקט שבגזילה יש חיוב דמים לאחר יאוש גם בלא לחדש שהתורה שיירה בקנינו כמו שחידש לענין אבידה, והיינו משום שגזלן מתחייב בחיוב נפרד לשלם דמים היכא שהחפץ הלך ואיבוד או נקנה. והא דלא מהני על זה יאוש י"ל דהיינו משום שיאוש אינו מועיל על חוב, עי' בזה בקצה"ח בסי' קס"ג.

ובשט"מ בב"ק שם בד"ה מידי דהוה וכו' בשם תלמיד הר"פ כתב סברא אחרת בענין למה גזלן משלם דמים גם לאחר יאוש, והיינו משום שבמציאות אין הנגזל מתייאש מהדמים, וכן איתא בב"ב דף מ"ד ע"א דאמרינן שם "נהי דמייאש מגופי' מדמי מי מייאש", הרי שבמציאות אין הנגזל מתייאש מהדמים, והטעם הוא משום שהוא סבור שפעם יתבענו, משא"כ בנוגע להחפץ עצמו הרי הוא חושב שהגזלן ימכרנו או שילך לאיבוד, ולכן מהחפץ עצמו הרי הוא שפיר מתייאש.

והנה יש לעיין מה הדין באבידה לפי הצד שבגזילה לא מהני יאוש אפילו לענין גוף החפץ כי באיסורא אתא ליד', האם גם לפי הצד הזה מהני יאוש באבידה לענין גוף החפץ או האם לפי הצד הזה אינו מועיל. ואם נאמר שאינו מועיל, יוצא שהשאלה של רבה בב"ק שם אינה רק בנוגע לגזילה אלא גם בנוגע לאבידה לענין גוף החפץ. מיהו לכאורה לא משמע שם הכי, אלא משמע שהשאלה היא רק לענין גזילה אבל באבידה בודאי מהני

לענין גוף החפץ. מיהו מצד שני חזינן שרבה שם אמר האם ילפינן שמהני בגזילה מהא דמהני באבידה לפני שאתא ליד המוצא, הרי שהזכירה הגמ' רק שמהני באבידה לפני שהגיעה ליד המוצא, ולכאורה הרי זה משום שאחרי שאתא ליד המוצא הרי זה תלוי באמת בהך שאלה גופה.

ובחידושי רעק"א על ב"ק דף ס"ו כתב שלפי הצד שבגזילה לא מהני אפילו לענין גוף החפץ משום שבאיסורא אתא ליד' הה"נ לענין אבידה, וכ"כ רעק"א גם כאן בד"ה והנראה לפמ"ש תוס' בב"ק עיי"ש. מיהו מפירושו של הקצה"ח בסי' שס"א סק"א יוצא שבאבידה בודאי מהני, ונבאר דברינו, דהנה בפשטות הכוונה בהסברא של באיסורא אתא ליד' היא שלאחר שנתחייב כבר בהשבה לא מהני יאוש, וכוונת המלים של באיסורא אתא ליד' היא שאתא ליד' במצב שאסור לו ללוקחה לעצמו, אלא חייב הוא בהשבה. וכ"כ תוס' בב"ק שם כדי להסביר למה לא מהני היאוש באבידה על דמי החפץ והיינו משום שנתחייב בהשבה. מיהו הקצה"ח בסי' שס"א שם כתב לבאר את הסברא של באיסורא אתא ליד' כבדרך אחרת, דהנה דבר תורה מעות קונות ולא משיכה או שום קנין אחר, והרי היאוש בעי קנין אחר עמו כמו שצידדו תוס' לומר בב"ק דף ס"ט ע"א בד"ה כל שלקטו, והכא הרי הגזלן לא נתן

מעות, ואע"פ שבאבידה חזינן שאחרי היאוש הרי המוצא יכול לזכות ע"י קנין משיכה וכדומה, אבל הרי זה משום שהיכא שא"א לו לקנות במעות חידשה התורה שסגי גם במשיכה, כמו במתנה, אבל בגזילה מכיין שבאיסורא אתא ליד' א"כ בודאי לא סילקה התורה את הדין שרק מעות קונות, וזהו הכוונה במאי דאמרין שהגזלן אינו קונה משום שבאיסורא אתא ליד'.

ולפי הקצה"ח יוצא שאפילו הצד השני של הגמ' שם שסוברת שלא מהני יאוש כלל בגזילה ואפילו לענין גוף החפץ משום שבאיסורא אתא ליד', יודה שגבי אבידה הרי זה נשאר אמת שמהני מיהא לענין גוף החפץ כי באבידה לא עבר על שום איסור וא"כ אין שום טעם למה לא יוכל לקנות את גוף החפץ במשיכה או הגבהה.

ובאמת לכאורה אפשר לומר שגם תוס' סוברים כהנ"ל, והיינו שהטעם לומר כמו הצד השני של רבה שיאוש אינו מועיל כלל באיסורא אתא ליד' ואפילו לא לענין גוף החפץ אינו משום החיוב של השבה, אלא לעולם מצד החיוב של השבה הי' מועיל היאוש לכל הפחות על גוף החפץ, רק שאינו מועיל בגלל הסיבה שכתב הקצה"ח, דהנה חזינן שתוס' הזכירו את הסיבה של חיוב השבה רק על הא דלא מהני על דמי החפץ לפי הצד הראשון של רבה*), אבל לא הזכירו כן לפי הצד השני, וא"כ י"ל

שפיר מוכן שאפשר לומר שלאחר שנתחייב בהשבה אין החיוב הזה של השבה להשיב את דמי החפץ יורד. וכן הרי זה מוכן אם נאמר שגם החיוב של דמים חדשים של הגזלן הרי הוא משום והשיב.

(* וזה מוכן על פי מה שכתב הקצה"ח שהחיוב להחזיר את דמי החפץ באבידה הרי הוא משום שבכלל לא קנה דמי החפץ דהתורה שיירה בקנינו, דהא לפ"ז אין כאן גדר של תשלומין אלא גדר של השבת חלק מסוים של החפץ, וא"כ

שתוס' סוברים שלפי הצד שלא מהני על גוף החפץ הרי זה משום טעמו של הקצה"ח. מיהו עי' בקצה"ח בסי' רס"א שכתב בשם התוס' הנ"ל בב"ק שהטעם למה לא מהני יאוש באיסורא אתא לידי' הוא משום החיוב השבה, ומשמע שהוא נוקט שתוס' מתכוונים שזהו הטעם גם למה לא מהני על גוף החפץ לפי הצד השני של רבה.

ודע, שמדברי הרמב"ן להלן בפירקין בדף כ"ו מבואר תירוץ אחר על קושיית תוס' בב"ק, דעיי"ש שכתב שהטעם למה יאוש אינו מועיל באבידה לאחר שכבר הגיע ליד המוצא הרי זה משום שהמוצא כבר נעשה השומר של בעל האבידה וממילא הרי האבידה נחשבת ברשותו של בעל האבידה ותחת ידו, ויאוש אינו מועיל על דבר שהוא ברשותו ותחת ידו, ומהטעם הנ"ל יוצא שיאוש אינו מועיל באבידה לאחר שהגיע ליד המוצא אפילו לענין גוף החפץ, ולפי דברי הרמב"ן מיושבת שפיר קושיית תוס' בב"ק וכמש"כ הקצה"ח שם בבסי' רס"א סק"ב דהא הסברא הנ"ל שייכת רק באבידה אבל בגזילה שפיר שייך לומר שיאוש מועיל אע"פ שכבר בא ליד הגזול, דהא הגזילה אינה נחשבת ברשותו של הנגזול וא"כ שפיר שייך יאוש.

יד*) עוד בענין אם אבידה חשיבא אינה ברשותו של הבעלים.

עיי' בב"ק דף ס"ו ע"א דמספקא ליי' לרבה אם יאוש קונה בגזילה כי ילפינן מאבידה או האם אינו קונה כי באיסורא אתא לידי' (ועי' בהאות הקודמת בענין אם

יאוש מהני באבידה היכא שבאיסורא אתא לידי').

ותוס' שם בד"ה כיון וכו' כתבו שיאוש אינו מטעם הפקר, כי אילו הי' מטעם הפקר הי' צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי'. והקשה המחנה אפרים בהל' זכי' מהפקר סי' ז' איך כתבו תוס' שיועיל כשבאיסורא אתא לידי' הא אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, וכן אמרינן בב"ק דף ס"ט שהפקר דומה בזה להקדש (ודע שהב"ח סובר שהפקר שפיר מועיל גם על דבר שאינו ברשותו [וכן הביא המחנה אפרים בהל' זכי' מהפקר בסי' ז' משו"ת מהרי"ט בח"א], ועיי' בקצה"ח בסי' רי"א סק"ד שהביא את דבריו ותמה עליהם).

מיהו יש ליישב דס"ל לתוס' דנהי שלפי האמת הפקר אינו מועיל על דבר שאינו ברשותו, אבל מ"מ הרי זה רק לאחר שידעינן כבר שיאוש אינו מטעם הפקר, אבל אם יאוש הי' מטעם הפקר, א"כ אז באמת היו גם לשון יאוש וגם לשון הפקר צריכים להועיל אפילו על דבר שאינו ברשותו משום שכן הי' מוכח מיאוש דאבידה שהוא מטעם הפקר ומהני אע"פ שהאבידה אינה ברשותו, וא"כ שפיר הקשו תוס' שאם יאוש הוא מטעם הפקר הדין נותן שיועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי'.

והנה בסוף האות הקודמת הבאנו את דברי הרמב"ן שכתב דהא דיאוש אינו מועיל לאחר שבאה האבידה לידו של המוצא הרי זה משום שכבר נעשה המוצא בגדר השומר של בעל האבידה ולכן מיקרי

שהאבידה היא ברשותו של בעל האבידה, ויאוש לא מהני על דבר שהוא ברשותו, משא"כ קודם שבאה לידו של המוצא, אז שפיר מהני יאוש. ולכאורה מבואר מזה כהנ"ל שאבידה אינה חשיבא ברשותו של הבעלים.

מיהו יש לדחות ולומר שכוונת הרמב"ן היא כך, שלעולם גם קודם שבאה לידו של המוצא הרי היא נחשבת ברשותו של בעל האבידה, רק שבכל זאת מכיון שאינה תחת ידו, והרי היא אבודה ממנו, משום כך מהני יאוש, משא"כ כשהגיעה כבר לידו של המוצא, ונעשה המוצא השומר שלו, א"כ אז הרי היא נחשבת כתחת ידו ממש של הבעלים ואינה בגדר אבידה ומש"ה לא מהני יאוש. וכהגדר הזה בביאור דרכו של הרמב"ן מבואר מלשונות הקצה"ח בסי' קס"ג בד"ה ובענ"ד וכו' עיי"ש.

והנה באמת הרמב"ן שם כתב שהיכא שהגיעה האבידה לידו של המוצא הרי היא נחשבת מעתה כנמצאת ברשות הבעלים, ומשמע שמקודם לכן אינה נקראת ברשות הבעלים. מיהו י"ל שכוונתו אינה להדין של "ברשותו" אלא כוונתו היא שמעתה נחשב החפץ כתחת ידו ממש, אבל לעולם גם לפני כן יש כאן הדין של "ברשותו". שו"ר בסי' רנ"ט סק"א שהוכיח הקצה"ח דצ"ל שמודה הרמב"ן דמהני יאוש על אבידה שברשותו, ורק כשהיא אצל השומר שלו לא מהני יאוש, והיינו כהנ"ל שבשומר חשיב תחת ידו ממש.

ולפ"ז יהי' מוסבר למה הוכיח הקצה"ח בסוף סי' ת"ו שיאוש מועיל על דבר שאינו ברשותו מיאוש דגזילה ולא הוכיח כן מיאוש דאבידה שהוא המקור של הדין של

יאוש, והיינו כהנ"ל משום דס"ל שאבידה מיקרי שפיר ברשותו.

וכדרכנו הנ"ל ששאני תחת ידו ממש מהדין של ברשותו, מוכח מתוך דברי הריטב"א, דהנה הריטב"א כתב בכמה מקומות שאבידה נקראת שפיר ברשותו (עי' בדבריו להלן כאן בהחידושים החדשים בדף ל"ד ע"א בד"ה א"ד אמר רבא וכו' ונדפס גם בשט"מ בד"ה מסתברא וכו') הובא בקצה"ח בסי' רצ"ה סק"ג, וכ"כ בסוגיין בד"ה אביי אמר [ונדפס גם בשט"מ בד"ה ורבא אמר] הובא בקצה"ח בסי' רנ"ט סק"א, וכ"כ בדף כ"ו ע"ב בד"ה עובר [ונדפס גם בשט"מ בד"ה עובר], והרי הריטב"א בעצמו בסוגיין כאן (נדפס גם בשט"מ בד"ה ורבא אמר וכו') כתב כדברי הרמב"ן שיאוש כשהאבידה היא ברשותו לא מהני, והרי מזה מבואר שאבידה אינה נקראת ברשותו. וצ"ל כהנ"ל שכוונתו לומר שהיכא שהיא תחת ידו ממש לא מהני.

ובשו"ת נוב"ת בחלק אבן העזר בסי' ע"ז בד"ה ואמנם עיינתי וכו' ראיתי שדן בזה וגם הוא כתב שאבידה מיקרי שפיר ברשות בעל האבידה.

מיהו עיין בנתיב"מ בריש סי' רנ"ט שכתב שאבידה שאינה משתמרת מיקרי שאינה ברשותו. ודברי הנתיב"מ שם קאי על דברי הרמב"ן הנ"ל, דס"ל להנתיב"מ שכוונת הרמב"ן היא לומר שאבידה שאינה משתמרת דומה היא לגזילה ולא מיקרי ברשותו, ומש"ה הוא דמהני יאוש, משא"כ לאחר שבא ליד המוצא ונעשה שומר, אז הוי שפיר ברשותו. מיהו בסי' מ"ט סקי"ז

כתב שאבידה מיקרי שפיר ברשותו.

וברמב"ם בפכ"ב מהל' מכירה ה"ט מבואר בפשטות שמיקרי אינה ברשותו וז"ל, מי שהי' לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו, שזה כמו שאבד שאינו ברשותו עכ"ל.

והנה ע"ע בדברי הרמב"ן שם דמבואר שהיכא שהגב"י המוצא על מנת לגזולו, אע"פ שהוא עובר בזה על לא תגזול וכמו שמבואר בגמ' שם, אבל מ"מ אכתי מהני יאוש וקונה המוצא ביאוש. וביאר הרמב"ן דהיינו משום שבכה"ג שהגב"י על מנת לגזולה אינו נעשה שומר. מיהו אכתי צ"ע למה אין הציור הזה נחשב כמו באיסורא אתא לידי' שהרי המוצא עובר בלא תגזול. ועיי"ש בנתייה"מ בסי' רנ"ט שכתב דהיינו משום שלא נטלו מרשות הבעלים. וצ"ע דהא לפי הסברות שכתבנו לעיל באות י"ד בענין למה גרע היכא שבאיסורא אתא לידי', גם כאן הי' צריך להחשב שבאיסורא אתא לידי' אע"פ שלא נטלו מרשות הבעלים.

מיהו הקצה"ח בסי' קס"ג בד"ה ובענ"ד וכו' כתב בדעת הרמב"ן הנ"ל טעם אחר למה הציור של נטל אבידה על מנת לגזולה לא מיקרי שבאיסורא אתא לידי', וכתב דהיינו משום שבאמת הנטילה היתה מותרת, דהא חייב הוא להגבי' אותה כדי שיוכל להשיבה, וכל האיסור שהוא עושה הרי הוא רק במחשבתו, ודעתו היא שאינה יפה עכ"ד, הרי שלא כתב כדברי הנתייה"מ שהטעם הוא משום שלא גזול

מרשותו של הבעלים. ובאמת זה עולה שפיר עם מה שהוכחנו דס"ל להקצה"ח שאבידה מיקרי שפיר ברשותו של הבעלים וכמו שביארנו.

מיהו הא דכתב שלא מיקרי שבאיסורא אתא לידי' משום שהאיסור הוא רק במחשבתו, לא אתי שפיר לפי שיטתו בביאור החסרון של באיסורא אתא לידי' שהבאנו לעיל.

ודע שיש להעיר עוד על דברי הנתייה"מ הנ"ל בסי' רנ"ט מדבריו בסי' ל"ד סק"ה שציידד להודות להקצה"ח בסי' ל"ד שם שגזול מן הגזולן אינו מקבל תורת גזולן כיון שלא גזלו מרשות הבעלים. וכתב שה"ה שלא יעבור בלא תגזול, וא"כ הרי זה סותר את מה שכתב בסי' רנ"ט שאבידה שאינה משתמרת לא מיתקריא ברשות הבעלים, דהא לפ"ז לא יתכן מאי דאיתא להלן בדף כ"ו ע"ב שהיכא שהוא מגבי' על מנת לגזולה הרי הוא עובר בלא תגזול דהא לפי הנ"ל יוצא שלא גזלו מרשות הבעלים. וכדי לומר כהקצה"ח בסי' ל"ד שהגזול שלא מרשות הבעלים אינו עובר בלא תגזול צ"ל שהמגבי' אבידה כדי לגזולה עובר בלא תגזול כי אבידה היא שפיר ברשות הבעלים וכמו שהסקנו לעיל לפי הקצה"ח.

ועי' בחידושי רבי מאיר שמחה על דף כ"ו בד"ה אולם מתוס' וכו', ובחידושי הגרש"ש על ב"מ בסי' כ', ובאמרי משה סי' ל"ז סק"י, שביארו שיאוש כשהאבידה ברשותו לא מהני משום שזה יאוש בטעות, כי אילו הי' יודע שהיא ברשותו לא הי' מתיאש. ועי' עוד לעיל באות י"א (קטע "שו"ר") בענין אם יאוש בטעות מהני או לא.

ובספר ישועות דוד בחלק ו' סי' ס"ה, וכן בשיעוריו על דף כ"ה, כתב לבאר שלעולם מודה הרמב"ן שאבדה מיקרי ברשותו, רק שהיכא שאינה מונחת בחצירו אלא ברה"ר א"כ על ידי האוש עצמו הרי היא מתהפכת להיות נחשבת שלא ברשותו כי על ידי האוש הרי היא נקראת יותר אבודה ומש"ה מהני האוש.

טו) התם נמי אגב דיקירי מידע ידע בהו.

הנה רש"י מפרש שהתירץ על עיגולי דבילה וככרות של נחתום שהם יקירי פירושו הוא שהם כבדים. ולכאורה י"ל שזה מתרץ גם דגים ובשר, וכן גיזי צמר ואניצי פשתן, ורק לשונות של ארגמן אינם כבדים, ומש"ה שוב מקשינן על לשונות של ארגמן, ומתצינן אגב דחשיבי ממשמש בהו. ועי' גם בריטב"א בהחידושים החדשים שכתב דרך זה וז"ל, ולא איצטריך לאקשווי מחתיכות של בשר וגיזי צמר ואניצי פשתן, דהני כעיגולי דבילה נינהו דיקירי, ולהכי פריך מלשונות של ארגמן דלא יקירי (כלומר שאינם כבדים), ופרקינן שהני נמי (לשונות) כמעות חשיבי וממשמש בהו עכ"ל.

והנה הרא"ש כאן כתב על עיגולי דבילה וככרות של נחתום ומחרוזות של דגים וחתיכות של בשר וז"ל, כיון דמידי דמיכל נינהו חשיבי להו וממשמש בהו והוי יאוש מדעת עכ"ל. ושוב כתב גם בנוגע ללשונות של ארגמן דחשיבי, אבל שוב כתב לענין גיזי צמר ואניצי פשתן שאגב יוקרייהו מידע ידיע. והב"י בפירושו

הראשון על דברי הרא"ש (הובא בפלפולא חריפתא באות ד') פי' שהרא"ש גורס כרש"י שעיגולי דבילה וככרות של נחתום הם יקירי, אבל הוא מפרש שפירושו הוא חשיבות, וזהו גם כוונת הרא"ש במה שכתב שגיזי צמר ואניצי פשתן הם יקירי, וטעמא דכולם הוא משום חשיבות. וז"ל הב"י, ואפשר שהוא ז"ל (הרא"ש) לא הי' מפרש יקירי מלשון כובד אלא לשון חביבות עכ"ל.

והמהרש"א הביא את פירושו הראשון הנ"ל של הב"י בדברי הרא"ש, ודחה אותו, כי אם גם הרא"ש גורס על עיגולי דבילה וככרות של נחתום יקירי, רק שהוא מפרש חשיבי, וכתב את הפירוש, ולא את המלים של הגמ', א"כ למה להלן גבי גיזי צמר ואניצי פשתן כתב יקירי, ולא כתב חשיבי כמו לעיל גבי עיגולי דבילה וככרות של נחתום, דהא גם בעיגולי דבילה הרי הוא גורס יקירי ובכל זאת כתב את הפירוש דהיינו חשיבי. ועוד למה לא אמרה הגמ' ת"ש גם על גיזי צמר ואניצי פשתן ותתריך משום דיקירי כלומר חשובים כמו שאמרה על לשונות של ארגמן אע"פ שכבר אמרה כן על עיגולי דבילה וככרות של נחתום.

ושמעתי לתרץ את קושיות המהרש"א, דמה שכתב הרא"ש על גיזי צמר ואניצי פשתן "יוקרייהו" אין כוונתו לומר שהם חשובים, אלא שהם יקרים בדמים, וביאור דברי הגמ' הוא כך, דמאי דאמרינן לענין עיגולי דבילה וככרות של נחתום שהם יקירי הכוונה היא דכיון שהם מידי דמיכל הרי הם חשיבי, והיינו שהם חשובים, לא משום שוויותם אלא משום שהם מידי דמיכל, דהיינו דברים הנחוצים להאדם,

דהיינו מאכלו, ומש"ה ממשמש בהו, והכוונה ביקירי היא שהם חביבים ויקרים לו וכלשון הב"י, ועל לשונות של ארגמן מתרצינן דחשיבי, וגם כאן אינו משום שוויותם, אלא משום יופים, ולכן שינו את הלשון מיקירי לחשיבי, ושוב כתב הרא"ש שגיזי צמר גם הם חשובים משום יוקרייהו, כלומר היוקר שלהם, דהיינו שהם שוים הרבה, דלכן הרי הם חשובים וממשמש בהו, ויקירי לחוד ויוקרייהו לחוד, והא דלא מקשינן להדיא על גיזי צמר הרי זה משום שכבר איתא בהגמ' לעיל שמחמת שוויות ממשמשים שהרי כן תירצנו על מעות מפוזרים דממשמש בכיסו והיינו בגלל שוויותם.

ועוד כתב הב"י פירוש שני בדברי הרא"ש, והיינו שלעולם הרי הוא מפרש כרש"י שיקירי פירושו הוא כבדים, וזהו גם טעמא דגיזי צמר ואניצי פשתן, רק שהרא"ש כתב בנוגע לעיגולי דבילה וככרות של נחתום טעמא דחשיבות כי הוא סובר שצריכים לדבר זה כדי לתרץ מחרוזות של דגים ובשר. ולכאורה הי' הב"י יכול לומר שצריכים לזה משום קציעות וכדאיתא להדיא בהגמ' להלן. ובאמת יש להקשות על פי' זה למה לא הקשה הגמ' ממחרוזות של דגים ובשר ויתרץ משום חשיבות, כמו להלן לענין קציעות.

ועכ"פ התוס' הרא"ש כאן כתב כפירושו השני הנ"ל של הב"י, והוסיף התוס' הרא"ש (כדברי הב"י) שהגמ' אמרה בעיגולי דבילה וככרות של נחתום טעמא דככרות כי צריכים לטעם זה בשביל גיזי צמר ואניצי פשתן.

והגר"א כאן נקט שהרא"ש אינו גורס בנוגע לעיגולי דבילה וככרות של נחתום יקירי אלא גורס דכיון דמידי דמיכל נינהו חשיבי. וכן הסיק המהרש"א כאן, אלא שהגר"א כתב רק שהרא"ש "כתב שגיזי צמר ואניצי פשתן הוו משום דיקריי", ואילו המהרש"א כתב שכן גורס הרא"ש בתוך הגמרא, וכ"כ הגר"א בשו"ע בסי' רס"ב סק"ז.

ועי' בריטב"א כאן בסד"ה התם שכתב דרך רביעי, והיינו שבכל הדברים הנ"ל בהמשנה הטעם הוא משום חשיבות חוץ מעיגולי דבילה וככרות של נחתום שהוא משום כבודתם וז"ל, ואידך דמתניתין דלא מקשי מינייהו כגון מחרוזות של דגים וחתיכות של בשר וגיזי צמר משום דאיכא לשנויי כדשניי' (לענין לשונות של ארגמן) דאגב יוקרייהו אשמושי ממש בהו עכ"ל, הרי שהוא סובר שכולם הם כמו לשונות של ארגמן דחשיבי, ורק עיגולי דבילה הוא משום דיקירי, כלומר כבדים. וע"ע לעיל בסוף אות ב' בענין אם שייך לתרץ גם על פירות מפוזרין שמידע ידע להו.

טז) תד"ה ת"ש.

וז"ל, וי"ל דברייתא אלימא לאקשווי דמשמע דבכל ענין הרי אלו שלו אע"ג דאיכא סימן מדמוקי טעמא שהרבים מצויין שם עכ"ל. הנה עי' במהרש"א דמבואר מדבריו שדברים אלו הם טעם נפרד למה אלימא לי' לאקשווי מברייתא זו, ושוב המשיכו תוס' לכתוב עוד טעם, דהיינו מה שהמשיכו לכתוב "ומשמע נמי וכו'", דמשמע שעודו נמצא בבית המדרש ועוד

יז) בענין לעני ולגר תעזוב ולא לעורבים ולא לעטלפים.

ע"י בסוגיית הגמ' דמייתנין שכל אדם מותר בלקט לאחר שהלכו בו נמושות, ופרכינן מזה על אביי כי נהי שעניי דהכא נתיאשו אבל עניי דעלמא לא נתיאשו, ותירצו שעניי דעלמא נתיאשו כבר מתחילה. ומבואר שהטעם למה כל אדם מותר בו הרי זה משום יאוש. מיהו ע"י בחולין דף קל"ד ע"ב דמייתנין שלוי זרע בכישר, ולא הוה עניי למשקל לקט, אתא לקמי' דרב ששת אמר ל"י לעני ולגר תעזוב ולא לעורבים ולא לעטלפים, וא"כ צ"ע למה צריכים לדין יאוש הלא מכיון שכבר הלכו בו נמושות הרי זה נשאר עכשיו לעורבים ולעטלפים.

ויש לתרץ שהדין של ולא לעורבים ולעטלפים נאמר רק בנוגע לתחילת החיוב כמו בעובדא דלוי שם, דהיכא שאין עניי וישאר לעורבים ולעטלפים, לא חל חיוב של לקט שכחה ופאה, אבל היכא שהיו כאן עניי וחל דין של לקט, א"כ אם אח"כ נהי מצב של ולא לעורבים ולעטלפים, לא נפקע בגלל זה השם של לקט.

ובאמת אם נאמר שמתנות עניי הם ממון עניי מיד בשעת העזיבה, גם לפני שזכו בהם, א"כ בודאי מסתבר לומר כהנ"ל, כי לאחר שנעשה כבר ממון עניי מה איכפת לן אם נראה מצב שהוא עומד לעורבים ולעטלפים, דלמה יופקע הדין של ממון עניי.

ובאמת גם אם נאמר שהם הפקר לעניי נראה לומר כהנ"ל, כי לאחר שנעשה הפקר

לא הספיק למשמש בכיסו. וביאר המהרש"א שבכל זאת רק על אביי קשה, כי רבא סובר שגם כאן הוי יאוש, כי אע"פ שיש בו סימן, אבל בכל זאת נקטינן שיתיאש כשיוודע לו כיון שרבים מצויים שם, רק דהכא אין האומדנא שיתיאש חזק כל כך כמו בציוור שאין בו סימן ומש"ה אלימא לאקשווי על אביי מהברייתא כאן דחזינן שאפילו בכה"ג הוי יאוש.

מיהו זה אתי שפיר רק לפי הדרך שטעמו של אביי הוא משום שאין לסמוך על אומדנא כזו, דלפ"ז כל שכן שאין לסמוך על אומדנא יותר כחוש, אבל אם אביי סובר ששפיר יש לסמוך על האומדנא, רק דס"ל שאע"פ שיש אומדנא, ורשאים אנו לנקוט שיתיאש, אבל בכל זאת בעינן יאוש בפועל ולא בכח, א"כ אין נפ"מ בחוזק של האומדנא, ולא שייך התירוץ הזה של תוס'.

וע"י במהר"ם שיף שכתב פירוש אחר בדברי תוס', וכן הביא מהשט"מ בשם גליון, והיינו שאין כוונתם בדבריהם הראשונים לומר טעם נפרד למה עדיף להקשות מאביי, אלא הטעם היחיד הוא הטעם שכתבו תוס' בהמשך דבריהם שהכא סברו שאיירי שעודו נמצא שם ולא הספיק למשמש בכיסו, רק שכוונת תוס' היא לבאר שהברייתא איירי בכל ענין, וגם כשעוד נמצא שם, כמו דחזינן שהברייתא איירי בכל ענין ואפילו בדבר שיש בו סימן.

טז*) המוצא מעות בבתי כנסיות וכו'.

ע"י בדברי הקצה"ח שהבאנו להלן באות כ"א*.

מה איכפת לן אם נהי' מצב שהוא עומד לעורבים ולעטלפים, דבכל זאת הלא כבר נעשה הפקר.

אבל אם נאמר שהם ממון בעלים עד שזוכים בו העניים, אז שפיר יש לדון, כי מצד אחד י"ל שהדין של ולא לעורבים ולעטלפים נאמר רק על תחילת החלות, דהיינו דהיכא שעומד לעורבים ולעטלפים לא חל חיוב לתת לעניים, אבל היכא שכבר חל החיוב שוב אינו נפקע, וכן י"ל דנהי שכבר חל חיוב לתת לעניים אבל מכיון שעוד לא נעשה הפקר או ממון עניים אלא הרי הוא עוד ממון בעלים רק שיש חיוב להשאירו לעניים, א"כ י"ל שהיכא שנעשה עומד לעורבים ולעטלפים נפקע ממנו החיוב.

ועי' בירושלמי בריש פ"ח דפאה דהובא גם שם דין זה של ולא לעורבים ולעטלפים על תחילת העזיבה, וזה"ל שם, תני מתנות עניים שבשדה שאין עניים מקפידים עליהם הרי הן של בעל הבית, ר' בון בר חייא בעי ויש אדם קורא שם פאה לעצמו, פי' דר' בון הבין שהתנא שם רוצה לומר שנעשה באמת פאה ואז הבעל הבית לוקחה לעצמו, ולכן הקשה דנמצא שמפריש פאה אע"פ שיודע שזה יהי' לעצמו, וא"כ איזה מין פאה היא זו, ועל זה מייתי שם דתני ר"ש ב"י לעני ולגר תעזוב אותם ולא לעורבים ולעטלפים, פי' דלכתחילה אינו נעשה פאה.

מיהו ראיתי בקו"ש בח"ב סי' י"ז אות י' שכתב דשפיר שייך הדין של ולא לעורבים ולעטלפים גם אם נעשה כבר ממון עניים וז"ל, דכיון דנעשה ממון עניים שעה אחת, כבר נפקע כח הבעלים לגמרי,

וזכות העניים תלוי בחיובא דתעזוב, דכל זמן שיש מצות עזיבה הרי הוא שלהן, וכאשר נפקע חיוב תעזוב משום דפסקו מלחזור אחריהן, ממילא בטל זכותן ונעשה הפקר לכל אדם עכ"ל. וכן נקט לעיל שם בכל הסימן. ומעתה לפ"ז אכתי קיימת הקושיא בדוכתה למה צריכים לדין יאוש. וכן מבואר ברמב"ם בפ"א מהל' מתנות עניים ה"י שכתב וז"ל, נאמר במתנות עניים לעני ולגר תעזוב אותם, כל זמן שהעניים תובעין אותן, פסקו העניים לבקש ולחזור עליהם, הרי הנשאר מהן מותר לכל אדם, שאין גופו קדוש כתרומות, ואינו חייב ליתן להן דמיהן, שלא נאמר בהן ונתן לעניים, אלא תעזוב אותם, ואינו מצווה לעזוב אותן לחי' ולעופות, אלא לעניים, והרי אין עניים עכ"ל, הרי שכתב שהטעם למה מותר אחרי שהלכו בו נמושות הרי זה משום ולא לעורבים ולעטלפים. ובאמת גם הקו"ש הביא לעיל שם את דברי הרמב"ם, ועל זה סמך במה שכתב שהדין שייך גם אח"כ עיי"ש. ולפי הרמב"ם אכתי קיימת הקושיא הנ"ל בדוכתה למה אמרינן כאן שצריכים לזה הדין של יאוש.

ויש ליישב, דהנה לעיל באות י"א (קטע "ברם ראיתי") כתבנו בשם הקהלות יעקב לבאר שטעמו של אביי הוא משום שאין אומדנא מבוררת שיתיאש, ונהי שאם ברור לנו שנודע לו, אז שפיר נקטינן שנתיאש, וכמו בממשמש בכיסו דמאחר שברור לנו שנודע לו גם אביי סובר שסמכינן שנתיאש, אבל בכל זאת אינה אומדנא מבוררת מאד, ולפני שנודע לו בעינן אומדנא מבוררת מאד, ומעתה לפ"ז י"ל שקושיית הגמ' כאן היא שגם בנוגע ללקט נימא דלפני שנודע

להעניינים אין כאן אומדנא מספיק חזק לקבוע שהוא לעורבים ולעטלפים, וכמו שאביי אינו סומך לענין אבידה על האומדנא ה"ה שכן צריך להיות גם במתנות עניים.

מיהו לכאורה אין זה קושיא כי יש לחלק ולומר שבלקט מכיון שאף פעם לא הי' שייך להעניינים, ועוד דהעניינים נמצא במקום אחר, שפיר יש אומדנא מבוררת מאד שיתיאש.

שו"ר בקו"ש בסי' י"ז שם שיישב שבאמת אין כוונת הגמ' כאן לומר דהוי מטעם יאוש, וביאר כן לפי הביאור השני שכתבנו לעיל בטעמו של אביי, והיינו שאין טעמו משום שאין האומדנא מבוררת, אלא משום דלא סגי באומדנא ועומד ליאוש, אלא צריכים יאוש בפועל, דעיי"ש שהוכיח בתחילה שמתנות עניים אינם ממון עניים לפני שזוכים בהן, אלא הרי הם הפקר לעניים, ובאות ה' ובאות ז' כתב וז"ל, אבל קשה דא"כ למה יועיל יאושן של העניים להתיר לכל אדם כיון דעניים לאו בעלים נינהו, ולא מצינו בתורה שיועיל אלא יאוש בעלים, ועל כן פירש הרמב"ם דטעמא דמותרין לכל אדם אינו כלל משום יאוש אלא מפני שפסקו העניים לבקש ולחזור אחריהן מקרא דתעזוב לעני ולא לעורבים ולעטלפים, והא דמייתי מינה בגמ' אפלוגתא דאביי ורבא ביאוש שלא מדעת היינו משום דאביי ורבא לאו ביאוש לחוד נחלקו, אלא בכל התורה כדמוכח שם בסוגיא דמייתי מתרומה והכשר, והיינו דבכל מקום דאינו צריך רצון הבעלים בחיוב, אלא ניחותא דידי' שלא יהא בעל כרחו, בזה ס"ל לרבא דסגי בניחותא בכח,

ואביי ס"ל דבעינן שתהא הניחותא בפועל וכו', וכן בהא דפסקו העניים לבקש ולחזור עליהן הרי הנשאר מותר לכל אדם, תלוי בפלוגתא דאביי ורבא, דלאביי בעינן שיהא הפסקו בפועל ולרבא סגי פסקו בכח, והגמ' מדמי לה למחלוקת ביאוש כמו דמדמי הכשר ותרומה ליאוש עכ"ל.

וע"ע בקו"ש שם באות ג' שהוכיח דלא הוי ממון עניים לפני שזכו בהם כי בירושלמי בריש פ"ו דפאה ילפי בית שמאי ממתנות עניים שהפקר לעניים לחוד הוי הפקר, ובית הלל חולקים וסוברים דלא הוי הפקר, ושאני מתנות עניים משום דכתיב תעזוב אותם, דהוי בגדר מיעוט דזה לעניים ולא לעשירים, אבל בעלמא הפקר הוא גם לעניים וגם לעשירים, הרי מבואר דהוי בגדר הפקר לעניים. כי אם זה כבר נעשה ממון עניים אין לזה ענין עם הפקר לעניים, אלא ששוב הקשה מלשון המשנה דקתני על פאה שהוא "גוזל את העניים".

יח) מאימתי כל אדם מותר בלקט.

הפירוש של "כל אדם".

הנה "כל אדם" משמעותו כל אדם ממש ולא רק הבעלים.

וכתב הקו"ש בח"ב סי' י"ז אות י' שאם נאמר שמתנות עניים הם ממון עניים גם לפני שזכו בהם, אז הדבר מובן, כי הבעלים הראשונים כבר נסתלקו, ולכן לאחר שנתייאשו העניים הרי הוא שוה לכל אדם אחר, ולא עדיף מהם, אבל אם נאמר שמתנות עניים הן בגדר הפקר לעניים לפני

שזוכים בה, א"כ לאחר שנתייאשו ונתבטל החיוב של תעזוב, הדין נותן שיהיו להבעלים הראשונים כי לעשירים לא היו הפקר בכלל.

והנה הרמב"ם בפ"א מהל' מתנות עניים ה"י כתב וז"ל, פסקו העניים לבקש ולחזר עליהם הרי הנשאר מותר לכל אדם עכ"ל. וכלשון זה של "כל אדם" כתב גם בה"א וז"ל, מאימתי מותרים כל אדם בלקט וכו' עכ"ל, אבל בה"ג כתב וז"ל, מתנות עניים שבשדה שאין העניים מקפידים עליהן הרי הן של בעל השדה עכ"ל, הרי שהיכא שמתחילה אין העניים מקפידים כתב שהן של בעל השדה, אבל היכא שמתחילה הקפידו על זה ולקטו, מה שנשאר מותר לכל אדם, וכתב הרדב"ז בדבריו על ה"א וז"ל, ומלישנא דמתני' דקתני מאימתי מותרין כל אדם, משמע דאפילו עשירים שאינם בעלי השדה מותרים משום דהוי הפקר, שהרי בעל השדה עזב אותם לעניים, ולא באו, הווי הפקר, ואם קדם בעל השדה אחר שהלכו הנמושות ואמר תזכה לי שדי נראה דהוי שלו ואין אחרים יכולים ליטלו אע"ג דאינו עומד בצד שדהו ואין כאן מקום להאריך עכ"ל. ולהלן שם כתב וז"ל, ומתוך לשון הירושלמי משמע שאין מותר אחר זמן זה אלא לבעלי השדה דגרסינן מתנות עניים שאין עניים מקפידין עליהן הרי הן של בעל הבית ע"כ, ולפ"ז הא דקתני מותרין לכל אדם לאו דוקא, אלא לומר שמותרין לעשירים, ולעולם בעל השדה דוקא, ואפשר לחלק בין המתנות שאין העניים מקפידין עליהם שהם לבעל השדה, אבל מה שנשאר אחר העניים אפשר לומר שהוא

לכל אדם, והנכון אצלי שהכל לבעל השדה עכ"ל.

ולכאורה יש לבאר את החילוק שכתב כך, דאם לא הפריש משום שאין העניים מקפידים א"כ מכיון שנפטר הרי זה נשאר ממונו, אבל לאחר שהפריש הרי כבר נעשה ממון עניים, ולכן הדין נותן שאם העניים מסתלקים הרי הוא לכל אדם, דלמה יהי הבעל השדה עדיף (אלא שגם בכה"ג אם אמר תזכה לי שדי הרי הוא שלו כמש"כ הרדב"ז לעיל).

מיהו לכאורה גם לפי הצד דהוי ממון עניים יש להקשות שיהי' רק לבעל השדה, והיינו משום שסו"ס הם קודמים לזכות בקנין חצר.

ועי' בברטנורא בפ"ח ממס' פאה משנה א' שכתב שלאחר שהלכו בו נמושות הרי הם הפקר בין לעניים ובין לעשירים. ורעק"א בדבריו על משניות שם הקשה את קושייתנו הנ"ל וז"ל, וקשה לי, הא הלקט שנופל בעת הקצירה, שהוא על השדה דבעל הבית, כשנתייאשו העניים ונעשה הפקר, מיד יזכה בעל השדה מדין חצירו דקונה שלא מדעתו, ואי דהבעלים אינם עומדים שם והוי שדה שאינו משתמר, מ"מ תקשה מפ"ק דב"מ דף י"א דאובבי' ר' אבא לעולא ממעשה דר"ג וזקנים ומוכיח מזה דחצר שאינו משתמר ג"כ קונה, ולדידי' יקשה מתני' דהכא אמאי אינו זוכה בעל השדה מדין חצר וצע"ג עכ"ל.

ובתוס' אנשי שם כתב כעין חילוקו של הרדב"ז וז"ל, ולפע"ד לק"מ דבעל השדה מעיקרא איאוישי מיאש, תדע שהרי הרמב"ם כתב בדין זה בה"י, וכן בה"א, מותר לכל אדם, ובה"ג כתב מתנות עניים

שבשדה שאין העניים מקפידים הרי הוא של בעל הבית עכ"ל, והוא מהירושלמי, וע"כ הטעם דבה"י וי"א דאיירי לאחר שפסקו העניים מלחזור אחר מתנותיהם שהוא אחר שהפסיק בעל השדה ללקוט שדהו, בעל השדה מעיקרא מיאש, כי סבר שהעניים ילקטוהו, לכן מותר לכל אחד, ובהי"ג דאיירי שבעל השדה עודנו מלקט בשדהו אלא שהעניים אין מקפידין לכן כתב שהוא של בעל השדה (רל"מ). ובספר תה"ר תי' על פי דברי התיו"ט בכ"מ פ"ב משנה ג' לפי שבא בחצירו לפני יאוש וקי"ל יאוש שלא מדעת לא קנה ע"כ עכ"ל.

מיהו אכתי קשה, מה לי בזה שבעל השדה נתיאש, דבשלמא אם הי' מפקיר, א"כ אחרי שאדם מפקיר דבר שבתוך שדהו, בודאי אין אומרים שהשדה קונה לו בחזרה בקנין חצר, שהרי גילה דעתו שאינו רוצה את החפץ, ואע"פ שחצירו קונה לו שלא מדעתו, אבל אינו קונה בשבילו בעל כרחו, אבל הכא הרי נתיאש כי חושב שהעניים יקחוהו, אבל הוא בעצם שפיר רוצה את התבואה, וא"כ כשנתברר שהעניים אינם לוקחים אותו, למה גרע משלא לדעתו. ובאמת אפילו אם יאוש הוא לשון הפקר ג"כ קשה כהנ"ל, כי הכא הרי הוא בעצם רוצה את התבואה והוא מפקירו רק בגלל שהוא חושב שהעניים יקחוהו.

יט) מאי נמושות ואמר רבי יוחנן סבי דאזלי אתיגרא, ר"ל אמר לקוטי בתר לקוטי.

הנה רש"י כתב (לפי גירסת הרש"ל

המובאת בהגליון) שרבי יוחנן מפרש נמושות מלשון למשמש, ואילו ר"ל מפרש נמושות מלשון ימיש, כלומר להסיר, כי הם מסירים ומשים הכל. והנה לכאורה הי' נראה לפרש שאין באמת מחלוקת בין רבי יוחנן לר"ל, אלא אידי ואידי חד שיעורא הוא, רק שלפעמים הרי זה קורה ע"י סבי ולפעמים הרי זה קורה ע"י לקוטי בתר לקוטי, ומר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי.

מיהו לפ"ז הי' רש"י יכול לפרש שגם רבי יוחנן מפרש לשון נמושות כמו ר"ל, דהיינו שהם מסירים הכל, רק שהוא נקט את הציור של סבי דאזלי אתיגרא כי גם הם עושים כן. ומזה שלא פי' רש"י כן חזינן דס"ל שבאמת יש כאן מחלוקת ושלכן צריכים לשנות את הביאור של המלה נמושות לפי רבי יוחנן כי ביאורו של ר"ל אינו מתאים להציור של סבי דאזלי אתיגרא, וכן איפכא.

ובביאור המחלוקת נראה שר"ל מפרש שמתיאשים רק אחרי הלקוטי בתר לקוטי אשר הם מקפידים לקחת ממש הכל ולא להשאיר כלום (רק שבהציור הזה השאירו בטעות), אבל רבי יוחנן סובר שמתיאשים גם אחרי שהלכו בו הסבי אע"פ שהסבי שפיר משאירים קצת, דגם אז העניים מתיאשים. מיהו צ"ע על רבי יוחנן דגם אחרי שבאו לשם סבי דאזלי אתיגרא, הלא הלקוטי בתר לקוטי אינם מתיאשים, דהא הם עדיין באים כדי ללקוט. מיהו י"ל שרבי יוחנן סובר שנהי שהלקוטי בתר לקוטי באים אחרי הלקוטי הראשונים, ואז אינם משאירים כלום, אבל אין הם באים בשביל הכמות הקטנה מאד שהסבי משאירים.

מיהו אכתי צ"ע כי א"כ מה סובר ר"ל, דכי פליגי במציאות, דהיינו שר"ל סובר ששפיר באים. מיהו י"ל דזה ודאי שהם באים לעתים רחוקות גם עבור כמות קטנה כזו, אבל פליגי ר"י ור"ל אם צריכים לחשוש לזה, דר"י סובר שצריכים לחשוש ור"ל סובר שאן צריכים לחשוש. א"נ דהא ודאי שכבר לא תבוא קבוצה של לקוטי בתר לקוטי, רק דפליגי אם צריכים לחשוש שמא יש עני בודד שאינו מיאש עדיין.

והנה לכאורה הוא הדין שי"ל איפכא, והיינו שי"ל שרבי יוחנן הוא זה שמחמיר, ולעולם הסבי לוקטים יותר מהלקוטי בתר לקוטי. מיהו חזינן שרש"י כתב שהלקוטי בתר לקוטי אינם משאירים כלום, וזהו כהדרך הראשון שכתבנו.

מיהו יש להעיר על דרכנו הנ"ל בביאור דברי רש"י כי רש"י כתב שהזקנים רואים כל שבולת ושבולת, ומשמע שגם הם מסירים את הכל, וצ"ע.

והנה ע"י ברמב"ם בפ"א מהל' מתנות עניים הי"א שכתב וז"ל, ואימתי כל אדם מותר בלקט משיכנסו המלקטים שניים וילקטו אחר מלקטים הראשונים ויצאו עכ"ל, וכתב הכ"מ וז"ל, ודברי רבינו כאן כפירוש ר"ל, ויש לתמוה עליו (כי ההלכה היא תמיד כרבי יוחנן), ומצאתי בשם הרשב"א שטעמו מפני שהוא סבור דר"י ור"ל לאו בדינא פליגי, דבין הכי ובין הכי מותרים כל אדם לדברי הכל, דבהכי עניים מתייאשים, ולא איפליגו אלא בפירוש תיבת נמושות, והדין עמו, דאטו באתר דליכא סבי כי הני, יהיו כל אדם אסורים לעולם לדעת רבי יוחנן, אלא לר"י הוא הדין בלקוטי בתר לקוטי, ולר"ל הוא הדין

נמי בסבי דאזלי אתיגרא, ונקט רבינו לישנא דר"ל משום דלקוטי בתר לקוטי שכיחי בכל אתר וכו' עכ"ל.

הרי שכתב הרשב"א דליכא מחלוקת להלכה בין ר"י ור"ל, אלא שהם חולקים בפירוש תיבת נמושות. ולכאורה צ"ע למה צריכים לומר לפי הרמב"ם שהם חולקים בפירושא דנמושות, דלמה אי אפשר לומר שגם ר"י סובר שהפירוש הוא מסירים את הכל, וכבר כתבנו לעיל דבשלמא אם רבי יוחנן מקיל וסובר שמספיק בפחות ממה שסובר ריש לקיש ולעולם הסבי משאירים קצת ולא כמו הלקוטי בתר לקוטי שאינם משאירים כלום א"כ אז אי אפשר לפרש לפי רבי יוחנן שהפירוש הוא מסירין דהא לפי רבי יוחנן אינם מסירין את הכל ולכן צריכים לפרש מלשון ממשמש, אבל מאחר שהרמב"ם סובר דחד שיעורא הוא א"כ למה אי אפשר לפרש גם לפי רבי יוחנן שהכוונה היא שמסירין, וצ"ע.

מיהו הא מיהא צריכים להבין שלפי דברי הרשב"א שהרמב"ם סובר שרבי יוחנן וריש לקיש אינם חולקים לדינא, א"כ חייבים לומר לפי הרמב"ם שאידי ואידי חד שיעורא הוא וכמו שנקטנו בהקטע הקודם, ואי אפשר לומר שהסבי משאירים פורתא, רק שגם ר"ל מודה לר"י שגם זה מספיק ליאוש, כי אילו כן א"כ הי' לו להרמב"ם להביא את רבי יוחנן כיון שהוא אומר חידוש יותר גדול, דהיינו דחשיב יאוש אחרי הסבי אע"פ שהם שפיר משאירים פורתא.

מיהו י"ל דס"ל שסבי מלקטים יותר מלקוטי בתר לקוטי, רק שגם רבי יוחנן מודה לריש לקיש דסגי גם בלקוטי בתר

לקוטי. ולפ"ז יוצא שי"ל להרמב"ם שלקוטי בתר לקוטי מסירין אבל לא ממש הכל.

ובאמת חזינן שהרשב"א שם כתב בתוך לשונו שסברת הרמב"ם היא משום שאת"ל שפליגי א"כ לפי רבי יוחנן מה יהי במקום שאין סבי, וכי לעולם יהי אסור, ומזה נראה כהנ"ל שהוא סובר שאם הם שני שיעורים הרי הסבי מלקטים יותר מהלקוטי בתר לקוטי, כי אם הם מלקטים פחות מהלקוטי בתר לקוטי, א"כ מה היא קושייתו, הלא עוד יבואו הלקוטי בתר לקוטי, וא"כ בע"כ צ"ל שהסבי מלקטים יותר מהלקוטי בתר לקוטי, וא"כ אין זה מתאים עם מה שכתב רש"י שהלקוטי בתר לקוטי אין משאירים כלום.

עוד קשה, דהנה הרשב"א כתב דכיון שסובר הרמב"ם שר"י ור"ל אינם חולקים זה על זה, א"כ משום הכי נקט הרמב"ם לקוטי בתר לקוטי כי הוא שכיח יותר, וקשה דסו"ס מי שגר במקום שאין שם לקוטי בתר לקוטי ויש שם רק סבי לא ידע מה הדין, וא"כ למה לא כתב הרמב"ם גם את הציור של סבי.

והנה המעיין ברמב"ם בפיה"מ במס' פאה יראה שכתב באמת שסבי הוא שיעור אחד עם לקוטי בתר לקוטי, אבל בדרך אחרת ממה שכתב הרשב"א, והיינו שבאמת סבי אינו ציור לחודי" כי באמת הסבי אינם מלקטים, רק שגם רבי יוחנן התכוין ללקוטי בתר לקוטי, רק שהמשיל אותם לסבי, כי הלקוטי בתר לקוטי באים באיחור כמו סבי שתמיד באים לכל דבר שהוא באיחור, ואין הכוונה לסבי עניים שבאים ללקוט, וכתב שנמושות הוא לשון

שמורה על סבי, כי זהו המלה שפירושו סבי. ברם זה יכול להיות שרק רבי יוחנן סובר שהמלה נמושות הוא סבי, אבל ר"ל סובר שפירושו הוא מסירים הכל, אבל הא מיהא ברור מלשון הרמב"ם שאין כוונת רבי יוחנן לומר שסבי הוא ציור לחודי", אלא הרי זה רק משל.

וע"ע בתוס' רעק"א על המשנה בפאה שם באות ע"ה שכתב וז"ל, בהרע"ב ד"ה מאימתי, אית דמפרשי, היינו פלוגתייהו דר' יוחנן ור"ל בפרק קמא דתענית, דר"י אמר סבי דאזלי אתגרי ור"ל אמר לקוטי בתר לקוטי, והרמב"ם בחיבורו העתיק לדר"ל, וכתב הכ"מ בשם הרשב"א דס"ל להרמב"ם דר"י ור"ל לאו בדיני פליגי אלא בפירוש תיבת נמושות, והרא"י על זה דאטו באתר דליכא סבי יהי כל אדם אסור לעולם ליטול, אלא על כרחך דלא פליגי, ונקט הרמב"ם לישנא דר"ל שהוא שכיח בכל אתר עיי"ש. ועיין בהרמב"ם בפ"ה המשניות ותמצא דגם לרבי יוחנן עיקר מילתא דהזקנים הם הם המלקטים שניים, והוי לקוטי בתר לקוטי, ור"י ור"ל חזא מילתא קאמרי עיי"ש, אבל רש"י מפרש דטעמא דר"י שהזקנים הולכים בנחת ועיניהם למטה ומעיני טפי משום הכי נתייאו העניים ממנה עיין שם עכ"ל. ולכאורה דברי רעק"א קשים, דהא הביא את דברי הרמב"ם שלא בדקדוק, דהא רמב"ם כתב שסבי הוא משל, אבל באמת אין הכוונה לסבי עניים שבאים ללקוט, ואילו מלשונו של רעק"א משמע שרוצה לומר בשמו ששפיר יש לקיטת סבי, והם הם הלקוטי בתר לקוטי.

וז"ל, הרמב"ם בפיה"מ שם, ונמושות

הם הזקנים הבאים בימים, ועיקר לשונם הוא כן, והשאלו בכאן זה השם ללוקטים אחר הלוקטים, והם המלקטים השניים, והמשיל אותם לזקנים לאיחורם, מפני שבוששו לבא, ולא ימצאו אלא מעט עכ"ל. הרי שהרמב"ם מפרש שהכוונה בסבי דאזלי אתיגרא היא ללקוטי בתר לקוטי, רק שרבי יוחנן קרי ללקוטי בתר לקוטי בשם סבי דאזלי אתיגרא מפני שהלקוטי בתר לקוטי בוששים לבוא*).

כ) קציעות בדרך.

בענין הא דהפקר לרבי יוסי, ויאוש בגזילה, אינם פוטרם ממעשר.

עי' בנדרים דף מ"ג דס"ל לרבי יוסי שהפקר עד דאתי לרשות זוכה שייך עוד להמפקיר. ומבואר שם דלדידי' הרי זה חייב במעשר עד שהזוכה זוכה בו, כלומר דאם המפקיר יחזור ויזכה בו הרי זה עדיין חייב במעשר ודלא כרבנן שפוטרם בכה"ג וכמו שהביאו תוס' כאן שאפילו אם חזר ובצרו הרי הוא פטור ממעשר.

והנתייה"מ בס"י רס"ב כתב לחדש שיאוש לדידן הרי זה כמו הפקר לפי רבי יוסי, דהיינו דעד דאתא לרשות זוכה הרי זה שייך עוד להמיאש.

והנה תוס' בב"ק דף ס"ט ע"א בד"ה כל שלקטו וכו' כתבו שגבי גזילה, אם סוברים שיאוש קונה, אין זה פוטר את הפירות ממעשר, כי היאוש קונה רק בשביל הגזלן ואפילו אם החפץ הוא ברשות הרבים, וא"כ הרי זה כמו מתנה מהנגזל להגזלן ומש"ה הגזלן צריך לעשר. ושוב כתבו שאפילו אם יאוש אינו קונה רק בשביל הגזלן, אלא גם אדם אחר יכול לזכות בו כשהוא ברה"ר, אבל בכל זאת אין זה פוטר את הפירות, ואין זה כמו הפקר, כי עכ"פ אסור לאדם אחר לזכות בהם כי הגזלן צריך לעשות השבת גוף החפץ. וכן אם יאוש אינו קונה אלא צריכים גם שינוי רשות, אשר לפ"ז רק אדם אחר יכול לזכות בו, אבל בכל זאת אותו אדם אחר שזכה בו, אינו פטור ממעשר, כי הפטור של הפקר הוא משום שיש לכל אחד חלק ונחלה בו, והכא לא ה"י להזוכה חלק ונחלה בו כי ה"י אסור לו לזכות, וגם עכשיו שזכה בו הרי הוא צריך לשלם להגזלן הראשון כמו שהראו שם. וכתב הנתייה"מ שלפי שיטתו הנ"ל היו תוס' יכולים לומר טעם אחר, והיינו שאפילו אם מותר לאדם אחר לזכות בהם אינו פטור ממעשר כי הרי הם שייכים עוד להמיאש. ובספר שו"ת באר יצחק בס"י כ"ג ענף

ושניהם סוברים שבא מהמלה לא ימיש דהיינו להסיר.

ובתוס' אנשי המשניות שם כתב וז"ל, עי' תור"ע וצ"ע דבתענית מפרש רש"י כפי' הרא"ש ותקשי לי' לדידי' (לה"מ) עכ"ל. מיהו לא ידעתי מאיפוא הוציא מרש"י בתענית כהרא"ש דו"ל רש"י בתענית דף ו' ע"ב ד"ה דאזלי אתיגרא, הולכים בנחת ומעייני טפי, מחזיק בפלך מתרגמא אתיגרא עכ"ל.

* ועי' בפירוש הרא"ש על המשנה בפאה שכתב וז"ל, סבי אתיגרא מתוך שהולכים כפופים ועיניהם מסתכלות למטה רואים כל מה שמוטל לפניהם בקרקע ואינם משאירים כלום עכ"ל. ורעק"א שם באות פ' הביא את דבריו וכתב וז"ל, וא"כ גם להך מ"ד נמושות מלשון לא ימיש עכ"ל. הרי שהרא"ש מפרש באמת כמו שהקשיתי על הרשב"א שאולי לא פליגי ר"י ור"ל כלל בפירוש המלה נמושות

ד' כתב שאין דברי הנתיחה ממוכרחים, משום שלעולם י"ל שביאוש הרי הוא שפיר נשאר ברשות המיאש עד דאתי לרשות זוכה, רק שמ"מ אם הדין הי' שיש רשות לאדם אחר לזכות בו הרי זה הי' מספיק כדי לפטור ממעשר, כי הרי זה מיקרי שיש ללוי חלק ונחלה עמך, ומש"ה שפיר הוצרכו תוס' להא דאין רשות לכל אדם לזכות בו. ולכאורה קשה על דבריו דהא בהפקר לפי רבי יוסי חזינן שחייב במעשר כיון שעודו שייך להמפקיר אע"פ שמתר לכל אדם לקחת. וביאר הקהלות יעקב בב"ק בריש סי' ל"ז שבנוגע להפקר שפיר אמרינן שכיון שהחפץ שייך עוד להמפקיר הרי זה חייב במעשר והיינו משום שלפי רבי יוסי המפקיר הרי הוא יכול לחזור בו מן ההפקר ולעכב אחרים מליטול ומש"ה אין זה נקרא שיש ללוי חלק ונחלה עמך, משא"כ ביאוש אינו יכול לחזור בו אחרי שנתיאש. הרי שכתב שאי אפשר לחזור בו מיאוש, וצ"ע למה.

אותן באזמל ומוהל שלהן זב ושוטחן בשדה ליבש ע"כ, ונראה לי שנקראו קציעות על שם המקצועות שהם המחצלאות שעליהן מיבשים אותם כדפי' הר"ב במשנה ד' פרק ח' דנדרים עכ"ל. והנה חזינן שלא רצה התיו"ט לפרש שהכוונה היא מלשון קיצוע, דהיינו חתך, וכזהיא דב"ק דף ס"ו ע"ב דעיצבא אינו צריך קיצוע, כי התם הכוונה היא לסוג חתך שמיישרת את העור לצורה מסוימת, ולא חתך בעלמא כמו תאנים מן העץ.

והנה לפי הרמב"ם שקציעות איירי בכל האילנות, צ"ע למה נקטו שוב תאנה, ובשלמא לפי רש"י י"ל שנקטו תאנה כמשל לכל הפירות, וגם קציעות דאיירי בתאינה הרי זה משל לכל הפירות, אבל לפי הרמב"ם הרי כשרצו לומר כל הפירות נקטו קציעות שהיא מלה כללית המורה על כל הפירות לפי הרמב"ם, וא"כ בע"כ שכשנקטו תאנה הרי זה דוקא, וא"כ צ"ע כהנ"ל.

כא) קציעות בדרך.

עי' בתיו"ט על משנה זו בפרק ג' ממעשרות משנה ד' שכתב וז"ל, קציעות, כן גירסת הספר, והרמב"ם מפרש גרגרים תלושים מאיזו אילן שיהיו, והר"ש מפרש שם הכלי שקוצצין בו תאנים נקרא מוקצה כדתנן בפ"ח דשביעית משנה ו', והוא כלי ברזל, ועל כן קוראים אותו קציעות, וגירסת הר"ב כנוסחא אחרינא דגרס קציעות, וכן הגירסא במשנה י' פרק ד' דתרומות, וכן הובאה משנה זו בגמרא בבבא מציעא פרק ב' דף כ"א, ופירש רש"י תאנים שקוצצים

כא*) וכן תאנה הנוטה לדרך ומצא תאנים תחתיו וכו'.

בענין דברי הרמב"ן שיאוש לא מהני על דבר שברשותו ותחת ידו.

עי' בקצה"ח בסי' רנ"ט סק"א שהביא את דברי הרמב"ן להלן בדף כ"ו שהיכא שנטל על מנת להשיב לא מהני מה שהבעלים שוב מתיאשים כי המוצא כבר נעשה השומר שלהם, ויאוש אינו מועיל כשהחפץ הוא ברשותו תחת יד השומר. ושוב כתב על זה הקצה"ח להלן שם

באמצע דבריו וז"ל, אלא דבריש פרק אלו מציאות גבי תאנה הנוטה לדרך ומצא תאנה תחת' דהוי נמי מטעם יאוש ע"ש דף כ"א, ואע"ג דהתאנה ברשותו, וכן שם פרק אלו מציאות גבי מוצא מעות בבתי כנסיות ובבתי מדרשות דהרי אלו שלו, ושם בדף כ"ד סלקא דעתך בש"ס דמשום יאוש הוא, ואע"ג דחצר השותפין הוא, וכדאמרינן בנדריים דף מ"ו והרי בית הכנסת דהוי כמו חצר שאין בו דין חלוקה ע"ש, וא"כ לא נפיק מרשותו, ואפ"ה מהני ב' יאוש, וכן בהשולח דף ל"ט גבי נתייאשתי מפלוני עבדי משמע בתורת יאוש, ואע"ג דעבד חשוב לעולם ברשותו דיד עבד כיד רבו. ולכן נראה דהרמב"ן לא אתי לאפוקי רשות בעלים, אלא ברשותו נמי מהני יאוש כל היכא דלא אתי חצירו וזכה לו וכמו האי דכתב הרמ"א בסי' רס"ח ע"ש, אלא דכתב להא שידו כיד הבעלים ושומר שלהם הלכך אינה נקנית ביאוש הואיל וישנה ברשות הבעלים, היינו דכיון דהשומר אינו מייאש, שהרי הוא תחת ידו וידו כיד הבעלים, א"כ יאוש דבעלים לא מהני, אבל היכא שמונח בחצירו, בענין דחצירו לא קנה לו וכמש"כ הרמ"א בסי' רס"ח, מהני יאוש שפיר עכ"ל.

והנה יש לפרש את דברי הקצה"ח בשלשה דרכים:

א', דהיכא שהוא בחצירו ואינו יודע מקומו, מהני יאוש כי כיון שאינו יודע מקומו ואינו שולט עליו הרי זה מיקרי על פי דין שאינו ברשותו.

ב', בדכה"ג חשיב שפיר ברשותו גם על פי דין, רק שיאוש מהני גם על דבר שהוא

ברשותו, אבל כשהוא אצל שומר לא מהני יאוש כי אז חשיב תחת ידו ושליטתו ממש כיון שיש בר דעת ששומר אותו בשבילו, ולכן בכה"ג לא מהני יאוש.

ג', כהנ"ל דשפיר מהני יאוש גם כשעל פי דין הרי זה נחשב ברשותו, רק דהא דלא מהני יאוש כשהחפץ הוא בבית השומר הרי זה כי כיון שהשומר עצמו אינו מתיאש, שהרי הוא יודע מקומו, א"כ הדר קונה השומר את החפץ בקנין חצר בשביל הבעלים (מיהו צ"ע דלא נתכוין השומר לעשות קנין בשביל הבעלים אלא רק להחזיק בו בשבילו, ודומה להמחלוקת הקצה"ח והנתי"מ שהבאנו לעיל באות י"ג* סק"א).

והנתי"מ שם הבין את דברי הקצה"ח כאחד משני הדרכים האחרונים שכתבנו, ולכן תי' הוא עצמו על הקושיות הנ"ל כהדרך הראשון שכתבנו בביאור כוונת הקצה"ח, דהיינו שכיון שאין הבעלים מכירים את מקומו של החפץ הרי החפץ נקרא שלא ברשותו אפילו כשהוא מונח בתוך חצירו עיי"ש.

וע"ע לעיל באות י"ד* (קטע "מיהו עי' בנתי"מ") שהבאתי את דברי הנתי"מ בעוד מקומות בענין אם אבידה מיקרי ברשותו (ואפילו כשאינה בחצירו) או לא. ועוד הבאתי שם את דברי הרמב"ם, ואת הריטב"א בכמה מקומות, בענין זה עיי"ש.

ובחידושי רבי מאיר שמחה על דף כ"ו בד"ה אולם מתוס' וכו', ובחידושי הגרש"ש על ב"מ בסי' כ', ובאמרי משה סי' ל"ז סק"י, ביארו שיאוש כשהאבידה ברשותו לא מהני משום דהוי יאוש בטעות כי אילו

הי' יודע שהיא ברשותו לא הי' מתיאש. ועי' עוד לעיל באות י"א (קטע "שו"ר") בענין אם יאוש בטעות מהני או לא. ובספר ישועות דוד בחלק ו' סי' ס"ה, וכן בשיעוריו על דף כ"ה, כתב לבאר שלעולם מודה הרמב"ן שאבידה מיקרי ברשותו, רק שהיכא שאינה מונחת בחצירו אלא ברה"ר א"כ על ידי היאוש עצמו הרי היא מתהפכת להיות נחשבת שלא ברשותו כי על ידי היאוש הרי היא נקראת יותר אבודה ומש"ה מהני היאוש.

כב) תאנים נמי כיון דידיעי דנתרי מעיקרא מפקר להו.

בענין יאוש או הפקר על לאחר זמן: למה אין חסרון של אין ברירה, וכן של כלתה אמירתו.

הנה באותה שעה, דהיינו "מעיקרא", לא ידוע עוד איזו תפול. ברם נראה שאעפ"כ אין כאן חסרון של אין ברירה, כי בכרירה הוא רוצה שמה שהוא עתיד לתרום יהי נחשב תרומה כבר עכשיו ע"י ברירה, אבל הכא הוא רוצה שאח"כ כשתפול תהי' הפקר רק מאותה שעה והלאה, דהיינו מהשעה שיתברר איזו נפלה, וא"כ אין זה ציור של ברירה.

אלא שאכתי קשה דבאותה שעה כבר כלתה ההפקר שלו, והוי כמו מפקיר לאחר שלשים דלכאורה יש חסרון של כלתה, כמו במשך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום דלא מהני משום שבבא שלשים כלתה משיכתו.

והנה בנדרים דף כ"ט ע"ב מבואר שאפשר להקדיש לאחר שלשים, והקשה

הר"ן שבבא שלשים כלתה אמירתו. ותי' הר"ן שהעובדא שאמירתו לגבוה היא כמסירתו להדיוט והרי זה פועל שאין כאן חסרון של כלתה והרי זה כמו בקנין כסף שאין חסרון של כלתה כיון ששיעבודו קיים. ולכאורה אין דבריו מבוארים דהא שאני בקנין כסף שיש את הטעם המיוחד הנ"ל של שיעבודו קיים.

וצ"ל שכוונת ר"ן היא לומר שהאמור ב"אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" אינו רק שבהקדש אמירה משמשת לקנין כמו שבהדיוט מסירה משמשת לקנין, אלא נאמר בזה גם שמהני אמירה לגבוה לפעול כל מה שרק שייך שמסירה להדיוט תפעל, וכיון שמהני קנין כסף לאחר ל' בהדיוט הה"נ לאמירה לגבוה, ואע"פ שלא שייך באמירה לגבוה הטעם שקיים בקנין כסף אבל בכל זאת גזירת הכתוב היא שאמירה לגבוה פועלת כל מה שהדיוט שייך לפעול ע"י קנין. מיהו צ"ע מנלן דין כזה הלא ליכא פסוק מיותר לכך.

ועי' בחידושי הגרש"ש בנדרים בסי' כ"ב בד"ה אמנם שכתב וז"ל, אמנם בתוס' יבמות דף צ"ג ע"א ד"ה קנוי' לך כתבו בתוה"ד וז"ל, ובפירות ערוגה נמי לא בעי מעכשיו לפי שאמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט דמי, וחשיב כאילו מוסרה ליד הקונה לעמוד בידו ולקנות כשיגיע הזמן שקבעה עכ"ל הצריך לכאן, וכן כתב הרשב"א ז"ל בחידושי לקידושין דף ס"ג וז"ל, ובתרומה טעמא אחרינא וכו' והלכך לכשיביאו שלישי ונתלשו הרי זו תרומה דכמסור ביד הקדש דמי ע"כ (לשון הרשב"א), ונראה מדבריהם שפי' הדברים כמשמעו, והטעם דלא הוי כלתה קנינו

משום דהוי כמסור ביד הקדש, היינו דע"י אמירתו הוא מוסר הדבר לרשות הגבוהה שיחול ההקדש בזמן שקבע, ואינו בגדר רשות ההדיוט בקנין חצר, רק שכן הוא ענין כל הקדשות שנעשים ע"י אמירה, דמחשבינן כאילו הוא נמסר תחת יד גבוהה, וכדאיתא בירושלמי פ"ק דקידושין הלכה ו' שור זה עולה וכו' קנה הקדש בכל מקום שהוא דכתיב לה' הארץ ומלואה וכו', וע"כ אינו בגדר קנין חצר, דהרי שיטת תוס' בב"ב דף ע"ט דאין חצר ויד להקדש יעו"ש, אלא ודאי הענין שע"י אמירתו הוא כמסור לרשות הגבוהה, שיהי' רשות הגבוהה ע"ז הדבר עד שיחול הקדש על זה.

"והנה נראה לפ"ז שהענין בכל הקנאה לגבוהה, שאין הקנאה גרידא פועלת לשנות שם הבעלים ע"י אמירה ורצונו לחוד, רק שע"י האמירה נעשה הדבר מסור לרשות הגבוהה, ומה שהוא מסור לרשות הגבוהה פועל על הדבר שתועיל הקנאתו, והוה בגדר מעשה הקנין כמו בכל הקנאות דעלמא, ומשו"ה לא הוה כלתה קנינו, דגם אח"כ הוא מסור ברשות הגבוהה, דאם נאמר דבמקדיש מעכשיו רק האמירה פועלת, מה הוא ענין זה שאנו אומרים שהוא כמסור לרשות הגבוהה, הרי זה ענין אחר ואינו מעין המעשה דמעיקרא, דבמקנה ע"י חליפין וכדומה אם כלתה המעשה לא יהני מה שהי' הדבר עומד בסימטא אח"כ, כמובן (פי' ואינו דומה למשוך פרה זו ותקנה לאחר ל' והפרה קיימת עוד בחצירו בבוא ל', דהתם לא אמרינן כלתה כי התוצאה של המשיכה קיימת גם בבוא ל', דרק התם אמרינן כן כי מה שהפרה עומדת

בחצירו הרי זה תוצאה מהמשיכה משא"כ בחליפין או אמירה), וכן משמע להדיא בירושלמי שהבאנו דגם במקדיש (לגמרי) מעכשיו הטעם הוא משום לה' הארץ ומלואה עכ"ל.

מיהו אם זוהי כוונת הר"ן א"כ לא הי' לו לדמותו לקנין כסף כי בקנין כסף הרי זה משום טעם אחר, דהיינו מטעם ששיעבודא גבי'.

ועכ"פ לכאורה שני הדרכים הנ"ל שכתבנו בביאור דברי הר"ן בנדריים לענין הקדש שייכים רק בהקדש ולא בהפקר דסוגיין, כי מהיכא תיתי שגם בהפקר נאמר שאמירתו יכולה לפעול כל מה שמצינו בכל קנין שהוא, וכן מי יימר שגם בהפקר עצם מה שנכנס לשליטת הפקר (כלומר שכל אדם יכול לקנותו) הרי זה מקנהו לרשות הפקר (ועוד דבפשטות אין כזה מהות של רשות הפקר ששייכת לכל, אלא מהות הפקר היא שאין שום בעלות כלל במציאות).

ונראה לומר שבהפקר אין חסרון של כלתה כי י"ל שמה שעושהו הפקר אינו עצם המעשה הפקר, אלא מה שעושהו הפקר הוא העובדא שיש בלבו שאינו רוצה שיהי' שלו, והרצון הזה ממשיך להיות קיים גם אחרי שאמר הרי זה הפקר, ואע"פ שכבר אינו חושב על זה, אבל הרצון הזה נמצא במודעותו. ואפילו אם נאמר שצריכים שיפקיר בפני אחד או בפני שלשה מן התורה, אבל אין זה אומר שמה שעושהו את ההפקר הרי זה המעשה הפקר שלו, אלא י"ל שהדין האמור בזה הוא שאחד או שלשה צריכים לדעת אודות רצונו (ועי' בספרי על גיטין בפרק השולח

אות מ"א בענין היכא שלא אמר לשון הפקר אלא סילק עצמו מנכסיו האם זה נשאר הפקר).

וראיתי שהגרש"ש עצמו כתב כהדרך הנ"ל גם לענין הקדש וגם לענין הפקר, דהיינו שבהקדש לאחר זמן אין חסרון של כלתה כי מה שעושה את ההקדש אינו המעשה אמירה אלא מה שקיימת אצלו רצון שיהי' הקדש והרי רצון הזה לא כלתה.

ועכ"פ אם נאמר שהכוונה כאן אינה להפקר ממש אלא ליאוש א"כ אז בודאי י"ל שלא קשה שיהי' חסרון של כלתה, והיינו משום שביאוש הדבר פשוט שאינו פועל בתורת מעשה אלא מה שפועל הוא העובדא שהוא מתיאש בלבד, והרי הוא מיואש בלבד גם אח"כ, ולכן אין חסרון של כלתה. וגם אם נאמר שהיסוד של יאוש הוא נתינת רשות לזכות בו א"א להקשות מהדין של כלתה, כי בודאי אדם יכול לתת רשות על אח"כ, דכשיפול הרי הנתינת רשות שלו עומדת במקומה. וע"ע לעיל באות י"א (קטע "שו"ר") בענין כלתה ביאוש.

והנה אולי י"ל טעם אחר למה אין כאן חסרון של כלתה, והיינו משום שהדבר נשאר בגדר מהיום ולאחר שלשים אשר בכה"ג אין כאן חסרון של כלתה, ונבאר דברינו, דהנה בהמשך הגמ' בנדריים שם אמרינן שאם הקדיש לאחר ל' לא מהני חזרה תוך ל', ודלא כמו קידושין וקנין כסף לאחר ל' דהתם שפיר מהני חזרה תוך ל', וביאר הר"ן בנדריים שם דהיינו משום דהוי כאומר מעכשיו ולאחר ל', וז"ל הר"ן שם,

וכמאן דאמר מעכשיו ולאחר שלשים יום דמי כלומר דלא מהני הדר ב"י עכ"ל, הרי שהיכא שהדבר נעשה ע"י דיבור הרי זה כמו שאמר מעכשיו, וא"כ ה"ה בנוגע ליאוש והפקר, ומעתה אין כאן חסרון של כלתה. ברם יש לפקפק בזה וכמו שנבאר, דהנה בספר צמח דוד על שו"ת רעק"א תשובה קמ"ו, הובא בקהלות יעקב בנדריים בס"י כ"ב, הקשה על הר"ן דהא בעירובין דף ל"ו ע"א אמרינן שאם אמר על ככר שהיום תהי' חול ולמחר תהי' קודש מערבין בה משום דהוי בין השמשות סעודה הראוי' כי מספק עוד לא נחתא עלה קדושה בין השמשות, ואם נאמר שבהקדש כל היכא שהוא אומר לאחר ל' הרי זה כאומר מעכשיו ולאחר ל' א"כ אינו יכול לאוכלה כבר מעכשיו כי למחר תהי' קודש למפרע מעכשיו.

מיהו לכאורה יש ליישב בפשיטות דשאני בעירובין שם שפרט להדיא שהיום תהי' חול, ולכן התם אינה נעשית הקדש למפרע, וי"ל עוד דמש"ה באמת הוזכר שאומר בפירוש שהיום תהי' חול, דלכאורה צ"ע למה הוצרכו לומר כן, הלא גם אם הוא אומר ככר זו למחר קודש הרי המובן מדבריו הוא שהיום תהי' חול ורק למחר תהי' קודש, ובע"כ צ"ל כהנ"ל שבלי שיאמר בפירוש שהיום תהי' חול היינו אומרים דנעשה כאומר מעכשיו ולמחר. ואין לי כעת את הספר צמח דוד לעיין בו לראות אם עמד על החילוק הנ"ל.

מיהו צריכים לבאר סברת הדבר למה גרע היכא דאמר בפירוש "היום חול", הלא גם כשלא אמר כן בפירוש הרי רצה שתהי' קודש רק למחר. ולכאורה הרי זה תלוי

באיך מבינים את דברי הר"ן דחשיב כאומר מעכשיו ולאחר שלשים, דאם הכוונה היא שהקדושה מחמת עצם טבעה מתפשטת ממצב של לאחר שלשים למצב של מעכשיו ולאחר שלשים א"כ לכאורה אין לחלק כהנ"ל, כי גם היכא שאמר בפירוש "היום חול" למה לא תוכל להתפשט כמו היכא שאמר רק למחר קודש, אבל אם נאמר שכוונת הר"ן היא שהיכא שאמר לאחר שלשים הרי התורה החשיבה אותו כאומר מעכשיו ולאחר שלשים א"כ בזה שפיר י"ל שהתורה עשתה כן רק היכא שהוא עצמו סתם את הדברים ולא דיבר על היום, אבל היכא שאמר בפירוש להיפך לא החשיבתו התורה כאומר מעכשיו ולאחר שלשים.

והנה הקהלות יעקב הקשה עוד מדברי הרמב"ם בפ"ג מהל' ערכין ה"ט שפסק על פי תוספתא דמס' תמורה בפרק ג' שאם הקדיש שור לאחר ל' ושחטו בתוך ל' הרי השור מותר בהנאה אבל אם אמר מעכשיו ולאחר שלשים ושחטו בתוך שלשים הרי הוא אסור בהנאה, הרי שהיכא שאמר לאחר שלשים אין זה נחשב כאומר מעכשיו ולאחר שלשים.

והסיק הקהלות יעקב שהר"ן קאמר רק לענין שאינו יכול לחזור בו, דרק לענין זה הוי כאומר מעכשיו אבל לא לענין שיחול הקדש למפרע מעכשיו.

והביא ראי' שאפשר לומר ש"מעכשיו" מהני רק לענין שאינו יכול לחזור בו אע"פ שהחלות עדיין אינו חל, משיטת הרמב"ן, הובא ברשב"א בקידושין דף ס"ג ע"א בד"ה כגון דכתב ל' לכשאקחך וכו',

דהיכא שהקנה דבר שלא בא לעולם, ואמר מעכשיו, דמועיל לפי רבי מאיר, הרי זה מועיל רק לענין שלא יוכל לחזור בו, אבל החלות עדיין אינו חל כיון שלא בא לעולם ואין על מה לחול, ולכן צריכים שהשטר ישאר קיים עד שיבוא לעולם, וזהו להיפך משיטת תוס' בקידושין שם שסוברים שיכול לחזור בו כיון שהחלות עוד לא חל אבל בכל זאת אין צריכים שהשטר ישאר קיים, והר"ן בתשובה כ"ג סובר כהרמב"ן, אבל כתב הקהלות יעקב שהביא שהעירו לו שמהר"ן לעיל בנדורים שם מבואר דס"ל דחשיב כמעכשיו גם לענין שחל למפרע מעכשיו.

ומעתה לפי כל הנ"ל יש לפקפק במה שרצינו לומר שכיון שכתב הר"ן לענין אמירתו לגבוה דהוי כמו שאומר מעכשיו ואינו יכול לחזור בו א"כ אין כאן חסרון של כלתה, דהניחא אם נאמר שכשהוא אומר מעכשיו החלות חלה באמת למפרע, אבל אם נאמר שאין החלות חלה למפרע אלא מעכשיו מהני רק לענין שאינו יכול לחזור בו אבל החלות אינה חלה למפרע אלא עדיין צריכים שהשטר יהי' קיים בבא שלשים ואם אינו קיים יש חסרון של כלתה, א"כ בנוגע לאמירתו לגבוה עדיין צריכים לומר שאין כאן חסרון של כלתה משום הדרך הראשון שכתבנו, דהיינו כי הרצון שלו קיים גם אח"כ בבא יום ל', ומה שהוא אומר מעכשיו הרי זה מועיל רק לענין שאינו יכול לחזור בו. ועוד דאפילו אם נאמר שכשהוא אומר מעכשיו גם החלות חלה למפרע, אבל בכל זאת נהי שכתב הר"ן שאמירתו לגבוה היא כאומר מעכשיו, אבל אולי רק בהקדש נאמר כן

ולא ביאוש והפקר, ואולי זה דין המיוחד בהקדש ולא בכל דבר שנעשה ע"י דיבור.

ג) קציעות בדרך וכו'.

הנה לפי אביי יוצא שפירוש המשנה הוא כך, דבהרישא הקציעות מותרות משום דכיון דחשיבי, ממשמש בהו, וכן תאנים נמי מידע ידיע, אבל זיתים וחרובין אסורים משום שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, וזיתים וחרובין איירי כשמצא אותן בדרך והוי המשך של קציעות בדרך, וכן י"ל דהוי נמי המשך של או תאנים שנמצאו תחת האילן, כי גם זה אסור, כי לא ידיע שזיתים וחרובין יפלו.

ולפי רבא יוצא כך, שבזיתים וחרובים אסור כי כשידע לא יתיאש כי יסבור שהמוצא יתלה בבעל האילן כי הם דומים להפירות שעל האילן, והא דלא אמרינן כן לענין תאנים הרי זה כי היא נמאסת ומחמת מיאסותא הרי הוא מיאש, כן פי' רש"י.

ונקטה הגמ' שחזותו מוכיח עליו שייך בכל פירות שאינם נמאסות, ולכן הקשו אי הכי רישא נמי.

ולפי רבא שהטעם בזיתים וחרובין הוא משום שחזותו מוכיח עליו א"כ הרי זה המשך רק מתאנים שנמצאו תחת האילן, אבל אינו המשך מתאנים בדרך, כי זה מותר גם בזיתים וחרובין לפי רבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש.

והנה עיין בתוס' שהקשו למה לא אמרה הגמ' שבעל האילן אינו מתיאש בזיתים וחרובין כי הוא חושב שהמוצא יתלה בהאילן כיון שהדין נותן על פי הלכה לתלות כן, ולמה צריכים חזותו מוכיח עליו, ותירצו כי א"כ גם בתאנים נימא כן.

והנה יש לפרש שקושייתם היתה על המקשה, מה הקשה, דלמה לא הבין שיש לתרץ שאינו מתיאש משום הסיבה הנ"ל, וגם על התרצן קשה למה לא אמר תירוצן זה. ועל זה תירצו תוס' שהבינו שא"כ יש להקשות שאי הכי תאנה נמי, וכן הקשו באמת על התרצן שתי' שחזותו מוכיח עליו, דהקשו שגם בתאינה נימא כן, רק שהתרצן תי' על זה שתאנה עם נפילתה נמסת ואין חזותה מוכיח עליו, וגם כשתירץ שחזותו מוכיח עליו ידע שיש לתרץ כהנ"ל על תאינה, אבל אם הי' מתרץ משום שיתלו בהקרוב א"כ הי' נשאר קשה שגם בתאנה נימא כן.

מיהו לפי רש"י שגורס שהתאנה נמאסת וכבר אינו רוצה אותה, א"כ נשאר קשה שהגמ' היתה יכולה לומר שזיתים וחרובין אסורים כי המוצא יתלה בהקרוב, משא"כ בתאנה הרי בנפילתה היא נמאסת.

ושוב הביאו תוס' גירסא דגריס זיתו מוכיח עליו ושהכוונה היא כהנ"ל שיתלו בהאילן שלו כי הזית נמצא קרוב ותחת האילן, ושהגמ' שואלת על זה באמת שא"כ רישא נמי ותירצו משום שתאנה נמאסת ואין הבעלים רוצים אותה.

ובסוף דבריהם הביאו תוס' גירסא דידן דגריס חזותו מוכיח עליו כלומר דחשיב שיש סימן בגופו כי הוא דומה להפירות שעל האילן, ופרכינן דא"כ רישא נמי, והביאו תוס' שתי גירסאות בתי' הגמ', א', דתאנה עם נפילתה נמסת, כלומר נימוכה, וזהו הטעם למה שוב אין ניכר שהיא מן האילן הזה, ב', דתאנה נמאסת ומחמת הלכלוך אי אפשר להכיר שהיא מן האילן הזה.

כד) בענין אם צריכים לתלות בהאילן או האם אפשר לתלות בעוברי דרכים.

הנה כבר הבאנו בהאות הקודמת שתוס' כתבו שהדין הוא שצריכים לתלות בהאילן ולא בעוברי דרכים. והקשה הנחלת דוד דהא קי"ל שרוב וקרוב הולכים אחר הרוב. וכתב ליישב על פי שיטת הרמב"ם והרמב"ן שהיכא שנמצא במקומו ממש אמרינן כאן נמצא כאן הי' ואין הולכים בכה"ג אחר הרוב, דלפ"ז לק"מ כי הכא י"ל דמיקרי שמצאו במקומו כי תחת נוף האילן מיקרי מקומו ממש כמו בתוך הכרם. ושוב הביא הנחלת דוד שהקצה"ח הקשה כהנ"ל על כלי ולפניו פירות לקמן בדף כ"ה ע"א דתלינן שנפלו מהכלי, דקשה דנימא הולכין אחרי רובא דעלמא. ועוד הקשה הקצה"ח על הסוגיא בע"ז דף נ' ע"א דאבנים שנמצאו לפני מרקוליס תלינן בהמרקולס, ולפי רש"י שם תלינן כן כל שהם תוך אמה או חצי אמה להמרקוליס, ולפי תוס' כל שהם בתוך בד' אמות, דגם שם קשה שנלך אחרי הרובא דעלמא.

ותי' הקצה"ח כהנ"ל דלפי הרמב"ם והרמב"ן אתי שפיר, ומקומו ממש מיקרי תוך השיעורים שכתבו רש"י ותוס' בע"ז שם.

והנחלת דוד שם פקפק אם זה מיקרי מקומו ממש. ורצה ליישב דשאני בסוגיין, וכן בכלי ולפניו פירות, וכן במרקוליס, דחוץ מהמעלה של קרוב הרי זה גם בגדר מצוי, כי יותר מצוי שיפול מן האילן ממה שיפול מאיש עובר, וברוב נגד קרוב ומצוי הולכין אחרי הקרוב והמצוי (כמו שרצו

לומר בכ"ב שם שאפילו אם רוב וקרוב הולכים אחרי הקרוב אבל אם יש רוב ומצוי הולכים אחרי הרוב והמצוי, דלפ"ז גם השתא דאזלינן בתר רוב י"ל דהיכא דהוי בגדר קרוב ומצוי אזלינן בתר הקרוב). אלא שהקשה דהכא בסוגיין כיון דלא עבידי דנתרי א"כ לא חשיב מצוי, ובשלמא לפי הרמב"ם הרי הכא הוי מקומו ממש אבל על הרא"ש שסובר שלא אזלינן בתר מקומו ממש קשה. וכתב שבכל זאת הרי זה יותר מצוי ממה שיפול מהנופל, וסיים שאכתי צ"ע. ושוב הסיק שי"ל שאפילו הרא"ש שסובר שלא אזלינן בתר מקומו ממש אבל הרי זה רק בדבר התלוי במעשה אדם, כי באדם שניגש לעשות מעשה אין סברא כל כך לומר שבחר יותר לתת את הדבר במקומו, אבל היכא שהדבר נפל מעצמו ומוצאים אותו במקום שיכול להיות מקומו ממש, גם הרא"ש מודה שאזלינן בתר מקומו ממש, כי כשדבר נופל הרי הוא נופל מעצמו במקומו, אבל בידי אדם הרי זה על פי החלטת האדם, ואין סברא לומר שיחליט על מקומו יותר מעל מקום אחר.

כה) רש"י ד"ה עם נפילתה נמאסת.

וז"ל, הלכך כיון דידע דנתרא מעיקרא מיאש משום מאיסותא דמכי נפלה לא חשיבא עלי' ומפקר לי' עכ"ל. צ"ע דהכא לא חשיב בגדר אבידה כיון שהוא עצמו יודע היכן נמצא ויודע שהמוצא לא יקחנו, וא"כ מה שייך לומר שיש כאן יאוש, הלא יש כאן מקום רק להפקר. מיהו ממה שסיים רש"י כאן "ומפקר לי'" מבואר

שיאוש הוא לשון הפקר, וכן כתב בגיטין דף ל"ט ע"ב ד"ה נתייאשתי שיאוש הוא באמת לשון הפקר (וכן משמע מדבריו להלן כאן בדף כ"ז ע"ב בד"ה תובעין אצטריכא), וא"כ לפ"ז ניחא. וכבר הערנו כעין זה גם לעיל לענין מכנשתא דבי דרי דאיתא בגמ' שמפקיר להו ואילו רש"י הזכיר יאוש.

נתן ומה שנטל נטל, והביא את הדין של ירדן אגב אורחא כיון ששייך בו לשון זה. מיהו אכתי צ"ע איך שייך על זה הלשון של נטל מזה ונתן לזה, דהא "מזה ו"לזה" משמע דקאי על אנשים.

וע"ע ברמב"ן שהוכיח מגמ' בבכורות שכשהכוונה היא לכל הנהרות אין הדרך לנקוט ירדן בתורת משל בעלמא של נהר (או משום שהתנא ההוא שהזכיר ירדן הי' יושב על הירדן).

ובדבר אברהם חלק א' סי' י' אות י' הקשה על הירושלמי הנ"ל שהביאו הראשונים, דהנה קדושה ראשונה היתה ע"י כיבוש וא"כ ממ"נ אם לא כבשו את המקום שהירדן התרחב לשם אז אין כאן קדושת ארץ ישראל, ואם כבשו א"כ אפילו אם אינו מעצם גבולות ארץ ישראל אבל מ"מ הרי זה מתקדש מדין כיבוש רבים. ותי' דכדי להתקדש מדין כיבוש רבים בעינן שיכבוש את כל ארץ ישראל תחילה וכמו שמבואר בתוס' בגיטין דף ח', וא"כ י"ל דאיירי שלא גמרו לכבוש את כל ארץ ישראל אבל כבשו את החלק ההוא, דמעתי לפני שהירדן התרחב לאותו מקום לא הי' קדוש כי עוד לא גמרו לכבוש את כל ארץ ישראל, אבל לאחר שהירדן התרחב להמקום ההוא אז שפיר מהני הכיבוש על המקום ההוא כי הוי מעתי מעיקר ארץ ישראל.

והוסיף הדבר אברהם שדרכו אתי שפיר רק אם הירושלמי איירי לענין קדושת הארץ (וכן כתב השט"מ בשם הריטב"א), אבל בירושלמי גופה איתא דאיירי לענין חזקות וביעור ומעשר בהמה אם חשיב ארץ אחת או לא, וא"כ אין זה ענין

דף כ"ב ע"א

כו) וכן ירדן שנטל מזה ונתן לזה.

ע"י בגמ' דאמרינן וכן ירדן שנטל מזה ונתן לזה מה שנטל נטל ומה שנתן נתן, בשלמא גזלן וירדן דקא חזי להו ומיאש וכו', ופירש"י וז"ל, ירדן, וכן שאר נהרות, ותנא זה על הירדן הי' יושב עכ"ל. מיהו הרמב"ן ועוד ראשונים כאן הביאו בשם הירושלמי בחלה פ"ד ה"ד שהכוונה בירדן שנטל מזה וכו' אינה שנטל מאדם אחד ונתן לאדם שני, אלא מיירי בגבול ארץ ישראל, דמצד מזרח הגבול הוא הירדן, ובנוגע להגבול תניא כאן שאם הירדן שינה את כיוונו ונטה יותר ימינה או שמאלה גם הגבול של ארץ ישראל משתנה. ולפ"ז אין זה ענין ליאוש. וכתב הרמב"ן שלפ"ז לא גרסינן בשלמא גזלן וירדן אלא גזלן לחוד, וכן גרסינן דקא חזי "לי" ולא "להו".

עוד כתב הרמב"ן שלפי הירושלמי הטעם למה הזכיר התוספתא ירדן אע"פ שאין זה ענין ליאוש כמו גנב וגזלן הרי זה כי שייך על זה הלשון של מה שנתן

לקדושת ארץ ישראל, וא"כ אין התחלה לקושייתו. ועי' ברמב"ן שלא הזכיר דאיירי לענין קדושת ארץ ישראל.

ועכ"פ יש לעיין עוד בכל זה, כי בירושלמי גופא שם משמע דלא איירי באופן שהנהר שינה את כיוונו, אלא איירי שנטל עפר מכאן והוליכו לכאן, ועל ידי זה גוש עפר שהי' ארץ ישראל נהי' עכשיו גוש עפר בחוץ לארץ, וקמ"ל שיש לו את הדין של המקום החדש.

עוד מבואר בפני משה שם דלא כהרמב"ן, אלא לעולם הירושלמי מודה שהתוספתא הביאה ירדן לענין יאוש וכמו שפירש"י, רק שכוונת הירושלמי היא לומר שאותו לשון אפשר לומר גם לענין היכא שהירדן שינה את הגבול.

כז) אלא גנב מי קא חזי לי דמיאש.

בענין שינוי רשות ואח"כ יאוש.

פי' ואע"פ שמתיאש אחרי שנודע, אבל אז הוי כבר ביד המקבל, והוי בגדר באיסורא אתא לידי'. ועי' בש"ך בסי' שנ"ג סק"ד שדן על שיטת הרמב"ם שפוסק ששינוי רשות מהגנב להלוקח ואח"כ יאוש מהני, והקשה עליו מסוגיין דאת"ל דמהני א"כ מה קשה על אביי הלא נוכל לתרץ שהכוונה היא שמהני היאוש אחרי שנודע להבעלים, ואע"ג דהוי לאחר השינוי רשות אבל הרי הרמב"ם סובר דמהני, וא"כ מוכח באמת דלא מהני.

ועי' בשער המלך בפ"ה מהל' גניבה ה"ג קרוב לסוף דבריו שתי' דמהלשון של מה שנטל נטל ומה שנתן נתן משמע

שהדבר נקנה להמקבל מיד ולא בעינין שידעו הבעלים הראשונים.

ובהגהות אמרי ברוך על הש"ך שם כתב ליישב, דאם איירי כשנודע לו לאחר שכבר הגיע ליד המקבל א"כ בכה"ג בודאי אינו מתיאש כי הוא יודע את מי לתבוע, ודוחק להעמיד באופן שנודע לו רק שנגנב ממנו אבל לא נודע שהגיע ליד המקבל ולכן הרי הוא מתיאש, אלא בודאי איירי גם כשנודע לו הכל ביחד, ומש"ה צריכים להגיע להא דאם הוי נודע לו לפני שנתנו הגנב להאדם השני הוי מתיאש ושמועיל מדין יאוש שלא מדעת של אותה שעה עכ"ד.

מיהו לכאורה גם לפ"ז אכתי קשה כי מאחר שלבסוף התגלגל מצב שלא הוי מתיאש א"כ מתברר שלא הוי עומד ליאוש וא"כ הדין נותן שגם לפי רבא לא יועיל (ואפילו אם נאמר שאי אפשר להתחרט מיאוש אבל הכא לא התיאש והרי לבסוף נתברר שלא הוי עומד ליאוש).

שו"ר בשו"ת עמודי אור סי' קי"ב אות ה' שהרגיש בזה ובכל זאת כתב שלפי רבא גם בכה"ג אמרינן יאוש שלא מדעת הוי יאוש כיון שאם הוי נודע לו מקודם הוי מיאש, וכבר הארכנו לעיל באות י"ב בענין אם צריכים שלמעשה יתיאש לבסוף.

וע"ע בעמודי אור שם שתמה על דברי הש"ך, כי גם אם נאמר שלהלכה שינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני אבל בכל זאת אכתי קשה מאי מקשה הש"ס על אביי, דמי יימר שגם אביי סובר דלא מהני, הלא באמת הדין של שינוי רשות ואח"כ יאוש מוזכר בגמ' בב"ק דף קט"ו ע"א ולפי רב

זביד שם פליגי בזה רב משמי' דרבי חייא ורבי יוחנן משמי' דרבי ינאי, וא"כ אולי אבוי סובר כהמ"ד דשפיר מהני.

מיהו עי' בנתייה"מ בסק"ב שכנראה הרגיש בזה והסביר את כוונת הש"ך כך, דלפי אבוי שסובר שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ולא אמרינן שהיאוש שיתיאש אח"כ נמצא כאן כבר עכשיו, א"כ לדידי' שינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני, כי המ"ד שסובר דשפיר מהני אין זה בגלל היאוש בפועל של אח"כ, שהרי היאוש בפועל של אח"כ הרי הוא בגדר באיסורא אתא לדידי', אלא הא דמהני הרי זה כי חשבינן שכבר ישנו להיאוש כאן לפני השינוי רשות אע"פ שעוד לא נתיאש בפועל, אבל אבוי הרי סובר ביאוש שלא מדעת שאין זה נחשב שכבר ישנו להיאוש של אח"כ, וא"כ כ"ש שהכי הוא בהציוור של שינוי רשות ואח"כ יאוש דידע אודות הגזילה ובכל זאת לא נתיאש עד אח"כ דהתם אין זה נקרא שכבר עכשיו ישנו להיאוש ההוא*), וא"כ על הגמ' אי אפשר להקשות מידי, אבל על הרמב"ם שפיר קשה שהרי הרמב"ם פוסק כאבוי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ובכל זאת הרי הוא פוסק ששינוי רשות ואח"כ יאוש מהני, וא"כ חזינן דס"ל שגם אבוי יכול לסבור ששינוי רשות ואח"כ יאוש מהני, וא"כ למה לא אמרה הגמ' דמועיל כאן בגלל היאוש שנתיאש אח"כ כשנודע אע"פ שהוא אחרי השינוי רשות. וז"ל הנתייה"מ,

וכוונת קושייתו (של הש"ך), דקשה מאי מקשה על אבוי מהא דגנב וגזלן, הא י"ל דאבוי ס"ל דש"ר ואח"כ יאוש מהני, ומש"ה בגנב וגזלן אף דבשעת נתינה לזה הוי יאוש שלא מדעת דלא הוי יאוש, מ"מ כשנתייודע אח"כ להנגזל ונתיאש הא הוי שפיר ש"ר ואח"כ יאוש דמהני, אלא ודאי דהא בהא תליא, דלאבוי דיאוש שלא מדעת לא מהני מטעם דבאיסורא אתא לדידי', ממילא גם ש"ר ואח"כ יאוש לא מהני מהאי טעמא כן הוא כוונת הש"ך עכ"ל.

ברם אכתי יש להקשות כי גם לפי הש"ך שסובר ששינוי רשות ואח"כ יאוש לא מהני לא אתי שפיר דברי הגמ' כאן, כי נהי שאי אפשר לומר שאבוי סובר ששינוי רשות ואח"כ יאוש מהני, אבל אכתי יש להקשות מה מקשה הש"ס, דהן אמת שאם צריכים בגנב וגזלן גם שינוי רשות קשה על אבוי כי לא הי' כאן יאוש ואח"כ שינוי רשות, אלא רק שינוי רשות ואח"כ יאוש דלא מהני לפי אבוי, אבל בכל זאת אולי אבוי סובר כהמ"ד שיאוש כדי קני בגנב וגזלן גם בלא שינוי רשות ולכן הוא דמהני.

מיהו באמת מדברי הנתייה"מ עצמו בסוף דבריו מבואר תירוץ על זה, דהנה הנתייה"מ שם כתב תי' על קושיית הש"ך על הרמב"ם, והיינו שהרמב"ם סובר שנהי ששינוי רשות ואח"כ יאוש מהני אבל אכתי צריך הלוקח לשלם מעות ואילו מהברייתא

(* והנה מהנתייה"מ שם משמע שלפי רבא שסובר שיאוש שלא מדעת הוי יאוש הדין נותן ששינוי רשות ואח"כ יאוש שפיר מהני, ולא הבנתי

דבר זה כי איך ממשיכים את יסוד דברי רבא גם על הציוור של שינוי רשות ואח"כ יאוש הלא הציוור ההוא גרע טפי כיון שידע ובכל זאת לא נתיאש.

משמע שפטור, ומש"ה אי אפשר לומר שהדין של הברייטא הוא מכח שינוי רשות ואח"כ יאוש אלא חייבים לומר שיאוש שלא מדעת הוי יאוש דמעטה הוי בגדר יאוש ואח"כ שינוי רשות אשר אז אין הלוקח חייב לשלם דמים. ועוד הזכיר הנתייה"מ שם שגם המ"ד שסובר יאוש כדי קני מודה שאם נתיאש לאחר שהגיע ליד הלוקח הרי הלוקח חייב לתת דמים, וא"כ לפי דרכו של הנתייה"מ מיושבת גם הקושיא הנ"ל שהקשינו כי אי אפשר לתרץ שאביי סובר כהמ"ד שיאוש לחוד קני כי אכתי ה' צריך להיות חייב לתת דמים ואילו מהברייטא משמע שפטור.

כח) שטף נהר וכו'.

א. הנה דרכו של רש"י וגירסתו כאן צריכים ביאור. ויש שני דרכים איך להבין את דרכו, חדא כמו שהבינו תוס' והתוס' הרא"ש והרשב"א, ועוד דרך שהבין הריטב"א בהחידושים החדשים, ונבאר דברינו:

הנה בהברייטא תני שני דינים, בהרישא תני שאם שטף נהר קוריו וכו' הרי הם של המוצא מפני שהבעלים מתייאשים, ובהסיפא תני שאם היו הבעלים מרדפין אחריהם חייב להחזיר. ומדייקים מהרישא דין שלישי, והיינו שדוקא מפני שנודע להבעלים מיד והם מתייאשים הרי הם של המוצא, אבל בסתמא, כלומר אבידה רגילה שלא נודע לו מיד, הרי המוצא חייב להחזיר.

והנה בגמ' דנינן אם איירי ביכולים להציל או באין יכולים להציל, ותוס' הבינו שכל הברייטא, וכן הדיוק של הא סתמא,

איירי בחד גוונא, דהיינו או ביכול להציל או באינו יכול להציל, וכמו שנבאר, וכן הבינו תוס' לפי דרכו של רש"י, דהיינו שכל הברייטא איירי בחד גוונא ולא בתרי גוונא. ונבאר את המשך הסוגיא לפי הדרך הזו.

והנה רש"י גורס "מפני שנתיאשו הבעלים", ופי' דהיינו משום שבודאי נודע להם מיד ולכן נקטינן שנתיאשו. וביארו תוס' בסד"ה שטף וכו' בכוונתו שנקטינן שנתיאשו משום דאיירי באינו יכול להציל. ובתחילת דבריהם כתבו שאם אינו יכול להציל הרי זה כזוטו של ים כי הוא אבוד ממנו ומכל אדם. ועוד מבואר בסוף דברי תוס' שהבינו שלפי רש"י גם הדיוק של "הא סתמא לא" קאי על שטף נהר ואיירי באינו יכול להציל, וכמו שכתבנו כבר שהם הבינו שכל הברייטא איירי בחד גוונא, ומש"ה הקשו בקושייתם השני' בסוף הדיבור דאם אינו יכול להציל והוי כזוטו של ים מאי איכפת לן אם לא שמע ולמה צריכים שיתיאשו, וכן הקשה התוס' הרא"ש בקושייתו השני'. ועי' באמת בריטב"א שפי' את הדיוק של "הא בסתמא לא, שלא ידע שטיפתן חייב להחזיר", הרי שגם הדיוקא קאי על ציור של שטף נהר של הרישא.

מיהו באמת מרש"י נראה דלא כהנ"ל, אלא נראה מדבריו שהדיוק קאי על אבידה רגילה שאין בה סימן, ואינה אבודה ממנו ומכל אדם, והדיוק הוא כך, הא בסתמא אסור, דהיינו בציור שאינו יודע מיד כי אין לו קול, והסיבה למה אין קול היא משום שאינה כזוטו של ים שאבודה ממנו ומכל אדם, אלא אבידה רגילה. מיהו גם לפ"ז

אכתי י"ל דאיירי שהוא עצמו אינו יכול להציל משום דאיירי בלי סימן, וא"כ בנוגע לאם הוא עצמו יכול להציל או לא אכתי הוי כל הברייתא בחד גוונא.

וביתר ביאור הענין הוא כך, דהנה בהרישא תניא מפני שהבעלים מתיאשים, והסיבה לכך הוא משום שנודע להם מיד, והסיבה למה נודע להם מיד הוא כי הוי כמו זוטו של ים שהכל יודעים מזה ומדברים על זה, והדיוק היא שאם חסר האופי המיוחד של הרישא הדין הוא אחרת, והבין רש"י שהאופי המיוחד הוא מה שנודע להבעלים מיד כי הוי כזוטו של ים, אבל אכתי איירי שהוא עצמו אינו יכול להציל, ואילו תוס' סוברים שרק העובדא שהוא מתיאש מיד שנזכר בפירוש בהרישא, רק זה משתנה בהציוור של סתמא, אבל אכתי קיימין דאיירי בדומה לזוטו של ים, ולכן הקשו למה צריכים שישמע.

והנה יש להקשות דחזן ממה שקשה על הציוור של סתמא הרי קשה גם על הרישא, דאם איירי באופן שאי אפשר להציל והוי כזוטו של ים, א"כ מה הוא הנתנת טעם של מפני שהבעלים מתיאשים, הלא אפילו אם אינם מתיאשים הרי זה מותר משום הדין של זוטו של ים.

מיהו לק"מ כי כבר ביארנו לעיל באות י"א ובאות י"ג ששיטת רש"י היא שזוטו של ים מותר מדין יאוש, ואפילו אם הוא עומד וצווח אבל בטלה דעתו אצל כל אדם כמש"כ בחי' הר"ן שם, וביארנו שמיקרי שיש לו יאוש בתוך מצפוני לבו, ואפילו אם הוא עצמו אינו מודה בזה ואפילו לא לעצמו, וא"כ לפ"ז אתי שפיר כי טעמא

דזוטו של ים הרי זה באמת משום שנתיאשו הבעלים.

מיהו עוד ביארנו בסוף אות י"א ביאור אחר במה היא הכוונה שזוטו של ים מועיל מדין יאוש, והיינו שהטעם למה יאוש תמיד מועיל הרי זה כי נקבע ע"י היאוש שהדבר אבוד ממנו, והעובדא שהוא אבוד ממנו הרי זה הדבר שמתיר, והרי בזוטו של ים יש לנו אופי זה שהיא אבודה ממנו גם בלי שיתיאש, וא"כ בזוטו של ים יש לנו הנקודה שיש לנו בכל יאוש. ומעתה לפ"ז אכתי לא אתי שפיר הלשון של מפני שהבעלים מתיאשים.

עוד קשה דלפי רש"י לפי הס"ד דאיירי באינו יכול להציל א"כ מה יעזור בהסיפא מה שמרדפין אחריהם הלא בכל זאת הרי זה בגדר זוטו של ים ואפילו עומד וצווח לא מהני.

שוב ראיתי בהגהת חכמת מנוח ביאור אחר בקושיית תוס' בסוף דבריהם, והיינו שלעולם נחתו תוס' להא שלפי רש"י הציוור של סתמא איירי באבידה רגילה, רק שגם על זה נתכוונו להקשות, והיינו שלפי רש"י שגורסים מפני שהבעלים מתיאשים, א"כ מי יימר לדייק הא סתמא חייב להחזיר, הלא אולי גם בסתמא אינו חייב להחזיר כי גם על זה שייך הטעם של מפני שהבעלים מתיאשים דהיינו שהבעלים מתיאשים כשישמעו וכרבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, וא"כ אולי רק הסיפא הוא דיוקא דרישא אבל לא הציוור של סתמא כי הטעם של מפני שהבעלים מתיאשים קאי גם על סתמא.

והנה לפי החכמת מנוח יוצא שבקושיא זו נוקטים תוס' שיאוש שלא מדעת הוי

יאוש רק מפני שנתיאש לבסוף, דאז איגלאי מילתא שהי' עומד ליאוש, אבל אם לא נתיאש לבסוף לא הוי יאוש, ולעיל באות י"ב דננו על זה.

ב. והנה שוב קאמרה הגמ' הכא במאי עסקינן כשיכול להציל, ולכאורה הכוונה היא שלעולם הרישא עצמה איירי באינו יכול להציל כי הוי כזוטו של ים, ולכן בודאי שמע מיד ויש כאן יאוש, רק שהדיוק, דהיינו הציור של סתמא, איירי בשטף נהר ויכול להציל. מיהו אי אפשר לפרש כן שהרי שוב מקשינן על זה מהסיפא, כי בהסיפא איתא שהיכא שהבעלים מרדפין אחרי' חייב להחזיר, ואם נאמר דאיירי ביכולים להציל גם אם אין מרדפין אחריהם הלא יוכל לרדוף למחר, ואילו לפי הנ"ל לק"מ דהא י"ל שהסיפא איירי באין יכול להציל כמו הרישא, ולכן רק אם מרדפין אחריהם חייב להחזיר (ובאמת קשה על זה דהא הוי בגדר זוטו של ים וכמו שהערנו כבר לעיל).

ובע"כ צ"ל כמו שכתבנו שאיירי כל הברייתא בחד גוונא, וכן הדיוק, וממילא אם הדיוקא דרישא קאי על ציור של יכול להציל, הה"נ לגוף הרישא והסיפא, והכוונה במה שתירצו הכא במאי עסקינן כשיכול להציל היא שהרישא לא איירי במדריגת זוטו של ים אלא במדריגת אבידה רגילה, ומעתה שפיר פרכינן שלפ"ז גם הסיפא איירי ביכול להציל וא"כ גם בלא מרדפין חייב להחזיר, כי מה לו לרדוף עכשיו הלא יוכל להציל גם לאחר זמן, וא"כ אין שום ראי' ממה שלא רדף מיד שהוא מתיאש.

ועי' בתוס' שהקשו על זה למה צריכים להוכיח מהסיפא דאיירי באין יכול להציל, הלא יש להוכיח כן מהרישא, כי אם איירי ביכול להציל א"כ למה בהרישא הרי הם שלו הלא כיון שיכול להציל עלינו לנקוט שאינו מתיאש, והיינו כהנ"ל שתוס' הבינו שלפי רש"י כל הברייתא, וכן הדיוקא, איירי בחד גוונא.

ג. והנה עיין בחידושי הרשב"א שנחית לדברינו הנ"ל, דגם הוא הקשה כתוס' למה לא מדייקים מהרישא דאיירי באינו יכול להציל, והוסיף דכי תימא שאה"נ הרישא איירי באינו יכול להציל, ולכן מן הסתם אמרינן שנתיאש, אבל הדיוק איירי ביכול להציל, א"כ גם מהסיפא לא קשה, פי' כי י"ל שגם הסיפא איירי באינו יכול להציל, ולכן צריכים דוקא מרדפין, כלומר וא"כ בע"כ צ"ל שכל הברייתא איירי בחד גוונא.

ד. מיהו בריטב"א בהחידושים החדשים כתוב כהדרך שדחינו, והיינו שהתי' של יכול להציל הוא כך, שאל תדייק הא סתמא, דהיכא שלא שמע אסור כי עדיין לא נתיאש, ואיירי באינו יכול להציל כי אין בו סימן, אלא תדייק הא היכא שיכול להציל, כלומר דזה נשאר שהרישא איירי באין יכול להציל, והדיוק הוא הא יכול להציל חייב להחזיר כי כשישמע מסתמא לא יתיאש. ולפ"ז באמת הרישא והדיוקא דרישא לא איירי בחד גוונא. ולפ"ז י"ל שגם הסיפא לא איירי בחד גוונא כמו הרישא אלא הסיפא איירי ביכול להציל, וזהו גופא כוונת הברייתא, דהיינו שהבעלים היו מרדפין אחרי' מפני שיכולים להציל ולכן חייבין להחזיר (ושבאין יכול

להציל לא מהני מרדפין). ועל זה ממשיכה הגמ' להקשות שאם הסיפא איירי ביכול להציל א"כ גם בלא מרדפין הדין נותן שחייב להחזיר כי אין ראי' שמתיאש כי יכול לרדוף למחר.

והנה הריטב"א בהחידושים החדשים שם המשיך להקשות דא"כ קושיא זו על הסיפא קשה גם מעיקרא כי תמיד ידענו שהסיפא איירי ביכול להציל כי זהו הטעם למה הם מרדפין, וזהו כדרכו הנ"ל שאע"פ שהרישא איירי באין יכול להציל אבל שאר חלקי הברייתא יתכן דאיירי ביכול להציל, וז"ל הריטב"א, ועוד הקשו בתוס' מהא דפרכינן אי הכי אימא סיפא אם היו בעלים מרדפין וכו' דמשמע דלמאי דס"ד מעיקרא דמיירי באין יכולין להציל רישא, ניחא, והא ליתא עכ"ל, פי' כי גם אז הסיפא לא ניחא כי הסיפא איירי ביכול להציל. מיהו יש גם לפרש שאין כוונת קושיית תוס' משום שתמיד ידענו שהסיפא איירי ביכול להציל, אלא יתכן שחשבנו שאיירי באין יכול להציל, רק שגם לפ"ז הי' קשה מה מועיל מרדפין, וא"כ הסיפא ממ"נ קשה, והי' אפשר להקשות עליו גם מעיקרא.

ה. והנה דברי הריטב"א הנ"ל נמצאים בהדיבור השני בהריטב"א בהחידושים החדשים, אבל בהדיבור הראשון ביאר להדיא שרק עכשיו הגענו להבנה שהסיפא איירי ביכול להציל, והיינו שבתחילה כשחשבנו שהדיוק של הא סתמא קאי על אין יכול להציל בציוור שלא נודע לו, א"כ אז חשבנו שהסיפא איירי באין יכול להציל, ועל זה דוחים שהדיוק קאי על יכול להציל וכהנ"ל, ושרק עכשיו חייבים לומר שגם

הסיפא איירי ביכול להציל וז"ל, כיון דאמרת דלית לן למידק חיוב חזרה ואיסורא אלא ביכול להציל דוקא, א"כ לדידך לא משכחת היתירא (אולי צ"ל איסורא) בשטיפת נהר באנפי אחרינא, ומעתה סיפא דקתני חייב להחזיר, ביכול להציל אית לן לאוקומי על כרחין, וא"כ למה לן בעלים מרדפין אחריהן עכ"ל, מיהו לא הבנתי דבריו למה בגלל שהעמדנו את הדיוק של הרישא, דהיינו הציוור של סתמא, ביכול להציל, הרי זה מכריח שהציוור של איסור בהסיפא חייב להיות ביכול להציל, דלמה לא יכול להיות שיש גם באין יכול להציל ציוור של איסור, דהיינו מרדפין כמו שחשבנו בתחילה.

ושוב הקשה וז"ל, ומיהו לא מתחוויר דקשה לי לשון הב"ע וכן לשון אי הכי, דאיהו מפרש אדייקותא, ולישנא לא משמע, אלא אגופא דרישא עכ"ל. והנה מה שקשה לו על לשון הב"ע הבנתי, כי הב"ע משמע שהולכים לפרש בבא מסוימת של הברייתא, ואילו אנחנו כאן הולכים לפרש את הדיוקא, וא"כ ביותר הול"ל "אלא תידוק הכי". אבל לא הבנתי מה קשה לו על לשון אי הכי.

ו. והנה הריטב"א בהחידושים החדשים לא הקשה כלום מזוטו של ים, וכנראה שהבין שאינו יכול להציל אינו עוד כזוטו של ים כי מי יימר דאיירי שאחרים אינם יכולים להציל.

כט) דברי הנחלת דוד על דרכו של רש"י.

והנה עיין בנחלת דוד שביאר את דרכו

של רש"י כך, דאע"פ שבהס"ד ידענו דאיירי באין יכול להציל אבל בכל זאת אינו בגדר זוטו של ים (ודלא כהבנת תוס') כי איירי שאחרים שפיר יכולים להציל, ולכן שייך לומר שבסתמא, דהיינו כשלא נודע להבעלים, חייב המוצא להחזיר. ולפי הס"ד אע"פ שהרישא איירי באינו יכול להציל אבל הסיפא איירי ביכול להציל ולכן מהני מה שמרדפין, אבל אי אפשר לומר דאיירי באינו יכול להציל, כי אז לא מהני מה שהם מרדפין, ועוד דאטו בשופטני עסקינן שרודף אע"פ שאינו יכול להציל, וזהו גופא הכוונה במאי דאיתא דמרדפין, דהיינו לארזי דאיירי ביכול להציל, וכאילו אמר אם הי' יכול להציל חייב להחזיר. וכתב שכן כתב הבעל המאור לפי שיטתו.

והנה מה שכתב שאם אינו יכול להציל לא מהני מרדפין הטעם הוא משום שנקטינן שבלבו הרי הוא שפיר מתיאש, ובכל זאת מדייקים שאם אינו יודע הרי זה אסור כאביי. ולפ"ז צ"ל שאין טעמו של אביי משום שאולי לא יתיאש, דהא אנו נוקטים שבאמת הרי הוא שפיר יתיאש, אלא צ"ל שטעמו של אביי הוא משום שלא מהני עומד ליאוש, ועי' לעיל באות י"א בנוגע לשני הצדדים בנוגע לסברת אביי. וגם צ"ל לפ"ז שההיתר בזוטו של ים אינו משום יאוש, דהא גם בפחות מזוטו של ים נקטינן שכשנודע לו הרי הוא מתיאש, ועי' בזה לעיל באות י"ג.

(ל) דשוי' שליח.

הנה י"ל שכוונת התי' היא שכיון שעשאו שליח בתחילה, וחזינן לבסוף

שנתרצה גם ליפות, א"כ נקטינן שכן הי' רצונו גם בתחילה, כי לא מסתבר ששינה את רצונו. וכן ראיתי שכתב הנחלת דוד בד"ה ודע (קרוב לתחילתו) דנקטינן שכן היתה דעתו גם בתחילה בשעה ששוי' שליח רק ששכח להזכיר.

וכדברים אלו ראיתי שכתב התורת חיים כאן וז"ל, כגון דשוייה שליח וא"ל זיל תרום וכו', וא"ת תיקשי אמאי תרומתו תרומה הא בעידנא דתרם מן היפות לא הוה ידע בעל הבית כיון דאין דרך לתרום מן היפות, וי"ל כיון דחזינן לבסוף דניחא לי' איגלאי מילתא דמעיקרא כי א"ל זיל תרום הוה ניחא לי' שיתרום מן היפות, נמצא דבעידנא דתרם מן היפות, לא תרם שלא מדעתו עכ"ל.

ועוד יש לפרש דאפילו אם נקטינן שלא הי' בדעתו בפירוש על יפות אבל י"ל שכוונת התי' היא שמה שעשאו שליח חשיב כדעת חיובית על מה שיעשה השליח היכא שהוא נשאר שליח על זה, וכגון הכא שגילה דעתו לבסוף שניחא לי' ושגם על זה הוא רוצה שיה' שליח. ואולי כוונת התורת חיים היא באמת להדרך הזה עיי"ש. והנה עי' בתוס' שהקשו שגם על רבא קשה למה מהני אם נמצאו יפות, הלא הכא בתרומה הרי זה כמו דבר שיש בו סימן שגם לפי רבא לא מהני בו יאוש שלא מדעת, כי נהי שלבסוף התיאש אבל אולי אם הי' יודע קודם לא הי' מתיאש, וא"כ לא הי' עומד ליאוש, ותירצו וז"ל, דשאני הכא דכיון דחזינן בי' דניחא לי' השתא, אמרינן נמי ניחא לי' מעיקרא משום מצוה עכ"ל. ובמהר"ם שיף מבואר שהבין שדברי תוס' קאי על הקושיא של הגמ', והיינו

למה מקשינן רק על אביי הלא גם על רבא קשה כי הוי כמו דבר שיש בו סימן כי אינו צפוי שירצה שיתרום מן היפות. ועל זה תירצו דכיון דהוי מצוה שפיר צפוי שירצה גם מן היפות והוי כדבר שאין בו סימן שזה עומד ליאוש. ולפ"ז סברת אביי אינה שחוששין שמא לא יתיאש, אלא סברתו היא שלא סגי בעומד ליאוש אלא צריכים יאוש בפועל, וכן מבואר בדברי המהר"ם שיף עיי"ש, וביאר הנחלת דוד שם בסברת המהר"ם שיף שא"א לומר שקושיית תוס' קאי על המסקנא, כי לפ"ז אכתי לא תירצו כלום לפי אביי, כי לפי אביי לא סגי בעומד ליאוש אלא צריכים יאוש בפועל וא"כ צ"ל שכוונת המסקנא היא שאיגלאי שגם בתחילת המינוי הי' דעתו שיתרום מן היפות וכמו שהבאנו משמו ובשם התורת חיים.

והנחלת דוד שם הקשה על דרכו של המהר"ם שיף שהרי רק בהתירוץ הזכירה הגמ' שאיירי שהשליח תרם יפות, והיינו משום שבהתירוץ מוקמינן את הברייתא בעשאו שליח, וא"כ אם תרם מבינונית שפיר דמי, ומש"ה חייבים להעמיד בתרם מן היפות, אבל בהקושיא דלא איירי בשווי' שליח, אלא איירי בתורם על דעת עצמו לחוד, א"כ י"ל שתרם מבינונית, אשר לפ"ז לא קשה על רבא וכמו שנבאר להלן בסמוך. ועוד דחזינן שתוס' קבעו דברים אלו אחרי שכבר הביאו את ה"הכי נמי מסתברא" וא"כ חזינן שקאי על התירוץ.

ומש"ה פי' הנחלת דוד שהקושיא של תוס' קאי על התירוץ, והרי הם מקשים על התירוץ דמה בכך שעשאו שליח הלא בכל

זאת מי יימר שהי' רוצה כן לפני כן וכקושיית התורת חיים, ועל זה מתרצים תוס' כתירוצו של התורת חיים (וכהבנתינו הראשונה בדבריו שבודאי כן היתה בדעתו ממש) אבל רק בצירוף הא דהוי מצוה.

ועוד ביאר הנחלת דוד דהא דלא הקשו תוס' באמת על הקושיא הרי זה כי לפי רבא לא בעינן דוקא דבר שאין בו סימן אלא מספיק בזה שאינו בגדר דבר שיש בו סימן, כלומר דגם היכא דהוי מחצה על מחצה סובר רבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, ולפי ההו"א דאיירי שתרם מבינונית הרי זה כמו מחצה על מחצה, כי אין סיבה לומר שאינו מסכים, ומעתה ניחא למה לא הקשו על רבא והיינו כהנ"ל שלרבא סגי גם במחצה על מחצה.

ועי' במהר"ץ חיות שהבין שקושיית תוס' קאי על המסקנא, וכתב לתרץ בעצמו כתירוצו של התורת חיים (וכהבנתינו הראשונה בדבריו) וז"ל, נ"ל ליישב קושיית תוס' דבודאי ידוע שאין אדם משנה טבעו ודעתו בנקל, והנה לפי הס"ד דמיירי כאן מעיקר הפרשת תרומה מקשה הש"ס שפיר נהי דהשתא ניחא לי' בהפרשה דלמא מעיקרא לא ניחא לי' ומה מועיל כאן כלך אצל יפות, משא"כ לפי' הגמרא דמיירי בשווי' שליח, ואין לנו ספק על עיקר ההפרשה שהוא ניחא לו, רק לא ידענו אם דעתו לתרום בעין יפה או בעין רעה וכיון דגלי דעת' לבסוף דניחא לי' להפריש יפות ובכה"ג כיון שנודע לנו טבעו א"כ בלי ספק הי' מתחילה דעתו לכך, ואין ענין זה שייך להשתא ניחא לי' עכ"ל. וצ"ע איך הבין את תירוצם של תוס'.

ובחידושי הרמב"ן כתב כדברי תוס' על

הקושיא של הגמ' (וכביאורו של המהר"ם שיף בכוונת תוס') זו"ל, ואמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע, פי' מקשה לי' לאביי מק"ו, דאלו לרבא איכא למימר דגן למתרם קאי, ובעלי בתים נוהגין עין יפה ואין מקפידין על היפות שעולות לתרומה, הו"ל כיאוש שלא מדעת דדבר שאין בו סימן, ולא דמי ליאוש שלא מדעת דדבר שיש בו סימן, דאע"ג דשמעינני' לבסוף, כיון דלאו להתיאש קיימא, לא הוי יאוש עד דאמר, ודחינן לה ומוקמי בשעשאו שליח, וכי גלי דעתי' בסוף הוכיח סופו על תחילתו שאף על היפות עשאו שליח, הא אם שתק יכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי עכ"ל. ומדבריו על התירוץ של שווי' שליח מבואר כהפירוש של התורת חיים והנחלת דוד והמהריץ חיות.

לא) וכי נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה אמאי בעידנא דתרם הא לא הוה ידע.

הנה מהא דמתרצינן ש"תרגמא רבא אליבא דאביי" דשווי' שליח משמע שהקושיא היתה רק על אביי אבל לא על רבא, והיינו משום דדומה להציוור באבידה של אין בה סימן, וכבר ביארנו דבר זה בהאות הקודמת.

מיהו צ"ע דהא אביי ורבא פליגי בדיני יאוש וא"כ מה קשה מהכא על אביי הלא הכא לא איירי ביאוש וא"כ אולי בכה"ג גם אביי מודה, וכן מי יימר דניחא לפי רבא הלא אולי רבא קאמר רק ביאוש.

וביאר הקו"ש בח"ב סי' י"ז אות ו' שלפי רבא "שלא מדעת" מהני לא רק

ביאוש, אלא כל היכא שהוא כמו יאוש בזה שאין צריכים דעת חיובית אלא סגי בניחותא, וכן הוא באמת ביאוש, כי יאוש פירושו הוא רק שלא איכפת לי', והרי הוא מיואש מזה, ואין לו התנגדות אם מי שהוא אחר יקח, כי הוא סובר שכבר לא יגיע אליו, ואביי סובר שגם היכא שסגי בניחותא לא מהני "שלא מדעת" אלא צריכים יאוש בפועל, וסברנו שגם להפרשת תרומה מספיק בניחותא, וגם סברנו שאיירי בלא עשאו שליח כי סברנו שכדי לתרום לא בעינן את המעשה הפרשה של הבעלים או השליח של הבעלים אלא גם אדם זר יכול לתרום. וכיון שסברנו שבתרומה אין צריכים דעת חיובית של הבעלים אלא סגי גם בניחותא וכהנ"ל, דהיינו שלא יתנגד, לכן ניחא לפי רבא, וכמו שביארנו שרבא קאמר כל היכא שלא בעינן דעת חיובית, אלא סוף הדין הוא רק שצריכים ניחותא, דהיינו שלא תהי' לו התנגדות לזה.

והנה אחרי שרבא תי' דאיירי בעשאו שליח אמרינן הכי נמי מסתברא וכו', וביאר הקו"ש שה"הכי נמי מסתברא" בא להוכיח שבאמת חייבים לומר שצריכים בתרומה דעת חיובית בפועל, ולא רק ניחותא והעדר קפידא, דהא דרשינן מה אתם לדעתכם, וא"כ גם לרבא חייבים להגיד שעשאו שליח, כי בכה"ג גם רבא סובר שלא מהני שלא מדעת.

ולפ"ז הכוונה ב"תרגמא רבא אליבא דאביי" היא כך, שלפי האמת גם לפי רבא צריכים להגיע לשויו שליח כי גם לפי רבא בעינן כאן דעת חיובית, ובאמת לא הי' זה רבא שאמר שהוא בא לתרץ רק לפי אביי, אלא שהגמ' חשבה שרבא העמיד כן רק

אליבא דאביי, כי אליבא דרבא אין צורך, אבל לפי האמת רבא התכוין גם אליבא דנפשי' וכהנ"ל.

וז"ל הקובץ שיעורים שם, והא דמייתי בגמרא מכלך אצל יפות בתרומה משום דס"ד דלא בעינן רצון בעלים בחיוב, וסגי בניחותא דידי', שאין אחר יכול לתרום בע"כ של הבעלים, אבל בגוונא דאינו בעל כרחו מהני גם קריאת שם של אחר, ועל זה קאמר ותסברא אתם גם אתם, מה אתם לדעתכם, אף שלוחכם לדעתכם, והיינו דלא סגי בניחותא אלא דבעינן רצון הבעלים בחיוב, ובזה לא נחלק רבא וכו' עכ"ל.

מיהו יש כמה דרכים בענין מה נתכוונה התורה לחדש בהך דרשה של מה אתם לדעתכם וכו', דמצד אחד י"ל כהקו"ש שקמ"ל הדרשה שבשביל חלות התרומה צריכים דעתו החיובית של הבעל הבית בשביל ההפרשה ולא סגי בזה שאין לו התנגדות. ולפ"ז י"ל שבעלמא כדי להיות שליח סגי בהניחותא של הבעל הבית ובזה שאין לו התנגדות, ולא צריכים דעת חיובית.

מיהו גם יש לפרש שאין כוונת הדרשה לחדש דין בתרומה, אלא לחדש דין בשליחות, דהיינו שכדי להיות שליח צריכים דעתו החיובית של הבעל הבית בשביל השליחות, ולא סגי בניחותא ובזה שאינו מוחה, אבל בשביל עצם חלות התרומה הי' סגי גם בניחותא, רק שצריכים רק שצריכים דעת חיובית כדי שיהי' שלוחו.

גם י"ל שרק בשליחות דתרומה גזרה כן התורה ולא בכל שליחות.

גם י"ל שלעולם אם השליח הי' יכול

למנות את עצמו לשליח הי' סגי בניחותא דבעל הבית ובזה שאינו מוחה שיהי' שלוחו, רק שכוונת הדרשה היא לחדש שצריכים בדוקא מעשה מינוי מצד הבעל הבית ושכלי דעתו בפועל לא מיקרי מעשה מינוי, כלומר שצריכים דעת חיובית לא בשביל עצם השליחות אלא בשביל המעשה מינוי.

וע"ע בדרכו של רעק"א בחידושו כאן בביאור הגדר מתי גם לפי רבא לא מהני בלי שוי' שליח.

ועי' בקצה"ח בסי' ק"ה סק"א שהביא את הגמ' כאן עד אחרי תרגמא רבא אליבא דאביי בשעשאו שליח, וכתב דחזינן שלא מהני "שליחות שלא לדעת" לפי אביי, והיינו כהביאור שכתבנו שה"ה הכי נמי תסתברא" בא לחדש דין בשליחות ולא דין בתרומה, דהיינו ששליחות שלא לדעת לא מהני (ולפי ביאורו של הקו"ש הרי זה כי לשליחות צריכים דעת חיובית שיהי' שלוחו ולא סגי בניחותא), אלא שהקצה"ח הזכיר רק שלפי אביי לא מהני ומשמע שלפי רבא שפיר מהני שליחות שלא לדעת. ברם צ"ע דהא מה"ה הכי נמי מסתברא" משמע שגם רבא סובר כן.

והנה הקצה"ח שם קאי על דברי תוס' בכתובות דף י"א ע"א שכתבו שזכין לאדם שלא בפניו מהני משום שאנן סהדי שעושהו שליח, והקשה הקצה"ח דהא שליח שלא לדעת לא מהני אע"פ שלבסוף ניחא לי'. והנה לכאורה יש ליישב קושייתו על פי דברי הריטב"א דהיכא שברור ממש שיתרצה כמו בזוטו של ים אז גם אביי מודה, ולכן רב אשי ואמימר אכלו, ולהלן נביא את דבריו, דלפ"ז י"ל

שגם בזכ"י הדבר ברור ממש שיתרצה כמו בזוטו של ים. אבל עכ"פ הקצה"ח עצמו כתב לחלוק על תוס' וכתב שזכין לאדם שלא בפניו הוא בגדר גזירת הכתוב שהתורה עושה אותו שליח, ומהני מטעם שליחות מדעת מצד דין התורה, ולא משום שדנינן שיש כאן מינוי מצד הזוכה.

לב) עוד בענין זכין לאדם שלא בפניו, וזכין מאדם.

וע"ע בקצה"ח בס"י רמ"ג סק"ח שהביא את דברי התה"ד בחלק א' ס"י קפ"ח שמשרתת יכולה לתרום או להפריש חלה בלי מינוי מבעלת הבית משום הדין של זכין לאדם שלא בפניו, והקשה התה"ד מהא דאמרינן בחולין שאם אמר לשלוחו צא תרום ושמע איש אחר והלך ותרם דאין תרומתו תרומה, ותי' התה"ד וז"ל, וי"ל דדוקא התם וכו' דאיכא למימר דדעת בעה"ב דשלוחו דוקא יתרום משום דיוודע ומכיר באיזו מדה רגיל בעה"ב לתרום בעין יפה וכו' אבל בהפרשת חלה בזמן הזה דהכל שוין ליטול בכזית ולשרוף אין לומר כלל קפידא עכ"ל, ושוב הקשה התה"ד מהגמ' שלנו דמבואר "דאע"ג דידעינן בתר הכי דניחא לי' במה שתרום אפילו הכי לא הוי שליח כיון דמעיקרא לא לדעת הוי", ותי' וז"ל, ולא דמי כלל דהתם (בסוגיין) בשעה שנעשה שליחות לא ידעינן כלל דניחא לי' אלא דאח"כ שמעינן מיני' או דחזינן מיני' דניחא לי' ובעינן למימר דלמפרע הוי שליח, הא לא מהני משום דבעינן למידע בשעה שנעשה שליח דזכות הוא וניחא לי', וכה"ג (כלומר אבל הציור של משרתת) הוי דומיא דאתם, דאנן סהדי

אי הוי הכא הוי ניחא לי' אבל היכא דבשעה שנעשה שליח לא ידעינן לא הוי דומיא דאתם עכ"ל (פי' דבסוגיין מקשינן על אביי כי טעמו של אביי הוא משום שלא ברור שעומד ליאוש, וגם בתרומה אין הדבר ברור שניחא לו ביפות, אי נמי דשפיר מיקרי עומד ליאוש רק דס"ל לאביי שלא סגי בסתם עומד ליאוש אלא צריכים אומדנא ברור וגדול מאד כמו שיש בחלה, ועי' בזה לעיל באות י"א).

והקצה"ח עצמו שם הוכיח שלא שייך זכין לאדם שלא בפניו היכא שזכין מן האדם, אלא דוקא היכא שמוזכין להאדם, אבל בציור של מן האדם צריכים שליחות ממש, ולכאורה י"ל שהקצה"ח אזיל לשיטתו שהבאנו בהאות הקודמת, כי לפי דרכו שבזכין לאדם שלא בפניו הרי הוא שליח מצד התורה א"כ שפיר י"ל חילוק כזה, דהיינו שכשאירי ב"מן" האדם לא עשתה אותו התורה שליח, אבל לפי תוס' דהוי משום דדנינן שרוצה שיהי' שלוחו א"כ הה"נ בנוגע לכל דבר של זכות. ועי' עוד בזה בשו"ת ראשי בשמים בחלק א' ס"י ט"ז סקי"ז.

לג) אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל.

בענין אם האריס יכול לקחת חלקו בלי הבעל הבית, ומתי נוקטים שהאריס נתן מחלקו.

עי' בתוס' שהקשו למה לא אכל מר זוטרא הלא רבא קאמר במס' ב"ק שאריס מדנפשי' קא זבן, ותירצו וז"ל, דהתם שהביא האריס מבית, דמסתמא ממה שהגיע לחלקו מביא, אבל הכא שהביא מן

הפרדס הי' חושש מר זוטרא שמא בשעת חלוקה לא יאמר לבעל הפרדס וכו' עכ"ל. ומבואר מדבריהם שאם שפיר יאמר לבעל הפרדס אז הרי זה מותר, והיינו משום שמה שלוקח עכשיו הרי זה נחשב חלוקה ויש לו רשות לקחת חלקו גם בלא שיהי' בעל הבית שם.

מיהו עי' ברא"ש שכתב וז"ל, מר זוטרא לא אכל כיון שמן השותפות קודם החלוקה יהיב להו, בלא דעת הבעלים לא מצי למיכל עכ"ל, ומבואר מסתימת לשונו שאפילו אם בדעתו לומר אח"כ לבעל הבית, אסור לו לקחת בתורת חלקו כי אין ביכולתו לחלוק בלי הבעל הבית. מיהו צ"ל שרק מר זוטרא סובר כן, אבל אמימר ורב אשי סוברים דשפיר יכול לקחת חלקו.

והנה לכאורה כוונת תוס' במה שכתבו מ"בית" היא לבית האריס. וצ"ל שאין כוונת תוס' להעמיד באופן שהביא רק את חלקו לחדר לביתו, כי אז לא שייך לשונם שכתבו ש"מסתמא ממה שהגיע לחלקו מביא", דהא בודאי הביא מחלקו, וא"כ צ"ל שהביא הכל לביתו, רק דנקטינן שהוא מחלקו כי נקטינן שהי' כבר אחרי חלוקה. א"נ דמה שלוקח עכשיו הרי זה נחשב חלוקה, ואינו כמו היכא שנותן לו מן השדה, דהתם הרי הוא חושב שמה שנותן מן העץ אין זה נכנס לחשבון החלוקה.

ברם לפי הרא"ש אם נרצה לתרץ ההיא דב"ק על פי דרכם של תוס' נצטרך לומר דהיכא שלוקח מביתו הרי אנו נוקטים שכבר חלק עם הבעל הבית ומביא מחלקו ממש.

ועי' בטור בסי' שנ"ח שפסק כמר זוטרא וז"ל, ומותר ליקח מהאריס לפי שיש לו

חלק בפירות, בד"א בסתם שתלינן לומר שכבר חלקו, ומחלקו מוכר, אבל אם ידוע לו שלא חלק אסור ליקח ממנו, ואין אנו תולין לומר ודאי שיתן לבעל הבית כנגדן עכ"ל. הרי שהטור כתב כהדרך שכתבנו שצריכים דוקא חלוקה, ובדבר זה הרי הוא מחמיר יותר מתוס', רק שהטור סובר שגם מן הסתם נקטינן שכבר חלקו אע"פ שלא לקח מהבית, ובזה הרי הוא מיקל יותר מתוס'. ובטעמא דמילתא למה בעינן חלוקה משמע שלא כהרא"ש דהוי מעיקר הדין אלא כתוס' דחוששים שמא לא יאמר אח"כ להבעל הבית.

מיהו מאידך גיסא מדברי הרמ"א נראה שהוא מחמיר יותר מתוס' וסובר שלא סגי בזה שהביא מביתו אלא צריכים לדעת במיוחד דהוי אחרי חלוקה, וז"ל, הרמ"א בחו"מ סי' שנ"ח, וי"א דדוקא לאחר שחלקו דסתמא שלו הוא מוכר, אבל קודם חלוקה אסור דחיישינן שלא יתן לבעל הבית נגד מה שנטל עכ"ל. ומדבריו נראה שהוא סובר שמותר רק היכא דידעינן בבירור שכבר חלקו. ועי' בסמ"ע שכתב שלשון הרמ"א היא דעה שלישית דלא כמאן אלא בעינן למידע שהיתה שם חלוקה ממש. מיהו הב"ח והש"ך כתבו שגם כוונת הרמ"א היא כהטור.

הרי שיש ד' דעות: א', דעת תוס' שצריכים שיביא מהבית, או משום שאז נקטינן שכבר לקח חלקו ושהוא נותן מחלקו, או משום שאז אפילו אם עוד לא חלקו אבל נקטינן שיאמר להבעל הבית. ב', דעת הרא"ש שנקטנו בכוונתו שצריכים חלוקה מעיקר הדין ולא סגי בעתיד לומר להבעל הבית, אבל יתכן שהוא סובר כתוס'

לחלק בין מן הבית ובין בתוך השדה דבמביא מן הבית נקטינן שכבר חלקו. ד', דעת הטור שצריכים חלוקה ממש, אבל לא מעיקר הדין אלא משום שלא סמכינן שיאמר אח"כ לבעל הבית, אבל אין צריכים שיביא מהבית אלא גם בלא זה נקטינן שהיתה שם חלוקה. ג', הרמ"א (לפי הסמ"ע) שצריכים לדעת בבירור שהיתה כבר חלוקה.

לד) אמימר ורב אשי אכלי מר זוטרא לא אכיל.

ע' בתוס' שדנו למה רב אשי אכל, וכתבו שאין לומר משום שסמך שירצה מרי בר איסק, כי קי"ל כאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש. והסיקו שאכל משום שסמך שהאריס נתכוין לתת לו מחלקו. ועי' בהגהות פורת יוסף בסוף המס' שהעיר למה קבעו תוס' דבר זה על רב אשי ולא על אמימר דנזכר כאן לפני רב אשי, וכתב משום שבדעת אמימר י"ל באמת שאכל משום דס"ל שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, והכי נמי מתנה שלא מדעת הוי מתנה, והראה שבסנהדרין דף מ"ח ע"ב בנוגע להזמנה, מרימר שם אינו סובר את הכלל שההלכה היא כרבא חוץ מביע"ל קג"ס, וא"כ אולי גם אמימר כאן אינו סובר כהכלל הנ"ל שהכא ההלכה היא כאביי, אבל בדעת רב אשי אי אפשר לומר כן כי רב אשי הוא מרא דתלמודא וא"כ הוא זה שסידר שההלכה היא כאביי שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש.

והנה הטור בסי' שנ"ח פסק כמר זוטרא וז"ל, ומותר ליקח מהאריס לפי שיש לו

חלק בפירות, בד"א בסתם שתלינן לומר שכבר חלקו ומחלקו מוכר, אבל אם ידוע לו שלא חלק אסור ליקח ממנו ואין אנו תולין לומר ודאי שיתן לבעל הבית כנגדן עכ"ל, והקשה הב"י למה פסק כמר זוטרא שהוא יחיד ולא כאמימר ורב אשי שהם רבים. מיהו לפי הפורת יוסף י"ל שא"א לפסוק כמותם מצד היותם רבים כי יתכן שבאמת אינם בגדר רבים כי אולי טעמו של אמימר הוא משום שהוא סובר כרבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, ולא כטעמו של רב אשי.

ותי' הב"י וז"ל, וכיון דאמרי לי' השתא אמאי לא אכיל מר משמע לרבינו שנראה שהודו לדבריו, ואינו נכון עכ"ל.

והב"ח כתב שהטור ידע שההלכה היא כמר זוטרא כי כן הבין מדברי הרא"ש, וז"ל הב"ח, ולמד רבינו (שההלכה היא כמר זוטרא) מדברי הרא"ש דאי איתא דהוה סבירא ליה דהלכה כאמימר ורב אשי לא הוה ליה להביא הך עובדא בפסקיו ולא מה שכתבו התוספות עליה דלא איצטריך לפסק הלכה והיה לו לסמוך על מה שכתב בסוף קמא הך דרבא דמאריסא לוקחין דתלינן דמנפשיה קא זבין ומסתמא משמע דבכל ענין שרי וכמ"ש האלפסי הך דרבא ולא הביא הך עובדא בפרק אלו מציאות אלא בע"כ דסבירא ליה להרא"ש דהלכה כמר זוטרא דמסתבר טעמיה דדוקא ממה שבביתו של אריס שרי דמסתמא ודאי הגיע לחלקו אחר חלוקה אבל לא מה שהביא מן הפרדס קודם חלוקה ואין ראייה ממה שאמימר ורב אשי היו אוכלים שהיו סומכין על זה דאריסא מחלקו יהיב להו ויתן לבעלים אחרים כנגדן דאין לנו

להכניס עצמינו בספק איסור ולסמוך על דבר שאינו בידינו אלא ביד האריס עכ"ל. ועי' בדרישה שם שהעיר איך הקשו תוס' ממר זוטרא על רבא בב"ק, וכי גברא אגברא קא רמית. וכתב שבע"כ צ"ל שהקשו כי ידעו שההלכה היא כמר זוטרא וכהדרך שכתב הב"י שגם אמימר ורב אשי הודו לו.

לה) אמימר ורב אשי אכלי.

עי' בתוס' שכתבו שאי אפשר לומר שהטעם למה רב אשי אכל הרי זה כי ס"ל כרבא שיאוש שלא מדעת הוי יאוש והה"נ מתנה שלא מדעת הוה מתנה כי קי"ל כאביי. וחזינן דס"ל לתוס' שכמו שרבא סובר שיאוש שלא מדעת מהני הה"נ למתנה שלא מדעת. מיהו לכאורה צ"ע מזה על מה שכתב הקו"ש (הובא לעיל באות ל"א) שיאוש שלא מדעת מהני לפי רבא כי אין צריכים שם דעת חיובית, אלא סגי בניחותא ובזה שאינו מקפיד, דהא לפי הקו"ש במתנה לכאורה לא שייך דינו של רבא כי התם צריכים דעת חיובית.

שו"ר בחזו"א בחלק אה"ע סי' קמ"ח על קידושין דף נ"ב ע"ב שנתעורר על זה וכתב וז"ל, אבל בתוס' ב"מ שם ד"ה מר זוטרא, מבואר בדבר שאינו מקפיד, וידוע שלא יקפיד כשידע, לרבא שפיר מצי ליקח שלא מדעתו, וכ"מ שם בריטב"א, ומשמע דכיון דנותן מתנה לא צריך שום מעשה, אלא נתינת רשות, סגי בידעינן שיסכים בעל הבית כשיודע לו, וגרע מתרומה עכ"ל. ויש לעיין אם כוונת החזו"א היא שגם במתנה סגי בניחותא ואין צריכים דעת חיובית, או האם מודה החזו"א שבמתנה

שפיר צריכים דעת חיובית רק שכוונתו לומר שרבא קאמר כל היכא שאין צריכים מעשה.

ועי' באבן האזל על פ"ב מהל' שכנים ה"י שחקר בענין אם במתנה ומכר כל הקנין הוא רק מצד הקונה, ובעינין רק שהמקנה לא יעכב, או האם המקנה משתתף בעשיית הקנין ומיקרי שעושה מעשה הקנאה. ובד"ה ונראה וכו' כתב וז"ל, ונראה דתלוי במחלוקת הקצוה"ח בסי' רמ"ד סק"ב והנתיבות שם בסק"א באם עושה שליח להוליך מתנה לפלוני, והשליח רוצה לעשות שליח במקומו, דהקצוה"ח כתב דאינו יכול למסור לשליח, דכיון דאם לא רצה המקבל אינו מתנה הוי לי' מילי, והנתיבות כתב דלזה אין צריך כלל שליחות משום דזה הוי מעשה קוף בעלמא להוליך מתנה, ונראה דזה תליא, אם אמרינן דאין צריך במכירה ומתנה אלא נתינת רשות לקנות ולא הקנאה, אז נכונים דברי הנתיבות, אכן שיטת הקצוה"ח היא דבעינן הקנאה, לא נתינת רשות לבד עכ"ל. ולפי הצד שיש מצד המקנה הקנאה חיובית א"כ לכאורה מוכח שבמתנה צריכים דעת חיובית, וכן לכאורה הרי זה נקרא שגם המקנה עושה מעשה ודלא כהחזו"א ודלא כמו שיוצא מדברי הקו"ש.

והנה עי' בש"ך בסי' שנ"ח סק"א שכתב דרך הפכית מכל הנ"ל, והיינו שאפילו לפי אביי מהני מתנה שלא מדעת וז"ל, מדברי התוס' פרק אלו מציאות דף כ"ב סוף ע"א והגהת אשר"י והגהת מרדכי שם מבואר דאם אדם נותן לאכול לחברו מדבר שאינו שלו אלא של חברו אע"פ שיודע שחברו

יתרצה אסור לאכלו דהלכה כאביי דיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש, ואע"ג דהשתא ניחא ל' מעיקרא לא הוי ניחא ל', ואי לאו דמסתפינא הייתי אומר שמותר, ויאוש שלא מדעת שאני שגם אח"כ אינו מתיאש אלא משום שאינו יודע היכן הוא, ובע"כ הוא מתיאש, א"כ אמרינן מעיקרא באיסורא אתי ליד', דבמה יקנה אי ביאוש הא השתא אינו מתיאש, ואלו ה' יודע שהוא אצלו לא ה' מתיאש, משא"כ הכא כיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהתירא אתי ליד' דמסתמא אינו מקפיד על זה, ואע"ג דבש"ס שם מדמה תרומה וטומאה ליאוש שלא מדעת, טעמא אחרינא איכא התם, דלענין תרומה וטומאה ידיעה ממש בעינן ע"ש ודו"ק עכ"ל.

ובביאור דברי הש"ך כתב העונג יו"ט בסי' קי"א בתחילתו וז"ל, וביאור דבריו נ"ל דבאמת כל דלבסוף ניחא ל' אמרינן השתא נמי ניחא ל'. מיהו היינו דוקא היכא דלא בעינן לעשות על ידי ניהותא דבעלים שום פעולה חדשה, ולא בעינן אלא שלא יעכבו הבעלים, בזה מהני ניהותא דלמפרע, ולהכי בתרומה דבעינן למימר ע"י ניהותא דאח"כ דדמי כאילו ידע בעל הבית ועשאו שליח, וכן בהכשר דבעינן למימר דדמי כאילו ידע זה ורצה שיבואו המים על הפירות דבתרווייהו בעינן ידיעה ממש, בזה לא מהני ניהותא דאח"כ. אבל לאכול פירות של חבירו לא בעינן שידעו הבעלים ממש דלא איכפת לן בדיעתו רק דבעינן שלא יקפיד, דעיקר בקפידא תליא רחמנא, והיכא דאינו מקפיד לא מיקרי גזל אע"ג שאינו מקנה לו וכו', וביאוש דאבידה נמי דמי לתרומה והכשר דהא התם אי אפשר לומר שהמוצא

זכה בה מטעם דכיון דניחא ל' אח"כ כשמתיאש השתא נמי ניחא ל' לבעל האבידה שיטלם השתא, דהא גם אח"כ לא ניחא ל' דהא בעל כרחו מתיאש ואינו מתרצה כלל שיקח חבירו את שלו, ועיקר יאוש הוא מחמת שאינו יודע היכן הוא ואילו ידע שהוא אצל המוצא לא ה' מתיאש ולא ה' מתרצה שיטלה המוצא, וא"כ אין כאן רצון שנאמר דגם מעיקרא מתרצה הוא ל', רק שאנו צריכין לומר שזכה בה מאחר שהתורה חידשה דבאבידה יוצאת מרשות בעלים ע"י יאוש דבע"כ וכו', והאובד הזה נתיאש כשנתוודע לו שאבד, מהני יאוש דיד' שיצא הדבר מרשותו אף קודם שנתוודע לו שאבדו עד שלא בא ליד המוצא, ובעינן לומר שיצא הדבר מרשותו למפרע וזה מיקרי פעולה חדשה, דהיינו דבעינן שיהי' היאוש למפרע בכדי שעל ידי זה יקנה אותה המוצא למפרע ויהא נקרא בהיתירא אתי ליד', זה לא אמרינן כמו דלא אמרינן בתרומה והכשר דניהותא דלבסוף יעשה ידיעה מעיקרא ממש, וזה פשוט וברור בכוונת הש"ך דהיכא דמהני רק אומדן דעתו שאינו מקפיד ומתרצה, לזה מהני למפרע אף לאביי, אבל היכא דבעינן ידיעה ממש לא אמרינן דדמי כאילו ידע ומתרצה מתחילה עכ"ל.

לו) משום כיסופא.

ע"י בהגהות חכמת מנוח שכתב וז"ל, מכאן מוכח בהדיא דמתנה שאדם נותן משום כיסופא יש בה משום גזל ואסור לקבלה, ועל זה נאמר ושונא מתנות יחי' עכ"ל. וצ"ע דאפילו אם נאמר שהיכא שאומר שנותן משום כיסופא, או שמוכח

כן מתוך הענין, יש בזה משום גזל ושונא מתנות יחי', אבל הכא הרי לא הי' מוכח שעושה כן משום כיסופא, אלא שמר זוטרא חשש לזה, וא"כ אפילו אם עשה באמת משום כיסופא אבל דברים שבלב אינם דברים כיון שאינו בגדר בלבו ובלב כל אדם, ולמה הי' בזה משום גזל, וצ"ע. גם צ"ע דמשמע מדברי החכמת מנוח ששונא מתנות יחי' נאמר רק על היכא שנותן משום כיסופא, ולכאורה הרי זה נאמר על כל מתנה ואפילו אם נתן בלב שלם.

מיהו יש לעיין בזה, דהנה היכא ששני אנשים הם שותפין בחצר שהיא פחותה משמונה, אי אפשר לאחד מהם לכופף את חבירו לחלוק כן אין בה כדי חלוקה לכל אחד מהם, דהיינו ד' אמות לזה וד' אמות לזה, ובכ"ב דף י"ג ע"ב סובר רשב"ג שבהציוור הנ"ל של חצר שאין בה כדי חלוקה, אלא יש בה רק ז' אמות, ואמר אחד לחבירו טול אתה ד' אמות ואני אסתפק בג' אמות ונחלוק, יכול השני לומר לו שלקנות את החצי אמה איני יכול, ובמתנה ג"כ איני רוצה לקבלו כי שונא מתנות יחי', הרי שגם היכא שאינו משום כיסופא שייך שונא מתנות יחי'. מיהו י"ל דכיון שהוא נותן לו את המתנה רק כדי שיסכים להחלוקה הרי זה כמו שנותן מחמת כיסופא, כי אינו נותן מתוך רצון לתת להשני מתנה, ולכן גם התם ניחא למה יש בזה משום שונא מתנות יחי' גם לפי דרכו של החכמת מנוח.

וע"ע בקידושין דף נ"ט ע"א דאמרינן שרבי אבא קנה שדה שרבי גידל הי' מחזור אחרי' לקנותה, וכשנודע לרבי אבא שרבי

גידל הי' מחזור אחרי' לא רצה להשתמש בה משום שעבר על האיסור של עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו, ואמרינן שם שלא רצה למוכרה לרבי גידל כי אין מוכרים את הקרקע הראשונה שקונים, אבל הסכים שרבי גידל יקחנה בחנם, אבל רבי גידל לא רצה לקבלה משום שונא מתנות יחי'. וי"ל שגם התם יש משום שונא מתנות כי הי' גלוי שבעצם רבי אבא לא רצה לתת אותה לרבי גידל רק שהי' מוכרח כדי להסתלק מהאיסור של עני המהפך בחררה וא"כ הרי זה כמו הציור של כיסופא.

וע"ע ביו"ד סי' רמ"ו שהביא הרמ"א את הסוברים שלא יקבלו לומדי תורה דורונות, וציין הגר"א למגילה דף כ"ח ע"א דמובא שרבי אלעזר לא הי' מקבל מתנה מבית הנשיא משום שונא מתנות יחי', וגם ציין לחולין דף מ"ד דאיתא שם ואמר רב חסדא איזהו שונא מתנות יחי' זה הרואה טריפה לעצמו. ולכאורה צ"ע דלפי הגר"א למה כתב הרמ"א ענין זה רק בלומדי תורה ולא בכל אחד דהא שונא מתנות יחי' קאי על כל אחד.

מיהו י"ל שהגר"א סובר שטעמם של רבנן בב"ב שם שחולקים על רשב"ג הוא באמת משום דס"ל ששונא מתנות יחי' קא רק על ת"ח, וזה מתאים עם המקורות שהביא הגר"א. מיהו מדברי רבינו יונה על אבות פ"ה משנה י' מבואר דקאי על כל אדם. ולכאורה כן יוצא מהטעם שכתב רש"י על הפסוק במשלי שם וז"ל, מאחר שהוא שונא מתנות כל שכן ששונא את הגזל וממילא יחי' עכ"ל.

ועי' בסמ"ע בסי' קע"א סקכ"ד שכתב

שטעמם של רבנן הוא משום שהתם בב"ב הרי הוא נותן לטובת עצמו ולכן לא שייך שונא מתנות יחי', וכן כתב הריטב"א בהסוגיא שם בד"ה מ"ט וכו'. פי' דכיון שעושה להנאת ממון א"כ הרי זה כמו מכירה דעושה משום שמקבל תמורה ממונית דגם כאן הרי הוא מקבל.

ורצה אחד לתרץ שבאמת המדריגה של שונא מתנות נאמרה אצל כל אדם, אבל אין בזה איסור, אבל בת"ח יש גם איסור (לכאורה רק מדרבנן ולא מצד הפסוק כי מהיכא תיתי שהפסוק מתחלק לשנים).

וע"ע ברמב"ם בסוף הל' זכ"י ומתנה שכתב וז"ל, הצדיקים הגמורים ואנשי מעשה לא יקבלו מתנה מאדם אלא בוטחים בה' ברוך שמו לא בנדיבים והרי נאמר שונא מתנות יחי' עכ"ל. והמחבר בחו"מ סוף סי' רמ"ט כתב וז"ל, מדת חסידות שלא לקבל מתנה אלא לבטוח בה' שיתן לו די מחסורו שנאמר ושונא מתנות יחי'. מיהו אכתי יתכן שעצם העובדא של "יחי" הרי זה שייך אצל כל אחד, רק שליכא כעין קפידא להמנע אלא לצדיקים ואנשי מעשה. ועכ"פ משמע שיש רק כעין קפידא אבל לא איסור, ואולי כן היא כוונת הרמ"א ביו"ד בלשונו שכתב ש"אין לו לקבל דורונות.

גם י"ל שלעולם קאי על כל אחד וכהנ"ל, אבל רק היכא שיש סיבה צדדית שמכרחת את הנותן ליתן את המתנה וכמו כיסופא, אבל לומדי תורה צריכים בכל ציור שלא לקבל מתנות כי יש קפידא מיוחד של שונא מתנות יחי' על לומדי תורה שלא יקבלו משום כל סיבה שהיא

(ולכאורה צ"ל גם בזה דהוי רק מדרבנן ולא מצד הפסוק).

לז) דברי הרמב"ם בתורם שלא ברשות.

ע"י ברמב"ם בפ"ד מהל' תרומות ה"ג שכתב וז"ל, התורם שלא ברשות, או שירד לתוך שדה חבירו וליקט פירות שלא ברשות כדי שיקחם ותרם, אם בא בעל הבית ואמר לו כלך אצל יפות, אם היו שם יפות ממה שתרם תרומתו תרומה שהרי אינו מקפיד, ואם לא היו שם יפות אין תרומתו תרומה שלא אמר לו אלא על דרך מיחוי, ואם בא בעל הבית וליקט והוסיף בין יש לו יפות מהן בין אין לו תרומתו תרומה עכ"ל. וקשה למה לא הביא הרמב"ם הא דשווי' שליח.

א. דברי הכסף משנה.

וכתב הכ"מ וז"ל, (שלא חש הרמב"ם לומר כן) משום דבפרק האיש מקדש (דף נ"ב ע"ב) גבי ההוא דקדיש בפרומא דשיכרא, ובפרק אלו מציאות גבי עובדא דאריסא דמרי בר איסק, משמע דבלא שויי' שליח הוא, וא"כ מאי דתרגמוהו בשעשאו שליח אליבא דמקשה הוא, אבל קושטא דמילתא דאפילו לא עשאו שליח נמי כיון דלמתרם קאי, ועוד דהוי מצוה, בגילוי דעת למפרע סגי, ורבינו לא גריס ה"נ מסתברא אלא ותסברא, ואפילו את"ל דגריס ה"נ מסתברא, איכא למימר דהיינו מקמי דסליק אדעתין לפלוגי בין תרומה לאבידה, אבל בתר דפלגינן בינייהו אידחי לי' ההוא תירווצא וה"נ מסתברא דאיתמר עלי' עכ"ל. והנה הא דהביא הכ"מ מפרק האיש

מקדש עיי"ש דאיתא ההוא סרסיא דקדיש בפרומא דשיכרא, אתא מרי' דשיכרא, אשכחי', אמר לי' אמאי לא תיתיב מהא חריפתא, אתא לקמי' דרבא אמר לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד וכו' אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד ואינה מקודשת, והתם הרי איירי בלא שליחות. מיהו עיי"ש בתוס' בד"ה אם נמצאו יפות מהן תרומתו תרומה שכתבו וז"ל, התם (בסוגיין) מוקי לה דשווי' שליח, וא"ת א"כ מאי קאמר שלא ברשות, וי"ל דה"ק מה שתרום מן הפירות שלא ברשות ה', וא"כ צריך לומר גבי פרזומא דשווי' שליח דאי לאו הכי מאי מייתי עכ"ל. וכוונת הכ"מ שהרמב"ם מתרץ קושיית תוס' בדרך אחרת, והיינו שהסוגיא בקידושין שם חולקת באמת על סוגיא דידן וס"ל שאין צריכים להעמיד בעשאו שליח. מיהו עי' בנחלת דוד כאן בד"ה ועוד קשיא לי (קרוב לתחילתו) שהקשה על תוס' בזה"ל, ולענ"ד דברי התוס' תמוהים מאד, דלא תלי זה בזה כלל, ואפילו אם נאמר דברייתא דתרומות מיירי דוקא בשווי' שליח אפילו לרבא, מ"מ ההיא סוגיא דקדושין מיירי כפשטה בלא שווי' שליח, דהא דמוקמינן הכא לרבא בשווי' שליח היינו משום דבעינן לדעתכם, ואף דלרבא אמרינן דהוי יאוש למפרע, מ"מ לא מהני זה לענין שיהי' נעשה שליח למפרע משום דלא מיקרי לדעתכם וכו' למפרע (ומשמע כהדרך שכתבנו לעיל שכוונת הגמ' כאן היא לומר שרבא מודה ששליחות שלא מדעת לא מהני כי כתיב לדעתכם, ונאמר בזה דין מסוים בשליחות ולא בתרומה), וכו' עכ"ל. פי' וא"כ בודאי לא צריכים

בקידושין שם שיאמר לו מקודם או יעשנו שליח כי אין צריכים שיהי' הבעל שמקדש את האשה שלוחו של בעל התמרים, ולכן אין כאן חסרון של שליחות שלא מדעת, וכן אין כאן חסרון של מתנה שלא לדעת כי אזלינן לפי רבא שסובר שמתנה שלא לדעת מהני וכמו שכתבו תוס' בנוגע לאריסו של מרי בר איסק.

ובנוגע למה שכתב הכ"מ עוד דמוכח מעובדא דמרי בר איסק דלא בעינן שליחות, לכאורה כוונתו היא לומר דחזינן כן מהא דאמרו השתא אמאי לא אכיל מר דחזינן שמהני כלך אצל יפות גם בלא שליחות, מיהו קשה כי אין מזה ראי' כי התם הכוונה היתה שיועיל עכ"פ על מכאן ולהבא, ובשביל זה בודאי לא בעינן שליחות.

ומה שתלה הכ"מ את הדבר בשתי הגירסאות בגמ' כאן הרי זה כי לפי הגירסא של ה"נ מסתברא יוצא שחזן ממה שרבא עצמו תרגמא אליבא דאביי בשווי' שליח, הרי גם הסתמא דגמ' סוברת כן, וא"כ קשה יותר לומר שהגמ' חזרה מזה במקומות אחרים, וכן ביאר הנחלת דוד בד"ה שם בגמ' את כוונת הכ"מ.

ב. דברי הט"ז.

והנה עי' בט"ז ביו"ד סי' של"א סקט"ו שהביא את דברי הרמב"ם ותמה עליהם, וכתב שעל הטור אין להקשות כי הטור השמיט את הסיפא של דברי הרמב"ם, דהיינו היכא שלקחם לעצמו ותרם, וממילא כתב הט"ז שכוונת הטור בתחילת דבריו במש"כ "תורם שלא ברשות" הרי זה בנוגע ליפות, אבל לעולם איירי שעשאו שליח,

ולכן לא הביא הטור את הציור השני שכתב הרמב"ם.

ושוב הביא הט"ז את דברי הב"י (שהם כדבריו בכ"מ), והקשה עליהם כמו שהקשינו דמה ראי' מייתי מעובדא דמרי בר איסק הלא התם המדובר הי' שה"כלך אצל יפות" יועיל מכאן ולהבא.

ובקשר למה שהוכיח הב"י מקידושין דחה הט"ז דהא תוס' שם מוקמי לי' בשליח, אלא שכתב שאי אפשר להקשות על הרמב"ם כי י"ל שהרמב"ם מעמיד בלא עשאו שליח, מיהו יש להקשות על הט"ז כקושיית הנחלת דוד על תוס' איך רואים מהסוגיא בקידושין חזרה מ"שווי' שליח" לפי רבא הלא התם אין בכלל צורך לשויי' שליח כמו שיש בתרומה.

ועכ"פ הט"ז הוסיף עוד שגם אם נאמר דלא כתוס' אלא שהתם בקידושין איירי בלא עשאו שליח אבל בכל זאת אין ראי' משם שאין צריכים שליח, כי י"ל שרבא לטעמי' שסובר שיאוש שלא מדעת הוי יאוש. ונהי שאמרינן בסוגיין כאן ש"הכי נמי מסתברא", דהיינו שגם לפי רבא בעינן שווי' שליח, וא"כ חזינן מהגמ' בקידושין לכה"פ שחזרה בה מה"הכי נמי מסתברא", אבל מהיכא תיתי לומר שחזרה בה מהא שלפי אביי מהני רק בעשאו שליח.

מיהו הנחלת דוד כאן בד"ה שם בגמ' וכו' אינו סובר חילוק זה, דעיי"ש שהקשה דהא רבא גופא הוא זה שאמר לא אמרו אלא בתרומה משום דהוי מצוה וא"כ את"ל שבזה כלול חזרה מכל עיקר הצורך לאוקמה בעשאו שליח א"כ למה תרגמא רבא אליבא דאביי בעשאו שליח הלא הוא עצמו חזר בו מזה, וא"כ בע"כ צ"ל שאין

ראי' מהגמ' בקידושין שרבא התחרט מהאוקימתא של שווי' שליח. ועוד כתב הנחלת דוד שמה שכתב הט"ז להלן שם שרבא תרגמא אליבא דאביי בעשאו שליח כי הי' מסופק אם אביי סובר דמצוה שאני הרי זה דוחק, כי כיון שהוא עצמו סובר כן למה לא ס"ל שגם אביי סובר כן במקום לומר דאיירי בעשאו שליח.

ועוד הקשה הנחלת דוד לעיל בסמוך שם על דברי הב"י הנ"ל, דכיון שגם המקשן על אביי ידע שמהני מה שתרומה היא מצוה כדי לפעול שיהי' נחשב כמדריגת דבר שאין בו סימן, א"כ חזינן דשפיר נחית להענין של מצוה, ובכל זאת סבר שלא מהני דבר זה לפי אביי, וא"כ קשה לומר שהגמ' חוזרת מזה על סמך מה שמצינו שרבא אמר דבר זה (לענין שאין צריכים עשאו שליח), שהרי יכול להיות שרבא סובר כן רק בתוך השיטה שלו, דבשלמא אם המקשן לא הי' איסק אדעת' כלל דמצוה שאני, אז הי' אפשר לומר שהגמ' מסיקה טעם חדש זה, אבל מכיון שהמקשן שפיר ידע לי', ובכל זאת סבר שאינו מועיל לפי אביי, א"כ איך אנו יכולים לומר שאחרי שאמר רבא דבר זה בתוך השיטה שלו שהה"נ לפי אביי.

והנה הט"ז הקשה עוד על הציור השני שכתב הרמב"ם, דהיינו הציור של לקחם לעצמו, דהא בכה"ג הוי גזל ממש, והכלך אצל יפות צריך בכה"ג להועיל להוות הסכמה על כל עיקר ההעברת בעלות כמו במרי בר איסק, והרי אמרינן שמהני כלך אצל יפות רק בנוגע לתרומה. וכתב שהרמב"ם הבין ש"אם חושש משום גזל" כולל גם גזל ממש, דהיינו כשהוא מתכוין

לתרום לעצמו ולא בשביל בעל הבית, דגם על זה מהני כלך אצל יפות, ודלא כרש"י שפי' ש"חושש משום גזל" בזה שתרם מן היפות. אלא שהקשה כהנ"ל דהא אמרינן שכלך אצל יפות מהני רק לענין תרומה.

והנה קושיית הט"ז הנ"ל בנוי על ההנחה שכוונת הרמב"ם בהציור השני היא שהתורם תרם על פירות שהיו לו מעיקרא, אבל אם כוונת הרמב"ם היא שתרם על הפירות שגזל מבעה"ב א"כ לק"מ כי אכתי יכול להיות שהכלך אצל יפות שאמר הבעל הבית קאי רק על תרומה לחוד ולעולם הרמב"ם מפרש חושש משום גזל כרש"י.

מיהו בסוף דבריו כתב הט"ז ליישב את קושייתו בנוגע לגזל, דאיירי שהפריש ועשה את כל הפירות תרומה, דיוצא שעשה מצוה בכל הפירות. מיהו לא הבנתי כי אם איירי באופן שתרם על פירות של עצמו, א"כ מה מהני שעשה הכל תרומה הלא המצוה אינה המצוה של הבעל הבית (ואי משום דנפקע מיהא שם טבל מהפירות האלו בזה שנעשו תרומה, הלא גם בתורם מקצתן על הפירות של עצמו הרי זה כך), ואם תרם על הפירות שגזל מבעל הבית א"כ כבר כתבנו שעל כהאי גוונא גם מעיקרא לא קשה מידי.

שו"ר שכן הקשה הקצה"ח בסי' רס"ב סק"א על הט"ז וז"ל, ולא נהירא לענ"ד דאפילו ליקט מתחלה כולו לשם תרומה, כיון שתרם על פירות שלו לית' בזה משום ניותא דמצוה כיון דלאו עלי' רמיא, ואע"ג דאמרו נוחא לי' לאיניש למיעבר מצוה בממוני', היינו היכא דלא עבדי' חסרון ממון, אבל היכא דאיכא חסרון ממון לא עכ"ל.

ועכ"פ הט"ז שם הסיק כעיקר דרכו של הב"י שהרמב"ם סמך עצמו על הסוגיא בקידושין. ותמה הנחלת דוד עליו בד"ה שם בגמ' תרגמא, דהא הוא עצמו דחה בתחילה את דברי הב"י שכתב ג"כ כך ועכשיו כתב כן בעצמו.

ג. הגהת הגר"א.

וע"ע בהגהות הגר"א כאן שכתב שטעמו של הרמב"ם הוא משום הסוגיא בקידושין, ועוד כתב שהרמב"ם אינו גורס כאן ה"נ מסתברא אלא גורס ותסברא. והנה הביאור של הך גירסא של "ותסברא" הוא כך, דפרכינן דאם עשאו שליח א"כ הרי זה בודאי מועיל, ולמה צריכים כלך אצל יפות ונמצאו יפות מהם, ועל זה מתרצים שלעולם איירי בעשאו שליח רק שתרם מן היפות וסתמא דעתא דבעל הבית היא על בינונית. ומעתה לפ"ז מעולם לא הוכיחו מה"הכי נמי מסתברא" שצ"ל דאיירי בשליח ומש"ה קל יותר לומר שהגמ' באמת התחרטה מזה.

מיהו עי' בנחלת דוד בד"ה איך וכו' שהקשה שאדרבה לפי הגירסא של ותסברא אין ראי' מהסוגיא בקידושין וז"ל, אך לפי גירסא זו (של ותסברא) אזדא לה תירוץ הט"ז מכל וכל, דהא עיקר תירוץ הט"ז בנוי כיון דבשמעתין אמרינן דגם לרבא צריכין למימר דשוויי שליח, ובסוגיא דקדושין חזינן לרבא דמוקי לה גם בלא שוויי שליח, א"כ חזינן דנדינן מהך שינויא לרבא, א"כ גם לאביי נמי נדינן מהך שינויא, ולפי גירסת ה"ותסברא" א"כ לא מוכח מסוגיא דקדושין מידי כיון דבשמעתין לא מוקמינן לרבא בשוויי

שליח, ומרא דשמעתא דקדושין הוא רבא, וא"כ אין סוגיא דקדושין סותר כלל לסוגיא דשמעתין, וא"כ מנ"ל לפסוק דלא כסוגיין, וא"כ דברי הגר"א בביאוריו שכתב לתירוץ הט"ז והוכחתו מסוגיא דקדושין בצירוף גירסת ותסברא המה תרתי דסתרי אהדדי, אך לפי גירסת ה"נ מסתברא, אף דעולה יפה תירוץ הט"ז, מ"מ תיקשה מה שנשמר ממנו הגר"א בביאוריו, כיון דסתמא דגמ' קאמר כן, קשה הדבר לומר דסתמא דסוגיא דקידושין יהי' סותרת לסתמא דסוגיא דידן עכ"ל (פי' אבל מהגמ' כאן במרי בר איסק שפיר יש ראי' כי מן הסתם אתי גם לפי אביי ובכל זאת הסיקו שבתרומה לא בעינן שליח כי מצוה שאני).

ד. מל"מ והירושלמי.

ועי' עוד במל"מ על הרמב"ם שהביא שהירושלמי סוברת שכלך אצל יפות מהני בתרומה רק על מכאן ולהבא, דהיינו שמכאן ולהבא נעשית תרומה משום שחשיב שהבעל הבית תורם עכשיו בלבו אבל לא מהני למפרע. וכתב המל"מ לפרש כן את כוונת הרמב"ם דהיינו שמהני רק מכאן ולהבא. ובאמת השיטה שלא נודעה למי בקידושין דף נ"ב פי' שכוונת הברייתא גבי תרומה היא דמהני רק מכאן ולהבא.

ועי' בנחלת דוד בד"ה ועוד קשיא לי וכו' קרוב קצת לסופו שהביא את דברי המל"מ וכתב וז"ל, הן אמת שכן נמצא בירושלמי, אבל כיון דתלמודא דידן ודאי דלא ס"ל כן, דאל"כ לא הוי פריך מידי בסוגיין לאביי, וכן לא הוי מייתי מידי מסוגיא דעירובין, וא"כ אכתי תקשה מדוע שביק הרמב"ם לתלמודא דידן ותפס פירוש

הירושלמי במאי דתלמודא דידן מחולק בהדיא עם הירושלמי עכ"ל.

ועי' בחזו"א בחלק אה"ע סי' קמ"ח על קידושין דף נ"ב ע"ב בד"ה ועי' במל"מ וכו' שכתב וז"ל, ועי' במל"מ פ"ד מה"ת שכ' בשם ירו' שאינו תרומה רק מכאן ולהבא ולא למפרע, וזה דלא כסוגיא דב"מ, ואפשר דבגמרא דייק מדאמר כיצד אמרו התורם שלא מדעת וכו' (פי' כי אם מהני רק מכאן ולהבא משום שהבעה"ב תורם עכשיו בלבו א"כ אין זה נקרא שלא) ומשמע דחייל תרומה למפרע, אבל הר"מ לא העתיק רישא דברייתא, ויתכן לפרש מכאן ולהבא, אלא שקשה למה השמיט סוגיא דב"מ עכ"ל.

ועי' בקהלות יעקב בסי' כ"ו סוף אות א' שהביא את החזו"א, והביא שגם בירושלמי השמיטו הרישא של הברייתא, ועוד כתב וז"ל, ואף שלפי פירוש זה דחוק לשון הרמב"ם ז"ל שכתב דבאל"ל כלך אצל יפות תרומתו תרומה "שהרי אינו מקפיד" ולפי הירושלמי הטעם משום שהוא עצמו עושהו עכשיו תרומה במחשבה, מ"מ יש לפרש דזהו נמי כוונת הרמב"ם ז"ל דמכיון שאינו מקפיד הרי מאשר ומאמן את התרומה, וכתב לשון שהרי אינו מקפיד כלפי מה שכתב אח"כ דבלא נמצאו יפות אין תרומתו תרומה מפני שלא אמר כלך אצל יפות אלא דרך מיחוי, ואהא כתב דכשנמצא יפות שפיר מהני שהרי אינו מקפיד, כלומר דכאן אינו אמירה דרך מיחוי, והגם שלפי פירוש זה [דכוונת הרמב"ם כהירושלמי דמהני רק מכאן ולהבא] יקשה דעכ"פ למה השמיט הדין המבואר בבבלי דבעשאו שליח ולא

פירש לו מיפות ואח"כ אמר לו כלך אצל יפות ונמצא שם יפות דהוי תרומה למפרע וכמש"כ החזו"א, מ"מ הא דרך הרמב"ם ז"ל להמשך אחר הירושלמי היכא דבבלי הוא שינוי דחיקי כמש"כ כעין זה החכם צבי בסי' קס"ו, ומצאתי שכן כתב המהרי"ק להדיא שורש ק' עיי"ש, וה"נ הכא אוקימתא דשווי' שליח נראה להרמב"ם שהוא שינוייא דחיקא שהרי קתני התורם שלא מדעת דמשמע שעיקר תרומתו לא היתה ברשות, ומשו"ה פסק בזה כהירושלמי וכו' עכ"ל. מיהו לא הבנתי דהא גם הירושלמי יצטרך לפרש את הברייתא שבהבבלי דקתני כיצד התורם שלא מדעת וכו' כהפירוש של הבבלי, כי משמע שתחילת הרמתו חלה, אם לא שהירושלמי סוברת שאין ברייתא כזה בכלל.

ה. נחלת דוד.

ובקטע שוב ראיתי וכו' הסיק הנחלת דוד לבאר את דברי הרמב"ם, דמקורו של הרמב"ם הוא מהא דרב אשי אכל, דס"ל להרמב"ם דהיינו משום שאפילו לפי אביי שסובר שיאוש שלא מדעת לא הוי יאוש (והרי גם רב אשי ס"ל כוותי' וכמו שכתבו תוס'), אבל בכל זאת היכא דהוי מצוה שמהנה ת"ח מנכסיו גם אביי מודה דהוי כמו נתרצה מעיקרא, והביא הנחלת דוד שבאמת כן כתב הריטב"א בביאור רב אשי ואמימר דאכלי, והיינו משום שסמכו עצמם שבודאי יתרצה והוי כמו זוטו של ים, אלא שאע"פ שחזינן כן בנוגע לריצוי הבעל הבית אבל אכתי י"ל שבתרומה בעינן שידע מהשליחות מעיקרא משום

הגזירת הכתוב של לדעתכם, דהא אמרינן שגם רבא מודה בזה, מיהו זה קשה רק לפי הגירסא של הכי נמי מסתברא, אבל לפי הגירסא של ותסברא יוצא שמעולם לא אמרו שגם רבא מודה בשליחות דתרומה, וא"כ נשאר שמכיון שהדין נותן שבכה"ג יועיל גם שלא מדעת ה"ה שכן צריך להיות גם בשליחות דתרומה ולכן כתב הגר"א שמקורו של הרמב"ם הוא מאמימר ורב אשי דטעמייהו הוא משום שכיון דהוי מצוה הדין נותן שמהני שלא מדעת ולא שאני שליחות דתרומה משאר דוכתי, וכן כתב שהרמב"ם גורס ותסברא.

ו. קצה"ח.

והנה עי' בקצה"ח בסי' רס"ב סק"א שכתב כדרכם של הב"י והט"ז שמצוה שאני, ושוב כתב ליישב למה מהני גם היכא שלקחם לעצמו ותרם הלא התם לא חשיב שהבעלים עושים מצוה. ובתחילה כתב ליישב על פי שיטת הש"ך שבאמת מתנה שלא מדעת הוי מתנה ורק יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש וכן תרומה שלא מדעת, דלפ"ז י"ל שכיון שידוע שחבירו יסכים הרי זה מהני גם בלא שויי' שליח. והקצה"ח נוקט בזה שהרמב"ם איירי באופן שהנוטל יודע שבעל הבית יסכים ללקיחתו כשיוודע ובאמת אינו לוקחו בתורת גולן אלא בתורת מקבל מתנה, וצ"ע.

ועכ"פ הקצה"ח דחה את פירושו הנ"ל בדברי הרמב"ם כי אתי שפיר רק לפי הש"ך אבל תוס' והגהות אשר"י והגהות מרדכי אינם סוברים כן.

ושוב כתב לבאר את דברי הרמב"ם על

פי הא דאמרינן בב"ק דף ס"ז ע"א שהגנב והגזלן שתּרמו תּרומתן תּרומה משום יאוש ושינוי השם, וכתב הרמב"ן שבאמת השינוי השם לבדו קונה, רק שצריכים יאוש כי בלי יאוש אין כאן שינוי השם כי הוי שינוי השם החוזר לברייתו כי הבעלים ישתדלו לקבלו בחזרה ויחזירו את שמו כמו שהי', אבל לאחר יאוש שפיר מהני שינוי השם, ומעתה לפי הרמב"ן יוצא שאין להיאוש תפקיד חיובי, אלא התפקיד של היאוש הוא רק לפעול שאין זה נקרא שהבעלים מרדפין אחריו להחזיר את השינוי שם, וממילא בכה"ג לא שייך לומר שבעינן "מדעת" ושלא מהני "שלא מדעת", אלא מכיון שנקטינן שכשידעו יתיאשו א"כ סגי בזה כדי לפעול שיחשב שינוי השם. והנה מלשונו של קצה"ח משמע שכוונתו לומר שבכה"ג גם אביי מודה לרבא שאמרינן שיאוש שלא מדעת הוי יאוש.

ובספר קהלות יעקב סי' כ"ו סק"א הקשה שהסברא הזאת שכתב הקצה"ח ניחא רק אם אמרינן שגם אביי מודה שאמרינן שמיקרי שהדבר עומד ליאוש, רק שלא סגי בעומד ליאוש, דלפ"ז שפיר חילק שבכה"ג הרי זה שפיר מהני, אבל אם נאמר שסברת אביי היא משום שלא סמכינן שהוא עומד ליאוש א"כ אכתי הוי באותה שעה שינוי החוזר לברייתו, וא"כ יש כאן סתירה מיני ובי' בדברי הקצה"ח, דמצד אחד כתב כהב"י והט"ז בפירוש הרמב"ם אשר דבריהם בנויים על ההנחה שאביי סובר שבכלל אינו מיקרי עומד ליאוש, ולכן כתבו שמצוה שאני, כי במקום מצוה

הרי זה שפיר עומד ליאוש, ומצד שני כתב הקצה"ח לפרש את הסיפא של דברי הרמב"ם בדרך שעולה יפה רק אם אמרינן דמיקרי שפיר עומד ליאוש רק דלא סגי בעומד ליאוש.

וכדי ליישב את הנ"ל כתב דרך אמצעית, והיינו שלעולם אביי מודה דמיקרי עומד ליאוש, רק דס"ל שלא מהני עומד ליאוש, כי צריכים שיהי' מבורר ברור גדול כדי שהיאוש יועיל וזה ליכא, משא"כ במקום מצוה שפיר מיקרי מבורר ברור גדול, וכן הרי זה מועיל בגזלן אע"פ שאין שם מצוה כי התם אם רק מיקרי עומד ליאוש הרי זה נחשב שינוי השם שאינו חוזר לברייתו.

ויש להעיר על דברי הקצה"ח דמבואר מדבריו שכדי שיועיל היאוש כאן לפי הרמב"ן צריכים להגיע להא שגם אביי מודה כאן שיאוש שלא מדעת הוי יאוש, כלומר דכיון שהדבר עומד ליאוש א"כ מהני היאוש כבר עכשיו, ולכן דקדק הקצה"ח לכתוב שידוע שכשיוודע לו יתיאש, ולכאורה צ"ע למה הוצרך לזה, הלא הכא אין אנו צריכים שהיאוש יפעל דין חיובי אשר נימא משום כך שצריכים שיהי' נחשב שיש כאן יאוש עכשיו, אלא לעולם י"ל כמו הפשטות דהוי ציור שלא הי' ידוע מראש שיתיאש לאחר שנודע לו, רק דסגי בזה שנתגלה אח"כ שגם לפני כן השינוי הי' עומד להיות קיים, דכיון שאין צריכים שהיאוש יפעל אז בהעבר איזה שהוא היתר, אין צריכים לומר שגם בתחילה ידענו שיתיאש.

דף כ"ה ע"ב

לח) בענין קנין חצר

א. בענין היכא שאין סופו של בעל החצר למצוא את החפץ.

הנה בהמשנה כאן תנן מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו, ובגמ' תנא מפני שיכול לומר של אמוריים הן, ופרכינן אטו אמוריים מצנעי ישראל לא מצנעי, ומתרצינן לא צריכא דשתיך טפי, ופרש"י וז"ל, העלו חלודה רבה, דכולי האי לא שביק להו עכ"ל. פי' דלכן יכולים לומר שזה של אמוריים, והקשו תוס' בדף כ"ו ע"א בד"ה דשתיך וז"ל, וא"ת וליקני לי חצירו לבעל הגל או לבעל הכותל, ותירצו וז"ל, וי"ל דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנו לעולם כמו הכא שהוא מוצנע בעובי הכותל, וכן מוכח לקמן (בדף כ"ו ע"ב) דתנן מצא בחנות ובשולחנות הרי אלו שלו ואין חצירו קונה (לבעל החנות) לפי שהמעות הם דבר קטן ואין סופו הוה לימצא (לעיל בסמוך כתבו רק שיכול להיות שלא ימצאנו), וכן לקמן דקאמר לא שנו אלא בלוקח מן התגר דאז הוי שלו ולא אמרינן דקנה אותו תגר כשהי' ברשותו עכ"ל (פי' דתנן בדף כ"ו ע"ב שהלוקח פירות מחבירו או ששלח לו חבירו פירות ומצא בהן מעות הרי הן שלו, וגמ' אמר ריש לקיש משום רבי ינאי לא שנו אלא בלוקח מן התגר).

והנה יש לבאר את סברת דין זה שכתבו תוס', דהנה היכא ששטפה נהר חפץ מסוים, והוא אבוד מהבעלים ומכל אדם, והצליח אדם אחד להציל אותו הרי זה

שלו, והרי גם כאן הרי זה נחשב אבודה ממנו ומכל אדם, כי גם שאר אנשים לא הי' סופם למוצאו, וא"כ כמו שהיכא שהוא הבעלים בכל זאת ע"י שנעשה אבוד ממנו ומכל אדם הרי החפץ מותר לכל, כל שכן שא"א להעשות בעלים היכא שהדבר יהי' אבוד ממנו ומכל אדם. ודוגמא לדבר הוא הא דאמרינן בגיטין דף מ"ד ע"ב המוכר שדהו בשנת היובל שרב סובר שהשדה מכורה ויוצאה, ושמואל סובר שאינה מכורה כל עיקר, ולכאורה ביאור המחלוקת הוא ששמואל סובר שנאמר בהדין של יובל שבכלל לא שייך שיהי' בעלים אחרי שמגיע יובל, וממילא לפי שמואל הקנין קאי תמיד רק עד שנת היובל, וכן בתוך שנת היובל אין להקנין מאיפוא להתחיל, ואילו רב סובר שהוא שפיר יכול להיות בעלים בשנת היובל, רק שתמיד חלה הפקעה על בעלותו, וממילא לפי רב יתכן לומר שבאמת כשאדם קונה הקנין הוא על לעולם, רק שאח"כ בא יובל ומפקיע, ומש"ה גם בשנת היובל הרי היא מכורה ויוצאת, וה"ה שי"ל לפי רב (וכן לפי שמואל) שתמיד הקנין הוא רק על הרגע הראשון, רק שאח"כ נמשכת בעלותו מאלי', אבל הקנין הי' רק על הרגע הראשון, ושמואל סובר שבעלות נמשכת רק על היובל, אבל רב סובר שהיא נמשכת גם לתוך היובל, רק שמיד בא יובל ומפקיע אותה. ומעתה גם כאן לפי רב החפץ נעשה שלו ע"י קנין חצר, ומיד נעשה מותר לכל משום הדין של אבודה ממנו ומכל אדם, ולפי שמואל אין החפץ יכול להיות נקנה, ובאמת י"ל שהכא גם רב מודה שאין החפץ יכול להיות נקנה, כי שאני התם

ביובל שמצד המציאות ודיני קנין אין סיבה למה החפץ לא יהי' שלו, ומש"ה אמרינן ששפיר חלה בעלות רק שיוכל בא ומפקיע את הבעלות, אבל הכא יש חסרון מצד המציאות, וא"כ י"ל שבכ"ה גם רב מודה שבכלל אין החפץ יכול להיות נקנה.

ב. היכא שלא סמכה דעתו.

והנה הרא"ש בסי' ט' כתב כדברי תוס' על מצא בגל ובכותל ישן, וכן על לוקח מן התגר, אבל לא הזכיר בסי' ט' ההיא דמצא בחנות, ואילו להלן בסי' י' על המשנה של מצא בחנות וכו' כתב הרא"ש וז"ל, וחצירו (של בעל החנות) לא קנתה, דלא סמכה דעת' כיון דרבים נכנסין ויוצאין, ואפילו אית' (בעל החנות) בחנות, לא מהני עומד בצד חצירו אלא היכא דמצי לשומרו ויכול לעכב שלא יטלוהו אחרים, אבל הכא כיון דלא ידע דאית' שם, ורבים מציין שם, לא קניא לי' חצירו עכ"ל. והפ"ח באות ד' הביין שכוונת הרא"ש היא כמו שכתב לעיל גבי מצא בגל שאינו קונה בחצר משום שאין סופו להמצא. מיהו לפ"ז למה הוצרך הרא"ש לומר שלא סמכה דעת', והרי לעיל גבי מצא בגל לא כתב דבר זה, ועוד דלמה התנה הרא"ש את הדבר בזה שאינו יודע שנמצא שם באיזו פינה נסתרת, הלא אפילו אם הוא יודע שנמצא שם י"ל שכיון שרבים מצויים שם ללוקחו אין סופו למצוא אותו ולזכות בו. ובאמת לכאורה יש סתירה מיני' ובי' בדברי הרא"ש, דמתחילת דבריו משמע דאיירי גם כשהוא יודע מקומו, רק שלא סמכה דעתו, ואילו בהמשך דבריו כתב שאינו יודע איפוא הוא.

ונראה שכוונת הרא"ש היא לשני טעמים חדשים, והיינו שאפילו אם זה מספיק גדול שסופו למוצאו, וכן אפילו אם הוא יודע שנמצא שם, בכל זאת אינו קונה בחצר כי לא סמכה דעתו, כי הוא חושב שאחד מהרבים שנמצאים שם יקחנו לעצמו, ואע"פ שחצירו של אדם קונה שלא מדעתו, אבל הרי זה משום שאם הי' יודע הי' סומך דעתו על קנין חצירו, אבל הכא, אפילו אם הוא יודע, אינו סומך דעת, ושוב כתב עוד חסרון היכא שאינו יודע שנמצא שם, ואפילו אם הוא דבר גדול שסופו למצוא אותו, והיינו דכיון שאינו יודע שנמצא שם ורבים מצויים ללוקחו הרי היא חצר שאינה משתמרת, אבל היכא שהוא יודע שנמצא שם הרי השדה נחשבת משתמרת כיון שהוא יכול לעמוד על הרבים ולעכבם, והעובדא שהוא מחליט לא לעשות כן אינו גורם שהשדה נחשבת אינה משתמרת, רק שבכל זאת אינו קונה מפני טעמו הראשון, דהיינו שלא סמכה דעתו כיון שאין בדעתו לעכבם וכמו שביארנו, ועדיין צ"ע אם כל זה נכון בלשון הרא"ש.

ג. היכא שהחפץ כבר הי' בהחצר לפני שהחצר נעשית שלו.

והשט"מ בסוף דבריו על דף כ"ה כתב ליישב את הקושיא של תוס' בזה"ל, ובתוס' חיצונית תירצו דלא אמרינן חצירו של אדם קונה שלא מדעתו אלא היכא שהחצר הי' שלו קודם לכן שבאת המציאה לתוך החצר, אבל היכא שאין החצר שלו לא קני לי' חצירו, ומהאי טעמא ניחא הא דבעי במס' קידושין (דף כ"ו ע"א) אי

בעיני ציבורין או לא, ומאי בעי, ליקני לי' חצירו (כלומר דאם צריכים ציבורין למה צריכים קנין אגב תיפוק לי' משום קנין חצר), אלא ש"מ דלא קני לי' חצירו אלא כשהחצר שלו בשעה שהמטלטלין באין לחצר עכ"ל.

והנה בדבריהם מבואר שהם מחלקים בין מדעתו לשלא מדעתו, והיינו שחצירו קונה שלא מדעתו רק כשנכנס החפץ להחצר אחרי שהחצר נעשית שלו, אבל כשזה מדעתו חצירו קונה גם כשהחפץ הי' שם לפני שהחצר נעשית שלו. וצ"ע מה היא סברת חילוק זה. וי"ל שכדי שחצירו תקנה לו צריכים שיתחדש דבר מה, וזה מפעיל את הקנין, ולכן היכא שזה שלא מדעתו צריכים כניסת החפץ לתוך החצר עכשיו, כשהחצר כבר שלו, אבל היכא שזה מדעתו, אפילו אם החפץ הי' בהחצר לפני שהחצר נעשית שלו, עצם הדבר שהוא מתכוין עכשיו לקנות הרי זה נחשב שאירע דבר שמפעיל את הקנין.

שוב ראיתי שהגאון רבי אלעזר משה הורוביץ זצ"ל ביאר את החילוק בין מדעתו לשלא מדעתו כך, דהא שחצירו קונה לו שלא מדעתו הרי זה כי כשאדם קונה חצר, מן הסתם דעתו היא שחצירו תקנה לו דברים שיכנסו לשם מכאן ולהבא, אבל אינו מעלה על דעתו שתקנה ממה שכבר נמצא שם, ולכן היכא שהוא יודע מהדברים שמונחים בתוך החצר החצר שפיר קונה.

ברם אכתי קשה על הגמ' בקידושין, דממ"נ, אם איירי שם שלא מדעתו, גם קנין אגב אינו מועיל, דהא אין בדעתו לקנות גם את המטלטלין, ואם איירי כשדעתו לקנות גם את המטלטלין, הלא ס"ל

להשיטה שבכה"ג מהני חצר אפילו אם החפץ הי' בהחצר לפני שהיא נעשית שלו וא"כ למה צריכים קנין אגב. מיהו יש לתרץ שלעולם איירי כשהוא יודע שהמטלטלין נמצאים שם רק שאיירי כשהוא מתכוין לקנות בקנין אגב, והקושיא היא שיועיל מדין קנין חצר אע"פ שאינו מתכוין לקנין חצר משום שקנין המועיל מהני בקנינים דאורייתא גם כשלא נתכוין להקנין ההוא (ואכמ"ל להאריך בזה), ועל זה מתרץ התוס' החיצונית שכשדנין שיקנה בקנין חצר הרי זה כמו שלא מדעתו כיון שהוא רצה קנין אגב, וכיון שהקנין חצר הוא שלא מדעתו הרי אנו צריכים שהחפץ יכנס להחצר אחרי שהיא היתה שלו.

מיהו אכתי צ"ע כי גם לפ"ז נהי שאחרי שנתחדש קנין אגב והוא רוצה לקנות באגב, הקנין של חצר הוא שלא מדעתו ואינו מסוגל להועיל בכה"ג, אבל אכתי קשה למה הוצרכה התורה לחדש קנין אגב, שלא תחדש קנין אגב, אשר אז בודאי תהי' דעתו לקנין בקנין חצר, אשר אז לא מפריע מה שהי' מונח בהחצר לפני שהחצר נעשית שלו.

ובאמת לכאורה יש ליישב את קושיית התוס' החיצונית בפשיטות, והיינו שצריכים קנין אגב להיכא שאין החצר משתמרת. ושוב ראיתי בשיטה שלא נודעה למי בקידושין שם שתי' כן, וכן נביא להלן מהריטב"א.

שו"ר בקהלות יעקב על ב"מ בסי' כ"ז שכתב לתרץ למה צריכים קנין אגב דתיסגי לן בקנין חצר, ותי' שצריכים קנין אגב היכא שאדם אחר זוכה בשבילו את הקרקע והמטלטלין, דבכה"ג כיון שאין דעתו של

בעל החצר לקנות לא מהני קנין חצר כיון שלא נכנסו המטלטלין לחצירו אחרי שכבר נעשית החצר שלו. מיהו לא הבנתי למה לא מהני דעתו של זה שעושה את הקנין וזוכה בשבילו גם בשביל קנין חצר.

והנה אנחנו ציירנו באופן שהוא רוצה לקנות בקנין אגב ולא בקנין חצר, ומש"ה חשיב שהקנין חצר הוא שלא מדעתו, והקשינו שאכתי קשה למה צריכים שהתורה תחדש קנין אגב, הלא גם אם לא היתה מחדשת קנין אגב הי' קונה, כי אז היתה דעתו לקנות בקנין חצר, אבל ציורו של הקהלות יעקב הוא ציור שבכלל אינו יודע שקונים בשבילו חפץ, וא"כ גם אם התורה לא היתה מחדשת קנין אגב הי' הקנין חצר נשאר שלא מדעתו, ומש"ה שפיר צריכים שהתורה תחדש קנין אגב.

ועי' גם במרדכי כאן שכתב כדברי התוס' חיצונית שחילק בין מדעתו לבין שלא מדעתו וז"ל, דחצירו קונה לו בדבר הבא לחצירו (כלומר שנכנס עכשיו לתוך חצירו), אבל בדבר שלא הי' בדעת המוכר למכור ולא דעת הקונה לקנות, לא קנה, ודמי להא דאמרינן בפרק שור שנגח ותיקני לי' חצירי מדרבי חנינא, ומשני כי היכא דאיתי' לדידי', דאי בעי למיקני קני, קניא לי' חצירו, אבל היכא דליתי' לדידי', דאי בעי למיקני לא קני, חצירו נמי לא קני, והכא נמי אין הקונה מעלה על לבו לקנות המטמונות, הלכך חצירו נמי לא זכי לי' וכו' עכ"ל, וסברתו דומה לסברת רא"מ הורוביץ זצ"ל.

והנה כבר הבאנו שגם השיטה שלא נודעה למי על קידושין שם הקשה את הקושיא הנ"ל שאם צריכים ציבורין למה

לן קנין אגב "תיפוק לי' משום חצירו", והביא שהב"ת (אולי הכוונה היא לבעל תרומות) תי' שחצר אינו קונה היכא שהי' מונח בהחצר קודם שקנה את החצר, ולא כתב הב"ת שזה דוקא כשזה לא מדעתו, ומש"ה הקשה עליו השיטה שלא נודעה למי ממעשה דר"ג וזקנים דמבואר שם שמהני קנין חצר גם כשהחפץ כבר הי' בתוך החצר, והקשה אע"פ שהתם איירי מדעת.

ועי' בחי' הגרש"ש על ב"מ בס"י כ"ג בסק"ב, ובקהלות יעקב שם, שהקשו גם מעוד מקומות, ותירצו לחלק בין מדעתו לשלא מדעתו, והאריך הגרש"ש לבאר סברת החילוק. מיהו אע"פ שבתחילה כתב הקה"י את הדרך הנ"ל, דהיינו שחלוק הוא מדעתו משלא מדעתו, אבל בסוף דבריו כתב סגנון אחר, והיינו דשאני היכא שכל הסיבה למה קנה את הקרקע הי' כדי שיוכל לזכות בהמטלטלין בקנין חצר כמו בהמעשה של ר"ג וזקנים, דרק אז מהני גם אם החפץ הי' מונח שם קודם.

ועי' גם בהגהות אשר"י שכתב בשם הראב"י וז"ל, דלא שייך למימר בכי האי גוונא חצירו של אדם קונה לו שלא לדעתו וזכה בו הראשון שקנה הגל והכותל, כיון דאינו דבר ההווה כשאר מציאה לא זכה, דכשקנה אז לא העלה על לבו לקנות המטמונות, הלכך לא זכה אלא בדבר שרצה לקנות, וחצירו קנה לו רק בדבר הבא לחצירו אחרי כן, אבל כאן שהיתה בו מקודם, ולא נתכוין לא המוכר למכור ולא הקונה ליקח, לא קנה וכו' עכ"ל. והקהלות יעקב נקט שכלולים בדבריו שני תירוצים, דתחילת דבריו עד "וחצירו קנה וכו'" הם

"קרובים" לסברת תוס', ומשם והלאה הרי זה תירוץ שני, והיינו שאין חצירו קונה את מה שהי' שם קודם כשזה שלא מדעתו. מיהו לפי סברת רא"מ הורוביץ זצ"ל יוצא שכל דבריו אחד הם

והנה ע"י כל הנ"ל יש לבאר גם את דברי רש"י בב"ק דף קי"ח ע"א וכמו שנבאר, דהנה בגמ' שם אמר רב פפא שלפי רבי אליעזר שסובר שקרקע נגזלת, היכא שהיתה פרה רבוצה בה, הרי הוא נעשה גנב גם על הפרה, ופירש"י משום שהקנין גזילה שעשה על הקרקע מועיל גם על הפרה מדין קנין אגב. וצ"ע למה נקט קנין אגב ולא קנין חצר. ולפי הנ"ל י"ל דהיינו משום דס"ל דס"ל כהב"ת שהביא השיטה שלא נודעה למי שגם כשזה מדעתו, דהיינו היכא שהוא רוצה לקנות בקנין חצר, אינו קונה אם החפץ כבר הי' שם קודם.

והנה לעיל בדף י' ע"ב דרשינן מאם המצא תמצא בידו הגבינה, אין לי אלא ירו, גגו חצירו וקרפיפו מנין, ת"ל המצא תמצא מכל מקום, ופירש"י שהכוונה היא להיכא שנכנסה הגניבה לחצירו ונעל בפניו, וכתב הקצה"ח בסי' שמ"ח סק"ב שמשמע מרש"י שאיירי גם בחצר המשתמרת, ומה שהצריך רש"י שינעול בפניו אין זה כדי שיהי' שייך קנין חצר, כי כדי לקנות בקנין חצר אין צורך לעשות מעשה, אלא טעמו של רש"י הוא משום דס"ל שכדי להעשות גנב או גזולן צריכים שיעשה מעשה גניבה או גזילה, וכ"כ גם בסי' רמ"ג סק"י. מיהו צ"ע דאם החצר גם בלא"ה היא משתמרת א"כ מה שהוא מוסיף לנעול בפניו אינו מוסיף כלום בשמירת הבהמה, כי החצר גם

בלא זה היא משתמרת, וא"כ איך יתכן שדבר זה חשיב מעשה גניבה. ולכאורה הי' אפשר לומר שכוונתו היא להיכא שחצר משתמרת מגנבים ע"י שומר וכדומה שאינו מניח לגנוב משם, אבל בהמה יכולה לברוח משם, ברם אי אפשר לפרש כן כי מה לי בזה שאי אפשר לגנוב משם, הלא מכיון שבהמה יכולה לברוח, א"כ בנוגע להבהמה הרי זו חצר שאינה משתמרת, ולכן בשביל עצם הקנין חצר הרי הוא צריך לנעול בפניו. ובאמת לא ידעתי מנין לו שכוונת רש"י היא גם לחצר המשתמרת, דאולי כוונת רש"י לחצר שאינה משתמרת אלא פתוחה לכל, ולכן באמת הבהמה היתה יכולה להכנס, רק שע"י שנעל בפניו נעשית החצר משתמרת והרי הוא קונה קניני גזילה ע"י קנין חצר.

והנה הקצה"ח במקומות הנ"ל כתב להדיא שהא שצריכים מעשה, אין זה רק כדי להתחייב כפל (האמור בהפסוק של אם המצא תמצא וגו' ישלם שנים לרעהו), אלא כל עיקר הקנין גזילה וגניבה אינו חל בלי שיעשה מעשה, ובלי עשיית מעשה אינו נעשה גזולן לענין להתחייב באונסין ולקנות בשינוי, ועי' בזה בספרי על ב"ק בחלק א' אותה תרצ"ג. ונראה שהקצה"ח מוכרח באמת לסבור שבלי שיעשה מעשה אינו קונה קנין גזילה וגניבה, כי אם הוא שפיר קונה קנין גזילה וגניבה איך מהני מה שאח"כ הוא נועל בפני הבהמה כדי לחייבו כפל, הלא הבהמה כבר גנובה אצלו.

והנה על פי האמור לעיל יש לבאר שבדוקא נקט רש"י ציור של חצר שאינה משתמרת, והיינו משום שרש"י סובר שאפילו היכא שבדעתו לקנות אין חצירו

קונה היכא שהחפץ הי' שם לפני שקנה את החצר וכדעת הב"ת שהביא השיטה שלא נודעה למי, וכבר כתבנו שכן הוא סובר גם בב"ק דף קי"ח, ועוד ס"ל שמן הסתם איירי כשלא הבחין מיד שהגניבה נכנסה לתוך חצירו (והרי בודאי חצירו אינה קונה בשבילו קניני גזילה שלא מדעתו), אלא רק אח"כ כשראהו נתכוין אז לגנובו, והי' קשה לו דלפי שתי הנחות הנ"ל גם כשהוא מחליט לגנובה אי אפשר לו לקנות קנין גניבה ע"י קנין חצר, כי הדין האמור בזה הוא שהחפץ יכנס להחצר בשעה שהוא אמור לקנות, וכמו שביארנו לעיל שצריכים שבשעת הקנין יתחדש מה שהוא (אלא שלעיל כתבנו בדעת הראשונים שהבאנו שהיכא שזה מדעתו גם מה שבדעתו לקנות חשיב שנתחדש מה שהוא, ואילו בדעת רש"י אנו נוקטים שצריכים בדוקא שיתחדש דבר מה בהמציאות). ולכן פירש"י דאיירי באופן שהגניבה אינה משתמרת בתוך החצר כי היא יכולה לצאת רק שנעל בפני, ואין זה משום שגזילה וגניבה צריכים מעשה, אלא הרי זה בשביל הקנין חצר, כי נהי שהחפץ הי' בתוך החצר לפני שהוא בא לקנות, אבל כיון שעכשיו ע"י שנעל בפני ואינה יכולה לברוח הרי זה נחשב שעכשיו נכנסה לתוך החצר, דהיינו בשעה שהוא מתכוין לגנובה ולקנות ולכן מהני קנין חצר.

והנה ע"י בריטב"א בקידושין דף כ"ו ע"א בד"ה אמר חזקי' שהקשה איך ילפינן שם קנין אגב מהא דכתיב ויתן להם אביהם מתנות רבות עם ערי מצורות דאולי הועיל מדין קנין חצר, ותי' זו"ל, דלישנא ד"עם ערי" משמע שזכו בהקרקע ובהמטלטלין

כאחת, בלי קדימה כלל ולא משכחת אלא באגב ולא בחצר עכ"ל. והנה מבואר בדבריו שהי' יכול להועיל מדין קנין חצר רק בזה אחר זה, דהיינו שמקודם יקנו את הקרקע ואח"כ את המטלטלין בקנין חצר. וי"ל דהיינו משום דס"ל כדעת הש"ך בסי' קצ"ח סק"ז ובסי' ר"ב סק"ג שלא מהני בבית אחת כי אי אפשר לקנות את המטלטלין אח"כ הקרקע היא כבר שלו, דאז הוא יכול שוב לקנות את המטלטלין (וזהו כהבנת האמרי ברוך בסי' ר"ב שם בדברי הש"ך, ודלא כהבנת הקצה"ח בסי' קצ"ח סק"ב שכוונת הש"ך היא כהש"ט"מ בשם התוס' חיצוניות). וכן נקט החת"ס בחלק או"ח בסי' קי"ז דס"ל להריטב"א כהש"ך. מיהו הדברי יחזקאל בסי' נ"ח בסק"ג (בקטע "וראיתי") כתב שיש הבדל ביניהם, דלפי הש"ך צריך לפרט שהוא מקנה קודם את החצר ואח"כ את המטלטלין, ואילו מהריטב"א משמע שזה מועיל בזה אחר זה גם בלי לפרט, והיינו שקודם חל הקנין על הקרקע ואח"כ נפעל קנין חצר על המטלטלין, ולכן המשיך הריטב"א בד"ה איבעיא להו וכו' להקשות את הקושיא שאם צריכים ציבורין למה צריכים בכלל קנין אגב, תיפוק לי' משום חצר, ותי' שצריכים קנין אגב להיכא שהחצר אינה משתמרת, ולא תי' שצריכים קנין אגב להיכא שלא פירט שיחולו זה אחר זה. מיהו כבר כתבנו שי"ל שבאמת לא סגי בתירוץ זה כי אכתי קשה למה הוצרכה התורה לחדש קנין אגב כיון שהוא יכול לקנות ע"י לפרט שקודם כל הוא רוצה שיעשו קנין על הקרקע ואח"כ יקנה את המטלטלין בקנין חצר.

פרק המפקיד

דף ל"ג ע"ב

(א) נמצא הגנב משלם תשלומי כפל, טבח ומכר משלם תשלומי ארבעה וחמשה, למי משלם למי שהפקדון אצלו.

בענין למה חשיב "וגונב מבית האיש".

צ"ע למה תני בסגנון דמשמע שיש כאן חידוש גם בעצם העובדא שהגנב חייב לשלם כפל, הלא זהו דבר פשוט, וכל החידוש הוא רק בנוגע למי הוא משלם. וכן יש להקשות גם על הסיפא.

ולכאורה י"ל דתני הכי כי ס"ד שבאמת אינו צריך לשלם כפל כי לא מיקרי וגונב מבית האיש, וס"ד שכמו דדרשינן בב"ק דף ס"ט ע"ב וגונב מבית האיש ולא מבית הגנב הה"נ שיש לדרוש ולא מבית השומר, וקמ"ל המשנה דשפיר משלם, אלא שאכתי הוה אמינא שרק בהרישא הרי הוא חייב לשלם כי מסקינן בגמ' שהמפקיד מקנה לו את הפרה למפרע, וא"כ נמצא למפרע שהגנב שפיר גנב מבית האיש שהרי השומר הוא הבעלים (וגם זה הוא בגדר חידוש), ולכן קמ"ל הסיפא שגם בהסיפא הרי זה מיקרי מבית האיש כי בהיות הבהמה בבית השומר הרי זה נקרא ברשות המפקיד.

ועי' בריטב"א כאן שהקשה באמת למה משלם הגנב כפל הלא לא קרינן ב"י וגונב

מבית האיש, ותי' כהנ"ל דבהיותו אצל השומר שפיר מיקרי מבית האיש כי הפקדון מיקרי ברשות המפקיד.

ובביאור הדבר למה מיקרי באמת ברשות המפקיד, עי' ברא"ש בפ"ק דפסחים בסוף סי' ד' שכתב שהשומר משאיל מקום להמפקיד. וכן איתא בשט"מ בב"ק דף ס"ז ע"ב בשם הרשב"א.

מיהו יש לעיין איך הוא משאיל להמפקיד מקום הלא שאלה צריכה קנין. ובדוחק י"ל דיש כאן קנין חזקה ע"י שהמפקיד משתמש בהמקום. מיהו הניחא להרמב"ם שסובר שאכילת פירות חשיב קנין חזקה, אבל לפי הראשונים שסוברים שאינה נקראת קנין חזקה אלא צריכים דוקא תיקון אכתי קשה. וביותר י"ל שאין כוונת הרשב"א והרא"ש לחלות דין של שאלה ממש, אלא הכוונה היא רק שמכיון שהוא מרשה לו להשתמש בהמקום הרי זה כאילו הוא שואל עליו לענין שהרי זה נקרא שהחפץ מונח ברשותו.

ועי' עוד בתוס' רעק"א על משניות בריש פרק מרובה שכתב ביאור אחר וז"ל, דכיון שמחזיקו (השומר) בדרך שמירה לבעלים ולהחזירה להם, הוי הדבר ברשות בעלים להקדישו ולמוכרו, ומיקרי מבית האיש עכ"ל.

ויש נפ"מ בין הטעם של הרשב"א והרא"ש לבין טעמו של רעק"א בציוור שאינו מונח בבית השומר אלא במקום אחר והשומר שומר אותו, דלהרשב"א והרא"ש

לא חשיב ברשותו של המפקיד משא"כ לפי רעק"א חשיב שפיר ברשותו.

ועוד יוצא נפ"מ היכא שאמר להבעלים שאינו מקבל עליו שום שמירה כלל, וגם לא ישתדל לשומרו, אלא שאינו מקפיד אם מניחו ברשותו, דלפי טעמו של רעק"א בכה"ג לא יהי' נחשב ברשות הבעלים כי אינו שומרו, אבל לפי הרשב"א והרא"ש בודאי מיקרי ברשותו.

מיהו לכאורה צ"ע למה צריכים טעמים אלו, תיפוק לי' משום שהשומר לא קנה קניני גזילה, וכן אינו מחזיקו בכח מהמפקיד, וא"כ הוי כמו שמונה ברה"ר דחשיב ברשות הבעלים, ובשלמא אבידה י"ל דלא מיקרי ברשותו כי החפץ אבוד ממנו ואין לו גישה להחפץ, אבל כשמונה ברשות הרבים, וידוע לו איפוא, הרי זה בודאי מיקרי ברשותו. ועי' בשט"מ בב"ק דף ס"ז שם בשם הר"ר ישעי' דאיתא דמבית השומר חשיב מבית האיש כיון שבא לו להשומר מבית הבעלים עכ"ד, ואולי כוונתו היא כהנ"ל, דהיינו דכיון שבא לו מבית הבעלים ממילא הבעלים מכירים את מקומו, פי' ואינו כמו אבידה דלא מיקרי ברשות הבעלים (מיהו לכאורה קשה להכניס ביאור זה לכוונת לשונו).

מיהו יש לחלק שרק ברה"ר הרי זה נקרא ברשותו כי גם לו יש חלק ברה"ר, אבל כשמונה אצל השומר, בלי הטעמים הנ"ל של הרא"ש והרשב"א ורעק"א לא הוי מיקרי ברשותו.

וע"ע בקצה"ח בסי' שמ"ט שהביא ירושלמי דאיתא שם שהגונב מגג שאינו מבוצר לא מיקרי וגונב מבית האיש. ולפ"ז כ"ש שרשות הרבים לא מיקרי ברשותו,

והקצה"ח כתב שהבבלי סובר שרק גזילה חשיב אינו ברשותו, ושכל הפוסקים לא כתבו כדינו של הירושלמי, אבל עכ"פ לפי הירושלמי שפיר צריכים את הטעמים הנ"ל כדי לומר למה מבית השומר חשיב מבית האיש. ועיין באמת בירושלמי דאיתא שמבית השומר מיקרי מבית האיש כי שמירת החפץ עליו (על השומר) דזהו כטעמו של רעק"א, דהנה הירושלמי המשיך להקשות תני וגונב מבית האיש ולא מבית השואל ומר וגונב מבית האיש ולא מבית נושא שכר והשוכר, (ומתריך) מכיון ששמירתו עליך כמי שהוא עליו, ופי' הקצה"ח שם כהנ"ל שהכוונה היא להקשות שלא יתחייב הגונב מבית השומר כפל, ועל זה מתרצין משום ששמירתו על השומר.

והנה חזינן שהירושלמי הקשה רק משואל וש"ש ושוכר, ולא משומר חנם, אלא התם פשיטא שמשלם. ולכאורה הרי זה כי הוי פשוט להירושלמי שבשומר חנם הרי זה נחשב ברשות הבעלים כיון שהוא שומר בשביל הבעלים ואין לו שום טובה מזה, אלא אדרבה הרי הוא עושה טובה להבעלים, אבל בשואל ושוכר, כיון שמתר להם להשתמש, ס"ד להירושלמי שאינו נחשב ברשות הבעלים, וכן ס"ד שבשומר שכר אינו נחשב ברשות הבעלים כיון שעושה לתועלת עצמו, דהיינו כדי לקבל שכר (מיהו דברינו בנוגע לשומר שכר נראים דחוקים מאד).

והנה אנחנו הקשינו בתחילת דברינו למה הוצרך הסיפא לומר כאן את עצם הדין שהגנב משלם תשלומי כפל. מיהו הפ"י הקשה עוד יותר, והיינו דמכיון שדבר זה הוא שלא לצורך א"כ שוב יוצא שכל

כלום, אלא אתה הפסדת לעצמך כי אחרי הגניבה הכנסת את עצמך לעובי הקורה ועשית את עצמך נגנב.

ובספר קהלות יעקב על ב"ק סי' כ"ב סק"ג הביא מוכיחים מכאן שהיכא שהזיק דבר המובטח ע"י ביטוח הרי המזיק חייב אע"פ שלמעשה לא גרם הפסד להניזק, דהא חזינן כאן שמספיק במעשה גניבה אע"פ שלא מיקרי שהפסיד את השומר וכמו שהערנו שהשומר הפסיד את עצמו. ודחה הקהלות יעקב דשאני גניבה מהזיק, דבגניבה אין צריכים שהגניבה תפסיד את הבעלים, אלא הגנב חייב על עצם מעשה לקחת ממון חבירו, אבל כדי להתחייב בתשלומי הזיק צריכים שהבעלים הפסידו.

ובסי' י"ז קטע וי"ל וכו' הביא הקה"י שהשלטי הגיבורים בב"ב דף ח' ע"ב כתב שהגונב מהקדש קדשים שהבעלים חייב באחריותן אינו משלם כפל להקדש כי המקדיש חייב באחריותן (שזהו כעין ביטוח), והקשה הקה"י דהא רש"י כתב שהטעם הוא משום גונב מבית האיש ולא מבית הקדש, וכתב הקה"י שבאמת לא סגי בטעמו של השלטי הגיבורים כי החיוב של גניבה אינו משום שגרם הפסד אלא מחמת עצם מעשה הגניבה.

ומעתה לפ"ז לא קשה הקושיא שהקשינו בהאות הקודמת, למה סגנן התנא כדבר חידוש את עצם העובדא שהגנב משלם כפל, די"ל שסגנן התנא כך כי הו"א שבהרישא בכלל אינו משלם כפל ודו"ה כיון שאין זה נקרא שהפסיד את השומר, וכיון שנקט הכי בהרישא תני כך גם בהסיפא.

הסיפא הוא מיותר כי פשוט שהכפל הוא להמפקיד כיון שהשומר לא ששילם אלא נשבע, ובשלמא לפי רבא בב"ק דף ק"ח ע"א הרי זה בא בשביל הדיוק שאם נשבע וגם שילם הרי השומר שפיר מקבל את הכפל, ורק אם נשבע ולא רצה לשלם אינו מקבל את הכפל, אבל לפי אב"י שסובר שם שאם נשבע ושילם אינו מקבל כפל א"כ למה צריכים את הסיפא, ונהי שמתרצינן בב"ק שם את הסיפא באופן שלא יהי קשה על אב"י, והיינו שנשבע ולא רצה לשלם קודם שבועה, כי צריכים שישלם קודם שבועה, אבל נשבע ואח"כ שילם אינו מקבל כפל, אבל מ"מ אי אפשר לומר שבגלל דבר זה צריכים את הסיפא דהא אין הכרח לפרש את הסיפא כהדרך הנ"ל, ואב"י מדייק את דינו מהרישא. ותי' שם הפ"י באחד מתירוציו כתירוציו הנ"ל שצריכים את הסיפא בשביל עצם הדין שהגנב משלם כפל ושחשיב מבית האיש.

מיהו אכתי צ"ע כי תוס' בב"ק דף ע' ע"א בד"ה לא וכו' כתבו שמוכח מהמשנה כאן שהגונב משומר חייב כפל, ושוב כתבו וז"ל, ועיקר קרא בגונב מבית שומר כתיב עכ"ל, וצ"ע דאם עיקר קרא בהכי איירי א"כ שוב אין צורך שהמשנה תשמיענו חידוש זה, ויש ליישב.

(ב) עוד חידוש בזה שהגנב משלם כפל ודו"ה להשומר.

א. בענין גנב או הזיק דבר מבוטח. הנה יש לעיין למה הגנב חייב כאן לשלם את כפל להשומר, הלא הגנב יכול לטעון להשומר אני לא הפסדתי אותך

ב. חילוק בין יסוד החיוב של גנב לבין יסוד החיוב של גזלן.

ודע שיש מחלקים בענין הנ"ל בין גניבה לגזילה, ואומרים שבגזילה יסוד האיסור הוא ההפסד שהוא גורם להשני, וכמו במזיק, אבל בגניבה הרי זה משום עצם המעשה של לקיחת ממון חבירו ואפילו היכא שלמעשה לא הי' הפסד וכמו שכתבנו, ומש"ה מצינו ציורים שגנב חייב אבל גזלן פטור, והיינו משום שבאותם ציורים עשה מעשה גניבה וגזילה אבל לא נשלם התנאי של הפסד. וכן מצינו גם חומרות בגזילה מחמת הענין של הפסד, רק שבאמת גם בגנב יהיו נוהגות החומרות ההן היכא שהפסיד את הנגנב, כי כל גנב כשהפסיד את הבעלים הרי הוא גם גזלן, והרי הוא יכול להיות חייב גם משום חיובא דגזלן, וכמו שראיתי מובא בשם הגרי"ז שכל גנב הוא גם גזלן.

ובסברת הדבר למה לחלק בין גניבה לגזילה, י"ל דהיינו משום מאי דאמרין בב"ק דף ע"ט ע"ב שהטעם למה חייבה התורה את הגנב כפל ולא חייבה את הגזלן כפל הרי זה כי גנב מתבייש מאנשים ולא מהקב"ה, וא"כ י"ל שזהו גם טעם למה לחלק בנוגע לעצם יסוד האיסור וכן בנוגע להחיוב קרן, דחיובא דגנב הוא משום עצם המעשה של לקיחת ממון חבירו בלי להתבייש מהקב"ה.

ועכשיו נביא כמה חילוקי דינים שיוצאים מהחילוק הנ"ל בין גניבה לגזילה:

ג. גונב או גוזל על מנת למיקט.

עי' בקו"ש ובפני שלמה על ב"ב דף ט"ז ע"א שכתבו לחלק שהאיסור של לא

תגנובו על מנת למיקט או על מנת לשלם כפל שילפינן מקרא דגניבה כדאיתא להלן בדף ס"א ע"ב, הרי זה נוהג באמת רק בגניבה אבל לא בגזילה, והבאתי הרבה מקורות בענין זה בספרי על ב"ב שם באות קמ"ב וכן בספרי על ב"ק חלק ב' אות ו' (והבאתי שם שגם הב"ח בסי' שנ"ט חילק בין גניבה לגזילה עיי"ש בטעמו, והש"ך כתב שדבריו דחוקים). ולפי הנ"ל החילוק מוסבר, כי בהציורים הנ"ל נהי שעשה מעשה של לקיחת ממון חבירו אבל אין הפסד לחבירו.

מיהו הקו"ש שם סמך את עצמו על הא שהירושלמי הביא דרשה מיוחדת לאין שמין לגנב וכן לאין שמין לגזלן, דמזה חזינן שאין לומדים גניבה וגזילה אהדדי, ולא כתב שם הקו"ש את הטעם הנ"ל שכתבנו. מיהו אולי רק לענין שמין אי אפשר ללמוד גניבה מגזילה כי נהי שבגזילה מחמירים ואין שמין אבל י"ל דהיינו משום שגרם הפסד אבל בגניבה שחייב גם כשלא גרם הפסד אולי שפיר שמין (כשלא גרם הפסד דאינו נחשב גם גזלן), אבל אכתי נלמד גזילה מגניבה. מיהו כבר הבאנו שגם בגניבה יש חומרא שאין בגזילה, דהיינו המדה גרועה שהוא מתבייש מאנשים ולא מהקב"ה, אשר לפ"ז ה"ה שאי אפשר ללמוד גזילה מגניבה.

ד. גונב או גוזל אחר הגנב.

ועי' עוד בדברי הקו"ש בח"א בב"ק אות ב' שכתב וז"ל, ולפ"ז (דלא ילפינן גניבה וגזילה אהדדי), בהא דנתמעט גונב אחר הגנב, מקרא דוגונב מבית האיש, אפילו אי נימא דהמיעוט הוא גם לענין קרן

ולא לכפל גרידא, מ"מ אין זה אלא בגניבה דכתיב קרא, ולא בגזילה דליכא קרא, וזהו דלא כמו שכתב הקצה"ח בסי' ל"ד ללמוד גזילה מגניבה עכ"ל. הרי שגם שם כתב שאי אפשר ללמוד גניבה וגזילה אהדדי, אבל לא כתב שהטעם הוא כהנ"ל.

מיהו צ"ע על הקו"ש, וגם על החילוק שכתבנו לעיל כאן, דאכתי יתחייב גונב מן הגנב בקרן משום גזלן דהא הוי גם גזלן. וראיתי שכן כתב באמת החזו"א על ב"ק בסי' ט"ז סק"ז וז"ל, ואע"ג דתנן ס"ב ב' אין הגונב אחר הגנב משלם תשלומי כפל, זהו רק תנאי בגניבה, דדוקא גונב מרשותו מיקרי גנב, אבל גזלן מיהא הוי, דבגזילה לא אמרה תורה תנאים מיוחדים, ועל שנוטל ממון חבירו הרי הוא גזלן עכ"ל (ודלא כהקצה"ח), ומשמע שבציוור זה גופא הרי הוא נשאר גזלן וחייב קרן.

ה. גניבת עכו"ם וגזילת עכו"ם.

המנ"ח במצוה רכ"ד סק"ב כתב שאפילו למ"ד שגזל עכו"ם מותר מהתורה, אבל גניבת עכו"ם אסורה כיון שאסור לגנוב אפילו ע"מ למיקט ואפילו על מנת להרויחו כפל כדאיתא בדף ס"א, ועוד הביא את דברי בן בג בג בב"ק דף כ"ז ע"ב שאפילו לגנוב בחזרה מהגנב מה שגנב ממנו אסור, ורק בדרך גזילה הרי זה מותר. ובביאור הדבר כתב המנ"ח וז"ל, מזה נראה דהתורה לא אסרה זה (כלומר גניבה) מדין ממון לבד, רק המדה הגרועה הזאת בעצמה התורה אסרה, א"כ בשלמא גזל, דהוא דהתורה אסרה ממון חבירו, א"כ אפשר דשל גוי לא אסרה, כי הממון שלו הפקר לאותן שיטות, אבל גניבה דאף שלו אסור

לגנוב כדי שלא ילמוד מדה הגרועה הזאת, א"כ אף מגוי אסור כדי שלא ירגיל בזה, ועל זה הקפידה התורה עכ"ל.

(ומהמנ"ח מבוואר דס"ל כמו שכתבו הפני שלמה והקו"ש שעל מנת למיקט אסור רק בגניבה אבל לא בגזילה. ועי' עוד להלן בסמוך כאן.)

ו. בענין יסוד הדין של האיסור גניבה וגזילה שנצטוו בו בני נח.

עי' בחידושי הגר"ח על הש"ס "בענין גזל הגר" שכתב שישראל הגוזל עובר על כל שו"פ ושו"פ, אבל בן נח אינו עובר על כל משהו ומשהו. ובביאור הדבר כתב וז"ל, ותו דאיסור גזל בב"נ שאני מבישראל, דבישראל נאמר על גזילת ממון חבירו, ושייך על זה שיעורים, אבל בב"נ האיסור גזילתו הוא מעשה הגזילה, דהרמב"ם סמך בהו גזילת נפש לגזילת ממון (בפ"ט מהל' מלכים), ובישראל ליכא לגמרי גזילת נפש כי אם גניבת נפש שהוא דין מיוחד, אבל בבן נח האיסור הוא מעשה הגזילה ומעשה הגזילה שייך בין בממון בין בנפש עכ"ל.

וע"ע במנ"ח שם בסק"ה שכתב איפכא, והיינו שרק על ישראל יש איסור של על מנת למיקט אבל לא על גוי כי בגוי האיסור הוא רק על הפסד ממון חבירו ולא על המעשה. ועי' גם בקו"ש ופנ"ש בב"ב שם שכתבו חילוק זה שרק לישראל אסור ע"מ למיקט וע"מ להחזיר אבל לא לגוי.

ז. בענין אם עובר בגניבה בלאו נפרד על כל שו"פ ושו"פ כמו בגזילה.

הנה הרמב"ם בריש הל' גניבה כתב

וז"ל, כל הגונב ממון משו"פ ולמעלה עובר על לא תעשה שנאמר לא תגנובו עכ"ל, אבל בריש הל' גזילה שינה את לשונו וכתב וז"ל, כל הגוזל את חברו שו"פ עובר בל"ת עכ"ל. ורוצים לומר שהרמב"ם סובר שבגניבה אפילו אם הוא גונב הרבה בבת אחת יש כאן רק לאו אחד, אבל הלאו בגזילה הוא על כל שו"פ ושו"פ, והיינו משום שהקפידא בגזילה הוא הפסדו של חברו, וא"כ כל שו"פ ושו"פ הרי הוא הפסד בפני עצמו (וכן הבאנו שכתב הגר"ח), אבל בגניבה הקפידא היא על המעשה של לקיחת ממון חברו, והרי עשה רק מעשה אחד של לקיחת ממון חברו. אמנם כבר כתבתי שאכתי הדין נותן שיעבור גם בגניבה מחמת הלאו של גזילה.

ג) בענין יש עדים שנאנסה.

עי' ברשב"א שהביא מהירושלמי דהיכא שיש עדים שנאנסה אינו מקנה לו את הכפל כי לא אסיק אדעתיה שישלם היכא שהוא פטור בלא שבועה כי יש עדים. וכתב הרשב"א שזוהי כוונת הלשון של המשנה של שילם ולא רצה לישבע, דהיינו שאתי לאפוקי היכא שלא הי' צריך בכלל לישבע.

והנה ראיתי במראה הפנים על הירושלמי שהקשה על הדין הזה מהא דסובר רבא בב"ק דף ק"ח ע"א שאם נשבע ושוב שילם הרי הוא קונה את הכפל, דהא גם שם י"ל שלא אסיק אדעתיה דהמפקיד שישלם אחרי שנשבע ונפטר, ובכל זאת חזינן שגם בכה"ג הרי הוא מקנה לו את הכפל, ואע"פ שאביי סובר שם שאינו מקנה לו בכה"ג את הכפל, אבל הרי זה

רק משום שאטרחי' לבי דינו וכמו שאמר אביי שם, אבל הציור של יש עדים שנאנסה איירי אפילו בלא באו לב"ד. ועי' גם בריטב"א בהחידושים החדשים כאן (הובא גם בשט"מ בשם הריטב"א) שהקשה על הירושלמי את הקושיא הנ"ל מהגמ' בב"ק. ותי' המראה הפנים שכוונת הירושלמי היא רק להיכא שאמר שישלם, אבל היכא ששילם ממש הרי הוא קונה את הכפל אפילו היכא שיש עדים שנאנסה, והרי גם רבא קאמר שנשבע ושילם הרי הוא קונה את הכפל רק היכא ששילם ממש וכמו שכתבו תוס' להלן בדף ל"ד ע"א כאן.

מיהו מהרשב"א חזינן דלא כהמראה הפנים, שהרי הרשב"א כתב שמאי דתנן ש"שילם ולא רצה לישבע" אתי לאפוקי שילם ולא הי' צריך לישבע, דבכה"ג אינו מקנה לו את הכפל, וא"כ חזינן שהרשב"א נוקט שאינו קונה בכה"ג את הכפל אפילו היכא ששילם ממש, וא"כ אכתי קשה הקושיא הנ"ל מדברי רבא בב"ק שם. ובאמת לפי הסברא שכתב הרשב"א שלא אסיק אדעתיה שישלם אחרי שנפטר לכאורה אין לחלק את החילוק הנ"ל.

והנה בלי דברי הרשב"א הי' אפשר לומר שהירושלמי אתי לשיטתו דהביאו שם פסוק כדי לומר שהשומר קונה את הכפל, וא"כ י"ל דהוי גזירת הכתוב ולא משום שהמפקיד מתכוין להקנות לו, ומאחר דהוי בגדר גזירת הכתוב י"ל שהפסוק לא איירי ביש עדים שנאנסה, כי אז כבר נסתלק השומר לגמרי אבל בנוגע לנשבע ושילם עי' בש"ך בסי' רצ"ד שכתב שאם נמצא הגנב אחרי שהשומר נשבע הרי השומר צריך לעשות דין עם הגנב משא"כ היכא

שיש עדים שנגנבה, הרי שהיכא שנשבע עדיין לא נסתלק לגמרי, אבל הבבלי שסוברת שהדבר תלוי רק באומדן דעתו של המפקיד, סוברת שגם כשיש עדים שנאנסה הרי הוא מקנה את הכפל, ושפיר אסיק אדעתיה דהמפקיד שישלם גם היכא שנפטר, וכדחזינן מרבא, וכן מביאור הגמ' באב"י וכמו שביארנו. וכדרך זה שהירושלמי אתי לשיטתו ראיתי שכתב היפה עינים להלן כאן בדף ל"ד ע"א עיי"ש.

ומעתה קשים דברי הרשב"א איך הביא את דברי הירושלמי בביאור הבבלי, הלא הירושלמי אינו סובר כהבבלי בנוגע להטעם שהכפל משתלם להשומר, וכן דלא כהבבלי בב"ק דף ק"ח.

מיהו י"ל בפשיטות שלעולם הטעם של הירושלמי הוא משום שלא אסיק אדעתיה דהמפקיד שהשומר ישלם, ולעולם הירושלמי קאמר גם היכא שיש עדים שנאנסה ושילם ממש, רק שלא קשה מנשבע ושילם כי הירושלמי קאמר רק ביש עדים שנאנסה אשר בכה"ג גלוי לכל העולם שהוא פטור, דרק בכה"ג לא אסיק אדעתיה שישלם כיון שגלוי לכל העולם שהוא פטור, אבל הא שפיר אסיק אדעתיה שישלם היכא שנפטר ע"י שבועה כיון שאינו גלוי לכל העולם שנשבע אמת.

ויש לומר גם סברא אחרת, דהנה רש"י בב"ק שם הדגיש שאחרי שנשבע הרי הוא משלם לפנים משורת הדין. וי"ל דבעינן שהתשלומין שלו יהיו נחשבים לכל הפחות בגדר לפנים משורת הדין, דהיינו קיום של ועשית הישר והטוב, אבל היכא שיש עדים שנאנסה אין אפילו ענין של לפנים משורת

הדין לשלם, ולכן רק בכה"ג אמרינן שלא אסיק אדעתיה שישלם, דהיינו שלא אסיק אדעתיה שישלם היכא שאין על התשלומין אפילו תורת לפנים משורת הדין.

ועי' בדו"ח לרעק"א כאן שדן על היכא שהוא שומר בבעלים ושילם וז"ל, ואולם בשמירה בבעלים, בזה כיון דהתורה פטרה אף מפשיעה, הוי רק מתנה בעלמא כמו באו עדים שנגנבה, ולא זכה בכפל, כן נלענ"ד בעזה"י. וביותר נ"ל דאף להרמב"ן דס"ל שנאנסה מקני ל"י כפילא, מ"מ בשמירה בבעלים מודה דלא קנה, דדוקא בעלמא כיון דעכ"פ בעי עדים א"כ במה דמשלם מיקרי תשלומי, דכל כמה דלא העידו העדים בר תשלומין הוא, ואף אם כבר העידו נ"ל דהוי כמודה על עצמו נגד העדים, אבל בשמירה בבעלים דבעצמו פטור הוי כמתנה בעלמא עכ"ל. ולכאורה נוקט רעק"א ששומר בבעלים פטור גם משבועה, ועי' בקצה"ח בסוף סי' רצ"א שנסתפק בזה.

והנה לכאורה הה"נ שהיכא ששילם על קרקעות עבדים ושטרות אינו קונה את השבח (אבל כפל ליכא על הדברים הנ"ל) כי גם שם שייכות סברות רעק"א כי אפילו לדעת הרמב"ם שנביא בסמוך שהוא חייב אם פשע אבל הרי הוא נאמן לומר שנגנבה שלא בפשיעה גם בלי להשבע, כי עבדים וקרקעות נתמעטו משבועה, וא"כ אכתי שייכת סברתו השני של רעק"א דהיינו שפטור גם בלי עדים.

מיהו לכאורה הי' אפשר לבאר בדרך אחרת, והיינו שבשמירה בבעלים אינו קונה את הכפל, לא בגלל שהוא פטור מתשלומין, אלא בגלל שבכלל אין עליו

שם של שומר, ואינו חייב לשמור, משא"כ בקרקעות עבדים ושטרות הרי הוא שפיר נחשב שומר והרי הוא חייב לשמור, ולכן סובר הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות שבקרקעות עבדים ושטרות הרי הוא חייב על פשיעה, והראב"ד שם השיג עליו מאי שנא משמירה בבעלים, וביאר הגר"ח דהיינו משום שבקרקעות עבדים ושטרות הרי הוא שפיר נחשב בגדר שומר והרי הוא חייב לשמור ולכן הרי הוא נחשב מזיק היכא שפשע, אבל בשמירה בבעלים אינו נחשב שומר בכלל, לפי המ"ד שפוטר על פשיעה בבעלים.

מיהו לכאורה אין טעם לומר שצריכים דוקא את השם של שומר, אלא גם אדם זה ה' קונה את הכפל ע"י תשלומין, רק שאין אצלו אפשרות של משיכה בתחילה או קנין חצר סמוך להגניבה.

ד) בענין יש עדים שפשע, ועוד בענין יש עדים שנאנסה.

הנה תנן בהמשנה שהרי אמרו שומר חנם נשבע ויוצא, והבין הרמב"ן שכוונת המשנה היא שהטעם למה הוא קונה את הכפל הרי זה כי על גניבה הרי הוא פטור, והי' יכול לישבע שנגנבה ולהיות פטור. ועל זה הקשה הרמב"ן, כמו שהעירו תוס' כאן, דהא מבואר להלן בדף ל"ד ע"א שאפילו היכא שטען טענת חיוב כגון פשיעה הרי הוא קונה את הכפל כיון שהי' יכול לשקר ולטעון גניבה ולישבע לשקר.

ותי' הרמב"ן על קושייתו כדרכו של הריב"ן בתוס' כאן שבאמת כוונת התנא

היא להיכא שנגנבה בפשיעה, ולא נקט גניבה אלא כדי שיהי' ציור של כפל, אבל לעולם טענת השומר היא שנגנבה בפשיעה, והרי הוא קונה את הכפל כי הי' יכול לישבע בשקר שנגנבה שלא בפשיעה, ומאי דתנן שהרי אמרו ש"ח נשבע ויוצא, אין הכוונה שהוא קונה את הכפל כי הי' יכול לישבע על טענתו בציור זה ולהיות פטור, אלא הכוונה היא משום שהי' יכול לטעון טענה אחרת ולישבע עלי' ולהיות פטור, וכוונת הטעם אינה לאפוקי היכא שהוא טוען טענת חיוב, אלא אתי לאפוקי רק היכא שלא הי' יכול לטעון טענת פטור וכגון היכא שיש עדים שפשע.

ועוד הוסיף הרמב"ן שבע"כ צ"ל שכוונת התנא היא גם להיכא שטען טענת חיוב, כי באמת גם כש"ח טוען נגנבה ואינו נשבע הרי אנו צריכים לנקוט שאולי פשע וחייב באמת, וא"כ הרי אנו מסתכלים על הש"ח כמחויב, רק שבכל זאת הרי המפקיד מקנה לו את הכפל כיון שהי' יכול לישבע ולהיות פטור, וא"כ ה"ה להיכא שטען השומר בפירוש שנגנבה בפשיעה.

ושוב הקשה הרמב"ן דכיון ש"נגנבו" איירי בציור של חיוב, דהיינו שפשע, א"כ לינקוט שומר שכר שטוען נגנבה (אבל אם איירי באומר נגנבה בלא פשיעה, אי אפשר להקשות דליתני שומר שכר שטוען נאנסה ונמצא שנגנבה, כי י"ל שרצה התנא להזכיר גניבה כדי להורות דאיירי בציור שיש כפל וכמש"כ הרמב"ן שם).

וכתב הרמב"ן דרצה להשמיענו בזה שאפילו בשומר חנם שעשה לו טובה בזה ששמר לו בחנם בכל זאת אינו מקנה לו

את הכפל בציוור של יש עדים שפשע*).

ושוב כתב שנקט התנא גם נאבדו כדי לאשמוענין שהוא מקבל יוקרא.

והרשב"א הראה מהירושלמי שלעולם גם היכא שיש עדים שפשע הרי הוא קונה את הכפל כיון שלא אטרחי' לבי דינא**), ולכן הסיק הרשב"א שאין כוונת המשנה לומר טעם, שהרי הטעם אינו אמת, דהא גם היכא שלא ה' יכול להפטר הרי המפקיד מקנה לו את הכפל. ועוד דאילו ה' בגדר טעם ה' צריך להיות כתוב דבר זה בסוף, אחרי שאמר שהכפל הוא להשומר, דהתם ה' צריך לומר מפני שהי' יכול לישבע ולהפטר, וא"כ בע"כ צ"ל שאין זה בגדר טעם, אלא הכוונה היא רק לבאר את מה שאמר שלא רצה לישבע, דאיזה שבועה ה' יכול לישבע, ועל זה אמר שהי' יכול לישבע שבועת השומרים כמו שאמרו חכמים ששומר חנם נשבע ויוצא. והנה לפ"ז אכתי קשה קושיית הרמב"ן למה נקט התנא ש"ח שטוען טענת גניבה שהיא טענת פטור ולא נקט ש"ש שטוען נגנבה.

והנה הרשב"א המשיך להקשות דבכל זאת ממה שאמרו שילם "ולא רצה לישבע" משמע דאיירי באופן שהי' יכול לישבע

ולא היכא שיש עדים שפשע, כי אל"כ הי' צ"ל שילם סתם בלי להוסיף ולא רצה לישבע (ולאביי בב"ק דף ק"ח ע"א שמדייק מהרישא שבנשבע ושילם אינו קונה את הכפל א"כ הי' יכול למיתני שילם ולא נשבע).

ותי' הרשב"א שהך לשון לא אתי לאפוקי יש עדים שפשע, אלא כיון שיש ציוור שהשומר יכול לפטור את עצמו, וכגון היכא שאין עדים שפשע, לכן אסיק אדעת' להקנות לו את הכפל כל היכא שלא הטריחו לב"ד, ואפילו כשיש עדים שפשע, וכוונת המשנה היא לאפוקי רק היכא שלא ה' צריך בכלל לישבע, דהיינו היכא שיש עדים שנאנסה, דבכה"ג לא אסיק אדעת' להקנות לו את הכפל.

והנה הש"ך בסי' רצ"ה סק"ח הוכיח כהרמב"ן שביש עדים שהשומר פשע אין המפקיד מקנה לו את הכפל משום שמדברי רב פפא להלן בדף ל"ד ע"א מבואר להדיא דהיכא שאומר פשעתי הרי הוא קונה את הכפל רק משום שהי' יכול לפטור את עצמו. ותי' הנתיחה"מ שם בסק"ג שרב פפא איירי באומר הריני משלם, אבל היכא ששילם ממש הרי הוא קונה את הכפל אפילו ביש עדים שפשע, דהא מבואר שם

ראי' מהמשנה שאינו קונה כפל וכדברי הרמב"ן, אבל על הרשב"א קשה יותר איך הוא מביא את הירושלמי בצורה אחרת ממאי דאיתא קמן. והיפה עינים בדבריו להלן בדף ל"ד ע"א בד"ה שואל עד שישלם היפך את הגירסא בהירושלמי דצ"ל "לראשון או לשני או לשניהן", ורק אחרי זה צ"ל "הרי הוא בכלל שילם ואח"כ נמצאת הגניבה", וא"כ נמצא דשפיר נפשטה האיבעיא הנ"ל. וע"ע באיך שהביא הנ"י את הירושלמי.

* ונראה דמאי דאיתא בסוף דבריו "א"נ בדלא אטרחי", ט"ס הוא, וצריכים למחוק את המלים "א"נ" ולגרוס "אפילו", וכוונתו היא שלא תאמר שאפילו ביש עדים שפשע הרי הוא מקנה לו כפל בכה"ג משום העובדא שלא אטרחי' לבית דין שיגבו ממנו בע"כ.

** וצ"ע דבירושלמי הוי ספק, ועי' במראה הפנים שהקשה כן על הרשב"א, ובאמת קשה גם על הרמב"ן כי איך מסתפק בזה הירושלמי אם יש

לפי הלישנא קמא של רב פפא לפי גירסת רש"י שאע"פ ששואל אינו קונה את הכפל כיון שאין לו במה לפטור את עצמו אבל בכל זאת היכא ששילם ממש הרי הוא שפיר קונה את הכפל, הרי שהוא שפיר קונה כפל כל היכא ששילם ואפילו היכא שהדבר גלוי שהוא חייב לשלם. וכתב הנתיה"מ שהרמב"ן גורס כהר"ח בתוס' שם ואילו הרשב"א גורס כרש"י שאם השואל שילם ממש אז הרי הוא שפיר קונה את הכפל.

מיהו באמת הרשב"א עצמו הקשה את קושיית הש"ך, ותירץ תירוץ אחר ולא תירוצו של הנתיה"מ (והש"ך והנתיה"מ ראו את שיטת הרשב"א רק איך שהובאה בתמצית בני"ו ובדברי המ"מ, ולא ראו שהרשב"א עצמו דן בהקושיא הנ"ל), ומבואר דס"ל שהוא מקבל את הכפל אפילו אם רק אמר שישלם ודלא כהנתיה"מ, וז"ל הרשב"א, ולפי דברי הירושלמי הא דאמר בגמ' שומר חנם שאומר פשעתי מקנה לי כפילא דאי בעי פטר נפשי' בגניבה ואבידה, ודאמרינן נמי שואל אע"פ שאמר הריני משלם לא מקני לי' כפילא במאי הוה לי' למפטר נפשי' במתה מחמת מלאכה מתה מחמת מלאכה לא שכיחא, דאלמא משמע לכאורה דכל דלא מצי פטר נפשי' לא קני כפילא, ובדאיכא עדים לא מצי פטר נפשי', איכא למימר דלאו למימר דהיכא דנגנבה בפשיעה ולא מצי פטר נפשי' לא קני כפילא, אלא אעיקר טעמא דמילתא קא מיהדר, לומר מפקיד דמקנה כפילא לכל דמשלם לי' ולא מטרחה לי' לבי דינא, לכולהו שומרים קא יהיב דעת' לאיקנוי'

בשעת מסירה, בין שנגנבה באונס או בפשיעה, כיון דשייכי בהו צדדין דאי בעי פטרי בהו נפשייהו, והלכך גמר דעת' לאקנויי לי' כל היכא דלא מטרחה לי' לבי דינא, בין שיאמר פשעתי בה בין שיאמר נגנבה, וה"ה נמי להיכא דאיכא עדים שפשע בה ונגנבה, דמעיקרא גמר ואקני לי' כל זמן דלא אטרחי' לבי דינא הואיל ואיכא בהו צד פטור דאי בעי פטרי בהו נפשייהו, אבל בשואל דלית לי' אנפא למיפטר בי' נפשי' חוץ ממתה מחמת מלאכה דלא שכיחא, לא אסיק אדעת' לאקנויי בי' מעיקרא עכ"ל.

ה) בענין למה נקט התנא ציור של ש"ח שטוען נגנבה, וכן בענין נשבע ושילם לפניו משורת הדין, ונשבע ושילם כי נתגלה שנשבע לשקר.

הנה כבר הבאנו בהאות הקודמת שהרמב"ן בריש פירקין מפרש שכוונת המשנה היא להיכא שהשומר טוען שנגנבה בפשיעה ולא רצה לטוען שנגנבה בלי פשיעה ולישבע, ושוב הקשה דכיון שהמשנה איירי בטוען טענת חיוב א"כ למה נקט התנא את הדין של הקנאת כפל בשומר חנם ולא בשומר שטר שטוען נגנבה, ותי' הרמב"ן כי התנא רצה להשמיענו שדוקא בשילם ולא רצה לישבע הרי הוא מקנה לו את הכפל אבל היכא שלא הי' יכול לישבע וכגון שיש עדים שפשע אינו מקנה לו את הכפל (וכבר דגנו על ציור זה באריכות בהאות הקודמת), והרי דבר זה הוא רבותא יותר גדולה בשומר חנם,

דהיינו שאע"פ שעשה לו טובה בזה שהוא שומר לו בחנם אבל בכל זאת אין המפקיד מקנה להשומר את הכפל אלא היכא שהי' יכול לפטור את עצמו עם השבועה עכ"ל הרמב"ן.

וכתב רעק"א בדו"ח בתחילת דבריו על פרק המפקיד שיש ליישב בסגנון זה אפילו לפי החולקים על הדין הנ"ל שכתב הרמב"ן ביש עדים שפשע, והיינו שלפי אב"י בב"ק דף ק"ח ע"א שסובר שהיכא שנשבע ושילם אינו קונה את הכפל י"ל שנקט התנא שומר חנם כי אב"י הרי מדייק את דינו מהמשנה דהיינו שדוקא בשילם ולא רצה לישבע הרי הוא מקנה לו את הכפל אבל לא בשילם אחרי שנשבע, וא"כ גם זה הרי הוא רבוחא יותר גדולה בשומר חנם, וכהנ"ל שבכה"ג אינו מקנה לו את הכפל אע"פ שעשה לו טובה בעצם השמירה.

ושוב כתב רעק"א שגם לפי רבא ניחא למה תנן שומר חנם, כי תוס' בדף ל"ד ע"א בד"ה אלא וכו' סוברים שלפי רבא שנשבע ושילם הרי הוא מקבל את הכפל רק אם באמת שילם, אבל לא סגי בכה"ג במה שאמר שישלם, ודייקו כן תוס' מהמשנה עיי"ש, וא"כ גם לפי רבא יש רבוחא בשומר חנם, והיינו שאפילו בשומר חנם היכא שכבר נשבע הרי אנו צריכים שישלם ממש ולא סגי באמר שישלם.

והנה רעק"א על תוס' בדף ל"ד שם בד"ה והנה ביסוד דינא דתוס' וכו' ביאר שטעמם למה אחרי שנשבע צריכים שילם ממש הרי זה משום שהטעם למה מהני הריני משלם הרי זה כי אינו יכול לחזור

בו (עי' בתוס' בדף ל"ד ע"ב), והטעם הוא משום דחשיב גמר דין, וא"כ הני מילי היכא שאכתי לא נשבע, אבל היכא שנשבע ויצא זכאי והדר אמר הריני משלם הרי הוא רק כנותן מתנה ומש"ה יכול לחזור בו, וכתב רעק"א שלפ"ז היכא שנשבע ושוב הודה שנשבע לשקר, אשר בכה"ג בודאי אינו יכול לחזור בו, הרי הוא שפיר קונה את הכפל ע"י הריני משלם לחוד. ברם לפי ביאור זה בענין למה צריכים דוקא שילם ולא סגי בנשבע ושוב אמר שישלם א"כ אין רבוחא מיוחדת בנוגע לש"ח כי גם בשומר חנם הרי הוא חושש שמא לא ישלם. מיהו אולי גם בזה י"ל שהיינו חושבים שבש"ח שעשה לו טובה הרי הוא מקנה לו אפילו אם על פי דין הרי הוא יכול להתחרט.

(ועי' עוד רעק"א שם בהקטע הקודם (ד"ה תד"ה אלא מהא ליכא למשמע מיני) שהקשה שלפי תוס' אין הסיפא מדויק דהא קתני שאם נשבע ולא רצה לשלם אינו קונה את הכפל, ומשמע שאם רצה, סגי בכך, אפילו אם רק אמר הריני משלם.)

ושוב כתב רעק"א בדבריו בריש פירקין שי"ל סברא אחרת למה נקט התנא שומר חנם שטוען בתחילה טענת פטור, והיינו משום שהרי רבא סובר שנשבע ושילם קונה כפל הרי הוא מפרש את הרישא שהכוונה היא שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו שנשבע כבר, והרי רש"י בב"ק שם דקדק לומר שהציוור של נשבע ושילם איירי שהחליט לשלם לפני משורת הדין, דהיינו אע"פ שהוא פטור, ולא איירי שהודה שנשבע לשקר, ומשמע שהיכא

שהודעה שנשבע לשקר גם רבא מודה שאינו קונה את הכפל, כי רבא סובר שבנשבע ושילם הרי הוא קונה את הכפל רק היכא שאטרחי' בצדק כי באמת הי' פטור, רק שעכשיו הרי הוא רוצה לשלם לפנים משורת הדין, אבל היכא דאטרחי' שלא כדין, בשקר, התם אינו מקנה לו את הכפל אפילו אם הוא מודה לבסוף, דהיינו כגון שומר שכר שטען נאנסה ונשבע ואח"כ הודה או באו עדים ששקר נשבע ושבאמת נגנבה והוא מוכן לשלם, ומעתה לפ"ז אי אפשר לפרש שהמשנה איירי שהוא משלם עכשיו כי הוא מודה שפשע ואינו רוצה לעמוד בהשבעות שקר שנשבע קודם, כי בכה"ג באמת אינו קונה את הכפל, וא"כ לא קשה קושיית תוס' והרמב"ן למה נקט התנא גניבה דשומר חנם שהיא טענת פטור הלא גם באומר פשעתי הרי הוא קונה את הכפל, כי לפי רבא י"ל שנקטו כן כי רק כשנגנבה אפשר לומר ששילם ולא רצה לעמוד בשבועתו הרי הוא קונה את הכפל, אבל אם טען בתחילה שנגנבה ונשבע ונפטר ושוב לא רצה לעמוד בשבועתו אלא הודה שפשע א"כ בכה"ג באמת אינו קונה כפל. וכן מיושב למה לא נקט התנא שומר שכר שאמר נגנבה, והיינו משום שנצטרך לפרש שהכוונה היא ב"לא רצה לעמוד בשבועתו", היא להיכא שנשבע שנאנסה, ועכשיו נתגלה שנשבע לשקר ושנגנבה, והרי בכה"ג אינו קונה את הכפל אפילו אם שילם.

ועכ"פ מדברי הרמב"ן והריב"ן חזינן דלא כרש"י בב"ק, דהא חזינן שלפי רבא נשבע ושילם קונה את הכפל אפילו היכא שהוא מודה עכשיו ששקר נשבע

בתחילה ואינו רוצה עכשיו לעמוד בהשבעות שקר שלו.

והנה כבר הבאנו את דברי הירושלמי שביש עדים שנאנסה אין המפקיד מקנה לו את הכפל כי לא אסיק אדעתיה' שהשומר ישלם בכה"ג, והקשה המראה הפנים מהא דרבא סובר שבנשבע ושילם הרי הוא מקבל את הכפל והרי גם שם הי' פטור לאחר שנשבע וא"כ נימא שלא אסיק אדעתיה' דהמפקיד שישלם בזמן שהוא פטור. מיהו י"ל שהירושלמי יסבור להיפך מרש"י והיינו שרבא קאמר רק בצירור שהודעה שנשבע לשקר ורוצה עכשיו לשלם דזה שפיר אסיק אדעתיה' שיוודה שנשבע לשקר וישלם.

ועוד כתב רעק"א שלפי רש"י בב"ק שם מיושבת קושיית תוס' בב"ק שם, דעיי"ש בסוף דף ק"ח ע"א שהקשו על רבא מההיא דכיפי להלן כאן בדף ל"ה ע"א דאמרין דכיון שרב נחמן הי' צריך לגבות את הכסף מהשומר בשביל המפקיד אין השומר קונה את הכפל, והקשו תוס' דהא חזינן שלפי רבא הרי הוא קונה את הכפל אפילו היכא שאטרחי' לבי דינא בתחילה, ותירצו תוס' דשאני גבי כיפי שהיו צריכים לגבות ממנו בעל כרחו, ומעתה לפי רש"י גם בלא זה לק"מ, כי רבא קאמר רק כשהוא משלם מעצמו לפנים משורת הדין בלי שב"ד יחייבו אותו.

ו) דברי הנ"י בענין למה צריכים את הסיפא.

הנה עי' בב"ק דף ק"ח ע"א שהביאו שאב"י סובר שאם נשבע ושילם אינו מקבל

את הכפל, ודייק כן אביי מהרישא של משנתינו, כי תנן שאם שילם ולא רצה לישבע הרי הוא קונה את הכפל, ומשמע שאם שפיר נשבע אינו קונה את הכפל אפילו אם שילם, ואילו רבא סובר שבנשבע ושילם הרי הוא שפיר מקבל את הכפל, והרי הוא מדייק כן מהסיפא, כי תנן שאם נשבע ולא רצה לשלם אינו קונה את הכפל, ומשמע שאם שילם הרי הוא שפיר מקבל את הכפל אפילו אם נשבע תחילה, ואמרינן שאביי מפרש את הסיפא כך, שאם נשבע ולא רצה לשלם קודם שבועה אלא רק אחר השבועה, אינו מקבל את הכפל אע"פ שלמעשה שילם, ורבא מפרש את הרישא כך, שאם שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו שנשבע כבר, אלא שילם אחרי שכבר נשבע, הרי הוא שפיר מקבל את הכפל.

ועי' בנ"י כאן בסוף דבריו על המשנה שכתב וז"ל, לכאורה איכא למידק הך סיפא למה לי, פשיטא כיון דלא שילם לא מקני לי' כפילא. מיהו בפרק הגוזל עצים דייק רבא מיני' נשבע ושילם ואח"כ הוכר הגנב משלם כפל לשומר, דטעמא דלא רצה לשלם כלל, הא רצה לשלם לאחר מכאן, אע"פ שנשבע מקני לי' כפילא, ופליג בזה עם אביי עכ"ל. והנה אכתי צ"ע על אביי למה צריכים את הסיפא, ונהי שמתרצינן שם את הסיפא באופן שלא יהי' קשה על אביי, והיינו שכוונת התנא היא שנשבע ולא רצה לשלם קודם שבועה כי צריכים שישלם קודם שבועה, אבל מ"מ אי אפשר לומר שבגלל דבר זה צריכים את הסיפא דהא אין הכרח לפרש את הסיפא כהדרך הנ"ל, ואביי מדייק את דינו מהרישא. ועי' בפ"י בריש פירקין מה שכתב ליישב למה

צריכים את הסיפא, והבאתי לעיל באות א' את אחד מתירוציו, אבל עכ"פ על הנ"י צ"ע דאכתי קשה על אביי.

ועי' בדו"ח לרעק"א בד"ה ולפי"ז וכו' שהבין בכוונת הנ"י שאדרכה לפי אביי ניחא בפשיטות למה צריכים את הסיפא וז"ל, דלאביי דדייק מרישא, בפשוטו י"ל דסיפא קמ"ל דדוקא לא רצה, הא רצה מקני לי', דבדיבורא בעלמא מקני לי' כפילא, דאף דאמרינן מהא ליכא למשמע מיני', היינו לרבא, אבל לאביי לא סתרי הדיוקים, דברישא אשמעינן רבותא אף דשילם ממש, מ"מ דוקא בלא רצה לישבע אבל אם נשבע לא מהני שילם דלאח"כ, וממילא קיימא הדיוק מסיפא דברצה לחוד מקני לי' כפילא, אבל לרבא דהדיוקים סתרי אהדדי, ליכא למישמע מיני', משום הכי הוצרך הנ"י לתרץ דגם לרבא לק"מ, דאשמעינן הסיפא דדוקא לא רצה לשלם אבל ברצה לשלם אף דנשבע השומר ונפטר להבעלים דקנה לה השומר עכ"ל.

מיהו צ"ע דאם ידע הנ"י בקושייתו שאביי דייק מהרישא למה לא ידע שרבא דייק מהסיפא.

גם צ"ע דמעתי קשה על דברי הגמ' להלן שמהמשנה ליכא למישמע אם בצירור רגיל שלא נשבע תחילה סגי באמר הריני משלם או האם צריכים שילם ממש, דהא לפי אביי יוצא שאפשר לדייק מהסיפא שרצה לשלם מהני, ומהרישא ליכא למידק כי י"ל דנקט שילם להשמיענו שאפילו אם הוא משלם ממש לא מהני היכא שנשבע תחילה, ואילו לפי רבא איכא באמת סתירה בהדיוקים אבל היינו בנוגע לאם אמירת

הריני משלם מהני היכא שכבר נשבע או האם צריכים שילם ממש, ולא בנוגע להיכא שלא נשבע ואמר הריני משלם. ולהלן באות מ"ב נדון יותר על קושיא זו עיי"ש.

ז) למי משלם למי שהפקדון אצלו.

צ"ע למה אמרו לשון של "למי שהפקדון אצלו" ולא לשון קצר של "להשומר".

ובשלמא לפי הלשון השני של רבא שצריכים שיגנוב מרשות השומר ולא מן האגם א"כ י"ל שלהכי תני למי שהפקדון אצלו, דהיינו לרמז שנגנבה מרשותו ולא מן האגם. מיהו מלבד ממה שזה דוחק, הרי מה נגיד לפי הלשון הראשון של רבא.

ח) רש"י ד"ה המפקיד.

פירש"י וז"ל, ולא רצה לישבע שבועת שומרים שלא פשע בה ולא שלח בה יד שהי' יכול ליפטר בשבועה זו עכ"ל, וכתב המהרש"א וז"ל, אבל שבועה דאינה ברשותו צריך לישבע אפילו אם שילם שמא עיניו נתן בה כדאמרינן לקמן וק"ל עכ"ל. וכוונתו היא למה שהביאו בדף ל"ד ע"ב דאמר רב הונא שמשביעין אותו שבועה שאינה ברשותי ופירש"י דקאי על הרישא של המשנה.

מיהו דברי המהרש"א צ"ע, דהנה יש אומרים שהיכא ששילם ממש אינו צריך לישבע שבועה שאינה ברשותו. וגם יש דרכים לומר שכוונת הרישא של המשנה כאן היא ששילם ממש ולא רק שאמר שישלם (אע"פ שסגי גם באמר שישלם

כדאמר רבי יוחנן להלן בדף ל"ד ע"א), וא"כ לפ"ז לא יצטרך לישבע שבועה שאינה ברשותי. ונבאר את הדרכים הנ"ל: דהנה כן יוצא לפי רבא בב"ק דף ק"ח לפי תוס' להלן בדף ל"ד ע"א שמפרשים שבנשבע ושילם דסובר רבא שהוא קונה את הכפל הרי זה רק אם הוא משלם ממש ולא סגי באומר הריני משלם, דהא רבא מדייק את דינו מהרישא ומפרש שכוונת המשנה בהרישא היא ששילם ולא רצה לעמוד בשבועתו, וא"כ יוצא לפ"ז שכוונת הרישא היא ששילם ממש וכהנ"ל.

וכן יוצא לכאורה מהא דמסקינן בדף ל"ד ע"א שמכיון שהדיוקים מהרישא ומחסיפא סותרים זה את זה בנוגע לאם מהני הריני משלם א"כ "מהא ליכא למישמע מיני", דגם לפ"ז יוצא שכוונת הרישא היא לשילם ממש (אע"פ שיתכן שבאמת גם באמר הריני משלם הרי הוא קונה את הכפל).

וכן יוצא ממה שאב"י בב"ק דף ק"ח מדייק מהרישא שבנשבע ושילם אינה קונה את הכפל כי קתני שילם ולא רצה לישבע דמשמע שאם נשבע אינה קונה את הכפל, דגם מזה יוצא שכוונת התנא היא לשילם ממש כי אל"כ אולי בשילם ממש הרי הוא קונה את הכפל אפילו אם כבר נשבע. ומעתה אם כוונת המשנה היא לשילם ממש, וכן סוברים שבשילם ממש אינה נשבע שבועה שאינה ברשותו, א"כ יוצא שבהציוור של המשנה אינו נשבע אפילו שבועה שאינה ברשותו, ודלא כהוספת המהרש"א.

מיהו יש חולקים וסוברים שאפילו בשילם ממש הרי הוא צריך לישבע שבועה

שאינה ברשותו וכמו שנבאר בדף ל"ד ע"ב באות פ"ד.

ט) תד"ה המפקיד.

וז"ל, אית דלא גרסי או שאבדו משום דבאבידה ליכא כפל, ויש ליישב שכך טוען הנפקד ואח"כ נמצא הגנב, א"נ אנו יודעים שנגנבו מתוך ביתו אך אין אנו יודעים אם פשע, או שאבדו, שאנו יודעין שנאבד ממנו אך לא ידעין אם ע"י גניבה או ע"י דבר אחר עכ"ל. ולכאורה כוונתם בדרכם הראשונה היא שטען השומר שנאבדו ושוב באו עדים שנגנבו. מיהו לכאורה קשה למה חייב הגנב כפל בכה"ג הלא השומר מודה שלא נגנבה וא"כ ליכא חיוב כפל, והודאת בעל דין עדיף מעדים, והרי השומר הוא הבעל דין כיון שהפרה קנוי' לו למפרע*).

וצ"ל שתוס' סוברים כהרמב"ם שיכול לומר טעיתי היכא שיש עדים לחזרתו, ודלא כהרשב"א שסובר שאינו יכול, הובא בנ"י על דף ג' ע"ב.

ועוד י"ל בדוחק שכוונתם היא שהשומר טוען בשמא שנגנבו, דהיינו שהוא טוען שנגנבו או נאבדו, דהוא עצמו אינו יודע אם נפלו מכיסו או נגנבו מכיסו, ואח"כ נמצא שנגנבו מכיסו.

והנה יש להעיר עוד על תוס' דחזינן שבפירושם השני כתבו שהציור של "נגנבו" איירי שנגנבו ואין אנחנו יודעים אם באופן שהוא חייב כי פשע או באופן שהוא פטור, והוא עצמו טוען שלא פשע והרי הוא נשבע על זה, ואילו את הציור של "נאבדו" פירשו דאיירי שאנו יודעים שנאבדו אבל אין אנו יודעים אם ע"י גניבה או ע"י דבר אחר, וצ"ע דהא בכה"ג לשני הצדדים הרי הוא פטור וא"כ על מה הוא חייב שבועה. וצ"ל בפשיטות שחוץ ממה שאין אנו יודעים אם ע"י גניבה או ע"י דבר אחר הה"נ שגם כאן בציור זה אין אנו יודעים אם פשע או לא כמו בהציור הראשון של נגנבו.

מיהו לא הבנתי למה הוצרכו לומר בפירושם השני שאנו יודעים שנגנבו, כלומר שאנו יודעים מעצמינו ע"י עדים, ולא כתבו שהוא עצמו טוען שנגנבו, ואין אנו יודעים אם ע"י פשיעה או לא, והרי הוא טוען שלא ע"י פשיעה, והרי הוא צריך לישבע על זה, וכן בנאבדו למה פירשו שאנו יודעים שנאבדו רק שלא ידעין אם ע"י גניבה או דבר אחר ולא פירשו שהוא עצמו טוען שנאבדו ושאנו יודע אם ע"י גניבה או ע"י דבר אחר (ולפ"ז יוצא שלפי

והבהמה לכל מילי, ורק דזכות זה שיש להבעלים בהעבד והבהמה לשלשים שקלים וכפל הוא דקונה הלוקח, ונמצא דחלות החיוב של המתחייב הוא להבעלים המוכרים ואך שזה קנוי ללוקח, וצ"ע בזה*).

ולפי הצד השני של הגר"ח ניחא כי באמת השומר אינו הבעל דין לעשות הודאת בעל דין שלא נגנב, ואע"פ שאינו תובע את הכפל אבל מאחר שהגנב משלם להבעלים הרי שוב הוי של השומר משום שבחא דממילא.

* והנה הגר"ח בפרק כ"ג מהל' מכירה ה"ג כתב "דהנה בעיקר הא דינא דעבד שמכרו הרב לקנס או בהמה לכפילה, אם נימא שמכירתו קיימת, צ"ע, אם הדין הוא דהלוקח הוא נעשה בעלים ממש, ועיקר חיובא של שלשים שקלים וכפל הוא להלוקח בעצמו, ומשום שלגבי קנס זה הרי העבד והבהמה קנויים לו ואיהו גופי' הוי הבעלים של זה הקנס, או דנימא דאף אם מכירתו קיימת מ"מ עיקר חיובא של שלשים שקלים של עבד וכפל של גניבה הוא להבעלים המוכרים, כיון דהם הבעלים של העבד

הדרך שכתבנו שכוונתם בהתי' הראשון היא שהוא עצמו טוען בשמא, דהיינו שהוא טוען שנגנבו או שנאבדו, א"כ לפי תירוצם הראשון כל הבבא של נגנבו או שנאבדו איירי בציור זה שהוא אומר שאינו יודע אם נגנבו או אם נאבדו, ואילו לפי פירושינו עכשיו בתירוצם השני הרי זה הפירוש רק של "נאבדו" דהיינו שהוא אומר שנאבדו אבל אינו יודע אם ע"י גניבה או ע"י אבידה ממש).

וי"ל שכך משמע להו מלשון המשנה כי המשמעות של "ונגנבו" היא שזה דבר ברור שנגנבו ולא רק שהוא טוען כך, אלא שבתירוצם הראשון לא יכלו לפרש כן לפי הביאור הראשון שכתבנו בדבריהם שהוא עצמו טוען בודאות שנגנבה או שהוא עצמו טוען בודאות שנאבדו, דלא היו יכולים לפרש שיש עדים שנגנבו או שיש עדים שנאבדו, כי אם יש עדים שנאבדו א"כ כששוב באו עדים שנגנבו ושהגנב חייב כפל הרי זה ציור של ב' כתי עדים המכחישות זו את זו, אבל בתירוצם השני שכתבו שנאבדו רק שלא ידעינו איך א"כ שפיר אפשר ללמוד כמו הפשטות שהיו עדים על זה ולא רק שהוא טען כן.

(י) בא"ד.

וז"ל, אית דלא גרסי או שאבדו משום דבאבידה ליכא כפל עכ"ל. ועי' במהרש"א שכתב וז"ל, ולא ניחא להו לפרש בטוען טענת גנב באבידה דמשלם כפל כדאמרינן בפרק הגזול דף ק"ו ע"ב, דלישנא דנמצא הגנב לא משמע הכי, ועוד דאי הוה מפרש הכי במתניתין, לא הוה קמותיב לי' התם

רבי אבא לר"י אהך מלתא ודו"ק עכ"ל. וכתב המהר"ם שיף שלא ידע מאי קאמר המהרש"א, כלומר איך הוא רוצה להעמיד את המשנה. מיהו הדבר מבואר בקרני ראם, דכוונת המהרש"א היא שנאבדו מהשומר הזה, וזה שמצא אותו טוען טענת גנב, ואח"כ נמצא שהמוצא עצמו גנב, דבכה"ג הרי המוצא משלם את הכפל להשומר אם השומר שילם ולא רצה לישבע.

והאמרי משה בסי' ל"ד סק"ה כתב ליישב את קושיית המהרש"א בזה"ל, ויתישב על פי זה קושיית רש"א דמשכחת כפל בט"ג באבידה, דכיון דע"כ איירי שהודה (המוצא) מקודם, או שיש עדים שנטלה על מנת להחזיר (ורק אח"כ החליט לטעון טענת גנב), א"כ הוי כאילו כבר באה האבידה ליד הבעלים (כלומר והשומר הראשון כבר מסולק), דידו (של המוצא) כיד הבעלים, דהרי גם בגניבה כששילם ולא רצה לישבע החפץ כשהוא בעין שייך להבעלים כמבואר ברמב"ם, ורק הכפל הוא דמקני להשומר, וא"כ גם בטוען נאבדה ונמצא אח"כ, שייך הבהמה להבעלים, ואח"כ כשטוען המוצא טענת גנב שייך הכפל להבעלים, דשלו כפר עכ"ל.

מיהו לכאורה קשה קושיא אחרת כאן, והיינו למה אי אפשר להעמיד באופן שנאבד ממנו ואח"כ נתגלה שהמוצא הרים אותו לשם גניבה, והרי הוא מתחייב כפל, דעי' לעיל בדף כ"ו ע"ב דאמר רבא שאם הרים אבידה על מנת לגזולה הרי הוא עובר בלא תגזול, דהא בכה"ג לא שייך תירוצו של האמרי משה, דהא בכה"ג אין המוצא נעשה כיד הבעלים, והשומר אינו מסולק, ומש"ה הרי זה כמו היכא שגנב

מבית השומר, וא"כ למה אי אפשר לפרש שזהו הציוור של אבדו.

מיהו גם על זה דן האמרי משה שם, דהנה חזינן שאמר רבא שם שהוא עובר בלא תגזול, ולא אמר שהוא עובר בלא תגנובו, וא"כ חזינן שאין בכה"ג כפל. וכתב האמרי משה בסק"ד שם דהיינו משום שבשביל גניבה בעינן וגונב מבית האיש, והיכא שגנב אבידה אין זה נקרא שגנב מבית האיש כי אבידה האבודה מהבעלים לא מיקרי ברשותו, והשיג מזה על הקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שכתב שגם לאו דלא תגזול ליכא היכא שלא גנב מרשות הבעלים, דהא חזינן שרבא קאמר ששפיר עובר על לא תגזול היכא שגנב אבידה, ובע"כ צ"ל שאבידה לא חשיבא ברשותו כי אם חשיבא ברשותו למה אינו עובר בלא תגנובו וכהנ"ל, וגם מדברי תוס' אצלנו הוכיח שאבידה לא חשיבא ברשות הבעלים כי אם חשיבא ברשותו א"כ קשה הקושיא הנ"ל שהקשיתי דנוקמה באופן שנאבד ושוב נגנבה אחרי שנאבדה.

(והנה לא הבנתי את דברי האמרי משה כי אפילו אם אבידה לא מיקרי ברשות הבעלים, למה ליכא לאו דגניבה, כי האמרי משה עצמו שם סובר שוגונב מבית האיש ממעט רק מהכפל ולא מהקרן והלאו של גניבה. מיהו עיי"ש דנראה שנתעורר על זה וכתב שנקט לא תגזולו כי ליכא בכה"ג דיני גניבה דהיינו כפל, מיהו דבריו דחוקים טובא.)

ועכ"פ לפי הקצה"ח צ"ל דאבידה מיקרי שפיר ברשותו, ולכן שפיר קאמר רבא שיש לא תגזול. וכן מוכח מדברי הקצה"ח עצמו בסוף סי' ת"ו דעיי"ש

שהוכיח שיאוש מהני על דבר שאינו ברשותו מהא דמהני יאוש בגניבה, ולא הוכיח כן מהא דמהני יאוש באבידה, והיינו כהנ"ל דאבידה חשיבא ברשותו.

ולפ"ז צ"ל דהא דלא אמר רבא בדף כ"ו שיש לא תגנובו הרי זה כהסברות שהמשיך האמרי משה לכתוב שם, דעיי"ש בסק"ד שכתב וז"ל, אולם יש לדחות דלא שייך לחייב כפל בנוטל אבידה על מנת לגונבה, כיון דע"כ צריך עדים על חיוב כפל, וע"כ שאמר בפירוש בעת שנטלה שנוטל על מנת לגונבה והעדים שומעין, וזה מיקרי גזילה, דהרי לא מיטמר מאינשי וכו' (פי' אבל בגניבה רגילה גם בלי להגיד להעדים שהוא נוטלה על מנת לגונבה הרי העדים יודעים שהוא לוקח כדי לגנוב כי אם לא כדי לגנוב למה הוא לוקח, אבל באבידה אולי הוא נוטל על מנת להחזיר, ולכן בע"כ צ"ל דאיירי שהוא אומר להעדים שהוא רוצה לגנוב), ועי"ל דבגניבה בעינן הוכחה שעושה דרך גניבה ומיטמר מאינשי, אבל באבידה ליכא הוכחה דמיטמר, דאפשר שהי' נוטל גם אם היו רואים, וכל דליכא הוכחה דעושה דרך גניבה א"א לחייבו כפל (פי' דבאבידה גם בלי העובדא שהוא מפרסם את עצמו להעדים, הרי לא עשה שום דבר שמוכיח שהוא רוצה בדוקא להסתיר את מעשיו שהרי הוא לוקח בריש גלי, משא"כ בגניבה רגילה הרי הוא מיטמר) עכ"ל.

ועוד רצה לומר שם בסק"ו דנוטל אבידה על מנת לגזול לא מיקרי גנב כי גניבה צריכה מעשה, והתם אין זה נחשב שעשה מעשה גניבה, כי הרי הוא חייב ליטול, ורק מחשבתו אינה נכונה. ושוב

דחה דהא רש"י שם בדף כ"ו ע"ב כתב שגם לא תגזול בעי מעשה, וא"כ בע"כ צ"ל שגזול אבידה מיקרי בגדר מעשה כיון שעכ"פ הרי הוא עושה מעשה לשם גזילה. וביאר דהא דכופר בפקדון חייב באונסין אע"פ שאינו עושה מעשה, הרי זה לא גרע משואל, אבל לא תגזול ליכא (ושוב הקשה דחזינן שגזילה אינה צריכה מעשה ממאי דאיתא להלן בדף ס"א ע"א שעל כובש שכר שכיר יש לא תגזול).

ובסק"ז תלה האמרי משה את הנידון אם אבידה מיקרי ברשותו באם הקובע למה גזילה נקראת אינו ברשותו הרי זה העובדא שיש להגזול קניני גזילה או האם הוא משום שבמציאות אין להבעלים שליטה, דלפי הצד שהוא משום קניני גזילה א"כ באבידה הרי ליכא קניני גזילה וחשיב שפיר ברשותו, אבל אם הוא משום שאין לו שליטה א"כ גם באבידה אין לו שליטה וא"כ לא חשיב ברשותו. מיהו ע"י בקר"ש בב"ק אות ט' וי' שהראה שלכו"ע היכא שיש לאדם אחר שליטה אין זה נחשב ברשות הבעלים אפילו אם אין לההוא אדם קניני גזילה, וא"כ צריכים להוסיף להצד שאבידה נחשבת ברשותו גם את העובדא שאינה תחת שליטתו של אדם אחר (והצד שאבידה חשיבא אינה ברשותו הרי זה כי מספיק בזה שלו אין שליטה אפילו אם אינה תחת שליטתו של אדם אחר).

וגם בריטב"א מצאתי שאבידה מיקרי ברשותו, דכן כתב להלן כאן בהחידושים החדשים בדף ל"ד ע"א בד"ה א"ד אמר רבא וכו' (הובא בשט"מ שם בד"ה מסתברא וכו') הובא בקצה"ח בס' רצ"ה

סק"ג, וכ"כ בדף כ"א ע"ב בד"ה אביי אמר (הובא בשט"מ שם בד"ה ורבא אמר) הובא בקצה"ח בס' רנ"ט סק"א, וכ"כ בדף כ"ו ע"ב בד"ה עובר (הובא בשט"מ שם בד"ה עובר).

והנה ידועים הם דברי הרמב"ן לעיל בדף כ"ו שכתב דהא דיאוש אינו מועיל לאחר שבא לידו של המוצא הרי זה משום שכבר נעשה המוצא בגדר השומר של בעל האבידה ולכן מיקרי שהאבידה היא ברשותו של בעל האבידה, ויאוש לא מהני על דבר שהוא ברשותו, משא"כ קודם שבא לידו של המוצא, אז שפיר מהני יאוש. ולכאורה מבואר מזה שאבידה שאינה משתמרת אינה חשיבא ברשותו של הבעלים.

ומעתה צ"ע דהא הריטב"א בעצמו בסוגיין כאן כתב כדברי הרמב"ן שיאוש כשהאבידה היא ברשותו לא מהני, וא"כ מזה מבואר שאבידה אינה נקראת ברשותו. מיהו הקצה"ח בס' רנ"ט סק"א הוכיח דצ"ל שמודה הרמב"ן דמהני יאוש גם על אבידה שברשותו, ורק כשהיא בידו של שומר אבידה לא מהני יאוש. ולפי הקצה"ח צ"ל שגם הרמב"ן מודה שגם קודם שבא לידו של המוצא הרי היא שפיר נחשבת ברשותו של בעל האבידה, רק שבכל זאת מכיון שאינה תחת ידו, והרי היא אבודה ממנו, משום כך מהני יאוש, משא"כ כשהגיע כבר לידו של המוצא, ונעשה המוצא השומר שלו, א"כ אז הרי היא נחשבת כתחת ידו ממש של הבעלים ואינו בגדר אבידה ומש"ה לא מהני יאוש. וכן מבואר מלשונות הקצה"ח בס' קס"ג בד"ה ובענ"ד וכו' (כמו הגדר

הנ"ל שעכשיו כתבת). ואע"פ שהרמב"ן שם כתב שהיכא שהגיעה האבידה לידו של המוצא הרי היא נחשבת מעתה כנמצאת ברשות הבעלים, ומשמע שמקודם לכן אינה נקראת ברשות הבעלים, צ"ל שאין כוונתו להדין של "ברשותו" אלא שמעתה נחשב החפץ כתחת ידו ממש, אבל לעולם גם לפני כן יש כאן הדין של "ברשותו".

מיהו עיין בנתיחה"מ בריש סי' רנ"ט שכתב שאבידה שאינה משתמרת מיקרי באמת שאינה ברשותו. ודברי הנתיחה"מ שם קאי על דברי הרמב"ן הנ"ל שהבאתי, וס"ל להנתיחה"מ שכוונת הרמב"ן היא לומר שאבידה שאינה משתמרת דומה היא לגזילה ולא מיקרי ברשותו, ומש"ה הוא דמהני יאוש, משא"כ לאחר שבא ליד המוצא ונעשה שומר, אז הוי שפיר ברשותו. וע"ע בסי' מ"ט סקי"ז שכתב הנתיחה"מ שאבידה מיקרי שפיר ברשותו.

ומדברי הרמב"ם בפכ"ב מכירה ה"ט מבואר בפשטות שמיקרי אינה ברשותו ז"ל, מי שהי' לו פקדון ביד אחר הרי זה מקנהו בין במכר בין במתנה לפי שהפקדון ברשות בעליו הוא והרי הוא בחזקת שהוא קיים, ואם כפר בו זה שהופקד אצלו אינו יכול להקנותו, שזה כמו שאבד שאינו ברשותו עכ"ל.

ויש להעיר עוד על דברי הנתיחה"מ הנ"ל בסי' רנ"ט מדבריו בסי' ל"ד סק"ה שצידד להודות להקצה"ח שגוזל מן הגזלן אינו מקבל תורת גזלן כיון שלא גזלו מרשות הבעלים, וא"כ הרי זה סותר את מה שכתב בסי' רנ"ט שאבידה שאינה משתמרת לא מיתקריא ברשות הבעלים, דהא לפ"ז לא יתכן מה שאמר רבא בדף כ"ו שהיכא

שהוא מגביה על מנת לגזולה הרי הוא עובר בלא תגזול דהא לפי הנ"ל יוצא שלא גזלו מרשות הבעלים, ויש ליישב.

ובחידושי רבי מאיר שמחה על דף כ"ו בד"ה אולם מתוס' וכו', ובחידושי הגרש"ש על ב"מ בסי' כ', ובאמרי משה סי' ל"ז סק"י, ביארו שיאוש כשהאבידה ברשותו לא מהני משום דהוי יאוש בטעות כי אילו הי' יודע שהיא ברשותו לא הי' מתיאש.

ובספר ישועות דוד בחלק ו' סי' ס"ה, וכן בשיעוריו על דף כ"ה, כתב לבאר שלעולם מודה הרמב"ן שאבידה מיקרי ברשותו רק שהיכא שאינה מונחת בחצירו אלא ברה"ר א"כ על ידי היאוש עצמו הרי היא מתהפכת להיות נחשבת שלא ברשותו כי על ידי היאוש הרי היא נקראת יותר אבודה ומש"ה מהני היאוש.

ובשו"ת נוב"ת בחלק אבן העזר בסי' ע"ז בד"ה ואמנם עיינתי וכו' ראיתי שדן בזה והוא כתב שאבידה מיקרי שפיר ברשות בעל האבידה.

והנה אם אבידה נחשבת אינה ברשותו מתיישבים דברי תוס' בב"ק דף ס"ו, דעיין בתוס' בב"ק דף ס"ו ע"א בד"ה כיון וכו' שכתבו שיאוש אינו מטעם הפקר, דאילו הי' מטעם הפקר הי' צריך להועיל אפילו היכא שבאיסורא אתא לידי. והקשה המחנה אפרים בהל' זכ"י מהפקר סי' ז' איך כתבו תוס' שיועיל כשבאיסורא אתא לידי? הא אין אדם יכול להפקיר דבר שאינו ברשותו כמו שאינו יכול להקדיש דבר שאינו ברשותו, דכן אמרינן בדף ס"ט שם שהפקר דומה בזה להקדש (ודע שהב"ח סובר שהפקר שפיר מועיל גם על דבר שאינו ברשותו [וכן הביא המחנה אפרים

בהל' זכי' מהפקר בסי' ז' משו"ת מהרי"ט
 בח"א], ועי' בקצה"ח בסי' רי"א סק"ד
 שהביא דבריו ותמה עליהם מהגמ' הנ"ל).
 מיהו יש ליישב דס"ל לתוס' דנהי שלפי
 האמת הפקר אינו מועיל על דבר שאינו
 ברשותו, אבל מ"מ הרי זה רק לאחר
 שידעינן כבר שיאוש אינו מטעם הפקר, אבל
 אם יאוש הי' מטעם הפקר, א"כ אז באמת
 היו גם לשון יאוש וגם לשון הפקר צריכים
 להועיל אפילו על דבר שאינו ברשותו משום
 שכן הי' מוכח מיאוש דאבידה שהוא מטעם
 הפקר ומהני אע"פ שהאבידה אינה ברשותו,
 וא"כ שפיר הקשו תוס' שאם יאוש הוא
 מטעם הפקר הדין נותן שיועיל אפילו היכא
 שבאיסורא אתא לידי'.

**(יא) אבל בהמה דכי טבח
 ומכר משלם תשלומי
 דו"ה אימא לא מקני לי'
 כפילא צריכא.**

צ"ע דמשמע דהו"א שאפילו את הכפל
 אינו מקנה לו, וצ"ע למה נקטו כן, הלא
 בשביל הצריכותא סגי למימר דס"ד שאינו
 מקנה לו הדו"ה, דהא זהו החלק העודף.
 ולכאורה יש לומר שאם המפקיד אינו
 מעכב לעצמו את הכפל ה"ה שאינו יכול
 לקבל את הדו"ה כי יוצא שקיבל רק את
 החלק של ג' וד' והרי דו"ה אמר רחמנא
 ולא גו"ד כדאמרינן בשבועות דף מ"ב
 ע"ב.

מיהו יש לפקפק בהתי' הנ"ל כי יתכן
 שסגי בזה שהגנב משלם בין הכל דו"ה
 (ולא גו"ד), ולא בעינן שהכל ילך לבן אדם
 אחד, כי דו"ה ולא גו"ד נאמר על הנתינה
 ולא על הקבלה. וע"ע בזה בספרי על ב"ק

בפרק מרובה באות ק"ו ובהמשך פרק
 מרובה שם באות ל"ד.

**א. דרך אחרת איך לתרץ את
 הקושיא הנ"ל.**

ולכאורה יש ליישב את הקושיא הנ"ל
 ולומר דאזלינן כבר עם המסקנא שהכוונה
 היא שהוא מקנה להשומר את גוף הבהמה,
 ומש"ה אי אפשר לחלק בין הכפל להדו"ה,
 דהא ממ"נ אם השומר קנה את גוף הבהמה
 מגיע לו בין הכפל ובין הדו"ה, ואם לא
 הקנה לו את גוף הבהמה אז גם הכפל אינו
 מגיע לו. מיהו לפי הלישנא קמא להלן כאן
 י"ל דהוי כאומר חוץ מהדו"ה כמו
 שאמרינן חוץ מגיזותי וולדותי, ונהי
 שהאיכא דאמרי סובר שאין מחלקים, אבל
 בנוגע להדו"ה י"ל שגם האיכא דאמרי
 סובר שי"ל שכוונתו היא לחוץ.

ברם י"ל שגם לפי הלישנא קמא אינו
 יכול לשייר לעצמו רק את הדו"ה, כי
 י"ל שלענין גיזות וולדות, הכוונה היא
 שהוא משייר לעצמו את החלק של הבהמה
 שמגדל גיזות וולדות, א"נ שהוא משייר
 לעצמו זכות בבהמה לקבל גיזות וולדות,
 וקיימת זכות כזאת, אבל בנוגע לדו"ה י"ל
 שלא קיימת זכות כזאת לקבל דו"ה כי
 דו"ה הוא לגמרי דבר הנולד ע"י טביחה
 ומכירה (ועי' לקמן באות מ' שנדון
 באריכות לענין יוקרא), ולכן אי אפשר
 לחלק את הדו"ה מהכפל. ואם הוא קונה
 את הבהמה בע"כ שהוא קונה גם הדו"ה,
 ואם אינו רוצה להקנות את הדו"ה בע"כ
 הרי הוא צריך לעכב את כל הבהמה, וא"כ
 אין השומר מקבל אפילו את הכפל, ומש"ה
 שפיר אמרו "אימא לא מקני לי' כפילא".

ולפי הנ"ל יש לבאר למה כתב רש"י על קושיית רמי בר חמא ד"אמתניתין קא מתמה", דצ"ע דהא פשיטא שאמתניתין קאי, אבל לפי הנ"ל ניחא, כי לפי ביאורנו הנ"ל בע"כ צ"ל שרמי בר חמא לא ידע את הצריכותא של הגמ', כי אילו שפיר ידע, א"כ בודאי ידע שהכוונה היא שהוא מקנה לו את גוף הבהמה, אשר משום כך אי אפשר לחלק בין הכפל והדרו"ה, וא"כ מכיון שמקנה לו את גוף הבהמה אין זה בגדר דבר שלא בא לעולם, ולכן כתב רש"י ד"אמתניתין קא מתמה" כלומר ולא על הסברא של הקנאה כמו שהיא מוזכרת בתוך הצריכותא.

מיהו מצד שני חזינן שרש"י בד"ה דמקני לי' כפילא אזיל שבהצריכותא קיימינן עוד בההו"א שהוא מקנה לו את הכפל עצמו ולא את כל הבהמה, ופי' כן כי בהצריכותא אמרינן לשון של "מקני לי' כפילא".

מיהו אם רש"י בהצריכותא אזיל שמקנה לו רק את הכפל א"כ למה כתב שעל מנת כן מסרה לו שאם ישלם יקנה לו את הכפל, דלמה הוצרך להקדים את התנאי לשעת המסירה, ולא אמר שבשעת התשלומין הרי הוא מקנה לו את הכפל, ודברי רש"י אלו אתו שפיר רק לפי המסקנא שמקנה לו את הבהמה מעכשיו ע"י משיכת הבהמה.

מיהו י"ל דלעולם כוונת רש"י היא שהוא מקנה לו רק את הכפל, כי ס"ד עכשיו שאפשר להקנות פירות דקל, רק דס"ל לרש"י שהדרך איך לקנות פירות דקל לפי רבי מאיר הוא ע"י חזקה בהדקל, וכן הכא ע"י משיכת הבהמה, ולכן הוצרך

לומר שהוא מקנה לו בשעת המסירה. ועי' להלן מה שנכתוב בזה בדברי הרשב"א בגיטין.

ועוד י"ל שרש"י סובר כתוס' שההו"א היתה שמוכר לו בהמה לכפילא ע"י משיכת הבהמה בתחילה, ולכן הקדים את התנאי לשעת מסירה.

איברא, לפי תוס' שהכוונה היא שהוא מקנה לו את הפרה לכפילא א"כ מבואר מזה ששפיר יש זכות בהבהמה לקבל את הכפל, ודלא כהדרך הנ"ל שכתבנו שאין זכות כזאת ושלכן הדרך היחידי של המפקיד לקבל את הדרו"ה הוא ע"י שבכלל אינו מקנה את הבהמה.

והנה הריטב"א חולק על רש"י וסובר שקושיית רמי בר חמא אינה על המשנה, כי לשון "מתקיף" מצינו רק כהקדמה לקושיא על אמורא. וכתב הריטב"א שרמי בר חמא לא הקשה על המשנה כי אפשר לפרש שהדין של המשנה שהשומר מקבל את הכפל הרי זה משום תקנה דרבנן, אבל הצריכותא הזכיר "מקני לי' כפילא", כלומר שהמפקיד עצמו מקנה ולא דהוי תקנה דרבנן, וא"כ על זה שפיר קשה דהא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

ברם צ"ע דאיך רצה רמי בר חמא ללמוד שהמשנה הוא משום תקנה דרבנן, דהא לפ"ז נשאר קשה למה תנן גם בהמה וגם כלים.

מיהו לק"מ כי אפשר לומר את הצריכותא של הגמ' גם בדעת חז"ל אם לעשות תקנתא או לא.

ועכ"פ יש להעיר על הריטב"א דבמקום להמציא דרך לגמרי חדשה של תקנתא, הי' הריטב"א יכול להשתמש בהירושלמי

כאן שסובר שיש גזירת הכתוב שהשומר מקבל את הכפל, דהיינו שהי' יכול לומר שרמי בר חמא לא הקשה על המשנה כי מצד המשנה יש לפרש כהירושלמי כאן שסובר דהוי גזירת הכתוב, אבל על הצריכותא שפיר קשה, כי הצריכותא בעל כרחך לית ליה כהירושלמי, שהרי קאמר "מקני" ליה כפילא דהיינו שהמפקיד עצמו מקנה את הכפל. ועוד דלפי הירושלמי אי אפשר לומר שיש הו"א לומר שהשומר מקבל את הכפל רק בכלים אבל לא בבהמה, דהא בהפסוק שהביאו בירושלמי כתוב בהמה דהיינו משור עד חמוד עד שה, וא"כ מכיון שהצריכותא סובר שהמפקיד עצמו מקנה את הכפל לכן הקשה רמי בר חמא על הצריכותא דהא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

ב. עוד בענין אם קושיית רמי בר חמא היא על המשנה או על הצריכותא.

והנה עי' בהגהות מהר"ב רנשבורג כאן שציין לספר הליכות עולם ולהפירוש יבין שמועה שנדפס סביבו. ועיי"ש בשער ב' פרק ראשון (עמוד ה' ע"ב - ו' ע"א בדפוס ווארשא) שכתב ההליכות עולם שאתקפתא דרמי בר חמא היא על המשנה וכמו שפירש"י, והוכיח מזה ששייך לשון מתקיף גם כשיודע המקשה שהדין אמת (כיון שהוא כתוב בהמשנה) רק שאינו מבין את הטעם, ולא רק היכא היכא שבא לדחות דברי אמורא שני, וכתב שהדין הוא עם רש"י. אבל בשם ספר הכריתות הביא שקאי על הצריכותא, ושכתב הספר הכריתות (כהריטב"א) שבנוגע להמשנה הי' אפשר

לומר דהוי בגדר תקנתא ולא משום הקנאה. ובפירוש יבין שמועה שם הביא בשם ספר לחם אבירים שהוכחת רש"י לפרש דקאי על המשנה היא כי רמי בר חמא הי' לפני רבינא ורב אשי שסידרו את הש"ס ושהם הסתמא דגמ' שאמר את הצריכותא. ודחה היבין שמועה את דברי הלחם אבירים כי בודאי הצריכותא היתה ידועה ומקובלת גם בהדורות הראשונים. ועוד כתב היבין שמועה שאע"פ שההליכות עולם הביא את פירושו של ספר הכריתות אבל בכל זאת כתב שהדין עם רש"י כי אם רמי בר חמא נתכוין להקשות על הצריכותא, אבל על המשנה ידע שיש לתרץ שהדין הוא משום תקנתא, א"כ הי' צריך לומר לשון "אי הכי" והי' צריך להיות כתוב מתקיף לה רמי בר חמא אי הכי, ולא לשון "מתקיף וכו'" והא וכו'", דמשמע שהוא בא לדחות לגמרי, וא"כ בע"כ צ"ל שנתכוין להקשות על המשנה, ולא ידע איך לפרנס את הדין של המשנה.

יב) אבל בהמה דכי טבח ומכר משלם תשלומי דו"ה אימא לא מקני ליה כפילא צריכא.

הנה יש לפרש שהכוונה היא שס"ד שאינו מקנה לו את הכפל אפילו בציוור שהגנב לא טבח ומכר וליכא דו"ה, כיון שבשעת המסירה הי' שייך לבוא לידי דו"ה.

ואולי זוהי בכלל כוונת רש"י במה שכתב כלים "לא נפיש כפלייהו שאין באין לידי דו"ה", ולא כתב "שאינ בהם תשלומי דו"ה", כי אז היינו ממשיכים בסגנון של

משא"כ בהמה כיון שיש בה תשלומי דו"ה אינו מקנה לו כפילא, ושס"ד רק שכשיש כאן למעשה תשלומי דו"ה אינו מקנה לו כפילא, ולכן כתב רש"י שכלים אין באין לידי דו"ה, כלומר אבל בהמה באה לידי דו"ה, ולכן אינו מקנה אפילו היכא שאין כאן חיוב דו"ה, כיון שבהמה היא בגדר דבר שבאה לידי דו"ה.

יג) אבל בהמה דכי טבח ומכר משלם תשלומי דו"ה אימא לא מקני לי כפילא צריכא.

צ"ע דא"כ בדין הוא דליתני שור ושה או כלים, דהא דו"ה נוהג רק בשור ושה וכמו שהזכיר רש"י כאן ולא בכל הבהמות. וכבר הקשיתי כעין זה על המשנה בריש מרובה דתנן שכפל נוהג בין בדבר שיש בו רוח חיים ובין בדבר שאינו בו רוח חיים אבל תשלומי דו"ה אינו נוהג אלא בשור ושה בלבד, דלמה הזכיר בתחילה דבר שיש בו רוח חיים, דביותר הו"ל למימר שכפל נוהג בין בשור ושה ובין בכל דבר משא"כ דו"ה אינו נוהג אלא בשור ושה בלבד, ועיין במה שתירצתי שם, אבל עכ"פ הכא נשאר קשה. ויש ליישב.

יד) והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם.

הנה מפשטות הגמ', ולשון רש"י, משמע שבההו"א חשבנו שהוא מקנה רק את הכפל, והוי כמו פירות דקל, וצידדו תוס' לומר שהקנין הוא ע"י המעות שהוא משלם. ולפ"ז לכאורה ה"ה דשייך הקנאת כפל לכל אדם שיסכים לשלם עבור

הבהמה, ורק לפי המסקנא שהשומר קונה עם המשיכה שעשה בתחילה רק אז הרי זה שייך רק בשומר.

מיהו באמת גם לפי ההו"א י"ל שהמפקיד מסכים להקנות רק להשומר כיון שעשה לו נייח נפשי' פעמים רבות, משא"כ אדם אחר. ועי' להלן בדף ל"ד ע"ב בהשאלה של שילמו בניס דנבאר שי"א שהצד לומר שהוא מקנה את הכפל גם להבנים הרי זה מחמת הנייח נפשי' שעשה לו האב, ושיש אומרים שהצד ההוא סובר שבאמת אין הדבר תלוי בנייח נפשי'.

גם י"ל שלפי ההו"א, לאדם אחר שמשלם אע"פ שאינו צריך אפילו לישבע, הרי הוא בודאי מקנה את הכפל גם בלי שעשה לו נייח נפשי'.

טו) ואפילו לרבי מאיר וכו' ה"מ כגון פירות דקל דעבידי דאתו.

בענין הציורים של פירות דקל ולאחר שתתגיירי.

הנה מצינו שרבי מאיר קאמר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם גבי הרי את מקודשת לאחר שתתגיירי או תשתחררי בקידושין דף ס"ב. ולכאורה י"ל דגם שם חשיב עבידי דאתו כי מסתמא מדובר שהוא יודע שהיא רוצה להתגייר או שהאדון עומד לשחררה, וכן כתב הריטב"א כאן.

והסברא למה בעינן עבידי דאתו הרי זה כי אז סובר רבי מאיר דחשיב כאילו כבר בא לעולם ומש"ה מהני.

מיהו עי' ברמב"ן בגיטין דף מ"ג ע"ב שכתב וז"ל, דלא אמר רבי מאיר בדבר שלא בא לעולם כלל דקני, אלא בכעין

פלוגתא דרב נחמן ורב הונא דפליגי בפירות דקל (כיון דעבידי דאתו), ולא דמי לאומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שתתגרשי לאחר שתשתחררי (דפליגי אע"ג דלא עבידי דאתו, ודלא כהריטב"א), דהתם הגוף בעולם, ואע"ג דלא עבידי דאתי קנה עכ"ל. ומדבריו יוצא לכאורה שנאמרו בזה שתי הלכות, א', כשהגוף בעולם רק שסוג הקנין שהוא רוצה לקנות אינו עוד בעולם, ב', היכא שהגוף שהוא רוצה לקנות, דהיינו הפירות, אינו בעולם, רק שהוא עבידי דאתו. ומעתה צ"ע איך אפשר למילף את הציור של פירות דקל מהציור של לאחר שתתגיירי וכמש"כ רש"י כאן. ברם אם החסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום שאין בכה"ג סמיכות דעת א"כ י"ל שבנוגע לסמיכות דעת שניהם הם על אותה מדריגה.

וביותר נראה לומר שאפילו אם באחד מהציורים יש יותר סמיכות דעת מהשני אבל מ"מ אפשר ללמוד זה מזה כי אם לא צריכים סמיכות דעת גמורה אלא סגי גם בסמיכות דעת חלקית אין נפ"מ אם יש יותר קצת או פחות קצת.

ולפי הנ"ל לכאורה ה"ה שהגמ' כאן היתה יכולה לומר שאפילו ר"מ לא קאמר אלא בלאחר שתתגיירי כיון שהגוף בעולם משא"כ הכא אין הגוף בעולם (ואע"פ שאם הי' אומר כן הי' עדיין קשה דבכל זאת נדמה לפירות דקל דגם שם אין הגוף בעולם והיינו צריכים לחלק גם את החילוק דהכא לא עבידי דאתו, אבל הרי גם עכשיו עדיין קשה מלאחר שתתגיירי וצריכים לחלק גם את החילוק שהתם הגוף נמצא בעולם).

והנה עוד יש לבאר שגם לפי הרמב"ן נאמרה כאן רק הלכה אחת, והיינו דבעינן שהגוף יהי' בעולם, ופעולת "עבידי דאתו" היא דכיון דעבידי דאתו חשיב כאילו הפירות כבר נמצאים כאן בעולם, אבל בלאחר שתתגיירי, דישנו לגופה בעולם, סגי בכך, ואין צריכים עבידי דאתו.

טז) פירות דקל.

הנה להלן בדף ס"ו ע"ב איתא, איתמר המוכר פירות דקל לחבירו אמר רב הונא עד שלא באו לעולם יכול לחזור בו, משבאו לעולם אין יכול לחזור בו, ורב נחמן אמר אף משבאו לעולם יכול לחזור בו. ורש"י בגיטין בסוף דף מ"ב כתב שרב הונא ורב נחמן פליגי אליבא דרבי מאיר, כלומר אבל לפי רבנן לכו"ע אפילו משבא לעולם יכול לחזור בו. ולפ"ז יוצא שרב נחמן קאמר שפירות דקל לא מהני אפילו לפי רבי מאיר (דמה שאמר שאפילו משבא לעולם הרי הוא יכול לחזור בו אין הכוונה שצריכים באמת שיחזור בו, אלא גם בלא חזרה אין הקנין כלום, רק שנקט כן אגב רב הונא, א"נ משום שאם אינו חוזר בו א"כ הדבר ממשיך להיות מונח אצל הקונה בלי קנין ובלא איסור גזילה וכמו שמבואר בגמ' שם בהציור של שמיט ואכיל עיי"ש).

ולפי מה שהבאנו לעיל מהרמב"ן שבלאחר שתתגיירי יש מעלה מצד זה שהגוף נמצא בעולם א"כ שפיר י"ל כרב נחמן שגם לפי רבי מאיר לא מהני פירות דקל.

והנה רש"י להלן בדף ס"ו פי' אחרת ממה שפי' במס' בגיטין, והיינו שפי' שרב

הונא ורב נחמן פליגי באמת בהמחלוקת שבין ר"מ ורבנן.

ועכ"פ בין לפי רש"י בדף ס"ו, ובין לפי רש"י בגיטין, יוצא שאפילו אם פירות דקל מהני לפי ר"מ, אבל בכל זאת הרי הוא יכול לחזור בו קודם שבאו לעולם. וצ"ע למה, דנהי שהחלות עוד לא חל וכמו שמבואר ברש"י להלן כאן בדף ס"ו אבל המעשה קנין כבר עשה, והרי באומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר ל' יש מחלוקת ר"י ור"ל בקידושין דף נ"ט ע"א אם האשה יכולה לחזור בה לפני ל', דהיינו האם חשיב ציור של "דיבור מבטל דיבור" כיון אישות שהחלות עוד לא חלה, או האם מיקרי ציור של "דיבור מבטל מעשה" כי נתינת מעות ליד אשה כמעשה דמי, וא"כ למה הכא פשיטא שיכול לחזור בו. ויש לחלק דהכא לא חשיב עכשיו אפילו כמעשה קנין, ורק לאחר שיבוא לעולם יחשב למפרע מעשה קנין, ולכן הכא לכו"ע יכול לחזור בו. ועוד דאולי התם כבר עכשיו חלה האישות על הזמן שלאחר ל', ולכן אינה יכולה לחזור בה, די"ל שזהו כוונת ר"ל במה שאמר שנתנת מעות ליד האשה כמעשה דמי, ודוחק.

והנה התוס' ר"ד בדף ס"ו סובר דרך שלישי, והיינו שרב נחמן ורב הונא פליגי לפי רבנן אבל לפי ר"מ לכו"ע אינו יכול לחזור בו אפילו קודם שבא לעולם. ולפי דרכו חזינן איפכא מלפי רש"י, והיינו דחזינן שקל יותר לומר שמהני חזרה בקידושין לאחר ל' מבפירות דקל, דהא יוצא שגם לפי רבי יוחנן שסובר שבקידושין לאחר ל' מהני חזרת האשה תוך ל' אבל בפירות דקל

לא מהני חזרה לפי רבי מאיר, וצ"ע למה. ואם נאמר שבפירות דקל החלות חל כבר עכשיו על הזמן שלאחר שיבוא לעולם משא"כ בקידושין לאחר ל', אתי שפיר, אלא שזה נראה דוחק מאד, ובלתי אפשרי מצד הסברא, כי איך אפשר לומר שחל עכשיו חלות כשהדבר איננו עוד בעולם.

יז) תד"ה כגון.

וז"ל, וא"ת והכא אפילו אי עבידי דאתו היאך יקנה הכפל במעות ששילם והלא מעות אינן קונות אלא מיקם עלי' במי שפרע עכ"ל. באמת אפילו אם כבר "אתו" ממש, דהיינו שכבר נתחייב כפל, ג"כ קשה היאך יקנה השומר.

יח) בא"ד.

כמה פרטי דינים בענין הא דמעות אינן קונות אלא למיקם עלי' במי שפרע.

וז"ל, וא"ת והכא אפילו אי עבידי דאתו היאך יקנה הכפל במעות ששילם והלא מעות אינן קונות אלא למיקם עלי' במי שפרע עכ"ל. והנה יש לעיין איך הבינו תוס', דאם הבינו שהכוונה היא שהוא מקנה לו בשעת תשלומין את החוב של כפל שיהי' לו מהגנב (וחשיב דבר שלא בא לעולם כי מתחייבים בקנס רק בשעת גמר דין), א"כ אפילו אם מעות קונות אבל מלוה נקנה רק ע"י מעמד שלשתן או כתיבה ומסירה. ולכאורה צ"ל שהבינו שהוא מקנה לו את גוף המעות עצמם שהגנב ישלם ולא את החוב.

מיהו גם זה קשה כי מה לי בזה שמעות

אינן קוננות, הלא לפי רבי יוחנן מעות שפיר קוננות מן התורה, ורק מדרבנן אינן קוננות, והיכא שאי אפשר במשיכה, השאירו את הדין שמעות קוננות.

ושתי הקושיות האלו ראיתי שהקשה החי' הרי"ם כאן.

ועוד קשה, דהא הטעם שתיקנו שמעות אינן קוננות הרי זה מפני החשש של שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלי', והיכא דלא שייך החשש ההוא הרי הן שפיר קוננות, וא"כ למה אינן קוננות כאן. וגם קושיא זו הקשה החידושי הרי"ם, וכן הפורת יוסף, וכבר קדם אותם הפ"י.

ועוד הקשה הפ"י דבפרק הזהב אמרינן שבמילתא דלא שכיחא לא גזרו "ואין לך מילתא דלא שכיחא יותר מהכא".

והנה אם תוס' אזלי שהכוונה היא שהוא מקנה לו את מעות הכפל שעתיד לקבל, א"כ יש גם עוד דבר קשה, והיינו שאפילו אם מעות קוננות אבל הרי כסף אינו נקנה בקנין כסף, וכן הקשה רעק"א בד"ה ובזה נלענ"ד וכו'.

והרש"ש הקשה דהא המעות ההן אינן ברשותו עכשיו. ותי' דאיירי שאומר שיקנה בשעת גוביינא, כלומר דאפשר לעשות מעשה קנין עכשיו שיחול לאחר שיבוא לרשותו.

וגם הפ"י הקשה דאינו ברשותו, וכתב די"ל דאזיל כמו המ"ד שאדם יכול להקנות דבר שאינו ברשותו.

ורעק"א שם כדי ליישב את הקושיא שאין מעות נקנין בקנין כסף כתב שתוס' סוברים עכשיו שהוא מקנה לו בשעת התשלומין פרה לכפילא ע"י קנין כסף. וכן נקט הפ"י עיי"ש.

אלא שהקשו דמה שייך לומר שמקנה לו אחרי הגניבה הפרה לכפילא (והפ"י כתב דאי אפשר לעשות כן כי הכפל חל משעת גניבה, ויש להעיר דהא רוב שיטות סוברים שהחיוב של קנס חל בשעת גמ"ד).

ועי' בחידושי הרי"ם שנקט ששפיר שייך פרה לכפילא אחרי הגניבה, וכן נקט התוס' רי"ד כאן, דעי' בדברי התוס' רי"ד שהקשה למה לא תירצה הגמ' באמת דאיירי שהקנה לו ע"י התשלומין את הפרה לכפילא, ותי' דבשעת התשלומין הפרה אינה ברשותו, הרי דשפיר מהני פרה לכפילא אע"פ שכבר נגנבה (אלמלא החסרון של אינו ברשותו). וכעין דברי התוס' רי"ד כתב גם הריטב"א במסקנת הגמ', וכן נקט התוס' רי"ד גם בב"ק דף ק"ה ע"א, שאם קנה את החפץ אחרי הגניבה הרי זה מזכהו בכפל עיי"ש. ועי' בקהלות יעקב על כתובות בסי' מ' שדן אם הקנס הולך למי שהי' בעלים בשעת הגניבה או למי שהוא הבעלים בשעת גמר דין. וי"ל שבזה פליגי הפ"י והחי' הרי"ם.

והסיק רעק"א שכוונת תוס' היא שמקנה לו מעות הכפל, ואע"פ שכסף אינו נקנה בקנין כסף אבל הביא שהיכא שמוכר לו מטלטלין ומעות, הרי המעות ניקנין בחליפין כמו המטלטלין אע"פ שמעות לתודייהו אינן ניקנין בחליפין, וא"כ גם כאן, אם הי' מהני קנין כסף על מטלטלין, הי' אפשר לומר שכמו שמהני על הפרה הה"נ שמהני על המעות (רק דמקשה דהוי דבר שלא בא לעולם) רק שמקשים תוס' שבאמת גם הפרה אינה ניקנית בקנין כסף. ועי' ברמ"א בסי' קצ"ח סעיף ה' שהביא את דברי הב"י שם שהיכא שאמרו בפירוש

שרוצים קנין כסף הרי זה שפיר קונה אפילו אחרי הגזרה של נשרפו חטיף בעלי. ועיי"ש בש"ך שחולק עליהם. ולעיל באות י"א ביארנו שרש"י סובר שקונה את הכפל ע"י משיכת הפרה עיי"ש.

יט) בא"ד.

וז"ל, וא"ת והכא אפילו אי עבידי דאתו היאך יקנה וכו' עכ"ל. עי' בשט"מ בשם התוס' שנין, וכן בחי' הריטב"א, שתירצו שבהיא הנאה דמשלם לו מקנה לו כאילו נותן לו סודר. ונראה שכוונתם היא כמו שכתבו תוס' בכתובות דף ק"ב ע"א ובכורות דף י"ח ע"ב שהיכא שיש גמירת דעת גמורה אין צריכים מעשה קנין. אלא שכתב התוס' שנין שחזינן שבהמסקנא לא אזל הגמ' עם סברא זו, דהא אמרינן שסמוך לגניבתה לא מהני אם קיימא באגם, והלא גם שם י"ל שאין צריכים מעשה קנין.

כ) בא"ד.

וז"ל, הלא מעות אינן קונות אלא מיקם עלי' במי שפרע עכ"ל. צ"ע דגם בלא הטעם שכתבו תוס' אין המעות קונות כאן, כי הרי הוא חייב לשלם מעות אם אינו נשבע, וא"כ המעות הן תשלומי שומר ולא מעות קנין.

מיהו הכא לבסוף נתברר שנגנבה, וא"כ יוצא ששילם בחנם, וא"כ עכשיו מתברר שהמעות היו יכולים באמת לשמש כמעות קנין.

מיהו זה אמת רק אם החיוב שבועה הוא חיוב כלפי ב"ד לברר שהוא פטור, וכל זמן שאין הדבר מבורר הרי הוא חייב

לשלם, דלפ"ז יוצא שכיון שלבסוף איגלאי שהי' פטור, שפיר יכולים המעות לשמש כמעות קנין, אבל לפי מה שהוכיח הגרש"ש בב"ב סי' י"ט סק"ב ששבועה היא גם חיוב להתובע, דהיינו שחייב לשלם להתובע או מעות או שבועה, א"כ גם עכשיו נשאר שבועה ששילם הי' באמת חייב לשלם כיון שלא נשבע, ומה לי בזה שאח"כ בא בירור יותר גדול משבועה, הלא בכל זאת בשעה ששילם לא הי' הבירור ההוא ידוע וכדין שילם.

ועי' בקה"י סי' כ"ט שתולה את הנידון הנ"ל מה הוא יסוד הדין של שבועה בהצדדים המוזכרים בדף ל"ה ע"ב אם משעת מיתה קני או משעת שבועה.

וע"ע בנוגע להקושיא הנ"ל שהקשינו בחי' הרא"י מטלז, ובחי' רבינו דוד דוב, שהזכירו את הסברות הנ"ל שכתבתי.

כא) בא"ד.

וז"ל, ועוד מאי קפריך בסמוך מי יימר דמיגנבא והלא כששילם כבר נגנבה והל"ל מי יימר דנגנבה שמא נאבדה עכ"ל. צ"ע דדבר זה לא קשה מידי, כי מה לי בזה דשמא נאבדה הלא יכול לעשות עמו קנין על תנאי דאם נגנבה יהי' הכפל שלו.

כב) בא"ד.

בענין מה שצריכים עבידי דאתו גם בדקל לפירותיו.

וז"ל, ואע"ג דבפרק מי שמת אמרינן בדקל לפירות אפילו רבנן מודו דקני, היינו משום דעבידי דאתו, אבל הכא דלא עבידי דאתא אפילו לרבי מאיר לא קני

עכ"ל. צ"ע למה צריכים בדקל לפירותיו שיהיו בגדר עבידי דאתו, דהנה הא דסובר רבי מאיר שאדם מקנה פירות דקל רק כשעבידי דאתו י"ל דהיינו משום דס"ל דכיון דעבידי דאתו א"כ מיקרי כאילו בא לעולם, א"נ דבכה"ג סובר ר"מ ששפיר יש סמיכות דעת (לפי הדרך שהחסרון בדבר שלא בא לעולם הוא משום שאין סמיכות דעת), אבל הא דאפילו רבנן מודים בדקל לפירותיו הרי זה כי התם הרי מקנה לו זכות בהאילן שקיימת גם עכשיו, דהיינו הזכות של פירות, וא"כ צ"ע מה הוא הטעם להצריך בזה שיהי' בגדר עבידי דאתו.

מיהו י"ל שאם אינו עבידי דאתו לא מיקרי שיש בהאילן זכות כזאת. וע"ע להלן באות ל' שנביא את דברי הגר"ח שנתקשה באמת בדבר זה, דהיינו שבדקל לפירותיו לכאורה לא שייך להקפיד על עבידי דאתו, ועיי"ש שהבאנו את דרכו בזה.

כג) בא"ד.

בענין הנ"ל, ובענין דקל לפירותיו דאתו מעלמא כמו כפל.

וז"ל, והכא פשיטא לי' דלא מהני פרה לכפילא ואפילו לרבי מאיר עכ"ל.

הנה יש כמה דרכים איך להבין את השאלה של הגמ' בגיטין. דמצד אחד יש לפרש כך, דמיבעיא לן האם מהני דקל לפירותיו, והאם זה שונה מפירות דקל, והאיבעיא של הגמ' היא האם אין דין מיוחד של דקל לפירותיו ומש"ה אפילו לפי רבי מאיר לא יועיל עבד לקנס, כי פירות דקל מהני לדידי' רק כשעבידי דאתו,

או האם שפיר נאמר דין מיוחד של דקל לפירותיו דמהני אפילו לפי רבנן, ומש"ה שפיר מהני עבד לקנס, ומקשים תוס' דמבואר בהצד השני של האיבעיא שדקל לפירות מהני אפילו בלא עבידי דאתו, ואילו הכא אמרינן שלא מהני, והיינו או משום שבכלל לא מהני דקל לפירותיו, ואינו שונה מפירות דקל לפי רבנן, או כמו שכתבו תוס' לעיל בסמוך שאפילו לפי רבי מאיר לא מהני משום שאינם עבידי דאתו.

מיהו צ"ע דא"כ למה לא הקשו תוס' מההיא דגיטין גם על ההיא דמס' ב"ב דמבואר שדקל לפירותיו מהני לפי רבנן. ובע"כ צריכים לפרש בדרך אחרת, והיינו ששאלת הגמ' בגיטין שם אינה אם בכלל מהני דקל לפירותיו, אלא הכוונה היא לחקור האם גם בדקל לפירותיו בעינן עבידי דאתו כמו שצריכים בפירות דקל, או האם אין צריכים עבידי דאתו, ולכן הקשו תוס' רק על סוגיא דידן דהכא מבואר ששפיר צריכים עבידי דאתו.

עוד יש לפרש ששאלת הגמ' שם היא האם מהני דקל לפירותיו רק בכגון פירות כיון שהם באים מגוף הדקל, אבל שלשים של עבד שאתו מעלמא הרי הם כמו פירות דקל שאינו מועיל לפי רבנן, וגם לא לפי רבי מאיר כי אינם עבידי דאתו, או האם שלשים של עבד הם שפיר כמו דקל לפירותיו דמהני גם לפי רבנן וכן הוא בכפל. ולפי הצד שם שמהני סברו תוס' דמבואר שמהני אפילו אם אינם עבידי דאתו, ועל זה מקשים תוס' דהכא מבואר דלא מהני והיינו או משום דלא מהני כלל היכא דמעלמא אתו או משום שאינם בגדר עבידי דאתו.

(ד) בא"ד.**בענין הנ"ל.**

וז"ל, והכא פשיטא לי' דלא מהני פרה לכפילא ואפילו לר"מ עכ"ל. פי' דס"ל לתוס' שהי' שייך לומר שאפילו אם לפי רבנן לא מהני דקל לפירותיו כשאתו מעלמא או כשלא עבידי דאתו, אבל אכתי י"ל שרבי מאיר חולק עליהם גם בזה וסובר דשפיר מהני, וזהו שכתבו תוס' דהכא חזינן שאפילו לפי רבי מאיר לא מהני דקל לפירותיו אם אינם עבידי דאתו. וכעין זה כתבו להלן בהתירוץ מפורש יותר. מיהו צ"ע למה ס"ד שפליג רבי מאיר גם בדבר זה ושאינו מצריך עבידי דאתו בדקל לפירותיו, ואיך יוצא כן ממה שהוא סובר שבעבידי דאתו מהני אפילו פירות דקל.

גם צ"ע איך מקשינן והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, הלא החסרון בפרה לכפילא אינו משום דבר שלא בא לעולם אלא משום שבכלל לא קיימת זכות כזאת כיון שלא עבידי דאתו.

(ה) בא"ד.

עוד דרכים בכיבור שאלת הגמ' בגיטין במוכר עבד לקנס, ועוד בענין דקל לפירותיו דאתו מעלמא.

וז"ל, וי"ל דשמא התם שכיח טפי מהכא עכ"ל. הרי שתוס' תירצו שי"ל שהתם הוי יותר עבידי דאתו מהכא. ולפ"ז יש לבאר שהשאלה שם היא האם מהני דקל לפירות כשיש רק קצת עבידי דאתו.

עוד י"ל שזה ידענו שמהני דקל לפירותיו היכא דהוי בגדר עבידי דאתו קצת, רק שמסתפקים מהו השיעור, והאם

מספיק בהמדה של עבידי דאתו שיש בעבד לקנס.

ועוד י"ל דזה ידענו שמהני דקל לפירותיו היכא דהוי בגדר עבידי דאתו קצת, וכן ידענו מה הוא השיעור של עבידי דאתו קצת, רק שכוונת הגמ' היא להסתפק אם בעבד לקנס יש אותה מדה של עבידי דאתו.

(ו) בא"ד.

וז"ל, ומשני נעשה כאומר לו לכשתגב ותשלמני וכו' שגוף הפרה מכר לו דהשתא הכפל שלו ממילא עכ"ל. כוונתם היא לאפוקי מהדרך שנביא להלן שהתירוץ של רבא הוא שמהני באמת מדין דקל לפירותיו.

(ז) עוד בענין עבד לקנס ופרה לכפל ודברי תוס' כאן.

והנה מעתה יש לעיין טובא במהלכם של תוס' כאן, דהנה תוס' כתבו שהס"ד בסוגיין הוא שיועיל בדרך פרה לכפילא ע"י קנין משיכה ואילו דבריהם נראים תמוהים מאד דהא הגמ' כאן הזכירה רק פירות דקל.

ובאמת כעין זה יש להקשות גם על ההיא דגיטין, דשם מבעיא לן במוכר עבדו לקנס ולא במוכר קנס עבדו, ואמרינן תיבעי לרבי מאיר, עד כאן לא קאמר רבי מאיר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אלא כגון פירות דקל דעבידי דאתו אבל הכא מי יימר דמינגח וכו', דגם שם קשה דהא כיון שמכר עבדו לקנס, ולא קנס עבדו, הרי זה יכול להועיל רק מדין דקל לפירותיו, וא"כ

למה מזכירין שבשביל פירות דקל צריכים עבידי דאתו.

ויש כמה דרכים איך להבין אבל כולם קשים:

א', דכוונת הגמ' היא לדון גם שיועיל מדין פירות דקל לרבי מאיר, ועל זה קאמרה שאינו יכול להועיל משום שלא עבידי דאתו. מיהו לפ"ז עדיין לא תירצו תוס' את קושייתם בתחילה דאיך רצינו שיועיל כאן מדין פירות דקל, הלא ליכא קנין דהא מעות אינן קונות, ונהי שתירצו שס"ד שמועיל מדין דקל לפירותיו ע"י המשכה, אבל אם ס"ד שמועיל גם מדין פירות דקל, הרי על זה עדיין קשה קושייתם שאין כאן קנין.

ועי' ברעק"א בדבריו על מה שכתבו תוס' כאן "אבל הכא לא עבידא דאתי" שרצה לפרש כהנ"ל את כוונת הגמ' לפי תוס', ודחה כהנ"ל, אלא שהסביר שבגיטין שפיר שייך לפרש כן עיי"ש.

ב', שאין כוונת הגמ' לומר שיועיל בדרך פירות דקל, אלא כוונת הגמ' היא לומר שכמו שלפירות דקל בעינן עבידי דאתו הה"נ לדקל לפירותיו. מיהו גם זה קשה כי איך לומדים דקל לפירותיו מפירות דקל, הלא בשני המיקרים העבידי דאתו הוא משום שני טעמים נפרדים כמו שביארנו באות כ"ב, וא"כ מי יימר שבכלל צריכים בדקל לפירותיו עבידי דאתו.

ג', עי' בהמשך דברי רעק"א שם שכתב לבאר בעוד דרך, דהנה תוס' בגיטין כתבו שהצד לומר דלא מהני עבד לקנס הוא משום שהקנס אינו דבר שיוצא מגופו וגם אינו עבידי דאתו, וביאר רעק"א כוונתם

דאם הי' בגדר עבידי דאתו אז הי' נחשב כמו יוצא מגופו. וביאר שלכן נחית הגמ' לומר שכפל ול' של עבד לא עבידי דאתו, וביאר עוד שלפ"ז העובדא שאינו עבידי דאתו צריכים גם לפי רבנן כי אילו הי' בגדר עבידי דאתו הי' מועיל בדרך דקל לפירותיו אע"פ שהפירות באים מעלמא.

ושוב דחה רעק"א דרך זה מדברי הרשב"א בגיטין שהקשה שא"כ גם חורבה לאוירא לא יועיל כיון שאינן האויר יוצא מגופו של החורבה, והרי התם עבידי דאתו, וא"כ חזינן שהרשב"א סובר שדבר זה אינו עוזר להשוותו שבה דאתי מגופו.

ושוב כתב לבאר את דברי תוס' הנ"ל בדרך אחרת, ודבריו מיישבים את הקושיא שהקשינו בתחילת האות, דייסד רעק"א שם דמה שאי אפשר להקנות את החפץ לשבחא היכא שאין השבח יוצא מגוף החפץ אלא אתי מעלמא הרי זה רק כשאין דרך איך להקנות את השבח עצמו, אבל היכא שיש דרך איך לקנות את השבח עצמו ה"ה שמהני להקנות את החפץ לשבח, ולפי רבנן היכא שהשבח אתו מעלמא הרי אין דרך איך להקנותו כי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולכן אינו יכול להקנות את החפץ לשבח, וגם לפי רבי מאיר אי אפשר להקנות עבד לקנס ופרה לכפילא כי השבח אתי מעלמא ואין דרך איך להקנות את השבח עצמו, כי אע"פ שרבי מאיר סובר שאדם מקנה דבר שלא בא לעולם, אבל היינו רק כגון פירות דקל דעבידי דאתו, אבל הכא כיון דלא עבידי דאתו אינו יכול למכור את הקנס והכפל עצמם, ומעתה כיון שאי אפשר להקנות את הכפל והקנס עצמם ה"ה שאינו

יכול למכור פרה לכפילא ועבד לקנסא כיון שאתו מעלמא ולא עבידי דאתו.

ולפ"ז רק לפי רבי מאיר צריכים לומר שלא עבידי דאתו, אבל לפי רבנן אפילו אם היו עבידי דאתו לא הי' אפשר להקנות את הפרה לכפילא והעבד לקנסא כי הם שבח דאתי מעלמא ואין דרך איך להקנות את הכפל והשבח עצמם לפי רבנן.

כח) דברי תוס' בגיטין.

והנה עיין בתוס' בגיטין שכתבו וז"ל, עבד שמכרו רבו לקנס, מכר קנס של עבד לא מיבעיא לי' דאפילו לרבי מאיר לא קני, דהא לא עבידי דאתו כדקאמרינן, וכ"ש לרבנן, אלא במכרו רבו לקנס מיבעיא לי', דדילמא אפילו לרבנן קני להו כמו דקל לפירותיו כדאמרינן הא קאי שור והא קאי עבד, או דילמא אפילו לרבי מאיר לא קני, דלא דמי לדקל לפירותיו דהפירות יוצאים מגוף הדקל ועבידי דאתו, אבל קנסא מעלמא אתי ולא עבידי דאתו עכ"ל. כן היא הגירסא הישנה, וכן גורס המהרש"א. וצ"ע על גירסא זו למה כתבו שאפילו לפי רבי מאיר לא מהני דקל לפירותיו בלא עבידי דאתו, דלמה הו"א דמהני לפי רבי מאיר יותר מלפי רבנן.

ונראה שבגלל קושיא זו שינה המהרש"ל את הגירסא וגריס דלא דמי לפירות דקל במקום דלא דמי לדקל לפירותיו.

והמהרש"א מיאן בגירסא זו וכתב שאינו יודע כוונת המהרש"ל. והבין המהר"ם שכוונת המהרש"א היא להקשות למה הזכירו תוס' פירות דקל, הלא איירינן במוכר עבדו לקנס שהוא כמו דקל

לפירותיו. ותי' המהר"ם שהכוונה היא שלפי רבי מאיר אפילו אם לא הי' בגדר דקל לפירותיו אלא בגדר פירות דקל הי' שייך לומר שמועיל אלא שרבי מאיר מצריך עבידי דאתו.

והנה יש נפ"מ בין גירסת המהרש"ל בתוס' לבין גירסת המהרש"א בתוס'. דהנה הגמ' בגיטין הזכירה בתחילה את הצד שאינו מועיל, דהיינו די"ל שאינו מועיל כי אפילו לפי מאיר פירות דקל מהני רק בעבידי דאתו, ושוב קאמרה הצד ששפיר מועיל, דהיינו שאולי אפילו לפי רבנן הרי זה מועיל כי הכא איירי בכגון דקל לפירותיו. ולפ"ז יוצא שלא מוזכר בהגמ' אפשרות שיועיל לפי רבי מאיר מדין פירות דקל. אבל גירסת המהרש"ל בתוס' שפיר משאירה מקום לומר כן, דהנה תוס' הזכירו בתחילה את הצד דשפיר מהני, דהיינו שאולי אפילו לפי רבנן הרי זה מועיל מדין דקל לפירותיו, ושוב אמרו שאולי אפילו לפי רבי מאיר אינו יכול להועיל מדין פירות דקל כי אינו עבידי דאתו, ומשמע שהצד הראשון רצה שיועיל לפי רבי מאיר מדין פירות דקל, אבל לפי גירסת המהרש"א אמרינן בהצד השני שאולי אפילו לפי רבי מאיר דקל לפירותיו מהני רק בעבידי דאתו, וא"כ משמע שכוונת הצד הראשון היתה שיועיל גם לפי רבי מאיר רק משום דקל לפירותיו.

כט) בא"ד (דברי הרמב"ן והרשב"א בגיטין).

הנה מדברי תוס' כאן יוצא שבדקל לפירותיו בעינן עבידי דאתו.

מיהו עיין ברשב"א בגיטין דף מ"ב ע"ב

שהקשה מהו הצד לומר שעבד לקנס לא מהני, הלא הוי בגדר דקל לפירותיו, ובדקל לפירותיו לא בעינן עבידי דאתו.

ותי' בשם הרמב"ן וז"ל, דהכי מיבעיא לי', אי אמרינן כמוכר דמים בלבד הוא ולא קני אפילו לר"מ, דלא אמר רבי מאיר בדבר שלא בא לעולם כלל דקני, אלא כעין פלוגתא דר"נ ורב הונא דפליגי בפירות דקל (דעבידי דאתו), דלא דמי (קנס) לאומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שתתגרשי לאחר שתשתחררי, דהתם הגוף בעולם, ואע"ג דלא עביד דאתי קנה, אלא (דמי) לדבר שאינו בעולם כלל, דלאו פירות דגופי' קא מזבין דליקני במשיכה דגופי', או דלמא הרי הוא כמוכר גוף לפירות דכשבאו לעולם קנה ואפילו לרבנן וכו', דהרי הוא כמוכר שפחה לעוברי' שקנה עכשיו, ולא דמי לא למוכר פירות דקל ולא לאומר לאשה הרי את מקודשת לאחר שתתגרשי דלא קנה לרבנן אע"ג דקאי איש וקאי אשה, אלא למוכר שדהו לפירות דמי או למוכר שפחה לעוברי' דמי ע"כ עכ"ל. והנה לכאורה כוונת הרמב"ן היא דמספקא לן האם כוונתו היא למכור את הקנס עצמו, או האם כוונתו היא למכור את העבד לקנס, וביאר שאם כוונתו היא להקנס עצמו לא מהני כי אפילו רבי מאיר קאמר רק בפירות דקל דעבידי דאתו כדאמרינן בגמ' כי הן גדלים מגוף העץ, וכיון שכן שייך לומר שקנין על העץ מועיל להפירות, אבל קנס של עבד אתי מעלמא וגרע מפירות דקל, וזהו שכתב על קנס, דלאו פירות דגופי' קא מזבין לי' דליקני במשיכה דגופי', פי' דהרמב"ן מפרש שהכוונה ב"עבידי דאתו" היא לומר

שהפירות אתו מגופי', וביאר שהטעם למה צריכים אתו מגופי' הוא משום דכיון דאתי מגופי' מהני משיכת הגוף לענין הדבר היוצא ממנו, ולכן מהני חזקה בהאילן בשביל הפירות, אבל כיון שהקנס אינו מגופי' א"כ אין דרך לקנות את הקנס. והטעם למה צריכים עבידי דאתו אינו משום שע"י שעבידי דאתו חשיב כאילו הדבר כבר בא לעולם, א"נ שכיון דעבידי דאתו יש כאן סמיכות דעת, דאילו כן העובדא שהציורים של לאחר שתתגרש ולאחר שתשתחררי אינם עבידי דאתו הי' צריך להפריע, אלא הכוונה היא דכיון דהוי בגדר עבידי דאתו הרי זה מראה שהדבר יוצא מגופו, דלכן הוי עבידי דאתו, כי כל היכא שתלוי בגורם חיצוני אינו בגדר עבידי דאתו כי י"ל "מי יימר" שיבוא אותו גורם, והא דלא איכפת לן בזה שגירושין ושחרור אינם עבידי דאתי הרי זה כי התם אותו הגוף עצמו שהוא רוצה לקדש כבר נמצא בעולם וכמו שביאר, וכל זה הוא לפי הצד שהוא מתכוין להקנות רק את הקנס לבד אבל לפי הצד שהוא מתכוין למכור את העבד לקנסא לא איכפת לן בהעובדא שאינו עבידי דאתו.

מיהו קשה על הדרך הנ"ל, דמהיכא תיתי לצדד שאינו מתכוין לעבד לקנס אלא להקנס עצמו, דהא אמר עבד לקנס.

ויש לפרש כוונת הרמב"ן בדרך אחרת, והיינו שלעולם המוכר מתכוין למכור את העבד לקנסא ולא למכור את הקנס גרידא, וכוונת הגמ' היא להסתפק אם מהני עבד לקנס משום דהוי כמו דקל לפירותיו, או האם אינו מועיל משום שהקנס אתי מעלמא ולא מגופי', ומש"ה הרי זה דומה

כאילו מוכר לו את הקנס בלבד, כי לא שייך "דקל לפירותיו" בדבר שאינו בא מגופו כי אין זה נחשב שקיימת זכות כזאת בתוך החפץ והיינו זכות לקבל דבר שלא אתי מגופי. ולפ"ז מה שהמשיך לומר "דלאו פירות דגופי" קא מזבין דליקני במשיכה דגופי" לא קאי על פירות דקל וכביאורינו לעיל, אלא כוונתו היא לדקל לפירותיו, והיינו שעבד לקנס לא דמי לדקל לפירותיו כיון שהקנס אתי מעלמא ולא מגופי.

ולפ"ז נראה שאכתי יתכן שפרה לכפילא שפיר מהני, והיינו על פי החילוק שכתב הגר"ח בתוך דבריו בפכ"ג מהל' מכירה שתשלומי כפל הם קנס עבור שפגע והזיק את בעלותו של הנגנב, אבל שלשים של עבד הם משום עון הרציחה, דלפ"ז י"ל שרק זכות לקבל קנס אינה קיימת בתוך העבד, כי הקנס אינו מסיבת בעלותו בהעבד, אבל זכות לקבל כפל שפיר קיימת בתוך הבהמה, כי כיון שהתשלום הוא עבור הפגיעה בבעלותו, משה"ה שפיר קיימת זכות לקבל תשלום זה עבור ההזיק לבעלותו ושפיר קיימת עכשיו זכות כזאת בתוך הבהמה אע"פ שאין הכפל בא מגופה.

שוב כתב הרשב"א וז"ל, ולכאורה משמע דכי מיהדרין אטעמא דמתניתין דקתני למי הוא משלם למי שהפקדון אצלו ופרישנא טעמא משום דבעל הבית מקנה לי' כפילא ואתקיף עלי' רמי בר חמא והא אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם

(* כן צ"ל, "ולא מוקי לי", במקום "ומוקי לי", וכן איתא במקצת דפוסים, וכן ראיתי שנוקט רעק"א

ואפילו לר"מ דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכו', ודחיק רבי זירא, ולא מוקי לי'*) דנעשה כאומר לו לכשתגנב פרתי ותרצה ותשלמני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו לכפילא, ותו ליכא לאקשווי "אי הכי אפילו גיזותי וולדותי" דהא לא אקני לי' ניהלי' אלא לכפילא לבד, נראה דמהאי טעמא הוא, משום דא"א לו להקנות כפילא משום דלאו פירות דגופי' נינהו, ומשום משיכה של פרה לא קנה לי' כפילא, דלא דמי לפירות דקל דמגופי' נינהו, ובחזקת הדקל קני להו לפירי דעבידי דאתו מיני' וכו' עכ"ל.

וכוונתו היא להקשות למה לא מוקי לה רבי זירא בפרה לכפילא אשר אז לא היינו צריכים לדחוק חוץ מגיזותי' וולדותי' כי פשיטא שאם אינו מקנה כל הפרה הרי הוא מקנה רק לכפילא ולא ליותר מזה, ועל זה מתרץ הרשב"א כמו שמפרשינן בגיטין שלא מהני גוף לפירות היכא דאתי מעלמא. מיהו אכתי צ"ע למה בהמפקיד פשיטא לן דלא מהני ואילו בגיטין מיבעיא לן (ולעיל בסמוך כתבנו אפשרות הפכית ממש, והיינו שעבד לקנס דומה פחות לדקל לפירותיו ואילו פרה לכפילא דומה יותר).

ברם י"ל בפשיטות שאה"נ גם בכפילא מיבעיא לן, רק שרבי זירא קאמר נעשה כאומר לו וכו' כדי להמציא דרך שאמת לפי שני הצדדים בהאיבעיא של מוכר עבד לקנס, ועוד דיכול להיות שרבי זירא עצמו סובר שמוכר עבד לקנס לא מהני, ועוד י"ל כסברא אחרת שכתב שם הגר"ח, והיינו

בד"ה בא"ד וי"ל דהמקשה וכו' (דכתוב "ולא מוקי לי") עיי"ש.

ששלשים של עבד מיקרי בגדר תשלום עבור העבד משא"כ כפל, וא"כ י"ל שמש"ה יש יותר סברא לומר שעבד לקנס יכול להועיל מדין דקל לפירותיו מלומר כן בפרה לכפילא.

ובדבריו להלן בסמוך שם כתב הרשב"א וז"ל, עוד קשיא לי אשמעתין, דכל שמכר העבד לקנסו אמאי לא אמרינן דאפילו לרבנן קנה, וטעמא דגוף העבד מכר לו לכשיגחנו השור, ועשאו שותף עמו, כעבד שיהי' שלו ממש לענין קנסו, ולשאר דברים כגון למלאכתו לעמוד לפניו יהי' של חברו, דאטו שותפין שקנו עבד והתנו ביניהן כך מי לא הוה קנסו לשותף זה, ומאי שנא הא, והכי נמי קשה לי בהיא דהמפקיד אמאי לא העמידה בכך, והו"ל כמקנה לו הפרה לענין כפילא וצ"ע עכ"ל. ונראה שכוונתו היא להצד הראשון שהזכיר הגר"ח בתחילת דבריו בפכ"ג מהל' מכירה, אלא דהגר"ח הבין שיתכן שזהו באמת כוונת רבי זירא ואילו הרשב"א הבין שאין זה כוונתו והקשה למה לא קאמר כן, וז"ל הגר"ח, דהנה בעיקר הך דינא דעבד שמכרו רבו לקנס או בהמה לכפילה, אם נימא דמכירתו קיימת צ"ע, אם הדין הוא דהלוקח הוא נעשה בעלים ממש, ועיקר חיובא של שלשים שקלים וכפל הוא להלוקח בעצמו, ומשום דלגבי קנס זה הרי העבד והבהמה קנויים לו, ואיהו גופי' הוי הבעלים של זה הקנס (פי' שאם תיגנב אחר כך הרי זה מיקרי שהגנב גנב מהשומר, וכן לענין ל' של עבד הרי זה נקרא שנהרג עבדו של הלוקח), או דנימא דאף אם מכירתו קיימת מ"מ עיקר חיובא של שלשים שקלים של עבד וכפל של גניבה

הוא להבעלים המוכרים, כיון דהם הבעלים של העבד והבהמה לכל מילי, ורק דזכות זה שיש להבעלים בהעבד והבהמה לשלשים שקלים וכפל הוא דקנה הלוקח, ונמצא דחלות החיוב של המתחייב הוא להבעלים המוכרים ואך שזה קנוי' ללוקח, וצ"ע בזה עכ"ל.

(ל) דברי הגר"ח בפרק כ"ג מהל' מכירה.

ע"י בחידושי הגר"ח על פכ"ג מהל' מכירה ה"ג שהקשה למה לענין הספק של מוכר עבד לקנס פסק הרמב"ם דמשלם להמוכר אבל אם תפס הקונה לא מפקינן מיני', ואילו לענין הספקות בהקנאת כפל להלן בדף ל"ד ע"ב פסק שיחלוק. והנה ממה שהרמב"ם פוסק שהפרה עצמה חוזרת להבעלים חזינן בפשטות שהוא מפרש שהמסקנא של רבי זירא היא שמקנה לו פרה לכפילא, וכמו שביאר הגר"ח עצמו להלן שם. ובתחילת דבריו חקר הגר"ח שם בנוגע לעבד לקנס וכן לענין פרה לכפילא, האם הכוונה היא שהשומר והלוקח נעשים בעלים ממש לענין גניבה, דהיינו שאם תיגנב אחר כך הרי זה מיקרי שהגנב גנב מהשומר, וכן לענין ל' של עבד הרי זה נקרא שנהרג עבדו של הלוקח (וכבר כתבנו בסוף האות הקודמת שהרשב"א הקשה בתורת קושיא למה הגמ' לא אמרה שיכול להועיל על דרך זה, והיינו משום שהוא נוקט בפשיטות שאין זה הכוונה בעבד לקנס, וכן כוונת רבי זירא), או האם לעולם הפרה והעבד נשארים של הבעלים לענין גניבה וקנס, רק שהוא מקנה להשומר ולהלוקח את הזכות

לקבל את הכפל והשלשים שקלים, כי הזכות לקבל את הכפל והקנס בגלל הגניבה והריגה הרי היא זכות נפרדת, ואת הזכות הזאת מכר להשני, אבל לעולם הרי זה נקרא שנגנב מהמפקיד, וכן שנהרג עבדו של המוכר, אבל החיוב לשלם שהגנב ובעל השור חייבים הרי הם חייבים להשומר והלוקח (אבל לא נראה שכוונתו לומר שחייבים את הכסף להמפקיד והמוכר ושוב עובר החיוב להשומר והלוקח).

ואביא את לשון הגר"ח שם וכן את לשונו של החידושי רבי ראובן בסי' י"ט שביאר את הצד השני של הגר"ח.

וז"ל הגר"ח, דהנה בעיקר הך דינא דעבד שמכרו הרב לקנס או בהמה לכפילא, אם נימא דמכירתו קיימת, צ"ע, אם הדין הוא דהלוקח הוא נעשה בעלים ממש, ועיקר חיובא של שלשים שקלים וכפל הוא להלוקח בעצמו, ומשום דלגבי קנס זה הרי העבד והבהמה קנויים לו, ואיהו גופי' הוי הבעלים של זה הקנס, או דנימא דאף אם מכירתו קיימת, מ"מ עיקר חיובא של שלשים שקלים של עבד וכפל של גניבה הוא להבעלים המוכרים, כיון דהם הבעלים של העבד והבהמה לכל מילי, ורק דזכות זה שיש להבעלים בהעבד והבהמה לשלשים שקלים וכפל הוא דקונה הלוקח, ונמצא דחלות החיוב של המתחייב הוא להבעלים המוכרים ואך שזה קנוי ללוקח, וצ"ע בזה עכ"ל.

וז"ל החידושי רבי ראובן בד"ה ויש לחקור וכו', וכהצד השני שחקרתי ושחקר בחי' ר"ח הלוי ובברכ"ש, אבל ביאור הדבר של קנין דקל לפירותיו הוא דגם זה שהבעלים זוכים בהשבח ששבחו נכסיו

ובהפירות שגדלו מקרקעו משום טענת ארעאי אשבח, גם זה זכות הוא בהקרקע ובהדקל, והוא מוכר להקונה הדקל את זה הזכות שיש לו בהדקל שע"י הדין דארעאי אשבח יזכה בהפירות והשבח וכן בפרה לכפילא עכ"ל.

וכתב הגר"ח שיש לחלק לענין זה בין שלשים של עבד לכפל, דחיוב כפל הוא עבור הפגיעה בבעלותו של הנגנב, וממילא כשמכר את הפרה לכפילא מכר לו את עיקר הבעלות לענין גניבה, ונעשה הקונה עיקר סיבת החיוב של הכפל, אבל החיוב של שלשים של עבד הוא משום כפרה על עון הרציחה ואינו משום פגיעה בבעלותו של בעל העבד, והתורה חייבה את השלשים של עבד למי שהוא הבעלים לענין שאר דברים, וכיון שאין החיוב משום פגיעה בבעלותו, ליכא באמת בעלות לענין זה, ולכן התם זכות הלוקח הוא רק מכח הבעלים. וכתב שלכן בשלשים של עבד מיקרי המוכר המוחזק, כי אפילו אם מהני עבד לקנס אבל הרי עיקר החיוב נשאר של המוכר, והלוקח מכחו קא זכי.

ושוב הקשה על זה, דלפי הצד שאינו נעשה שלו לענין גניבה או קנס א"כ למה מהני באמת מכירתו מדין דקל לפירותיו, הלא ציור זה דומה לדקל לפירותיו שבאים ממקום אחר, דפשיטא שאין זה נקרא דקל לפירותיו אלא פירות דקל, כלומר דלא מיקרי שהוא מוכר לו זכות מסוימת שיש בהבהמה ובהעבד.

ולכן כתב שצריכים לשנות ולומר שבאמת בשלשים של עבד אין הכוונה שהתורה קבעה רק מצות נתינה, ושאינו בגדר תשלומין עבור העבד, אלא לעולם

בשלשים של עבד התורה קבעה חוב של תשלומי העבד, אבל אעפ"כ אין החיוב תשלומין עבור זה שפגע בהממון של האדון, אלא הוי חיוב תשלומין חדש מטעם עון רציחה, וממילא לא שייך בעלות בהעבד על דבר זה. אלא שאע"פ שאין מושג של בעלות על העבד לענין זה אבל בכל זאת כיון דהוי תשלומין בשביל העבד הרי זה נקרא שיש זכות בעבד לקבל את הכסף.

והנה הגר"ח הוכיח עוד שאין כאן שום בעלות לענין קנס כי אם שפיר יש בעלות כזה א"כ איך אמרינן בגיטין שם שאפילו לפי ר"מ יתכן שאינו קונה כי לא עבידי דאתו, הלא כיון דהוי דקל לפירותיו הרי הוא שפיר מקנה עכשיו דבר מה, ומה לי בזה שהפירות אינם עבידי דאתו, וא"כ בע"כ צ"ל דליכא בעלות כזה לקבל קנס, אלא יש רק זכות בהעבד לקבל את התשלום שהוא אשר לפ"ז שפיר שייך חסרון של לא עבידי דאתו. וז"ל הגר"ח, אלא ודאי דזכות הלוקח בעצמו אכתי לא מועיל לזכות בהקנס כי אם בצירוף זכות הבעלים הראשונים ועל כן שפיר שייך בה טעמא דלא עבידי דאתו עכ"ל. מיהו צ"ב דהנה לעיל כתבנו בדעת תוס' שם שבדקל לפירותיו בעינן עבידי דאתו כי אל"כ אין זה נקרא שיש כאן זכות כזה, וא"כ נראה שה"ה ש"ל שצריכים עבידי דאתו כי בלא זה ליכא בעלות כזה, כלומר דלעולם שפיר שייך בעלות כזו אבל היינו רק כי עבידי דאתו.

ושוב הוכיח הגר"ח כחילוקו בין כפל לשלשים של עבד מסוגיית הגמ' אצלנו, דהנה הרמב"ם סובר שלפי המסקנא הפרה

עצמה חוזרת יחד עם גיזותי' להבעלים ודלא כהמ"מ שכתב בדעת תוס' שגיזות וולדות של אחרי הגניבה הם של השומר, ולפי הרמב"ם יוצא שכוונת המסקנא היא דהוי רק בגדר פרה לכפילא ואעפ"כ ליכא חסרון של לא עבידי דאתו, ומעתה קשה על זה דהא במוכר עבד לקנס הוי איבעיא דלא איפשטא, ובשלמא לפי תוס' הרי המסקנא היא שמוכר לו הפרה ממש, ואילו בההו"א חשבנו שהוא מתכוין להקנות לו פרה לכפילא, וקושיית הגמ' היתה לפי הצד שמוכר עבד לקנס לא מהני, אבל לפי הצד דמהני א"כ גם פרה לכפילא מהני, וכל הסוגיא היא רק לפי הצד בגיטין שם שעבד לקנס לא מהני, אבל לפי הרמב"ם מסקינן הכא שפרה לכפילא שפיר מהני, וא"כ קשה על הצד שעבד לקנס לא מהני, ובע"כ צריכים לחלק כהנ"ל, דהיינו שבפרה לכפילא יש בעלות בהפרה לענין כפל ולכן ליכא חסרון של לא עבידי דאתו, אבל בעבד לקנס ליכא בעלות בהעבד לענין קנס וכהנ"ל.

ועוד כתב שם הגר"ח בהמשך דבריו עוד דרך איך לחלק בין כפל לשלשים של עבד, והיינו שבכפל נהי שהתורה קבעה חיוב תשלומין עבור העובדא שפגע בבעלותו (אשר משום כך שייך לומר שקיימת בעלות לענין דבר זה וכמש"כ לעיל), אבל בכל זאת הכפל עצמו (כלומר החלק השני, הכפול, שהוא הקנס) אינו נחשב דמי החפץ, משא"כ בשלשים של עבד אע"פ שהחיוב תשלומין אינו בגלל פגיעה בבעלותו על העבד, אלא הרי זה בגלל העון של רציחתו (אשר משום כך כבר כתבנו שלא שייך לומר שיש בעלות

לענין זה), אבל בכל זאת השלשים של עבד הרי הם נחשבים דמי שוויות העבד, ולכן כשהוא משלם שלשים של עבד הרי הוא פטור מתשלומי דמים, ומעתה לפ"ז י"ל שכמו שאילו היינו דנין על העבד עצמו אם הוא מכור או לו הי' הראשון נחשב מוחזק מחמת שהוא המרא קמא, א"כ הה"נ נמי לענין השלשים של עבד מכיון שהם דמי העבד הרי הוא נחשב מוחזק בהם מחמת שהעבד הוא שלו, אבל בכפל מכיון דלא הוו דמי החפץ א"כ מה שהי' נחשב מוחזק בהחפץ אינו משווהו מוחזק על הכפל כיון שאין הכפל דמי החפץ.

וע"ע לעיל באות נ"ט מה שנתרץ עם דברי הגר"ח.

דף ל"ד ע"א

לא) מי יימר דמשתכח גנב.

כלומר ואפילו אם רוצה להקנות לו לאחר שנגנבה הבהמה, אבל אכתי הוי הכפל דבר שלא בא לעולם כי מי יימר שמשתכח גנב. ולכאורה צ"ל שאין הגנב מתחייב בהקנס עד גמר דין, דלפ"ז אכתי שפיר הוי דבר שלא בא לעולם, אבל אם הוא מתחייב קנס מיד בשעת העבירה, ולאחר גמ"ד איגלאי שהי' חייב מאז, א"כ שפיר הוי דבר שבא לעולם.

לב) נעשה כאומר לכשתרצה ותשלמני וכו'.

יש לעיין בלשון זה, למה לא אמר נעשה כאומר לו לכשתשלמני, בלי המלה

לכשתרצה, דהמלה לכשתרצה נראית מיותרת.

ובאמת קשה יותר איפכא, דהנה להלן מבואר שבאמת אינו צריך עכשיו לשלם, אלא מספיק באומר הריני משלם, וא"כ הדבר תלוי בהעובדא שהוא רוצה לשלם ומספיק בזה שהוא רוצה, וא"כ הי' צ"ל לכשתרצה לשלמני.

מיהו י"ל שנקט את שתי הלשונות, "תרצה", וכן "תשלמני", כי כן עשתה המשנה, ואמרינן שבאמת מהמשנה ליכא למישמע מינה אם סגי באומר הריני משלם או אם צריכים שילם ממש, וא"כ י"ל שרבא סידר את לשונו אחרי דרכו של התנא של המשנה.

(גם י"ל שנקט רבא שהוא משלם ממש כי כוונתו היא לאפוקי שאם אמר הריני משלם, ואח"כ מצאו את הגנב, ואז אמר השומר להבעלים כיון שמצאו את הגנב ואפשר לתובעו תעשה אתה דין עם הגנב ואני כבר איני משלם, ובכל זאת אקבל את הכפל על שהסכמתי לשלם אם לא ימצא הגנב, א"כ בכה"ג אין המפקיד מסכים להקנות להשומר את הכפל. מיהו דוחק להכניס ציור זה לכוונת רבא כאן.)

גם י"ל שכוונת רבא היא לומר שגם אם שילם ממש אבל אכתי צריכים שגם רצה לשלם, ולאפוקי היכא ששילם ממש אבל היו צריכים להכריח אותו לשלם וכלקמן בדף ל"ה ע"א בעובדא דכיפי.

וראיתי בשם שו"ת דבר שמואל שדייק מהלשון של "לכשתרצה" שמספיק אם השומר מגלה דעת שהוא רוצה לשלם בלי שיאמר כן בפירוש בב"ד. מיהו הראשונים

כתבו שצריך דוקא לומר בב"ד הריני משלם.

והנה רש"י בד"ה לכשתגנב ותרצה וכו' כתב וז"ל, אם תשלם לי הקרן, וצ"ע מה היא כוונתו בזה הלא אין צריכים שילם ממש אלא מספיק בהריני משלם.

ויש ליישב, דהנה בגיטין דף כ"ה ע"א אמרינן שאם אמר הרי את מקודשת על מנת שירצה אבא הרי זה ציור של ברירה. ולפ"ז צ"ע למה מהני כאן הקנאת הכפל הלא גם כאן ההקנאה תלוי ברצונו של השומר, וא"כ למה מהני למ"ד אין ברירה. וצ"ל שאע"פ שצריכים את רצונו של השומר, אבל מ"מ סיבת ההקנאה אינה רצונו לשלם, אלא עצם העובדא ששילם או שאמר שישלם, רק שאם שילם באופן שאינו ניכר שרצונו הוא בכך, כי היו צריכים לכופף אותו, אז בטלה הקנאתו של המפקיד. ומעתה לפ"ז לא בעינן שיהי' מבורר למפרע שירצה, דהא אין ההקנאה באה בשביל רצונו אלא בשביל התשלומין, רק דהיכא שלבסוף מסרב מלשלם, שוב אין המפקיד מקנה.

ומעתה י"ל שזהו כוונת רש"י כאן, והיינו להדגיש שההקנאה היא עבור התשלומין, ולא עבור הרצון, אע"פ שצריכים גם רצון.

גם י"ל, דהנה המפקיד מקנה את הכפל אפילו אם אין השומר מגלה דעתו בתחילת השמירה אם ישלם אח"כ או לא, וא"כ י"ל שלכן קאמר רבא לכתרצה, כלומר דר"ל בזה שעכשיו אין הדבר ידוע, ואם רבא הי' אומר "לכתשתגנב ותשלמני" הי' אפשר לומר שהוא צריך כבר עכשיו להבטיח להמפקיד שישלם במקרה שייגנב, אבל כיון

שאמר רבא "לכתשתגנב ותרצה ותשלמני" הרי זה מורה שאפילו אם לא גילה דעתו לנו עכשיו, מ"מ אם ירצה אחר כך, סגי בכך. ומעתה י"ל שכוונת רבא במה שאמר "ותרצה" היא רק להורות שאינו צריך לגלות דעתו עכשיו, ובאמת גם אם הי' רבא אומר "לכתשתגנב ותשלמני" גם אז הי' משמע שאינו צריך לגלות דעתו עכשיו אלא סגי גם אם עכשיו הדבר מוטל בספק רק שרבא ביאר את הדבר יותר, וזהו גם כוונת רש"י בדבריו הנ"ל שהבאנו, דהיינו שנעשה כאומר לו ש"לכתשתגנב ותרצה ותשלמני" פירושו הוא אם תשלם לי בלי שיהי' כבר מגולה עכשיו (מיהו צע"ק דיוצא שרש"י ביאר פחות ממה שרבא ביאר).

לג) נעשה כאומר לו.

פירש"י וז"ל, דקים להו לרבנן דניחא להו לבעלים שיהא בטוח בקרן על מנת שיהא ספק כפל העתיד לבא של שומר והרי היא כמסרה לו על מנת כן וכו' עכ"ל. הנה לא ברירא מלשון רש"י אם הכוונה היא שמיקרי שהמפקיד עצמו מקנה להשומר, או האם כוונתו היא לומר שמכיון שמן הסתם ניחא לי' הרי זה רבנן שמתקנים שיהי' כך (שהרי לא כתב שהרי הוא מוסרה על מנת כן, אלא כתב שהרי היא כמסרה לו על מנת כן).

ועי' בריטב"א בהחידושים החדשים שכתב דרך שלישי וז"ל, דקים להו לרבנן שכן דעתם של בעלים, ואע"פ שלא פירשו כמי שפירשו דמי עכ"ל. ולכאורה צ"ע דהא יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ולא אמרינן שכיון שאילו ידע הי' מייאש א"כ גם

השתא יש יאוש, ומבואר לעיל בדף כ"ב ע"א בתוס' ד"ה מר זוטרא וכו' שגם הקנאה לא מהני בהציוור של שלא מדעת (מיהו הש"ך בסי' שנ"ח סק"א סובר ששפיר מהני), ומעתה גם כאן נהי שאם הי' יודע הי' מקנה אבל עכשיו שאינו יודע אין כאן הקנאה.

ברם, אולי כוונת הריטב"א היא לומר שהמפקיד חושב כן בפועל בשעת המשיכה רק שלא פירש כן בשפתיו, ודוחק.

ועכ"פ כל קושייתנו על הריטב"א היא רק אם סוברים שהמפקיד עצמו מקנה את הפרה.

ועי' במאירי בד"ה זה שבארנו וכו' (הראשון) שכתב וז"ל, ועל כרחך אתה צריך לומר שמשעת הפקדון הקנהו שתהא משיכתו על דעת כך וכו', והרי לא בא לעולם, תדע שמתוך שראו חכמים שנוח להם לבעלים שיהו בטוחים שלא להפסיד הקרן עשו הדבר כאלו מסרה לו על מנת כן שתהא משיכתו מקנה לו גוף הפרה וכו' עכ"ל. הרי שבתחילת דבריו כתב "הקנהו" אבל שוב כתב "עשו הדבר", וצ"ע.

ועי' ברשב"א בע"ב בד"ה שילם לבנים וכו' שכתב שלפי הלשון של מעכשיו הרי זה הוא עצמו שמקנה, אבל לפי הלשון של סמוך לגניבתה הרי זה תנאי ב"ד.

לד) חוץ מגיזותי וולדותי.

עי' ברשב"א ובריטב"א בהחידושים החדשים שהקשו למה לא תירצו שהוא מקנה לו הפרה מעכשיו ולאחר שתגנב דממילא הגיזות והולדות שעד הגניבה שייכים להבעלים. והחילוק בין מעכשיו לבין מעכשיו ולאחר שתגנב הוא כך, דמאי

דאיתא בגמ' שאם ישלם לו הרי הוא מקנה לו מעכשיו, הכוונה היא שהוא מקנה לו עכשיו בתנאי שישלם לו, וממילא אם הוא משלם איגלאי שהיתה קנוי' לו מעכשיו רק שלא ידענו מזה, ואילו "מעכשיו ולאחר שתגנב" פירושו הוא שאם ישלם לו הקנין יחול רק לאחר הגניבה, אבל מה שיחול אז, יחול למפרע משעת תחילת השמירה. ולפי הדרך הראשון שאיגלאי שהקנה לו כבר עכשיו הרי הוא צריך להגביל את הקנין ע"י אמירה נפרדת של חוץ מגיזותי וולדותי, אבל לפי הדרך השני יוצא כן בדרך ממילא, כי הקנה לו למפרע רק את מה שקיימת בשעת גניבה, ולא את הגיזות והולדות שהורידו קודם לכן, ואין כאן תופעה של "חוץ".

ותירצו הרשב"א והריטב"א שדא ודא אחת היא, וכיון שגם על הדרך ההוא הי' אפשר להקשות מאי פסקת, כלומר למה הוא מקנה בדרך שהשומר יקבל את הכפל ולא את הגיזות והולדות, לא הקפידה הגמ'. והריטב"א כתב שהדרך ההוא הי' באמת בכלל כוונת הגמ' של חוץ מגיזותי וולדותי.

מיהו יש לעיין במה שכתבו שדא ודא אחת היא, דהא לכאורה יש נפ"מ בין שני הדרכים, והיינו לענין מה דינם של הגיזות שעלי' בשעת הגניבה, כי לפי הדרך הראשון שהוא אומר שיקנה את הפרה של עכשיו בתנאי שישלם אח"כ אשר לפ"ז צריכים לחדש בשביל גיזות וולדות שכבר שהורידו לפני הגניבה דהוי כאומר חוץ מגיזותי וולדותי, א"כ י"ל שהוא מתכוין לומר חוץ גם בנוגע להגיזות והולדות שהם על הבהמה בשעת גניבה (ועי' בזה בהאות

הבאה), אבל לפי הדרך שהוא מקנה לו את הפרה של שעת גניבה למפרע, א"כ י"ל שזה כולל גם את הגיזות והולדות שעומדים אז על הבהמה כי לפי הדרך הזה אין צורך לחדש דהוי כאומר ג"כ חוץ.

לה) חוץ מגיזותי וולדותי.

הנה יש ארבעה ציורים של גיזות וולדות, א', גיזות וולדות שהוסרו מן הבהמה לפני הגניבה, ב', גיזות וולדות שהן על גבי הבהמה בשעת הגניבה וגם היו עלי' בשעת תחילת השמירה כשמשך השומר, ג', גיזות וולדות שהן עלי' בשעת הגניבה אבל נתהוו אחרי תחילת השמירה, ד', גיזות וולדות שנתהוו אחרי הגניבה. וצריכים לברר איזה מהן אין השומר קונה. וכבר הבאנו מזה לעיל בהאות הקודמת ועכשיו נאריך יותר.

והנה שיטת הרמב"ם היא שגיזות וולדות שגדלו לאחר יאוש הרי הם של הגנב, וא"כ קושיית הגמ' היא על גיזות וולדות קודם יאוש.

ועי' ברמב"ם בפ"ח מהל' שאלה ופקדון ה"א שסובר שהשומר אינו מקבל אפילו את הגיזות וולדות שלאחר הגניבה. וז"ל הרמב"ם, חזרה הבהמה עצמה חוזרת לבעלי' היא וגיזותי וולדותי שאין השומר קונה שבת הבא מגופה אלא שבת הבא מאליו, וכבר ביארנו שאין הגנב מחזיר גיזות וולדות אלא לפני יאוש עכ"ל, ומשמע שאין השומר קונה אפילו מה שגדל לאחר הגניבה לפני יאוש.

ובמ"מ שם מבואר שלפי הלשון השני של רבא בודאי הרי השומר מקבל שבת זה כי הרי קנה את הפרה סמוך לגניבתה, והרי

הלשון השני אינו סובר שהוא מתכוין לומר "חוץ". אבל לפי הלשון הראשון שסובר שנעשה כאומר חוץ מגיזותי וולדותי כוונת המפקיד היא לשייר לעצמו גם גיזות וולדות שלאחר הגניבה, והרמב"ם סובר להלכה כהלשון הראשון. ועוד מבואר בדברי המ"מ שהחולקים על הרמב"ם סוברים שאין מחלוקת לדינא בין שתי הלשונות אלא גם הלשון הראשון סובר שהמפקיד מתכוין לשייר לעצמו רק את הגיזות וולדות שעד שעת גניבה ולא את הגיזות וולדות שלאחר הגניבה.

והנה לפי הלשון השני של סמוך לגניבתה בודאי השומר מקבל לא רק את הגיזות וולדות שגדלו לאחר הגניבה אלא ה"ה למה שנמצא על הבהמה בשעת הגניבה שהרי הוא קונה את הבהמה סמוך לגניבתה בלי שום שיור, וגם לפי הלשון הראשון יקבלם השומר לפי המ"מ שכתב בדעת החולקים על הרמב"ם שלא פליגי הלשונות, וא"כ יוצא שהקושיא למה אינו מקבל את הגיזות וולדות ומתרצינן שבצדק אינו מקבל הרי זה קאי על הגיזות וולדות שכבר הוסרו בשעת הגניבה, דגם על זה הקשינו שהשומר יקבל את אותם הגיזות וולדות, ועל זה מתרצינן שאינו מקבלם משום שקונה רק סמוך לגניבתה, ולפי הלשון הראשון שנעשה כאומר חוץ אינו מקבל את מה שכבר הוסר כי המפקיד נתכוין לשייר לעצמו, ורק את מה שכבר הוסר נתכוין לשייר לעצמו אבל לא את מה שנמצא על הבהמה בשעת הגניבה,

מיהו ראיתי שכתב הקצה"ח שמה שגדל אצל השומר וכבר גזו, וכן ולד שכבר נולד אצלו, ולא נגנבו, בודאי אין

המפקיד מקנה לו, וכל הקושיא היא רק על מה שהי' על הבהמה בשעת הגניבה או מה שגדל אצל הגנב, וגם על זה מתרצינן שאינו מקבל. וז"ל בסי' רצ"ה סק"ב באמצע דבריו, ואם הגיזות וולדות לא נאבדו כלל, אלא שהם בעין, לא שייך לאקשוויי מידי אפילו גיזות וולדות כששילם דמיהן יקנה הגוף, כיון דלא מקנה הגוף בתשלומי דמים אלא כשנגנב או נאבד עכ"ל.

מיהו כבר כתבנו שמהלשון השני של רבי זירא מוכח שקושיית הגמ' היתה שיקבל גם מה שהוסר לפני הגניבה, ועל זה מתרצינן שאת זה אינו מקבל.

מיהו אולי מודה הקצה"ח שהקושיא היתה על היכא שהוסר לפני הגניבה היכא שהיו כבר על הבהמה בשעת המשיכה בתחילת השמירה.

ועכ"פ לפי הלשון הראשון יש אפשרות לחלק בשבח שהי' על הבהמה בשעת הגניבה בין היכא שכבר הי' על גבי הבהמה בשעת משיכת השומר לבין היכא שגדל אחרי זה לפני הגניבה, והיינו שאינו מקבל את מה שנמצא על הפרה בשעת הגניבה ולא הי' שם בשעת המשיכה כי קאי על זה מה שאומר חוץ, אבל לא נתכוין לומר חוץ על מה שמשך ממש בשעת תחילת השמירה.

והנה נקטתי בכל דברי הנ"ל שלפי הלשון הראשון של מעכשיו, מדינא (אם לא הי' מתכוין לומר חוץ) יכול הקנין לחול גם על מה שגדל אחרי המשיכה אפילו אם עוד לא הי' קיים בשעת המשיכה, כי הוא קונה את הבהמה בשעת המשיכה בתנאי שהבהמה תיגנב והשומר ישלם, וא"כ

בודאי מדינא גם מה שגדל אחרי המשיכה הרי הוא שלו אם לא משום שנתכוין לומר חוץ.

ולפי האוקימתא של הרשב"א והריטב"א של מעכשיו וסמוך לגניבתה אשר לפ"ז הבעלות שלו מתחילה רק סמוך לגניבתה למפרע א"כ נראה שמדינא לא יקבל את מה שנתהווה אחרי המשיכה כי המשיכה אינה יכולה להפעיל תחילת בעלות על דברים שלא משך (אבל לפי האוקימתא שהוא מקנה את הפרה עכשיו בתנאי שישלם א"כ הבעלות מתחילה עכשיו בשעת המשיכה, וממילא כל מה שיגדל אח"כ הוא שלו וכמו שכתבנו לעיל). וכן יהי' היכא שמקנה בהמה לאחר ל' יום (וקיימא בחצירו של הקונה ביום ל' דמהני המשיכה ולא אמרינן כלתה) או היכא שמקנה בהמה מעכשיו ולאחר ל', דלא יקנה את הגיזות וולדות שנתחדשו מעכשיו עד ל'. מיהו באמת זה נראה נכון רק אם אומרים שאין דברים אלו נחשבים בטלים לגבי הבהמה, אבל אם חשיבי בטלים לגבי הבהמה א"כ לכאורה שפיר יקנה אותן יחד עם הבהמה כי כיון שבטלין לגבי הבהמה אין הם צריכים הקנאה ומשיכה נפרד.

ועי' בש"ך בסי' רצ"ה סק"ט שכתב וז"ל, אבל לא שבח דמגופא, משמע אפילו השבח אחר הגניבה לא קני כיון שבא מגופא וכו' וקרוב אצלי שכל הפוסקים מודים לזה כיון דר' זירא משמע בש"ס דס"ל כלישנא קמא, והמפרשים שהביא ה"ה וכתב שנראה מדבריהם שחולקים נלפענ"ד דהיינו בקושיא דר' זירא (פי' דרבי זירא נתכוין להקשות גם על שבח שלפני הגניבה), אבל למסקנא דר' זירא

דנעשה כאומר חוץ מודים המפרשים דשבחא דמגופא לא קני, והיינו שבא אחר הגניבה, דהא דומיא דכפל אמרינן דשבחא דגופא לא קני, והיינו שבא אחר הגניבה, ואע"פ שה"ה הבין מדברי המפרשים שחולקים, לפענ"ד אינו מוכרח ודו"ק עכ"ל. והנה יש לעיין במה שכתב שכפל הוא שבח דלאחר הגניבה, דהא אם נאמר שהחיוב של קנס חל בשעת המעשה ולא בשעת גמ"ד א"כ יוצא שהחיוב של כפל כבר נמצא בשעת הגניבה וא"כ נהי שמוכח לפ"ז שאינו מקבל שבח הגוף שנמצא כבר בשעת הגניבה אבל אולי הרי הוא מקבל מה שגדל לאחר הגניבה. מיהו באמת גם אם נאמר שהחיוב של כפל בא בשעת המעשה אבל הרי הוא חל רגע אחרי הגניבה דהיינו בשעה שנשלמה הגניבה וא"כ שפיר חזינן שאינו מקבל אפילו שבח הגוף שבא אחרי הגניבה.

לו) אי הכי גיזותי וולדותי נמי אמר רבי זירא נעשה כאומר לו חוץ מגיזותי וולדותי.

ע"י ברעק"א בדבריו על תד"ה כגון וכו' בד"ה וי"ל שהמקשה וכו' שביאר שלפני שידענו שהוא מקנה את גוף הפרה כולו, אלא חשבנו שמקנה לו רק פרה לכפילא, וכמו שפירשו תוס', לא ה"י קשה דבר זה, כי פשיטא שהמפקיד מקנה להשומר את הפרה רק לכפילא, ואפילו שאר שבחא דאתי מעלמא כגון יוקרא לא יקבל, כי המפקיד מקנה לו רק את הרווחים שהם תוצאה מהגניבה תמורת מה שמשלם לו בעד הגניבה, והמפקיד מסכים שהשומר

יקבל ריווח הגניבה כיון שקיבל על עצמו את הפסד הגניבה, אבל השתא דמסיק שמקנה לו את גוף הפרה מקשינן דא"כ הה"נ לגיזות וולדות עכ"ד רעק"א.

מיהו באמת גם השתא שהוא מקנה לו את גוף הפרה י"ל שכל הטעם הוא משום שהוא רוצה שהשומר יקבל את הכפל שהוא תוצאה מהגניבה, כיון ששילם לו את הפסד הגניבה, ומש"ה ה"י אפשר לומר שהוא מתכוין לומר חוץ אפילו בנוגע ליוקרא כמו מגיזות וולדות, אלא שבכל זאת מכיון שמקנה לו את גוף הפרה האמת הוא שהוא שפיר מסכים שיקבל יוקרא וכן לפי הלשון השני הרי הוא מסכים שמקבל את הגיזות וולדות שנמצאים על הבהמה בשעת הגניבה.

ועכ"פ אע"פ שהוא רוצה שיקבל גם שאר שבחא דעלמא, אבל אכתי י"ל שזהו רק אגב שהוא מקבל את הריווח של הכפל שהוא תוצאה מהגניבה, כיון ששילם לו עבור הפסד הגניבה, אבל היכא שידוע שאין כפל אז אינו מקנה לו. ולמשל היכא שנגזלה ולא נגנבה ואמר הריני משלם, א"כ בכה"ג אינו מקנה לו את הפרה, אלא אם ימצא הגזולין יקבל השומר רק את חזרת הקרן לחוד, אבל לא יוקרא, כי בשביל היוקרא לחוד אין המפקיד מקנה את הפרה כיון שהיוקרא אינו תוצאה מהגזילה.

והנה המחבר לא הביא את הדין של הקנאת הכפל כי אינו נוהג בזה"ז, אבל הרמ"א שפיר הביאו כי הרי זה נוגע לשבחא דאתי מעלמא. ובדעת המחבר י"ל כהנ"ל שעיקר ההקנאה הרי היא בשביל שיקבל את הכפל, רק שאגב זה הרי הוא מקנה לו גם לענין שאר שבחא דממילא,

וממילא בזה"ז שאין כפל אינו מקנה וכמו שנקטנו בנוגע לגזילה.

והנה הרמב"ן ועוד ראשונים פירשו ש"אברו" דמתניתין הוא אבירה ממש בלי גניבה, והכוונה היא שהשומר מקבל את היוקרא. וזהו דלא כדברינו הנ"ל שמקנה לו רק היכא שמשלם לו עבור גניבה.

לז) סמוך לגניבתה קנוי' לך.

א. דברי רש"י שנעשה כאומר בשעת מסירה.

פירש"י שנעשה כאומר לו כן בשעת המסירה. והנה יש לבאר שרש"י כתב כן משום דס"ל שהקנאה היא מהמפקיד, ואינו בגדר תנאי ב"ד ותקנת חכמים, וכיון שהיא מהמפקיד חייבים לומר שהוא עושה כן בשעת המסירה כי אינו ער לשעת הגניבה בכלל.

גם י"ל שכן מוכח באמת מלשון הגמ', כי אם הוי כאומר לו סמוך לגניבתה א"כ ה' צ"ל נעשה כאומר לו סמוך לגניבתה אם תרצה וכו'.

ב. קושיית המהרש"א משילם לבנים.

והקשה המהרש"א כאן דהא להלן מיבעיא לן בשילם לבנים האם הבנים מקנים להשומר את הכפל מחמת ניותא דאבוהון, וביאר רעק"א בע"ב בדבריו על רש"י ד"ה שילם לבנים את קושיית המהרש"א שאין כוונתו להקשות שלפי רש"י שמתכוין בשעת המסירה א"כ יוצא שכבר הקנה האב את הכפל, וא"כ בודאי השומר קונה את הכפל, כי זה לק"מ דהא

כבר מת האב, ואם מקנה דבר לאחר ל' ומת בתוך ל' בטל הקנין, אלא כוונת המהרש"א היא להקשות להיפך, והיינו דמהו הספק בשילם לבנים הלא כיון שנעשה כאומר לו בשעת מסירה, והאב כבר מת, א"כ בודאי ליכא כפל וכמו במקנה דבר לאחר ל' ומת בתוך ל' וכהנ"ל.

ג. פירושו של המהרש"א שנעשה כאומר לו קודם הגניבה.

וכתב המהרש"א לפרש דלא כרש"י אלא שהכוונה היא שנעשה כאומר לו קודם הגניבה. מיהו לשון המהרש"א צריכה ביאור וז"ל, אלא נעשה כאומר לו קודם הגניבה לכשתגנב ותשלמני סמוך לגניבה קנוי' לך עכ"ל. הרי שאינו לומד כרש"י דנעשה כאומר לו בשעת מסירה, אבל נראה שגם הרגיש בהקושי בהלשון שהערנו דהיינו שמהא דאיתא סמוך לגניבתה קנוי' לך משמע שה"נעשה כאומר לו" אינו סמוך לגניבתה, ומש"ה כתב שנעשה כאומר לו קודם הגניבה וכו' שתהי' קנוי' סמוך לגניבתה, וצ"ע מה היא כוונתו ב"קודם הגניבה". וצ"ל שכוונתו לומר שלא בעינן דוקא שה"נעשה כאומר לו" תהי' סמוך להגניבה, אלא הוא הדין בכל שעה שהיא קודם הגניבה בחיי הבנים, רק ששעת הקנין היא סמוך לגניבתה, וצ"ע.

ד. דברי רעק"א בדעת רש"י שנעשה כאומר לו מתחילת השמירה.

וכדי ליישב פירש"י כתב רעק"א שאין כוונתו שנעשה כאומר לו בשעת המסירה מצד שהוא שעת המסירה, אלא נעשה כאומר לו משעה שהתחילה השמירה, רק

שהזכיר שעת המסירה משום שבדרך כלל שעת המסירה היא שעת תחילת השמירה, אבל בשילם לבנים השמירה שלהם התחילה לאחר מיתת אביהם, וא"כ זמן הקנאת הכפל הוא בשעת תחילת השמירה החדשה שמתחדשת אצלם, ומש"ה מיבעיא ל'. והוכיח כן רעק"א ממה שבשומר אבידה יש הקנאת כפל אע"פ שהתם ליכא שעת מסירה, וא"כ בע"כ צ"ל שרש"י מודה שנעשה כאומר לו בשעת תחילת השמירה אע"פ שאין אז קשר בין המפקיד להשומר. ושוב חקר רעק"א אם שומר אבידה מקבל באמת כפל, הבאנו דבריו להלן באות ס"ב. ועי' גם במהר"ם שיף כאן שכתב כעין דברי רעק"א אלא שהדגיש כי הבנים הניחו אותו בידו ולא לקחו אותו בחזרה (וזה עדיף משומר אבידה שאין בעל האבידה מודע כלל) ולפי המהר"ם שיף אם לא נודע להבנים שירשו עד אחרי הגניבה לא יקנה את הכפל.

ה. דברי הפ"י שהקנאת הכפל היא מצד תקנה והקנאת ב"ד ולא מצד הקנאת המפקיד.

והפ"י בד"ה שילם לבנים דחה את דרכו של המהרש"א כי לפי המהרש"א כיון שהזמן של הקנאת הכפל הוא סמוך לגניבתה, ובאותה שעה שייך כבר להבנים, א"כ בודאי יש כאן הקנאת כפל, ולא איכפת לן אם לא ניחא להו בניחותא דאבוהון, דלא פלוג רבנן ועשו הקנאת כפל מצד תקנת ב"ד, כמו בהשומר עצמו שלא חילקו בין היכא שיש נייח נפשי' לבין היכא שידעינן שאין נייח נפשי' (ובאמת זוהי סיבה גם

לדחות את דרכו של רעק"א), ולכן הסיק הפ"י כרש"י שכתב בשעת מסירה, ונחית הפ"י לומר שבשילם לבנים כבר פקע רשות אביהם ואין קנין לאחר מיתה, רק שבכל זאת מיבעיא לן אם ניחא להו במאי דעביד אבוהון כי אז יש תקנה חדשה מצד ב"ד של הקנאת כפל. ולפי הפ"י י"ל דלא שייך השאלה אלא היכא שהי' באמת לאביהם נייח נפשי' שעשה לו טובות פעמים הרבה, וצ"ע.

ו. שיטות רש"י והראב"ד והרשב"א בנוגע למתי קרה הגניבה בהציוור של שילם לבנים.

והנה רש"י להלן פי' שהשאלה בשילם לבנים איירי בנגנבה לאחר מיתת האב. מיהו הרשב"א הביא שהראב"ד פי' שאירי דוקא בנגנבה בחיי האב כי הבנים אינם מקנים כלום אלא כל השאלה היא אם האב מקנה היכא שהכפל ילך להבנים, ומש"ה צריכים לומר שנגנבה בחיי האב.

והנה הרשב"א עצמו שם סובר דאיירי במת האב ואח"כ נגנבה (כמו שפירש"י), וכתב דהיינו משום שלפי הלשון של סמוך לגניבתה אין הכוונה שהמפקיד מקנה את הכפל סמוך לגניבתה דהא אינו מודע בכלל להגניבה, אלא לב"ד מתנה על זה ומקנה סמוך לגניבתה כיון דקים לן שכן הוא טובת המפקיד, ורק להלשון הראשון שנעשה כאומר לו מעכשיו נקטינן שהמפקיד עצמו מקנה את הכפל, ומכיון שלפי הלשון של סמוך לגניבתה הרי זה לב"ד שמתנה משום שכן הוא טובתו, והוא עצמו הי' עושה כן אילו ידע, א"כ

מש"ה יש צד לומר שה"ה אם מת קודם הגניבה ג"כ אמרינן כן לענין הבנים כי זה מה שטוב להם.

ולפי הנ"ל יוצא שההכרח של הרשב"א לחדש תנאי ב"ד הרי זה כי ס"ל שהנעשה כאומר הוא סמוך לגניבתה ואז הרי המפקיד אינו חושב כלום, ואילו הפ"י בדעת רש"י ביאר שההכרח לחדש שיש תנאי ב"ד הרי זה בגלל היכא שלא עשה לו טובה.

מיהו עי' ברשב"א בכ"ק דף ק"ב ע"ב בד"ה הא דא"ר אבא שכתב שאפילו לפי המ"ד שסובר סמוך לגניבתה אינו משום לב ב"ד מתנה עליהם.

ז. דברי הקצה"ח בענין למה לא חשיב ברירה. ובענין מתי הוי נעשה כאומר לו.

ועי' בקצה"ח בסי' ס"א בסופו שהקשה שלפי רש"י שגם הלשון השני סובר שנעשה כאומר לו בשעת מסירה א"כ למה לא הוי ברירה לפי דברי המהרש"א שהביא שם שאיפוא שהשעה צריכה להתברר וגם יכול להיות שבכלל לא יתהווה הדין, הרי זה נקרא ברירה, דגם כאן הרי בשעת מסירה המצב הוא שיתכן שלעולם לא יגנב, ואפילו אם יגנב, אבל השעה של סמוך לגניבתה שהיא שעת ההקנאה צריכה עוד להתברר, וא"כ למה אין חסרון של ברירה, אבל לפי מה שפ"י המהרש"א שנעשה כאומר לו סמוך לגניבתה אתי שפיר, כי אז הרי זה נקרא שהוא מתנה על כל שעה ושעה על מנת שיקרה מיד גניבה, ואין כאן שעה בין השעות שצריכה להתברר. הרי שלא כתב הקצה"ח שלפי

הלשון השני הרי זה מצד תנאי ב"ד, אשר אז אין חסרון של ברירה, אלא נקט שמהני מצד הקנאה. ומעתה צ"ע כמו שהעיר הרשב"א איך יש כאן דעת מקנה בשעת סמוך לגניבתה, הלא אינו יודע בכלל שעכשיו היא השעה שסמוך לגניבתה.

ועוד מבואר מהקצה"ח שהבין שהמהרש"א מתכוין לומר שנעשה כאומר לו סמוך לגניבתה, ולא כמו שביארנו בכוננת המהרש"א שנעשה כאומר לו בשעה מן השעות לפני הגניבה, כי לפי מה שביארנו הרי זה עדיין ציור של ברירה.

וע"ע בקצה"ח בסי' קצ"ז ס"ג שמצדד כמו המהרש"א.

ומדברי הריב"ן בע"ב בתד"ה שאל וכו' מבואר דס"ל שלפי הלשון של סמוך לגניבתה הרי זה כאומר לו סמוך לגניבתה ודלא כרש"י שפי' בשעת מסירה.

לח) מעכשיו, סמוך לגניבתה.

עי' בשט"מ ד"ה מסתברא שכתב וז"ל, איכא דאמרי אמר רבא נעשה כאומר לו לכשתגנב ותרצה ותשלמני וכו' ודוקא בגניבה אמרינן הכי אבל באבידה דכל היכא דאיתא מצי מקני לה (פי' דס"ל שאבידה מיקרי ברשות הבעלים ודלא כגניבה), בשעת תשלומין דוקא מקני לי' וכן פי' מרי עכ"ל. וכתב הקצה"ח בסי' רצ"ה סק"ג וז"ל, ונראה מדברי הפוסקים שלא חילקו בכך אלא אפילו באבידה נמי קונה סמוך לאבידה או משעת משיכה וכו', ובדברי השיטה קשיא לי טובא וכו' דהיכי מצי קני בלא משיכה, דהא מעות אינן קונות, ובגמ' משמע להדיא דאינו קונה

בלא משיכה, דהא להך לישנא דנעשה כאומר לו סמוך לגניבה לא קנה בעומד באגם, אלמא דבעי קנין דוקא ומעות אינו קונה וצ"ע עכ"ל.

לט) דברי הרמב"ם שהפרה עצמה חוזרת להמפקיד.

ע"י ברמב"ם בפ"ח מהל' שאלה ופקדון ה"א שכתב וז"ל, חזרה הבהמה עצמה חוזרת לבעלי' היא וגזיזותי וולדותי, שאין השומר קונה שבח הבא מגופה אלא שבח הבא מאליו עכ"ל. ובחידושי אנשי שם על הרי"ף כאן ביאר בדעת התלמידי הרשב"א שנביא להלן כאן, שהרמב"ם אינו סובר כמשמעות דברי תוס' בסד"ה כגון וכו' שלפי המסקנא הכוונה היא שהוא קונה את הבהמה עצמה לגמרי (מעכשיו או סמוך לגניבתה), אלא הכוונה היא שהוא קונה פרה לכפילא, וכן הבאנו לעיל מהגר"ח בהל' מכירה, וכן מבואר בש"ך בסי' רצ"ה סקי"א.

והנה יש לומר שסברתו של הרמב"ם היא שנקטינן שהוא מקנה לו רק פרה לכפילא מהא דמשייר לעצמו גיזות וולדות. מיהו לכאורה אין דמיון לגיזות וולדות, כי בשביל הגיזות והולדות לא שילם (מיהו הש"ך סובר שלפי הראב"ד הרי הוא שפיר משלם אותם, הובא בהאות הבאה), משא"כ בשביל הבהמה עצמה הרי שילם, וא"כ אולי השומר שפיר מקבל את גוף הבהמה. ולכאורה יש לומר סברא אחרת, והיינו שאין הרמב"ם לומד כן מגיזות וולדות, אלא סבירא ל"י כן משום סברא עצמית שמסתמא הרי הוא רוצה לשייר לעצמו גם גוף הפרה ולמכור רק פרה לכפילא כי יותר

מזה אין נחוץ להקנאת הכפל. מיהו יש להקשות על זה דאם הוא מוכר רק מה שנחוץ להקנאת הכפל א"כ למה הוא מוכר גם שאר שבחא דמעלמא דהיינו יוקרא.

ולכאורה יש לומר סברא שלישית, והיינו שסברת הרמב"ם היא משום שמסתמא הרי הוא רוצה את גוף הפרה שכבר התרגל אלי'. מיהו לפ"ז למה לא הזכיר הרמב"ם בסיום דבריו שאין השומר קונה את גוף הפרה כמו שסיים שאין השומר קונה שבח הבא מגופו. וגם על הסברא הקודמת שכתבנו קשה דבר זה. ומזה ה' נראה כהסברא הראשונה שכתבנו שהוא לומד מגיזות וולדות ולכן סגי להזכיר גיזות וולדות.

והנה הכ"מ שם הביא בשם תלמידי הרשב"א מקור לדברי הרמב"ם מב"ק דף ק"ח ע"ב דאמרינן שם שאם השומר שילם להבעלים, והוכר הגנב, והבעלים תבעו את הגנב והודה לפניהם, ושוב תבע השומר את הגנב וכפר, ובאו עדים, א"כ יש כאן ספק אם ההודאה שהודה הגנב לפני הבעלים פוטרת אותו מכפל מדין מודה בקנס, דאם הבעלים חשיב בגדר בעל דין אז הגנב פטור, ואע"פ שהדר הביא השומר עדים אבל הלא קי"ל שמודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור, אבל אם אין הבעלים נחשבים בעל דין אז הגנב נשאר חייב כפל על פי העדים שהביא השומר ואין הודאתו בפני הבעלים פוטרת אותו. ולשון הגמ' שם היא "מי אמרינן מצי אמר ל"י שומר לבעלים אתון כיון דשקליתו לכו דמי אסתליקתו לכו מהכא, או דלמא מצי אמר ל"י כי היכי דאת עבדת לן מילתא, אנן נמי עבדינן לך, טרחינן בתר גנבא, שקלנא אנן דידן ושקלת

את דידך" והכוונה בשקלנא אנן דידן היא שהפרה עצמה חוזרת להבעלים.

והקשה החידושי אנשי שם על זה דלפי תלמידי הרשב"א מה הוא הצד לומר בב"ק שאין המפקיד נקרא בעל דין. ולא משמע לי' להחייב אנשי שם לפרש שמספקא לן הא גופא האם הפרה חוזרת להבעלים או לא, ושהרמב"ם פוסק שהפרה חוזרת לבעלים מספק כיון שהוא המרא קמא.

ועוד הקשה דלפי תלמידי הרשב"א מה היא קושייתו של רבי זירא בסוגיין, דהא כיון שאין גוף הפרה קנוי' לו אלא לכפל למה מקשה רבי זירא שיקבל גיזות וולדות (ודוחק לומר שרבי זירא בנה את קושייתו על הא דמקבל יוקרא, כלומר דמאי שנא יוקרא מגיזות וולדות, דזה דוחק דהא עדיין לא הוזכר יוקרא בתוך הסוגיא).

ועוד דלפי תלמידי הרשב"א היתה הגמ' בב"ק שם צריכה לומר בהצד השני בקיצור לשון ש"א או דלמא כיון דגוף הפרה חוזרת להבעלים לא הוי סילוק", ולמה הזכירה הגמ' כל הענין של עשיית טובה אהדדי.

ולכן הסיק החידושי אנשי שם שכוונת הגמ' בב"ק שם במה שאמרה "שקילנא" אנן דידן אינה להפרה, אלא להכסף שנתן השומר וז"ל, או דילמא מצי א"ל, ר"ל אף גם שאנחנו מסולקין מצד עצמינו, מ"מ מילתא דניחא לך עבדינא, טרחינן בתר גנבא, "שקלינא" אנן דידן, ר"ל כבר "שקלינא" מינך דידן, לפנים משורת הדין נתת לנו כפי' רש"י, ושקלת את דידך, ר"ל דניחא לן דשקלת את דידך מהגנב כשיוודה בפנינו, דאינהו לא ידעי שיביא שומר עדים והוי תביעתן תביעה עכ"ל, ור"ל שהמפקיד אומר שאע"פ שאינו מקבל את הפרה אבל

מכיון שעשית לי טובה הרגשתי שאני חייב לעשות לך טובה, וחשבתי שאני עושה לך טובה בזה שאני מוציא הודאה מהגנב, כי עי"ז הרי הוא מתחייב קרן, ולא ידעתי שיש לך עדים ושע"י ההודאה הריני מפסיד לך כפל. ובאמת שפיר יש מקום לומר שמה שמרגיש שחייב להחזיר לו טובה הרי זה מספיק כדי לעשותו בעל דין דוגמת מאי דאמרינן בב"ק דף ח' ע"ב דחשיב בעל דין כי לא ניחא לי' דליהוי לי' תרעומת עליו.

מיהו צ"ע על פירושו של האנשי שם דהא זה מיהא נשאר אמת שהרמב"ם סובר שהפרה עצמה חוזרת להבעלים וא"כ קשה מה הצד לומר שאינו נחשב בעל דין הלא הפרה עצמה חוזרת אליו. ועוד דהגמ' היתה צריכה לומר טעם זה.

מיהו י"ל שהחידושי אנשי שם עצמו סובר שטעמו של הרמב"ם למה הפרה חוזרת אליו אינה מפני שמכר לו רק פרה לכפילא, אלא לעולם המפקיד מכר את הפרה לחלוטין, רק דהוי כעושה תנאי שהוא מוכר רק על מנת שתחזיר לו את גוף הפרה לכשיחזירנה הגנב, וא"כ יוצא שאע"פ שהוא מקבל את גוף הפרה אבל זהו בדרך הקנאה חדשה שהשומר נותן לו, אבל אינו בעל דין על הפרה שהשומר צריך לקבל מהגנב.

מיהו אכתי צ"ע דבכל זאת למה לא אמרה הגמ' דהוי בעל דין משום שיש תנאי שהוא צריך לקבל את הפרה עצמה בדרך הקנאה חדשה, דכי זה אינה סיבה להחשיבו בעל דין כמו הסיבה שהוא מרגיש שהוא צריך לעשות להשומר טובה. ועכ"פ לפי הנ"ל מדויק לשונות

החידושי אנשי שם כי עיי"ש שהזכיר הקנאת "פרה לכפילא" רק כשהביא את פירושו של תלמידי הרשב"א, וגם דקדק לומר שלפי תלמידי הרשב"א הרי זה בגדר פרה לכפילא, דזה מראה שלפירושה דידי' שכתב להלן אין גדרו של הדבר "פרה לכפילא", וזהו כמו שביארנו שהוא עצמו סובר שמוכר כל הפרה אבל על תנאי.

ולפי פירושו לא קשה מה שהקשה על הקושיא שיקבל גם גיזות וולדות כי כיון שמוכר לו את גוף הפרה ולא רק פרה לכפילא שפיר יש להקשות שיקבל גם גיזות וולדות.

ובביאור מקורו של הרמב"ם כתב כמו הדרך הראשון שכתבנו לעיל שיצא לו להרמב"ם שהפרה עצמה חוזרת מתירושו של רבי זירא שתי' חוץ מגיזותי' וולדותי', כי כמו שיש אומדנא שאינו מקנה לו גיזות וולדות, הה"נ שיש אומדנא שהוא רוצה בחזרה את גוף הפרה יותר מכספים וכמו שהביא מלעיל בדף כ"ח (מיהו כבר הקשינו לעיל דלכאורה אין דמיון לוולדות).

ועי' עוד בש"ך בסי' רצ"ה סקי"א שכתב וז"ל, וקרוב לומר שגם הרמב"ם לא בא לומר שאף שהשומר רוצה את גוף הבהמה הרי הוא חייב להחזירה להבעלים, אלא משום דמיירי התם באומר הריני משלם ולא שילם, קאמר שאם חזרה הבהמה עצמה ולא טו"מ, הרי היא חוזרת עם גיזותי' וולדותי', שהרי לא שילם עדיין, ומסתמא אינו מקפיד על גוף הבהמה, רק על הדמים, ולכן נקט סירכא דלישנא חוזרת היא וגיזותי' וולדותי' ודו"ק עכ"ל.

ובאמת מלשון הרמב"ם להלן בה"ג מבואר שאין החפץ עצמו חוזר להבעלים שהרי כתב וז"ל, הפקיד ארבעה סאין אצל חבירו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו, ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע, ואח"כ נמצאו, והרי הן שוין ארבע סלעים, הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע עכ"ל. ולשון הרי הן של שומר מורה שהגוף אינו חוזר להבעלים וכהש"ך.

מיהו י"ל שרק התם אין החפץ עצמו חוזר כי התם איירי בנתייקרו וא"כ ע"י שיחזור הרי הבעלים יצטרכו להמציא כסף מזומן כדי לשלם להשומר עבור כל היוקר, וא"כ בזה נקטינן שנזח לו לא לקבל את גוף החפץ, משא"כ בה"א איירי שלא נתייקר, אלא שיש גיזות וולדות, וא"כ יצטרך להחזיר להשומר רק את הכסף שקיבל ממנו, וא"כ בכה"ג קים לן שנזח לו לקבל בחזרה את גוף הפרה.

מיהו אכתי הי' הרמב"ם בה"ג יכול לצייר את אותו הדין של יוקרא בבהמה, ולמה שינה לדבר אודות סאים של חטה וכדומה.

ולכאורה יש לחלק בדרך אחרת, והיינו דהתם אינו מקפיד על גוף החפץ כי לא הוי חפץ מסוים כמו פרה אלא סאים של חטים וכדומה שכולם שוים זה לזה.

מיהו צ"ע על דרך זה, כי גם בלא הציור של יוקרא הי' הרמב"ם בה"א צריך לומר שבכגון חטין אינו מחזיר את גוף החפץ.

ואולי ס"ל להרמב"ם שרק היכא שיש שני הדברים יחד, דהיינו שאינו מעוניין במיוחד בגוף החפץ, וכן יש יוקרא אשר בכה"ג יצטרך להמציא מזומנים בשביל

היורקא, רק בכה"ג הרי הוא מקנה את הגוף.

והנה לכאורה יש לדחות את ראיית התלמידי רשב"א מב"ק בדרך אחרת, והיינו דמאי דאיתא שהבעלים אומרים שקלנא אנן דידן הרי זה בתוך הצד שהגנב פטור מכפל משום דשפיר יש על הודאתו בפני הבעלים תורת מודה בקנס, ויש לפרש שהטעם למה הבעלים חשיב בגדר בעל דין אינו משום שהפרה חוזרת אליו אלא הרי זה משום שהוא מרגיש שצריך לחזור אחרי הפרה וכמו שהזכרנו כבר, ואדרבה רק לאחר שדבר זה גורם שהגנב פטור מכפל חל שהפרה עצמה חוזרת להבעלים והיינו משום ש"ל שמה שהבעלים מקנה את הפרה לגנב הרי זה רק היכא שיהי' באמת תשלומי כפל או שבחא דאתי מעלמא, דאז הרי הוא מקנה את גוף הפרה כדי שהשומר יקבל את הכפל או את השבח, ואז י"ל באמת שאין גוף הפרה חוזרת להבעלים, אבל התם בב"ק אזלינן בהצד דליכא כפל וכמו שביארנו וא"כ בכה"ג מסתבר לומר שאינו מקנה לו את גוף הפרה ומש"ה קאמר שקלינא אנן דידן, כלומר ולעולם קאי על גוף הפרה.

ועי' בנתיח"מ בסוף סי' רצ"ה שכתב בביאור הרמב"ם וז"ל, וכיון דעבד שמכרו רבו לקנס הוא בעיא דלא איפשטא, ואם נאמר דמהני מכירה לקנס נפל כל הפלפול שבש"ס שם, דאפשר לומר דלא מקנה לי' גוף הפרה כלל, וכיון שהוא איבעיא דלא איפשטא לא זכה בגוף הפרה, רק בכפל, דאוקי בהמה בחזקת מרא קמא והמוציא מחבירו עליו הראי' כנ"ל, והא דפסק

הרמב"ם דקנה היוקר י"ל דכוונתו כשנתייקר אחר ששילם וס"ל כשיטת הריטב"א שהבאתי לעיל עכ"ל.

(מ) שיטת הראב"ד בשבחא דאתי מעלמא, ודברי הש"ך ורעק"א.

א. מחלוקת הרמב"ם והראב"ד, ודברי הש"ך שגם הרמב"ם סובר באמת כהראב"ד.

עי' ברמב"ם בפ"ח מהל' שאלה ופקדון ה"ג שכתב וז"ל, כל הקונה הכפל קונה השבח הבא מאליו (לכאורה צ"ל "מעלמא" דהא גם גיזות באים מאליהם), כיצד, הפקיד ארבעה סאין אצל חבירו והרי הן שוין סלע ונגנבו או אבדו ואמר הריני משלם סלע ואיני נשבע ואח"כ נמצאו והרי הן שוין ארבע סלעים הרי הן של שומר ואינו משלם אלא סלע עכ"ל. וכתב הראב"ד וז"ל, א"א דוקא שבא השבח אחר ששילם או שאמר הריני משלם עכ"ל.

והנה הש"ך בסי' רצ"ה סק"ז הסיק שלעולם גם הרמב"ם סובר כהראב"ד. ולכאורה הרי זה כי הרמב"ם כתב שנמצאו והרי הם שוים ד', דמשמע שנתיקרו אחרי שאמר הריני משלם, כי אם ס"ל שהשומר מקבל גם את היוקר שנתיקרו קודם שאמר הריני משלם א"כ הי' הרמב"ם צריך להדגיש שנתיקר לפני שאמר הריני משלם. מיהו מצד שני למה כתב הרמב"ם שהשומר אמר הריני משלם סלע, דמה הוא ההו"א לומר שישלם יותר מזה אם עוד לא נתיקרו, וא"כ בע"כ צ"ל דאיירי הרמב"ם שנתיקרו קודם שאמר הריני משלם ובכל

זאת הרי הוא משלם רק סלע ודלא כהראב"ד. ברם יש לדחות שאדרכה הרמב"ם כתב כן כדי שנבין שהוא איירי שעוד לא נתיקרו.

ב. שני ביאורים בכוונת הראב"ד.

והנה יש שני דרכים איך להבין את שיטת הראב"ד. א', שהוא סובר שמדיני שמירה אין השומר חייב לשלם את היוקר שנתיקר עד שעת תשלומין אלא הרי הוא משלם את מה שהי' שוה בתחילה, ואינו מקבל את היוקר כי אין המפקיד מקנה לו את השבח שנשתבח לפני התשלומין. ב', שטעמו של הראב"ד הוא משום שבאמת מדיני שמירה חייב השומר לשלם את היוקר עד שעת התשלומין, ומש"ה אינו מרויח כלום מהיוקר ההוא, דאם כבר שילם בשבילו הרי שילם בשבילו, ואם לא שילם הרי הוא חוזר להבעלים.

ג. מ"מ כהדרך הראשון.

וע"ע במ"מ שהבין שכוונת הראב"ד היא להדרך הראשון שכתבנו, ומש"ה הקשה על הראב"ד דכיון שקונה את הפרה מעכשיו או סמוך לגניבתה א"כ למה לא יקנה השבח מההיא שעתא ולמה כתב הראב"ד שקונה רק את השבח שבא אחרי שאמר הריני משלם, דהא ליכא מאן דאמר שמאחר את הקנאת הפרה יותר מסמוך לגניבתה. וצידד לומר שהראב"ד סובר שלענין יוקר הרי הוא מקנה את הפרה רק משעה שאומר הריני משלם, ועד אז הרי הוא משייר אצלו זכות זאת של יוקר, ורק לענין כפל הרי הוא קונה משעת סמוך לגניבתה, אלא שכתב שזה דוחק, פי' כי מהיכן הוציא הראב"ד חילוק זה.

גם יש לעיין דהא גם אם אמר הריני משלם הרי הוא קונה את הכפל וא"כ למה לענין יוקר כתב הראב"ד משעה ששילם או אמר הריני משלם.

עוד כתב המ"מ שבהציוור שהשומר חייב את עצמו לשלם, וכגון שומר שכר שאמר נגנבה, א"כ בכה"ג הרי הוא צריך לשלם כשויותו בשעת הגניבה מצד החיוב תשלומין של שומרים, ומש"ה בכה"ג היוקר שמשעת ההפקדה עד שעת הגניבה שייך להמפקיד, אבל בשומר חנם שאמר נגנבה שהוא משלם לפנים משורת הדין הרי הוא משלם כשעת הזול ומש"ה הרי הוא קונה לו כל היוקר מעכשיו. ועיין בקצה"ח בסי' רצ"ה סק"ב שהביא את דבריו וביארם קצת.

ד. ש"ך כהדרך השני.

והנה הש"ך בסי' רצ"ה סק"ז הסכים עם הראב"ד, וביאר את כוונתו כהדרך השני שכתבנו דהיינו שצריך לשלם כשעת התביעה בב"ד, וכתב שגם ש"ח שטוען נגנבה ורוצה לשלם ולא ליטבע הרי הוא צריך לשלם כהיוקר של השעה שתובעו בב"ד, כי שמא אז פשע. מיהו לא הבנתי את דברי הש"ך למה הוא צריך לשלם כשעת תביעה בב"ד, הלא מן הסתם כבר תבע אותו חוץ לב"ד ואמר לו שנגנב, וא"כ ממ"נ, אם אמר אמת, א"כ ישלם כההיא שעתא שמא רק אז פשע, ואם שיקר ועוד לא נגנב, א"כ גם לפ"ז הרי הוא חייב כההיא שעתא מדין כופר בפקדון שנעשה עליו גזלן ומשלם כשעת הגזילה. ועוד דהראב"ד כתב כשעת הריני משלם או שעת תשלומין ולא כתב כשעת תביעה בב"ד.

ושוב המשיך הש"ך להקשות על עצמו, דלפי דבריו מה היא קושיית רבי זירא, הלא הדין נותן שלא יקבל את הגיזות והולדות של שעת הפקדון עד השעה שאומר הריני משלם. ותי' שהקושיא היא שאע"פ שלפי הראב"ד אינו מקבל את הגיזות והולדות בחנם אבל למה הם חוזרים להמפקיד (והשומר מקבל בחזרה את כספו ששילם) הלא הדין נותן שגוף הגיזות והולדות יהיו להשומר. ולכאורה הש"ך אזיל בזה כדרכו של החידושי אנשי שם שבתוך קושיית רבי זירא עוד לא ידענו שהפרה עצמה חוזרת להבעלים אלא חשבנו שהוא קונה גם את גוף הפרה, ומש"ה שפיר יש להקשות שא"כ יקנה גם את גוף הגיזות והולדות. א"נ שהש"ך אזיל לשיטתו בסקי"א שהוא סובר שגם הרמב"ם מודה שאין השומר חייב לוותר על גוף הפרה.

והקצה"ח בסי' רצ"ה סק"ב העיר איפכא על הש"ך, והיינו דלפי פירושו של הש"ך קשה התירוץ של נעשה כאומר חוץ, כי לפי הש"ך יוצא שהכוונה היא שאע"פ שהוא משלם עבור הגיזות והולדות אבל אינו מקבל את גופם, והרי לפי החולקים על הרמב"ם הרי הוא מקבל אפילו את הפרה עצמה כיון ששילם עבורה, ולפי הש"ך גם הם יסברו שהשומר משלם כשעת התביעה ושכוונת התירוץ של חוץ מגיזות וולדותיה היא שאינו מקבל את גוף הגיזות והולדות, וא"כ קשה כהנ"ל שהרי הם סוברים שאפילו את הבהמה עצמה הרי השומר מקבל. מיהו לכאורה יש ליישב את קושיית הקצה"ח דשאני הפרה עצמה שהוא מוכרח להקנותה, כי פרה לכפילא לא מהני לפי החולקים על הרמב"ם, וא"כ אם הוא

רוצה להקנות את הכפל הרי הוא מוכרח להקנות את גוף הפרה, אבל אינו מוכרח להקנות את הגיזות והולדות. מיהו באמת גם לענין הכפל יש דרך אחרת, שהרי הוא יכול להקנות את גוף הפרה על מנת שיחזירנה אם תחזור מהגנב, ואם אינו מתנה כך, חזינן שאינו מקפיד דוקא על גוף הפרה, וא"כ הה"נ לגיזות וולדות.

ה. קצה"ח בסי' רצ"ה סק"ב כהדרך הראשון.

והנה הקצה"ח שם הסיק לבאר דעת הראב"ד בדרך שונה מהש"ך, והיינו דפי' כהדרך הראשון שכתבנו שכוונת הראב"ד אינה שהוא משלם כשויתה בשעת התשלומין אלא לעולם הרי הוא משלם כבתחילה רק שהראב"ד סובר שהמפקיד מקנה לו רק את היוקר שנתיקרה לאחר התשלומין, דעיי"ש שכתב דס"ל להראב"ד כהדרך שכתב הריטב"א להלן בסוגיא דכיפי, שבאמת יוקר חשיב שבחא דמגופה, ואע"ג דאמרינן ששבחא דמעלמא מקני לי' אבל שבחא דמגופה לא מקני לי', אבל הרי זה איירי רק על לפני ששילם, אבל שבח שבא לאחר ששילם הרי הוא שפיר מקנה לו אע"ג דאתי מגופה, ומש"ה יוקרא שבא לאחר ששילם הרי הוא של השומר, וה"ה לגיזות וולדות שיבואו לאחר ששילם (מיהו בזה שונה הריטב"א מהראב"ד, דהריטב"א תלה את הדבר בשילם ממש, ודלא כהראב"ד שנסתפק לומר דסגי באומר הריני משלם).

ולפי ביאורו של הקצה"ח עצמו בהראב"ד לא קשה קושייתו על ביאורו של הש"ך, כי לפי ביאורו שהשומר חייב לשלם

כשעת תחילת השמירה א"כ קושיית הגמ' היא שיקבל את הגיזות וולדות בלי ששילם עבורם, והתירוץ הוא שנעשה כאומר חוץ מגיזותי וולדותי, וא"כ אכתי יכול להיות שהפרה שהשומר שילם עבורה אינה חוזרת להמפקיד.

ו. ביאור דברי הקצה"ח שיוקר חשיב שבח שמגופה.

ויש להסביר שהנידון הנ"ל אם יוקר חשיב שבחא דאתי מעלמא תלוי במה הוא הגדר של שבח הבא מגופה, דאם נאמר שהגדר של שבח הבא מגופה הוא שהסיבה למה השבח בא הרי הוא גוף הבהמה א"כ רק גיזות וולדות חשיבי שבח דגופה ולא יוקר, שהרי אין סיבה בגופה להוליד יוקרא, אבל אם נאמר ששבחא דמגופה פירושו הוא שהשבח מונח בתוך גופה, א"כ גם יוקר חשיב שבחא דגופה שהרי הוא מונח בגופא משא"כ כפל.

ז. בענין אם כפל מיקרי שבח שבא קודם שעת תשלומין או לאחר שעת תשלומין.

והנה אם יוקר נחשב שבחא דמגופה, וגם שבחא דמגופה הרי הוא מקבל אם הוא בא אחרי שאמר הריני משלם, א"כ בע"כ צ"ל שכפל שהוא שבחא דאתי מעלמא חשיב שבח שבא לפני שאמר הריני משלם, שהרי רק אז יש חילוק בין שבחא דאתי מעלמא לשבחא דאתי מגופה, וא"כ אם כפל הוא שבחא שבא לאחר ששילם איך אמרינן שהשומר מקבל את הכפל משום דאתי מעלמא ואינו מקבל גיזות וולדות משום דאתי מגופה, הלא אפילו

גיזות וולדות הרי הוא מקבל כשהם באים לאחר תשלומין כמו הכפל, וא"כ בע"כ צ"ל שכפל מיקרי שבח שבא קודם תשלומין ולכן שפיר הקשה הגמ' שאם הוא מקבל את הכפל יקבל גם גיזות וולדות, ומחלקים בין מגופה ומעלמא, והכל לפני תשלומין.

והא דחשיב כפל דבר הבא קודם תשלומין י"ל שזה משום שהוא נגרם מהגניבה, ועוד שיש אומרים שהגנב מתחייב בהקנס של כפל בשעת הגניבה ולא בעינן גמר דין אלא לברר את חיובו. אבל אם יוקר נחשב שבחא דמגופה, ושבחא דמגופה אינו מקבל אפילו אם אתי לאחר שאמר הריני משלם, א"כ אז י"ל שכפל חשיב שבח שבא לאחר שאמר הריני משלם, ושפיר מחלקים שכפל מקבל אבל לא גיזות וולדות אע"פ שבאו אחרי שאמר הריני משלם.

ח. דברי הקצה"ח בסק"ג.

וע"ע בסק"ג שכתב הקצה"ח בביאור הריטב"א והראב"ד וז"ל, ואע"ג דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו וכיון דלא קנה קודם הגניבה היכי קנה אחר שנגנב דכבר אינו ברשותו, משום דגוף הפרה קונה למפרע משעת משיכה או סמוך לגניבה, אלא דשבחא דמגופא לא אקני, היינו ששייר לעצמו גוף הפרה לשבחא דמגופא, ולא שייר לעצמו אלא עד התשלומין, וא"כ אחר ששילם ממילא של השומר הוא כיון דכבר קנה הפרה בעודו ברשותו, והו"ל כאומר קנה הגוף מהיום ופירי לאחר שלשים דאע"ג דנגנב קודם שלשים כבר קנה בעודו ברשותו עכ"ל.

ט. בענין היכא שהשומר הוא מודה במקצת לענין כמה נתיקרה (לפי הש"ך שהשומר משלם את היוקר).

והנה יש לעיין לפי הש"ך שהשומר משלם את היוקר מה יהי אם יש טענה והודאה במקצת ביניהם לענין כמה נתיקרה, והמפקיד טוען שנתיקרה מאה והשומר טוען שנתיקרה רק חמשים, ונשבע על זה שבועת מודה במקצת, ושוב שילם את החמשים שהודאה בהם, ולא רצה לישבע שנגנב ושהוא פטור, או ששילם משום שהודאה שנגנבה בפשיעה, האם המפקיד מקנה את הכפל בכה"ג כי לא נשבע שבועת השומרים אלא שילם, או האם אינו מקנה את הכפל כיון שנשבע מיהא שבועת מודה במקצת.

איברא, יתכן שבהציור הנ"ל שכתבנו ליכא שבועת מודה במקצת כי יש לו מיגו שהי' יכול לפטור את עצמו על כל התביעה ע"י שישבע שנגנבה, ויש אריכות בזה בעניני כללי מיגו ואכמ"ל בזה.

והנה כבר הבאנו שהש"ך בסק"ז סובר כהראב"ד שהוא צריך לשלם כשעת היוקר, ושכתב שהיינו משום שאולי באותה שעה נגנבה או פשע. ובהגהות רעק"א בשו"ע שם על הש"ך ר"ל דלא כהש"ך אלא ששומר חנם שאומר שנגנב ורוצה לשלם, א"נ שאומר שפשע, הרי הוא יכול לשלם

כשעת הזול ואינו צריך לישבע על דבר זה כי שבועת שומרים היא רק שנגנבה אבל לא על כמה הי' שוה בשעת הגניבה (וכתב שזהו דוגמת דברי תוס' בדף צ"ז ע"ב בד"ה השוכר עיי"ש), וא"כ לענין זה הרי הוא ככל כופר הכל שאינו נשבע ואינו משלם.

וכן כתב הקצה"ח שם בסק"ב וז"ל, וא"כ השומר שטען שנגנב בשעת הזול אין משביעין אותו לומר שמא פשע כשעת היוקר כיון דאין זה משבועת שומרים, אלא בדבר שאינו מצוי בשוק דצריך לישבע בנקיטת חפץ שמא עיניו נתן מגלגלין נמי כמה הי' שוה, אבל היכא שאינו נשבע שבועה זו, כגון במאמינו או בדבר המצוי בשוק, אין צריך לשלם כשעת התביעה, אלא אם טוען שומר שכך וכך הי' שוה בשעת הפשיעה, ישלם כדבריו עכ"ל*).

מיהו לא הבנתי דבריהם למה אינו חייב שבועת מודה במקצת, דהא אפילו אם הוא כופר ואומר שלא נתיקר שום יוקר כלל, אבל הרי הוא מודה לו על הסכום הבסיסי וכופר לו על היוקר. מיהו י"ל בפשיטות משום שהמפקיד הוא שמא כי הוא טוען רק ששמא נגנבה בשעת היוקר.

עוד כתב רעק"א שאפילו אם השומר טוען רק טענת שמא, דהיינו שמא נגנבה

ודברים [הוא] מתי נגנב הפקדון, וזה אנו יודעים ודאי שאם נגנב בזמן מאוחר הי' שוה יותר, וא"כ אם רוצה לפטור את עצמו ולומר שנגנב קודם הרי צריך לישבע על זה, דעל טענת גניבה הרי צריך לישבע, וא"כ לא מהני מה שרוצה לשלם כמה הי' שוה בזמן המוקדם כל זמן שאינו מברר או נשבע שנגנב באותו זמן וכו' עכ"ל.

* ועי' באבן האזל בפ"ח מהל' שאלה ופקדון שר"ל דלא כדבריהם אלא שהחיוב לישבע שבועת השומרים כולל גם דבר זה וז"ל, אכן לדעתי נראה דאינו פשוט כל כך כדבריהם, ובודאי יש כאן שבועת השומרים, ולא דמי למחולקים כמה הי' שוה הפקדון בשעת הגניבה, דזהו כשמחולקים בשומת הפקדון, אבל כאן הדין

כשעת הזול, אינו צריך לשלם כשעת היוקר.

י. דברי רעק"א שאפילו אם משלם כשעת הזול אבל אכתי י"ל כהראב"ד שאינו קונה את היוקר שנתיקר עד שעת התביעה.

ושוב כתב רעק"א שם, וכ"כ הנתיחה"מ בסק"ב, שאע"פ שהוא משלם כשעת הזול, אבל אעפ"כ יתכן לומר כדברי הש"ך ששומר חנם שאומר נגנבה ורוצה לשלם ולא ליטעו אינו קונה את היוקר שהוקר עד הגניבה היכא שהחפץ נמצא אח"כ, והיינו משום שהבעלים יכולים לטעון שמא באמת נאבד ממך בשעת היוקר, והי' עליך חיוב תשלומין גם על היוקר, וממילא אין היוקר שלך, ולענין לקנות את היוקר ולהוציא מחמ"ק אין השומר נאמן עכ"ד. מיהו לא הבנתי דבריהם למה כתבו שאינו קונה את היוקר הלא בודאי מכר לו היוקרא, רק שיש ספק אם השומר חייב מדיני שומרים לשלם עבורו. ועוד קשה למה יש לו להבעלים חמ"ק על היוקר, הלא הנידון הוא אם היוקר שייך להשומר מתחילת הוויתו. וביותר היו רעק"א והנתיחה"מ צריכים לפרש שאין רצון אצל הבעלים להקנות לו יוקר שאולי הי' חייב לשלם אותו. ועכ"פ רעק"א כתב דבריו בדרך עצמאי, אבל מהנתיחה"מ משמע שרוצה לפרש כן את כוונת הש"ך.

יא. בענין מהות "יוקר", והאם שייך עליו חזקת מרא קמא.

והנה יש לדון על מה שכתבנו שלא

שייך חמ"ק על יוקר, דהנה אנחנו נקטנו בקושיא זו שהיוקר הוא כדבר מופשט מהבהמה, ונכס חדש שמונח בתוך הבהמה, ולכן כתבנו שלא שייך על זה חמ"ק. מיהו אולי אין זו הסתכלות נכונה, אלא היוקר הוא הוא גוף הבהמה, רק ששונה יותר, אבל אינו נחשב נכס חדש, וממילא שפיר הוי בכלל החמ"ק על הבהמה.

ועי' בקצה"ח בסי' ל"ד סק"ג שהוכיח כשיטתו שגונב מן הגנב אינו מתחייב אפילו באונסין מהא דאם מעיקרא שוה זו והשתא שוה ד' זוזים ואיתבר ממילא חייב הגנב רק זוז, דחזינן שלא אמרינן שנעשה גנב ע"י קנין חצר על הג' זוז הנוספים, ובע"כ צ"ל דהיינו משום שאין כאן וגונב מבית האיש אלא יש גניבה שני' מרשות הגנב, ומבואר מדברי הקצה"ח ששייך קנין חצר על הג' זוז אע"פ שכבר עשה קנין גניבה על גוף החפץ, וא"כ חזינן דס"ל דשייך קנין חצר על שוויות בלי גוף.

ברם מדברי רעק"א בב"ק דף ס"ו ע"א על תוס' בתחילת ד"ה גופא מוכח דס"ל שלא שייך קנין חצר בכה"ג, שהרי כתב שאם הי' שוה זוז ואח"כ ד' זוז אין חידוש בהדין שאם איתבר ממילא הרי הוא משלם כשעת הגניבה עיי"ש.

ולכאורה י"ל דפליגי בהנ"ל, דהיינו באיך להסתכל על יוקרא, דהקצה"ח סובר דהוי כדבר חדש שלא הי' כאן קודם, וכאילו הכלי גידל עוד חלק, ולכן שייך לקנותו בחצר, אבל רעק"א מסתכל עליו כאותו גוף שהי' כאן קודם, רק שעכשיו הרי הוא שוה יותר, ולכן לא שייך על זה בנפרד קנין חצר. ואתי רעק"א לשיטתו כאן.

יב. דברי רעק"א שבהציוור הנ"ל אינו קונה אפילו את היוקר שנתיקר אחרי התביעה.

ושבו כתב רעק"א עוד, שאם שילם השומר כשעת הזול לא יקבל אפילו את היוקר שלאחר התביעה כי הבעלים יכולים לטעון שמא חייב הוא כשעת היוקר אשר לפ"ז הרי הוא בגדר שילם מחצה ממה שהוא חייב לשלם, דאינו קונה את הכפל ושבחא דמעלמא, ואפילו אם השומר טוען ברי והמפקיד טוען שמא, אבל יש להמפקיד חמ"ק על הפרה, שהרי דנין אם הקנה לו הפרה או לא, והרי לא מהני ברי ושמא להוציא מחמ"ק לפי שיטת הרמב"ן.

מא) תנן שילם ולא רצה לישבע, שילם אין, לא שילם לא.

צ"ע איך שייך להקשות כן על רבי יוחנן, הלא רבי יוחנן עצמו קאי על המשנה ואמר שהמלה "שילם" בהמשנה היא לאו דוקא, ולא שילם שילם ממש וכו'.

וי"ל דכשאמר רבי יוחנן את המלים "לא שילם שילם ממש", לא נתכוין להמשנה, אלא נתכוין לההלכה המרווחת שאם שילם השומר הרי הוא קונה את הכפל, דעל זה אמר שאין צריכים שילם ממש, אבל לא נתכוין רבי יוחנן להתיחס ללשון המשנה.

שו"ר בריטב"א בהחידושים החדשים שכתב ז"ל, ואע"ג דרבי יוחנן על מתניתין אמרה, אנן בעינן לומר דלישנא דמתניתין לא דאיך הכי, וכיוצא בזה יש בתלמוד עכ"ל.

מב) אלא מהא ליכא למישמע מיני'.

עי' בתוס' שהקשו שנגיד "נעשה" כמו דאמרינן בקידושין דף ה'. ותירצו דשפיר הוי "שילם" ברישא דוקא כי המשנה איירי בהציוור של נשבע ושילם וכמו שהביאו מבבא קמא, ולפ"ז שילם בהרישא הוא דוקא, דהנה אביי שם סובר שבנשבע ושילם אינו קונה את הכפל, והוא מדייק כן מהרישא דמשמע שדוקא אם שילם ולא רצה לישבע הרי הוא קונה את הכפל, אבל אם שילם לאחר שנשבע אינו קונה את הכפל, ולא רק אם אחרי שנשבע אמר הריני משלם אינו קונה את הכפל, אלא אפילו אם שילם ממש אינו קונה את הכפל, ורבא שם סובר שנשבע ושילם שפיר קונה את הכפל והוא מדייק את דינו מהסיפא דקתני שנשבע ולא רצה לשלם אינו מקבל את הכפל, ומשמע שאם נשבע ושוב רצה לשלם הרי הוא שפיר קונה את הכפל, אלא שמהרישא משמע שאינו קונה, שהרי קתני שאם שילם ולא רצה לישבע הרי הוא קונה את הכפל ומשמע שאם שפיר נשבע אינו קונה אפילו אם שילם וכמו שמדייק אביי, ותי' רבא שכוונת הרישא היא ששילם ולא רצה לעמוד בשבועתו שנשבע קודם אלא שילם אע"פ שכבר נשבע ונפטר, וגם לפי רבא יוצא שהדיוקא דרישא הוא דוקא וכמו שכתבו תוס' דקאי על נשבע ושילם והיכא שנשבע צריכים שילם ממש. ומעתה לא קשה מהסיפא כי אמרינן באמת "נעשה", דהיינו שכל שלא שילם ממש אחרי שנשבע הרי זה נעשה כנשבע ולא רצה בכלל לשלם.

מיהו צ"ע דהא כל זה הוא דלא כגוף

דברי רבי יוחנן כאן שאמר ששילם הוא לאו דוקא. וגם על המקשן כאן קשה דהא בודאי הרישא הוא דוקא כי איירי בנשבע ושילם בין לאביי ובין לרבא.

ועי' במהר"ם שיף כאן בדבריו על הגמ' שהקשה כן, וכנראה רוצה לתרץ שאה"נ הגמ' היתה יכולה לומר שכך הוא האמת, רק שרצתה לומר שאפילו אם תאמר שנקט התנא שילם כדי לומר שתמיד בעינין שילם ממש (ולא בשביל הציור של נשבע ושילם) ולהקשות על רבי יוחנן, א"כ אדרבה הרי יש להביא ראיה לרבי יוחנן מהסיפא, אבל באמת גם הגמ' מודה שהמשנה איירי בנשבע ושילם.

מיהו אכתי קשה על רבי יוחנן עצמו איך נקט שבהרישא לא שילם שילם ממש, הלא בודאי שילם הוא ממש כי איירי בנשבע ושילם. וצ"ל כהדרך שכתבתי בהאות הקודמת שרבי יוחנן עצמו לא נתכוין לפרש את המשנה, כי המשנה איירי בנשבע ושילם.

והנה כבר הבאנו את הגמ' בב"ק שאביי מדייק מהרישא, ואתי הרישא למימר שאם נשבע אז אפילו שילם לא מהני, ועוד אמרינן שם שאת הסיפא הרי הוא מפרש שכוונה היא שאם נשבע ולא רצה לשלם לפני שנשבע אינו קונה את הכפל כי רק אם שילם לפני שנשבע הרי הוא קונה את הכפל. ולפ"ז מכיון ש"ולא רצה לשלם" בהסיפא קאי על לפני שנשבע א"כ שפיר אפשר לדייק מהסיפא כדינו של רבי יוחנן, והיינו שנשבע ולא רצה לשלם קודם שבועה אינו קונה את הכפל אבל אם רצה לשלם קודם שבועה הרי זה מועיל אע"פ שלא שילם ממש. ולפ"ז יוצא שלפי אביי

בין הרישא ובין הסיפא הם דוקא, דבהרישא שילם הוא דוקא כי אתי לארוי שלאחר שנשבע אפילו שילם ממש לא מהני, וגם הסיפא הוא דוקא כי "ולא רצה לשלם" איירי לפני שבועה ואז סגי אפילו אם רק אמר הריני משלם.

מיהו אכתי צ"ע על דברי תוס' שבאמת הסוגיא הכא נחתא להבנה שהמשנה איירי בנשבע ושילם, דהא מלהלן בגמ' כאן לא נראה כן, שהרי אמרינן דמי אלימא ממתניתין דמוקמינן (שילם) באמר, והרי לפי אביי ורבא בב"ק לא איירי באמר, ולכאורה אין דברי תוס' מובנים, וצ"ע.

ולכאורה צ"ל דלא כתוס' אלא שהגמ' כאן סוברת שהמשנה לא איירי כלל בנשבע ושילם, אלא איירי בלא נשבע ושיש באמת סתירה בין הבבות בנוגע לאמר בתחילה הריני משלם, ושמהא ליכא למישמע מיני, ולפ"ז י"ל שרבי יוחנן סובר את דינו מצד הסברא, ואינו מדייק כן מהמשנה, כי מהמשנה ליכא למישמע כי יש דיוקים סותרים וכהנ"ל, אלא סבירא לי' לרבי יוחנן כן מצד הסברא, רק שלאחר שהוא סובר כן מצד הסברא, א"כ זה גופא גורם לו לומר שהסיפא הוא דוקא ושהדיוקא דרישא הוא לאו דוקא אלא הה"נ דסגי באמר, ולכן קאמר בנוגע להרישא שלא שילם שילם ממש וכו'.

מיהו לפ"ז אכתי קשה קושיית תוס' דהא מצד מבנה המשנה היינו צריכים לומר "נעשה".

מיהו י"ל ב' טעמים למה לא לומר כאן "נעשה", א', דשייך לומר "נעשה" רק בכגון ההיא דקידושין דתניא בהסיפא שנתנה היא ואמרה היא לא מהני ואילו

לגביו, הרי זה נשאר בגדר ספק, וזה"ל שם, נתן הוא ואמר הוא מקודשת, נתנה היא ואמרה היא אינה מקודשת, נתן הוא ואמרה היא ספיקא היא וחיישינן מדרבנן, וכן הוא גם כן, דמאחר שמהא ליכא למישמע מיניי. הדבר נשאר ספק. מיהו צ"ע למה לא אמר התירוץ השני שם כהלשון כאן ש"מהא ליכא למישמע מיניי", וכן למה לא אמרה הגמ' כאן אמר הריני משלם ספיקא הוא כמו שאמרה שם. ונראה שמהלשון של "מהא ליכא למישמע מיניי" משמע שהתנא עצמו לא נחית בכלל לדיוקא, ואילו מהגמ' שם משמע שגוף כוונת התנא היתה לרמוז שהדבר הוא ספק אצלו, ואין הכוונה שם שמהא ליכא למישמע מיניי ושמיילא אצלינו נשאר הדבר בגדר ספק אלא הכוונה היא שלהתנא עצמו הי' ספק.

וע"ע בדו"ח לרעק"א על התוס' הנ"ל כאן.

מג) עוד בענין הנ"ל.

והנה עיין בלשון הרא"ש בסי' א' כאן שכתב וז"ל, ודוקא נשבע ולא רצה לשלם, אבל אם רצה לשלם, אע"פ שכבר נשבע, הכפל למי שהפקדון אצלו, ורישא דקתני שילם ולא רצה לישבע הכי מפרשא, לא רצה לעמוד בשבועתו, והכי מפרש לה בהגוזל קמא עכ"ל. ומשמע מלשון הרא"ש שגם אם כבר נשבע בכל זאת סגי ברצה לשלם ולא בעינן שילם ממש ודלא כתוס'. ברם עי' בקיצור פסקי הרא"ש שכתב וז"ל, נשבע ולא רצה לשלם הכפל לבעלים, אבל שילם אותו אחר שנשבע, הכפל לנפקד עכ"ל. הרי להדיא שהבין שהרא"ש אינו חולק על תוס', אלא הרי הוא מסכים שרבא

בהרישא תניא שנתן הוא ואמר הוא שפיר מהני, ועל זה אמרינן שאם יש כאן פחות מנתן הוא ואמר הוא, דהיינו אם נתן הוא ואמרה היא, הרי זה כמו נתנה היא ואמרה היא בהסיפא. אבל נראה שאם הי' תניא בהסיפא אמרה היא "ולא נתן הוא" דאינה מקודשת, אז לא הי' שייך לומר נעשה, כי אז הרי מבואר להדיא מהסיפא שאם שפיר נתן הוא הרי היא שפיר מקודשת אע"פ שאמרה היא, ויש כאן באמת סתירה, והרי כך הוא אצלינו, והיינו דנתן בהסיפא שנשבע ולא רצה לשלם אינו מקבל את הכפל והרי זה כאומר להדיא שאם רצה לשלם הרי הוא שפיר מקבל את הכפל. ואם הי' נתן בהסיפא רק שנשבע אינו מקבל את הכפל אז הי' שייך לומר נעשה, דהיינו שאם רק רצה לשלם הרי זה נעשה כנשבע, אבל השתא דנתן נשבע ולא רצה לשלם הרי זה כאומר בפירוש שאם שפיר רצה לשלם הרי הוא שפיר מקבל את הכפל.

ב', דהתם אמרינן נעשה כי אי אפשר לומר בהרישא של "נתן הוא ואמר הוא" ש"אמר הוא" זה לאו דוקא, כי סו"ס תני "אמר הוא" דמשמע שצריכים דוקא אמר הוא, כי אם אמרה היא מהני למה קתני אמר הוא הלא הלא הציור של אמר הוא אינו יותר פשוט או יותר מקורי מהציור של אמרה היא, אבל הכא י"ל דקתני שילם כי זהו באמת הציור המקורי והציור הפשוט דהיינו שגם שילם ולא רק אמר, אבל אה"נ ה"ה דסגי באמר הריני משלם.

והנה בקידושין שם, אחרי שתירצו "נעשה", תירצו עוד תירוץ, והיינו שהציור של אמרה היא, אשר יש דיוקים סותרים

קאמר רק אם שילם ממש. מיהו המהר"ם שיף הבין שהרא"ש סובר שאפילו אם אמר הריני משלם הרי הוא קונה את הכפל. וכן כתב רעק"א בשו"ע בסי' רצ"ה סעיף ב' שמבואר בהדיא בהרא"ש. והיינו לכאורה משום שהרא"ש לא הדגיש שצריכים דוקא שילם אלא העתיק את המשמעות של דיוקן של רבא מהסיפא שמשמע שסגי ברצה לשלם, ואע"פ שהביא גם איך שרבא מפרש את הרישא, דהיינו שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו, אבל הרא"ש בדבריו שם לא כתב "ששילם" ולא רצה לעמוד בשבועתו אלא סתם וכתב רק "לא רצה לעמוד בשבועתו".

ומהא דאיתא בב"ק שם נשבע "ושילם" אין ראי' שרבא קאמר רק בשילם כי י"ל שנקט שילם לרבותא דאביי דהיינו שאפילו בכה"ג ס"ל לאביי שאינו קונה.

מיהו המהר"ם שיף העיר שהגמ' בב"ק בתוך ה"רבא מדייק מסיפא" נקטה להדיא שאחרי שנשבע הרי אנו צריכים שילם ממש, שהרי אמרה הגמ' שם להדיא שנשבע ולא רצה לשלם אינו קונה את הכפל "הא שילם" קונה דמשמע דבעינן שילם ממש.

ועוד כתב שלעולם בדעת רבא, אשר לפי תוס' שילם דרישא דוקא הוא, יש לפרש את מה שמבואר בהסיפא שאם נשבע ורצה לשלם הרי הוא קונה את הכפל, הכוונה היא שרצה לשלם וגם שילם, ונסתייע שבע"כ צ"ל שאפשר לפרש כן, דהא חזינן הכי מאביי, כי בהרישא איתא שילם ולא רצה לישבע קונה את הכפל, ומשמע שאם רצה לישבע אינו קונה את הכפל אפילו אם לבסוף לא נשבע אלא

שילם, והרי גם אביי מודה שאם רק רצה לישבע אבל לבסוף לא נשבע אלא שילם הרי הוא שפיר קונה את הכפל דהא אמרינן להלן שפשיטא שאם אמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם הרי הוא קונה את הכפל, וא"כ בע"כ צריכים לפרש את כוונת הרישא כך, דשילם ולא רצה לישבע, אבל אם רצה לישבע, כלומר בצירוף שגם נשבע, וא"כ גם בהסיפא יש לפרש נשבע ולא רצה לשלם אבל אם רצה וגם שילם הרי הוא קונה את הכפל.

והנה רעק"א בשו"ע בסי' רצ"ה על הש"ך בסק"ה כתב שהטעם למה הרא"ש יכול לחלוק על תוס' הרי זה בגלל דבריו להלן שם שכתב על פי דברי הרי"ף דהא דמהני הריני משלם הרי זה רק היכא שנשבע שאינו ברשותו, אבל היכא שלא נשבע אז צריכים שילם ממש. וביאר הרא"ש כי המפקיד אינו סומך עליו שאינו ברשותו ולכן אינו רוצה להקנות לו את הכפל אם רק אומר הריני משלם, אבל אם השומר משלם ממש אז המפקיד סומך עליו (רק שצ"ל שבכל זאת אינו מוחל את השבועה כי הרי השומר חייב עוד לישבע, והיינו משום שהוא חושב אם חז"ל עוד חושדים אותו אז מאי איכפת לי אם ישבע, אבל הוא עצמו אינו חושדו ולכן הרי הוא מקנה לו את הכפל), ומעתה לפ"ז י"ל שנקטו בהרישא שילם כי איירי שלא נשבע שאינו ברשותו, ולכן היכא שלא רצה לעמוד בשבועתו שנשבע שלא פשע, הרי הוא צריך לשלם ממש כיון שלא נשבע שאינו ברשותו.

וז"ל רעק"א שם, נ"ב דייקי כן מלישנא שילם ולא רצה לישבע דמשמע שילם

דוקא, ולזה פירשו דלא רצה לעמוד בשבועה דבזה שילם דוקא, אבל ברא"ש מבואר בהדיא דאף בנשבע סגי באומר אח"כ הריני משלם, וי"ל דהרא"ש לטעמי' אזיל דסובר דבאמירה בעי שישבע תחילה שבועה שאינו ברשותו. א"כ י"ל דלהכי תני שילם ולא רצה לישבע, שלא רצה לישבע כלל אף שאינו ברשותו. בזה בעינן שילם ממש, אבל באמר בעינן שישבע תחילה שאינו ברשותו עכ"ל. והנה רעק"א כתב את הדברים על שילם ולא רצה לישבע אבל צ"ל שכוונתו היא לומר כן גם על שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו וכמו שכתבנו, דהא על זה הוא דן שם.

ועי' בפ"י שהקשה בדרך קושיא על סוגיא דידן מאי מקשינן על רבי יוחנן מהרישא נימא שקתני שילם ממש כי לא נשבע אפילו שאינו ברשותו, ועיי"ש בתירוצו.

ועי' בדרישה בסי' רצ"ה סק"ג.

מד) אמר רב פפא שומר חנם כיון שאמר פשעתי וכו' שומר שכר כיון שאמר נגנבה וכו'.

בענין למה הוצרך רב פפא לומר את דינו גם בשומר חנם וגם בשומר שכר.

יש לעיין למה הוצרך רב פפא לפרט שומר שכר אחרי שכבר אמר בנוגע לש"ח את העקרון שהמפקיד מקנה את הכפל גם בטענת חיוב. וי"ל שרצה להשמיענו שגם בשומר שכר אמרינן דאי בעי אמר נאנסה כי אע"פ שהוא פחות שכיח מגניבה ואבידה אבל הרי הוא שפיר קצת שכיח ולא הוי כמתה מחמת מלאכה.

מיהו לפ"ז הי' יכול לומר את דינו רק בשומר שכר והוי ידעינן כן גם בשומר חנם, ויש ליישב.

והנה הש"ך בסי' קכ"א סקס"א כתב דלא כהנ"ל אלא שנאנסה שכיחא במדה שוה לגניבה ואבידה, וכתב שכן משמע בריש פרק המפקיד. וביאר רעק"א כאן שכוונתו היא משום שאם נאנסה שכיח פחות מגניבה ואבידה, א"כ אכתי נימא שרצה לומר רק גניבה ואבידה ולא רצה לומר נאנסה כי נאנסה לא שכיח וכמו דאמרינן לענין מתה מחמת מלאכה.

מיהו רעק"א שם דחה את ראייתו של הש"ך כי הוכיח שם שנאנסה שכיחא יותר ממתה מחמת מלאכה וא"כ אפילו אם היא שכיחא פחות מגניבה ואבידה אבל אכתי אולי הי' מוכן לטעון גם נאנסה אע"פ שהוא פחות שכיחא מגניבה ואבידה ואין ראי' ממה שאינו רוצה לטעון מתה מחמת מלאכה, והוכיח שם כהנ"ל שנאנסה היא יותר שכיחא ממתה מחמת מלאכה על ידי שחידש שאם אמר השואל שמתה מחמת מלאכה והוא רוצה לשלם בכל זאת אם אח"כ נמצא שנגנב אינו קונה את הכפל, כי לא היתה לו ברירה אלא הי' מוכרח לשלם, כי אינו רוצה לטעון מתה מחמת מלאכה בלי לשלם כי מתה מחמת מלאכה לא שכיחא וא"כ הרי הוא חושש לפטור את עצמו בטענה שאינה שכיחא, ואע"פ שגם עכשיו הרי הוא טוען מתה מחמת מלאכה, אבל נראה פשוט שהיכא שהוא משלם לא איכפת לי' לטעון מתה מחמת מלאכה אע"פ שאינה שכיחא שהרי הוא משלם, ורק לפטור את עצמו עם טענה שאינה שכיחא אינו רוצה, וא"כ יוצא

שהיכא שהוא אומר מתה מחמת מלאכה ומשלם, אע"פ שרואים שהוא מוכן לטעון מתה מחמת מלאכה, אבל בכל זאת אין לו מיגו שהי' יכול לטעון כן בלי לשלם, ולכן אינו קונה את הכפל, ומעתה גם אם נאמר כהש"ך שנאנסה וגניבה ואבידה שוים בנוגע למדת השכיחות, אכתי קשה למה אם הוא אומר נגנבה ומשלם הרי הוא קונה את הכפל מחמת שהי' יכול לומר נאנסה ולהפטר, הלא עכשיו שהוא טוען נגנבה, נהי שאינו שכיח, אבל לא איכפת לו בזה כיון שהוא משלם, אבל אינו רוצה לטעון נאנסה שהיא טענת פטור שאינה שכיחא כמו דאמר רב פפא שאינו רוצה לטעון מתה מחמת מלאכה, ובעל כרחך צ"ל שנאנסה נחשבת טענה יותר שכיחא ממתה מחמת מלאכה, ושפיר מוכן לטעון כן ולהפטר אע"פ שיש בזה גריעותא מצד שהוא נפטר, וא"כ השתא דאתינן להכי שנאנסה היא יותר שכיחא ממתה מחמת מלאכה מי יימר שנגנבה אינה יותר שכיחא מנאנסה, אולי הרי היא שפיר יותר שכיחא מנאנסה ובכל זאת הי' מוכן לטעון גם נאנסה ולהפטר, דהא כיון שנאנסה הוא יותר שכיחא ממתה מחמת מלאכה אין ראי' ממתה מחמת מלאכה שאינו רוצה לטעון נאנסה ולהפטר.

וע"ע באות מ"ח בנוגע לחידושו של רעק"א.

מה) שומר חנם שאמר פשעתי.

בענין אם בטוען טענת חיוב הרי הוא צריך לומר גם הריני משלם.

עי' בקצה"ח בסי' רצ"ה סק"א שהביא

את דברי הב"ח שהיכא שהשומר טוען טענת חיוב אינו קונה את הכפל אא"כ אמר הריני משלם, ולא סגי בעצם העובדא שאמר את הטענת חיוב. והוכיח כן הב"ח מהברייתא בסוגיין דתניא השוכר פרה מחבירו ונגנבה ואמר הלה הריני משלם ואיני נשבע, ופירש"י דהוי טענת חיוב כי אזלינן ששוכר חייב על גניבה (וכוונת הברייתא באיני נשבע היא שאינו נשבע לשקר שקרה אונס), והרי בכל זאת חזינן דנקט שאמר הריני משלם ולא רק שנגנבה. אלא שתמה הקצה"ח למה נקט רש"י טענת חיוב הלא בב"ק דף ג"ז נקטינן לפי כל האוקימתות שם שהברייתא איירי בטוען טענת פטור משום שהברייתא אזלה ששוכר פטור על גניבה ואבידה, או דאיירי בליסטים מזויין וס"ל שהוא גזלן.

ועוד הביא הקצה"ח שהריטב"א מקשה מאי קמ"ל רב פפא בזה שאמר ששומר חנם שאמר פשעתי קונה את הכפל, ות"י הריטב"א דס"ד שרק כשהוא טוען טענת פטור ובכל זאת הרי הוא מחייב את עצמו לשלם לפנים משורת הדין, רק בכה"ג המפקיד מקנה לו את הכפל, אבל לא היכא שהוא טוען שהוא חייב ואינו מחייב את עצמו לפנים משורת הדין. וכתב הקצה"ח למה לא ת"י הריטב"א שקמ"ל רב פפא שבטוען טענת חיוב סגי בזה לחוד שהוא אומר פשעתי ואינו צריך לומר הריני משלם, שהרי רב פפא הזכיר רק שהוא אומר פשעתי, והרי חזינן שלא הבין הריטב"א בפשיטות גמורה שקמ"ל רב פפא שמקנה את הכפל גם כשטוען טענת חיוב, אלא תירץ כן הריטב"א בתורת תירוץ, וא"כ הה"נ שהי' יכול לתרץ תירוץ אחר

ולומר שחידושו של רב פפא הוא שסגי בפשעתי ושאינו צריך לומר הריני משלם, וא"כ מוכח דס"ל ששפיר צריך לומר הריני משלם וכהב"ח.

מיהו צ"ע על מה שסובר הקצה"ח שי"ל שחידושו של רב פפא הוא דסגי באומר פשעתי ואין צריכים שיאמר הריני משלם, דהא חזינן שרב פפא נתן טעם לעיקר הקנאת הכפל, דהיינו מה שאמר שהי' יכול לפטור את עצמו בגניבה, וגם הוסיף לומר שבשואל לא אמרינן כן ולא מקני לי' כפילא כי לא הי' יכול לפטור את עצמו, וא"כ חזינן שרב פפא בא להשמיענו את עיקר הקנאת הכפל ולא שסגי בכה"ג בפשעתי בלי הריני משלם.

והנה יש להקשות למה אי אפשר להביא רא' פשוטה דלא כהב"ח מהמלים של רב פפא שהזכיר רק שאמר פשעתי ולא הזכיר שאמר הריני משלם, דחזינן מזה שסגי בהטענת חיוב גם בלי שיאמר הריני משלם. מיהו י"ל דפשיטא שי"ל כהנ"ל שרב פפא בא רק להזכיר את עיקר הדין שיש הקנאת כפל כשהוא טוען טענת חיוב, אבל אה"נ אולי צריכים באמת שיאמר הריני משלם.

מיהו אכתי שפיר יש להוכיח מלשונו של רב פפא דלא כהב"ח, אלא שסגי באומר פשעתי בלי לומר הריני משלם, דהא חזינן שאמר רב פפא את המלה "כיון", דהיינו שומר חנם "כיון" שאמר פשעתי, ולא אמר "שומר חנם" שאמר פשעתי, אלא הדגיש "שומר חנם" כיון" שאמר פשעתי, ולכאורה כוונתו בזה היא להורות שמיד עם אמירת פשעתי הרי המפקיד מקנה לו את הכפל ולא בעינן שיאמר הריני משלם.

ברם גם את זה יש לדחות ולומר שכוונתו היא רק שמיד עם האמירה יש הקנאת כפל ולא בעינן שילם ממש, אבל בנוגע לגוף טיב האמירה אולי בעינן באמת שיאמר הריני משלם ולא סגי באומר פשעתי לחוד, ולא דוקא נקט רב פפא שאמר רק פשעתי.

שוב כתב הקצה"ח להוכיח כהב"ח מהריב"ן, דהא הריב"ן מפרש שהמשנה איירי בטענת חיוב, דהיינו שהוא אומר שנגנבה בפשיעה, והרי הנן שילם ולא רצה לישבע לשקר וא"כ חזינן שצריכים דוקא שיאמר שישלם ושלא סגי באומר פשעתי. פי' דאע"פ שהגמ' מסיקה להלן שמהא ליכא למישמע מינה דבעינן שילם אלא יכול להיות שסגי באומר הריני משלם וכמו שמדויק מהסיפא, אבל עכ"פ הא מיהא משמע מהרישא והסיפא ביחד שבעינן לכה"פ שיאמר הריני משלם ולא סגי באומר פשעתי לחוד.

ושוב דחה הקצה"ח רא' זו כי תוס' כאן כתבו שבאמת הרישא דוקא נקט שילם כי איירי בנשבע ושילם, ולפי הריב"ן הכוונה היא שבתחילה נשבע לשקר על טענת פטור ועכשיו הרי הוא מודה שנשבע לשקר כי באמת פשע והרי הוא משלם, וביארו תוס' שלפ"ז שילם הוא באמת שילם ממש כי בכה"ג צריכים שילם ממש ולא סגי באמר הריני משלם, וא"כ אזלה הראי' הנ"ל לדברי הב"ח, כי י"ל שהיכא שאמר פשעתי בלי לישבע תחילה לשקר סגי באומר פשעתי ולא בעינן אפילו שיאמר הריני משלם, משא"כ המשנה איירי בנשבע תחילה, ולכן בעינן שילם ממש. ושוב הוכיח הקצה"ח דלא כהב"ח אלא

דהיכא שטען טענת חיוב סגי בזה שהורה גם בלי לומר הריני משלם מהסוגיא בב"ק דף נ"ז שנקטה שהברייתא שבסוגיין של "השוכר פרה מחבירו ונגנבה" איירי בטענת פטור וכמו שהבאנו כבר, והקשה הקצה"ח דלפי הריב"ן למה אי אפשר לומר דאיירי בטענת חיוב (דהיינו ששוכר הוא כשומר שוכר) וכמו שמוקי הריב"ן להמשנה. וכתב הקצה"ח דאם נאמר דלא כהב"ח אלא שסגי בפשעתי א"כ אז אתי שפיר, כי אם איירי בטענת חיוב למה תני שאמר הריני משלם הלא סגי במודה שנגנבה, ומזה מוכח שאיירי הברייתא בטוען טענת פטור כי אז שפיר בעינן הריני משלם.

ועי' בתורת חיים כאן שהקשה למה אמר רב פפא שואל שאמר הריני משלם לא מקני לי' כפילא דלמה לא אמר שואל שאמר נאנסה, דוגמת מה שאמר שומר חנם שאמר פשעתי וש"ש שאמר נגנבה. ותי' דנקט שומר חנם שאמר פשעתי כי אין השומר צריך לומר הריני משלם אלא מספיק במה שאומר פשעתי, ודלא כהב"ח, ובשואל נקט הריני משלם כי רצה להשמיענו שבשואל אפילו אם אמר הריני משלם אינו מקנה לו כפילא.

ועי' בחידושי רבי מאיר שמחה כאן שהוכיח כהב"ח מלשון רב פפא בהאיכא דאמרי שאמר שואל כיון שאמר הריני משלם מקנה לו כפילא. מיהו אולי י"ל שהאיכא דאמרי סובר כן רק בשואל, והיינו שאע"פ דס"ל דשפיר אמרינן שהו"ל למימר מתה מחמת מלאכה, אבל היינו רק בצירוף מה שאמר לכה"פ הריני משלם, והרי זה כעין שסובר הלישנא קמא לפי רש"י ש"הוי מצי למימר מתה מחמת מלאכה" מהני רק

בהדי "שילם" ממש ולא בהדי "אמר הריני משלם", דכמו כן מחלק הלישנא בתרא בין "נאנסה" ל"הריני משלם", ודוחק. ועכ"פ חזינן דפליגי הב"ח והקצה"ח בזה שלפי הב"ח לא סגי בזה שחייב את עצמו ע"י שאומר פשעתי במקום שהי יכול לפטור את עצמו, אלא בעינן שיאמר שישלם ולא יעשה אטרחי' לבי' דינא, ואילו הקצה"ח סובר שסגי בזה שחייב את עצמו במקום שהי יכול לפטור את עצמו. וכבר הבאנו לעיל באות ד' כאן מחלוקת הפוכה, דהבאנו שם את שיטת הרמב"ן שהיכא שיש עדים שפשע והרי הוא מסכים לשלם אינו קונה את הכפל, ואילו הרשב"א סובר שהוא שפיר קונה את הכפל, דהתם פליגי באם סגי בלא אטרחי' לבי' דינא אע"פ שלא חייב את עצמו שהרי בלא"ה הרי הוא חייב על פי העדים, או האם צריכים בדוקא שיחייב את עצמו.

מו' אמר רב פפא שומר חנם כיון שאמר פשעתי וכו'.

שומר חנם שאמר ששלח בה יד.
יש לעיין מה יהי' אם השומר חנם אומר ששלח בה יד ורוצה לשלם האם הוא קונה בכה"ג את הכפל.

מיהו לכאורה בכה"ג בכלל אין כפל מפני שהש"ח כבר נעשה גזלן, וא"כ הגנב הרי הוא בגדר גונב מהגזלן.

ברם הא ליתא, משום דמכיון שהשומר שילם הרי הפרה קנוי' לו מעכשיו או סמוך לגניבתה וא"כ מעתה יוצא שהגנב גנב באמת מהשומר ולא מהבעלים.

מיהו לפי הרמב"ם שסובר שבפרה לכפילא השומר באמת אינו קונה את

הבהמה לגמרי, אלא רק פרה לכפילא, אכתי יוצא שהגנב לא יתחייב כפל, כי המפקיד נשאר הבעלים, וחשיב גניבה מהמפקיד, והרי כאן השומר כבר נעשה גולן ע"י השליחות יד, וא"כ הגנב הרי הוא בגדר גונב מן הגולן.

מיהו לפי הצד שכתב הגר"ח בפרה לכפילא שהשומר נעשה בעלים ממש לענין גניבה, אכתי שפיר יתחייב הגנב כפל. ועי' בירושלמי דאיתא אמר משלם אני חוששין שמא שלח בה ידו. ועי' ברמב"ן בד"ה אמר רב הונא מש"כ על הירושלמי דדברינו יכולים לשמש פשט בהירושלמי לפי הס"ד של הרמב"ן, דהיינו שאין כפל כי חוששין שמא שלח בה יד לפני הגניבה, ואין חוששין שמא הוא ברשותו כמו שהסיק הרמב"ן שם בביאור הירו'.

מז) במאי הו"ל למיפטר נפשי' במתה מחמת מלאכה, מתה מחמת מלאכה לא שכיח.

בענין שמירה בבעלים, ועוד דרכים איך שואל יכול פטור את עצמו.

צ"ע דאכתי הי' יכול למיפטר נפשי' בטענת שמירה בבעלים. ויש ליישב בפשיטות כי הוי בגדר מיגו דהעזה כי פשיטא שאינו רוצה להכחיש את המפקיד שידוע שלא היתה שמירה בבעלים, משא"כ בנוגע לטענת מתה מחמת מלאכה אין המפקיד ברי. מיהו יש אומרים שמיגו דהעזה שפיר מהני, עי' בתוס' בב"ק סוף דף ק"ז ע"א. והרש"ש תי' שגם שמירה בבעלים לא שכיח. ועכ"פ ע"י התי' של העזה יש לתרץ גם

למה לא אמרינן שהי' יכול לפטור את עצמו ע"י לטעון שהתנה להיות כש"ח. וכן יש לתרץ דבר זה לפי הרש"ש כי י"ל שגם מתנה שואל להיות כשומר חנם אינו דבר שכיח. ועכ"פ עי' ברשב"א בשט"מ שהקשה דהא יכול לפטור את עצמו בטענת להד"ם או החזרתו. ותי' שמקנה את הכפל רק היכא שהי' יכול לפטור את עצמו בטענת שומרים. ואם נאמר ששומר בבעלים לא מיקרי בגדר שומר (עי' בזה בסוף אות ג' כאן), א"כ אולי יש לתרץ כתירוצו של הרשב"א גם על זה כי הוי כאומר להד"ם. ועכ"פ חזינן שהרשב"א לא תי' משום שאינו רוצה להעז. מיהו אולי זוהי באמת כוונת הרשב"א דהיינו שהטעם למה מהני רק העובדא שהי' יכול לפטור את עצמו בטענת שומרים הרי זה כי אין בזה העזה, ודוחק.

מח) מתה מחמת מלאכה לא שכיח.

בענין היכא שטוען מתה מחמת מלאכה, ומשלם.

הנה יש לעיין מה יהי' היכא שאמר מתה מחמת מלאכה ובכל זאת אמר הריני משלם ואיני ישבע, ושוב נמצא שנגנב האם השומר מקבל את הכפל. ועי' ברש"ש שכתב שציור זה הוא נפ"מ בין רב פפא לרב זביד, כי הטעם שאמר רב פפא שמתה מחמת מלאכה לא שכיח לא שייך הכא שהרי חזינן שהוא שפיר טוען מתה מחמת מלאכה, וא"כ מקנה לו כפילא תמורת מה שלא טען מתה מחמת מלאכה בלי לשלם, אבל הטעם שאמר רב זביד שכל הנאה שלו שייך גם בכח"ג, וא"כ גם בכח"ג יסבור רב

זביד ששואל עד שישלם.

מיהו באמת מה יהי' הדין לפי רב פפא הרי זה תלוי, דהנה לפי הדרך שרב פפא סובר שאפילו אם שילם אין השואל קונה את הכפל א"כ י"ל שלעולם גם הוא מודה לטעמו של רב זביד של כל הנאה שלו, רק שהוא אמר את הטעם של מתה מחמת מלאכה לא שכיח כדי לומר שאפילו אם שילם אינו קונה את הכפל, וא"כ מכיון שהוא סובר כטעמו של רב זביד א"כ היכא שאמר מתה מחמת מלאכה ואמר הריני משלם ונמצא שנגנב, הדין יהי' כמו לפי רב זביד, דאם שילם ממש הרי הוא קונה את הכפל, אבל אם רק אמר שישלם אינו קונה את הכפל, אבל לפי הדרך שגם רב פפא מודה שאם שילם הרי הוא שפיר קונה את הכפל ומה שאמר שאינו קונה הרי זה רק באמר הריני משלם א"כ אז יוצא שרב פפא אינו סובר בכלל את טעמו של רב זביד דלכך קאמר טעם אחר, והיינו שהוא סובר רק את הסברא של מתה מחמת מלאכה לא שכיח, וא"כ כשהוא טוען מתה מחמת מלאכה הרי הוא שפיר יקנה את הכפל על ידי שאמר הריני משלם.

ועכ"פ כבר הבאנו באות מ"ד מרעק"א דלא כהרש"ש, אלא שאם טען מתה מחמת מלאכה ואמר הריני משלם אינו קונה את הכפל כי גם בכה"ג קיים טעמו של רב פפא, כי י"ל שלא איכפת לו לטעון דבר שאינו שכיח ולשלם כי כיון שהוא משלם לא יחשדוהו למשקר, אבל לא רצה לטעון מתה מחמת מלאכה ולישבע ולא לשלם, וא"כ אכתי יוצא שלא הי' יכול לפטור נפשי', וא"כ לא יקנה את הכפל.

מט) תוס' ד"ה שואל עד שישלם.

שואל שהתנה להיות כשומר חנם.

ע"י בדבריהם שכתבו שלפי הטעם של מתה מחמת מלאכה לא שכיח א"כ אם התנה השואל להיות כש"ח ואמר פשעתי הרי הוא שפיר יקנה את הכפל, כי הי' יכול לומר נגנבה, אבל לפי הטעם שכל הנאה שלו א"כ גם בכה"ג לא יקנה את הכפל. והנה דבריהם צריכים ביאור קצת דקבעו את הדבר כאילו יש מחלוקת בין רב פפא לרב זביד, ויחלקו בהציור הנ"ל, ובאמת אין זה מוכרח, כי אם נאמר שרב פפא בהל"ק קאמר רק ש"אמר" לא מהני, אבל אם שילם אז הרי הוא שפיר קונה את הכפל, ורק אם "אמר" אינו קונה כיון שמתה מלאכה לא שכיח, א"כ יוצא שהוא חולק באמת על טעמו של רב זביד, דלכך קאמר טעמא דמתה מחמת מלאכה לא שכיח, ולא קאמר משום שכל הנאה שלו, וא"כ יוצא שיש באמת מחלוקת בין רב פפא ורב זביד, ויצויר נפ"מ בהציור הנ"ל שכתבו תוס' שהתנה השואל להיות כש"ח כי התם שייך רק טעמו של רב זביד והרי רב פפא חולק על טעם זה (אבל אכתי י"ל שרב זביד מודה לטעמו של רב פפא רק שהוא מוסיף טעמא דכל הנאה שלו כדי לכלול את הציור של התנה השואל להיות כש"ח), אבל אם נאמר שרב פפא בהל"ק סובר שאפילו אם שילם אינו קונה את הכפל, וכדעת הר"ח שהביאו תוס' להלן בסמוך, א"כ אז אין הכרח לומר שהוא חולק על טעמו של רב זביד של כל הנאה שלו, אלא לעולם י"ל שהוא שפיר מודה לטעמו של רב זביד, וממילא הרי הוא סובר

כמו רב זביד דהיכא שהתנה שואל להיות כש"ח ואמר הריני משלם אינו קונה את הכפל עד שישלם, רק שהוא הוסיף טעמא דמתה מחמת לא שכיח כדי לכלול שאפילו אם שילם אינו מקבל את הכפל, וא"כ יוצא שאין מחלוקת בין רב פפא ורב זביד היכא שהתנה שואל להיות כש"ח אלא שניהם סוברים שיקנה רק אם הוא משלם, וא"כ לפ"ז צ"ל שכוונת תוס' היא רק לומר שלפי טעמא דלא שכיח יוצא שהיכא שהתנה להיות כש"ח שפיר יקנה את הכפל משא"כ לפי טעמא דכל הנאה שלו לא יקנה, אבל באמת ליכא מחלוקת בין המאן דאומרים בזה.

ונראה שכן מבואר בגוף לשון תוס', כי חזינן שלא הציגו את הציור של התנה השואל להיות כש"ח כנפ"מ בין רב פפא לבין רב זביד עצמם אלא כנפ"מ בין "האי טעמא" לבין "טעמא דלעיל".

(ג) פשיטא אמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם הא קאמר הריני משלם.

הנה בב"ק דף ק"ח ע"א פליגי אביי ורבא ב"נשבע ושילם", ומהמחלוקת שלהם מוכח שאם לא נשבע רק שאמר איני משלם ואח"כ שילם, לכו"ע הרי המפקיד מקנה להשומר את הכפל, וא"כ צ"ע למה לא הביאה הגמ' ראי' מאביי ורבא. וי"ל דהיינו משום שהתם איירי שחזר ושילם ממש (וכבר כתבו תוס' כאן שצריכים כן בדוקא אליבא דרבא כיון שנשבע תחילה), אבל הכא איירי שרק אמר הריני משלם וקמ"ל דגם זה מהני כיון שעוד לא נשבע.

ברם צ"ע מנ"ל באמת הא, הלא כבר כתבו תוס' שלפי רבא היכא שנשבע בעינן שישלם ממש וכבר לא סגי באומר הריני משלם, וא"כ אולי גם אחרי שרק אמר איני משלם בעינן שישלם ממש ולא סגי באומר הריני משלם ומהיכן פשיטא לן שגם אם הדר ואמר הריני משלם סגי בהכי. מיהו לפי סברת רעק"א שהבאנו באות ה' קטע "והנה רעק"א וכו'", וכן להלן באות נ"ב בשם היעב"ץ, ובאות נ"ד סק"א בשם הרמב"ן, ובסק"ב בשם רעק"א, שהטעם למה מהני אמר הריני משלם הרי זה כי אינו יכול לחזור בו, משא"כ לאחר שנשבע ושוב אמר הריני משלם הרי הוא שפיר יכול לחזור בו, א"כ לק"מ, כי היכא שאמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם אינו יכול לחזור בו.

גם יש לעיין מה יהי' היכא שאמר פשעתי ואיני משלם, ושוב אמר הריני משלם האם מספיק בכך או האם צריכים שישלם ממש.

דף ל"ד ע"ב

(א) או דלמא במילתי קאי.

ע"י בתוס' בשבועות דף ל"ט ע"א שהעירו דמהיכא תיתי לומר כן, וכתבו שלפי הדרך שבאמת אינו יכול לחזור בו אתי שפיר כי כיון שבאמת אינו יכול לחזור בו הרי אנו נוקטים לפי הצד הזה שהוא יודע את הדין ובאמת במילתי קאי.

וע"ע להלן באות נ"ד סק"א בענין דברי תוס' הנ"ל.

נב) אמר הריני משלם.

ע"י בהגהות ריעב"ץ בסוף המס' שכתב
שהא דאמר רבי יוחנן לעיל שמספיק באמר
הריני משלם הרי זה איירי רק באמר כן
בפני ב"ד דאינו יכול לחזור בו. וע"י לעיל
באות ה' וכן להלן באות נ"ד שהבאנו כן
גם מרעק"א, דהיינו דבעינן להא שאינו
יכול לחזור בו, וכן הבאנו באות ל"ב (קטע
"וראיתי"), וכן הבאנו באות נ"ד סק"א
מהרמב"ן, וע"ע באות נ"ז.

נג) תד"ה וחזר.

ע"י בדבריהם שדנו בענין אם הוא יכול
באמת לחזור בו או לא. וצ"ע למה לא
יוכל לחזור בו, ולמה הוצרך ר"ת להוכיח
ששפיר יכול לחזור בו, דנהי שאמר שישלם
אבל הרי לא עשה שום קנין (ואפילו אם
הי' עושה קנין הרי זה קנין אתן דהביא
היד רמה בב"ב דף ג' ע"א באות כ"ו
דפליגי הראשונים אם מהני).

ואולי י"ל דבשלמא אם כל מחויבי
שבועה חייבים לשלם רק אחרי שלא נשבע
א"כ קשה באמת כהנ"ל למה לא יוכל
לחזור בו ולהשבע, אבל י"ל שכל מחויבי
שבועה חייבים בעיקרם לשלם, רק שהתורה
נתנה לו זכות שהתובע חייב לקבל את
שבועתו, וא"כ היכא שאמר הריני משלם
הרי מחל על זכות זו, ומכיון שחלה
המחילה הרי איבר את הזכות ושוב אינו
יכול להשבע ולהפטר.

מיהו את הגדר הנ"ל, ששבועה היא
בגדר זכות וששייך על זה מחילה אפשר
לומר רק לפי מה שהוכיח הגרש"ש בב"ב
סי' י"ט סק"ב מהרשב"א שחייב שבועה
הוא גם תשלום מסוים להתובע והתורה

חייבה אותו לשלם להתובע תשלום זה, וכן
חייבה את התובע לקבל תשלום זה, דלפ"ז
שייך לומר שבאמת הרי הוא חייב לשלם
ממש רק שהתורה נתנה לו זכות לשלם
שבועה והרי מחל על הזכות זאת, אבל אם
היסוד של חיוב שבועה הוא רק בירור
לב"ד א"כ לא שייך לומר שמיקרי בגדר
זכות ושיועיל על זה מחילה.

ועוד יש להעיר על הדרך הנ"ל דהא
בהציור של רצונך השבע וטול שהביאו
תוס' מדובר דליכא על הנתבע חיוב
שבועה, דהא כשהוא אומר אתה מכרת לי
את העבד הרי הוא כופר בכל דפטור
משבועה, והרשב"ם בב"ב דף ל"ג ע"א
בד"ה מהימנא סובר שגם שבועת היסת
ליכא על עבדים, וכן פי' הרשב"ם בדף
קכ"ח שם דליכא על הנתבע שום חיוב
שבועה כלל (ודלא כתוס' בדף ל"ג שם
בד"ה מיגו שסוברים דשפיר נשבעין
שבועת היסת, ובאמת הרי לפי לשון אחד
ברשב"ם בדף קכ"ח שם איירי באופן שיש
להנתבע הפה שאסר, וא"כ יש סברא לומר
שגם לפי תוס' ליכא בכה"ג שבועת היסת),
וא"כ מכיון שרצונך השבע וטול איירי
כשליכא על הנתבע חיוב שבועה לא שייך
הטעם הנ"ל שכתבנו לענין למה אינו יכול
לחזור בו.

עוד צ"ע דאם הוי מדין מחילה על זכות
השבועה א"כ איך שייך לומר כעין זה
בנאמן עלי אבא, הלא התם לא מדובר
בחייב שבועה.

והריטב"א כאן כתב באמת טעם אחר
למה אינו יכול לחזור בו, דע"י בדבריו
שכתב בחד פירושא שהצד של דיחויי קא

מדחי לי' הוא שבאמת אינו יכול לחזור בו כי חשיב הודאת בעל דין כי הוי כאומר פשעתי, ומפרש הריטב"א בההוא פירושא ששאלת הגמ' היא באמת אם מהני חזרה או לא, ושיעור דברי הגמ' הוא כך, האם אמרינן שמייהדר קהדר בי' כי הוא יכול באמת לחזור בו, או האם אמרינן דיחויי קא מדחי לי' כי באמת אינו יכול לחזור בו. והנה דברי הריטב"א קשה להולמם כי מהיכא תיתי לומר שהוא מתכוין להודות שפשע הלא הוא אומר שאינו רוצה לישבע מפחד שבועה. ועוד דלפי הריטב"א יוצא שהוא עצמו כאילו יודע את הדין אם הוא יכול לחזור בו או לא, וממילא אם הדין הוא שאינו יכול לחזור בו הרי הוא מתכוין לדחותו ואם הדין הוא ששפיר יכול לחזור בו נקטינן שנתכוין להתחרט, וצ"ע איך יתכן לומר שהוא יודע את הדין בזמן שאנו בעצמינו מספקין בהדין. ואולי יש לדחות שכוונת הריטב"א היא שזה ודאי שהוא עצמו נתכוין לחזור בו, רק שהשאלה היא האם הוא יכול לחזור בו, או האם אינו יכול לחזור בו וממילא הרי זה נשאר מצב שלמעשה הרי הוא רק מדחהו לשעה ולא לעולם כי אנו נכריחנו לשלם.

ועי' באבן האזל בפ"ח מהל' שאלה ופקדון בדבריו מה שדייק מן המ"מ. ועכ"פ לאור דברי הריטב"א הנ"ל י"ל שגם סברת ר"ת בהתשובה שאינו יכול לחזור בו הרי זה כי חשיב שכבר עשה הודאת בעל דין. מיהו לפ"ז נצטרך לומר שגם טעמא דהשבע וטול, וכן טעמא דנאמן עלי, הרי זה משום הודאת בעל דין. ועתה נראה אם אפשר לומר כן באמת. והנה זה לשון הרשב"ם בב"ב שם בד"ה

אינו יכול, על הציור של השבע וטול, הא הימני' בשבועה וכמאן דאודי לי' שהוא עבדו של זה הנשבע דמי עכ"ל. ומתחילת לשונו שכתב הא הימני' משמע שאינו משום הודאת בעל דין אלא משום שהוא מאמינו. והביאור הוא שכל הטעם למה ב"ד אינם מאמינים להבעל דין בשבועה שרוצה מעצמו לישבע הרי זה משום זכויותיו של הבעל דין שכנגדו, וא"כ כשהבעל דין שכנגדו עצמו מאמינו הה"נ שב"ד אינם מתנגדים לזה, והרי זה סותר את סוף לשונו שכתב משום הודאת בעל דין כי לכאורה הכוונה בזה היא שהוא אומר לו שאם ישבע אז הרי הוא מודה לו על גוף המעשה.

ואולי נתכוין הרשב"ם לומר דכיון שהוא מאמינו הרי זה שוה להיכא שהוא מודה לו על גוף העבד וכלשונו דהוי "כמאן דאודי לי'". ועכ"פ החזו"א בסנהדרין שם בסי' ז' סק"ד בהקטע הראשון הבין שכוונת הרשב"ם היא משום הודאת בעל דין.

עוד י"ל בכיבור דברי הרשב"ם, דהנה יש לעיין האם שייך הודאת בעל דין היכא שהוא אומר שהוא מודה משום שהוא מאמין אדם אחר. ונראה שאם נאמר שהודאת בעל דין מהני משום התחייבות א"כ פשיטא שמהני, משום שגם בכה"ג הרי הוא מתחייב, אבל אם נאמר שהודאת בעל דין מהני משום נאמנות א"כ לכאורה לא מהני, דהא מה שייך לומר שאנו מאמינים לו, הלא הוא עצמו אומר שאינו יודע אלא שהוא מאמין לאדם אחר. ומעתה לפי הדרך של התחייבות יש לומר שכוונת הרשב"ם היא להלכה של הודאת בעל דין, ושיעור דבריו הוא כך, דכיון שהימני' הרי זה בגדר

הודאת בעל דין על גוף העבד כי גם כאן הרי הוא מחייב את עצמו ע"י שמאמינו. ועי' ביד רמה בדף י"ג ע"א שם שכתב שנאמן עלי מהני משום הודאת בעל דין. ונראה שגם בנוגע לנאמן עלי אבא הרי זה תלוי באם הודאת בע"ד היא משום נאמנות, דאז לא מהני, כי מה שיך לומר שהוא מודה על תחילת המעשה "על תנאי" שאביו יפסוק כהשני, אבל אם הוי משום התחייבות אז שפיר י"ל שהוא מחייב את עצמו על תנאי.

מיהו לכאורה אכתי צ"ע, איך שיך לומר שאינו יכול לחזור בו, הלא עד שנתקים התנאי הרי אינו חייב, וא"כ אין זה נקרא הודאת חיוב, ולמה אינו יכול לחזור בו, והרי זה דומה למה שכתב הקצה"ח בסי' פ' סק"ג בענין למה אפשר לחזור מטענת פטור לטענה אחרת של פטור, דכתב דהיינו משום שאע"פ שהודה שאין לו טענה אחרת אבל עדיין אין זה נקרא שיש כאן הודאת בעל דין כי כיון שטענתו הראשונה היא טענת פטור א"כ נמצא שלא חייב את עצמו במידי.

מיהו באמת אצלינו אכתי י"ל דשפיר לא יוכל לחזור בו כי כיון דאזלינן שהודאת בע"ד מהני משום התחייבות א"כ שפיר התחייב שישלם אם הלה ישבע, וחלה התחייבות זו. וגם בציורו של הקצה"ח של מפטור לפטור י"ל שהתחייב לשלם אם יחזור בו מטענה זו.

והנה בסנהדרין דף כ"ד ע"ב קאמר ריש לקיש שמחלוקת (ר"מ ורבנן בנאמן עלי אבא אם הוא יכול לחזור בו) לפני גמר דין אבל לאחר גמר דין דברי הכל אינו יכול לחזור בו. ויש לעיין דלפי הדרך שנאמן

עלי מועיל משום הודאת בעל דין א"כ אם סוברים שהוא יכול לחזור בו ושאיין כאן הודאת בעל דין א"כ למה לאחר גמ"ד מודה רבי מאיר שאינו יכול לחזור בו. וי"ל דנקטינן שנתכוין לומר שהוא מתחייב רק אם ב"ד יגמרו את הדין.

ובספרי על ב"ב שם כתבתי עוד שי"ל שקודם שנגמר הדין אין זה נקרא הודאה כי עוד לא נכלל בזה שום חיוב וכסברת הקצה"ח הנ"ל בסי' פ'. מיהו דרך זה לא אתי שפיר אם נאמר כהשיטה שלא סגי בגמר דין אלא רק לאחר הוצאת ממון אינו יכול לחזור בו, עי' בזה באות קנ"ז שם.

ועוד כתבתי שהמ"ד שסובר שגם אחרי הגדת עדות של האבא אינו יכול לחזור בו הרי זה בגלל שהוא סובר שגם אז הרי זה נקרא שהודה הודאת חיוב כיון שהפס"ד הוא רק כדי לברורי מילתא (ודלא כקנס שהגמ"ד מחיל את גוף החיוב). ובסוף אות קנ"ז שם ביארנו שלפי הדעה שגם לפני שהעיד האבא אין הבן יכול לחזור בו צ"ע, דהא לפי הדרך של הודאת בעל דין הרי אין כאן הודאת חיוב.

מיהו כאן כתבתי שהודאת בעל דין דהכא הוא משום התחייבות, ומצד התחייבות ליכא שום חסרון בזה שהתנה בשעה שעוד לא נתקיים התנאי שהזכיר בהתחייבות, דבכל זאת הרי הוא מחייב עצמו על תנאי ואינו יכול לחזור בו.

ועי' עוד בתשובת הרשב"א שהביא המהרי"ק בשורש קפ"ב דמבואר שנאמן עלי מהני משום דכיון שקיבל על עצמו בפני ב"ד א"כ הרי זה כמו תקנת ב"ד, "וכל שמקבל בפני ב"ד יש לתקנתם כח

ב"ד שנעשה קנין". ובחזו"א בסנהדרין סי' י"ז סק"ד הביא את הרמ"ה וכן את הרשב"א.

ועיין בלשון הגמרא בסנהדרין שהיכא שקיבל עליו "גמר ומקני".

ועיין עוד בגליוני הש"ס לר"י ענגל זצ"ל על סנהדרין דף כ"ד שהביא שבשו"ת הראב"י בסי' כ' הקשה למה אין בנאמן עלי אבא משום מתנה על מה שכתוב בתורה, וכן הביא שהקשה בשו"ת הרשב"א בח"ג תשובה תל"ח. וכתב הרשב"א דשני ושני אבל לא פי' מה הוא החילוק. וגם הר"י ענגל כתב שיש לחלק בכמה גווני (ועי' בתוס' בכתובות דף נ"ו). ועכ"פ נראה שלפי הטעם של הודאת בעל דין וכן לפי הטעם של תקנת ב"ד אין כאן התחלת קושיא, דהא באמת אין הוא בא לשנות את הדין של התורה אלא חל כאן דין נוסף של הודאת בע"ד או תקנת ב"ד. ולכאורה מבואר מדבריהם שהבינו שקבלה מהני משום שיש באמת בכחו להחיל על הפסול שם של עד ודיין כשר לגבי עצמו, ונהי שהתורה קבעה גדרים בשביל עד ודיין אבל אם הוא עצמו מקבלם הרי הוא שפיר יכול להחיל עליהם שם של דיין ועד כשר, ומש"ה שפיר הקשו שהרי זה בגדר מתנה על מה שכתוב בתורה, שהרי הוא בא לשנות לגבי עצמו את הדין שקבעה התורה.

וע"ע שם שהביא הר"י ענגל מספר הלכות קטנות בסי' ק"כ שאם קיבל עליו קרוב או פסול ולא רצה שהוא קרוב או פסול להעיד אינו עובר באם לא יגיד כי לאו כל כמיניה דהבע"ד להכשירו ולגרומ

שיהי' נקרא שעבר על איסור. וגם מזה משמע שהוא מקבל ממש תורת עד, דאל"כ פשיטא שאין כאן אם לא יגיד.

והנה בירושלמי בסנהדרין פ"ג ה"ט מיעטו שאם קיבל עליו ע"א כשנים, אין העד ההוא חייב בקרבן שבועת העדות, וזה הלשון שם, בפני ב"ד להוציא עד אחד, בשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשנים, יכול יהא חייב, ת"ל ראה או ידע, את שהוא כשר להעיד עדות תורה, יצא עד אחד שאין כשר להעיד עדות תורה. ולפי הירושלמי גם אינו עובר בלאו דאם לא יגיד דכתיב בהפרשה שם.

ועי' בשו"ת רעק"א בתשובה קע"ט שכתב וז"ל, וצריכים לחלק בין זה (קיבל עליו, דאיתא בירושלמי דלית ביה חיוב של שבועת העדות) לעד סוטה ומיתה (דישנם בשבועת העדות), דהתם חכמים האמיניהו ושם עדות עליו וכו', משא"כ קיבל עליו א' כב' דמדין אינו כב' אפילו מדרבנן, וכיון שכן י"ל דגם דין הזמה ליכא וכו' עכ"ל. ונראה שאתי שפיר אפילו אם נאמר שהוא שפיר מחיל עליו שם של עד ודיין כשר, והיינו משום שאכתי י"ל שדיני הזמה ושבועת העדות נאמרו רק על מי שהוא בגדר עד כשר על פי גדרי התורה. ברם לפ"ז אכתי אין מוסבר למה בעד מיתה מועיל מה שחכמים מחילים עליו שם של עד, הלא לפי גדרי התורה אינו עד ואין קרבן שבועת העדות.

נד) בא"ד.

א. עי' בתוס' שדנו בענין אם הוא יכול לחזור בו או לא. ובשבועות כתבו להוכיח

שאינו יכול לחזור בו כי אם הוא שפיר יכול לחזור בו מה הצד לומר דיתויי קא מדחי לי, דלמה לן לומר צד כזה וז"ל שם, ואדרבה משם ראי' היא דלא מצי הדר דאי מצי הדר בי' אמאי אית לן למימר לדחויי קמכוין עכ"ל. מיהו עי' בחי' הרמב"ן כאן בסוף דבריו דיש להבין דבריו קצת אחרת מתוס', והיינו שאם הוא יכול לחזור בו א"כ אי אפשר לומר בכלל שנתכוין לדחויי כי למה לו לדחויי הלא יכול לחזור בו, אבל מתוס' משמע דשפיר יתכן ציור שירצה לדחותו, רק שמהיכא תיתי לחשוש לזה ולא נפרש דבריו כפשוטם.

עוד הוכיח הרמב"ן שאינו יכול לחזור בו כי אם הוא יכול לחזור בו א"כ למה סגי בהריני משלם הלא אולי יחזור בו (וכעין זה הבאנו לעיל באות נ"ב מהריעב"ן, וכן להלן כאן בסק"ב מרעק"א, שסגי בהריני משלם רק משום ששוב אינו יכול לחזור בו). ולפי הדעה דשפיר יכול לחזור בו צ"ל שהמפקיד סבור מיהא שלא יחזור בו.

ב. הנה תוס' לעיל בע"א בד"ה אלא וכו' כתבו שאפילו רבא שסובר שבנשבע ושילם הרי הוא מקנה כפל הרי זה רק אם שילם ממש, ולא סגי בכה"ג בהריני משלם, וכתב רעק"א שם דהיינו משום שהטעם למה מהני הריני משלם הרי זה משום ששוב אינו יכול לחזור בו, אבל אם אמר הריני משלם אחרי שנשבע הרי הוא שפיר יכול לחזור בו, כי לאחר שנשבע ונפטר הרי מה שאמר הריני משלם הרי זה נחשב בגדר מתנה בעלמא, ואינו בגדר הודאת בעל דין, שהרי

כבר נשבע ונפטר, והיכא שהבטיח מתנה הרי הוא שפיר יכול לחזור בו, ולכן אין המפקיד מקנה את הכפל עד שישלם, וכן לפי השיטה שאחרי שאמר הריני משלם הרי הוא שפיר יכול לחזור בו צ"ל שבכל זאת מהני הריני משלם כי המפקיד סבור מיהא שלא יחזור בו, וא"כ היינו רק קודם שנשבע, אבל לאחר שהשומר נשבע המפקיד סובר שאולי שפיר יחזור בו כי הוא משלם עכשיו רק לפנים משורת הדין כיון שכבר נשבע ונפטר, דבשלמא לפני שנשבע הרי המפקיד סובר שאולי הוא מסכים לשלם כי הוא יודע את האמת שפשע, רק שהוא מתבייש להודות שפשע ולכן קאמר שנגב, וא"כ הרי הוא משלם משורת הדין כיון שהוא עצמו יודע את האמת שפשע ושהוא חייב מדינא, וא"כ משום כך סובר המפקיד שלא יחזור בו, אבל לאחר שנשבע נוקט המפקיד שמסתמא נשבע כדין, ומה שהוא אומר עכשיו שישלם הרי זה באמת רק לפנים משורת הדין, ומש"ה בעינן שילם ממש משום שהמפקיד סובר שאולי יחזור בו, עכ"ד של רעק"א.

ועל פי זה חידש רעק"א שאם נשבע והדר אמר שנשבע לשקר ושפשע אז יודה רבא שסגי בזה שהוא אומר הריני משלם, שהרי בכה"ג אינו יכול לחזור בו כי עשה הודאת בע"ד. ועכ"פ לעיל באות ה' כאן (בקטע "ושוב כתב רעק"א בדבריו") דייקנו מרש"י בב"ק שם שבכה"ג בכלל אין המפקיד מקנה להשומר את הכפל כיון שנשבע לשקר, ורק היכא שנשבע ושוב משלם בתורת "לפנים משורת הדין" סובר רבא שהוא מקנה לו את הכפל.

נה) בא"ד (שיטת רש"י בשבועות).

הנה מלשון תוס' אצלינו משמע שלפי רש"י בשבועות אינו יכול לחזור בו אפילו בעודו בב"ד, וכן יוצא גם מהא שכתבו שהכא מבואר דלא כרש"י, כי אם נאמר שרש"י סובר שרק אחרי שיוצא מב"ד אינו יכול לחזור בו א"כ למה כתבו שמהכא מבואר דלא כרש"י הלא י"ל שהכא איירי בחזר בו בפני ב"ד. מיהו בשבועות הבינו שרש"י סובר שרק לאחר שיצא מב"ד אינו יכול לחזור בו ותירצו שם באמת שי"ל שהכא איירי בחזר בו בעודו בפני ב"ד.

והנה תוס' הסיקו בהמשך דבריהם שבאמת אינו יכול לחזור בו, רק שאע"פ שאינו יכול לחזור בו אבל כיון שרצה לחזור בו לא מקני ל"י כפילא כי אטרחי' לבי דינא. וצ"ע איזה אטרחי' לבי דינא יש כאן, דבשלמא אם איירי באופן שתבע אותו חוץ לב"ד ואמר הריני משלם ושוב אמר שאינו משלם והוצרך לתבוע אותו לב"ד, א"כ אז ניחא כי באמת אטרחי' לבי דינא, אבל היכא שתבעו בפני ב"ד ואמר לו בפני ב"ד הריני משלם ורוצה לחזור בו בפני ב"ד לפני שיצא ואמרו לו ב"ד שאינו יכול לחזור בו א"כ איזה אטרחי' לבי דינא יש כאן. וצ"ל שמ"מ מכיון שרצה לחזור בו וגרם לו קצת עגמת נפש שנמשך עד שב"ד אמרו לו שאינו יכול לחזור בו, אינו מקנה לו כפילא כי זה דומה לאטרחי' לבי דינא.

נו) בא"ד.

צ"ע על תוס' כאן למה בתחלה לא הוכיחו כשיטת ר"ת הראשונה מההיא דזה

בורר דמוכח שלפני גמ"ד לכו"ע הרי הוא יכול לחזור בו.

נז) בא"ד.

הנה כבר הבאנו שתוס' בשבועות הבינו מלשון רש"י שרק אם יצא מב"ד אינו יכול לחזור בו, וכתבו דכאן איירי שחזר בו בעודו בפני ב"ד ומש"ה שפיר יכול לחזור בו, א"נ שבאמת אינו יכול לחזור בו כי איירי שכבר יצא מב"ד רק שאין המפקיד מקנה לו כפילא כיון שרצה לחזור בו.

ותוס' אצלינו הביאו שר"ת חולק על רש"י וסובר דשפיר יכול לחזור בו, והיינו אפילו כשיצא מב"ד, והביאו ראי' מאצלינו, פי' כי ר"ת סובר דאיירי גם כשאמר הריני משלם בפני ב"ד ושוב אמר איני משלם חוץ לב"ד. ולפ"ז יוצא שר"ת סובר שגם אחרי גמ"ד יכול לחזור בו, דהא ההיא דשבועות דאיתא שפוטרינן אותו הכוונה היא שעושינן גמ"ד ובכל זאת ס"ל דיכול לחזור בו רק שיתבייש. וכן אצלינו כשאמר הריני משלם איירי שגמרו את דינו, שהרי יצא מב"ד וכהנ"ל. ולהלן שם הקשו באמת תוס' שבזה בורר מבואר שלאחר גמר דין אינו יכול לחזור בו. אלא שדחו שר"ת יפרש שהכוונה היא דוקא אם נשבע כבר, דרק זה נקרא גמ"ד (והה"נ אצלינו אם כבר ממש שילם).

נח) אמר הריני משלם ומת ואמרו בניו אין אנו משלמין.

הנה לכאורה שאלה זו הרי היא בדרך אם תמצא לומר מהשאלה הקודמת שאמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם, דהיינו

נט) בענין דברי הגר"ח על הקנאת כפל, ובענין אין אדם מוריש קנס לבניו.

ע"י בתוס' שהקשו דהיכא שמת השומר איך יש תשלומי כפל לבניו הלא אין אדם מוריש קנס לבניו. והנה לכאורה יש ליישב דלא איירי לענין כפל אלא לענין יוקרא דהוי שבחא דאתי מעלמא. מיהו נראה פשוט שלא תירצו תוס' כן כי בפשטות משמע דאיירי לענין כפל.

והנה תוס' לעיל סוברים שלפי מסקנת רבא הרי הוא מקנה להשומר את כל הפרה ממש מעכשיו או סמוך לגניבתה. מיהו בדעת הרמב"ם שסובר שהפרה עצמה חוזרת להמפקיד סובר הגר"ח שלפי המסקנא הרי הוא מקנה רק את הפרה לכפילא, וכתב על זה (הובא לעיל באות ל') וז"ל, דהנה בעיקר הך דינא דעבד שמכרו הרב לקנס או בהמה לכפילא, אם נימא דמכירתו קיימת, צ"ע אם הדין הוא דהלוקח הוא נעשה בעלים ממש, ועיקר חיובא של שלשים שקלים וכפל הוא דהלוקח בעצמו, ומשום דלגבי קנס זה הרי העבד והבהמה קנויים לו, ואיהו גופי' הוי הבעלים של זה הקנס, או דנימא דאף אם מכירתו קיימת, מ"מ עיקר חיובא של שלשים שקלים של עבד וכפל של גניבה הוא להבעלים המוכרים, כיון דהם הבעלים של העבד והבהמה לכל מילי, ורק דזכות זה שיש להבעלים בהעבד והבהמה לשלשים שקלים וכפל הוא דקונה הלוקח, ונמצא דחלות החיוב של המתחייב הוא להבעלים המוכרים ואך שזה קנוי ללוקח, וצ"ע בזה עכ"ל. ועיי"ש שם שרצה לומר בדעת הרמב"ם שגבי כפל השומר נעשה

שאת"ל שהתם הוא עצמו אינו מתכוין להתחרט אבל אכתי י"ל בנוגע לבניו שמכיון שאף פעם לא אמרו שישלמו נקטינן שהם מתכוונים לומר שבאמת לא ישלמו. מיהו א"כ הול"ל את"ל. וצ"ל שבאמת אינו בדרך את"ל כי יש גם סברא הפוכה, והיינו שרק בבניו אמרינן שאינם מתכוונים לחזור כי מקיימי מילתא דאבוהון.

מיהו גם בשילמו בנים לבנים לא הזכירו דהוי בדרך אם תמצא לומר אע"פ שהתם בודאי הרי זה כך.

וע"י להלן ברש"י בד"ה שאל שתי פרות דהתם כתב דהוי בדרך את"ל, וצ"ע למה לא כתב כן בשילמו בנים לבנים. וי"ל שרק התם בשאל שתי פרות כתב כן כי יש בזה קצת רבותא וחידוש וכמו שנבאר להלן.

והנה רש"י כאן כתב שלא הספיק האב לשלם עד שמת. וצ"ע מה בא רש"י להוסיף בזה, הלא פשיטא שעוד לא שילם. ואולי י"ל שכוונתו היא להדגיש ששפיר ה"י בדעת האב לשלם, רק שלא הספיק, ואתי רש"י לאפוקי היכא שלא שילם לפני שמת משום שחזר בו ממה שאמר הריני משלם. והא דלא רצה רש"י לפרש גם באופן שנתחרט הרי זה כי אז נצטרך באמת לומר שהשאלה היא רק לפי הצד שהיכא שחזר בו אמרינן שדחויי קא מדחי לי, כי לפי הצד שהוא מתכוין באמת לחזור בו הרי בודאי אין כאן הקנאת כפל, ורש"י סובר כדברינו הנ"ל שאין שאלה זו בדרך את"ל, ולכן פירש"י בציוור שלא הספיק לשלם עד שמת אשר ציור זה אינו תלוי בהשאלה הקודמת מה הדין היכא שחזר בו.

בעלים ממש לענין כפל. מיהו אם נאמר דלא כהגר"ח, אז י"ל שקושיית תוס' אינה קשה, כי החיוב קנס הוא בעיקרו להמפקיד ולא להשומר וכשהשומר מקבל את הקנס אינו בגדר תשלומי קנס מהגנב להשומר, כי הגנב לא גנב מהשומר, אלא השומר קנה את הזכות גבי' מהמפקיד, וא"כ לגבי השומר הרי זה כמו יוקרא ושבחא דאתי מעלמא והרי הוא שפיר מוריש את זה לבניו.

והנה קושיית תוס' קשה באמת גם על שלמו בנים דפי' רש"י שהגניבה היתה בחיי השומר, דגם על זה קשה דהא אין אדם מוריש קנס לבניו, ויש ליישב כהנ"ל.

ועיין להלן באות ס"ג שהבאנו כהנ"ל בשם הכ"מ כדי ליישב ההיא דשילמו בנים. והנה מה שכתבנו שלפי הצד השני של הגר"ח אין כאן תופעה שהשומר מוריש קנס לבניו הרי זה דלא כדברי החידושי רבי ראובן כאן בסי' י"ט בד"ה ויש לחקור, דעי"ש שביאר את הצד השני של הגר"ח וכתב שגם לפ"ז יש כאן תופעה של ירושת קנס לבניו וכקושיית תוס' וז"ל, אבל נלע"ד שי"ל ג"כ שעצם הדקל והארעאי אשבח של המוכר הוא, והפירות גדלים על דקל שלו, וכהצד השני שחקרתי ושחקר בחי' הגר"ח הלוי ובברכ"ש, אבל ביאור הדבר של קנין דקל לפירותיו הוא דגם זה שהבעלים זוכים בהשבח ששבחו נכסיו ובהפירות שגדלו מקרקעו משום טענת ארעאי אשבח גם זה זכות הוא בהקרקע ובהדקל, והוא מוכר להקונה הדקל את זה הזכות שיש לו בהדקל שע"י הדין דארעאי אשבח יזכה בהפירות והשבח וכן בפרה לכפילא, וכיון שקנה השומר הרי הוא

הגובה את הכפל מהגנב, וגם לפי"ז אתי שפיר דברי תוס' בשלמו בנים דשייך בזה אין אדם מוריש קנס לבניו, שהרי החיוב קנס לשומר הוא, והוא המורישו לבניו, ודלא כהכ"מ עכ"ל.

ס) שילמו בנים מאי.

א. בענין היכא שאמר האב הריני משלם, ושילמו הבנים.

פירש"י שהציור של "שילמו בנים" איירי שהאב אפילו לא אמר הריני משלם. ומדבריו מבואר שאם אמר הריני משלם בודאי יש כאן הקנאת כפל. והוכרח לפרש כן כי מהאיבעיא הקודמת מבואר שאם אמר האב הריני משלם ועמדו הבנים בדבריו הרי זה בודאי מהני. וכן כתב המהרש"א להלן שאם כבר אמר הריני משלם אז בודאי יש הקנאת כפל כשעמדו הבנים בדבריו.

ב. היכא שנגנבה מן הבנים.

והנה נראה מדברי רש"י שהגניבה היתה בחיי האב, וכן נראה מלשון הרמב"ם בפ"ח מהל' שאלה ה"ה שכתב וז"ל, שלא הספיק לתבוע את השומר בדין עד שמת ותבע הבנים ושילמו בני השומר עכ"ל, ונראה שכן צ"ל כי אם הגניבה היתה לאחר מיתת האב, בודאי אין כאן הקנאת כפל, והיינו משום שכיון שמת פקעה השמירה והבנים אינם שומרים והרי זה כמו שאדם זר אמר הריני משלם דבודאי ליכא הקנאת כפל (וזהו דלא כמו שנקט רעק"א בתוך דבריו בד"ה גמרא שילם לבנים וכו' שהגמ' איירי שנגנבה לאחר מיתת השומר).

מיהו באמת הבנים עדיפי מאדם זר,

ואפילו אם אין הקנאת כפל כשארדם זר משלם אבל כשהבנים משלמים שפיר יש לומר שיש כאן הקנאת כפל, והיינו משום שבארדם זר ליכא בכלל דרך איך להקנות לו את הכפל, כי הקנאת כפל היא רק ע"י שהפרה קנוי' לו מתחילת השמירה ע"י המשיכה או סמוך לגניבתה ע"י קנין חצר, דאז נמצא שהגניבה היתה מהשומר, ואילו כשארדם זר משלם הרי הפרה לא היתה שלו, אבל בשילמו בנים ליכא חסרון זה, כי י"ל שע"י שהם אומרים הרי אנו משלמים הרי הפרה היתה של אביהם מתחילת השמירה, והם הרי יורשים מאביהם, וא"כ נמצא שהגנב שפיר מתחייב להם את הכפל, ולפי הלישנא בתרא של רבא יוצא שהפרה נקנה להם סמוך להגניבה ע"י קנין חצר, כי הפרה עוד היתה אז אצלם, וא"כ שוב היתה הגניבה מהם והגנב מתחייב כפל להם.

ג. עוד בענין נגנבה מן הבנים, וכן בענין אם נגנבה מן האב ומת האב האם הבנים חייבים לשלם.

ברם בכל זאת י"ל שהיכא שנגנב מהבנים ליכא הקנאת כפל, והיינו משום דכיון שהיו פטורים כי כבר פקעה השמירה, ואינם חייבים אפילו לישבע, א"כ הרי הם

כשומר שמשלם היכא שיש עדים שנאנסה דיש אומרים שאין הקנאת כפל כי לא אסיק אדעתיה דהמפקיד שישלם בכה"ג וכמו שהבאנו לעיל באות ג', ועוד דכבר כתב רעק"א שגם הסוכרים שביש עדים שנאנסה שפיר יש הקנאת כפל אבל בשמירה בבעלים שהוא פטור לגמרי בודאי אין הקנאת כפל וא"כ ה"ה כאן שהבנים פטורים לגמרי, אבל היכא שהגניבה היתה בחיי האב ומת, אין זה כמו יש עדים שנאנסה והיינו על פי דברי הש"ך בסי' רצ"ה סק"ח שכתב שאירי שהאב השאיר אחריות נכסים ויש ממה לגבות ושאינו דומה ליש עדים שנאנסה כי אנחנו אומרים שאולי הם משלמים משום שהם יודעים האמת שאביהם פשע ושהם חייבים באמת (אבל היו יכולים להפטר ע"י לומר שאביהם לא פשע). והקצה"ח בסי' ס"ט סק"ז דן לומר שהיכא שנתחייב האב שבועה ומת קודם שנשבע והשאיר אחריות נכסים הרי הבנים חייבים לשלם גם כשאינם יודעים האמת עם מי, והבאתי את דבריו באריכות בהערה כאן*).

וע"ע עיין בפ"י שכתב שאם נגנב לאחר מיתת האב, אין הקנאת כפל כי יש ק"ו מיש עדים שנאנסה דאין שם הקנאת כפל, ויש לבאר דהוי בגדר ק"ו כסברת רעק"א

אינו נשבע הרי זה משום שמת, וא"כ לפי השיטה הזאת הבנים יהיו פטורים.

ושוב הביא הקצה"ח את דברי המהרי"ק שהוכיח מסוגיין שהיתומים פטורים, מדאמרינן אמר הריני משלם ואמרו בניו אין אנו משלמין מי אמרינן מהדר קא הדרי בהו או דלמא במלתא דאבוהון קיימי ודחויי הוא דקא מדתו ליה, ומבואר שיכולים הבנים לומר אין אנו משלמין, וא"כ מוכח שאין הבנים חייבין לשלם כשנתחייב אביהם שבועה.

* דהנה הקצה"ח בסי' ס"ט סק"ז נסתפק היכא דנתחייב האב שבועה דאורייתא כגון מודה במקצת ולא הספיק לישבע עד שמת, האם הבנים חייבים לשלם, דאפשר שמאחר שחל על האב חיוב של או תשבע או תשלם והוא לא נשבע, הרי הוא חייב והשיעבוד קיים על נכסיו. ותלה הקצה"ח את הדבר במחלוקת הראשונים אם יש דין מתוך שאין יכול לישבע משלם היכא דלא הו"ל למידע ולא ריע טענתי, דהכא הרי לא ריע טענתי, דהא הטעם למה

שהכא הרי הוא פטור לגמרי. ועוד י"ל שהתם לכה"פ הרי הוא שומר בשעה שנאנסה אבל הכא כבר פקעה השמירה לפני שנגנבה, ובכה"ג בודאי לא אסיק אדעתיה שישלם.

ועי' בראב"ד בשט"מ שכתב שיש לפרש שנגנבה לאחר מיתת האב. ונראה שאזיל שהיכא שיש עדים שנאנסה ושילם שפיר יש כאן הקנאת כפל.

סא) שילמו בנים, שילם לבנים.

עי' בגמ' דמספיקין לומר שאינו מקנה כפל משום שבהני גונוי ליכא ניחא נפשי'. והנה מהריב"ן בתד"ה שאל וכו' מבואר לכאורה שהצד השני הוא דשפיר יש כאן הרגשת ניחא נפשי'. מיהו עי' ברשב"א

ודחה הקצה"ח ראייתו שהרי גם על השומר עצמו נסתפקו אם בתחילה אמר הריני משלם וחזר ואמר איני משלם מי אמרי' מהדר קא הדר ביה וכו' וכתבו תוס' שאפילו אם מצד הדין אינו יכול לחזור בו לאחר שאמר הריני משלם אבל בכל זאת יש צד לומר שאינו מקנה לו כפל מאחר שרצה לחזור בו, וא"כ גם בנוגע להבנים י"ל שבאמת הרי הם חייבים והספק הוא שמה אינו מקנה להם כפל מאחר שלא רצו לשלם.

והוסיף הקצה"ח דאדרבה מסוגיין מוכח דלא כהמהרי"ק אלא שהבנים חייבים, כי אם נאמר שהבנים פטורים הדין נותן שאינו מקנה להם כפל כי הוי כמו יש עדים שנאנסה, וא"כ בע"כ צ"ל שהבנים שפיר חייבים. מיהו ראיתי בכתבי בני ר' אהרן נר"ו שלכאורה אין ראייתו מוכרחת כלל, שהרי לכאורה ראייתו הוא מהספק באמר האב הריני משלם ואמרו בניו אין אנו משלמים שהרי על זה היו דבריו לעיל בנוגע לראיית המהרי"ק ומשמע שמצד זה הרי הוא מביא גם ראייתו דידי', והראי' היא משום דאם נאמר שהבנים פטורים א"כ מה איכפת לן בזה שאין הבנים מתכוונים לחזור מדברי

בד"ה שילם לבנים שכתב שהצד השני הוא דלא בעינן הרגשת ניחא נפשי'.

והנה יש לעיין דבשלמא לפי הריב"ן א"כ מספיקין בתחילה אם המפקיד מרגיש הרגשת ניחא נפשי' כלפי בני השומר, ושוב מספיקין אם בני המפקיד מרגישים הרגשת ניחא נפשי' כלפי השומר, ושוב מספיקין בדרך את"ל אם יש בין בנים לבנים הרגשת ניחא נפשי', וא"כ יש כאן באמת ג' ספקות נפרדים, אבל לפי הרשב"א יוצא שבתחילה מספיקין אם מפריע מה שאין ניחא נפשי' בשילמו בנים או האם אין צריכים ניחא נפשי' כי תקנת ב"ד היא אפילו כשאין ניחא נפשי' כמו שביאר שם, וא"כ צ"ע למה צריכים ג' בעיות הלא כל השלשה ציורים הרי הם רק שלשה ציורים של בעיא אחת, וא"כ ה"י צ"ל שילמו בנים או שילם לבנים

אביהם אבל בכל זאת הרי זה ציור של יש עדים שנאנסה וא"כ אין המפקיד מקנה את הכפל, והרי אין זה ראי' כלל, כי י"ל שהוא מקנה בכה"ג את הכפל משום העובדא שאמר השומר עצמו הריני משלם, והשומר הלא לא היה פטור.

מיהו לכאורה אכתי יש ראי' מהספק של שילמו בנים שהרי שם מיירי שהאב לא הספיק לומר הריני משלם וכמו שפירש רש"י, וא"כ אם הם פטורים הרי זה בגדר מתנה בעלמא.

מיהו באמת גם משם אין ראי', שהרי כל הנידון של הקצה"ח הוא כשכבר נתבע האב מחיים ונתחייב שבועה, דאם לא תבעוהו בחיים אין שום צד שהבנים יתחייבו, דשבועת ה' תהיה בין שניהם ולא בין היורשים, וכן הדגיש הקצה"ח עצמו בתחילת דבריו שספיקו הוא רק כשתבעו את האב מחיים, והרי הציור של שילמו בנים איירי שלא נתבע האב מחיים כמו שפירש רש"י, וא"כ בכה"ג הבנים בודאי פטורים ובכל זאת יש צד שמקנה להם הכפל. ועי' בחזו"א שהעיר הערה זו, וגם דחה את עיקר הדמיון של שילמו בנים להנידון של יש עדים שנאנסה.

או שילמו בנים לבנים מאי, בלי לומר "מאי" אחרי כל ציור וציור.

מיהו עי' ברשב"א לעיל בדף כ"א ע"א גבי האיבעיות של חצי קב בשתי אמות, וקביים בשמונה אמות, וקב שומשמי, וקב תמרי וקב רמוני, שכתב שיסוד השאלה בכולן אחת היא, רק שבכתי מדרש שונים נשאלה השאלה בציורים שונים, ורב אשי סידר את כולן יחד, "והרבה כיוצא בהן בגמ'", וא"כ כן י"ל גם כאן, ואתי הרשב"א לשיטתו בדף כ"א שם.

סב) נייח נפשי'.

עי' ברש"י שפי' שהכוונה היא שעשה לו טובות פעמים הרבה. הרי שלא פי' שעצם השמירה היא הנייח נפשי', ולכאורה לא פי' כן כי בשואל אי אפשר לומר כן כי כל הנאה שלו, ורק בשומר חנם יש לומר שנחשב שהוא עושה לו טובה ע"י עצם העובדא שהוא שומר, כי הרי הוא שומר בשבילו בחנם, ואולי גם בשומר שכר אפשר לומר דחשיב עשיית טובה כי אע"פ שהוא מרויח שכר אבל סו"ס המפקיד חיפש שומר, וכן בשוכר המפקיד חיפש להשכירו, אבל בשואל בודאי אי אפשר לומר שעצם השמירה חשיבא נייח נפשי' כי המפקיד חיפש להשאילו בחנם, ולכן פירש"י שעשה לו טובות פעמים הרבה.

ולפ"ז יוצא שבש"ח וש"ש ושוכר אפילו אם ידעין שלא עשה לו טובות פעמים הרבה אכתי י"ל דאיכא נייח נפשי' מחמת עצם השמירה.

והנה רעק"א בדבריו על רש"י ד"ה שילם לבנים נסתפק אם בשומר אבידה יש

הקנאת כפל, ונסתפק משום שני טעמים, א', משום שאין שעת מסירה, ב', משום שאין נייח נפשי', אבל לא פי' למה אין בכה"ג נייח נפשי', רק כתב דהתם ליכא נייח נפשי'. ויש להסביר משום שהוא אדם זר שלא עשה לו טובות פעמים הרבה. מיהו מצד שני רעק"א שם כתב בתוך דבריו גם שהתורה עשתה אותו שומר בעל כרחו, ומשמע שרוצה להסביר בזה למה עצם השמירה לא חשיבא נייח נפשי', ולפ"ז יוצא כמו שכתבנו שהוא נוקט שבש"ח או ש"ש אין צריכים להא שיעשה לו טובות פעמים הרבה אלא עצם השמירה היא הטובה אבל היינו רק בשמירה מדעתו ולא בשמירה בעל כרחו.

וכבר הבאנו לעיל באות ל"ד סק"ה את דברי הפ"י שהעיר מה יהי' היכא שלא עשה לו טובות, וכתב שבכל זאת לא חילקו חכמים ואמרו לא פלוג.

ועי' בתורת חיים שהקשה איך אמרינן שתלוי בנייח נפשי', דהא א"כ איך סתם ותני לעיל שאם קידם השואל ושילם הרי הוא קונה כפל, דמי יימר שהשואל עשה להמפקיד נייח נפשי', ובשלמא על המשנה לא קשה כי המשנה איירי בש"ח והרי בשומר חנם י"ל שעצם השמירה היא הנייח נפשי', אבל בשואל צריכים באמת שיהי' מצב שעשה לו טובות פעמים הרבה, והיינו כדברינו הנ"ל שרש"י כתב דבריו בגלל שואל. ותני' דסתמא דמילתא אם שואל ממנו, וכן משאל לו, הרי זה כי יש ביניהם נייח נפשי'. מיהו צ"ע דבתירוצו הנ"ל הזכיר סברא זאת גם בנוגע לש"ח. וצ"ל שאע"פ שלעיל כתב שאי אפשר להקשות על ש"ח כי י"ל שעצם השמירה היא הנייח

נפשי, אבל לאחר שזכינו לדין שסתמא דמילתא יש בין השואל והמשאל נייח נפשי א"כ שוב יש לתרץ כן גם על ש"ח. מיהו בהמשך דבריו שוב הזכיר התורת חיים ענין זה רק על שואל ולא על ש"ח וצ"ע.

וז"ל התורת חיים, ויש לומר סתמא דמילתא המפקיד אצל חברו, או שואל מחברו, או הבין ונוחין זה לזה, ועשו קורת רוח זה לזה (הרי שהזכיר גם ש"ח), דאי לאו הכי לא הוה שואל ממנו וחבירו נמי לא הוי משאלו (הרי שהזכיר רק שואל ומשאל), לכך מצי למימר לאבוכון אקנאי כפילא דכיון שהייתי משאלו מסתמא עביד לי קורת רוח עכ"ל. ועכ"פ מדבריו יוצא לכאורה שאה"נ, אם ידוע שהשואל לא עשה לו נייח נפשי אין בכה"ג הקנאת כפל, ודלא כהפ"י.

סג) שילמו בנים, שילם לבנים.

עי' ברש"י שפי' ששילם לבנים איירי כשנגנב לאחר מיתת המפקיד. וכתב הרשב"א שרש"י פי' כן כי ס"ל שאם נגנב בחיי המפקיד הרי המפקיד בודאי מקנה את הכפל אם ישלם לבניו, ולכן פירש"י דאיירי שנגנב לאחר מיתת האב, והשאלה היא לפי הלשון השני של רבא שההקנאה היא סמוך לגניבתה.

ועוד הביא הרשב"א שהראב"ד פי' שאיירי בנגנב בחיי המפקיד, והספק הוא אם המפקיד מקנה את הכפל היכא שהתשלומין של השומר יהיו לאדם אחר דהיינו בניו, אבל אם הגניבה היתה לאחר

מיתת המפקיד יש שאלה רק לפי הלשון הראשון שהוא מקנה בשעת המשיכה. ולפי הנ"ל יוצא שהיכא שנגנב בחיי המפקיד, בודאי יש כאן הקנאת כפל לדעת רש"י לפי הרשב"א, והיכא שנגנב לאחר מיתת המפקיד, לפי הלשון של מעכשיו בודאי יש כאן הקנאת כפל, ולפי הלשון של סמוך לגניבתה הרי זה ספיקת הגמרא, ואילו לפי הראב"ד אם נגנב בחיי המפקיד זהו הציור של ספיקת הגמרא, ואם נגנב לאחר מיתת האב לפי הלשון של מעכשיו גם בזה יש ספק, ולפי הלשון של סמוך לגניבתה בודאי אין כאן הקנאת כפל.

והנה הכ"מ בפ"ח מהל' שאלה ופקדון ה"ה הקשה על ביאורו של הרשב"א בדעת רש"י, דאם היכא שהגניבה היתה בחיי המפקיד בודאי יש הקנאת כפל א"כ למה מספקא לן בשילמו בנים, הלא גם שם נימא דכיון שהגניבה היתה בחיי השומר בודאי יש הקנאת כפל. ועוד הקשה דאולי אין המפקיד מקנה כפל היכא שהתשלומין יהיו לבניו.

ולפיכך כתב הכ"מ טעם אחר למה רש"י פי' שנגנב לאחר מיתת המפקיד, והיינו משום שאם הגניבה היתה בחיי המפקיד שוב ליכא למיבעיא כי אין המפקיד מוריש קנס לבניו, וממילא בכלל אין כאן תשלומי כפל. וגם הרישב"א בהחידושים החדשים כתב פירוש זה. ולכאורה צ"ע מה קשה מאין אדם מוריש קנס לבניו, הלא השומר מקבל את הכפל משום שלמפרע הפרה היתה שלו בשעת הגניבה.

מיהו י"ל שכוונתם היא שכיון שאין אדם מוריש קנס לבניו א"כ יוצא שלפי

הצד שאין המפקיד מקנה בכה"ג את הכפל אין כאן תשלומי כפל והגנב פטור, וא"כ בודאי ניחא לי' להמפקיד להקנות להשומר את הכפל בכה"ג אע"פ שהתשלומין יהיו לבניו במקום להשאיר מצב שהגנב בכלל לא ישלם כפל.

וביותר נראה שהכ"מ אזיל כמו הצד השני של הגר"ח שהבאנו לעיל, וז"ל הגר"ח, דהנה בעיקר הך דינא דעבד שמכרו הרב לקנס או בהמה לכפילה, אם נימא שמכירתו קיימת, צ"ע, אם הדין הוא דהלוקח הוא נעשה בעלים ממש, ועיקר חיובא של שלשים שקלים וכפל הוא להלוקח בעצמו, ומשום שלגבי קנס זה הרי העבד והבהמה קנויים לו ואיהו גופי' הוי הבעלים של זה הקנס, או דנימא דאף אם מכירתו קיימת מ"מ עיקר חיובא של שלשים שקלים של עבד וכפל של גניבה הוא להבעלים המוכרים, כיון דהם הבעלים של העבד והבהמה לכל מילי, ורק דזכות זה שיש להבעלים בהעבד והבהמה לשלשים שקלים וכפל הוא דקונה הלוקח, ונמצא דחלות החיוב של המתחייב הוא להבעלים המוכרים ואך שזה קנוי ללוקח, וצ"ע בזה עכ"ל.

ולפי הצד השני של הגר"ח ניחא דברי הריטב"א והכ"מ כי לפי הצד השני הדין נותן שאם נגנב בחיי המפקיד לא יקבל השומר את הכפל כי המפקיד נשאר הבעלים על הפרה לענין כפל אשר לפ"ז שפיר שייך לומר שכיון שמת אין אדם מוריש קנס לבניו.

והנה הכ"מ המשך להקשות דאם אין אדם מוריש קנס לבניו א"כ לא אתי שפיר

הבעיא של שילמו בנים, דאיך ס"ד שהם מקבלים את הכפל הלא מכיון שהפרה בשעת הגניבה היתה של אביהם א"כ אין אדם מוריש קנס לבניו. וקושיא זו כבר הקשו תוס' לעיל על הציור של אמר הריני משלם ומת. ותי' הכ"מ שמכיון שהמפקיד חי, סגי בהכי, כי השומר מכח המפקיד בא. ולכאורה אין דבריו מובנים דהא לפי הצד שיש הקנאת כפל א"כ הפרה היתה שייכת בשעת גניבה להשומר והגנב נתחייב להשומר וא"כ אין אדם מוריש קנס לבניו. וכבר העיר כן רעק"א כאן על הכ"מ.

והפ"י כתב לפרש כוונת הכ"מ שכוונת המפקיד היא שאם ישלמו בניו של השומר, יקנו בניו את הכפל, ומש"ה אין כאן ירושת קנס מהשומר לבניו, אלא המפקיד מקנה בתחילה להבנים. מיהו אין דבריו מובנים, כי איך קונים הבנים מהמפקיד הרי אביהם הוא זה שעשה קנין (וכי נאמר שכוונתו היא שהאב זוכה להבנים).

ברם כבר כתבנו בהאות נ"ט שלפי הצד השני של הגר"ח שהמפקיד נשאר הבעלים לענין כפל לא קשה איך בני השומר מקבלים את הכפל הלא אין אדם מוריש קנס לבניו. ותוס' שהקשו איך בני השומר מקבלים את הכפל הלא אין אדם מוריש קנס לבניו הרי הם סוברים שהשומר נעשה הבעלים לענין כפל.

מיהו כבר הבאנו באות נ"ט בשם החידושי רבי ראובן דלא כהתלי' הנ"ל אלא שגם לפי הצד השני של הגר"ח שייך לומר בשילמו בנים שאין אדם מוריש קנס לבניו וז"ל, אבל נלע"ד שיי"ל ג"כ שעצם הדקל והארעאי אשבח של המוכר הוא,

והפירות גדלים על דקל שלו, וכהצד השני שחקרתי ושחקר בחי' הגר"ח הלוי ובברכ"ש, אבל ביאור הדבר של קנין דקל לפירותיו הוא דגם זה שהבעלים זוכים בהשבח ששבחו נכסיו ובהפירות שגדלו מקרקעו משום טענת ארעאי אשבח גם זה זכות הוא בהקרקע ובהדקל, והוא מוכר להקונה הדקל את זה הזכות שיש לו בהדקל שע"י הדין דארעאי אשבח יזכה בהפירות והשבח וכן בפרה לכפילא, וכיון שקנה השומר הרי הוא הגובה את הכפל מהגנב, וגם לפי"ז אתי שפיר דברי התוס' בשלמו בנים דשייך בזה אין אדם מוריש קנס לבניו, שהרי החיוב הקנס לשומר הוא, והוא המורישו לבניו, ודלא כהכ"מ עכ"ל.

והנה לפי הראב"ד שמפרש ששילם לבנים איירי בנגנב בחיי המפקיד, וגם כשנגנב בחיי האב יש ספק וצד לומר שאינו מקנה את הכפל, א"כ יוצא שלפי הצד שאין הקנאת כפל אין הגנב משלם כפל כלל כי אינו משלם לבני המפקיד כי אין אדם מוריש קנס לבניו, אבל לפי הצד ששפיר יש בכה"ג הקנאת כפל הרי הוא משלם כפל להשומר כי הפרה היתה שלו בשעת הגניבה. ולפי"ז יוצא שלפי הצד שאינו מקנה בכה"ג את הכפל הרי המפקיד מעדיף שהגנב יהי' פטור לגמרי, וצ"ע.

וגם המהרש"א דן בהנקודה הנ"ל, דעי' בדבריו שרצה ליישב על קושיית תוס' שאין אדם מוריש קנס לבניו, שאה"נ לפי הצד שאין הבנים מתכוונים לחזור אין כאן כפל כלל כי אין אדם מוריש קנס לבניו משא"כ לפי הצד שהם מתכוונים לחזור הרי הגנב משלם להמפקיד, ודחה דרך זה כי לפי הצד שאינם מתחרטים בודאי אין

המפקיד מסכים להקנות כפל כדי שהגנב יהי' פטור לגמרי.

סד) שילם מחצה.

הנה בשילם מחצה אינו נפטר משבועת השומרים ע"י ששילם, דהא עדיין חייב הוא לישבע על גניבת הפרה מחמת החצי שאינו משלם, וא"כ יש לדון על זה לפי אב"י שסובר שבנשבע ושילם אין המפקיד מקנה את הכפל. ועוד צריכים לדון דהנה ביש עדים שנאנסה יש ראשונים שסוברים שאינו מקנה את הכפל כי לא אסיק אדעתיה שישלם אע"פ שהוא פטור, וא"כ גם כאן י"ל שלא אסיק אדעתיה שישלם מחצה היכא שהוא עומד פטור ע"י שבועתו.

סה) שילם מחצה.

פירש"י וז"ל, מתחילתו אמר הריני משלם מחצה ולא יותר עכ"ל. הנה יש כמה דרכים איך להבין את הציור כאן ואת כוונת רש"י.

א. דאיירי באופן ששילם מחצה וכדאיתא בהגמ', דהיינו שלא רק אמר שישלם מחצה אלא שילם ממש, רק שהוסיף רש"י שבנוסף לזה גם אמר שלא ישלם יותר. ולפי"ז יש לדייק שאם לעת עתה לא שילם כלום, אלא רק אמר הריני משלם מחצה ולא יותר, אז בודאי אינו מקנה לו אפילו החצי שאמר שישלם, וזה מוכרח, כי אל"כ, אלא גם בכה"ג מיבעיא לן, למה הוצרכו לצייר באופן ששילם ממש את המחצה. מיהו יש לדחות דה"ה דאיבעיא לן גם בציור שעוד לא שילם כלום, אבל אמר הריני משלם מחצה, רק שנקטו ששילם

מחצה להודיענו כחו של הצד שאינו מקנה לו אפילו החצי, דהיינו שהצד ההוא קיים אפילו היכא ששילם ממש את החצי.

והנה לפי הפירוש הנ"ל שכתבנו יש עוד דיוק שאפשר לדייק, והיינו שאם רק שילם מחצה סתם, בלי לומר כלום, אז המפקיד בודאי מקנה לו החצי ששילם, ואולי אפילו באמר הריני משלם מחצה בלי להוסיף "ולא יותר". מיהו י"ל שהיכא שאמר הריני משלם מחצה הרי זה ממילא משתמע ולא יותר כיון שהוא מדבר ובכל זאת אומר רק על מחצה, אבל היכא ששילם ממש מחצה בלי לומר כלום התם אין הדבר מוכח שאין בדעתו לשלם גם את המחצה השני. ועכ"פ גם את הדיוק הנ"ל יש לדחות כי אולי אפילו בהציור ששילם מחצה סתם קא מיבעיא לן, רק שנקט היכא שגם אמר "ולא יותר" כדי להודיענו כחו של הצד ששפיר קונה מחצה, דהיינו שיש צד כזה אפילו היכא שאמר ולא יותר.

ב. שכוונת רש"י היא לפרש ששילם מחצה פירושו הוא שאמר הריני משלם מחצה ולא יותר ובאמת לעת עתה לא שילם כלום.

ג. עכ"פ יש להקשות על הדרכים הנ"ל, חדא מה היא כוונת רש"י במה שכתב "מתחילתו". ועוד למה להלן גבי שאל ב' פרות ושילם אחת מהן לא כתב שאמר הריני משלם אחת "ולא יותר" אלא כתב רק שאמר הריני משלם אחת מהן.

ד. יש עוד דרך לפרש אשר לפי הדרך ההוא לא קשות שתי הקושיות הנ"ל שהקשינו בסק"ג, והיינו שכוונת רש"י היא

לאפוקי דלא איירי היכא שאמר בתחילה הריני משלם את הכל, ושוב חזר בו, אבל לא חזר לגמרי לומר איני משלם כלום וכהיה דלעיל, אלא חזר ואמר שישלם רק מחצה, ועל זה כתב רש"י שכבר בתחילת דיבורו אמר הריני משלם רק מחצה, ולעולם שילם מחצה פירושו הוא שאמר שישלם מחצה, ומה שכתב רש"י ולא יותר, אין אלו המלים של השומר, אלא הרי הן המלים של רש"י, וקאמר רש"י שכבר מתחלה אמר השומר שישלם רק מחצה ולא אמר יותר, כלומר שלא אמר שישלם את הכל ושוב נתחרט על מחצה. ומכיון שכבר ביאר כן רש"י בשילם מחצה, לכן גבי שאל ב' פרות לא הוצרך לחזור ולומר שאיירי שאמר כבר בתחילה שהוא משלם אחת ושלא אמר יותר, כי כבר ביאר כן גבי שילם מחצה, וכמו שלא חזר שם לבאר דאיירי מתחילתו הה"נ שלא חזר לבאר דאיירי בלא יותר, ורק אם "ולא יותר" הן המלים של השומר הי' לו לרש"י להזכיר כן גם בשילם אחת מהן.

ולפ"ז אולי אם יאמר בפירוש ולא יותר אז בודאי אינו מקנה לו כלום. מיהו אין הדבר מוכרח.

ועי' בשט"מ בשם הר"ח שכתב וז"ל, שילם מחצה ולא הספיק לשלם הנשאר עד שנמצא הגנב עכ"ל. הרי שלא כתב שאמר שלא ישלם יותר אלא פי' ששילם מחצה סתם. ונראה שלפ"ז צ"ל דאיירי שלא אמר בתחילה הריני משלם, כי אילו אמר כן, מה הצד לומר שאינו קונה, הלא לא אמר בשעת תשלומין שלא ישלם יותר ממחצה, וגם אין משמעות כזה, אלא שלא הספיק לשלם את

הכל. מיהו יש לדחות שלעולם שפיר אמר בתחילה הריני משלם ובכל זאת מסתפקים לפי הר"ח שאולי המפקיד חושש שמכיון ששילם רק מחצה שוב לא ישלם יותר.

סו) שאל ב' פרות ושילם אחת מהן.

א. פירש"י וז"ל, את"ל לא קני מחצה שאל שתי פרות ונגנבו ואמר הריני משלם אחת ולא אמר מתה מחמת מלאכה מהו לקנות כפל שלה, מי אמרינן כיון שפרה שלימה שילם קנה, או דלמא כיון דתרוייהו חד פקדון הוו ואינו משלם את שתייהם לא אקני לי' כפילא שהרי הוא נפסד על ידו עכ"ל. והנה מדבריו מבואר דהא פשיטא לן דחשיבא הכל פקדון אחת, רק דמ"מ מספקא לן שאולי הכא הרי הוא שפיר מקנה לו חצי הכפל כיון שהוא משלם פרה שלימה.

ויש לעיין למה הכא האריכה הגמ' ולא אמרה בקיצור "שילם פרה אחת" כמו שאמרה "שילם מחצה". ובפשטות י"ל דהיינו משום שאז לא הי' ברור כל כך שהיתה כאן עוד פרה, אבל כשאמר שילם מחצה הרי המלה מחצה מורה להדיא שיש כאן חצי שני.

ברם אכתי צ"ע למה אמרו "שאל" ב' פרות, ולא "הפקיד" אצלו ב' פרות, דהיינו למה הקפידו כאן לצייר בשואל. ולא ראיתי מי שעמד בזה זולת מה שראיתי מובא בשם ספר חבר בן חיים שרק בשאלה הרי זה נחשב פקדון אחת אבל בשומר חנם הרי זה נחשב ב' פקדונות, ומש"ה בשומר חנם פשיטא לן שמקנה לו כיון ששילם פקדון

אחד בשלימות. ברם לא ידעתי סברת הדבר למה בשואל מיקרי הכל פקדון אחת יותר מבשומר חנם.

ב. והנה יש כאן עוד כמה קושיות שאפשר להקשות:

א', קושיית המלא הרועים והרש"ש, דהנה חזינן שרש"י פי' שרק אמר הריני משלם אחת מהן אבל לא שילם ממש, וזה ניחא לפי הלישנא בתרא של רב פפא, אבל לפי הלישנא קמא של רב פפא אינו מקנה להשואל את הכפל אלא א"כ שילם ממש וכמו שפירש"י שם, וכן לפי רב זביד שם אינו מקנה את הכפל אלא בשילם ממש, ואילו הכא פירש"י דאיירי שרק אמר הריני משלם, וא"כ צ"ע למה לא פי' רש"י דאיירי ששילם ממש וכלשון הגמ' אשר אז אתי שפיר גם לפי רב זביד וכן לפי הלישנא קמא של רב פפא.

ב', עוד יש להקשות, דכיון שאיירי שנגנבו א"כ כשהוא אומר שישלם רק אחת מהן הרי הוא אומר בעצם שאת הפרה השני' לא ישלם אע"פ שהוא חייב לשלם עבורה, ויצטרכו ב"ד לגבות ממנו בע"כ כההיא דכיפי, וא"כ מי יימר שבכה"ג שהוא מודיע להמשאל שבדעתו לגזול ממנו את תשלומי הפרה השני' הרי המשאל מקנה לו את הכפל של הפרה הראשונה.

ג', הנה רש"י כתב שהשאלה של שאל ב' פרות הוא בדרך אם תמצי לומר, דהיינו שאת"ל שבשילם מחצה אינו מקנה את הכפל מה הדין בשאל ב' פרות ושילם אחת מהן, וצ"ע כי נהי ששילם פרה שלימה, אבל מצד שני הרי מפרה אחת נתעלם

לגמרי, משא"כ בשילם מחצה נהי שלא שילם שום דבר שלם, אבל גם לא נתעלם משום דבר שלם, וא"כ הה"נ שאפשר לעשות את"ל להיפך והיינו שאת"ל שבשילם מחצה מקנה לו חצי הכפל הכא אולי אינו מקנה לו.

סז) שילם מחצה, ושאל ב' פרות ושילם אחת מהן.

ע"י ברש"י שפי' דמיבעיא לן אם הוא מקבל חצי הכפל או האם אינו מקבל כלום. והנה לכאורה הי' אפשר לפרש שהספק הוא אם המפקיד מקנה להשומר את כל הכפל עבור זה ששילם מחצה, וכשימצאו את הגנב, המפקיד והשומר יקבלו כל אחד חצי מהקרן אשר אז יוצא שהמפקיד קיבל את כל שתי פרותיו וגם השומר קיבל מהגנב את מה ששילם. וצ"ל דס"ל לרש"י לדבר פשוט שאין השומר מקבל כפל עבור חלק מהפרה שלא שילם עבורו.

מיהו ע"י ברמב"ם בפ"ח מהל' שאלה ופקדון שהביא את כל השאלות כאן ברשימה אחת, וכתב שבכל אלו הרי הדבר ספק אם המפקיד מקנה להשומר הכפל, ומזה משמע שהוא מפרש דמיבעיא לן בשילם מחצה ובשאל שתי פרות ושילם אחת מהן אם הוא מקנה לו את הכל כמו בשאר האיבעיות שהביא.

ויתכן לומר שלעולם הרי הוא מודה לרש"י שבודאי אין המפקיד מקנה להשומר יותר ממה ששילם או שאמר ששילם, רק דאיירי הרמב"ם שהוא מבטיח ואומר הריני משלם את הכל, אבל למעשה שילם בינותיים רק מחצה,

ואזיל הרמב"ם ש"שואל עד שישלם", ומיבעיא לן בהציור הנ"ל האם מכיון ששילם כבר מחצה אולי על המחצה השני' סגי באמר אפילו בשואל. מיהו דוחק להכניס כל זה בכוונת הרמב"ם, ובפרט שלא הזכיר ששילם מחצה איירי בשואל.

סח) שאל מן השותפין ושילם לאחד מהם.

פירש"י וז"ל, מי אמרינן כל הקרן שלו שילם, או דלמא בעינן עד שישלם כל הפרה עכ"ל. הנה רש"י לא פי' טעם להצד השני של האיבעיא למה ניבעי שישלם את כל הפרה, ולא סגי בזה שקיבל את שלו. ולכאורה י"ל שאינו מקנה את הכפל משום עצם העובדא ששותפו לא קיבל את שלו.

גם י"ל שהוא רוצה שישלם גם להשני כדי שיוכל לקנות עוד פרה יחד אתו כי הוא רוצה להיות שותף עמו כמו בתחילה. ואולי גם אין לו מספיק מעות לקנות פרה לבדו.

מיהו הריטב"א כאן כתב טעם אחר, והיינו שבשילם לאחד מן השותפין הצד לומר שאינו קונה אפילו חצי כפל הרי זה כי השותף השני יכול לתבוע מהשותף הזה חצי המעות שקיבל אשר אז יוצא ששילם להשותף הראשון רק מחצה מחלקו. ומזה שכתב הריטב"א לשון של "כיון" עיי"ש, מבואר דס"ל שלפי שני הצדדים הרי זה נשאר אמת שהשותף השני יכול לתבועו.

ולפי הריטב"א י"ל שמיבעיא לן כך, דאיירי שלבסוף השותף השני למעשה לא

תבע, ומיבעיא לן האם השומר קונה חצי הכפל משותף זה ששילם לו, או האם אין השותף מקנה כפל כיון שהשותף השני הי' יכול לתובעו.

גם י"ל דאיירי שלבסוף השותף השני שפיר תבע, ומיבעיא לן האם השואל קונה מיהא רביע כפל כיון שרביע הקרן ישאר אצל השותף הזה ששילם לו, והרי זה עדיף משילם מחצה כי לא הי' ברור שהשותף השני יתבע, ואפילו אם יתבע אבל השומר ניסה לכה"פ לפעול ששותף זה יקבל את כל חלקו, ומש"ה הרי זה עדיף משילם מחצה, או האם זה באמת כמו שילם מחצה.

ועי' בריטב"א בהחידושים החדשים שכתב סברא אחרת למה לומר שלא סגי בזה ששילם לשותף אחד את חלקו וז"ל, או דילמא דהא נמי שילם מחצה הוא חשוב שהרי יש לכל אחד מן השותפין זכות בכל הממון וכל היכא דאיתנהו לתרוייהו במתא כל אחד מהם יכול לתבוע הכל כדאיתא בפרק מי שהי' נשוי עכ"ל.

והנה גם בשותפין ששאלו ושילם אחד מהם לא הזכיר רש"י את הסברא לומר שאינו קונה, ויש לפרש שהטעם הוא דכיון שהשותף השני לא שילם והרי המשאל עומד נפסד הרי זה כמו שילם מחצה.

מיהו עי' בריטב"א שכתב סברא אחרת, והיינו שהצד לומר שאינו קונה אפילו חצי הכפל הרי זה כי כל שותף חייב לשלם את הכל, ומהא דלא כתב כאן "כיון" משמע שהצד השני סובר שבאמת אינו חייב לשלם את הכל.

וע"ע בנוגע לאם הוא חייב בכל

ברשב"א ובריטב"א בהחידושים החדשים. ויש לעיין מה הדין היכא ששותף אחד שילם את הכל כדי שכל הכפל יהי' שלו, האם זה כמו היכא שאדם זר שילם, ואינו קונה את הכפל, או האם הטעם למה אדם זר ששילם אינו קונה את הכפל הרי זה כי אין להמפקיד דרך איך להקנותו לו, אבל הכא הרי המפקיד שפיר יכול להקנות את כל הכפל כי גם השותף הזה עשה קנין ושייך לומר שהפרה היתה שלו מעכשיו או סמוך לגניבתה.

סט) שותפין.

יש לעיין למה לא חקרו גם בשילם שותף לשותף דהיינו שגם המפקיד וגם השומר היו שותפין, דוגמת מה חקרו בשילמו בנים לבנים.

וי"ל דהיינו משום שלפי הצד ששילם לאחד מן השותפין מהני, וכן לפי הצד שותף אחד ששילם מהני, א"כ אין טעם למה לא יועיל כששני הדברים באים יחד, כי אין בכה"ג חסרון יותר גדול, רק שבאו שני החסרונות יחד, אבל בשילמו בנים לבנים יש כאן פחות נייח נפשי' מבהציוור של שילמו בנים לחוד או הציוור של שילם לבנים לחוד, כי בשני הציוורים ההם יש לכל הפחות נייח נפשי' מצד אחד.

ע) רש"י ד"ה או דלמא.

בגליון איתא שמקומו של הך דיבור הוא לעיל. מיהו לשונו של רש"י שכתב "שניהם (צ"ל שנים) הראשונים" מתאים לשילמו בנים לבנים. וצ"ל שרש"י גורס גם בשילמו בנים לבנים "או דלמא".

עא) תד"ה הריני משלם.

וז"ל, תימה היאך ישלם לבני הנפקד כפל הא אין אדם מוריש קנס לבניו עכ"ל. ע" במהרש"א שהקשה דנימא שהאיבעיא היא האם הבנים נתכוונו לחזור בהם אשר לפ"ז הכפל הוא להמפקיד, או האם אינם מתחרטים ומש"ה אין הגנב משלם כפל כלל כיון שאין אדם מוריש קנס לבניו, וכן נפרש על דרך זה את האיבעיא בשילמו בנים, דהיינו האם המפקיד רוצה להקנות את הכפל להבנים וממילא אין תשלומי כפל כלל כי אין אדם מוריש קנס לבניו, או האם אינו רוצה להקנות את הכפל להבנים וממילא הגנב שפיר משלם כפל להמפקיד. וכן את הבעיא של שילם לבנים יש לפרש כן, והיינו האם גם הבנים מסכימים להקנות כפל אשר לפ"ז הגנב שפיר משלם כפל להשומר או האם אין הבנים רוצים להקנות כפל וממילא אין הגנב משלם כפל כי אינו משלם כפל לבני המפקיד כיון שאין אדם מוריש קנס לבניו. וכתב המהרש"א שמצד הסברא אי אפשר לומר שהמפקיד מסכים למצב שהגנב לא ישלם שום כפל, ועוד כתב שגם מלשון הגמ' לא משמע כהביאור הנ"ל. ונראה שכוונתו היא להא דאיתא בהאיבעיא של שילמו בנים "או דלמא וכו' לדידכו לא" דמשמע שהצד הראשון היא ששפיר מקנה להבנים ושהם מקבלים את הכפל. וכן הוכיח מהלשון בהאיבעיא השני' של שילם לבנים, וכוונתו היא דאיתא שם "או דלמא וכו' אבל אנן לדידן לא" דמשמע שהגנב יצטרך לשלם לבני המפקיד.

ועי' בהמהר"ם שיף שהביא את דברי המהרש"א, וכתב בעל הפרוש שם

שבהאיבעיא של שילם לבנים אין חסרון של אין אדם מוריש קנס לבניו לפי מה שפי' רש"י דאיירי שנגנב אחרי שהמפקיד מת.

עב) שאל מן האשה ושילם לבעלה מהו.

פירש"י וז"ל, מי אמרינן כיון דהקרן לאו דבעל הוא, לאו תשלומין מעליא נינהו, ולא קני כפילא, או דלמא כיון דאפטרופוס הוא על הנכסים, ואוכל הפירות, בעלים הוי עלייהו, ותשלומין הן עכ"ל.

והנה י"ל שאזלינן שהכפל שייך להאשה (ועי' בזה בהאות הבאה), והשאלה היא האם האשה מרגישה בטוחה במה ששילם להבעל או לא, והצד השני הוא שהיא שפיר מסכימה כי הבעל הוא המוציא והמכניס ומנהל את עניני הפרה. מיהו מרש"י לא משמע כן, כי לפ"ז למה הוסיף גם שהבעל אוכל פירות, הלא זה אינו סיבה למה האשה מרגישה בטוחה במה ששילם להבעל, אלא הטעם הוא משום שהוא האפטרופוס שמוציא ומכניס.

וצ"ל בדרך אחרת קצת, והיינו שניחא לה שישלם להבעל כי הפרה היא תמיד אצלו ותחת ידו, ועל זה כתב שני טעמים למה הפרה היא תמיד תחת ידו, חדא משום שהוא המוציא והמכניס של הפרה, ועוד דמן הסתם הפרה היא תמיד אצלו מפני העובדא שהוא אוכל פירות.

מיהו ממה שכתב רש"י "בעלים הוי" משמע שאין הדבר תלוי בזה שהאשה מסכימה שישלם להבעל, אלא צריכים מצד

הדין שהתשלומין יהיו למי שמיקרי כמו בעלים.

וצ"ל בדרך אחרת, והיינו שנקטינן שהכוונה בהתנאי של "ותשלמני" היתה שישלם למי שמיקרי בעלים, וספיקת הגמ' הוא האם הבעל נחשב כמו בעלים, אשר אז תשלומין מעליא נינהו, או האם אינו נחשב כמו הבעלים, ומה שהזכיר רש"י את העובדא שהוא מכניס והמוציא את הפרה, וכן שהוא אוכל פירות, הרי הם רק סיבות להחשיבו כמו בעלים. ולפ"ז לא יועיל אם ישלם לאדם אחר שהאשה ניחא לה שישלם לו (אם לא שעשתה אותו שליח לקבל בשבילה).

מיהו אכתי קשה כי בשלמא אם היו אומרים ביניהם נוסח מסוים, דהיינו שאם ירצה וישלם "לבעל הפרה", אז הי' שייך לחקור אם הבעל נחשב כמו בעלים, אבל באמת המפקיד והשומר אינם מדברים על זה כלום, אלא הדבר "נעשה כאומר", וא"כ הכל צריך להיות תלוי באומדנא דניחותא, דאם ניחא להאשה בתשלומין אלו א"כ בודאי יצא השומר ידי האומדנא.

ועוד דאם השאלה היא אם הבעל נחשב כבעלים אכתי קשה קושיית התורת חיים כאן, דעי' בדבריו שהקשה למה לא תלו כאן את הדבר באם קנין פירות של הבעל הוא כקנין הגוף או לא כמו שעשו להלן בדף צ"ו ע"א לענין שאלה בבעלים (אם שאל מן האשה ושנשאל לה בעלה), ותי' התורת חיים דהיינו משום שהכא הרי זה תלוי בהניחותא של האשה ולכן אפילו אם כקנין הגוף דמי י"ל שאינה מסכימה להקנות את הכפל ע"י תשלומין להבעל, ואילו לפי דרכנו כאן שהבעל נחשב כמו

בעלים א"כ לכאורה שפיר יש לתלות בקנין הפירות כקנין הגוף.

עג) דברי התוס' הרא"ש.

הנה יש כמה דברים שיש להעיר בדברי התוס' הרא"ש כאן, ובתחילה נביא את לשונו.

וז"ל, שאל מן האשה, פי' פירות נכסי מלוג מי אמרינן כיון דקרוך לאו דבעל הוא, לאו תשלומין נינהו, דלאו בי' תליא לאקנויי כפילא, או דילמא כיון דאפורופוס הוא על הנכסים ואוכל הפירות, בעלים הוי עלייהו ותשלומין נינהו, וצריך לומר שלא ידעה האשה ששילם לבעל, ולהכי מיבעיא לי' אי תשלומין דבעל מהני לאקנויי הכפל מאחר שלא ידעה האשה שהכפילא שלה, דאי ידעה האשה מאי קא מיבעיא לי', וכי חובה היא שישלם לה, והלא שילם ליד אותו שמוציא ומכניס פירותי' וכל אשר לה, וידו כידה, והשתא אם הכפל לאשה ניחא כדפרישית, אבל אם הכפל לבעל כשאר פירות למה לא יחשב תשלומין להקנות את הכפל שהוא שלו, ובפרק האשה שנפלו אמרינן דכפל דולד נכסי מלוג הוי דאשה משום דהוי פירא דפירא, ופירא דפירא לא תיקנו לי' רבנן, משמע הכפל דבהמה, דחד פירא הוא, הוי לבעל. מיהו נראה דכל שכן הוא, דאפילו ולד שהוא של בעל הכפל לאשה, כפל דבהמה לא כל שכן עכ"ל.

והנה חזינן שהתוס' הרא"ש כתב שצ"ל שאין האשה יודעת שהוא משלם להבעל, כי אם היא יודעת אז בודאי הוי תשלומין מעליא. ולכאורה צ"ע דאם כשהיא יודעת הרי הם תשלומין מעליא כיון שהיא יודעת

ומסכימה א"כ גם כשאינה יודעת למה לא מהני הלא בודאי היתה מסכימה כיון שהבעל הוא המוציא והמכניס. וי"ל שהספק הוא שמא המפקיד מקנה כפל דוקא אם הוא יודע מהתשלומין כי אז אינו דואג, אבל אם השומר שילם באופן שהמפקיד עודנו דואג, וכגון שלא מידיעתו, אולי אין הקנאת כפל. ולפ"ז ה"ה שהי' אפשר למיבעי בשאר ציורים שהשומר משלם תשלומין הגונים רק שהמפקיד אינו יודע מזה.

ועכ"פ דברי התוס' הרא"ש אינם כמו שמשמע מדברי רש"י שהספק הוא האם הבעל חשיב בעלים של הפרה, כי לפ"ז יש שאלה גם אם האשה יודעת שהוא משלם להבעל. וצ"ע דהרא"ש העתיק שם לשון רש"י חוץ משינויים קלים.

ועכ"פ גם לפי הרא"ש אכתי י"ל שאם שילם השומר לאדם אחר והרי המפקיד יודע מזה לא אמרינן שזה מראה על נחיתות, אלא יכול להיות שהוא חושב שאינו צריך למחות בכלל אבל כשהשומר משלם להבעל והיא יודעת ושותקת הרי זה שפיר מראה שיש לה נחיתות.

והנה הרא"ש בדבריו הנ"ל שהבאנו כתב עוד שאם הכפל הי' שייך להבעל אז לא הי' שום ספק אלא בודאי הי' נחשב תשלומין מעלייתא. ולכאורה צ"ע למה, הלא האשה היא זאת שצריכה להקנות את הפרה. וצ"ל שהגדר של הקנין פירות של הבעל הוא קנין פרה לפירות, וס"ל להרא"ש שדרוך הקנאת כפל הוא פרה לכפילא, ומש"ה אם הכפל הי' שייך להבעל והוא הי' נחשב הבעלים על הפרה

לכפילא א"כ הי' הוא זה שמקנה את הכפל, והי' נחשב שהבעל אומר בשעה ששאל מן האשה אם תשלם לי הפרה הריני מקנה לך מעכשיו את הפרה לכפילא.

והנה התוס' הרא"ש הסיק שהכפל שייך להאשה, אלא שבתחילה כתב להוכיח מכתובות דף ע"ט ע"ב שהכפל שייך להבעל, כי איתא שם שאינו מקבל את הכפל של וולד בהמת מלוג כי הוא מקבל רק פירא ולא פירא דפירא, דפירא דפירא לא תקינו לי רבנן, וכתב הרא"ש שלפ"ז הכפל של נכסי מלוג עצמם צריך ללכת להבעל כי הרי זה בגדר פירא ולא פירא דפירא. ושוב כתב שהאשה מקבלת את הכפל משום ק"ו, כי אם הבעל אינו מקבל את הכפל של וולד נכסי מלוג אע"פ שגוף הולד הוא שלו א"כ כ"ש שאינו מקבל את הכפל של נכסי מלוג עצמם אשר רק הפירות הם שלו ולא הגוף. מיהו לא הבנתי מה הוא הק"ו הכל הגמ' אומרת שהדבר תלוי בהשם של פירא או פירא דפירא. מיהו בריטב"א בהחידושים החדשים הדבר מבואר יותר, והיינו שהכוונה של הגמ' שם היא שחדא מין פירא תיקנו לו ולא שנים, ולכן תיקנו לו פירות דגופה ולא פירות דאתו מעלמא כמו כפל, וה"ה שבהפרה הראשונה לא תיקנו לו כפל רק שלרבותא נקטו את הולד, והיינו שלא תיקנו לו הכפל של הולד אע"פ שגוף הולד שייך לו, וא"כ כ"ש שלא תיקנו לו הכפל של הפרה עצמה (כיון דהוי שבחא דאתי מעלמא) שגוף הפרה שייכת להאשה. מיהו אם הרא"ש סובר כהריטב"א א"כ למה תלה הרא"ש את הדבר בזה שאין הגוף שלו, ולא הזכיר משום שהוא סוג אחר של שבת.

עד) דברי חידושי הריטב"א החדשים.

ע"י בדברי הריטב"א בהחידושים החדשים בד"ה שאל מן האשה וכו' שכתב וז"ל, ויש מקשים דהא במס' כתובות משמע דכפל בהמת מלוג לבעל הוי וכו', וא"כ פשיטא דכיון דשאל מן האשה בלחוד לא קני (השומר) כפילא דבעל אע"ג דשילם לבעל הקרן, כיון שהקרן אינו שלו עכ"ל. והנה לכאורה צריכים להבין מה היא קושיתו הלא נהי שהיכא שגנבו מן האשה עצמה הרי הכפל הוא להבעל, אבל היכא שגנבו מן השומר, והשומר הסכים לשלם, הרי האשה מקנה את הפרה להשומר ע"י המשיכה בשעת תחילת השמירה או ע"י חצר סמוך לגניבתה, באופן שיוצא שהגנב גנב מן השומר, וא"כ למה אין הכפל של השומר. וצ"ל דס"ל להריטב"א שאין הקנאת הכפל ע"י הקנאת גוף הפרה כולה, אלא ע"י הקנאת פרה לכפילא, אבל לעולם אין המפקיד מקנה את כל הפרה, והרי הפרה לכפילא שייך להבעל כיון שהכפל הוא שלו, וא"כ שפיר מקשה הריטב"א דהא הבעל אינו מקנה את הכפל דהא לא שאל בכלל מן הבעל ולא שייך לומר דנעשה כאומר וכו'.

מיהו אין מובן מה זה שכתב "כיון שהקרן אינו שלו" (של הבעל), הלא הטעם הוא משום שלא שאל מן הבעל וממילא אין הבעל מקנה פרה לכפילא.

מיהו נראה שמלים אלו הם טעם שני, והיינו שבציוור רגיל המפקיד מקבל את כל התשלומין וא"כ תמורת זה הרי הוא מוותר על סיכוי הכפל, אבל הכא הבעל אינו מקבל את כל הקרן אלא רק שווי

הפירות וא"כ בשביל תשלום פורתא זה אינו מוכן לוותר על הסיכוי של קבלת הכפל שהוא סכום הרבה יותר גדול. ובאמת הריטב"א עצמו להלן הזכיר סברא זו כטעם למה אין הבעל מקנה את הכפל עיי"ש. ולפי הטעם הזה השני אין הבעל מקנה כפילא אפילו אם הוא עצמו השאיל את הפרה כיון שאין הקרן שלו.

ושוב הקשה הריטב"א שבאמת אפילו אם הכפל הי' שייך להאשה לא הי' שייך שהשואל יקנה הכפל דהא אין לה רשות להשאיל בלי רשות הבעל, וא"כ אין כאן הקנאת כפל כי הוי שאלה שלא מדעת, וא"כ אין כאן דין של שאלה כלל. וצ"ע דמה לי בזה שאין כאן דין של שאלה, הלא אפילו אם אין כאן דין של שמירה אכתי יכול המפקיד לומר אם תרצה ותשלמני הרי פרתי קנוי' לך מעכשיו או סמוך לגניבה, וא"כ ביותר הי' לו להריטב"א להקשות שכמו שאינה יכולה להשאיל את הפרה הה"נ שאינה יכולה להקנות את הפרה.

ועכ"פ מהקושיא הנ"ל הכריח הריטב"א שבע"כ צ"ל שעשתה מדעת הבעל וא"כ שפיר אפשר שהשומר קונה כפל אפילו אם הכפל שייך להבעל כי הבעל מקנה פרה לכפילא, רק שמספקינן שאולי אין הבעל מקנה את הכפל, ויש לפרש משום הטעם שהזכרנו לעיל, דהיינו כיון שהוא מקבל רק קצת מן הקרן, דהיינו רק את השוויות של הפירות, אבל את היתר הרי הוא צריך לתת להאשה, לכן אינו מקנה כפילא, או דילמא הרי הוא שפיר מקנה את הכפל גם בשביל חלק זה של הקרן.

ועוד הקשה הריטב"א דכיון שהאשה

השאלה מדעת הבעל למה איתא שאל מן האשה. הלא בהציור הנ"ל הרי שאל גם מהבעל ותי' על זה ב' תירוצים, חדא דאמרו כן רק כדי להורות שאירי בבהמת מלוג ששייך בעיקרה להאשה, והוי כאילו אמרו שאל מרשות האשה אבל השאלה היתה באמת גם מהבעל. ועוד כתב דאירי שהבעל רק אמר לה שהיא רשאית להשאל למי שתרצה, דבכה"ג אינו השואל של הבעל. מיהו לכאורה הי' שייך לומר שבאמת שפיר יש לו דין שואל גם כלפי הבעל, רק שאמרו שאל מן האשה כיון שהבעל מסר בידה הברירה לעשות מה שהיא רוצה. ברם חזינן שהריטב"א לא כתב כן, אלא כתב שלא שואל דבעל הוי. ולכאורה גדר הדבר הוא שהבעל אינו מקפיד על זה שהשואל משתמש בהקנין פירות שלו, אבל לעולם לא עשה עמו דין שאלה, ובכל זאת שייך שיקנה לו הבעל את הפרה לכפילא שיש בו.

והנה הריטב"א הסיק שם שגם הכפל של הנכסי מלוג עצמם הוא של האשה, ומעתה יש לעיין בפירושונו בהריטב"א, דהא כתבנו שלפי הצד שהכפל הוא להבעל הרי הוא סובר שהקנין פירות של הבעל הוא קנין בגוף הבהמה לפירות, ולכן יש לו גם פרה לכפילא, והרי הוא מקנה את הפרה לכפילא. מיהו חזינן שלפי מה שמסיק שהכפל הוא של האשה הרי הוא סובר בפשטות שכל הכפל הוא של האשה ואילו אם נאמר שהפרה שייך להבעל לפירות (רק לא לכפל) א"כ למה לא ישלם להבעל לכל הפחות האחוז של הכפל שהוא כנגד קנין הפירות בתוך פרה. וצ"ל דאזיל שהפקיעו את הדבר הזה מהבעל.

ועוד נראה דוגמא נוספת לזה להלן בדברי תוס'.

ע"ה) בענין פירא דפירא בנכסי מלוג.

ע"י בריטב"א כאן בהחידושים החדשים שהסיק שהכפל של נכסי מלוג עצמו שייך להאשה ולא להבעל, והרי זה כמו הכפל של ולד נכסי מלוג דהוי של האשה כדאיתא בכתובות דף ע"ט ע"ב, והטעם לזה הוא משום שכפל הוא סוג אחר של פירות, דהיינו פירות דאתו מעלמא, אבל לעולם פירא דפירא דאתי מגופה, וכגון הולד של הולד, או הגיזות של הולד, הרי הם שייכים שפיר להבעל.

ועוד הביא הריטב"א דעה אחרת (שהיא דעת הרי"ף בכתובות שם) שסוברת שהכפל של הבהמה המקורית הוא של הבעל, אבל הכפל של הולד הוא של האשה כי הרי הוא פירא דפירא והכלל הוא באמת על פירא דפירא פשוטו כמשמעו. ולפ"ז הה"נ שהולד של הולד יהי' של האשה. ולפ"ז יוצא תופעה שהגוף של הולד הרי הוא של הבעל ואילו הפירות של הולד הרי הם של האשה, והרי זו תופעה הפכית מהבהמה המקורית אשר שם הגוף הוא של האשה ואילו הפירות הם של הבעל.

ונראה שגדר החילוק בין פירא לפירא דפירא לפי הדעה השני' הוא כך, דיסוד הדין האמור בזה הוא שהבעל מותר להשתמש בהבהמה המקורית, ומש"ה יש לו פירות כי גם אכילת פירות נקראת השתמשות בהבהמה, אבל הולד של הולד לא מיקרי השתמשות בהבהמה המקורית. והרא"ש בסי' ו' שם הקשה על הרי"ף

איך יתכן לומר שמותר להבעל לשחוט את הולד אבל שהולד של הולד אינו שלו. מיהו על פי הנ"ל יש לבאר שמותר לשחוט כי בזה הרי הוא משתמש בהבהמה המקורית, וכמו שמותר לו לאכול את הפירות שגדלים הה"נ להולד, ואע"פ שלא יתקיים הדין שהפירא דפירא הוא של האשה, אבל אין זה נקרא שהבעל הפסיד להאשה, אלא נתגלה שאין פירא דפירא. אבל נראה שהאשה אינה יכולה לשחוט את הבהמה, ואע"פ שגם כאן שייך לומר שרק מתגלה שאין כאן פירות ולא הפסידה את הבעל, אבל בכל זאת אינה יכולה לשחוט את הבהמה כי הרי אין לה רשות להשתמש בהבהמה כי ההשתמשות היא של הבעל, אבל להבעל מותר לשחוט את הולד כי מותר לו להשתמש בהולד רק שהפירות של הולד הם של האשה.

ולפי הנ"ל יוצא שאם מכר אדם דקל לפירות יהי אסור להמוכר לקצץ את האילן, ואע"פ שלא מיקרי שהפסיד את הלוקח, אלא מיקרי שמתגלה שאין פירות, אבל הרי גם השתמשות היא בגדר פירות, וממילא אסור לו להשתמש בהאילן (כמו שכתבנו בנוגע להאשה) כיון שמכר אותו לפירותיו ושימוש. וצ"ע בכל זה.

עו) רש"י ד"ה ושילם.

וז"ל, הפרה לבעל עכ"ל. נראה שרש"י בא לאפוקי מתוס' שרצו לפרש לפי דרכו של רש"י ששילם רק חלקו של הבעל, דעל זה כתב רש"י שלא איירי כששילם להבעל רק מה ששונה הפרה לפירות, אלא שלים את כל הפרה, והיינו משום דס"ל לרש"י שבאמת לא מספיק בזה שישלם רק את

הפרה לפירותיו כי ס"ל שהכפל שייך להאשה והיא מסכימה להקנות הפרה מעכשיו או סמוך לגניבתה רק אם ישלם כל מה ששונה הפרה, ואפילו אם נאמר שהכפל שייך להבעל, ושהבעל הוא זה שצריך להקנות את הכפל, ושהוא יכול להקנות כי יש לו קנין של פרה לפירות וכפילא, וכשהמפקיד מקנה את הכפל הכוונה היא שהוא מקנה פרה לכפילא, אבל בכל זאת י"ל דס"ל לרש"י דלא סגי בשילם להבעל את חלקו (כלומר פרה לפירות) כי ס"ל שזה דומה ממש להציור של שילם לשותף אחד חלקו דמיבעיא לן לעיל שאין הקנאת כפל אפילו על ההוא חלק. ותוס' כאן כתבו באמת שהשאלה של שילם לבעל הרי הוא בדרך אם תימצי לומר דהיינו שאת"ל דהתם מהני אולי הרי זה כי התם שילם לכה"פ קרן אבל הכא שילם רק פירות.

עז) רש"י ד"ה מהו.

וז"ל, לקנות הכפל עכ"ל. פי' אבל לא מיבעיא לן אם הוי בכלל תשלומין מעליא, אלא זה ודאי שיצא עי"ז את החיוב תשלומין של חיובי שומרים. והסיבה לומר שאין הקנאת כפל אינה משום דחשיב כאילו בכלל לא שילם, דזה אינו אלא שפיר מיקרי ששילם.

עח) תד"ה שאל.

עי' בדבריהם שהקשו דהא כששאל מן האשה הרי זה כאילו שאל את הפירות מן הבעל, וכששילם להבעל הרי הקרן שייך להאשה, וא"כ מה חסר כאן. מיהו עי' ברמב"ן וברשב"א שבנו את הקושיא דוקא

כי איירי כשהבעל הרשה לה להשאיל כי אל"כ אינה יכולה להשאיל. מיהו מתוס' משמע שגם בלי רשותו של הבעל יש להאשה רשות להשאיל כי אמדינן שדעת הבעל היא שאשתו תהי' רשאית להשאיל.

עט) בא"ד.

ע' בדבריהם שהקשו דהא כששאל מן האשה הרי זה כאילו שאל את הפירות מן הבעל, וכששילם להבעל הרי הקרן שייך להאשה, וא"כ מה חסר כאן. ופירשו וז"ל, ויש ליישב ששילם לבעל חלקו כמו שהיתה שוה לפירותי' ולא שילם הקרן וגרע משילם לאחד משותפין חלקו, דהתם שילם קרן עכ"ל.

ויש לבאר שכוונתם היא שהתם בשותפין מכיון ששילם חלק מהקרן א"כ י"ל שהשותף ההוא מקנה לו את חלקו בגוף הפרה, אבל הכא יש להבעל רק פירות, ויש להוסיף דס"ל לתוס' שלא נתנו לו קנין בפרה לפירותי', אלא זיכו לו רק את גוף הפירות לכשיבואו, והרי כדי שהשומר יקבל את הכפל המפקיד צריך להקנות לכל הפחות את הפרה לכפילא, והרי אין סיבה למה תתרצה האשה להקנות את הפרה לכפילא בגלל זה ששילם את הפירות להבעל (שהרי לא שילם פרה לפירותי' להאשה), ועוד דהא י"ל שבכלל לא מספיק בהקנאת פרה לכפילא אלא המפקיד צריך להקנות אל כל הפרה כולה, וכן סוברים תוס' באמת לעיל.

פ) בא"ד.

ע' בדבריהם שהקשו דהא שכששאל מן האשה הרי זה כאילו שאל את הפירות מן

הבעל, וכששילם להבעל הרי הקרן שייך להאשה וא"כ מה חסר כאן. ופירשו וז"ל, ויש ליישב ששילם לבעל חלקו כמו שהיתה שוה לפירותי' ולא שילם הקרן וגרע משילם לאחד משותפין חלקו, דהתם שילם קרן עכ"ל.

והקשה רעק"א על תירוצם של תוס' מה הוא הצד לומר ששפיר יש כאן הקנאת כפל, הלא אם שילם רק להבעל את חלקו א"כ למה יש כאן הקנאת כפל לפי השיטה שהכפל שייך להאשה, דהא האשה לא קיבלה כלום ולמה תעשה הקנאה, והבעל שקיבל הלא אין לו מה להקנות. והוכיח מזה שצ"ל שתוס' אזלי שהכפל הוא להבעל וממילא יש לו פרה לכפילא והרי הוא מקנה פרה לכפילא. ושוב נתקשה שהרי תוס' אינם סוברים לעיל שמהני פרה לכפילא. ועוד העיר דזהו דלא כמסקנתם בכתובות שהכפל הוא להאשה. וע"ע בהאות הקודמת שכתבנו שי"ל שאין להבעל אפילו פרה לפירותי' אלא רק הפירות עצמם כשיבואו.

מיהו י"ל שלעולם יש להבעל את הפרה לפירותי' (ואין הכוונה שתיקנו לו רק אכילת פירות כשיבואו, אלא נתנו לו את הפרה לפירותי') וא"כ יוצא שאפילו אם סוברים שהכפל הוא של האשה אבל בכל זאת החלק של הכפל שהוא כנגד שוויות זו של הפרה שייך בודאי להבעל, וא"כ י"ל שהכוונה היא שהוא מקנה להשומר את החלק הזה של הכפל שיש לו באמת. ולעולם מודים תוס' לדבריהם בכתובות שאין הבעל מקבל כפל מדין הפירות של הקרן, אלא האשה מקבלת את הכפל של הקרן שלה, רק שהכא הרי הם סוברים שגם

להבעל יש מקצת קרן, דהיינו הפרה לפירותי, ואת הכפל שכנגד הקרן הזה הרי הוא שפיר מקבל.

מיהו יש לעיין לפ"ז מה הוא הצד לומר שאינו מקנה.

ועי' בקו"ש על כתובות באות רפ"א.

פא) בא"ד.

והנה תוס' כתבו עוד פירוש והיינו דאיירי ששאל מן האשה כשהיתה פנוי' ושילם לאחר נשואי' דבכה"ג הרי הפירות של התשלומין יהיו של הבעל. מיהו אין מובן מה הוא החסרון בזה שהבעל אוכל את הפירות של התשלומין, הלא גם אם האשה היתה מקבלת בחזרה את הפרה עצמה מהשומר, ג"כ הי' הבעל עכשיו אוכל את הפירות של הפרה, וא"כ למה מפריע לה אם הבעל אוכל את הפירות של המעות, הלא האשה אינה מפסידה שום דבר שלא היתה מפסידה בין כך.

מיהו אם נאמר שהגדר של מה שתיקנו חז"ל פירות לבעל אינו רק שתיקנו לו אכילת פירות כשיבואו, אלא נתנו לו את הנכסים לפירותיהם, אתי שפיר, כי לפ"ז יוצא שאילו היתה הפרה עצמה חוזרת היתה כל הפרה שייכת להאשה ורק הפרה לפירותי' שייכת להבעל, ואם היו מתגרשים היתה היא נוטלת עמה את כל הפרה כי אז הפסיקו חז"ל את קנינו של הבעל לפירות, אבל עכשיו שהשומר משלם נראה שהוא משלם קצת מהכסף להבעל דהיינו מה שכנגד השווי של הבהמה לפירותי', ומשלם להאשה רק השאר, וממה ששילם להבעל בשביל הפרה לפירותי' הרי האשה מסולקת לגמרי (יש לעיין בזה), וא"כ

שפיר הפסידה האשה. אבל הנ"ל נכון רק אם נאמר שיש להבעל קנין בהפרה לפירותי' אבל אם נאמר שגדר התקנה של אכילת פירות הוא רק שהבעל אוכל פירות לכשיבואו, א"כ יוצא שכשהשומר משלם הרי הוא משלם את כל הכסף כולו להאשה.

פב) אשה ששאלה ושילם בעלה.

פירש"י ששאלה בשביל נכסי מלוג שלה. ונראה שהוסיף כן כי ס"ל שצריכים שהפרה השאולה תהי' ג"כ בגדר נכסי מלוג כי ס"ל שהכפל של נכסי מלוג שייך להאשה, ומסתפקים כאן אם המפקיד מקנה את הכפל להאשה כשהבעל הוא זה ששילם, או האם זה כמו היכא ששילם אדם אחר, ולכן הקפיד רש"י לומר שהפרה נעשית נכסי מלוג כי אם אין הפרה נעשית נכסי מלוג אז פשיטא שהבעל נחשב כאדם אחר, ומש"ה פירש"י ששאלה לצורך נכסי מלוג שלה.

ברם אכתי צ"ע כי אפילו אם שאלה את הפרה לצורך אחר אבל בכל זאת הרי הפרה נעשית נכסי מלוג בשאלה.

מיהו י"ל שרש"י אזיל כהדרך שהגדר של התקנה שהבעל אוכל פירות הוא שתיקנו לו רק אכילת פירות כשיבואו, אבל לא נתנו לו את הנכסים לפירותיהם, וא"כ אם שאלה את הפרה לצורך אחר, נהי שהבעל אוכל את הפירות של השאלה, אבל אינו נחשב שותף בגוף השאלה של הפרה, אלא רק האשה נחשבת בגדר שומר על הפרה, אבל כשהיא שואלת את הפרה לצורך הנכסי למלוג שלה, דהיינו גם

לצורך הרצון של הבעל לאכול פירות, אז י"ל שהוא מיקרי שפיר שותף בגוף השאלה ואינו נחשב כאדם אחר.

פג) שבועה שאינה ברשותו.
בענין אם עיקר שבועת שומרים היא השבועה שאינה ברשותו ואילו השבועות שלא פשע בה ולא שלח בה יד הרי הן בגדר גלגול שבועה. וכן בענין אם שומר צריך לישבע שבועה שאינה ברשותו גם כששילם.

ובענין אם בכה"ג הוי מהתורה.

הנה הרמב"ם בפ"ד מהל' שו"פ ה"א כתב שהשבועה העיקרית ששומר נשבע היא שבועה שאינה ברשותו, ואילו שלא פשע ושלא שלח בה יד הרי הן בגדר גלגול שבועה.

ועי' ברמב"ם בפיה"מ בסוף פ"ו דשבועות על המשנה של סלע הלוייתך וכו' שכתב ששבועה שאינה ברשותו היא מהתורה, וקאי על היכא שהשומר משלם שהרי קאי על המשנה של משכון דאיירי שהמלוה מפסיד מהחוב כשוויות המשכון, וא"כ חזינן שגם בכה"ג סובר הרמב"ם שהיא מן התורה (ולא אמרינן שהחשש של שמה עיניו נתן בו הוא רק היכא שאינו משלם אבל היכא שהוא משלם לא חיישינן שישקר כדי לקבלו בתשלומין).

וכדברי הרמב"ם ששבועה שאינה ברשותו היא מהתורה כתב גם המאירי כאן בשם יש פוסקים. וכן הריטב"א הביא שיטה דהוי מהתורה.

מיהו הרא"ש בסוף שבועות כתב איפכא, והיינו שהשבועות העיקריות הן

שלא פשע בה ושלא שלח בה יד, ואילו שבועה שאינה ברשותו הרי היא בגדר גלגול, ושממילא כששילם, אשר בכה"ג אינו נשבע שלא פשע ושלא שלח בה יד, הרי הוא נשבע שאינה ברשותו רק מדרבנן (ותוס' לעיל בדף ו' ע"א כתבו שעיקר שבועת שומרים הוא רק שבועה שלא פשעתי, ושלא שלחתי בו יד היא גלגול).

מיהו יש גם מקום לומר סברא הפוכה, והיינו דנהי שהיכא שאינו משלם הוי שבועה שאינה ברשותו רק בגדר גלגול שבועה, אבל הרי זה כי אינו חשוד לכפור כשהיא ברשותו, אבל היכא ששילם הרי הוא שפיר חשוד, כי לא תחמוד בלא דמי משמע להו. ולפ"ז יוצא שעיקר החשש שמא הוא ברשותו הוא כששפיר שילם. וזוהי סברא הפכית ממה שכתבנו לעיל בסמוך.

ועי' בריטב"א שכתב ששבועה שאינה ברשותו דומה לגלגול שבועה, אלא שבכה"ג משביעין את השומר אפילו אם המפקיד לא תבע, כי ידעינן שהתורה עצמה מסכימה שנשביע, כי כיון שחשדה את השומר שמא שלח בה יד, בודאי נתנה רשות לחושדו גם שהפקדון הוא ברשותו. ומשמע מדברי הריטב"א שכוונתו לומר שעיקר השבועה הוא שלא פשע, והרי הוא צריך לישבע שבועה זו אע"פ שאינה באה על חשד שמא גזל במזיד, ושבועה שלא שלח בה יד היא גלגול מצד התורה, וכיון שהתורה גלגלה עליו חשד אחר, בודאי נתנה גם לנו רשות לחושדו ולגלגל עליו, ולכן מגלגלין עליו שבועה שאינה ברשותו, וכיון דחזינן שהתורה נוטה לחושדו לכן הכא אפשר לגלגל גם בלי שיתבע המפקיד

כן. ועוד כתב שפשיטא שבכלל כוונת התורה עצמה היא גם שישבע שאינה ברשותו ולא צריך קרא. ועוד כתב שהוא נשבע מהתורה גם כשהוא משלם, כמו היכא שראה שמגלגלין עליו שבועות ונתחרט על השבועה המקורית, ואמר שהוא משלם ואינו נשבע את השבועה המקורית, דאכתי מגלגלין עליו, ולכן הכא גם כשהוא משלם אכתי מגלגלין עליו.

והנה כבר כתבנו שברמב"ם בפיה"מ במס' שבועות מבואר ששבועה שאינה ברשותו היא מהתורה גם כשהוא משלם. מיהו יש סתירה בדברי הרמב"ם בזה בספר היד, דבפ"ו מהל' שאלה ופקדון ה"א כתב שבהציוור שהוא משלם הרי הוא נשבע שבועה שאינה ברשותו רק מדרבנן, ודלא כדבריו בפירוש המשניות במס' שבועות, אבל מדבריו בפ"ג מהל' מלוה ולוה ה"ד יוצא דהוי מהתורה, שהרי הביא את הציוורים שבסוגיין שהמלוה מפסיד מהחוב כשיעור המשכון, וכן שהוא נשבע שבועה שאינו ברשותו, וקרא לה הרמב"ם בשם שבועת השומרים.

מיהו ע"י בתומים בסי' ע"ב סקמ"ו שכתב שגם בהל' מלוה ולוה מודה הרמב"ם דהוי רק מדרבנן, רק שקרא לה שבועת השומרים כי תיקנו שיהי' לה הגדר של שבועת השומרים ודיני שבועה דאורייתא. והנה כבר ביארנו שהטעם לומר שהיכא שהוא משלם הרי הוא נשבע רק מדרבנן הרי זה כי עיקר החשש של שמא עיניו נתן בה הוא רק כשאינו משלם, אבל היכא שהוא משלם לא חיישינן ששיקר רק כדי לקבלו בתשלומין. מיהו הקצה"ח בסי' ע"ג סק"ב כתב טעם אחר, והיינו שעיקר

שבועת שומרים היא כדי לאלצו לשלם ומש"ה לאחר שכבר שילם אין מקום לשבועת השומרים, מיהו צ"ע למה אין משביעין אותו כדי לאלצו להחזיר את החפץ עצמו ולא להסתפק בתשלומין.

פד) אמר רב הונא ומשביעין אותו שבועה שאינה ברשותו.

עוד בענין אם נשבע שבועה שאינה ברשותו גם כששילם, ובענין אם בכה"ג הוי מהתורה.

ובענין אם המפקיד מקנה כפל רק כשנשבע שאינה ברשותו.

ע"י ברי"ף שכתב אמר רב הונא אמר רב אמר הריני משלם משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו, וכתב הרא"ש וז"ל, ולא אתא למעוטי בהאי לישנא שאם שילם דתו לא משביעין לי, דהא מילתא בלא טעמא הוא, דאין לומר כיון שלא השביעו קודם שקיבל תשלומין מחל לו השבועה, דמסתבר טפי למימר שקיבל התשלומין כדי שלא יחזור בו, אלא אדרבי יוחנן קאי דאמר דאם אמר הריני משלם דמקני לי כפילא ואתא לאשמועין דלא מקני כפילא עד שישבע שאין ברשותו, דכל זמן שלא נשבע או שילם לא סמכא דעת' שיהא כדבריו, אלא אומר עיניו נתן בה וקודם שישבע או ישלם יחזור בו, הלכך אכתי לא מקני לי כפילא עכ"ל.

ומדבריו יוצא שאם השומר שילם הרי המפקיד מקנה כפל אפילו אם לא נשבע שאינה ברשותו. וצ"ע למה הלא גם בכה"ג נימא שלא סמכה דעתו והרי הוא חושש שמא עיניו נתן בה.

וצ"ל בכוונת הרא"ש, דסגי לו להמפקיד בזה ששילם, דגם זה גורם לו להקנות את הכפל אפילו אם אינו משוכנע שלא עיכבו לעצמו, כי המפקיד חושב שאם השומר עיכבו לעצמו הלא לא יהי' לו כפל, ואם לא עיכבו לעצמו אלא באמת נגנב א"כ הרי שילם לי, ולכן אם שילם לו אע"פ שאינו מאמינו שאינו תחת ידו הרי הוא מקנה לו כפל על הצד שבאמת נגנב, וכן אם נשבע שאינו ברשותו הרי הוא מאמין להשבעה שלו וממילא הרי הוא מאמין לו גם שישלם כפי שאמר, אבל לפני שנשבע הרי הוא עוד בעיניו בחזקת שקרן עד שנשבע ולכן אינו מאמין לו שישלם.

גם י"ל שבאמת הסברא נותנת שגם כל זמן שהוא חושב שעיכבו תחת ידו אינו מקנה כפל אע"פ שקיבל תשלומין, רק שלמעשה כשהשומר משלם הרי המפקיד רואה שיש לו אמינות מסוימת ומש"ה הרי הוא שפיר מאמינו שלא נתן עיניו בו, ונהי שחז"ל אין מאמינים לו אלא מחייבים אותו שבועה, אבל הוא עצמו שפיר מאמינו, רק שאע"פ שהוא מאמין לו בכל זאת אינו מוחל לו השבועה כי מה איכפת לו אם ישבע אחרי שחז"ל חייבוהו.

ולפי הפשט השני יוצא שמותר להמפקיד להשביע את השומר אע"פ שבלבו הרי הוא מאמינו, וצ"ע.

והנה עי' בפלפולא חריפתא שהביא שהב"י דחה את דברי הרא"ש כי אי אפשר לחדש חידוש גדול כזה מדקדוק הלשון. וכתב הב"י וז"ל, אלא דמימרא דרב הונא מרחקא בגמ' טובא ממתני', ומשמע דמילתא באפי נפשי' היא, להכי כתב אמר הריני משלם, לומר דאמתני' קאי עכ"ל.

פי', דהב"י הבין שרב הונא בא לומר שאפילו אם שילם הרי הוא חייב לישבע שאינה ברשותו. ועל זה קאמר הב"י דכיון שמרחקא ממתניתין, לא היינו מפרשים כך מעצמנו את דברי רב הונא, אלא היינו מפרשים שקאי על כל שומר שרוצה לישבע ולהפטר, ולכן הכניס הרי"ף את דברי רבי יוחנן כדי לומר דקאי על היכא שהוא רוצה לשלם, אלא שביותר הי' הרי"ף צריך לומר ששומר ששילם משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו, או לומר על המשנה בד"א שאם שילם ולא רצה לישבע הרי הוא קונה כפל הרי זה רק כשנשבע שאינה ברשותו, וא"כ למה הביא הרי"ף את דברי רבי יוחנן, ועל זה כתב הב"י שאי אפשר להוציא מדיוק כזה חידוש גדול כזה דהיינו שהקנאה הכפל תלוי' בשבועה שאינה ברשותו וכן שיש חילוק בענין שבועה שאינה ברשותו בין "אמר" ל"שילם", אלא היכא שאמר הריני משלם הרי המפקיד מקנה את הכפל אפילו אם לא נשבע שבועה שאינה ברשותי (ודע שהפלפולא חריפתא ציטט את לשון הב"י כאילו כתב שממירא דרב הונא "מרחקא ממירא דרבי יוחנן", ואין דבריו מובנים).

עוד יש להעיר, דהנה לעיל פרכינן על רבי יוחנן דאמר דסגי באמר שישלם שמהא דתניא "קידם השואל ושילם" מבואר שצריכים שילם ממש, ואילו לפי הרא"ש היתה הגמ' יכולה לומר שצריכים שישלם כי איירי בלא נשבע שבועה שאינה ברשותו, ויש ליישב.

והנה רש"י כתב כאן על מימרא דרב הונא שאמתניתין קאי. ויש לעיין אם כוונתו היא לומר רק שקאי על היכא

שהשומר שילם, ובא רש"י לומר שגם בכה"ג משביעין אותו, אבל לא בעינן את השבועה בשביל הקנאת כפל, או האם ס"ל לרש"י שתמיד אינו מקנה כפל אא"כ נשבע שאינה ברשותו. ומסתמת דברי רש"י לא משמע שכוונתו לומר שצריכים שבועה גם בשביל הקנאת הכפל.

והנה עי' עוד ברמב"ם בפ"ו משו"פ שכתב שהוא נשבע שאינה ברשותו ואח"כ משלם. וכתב הריטב"א כאן שיש לדייק מלשונו שרק אם לא שילם הרי הוא צריך לישבע שבועה שאינה ברשותו, אבל אם שילם אינו צריך לישבע, ואיירי בכל שומר ולא לענין הקנאת כפל. והקשה באמת כמו שהקשה הרא"ש מה הוא הטעם לזה, וכתב הריטב"א שאין לומר שע"י שקיבל את הכסף מחל לו, כי זה אינו, אלא קיבל את הכסף כי השומר אומר שאין לו החפץ, אבל אילו ידע המפקיד שהוא בעין לא הי' לוקח עכ"ד. והנה חזינן שהריטב"א כתב דחי' אחרת מהרא"ש, דהרא"ש כתב שלקח את הכסף כי הוא חושש שמא השומר יתחרט ולא ישלם, אבל הריטב"א כתב שלקח כסף כי השומר אומר שאין לו את גוף החפץ, ויש להעיר על דברי הריטב"א דנהי שדבריו משמשים לטעם למה לא אמרינן שמה שלקח המפקיד את הכסף הרי זה מראה שהוא מוחל את גוף החפץ, אבל אכתי נשאר קשה דנימא שזה מראה שהוא מוחל את השבועה שאינה ברשותו כי אם אינו מוחל את השבועה למה מיהר לקחת את הכסף לפני השבועה, אבל טעמו של הרא"ש הוא גם טעם למה מיהר לקחת את הכסף לפני השבועה וממילא אין כאן ראי' שהוא מוחל על השבועה.

ועכ"פ הריטב"א הסיק בשם רבו שלאו דוקא כתב הרמב"ם שאחר כך ישלם, אלא כן הוא אורחא דמילתא שאין המפקיד רוצה לקבל כסף עד שהשתכנע שאין החפץ בידו של השומר ע"י שנשבע השומר שאינו ברשותו. וקרוב לזה דחה המאירי בד"ה שבועה זו יש מי שאומר.

פה) סלע הלוייתך וכו'.

עי' במהדורא בתרא להמהרש"א כאן בענין למה לא הקשו על רב הונא מהרישא דרישא.

פו) שמא ישבע זה ויוציא הלה את הפקדון.

צ"ע למה לא הוציא המלוה את הפקדון מיד כדי להוכיח כדבריו. וי"ל כי עיניו נתן בה, אבל אינו מוכן להפסיד כסף כדי לקבלה, ולכן אחרי שהלוה נשבע לשקר יוציא את המשכון כדי להוכיח את שקרו של הלוה ולא יפסיד כספו.

והנה רש"י פי' שחיישינן שמא יוציא המלוה את הפקדון כדי להוכיח שהלוה נשבע לשקר ויפסלנו. והקשו תוס' דכי עבדינן תקנתא לרמאי. מיהו מרש"י יוצא לכאורה ששפיר עבדינן כאן תקנתא לרמאי שלא יתפס ברמאותו ויהי' מקולקל.

ברם עי' ברשב"א שכתב ליישב את קושיית תוס' של וכי עבדינן תקנתא לרמאי שאם המלוה יוציא את הפקדון לא ננקוט שהלוה שיקר במזיד ונפסול אותו, אלא ננקוט שלא דק, רק שאנשים יסתכלו עליו כעל מי ששיקר ושהוא פסול. והמעייין בהרשב"א שם יראה שיתכן שכוונתו היא לומר שכן היא כוונת רש"י, דהיינו

שיפסלנו בעיני אנשים, אבל באמת אנחנו לא נפסול אותו.

פז) רש"י ד"ה ושתים הי' שוה.

ע"י בדבריו שכתב שקסבר האי תנא ששומר משכון הוא כשומר שכר. וביאר מהרש"א שרק מהסיפא חזינן הכי, אבל מהרישא לא חזינן הכי, כי אפילו אם הוא כשומר חנם הרי הוא מפסיד את החלק של החוב שהוא כנגד המשכון, כי הרי זה כמו שהמלוה והלוה פירשו שאם יאבד המשכון הרי הלוה ינכה את שוויותו מן החוב, אבל בהסיפא המדובר הוא אם המלוה צריך לשלם את החלק של המשכון שהוא יותר מהחוב, ודבר זה תלוי באם המלוה הוא ש"ח או ש"ש.

מיהו צ"ע מי יימר דאיירי שטוען המלוה שנאבד באונס, אולי הרי הוא טוען שנאבד בפשיעה, אשר לפ"ז אתי שפיר גם לפי המ"ד שסובר שהמלוה הוא כש"ח.

ועוד דע"י בהסוגיא להלן בדף פ"ב ע"א - ע"ב (וכן בשבועות דף מ"ד ע"א - ע"ב) שרצו לומר שהתנאים שחולקים אם הוא ש"ח או ש"ש הרי הם חולקים בהמחלוקת שבין רבה ורב יוסף אם שומר אבידה הוא ש"ח או ש"ש, דלפי רב יוסף שסובר ששומר אבידה הוא שומר שכר, דכיון שהוא עושה מצוה ועי"ז מיפטר מלמיתב פרוטה לעני הרי זה נחשב שהוא מקבל שכר, א"כ גם כאן המלוה עשה מצוה ע"י שהלוה ולקח משכון, ורבה סובר שהוא שומר חנם כמו שהוא סובר באבידה, וא"כ התנאים שחולקים אם במשכון הרי הוא ש"ח או ש"ש פליגי בפלוגתא דרבה ורב

יוסף, ושוב דחינן שלפי רבה בודאי תנאי היא כי אין דרך להעמיד כוונתו את התנא שסובר ש"ש, אבל רבי יוסף יכול לסבור שגבי משכון שפיר שייך לומר שהוא ש"ח כי י"ל דלא חשיב מצוה כיון שהמלוה יכול להשתמש בהמשכון ולנכות מהחוב. ולפ"ז יוצא שהיכא שאין המשכון בר שימוש, וכגון לשון של זהב, אז לפי רב יוסף כל התנאים סוברים שהוא ש"ש, ומעתה לפ"ז אפשר להעמיד כאן אליבא דכו"ע, דהיינו במשכון שאינו משתמש בו. וכעין זה הקשו תוס' בדף פ"ב ע"ב בד"ה במלוה וכו' עיי"ש.

פח) תד"ה שמא.

ע"י בריטב"א בהחידושים החדשים שהביא את פירושו של הר"ח, ומבואר בדבריו שי"ל בשני דרכים, דהיינו או שחששו לשבועה לבטלה וכמש"כ תוס', או שחששו לחילול ה' וכן כתב הר"ף במס' שבועות. ויש לבאר את הטעם של שבועה לבטלה בשני דרכים.

א' שחיישינן לבזיונו של הלוה כי לישבע בחנם הרי זה נחשב בזיון. ולפ"ז יש לבאר את הטעם של חילול השם בב' דרכים, א', דמה שנשבע בחנם הרי זה נחשב גם בזיון לשמים. ב', שהכוונה היא שמא יתגלה שהלוה נשבע לשקר, ושבועת שקר הרי היא בגדר חילול כבוד שמים (ודלא כרש"י שחוששין לפסולתו של הלוה).

ב', עוד יש לבאר שהכוונה ב"שבועה לבטלה" אינה משום שחוששין לבזיונו של הלוה, אלא הכוונה היא משום דהוי

פחיתות כבוד לשמים, ולפ"ז יש לבאר את כוונת הרי"ף דהוי חילול ה', שכוונתו היא לומר דהוי יותר מסתם פחיתות כבוד אלא שבועה לבטלה הוי חילול השם ממש, וכן גם עכשיו יש לפרש את כוונת הרי"ף דקאי על היכא שיתגלה ששיקר הלוח.

דף ל"ה ע"א

פט) ואם איתא לדרב הונא כיון שמשבתע מלוה שאינה ברשותו היכי מצי מפיק לה.

הנה שיטת הרמב"ם בפ"ו מהל' שאלה ופקדון ה"א היא שנשבעין שבועה שאינה ברשותו רק על דבר שאינו מצוי בשוק דיש לחשוש שענינו נתן בה. ועי' ברש"ש שהקשה דלפ"ז למה אי אפשר להעמיד את המשנה בדבר המצוי בשוק דליכא שבועה שאינה ברשותו לפי הרמב"ם.

ותי' דכאן משביעין את המלוה גם על דבר שמצוי בשוק, כי יש חשש שמא הוא מעלימו כדי לשקר בשווי, ומש"ה הרי הוא צריך לישבע שבועה שאינה ברשותו. והנה לשון הרמב"ם שם הוא כך, אם הפקדון דבר שכל מינו שוה, ומצוי בשוק לקנות כמותו, כגון פירות או יריעות של צמר ושל פשתן השוות בכל עניינם או קורות שאינן מצויירות וכל כיוצא בהן, הרי זה משלם ואינו נשבע, אבל אם ה' הפקדון בהמה או בגד מצוייר או כלי מתוקן או דבר שאינו מוצא לקנות כמותו בשוק, חוששין שמא ענינו נתן בו ומשביעין אותו בתקנת חכמים בנקיטת חפץ שאינו ברשותו

ואחר כך משלם וכו', ואם אמרו הבעלים יתר על זה ה' שוה כולל בשבועתו שאינו שוה אלא כך וכך עכ"ל, הרי שהתנה ב' תנאים כדי שלא יהי' צריך לישבע, א', שלא יהי' דבר מסוים אשר בכה"ג שייך לומר שהוא רוצה דוקא את החפץ ההוא, וכן שאפילו אם אינו דבר מסוים אכתי בעינן גם שיהי' אפשר להשיגו בשוק, אבל אם חסר אחד משני התנאים חיישינן שמא עינינו נתן בו. מיהו הרש"ש הזכיר רק שלא יהי' דבר מצוי בשוק. ונראה שהבין שתלוי רק באם אפשר להשיגו בשוק, ואם אפשר להשיגו בשוק לא איכפת לן אם הוי חפץ מסוים כי סוף סוף אפשר להשיגו בשוק ולמה נאמר שנתן עיניו בו, והרמב"ם הזכיר שכל מינו שוה כי רק אז הרי זה נחשב שמצוי לקנותו בשוק, אבל אם ה' הפקדון בהמה אין זה נחשב שמצוי לקנותה בשוק כי כל בהמה שונה מחבירתה.

ועכ"פ הרש"ש בדבריו הנ"ל נקט שהיכא שהמפקיד טוען שהי' שוה יותר ממה שהשומר מודה הרי השומר נשבע שבועה כמה הי' שוה גם בדבר המצוי. מיהו מדברי הרמב"ם שם מבואר דלא כהרש"ש, אלא היכא דהוי דבר מצוי אינו נשבע כמה הי' שוה, דהא הרמב"ם צייר שנשבע על שווי רק כשהוא דבר שאינו מצוי אשר אז נשבע שאינו ברשותו ואז הרי הוא כולל בשבועתו גם כמה הי' שוה. ועי' ברמב"ם בפיה"מ על המשנה בשבועות שכתב וז"ל, לפיכך אם אבד המשכון באונס, ישבע אותו שיש המשכון בידו (כלומר המלוה) שבועת התורה שנאנס (כלומר שאינו בידו) ויפרע בעל המשכון ממה שהלוה לו משלם (כלומר שינקה לו

מן ההלואה) ויש לאותו שהמשכון בידו בכל אלו החילוקים עכ"פ לישבע שבועת התורה שאבד, ואפילו לא נפל ביניהם מחלוקת בענין כמה הוא שוה, אלא אפילו אמר לבעל המשכון חשוב לי ביותר ממה שאתה טוען שהי' שוה, לפי שנאמר שמא עיניו נתן בו, אבל אם נסתלק זה החשד כגון שהי' המשכון לשון זהב או חתיכת כסף וכיוצא בהן שאין שום צד לומר שמא עיניו נתן בו, ואמר טול כל מה שהי' שוה וקח בו חתיכת זהב או כסף כאותה שהי' לך, כיון שאין בו שינוי ביניהן במינן, ואינם כלים ולא בגדים שיש בהן מיני רקמות שתוכל לומר אני לא אמצא כמותם כרצוני, וכשישבע מן המשכון שבידו יכלול בשבועתו שלא הי' שוה יותר מסלע או שקל או השיעור שאמר ע"י גלגול וכו' עכ"ל, וגם מדברי הרמב"ם האלו לא משמע כהרש"ש.

והנה עי' בריטב"א כאן שחולק על הרמב"ם, כי גם היכא שהוא דבר מצוי שיש כיוצא בו י"ל שהשומר כופר כדי לחסוך לעצמו הטירחה ללכת ולקנותו, ועוד דגם בדבר כזה חיישינן שמא השומר רוצה דוקא את החפץ הזה בגלל איזה שינוי קטן שיש בו אע"פ ששוה הוא לכל האחרים שיש בעלמא. ועוד כתב שיש לחשוש שמא המפקיד רוצה דוקא דבר זה. ומקושיא זאת חזינן שהריטב"א סובר שאפילו אם נאמר בציור מסוים שלא חיישינן שמא השומר נתן עיניו בו, אבל חוששינן שהמפקיד רוצה דוקא את החפץ המסוים הזה ומש"ה שפיר משביעין את השומר. מיהו צ"ע דסו"ס ליכא למיחש למידי כיון שאין השומר מעונין בו. וצ"ל

איפכא והיינו שאפילו אם היינו חוששינן שמא השומר עיניו נתן בו, אבל אכתי לא היינו משביעין אם יודעים שהבעלים אינם מקפידים על החפץ, ולכן הקפיד הריטב"א לומר שצריכים לחשוש שמא השומר רוצה דוקא חפץ זה וגם שמא הבעלים רוצים דוקא חפץ זה.

ושוב כתב הריטב"א שבכל זאת ליכא להקשות על הרמב"ם מהגמ' שלנו למה לא מוקמינן את המשנה בדבר מצוי, וכקושיית הרש"ש, כי כיון שסתמא קתני משמע דאיירי אפילו בחפץ מסוים שאינו מצוי.

ועוד כתב שבע"כ צ"ל דאיירי בדבר שאינו מצוי בשוק, כי אם הי' דבר מצוי בשוק איך יש ביניהם ויכוח על שוויונותו. ובאמת דבר זה קשה על הרש"ש.

וצ"ל שהרש"ש הבין דשפיר שייך ויכוח, כי יכול להיות שזה דבר שנמצא בשוק אבל יש כל מיני סוגים של איכות, וכל האיכויות מצויות בהשוק, ומתווכחים המלוה והלוה על איזו איכות הי' (אבל א"א לומר שמתווכחים על הכמות כי לא משמע כן אלא משמע ששניהם מודים להכמות, אבל אכתי י"ל שמתווכחים על האיכות וכהנ"ל).

גם י"ל שהרש"ש סובר שיש להעמיד גם באופן שאין ויכוח על האיכות, רק שיש שמוכרים אותו בזול ויש שמוכרים אותו ביוקר, ומתווכחים ביניהם המלוה והלוה אודות כמה שילם הלוה. מיהו הא ליתא, כי א"כ מה יועיל מה שיוציא את הפקדון. ועוד דאולי מכיון שהיו כאלו שמוזילים אין המלוה חייב בהיוקר כי הי' אפשר להלוה להשיגו בזול.

(צ) אי הכי מהיכא מייתי לה.

ע"י בריטב"א שכתב שי"ל שרבה נתכוין להיכא שיש עדים שמעידים שנשרפה כסות עם סימנים פלוני, והלוח אומר שלהכסות שהשאר משכון היו סימנים אלו. פי' דבכה"ג אין המלוה צריך לישבע שאינו ברשותו אלא סומכים שהכסות שנשרף הי' באמת הפקדון, אבל בכל זאת אין אומרים להלוה לישבע כמה הי' שוה כי לענין זה שפיר חיישינן שמא מה שנשרף לא הי' הפקדון, וסברת הדבר היא כי לענין לעשות דבר קיצוני כגון לחדש שבועה שאינה ברשותו על המלוה הרי אנו סומכים שהמשכון הוא זה שנשרף, אבל כשאומרים להמלוה לישבע במקום הלוח אין זה נקרא שעושים דבר קיצוני כל כך. אבל הגמ' שהקשה מהיכא מייתי לה סובר שגם לענין שלא להפוך את השבועה על המלוה היינו צריכים לסמוך שהמשכון הוא זה שנשרף. והנה גם הרמ"ה והב"ח והקצה"ח דנו על ציור כעין הנ"ל, דהנה שיטת הרמ"ה הובא בקצה"ח בס"י רצ"ד סק"ה היא שהיכא שיש עדים שגלימא נשרפה, אבל אין ידוע אם היא הגלימא שהופקדה אצלו או גלימא אחרת, אינו חייב לישבע שמה שנשרף הי' הפקדון, כי שבועת השומרים היא רק כשהשומר טוען שנשרף ואנו אין אנו יודעים, דאז הרי הוא צריך לישבע שנשרף, אבל היכא שידעינן שנשרף, רק שלא ידעינן אם מה שנשרף הוא באמת הפקדון אין השומר חייב לישבע, ואינו נקרא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע, אלא הרי הוא פטור מלשלם עד שמביא התובע רא"י. והקשה הב"ח דא"כ למה אי אפשר להעמיד כאן בכה"ג, דהיינו שיש

עדים שנשרפה, רק שלא ידעו אם אותה גלימא שנשרפה היא הפקדון, ומש"ה לא נשבע המלוה, וחוששין שמא יתגלה שמה שנשרפה לא היתה הפקדון. ותי' הקצה"ח שאע"פ שהרמ"ה פוטר משבועת השומרים אבל בכל זאת שבועה שאינה ברשותו הרי הוא שפיר נשבע גם בכה"ג כי שבועה זו אינה בגדר שבועת השומרים.

ומעתה יוצא שיש ג' דעות, א', דעת הב"ח שבהציוור הנ"ל הדין נותן שאינו נשבע שאינו ברשותו אבל מהפכים את שבועת הלוח כמה הי' שוה על המלוה, ב', דעת הקצה"ח שבהציוור הנ"ל הרי המלוה שפיר נשבע שאינו ברשותו, ג', דעת הריטב"א שהגמ' עצמה נתכוונה להציוור הנ"ל ונתכוונה להסיק שאין שבועה שאינו ברשותו וכן שאין מהפכים את השבועה כמה הי' שוה.

והנה ע"י בתד"ה מיגו וכו' שכתבו שלרבה ורב יוסף לא פריך. והמהרש"א מחק רבה. ונראה דהיינו משום שתירוצו של רבה לא נשאר אלא נתגלה שהוא טעות ומסתמא גם רבה עצמו חזר בו. מיהו המהר"ם קיים את הגירסא וגירסת המהר"ם אתי שפיר לפי הריטב"א, כי לפי הריטב"א י"ל שרבה שפיר נשאר בתירוצו.

(צא) כי משתבע מלוה נמי לטרח לזה וליתי.

הרי שעל האוקימתא של רב יוסף שיש עדים שנגנבה פרכינן שגם כשנשבע המלוה יטרח הלוח ויביא את המשכון כדי להוכיח שהצדק אתו. וכתב הרשב"א לעיל בדף ל"ד ע"ב שלפי הר"ח אי אפשר לגרוס כן, כי לפי הר"ח החשש היתה שמא המלוה

מאליו ימצא את המשכון ויתגלה כדברי הלוה כי לא חיישין שמא יטרח למוצאו כדי להראות שהלוה צודק, ולא גרסינן לפי הר"ח דטרח ומייתי לה, וא"כ ליכא להקשות שהלוה יטרח אחרי הגנב לאחר שנשבע המלוה כי לא אסיק אדעתן שיעשה דבר כזה, אבל לפי רש"י שהחשש הי' שהמלוה יטרח באמת אחרי המשכון כדי לפסול את הלוה א"כ שפיר יש לפרוך שה"ה שהלוה יעשה כן. וכתב שלפי הר"ח צריכים לגרוס "לוה נמי ליטרח וכו'", והקושיא היא שנשאיר את השבועה על הלוה כי גם הלוה יטרח אחרי הגניבה, ולא ישבע עד שיהי' בטוח שאי אפשר למוצאו.

צב) אביי אומר גזירה שמא יטעון ויאמר אחר שבועה מצאתי.

עי' ברשב"א לעיל בדף ל"ד ע"ב שכתב שדברי אביי אינם עולים יפה לפי הר"ח, כי אביי מפרש שבאמת המלוה נשבע שאינו ברשותו רק שבכל זאת אנו חוששין שמא שיקר והוי שפיר ברשותו ולאחר שישבע הלוה יוציאנו המלוה ויתגלה שהלוה נשבע לבטלה, והרי זה קשה כי אם אנו חוששין שמא המלוה שיקר בשבועת אינו ברשותו איך מוסרין לו עוד שבועה של כמה הי' שוה, הלא מוטב שישבע הלוה אע"פ שיכול להיות שיתגלה שהיתה שבועה לבטלה, מליתן להמלוה אשר לפי החשד שלנו הרי הוא נשבע לשקר. אבל לפי רש"י הרי אנחנו מסירין את השבועה מהלוה על ההנחה שהוא ישבע לשקר, וא"כ שפיר אפשר למסור אותה להמלוה, אע"פ שיש חשש שגם הוא ישבע לשקר,

כי אנו מעונינים שהלוה לא יהי' פסול ע"י שהמלוה יוציאנו אח"כ, אבל המלוה לא יוכל להפסל כי הלוה לא יוכל להוציאנו. ואפילו אם נרצה לפרש בכונת רש"י שאין כונתו שבאמת נפסל את הלוה, אלא אנחנו ננקוט שלא הי' בקי, רק שבעיני אנשים יהי' פסול, א"כ גם לפ"ז י"ל שכדי שלא יהי' מצב כזה אנחנו מוכנים באמת למסור את השבועה אפילו למי שאנו חושדים אותו ששיקר, אבל לא בגלל חשש של שבועה לבטלה.

ועי' בתוס' הרא"ש מש"כ על זה. מיהו לא הבנתי בכלל איך מתוקמא האויקמתא של אביי לפי הר"ח כי אחרי שנשבע לשקר שאינו ברשותו כשהי' באמת ברשותו למה יוציאנו אח"כ כדי להוכיח את צדקת הלוה. ועי' בתוס' שאנץ לעיל בדף ל"ד ע"ב מה שכתב על לשון גזירה.

צג) רב אשי אמר וכו' מי נשבע תחילה מלוה נשבע תחילה.

והנה עיין ברשב"א לעיל בדף ל"ד ע"ב שהקשה דלפי רש"י כאן מכיון שאזלינן ששניהם נשבעין רק שהמלוה נשבע תחילה, א"כ למה יהיבין טעם לזה דשמא ישבע הלוה ויוציא המלוה את הפקדון ויפסלנו, הלא גם בלא זה הדין נותן שהמלוה ישבע ראשון שאינו ברשותו, כי בתחילה משתדלים להשיג את החפץ לראות כמה שוה, ורק אם אי אפשר, אז נשבעין על כמה הי' שוה, וא"כ שפיר נשבע המלוה תחילה מעיקר הדין, אבל לפי הר"ח אתי שפיר, כי לפי הר"ח זהו באמת

הכוונה במאי דאמרין שמא ישבע הלוח ויוציא המלוה את הפקדון דהיינו ויתגלה שלא הי' הלוח צריך לישבע, וזהו באמת כהטעם הנ"ל שמדינא צריכים קודם לברר שאין כאן הפקדון כדי שלא לישבע בחנם על שוויותו. ות"י הרשב"א שאה"נ לפי הת"י של רב אשי גם רש"י יפרש כהר"ח שכששניהם נשבעין המלוה נשבע תחילה מעיקר הדין, אבל בהקושיא שסברנו שאין המלוה נשבע שאינו ברשותו ומהפכין את השבועה של הלוח על המלוה התם סובר רש"י שאלמלא חשש פיסול לא היינו עושים דבר קיצוני כזה של היפוך שבועה. ועי' בריטב"א בשט"מ.

צד) תהא במאמינו.

עי' בתוס' שהקשו שגם בהרישא נאמר שלא נשבע המלוה שאינו ברשות מפני שהלוח האמינו. ותירצו שבהרישא לא ירצה הלוח להאמין להמלוה, כי עי"ז יפסיד את הכח של לישבע כמה הי' שוה ולנצח, שהרי אם אינו מאמינו בידו לישבע כמה הי' שוה ולנצח, ואילו אחרי שהוא מאמין להמלוה שאינו ברשותו הרי זה יגרום שנהפוך את השבועה כמה הי' שוה על המלוה, והלוח מודע לזה, ולכן אינו מוכן להאמינו, אבל בהסיפא שאם הלוח אינו מאמינו הרי המלוה צריך לישבע גם כמה הוא שוה ואז הי' המלוה יכול לישבע ולנצח, וא"כ הדבר לא הי' נתון לגמרי ביד הלוח, לכן התם לא איכפת לי' להאמינו ולהפסיד את הכח לגלגל עליו שבועה כמה הי' שוה.

מיהו לכאורה תמוה לומר שהדעת של הלוח אם להאמינו או לא להאמינו תלוי

באם כדאי לו להאמינו או אם אינו כדאי. ואולי יש לומר שאה"נ הנגיעה שלו משנה את עצם הנאמנות שהוא מאמין. מיהו ביותר י"ל שבאמת לא סגי בזה שהוא מאמינו בלבו כי בכל זאת כיון שחכמים אינם מאמינים הרי השומר חייב לישבע כתקנת חכמים, אלא הכוונה ב"תהא במאמינו" היא שהוא מאמינו ומוחל לו את השבועה, וא"כ בזה שפיר יש לחלק שבהרישא נהי שהוא מאמינו בלבו אבל אינו מוכן למחול את השבועה.

ועי' ברשב"א שכתב טעם אחר למה לא אמרו שהרישא איירי במאמינו, והיינו שבהרישא שהמלוה בא לתבוע מהלוח ולתקוף אותו א"כ הרי הלוח מסתכל על המלוה ביתר קפידא וזה גורם שאינו מאמינו שאינו ברשותו, אבל בהסיפא הרי הלוח הוא זה שתוקף את המלוה ותובע ממנו, ומש"ה זה גורם שיש לו יותר נטי' להאמין להמלוה, ושוב דחה הרשב"א דאין זו סברא, אלא אם הוא מאמין לו בלבו, כן צריך להיות בשני הצדדים.

והנה הרשב"א כתב שכל הקושיא הזאת שנוקמה את הרישא במאמינו קשה רק לפי רש"י, אבל לא לפי הר"ח, כי לפי האוקימתא של מאמינו יוצא שכיון שהוא מאמינו שאינו ברשותו, חוששין שמא ישבע הלוח ויוציא המלוה את הפקדון, ומש"ה מהפכים את השבועה ואומרים שהמלוה ישבע כמה הי' שוה, ואילו לפי הר"ח אדרבה הדין נותן שבכה"ג נכריח את המלוה לישבע שאינו ברשותו כדי שהלוח יוכל לישבע כמה הי' שוה וכעיקר הדין של מודה במקצת, אבל לפי רש"י שפיר יש להקשות שנוקמה במאמינו, כי לפי

והיינו שהיכא שהוא מאמינו לא נעשה תקנה להפוך את השבועה כמה הי' שוה על המלוה, כי לא חיישינן שמא המלוה משקר במה שנשבע שאינה ברשותו ויפסול את הלוה, דלא חיישינן לזה כיון שהלוה עצמו מאמינו.

צה) לא ידענא היכא אותבינהו, כל לא ידענא פשיעותא היא.

צ"ע דתיפוק לי' משום שמודה שהפקדון עדיין אצלו, ואין זה נקרא בכלל שנאבד, וא"כ חייב הוא להחזירו או לשלם כסף.

צו) ואמרי לי' שילם ולא רצה לישבע וכו'.

ע"י ברעק"א שהקשה איך סבר רבא לומר שהמפקיד מקנה לו בכה"ג את היוקרא, הלא השומר בטענתו סבר להיות פטור, ואע"פ שר"ע חייב אותו, אבל הוא עצמו סבר להיות פטור, ואילו כל הציורים של הקנאת כפל איירי באופן שהשומר עשה להמפקיד טובה, וכמו הציויר הפשוט של ש"ח ששילם ולא רצה לישבע ולהפטר, וכן מה שאמר רב פפא ששומר חנם שאמר פשעתי קונה כפל הרי זה כי עשה טובה בזה שנתכוין לחייב את עצמו ולא פטר את עצמו בגניבה ואבידה, וכן מה שרבא סובר שנשבע ושילם קונה כפל הרי זה כי נהי שנשבע ונפטר אבל עכשיו הרי הוא עושה לו טובה ומשלם אע"פ שנפטר, וכן השיטה שסוברת שהוא קונה כפל גם היכא שיש עדים שפשע הרי זה כי השומר עשה לו טובה בזה שחסך לו את הטירחא להביאם

רש"י אתי שפיר האוקימתא הנ"ל, ואין לומר שביותר יש להכריח את המלוה לישבע שבועה שאינו ברשותו במקום להפך את השבועה ולהפסיד את הלוה את זכותו לישבע, כי לפי רש"י כל עיקר החשש שלנו היא שלא יפסל הלוה, ואנו משתדלים לטובת הלוה, והרי הכא הלוה קלקל לעצמו על ידי שהוא מאמין להמלוה וגרם שהדין נותן שנהפוך את השבועה כמה הי' שוה על המלוה, ומש"ה אין אנו הולכים לתקן את הלוה ע"י להכריח להמלוה לישבע שאינו ברשותו.

ונראה שתוס' הקשו את הקושיא סתמא כי הם סוברים שגם לפי הר"ח הטעם למה אין אנו רוצים שבועה לבטלה הרי זה משום טובת הלוה ולא משום כבוד שמים, וכבר דננו על זה לעיל באות פ"ח, ומש"ה גם לפי הר"ח לא נוכל להכריח את המלוה לישבע שאינו ברשותו אחרי שהאמינו הלוה וקלקל לעצמו ע"י שגרם לנו להפוך את השבועה על המלוה.

וע"י עוד בדברי הרשב"א (שלפני הדברים הנ"ל שהבאנו לעיל בסמוך) דמבואר שיש ליישב שלפי רש"י אי אפשר להעמיד את הסיפא דרישא במאמינו ולחסוך על ידי זה את הפירוש של רב אשי של מי נשבע תחילה, כי היכא שהלוה מאמין את המלוה שאינו ברשותו, אשר אז המלוה אינו נשבע שאינה ברשותו, ויש צורך להפוך על המלוה את השבועה כמה הי' שוה, באמת לא נהפוך, כי לפי רש"י כל ההיפוך הוא לטובת הלוה כדי שלא יפסול, ואילו הכא הוא גרם לעצמו להצריך היפוך ולכן לא מזדקין לזה.

ולכאורה יש ליישב עוד תי' לפי רש"י,

לבי"ד, אבל הכא לא נתכוין לעשות לו שום טובה.

ותי' רעק"א ע"י שחידש שאחרי שהשומר אמר פשעתי ונתחייב, אם שוב טען שמצא את הפקדון או שנזכר איפוא זה, והמשיך לשמור, רק ששוב נאנס, הרי הוא נאמן על זה ופטור, כי אמרינן שחזור להיות שומר כבתחילה, והדין שמירה שלו עכשיו הרי הוא המשך מהשמירה הקודמת, וממילא נתבטל מה שהי' חייב עבור פשיעתו, ועכשיו הרי הוא פטור כי נאנסה, אבל אילו היינו אומרים שכבר כלתה השמירה הראשונה א"כ אז הרי הוא נשאר חייב מחמת פשיעתו הראשונה, ולא מהני העובדא שעכשיו נאנס כדי לפוטרו, כי עוד לא שילם לו עבור השמירה הראשונה (וע"ע באות ק' בנוגע למתי אמרינן שהסתלק מהשמירה), ומעתה לפי הנ"ל יוצא שהכא שפיר מיקרי שעשה טובה להמפקיד שהרי הי' יכול לומר שאחרי שנתחייב לשלם שוב מצא את הכיפי ועכשיו נאנסו והרי לא טען כך אלא שילם (רק שהכא הי' ר"נ מוכרח להכריחו לשלם).

מיהו יש להקשות על תירוצו של רעק"א, דהנה לעיל מבואר בהלישנא קמא דרב פפא שאם שואל אומר נאנסה אינו קונה כפל כי במה הי' יכול לפטור עצמו במתה מחמת מלאכה, מתה מחמת מלאכה לא שכיחא, ותוס' שם סוברים שאפילו אם שילם ממש אינו קונה כפל לפי הלישנא קמא דרב פפא ודלא כרש"י שם, ומעתה לכאורה הה"נ כאן, הטענה הזאת שהי' יכול לטעון, דהיינו שמצא אותו ושוב נאנסה אינה שכיח. מיהו י"ל דשאני הכא

שכל שלב ושלב שכיח שפיר, דהא שכיח הוא שימצא דבר שעתה אינו זוכר איפוא הטמין אותו, וכן נאנסה הוא דבר שכיח, רק שלא שכיח שיארע הכל יחד במקרה אחד, וא"כ י"ל שאין זה נקרא עוד בגדר לא שכיח אלא שפיר הי' מוכן לטעון כן, ודוחק.

והנה רעק"א בתוך דבריו הביא שכבר הקשה הרשב"א בשט"מ את הקושיא הנ"ל שהקשה, ותירץ אותה, אבל שתירוצו "אינו מוכן כראוי". והנה ע"י ברשב"א שכתב שרבא סמך עצמו על שיטתו בב"ק דף ק"ח שנשבע ושילם קונה כפל ושהפירוש של המשנה הוא שילם ולא רצה לעמוד בשבועתו, הרי שאע"פ שהטריחו לבי דינא ורצה להיות פטור הרי הוא קונה כפל כיון שעכשיו הרי הוא משלם מדעתו, וא"כ הה"נ היכא שאמר שאינו יודע איפוא הוא ומשלם על פי בי"ד אע"פ שהטריחו לבי דינא ורצה להיות פטור בכל זאת הרי הוא קונה כפל. ומה שכתב רעק"א שאינו מוכן כראוי הרי זה כי סו"ס יש לחלק כמו שכתבנו לעיל דהתם הרי עשה לו טובה בזה שלא רצה לעמוד בשבועתו אבל הכא לא עשה לו שום טובה.

והנה על פי המבואר בדברי הרמב"ם יש ליישב קושיית רעק"א בדרך אחרת, דהנה ע"י ברמב"ם בפ"ד מהל' שו"פ ה"ז שכתב וז"ל, המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות, ואמר לו תן לי פקדוני, ואמר לו השומר איני יודע אנה הנחתי פקדון זה, או באיזה מקום קברתי הכספים, המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך, הרי זה פושע וחייב לשלם מיד עכ"ל. הרי שצריך לשלם

מיד (ועי' בזה באילת השחר). וצ"ע מאיפוא הוציא הרמב"ם דין זה, דבפשטות איירי כאן שהשומר חשב להיות פטור, כי חשב ש'לא ידענא היכא אותביני' הרי זה נחשב כאבידה שש"ח פטור עלי', ועל זה אמר ר"ג שזה בגדר פשיעה, אבל אם הסכים השומר לשלם, רק שרצה זמן כדי לחפש, מי אומר שאין נותנין (ומזה שאמר רב נחמן "זיל שלים" ולא רק ש"כל לא ידענא פשיעותא היא" אין ראי', כי זה כמו שתמיד ב"ד אומרים "צא תן לו").

ולפי הנ"ל י"ל שהרמב"ם כתב כן כי ה' קשה לו קושיית רעק"א ומש"ה פי' שכאן השומר נתכוין באמת לחייב את עצמו לשלם ולא סבר להיות פטור, רק שסבר שיש לו זמן לחפש, ורב נחמן לא הסכים אלא חייב אותו לשלם מיד, ומש"ה כיון שחייב את עצמו ורצה לשלם, ולא טען נאנסה, הרי שפיר עשה לו טובה ומש"ה אם ה' משלם מיד ה' המפקיד מקנה לו כפל.

והנה כבר הבאנו שרעק"א כתב לחדש שאם השומר יאמר שמצא אותו וששוב נאנסה הרי הוא נאמן. מיהו רעק"א שם הקשה על זה דהא היכא שאמר הלוה איני יודע אם פרעתיך (דחייב לשלם) ושוב טען שנזכר שפרע, ס"ל להרבה פוסקים שאינו נאמן, ושאינו יכול לחזור בו ממה שאמר בתחילה שאינו זוכר, אלא הרי הוא נשאר חייב, דעי' בסי' ע"ה סעיף ט' שכתב הרמ"א שבכה"ג שחזר בו הרי הוא שפיר נאמן, אבל הש"ך שם הביא מהיש"ש דהיינו רק לפי הסוברים שבאיני יודע אם פרעתיך המלוה צריך לישבע לפני שהוא

גובה, דלכן עוד לא מיקרי טענת הלוה שאינו יודע אם פרע בגדר טענת חיוב, אלא מיקרי שהוא חוזר מפטור לפטור, אבל לפי הסוברים שהמלוה יכול לגבות בכה"ג אפילו בלי שבועה, אז אין הלוה יכול לחזור בו, ומעתה קשה דלפי היש"ש למה הכא יכול לחזור בו.

ותי' רעק"א דהכא שפיר יכול לחזור בו ואין בזה משום חוזר וטוען כי (הכא בכיפי) "טענה שנזכר אינו מעין טענה ראשונה", אבל לא ביאר רעק"א את כוונתו למה הכא הרי זה שונה מהתם.

ולכאורה נראה לבאר שכוונתו היא דשאני הכא שאינו אומר אח"כ שעכשיו הוא נזכר איפוא הטמין אותו אשר אז ה' זה דומה ממש להתם שאומר אח"כ שעכשיו הוא נזכר ששפיר פרע, אלא הכא איירי באופן שהוא טוען שאח"כ נתקל בו ומצא אותו בלא כוונה, וא"כ אין כאן בכלל תופעה של חוזר וטוען כי גם עכשיו הוא עומד בדבריו שאין לו בזכרונו זכרון של איפוא הנחתיו. מיהו מלשון רעק"א שכתב "טענה שנזכר" לא משמע כדרך זה, אלא משמע שהוא טוען שנזכר.

ועכ"פ לא הבנתי את דברי היש"ש איך שייך לומר כאן את הכלל של אינו חוזר וטוען טענה אחרת, דהא הראשונים בב"ב דף ל' ע"ב - ל"א ע"א ביארו שהטעם למה אינו יכול לחזור בו ולטעון טענה אחרת הרי זה משום שטענתו הראשונה היא הודאת בע"ד נגד טענות אחרות, ואילו הכא איך שייך לומר שמה שאמר שאינו זוכר הרי זה הודאת בע"ד שאף פעם לא יזכור שוב.

צז) למימרא דסבר רב נחמן שומא הדר.

בענין אם מה ששומא הדר הרי זה ע"י קנין חדש ע"י הלוה. והאם עד עכשיו ה"י באמת של המלוה.

הנה בסוגיין מבואר שהטעם לומר ששומא הדר הרי זה משום ועשית הישר והטוב. ויש כמה שיטות במה נכלל בדבר זה.

הנה לעיל בדף ט"ז ע"ב אמרינן שהיכא שהדבר חזר אל הלוה מדין שומא הדר, אם אין המלוה מחזיר לו את השטר אדרכתא וכדומה, א"כ ראוי שהלוה יבקש שטר מהמלוה שהשדה היא מעתה שלו (כלומר של הלוה), ואם לא ביקש איהו דאפסיד אנפשי, וביארו הראשונים שם שצריכים שטר כי המלוה צריך באמת להקנות את השדה בחזרה להלוה במכירה גמורה. מיהו הר"ן בחידושו שם דייק מלשון הרמב"ם בפכ"ב מהל' מלוה הט"ז דלא ס"ל כן, כי הרמב"ם כתב ש"מסלקין" את המלוה מהשדה, ומשמע שאין צריכים קנין דהא הזכיר רק סילוק (מיהו לכאורה אפשר לפקפק בדיוק זה ולומר שכוונת הרמב"ם היא רק לומר שעושין בע"כ של המלוה, אבל אין כוונת הרמב"ם להגדיר את עצם אופי החזרה ולומר דסגי בסילוק ואין צריכים קנין).

ובביאור הדבר, למה לא להצריך קנין, כתב הח"י הר"ן שני דרכים: א', דכיון שתיקנו ששומא הדר א"כ המלוה בעצמו מתכוין מתחילה לזכות בהשדה רק על התנאי שהלוה לא ימציא לו אח"כ מעות (ואולי אין כוונת הח"י הר"ן לתנאי אלא לקנין לזמן עד שיפרע). ב', שכיון שהפקר

ב"ד הפקר א"כ חז"ל הם שתיקנו שאם הלוה מחזיר אח"כ מעות יתבטל קנינו של המלוה ויהי' שוב של הלוה.

והנה לשונות רש"י בדף ט"ז סותרים אהדדי בנוגע לאם צריכים קנין או לא, דעיי"ש בד"ה דמדינא וכו' שכתב שהשדה קנוי' להמלוה לחלוטין, וא"כ לפ"ז צריך הלוה לעשות קנין חדש. מיהו לפי הדרך שחוזר להלוה משום הפקר ב"ד א"כ אע"פ שהשדה היתה קנוי' להמלוה אבל בכל זאת אין הלוה צריך לעשות קנין. ברם להלן שם בד"ה מרישא וכו' כתב בתחילת לשונו שכשהלוה מקבל את השדה בחזרה הוי זה תחילת קנין, ומלשון זה משמע שצריך קנין בחזרה. אבל שוב כתב רש"י באותו דיבור עצמו דהוי "כאילו" שלו (של המלוה) היתה, דמשמע דהוי רק בגדר "כאילו", אבל לא היתה ממש של המלוה (וכהדרך של תנאי), ושוב בסוף דבריו באותו דיבור כתב שממילא הכותב שטר מכירה "אינו טועה" והי' לו לבקש שטר מכירה, וגם מדבריו אלו מבואר שמעיקר הדין אין צריכים הקנאה מחדש בחזרה, רק שאם הוא כותב שטר אינו טועה, וצ"ע.

והנה אם נאמר ששפיר צריכים הקנאה גמורה בחזרה, א"כ יוצא שעד עכשיו הי' ממש של המלוה, וא"כ נראה שמה שהשביח הרי זה של המלוה, וכ"כ הריטב"א והמאירי כאן, משא"כ אם אינו נחשב של המלוה עד עכשיו א"כ יש לו דין יורד שיש לו רק יציאות.

צח) למימרא דסבר רב נחמן שומא הדר.

הנה יש לומר בזה ב' דרכים:

א', שאירי ששניהם רוצים את הכיפי בגלל היוקר, ואם הדין הוא ששומא לא הדר הרי השומר מעכב את הכיפי עם היוקר ואילו המפקיד נשאר עם האפדנא. וכן יש להבין מהר"ח כאן דעיין בדבריו שהדגיש שהסכסוך הי' על הכיפי, דהמפקיד רצה בחזרה את הכיפי, ולא הזכיר בכלל שהשומר רצה בחזרה את האפדנא. ועי' בריטב"א שהוכיח מכיפי שאמרינן שומא הדר גם כשיש יוקר וגם על מטלטלין. ומבואר דס"ל שנאמרו כללי שומא הדר או לא, גם על הכיפי, ולא רק על האפדנא, והכיפי עם היוקר נשארים של השומר משום הדין של שומא לא הדר. מיהו עי' באבן האזל בפ"ח מהל' שאלה ופקדון ה"א שכתב שהדין של שומא הדר או לא הדר נאמר רק על האפדנא, רק שאם שומא לא הדר אז גם הכיפי נשארים אצל השומר.

ובביאור איך השומר קונה את הכיפי כתב האבן האזל וז"ל, והר"ח בפירושו כתב באופן דסבר הגמ' דאי שומא לא הדרא, וקנה בעל הכיפי את האפדנא, ממילא נעשו הכיפי של השומר, וכי אייקור ברשותי אייקור עכ"ל, וכוונתו דאף דמדין שילם ולא רצה לישבע לא מקנה לו כפילא, וכן יוקרא, זהו שיקנה השומר משום זה הבהמה משעת משיכה חוץ מגיזות וולדות, או שיקנה סמוך לגנבתה, אבל אחר ששילם השומר, ודאי דנקנה לו הפקדון, אלא דמטעם זה לא יוכל לזכות בהכפל או בהיוקרא שנתייקר קודם ששילם, ובין לדברי הר"ח ובין לדברי הרשב"א צריך ביאור דאיך יקנה הפקדון ע"י ששילם דהא אין אדם מקנה דבר

שאינו ברשותו, וצ"ל דכיון דהתורה חייבה להשומר לשלם, וזה אי אפשר שבין הפקדון ובין התשלומין יהיו של הבעלים, ועל כרחך דמכיון ששילם נקנה לו הפקדון מדין התורה, וזהו דין השומר, ועל אופן זה משך הפקדון, וקנה בדיני שומרים שאם יתחייב לשלם נעשה ממילא הפקדון שלו וכו' עכ"ל.

וכן עי' בתוס' רי"ד בב"ק דף ק"ח ע"א על מה שאביי סובר שנשבע ושילם אינו קונה את הכפל, אלא הכפל הוא של המפקיד, שהקשה דהא "כיון ששילם לו איסתלקו בעלים מהכא" הרי כהנ"ל דכיון ששילם קונה את הפקדון.

וע"ע בריטב"א בהחידושים החדשים שביאר גם הוא כהר"ח שלפי הדמיון לשומא לא הדר השומר יחזיק לעצמו את הכיפי עם היוקר כי ע"י התשלומין השומר קונה את הפקדון משעת תשלומין ואילך, אלא שפי' שהתי' של הגמ' הוא שבאמת אין דין כזה שהשומר קונה את הפקדון, ולכן זה גופא גורם שכשנמצאו הכיפי הרי זה נשאר שומא בטעות, כלומר שהטעם למה הוי שומא בטעות אינו משום דעתו של המפקיד, אלא משום שבאמת הדין הוא שאין השומר קונה את הפקדון ומש"ה יוצא שמה שחשבנו עד עכשיו שהתשלומין נשארים על מקומם הרי זה מתגלה כטעות. ב', הריטב"א הביא שם עוד פירוש, והיינו שאפילו אם שומא לא הדר הא ודאי שאין השומר מקבל את היוקר.

וכן נוקט הרמב"ן, דעי' ברמב"ן שהקשה שהכא הרי השומר לא רצה את האפדנא אלא הוא רצה להשאר עם הכיפי בגלל היוקר, וא"כ למה אמרינן כאן שהוא

מקבל בחזרה את האפדנא, הלא הדין של שומא הדר הוא לטובתו והכא הוא עצמו לא ניחא לו בזה. ותי' הרמב"ן שכל הטעם למה לא רצה את האפדנא אלא רצה את הכיפי הרי זה כי רצה את היוקר, אבל מאחר שבין כך היוקר אינו נשאר שלו אלא הרי הוא צריך להחזיר את הכיפי, או לכל הפחות את היוקר, א"כ שוב הרי הוא רוצה את האפדנא, ולכן אמרינן ששומא הדר, והרי הוא מקבל בחזרה את האפדנא, ולא אמרינן שישלם את היוקר וישאר עם הכיפי.

ועוד הוסיף הרמב"ן שלפי הצד ששומא הדר, אם השומר אינו רוצה בחזרה את האפדנא, הרי הוא מחזיר את כיפי והמפקיד נותן לו כסף עבור האפדנא. מיהו הרשב"א כתב שהשומר נשאר עם הכיפי ומחזיר את דמי היוקר. ועוד כתבו אותו דבר בנוגע להצד ששומא לא הדר, דהרמב"ן כתב שהשומר מחזיר את הכיפי והמפקיד נותן לו דמי האפדנא ואילו הרשב"א כתב שהכיפי נשאר אצל השומר והשומר מחזיר להמפקיד דמי היוקר.

והנה דברי הרשב"א לפי הצד ששומא לא הדר מתאימים לציור שהמפקיד רוצה את האפדנא, וכן השומר רוצה את הכיפי, דבציור כזה אתי שפיר דינו של הרשב"א שהשומר יחזיר את היוקר להמפקיד בכסף, אבל אם המפקיד רוצה בחזרה את הכיפי בודאי יקבלם. ומצד שני דינו של הרמב"ן מובן רק בציור שהמפקיד רוצה בין את האפדנא ובין את גוף הכיפי והשומר אינו רוצה את האפדנא.

מיהו המפרשים לא נקטו כן בביאור

הרשב"א אלא נקטו שגם אם המפקיד רוצה בחזרה את הכיפי הרי הכיפי נשאר אצל השומר. והאבן האזל שם ר"ל שגם הרשב"א סובר כהר"ח שהשומר מקבל את היוקר שנתייקרו לאחר התשלומין ומה שכתב שמחזיר את היוקר הרי זה קאי רק על היוקר שלפני התשלומין.

צ"ט) למימרא דסבר רב נחמן שומא הדר.

פ"י כי אם בעלמא אמרינן ששומא לא הדר, א"כ הה"נ שהכא אין השומר מחזיר את הכיפי ואין המפקיד מחזיר את האפדנא (ועי' בדברי הרמב"ן והרשב"א שהבאנו לעיל בסמוך באות צ"ח). מיהו צ"ע איך שיך לומר שאינו מחזיר את הכיפי, ואיזה דמיון הוא זה להיכא שגבו מן הלוח, דהא לעולם י"ל ששומא לא הדר והיכא שגבו מן הלוח קרקע אין הקרקע חוזרת, אבל הרי זה כי גבו אותה ונתנו אותה להמלוה, אבל הכא הכיפי שייכים להמפקיד בכל מקום שהם, ומעולם לא נתנו את הכיפי להשומר וא"כ בודאי שגביית האפדנא מתבטלת.

מיהו יש לחקור בנוגע להיכא שהלוח משלם קרקע (ולא מעות כמו שלוח), האם גם זה מיקרי פריעת חוב, או האם באמת אין זה נקרא פריעת חוב, אלא מיקרי שהלוח מכר את הקרקע להמלוה בעד החוב.

ואם נאמר כהצד הראשון קשה כהנ"ל דנהי שהשומר פורע חובו עם האפדנא אבל מעולם לא הקנו לו את הכיפי, אבל אם נאמר כהצד השני א"כ שפיר י"ל שכמו שהתם הרי זה מיקרי שהלוח קנה את החוב

ה"נ גבי כיפי כשהשומר משלם הרי זה כאילו קנה את כיפי כמו שהתם הלוח קנה את החוב.

ואולי יש להעמיס את הנ"ל בכוונת רש"י כאן שכתב שבחוב אמרינן ששומא לא הדר משום דהוי כמכר גמור ומש"ה אינה חוזרת. מיהו מצד שני חזינן שרש"י כתב רק דהוי "כמכר גמור" אבל לא כתב דהוי מכר גמור.

ק) שאני התם דשומא בטעות הוי.

פירש"י וז"ל, דשומא בטעות הוה דסבור ה"י שאבדו הנזמים והרי לא אבדו, דהא הווי כיפי מעיקרא, שהרי בתחילת השומא היו הנזמים בידו ולא ה"י יודע, דאילו ה"י יודע שכן, לא שמו לו הטרקלין, אבל שומא שב"ד שמין על שאין לו מעות והוא חייב לו, הרי הוא כמכר גמור ואינה חוזרת עכ"ל. ומדברי רש"י יוצא שאם נתגלה שבאמת נאבדו מרשותו, רק שאח"כ מצא אותם, אז אכתי י"ל ששומא לא הדר. וי"ל דהיינו משום דהיכא שהיו כל הזמן ברשותו, רק שלא מצאם, א"כ לא כלתה שמירתו בכלל, ואחרי שהוא מוצא אותם הרי זה נחשב המשך של השמירה הקודמת, וממילא מה ששילם הרי זה ה"י בטעות כי לא ידע שימצא אותם, ושהוא עדיין שומר עליו, ולו יצויר שה"י ברור לנו שימצא אותם, לא היינו מחייבים אותו לשלם לפי שעה, אבל היכא שנאבדו מרשותו, כלתה שמירתו, ואם מצא אותם אח"כ לא אמרינן שעכשיו הרי זה המשך של השמירה הקודמת, אלא באמת כלתה שמירתו, ומה ששילם ה"י באמת בגדר תשלומין, ואפילו

אם ה"י ברור לנו מתחילה שסופו למצוא אותם היינו מחייבים אותו לשלם לפי שעה כי כבר כלתה השמירה והרי הוא עומד חייב לפנינו כל זמן שלא מצא אותם.

ואולי יש לומר שזהו כוונת רש"י במש"כ שאילו ה"י יודע לא היו שמין לו הטרקלין, דלכאורה צ"ע מה היא כוונת רש"י בזה, דאם כוונתו היא שאם ה"י יודע כבר בתחילה איפוא הם, כלומר שמעולם לא נעלמו ממנו, א"כ פשיטא שאז לא היינו שמין את הכיפי, ולמה לו לרש"י לומר דבר זה. וביותר נראה שכוונת רש"י היא כמו שכתבנו שאילו ה"י יודע שסופו למצוא אותם לא היינו שמין הטרקלין.

וע"י בב"ק דף ק"ח ע"ב דאמרינן רבה זוטרי בעי לה הכי, נגנבה באונס והחזיר גנב בכי שומר ומתה בפשיעה מהו, מי אמרינן כיון דנגנבה באונס כליא ל"י שמירתו, או דלמא כיון דהדרה הדרה לשמירתו תיקו. ולכאורה איתא התם בהצד השני דלא כדברינן ברש"י, דהא איתא שאפילו היכא שנגנבה ממש ושוב חזר אליו הרי הוא ממשיך להיות שומר.

מיהו אכתי י"ל שרש"י סובר שאה"נ היכא שנאבדו מרשותו אין זה דבר מוחלט שכלתה שמירתו אלא הרי זה תלוי בהספק של רבה זוטרי, רק דכיון שיש צד שכלתה שמירתו, לכן פ"י שהכוונה כאן היא דוקא משום שה"י ברשותו כל הזמן, ולכן גם הגמ' כאן הדגישה שהכיפי היו ברשותו כל הזמן.

עוד י"ל דשאני התם בהצויר של רבה זוטרי שקרה דבר שהוא פטור עליו, אבל הכא שקרה דבר שהוא חייב עליו, אמרינן

שכלתה שמירתו, ומש"ה נקט שם רבה זוטי שנגנבה באונס.

עוד י"ל שלא נתכוין רבה זוטי לצדד ולומר שהדרה לאותה שמירה של קודם ושנחשב כאילו לא נגנבה בכלל, אלא כוונתו היא לצדד שהבעלים רוצים שיתחיל שמירה חדשה.

והנה הרמב"ן כאן חולק על רש"י ומפרש שנחשב שומא בטעות אפילו אם נתגלה שהכיפי נאבדו ממש, וז"ל הרמב"ן, והא דדחינן שאני הכא דשומא בטעות הוה, נ"ל שאע"פ שאבדו הכיפי ועכשיו נמצאו הוויא שומא בטעות, דאיהו לא הוה מחויב ולא מידי, כיון דהשתא הדר לי' ממונא בעיני', ולא דמי לשומא דעלמא, דאלו התם ודאי חייב הוא לפורעו ממונו, וכבר פרעו, אבל הכא אלו הי' מחזירו לו פקדונו אינו חייב לו כלום, ועכשיו הרי הוא מחזירו לו, ואיגלאי מילתא דלא הי' גבי' כלום, דפקדון כל היכא דאיתי' ממונו דבעלי' הוא, ואלו היו יודעים באותה שעה שימצאו הכיפין מי נחתינן לנכסי' וכו' עכ"ל.

והנה מדבריו נראה שכוונתו לומר שגם היכא שנאבדו ממש בכל זאת לאחר שחזרו לרשותו הרי אנו אומרים שמעולם לא הפסיק להיות שומר, ושעכשיו נתגלה שמעולם לא הי' חייב, ואילו היינו יודעים שסופו לחזור אליו לא היינו מחייבים אותו, ודלא כמו שכתבנו לפי רש"י, ומה שכתב דפקדון "כל היכא דאיתי' ממונו דבעלים הוא" הרי זה המשך מהנ"ל, וכוונתו בזה היא לומר שאם לא הי' ממונו של בעלים לא הי' שייך לומר שלא הפסיק להיות שומר, אבל מכיון שכל הזמן הי' ממון

בעלים מש"ה י"ל שלא הפסיק להיות שומר.

מיהו אולי יש לבאר בדרך אחרת, והיינו שכוונת הרמב"ן במה שכתב ש"כל היכא דאיתי' ממונו דבעלים הוא", היא לומר טעם שני למה נחשב שומא בטעות, והיינו משום שהכיפי עצמם שייכים להבעלים ולא אמרינן שכשהשומר שילם הרי זה נקרא שקנה אותם, ובשלמא בחוב אמרינן ששומא לא הדרה משום שזה נקרא ששילם תשלומין שהוא חייב לשלם, ואין לאחר תשלומין כלום, ומש"ה שומא לא הדר, אבל הכא הרי הכיפי עצמם שייכים להבעלים, וא"כ אין הדמים בגדר תשלומין, ומש"ה י"ל דשפיר הדר. ולפי הפירוש הזה יוצא שמש"כ "דפקדון וכו'" הרי זה קאי על מה שכתב לעיל "ולא דמי לשומא בעלמא", דהיינו דלא דמי משום שהתם ודאי חייב וכו' וכן לא דמי משום דפקדון כל היכא וכו' ולא חשיב בגדר תשלומין. מיהו אם כוונת הרמב"ן היא לטעם חדש לא הי' לו לחזור ולומר פעם שני את הטעם הראשון, דהיינו מה שכתב שוב "ואלו היו יודעים וכו'".

ועכ"פ עי' ברשב"א שכשהביא את הפירוש של הרמב"ן הביא רק את הסברא הראשונה וז"ל, אבל הרמב"ם והרמב"ן כתבו דה"ה לנאבדו, דכיון דהשתא מיהדר לי' ממוני' בעין, איגלאי מילתא דלא הי' גבי' ולא מידי בעידן שומא עכ"ל. מיהו הריטב"א בהחידושים החדשים הביא רק את הסברא השני' וז"ל, אלא דשאני הכא דשומא בטעות הוה משום דהא הווי כיפי, ולא זכה השומר אפילו בגופן של כיפי עכ"ל.

ה"ר ליב דיין שלפי רש"י בב"ק דף ק"ח ע"א יש ליישב תי' אחר על קושייתם, והיינו ששאני בהציוור של רבא ששילם אע"פ שבאמת לא הי' חייב לשלם.

קב) שמו לה לאשה ואינסיבא ומתה וכו'.

לכאורה הה"נ היכא שאינסיבא והדר שמו לה. אבל בהציוור השני של שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה לכאורה הסדר הוא דוקא, כי אם אינסיבא ואח"כ שמו מינה, הבעל שפיר מוציא מיד המלוה אפילו אם לוקח הוי, כי הרי הוא לוקח ראשון מכח תקנת אושא. ומעתה הרי זה דומה למש"כ תוס' לענין מאי דאמרינן שבעל בנכסי אשתו לוקח הוי, דצריכים לזה רק בהציוור של שמו מינה דאשה אבל בשמו לה לאשה הדין הוא שלא מיהדר אפילו אם יורש הוי.

קג) בעל בנכסי אשתו לוקח הוי לא מיהדר ולא מהדריןן לי'.

עי' בתוס' שכתבו שגם אם יורש הוה הדין הוא שלא מיהדר כמו בזבנה אורתה ויהבה במתנה.

ברם הרא"ש כתב שהא דאמרינן שבאורתה לא מיהדר הכוונה היא רק להיכא שכתב בחייו לאחד מבניו, אבל בירושה רגילה היורש חייב באמת להחזיר, כי היורש במקום המוריש קאי ולא עדיף מיני'.

מיהו הרמב"ן והרשב"א כתבו טעם אחר, והיינו שבירושה רגילה לא נחית היורש אדעתא דארעא וז"ל, אבל ירושה דליכא למימר אדעתא דארעא נחית, דלאו

והנה יש להקשות על דרכו של הרמב"ן, דהא חזינן שרבה זוטי מצדד לומר שאינו נעשה שוב בגדר שומר, ואילו אנחנו אמרנו לפי הרמב"ן שבכלל לא הפסיקה שמירתו הקודמת. מיהו י"ל דהיינו משום שהתם איירי שנגנבה באונס שזהו דבר שהשומר פטור עליו, ובכה"ג חוקר רבה זוטי לומר שהשומר נסתלק לגמרי כיון שהוא פטור, ואע"פ שהוא צריך לישבע אבל זהו דבר צדדי, אבל מעצם אחריות השמירה הרי הוא מסולק, אבל אכתי י"ל דהיכא שנגנבה בדרך שהוא חייב לשלם, אז כשנמצא הגנב וחזר לרשותו הרי זה נקרא שכל הזמן הי' שומר. וזהו הפוך מאיך שכתבנו לעיל לחלק לפי רש"י שאדרבה דוקא היכא שהוא פטור יש צד לומר שלא נסתלק מהשמירה.

וע"ע לעיל באות צ"ו שהבאנו את דברי רעק"א שסובר כהרמב"ן, דעיי"ש שחידש שאחרי שהשומר אמר פשעתי ונתחייב, אם שוב טען שמצא את הפקדון, או שנזכר איפוא זה, ושהמשיך לשמור, רק ששוב נאנס, הרי הוא נאמן שנאנס ופטור, כי אמרינן שחזר להיות שומר כבתחילה, והרי זה המשך של השמירה הקודמת, וממילא נתבטל מה שהי' חייב עבור פשיעתו, ועכשיו הרי הוא פטור כי נאנס, אבל אילו היינו אומרים שכבר כלתה השמירה הראשונה, אז הי' נשאר חייב מחמת פשיעתו הראשונה, ולא הי' מועיל העובדא שעכשיו נאנס כדי לפוטרו כי עוד לא שילם לו עבור השמירה הראשונה.

קא) תד"ה אטרחי'.

עי' ברעק"א בתחילת הפרק שכתב בשם

אדעתא דמידי נחת, ולא טרח בה כלל עכ"ל.

ובדעת הרא"ש י"ל דס"ל שתלוי באם המלוה נחית אדעתא דזווי או לא, דהיכא שנחית אדעתא דזווי מיהדר, אבל היכא שלא נחית אדעתא דזווי לא מיהדר אע"פ שלא נחית אדעתא דמידי, ולכן הוצרך בנוגע לירושה רגילה את הסברא של במקום מורישו קאי. אבל הרמב"ן והראש"א סוברים שתלוי באם נחית אדעתא דארעא או לא, דהיכא דנחית אדעתא דארעא, דהיינו שלכו הי' בטוח בזה ורצה את הקרקע או שטרח בה, בכה"ג לא מיהדר, ולכן מלוה מיהדר, וכן יורש רגיל מיהדר כי לא נחית אדעתא דמידי, אבל היכא שכתב לו מחיים, מן הסתם היורש טרח ועשה לו ניח נפשי' כדי לזכות לזה, או לכל הפחות הראה שהוא רוצה בהנכס ההוא, ולכן התם לא מיהדר, כי אינו בגדר לא נחית אדעתא דמידי.

קד) בעל בנכסי אשתו לוקח הוי.

עי' בטור באה"ע סי' צ', הובא בשו"ע שם סעיף ט', שהביא מחלוקת הרמב"ם והרא"ש, דהרמב"ם בפכ"ב מהל' אישות ה"ז סובר שהיכא שמכרה נכסי מלוג בחיי בעלה, הרי הבעל מקבל את כל הפירות כמו קודם, שהרי את הפירות אין האשה יכולה למכור כיון שהם שייכים להבעל, אבל בנוגע להגוף אינו נחשב כלוקח גמור כל זמן שהאשה חי', אלא הגוף קנוי להבעל על הזמן שלאחר שתמות אשתו, ואילו הרא"ש בכתובות דף נ' ע"א (בסי'

י"ז) סובר שגם הגוף מכור להבעל מעכשיו, והרי הוא מוציא את הגוף אפילו בחיי אשתו. ולפי הרא"ש צ"ע למה ציירו את תקנת אושא באופן שהאשה מתה. וצ"ל שנקטו כן רק כדי לומר דאיירי שהאשה מתה בחיי בעלה, אבל היכא שמת הבעל בחיי אשתו הרי המכירה של אשתו שפיר קיימת. עוד צ"ע, דלפי הרא"ש לא מתוקמה הלשון של הבעל מוציא מיד הלוקחות, דהא לפי הרא"ש הלוקחות אינם יכולים לרדת בתחילה לתוך השדה. ועיין ברא"ש שם שכתב באמת שלשון "מוציא" היא לאו דוקא.

והנה הפוסקים דנו שמכיון שזה ברור שהבעל אוכל את הפירות, ומוציא את הפירות מהלוקחות, א"כ מאי נפ"מ מזה שאינו מוציא את הגוף לפי הרמב"ם, הלא הלוקח אינו יכול להשתמש בהשדה כי כל השתמשות היא בגדר פירות.

והדרישה באות ד' כתב נפ"מ, דלפי הרא"ש אין הלוקח יכול למחות בהבעל אם הוא בא לקלקל את השדה, ואילו לפי הרמב"ם הלוקח שפיר יכול למחות, והיינו משום שלפי הרא"ש הרי הלוקח דומה רק ללוקח פירות, והיכא שאחד קנה פירות אין הלוקח יכול למחות אם הבעל הבית בא לקלקל את הגוף, אבל לפי הרמב"ם הרי הלוקח דומה ללוקח את הגוף לזמן ובכה"ג הלוקח שפיר יכול למחות.

והביא הדרישה את דברי הנ"י והרמ"א שכתבו שהלוקח יכול למחות בהבעל, וכתב דמשמע מדבריהם שהאשה עצמה לא היתה יכולה למחות בהבעל אם הי' בא לקלקל את השדה, והקשה הדרישה דא"כ

מאיפוא קיבל הלוקח כח זה, ואיך יכול להיות שהוא עדיף מאשה.

וגם בחלקת מחוקק בסקכ"ז ר"ל את הנפ"מ הנ"ל, והוא הקשה דגם לפי הרא"ש כיון שהאשה יכולה למחות (דלא כהדרישה) הה"נ להלוקח.

והבית שמואל בסקל"ו הביא את דברי הדרישה הנ"ל שלפי הרא"ש הלוקח אינו יכול למחות אם הבעל בא לקלקל את השדה, ואילו הבית שמואל כתב שהדין נותן שגם לפי הרא"ש הלוקח יוכל למחות כי הנ"י כתב שהטעם למה הלוקח יכול למחות הרי זה כי השדה עומדת להיות שלו אילו ימות הבעל לפני האשה, הרי שלא כתב שהטעם הוא משום הזכות של הלוקח אפילו אם האשה תמות קודם, אלא כתב שהטעם הוא משום זכותו של הלוקח אילו הבעל ימות קודם, והרי טעם זה שייך גם לפי הרא"ש.

והסמ"ע בחו"מ סי' ר"ב סקי"ג כתב את הנפ"מ הנ"ל של מחאה, והקשה עליו ההעמק שאלה בדבריו על שאילתא קל"ה (דף קל"ג טור ב'), דכיון שהאשה לא היתה יכולה למחות וכמש"כ הסמ"ע עצמו שם א"כ איך אפשר לומר שלפי הרמב"ם הלוקח שפיר יכול למחות (וכבר הבאנו השגה זו בשם הדרישה). ועוד דבסי' צ"ח כתב הר"מ שבאמת גם האשה היתה יכולה למחות.

והחלקת מחוקק הסיק שהנפ"מ הוא לענין שלפי הרמב"ם הרי זה נקרא שיש להלוקח קרקע וממילא הרי הוא יכול לכתוב פרוזבול (דאין כותבין פרוזבול אלא א"כ יש לו קרקע, כדאיתא בגיטין דף ל"ז

ע"א). וגם הפרישה כתב נפ"מ זה באות ל"ד.

ועוד כתב הפרישה עוד נפ"מ, והיינו לענין היכא שנפל הבית על הבעל ועל הלוקח מי נקרא המוחזק, דלפי הרמב"ם הלוקח נקרא המוחזק, וממילא יורשי הלוקח מקבלים את השדה, ואילו לפי הרא"ש הבעל נקרא המוחזק, וממילא יורשי הבעל מקבלים את השדה. ודחה הבית שמואל דהא היכא שנפל הבית עליו ועל אשתו אמרינן שהאשה נקראת המוחזקת, וממילא יורשי האשה מקבלים את השדה, ומעתה מכיון שהאשה נקראת המוחזקת, הדין נותן שהלוקח הוא זה שנקרא המוחזק אפילו לפי הרא"ש.

ועוד כתב הבית שמואל עוד נפ"מ, דהיינו לענין אם הלוקח יכול לתבוע מעותיו מהבעל בחיי האשה דלהרמב"ם אינו יכול ולפי הרא"ש שפיר יכול (והביא שגם הפרישה באות ל"ז כתב נפ"מ זה). ודחה ההעמק שאלה שלא מספיק בהנפ"מ הזה כי בהנפ"מ הזה יוצא שלפי הרמב"ם יש גריעותא להלוקח, ואילו אנחנו מחפשים נפ"מ לענין מה מרויח הלוקח לפי הרמב"ם.

ובספר בני אהובה (ספרו של רבי יהונתן אייבשיץ על הרמב"ם) על פכ"ב מהל' אישות כתב עוד נפ"מ, והיינו שלפי הרמב"ם הבעל אינו יכול למכור את הדקל לפירותיו כי גוף הדקל שייך עכשיו להלוקח, משא"כ לפי הרא"ש הבעל שפיר יכול למכור את הדקל לפירותיו. והעמק שאלה שם הקשה על הבני אהובה דבכתובות דף פ' ע"ב מבואר שהבעל עצמו הי' יכול למכור לפירות אם לא משום

הסיבות דאיתא שם וא"כ אי אפשר לומר שהאשה יכולה לשלול מהבעל את הכח הזה ע"י למכור להלוקח.

קה) באושא התקיננו האשה שמכרה בנכסי מלוג בחיי בעלה ומתה הבעל מוציא מיד הלוקחות.

פירש"י וז"ל, האשה שמכרה בנכסי מלוג להיות בעלה אוכל פירות בחיי' וגוף הקרקע יהי' ללוקח לכשתמות ומתה עכ"ל, הרי שתיאר את הדבר איך הי' נראה בלי תקנת אושא והיינו שגוף השדה תהי' מכורה רק לאחר מיתתה, אבל לא בחיי', ולכאורה כוונתו היא שגם בלא תקנת אושא לא הי' הלוקח קונה את גוף הקרקע בחיי', וצ"ע למה אין האשה יכולה למכור את הגוף גם בחיי'.

ואולי י"ל דלפי מה שהבאנו בהאות הקודמת מהסמ"ע בדעת הרמב"ם שכל הנפ"מ בזה שהוא מכור להלוקח הרי זה רק לענין פרוזבול, דמעתה הרי זה נקרא שיש לו קרקע והרי הוא יכול לכתוב פרוזבול על הלוח שלו, וא"כ י"ל שרש"י אתי לשיטתו בגיטין דף ל"ז שהכוונה שם היא שצריכים שלהלוה יהי' קרקע ולא להמלוה, וא"כ יוצא שגם בלא תקנת אושא אין שום תועלת להלוקח בחיי', וס"ל לרש"י שממילא אין כאן ממונות שניתן למכירה, ולכן כתב שרצתה למכור על לאחר מותה, ועי'.

ולפ"ז יוצא שיש ג' שיטות, א', שיטת הרמב"ם שהבאנו בהאות הקודמת שגם אחרי תקנת אושא השדה נשאר אצל

הלוקח בחיי', ב', שיטת הרא"ש שהבעל מוציא גם בחיי', ג', שיטת רש"י שגם לפני תקנת אושא הלוקח אינו מקבל את השדה בחיי האשה.

קו) שמו לה לאשה ואינסיבא או שמו מינה דאשה ואינסיבא, ומתה.

עי' ברש"י ד"ה לוקח הוי שכתב שגם הרישא של "לא מיהדר" איירי במתה. והנה הטור בחור"מ סי' ק"ג העתיק את לשון הגמ' של מתה, והב"י באות כ"ה שם הביא את לשון רש"י, וכתב הב"י שמתה היא דוקא. ויש לפרש שהטעם למה בעינן מתה הרי זה כי היכא ששמו לה לאשה א"כ בחיי האשה הבעל שפיר מיהדר כי עדיין אינו כלוקח (וכהרמב"ם שאינו מוציא את הגוף מחיים). וכן בחיי' מהדרינן לי' להבעל כי עדיין אינו כלוקח, ועוד משום זכותה של האשה.

מיהו הב"ח כתב שאפילו אם גרסינן מתה וכרש"י והרא"ש, אבל י"ל שה"ה נמי שבלא מתה לא מיהדר, רק שלרבותא נקטו מתה, דלא מיבעיא בחיי' שלא מיהדר כי אז פשיטא שהוא כלוקח כי לא שייך להחשיבו בגדר יורש בחיי' אשתו, אלא אפילו לאחר מיתה לא מיהדר, פי' דלא אמרינן שלאחר מיתתה הרי הוא כמיהדר ומיהדר (כי ירושה דממילא מיהדר וכהרא"ש) אלא עשו אותו כלוקח. והביא מלהלן בטור סוף סי' קי"ב דמוכח שם שלהבעל יש דין לוקח גם מחיים, והנה היכא שלא כתב דאקני, ושוב קנה קרקע, ומכר אותה ללוקחות, אין המלוה גובה

מהלקוחות, וכתב הטור שם שהיכא שקנה קרקע אחרי שלוה, ומת, ובתו ירשה אותו, ושוב נשאת, אין המלוה גובה מהבעל כי הבעל נחשב כלוקח.

והנה הסמ"ע בסקכ"ח כתב שלפי רש"י שגורס מתה א"כ מחיים לא מיהדר אפילו אם הוי יורש, ודלא כהב"י שמחיים מיהדר, אלא כהב"ח שלא מיהדר, רק שהב"ח כתב דאז לא מיהדר כי אז פשיטא דהוי לוקח, ואילו הסמ"ע כתב שאפילו אם הוי יורש לא מיהדר, כי הוי "ירושה מחיים" דלא מיהדר וכדברי הרא"ש. מיהו דברי הסמ"ע קשים להבין, איך שייך להסתכל עליו כיורש בחיי האשה.

קז) שמו לה לאשה ואינסיבא או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה.

שיטת הרמב"ם.

הנה הרמב"ם לא כתב לענין לא מיהדר ולא מהדרינן שמתה, וכתב המ"מ דהיינו משום שגם בחיי האשה לא מיהדר, ואדרבה רק בחיי צריכים את הטעם של לוקח כי עדיין אינו בגדר יורש, אבל לאחר מיתתה אינו מיהדר גם בלא להיות כלוקח, והיינו משום שגם יורש בירושה דממילא לא מיהדר, וכתוס' ודלא כהרא"ש.

ועוד ביאר המ"מ בנוגע להסיפא שגם בחיי לא מהדרינן לי' משום שהבעל הוא כלוקח, אבל אם הי' כיוורש אז הוי מהדרינן לה כי עוד לא ירש, א"נ דאז הוי מהדרינן לי' כי מהדרינן ליוורש, אבל השתא דלוקח הוי לא מהדרינן לי'.

מיהו לכאורה צ"ע על המ"מ שבכל זאת

נחזיר לה משום הכח שלה, כי נהי דמה שהבעל הוא כלוקח הרי זה משפר את הכח של האשה לענין שלא מיהדר, וכן הרי זה משפר את כחו של הבעל נגד האשה היכא שהאשה מכרה לאחרים, אבל הכא בנוגע למהדרינן לי' הרי נהי שהוא כלוקח וללוקח אין כח לתבוע שיחזירו לו אבל למה יגרע כחה של האשה הכא שהוא גם לטובת הבעל שרוצה בחזרת הקרקע. והמ"מ שם הרגיש בזה וכתב משום דהוי כאילו מכרה לאדם אחר ומש"ה גם היא אינה יכולה לשלם ולקבלו בחזרה. מיהו הש"ך בסקי"ט וכן בסק"כ כתב באמת שלא עשו אותו חכמים לוקח לגריעותא דהבעל (והנה בסקי"ט איתא בלשון הש"ך שלפנינו שלא עשו אותו לוקח לענין פסידא "דידה", אבל בסק"כ איתא גריעותא דידה, וכן צ"ל דאי משום גריעותא דידה א"כ גם אחרי מיתת האשה נימא שמהדרינן לי'. וכן מבואר ברעק"א כאן שכתב בשם הש"ך דלא אמרינן לוקח הוי לגרוע את הכח שלה).

מיהו לכאורה קשה על המ"מ שנוקט שלפי הרמב"ם הבעל הוא לוקח מחיים, וכן יוצא באמת מדברי הרמב"ם שלא כתב מתה, דהא הרמב"ם עצמו בפכ"ב מהל' אישות אינו סובר כן אלא הרי הוא סובר שהבעל מוציא את הגוף רק לאחר מיתת האשה (הובא לעיל כאן באות ק"ד).

והש"ך בחו"מ סי' ק"ג סק"כ כתב על זה וז"ל, ובאה"ע שם כתבתי די"ל שגם הרמב"ם סובר כן, ודלא כהטור ושאר אחרונים ע"ש, ואע"ג דבחי' לית לי' אלא פירי, וקי"ל קנין הפירות לאו קנין הגוף

דמי, מ"מ כיון דלכתר תקנת אושא הבעל מוציא מיד הלוקחות, אלמא דכשמתה הוי לוקח למפרע משעת נישואין, וה"ל כקונה הגוף מחיים, וכן משמע בהחובל סוף דף פ"ח ע"ש, ובזה נראה לפענ"ד לישב מה שהקשו תוס' ס"פ יש נוחלין דף קל"ט ריש ע"ב על הרשב"ם ע"ש ודו"ק, אבל היכא דשמו מינה דאשה ואינסיבא נ"ל דלהרא"ש והטור דוקא מתה אבל בחיי מהדרין לה דלא שווי לוקח לריעותא וכו' וא"כ הנכסים שלה ומהדרין לה, אבל מתה דלא הוי יורש, דהוה כראוי וכמלוה שאין הבעל יורש ראוי או מלוה והלכך לא מהדרין לה וכמש"כ לקמן ודו"ק עכ"ל.

וי"ל שכוונת הש"ך היא כך, שלעולם הרא"ש סובר שעשוהו לוקח גמור מחיים וכמו שנקט הבית שמואל, אבל הרמב"ם סובר שהדבר תלוי ועומד, ושם תמות האשה קודם או יתגלה באמת שהבעל הי' לוקח גם מחיים, משא"כ אם הבעל ימות קודם או לא הי' לוקח, רק שמכיון שכשמכרה האשה בחיי הבעל עוד לא מבורר אם הבעל הוא לוקח או לא, אין הבעל מוציא מיד הלוקח, כי כיון שמכרה האשה מכירה ודאית הרי זה נקרא שלהלוקח יש את המוחזקות אפילו אם הקרקע נמצאת עוד אצל הבעל (כי אין מוחזק של תפיסה בקרקעות), ואע"פ שלהאשה יש חמ"ק אבל אינה רוצה להשתמש בהחמ"ק שלה. ומעתה לפ"ז שפיר כתב הרמב"ם דהיכא ששמו לה לאשה לא מיהדר אפילו בחיי האשה כי הכא הבעל והאשה הם המוחזקין נגד הלוה, ומש"ה לא מיהדר מספק שמא האשה תמות ראשונה ואז הבעל הוא כבר כלוקח, וכן

היכא ששמו מינה דאשה לא מהדרין להבעל גם מחיים כי הכא המלוה הוא המוחזק.

והנה את הגדר הנ"ל שכתבנו בדעת הש"ך בדעת הרמב"ם כתב החזו"א בדעת הרא"ש, אלא שכשאומרים כן בדעת הרא"ש יוצא שצריכים לומר שהבעל נקרא המוחזק ולא הלוקח, ואפרש דברי, דהנה הרמ"א שם, אחרי שהביא את דעת הרא"ש שהבעל מוציא מיד הלוקחות גם מחיים, הביא שבכל זאת אם הבעל מת בחיי האשה המכר של האשה קיימת, והקשה הבית שמואל בסקל"ט דכיון שהרא"ש סובר שאין המכר קיים כלל, שהרי הבעל מוציא מיד הלוקחות אפילו מחיים, א"כ למה אם מת הבעל המכר קיים, הלא המכר לא חל בכלל בשעתו, ודימה הבית שמואל את הדבר להאומרת יקדשו ידי לעושיהם דלא חל הנדר כיון שהיא משועבדת להבעל למלאכה וגם אחרי שמת הבעל אין הנדר חל. והחזו"א בדבריו בחלק אה"ע סי' ע"ה סוף סק"י כתב שאין כוונת הרא"ש לומר שבתורת ודאי הרי הוא לוקח בחיי האשה, אלא רק אם אח"כ היא מתה בחייו מתברר שהבעל הי' לוקח גם בחיי, אבל אם הוא מת בחיי או לא הי' לוקח גם לפי הרא"ש, ומש"ה אם הוא מת בחיי הרי המכר קיים, אבל היכא שהוא חי הרי הוא יכול להוציא מהלוקח על הצד שהאשה תמות בחייו. מיהו לא הסביר החזו"א למה. ולכאורה י"ל משום שיש להאשה חמ"ק, ואע"פ שהכא אין האשה רוצה להשתמש בהחמ"ק, אבל בעל כרחיה יש לה חמ"ק. ועוד דהכא אולי הבעל יכול לכופה לזכות עם החמ"ק שלה.

ואולי יש לתלות את הנ"ל בחקירת הקונטרס הספקות בכלל א' אות ה' בענין מה היא מהותה של חזקת מרא קמא, דאם חזקת מרא קמא מהני מדין חזקה דמעיקרא כמו באיסורין א"כ הרי זה מסור לב"ד כמו כל החזקות, וכשב"ד רואים שיש חזקה הרי הם פוסקים על פי החזקה, אבל אם ממונא מאיסורא לא ילפינן, והא דמהני חזקת מרא קמא הרי זה כי חשיב סוג מסוים של מוחזקות, כי כל קשר בינו לבין החפץ הרי היא בגדר מוחזקות, והעובדא שהדבר הי' שייך לו אתמול הרי זה קשר מסוים בינו לבין החפץ גם היום, א"כ יתכן לומר שמוחזקות היא זכותו של הבעל דין, ויש לו ברירה לומר שאינו רוצה לדון מצד המוחזקות שלו, וצ"ע.

קח) עוד בענין לא מיהדר ולא מהדרין לי.

והנה לכאורה יש לומר ישוב אחר על הסתירה הנ"ל בדברי הרמב"ם וכמו שנבאר.

דהנה י"ל שלעולם לפי הרמב"ם בתורת ודאי אין להבעל דין לוקח בחיי האשה, ודלא כהש"ך, והיינו משום שעשו אותו לוקח רק לאחר מיתת האשה, כי אז גם בלא"ה הרי הוא עומד להיות יורש, ומש"ה העלו אותו חז"ל למדריגת לוקח ע"י תקנת אושא, אבל מחיים שאין לו כח בהגוף לא עשו אותו כלוקח ולכן אין הבעל מוציא מהלוקח מחיים.

ועוד יש לחקור מה יהי' היכא שמכרה האשה ועוד לא הגיע ליד הלוקח והלוקח בא להוציא את הקרקע מהבעל והאשה, דבכה"ג אולי גם הרמב"ם מודה שאין

מוסרים את הקרקע ליד הלוקח כי הרי היא בגדר מסירה שיתכן שסופה להתבטל אם תמות האשה תחילה, כי אז נצטרך להחזיר ליד הבעל, וא"כ י"ל שגם הרמב"ם מודה שאין מוסרים אותו להלוקח היכא שספק הוא אם יעמוד בה לחלוטין, רק דהיכא שכבר ירד הלוקח לשם ס"ל להרמב"ם שאין מוציאים אותו מידו כל זמן שהאשה חי'.

ומעתה י"ל שמש"ה גם לפי הרמב"ם לא מהדרר הבעל בחיי האשה כיון שבאושא עשו אותו לוקח, פי' דכיון שעשו אותו לוקח לאחר מיתת האשה א"כ יוצא שאפילו אם יחזיר הבעל להלוה אבל אם אח"כ תמות האשה בחייו יוכל שוב להוציא מיד הלוה כמו כל לוקח, ומש"ה אינו מיהדר.

מיהו קשה על דרך זה מהסיפא שלא מהדרין לי' אפילו מחיים לפי הרמב"ם, דלמה לא נהדר לי' הלא עודנו אינו כלוקח, ואי משום שאולי אח"כ תמות האשה ויתהפך ללוקח, אבל הלא היכא שהחזירו להלוה ושוב מכר ללוקח אין הלוקח ההוא חייב להחזיר להמלוה וא"כ הה"נ להבעל כאן.

קט) שמו לה לאשה ואינסיבא, או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה.

א. הנה בגמ' איתא "מתה" בנוגע להסיפא דהיינו ששמו מינה דאשה ומתה. מיהו רש"י כתב דאיירי שמתה גם בנוגע להרישא של שומא לה לאשה, וכן כתבו גם הרא"ש והטור. ועי' בש"ך בסק"ט שכתב די"ל שמאי דאיתא בהסיפא "ומתה"

הרי זה קאי גם על הרישא. מיהו צ"ע דא"כ ה"א אפשר להזכיר גם "אינסיבא" רק בהסיפא ולומר "שמו לה לאשה או שמו מינה דאשה ואינסיבא ומתה".

ב. דרכו של הקצה"ח.

והנה לעיל באות ק"ז הבאנו את הגדר שכתב הש"ך שלאחר מיתת האשה נעשה הבעל לוקח על הגוף למפרע מחיים, ונקטנו שהש"ך מתכוין לומר כן רק לפי הרמב"ם, אבל בדעת הרא"ש ס"ל להש"ך שהוא נחשב לוקח גמור על הגוף כבר מחיים, וכהבנת הבית שמואל, ודלא כהבנת החזו"א. מיהו מאיך שהביא הקצה"ח בתחילת דבריו בסק"ט את דברי הש"ך משמע דס"ל שכוונת הש"ך היא לומר את הגדר הנ"ל של למפרע גם לפי הרא"ש, וכן נראה מאיך שהביא רעק"א כאן את הש"ך, ולפ"ז יוצא שפליגי הרמב"ם והרא"ש בדיני מוחזקות, ולא בענין מה היתה תקנת אושא.

ועכ"פ הקצה"ח עצמו כתב דרך אחרת מהש"ך בדעת הרא"ש והטור (לפי הב"ח שגם הרא"ש סובר שלא מהידר אפילו מחיים), והיינו שהטעם לומר שלא מיהדר אפילו מחיים אינו משום שיש לו דין לוקח על הגוף אפילו מחיים, אלא לעולם אין לו דין של לוקח כלל על הגוף, כי תקנת אושא לא היתה לעשותו לוקח על הגוף, אלא להאליים את הקנין שלו על הפירות להמדריגה של קנין הפירות כקנין הגוף דמי, והיינו שאע"פ שפסקינן שקנין הפירות לאו כקנין הגוף דמי, אבל בכל זאת קנין הפירות של הבעל הרי הוא שפיר כקנין הגוף, ואפילו מחיים של האשה, ולכן הרי

הוא מוציא את הקרקע מיד הלוקח אפילו מחיים, כי כשאומרים שקנין פירות קנין הגוף דמי הרי זה גורם שבעל הקנין הגוף אינו יכול למכור, ולכן גם כאן אין להאשה כח למכור מחמת הקנין הפירות כקנין הגוף שיש להבעל, וכך הבעל לא מיהדר אפילו מחיים כי את הקנין פירות שלו אינו חייב להדר כיון דהוי לוקח, וגם אינו צריך להחזיר מצד שהקנין הגוף של האשה חוזרת להלוה, כי כיון ששומא הדר צריך קנין בחזרה אין האשה יכולה להחזיר כי אינה יכולה להקנות בחזרה להלוה כמו שאינה יכולה למכור ללוקח מסיבת הקנין פירות כקנין הגוף שיש להבעל, אבל הסיפא של לא מהדרינן ל"י איירי רק כשמתה, כי מחיים שפיר מהדרינן, כי אע"פ שקנין הפירות כקנין הגוף דמי אבל הגוף הרי שייך להאשה ומש"ה מהדרינן בגלל האשה (מיהו צ"ע דא"כ יהי' הדין שמהדרינן רק את הקנין הגוף אבל לא את אכילת הפירות).

ועי' עוד בתוס' בכתובות דף נ' ע"א בד"ה הבעל מוציא מיד הלוקחות שכתבו בדרך אחד שבאמת לפי רבי יוחנן שסובר בכל מקום שקנין הפירות כקנין הגוף דמי אין צורך לתקנת אושא.

ג. דרכו של רעק"א.

והנה עי' בחי' רעק"א שהעיר דחזינון שרש"י כתב מתה גם על הרישא של לא מיהדר, וא"כ מבואר מזה שבלא מתה הבעל שפיר מיהדר, והיינו משום שמחיים אינו בגדר לוקח. ושוב הביא שהרי הש"ך הסיק שלמפרע הרי הוא לוקח גם מחיים וש"מתה" בהרישא הוא לאו דוקא אלא גם

מחיים לא מיהדר. וכתב רעק"א שיש להשוות שיטת רש"י לעיקר יסודו של הש"ך ולומר שגם רש"י מודה דהוי לוקח למפרע ומש"ה הרי הוא מוציא מהלוקח שקנה מן האשה אפילו מחיים לפי הרא"ש, רק שבכל זאת לא עשו אותו לוקח היכא שזה יגרום הפסד להלוה, ולכן מחיים הרי הוא שפיר מיהדר (ורק לענין הפסד הלוקח עשו אותו לוקח כי הלוקח עצמו אשם בזה שקנה מן האשה), אבל לאחר מיתת האשה לא מיהדר כי נהי שמצד דין לוקח הי' מיהדר אבל מ"מ לאחר מיתה יש לו דין יורש מעיקר הדין, ויורש לא מהידר (וכתוס').

ברם שוב דחה דרך זה כי רש"י כתב על לאחר מיתה הטעם של לוקח הוי. ולכן כתב דרך אחרת ברש"י, והיינו שלעולם מודה רש"י שגם מחיים לא מיהדר, אבל לא מטעמו של הש"ך שתקנת אושא היתה להחשיבו לוקח גם מחיים, אלא הרי זה משום עיקר התקנה שהפירות הן להבעל תחת פרקונה, כי גדר התקנה הוא שנתנו לו את הגוף לפירות, דהיינו דקל לפירות, ומש"ה הדין הוא שלא מיהדר, וכן בכל מלוה שמכר דקל לפירות יהי' הדין שהלוקח לא מיהדר (ויש לעיין דאכתי יהדר לענין שאר שוויות), אבל לאחר מיתה כבר אין לו את הכח הזה וכן י"ל שמצד יורש הדין הוא שמיהדר וכהרא"ש, ולכן הוצרכו לתקנת אושא שלוקח הוי כדי לפעול שלא מיהדר. הרי שרעק"א בדעת רש"י כתב שעיקר התקנה של פירות תחת פרקונה היתה תקנה של שדה לפירותי, והגדר של שדה לפירותי גורם שהדין הוא שלא מיהדר,

ואילו הקצה"ח כדי לבאר למה הבעל מוציא מיד הלקוחות כתב משום שהעלו ע"י תקנת אושא את הבעל להמדריגה של קנין פירות כקנין הגוף, ושהמדריגה של קנין הפירות כקנין הגוף דמי הרי היא גורמת שלא מיהדר.

ולפי הנ"ל יוצא שהמדריגה של קנין הפירות כקנין הגוף דמי עדיפא מהמדריגה של גוף לפירותיו, שהרי מהקצה"ח יוצא שמצד המדריגה של קנין הפירות כקנין הגוף דמי אין האשה יכולה למכור וכתקנת אושא, ואילו מרעק"א יוצא שלפני תקנת אושא הי' להבעל קנין של גוף לפירותיו והאשה היתה שפיר יכולה למכור.

ד. דרכו של האור שמח.

ועי' עוד באור שמח בפ"ב מהל' רוצח הט"ו שכתב שמאי דפליגי רבי יוחנן וריש לקיש בענין אם קנין הפירות כקנין הגוף דמי או לא הרי זה בדקל לפירותיו, ופליגי אם הקנין של דקל לפירותיו הרי הוא מחליש את הכח של בעל קנין הגוף, והקנין פירות של הבעל לפני תקנת אושא לא הי' בגדר דקל לפירותיו אלא רק קנין רגיל של פירות, ולכן היתה האשה יכולה למכור, ובאושא התקינו שיהי' בגדר גוף לפירותיו, וממילא מהתקנה ואילך אין האשה יכולה למכור (פי' דמכיון שהעלו אותו למדריגת דקל לפירותיו א"כ שוב שייך לומר שקנין פירות הוא כקנין הגוף לפי רבי יוחנן, וכן שייך לומר שאפילו אם בעלמא סוברים כריש לקיש אבל הכא תיקנו גם שתהי' לו המדריגה של קנין הגוף וכהקצה"ח).

והקשה על הש"ך שכתב שעשו אותו

לוקח גמור מחיים, ושלפי הרא"ש כן הוא בחיי האשה ולא רק למפרע אם תמות, א"כ קשה מגיטין דף מ"ז ע"ב שמקשה הגמ' שלפי רבי יוחנן שסובר שקנין הפירות כקנין הגוף דמי למה אין הבעל מביא ביכורים וקורא בחיי אשתו, ומבואר שלפי ריש לקיש ניחא (וכבר כתבנו שמהקצה"ח ורעק"א משמע שגם לפי הרא"ש התקינו שהבעל נחשב לוקח רק למפרע ושכן מבואר בחזו"א).

קי) תד"ה ואותבניני.

ע"י במהר"ם שיף.

דף ל"ה ע"ב

קיא) אנביי איהו בחובו.

פירש"י וז"ל, לעיל מיהדר גבי שומא, כלומר אם לא שמוה ב"ד למלוה על כרחו של לוח, וקם לי' מעצמו, ולא הטריחו לדין, ואמר לו טול קרקע זה בחובך עכ"ל. ועי' בב"י בסי' ק"ג, הובא בסמ"ע סקכ"א, שתפס לעיקר את סוף דברי רש"י דאיירי ששילם לו מדעתו את השדה בלי ב"ד כלל דבזה פליגי רב אחא ורבינא, אבל היכא ששילם על פי פסק ב"ד, לכו"ע אין זה נחשב מדעתו, אלא שומא הדר. ואילו הש"ך שם בסקט"ו כתב שאדרבה מרש"י משמע להיפך, והיינו שהיכא ששילם מעצמו חוץ לב"ד, לכו"ע הרי זה נחשב מדעתו, ומחלוקתם היא כששילם על פי פסק ב"ד ולא היו צריכים לכופו, ופסקינן דחשיב מדעתו ולא חשיב שומא אלא כמו מתנה, ואין לומר שאם הוא מתכוין

להקנאה כמו מתנה למה לא שילם מדעתו חוץ לב"ד, ולמה הכניס את עצמו להכיסופא של לבוא לב"ד, דזה אינו, כי אין זה כיסופא לבוא לב"ד, והש"ך כנראה פי' כן משום שתפס לעיקר את תחילת דברי רש"י שכל שלא הי' בעל כרחו אפשר לומר דמיקרי מדעתו אפילו אם הי' ע"י פסק בית דין. והש"ך הוכיח כן מרבא דס"ל שנשבע ושילם קונה כפל. ולכאורה כוונת הש"ך היא להוכיח משם שאין המפקיד מרגיש כיסופא מזה שהוצרך לבוא לב"ד כי אילו הי' מרגיש כיסופא לא הי' מקנה להשומר את הכפל, וא"כ גם כאן אי אפשר לומר שפליגי כששילם מעצמו חוץ לב"ד, ושיש מ"ד שסובר שהוא משלם חוץ לב"ד כי אינו רוצה את הכיסופא לבוא לב"ד, כי אין זה כיסופא, וא"כ בודאי הרי זה נקרא שהוא משלם מדעתו, והרי זה כמכירה מעלייתא ואין סברא לומר ששומא הדר, ולכן בעל כרחך צ"ל שחולקים בציוור ששילם על פי פסק דין, רק שלא היו צריכים לירד לנכסיו אלא שילם מעצמו על פי הפסק דין, דבזה יש מ"ד שאמרינן שעושה כן משום שאם ירדו לנכסיו ויגבו בעל כרחו תהי' לו כיסופא מזה.

מיהו צ"ע דמהו הדמיון לנשבע ושילם הלא לעולם י"ל ששפיר יש כיסופא מעצם העובדא שהוצרך לבוא לב"ד, רק שהתם הרי הוא מקנה לו את הכפל כי עשה לו עכשיו טובה גדולה כי הוא משלם בלא שום חיוב כלל, שהרי לפי רש"י שם איירי שהוא משלם לפנים משורת הדין, כלומר אע"פ שהוא טוען שנשבע באמת, ואפילו אם נפרש שהודה שנשבע לשקר אבל הרי הי' יכול לא להודות ולהשאר פטור, וא"כ

אולי משום כך הרי הוא מקנה את הכפל אע"פ שהיתה לו הכיסופא של לבוא לב"ד. ועי' בתומים בסקי"ב שכתב שבהציוור של הב"י ששילם מעצמו בלא ב"ד כלל, דבר ברור שלא מהדרין, כי כיון שנותן מדעתו הרי הוא צריך לכתוב להמלוה שטר קנין ולהקנות לו בקנין שטר (מזה משמע שע"י ב"ד הרי זה בלי שטר) וא"כ הרי זה כמו כל היכא שמכר או נתן ללוקח שאינה חוזרת אע"פ שמי יודע אם שילם לו כסף או אם שילם לו ע"י מחילת החוב, וכן הדבר ברור שהיכא שעשה הכל על פי ב"ד בודאי אמרינן ששומא הדרה כי גם בכה"ג אמרינן שאינו רוצה באמת לתת את הקרקע אלא עושה כן משום כיסופא, ועוד דאיך אמרינן על זה שלא אתא לדינא הלא שפיר ה' בב"ד, וא"כ צ"ל שהגמ' מדברת בציוור שהכל ה' בעל כרחו ונגד רצונו, דהיינו שגם כתבו כבר כנגדו אדרכתא, וגם מצאו קרקע ושמו אותה, רק שלפני שכתבו להמלוה שטר הורדה הלך הלוה בעצמו בלא ללכת עוד הפעם לב"ד וחוזר לב"ד נתן את הקרקע מעצמו להמלוה, ובציוור זה הוא דפליגי.

ק"ב) אגבי' איהו בחובו.

הנה רש"י פי' דאיירי שהלוה הגבה להמלוה. מיהו עי' ברמב"ם בפכ"ב מהל' מלוה ולוה הי"ז שמפרש דאיירי שהמלוה שגבה אותה מהלוה שוב שם אותה להמלוה שלו, דעיי"ש שכתב וז"ל, קרקע ששמו אותה לבעל חובו, ואח"כ שמוה ב"ד לבעל חוב של זה המלוה, הרי זו חוזרת, לא יהא כחו גדול מכח בעל חוב הראשון, מכרה בעל חוב או נתנה במתנה,

או ששמה לבעל חוב מדעתו, או שמת והורישה, אינה חוזרת עכ"ל (ומש"כ או ששמה לבעל חוב מדעתו הרי זה קאי על המלוה הראשון דאיירי ב' בהציוורים של מכרה ונתנה במתנה והורישה, אבל לא קאי על הלוה דלא איירי ב' עכשיו).

ועי' במ"מ שכתב שכוונת הרמב"ם בהציוור שכתב "או ששמה לבעל חוב מדעתו" היא להציוור של אגבי' איהו בחובו דפליגי בה בסוגיין. ועי' בסי' ק"ג סוף סעיף ט' שהביא הרמ"א את הציוור של רש"י, והמחבר בסעיף י' כתב כלשון הרמב"ם, וכתב הש"ך כהמ"מ שהרמב"ם מפרש שהציוור של אגבי' איהו בחובו איירי בהמלוה הראשון להמלוה השני, וכתב שלא פליגי רש"י והרמב"ם לדינא אלא כל אחד מודה להדין של השני.

ויש להעיר דלפי פירושו של רש"י למה איתא בהגמ' המלה "בחובו", כי אם קאי על הלוה פשיטא שהי' בחובו, וצריכים להדגיש רק שהי' מדעתו, אבל לפי הרמב"ם ניחא, כי אתי לארזי שגם המלוה הי' לוה כי הי' חייב חוב למלוה אחר והגבה אותה להמלוה שלו בשביל חוב דילי'.

והנה לעיל בע"א אמרינן שמו לה לבעל חוב ואז איהו ושמה לבעל חוב דידי', אמרינן ל' לא עדיף את מגברא דאתית מיני'. ובשט"מ שם בשם שיטה איתא שהתם איירי באופן שב"ד הם ששמו אותה מהמלוה ראשון להמלוה השני, אבל בע"ב כאן איירי שהמלוה שם אותו לבד מדעתו לבעל חובו, ובאמת הרמב"ם בהביאו את הציוור בע"א כתב להדיא שב"ד שמו. והנה להלן שם הביא השט"מ שמקשים

קיג) רש"י ד"ה מכי שלמו ימי אכרזתא.

וז"ל, ואם בא זה וקיבלה ביותר ממה ששמוה אחרים מוסרין אותה בידו וכו' עכ"ל. וכתב המהרש"א וז"ל, לאו ביותר מכדי שומת ב"ד קאמר, דלמה יטלנו ביותר מאשר שמאזה, אלא ביותר ממה שאחרים רוצים ליתן בה, וכן הוא הפי' בפ"י הרי"ף, דהיינו באם אינם רוצים אחרים ליטלה אף בכדי שומתם של ב"ד, צריך הוא ליטלם, אך לישנא שכתב בפ"י הרי"ף ומסיים בה "אם רוצה שתשאר בידו" הוא מגומגם ע"ש ודו"ק עכ"ל. ומשמע שבתחילה סבר המהרש"א לפרש שכוונת רש"י במה שכתב "ששמוה אחרים" היא לב"ד, והמלוה צריך לקבלו ביותר משומת ב"ד, ועל זה כתב שבודאי אינו צריך לתת יותר ממה שב"ד שמו, אלא כוונת רש"י במה שכתב "ששמוה אחרים" היא לאנשים אחרים שמציעים לקנותה, ואיירי שהם רוצים לתת פחות משומת ב"ד, ועל זה קאמר רש"י שהמלוה צריך לתת יותר מהם, כלומר כשומת הב"ד.

אלא שנשאר המהרש"א קשה על לשון רש"י על הרי"ף דמשמע שהדבר תלוי ברצונו, והרי הוא יכול לקבל את שומת האחרים בפחות, וז"ל רש"י שם, וצריך זה לתת עבורו יותר ממה שאחרים רוצים ליתן אם רוצה שתשאר בידו עכ"ל, ומשמע שאם אינו רוצה שתשאר בידו אלא שהאחרים יקנו את השדה הרי הם קונים ומוסרים לו את הסכום ששילמו ורק סכום זה יורד מהחוב ולא הסכום ששמו ב"ד, ורק אם הוא רוצה שתשאר הקרקע בידו הרי הוא צמוד לשומת ב"ד, ועל זה תמה

על הפי' ההוא דהא ממאי דאיתא בע"א "אזל איהו" משמע דאיירי גם שם שהי' מדעתו. מיהו לפי הב"י שהבאנו בהאות הקודמת יש לתרץ דאיירי שאזל איהו ע"י הוראת ב"ד וגם זה מיקרי כמו שומת ב"ד ולא מדעתו.

ועוד הקשה השט"מ מצד הסברא, דנהי שהמלוה הראשון נתן אותה להמלוה השני מדעתו, אבל מכיון שב"ד הם ששמו אותה מהלוה א"כ למה לא נאמר שגם המלוה השני צריך להחזיר להלוה הראשון משום ועשית הישר והטוב, והעובדא שהמלוה הראשון נתן אותה להמלוה השני מדעתו אינו בדין שיחזק את המלוה השני נגד הלוה, ובשלמא בנוגע ללוקח או מקבל מתנה הרי אמרינן שאדעתא דארעא נחית, אבל גם המלוה השני נחית אדעתא דזווי כמו המלוה הראשון.

ועי' באמת בתומים בסקי"ג שהשיג על מה שכתב הש"ך שמר אמר חדא ומר אמר חדא ולא פליגי, דנראה שרש"י יסבור שבהציוור של הרמב"ם בודאי מיהדר מהטעם הנ"ל שכתבנו.

ועוד כתב התומים שהרמב"ם יסבור שבציוור של רש"י לא מיהדר, כי יש ללמוד כן בק"ו, כי כיון שהמלוה השני לא מיהדר להלוה אע"פ שיש סברא של לא עדיפת וכו' כיון שהמלוה הראשון נתן לו מדעתו, א"כ בודאי שהמלוה ראשון לא מיהדר להלוה כשהלוה נתן לו מדעתו, מיהו לא ביאר אם הרמב"ם יסבור שבהציוור של רש"י לכו"ע לא מיהדר או האם ס"ל דפליגי בזה כמו במלוה שני להמלוה ראשון.

המהרש"א שאינו כן אלא יורד מהחוב הסכום שב"ד שמו אפילו אם אחרים נותנים פחות.

מיהו לכאורה צ"ע למה לא הקשה כן גם על רש"י דידן, שהרי גם לפנינו ברש"י, תלה רש"י את הדבר ברצונו, שהרי כתב שבא לקבלה ביותר ממה ששמו האחרים אלא כשומת ב"ד, דמשמע שיש לו ברירה לא לקבלה כשומת ב"ד, רק שאז אינו מקבל את הקרקע, וכמו שמבואר ברש"י על הרי"ף.

ברם באמת על רש"י לפנינו לא קשה קושיית המהרש"א, כי האופן לדייק מרש"י לפנינו הוא כן, שאם הוא מסכים לקבלה כשומת ב"ד, אז הרי הוא מקבל את גוף השדה, אבל אם אינו מסכים לשומת ב"ד, אז אינו מקבל את גוף השדה אלא האחרים מקבלים אותה, אבל לעולם גם בכה"ג יורד מהחוב כל הסכום ששמו ב"ד, ולא רק מה שהאחרים נותנים, אלא שבכה"ג אין מוסרין את הקרקע בידו, ורק ברש"י בהרי"ף הדיוק הוא שיש לו ברירה לא לקבל את השומא של ב"ד.

ברם באמת גם דין זה שאנו מדייקים מרש"י לפנינו קשה להולמו, למה לא יקבל את גוף השדה כיון שלמעשה יורד ממנו כל הסכום ששמו ב"ד ואילו האחרים שילמו פחות.

ועי' במהר"ם שיף שכתב על דברי רש"י וז"ל, ביותר ממה ששמוה אחרים וכו', אין צורך, רק ביותר ממה ששמוה ב"ד, אם יש אחרים להוסיף, צריך הוא גם כן להוסיף, ועיין עכ"ל. והנה שמעתי מפרשים דבריו כן, דכוונתו לומר שמה שכתב רש"י שכדי לקבל את השדה הרי הוא הוא צריך לתת

יותר ממה ששמוה אחרים הרי זה איירי כשיש אנשים אחרים שרוצים לתת יותר ממה שב"ד שמו, דאז הרי הוא צריך לתת יותר מהם, וכך היכא שרצו לתת כשומת ב"ד הרי הוא צריך לתת יותר משומת ב"ד, אבל היכא שהם רוצים לתת פחות ממה ששמוה ב"ד אין הוא צריך להוסיף יותר משומת ב"ד אלא לתת את השומת ב"ד. מיהו אין זה משמעות דבריו של המהר"ם שיף כי מה שכתב ש"צריך גם הוא להוסיף" משמעותו היא כמו הסכום שהם רוצים לשלם ולא יותר. וביותר נראה לומר שכוונת המהר"ם שיף היא להשיג על רש"י, כי הבין כוונת רש"י כהנ"ל דאיירי שהאחרים רוצים לתת יותר משומת ב"ד, ושכוונת רש"י היא לומר שהוא צריך לתת יותר מהם, ועל זה בא להשיג שנראה לו שאינו צריך, אלא הרי הוא צריך לתת רק יותר משומת ב"ד, כלומר כמו הסכום שהאחרים רוצים לתת, דאם יש אחרים שרוצים להוסיף על השומת ב"ד אז גם הוא צריך להוסיף כמותם אבל לא יותר.

והנה עיין בסי' ק"ג סעיף ב' שפסק המחבר שאם גם המלוה וגם אחרים רוצים לתת יותר משומת ב"ד, ושניהם רוצים לתת אותו סכום אז המלוה קודם, וכתב הגר"א בסק"ו שהטעם לזה הוא משום שכך היא טובת הלוה כי מהמלוה יוכל הלוה לקבלה בחזרה ע"י הדין של שומא הדרה משא"כ מהלוקח, ובסק"ה כתב הגר"א שדין זה הוא דלא כרש"י. ובאמת כן יוצא לפי ביאורו של המהר"ם שיף ברש"י, כי יוצא שהיכא שאחרים מוסיפים על שומת ב"ד א"כ כדי לקבל את הקרקע הרי הוא צריך להוסיף על השומא שלהם.

ועכ"פ אע"פ שיש סוברים שאין להמלוה קדימה אין זה אומר שהאחרים מקבלים אלא יתכן שמטילים גורל ביניהם, וצ"ע.

קיד) ממי מטא אדרכתא לידיו.

ע"י ברש"י, והריטב"א בהחידושים החדשים השיג על רש"י דאיזו פירות יש כאן לפני שמצאו שדה, וא"כ בע"כ צ"ל שהכוונה היא לשטר חליטה, ולא להאדרכתא הראשונה, ודלא כרש"י. מיהו י"ל שרש"י סובר כמש"כ בחי' הריטב"א כאן שהכוונה היא שהוא מקבל את הפירות למפרע.

וע"י בסי' צ"ח שהובא סדר גביית חוב וכתבת אדרכתא.

קטו) עדין בחתומיו זכין לו.

ע"י בריטב"א בהחידושים החדשים שהביא את דברי הרי"ף בדף י"ג שאין ההלכה כאביי שם שאומר עדין בחתומיו זכין לו כי רבא כאן חולק על זה. וע"י בהשגת הריטב"א על זה.

קטז) והשאלה לאחר. בענין היכא שהשאלה לאחר לחלק מימי השכירות, והיכא שהשאלה לכל ימי השכירות.

יש לעיין למה נקטו שהשאלה לאחר, הלא לפי רבי זירא להלן בגמ' כן הוא הדין גם כשהשאל בחזרה להבעלים.

ועוד צ"ע דע"י ברש"י שכתב וז"ל, ועמד שוכר והשאלה לאחר לעשות בה ימי שכירותו עכ"ל. וצ"ע מאי קמ"ל בזה,

וכי ס"ד שגם אם השאלה ליותר מימי שכירותו השואל משלם להשוכר אם מתה לאחר ימי השכירות.

וע"י ברש"י על הרי"ף דאיתא שהשאלה "כל" ימי שכירותו. וגם על דבריו אלו צ"ע מה היא כוונתו בזה, וכי אין הדין של המשנה נוהג היכא שהשאל רק לחלק מימי השכירות.

וי"ל דקא משמע לן שלא אמרינן שכיון שהשכירה לכל ימי שכירותו א"כ נתבטלה השכירות והשואל נעשה השומר של הבעלים.

מיהו לכאורה איזה הו"א הוא זה שמתבטלת שכירותו, הלא אדרבה מה שהשאלה לאחר הרי זה הדרך איך שהוא משתמש בהפרה, ולמה תתבטל שכירותו.

וי"ל שהי' קשה לרש"י מה שהקשינו למה נקט התנא שהשאלה לאחר ולא שהשאלה להבעלים עצמו, דהא גם בכה"ג השוכר, דהיינו הבעלים, משלמים להשוכר וכרבי זירא. ועל זה תי' רש"י דנקט שהשאלה לאחר משום דאיירי שהשאלה לכל ימי השכירות, ואם הי' משאלה בחזרה להבעלים לכל ימי השכירות הוה אמרינן שבכה"ג שפיר נתבטלה השכירות, ולכן מכיון דאיירי בכל ימי השכירות, לכן נקטה המשנה שהשאלה לאחר, דקמ"ל שאם השאלה להבעלים לכל ימי השכירות נתבטלה השכירות.

ולפ"ז י"ל שגם כוונת רש"י אצלינו במש"כ "לעשות בה ימי שכירותו" היא לכל ימי השכירות, דכן היא המשמעות של "ימי שכירותו", ורצה לתרץ עם הנ"ל למה נקטו השאלו לאחר.

מיהו ע"י ברש"י להלן בגמ' בד"ה כיצד

וכו' שכתב וז"ל, והשאלה לאחר בתוך ימי שכירותה עכ"ל. הנה חזינן שגם שם הקפיד לומר שהשאל על ימי שכירותו כמו שכתב בהמשנה, ואילו התם אי אפשר לפרש כהדרך שכתבנו על דבריו בהמשנה שכוונתו היא שהשאל כל ימי השכירות דהא כתב "בתוך" ימי שכירותה, ומבואר שלא השכיר מיד בתחילת ימי השכירות, וגם אין משמעות בדבריו שכוונתו היא לכל ימי השכירות שנשאר).

ק"ז) ישבע השוכר שמתה כדרכה.

ע"י להלן באות קס"ד וקס"ה בענין אם היכא שהשומר הראשון אינו יודע אם קרה דבר שחייב עליו או דבר שפטור עליו, האם שייך לחייבו משום דהוי בגדר איני יודע אם פרעתין, א"נ משום מתוך שאינו יכול לישבע משלם, א"נ משום טעמים אחרים שנבאר שם.

ק"ח) ישבע השוכר שמתה כדרכה.

ע"י בריטב"א בד"ה השוכר פרה (השני) שהקשה דאולי שלח השואל יד בהפרה, וא"כ איך פטור השוכר ע"י שבועה שמתה כדרכה. ותי' שהשומר הראשון חייב רק אם השומר השני פשע, כי הוי כאילו הוא עצמו פשע כיון ששלוחו פשע, אבל אינו חייב על השליחות יד של השני כי "הא לא דמיא אלא לאומר לשלוחו צא גזול שפטור המשלח דאין שליח לדבר עבירה, דבטביחה ומכירה הוא דמרבין מקראי דיש שליח לדבר עבירה אבל בעלמא לא". פי' שאין השומר חייב על זה שאדם אחר שלח

בו יד כיון שאפילו אם עשאו שליח לא הי' חייב על זה. והקצה"ח בסי' רצ"א סקי"ד תמה על דבריו דהא גם בשליחות יד מרבין בסוף פרקין שיש שליח לדבר עבירה.

(ובהדיבור השני שם תי' הריטב"א עוד שלשה תירוצים על קושייתו הנ"ל. א', דכיון שאירי בשואל א"כ לא שייך שליחות יד כי שוכר ושואל מותרים להשתמש בה. ב', דאירי שהפרה נמצאת מתה לפנינו אשר בכה"ג לא חיישינן לשליחות יד, אלא חיישינן לשליחות יד רק היכא שאין הפרה לפנינו, ורק אז חייב השומר לישבע שלא שלח בה יד. ג', בשם הר"ר משה הכהן תירץ שאה"נ השוכר צריך לישבע גם שלא שלח בה השואל יד, רק דלא תני לה לשבועה זו בהמשנה כי כל עיקר השבועה של שלא שלחתי בה יד היא רק בגדר גלגול שבועה.)

והאור שמח בפ"ג מהל' גניבה ה"ו כתב ליישב את התמי' הנ"ל של הקצה"ח על הריטב"א שמאי דמרבין שבשליחות יד יש שליח לדבר עבירה הרי זה רק היכא ששלח יד לצורך השומר המשלח, אבל הכא חיישינן שהשואל שלח יד לצורך עצמו ובכה"ג אין השוכר חייב על זה. מיהו מלשון הריטב"א לא משמע כדבריו אלא משמע שבשליחות יד אמרינן תמיד שאין שליח לדבר עבירה כמו בכל התורה כולה ורק בארבעה וחמשה ומעילה יש שליח לדבר עבירה.

והרא"ש בסי' ו' כאן חולק על התי' הנ"ל של הריטב"א וסובר שהשוכר שפיר חייב על השליחות יד של השואל.

וכן סובר הסמ"ע בסי' רצ"א סקמ"ט

והש"ך שם בסקמ"ח. והסמ"ע כתב שאם אינו יכול לישבע על זה הרי הוא חייב. והש"ך כתב שאינו צריך לישבע על זה. והקצה"ח בסקי"ד שם תמה על הש"ך למה אינו צריך לישבע, כי אפילו אם שבועה שלא שלחתי בה יד הרי היא רק בגדר גלגול שבועה אבל הרי הוא פטור מלישבע רק אם יש עדים שנאנסה כי אז ליכא לעיקר השבועה שנאנסה. ועי' בנתיח"מ בסקל"ב שכתב טעם למה אינו צריך לישבע שלא שלח בו השני יד.

והקצה"ח שם בסקי"ד מיישב את קושיית הריטב"א כי אע"פ שהוא חייב לישבע שלא שלח בו השואל יד וכהנ"ל אבל בכל זאת אין השוכר צריך לשלם אם אינו יכול לישבע על זה, כי הוי רק גלגול שבועה ולא אמרינן מתוך שאיל"מ על גלגול שבועה, ולכה"פ היכא שעיקר השבועה הוא תביעת שמא. ועוד דהא כבר כתבו תוס' בב"ק דף מ"ו ע"א בד"ה אי נמי וכו' שאומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק כשהו"ל למידע כי אז יש ריעותא בטענתו, והכא הרי ליכא ריעותא במה שהוא טוען שאינו יודע אם השני שלח בו יד או לא. ועוד ביאר שם שאין לחייבו מטעם איני יודע אם פרעתין כי הספק אם השני שלח בו יד או לא הרי זה בגדר איני יודע אם נתחייבתי כי בכה"ג לא אמרינן שמשעת המסירה להשני אשתעבד עיי"ש.

קיט) והשואל ישלם לשוכר.
בענין למה השואל משלם להשוכר פרה לצמיתות.

הנה בהמשנה לא תנן בפירוש שהשואל

צריך לתת להשוכר פרה לצמיתות, אבל כך אמר מר בר רב אשי בתוך דבריו להלן כאן. וצ"ע למה, הלא להשוכר היתה רק ההשתמשות של ימי השכירות וא"כ למה לא מספיק אם יתן לו השואל פרה לימי השכירות.

והנה לקמן באות ק"כ סק"ד נביא סוברים שבשכירות המשכיר מקנה להשוכר את הפרה בהקנאה גמורה על מנת שיחזירנה לו בתום הזמן או שישבע אם יטעון שקרה אונס, וזהו הכוונה ב"שכירות ביומי' מכירה היא". ומעתה אם הגדר של מתנה על מנת להחזיר הוא שמקנה לו קנין לעולם על מנת שיחזיר לו לאחר תום ימי השכירות, א"כ לפ"ז יוצא שע"י שנשבע השוכר הרי הפרה היתה קנוי' לו לעולם, וא"כ שפיר יוצא שהשואל צריך לשלם לו פרה לצמיתות, אבל אם מתנה על מנת להחזיר היא בגדר מתנה לזמן א"כ לפ"ז צ"ע כהנ"ל למה חייב השואל לתת לו יותר מזה. ועי' בקצה"ח בסי' רמ"א סק"ד שדן בשני הדרכים הנ"ל בביאור מתנה על מנת להחזיר.

ועוד נביא שם בסק"ה שיש אומרים שבכל השומרים השומר קונה ע"י המשיכה הראשונה קנין גמור על האפשרות שיהי' אח"כ פטור מלשלם, וגם לפ"ז בודאי השואל צריך לתת לו פרה לצמיתות.

קכ) והשואל ישלם לשוכר.
א. בענין איך יש להשוכר כח למנות שומר לעצמו.

הנה הטעם למה השואל משלם להשוכר הרי זה כי השואל נחשב השומר של השוכר. מיהו לכאורה צ"ע איך יכול

השוכר למנות שומר בשביל עצמו, הלא אין הפרה שייכת לו (וה"ה שאינו יכול למנות שומר בשביל עצמו על נכסי הפקר, ופשוט).

והנה אין להקשות כהנ"ל על הדין של שומר שמסר לשומר פטור, כי התם י"ל שהשני נשאר השומר של המפקיד, ושבאמת אין להשומר הראשון כח למנות שומר לעצמו, רק שהראשון יכול להסתלק ולתת להמפקיד אדם אחר להיות שומר במקומו, ובשלמא אם הי' נחשב פשיעה אז לא הי' יכול לעשות דבר זה, אבל המ"ד שסובר ששומר שמסר לשומר פטור הרי הוא סובר שאינו בגדר פשיעה, אבל אנחנו הרי שואלים על רבנן דהכא אשר הם סוברים שהשואל משלם להשוכר כי הרי הוא השומר של השוכר, ותוס' סוברים שגם רבי יוסי סובר כן רק שבכל זאת הרי הוא סובר שהשואל משלם להמשכיר כי המשכיר יכול לומר להשוכר דל אנת וכו', דלכן אין השוכר נפטר מהמשכיר, ומש"ה בצירוף זה אין השואל נחשב בגדר השומר של השוכר, אבל אם השוכר הי' יכול לפטור את עצמו, גם רבי יוסי הי' מודה שהשואל הי' נחשב בגדר השומר של השוכר, ומעתה קשה כהנ"ל איך יש להשוכר כח למנות שומר לעצמו הלא אינו בעלים.

ב. דברי הגרש"ש.

ועי' בחידושי הגרש"ש כאן בסי' כ"ה בד"ה ועד"ז וכו' שכתב שכיון שהשוכר הוא שומר עליו א"כ מצד הסברא יש לו כח לענין שמירה למנות לעצמו אדם אחר

שיהי' שומר עליו. ויש להסביר את הדבר על פי מה ששמעתי בשם הגרי"ז זצ"ל שלכל השומרים יש קנין מסוים בגוף הפקדון, דאם לא כן למה הוצרכו תוס' לעיל כאן בדף ו' ע"א בד"ה הקדישה וכו' לטרוח להוכיח שהמפקיד יכול להקדיש את הפקדון, וא"כ בע"כ צ"ל שיש להשומר קנין מסוים בתוך הפקדון אשר משום כך היינו חושבים שחסר בה"שלו" של המפקיד (מיהו אולי הטעם למה הוצרכו להוכיח כן אינו משום דהוי ס"ד שחסר התנאי של שלו אלא משום דהוי ס"ד דסגי בהא לחוד שאינו בביתו של המפקיד כדי לקבוע שלא מיקרי ברשותו ולא משום שחסר בהתנאי של שלו, וחזינן שקיימת באמת סברא כזו שלא מיקרי ברשותו מזה שיש אומרים שבאמת המפקיד יכול להקדיש וחשיב ברשותו רק משום שהשומר משאיל לו את מקום החפץ, עי' בזה לעיל כאן באות א').

וע"ע בדברי הגרש"ש שם בקטע "ועד"ז" שכתב שלפני שהשלים השוכר את שמירתו ע"י שבועתו הרי השואל נחשב השומר גם של השוכר וגם של המשכיר, וביאר שאע"פ שהשואל הוא גם השומר של המשכיר אבל בכל זאת ע"י שנשבע השוכר הרי גם השואל נפטר מהבעלים, כי היכא שיש שני אנשים שחייבים, אז אם השלים אחד את חיובו, נפטר גם השני. מיהו בהקטע "ולפ"ד" כמדומה שביאר בדרך אחרת, והיינו דהנה אם השואל מחזיר להשוכר הרי השואל בודאי נפטר, כי אינו חייב יותר מלשחזר את המצב שהי' לפני ששאל, וא"כ ה"ה שהיכא שהשוכר נשבע ונפטר מהבעלים, הרי זה כאילו

השואל החזיר להשוכר, כי כמו שהוא יכול להחזיר להשוכר הרי הוא גם יכול להפטר ע"י פיטורו של השוכר.

ג. דברי החזו"א.

וגם החזו"א בחלק חו"מ בסי' ח' סק"ה נתקשה בדבר זה, איך השוכר יכול לעשות לעצמו שומר, וכתב שבודאי מעיקר הדין צריך שיהי' בעלים כדי להעמיד שומר לעצמו, רק דהכא השואל נעשה השומר של השוכר כי נקטינן שזהו גופא חלק מהשכירות, דהיינו שהמשכיר מרשה להשוכר למסור לשואל ולזכות בתשלומין על הדברים שהשואל חייב עליהם ושהשוכר פטור עליהם, וז"ל שם, צ"ל דזהו בכלל שימוש השכירות ונותן לו בעלים רשות להשתמש בבהמתו למסור לשואל ושיזכה בתשלומיו והוא כעין בהמה לכפילא בר"פ המפקיד וכו' עכ"ל. ורבי יוסי סובר שאין זה בכלל השכירות, ומש"ה קאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו, כלומר שהרשהו להשתמש בו אבל לא לעשות בו סחורה, ומש"ה נשאר שהשואל אינו בגדר השומר של השוכר.

ועוד כתב החזו"א שלפי דבריו הנ"ל שלפי רבנן כחו של השוכר הוא כי הבעלים כללו דבר זה בתוך השכירות, אבל בלי דבר זה אינו יכול לעשות לעצמו שומר, מובן הגמ' בדף ל"ו ע"ב - ל"ז ע"א, דעיי"ש דאמרינן בשם שמואל ובשם רבי אלעזר שרבי יוסי חולק גם על המשנה הראשונה של הקנאת כפל והרי הוא סובר שהבעלים אינם מקנים את הכפל (ורבי יוחנן סובר שרבי יוסי מודה בהמשנה הראשונה כיון ששילם), ולכאורה קשה

למה לומר שרבי יוסי חולק גם על המשנה הראשונה בלי שיהי' קשר בין שני הדינים, מיהו לפי דרכו הנ"ל אתי שפיר כי לפי פירושו של החזו"א השאלה כאן היא האם הבעלים מקנים להשומר דבר מסוים יתר על המדה, והרי זהו גם הנידון בהמשנה הראשונה לענין הקנאת כפל, וא"כ שפיר יש קשר בין שני הדינים ושייך לומר שרבי יוסי סובר שלעולם אינו מקנה יותר ממה שמחייב גוף השמירה.

עוד הוסיף החזו"א שגם בשומר חנם שמסר לשומר שכר צריכים לומר כהנ"ל והיינו שהבעלים מתכוונים לתת לו הכח למנות לעצמו שומר, דהא תוס' בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה לא מיבעיא סוברים שרבנן סוברים את דינם גם בשומר חנם שמסר לש"ש (וכן מבואר בפשטות מרש"י ותוס') להלן בדף מ"ב ע"ב בעובדא דבקרא (וספסירא).

ד. הרש"ש.

והנה בגמ' אמרינן א"ל רב אידי בר אבין לאביי מכדי שוכר במאי קני להאי פרה וכו', ועי' ברש"ש כאן שתמה מה שייך כאן הלשון של "קני", הלא הפרה כבר מתה וא"כ איך שייך לקנותה, ועוד איזה מין קנינים אלו שבועה ומיתה. וכתב הרש"ש שחכמים סוברים את דינם רק בשוכר, ורק שוכר יכול למנות לעצמו שומר אחר שיהי' נחשב השומר שלו וכמו שסוברים רבנן, כי שכירות ביומי' מכירה הוא, דהכוונה בזה היא דהוי ממש ממכר, דהיינו שהמשכיר מוכר לו על מנת שיחזיר לו אחרי גמר ימי השכירות, או יעשה שבועה אם יאנס, ומש"ה לאחר שנשבוע

השוכר, נמצא שהי' שלו למפרע, ומש"ה השואל צריך לשלם להשוכר כי נמצא למפרע ששפיר הי' לו הכח לעשות שומר, וזהו הכוונה במאי דאמרינן כאן ש"קני לה".

ועוד תי' הרש"ש ע"י דרכו הנ"ל למה נקט התנא שוכר ולא נקט שומר חנם שמסר לש"ש, וכתב משום שהתם באמת אין חכמים סוברים את דינם (וזהו דלא כהתוס' הנ"ל בב"ק. ועי' עוד באות קכ"א קכ"ב וקכ"ג שהבאנו עוד שיטות בשומר חנם לשומר שוכר).

מיהו עי' בתוס' בדף נ"ו ע"ב בד"ה והאי וכו', ובש"ך בסי' שי"ג, דמבואר שרק באונאה אמרינן ששכירות ביומי' מכירה הוא ושנחשב מכירה, כי כיון דכתיב באונאה "ממכר" יתירא אמרינן שבא לרבות שגם בשכירות יש אונאה, ומרבינן שכירות כי היא דומה למכר, אבל אין הכוונה שהוא בגדר מכר ממש, וכתב הש"ך שלכן סובר הרמב"ם שהמשכיר קונה בקנין חצר. ועי' בספרי על קידושין בחלק ב' אות של"ב, ובספרי על נדרים פרק השותפין אות ח' סק"א וסק"ג, שהבאתי הרבה מקורות בענין מה הוא יסוד הדין של שכירות.

והנה הרש"ש כתב להוכיח כדבריו מרש"י, דהנה להלן בדף ל"ו ע"א אמרינן ששומר חנם שמסר לשומר שוכר פטור משום דלא חשיב פשיעה, ופירש"י שם בד"ה ולא מיבעיא וכו' דאיירי באופן שנאנסה, וצ"ע למה לא פי' דאיירי באופן שנגנבה וקמ"ל שהשומר חנם פטור משום דלא חשיב פשיעה, ובע"כ צ"ל משום שבכה"ג השומר שוכר צריך לשלם

להמפקיד, כי רבנן סוברים את דינם רק בשוכר, ומכיון שהשומר שוכר משלם להמפקיד הרי השומר חנם פטור אפילו אם הי' שפיר מיקרי פושע, כן נראה כוונת הרש"ש (ודחה שי"ל שרש"י רצה לפרש לפי רבי יוסי כי הלכתא כוותי', וע"ע בזה באות קמ"ב). מיהו לא הבנתי דבר זה למה אם השומר שוכר צריך לשלם להבעלים הרי השומר חנם פטור אפילו אם מיקרי פושע, דלמה אין המפקיד יכול לתבוע את השומר חנם אם ירצה. ותוס' בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה לא מיבעיא וכו' העמידו באמת באופן שנגנבה, ועוד כתבו שהשומר שוכר משלם להבעלים כי קי"ל כרבי יוסי, ומדבריהם יוצא שהשומר חנם לא הי' פטור אם שומר שמסר לשומר הי' נחשב פושע אע"פ שהמפקיד יכול לתבוע מהשומר שוכר.

עוד כתב הרש"ש להוכיח כדבריו דשאני שוכר משום ששכירות ביומי' מכירה היא, מההיא דלקמן שהביאו תוס' כאן שמספקינן אם בעל בנכסי אשתו שואל הוא או שוכר הוא, ואמרינן שהנפ"מ הוא היכא שהאשה שכרה פרה והשאילה אותה להבעל, ולפי רבנן הרי הוא בודאי פטור כי הוא השומר של האשה והרי האשה היתה עמו בתחילת השמירה, אבל לפי רבי יוסי שהשואל משלם להבעלים שפיר יש לחקור כהנ"ל האם הבעל הוא כשואל להתחייב באונסין או האם הוא רק שוכר, והקשה הרש"ש דהא צריכים שהבעלים יהיו עם השואל במלאכתו בשעת תחילת השמירה, והרי האשה אינה נחשבת בגדר בעלים בשעת תחילת השמירה של הבעל כי שוכר קונה רק משעת מיתה או משעת

שבועה כדאיתא בסוגיין, וא"כ למה מיקרי שהאשה היתה עם הבעל כשהתחיל שמירתו, ובע"כ צ"ל שהשוכר קונה משעת תחילת השמירה על מנת שיחזיר או ישבע ומש"ה חשיב שפיר שהבעלים, דהיינו האשה, היו עם הבעל בשעת תחילת שמירתו. מיהו לכאורה גם בלי זה ניחא למה נחשב בעליו עמו, כי סגי בזה לחוד שהאשה היא בגדר שוכר בשעת תחילת השמירה כדי להחשב בעליו עמו, כי לכאורה הכוונה בבעליו עמו היא שאותו כח בעלות שעשה אותו לשואל, הי' עמו בתחילת השמירה, וא"כ מכיון שסגי בזה שהיא שוכר (יהי' מה שיהי' הפשט בשכירות) כדי לעשות את הבעל לשואל שלה לפי רבנן דרבי יוסי א"כ סגי בזה שהכח הזה הי' עם הבעל בתחילת שמירתו.

ה. רעק"א והפ"י.

והנה גם רעק"א, והפ"י לפניו, הבינו שקני לה בסוגיין הוא כפשוטו, שהרי הקשו למה לעיל בנשבע ולא רצה לשלם אינו קונה את הכפל משום שקנה את הפרה ע"י הגניבה או ע"י השבועה, הרי שלא הבינו ש"קני לה" פירושו הוא רק שנפטר מתשלומין אשר מעתה נשאר שהשואל הוא השומר של השוכר וכהגרש"ש והחזו"א שהבאנו לעיל, אלא הכוונה היא שקני לה ממש (וכמו שיוצא מדברי הרש"ש לענין שכירות).

והנה רעק"א שם כתב שהראו לו שכבר הקשה הפ"י קושיא זו, מיהו נראה שיש חילוק ביניהם, והיינו שרעק"א שם הקשה רק לפי הדרך שבמיתה קני לה כי אז יוצא שהפרה היתה של השומר בשעת הגניבה,

וממילא מיקרי שהגנב גנב מהשומר (כיון שקני לה בבת אחת עם הגניבה, וצ"ע), והדין נותן שהכפל ינתן להשומר (ועל זה תי' רעק"א שבכל זאת הרי זה נקרא שגנב מהבעלים וכמו שנביא להלן כאן), וקאזיל רעק"א כתוס' כאן שגם רבי יוסי סובר שבמיתה קני לה, אבל אם נסבור שבשבועה קני לה הרי בודאי מיקרי שגנב מהבעלים, ומעיקרא לא קשה לו לרעק"א לפי דרך זו, ואילו הפ"י הקשה שם גם לפי הדרך שבשבועה קני לה, וכנראה שהוא סובר שלפי הדרך שבשבועה קני לה הרי השומר קונה ע"י השבועה את הפרה יחד עם כל התשלומין שמגיעים עבורה.

ואעתיק את לשונות רעק"א והפ"י.

וז"ל רעק"א שם בדבריו על דף ל"ג ע"ב על תד"ה המפקיד, דהא לכאורה יש לעיין אמאי בנשבע ולא רצה לשלם משלם הכפל לבעלים, הא לפי מאי דסברי רבנן לקמן בפירקין דשואל משלם להשוכר דבמיתה קני לה, ואף לר' יוסי מ"מ לפי מה שכתבו תוס' דטעמא דרבי יוסי משום דא"ל דל אנת ודל שבועתיך עיי"ש, ממילא לכאורה אם תבעו הבעלים להשוכר ונשבע ואח"כ נמצא שהשאל לאחר דמודה רבי יוסי דמשלם להשוכר כיון דכבר נפטר מהבעלים קנה לה, וא"כ הכא בשומר חנם בנשבע דקנה לה בנגנבה, דכמו בשוכר קנה לה לדמי, ה"נ שומר חנם קני לה בגניבה ואבידה שיהא הכפל לשומר כמו דהשואל משלם להשוכר, ה"נ יהא הדין דהגנב משלם להשומר, אח"כ הראו לי שהקשה כן הפ"י לקמן, ולזה הי' נ"ל כיון דהגנב ע"י גניבתו נקנה הפרה להשומר, והגנב הוא דאפסיד להבעלים בגניבתו דעיי"ז קנהו

השומר, מש"ה מיקרי גנב לגבי הבעלים בגניבתו, דזהו בעצמו מעשה הגניבה, דמה שגונבו ומוציאו מרשות הבעלים להיות מקנה עי"ז להשומר עכ"ל.

וז"ל הפ"י בסוגיין בד"ה א"ל רב אידי וכו', כאן נמי יש להקשות לכאורה מאי ס"ד דקני לה בשבועה, ומאי שנא מהא דאמרינן לעיל במתניתין דריש פרקין דלא קני לה בשבועה אפילו לענין כפל דאתא מעלמא כל שכן לענין גוף הפרה וכו' עכ"ל.

ועכ"פ אכתי צ"ב איך הוא קונה קנין גמור ע"י מיתה או השבועה בלי שום קנין מדרכי הקנין. וי"ל דס"ל להפ"י ורעק"א שהוא קונה ע"י המשיכה הראשונה, כי המשיכה הראשונה משמשת כקנין גמור על הזמן לאחר שיהי פטור מתשלומין ע"י המיתה או השבועה, וכעין זה כתב הקו"ש בב"ק דף ס"ו ע"א לענין מה שבגזילה שינוי קונה, והיינו שהוא קונה כי המשיכה הראשונה משמשת כקנין גמור על הזמן לאחר שיהי פטור מהשבה, וממילא מכיון שלאחר שינוי הרי הוא פטור מהשבה כי אין הגזילה "כעין גזול" הרי הוא קונה, וביארתי ענין זה באריכות בספרי על ב"ק בח"ב אות מ"ה עיי"ש.

והנה יש מחברים אחרים שסוברים שאחרי שהגזולן נפטר מהשבה ע"י השינוי הרי הגזולן קונה למפרע משעת הגזילה. ולא רק משעה שנפטר מהשבה ואילך. ולפי הדרך הזה קשה קושיית רעק"א והפ"י בדרך פשוטה גם לפי המ"ד שבשבועה קני לה, כי אחרי השבועה הרי הוא קונה למפרע משעת המסירה וא"כ נמצא שהגנב גנב מהשומר.

ויש להקשות מהא שנוקט רעק"א עצמו בדף ל"ו ע"א בד"ה גמרא שוכר בחטאת וכו' שע"י השבועה השומר קונה למפרע משעת הגניבה, וצ"ע.

קכא) דברי הפ"י.

והנה עי' בפ"י שהקשה למה נקטו שומר שהשאל ולא שומר חנם שמסר לשוכר.

והנה בתחילת דבריו תי' הפ"י דנקטו שואל כי חייבים להעמיד באופן שהפרה הלכה לאיבוד ואינה קיימת עוד, ולא בצירור שנגנבה או שנאבדה, כי היכא שנגנבה או שנאבדה גם רבנן סוברים שהשני משלם להבעלים, והיינו משום שהפרה בכל מקום שהיא הרי היא שייכת עוד להבעלים, ואם ימצא הגנב לפני שהשומר שילם הרי הפרה תחזור להבעלים, וא"כ כשהשני משלם הרי זה נקרא שהוא קונה את הפרה מהבעלים, וא"כ בודאי הרי הוא צריך לשלם להבעלים שהוא קונה ממנו, ולכן צריכים להעמיד באופן שהלך לאיבוד, וא"כ חייב להיות שאיירי בשואל שחייב על אונסין. והנה יש להעיר על הפ"י דאין זה פשוט שהוא קונה את הבהמה דהא גם היכא ששילם סובר הרמב"ם שכשנמצא הגנב הפרה עצמה חוזרת לבעלים, ואפילו לפי החולקים על הרמב"ם אבל הרי זה רק היכא ששילם להבעלים, אבל הכא שהשואל משלם להשוכר, באמת אין השואל קונה את הפרה אלא אחרי שנמצא הגנב הפרה חוזרת להמשכיר, וא"כ אכתי הדין נותן שהשני ישלם להשומר הראשון ולא להבעלים ואין סיבה לחייבו לשלם להבעלים הראשונים. ועוד קשה דנהי שתי' הפ"י למה נקט התנא

שואל, אבל אכתי למה נקט שוכר, הלא הי' יכול לנקוט שומר חנם שנתן לשואל.

והפ"י עצמו העיר על הדרך הזה, דלפ"ז צ"ל שדוקא נקט התנא מתה כדרכה ולא שאר אונסין וכגון ליסטים מזוין, כי בליסטים מזוין גם לפי רבנן יצטרך השואל לשלם להבעלים וכמו שביאר, והעיר דהא המחבר הביא את הדין של המשנה וכתב "נאנסה" סתם, ולא רק מתה כדרכה. וכתב הפ"י דלא קשה כי נהי שיכול להיות שרבנן חולקים על רבי יוסי רק בציור של מתה כדרכה וכמו שביאר, אבל רבי יוסי למעשה איירי גם בנאנסה, אלא שבנאנסה ע"י ליסטים גם רבנן מודים לרבי יוסי, וא"כ יכול להיות שהמחבר כתב נאנסה סתם כי פסקינן כרבי יוסי. אלא שדחה דהא יש ציורים שרבי יוסי מודה לחכמים, דהיינו היכא שהתנו לפי הרא"ש, או היכא שהמפקיד הי' שם לפי תוס', וא"כ מזה שהמחבר הביא את הדין גם על ליסטים הרי משמע שגם בליסטים רבי יוסי מודה לחכמים בהציורים הנ"ל, והרי זה אינו כי בציור של ליסטים רבנן סוברים שהשואל משלם להבעלים*).

והנה שוב כתב הפ"י לדייק בענין הנ"ל מלשון הרמב"ם אלא שקיצר ואבאר את דבריו, דהנה הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות

ה"ו כתב וז"ל, שומר שמסר לשומר אחר, והוסיף בשמירתו, ומתה, ההנאה לבעלים, כיצד השוכר פרה מחבירו והשאיילה לאחר ומתה כדרכה ביד השואל, הואיל והשואל חייב בכל יחזירו דמי הפרה לבעלים, שאין זה השוכר עושה סחורתו בפרתו של חבירו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל. ודייק הפ"י ממה שכתב הרמב"ם "שומר שמסר לשומר" וכן ממה שכתב "וכן כל כיוצא בזה" שאיירי אפילו בשומר חנם לשומר שכו, אלא שדחה דא"כ למה נקט הרמב"ם שהבהמה מתה, הלא הה"נ לכגון אונס דליסטי' מזוין שהבהמה קיימת (וכן בגניבה ואבידה בש"ח לש"ש), ומזה משמע שכוונתו היא רק לשוכר שמסר לשואל ומתה אשר בכה"ג אין הבהמה קיימת וכדרכו הנ"ל שהבאנו, אשר לפ"ז כוונת הרמב"ם ב"כ כל כיוצא בזה" היא לשאר ציורים שאין הבהמה בעולם כגון שנשרפה (שזה לא נקרא "מתה").

ועוד צידד הפ"י שי"ל שהרמב"ם נקט בכל השומרים כי אפילו אם רבנן קאמרי רק בשוכר לשואל, אבל רבי יוסי קאמר בכל הציורים, וא"כ י"ל שהרמב"ם כלל כל הציורים כי בלא"ה ההלכה כרבי יוסי.

ושוב כתב לדחות דרך זה שבכל זאת הרי יש ציורים שרבי יוסי מודה בהם

להשתמש, א"כ אפילו כשהמפקיד נותן לו רשות להשאיל, אינו נהפך בגלל זה לשואל, אלא הרי זה נכלל בכלל השכירות, ולכן כיון שנקט להשאיל הי' מוכרח להעמיד כשהראשון הוא שוכר כי ש"ח וש"ש בכה"ג יהיו בעצמם ג"כ בגדר שואל ויהיו חייבים על האונסין. מיהו הפ"י הקשה על הדרך הזה דאכתי הי' יכול להעמיד בשומר חנם שמסר לש"ש כי בכה"ג אין השומר חנם מתהפך לשואל.

(* והנה הפ"י כתב גם עוד פירוש למה נקטו שוכר שהשאל, והיינו משום שאם הראשון הוא שומר חנם, אז כשהבעלים נותנים לו רשות להשאיל הרי זה נחשב שהוא עצמו קיבל שכר והרי הוא נהפך לשומר שכר, ולא עוד אלא נראה שהוא נחשב שואל כי כיון שהוא רשאי לתת לאדם אחר להשתמש בו הרי זה מיקרי שיש לו השתמשות כמו שואל, אבל היכא שהראשון הוא שוכר שמותר

לרבנן, וא"כ לא הי' לו לכתוב בצורה כזאת שיש להבין שחכמים חולקים על רבי יוסי גם בשאר שומרים, כי מזה יוצא שגם רבי יוסי יסבור כרבנן בציורים מסוימים.

והסיק שזה אינו, אלא לעולם שפיר י"ל שהרמב"ם סובר שחכמים קאמרי רק בשוכר לשואל, והא דכתב הרמב"ם "וכן כל כיוצא בזה", דהיינו שאר השומרים, הרי זה כי הוא פוסק כרבי יוסי, מאי אמרת שיש ציורים שרבי יוסי מודה בהם לחכמים, אבל הלא הרמב"ם לא כתב דבר זה וא"כ משמע שהוא פוסק כרבי יוסי בכל הציורים.

קכב) עוד בענין שומר חנם שמסר לשומר שכר.

הנה לעיל באות ק"כ סק"ג הבאנו תוס' בב"ק דף י"א ע"ב כתבו שרבי יוסי ורבנן פליגי גם בשומר חנם שמסר לשומר שכר, ושהרש"ש כאן נקט שבשומר חנם שמסר לשומר שכר מודים רבנן לרבי יוסי כי רבנן קאמרי רק בשוכר לשואל כי שכירות ביומי' מכירה היא.

והשבות יעקב בח"ג סי' קמ"ח כתב איפכא מהרש"ש, והיינו שבהציור של ש"ח שמסר לש"ש רבי יוסי מודה לרבנן כי אין זה נקרא שהשומר חנם עושה סחורה בפרתו של חבירו כיון ששילם שכר להש"ש, והחלקת יואב במה"ת סי' ט"ו הקשה עליו שגם שוכר נותן משלו שהרי הוא מותר על שכירותו.

והנה דינו של השבות יעקב אתי שפיר רק לפי הדרך שנביא להלן באות קכ"ה וק"ל סק"ב שדברי רבי יוסי דאמר כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו הרי

זה טעם עצמי לומר שהשואל משלם להמשכיר, אבל אם טעמו הוא משום שכן יוצא לו מצד עיקר דיני שומרים וכוונתו במה שאמר כיצד הלה וכו' היא רק שאם ישלם להשוכר, שלא כמו שיוצא מדיני שומרים, א"כ יוצא שהשוכר עושה סחורה בפרתו של חבירו, א"נ שכוונתו היא להביא ראי', כלומר דמזה שהוא דבר של אי צדק מוכרח שיש דין מסוים בהלכות שמירה ששולל שיטת רבנן, א"כ אין נראה טעם למה יודה רבי יוסי בשומר חנם שמסר לשומר שכר.

וראיתי בכתבי בני ר' אהרן נ"י שדן בענין אם יש ראי' מדברי הריטב"א כאן שהוא סובר כהשבות יעקב, דהנה הריטב"א כאן הקשה למה לא נקטה המשנה שומר חנם שמסר לשואל, ותי' משום שבכה"ג לכו"ע השומר חנם חייב משום ששלח יד ע"י שנתן להשואל להשתמש בו, וצ"ע דאכתי קשה למה לא נקטו שומר חנם שמסר לשומר שכר, ואין לומר שהריטב"א יתרץ כהרש"ש שבכה"ג רבנן מודים לרבי יוסי כי רבנן סוברים את דינם רק בשוכר כי שכירות ביומי' מכירה היא, דזה אינו, כי לפ"ז גם לא קשה מה שהקשה הריטב"א שנקוט שומר חנם שמסר לשואל, ובע"כ צ"ל דס"ל להריטב"א שלא קשה שנקוט שומר חנם שמסר לשומר שכר כי בכה"ג מודה רבי יוסי לרבנן כי לא עשה סחורה בפרתו של חבירו כי הוא משלם שכר להשומר שכר, ולכן הקשה שבכל זאת ננקוט שומר חנם שמסר לשואל.

ודחה בני הנ"ל שי"ל טעם אחר למה לא הקשה הריטב"א שנקוט שומר חנם

לשומר שכר, והיינו משום שבכה"ג גם רבנן יודו לרבי יוסי, ונהי שלא שייך טעמו של הרש"ש, אבל אכתי שייך לומר כסברת הגר"י מפונוביז (שנביא באות קכ"ג ואות ק"ל גם מהחידושי הרי"ם), והיינו שרבנן קאמרי רק בשואל כי תשלומי שואל אינם בשביל ההפסד של הבעלים אלא עבור הנאתו של השואל, דבזה שייך לומר שהשואל ישלם להשוכר שנתן לו את ההנאה, אבל בשומר חנם לשומר שכר ששומר שכר משלם עבור ההפסד של הגניבה והאבדה א"כ בודאי הרי הוא משלם להבעלים כי הם אלו שהפסידו, ולכן לא הקשה הריטב"א שנקוט שומר חנם שמסר לשומר שכר אלא הקשה שנקוט שומר חנם שמסר לשואל.

קכג) עוד טעמים למה נקטו שוכר שמסר לשואל.

והחלקת יואב עצמו כתב שבש"ח שמסר לש"ש רבי יוסי מודה משום שהתם גם הוא סובר שבמיתה קני לה ושהשבועה היא רק כדי להפיס דעתו של בעל הבית, ורק בשוכר ס"ל שהתורה דרשה שישבע מעיקר הדין, כי לא שכיח שנאנסה ומש"ה לא קני במיתה.

והחי' הרי"ם כתב דרך הפכית, והיינו כהסברא שהבאנו בהאות הקודמת מהגר"י מפונוביז שבשומר חנם לשומר שכר רבנן מודים לרבי יוסי כי רבנן קאמרי רק בשואל כי תשלומי שואל הם תמורת ההנאה, והכא הרי השואל נהנה מהשוכר ולא מהבעלים, ולכן סוברים רבנן שהשואל משלם להשוכר, אבל בש"ח לש"ש הרי הם מודים שהוא משלם להבעלים. וע"ע באות ק"ל

סק"א שנביא את דברי הרי"ם ביתר שלימות.

קכד) והשואל ישלם לשוכר.

ע"י ברא"ש בדף ב' ע"ב שהביא מוכיחים מכאן שעד המסייע אינו פוטר משבועה, כי אם הוא פוטר משבועה למה השוכר צריך לישבע הלא השואל מעיד שמתה כדרכה. והרא"ש דחה ראיותם דכוונת התנא היא רק שדינו של השוכר הוא לישבע, אבל אה"נ השואל יכול לפוטרו, ויתכן הדין של משנתנו כשאין השואל מעיד.

והפ"ח באות ס' על הרא"ש שם הקשה דהא השואל הוא בגדר עד הצריך שבועה דלא מהני כמו שמבואר בקידושין דף מ"ג ע"ב שהרי השואל צריך לישבע שאינו ברשותו (והתקנה שישבע שאינה ברשותו אפילו כשהוא משלם היתה קיימת גם בזמן המשנה, כדחזינן לעיל שמקשים על רב הונא מהמשנה של משכון).

ורעק"א כאן הוסיף להקשות על הרא"ש דהכא גם אחרי שהשואל נשבע "אכתי שם נגיעה עליו, דשמא הוא ברשותו ונשבע לשקר, ואם הודה שהוא ברשותו יצטרך להחזיר, וא"כ אכתי הוי נוגע".

ורעק"א תי' משום שהמשנה איירי אפילו במוטלת לפניו או ביש עדים שמתה אלא שספק הוא אם מתה בפשיעה או כדרכה, ובכה"ג ליכא שבועה שאינו ברשותו, וא"כ בכה"ג הרי זה שפיר ציור שעד מסייע צריך לפטור משבועה.

והחי' הרי"ם תי' דהכא השואל אינו בגדר עד הצריך שבועה כי באמת אין

השואל נשבע כאן שאינה ברשותו, כי טעם השבועה היא משום שחוששין שמא הוא מורה היתר לא להחזירו כיון שהוא משלם מעות, ואילו הכא אין לו שום הוראת היתר לפי רבנן, כי הוא משלם מעות להשוכר ולא להמשכיר, וא"כ יוצא שהוא מפסיד את המשכיר הפסד גמור.

והנה מרש"י בדף ל"ו ע"א בד"ה נאנסה מבואר שהוא סובר שהשואל שפיר נשבע שבועה שאינה ברשותו. מיהו י"ל שכתב כן כי קאי בדברי ר' ירמיה' שם, דקאי לפי רבי יוסי שסובר שהוא משלם להמשכיר, וא"כ שפיר יש כאן הוראת היתר.

קכה) א"ר יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של הבירו.

הנה מלשון זה של רבי יוסי משמע שיש בזה אי צדק, אבל לא הסביר למה לפי הלכות שמירה המקובלות בידינו הדין הוא כדבריו. והי' אפשר לומר שכוונתו היא שעצם העובדא שיוצא מזה אי צדק הרי זה גופא משמש כסיבה להכריע את הדין. מיהו תוס' כאן חיפשו טעם בההלכות של שמירה המקובלות בידינו. ולפ"ז יוצא שרבי יוסי בדבריו הנ"ל רצה רק להביא ראי, כלומר דמזה שהוא דבר של אי צדק מוכח שיש איזה טעם בהלכות שמירה ששולל שיטת ת"ק. ועי' לעיל באות ק"כ שהבאנו מהחזו"א פי' בדברי רבי יוסי באופן ש"כיצד הלה עושה סחורה וכו'" הרי זה באמת סברא לדינא עיי"ש. ובאות ק"ל סק"ב נביא את דברי הפלפולא חריפתא בדף צ"ו דגם דבריו מבוססים על

ההנחה שזהו טעמו של רבי יוסי. ובאות קכ"ח נביא שכן מבואר מדברי המרדכי.

קכו) רש"י ד"ה להפיס דעתו.

וז"ל, שלא יאמר פשעת בה עכ"ל. הנה י"ל בפשיטות שקאי דברי רש"י על ציור רגיל של ש"ח שלא מסר לשומר אחר, והרי הוא טוען שנגנבה. ואם נרצה לפרש שקאי דבריו על הציור של המשנה כאן א"כ צ"ל שכוונתו היא לומר שהשוכר נשבע כדי שהמשכיר לא יאמר לו שאתה משקר ומעולם לא מסרת לשואל אלא מתה בפשיעה. וה"ה שהי' יכול לומר שלא יאמר המשכיר שנאבדה בגניבה ואבידה כיון דאיירי בשוכר, רק שנקט פשיעה כדי להעמיד גם לפי המ"ד שסובר ששוכר חייב כשומר חנם.

ואולי יש לפרש עוד שכוונת רש"י היא שלא יאמר פשעת בה ע"י שמסרת לשואל שאינו הגון ואע"פ שנאנסה אבל רש"י אזיל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ויש אומרים שהיינו אפילו בציור שגם אלמלא הפשיעה הי' קורה האונס.

קכז) בא"ד.

וז"ל, שלא יאמר פשעת בה עכ"ל. צ"ע למה לא כתב שהשוכר צריך לישבע שלא פשע השואל דהא הוא חייב אם השואל פשע. וי"ל שרש"י סובר כקושיית הרא"ש שהדין נותן שהשואל יפטור את השוכר מלישבע מדין עד המסייע, רק שהשואל יודע רק שמתה כדרכה ושהוא עצמו לא פשע אבל הרי ביארנו בהאות הקודמת שאכתי יטעון המשכיר שפשעת ע"י

שמסרת לשואל שאינו הגון והרי על זה אין השואל עצמו יכול להעיד.

קכח) תד"ה תחזור פרה לבעלים הראשונים.

וז"ל, אין לפרש משום דא"ל משכיר לשוכר פרחי גבך דהשואל שילם דמי' עכ"ל. צ"ע מה היא הסברא הזאת. ויש לפרש שהמשאיל אומר להשוכר הלא מכיון שהשואל משלם לך עבור הפרה א"כ יוצא שבמובן מסוים הפרה עוד חי' והרי היא עוד בגדר ממונות, והממונות הזה נמצא אצלך, כלומר שמה שהשואל משלם להשוכר אין זה כמו ממון חדש, אלא הרי זה כאילו נשארה הפרה אצל השוכר, וא"כ חייב השוכר להחזיר להמשכיר אותה ממונות.

והנה הר"ר יהונתן מלוניל כאן פי' באמת כפירוש זה של ממוני גבך שדחו תוס'.

ולהלן באות קל"ב נביא שהריטב"א כאן פי' שטעמו של רבי יוסי הוא שהמשכיר גובה מהשואל מדין שיעבודא דרבי נתן, דהיינו שהשואל חייב להשוכר והשוכר חייב להמשכיר (מאחר שהמשכיר אומר לו דל שבועתך).

ולכאורה נשאר קשה על הפירושים הנ"ל הקושיא של תוס' איך הגמ' בדף צ"ו מחשיב את המשכיר בגדר בעלים לעומת השואל לגבי הדין של שמירה בבעלים הלא לפי הפירושים הנ"ל יוצא שהשוכר הוא בעליו כיון שהשואל נשאר השומר של השוכר.

וצ"ל דס"ל שמי שהוא משלם לו, מיקרי בעליו לענין הדין של שמירה בבעלים,

אע"פ שאינו השומר שלו (ולענין שיעבודא דרבי נתן נראה שלא קשה לפי הפירוש בשיעבודא דרבי נתן שנביא להלן באות קל"ב שהשלישי נשאר הלוה של הראשון). וראיתי בכתבי בני ר' אהרן נ"י שהוכיח מהמרדכי בסוף פרק החובל (הובא ברמ"א בסי' ש"א סעיף ו') כהדרך שגם לפי רבי יוסי השואל הוא השומר של השוכר ולא של המשכיר, דהנה בסוף החובל שם דרשינן לשמור ולא לחלק לעניים, כלומר שמי שמחזיק מעות בשביל עניים אינו חייב בתשלומי חיובי שומרים, וכתב המרדכי שאם הגבאי צדקה, ששומר מעות בשביל עניים, הפקיד את המעות אצל אדם אחר ונאבדו הרי השומר הוא משלם להגבאי והגבאי משלם להעניים כדי שלא יצא שהגבאי עשה סחורה במעות של חבירו, ולכאורה אין מובן איך השומר ההוא חייב הלא לפי רבי יוסי הרי הוא השומר של העניים והרי השומר של העניים אינו מתחייב בתשלומי שומרים, וצ"ל שהמרדכי סובר כהנ"ל שגם לפי רבי יוסי הרי הוא השומר של אדם זה שמסר לו, דהיינו הגבאי צדקה, ובסוגיין השוכר, רק שהמשכיר גובה מן השוכר משום ממוני גבך, או משום שיעבודא דרבי נתן, או משום שעצם העובדא שיוצא שעושה סחורה בפרתו של חבירו הרי זה סיבה לחייבו וכמו שמשמע מדברי המרדכי.

קכט) בא"ד.

א. הנה תוס' הסיקו שטעמו של רבי יוסי הוא משום טענת רב אידי בר אבין לאביי שבשבועה קני לה וקאמר לי' דל אנת ודל

שבועתך. וצ"ע על זה דא"כ יוצא שרב אידי בר אבין הקשה על רבנן מהטעם של רבי יוסי, ואילו מהגמ' לא משמע כן, אלא משמע שהוא בא להקשות עם סברא חדשה, דאל"כ הי' צ"ל רק מ"ט דרבנן נגד טעמו של רבי יוסי.

ב. והנה הרשב"א והר"ן הקשו דהא מלשון אביי משמע שגם רבי יוסי סובר שבמיתה קני לה, ושדבר פשוט הוא שבמיתה קני לה, ואין טעמו של רב יוסי משום שבשבועה קני לה.

ותי' החת"ס בחידושיו כאן שבאמת גם לפי תוס' כן הוא לפי אביי, דהא אביי להלן בהסוגיא של שומר שמסר לשומר קאמר שהמשנה איירי באופן שהשוכר השאיל את הפרה ברשותו של המפקיד, ומעתה לפי דברי אביי שם גם תוס' מודים שטעמו של רבי יוסי הוא משום שהשוכר נעשה כשלוחו של המשכיר ושהשואל נעשה השומר של המשכיר, ורק לפי רבא להלן שם שאינו מעמיד בהשאל ברשות המשכיר נתכוונו תוס' לומר טעמא דדל אנת ודל שבועתך.

ועי' במהר"ם שיף בדף מ"ב ע"ב על רש"י ד"ה ומשלם בקרא שהקשה על תוס' מהעובדא של ספסירא ובקרא דפירשו רש"י ותוס' שם דאתי לפי רבי יוסי אע"פ שלא שייך שם הטעם של דל אנת ודל שבועתך. ועי' בתירוצו של המהר"ם שיף בהסוגיא שם דהתם שייך דל טענתך, אבל החת"ס תי' כדרכו הנ"ל והיינו דהתם הרי היתומים מסרו להבקרא ברשות וא"כ התם מודים תוס' דשייך דינא דרבי יוסי גם בלא דל אנת ודל שבועתך וכהנ"ל.

ג. והנה לפי תוס' יוצא שדברי רבי זירא להלן בסמוך הם גם לפי רבי יוסי, כי בהציוור של רבי זירא מודה רבי יוסי לרבנן, כי בציוורו של רבי זירא הרי הבעלים היו שם בשעת האונס. וכתבו הרשב"א והר"ן שהרי"ף והרמב"ם השמיטו את דינו של רבי זירא כי הם סוברים דלא כתוס', אלא כהרא"ש, אשר לפ"ז רבי יוסי אינו יכול לסבור כרבי זירא, וכיון שההלכה היא כרבי יוסי לכן השמיטו את דינו של רבי זירא.

קל) בענין המחלוקת בין רבי יוסי ורבנן.

עי' לעיל באות ק"כ שהבאנו דרכים שונים בביאור טעמם של רבנן. ובאות קכ"ה קכ"ח וקכ"ט הבאנו דרכים בביאור טעמו של רבי יוסי.

ועכשיו נוסף, דהנה תוס' הסיקו שבאמת רבי יוסי מודה לרבנן שאם השוכר יכול להפטר מהמשכיר הרי השואל נשאר השומר של השוכר ולא של המשכיר, רק שרבי יוסי סובר שאין השוכר יכול להפטר מהמשכיר כי המשכיר אומר לו דל אנת ודל שבועתך.

מיהו הרא"ש כתב שרבי יוסי סובר שהשואל נעשה השומר של הבעלים כי הוי כאילו השוכר הוא השליח של הבעלים למנותו, ואפילו אם סוברים במיתה קני לה אבל בכל זאת נשאר השואל השומר של הבעלים, וממילא רבי יוסי סובר דינו גם היכא שהבעלים היו שם ואין צריכים שבועה, משא"כ לפי תוס' בכה"ג גם רבי יוסי מודה שהשואל משלם להשוכר כי כיון שאין צריכים שבועה הרי נשאר שבמיתה קני לה והשואל נשאר בכה"ג השומר של

השוכר. והקהלות יעקב בסי' ל"ג ביאר שאין כוונת הרא"ש לומר שצריכים שיתכוין השוכר שהוא מעמיד שומר שני בשליחות, אלא "דממילא הוי העמדת השומר במקומו עבור המשכיר, כיון שהשוכר הוא השומר של המשכיר, דממילא כל מה שהוא עושה לשמירת הדבר הרי זה לצורך המשכיר, ולשון שליחות המשכיר שכתב הרא"ש היינו דמעשה השומר לצרכי השמירה נחשב כמעשה שלוחו".

והנה מצאתי עוד ג' ביאורים בטעמא דרבי יוסי שהשואל משלם להמשכיר ואביא אותם אחד אחד.

א. החידושי הרי"ם.

החידושי הרי"ם כאן כתב שרבי יוסי סובר שתשלומי אונסין דשואל הרי הם לשם השלמת הפסד הבהמה, והרי המשכיר הוא זה שמפסיד, אבל רבנן סוברים שתשלומי אונסין אינם לשם השלמת הפסד הבהמה אלא הרי הם חיוב תשלומין בשביל העובדא שכל הנאה שלו והרי השוכר הוא זה שנתן לו ליהנות (וכבר הבאתי באות קכ"ג את דבריו בסברת רבנן).

והנה הא ודאי שהטעם למה התורה חייבה את השואל באונסין הרי זה משום שכל הנאה שלו, אבל החידושי הרי"ם לא דן במה הוא הטעם למה התורה חייבה אותו, אלא החידושי הרי"ם דן מה היא המהות של התשלומין שהתורה חייבה אותו בגלל ההנאה, האם מהות התשלומין הן תשלומין בשביל ההנאה שקיבל אשר לפי"ז הרי הוא צריך לשלם לזה שנתן לו

את ההנאה, או האם הם לשם השלמת ההפסד למי שהפסיד, רק שהא שהתורה חייבה אותו להשלים את ההפסד הרי זה בגלל שנהנה.

ומה שצידד החידושי הרי"ם שהחיוב אונסין הוא בגדר תשלומין בשביל ההנאה, כן יש להבין בכוונת החי' הרמב"ן על ב"ב דף קס"ח ע"א באמצע ד"ה שם הכי גרסינן וכו' שכתב וז"ל, וכי תימא התם רחמנא חייבי וכלוקח דמי עד שיחזירונו עכ"ל, דיש להבין דבריו שהחיוב אחריות הוא כמו תשלומין שלוקח משלם כי גם כאן הרי הוא כלוקח על הזכות להשתמש ועל ההנאה.

ב. הפלפולא חריפתא בדף צ"ו כתב שטעמו של רבי יוסי למה השואל נשאר השומר של המשכיר הוא משום שאם יהי השומר של השוכר וישלם להשוכר א"כ יצא שהשוכר עשה סחורה בפרתו של המשכיר, ועל פי זה כתב הפלפולא חריפתא דהיכא שהשוכר נשאר חייב וכגון היכא שקרה גניבה ואבידה ויצטרך הוא עצמו לשלם להמשכיר הרי השואל נשאר השומר של השוכר, והשואל משלם להשוכר והשוכר משלם להמשכיר.

וכבר הזכרנו לעיל באות קכ"ב וקכ"ה דרך זה שמה שהזכיר עשיית סחורה בפרתו של חבירו הרי זה באמת עיקר טעמו של רבי יוסי ודלא כהדרכים האחרים שהבאנו שם.

ג. וראיתי מובא בשם רעק"א בדו"ח כתב יד בדבריו על סי' ע"ב סעיף ג' שהדבר תלוי בדעת המשכיר להחליט אם השואל יחשב השומר שלו או של השוכר, והיכא

שמתה כדרכה עדיף להמשכיר שהשואל ישאר השומר שלו, המשכיר, כדי שיקבל תשלומין, אבל אם המשכיר הי' עם השואל במלאכתו, אז עדיף להמשכיר שהשואל ישאר השומר של השוכר כדי שלא יחול עליו הפטור של בעליו עמו.

קלא) דל אנת ודל שבועתך.

הנה נראה דהא דיכולים הבעלים לסרב לקבל את השבועה הרי זה משום שהשבועה אינה רק בגדר בירור לב"ד, אלא הרי היא גם מחיובי השומר להבעלים, ולכן המפקיד יכול לסרב לקבלה, והשוכר עצמו עומד בעצם חיובו, ולא גמר את שמירתו, וממילא השואל נחשב כשומר של המפקיד.

ואביי סובר שבאמת מיד כשמתה הרי זה נקרא שגמר את עיקר דינו בתורת שומר, ומה שהוא צריך לישבע הרי זה חיוב צדדי כדי להפיס דעתו, ונהי שאם אינו נשבע התורה חייבה אותו לשלם, אבל מהות הך חיוב אינו שהוא חייב בתורת שומר על האונס שקרה, אלא הרי זה חיוב צדדי וחדש שהתורה חייבה אותו על שלא הפיס את דעתו של הבעל הבית, ומש"ה גם קודם שנשבע הרי זה נקרא שהשוכר השלים את עצם השמירה.

מיהו אכתי לא ברירא לי למה יכול המשכיר לומר להשוכר דל שבועתך, דהיינו שגם אינו פוטר אותו מן השבועה, וכן אינו רוצה לקבל ממך את השבועה, הלא בהלואה כשבא הלוה לשלם כסף מזומן אין המלוה יכול לומר שאינו רוצה לקבל עכשיו את הכסף, אלא רק כשבא לשלם בשהו כסף הרי המלוה יכול לומר שאינו

מסכים לקבל אלא הרי הוא רוצה לחכות עד שיהי' לו כסף מזומן, כי התם עיקר דינו הוא בכסף מזומן ולא בשהו כסף, וא"כ הכא שעיקר דינו הוא לשלם לו שבועה, למה יכול המפקיד לומר שאינו רוצה את השבועה.

ובחידושי הגרש"ש בסוף סי' כ"ה כתב שכשהמפקיד אומר דל שבועתך הרי המפקיד מוחל להשומר את השבועה, וכתב שאם מחילה היתה מועלת מדין הריני כאילו התקבלתי, והי' נחשב באמת כאילו המשכיר קיבל שבועה, א"כ אז הי' נקרא שהשוכר השלים את השמירה, אבל מחילה אינה בגדר כאילו התקבלתי, אלא הרי היא בגדר סילוק זכות התביעה עכ"ד.

מיהו אם חשיב דל שבועתך בגדר מחילה על השבועה א"כ מה תיקן בזה שכתב דהוי בגדר סילוק, הלא סו"ס אין המשכיר יכול לחזור בו מהמחילה וא"כ יוצא שהשלים השוכר את השמירה.

ועוד צ"ע למה הוצרך אביי לומר שהשבועה היא כדי להפיס דעתו של בעל הבית, הלא הי' יכול לומר שהיא בגדר בירור לב"ד ומש"ה אין המשכיר יכול לומר דל שבועתך. וי"ל שאה"נ, רק שאין טעם למה התורה תדרוש שיברר את טענתו יותר מכל כופר הכל אם לא כדי להפיס דעתו של הבעל הבית שסמך עליו, וא"כ י"ל שכוונת אביי היא לומר באמת רק שהשבועה אינה מחיובי השמירה להבעל הבית אלא הרי היא בגדר בירור לב"ד ולכן הרי זה נקרא שהשוכר השלים את השמירה משעת מיתה, רק שאם לא כדי להפיס דעתו של הבעל הבית אז היינו מוכרחים לומר שהשבועה היא מחיובי שמירה.

קלב) דברי הריטב"א בסוגיין.

ע"י בריטב"א שכתב בתחילת דבריו לפרש שכוונת הקושיא של דל שבועתך היא שהמפקיד יגבה מן השואל מדין שיעבודא דרבי נתן. וזהו דלא כמו שהבאנו כבר לעיל בשם הגרש"ש שכוונת הקושיא היא שע"י שאומר דל שבועתך הרי השואל נחשב השומר של המפקיד כי עוד לא נסתיימה השמירה של השוכר, אלא לפי הריטב"א השואל הוא השומר של השוכר רק דכיון שגם השוכר חייב להבעלים לפני שבועה ממילא שייך שיעבודא דרבי נתן. מיהו צ"ע לפ"ז מה הוא התי' של במיתה קני לה, דמה בכך, הלא ביארנו בשם הקה"י שהכוונה היא שהשמירה נגמרה כבר ע"י המיתה, וכ"כ הגרש"ש, וממילא מאותה שעה יכול השואל להיות נחשב השומר של השוכר, אבל אם נדון מצד שיעבודא דרבי נתן עדיין צ"ע, כי כל עוד שהשוכר לא נשבע הרי הוא חייב לשלם להמפקיד וא"כ נימא שהמפקיד גובה מהשואל משום שיעבודא דרבי נתן. מיהו כבר כתב הגרש"ש לבאר את התירוץ שבמיתה קני לה ושבועה כדי להפיס דעתו של בעל הבית שהכוונה היא שע"י מחילה נתפייסה דעתו ומש"ה מיקרי שיצא השוכר לגמרי ידי חובתו, ולפ"ז ניחא, כי לפ"ז יוצא שהשוכר נפטר באמת ואינו חייב כלום להמשכיר וממילא שוב אין המפקיד יכול לגבות מהשואל מדינא דשיעבודא דר"נ.

גם יש ליישב לפי הדרך שהדין של שיעבודא דרבי נתן שהשלישי משלם להראשון אמור רק היכא שהשלישי לזה מהשני אחרי שהשני לזה מהראשון, ושרק

אז יכול הראשון לגבות מן השלישי, דלפי הדרך ההיא שפיר מתרצינן שהשבועה היא רק כדי להפיס דעתו של בעל הבית, כי כיון שהחיוב אם לא נשבע אין זה מחיובי השמירה, אלא הרי זה חיוב חדש על שלא פייס את דעתו של הבעל הבית, א"כ נמצא שהשואל נתחייב להשוכר לפני שהשוכר נתחייב להבעלים וא"כ לא שייך לומר בכה"ג שהמפקיד גובה מהשואל מדין שיעבודא דרבי נתן.

שוב דן הריטב"א באם שייך בכלל לומר כאן שיעבודא דרבי נתן, וכתב כי הכא הרי בעצם השוכר הוא פטור על האונסין, אלא ששוב צידד שבכל זאת כל זמן שלא נשבע הרי הוא חייב. וצריכים להסביר את צדדי הריטב"א בזה.

ובביאור דבריו יש להקדים, דהנה יש ג' צדדים בביאור שיעבודא דרבי נתן. א', שהשלישי הרי הוא כמו הנכסים של השני המשועבדים להראשון, והראשון גובה מהשלישי בתורת נכסי השני. ב', שנוצר שיעבוד הגוף ישיר מהשלישי כלפי הראשון, ג' שהראשון חשיב המלוה של השלישי, והשלישי חשיב הלוה של הראשון, והנה הר"ן בכתובות דף י"ט ע"א, והרשב"א בב"ק דף מ' ע"ב, כתבו שהיכא שיש להשני נכסים אי אפשר להראשון לגבות מהשלישי כי אין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין, ויש לעיין מה יהי' היכא שהשני יכול לפטור את עצמו מלשלם להראשון, וכגון הכא ע"י שבועה, האם הראשון יכול להתעלם מזה ולא לקבל את השבועה ולגבות מהשלישי, די"ל שכמו שהראשון חייב לקבל את הבני חורין של השני, הה"נ

שהוא חייב לקבל את הפטור של השני, דכמו שאין גובין מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין הה"נ שאין גובין מנכסים משועבדים במקום שהלוה רוצה לפטור את עצמו, אבל אם השלישי משועבד להראשון בשיעבוד ישיר, אז י"ל שאין הראשון חייב לקבל את פיטורו של השני, אלא הרי הוא יכול לומר הלא השלישי משועבד לי בשיעבוד ישיר כל זמן שהשני לא שילם לי, וא"כ י"ל שמספקא לי' להריטב"א מה הפשט בשיעבודא דרבי נתן. מיהו כבר כתבנו לפי הריטב"א שהכא שייך שיעבודא דרבי נתן רק אם נאמר ששייך שיעבודא דרבי נתן רק היכא שהשלישי לוח מהשני אחרי שהשני לוח מהראשון, אבל לא היכא שלוח מהשני לפני שהשני לוח מהראשון, ונראה שזה מובן רק לפי הצד שהשלישי משתעבד בשיעבוד ישיר להראשון, דבזה יש לומר שזה שייך רק היכא שהשני כבר משועבד להראשון, דאז כשהשלישי משתעבד הרי הוא משתעבד גם להראשון, וכן אתי שפיר לפי הצד שהוא נעשה הלוה של הראשון, אבל לפי הצד שהוא כמו נכסי השני, א"כ ה"ה להיכא שהוא נעשה נכסי השני קודם שהשני לוח מן הראשון, וא"כ לפי דברינו לעיל יוצא שהריטב"א אינו סובר כהצד הראשון של נכסי השני ואילו אנחנו אומרים שהוא מצדד בזה.

גם י"ל שפשיטא לו דהוי בגדר שיעבוד ישיר מהשלישי להראשון, רק שמספקא לי' אם הראשון חייב לקבל את פיטורו של השני.

והנה שוב צידד הריטב"א שאולי רק במלוח אמרינן שיעבודא דרבי נתן אבל לא

בפקדון. וצ"ב מה היא הסברא לחלק. והנה לפי הדרך שהשלישי נעשה ממש הלוה של הראשון א"כ י"ל שזה שייך רק בהלוואה, כי י"ל שכשהשלישי לוח מן השני הרי זה נקרא שלוח מהראשון את המקום גבי' שלו, ולכן חישהבא אותו התורה הלוה של הראשון ואמרה שהראשון יכול לגבות מן השלישי, וא"כ זה שייך רק בהלוואה, אבל בשמירה אין סיבה למה לחשוב שהשואל לקח במציאות מהמשכיר.

שוב כתב הריטב"א שיש לפרש שקושיית הגמ' אינה מצד שיעבודא דרבי נתן, אלא שהמשכיר יכול לגבות או מהשואל או מהשוכר, מאיזה שירצה, כמו בדינו של רב חסדא בב"ק דף קי"א ע"ב שבגזל ולא נתיאשו הבעלים וכא אחר ואכלו רצה (הנגזל) מזה גובה רצה מזה גובה. ונראה שכונתו היא דע"י שאומר לו דל שבועתך נשאר שהשואל הוא עוד השומר של המשכיר וא"כ יוצא שיש להמשכיר שני שומרים וא"כ הרי הוא יכול לגבות מאיזה שרוצה כמו בדינו של רב חסדא.

ושוב כתב הריטב"א שאינו דומה להיא דרב חסדא, כי התם בהצויר של רב חסדא כי היכי דמצוי לאשתעווי דינא בהדי הגזלן משתעי נמי בהדי השני שאכל, אבל הכא הראשון פטור, ולעולם גם שם לו יצויר שלהגזלן יש דרך לפטור את עצמו אין הנגזל יכול להגבות מן האוכל.

והנה בהדיבור השני חזר הריטב"א להקשות בתחילה מה לי בזה שאומר לו דל שבועתך, דבכל זאת באיזה כח יכול המשכיר לגבות מן השואל, וכתב כשני דרכיו לעיל, דהיינו שיעבודא דרבי נתן, וכן

ההיא דרב חסדא, אבל כשכתב את הדרך של שיעבודא דרבי נתן הקפיד להוסיף דברים אשר נראה שכוונתו בזה היא ליישב את מה שהערנו דהא הכא הרי השוכר יכול לפטור את עצמו, וז"ל הריטב"א, י"ל דמ"מ מצי למימר ל"י אי הוה אותה פרה בעין לא הוית חייב לשלם לי מדר' נתן, השתא נמי אע"ג דמתה בעל דברים דידי את עכ"ל. מיהו צ"ע דהא מחיים מה שהמשכיר הי' יכול לגבות את פרתו מן השואל הרי זה פשוט משום ממוני גבך, וא"כ אין זה מראה על לאחר שמתה. מיהו י"ל שכוונתו היא להא שיש לשומר גם חיוב השבה (עי' בזה בקצה"ח בסי' ש"מ סק"ד) חוץ ממה שממונו של המפקיד גבי', וכוונת הריטב"א היא לומר שמצד דינא דרבי נתן הי' חייב השלישי בהשבה גם להמפקיד הראשון. מיהו זה שייך רק אם נאמר שהכוונה בשיעבודא דרבי נתן היא שיש שיעבוד ישיר מהשלישי להראשון, אבל אם השלישי הוא רק בגדר נכסי השני א"כ השיעבודא דרבי נתן מתחיל רק אחרי מיתת הפרה כשהשוכר מתחייב או להשבע או לשלם.

קלג) אמר רבי זירא פעמים שבעלים משלמין כמה פרות לשוכר.

הנה לכאורה דינו של רבי זירא אתי רק לפי רבנן שסוברים שהשואל משלם להשוכר, דלפ"ז שפיר יוצא כדברי רבי זירא שהבעלים שהם השואל משלמים להשוכר.

מיהו לפי תוס' יתכן לומר כרבי זירא גם לפי רבי יוסי, דהנה תוס' כתבו שטעמו

של רבי יוסי הוא משום דס"ל כהצד שיכול לומר דל אנת ודל שבועתך, וממילא היכא שהבעלים היו שם מודה רבי יוסי שהשואל משלם להשוכר, והרי הכא הבעלים הם השואל, וממילא מסתמא הוא יודע בעצמו שמתה כדרכה. ועי' ברשב"א ובחי' הר"ן שחולקים על תוס' וסוברים שהשואל הוא השומר הישיר של המשכיר גם בלי הטעם של דל שבועתך, וכתבו שאפילו אם הבעלים היו שם סובר רבי יוסי כשיטתו, וכתבו שלכן השמיטו הרי"ף והרמב"ם את הדין של רבי זירא, כי לפי ביאורם בטעמו של רבי יוסי יוצא שלא מתקמא דינו של רבי זירא אלא לפי רבנן.

מיהו עי' ברא"ש שסובר כהרשב"א והר"ן שרבי יוסי סובר שהשואל הוא השומר הישיר של המשכיר גם בלי הטעם של דל שבועתך, ושממילא יוצא שרבי יוסי סובר את דינו אפילו כשהבעלים יודעים שמתה כדרכה, רק שבכל זאת כתב הרא"ש שהיכא שהתנו הבעלים עם השוכר שהוא יכול להשאיל, ושהשואל יהי' השומר של השוכר, אז גם לפי רבי יוסי הדין הוא כמו רבנן. וכתב הרא"ש שלפ"ז יש נפ"מ בדינו של רבי זירא גם לפי רבי יוסי, והיינו בהציור הנ"ל שהתנה. ומעתה לפ"ז אכתי צ"ע למה לא הביאו הרי"ף והרמב"ם את דינו של רבי זירא או יפסקו כמו רב אחא מדיפתא ומר בר רב אשי.

וצ"ל דנהי שלפי הראשונים הנ"ל דינו של רבי זירא יתכן גם לפי רבי יוסי, אבל זהו בהציור המיוחד הנ"ל שהתנה בפירוש, והרי הציור ההוא לא הוזכר בהגמ', ובהציור הפשוט הרי דינו של רבי זירא שייך רק לפי רבנן, והרי בודאי היתה

כוונתם של רבי זירא ורב אחא מדיפתי ומר בר רב אשי לדון מה יהי' בהציוור הפשוט לפי רבנן, ומש"ה לא הביאוהו הרי"ף והרמב"ם כי הם מביאים רק את מה שהוזכר בהגמ', אבל אם סוברים כמו תוס' שרבי יוסי מודה היכא שהבעלים היו שם, א"כ יוצא שהציוור הפשוט של השאלה בחזרה להבעלים הרי זה ציוור שרבי יוסי מודה לרבנן, וא"כ בודאי נתכוונו רבי זירא ואינך גם לפי רבי יוסי.

קלד) בענין סברותיהם של רב אחא מדיפתי ומר בר רב אשי.

הנה רב אחא מדיפתי השיג על רבי זירא בלשון של "מכדי חדא פרה היא, עיילה ואפקה, אפקה משכירות ועיילה לשאלה, אפקה משאלה ועיילה לשכירות", ומר בר רב אשי אמר "שום שאלה אחת היא ושום שכירות אחת היא". וצריכים להבין מה הן סברות אלו.

והנה רש"י כתב שמר בר רב אשי סובר כרבי אחא מדיפתי, והי' אפשר לומר שכוונתו היא לומר רק שמר בר רב אשי סובר את הדין שסובר רב אחא מדיפתי, ואינו סובר כרבי זירא, אבל לעולם י"ל שהטעם שהזכיר מר בר רב אשי אינו אותו הטעם שהזכיר רב אחא מדיפתי אלא הרי זה טעם אחר. מיהו הריטב"א בהחידושים החדשים כתב שרש"י מפרש שדברי מר בר רב אשי ודברי רב אחא מדיפתי הם אותו טעם, רק שמר בר רב אשי ביאר את הדבר יותר, ונראה שיצא לו כן כי רש"י לא כתב רק שמר בר רב אשי סובר כרב אחא מדיפתי, כלומר את דינו של רב אחא

מדיפתי, אלא כתב שהוא סובר כאתקפתא דרב אחא מדיפתי, דמשמע מזה שהוא סובר גם את סברתו וטעמו של רב אחא מדיפתי.

מיהו לכאורה יש לומר שני דרכים איך לחלוק על רבי זירא מצד הסברא, ואולי יש לייחס את שני הדרכים להלשונות השונות של רב אחא מדיפתי ושל מר בר רב אשי, ונבאר דברינו, דהנה בפשטות י"ל שהטעם לחלוק על רבי זירא הוא כי מסתכלים על שתי התקופות של שאלה, דהיינו מה ששאל לצ' יום ומה ששאל לע' יום, כחלות אחת של שמירה ושאלה, וכששאל ממנו הפעם השני לע' יום, אין זו שאלה חדשה, אלא הרי זה חזרה להשאלה של צ' יום שכבר עשה, כי אי אפשר לעשות חלות חדש של שאלה כשהוא כבר עכשיו שואל על החפץ.

מיהו יש גם לומר סברא אחרת וכמו שנבאר, דהנה היכא שנתחייב אדם לחבירו לתת לו חפץ מסוים, ונתחייב לו כן ב' פעמים, בודאי יש עליו רק חיוב אחד לתת לו אותו חפץ, ואם יתנהו ושוב יקנהו בחזרה אין עכשיו עליו חיוב לתת עוד הפעם. אמנם היכא שנתחייב לחבירו לתת לו דמי חפץ מסוים, ונתחייב לו כן ב' פעמים, יש מקום לומר שבכה"ג הרי הוא מתחייב לתת לו פעמיים.

ויש להקדים גם, דהנה הש"ך והקצה"ח נחלקו אם יש בשומר חיוב השבה על גוף החפץ, דהש"ך סובר שיש על שומר חיוב השבה, ואילו הקצה"ח סובר שאין עליו חיוב השבה אלא הבעלים באים ונוטלים את שלהם רק שאם הולך לאיבוד הרי השומר חייב בתשלומין.

ומעתה אם נאמר ששומר חייב בהשבה, א"כ יוצא שהיכא ששאל ממנו ב' פעמים על אותם ימים, הרי זה כמתחייב ב' פעמים להשיב לו את החפץ, ואע"פ שעכשיו שאין החפץ בעין יש עליו חיוב תשלומין, אבל י"ל שהחיוב תשלומין הוא תוצאה מהחיוב השבה, דהיינו שהיכא שאינו מקיים את החיוב השבה הרי זה מחייבו בתשלומין, וממילא מכיון ששייך רק חיוב אחד של השבה הוא הדין שיש עליו רק חיוב אחד של תשלומין, אבל יש גם לומר צד שני, והיינו שהחיוב תשלומין אינו בגלל שלא קיים את החיוב השבה, אלא הרי הוא חיוב בפני עצמו, ולפ"ז יוצא שהיכא ששאל ממנו ב' פעמים על אותם ימים, הרי זה כמתחייב ב' פעמים לשלם לו את דמי החפץ וממילא שפיר שייך לומר שהוא נשאר חייב בשני חיובים.

ומעתה י"ל שזוהי כוונת רב אחא מדיפתי, דהיינו שהוא סובר שלעולם מצד המושג של שמירה ושאלה שפיר הי' שייך לעשות עוד חלות של שאלה אע"פ שהוא כבר נעשה שואל על הימים האלו, והשבעים יום היו שפיר יכולים להחשב חלות חדש של שאלה, ודלא כהדרך שכתבנו לעיל, אבל גם זה שייך רק אם יש איזה נפ"מ לדינא מהשאלה השני, אבל אם ליכא נפ"מ לדינא, ואין שום חיוב מעשי חדש שחל עליו, א"כ זהו סיבה עצמית לומר שלא שייך שיהי' עוד פעם שואל, והרי הכא כיון שמדובר על חפץ מסוים הרי יסדנו שאי אפשר להתחייב ב' פעמים בהשבה, וזהו שאמר מכדי חדא פרה היא אפקה משכירות ועיילה לשאלה, דכוונתו היא להחייב

השבה של שואל, ואע"פ שעכשיו הפרה אינה בעין ויש עליו חיוב תשלומין, ושפיר שייך להתחייב ב' פעמים בתשלומין, אבל הכא החיוב תשלומין הוא רק תוצאה מזה שאינו מקיים השבה וכמו שביארנו. ורבינא שהקשה על רב אחא מדיפתי סובר שהחיוב תשלומין הוא חיוב עצמי, ולכן הקשה דבשלמא אם הפרה היתה בעין ויש כאן רק חיוב השבה, אז הי' שפיר אפשר לומר כדבריה, אבל כיון שהפרה אינה בעין, ויש כאן חיוב תשלומין, שפיר שייך ב' חיובים, כי החיוב תשלומין אינו תוצאה מהחיוב השבה.

אבל מר רב אשי נתכוין להסברא הראשונה והיינו שבעצם לא שייך להיות ב' פעמים שואל על אותם הימים, וזהו שאמר שום שאלה אחת היא.

והנה ראיתי בתורת חיים שתמה על פירושו של רש"י ג' קושיות, א', למה רב אחא מדיפתי לא סיים איך ההלכה למעשה כמו שעשה מר בר רב אשי, ב', דחזינן שמר בר רב אשי אמר מלים אחרים ולא מה שאמר רב אחא מדיפתי, ג', דלא מבואר מה היא כוונת רבינא במה שהשיב מי איתא לפרה בעינא דיימר לי' הכי. מיהו כבר ביארנו מה היא כוונתו בזה (והיינו דשונה הוא חיוב תשלומין מחיוב השבה) וז"ל, התורת חיים בקושיא זו, ועוד קשה דאמר מי איתא לפרה בעינא דנימא לי' הכי, משמע דאמרינן לי' מילתא, ולפירושו הא לא אמרינן לי' ולא מידי עכ"ל.

ועי' גם בשט"מ בשם גליון שלא ניחא לי' בפירוש רש"י, והוא הקשה וז"ל, ולישנא דחדא פרה הואי לא משמע הכי עכ"ל, פי' דכיון שרש"י מפרש שרב אחא

מדיפתי סובר כמר בר רב אשי א"כ הרי הוא צריך לתת לו ב' פרות, חדא דשאלה וחדא דשכירות, וא"כ למה אמר חדא פרה הואי. מיהו לא ידענא מאי קשיתי' הלא את זה אמר כדי להסביר למה אינו צריך לתת לו ב' פרות בשביל שאלה.

ועכ"פ הגליון פי' שכוונת רב אחא מדיפתי היא שכמו שכשהפרה היתה בעין היו מחליפים ביניהם את שימוש הפרה לפי ההסכם שביניהם, א"כ גם עכשיו הבעלים מעמידים פרה במקום הראשונה ומחליפים אותה ביניהם כפי ההסכם שעשו, ועל זה משיג רבינא שאין הפרה בעין כדי שנימא הכי.

מיהו צ"ע על רב אחא מדיפתי לפי פירושו של הגליון דא"כ גם בהמשנה שהשואל אינו הבעלים, אלא אדם אחר הוא הבעלים, ג"כ י"ל שהשואל יעמיד פרה אחרת וישתמש בו השוכר ואח"כ יחזיר אותה השוכר להבעלים כמו שהיו עושים בהפרה הראשונה. ובאמת כבר העיר כן ה"שיטה" שם, וכתב שזהו הטעם למה רבי זירא אינו סובר כרב אחא מדיפתי, אלא שבדעת רב אחא מדיפתי ר"ל ששאני בהציור של רבי זירא שהוא אותו בן אדם וז"ל, ולרב אחא מדיפתי אפשר דקסבר דכיון שבין שניהם הי' זה, והוא מעמיד לו פרה במקומה שנעשה ממנה עכשיו מה שהיינו עושים מהמתה אם לא מתה ואולי תחזור לבעלים עכ"ל, וצ"ע.

ועי' בתורת חיים שנראה מלשונו אחרת מהגליון, והיינו שהבעלים שהם השואל נותן פרה אחת להשוכר ואומרים לו תעשה בה קודם את השכירות קמייתא (משמע השכירות של ימים צ' עד ק', וצ"ע) ואחרי

זה תקחנה לעצמך בתורת תשלומין בשביל השאלה הראשונה, ואח"כ תעשה בה שכירות בתרייתא, ואח"כ תקחנה בתורת תשלומין בשביל השאלה השני'. מיהו צ"ע דאחרי שלקח אותה השוכר לחלוטין בשביל תשלומי שאלה איך הבעלים יכולים לומר לו שאחרי זה ישתמש בו בשביל השכירות.

קלה) רש"י ד"ה כיצד אגרה מינני וכו'.

וז"ל, ויעשה בהם ימי שכירותו עכ"ל. הנה מבואר מדבריו שהבעלים צריכים לתת לו שתי פרות נפרדות בשביל כ' ימי השכירות. וכן כתב להלן בד"ה כיצד וכו' וז"ל, משלם לו ד' פרות וכו' והרי יש עליו שתי תביעות של שתי שאלות ושתי תביעות של שתי שכירות לעשות עשרים יום עכ"ל. מיהו צ"ע דכיון שהפרות של שכירות אינן נחלטות להשוכר אלא הרי הוא רק עובד בהם במשך ימי השכירות, א"כ למה צריך הבעלים לתת לו ב' פרות בשביל שכירות, כל אחת לעשרה ימים, דמה רע אם יתן לו פרה אחת לכל העשרים יום.

ועי' בשט"מ בשם הראב"ד והריטב"א שכתבו להדיא שנותן לו רק פרה אחת ועובד בה כ' יום.

ואולי י"ל שלא דוקא כתב רש"י ד' פרות כמובן שצריך לתת ב' גופים שונים בשביל ימי השכירות, אלא כוונתו היא לב' תביעות וכאילו היו ד' פרות, אבל בודאי יכול לתת לו פרה אחת לכל העשרים יום. גם י"ל, דהנה באמת אינו נותן לו לעשרים יום רצופין, אלא נותן לו מיום ע'

עד יום פ', ואח"כ מיום צ' עד יום ק', ובין יום פ' ליום צ' הרי הוא צריך להחזירה והרי היא אצל הבעלים (וכמו שכתב הרש"ש כאן), וא"כ הרי זה ממש כמו ב' פרות.

ועכ"פ בסד"ה כיצד וכו' לא כתב רש"י "ד' פרות" אלא רק ב' תביעות עיי"ש.

קלו) בא"ד.

וז"ל, דמה לי בעלים ומה לי אחר עכ"ל. הנה יש להעיר על סגנונו של רש"י, דהנה משמע מלשונו שדבר פשוט הוא ושאינן בכלל שום מקום לחלק בין הבעלים לאדם אחר, והרי אין הדבר כן, אלא שפיר ה' אפשר לחלק, כי ה' אפשר לומר שכשחוזר ומשאלה להבעלים אין זה בגדר שאלה אלא הרי זה באמת בגדר מחילת חלק מהשכירות (וכמו שכתבו תוס' שאם השאלה לו על כל ימי השכירות הרי זה באמת בגדר ביטול השכירות), ומעתה הרי זה נשאר שהשכירה רק עבור י' ימים האחרונים אשר אז יוצא שאין הבעלים צריכים לשלם לו ההיא דשאלה כי באמת אין כאן שאלה, וא"כ איך שייך סגנון של מה לי וכו' כאילו אין שום מקום לחלק, דנהי שרבי זירא אינו סובר חילוק זה, אבל בכל זאת מצד הסברא שפיר יש מקום לומר כן.

קלז) בא"ד.

וז"ל, הרי שוכר פטור בשבועה עכ"ל. עי' במהר"ם שיף שביאר שכוונתו היא שהשוכר צריך לישבע, שהרי לא כתב שפטור משבועה אלא שפטור בשבועה. וציין המהר"ם שיף שכן כתב רש"י גם

להלן גבי היכא שמתה בתוך השבעים יום. והקשה המהר"ם שיף למה צריך השוכר לישבע, הלא הבעלים עצמם טוענים שמתה כדרכה. ותי' שמדובר באמת שאין הבעלים יודעים, אי נמי שהבעלים טוענים גניבה ואבידה דבכה"ג אפשר לומר שהדין הוא שהשוכר נשבע שנאנסה ונפטר. ובהאוקימתא השני' שכתב המהר"ם שיף, דהיינו שהבעלים טוענים גניבה ואבידה, הרי הוא נוקט שהשומר חייב לישבע שבועת השומרים גם כשהמפקיד טוען טענת ברי שהשומר חייב לשלם, ודלא כהש"ך בסי' ע"ב ס"ק קט"ו שכתב שהשומר נשבע רק אם המפקיד טוען שמא, כי כשהמפקיד טוען שמא אין השומר חושש לכפור, כי אינו מרגיש שהוא מעיז בזה כיון שהמפקיד טוען שמא, אבל אם המפקיד טוען ברי אין השומר חייב שבועה אלא הרי הוא כמו כל כופר הכל שפטור משבועה (ועי' בספרי על ב"ק ברך ק"ז ע"א בנוגע לשיטת הריב"א בתוס' שם). ובאמת מלשון המהר"ם שיף עצמו מבואר שהתירוץ השני רפיא בידו יותר מהתירוץ הראשון. ואולי משום הנ"ל. ועי' באור שמח בההשטות אחרי ספר משפטים שדייק מהמהר"ם שיף דלא כהש"ך וכהנ"ל.

ועי' במהדורא בתרא כאן שהקשה על האוקימתא שהבעלים, שהם השואל, טוענים שנגנבה, דא"כ למה אמרינן שהדין הוא שהשוכר נשבע שנאנסה וגובה ד' פרות, אדרבה שהבעלים ישיבעו (מצד דין שואל) שנגנבה, אשר אז הרי הם פטורים מלשלם מדין שואל כי השוכר חייב להבעלים על גניבה ואבידה, והבעלים

יכולים לתבוע מהשוכר. מיהו זהו דלא כמו שדייקנו לעיל באות ק"כ סק"ד מרש"י להלן בד"ה ולא מיבעיא שהיכא ששניהם חייבים אין הבעלים יכולים לתבוע את השוכר אלא הרי הם חייבים לתבוע את השואל (וע"ע בזה באות קמ"ב), אלא הרי זה כמו שהראנו מתוס' בב"ק דהיכא ששניהם חייבים הרי הבעלים שפיר יכולים לתבוע את השוכר.

ועכ"פ יש לפקפק בדברי המהדורא בתרא כי י"ל ששכועה זו שחידש המהדורא בתרא, דהיינו שהשומר הראשון ישבע שקרה דבר שגם השומר השני חייב עליו, אינה בגדר שבועת שומרים.

בשביל השכירות מיום צ' עד יום ק' כי כיון שמתה לפני הימים ההם הרי זה כאילו מתה אצל השואל, והקשה הקרני ראם שאינו מבין דבריו כי מה לי בזה שמתה אצל השואל הלא סו"ס הרי אמר לו רק פרה זו, והביא שבריטב"א כתב באמת דאיירי בפרה סתם כי בפרה זו אינו חייב. ויש להקשות עוד על המהרש"א דהא באמת גם השכירות של עד יום ק' כבר התחילה, שהרי הצ' שהשאל בחזרה הם הדרך איך שהוא משתמש בהשכירות. ועי' עוד ברעק"א.

דף ל"ו ע"א

קמ) שוכר בחטאת ושואל באשם כגון שמתה כדרכה ואמרו מתה מחמת מלאכה.

עי' בתוס' הרא"ש שהקשה למה נחשב שהשואל כפר ממון, הלא מהמשכיר הרי הוא פטור, וגם מהשוכר הרי הוא פטור שהרי השוכר מודה לו שמתה מחמת מלאכה. ובביאור הדבר למה הוא פטור מהמשכיר כתב ז"ל, ומבעלים הראשונים מסולק הוא דהא כדרכה מתה עכ"ל. ויש לבאר שכוונתו היא להקשות לפי רבי יוסי והיינו שגם לפי רבי יוסי הרי הוא מסולק כאן מבעלים הראשונים דהא השוכר כבר נשבע וקני לה ואין המשכיר יכול לומר לו דל אנת ודל שבועתך.

מיהו לפ"ז הרי הוא סותר את מה שכתב הוא עצמו בהלכותיו, שהרי לפי הטעם שכתב בהלכותיו בשביל רבי יוסי, דהיינו

קלח) בא"ד.

וז"ל, חזר שמעון ובא אצלו ואמר לו השכירה לי מתשעים יום שהיא שאולה בידך ממני ואשתעבד בה שמונים יום וטול שכרך עכ"ל. צ"ע למה הדגיש הכא שאמר לו טול שכרך דמשמע שהוא משלם לו מיד. ובנוגע להשכירות הראשונה של ק' יום לא הזכיר רש"י דבר זה.

קלט) בא"ד.

וז"ל, ואם היתה מתה אצל ראובן (בתוך פ' ימי השכירות השני) משלם לו פרה אחת ששאל ממנו והוא חייב באונסין, ופרה אחרת לעשות אצלו עשרה ימים להשלים המאה עכ"ל.

ועי' במהרש"א שהקשה למה לא הזכיר רש"י שהוא צריך לתת לו עוד פרה היכא שעוד לא השלים את השכירות של פ' יום. ותי' המהרש"א משום דאיירי שאמר לו פרה זו, אבל אכתי צריך לתת לו פרה

שטעמו של רבי יוסי הוא משום דהוי לי' כאילו המשכיר עשה את השוכר שליח למנות את השואל, א"כ אע"פ שנשבע השוכר ופטר עצמו אכתי אין השואל פטור מן המשכיר.

ולפי דבריו בהלכותיו צ"ל שכוונת הרא"ש היא להקשות רק לפי רבנן, והיינו משום שמשמע שדברי רבי ירמי' מתוקמי גם לפי רבנן, ולכן הקשה דלפי רבנן למה השואל באשם, הלא לא כפר ממון להשוכר כי השוכר מודה לו, וכן לא כפר להמשכיר כי הרי הוא מסולק מן המשכיר כי מתה ובמיתה קני לה השוכר.

ועי' בתוס' הרא"ש שתי' על קושייתו הנ"ל שרבי ירמי' נתכוין לב' ציורים נפרדים, דהיינו ציור אחד שהמשכיר דן עם השוכר וטוען מתה כדרכה והשוכר טוען מתה מחמת מלאכה ונשבע, דבכה"ג לא כפר השוכר ממון ודינו בחטאת, וציור שני היכא שהשוכר דן עם השואל וטוען נאנסה והשואל טוען מתה מחמת מלאכה ונשבע, דבכה"ג כפר לו ממון ודינו באשם.

ועי' גם ברעק"א שהקשה את הקושיא הנ"ל למה השואל באשם הלא לא כפר ממון לא להמשכיר ולא להשוכר, וכתב דקשה גם לפי רבי יוסי כי הכא לא שייך לומר דל שבועתך שהרי השביע אותו. ותי' רעק"א דאירי שבתחילה תבע המשכיר את שואל, ואם כן הרי הוא עוד יכול לומר להשוכר דל שבועתך, והשואל נשבע שמתה מחמת מלאכה, וא"כ יוצא שהשואל כפר להמשכיר ממון שהרי אם הי' מודה הי' המשכיר אומר להשוכר דל את ודל שבועתך והי' גובה מן השואל. והקשה רעק"א על זה דסוף סוף אחרי שתבע את

השוכר ונשבע איגלאי שהשוכר קני בשבועתו למפרע (עי' לעיל באות ק"כ סק"ה הביאור בזה) והי' השואל מסולק מן המשכיר.

ועכ"פ על הציור של פעמים ששניהם באשם (כגון שנגנבה ואמרו מתה מחמת מלאכה) לא קשה מידי אלא שפיר חשיב השואל בגדר כופר ממון, כי כיון שהשוכר חייב ונשבע לשקר אין השואל מסולק מן המשכיר, לא לפי רבי יוסי, כי לא קני לה השוכר בשבועה שהרי נשבע לשקר, וכן הרי הוא נחשב השומר של המשכיר לפי טעמו של הרא"ש בהלכותיו, וגם לא קשה לפי רבנן, כי היכא שגם השוכר חייב גם רבנן מודים שהבעלים יכולים לתבוע את השואל (עי' בזה לעיל באות קל"ז ולהלן באות קמ"ב).

מיהו עי' במהר"ם שיף שהקשה את הקושיא הנ"ל של התוס' הרא"ש על הציור של פעמים ששניהם באשם (וצ"ע דעל ציור זה לק"מ כי בכה"ג הרי זה שפיר מיקרי שכופר ממון להמשכיר וכמו שביארנו). ותי' שבכה"ג הרי זה מיקרי שכופר ממון להשוכר כי איירי באופן שהשוכר תבע את השואל והשואל נשבע לו שמתה מחמת מלאכה ועל סמך זה נשבע השוכר להמשכיר שמתה מחמת מלאכה, דבכה"ג אין זה נקרא שהשוכר הודה להשואל.

מיהו קשה איך השוכר יכול ליטבע על סמך שבועתו של השואל, והלא מוכח מדברי רבא להלן בהסוגיא של שומר שמסר לשומר שאינו יכול לעשות כן, שהרי אמר רבא ששומר שמסר לשומר חייב כי יכולים הבעלים לומר להשומר

הראשון את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי, ואילו לפי הנ"ל הרי השומר הראשון יכול לישבע על סמך שבועתו של השומר השני, וא"כ חזינן שאינו יכול לישבע בצורה כזאת, או לכל הפחות חזינן שהמפקיד אינו חייב לקבל שבועה כזאת.

קמא) שוכר באשם ושואל בחטאת כגון שנגנבה ואמרו מתה כדרכה.

הנה בהאות הבאה נביא דעה שלפי רב שפוטר שומר שמסר לשומר הרי הראשון פטור אפילו אם קרה דבר שגם הראשון חייב עליו (וע"ע בזה באות ק"כ סק"ד), וא"כ לפ"ז צ"ע למה השוכר באשם הלא לא כפר ממון לפי רבי יוסי שסובר שהשואל משלם להמשכיר, ולפי הדעה הנ"ל הרי אפילו אם קרה דבר שהשוכר חייב עליו הרי השוכר פטור, ובשלמא לפי השיטה שכשאינן להשני הרי הבעלים גובין מהראשון א"כ יש לאוקמה כשאינן להשואל לשלם אבל לפי השיטה שגם בכה"ג אינו משלם צ"ע כהנ"ל.

ועי' באור שמח בפ"ד מהל' שאלה ופקדון שהקשה כן.

קמב) בענין אם המ"ד שפוטר בשומר שמסר לשומר פוטר את הראשון מחיוביו.

א. מחלוקת רש"י נגד הרמב"ן
והרשב"א.

עי' ברש"י שפי' שרב פוטר רק ממה

שהי' פטור גם בלא"ה. מיהו הרמב"ן והרשב"א ועוד ראשונים חולקים וסוברים שש"ח שמסר לש"ש פטור אפילו אם השני פשע, וכן ש"ש שמסר לש"ש פטור אפילו מגניבה ואבידה, ושומר שכר שמסר לש"ח חייב על גניבה ואבידה רק אחרי שנשבע הש"ח שלא פשע ונסתלק מהבעלים.

(ובחי' חת"ס ר"ל שרש"י נתכוין רק לש"ש שמסר לש"ח דאז בודאי הש"ש נשאר חייב בגניבה ואבידה כיון שהשומר חנם פטור [אחרי שנשבע השומר חנם], אבל בש"ש שמסר לש"ש גם רש"י מודה שהש"ש הראשון פטור מגניבה ואבידה כיון שהשני חייב. וכן דקדק מרש"י בדף מ"ב ע"ב עיי"ש.)

והנה יש מקום בשביל השיטות הנ"ל גם אליבא דהלכתא שאנו פוסקים ששומר שמסר לשומר חייב, והיינו משום שאנחנו פוסקים כטעמו של רבא של את מהימנת לי וכו', ולפי הטעם הזה אין הראשון נקרא פושע והרי הראשון פטור כל היכא שלא שייך הטעם של את מהימנת לי, כגון היכא שהמפקיד הי' שם או היכא שיש עדים, וא"כ לפי הרמב"ן וסייעתו היכא שהשני חייב לשלם הרי הראשון פטור אפילו ממה שהוא עצמו הי' צריך להתחייב עליו, וכגון שומר שכר שמסר לש"ש ונגנבה או נאבדה, היכא שהמפקיד הי' שם או היכא שיש עדים.

וכן הרי זה נוגע גם אליבא דאביי במסר למי שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו או לבני ביתו, דבהני גווני לא אמרינן אין רצוני וכו', וא"כ לפי הרמב"ן וסייעתו הראשון פטור אפילו מדברים שהי' חייב עליהם, וכ"כ הרשב"א כאן (ועוד צידד הרשב"א

לומר שבהציורים הנ"ל הרי הראשון פטור מגניבה ואבידה אפילו בשומר שכר שמסר לשומר חנם כי הוי כאילו המפקיד אומר לו לתתו להם).

ב. טעמם של הרמב"ן והרשב"א, והטעם שכתב הנתיה"מ.

והנה הרמב"ן והרשב"א כתבו שהטעם של הדין הנ"ל שהראשון פטור אפילו מחיוביו הרי זה משום שיכול הראשון לומר העמדתי לך אדם אחר במקומי ונסתלקתי מהשמירה. מיהו הנתיה"מ בסי' ע"ז סק"א כתב טעם אחר, והיינו שהראשון פטור משום שמיקרי ששמר ע"י שמסר לשומר אחר. וכגון בשומר שכר שמסר לשומר שכר הרי זה נקרא שהראשון שמר נגד גניבה ואבידה ע"י שמסר להשני שהוא ג"כ שומר שכר.

ג. בענין למה לא כתבו הראשונים את טעמו של הנתיה"מ, ובענין יסוד החיוב תשלומין של שומרים.

והנה יש לעיין למה לא כתבו הראשונים הנ"ל שהבאנו כסברת הנתיה"מ. וי"ל דהיינו משום שיש לחקור בענין החיוב שמירה של שומרים, דמצד אחד י"ל ששומר שכר חייב באמת לשמור יותר משומר חנם, ולכן הרי הוא חייב לשלם גם עבור גניבה ואבידה, כי החיוב תשלומין הוא עבור שלא קיים את החיוב שיש עליו לשמור, אבל מצד שני י"ל ששומר שכר אינו חייב לשמור יותר משומר חנם, רק שבכל זאת מכיון שהוא מקבל שכר הרי הוא חייב גם על גניבה ואבידה, ואם הוא רוצה לשמור גם נגד הדברים האלו הרי זה הענין שלו, אבל החיוב תשלומין אינו עבור

העובדא שלא שמר אלא בגלל השכר, כי באמת אינו חייב לשמור שמירה יתירה וכנהנ"ל (ולכאורה שאלת תוס' בדף מ"ב ע"א אם ש"ש חייב על גניבת אונס תלוי בהצדדים הנ"ל). ומעתה לפי הצד הזה השני אי אפשר להשומר הראשון לפטור את עצמו ע"י שאומר ששמר על ידי שמסר למי שישמור, כי מה בכך שמיקרי ששמר, דהא החיוב תשלומין הוא עבור השכר ולא בגלל שלא שמר. והדרך היחידי איך הוא יכול לפטור את עצמו הוא רק ע"י שיאמר שהעמיד אדם אחר במקומו. ומדברי הנתיה"מ לכאורה נראה ששפיר יש חיוב על שומר שכר לשמור מגניבה ואבידה, והחיוב תשלומין הוא תוצאה מהעובדא שלא שמר (וע"ע להלן באות קמ"ג בענין אם שומר שכר חייב לשמור יותר).

מיהו לפ"ז צ"ע, דהנה הרמב"ם בפ"ב מהל' שכירות הי"ג פסק שאע"פ שעל שמירת קרקעות עבדים ושטרות אין חיוב על גניבה ואבידה ואונסין אבל על פשיעה הרי הוא שפיר חייב כי שומר שפשע ולא קיים את חיובו לשמור הרי הוא בגדר מזיק, ומעתה לפי הצד ששומר שכר חייב לשמור יותר משומר חנם, והרי הוא חייב לשמור גם מגניבה ואבידה, א"כ למה לא יתחייב שומר שכר משום מזיק גם על גניבת קרקע עבדים ושטרות, ולמה רק שומר שפשע חשיב מזיק ולא גם שומר שכר שלא שמר מגניבה ואבידה, ומזה נראה שהרמב"ם סובר שאע"פ שהחיוב פשיעה הוא משום שלא שמר, ומש"ה חשיב מזיק, אבל בשומר שכר אין החיוב של גניבה ואבידה עבור שלא שמר שמירה יתירה, כי באמת אינו חייב לשמור שמירה

יתירה, אלא הרי הוא בגדר חיוב מסוים של אחריות שחל עליו בגלל השכר.

וע"ע בקו"ש על קידושין דף י"ג שדן בנוגע לכל שומר בענין אם החיוב תשלומין של שומרים הוא משום שלא שמר, והוי בגדר תולדה מהחיוב שמירה, או האם זה חיוב נפרד והרי הוא חייב לשלם אפילו בציוור שנפטר מהחיוב לשמור, וכגון כשחזר בו בחצי היום.

ד. נפ"מ לדינא בין הטעמים.

והנה יש נפ"מ לדינא בין שני הטעמים הנ"ל, דהיינו הטעם של הרמב"ן והרשב"א והטעם של הנתיחה"מ, וכדלהלן.

הנה לפי הרמב"ן והרשב"א הדין נותן שהראשון פטור גם בשומר שכר שמסר לשומר חנם לפני שהשומר חנם נשבע, דהא השומר שכר העמיד מי שמחויב בתשלומין במקומו (כל עוד שלא נשבע השומר חנם), אבל לפי הנתיחה"מ הרי לא שמר השומר שכר כראוי כיון ששומר חנם חייב לשמור פחות, וכן מבואר להדיא בדברי הנתיחה"מ בס"י רצ"א סקכ"ד שרק בשומר שכר שמסר לשומר שכר הרי הוא פטור מחיוביו מהטעם הנ"ל. מיהו לפ"ז צ"ע דא"כ למה אינו חייב אפילו אם נאנסה משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ועי' בזה באות קמ"ג שהבאנו שלא חשיב תחילתו בפשיעה כי רגיל שגם שומר חנם ישמור יותר.

ויש עוד נפ"מ, דהנה הראשונים הנ"ל כתבו שהראשון פטור אפילו אם אין להשני מה לשלם. ודקדק האור שמח מלשון הנ"י דהיינו רק אם העני אחרי שמסר לו, אבל אם הי' עני בשעה שמסר לו, אינו יכול

לומר העמדתי אחר במקומי ונסתלקתי מהשמירה. מיהו מהנתיחה"מ בס"י רצ"א סוף סקכ"ד מבואר שגם בכה"ג הראשון פטור. ונראה לומר דאזלי לשיטתם כי אם הטעם לומר שהראשון פטור הוא משום שהעמיד אחר במקומו ונסתלק מהשמירה א"כ י"ל שבכה"ג אינו יכול להסתלק כיון שרוצה להעמיד אדם עני דגרע מיני, אבל אם הטעם הוא משום שנחשב ששמר כראוי ע"י שנתן לאדם אחר שעליו לשמור, א"כ מה לי בזה שהוא עני, הלא בכל זאת הרי הוא צריך לשמור.

ה. קושיית הרשב"א על עצמו מהמשנה.

והנה הרשב"א שם הקשה על שיטתו שפטור אפילו ממה שהי' חייב כי יכול לומר אוקמי גברא בחריקאי, דלפ"ז למה בהמשנה סוברים רבנן שהשוכר נשבע שמתה כדרכה והשואל משלם להשוכר, הלא השוכר סילק את עצמו מהשמירה ע"י שהעמיד את השואל במקומו, וכמו שאם הי' נגנב הי' פטור הה"נ שאינו שומר לישבע ולגבות מהשואל בשביל עצמו אלא השואל נשאר השומר של הבעלים.

מיהו לכאורה יש ליישב שרק בשומר חנם לשומר חנם, ושומר שכר לשומר שכר, ושומר שכר לשומר חנם, שייך לומר שהעמיד שומר אחר במקומו ונסתלק מהשמירה, אבל בשוכר שמסר לשואל הלא כל זכותו של השואל להשתמש הרי זה כי זהו הדרך איך שהשוכר משתמש בשכירותו, והרי זה נקרא שהשואל משתמש בהזכות השתמשות של השוכר, וא"כ לא יתכן לומר שהשוכר מסולק.

וצ"ל שהרשב"א סובר שהשואל רשאי להשתמש גם בלי שהשוכר ישאר שומר, והיינו משום שיש באמת להשוכר זכות למנות שוכר אחר או שואל אחר במקומו, והרי זה זכות מסוים שיש לו, ואינו מטעם שהשואל משתמש בהזכות השתמשות של השוכר.

ועכ"פ הרשב"א תי' על קושייתו שבכל זאת יש להשומר הראשון זכות לעמוד בדין עם המפקיד כיון שהפקיד אצלו בתחילה. ולא הבנתי דבריו, דאם כוונתו היא שהשוכר יכול לומר שאינו רוצה שהשואל יהי' נחשב במקומו הרי צ"ע דכי הדבר מיתלא תלי וקאי ומסור בידו להחליט בסוף אם הוא רוצה שיהי' נקרא שהעמיד שומר אחר במקומו או לא. מיהו כבר הבאנו לעיל באות ק"ל סק"ג כעין זה מרעק"א.

ו. דברי הנתייה"מ בשואל, ודברי התומים בשוכר, ועוד נפ"מ בין הטעמים.

והנתייה"מ בסי' רצ"א סקכ"ד כתב לחלק שבש"ח וש"ש שמסרו למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו או לאשתו ובניו, הרי הוא פטור אפילו מדברים שדינו להיות חייב עליהם, אבל שואל חייב, והיינו משום שבש"ח וש"ש החיוב תשלומין הוא משום שלא שמר והרי בהציורים הנ"ל הרי זה נקרא ששפיר שמר, אבל שואל חייב לשלם אפילו היכא ששמר שהרי הוא חייב אפילו על מתה כדרכה ומש"ה הרי הוא נשאר חייב אפילו בהציורים הנ"ל.

וכעין זה כתב התומים בסי' ע"ב סקמ"ז גם בנוגע לשומר שכר, דעיי"ש שכתב

שש"ח שמסר פטור אם השני פשע, אבל ש"ש חייב אם נגנב מהשני, כי אנחנו פוסקים כהדעה ששומר שכר חייב אפילו על גניבת אונס, וא"כ יוצא שהחיוב לשלם עבור גניבה אינו משום שלא שמר, וממילא ע"י שמסר לעוד שומר שכר אינו נפטר מגניבה וכדברי הנתייה"מ בשואל.

ועכ"פ דברי שניהם עולים יפה רק לפי הטעם שהראשון פטור מהחיובים שלו משום שמיקרי ששמר ע"י שמסר להשני, אבל לפי הטעם שהראשון נסתלק מהשמירה הרי גם בכה"ג הרי הוא יכול לומר כן. ועי' לעיל בסק"ה במה שכתבנו בדעת הרשב"א לענין שואל.

(ועי' בנחל יצחק שהוכיח מתוס' בב"ק דף ק"ד ע"א ד"ה הכי קא"ל דלא כהנתייה"מ, וגם בש"ך בסי' קכ"א סקי"א איתא דלא כהנתייה"מ, אבל הנתייה"מ בסק"ה שינה את הגירסא בדברי הש"ך.)

ז. שיטת ר"ת (בתוס' בדף מ"ב ע"ב).

והנה תוס' בדף מ"ב ע"ב הביאו בשם ר"ת שאם מסר למי שרגיל להפקיד אצלו או לבני ביתו הרי הוא פטור גם לפי הטעם של את מהימנת לי וכו' (כי בכה"ג אין המפקיד יכול לומר האיך לא מהימן וכו'), אבל בכל זאת אם השני פשע הרי הראשון חייב, דאל"כ לא שבקת חיי לכל מפקיד כי כל אחד ימסור לאשתו ובניו ומכיון שאין להם לשלם המפקיד יפסיד.

ויש להבין את ר"ת בב' דרכים:

א', שמה שכתב שאל"כ לא שבקת חיי לכל מפקיד הרי זה הטעם למה במוסר לאשתו ובניו הרי השומר נשאר חייב

בחובוביו, כי אע"פ שמצד שורת הדין הי' צריך להיות פטור אבל תיקנו שישאר חייב כי אל"כ לא שבקת חיי לכל מפקיד. ולפי הדרך הזה ר"ת קאמר רק באשתו ובניו אבל לא במי שרגיל להפקיד אצלו, כי התם לא שייך לומר לא שבקת חיי לכל מפקיד, דהא מן הסתם יש להשומר השני מה לשלם.

ב', שלעולם ר"ת קאמר גם במי שרגיל להפקיד אצלו כי לית ליה לר"ת הטעמים שהראשון נסתלק מהשמירה וכן דפטור משום שמיקרי ששמו, רק שר"ת נתכוין להוכיח כן משום שאל"כ א"כ גם באשתו ובניו יהי' פטור וא"כ יהי' מצב של לא שבקת חיי לכל מפקיד.

ברם מאיך שהובאה שיטת ר"ת ברשב"א כאן חזינן דרך שלישי, והיינו שר"ת קאמר רק באשתו ובניו, דרק באשתו ובניו הרי הוא חייב אם פשעו, אבל במי שרגיל להפקיד אצלו הרי הוא פטור, והטעם למה חייב באשתו ובניו אינו משום הסיבה של לא שבקת חיי לכל מפקיד, כי מה שכתב ר"ת שלא שבקת חיי לכל מפקיד אין זה בגדר סיבה אלא הרי זה בגדר ראי' שיש סיבה עצמית לחייב את הראשון, והסיבה העצמית קיימת רק במוסר לאשתו ובניו ולא במוסר למי שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו, והסיבה העצמית היא "משום דהני אדעתא דשומרין נחתו בה, אבל בניו ובני ביתו הרי הן כשומר עצמו, דעל דעתו הן שומרים, וכשומרים ממונו של שומר", פי' שר"ת

סובר כהטעם שהראשון נסתלק מהשמירה, ושהוא מסולק לגמרי, רק שבבניו ביתו לא אמרינן כן כי הם אינם יורדים להיות

השומרים של המפקיד, אלא הם יורדים בדעה לשומר בשביל השומר, ומש"ה השומר הראשון עדיין נשאר שומר. מיהו יש לעיין אם שייך לחייב את הראשון אם סוברים כהרמב"ם שפושע חייב משום מזיק

ח. דברי הטור והרמב"ם, ודברי הפוסקים בשיטותיהם.

והנה הטור בסי' ע"ב פסק שאם שמעון לקח משכון מראובן ומסרה ללוי הרי שמעון נשאר חייב בחובוביו אפילו אם דרכו של ראובן להפקיד אצל לוי. וכתב הב"י שזהו דלא כהרמב"ם דמבואר מדבריו בפ"ד מהל' שאלה ופקדון ה"ט שבמסרה לבני ביתו הרי הוא פטור אפילו אם פשעו. וכתב המשנה למלך שיש לחלק שאפילו הרמב"ם קאמר רק בבני ביתו כי המפקיד יודע שימסרנו לבני ביתו, והוי כאילו נתן לו רשות, אבל ברגיל להפקיד אצלו גם הרמב"ם מודה שהראשון נשאר בחובובו, וכן הטור י"ל דמודה בבני ביתו (וזהו להיפך ממה שהבאנו לעיל לפי ר"ת שאדרבה בבני ביתו יש יותר סברא לומר שאינו מסולק).

והביא המל"מ סמך לזה מפסקי הרמ"א, דהנה בסי' רצ"א הביא הרמ"א שהרמב"ם והרא"ש חולקים לגבי בני ביתו, ואילו בסי' ע"ב סתם כהטור שהראשון נשאר חייב בחובוביו אפילו אם מסר למי שדרכו של המפקיד להפקיד אצלו, וא"כ חזינן שיתכן שגם הטור מודה בבני ביתו. וגם הסמ"ע בסי' ע"ב סקצ"ו כתב כדרכו של המל"מ (ברם הסמ"ע כתב טעם אחר והיינו שגם הרמב"ם מודה להטור ברגיל להפקיד אצלו כי אע"פ שרגיל להפקיד אצלו אבל לא הי'

לו להשומר הזה למוסרו לו ולכן חשיב פשיעה לענין זה, וצ"ב. וגם המל"מ שם הביא את הסמ"ע וכתב שדבריו צ"ב. וכתב שאולי יש לומר שכוונת הסמ"ע היא באמת לסברתו (הוא).

מיהו הב"י הנ"ל בסי' ע"ב אות כ"ד, וכן הב"ח שם, וכן הש"ך שם בס"ק קל"ד, והקצה"ח בסי' רצ"ג סק"ג, כתבו דלא כהמל"מ, אלא ששפיר פליגי הרמב"ם והטור. והש"ך שם הביא מהיש"ש שמחלק איפכא, והיינו שגם הרא"ש מודה שבמי שרגיל להפקיד אצלו הרי הראשון פטור, ורק בבני ביתו הרי הראשון נשאר חייב בגלל הסברא של לא שבקת חיי לכל מפקיד (וכבר כתבנו לעיל שיש אפשרות לומר כן גם בדעת ר"ת).

ט. עוד בענין שיטת ר"ת.

ועוד הביא המל"מ שהמרדכי בפרק המפקיד (בסי' רפ"א) הקשה על ר"ת מהא דמבואר שהיכא שמסרה הרועה לברזילי' הרי ברזילי' נכנס תחתיו והרועה עצמו מיפטר לגמרי וכלשון הגמ' בפרק הכונס, ותי' המרדכי שגם ר"ת מודה בברזילי' כי ידוע מראש שהרועה הראשי לא ישמרנו כלל. ומדבריו מבואר שהבין שר"ת קאמר בכל מי שרגיל להפקיד אצלו ולא רק באשתו ובניו משום שאין להם כסף, רק דשאני ברזילי' משום סברא מיוחדת בברזילי' (מיהו ברא"ש להלן בדף מ"ב כאן כתב שגם בברזילי' מיפטר הרועה רק ממה שהי' פטור, כי לא מיקרי שפשע, אבל אה"נ הרי הוא נשאר חייב בחיוביו).

ועי' גם בהגהות אשר"י בדף מ"ב שהביא כדברי המרדכי הנ"ל מהא"ז.

י. סיכומו של המל"מ.

וסיכם המל"מ דחזינן מזה שלכו"ע יש מדריגה שהראשון פטור מחיוביו והשני חשיב השומר של המפקיד, רק דפליגי אם כן הוא גם בבני ביתו או רק ברועה.

קמג) דהא מסרה לבן דעת.
בענין למה בשומר שכר שמסר לשומר חנם לא חשיב פשיעה, ונימא שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

צ"ע על הך טעם של מסרה לבן דעת, דהא בכל זאת השני ישמור פחות כיון שהוא רק ש"ח, דהיינו שלא ישמור מגניבה ואבידה כמו השומר שכר, וא"כ נמצא שהשומר שכר פשע לענין גניבה ואבידה בזה שמסר לשומר חנם, וא"כ למה אין השומר שכר חייב אפילו אם נאנס אח"כ למ"ד שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב.

ועי' בתוס' בדף צ"ג ע"ב בד"ה אי הכי שכתבו שני דרכים ליישב דבר זה, א', ששומר רגיל לשמור יותר מדינו, וא"כ יש להניח שגם השומר חנם ישמור מגניבה ואבידה ומש"ה לא חשיב שהשומר שכר פשע לענין שמירה מגניבה ואבידה. ב', שאפילו אם תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב אבל תחילתו באי שמירה על גו"א וסופו באונס פטור. ברם צריכים לבאר מה הוא ההבדל בין תחילתו בפשיעה לבין תחילתו באי שמירה על גניבה ואבידה כי כיון שהוא חייב לשמור מגניבה ואבידה למה לא חשיבא פשיעה.

וי"ל כהצד שכתבנו לעיל באות קמ"ב

סק"ג שבאמת שומר שכר אינו חייב ביותר שמירה משומר חנם.

גם יש ליישב בדרך אחרת אפילו אם נאמר ששומר שכר חייב שפיר לשמור יותר, אבל בהקדם ב' הקדמות:

הקדמה א': יש ג' דרכים איך להבין למה לומר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב: א', שהוא חייב באמת על הפשיעה, רק שצריכים שיקרה אונס כדי שיהי' על מה לשלם. ב' דהיכא שפשע בתחילה הרי גם האונס מיקרי בגדר פשיעה. ג' דהיכא שפשע תחילה דינא הוא שחייב על כל התוצאות אע"פ שלא מיקרי פשיעה.

הקדמה ב': ומעתה י"ל ששאני החיוב פשיעה של שומר חנם מהחיוב גו"א של ש"ש, דשומר חנם חייב עבור עצם הפשיעה, ובענין שילך לאיבוד רק כדי שיהי' על מה לשלם, משא"כ ש"ש חייב עבור עצם העובדא שהלך לאיבוד ע"י גניבה ואבידה, בתנאי שבא ע"י אי שמירה. ומעתה יש לצרף להקדמה ב' את הדרך שהזכרנו שבתבוב"ב הרי הוא חייב על עצם הפשיעה, רק שצריכים שיקרה האונס כדי שיהי' על מה לשלם, דמעתה לפי הנ"ל יוצא שרק בתחילתו בפשיעה שייך לומר שסופו באונס חייב, כי הוא חייב על עצם הפשיעה, דהא כן הוא יסוד הדין של חיוב פשיעה, ולכן גם כאן הרי הוא חייב על עצם הפשיעה, והרי יש על מה לשלם כיון שקרה האונס בסוף, אבל בנוגע להחיוב של שומר שכר על גניבה ואבידה לא שייך לומר כהנ"ל, כי הרי על האי השמירה אין השומר שכר חייב אלא שומר שכר חייב על גוף הגניבה והאבידה, והרי הכא הרי הגניבה והאבידה אירעו באונס.

מיהו אכתי צ"ע איך שייך לחלק כהנ"ל בין החיוב פשיעה לבין החיוב גניבה ואבידה של שומר שכר, הלא מכיון ששומר שכר חייב לשמור יותר, א"כ אם לא שמר מגו"א הרי זה פשיעה גמורה בהחיוב שמירה שלו, וא"כ גם בשומר שכר נימא שחיובו הוא משום הפשיעה הנ"ל ובענין את הגניבה ואבידה רק כדי שיהי' על מה לשלם.

קמ"ד) בענין גרועי גרעה לשמירתו לפי רבי יוחנן.

הנה היכא שמסר השומר הראשון למי שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו אין המפקיד יכול לומר את מהימנת לי האיך לא מהימן. והנה זה לשון הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות ה"ד וה"ה, עבר השומר ומסר לשומר השני, אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרין ונאנס, פטור השומר הראשון, שהרי יש עדים שנאנס, ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם לבעלים, מפני שמסר לשומר אחר, ויעשה הוא דין עם השומר השני, אפילו היה הראשון ש"ח ומסר לשומר שכר חייב, שהרי יש לבעל החפץ לומר לו אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן, לפיכך אם הי' דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני הרי זה השומר הראשון פטור מלשלם, שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי או השאלתם, אמש הייתם מפקדין אותו אצל זה שהפקדתי אני אצלו, והוא שלא ימעט שמירתו, כיצד ימעט שמירתו, כגון שהי' מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם, או שהיה שאול אצלו והפקידו אצל אותו

השני בשכר, הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם, אף על פי ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר, ואם הביא השומר השני הראי' שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו הרי זה פטור, כיצד שומר שכר שנתן הבהמה השמורה אצלו לש"ח, אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה כדרכה הרי השומר הראשון פטור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל.

הרי דס"ל שבש"ש שמסר לש"ח הרי השומר שכר חייב ואין הבעלים חייבים לקבל את שבועת הש"ח שנאנסה אפילו במי שרגיל להפקיד אצלו, ולכן כתב הרמב"ם שבכ"ג רק אם יש עדים שנאנסה מיפטר הש"ש, ומשמע שלא סגי בשבועת הש"ח. וכבר העיר המל"מ שם מה הוא הטעם לזה.

וכתב הגר"ח בספרו על הרמב"ם שם שהטעם לזה הוא משום שהמפקיד חייב לקבל רק שבועה שהיא בגדר שבועת השומרים, אבל אינו חייב לקבל שבועה מאדם שאינו שומר, ואפילו אם יהי' הכי נאמן בעולם (והגע בעצמך, אם ישבע אדם שהבעלים רגילים להפקיד אצלו בלי שנעשה שומר, וכי יועיל, דהא משמע שרק בגלל שנעשה שומר מהני, והיינו כהנ"ל שצריכים בדוקא שבועת השומרים). וביאר הגר"ח דהיינו משום שהיכא שחייב שבועה הרי הוא יכול לפטור עצמו רק ע"י השבועה שהוא חייב לישבע ולא ע"י שבועת עצמו בלי חיוב, ולכן לא מהני שבועת הש"ח שנאנסה כי הוא חייב שבועת השומרים רק שלא פשע אבל לא שבועה שלא נגנבה ושלא נאבדה אלא

נאנסה, וא"כ כשהוא נשבע שלא פשע, וכן שלא נגנבה או נאבדה אלא נאנסה, הרי החלק הזה של השבועה שנאנסה ולא נגנבה או נאבדה הרי הוא שבועת עצמו, ולכן לא סגי בכך כדי לפטור את הש"ש מהחייב שבועה שלו.

והנה נראה פשוט שלפי מה שביאר הגר"ח ה"ה שאין המפקיד חייב לקבל שבועה של מי שהוא שומר וחייב שבועה שנאנסה אם הוא שומר לאדם אחר ולא השומר שלו, כי הוא חייב לקבל רק שבועה שחייבים לישבע לו. ומעתה לפ"ז צ"ע על דברי הרשב"א שהבאנו לעיל באות קמ"ב סק"ז, דהנה הבאנו שם שהרשב"א כתב בדעתו של ר"ת שאשתו ובניו הרי הם מתכוונים להיות השומר של אביהם ולא של המפקיד, משא"כ מי שרגיל להפקיד אצלו הרי הוא מתכוין להיות השומר של המפקיד, מיהו חזינן שגם במוסר לאשתו ובניו הרי השומר הראשון פטור על גניבה ואבידה כיון שהי' פטור על דברים אלו אם הי' אצלו, והיינו ע"י השבועה שהם נשבעין שנגנב או נאבד, דשבועה דידהו מהני להשומר הראשון, ואילו לפי הגר"ח למה מועיל הלא אינם השומרים של המפקיד, וא"כ איך השומר יוצא ידי המפקיד ע"י שבועה זו.

ולכאורה צריכים לבאר בכוונת הרשב"א שהא ודאי שהשני נשאר השומר של המפקיד, רק הדיון הוא האם גם הראשון נשאר השומר של המפקיד, דאם גם הוא נשאר השומר של המפקיד הרי הוא נשאר חייב בחיובו, אבל אם אינו נשאר שומר אלא הרי הוא מסולק, אז אינו חייב, וסובר הרשב"א בדעת ר"ת שבאשתו ובניו מכיון

שהם מתכוונים להיות השומר שלו הרי גם הוא נשאר השומר של המפקיד, ולכן הרי הוא עדיין חייב בהחובים שלו, משא"כ במסר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו הרי הוא מסולק, אבל עכ"פ גם באשתו ובניו מהני שבועתם להמפקיד כיון שלמעשה הרי הם שפיר נשארים השומרים של המפקיד, וצ"ע.

והנה הגר"ח שם דחה את הדרך הנ"ל בהרמב"ם כי לפי הדרך הנ"ל אין מובן מה שכתב הרמב"ם שהוא נחשב פושע, ולכן הסיק הגר"ח שלעולם מצד מה שאין השני נקרא שומר לגבי אונסין יכול להיות שהמפקיד הי' שפיר חייב לקבל את שבועתו מכיון שהוא נאמן עליו ורגיל להפקיד אצלו, רק שהוכיח הגר"ח מב"ק דף ק"ח ע"א שהיכא אדם עושה שני שומרים הרי שניהם חייבים לישיב, ואפילו אם נשבע הראשון הרי המפקיד יכול לתבוע תשלומין מהשני אם אין השני נשבע, ומעתה כוונת הרמב"ם היא כך, דהיכא שמסר למי שרגיל להפקיד אצלו, ועשה אותו שומר שוה, אז הרי העמיד לו גברא בחריקאי, והראשון נסתלק לגמרי, ומש"ה סגי בזה שהשני נשבע להמפקיד, אבל היכא שמייעט בשמירתו א"כ פשע בזה שנתן למי שחייב בפחות תשלומין, ומש"ה אינו מסתלק מהשמירה (ולאחר שאינו מסתלק מהשמירה באמת אין כאן פשיעה, כי לא היתה כאן פשיעה בנוגע לשמירת החפץ, אלא פשיעה כלפי המפקיד בזה שרצה לתת לו שומר שחייב פחות, ומש"ה סגי בזה שמביא עדים שנאנסה ואין כאן משום תחילתו פשיעה וסופו באונס חייב כי אין כאן פשיעה בהשמירה וכהנ"ל, כן

נראית כוונתו שם), ומש"ה אפילו אם השני ישבע אבל הרי המפקיד יכול לתבוע את הראשון עד שגם הוא נשבע.

והנה לפ"ז נסתלק הדרך שכתבנו לעיל בסמוך בשיטת ר"ת שרק באשתו ובניו הראשון נשאר חייב בחיוביו אבל לא ברגיל להפקיד אצלו, דכתבנו דהיינו משום שהא ודאי שהשני נעשה השומר של המפקיד רק שבאשתו ובניו גם האב נשאר שומר, משא"כ במי שרגיל להפקיד אצלו, ומכיון שהבנים נעשים השומר של המפקיד לכן מהני שבועה דידהו (והרי גם הראשון נפטר בשבועת אשתו ובניו כמבואר בגמ' בדף מ"ב ע"ב). ומעתה לפי דברי הגר"ח השניים הרי נהי שמהני שבועתם אבל אכתי ניבעי גם שבועתו של הראשון.

וצ"ל שהגר"ח יאמר שכוונת ר"ת היא כהדרך שכתבנו לעיל באות קמ"ב סק"ז שגם בבני ביתו הרי הוא מסולק לגמרי רק שבכל זאת הרי הוא חייב לשלם בגלל הסברא של לא שבקת.

ועי' גם בקצה"ח בסי' רצ"א סק"ב שכתב לבאר את דברי הרמב"ם כדרכו הראשון של הגר"ח, והיינו שהיכא שמייעט בשמירתו החלק העודף אינו בגדר שבועת שומרים בכלל, ולכן אין המפקיד חייב לקבלו, אבל בכל זאת היכא שלא מיעט בשמירתו, כגון בש"ש שמסר לש"ש אחר שרגיל להפקיד אצלו, הקפיד הקצה"ח לומר שהשני נכנס לגמרי במקום הראשון. ונראה דהיינו משום דס"ל שגם פירוש השני של הגר"ח הוא אמת, כי דבר אמת הוא שהיכא שיש שני שומרים חייבים שניהם לישיב.

מיהו צ"ע דהנה רב קאמר ששומר

שמסר לשומר פטור, ופירש"י שהוא פטור רק ממה שהי' פטור בלא"ה, אבל על מה שהי' חייב הרי הוא נשאר חייב, ולפי רש"י יוצא שהראשון נשאר שומר כמו שהי', ומעתה צ"ע דא"כ איך הוא פטור על אונסין, הלא לא סגי בשבועתו של השני, אלא גם הוא צריך לישבע. ובדעת רב אי אפשר לומר שכונתו היא שבאמת צריכים עדים שנאנסה כי יש עדים שנאנסה מהני גם לפי רבי יוחנן לפי רבא.

והנה רבא קאמר אליבא דרבי יוחנן שלא מיבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב משום דא"ל את מהימנת לי האיך לא מהימן. וכבר העיר רעק"א שמרבא יוצא שרבי יוחנן אמר שני דינים, א', שמש"ש לש"ח מיקרי פשיעה, אשר לפ"ז לא יועיל עדים שנאנסה, ב', שבש"ח לש"ש יכול לומר האיך לא מהימן לי, וכ"כ הריטב"א בהחידושים החדשים כאן בתחילת הסוגיא שגרועי גרעה לשמירתו הרי היא בגדר פשיעה בהשמירה, וכן כתבו המ"מ והכ"מ בפ"א מהל' שכירות ה"ד בדעת הרמב"ם (ועי' בזה בש"ך בסי' רצ"א סקמ"ז וברעק"א שם ובקצה"ח סקי"ב). וקשה מנ"ל לרבא שרבי יוחנן סובר שמש"ש לש"ח מיקרי פשיעה, אולי מודה הוא לרב שאינו נחשב פשיעה, רק שהוא מחייב משום הסברא של את מהימנת לי בשבועה וכו'. ועי' ברשב"א בסד"ה הא דאמר רב שומר שמסר [הראשון] שכתב וז"ל, לאו למימרא דהיכא שגרע חשבינן לי' פושע (לפי רבי יוחנן), אלא לא נפ"מ מידי לענין דינא, אלא דאלמוה לטענת' קאמר דמ"מ גרע שומר בשמירתו עכ"ל.

מיהו לפי דרכו הראשון של הגר"ח יש לבאר שאין כוונת רבא לומר שבש"ש לש"ח הוי פשיעה, אלא כוונתו לומר שלא מיבעיא שבש"ש לש"ח יכול לומר שאינו רוצה לקבל את שבועתו של השומר השני כי בכלל אינו שומר לענין אונסין ואין כאן שבועת שומרים לענין אונסין אלא אפילו מש"ח לש"ש יכול לומר שאינו רוצה לקבל את שבועתו כי לא מהימן לי'.

ולפי דרכו השני של הגר"ח יש לפרש דלא מיבעיא שבש"ש לש"ח אין הראשון מסולק ומש"ה לא סגי בשבועתו של השני אלא צריכים גם שבועתו של הראשון, אלא אפילו בש"ח לש"ש אין הראשון מסולק.

מיהו נהי שביארנו דברי רבא בצורה שבין בגרועי גרעה ובין בעלווי עליי' הרי אנו דנים על השבועה, אבל אכתי יוצא שרבא קאמר שני טעמים בענין למה לא סגי בשבועת השומר השני, דהיינו שבש"ש לש"ח הרי זה כי צריכים שהשבועה תהי' בגדר שבועת השומרים (א"נ משום שצריכים גם את שבועתו של השומר הראשון כיון שגם הוא נשאר בגדר שומר), ואילו בש"ח לש"ש הרי זה כי אינו חייב לקבל שבועתו של השומר השני.

והנה הגר"ח עצמו בהל' נזקי ממון כתב ביאור אחר בדברי רבא, והביאור ההוא מיישב את ההערה הנ"ל שהערנו כי יוצא שרבא קאמר באמת רק טעם אחד, ונבאר דברינו, דהנה עי' בחידושי הגר"ח על הרמב"ם בפ"ד מהל' נ"מ הי"א בד"ה והנה יש להסתפק וכו' שכתב לבאר את המחלוקת בין רב לרבי יוחנן אם אמרינן את מהימנת לי דפליגי באם שומר רשאי להסתלק מהשמירה או לו, דרב שפוטר

סובר ששומר רשאי להסתלק, רק שאם הוא רוצה להסתלק הרי הוא צריך לעשות השבה, דהיינו להסתלק בדרך שהוא משאיר את הפקדון שמור, ולענין אם מיקרי שמור אין הדבר תלוי בדעת הבעלים, אלא מכיון שמסרה לבן דעת, ואפילו אם גרועי גרעה לשמירתו, הרי זה נקרא שמור והשבה מעלייתא, אבל רבי יוחנן סובר ששומר אינו רשאי להסתלק מהשמירה, אבל הרי הוא יכול להעמיד אדם אחר במקומו, דהיינו אדם ששוה לו, ואז הרי הוא שפיר מסתלק מהשמירה, אלא שלדבר זה שפיר צריכים דעת בעלים ויכולים הבעלים לומר שהאיך לא מהימן לי. וביאר את דברי רבא כך, דלא מיבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעה לשמירתו וכו' ולכן בודאי הרי הוא יכול לומר הרי לא העמדת אדם כמותך, אלא אפילו בש"ח לש"ש יכול לומר שאינו מקבל אותו במקומו.

קמה) ביאור הטעמים של גרועי גרעה לשמירתו, ושל אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

ע"י בתוס' שהסיקו שמצד דיני התורה אין סיבה למה יהי' חייב עבור זה שמסר את הפקדון ביד אחר, רק דהוי כאילו התנה כן עם השומר. מיהו ע"י בשט"מ בשם הראב"ד שכתב שכוונת הך טענה היא שיש בני אדם שמקריהם יותר מוצלחים מחבריהם, ומש"ה יכול לטעון להשומר הראשון שאולי אצלך לא הי' הולך לאברון. ובדו"ח לרעק"א כאן באות כ"א וכ"ב ר"ל משום שיכול לומר שקים לי

שהשני לא ישמור יותר מדינו אלא רק כדינו, ואפילו פחות מדינו. ושני הטעמים האלו הם דלא כדברי תוס' הנ"ל כאן. והנה ע"י בדו"ח לרעק"א באות י"ט שכתב שמדברי אב"י בדברי ר"י משמע שגרועי גרעה לשמירתו חשיב פשיעה גם בלא אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, דגרועי גרעה לשמירתו הוי חסרון עצמי, דכיון שמסר למי שחייב בתשלומין על פחות דברים הרי זה סיבה לחיבו, ומיקרי שפשע בהדין שומר שלו, ואפילו אם ברור שגם השני ישמור כמותו, וכן צידדו תוס' לומר בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה דעלו"י על"י וכו' עיי"ש. ולפ"ז היכא שגרע בשמירתו, השומר הראשון חייב אפילו אם הבעלים רגילים להפקיד אצל השני. והקשה רעק"א באות י"ט מנא לי' לאב"י לעשות ב' מחלוקות בין רב ורבי יוחנן ולומר שר"י סובר גם הסברא של גרועי גרעה וגם הסברא של אין רצוני (וה"ה שיש להקשות כן גם על רבא שאמר שלפי רבי יוחנן ש"ש שמסר לש"ח חייב משום דגרועי גרעה לשמירתו גם בלא הסברא של את מהימנת לי וממילא יהי' חייב אפילו כשלא שייך הטעם של את מהימנת לי, וכן הקשה רעק"א באות כ"ג, וע"י בהאות הקודמת, וכן להלן באות קס"ו, שדננו בענין זה).

וכתב רעק"א באות י"ט לתרץ שאולי אב"י באמת לא נתכוין לשתי סברות, אלא גם בשומר שכר לשומר חנם הטעם הוא משום הסברא של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ולעולם גרועי גרעה לא חשיב פשיעה, אלא כוונת אב"י היא לומר שלא מיבעיא שבשומר שכר לשומר חנם יכול

המפקיד לומר שאין רצונו שיהא פקדונו ביד השומר חנם כי קים ל"י שהש"ח לא ישמור כשומר שכר כיון שהוא רק שומר חנם, ואפילו אם הוא רגיל להפקיד אצל השני בתור שומר חנם, אלא אפילו בשומר חנם לשומר שכר יכול המפקיד לומר שאין רצונו שיהי' פקדונו ביד השני, אלא שדחה רעק"א שדוחק לפרש כן. וכוונתו היא משום דמשמע שבשומר שכר לשומר חנם נתכוין אביי לסברא אחרת, וא"כ נשאר מה שהקשה מנ"ל לאביי לעשות ב' מחלוקיות.

והסיק רעק"א באות כ' וכ"א שבאמת בדבריו על שומר שכר לשומר חנם נתכוין אביי לסברא אחרת, ולא להסברא של אין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר, אלא כוונתו היא דגרועי גרעה חשיב פשיעה, אבל בכל זאת אין כאן שתי מחלוקיות בין רבי יוחנן לרב, כי גם רב מודה לעיקרה של הסברא ההיא. ונבאר דברינו, דבמה שאמר אביי שבשומר שכר לשומר חנם גרועי גרעה לשמירתו, נתכוין לומר בזה שרבי יוחנן סובר שתחילתו באי שמירה על גניבה ואבידה וסופו באונס חייב כמו שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וגם רב מודה לדבר זה רק שרב סובר שלא פשע לענין גניבה ואבידה כי רב סובר כדברי תוס' בדף צ"ג שמן הסתם גם השני ישמור מגו"א כי שומר רגיל לשמור יותר מדינו, ועל דבר זה רבי יוחנן חולק וסובר שהשני לא ישמור יותר מדינו ומש"ה נשאר החסרון של תחילתו באי שמירה על גניבה ואבידה וסופו באונס חייב, והדר קאמר שגם בשומר חנם לשומר שכר סובר רבי יוחנן שיכול לומר שקים ל"י שלא ישמור אפילו כשומר חנם, וא"כ יוצא שבשני המיקרים

סברת רבי יוחנן היא שיכול לומר שאינו סומך שהשני ישמור, ורב סובר שהשני שפיר ישמור.

ועוד כתב רעק"א שלפ"ז בשומר שכר לשומר חנם, השומר שכר חייב אפילו אם מסר למי שרגיל הבעלים למסור בתור שמירה בחנם, כי חזינן שבציוור זה רצה דוקא שמירת שומר שכר מגניבה ואבידה. ועוד כתב שגם בשומר שכר לשואל, הרי הראשון חייב, כי גם בכה"ג המפקיד יכול לומר שקים ל"י שהשני לא ישמור כשמירת שומר שכר, ואע"פ שהוא רגיל להשאל להשני אבל יכול לומר שעשה כן משום שבאופן אחר לא הי' מוכן לשמור בשבילו אפילו כשמירת שומר חנם, אבל גם אז ידע שישמור רק כשומר חנם, אבל עכשיו בציוור זה הרי הוא רוצה דוקא שמירת שומר שכר, ומש"ה מסר לאדם אחר שהוא שומר שכר, ורק בהציוור של שומר חנם לשומר חנם או שומר חנם לשומר שכר יועיל מה שהמפקיד רגיל להפקיד אצל השני, כי כיון שהוא רגיל להפקיד אצלו הרי מוכח שהוא סומך שישמור לכל הפחות כשומר חנם, והרי הכא הי' מספיק לו בשומר חנם שהרי גם את הראשון מינה להיות שומר חנם.

והנה לכאורה צ"ע על דברי רעק"א, איך יכול המפקיד לומר שקים ל"י שישמור פחות מדינו, הלא יש לו חזקת כשרות שישמור כדינו.

מיהו י"ל שרעק"א סובר שהבעלים יכולים לומר כן כי הוא נוקט בשומר חייב לשמור גם כפי רצון הבעלים, ולא רק כדרך שטוב מצד השקפת התורה, רק שבכל זאת היכא שלא שילם המפקיד שכר

קמו) שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוי מפקדי.

הנה לא ברירא מי הוא זה שאומר דיחוי זה של רגיל להפקיד אצלו, האם זה רב חסדא שמסיק שבאמת אין ראי' לשיטת רב מההיא דגינאי, או האם רב חסדא סובר ששפיר יש ראי' שרב סובר ששומר שמסר לשומר פטור, והרי זה הסתמא דגמ' שקאמר שאין ראי' משם. ולפי הדרך השני צ"ע באמת מה היא סברת רב חסדא, דלמה אינו סובר את הדיחוי הנ"ל ששאני התם שהיו רגילים להפקיד אצל הסבתא.

ועוד צ"ע דכיון שיש לומר דיחוי זה, ואין ראי' מגינאי, וא"כ מנא לי' באמת לאביי שרב סובר ששומר שמסר לשומר פטור, הלא יכול להיות שרב פטור רק בגינאי כי היו רגילים להפקיד אצלה. וי"ל שאביי אינו סובר את הדיחוי וכמו שצדדנו שרב חסדא אינו סובר את הדיחוי (אלא שנתקשינו בטעם הדבר). ועוד י"ל שהסתמא דגמ' שאמרה "איתמר שומר שמסר לשומר רב אמר פטור" חולק על רב חסדא, וסובר שרב שפיר אמר כן בפירושו, ואביי אזיל כהסתמא דגמ'.

ובחי' החת"ס כתב שאביי סובר שהגינאי היו שותפין בהכלים, וא"כ היו בגדר שומר שכר, וכדאמרינן ששותף ששומר בשביל חבירו נחשב שומר שכר, וא"כ כשמסר להסבתא שהיתה רק ש"ח הרי עשה גרועי גרעה לשמירתו, והרי הרמב"ם פוסק שהיכא שמיעט בשמירתו לא מהני רגיל להפקיד אצלו למ"ד ששומר

אינו יכול לומר שהוא רוצה שמירה נגד גניבה ואבירה, כי בכה"ג התורה כתבה להדיא שאין השומר חייב בשמירה כזו כיון שאינו מקבל שכר, אבל בנוגע למסירה וסמיכה על שומר אחר הרי המפקיד יכול לומר שאין רצונו בזה כי אינו סומך עליו אע"פ שמצד השקפת התורה אין חסרון בהשומר ההוא. וכל זה היא רק בדעת רבי יוחנן, אבל רב סובר ששומר חייב רק אם הוא פשע נגד טובת החפץ כפי השקפת התורה, ולא אם פשע נגד רצון הבעלים, ולכן אע"פ שגם רב מודה שאסור לתתו לאחר, אבל בכל זאת הרי הוא פטור.

ולכאורה כעין זה מוכרחים לומר גם בדעת הראב"ד בדבריו שהבאנו בתחילת האות, דהא יש להקשות על הראב"ד דנהי שיכול להיות שמזלו של השני גרוע יותר, אבל איך אפשר להוציא ממון מהשומר על סמך זה, הלא יכול להיות שאינו כן. וצ"ל שכוונת הראב"ד היא לומר שמכיון שיתכן שמזלו של השני גרוע טפי הרי זה גורם שהמפקיד יכול לומר שאינו מסכים שיתן לאדם אחר ומש"ה הרי זה נקרא שפשע נגד רצון הבעלים והרי הוא חייב.

ויש להוסיף דהא דלא כתב הראב"ד כטעמו של רעק"א הרי זה כי ס"ל שאין לו כח לומר שקים לי' שהשני לא ישמור כדינו כיון שיש לו חזקת כשרות, ואין השומר חייב להתחשב ברצון הבעלים היכא שהיא נגד כללי התורה, ולכן כתב הראב"ד את הטענה שיכול לומר שמא מזלו של השני גרוע יותר, דזה שפיר יכול לטעון כי אין זה כנגד איזה כלל מסוים או פסק מסוים מצד התורה.

שמסר לשומר חייב, ומש"ה הוכיח אביי שבע"כ צ"ל שרב סובר ששומר שמסר לשומר פטור ושלא אמרינן אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ועל זה דוחים שלעולם י"ל שרב סובר ששומר שמסר לשומר חייב, רק שהתם בגינאי לא אמרינן אין רצוני וכו' כי אע"פ שמיעט בשמירתו אבל בכל זאת שפיר מהני מה שהיו רגילים להפקיד אצלה, כי שותפין נעשים שומר שכר מאליהם, ואין גילוי דעת שלא ניחא לו בשומר חנם, רק שכך היא שורת הדין ששותפין הם כשומר שכר, וא"כ בכה"ג אין קפידא אם מיעט בשמירתו, ואביי סובר דשפיר יש ראי' משם כי שפיר נתכוונו דוקא להא שנעשים שומר שכר. ועיי"ש שכתב גם עוד דרך.

ועוד י"ל שהדיחוי סובר שרגיל להפקיד אצלו מועיל לפי רבי יוחנן גם היכא שמיעט בשמירתו, ודלא כהפסק של הרמב"ם, אלא הרי זה מועיל גם בשומר שכר לשומר חנם, כי שומר רגיל לשמור יותר מדינו, וא"כ מכיון שהמפקיד רגיל להפקיד אצל השני ולסמוך עליו שישמור, הרי הוא בודאי מסכים שיהי' אצלו בשמירת חנם אפילו היכא שמסר בתחילה לשומר שכר. אבל זה שמביא ראי' מגינאי אינו סובר כן, אלא הרי הוא סובר שרגיל להפקיד אצלו לא מהני לפי רבי יוחנן היכא שמיעט בשמירתו, אלא גם לפי רבי יוחנן יכול לומר בכה"ג אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ומש"ה מכיון שרואים שרב פוטר הרי זה מראה שאינו סובר כרבי יוחנן, אלא הרי הוא סובר שבכלל לא אמרינן סברא זו של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כיון שמסר מיהא לבן

דעת (כי אם שפיר סוברים סברא זו של אין רצוני וכו' הרי היא קיימת גם ברגיל להפקיד אצלו היכא שמיעט בשמירתו). והנה עי' במרדכי בסי' רע"א שהביא תשובה מהמהר"ם מרוטנבורג שרגיל להפקיד אצלו מהני רק לפי רבא שסובר שהטעם לחייב הוא משום את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן, דכיון שרגיל להפקיד אצלו אינו יכול לומר שלא מהימן לי, אבל לפי הטעם של אין רצוני וכו', לא מהני מה שרגיל להפקיד אצלו. מיהו עי' ברש"י שפי' להדיא שרגיל להפקיד אצלו מהני כנגד הטעם של אין רצוני וכו', ודלא כהמהר"ם.

ובחידושי אנשי שם באות ס' הקשה מדברי המהר"ם בתשובה אחרת שהביא המרדכי בסי' רע"ב אשר שם כתב את הדין של רגיל להפקיד אצלו גם לפי אביי, וביאר שבסי' רע"א אזיל לפי הר"ח שהביא המרדכי שם, דהר"ח סובר שהטעם של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחד פירושו הוא דחשיב תחילתו בפשיעה כי שינה מדעת בעל הבית, ולכן ההלכה היא כאביי כיון שאנחנו פוסקים שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וא"כ לפי הר"ח גם היכא שרגיל להפקיד אצלו, אבל כיון שעכשיו לא הפקיד אצלו הרי זה נקרא ששינה מדעת בעל הבית, אבל בסי' רע"ב אזיל המהר"ם לפי שאר המפרשים שאינם סוברים דמיקרי שינה מדעת בעל הבית ושתחילתו היא בפשיעה, ולכן שפיר י"ל שגם אביי מודה ששאני היכא שרגיל להפקיד אצלו.

ועי' עוד בסי' רע"א שם שהקשה המהר"ם על עצמו דא"כ איך דחה רב

ההוא [דבר] עצמו, משמע שפטור אפילו לא הוי ההוא דבר עצמו". מיהו בגמ' איתא מפקדי להו, ועי' בזה בהאות הבאה.

קמז) שאני התם דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו.

בענין אם צריכים שיהי' רגיל להפקיד אצלו אותו חפץ עצמו.

הנה בגמ' איתא "מפקדי להו", והכוונה ב"להו" היא לה"מרייהו", ואולי בדוקא אמרו כן כי צריכים את העובדא שהוא רגיל להפקיד אצלו דוקא אותו חפץ, ולא סגי בזה שרגיל להפקיד אצלו חפץ אחר. מיהו מהדיבור המתחיל ברש"י נראה שיש גירסא דגריס "לה", כלומר אצל הסבתא, ואע"פ שאמר כבר "גבה דההיא סבתא" אבל בכל זאת אמר עוד פעם "לה", דוגמת מאי דאמרינן בכל דוכתי "אמר לי' פלוני לפלוני", דהמלה "לי" היא מיותרת.

והנה הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות ה"ד כתב שהי' דרך הבעלים להפקיד דבר זה עכ"ל. ושוב כתב פעם שני "זה הדבר". והכ"מ שם האריך בזה, ובתחילה ר"ל שלא דוקא כתב הרמב"ם כן, אלא כתב כן בגלל שכן היא לשון הגמ' ("מפקדי להו"), והגמ' נקטה כן בגלל שכן הי' המעשה, דהיינו במרייהו, אבל ה"ה דהוי סגי במפקדי דבר אחר. ושוב דחה הכ"מ שבכל זאת מכיון שהרמב"ם כתב כן פעמיים, קשה לומר שלא דוקא הוא. והסיק שכוונת הרמב"ם היא רק שצריכים שיהי' רגיל להפקיד את אותו ערך, אבל אם הפקדון הוא יותר יקר ממה שתמיד

חסדא דשאני התם בגינאי שהיו רגילים להפקיד אצלה, הלא אזלינן עכשיו לפי טעמו של אביי של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. וכתב המהר"ם לתרץ שאה"נ, רב חסדא נתכוין לומר רק שלפי הטעם של את מהימנת לי וכו' אין ראי' מגינאי, כי יכול להיות שרב פטר שם משום שהיו רגילים להפקיד אצלה.

ועכ"פ לפי המהר"ם י"ל בפשיטות למה אביי אינו סובר את הדיחוי של רב חסדא, אלא סובר ששפיר יש ראי' מגינאי, והיינו משום שלפי טעמו של אין רצוני וכו' לא שייך לדחות ששאני התם שהיו רגילים להפקיד אצלה.

וע"ע בחי' אנשי שם הנ"ל שהביא שגם המהרי"ק דן להתאים יחד את שתי התשובות של המהר"ם אבל בדרך אחרת, והיינו שדעת המהר"ם היא שלפי רבא מהני אפילו אם רגיל להפקיד אצלו חפץ אחר כיון שהאדם ההוא נאמן עליו בשבועה, אבל בדעת אביי סובר המהר"ם שאומרים אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אע"פ שהוא רגיל להפקיד אצלו חפץ אחר כי אכתי יכול לומר שעל חפץ זה שפיר יש לו קפידא, ועל זה קאי דבריו בסי' רע"א, אבל בסי' רע"ב איירי שרגיל להפקיד אצלו אותו חפץ עצמו, וזה מהני גם לפי אביי. והקשה עליו החידושי אנשי שם דא"כ מה מקשה המהר"ם בסי' רע"א על עצמו מגינאי הלא התם שפיר מהני רגיל להפקיד אצלו גם לפי אביי כיון דאיירי באותו חפץ עצמו.

ותי' שמהגמ' משמע שמהני גם אם רגיל להפקיד דברים אחרים שהרי הגמ' "סתמא אמרה דבכל יומא מפקדה, ולא אמרה

רגיל להפקיד אצלו אז הרי הוא פטור רק כפי ערכו של הדבר שרגיל להפקיד אצלו (כן י"ל בכוונת הכ"מ, אלא שיש להעיר דהא היכא שמסר להשני ערך יותר גדול א"כ כיון שפשע על הערך הנוסף הרי הדין נותן שיהי' חייב גם על הערך הבסיסי אע"פ שלענין זה חשיב אונס כי הוי תבו"ב, אם לא שנאמר שלא אמרינן תבו"ב חייב מערך לערך כמו שיש סוברים בנוגע למחפץ לחפץ, עי' בזה להלן באות קע"ב (קטע "גם יש לתלות").

ועי' בסמ"ע בסי' רצ"א סקמ"ז שכתב בדברי הכ"מ, והוסיף שי"ל שכוונת הרמב"ם היא לדבר "כזה", כלומר אותו ערך.

וע"ע בזה בהאות הקודמת בקטע "והנה עי' במרדכי" ולהלן שם.

קמח) בענין רגיל להפקיד אצלו: כמה פעמים צריכים, וכן היכא שעשה כן מחמת הדחק.

הנה מצד אחד חזינן שאמרו שהיו מפקידים אצלה כל יומא, ואולי הזכירו דבר זה כי צריכים באמת שיהי' רגיל להפקיד אצלו כל יומא ולא סגי בפעם אחת או אפילו כמה פעמים. מיהו מצד שני אולי אמרו רק איך הי' המעשה אבל לעולם סגי גם בפעם אחת לחוד.

והנה הרמב"ם כתב שדרך להפקיד "תמיד", והביא הכ"מ שהבין מזה המהר"י וי"ל שלא סגי במפקיד לפרקים. וז"ל כמו שהובא בכ"מ, אם לאה האמינה לו חדא זימנא או תרי זימני, לפעמים האמינה לו

מחמת דוחק, וכיון דלא אשכחן שהורגלה תדיר, מציא לאה למטען אין רצוני וכו' עכ"ל, ומבואר שם דס"ל דלא סגי בפעם או פעמים, כי יכול לטעון שמחמת דוחק עשה כן, ולכן צריכים 'תמיד', כי אי אפשר לומר שתמיד הי' מצב של דוחק.

והנה מהשגתו של הכ"מ חזינן שאינו סובר את פירושו הנ"ל בדברי המהר"י וי"ל שמה שפעם או פעמיים לא מהני הרי זה כי יכול לטעון שהי' מחמת דוחק, דהנה הכ"מ השיג על המהר"י וי"ל ממה שכתב הרמב"ם שטעם הדבר הוא משום שהוא אומר לו אמש הפקדתם אצלו אתם בעצמכם, דמשמע דסגי בפעם אחת, ואילו לפי ההבנה הנ"ל שכתבנו בדברי המהר"י וי"ל מה קשה הלא י"ל דאיירי כשאנו יודעים שלא הי' מתוך הדוחק, וא"כ מוכח שהבין שכוונת המהר"י וי"ל היא שלא סגי בפעם או פעמים אפילו אם לא הי' מתוך הדוחק. וכן לא סגי בהרבה פעמים אם היו מחמת דוחק. וצ"ע דמלשונו של המהר"י וי"ל לא משמע כן.

ושוב השיג הכ"מ על המהר"י וי"ל דאם רוצים לדייק מלשון הרמב"ם שכתב "תמיד" א"כ ניבעי כל יום ממש, וגם המהר"י וי"ל מודה שאין צריכים כן. ועוד הקשה דכיון דלא סגי בלפעמים, וגם אין צריכים תמיד ממש, א"כ מה יהי' השיעור. ושוב הסיק הכ"מ שכוונת הרמב"ם במה שכתב "תמיד" היא רק דאיירי שאין לתלות בסיבה אחרת למה הפקיד אצלו וכגון שעת חירום, אלא מצד המצב יש לתלות שה"ה שהי' מפקיד אצלו תמיד.

ועוד כתב שבא להורות שלא נשתנה מצבו של השני מאז שהמפקיד הפקיד

אצלו, דהיינו שלא העני או נעשה חשוד, והכוונה ב"תמיד", היא שמצד המצב של השומר השני הי' ממשיך המפקיד להפקיד אצלו גם עכשיו. ונסתייע להפירוש הזה ממה שכתב הרמב"ם "אמש הפקדתם", דצייר הרמב"ם שלא עבר זמן הרבה מאז עד עכשיו כדי להורות שמצבו של השני לא נשתנה מאז שהפקיד אצלו.

ועי' גם בריטב"א בהחידושים החדשים כאן שכתב שרגיל להפקיד אצלו מהני רק אם לא העני ולא נמצא חשוד בינתיים.

ועי' בסמ"ע בסי' רצ"א סקמ"ו שכתב שכוונת הרמב"ם היא לאפוקי היכא שרוב פעמים הרי הוא מפקיד דבר זה אצל אדם אחר ולא אצל השומר השני, אלא בעינן שרוב פעמים (ואולי סגי במחצה מהפעמים, עיי"ש בלשונו וצ"ע) שהוא מפקיד הרי הוא מפקיד אצל ההוא שומר שני.

קמט) איתיבי רבי אבא בר ממל לרבי אמי וכו'.

עיין בסוגיין דאמרינן איתיבי רבי אבא בר ממל לרבי אמי השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר, ואם איתא לימא לי' אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. והקשה הלחם אבירים דאולי משוכר לשואל שחייב אפילו באונסין לכו"ע מהני עלויי עליי' לשמירתו כזה.

וראיתי מתרצים דממ"נ, לפי הסוברים שעלויי עליי' לשמירתו פירושו מפני שש"ש חייב יותר תשלומין מש"ח א"כ הכא הרי קיימינן בשיטת רבנן שהשואל משלם להשוכר וא"כ ליכא עלויי לגבי

הבעלים. ולפי המפרשים שעלויי עליי' לשמירתו פירושו הוא שישמור יותר כיון שחייב יותר הלא מאונסין בין כך אי אפשר לשמור, וא"כ אין סיבה שישמור יותר משוכר.

מיהו עי' בנתיה"מ בסי' רצ"א סק"ל שכתב ששפיר שייך שמירה מאונסין מסוימים, כגון ליסטים מזויין, דיבנה לה חומה סביב. ברם גם לפ"ז לכאורה לא קשה קושיית הלחם אבירים כי למה חשיב שהעלה בשמירתו יותר מבשומר חנם לשומר שכר, דמ"ש העילוי מפשיעה לגו"א, מהעילוי מגו"א לאונסין.

קנ) ואם איתא לימא לי' אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

עי' במהרי"ק בשורש ו' שהוכיח מקושיית ר"א בר ממל שאמרינן אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אפילו אם השני נאמן יותר, כי אל"כ למה לא מתרצינן שהמשנה איירי באופן שהשואל נאמן יותר.

גם יש לעיין למה לא תירצו דאיירי ברגיל הבעלים להפקיד אצל השואל. ולפי המהר"ם שהביא המרדכי שהבאנו לעיל באות קמ"ו (קטע "והנה עי' במרדכי") אתי שפיר כי הוא סובר שלפי הטעם של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר לא מהני רגיל להפקיד אצלו.

עוד י"ל שלא תירצו דאיירי ברגיל להפקיד אצלו כי משמע שרק השוכר יכול לישבע להבעלים אבל לא השואל כי הוא יכול לומר להשואל שלא מהימן לו, ואילו אם איירי ברגיל להפקיד אצלו אינו יכול

לומר האיך לא מהימן לי וכמו שכתב הרא"ש כאן.

ולפי מה שכתבנו שמשמע שרק השוכר יכול להשבע להבעלים אבל לא השואל, א"כ יוצא מהתירוץ של לדעתך שגם היכא שאמר לו לדעתך הרי הוא יכול לומר שהשואל לא מהימן לי. (כוס ישועות).

ולפי המהרי"ק שסובר דאיירי גם כשהשואל נאמן יותר, יוצא שגם כשהשואל נאמן יותר יכול לומר שהשואל לא מהימן לי.

קנא) נתנו לו הבעלים רשות, אי הכי לבעלים בעי שלומי.

צ"ע למה, הלא הבעלים צריכים גם את הסכמת השוכר כדי להשאיל להשואל וא"כ יחלוקן ביניהם. וי"ל דאיירי בפשטות שהשוכר השאיל לכל ימי שכירותו ומש"ה הרי הוא מסולק לגמרי מהשכירות והחובת שמירה. (רש"ש, ועי' לעיל באות קט"ז).

קנב) לדעתך.

צ"ב מה הוא ההבדל בין "לדעתך" לבין "נתנו לו הבעלים רשות".

וי"ל שהכוונה בנתנו לו הבעלים רשות היא שהשוכר ישמש כשלוחו של הבעלים להשאיל להשואל, ואילו הכוונה בלדעתך היא שהבעלים נותנים להשוכר את השימוש הזה של להשאילו. (כ"כ הגר"ח מטלז).

מיהו מרש"י בד"ה לדעתך לא משמע הכי, כי משמע שהכוונה היא רק שאין הבעלים מקפידים אבל לא שהם מקנים

להשוכר את הזכות להשאילו, וא"כ אכתי קשה לבעלים בעי שלומי.

ובספר מחזה אברהם כתב שהכוונה בנתנו לו הבעלים רשות היא שאחרי שהשואל פנה להשוכר הלך השוכר ושאל את הבעלים והבעלים נתנו רשות וא"כ נמצא שהדבר נגמר ע"י הבעלים, אבל לדעתך איירי שהרשה לו הבעלים בתחילה והדבר נגמר ע"י השוכר.

קנג) ונעל בפניהם שלא כראוי.

עי' ברש"י שגורס "ונעל", וקאי על הקטנים, דהיינו שנעל בפני הקטנים שלא כראוי. וכתב הרשב"א בדף מ"ב ע"א שכן משמע מלשון בפניהם כי לשון "בפניהם" שייך רק בבעל חי ולא במעות.

והקשו התורת חיים והמהר"ם שיף על רש"י למה לא דייקו בנוגע לקטנים גופייהו שטעמא דנעל בפניהם שלא כראוי אבל אם נעל בפניהם כראוי פטור, ואמאי, נימא לי אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. ותיצרו שאם נעל בפני הקטנים כראוי אין זה נקרא שמסר לשומר אחר אלא הוא עצמו שומר את המעות על ידי זה.

והנה הרי"ף והרא"ש על המשנה בדף מ"ב שם גורסים או נעל בפניהם שלא כראוי. ועי' בנ"י, וכן בתוס' הרא"ש שם, שהקשו על גירסת רש"י ממאי דאמרין להלן בדף מ"ב שם "בשלמא כולהו שלא שמר כדרך השומרים אלא צרין והפשילן לאחוריו מאי הו"ל למיעבד" דהא לפי רש"י ליכא אלא חדא ולא "כולהו", ועיין בתוס' הרא"ש מה שתי' על זה.

ועוד הקשה הנ"י דמשמע שאם נעל

כראוי הרי הוא פטור ואמאי הא כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, ותי' דזה הי' דוקא "להנהו דרי ובהנהו אתרי דשכיחי גנבי".

והתוס' הרא"ש בדף מ"ב ע"א כתב שאין להקשות על גירסת רש"י מהא דאמרינן שכספים אין להם שמירה אלא בקרקע כי כיון שהקטן יצעק אם יבוא גנב הרי זה שמירה כמו קרקע כי הגנבים מפחדים. ועוד תי' הרא"ש דאיירי בערב שבת בין השמשות שאין שהות לקבור את המעות בקרקע. והנה את התירוץ השני קבע הרא"ש שם לפי פירושו של הרי"ף, כי לפי הרי"ף לא שייך לתרוץ כתירוץ הראשון שהקטן יצעק כי "נעל בפניהם שלא כראוי" לא איירי בקטנים, ואת התירוץ הראשון קבע שם לפי פירש"י כי לפי פירש"י אין צריכים לדחוק דאיירי רק בערב שבת בין השמשות.

וע"ע במהר"ם שיף שהקשה עוד על גירסת רש"י איך מדייקים הא גדולים פטור, הלא אולי גם אם מסר לגדולים הרי הוא חייב, רק שנקטו קטנים כדי להשמיענו שאע"פ שנעל בפניהם אבל כיון דהוי שלא כראוי לא מהני, ותי' המהר"ם שיף דזה הוא דבר פשוט, ועוד דא"כ ליתני סתם שאם מסר לבניו ונעל שלא כראוי הרי הוא חייב.

קנד) טעמא דקטנים הא גדולים פטור אמאי נימא ליי אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

הנה אביי סובר להלן בע"ב שאפילו למ"ד תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור,

אם פשע ויצאה לאגם ומתה הרי הוא חייב משום דאמרינן הבלא דאגמא קטלה, וכתבו תוס' כאן בד"ה אין רצוני וכו' שלפ"ז גם כאן אמרינן שהאור של בית השומר השני קטלה, וזהו הטעם למה רבי יוחנן מחייב. ומעתה צ"ע דלפ"ז לא קשה ממסרה לגדולים ונגנבה כי בנגנבה לא שייך הסברא הנ"ל, וא"כ לא קשה על רבי יוחנן, ונהי שאם רבי יוחנן סובר שתבו"ב חייב אז שפיר קשה אבל אולי רבי יוחנן סובר שתבו"ב פטור.

מיהו לפי רבא בע"ב י"ל ששפיר קשה על רבי יוחנן כי רבא סובר שבפשע בה ויצאה לאגם ומתה אמרינן שאפילו למ"ד תבו"ב חייב בכל זאת בפשיעה בה ויצאה לאגם ומתה הרי הוא פטור משום דאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ולא ס"ל שתלינן בהבלא דאגמא, וכתב המהרש"א בדבריו על התוס' הנ"ל כאן שלפי דברי רבא צ"ל שאם טעמו של רבי יוחנן בשומר שמסר לשומר חייב הוא משום פשיעת אין רצוני בע"כ אין כוונתו להיכא שמתה כדרכה כי על זה פטור משום מלאך המות מה לי הכא מה לי התם (אפילו לפי המ"ד שסובר שתבו"ב חייב וכהנ"ל), וא"כ בע"כ איירי בשאר אונסין שבלא הפשיעה לא הי' אירע האונס, וסובר רבי יוחנן שתבו"ב חייב, וא"כ שפיר קשה שיתחייב גם בנגנבה אע"פ שלא פשע לענין נגנבה.

ובחידושי חת"ס הקשה שגם לפי הטעם של את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי לכאורה לק"מ על רבי יוחנן כי י"ל דאיירי באופן שהאב יכול לישבע. ובאמת לכאורה בע"כ צ"ל דאיירי

באופן שהאב יכול לישבע, כי אם לא כן פשיטא שאם מסר לקטנים הרי הוא חייב שהרי הקטן אינו יכול לישבע.

מיהו צ"ע למה הוצרך רבא לתרץ על קושיית רמי בר חמא דאשתו ובניו שאני, הלא רבא סובר שטעמו של רבי יוחנן הוא משום את מהימנת לי וכו', והרי בע"כ צ"ל דאירי כשהראשון יכול לישבע וכהנ"ל. וע"י בפי' הר"ח שכתב באמת שרבא תי' אליבא דאביי.

ועכ"פ לכאורה נראה שגם לפי רבא מהני הך כלל של כל המפקיד על דעת אשתו בניו הוא מפקיד, דהיינו שהמפקיד חייב לקבל את השבועה של אשתו ובניו הגדולים של השומר.

קנה) כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

ע"י בב"י בסי' רצ"א, ובש"ך שם בסק"ז, שהביא הש"ך מחלוקת הראשונים בענין אם היכא שרגיל להפקיד אצלו, וכן היכא שמסר לאשתו ובניו, הרי הוא פטור אפילו אם מיעט בשמירתו. והקצה"ח שם בסק"ו הביא שהריטב"א מצדד לומר שהיכא שמסר לאשתו ובניו הרי הוא פטור אפילו אם מיעט בשמירתו, כגון שומר שכר שמסר לאשתו ובניו שהם בגדר שומר חנם. וע"ע בזה באות קמ"ד.

קנו) אמר רבא כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

הקהלות יעקב בסי' ל"ז הקשה דנהי שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא

מפקיד, ואין זה פשיעה, אבל בכל זאת לפי שיטת הרא"ה ששומר שאינו יודע מה קרה הרי הוא חייב כי הוי בגדר איני יודע אם פרעתיך, א"כ הכא השומר הראשון הי' צריך להיות חייב, כי נהי ששבועת השני מהני לפטור את הראשון מחיוב שבועה, אבל אינה מועילה לפוטרו מהחיוב ממון שיש עליו מצד שהוא בגדר איני יודע אם פרעתיך, ונהי שהרא"ה כתב שהיכא שמותר לו למסור להשני הרי זה בגדר איני יודע אם נתחייבתי, אבל הרא"ה כתב דהיינו רק למ"ד משעת פשיעה מתחייב, אבל אם סוברים משעת משיכה משתעבד א"כ גם בכה"ג הרי זה כאומר איני יודע אם פרעתיך.

ותי' הקה"י שהרא"ה יסבור כמו השיטה שבמסר לבנו ובתו הגדולים הרי הוא פטור אפילו אם פשעו הם. והסוברים שהוא חייב יסברו כמו הריטב"א הובא בשט"מ בדף צ"ז ע"ב שגם למ"ד משעת משיכה משתעבד אין זה חיוב גמור, ולא אמר המ"ד שהוא אלא שאם מתחייב לבסוף, נשתעבדו נכסיו למפרע משעת משיכה, אבל לענין ספק הוי כמו איני יודע אם נתחייבתי (ובביאור דעת הריטב"א ע"י בקצה"ח בסי' רצ"א סק"א ובקהלות יעקב שם).

מיהו לא הבנתי את הקושיא, למה נחשב כאיני יודע אם פרעתיך הלא השומר הראשון שפיר פרע ע"י שהמציא מי שנאמן עליו ויכול לישבע כמו אם הוא עצמו הי' נשבע.

קנו) תד"ה רב אמר פטור. וז"ל, דאע"ג דאסור להפקידו ביד אחר

מ"מ בשביל כך אינו חייב לפרוע עכ"ל. הנה הרשב"א בגיטין שם תי' על פי דברי הירושלמי שגיטין שאני משום תנאי גיטין. ולפי הרשב"א יוצא שלפי רב מותר גם לכתחילה למסור לשומר שני.

והנה לפי תוס' יוצא שאע"פ שהי' חייב לשמור לבדו ולא שמר, וא"כ יוצא שלא קיים את חיובו לשמור, אבל בכל זאת הרי הוא פטור, והיינו משום ששומר חייב בתשלומין רק אם לא קיים את חיובו לשמור את טובת החפץ, אבל מה שלא שמר לפי הרצונות של הבעלים היכא שאין נפ"מ בזה לענין החפץ אין זה משהו פושע שחייב בתשלומין.

והנה עי' בקו"ש בקידושין אות צ"ב שהביא את דעת הראב"ד ששומר אינו נפטר ע"י שחזור בו באמצע הזמן שקבעו להשמירה, והקשה הרשב"א למה גרע מפועל שיכול לחזור בו בחצי היום, ותי' הקו"ש שגם הראב"ד מודה שהשומר רשאי לחזור בו ושאינו חייב להמשיך לשמור, רק שבכל זאת הרי הוא חייב לשלם אם קורה הפסד להחפץ, כי החיוב תשלומין אינו תוצאה מחיובו לשמור, ואינו בגלל העובדא שלא קיים את חיובו לשמור, אלא הרי הוא חיוב עצמי בפני עצמו, ומש"ה הרי הוא נשאר מחויב ועומד בחיוב זה אפילו אם אין לו חיוב לשמור, ואילו הרשב"א שמקשה על הראב"ד הרי הוא סובר שהחיוב תשלומין הוא תוצאה מזה שלא קיים את חיובו לשמור, ומש"ה הקשה שמכיון שהוא פטור מלהמשיך לשמור הה"נ שהוא פטור מתשלומין.

והנה ציורו הנ"ל של הראב"ד של שומר שחזר בו באמצע היום הוא ציור שהשומר

פטור מלשמור ודנינן אם שייך שיהי' חייב בתשלומין, ואילו לפי תוס' כאן הציור של שומר שמסר לשומר הוא ציור הפכי, דהיינו שלא קיים את חיובו לשמור, כי אסור לו למסור לשומר אחר, ואנו דנים אם שייך לומר שהוא בכל זאת פטור מתשלומין, ולכאורה גם כאן הרי זה תלוי בהתלי' הנ"ל, והיינו שאם החיוב תשלומין הוא חיוב נפרד א"כ יתכן שאע"פ שלא קיים את חיובו לשמור אבל בכל זאת הרי הוא פטור (כיון שאין נפ"מ בזה לשלום החפץ) אבל אם החיוב תשלומין הוא תוצאה מזה שלא קיים את חיובו לשמור א"כ גם כאן הרי לא קיים את חיובו לשמור.

מיהו באמת אין זה מוכרח כי אפילו אם החיוב תשלומין הוא תוצאה מזה שלא קיים את חיובו לשמור, אבל אכתי יתכן דהוי תוצאה מחיובו לשמור את השמירה שהיא לטובת הפקדון, אבל לא משום חיובו לשמור כהדרך שהבעלים רוצים היכא שאין נ"מ בזה לטובת החפץ.

קנח) תד"ה אין רצוני.

וז"ל, אין לפרש דטעמא דחייב לרבי יוחנן אליבא דאביי משום דשינה מדעת המפקיד ולכן יתחייב בכל אונסין אפילו באונסין שהיו ראויין לבוא ברשות שומר ראשון וכו' עכ"ל. הנה להלן בדף ע"ח ע"א - ע"ב אמרינן שרבי מאיר סובר שכל המעביר ומשנה מדעת בעל הבית נקרא גזלן, ורבי יהודה חולק, וא"כ לכאורה הפירוש הנ"ל שרצו לומר כאן מיוסד הוא על שיטת רבי מאיר, ואילו מה שדחו שאין הדבר כן הרי זה מיוסד על שיטת רבי

יהודה. מיהו לפ"ז צ"ע איך לא הזכירו תוס' את שיטות רבי מאיר ורבי יהודה. וצ"ל דלא כהנ"ל אלא שנתכוונו לפרש את פירושם הנ"ל אפילו לפי רבי יהודה, דגם לפי רבי יהודה י"ל שהכא מיקרי גזלן כי הכא גרע בגלל שמסרו לאדם אחר והוציאו מרשותו, משא"כ התם בהציוור של רבי מאיר ורבי יהודה, ואילו בדחייתם הרי הם סוברים לאידך גיסא, והיינו שאפילו לפי רבי מאיר אינו נחשב הכא גזלן, כי שאני התם שעשה דבר מסוים בגוף החפץ אבל הכא לא שינה כלום בגוף החפץ, וממילא מכיון שגם הס"ד וגם המסקנא אתי שפיר לכו"ע, דהיינו בין לפי רבי מאיר ובין לפי רבי יהודה, לכן לא הזכירו אותם*).

מיהו ע"י ברי"ף שכתב שלפי רבא שאומר שטעמו של רבי יוחנן הוא משום את מהימנת לי וכו' א"כ היכא שהראשון יכול לישבע, או שאינו צריך לישבע, הרי הראשון פטור, ואי משום שהעביר מדעת בעל הבית ולפי רבי מאיר הוי גזלן, הלא חזינן שלא קי"ל כר"מ, כי חזינן שלפי אב"י צריכים להעמיד את המשנה ב"לדעתך", אבל לפי רבא אין צורך להעמיד כן כי מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, וא"כ חזינן שאין ההלכה כרבי מאיר עכ"ד. הרי שלפי רבי מאיר שפיר צריך להיות נחשב גזלן ודלא כמו שכתבנו בדעת תוס'.

* והנה דחייתם של תוס' היא שמוכח שהכא אינו נחשב גזלן כי חזינן להלן בע"ב מדברי אב"י שם שגם בשומר שמסר לשומר שייך לומר שמלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ואילו גזלן חייב בכה"ג. מיהו אי משום הא הי' אפשר

וע"י ברמב"ן בע"ב בד"ה הא דאמרינן וכו' וברשב"א בע"א כאן בד"ה הא דאמר רב (השני) שסוברים שהכוונה באין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר היא באמת משום משנה מדעת בעל הבית ואפילו לפי רבי יהודה כיון שמסרו לאחר, וע"י במש"כ הרמב"ן שם, וכן הרשב"א בע"ב בד"ה אמר לי' אב"י וכו', בענין מה שהקשה אב"י דנימא בשומר שמסר לשומר מלאך המות מה לי הכא מה לי התם.

קנט) בא"ד.

וז"ל, דחשיב כאילו פירש וכו' עכ"ל. אבל לא כתבו משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כי הכא מצד הדין לחוד לא מיקרי שפשע בגוף השמירה שהרי מסרה לבן דעת ולכן כתבו דהוי כאילו פירש שיחשב פשיעה, כ"כ הפ"י.

והנה לפי מה שכתבו דחשיב שבא האונס מחמת הפשיעה כי הבלא דההוא ביתא קטלא, לכאורה יוצא שדברי רבי יוחנן מתוקמי רק לפי אב"י שסובר בע"ב הבלא דאגמא קטלא אבל לא לפי רבא שסובר שאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, והקשה המהרש"א שלפ"ז בע"ב הי' לו לאב"י להקשות לרבא מרבי יוחנן גופי' ולא מהא דלא אהדר לי' רבי אמי לרבי אבא בר ממל. ועוד הקשה דמקושיית אב"י על רבא שם

לומר שרבי יוחנן אזיל כרבי מאיר, אבל אב"י בע"ב שם מקשה שהי' לו לרבי חייא בר אבא לתרץ שהמשנה של מסרן וכו' סוברת כרבי יהודה שאינו נחשב גזלן, ומש"ה פטור על מתה כדרכה משום שמלאך המות מה לי הכא מה לי התם.

מבואר לכאורה שאב"י סבר שגם רבא סובר כטעמא דאין רצוני, והרי איך אפשר לומר כן הלא הטעם של אין רצוני וכו' מיוסד הוא על שלא אמרינן מלאך המות וכו'. ותי' המהרש"א שתוס' נקטו הבלא דההוא ביתא לדוגמא, אבל באמת יש ציורים אחרים של אונס בסוף שגם רבא מודה באותם ציורים שבלי מה שמסר להשומר השני לא הי' אירע האונס, וא"כ גם לפי רבא מתוקמי גוף דברי רבי יוחנן, בנוגע להאונסין ההם, וכן גם לפי מה שסבר אב"י שגם רבא סובר כטעמא דאין רצוני וכו' אין זה סותר את מה שהוא סובר מלאך המות וכו', רק שאב"י הקשה על רבא מהא דחזינן שרבא אבא בר ממל הבין שרבי יוחנן סובר חייב גם במתה בבית השומר השני, דזה קשה על רבא שסובר מלאך המות וכו'.

קס) בא"ד (בענין הבלא דאגמא קטלא).

א. הנה רש"י להלן בע"ב פי' שהכוונה במאי דאמרינן הבלא דאגמא קטלא היא דנקטינן שאם לא הי' מוליכה להאגם לא היתה מתה וחשיב פשיעה לענין הבלא כי הו"ל לי' לאסוקי אדעתא שמא תמות בהבלא דאגמא. וכתב המהרש"א כאן שתוס' כאן לא ניחא להו בפירושו של רש"י כי מהגמ' משמע שאב"י מחייב רק משום שפשע בה לענין דברים אחרים, כלומר שלא נעל בפני' כראוי, שדבר זה הוא פשיעה לענין סתם אבדון, ולבסוף לא נאבדה אלא יצאה לאגם ומתה שם כדרכה,

אבל אם לא הי' פושע בה בתחילה אלא הי' מוליכה הוא עצמו להאגם אז גם אב"י הי' פוטר, ואילו לפי פירושו של רש"י גם כשהוא עצמו הוליכה הדין נותן שיהי' חייב, כי בזה גופא שהוליכה להאגם פשע בה כי הו"ל לאסוקי אדעתא שמא תמות שם מהבלא דאגמא. ולכן כתבו תוס' כאן שבאמת מה שלא נעל בפני' כראוי לא חשיב פשיעה לענין יציאה לאגם, וכן אם הוא עצמו הוליכה שם ומתה כדרכה הרי זה נקרא שמתה באונס ולא הי' לו לאסוקי אדעתא שתמות מהבלא דאגמא, רק שהוא חייב בגלל שפשע בתחילה לענין אבדון, ואלמלא כן לא היתה יוצאת לאגמא ומתה, ואפילו מאן דפוטר בתחילתו בפשיעה וסופו באונס הרי הוא מחייב כאן, כי הוא פוטר רק היכא שהאונס שקרה לבסוף הי' דבר הנוולד, כגון בצריפא דאורבני שבאו גנבים, אבל הכא איגלאי שההבלא היתה שם בתחילה, כי איירי שנחלתה הבהמה מיד כשהגיעה לשם. מיהו צ"ב למה דבר זה משנה לענין אם אמרינן תבו"ב או לא.

ב. ועכ"פ צ"ע על מה שכתב רש"י בע"ב ש"איכא למימר" ו"שמא" מתה בהבלא דאגמא, דאיך אפשר להוציא מהשומר מספק, דהא אם מתה מטעם אחר א"כ הוי סוג אונס שלא מהני תחילתו בפשיעה לחייב על זה כי מה לי הכא מה לי התם. ועי' בדף צ"ג ע"ב בתד"ה סיגפה ומתה אינו אונס שכתבו וז"ל, תימה שפשיטא דפשיעה גמורה היא וי"ל דקמ"ל דאפילו יש תלות ולומר שמתה גם בשביל דבר אחר אפ"ה חייב דלא הי' לו לספגה עכ"ל. וגם על דבריהם שם צ"ע כהנ"ל דאיך

אפשר להוציא מהשומר מספק, אולי קרה האונס האחר.

ויש להסביר על פי דברי הר"ן בכ"ב דף ב' ע"ב שכתב שתמיד תלינן בהסתמיות גם לענין להוציא ממון, ואין תולין באפשרויות אחרות, ואיירי שם לענין כותל שבין שני חצרות שנפל, למי הוא שייך, ותולים שם שהכותל שייך לשניהם, כי רואים שחלקן את החצר, ולאחר שחלקו הרי שניהם חייבים לבנות את הכותל, ומש"ה אין אחד מהם יכול לטעון שהשני הסכים לחלוק רק על מנת שהוא (הראשון) יבנה את כל הכותל ושכל הכותל שייך לו (להראשון) כי זהו נגד הסתמיות הנראה לעינינו, ולכן נותנים חצי כותל גם להשני אפילו אם נפל לרשותו של הראשון והראשון הוא המוחזק כי אזלינן בטר הסתמיות אפילו לענין להוציא מן המוחזק וכהנ"ל, וא"כ הוא הדין גם כאן הרי אנו תולין בהפשיעה של הבלא דאגמא קטלא ואין תולין שקרו דברים אחרים שאינם נראים לעינים כי הסתמיות היא שמתה כתוצאה מהפשיעה כיון שיש לפנינו סיבת הפשיעה. ובאמת הכא עדיף משם כי הכא יש מעשה מסוים הנראה לעינים אשר יש לתלות בו משא"כ התם רק תלינן ששניהם הסכימו לחלוק כי זה הסתמיות.

דף ל"ו ע"ב

קסא) תד"ה דא"כ ליתני קטנים סתמא.

וזה"ל, וא"ת תיקשי לרב עכ"ל. עי' ברעק"א בדו"ח באות כ"ו שכתב לתרץ על

קושיית תוס' שי"ל שגם רב מודה לעיקר הסברא שיכול לומר את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי והו"ל מחויב שבועה שאינו יכול לישבע, רק שרב אתי לשיטתו במס' שבועות דס"ל שמתוך שאינו יכול לישבע פטור, וא"כ רב יכול לומר שהמשנה אתיא כהתנא שסובר שמתוך שאינו יכול לישבע שפיר משלם, ולכן דוקא אם מסר השומר לבניו הגדולים הרי הוא פטור אבל אם מסר לאחרים הרי הוא חייב.

והנה נהי שרעק"א תי' לפי רב למה תני בניו אע"פ שרב סובר פטור גם אם מסרן לגדולים אחרים, ותי' שרב מודה שהמשנה סוברת שחייב, אבל אכתי צ"ע על רמי בר חמא שהקשה על רבי יוחנן מהמשנה, דאיהו סבר שכוונת המשנה היא שגם אם מסר לגדולים שאינם בניו הרי הוא פטור, שהרי רמי בר חמא אינו מדייק "מכלל דלאחרים לא שנא גדולים ולא שנא קטנים חייב דא"כ ליתני קטנים סתמא", וא"כ לדידי צ"ע למה נקט התנא בניו, והרי רעק"א לא אזיל עם תירוצי תוס'.

וי"ל שרמי בר חמא סובר שתני רק בניו כי רמי בר חמא סובר שהטעם למה רבי יוחנן מחייב הרי זה משום הסברא של את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי, וא"כ י"ל שהברייתא סוברת שאם מסר לגדולים אחרים הרי הוא פטור גם לפי הטעם של את מהימנת לי והיינו משום שהשומר השני פוטרו משבועה משום הדין שעד המסייע פטור משבועה וכקושיית הרא"ש בריש מכילתין על רבי יוחנן, אבל בנו גדול אינו פוטרו משבועה כי הוא קרוב שפסול לעדות, אלא הטעם למה הוא פטור

אם מסר לבנו גדול הרי זה כי בכלל לית לן הטעם של את מהימנת לי וכו', ומש"ה נקט התנא בניו כדי להשמיענו שאינו סובר בכלל את הטעם של את מהימנת לי.

קסב) את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי.

בח"י רבי מאיר שמחה בתחילת דבריו על הסוגיא כאן כתב שהאיך לא מהימן לי לא קאי רק על השבועה לחוד, אלא יכול לומר שהאיך לא מהימן לי כלל למיחת עמו לדינא ואפילו אם לא יצטרך שבועה. וכתב כן בביאור דברי הנ"י שבש"ש שמסר לש"ש וטוען השני שנגנב הרי הראשון אכתי חייב להמפקיד, והמפקיד יכול לתבוע את הראשון, והיינו כהנ"ל שהמפקיד אינו חייב למיחת לדינא עם השני.

קסג) את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי.

ע"י בריטב"א שהקשה שהכא רק רבא בדעת רבי יוחנן סובר הך טעם, ואילו לעיל בדף ג' ע"א מבואר שכו"ע ס"ל כן.

קסד) את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי.

טעמים למה זה גורם שהשומר הראשון חייב לשלם.

הנה יש לעיין למה עכשיו שאין הראשון יכול לישבע ואין הבעלים חייבים לקבל את שבועתו של השני הרי הראשון חייב לשלם.

א. הטעם של מתוך שאינו יכול לישבע משלם.

הנה הראשונים הביאו בשם השאלתות שהטעם הוא משום שמתוך שאינו יכול לישבע משלם.

וע"י עוד ברא"ש בפרק השואל סי' ד' שכתב שאם שואל רגיל אינו יודע אם מתה מחמת מלאכה או לא הרי הוא חייב. והבית יוסף בסי' רצ"א הקשה למה חייב. והש"ך שם בסק"ז כתב משום שהוא מחויב שבועה ואינו יכול לישבע דינו הוא לשלם. וכ"כ התרומת הדשן בסי' של"ג.

וע"י בשער משפט בסי' רצ"א סקכ"ו שביאר שאע"פ שתוס' בב"ק דף מ"ו ע"א סוברים שאומרים מתוך שאינו יכול לישבע משלם רק היכא דהו"ל למידע, אבל הרי גם הכא השומר הראשון הוא שגורם לעצמו שאינו יכול לישבע ומש"ה הרי זה כמו היכא דהו"ל למידע. מיהו לפי הראב"ד בפ"ה מהל' שאלה ופקדון ה"ו (הובא בקצה"ח בסי' ס"ט סק"ז) שסובר דהיכא דהו"ל למידע הרי הוא נראה כמערים וזהו הטעם למה הוא חייב לשלם, א"כ אכתי צריכים טעם למה הראשון חייב לשלם שהרי בנידון דידן אינו נראה כמערים, וא"כ הדין נותן שאע"פ שאינו יכול לישבע הרי הוא פטור.

ועוד יש להקשות על הטעם של מתוך שאיל"מ, דהא שיטת הרמב"ם בריש פ"ד מהל' שאלה היא שעיקר שבועת שומרים היא שאינה ברשותו, ואילו שלא פשעתי ולא שלחתי בה יד הרי הן בגדר גלגולים, והרי י"א שבגלגול שבועה לא אמרינן מתוך שאיל"מ (ע"י בזה בסי' צ"ד סעיף ט'), וא"כ הכא הרי הראשון יכול שפיר

לישבע שאינה ברשותו וא"כ מה לי בזה שאינו יכול לישבע את האחרים. מיהו אם הראשון צריך לישבע גם שאינו ברשותו של השני אתי שפיר.

ועי' גם בקצה"ח בסי' ש"מ סק"ד שהעיר שכיון שעיקר השבועה של שומרים היא שבועה שאינו ברשותו, אבל השבועות של שלא פשעתי בו ושלא שלחתי בו יד הרי הן גלגולים, א"כ היכא שהוא יכול לישבע שאינו ברשות השני, וכגון שידוע לו שמתה, א"כ יוצא שאע"פ שאינו יודע אם מתה בפשיעה או באונס, וממילא אינו יכול לישבע את הגלגול של שלא פשע בה, הרי הוא פטור, משום שעל גלגול שבועה לא אמרינן שמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וכתב שמאי דאיתא בגמ' "איהו לא מהימן" אין הכוונה לומר שהוא חייב רק משום שהוא בגדר מחויב שבועה שאינו יכול לישבע ומשלם, וכהנ"ל שלפעמים לא שייך טעם זה, אלא יש גם אחר, ולהלן נביא את דבריו.

ובאמת יש אומרים שבשומרים לא אמרינן בכלל שמתוך שאינו יכול לישבע משלם, וראיתי בחלקת יואב במהדורא תניינא סי' ט"ו שסיכם את המקורות בענין זה, וז"ל שם, עוד צריך להבין סברת רבא בטעמא דאת מהימנת, מאיזה טעם הוא חייב וכו', ואי מטעם מתוך שאינו יכול לישבע משלם [אף שכן כתב הבה"ג] (וכבר הבאנו כן אנחנו מהשאלתות), הלא המעיין בחו"מ סי' ש"ג סעיף י' מבואר דבשבועת השומרים לא אמרינן מתוך, רק במקום שהשומר אינו נפטר רק באונסין אז מחייבין ל' מטעם דאונס לא שכיח כל זמן שלא נתברר שהי' אונס, ולכך לא

טענינן נאנסה אף ליתמי (ב"ב דף ע' ד"ה מ"ד וכו'), אבל במקום שהשומר פטור אף בגניבה ואבידה לא אמרינן מתוך, וכן מוכח ברמ"א סימן רצ"ב סעיף י' גבי שלך נאבד דלא אמרינן מתוך בשבועת השומרינן, ואף שהש"ך סק"ה כתב דאמרינן מתוך, אבל בכמה מקומות הסכים דלא אמרינן מתוך, והטעם נ"ל כיון דמבואר בש"ס בסוגיא שם (דף ל"ה ע"ב) דשבועת השומרינן הוא רק כדי להפיס דעת בעלים, אבל לא מצד הסברא כיון שהבעלים טוענים שמא, על כן לא אמרינן בשבועה זו מתוך, ועיי' קצוה"ח סימן ש"מ סק"ד כתב עוד טעם דלא שייך מתוך בשבועת השומרינן מטעם דאיני יודע לאו כפירה הוא עיי"ש, ועוד דלא מצינו בשומר שמסר לשומר דאם מת שומר הא' יהיו היורשין פטורין דלא אמרינן בהו מתוך עכ"ל.

ב. הטעם דהוי כאומר שאינו רוצה לישבע.

ויש אומרים בכיבוד את מהימנת לי האיק לא מהימן לי, דכיון שעשה כאן מעשה שגורם שאינו יכול לישבע הרי זה כאינו רוצה לישבע ולא כאינו יכול לישבע (קה"י סי' ל"ג). מיהו באמת יש לעיין בזה, כי הא ודאי שאם הוא חייב שבועה ואומר שאינו רוצה לישבע הרי הוא צריך לשלם, אבל התם הרי זה כי נראה בעליל שהוא באמת משקר בטענתו ולכן אינו רוצה לישבע, אבל הכא, אפילו אם הוא אשם בזה שאינו יכול לישבע, והוא זה שגרם לזה, אבל אין כאן האופי הנ"ל שהוא נראה בגלל כן כמשקר בטענתו.

(ובאמת יש לעיין מה הוא טעם הדבר למה היכא שמסרב לישבע הרי הוא צריך לשלם, דמצד אחד י"ל דהיינו משום שהחייב היסודי שלו הוא לשלם, רק שהתורה נתנה לו הזדמנות להפטר ע"י שבועה, ומש"ה אם אינו רוצה לישבע הרי הוא נשאר חייב, ומעתה לפ"ז כל היכא שאינו נשבע הרי הוא נשאר עם החייב היסודי לשלם ואפילו היכא שאינו יכול לישבע לאונסו הדין נותן שישלם, והרי כתבו תוס' דבעינן הו"ל למידע, וא"כ צ"ל לפי תוס' שתחילת הדין היא חיוב שבועה, רק שאם אינו נשבע הרי זה גופא מחייבתו לשלם, ומעתה יתכן שהרי זה רק היכא שהוא מסרב בפועל לישבע בזמן שהוא יכול לישבע, כי בכה"ג הרי הוא נראה כמשקר בטענתו, אבל היכא שאינו נראה כמשקר הדין נותן שיהי' פטור.)

ג. הטעם שהשבועה היא כעין חיוב תשלומין ודאית.

גם יש להסביר שהשומר מתחייב כי השבועה אינה רק בגדר בירור לב"ד, אלא הרי היא גם בגדר חיוב תשלומין מסוים להמפקיד, דהשומר חייב או לשלם להמפקיד בשביל החפץ או לתת לו שבועה, ובפרק שנים אוחזין באות מ"ט סק"ב ובעוד מקומות הבאנו שהגרש"ש הוכיח כן מהרשב"א על כל חיוב שבועה, אבל כתבנו שאפילו אם שבועת עד אחד ושבועת מודה במקצת הרי הן בגדר בירורים לב"ד, אבל בשבועת השומרים אכתי י"ל שהיא כעין תשלומין להמפקיד, ומעתה בשבועת השומרים הדין נותן שאם אינו יכול לישבע הרי הוא צריך לשלם.

ד. הטעם דהוי כאומר איני יודע אם פרעתין.

ועי' בש"ך בסי' רצ"א סקמ"ד שכתב שהטעם למה הוא משלם הרי זה כי הוי בגדר איני יודע אם פרעתין, ואפילו למ"ד ששומר משעת פשיעה או אונסין מתחייב בתשלומין הרי זה ג"כ נחשב איני יודע אם פרעתין, והיינו משום שאינו דומה למלוה, כי מלוה להוצאה ניתנה, אבל הכא בשמירה הרי יש עליו חיוב השבה כשהחפץ הוא בעין, ולכן גם היכא שהלך לאיבוד הרי זה נקרא בגדר איני יודע אם פרעתין, כלומר איני יודע אם ירד ממני החייב תשלומין שהוא במקום החיוב השבה.

ועי' בקצה"ח בסי' ש"מ סק"ד שהשיג על הש"ך, ונביא את כל הענין כסידרו: הנ"י בב"ק דף ל"ט ע"א בדפי הרי"ף, כתב בשם הרא"ה שאם שאל פרה ברשות למוסרה לשלוחו, ומסר אותה לשלוחו, ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה או לא, הרי הוא פטור משום שהוא בגדר איני יודע אם נתחייבתי, אבל אם מסר לאחר שלא ברשות הרי הוא בגדר איני יודע אם פרעתין.

והב"י בסי' רצ"א סעיף כ"ה כתב בשם תלמידי הרשב"א שהרמב"ן סובר שאם הי' להשואל רשות למוסרו לאחר ואינו יודע מה קרה הרי הוא חייב, ואילו רבינו (הרשב"א) סובר דהוי בגדר איני יודע אם נתחייבתי (וכהרא"ה).

והש"ך שם בסקמ"ד הקשה על "רבינו" שאפילו אם סוברים שמשעת פשיעה משתעבד בכל זאת הרי הוא בגדר איני יודע אם פרעתין כי הרי יש עליו חיוב השבה כשהחפץ הוא בעין, ולכן גם היכא

שהלך לאיבוד הרי זה נקרא בגדר איני יודע אם פרעתין, כלומר איני יודע אם יצאתי ידי החיוב תשלומין שהוא במקום החיוב השבה. והוכיח כן הש"ך מהא דאמרינן ששומר שמסר לשומר חייב כי הבעלים אומרים להשומר הראשון את מהימנת לי בשבועה איהו לא מהימן, הרי שאם השומר הראשון אינו יודע מה קרה ואינו יוכל לישבע הרי הוא חייב.

והקצה"ח בסי' ש"מ סק"ד הביא את דברי היש"ש בפרק הגוזל בתרא סי' ג' שסובר כשיטת הש"ך, אבל הקצה"ח עצמו כתב איפכא, והיינו שאפילו אם סוברים משעת משיכה משתעבד אבל בכל זאת הרי הוא בגדר איני יודע אם נתחייבתי וכהריטב"א שכתב שהכוונה במשעת משיכה משתעבד היא שמשעת אונסין הרי הוא משתעבד למפרע משעת המשיכה.

ועוד כתב הקצה"ח שאין חיוב השבה בשומר ומש"ה אי אפשר לומר כהש"ך.

ועיי"ש בקצה"ח שהוסיף שהיכא שהיתה לו רשות למסור לשומר שני ואינו יודע מה קרה אצל השומר השני הרי הוא בגדר איני יודע אם נתחייבתי וכדבריו הנ"ל, אבל היכא שלא היתה לו רשות, אע"פ שלהלכה "אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר" אינו סיבה לחייבו בתשלומין אם נאנס, אלא מהני רק לאסור לכתחילה למוסרו לאחר וכמו שביארו תוס' לעיל בע"א, אבל אם אח"כ קרה דבר שחייב עליו, אמרינן שהוא משתעבד למפרע משעה שמסר להשני, ומש"ה אם הוא אומר איני יודע הרי הוא בגדר איני יודע אם פרעתין, רק שאם בסוף קרה אונס או דבר אחר שהוא פטור עליו הרי זה נחשב

כהשבה כיון שהיתה רק פשיעה קצת, וכתב הקצה"ח שכן הוא תמיד לפי הסוברים ששומר משעת משיכה משתעבד, דאם אח"כ קרה אונס הרי זה כהשבה, ולכן הכא בשומר שמסר לשומר שאינו יודע מה קרה עם החפץ הרי זה כאיני יודע אם פרעתין וחייב, ואע"פ שי"א שכשהתובע הוא שמא הרי הנתבע פטור אפילו אם הוא אומר איני יודע אם פרעתין, אבל הרי זה רק בהלואה כי התובע הו"ל למידע עכ"ד.

(והנה לכאורה יש לתמוה על עיקר שיטת הרא"ה, דהא לפי שיטתו יוכל כל שומר לפטור את עצמו, כי למה לו לטעון נאנסה ולישבע שנאנסה, הלא מספיק בזה שיטעון שמתה ולישבע שאינה ברשותו דאז אפילו הוא טוען שאיני יודע אם נאנסה אם לא הרי הוא פטור.)

וע"ע במה שכתבתי בספרי על ב"ק בחלק א' אות קע"ו* סק"ב ואות תש"ד, ובחלק ב' אות של"א, בענין אם יש חיוב השבה בשומרים.

וע"ע להלן כאן באות קס"ה בענין דברי הרא"ה ורבינו.

ה. הטעם דהוי כאילו המפקיד התנה עמו שיהי' חייב בכה"ג.

והחלקת יואב בהסי' הנ"ל פי' שהראשון חייב כי הו"ל כאילו המפקיד התנה עמו שיחשב פשיעה וכמש"כ תוס' לפי אביי בביאור אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, רק שלפי אביי הרי זה כאילו התנה שכל מסירה תיחשב לפשיעה, ואילו לפי הלשון השני נכלל בהתנאי שאם יתברר שהשומר השני שמר כראוי רק שנאנס, אז הראשון יהי' פטור.

ו. בענין היכא שמסר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו.

ע"י לעיל באות קמ"ו שהבאנו דעה שרגיל להפקיד אצלו מהני רק לפי הטעם את מהימנת לי וכו' אבל לא לפי הטעם של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

קסה) עוד בענין דברי הרא"ה ותלמידי הרשב"א באיני יודע אם נתחייבתי או פרעתיך.

הנה לעיל באות קס"ד סק"ד הבאנו את דברי הראשונים בענין אם שומר שאינו יודע מה קרה חשיב כאיני יודע אם נתחייבתי או כאיני יודע אם פרעתיך. דהנ"י בב"ק בדף ל"ט ע"א בדפי הרי"ף כתב בשם הרא"ה שאם שאל פרה כדי למוסרו לשלוחו ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה או לא, הרי הוא פטור משום שהוא בגדר איני יודע אם נתחייבתי, אבל אם מסר לאחר שלא ברשות הרי הוא בגדר איני יודע אם פרעתיך.

והב"י בסי' רצ"א סעיף כ"ה כתב בשם תלמידי הרשב"א שהרמב"ן סובר שאם הי' להשואל רשות למוסרו לאחר ואינו יודע מה קרה הרי הוא חייב, ואילו רבינו (הרשב"א) סובר דהוי בגדר איני יודע אם נתחייבתי (וכהרא"ה).

והבאנו בהאות הנ"ל את דברי הש"ך והקצה"ח בענין זה.

וע"י במחנ"א בהל' שומרים סי' כ"ט שהביא את דברי הרא"ה הנ"ל כדי להראות ששומר שמסר לשומר חשיב שפיר להלכה בגדר פושע לפי טעמו של רבא, וכן הראה גם מלשון הרמב"ם, והקשה שא"כ אפילו

אם נאנסה לבסוף הדין נותן שיהי' חייב, וכמו לפי אב"י שאומר משום שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. וכתב שבאמת מסירתו לשומר אחר הוי בחזקת פשיעה כמו שמוכח מדברי הרמב"ם והרא"ה, רק שבכל זאת אם מתברר שהשני שמר כראוי א"כ מתברר שהראשון שמר באמת ע"י מסירתו להשני ושלא הי' בגדר פשיעה. ולפי דרכו צ"ל שבכל זאת היכא שאין ידוע אם נאנסה או נגנבה הרי זה כאומר איני יודע אם פרעתיך כיון שהוא אצלינו בחזקת חייב. מיהו צ"ע על דבריו דכיון שאמרין שמתברר שלא מיקרי שפשע א"כ מה לי בזה שהוא אצלינו עכשיו בחזקת פושע אבל לפי אמתו של דבר הספק שלנו הוא ספק אם נתחייב בתחילה או לא, והוה כאיני יודע אם נתחייבתי.

והנה החזו"א כתב ביאור אחר בדברי רבינו (הרשב"א) שהביאו תלמידי הרשב"א, אבל לא הבנתי דבריו כי בדברי תלמידי הרשב"א מבואר שהטעם הוא משום דהוי כאומר איני יודע אם נתחייבתי. וז"ל החזו"א בחו"מ סי' ה' סק"ה, ואפשר דהטעם דאין הראשון חייב אלא במה שנפטר השני, שהרי מבואר דעתם שם שאם פשע השני, פטור הראשון, אף אם הלך השני למדינת הים ואינו משלם, מכל מקום פטור הראשון, וכדעת הר"מ שהביא הש"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ד, וע"כ דכיון דדרכו להפקיד לשני, מתחלה דעת המפקיד שיכול למסור לאחר על אחריותו של השני, וא"כ י"ל דאם אינו רוצה (השני) לישיבע הוי כפשע, ואינו משלם (הראשון), דהרי כל זמן שלא נשבע (השני) דיינינן ל"י כפשע וחייב לשלם (השני), ודעת רמב"ן

שלא נפטר ראשון אלא אם באמת פשע שני, אבל אם לא פשע, אף שאין אנו יודעין, ויכולין לתבוע לשני מספק, מ"מ אפשר לתבוע גם לראשון, דלמא באמת נגנבה ופטור שני וחייב ראשון עכ"ל.

וגם הנתייה"מ בסי' רצ"א סקכ"ח כתב ביאור אחר בדברי הנ"י בשם הרא"ה, וגם דבריו לא הבנתו, כי מבואר בדברי הנ"י שהטעם הוא משום דהוי בגדר אינו יודע אם נתחייבתי, וז"ל הנתייה"מ, ובישוב דברי הע"ש והנ"י שכתבו דאם התנה שירכב עליו השליח פטור, נראה לפי משכ"ל בסי' ע"ה דאיני יודע אם פרעתיך פטור כשלא הוה לי' למידע, אם לא שפשע במה דלא הוה לי' למידע, מש"ה חייבים, הן מטעם איני יודע אם פרעתיך, הן מטעם מתוך שאינו יכול לישבע משלם, משא"כ כשמסר במקום שהי' לו רשות למסור, דלא פשע במה דלא הוה לי' למידע, פטור וכו' עכ"ל.

קסו) רבא אמר וכו' לא מבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעה לשמירתו וכו'.

הנה עיין בסוגיין דאמרינן רבא אמר לא מבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעה לשמירתו אלא אפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב דאמר לי' את מהימנת וכו'. וצ"ע דלכאורה אין שום רבותא לפי רבא בהציוור של ש"ח לש"ש יותר מבהציוור של ש"ש לש"ח, שהרי הסברא של את מהימנת לי שייכת בשניהם בשוה, וא"כ מה היא כוונת רבא בהא דאמר לא מבעיא שומר שכר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו, הלא מה שגרועי גרעה לשמירתו אינו מועיל

כלל לקרב את הסברא של את מהימנת לי. ועיין בביאור הגר"א בחו"מ סי' רצ"א סקמ"ו שכתב שמזה הוכיח הרמב"ם את שיטתו בפ"א מהל' שכירות ה"ד שהעתיק גם המחבר שם שאם מיעט בשמירתו הרי הוא חייב אפילו באופן שלא שייך לומר את מהימנת לי האיך לא מהימן, וכגון במי שרגיל להפקיד אצלו, דכוונת רבא היא לומר שלא מבעיא ש"ש שמסר לש"ח דחייב משום שמיעט בשמירתו גם בלא הסברא של את מהימנת לי כי חשיב פושע, אלא אפילו ש"ח לש"ש נמי חייב. וכן כתב הב"ח שם.

מיהו הקצה"ח בסי' רצ"א סקי"ב הקשה על ביאור זה בדברי הרמב"ם מהמשך דבריו שכתב שאם יש עדים שנאנסה הרי הראשון פטור אע"פ שגרועי גרעה בשמירתו, וכן המחבר כתב שאם הראשון הי' שם ויכול לישבע הרי הוא פטור, ואילו לפי הנ"ל צ"ע כי אם חשיב פשיעה א"כ הרי תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, וכן הקשה היש"ש בב"ק בפרק א' סי' ל"ב. ועי' בש"ך בסקמ"ו שתי' שכוונת הרמב"ם בנאנסה היא לפטור רק מתה כדרכה, ובכה"ג פטור גם למ"ד שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב כי אנחנו פוסקים כרבא שאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם. ועי' עוד בלח"מ מה שתי' על זה.

והקצה"ח הסיק שטעמו של הרמב"ם אינו משום שבכה"ג שמיעט בשמירתו הרי זה בגדר פשיעה בהשמירה, אלא כוונתו היא שבכה"ג אין שבועתו של השני נקראת שבועת השומרים, שהרי הש"ש הי' צריך לישבע שלא נגנבה, ואילו הש"ח אינו חייב

לישבע שבועה כזאת, שהרי הוא נפטר אפילו אם באמת נגנבה, ומש"ה אין המפקיד חייב לקבל את שבועתו של הש"ח שלא נגנבה משום שלענין שמירה שלא נגנבה הרי אינו נחשב השומר שלו, וא"כ נמצא שאין זה בגדר שבועת השומרים. וגם רעק"א כאן כתב כהקצה"ח, וכתב שרוב אינו חולק על זה רק שרוב סבור שמשא"ל פטור. ועי' בנתיח"מ בסקל"א שכתב דרך אחרת, והיינו שבגרועי גרעה לשמירתו בכלל אינו בגדר השומר של הראשון.

ולפי הקצה"ח יש להטעים את המשך דברי רבא עוד יותר ולומר שכל דבריו סובבים סביב לנקודה הזאת שאינו חייב לקבל את שבועתו של השומר השני, וכוונת רבא היא כך, דלא מיבעיא היכא שמיצט בשמירתו, דהיינו ש"ש לש"ח, דיכול לומר האיך לא מהימן לי ושאיני חייב לקבל את שבועתו כיון שאינה נכנסת בכלל לגדר של שבועת שומרים וכמו שביאר הקצה"ח, אלא אפילו בש"ח לש"ש דשפיר הוי שבועת הש"ש בגדר שבועת השומרים אבל מ"מ אכתי יכול המפקיד לומר שהאיך לא מהימן.

ועכ"פ מדברי הב"ח והגר"א שם מבואר שבש"ש לש"ח החסרון אינו מצד השבועה, ואין הטעם משום דהאיך לא מהימן לי, שהרי כתב הגר"א להדיא שבש"ש לש"ח משמע מדברי רבא דלא בעינן לכל עיקר הך טעם של האיך לא מהימן. ובפשטות נראה דס"ל לרבא שש"ש שמסר לש"ח חשיב באמת פושע גמור בהשמירה, וכוונת רבא היא לומר שלא מיבעיא ש"ש לש"ח דחייב משום שאין רצונו שיהא פקדונו ביד ש"ח, אלא אפילו שומר חנם לשומר שכר

נמי חייב משום סברת את מהימנת לי וכו'. ועיין בריטב"א כאן, וכן בשט"מ בב"ק דף י"א ע"ב בשם רבינו ישעי', וכן בשם המאירי (דלא כרבותיו שהביא שם), שפירשו להדיא כהגר"א שכוונת רבא במאי דאמר דלא מיבעיא וכו' היא דש"ש לש"ח כיון שהוא נחשב פושע, וכן כתבו עוד כמה מפרשים בדעת הרמב"ם הלא הם המ"מ, והכ"מ, והיש"ש בפ"ק דב"ק בסוף סי' ל"ב, וכן הש"ך במסקנתו בסקמ"ו שם, ועיין בהגהות רעק"א שם.

והנה צ"ע על דרכו של הקצה"ח ממה שסיים הרמב"ם שם שהרי הוא פושע. וצ"ל לפי הקצה"ח שאין כוונתו לפשיעת שומרים ממש אלא הכוונה היא שהוא פושע בנפשו במה שאינו יכול לישבע. ועיין גם ברעק"א שם בההגה על דברי הש"ך בסקמ"ו שצידד שאין כוונת הרמב"ם לפשיעה ממש, ומלשונו של רעק"א שם משמע שכוונתו היא כהנ"ל דהיינו שכוונת הרמב"ם היא שפשע בנפשו בזה שהביא למצב שאינו יכול לישבע שנאנסה.

ויש עוד דרכים איך לפרש את הלשון הנ"ל של הרמב"ם שכתב שהוא בגדר פושע, מלבד מהביאור שכתבנו זה עתה לפי הקצה"ח, דיש לפרש את לשון הרמב"ם כמו שפי' הש"ך בסקמ"ו בפירושו הראשון. ועיין בחזו"א על חו"מ סי' ה' סקי"א בסד"ה סי' וכו' שביאר את כוונת הש"ך שם.

וכן עיין לקמן באות קס"ט עוד אפשרויות בביאור כוונת הרמב"ם במה שכתב שהוא פושע.

וכן עי' בחידושי הגר"ח בפ"א מהל' שכירות שבתחילה פי' כמו הקצה"ח, ושוב

חייב שבועה, אין כאן המקום לזה.

דברי קסז) עוד בענין הרמב"ם הנ"ל.

והנה כבר הבאנו את מה שכתב הרמב"ם שאפילו אם הוא שומר בבעלים בכל זאת הרי הוא חייב אם מסר לשני ומיעט בשמירתו אפילו אם הבעלים רגילים להפקיד אצל השני, וכתב המ"מ שהטעם הוא משום ששמירה בבעלים אינו מועיל לפוטרו על מה שקרה ברשותו של השני. ובפשטות כוונת המ"מ היא לומר שהשמירה בבעלים של הראשון פוטרת אותו רק מהחיוכים שעל השמירה שלו אבל לא ממה שהוא חייב ואחראי על שמירתו של השני.

מיהו לפ"ז צריך לצאת שאם הראשון מביא ראי' שאירע דבר שהשני פטור עליו, וכגון בש"ש לש"ח אם יביא ראי' שאירע גניבה, הדין נותן שיהי' פטור, ואילו מהרמב"ם שם מבואר שהוא חייב ואינו פטור אלא א"כ מביא ראי' שאירע דבר שגם הוא פטור עליו.

וביאר האבן האזל את כוונת המ"מ בדרך אחרת, והיינו שכיון שמסר לשני א"כ כבר אין כאן בכלל הפטור של בעליו עמו כי מה שסגי אם היו בעליו עמו בשעת שאלה אפילו אם לא היו עמו בשעת האונס הרי זה כיון שהי' עמו בשעת ההתחלה הרי זה נחשב שהוא עמו כל זמן השאלה, וא"כ הנ"מ ברשות הראשון אבל כשהוא ברשות השני כבר אין זה נקרא שבעליו עמו ולכן גם הראשון חייב ולכן צריכים עדים שאירע דבר שגם הראשון פטור עליו. והגרנ"ט ביאר שמה שכתב הרמב"ם הרי

הקשה דא"כ למה הוצרך הרמב"ם לטעמא דפושע. ועיי"ש בכיאוורו השני הובא לעיל באות קמ"ד.

והנה הרמב"ם סיים שם שבכה"ג שמיעט בשמירתו הרי הראשון חייב אפילו אם הוא שומר בבעלים. ולפי שיטת הקצה"ח בדברי הרמב"ם שחסרה לו שבועה א"כ י"ל שטעמו של הרמב"ם הוא משום שגם שומר בבעלים חייב שבועה, כמו שצידד הקצה"ח להלן שם בסקי"ח, ועיין בחזו"א שם בסקי"ב שנתעורר על זה. והנה כבר עמדו המ"מ והכ"מ על למה מחייב הרמב"ם אפילו כשהראשון הוא שומר בבעלים, הלא פסקינן שעל פשיעה בבעלים הרי הוא פטור, וכתב המ"מ שבעליו עמו אינו פטור אותו על מה שקורה ברשות השני (עי' באבן האזל שביאר דבר זה), והכ"מ כתב משום שמה שמיעט בשמירתו הרי זה נחשב מזיק בידיים ממש וגרע מכל פושע (אע"פ שגם הוא נחשב כמזיק), ורעק"א בהגהתו על דברי הש"ך הוכיח מהכ"מ כמסקנת הש"ך דחשיב פושע ממש, ושלפי המ"מ אין ראי' כי לפי המ"מ אפילו אם לא חשיב פושע אין כאן הפטור של בעליו עמו.

ובאמת, בשלמא אם כוונת הרמב"ם היא כהמ"מ והכ"מ א"כ שפיר הוי רבותא לומר שהוא חייב אפילו אם הוא שומר בבעלים, והיינו משום שקמ"ל שאע"פ שפושע בבעלים פטור אבל מ"מ הכא חייב, וכביאווריהם של המ"מ והכ"מ שם שהכא גרע מכל פשיעה בבעלים, אבל אם כוונת הרמב"ם היא משום שאינו יכול לישבע א"כ מה היא הרבותא בשמירה בבעלים, ואם לאשמועין ששומר בבעלים

הוא פושע כוונתו אינה שפשע בעצם איכות השמירה שהוא חייב בה, דזה אינו, כי גם השני ישמור שהרי מסרה לבן דעת, אלא כוונתו היא שפשע בנוגע לקפידת הבעלים שרק הוא ישמור וגם על זה הרי הוא חייב ועל דבר זה לא נאמר הפטור של שמירה בבעלים כי הפטור של בעליו עמו נאמר רק על חיובי התורה אבל לא על מה שהבעלים עצמם התנו עמו וחייבו אותו.

והנה כבר הבאנו שהכ"מ כתב שהטעם למה לא מהני כאן בעליו עמו הרי זה כי גרע מסתם פושע וחשיב מזיק בידים ממש בזה שמסרו לאחר. ויש להקשות דלכאורה שיין לומר כן רק היכא שמיעט בשמירתו אבל היכא שמסר לשומר שוה רק שאין הדרך של הבעלים להפקיד אצלו לא שיין לומר כן ואילו מסיום לשון הרמב"ם מבואר שהוא סובר כן גם בכה"ג שהרי כתב אע"פ ששאל או שכר בבעלים הרי הוא הוציא את הדבר השמור מידו ליד שומר אחר עכ"ד. וצ"ל שהתם יאמר הכ"מ כהמ"מ, רק שעל זה שכתב הרמב"ם שבמיעט בשמירתו הרי הוא פושע וסגי בזה כדי לסלק את הדין של שמירה בבעלים כתב הכ"מ את ביאורו, וכן ביאר בשו"ת ושב הכהן.

מיהו האבן האזל כתב שהכ"מ קאמר גם בשומר שוה, רק שאין הבעלים רגילים להפקיד אצלו והיינו משום שאולי השני אינו נאמן אלא הוא עצמו גנב והרי הוא אצלה, ולפ"ז יספיק אם יביא ראי' שאינו ברשות השני ולא עיכב לעצמו, ואינו צריך להביא עדים ששמר כראוי.

והנה קשה איך כתב הכ"מ דחשיב כמזיק בידים, דלכאורה הרי זה רק בגדר

גרמא בניזקין דפטור, וא"כ איך אפשר לחייבו מדין מזיק ממש, ואפילו משום דינא דגרמי א"א לחייבו דעיין בב"ק בדף נ"ה ע"ב בשט"מ בשם המאירי שכתב שלפי הרמב"ם לא מיקרי גרמי אא"כ היתה כוונתו להזיק ועל ידו לבד נעשה ההזיק, וכל היכא דמבואר בגמ' דחשיב רק גרמא הרי זה או משום שלא היתה כוונתו להזיק או משום שלא על ידו לבד נעשה ההזיק, וא"כ הכא מכיון שלא נתכוין להזיק הרי זה בגדר גרמא.

ברם להסמ"ע והש"ך יש דעה אחרת בשיטת הרמב"ם בגרמא וגרמי, דעיין בש"ך בסי' שפ"ו סק"ד, וכן בסי' תי"ח, סק"ד שהסכים עם דעת הסמ"ע שלפי הרמב"ם אפילו גרמא בניזקין חייב לפי רבי מאיר משום שגרמא וגרמי חד מילתא הוא, ורבי מאיר מחייב בכולם (מיהו עיין בקצה"ח בסי' שפ"ו סק"ב). ולפ"ז י"ל שכוונת הכ"מ היא לתרץ דהא דפשיעה בבעלים פטור הרי זה משום שאינו אפילו בגדר גרמא בניזקין משום דהוי שוא"ת בעלמא והזיקא דממילא, משא"כ כשמסר לשומר אחר שהוא פחות ממנו הרי הראשון חייב משום שעשה מעשה והרי הוא חייב כמזיק בידים אע"פ שאינו אלא גרמא מאחר שפוסקים כרבי מאיר שדן דינא דגרמא.

וע"ע במל"מ שתמה דהיכא שהראשון הוא שומר בבעלים למה מיקרי שמיעט בשמירתו הלא אדרבה הרי הוסיף בשמירתו שהרי השני חייב יותר מהראשון מאחר שהראשון הוא שומר בבעלים.

והנה נראה שהמל"מ אזיל בקושייתו כשיטת רש"י בסוגיין שפי' דהא דש"ש

שמסר לש"ח חשיב גרועי גרעה לשמירתו, וכן הא דש"ח לש"ש חשיב עלויי' עלי' לשמירתו, הרי זה משום שש"ח אינו חייב באחריותו כל כך כמו ש"ש, ומש"ה לא ירצה למסור נפשו כל כך, אשר לפ"ז שפיר הקשה המל"מ שאם הש"ש הוא שומר בבעלים הרי באמת העלה שמירתו ע"י שמסר להש"ח. מיהו בישוב דעת הרמב"ם י"ל שמה שש"ש מוסר נפשו טפי הרי זה אך ורק משום העובדא שהוא מקבל שכר, וכן מה ששואל מוסר נפשו אפילו יותר מש"ש הרי זה משום הזכות של השתמשות, אשר לפ"ז יוצא ששומר שכר לש"ח חשיב באמת גרועי גרעה אפילו אם הש"ש הוא שומר בבעלים, וכן ראיתי שפי' המאירי בב"ק דף י"א ע"ב (אינו מובא בשט"מ) את כוונת הגמ' בלמה ש"ש לש"ח חשיב גרועי גרעה לשמירתו, וכתב שזוהי גם פירושם של תוס'.

(ודע שהצד שכתבנו ששומר שכר ושואל מוסרים נפשם טפי משום שהם חייבים ביותר דברים, אין זה כהצד שכתבנו באות קנ"ז ובעוד מקומות כאן שאדרבה החיוב תשלומין הוא תוצאה מחיובו לשמור.)
ועי' בנתי"מ בס"י רצ"א סק"ל עוד ישוב על דברי הרמב"ם.

קסח) את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי. היכא שהשני נאמן יותר.

עיי' בתוס' בב"ק דף י"א ע"ב בד"ה את מהימנת לי בשבועה שכתבו שאם השני הוא יותר נאמן מן הראשון, הרי הראשון

פטור משום שבכה"ג א"א להמפקיד לומר דהאיך לא מהימן לי. ברם עיי' ברא"ש בב"מ כאן בסוף סי' ו' שכתב להדיא שגם בכה"ג הרי הוא יכול לומר לו שאין לך להאמין עלי מי שאין לי עסק עמו.

ובביאור מחלוקתם יש לומר שתוס' סוברים כדברי רש"י לעיל בדף ג' ע"א בד"ה לא מהימן לי וכו' שכתב וז"ל, ואין לי להאמין אדם בשבועה על כרחי אלא א"כ האמנתו מתחילה להפקיד אצלו או להתנות עמו עכ"ל, הרי שכתב שהטעם למה המפקיד צריך לקבל את שבועתו של השומר הרי זה משום שהוא עצמו האמינו תחילה בזה שהפקיד אצלו, אשר לפ"ז יוצא כתוס' שה"ה שהוא צריך להאמין את השבועה של מי שהוא נאמן יותר, שהרי להדיא האמין על עצמו נאמנות כזו (אלא שצ"ע למה בעינן שיהי' נאמן יותר, דלמה לא סגי בשוין), אבל הרא"ש י"ל דפליג על סברת רש"י וס"ל שהטעם למה הוא מוכרח לקבל את שבועתו של השומר אינו משום שהראה בתחילה שהוא נאמן אצלו, דאי משום הא אכתי לא הי' חייב לקבל את שבועתו, אלא הטעם הוא משום שהתורה נתנה זכות לשומר לפטור את עצמו ע"י שבועה, וא"כ לפ"ז יוצא שאינו חייב לקבל על עצמו שבועתו של אדם אחר אפילו אם הוא נאמן יותר, כיון שהוא אינו השומר שלו, דהא גם את הראשון אינו חייב להאמין בשבועה משום זה שהאמינו בתחילה, אלא משום שזכותו של שומר היא שהוא יכול לפטור את עצמו על ידי שבועה. והנה בסוגיין מבואר שאם גם המפקיד רגיל להפקיד אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור וכן פסק הרא"ש,

ולפי סברת רש"י בדף ג' יוצא דהיינו משום שבכה"ג הרי השני שפיר נאמן על המפקיד, ולכן המפקיד חייב לקבל את שבועתו אע"פ שלא הראה שהוא מאמינו לענין השבועה הפרטית הזאת, אבל לפי הרא"ש הביאור של הדין הנ"ל הוא דמכיון שהוא רגיל להפקיד אצלו הרי הוא נעשה גם עכשיו השומר שלו (מכיון שידעינן שניחא ל"י להמפקיד בשמירתו), וממילא גם עליו חלה הגזיה"כ ששומר יכול לפטור את עצמו ע"י שבועה ושהמפקיד חייב לקבל את השבועה.

(אמנם לכאורה צריכים להוסיף בדעת רש"י, שזה ברור שאדם זר שאינו שומר כלל, לא של המפקיד ולא של השומר הראשון, בודאי אינו יכול לישבע ולפטור את השומר משבועתו אפילו אם יהי' האדם הנאמן ביותר, והיינו משום שמכיון שאינו חייב שבועה א"כ חסר כאן בהשם של שבועת השומרים וכמו שהבאנו לעיל באות קמ"ד, וגם רש"י מודה שלא חייבתו התורה לקבל אלא שבועה שהיא בגדר שבועת השומרים, רק שנוסף לזה בעינן גם שהאמינו תחילה, וצ"ע.)

והנה לעיל בדף ג' ע"א בהסוגיא של חנוני על פנקסו אמרינן שאין השכיר חייב לקבל את שבועתו של החנוני (שנשבע שנתן לו פירות בשכרו) משום שהוא יכול לומר שלא מהימן ל"י. ועיין בקצה"ח בסי' רצ"א סק"ט שהביא את דברי החכם צבי שנשאל אם גם באופן שרגיל השכיר להפקיד אצל החנוני הרי הוא יכול לסרב מלקבל את שבועתו של החנוני, והשיב הח"צ שגם בכה"ג הרי הוא יכול לסרב, והיינו משום שדוקא בשומר שמסר לשומר

אמרינן שאם המפקיד רגיל להפקיד אצל השני חייב המפקיד לקבל את שבועתו, והיינו משום שבכה"ג שהוא רגיל להפקיד אצלו הרי השני נכנס תחת הראשון ונעשה השומר של המפקיד וממילא הרי הוא חייב לקבל את שבועתו, אבל בחנוני על פנקסו אין שום סיבה לחייב את השכיר לקבל את השבועה של החנוני. ודבריו דומים לדברינו בשיטת הרא"ש שדוקא הא דנעשה השומר של הבעלים מזכהו להפטר בשבועה, וכמו שביארנו שזהו דינו של שומר שהוא יכול לפטור א"ע מהמפקיד שלו ע"י שבועה, דאילו לפי רש"י נראה שהיכא שהשכיר האמין להחנוני בפקדונות, שוב יהי' מחויב לקבל את שבועתו גם בהציור של פנקסו כיון שכבר גילה דעתו שהוא נאמן אצלו. ודע שהיש"ש בפ"ק דב"ק בסי' ל"ב כתב שאפשר לומר שבאמת לא פליג הרא"ש על תוס' אלא לעולם גם הרא"ש מודה לתוס' באופן שידוע שהמפקיד עצמו מחזיק את השני כאדם נאמן ולא שקרן, ולא בא הרא"ש לומר אלא שלא מספיק בזה שאצלינו הרי הוא אדם צדיק וכשר, ולעולם גם תוס' נתכוונו לפטור רק היכא שהשני נאמן להמפקיד ולא סגי בזה שהוא בעינינו איש צדיק.

קסט) ישובים על סתירה בדברי הרמב"ם בענין למה שומר שמסר לשומר חייב.

עיין ברמב"ם בפ"א מהל' שכירות ה"ד שפסק ששומר שמסר לשומר חייב משום דא"ל את מהימנת לי בשבועה האיך לא מהימן לי וכטעמא דרבא בסוגיין. ברם

לכאורה יש לתמוה דמדבריו בפ"ד מהל' שאלה ופקדון ה"ח משמע שהטעם הוא משום פשיעה וכדברי אביי, וז"ל שם, אבל מסרן לבנו או בתו הקטנים או לעבדים וכו' ואצ"ל אם מסרן לאחר ה"ז פושע וחייב עכ"ל, ומבואר מלשונו שהטעם למה הוא חייב כשמסרן לבן דעת אחר הרי זה משום פשיעה משום שאין רצונו של המפקיד שיהא פקדונו ביד אחר, ולא משום את מהימנת לי וכו' (ואירי הרמב"ם גם בשומר שוה ולא רק בפחות ממנו).

והנה לכאורה יש לבאר את לשון הרמב"ם על פי דברי הנ"י בב"ק דף י"א בשם השאלתות בפר' ויצא (ועיין גם בראשונים בסוגיין), שכתב שלפי רבא מאחר שאין המפקיד חייב לקבל את שבועתו של השני א"כ שוב מתחייב השומר הראשון לשלם משום הדין של מתוך שאינו יכול לישבע משלם, דלפי זה י"ל דס"ל להרמב"ם כדברי תוס' בב"ק דף מ"ו ע"א שלא אמרינן משאיל"מ אלא היכא דהוי ל' למידע, אבל היכא שלא הי' בידו לדעת הרי הוא פטור, דלפ"ז י"ל שלעולם גם בהל' שו"פ מודה הרמב"ם שהטעם הוא משום שאינו יכול לישבע ולא משום שהוא נחשב כפושע בשמירתו, וכוונת הרמב"ם במה שכתב שהוא פושע היא רק דמיקרי הו"ל למידע אשר משום כך שייך שפיר לומר שמשאיל"מ (ועי' כעין זה בשער משפט סי' רצ"א סקכ"ו). מיהו לכאורה זהו דוחק גדול בכוונת הרמב"ם, ועוד שהרי מה שכתב שהוא פושע הרי זה קאי גם על מסרן לבנו ולבתו הקטנים, ואילו התם בודאי הכוונה היא לפשיעה בעצם השמירה (ועיין בזה לקמן).

ועוד דהגר"א בהגהתו בב"ק שם כתב שהרמב"ם אינו סובר כתוס' שם. ועוד דלעיל באות קס"ד סק"א כתבתי כמה טעמים לומר דלא שייך הכא הטעם של מתוך שאינו יכול לישבע משלם ודברי תוס' בב"ק.

ולכאורה הי' אפשר ליישב את הסתירה בדברי הרמב"ם גם בדרך אחרת, דעיין בריטב"א לעיל בדף ל"ה ע"ב בד"ה השוכר וכו' שביאר שהיכא שהשומר השני פושע, אז מיקרי גם הראשון בגדר פושע, שהרי מסר למי שאינו שומר כראוי, וא"כ לפ"ז איכא למימר דס"ל להרמב"ם כהטעם של את מהימנת לי וכו' וכמש"כ בהל' שכירות, ולא משום שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, רק שבהל' שו"פ איירי באופן שהשני פושע, ובכה"ג ס"ל דשפיר מיקרי גם הראשון בגדר פושע וכדברי הריטב"א. מיהו גם זה הוא דוחק משום שגם לפ"ז נצטרך לחלק בין הדין של מסרן לאחר לבין הדין של מסרן לבנו ובתו הקטנים שהזכיר הרמב"ם שם, דבמסרן לאחר לא חשיב פושע א"כ פושע השני, משא"כ בבנו ובתו הקטנים חשיב תמיד פושע משום עצם הדבר שמסרה להם, ויתחייב על כל מה שיארע משום הדין של תחילתו בפשיעה.

והנה לכאורה הי' אפשר ליישב את הסתירה בדברי הרמב"ם גם על פי היסוד הידוע שיסוד דינה של שבועת השומרים אינו רק כדי לברר לב"ד, אלא מצד עצם הדין שומר שלו הרי הוא חייב להמפקיד או להחזיר את הפקדון או לישבע, והיכא שלא נשבע הרי הוא חייב משום שלא יצא ידי חובתו להמפקיד בתורת שומר, דלפ"ז

תו לא קשים דברי הרמב"ם, והיינו משום שלבית דאמרינן שאין המפקיד חייב לקבל את שבועת השני, א"כ נמצא שהראשון הוא פושע בעיקר חיובו בתורת שומר, דהיינו בזה שלא יצא ידי חובת השבועה שהיא חלק מחיובי שומר, וא"כ שפיר כתב הרמב"ם שהוא פושע.

ולפ"ז יוצא דלא ס"ל להרמב"ם כמש"כ הראשונים שהטעם למה הוא חייב לפי רבא הוא משום הדין של מתוך שאיל"מ, דהא לפי הנ"ל לא צריכים לזה, אלא הרי הוא חייב משום שלא קיים את חיובו בתורת שומר.

שו"ר בחידושי הגרש"ש על ב"ב בסי' י"ט אות ב' שהוכיח מהרשב"א שבכל מחויבי שבועה, דהיינו גם בשבועת ע"א ובשבועת מודה במקצת, השבועה היא בגדר חיוב שהוא חייב להבעל דין ולא רק בירור כלפי ב"ד עיי"ש שייחס כן להרמב"ם.

אמנם גם על הדרך הזה קשה אותה קושיא שהקשינו על הדרכים הקודמים, דהא לגבי מסרן לבנו ובתו הקטנים בודאי כוונת הרמב"ם היא לומר דהוי פושע גמור בעצם מעשה השמירה, וא"כ לכאורה הה"נ להיכא שמסר לאחר, וא"כ הדרה קושיא לדוכתה דזה נכון רק לפי הטעם של אביי שאמר משום שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר, ואילו הרמב"ם פסק כרבא.

אמנם שוב ראיתי שבאמת דבר מוכרח

הוא מיני' ובי' שאין כוונת הרמב"ם לומר שבמסרן לאחר הרי זה נחשב פשיעה גמורה, אלא כוונתו היא להדרכים הנ"ל שכתבנו, שהרי סיים שם שאם יש ראי' שהשומר השני לא פשע הרי הראשון פטור, ואילו ה"י נחשב פשיעה ממש א"כ אכתי ה"י צריך להיות חייב אפילו אם נאנס (לכה"פ היכא שבא האונס מחמת הפשיעה), משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. וכן כתב הנתיח"מ בסי' רצ"א סקי"ז שכוונת הרמב"ם בהסיוס הנ"ל היא דוקא להציור של מסרן לאחר דלא הוי פשיעה ממש וכדברינו הנ"ל, אבל במסרן לבנו ובתו הקטנים, הרי הוא בודאי חייב אפילו אם הביא ראי' שלא פשעו משום שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ומה שמסר להם ה"י פשיעה גמורה.

והנה כבר הבאנו שבפ"א מהל' שכירות פסק הרמב"ם את הטעם של את מהימנת לי וכו', ושוב כתב שאם מסר למי שהבעלים רגילים להפקיד אצלו הרי הוא פטור והוא שלא ימעט בשמירתו, אבל אם מיעט בשמירתו הרי הוא פושע וחייב עכת"ד. והנה יש שפירשו שכוונת הרמב"ם שם היא לפשיעה גמורה, משום שגם רבא מודה שש"ש לש"ח הוי פשיעה גמורה*), מיהו יש שפירשו כוונת הרמב"ם שם בדרכים אחרים באופן שאין כוונתו לפשיעה גמורה כמו שרשמתי בהערה כאן**). ורעק"א בהגהותיו על הש"ך בסי'

הבאנו כל זה לעיל באות, קס"ו. ועי' ביש"ש שהקשה על מה שסיים הרמב"ם שם שאם ידוע שנאנס הרי הראשון פטור דהא תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב, ועיי"ש בתירושו של הש"ך. (** עי' בפירושו הראשון של הש"ך שם

*) כן פירשו המ"מ והכ"מ והיש"ש, וכן היא מסקנת הש"ך בסי' רצ"א סקמ"ו ומסקנת רעק"א שם, וכן מבואר בבאור הגר"א בכוונת הרמב"ם שם, וכן כתבו הריטב"א כאן, ורבינו ישעי' והמאירי בשט"מ בב"ק דף י"א ע"ב בבאור דברי רבא, וכבר

רצ"א סקמ"ו פ"י שכוונת הרמב"ם שם היא שאם מיצט בשמירתו הרי פשע בנפשו בזה שאינו יכול לישבע והרי הוא חייב משום מתוך שאל"מ. ונסתייע רעק"א שאין כוונת הרמב"ם בדבריו הנ"ל בהל' שכירות לפשיעה ממש מהא שגם בהל' שו"פ כתב לשון זה ואילו בהל' שו"פ בודאי אין כוונתו לפשיעה ממש, ונראה שכוונת רעק"א היא כמו שהערנו בתחילת האות דהיינו שבהל' שו"פ הרי איירי גם בשומר שוה והתם הרי בפירוש פוסק הרמב"ם כטעמא דרבא ולא משום שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

והנה גם על הרא"ש קשה כעין קושייתנו הנ"ל על הרמב"ם, דהא עיין ברא"ש בב"ק דף י"א ע"ב בסי' כ"ג שכתב שהא דמבואר בב"ק דף נ"ו ע"ב שאם מסרה הרועה לברזילי נכנס ברזילי תחת הרועה אין הכוונה שהראשון פטור מהחייבים שלו אלא הכוונה היא רק דלא הוי בגדר פושע*, ועיין בפלפולא חריפתא שם שהקשה דהא כבר פסק הרא"ש שם ששומר שמסר לשומר חייב משום טענת את מהימנת לי וכו' וא"כ פשיטא דלא הוי פושע דהא לית לי להלכה טעמו של אביי של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחד, וא"כ ביותר ה"י לו להרא"ש למימר שקמ"ל שלא שייך בברזילי הטעם של את מהימנת לי האיך לא מהימן. הרי שגם בדברי הרא"ש

(ובחזו"א בחו"מ סי' ה' ריש סק"א שביאר את דבריו), וכן כמה שפי' רעק"א בהגהתו על הש"ך שם, וכן בקצה"ח שם בסק"ב, וכן בנתיח"מ שם בסק"א, וכן בחידושי הגר"ח על הרמב"ם. ועיין לעיל באות קס"ו (בקטע "והנה צ"ע") שביארנו את דברי רעק"א שם.

מצינו שהזכיר את הטעם של פשיעה אע"פ שהוא פוסק כרבא שאמר את הטעם של את מהימנת לי וכו'.

קע) דברי הש"ך בסי' רצ"א סקמ"ו.

הנה הרמב"ם בפ"א מהל' שכירות ה"ד פסק שאפילו אם נתן למי שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו הרי השומר הראשון חייב אם מיצט עי"ז משמירתו, כגון שהוא ש"ש ומסר לש"ח, אבל אם הביא עדים שנאנסה הרי הוא פטור. והביא המל"מ בשם רבינו ירוחם בזה"ל, ותמהו עליו רוב הפוסקים ד"ל דמאחר שרגילים בעליו להפקיד אצלו שפטור הראשון אפילו שמיצט בשמירתו שנתנו לש"ח עכ"ל. והבין המל"מ שכוונתם לתמוה שהדין נותן שהראשון שהוא ש"ש יהי' מסולק לגמרי ופטור אפילו על גניבה ואבידה, ולכן תמה המל"מ שם על תמיהתם דאיך שייך לומר כן הלא הכא רצה דוקא שמירה בשכר. והמל"מ עצמו הקשה קושיא אחרת, והיינו למה הצריך הרמב"ם עדים שנאנסה ולא סגי בשבועת השני כיון שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו ואינו יכול לומר האיך לא מהימן לי.

והש"ך בסי' רצ"א סקמ"ו כנראה הבין שכוונת רבינו ירוחם היא באמת כקושיית המל"מ עצמו, דעיי"ש בש"ך שהביא בתחילה את קושיית היש"ש שאם מה

(* וכעין זה פירש"י בסוגיין דעיין בד"ה שומר שמסר לשומר וכו' שכתב שהראשון נשאר חייב בהחייבים שלו גם לפי המ"ד שסובר ששומר שמסר לשומר פטור, וכ"כ תוס' בד"ה דעילווי וכו'. מיהו המאירי בשט"מ בסד"ה ולענין וכו' הביא חולקים על זה ותמה עליהם עיי"ש.

שמיעט בשמירתו חשיב פשיעה מה מהני עדים שנאנסה הלא תבו"ב חייב. וכתב הש"ך שנראה לו שאפילו שבועה מהני וכתמיהת רבינו ירוחם (וכהנ"ל שהבין שזוהי תמיהת רבינו ירוחם), רק שהרמב"ם כתב שצריכים עדים שנאנסה כי קאי על היכא שאין הבעלים רגילים להפקיד אצלו, ומה שכתב הרמב"ם דחשיב פשיעה אין הכוונה לפשיעה ממש כי אנו פוסקים כרבא ולא את הטעם של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, וגם היכא שמיעט בשמירתו אין זה פשיעה ממש, אלא שגרים לעצמו חיוב בזה שמסר לשומר חנם שלא שמר מגניבה ואבידה.

שוב כתב הש"ך די"ל שכוונת הרמב"ם היא שמיעט בשמירתו חשיב פשיעה גמורה רק שבכל זאת מהני עדים שנאנסה, והא דלא אמרינן שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הרי זה כי כוונת הרמב"ם היא דוקא לכגון הציור שסיים בו שם דהיינו שמתה כדרכה דאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, והביא שכן כתב המהרש"ל עצמו בביאורו על הסמ"ג בביאור דברי הסמ"ג וא"כ כן י"ל גם בהרמב"ם.

וסיים הש"ך בזה"ל, וא"כ בכה"ג (שמתה כדרכה) אפילו אין דרכו להפקיד אצל השומר השני פטור עכ"ל. ולא ידעתי מה הוא ה"אפילו", הלא רגיל להפקיד אצלו ומיעט בשמירתו אינו יותר טוב מהציור של מסר למי שאינו רגיל להפקיד אצלו, כי גם בנוגע למי שאינו רגיל להפקיד אצלו אנן פסקינן שלא אמרינן דחשיב פשיעה כיון שמסרו לבן דעת. ושוב כתב הש"ך וז"ל, וכל זה אמת

לדינא עכ"ל. כלומר כל הדינים שהזכיר לעיל שם, דאם נאמר שכוונת הרמב"ם היא דחשיב פשיעה גמורה א"כ הרי זה אמת לדינא שמהני עדים שנאנסה רק בכגון מתה כדרכה משום שמלאך המות מה לי הכא מה לי התם וכמו שכתב לעיל. וכן אם נאמר דלא חשיב פושע ממש, אז חייב הש"ש רק על גניבה ואבידה ומהני עדים שנאנסה כל אונס. וכן אמת הוא דסגי בשבועתו של השני אם הוא רגיל להפקיד אצלו.

ושוב כתב הש"ך שבכל זאת נראה הדרך דהוי פשיעה גמורה כי סו"ס הרמב"ם כתב הרי זה פושע.

ושוב כתב וז"ל, אבל לדינא אין זה עיקר עכ"ל פי' דאע"פ שכוונת הרמב"ם היא דהוי שפיר פשיעה גמורה, אבל לדינא אין נראה דהוי פשיעה גמורה. מיהו לא גילה לן הש"ך טעמו לזה, כי משמע שמה שהוסיף להוכיח כן מהרא"ש והטור הרי אלו דברים נוספים אבל גם בלא"ה נתכוין לומר שאין זה עיקר לדינא, וצ"ע.

ושוב כתב הש"ך שלדינא נראה כרבינו ירוחם עכ"ל. ולא הבנתי כוונתו בזה כי לפי הבנתו לעיל רבינו ירוחם איירי בדבר אחר, ולא באם חשיב פשיעה גמורה או לא, והיינו שבין לפי הדרך שממעט בשמירתו חשיב פשיעה גמורה וחייב על אונסין ורק על מתה כדרכה הרי הוא פטור, ובין לפי הדרך שלא חשיב פשיעה והרי הוא פטור על כל אונסין, אבל לפי שני הדרכים הרי יש סוג מסוים של אונס שמהני עדים לפוטרו, וא"כ על שניהם קאי השגת רבינו ירוחם שהדין נותן שתיסגי גם בשבועת השני כיון שנאמן עליו.

קעא) תד"ה את מהימנת לי בשבועה וכו'.

וז"ל, וכן הלכה כרבא ולא כר"ח דפסיק כאביי עכ"ל. וברא"ש איתא שטעמו של הר"ח הוא כי פסקינן שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. והקשה הרא"ש דהא גם רבא יכול לסבור שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב רק דס"ל שאין כאן תחילתו בפשיעה כי מסר לבן דעת.

וי"ל שהר"ח סובר שבעצם רבא הי' אומר כאביי שטעמו של רבי יוחנן הוא משום דחשיב שפיר פשיעה כי אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, רק דס"ל שלא מהני פשיעה לחייבו על מתה כדרכה כי רבא סובר שאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, והרי מרבי יוחנן משמע שהשומר הראשון חייב על כל אונס וגם מתה כדרכה, וא"כ לא סגי בטעמו של אביי של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, ומש"ה הוצרך רבא לחדש את הטעם של את מהימנת לי, אבל לדידן שפוסקים כאביי שאמרינן שהבלא דאגמא קטלא, ושבתבו"ב הרי הוא חייב אפילו באונס מיתה, א"כ שוב י"ל ששומר שמסר לשומר חייב משום דמיקרי פשיעה.

מיהו אכתי אין מובן מה זה שכתב הרא"ש שהר"ח פוסק כאביי כי פוסקים שתבו"ב חייב, הלא הי' צ"ל שטעמו של הר"ח הוא משום שפוסקים דלא כרבא שאומר מלאך המות מה לי הא וכו' אלא כאביי דאמר הבלא דאגמא קטלא, ואביי הרי אתי שפיר גם למ"ד שתבו"ב פטור, וא"כ לא מספיק לומר שפסקינן שתבו"ב חייב, כי אין זה אומר עדיין מה הדין במתה כדרכה, שהרי רבא סובר שגם המ"ד

ההוא מודה שמתה כדרכה פטור (מיהו אכתי צריכים לומר גם משום שתבו"ב חייב בשביל הציורים שהמ"ד שסובר שתבו"ב פטור, פטור באמת, אלא שאנו מקשים שצריכים גם את הטעם של הבלא דאגמא). מיהו נראה שהר"ח סובר כהיש מפרשים שהביא הרי"ף להלן בפשיעה בה ויצאה לאגם שרבא לא נתכוין לומר שהמ"ד שסובר שתבו"ב חייב מודה שאמרינן מלאך המות וכו' אלא לעולם המ"ד ההוא עצמו הרי הוא סובר שאמרינן תבו"ב חייב אפילו היכא שהאונס הי' קורה גם בלא הפשיעה, רק שרבא נתכוין לומר שהוא עצמו סובר שאפילו אם סוברים שתבו"ב חייב אבל בכל זאת אמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, אבל למעשה המ"ד ההוא שסובר שתבו"ב חייב אינו סובר כן, וא"כ זהו שסובר הר"ח שפסקינן כטעמו של אביי של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כי פסקינן כמו המ"ד שסובר תבו"ב חייב אשר הוא אינו סובר את החילוק של מלאך המות וכו' וממילא מספיק בהטעם של אין רצוני וכו'. ולהלן נבאר יותר את דברי היש מפרשים.

קעב) בענין תחילתו בפשיעה וסופו באונס.

עי' בב"ק דף כ"א ע"ב דתנן שהכלב והגדי שקפצו מראש הגג ושברו את הכלים הרי בעליהם חייבים נ"ש משום רגל, ובגמ' דייקנין הא נפלו פטורין, כי נפילה חשיב אונס ולא הי' חייב לשמור נגד זה, ופרכינן מזה על המ"ד שסובר שתבו"ב חייב דהא גם כאן תחילתו בפשיעה לענין קפיצה, שהרי הי' צריך לשמור מקפיצה, וסופו

באונס לענין נפילה. ומתרגינן דאיירי באופן שהכלים קרובים להכותל, אשר בכה"ג ע"י קפיצה דרגל לא היו יכולים לקפוץ עליהם, ומש"ה ליכא הכא תחילתו בפשיעה, ולכן אם נפלו עליהם הרי הוא פטור (וקמ"ל הדיוק של "הא נפלו פטורין" את הדין שאינו חייב לשמור מפילה).

וכתב שם הנ"י ז"ל, ואין לחייב מטעם תולדה דקרבן, לומר שיוכלו לשנות בקפיצה שיקפצו סמוך לכותל על הכלים וחייבין חצי נזק וכו', וא"כ כי נפלו נמי ליחייבי ח"נ, דלגבי ח"נ תב"ב הוא, הא ליתא, דכי אמרינן ת"ב וכו' פשיעה גמורה קאמרינן, אבל שינוי, דלאו אורחי, לאו פשיעה גמורה היא, תדע, דאי לא תימא הכי רגל דפטרי רחמנא בשמירה פחותה היכי משכחת לה, כיון דלגבי קרבן לא הוי שמירה, ליהוי כתחילתו בפשיעה וסופו באונס וליחייב, אלא לאו ש"מ כדפי', הרמ"ה ז"ל עכ"ל. והנה בע"כ צ"ל שכוונתו בה"תדע" היא גם לפי המ"ד שסובר פלגא נזקא ממונא, דהא אל"כ קושייתו נשארית קשה לפי אותו מ"ד, דהיינו שרגל דפטור רחמנא בשמירה פחותה היכי משכחת לה. ועוד דלשונו שכתב שאינה פשיעה גמורה שייך באמת רק לפי המ"ד שסובר שפנ"מ, דהא לפי המ"ד שסובר שפנ"ק אין כאן פשיעה כלל, וא"כ בע"כ צ"ל שכוונתו היא גם למ"ד פנ"מ, וס"ל שגם לדידי' קרבן נחשבת משונה קצת (וכדברי השט"מ בב"ק בדף ט"ו ע"ב בד"ה וריב"א, עיין בזה בספרי על ב"ק בחלק א' אות כ"ט סק"א), ולכן לא שייך לחייב מחמת תחילתו בפשיעה, וכהנ"ל משום שאין כאן פשיעה גמורה.

והנה לכאורה הי' אפשר לומר שיסוד החיוב בתב"ב הוא על הפשיעה הראשונה, רק שא"א לחייבו לשלם כל זמן שלא הפסיד הניזק כי אין כאן מה לשלם, ולזה מהני מה שהפסיד אפילו באונס, משום שמעתה שפיר שייך חיוב תשלומין. ברם לפ"ז אין תירוצו של הנ"י מובן, משום שמה בכך אם פשיעת קרבן אינה פשיעה גמורה, הלא מ"מ מכיון שסגי בפשיעה כזו כדי לחייבו בקרבן א"כ גם עכשיו הרי הוא צריך להיות חייב שהרי יש כאן ע"י האונס גם התנאי של פסידת הניזק, וא"כ למה מיפטר, ובע"כ צ"ל שבתב"ב החיוב הוא באמת על האונס, והיינו משום דחשיב פושע גם בנוגע להאונס, דכיון שבלא הפשיעה לא הי' אירע האונס (עי' השיטות בזה להלן כאן בהאות הבאה) א"כ חשיב משום כך שהאונס גופא קרה בפשיעה, דהיינו במדה זו של פשיעה שפשע בתחילתו, אשר לפ"ז אתי שפיר דברי הנ"י, משום שכיון שאין כאן בתחילה לגבי קרבן פשיעה גמורה א"כ שוב לא איכפת לן אם גם האונס של רגל חשיבא כפשיעה, שהרי סוף סוף לא מתחייבים ברגל על פשיעה פורתא כזו, כי י"ל שעצם הדבר דהוי משונה (או לכה"פ משונה קצת) חשיב שיש כאן שמירה פחותה נגד ההיזק הזה, והרי ברגל סגי אם הוא שומר שמירה פחותה כמו שמבואר בב"ק דף נ"ה ע"ב (אע"פ שנגד קרבן בעינן שישמור שמירה מעולה, מגזיה"כ עיי"ש).

ובאמת נראה שבקושייתו לא נקט הנ"י כמו הצד הזה, אלא מדבריו בקושייתו מוכח שנקט שבתב"ב הרי הוא חייב על הפשיעה, דהא חזינן שגם בקושייתו לא

רצה הנ"י לחייבו אלא ח"נ לחוד ולא נ"ש, ואילו ה"י חיובו משום דחשיב פושע גם על מה שאירע באונס אח"כ, א"כ הדין נותן שיתחייב נ"ש כרגל, וא"כ בע"כ מוכח שבקושייתו סבר הנ"י שחיובו הוא משום הפשיעה, והאונס מהני רק בכדי להשלים את התנאי של פסידת הניזק אשר לפ"ז שפיר אינו מתחייב אלא ח"נ, ועל זה תי' שלעולם החיוב של תבו"ב הוא על האונס, משום שנחשב שגם זה קרה בפשיעה, אשר לפ"ז לא שייך לחייבו כאן כלל על האונס מצד האב של רגל כיון שלא פשע פשיעה גמורה וכנה"ל.

מיהו לכאורה דחיק טובא לומר שבתירוצו נתחרט הנ"י מכל עיקר ההנחה שעל"י בנה את קושייתו.

ועוד דעי' ברשב"א בב"ק שם שהקשה כעין קושייתו של הנ"י, אלא שהוסיף להקשות עוד יותר, דעיי"ש שסובר הרשב"א שהיכא שקפצו סמוך לכותל, הרי זה רגל, ודלא כהנ"י שכתב דהוי קרן, ועל זה הקשה הרשב"א כמו שהקשה הנ"י דא"כ גם בנפלו למה אינו חייב משום תבו"ב, ותי' כהנ"י דלא אמרינן שתבו"ב חייב אלא בפשיעה גמורה, ואילו בדעת הרשב"א א"א לפרש את התירוץ כמו שפירשנו לפי הנ"י, והיינו משום שהרשב"א הרי סובר ששפיר הוי פשיעה מספקת לחייבו משום רגל, וא"כ צ"ע למה לא שייך לומר בזה שתבו"ב חייב, הלא מכיון דחשיב כאילו הנפילה אירעה במדת הפשיעה של קפיצה, א"כ שפיר יתחייב נ"ש דרגל, דהא על מדת הפשיעה של קפיצה שפיר אשכחן שהוא מתחייב משום רגל, ורק בדעת הנ"י שסובר שקפיצה היא

קרן, אפשר לפרש את התירוץ על הדרך שפירשנו, דהיינו שא"א לו להתחייב על נפילה שהיא מעשה של רגל בגלל זה שיש בה מדת הפשיעה של קפיצה שהיא קרן, כיון שאינה מדה מספקת של פשיעה כדי להתחייב מטעם רגל.

וצ"ל ביאור אחר בתירוצם של הרשב"א והנ"י, והיינו שלעולם גם בתירוצו של הנ"י הרי הוא סובר כמו שסבר בקושייתו שבתבו"ב חיובו הוא משום הפשיעה שפשע מתחילה, ולא בעינן את האונס אלא כדי להשלים את התנאי של הפסד הניזק וכמו שסבר הנ"י בקושייתו (ואין אנו צריכים לדחוק שבתירוצו נתחרט הנ"י מההנחה הנ"ל שנקט בקושייתו), רק שבכל זאת א"ש מה שכתב שמקן לרגל לא אמרינן שתבו"ב חייב, והיינו משום שכוונתו היא לחדש דהא דאמרינן שהוא חייב על הפשיעה לבד ולא בעינן את ההיזק אלא כדי להשלים את התנאי של פסידת הניזק הרי זה רק כשהפשיעה היתה פשיעה גמורה וגדולה מאד, אבל כשאינה פשיעה גמורה, אז חייבים על הסוף, ולכן בעינן גם סופה בפשיעה. וזוהי גם כוונת הרשב"א בדבריו הנ"ל. מיהו הדוחק בדרך זו מובן מאליו, דהא דוחק לומר שלפעמים (דהיינו בפשיעה גמורה) חיובו הוא על הפשיעה לחוד, ולפעמים (כשאינה פשיעה גמורה) גם המעשה היזק הוא מהדבר המחייב.

ודע שיש גם לומר צד אחר בביאור הדין שתבו"ב חייב, והיינו שמכיון שפשע, הלכתא היא שהוא חייב על כל מה שאירע עד שיסלק את פשיעתו, ולעולם חיובו הוא על מה שאירע בסוף (ולא על הפשיעה)

אע"פ שלא נקרא שאירע בפשיעה אלא נקרא שאירע באונס.

ועי' בדו"ח לרעק"א כאן על תד"ה את מהימנת וכו', וכן להלן בהמערכה באות כ"ט, דנראה לי שנתכוין להצד הזה, דעיי"ש שדן בביאור הדין שתבו"ב חייב, ומדבריו יוצא שלפי השיטה שתבו"ב חייב רק כשבא האונס מחמת הפשיעה י"ל שהחיוב הוא משום שכל הנמשך מהפשיעה חשיב פשיעה, ומש"ה ס"ל שהוא חייב רק כשהאונס נמשך מהפשיעה, אבל השיטה שסוברת שהוא חייב אפילו אם האונס לא נמשך מהפשיעה בע"כ אינה סוברת כהנ"ל אלא הרי היא סוברת שהדין האמור בזה הוא שמכיון שפשע הרי הוא חייב גם על האונס עד שיסלק את פשיעתו.

ולפי הצד הזה שהבאתי בשם רעק"א יוצא מדברי הנ"י כן, שלעולם חייבים רק על הסוף, רק דהיכא שהתחילה היתה פשיעה גמורה אז חייבים על הסוף אפי' אם ה' באונס, אבל אם התחילה לא היתה פשיעה גמורה אז אין חייבים על הסוף אם ה' באונס.

והנה עיין ביש"ש בב"ק פרק ב' בסוף סי' י"ט שכתב שלא אמרינן תבו"ב חייב מאב לאב (וכן איתא בהגהות אשר"י בדף כ"א ע"ב שם), דהיינו שאם פשיעתו היתה על הדרך של האב של בור, אינו חייב אם האונס שאירע לבסוף ה' על הדרך של האב של שור. וכתב הנחל"ד שם שזוהי גם כוונת תוס' בב"ק בתירוצם בדף כ"ב ע"א בד"ה דאפיך עיי"ש. ולכאורה גם הדין הזה תלוי הוא בהחקירה הנ"ל, והיינו משום שבשלמא אם הסופו באונס הוא רק בכדי

להשלים את התנאי של פסידת הניזק א"כ שפיר יתכן לומר שנאמרו תנאים ודינים בענין הך תנאי של פסידת הניזק, וכגון שא"א לו להתחייב על פשיעת בור א"כ גם הפסדו של הניזק אירע על דרך בור (כיון שפשיעתו היתה בהאב של בור), אבל אם נאמר שתבו"ב חייב משום שכל מה שאירע בתולדת הפשיעה מיקרי ג"כ פשיעה א"כ למה אינו חייב גם אם לבסוף אירע ציור של שור. ועכ"פ הנ"י בדבריו הנ"ל שהבאנו נקט שאמרינן תבו"ב חייב גם מאב לאב.

גם יש לתלות בהחקירה הנ"ל את מה שהוכיחו תוס' בב"ק דף נ"ב ע"ב בד"ה ושכיחי וכו' בשם הר"י דלא אמרינן תבו"ב חייב אלא באופן שהאונס אירע באותו חפץ עצמו שהוא פשע בו, אבל לא אמרינן שתבו"ב חייב מכלי לכלי או מגמל לשור עיי"ש, וכ"כ גם השט"מ בב"ק בדף כ"א ע"ב בשם הר"ר ישעי' ותלמיד הר"פ, וכן מבואר גם מתוס' שם בדף כ"א ע"ב בד"ה הא, ולכאורה גם זה תלוי הוא בהנ"ל, משום שבשלמא אם נאמר שתבו"ב חייב עבור הפשיעה ולא בעינן את הסופו באונס אלא בכדי להשלים את התנאי של פסידת הניזק א"כ שפיר שייך לומר שיש בזה תנאים, ושפיר שייך להצריך שהפסידא תהי' באותו הכלי עצמו שפשע בו, אבל אם נאמר שתבו"ב חייב משום שמיקרי שגם האונס אירע בפשיעה א"כ אין שום מקום לחלק בין אותו חפץ לחפץ אחר, דהא גם החפץ השני נשבר בפשיעה לפי הצד הזה.

וע"ע בחי' הגרש"ש על ב"ק בסי' א' בסוף אות א' שדן ג"כ בענין יסוד הדין

קעד) מלאך המות מה לי הכא מה לי התם.

והא דהתורה חייבה שואל במתה כדרכה אע"פ שמלאך המות מה לי הכא מה לי התם, הרי זה כי כל הנאה שלו, כן כתב הרשב"א, וע"ע בטעמם של הראב"ד ושל הריטב"א.

ולענין גזלן, עי' בגור ארי' בויקרא י"ט י"א שכתב שהחיוב אונסין של גזלן הוא בגדר עונש, שהרי חזינן שהוא משלם גם עבור מתה כדרכה אע"פ שהיתה מתה גם בבית הבעלים, וא"כ חזינן דהווי תשלומי עונש ולא תשלומי ממון שהפסיד. ובספרי על ב"ק בחלק ב' אות ש"ט הארכתי בדבריו.

קעה) בענין אם המאן דאמר שסובר שתבו"ב חייב קאמר רק כשבא האונס מחמת הפשיעה.

עי' ברי"ף כאן שהביא שיש מפרשים שפוסקים כמו אב"י אע"פ שההלכה היא כרבא בכל מקום (חוץ מיע"ל קג"ס) משום שההלכה היא כהמ"ד שתבו"ב חייב. והקשה הרי"ף עליהם דהא רבא אמר בפירוש שגם הוא יכול לסבור שתבו"ב חייב רק שהוא סובר שהמ"ד הוא מודה היכא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה וכגון הכא דמלאך המות מה לי הכא וכו'.

ובדעת היש מפרשים י"ל שהם סוברים שרבא לא נתכוין לומר שאותו המ"ד שסובר בעלמא שתבו"ב חייב הרי הוא מודה במתה כדרכה, אלא לעולם המ"ד ההוא סובר תבו"ב חייב אפילו היכא שלא

של תבו"ב, ונקט שם שלעולם חיובו הוא על האונס שקרה אח"כ, ומש"ה נתקשה שם שהרי בהיא שעתא הרי הוא בגדר אונס, ולא ניחא לו להגרש"ש לומר כמו שצדדנו דמיקרי פושע גם על האונס משום הפשיעה הקודמת, וכן לא ניחא לו לומר שחייב על הפשיעה ושהאונס בא רק כדי להשלים את התנאי של פסידת הנזיק, ומש"ה הקשה שאין שום סיבה לחייבו שהרי עכשיו הוא אונס, והוכיח מתוך כך הגרש"ש את שיטתו שם שלעולם סיבת החיוב בנזקי ממון אינה פשיעתו, אלא גזה"כ היא שהוא חייב על מעשה ממונו, רק שנאמר תנאי צדדי שאינו חייב אלא א"כ פשע, ולכן סגי גם בהפשיעה הקודמת כדי לצאת ידי תנאי זה, והרי הוא חייב על מעשה הבהמה אע"פ שעל זה הרי הוא אונס, אבל אם חיובו ה"י עבור עצם הפשיעה, אז באמת לא ה"י שייך לחייבו על תבו"ב, משום שאז היינו צריכים שהפשיעה תה"י בסוף, דהיינו בעצם המעשה שגרם את ההפסד.

ודברי הגרש"ש הם כהצד שהזכיר רעק"א שכיון שפשע הרי הוא חייב על כל מה שאירע אח"כ רק שהגרש"ש ביאר את סברת הדבר.

וע"ע בספרי על ב"ק חלק א' אות רצ"ה שביארתי ענינים אלו ביתר פרטיות.

קעג) הבלא דאגמא קטלה.

הנה תוס' לעיל בע"א כתבו שה"ה ששייך מציאות של הבלא דההוא בית של השומר השני קטלה. מיהו תוס' הרא"ש כאן והריטב"א בשט"מ כתבו לא כן עיי"ש.

בא האונס מחמת הפשיעה, שהרי משמעות דברי אביי היא שמה שחידש את הטעם של הבלא דאגמא קטלא הרי זה רק אליבא דמ"ד תבו"ב פטור, אבל למאן דמחייב אין אנו צריכים לדבר זה, אלא הרי הוא מחייב אע"פ שמלאך המות מה לי הכא מה לי התם, וא"כ י"ל שרבא קאמר רק שהוא עצמו סובר שאפילו המ"ד שסובר שתבו"ב חייב הי' יכול להודות כאן משום שמלאך המות וכו', אבל למעשה המ"ד ההוא אינו מודה, ולכן שפיר קאמרי היש מפרשים שהביא הרי"ף שכיון שאנו פוסקים כהמ"ד שתבו"ב חייב הרי אנו מחייבים אפילו כששייך לומר אין הסברא של מלאך המות מה לי הכא מה לי התם וכמו שמשמע מדברי אביי.

מיהו חזינן שרבא קאמר את דינו כאן שפשעה בה ויצאה לאגם חייב משמי' דרבה, והרי הרא"ש כאן בסי' ו' כתב שרבה הוא המ"ד שסובר שתבו"ב חייב, וא"כ אכתי קשה איך אפשר לומר שרבא קאמר אליבא דנפשי' ולא אליבא מאן דאמר בעלמא שתבו"ב חייב, הלא המ"ד ההוא הוא רבה, ורבא קאמר משמי' דרבה, אם לא שנאמר שהך סיום של "לא מיבעיא וכו' אלא אפילו למ"ד וכו'" אינו דברי רבה עצמו אלא דברי רבא, עי' כעין זה בתוס' בשבועות דף כ"ה ע"א בד"ה ושמואל וכו' (ועכ"פ לא ידעתי מאיפוא לקח הרא"ש שרבה הוא המ"ד שסובר תוב"ב חייב, ואדרבה עי' בב"ק דף נ"ו ע"א דמבואר שרבה יכול לסבור בין חייב ובין פטור).

וצ"ל שאע"פ שרבא אצלינו סובר שהמ"ד שסובר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הרי הוא סובר כן רק כשבא

האונס מחמת הפשיעה, אבל להלכה ס"ל להיש מפרשים שלא אמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם אלא תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב גם כשלא בא האונס מחמת הפשיעה כי כן מבואר בהסוגיא להלן כאן בדף צ"ג ע"ב, דעיי"ש דמבואר שהמ"ד שסובר תבו"ב חייב סובר כן אפילו היכא שהאונס לא בא מחמת הפשיעה וכמו שהעיר הרי"ף עצמו להלן.

והנה הרי"ף עצמו חולק על היש מפרשים משום שמשמעות דברי רבא אצלינו כאן היא שרבא קאמר לא אליבא דנפשי', אלא אליבא דמ"ד שסובר שתבו"ב חייב, ולכן פי' הרי"ף שבאמת רבא סובר שהמ"ד שסובר שתבו"ב חייב הרי הוא עצמו מודה שאמרינן מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, רק שרבא לתוד סובר כן, אבל אביי אינו סובר כן, כי משמעות דברי אביי כאן היא שהמ"ד שסובר שתבו"ב חייב הרי הוא סובר כן אפילו היכא בא האונס מחמת הפשיעה וכמו שביארנו לעיל, והגמ' בדף צ"ג ע"ב שנוקטת שהמ"ד שסובר שתבו"ב חייב סובר כן אפילו כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה הרי זה באמת דברי אביי שם.

והנה תוס' בדף ע"ח ע"א בד"ה הוחמה כתבו דלא כהרי"ף, אלא שהציוור בדף צ"ג ע"א אינו ציוור שהאונס הי' אירע גם בלא הפשיעה, אלא הרי זה דומה להציוור של צריפא דאורבני שבלא הפשיעה לא הי' האונס קורה, כי גם שם אם הרועה לא הי' נכנס להעיר, אלא הי' נשאר עם העדר, אולי הי' מסיע את העדר למקום אחר כדרך

שהיתה נחלקת גם בההר אבל זוהי החלקה אחרת ולא ההחלקה שאירעה בהבקעה, ואין זה דומה למלאך המות מה לי הכא מי לי התם שזה ציור שאותה מיתה עצמה היתה קוראה גם בבית השומר.

וי"ל בפשטות שתוס' סוברים שאין זה משנה, אלא גם שם הדין נותן שיהי' פטור. מיהו לפי דרכינו השני' הנ"ל יוצא שגם הציור של פשעה בה ויצאה לאגם ומתה הרי זה ציור כזה, ולא עוד אלא הוא ציור יותר גרוע, כי רבא מודה שמתה בגלל הבלא דאגמא רק שגם בבית השומר היתה מתה מסיבה אחרת, ובכל זאת השומר פטור משום שסוף סוף גם בלא"ה היתה מתה, וא"כ כ"ש בהחלקה בבקעה שגם בההר היתה מתה מאותה סיבה ממש, דהיינו שהיתה נחלקת, אע"פ שאותה החלקה היתה החלקה אחרת.

ועי' ברי"ף כאן שהוסיף כמה מלים בדברי רבא וז"ל, רבא משמי' דרבה אמר וכו' מ"ט מלאך המות הוא דאנסה מה לי הכא מה לי התם עכ"ל, ויש להבין שכוונתו היא כהדרך הראשון שכתבנו, דהיינו שרבא אינו סובר שהבלא דאגמא אנסה מעצמה, אלא מלאך הוא שהמית אותה, ויש לדחות.

קעו) הבלא דאגמא קטלא.

הנה יש ג' דרכים איך להבין דבר זה: א', רש"י פי' שהכוונה היא שיכול להיות ("איכא למימר" "דשמא") שתמות מחמת הבלא דאגמא, וממילא חשיב פשיעה. וצ"ע דא"כ למה צריכים שיפשע בתחילתו לענין זאבים וגנבים, הלא אפילו

הרועים ולא הי' הארי בא. מיהו י"ל שהרי"ף אינו סובר כתוס' כי אפילו אם ידוע בודאי שאם הי' נשאר עם העדר הי' מסייע אותם למקום אחר כדרך הרועים אבל בכל זאת אין עליו שום חיוב לעשות כן, ומש"ה אין לנו רשות לנקוט שאם הי' נשאר כאן ולא הי' נכנס להעיר לא הי' אירע האונס, משא"כ בהציור של צריפא דאורבני הרי הוא מחויב שלא להשאיר את הכסף שם כיון ששכיח דליקה. והנה תוס' לעיל בע"א סוברים באמת שגם אביי סובר שהמ"ד שמחייב בתחילתו בפשיעה וסופו באונס הרי הוא מודה שפטור היכא שגם בלא הפשיעה הי' אירע האונס.

ועכ"פ מדברי רש"י בע"ב בד"ה ושני ל"י וכו' משמע כהרי"ף בדעת אביי, וכן משמע בתוס' שאנץ, אבל הריטב"א ותוס' רבינו פרץ כתבו כתוס' בע"א.

והנה יש לעיין מה היא הכוונה בסברא זו של מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, ובפשטות י"ל שהכוונה היא שלא מתה מעצמה מחמת הבלא דאגמא, אלא מלאך המות הוא שהרג אותה, והי' הורג אותה גם בבית. מיהו גם י"ל שלעולם מודה רבא שהבלא דאגמא קטלה, רק שהוא סובר שכיון שהגיע זמן הבהמה למות א"כ המלאך המות הי' הורג אותה גם בבית השומר בדרך אחרת, וגם זה מספיק כדי לפטור את השומר.

והנה תוס' לעיל בע"א סוברים שהיכא ששאלה להוליכה בהר והוליכה בבקעה ונחלקה, אע"פ שפשע לענין הוחמה הרי הוא פטור משום שהאונס אינו תוצאה מהפשיעה כי היתה נחלקת גם בההר. מיהו לכאורה התם הוא ציור יותר גרוע, כי נהי

וכהנ"ל א"כ כשאינו יודע אם מתה מחמת הפשיעה, דהיינו ההבלא דאגמא, או לא, הרי זה כאומר איני יודע אם פרעתין וכמו שהבאנו כבר לעיל באות קס"ד קס"ד.

ב', הרשב"א כתב עוד יותר מרש"י והרא"ש, והיינו שלאחר שמתה תלינן שבודאי מתה מחמת הבלא דאגמא. ונראה שגם לפי דבריו אינו חייב לחשוש לזה (בלי החשש לזאבים וגנבים) כי הרי דבר לגמרי לא שכיח, ומותר לו להוציא את הבהמה להאגמא, אבל בכל זאת היכא שמתה תלינן שמוכחא מילתא שקרה כאן באמת המקרה שלא שכיח ולא שפתאום מתה כדרכה.

ג', והנה עי' בלשון התלמיד ר"פ שם שציינו לדבריו לעיל דמבואר שאחרי שמתה, תלינן בכל מאי דאפשר למיתלי, ולכן תלינן שהבלא דאגמא קטלא, ומשמע שגם אחרי שמתה נקטינן דהוי צד רחוק למימר שמתה בהבלא דאגמא, וכן היא הלשון ב"שיטה" הובא בשט"מ שם, ודלא כהרשב"א שסובר שנקטינן כן בודאות, וכן דלא כרש"י והרא"ש דמשמע בפשטות דהוי ספק השקול ודבר רגיל. ולכאורה צ"ע על התוס' ר"פ והשיטה דלפי דבריהם למה חייב הלא לכאורה איני יודע אם פרעתין חייב רק היכא דהוי ספק השקול, אבל היכא שיש רוב צדדים ששפיר שילם, הרי הוא פטור.

ויש לבאר עוד נקודה בנוגע לאם שייך לומר כאן דהוי כאיני יודע אם פרעתין, דהנה היכא שהכניס את הבהמה לאגמא שיש שם זאבים הרי זה מיקרי שפשע בתורת ודאי, כי בתורת ודאי הכניס את

אם הביא בעצמו את הבהמה אל האגם, באופן שהיא שמורה לענין זאבים וגנבים, אבל בכל זאת הרי פשע לענין הבלא דאגמא. ועוד קשה דאם הוי רק בגדר ספק אם מתה מהבלא דאגמא ("יכול להיות"), א"כ איך אפשר להוציא תשלומין מהשומר הלא אולי מתה כדרכה ופטור.

ויש ליישב על פי מה שכתב הרא"ש כאן דנגד הבלא לא חשיב פשיעה גמורה, וממילא צריכים לזה שפשע פשיעה גמורה לענין זאבים וגנבים, ולאחר שפשע פשיעה גמורה לגבי זאבים וגנבים הרי הוא חייב גם בשביל הפשיעה פורתא שיש לגבי הבלא. מיהו אכתי צ"ב למה חייב, הלא סוף סוף מכיון שאינו חייב לשמור נגד הבלא, א"כ אע"פ שהי' לו לחשוש לזאבים וגנבים, אבל הלא לא מתה מזאבים וגנבים, אלא מהבלא, וזה הרי חשיב אונס כיון שלא הי' צריך לחשוש לזה ותבו"ב פטור. וצ"ל שכוונת הרא"ש היא כמו דאיתא בשט"מ בשם תלמיד ר"פ בסוף דבריו במה שכתב בשם רבו שנהי שאינו צריך לחשוש להבלא דאגמא כשדבר זה הוא החשש היחידי, אבל היכא דעליו לחשוש לזאבים וגנבים הרי הוא צריך באמת לחשוש גם להבלא דאגמא, פי' דכיון שהוא צריך כבר לחשוש לזאבים וגנבים והרי הוא כבר מעלה בדעתו חששות שונות הרי הוא צריך לחוש גם להבלא דאגמא.

ולפ"ז יש ליישב גם את הקושיא השני' שהקשינו על רש"י, דהיינו מה שהקשינו למה מחייבים אותו מספק. וגם הרא"ש כתב כרש"י שאחרי שמתה "איכא למימר" שמתה מחמת הבלא. ולפי דברי התוס' ר"פ יש לבאר כי כיון שבודאי פשע

לגבי זאבים וגנבים אינו בגדר איני יודע
אם פרעתין אלא בגדר איני יודע אם
נתחייבתי, כי אין כאן ודאי פשיעה.

קעז) ומודי אביי כי הדרא לבי מרה דפטור מ"ט דהא הדרא לה וליכא למימר הבלא דאגמא קטלה.

א. הנה אפשר להבין את הלשון הזה
שבבכה"ג נתמעט החשש של הבלא דאגמא
קטלה, והכוונה היא שליכא למימר בבכה"ג
שהוא חייב מחמת שהבלא דאגמא קטלה,
אבל בודאי גם בבכה"ג יש אפשרות שמתה
מחמת הבלא דאגמא. מיהו הרי"ף כתב
וד"ל, דהא הדרא לה ולא הבלא דאגמא
קטלה עכ"ל, ומבואר מלשונו שבבכה"ג
נקטינן בודאות שלא מתה מחמת הבלא
דאגמא.

והנה בשלמא לפי הרשב"א שכתב שאם
מתה בתוך האגמא מוכחא מילתא שמתה
מההבלא, א"כ מספיק לומר שאם מתה
בבית לא מוכחא מילתא. וכן לפי רש"י
שכתב שאם מתה בתוך האגמא "איכא
למימר" שמתה מההבלא והוי ספק והרי
הוא חייב כי הוה כאיני יודע אם פרעתין,
א"כ לפי רש"י מספיק לומר שהיכא שמתה
בתוך הבית נתמעט הסיכוי שמתה מחמת
ההבלא, והוי צד מיעוט, וממילא לא
אמרינן דהוי כאיני יודע אם פרעתין, אבל
לפי הלשון שהבאנו מהשט"מ בשם שיטה
וכן מתלמיד הר"פ שהיכא שמתה בתוך
האגמא תלינן בכל מאי דאפשר למיתלי,
ומשמע שגם שם הוי צד מיעוט, א"כ צ"ל

הבהמה למקום שיש אפשרות שתיטרף,
ודבר כזה נקרא פשיעה גמורה, מיהו היכא
שיש לפנינו שני אגמים אשר באחת ידעינן
בודאות שאין שם זאבים, ובהשני יש שם
זאבים, והכניס את הבהמה לאחת מהם בלי
לשים לב לאיזה מהם, אי נמי שאינו יודע
באיזה מהם יש זאבים ובאיזה אין זאבים,
א"כ בבכה"ג אי אפשר לומר שבודאי הכניס
את הבהמה למצב שאינה שמורה, אלא הרי
זה ספק אם הכניס את הבהמה למצב
שאינה שמורה, ואין כאן ודאי פשיעה אלא
הרי זה ספק אם הוא בגדר פושע, כי אם
הכניס את הבהמה להאגם שאין שם זאבים
הרי לא פשע כלל, ומעתה הן אמת דהיכא
שבודאי פשע ואין יודעים אם מתה מחמת
הפשיעה י"ל דהוי כאינו יודע אם פרעתין
וכמו שכתבנו לעיל, אבל בהציוור השני
הנ"ל שתיארנו שאין כאן פשיעה ודאית
הרי זה ציוור של איני יודע אם נתחייבתי.
והנה מעתה יש לעיין מה המציאות של
הבלא דאגמא קטלא. ונראה שאם בודאי
יש במקומות מסוימות בתוך האגמא הבלא
שבכחו להרוג בהמה רק שלא ידעינן אם
הבהמה תיתקל בהמקומות ההן, א"כ
ההבלא הוי כמו זאב שנמצא בתוך
האגמא, והרי השומר מיקרי פושע גמור,
כי הכניס את הבהמה למקום שנמצא שם
זאב, כלומר ההבלא, וא"כ הרי הוא חייב
גם בלי שפשע נגד זאבים וגנבים, וא"כ
צ"ל שהמציאות היא שבודאי כל האגמא
מלא הבלא קצת, רק שלא כל הבהמות
רגישים להבלא, אלא רק חלק מהם, וא"כ
אם הבהמה הזאת אינה רגישה להבלא
נמצא שלא פשע כלל, וא"כ אין כאן ודאי
פשיעה, ומש"ה בלי שיש כאן פשיעה

כלשון הרי"ף שאם מתה בבית ליכא אפילו צד מיעוט שמתה מחמת הבלא דאגמא.

ב. והנה לכאורה לאו דוקא נקטו "בי מרא", אלא הה"נ לבית השומר. ואולי קרי לבית השומר בשם בית הבעלים כיון שהשומר מחזיקו בשביל הבעלים, ובפרט לפי הראשונים שכתבו שהוא משאיל להמפקיד את מקום החפץ, עי' בזה לעיל באות א'. ובשט"מ בשם שיטה איתא להדיא דה"ה לבית השומר.

קעח) ומודי אביי כי הדרא לבי מרה דפטור מ"ט דהא הדרא לה.

עי' בריטב"א שהביא בשם הראב"ד שהיכא שחזרה מאל"י לבית הבעלים הרי הוא פטור אפילו אם שוב יצאה וחזרה להאגם, מתוך הפשיעה הראשונה, ומתה בהאגמא, כי משעה שהדרא להבעלים כלתה שמירתו כי לא בעינן השבה מדעת הבעלים אלא בגנב וגזלן. והקשה הריטב"א על זה שאין הדבר כן אלא גם בשמירה בעינן השבה מדעת הבעלים, ועוד דאפילו אם לא בעינן אבל צריכים לכה"פ שהשומר עצמו יחזירה ולא שתחזור מאל"י, והיכא שחזרה מאל"י שלא לדעת השומר אכתי לא נסתלק מהשמירה (אבל אם חזרה מאל"י אבל השומר מודע לזה לכאורה הרי זה כמו היכא שהחזירה בעצמו).

והנה הגירסא בהגמרא איך שהובאה בריטב"א היא ד"הדרה" ולא ד"הדרא" וא"כ י"ל שאירי באמת שהשומר החזירה כי י"ל שהכוונה ב"הדרה" היא ש"הדר אותה", עם מפיק ה"א, ולא

שהיא עצמה הדרה, אבל לפי הגירסא שלפנינו דאיתא "הדרא" הכוונה היא שהבהמה עצמה חזרה).

והנה צריכים להבין את סברת דינו של הראב"ד, דהא מה לנו בזה שהחזירה ונסתלק מהשמירה, הלא מכיון שמתה בהאגמא צריכים לנקוט שמתה מחמת היותה בהאגם הפעם הראשונה.

ואין לומר שידעינן שלא מתה מההבלא הראשונה כי לא מתה מיד, דזה אינו, דהא הבלא אינה ממיתה מיד וכמו שיוצא מדברי תוס' בע"א, ומשמע עוד מדבריהם שם שגם אינו ניכר מתחילת שעת ההיזק. וראית מיישבים על פי דברי הט"ז בס"י ע"ה סעיף כ"ח שכתב שאם טען המלוה שמצא מטבעות לא טובות בין המעות שהלוה שילם, והלוה איני יודע אם הם ממנו או מאיש אחר, הרי זה כאיני יודע אם נתחייבתי ולא כאיני יודע אם פרעתך כי, כבר נכנס לחזקת פטור, וא"כ גם כאן מכיון שכשהחזיר את הפרה להבעלים לא הי' ניכר בה עוד שום היזק הרי נכנס השומר לחזקת פטור והוי כאיני יודע אם נתחייבתי.

מיהו צ"ע באמת, איזו מין חזקה היא זו, הלא נתגלה שהחזקונה בטעות. מיהו עי' ברש"י בכתובות דף כ"ו ע"ב דמבואר שהיכא שהכשרנו אותו לכהונה על פי עד אחד הרי הוא נשאר כשר אפילו אם אח"כ נתגלה שיש כאן באמת תרי ותרי, ופירש"י שם בד"ה ואנן מסקינן ל"י דהיינו משום שיש לו חזקת כשרות מאז שהכשרנו אותו על פי העד אחד, והקשה הרמב"ן שם דהא בסוף נתגלה שהחזקונוהו בטעות כי לא ידענו שיש תרי ותרי וא"כ איזה מין חזקה

היא זו. מיהו מפשטות דברי רש"י חזינן דס"ל דשפיר מיקרי חזקה. ויש לבאר דבשלמא אם חזקה היתה בגדר בירור, א"כ בודאי קשה כהנ"ל, איזה מין בירור יש כאן, הלא עכשיו אנו יודעים שנהגנו כן בטעות, אבל אם חזקה אינה בגדר בירור, אלא הרי היא בגדר גזירת הכתוב של התנהגות במצב של ספק, א"כ יכול להיות שקיימת הך גזירת הכתוב אפילו היכא שנתגלה שנהגנו כך בטעות.

קעט) א"ל אביי לרבא לדידך דאמרת מלאך המות וכו' הא דאותבי ר' אבא בר ממל וכו'.

א. צ"ע מה קשה אולי ר' אבא בר ממל סובר שהסברא של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר פירושו הוא דחשיב משנה מדעת בעל הבית אשר לפ"ז הרי השומר הראשון חייב על הכל כמו גזלן, ונהי שתוס' לעיל הוכיחו מקושיית אביי כאן שאינו בגדר משנה מדעת בעל הבית דחשיב גזלן כי א"כ מה מקשה אביי על רבא, אבל הא גופא קשיא מנא לי' לאביי להקשות, אולי סובר ר' אבא בר ממל דחשיב גזלן.

וראיתי שהכוס ישועות תירץ משום שמהברייתא לעיל מבואר דשוה הוא הציור של מסרן לבנו ובתו הקטנים להציור של הפשילן לאחוריו וא"כ מבואר דהוי רק פשיעה כמו הפשילן לאחוריו.

מיהו לפ"ז היו תוס' לעיל בע"א יכולים להוכיח מהפשילן לאחוריו, ויש ליישב.

ועכ"פ עי' להלן שנביא ראשונים שכתבו באמת צד כזה, דכתבו שרבא סובר שרבי

אבא בר ממל סובר דהוי כמו גזלן.

ב. צ"ע הלא קשה גם על אביי עצמו, דהא מבית השוכר לבית השואל לא שייך לומר הבלא דאגמא קטלא, ובשלמא לפי תוס' לעיל בע"א שגם מבית לבית אמרינן הבלא דההוא ביתא קטלא אתי שפיר, אבל לפי הסוברים שאין אומרים כן צ"ע מה מקשה אביי על רבא, הלא גם על עצמו הרי זה קשה.

והתוס' הרא"ש והריטב"א תירצו שהרי הקושיא מהמשנה היא קושיא על רבי יוחנן, ורבי יוחנן הרי סובר שתבו"ב חייב, דלכך הרי הוא מחייב שומר שמסר לשומר, ולפי אביי המ"ד שסובר שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב הרי הוא מחייב גם כשלא בא האונס מחמת הפשיעה, וכגון בהציור של מלאך המות מה לי הכא מה לי התם.

והריטב"א בשט"מ כתב תי' אחר, והיינו שכיון שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר, הרי זה נחשב פשיעה ממש לחייב עליו והרי זה כמו היכא דאיגנב ומתה בי גנב. מיהו לא הבנתי איך שייך לומר כן אם לא שנאמר דחשיב משנה מדעת בעל הבית דחשיב גזלן.

קפ) א"ל לדידכו וכו'.

צ"ע מה התי' הלא בכל זאת חזינן שרבא אבא אינו סובר מלאך המות מה לי' וכו', ואם רבא חולק על רבי אבא הי' לו לומר להדיא שהוא חולק על רבי אבא (כמו שהוא חולק באמת גם לענין אם טעמו של רבי יוחנן הוא משום אין רצוני או משום את מהימנת לי').

וכתבו הרמב"ן והרשב"א והר"ן שרבא נתכוין לומר שהוא עצמו סובר שרבי אבא סובר שאין רצוני וכו' פירושו הוא דהוי בגדר משנה מדעת בעל הבית דהוי גזלן, ולכן לא איכפת לן בזה שמלאך המות מה לי הכא מה לי התם. והקשה רעק"א על זה בהמערכה באות ח' דכיון שאביי סובר דהוי רק בגדר פשיעה א"כ עיקר תירוצו של רבא חסר מן הספר.

עוד יש לעיין למה לא הבין אביי שלפי טעמו של רבא של את מהימנת לי לא קשה מידי. ויש לומר שאביי שפיר הבין, רק שאביי טוען שבכל זאת חזינן שרבי אבא ורב אמי אינם סוברים מלאך המות מה לי הכא מה לי התם וכמו שהערנו כבר באמת על רבא.

ובהמערכה באות ל"ה כתב רעק"א, שאביי הי' סבור שקושיית רבי אבא בר ממל קשה גם לפי רבא שאומר משום את מהימנת לי, כי אע"פ שהשוכר נשבע שמתה כדרכה, אבל מי יימר שהשואל לא שלח בה יד, והשוכר חייב על זה משום פשיעה (ולא משום גזלן כי רק השואל ששלח בו יד חשיב גזלן, אבל לגבי השוכר חשיב רק פשיעה בזה שמסר למי ששולח יד) ומש"ה מקשה רבי אבא שהדין נותן שהשוכר עדיין יהי' חייב, כי צריכים שבועה שהשוכר לא פשע בזה שמסר למי ששלח בו יד, ועל זה מקשה אביי שנימא שהוא פטור משום מלאך המות וכו', ועל זה השיב רבא שבאמת לא היתה כוונת רבי אבא להקשות לפי טעמא דאת מהימנת לי כי באמת לפי הטעם ההוא לק"מ כי מלאך המות מה לי הכא מה לי התם, אלא רבי אבא בר ממל נתכוין להקשות רק לפי

הטעם של אין רצוני כי אזיל שאין רצוני פירושו הוא דהוי משנה מדעת בעל הבית. ובהמערכה שם באות י"ז ואות י"ח כתב עוד ביאור על פי פירושו בדברי הרמב"ם בפיה"מ הקשים שהביא שם, דהנה הרמב"ם פוסק כרבא, דהיינו כהטעם של את מהימנת לי וכו', וא"כ צ"ע למה כתב בפיה"מ דאיירי שנתן לו המשכיר רשות להשאיל הלא אוקימתא זה צריכים רק לפי אביי אבל לא לפי רבא שהרי השוכר שפיר נשבע. ועוד דהרמב"ם עצמו כתב שם שאם יש עדים שלא פשע השואל הרי השוכר פטור וא"כ למה לא תועיל שבועת השוכר שמתה כדרכה. ועי' בזה ברש"ש בדף ל"ה ע"ב. וכתב רעק"א שגם לפי רבא צריכים להעמיד בנתן לו המשכיר רשות כי איירי אפילו כשאין הבהמה מתה לפנינו אשר בכה"ג צריך השוכר לישבע גם את עיקר השבועה שאינה ברשותו אשר אז הרי הוא צריך לישבע גם שלא שלח בו השואל יד, והרי את זה אינו יכול לישבע, וגם שבועת השואל אינה מקובלת על המשכיר, וא"כ נמצא שהשוכר הוא מחויב שבועה שאי"ל ומשלם, ולכן צריך להעמיד בנתן לו המשכיר רשות אשר אז הרי זה מיקרי שלא הו"ל להשוכר למידע אם השואל שלח בו יד או לא, א"נ שאז מועיל שבועת השואל שאינה ברשותו כי אז המשכיר צריך לקבל את שבועת השואל וממילא אין השוכר חייב שבועה, ומה שנשבע שמתה כדרכה הרי זה רק מדרבנן להפיס דעתו של בעת הבית, וממילא גם הגלגול של לא שלחתי בה יד הוא ג"כ רק מדרבנן ובשבועה דרבנן לא אמרינן מתוך, ומעתה י"ל שכוונת רבא

כאן היא שהן אמת שרבי אמי העמיד בנתן לו המשכיר רשות אבל אני אומר שאין זה בגלל קושיית רבי אבא בר ממל אלא בגלל הטעם הנ"ל ששייך גם לפי רבא.

דף ל"ז ע"א

קפא) מניח גזילה ביניהם ומסתלק.

עי' ברש"י בב"ק דף ק"ג ע"ב בד"ה מניח וכו' שכתב וז"ל, ולא בעי לאמטויי לידיו, וסגי במניח לפניו, שהרי הבעלים שם הוא עכ"ל.

וממה שכתב רש"י שמניח לפניו, משמע שכוונתו היא להס"ד של הגמ' להלן בע"ב כאן שהכוונה היא שהוא מסתלק מהחפץ, ולא להמסקנא שהוא מניחו בידו עד שיתברר הדבר.

מיהו לפי דברי רש"י בהמסקנא להלן כאן אתי שפיר לשונו בב"ק גם לפי מסקנת הגמרא אצלינו שמשאירו בידו, וז"ל להלן על המסקנא כאן, אלא תהא מונחת בידו עד שיתברר הדבר, והאי מסתלק סילוק הדין הוא ויניח הגזילה ביניהם בב"ד ויאמר בררו של מי הוא ויטול ומסתלק מן הדין והגזילה יניח בידו עד שיבוא אליהו עכ"ל, וא"כ י"ל שמה שכתב בב"ק שם "לפניו" אין כוונתו לומר שהחפץ נשאר שם עד שיבררו, אלא כוונתו היא כמו שכתב כאן שמניח ביניהם בב"ד ואומר בררו וכו', אבל אח"כ הרי הוא מניחו בידו ומשאירו בידו עד שיבוא אליהו.

קפב) תד"ה גזל מחמשה.

וז"ל, לא שייך הך פלוגתא לפלוגתא דרבי יוחנן ורב הונא דפ' השואל בברי ושמא, דאפילו לר"ט דאמר מניח גזילה ביניהם, היינו משום דיודע בודאי שלא גזל לכולם רק לאחד, אבל ברי ושמא יודה דברי עדיף עכ"ל. והנה יש לעיין בזה, דהא לכאורה מצד הדין אין אנו צריכים להסתכל על כולם יחד, כי כל אחד תובע בפני עצמו, וא"כ הדין נותן שנסתכל על התביעה של כל אחד מהם בנפרד, ומעתה בשלמא אם היינו מסתכלים על הכל כתביעה אחת א"כ שפיר י"ל כסברת תוס' כי בתוך התביעה הזאת יש לו טענת ברי שאינו חייב לכולם אבל מכיון שמסתכלים שיש כאן חמש תביעות נפרדות א"כ בכל תביעה ותביעה יש לו רק טענת שמא וא"כ אכתי נימא שברי עדיף.

ואולי י"ל שאע"פ שמסתכלים על כל אחד בנפרד, אבל בכל זאת מכיון שארבעה מהם בודאי משקרים, א"כ משום כך הרי זה נחשב ריעותא בהברי של כל אחד ואחד מהם, ובכה"ג אמרינן לכו"ע שלאו ברי עדיף.

מיהו לא משמע מדבריהם כדרך זה, ועוד דזה תלוי במה הוא הטעם של המ"ד שסובר ברי עדיף, דאם הטעם של המ"ד שסובר שברי עדיף הוא משום דכיון שהשמא אינו יודע אע"פ שהו"ל למידע, והברי שפיר טוען ברי אע"פ שחשב שהנתבע יטעון ברי, הרי זה נחשב ראוי להברי, א"כ שפיר י"ל כדברינו הנ"ל כי כיון שיש ריעותא בהברי שלו א"כ תו לא מהני הראוי הנ"ל, אבל אם הטעם למה ברי

עדיף הוא משום ששמה לא מיקרי טענה, והיכא שאין להנתבע טענה הרי התובע מוציא על ידי טענתו לחוד (עי' בקו"ש על כתובות באות ל"ו שכתב דרך זה), א"כ גם כאן סוף סוף אין להנתבע טענת נגד כל אחד מהם בנפרד, וא"כ למה לא נגיד שברי עדיף.

ועי' בנוגע לשני הצדדים הנ"ל בביאור ברי עדיף בספרי על ב"ק בחלק א' אות תקנ"ד.

קפג) בא"ד.

וז"ל, ואפילו לר"ע דאמר ישלם לכל אחד ואחד, היינו משום שיודע בודאי שהוא חייב לאחד מהם, אבל גבי ברי ושמה יודה דפטור שאינו יודע שהוא חייב עכ"ל. ולכאורה יש לתמוה דמעיקרא מה קשה להו, הלא בב"ק דף ק"ג ע"ב אמרינן שטעמו של רבי עקיבא הוא משום תקנתא, וכן ביבמות דף קי"ח ע"ב אמרינן שטעמו של ר"ע הוא משום קנס, וא"כ אין מזה סתירה לדברי רב נחמן ורבי יוחנן, וכן תירץ הרי"ף כאן על קושיית תוס' עיי"ש (וכן לפי ההוה אמינא בב"ק דף ק"ג שם שרבי עקיבא קאמר רק היכא שנשבע תחילה שאינו חייב כלום, גם לפ"ז לא קשה מידי, משום שלפ"ז טעמו של ר"ע הוא משום כפרת השבועה מקרא דלאשר הוא לו יתננו. ולפי ההו"א גם על ר"ט לא קשה מה שהקשו תוס' מהמ"ד שסובר שברי עדיף כי טעמו של ר"ט לפי ההו"א

שם הוא משום תקנת השבים כדאמרינן (שם).

ואולי כוונת תוס' היא ליתן טעם גם לפי המ"ד שסובר שפליגי אפילו בלקח מא' מחמשה בני אדם, ושגם שם סובר ר"ע שהוא משלם לכל אחד ואחד, והרי במקח לא שייך לומר דהוי משום קנס. ועיינן גם בפ"י בב"ק שם בד"ה בגמ' אי ר"ע וכו' שהזכיר שסברת תוס' כאן מתאימה גם ללקח מאחד מחמשה בני אדם*).

קפד) בענין הנ"ל.

מיהו השט"מ בב"ק שם בד"ה מתיב וכו' הביא בשם הראב"ד שגם במקח שייך קנס משום דהוה ל' למידק ממי קנה (וע"ע בזה באבן האזל על פ"ד מהל' גזילה ה"ט).

ועכ"פ לפי הראב"ד יש ליישב את דברי תוס' בדרך אחרת, והיינו שלעולם ס"ל לתוס' כהראב"ד דשייך קנס גם במקח אע"פ שלא עבר על שום איסור, וכוונתם היא ליישב למה לא קנסו רב נחמן ורבי יוחנן גם בהלוואה בב"ק ושמה לפי רבי עקיבא, ועל זה תירצו שלא קנסינן אלא היכא שהוא חייב מיהא לאחד מהם בתורת ודאי.

והחזו"א בסי' כ' סק"ח בד"ה ק"ג וכו' כתב שלהמאן דאמר שרבי עקיבא קאמר גם במקח, יתכן שהוא מצד הדין, ולא רק קנס, ושכן משמע בסוגיין בע"ב.

סובר דמיקרי ברי וברי כיון שברי לו שלא לקח מכולם, ולר"ע הרי זה נחשב ברי ושמה כיון שלגבי כל אחד מהם בנפרד הרי הוא בגדר טוען טענת שמא.

(* ועוד צידד שם לבאר את מחלוקתם גבי מקח בדרך אחרת, והיינו דלעולם לכו"ע ברי ושמה ברי עדיף, רק שפליגי באם מיקרי בכה"ג בגדר ברי ושמה או האם מיקרי ברי וברי, והיינו שר"ט

קפה) דברי הראב"ד בב"ק.

הנה עיין בשט"מ בב"ק דף ק"ד ע"א בד"ה אמר רבא וכו' בשם הראב"ד שכתב שכוונת ר"ע היא לחייב בדיני שמים לחוד, אבל לא לענין לאכרוחי בבי דינא, פי' שכוונת הקנס היא שיתחייב רק מדיני שמים, וכבר הסכימו בשמים על דעת חכמים בקרא דלא תסור. מיהו צ"ע דהא אפילו ר"ט מודה שהוא חייב בדיני שמים וא"כ לפי דברי הראב"ד מאי איכא בין ר"ט לר"ע.

ויש ליישב את שיטת הראב"ד על פי לשון רש"י בב"ק דף ק"ד ע"א בד"ה שכבר הודה מפי עצמו שכתב בשיטת ר"ט שאינו יוצא ידי עונש בידי שמים אם אינו משלם לכל אחד, הרי שלא כתב שלפי ר"ט יש חיוב ממון של תשלומין בידי שמים, אלא כתב רק שיש עונש אם אינו משלם, וכבר ביאר הקצה"ח בסי' ל"ב סק"א שחיוב תשלומין בדיני שמים ודין עונש בידי שמים הרי הם שני דברים נפרדים ודלא כהש"ך שם שלא חילק חילוק זה, וא"כ י"ל שבזה חולקים ר"ע ור"ט לפי הראב"ד, והיינו שלפי ר"ע יש קנס וחיוב תשלומין בדיני שמים, ואילו לפי ר"ט אין עליו חיוב תשלומין בדיני שמים, רק שלא מיפטר מעונש אם אינו משלם לכל אחד.

קפו) בענין המחלוקת בין ר"ט ור"ע.

א. הסוברים שדנין כר"ע גם בזמן הזה אע"פ שהוא קנס.

עיין ברי"ף כאן שהביא שהדין של ר"ע הוא משום קנס, ופסק כותי'.

והביא הנ"י את דעת הר"ז הלוי והראב"ד שאין דנין דין זה בזמן הזה כי אין דנין דיני קנסות בזמן הזה, וכן איתא בשט"מ בב"ק דף ק"ד ע"א בד"ה אמר רבא וכו' בשם הראב"ד*).

וע"ע בני"י כאן שכתב ששיטת הרי"ף והרמב"ם היא ששפיר דנין דין זה בזמן הזה אע"פ שהם סוברים דהוי קנס, אלא שלא הביא הנ"י מפורש מדברי הרי"ף והרמב"ם שדנין אותו בזה"ז, אלא הביא שם את מה שכתבו הרי"ף והרמב"ם שהחמשה צריכים לישבע שבועה דרבנן קודם שיטלו, ולא ביאר איך רואים מזה שהקנס נוהג גם בזה"ז (ועיי"ש בהגהות מא"י).

ועכ"פ צ"ע מ"ש קנס זה מכל הקנסות ולמה דנין אותו בזה"ז.

וראיתי בש"ך בסי' שס"ה סוף סק"ב שכתב שבודאי קנס כגון גזל מאחד מחמשה צריכים לדון גם בזמן הזה, אבל לא פירש שם הטעם למה.

משום שלא דיינינן קנסות בזמן הזה, והש"ך עצמו הביא את לשונו, וכן מבואר בדברי הראב"ד בשט"מ בב"ק שהבאנו בפנים שרק האידנא קאמר הראב"ד. מיהו מדברי הבעל המאור עצמו בהמפקיד כאן, וכן מדבריו בב"ק, מבואר דסבירא לי' שמעיקר הדין ההלכה היא כרבי טרפון, ולא רק האידנא.

* וראיתי בש"ך בסי' שס"ה סוף סק"ב שרצה לומר שלעולם גם הראב"ד והר"ז מודים שלפי רבי עקיבא דנין אותו בזמן הזה, רק שכוונת הנ"י היא לומר בשמם שמכיון שהוא ענין של קנס א"כ בכה"ג פסקינן כרבי טרפון, והכלל שההלכה היא כרבי עקיבא לא קאי על קנס. מיהו מלשונו של הנ"י מבואר להדיא שרק האידנא אין דנין

ב. הדרך שהקנס הוא להאמין לכל תובע ותובע.

ואולי י"ל דס"ל להנ"י שצורת הקנס כאן אינה תשלומי עונש, אלא צורת הקנס היא שיוציאו כולם בכח טענותיהם, ונתנו חכמים לכל אחד מהם נאמנות על טענתו, רק דהא גופא שנתנו להם חכמים נאמנות הרי זה כדי לקנוס את הגזלן, אבל מ"מ החפצא של תשלומין לא מיקרי תשלומי קנס ועונש אלא תשלומי הגזילה שהלה תובע, וא"כ מכיון שגוף התשלומין אינם תשלומי קנס, י"ל שבכה"ג עבדינן שליחותיהו ודנין גם בזה"ז.

ולפ"ז יש להסביר את ראיית הנ"י שדנין בזמן הזה ממה שהרי"ף והרמב"ם מצריכים שבועה כך, דאם ה' בגדר קנס גמור כמו בשאר קנסות א"כ לא היה שייך להצריך שבועה, דהא חכמים קנסו את הגזלן כיון שעבד איסורא ומהיכא תיתי לומר שקנסו רק כשהחמשה נשבעין, אבל אם נאמר שהדין האמור כאן הוא שכל אחד מוציא בכח נאמנות על טענתו, רק שהא גופא שנתנו להם חכמים נאמנות הרי זה משום קנס, א"כ שפיר שייך להצריך שבועה כדי להאמין את טענתו כמו בשאר נשבע ונוטל (ועיין בכ"מ בפ"ד מהל' גזילה ה"ט שכתב וז"ל, והטעם [דנשבע] משום דכלל הוא לכל נוטל [מעות מחבירו, כן איתא בלשוננו בבית יוסף] על פי דיבורו שהוא צריך לישבע, א"נ דכיון דמדינא פטור אלא דמשום דעבד איסורא אתה קונסו אין ראוי לקונסו לשלם בלא שבועה עכ"ל. וע"ע באבן האזל שם בד"ה ומה דהצריך).

ג. הדרך שהקנס הוא לצאת ידי החיוב בדיני שמים.

והנה יש ליישב את דעת הרי"ף גם בדרך אחרת, דהנה אע"פ שר"ט סובר שמניח גזילה ביניהם ומסתלק אבל מ"מ מדיני שמים הרי הוא חייב לשלם לכל אחד ואחד, ולפ"ז י"ל דס"ל להרי"ף שגדר הקנס של ר"ע הוא שקנסו אותו לצאת ידי החיוב הזה שיש עליו מדיני שמים, ואינו מין תשלומין חדשים של קנס, אלא לעולם חשיבי במהותן אותן התשלומין שהוא חייב לשלם מדיני שמים, רק דהא גופא שכופין אותו לצאת ידי חובה זו ואין משאירים את הענין כפי רצונו הרי זה בגדר קנס ועונש, וא"כ גם לפ"ז יוצא שעצם התשלומין הרי הם ממונא, וא"כ י"ל שמש"ה ס"ל להרי"ף שדנין דין זה גם בזה"ז, וכן אינו נוטל בלא שבועה, ומזה שהוא צריך להשבע מוכח כהגדר הנ"ל.

מיהו יש להעיר על הדרך הזה, דהנה בסוגיין אמרינן שהבבא של אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה דנותן מנה לכל אחד אתי גם לפי ר"ט, והרי הוא נותן לכל אחד כי זה דומה לציור של ב' כריכות, וביארו תוס' כאן שבכל זאת הרי הוא חייב לתת לכל אחד רק בדיני שמים, ואפילו בדיני שמים הרי הוא חייב רק בב' כריכות ולא בכרך אחד. וכ"כ תוס' בהסוגיא בב"ק בד"ה שכבר וכו' בתירוצם הראשון, אבל בתירוצם השני כתבו שבפקדון לא שייך לפי ר"ט שום חיוב לצאת ידי שמים, וכתב המהרש"א בסוגיין שלפ"ז צ"ל שהבבא של או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה דנותן לכל אחד ואחד הרי זה רק לפי רבי עקיבא, והרישא של גזלתי מאחד מכם אתי

כרבי טרפון. ולכאורה הכוונה היא שלפי רבי עקיבא בהציוור של אביו של אחד מכם וכו' הרי הוא חייב מדיני אדם, דלפ"ז יוצא שכל דברי רבי עקיבא אחד הם, דהיינו שכל היכא דהוי ל' למידק קנסו אותו לשלם לכל אחד בדיני אדם, אבל אם נאמר שהכוונה היא שחייב רק מדיני שמים א"כ יוצא שיש ב' מחלוקות בין ר"ט לר"ע, חדא אם חייב לשלם לכל אחד מהם מדיני אדם כשיש תביעה והו"ל ל' למידק, ועוד מחלוקת היכא שהו"ל למידק ואין תביעה בענין אם הוא חייב מדיני שמים, וקשה לומר שיש כאן עוד מחלוקת שלא הוזכרה בדבריהם (בב"ק מחקתי דבר זה שקשה לומר). ומעתה לפ"ז ה"ה שאי אפשר לומר שכוונת ר"ע היא שבגזל מאחר מחמשה בני הרי הוא חייב משום קנס מדיני אדם לקיים את החיוב תשלומין שיש עליו מדיני שמים, כי גם לפ"ז יוצא שיש ב' מחלוקות, חדא שר"ע סובר שהיכא שיש עליו חיוב מדיני שמים יש עליו קנס לקיים חיוב זה מדיני אדם ואילו ר"ט אינו סובר דבר זה, ועוד שלפי ר"ע גם בפקדון יש חיוב בדיני שמים ולפי ר"ט אין חיוב כזה, וא"כ בע"כ צ"ל שהכוונה היא שהוא חייב בדיני אדם ואין החיוב בנוי על חיוב בדיני שמים.

ועי' באבן האזל על פ"ד מהל' גזילה ה"ט שרוצה לומר שטעמו של ר"ע בפקדון אינו משום קנס אלא משום פשיעת שומרים. וגם לפי דבריו יוצא שיש ב' מחלוקות.

(ועכ"פ אם נאמר שרבי עקיבא באביו של אחד מכם וכו' מחייב מדיני אדם הרי זה דלא כה"דיקא נמי" שמדייק מהלשון

של "שהודה מפי עצמו" שהכוונה היא לחיוב בדיני שמים, כי דוחק לומר שלשון זה של "שהודה מפי עצמו" קאי רק על לפני פניו דהיינו גזלתי ולא על לפניו דהיינו אביו של אחד מכם. מיהו באמת גם תוס' כאן כשכתבו שאפילו בב' כריכות מחייב ר"ט רק מדיני שמים לא כתבו להוכיח כן מהדיקא נמי, וצע"ק.)

ד. הדרך שקנס דרבנן דנין גם בזמן הזה, וכן שהמודה בו פטור.

והנה עיין בב"ק דף צ"ח ע"ב דאמרין תהא במאמינו, והוכיח מזה הפ"י שם שהמודה בקנס דרבנן חייב, שהרי מבואר מהגמ' הנ"ל שהמודה שהזיק בדרך גרמי חייב, והרי יש אומרים שהחיוב של גרמי הוא רק קנס דרבנן. ועיין עוד בקצה"ח בסי' שפ"ח סקי"א שהביא את דברי הר"ר יהונתן בשט"מ בב"ק בדף צ"א ע"ב שאם החיוב של עשרה זהובים הוא קנס אז הדין הוא שאם מודה מיפטר אע"פ שהוא קנס דרבנן, והקשה הקצה"ח מההיא דף צ"ח ונשאר בצ"ע. ועוד הביא הקצה"ח שם שהמהרש"ל (הובא בש"ך שם) סובר כהר"ר יהונתן. והש"ך בשם המורדכי והמהרי"ל סובר דמודה בקנס דרבנן שפיר חייב. מיהו לפי דברינו לעיל נראה שיש לחלק בין עשרה זהובים לבין דינא דגרמי, והיינו משום שבגרמי הרי הוא חייב מהתורה לכל הפחות בדיני שמים כמו בכל גרמא בניזקין שהוא חייב בדיני שמים כדאמרין בדף נ"ה ע"ב שם, וא"כ י"ל שהקנס דרבנן הוא שיצא ידי החיוב בדיני שמים, באופן שעצם התשלומין אינם קנס אלא תשלומי ממונא בדיני שמים, וא"כ

י"ל שלא אמרינן שמודה בקנס פטור אלא באופן שעצם החפצא של התשלומין הם תשלומי קנס, ואפילו אם הוא רק קנס דרבנן כמו בעשרה זהובים, אבל לא בגרמי שעצם החפצא של התשלומין אינם תשלומי קנס, ולכן אמרינן ב"דף צ"ח שם שהמודה בגרמי חייב (ועיין בספרי על ב"ק בחלק א' אות ר"ב במה שכתבתי בנוגע להחצוי נזק של תם). ועכ"פ מהקצה"ח והפ"י יוצא שהבינו שהטעם של הגמ' ב"דף צ"ח הוא משום שחכמים נתנו לקנסות דרבנן את כל הדינים של ממונא וא"כ הה"ג למודה בעשרה זהובים.

ועכ"פ מתוך דברי הקצה"ח זכינו לעוד דרך איך ליישב את דעת הסוברים שר"ע מחייב גם בזה"ז, והיינו ד"ל שטעמייהו הוא משום שהם סוברים שדנין קנס דרבנן גם בזה"ז, כמו דאמרינן שהמודה בקנס דרבנן חייב, והיינו משום שחכמים נתנו לקנסות דרבנן כל הדינים של ממונא. שו"ר שכבר דנו הפוסקים באם דנין קנסות דרבנן בזמן הזה, ע"י בד"מ וברמ"א ובנתיח"מ בחו"מ בסוף סי' א'.

ה. הדרך שדנין קנס זה גם בזמן הזה כי אינו יותר ממה שהזיק לכל תובע ותובע.

והנה גם י"ל סברא אחרת למה לדון קנס זה בזמן הזה, והיינו משום שאין התשלומין יותר ממה שהזיק, אלא כל עיקרם הוא רק כדי שיקבל הנגזל האמתי את מה שנגזל ממנו, וא"כ י"ל שבכה"ג עבדינן שליחותייהו אפילו אם התשלומין הם בעצמותן בגדר קנס, והא דאין דנין חצוי נזק של תם למ"ד דהוי קנס אע"פ

שאינו יותר על מה שהזיק, י"ל דהיינו משום שהתם הוי מילתא דלא שכיחא, ולכן לא עבדינן שליחותייהו, ואינו מטעם שהוא קנס, משא"כ בגזל מא' מחמשה הרי עיקר גזילה היא מילתא דשכיח וכמש"כ תוס' בב"ק דף פ"ד ע"ב בד"ה אי נמי. ועוד י"ל משום שהתם בשור תם הקנס אינו כדי שיקבל הניזק את דמיו אלא כי היכי דלינטרי' לתורי' כדאמרינן ב"דף ט"ו ע"א שם.

ו. הדרך שדנין כי אין הלכה שאין דנין דיני קנסות בזמן הזה אלא הכל תלוי בשכיחא וחסרון כיס.

גם י"ל בביאור דעת הרי"ף שלפי מסקנת הסוגיא בב"ק דף פ"ד ע"ב לא נאמר שאין דנין ד"ק בבבל אלא הכל תלוי רק באם הוי שכיח ואית בי' חסרון כיס, וכבר הארכתי בזה בספרי שם באות קס"ז.

קפז) בענין לקח מאחד מחמשה בני אדם.

ע"י בחו"מ סי' ש' שפסק המחבר כר"ע שהוא משלם פקדון לכל אחד ואחד מדיני אדם היכא דהוי לי' למידק, והיכא שלא תבעו לי' הרי הוא חייב מיהא בדיני שמים. ושוב פסק שבכרך א', דלא הוי לי' למידק, ליכא אפילו חיוב לצאת ידי שמים ואפילו אם תבעו אותו. והביא הקצה"ח שם שקשה מהא דפסק לעיל בסי' רכ"ב סעי' ב' שאם לקח מא' מחמשה בני אדם מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק, וכדברי רבי שמעון בן אלעזר בב"ק דף ק"ג ע"ב שגם ר"ע מודה במקח, ואילו התם פסק שהוא

שפיר משלם לכל אחד כדי לצאת ידי שמים אם תבעו אותו, הרי שאע"פ שלא הו"ל למידק אכתי איכא חיוב לצאת ידי שמים היכא שתבעו אותו, ואילו בסי' ש' פסק שהוא פטור אפילו מדיני שמים וכהנ"ל.

ותי' הקצה"ח שבפקדון ליכא שום חיוב השבה על השומר כשהפקדון הוא בעין, אלא הבעלים באים ונוטלים את שלהם, רק שהיכא שפשע ואין הפקדון בעין הרי הוא חייב בתשלומין, ולכן כיון שבכרך אחד לא פשע מידי והפקדון הוא בעין, תו קיימא בדיני' שלא נאמר בו שום חיוב השבה, ומש"ה יניח והבעלים יבואו ויטלו את שלהם ולא שייך לחייבו מדיני שמים, משא"כ במכר הרי יש כאן חיוב תשלומין כמו בכל חוב שפריעת בעל חוב מצוה והרי הוא צריך להחזיר את החוב ליד הבעלים, ומש"ה גם כשלא הו"ל למידק אכתי חייב בדיני שמים לשלם לכל אחד ואחד אם תבעו אותו כדי לקיים את החיוב של פריעת בעל חוב (וע"ע בסי' ש"מ סק"ד שהביא הקצה"ח שיש אומרים שגם בפקדון נאמר חיוב השבה, ולפי דבריהם צריך לצאת שגם בפקדון יתחייב לשלם מדיני שמים אפילו היכא שלא הו"ל למידק כמו שהוא חייב במכר. ודע שמלשון הקצה"ח משמע שהלוה חייב להשתדל לשלם את חובו רק אם תבעוהו, ועי' בזה בספרי על ב"ק בח"ב אות רצ"א ס"ק ב'). והנה לכאורה יש לישיב את קושיית הקצה"ח באופן אחר, והיינו משום שאע"פ שבין במכר, ובין בפקדון בכרך אחד, לא הוי לי' למידק, אבל מ"מ טעמים חלוקים יש בהם, דעיינן בנ"י בסוגיין שכתב שבמכר

לא הו"ל למידק משום שדוקא בפקדון שייך הענין של הו"ל למידק כיון שמפקידים אצלו לזמן רב, משא"כ הטעם למה בפקדון בהציוור של כרך אחד אמרינן שלא הו"ל למידק הרי זה כדאמרינן בגמ' כאן שמצי למימר להו אנת גופייכו לא קפדיתו, אנא קפידנא, כלומר שהמפקידים בעצמם גרמו את ההפסד משום שמהם למד שלא לדייק. ולפ"ז שפיר יש לחלק בין מכר לפקדון, די"ל שמדיני שמים הרי הוא חייב באמת לדייק אע"פ שהוא לזמן קצר (ואע"פ שבדיני אדם חייב), ולכן במכר הרי הוא נשאר חייב בדיני שמים, אבל בפקדון מכיון שהם עצמם אינם מקפידים א"כ מש"ה אפילו מדיני שמים לא הוי לי' למידק (ודע שהנ"י עצמו שם קאזיל שבמקח ליכא אפילו חיוב מד"ש, ושמהני הסברא של זמן מועט לפוטרו אפי' בד"ש. ועי' עוד בש"ך בסי' רכ"ב שם שכתב על הסתירה הנ"ל בדברי המחבר שאולי המחבר מחלק בין מכר לפקדון אבל שדוחק לחלק).

והנה בסי' רכ"ב סק"ה כתב הקצה"ח ישוב אחר על הקושיא הנ"ל אלא שדבריו צ"ע, דעיי"ש בלשון המחבר (והוא מהרמב"ם) שכתב לענין מכר שאם חסיד הוא, נותן דמים לכל א', וכתב הקצה"ח וז"ל, נראה דס"ל להרמב"ם דאפילו לצאת ידי שמים נמי אינו אלא למדת חסידות, אבל שאר בני אדם אפילו לצאת ידי שמים אינו חייב, דבעלמא היכא דאמר לצאת ידי שמים כל ישראל בכלל, האזרח והגר, וכאן אינו אלא למדת חסידות, והיינו ממה שאמרו ביבמות (צ"ל ב"ק) מעשה בחסיד אחד ואמר ר"ע אינך יוצא עד שתחזיר לכל

אחד ואחד ע"כ, משמע דאינו אלא לחסיד וכו' דבמקח אפילו לצאת ידי שמים פטור כיון דלא הו"ל למידק, והך לצאת ידי שמים דהכא אינו אלא ממדת חסידות, וכבר נתקשו האחרונים ממש"כ בסי' ש' ולפמש"כ ניחא עכ"ל*.) מיהו לכאורה אכתי צ"ע דנהי שהכוונה בסי' רכ"ב היא למדת חסידות לחוד ואינו סותר את מה שפטר בסי' ש' אפילו מדיני שמים אבל בכל זאת למה לא הוזכרה הך מדת חסידות גם לענין פקדון.

ובאמת דברי הקצה"ח שם תמוהין, שהרי כתב שמקורו של הרמב"ם לזה שפי' דהוי רק ממדת חסידות ולא חיוב גמור מדיני שמים הרי הוא מהמעשה בחסיד אחד בב"ק שם, דס"ל להרמב"ם שלא חייב אותו ר"ע אלא משום שהי' חסיד. ברם מרש"י בב"ק שם נראה להדיא שר"ע חייב את החסיד אחד אפילו בדיני אדם, ופליגי ר"ע ור"ט במקח כמו דפליגי בגזילה, דהנה רש"י שם פ"י שפליג הך ברייתא על רבי שמעון בן אלעזר שאמר שלענין מקח לא פליגי ר"ע ור"ט, וא"כ חזינן שבדיני אדם איירי, דהא אל"כ נימא שר"ע אמר לו רק ממדת חסידות אבל מדיני אדם מודה הוא שאינו חייב.

וכן מבואר מגוף הגמ' שם, דגם מגוף סוגיית הגמ' מוכח שאירי בדיני אדם שהרי הביאו הך ברייתא כדי להוכיח שר"ע

ס"ל שהוא חייב לשלם לכל אחד ואחד אפילו היכא שלא נשבע (וכדאמרינן שחסיד מי מישתבע בשיקרא), ואם איתא שמדת חסידות קאמר לי' א"כ אכתי נימא שמדיני אדם אינו חייב אלא א"כ נשבע.

ולכאורה הי' אפשר לומר שכוונת הקצה"ח היא לומר שהרמב"ם מפרש שלעולם איירי ההיא ברייתא במדת חסידות, רק שכוונת הגמ' היא לומר שבשלמא אם נאמר שבגזילה הרי הוא חייב מדיני אדם אפילו היכא שלא נשבע, א"כ אז שפיר יש מקום לחייבו לכה"פ ממד"ח היכא שלא הו"ל למידק, אבל אם נאמר שמדיני אדם אינו חייב אלא היכא שנשבע א"כ חזינן שחיובו הוא בשביל השבועה וא"כ שוב אין מקום לחייבו היכא שלא נשבע אפילו ממדת חסידות. מיהו דרך זה אינו נכון משום שלפ"ז הו"ל להגמ' להשתמש בסגנון אחר ולומר כך דאס"ד שלא מחייב ר"ע אלא בשבועה א"כ אמאי הי' מחייב לאותו חסיד אפילו ממד"ח, ולא הו"ל להגמ' למימר שאותו חסיד היכי משתבע וכו' דהא אין זה מספיק כי אפילו אם לא נשבע אכתי יש אפשרות לחייב ממדת חסידות וא"כ אולי נתכוין ר"ע לחייבו ממדת חסידות וא"כ היו צריכים להסביר שאם ר"ע מחייב רק בנשבע א"כ בלא נשבע לא שייך לחייב אפילו ממד"ח.

דברים שהוא חייב לעשותם ממש, רק שאין נעשים עליהם, ומיקרי מדת חסידות כי למעשה חסידים נוהרים בהם. ולפי שני הצדדים האלו יש לומר שהדברים אמורים לכל אדם.

* ובספרי על כתובות בחלק ב' אות ל"ג דנתי אם כל דברי חסידות הרי הם דברים שבעצם אינו חייב בהם, אלא הרי הם כעין לפני משורת הדין והרי הוא בגדר אינו מצווה ועושה על דברים אלו, או האם הם